

中国民主政治法律化探究

■ 朱维究 著

ZHONG GUO MIN ZHU ZHENG ZHI FA LU HUA TAN JIU

中国政法大学出版社

中国民主政治法律化探究

朱维究 著

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国民主政治法律化探究/朱维究著. —北京:中国政法大学出版社, 2000. 2

ISBN 7-5620-1965-7

I. 中… II. 朱… III. ①民主-政治制度-研究-中国-文集 ②法制-研究-中国-文集 IV. D920.0-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 12623 号

责任编辑 赵瑞红

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 北京市通堡印刷厂

开本 850×1168 1/32 11 印张 300 千字

2000 年 2 月第 1 版 2000 年 2 月第 1 次印刷

ISBN 7-5620-1965-7/D·1925

定价: 19.80 元

社址: 北京市海淀区西土城路 25 号

邮编: 100088 **电话:** 62229803 或 62228801

声明: 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如有缺页、倒装, 由本社发行科负责退换。

題《中國民主政治法律化探究》

研究法學理論
堅持依法治國

何魯麗

谨以此书献给祖国和我的母亲

序

正如作者自序中所言,这本书是她任教授以来学思求道的真实轨迹,也是探究中国民主政治法律化应走之路的研究成果。学者的任务不是盲从、不是跟随,而是思考、探究。要探究就必须深入思考,思考应当思考的问题,甚至思考不许思考的问题。作为学者的人生含义一是“学习、学习、再学习”。二是“思考、思考、再思考”。学习是为了更好地思考,没有思考的学习最多不过是充满知识的书呆子,思考无禁区,探究无禁区。我甚至觉得作者自己名字的含义就是“维在探究”。学习是咀嚼他人的东西,汲取营养;思考和探究是吐出自己的东西,上升为精华。探究不仅要有自己的观点而且更需要有勇气,朱维究教授的这本书就是她孜孜不倦探究的写照。

民主政治是世界潮流,专制政治已遭普遍唾弃。仅仅认识到这一点还不够,还要认识到如何实行民主政治以及实现一种什么样的民主政治。只有前者我们还只是一个追求民主政治的理想主义者,有了后者我们才成为推动政治体制改革进程的务实者。20世纪行将终结,新的世纪即将到来,我曾对新的世纪中国法治进程前途的展望归结为三句话:“权利意识的大觉醒,监督机制的大完善,民主政治的大推动”。很巧合,朱维究教授这本书所研究的也恰恰是这三个方面,也可以说这本书是对21世纪权利意识、监督机制、民主政治发展的呐喊。

维究既是我的学生,也是我的同事,是女性教授中的佼佼者,我祝贺她的论文集出版并欣然为之作序。

江 平

20世纪末·北京

序

近年来,朱维究教授作为民主党派人士广泛参与国家政协的民主政治活动,作为行政立法课题组成员参加国家的行政立法工作,丰富的参政议政和行政立法实践经验为她进行法学教育和研究奠定了丰厚的基础。这本书是朱维究教授近年来研究成果的汇总,充分展示了她的学术造诣和风格。在我看来,这本书值得肯定的地方主要是:第一,内容广泛。书中收录的文章除了宪法和行政法的专业内容之外,还涉及到澳门和台湾“一国两制”中的法律制度,知识经济时代法学教育的方向和方法,国家民主政治监督的规范化,比较法研究的开展,等等。第二,时代性强。朱维究教授撰文立论紧扣国家改革开放的时代脉搏,书中的许多文章,特别是有关依法治国和一国两制的文章,都以党中央和国家有关经济体制改革和政治体制改革的方针和政策为指导,针对改革中出现的法律问题提出解决的方案和理由。充分体现了朱维究教授对国家民主法制建设进程的关心和思想活跃的风格。第三,颇有见地。朱维究教授认为,依法治国客体是国家,是国家机关及其工作人员,特别是依法治吏。具体要求包括职权法定、不得违反法律、行政机关及其工作人员不得为自己设定权力、没有法律依据不得限制和剥夺公民的权利等方面的内容。在一国两制的立法方面,认为应当组织各个方面的专家,起草有关中央政府与台湾地区关系的法律,作为统一台湾的法律依据。在监督方面,她认为应分为政治民主监督和国家法律监督,国家监督应当制定专门的人民监督法,总结和巩固国家法律监督的成果;政治民主监督方面也必须逐步实现规范化、法律化。在研究生的法学教育方面,朱维究教授提出,应当结合全球经济一体化和知识经济时代的要求,打破法理学

科之间的壁垒,打破法学与经济学、政治学之间的界限,培养“宽口径、厚基础”的具有较强的适用性和创造性的法学高级人才。虽然书中有的观点还需推敲和商榷,但瑕不掩瑜。相信朱维究教授在将来的法学研究中,会不断努力取得更大成绩。

36年前,朱维究教授上大学时,曾听过我的课,并担任课代表。如今同在一个学校任教,成为同事和朋友。学生和朋友有书出版,我当然由衷高兴,遂欣然命笔为序。

陈光中

1999年12月

自序

九九归一，千禧之际，我的人生里程走过半个世纪又5年；从教已逾30年，在母校任教也20个年头了。

每每庆幸尚能勤奋自律，力求治学严谨为人正直，甚至自以为似乎已经领悟了荀子所言“善学者尽其理，善行者究其难”时，却又每每深感法学作为社会科学的一部分，求其道之艰辛，尽其理之艰难；总想不断回首审视以往的行程，为的是今后的探索少走弯路。即将付梓的论文选集《中国民主政治法律化探究》恰恰是我1993年任教授以来学思求道的真实轨迹，除以图自勉外，亦可为社科界学人引玉之砖。

若深思细查自己6年之行程，应当说是自70年代末80年代初起10年宪法与行政法、行政管理学艰难恢复和初创以来，经聚讼纷纭、迷茫徘徊数年之后，在没有了同路人，也几乎没有了支持者的困境中，不改初衷，既坚持探究中国民主政治法律化应走的路，又“如履薄冰”、“心有余悸”，却仍执意探索这条可行的、实实在在的路。回首深查，我自信人生路是走对了，尽管走得艰辛；我自知治学已走上了一个新平台，尽管尚未尽其理。

6年来，我用所有时间和精力做了两件事：民主政治法律化规则与制度的探究和民主政治社会实践的探索。后者以民主党派、人民政协的政治协商、民主监督和参政议政为依托；前者则涉及宪法学与政治学、行政法学与行政管理学。特别涉及极富中国特色和特定政治历史背景下独有的比较宪法与比较行政法、“一国两制”法律问题的比较研究。我除了庆幸自己“生逢时”，做“中国人真好”以外，只有孜孜不倦探究与探索在中国如何实现“依法治国与依法行政”？！这是我终身去做也做不完的事……。

1999年11月19日于覆春轩

目 录

第一篇 行政法制与行政法学	(1)
西方宪政背景下行政法概念的比较研究.....	(1)
行政法理论基础之成见	(17)
行政法制基础理论论纲	(23)
适应社会主义市场经济法律体系初探	(46)
——从政府职能转变看法律手段运用对法律体系的影响	
论中央行政立法的权限	(59)
行政行为过程性论纲	(67)
行政程序行政行为初论	(79)
“两个根本转变”与政府管理观念、管理依据	
及管理手段.....	(89)
略论行政执法监督程序	(95)
行政处罚的决定与执行问答.....	(100)
简论行政诉讼制度在我国的确立与发展.....	(162)
日本国立法权划分考察.....	(164)
关于当前行政法研究的几点思考.....	(170)
第二篇 “一国两制”法律问题研究与比较法	(175)
行政程序立法比较研究.....	(175)
——澳门行政程序立法析评及启示	
关于澳门的明清档案即将面世.....	(186)
对台工作的新形势与对台工作立法.....	(189)
关于进一步发展海峡两岸经济关系的调查及对若干	
问题的建议.....	(194)

台湾当局“涉及两岸关系立法”之研究	(201)
中国政法大学比较法研究所的功能与任务	(210)
关于比较法发展的几点设想(讨论稿)	(212)
第三篇 “依法治国”与“依法行政”	(214)
全国理解、准确把握“依法治国”的基本方略、强化政府	
依法行政的意识	(214)
关于“依法治国”与“依法行政”的几个理论问题	(221)
细论“依法治国”	(230)
第四篇 参政议政与政治民主监督	(235)
中国的法律监督与政治民主监督	(235)
——兼论中国的政治协商与民主监督制度	
关于《中华人民共和国戒严法(草案)》	
的修改意见	(246)
关于《中华人民共和国行政处罚法(草案)》	
的修改意见	(248)
祝贺《检察官法》实施	(250)
关于《北京市海淀区依法治区工作“二五”规划(讨论稿)》	
的几点意见与建议	(251)
对《关于加强行政执法工作的决定》的几个想法	(254)
首都应成为法治的首善之区	(257)
略论腐败及反腐败对策	(259)
强化民主监督,建立具有中国特色的	
监督体系势在必行	(263)
党政领导必须树立法治观念	(267)
从总书记说遵守基本法说起	(270)
把握实事求是的理论精髓 扎扎实实的	
推进民主与法制	(272)
’95 世界非政府组织妇女论坛与中国妇女	(276)
国情考察是社会科学研究的基礎	(279)

社会科学工作者跨世纪的历史责任	(282)
第五篇 法学家访谈录	(285)
第六篇 附录	(324)
要报	(324)
法学界女杰——朱维究	(326)

第一篇 行政法制与行政法学^{〔1〕}

西方宪政背景下行政法 概念的比较研究

行政法概念是行政法研究的基础性和起始性问题。“概念是反映事物本质属性的思维形式”,^{〔2〕}行政法的概念应当表达其本身的理念,反映一国行政法治的现实。从这个意义讲,行政法概念不是空灵之物,而是社会背景,尤其是宪政背景下的景观。我们对行政法概念宪政背景的分析理应远远超越对概念本身的逻辑分析。事实上,任何概念不可能脱离具体的环境而存在,缺乏概念的背景分析就会使概念无所依托,流于空泛。近年来行政法学界在汲取西方行政法方面的稗贩、笼统,已经使行政法概念抽离了特定的宪政背景和成因分析。毋庸置疑,宪政背景是行政法概念研究重要的切入点,不同的宪政背景是行政法概念界定的基础。行政法概念的界定,如果脱离宪政背景,不探究各国宪法或者政治背景的差别而简单套用他国结论,无异于削足适履。本文首先选取英美法系中英美两国与大陆法系的法德两国作为分析路径,对西方宪政背景下的行政法概念作一概览式的回顾,力图揭示宪政背景对行政法概念、行政法观念的深刻影响。在此基础上,对中国社会主义宪政与行政法概念的结合问题

〔1〕 本文与梁凤云合写,在《比较法研究》上发表。

〔2〕 《列宁全集》38卷,人民出版社1958年版,第311页。

作出分析和判断。意图在于:理清行政法概念的宪政背景及其发展脉络,消除行政法学界对不同法系行政法概念的描摹而引起的纷争,^{〔1〕}倡扬学界行政法概念向本土化、合宪化方向皈依,实现行政法概念界定上对西方国家的合理借鉴,以期对我国传统行政法概念有所突破,实现与新时期相适应的新的超越。

一、英美法系宪政背景对行政法概念的影响

英美法系行政法学者在研究行政法时,不大倾向于为概念下定义,“也没有明确的行政法概念”。^{〔2〕}这是与英美法系学者注重经验、轻视理论的习惯相联系的。但仍有一些学者从实证角度,用归纳推理的方法演绎出某些概念。这种概念深受其宪政文化的浸染,行政法只能是宪政的产物。^{〔3〕}英美法系素称具有个人主义传统,因而,行政法也被 Richard Rawlings 称为是“红灯理论”。^{〔4〕}

(一)英国

英国号称“宪政母国”。而其行政法概念从产生到发展却经历了一个漫长的过程。可以说是英国学者对宪政的不同理解造成了对行政法概念的误读。英国式宪政原则虽然批驳了法国式行政法(这以戴雪为代表),但是,英国的宪政体制国家却孕育了英国版的“行政法”,这种行政法观念是与英国宪政历程同步的。^{〔5〕}

威廉·韦德爵士(Sir William Wade)认为行政法概念应包括两个含义,一个含义是“它是关于控制政府权力的法”,另外一个含义是

〔1〕行政法学界几乎在所有主题上都存在不同观点和见解,但是学界的学术争鸣和学术批判始终在初级阶段徘徊。争鸣者往往缺乏对对方观点确切的理解,常常依据各自对不同法系的情境假设设定论辩主题,缺乏实质意义上的理论交锋与学术观点上的真正碰撞。

〔2〕王名扬:《英国行政法》,中国政法大学出版社1987年版,第1页。

〔3〕从这个意义上讲,行政法本身就是一个历史性的概念,现代意义的行政法只能是宪政的产物。

〔4〕Carol Harlow and Richard Rawlings, *Law and Administration* (1988) 第11~13页“红灯论”又称“控权论”。

〔5〕英国很长时间内不承认“行政法”,准确一点,是不承认法国版的行政法。英国行政法从宪政伊始事实上就开始存在了。

“管理公共当局行使权力、履行义务的一系列普遍原则。”^{〔1〕}而且,他还指出:“实际上,整个行政法学可以视为宪法学一个分支,因为它直接来源于法治下的宪法原理、议会主权和司法独立。”^{〔2〕}韦德的观点在英国很具有代表性,而对于行政法与宪法的关系则是独具慧眼。英国“行政法”概念的确定源于英国宪政历史、宪政原则、宪政实践。

英国宪政是从资产阶级革命开始的。1640年资产阶级以“清教徒革命”的形式开始了与封建主的争权。经过大约半个世纪的斗争,1688年“光荣革命”(The Glorious Revolution)后,君主立宪政体开始确立。三百多年以来,英国政制一直循此路径至今。英国行政法观念与英式宪政两个原则:即议会主权(The Sovereignty of Parliament)和法治原则(Rule of Law),分别论述如下。

1. 议会主权。议会主权是英国学者三权分立的一种理解方式。在英国宪政历史中,议会被认为是资产阶级的乐园,而国王所代表的是行政权。这正是资产阶级既得利益者所忧虑和悚惧的。这种预设同时引起了宪政思想上的启迪、理论上的阐扬和宪制上的安排。资产阶级革命以清教徒宗教改革面目出现,因而,从基督教性恶论分析是理解权力分立的钥匙。性恶论源于对人性幽黯的认定。“‘政府分权,互相制衡’的原则就是反映基督教的幽黯意识。”^{〔3〕}基督教义中强烈的末世论期待与现实中政治秩序始终存在疏离与张力。幽黯意识是清教徒参与1640年革命的重要原动力,而分权学说的首倡者洛克本人就是一个加尔文教徒。^{〔4〕}在中世纪的宗教改革中,教会权力与世俗权力的颀颀消长的历史启发了这位分权学说的始祖。教会是

〔1〕 [英]韦德:《行政法》徐炳译,中国大百科全书出版社1997年版,第5~6页。

〔2〕 [英]韦德:《行政法》徐炳译,中国大百科全书出版社1997年版,第7页。

〔3〕 张灏“幽黯意识与民主传统”,载《开放的宪政》,中国政法大学教务处编,第94页。

〔4〕 有些学者认为分权可以上溯到亚里士多德的政治行政二分说,然而亚氏只是作了“权力分别”的学术考究,其中并无“限权”,“分权”之意。故确切的近代意义上分权的完整表述是从洛克开始的。

世俗政权之外的集团势力,是“集团多元主义”^{〔1〕}的表现。洛克是英国式“权力分立”政制的思想者,再加之英国宪政运动早期与宗教革命相联,西方学者认为这次革命的重大影响“类似于一种核裂变的过程”。^{〔2〕}而15世纪“主教会议至上论”所蕴含的代议制观念正是英国“主权在议会”说法的先河。洛克论证了人民在革命后将主权让渡给议会的理论,这种理论至今延续。这一点与法国的“主权在民”宪政原则殊有差异。此外洛克分权论还有其知识资源,这就是法律的命令理论(Command Theory of Law),此种观点认为主权被划分为Gubernaculum(统治权)和Jurisdictio(司法权)。国王行使后者时须谨遵法律。由于限制王权的强烈意向,独立于国王意志的“立法权”树立了起来。而“混合政体理论”^{〔3〕}也极大地左右了洛克分权理论的构建。“根据英国的经验,洛克认定立法权是政府的最高权力,虽然他也承认行政机关有分享制定法令的可能性”。^{〔4〕}立法权作为国家最高权力,在于“它有权为社会的一切部分和每个成员制定法律,制定他们的行动准则,并在法律被违反时授权加以执行”,而且,“社会的任何成员或社会的任何部分,所有的其他一切权力,都是从它获得和隶属它的。”^{〔5〕}这确立了所谓的议会主权原则。英国宪法和行政法上许多制度直接由议会主权原则产生,如:政府须向议会负责(政府与议会);法院必须适用议会之法律,不能审查议会所通过的法律(议会与法院);英国法院对于行政争讼的管辖倘若无议会授权则只有在行政机关行为超越权限时才运用(法院与政府)。^{〔6〕}同样基于

〔1〕 [美]昂格尔:《现代社会中的法律》,吴玉章、周汉华译,中国政法大学出版社1994年版,第6页。

〔2〕 [美]哈罗德·J·伯尔曼:《法律与革命》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第104页。

〔3〕 有关内容参见[英]M·J·C·维尔:《宪政与分权》,苏力译,三联书店1997年版,第31页。

〔4〕 萨拜因《政治学说史》下册,商务印书馆1986年版,第599页。

〔5〕 洛克《政府论》下篇,商务印书馆1983年版,第86页。

〔6〕 这就是由于议会主权宪法原则引申出来的一个重要的行政法原则——越权无效(ultra vires)。

对行政机关的疑惧,另外一个重要的原则——法治原则也显示了英国行政法对行政权不信任基本控权理念。

2. 法治原则。1885年,英国宪法学者 A. V. 戴雪在《宪法研究导论》中阐述了法治原则的三个涵义。这三个涵义是戴雪在批判法国版行政法的基础上阐述的。事实上这是戴雪的误解,但正是这种误解影响了英国法学界一个多世纪行政法理念的形成。直到现在,仍然认可戴雪理论,它反映了人们“对行政权力增长的疑惧,对于‘控制’及正在受到剥蚀的‘古典自由’的强调以及对政府‘凶暴行事(run amok)’可能性的恐慌。在韦德身后,潜藏着一个悠久的传统,我们可以从它的伟大的注释者戴雪的著作中予以昭示。”^{〔1〕} 17、19世纪中叶之后,英国开始奉行亚当·斯密学说和自由放任的经济制度,作为执政党辉格党成员,戴雪“法治”理论正是其政治倾向的述发。戴雪甚至认为,法院不仅是法律的保留人,还是议会主权原则的捍卫者。在英国,“法院实施控制的理由是假定它们藉此完成立法意志”,而法院控制的方式及其程序则完全由议会主权予以确定。^{〔2〕} 戴雪以法治观念支持了19世纪的一元化民主(unitary democracy),然而,本世纪以来多元民主(plurist democracy)的出现,已经使戴雪的原有的对法治原则的认知发生了变化。但是戴雪法治原则理论“一直被提到具有一种教义性的说服力的地位,以至于在英国此后的一段时期中混淆了行政法的问题。”^{〔3〕} 然而从事实层面,而非行政法理论层面来看,英国宪法中法治原则对行政法的影响是非常明显的:首先,法治原则要求最大限度保障个人自由,制止行政机关不当干预;其次,行政法的主要内容是独立司法权对行政行为的司法审查;再次,行政权范围受到严格限制,最大可能地排斥行政权;最后,无法律则无行政,认为没有法律明确授权的行政行为,不具有公民服从的正统性而

〔1〕 Carol Harlow and Richard Rawlings, *Law and Administration* (1988) P. 11 - 13 “红灯论”又称“控权论”,第1~3页。

〔2〕 P. P. Craig *Administrative Law* (Sweet & Maxwell, 1983) 第2页、第17页、第23页。

〔3〕 [印]M. P. 赛夫:《德国行政法——普通法的分析》,周伟译,台北五南图书出版公司,绪言第3页。