

.....YIFA XINGZHENG DE LINIAN YU SHIJIAN CHONGTU YANJIU

重庆市 2000 年度社科规划重点项目

2002 年重庆市科委科技计划项目

2000 年中共重庆市委党校研究生部科研经费课题

依法行政的理念 与实践冲突研究

重庆出版社



YIFA XINGZHENG DE LINIAN YU SHIJIAN CHONGTU YANJIU

依法行政的理念 与实践冲突研究

主 编 张正德 况由志
副主编 徐继敏 喻 中

重慶出版社



图书在版编目(CIP)数据

依法行政的理念与实践冲突研究/张正德,况由志主编. —重庆:重庆出版社,2004.7

ISBN 7-5366-6768-X

I. 依... II. ①张... ②况... III. 行政执法-研究-中国 IV. D922.114

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 039835 号

▲ 依法行政的理念与 实践冲突研究

主 编 张正德 况由志

副主编 徐继敏 喻 中

责任编辑 王 淋

封面设计 吴庆渝

技术设计 费晓瑜

重庆出版社出版、发行

重庆长江2路205号

新华书店经销

五湖印务有限公司印刷

开本 850×1168 1/32 印张 14.25

字数 349 千 插页 2

2004 年 7 月第 1 版

2004 年 7 月第 1 版第 1 次印刷

印数 1—1 000

ISBN 7-5366-6768-X/D·356

定价:29.00 元

前言

1963年,欧洲学者哈贝马斯发表了一本名为《理论与实践》的著作。40年后的2003年,中国学者龙宗智推出他的论文集《理论反对实践》。现代中国的政治意识形态与主流学术理论认为,理论应当源于实践,理论必须联系实践,理论还要服务于实践,实践是检验理论的惟一标准。然而,与这种通行看法不同的是,也有一种观点认为,理论必须脱离实践,没有脱离实践的理论根本就不是理论;理论必须与实践保持一定的距离,必须远离实践,才称得上是真正的理论,否则就只是实践本身,顶多可以算作一堆记录实践的原始素材而已。

理论与实践的关系不仅是一个哲学问题,它同时也是一个令人困惑的法学问题。一方面,学者们千辛万苦推演出来的法学理论,每每不能令法律实践者产生“甚合我意”之感。在法律实践者们看来,理论总是以不切实际的口吻,说些迂阔的宏论,既不亲切,又不实用。文学家沈从文的《长河》,社会学家费孝通的《乡土中国》,以及法学学者许章润、朱苏力等人的著述,对此都有亲切而细致的描绘。另一方面,法学家们又总是在抱怨:当代中国的法律实践者们总是站立在法学理论的彼岸,总是不愿跨过那条宽阔的河

流,“与理论同行”。不但法律实践者没有跟着理论走,就是在理论从业者这个群体中,文史哲、政治、经济等领域的学者也对法学理论有一种挥之不去的疏离与隔膜。换言之,法学理论既没有在实践者那里找到卖点,也没有得到其他学术从业者的青睐。难怪有学者对此发出了呼吁:尽快完成法治进程中的法学知识转型。

其实,在现代法学理论的主产区(比如美国或英国),法学理论与法律实践之间的对峙,也许根本就是一个虚构的话题。在那里,法官造法,比较纯粹的法学理论其实就是法官们的办案心得。波斯纳、霍姆斯、柯克、丹宁等人,既是声名远扬的法学大家,更是终身主持庭审的办案能手。他们既是法律实践者,更是法学阐释者,一身二任,游刃有余地穿行在理论与实践之间。但是当代中国,则完全是另一种语境:主流的法学理论、法学方法基本上都移植于泰西,移植者既非法官、又非律师,而是一群与法律实践基本上不沾边的“启蒙思想家”或“学者”,比如译述孟德斯鸠的严复、呼吁开设议院的梁启超、因英文著述与圣经翻译而名世的法学家吴经熊,以及精研英美宪政理论的钱端升、罗隆基等等,既可以说是现代中国“先进”法学理论的阐述者,也可以说是西方法律理论在中国的传播者。然而,经这些学者阐述的法学理论,并没有随着洋火、洋油、洋车、洋行、洋装一起进入中国人的日常生活、洒扫庭除。正如黄宗智在一本书的标题中所分辨的那样:法律的文字表达是一回事,法律的实践运作完全是另一回事,二者有联系,但却是由两种不同的理论逻辑在支配。《易经》上说,形而上者为之道,形而下者为之器。如果说道器之别可以成立,那么,我们在接受西方法律文明之“器”的同时,并没有接受西方法律文明之“道”。正是从这里,产生了法学理论与法律实践之间的冲突与矛盾,在这种难以克服的矛盾与冲突中,一个世纪的光阴悄然流逝。

法学理论与法律实践之间的多维矛盾与冲突中,依法行政的理论与实践之间的矛盾与冲突可以说是一个引人注目的重要方

面。

依法行政的理论与实践之间的关系到底怎样?为了探索这个难解的“斯芬克斯之迷”,我们吸收了各方面的智慧,对这个问题进行了多角度、多层面的研究。在由多人组成的课题组中,既有中国人民大学、西南政法大学等普通高等院校的学者,也有行政学院的学者,还有不同层级的依法行政的实践者。换言之,在我们的课题组中,既能体现依法行政的理论探索者的视角,又能反映依法行政实践者的眼光。我们希望,通过这样的合作,能够对依法行政进程中的理论与实践之间的矛盾,作出更全面、更有新意的揭示。

全书共分三个部分,第一部分是绪论篇,阐明本书的基本立场、观察视角与研究方法。第二部分是理论篇,主要从依法行政的历史阶段、价值选择、程序规制、社会环境等方面入手,多维度地探讨依法行政的一般理论,同时也希望勾画出当代中国依法行政的基本图景。第三部分是实践篇,主要从依法行政的具体领域出发,分析依法行政的理论与实践之间的特殊矛盾。

目 录

前 言	1
-----------	---

绪 论 篇

一、研究的出发点和立脚点	2
(一) 研究依法行政的知识资源	2
(二) 从社会公共利益出发考察依法行政	5
(三) 从“实践理性”的角度考察依法行政	7
二、依法行政面临的现实矛盾分析	10
(一) “非典”防治过程中依法行政的矛盾	10
(二) 三峡库区移民过程中依法行政的矛盾	15
(三) 审计及其他行政工作中依法行政的现实矛盾	17
(四) 访谈调查的启示	19
三、评价依法行政现实冲突的理论前提——法治阶段论	23
(一) “阶段论”对于中国社会主义事业的普适性	24

(二) 法治的阶段性决定了依法行政的阶段性	25
(三) 中国依法行政在过渡阶段的特征	32
四、适度容忍“良性违宪”和“良性违法”利于克服依法行政的 现实冲突	34
(一) “良性违宪”的提出和争论	34
(二) “良性违宪”与“良性违法”暂存的不可避免性	41
(三) “适度容忍”利于克服冲突的理由	49
五、“法的最广义论”与依法行政现实矛盾的消减	52
(一) 评理论界关于依法行政所依之“法”的现有观点	52
(二) 本书关于“法的最广义论”的观点	57
(三) 支撑依法行政“法的最广义论”的理论和事实依据	69
六、克服依法行政现实冲突的实践需求——侧重行政效率 的发展论	79
(一) 公平与效率的价值之争	79
(二) 侧重依法行政效率价值的理论和事实依据	85
七、克服依法行政现实冲突的若干思考	95
(一) 努力化解“政府主导”与“限制政府”的矛盾	95
(二) 正确选择依法行政过渡时期的行政管理模式	100
(三) 抓住入世机遇,促进行政管理的制度创新	104

理 论 篇

第一章 依法行政的历史考察	114
一、概述	114
二、西方国家依法行政的历史考察	116
三、中国依法行政的历史考察	151

四、西方国家依法行政的共同演变趋势以及对我国依法行政的启示	154
五、依法行政阶段论	156
第二章 依法行政的基本理念	161
一、当代依法行政基本理念述评	161
二、依法行政与公共利益本位论	173
第三章 重庆市依法行政环境研究	181
一、环境研究概述	181
二、重庆市实施依法行政环境评析	184
三、重庆市优化依法行政环境的措施及对策	199
第四章 依法行政程序问题研究	212
一、行政程序问题中的价值冲突与价值选择	212
二、完善行政程序促进重庆依法行政的个案分析	223

实 践 篇

第五章 依法行政:在理论与实践之间	236
——对重庆市依法行政状况的问卷调查分析	
一、引言	236
二、调查研究的思路与方法	238
三、调查发现与初步分析	242
四、不同群体对重庆依法行政的不同看法及其意义	255
五、几点反思	274
第六章 关于依法审计的实践思考	278
一、当前依法审计实践中存在的矛盾与冲突	278
二、对矛盾冲突的原因分析	286

三、有效实施依法审计的几点思考	292
第七章 加入 WTO 对涉外经济工作依法行政的挑战和对策	304
一、加入 WTO 对重庆市涉外经济工作依法行政的影响	304
二、WTO 的法律要求和我市的现实差距	309
三、适应 WTO 法律要求的对策建议	322
第八章 城市建设管理法律、法规冲突研究	327
一、城建、城管行政立法、执法的现状	327
二、现行城建、城管主要法规冲突及矛盾情况	330
三、解决矛盾与冲突的几点思考	339
第九章 对地方教育依法行政若干问题的研究	346
一、教育依法行政的性质和特征	346
二、教育依法行政的基本原则	350
三、教育依法行政的现状分析	353
四、影响教育依法行政的因素分析	357
五、教育依法行政的对策建议	362
第十章 依法行政与国有企业资产的保护	370
一、依法行政对保护国有企业资产的意义	370
二、国有企业资产流失的主要渠道	373
三、从法律与依法行政的视角透视国有企业资产流失的 根源	377
四、通过依法行政促进国有企业资产的保护	380
第十一章 关于乡镇人民政府依法行政的实践思考	388
一、乡镇人民政府在依法行政实践中存在的矛盾和冲突	388
二、产生矛盾冲突的因素分析	395

三、乡镇人民政府有效实施依法行政的几点思考	401
第十二章 重庆市依法行政实践的若干重点领域考察	411
一、“三农”的现实课题与农村地区行政法制建设	411
二、三峡库区生态经济区的环境保护及其行政法制建设	415
三、民族地区经济与社会发展及其行政法制建设	418
第十三章 重庆市依法行政实践的特点、问题与对策	424
一、重庆市依法行政的若干特点	424
二、重庆市依法行政工作中存在的主要问题	432
三、全面推进依法行政工作的对策措施	434
 后 记	 442

绪论篇

一、研究的出发点和立脚点

(一) 研究依法行政的知识资源

依法行政是依法治国的关键和行政法的基本原则。从法律上说,行政权从属于立法权的一般原则和我国实行人民代表大会制度的政体都决定了政府必须依法行政。从实践上说,依法行政是政府的首要职责,各级政府应当依法承担起为社会制定具体规则、严格执法、解决纠纷和提供社会公共服务等现代政府的基本职能,在法律框架内合理、有效地运用行政权,确保行政权力的行使与经济社会发展的现实要求相适应,为全面建设小康社会和大力推进社会主义物质文明、政治文明和精神文明协调发展提供制度保障和法制保障。从理论上说,依法行政一直是国内外法学界和政界广泛关注的热点。依法行政的理论研究在宏观上直接依靠两大理论支撑:一是法理学关于法治理论的研究,二是行政法学的研究。关于法治理论的研究源远流长,西方始于古希腊亚里士多德关于法治的二要素论,中国始于先秦思想家的儒法之争,著作之多真可谓浩如烟海。改革开放以后,从1979年到1980年的法治人治的大讨论,表现了思想解放和观点纷呈^①,再到1997年

①《法治与人治问题讨论集》,群众出版社1981年版

一. 研究的出发点和立脚点

中共十五大将“依法治国”确立为治国的基本方略、到1999年通过修宪将“依法治国,建设社会主义的法治国家”写进庄严的宪法,学术界关于法治的研究和学术论著成果成了法理学研究的第一大亮点,可谓著述甚丰。尤其可喜的是,以十五大为标志,学界对法治问题的研究重点,开始从“是什么”、“为什么”向“怎么办”转移。蒋立山提出了“政府推进型”法治模式,朱苏力提出了“本土资源论”模式,以及折中主义等等,相互展开了争鸣^①。另外,2002年黄龙提出了“法治阶段论”^②,2003年马长山提出了市民社会理论法治观^③,郝铁川论证了“中国依法治国的渐进性”^④,等等。

2002年李龙教授主编出版了国家“十五”重点图书《依法治国实施问题研究》,该书书名就突出了法治的实施问题,反映了学界思维关注的走向。但大多数内容仍然是研究“应然”领域的问题,其中虽有一半的“章”直接论及依法治国的实施,不过直接涉及中国依法治国的现状、问题和对策的部分,其文字的总和不到全书503页的20%^⑤。可见,该书虽然探讨了一些现实问题,但并没有全面展开和面对依法治国面临的理论和实践的巨大冲突。2003年底由清华大学出版社出版的高鸿钧教授的专著《现代法治的出路》,虽然研究了“现代西方法治的冲突与困境”、“现代法治的困境与出路”等问题,但侧重点仍在抽象层面的理性探讨^⑥。本书要探讨依法行政的地方实践,当然可以从上述以及其他丰富的法治理论的研究中获取宝贵的理论资源和信息资源,同时又不得不面临对现

①张骐:《依法治国的理想与现实——依法治国理论与实践研讨会暨中国法学会法理学会研究会综述》,《中外法学》1998年第2期;1998年中国法理学会年会论文;蒋立山:《中国法治道路初探》(上)(下),《中外法学》1998年第3、4期。

②《法理学论丛》第二卷,张文显、李步云主编,法律出版社2002年版,第227—245页。

③马长山:《中国法治进路的根本面向与社会根基》,载《法律科学》2003年第6期。

④郝铁川:《中国依法治国的渐进性》,《法学研究》2003年第6期。

⑤李龙主编:《依法治国方略实施问题研究》,武汉大学出版社2002年版。

⑥高鸿钧:《现代法治的出路》,清华大学出版社2003年版。

绪论篇

实问题理论提炼不够的困境。

比较法治理论对本课题的支撑而言,行政法理论的支撑相对薄弱一些。这同行政法学发展的历史相关。从世界范围看,在戴西(A. V. Dicey)、古德诺(F. Goodnow)等西方学者对行政法学科的独立作了奠基性贡献之后,出于社会需要,行政法学在世界范围内有了很大发展。19世纪后期至二战前,世界主要国家都完成了行政法学作为一门独立学科的建构任务。西方依法行政原则的基本内涵被确定为法律优先和法律保留原则,二战以后,随着经济与科技的迅猛发展,国家事务和社会生活的日益繁杂,促进他们从形式意义的依法行政向实质意义的依法行政转变^①。在中国,依法治国和依法行政观念得到执政党及政治领导人的认同,又进一步推动了行政法学和作为其重要内容的依法行政理论的研究。但包万超博士认为,近几十年来,包括中国在20世纪30年代完成行政法学作为一门独立学科的建构任务以来,整体的行政法学并未在严肃科学精神的探究中实现从“学科”向“科学”的转变。“半个世纪以来,行政法学的贫困辜负了这门学科走向科学的使命。一方面,在选题、材料和方法上殊少有创新和突破,……另一方面,为了迁就即时性的目标,或臣服于意识形态和政治的压力,行政法学的思辨和人文哲学被迫放弃了它的合法化职责,丧失了对现实的批判和创

^①笔者认为,两者的区别在于:第一,形式意义的依法行政强调的是对法律的工具式使用;实质意义的依法行政更强调法治和依法行政的目标价值。第二,形式意义的依法行政强调秩序,偏重自上而下的管理;实质意义的依法行政重点是“治官”,注重采取有力措施限制和规范政府行为。第三,形式意义的依法行政重视法律的普遍性等形式要件,对于法律的内容和精神关注不够,忽视道德和伦理等考虑,注重规则的适用,没有真正解决法律规则本身的合法和合理性问题,属于法律形式主义;实质意义的依法行政强调法律的内容和适用必须以保护人权和自由为归宿,一切规则都受更高层次价值的检测。第四,形式意义的依法行政关注的重点是效率,追求形式的平等;实质意义的依法行政含有道德等方面的考虑,重视事实上的平等,对弱势群体给予了特别关照,要求政府“扶弱济贫”

一. 研究的出发点和立脚点

新能力。”^①包万超还认为:“主流行政法学的难题根植于逻辑上双重行为动机假定,并自此表现为规范理论和实证理论之间严重的脱节和内在的不对称性。”进而断定:“就实证行政法学而言,它面临的基本挑战是能否通过行为动机一致性假设,发展出用于描述、解释和预测行政法现象的命题和学说。”^②这个观点和批评是尖锐而有见地的。尤其是指出了“逻辑上双重行为动机假定”^③导致了规范理论与实证理论的脱节。本课题所涉及的“依法行政”、“法治行政”等命题的内涵、关系,以及依法行政的理念和现实的尖锐冲突等等都与此相关。另一方面,我们也不能对行政法和依法行政理论的研究成果估价过低。当前,中国学者普遍认同依法行政是当代政府普遍奉行的行使行政权的基本准则,应松年 1996 年就将依法行政的内涵作了扩张性的五点概括^④。郭道晖、皮纯协、郑钟炎等则认为:应该用有更高理念的“法治行政”取代“依法行政”^⑤。特别是近几年来,公法著译增多:梁治平等主持的“宪政译丛”;罗豪才主持的“行政法论丛”;罗豪才等主持的“现代行政法论著丛书”;张树义主持的“公法论丛”;谢晖主持的“公法研究”以及相关公法网站的问世等等,已经大大地拓展了行政法研究的背景并深化了行政法的研究,可见,法学界已经取得的理论成果为本课题的研究奠定了比较可观的思想理论基础。

(二)从社会公共利益出发考察依法行政

上述关于课题研究的两大知识资源虽然为本课题研究提供了

①包万超:《作为严格社会科学的行政法学》(上),载 1999 年 12 月 19 日《法制日报》第 3 版。

②同上文,1999 年 12 月 26 日《法制日报》第 3 版;2000 年 1 月 9 日第 3 版。

③意指掌握行政权的公务员在私生活中是“经济人”,而在公务活动中则大公无私。

④应松年:《依法行政论纲》,载《中国法学》1997 年第 1 期。

⑤郭道晖:《法治行政与行政权的发展》,载《现代法学》1999 年第 1 期;郑钟炎:《论法治行政》,载《中国法学》1999 年第 6 期。

· 绪论篇 ·

实际需要的法学理论基础，但并未解决课题的出发点和立脚点问题。基本的出发点与立脚点决定着本课题的概念体系的合理性，决定着研究的进路和概念的适用范围，决定着课题的价值取向。研究的过程就是基于选定的逻辑起点、沿着选定的框架、走向预期的逻辑归宿的过程。出发点和立脚点即逻辑起点没有解决，我们在运用既有法治理论和行政法理论的知识资源时就不会有主心骨，就会缺乏进行价值选择的基本坐标。本课题最后的结论和观点之所以与许多人的结论和观点有所不同，首先就在于出发点和立脚点的差异，从而导致逻辑结构和思维方式的路径差别。

从法哲学层面说，中国法学面临着西方的“话语霸权”，这是毋庸置疑的客观事实。即使是不能阅读外文（主要指英文）原著的学者，也阅读了大量的译著；连译著也读得很少的人总是也读了不少的中文法学著作——这些中文著作中西方法学知识含量之丰富，在总体上恐怕是不能否定的。这就是说，西方法学的话语、概念和分析框架已经相当广泛和相当深入地影响了中国法学者的思维^①。这个问题可怕吗？不可怕。法治和依法行政的理论本来就主要是“舶来品”。我们只想说明，应当如何对待和运用西方法治文化才是需要认真思索的东西。现代西方法学呈现出三大主流法学派鼎立和多种法学流派并存的格局。新自然主义法学派的概念体系和价值取向区别于新分析法学派和社会学法学派乃是理所当然的。在一个开放的世界中，在全球化和文化多元化的冲击之下，中国学者受到影响是不可避免的、必须的，也是法理学摆脱“幼稚”的重要途径之一。中国法学，需要在马克思主义指导下实现中西文化合璧，这是创新之路又是发展之路。在批判吸收外来文化的过程中，

①也许，江山的著作可算是不多的例外之一。参见江山著《中国法理念》、《法的自然精神导论》等著作，山东人民出版社、中国政法出版社出版。笔者不是说江山的著作就完全没有西方法学的知识含量，只是想说明，江山的学术思想和分析框架主要是从中国本土文化中提炼出来的。