

# 共和国六十年法学论争实录

江平/总主编

民为邦本

法治天下

## 行政法卷

马怀德/主编 | XINGZHENGFAJUAN



厦门大学出版社  
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

# 共和国六十年法学论争实录

江平/总主编

## 行政法卷



厦门大学出版社  
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

共和国六十年法学论争实录·行政法卷/马怀德主编. 厦门:厦门大学出版社,  
2009.10

(共和国六十年法学论争实录/江平总主编)

ISBN 978-7-5615-3396-3

I. 共… II. 马… III. 行政法-法学史-中国-1949~2009 IV. D909.27

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 184509 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编:361008)

<http://www.xmupress.com>

[xmup@public.xm.fj.cn](mailto:xmup@public.xm.fj.cn)

厦门集大印刷厂印刷

2009 年 10 月第 1 版 2009 年 10 月第 1 次印刷

开本:787×1092 1/16 印张:19.5 插页:3

字数:328 千字 印数:1~5000 册

定价:40.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换



自1949年10月1日开国大典至今,新中国走过了不平凡的历程。六十年风雨砥砺,沧桑巨变。抚今追昔,展望未来,令人感慨万千。

新中国建立后,由于废除了国民党的“六法全书”,全盘学习苏联,建立了权力高度集中的经济体制和政治体制,民主法治缺乏必要的社会经济基础和政治基础,因而法律工具主义(实用主义)、法律虚无主义盛行。共和国前30年,民主法治建设遭受严重挫折,“文化大革命”期间甚至出现了“无法无天”的局面。1978年十一届三中全会之后,以市场化为取向的经济体制改革不断深入,为民主法治建设奠定了必要的社会经济基础,而依法治国方略的确立则为民主法治的发展提供了必要的政治条件,民主法治建设由此走上了正轨,呈现出欣欣向荣的景象。今天,我国的法律体系日趋完备,司法运行机制基本健全,公民法律意识普遍加强。但是,我们应当清醒地认识到,依法治国、保障人权虽然已经写进了宪法,但是离真正实现还有漫长的道路。

与社会主义民主法治进程相适应,我国法学理论发展大体上也以1978年为界分为前后两个时期:前一个时期的法学理论受到法律工具主义和国家意志主义的支配,具有浓厚的意识形态色彩。在那段时期,法律被认为是统治阶级意志的体现,是阶级专政的工

具,人类社会创造的一切法律文化和法律文明都被视为剥削阶级的法学而遭受彻底的否定,正常的法学学术讨论变成“打棍子”、“扣帽子”的政治运动,大批法学教授被打成右派,成为阶级专政的对象,法学因此丧失了科学性而沦为一定意识形态的奴仆,法学园地一片荒芜。后一个时期的法学理论随着民主法治的进步逐渐得以重建与发展,从构建法学的基本理论开始,法学界以极大的热情投入到改革开放的伟大实践中去,研究改革开放过程中不断涌现的新问题,为解决实践中的难题提供理论支持,为社会主义民主法治建设献计献策,法学也从以往的“荒蛮之地”发展为日益繁荣的“显学”。近年来,我国法学理论研究彻底抛弃法律工具主义和法律虚无主义观念,逐渐摆脱了对特定意识形态的依附,有了对国家民主法治的独立的价值判断和理论追求,法学理论体系的框架初见端倪。法学不仅仅是一门“显学”,而且已成长为一门科学。然而,我国法学的成长并非一帆风顺。总体而言,我国法学的成长面临着两大问题:一是旧观念的束缚。新中国成立以后逐渐形成的特定的意识形态,如阶级斗争理论、法律工具主义观念等,是横亘在我国法学成长道路上巨大的理论障碍。法学研究必须摆脱这些旧的观念的束缚,必须冲破这些理论樊篱,才能获得成长。二是由于在很长时期内,对人类社会一切法律文明都持否定态度,导致了我国法学严重的先天不足,相关知识匮乏,研究视野狭窄,理论水平低下,“幼稚的法学”曾是较长时期内人们对法学的基本评价。法学要发展,法律人就必须发愤努力,扩大理论视野,吸收人类社会一切法律文化和法律文明的知识养分,以后天的努力来弥补先天的不足,摘掉“幼稚”的帽子。

经过改革开放30年来所有法律人的艰苦努力,站在今天的角度,我们可以乐观地说,我国法学基本解决了上述两大问题,法学理论中的意识形态色彩逐渐褪去,法学不再是“幼稚”之学,我国法学成长起来了!



在共和国 60 年的历程里,虽然 20 世纪 50 年代即有关于“法的阶级性与继承性”的讨论,但是,这些论争的声音极为微弱,合理的意见和主张非但不能进入主流,反而被作为“反党反社会主义”的谬论加以批判。最能集中体现法学成长的当属改革开放以来发生在法学各个学科领域的一次又一次的论争。从 20 世纪 80 年代的“法的本质”的论争、“法治与人治”的大讨论、民法调整对象之争、无罪推定的争议,到 90 年代的公私法理论讨论、免于起诉制度存废之争,再到新世纪由北大法学教授的一封“公开信”引发的《物权法(草案)》“违宪”大论战,关于沉默权、废除死刑、死刑复核程序、辩诉交易、宽严相济刑事政策的争论等,无不引起全社会的关注。回顾共和国 60 年来尤其是改革开放以来法学的论争,其间既有关国家法治前途的重大理论问题(如法治还是人治问题),也有改革实践中提出的具体实际问题(如国有企业改革问题),还有法学理论体系构建层面的一般学术问题(如民法学中的物权行为理论问题),可谓千姿百态。与五六十年代的动辄政治运动、上纲上线不同,改革开放以来的法学论争,主要是在学术层面上展开,基本做到了百家争鸣。这也从一个侧面表明我国法学理论研究趋于理性,日臻成熟。

60 年来,我国法学的发展如同唐僧西天取经那样,历尽波折,备尝艰辛,其间的经验教训是一笔宝贵的财富,值得记录总结,留给后人评判。有鉴于此,《共和国六十年法学论争实录》试图以史家的笔法,以“实录”的方式,从学术史的层面上再现共和国 60 年历史进程中发生的一次又一次关于法学重要问题的论争,从一个侧面揭示我国法学从“荒蛮之地”走向“显学”,从“幼稚之学”走向成熟,与时俱进、不断开拓的历程。《实录》参照我国法学学科的划分,分为法理学卷、宪法卷、行政法卷、民商法卷、刑法卷、诉讼法卷、经济法卷和国际法卷,由一批具有较高学术成就的中青年学者担任主编。各卷的主编多是改革开放以来法学论争的见证者或参

#### 4 总序

与者,他们的勇于担当,必将使《实录》的初衷得以更好的实现。读者不仅能从其间领略到我国法学成长过程的点点滴滴,同时也能真切感受到共和国60年民主法治与法学发展的艰辛历程。

以“实录”的方式再现共和国60年间发生的法学论争,这在我国法学学术史的理论研究方面还是第一次。民为邦本,法乃公器。我期待并且相信,《实录》的组织编写和出版必将有助于促进法治精神的传播,使法治精神进一步体现在民众的言论和行动中,落实到国家的法律政策中。法治天下,其日可待。



2009年8月1日



总主编：江平

执行总主编：柳经纬、齐树洁

## 编委会

编委会主任：朱崇实

编委会成员：(按姓氏笔画)

马怀德

卞建林

江平

齐树洁

曲新久

朱崇实

朱福惠

张恒山

陈福郎

柳经纬

蒋东明

韩大元

廖益新

秘书：施高翔



# 共和国六十年法学论争实录

江平 总主编





## 总 序/江 平

### 第一专题

<b>控权、管理抑或平衡：中国行政法理论基础之争</b> .....	(1)
一、引子 .....	(2)
二、论争的前提性问题 .....	(3)
三、论争的萌芽期 .....	(5)
四、论争的高潮期 .....	(7)
(一)百家争鸣、百花齐放 .....	(8)
(二)对“平衡论”的质疑与批评 .....	(14)
(三)在论争中发展的“平衡论” .....	(21)
五、论争的余波 .....	(25)
参考文献 .....	(26)

### 第二专题

<b>中国行政主体理论论争</b> .....	(31)
一、引子 .....	(32)
二、踏破铁鞋无觅处，得来全不费工夫： 中国行政主体理论应运而生 .....	(32)
三、忽如一夜春风来，千树万树梨花开：中国行政主体 理论论争的社会背景描摹 .....	(38)
四、破立辩驳齐争鸣，利弊得失自权衡：	

中国行政主体理论论争实录 .....	(41)
五、一石激起千层浪,渐行渐远意犹长:司法实践对 行政主体理论的回应及引发的争论 .....	(49)
参考文献 .....	(57)

### 第三专题

<b>集中行政处罚权与城管的存废之争</b> .....	(59)
一、引子:“谁是最可恨的人?” .....	(60)
二、城管的历史:几十顶“大盖帽”变成了一顶 .....	(61)
(一)“小草帽”进城 .....	(61)
(二)几十顶“大盖帽”的涌现 .....	(62)
(三)“大盖帽”变成了一顶 .....	(64)
(四)看得见的成效 .....	(69)
三、城管众生相:组织形式与职权配置 .....	(69)
(一)“典型”城管 .....	(71)
(二)联体型城管 .....	(71)
(三)从属型城管 .....	(71)
(四)委托型城管 .....	(72)
(五)地方授权型城管 .....	(72)
(六)街道城管 .....	(73)
(七)“城管公司” .....	(73)
四、城管的困惑:猫鼠游戏与暴力怪圈 .....	(75)
(一)城管暴力面面观 .....	(75)
(二)暴力背后的逻辑 .....	(80)
五、城管的存废:鹰派、鸽派、取缔派与改良派 .....	(82)
(一)追求强化武力的“鹰派” .....	(83)
(二)去暴力化的“鸽派” .....	(85)
(三)取缔派:永远有市场的少数派 .....	(88)
(四)持论中平的改良派 .....	(89)
参考文献 .....	(91)

## 第四专题

<b>劳动教养的性质、存废与改革之争</b> .....	(93)
一、引子 .....	(94)
二、劳动教养的历史脉络 .....	(94)
(一)1950—1960年:劳动教养的产生、扩大与衰落 .....	(94)
(二)1970—1980年:劳动教养的恢复与发展 .....	(97)
(三)1990—2000年:劳动教养立法的努力与改革的探索 .....	(99)
三、劳动教养的性质之争 .....	(100)
(一)文本上的性质之变 .....	(100)
(二)理论上的性质之争 .....	(101)
四、劳动教养的乱与弊 .....	(104)
五、保留说与行政化 .....	(108)
六、废除派:陈超案与未遂的违宪审查 .....	(112)
七、劳动教养的改造:轻罪化,保安处分,还是社区矫正 .....	(115)
(一)劳动教养的司法化与轻罪制度的建立 .....	(116)
(二)建立中国式的保安处分制度 .....	(119)
(三)劳动教养走向社区矫正 .....	(121)
参考文献 .....	(122)

## 第五专题

<b>行政审批制度改革与行政许可立法之争</b> .....	(125)
一、行政审批制度改革的过程及有关争论 .....	(126)
(一)早期投资领域的行政审批制度改革 .....	(126)
(二)地方行政审批制度改革的试点及有关争论 .....	(128)
(三)行政审批制度改革的全面深入及有关争论 .....	(130)
二、行政许可立法之争 .....	(135)
(一)行政许可的概念与性质之争 .....	(136)
(二)行政许可的设定范围之争 .....	(140)
(三)行政许可设定权限之争 .....	(143)
(四)行政许可分类之争 .....	(147)
参考文献 .....	(153)

第六专题

行政裁决的纷争 .....	(157)
一、引子 .....	(158)
二、行政裁决概念的论争 .....	(158)
(一)关于行政裁决定义的论争 .....	(158)
(二)关于行政裁决外延的论争 .....	(161)
三、行政裁决必要性的论争 .....	(163)
四、行政裁决适用范围的论争 .....	(165)
(一)关于行政裁决适用范围的学理争论 .....	(165)
(二)我国行政裁决实体法范围的变迁 .....	(166)
(三)关于行政裁决范围是否应当缩小的争论 .....	(168)
五、行政裁决争议救济方式的论争 .....	(171)
六、行政裁决制度的未来走向 .....	(175)
参考文献 .....	(177)

第七专题

行政程序法立法模式和立法步骤的纷争 .....	(179)
一、引子 .....	(180)
二、目标模式之争 .....	(180)
(一)关于目标模式分类的观点 .....	(180)
(二)我国行政程序法立法目标模式的选择 .....	(182)
三、体例模式之争 .....	(186)
(一)体例模式的类型 .....	(186)
(二)我国行政程序法体例模式选择之争 .....	(188)
四、结构模式之争 .....	(192)
五、立法步骤之争 .....	(203)
(一)一步到位 .....	(203)
(二)循序渐进 .....	(204)
参考文献 .....	(208)

## 第八专题

行政复议的“行政性”与“司法性”之争	(211)
一、引子	(212)
二、行政复议属性之争的源起	(212)
三、《行政复议条例》没能“定纷止争”	(215)
四、去司法化——《行政复议法》的立法取向	(218)
五、完善行政复议制度——《行政复议法实施条例》的努力	(228)
六、行政复议机构独立化的实验	(231)
参考文献	(235)

## 第九专题

行政诉讼受案范围的论争	(237)
一、引子	(238)
二、共和国要不要“民告官”的制度	(239)
三、如何确立行政诉讼受案范围	(241)
(一)行政诉讼法制定之前的争论	(241)
(二)行政诉讼法制定过程中的争论	(243)
(三)行政诉讼法之后的理论争议	(245)
四、“红头文件”能否诉讼	(252)
五、行政诉讼是只保护人身权、财产权,还是 要保护所有的合法权益	(257)
六、内部行政行为能否诉讼	(261)
七、行政指导行为能否诉讼	(265)
八、责任鉴定行为能否诉讼	(266)
九、现行行政诉讼受案范围制度如何完善	(269)
参考文献	(271)

## 第十专题

国家赔偿与民法上机关侵权赔偿的适用之争	(273)
一、引子	(274)
二、《民法通则》第121条:没有剪断的“脐带”	(274)
三、国家赔偿法的性质:公法?私法?还是公私兼备	(280)



6 共和国62年法学论争实录·行政法卷

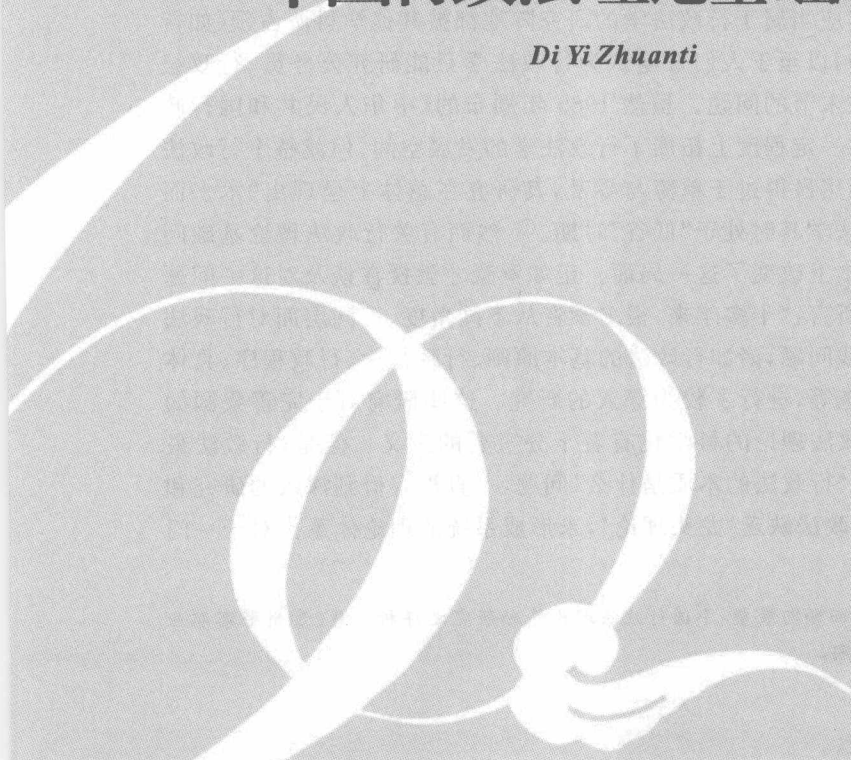
四、否定说:第 121 条已经死亡 .....	(284)
五、肯定说:第 121 条活得很好 .....	(286)
六、折中说:第 121 条的剩余价值 .....	(290)
参考文献 .....	(295)
后记 .....	(297)

# 壹



## 控权、管理抑或平衡： 中国行政法理论基础之争

*Di Yi Zhuanti*





## 一、引子

从1949年中华人民共和国成立到1978年中共十一届三中全会召开的30年期间,可称为是中国行政法学发展的“史前阶段”,这一时期仅有几所学校开设过行政法课程,但也因法律虚无主义思想的影响停止开课,建国30年,行政法学在中国学科分类目录上一直处于空白状态。中国行政法(学)于20世纪70年代末、80年代初复兴,大大激发了学者对这一学科的人文关怀。当时就有应松年教授等学者思考“行政法理论基础”问题,此后,关于该主题的研究,绵延至今,从未断歇。尤其是20世纪90年代初,北京大学罗豪才教授力推“平衡论”学说,犹如巨石激起千层浪,支持者、异议者竞相发表观点,更使行政法理论基础的探讨蔚为壮观。这场被称为是中国行政法学规模最大、参与人数最多的争论源起于对行政法的本质认识与行政法治的启蒙,后来则直接影响着中国行政法学的体系结构、基本原则、方法论以及整个行政法学的研究与发展方向的重要因素。这场争论为中国行政法学研究带来了方法上的创新、开启了学术争鸣;这场争论为中国行政法制建设过程中增加了哲学性的思考,对法律人进行了行政法式的思维训练;这场争论共识的贡献胜于分歧、开放性大于封闭性,为中国行政法学独树一帜奠定了坚实的基础。

中国行政法学是在有关学科的夹缝之中艰难地生长起来的。20世纪80年代初期,许多原本应当属于行政法学的研究阵地都被其他学科所占领(如行政学或经济法学等),以至于人们普遍认为行政法学只能研究公务员、行政组织、政府法制等细枝末节的问题。虽然1989年颁布的《中华人民共和国行政诉讼法》及其实施在一定程度上拓展了行政法学的发展空间,但就整个行政法学理论体系而言,仍然显得过于单薄与零乱,其研究在总体上呈现出“术多而学少”的特征,行政法学其时处于“低谷”时期。<sup>①</sup>然而有关行政法理论基础问题的大讨论则从根本上改变了这一局面。正如罗豪才教授在谈及对这一问题研究的最初起因时所言:“十多年来,很多学者从不同角度、不同层面对行政法学的一些理论与实践问题,诸如行政法的基本原则、行政行为、行政程序、具体行政行为的司法审查等,进行了较为深入的研究。这些研究对于完善我国的行政法学和促进行政法理论的科学化有着十分重要的意义。但是,行政法最基本的理论问题,即‘行政法的本质是什么’问题,一直没有得到深入的研究和圆满的回答,以致行政法缺乏‘龙头理论’,未形成系统的理论体系。对于一门

<sup>①</sup> 参见章志远:《回顾与展望:中国行政法理论基础研究之评析》,载《贵州警察职业学院学报》2004年第3期。