



总第九辑

Renmin University Law Review 2011

人大法律评论 2011^{年卷} 第一辑

中国人民大学法学院

《人大法律评论》编辑委员会 组编

中国行政规制改革的若干地方经验及其背景分析 莫于川

论刑事诉讼中被告人因恶行而失权——以证人不出庭作证为视角 刘广三 庄乾龙

隐形的“法律”——行政诉讼中其他规范性文件的异化及其矫正 王庆廷

科学立法语境下的刑事立法协调 戴玉忠

德国民法修正后医疗纠纷的现况分析 黄立

近代日本的城市化浪潮与土地征收 [日]居石正和

逻辑方法与法律 [美]约翰·杜威



法律出版社
LAW PRESS·CHINA



Renmin University Law Review 2011

人大法律评论 2011^{年卷} 第一辑

中国人民大学法学院

《人大法律评论》编辑委员会 组编



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

人大法律评论. 2011 年. 第 1 辑 / 《人大法律评论》
编辑委员会编. —北京: 法律出版社, 2011. 6
ISBN 978 - 7 - 5118 - 2139 - 3

I. ①人… II. ①人… III. ①法律—文集 IV.
①D9 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 089281 号

人大法律评论 2011 年第一辑

《人大法律评论》编辑委员会编

责任编辑 刘文科
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 720×960 毫米 1/16

印张 19.5 字数 237 千

版本 2011 年 6 月第 1 版

印次 2011 年 6 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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 - 2139 - 3

定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

学术指导委员会

主 任：朱景文

副 主 任：胡锦涛

委 员（按姓氏笔画排序）：

叶秋华	龙翼飞	何家弘	余劲松	杨立新
陈卫东	周 珂	范 愉	赵晓耕	徐孟洲
黄京平	郭 禾	韩大元	戴玉忠	

《人大法律评论》编辑委员会

指导老师：胡锦涛 尤陈俊

编 委（以姓氏笔画为序）：

化国宇	冯丹荔	李陈婷	刘宝坤	迟卫丽
吴万军	高 通	张开骏	郭欣欣	顾长河
黄忠顺	戚 雯			

执行主编：高通

副 主 编：刘宝坤 张开骏 顾长河

卷首语

经过半年的收稿、审稿,《人大法律评论》2011年第1辑终于面世了。在这半年中,我们一共收到200余篇稿件,从中遴选出15篇稿件组成本辑《评论》。本辑作者来自于中国人民大学、北京大学、北京师范大学、北京航空航天大学、南开大学、山东大学、中南大学、东南大学、上海市金山区人民法院、中国证券登记结算公司深圳分公司以及台湾政治大学、台湾地区“司法院”。在此,我们向所有作者、读者、编辑、匿名审稿专家,中国人民大学法学院的韩大元教授、胡锦涛教授、尤陈俊博士、余履雪博士以及法律出版社刘文科编辑致以最诚挚的谢意和敬意!

本辑“论文”栏目共选入6篇文章。莫于川先生的《中国规制改革的若干地方经验及其背景分析》一文试图从“地方经验”出发探讨我国行政规制改革的未来出路,并在行政民主观和依法行政理念的指引下,逐步向民主行政、科学行政、法治行政、服务行政转变。袁立先生的《从社会国原则谈劳动权的国家给付义务》则从宪法的角度,分析了劳动权是社会权的重要组成部分,其实现仰赖于国家给付义务;作为社会国原则具体展开的社会权,其核心即国家给付义务。李运杨先生的《侵权损害赔偿的经济学分析》则试图从方法论上创新当前的研究方式,从经济学角度对侵权损害赔偿进行分析,认为侵权损害赔偿可以分为补偿性损害赔偿和惩罚性损害赔偿。刘广三和庄乾龙先生的《论刑事诉讼中被告人因恶行而失权——以证人不出庭作证为视角》对传统犯罪嫌疑人、被告人保护提出质疑,认为刑事诉讼中证人因被告人的恶行在出庭作证有危险的情况下,证人可以不出庭作证,由此产生的庭外陈述具有证据能力。谢俊女士的《临时性救济程序功能的比较研究》则通过对德、日、法、美、英等国临时性救济程序的研究,认为临时性救济分两个功能层次,第二层次突破了传统临时性救济的“附属性”特征,具有确保现在利益与暂时实现权利的功能、证据保全功能、纠纷解决功能。王庆廷先生的《隐形的法律——行政诉讼中其他规范性文件的异化

及其矫正》一文从司法实践的角度对行政诉讼中的规范性文件的异化进行分析,在行政诉讼实践中,由于法官疏于审查,使得其他规范性文件异化为“隐形的法律”。

本辑“评论”栏目共选入 6 篇文章。戴玉忠先生的《科学立法语境下的刑事立法协调》对当前刑事立法中的“混乱、脱节”进行分析,并指出要按照“科学立法”和“深化司法体制改革”的要求完善刑事立法。郭世杰先生的《醉驾行为刑法规制的体系性思考》一文从刑法的“社会危害中心论”出发,探讨了我国醉驾行为如何进行体系化的刑法规制。孙道萃先生的《质疑刑法“事后法”》则对刑法的“事后性”提出质疑,从刑法立法的“超立法原理”与具体刑事立法活动相分离、制刑罚权的契约性、刑法的谦抑性精神等方面进行论证。有关检察权的争论从未停息过,有学者认为检察权是行政权,也有学者认为检察权是司法权,也有学者认为检察权兼具行政权和司法权双重属性,还有学者认为检察权是我国独有的法律监督权。但在这众多的学说中,迄今并未形成一种通说。蒋清华先生的《检察权性质的“法律监督权说”驳论——从科学划分国家权力的角度》一文对当前实务界盛行的“法律监督权”说提出质疑。晚近以降,中国传统法律制度与法律文化开始进入西方人的视野,逐渐有越来越多的西方学者开始对中国法律的研究。卢红妍和刘志松博士考察西方人对中国法律的研究,希冀有助于我们反思中国法学,为中国法学探寻一条出路。黄立先生的《德国民法修正后医疗纠纷的现况分析》从德国民法修正后的医疗纠纷实际出发,分析了德国修法后医疗纠纷的重心从侵权行为法转向为契约法,并进而分析了我国吸收借鉴的路径。

在“译丛”栏目,牟宪魁和王琦翻译了日本学者居石正和的《近代日本的城市化浪潮与土地征收》,文中作者集中讨论了土地征收工程的发起人、工程费用负担人、征用权人、损失补偿义务人里面谁应该作为被告的问题。孙新强先生翻译的美国学者约翰·杜威的《逻辑方法与法律》是在美国形式主义法学发展到登峰造极时各种新思想奋起反击的背景下写出来的。杜威教授站在哲学的高度阐述了逻辑方法与法律的关系,在哲学上宣判了以逻辑推理为中心的形式主义法学的死刑。文章虽短,但深深影响了美国当时的现实主义法学和后来的新实用主义法学。本辑“如论讲堂”选取的是王雷先生对我国台湾地区“司法院副院长”苏永钦教授的访谈录。本期访谈录主要集中于台湾地区司法改革、法学研究方法以及民法规范等方面。

· 论文 ·

中国行政规制改革的若干地方经验及其背景分析	莫于川(3)
从社会国原则谈劳动权的国家给付义务	袁 立(27)
侵权损害赔偿责任的经济学解读	李运杨(45)
论刑事诉讼中被告人因恶行而失权	
——以证人不出庭作证为视角	刘广三 庄乾龙(63)
临时性救济程序功能的比较研究	谢 俊(76)
隐形的“法律”	
——行政诉讼中其他规范性文件的异化及其矫正	王庆廷(93)

· 评论 ·

科学立法语境下的刑事立法协调	戴玉忠(111)
醉驾行为刑法规制的体系性思考	郭世杰(120)
质疑刑法“事后法”	孙道萃(142)
检察权性质的“法律监督权说”驳论	
——从科学划分国家权力的角度	蒋清华(161)
近代以降西方人的中国法律研究	
——兼谈中国法学的反思与出路	卢红妍 刘志松(175)
德国民法修正后医疗纠纷的现况分析	黄 立(193)

· 译丛 ·

近代日本的城市化浪潮与土地征收	[日]居石正和著,牟宪魁、王琦译(229)
逻辑方法与法律	[美]约翰·杜威著,孙新强译(268)

· 明德讲堂 ·

宏观洞见 精致思维

——苏永钦教授访谈 苏永钦 王 雷(279)

编后小记 (301)

《人大法律评论》稿约 (303)

《人大法律评论》注释体例 (304)

论 文

中国行政规制改革的若干地方经验 及其背景分析

莫于川*

内容摘要:

改革开放 30 多年来中国大陆的行政法制建设取得显著成绩,对经济、政治、文化、社会的协调和可持续发展起着特殊的推动和保障作用,诸多地方行政规制改革创新经验值得关注和研究。在行政改革深化和行政法制转型的进程中,要积极创造条件充分发挥出地方政府机关推动行政规制改革创新的主动性、积极性以及创造性,行政审批(许可)制度改革的地方经验就是一个缩影。必须正确认识我国行政规制改革创新的社会背景、基本趋势和法治化路向,在行政民主观和现代依法行政理念的指引下,由过去的集权行政、粗放行政、人治行政、管理行政,逐步转向民主行政、科学行政、法治行政、服务行政,稳健推进行政法制建设,才能最终实现建立法治政府和服务型政府的远大目标。首届中国法治政府奖获奖项目为此提供了有益的启示。

关键词:

行政法制;规制改革;地方经验;民主行政;法治行政

一、建设法治政府的时代任务呼唤行政规制改革与创新

20 世纪 80 年代以来,在应对双重失灵危机(市场失灵与政府失灵)的过程中,在新公共管理、新行政法等理论思潮和制度探索的推动下,出现了重新审视政府角色及其职能、行为和法律关系的改革运动,其核心内容就是如何依法更

* 法学博士,中国人民大学教授、宪政与行政法治研究中心执行主任、中国行政法研究所所长,全国行政法学会研究会副会长兼政府法制专业委员会副主任。

积极、更民主地提供优质高效的行政管理和公共服务,实现政民互动、参与行政、合作行政。尤其是在全球面临严重的经济与社会问题乃至危机频仍的今天,各国政府都积极采取各种措施,各方联手、积极出手拯救企业、介入市场、干预社会生活,为市场主体和社会主体提供多方面的帮助,如经济扶持计划、社会福利改革计划、经济危机应对举措等,这些都是政府服务职能的体现。换言之,无论是在常态还是在非常态下,政府都负有积极采用灵活、柔和、高效的行政方式服务于公民、企业和社会的责任,这是基于新的政府角色定位和职能转变所面临的新课题。

当代行政管理模式的发展趋势是从消极行政到积极行政,从威权管理到良善治理,从管理行政到服务行政,从集权行政到民主行政,从刚性管理方式到刚柔相济且以柔性管理方式为主,人们应当正确认知、积极顺应这一发展趋势。当代行政管理方式可分为两大基本类型:一类是传统的刚性管理方式,可谓之“存量的行政方式”,如行政命令、行政征收、行政征用、行政许可、行政确认、行政检查、行政处罚、行政强制等,此类刚性管理方式好似重拳出击,可以立马见效、立显权威,但也易于激化矛盾、小事变大(而这原本都是人民内部矛盾),强化行政机关与行政相对人之间的对立和冲突,恶化政民关系,损害政府形象,影响社会和谐,因而此类刚性管理方式亟须且正在进行适应当今行政民主化潮流的调整转变,也即进行民主化改造;另一类是当代的柔性管理方式,可谓之“增量的行政方式”,如行政指导、行政合同、行政规划(非羁束性的规划、计划)、行政服务、行政给付、行政资助、行政奖励、行政调解、提供信息等,具有民主品格的此类柔性管理方式作为创新成果,与刚性管理方式相对应、相配合,体现了广泛参与、两造互动、平等协商、自由选择等行政民主性的基本要求,在行政实务中被自觉或不自觉地广泛运用,发挥出特殊的行政管理功效。

中国大陆实行改革开放 30 多年来,随着经济体制改革目标的确立和政治体制改革的推进,行政法制建设取得显著进步:各级政府机关注重加强行政立法和制度建设,规范行政管理和行政执法,强化行政执法监督,加大行政救济力度,依法行政的能力和水平逐渐提高,对经济、政治、文化和社会发展起到了特殊的推动和保障作用,走过了一条艰难前行、成果丰硕的行政法制建设道路。

与改革开放前相比,经过起步发展、规范发展、全面发展这样三个发展时期

的中国大陆的行政法制,逐渐发生了如下8个方面的重要变化^{〔1〕}:第一,法治观念逐步强化。改革开放以来在反思传统人治观念的基础上,中国大陆的行政法制建设逐步确立起依法行政观念,进入20世纪末期又把“依法治国”确立为基本治国方略并上升为宪法原则。第二,行政法制的权力结构从重权力、轻权利向权力和权利并重转变。《行政诉讼法》的颁布,使权力结构的重心开始发生转移,《国家赔偿法》、《行政处罚法》、《行政复议法》、《行政许可法》的出台促进了这一转变,初步形成了权力和权利走向良性互动的局面。第三,政府职能从全能型政府向有限政府、从管制型政府向服务型政府转变。随着对政府与市场关系认识的不断深化,政府开始转变职能,将部分职能归还社会,发生了公共事务民营化的转变,同时也增加了一些新的职能,例如鼓励、支持非公有制经济发展的职能。第四,行政法治机制从单纯的制约机制转变为制约和激励的兼顾协调。第五,行政行为方式从纯粹的“命令—服从”模式发展成为强制与非强制手段并用的多样化

〔1〕 关于改革开放30多年来中国大陆行政法制发展的阶段性特点,学界将其划分为如下三个时期来加以认知:(1)行政法制建设起步发展时期,时间跨度大致是从1978年到1988年。也就是从1978年年底召开的中共中央工作会议和中国共产党十一届三中全会正式确立改革开放方针,到《行政诉讼法》颁布之前的1988年。在这个十年,从过去行政法律规范被单纯视为政府管治公民、管治社会的手段,行政法治观念比较淡薄,到开始注重运用法律手段,公民可以针对违法的行政行为提起诉讼,行政法制建设开始起步。(2)行政法制建设规范发展时期,时间跨度大致是从1989年到1998年。中国大陆于1989年4月4日通过并于次年10月1日起施行具有行政法制发展里程碑意义的《行政诉讼法》,1990年12月24日国务院发布了《行政复议条例》,1993年国务院发布了《国家公务员暂行条例》,1994年通过并于1995年施行了《国家赔偿法》,1996年通过并施行了《行政处罚法》,1997年通过并施行了《行政监察法》,行政主体和行政行为受到更多规范,行政程序法治观念得到提升,行政审判逐步受到重视,行政法制建设日益规范发展。(3)行政法制建设全面发展时期,时间跨度大致是从1999年至今。其主要标志是1999年修宪将“依法治国,建设社会主义法治国家”的治国基本方略载入宪法,同年国务院发布了《全面推进依法行政的决定》,最高人民法院颁布了新的执行《行政诉讼法》若干问题的司法解释,2000年通过《立法法》,然后是2003年通过《行政许可法》,2004年修改《宪法》将“国家尊重和保障人权”写入《宪法》,同年国务院发布《全面推进依法行政实施纲要》,确定了建设法治政府的远景目标,分步骤、有重点、由点到面、以人为本地推进行政法制建设,2008年又发布了《国务院关于加强市县政府依法行政的决定》。参见莫于川主编:《案例行政法教程》,中国人民大学出版社2009年版,第439页。

局面。第六,在程序与实体的关系上,从重实体、轻程序,重结果、轻过程,发展到实体和程序并重,结果和过程并重。第七,在对行政的监督上,从单纯的权力监督、内部监督,发展到权利救济和权力监督并重、注重完善外部监督机制。第八,行政法制模式从单纯依靠政策行政到依法行政,再到建设法治政府、服务型政府。这些变化是广泛和深刻的,对于行政法制建设具有革命性的影响。

但是,与完善现代市场经济体制、发展现代民主政治、实施依法治国方略的客观要求相比,中国大陆的行政法制还存在不少缺陷和差距,面临很多矛盾和问题,亟须认真研究和妥善解决。30 多年的改革实践证明,行政法制建设不能简单地把别人的东西照搬进来,必须注重与本土资源的结合改造。事实上,以往不少地方行政改革创新的本土经验,不仅有效地推动了地方经济与社会发展,而且对中央层面的立法建制和整个行政法制建设,都发挥了积极的示范和推动作用,促使行政管理和行政法制模式,在科学发展观和依法治国方略、依法行政理念的指引下,由过去的集权行政、粗放行政、人治行政、管制行政,逐步转向民主行政、科学行政、法治行政、服务行政,正稳健地走向法治政府和服务型政府,其中的经验值得认真总结研究。行政法学界总结中国大陆改革开放 30 多年来行政法制的理论发展、观念演进和方法论改进,发现有 5 个突出特点,第一个就是从简单拿来主义,到选择他山之石与挖掘本土资源、创新中国经验相结合。^{〔2〕}

〔2〕 这 5 个突出特点是:(1)从简单拿来主义,到选择他山之石与挖掘本土资源、创新中国经验相结合;(2)从法律虚无主义到行政法治主义,从形式法治主义再到实质法治主义、功能法治主义;(3)从只注重实体法,再到既注重实体法也注重程序法还重视条理法(立法目的、法律原则)的作用;(4)从传统型的高度集权的行政法制理论,走向民主化、科学化、法治化的行政法制理论;(5)从不讲法理、不重诚信、不计成本、不讲效率,到注重正当基础、政府形象、科学评价、成本效益。参见莫于川主编:《案例行政法教程》,中国人民大学出版社 2009 年版,第 439 ~ 440 页。对此,笔者曾在 2010 年 11 月 6 日于中国政法大学举行的王名扬先生学术思想研讨会暨王名扬书库揭牌仪式上发言时提出:改革开放初期,即我国行政法制和行政法学的起步阶段,我们面临的时代任务是“认识他人”,也即学习了解和选择借鉴其他国家的行政法学理论和行政法制经验;经过三十多年的思想革新和制度变迁,转型发展、中西混用、新旧混杂,已有一个外观宏大的行政法体系,但人们对于这个体系的建构科学性、运行有效性还认识得不够清楚,因此进入 21 世纪的第二个 10 年之后,现在最需要的可能是“认识自己”,也即经过系统、深入、扎实的调查研究,全面认知我国行政法制的现状特点、利弊得失和发展趋势。

例如,行政指导是行政机关在职责范围内实施的提醒、劝告、建议、指导等柔性管理方式,具有非强制性、示范引导性、广泛适用性、柔软灵活性、方法多样性、选择接受性、沟通协调性等诸多特点,近年来在中国大陆的行政实务中运用得越来越多、越来越广,它与行政契约、行政资助、行政奖励、行政救助等非强制手段一道,构成“增量的”柔性管理方式体系,它们与“存量的”刚性管理方式体系相对应、相配合,在转变经济发展方式过程中,特别是在经济与社会管理领域,发挥着特殊的积极行政、柔性管理的引导和推动作用。泉州、吉林、北京、沈阳、苏州、台州、永川、眉山等地工商行政机关,近年来尝试运用行政指导,建设非强制行政管理机制,促成了行政机关与行政相对人的协调关系,取得了提高监管功效、构建和谐工商和服务型工商的积极效果。泉州工商局还于2008年度被评为全国十大法治人物并被国家人事部授予人民满意的公务员集体称号,于2011年1月15日获得首届“中国法治政府奖”,其经验已被国家工商总局转发全国工商机关推行。其他许多行政管理领域,如公安、城管、质监、税务、卫生、环保、旅游、教育等领域,近年来也广泛运用行政指导,取得了提高行政管理和行政服务水平的积极效果。

再如,中国大陆改革开放以来在克服法律虚无主义之后,重实体法、轻程序法的问题逐渐显现出来,行政程序违法现象突出,影响恶劣,教训深刻。客观上就要求加强行政程序法制建设,要求行政机关及其工作人员增强程序法治意识,在行政管理过程中严格遵循法定的管理方式、步骤、顺序和期限。但由于种种原因,曾列入立法规划的《行政程序法》的制定工作近年来一直搁置起来。在此背景下,2008年湖南省在全国率先颁布施行了共10章178条的《湖南省行政程序规定》,犹如一石激起千层涟漪受到各方关注,投射出多方面的行政法制创新示范意义,体现了行政法制发展的新方向。^{〔3〕}现在,山东、重庆等一些地方也在积极推动当地的行政程序立法建制工作。

〔3〕 例如,它强调了一系列新理念,以推动人们的观念更新,包括参与行政、合作行政、行政服务、行政公开、行政效能的观念和原则;它还确立了一系列新机制,以促进行政法制创新,包括重大行政决策机制、临机决断机制、裁量基准制度、多元化的争议解决机制、联系会议制度、行政协助制度、期限分解制度、监督评估制度,以及规范性文件的登记、失效、检索、评估制度。因此,具体组织推动此项地方立法的湖南省人民政府法制办公室于2011年1月15日获得了首届“中国法治政府奖”。

此外,近年来引起全社会广泛关注的地方行政法制改革与创新举措,还有上海、沈阳、西安、北京、重庆等地的人本城管举措;广州、北京等地的公众参与举措等。^{〔4〕}限于篇幅,此不赘述。

上述地方行政法制改革与创新的做法,完全符合宪法原则和时代精神,有利于充分发挥出地方国家机关推动改革创新的主动性、积极性以及创造性。《中华人民共和国宪法》第3条第4款明确规定:“中央和地方的国家机构职权的划分,要遵循在中央统一领导下、充分发挥地方的主动性、积极性的原则。”这是转型发展新时期行政管理和行政法制改革创新应予特别关注、着力解决、充分利用的制度潜力要素。30多年的改革开放实践证明,行政法制改革与创新的政治智慧和资源,主要是在地方、在基层、在民众之中。由地方局部试点积累经验加以完善再到全国范围予以推行,也即“地方包围中央”的立法模式,乃是行政法律制度创新的理性路径选择。

然而,过去在行政管理和行政法制改革实践中,实际上对地方的积极性关注得很不够,特别是对于地方的主动性基本上不怎么讲。笔者认为,在各类社会矛盾突出、政治与行政革新举措不断推出并时常引发争议的社会转型期,更应遵循宪法原则,给予地方发挥主动性、积极性以及创造性的必要空间,地方政府应当据此积极行使职权、履行职责,主动推进改革创新,发挥出地方的主动性、积极性以及创造性;人们要以发展和法治的眼光来看待、冷静和宽容的态度来对待认真负责的地方推进改革者及其革新举措。要言之,关于对待地方行政法制改革创新的态度和方法,笔者认为要特别注意两点:一是善待改革者,要用发展和法治的眼光来看待、冷静和宽容的态度来对待行政法制革新,正确对待认真负责的地方推进改革者及其革新举措;二是善用立法权,改革主事者应更严谨、更审慎地对待改革创新工作,更充分、更细致地准备改革创新的总体方案和操作方案,力争做到动机与效果的统一。这种态度具有重大的改革方法论意义。在效率性、透明性、便民性、简便性、可行性、规范性、精巧性、创新性等方面

〔4〕 广州市2006年在全国最先出台了一项专门地方行政立法《规章制定公众参与办法》;北京市在2007年12月5日(国际志愿者日)起施行的《志愿服务促进条例》将一个社会组织(北京市志愿者协会)确定为志愿服务工作协调指导机构。由上述地方人大立法和行政立法确立的社会公众参与公共管理的力度非同一般,这从立法的角度积极回应了参与行政、合作行政的行政模式转型和行政法制演进的历史潮流。

提出富有特点的地方行政管理和行政法制改革创新举措,有助于建设高效政府、阳光政府、法治政府和服务型政府,其经验值得其他地方和部门学习借鉴。

二、观察样本:若干地方政府的行政审批制度改革经验

前已述及,我国改革开放 30 多年来,随着经济改革不断深入和政治改革稳步推进,行政管理体制改革逐步提上日程乃至优先推进,行政管理方式和行政法律制度开始了走向民主化、科学化、法治化的革新进程,政府角色由管制者、司令员、传统家长正逐渐转变为指导者、服务员、合作伙伴,政府职能正逐渐由简单片面(或全能无限)转变为适度有限,政府规模正逐渐由庞大(或极小)转变为适中,政企关系正逐渐由对立、疏远或者胶着转变为指导、服务与合作,行政方式正逐渐由单一、单向、强制转变为多样、互动、柔性,行政法制正逐渐由管制型、秩序型、命令型、一味赋权型或一味控权型,转变为服务型、给付型、指导型、权力与权利平衡兼顾型,行政法学也逐渐由机械行政法学、静态行政法学、单纯工具行政法学,转向能动行政法学、动态行政法学、综合功能行政法学。由于对政府角色调整、政府职能转变、政府管理方式创新,人们逐渐有了新的认识和日益迫切的革新愿望,许多地方、许多行政管理领域的同志结合实际大胆探索,取得了积极成效和创新经验。

过去很长时期里,中国大陆的行政规制领域存在高权性、单方性、简单化、低效率、不透明、不规范、不便民等许多问题,诸多弊端一直为人诟病,上述问题在行政审批(许可)制度运行过程中表现得尤为突出,在某种程度上已成为深化经政改革、建设法治政府的突出障碍。^{〔5〕} 这里谨以行政审批改革为例,来观察

〔5〕 在中国大陆,行政审批是一个非常宽泛的概念,涵括了行政许可的基本内容,还包括很多虽非行政许可、但具有政府机关规制经济活动和社会生活的行政管理行为。由于在传统计划经济时代,存在行政审批项目太多、太滥、太随意的现象(据不完全统计,各类行政审批项目,全国共有 4000 多个,像北京、上海、江苏这样的省市都达到 2000 多个),大大压抑了市场主体的活力,增大了企业运行成本,降低了经济活动效率,因此市场导向改革的目标之一就是减少不符合市场经济规律的行政审批项目。这项重要的规制改革举措被称为行政审批改革,其在多年推行过程中取得一些突破和成效,也遇到很大的阻力和反复。为巩固改革成果,引导改革深入,全国人大常委会于 2004 年专门通过了《行政许可法》来规范行政许可和相关行为。