

跨越国家壁垒的市场竞争，
理性退却的政府管制。

降低政府规制

——经济全球化时代的行政法

于 安/著

DEREGULATION
ADMINISTRATIVE LAW IN THE ECONOMIC GLOBALIZATION

- 中国对反倾销措施的司法审查
- WTO规则与中国政府的义务
- 行政法是中国履行WTO义务的核心法律机制
- 行政规制改革与合同
- 政府活动的合同革命
- 推行BOT投融资模式的政策基础及其法律结构
- 行政诉讼的公益诉讼与客观诉讼问题

法律出版社



西南政法大學 學子學術文庫

降低政府規制

——經濟全球化時代的行政法

DEREGULATION

ADMINISTRATIVE LAW IN THE ECONOMIC GLOBALIZATION

于 安/著



法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

降低政府规制:经济全球化时代的行政法/于安著. —北京:
法律出版社,2003.8
(西南政法大学学子学术文库)
ISBN 7-5036-4409-5

I. 降… II. 于… III. 行政法—中国—文集 IV. D922.104-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 068153 号

法律出版社·中国

责任编辑/吴剑虹

装帧设计/曹铀 胡欣

出版/法律出版社

编辑/法学学术出版中心

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/莱芜市圣龙印务书刊有限责任公司

责任印制/张宇东

开本/A5

印张/12.125 字数/319 千

版本/2003 年 9 月第 1 版

印次/2003 年 9 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法学学术出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939641

传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

客服热线/010-63939792

中法图北京分公司/010-62534456

网址/www.chinalawbook.com

中法图上海公司/021-62071010/1636

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-4409-5/D·4127

定价:25.00 元

西南政法大学学子学术文库编委会

主 任：梁慧星 龙宗智

委 员（以姓氏笔画为序）：

方 向 王卫国 尹 田 江必新

李 林 李连宁 张广兴 张建田

张新宝 张智辉 青 锋 卓泽渊

贺卫方 顾培东 黄松有 夏 勇

梁治平 景汉朝

秘 书 长：方 向 茅院生

总 序

西南政法大学建校至今已历 50 寒暑,中间虽遭遇“文革”之乱,停办近 10 年,但仍有 10 万之众的莘莘学子前后就学于此,歌乐山魂培育浩然正气,嘉陵江水滋养人文精神。10 万毕业生活跃于神州大地,为国家法治大厦之建设添砖加瓦,贡献才智,已形成法律界广受关注的西南法律人群体,造就了西南法律教育与这里的毕业生独特的品格与精神。

在校庆 50 周年到来之际,西南政法大学北京校友联谊会与法律出版社联合推出“西南政法大学学子学术文库”,这是对我们的母校 50 华诞的献礼,是对这所中国法律教育与学术研究重镇所取得成就的一次检阅,同时,我们也希望这 50 部著作能够成为后来者在法学研究和法律教育的道路上继续跋涉的阶梯,此外,还希望通过这些著作,能够向读者昭示西南政法大学的传统与精神。

体现在西南教育过程中以及学子著述里和行为上的品格与精神首先是强烈的忧患意识。忧患意识是中国知识分子的一种生生不息的传统。“士不可以不弘毅,任重而道远。仁以为己任,不亦重乎?死而后已,不亦远乎?”曾参的话最能够表现中国知识人的那种强烈的忧患意识和责任感。不过,近代以降,由于引进了西方的学术与教育制度,知识人有了不同的专业,因此在忧国济世与专业追求之间会有某种紧张关系。但是,对于一种在这个国家的历史上未曾存在过的新专业人士的法律人,他们与其他领域的人相比,在当今的中国注

定要遭遇更多的坎坷。在人民共和国成立之后,法律教育很快就处在受抑制的状态。实际上,20世纪50年代前期如西南政法学院等政法学院的成立与其说是对法律教育发展的起点,不如说是限制法律教育的举措。因为每一所政法学院都是在合并若干所综合性大学法律系的基础上而建立的;政法学院的出现其实大大缩小了中国法律教育的整体规模。比规模更重要的变化是,“政法”这样的概念所预示的法律教育内容与目标与既有传统的断裂。

因此,在政法学院里的人,无论是教师,还是学生,一开始就处在一种压抑的心态之中。我们看当时涉及法律教育的主流话语,完全是排斥法治的。到了20世纪60年代,这种排斥愈演愈烈,终于导致法律教育的完全停滞。教师下放劳动,学校纷纷解散。在这样的情况下,法律界知识分子的忧患真正是刻骨铭心,难以排解。文革浩劫之后,法律教育虽然恢复,法治建设也逐渐提上日程,但是书本上法律理论与社会中的实际状况之间的巨大反差仍然是法律人经常面临的巨大痛苦。尽管位居西南,多少有些“处江湖之远”,但是这种由于专业的特殊性而加剧了的忧患意识却没有须臾少缓,甚至正因为与政治中心距离的遥远而更有所强化。

在法律教育以及法学研究方面,这种忧患意识与理性和开放的精神相结合,形成了西南法律人好学深思、平等讨论的尚智风气和不自盲从、不迷信的学术品格。尤其是复办后的一段时间,校园里面百家争鸣,学术墙报放言无忌,新论叠出,一些观点或论证,今天读来,或不免稚嫩,但是,在当时的舆论环境下,却颇有石破天惊之感。正是这样的校园风气,培育了西南法律人那可贵的怀疑和批判精神。

怀疑和批判不是一种情绪化的表达,而是建立在广阔而深邃的知识积累基础上的理性论证。最初,设置单科型政法学院的目标正是为了培养偏于技术化或工匠型的法科人员;不在一个综合性大学里,学生以及教师的知识视野就必然受到限制,批判精神便无从发育。然而,西南法律人的独特之处在于,他们意识到了这种教育体制的局限性,并且付出极大的努力,力求突破这样的局限性。图书馆里

的手不释卷,山荫道上的玄思妙想,宿舍卧谈中的唇枪舌剑,无不显示出这所专业略嫌单一的大学中的师生们不拘泥于法学一科、寻求超越的努力。这样的追求在我们的毕业生身上已经有多样化的体现:除了那些从事法律教育和法学研究的人们经常在作品中显示出他们多学科的知识修养之外,不少校友进入政坛,或从事着法律之外的业务而且胜任愉快,一些人甚至成为戏剧作家、旅行(作)家、诗人、哲学家。相信随着母校向综合性大学的不断迈进,我们的毕业生在这个特色方面将更加令人瞩目。

对于人而言,50岁已经是“知天命”的年龄。但是,就大学而言,50岁只能说是世界大学之林中的一颗幼树。尽管我们的母校已经形成了一种独特的精神和传统,在人才培养方面也取得了巨大的成就,但是,我们还需要为建设一所伟大的大学而作出艰巨的努力。作为校友,在献礼的同时,我们也表达对母校美好前景的衷心祝福,祝愿母校的优良传统不断发扬光大,祝愿我们的校园永远桃李芬芳,祝愿我们的校友人才辈出,在不断提升母校地位的同时,也为整个国家法治大业的成就作出更多的贡献。

邈邈学府,在蜀山中。孜孜弘道,惟我学子。

《西南政法大学学子学术文库》编委会

2003年8月6日

撷文作礼献母校

——自序

一、全球化主题是礼囊束带

一个行政法学人选出一些文稿结成的这个集子,在其母校西南政法大学 50 年校庆的时候,是想告诉母校、告诉读者些什么呢?为什么将全球化作为论述一个传统国内法部门的主题?又为什么将合同这个偏于一隅的行政法问题提到显眼的位置?

全球化正在造就一个新的行政法时代。行政法是关于政府组织和活动的法律,是解决政府管理合法性正当性的国家制度和一门学问。行政法在经历了 100 多年发展的今天,如果政府组织和活动的权利义务安排要取得和保持其合法性正当性的话,将必须或者说无可选择地要与经济全球化联系起来。

政府存在的理由是为社会谋取福利。如果今天不理睬全球化,政府就不能达到为社会谋取福利的目的。这是当今参与竞争才能发展赢得竞争才能生存的世界经济和政治秩序造成的。关起门来搞经济就发展慢,慢就是落后,落后就要挨打。你要有卖出好价钱有竞争力的产品吗,那么就必须物美价廉。物美价廉的最重要出路,就是最充分地利用全世界的资源。美国人投资的公司,雇用英国的管理人员,使用奥地利人的专利,用新西兰的原料,在东亚诸国家生产制造,这就是当今高品质产品的营商之道。任何渴望成为有经济竞争力的

国家,都无法拒绝这种相互依存求发展的全球化。

参与全球化的条件是改革政府管理制度,降低或者消除政府出于各种目的设置的壁垒。全球化的含义之一,是货物、服务和生产要素跨越国家边境流动是便利的,并且在流动成本上是经济的。如果政府出入境管理上要办理过多的手续,征收过高的关税,人家觉得不方便,经济上不合算,那他就没有必要到你这个国家来投资和经商。他们就可能将钱投资到其他经营管理条件更好的国家去。哪个国家得到了资金和技术,哪个国家发展就会加快,从而获得更高的经济竞争力和享有更高的生活水平。从这个意义上讲,经济竞争首先是管理制度竞争,或者说是行政法的竞争。行政法通过它的原则和制度赋予和评价政府管理决策的正当性。如果将全球化作为行政法价值内涵之一的話,那么与之相背离的行政决定就会被法律所排除,不能产生约束作用。如此说来,从全球化角度研究和促进行政法发展,确是一个好题目。

至于谈到合同与行政法之间的内在联系,那是由于传统行政规制确有失灵所致,也是当今经济和社会发展依靠市场依靠创新所致。什么是传统行政,主要是组织上的科层官僚制,行为上的命令控制。这种东西在某些方面确是治理之道,例如维持治安,边境检查,但是这些只是政府的基础职能。当代政府更为重要的任务是发展经济和科学技术。实现这类目标的行政管理只靠命令和控制是不够的,它需要有更为有效的激励机制和合作机制,需要有协商、竞争和经济回报。合同就是进行这类行政管理的法律工具。对于这方面的事情,需要民事合同和行政合同的结合。这里选出的一些文稿就是讨论这类问题的。

二、母校引路学子行

行政法是现在发展最为蓬勃最能突显学术生命力的法律学科。如果说我今天为以行政法为业而感幸运的话,那么我得感谢母校的指引。

我是毕业留校任教后被分配搞行政法教学的,这是一次分配定

终生的事情。履历表上显示我是从1982年开始当大学教师的。那年大学毕业留校,人事处通知我到当时的“国家与法的理论教研室”工作。“国家与法的理论”据说是从前苏联法学教育中学来的一种说法。记得向人家提起我在学校的这一工作单位时,着实使朋友们大为迷惑。“什么,“国家语法”?国家有“语法”?不懂”。那个教研室负责的课程有法学基础理论、宪法和行政法,是否还有其他的科目,我已经记不起来了。那时我实际上并不明白行政法有什么用,它与我的发展和事业有什么关系。因为那时行政法在法学教育中是选修课,选的人也不踊跃。虽然读大学的时候曾经选修过那门课,但是我显然没有学明白。后来又去兼任学生辅导员、学外语准备出国和考研究生。领导说,考研究生可以,但是只能考行政法,因为缺乏搞行政法的教师。当时只有北京的学校招收行政法专业的研究生,所以1985年我来到北京学行政法。

现在回想起来母校在当时条件下坚持发展行政法学科是有远见的,我也因此受益。后来经过比较我才明白,西南政法学院是1978年恢复法学教育后最先开设行政法学课程和编写教材的少数高等学校之一,那时学校组织强有力的教师来编写教材,并坚持在这一学科培养师资。1988年从北京研究生毕业后,我又回到母校任教,当过行政法教研室的副主任和主任。直到1996年初离开重庆到北京工作。

看来我与行政法有缘,而这种缘分的很多节节段段都与母校有关。

三、温情大度是母校情怀

温情大度是西南的品格和治校之道。

西南大度,她没有那种在琐事上以势压人的气氛,因为西南真正懂得在管理上应当坚持什么。它给教师创造了一个西南式的空前宽松的工作环境,这是我至今不能忘怀但又不能复得的东西。我在西南工作十多年间,虽然工作上和经济上有压力,但是在精神上、在身心上是放松的。没有那么多的责难、提问和检查,没有那种使人窒息

的所谓严格“管理”，没有哪一个负责人可以独断专行而不受到制约。在可支配时间里，即除了必须完成的教学科研任务以外，你可以自由选择做你喜欢做的事情。带上一本书到歌乐山静坐一个上午，或者到瓷器口的嘉陵江边伴着奔涌的江水想你苦思不得其解的问题。也可以坐上17路公共汽车摇上一个小时进城，到解放碑的书店去逛逛。当然还可以去参加各种学术会议或者政府召集的会议，去演讲去讨论。不必准备回答你今天到哪里去是否请假的提问，面对励声厉色的面孔。当然除了你可以读你愿意读的书写你的字以外，你还可以发发牢骚说说笑话而不必担心有人找你麻烦。人有七情六欲，总有不顺的时候，把心里的不快一吐了之，心境也就平和了。这是一所成熟的大学应有的宽容，对自己教师应有的尊重。评价学校的最客观标准是看她培养的学生是否成才。在国家司法界、在法学学术界，在国家需要法律人才的任何领域和地方，难道西南的学生不算是出类拔萃而且人才辈出？西南的治校是值得推崇的！

西南的温情在别的地方是难以寻到的，我对此受益良多，这里说出几件作为致谢吧。大学毕业留校住拥挤的集体宿舍，不免有了再找个写字地方的奢望，哪怕是几个平米能够放下一张桌子一个椅子的陋室。我找到当时管事的行政负责人、读书时的老师一诉原委作一试探。出我意料之外的是，这一愿望竟然不久就实现了。我有了一个小助教本不该得到的独有天地。它并不宽敞，但那是一份寄托着老师让学生学习进步希冀的情谊。后来又有了结婚成家事情。那时新职工成家都安排在校医院楼上的单身宿舍里。那座新楼本不适合于作家庭用房，所以楼上不能生火做饭。不能自己做饭吃，家的温馨就减少很多。早日搬入家庭用房成了新奢望。同样在老师的关照下，我比较快地搬进了能够生火做饭的筒子楼。那时烧蜂窝煤，一点火就满楼的烟雾，还得摇着扇子煽火，到共用水房提水到屋里，然后再将用过的脏水倒回水房的下水道，尽管如此我心里是畅快的满足的。因为得到这一机会，蕴涵了老师的一份深情，一份关照。

我后来到北京读研究生和毕业后又回到西南任教间发生的事,更使我铭记在心。能够到北京读书,首先得到了西南老师的推荐。西南的老师还介绍我认识了北京法学学术界许多学科的前辈。因为有了老师的关照,使我能够在北京渡过非常充实非常愉快和收获良多的三年研究生生活。特别值得一提的是,在我到北京读书的三年间,西南一直为我保留着原来的住房,尽管我的人事关系已经完全离开了西南,学校连房租费都无处可收,尽管学校里的一些年轻同志结婚没有住房以至于只能将家具堆在教研室的屋子里。这使我每次放假回重庆能够有一个地方与我爱人团聚,也使我每次回重庆有回家的感觉,感受到在家的那份温馨。

现在回想起来,几年前决定离开西南的理性成分太少,也许是得到母校宠幸太多的缘故吧。离开西南时学校领导、老师和同学的肺腑之言,那些只有在母校才能得到的关切和嘱咐,经常响起在我的耳畔,特别是你在外倍感孤立无援的时候。说句实话,我到北京工作已经七年有余,但是仍然没有安顿下来的那种归属感。总好像是借一块地方做事情,总是在等着到哪天事情做的差不多了,就可以离开现在的地方回家。在家的那份宁静、那份踏实、那种安全感,只有在西南才享受到。但是现在没有,也不知道以后会不会再有。当然也没有人在乎你有还是没有。那个总不能让你释怀的地方,那些总不能让你忘记的人们,不就是家,不就是母校吗?

母校希望他的学子个个成才为精英,但是它从不歧视失败和失落。你无论遇到什么困难,只要找到学校,找到老师,找到同学,都会得到一份安慰,一份支持,一份鼓励。母校深知社会的广阔和变换,深知广阔和变换中所蕴藏的人生风险,深知一纸文凭不能将学生送到成功的彼岸。学校的宽容大度和师生同学的无比深情,将学校的教育职责延伸至学生的每一个人生驿站。这就是母校,这就是西南。我庆幸自己有一个伟大的母校!

四、循循善诱是育才之本

西南学子的成长受到许多人的注意。当成片秀林之木枝繁叶茂

时,人们冠以“西南现象”褒奖赞叹之。“西南之土”何以滋养了它们?就是那片石头作骨的红岩土吗?就是那座红砖平顶的东山楼吗?人们也许会说出许多,但是我自己感受最深的,是西南法学教育家们恢宏气度中的循循善诱和独特的教学风格。

法学教育是培养正义信念和品格的事业,法学院不是训练工匠的技校;法学学子是甘受社会使命指使的人精,而不是迎奉逐利之徒,他们需要灵气和悟性。法学真谛是在诱导中让学生悟出来的,而不是背公式考出来的。我从没有看见或者感到西南老师以权威使你就范,而是在诱导中让你接受并留给你回味思索的余地,在平凡中显出教育家的风范和风度。我记得许多课程都安排讨论。凡是经过讨论的内容,几乎终身难忘。在东山大楼对面的那座两层红楼教室里,学生们发言和争论;老师坐在前面,安详地听着,不紧不慢地讲着。那份和谐,那份学术,那最好的法学教育。现在那个地方是一座白色的房子,是电教室,可那座红楼哪去了?它,已经融于西南的所有教室中,也跟着我们这些离开母校的学子走向四方。学子在哪,那座红楼就在哪;西南的精神在哪,红楼就在哪!

我曾经到德国的著名学府海德堡大学当访问学者,教师上课的思路和方法,与西南惊人地相似。我在与教授讨论问题的时候,他首先说,拿一张纸来,把思路第一、第二和第三写出来,我们再沿着它往下讨论。他们也这样要求学生,所以外国学生经常将这种条理分明的风格,称之为“海大”之风。在国内何不就是“西南”之风呢?我记得在读本科的时候,有一次听老师在比较几个学校编写的教材,他非常明确地说,教学有特定的规律,层次不分明的议论,不利于培养法学人才。我自己当老师,给学生讲课,或者给干部讲课,按照西南方式总是能够带来成功,这得感谢母校老师的教导和熏陶。

过去离开家去重庆上大学的时候,长辈和友人都说要特别珍惜大学时光。珍惜并不只是因为考上大学不容易,更重要的是大学将影响你的一生。毕业二十年了,得承认这个嘱托和预言道出的是真谛。我想说的是:如果我曾有一份挫折,那是母校给我勇气重新奋

起;如果我有一份成绩,那要归功于母校的培育。让我们用自己的进步向母校道谢,让我们用自己的努力为母校祝福!

西南政法大学 1978 级 3 班学生
清华大学法学院教授 于 安
2003 年 5 月 15 日于北京清华园

目 录

撰文作礼献母校——自序·····	1
------------------	---

· 第一部分 行政法与世界贸易组织法 ·

中国对反倾销措施的司法审查·····	3
加入世贸组织与政府职能转变的法律问题 ·····	21
WTO 法律规则与中国政府的义务 ·····	25
WTO 协定的国内实施问题 ·····	52
行政法是中国履行 WTO 义务的核心法律机制 ·····	69
WTO 协定与我国司法审查制度 ·····	78
WTO《政府采购协定》的几个问题 ·····	86
《政府采购法》与我国的入世义务 ·····	101
WTO 法律规则及其对政府管理的约束 ·····	106
经济全球化问题·····	110

· 第二部分 行政法上的合同 ·

行政规制改革与合同·····	123
政府活动的合同革命	
——读卡罗尔·哈洛和理查德·罗林斯:《法与行政》	
一书“酝酿中的革命”部分 ·····	137
行政合同法初探·····	155

我国政府采购法的合同问题·····	171
我国政府采购法的几个问题·····	184
中国的政府采购及其立法·····	192
我国《政府采购法》解析·····	200
德国新政府采购法·····	256
推行 BOT 投融资模式的政策基础及其法律结构·····	264
BOT 政府特许权工程项目的法律特征·····	271

· 第三部分 行政法与行政诉讼法 ·

试论行政法的平衡论·····	279
读《全球化时代的行政法》·····	289
德国行政许可法述要·····	300
德国行政法上“特别权力关系”的消亡·····	311
美国政府官员行为道德及其法律控制 ——浅说《美国政府道德法》·····	316
《富尔顿报告》与英国文官制度改革·····	321
公共事业单位的法律治理问题·····	326
制定我国《行政复议法》的几个重要问题·····	329
我国行政诉讼法与政府行政管理·····	338
行政诉讼的公益诉讼和客观诉讼问题·····	352
美国联邦侵权赔偿法评介·····	357

第一部分

行政法与世界贸易组织法