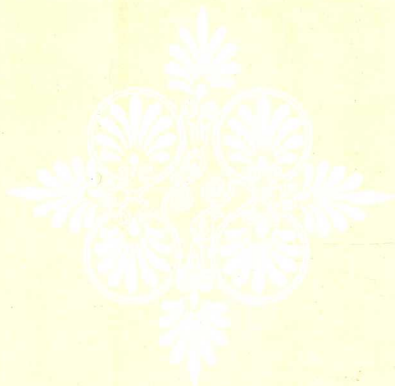


余逊达 主编

法治与行政

F A Z H I Y U X I N G Z H E N G
X I A N D A I H U A

现代化



中国社会科学出版社

浙江大学人文社科基金资助出版

余逊达 主编

法治与行政

F A Z H I Y U X I N G Z H E N G
X I A N D A I H U A

现代化

中国社会科学出版社

图书在版编目(CIP)数据

法治与行政现代化/余逊达主编. —北京:中国社会科学出版社,2005.5

ISBN 7-5004-5014-1

I. 法… II. ①余…②陈… III. ①法治—现代化—学术会议—文集 ②行政管理—现代化—学术会议—文集 IV. ①D902-53
②D63-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 020689 号

策划编辑 郭沂纹
责任编辑 李天勇
责任校对 林福国
封面设计 王 华
技术编辑 张汉林

出版发行 中国社会科学出版社

社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号

邮 编 100720

电 话 010—84029450(邮购)

010—64031534(总编室)

网 址 <http://www.csspw.cn>

经 销 新华书店

印 刷 新魏印刷厂

装 订 广增装订厂

版 次 2005 年 5 月第 1 版

印 次 2005 年 5 月第 1 次印刷

开 本 880 × 1230 毫米 1/32

印 张 21.75

插 页 2

字 数 565 千字

定 价 48.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书,如有质量问题请与本社发行部联系调换
版权所有 侵权必究

序 言

2001年9月，初秋的杭州满目葱茏。由浙江大学政治学与行政管理系、浙江大学比较政治与公共管理研究所和台湾世新大学行政管理学系联合组织，海峡两岸共18所大学和研究单位的近50名学者参加的“法治与行政现代化”学术研讨会，于10日到11日在浙江大学举行。本书收集的，就是在此次会议上发表的论文。

良好的法治和政府管理，是人类文明进步的重要标志和共同追求。数十年来，海峡两岸的中国人在不同的社会环境中分别从事着各自的现代化建设，其中包括在如何实行法治和行政现代化方面的建设，都取得了引起世人瞩目的成就。尽管两岸已经分隔了半个多世纪，各自建立了不同的社会制度，但是，总的来说，两岸的中国人继承的是同样的历史文化遗产，从事的是同样的现代化建设，追求的是复兴中华文明这个同样的目标，因此在两岸的发展进程中包含着广泛的共同点或相似之处。不断增强两岸人民和学者的接触，开展面对面的对话和讨论，深入交流两岸的发展经验以及两岸学者对这些经验的思考，对两岸的现代化建设和学术繁荣，对不断加深两岸之间的相互了解并逐步推动两岸之间的社会融合，不言而喻有着重要的促进作用。本书展示的，就是两岸之间的一次对话和交流。相信本书的出版，将会有助于促进这种对话和交流的进一步开展。

本次会议共收到论文 33 篇，内容集中在法治、治理与制度理论、行政管理与行政现代化、行政学理论与教学等领域。在这些文章中，既有对宏观的规律性或战略性问题的探讨，也有对微观的具体问题的透视；既有对西方优秀学术研究成果的引用或借鉴，也有从实际出发进行的知识创新；既有代表学科前沿的新课题，也有已被反复咀嚼过的老话题；既有理论建构或教学研究，也有制度选择或政策安排；既有规范分析，也有实证分析。所有这些文章，在对“法治与行政现代化”这个主题的研究与把握上，拓宽了人们的眼界，深化了人们的认识。许多文章阐述的观点学术上有前瞻性，对实际工作也有指导作用，能够为人们进一步深化对“法治与行政现代化”问题的研究提供一个新的平台。当然，由于学术氛围与社会环境的不同，两岸学者的文章有的在用语上也存在某些差别，或带有所在社会的印记。对于这些差别或印记，两岸的读者应该是能够理解的。

本次会议为期不长。但与会代表一致认为这是一次成功的会议。本次会议之所以能成功，首先要归功于两岸学者为会议提供了高质量的论文，并在会上作了精彩、幽默、富有启迪的发言或评论。同时，也与许多人在会议的筹备和组织工作上表现出来的主动精神与付出的辛勤劳动分不开。在这方面，我想首先应该提及的是台湾中央研究院研究员、台湾大学教授曹俊汉先生。曹教授已经数十次往返于海峡两岸，对推动两岸学术文化交流可谓尽心竭力。本次会议正是在他对浙江大学的多次访问中经过双方反复讨论后确定召开的。世新大学行政管理学系的余致力主任、徐仁辉副主任、邱志淳老师及其他各位老师，在征集论文、安排台湾地区学者赴会方面做了大量组织、协调工作。浙江省社会科学联合会常务副主席蓝蔚青研究员，浙江大学副校长黄书孟教授，人文社科部部长罗卫东教授，在百忙中参加会议，对会议的召开给予了具体的指导。浙江大学政治学与行政管理系的陈文娟、吴

祥弟、俞水泉、程正敏等老师，以及王涛、黄天柱、薛飞、高汉荣等研究生，为会议的顺利举行提供了各种周到的服务。作为会议承办单位的负责人，请允许我对所有为这次会议的成功举行而做出了贡献的人，表示衷心的感谢！

余逊达

2002 年 1 月 25 日

目 录

序言	余逊达 (1)
----------	---------

第一编 法治研究

结构与策略：从理性选择制度论看行政裁量

权的政治控制问题	陈敦源 (3)
----------------	---------

社会主义初级阶段民主政治建设的重要途径

——关于政务公开的理论思考	蓝蔚青 (32)
---------------------	----------

法治建设的文化障碍	陈剩勇 (40)
-----------------	----------

法治与德治衡论	郁建兴 (66)
---------------	----------

司法审查与行政控制	邱志津 (82)
-----------------	----------

论村民自治后中国农村的国家与社会关系

调整	马力宏 (110)
----------	-----------

论法治与有限政府	陈国权 (122)
----------------	-----------

毛泽东、邓小平、江泽民对法治问题的

认识及其深化	余逊达 (134)
--------------	-----------

认真对待行政程序法典化	章剑生 (152)
-------------------	-----------

论行政法的不成文法源	朱新力 (162)
------------------	-----------

他者现象的法律与政策分析	张国清 (178)
--------------------	-----------

论我国公务员的法治行政及其实现	许法根 (187)
-----------------------	-----------

第二编 治理与制度理论研究

- 现代治道与治道变革 毛寿龙 (205)
- 现代政府之新治理模式
- 政策网络之应用 刘宜君 (220)
- 公共事务自主治理的制度框架：民主、自治与
- 共和的制度均衡 李 梅 毛寿龙 (248)
- 制度生成与制度变迁的趋势 徐家良 (269)
- 制度创新的领导学思考 陈国裕 (286)
- 论转型期我国政府规制的改革 胡税根 (302)

第三编 行政管理和行政现代化研究

构建面向现代化的政府权力

- 中国行政体制改革理论研究 胡 伟 (321)
- 知识经济、国家机关与行政现代化 孙同文 (343)
- 从理性主义看谈判在公共管理中的角色与
- 功能 鲁俊孟 (384)
- 财务行政现代化 徐仁辉 (403)
- 论知识管理作为行政现代化的进行式
- 组织学习观点的探讨 卢伟斯 (428)
- 现代行政之决策辅助：以群体决策辅助为例 郭昱莹 (442)
- 地方政府救灾组织体系之研究
- 以“九二一”大地震为例 杨永年 (463)
- 行政现代化：法制从治民到官民互治 乔耀章 (498)
- 行政改革与政府适度仿企业化 吴志华 (516)

开放的行政与信息公开法

- 日本信息公开法实施的评价 甘 峰 (532)
- 我国民办高等教育管理体制问题及对策研究 徐 力 (547)
- 政策承受者的认可度的影响因素分析 喻燕刚 (563)

第四编 行政学研究

台湾公共行政教育暨研究发展趋向的

- 评估 曹俊汉 陈朝政 (583)
- 行政管理教育之现代化：美国杰出行政管理硕士课程
必修课程之研究 余致力 林嘉隆 (642)
- 撷取“新公共管理”理论精华，建设中国
公共管理的理论体系 周生春 黄红华 (669)

- 附录 出席研讨会人员名单 (686)

第 一 编

法 治 研 究

结构与策略：从理性选择制度论 看行政裁量权的政治控制问题^{*}

陈敦源^{**}

一 前 言

政治与行政之间存在一种相互需要但又对立的关系，最关键的就是政治部门与行政部门之间，存在一种近似于制度经济学当中“委托人—代理人”的关系；如果更进一步来了解这层关系的核心，最重要的就是官僚“行政裁量权”（agency discretion）的行使与控制（control）问题，虽然这“控制”的定义不必强烈到学者 Gruber（1987：30）所言：对官僚体制的控制就是“除去”（removal）官僚的行政裁量权。在台湾，政党轮替导致官僚体系“自主性”（autonomy）在转型当中逐渐提升，使官僚体系的政治控制问题也成为学界与实务界新的关注焦点。通常，行政裁量权的问题是行政法学者的主要研究核心之一，然而，本文将从理性选择制度论学者研究的成果当中，来讨论行政裁量权在法律体系当中的政治基础问题。

* 本文初稿发表于2001年9月10—11日于杭州浙江大学所举办的“法治与行政现代化”研讨会，作者感谢台湾大学苏彩足教授、世新大学邱志淳教授、浙江大学余逊达教授、喻俊雄教授、上海交通大学胡伟教授及其他与会人士之评论与指正。

** 作者系台湾世新大学行政管理学系助理教授，美国罗彻斯特大学政治学博士。

在本文第一节中，将先针对行政裁量问题从其矛盾面、需要面与控制面作广泛的讨论，尤其是以控制面的讨论为核心；接着，在第二节中，本文将从理性选择制度论的角度，特别是近年来在学界日渐受重视的“授权理论”的角度（theories of delegation；Bendor, Glazer, and Hammond, 2001），对行政裁量权的政治控制问题作一个完整回顾；再者，本文于第三节中，将站在前述回顾的基础之上，对代理人理论的相关发展作一个批判，当然，本文的目的并非是要推翻理性选择制度论，而是意图协助该理论能够对公共行政学界重要的关注议题上（尤其是行政/政治二分问题），能有更为明确的响应；最后，在结语当中，作者也将提出本文可能的贡献所在以为总结。

二 行政裁量权在民主体制中的理论与现实

官僚体系无可避免地在政策过程中具有行政裁量权，因为外在环境的不确定性，法律本身无法预知未来所有的细节，行政裁量权有补法律不足的意义；然而，行政裁量权的滥用就等于是没有限制的权力行使，它事实上就是现代分权制衡政府之所以存在的理由，在本节中，我们从一个比较广泛的角度，来看行政裁量权在分权体制中的理论与现实，以用来与下一节中，从理性选择制度论观点中的行政裁量权作一个对照。

（一）行政裁量权存在的矛盾

对于人民而言，行政体系裁量权的存在，最常从执行层面被认识，但是，这种认识从内涵上，就充满了矛盾。就拿交通执法人员为例，警察值勤的裁量权，有时会被视为是执法人员“讲情”的表现，在我国传统社会有其正面的评价，比方说警察念在驾驶人有急事闯红灯，而将闯红灯的罚单改开较轻的告发单；但在另一些案例当中，这种执行面的“自由度”也会成为侵犯

人权甚或是贪污的同义词，比方说在高速公路上超速公路警察拦下，送红包之后就不会被开罚单。当然，这种裁量权的存在范围，绝对不限于执行层面，就在政策决定的过程中，不论从议题设定、利益汇集、政策议决等环节之上，官僚体系通常也因专业的关系，扮演着重要的角色。

对于政务人员而言，行政体系的裁量权有其固定的价值与危险存在。一方面来说，在政权的运作上，政务人员需要永业官僚专业上的建议与协助，以在任期内完成选民的托付（electoral mandate），毕竟，单就法律细节而言，官僚与更替频繁的政务人员比较起来，其对问题了解的深度与处理问题的经验，是任何希望在任内有所作为的政务人员，不能忽略的重要资源；但是，另一方面来说，政治人物又不希望在任内完全被官僚体系的专业与经验所“俘虏”（capture），失却了主动和开创性。因为，有些事在行政上虽然不可行，但是在政治上却是选举的不可不为，可谓另一种矛盾。当然，如果牵涉到更高层次的价值取舍的问题，官僚体系的行政裁量权在“民主课责”（democratic accountability）问题的框架之下思考，其矛盾性就益形彰显。

若是站到民主政体运作的高度来审视，行政裁量权的政治控制问题，可以说是民主国家对“民主课责”问题长久以来的一种两难的挣扎（Behn, 2000: 6），这种挣扎事实上也是民主转型国家建构新的治理结构时，所不得不面对的问题。当一个国家从非民主转变到民主时，其间最重要的改变就是国家机器必须听命于人民^①，也就是以人民的集体偏好为政府施政的偏好。体制设计上我们希望官僚体系能够有效率地响应人民的政策偏好，对于民选政治上级的政治决定能有快速落实的能力，因此，由上到下的“科层课责”机制，成为一种落实官僚体系绩效的方式，而

① “听命于”也可以翻译成为“be accountable to”。

政治、法律（包括官僚体系外部的法律结构、国会监督机制与内部的决策规范）等行政裁量控制机制，就是属于这一类；但是在另一方面，除了落实的效率之外，我们又希望官僚体系能够固守超越政治交换运作的自由与平等精神，以维系社会长久的公平与正义，因此，由水平、多元、专家、超越政治的制衡机制，也成为落实官僚体系绩效的方式，专业（专业委员会）、道德（官僚要有“专业的良心”、“揭发弊端的勇气”）与行政过程控制（决策信息公开）等行政裁量授予机制，就属于后一种。

然而，上述这两种规范官僚体系行政裁量权的方式，会因为价值体系的根本冲突而产生问题，比方说，人民要求的行政效率（速度）常常会与人民所要求的行政程序公开（更多的人参与意见）产生冲突^①，当然，不论是效率或是参与的要求，外在机制对行政裁量权的授予与控制，都会面临官僚体系自主性的挑战；也就是说，不管裁量权被用来实现行政效率或是公平参与的价值，还是被执政党或反对党用来完成其施政纲领以求胜选，我们都有理由担心官僚体系运用行政裁量权所追求的，可能只有它自我生存的价值而已（Wilson, 1989）。

（二）行政裁量权的需要

行政裁量权为何是必需的？这答案十分简单，行政裁量权是源自于权力行使需要“授权”（delegation of powers）的现实需要。从物质限制的角度出发，由于个人时间与精力有限，权力的吊诡是一个越有权力的人，就越需要别人来为他“行使”权力；也就是说，权力需要经过“授权”才能被彰显，而越大的权力

^① 这个矛盾可以化为一个简单的数学议题。如果我们要求的是100%的民主参与，假设每人讨论发言的时间都是3分钟，10个人的决策体需要花30分钟讨论一个议案，但是100个人的决策体，就要花掉5个小时讨论一个议题，速度显然慢了许多，请参见Robert Dahl (1999)《论民主》一书第九章关于“民主与规模”(democracy and size)的讨论。

是必须经过更为完整并有效率的授权机制才能获得。这种运作现实使得不论是民主或非民主的统治机制，其权力运作内涵都是以授权关系为核心，而政权（sovereignty）对于官僚体系这种工具性的需求，是没有民主或是非民主之差异（Thompson, 1965: 206—207; Waldo, 1980: 65）。

从法律的角度来看，这种授权关系代表一种预先设定的位阶关系，具有法律关系的标的成分，由拥有权力的单位或是个人，将权力交由其他的单位或是个人代为行使；而在经济学当中，我们常将这种关系称之为“委托人—代理人”（principal-agent relations）关系^①，它是契约关系的一种，可以说是经济分工与交换的制度性基础，也被称为是资本主义的基础（Perrow, 1986: 225）。无论如何，这种关系存在一个无法抹煞的事实问题：“裁量权”的授予与控制，在下一节当中，我们将特别从“代理人理论”（agency theory）来描绘这一层关系。

法治原则对于公务人员来说就是凡事“依法行政”，但是，这一个简单的答案有将上述的授权关系过分简化的嫌疑，这种简化的根本问题就是忽略了主权运作当中必定存在“行政裁量权”（agency discretion）的事实。由于行政业务内容广泛庞杂，而且加上外在环境不确定的因素，法律的密度很难照顾到所有的细节，因此，行政人员在处理问题适法性之外，“必然”存在诸多必须由执行者自身合理判断才能做成决定的情况，也就是尝谓“徒法不足以自行”的道理，法律需要行政人员在关键“决策点”（decision node）做出决定，才能产生作用。

^① 行政法学当中，行政授权的种类有三种，分别是代理、委任与委托关系，其中“委任关系”才是有上下隶属关系的机关之间的权力授予，而“委托关系”则是没有上下隶属关系单位之间的权力授予（张家洋，1997：193—196）。

表 1-1 官僚体系“行政裁量权”控制上的两难

官僚的实际作为	官僚应不应该做		
		应该做	不应该做
	行动	做了该做的	做不该做的事 (型一误差)
	不行动	不做该做的事 (型二误差)	没做不该做的

图表来源：作者自绘。

然而，由于法律密度的问题^①，行政人员具有一定程度的自主性，这种自主性从公共选择理论的角度来看，由于官僚是自利的，对自身利益的维护胜过对于公共利益的关注，因此，对于委托人来说，就产生了官僚体系的控制问题。从学者威廉·尼斯卡宁（1971）所描绘官僚预算极大化模型当中，我们可以体会在官僚拥有公共财产函数的独占知识之下，能够不受控制地追求预算的极大化的理论，隐含着一般民众担心官僚“失控”（running away）后成为有限资源使用的“事实主人”（de facto master），而人民反主为奴，成为受宰制的多数的忧心；但是从另一方面来说，即使我们放下公共选择学者对于人性悲观的假说，让官员们都有为公为民的无私之心，但是，官僚体系的怠惰、专业不足与组织领导不良还是令人担心的（Hyneman, 1950: 20—35），因此，对于官僚体系行政裁量控制机制的设计，不但要顾及除弊，

① 法律密度的问题是由下列两个相冲突的要求所左右，其一是法律明确化的要求，法律实际上都是事件处置之后的一种标准化的努力，其“事后”的意味浓厚，无法“预知”事件发生的路径（path），因此就无法对事实的细节精确掌握。但是，制定法律时仍然必须要求明确，降低模糊的程度，以减少适用时的争议；其二则是法律非僵化的要求，法律制定者不是全能的百科全书，对于法律规范事项当中各种专业的考量与判断，无法越俎代庖，因此必须预留专业判断的空间，免得法律的僵化窒息了执行者对于当时情况掌握，以追求民众最高的利益。