

中国 行政法治 发展进程 调查报告

● 姜明安 主编

法律出版社

中国行政法治发展进程 调查报告

主 编 姜明安

副主编 湛中乐

编 委 (按姓氏笔划为序)

陈端洪 金代权 赵建华

姜明安 高若敏 湛中乐

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国行政法治发展进程调查报告/姜明安主编.

—北京:法律出版社,1998.3

ISBN 7-5036-2358-6

I. 中… II. 姜… III. 行政法-理论-研究-中国-文集

IV. D922.104-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(98)第 02569 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

印刷/海洋出版社印刷厂

开本/850×1168 毫米 1/32

印张/15

字数/514 千

版本/1998 年 3 月第 1 版

1998 年 3 月第 1 次印刷

印数/0,001—2,000

社址/北京市广安门外六里桥北里甲 1 号八一厂干休所(100073)

电话/63266794 63266796

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-2358-6/D·1976

定价:25.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

从人治走向法治

——中国行政法治十年的回顾与展望

(代序)*

十年的发展变化

1986年到1996年十年间,我国继七十年代末至八十年代前期所进行的重大变革以来,在社会、经济、文化等各个方面取得了举世瞩目的发展,发生了将对下一世纪中国产生深远影响的两个转变:即经济体制由计划经济向市场经济的转变;行政管理方式由人治向法治的转变。对于后一个转变,我们从下述几个方面的事实可窥其概貌。

一、行政机关从主要依政策办事到主要依法办事

八十年代以前,我国行政管理基本是以人治为主,行政机关及其工作人员主要是依政策办事,依领导人的指示、命令办事。^①至八十年代前期,这种情况开始改变,国家开始制定法律、法规,逐步以依法办事取代行政仅依政策、依领导人指示办事。^②但这个进程很艰难。这个时期,整个社会虽然较为重视法制,但对法制的认识却有片面性:当时人们大多只知刑法、民法和经济法,而不知行政

* 本文是笔者1997年5月参加一个学术研讨会提交的论文,因其内容正好与本调查报告相关,故代用作本调查报告之序。

法;只知司法的依法办案,而不知行政的依法办事。直至八十年代中期,我国尚缺乏规范行政行为、行政责任、行政救济的基本法律,行政管理的大多数领域尚无法律调整,行政机关及其工作人员行使职权所遵循的仍然主要是政策性文件。1984年,当时的全国人大负责人根据国家民主政治和商品经济发展的情况,开始认识到要在国家管理领域加强法制的重要性,提出国家管理“要从依靠政策办事逐步过渡到不仅依靠政策还要建立、健全法制,依法办事”。^③行政法学者更是在八十年代初就呼吁国家应重视和加强行政法制,在行政管理领域实现依法办事,依法行政。^④但大多数学者和国民就依法行政达成共识,并将依法行政作为国家行政管理的一项原则确定下来则是八十年代中期以后的事。1986年笔者在所著《行政法概论》一书中提出了行政管理法制化(即依法行政原则)的原则,并将其内容概括为“在行政领域做到有法可依,有法必依,执法必严,违法必究”。^⑤1989年,罗豪才教授应司法部法学教材编辑部之约主编的高等学校法学教材《行政法学》提出了行政合法性原则(亦即依法行政原则),并将该原则分解为四项具体要求:(1)任何行政职权必须基于法律的授予才能存在;(2)任何行政职权的行使都应依据法律、遵守法律;(3)任何行政职权的委托及其运用都必须有法律依据,符合法律要旨;(4)任何违反上述要求的行政活动非经立法机关事后认许,均应宣告无效。^⑥1993年八届全国人大第一次会议通过的《政府工作报告》则正式以政府文件的形式确定了依法行政的原则。《报告》明确提出:“各级政府都要依法行政,严格依法办事。一切公职人员都要带头学法懂法,做执法守法的模范”。^⑦1996年八届全国人大四次会议通过的《关于国家经济和社会发展“九五”计划和2010年远景目标纲要及关于〈纲要〉报告的决议》更进一步将依法行政,依法治国,建立法治国家作为国家的治国方针。《报告》指出:“要坚持和实行依法治国,积极推进社会主义法制建设的进程,加强立法,严格执法,不断提高广大干部和群众的法律意识和法制观念,努力建设社会主义法制

国家。”^⑧由此可见,1986年到1996年十年间,依法行政原则在我国逐步形成并最终正式确立。与此相适应,我国行政管理各个领域、各个方面的法律法规也逐步健全、完善。这个时期,全国人大及其常委会通过了近200件法律或决议、决定,其中大多数涉及行政管理。如土地管理法、税收征收管理法、城市规划法、环境保护法、食品卫生法、技术监督法、广告法、反不正当竞争法、消费者权益保护法、海关法、教育法、银行法、保险法、统计法、审计法、档案法、律师法、劳动法等。这些法律所调整的领域在十年前都还是法律的空白区。正是依法行政的原则和依法治国的方针在形成过程中同时促进了法制在这些领域和其他领域的逐步健全、完善。

二、官民关系从只可“官告民”到亦可“民告官”

中国法制史有几千年,诉讼制度也有差不多同样长久的历史。但中国法制史主要是刑法和刑事訴訟史。民法和民事诉讼在中国法制史中位置很低,行政法和行政诉讼则几乎没有地位。就“民告官”的行政诉讼而言,历代的法律虽然没有禁止“民告官”,但法律的运作实际上只允许“官告民”,而不允许“民告官”。不仅不允许民告官府,民告官员个人实际上也是非常困难的。^⑨我国在四十年代末建立新的政权后,,宪法虽然规定民可告官,^⑩但直到八十年代以前并没有建立真正规范化的“民告官”制度(行政诉讼制度)。法律的实际运作仍然就是只允许“官告民”,而不允许“民告官”。1982年,五届全国人大常委会第二十二次会议通过的《民事诉讼法(试行)》第一次规定人民法院可以按照民事诉讼程序,审理法律规定的行政案件(即民告官案件)之后,1989年,七届全国人大二次会议通过独立的《行政诉讼法》,正式确定“民告官”的行政诉讼制度。^⑪该法于1990年10月1日起施行,到现在已有六年多时间。这六年的运作虽然并不顺利,其实施曾有过而且现在仍然有各种各样的障碍和困难,但是这个制度毕竟存在下来,并且每年都在发展,这可以从人民法院受理行政案件数每年上升的情况得到说明:1990年,13006件;1991年,25667件;1992年,27911

件;1993年,34567件;1995年,51370件;1996年,79959件。

民告官的行政诉讼制度得以确立和发展,这对推动我国的法治进程起了重大的作用:首先,它促进了行政法的立法,因为行政诉讼是对行政行为的法制监督,人民法院审理行政案件,其重心是对行政行为的合法性进行审查,行政行为被诉到法院,如果行政机关不能举出其法律、法规根据,就有败诉的可能。这样就迫使行政机关不断就其管辖事项请求立法机关立法或自己制定出法律草案请求立法机关审议和通过,行政机关本身也加快了制定行政法规和规章的速度。八十年代,全国人大和人大常委会每年通过的法律和有关法律问题的决定、决议一般不超过10个,国务院每年发布行政法规一般在50个左右,而行政诉讼法实施以后的九十年代,全国人大和人大常委会每年通过的法律和有关法律问题的决定、决议超过20个,国务院每年发布的行政法规达70个左右。其次,行政诉讼制度促进了行政机关依法执法。有了行政诉讼制度,行政机关实施行政行为如果违法执法,就可能被公民、法人或其他组织诉至法院。法院通过审理,如果确认行政行为违法,就将撤销行政机关的行为,并可判决行政机关承担相应的赔偿或其他法律责任。行政诉讼法实施以来,法院每年判决撤销或变更行政机关行政行为数与其结案数相比,其比例是较高的,接近20%^⑩(另有30%以上的案件,行政机关在原告起诉后认识到自己的行政行为违法,主动改变原行政行为,得到原告谅解,故原告撤诉)。这样,民告官制度对行政机关及其工作人员就形成了一种压力,迫使他们学法、懂法和依法执法。第三,行政诉讼制度的实施增强了公民的权利意识和民主法制观念。中国由于有长期的封建专制传统,加之我国自四十年代末期以后一直实行计划经济体制,权力过于集中,公民的权利意识和民主法制观念均较为淡薄。民告官的行政诉讼制度建立以来,公民与政府机关对簿公堂,平等地与之争辩是非,政府机关的行为如果确实违法,损害了公民的合法权益,还要向公民赔礼道歉,依法承担侵权赔偿责任。这种诉讼过程和诉

讼结果无论是对于参加诉讼的当事人,还是对于从各种渠道获知此种信息的公民,都是一种潜移默化的民主、法治教育。九十年代,我国公民权利意识和民主法制观念的大为增强,虽然不能完全归功于民告官的行政诉讼制度的建立和运作,但是它在其中所起的作用是毋庸置疑的。

三、行政侵权责任从“落实政策”到国家赔偿

长期以来,我国对于政府违法或不当行为侵害,造成其人身或财产损害的公民一直实行一种称为“落实政策”的制度。“落实政策”包括很广的范围:涉及的人和事可以溯及几年、几十年;性质可以是政治性的(如“反右”运动和“文革”中的受害者)、政策性的(如“上山下乡”知识青年、民主人士);工伤事故性的或行政机关及其工作人员日常执行职务造成损害性质的;落实政策的措施包括恢复城市户口、安排住房、安排受害人或其家属子女工作,给予经济补偿,等等。这种制度在不同的历史时期对于受害人虽然也起了积极的救济作用,但是其不足之处在于政策变化多,弹性大,标准不一,从而实行起来有失公正,导致很多应该得到救济的受害人得不到救济;同样的受害人有的能得到多种且较优厚的救济,有的却只能得到很微薄或根本得不到救济。由于没有统一的救济标准,这种“落实政策”的制度还可能导致执行政策的机关和工作人员的腐败。由于存在这些弊端,更由于九十年代以来市场经济体制和“民告官”制度的推动,通过立法规范国家侵权责任,建立国家赔偿制度的呼声越来越高。正是在这种背景下,八届全国人大常委会第七次会议于1994年通过了《国家赔偿法》。^①该法同时规定了行政赔偿和刑事赔偿(即冤狱赔偿)两种国家赔偿。根据该法,公民不仅可以对行政机关及其工作人员的行政侵权行为造成的损害请求国家赔偿,而且可对司法机关及其工作人员在行使侦查、检察、审判、监狱管理职权时实施的侵权行为所造成的损害请求国家赔偿。国家赔偿制度的建立是我国在人权保护方面的一个重大进步,无疑体现了现代法治的精神。

四、人事管理从实行“干部制度”到推行公务员制度

我国在行政机关的人事管理上,过去长期实行与计划经济体制相适应的“干部制度”。^⑭这种“干部制度”具有强烈的“人治”色彩:一个人进入国家行政机关任职,以及到何机关任何职,均完全取决于组织的分配,组织让干什么就干什么,没有个人的选择,也没有竞争。一个人在行政机关工作,当上“干部”以后,其晋升、提拔或调动工作也完全取决于组织(主要是组织的负责人),取决于国家的需要,个人的学识、才能和志趣都是次要的考虑因素。这种制度虽然在新政权建设的早期起过一定的积极作用,但长此以往,整个国家工作人员队伍的生机、活力被窒息,导致国家机关运转不灵,效率低下。特别是当计划经济体制向市场经济体制转轨时,原“干部制度”的各种弊端更充分地暴露出来,以致于不改革旧人事管理制度,新经济体制即难以正常运作。正是在这种情况下,组织人事部门于1984年成立国家公务员法研究起草小组,^⑮研究国家人事管理制度的改革和起草《公务员法》。经过八年多时间的艰苦工作,起草小组数易其稿,终于在1993年8月将法案提交国务院常委会议审议通过,国务院以《国家公务员暂行条例》的名称发布。该《条例》现已实行三年多时间,从中央到地方,各级公务员制度均已逐步建立,在人事管理很多重要制度的改革上取得了突破性的进展:(1)考试录用制度。国家行政机关录用担任主任科员以下非领导职务的公务员,采用公开考试、严格考核的办法,按照德才兼备的标准择优录用。(2)考核制度。行政机关设立考核机构,在部门负责人领导下,每年对公务员的德、能、勤、绩情况进行考核,确定考核等次,作为其晋升职务、级别和工资的依据。(3)奖惩制度。行政机关根据公务员的表现,对工作成绩显著和有突出贡献的公务员予以奖励,对违反义务、违反纪律的公务员给予处分。(4)职务晋升制度。公务员晋升要经过严格考核,审查其是否符合拟任职务的资格条件,并且要听取群众意见。根据需要,有时还要举行公开竞争考试,以保障公正、公平和选拔出优秀人才。(5)轮

换制度。对担任领导职务和某些工作性特殊的非领导职务的公务员,有计划地实行职位轮换,以防止其拉帮结派,以权谋私。(6)回避制度。公务员之间有某种法定亲属关系的,不得在同一行政机关担任直接隶属于同一行政首长的职务或有直接上下级领导关系的职务,也不得在其中一方担任领导职务的机关从事监察、审计、人事、财务工作;公务员担任县级以上地方政府领导职务的,一般不得在原籍任职;公务员执行公务时,涉及本人或某种法定亲属关系人员的利害关系的,必须回避。^⑩《国家公务员暂行条例》的发布和实施,使我国的人事管理制度朝法治的方向迈出了一大步。

五、政府和政府工作人员从只监督他人到自己也接受监督

根据我国五十年代的政治体制,各级人民政府均由国家权力机关产生,接受国家权力机关的监督,国家权力机关的监督是一种外部监督,除了外部监督以外,政府内部还设立了专门的行政监督机关——监察部,^⑪对行政机关及其工作人员履行职责和遵纪守法的情况进行监督。由于当时各级人大的制度还不尽完善,并没有很好地行使对各级政府的监督职能。从而对政府机关及其工作人员实施法制监督的主体主要是监察部。然而,到五十年代后期,监察部也被撤销。这之后直至八十年代,政府机关及其工作人员成了只监督他人而自己不受监督的特殊“公仆”。

法治是与权力制约与监督联系在一起的。没有制约与监督的权力必然导致滥用与腐败。孟德斯鸠指出:“一切有权力的人都容易滥用权力,这是万古不易的一条经验”。因此,必须“以权力制约权力”,否则“公民生命、自由必然要成为滥用权力的牺牲品”。^⑫我国通过文革的教训已深刻认识到对政府权力加以监督和制约的必要性。因此,八十年代初期通过的宪法,加强了各级国家权力机关对政府的监督力度,如规定全国人大有权罢免国务院总理、副总理、国务委员、各部部长、各委员会主任、审计长、秘书长;全国人大常委会有权撤销国务院制定的同宪法、法律相抵触的行政法规、决定和命令;全国人大和全国人大常委会有权组织特定问题的调查

委员会,对特定问题进行调查;全国人大代表在全国人大开会期间,全国人大常务委员在开会期间,有权依法定程序对国务院或国务院各部、委提出质询,等等。^⑩ 其次,也是非常重要的一项措施,即是1986年六届全国人大常委会第十八次会议决定重新设立监察部,对国家行政机关贯彻实施国家法律、法规和政策的情况以及国家行政机关工作人员遵纪守法的情况进行监督。监察部成立以后,办理了许多大案要案,揭露和处理了一大批上至省、部级,下至普通科员、办事员的违法乱纪和各种腐败行为的案件。再次,就是建立行政诉讼制度,通过人民法院审理行政案件对行政机关依法行使职权的行为进行监督。^⑪ 权力机关、监察机关和司法机关的监督,即构成了目前我国比较严密的行政法制监督体系和机制。当然,目前这个体系和机制仍有缺陷和不足,需要进一步改进和完善。

六、对行政权的控制从只注重实体制约到同时注重程序制约

我国在“文革”以后,开始注重对行政权的控制和制约,建立了各种相应的监督制度,形成了较为严密的监督体系和机制,这已如前所述。但这种监督和制约往往是只及于权力行使之前或权力行使之后,权力行使之前是通过法律确定行政机关权力的界限,使其不得无限行使权力;权力行使之后是通过各种监督途径追究行政机关及其工作人员违法行使权力的法律责任。但法律恰恰忽略了对行政权行使过程的规范,忽略了从程序上对行政行为的制约。现代社会,法律往往不得不赋予行政权很大的自由裁量空间,人们很难在实体上对其进行严密的规范。因此,在现代社会,程序控制是保障行政权合法、正确行使,防止其滥用和侵犯公民权利自由的必不可少的条件。八十年代中期以后,我国方开始认识到程序制约和加强行政程序立法的重要,学者们陆续发表和出版了一系列有关行政程序的论文、论著^⑫;有关行政管理的法律、法规也开始规定相应的行政程序。如1987年国务院办公厅发布的《行政法规制定程序暂行条例》,1988年国务院发布的《行政区域边界争议处

管理条例》，1992年9月全国人大常委会通过的《税收征收管理法》，1994年全国人大常委会通过的《治安管理处罚条例》，这些法律、法规均就有关行政行为的程序作了较明确、具体的规定。当然，我国行政程序最典型的立法要数1996年3月八届全国人大第四次会议通过的《行政处罚法》。该法较好地解决了对行政行为的程序制约问题，较好地体现了现代民主法治的精神和原则，其所规定的各项行政程序制度：如行政执法时的出示身份证件，表明身份制度，作出行政处罚决定时的说明根据、理由制度，决定前的调查和收集证据制度，决定中的听取当事人陈述和申辩制度，决定后的送达处罚决定书、告知当事人救济权利、救济途径的制度，以及作出较重大的行政处罚决定举行听证的制度，等等。特别是听证制度，对于保障行政行为公正合理进行，防止行政执法人员滥用权力，保护公民法人或其他组织的合法权益具有特别重要的意义。《行政处罚法》为我国行政程序立法积累了很好的经验，目前，我国立法机关准备在这一法律和其他规定行政行为程序的有关单行法律的基础上，制定统一的行政程序法典，以规范整个行政机关的行政行为，使体现现代民主、法治精神的公开、公平、公正原则贯穿在整个行政运作过程中。

对未来行政法治的思考与探索

1986年到1996年，是我国由人治向法治转变的十年，这已如前述。但法治的确切涵义是什么，法治社会有哪些标准和构成要件，我们应该和可能建立一个什么样的法治社会，对这些问题人们一开始并没有完全达成共识，现在也没有达成完全的共识，也许将来也难以完全达成共识。无论是学术界，还是实务界，人们对什么是法治和怎样建立法治社会都有各种不同的意见和主张。这十年，我国在向法治迈进的过程中，人们同时在地不断地对法治进行思考、探索，也同时在地不断地互相争论、辩论。这些思考、探索、争论、

辩论,涉及到许多方面的问题,涉及到许多问题的许多方面,下面择其涉及行政法治且意义较重要者介绍一二。

一、法治与法制

我国学术界有时将法治与法制通用,认为“法制”除可指法律制度外,亦可指依法办事,依法办事即“法治”。^②但大多数学者认为法治与法制虽有一定联系,但有重要区别。“法制是法律制度的简称,是相对于经济、政治、文化等制度而言的,法治则是相对于人治而言的。”“任何国家在任何时期都有自己的法律制度,但不一定是实行法治,希特勒统治的德国也有法律制度,但它并不是实行法治。”(李步云语)^③“法制与法治表面上看来只是名词之争,实际上有观念上的差别,这表现在主张还是否定‘法律至上’的争论上,也体现在‘工具论’的法律观和‘价值论’的法律观的分歧上。工具论者虽接受‘加强法制’的方针,但往往把法制只是看作统治国家和控制社会的手段,或者‘阶级斗争的工具’。价值论者则强调法律的民主性、正义性,主张既要民主法制化,更要法制民主化。”(郭道晖语)^④

至于我国正式公开发布的法律性或政策性文件,一般均使用“法制”而不使用“法治”。显然其使用的“法制”也包含“法治”的某些涵意,但由于历史的原因和某些观念上的因素,正式文件中对“法治”一般避而不用,而采取赋予“法制”以多重涵义,在不同的场合用其不同的涵意的做法。^⑤

如果仅从字面上理解,去除字面背后的价值内涵,法治与法制则只是动态与静态的区别。法制为法律制度,属静态性质;法治为依法治国和运用法律制度治国,为动态性质。法制是法治的前提,法治是法制的目的。但是人们在将法治作为一种目标追求时,仅对法制和法治作字面上的理解是远远不够的。古希腊政治和法律思想家亚里士多德指出:“法治应包含两重意义:已制定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”。^⑥这里亚氏所讲到的“法治”两重意义实质包含三个要件:

(1)有法可依,即国家有“已制定的法律”满足社会的需要,为人们提供了规范其行为的准则;(2)可依之法为“良法”,即法律应反映“正义”,排除“偏见”;(3)法被普遍遵循,即国家制定出来的法律只要是“良法”,所有的人都应予以遵守,不仅公民应予遵循,政府官员也应予以遵守。英国现代行政法学家韦德教授认为,法治应包括以下四项内容:(1)依法办事;(2)限制滥用自由裁量权;(3)法律面前人人平等;(4)政府应与公民一样承担法律责任。^②可见,古人、今人都对“法治”赋予了各种价值内涵,而不仅仅只在字面上的涵义使用它。

无论是在字面上,还是在实际内容上,作为一种理想目标,或者作为一种治国方针或行政管理方式,人们所要追求的都应该是“法治”,而不仅仅是‘法制’。法制只是法治的一项内容,在从人治向法治过渡的初期,我国首先要解决的问题自然是法制:加强立法,解决有法可依的问题。到现在,有法可依的问题在我国已不是主要矛盾,因此,人们开始探讨涉及法治的更广泛、更深层次的问题。例如:(1)制定“良法”的问题。作为良法,首先要反映广大人民的意志和利益,符合客观规律,有利于促进生产力的发展和社会正义及文明进步。但是,现在一些地方制定的地方性法规,一些部门和地方制定的规章,乱设罚款,乱设收费项目,规定部门或地方封锁(如不准外地商品进入本地销售)等,这些法就不能认为是“良法”。而要保证所立之法为良法,就必须改进现行制定法律、法规、规章的体制和程序,更多地让人民群众参与立法,设立立法听证制度,更多地听取利害关系人的意见。此外,还应建立违宪、违法审查制度,对违反宪法的法律,违反法律的法规、规章,公民要有处可告,有专门的机构受理、审查和作出裁决等。(2)政府守法的问题。政府守法是行政法治的基本构成要件,也是整个法的重要内容。政府执法,首先要守法,要依法执法。而要保证政府守法,就必须建立一整套机制:包括公务员制度、官员财产收入申报制度、监督制度,特别要加强权力机关和司法机关对行政的监督与制

约等。(3)公民权利自由的保障问题。现行宪法和法律规定了公民的一系列权利和自由,这些权利和自由既有人身方面和财产方面的,也有文化方面和政治方面的。这是“法治”的标志之一,但是作为法治社会,公民权利自由不仅要有法的规定,更要有保障实施的机制。目前公民的人身权、财产权受到政府侵犯,可以向法院提起行政诉讼。但政治权利、文化教育权利等受到政府侵犯,一般还不能向法院起诉,而只能寻求其他救济途径。^⑧这个问题随着法治的深化,无疑是应予逐步解决的。当然,法治的深化所要解决的问题还很多,远不止上述三个问题,当然更不止一个加强和完善法制的问題。

二、法治与行政权力、公民权利

八十年代以来,我国行政法学界就行政法的性质和功能展开了一场争论,提出了三种不同的观点和主张,这些不同的观点和主张后被概括为三论:管理论、控权论和平衡论。管理论者认为,行政法是管理法:“既是管理者进行管理的法,又是管理管理者的法”^⑨;“行政法是关于国家行政机关进行行政管理活动的各种法律规范的总和”^⑩;“国家有关行政管理方面的法规种类繁多,具体名称不一,但就其内容来说,凡属于国家行政管理范畴的,在部门法的分类上统称为行政法”^⑪。控权论者则认为,行政法是控权法:“行政法最本质的特征就是对行政权的控制”^⑫;“因为行政法如果不是对行政权加以控制的法,那我们社会主义的行政法和封建社会的所谓行政法还有何区别呢?”^⑬“而行政法所以存在的原因,恰恰是因为行政权力的存在或其运用有可能损害他人的利益,需要行政法加以约束、控制,使其在法律划定的界限范围内行使”^⑭。平衡论者则认为,管理论和控权论都有片面性,“现代行政法本质上是平衡法”。^⑮“在一个强调行政机关主导地位 and 公民服从地位的时代和国度,行政法的本质只能表现为‘管理法’,……而在一个强调公民权利、害怕行政专横的时代和国度,行政法的本质则可能表现为‘控权法’。……行政法发展到今天,一方面,现代社会

政治、经济、文化发展已有效地控制了行政专横,保障了公民权利;另一方面,这种政治、经济、文化的发展又要求适当扩大行政权,约束公民权。在此,适应这一社会趋势,现代行政法在世界各国都不同程度地跳出了‘管理法’或‘控权法’的窠臼,向着平衡法的方向发展,其特征是行政权受到约束;行政权与公民权之间既相互制约,又相互平衡”。^⑧

上述关于行政法性质与功能的三种观点实际上反映了人们对行政法乃至整个法治在构筑行政权力与公民权利关系不同模式的主张。在第一种模式的法治社会中,法制比较健全完善,但法律偏重于规范被管理者的行为,保障和维护管理秩序,提高行政管理的效率。在第二种模式的法治社会中,同样有着健全完善的法制,但法律偏重于维护公民的权利、自由,控制政府的行政权力,防止其滥用。而在第三种模式的法治社会中,法制健全、完善同样是前提,但“法律既同等地追究行政机关和相对一方的违法行为”,^⑨也同样地“针对行政权和公民权”提供“保障和抑制”,并以此作为“现代行政法律制度必要的两支旋律”。^⑩比较上述三种模式,第三种模式显然是最理想的,即保护公民权利和自由,又维护行政权力正常行使;既限制公民滥用其权利自由,又控制行政权违法、专断行使。但是这种平衡只能在总体上把握,人们不可能也不应该在任何具体时间、地点和场合都讲求平衡,行政机关在行使行政职权时,其作为管理者,可以运用国家权力强制公民履行有关法定义务,公民处于被动管理者的地位,自然不可能与之平衡。在这种情况下,法律无疑应设立一定的实体和程序规则,限制行政机关滥用权力和保护公民不被行政机关滥用权力的行为所侵犯。这种设立实体和程序规则的法律(行政法),则是偏向于公民的。可见,行政法是通过不平衡去实现平衡。

三、法治行政与依法行政

法治行政^⑪与依法行政是两个相互密切联系但又有区别的概念;法治行政必然要求依法行政,但仅有依法行政却不等于实现

了法治行政。法治行政对于行政机关及政府与人民的关系有着更广泛的要求。在我国,对依法行政原则的认可经过了一个长时间的曲折过程(这已如前述)。但当依法行政原则在学术界和实务界已达成初步共识,并在实践中开始逐步实施以后,人们并没有就此止步,而是继而开始探讨比依法行政原则更深入的法治行政的问题了。

建立和实施法治行政首先要明确两个问题:(1)法治行政除了要求行政机关依法行政以外,还有什么要求,即法治行政包括哪些要件;(2)法治行政对依法行政本身有什么要求,即法治行政状态下的依法行政与非法治行政(或从人治行政向法治行政转型时期)状态下的依法行政有什么区别。

我们首先探讨第二个问题(因为第一个问题的答案以第二个问题的答案为基础):法治行政对依法行政原则提出了什么新的要求。在我国由人治向法治转变的初期,依法行政的要求只是依法办事,尽可能在行政领域做到有法可依,有法必依,执法必严,违法必究。但是这一原则在进一步展开过程中就遇到了各种问题和矛盾:其一,法是由各种形式的法的文件组成的,包括宪法、法律、行政法规、地方性法规、自治条例、单行条例、部门规章、地方政府规章等,而这些法的文件的制定主体是各不相同的,由于不同利益机制的驱动,加上信息、技术上的原因,它们之间常常出现相互冲突、相互抵触的规范,而这些规范都是“法”,行政机关依法行政怎么依,依此法必然违反彼法。当然,不同法的规范有不同的法律效力层级。在法律规范发生冲突时,行政机关依法行政应依高效力层级的规范。但现行宪法只确定了某些法的形式不同效力层级,如宪法具有最高的法律效力,其法律效力层级高于所有其他形式的法律文件的法律规范,而法律的效力层级高于行政法规,行政法规效力层级高于地方性法规,等等,但也有一些法的文件相互效力层级关系在宪法上是不明确的,如部门规章与地方规章之间,经济特区法规与一般地方性法规之间,自治条例、单行条例与行政法规