

变革与重构

——
改革背景下的中国行政法理念

张树义 著

中国政法大学出版社

785

D922.104

33401

变革与重构

——改革背景下的中国行政法理念

张树义 著

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

变革与重构:改革背景下的中国行政法理念/张树义
著. —北京:中国政法大学出版社,2002.7
ISBN 7-5620-2242-9

I. 变... II. 张... III. 行政法—中国—文集
IV. D922.104-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 052871 号

-
- 书 名 变革与重构
——改革背景下的中国行政法理念
- 出 版 人 李传敢
- 出版发行 中国政法大学出版社
- 经 销 全国各地新华书店
- 承 印 清华大学印刷厂
- 开 本 850 × 1168mm 1/32
- 印 张 11
- 字 数 240 千字
- 版 本 2002 年 7 月第 1 版 2002 年 7 月第 1 次印刷
- 书 号 ISBN 7-5620-2242-9/D·2202
- 定 价 23.00 元
-
- 社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088
- 电 话 (010)62229563 (010)62229278 (010)62229803
- 电子信箱 zf5620@263.net
- 网 址 <http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm>

☆☆☆☆☆

- 声 明
1. 版权所有,侵权必究。
 2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

改革与行政法

(自序)

据我的了解，行政法虽属晚起，但却是近几年比较热门的学科。

■行政法作为我的专业，当然希望这一学科受到重视，但更希望其发挥作用。就此而言，我并不这样认为。有时我甚至认为这是一种虚假的“热闹”。我当然热爱我所从事的专业，如果这一专业处于比较重要的地位当然高兴，但一方面，我常常不愿意让人们以为我是搞行政法的，我之所以从事行政法专业，不过是人在社会中生存总要有一门职业一样，但这门职业并不是你的全部，甚至对你的精神生活而言，远谈不上是最重要的。而且我以为，任何科学研究都是相通的，专业的不同，只不过属于切入点的不同，并不成为你荣耀的资本，更不应该构成学术的壁垒。至于行政法的繁荣，我之所以有一种“虚假”的感觉，实在是因为我并不想沉溺于表面现象。从现象上看，《行政诉讼法》、《国家赔偿法》、《行政处罚法》，这一部部法律的通过，对于任何一个从事该专业的人来说，多少都是值得欢欣的。但这只是表面现象。1993年行政诉讼法颁布将近5

周年之际，我和一些人做了一个行政诉讼法实施状况的调查，坦白地讲，行政诉讼法的实施状况很不理想，公民普遍存在着“不愿告”、“不想告”、“不敢告”的“三不”心理，法院则普遍存在的“起诉难”、“审理难”、“执行难”的所谓“三难”现象，这对我以后的研究有很大的震动。确实，这种状况与当时制定行政诉讼法时许多学者的幻想存在极大的反差，中国的法治并不会因为几部法律的颁布而到来，中国公民的权益也不会因为一部行政诉讼法的颁布而得到保障。这是两个不同的问题。这不能不使我反思。

□我以为知识分子就是一个社会的反思者。而这种反思似乎是在履行着知识分子的职责。反思可以使人的生活保持高质量，集合起来，反思也是社会不断取得进步的源泉。我所感兴趣的是，你的反思对行政法意味着什么呢？

■我想任何一个负责任的学者，我们不讲对社会负责，仅就对自己负责而言，也应该改变那种理想——理性——理论的研究之路，而应该走一条实用——实践——实验的研究之途。再有就是中国的学者过多注重于对立法的关注，并不很关注民众的生活，似乎对立法的关注就是对民众生活的关注。其实，立法和民众的生活是两个不同的问题，二者可能一致，也可能不一致。法律是生活之物，并不是研究者为自己立的“牌坊”。因此，这种反思意味着我以后研究视角和研究方法的转变。

寻求新的起点

□那么，这种实际的影响表现在哪些方面呢？

■还是让我们从行政法的基础理论说起吧，因为它毕竟是行政法学的起点。作为基础理论，行政法学有三种基本观念，即“管理论”、“平衡论”和“控权论”。“管理论”认为，所谓行政法是管理者如何进行管理的法，我们不能一般性地评论这种理论观念是否成立，最为重要的是，这种观念产生的客观背景，这就是计划经济体制。试想，在一个政府处处占主导地位的社会中，政府活动已经几乎无所不包，无所不在的情况下，法律会处于何种地位呢？不要说行政法，甚至包括所有的法律，不都是政府进行管理的工具吗？也正因为如此，在中国正经历从计划经济向市场经济转变的过程中，再坚持“管理论”的观点，非但无益，反而有害。

也就是说“管理论”在计划体制下有其合理的一面，而对于所要建立的市场经济来说，则有些不合时宜。“平衡论”是行政法学界新近提出的观点，对此我是如何看待的呢？

■平衡论着眼于公民权利与行政权力这一宪政或说行政法的基本矛盾，相比于管理论是一种进步。但是，平衡是法律的基本社会功能，因为，法律就是社会各种利益的平衡器。就这个意义而言，平衡很难说是行政法的功能，至少不是行政法特

有的功能。问题在于，行政领域中公民与政府处于不平等的地位，行政机关一方掌握国家权力，公民一方则处于服从地位。我真不知道如何去平衡二者的关系，但我知道唯有控权才能真正做到公民与政府的平衡。因此，往好里说，平衡论将话只是说到了一半，如果进一步追问的话，则必然通过控权才能达到公民权利与行政权力之间在法律上的平衡。

□据我的了解，“控权说”是西方国家，尤其是英国、美国行政法的基本理念，中国学者提倡控权是否属于搬用西方的理论。这大概就是许多学者对控权理论讳莫如深的缘由所在吧！

其实，中国的改革之所以有今天的进步，得力于开放的态度、求实的思维。如果我们不是采取一种开放、求实的态度，也就不会有今天的发展。在中国的行政法学中倡导控权之说并不属于那种“西方的月亮总是比东方的圆”，而是基于理论与实践两方面的思考。从理论的角度而言，是否控权是由权力的本质所决定的。所谓权力就是一种可能强制他人服从的力量，国家权力更是一种凭借国家强制力（暴力机器的军队、警察）来强迫人们服从的力量。因此，从性质上讲，权力具有扩张的本性，正是从这个意义上，孟德斯鸠认为权力只有在遇到边界的地方才会停止，英国的阿克顿勋爵那句话更是广为人传：“绝对的权力即绝对的腐败”。

□当我第一次听到人讲阿克顿勋爵的这一句话的时候，有一种心灵上震颤的感觉。这种感觉是属于那种人的一生中不会

多有的那种。控权不取决于某个人的意愿，而是由于权力本身的性质，它也不取决于你身处东方社会，还是西方社会，凡有权力存在的地方，就应有对权力的控制存在。各个社会之间的不同或者区别只在于你是否控权，如何控权以及由此所导致的不同的后果。这样一个理论命题同样有着经验上的支持。

在现代科学研究中，任何一种理论假定，如果没有经验的支持，都不会为人们所信服。像阿克顿勋爵那句话之所以深入人心，实在是因为它在我们每一个人的经验世界中引起了共鸣。也可能没有人会比我们今天更能体验这一点。因为中国的改革由于长期以来政治体制方面的改革滞后，权力“寻租”，官员腐败已到了“党和国家、人民不能容忍的地步”，严重阻碍着改革的进程。

■其实，如果我们把眼光放的更为长远一些的话，自中华人民共和国建立以来的一部历史对此作了最好的脚注。计划经济就是一种权力经济，在这种经济形态中，权力无限的膨胀，以至于囊括了全部的社会生活。只有权力的无限膨胀，没有对权力的制度限制，最终一场“文革”的十年浩劫，将国民经济推向了“崩溃的边缘”。如果说中国的改革是痛定思痛后所作的一种选择的话，那么最大的反思当是对权力的反思，最应当吸取的教训就是权力的不受控制。

□这使我想起了那句老话：“历史的经验值得注意”。一个不善于从历史中吸取经验的民族注定是没有出息的民族。这种经验对于我们今天来说意味着什么呢？

■我的一个基本观点就是，中国行政法的渊源必须到体制改革中去寻找，正如英国人一提到行政法，总是要讲其宪政背景一样。之所以将改革视为中国行政法的起点是因为中国的改革是要从计划经济向市场经济转变。而计划经济与市场经济是两种性质截然不同的经济体制，建基于不同基础上的政府活动，要求自然有所不同。尤其是对于作为我们改革目标的市场经济来说，几乎可以这样说，没有对政府权力的限制，市场经济是不可想象的。因为市场经济的前提是划定市场和政府的边界，政府不越界。没有对政府与市场边界的划分，没有对权力的限制而政府经常越过边界，这种市场经济就是一种被扭曲了的经济，不可能正常发展。这也就是为什么我说要寻找新的起点的缘故。

□计划经济向市场经济转变是我们这个国家所面临的一次巨大转变。作为一种事实，这一转变理应作为所有社会科学研究的起点。但是，正如批判的工具不能代替工具的批判一样，认识到这一点毕竟不能代替如何具体去面对这种转变。

■经济学家认为，近年来在原计划经济国家中发生的市场化改革，与其说是胜利，不如说是挑战（盛洪，《中国过渡经济学》）。所谓胜利，是指由亚当·斯密开创的经济自由主义传统的胜利，它强调市场的作用，强调个人的经济自由，强调要抑制政府的作用。然而，尽管亚当·斯密本人有着深远的历史眼光，在他之后逐渐形式化的正统经济学却缺少动态特征，它只告诉人们应该怎样，却没有告诉人们如何这样。它一般只进

行在既定制度安排下的成本——收益分析，却很少研究制度变革过程中的经济学问题。由于存在这一缺陷，不少人误以为只要选择对了目标模式，改革就大功告成了。但不同国家的改革初衷及其不同后果，提醒我们认识到，市场化改革的更为重要的问题是如何改革的问题，这是正统经济学所不能解释和没有解决的问题。因此，他认为应有从计划经济向市场经济转变的过渡经济学，而且这是中国经济学对整个经济学研究所能作出的贡献。我以为，这一分析判断也同样适用于法学，甚至所有社会科学都存在着一个如何过渡的问题。传统的法学理论、经济学理论、社会学理论都面临着这种挑战。人类科学研究成果我们不能忽视，但不能完全照搬。每一个民族都有每一个民族发展道路上遇到的不同的问题，这里用殊途同归表述可能更为合适。

□我也有这种感觉，经济学是目前中国最为活跃的学科，这当然与中国的改革侧重于经济方面而经济学适逢其时有关，但这只是天时。报怨生不逢时、机会不公从来都是懒惰者的托词。

■学科的划分只是科学研究的需要，但事实上研究对象是根本不能划分的，例如，所有的社会科学都是“人”学，你可以围绕于此分出各个不同的学科，但你能把人分开为无数的部分吗？那人也就不成其为人了。事实上，各个学科之间的区别也就是研究角度的区别，没有研究对象的区别。我并不否认各个学科之间的区别，但我更主张各个学科之间的借鉴，沟通。

就以法学为例，难道一个法律现象是脱离经济、政治、道德而孤立存在吗？难道一个不从其他学科吸收丰富的养料的法学能够长大吗？甚至于能够生存吗？就此而言，我从来不认为学科的划分是一种学术上的壁垒，存在着一种不可逾越的界限。在这一点上，我认为法学家们真应该像经济学家们学点什么，学习他们那种开放的胸怀，学习他们实证的学风，学习他们那规范的学术传统等等。

□这使我想起了几年前一则半带讽刺、半带抑郁的“法学是幼稚的学科”的隐喻。其实，幼稚也许并不可怕，真正可怕的是对自己没有正确的估价。因为所谓幼稚与否从来都是相对的，也就是说是可以改变的。

■我之所以对中国行政法并不乐观，还有更深一层的原因，即基础理论的缺乏。如果行政法学研究不把自身置于更为广阔的背景之下，那就会因为缺少基础而成为水上的浮萍。行政法学自身并不缺少理论，所缺少的是作为背景、作为基础的理论，而缺少基础理论的行政法学总让人感到似乎缺少点什么。例如，行政法所涉及的首先就是公民权利与行政权力的关系问题，而公民权利与行政权力之间关系是一个宪法问题，或者以宪法为背景；再往深一层说，公民权利与行政权力又以市民社会与国家分离的二元结构为背景。近几年来，行政法学界已习惯于在自己狭小的圈子里自得其乐，这是一种十分危险而又可悲的倾向。除非行政法学研究自觉地将自己与这些基本理论相联系，否则是没有出路的，进而甚至是有害的。这并非危

言耸听。例如，市场经济本质上是自由经济，我们的行政法学却在谈特谈行政许可；明明行政诉讼的关键问题是公民不愿告、不敢告，我们的行政法学者却在谈特论如何扩大行政诉讼的受案范围，理论研究走上了远离生活实际去追求逻辑上的完美之途。

□由此看来，以计划经济向市场经济转变为历史前提，在一个更广阔背景下，需要研究政府在这一转变中所发生的变化，政府权力与公民权利之间的关系，如何控制行政权力以实现计划经济向市场经济的过渡，这就是行政法学的全部任务。

计划经济与市场经济的区别

□计划经济与市场经济的区别已经是一个烂然于胸的问题，但我并不认为它是一个已得到解决的问题，我甚至认为我们对市场经济的认识是否正确都值得怀疑。市场经济是人类社会的一种大智慧，因而也是一个常谈常新的问题。计划经济与市场经济是两种完全不同的经济活动，建立在这两种不同基础上的政府管理活动也存在着根本的不同。因此，行政法的研究视角应有一个根本的转变。

□计划经济与市场经济对政府活动究竟有什么不同的要求呢？

■计划经济是一种政府统制的经济，政府在这种活动中处

于主导地位。而市场经济是一种自由经济，它本身具有自我调节的能力。借用亚当·斯密的理论就是一只“看不见的手”在起作用。以此为基础，政府的活动只是在市场所不能起作用的地方出现，也只有在市场难以发挥作用的时候出现。这使我想起了哈耶克终身致力于研究的“自发的秩序”的问题。由此看来，我们所要建立的市场经济实在不是一件轻松的事情。说其不轻松就是这里存在一个悖论：市场经济要更多地借助于自身的力量，政府的活动要受到一定的约束。但这是西方国家市场经济建立的情况。中国市场经济的建立却有着与西方国家完全不同的历史，它不是一个自然而然的过程。从计划经济转向市场经济很大程度上要依靠国家的力量，依靠国家和约束政府这两种相反相成的要求共存于中国的改革进程之中。这就是我们所面临的挑战。

□从亚当·斯密的“看不见的手”到哈耶克的“自发的秩序”一脉相承，无非揭示了市场经济乃至市场社会的“隐秘”。它对于我们理解计划经济与市场经济的区别确实很有启发。

■我以为，市场经济与计划经济虽然都离不开一定的秩序，但各自所要求或形成的秩序的性质是明显不同的。计划经济所建立的一种秩序是人为的秩序，而非自发的秩序，是命令、强制的秩序，而非自然形成的秩序。所谓非自发、人为的秩序则指秩序的形成是由一个外在或内在于该秩序中的分子所做出的安排而造成的结果。计划经济下的秩序正是这样一种非自发的、人为的秩序。在计划经济体制中，经济活动的各种要

素，如人、财、物等等，都是按照国家的指令性计划流动，人员由国家统一任免、招收，物资由国家统一调拨，资金也由国家统一分配。从表面上看，计划经济也是颇有秩序的，但它是根据指令性计划这一经济活动的指令而形成。指令性计划就其实质而言，就是一种行政命令。因此，计划经济秩序的形成，恰恰是由国家依靠指令性计划这种行政命令对经济活动的各种要素进行安排所造成的结果。

自发的秩序则不然，在自发的秩序中，每个元素所占的地位，并非由一个外在或内在的力量安排所造成的结果，而是由各个要素本身的行动所产生的。这个秩序，也不是任何一个秩序中的成员所刻意造成的，而是由成员的行动与互动之间所造成的一种非有意的结果。市场经济下的秩序正是一种这样的秩序。在市场经济体系下，并不存在一个发号施令者，每个经济组织根据市场的需求而自己决定它的生产量及生产物品。生产者根据他对市场的知识以及预期，而自己做出他的决定；他不用听从任何人的命令。在亚当·斯密那只“看不见的手”的作用下，市场会在一定秩序内运作，会把一切都安排好。因此，市场经济秩序是靠社会成员互动而形成的秩序。相同于上述区别，市场经济和计划也都具有一定的规则，或者按一定的规则运行，但是，二者所遵循的规则也有性质上的区别，在计划经济体制下，经济活动的基本规则是指令性计划，上级的行政命令，指令性计划覆盖了全部经济活动，因而也就成为全部经济活动的准则。也由于没有哪一个经济组织可以摆脱行政隶属关

系的束缚，因而行政命令也就成为支配所有经济活动的法律。换言之，计划经济体制下的规则是为了达到一定的秩序而存在，它带有异己的色彩，具有强加的性质。不论行为者是否愿意，也不管其主观意愿如何，都必须按指令性计划、行政命令运行。

□上面关于自发秩序与人为秩序的分析，其最贴切的例子就是市场经济和计划经济。计划经济与市场经济的区别不在于是否对秩序有所要求，严格来说，任何经济活动都有赖于秩序，任何经济体制也都是对一种秩序的确立，也只有通过秩序才能实现该体制的目的，计划经济与市场经济的区别也不在于是否对规则有所要求。因为任何一种经济活动都必须有一定的规则，没有一定的规则，经济活动几乎是无法正常进行的。那么，计划经济与市场经济的区别对法律来说意味着什么呢？

■因为计划经济和市场经济的运行原理根本不同。计划经济有一个原动者，这就是计划的制定，所有的社会资源都是根据计划来分配，这其中当然也包括法律规则。为了保证计划的贯彻实施，计划的制定者不会允许有其他规则与自己分享权威，它会尽力去排除其他规则的存在，其具体表现就是其他任何社会规则都不具有合法的地位。无论你是民间的风俗，还是社会的习惯。我们不是开展过扫“四旧”运动吗？农民的自留地不是曾经反复被取消过吗？就连农村的集贸市场也不是曾经被作为资本主义的“尾巴”给割掉了吗？这些运动背后所隐含的是，国家不能容忍与自己分享支配人们行为的规则的权威。

然而，市场经济从本质上是一种如哈耶克所说的“自发的秩序”，经济学家们所说的市场存在那只“看不见的手”，用法学的语言来表述就是，市场经济会自发地生成一些规则，“合同就是法律”也正是在这个意义上而言的。市场经济也许更为重要的是政府在其中地位的改变，即从一个经济活动的主导者改变为经济秩序的维持者，借用我们时下经常所用的一句话就是，“从经济活动的直接组织者、指挥者转变为间接的监督者、控制者”。然而，政府作为“理性人”并不会主动实现这种转变，除非国家有某种利益可以得到满足。就以农村的包产到户为例，如果不是政治权威的合法性基础已到了丧失殆尽的话，国家会对农民作出这种传统的意识形态所不容的让步吗？如果包产到户没有“交够国家的”这一前提，国家会在政策上改弦更张吗？因此，这里的问题演变为：如何控制行政权力！行政法上的控权论，正是在这种背景下有了用武之地。

□那么，政府和市场的边界何在呢？这是我们在改革的进程中不能不经常遇到的问题，因而也就构成一个大前提，历史性的前提。通常这很容易被理解为是经济学家们的事情，难道法学家们就不应当对此承担起点什么责任吗？

确实，政府与市场的边界问题本来是应当由经济学家们来加以解说的，但以我的看法，这种界分又不纯然是经济问题，所以不妨借用之。政府的基本职能，按照现代经济学的理解，就是组织公共物品的供给。现代经济学将社会资源区分为两类：公共物品和私人物品。被经济学家们描述为纯粹私人性的

产品具有个人排他使用的特点。由于私人产品具有排他性，因而能建立起产品分配的市场，当市场运行良好时，私人供给就优于公共供给。也就是说，私人物品的供给，不必政府管，因为消费的排他性一般不会发生所谓的“搭便车”、占便宜的问题。所谓公共物品，是现代经济学中对一类物品或服务的概括，其共同的特点是它们的消费是“不排他的”。也就是说，凡是在消费上不具有排他性的就是公共物品，如商场里的鞋你买了别人就没有机会再买，它就不是公共物品。但街上的路灯是公共物品，因为我们都可以得到照明，并不因为它为你照明而不再为他人照明。公共物品的供给之所以是政府的基本职能，缘由于它所具有的无法排他性，因而会导致“搭便车”行为。因此，就纯粹的公共物品的供给来讲，靠个人之间的直接交易解决公共物品的供给，交易成本太高，阻碍私人提供的障碍是如此之大，以致政府必须成为主要的供给者。因此，公共物品的供给被界定给政府这种公共组织。但归结到一点，公共物品的产生、存在、实施和发展总是与公共的需求有关，即总是与公共产品的生产和供给有关。

传统体制之所以存在问题，恐怕在于政府管了许多本来不该管的事情，过多地参预和干预了“私人产品”的生产和交换，而对自己该管的事情，即安排好“公共物品”的供给则没有管好。以此观之，所谓政府职能的转变，不是一个简单的削弱政府的问题，而是政府要从过去直接管理私人产品生产活动的职能中退出，加强对公共物品的组织和供给，削弱政府在