

本卷要目

卷首语

【罗豪才】

坚持与时俱进，推动理论创新

基础理论研究

【何海波】

形式法治批判

【金自宁】

直面行政法学研究中的“价值”问题

——反思“以规范性研究为中心”的中国行政法学

【王成栋 刘雪梅】

特别权力关系理论与中国行政法

专题研究

【程虎】

WTO与我国政府职能转变

外国行政法

【高家伟】

德国的自治行政制度

【李洪雷】

英国法上对行政裁量权的司法审查

——兼与德国法比较

【于方】

美国环境法制中的公民诉讼研究

判例研究

【刘书燃】

公民、政府与制度变迁

——由乔占祥诉铁道部案引发的制度分析

学术动态

北京大学公法研究中心

《行政程序法(试拟稿)》理论研讨会综述



罗豪才 / 主编

ADMINISTRATIVE LAW REVIEW VOL.6

行政法论丛

第6卷



法律出版社
LAW PRESS CHINA

第6卷

行政法论丛

ADMINISTRATIVE LAW
REVIEW VOL.6

■ 罗豪才 / 主编



A1063315



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

行政法论丛.第6卷/罗豪才主编.—北京:法律出版社,
2003.5

ISBN 7-5036-4225-4

I.行… II.罗… III.行政法—研究—中国—文集
IV.D922.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 021568 号

法律出版社·中国

责任编辑/刘伟俊

封面设计/温 波

出版/法律出版社

编辑/法学学术出版中心

总发行/中国法律图书公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/A5

印张/18.875 字数/502 千

版本/2003 年 4 月第 1 版

印次/2003 年 4 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法学学术出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939686 63939687 传真/010-63939701

中国法律图书公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

销售热线/010-63939792

网址/www.Chinalaw-book.com

010-63939778

书号:ISBN 7-5036-4225-4/D·3943 定价:36.00 元

《行政法论丛》编辑委员会

主编：罗豪才

编委：（按姓氏笔画排列）

王连昌	方世荣	皮纯协	江必新	朱维究
应松年	杨海坤	杨忠文	张焕光	张春生
陈德仲	陈干远	姜明安	胡建森	袁曙宏
曹康泰	崔卓兰			

目 录

卷首语

罗豪才

坚持与时俱进,推动理论创新 (1)

【基础理论研究】

何海波

形式法治批判..... (8)

金自宁

直面行政法学研究中的“价值”问题

——反思“以规范性研究为中心”的中国行政法学..... (84)

王成栋 刘雪梅

特别权力关系理论与中国行政法..... (106)

李 昕

现代行政主体多元化的理论分析..... (146)

梁风云

行政公产研究导论..... (182)

【专题研究】

程 虎

WTO 与我国政府职能转变 (219)

熊菁华

行政不作为问题的探讨…………… (245)

张继峰

关于行政瑕疵的一些理论问题的研究…………… (268)

马怀德 王亦白

行政诉讼目的要论…………… (290)

【外国行政法】

高家伟

德国的自治行政制度…………… (315)

李洪雷

英国法上对行政裁量权的司法审查

——兼与德国法比较…………… (335)

于 方

美国环境法制中的公民诉讼研究…………… (384)

远藤博也 凌维慈

土地征用和公共性…………… (420)

【判例研究】

刘书燃

公民、政府与制度变迁

——由乔占祥诉铁道部案引发的制度分析…………… (429)

【学术动态】

北京大学公法研究中心

《行政程序法(试拟稿)》理论研讨会综述…………… (464)

附件一:中华人民共和国行政程序法(试拟稿)…………… (482)

附件二:关于《行政程序法(试拟稿)》的说明…………… (503)

【资 料】

2001 届全国行政法学博士、硕士论文摘要	(515)
朱 芒 译	
日本信息公开法	(586)
后记	(598)

卷首语

坚持与时俱进 推动理论创新^①

罗豪才

在过去的一年里,行政法学界坚持正确的政治方向,紧密联系我国民主法制建设中的实际问题,结合我国加入 WTO 的新形势,积极进取,开拓创新,取得了丰硕的研究成果。当前,我国哲学社会科学界迎来了前所未有的好形势。5月31日,江泽民同志在中央党校省部级干部进修班毕业典礼上发表了重要讲话。这篇重要讲话是在进入新世纪,我国进入全面建设小康社会、加快推进社会主义现代化的新的发展阶段发表的一篇重要讲话。讲话站在全局和战略的高度,科学地分析了当前我们面临的新形势、新任务和新挑战,创造性地提出了许多新思想、新观点、新论断,体现了全国各族人民的迫切愿望和时代要求,是对建设有中国特色社会主义伟大事业发展规律的新认识和总结,是对“三个代表”思想的进一步丰富和深化。讲话高屋建瓴、内涵丰富、思想深刻、论述精辟,为开好党的十六大奠定了思想、政治和理论基础。我们行政法学界的同志一定要认真学习,深刻

^① 本文为作者 2002 年 7 月 20 日在内蒙古自治区呼伦贝尔市举行的中国法学会行政法研究会年会开幕式上的讲话。

领会,把思想统一到“5·31”重要讲话精神上来。

一年来,江泽民同志先后三次就我国的哲学社会科学问题发表重要讲话。他用“四个同样重要”、^①“五个高度重视”^②和“两个不可替代”,深刻揭示了哲学社会科学的重要性;对哲学社会科学界提出了“五点希望”;^③并阐明了新世纪我国哲学社会科学应坚持的五条基本方针。^④这三次讲话,充分体现了以江泽民同志为核心的党的第三代领导集体对哲学社会科学给予的重视和厚望,是对包括我们行政法学理论研究者 and 实践者在内的广大哲学社会科学工作者的巨大鼓舞。我们一定要认真学习江泽民同志的讲话精神,坚持以邓小平理论和“三个代表”的重要思想为指导,增强理论思维、战略思维和创新思维,努力适应变化了的时代条件,积极进行创造性的理论探索,为繁荣我国行政法学研究、推动依法治国做出更大的贡献。

下面我谈几点意见,供大家参考:

① “四个同样重要”是指:哲学社会科学与自然科学同样重要,培养高水平的哲学社会科学家与培养高水平的自然科学家同样重要,提高全民族的哲学社会科学素质与提高全民族的自然科学素质同样重要,任用好哲学社会科学人才并充分发挥他们的作用与任用自然科学人才并充分发挥他们的作用同样重要。

② “五个高度重视”是指:我们要始终高度重视哲学社会科学在治党治国和建设有中国特色社会主义事业中的重大作用,高度重视哲学社会科学领域高等教育的改革和发展,高度重视改善哲学社会科学研究和人才培养的条件,高度重视哲学社会科学研究领域重大课题的攻关,高度重视为哲学社会科学发展做出杰出贡献的学者的成就和作用。

③ “五点希望”是指:希望大家增强创新意识,在推动理论创新、制度创新、科技创新方面不断取得新的成绩;希望大家深入改革开放和现代化建设的实践,努力对全局性、战略性、前瞻性的重大问题做出科学的理论回答;希望大家既立足中国又面向世界,努力继承和弘扬中华民族的优秀文化,积极学习借鉴各国人民创造的有益文化成果;希望大家坚持严谨治学、实事求是、民主求实的学风;希望大家坚持用马克思主义的立场、观点和方法来指导哲学社会科学的发展。

④ 五条基本方针是指:第一,要坚持以马克思主义为指导。第二,要坚持解放思想、实事求是。第三,要坚持“二为”方向和“双百”方针。第四,要坚持优良的学风。第五,要坚持和改善党对哲学社会科学事业的领导。

一、以马克思主义为指导,贯彻解放思想、实事求是的思想路线,大力推动我国行政法学研究的理论创新

以马克思主义为指导,是我们行政法学界必须坚持的一个重要原则。离开了马克思主义,我们的研究就会偏离方向;而拘泥于对马克思主义的机械理解,又会导致我们因循守旧,难以进取。马克思主义是一个开放的理论体系,需要在实践中不断丰富和发展。邓小平理论和“三个代表”重要思想中所体现的马克思主义立场、观点和方法,为我们在行政法学研究中如何具体地坚持和运用马克思主义提供了理论指导和方法论基础。基于马克思主义与时俱进的理论品格,我们开展行政法学研究,也必须坚持与时俱进,深入研究具有全局性、前瞻性、战略性的重大时代课题,不断推进理论创新。

坚持与时俱进、开拓创新,首先要解放思想、更新观念,自觉地把思想认识从那些不合时宜的观点、做法和体制中解放出来,从对马克思主义的错误的和教条式的理解中解放出来,从主观主义和形而上学的桎梏中解放出来,从旧观念、旧做法和旧体制中解放出来,勇于和善于根据时代的要求进行创新。在这一过程中,要妥善处理以下几个关系:

一是党的领导、人民当家作主和依法治国三者间的关系。在建设社会主义民主政治和政治文明中,党的领导是前提,人民当家作主是核心,依法治国是保证。在包括行政法学在内的公法研究领域,应加强对三者的研究,在如何促进这三者的有机结合和辩证统一方面进行积极探索。

二是批判与继承的关系。对于既有的理论观点不能盲从,要敢于依据实践的需要重新加以审视,弥补其不足之处、摒弃其过时之处,对前人的成果进行创造性的丰富和发展。我们所从事的研究,不同于民商事法律研究,而与国家制度的性质、国情等问题有更为紧密的联系,这就要求我们在对待外国相关理论成果和制度时,更要采取历史的、批判的和扬弃的立场。当然,我们也不能割裂与前人理论成

果的关系而空谈所谓的创新,应当在对我国现实情况进行深入研究的基础上,提出新问题,运用新方法,探寻新思路。

三是现实与未来的关系。理论固然用以解决现实问题的,但理论创新还要求我们充分注意发挥理论的前瞻性,做到立足现实,着眼未来,在深入调查研究的基础上,提出具有实践意义的原创性的理论学说。

四是目标与手段的关系。我们追求理论创新,不能拘泥于传统的眼光,不能拘泥于传统的研究方法,而要拓宽视野,在宪政建设的大背景下考察具体的行政法现象,同时注意吸收借鉴其他学科的研究方法和研究成果,这样才有可能达到创新的目标。当前,社会科学的各个领域正处在一个不断融合的时期,吸收其他学科领域的最新研究成果和研究方法是推动我国行政法学创新的一个重要途径。我们注意到,除了传统的研究方法之外,一些新的研究方法的运用,例如公共选择、理想类型、经济分析等方法的引入,已经为公法研究展开了一幅更加生动和广阔的图景。我们需要通过运用新的研究方法,提出更多的观察公法现象的视角,推动我国公法研究的创新。

理论创新的努力是否取得成效,最终还需要经过实践的检验。我们开展理论创新,应当以是否体现了“先进生产力的发展要求、中国先进文化的前进方向、中国最广大人民群众的根本利益”为基本价值尺度。只有这样,我们的研究才有价值,我们的学科才会有更大发展。

二、积极开展本学科领域的制度研究,为社会主义民主法治建设提供智力支持,推进社会主义民主政治的制度化、规范化、程序化

民主政治发展的关键在于制度建设、制度设计和制度安排,这也是现代政治文明的精髓所在。我们知道,民主不仅是一种原则、一种作风,更是一种制度。民主如果缺乏具体的制度化内容,就难有保障,因为制度带有根本性、全局性、稳定性和长期性。从当前我国行政法学的现状与制度建设的要求来看,行政法学界需要着力对

以下几个方面的问题加以研究：

(一)在新形势下加强公法制度建设的重大意义

公法制度建设,不仅是民主与法治建设的重要内容,而且对于完善市场经济体制、迎接入世机遇、应对入世挑战至关重要。传统上人们对公法(主要是宪法、行政法)的作用存在一定的误解,认为公法的作用仅仅限于公共领域,而经济活动大都属于私法调整的空间。但是在新形势下,我们有必要重新思考有关公法制度建设的一些问题。比如:社会主义国家到底要不要区分公法与私法?两者关系如何定位?制度是否存在交叉?在市场经济体制的建立、完善过程中,公法制度应当发挥什么样的作用?如何发挥作用?我国加入世贸组织对公法制度建设带来什么样的机遇和挑战?公法又当如何回应?等等。这些问题都需要我们进行深入系统的研究。

(二)各政治主体之间关系的制度化、规范化问题

当前,我国的基本政治制度已有了基本的框架,如政党制度、人大制度、政府制度、司法制度等。但是从时代发展和社会主义法治国家建设的要求看,一些制度设置仍有不够明确、不够具体之处,需要在充分考虑中国国情的基础上,大胆借鉴国外成功经验,不断促进我国基本政治制度的完善。其关键是进一步明确界定各政治主体的权力性质和权力幅度,明确其各自的角色和权力边界,以制度化的方式规范、明确“权力——权力”间的关系和“权力——权利”之间的关系,以及各政治机构权力运作的程序,特别要重视政治制度所包含的价值体系方面的研究。

(三)行政程序等行政法具体制度问题研究

在传统上,我国的行政法制重实体、轻程序,重结果、轻过程。这种情形在很大程度上制约了我国法律程序制度的发展。事实上,从现代法治的基本要求及其实现过程来看,程序制度的建立与完善在法治国家建设中具有枢纽地位。对于行政法治而言,我们不仅要重视“实体合法性”,也需要重视“程序合法性”问题。因为,离开了规范的、合理的、法制化的程序,行政法治建设就会失去制度性的保障。

行政法主体之间就会失去沟通、交流、合作的桥梁,就会极大影响良性互动关系的形成和发展。经过二十多年的行政法制建设和行政法学的共同研究,我们对现代法治国家中行政程序重要性的认识越来越明确,为制定一部统一的行政程序法积累了丰富的实践经验,提供了必要的理论准备。但是,行政程序立法中的一些重大理论问题和具体制度研究还有待进一步深入。例如,行政程序法的目标模式、行政程序权利义务的配置、行政过程中的参与制度、政府信息公开制度、程序法律责任制度等问题,都是行政程序立法过程中亟待进一步研究的基础性问题。

除了行政程序问题外,还有一些重要的行政法制度仍有待于进一步地研究。随着我国民主法制建设的不断发展和“全球化”影响的日益加深,诸如行政过程中的公众参与制度、政府职能转化、服务行政的相关制度等在行政法领域中的重要性已经越来越突出,而我们目前对这些制度的研究还很不够。行政法学界应当以行政程序法的制定为契机,紧密联系我国政治经济体制改革的实际情况和加入WTO以后的新形势、新问题,运用新思路,发现新问题,探寻新对策,进一步推进有关公共权力运作的规范化、制度化和法制化。

三、发扬学会的“阵地”作用和“园地”作用,共同致力于建设有中国特色的现代行政法学

我们行政法学会自成立以来,有力地促进了不同地区、不同部门的专家、学者和法律工作者间的学术交流,学术氛围宽松,学术空气活跃。行政法学会已经成为研究行政法现象、探索行政法理论的一个重要园地。当前,在我国行政法学的理论创新过程中,新问题层出不穷,需要我们进一步发挥学会的“阵地”和“园地”作用,集中整体合力进行攻关。

(一)加强本学科的学风建设

学风建设是整个哲学社会科学界发展繁荣的当务之急。社会科学的理论创新周期较长,我们尤其不能急功近利,以忽略质量为代

价,单纯地以量取胜。要提倡和坚持严谨治学、实事求是、民主求实的学风;要甘于寂寞、淡泊名利、力戒浮躁、潜心钻研;要老老实实地做人,踏踏实实地做事,扎扎实实地做学问。只有这样才能成为一名对祖国和人民有贡献的学问家。

(二)鼓励在更深的理论程度上开展学术争鸣

学术对话和争鸣的活跃,一直是我们学会的特点之一。没有正常的学术争鸣,就没有我们今天的理论研究成果。但是严格说来,我们行政法学研究中的学术争鸣还缺乏必要的深度,争鸣各方的沟通不够深入,使得这种争鸣的效果受到影响,这一点应引起我们高度重视。在深化学术争鸣与对话多样化的同时,要坚持“二为”方向和“双百”方针,提倡理性的、宽容的学术态度,注意破除门户之见、同行相轻的陋习,使学术争鸣体现勃勃朝气与和而不同的大气。

(三)扩大学术交流的范围,注重学术理论队伍建设

学术交流与学术争鸣往往相伴而随,学术交流更能为资源共享、信息沟通、相互借鉴等方面提供便利。今后,应有针对性地加强跨学科的学术交流,以更加开放的姿态吸纳其他学科的最新成果,运用多学科的研究方法。同时,在现有基础上不断扩大学术理论队伍,注重中青年理论工作者的发现与培养,在当今世界的人才竞争中占据有利地位。

我相信,在各位同志特别是中青年同志长期的、坚持不懈的努力下,我们一定能取得新的理论研究成果,在新世纪建设具有中国特色、中国风格、中国气派的行政法学。让我们大家共勉!

基础理论研究

形式法治批判

何海波*

目 次

- 一、导言
- 二、我国形式法治的制度安排
- 三、法的形式与形式法治
- 四、形式法治的现实逻辑
- 五、实质法治主义的初步回应

一、导言

请允许我以一个案件的虚拟争论开始我的问题。正是围绕此类案件的争论触动我写这篇文章。

田某因“考试作弊”被学校开除,田某起诉到法院。法院以学校

* 法学博士,国家行政学院法学部讲师。

本文是在我的博士论文第一部分的基础上改写而成。其中部分内容,与本人其他文章略有重复,主要是《清华法治论衡》第2辑上的《法的合法性:中国的经验与问题》。考虑到本文内容的完整性,故不避嫌疑,重炒冷饭,请读者见谅。

作出开除决定前没有听取田某申辩为由,撤销了学校的处理决定。当时没有一条制定法要求学校在作出开除决定前听取学生申辩。因此,这一判决理由引起了朋友与我的争论。

“你说,法院凭什么撤销学校的开除决定?”朋友首先质问。他认为学校的开除决定“虽不合理,但不违法”,或者说“合法不合理”。

“你看,在关系一个人命运前途的时候,不听取当事人的解释、申辩,就作出决定,这是多么的轻率!对学生来说,多么不公正!”我支持法院的判决。

朋友马上反驳道:“你说的是情理——我也觉得不给学生申辩机会就开除他很轻率——可法律不是情理呀!学校纪律处分程序不合理,可以在以后制定、修改法律的时候再解决。法官必须依法判案呐!有没有法律要求学校在作出开除决定之前,必须听取申辩?”

“不能说没有法律依据。”我明白他讨论的是法律,所以,我也必须就法论法。“《行政诉讼法》规定,‘滥用职权’构成违法。有些学者认为,没有遵循公认的合理程序作出行政决定也属于滥用职权。”

“你说的只是‘有些学者’的见解。凭什么他们的理解是正确的?”

我说不上凭什么他们的理解正确,于是换了一个说法:“法律的正当程序要求,在作出对他人不利的处理决定之前,应当听取申辩。违背正当程序原则也是违法。”

“可是,正当程序原则只是人家美国的法律。作为学术问题,我们可以讨论;作为立法建议,我们也可以呼吁。但到现在为止,它还不是法律。——不像《行政处罚法》,规定了行政处罚的原则。”

“你说的法律只是一些条文。原则不一定记载在条文之中,它可能存在教科书上,存在司法先例乃至街谈巷议之中——假如人们普遍认为它是一个法律行为应当信守的准则,它就成为法律。”

“不行!那谁还讲得清,法律是什么?法治怎么可能?”

.....

争论还没有结果,一时也分不出输赢。有意思的是,“朋友”和

“我”都认为法律应当追求公正,法院应当“依法判决”,涉及具体问题却水火不容。朋友认为,完善法律是立法者的任务,法院的职责就是严格遵守事先制定的法律判案,学校当局的行为不违反法律明确规定就不能撤销。我则主张,法律不完全是由立法者提供的一套规则,法院应当考虑法律的一般原则等等,司法判决不能无视实质合理性的要求。

这种分歧是普遍而深刻的。它折射出两人对法律和法治的不同理解以及对法治建设的思路分歧。细致梳理这两种不同思路,认真探讨我国法治的建构,就是本文的主题。

(一)问题和进路:法治的运作机制

不管法治有多么复杂的定义,最简明、最通俗的还是两千多年前亚里士多德的定义:“已成立的法律获得普遍的服从,而大家所服从的法律又应该本身是制订得良好的法律。”^①这段话包含法治最基本的命题:什么样的法律算是良好的法律?良好的法治秩序应当包含哪些要素?以及法律是如何制定和成立的?如何保障其制定得良好,并获得普遍服从?大体而言,前两个问题属于法治的价值层面,后两个问题属于法治的运作层面。

在价值层面,法治包含了形式要求,也应当具有实质内容。前者典型如富勒表述的8项法治主张:一般性、公布或公开、不溯及既往、明确、不自相矛盾、不要求不可能实现的事、稳定性、官方行为与法律的同一性。^②后者如德国学者经历纳粹浩劫后对法治的重新阐述:拉得布鲁赫强调以追求正义作为法治国的标准;萧勒(U. Scheuer)批评形式法治只是一个“合法性的空壳”,新的法治国概念必须要有特定的、实质的基本价值及基本要素。^③对法治两种价值的讨论,构成

① [古希腊]亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆1965年版,第199页。

② Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, Yale University Press, 1969, pp. 46—91.

③ 参见陈新民:《国家的法治主义——英国的法治[The Rule of Law]与德国法治国家[Der Rechtsstaat]之概念》,载《台大法学论丛》第28卷第1期,后收入陈新民:《德国公法学基础理论》,山东人民出版社2001年版。