

本卷要目

卷首语

【姜明安】

加强对服务型政府建设的理论研究

专题研讨：《行政诉讼法》实施二十周年

【江必新】

论中国行政审判工作之科学发展

【汪庆华】

通过司法的社会控制

【甘文】

风险侵权的行政赔偿责任

【刘飞】

变迁中的德国行政诉讼制度

【彭铮】

变迁中的英国司法审查

【王天华】

日本行政诉讼的构造变革

论文

【翟小波】

公议与人民主权

【熊樟林】

裁量基准的控权逻辑

【徐维】

我国证券市场内幕交易的自我规制

外国法

【达夫妮·巴拉克-埃雷兹 著 胡敏洁 译】

民营化时代的政府行为

【伊丽莎白·麦吉尔 著 安永康 译 宋华琳 校】

行政机关的自我规制

【罗宾·克雷克 约翰·麦克米兰 著 沈晓建 译】

澳大利亚的软法与硬法

研讨与评论

“形式法治与实质法治”研讨会实录

ADMINISTRATIVE LAW REVIEW VOL.13

姜明安/主编
北京大学宪法与行政法研究中心/主

行政法论丛

(2010)

第13卷



法律出版社
LAW PRESS CHINA

第13卷

行政法论丛

(2010)

ADMINISTRATIVE LAW

REVIEW VOL.13

姜明安 / 主编

教育部人文社科重点研究基地
北京大学宪法与行政法研究中心 /



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

行政法论丛. 第13卷 / 姜明安主编. —北京: 法律出版社, 2010. 12

ISBN 978 - 7 - 5118 - 1682 - 5

I. ①行… II. ①姜… III. ①行政法学—文集 IV.
①D912. 101 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 000879 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/易明群

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/学术·对外合作出版分社

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/吕亚莉

开本/A5

印张/21.25 字数/605 千

版本/2011 年 2 月第 1 版

印次/2011 年 2 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

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 1682 - 5 定价: 45.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

【卷首语】

加强对服务型政府建设的理论研究 姜明安(1)

【专题研讨:《行政诉讼法》实施二十周年】

论中国行政审判工作之科学发展 江必新(17)

通过司法的社会控制

——涉诉信访与行政诉讼 汪庆华(33)

错位与回归

——行政起诉审查制度之检讨与重构

..... 张坤世 胡肖华(72)

论行政判决之既判力

——以与民事判决既判力比较为视角 田勇军(109)

风险侵权的行政赔偿责任 甘 文(135)

行政再审程序之改造

——以保障行政诉权为视角 杨晓玲 郝 炜(145)

变迁中的德国行政诉讼制度

——问题、对策与展望 刘 飞(183)

变迁中的英国司法审查

——背景、判例及趋势 彭 鐸(199)

美国行政诉讼制度中的不可审查性原则

..... 林 彦 周维维(236)

日本行政诉讼的构造变革

——以最近“公法上的当事人诉讼”判例为中心

..... 王天华(258)

公务员纪律惩戒及其司法救济:法国经验评析

..... 张 莉(276)

【论文】

公议与人民主权

——公议民主的结构与价值 翟小波(293)

裁量基准的控权逻辑 熊樟林(324)

两岸信息公开豁免案例之比较评析

——以个人隐私和商业秘密之探讨为中心 伏创宇(344)

城市规划法的产生及机制研究

——以德国普鲁士邦为考察对象 李泠烨(377)

我国证券市场内幕交易的自我规制

——一种软法的实证视角 徐 维(406)

暗乘的法律地位及其法律关系探析 袁文峰(416)

【外国法】

民营化时代的政府行为

..... 达夫妮·巴拉克—埃雷兹著 胡敏洁译(429)

普通法、制定法和政治视野下的程序

..... 保罗·克雷格著 李蕊佚译(451)

英国行政裁判所

——新的开始 罗伯特·卡恩沃斯著 吴恩玉译(478)

行政机关的自我规制

..... 伊丽莎白·麦吉尔著 安永康译 宋华琳校(505)

澳大利亚的软法与硬法

..... 罗宾·克雷克 约翰·麦克米兰著 沈晓建译(553)

【研讨与评论】

“形式法治与实质法治”研讨会实录 (581)

部门法研究对中国法理学的可贵贡献

——兼谈如何理解中国法治困境 泮伟江(621)

寻求法治体系的合法性 杨利敏(636)

形式法治与实质法治的分析框架

..... 保罗·克雷格著 王东楠译(643)

新书推介 成协中撰稿(666)

卷首语

加强对服务型政府建设的理论研究

姜明安

为纪念《中华人民共和国行政诉讼法》实施二十周年,总结行诉法实施二十年来我国行政诉讼制度运作的经验,探讨我国行政诉讼运作过程中出现的各种理论问题和实践问题,本卷特设置行政诉讼法研究专题,对中外行政诉讼的法律、制度、制度运作方式和制度运作环境等问题进行专门研究。

行政诉讼的宗旨是保护公民、法人和其他组织的合法权益,维护和监督行政机关依法行政。其目的是建设法治政府和为民服务的政府,即服务型政府。法治政府和服务型政府可以认为是一个硬币的两面:法治政府更强调对政府权力的监督和控制,服务型政府则更强调“权为民所用”,运用政府权力为民服务。但控权的目的仍然是保障为民服务,而保障服务必须控权。因而法治政府和服务型政府是统一的。

为把握行政诉讼的宗旨,明确行政诉讼的目的,正确处理法治政府与服务型政府的关系,我们在展开行政诉讼专题研究之前,有必要先就服务型政府(硬币的另一面)涉及的有关理论问题做一探讨,并以此探讨作为本卷的卷首语。

关于服务型政府建设的相关理论问题,笔者日前曾撰写了一篇专论:《建设服务型政府应正确处理的若干关系》(以下简称《若干关系》),在《北京大学学报》(哲学社会科学版)2010年第6期发表。这里特摘录其中的主要观点,作为引玉之砖抛出,企望能引起本书读者对

这些问题更深入的思考和讨论。

为什么要建设服务型政府?这是关于服务型政府建设的前提理论问题。笔者在《若干关系》一文中提出,我们之所以在当下中国社会转型的时期提出建设服务型政府的目标和任务,主要理由有四:第一,建设服务型政府是推进市场经济发展的需要,同时也是市场经济发展的必然结果。市场经济主要从两个方面提出了对服务型政府的需要:其一,市场竞争要求政府为企业和各种经济组织提供或组织提供各种公共服务。在计划经济时代,企业要承担种种社会职责,如为其职工提供医疗、子女入学、住房、疾病、生育、工伤及养老保险,等等,即企业办社会。而要搞市场经济,让企业参与市场竞争,成为真正的市场主体,政府就必须为企业减负,为企业提供或组织提供各种相应公共服务,为各种市场主体参与市场竞争创造必要的环境和条件。其二,市场经济的运作需要政府解决市场竞争可能产生的各种负面问题,以维持社会稳定和秩序。任何市场经济的运作,无论是资本主义市场经济,还是社会主义市场经济的运作,都会带来正面的效率和效益,但也都可能产生各种负面的社会问题,如企业破产、工人失业、收入不均、贫富分化、物价波动、通货膨胀,以及环境污染、生态失衡等。对此,政府除了对经济和社会实施相应规制外,还必须为公民、法人和其他组织提供各种公共服务,如提供信息服务、提供最低生活保障、提供经济适用房、廉租房,以及提供廉价有效的解纷机制等。否则,社会秩序和社会稳定就无法保障,市场将无法正常运转。

第二,建设服务型政府是推进民主政治发展的需要,同时也是民主政治发展的必然结果。民主政治主要从三个方面提出了对服务型政府的需要:其一,公民权利观念的增强要求政府变“管理者”身份为“服务者”身份。我国在改革开放以前和改革开放初期,由于民主政治不发达,公民权利观念薄弱,政府和政府工作人员行使职权和履行职责均体现出一个“管”字,其处处以“管理者”自居。而随着改革开放的深入和民主政治的发展,公民的权利观念日益增强,政府和政府工作人员行使职权和履行职责不得不逐步放下身段,主动或被动地以“服务者”身份面对相对人。其二,公民纳税人观念的增强对政府形成了为纳税人服务的压力。在计划经济时代,公民很少有私有财产,从而也很少纳税。

那时政府的财政来源主要是国营企业上缴的利润;改革开放以来,公民的私有财产越来越多,各种税收也相应增多,政府的财政来源主要来自公民个人和企业的税收。政府花的钱既然直接出自纳税人之手,其自然就得为纳税人服务,纳税人也自然能理直气壮地要求政府为其服务。其三,公民社会的成长和公民结社权、话语权的加强进一步确立了政府的服务地位。我们在建国后很长一个时期内,不重视民主政治,对公民结社权予以了诸多限制。公民不能根据其各种利益结成社团,从而话语权微弱,社会不能对政府形成强有力的监督。政府过于强势,其服务的动力就不足。近些年来,各种 NGO、NPO 社团组织得以成立,公民社会正在逐步形成,公民的话语权(特别是通过互联网表达)日显强劲,从而构成了促使政府由管制型转变为服务型的一种强大推力。

第三,建设服务型政府是构建法治政府的需要,同时也是法治政府建设的必然结果。法治主要从两个方面提出了对服务型政府的需要:其一,法治的首要要求是人权保障,而人权保障必然要求政府以人为本,以保障公民的权益和增进公民的福祉为其一切工作的宗旨;其二,法治的基本要义是控权,控权必然要求政府减少规制,增进服务,保证权力真正为民所用,为服务公民所用。

第四,建设服务型政府是落实科学发展观,保障经济和社会可持续发展的需要,同时也是落实科学发展观,保障经济和社会可持续发展发展的必然结果。落实科学发展观,保障经济和社会可持续发展对服务型政府的需要主要体现在两个方面:其一,可持续发展要求经济发展与社会发展并重,经济建设与构建和谐社会并重。为此,政府必须特别重视民生,提供公共服务。现代社会,政府如不重视民生,不有效解决民生问题,弱势群体的生存权得不到保障,社会即不可能稳定,从而经济和社会均不可能可持续发展。其二,可持续发展要求经济发展与生态环境的保护并重,为此,政府必须为企业、组织和个人提供相应的信息、技术、标准和其他各种相关服务,促进企业、组织和个人在生产和生活中保护和改善环境、生态。在这方面,单纯的管制、处罚、制裁是不可能完全真正解决问题的,尽管管制、处罚、制裁作为政府保护环境、生态和实现人与自然平衡的手段之一,也是不可完全弃而不用。

建设服务型政府的目标和任务是 2004 年国务院在《全面推进依法

行政实施纲要》中首先提出的。《纲要》指出,为推进依法行政,建设法治政府,各级政府要“进一步转变经济调节和市场监管的方式,切实把政府经济管理职能转到主要为市场主体服务和创造良好发展环境上来。在继续加强经济调节和市场监管职能的同时,完善政府的社会管理和公共服务职能。建立健全各种预警和应急机制,提高政府应对突发事件和风险的能力,妥善处理各种突发事件,维持正常的社会秩序,保护国家、集体和个人利益不受侵犯;完善劳动、就业和社会保障制度;强化公共服务职能和公共服务意识,简化公共服务程序,降低公共服务成本,逐步建立统一、公开、公平、公正的现代公共服务体制”。〔1〕2007年,中共十七大报告更是直接提出了“建设服务型政府”的目标和任务,明确要求各级政府不断推进和深化改革,进一步“健全政府职责体系,完善公共服务体系,推行电子政务,强化社会管理和公共服务”。〔2〕

自《纲要》和十七大报告提出“建设服务型政府”的目标和任务后,全国各地各级政府即开始了建设服务型政府的进程。为了规范政府、政府部门和政府工作人员建设服务型政府的行为,不少地方制定和发布了专门的有关服务型政府建设的规章或规范性文件。〔3〕总结这些年来全国各地建设服务型政府的经验,我们发现,一些地方政府,特别是一些地方政府的领导人,对服务型政府的目标和建设路径,甚至对服务型政府本身的含义,尚存在不少糊涂或错误的认识。这些糊涂和错误的认识在他们发布的各种规范性文件中亦有诸多反映。为了纠正和澄清人们有关服务型政府的各种糊涂和错误的认识,保证

〔1〕 参见国务院:《全面推进依法行政实施纲要》,中国法制出版社2004年版,第8~9页。

〔2〕 胡锦涛:《高举中国特色社会主义伟大旗帜,为夺取全面建设小康社会新胜利而奋斗》,人民出版社2007年版,第32页。

〔3〕 如北京市人民政府《关于深化改革,转变职能,提高效率,进一步建设服务型政府的意见》、吉林省人民政府《关于加强服务型政府机关建设的意见》、武汉市委、市政府《关于加快服务型政府建设的若干意见》、杭州市西湖区人民政府《关于推进服务型政府建设的实施意见》、河南省安阳市委、市政府《关于构建阳光施政机制,加快推进服务型政府建设的意见》、黑龙江省黑河市人民政府《关于推进服务型政府建设的实施意见》、甘肃省白银市人民政府《关于进一步深化政务公开,推进服务型政府建设的工作意见》、成都市青羊区委、区政府《关于深化规范化服务型政府建设的意见》,等等。

服务型政府建设的正确方向,我们有必要对建设服务型政府涉及的相关理论问题进行一些深层次的研究。在《若干关系》一文中,笔者着重对下述四个方面的关系进行了研究:(一)服务型政府与有限政府的关系;(二)服务型政府与公民社会的关系;(三)服务与规制的关系;(四)服务与法治的关系。下面摘要介绍笔者对这些关系的初步分析和简要结论。

一、服务型政府与有限政府的关系

简单说来,服务型政府与有限政府的关系可以这样表述:政府为人民服务是无限的,而政府的机构、编制、职能及行使职能的权力、手段是有限的。

何谓“无限”?“无限”主要体现在两个方面:其一,政府和政府工作人员不是“天使”,^{〔4〕}但其应不断向“天使”转化和向“天使”接近,其向“天使”转化和接近的过程是无限的。这里的所谓“天使”,是指没有个人利益,只具“公心”和为民服务理念及服务本领的公职人员。人民建立政府,目的在于为自己提供公共服务。而这种为公众提供公共服务的政府和政府公职人员,本应是只具“公心”和为民服务理念及服务本领的“天使”,但在现实生活中,我们的政府工作人员却都是父母所生的“私人”,由“私”的人去履行“公”的职责,其矛盾和冲突即不可避免。服务型政府就是要通过制度和教育,使其工作人员的“私”尽量不影响履行职责的“公”,以消除二者的矛盾和冲突。但这个过程是无限的,制度和教育只能使公职人员日益向“天使”转化和向“天使”接近,却永远不可能使公职人员完全变成“天使”。其二,公民的物质和精神需求的增长是无止境的,无限的:从追求温饱到追求小康,再到追求快乐与尊严,从而政府满足公民的需求是无限的,从“楼上楼下,电灯电话”,“耕田不用牛,点灯不用油”到“学有所教、劳有所得、病有所医、老

〔4〕 美国宪政学家詹姆斯·麦迪逊在《联邦党人文集》中指出:“如果人人都是天使,就不需要政府了。如果是天使统治人,就不需要对政府有任何外来的或内在的控制了”。(参见[美]汉密尔顿等:《联邦党人文集》,程逢如等译,商务印书馆1980年版,第264页)。

有所养、住有所居”。〔5〕服务型政府就是要通过政策和善治,不断去满足公民的需求。当然,这个“满足”的过程是无限的,人们已有的需求满足了,新的需求又会产生。

何谓“有限”?是指政府的机构、编制、职能及行使职能的权力、手段的“有限”。政府的机构、编制、职能及行使职能的权力、手段为什么要“有限”?理由有四:其一,人民的政府应减轻人民的负担,故政府必须“有限”;其二,因为政府公职人员既是“公”的,又是“私”的,政府职能、权力“无限”必然会导致滥用和以权谋私,从而必须“有限”;其三,政府有限是效率的要求:“一个和尚挑水吃,两个和尚抬水吃,三个和尚没水吃”,不是人越多,政府越大,服务越多越好,大政府提供的服务可能更少更差;其四,政府的根本职能是服务,但政府无权垄断服务。

“服务型政府”与“有限政府”本来是统一的:服务型政府是为人民服务的政府,政府为民服务就应该精简机构、转变职能,减少人民的负担,不干预或少干预人民的私人事务,不干预或少干预人民的自由。但是我们如果对“服务型政府”缺乏正确的认识,以为“服务型政府”就是政府要把所有公共服务职能包下来,由政府作为社会保障、社会救济、公共交通、邮电、殡葬、保险,以及医疗、托儿所、幼儿园等所有“公共物品”的唯一提供者,不许民间染指。〔6〕如果这样,那实质是与民争利,而不是建设服务型政府。对于很多社会事务和公共服务,完全可以放手由民间去做,民间也有能力和有意愿做。国外的经验证明,适当由民间承担社会事务和提供公共服务的做法是成功的。小平同志很早就说过,“我们的各级领导机关,都管了很多不该管、管不好、管不了的事,这些事只要有一定的规章,放在下面,放在企业、事业、社会单位,让他

〔5〕 胡锦涛:《高举中国特色社会主义伟大旗帜,为夺取全面建设小康社会新胜利而奋斗》,人民出版社2007年版,第37页。

〔6〕 在《邮电法》修订过程中,政府邮政管理部门和社会各界曾就邮政服务不应由国有邮政企业垄断,是否允许民营快递存在和运作,如允许它们存在和运作,它们经营的业务是否应限制不涉足500克或250克或100克以下的邮件(最后确定同城50克以下,异地100克以下,但实践中并未严格执行)一类问题争论达数年之久,殡葬服务业是否允许民营同样存在广泛和长时期的争论。

们真正按民主集中制自行处理,本来可以很好办”。〔7〕因此,只有民间做不了或不愿做的社会事务和公共服务,才应由政府直接提供。建设服务型政府,最重要的是应解决为人民服务的理念问题,保障政府的行为一切从人民的利益出发。公共服务能由民间提供的,政府即不要插手,更不能垄断。当然,对民间从事的公共服务,政府应加以指导、规制、监管,包括制定标准和进行监督检查;对于某些公益事业,政府还应予以财政资助,以防止公益事业举办者向相对人收费过高。对于某些必须由政府直接提供的公共服务,政府则应完全以服务人民为目的,而不能以营利为目的,即使收费,也应以工本费为限。行政管理体制改革的历史经验证明,服务型政府如果不以有限政府加以限制,其服务必然异化。

“服务型政府”相对于传统的“管制型政府”而言,是一种完全新型的政府。二者有着根本的区别:在管理理念上,服务型政府是以人为本,以追求公民的最大福祉为宗旨,管制型政府是以权为本,以追求政权稳固和社会、经济有序、有效运作的秩序为宗旨;在管理职能上,服务型政府以向公民、社会提供服务(公共物品)或组织提供服务为基本内容,管制型政府以规制公民行为,监控社会、经济主体活动为基本内容;在管理方式上,服务型政府以公民参与、公民合作以及说服、指导、协商等为基本方式,管制型政府以命令、审批、许可、强制、处罚为基本手段。〔8〕“服务型政府”与“管制型政府”的上述区别,管理理念的区别应该说是最重要的,管理理念决定管理职能的内容和管理方式的形式。不过,就“服务型政府”与“管制型政府”的外在区别而言,管理职能和管理方式乃是二者区别的最明显标志,因为管理理念是内在的,它必须通过管理职能和管理方式体现。所以,我们判断一个政府是“服务型政府”还是“管制型政府”,首先要看该政府管理职能的内容和管理方式的形式,最重要的是看管理职能的内容。

〔7〕 参见《邓小平文选》,人民出版社1994年版,第328页。

〔8〕 关于管制型政府状态下作为行政主体的政府与作为行政相对人的公民、法人和其他组织的关系,参见[苏联]瓦西林科夫:《苏维埃行政法总论》,姜明安等译,北京大学出版社1985年版,第3页;王珉灿:《行政法概要》,法律出版社1983年版,第5~6页。

政府应有哪些管理职能?人民创立政府,究竟需要政府干什么?不同时代的学者和政治家曾有各种不同的观点和主张,有人认为政府的功能应限于或主要只是提供安全和秩序,保护公民和平的生活和免受他人的侵犯,行政相对人私人的事应尽量少管或不管;^[9]有人则认为,政府除了提供安全和秩序外,其最重要的功能应是提供公共服务,如交通、邮政、电力、自来水、煤气等,政府对行政相对人提供的服务越多越好。^[10]

对于政府应该干什么、管什么,新中国成立以后的历届人民政府对此亦曾有过很多探索,但走过很多弯路。上世纪六七十年代,当时党和国家的最高领导人认为政府主要职能是领导人民搞阶级斗争,“阶级斗争,一抓就灵”;到八十年代改革开放以后,党和国家第二代领导人认为政府主要职能是领导人民搞经济建设,“发展是硬道理”,提高GDP是最重要的任务;上世纪末本世纪初以来,党和国家新一代领导人的认识又有所发展,开始认为政府主要职能是经济调节、市场监管、社会管理和公共服务;^[11]近年来则进一步修正为:在加强和改善经济调节、市场监管的同时,更加注重社会管理和公共服务,维护社会公正和社会秩序,促进基本公共服务均等化。^[12]显然,这是一个认识不断深化,不断校正的过程,今天我们进行服务型政府建设无疑应根据对“政府应该干什么、管什么”的这种经过大量试错而校正的认识,进一

[9] 古典自由主义学者认为,政府相当于一个“守夜人”的角色,其功能仅限于保护公民免遭暴力、偷窃、欺骗之害,并强制实行契约等。他们提倡所谓“最弱意义的国家”、“管事最少的国家”、“最低限度的国家,即除了保护性功能之外再无其他功能的国家”(参见[法]莫里斯·奥里乌:《行政法与公法精要》,龚觅译,辽海出版社、春风文艺出版社1999年版,第4~6页;[美]罗伯特·诺齐克:《无政府、国家与乌托邦》,何怀宏等译,中国社会科学出版社1991年版,第35页)。

[10] 狄骥认为,19世纪下半叶以后,政府的功能已由战争、治安与司法向公共服务转化,政府必须使用它们所拥有的力量服务于公众需要和公民的生活需求(如邮政、铁路、交通、照明等),公共服务是现代国家的基础(参见[法]莱昂·狄骥:《公法的变迁,法律与国家》,郑戈、冷静译,辽海出版社、春风文艺出版社1999年版,第12~13页)。

[11] 国务院:《全面推进依法行政实施纲要》,中国法制出版社2004年版,第5页。

[12] 温家宝:《在第十一届全国人民代表大会第一次会议上的政府工作报告》,载《人民日报》2008年3月20日。

步调节和转变政府的职能。

二、服务型政府与公民社会的关系

服务型政府与公民社会的关系可以这样表述:公民社会是服务型政府的基础,服务型政府是公民社会的条件。

公民社会即社会共同体,是相对于国家共同体而言,其通过各种自治组织而非政府对社会进行治理和提供“公共物品”。我国目前公民社会的组织形式主要有社会团体(工、青、妇等)、行业组织(律协、注协、医协等)、基层群众自治性组织(村委会、居委会等)、其他 NGO、NPO(如促进政务公开、司法改革、弱势群体权益保障、环境生态保护的各种组织)。

公民社会是服务型政府的基础。公民社会不同于臣民社会,臣民社会是专制型政府或管制型政府的基础,因为臣民没有主体意识,没有权利意识,他们不要求当家做主,而只希望有一个“好”的统治者对社会提供威权统治。而公民社会则不一样,公民是有主人翁地位和主体意识的人,他们通过选举产生政府和通过税收维持政府,即在于让政府为他们提供服务。公民社会的成长必然导致管制型政府向服务型政府转型。

服务型政府则是公民社会的条件。公民社会的发育、生长必须以服务型政府建设为基本条件,管制型政府必然限制 NGO、NPO 的发展,阻碍公民社会的成长。^[13] 服务型政府与公民社会是合作的关系, NGO、NPO 协作政府实现其职能、目标,政府自然也就鼓励和促进 NGO、NPO(如志愿者组织)的发展。

我们在前面讨论“服务型政府与有限政府的关系”时,即明确了两个问题:其一,服务型政府不同于管制型政府,后者的职能主要是管制,

[13] 我国现行《社团登记条例》(第九、十一条)仍限制社团的发展:公民成立社团,必须要找—个“婆婆”(业务主管单位)担保,出具批准文件,方可获得民政管理部门的登记。不要说目前很多“社会人”没有“婆婆”(单位),就是有“婆婆”(单位)的公民,“婆婆”(单位)为避免承担责任,很多也不愿意给想成立社团的公民担保和出具批准书。因此,我国公民社会的成长还存在诸多障碍。

而前者的职能主要是服务;其二,公共服务是服务型政府的基本职能,但政府不是公共服务的唯一提供者。前一问题是解决政府做什么、管什么的问题,后一问题是解决政府职能与民间、与社会的界限问题。该问题(后一问题)是与公民社会紧密联系的。在公民社会不发达的时代,在传统的行政管理体制下,政府是公共事务的唯一的或几乎唯一的主体,是公共物品唯一的或几乎唯一的提供者。人们几乎把政府与公权力等同,很少有人想象政府之外还有其他公权力——社会公权力——的存在。^[14] 在计划经济时代,虽然也有工、青、妇和数量很少的协会、商会和其他社会组织存在,但它们基本依附于政府,很少能独立行使管理社会公共事务的职能。^[15] 但是,随着市场经济的发展,各种行业协会和商会开始大量出现。人们逐步认识到,社会公共事务并非只有政府能够管理,社会同样可以具有管理公共事务的功能。公权力不一定都必须由国家、政府垄断,广义的公权力除了国家公权力以外,还包括国际公权力和社会公权力。如 NGO、NPO 等各种社会组织、团体。有些社会公共事务,由 NGO、NPO 等社会组织、团体管理可能比政府管理更好,更有效。因为社会公权力组织处在其成员的直接参与和直接监督之下,较少可能滋生官僚主义和腐败。正因为如此。我们确定的政府与社会关系的改革方向应该是政府职能更多地向社会转移。许多行政管理领域的公共物品,虽然必须由公权力组织提供,但不一定非要由政府提供,完全可以由民间的社会组织、团体提供。

2003 年十届全国人大四次会议通过的《行政许可法》明确规定,凡是行业组织或者中介组织能够自律管理的事项,法律可以不设行政许可,政府应逐步从这些领域退出。^[16] 十一届全国人大一次会议的《政府工作报告》也明确指出,要重视发挥行业协会、商会和其他社会组织

[14] 关于“社会公权力”的理论,参见姜明安:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社、高等教育出版社 2007 年版,第 138~148 页。

[15] 关于中国公民社会组织的历史发展情况,可参阅王建芹:《第三种力量——中国后市场经济论》,中国政法大学出版社 2003 年版,第 163~240 页。

[16] 参见《中华人民共和国行政许可法》第 13 条第(三)项。

的作用,促进公民社会的成长。^[17]然而,在我们现行的行政管理体制下,许多事项、许多领域还是政府管得太多,社会公权力组织自律管理的范围太小、太窄。因此,建设服务型政府下一步进程应加快发展 NGO、NPO,推进政府公权力向社会转移的速度。应该明确,建设服务型政府与促进公民社会的成长是相辅相成的:只有在服务型政府的条件下,公民社会才能茁壮成长;同时,也只有公民社会的成长、发达,服务型政府才能真正建成和正常运作。

三、服务与规制的关系

服务与规制的关系可以这样表述:从理念和本质上讲,规制是手段,服务是目的;从“公共物品”提供的方式上讲,规制与服务都是政府的职能。

规制(Regulation)是指公权力主体对社会、市场和相对人活动的规范、调节、监管和控制。规制的主要形式和手段有:审批与许可、限制相对人准入资格、税收、利率、价格控制、强制披露信息、设定环境、质量标准、监督检查、行政处罚、行政强制等。

服务型政府之所以允许规制存在,其正当性理由主要有五:其一,防止过度竞争、垄断;其二,保证产品安全和价格合理;其三,保障交易公平,防止欺诈;其四,保护消费者,防止和避免对消费者人身权、财产权的侵权;其五,加强生产经营者的责任和保障社会和谐。^[18]

很显然,服务型政府的主要职能是公共服务,但公共服务却不是服务型政府的唯一职能,尽管服务型政府所做的一切,其最终目的是为民服务。《全面推进依法行政实施纲要》将政府职能归结为“经济调节、市场监管、社会管理和公共服务”四项。^[19]可见,除了“公共服务”的职能以外,服务型政府还有其他职能,这些其他职能可以统称为“规

[17] 温家宝:《在第十一届全国人民代表大会第一次会议上的政府工作报告》,载《人民日报》2008年3月20日。

[18] 参见[英]安东尼·奥格斯:《规制:法律形式与经济学理论》,骆梅英、苏苗罕译,中国人民大学出版社2008年版,第1~77页;[美]肯尼思·F.沃伦:《政治体制中的行政法》,王丛虎等译,中国人民大学出版社2005年版,第128~142页。

[19] 国务院:《全面推进依法行政实施纲要》,中国法制出版社2004年版,第5页。