

直面转型的中国行政法

张树义教授六十华诞
· 论文集 ·

梁凤云 张 力◎主编

ZHIMIAN ZHUANXING DE ZHONGGUO XINGZHENG FA
ZHANGSHUYI JIAOSHOU LIUSHI HUADAN LUNWEN JI



中国政法大学出版社

直面转型的中国行政法

张树义教授六十华诞论文集

论文集



引领法讯前沿
优惠尽在指尖

上架建议：行政法学

ISBN 978-7-5620-5850-2



9 787562 058502 >

定价：55.00元

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

直面转型的中国行政法：张树义教授六十华诞论文集/梁风云，张力主编。—北京：中国政法大学出版社，2015.1

ISBN 978-7-5620-5850-2

I. ①直… II. ①梁… ②张… III. ①行政法—中国—文集 IV. ①D922.104-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第017255号

- 出版者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路25号
邮寄地址 北京100088信箱8034分箱 邮编100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话 010-58908285(总编室) 58908334(邮购部)
承 印 固安华明印业有限公司
开 本 720mm×960mm 1/16
印 张 25
字 数 409千字
版 次 2015年5月第1版
印 次 2015年5月第1次印刷
定 价 55.00元

直面转型的中国行政法

张树义教授六十华诞
· 论文集 ·

ZHIMIAN ZHUANXING DE ZHONGGUO XINGZHENG FA
ZHANGSHUYI JIAOSHOU LIUSHI HUADAN LUNWEN JI

梁凤云 张 力◎主编



中国政法大学出版社

转型·自治·方法
深化行政法基础理论研究系列论坛之——暨张树义教授六十华诞庆祝研讨会

北京 2013. 6. 15



生日照 艾群 摄



生日全景图 艾群 摄

编者 荐语

2013年夏天，适逢我们的导师张树义教授六十华诞，学术界组织了一次规模不大不小的座谈会，研讨“转型·自治·方法”的问题。由于我目前从事的工作大多与具体、琐碎、细微的司法事务相关，这次研讨展示的宏阔、高远、宽广，给了我不小的震撼，也使我从全新的角度审视行政法学的研究的路径和方法问题。以这次研讨的一些论文为主，荟集成册，形成了这本论文集。这本论文集中，反映了以张先生为代表的行政法学家对社会转型、政治理性、国家与社会、自治与他治、公众参与、私人治理等问题的深度思考，彰显了行政法学界开拓基础理论新视野的巨大勇气和责任担当。

从硕士研究生开始，我就师从张树义先生研习行政法。张先生是行政法学为数不多的、公开倡导控权论的著名学者。行政诉讼法颁布之后，先生和龚祥瑞、姜明安先生一道就行政诉讼法实施状况作了一个调查，并最终形成《法治的理想与现实》一书。这次调查成为张先生研究生涯的重大转折。张先生认为，行政诉讼法的颁布并没有带来理想的实施效果，必须改变过去那种“理想—理性—理论”的研究思路，走一条“实用—实践—实验”的研究之路。如果从立法中探寻行政法的真谛，纯属舍本逐末，文本中看不到真实的中国社会。中国行政法的渊源必须从体制改革当中，从社会转型当中，从制度变迁当中，从政府与市场的关系当中去寻踪觅迹。先生讲课的内容和角度往往与其他教授有异，讲课方式慷慨激越、鞭辟入里、娓娓道来、层层剥茧，往往使人豁然开朗、醍醐灌顶、恍然大悟、茅塞顿开。学生与先生围坐，先生与学生对谈，林间春花烂漫，窗外夏雨阵阵，缙帷秋叶婆娑，杏坛冬日暖阳，教益于斯，受惠于兹。

先生从不向学生灌输自己的观点，而是鼓励学生进行平等、激烈的争辩和大胆、开放的试错。他说，研究生阶段最重要的不是课堂讲授，而是学术训练。学术训练关注过程，关注观点的相互砥砺，关注论据的相互磨磋。无争

辩即无真理。辩论言辞之激烈，不过是求实心态之体现；话语之苛刻，不过是求真理想之追索。在先生的熏陶和带领下，一群二十岁出头的年轻人，在研究生阶段就开始了著书、立说、讲学的学术生涯。时至今日，先生门下的学生，大多喜欢辩论、质疑、假设，但同样都赤诚、坦诚、真诚，蔚为一景。

陆放翁有言，汝果欲学诗，功夫在诗外。为了给予学生规范的学术训练，先生不遗余力。先生有言，行政法的根系不在行政法，而在更广阔的宪政背景、体制变革、社会变迁和蓬勃的经济学当中。他向学生推荐了大量的这些学科的书籍，譬如布坎南的公共选择理论、哈耶克的《通往奴役之路》以及杨晓明和周翼虎的《中国单位制度》等，这些书籍都是摆设于世的药方。先生说，我们要做的是为中国社会把脉，通过脉象找出中国问题的“病症”所在。为了提高学生的学术水平和表达水平，先生郑重推荐周其仁的“中国农村改革：国家与土地所有权关系的变化——一个经济制度变迁史的回顾”一文。这篇文章是周其仁最经典的作品，先生引导我们体会该文深厚的学术意蕴和洗练的文字。我们至今仍对此文非常熟悉，并引以为重要范文，时而品读，常常回味。

先生著述往往流淌着浓浓的家国情怀。《走出低谷的中国行政法学》不惟纵论，更有忧思；《冲突与选择：行政诉讼的理论与实践》不惟立论，更有荐言；《中国社会结构变迁的法学透视》不惟借鉴，更有创制；《变革与重构——改革背景下的中国行政法理念》不惟反思，更有重构；《追寻政治理性——转型中国的思考》不惟考问，更有呐喊。几年前，先生游学美国，带着开放的胸怀、善于感悟的心灵，带着“中国问题意识”，一头扎进美国社会，剖拔美国的土壤，广泛研究美国的宪制、历史、自治、公产、宗教、教育等。《旅行的意义：美国社会观察》一书中，先生提出了“但理论与经验或常识相悖时，我们需要抛弃的不是经验，而是理论”的重要观点。实事求是是在焉！

本书的作者，有的是先生传道授业解惑的学生，有的是先生提点启寐破迷的同道。他们写作的论文，或多或少可见先生研究方法和路径的印迹，或多或少可见先生平生为学为人为师的影响。先生虽罹患疾病，仍然谈笑风生，纵论鸿儒，一如平日，祝愿先生早日蠲除病魔！

脱俗谛之桎梏，启自由之思想。谨以本书致献先生。

梁风云

甲午年丙子月辛酉日于著封斋

目 录

现代化与社会转型

- 兼论社会碎片化及其救治 张树义 / 001

第一单元 转型

我们需要怎样的国家所有权？

- 对宪法上国家所有权的文本解读 肖泽晟 / 033

- 现代行政权的概念及属性分析 张树义 梁风云 / 047

从拟制走向虚无

- 土地征收中“公共利益”的演变 蔡乐渭 / 054

- 清末新政中行政审判制度的解读 刘志峰 / 077

- 行政诉讼调解的理论基础与制度建构 喻文光 / 092

- 现代社会转型：特定性努力抑或是普遍性努力？ 朱悦衡 / 113

- 自然保护领域的私人治理：激励与规制的双重视角 马 允 / 125

第二单元 自治

- 中国近代地方自治学说源流考 卞修全 / 155

分层民主、政治试错与个人负责

- 从系统论看联邦制 赵 宏 / 167

| | |
|---|-----------|
| 公众参与的意大利经验及启示 | 罗智敏 / 182 |
| 行政法治中的自治理性 | 张晓燕 / 195 |
| 实质法治与信任 | 李 佳 / 208 |
| 老调如何重弹：走向自治范式的行政法 ——基于对中国地方政府的观察 | 张 力 / 224 |
| 自治：规制与自由之解 | 费 娜 / 243 |

第三单元 方法

| | |
|--|-----------|
| 关于行政执法案件事实认定方法的哲学思考 | 高家伟 / 265 |
| 作为教义学概念的行政裁量 ——兼论行政裁量论的范式 | 王天华 / 279 |
| 行政过程中的政策形成 ——一种方法论上的追问 | 高秦伟 / 293 |
| 中国行政法（学）的发展趋势 ——兼评“新行政法”的兴起 | 李洪雷 / 319 |
| 部门行政法研究与行政法总论的改革 ——以药品行政领域为例证 | 宋华琳 / 334 |
| 行政法解释研究：在规范、事实与政策之间 | 王 旭 / 348 |

现代化与社会转型

——兼论社会碎片化及其救治

◎张树义*

清末以降，中国开始了剧烈的社会转型，这场社会转型如此深刻，以至于我们完全可以用“三千年未有之大变局”来概括。历史地看，这一社会转型是要建立一个现代性的社会。辛亥革命可以视为中国开始“现代”的征象，但是，革命虽然推翻了皇室统治，由于未能改变基层社会结构，故未能取消帝制官僚制度。中共通过农村包围城市的战略使政治深深扎根于基层社会，并开始用土地革命的方式变革封建性的社会基础。1949年新中国成立以来，中共开展的土地改革运动，用高度集中的人民国家政权直接干预基层的社会生活，彻底地打破了数千年造就的传统社会基层结构，并努力将基层的社会生活纳入到社会计划之内，从而在破坏旧世界上取得了成功。遗憾的是，它并不是一帆风顺的。1957年“反右”、1958年“大跃进”，特别是“文化大革命”中，社会经济生活行政化和随之而来的社会日常生活政治化，产生了一系列严重后果，不仅挫伤了个人和基层社会的积极性，而且社会生活因缺少按自身规律进行自发协调的功能，由此带来了经济发展停滞和民主建设上的一系列问题。这些问题产生的根源，是缺少一个稳定的社会自我协调系统和自我发展机制。1978年开

* 张树义（1953~），山西临县人，中国政法大学教授、博士生导师。

始的改革开放无疑是一场伟大的历史变革。市场化、工业化、城市化的进程使当今中国已然发生翻天覆地的变化。但这一切仿佛是给古老的中国蒙上了一层薄薄的面纱。足见中国在现代化中社会转型之艰难。正如美国学者费正清在对中国与美国加以比较时所言：“中国有它自己的生命……中华民族是现代世界上最古老的社团。他们的根基至少可以连绵不断地回溯到少则三千年以前，多则将近四千年以前。他们的语言，他们的伦理观念，他们的社会政治制度，都比我们具有更大的连续性，而在地理上始终集中在一个地区，并且数千年以来一直保持着他们自己的惯性，这方面也是我们所没有的。不可能想象，现代中国人这一人类中最大而又最古老的人群，可以被纳入任何外国（例如俄国、美国或者其他强国）的轨道之内，除非中国自己内部发展的本身导致这样一种转向。”〔1〕本文即从中国现代化的视角，对1978年以来的改革开放所引发的社会转型进行分析，尤其是对20世纪90年代以来呈现的社会碎片化现象进行探讨，以期对中国实现社会转型有所贡献。

一、社会转型与结构分化

在社会科学的意义上，1978年开始的改革是社会结构变化带来的社会转型的过程。无论是从社会学，还是从法学的意义上，社会转型都是社会结构的变化。社会结构是由各种社会要素组成的。社会结构的变化实际上是社会结构性要素的变化，即社会结构性要素的分化、重组、转型和新生。社会结构性要素的分化，引起了社会关系的深刻变化。无论社会变迁，还是社会转型，都是这些社会要素变化所致。改革之前的中国社会结构，是主体一元化的高度集权的社会结构。当市场化改革开启后，伴随着城市化、工业化的进程，这种一元化的高度集权的社会结构不可阻挡地发生了分化。

首先是主体的分化。改革以来，一元化主体社会结构逐渐瓦解，分离出众多独立、半独立的主体，他们在不同的程度上摆脱了行政隶属关系，在失去行政等级束缚的同时获得了独立自主的地位。

贫穷从来都是追求变革的最大动力。在计划体制下，城乡二元结构将农村置于不利地位，造成了农村的绝对贫穷状态。安徽凤阳小岗村置之死地而后生的悲壮历史，揭开了中国改革的序幕，经过三十年的改革，农村已然明

〔1〕 参见〔美〕费正清：《美国与中国》，孙瑞芹、陈泽宪译，商务印书馆1971年版，第4页。

显分化。它们确实已日益多元。这种多元可以从农民的类型窥见一斑。大致来说，今日中国农民群体可以分为四种农户：一是纯农户；二是以农业为主的兼业户；三是以农业为次的兼业户；四是外出务工经商已不再兼业的农户。这仅是以农民收入来源角度作出的划分，对我们理解社会结构变化也有意义的是农民所处区位的划分，即将农民分为经济发达地区的农民和一般农业型地区的农民。前者是地处沿海发达地区和大中城市郊区农村的村民；后者则主要是指处于中西部地区的农民。二者的分化程度如此之大，以至于我们很难再用“农民”二字来统称传统农村的村民。用贺雪峰的话讲，“当下中国已经没有一个统一的农民群体，土地不再是一种类型的土地”。〔1〕

城市向来是专业分工的体系，只不过“单位体制”将所有组织与个人同一化为“单位人”，体制改革就是瓦解“单位体制”的过程。陆学艺教授等将改革以来的社会分化表述为阶级、阶层的分化，认为，当前中国社会已经分化为十大社会阶层，分别是：国家与社会管理者阶层、经理人员阶层、私营企业主阶层、专业技术人员阶层、办事人员阶层、个体工商户阶层、商业服务业员工阶层、产业工人阶层、农业劳动者阶层、城乡无业失业半失业者阶层。陆教授等认为，阶层区分的标准有三个：组织资源、经济资源及文化资源。由于资源来源和获取方式不同，形成了不同的社会阶层。显然，在主体分化的过程中，单位体制已然被打破。无论是单纯务农的农民分化出的农民工、农民企业家，还是城市里出现的个体户、私营企业、三资企业、在劳动力市场上出卖劳动力的雇佣劳动者，原有体制内的主体都面向市场，以获取他们生存的资源，而不再牢守“单位”的家园。

其次是利益的分化。改革以来，人们的利益趋于个别化和多样化。改革前，企业之间以及个人之间的利益都是由单位和部门统一安排，企事业属于国家或集体所有，个人则归属于单位。因此，企业享有哪些利益，或者说哪些利益属于个人，并不是十分明确。随着经济体制改革，政企分开，企业获得了较大程度的经营自主权，企业经营的好坏，直接影响企业领导和职工的经济利益；农村联产责任制的实行，把原先混合在集体中的利益独立出来，土地的承包，使各家各户的利益界限一下子变得分明起来。进而言之，改革

〔1〕 参见贺雪峰：《地权的逻辑：中国农村土地制度向何处去》，中国政法大学出版社2010年版，第32页。

前，企业或个人的利益受到严格限制，除了部门或单位安排的利益之外，企业或个人不被允许追求其他利益，在这种情况下，人们的利益期望和要求受到了抑制。改革以来，企业和个人都可以在法律的限度内追求自己的利益了，这就激发了人们的利益期望和要求。企业和个人都可以进行广泛的选择，在自愿平等的基础上通过契约建立一种跨单位、跨部门、跨地区甚至跨国家的业缘关系。其结果是人们的利益关系趋于多样化。总之，利益范围的明确化，利益关系的多样化，增强了人们的自我利益感，刺激了人们利益意识的觉醒。

社会主体和利益的分化不仅改变主体、权利结构，也使个人与个人之间、个人与国家之间、中央和地方之间的关系随之发生了变化。传统的行政隶属、行政命令关系正在逐步被建立在平等主体、不同利益需求基础上的契约关系所取代。中国人从来也没有像今天这样重视契约的作用，契约也从来没有像今天这样在社会生活中被广泛应用。契约正在逐步成为社会的基本关系。

一个既定社会结构要素的分化意味着原有社会结构均衡状态被打破。因为原有结构中产生出了许多新的变量因素，例如个体户、私营企业是为传统社会结构所不容的，它们的出现无疑是对传统社会结构的冲击。这一冲击的后果表现为许多机关干部、企事业人员纷纷下海。这些新的变量因素的出现意味着传统社会秩序被破坏，由此也就引发出一系列新的社会矛盾。社会学家们将这些矛盾从社会结构的角度概括为两类：^{〔1〕}一是原有制度结构内与制度结构外的矛盾；二是原有制度结构内控制与分散的矛盾。

就制度结构内外的矛盾而言，社会结构变迁首先造就了两种不同类型的人员，一部分是脱离原有制度结构地位的群体，可称之为“体制外人员”；一部分是仍生活在原有制度结构内的地位群体，可称之为“体制内人员”。前者如个体经营者、私营企业主和雇员、新组织形式下的农民等；后者如党政机关干部、国营企业工人、教科文卫等专业人员等。这两类不同类型的人员在利益来源、利益满足方式以及利益获取量上存在着差异。体制内地位群体的利益来源是原有社会制度规定好的，它给予其成员稳定的福利保障和利益来源，但也严格规定了其成员的利益满足方式和利益获取量，任何企图摆脱或超越制度规范的行为都是被禁止的。而体制外地位群体的利益来源大多是由

〔1〕 王奋宇：“中国改革与现代化进程中的社会结构变革”，载《中国社会科学季刊》1993年春季卷，第78页。

市场决定的，因他们游离于原有结构之外，市场的评价决定其利益来源和获取量。利益来源决定了利益满足方式的差异，体制内地位群体的利益满足方式是由制度规定的，而体制外地位群体的利益满足方式取决于市场，由于市场空间广阔，其利益满足方式亦多种多样。体制内与体制外不同的地位群体在利益获取量上的差距是很明显的。体制外地位群体的利益获取量明显高于其他群体。据调查，私营企业主的人均收入与城镇居民相差约 20 倍。正是体制内与体制外在利益来源、利益获取方式和获取量等方面的差异，构成了体制结构内与体制结构外的矛盾内容，经济生活中的双轨制在社会生活中变成了社会体系中的矛盾。

从制度结构内控制与分散的矛盾来看，原有制度结构也并非铁板一块，其内部也因改革而产生另一种类型的矛盾。首先，对中央来说，面临的是资源控制与分散的矛盾。新中国成立以来，为了实现工业化目标，国家资源是由中央集中控制与使用的。但是集中控制又容易受人为因素的影响。若控制得过死，则个人和组织内在的积极性会受到压制。因此，资源的分散是调动积极性的有力手段。但是，资源的分散又会带来新的问题。例如中央政府的整体调控能力削弱，地方或部门利益的分化，影响了过去中央与地方的关系格局，双方关系中开始出现“谈判”的色彩，并愈加浓重。再如资源的浪费、资源的分散意味着地方或部门的利益独立化，地方或部门在资源的使用上经常是以扩大自身的利益为出发点，这对中国社会的整体发展目标十分不利。其次，对于体制内组织，如企业、事业单位，由于中央的放权，企业、事业单位的自主权在逐步增强。但由于改革措施不配套，市场化程度低，企业、事业单位往往成为放权让利的“截流器”，许多权利和利益积淀在企业、事业单位。企业、事业组织的单位行政化并没有解决，由此引发了个人与组织之间的诸多矛盾与问题。

尽管上述问题与矛盾的存在是可以理解的，社会转型必然引发许多矛盾与冲突。但问题的严重性在于，在以经济建设为中心这一目标的指引下，许多地方政府片面强调经济发展，并没有对这些社会问题加以足够的重视，更没有采取相应的有效措施。可以作为证明的就是，新的社会断裂层的出现。

社会学家注意到，自 20 世纪 80 年代后期尤其是 90 年代初以来，中国农民出现了大规模的跨区流动——民工潮。农民进城打工，从最初的被视为“盲流”加以遏制，到被定位为“有序流动”加以引导，不仅反映了社会变

迁过程中人们认识的变化，而且基于这种认识变化开始了新一轮城市化、工业化浪潮。这对城市社会结构产生了巨大冲击，形成了城乡之间的“新二元结构”，即从过去的行政主导型二元结构转变为市场主导型二元结构。民工潮本身就说明行政主导型二元结构仍然在发挥作用，因为世界各国现代化过程中普遍采用的是劳动力和人口转移的方式，而不是农民工流动的方式。问题在于农民进城打工不但没有消解传统的城乡二元结构，反而生成新的二元结构。依孙立平的分析，我们的经济生活已从生活必需品阶段向耐用消费品阶段转型。在我们的日常生活中，耐用消费品的生产和消费开始成为主要内容，而生活必需品的生产和消费则退居次要地位。直接反映这种变化的就是食品类支出占消费总支出比重的恩格尔系数。联合国粮农组织用恩格尔系数作为判定生活发展阶段的一般标准：60%以上为贫困；50%~60%为温饱；40%~50%为小康；40%以下为富裕。我国城镇居民生活的恩格尔系数，“八五”末期下降到50%以下，1999年继续下降到41.9%，2000年下降到40%，而在2000年，农村居民中恩格尔系数约为50%。^[1]在他看来，在“行政主导型二元结构”下，虽然当时的制度安排将城乡人口和城乡的经济与社会生活人为地分为两个互相隔离的部分，城乡之间人口不能自由流动，两部分居民享受不同的经济和社会待遇。但在这些制度的背后可以发现，当时处于生活必需品时代的特征，又通过资源的流动将两者连接到一起。我们仍然可以见到城市对农村的依赖。而到了耐用消费品时代，城市人的消费除主副食之外，住房、汽车、电器、医疗、子女的教育、旅游以及其他服务等，与农民几乎没有有什么关系。也就是说，城里人越来越多的消费部分不再与农民和农村有关系，他们日常生活的大部分依赖的是城市而不是农村。于此，我们可以看到城市和农村之间一种新形式的断裂，这种断裂是由市场造成的，因而是一种更为深刻的断裂。

其实，城乡之间的断裂只是社会转型的一个方面。当我们着眼于结构的分化就会发现，经过30多年的改革，尤其是20世纪90年代后，一个“整体型社会聚合体”的中国社会已被多元化利益群体所取代，它意味着中国“利益博弈”时代的来临。可以作为证明的是，各种各样的群体事件普遍与频繁

[1] 孙立平：“城乡之间的‘新二元结构’与农民工流动”，载李培林主编：《农民工：中国进城农民工的经济社会分析》，社会科学文献出版社2003年版。

地发生。问题在于，我们如何正确地评价社会分化所造成的后果，以及我们如何应对这种后果给我们所带来的挑战。

二、多元与碎片

中国改革中的主体与利益的分化，毫无疑问造成了社会的多元化，这种多元化不仅使我们当今的社会充满活力，而且最直接的后果是导致经济奇迹的发生。但是问题的深刻性还在于，如果我们着眼于每个人的生存状态和社会整体的状态，则称之为“社会碎片化”可能更为恰当。更能表明问题严重性的是，社会碎片化的普遍性存在，表明了我们的危机所在。

（一）留守一族：农村黑洞化

中国改革始于农村，自从农村实行了以“大包干”为标志的家庭联产承包责任制以来，农业生产连年获得大丰收，很快就出现了“卖粮难”，农村也冒出了许许多多的“万元户”，一时间，中国的农民似乎富得流油了。然而，随着中国的改革重心转向城市并不断地深入，除了中央连续几年发布的关于农村的一号文件中不断地稳定农村土地承包权之外，农村和农民在中国的改革中基本消失了。但是，一浪高过一浪的“民工潮”还是在提醒着城里人和政策制定者，农民问题并没有真正解决，甚至有可能更严重了。

“民工潮”是农民在改革中又一个自发的创造，如同当年的“包产到户”一样，它并不是当政者所设计的，而是亿万农民基于对利益比较的切身体验，对生存状态的本能选择。中国的农民工群体产生有三个原因：一是农村劳动力大量过剩；二是城乡经济收入差距的扩大；三是地区差距的扩大。经济学家将这种现象概括为“生存理性”，“中国农民在自己所处的特定资源与规则条件下，为寻求整个家庭的生存而首先选择比较而言并非最次的行为方式”。既然是基于“生存理性”的选择，农民工的流动就有着不可阻挡性。据中国社会科学院的统计，农民工群体正在迅速扩大：1997年为8600万人；^[1]2003年3月18日，温家宝总理在十届人大一次会议的记者招待会上说，有12000万人；到2010年估计数字达到近2亿人。即使对于有着13亿多人口的中国来说，这一数字也是沉甸甸的。

[1] 汝信、陆学艺、单天伦主编：《1999年中国社会形势分析与预测》，社会科学文献出版社1999年版，第336页。