

Public Law and
Government Regulation

公法与政府管制丛书 | 丛书主编：刘 恒

Government Regulation and
Administrative Law

政府管制的行政法

解读

刘莘 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

Public Law and
Government Regulation
公法与政府管制丛书 | 丛书主编：刘 恒

Government Regulation and
Administrative Law

政府管制的行政法

解读

刘莘 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

政府管制的行政法解读/刘莘著. —北京:北京大学出版社,2009.5
(公法与政府管制丛书)

ISBN 978 - 7 - 301 - 15178 - 5

I. 政… II. 刘… III. 行政法 - 研究 - 中国 IV. D922.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 064372 号

书 名: 政府管制的行政法解读

著作责任者: 刘 莘 著

责任编辑: 肖 菊

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 15178 - 5/D · 2291

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>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788
出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印 刷 者: 北京山润国际印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650mm × 980mm 16 开本 29 印张 428 千字

2009 年 5 月第 1 版 2009 年 5 月第 1 次印刷

定 价: 49.00 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 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

《公法与政府管制》丛书总序

政府管制是否为公法学研究提供了替代性范式,是一个富有争议性的问题,而无论争议是否有结果以及争议的结果如何,政府管制作作为一种研究范式为公法学的研究注入了新的活力,提供了新的概念、术语、研究方法和技巧,这是难以否定的。

经济学家较早地关注和研究政府管制现象,他们通过创设价格管制、进入和退出管制等管制术语来解释市场失灵的现象,为传统经济学研究拓宽了领域。而后,政治学、社会学等学科也加入了研究行列,探求从政府管制中寻找新的研究资源。相对而言,公法学对政府管制的关注起步较晚,因为传统的研究资源基本上已经足够,公法学家们并没有迫切感到术语的缺乏和解释的乏力,按照科恩在《科学革命的结构》中的描述,这时处于一种“范式稳定”的阶段。而随着社会经济的发展,政府必须处理大量社会问题,如贫富分化、环境污染、失业救济、交通整治等,随之而来的必然是行政权力的扩张和行政职能的增加,这种情况在西方发达国家出现在19世纪末20世纪初,在中国则出现于20世纪八九十年代。这就使得公法学,特别是行政法学不得不转移研究重点,将政治、政策、法律等系统变量纳入研究范围,这时候传统公法学研究范式的不足就开始显现了,它们无法解释研究过程中出现的许多新问题和诸多“异常现象”,这种“范式危机”的出现迫使公法学家们不得不去探寻新的“替代性范式”,政府管制研究范式便应运而生。按照美国研究政府管制的行政法学家约瑟夫·P.托梅恩教授和西德尼·A.夏皮罗教授的说法,政府管制研究范式可以对诸如管制国家的目标和目的、完善治理的构成条件、新公共议程的内容、官僚政府公共美德的构成条件等传统公法领域所不能解答的问题提供清晰而有解释力的答案。^①

^① 参见[美]约瑟夫·P.托梅恩、西德尼·A.夏皮罗:《分析政府规制》,苏苗罕译,载方流芳主编:《法大评论》第3卷,中国政法大学出版社2004年版。

2 政府管制的行政法解读

国内公法学界近年来也开始重视政府管制,一批中青年学者以极大的热情自觉地从政府管制角度来研究公法问题,各种译著、论文、著作逐步推出,以政府管制为主题的学术会议也相继召开,如2005年11月中山大学法学院主办了“政府管制与行政许可学术研讨会”(本丛书中《行政许可与政府管制》一书即此次会议的成果),2006年5月在厦门大学举行了“政府管制与人权保障学术研讨会”等。

《公法与政府管制》是目前国内专门以公法和政府管制研究为主题内容的系列丛书,我们试图使丛书具有以下特色:

首先,是对现有相关研究成果进行阶段性总结。虽然近年来我国公法学界对政府管制的研究已渐趋热烈,但基本上还处于跟踪国外学术发展的水平,现有成果也多以国外该领域研究的译著或介绍为主,独创性的理论研究成果时有显现,但尚不多见。这种情况既与原有的研究资源和基础有关,也与整个社会背景有关。所以本丛书尽量选择在目前国内政府管制研究方面具有代表性、创见性的公法学著作,以期对目前积累的研究成果作一个阶段性的总结。

其次,为公法学研究拓宽视野。我国传统的学科划分将公法学分割为宪法学、行政法学等部门学科。而我们认为,公法学研究应该具有更加广阔的视野,不应进行简单分割。本丛书立足公法研究而不限于行政法研究的范畴,即考虑到公法学研究领域整合的需要。而国内公法学,特别是行政法学的研究范围,基本上还囿于行政法基础理论、行政行为、行政程序和行政救济等传统领域,政府管制等新兴领域的研究基础还比较薄弱。对有望成为替代性范式的政府管制研究来说,我们必须拓宽学术视阈,予以足够关注,以使学术更好地服务于社会实践,同时也顺应世界公法学领域研究的发展趋势。

最后,为今后政府管制研究提供一个交流平台。《公法与政府管制》丛书将瞄准本领域的前沿性研究成果,逐步出版一系列著作。本丛书的出版将秉持兼容并蓄的态度,我们希望这是一个开放性的平台,期待与同行们在此进行交流与合作,共同推动我国公法学的研究与发展。

是为序。

丛书主编:刘 恒

2006年11月29日于广州康乐园

自序

一场细雨,似乎告诉人们春天的到来。春天是万物复苏的季节,春天是一切开始的季节,在这座喧嚣的都市蛰伏了一个冬季后,人们又开始了新的忙碌的一年。回首新世纪过去的八九年,我不禁问自己收获了多少成果呢?

仔细盘点,我欣慰地发现,这几年虽然不是很高产,却也的确有些收获。有书,有论文,有长篇,更多的是“短打”,拉拉杂杂共计100余件,字数有两百多万。除了自己主编的著作以外,撰写文字也有一百万以上,使得并非勤奋的笔者大受鼓舞。这本集子主要收录了比较长篇一些的论文,另外的几十件短篇杂文计划收录到“随笔集”中出版。本书的议题广泛了些,所以应当交代一下自己思想的脉络,使读者知道本书的章法何在。

有限政府,在西方已经鼓呼了两三百年,我国却是近一二十年方渐为人们所熟知。其实这是关于政府与社会的关系的经验总结和共识。当代是政府权力比较大,其必要性无论在理论上还是社会常识上似乎都没什么疑义,权力超大当然应当防止权力滥用,虽然有人说行政法仅仅靠“限权”是不够的,要强调政府的服务功能,此话固然不错,但倘使服务政府权力很大,也是危险的。因此,强调服务政府,并不能防止政府权力滥用,控制、限制、制约政府的权力是永远没错的,不会过时。当然,从宪政而言,或从政治学、经济学的角度来说,受限制的政府也应当是有为的、有效率的政府,关键是面对具体问题这个“度”如何把握,这是我们时时遇到的问题,本书中许多文字议论的正是这个“度”的问题。

依法行政是本书的核心话题。依法行政或法治政府是法治国家最重要的部分。因为权力机关议事的权力和司法机关的审判权力,与具有主动性和大量裁量权的行政机关或政府相比较,显然政府行政机

4 政府管制的行政法解读

关是直接、普遍地面对着社会大众。在传统上行政占主导地位的中国,80%左右的法律实施是靠行政机关,政府能否做到依法行政,就直接关乎建设法治国家的目标能否实现。依法行政是什么,依法行政要求什么,经过学者们的研究已经形成基本的标准、原则体系,但研究不能就此止步。我们经常看到的情形,是社会既有的制度、传统、社会环境,在与继受来的价值乃至制度构建之间的紧张关系、冲突和博弈,这些问题如何解决是我们行政法学人面临的更为深入的研究课题。

程序、救济是上述两个问题的必要延伸,在行政权还非常强大的当下,在社会需要又无法立即将行政权限缩的当下,从程序上控制行政权力无疑是明智的选择。程序并不妨碍行政权的运作、行使,却如同水渠一般引导行政权的正确行使,以使得行使权力的结果更令人信服。最近,笔者甚至认为(见本书“民主、善治与公众参与”一文),也许行政程序在促进行政民主的同时,也会对我国的政治民主产生推动作用。救济与权利是形影相随的,写在宪法上的公民权利,没有救济就形同虚设。救济有许多很专业的问题,如主张权利人的资格,诉讼中如何确定法律的适用,原则在诉讼中的地位和作用,行政诉讼法应当如何修改等,笔者均有所涉及。

法治,简言之是规则之治,但是实质的法治又不仅仅是规则之治,法治不仅仅是将冷冰冰的法条变成现实,法治应当闪耀着人性之光、人性之美。机械地理解法治,刻板地执行法条,或者故意地规避法律,这些现象已经或隐或现,我们在为我国行政法治的快速发展鼓掌叫好的时候,却不能不正视这些现象。这也许是吾辈今后更加任重道远的长期工作。

刘 莘

己丑年阳春于京西寓所三木居

目 录

第一篇 行政法基础理论研究

- “期成宪草”简评 3
- 论赋税与宪政的关系 17
- 纪检监察机关依法行政的探讨 64
- 宪法征收补偿条款的解读 75
- 财产征收中的“公共利益”判断 87
- 私法中的“自治”与公法中的“自治”
——共通性及其相互关联 102
- 行政法上之诚信原则刍议 117
- 诚实信用原则在行政法上的运用 124
- 辅助性原则与中国行政体制改革 140
- 行政法与相关行政相对人权益保护 150
- 试析软法与非强制性行政行为 161
- 现代行政法与和谐社会 172

第二篇 变迁时代的中国行政法

- 一般处分之探究 185
- 抽象行政行为的区分与司法审查 223
- 外部性与辅助性原则
——经济学给行政法学认识行政许可的两个视角 237
- 行政许可法扩充了依法行政的内涵 251

2 政府管制的行政法解读

行政刑罚

——行政法与刑法的衔接 258

行政强制执行体制探析 266

试论行政合同的存在意义 280

民主、善治与公众参与

——湖南行政程序法在中国的意义 289

政府信息公开研究 298

行政复议制度近期可能的改革 316

析行政判例 321

行政审判实践迫切需要“法官造法”

——构建我国行政判例制度的思考 329

功能视角下的行政诉讼类型法定化 343

普通债权人行政诉讼原告资格的特定情形

——对“法律上利害关系”的理解 357

行政诉讼被告资格若干问题探讨 368

我国反倾销司法审查标准刍议 380

第三篇 政府管制与行政法

税收法定与立法保留 393

美国新闻自由管制的两种标准及借鉴 413

去除就业歧视的制度栅栏 427

非政府组织职权来源初探 432

论行业协会调解

——制度潜能与现状分析 441

后 记 453

第一篇 行政法基础理论研究

“期成宪草”简评*

自康梁维新以来,中国的宪政运动和制宪活动已历百年。其间屡遭挫折,有时反反复复,有时停滞不前,有时发展缓慢。其经验教训,实有待研究总结。

总的来看,在国家遭受内忧外患之时,专制的政府会做出一定的让步,放松对社会的控制,使得宪政运动和制宪活动相对活跃起来。这样的阶段主要有两个:其一是清朝末期的立宪运动;其二是抗战时期的宪政运动。后者的重要成果就是当时的政治学者和法律学家制定的一部体现宪政主义精神的宪法草案——“期成宪草”。

一、宪政期成会的成立和“期成宪草”的形成

抗日战争的全面爆发为民主力量的集结和壮大提供了历史性的机遇,宪政运动也随之高涨,社会各阶层要求结束一党专制、改革政治、实施宪政的呼声非常高。

1938年7月6日,国民政府为了“团结全国力量,集中全国之思虑与识见,以利国策之决定与推行”,特设立国民参政会,作为抗战时期国家最高咨询机构。1939年9月9日,国民参政会在重庆召开一届四次会议。本次会议以“推动宪政实行,巩固党派团结”为主要议题。会上,国民党参议院孔庚等59人提出《请政府遵照中国国民党第五次全国代表大会决议案定期召集国民大会制定宪法开始宪政案》;共产党参政员董必武、陈绍禹(王明)等26人向大会提出了《请政府明令保障各抗日党派合法地位案》;青年党、国社党和第三党^①领导人左舜生、张君勱、章伯钧等提出《请结束党治立施宪政以安定人心发扬民力而

* 本文系与张书克合作,“中国宪政之路”理论研讨会论文,载姜明安主编:《润物无声》,法律出版社2004年12月版。

① 当时上述各中间党派和中共已经取得合法的地位,成为“国民政府合法但不忠诚的反对派”。

4 政府管制的行政法解读

利抗战案》、《改革政治以应付非常局面案》、《建议集中人才办法案》等提案。

其中《请结束党治立施宪政以安定人心发扬民力而利抗战案》提出实施宪政的三项具体办法：(1)由政府授权国民参政会本届大会，推选若干人，组织宪法起草委员会，制定宪法；(2)在国民大会未召集以前，行政院暂对国民参政会负责，省、市、县政府分别暂对各级临时民意机关负责；(3)于最短期内，颁布宪法，结束党治，全国各党派一律公开活动，平流并进，永杜纠纷，共维国命。《改革政治以应付非常局面案》则认为：“国家者，全国国民之国家，而非一党一派之国家，政府者，全国国民之政府，而非一党一派之政府。”该提案对国民党政府对于人才“以党派而划分畛域，因畛域而加歧视”的做法提出了批评。《建议集中人才办法案》则建议政府：用人但问其才不才，不问其党不党。切戒以党之不同而加歧视和防范，并戒以是否亲故为进退人之标准。可见，上述几个提案一致要求政府结束党治、实施宪政。

1938年9月15日，大会达成了《请政府明令召集国民大会制定宪法实行宪政案》，随即决议予以通过并提交政府。国民参政会议长蒋中正根据这一议案，指定了以黄炎培、张君勱和周览^①为召集人，由各党派代表和无党派参政员组成的国民参政会宪政期成会，其任务是协助政府修改宪草，促成宪政。宪政期成会成员为19人，后增加到25人，包括黄炎培、张澜、张君勱、左舜生、李璜、罗隆基、史良、褚辅成、钱端升、周炳琳、罗文干、陶孟和、傅斯年、章士钊、章伯钧等众多的专家和名流；^②后来因《自由中国》杂志而名声大振的雷震则任宪政期成会的助理。

1939年11月，西南联合大学罗隆基、周炳琳、陶孟和、罗文干、钱端升等教授，傅斯年、张君勱等期成会会员以及张奚若、杨振声、任鸿隽等学者受宪政期成会委托，研究宪草。这批富有声望和资历的学者对宪政问题颇有研究。他们定时集会研究，并推罗隆基为主稿人。稿成之后，讨论数月，几经修正，最终形成了一个宪法草案。这个宪草文

^① 周览，又名“周鲢生”。

^② 其余十人为：董必武、杭立武、周览、李中襄、许孝炎、梁上栋、胡兆祥、马亮、王家桢、李永新。

稿后来向宪政期成会正式提出,名为《中华民国宪法草案(五五宪草)修正案》,共7章120条。因这个草案是在昆明研讨而形成的,故又称为“昆明宪草”。

1940年3月30日,宪政期成会经过10天的努力,以“昆明宪草”为基础,参考救国会沈钧儒等提出的《我们对于五五宪草的意见》和共产党参政员董必武等提出的《关于国民大会组织法、选举法及五五宪草的意见》,并综合褚辅成等其他参政员以及重庆、上海、成都各团体的意见,最终形成了《中华民国宪法草案(五五宪草)之修正案》。由于这个草案是由宪政期成会同起草的,故被简称为“期成宪草”。

二、“期成宪草”对“五五宪草”的修正

“期成宪草”共138条,分8章:第一章总纲、第二章人民之权利义务、第三章国民大会及国民参政会、第四章中央政府、第五章地方制度、第六章中央与地方、第七章国民经济、第八章宪法之施行及修正。

“期成宪草”是以“五五宪草”^①为基础并对“五五宪草”进行修正而成的。

“期成宪草”对“五五宪草”或存或改或补或删,其中比较重大和重要的修正是以下几个方面:

1. 增设国民大会闭会期间常设机关——“国民议政会”

为解决“人民政权运用不灵”的问题,“期成宪草”在第三章增加了第二节“国民大会议政会”,共8条。这是“期成宪草”对“五五宪草”最大的修正。根据“期成宪草”的规定:在国民大会闭会期间设置国民大会议政会,议政员为150—200人,由国民大会互选之,“任期为3年,连选得连任”。^② 国民大会议政会议政员不得兼任公务员。^③

“期成宪草”第41条具体规定了议政会的九项重要职权。在这些

① 《中华民国宪法草案》于1936年5月2日由立法院通过,5月5日由国民政府公布,故称“五五宪草”。

② 参见“期成宪草”第37、39条的规定。转引自章伯锋、庄建平主编:《民族奋起与国内政治》(下),四川大学出版社1997年版,第1185页。本篇文章“期成宪草”的条文皆出自此书,下文不再注明。

③ “期成宪草”第40条。

6 政府管制的行政法解读

职权中,有的职权在“五五宪草”中属于立法院享有。宪政期成会同人指出,“五五宪草”没有完全依循孙中山的权能分治原则,因为立法院是治权系统中的一个立法技术性机构,其职权应是就立法事项向各院及各部委提出质询;根据国民大会确定的立法原则,制定法律,再提交国民大会审议复决。正如张君勱在参政会上作说明时所言:“立法院为政府之一部,依据中山先生遗教,只能行使治权。”^①而“五五宪草”第64条规定:“立法院有议决法律案、预算案、戒严案、大赦案、宣战案、媾和案、条约案及其他关于重要国际事项之权。”显然,上述职权属于政权,而不属于治权。在任何一个立宪国家,这些重大事项均由国民或其代表机关来讨论决定,而“五五宪草”却将这些权力划归只应掌握治权的立法院,造成了治权侵越政权的现象。“期成宪草”试图理顺政权与治权之划分,将“五五宪草”中立法院拥有的权力移交给国民大会议政会。就“期成宪草”第41条第(一)、(二)、(三)项的规定来看,不仅原本属于立法院行使的议决戒严案、大赦案、宣战案、条约案等重要职权,一律移交给议政会;对于预算、决算及法律案,因为这三项牵涉到政权与治权两方面,故立法院也只能做出初议,议政会则握有创制立法原则及复决之权,即议政会控制了立法权,立法院则成为一个专门性的立法技术机关。议政会有“权”,立法院有“能”,这与孙中山的思想相合。

根据“期成宪草”第41条的规定,议政会在国民大会闭会期间代行监督治权的职能。“五五宪草”虽规定掌握行政权的总统(以及行政院)和中央政府其他四院分别对国民大会负责,同时国民大会对中央法律有创制权和复决权。但在实际运作中,由于国民大会闭会期间没有常设机构,人民的“政权”无法监督和控制政府的“治权”。为了充分体现孙中山“以权制能”的宪政原则,“期成宪草”特设议政会,以便在国民大会闭会期间代表国民大会行使一系列监督政府的权力。

首先是议政会对五院的制约。“期成宪草”第41条第(四)项规定:在国民大会闭会期间,议政会受理监察院依法向国民大会提出之

^① 张君勱:《中华民国宪法草案修正草案说明书》,载章伯锋、庄建平主编:《抗日战争》第3卷《民族奋起与国内政治》(下),四川大学出版社1997年版,第1196页。

弹劾案,且监察院对行政、司法、立法、考试、监察各院长、副院长之弹劾案,经国民大会议政会出席议员三分之二通过时,被弹劾之院长、副院长即应去职。同时,议政会亦有权对行政院长及部部长官提出“不信任案”,只要经出席议员三分之二通过时,行政院长即应去职。^①“昆明宪草”的起草人认为:“议政会对行政院可通过不信任案,但不能弹劾总统,此为人民对行政有限度之监督制裁”,其好处是使总统用人“必能选贤举能”。^②

其次是议政会对总统的监督。“期成宪草”第41条第(六)项规定:议政会“对国家政策或行政措施,得向总统及各院长、部长、委员会委员长提出质询,并听取报告”;第(三)项规定:“凡经议政会复决通过之法律案,总统应依法公布之。”另外,议政会“对于监察院提出之总统、副总统弹劾案,经出席议员三分之二决议受理时,应即召集临时国民大会,为罢免与否之决定”。^③为必要之处置,总统虽有权发布紧急命令,“但发布命令后,应即提交国民大会议政会追认”。^④

根据上述规定,国民大会议政会在国民大会闭会期间代表国民大会对政府行使监督权,实际上相当于国会,成为国家权力重心。这样,总统及行政部门的权力便受到议政会较多的制约。而“五五宪草”仅规定国民大会“每三年由总统召集一次”,会期一个月(第31条)。“组织庞大,会期稀少短促”,且由“总统召集国民大会而罢免总统,固为不近情理之事”,这就使得国民大会闭会期间的五种治权及凌驾于五种治权之上的权力中心总统缺乏制度上的制约,从而导致“国民缺乏行使主权的有效方法”。^⑤

另外,“期成宪草”还对国民大会议政会议政员的言论免责、人身

① 参见“期成宪草”第41条第(五)项的规定。

② 参见张君勱:《中华民国宪法草案修正草案说明书》,载章伯锋、庄建平主编:《抗日战争》第3卷《民族奋起与国内政治》(下),四川大学出版社1997年版,第1196页。

③ “期成宪草”第41条第(四)项。

④ “期成宪草”第53条。

⑤ 罗隆基等:《五五宪草之修正》,载《再生》第45期,1940年4月10日。转引自石毕凡:《近代中国立宪主义思潮的演进——从“五五宪草”到“期成宪草”》,载《法制与社会发展》2003年第2期。

8 政府管制的行政法解读

自由的特别保障、议长的选举,以及议政会的会期进行了规定。^①

2. 提高了司法权的地位

“期成宪草”有关司法院的职责,司法院解释法律、命令的权力,以及法官依法律独立审判,法官任职保护等方面的规定和“五五宪草”基本相同。^②

“期成宪草”对“五五宪草”的下述修正意味深长,颇堪注意:

(1) 根据“五五宪草”第76条规定:“司法院为中央政府行使司法权之最高机关”,而“期成宪草”第83条则规定:“司法院为中华民国之最高法院”;

(2) 根据“五五宪草”的规定:“司法院院长对国民大会负其责任”^③,而“期成宪草”则取消了上述规定;

(3) 根据“五五宪草”第77条第1款的规定,司法院院长(及副院长)有任期的限制,任期为三年,且没有规定可以连任,司法院院长的任职缺乏稳定性。“期成宪草”则没有对司法院院长的任期做出限制。

“期成宪草”对“五五宪草”的上述修正体现了起草者的用意:一是提升司法机关的地位;二是增强司法机关的独立性,使之尽量摆脱代议机关和行政机关的干涉,形成一个相对独立的司法权力中心。

3. 增加“中央与地方”一章,以“划清中央与地方之职权”

“期成宪草”第六章“中央与地方”为“五五宪草”所无。该章共三条。第119条是原则性的规定:凡事务有全国一致之性质者,划归中央;有因地制宜之性质者,划归地方。第120条则对中央的权限进行了列举。而根据第121条的规定,第120条未列举的剩余权力则留给地方行使。

4. 将“五五宪草”第七章“教育”予以删除

仅在人民之权利义务部分规定:人民有依法律受国民教育之义务

^① 参见“期成宪草”第42—44条的规定。

^② 可对比“五五宪草”第76、79、80、81条和“期成宪草”第82、84、85、86条的规定。

^③ “五五宪草”第77条。