

李明发 主编

# 安徽大学法律评论

Anhui University Law Review

安徽大学法学院 组编  
安徽大学经济法制研究中心

Vol.6 No.2

2006

第6卷 第2期

(总第11期)

安徽大学出版社

# 安徽大学法律评论

2006 年 第 6 卷 第 2 期

Anhui University Law Review

Vol. 6 No. 2

(总第 11 期)

安 徽 大 学 法 学 院

安徽大学经济法制研究中心

组 编

李明发 主编

安徽大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

安徽大学法律评论. 2006年第2期(总第11期) / 李明发

主编. —合肥: 安徽大学出版社, 2006. 12

ISBN 7-81110-245-5

I. 安... II. 李... III. 法律—文集 IV. D9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 151313 号

---

安徽大学法律评论 2006 年·第 6 卷·第 2 期(总第 11 期) 李明发主编

---

出版发行 安徽大学出版社  
(合肥市肥西路 3 号 邮编 230039)  
联系电话 编辑室 0551-5108272  
发行部 0551-5107784  
E-mail: ahdxcchps@mail. hf. ah. cn  
责任编辑 程忠业 朱丽琴  
封面设计 孟献辉

印刷 中国科学技术大学印刷厂  
开本 787×1092 1/16  
字数 411 千  
印张 17.5  
版次 2006 年 12 月第 1 版  
印次 2006 年 12 月第 1 次印刷

---

ISBN 7-81110-245-5 / D·67

定 价 26.00 元

---

如有影响阅读的印装质量问题,请与出版社发行部联系调换

## 《安徽大学法律评论》学术委员会

(按姓氏笔画为序)

|     |     |     |     |     |     |
|-----|-----|-----|-----|-----|-----|
| 王圣扬 | 王先林 | 王继忠 | 王源扩 | 史际春 | 朱 勇 |
| 华国庆 | 汪金兰 | 李明发 | 张宇润 | 张恒山 | 周少元 |
| 陈宏光 | 胡云腾 | 胡世凯 | 徐淑萍 | 袁曙宏 | 储育明 |
| 程雁雷 | 韩 轶 | 强昌文 |     |     |     |

|       |     |     |     |     |
|-------|-----|-----|-----|-----|
| 编辑委员会 | 史际春 | 王源扩 | 李明发 | 王先林 |
|       | 华国庆 |     |     |     |

|     |     |
|-----|-----|
| 主 编 | 李明发 |
|-----|-----|

|       |     |
|-------|-----|
| 副 主 编 | 华国庆 |
|-------|-----|

|       |     |
|-------|-----|
| 编辑部秘书 | 毕金平 |
|-------|-----|

|        |     |
|--------|-----|
| 英文目录翻译 | 李坤刚 |
|--------|-----|

# 目 录

## 特 稿

|                   |        |
|-------------------|--------|
| 我们要建设什么样的政府 ..... | 莫于川(1) |
|-------------------|--------|

## 经济法制论坛

|                               |             |
|-------------------------------|-------------|
| 《企业破产法》:完善市场经济立法的坐标 .....     | 胡 健(16)     |
| 信用维持的民法思考                     |             |
| ——关于信用权的进一步解读 .....           | 李明发(30)     |
| 财政公平原则视野下的中国区域经济协调发展探讨 .....  | 华国庆(35)     |
| 论美国公司法中的异议股东股份评估权制度 .....     | 魏磊杰(43)     |
| 标准化与知识产权:技术性贸易壁垒的新趋势 .....    | 姚颖靖 彭 辉(57) |
| 存款被冒取情形下的银行民事责任探析 .....       | 吕 斌(65)     |
| 市场经济条件下我国自然垄断规制路径的反思与选择 ..... | 李勇军(70)     |
| 反垄断法域外适用制度研究 .....            | 姜发根(79)     |

## 法学专论

|                       |             |
|-----------------------|-------------|
| 公私法划分问题探析 .....       | 陈宏光 曹达全(89) |
| “自然的权利”与权利理论的发展 ..... | 何志鹏(99)     |
| 法律与信仰:天学视野的古今之论 ..... | 方 潇(120)    |

|                             |              |
|-----------------------------|--------------|
| 刑事诉讼纳什均衡论 .....             | 陈浩铨(132)     |
| 论商业贿赂犯罪 .....               | 何 俊(143)     |
| 比较法视野下的监听立法研究 .....         | 郑 好(149)     |
| 国际刑法概念之辨析 .....             | 张卫华(163)     |
| 侵权法在刑事领域中的形态与冲突 .....       | 管 莹(174)     |
| 论司法独立体系下审判委员会对法官独立的影响 ..... | 张 薇 卓广平(182) |
| 从点到面的革新                     |              |
| ——由公诉案件卷宗移送方式的改革谈起 .....    | 陈德锋(190)     |
| 宪政视角下的“公民上书” .....          | 杨 涛(196)     |
| 法律的亲情化求证                    |              |
| ——一个法理学的视角 .....            | 王庆廷(205)     |
| 侵权责任成立要件新论 .....            | 颜良伟 陈慰星(216) |
| 论跨国公司研发投资国际化中的知识产权问题 .....  | 胡 峰(225)     |
| 国际私法新理论:“直接适用的法” .....      | 谭 民 廖建求(231) |
| 多元纠纷解决机制的法文化探析 .....        | 王亚明(239)     |
| 提单延迟问题的解决途径新探 .....         | 王晓林(248)     |
| 跨国公司的国际人权责任 .....           | 汪玮敏(254)     |
| 经济全球化对国际经济法拘束力的影响 .....     | 陈立峰 王海亮(260) |

## 学术动态

|                                   |       |
|-----------------------------------|-------|
| 安徽大学经济法制研究中心近期主要学术信息(第 6 期) ..... | (266) |
|-----------------------------------|-------|



# Contents

## Special Contributions

What Kind of Government We Need to Construct **Mo Yuchuan**(1)

## Forum on Economic Legal Systems

Enterprises Bankruptcy Law; the Coordinate of Perfecting Market Economy Legislation **Hu Jian**(16)

Reflection on Credit Maintenance from the Civil Law Perspective  
— *A Further Interpretation of Credit Right* **Li Mingfa**(30)

On the Harmonious Development of District Economy of China under the Perspective of Finance Justice Principle **Hua Guoqing**(35)

On Appraisal Right of Dissenting Shareholders in American Company Law **Wei Lijie**(43)

Standardization and Intellectual Property; the New Trend of Technical Trade Barriers **Yao Jietao Peng Hui**(57)

The Analysis of the Civil Liability of the Bank when Deposit Drown out by Personators **Lv Bin**(65)

Reflection and Choice: Regulating the Nature Monopoly under the Market Economy **Li Yongjun**(70)

The Research on Overseas Application of Anti-monopoly Law **Jiang Fagen**(79)

## Legal Study Forum

The Discussion on Differentiating the Public and Private Laws **Chen Hongguang Cao Daquan**(89)

Nature Rights and the Development of the Theory of Rights **He Zhipeng**(99)

Law and Belief: Ancient and Modern Discussions on the Views of Catholicism **Fang Xiao**(120)

- Criminal Procedure and the Balance Theory of Nash **Chen Haoquan**(132)  
On the Crime of Commercial Bribery **He Jun** (143)  
The Research of Legislation on Listening in under the Context of  
Comparative Law **Zheng Hao**(149)  
The Analysis of International Criminal Law **Zhang Weihua** (163)  
The Form and Conflict of Tort Law in the Realm of Criminal Law **Guan Ying**(174)  
The Barrier of Judicial committees on the Independence of Judges  
**Zhang Wei Zhuo Guangpin**(182)  
The Reform from Narrow to Broad  
——*A Discussion from the Reform of Files Transferring in Public Prosecution Cases*  
**Chen Defeng**(190)  
On Written Statement to Higher Authority by Citizens under  
Constitutional Politic System **Yang Tao**(196)  
The Prove of Law Intimation  
——*From the Perspective of Jurisprudence* **Wang Qingting**(205)  
A New Discussion of Establishment of Tort Liabilities  
**Yan Liangwei Chen Weixing**(216)  
On the Intellectual Property in the Internationalization of Research  
and Development Investment by Multinational Companies **Hu Feng**(225)  
A New Theory of International Private Law; Direct Application Law  
**Tan Min Liao Jianqiu**(231)  
Probing into the Legal Culture of Multi-disputes Settlement Mechanism  
**Wang Yaming**(239)  
Newly Research of the Delay of Bill of Lading **Wang Xiaolin**(248)  
The International Human Rights Liability of Multinational Companies  
**Wang Weimin**(254)  
The Influence of International Economic Law to the Economic Globalization  
**Chen Lifeng Wang Hailiang**(260)

## **Academic Information**

- Recent Main Academic Information of Economic Law Research Center  
of Anhui University (No. 6) (266)



## 我们要建设什么样的政府

——从行政法治视角看行政管理体制改革的基本目标

莫于川\*

我国多年的经济体制改革和对外开放取得举世公认的巨大成就之后,当下正在深化改革、扩大开放、加快现代化建设步伐。这一进程中必须大力推进政治文明建设和政治体制改革,其中的一台重头戏就是要切实转变政府职能、深入推进行政改革,或称为行政管理体制改革。胡锦涛同志强调指出:我国行政管理体制改革尚不完全适应经济社会发展的新形势,要在坚持党的领导、人民当家作主和依法治国的有机统一的前提下,从现实国情、客观要求、人民利益出发,努力拓宽视野、转变观念、创新思路,加快转变政府职能,改进行政管理方式,加强行政法制建设;要通盘规划、突出重点、精心部署,坚定不移和积极稳妥地继续推进行政管理体制改革,由此推动经济社会发展转入以人为本、协调持续发展的轨道;行政管理体制改革要有利于建立完善的社会主义市场经济体制,有利于抓好执政兴国的第一要务——发展,有利于充分调动广大民众的积极性、主动性、创造性,有利于增强全社会的创造活力,有利于巩固和发展民主团结、生动活泼、安定和谐的政治局面。<sup>①</sup>那么,这样一项政治性、政策性和社会性极强的宏大改革工程,其基本目标是什么?这无疑是我们需要认真思考的问题。<sup>②</sup>

---

\* 莫于川,法学博士,中国人民大学法学院教授、博士生导师,中国人民大学宪政与行政法治研究中心执行主任。

① 胡锦涛总书记在2005年12月20日中共中央政治局第27次集体学习会上的讲话,参见《人民日报》2005年12月22日第1版报道文章。

② 河北省邯郸市推行政权力公开透明运行的行政改革经验,为此提供了有价值的思考素材。该市梳理出市长的职权事项约一百个并加以公布,全市梳理并确定各方面行政权力2000多项并加以公布,其量化的行政改革工作富有启发意义,令人印象深刻。可参阅2006年1月以来许多媒体的报道(例如CCTV新闻联播节目2006年2月14、15日的连续报道)。

## 一、行政管理体制改革的民主化、科学化、亲民化、法治化的趋势

### (一)传统行政管理体制的突出弊端

作为上层建筑的行政管理体制,是政治体制的重要组成部分,其与经济基础紧密联系。在传统计划经济时代,我国实行高度集权的行政管理体制,那时的市场是不按市场规律运行的不自由的市场,企业是不具有独立的市场主体生命和经营自主权的政府机关附属物,一切听命于全能的政府机关发号施令。故被形容为“只有工厂没有企业”的官本位时代,属于指令秩序型的行政管理体制。

一般而言,与注重效率、成本、创新的私人行政相比,公共行政往往表现出低效、粗放、保守、自我扩张、不重成本、忽视科学的品格,这样的行政管理易于异化为压迫社会成员、扼杀创新活力的保守专制工具。因此,为增强行政管理工作的科学性,需要学习私人行政特别是企业管理的经验。

在我国,从根本上说,政府产生于民众,一切工作的宗旨都应当是为人民服务。但在传统行政管理体制下,行政主体垄断单一,权力与责任脱节,政府机关实际上具有独特的地位和运行机制,甚至代表某些特殊利益,某些政府机关往往以维护行政管理秩序为由,高高在上地运用公权对行政相对人进行强制性管理,与行政相对人之间极不平等,行政服务未必成为政府机关的基本品格和职能。

传统行政管理体制下和转型过程中,行政过程不够透明,暗箱操作大量存在,必然产生许多腐败,以至于滥用权力和权钱交易现象比较普遍、难以克服,这也是一个突出的弊端。

嗜好集权、忽视科学、秩序为本、缺乏透明等特性,成为传统行政管理体制为人诟病的一些突出弊端。这与发展现代市场经济和民主政治的背景条件下,人们对于行政管理体制的要求相去甚远,必须予以改革。

### (二)行政管理体制改革的基本趋势和基本精神

现代行政管理体制改革的基本趋势是民主化、科学化、亲民化、法治化。由此形成的现代行政管理体制,比较符合现代市场经济和民主政治(包括现代政府制度)的本质要求,而且体现出如下基本精神:

其一,体现民主精神。自由和平等是民主的两大内蕴。之所以说现代市场经济也是民主经济,就在于它以现代自由企业制度和平等的市场机制为基本属性。与现代市场经济相适应的行政管理体制也必然要求民主化:政府行使有限的权力、做分内的事情、扮演指导者和服务员的角色,履行经济调节、市场监管、社会管理、公共服务等基本职能;行政相对人的主体地位和财产权利、人身权利、参与权利受到充分尊重和保障,各项行政民主制度逐步扩大并有效实施。

其二,体现科学精神。科学合理地配置和调整政府职能,注重运用现代科学方法技

术,推动行政管理理念与方法创新,打造方法好、效能高、规模适中的政府机关,这是现代行政管理体制的基本品格。例如,在行政管理和法制实践中,行政指导、行政契约、行政奖励等非强制性行政方式的积极采用,电子政务的全面推行和电子政府的稳步建立,更加注重权利与义务、权力与责任、规范与效果、成本与效益的协调和平衡。这些就是科学精神在行政领域的表现。

其三,体现服务精神。由单一的秩序目标、管理职能,发展到助成目标、服务职能,这是现代政府不断扩展社会属性方面职能的具体表现,也是公共管理运动的世界发展潮流的重要内容,有助于形成以人为本的良好政民关系。就我国各级人民政府和行政机关的本质来说,也符合其根本宗旨——全心全意为人民服务的基本要求。实际上,它是亲民化政策取向的必然要求和价值体现。

其四,体现法治精神。现代法治社会要求对行政权力进行有效监督。监督对象和监督主体都应具有广泛性:各级政府和行政机关及其行政公务人员都应纳入监督视野接受全方位的监督;不仅是拥有国家权力的国家机关,而且政党组织、社会团体、企事业单位、大众传媒和公民个人都有权依法监督政府,形成完整的监督网络体系;最基本、最简明、最有效的监督方式,是行政的公开、透明和法治化。这是现代宪政和行政法治的基本要求,能够保证行政权力(它是最主要的公权力)行使过程受到有效控制,人们将其比喻为“阳光之下少霉菌”。

概言之,走向民主化、科学化、亲民化、法治化的我国行政管理体制改革,其基本目标可以做这样的概括:按现代市场经济和民主政治的要求重新定位政府角色而形成有限政府;着力打造方法好、效率高、柔性管理的行政机制而形成有效政府;通过强化公共服务职能、转向服务行政模式来改善政民关系而形成亲民政府;将行政权力掌控者和权力行使过程全部纳入公共监督视野而形成透明政府。这一比较具象的认知,也可换成一种比较抽象的表述,即我国行政管理体制改革的基本路向和最终目标,就是形成以人为本的政民关系,建成体现上述基本精神的现代法治政府。<sup>①</sup>

① 国务院把全面推进依法行政、基本实现建设法治政府的目标确定为:(1)政府与民众,政府与企业,政府与市场、与社会的关系基本理顺,政府的经济调节、市场监管、社会管理和公共服务四大职能基本到位,政府机关之间的职能和权限比较明确,新的行政管理体制基本形成,新的行政执法体制基本建立;(2)立法、行政立法和制定其他行政规范等制度建设,符合宪法和法律规定的权限和程序,充分反映客观规律和最广大人民的根本利益,能为三个文明协调发展提供制度保障;(3)法律规范得到全面、正确实施,法制统一,政令畅通,行政相对人的合法权益得到切实保护,违法行为得到及时纠正、制裁,经济社会秩序得到有效维护,政府应对突发事件和风险的能力明显增强;(4)科学化、民主化、规范化的行政决策机制和制度基本形成,人民群众的要求、意愿得到及时反映,政府提供的信息全面、准确、及时,制定的政策、发布的决定相对稳定,行政管理做到公开、公平、公正、便民、高效、诚信;(5)高效、便捷、成本低廉的防范、化解社会矛盾的机制基本形成,社会矛盾得到有效防范和化解;(6)行政权力与责任紧密挂钩、行政权力与行政权力主体利益彻底脱钩,行政监督制度和机制基本完善,政府的层级监督和专门监督明显加强,行政监督效能显著提高;(7)行政机关工作人员特别是各级领导干部依法行政的观念明显提高,尊重法律、崇尚法律、遵守法律的氛围基本形成,依法行政的能力明显增强,善于运用法律手段,依法妥善处理社会矛盾。可见,建设法治政府的目标与本文所讨论的建设有限政府、有效政府、亲民政府、透明政府的行政管理体制改革目标是基本一致的。参见国务院于2004年颁布的《全面推进依法行政实施纲要》第3条的具体规定。

## 二、有限政府——按现代市场经济和民主政治的要求定位政府角色

### (一) 扭曲的政企关系及其他关系

行政权力是一柄双刃剑。从消极的角度来说,它是一种支配着最大量的社会资源的公权力,具有易于滥用、追求扩张、破坏市场机制、伤害公民权利的特性,故过去曾将行使行政权力的政府比喻为“必要的罪恶”。在我国,传统行政管理体制下的政府机关,手伸得很长,职能和权力几无边界,管了许多不该管也管不好的事情(当然也常常“荒了自己的地”),成为包打天下的“英雄”。就政企关系而言,在传统计划经济体制下的政企关系是扭曲的,政府机关俨然是企业的家长,随意发号施令,权力扩张严重,企业只能听命于政府,不能成为真正的市场主体,因而缺乏活力;反过来,真正应由政府管理的公共事务,却又疏于管理、无人管理。于是造成“市长抓生产经营、厂长管社会治理”这样一种政府与企业严重错位的不正常现象。

我国正在发展现代市场经济。而现代市场经济是高效经济,具有合理配置资源、刺激微观活力的强大功能,可以带来迅速增大社会财富总量、充分满足人们物质需求的效果,堪称是人类历史上迄今为止已被实践证明了的最有活力和效率的经济运行机制;同时,现代市场经济还是一种民主经济,因为它具备民主的两大基本内蕴——自由和平等,而民主是保证现代市场经济持久活力和效率的关键因素。<sup>①</sup>因此,市场经济条件下的行政管理体制,也应具备高效和民主的基本品格。只有两者协调互动,才能推动经济发展和社会进步。具体而言,就是要形成民主型的经济行政关系,政府与企业处于平等互动关系,政府在市场、企业面前,手不能伸得太长,让市场机制充分发挥作用,作为市场主体的企业有充分的生产经营权利和自己的利益追求。

不仅如此,在传统行政管理体制下,由于行政权力一枝独大的政治文化传统,政府机关与其他国家机关之间的关系也不正常。例如,个别地方政府超越职权出台(或转发)包含“赦免民营企业原罪”内容的红头文件,一些地方政府首长责令当地人民法院采取不予立案、强迫原告撤诉等措施来配合政府搞土地开发、强制拆迁,不少地方出现政府机关假借公共利益之名压价征用、变相剥夺农民土地以及由行政首长直接批出土地的现象。这些做法就摆错了行政机关与立法机关、司法机关之间的关系,摆错了行政首长与行政机关之间的关系,严重侵害了公民权益,踏越了权力边界,大大损害了政府形象和权威,而这主要就是缺乏法治主义观念特别是权力界限意识所致。在强调依法行政的背景下,必须

<sup>①</sup> 支撑现代市场经济的支柱有二:一是实行自由企业制度;二是发挥市场机制的作用。虽然所谓“自由”亦是相对的,所谓“市场是天生的平等派”(马克思语),起着配置资源的基础作用,亦不排除“可见之手”的作用,但毕竟自由与平等这两大要素的支撑作用,却是不可忽视的。因此我们说,现代市场经济既是高效经济也是民主经济,同时民主经济又是高效经济的一种长远保障因素。由于现代市场经济具有高效率 and 民主性这样的品格,并且具有开放性和普适性的特点(尽管它也有相当的局限性),因而当今世界除极个别国家外,几乎所有国家和地区都先后走上市场经济道路,出现了市场经济一体化、经济全球化的趋势。

廓清政府机关的权力边界,要求政府机关进行自我约束,依照法定的权限和程序行使行政职权,注意上下左右不越界。

## (二)对政府职能的反思和调整

从政府制度史来考察,总体而言,政府职能经历了由很少到很多再到较多(职能范围比较适度)的变化过程。众所周知,自上个世纪中叶,许多西方国家为了解决市场失效的问题,由政府伸出“看得见的手”对市场、企业进行干预,并由凯恩斯主义作为理论支撑逐步强化形成了政府干预传统。但是,由于许多行为的后果是极为复杂和难以预测的,知识和能力并非无限的,政府只能在一定范围内控制这些后果且不稳定,加之作为现代政治选择物的政府往往有为特殊利益集团谋利的动力和压力,所以政府在弥补市场失效方面并非万能。

因此,在现代市场经济条件下,需要进一步明确市场与政府各自的功能,更科学地界定市场与政府的作用领域,使政府在新的社会条件下扮演好自己的角色,把市场失效和政府失效都降到最低限度。而这正是近几十年来经济行政民主化、柔软化潮流的一个重要背景和动因。这一时期,许多国家都在重新检讨对市场作用和政府作用的认识和政策,程度不同地进行着调整和改革(例如日、美等国的行政改革和放松规制等举措),对政府职能和角色更趋向于采取一种较为现实合理的态度。<sup>①</sup>

经济行政管理的上述调整和改革措施在实践中收到了相当的成效。从当今主要发达市场经济国家的情况看,其市场体系和功能日趋完善,起着基础性调节作用,政府在经济与社会管理中积极履行服务职能、职责,并注重干预和引导的平等性、柔软性、科学性和有效性,扮演领队和顾问的角色,实行一种积极而民主的服务行政模式(也称为“给付行政模式”)。

因此,在我国发展市场经济、推动民主政治、促进社会转型以及新的行政管理体制形成的过程中,还必须适应经济体制和行政模式转换的世界潮流,对政府职能作进一步反思和调整。

## (三)行政民主化潮流的积极影响

政府角色问题,还可从行政民主化的世界潮流这一视角来观察分析。随着一波又一波的民主化浪潮,西方民主在20世纪下半叶演进到一个新阶段——当代民主阶段。进入这一阶段的西方民主,在形式上主要表现为直接民主因素大大增长和扩展,具体表现为由普选制、利益集团和新闻舆论三位一体、有机配合地形成当代西方直接民主、半直接民主的机制,其与原有的间接民主相结合而形成民主的当代形态;在内容上则主要表现为民主的因素增多、范围扩大、程度加深和步子加快,即由单纯的政治民主扩展到社会民主、经济民主和管理民主,由单纯的宏观民主扩展到微观民主,由单纯的横向民主扩展到纵向民主,出现了更多内容和更广领域的民主生活,开始形成比较健全的参与、竞争、制衡、法治

<sup>①</sup> 参见卡洛斯·阿尔马达(国际行政科学学会总干事)《各国行政管理改革的大方向——在政府行政管理改革国际研讨会上的讲话》,载《中国机构与编制》,1999(1)。

等四大民主机制,取得了前所未有的民主发展成就。<sup>①</sup> 这一民主化潮流影响到经济与社会发展的各个方面,在此背景下也就出现了行政民主化的主客观要求。

在社会主义市场经济条件下,按照经济、政治、社会关系民主化的要求,政府的主要职能应当是经济调节、市场监管、社会管理、公共服务。为此,必须摒弃全能政府的角色,以转变政府职能为重点,继续推进政企分开、政资分开、政事分开、政府与市场中介组织分开,加强和完善宏观调控,减少和规范行政审批,把政府职能切实转到经济调节、市场监管、社会管理、公共服务上来。这些要求和工作目标,可以概括为按现代市场经济和民主政治的要求重新定位政府角色,打造有限政府。

### 三、有效政府——着力打造方法好、效率高、 柔性管理的行政机制

#### (一)行政方法创新的必要性

传统的一般行政管理具有明显的纵向管理的特征,主要表现为“命令指挥—听命服从”的关系,尽管它也可能具有“依法行政”的外壳,但这种管理方式在本质上是一种统制行政。

由于当今政府失效的一个主要原因在于其方法不当而非其目的不当,所以要采用适应市场经济发展要求的方法手段来克服现代官僚主义。政府机关应采取积极灵活、注重效益、减少风险、适应时代发展要求的方法手段,来充分运用和合理配置其掌握的社会资源,并积极引导和影响社会资源的合理配置,以达到提高行政效率和质量,促进经济社会发展的目标。<sup>②</sup>

从行政法理的视角来看,无疑对行政权力必须加以有效约束,同时也应保障行政权力有效行使,这是现代行政法治的基本要求。前已述及,在现代市场经济条件下,行政权力运行应“适度”,也即政府在发挥职能过程中既不越位也不缺位,绝不侵入社会自主调整的领域,通过提供优质高效的公共服务来完成应有职能,此谓有限政府。同时,从方法论的角度来看,在以政府干预来弥补市场不足的时候,行政权力运行不应只是单一方式的强制性管制,行政管理方式还应符合柔和、弹性、协调的要求。只有这样,才能实现政府治理的稳定高效。

所谓“柔和”,要求政府机关在行政管理过程中尽可能采用非权力强制性的新型行政方式,如行政指导、行政契约、行政资助、非拘束性行政计划和规划、行政信息服务等柔性手段,充分发挥行政机关的引导作用,调动行政相对人的积极性;所谓“弹性”,要求行政机关在行政管理过程中要充分发挥灵活性和积极性,及时灵活地适应不断变化的社会关系,

<sup>①</sup> 参见应克复等《西方民主史》,第10~12页,北京:中国社会科学出版社,1997;[美]乔·萨托利:《民主新论》,冯克利译,第9~15页,北京:东方出版社,1998。

<sup>②</sup> 有的美国学者将此称为建立一种新型高效的行政模式——“企业化政府”。此说当否姑且不论。参见[美]戴维·奥斯本、特德·盖布勒《改革政府——企业精神如何改革着公营部门》,周敦仁译,译序第4~8页,前言第5~8页,上海译文出版社,1996。

在法律允许的范围内尽可能创造更好的社会环境,为行政相对人提供更好的服务;所谓“协调”,要求行政机关在行政管理过程中尽可能征求和听取行政相对人的意见,让行政相对人尽可能参与到行政管理过程中来,并促使行政相对人主动配合行政机关的行为以提高行政效率(其理论基点在于“相对人协助行政”既是其权利也是其义务)。

简言之,按上述要求来弥补政府干预不足或政府干预过度的缺陷,即以积极而又柔和的行政管理方式来调整经济与社会生活,尽力改变“市场调节和政府干预双重失效”的状况,这成为经济行政民主化潮流中一个重要的行政现象。

## (二)行政干预方式的有效性

从我国的情况看,在经济体制改革和行政模式转型的过程中,许多政府机关在经济与社会管理中开始注重行政干预方式的有效性,借鉴市场机制来克服机械式行政官僚主义的弊端。这是因为,随着企业的市场主体地位的普遍确立,随着科学技术特别是信息技术发展(例如管理网络社会和建设电子政府等公共行政理念和方法技术创新带来的机遇和挑战),随着知识经济和社会需求的发展,市场的力量进一步增强,而市场意味着选择、竞争和机会。人们认识到,处于这样一个市场经济迅猛发展的社会环境中的政府,必须重视利用市场机制,才能最有效地实现行政目标;同时,也正因为存在许多缺陷和弊端的市场有着巨大力量,才更需要政府的引导和适当的调控,这样人们才能在市场的汪洋大海里趋利避害、不迷失方向。可以说,在我国逐步确立和发展现代市场经济的条件下,政府机关在行政管理过程中积极采用具有柔软灵活特点的行政方式,这是面向现实和未来、适应市场经济和社会发展趋势的一种比较理性的行为选择,也是方法创新的要求和表现,有助于提高政府管理的有效性。

行政管理方式的上述调整变化在实践中收到了显著成效。从当今主要发达市场经济国家的情况看,政府在经济与社会管理中扮演领队和顾问的角色,不但积极履行服务职能,而且注重政府干预和引导的平等性、柔和性、科学性和有效性,实行一种积极而民主的服务行政模式。

## (三)行政机构改革的科学性

在行政管理体制改革的大背景下,从行政组织法的角度来看,必须逐步完善政府机构设置,实现机构职能、编制、工作程序的法定化,提高行政效率,降低行政成本。这就必然要求努力建设“有效政府”而不纠缠于“强政府”或“弱政府”之争,<sup>①</sup>并且政府规模也会因此趋于适中而成为“中政府”,而不是“大政府”或“小政府”。

这里所谓“中政府”,是笔者于十年前提出的一个概念,是指政府规模比较居中适度,它是相对于“大政府”或“小政府”而言的。这里的大、中、小,以政府支出(含转移支付)占GDP的比重作为划分标准,大于40%的是“大政府”,小于30%的是“小政府”,居中的是

<sup>①</sup> 关于“强政府”或“弱政府”之争,参见世界银行编写组编著《1997年世界发展报告——变革世界中的政府》,蔡秋生等译,绪论、第一部分和第二部分,第1~78页,北京:中国财政经济出版社,1997。世界银行编写组的观点是不要拘泥于“强政府”或“弱政府”,只要是“有效政府”就好。



“中政府”。笔者一直认为,从行政实务和行政法理来看,与当代经济社会发展的行政管理需求最相适应的,不是“大政府”,也不是“小政府”,而是“中政府”。从如何配置公共资源及其效率高低的角度来看,“中政府”可能是最理想、最现实、最合算、最有效的政府规模。<sup>①</sup>

#### (四)管理机制创新的现代性

在传统的行政管理过程中,行政相对人只是作为单纯的行政管理对象,扮演着非常被动的角色,没有积极参与管理过程的任何权利和权力可言,也没有体现民主权利和权力制约的行政管理制度安排。随着世界范围内出现的新一波民主潮流及其对各领域的影响,现代行政管理实践中越来越多地增加了直接民主因素,民意表达、公民参与成为新的制度价值追求和民主判断标准,逐渐显现出行政民主化发展的趋向,对经济、政治、文化与社会生活的发展不断产生重大影响。<sup>②</sup> 而从国外行政法治的当代发展轨迹来看,在民主新理念的引导下,直接体现“参与民主”精神的行政法律制度不断出现,例如立法参与、执法参与、陈述申辩、审议会、听证会、民意测验等等。在这一系列民主化跃迁中,有相当一部分是行政程序和权利救济程序方面的制度创新。因此,需要完善行政管理决策机制,坚持实行民主集中制,健全对涉及经济社会发展全局的重大事项决策的协商和协调机制,健全对专业性、技术性较强的重大事项决策的专家论证、技术咨询、决策评估制度,健全对与群众利益密切相关的重大事项决策的公示、听证制度,推进行政管理决策科学化、民主化。同时,要加快建立权责明确、行为规范、权责统一的行政执法体制,保证各级行政管理机关及其工作人员严格按照法定权限和程序行使职权、履行职责。

政府不是社会上的无赖,而应是最讲诚实信用的正式组织机构,政府机关的行为应有连续性和可预期性,不能朝秦暮楚、随意改变;即便出于重大公共利益的考虑需要征用财产、调整政策、改变行为(例如收回政府机关颁发的许可证照),也应按照信赖利益保护原则,对合法权益受到影响的行政相对人给予公平补偿。<sup>③</sup> 这是因为,行政相对人出于对政府机关的信任,按照政府机关的意愿去行动,难免付出一定代价,也会形成一种信赖利益。这种信赖利益应当受到政府机关的尊重和保护,一旦受损,应予补救。这也是提高政府管理有效性的重要方面。

<sup>①</sup> 参见拙文《中政府:我国城市政府组织法制的理性选择》,载《现代法学》,1995(2)。

<sup>②</sup> 按理说,行政机关不是直接体现民意的代议机关,行政机关依法设立、依法运行、依法负责,即便没有行政相对人参与行政管理过程的制度安排,也具有“天生的”正当性与合法性。但是,现代行政法学认为,公民参与行政能够提高行政管理的民主程度,从根本和长远来看也有利于提高行政管理的质量和效率。

<sup>③</sup> 所谓公平补偿,是指一种运用或贴近市场机制的、得到公正评价的补偿原则。它要求在行政相对人受到行政伤害而运用补偿机制给予补救时,原则上应当按市场标准和法定程序,事先与行政相对人商定补偿标准和方式。

## 四、亲民政府——通过强化公共服务职能 来改善政府与人民的关系

### (一) 行政服务职能与服务行政模式

在传统计划经济时代,政府俨然是企业、市场、社会的主宰者,政府机关与行政相对人之间是一种不平等关系,习惯于以行政计划、行政审批、行政强制等体现单方意志的强硬手段来实施行政管理、维持行政秩序,形成行政两造之间的极大张力,这成为行政管理的一种基本模式。随着市场导向的经济体制改革不断深入,转变政府职能、满足民众需求、建设服务型政府,就成为改革和完善行政管理体制的重大课题。行政机关应当改进管理方式,顺应由秩序行政、指令行政转向服务行政、指导行政这一时代潮流,积极向行政相对人提供信息、政策、专业技术等方面的指导、帮助和服务。这种服务行政模式,同我们国家、政府全心全意为人民服务的性质也是一致的。

### (二) 从行政服务的理念看服务行政模式

行政机关为公众提供行政服务,也是一种新的理念。正式提出“服务行政”概念与理论的是厄斯特·福斯多夫(Ernst forsthoff)。福斯多夫于1938年发表《当成是服务主体的行政》一文,明确提出了“服务行政”概念,认为生存照顾乃是现代行政的任务。<sup>①</sup>福斯多夫在提出“服务行政”的概念之初,以行政对公民的“生存照顾”为核心来建构服务行政的内容体系,所阐述的“生存照顾”内容比较狭窄,存在时代局限。<sup>②</sup>“虽然福斯多夫所提出的‘生存照顾’概念……已不能再享有最高学术价值之评价,但并不妨碍现代国家及行政已经融入深厚的‘服务’观念。今日,当民众及学术界无不认为国家应该是一个服务全民的‘服务国家’……由狭义的‘治安’行政,到有‘对价’性质的公用事业服务……到完全由国家(行政)单方面提供之救济性服务……都可以包括在现代‘服务国家’的服务范围之内”。<sup>③</sup>可见,服务行政的理念被越来越多的人和国家、地区认同,其内涵也随着时代的发展而逐渐扩展。

20世纪后期西方各国掀起一场市场化导向的公共行政改革浪潮,形成了一场持续至今的新公共管理运动,其重要价值取向之一是实现由“以政府为中心”的强调管制模式向“以满足人民的需求为中心”的公共服务模式转变。这种公共行政服务满足了对公民主体性地位的认可和尊重,以及市场经济条件下市场主体对行政行为目标多元化的需求,促进了公平、正义、自由、秩序等基本社会价值的实现。在服务行政理念下,政府体制的运行更多地采用市场竞争模式和弹性政府模式(出现了所谓“政府的公司制管理”、“市长经理制”

① 参见陈新民《公法学札记》,第48页,北京:中国政法大学出版社,2001。

② 1938年福斯多夫提出的“生存照顾”的概念排除了传统干涉行政(治安行政),以及属于公权力单方面提供给公民的灾难性的“济助”之纯“给付”行为。公民接受服务是有“对待给付”(交费)为前提的。福斯多夫在1959年撰文提出了生存照顾的“辅助性理论”,生存照顾是当社会不能凭己力维持“稳定”时,国家才扮演的一种“国家补充功能”。福斯多夫舍“行政补充功能”不用,而是用“国家补充功能”,已经认为生存照顾已非“行政”权力的独揽任务,概念有所发展。参见陈新民《公法学札记》,第84~86页,北京:中国政法大学出版社,2001。

③ 陈新民:《公法学札记》,第89页,北京:中国政法大学出版社,2001。