

走向法治的

缺失言说

法理 行政法的思考

本书由五大部分构成：第一部分法治的评说，主要是从法理的角度阐述了法治、法治的道德与文化环境以及与政策的关系、现实立法的弊端；第二部分法律的检讨，阐述了法律漏洞的一般理论、与行政权力控制有关的现行法律的漏洞及实施欠缺；第三部分行政法制的考察，对依法行政中的一些现实问题作了调查分析；第四部分法学的沉思，对法学和行政法学研究的贫乏谈了些粗浅的看法；第五部分讨论与争鸣，阐述了关于行政法基本理论问题的个人之见。

◎杨解君 / 著

津
出
版
社

00121064

D.P.
08



缺失言说

走向法治的

法理
行政法的思考



北航 C0539160

图书在版编目(CIP)数据

走向法治的缺失言说:法理、行政法的思考/杨解君
著. - 北京:法律出版社, 2000. 11

ISBN 7-5036-3261-5

I. 走… II. 杨… III. ①法律-研究②行政法-研究
IV. D9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 75667 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

责任印制/陶 松

责任校对/何 萍

印刷/中国科学院印刷厂

开本/A5

印张/10.75 字数/250 千

版本/2001 年 1 月第 1 版

2001 年 1 月第 1 次印刷

印数/0,001—3,000

社址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)

网址/<http://www.lawpresschina.com>

电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn

电话/88414899 88414900(市场营销部) 88414121(总编室)

88414933 88414934(读者服务部)

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-3261-5/D·2929

定价:18.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

自 序

法治(人们更乐意通俗地称之为“依法治国”,将它作为“依法治国,建设社会主义法治国家”的简称),无疑是当今中国的热门话题之一。它不仅为法学理论带来了荣光和研究的强大动力,而且还实实在在地对中国社会发挥着某种改造和推动的作用,它将最终培育起民主、自由、理性的文化氛围从而使我们彻底摆脱专制、人治、奴役与愚昧。

法治方略的提出与认可,旨在使国家权力置于法律的控制与支配之下,这一事件对推进中国社会的进步与良性发展具有无与伦比的重要性,它表达了人民摆脱人治与专制的强烈愿望,令国人欣喜。在欣喜中我们看到了国家不断前行的步伐,现实的图景似乎给人一种法治正在实现或已经实现的感觉。但对法治建设的现实,我们应有一个清醒、理智的认识,不仅要看到成就更应找到困难与失误。为避免误解或虚假的感觉,我们宜将法治理想或理念与追求理想法治的努力相区别。我们为法治方略的提出而欢欣鼓舞,但这种欣喜之情绝不是一种凯旋之举。我们在迈向法治的道路上,还只是刚处于起始阶段,或者说正处于从“人治”向“法治”转型的过渡期。犹如婴儿断奶一样,这一转型是痛苦的,但社会毕竟要进步,法治也终归要走向成熟。为使法治走向成熟,我们必须“断奶”,必须切断与“人治”的联结,获取“法治”充分成长的多种养料。

法治在中国的实现,并不是一个轻松的话题。尽管我们

有着追求法治的激情与渴望,但现实也使我们面临诸多困境。法治以民主自由为基础,需要民主的力量,而我们的法治却是官方在发动和推进,民众似乎处在旁观者的地位而表现出被动与“冷漠”;实施法治意在约束权力,而我们的法治却借助于权力;一方面我们极力通过法律来限制权力,另一方面又存在权力滥用与肆虐;我们既看到了各地方积极实施“依法治国”策略并将它具体化的行动(如“依法治省”、“依法治市”、“依法治县”等),却又看到了在这些具体化的行动中存在架空法治的做法;一方面是法律大规模创制,另一方面是大量的法律“白条”;法治要求政府为民服务,而行政机关却不时追求自身利益或“与民为恶”;法治要求法院独立公正,另一方面却又表现为处处受制于他人;诸如此类,不胜枚举。这些自相矛盾的种种表现,是我们这样一个国家从传统人治社会转向现代法治社会所必然要经历的痛苦与迷惑。当然,对此我们没有必要悲观。中国的法治化进程,虽然是在这种尴尬和无奈中进行的,但它毕竟开始了。尽管法治化的现实离法治理念还有相当大的距离,但这种努力必将触动每一个国人的神经、使其警醒,由警醒而追求其人权的实现、人格的独立与人性的自由,当民众达到这一境界时,他们就为法治建设提供了强大的社会基础与动力。

面对现实法治建设的困境,我们如何才能摆脱呢?我想,我们应以一种冷静、理智的态度对待现实中的困境。这种困境的摆脱将取决于如下几个方面:一是把准法治的精神实质,使法治的追求不至于背离根本目标;二是检视所走过的历程,不断反省、修正错误,调适不适当的观念和做法,探索一条适合于本土的法治之路;三是接受时间的“洗礼”。如此,法治终归要实现的。

法治,说得直白点,就是“以法扰官”、“以法保民”。当为官者行使权力时背离为民服务的目的时,法律就要使为官者

受到干扰和不利;以法律促进公共利益、个人利益的实现并保障公民的权益不受为官者的侵害。基于此种法治精神,法律制度的设计与构建也许不会劳而无功或矛盾重重。

法治从技术层面上看,须以法制为基础。新中国法制的构建,成就非同一般,然而弊端也在所难免。对法制高唱赞歌恐非学者之应为,学者对法制应力图从批判的角度寻找缺失和漏洞,以便让人们对法制有一个清醒的认识,从而不断予以改进。正如一位德国极负盛名的行政法学者福斯多夫所说:“法学者是个警告者、控制者及煞车者。”正是从法治的理念和这一批判的视角,作者对我国法治建设进程中的缺失、现行法律及其制度漏洞常有所指陈,以期通过这样的批判能够促进中国法治建设的更加完善。

本书主要收录了作者自1995年到南京以来写成的与法治、行政法制批判有关的文章,其中既有公开发表的(有些文章发表时曾有删削,借此次机会恢复原貌),也有首次见于本书的论文或专论共计19篇。本书由五大部分构成:第一部分法治的评说,主要是从法理的角度阐述了法治、法治的道德与文化环境以及与政策的关系、现实立法的弊端;第二部分法律的检讨,阐述了法律漏洞的一般理论、与行政权力控制有关的现行法律的漏洞及实施欠缺;第三部分行政法制的考察,对依法行政中的一些现实问题作了调查分析;第四部分法学的沉思,对法学和行政法学研究的贫乏谈了些粗浅的看法;第五部分讨论与争鸣,阐述了关于行政法基本理论问题的个人之见。尽管我渴望那种具有宽广学术视野的综合批评能力,也努力扩充知识,然而由于受制于学科背景(自1986年以来即专攻行政法学),这些文章多聚焦于行政法学领域,偶尔也斗胆涉及法理问题。因此,这些文章的观点只是本人的肤浅认识和一孔之见,但愿“愚者千虑,必有一得”,对读者有所裨益或者能为读者立一“靶子”。

本书中的部分文章曾发表于国内多家刊物上,感谢这些刊物及其有关主编和编辑对本人及其文章历年不懈地关心、鼓励与支持。他们是《法学》主编郝铁川先生和编辑王申先生、《中国法学》主编周国均教授和编辑吴雷女士、《江海学刊》张春莉编辑、《南京大学学报》周亦杨编辑、《江苏社会科学》钱继秋编辑、《南京社会科学》朱未易先生、《法商研究》方世荣先生和童之伟先生、《法律科学》前主编刘作翔先生、《行政法学研究》马怀德教授和刘莘教授、《法制与社会发展》崔卓兰教授等。

本书在集结出版之前,好友范忠信教授(中南财经政法大学)、张中秋教授及杨春福博士(南京大学)、王振强律师(北京天元律师事务所)、杭仁春律师(东大律师事务所,杭律师具有深厚的哲学与法学功底,本书序言即是在与他讨论的基础上写成的,他的意见颇具启迪意义)以及南京大学的年轻教师及研究生肖泽晟、吴卫星和刘金根等,在文章的取舍、修改及整理方面,提出了宝贵的意见,特致以深切的谢意。最后,谨向法律出版社吕山先生、潘洪兴先生、伍远超先生(特别是潘洪兴先生为本书策划、编辑付出了辛劳)诚恳致谢,正是他们为我提供了出版本书的机会。

作 者

2000年8月10日

目 录

自序·····	1
---------	---

第一部分 法治的评说

第一章 中国法治的体认——从道德视野谈中国法治之路·····	3
一、法律与道德——并行不悖,无主辅之分·····	3
二、中国法治的相关依存——道德根基而非宗教支持·····	11
三、法治实现与治德、治法·····	13
第二章 法律关系背后的关系——“法律亚文化关系”探讨·····	17
一、探讨之缘由·····	17
二、从“亚文化”到“法律亚文化关系”·····	20
三、“法律亚文化关系”形态及其成因·····	24
四、“法律亚文化关系”的负面影响与消除·····	30
第三章 法治的悖论·····	35
一、“依法治国”的理解与法治·····	36
二、法制运动化或运动化法制·····	38
三、严格执法与规避法律·····	40
四、有法可依与执法困惑·····	42
第四章 立法膨胀论·····	44

一、立法膨胀的现实表现·····	44
二、立法膨胀的弊端与危害·····	46
三、立法膨胀的实质与原因·····	53
四、立法膨胀的矫治·····	54
第五章 授权立法的完善·····	60
一、立法权限划分的完善·····	61
二、完善授权法,确立授权规则·····	63
三、确立授权立法的有效条件——授权立法完 善的自身要求·····	67
四、建立和完善授权立法的监督机制·····	69
第六章 授权解释的界定与制度完善·····	71
一、授权解释界说·····	71
二、授权解释种类·····	73
三、授权解释的无序与有序化·····	75

第二部分 法律的检讨

第七章 法律漏洞略论·····	85
一、法律漏洞及其不可避免性·····	85
二、法律漏洞类型·····	88
三、法律漏洞之消除与弥补·····	96
第八章 《立法法》的立法缺憾简评·····	103
一、《立法法》规定的总体欠缺·····	103
二、《立法法》具体规定的欠缺·····	110
第九章 行政处罚法的病理分析·····	124
一、《行政处罚法》立法漏洞分析·····	124
二、《行政处罚法》实施弊端评析·····	141
第十章 《行政复议法》的综合评价·····	153
一、《行政复议法》的进步·····	154

二、《行政复议法》的倒退规定	155
三、《行政复议法》停步不前的表现	158
四、《行政复议法》面临的新矛盾	159
五、《行政复议法》实施中的问题	160
第十一章 《行政诉讼法》的立法漏洞与实施障碍	164
一、《行政诉讼法》的漏洞分析	164
二、《行政诉讼法》司法解释的若干欠缺评析	173
三、《行政诉讼法》的实施障碍	190

第三部分 行政法制的考察

第十二章 依法行政的理论思考与实践探讨	197
一、依法行政与“依法治国”的关系	197
二、依法行政的观念	198
三、我国依法行政的现实问题与出路	206
第十三章 行政执法“疲软”论	216
一、行政执法“疲软”现象与实质	216
二、行政执法“疲软”原因分析	218
三、行政执法“疲软”的主要解决途径	221
第十四章 行政执法的实证考察——关于南京市行 政执法现状的调查及评析	227
一、行政执法总体评价——喜忧参半	227
二、行政执法逆向分析——问题不少	231
三、行政执法监督考察——须重实效	246

第四部分 法学的沉思

第十五章 法学的贫困	253
一、法学贫困之现象及简评	253

二、法学贫困之根源	258
三、走出贫困之境	260
第十六章 行政法研究缺失略谈	263
一、理论与实践	264
二、学与术	265
三、现实与批判	265
四、法条与义理	266
五、术语与研究	267
第十七章 世纪之交的中国行政法(学)——我国 行政法(学)的近况与发展趋势	270
一、近年来行政法及其制度建构的总体状况	270
二、近年来行政法研究现状	274
三、行政法发展走势的基本预测	280
四、行政法研究发展趋势展望	283

第五部分 讨论与争鸣

第十八章 关于行政法理论基础若干观点的评价	289
一、行政法理论基础若干观点的总体评议	290
二、行政法理论基础若干观点的具体评析	295
第十九章 当代中国行政法(学)的两大主题 ——兼答王锡铤、沈岍同志	311
一、法律与行政权力	312
二、法律与各种利益关系	318
三、几点答复与说明	325
说明	334

第一部分

法治的评说

原书空白

第一章 中国法治的体认

——从道德视野谈中国法治之路^①

法治优于人治,此乃人类历史经验的总结。但是面对复杂、多变的人类生活现实,在法律与道德之间,究竟谁优谁劣,迄今为止仍无定论。今天,在选择法治之路上,如何处理好二者的关系,是我们不得不解决的难题之一。

一、法律与道德——并行不悖,无主辅之分

在法律与道德关系上,古今中外思想家和哲人各有不同主张。在法治方略的选择上,各国因历史传统、民族性、文化定势等因素,对二者采取了不同的取舍态度,一国在不同时期其选择也是有所不同的。

西方国家既有发达的法治观念,也有关于公平、自由、仁爱、善德等的伦理思想。^②在西方思想史上,对法律与道德的关系思想家们也多有涉足。可以说,道德与法律相融合的观

^① 本文原载于《法律科学》1995年第6期。此次收编于本书,在某些方面作了技术上的处理,对原文予以补充或修改的部分,则以补注形式予以说明。

^② 本文不涉及道德与伦理区分的讨论,将二者作为同一范畴的东西予以看待。补注。

点始终是占居主导地位的。^①但在谁主谁辅之态度上,却有不同的看法:一是认为伦理道德融入法治之中,法律是治理国家的手段。如阿奎那特别强调法律的重要,将其放在道德之上,认为法律是保障和促进正当社会生活的最有效手段。^②二是认为道德与法律不可分,在人性上道德和良心比法律更重要。如按洛克的理解,所有的法律规定都是判断善恶的标准和根据,凡是法律的规定都具有道德的意义;就人类的善恶本性而言,不但需要法律的强制,更需要道德和良心,道德法(即道德原则和规范)是人类规范自己行为的主要法律。^③此外,在法律与道德的关系上,还有一种非道德主义的观点。如英国孟德威尔过于重视政治和法律的作用,把道德归之于政治权术和法律的巧妙、有力。这种观点实则取消和否定了道德。^④

在中国历史上,对法律和道德的关系的争论从来就没有停止过。就古代帝制中国的各种德治与法治^⑤思想而论,概览其观点可归结为:(一)对立说,即二者不相融。其中有唯德论(即专尚德治的观点)和唯法治论,前者为反法治论前提下所讲的德治,如贾谊、王充、王夫之等;后者正好与前者针锋相

① 自然法学派的观点始终是将法律与道德相结合的,但法实证主义者却主张法律与道德分离的观点。后者在一定时期曾较为流行,目前却已受到一些学者的强烈批判。批评者认为,道德不只是私人的事,它可作为评价人类实践的一种形式,必须要有对法和国家权力的道德评价和道德保证。见(德)奥特弗利德·赫费著《政治的正义性——法和国家的批判哲学之基础》,上海译文出版社1998年版,序、第5、6章。补注。

② 参见《阿奎那政治著作选》,商务印书馆,1963年版,《神学大全》部分。

③ 参见罗国杰、宋希仁著:《西方伦理思想史》(下卷),中国人民大学出版社,1988年版,第94—95、109—111页。

④ 参见罗国杰、宋希仁著:《西方伦理思想史》(下卷),中国人民大学出版社,1988年版,第94—95、109—111页。

⑤ 此种法治只是具有纯粹的工具意义,是“人治下的法治”,并不等同于我们今天所言的法治意义。补注。

对,专崇尚法治如先秦韩非。先秦时代儒家重视人之内在动机,法家重视人之外在行动,其对立之态势可谓泾渭分明,但自西汉始儒法两家德治与法治思想的对立即告结束,而步入二者折衷、协调的新思想之路——德主法辅。(二)德法兼施说。即德治和法治都为治国所必要,两者无法独自存在而必需兼采,否则有害。在德法兼采之基础上,就何者优先的问题又有德主法辅与法主德辅之争。绝大多数人认为德治为本,法治为末;或德治当先,法治宜后。另外,在德法兼施思想中还有一种相当特殊的主张,认为应因应时势的不同而采取其中一种措施,即德治与法治因客观情势的驱使而交互运用,持该说者的主要代表为荀况。此说在历史上衍生出治乱世用重典的想法。虽然历代对二者关系争辩不休,事实上是辩者自辩、为者自为。思想上德主法辅占居主导地位,但在施政时则是法律优于道德,表现为“理念上行德治,实际上行法治的现象。”^①近代中国虽然法治论已在思想上居于明显优势,但仍有主张重德治者,如近代思想家章太炎认为道德才是社会的法规,革命的动力,无道德者不能革命,强调“第一是用宗教发起信心,增进国民的道德。”^②

今日中国,法律(法治)与道德(德治)之关系在思想上仍有不同的认识。邓小平同志说,重德治更要重法治,即法律高于道德,法治优于德治,以法律为主而以道德作为补充。这也是目前人们对二者关系的普遍性认识。在治国方略选择上当然也是重法律而轻视道德,道德似乎只有微弱的呻吟。但也有人正好与此持不同之理解,认为应以道德为主,只在道德不

① 见刘岱总主编:《理想与现实——中国文化新论·思想篇(一)》,生活·读书·新知三联书店,1991年版,第194页。

② 转引自李泽厚著:《中国近代思想史论》,人民出版社,1979年版,第404页。

能发挥力量的地方,才用法律来补充。^① 在法学界对二者的关系也有不同认识:一种认为法与道德具有不可分割的联系,法律必须要具有道德的基础,二者相辅相成、互相促进,对社会主义现代化建设来说,应将法治建设与道德建设相互配合、协调发展。^② 另一种观点认为,法律应与道德相分离,主张法律的非道德化和非伦理化,认为伦理化是对法律的致命危害。^③

依笔者之见,法律和道德,二者并行不悖,无主无辅,既可相互融合又可相互分离,它们相互填充着各自的不足和缺陷。

(一)并行却相互区分

在法律与道德之间不应存在冲突,它们有着共同的目标——公共幸福和人类社会的和谐,二者都是今日治国治民不可缺少的举措。相对于公共幸福、人民的福利、社会的进步、国家的繁荣而言,它们都是末而非本。二者都可被用来作为达到目的之手段加以应用。一个国家和民族如果没有良好的道德和法制,其人民也不可能获得幸福。“最大多数人的最大幸福是道德和法的奠立”^④,它们都不可或缺。“徒善不足以为政,徒法不能以自行。”^⑤ 徒恃法为治,终有所穷;徒务道德,不足以治国而利群。但二者毕竟是性质不同的社会规范,因此也不能相混淆,而应有所区别。不区分法律与道德的不同意义和作用而杂糅并用,并非明智之举。中国古代法典中关于法律道德二义分别不明的消极影响,对我们今天区分法律与道德及各自内容之选择,是具有借鉴意义的。“道德法

① 见张中行著:《顺生论》,中国社会科学出版社,1993年版,第121页。

② 参见沈宗灵主编:《法理学》,高等教育出版社,1994年版,第217—227页。

③ 参见杨振山、龙卫球:《罗马法的传统性和法律方法——兼论中国民法新传统》,《中国法学》,1995年第1期,第102页。

④ 麦基编:《思想家》,三联书店,1987年版,第207页。

⑤ 朱熹注:《孟子》,上海古籍出版社,1987年版,第51页。