

权利保障 与 权力制约

湛中乐 著



法律出版社

权利保障与权力制约

湛中乐 著

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

权利保障与权力制约/湛中乐著. —北京:法律出版社,
2003.8
ISBN 7-5036-4483-4

I. 权… II. 湛… III. 行政法学—文集
IV. D912.1—53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 073169 号

法律出版社·中国

责任编辑/丁 敏

装帧设计/红十月工作室

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/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/A5

印张/14.625 字数/410千

版本/2003年12月第1版

印次/2003年12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/010-63939685 63939689 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 7-5036-4483-4/D·4201 定价:30.00元

前 言

行政法作为公法,其核心问题主要是围绕着“权利与权力的关系”,特别是“行政相对人权利与政府行政权力的关系”而展开的。自近代意义的行政法产生后,权力的分立与制衡,权利的保障与实现,实际上便成为行政法产生、发展的主线。无论是人们的内心观念,还是外化为制度的法律规范,都体现为一种动态的变化与发展。中国自从改革开放以来,国家的政治、经济、文化等各方面都随着社会结构的变迁与发展而发生着巨变,行政法律制度也随之发生了巨大的变化。政府逐渐走下昔日的“神坛”,还自身于“人民的仆从”之本来面目;民众也不再是“沉默的羔羊”,而还自己以“国家主人翁”之主体地位。人们可以针对政府的各种行为进行评判。也就是说,人们对政府的行为有自己的独立认识与判断。当他们“认为”政府的行政行为违法或者是侵犯了自身的合法权益之时,开始运用宪法和法律,为保护自己的合法权益而抗争、奋斗。法律开始成为人们伸张正义的武器,开始成为捍卫自身权益的护身符。法律开始真正融入人们的现实生活之中。

我们所处的时代是一个正在走向权利的时代,也是一个日益彰显权利的时代,权利保障是我们社会法律追求的目标,尽管我们也要遵守法律规定的义务。我们所处的时代是一个更需要对公权力进行规范与制约的时代,是一个呼唤正义与公平的时代,权力制约是我们社会法律追求的另一个重要目标,尽管我们需要通过法律授予行政机关以必要的行政权力,但在授予行政权力的同时,往往也

权利保障与权力制约

界定了行政权力行使的权限范围,设定了行政权力行使的程序规则,并规定了相应的具体职责与法律责任。可见,随着社会的发展,法律文明也不断进步。权利保障与权力制约将成为人类社会发展与法律制度文明中的永恒主题。这也正是我以此作为本书书名的缘由。

我国近十多年来所颁布的法律、法规足可见证这一特点,下面仅举几例以说明之。1989年颁布的行政诉讼法,实际上是对1982年宪法第41条的具体落实与实施。行政诉讼制度的建立,实际上就是中国确立对行政行为司法审查制度的真正开始。其后的行政复议条例(1990年)、行政复议法(1999年)和行政监察法(1997年),是在行政机关内部确立一种自我监督的纠错机制和对行政相对人的权利救济机制。国家公务员暂行条例(1993年)、国家赔偿法(1994年)、行政处罚法(1996年)、立法法(2000年)、行政许可法(2003年)和正在起草中的行政强制法和行政程序法,无不反映着“权利保障”与“权力制约”的现代法精神与价值追求。

我将近些年来已经发表和一些未曾发表的文章编成此文集,算是对以前学术活动的一个小小总结吧。^① 为了保持原貌,所有文章均未作改动。

本书分为六个部分。第一部分“行政法法典化:必要性与可能性”。这里收集的几篇文章主要涉及新世纪行政法研究的新课题。其中我认为最有价值的是探讨未来行政法的法典化问题。虽然行政法的法典化将历经艰难曲折,但是我总以为其并非不能实现。随着各个重要领域的行政法规范日趋完整,那么像荷兰国那样采用新的立法技术,制定统一的《行政法通则》乃至未来的《行政法法典》也是可以实现的。只不过这样的场景出现还需要待以时日。第二部分“行政立法:民主化、科学化、法治化”。这里收集了6篇文章。既有对行政立法的扩张与法律监控的一般性论述,也有对关于

^① 去年作者曾出过一本文集——《法治国家与行政法治》,中国政法大学出版社,2002年版。

学位制度改革、劳动教养制度改革、政府采购立法、道路交通事故责任认定制度完善等具体领域行政立法问题的分析。当然中心是围绕着如何能使行政立法进一步地民主化、科学化和法治化。说其民主化,主要是强调其行政立法的制定过程,如何能最大程度地让公民有效参与立法,如何能使行政立法最大程度地反映民众意愿与要求。说其科学化,主要是强调立法内容的科学性,符合客观规律与客观实际。通过专家咨询与参与等机制确保行政立法的科学性。说其法治化,主要是强调整个行政立法活动都应遵守法治原则和反映法治精神。行政立法活动本应是法治的一个重要环节。第三部分“市场经济与法治行政”。这部分收集了5篇文章,其中有一篇未曾发表过。这几篇文章涉及如何看待市场经济下政府的职能划分,如何改革现有的政府管理模式和管理方式。尤其是中国加入WTO以后,政府在很多领域面临着挑战与考验。其中行政审批制度改革一文便是针对这一情况所做的分析与研究。第四部分“基本国策:生育权利、自由与限制”。作为中国学者我们最能体会到这一话题的敏感性、严肃性和重要性。说其敏感,是因为我们去有关部门调查、了解计划生育领域的现状与存在问题时,很多机关工作人员都讳莫如深,难言真情。在很多人眼中,此问题也很容易同所谓的人权问题相联系,故十分敏感。说其严肃性,它也确实影响着我们的每一个家庭甚至每一个人的权利与自由,不仅影响着我们这几代,还完全可能影响到我们的子孙后代。从小处讲涉及到每个具体的家庭,从大处讲涉及到国家的人口规模、人口发展与经济发展等可持续性发展的问题,故谈起它,我们真的并不轻松,而是十分沉重与严肃。说其重要性,它倒真是涉及个人的权利与自由的限制,涉及基本人权的法律保护问题,绝不可等闲视之。这里的三篇文章本书是首次发表。作者结合参加国家人口与计划生育法的经历与体会,对这一人们常见但法学界又很少介入的领域进行了分析与研究。在“从基本国策到基本法律”和“略论我国的人口与计划生育法”两文中,作者重点阐述了人口与计划生育法的立法背景和立法过程以及立法特点。在“论我国的社会抚养费制度”一文中,作者阐述了社会

权利保障与权力制约

抚养费这一特殊制度的产生与嬗变的历史,探讨了这一制度确立后所面临的主要问题。第五部分“程序法治:程序正义与行政程序”。这里收集了4篇文章,一篇是结合2002年1月铁路客运列车调价听证会对价格听证制度进行了分析。有两篇是关于日本行政程序法的立法背景、立法过程和法律规范内容、特征的分析与阐述。还有一篇是一次国际学术研讨会的综述,该会议的主题是行政程序法的比较研究。编入这几篇文章的目的意在借鉴他国立法经验,期盼着中国行政程序法的早日出台。此所谓他山之石,可以攻玉。第六部分“司法审查:行政诉讼理论与判例研究”。这里收集的11篇文章,都与行政诉讼或司法审查有着一定的联系。尽管我国行政诉讼制度的确立时间不长,人民法院法官行政审判经验也还不很丰富,我们深知,制度的完善还需要一个长期的发展过程,法院法官的经验还需要不断地总结与积累。但是无法否认的事实是最近一些年的行政审判工作也取得了世人瞩目的成绩。在很多领域,在不少的行政案件审理中,行政法官们充分发挥聪明才智,做出了具有重大影响的判决。这些都是值得充分肯定的。第六部分所收集的文章既有对于行政诉讼一般理论问题的论述,又有对于具体个案的分析与研究。我选择了在行政审判领域有较大影响的若干个案,如“海南凯立诉中国证监会案”、“汇丰公司诉哈尔滨市规划局案”、“乔占祥诉铁道部案”、“刘秋海诉北海市某交警大队案”等进行了分析。应该说这些案件都反映了一定的时代特色。实践中像这类判决还很多,只不过是没有什么很好地进行挖掘和分析罢了。它们反映了某一个时期法官们在现行制度下所作的巨大努力。应该说这些判决中的大多数还是充分反映和体现了他们的智慧的,但是个别判决也反映出制度缺失所导致的问题。作者对这些判决予以关注,进行了个案分析与研究。我对这些案例和判决进行分析与研究的主要目的在于,通过分析个案,发现法官在现行制度下作出的具有智慧性的判决对社会产生的良好影响,发现这些理性判决背后所深藏着的一颗炽热和滚烫的心,发现这些判决对于保护当事人的合法权益所起到的重要作用,发现这些判决对完善相关制度所作出的巨大贡献。

前 言

通过对这些案例与判决书的分析,也着眼于探讨如何完善现行的行政诉讼制度。

对于此书的出版,我要感谢那些与我合作的研究者们。他们有的是我的同行和朋友,有的是我所指导过的研究生们,因为本书中的一些文章是我们共同合作的产物;但是对于文章中存在的问题与缺陷,自当由我来承担全部责任。

湛中乐

二〇〇三年中秋于燕园

目 录

前言/1

一、行政法典化:必要性与可能性/1

21 世纪与中国行政法学/3

行政法学研究的新课题/6

新中国行政法学的历史与现状概要/8

制定统一的行政法典既有必要亦有可能

——《荷兰行政法通则》概述/17

论我国当前腐败的成因及其治理方略/45

二、行政立法:民主化、科学化、法治化/55

行政立法之趋向/57

论中国行政立法的扩张与法律监控

——以规章的地位变迁为主要考察对象/60

浅谈我国学位制度的改革与完善/98

劳动教养制度问题探析/101

政府采购基本法律问题探讨/114

道路交通事故责任认定及相关制度的完善/118

三、市场经济与法治行政/121

行政法对于保护公民财产权具有特殊作用/123

权利保障与权力制约

市场经济条件下政府法制建设的若干问题/125

罗斯福“新政”与现代政府干预市场的兴起/128

中国加入 WTO 与行政审批制度改革/146

市场经济下行政合同的崛起/166

四、基本国策:生育权利、自由与限制/171

从基本国策到基本法律

——《中华人民共和国人口与计划生育法》的立法背景与立法过程
评析/173

略论我国的人口与计划生育立法/188

论我国的社会抚养费征收制度/201

五、程序法治:程序正义与行政程序/223

价格听证制度的确立及其实践

——2002年1月铁路客运列车调价听证会透视/225

日本行政程序法立法背景探析/239

日本行政程序法述评/251

他山之石 可以攻玉

——1998年第三届东亚行政法研究会年会暨行政程序法国际
研讨会综述/255

六、司法审查:行政诉讼理论与判例研究/265

法贵实施/267

遵守法定期限 确保司法公正/270

前途光明 道路曲折

——河南省南阳地区行政诉讼法实施效果调查报告/272

证券监管与司法审查

——海南凯立公司诉中国证监会案的法律分析/334

再谈海南凯立公司诉中国证监会案的若干法律问题/360

略论行政法上的比例原则及其司法运用

——汇丰实业发展有限公司诉哈尔滨市规划局案的法律分析/388

政府定价、价格听证与司法审查

——乔占祥诉铁道部“春运”提价行政诉讼案若干法律问题/407

PDA 案件留下的思考:行政行为合法性、司法审查与行政程序
法典/437

行政主体合法是裁量与判断行政行为合法的重要标准/442

刘秋海行政诉讼案引起的几点思考/445

后记/448

一、

行政法法典化：必要性与可能性

21 世纪与中国行政法学*

要展望 21 世纪之中国行政法学(如果可能的话),必先回首 20 世纪中国行政法学之历史发展,了解目前中国行政法学之研究现状,从而把握 21 世纪中国行政法学应当和可能解决的主要问题。从 20 世纪前半叶看,中国行政法学的发展可谓经历了“输入期”、“形成期”与“成长期”三个阶段。早期主要介绍日本、德国、奥地利等欧洲国家的行政法学理论。“五权宪法”颁行后,一批学者结合中国法律制度和行政体制开始研究中国行政法学。即便如此,无论体系还是内容,直接受日本、间接受德国行政法学影响极为深刻。20 世纪下半叶(具体讲是 1949 年新中国成立后),进入了现代中国行政法学历史阶段,其间又经历了初创时期、曲折发展与停滞时期、恢复和发展时期。可以说 20 世纪 80 年代中期以前的现代中国行政法学又深受前苏联行政法学的影响。20 世纪之中国行政法学的形成和发展与中华民族的命运紧密相连。行政法学的真正崛起主要是近 20 年来(或者说是十几年来)的事。对我国目前行政法学的研究现状作一客观评价并非易事。从纵向历史看,自改革开放以来,中国行政法学研究整体已取得了较多的成就,但在研究的广度和深度方面,同先进法治国家的状况相比仍有很大距离。指出此点,是为了正视现实,不至于因有一些成就而固步自封。为缩小与法治先进国家行政法学研究水平的差距,尚需要我国学界同仁的不懈努力。

* 本文是作者出席 1998 年中国行政法学研究会在北京举行的“廿一世纪中国行政法展望”座谈会上的发言。后被收录于《行政法学研究》1998 年第 4 期。

权利保障与权力制约

要展望 21 世纪之中国行政法学前景,实非本人能力所及。觉得有些“坐而论道”之感。21 世纪中国行政法学研究任务十分艰巨、繁重,应当研究的课题甚多,这里只是提出 21 世纪前 10 年或 20 年应当特别注意的几个问题:

1. 21 世纪市场经济社会与行政权力的关系,行政权力的特性与功能的变化,强调秩序行政的同时更多地关注向社会福利国过渡过程中的给付行政。

2. 行政法价值观念研究。注意中国社会民法法治观念的培养与净化,强调控制行政权力滥用,保障基本人权。

3. 深入研究 21 世纪中国行政组织法律体系,如何进一步完善中国公务员制度,在此基础上更好地研究行政主体理论,研究行政职权、行政职责的相互关系,研究国家——行政机关——行政相对人之间的法律关系。

4. 研究行政程序法的功能、价值、原则及其主要制度,研究如何设计、构造中国的行政程序法典,强化行政公开,弘扬行政民主,倡导行政公正。在此基础上尽可能推动完成行政法通则的立法工作。

5. 在行政救济法领域研究如何进一步修改、完善现行的行政复议制度、行政诉讼制度与国家赔偿制度,突出对行政相对人合法权益的切实保障。

6. 研究如何以立法推动中国的民主法治建设进程,以司法审查来促进实现法治的目的。

7. 在拓宽研究领域的同时,深化对行政法各论(或部门行政法)的研究。如通过对经济行政法、警察行政法、税务行政法、环保行政法等相关专业行政法的研究来丰富、充实行政法学的整体内容。

8. 注意行政法学研究方法手段的更新,不断地借鉴与吸纳相关学科的研究成果。

9. 加强比较行政法研究。要在不断借鉴、吸收国外行政法研究成果的同时,形成有自己特色和风格的理论观点和学术思想。既要注意行政法体系的开放性,又要形成特色。

10. 注意加强对大陆地区与台、港、澳地区的行政法比较研究。随着香港、澳门相继回归,祖国统一问题将显得越来越重要、越来越迫

一、行政法法典化:必要性与可能性

切。在统一前后,对四个地区行政法学进行比较研究极为重要。由于各不同地区法律制度、历史背景存在差异,这样一个国家内不同区域之间比较研究将变得十分有意义而且十分有趣。这也许是 21 世纪中国行政法学体系的一个重要特点,即中国行政法学包含着大陆、台湾、香港、澳门四个不同地区的行政法学,它将成为下个世纪国际行政法学研究领域的一朵奇葩。

行政法学研究的新课题*

中国将加入 WTO,中国行政管理规则将面临着重大调整,现有行政立法体制与规则将面临着严峻挑战。从行政法学角度看,法学家们需要关注研究行政立法的公开化、科学化、民主化和规范化,研究如何通过立法来确定和谐统一的市场运行规则,建立有利于经济持续发展的秩序。

国际行政法学、比较行政法学研究将日趋活跃。现代世界异彩纷呈,大陆法系与英美法系国家法律制度各显特色又出现彼此借鉴、相互融合的趋势。各国行政法学家们所作的研究既会与本国的法律制度相联系,又会在一定程度上超越于本国的制度,将视野投向更广阔的世界。可以预见,各种行政法学的理论学说、主张将不断产生。此外,由于国际组织不断涌现,各国政府加入的国际条约、公约和多边条约、协定愈来愈多,那么这种国际法准则与国内法规则的相互影响,亦将成为学者们关注的热点。国际行政法学、比较行政法学将是极富潜力和活力的研究领域。

“一国两制”下中国行政法学体系的构成将成为世界行政法学研究园地的一朵奇葩。对大陆与台湾、香港、澳门地区四个区域行政法学的个别研究和比较研究也将成为新世纪“一国两制三法系四法域”研究的一个新热点。

* 本文是作者应西南政法大学《现代法学》编辑部之约参加的“新千年笔谈——迈向法治新世纪,展望法学大趋势”的发言,曾载于《现代法学》2000年第1期。