

“十二五”国家重点图书出版规划

◎ 姜明安 著

法治的求索与呐喊

(案析与访谈卷)

中国当代法学家文库

姜明安行政法研究系列

Contemporary Chinese Jurists' Library

“十二五”国家重点图书出版规划

◎ 姜明安 著

法治的求索与呐喊

中国当代法学家文库

(案析与访谈卷)

姜明安行政法研究系列

Contemporary Chinese Jurists' Library

中国人民大学出版社
北京

图书在版编目 (CIP) 数据

法治的求索与呐喊：案析与访谈卷/姜明安著. —北京：中国人民大学出版社，2012.8
(中国当代法学家文库·姜明安行政法研究系列)
ISBN 978-7-300-16256-0

I. ①法… II. ①姜… III. ①行政法学-中国-文集 IV. ①D922.104-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 194553 号

“十二五”国家重点图书出版规划
中国当代法学家文库
姜明安行政法研究系列
法治的求索与呐喊 (案析与访谈卷)
姜明安 著
Fazhi de Qiusuo yu Nahan

出版发行	中国人民大学出版社		
社 址	北京中关村大街 31 号	邮政编码	100080
电 话	010-62511242 (总编室)		010-62511398 (质管部)
	010-82501766 (邮购部)		010-62514148 (门市部)
	010-62515195 (发行公司)		010-62515275 (盗版举报)
网 址	http://www.crup.com.cn http://www.ttrnet.com (人大教研网)		
经 销	新华书店		
印 刷	涿州市星河印刷有限公司		
规 格	170 mm×228 mm 16 开本	版 次	2012 年 8 月第 1 版
印 张	45.75 插页 5	印 次	2012 年 8 月第 1 次印刷
字 数	627 000	定 价	129.00 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

序 言

.....

近十年来，我的很多朋友，特别是我的历届学生，不断建议我将自己从事行政法学教学研究近三十年以来发表的论文、评论、案例评析和媒体访谈录等结集出版，一些出版社也不时向我约稿。但我自己一直在犹豫：我过去发表的那些东西，特别是十多年前、二十多年前发表的那些东西，现在能拿得出手吗？无论是内容，还是形式，那些与纯粹的学术论文、学术评论的规范要求比照，都相去甚远。

然而，最后我还是决定将这些东西拿出来。因为历史是无法改变的，中国行政法和行政法学发展的道路就是这样走过来的。我们这一辈人有责任让下一代和下下一代人知道，中国的行政法、中国的行政法治、中国的行政法学、中国的行政法人、中国的行政法教授是在什么样的基础上起步，经历过什么样的曲折道路才走到今天这个路口的：我上大学前，在农村劳动、在部队当兵，历时十余年，根本不知道法律、法治为何物，更不知道行政法、行政法治为何物。从我上大学直至大学毕业，中国尚没有一部真正称得上是“行政法”的、真正规范行政权运作的行政法律，尚没有一本正式出版的行政法学教科书或专著，没有一篇真正称得上是“行政法学术论文”、符合法学学术论文规范的行政法学术论文。除了在





龚祥瑞教授^①为我们法学 77 级学生开设的《外国宪法》课程里听到过“行政法”这个概念以外，我在整个大学学习期间，从来没有上过任何行政法课程或与行政法相关的课程，如公务员法、国家赔偿法、行政程序法等，从来没有旁听，甚至没有听说过法院审理“民告官”的行政案件（事实上，中国直到 20 世纪 90 年代才正式建立“民告官”的行政诉讼制度）。中国的行政法、中国的行政法治、中国的行政法学就是在这样的基础上起步的，我和我的同行们、中国的行政法人、中国的行政法教授们，对行政法和行政法学的探索就是在这样的基础上起步的。试想，在这样的基础上起步的行政法学研究，你能奢望它能在短时间内形成和产生真正称得上“学术”的学术成果吗？我在上世纪写的那些所谓行政法学“论文”、“评论”，实实在在、真真切切只是一些“摸着石头过河”的东西，实实在在、真真切切只是一些“扯着嗓子喊：国人们，行政法是个好东西，中国需要行政法”（我读国外、境外行政法著述的深切感受）的东西。所以，我的学生们将我的这些东西结成集子，让我为这个集子命名时，我不敢将之命名为“学术文集”，而只是，也只能将之谓为“法治的求索与呐喊”——主要是对行政法的求索与呐喊，对行政法学的求索与呐喊，对行政法治的求索与呐喊。我想，这样命名，比较名实相符。

1982 年，我毕业于北京大学法律系，留校从事行政法教学研究，至今已三十年。不过，我致力于行政法的求索与呐喊却不止三十年。因为我在上大学三年级时，龚祥瑞教授在《外国宪法》课上讲到，在国外、域外，有一种叫“动态宪法”的法，它可以有效控制政府权力的滥用和有效保障公民权利不受公权力的侵犯，这种法谓之“行政法”。自那时起，我就对行政法产生了浓厚的好奇心和兴

^① 龚祥瑞（1911—1996），我国著名宪法与行政法学者，早年留学英、法，1939 年夏，回国受聘西南联大任教，1954 年北大法律系恢复后一直任教于北大，曾任北大法律系国家法教研室主任。“文化大革命”结束恢复高考后，为法律系 77 届法科学生（“文化大革命”结束恢复高考后的第一届法科学生）和之后多届法科学生开设《外国宪法》和《比较宪法》课程，很受学生欢迎。之后，他出版了《比较宪法与行政法》（法律出版社 1995 年第一版）。该书和他的其他著作对中国公法学的发展产生重要影响。晚年，他撰写自传《盲人奥里翁》（北京大学出版社 2011 年第一版），对自己七十余年的学术和法治探索的曲折人生及其心路历程进行了全面的回顾和深刻的剖析。



趣，开始对之求索继而为之呐喊了。

在这三十余年对行政法治进行求索和呐喊的道路上，我主要做了，确切地说，应该说是我主要参与了三件事（因为这些事是许多人做的，我只是参与者之一）：

第一，参与行政法立法，见证中国逐步建立和完善行政法制。

行政法学与行政法制是相互依存的，甚至可以说行政法学是建立在行政法制的基础上的。没有行政法制，不在中国建立行政法制，行政法学不可能在中国生长、发展。我作为中国改革开放后第一代行政法学人，基本使命应是进行行政法学的学科建设，在北大开展行政法学的教学研究。然而要教行政法，研究行政法，首先国家得有行政法，有行政法制。因此，我大学毕业后第一件事是参与创立中国行政法制的工作。1984年，中组部和劳动人事部成立“国家工作人员法”（即“公务员法”）立法小组^①，成员15人，其中学者成员5人，我有幸被邀请作为学者成员（年龄最轻和资历最浅的学者成员，当时我的学术职称仅是助教）参加。该立法小组经过半年时间的努力，终于在数易其稿后起草出“国家工作人员法”（草案）。这个草案为后来国务院出台《国家公务员暂行条例》和全国人大常委会出台《公务员法》打下了坚实的基础。1986年，全国人大法工委组建行政立法研究组^②，成员14人，其中学者成员7人，我又有幸成为这个小组的学者成员（仍然是年龄最轻和资历最浅的学者成员）。这个立法研究组运作近二十年，先后草拟了《行政诉讼法》、《国家赔偿法》、《行政处罚法》、《立法法》、《行政许

① “国家工作人员法”立法小组是我国改革开放后第一个行政法立法小组。该小组由时任中组部副部长的曹志任组长，时任中组部研究室主任刘俊林和时任劳动人事部研究室主任苏玉堂任副组长。该小组的学者成员有：外交学院杨伯华教授、中国人民大学法律系皮纯协教授、中国社科院法学所张焕光研究员、中国社科院政治学所袁岳云研究员，以及笔者。

② 行政立法研究组成立于1986年10月，研究组正式成员有14人，顾问4人。由时任中国政法大学校长江平教授任组长，时任北京大学副校长罗豪才教授和中国政法大学应松年教授任副组长，其余成员有时任全国人大法工委民法室副主任肖峒、国务院法制局研究室主任高帆、最高人民法院行政审判庭庭长黄杰、北京市政府法制局局长张耀宗、中国律师协会秘书长郭阳以及中国人民大学法律系王向明、皮纯协、中国政法大学朱维究、方彦、中国社科院法学所张焕光和笔者。行政立法研究组顾问有时任全国人大法律委员会顾问陶希晋、北京大学宪法学教授龚祥瑞、中国政法大学行政法教授王名扬和中国法学会行政法学研究会会长张尚鸾。





可法》、《行政强制法》等行政法基本法的试拟稿，提交全国人大法工委作为其正式起草相应法律草案的蓝本。除了作为立法研究组成员参与多部行政法律的整体设计和具体条文案拟外，我参与行政法立法工作更多的形式和途径是应全国人大法工委、国务院法制办、国务院有关部委以及北京市法制办的邀请，以学者、专家个人的身份参与对相应法律、行政法规和部门规章、地方政府规章的咨询、论证工作。当然，参与这么多的立法工作，肯定要牺牲我个人大量学术研究的时间、精力，但这种牺牲是我们这一代行政法学人的责任和使命的要求。因为没有行政法制的建立和完善，就不可能有行政法学的兴盛和繁荣。

第二，举办中国高级行政法官培训班，为在中国建立“民告官”的行政诉讼制度培养高素质的行政审判人才。

1989年至1997年，北京大学法学院受最高人民法院委托，连续举办了四期高级行政法官培训班，每期60名学员，学制1年。我当时作为北大法学院行政法教研室主任，负责组织培训班的教学管理，同时承担培训班主要课程的教学。这四期培训班的学员都是全国各地高、中级人民法院选拔的行政审判骨干，是中国第一代行政法官。对他们的培训，对于当时刚刚建立的“民告官”制度能否在中国大地上有效运作和可持续发展具有决定性的作用和意义。因此，我们安排和聘请了大批著名的公法学教授（如肖蔚云教授、龚祥瑞教授、王名扬教授、罗豪才教授、应松年教授等）和实务部门（如全国人大常委会、全国人大法工委、最高人民法院、国务院法制局等）的专家以及国外公法学者为他们授课。同时，我们还组织他们赴全国各地进行调查研究，使他们既掌握扎实的行政法与行政诉讼法的基本理论和基础知识，又了解和掌握中国国情。^① 这些经北大培训的高级行政法官后来都成为了中国行政审判的中坚力量（如最高人民法院行政庭现任庭长

^① 北大高级行政法官培训班除了完成教学任务外，还在教员的指导下，形成了一系列对行政审判有直接指导作用的研究和调研成果，如罗豪才教授主编的《行政审判问题研究》（北京大学出版社1990年版）、《中国司法审查制度》（北京大学出版社1993年版）和笔者主编的《行政诉讼与行政执法的法律适用》（人民法院出版社1995年版）、《中国行政法治发展进程调查报告》（法律出版社1998年版）、《行政案件精析》（中国人民公安大学出版社1990年版）、《行政诉讼案例评析》（中国民主法制出版社1994年版）等。





赵大光，各省市高、中级人民法院行政审判庭庭长和主管行政审判的副院长中的许多人，都有当年高级行政法官培训班学员的学历）。正是因为他们这些行政审判中坚力量的作用，中国行政诉讼制度得以稳步发展和不断完善。

第三，开展行政法教学研究，推进行政法学科建设的发展、繁荣。

学科建设主要有三件大事：一是教材，二是本科教学，三是硕博研究生培养。1982年，我毕业留校任教，分配在法律系宪法教研室。一到教研室报到，我就请求教研室主任肖蔚云、副主任罗豪才安排我教行政法。尽管我上大学时没有上过专门的行政法课，但他们知道我对行政法有浓厚的兴趣，看过不少国外、境外行政法的书，竟欣然同意了我的请求（遇到这样开明的领导真是我人生的幸运）。于是，我用半年时间准备，半年后即上讲台，第三年就将讲义整理成教材交出版社出版。这样，1985年，我个人编写的第一本行政法教材，也是新中国成立以来个人编写的第一本行政法教材——《行政法学》——由山西人民出版社正式出版（在本教材之前，全国仅有司法部教材编辑部组织各地数位学者集体编写的一本《行政法概要》）。^①之后，1986年，我又在北京大学出版社出版了《行政法概论》；1990年，在中国卓越出版公司出版了《行政法与行政诉讼》；1993年，在北京大学出版社出版了《行政诉讼法学》，从而逐步形成了自己的行政法学体系。1999年，我受教育部高等学校法学学科教学指导委员会的委托，主编全国高校法学专业14门核心课程教材之一的《行政法与行政诉讼法》，本教材现已出版第五版，共34次印刷，是目前高校行政法课程使用的主流教材。

至于本科教学和硕博研究生培养，我毕业留校任教时，全国高校大多尚未开设行政法课程，只有少数几个学校开始开设行政法选修课。直到20世纪80年代后期，全国各地高校才陆续将行政法课程作为法律院系的必修课程开设。北京大学法律系自我毕业后即开始开设行政法选修课，1985年后更将行政法作为本科必修课开设，此前，在80年代初期，北大法律系即在宪法专业名下招收行政法研究生（龚祥瑞、肖蔚云教授都在当时招收过行政法硕士研究生），80年代后

^① 《行政法概要》由王珉灿先生主编，法律出版社1983年出版，是我国第一本官方统编的行政法教材。





期，则设立独立的行政法专业（90年代中期以后改为宪法与行政法专业），开始招收行政法专业的硕博研究生。我个人自1991年取得硕导资格，开始招收行政法硕士研究生，自1996年取得博导资格，开始招收行政法博士研究生。至今我共指导过31名硕士研究生，现全部毕业、获得硕士学位；共指导过38名博士研究生，其中32名已毕业、获得博士学位，6名目前尚在读。

综上所述，我毕业留校三十年来，并没有完全潜下心来做学问，大部分时间是在求索和呐喊。这部集子即是笔者求索和呐喊的记录。作为学者，不能向读者奉献出扎扎实实的学术研究精品，出这样的“求索与呐喊集”确实有点不好意思，是一件多少有点尴尬的事。但这也 requests 读者谅解、理解。因为这既有自己主观不努力的原因，也有中国历史的客观原因。

本集子共分三卷：第一卷为论文卷，收集的是自1986年至2010年25年间在各种法学或与法学有关的刊物上发表的论文；第二卷为评论卷，收集的是自1982年至2011年6月近三十年间在各种报纸或刊物上发表的评论或杂谈；第三卷为案析与访谈卷，收集的是自1994年至2011年6月17年间在各种报纸、刊物或网站上发表的案例评析、媒体访谈、笔谈，另外还包括几篇书序。三卷的目录均以发表时间排序。很显然，早期文章较少，21世纪的东西较多。原因是早期写的东西就少，加上那时没有任何名气，发文很难，媒体采访更是罕见。此外，早期有的东西是译作或编译作品，没有收入。

至于收入本集子的论文、评论、杂谈、案例评析、媒体访谈、笔谈等，我都是原文收入，保持原汁原味，未作任何修改和雕饰。不过，读者可能发现，文集收入的部分论文、评论与原刊物上发表的论文、评论在内容上略有差别。这是因为，我的文章投稿后，刊物的编辑会因种种原因对之做若干删节、修饰。我现在收入刊物的文章大多是我的原始稿件（这些原始稿件我一般在刊物发文后一两天内挂在我们中心的网页，即北大公法网上）。由于目前手头事情太多、太忙，我现在没有时间对当时刊物发表的原文或我投稿时的原始稿件再进行修改和雕饰了。我想，这样也好，有利于读者了解历史原貌，了解笔者的学术和非学术思想、观点的发展过程——从幼稚到不太幼稚的过程。原本准备对每篇文章做个题





注，说明一下当时的写作背景和写作目的，解释一下当时“幼稚”的原因，现在看来既没有时间做，也没有必要做了。如果今后这个集子有可能再版并感觉到有必要做时（这种“必要性”可能会随着时间的流逝而逐步显现，因为以后的读者对笔者当年的“幼稚”之作肯定会越来越不理解），我一定要抽时间认真地给每篇文章写个题注。

能出版这个集子，首先要感谢我的学生王贵松、毕洪海、李洪雷三位博士，是他们促成了这个集子的出版并为之付出了很多劳动、很多时间和精力，特别是贵松博士，是他和他的学生用了近半年的时间帮助我收集、整理了我这三十年绝大部分的文章、评论的篇目，并一直督促我抽时间审阅，以促成文集的早日出版。其次应感谢中国人民大学出版社法律出版分社的陈松涛社长和各位编辑，他（她）们多年以来不断与我联系，动员我整理过去的文稿或重新编著在人大出版社出版，还与我签订了出书合同。这次贵松博士将这个三卷本集子交付他（她）们，正是由于编辑们认真负责的工作，才能有现在这个集子呈现在各位读者面前。此外，在本文集出版之际，笔者还要感谢北京大学知名学者、书法家杨辛老先生为本书题写书名。

在诸多朋友的努力下，我的这本《法治的求索与呐喊》的集子终于付梓。如前所述，集子所反映的我过去近三十年的学术或非学术的思想，其中有些观点现在看来是幼稚，甚至是错误的。对此，我恳请读者多多予以批评指正。最后，衷心地感谢读者花费宝贵的时间阅读我的这些旧作。

姜明安

于北京八里庄寓所

2012年3月20日

目 录

1994 年~2000 年

行政程序法：依法行政的保障	3
行政处罚有说法	6
谈法学教育改革	9
市场经济需要加强法治	11
民告官难，难在何处	15
政府承担侵权赔偿责任是法治国家的要求	22
完善行政法制、建立法治国家	28
行政管理：人治到法治的跨越	37
国家赔偿法：现代法治国家的重要标志	40
对政府行为合法性的思考	44
依法行政 民心所向	50
违法必究与侵权必救	54
把错误纠正在“衙门”里	56
改进行政执法 实现依法行政	59
关键在于行政执法机制	62



2001 年

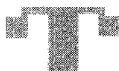
建立权力与权利的缓冲带	69
拓宽公民自治组织的成长空间	74
对刑事赔偿若干问题的意见	77
WTO 与依法行政	82

2002 年

法官办案出错谁赔偿	99
检察院当原告提起民事诉讼合法吗?	103

2003 年

依法行政将上新台阶	111
证据规则法定与自由心证	121
学生伤害事故有“法”可依	124
高校处分权：在合法和侵权之间	126
百部法律构建行政法治大厦	132
行政复议中证据的审核认定	135
拓宽原告资格，扩大公民维护社会公益的诉权	139
姚明诉可口可乐引出法律争议	142
收枪	146
北京有线电视收费涨价没商量	149
漫画辱师应该扣分吗?	152
男女混住该如何看待?	155





加大反腐力度，高检重拳治职务犯罪	159
会见犯罪嫌疑人被拒 律师该咋办？	161
专业“线人”遇害算不算因公殉职？	165
利益平衡：城市规划中必须正视的问题	168
审视信访	171
确认地方性法规无效的常规路径	174
一个判决好多说法	177
“乙肝歧视”：来自宪法的拷问	181
整治地方保护如何进行	185
法律：为盲人点亮行路的明灯 专家会诊“外地盲人免费乘车”案	188

2004 年

医生“走穴”发生医疗事故责任谁担	193
探求比拍卖更合理的配置方式	198
行政案件异地审判：“陈崇冠们”先行一步	201
寄包裹 邮政局何日能让用邮票	203
600 张虎豹皮该不该销毁 最大动物制品走私案震惊全国	206
“红头文件打架”涉及的若干法律问题	210
民告官突围	217
学习宣传宪法 推进依法治国	221
法律该不该支持知假买假	223
依法行政的“三个不仅仅”	228
弘扬宪法精神 推进宪法实施	233
从劣质奶粉事件看依法行政	235
父母偷看儿女日记 单位有权给予行政处分吗？	239
法院取证违宪吗	241





许可法实施要迈九道坎	246
如何防范集体滥用行政权力	250
政府行政管理面临大考	253
杭州市延安路 358 号门牌撤销事件拷问合理行政内涵	258
行政机关不能变相抵制司法判决	260
河马咬人案能否追诉	263
推进职能转变 建设法治政府	268
少女跳水溺亡 谁之过	270
行政执法以保护百姓权益为依归	274
依法行政的三个“不仅仅”	279
依法行政,政府首先必须诚实守信	283
法律在互联网上能管多宽	288
《公务员法》草案修改意见	291
2004 年依法行政亮点	294

2005 年

谁该为假土地使用权证担责	299
评国企改革	302
公正:行政程序法的首要追求	306
行政处罚程序都是外部程序,无内外程序之分	309
行政相对人听证权利评析	312
关于两岸关系和平、稳定、发展的宪政架构思考	315
行政机关“审慎审查义务”评析	317
《治安管理处罚法(草案)》的立法目的与基本原则评析	320
尊重当事人的选择是最大的“善”	324
法律打架了,婚检怎么办?	327





珠海立法禁止电动自行车上路是否合法?	335
“嘉利来案”给予了我们什么教训?	342
善用现有维权资源和完善现行权利保障制度	346
宪政论丛总序	348
聚焦物权法	353
公民请求警察保护权与警察休息权孰重孰轻?	359
上海陈氏姐妹诉上海闵联公司百事股权纠纷案及对上海市国资办第 225 号 批复的评论	363
国家统一司法考试制度评析	367

2006 年

行政立法应加强公众参与和法制监督	375
公民道德、职业道德与法律责任	378
关于“住宅楼内开公司”的两点意见	381
谈南洋教育储备金案	383
“法治政府”论者的知音	386
姜明安接受《法制日报》记者采访意见	388
《法学译丛·公法系列》序言	389
航空公司卖“超售票”的价格行政法分析	392
有效监管：让“欣弗”事件不再重演	395
关于养路费征收合法性的意见	400
《监督法》对完善我国公权力监督机制的作用与不足	401
产业安全与法律监管	405
发展我国旅游事业必须遏制“导游变导购”现象蔓延	408
就山西省方山县全部取缔辖区网吧事件答《人民法院报》记者问	410
就北京市《房屋租赁管理办法（草案）》答《新京报》记者问	414





依法保障公民的知情权、参与权、表达权、监督权是构建和谐社会的

基础工程	420
《行政信赖保护论》序	424
《行政诉讼法》第二版序言	426

2007 年

构建权利、权力的法治化博弈机制是构建和谐社会的前提	433
就《政府信息公开条例》答《新京报》记者问	438
推进政府信息公开，保障公民知情权的实现	442
就《政府信息公开条例》接受《人民法院报》记者的采访	445
就“大连经济技术开发区征用农用地建设公路”相关问题答中央电视台 记者问	447
就公安部即将发布《关于进一步改革户籍管理制度的意见》接受《新京报》 记者的采访	450
政府称没钱，法院便无法执行？	451
姜明安教授就依法反“乙肝歧视”接受《人民日报》记者采访	454
姜明安教授就党校文凭被拒司考案接受《南方周末》记者采访	457

2008 年

银行信用记录有误，客户当如何维权？	463
“红头文件”宜慎用，不能滥用	467
规范冲突与冲突规范	469
姜明安教授就《政府信息公开条例》即将实施的有关问题答《检察日报》 记者问	475
就抗震救灾答《检察日报》、《法制日报》记者问	481



《社会救助法研究》序	485
在“公民论坛”举办的“房屋拆迁和土地征收研讨会”上的发言	488
在“法治中国·难忘一案”全国大型征文活动启动仪式上的发言	492
《经由阳光政府走向法治政府——〈政府信息公开条例〉实施指南》序	495
《法治反腐国际研讨会论文集》序	503
就北京奥运会期间采取的公共治理措施是否可在奥运后继续沿用的问题 答记者问	507
要有效发挥行政复议解决官民争议的功能，首先要解决复议申请难、受 理难的问题	509
反腐败：制定“阳光法案”比强化刑事制裁更重要	511
就孟学农辞职事答《法制周报》记者问	515
就任某电脑下载黄片受罚案答《中国青年报》等报刊记者问	519
《中国法学三十年（1978—2008）》前言	523
官员问责：概念澄清与制度完善	530
就《食品安全法（草案）》修改完善答《人民日报》记者问	535
王名扬教授为中国行政法学和行政法制建设作出了不可磨灭的贡献	537
软法在城市公共治理中的作用（南京研讨会发言提纲）	541
对规范性文件应进行规范，防止其被某些地方或部门领导人作为提高 “政绩”、滥用权力的工具	546

2009 年

就《食品安全法（草案）》的有关问题接受《法制晚报》记者采访录	551
就安监执法“三不罚”接受《中国安全生产报》记者的采访	556
法律没有禁止的事，执掌公权力的人不是都可以做的	558
无证驾驶摩托车受到伤害是否可以认定为工伤的案例分析	561
对河南南阳垃圾封堵商户门事件的评论	568