

第8卷

行政法论丛

ADMINISTRATIVE LAW

REVIEW VOL.8

◆ 罗豪才 / 主编

本卷要目

卷首语

【罗豪才】

构建和谐社会的公法视角

基础理论研究

【江必新】

行政法制的基本类型

——行政与法关系的发展史

【查庆九】

可持续发展背景下的行政法机制

【方 军】

行政法律救济中的利益衡量

专题研究

【蒋 岚】

论行政诉讼的诉讼利益

【王 喆】

行政争议与民事纠纷的交叉问题

【沈 军】

中国行政检查问题研究

外国行政法

【西德尼·夏皮罗著 毕洪海 沈晓建译】

反重构之后的行政法：重建对实用主义政府的信任

判例分析

【牛致中】

由领汇诉讼风波看香港行政法治中的若干问题

学术动态

【于 安】

紧急状态和应急管理法(专家建议稿及说明)

读书札记

【杨建华】

英国公法的传统与变革

——从研究方法的视角解读《公法与政治理论》

【温恒国】

行政法的自生

——奥托·迈耶《德国行政法》评介



法律出版社
LAW PRESS CHINA

第8卷

行政法论丛

ADMINISTRATIVE LAW

REVIEW VOL.8

■ 罗豪才 / 主编



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

行政法论丛.第8卷/罗豪才主编. —北京:法律出版社,2005.6

ISBN 7-5036-5615-8

I.行… II.罗… III.行政法—研究—中国—文集 IV.D922.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 050953 号

法律出版社·中国

责任编辑/郑 导 卞学琪

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京外文印刷厂

编辑统筹/法学学术出版分社
经销/新华书店
责任印制/陶 松

开本/A5
版本/2005 年 6 月第 1 版

印张/18.5 字数/491 千
印次/2005 年 6 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-5615-8/D·5332 定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《行政法论丛》编辑委员会

主 任 姜明安

委 员 (按姓氏笔画排列)

王锡铤 王 磊 甘超英 张千帆

沈 岿 陈端洪 湛中乐

目 录

卷首语

罗豪才

构建和谐社会的公法视角…………… (1)

【基础理论研究】

江必新

行政法制的基本类型

——行政与法关系的发展史…………… (7)

查庆九

可持续发展背景下的行政法机制…………… (34)

方军

行政行为法律救济中的利益衡量…………… (64)

苏西刚

社团自治及其法律界限的基本原理…………… (92)

张吕好

社会转型与行政权力的社会化…………… (127)

赵永伟

行政主体与行政相对人互动

——现代行政法中的一个基本命题…………… (153)

陈天本

- 行政纠错制度的不足与反思行政法对金融
规制的调控····· (181)

李凌波

- 行政规划基本范畴研究····· (214)

【专题研究】

蒋岚

- 论行政诉讼的诉讼利益····· (243)

王喆

- 行政争议与民事纠纷的交叉问题····· (287)

沈军

- 中国行政检查问题研究····· (319)

刘东生

- 行政复议制度发展障碍分析····· (343)

【外国行政法】

西德尼·A.夏皮罗著(毕洪海、沈晓建译)

- 反重构之后的行政法:重建对实用主义政府的信任 ····· (359)

【判例分析】

牛致中

- 由领汇诉讼风波看香港行政法治中的若干问题····· (397)

【学术动态】

于安执笔

中华人民共和国紧急状态和应急管理法专家

- 建议稿及说明····· (421)

【读书札记】

杨建华

英国公法的传统与变革

——从研究方法的视角解读《公法与政治理论》………… (465)

温恒国

行政法的自生

——奥托·迈耶《德国行政法》评介 …………… (481)

【资料】

2003 届全国部分院校博士、硕士研究生

毕业论文摘要………… (497)

《行政法论丛》稿约………… (582)

后记………… (584)

导 言

构建和谐社会的公法视角

罗豪才

中国共产党的十六届四中全会通过了《关于加强党的执政能力建设的决定》(以下简称《决定》),这是一部具有重要现实意义和历史意义的文件,它意味着执政党将在依法治国的方略之下,综合运用与治理现代国家相协调的多种治理方式,不断增强执政能力。执政党的执政能力和执政方式是与我们国家的伟大复兴息息相关的大事,也与建设社会主义法治国家的宪法目标有着紧密的关联,因此,这部文件也将对中国公法的理论和制度产生广泛而深远的影响,需要公法学者对此进行深入的领会、研究和阐释。

《决定》一个引人瞩目的方面是把社会主义事业的总体结构由政治、经济、文化三位一体扩展为政治、经济、文化、社会四位一体,把“不断提高构建社会主义和谐社会的能力”作为加强党的执政能力建设的一个重要环节,强调要“把和谐社会建设摆在重要位置”。这既是“三个代表”重要思想和科学发展观在执政实践中的体现,也为中国社会的发展勾画了总体蓝图。锦涛同志指出,社会主义和谐社会的规范目标是建设民主法治、公平正义、诚信友爱、充满活力、安定有序、人与自然和谐相处的社会,这一和谐社会的构建以社会生产力的

不断发展为其物质基础,以社会主义民主政治的不断加强为其政治保障,以社会主义先进文化的不断巩固为其精神支撑,并在和谐社会的构建之中促进前三者的不断发展。这一规范目标指明了社会主义和谐社会作为载体,贯穿着社会主义民主政治、市场经济和先进文化的原则和精神。在这一社会中,各种制度和机制协调稳健地运行,全体人民在其中各尽所能、各得其所而又和谐相处,社会整体充满活力,呈现持续发展的态势。

这一规范目标的指明也为法律学者提出了新的命题。在步入现代社会的条件下,建设一个集民主法治、公平正义、诚信友爱、充满活力、安定有序、人与自然和谐相处为一体的社会主义和谐社会不可能离开法律作为社会关系的调整器在其中所扮演的角色,思考法律在这一社会主义和谐社会的构建中所应起到的作用是法律学人义不容辞的职责,以对在现代社会中起基础性作用的公法作为思考和研究对象的公法学者则尤为如是。

从广泛的意义上说,公法是调整个人和共同体之间关系的法律,其核心是权力与权利之间的关系,这两者之间关系的协调处理,是构建和谐社会的基础。一方面,一个现代意义上的和谐社会要尊重人,尊重人作为社会关系主体的地位。这种尊重的重要体现是现代公法所确立的公民权利。推动社会物质和精神进步的根本力量包含在人创造的愿望和能力之中,以公法权利的形式表现出来的对个人的尊重,有助于激发个人所内在包含的创造性。另一方面,一个现代意义上的和谐社会,要保障社会共同体的稳定有序和健康发展。个人既是独特性的个体又是共同体中的一员,共同体的命运和个人的命运休戚相关,共同体的稳定有序和健康发展是个人获得持久自由的前提和条件,个人在发展自己的同时,也要对共同体尽到应尽的义务,分担共有的责任,并在某些方面做出适当的节制和容忍。这表现为自由与秩序、效率与公平、私益与公益、权利与权力,这几对现代公法基本范畴之间的关系。

自由蕴含着人的精神创造力,是与人自身相关的价值,秩序是人

以群体的方式共同生活的必需,是与人类社会相关的价值,这两者都是人类文明社会的根本价值,两者相互界定,不可偏废。个人的自由应当获得尊重和保障。同时,自由也要通过规范化的渠道和方式正当地行使,以避免自由之间的过度碰撞以及自由演变成欲望的无限扩张。公平是社会群体分配的基本规则,要求使个体在社会资源的分配中获得其所应得的部分,效率则是社会发展的内在需求,要求社会资源以最有利于其再生产的方式进行配置,两者都是社会分配体系的基本元素。良好的社会分配秩序既要使个人的所得合乎其所做的贡献,又要保障每个人都能获得与人的尊严相称的生活、坚持对弱势群体的必要扶助,从而实现人民“各尽所能、各得其所”。这两对基本价值范畴在公法中又具体体现为公法对私益与公益、权利与权力的配置关系。与和谐社会相适应的公法应体现私益与公益的适度分立,对两者都予以妥善保护,在此基础上寻求私益与公益之间的协调并处、相互促动、相互增益,在提高个人福利的同时增进社会整体效益。与和谐社会相适应的公法突出体现权利与权力之间的均衡配置,既使公民有能力保护自身利益,参与国家和社会生活的管理,制约国家权力的不当扩张,也使国家有必要的手段组织国家事务和社会生活,实现对公共利益的保障和追求。

需要指出的是,在公法发展的历史上,存在着不同的公法理念。不同的公法理念对待自由与秩序、公平与效率、私益与公益、权利与权力间关系的观念是有所不同的,其中不乏割裂这四对范畴之间的辩证关系,片面强调一者而忽视另一者的观念。例如,极端强调国家权力和公共利益的绝对性、至上性,视公法为国家管制人民的工具;或者极端强调私人利益和个人自由,把限制和压缩国家权力视为公法惟一的目的。传统的公法观念及其表现形态在我国公法的发展中也产生过不同程度的影响。我们认为,这两种传统的公法观念片面夸大了私益与公益、权利与权力之间的矛盾,从而营造和助长双方之间的对立,加剧了私益与公益、权利与权利的失衡,与构建和谐社会的目标是不相吻合的。从公法制度的实践来看,在计划经济时代,我

国权力结构严重失衡,改革开放以来,情况有很大的改变,但在某种程度上仍然存在权利(力)结构失衡、利益结构失衡、社会治理的失调。这与上述的公法观念有一定的关系,同时也反映了转型社会的某些特征。构建和谐社会所需要的公法应致力于解决上述不和谐的状况,应体现和而不同的精神,力求实现权利(力)配置结构的均衡化,努力达致私益与公益的协调并进、良性互动、合作“双赢”。在这样的公法理念的指导之下,才能实现有益于建设和谐社会的公法机制和制度。从这一意义上,实现和谐社会的目标已对公法学的革新提出了内在的要求,对传统公法的理念进行变革,创立适应构建和谐社会这一使命的公法理论及完善相应的公法机制和制度,应是中国公法学者的迫切任务。

完善有益于和谐社会的公法机制,需要对权利主体和公权力主体的双向制约和激励。权利与权力都包含着自我扩张的内在冲动,通过公法对此加以约束,才能使权利的行使和权力的运行都在合乎理性和公义的轨道上行进。约束的重点是权力主体,因其非理性的扩张给社会与个人造成的损害可能更为重大。权利与权力也都有可能因主体的懈怠而沉寂,通过公法对此加以激励,才能使两者都焕发出活力。激励的重点对象则是权利主体,执政为民是权力主体的职责。完善有益于和谐社会的公法机制,也需要在权利主体和公权力主体之间建立进行沟通、协商和对话的畅通渠道,通过各个社会群体相互之间以及与公权力主体之间的协商和对话,发现社会共同体的根本利益之所在,共同面对和解决社会发展所面临的诸种问题。在这方面,亟待加强的是社会利益的表达机制和公民对公共决策的参与机制。要贯通不同利益群体表达利益的渠道,尤其是增强弱势群体表达诉求的能力,也要促进公民对决策的有序参与,扩大政府决策民主化的基础。对此,一个重要的方面是充分发挥社会团体、行业组织和社会中介组织的作用,使各种民意在经过一定的整合之后理性地传递到政府决策的过程之中,也使得公民有序地、制度化地参与对社会的管理。与之相应的,也要建立和完善政府信息的公开机制,促

进信息在全社会的对称分布,既对政府权力运行的过程起到监督作用,又使公民团体的利益诉求和参与行为更为理性和科学。

构建和谐社会也对公法制度的变革和创新以及公法规范的完善提出了深入的要求。从 20 世纪 80 年代后期开始的公法内部的权利(力)结构调整还需继续推向深入,进一步实现权利和权力配置的均衡化。从面临的现状来说,主要的任务仍是规范政府权力尤其是行政权力,在法治化的程序之中增强公民影响政府过程的法律能力,使无论个别化还是抽象化的政府决策具有更强的回应性。此外,从政府过程的配套制度而言,加强公共财政体系的建设,建立完善的财政转移支付制度,改善中央和地方的事权划分关系,增强政府通过宏观调控和财政政策调节贫富差距和地域差别的能力;建立完整的行政组织法体系,从泉源上厘清行政部门的权限,解决行政部门的职能交叉和冲突问题;健全公务员制度,加大对公务员职务行为的法律约束和控制,增强公务员的责任伦理;弱化政府管理经济和社会职能的直接强制色彩,实现管理方式的多元化;加快司法体制改革,实现司法权力的国家化、法院职能的审判化、法官职业的专业化和司法程序的公正化,等等,凡此都与和谐社会的构建有着内在的关联,公法学者应在合乎和谐社会需求的现代公法理念的指导下对此展开更深入的研究。

一个以有序、安全和稳定为外在形态,以多元、开放和互动为存在前提,以理性、人本和认同为内核,以合作、互助和自由为目标,和而不同、建立在法治基础上的理性的和谐社会是《决定》为我们所勾画的蓝图,也是全体人民的共同利益所在。这样一个和谐社会体现以人为本的真精神,谋求全面协调可持续发展的科学态度,沟通过去、现在和未来。它将在矛盾和对立中探取共识,在分歧和冲突中寻求合作,求取共同体及其成员的共同发展,并逐渐达致社会利益分配的大体均衡。这样一个和谐社会的构建是一个复杂的社会系统工程,它由执政党所倡导,政府所推动,也需要包括参政党在内的社会各界通力协作、共同努力。作为共同体成员的公民个人也在其中负有一份

责任,既行使公法确认的权利,也履行对于共同体的义务,自觉培育和谐社会所需要的公民美德。在这样一个和谐社会的构建过程中,公法学者应秉持与此相适应的公法理念,力求为此做出自身的贡献!

基础理论研究

行政法制的基本类型

——行政与法关系的发展史

江必新*

一、对行政法进行关系类型化处理的必要性

行政法应当向何处去？这是所有行政法学者都不能不关注的问题。但是，在我们面向未来的时候，我们不能不回首过去。因为一个没有历史记忆的人，是难于开拓未来的。

法治是使人类服从规则治理的事业。但是，要建立一个具有普遍适用价值的行政法规规则体系是非常困难的。因为，不同国家和地区，有着不同的经济社会条件和法律文化背景；不同时代、不同政治体制下的国家的行政法规规则所依存的价值体系以及所追求的目标有着较大的差异；即使是同一国家，在不同时期的行政法规规则也是不尽相同的。相互接近甚至完全相同的法律规范，其精神实质、所追求的

* 江必新，法学博士，现任职于湖南省高级人民法院。

目标以及规范效果则可能完全不同。

但这并不说明行政法的历史完全就是一团杂乱无章、漫无头绪的乱麻,也不等于行政法的发展完全没有规律可循,更不能证明行政法的某些规则没有一定的普遍适用性。事实上,如果我们认真研究不同国家、不同时期的行政法律规范,就不难发现,在貌似杂乱无章的行政法规范之中,也蕴藏着诸多的共同性以及内在的关联性:有的虽然文字表述不尽相同,但有着共同的目的;有的法律规范似乎针锋相对,但其精神实质却是一致的;有的尽管一个或一串“法律规范群”(即若干个相关法律规范的逻辑连接)在外表看来完全不同,但可能产生完全相同的规范效果。

正是行政法的发展史中的这种异同关系,要求我们对行政法规则进行类型化(或模式化)处理。因为,类型化处理可以避免我们用一个固定的思维模式去主观地设定规则,从而使我们有可能摆脱顾此失彼的窘境;类型化处理有助于我们更加理性地解释行政法的发展史,从而使我们得以准确地把握行政法的发展规律;类型化处理有助于我们把握不同规则之间的联系,从而使我们得以在行政法规则体系的建构方面有所作为;类型化处理还会迫使我们去能动地发现和探讨各种类型所依存的条件和背景,从而使我们得以关注实现理想法治状态的条件的创造;类型化处理还有助于我们去预测行政法发展的趋势,从而使我们得以能动地创造行政法的未来。总之,只有进行类型化处理,我们才会立体地而不是平面地、动态地而不是静止地、多元地而不是单向地去把握行政法的规则体系。

在认识到类型化的价值和意义之后,随之而来的是如何进行类型化的问题。一种常见的方法是以法系为标准进行类型分析。这种分析固然具有一定的价值和意义,但其局限性也是显而易见的:以英美为代表的英美法系与以法德为代表的大陆法系的区别固然是多方面的,但从规则的视角看,其差别并没有人们所想像的那么大;随着时间的推移,英美法系与大陆法系在行政法规则方面的差异已经或正在缩小;即使在同一法系内部,不同国家、不同时期在行政法规则

方面也存在着不少的差别。另一种方法是其他法学所通常使用的一种方法,即社会形态类型分析法。这种分析方法在行政法学界并不多见,主要是相当一部分学者认为,行政法或现代意义上的行政法是资产阶级革命以后才产生的,在奴隶社会和封建社会不存在行政法或至少不存在现代意义上的法。但是即便是承认奴隶社会和封建社会存在行政法,这种类型分析仍然存在一定的缺陷:从行政法规则的角度看,奴隶制行政法与封建制行政法很难说有实质性的区别;资本主义行政法与社会主义行政法虽有本质的区别,但在行政法规则方面的差别也没有人们想像的那么大;同一社会形态的不同国家(如古希腊雅典和古印度),其行政法规则体系也是不尽相同甚至是大相径庭的。

现成的类型分析思路不能帮助我们实现建立行政法规范体系的目的,我们有必要回到我们的起点——对古今中外的行政法规范重新进行归纳分析。这种分析的结果会使我们隐约地感觉到:所有的行政法规则似乎都在回答五个方面的问题:行政与法的关系应当是怎样的(关系理性或关系规则);行政法的目的应当如何定位或者说行政法应当实现什么价值(目的理性或目的规则);应当如何安排行政法的权力与权利结构(结构理性或结构规则);行政法可以采取哪些工具或手段实现其价值和目的(工具理性或工具规则);行政法如何保障自身的规则体系得以实现(自足理性或自足规则)。而在回答这五个基本问题的时候,不同时代、不同政体的国家给出的答案是很不相同的。

在对这些不同回答进行类型化分析的过程中,我们不难发现一个国家的政体模式在很大程度上决定了行政与法的关系(而政体模式的形成则是多种因素相互作用的结果),而行政与法的关系的定位对其他行政法基本问题的回答又具有定势作用。在充分占有材料的基础上,我们有必要开辟行政法类型化处理的新思路:将行政法的类型分为“以法行政”、“依法行政”和“法治行政”三种类型。

二、行政法的发展——从以法行政到依法行政再到法治行政

行政法在前资本主义就已产生,甚至伴随公共权力的产生而产生。那么,行政法是否就是一成不变的呢?如果说有变化,其变化的轨迹是怎样的呢?

要回答上述问题,我们不能仅仅看古今中外的法学家们说了些什么,更重要的是要看不同时期、不同地域、不同类型的国家制定、发布并实施了一些什么样的行政法律规范。只有透过这些立法活动和行政法律规范的内容,我们才有可能把握行政法的发展轨迹。

(一)三种不同类型的特征

笔者所占有的材料表明,行政与法的关系大抵可以概括为三种类型,^①即以法行政类型、依法行政类型和法治行政类型。^②而且,从行政法产生以来,就一般情形而言,大抵经历了从“以法行政”到“依法行政”再到“法治行政”三个不断发展的阶段。

以法行政类型,是行政与法的关系的初级形态。这种类型的本质特征是王权、君权或皇权支配法律。其主要特征为:行政法从属于专制君主,行政权从总体上优越于法律;立法以君权或王权为本位;行政法以治理、约束或规范臣民的行为为主要或基本内容;行政法具有明显的任性和专横倾向;通过自上而下的监督机制保证法律的实现。

依法行政类型,是行政与法关系的发展形态。这种类型的本质特征是行政权的形成和运作均受形式法治的支配。其主要特征为:实行国家权力分立,强调立法权对行政权的优越地位;行政法的法律渊源主要是议会的制定法;立法以保障国民的权利和自由为本位;对

① 马克斯·韦伯将类型称为“理想类型”,考虑到用“理想类型”的概念,容易造成各种类型都是合理的或值得追求的误解,故只用“类型”这一概念。

② 人们通常给“依法行政”的概念注入了许多本不属于它的内容,并在这个基础上将其与法治行政的概念等量齐观。本文是在狭义上或形式意义上来使用“依法行政”的概念的。