

本卷要目

基础理论研究

【赵宏】

法治国下的目的性创设

——德国行政行为理论产生及功能的历史考察

【解志勇 陈国栋】

从严格规则主义到程序主义

——行政行为合法性机制演进论纲

【杨伟东】

论公法的独特性——以行政法为中心

专题研究

【宋功德】

变最短“桶板”为最长“杠杆”

——论行政责任制在行政管理体制改革中的角色转换

【韩春晖】

现代公立大学法人化研究

——域外之经验与我国之抉择

【杨翔】

论我国公证法律制度的若干问题

“公众参与与行政法”专题研究

【王锡锌】

公众参与和现代行政法治的模式变迁

制度改革建议

【未名】

加强和改善人大对法院的监督

【张世泰】

改革人民法院工作报告制度 维护司法权威

外国行政法

【查尔斯·H·科克 著 郑春燕 译】

行政裁量的司法审查

判例分析

【杨利敏】

让司法审查回归“司法”

——从马某某诉厦门市公安局案看法律适用与

裁量兼及司法审查的定位与界限

◆ 罗豪才 / 主编

ADMINISTRATIVE LAW
REVIEW VOL.10

行政法论丛

第10卷



法律出版社
LAW PRESS CHINA

D922.104/1
:10
2007

第10卷

行政法论丛

ADMINISTRATIVE LAW
REVIEW VOL.10
■ 罗豪才 / 主编



法律出版社
LAW PRESS CHINA

· 图书在版编目(CIP)数据

行政法论丛. 第10卷/罗豪才主编. —北京:法律出版社,2008.1

ISBN 978-7-5036-7954-4

I. 行… II. 罗… III. 行政法学—文集 IV. D912.101-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第195636号

© 法律出版社·中国

行政法论丛(第10卷)

罗豪才 主编

责任编辑 王旭坤

涂俊杰

装帧设计 李 瞻

开本 A5

版本 2007年12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 永恒印刷有限公司

印张 20.25 字数 519 千

印次 2007年12月第1次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

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

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-7954-4

定价:46.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《行政法论丛》编辑委员会

主 任 姜明安

委 员 (按姓氏笔画排列)

王锡铤 王 磊 甘超英 张千帆

沈 岍 陈端洪 湛中乐

目 录

卷首语

罗豪才

落实科学发展观 加强公法研究和建设 (1)

《行政法论丛》编辑委员会

愿理论之树常青 (6)

——写在《行政法论丛》出刊十周年之际

【基础理论研究】

赵 宏

法治国下的目的性创设 (10)

——德国行政行为理论产生及功能的历史考察

解志勇 陈国栋

从严格规则主义到程序主义 (26)

——行政行为合法性机制演进论纲

杨伟东

论公法的独特性 (64)

——以行政法为中心

钟瑞友

社会权力与我国行政法权利(力)结构的调整 (89)

王 麟 彭 涛

论新公共管理与中国行政法学的改造 (123)

——对我国行政法学的转型与重构的一种背景分析

余忠尧

平衡理论的过去、现在和未来 (145)

——基于《现代行政法的平衡理论》(第一、二辑)的思考

【专题研究】

宋功德

变最短“桶板”为最长“杠杆” (170)

——论行政责任制在行政管理体制改革中的角色转换

章志远 周春华

认真对待行政审判权 (204)

——行政审判权研究述评

韩春晖

现代公立大学公法人化研究 (226)

——域外之经验与我国之抉择

王青斌 陶 杨

行政承诺制度研究 (254)

杨 翔

论我国公证法律制度的若干问题 (279)

苏苗罕

行政法视野中的规划咨询委员会问题研究 (308)

【“公众参与与行政法”专题研究】

王锡锌

公众参与和现代行政法治的模式变迁 (335)

成协中

公众参与的模式选择与实施机制 (386)

【制度改革建议】

朱 名

加强和改善人大对法院的监督 (412)

张世泰

改革人民法院工作报告制度 维护司法权威 (417)

【外国行政法】

查尔斯·H. 科克著 郑春燕译

行政裁量的司法审查 (420)

【案例研究】

杨利敏

让司法审查回归“司法” (469)

——从马某某诉厦门市公安局案看法律适用与裁量
兼及司法审查的定位与界限

理 牧

行政处罚中的自由裁量控制 (501)

——马某某诉厦门市公安局思明分局行政处罚案评析

附:案情简介 (512)

福建省厦门市中级人民法院行政判决书 (513)

【学术动态】

王新艳

“软法的挑战”学术研讨会综述 (520)

杨利敏

个人信息保护法国际学术研讨会综述 (525)

【资料】

2005 届全国部分院校博士研究生毕业论文摘要 (534)

2005 届全国部分院校硕士研究生毕业论文目录 (608)

后记 (635)

题 首 语

落实科学发展观 加强公法研究和建设

罗豪才*

中共十六大以来,以胡锦涛同志为总书记的中共中央提出了科学发展观、构建社会主义和谐社会等一系列重大战略思想和指导方针。全国各族人民在科学发展观的指导下,加强经济建设、政治建设、文化建设、社会建设,全国上下呈现出经济发展、社会和谐生机勃勃景象。

2007年6月25日,胡锦涛同志在中央党校省部级干部进修班发表重要讲话。讲话科学分析了当前我国面临的新形势新任务,深刻回答了党和国家未来发展的一系列理论和实践问题,为中共十七大胜利召开奠定了重要的政治、思想和理论基础。讲话强调要坚定不移地走中国特色社会主义伟大道路,鲜明地回答了我们在新世纪新阶段应该举什么旗、走什么路的问题,为社会主义现代化建设进一步指明了前进的方向。讲话论述了科学发展观的深刻内涵,提出了贯彻落实科学发展观的总体要求,对各项工作提出了新要求、作出了新部署,体现了解放思想与实事求是的统一,理论创新与实践创新的

* 北京大学宪法与行政法研究中心教授。

统一,总结过去与规划未来的统一,立足国情与面向世界的统一。胡锦涛同志的重要讲话对于进一步统一全国各族人民的思想认识,动员全国各族人民更好地为夺取全面建设小康社会新胜利、开创中国特色社会主义事业新局面而奋斗,具有重要的指导意义。作为公法学者和研究人员,我们要认真学习、深刻领会讲话的精神,深入研究讲话涉及的有关公法的指导思想、原则、制度、方法等,立足社会主义初级阶段基本国情,回应时代要求,积极推动公法理论创新和公法制度建设。

公法建设要以科学发展观为指导思想。科学发展观,是对党的三代中央领导集体关于发展的重要思想的继承和发展,是马克思主义关于发展的世界观和方法论的集中体现,是同马克思列宁主义、毛泽东思想、邓小平理论和“三个代表”重要思想一脉相承又与时俱进的科学理论,是我国经济社会发展的重要指导方针,是发展中国特色社会主义必须坚持和贯彻的重大战略思想。这一重大发展不仅促使马克思主义的科学性与时俱进,而且使之与当代中国的国情和需求更紧密地合为一体。胡锦涛同志在讲话中对科学发展观进行了全面深刻的阐述,明确指出科学发展观的第一要义是发展,核心是以人为本,基本要求是全面协调可持续,根本方法是统筹兼顾。这一阐述鲜明地指出了我们时代的主题是发展,而我们需要的发展是科学的发展,是以人为本的发展;科学的发展必须贯穿全面协调可持续,必须通过统筹兼顾的根本方法来实现。科学发展观作为一种科学的发展理论,正是当代中国所需求的,它不仅阐明了认识世界的方法,更为我们建设伟大国家提供了实践指针和目标。公法制度是国家建设中的重要环节,执政党代表整个民族深思熟虑勾画的愿景目标和指导方针对于公法的制度建设和理论研究同样具有重要的指导意义,公法从业者有责任自觉地将其贯彻到公法制度和理论研究之中。

公法建设要把以人为本作为出发点和落脚点。人的解放、人的全面发展是马克思主义的最高目标,科学发展观也将以人为本作为核心,坚持以人的全面发展统领经济社会的发展。十六届三中全会

指出“坚持以人为本,树立全面、协调、可持续的发展观,促进社会和人的全面发展”。胡锦涛同志更进一步指出,要始终把实现好、维护好、发展好最广大人民的根本利益作为党和国家一切工作的出发点和落脚点,做到发展为了人民、发展依靠人民、发展成果由人民共享。实现好、维护好、发展好最广大人民的根本利益也是社会主义公法制度的内在追求,公法要尽力为“发展为了人民、发展依靠人民、发展成果由人民共享”的愿景提供制度保障。在公法制度的各个环节之中,都应当确立和体现以人为本的精神,将国家尊重和保障人权,关注民生,改善民生,谋求共同发展的意旨牢固贯穿在公法制度的基石中。

公法建设要以构建和谐社会为主要目标。胡锦涛同志指出,科学发展,社会和谐,是发展中国特色社会主义的基本要求,是实现经济社会又好又快发展的内在需要,必须坚定不移地加以落实。科学发展观的要义是以人为本,是最终谋求人的全面发展,在人与自然、人与社会、人与人的和谐关系中,人的全面发展才能具有前提和保证;一个贯穿社会主义民主政治、市场经济和先进文化的原则和精神,集民主法治、公平正义、诚信友爱、充满活力、安定有序、人与自然和谐相处为一体的社会主义和谐社会,是最广大人民的根本利益所在。

和谐社会的构建需要我们综合运用政策、法律、经济、行政等多种手段,统筹各种社会资源,综合解决社会协调发展问题。公法的制度支撑和机制调整是构建和谐社会必不可少的,公法对于自由与秩序、效率与公平、私益与公益、权利与权力这些基本范畴的调整事关和谐社会构建的根本方面,公法学者应自觉秉持与之相适应的公法理念,探求适应和服务于和谐社会之需要的公法制度和机制,在科学发展观的统领下,统筹兼顾,协调发展,以实现权力(利)的结构性平衡和制度均衡,兼顾公共利益和个人利益,维护生态平衡,确保社会持续、稳定、有序发展,推动社会和谐。

公法要坚持依法治国基本方略,弘扬法治精神,维护社会公平正义。中共十五大提出的依法治国方略,是从社会主义现代化建设事

业全局出发,坚持以马克思主义法学理论为指导,在认真总结我国法治建设实践经验、借鉴世界法治文明成果的基础上作出的一项重大决策,标志着对建设中国特色社会主义法治国家的规律、中国共产党执政规律有了更加深刻的认识和把握。胡锦涛同志在讲话中指出,要全面落实依法治国基本方略,弘扬法治精神,维护社会公平正义。这一讲话进一步揭示了我国社会主义法制尤其是公法的灵魂,也表明了执政党的信念和责任。公平正义是和谐社会的基础条件,在现代社会中,公平正义必须透过充满理性精神的法律制度予以实现和保障,社会主义法治与和谐社会的根本特性之间具有内在一致性。公法要积极探索优化社会(权利)资源配置体现社会主义公平正义的机制,既约束权力和权利的不当扩张,使两者都在规范的轨道上运行,又激励两者充分发挥活力。公法从业者要牢固树立和自觉践行社会主义法治精神,将其贯穿于建设社会主义法治国家的全过程,贯穿于公法建设与研究的全过程,致力于维护社会公平正义。

公法建设要注重加强制度建设。胡锦涛同志的讲话指出,要坚持党的领导、人民当家作主、依法治国有机统一,不断推进社会主义政治制度自我完善和发展。我们要认真学习讲话精神,在总结以往经验的基础上,切实加强公法制度建设。我国公法制度的建设要与经济文化的发展相适应,与公民政治参与的积极性相适应,与社会结构的调整相协调,要立足国情,稳步推进,虽然有些法律制度可以移植,但公法制度建设不可能靠移植,一些事关全局的基本公法制度需要根植于中国国情的土壤。我们必须坚持具有中国特色的社会主义政治民主的发展道路。在调整公法关系中,既要在宪政的框架下发挥硬法的规范作用,又要在法制统一的基础上发挥软法的自律和软约束力的作用;要完善制度的评估体系,从而全面展现我国公法制度特别是政治制度的特点和优势。

公法研究要坚持统筹兼顾的方法论。统筹兼顾,是我国经济和社会发展经验的结晶,是科学发展观的基本方法。科学发展观深刻揭示和精辟概括了完善社会主义市场经济体制进程中城乡发展、区

域发展、经济社会发展、人与自然和谐发展、国内发展和对外开放的各自联系与总体关系,是对唯物辩证法的创造性运用,是辩证思维的新结晶,具有整体性、综合性、开放性、对比性等特点。自觉地运用统筹兼顾方法论认识与处理公法关系是现代公法学者的历史责任。传统的公法学孤立地看待公法关系,只见树木不见森林,把复杂公法关系简单地归结为命令与服从关系,或者归结为就是权力关系,未能揭示公法关系的多样性,难以调动公法关系主体的积极性。坚持统筹兼顾的方法就是要用全面的、发展的观点来看待公法关系,将各个公法主体放到相互之间的关系中加以平衡考虑,综合兼顾各个公法主体的利益,谋求各个主体之间的合作与共赢;也要将某一项单独的公法关系放到更广泛的背景中,放到与其他公法关系,乃至其他法律关系和社会关系的网络之中考虑相互之间的一致性,达到整体制度结构之间的协调与均衡,以及发展与治理之间的平衡。

结构调整是落实统筹兼顾的一项运用十分广泛的具体方法。任何事物都是由诸多相关因素有机构成的。在不违反事物发展规律的情况下,依据统筹兼顾,通过政府与市场的博弈,对相关的结构进行恰当的调整,促进权力(利)结构以及制度均衡化。从本身的属性上看,公法学属于政治文明的范畴,但现代公法调整的关系则涵盖经济社会诸领域。公权与公民权利关系是公法的主线,在这些领域或明或暗都可看到公法的影响和作用,但研究公法不能局限于这根主线。我们应重视对统筹兼顾方法论的研究,开拓公法研究的新思路与新途径,这有助于我国公法学的繁荣与发展。

科学发展观已经为我们国家未来的发展指出了道路、规划了方向,有待公法学者学习和贯彻。胡锦涛同志的重要讲话是对科学发展观精辟、深入、全面的阐述,还有许多精神值得我们认真领会。我们要立足国情,构建具有中国特色的公法学,要继续通过制度和机制创新,加强公法建设,推进社会主义物质文明、政治文明和精神文明建设协调发展。

愿理论之树常青

——写在《行政法论丛》出刊十周年之际

《行政法论丛》编辑委员会

呈现在读者面前的已是《行政法论丛》(以下简称《论丛》)第十卷了。从第一卷的编辑、问世迄今,《论丛》业已和广大读者及中国行政法治、行政法学的发展历程一起,走过了整整十年。

过去的十年是我国行政法治和行政法学取得长足进展的十年。在十五大报告和宪法先后将“依法治国,建设社会主义法治国家”的方略纳入其中之后,我国的行政法治建设进入一个前所未有的高速发展时期。《行政复议法》、《立法法》、《行政许可法》、《公务员法》、《监督法》等一批重要法律法规相继出台,《行政收费法》、《行政强制法》、《行政程序法》等重要法律正在制定中,国务院还颁布了《全面推进依法行政实施纲要》。制度化、规范化、民主化、理性化的要求正在全面渗入行政过程的各个环节。行政法学也经历了一个迅速发展壮大的时期。行政法学密切地关注中国行政法治实践中出现和存在的问题与困难,在更为系统、深入地译介国外的行政法理念和制度的同时,更具反思性地借鉴和转化国外的既有成果,创造性地应对中国行政法治建设中的迫切问题,并尝试构建具有本国特点的行政法理论和制度。在此之中,行政法学的视野和涉足领域不断扩大,问题意识日益鲜明,理论深度不断增长,技术分析日趋精细。

《论丛》有幸参与和见证了行政法治与行政法学这十年来的发展。十年前,《论丛》筹划时,正值十五大报告系统阐发“依法治国,建设社会主义法治国家”的治国方略,一个行政法获得高度重视和迅猛发展的时代已经可以预见。为及时交流总结行政法治实践进展中的经验,促进对此的理论提升,培育为行政法实践和学术的长远发展所必需的理论能力,《论丛》应时而生。作为编者,自《论丛》出刊以来,我们一直在向这一方向而努力。在十卷中,《论丛》先后开辟了“基础理论研究”、“专题研究”、“行政法学方法研究”、“外国行政法”、“比较行政法”、“判例研究”、“名著评介”、“学术动态”等多个栏目,还不定期地编发一些主题讨论。对行政法的传统领域,如行政主体、行政程序、行政行为、行政裁量、行政诉讼等,《论丛》刊载过颇有深度的论文;对行政法的新兴领域,如社团组织在行政法中的地位,行政规划、行政契约、行政指导、激励性管制等非强制行为的性质和作用,互联网形成的电子空间的规制等,《论丛》较早推出过富有启发性的专项研究;对于一些曾备受学界和公众瞩目的行政法案件,如田永诉北京科技大学拒绝颁发毕业证、学位证案,高永善诉焦作市影视器材公司房产纠纷案,乔占祥诉铁道部“春运”提价案等,《论丛》组织过专门的探讨;对于一些立法和学术讨论的动态,如北京大学公法研究中心《行政程序法》试拟稿及其研讨会、《行会法》立法建议稿、《紧急状态和应急管理法》专家建议稿等,《论丛》率先进行过通报;《论丛》还译介国外最新的行政法学研究动态,并如期收刊国内行政法学博士论文和硕士论文的摘要或名录。

《论丛》始终关注和回应中国行政法治建设中理论和实践热点问题,并致力于学术资讯的交流和共享,但毋庸讳言,《论丛》的突出特点,仍是其一以贯之地倡导行政法理论研究尤其是基础理论研究的旨趣。有心的读者不难发现,《论丛》不仅在“基础理论研究”栏目中持续地刊登过年轻学者对于行政法的目标定位、行政法的功能模式、行政法的结构、行政法的运作机制、行政法与宪制模式的关联等关乎行政法最基础层面的理论问题的探讨,而且所刊载的关于行

政法具体制度的文章也大都具有从单纯的技术环节上升到某一具体领域的一般理论乃至行政法一般理论层面的倾向。《论丛》之所以秉持此种旨趣,乃是因为我们坚信:法学不仅仅是匠人之学,法学研究者向他所置身的社会作出的最主要的智识贡献之一,应是思想和理论的贡献。理论是精神创造力的标志,是在把握人类优秀智慧成果的基础上、对现实的带有反思性的深入关切、了解和思考的结晶,只有来自源源不绝的理论思索的强大动力,行政法学者才能如所期许的那样源源不断地向中国社会提供满足时代和社会需求的制度和技術。在《论丛》后几卷中,我们还特意编发了讨论行政法学方法论的文章,并鼓励探索以跨学科的方法对中国现实的行政法问题进行研究的作品,尽管这些作品在对方方法论的把握和应用上可能还略显稚嫩,但这种探索是值得肯定的。因为,只有在与西方同行同等的智识源泉中汲取养料、组织思考,我们才不会永远停留在“后学”的阶段。而行政法只有在了解自身学科“自治”的范围和有限性的前提下,将自身开放给广泛的哲学和社会科学,才能在增强学科对话能力的同时,更为深切地融入对当下处境和命运的共通的智识探索之中。我们期望,通过这样的努力,中国行政法学者能在最大限度地运用既有智识资源创造性地解决本国问题的过程中,培育出大国应具有的理论能力,并最终对行政法共通的理论库藏作出自身独特的贡献。在这一过程中,行政法学者也将收获对于中国法治建设实践的源源不断的贡献。

回首既往,颇多感触。令人感慰的是,《论丛》和中国行政法学一起成长。我们欣悦地看到,《论丛》刊载的文章,涉及问题的面越来越广泛、程度越来越深入,运用的理论工具越来越丰富,技术分析越来越精致圆熟。而《论丛》一大批昔日的作者已经在各自的领域内独立成才,当年为《论丛》撰稿的硕士、博士、年轻讲师今日已成为各自专业领域中的教授、博导或实践部门中的骨干、专才,活跃在行政法的潮头浪尖。也时有各地的读者通过各种方式索要《论丛》早期的卷目,或对《论丛》的新书表示冀盼。《论丛》走到今天,我们也

需要对一直支持《论丛》的法律出版社,《论丛》的作者、读者,兄弟院校博士点、硕士点的导师,行政法学会的诸位同仁表示我们衷心的感谢!

党的十七大已经胜利召开,中国的行政法治建设将在科学发展观的指导下迎来新的发展机遇。展望未来,我们充满信心,在科学发展观的指引下,在行政法学界的共同努力下,行政法会在中国社会中日益发挥更为显著的作用。《论丛》将一如既往地致力于为行政法学培一方理论研究的沃土,并尽力使《论丛》成为更具开放性和包容性的学术平台。我们期待,有越来越多的作者和读者加入这一行列,共同使中国行政法的理论之树根深叶茂、常青不败!