

行政执行的 伦理研究

贲国栋 著



中国法学院校学术大系
LIBRARY OF CHINA'S LAW SCHOOL

南京师范大学法学文丛

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

行政执行的 伦理研究

贲国栋 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

行政执法的伦理研究 / 贲国栋著. —北京:法律出版社, 2010. 11

(中国法学院校学术大系·南京师范大学法学文丛)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 1454 - 8

I. ①行… II. ①贲… III. ①行政执法—伦理学—研究—中国 IV. ①D922. 114②B82 - 051

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 216560 号

中国法学院校学术大系·
南京师范大学法学文丛

行政执法的伦理研究

贲国栋 著

责任编辑 高山 董飞
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2011 年 1 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 北京北苑印刷有限责任公司

印张 9.75 字数 235 千

印次 2011 年 1 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版社

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 - 1454 - 8

定价:25.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

作者简介

贲国栋 男，1968年生，江苏如皋人。法学博士，副教授，硕士生导师。1991年毕业于南京师范大学思想政治教育系并留校工作，2000年7月获得思想政治教育学（伦理学方向）硕士学位，2007年获得法学（法理学方向）博士学位。在从事繁忙的学生思想政治教育管理工作之余，注重专业学习与研究，参编思政、法学方面教材4部，发表专业论文10余篇，承担省教育厅重大课题项目1项。

序

欣闻贲国栋博士的学术专著《行政执法的伦理研究》即将由法律出版社付梓出版,甚是欣慰,并致以学术上的热烈庆贺!本书是作者在其博士学位论文基础上经过多年的修改完善而成,是一部严肃的学术著作。本书对行政执法的伦理目的、伦理价值基础、伦理价值的实现机制等重大理论和现实问题进行了较为系统的理论阐释,是我国对行政执法的伦理问题进行系统学术梳理和研究的不多的高质量成果之一。本书不仅积极回应了当代中国建立服务型政府和法治政府的时代要求,而且从行政执法伦理学的视角将服务型政府和法治政府建设与实现政府善治相结合,具有重要的理论意义和现实价值。

—

关于行政执法的伦理研究,基本上来源于两大理论思潮:一是公共行政伦理问题的理论研究蓬勃兴起;二是作为应用伦理学的法律伦理学的发展。

关于公共行政伦理的研究,上世纪下半叶以来,西方伦理学界出版了大量的应用伦理学的学术论著,

其中行政伦理学的成为应用伦理学分支,产生了一批研究成果,例如美国著名哲学家范伯格的《责任理论》,唐纳德·肯尼迪的《学术责任》,凯瑟琳·但哈特的《公共伦理学:解决公共组织中的道德困境》,特里·L·库帕的《行政伦理学:实现行政责任的途径》,塞缪尔·亨廷顿的《民主的危机》、《变化社会中的政治秩序》;英国约翰·M·费舍尔和马克·拉威泽的《责任与控制:关于道德责任的理论》;德国汉斯·约纳斯的《责任之原理》,伦克的《应用伦理学导论:责任与良心》,汉斯·昆的《全球责任》等等。这些这些成果一方面体现了西方民主宪政运动和公共行政管理理念的新的发展趋势,另一方面对当代中国的公共管理和行政法学理论都产生了深刻的影响。

关于法律伦理学的研究,在西方可谓源远流长。从西方法学史的角度而论,自古希腊以来,自然法传统十分关注作为法律伦理道德基础的自然法的研究,着力于探讨法律与道德之间的关系,对“良法是不是法”进行了长久的理论探讨和论证,以致庞德认为,价值问题虽然是一个困难的问题,但它是法律科学所不能回避的。即使是最粗糙、最草率的或最反复无常的关系调整或行为安排,在其背后总有对各种互相冲突和互相重迭的利益进行评价的某种准则。在法律史的各个经典时期,无论在古代和近代世界里,对价值准则的论证、批判或合乎逻辑的适用,都曾是法学家们的重要活动。因为在每一种场合,人们都使各种价值准则适应当时的法学任务,并使它们符合一定时间和地点的社会理想。^① 随着西方伦理学,特别是规范伦理学和制度伦理学的发展,法律伦理学逐渐从法学研究中的法的伦理价值问题和法律与伦理道德的关系问题的研究逐渐分离和独立出来成为一个相对独立的法学与伦理学之间的边缘性、交叉性学科而得到长足发展。

① [美]庞德:《通过法律的社会控制,法律的任务》,沈宗灵译,商务印书馆1984年版,第55页。

在我们看来,法律伦理学对于当代中国的社会治理、政治文明建设和法制现代化的发展都具有特殊重要的意义。这是因为:第一,社会道德和法律现象具有起源上和生成机理上的同源性,在精神价值上具有内在同构性和契合性。第二,在中国现代化的发展的历程中,一方面,伦理精神价值的现代化与法制现代化长期相生相伴,共同发展,彼此互动;另一方面,作为一个后来的现代化国家,中国现代伦理精神的成长与现代法制变革之间的不平衡性,深深植根于中国人的生产生活方式土壤中的人际交往伦理与现代法制所追求的产生于西方文明历史中的人际交往方式的类型学上的差异,也是困扰中国法制现代化乃至政治现代化健康和有序发展的十分重要的原因之一。第三,伦理文化和法律文化是一个民族文化精神的内核,深深植根于一个民族的历史文化之中,孕育和生长于一个民族人们之间的社会交往行动方式之中。中国具有五千年悠久历史,中国传统社会是一个典型的伦理型社会,伦理文化博大精深,传统中国法制以“伦理法”而著称,伦理与法制同构互动,型构了中国古代特有的伦理与法的契合机制,形成了富有中国民族特色的“伦理法”秩序。而这种传统的伦理与法的契合互动、“伦理法”秩序的深厚历史文化基础,决定了中国的法制现代化与西方的法制现代化,不仅是发展水平和阶段的差异,更是现代化模式和类型的不同。因此,建设社会主义法治国家,必须深刻把握中国社会伦理与法的互动机理,推动中国伦理和法的精神价值的现代转型,型构具有中国特色的现代伦理精神与法治文化之间的内在契合互动机制,从而为依法治国,建设社会主义法治国家奠定坚实的法律伦理学基础。

基于以上认识,我确定了将法律伦理学研究作为我指导的博士研究生生的选题领域,以图形成一个法律伦理学研究的系列,深化我们对这一重大理论和实践课题的认识。目前,这一研究已经初步完成了法制运行各个环节的伦理分析,形成了刘爱龙的《立法的伦理基础分析》(法

律出版社 2008 年出版)、刘同君的《守法伦理的理论逻辑》(山东人民出版社 2005 年出版)、贲国栋的《行政执法的伦理研究》和沈明磊的《民事司法的伦理分析》四篇博士论文,并均已通过了论文答辩。本书为其中的第三部,涉及法律伦理学与行政伦理学的交叉性学术领域,同时对现代行政法的伦理学建构具有重要意义。

二

行政执法的伦理研究,在我看来,是关于行政执法的伦理道德及其展开和实现的系统理论阐释,具体涉及行政执法的伦理精神的性质、目标和基本价值取向,行政执法的制度伦理和行政执法的行为伦理等方面的内容。行政执法伦理道德追求决定于行政执法的公共行政性质及其所内涵的行政交往行动方式,决定于行政执法中法律关系的模式。行政执法的伦理研究主要应当在四个层面展开,这四个方面的展开构成了行政执法伦理研究的理论逻辑和本书的逻辑结构安排的基础:

第一,行政执法的伦理道德基础、伦理道德追求和伦理价值取向问题。行政执法是一种公共行政行为,也是一种执法行为。作为公共行政行为,行政执法的终极伦理道德诉求乃是实现善治或善政,即通过公共行政的执法行为的实施,应当实现社会治理的善。何为善治?这是一个见仁见智的问题。在我看来,伦理是一种实践智慧,是关于善的学问。行政执法的本质乃是使良法在现实生活中得到贯彻和实施,使现代法制所内蕴的伦理价值得到实现和展示。包括对人权的普遍尊重和公民权利的依法保护,对社会正义和公平的执着追求,对各种利益纠纷和矛盾的协调解决,对社会整体利益和社会和谐秩序切实维护,对宪法、法律、法规的尊重和忠诚等,从整体上实现社会主体的公正感和幸福感。

第二,行政执法组织伦理问题。行政执法组织是现代国家组织体系的重要组成部分,其主要职能是行使国家行政执法权。因此,行政组

组织建构的伦理基础乃是基于行政执法的职责和职权而及其实现的方式。它包含下列基本要素:与其在国家组织体系中地位和职能相适应的职权和职责配置的伦理道德要求,赋予与其职责相适应的职权;行政执法组织为实现其职能目标而形成的内部组织结构伦理;行政执法组织的行动机理,这主要是指行政执法组织内部不同部门之间的相互配合、相互支持共同实现执法目的的运行机理;行政执法组织行使职权的内部权力制约的伦理机制;行政执法组织的外部环境协调伦理,这涉及行政组织在行政执法中的多部门协调运作的伦理机制;组织行为的伦理机制等。

第三,行政执法人员的伦理道德问题。行政执法人员是行政执法行为的具体行使者,他们的行政执法伦理主要涉及资格伦理和行为伦理。资格伦理主要是指作为行政执法者除了具备法律所规定的职业资格以外,还要具有基本的作为行政执法者的伦理道德素质的基本规范要求;行政执法的行为伦理则主要是行政执法者在形式行政执法行为时应当遵循的除了法律规范外的伦理道德规范,包括对相对人的善意和对弱者的同情、基于公正心之利益权衡、不得考虑不该考虑的因素、基于善良心的对执法的法律依据的选择和解释、基于善良考虑的行政执法方式和方法的选择、对相对人的平等对待和人格尊重等等。

第四,对行政执法的监督伦理道德问题。这涉及两个不同的视角:一是从行政执法机关及其行政执法人员来说,主要是如何对待对其行政执法权行使的伦理道德观及其伦理道德规范的问题;二是从监督者角度论之,行政执法监督机关和人员在行使行政执法的监督权的伦理道德问题。

三

当代中国正处于伟大的社会变革时期,这种社会变革过程是一个现代化的过程。而中国的现代化属于政府推动型的现代化,政府治理

方式及其行为导向对社会生产和生活的方方面面都产生着巨大而深远影响。面对政府如此强大的影响力以及其他社会主体无法取代的位置,如何确保政府始终沿着正确的轨道运转,这是摆在人们面前亟待解决的一个问题。对政府行为的规制成为了我国法制建设十分重要的构成部分,也成为社会主义法治国家建设的重中之重。改革开放 30 多年来,我国在行政法制建设方面取得了巨大的成就,确立了现代行政法的基本价值理念,建构起较为完备的行政法制框架,从行政权的取得,行政组织结构、行政主体的确定,权力运行的规范,行政相对人权利体系及其救济制度等各个方面基本做到了有法可依,对行政机关的行政执法明确提出了严格公正规范执法的要求。但是,行政主体的执法活动即是构建法治国家最活跃和最核心的因素,它本身又具有很强的扩张性。行政自由裁量权的赋予使行政执法活动具有较大的自由度,但行使不当也会造成对法治的巨大破坏。因此,对行政执法规制不能仅仅靠法律规制,还必须形成多种形式的行政权的规制方式和多元统一的行政权规制体系。而行政执法伦理通过为行政执法者提供良知导向,可以无时无刻地提醒执法者要牢记行政执法的目的和宗旨,通过建构行政执法的伦理道德规范体系,为行政主体的执法行为提供内在的道德自律和外在的舆论和纪律制约。因此,在进行政治体制改革,完善法律法规的同时,也应当对行政主体的自律性因素(道德能力)予以充分的重视,因为任何政府体制的改革都是为政府能力的提升提供一个现实的外在框架基础,如果行政主体的道德能力得不到应有的重视,那么政府能力的提升就很可能是一个幻想,再完备的行政法制也难以得到切实有效的遵行和全面实施。正如有学者所指出的:“一个现代的公共行政不仅是经济的、政治的,同时更是道德的”,“我们最迫切的问题不是由我们法律中的缺陷引起的,而是起因于应该支持法律的道德共识的分崩离析。总之,今天我们所面临的危机是一种道德危机”,“解

决危机的办法不是取决于政府的行动,而是取决于个人的行动,不是依靠新的法律,而是依靠道德的复兴。”^①正是基于上述对当代中国行政权道德规制的必要性的认知,本书在以下方面具有鲜明的理论特色或创新:

第一,关于行政执法伦理的概念界定,本书力求体现出行政执法和伦理学在主体和内容上的结合,认为行政伦理是行政执法主体及其行为的伦理,是关于政府及各行政组织和个人在公共行政活动中的伦理价值取向、制度伦理规范、行为伦理规范的总概括。其核心价值导向是行政执法的伦理价值取向,基本内容是行政执法的伦理规范,包括制度伦理规范、行为伦理规范。指出行政伦理的完整概念至少应包涵三大部分,是伦理价值取向、制度伦理规范、行为伦理规范的有机结合,并构成一个由价值导向到行为规范再到制度规范的系统。认为衡量行政执法的伦理价值参数最主要包括三个方面,即彰显起点伦理的“公意”、彰显结果伦理的“效能”和彰显过程伦理的“程序”。

第二,关于行政执法的伦理价值体系,本书认为,行政执法伦理的最高价值目标乃是实现善治,而公共利益的维护是善治的根本出发点和归属,而平衡公益和私益,保证公共利益与私人利益配置的公平合理,实现行政执法的公正基本价值要求,进而建构起以对相对人的尊重、权利保护、帮助和社会保障、引导、规划和限制为基本要素的行政执法的伦理价值体系。

第三,关于行政执法伦理形成机制,本书综合运用现代伦理学的伦理流理论、规范伦理学理论和博弈论等多种研究方法,从宏观上分析了行政执法伦理的四种不同形成路径,从微观上分析了作为行政执法人

^① [美]巴尔:《三种不同竞争的价值观念体系》,载《现代外国哲学社会科学文摘》,1993年第9期,第18页。

员作为经济人与道德人、行政人之间的角色冲突,及其在面对权利与权力、现实利益与道德诉求之间的矛盾时的博弈和行为方式的选择机理,进而建构起以行政执法权、行政组织、行政程序、行政监督、公务员法等制度伦理;具体行政执法的制度伦理,以公共利益原则、相对人权益原则、平衡原则、公正原则、责任原则为基本内容的行政执法人员的选择伦理。

第四,关于当代中国行政执法伦理建设,本书在实证分析了当代中国行政执法伦理失范的现象的基础上,比较分析了不同国家在行政执法伦理建设方面的实践及其启示,主张综合运用和高度整合我国历史和现代、本国与外国行政执法伦理的建设资源,建立起教育、制度、监督有机统一的行政执法伦理道德建设的新格局,实现依法行政与以德行政相呼应的内外规制机制,为实现善治提供坚实的行政执法伦理支撑。

四

在我的有限的阅读范围内,尽管我国曾有学者对西方行政伦理法学进行了较为系统的介绍和评析,也有学者从不同角度对行政执法伦理建构及其法律调整问题进行过有益的专题研究,但是像本书从法哲学和法律伦理学的角度对行政执法伦理进行系统法律分析研究的著述阙如。从这个意义来说,本书作为当代中国系统研究行政执法伦理问题的学术专著具有开拓性意义。也许正是这种具有开拓性的学术努力既凸显了本书的理论价值和意义,它的出版将会推动我国法律伦理学和行政法学对这一重要学术领域的研究的深入,但也使本书的研究只是我国开展这一领域高水平系统研究的初步尝试,其中许多重大的理论和现实问题需要进行进一步拓展和深入的专题研究,许多重要的观点需要进一步的论证和深化,有些观点还可能受到质疑、需要修正。但我相信,本书无疑是具有重要创新性意义的高质量学术著作。希望作

者能在本书研究的基础上,继续在相关领域进一步开展深入系统研究,取得更多高质量的学术成果。

以上是我对本书的初步解读,也是我对这一重大理论和现实课题的初步思考,希望对读者阅读本书有所助益。是为序!

刘旺洪
2010年12月5日

目 录

导 论 001

- 一、选题价值阐释 001
- 二、分析工具与研究路径 005
 - (一)委托—代理理论 006
 - (二)伦理流框架 008
 - (三)博弈论 018
- 三、理论目标和研究架构 020

第一章 行政执法伦理的一般理论 022

- 一、行政执法概念之厘定 023
 - (一)行政执法概念之现状阐述 023
 - (二)厘定行政执法概念的视阈与理路 024
 - (三)行政执法在行政行为概念体系中的地位阐释 026
- 二、行政执法的定位及其特征 035
 - (一)行政执法的定位 035
 - (二)行政执法的特征 039
- 三、行政执法的构成要素 042
 - (一)主体要素 043
 - (二)对象要素 044

- (三)事实要素 045
- (四)程序要素 046
- (五)形式要素 047
- 四、行政执法的伦理精神 048
 - (一)行政执法伦理的逻辑起点 048
 - (二)行政执法伦理的价值基础 050
 - (三)行政执法伦理的直接动力 052
 - (四)行政执法伦理的内在源泉 054
- 五、行政执法的意义 057
 - (一)行政执法是国家法律规范实施的重要途径 057
 - (二)行政执法是实现国家行政管理职能的重要方式 057
 - (三)行政执法是依法行政、实施依法治国方略的关键性环节 058

第二章 行政执法伦理源流的梳理与解析 059

- 一、法、道德与作为支撑性概念的伦理 059
 - (一)伦理与道德之间的内在关联性 059
 - (二)道德、法律及其在功能上的互补性 065
- 二、行政执法伦理的基本内涵及其源流梳理 069
 - (一)行政执法伦理的内涵 069
 - (二)行政执法伦理理论的源流梳理 070
- 三、行政执法伦理的一般解析 080
 - (一)衡量行政执法伦理的参数 080
 - (二)我国当代行政执法伦理的缺失及其危机 085

第三章 行政执法的伦理价值分析 094

一、伦理结构的展开以及伦理价值分析的基本逻辑过程 095

(一) 伦理结构之展开 095

(二) 伦理价值分析的一般推理过程 096

二、行政执法的伦理目标:善治 097

(一) 善治以维护公共利益作为基本出发点和最终归宿 099

(二) 善治应注意平衡公益和私益,保证公平合理 101

三、行政执法的伦理价值判断及其价值形态 102

(一) 行政执法的伦理价值判断 102

(二) 行政执法伦理价值形态 105

第四章 域外行政执法伦理的实现机制分析 111

一、英美法系 111

(一) 美国 111

(二) 英国 114

(三) 加拿大 119

(四) 新西兰 121

(五) 澳大利亚 124

二、大陆法系 126

(一) 日本 126

(二) 韩国 128

第五章 中国行政执法伦理的现状是实现机制分析 132

一、中国行政执法伦理的历史与现状 132

二、委托—代理理论与行政执法伦理实现的逻辑起点 136

三、伦理流与行政执法伦理的实现机制 140

(一) 伦理流的形成——直接作用于行政执法——行政执法伦理的形成 142

(二) 伦理流的形成——规范伦理分析——行政执法伦理的形成 143

(三) 伦理流的形成——政治流过滤——行政执法伦理的形成 145

(四) 伦理流的形成——规范伦理分析——政治流过滤——行政执法伦理的形成 147

四、博弈论与行政执法权运作的伦理机理 149

(一) 塔洛克的个人决策者理性博弈层次 151

(二) 塔洛克的政治博弈层次 152

(三) 更进一步的伦理博弈层次 155

第六章 行政执法的制度伦理 157

一、行政执法制度伦理的功能 157

(一) 制度伦理的内涵 157

(二) 行政执法制度的伦理功能 160

二、行政执法权力配置伦理 163

(一) 行政执法权与伦理的一般关联 164

(二) 伦理作用于行政执法权配置的基本方式 166

(三) 行政执法权配置的伦理化 169

三、行政组织制度伦理 172

(一) 行政组织进步动力的伦理分析 174

(二) 行政组织服务对象的伦理分析 177

(三) 行政组织中责任问题的伦理分析 181