走向法治的缺失言说（二）

——法理、宪法与行政法的诊察

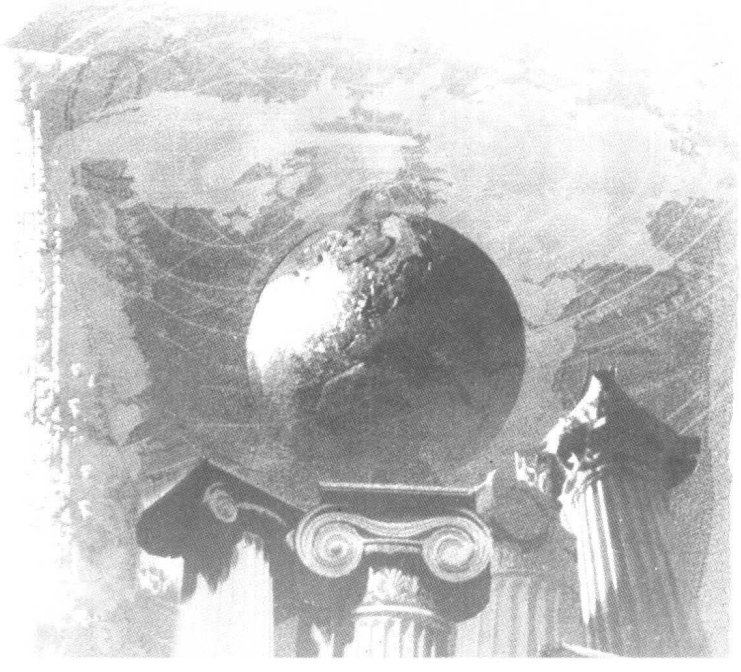
杨解君 著

北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

走向法制的缺失言说(二)

——法理、宪法与行政法的诊察

杨解君 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

走向法治的缺失言说(二):法理、宪法与行政法的诊察/杨解君著.—北京:北京大学出版社,2005.1

ISBN 7-301-08500-1

Ⅰ.走… Ⅱ.杨… Ⅲ.社会主义法制-建设-研究-中国 Ⅳ.D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 136811 号

书　　名:走向法治的缺失言说(二)
——法理、宪法与行政法的诊察
著作责任者:杨解君　著
责任编辑:毕洪海　李　霞
标准书号:ISBN 7-301-08500-1/D·1058
出版发行:北京大学出版社
地　　址:北京市海淀区中关村北京大学校内　100871
网　　址:http://cbs.pku.edu.cn
电　　话:邮购部 62752015　发行部 62750672　编辑部 62752027
电子信箱:pl@pup.pku.edu.cn
排　版　者:北京高新特打字服务社　51736661
印　刷　者:三河市新世纪印务有限公司
经　销　者:新华书店
650 毫米×980 毫米　16 开本　16.75 印张　283 千字
2005 年 1 月第 1 版　2005 年 1 月第 1 次印刷
定　　价:20.00 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,翻版必究

法治推进——在探索与反省中努力

（前　言）

在西方，法治端赖其深厚的文化底蕴，源远流长；在中国，法治之行，虽百年却成效甚微，尚须努力。中国法治之欠缺，究其原因主要在于法治文化的先天不足与法律制度的残缺不全。现今，在将法治的理想转化成实际的行动中，诸多弊病亦暴露无遗。如何将舶来的法治与一个不同的文化母体相结合，且避免其已经产生或可能产生的流弊，无疑是今日中国法治推进所面临的难题。从知识上解决这一难题，应是中国学者无可推卸的使命。

当今中国日新月异，人治传统日渐式微，法治氛围日益形成，可谓一片繁荣景象，但也存在诸多弊病。对法治现实中的弊病，我们可以看到多种不同的态度：一是迎合，掩盖病象，甚至将败笔说成是政绩；二是逃避，视而不见，顾左右而言他；三是批驳，只言欠缺，一丑破百俊。于此不必苛求，因为学者们的志趣不同、学术取向不同，对法治的态度自然各有千秋。在我看来，也许一种批判性的建设态度较为可取：以建设的心态拿起批判的武器，以批判的方法从事建设的事业，在批判中建设，在建设中批判。这正是我思考中国法治建设过程中所持的基本态度。现实的世界每多扞格抵牾，制度构建不可能尽善尽美，观念更新不可能革除全部陋习，思维改变不可能彻底转变传统定式，尤为苦恼的是我们在剔除宿疾时又伴生新痛，这就需要我们凭借智慧加以适当的抉择，秉持一种弃旧扬新的建设性态度，保持一个批评反省的头脑，不断加以修正和完善，而不可因循懈怠，抱残守缺，故步自封，更不可随风跟进，东风吹来向西倒，西风吹来向东倒。

现代社会乃多元化社会，在意识领域中不应只有正统的一元意识，而应允许多元意识共存。如果只有一种声音，一种观点，则不仅单调而且还显反常。对某一特定问题的认识，人们会因价值预设、逻辑前提和分析方法等的不同而得出不同的结论，对法治现象的评判同样也会见仁见智。在法治的认识世界里，其风景亦应是气象万千，既有鸟语花香、赞许之音，也有奇花异草、批评之声，且它们并非势不两立、相互排斥，而是各呈异彩、交相辉映。

法治中国是一项规模宏大的事业,非一时之功可以奏效,非一地之力能够实现,非一人之能得以完成,但无论如何我们应当对法治的未来充满梦想与希望。弱水三千,我只取一瓢饮,以我有限的智力来品评法治建设之成败,虽未免妄言和片面,但我希望依循批判性建设的学术路径勉力而行,为开拓法治未来的新境界而努力,为中国法学的大厦添砖加瓦。"缺失言说"系列,集中体现了本人一以贯之的批判与建设的风格。

《走向法治的缺失言说——法理、行政法的思考》(原辑)成书于2000年,由法律出版社2001年1月出版,至今已四年。当初尝试着将一些有关法治现实指向和理论探索的论文汇集成册,不免惶惶,担心论文选编的做法遭人诟病。孰知该书付梓印行后,读者表现出相当的认同,学界同仁也颇多鼓励,海峡对岸的先进们亦不乏溢美之词。这极大地鼓舞了我继续沿着此路走下去的勇气。几年来学思不敢荒怠,笔耕不愿停辍,陆续成就了一些篇章,大多与法治、行政法制相关,间或亦涉及宪法问题。现选取其中具有批判性或建设性的文章续成此辑,并保持了原辑的风格与体例,经与北京大学出版社李霞女士协商,此次书名定为《走向法治的缺失言说——法理、宪法与行政法的诊察》。

全书由20章构成,其中既有发表于各种报刊之论文,也有首次见于本书者。这些文章或恢复原貌、或酌补删减、或综合加工,以求大体完满。本书共分为五个部分:第一部分"法治与宪政的评说",计五章,其中两章原辑未能刊载,该部分主要分析了法治推进中的碎片化、地方化和运动化等现象,评述了中国修宪所面临的困境与选择以及法律与政策的关系理顺等问题;第二部分"法律的检讨",指陈了行政许可法存在的立法局限与实施难题和国家赔偿法的制度欠缺及其完善;第三部分"行政法制的考察",从不同的视角探讨了行政法制与可持续发展、投资环境改善的关系,界定了依法行政的服务向度与诚信旨要,对行政许可、行政强制、公益收用、行政处罚、行政诉讼等若干具体制度作了现实性的检讨和探索;第四部分"法学的沉思",收录了有关行政法的哲学分析和经济分析方法应用的文章;第五部分"讨论与争鸣",一为因论而争理,一为因事而辩理。这些文章的主旨在于品评法治特别是行政法制建设中的长短得失。从某种意义上来说,本书是一种职业忧虑的产物,但并非言之无物、无病呻吟,亦非恣意褒贬、乱加评价,所感所言,皆有事实可考,有理据可循。当然,既是个人之浅见,就难免管中窥豹。除欢迎批评指正外,还希望读者能从我的错误中获得某种启迪,也算错有所值了。

此为试读,需要完整PDF请访问: www.ertongbook.com

收入本书的一些文章，先后发表于《光明日报》、《法制日报》、《法学》、《法商研究》、《江海学刊》、《江苏社会科学》、《南京社会科学》、《湖南社会科学》、《南京大学学报》、《东南大学学报》等报纸杂志，在此，谨对编发拙文的编辑朋友们致以谢忱；在所选取的文章中，有些是与我的合作者共同完成的，虽然在正文中已经注解说明，但在此我仍要对各位合作者的贡献表达谢意；在文章的取舍和文字处理上，我的学生汪自成、谭继风、顾冶青、赖超超等提供了诸多帮助，最后承蒙北京大学出版社杨立范先生、李霞女士的美意，使得本书能尽早与读者见面。

杨解君

2004 年 11 月 8 日

于南京工业大学

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,并将最终培育起民主、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意义,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,以获取"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,而我们的法治却依附于权力;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的滥用与肆虐;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

---

* 本文是作者为其《走向法治的缺失言说——法理、行政法的思考》(法律出版社 2001 年版)写的序言。

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;一方面是法律的大规模创制,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法院处处受制于他人;诸如此类,不胜列举。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,说得直白一点,就是"以法扰官"、"以法保民"。当为官者行使权力却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、控制者及刹车者。"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

CONTENTS 目 录

第一部分 法治与宪政的评说

第一章 法治建设中的碎片化及其碎片整理 1
一、碎片化——法治的割裂 1
二、碎片整理——系统观的矫正 5

第二章 法治的界域:"法治××(区划)"引发的思考 9
一、行政区划化的"法治"——一种滑向危险的"法治"情愫 10
二、"法治下的地方法制化"——法治的统一及其具体化 12
三、"司法地方化"——地方法制化的"禁域" 14
四、地方立法与地方行政——地方法制化的活动空间 15
五、民众的法治认同——法治良性运行的根基 17

第三章 "法治运动化"现象评析 19
一、问题的提出 19
二、"法治运动化"的种种表现 20
三、"法治运动化"现象的反思 25
四、简短的结语 27

第四章 中国修宪:困境与选择 28
一、宪法稳定与时代变迁 29
二、宪法精神与政治意识 30
三、宪法拘束与政治宣示 32
四、权力限制与权力真空 32

CONTENTS 目 录

五、抽象肯定与具体否定 34
六、结语:在探索中前行 36

第五章 法律与政策的冲突和协调略谈 37
一、法治进程中法律与政策的矛盾 37
二、法律与政策冲突关系的理顺 39

第二部分 法律的检讨

第六章 《行政许可法》的立法局限与实施难题 41
一、立法的两面:进步与局限 41
二、实施的背景及其现实:条件与难题 54

第七章 国家赔偿法:制度欠缺及其完善 62
一、关于国家赔偿的范围 62
二、关于国家赔偿的归责原则 64
三、关于国家追偿 65
四、关于国家补偿 68
五、关于《国家赔偿法》与《行政诉讼法》的衔接 69

第三部分 行政法制的考察

第八章 可持续发展与行政法制之互动——系统论的视角 72
一、可持续发展战略与依法治国国策的系统联系——交互影响 72

此为试读,需要完整PDF请访问: www.ertongbook.com

CONTENTS 目 录

二、可持续发展理念的输入——行政法制的适应性升级 73
三、行政法制的反馈——可持续发展的制度激励 74

第九章 投资环境的改善——行政法制的视角 76
一、竞争优势主要在于法制优势 77
二、综合改善投资环境,以行政法制引领投资走向 78
三、全面提升依法行政水平,促进投资环境的改良 81
四、投资环境改善举措中的几点反思 86

第十章 依法行政的服务向度与诚信旨要 88
一、依法行政的服务向度 88
二、依法行政的诚信旨要 90

第十一章 行政许可的定位:多维视角的分析 93
一、行政许可的界定 93
二、行政许可的性质 99
三、行政许可与行政确认的关系及其处理 104

第十二章 行政强制制度:理论与现实的检讨 108
一、理论观点的批判 108
二、制度现实的检讨 116

CONTENTS 目 录

第十三章 公益收用制度
——现行征收征用制度之整合 125
一、基本概念:梳理与重建 125
二、理论基础:私有财产权、公共利益及观念形成 134
三、制度再造:公益收用的立法、程序与补偿 139

第十四章 行政处罚制度:现状与发展走势 146
一、行政处罚的定位及其相关比照 146
二、行政处罚法的体系与基本内容 150
三、行政处罚的几项重要制度 154
四、行政处罚的发展走势 156

第十五章 中国入世与行政诉讼制度变革:体制、原则及范围 158
一、行政诉讼体制的改革——建立独立的行政法院 159
二、审查原则的扩充——从合法性到合宪性与合理性 161
三、受案范围的扩大——跳出若干限制的怪圈 166

第十六章 行政诉讼制度的拓展:行政契约诉讼制度的建构 169
一、解决行政契约争议的司法路径——行政诉讼 169
二、行政契约诉讼制度的建构 172

CONTENTS 目 录

第四部分 法学的沉思

第十七章 行政法是什么
——行政法概念的哲学视角 185
一、行政法的常识定义及其欠缺 185
二、行政法概念重新界定的基本思路 189
三、行政法概念的多层面界定 191
四、行政法的特征概括 193

第十八章 行政法学研究方法的拓展
——论经济分析方法在行政法学中的应用 201
一、行政法学的局限:方法论上的检讨 202
二、经济分析方法的系统引入:基于方法的可行与现实的必要 203
三、经济分析方法的运用:行政法理论的解释、批判与重构 208
四、结语 222

第五部分 讨论与争鸣

第十九章 行政许可的概念与性质略谈
——兼与郭道晖先生共同探讨 223
一、行政许可的概念分析 224
二、行政许可的性质探讨 226

CONTENTS 目 录

第二十章 体验及感悟:以案论理 230
一、案件脉络:错综复杂 230
二、初次争辩:一审代理 231
三、疑窦丛生:一审判决 236
四、再次交锋:二审代理 239
五、代理感受:路在何方 246

附录:原辑目录 250

第一部分　法治与宪政的评说

第一章　法治建设中的碎片化及其碎片整理

“依法治国，建设社会主义法治国家”是一个极为复杂的社会系统工程。认识和实践这一复杂的系统工程，必须要具备一种系统论的思维，否则，缺乏系统观和系统方法的指导及应用，法治建设可能会支离破碎。目前，我国各项法治建设工作正在逐步展开和积极推进，国务院出台了《全面推进依法行政实施纲要》以加快依法行政的步伐，各省市也都提出了“依法治省（或市、县）”的省策（市策或县策），有的省甚至还提出了建设“法治地方（区域）”口号，如江苏省委以省委文件下发了《法治江苏建设纲要》[①]。这些举措都在于加强本机关、本部门、本地方的自身建设，并希望借此来达到实现法治的目标，故而值得肯定。但是，法治的推进如果缺少了系统观，就可能事与愿违。无论是建设“法治中国”，还是建设“法治江苏”，都应有一个整体性的把握，否则就可能违背科学发展观，违背法治系统的基本规律。本文意在指出法治建设中曾经有过或今后可能出现的有悖系统论的“碎片化”现象，以便决策者们在法治推进中尽可能充分地考虑各种相关因素，适时调整，使法治系统建设得以全面而健康地展开，并无意否定当下若干关于法治推进措施的积极和进步意义。

一、碎片化——法治的割裂

法治建设是一个系统性的建设，作为一项复杂的系统工程必然包括若干子系统，各子系统相互之间存在着有机的联系，相互作用、相互依赖而不

① 《法制日报》2004年9月14日，第11版。

可分割。因而,法治系统要求其各子系统既适当分工又应配合协调,但是各子系统往往受其功能角色的限制,容易将注意力只放在其自身所辖领地内,从而破坏系统的整体性并割断与其他子系统的联系。目前在法治的推进中,各领域、各部门和各地方为了加强法治建设和促成法治的实现,从各自的角度提出了"法治政府"、"法治地方"也是情理所然。因为,"每一有机体之自为自得,均有赖于其整体与部分间的均衡之维持,——有赖于每一部分之各有其分,各尽其责。"① 问题是,这些"法治"举措的提出与实施,是否考虑到了法治的整体性要求和法治各要素间的关联性要求。各种法治举措的出台与实施,必须考虑其是否使整个法治系统达到了最优化而非各个要素的分别最优。如果仅从各个子系统的自身运行出发来设计法治实施的最佳方案,就有可能破坏法治的系统结构,撕裂各子系统间的网络连接。法治建设中曾经有过的或可能出现的"碎片化"现象,主要可归为事域的分割与地域的分割。

(一) 事域的分割

法治系统由若干子系统构成,按人们的一般理解,法治系统包括立法系统、行政系统、司法系统以及守法系统(或称为"民众护法系统")②。这些子系统在构成法治整体系统的同时又都各成一体,有其自身的运行规律和特殊性,正是由于其自身运行规律的存在,因而在法治建设中就可能会出现忽视法治的整体性以及各子系统相互间的互动性。事域中的分割现象具体表现在:

1. 立法系统。立法中的分割现象主要表现为:一是法律体系内的不一致。我国法律体系由宪法、法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例以及规章等组成,在各种法律规范的创制上由于立法主体的多元化和具体起草者的不同,容易忽视宪法的至上渊源和各层次法律形式之间的统一与协调,从而出现相互冲突与不一致的情形,破坏法律规范体系的统一性。二是立法子系统与行政、司法等子系统间的不协调。在某些法律规范的创制中,立法者可能会从一种较为理想的状态出发来安排法律文本,如此就可

① 〔德〕弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼著:《论立法与法学的当代使命》,许章润译,中国法制出版社 2001 年版,第 32 页。

② 笔者以为,以"民众护法系统"来取代"守法系统"更为恰当,因为法治必须获得来自民众的认同、参与和支持,而不仅限于被动地守法。

此为试读,需要完整PDF请访问: www.ertongbook.com