

思想的氣象

中国政法大学学术讲演精粹

第二辑

总编◎高浣月

主编◎孙黎萌



中国政法大学出版社

思想的氣象

中国政法大学学术讲演精粹

第二辑

总编◎高浣月 主编◎孙黎萌



中国政法大学出版社

2016·北京

- 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

想的气象：中国政法大学学术演讲精粹. 第2辑/中国政法大学党委宣传部
主编. —北京：中国政法大学出版社，2016. 1
ISBN 978-7-5620-6071-0

I. ①思… II. ①中… III. ①法学—文集 IV. D90-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第159363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	880mm × 1230mm 1/32
印 张	8.375
字 数	198 千字
版 次	2016 年 1 月第 1 版
印 次	2016 年 1 月第 1 次印刷
定 价	26.00 元

序

每一个走进法大的人，都会被它宽广的思想空间和浓厚的文化氛围所感染，仿佛置身于精神的乐土、智慧的海洋。而精彩的讲座，则是这片乐土上绽放的花朵，是这个海洋中不息的浪花。

每一个走出法大的人，怀念的不仅是军都晓月、蓟门徜徉，也不仅是宪法大道的拓荒牛、“婚姻法广场”的晨读，在他们的记忆深处，肯定有一幅幅在法大听讲座的图景。这或许是一场精彩的学术演讲，或许是一场高深的人文对话，或许是一场师生之间的激烈辩论，而“座无虚席”一定不足以形容各种讲座之盛况。即便如今，法大的教学条件得以改善，但热门讲座中攀窗而立、席地而坐的情景仍不时可见。

讲座，仿佛是融入大学精神的血液。缘何？

听讲座，是精神的受洗和思想的升华，是对智者的钦佩和对仁者的虔敬，是对真理的追求和对善美的崇尚。而对设坛讲座的学人、学者来说，以探索真理的勇气和精神，将自己的研究心得无私地贡献出来，或进行交流，或加以传授，只因为他们相信在济济一堂的听众中会有他们的知音和传承者。一次精神的会餐远胜过十次物质的盛宴！

然而，如果专家学者智慧的闪光仅仅局限于法大讲堂，那么对社会无疑是一件憾事。于是在2006年，《思想的气象》丛书编委会编辑出版了《思想的气象——法大学术演讲精粹》（第一

辑)，企望以此书为载体，让法大讲坛上的思想之光传播得更远。

一晃已9年飞逝。过去的数年，是中国社会变化和发展最快的时期。社会变革在思想文化领域的反映则表现为各种新思潮的出现、各种观念和话语的对立与融和，以及对旧传统的颠覆和对新秩序的重建。在世界日趋全球化和多元化的背景下，法大的讲坛也成为各种话语和思潮碰撞的平台。现在，人们常用“信息化时代”“互联网时代”“大数据时代”“全媒体时代”等各种词汇来形容当今社会，仿佛跟以往的年代相比已经天翻地覆。然而，就阅读而言，无论阅读的载体是手机还是电脑，无论传播方式是网站还是微信，最受欢迎的阅读内容却从未改变，那就是——阅读智者的思想。思想为阅读增添趣味，阅读为思想提供食粮。

为了给读者们的阅读增添更多的趣味，为大家的思想提供更多的食粮，在《思想的气象》（第二辑）中，我们试图收录比第一辑涉及领域更广的思考和对话，涉及政治、法律、经济、管理、社会、文化、国际关系等多方面，尽量兼容并蓄，博采众长，且尤以政治和法律问题为核心，以展现法大之特色，聚焦时代之热点。

在收录和整理的过程中，我们尽量保持讲座原有的现场感，希望能让读者身临其境。当然，这种现场感若能让曾在法大听过讲座的学子们回想起当年风雨无阻地排票、边啃面包边听讲座的时光，将令我们更觉欣慰。

苏轼曰：“博观而约取，厚积而薄发，吾告子止于此矣。”愿以此语与读者诸君共勉。

黄 进

2016年1月于蓟门

目 录

序	/ 1
依法行政的新形势	应松年 / 1
法学素养与国家建树 ——近代法学第一人 伍廷芳的智慧与人格魅力	郭世佑 / 21
公权能否低下高昂的头颅 ——聚焦刑诉法修正案草案	陈光中 田文昌 王敏远 / 44
从里斯本条约看欧洲一体化进程	迪蒂埃·博丹 / 73
法律人的未来之路	龙卫球 钱列阳 李轶萌 / 95
二十年司法变迁	佟丽华 田文昌 王万华 赵云鹏 / 118
法治中国的理想与现实——四中全会文件解读	王锡锌 王人博 刘仁文 何 兵 王 涌 刘桂明 张青松 / 143
京津冀一体化——中国城镇化新战略?	冯 奎 / 191
全球化视野下中国反恐立法的过去与未来	高铭暄 王世洲 刘仁文 / 215
港澳特别行政区政府体制	许崇德 / 237
后 记	/ 261

依法行政的新形势

演讲嘉宾：应松年

评议人：刘 莘

主持人：林鸿潮

时 间：2008 年 3 月 13 日

整 理 者：渠 滢

嘉宾简介：

应松年，1936 年出生，浙江宁波人。现任国家行政学院法学教研部主任，中国政法大学教授、博士生导师。第九届、第十届全国人大代表，内务司法委员会委员，北京市第十届、十一届、十二届人大代表、法制委员会副主任。享受政府特殊津贴。兼任全国人大法工委行政立法研究组副组长，中国法学会行政法学会研究会会长，国务院突发公共事件应急预案专家组成员，国家减灾委员会专家委员会成员，中国法学会理事及专家委员会委员、中国监察学会副会长、中国卫生学会副会长、最高人民法院、最高人民检察院、公安部特约咨询员、特约监督员，北京市、天津市、福建省人民政府法律顾问等。

应松年教授是我国著名法学家，是我国最早从事行政法理论研究和教学的工作者之一，是新中国行政法学科的创始人和带头人。二十多年来在理论研究、人才培养、行政法制建设、

提高干部和群众的行政法律意识以及国际学术交流等方面作出了开创性的贡献。自 1986 年全国人大常委会法工委成立行政立法研究组起，应松年即担任研究组的主要负责人，先后组织或参与《行政诉讼法》、《国家赔偿法》、《行政处罚法》、《立法法》、《行政许可法》、《行政强制法》的研究和起草工作。并根据全国人大常委会的立法计划，正在组织起草和修改《行政程序法（草案）》，修改《行政诉讼法》和《国家赔偿法》。

主持人：

各位晚上好，欢迎大家光临法治政府论坛学术讲座！今天是 2008 年的第一场讲座，我们非常荣幸地邀请到了中国法学会行政法学研究会会长、国家行政学院法学部主任应松年教授为我们的讲座开张！同时我们也非常荣幸地邀请到了法学院的刘莘教授担任今天讲座的评议人。首先让我们用热烈的掌声对应老师和刘老师的到来表示衷心的感谢和热烈的欢迎！

应老师就不用我多做介绍了，相信法大的同学们比我还要熟悉。谁要是研究中国行政法学史的话，都可以将应老师的成就作为一个重要的课题来研究。总之，应老师既是德高望重的学界泰斗，也是我们青年学生的良师益友。他今天给我们演讲的题目是“依法行政的新形势”，让我们一起来聆听应老师的精彩讲解！

应松年：

中国行政法的发展历程

1978 ~ 1990：行政法发展的第一个阶段

对于中国行政法的发展历程，我们可以从 1978 年开始研究。1978 年以前，新中国成立后曾有一段时间想要建立行政法

(体系)。那时候我们学习苏维埃，人民大学还邀请苏联的专家司徒节尼金到中国来讲学，并出版了两本《苏维埃行政法》(上、下册)。那是在五十年代。不过两三年后不知为什么就没有人提起了。直到1978年十一届三中全会以后，恢复了法治，这才考虑恢复行政法。

我认为，中国行政法的发展可以分成三个阶段。第一个阶段是开创阶段，即1978~1990年。1990年是《行政诉讼法》生效的那一年。在这一阶段，历史曾给了我们两次很好的机遇。一次是十一届三中全会以后要恢复法治。要恢复法治就要有人才，就需要恢复法学教育；而要开展法学教育就要有老师、有教材。司法部当时成立了法学教材编辑部，由王岷灿当总编，现在图书馆的书架上还可以找到很多统编教材。我记得最早的《刑法学》是高明暄主编的，《民法学》是佟柔主编的。这些人当主编，然后又把各个大学里曾经从事过或者准备要从事法学教育的人集中到一起去编书。编书的过程对老师来说其实也是一个重新训练的过程。后来教育部觉得这个方法不错，于是也参与进来，变成教育部和司法部法学教材编辑部。

王岷灿曾经讲过宪法，他那时决定也要编写一本《行政法》。不像刑法、民法那样研究的人比较多，可以找到合适的主编，那时候行政法找不到，于是王岷灿就决定自己着手，因为他也曾研究过宪法。这样就由他当主编，同时还邀请了一些其他学校的或不在学校的学者们，大概十几个人一起来编写一本书。当时行政法教材编出来后，很多大学都开设了这门课。这时司法部又做了一件重要的事情。因为它发现在各个大学讲授行政法课程的教师，虽然有一些参加过这本教材的编写，但大多数教师并没有参与，所以还存在师资培训的问题。于是司法部办了一个行政法的师资培训班，即我们现在经常说的“黄埔

一期”。为什么说是“黄埔一期”呢？因为现在的行政法学的人才，有相当一部分是从这个师资培训班里培训出来的，像现在我们经常碰到的杨海坤、叶必丰等各个大学中的优秀教师。

我感觉现在的行政法的师资主要是由两批人组成的，一批是早期大学里毕业的硕士生，另一批则是当时师资培训班中的人，比如我们政法大学的刘莘老师就属于第一届的硕士，是行政法的元老。其他大学也是这样的。从这以后，我们行政法在各个大学里开始开课，科学研究也在不断向前发展，这是历史给我们的一次重要机遇。

在这段时间里，历史给我们的第二个机遇就更加重要了。当时《民法通则》刚刚编纂完，中央人民政府第一任法制局长陶希晋，当时在法工委当顾问，在民法编纂完成以后提出，我们中国应该有我们的“新六法”，废除“旧六法”。“新六法”是指民法、民诉、刑法、刑诉、行政法和行政诉讼法。然而，与前“四法”不同，当时对于行政法和行政诉讼法，连立法机关的人都不太了解，研究的学者也不是太多。所以，他提出要建立一个行政立法研究组，把实际部门的工作人员和学者们结合在一起，成立一个研究组来起草这部重要的行政法草案。在这以后，他指定了江平当组长，我和罗豪才当副组长，还有其他一些成员。其实，当时帮着干活最多的就是80年代毕业出来留在学校里的一些学生。

当时本来准备要先编行政法，但是没有编出来。碰巧《民事诉讼法》正试行，要修改《民事诉讼法》的第3条第2款。我们曾开过一次会，我记得江平在那次会议上说过一次话，他指出立法必须先立程序法再立实体法，这是规律。于是我们就把主要的注意力转而放到起草《行政诉讼法》上。

《行政诉讼法》从1987年开始起草，当时也获得了法工委

的同意，但至于该法是要单独作为《行政诉讼法》还是作为《民事诉讼法》的一章则要视当时的具体情况再定。当时我们一接到这个任务就立马开始动工。1987年开始起草，到1989年4月4日《行政诉讼法》就通过了。要知道，那时候《民事诉讼法》的修改还在艰难起步阶段呢！所以我经常说，这个历史现象值得我们思考。为什么《行政诉讼法》的通过会这么迅速呢？开始还在纠结是作为《民事诉讼法》的一章内容还是要单独作为一部法律，结果两年以后就通过了。我想这是由于时代的需要。1989年4月4日，此时正处于政治体制改革迅速推进的时期，《行政诉讼法》作为一部诉讼程序法，改变了中国几千年的传统，使老百姓可以告官，这可以说是我们国家的一个巨大进步。事实证明，时代需要《行政诉讼法》。

1990～2004：行政法发展的第二个阶段

从《行政诉讼法》通过开始，中国的行政法制建设进入一个新的时代。这就是我想说的第二个阶段：从1990年开始到2004年，因为2004年通过了《全面推进依法行政实施纲要》。

我经常说，我们行政法学者最大的追求、最大的希望无非就是要在我国建立一个法治政府、一个为人民服务的政府，这是我们奋斗的目标。2004年国务院出台《全面推进依法行政实施纲要》，并提出要在十年内建成法治政府，这就是我们追求的目标。在这十几年时间里，因为有了《行政诉讼法》的铺垫，立法的进展速度非常快。《行政诉讼法》提出三个标准：一是要有事实根据，二是要有法律准绳，三是要符合法定程序。这三个标准涉及法律，所以法律要加紧制定。那么程序怎么办？我们拥有的程序方面的法律太少了。过去立法很少涉及程序问题，在我们的观念中对它也不够重视，我们不仅不了解中国程序的基本情况，对国外的也不了解。因此，当时看来，本来我们希

望像国外一样制定一部行政程序法，里面既包括一些实体的规则，也包括一些程序性的规则，但当时条件确实还不太成熟。

我曾说过，如果要比较起来，英美法系要比大陆法系重视程序，而欧洲的大陆法系要比亚洲的大陆法系重视程序，而如果要论中国，则排名可能要倒数了，因为我们确实一点程序观念也没有。基于这一点，当时我们如果要制定一部基本法，则还需要完善实体法。但应该如何才能取得进展呢？当时我们共同讨论的结果就是，我们应该先将某些对市场经济影响最大的行为规范起来，从实体和程序上对此进行规定，在这个基础上再积累经验。因此，当时我们主要是在处罚、许可、强制和收费的基础上制定行政程序法。

制定行政程序法的过程进展很快，1990 年开始实施《行政诉讼法》以后，同年制定了《行政复议条例》，1994 年制定了《国家赔偿法》，1996 年《行政处罚法》出台，1999 年制定了《行政复议法》，2000 年还制定了《立法法》。

《立法法》是由我们行政法学者首先发展起来的，这个很有意思，也是一个历史现象。因为这本来是一个宪法问题，却先由行政法学者推动起来，这也证明了行政法是宪法的实践法和活动法，宪法的一些原则需要通过行政法来贯彻。因此，行政法学者在理论和实践中感觉到宪法存在某些问题，像立法无序等问题需要进一步完善，于是建议法工委编订《立法法》。

此外，我认为现在还存在这样一种现象，我们行政法学者在理论和实践中经常感觉到有一些问题是由于宪法的不完善带来的，因此这两个学科事实上应该互相渗透，我们也要大力促进宪法的进一步发展。《立法法》出台以后，《行政许可法》在 2003 年制定完成，2005 年还提出了《行政强制法》草案，并在 2007 年进行了第二次审议。《收费法》今年有没有可能提上大

会我说不准，但好像要准备进入立法议程。总而言之，我们的任务还没有完成。

可以发现，从1990~2004年，我们在行政立法中取得了巨大进展。一方面，行政法中的一些重大问题，如处罚设定权的乱象问题，我们对此都进行了界定，确立了一套基本规范，后来也进行了立法化，使得我国法律优先、法律保留等原则得以建立起来；另一方面，程序法方面我们也取得了巨大进展。我们后来颁布了行政许可法和行政处罚法，事实证明这两大块程序是成功的。

从实践来看，我们取得的进展就更大。1990年开始实施《行政诉讼法》，意味着如果行政机关违法，普通人就可以到法院去起诉，而法院则可以撤销违法的行政行为。现在大家可能习以为常，但在当时的社会背景下可是一件了不得的事情，那时才明确了行政机关是执法机关的地位。在那以后，不到3年的时间，1993年李鹏总理向全国人大作报告的时候提出了依法行政，虽然学者们提得更早，但作为中央政府提出依法行政，这的确是一个巨大的进步。1993年以后，1997年的十五大报告提出了依法治国和依法行政，之后就开始全面讨论“依法”的问题。1999年国务院召开了一次全面推进依法行政的会议，后来还开展了省部级的依法行政教育，2004年《依法行政实施纲要》出台。也许我了解得不是很全面，但据我所知，中央政府自己提出来要依法行政、要用法律来约束自己，世界上除了咱们国家好像没有第二个。当然这也可能是因为我们的特殊情况。因为我们的市场经济是在政府推动下进行的，政府深刻感受到了法制对市场和政府的重要性，也由此提出要依法行政、建立法治政府。

2004~2014：行政法发展的第三个阶段

2004年以后，中国的法治建设再次进入到一个新阶段，这

个阶段的目标就是要建立法治政府，并且加上了时间限制——十年。2004年前后，中国发生了很大的变化。1978年改革开放以后，我们国家提出要进行经济体制改革和政治体制改革。前者其实就是指要在中国打破计划经济，转而建立市场经济，将经济方面的权力归还给市场、社会和企业。而经过十几年的发展，我们已经初步建立起市场经济体系。大家可以看到，在这十几年时间里，我们的经济取得了巨大的进步。

市场经济到底是什么意思？其实，它就是一种自由经济，让亿万群众都来发挥自己的潜能，调动起群众的经济积极性。马克思曾说过，市场经济一旦发展起来，一百年所获得的成果将比过去几千年发展的成果更加巨大。如今，大家已经看到，我们经过十几年的发展，经济取得了何等的成就。虽然我们的经济体制改革取得了重大进展，但政治方面还存在一定的问题。

现在经常有文章说我们的经济体制改革正进入到深层攻坚时期。我个人的体会是，经济体制改革现在之所以如此艰难，就是因为最终要触及利益问题，就像为什么《行政许可法》的实施要比《行政处罚法》难一样。其实都是因为这背后涉及巨大的经济利益。所以，我们应该割断政府和经济利益的联系。如果我们的政府和经济利益脱离关系了，都按照法律来治理国家，那么现在存在的许多问题就都可以得到解决。所以，攻坚阶段的提法是有一定道理的，经济体制改革要想深入进行，就必须建立起一个比较完善的社会主义的市场经济体系。

另一方面，政府失灵可能会对经济体制改革造成不良影响。市场本身存在失灵的问题，比如贫富差距问题、环保问题、医疗问题等，其自身无法解决。现在中国还有一个比较突出的问题，就是三农问题。我们的经济发展从某种意义上说曾让农民付出了一定的代价，所以我们现在要归还回去。一言以蔽之，

民生问题是市场自己解决不了的。那么此时我们就需要依靠政府对这些问题进行干预，即政府应该“将该管的问题管起来，不该管的问题就不要管”。这也是改革对政府提出的重要要求。

这样，我们可以说，十七大以后，行政法的发展又开始进入一个新阶段。因为十七大报告中提出：“政治体制改革要继续下去，要发扬民主，核心问题就是要进行行政管理体制改革，目标是建设一个服务型的政府。”这意味着民生问题的解决要求我们的政府向服务型政府转型。我所理解的服务型政府是一个非常宽泛的概念。如何建立一套社会保障体系？如何才能将教育、卫生等领域都纳入到政府关心的视野中来，并给予必要的支持？这些都是服务型政府所要关注的问题。不仅如此，政府在行为和思想方面都要有所转变，树立服务意识。

大家可以看到，在十七大报告中，法治政府、依法治国、依法行政，这些提法都被保留了下来。我们都能理解，既然要推行市场经济，就必须建立法治国家，这一点不可动摇。因为市场经济是自由经济，必须依靠法律来约束。不仅政府行为需要被约束，普通民众也要自发行使权利。权利的行使并非无边无界，而法律从某种意义上来说就是划定公共权利的自由。但中国人的特点就是法律意识还不够强，权利的边界意识还比较弱，缺乏法制传统，因此我们的普法任务还比较重。所以，在十七大报告中，依法治国、依法行政出现了好几次，从内容上来说有许多提法非常好。

依法行政的前提：建立组织法制和程序规则

十七大报告中有这样一句话：“健全组织法制和程序规则，保证国家机关依照法定权限和程序履行职责，行使权力。”而后面这句话——“国家机关依照法定权限和程序履行职责，行使权力”——就是我们行政法学者最常用的关于依法行政的定义。

这个定义实际上涉及建立法治政府的两个基础性条件。一是要依照法定权限来行使政府权力，这涉及组织法的问题；二是要按照程序规定来行使权力，这就涉及程序法的问题。而这恰恰都是我国当前行政法中的薄弱环节。如果这两部法律都不健全，我们的依法行政就失去了最重要的依据。因此，若要在十年时间内基本建成法治政府，则必须提早建立组织法制和程序规则。这个问题非常尖锐。

组织法的含义比较广泛，狭义而言是关于政府的组织法。我们现在有《国务院组织法》，还有《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》。但显然这是不健全的。首先，《国务院组织法》上一届政府就说要修改，因为变化已经太大了，所以还是没有改；其次，由于中国地域辽阔，地方政府形态复杂，一部简单的地方政府组织法根本无法归纳所有的情况。法律线条过粗事实上就等于缺少规范的力量。因此，我认为应该相应地出台《直辖市人民政府组织法》、《省人民政府组织法》、《自治区人民政府组织法》等法律法规，根据客观的实际组织情况分别予以规定。

除此之外，中央政府和地方政府的关系问题、中央政府部门和地方政府部门的关系问题，法律中也都没有规定清楚。十七大报告中曾提到：“垂直部门、垂直领导和地方政府之间的关系要理顺、要研究、要规范。”这就是条条块块的问题，但我们的法律在此方面的主观随意性却非常强，没有体现法治国家的应有状态。而关于部门组织法，我们只有1982年的“三定方案”，不仅层次低，规则也很粗糙。很多时候都是一件事情由好几个部门来管，不符合行政法中一件事情由一个部门负责管理的基本原则。因此，我们不仅需要在部门组织法里将各部门组织的权限规定清楚、划分明确，还应出台相关的单行法进行配

套规定，这样组织法才算完成。例如，组织法里规定，管理社会治安是公安部门的权力，那么后续出台的《治安管理处罚法》则同样应该配套由公安部门负责施行。但现在的问题比较复杂：一是组织法中的内容本来就不清楚，互相影响；二是这还涉及各部门背后的深层利益。因此，关于职责权限的问题不是一件小事，要完善组织法制我们恐怕要下大功夫。这次我们准备实行大部制，其目标之一就是要解决多头执法、多头管理的问题。我不知道它到底是否有效，但这的确也是一个方向。

这是第一个方面，也是在座各位博士生、硕士生们应该着力研究的课题。另外一个问题则是关于程序规则的问题。刚才跟各位介绍，我们在制定一部诉讼法以后就希望继续制定相关的程序法，但是我们需要创造条件才能实现。这其中，第一件要做的事情就是将相关的法律分成若干条块。比如，针对抽象行政行为制定一个程序法规，针对行政许可制定一个行政法规，这些都比较好办，因为都是“硬法”。但是，还有很多“柔法”的部分，需要和老百姓商量着制定、需要调动老百姓积极性的那些行为规则，我们则缺少相关的规定。此外，目前来说，我们制定了许多强硬的办法，希望通过这些规则约束行政机关。但是，随着服务型政府的建立，柔性执法的开展，这些相关的方面我们都还未进行规定，而且这些法律之间的关系我们也未梳理清楚。

我记得在制定《行政诉讼法》时曾规定，必须先取证，后裁决，有了证据才能裁决。这是一个程序的先后问题。那么我们能不能将这种顺序也适用到柔性执法和硬性执法中来呢？这次湖南的一个程序规定中就有这样的规定，程序上应首先施行柔性手段，先进行教育、说服、指导，实在不行的时候行政机关才依法处理。也许这样会耗费一些时间，但是我们却可以摆