

江流有声

北京大学法学院百年院庆文存之
宪法行政法学·刑事法学卷

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA



北京大学法学院 / 编

江流有声

北京大学法学院百年院庆文存之
宪法行政法学·刑事法学卷



北京大学法学院 / 编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

江流有声:北京大学法学院百年院庆文存之/
宪法行政法学·刑事法学卷:北京大学法学院编.
—北京:法律出版社,2004.5
ISBN 7-5036-4885-6

I. 江… II. 北… III. ①宪法一法的理论—文集
②行政法一法的理论—文集③刑法一法的理论—文集
IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 031006 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/卞学琪	装帧设计/温 波
出版/法律出版社	编辑/法学学术与综合出版分社
总发行/中国法律图书有限公司	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/787×960 毫米 1/16	印张/33.25 字数/623 千
版本/2004 年 5 月第 1 版	印次/2004 年 5 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
法学学术与综合出版分社/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/xueshu@lawpress.com.cn	
读者热线/010-63939685	传真/010-63939701
中国法律图书有限公司/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	客服热线/010-63939792
网址/www.Chinalawbook.com	电子邮件/service@Chinalawbook.com
中法图第一法律书店/010-63939781/9782	中法图北京分公司/010-62534456
中法图上海公司/021-62071010/1636	中法图苏州公司/0512-65293270
中法图深圳公司/0755-83072995	
书号:ISBN 7-5036-4885-6/D·4603	定价:45.00 元

序 言

今年是北京大学法学院 100 周年纪念,严格说是北大——同时也是中国——正式设立现代法学教育 100 周年。我们编选了这部法学院文存,作为一个纪念。应当感谢诸多老师的配合,也感谢赵焕老师为此书所作的诸多编辑工作。

文存的编选应当说是颇费了一番心思。从道理上说,而且我们的本意,都是想编选一部现在和曾在北大任教的教员的文选。但这项工作实在是太难了。首先是由于百年来的社会动荡和变迁,许多资料如今都不完整了。其次,百年来教员的人事变动很大,也曾有多次院校的合并和分立,因此谁是谁不是在北大任教的教员不但很难确定,有时甚至难免遗漏。第三,即使这都不是问题,我们也很难确定一篇论文是否是作者在北大任教期间撰写的,而如果放弃或放宽这个界限,那恐怕就得把全国各地许多法学院教员甚至律师、法官、检察官的论文都收入。这不但是是一部纪念文集无法做到的,而且,说不定还会有人说北大法学院今天在“拉大旗当虎皮”。第四,最重要的还是要把一些最好和最重要的论文——无论是学术意义还是社会意义上的——收集起来,令其足以反映北大法学院(系)的 100 年历史。但这就不是一般的难,而是特别的难,因为“重要”和“好”,都是相对于时代、情境和当时学科发展而言的,而不是绝对的、唯质主义的。法学,作为一门更重视实践的学科,不仅有许多部门法分支,而且至今也不如同自然科学或诸如经济学这样的社会科学,有一个基本稳定的学术范式可以用来对法学著述作出统一的学术评价。有鉴于此,我们采取了一种相对经济因此比较省心的编选做法,大致是,凡是“文革”

后在较长时期在北大法律系和法学院任职之教员,每人提交一篇自己认为最好的论文。即使如此,仍然有不少麻烦。例如,一些老先生已经去世,如何选择他们的论文?一些曾经在北大法律系任教数年但后来离开了的教员的论文又如何编选?此外,还有其他一些比较琐碎的技术性问题。但不管怎样,我们还是完成了这一纪念文集的编选,尽管因此这一文集一定存在种种不足和问题。

如果放眼看来,上面所说的这些问题其实都与中国社会近百年来的现代化和法治问题有关。例如,为什么要划定选文的边界?这个问题的前提不就是一个社区(尽管是学术社区)边界以及规则(法律)面前人人平等的问题吗?这个边界之所以难以确定,在一定程度上不就是因为现代社会中人员的高度流动吗?而论文的学术意义和社会意义之所以难以判断,除了其他原因之外,在一定程度上又是与中国的社会转型和知识转型、与学术的传统变迁和发展(学术的多样化或异质化)有关,也与学术判断标准的多元化有关。如果是在一个传统的(因此是高度“静止的”)社会,无论社区还是社区人员的构成,无论是学术传统还是学术判断标准都会高度稳定且相对单一,因此,这些“麻烦”也都可能不存在。我们社会百年来的发展不仅意味着我们必须接受这种社会变迁带来的“麻烦”,而且这些“麻烦”也都在一定程度上意味着中国社会的发展,意味着中国法学的发展。

正是在这个意义上,这部文存更多是一个符号或象征,而并不是追求充分或完全展示北大百年法学发展的历程或主线。它主要展示的更多是最近20多年来北大法学院(法律系)的学术变化,更多是20世纪90年代以来的学术变化。事实上,也主要是到了1990年代,随着中国的社会主义市场经济的发展,随着中国的全面的改革开放,也随着中国法律作为一个职业的全面发展,法学才开始一个稳定的且相对全面的发展时期。这其中的教训是值得我们反思的。从当年北大设立法学门之际的涓涓细流,到今天中国法治和法学发展的大江东去,这是一段艰难跋涉的历史。

不再有溪水的喧闹,也不再有峡谷中的咆哮,但从大江东去的那似乎沉郁的拍岸江声,从那从容坦荡的韵律节奏中,我们仿佛触到了它如今的自信、倔强和力量。

苏 力

2004年3月20日于北大法学院

目 录

第三辑 宪法行政法学

- 3 | 罗豪才 现代行政法制的发展趋势
- 21 | 龚祥瑞 论宪法的权威性
- 31 | 肖蔚云 我国跨世纪宪法的理论与实践经验——纪念现行宪法颁布
20 周年
- 43 | 张千帆 法治、德治与宪政
- 52 | 姜明安 新世纪行政法发展的走向
- 73 | 陈端洪 国家权力作为财产——政治腐败分析
- 93 | 甘超英 中国官方人权发展二十年——中国人权观研究
- 114 | 王 磊 宪法实施的新探索——齐玉苓案的几个宪法问题
- 127 | 沈 岍 制度变迁与法官的规则选择——立足刘燕文案的初步探索
- 155 | 王锡锌 行政过程中相对人程序性权利研究
- 177 | 湛中乐 证券监管与司法审查——海南凯立公司诉中国证监会案的
法律分析
- 193 | 楼邦彦 反对选举工作中的形式主义
- 196 | 赵晓力 酝酿还是预选：论区县人大代表选举中正式候选人的产生
方式的改革
- 203 | 宝音胡日雅克琪 少数民族发展和进步的十年
- 210 | 魏定仁 我国非公有制经济发展的宪法基础

第四辑 刑事法学

- 219 | 储槐植 再说刑事一体化
- 229 | 陈兴良 法治国的刑法文化
- 240 | 甘雨沛 罪刑法定主义原则

266	杨春洗	罪刑法定原则的法典化——新刑法的一个重大发展
271	梁根林	罪刑法定视野中的刑法合宪审查
291	刘守芬	反思“宜粗不宜细”原则,完善刑事立法
299	张 文	犯罪构成初探
310	王世洲	论中国刑法理论中犯罪概念的双重结构和功能
323	白建军	犯罪轻重的量化分析
338	郭自力	论安乐死
355	王 新	危害金融犯罪的刑事立法及其评析
388	杨敦先	试论抢劫罪的几个问题
396	康树华	大力倡导犯罪学,加强犯罪研究
406	李宝珍	论医疗事故罪的构成要件
411	张美英	对校园暴力的探讨与思考
420	张玉璩	论我国司法鉴定立法应解释的几个主要问题
429	孙东东	我国医疗事故鉴定体制的弊端之改革之管见
434	杨殿升	罪犯人权的法律保障
440	汪建成	刑法和刑事诉讼法关系新解
450	赵国玲	二十世纪之中国监狱法学
472	陈瑞华	程序正义论纲
492	王存厚	析刑事诉讼中的提前介入
497	陈永生	排除合理怀疑及其在西方面临的挑战
516	王以真	英美刑事证据法中的证明责任问题



第三辑
| 宪法行政法学 |

现代行政法制的发展趋势

□罗豪才

引 言

改革开放以来,我们党和国家不断总结治国的经验教训,高度重视民主政治建设。20多年的法制建设,硕果累累,尤其是行政法制建设更是取得了令人瞩目的成就,这不仅表现为立法机关及时制定治安、工商、税务、金融、教育、卫生、环保等部门行政法,使得部门行政法体系日渐完善;还表现为行政机关的执法水平也有了较大程度的提高,基本上能做到文明执法、依法行政;更表现为成功地制定、实施了一系列基本的行政法律。例如,《行政诉讼法》(1989年)的出台,改变了传统行政法重视行政权、轻视公民权的不恰当做法,既有助于保护公民、法人与其他组织的合法权益,又有助于维护、监督行政机关依法行使职权,在中国行政法制建设中具有里程碑意义。在《行政诉讼法》的促动下,最近10多年相继制定了《行政复议条例》(1990年)、《国家赔偿法》(1994年)、《行政处罚法》(1996年)、《行政复议法》(1999年)、《立法法》(2000年)等重要法律、法规,基本上保证了行政立法、行政执法、行政救济与司法审查的有法可依。特别是在入世前后,我国有关机关依据我国宪法、法律和WTO法律及我所作的承诺,对我国现行的法律、法规、规章和司法解释进行大清理,及时进行立、改、废,这样既保证了我国法制的统一性,又使我国的法律体

系更鲜明地体现了市场经济的要求。此外,《行政许可法》、《行政强制法》等一批重要的行政法律的制定工作也被提上了立法议程,这些即将出台的行政法律,必将进一步丰富我国的行政法制体系,推动我国的行政法制建设。

历史经验表明,一国行政法制建设,既不能与其法律传统一刀两断,更不能脱离现实的经济、政治、文化等社会结构,行政法制建设只有通过通过对传统行政法律文化的创造性改造,不断地完善行政法律制度、改善行政执法水平、健全司法审查制度,才能及时地回应行政法制建设的现实需要。由于行政法制建设所依赖的政治、经济、文化条件的演变具有历史连续性,因此,我们就有可能通过解释行政法制建设的历史、描述分析行政法制建设的现状、比较理性地预测行政法制的发展趋势。

概而言之,影响我国行政法制发展的主要动因包括五个方面:

第一,市场经济的发展。这是现代行政法制发展的最基本动因。从世界范围看,近几十年来,市场经济覆盖了全球的绝大部分经济领域。市场经济的迅猛发展,正逐步改变着各国的政治和社会结构。就中国而言,市场经济体制的建立和发展,加上政府的主导作用,对原有的政治体制和行政法律制度体系产生了较大冲击,直接推动着现代行政法制的发展。

第二,民主政治建设。民主政治是平等、权利等价值观念在制度层面上的反映。民主政治的发展程度,直接决定着与其联系密切的行政法制的发展水平。改革开放以来,我国民主政治建设成就斐然,这就为行政法制建设的“更上一层楼”准备了基础。

第三,法治理念的确立。法制建设与法治理念密不可分,现代行政法制建设,必然要有法治理念引导;而依法治国方略的提出以及建设社会主义法治国家战略目标的确立,就使得“走向法治政府”之势不可逆转。^①

第四,信息化、网络化与全球化。近年来,信息产业突飞猛进,信息化和网络化程度的提高,对行政法制建设不断提出新挑战。网络化的一个重要特点是信息的公开化和迅速传播,它不仅促动了行政管理观念与行政管理方式的变革,而且还拓宽了监督行政渠道。经济全球化进程不可避免地推动着行政法制朝着现代化方向发展。我国加入WTO,在法制统一、透明、非歧视以及正当法律程序、司法审查的范围和标准等诸多方面,直接推动着具体行政法律规范的立改废。因此,在经济贸易领域,国际共同法律规则的形成是我国现代行政法制发展趋势的重要动因之一。

第五,行政法学理论研究的深化。如果说,市场经济、民主政治以及信息化、网络化与全球化等诸要素是决定行政法制现代化发展趋势的“硬件”,那么,行政法学理论则是影响行政法制现代化的“软件”。行政法制史与行政法学史之间的密切联系表明:行政法制建设不可避免地要受到行政法学理论的深刻影响——就像

^① 参见应松年、袁曙宏主编:《走向法治政府》,法律出版社2001年版。

行政法学研究无法离开行政法制实践一样。就此而言,行政法学理论研究尤其是基础理论研究,包括吸收相关学科的优良成果,也是促成行政法制现代化的重要动因之一。

受以上诸多因素的综合作用,在邓小平理论与江泽民“三个代表”理论的指导下,我认为,我国行政法制建设已经表现出以下八个发展趋势:行政法制观念进一步更新、行政法价值取向更趋合理、行政法权利(力)结构趋向平衡、行政程序价值日益重视与法典化、行政法机制更加完善、行政管理方式趋于多样化、权利救济趋于多元化与有效性、行政法制方法更加丰富。^①

一、行政法制观念的进一步更新

行政法制观念与行政法律制度之间具有较强的互动性。尽管一个社会的行政法制观点具有相对的稳定性,但它不可能一成不变,当行政法制观念改变了,具体的行政法律制度也将由于失却社会正当性而迟早被新制度所取代。在我看来,我国行政法制观念的进一步更新主要表现在三个方面:

(一)法治观念

改革开放以来、特别是最近十年,我国发生了两种根本性的观念转变:一是从计划经济向市场经济的“经济观念”的转变;二是从人治到法治的“治国观念”的转变。正是这两种根本性的观念转变,使得国家与社会发生了翻天覆地的变化。毫无疑问,这两种深入人心的观念转变必将在新世纪里对我国的行政法制建设产生更大的影响。

江泽民同志曾在十五大报告中对依法治国的内涵做了准确的诠释,即“广大人民群众在党的领导下,依照宪法和法律规定,通过各种途径和形式管理国家事务,管理经济文化事业,管理社会事务,保证国家各项工作都依法进行。逐步实现社会主义民主的制度化、法律化,使这种制度和法律不因领导人的改变而改变,不因领导人看法和注意力的改变而改变”。实施依法治国方略,对于政府与普通老百姓而言,都是一件新事物,这就必然需要进行一系列的行政法制观念更新:对于国家机关工作人员而言,应该树立行政法治观念,依法办事,并在推行法治活动中发扬主导和表率作用。对于公民、法人与其他组织而言,一要强化守法意识,不做违法的事;二要树立参与意识,积极依法参与立法、执法;三要具有权利意识,通过相关的行政程序,行政复议与行政诉讼等法定救济途径维护自己的正当权益。只

^① 由于国际政治、经济、文化交往的日益频繁,各法系之间、各国之间的行政法制建设的某些趋同性也日益明显,尤其是一些具体的行政法律制度表现出较大的相似性,因此,本文所要探讨的行政法制发展趋势,尽管立足于中国,但并非限指中国。

有政府工作人员与老百姓进一步转变传统观念、树立法治观念,真诚合作、共同推进行政法制建设,行政法治与依法治国才有可能全面实现。

需要指出的是,现代行政法治不仅要追求形式法治,重视行政法律规范的地位和作用,而且还要关注实质法治,以确保行政法律规范的正当性,符合现代社会的价值观念、顺应历史发展的潮流、符合人民群众的根本利益。也就是说,现代行政法治应当是“法律至上”与“法律正当”的有机统一,以实现亚里士多德所谓的“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定得良好的法律”^①的法治状态。

(二)平等观念

行政法曾经被视为一种不平等的法。^②这种观念在传统行政法制建设中占据主导地位。随着世界各国民主政治建设的发展,这种观念受到越来越多的挑战。我国宪法规定:“法律面前人人平等。”我认为,宪法中的“人”,不仅指自然人,还应当包括经济主体和行政机关,行政机关和相对方同样应当遵循平等原则。传统行政法学认为,在行政领域的法律关系中,行政机关处于管理者的地位,公民处于被管理者的地位,两者关系不可能平等。我们认为,这是对行政领域法律关系的一种误解。尽管从强制性的行政实体法律关系上看,行政机关居于管理者地位、处于优势,公民居于被管理者地位、处于弱势;但这只能说明行政机关与公民在强制性的实体权利义务关系中,双方权利义务关系的不对等,并非意味着双方在整体法律地位上的不平等。因为,一则,在行政程序法律关系中,公民可以运用行政程序权利制约行政权,如行政处罚法规定的听证程序、公民陈述和申辩的程序等都旨在制约行政权滥用;另则,在行政诉讼法律关系中,由于被告承担证明被诉行政行为合法的举证责任,因此,较公民而言,行政机关处于不利的地位。在非强制性的关系中,行政机关还可能要为自己设定义务,行政相对方可能从中获得相应的权益,这也是现代行政法制的-一个特点。正因为如此,我们认为,与民事法律关系不同的是,行政法关系是由若干个不对等的法律关系构成的,通过这些倒置的不对等关系构成行政主体与行政相对方法律地位的总体平等。^③

① 亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆1981年版,第199页。

② 日本学者和田英夫认为:“日本曾是实行旧宪法的官僚体制国家。当时的行政法是一部带有日本特色的,是自上而下有特权官僚为维护其‘臣民统治’而制定的法律便览文集。”“行政法的任务是实现以行政主体和私人之间支配、服从关系为基础的国家公共目的。”([日]和田英夫著:《现代行政法》,倪健民、潘世圣译,中国广播电视出版社1993年版,第3、4、36、37页)德国学者毛雷尔也认为:17世纪至18世纪绝对国家时期的行政法的特点“不仅表现为其广泛性和强度,而且表现为不受法律拘束”。([德]哈特穆特·毛雷尔著:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版)

③ 参见罗豪才主编:《现代行政法的平衡理论》,北京大学出版社1997年版;沈岿著:《平衡论:一种行政法认知模式》,北京大学出版社2000年版;李娟著:《行政法控权理论研究》,北京大学出版社2000年版。

(三) 平衡观念

究其根本而言,行政法的核心矛盾是行政权与相对方权利之间的“关系”问题,对于这种关系的不同理解与不同回答,形成不同的行政法理论基础模式以及不同的行政法制模式,我们将这些理论模式概括成为“管理论”、“控权论”与“平衡论”;将与之对应的行政法制模式概括为“管理法”、“控权法”与“平衡法”。^①

我国改革开放之前的计划经济体制下,人们一般将行政法看做政府进行行政管理的工具,不太重视保障相对方的权利而仅强调其必须履行的义务,我们称此种行政法观念为“管理论”。它实际上是一种义务本位的行政法制观念,并且,义务主体仅仅是行政相对方,而不包括行政机关。显然,这种行政法观念显然不符合现代民主与法制的发展潮流。改革开放以后,由于商品经济与市场经济的发展,人们越来越重视民主法制建设,有些人又深受英美行政法传统理论的影响,主张行政法旨在保护公民权利、控制行政权,我们称之为“控权论”。尽管这种行政法观念强调遏制行政权的滥用以保障相对方权利,具有一定的积极意义,但是,由于它忽视了行政法也具有制约相对方滥用权利与激励行政机关积极行政的功能,而与我国目前经济转轨与社会转型时期对于精干、高效行政的要求难以谋合。

因此,我们认为,无论是“管理论”、“管理法”还是“控权论”、“控权法”,尽管它们之间存在着“权力本位”与“权利本位”上的根本区别,但是,它们有一点非常相似——在设计与构建行政法制时都采用“主体”视角,都是以行政权为核心来构建整个行政法律制度体系,从而出现行政法的“一边倒”现象:要么倒向片面地保护行政权、要么倒向片面地控制行政权。鉴于“主体”视角与“以行政权为核心”的传统行政法制模式所存在的弊端,我们尝试转换传统的研究范式,尝试从“关系”视角研究行政法,并比较不同研究范式所构建的理论体系之间的异同。

在我们看来,现代行政法应当在维护、监督行政主体依法行政与保护公民、法人、其他组织的合法权益之间,谋求一种平衡——一种通过对行政主体与行政相对方的有效激励和制约、实现行政权与相对方权利的结构性均衡,以兼顾公共利益和个人利益,确保社会的持续、稳定发展。不言而喻,现代行政法的“平衡论”体现出一种权利义务并重、公益私益兼顾的行政法观念,它不仅与现代行政法制的发展方向相一致,而且与我国传统法律文化所推崇的和合、中庸、兼容精神相通。

二、行政法价值取向更加合理

行政法价值取向与行政法制模式息息相关。行政法价值取向的合理性具有历史

^① 参见罗豪才主编:《现代行政法的平衡理论》,北京大学出版社1997年版;沈岍著:《平衡论:一种行政法认知模式》,北京大学出版社2000年版;李娟著:《行政法控权理论研究》,北京大学出版社2000年版。

性与地域性,不存在绝对的合理性。我们认为,现代行政法价值取向中的秩序、公平与自由之间的关系会日益趋向和谐、合理,这是现代行政法制发展的一个基本趋势。

(一)秩序

秩序意指在自然进程和社会进程中都存在着某种程度的一致性、连续性和确定性。秩序的价值主要在于保证行为的可预期性。行政法律秩序既要求行政领域内的公民、法人与其他组织的行为具有可预期性,也要求行政机关及其工作人员的执法行为具有可预期性,对任何一方的偏废,都会对行政法律关系的确定性与合理性产生负面影响。因此,虽然传统行政法也强调维护行政法律秩序,但是,“管理法”与“控权法”往往只强调某一方行为的可预期性,而忽视了另一方。有鉴于此,现代行政法所追求的行政法律秩序,应对行政主体与行政相对方双方的行为都进行必要规范,从而保证双方行为的可预期性。

较传统行政法而言,现代行政法所要维护的行政法律秩序的范围渐次扩张。这种秩序,不仅包括传统的国家行政管理秩序,还包括其他公共行政管理秩序;不仅要调整人与人之间形成的社会关系,还要协调人与自然之间的关系以实现可持续性发展;不仅包括传统的“有形世界”内的行政法律秩序,还包括电子空间这种“虚拟世界”内的行政秩序,等等。

(二)公平与效率

行政法内的公平,其核心内容是指公民、法人与其他组织受到平等对待。公平之所以成为现代行政法的重要价值之一,主要在于公平往往是与竞争机会均等连在一起的,市场经济离不开公平竞争,这就决定了现代行政法必然要具有维护公平的法律价值;而且,由于行政法所确认的权利义务结构在实质上就是对社会资源进行配置、对社会利益进行分配与再分配。因此,行政法是否有助于实现社会公平,就成为一个敏感而重要的问题。我们认为,行政法的公平价值,既是指执法公正与司法公正,更是指立法过程中的平等对待;既指同代人之间的机会均等与分配公平,还要兼顾隔代的资源配置公平,不能对后代的资源提前透支使用。

谈公平无法回避效率问题。行政法不仅要解决公平问题,还得妥善处理公平与效率之间的关系。如果说公平所要解决的是一个如何合理地分配蛋糕的问题,那么效率就是一个如何把蛋糕做大的问题。我们认为,行政法内的公平与效率关系非常复杂,不能一概而论,具体而言:在内部行政行为中,可以是效率优先、兼顾公平;在抽象行政行为中应是公平优先、兼顾效率;在强制性行政行为中,可以是效率优先、兼顾公平;在非强制性行政行为中,应是公平优先、兼顾效率。

(三)自由

自由是现代行政法的重要价值。当然,这种“自由”是指公民的自由,而非行政机关的自由;是指行政法范围内的自由,而非没有边际、为所欲为的自由。也就是说,行政法的自由价值是指公民、法人与其他组织不受任何组织与个人——当然

也包括行政机关——的非法干涉,能够在法定范围内自主决策、自由行动。自由的价值之所以在现代行政法中越来越被重视,主要是市场经济与民主政治进一步发展的需要,因为,经济自由与政治民主从来都是形影不离的,这就要求现代行政法不仅要行政相对方从传统行政法的束缚中解放出来,做一个能够自主决策的主体;而且,还要求行政机关能够积极行政,充分保障公民自由的全面实现。

行政法的自由价值表现为一个不断发展的过程。在自由资本主义时期,奉行“权利本位”,个人利益至上,行政法上的公民自由与“自由放任”的经济政策绑在一起。实践表明,自由放任经常会引起经济波动与社会无序,现代还坚持这种自由观的,已日趋减少。我们认为,我国在现代行政法制建设过程中,要注意处理好个人自由和法律责任、个人自由与社会责任、个人利益与公共利益、自由竞争与经济秩序之间的关系,既不能片面强调公共利益而过分限制个人自由、束缚个人发展、制约自由竞争,也不能置公共利益于不顾,片面追求个人的自由自在、浪费社会资源、破坏社会秩序。

三、行政法权利(力)结构趋向平衡^①

如何调整公民权利与行政权力之间的关系,这是行政法制建设的主要内容。我们认为,在现代社会,从总体上看,行政法主体的法律地位应趋于平等,行政主体的行政权与相对方权利应该趋于平衡,双方的利益呈现均衡化。行政法的这种权利(力)结构性的变化,顺应了现代民主政治与市场经济的客观需要,也符合宪法要求,它是现代行政法制的重要发展趋势之一。

在行政法制实践中,行政法权利(力)结构的失衡普遍存在,失衡形态可大致分为两类:一类失衡是行政权过于集中和强大,对私人事务、社会经济生活的各个领域控制得过多过死,导致社会缺乏生机活力,并诱致行政权滥用和行政寻租,不利于保障公民权利;另一类失衡是行政权过于分散或弱小,该管理的领域得不到有效管理,存在着权力空白或者权力不到位现象,从而出现权利滥用问题,社会无序甚至混乱,背离了行政法的秩序价值。

显然,这两种行政法失衡都不利于行政法公平与效率价值目标的实现,有必要加以调整。

改革开放前,我国在城市通过单位体制、在农村通过人民公社体制对社会行使非常强大和集中的控制权,政府统揽一切,干预经济社会的各个领域,个人与社会则丧失了独立性和自主性。在立法上,一方面,当时众多的行政法规和规章将行政职权规定得非常广泛,法律规范模糊,留下很大的任意解释空间,容易导致行政机

^① 参见罗豪才、宋功德:《行政法的失衡与平衡》,载《中国法学》2001年第2期。

关随意扩大权力范围;另一方面,对公民权利或者不加规定,或者做简略规定,且缺乏实现这些权利的程序规定以及在这些权利受到侵犯时予以救济的规定。实践证明,这种权利结构的严重失衡既是经济发展与社会进步缺乏活力的原因,也是民主政治发展不充分的结果。

改革开放后,尤其是随着社会主义市场经济目标模式的提出,与市场经济体制逐步建立和发展相适应,我国的政府职能发生了较大转变,权利(力)结构得到逐步调整,日益重视公民权利在行政法律规范体系中的地位。这主要表现在以下几个方面:第一,公民权利性规范在法律规范体系中逐步增加,正在改变重权力轻权利、重实体轻程序状况;第二,调整非强制性行政行为的行政法律规范越来越多,有权机关逐渐意识到非强制性行政管理手段对于实现行政管理目标的重要性;第三,作为行政机关义务性规范的行政程序规范大量增加,公民的程序性权利受到重视;^①第四,立法中增加了较多的公民福利性权利规范,减少了公民的义务性规范;第五,对行政管理权限做了比较明确的界定,将一部分行政权还给市场主体,将一部分行政权移交给中介组织与社区以及其他社会组织,同时提升这些社会组织的法律地位,强调他们的“治理”作用;第六,在绝大多数的立法中,增加了公民寻求行政或司法救济的法律规范。

尽管如此,由于行政体制的惯性以及立法的滞后性等原因,行政机关所拥有的行政权仍然过大,此与市场经济体制的要求不太协调,甚至一定程度地阻碍了市场经济的发展,这突出地体现为行政审批权的过多过滥,对公民权利施加了很多不必要限制,不仅有损于市场机制配置社会资源的效率,还诱致了行政机构及其工作人员的寻租。随着市场经济体制的进一步发展,公民社会的逐步成熟,就必然要及时地对行政法的权利(力)结构做进一步调整:一则调整行政职能,进一步放松经济性管制,但同时有加强社会性管制^②和金融监管;另则,应当尽快提升相对方的法律地位,扩充相对方权利,尤其要赋予相对方更多、更充分的参与行政管理的权利,营造实现这些权利的环境,以促成行政机关与相对方走向更广泛的合作。

应当注意的是,行政法的权利(力)结构均衡是一种动态平衡。由于经济、政治、文化条件以及人们行政法制观的变化不定,与之相适,行政法权利(力)结构均衡也必然是一个永无止境的动态过程。因此,行政法应当随着这些决定性因素的变化而不断通过博弈或利益衡量等市场或政府的机制,对权利(力)结构加以调整,从而保证宏观调控的奏效,社会资源在公平的基础上,得以合理配置,实现社会利益的最大化。

① 例如,依照行政处罚法的规定,当行政机关可能要对行政相对方处以数额较大的罚款、责令停产停业、吊销许可证执照等行政处罚时,被处罚人有要求听证的权利,行政机关有告知相对方听证权的义务、对要求听证的行政相对方依法举行听证会的义务。

② 社会性管制,包括环境保护、产品质量、市场秩序和生产安全等。