

法治思维与
新行政法

姜明安 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

法治思维与
新行政法

姜明安 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

法治思维与新行政法/姜明安著. —北京:北京大学出版社, 2013. 1

ISBN 978 - 7 - 301 - 21757 - 3

I. ①法… II. ①姜… III. ①社会主义法制 - 研究 - 中国 ②行政法 - 研究 - 中国 IV. ①D920.0 ②D922.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 301570 号

书 名: 法治思维与新行政法

著作责任者: 姜明安 著

责任编辑: 王琳琳 白丽丽

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 21757 - 3/D · 3235

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

新浪微博: @北京大学出版社

电子信箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
出版部 62754962

印 刷 者: 三河市北燕印装有限公司

经 销 者: 新华书店

965 毫米 × 1300 毫米 16 开本 30.5 印张 468 千字

2013 年 1 月第 1 版 2013 年 1 月第 1 次印刷

定 价: 50.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn

序

提高领导干部运用法治思维和法律方式深化改革、推动发展、化解矛盾、维护稳定的能力。^①

——胡锦涛

本书研究法治思维与“新行政法”。法治思维与“新行政法”是两个不同的概念与范畴。虽然二者有一定的联系,特别是在现代社会,在政府管理向公共治理转型的时代,二者具有密切的联系——法治思维决定“新行政法”,“新行政法”体现法治思维并促进法治思维,但是,二者的内涵、外延、要素、功能、作用毕竟有诸多不同,故本书对二者的研究大多是分开进行的,只有在少数场合下,本书的部分编章才对二者进行综合研究。

在当下中国,研究法治思维与“新行政法”具有重要的现实意义。笔者对这两个主题的研究始于21世纪初,现正对前期初步研究成果进行整理、归纳,时间正好是中共十八大召开的前夕,整理、归纳的初步成果将在十八大之后很快出版。本书可以视为是笔者献给中共十八大的一份薄礼。中共十八大对于中国未来的发展和走向

^① 胡锦涛:《在中国共产党第十八次全国代表大会上的报告》。

具有决定性的意义,而中共十八大产生的新的中央领导集体将持什么样的理念执政,新的中央和地方的各级领导在十八大以后是大刀阔斧地推行民主、法治,依法治国,还是步履蹒跚地守成、求稳,法先人,行人治,这无疑将深远地影响中国未来的前途、命运。

而何去何从,这在很大程度上取决于执政者们的理念、思维:是法治理念、法治思维,还是人治理念、人治思维?

早在 2300 多年前,古希腊学者亚里士多德就曾指出,法治优于人治。“要使事物合于正义(公平),须有毫无偏私的权衡,法律恰恰正是这样一个中道的权衡。”^②

然而,尽管法治优于人治,尽管法治可以抑偏私,给人们带来公平正义,但是无论是西方,还是东方,以往历朝历代的统治者,施行的多是人治,几乎没有统治者自愿选择施行法治。

这是为什么?马克思、恩格斯指出:“人们的观念、观点和概念,一句话,人们的意识,随着人们的生活条件、人们的社会关系、人们的社会存在的改变而改变”。^③为什么以往历朝历代的统治者治国理政乐于选择人治而不愿选择法治?因为历朝历代的统治者都是剥削阶级的代表,他们的生活条件、社会关系和社会存在决定了他们的意识和他们自身本质的“偏私”,决定了他们自觉或不自觉地排斥公平正义。他们乐于选择施行人治而不愿选择施行法治是自然的,既是他们感性使然,也是他们理性使然。

但是,当无产阶级革命推翻了剥削阶级的统治,无产者自己掌握了国家政权以后,作为无产阶级代表的共产党人和革命领袖治国理政,许多人仍然乐于选择施行人治而不愿选择施行法治,如原苏联东欧各国、改革开放前的中国以及现在仍实行计划经济的某些社会主义国家,其治理方式大多仍是人治而非法治,这就有点不大合乎逻辑了。

例如,毛泽东在 20 世纪 50 年代就曾这样表述过他的治理方式:“不能靠法律治多数人……我们基本上不靠那些,主要靠决议、开会……不能靠民法、刑法来维持秩序。我们每次的决议都是法,开一个会也是一个法。”我们

② [古希腊]亚里士多德著:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆 1965 年版,第 169 页。

③ 《马克思恩格斯选集》(第一卷),人民出版社 1995 年版,第 291 页。

“要人治,不要法治”。^④毛泽东为什么这么说?这么选择?是他认为人治比法治能够为人们提供更多的公平正义,还是公平正义根本就不是无产阶级和共产党人所追求的价值呢?

这可能仍得用马克思关于经济基础决定上层建筑以及人们的生活条件、社会关系和社会存在决定了人们意识的理论来解释。

首先,在无产阶级通过革命推翻了剥削阶级的统治以后,早期的社会主义国家基本都实行计划经济。而计划经济的计划往往受党的政策和领导人的主观意志影响,甚至受之左右。这种计划难免脱离经济、社会发展的客观规律。因此,在某种意义上和某种程度上说,计划经济就是人治经济。同时,计划经济反过来又为人治施政提供了基础和条件,二者具有相互依存的关系。

其次,早期社会主义国家否定法治实行人治也是与当时的阶级关系和政治状况相联系的:旧的统治阶级刚刚被推翻,或被推翻后不久,其残余势力必然拼死反抗,外国敌对势力也试图颠覆新生政权。在这种形势下,执政者为了灵活和随机应对各种困难局面,不愿过多受法律和制度的约束,其施政自然选择因时因地依其意志和便利制定政策和发布命令、指示作为行事的根据、准则。这种情况即使在之后“急风暴雨式的阶级斗争”已经结束亦无改变,其长时期形成的阶级斗争思维还会顽固地留存在他们的脑中,而阶级斗争思维,特别是“以阶级斗争为纲”的思维与人治具有天然的相互依存关系。具有这种思维的执政者必然偏爱人治而排斥法治,或者说重人治而轻法治。

再次,早期社会主义国家的领导人大多有过长期从事革命活动和在党内长期担任领导职务的经历。这种经历使他们获得了杰出的领导能力和极大的权威,但这同时也可能使他们在心理上形成对权力的特别依恋,产生无限制和无拘束行使权力的欲望。而执掌公权力的人对权力的这种依恋和无限制、无拘束行使的欲望必然催生其人治思维,消弭其法治思维。随着他们执掌的权力越来越大,他们就越不愿意有任何法律、制度对其权力加以限制、制约。很显然,公权力执掌者如果没有足够的自制力控制自己的权力欲,外部环境又没有创制适当的机制制约其权力欲,公权力执掌者的人治思维会日益增长,而其法治思维会日益萎缩。

^④ 转引自张懋:《第四届全国司法工作会议的来龙去脉及其严重影响》,载《董必武法学思想研究文集》(第四辑),人民法院出版社2005年版,第426—427页。

由此可见,早期坚持以阶级斗争为纲和计划经济模式的社会主义国家领导人在治国方略上之所以均实行人治而拒绝实行法治,坚持人治思维而排斥法治思维,是有其相应的经济、政治和社会人文的基础和根据的。探究传统社会主义国家治理模式和公权力执掌者治理思维的经济、政治、社会人文基础和根据无疑是我们今天社会科学需要研究的重要课题。不过,本书研究的重点并不在此处,而是放在了我国改革开放以后的国家、社会治理模式上,主要探究我国在逐步放弃计划经济,建设市场经济的新历史时期,为什么仍有为数不少的公权力执掌者相信人治而不相信法治,坚持人治思维而不坚持法治思维,以人治方式、人治手段而不是用法治方式、法律手段去治国理政,去推进发展、改革、去解决社会矛盾和维护社会稳定,并在此基础上分析这些公权力执掌者产生和形成这种治理思维的原因;他们在实践中坚持这种治理思维的弊害;我们怎么去改变这些公权力执掌者的人治思维,提高他们对法治思维、法治方式、法律手段的认识,以及我们应创造什么样的环境,建立什么样的体制、机制去制约公权力执掌者,引导和“迫使”他们运用法治思维、法治方式、法律手段治国理政,运用法治思维、法治方式、法律手段推进改革和发展,依法创新,依法解纷,依法维稳,从而保障中共十八大报告提出的“依法治国基本方略全面落实,法治政府基本建成”的目标(全面建成小康社会的宏伟目标之一)的实现。

本书是笔者对自己近十年来研究法治思维和新行政法成果的一个梳理和汇集。这个汇集所选收的论文大多是笔者这些年来花费较多心血考察我国法治特别是行政法治实践后思考或再思考的产物。这些论文发表后大多在互联网的许多网站上有全文转载或摘登,有些文章(如《关于建设法治政府的几点思考》、《论行政裁量权及其法律规制》、《全球化时代的“新行政法”》、《建设服务型政府应正确处理的若干关系》等)还在《新华文摘》或人大《复印报刊资料》全文转载。因此,不少读者对这些文章应该比较熟悉。既然如此,那现在笔者为什么还要将之结集出版呢?这主要是因为笔者考虑到这些文章是在不同时段、不同刊物上零散发表的,很难完整地反映笔者对相关问题的整体观点和整个思想体系。这个集子将笔者在不同时段、不同刊物上零散发表的论文按所研究的不同主题分成若干部分,将研究和论述某个主题的相关文章归为一处(编),这样,就能将笔者对相应问题的思考、看法和

最后形成的观点以及某些观点前后的变化、发展过程较完整地予以呈现,以避免因某些论文可能的片面性而使读者对笔者的整体观点产生疑惑或误解。

本文集共分五编:第一编“转型时期的法治”,共收文八篇,主要阐述笔者对法治、法治思维、法律手段和社会转型与社会监管转型,以及法治国家、法治政府的观点、主张;第二编“新行政法与软法之治”,共收文七篇,主要阐述笔者对行政法发展趋势、新行政法、软法、中国共产党党内法规和服务型政府的观点、主张;第三编“公法、公法学与政治文明”,共收文五篇,主要阐述笔者对公法、公法学、权力制约、程序正义、公共治理和政治文明的观点、主张;第四编“转型时期的行政法制度建设”,共收文七篇,主要阐述笔者对行政诉讼、行政执法、公务员制度、行政规划、信访制度、行政补偿和突发事件应对的观点、主张;第五编“行政法的发展目标与路径”,共收文八篇,主要阐述笔者对行政管理体制改革、行政程序立法、完善行政救济机制、行政裁量的法律规制和构建和谐社会的观点、主张。

本文集总的主题是法治思维与新行政法。法治思维与新行政法的互动发展是中国行政法治发展的最重要特色:中国法律学人和中国立法者在改革开放以后逐渐形成的法治思维推动着中国新行政法的兴起和不断兴盛,而中国新行政法的兴起和不断兴盛又大大促使中国国人,特别是执掌国家公权力的执政者法治思维的形成、增长;中国国人,特别是执掌国家公权力的执政者法治思维的逐步形成、增长,使人类先进的法治理念、法治基本原则得以贯穿于我国行政法的具体制度及其运作之中,从而形成中国新行政法,并不断推动中国新行政法的发展、完善。可以说,我国新行政法的形成和发展过程即是我国国人在法治理念、法治基本原则和法治思维的指导下建设法治国家、法治政府的实践和制度创新的过程。本文集也可以认为是这一过程的记录和反映,尽管是不很全面和不很准确的记录和反映。

当然,这个文集反映的笔者的观点不一定都能为所有读者认同,有些观点只是笔者一家之说,还有些观点可能会被部分读者视为谬误或者实际就是谬误。对此,如能获得读者的批评或批判,笔者将虚心听取,并致以深深的谢意。

姜明安

于北京八里庄寓所

2012年11月8日

第一编 转型时期的法治

引言 / 3

发展、改革、创新与法治 / 7

再论法治、法治思维与法律手段 / 18

转型社会的社会监管机制转型 / 35

我国当前法治对策研究的重点课题与进路 / 55

关于建设法治政府的几点思考 / 67

依法规范行政许可行为,建设法治政府 / 75

法治政府必须认真对待公民权利 / 87

公众参与与行政法治 / 91

第二编 新行政法与软法之治

引言 / 115

全球化时代的“新行政法” / 119

新世纪行政法发展的走向 / 129

行政的“疆域”与行政法的功能 / 155

- 软法与软法研究的若干问题 / 168
- 论中国共产党党内法规的性质与作用 / 190
- 完善软法机制,推进社会公共治理创新 / 209
- 建设服务型政府应正确处理的若干关系 / 225

第三编 公法、公法学与政治文明

- 引言 / 243
- 论公法与政治文明 / 246
- 构建权利、权力的法治化博弈机制是构建和谐社会的前提 / 261
- 公法学研究的基本问题探析 / 266
- 正当法律程序:扼制腐败的屏障 / 279
- 程序正义与社会治理创新 / 299

第四编 转型时期的行政法律制度建设

- 引言 / 307
- 扩大受案范围是行诉法修改的重头戏 / 311
- 行政执法的功能与作用 / 324
- 重视制度设计,保障《公务员法》立法目的的实现 / 349
- 行政规划的法制化路径 / 355
- 改革信访制度 创新我国解纷和救济机制 / 359
- 行政补偿制度研究 / 364
- 突发事态下行政权力的规范 / 373

第五编 行政法的发展目标与路径

- 引言 / 379
- 行政管理体制改革的目标、任务和路径选择 / 384
- 行政程序:对传统控权机制的超越 / 397

制定行政程序法应正确处理的几对关系 /	406
行政诉讼功能和作用的再审视 /	419
《行政强制法》的基本原则和行政强制设定权研究 /	434
完善行政救济机制与构建和谐社会 /	448
依法行政的重大进展与进一步推进的任务、措施 /	455
论行政裁量权及其法律规制 /	463

Table of Contents

Part I The Rule of Law during Transforming Period

Introduction / 3

Development, Reform, Innovation, and the Rule of Law / 7

Restatement on Rule of Law, the Thinking of Rule of Law and
Legal Means / 18

The Transformation of Social Regulation Mechanism in
Transitional Society / 35

Key Projects and Approaches for Research on Countermeasures
to the Rule of Law in Contemporary China / 55

Reflections on Building up a Government under the Rule of Law / 67

To Legalize Administrative License Act for Building up
a Government under the Rule of Law / 75

Civil Rights Should Be Taken into Serious Consideration by
Government under the Rule of Law / 87

Public Participation and the Rule of Law in Administration / 91

Part II New Administrative Law and Rule of Soft Law

Introduction / 115

“New Administrative Law” in the Era of Globalization / 119

Trend to Development of Administrative Law in New Century / 129

The “Territory” of Administration and Functions of

Administrative Law / 155

Soft Law and Several Issues with Regard to Soft Law Research / 168

The Nature and Role of the Inner-party Regulations of the

Communist Party of China / 190

To Improve the Soft Law Mechanism for Promoting Innovation

in Public Governance / 209

Relationships Should Be Correctly Handled for Service-oriented

Government Building / 225

Part III Public Law, Public Law Jurisprudence, and Political Civilization

Introduction / 243

On Public Law and Political Civilization / 246

To Construct the Game Mechanism between Rights and Power

under Rule of Law Is the Premise of Building a Harmonious Society / 261

Analysis of the Basic Problems of Study on Public Law / 266

Due Process of Law: A Barrier against Corruption / 279

Procedural Justice and Social Governance Innovation / 299

Part IV Construction of Administrative Law System during Transforming Period

Introduction / 307

Expanding the Scope of Accepting Cases Is the Main Event of Amendment of <i>Administrative Litigation Law</i> /	311
The Function and Role of Administrative Law Enforcement /	324
Attaching Great Importance to the System Design to Ensure the Realization of the Legislative Purpose of the Civil Servant Law /	349
The Approach to Legalization of Administrative Planning /	355
Reforming the System of Petitions by Letters and Calls to Innovate ADR and Relief Mechanism in China /	359
Study on the Administrative Compensation System /	364
Regulation of Administrative Power in Emergency Situation /	373

Part V Targets and Paths to Development of Administrative Law

Introduction /	379
Objectives, Tasks and Paths Selection Concerning Reform of Administrative Management System /	384
Administrative Procedure: Transcendence of the Traditional Power Control Mechanism /	397
Several Relationships Should Be Handled Correctly in Formulating Administrative Procedural Law /	406
Review on the Function and Role of Administrative Litigation /	419
Study on the Basic Principle and the Right to Setting Administrative Coercion of Administrative Coercion Law /	434
On Improving Administrative Relief Mechanism and Building a Harmonious Society /	448
Significant Progress of Administration according to Law and Tasks and Measures for That of Further Promotion /	455
On Administrative Discretion and Its Legal Regulation /	463

第一编

转型时期的法治



引 言

法治——不同历史阶段的法治,不同国度、不同地区的法治——均既有共性、普遍性、一般性,又有个性、特殊性、具体性。因为虽然不同历史阶段、不同国度、不同地区的法治的时间、空间不同,但既然都谓之“法治”,它们就必然有共同的质、共同的基因;然而不同历史阶段、不同国度、不同地区的法治毕竟时间、空间不同,从而也就必然存在差别,其内容和形式必然具有不同的特色。

我们国人在对法治的理解上,历来存在两种倾向:一种倾向是过分强调共性、普遍性和一般性而否定或忽视个性、特殊性、具体性,主张对域外法治照抄照搬,全面接轨,全盘移植;一种是过分强调个性、特殊性、时代性和阶段性而否定或忽视共性、普遍性、一般性,主张完全本土化,试图创造一种纯中国特色、纯地方特色和纯阶段特色的所谓“特色法治”。

中国转型时期的法治究竟应该是个什么样子的法治?是否应该有法治的普适性特性?如果应该有,究竟应该有哪些法治的普适性特性?是否应该有中国转型时期法治的独特特性?如果应该有,究竟应该有哪些中国转型时期法治的独特特性?如果两者都应该有,如何在这两者之间——在法治的普适性与中国转型时期法治的独特特性之间找到一个适当的平衡点?本编所收文章将重点研究和探讨这一问题。