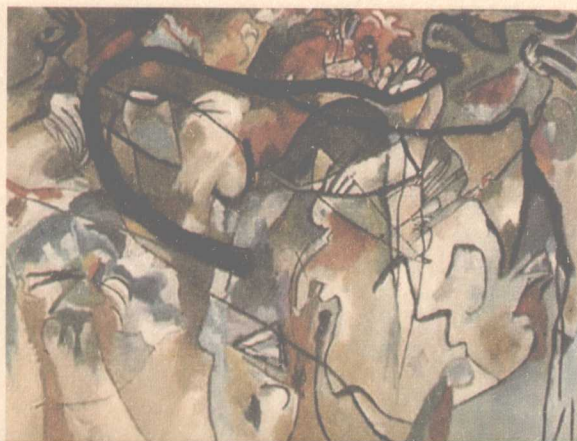


当代博士生
导师思辨集
粹书系 (第7辑)

肖金明 著

公法之途

山东友谊出版社



公法之基

肖金明 著

山东友谊出版社



图书在版编目 (CIP) 数据

公法之途 / 肖金明著. — 济南: 山东友谊出版社,
2009. 3

(当代博士生导师思辨集粹书系. 第7辑)

ISBN 978-7-80737-484-8

I. 公… II. 肖… III. 公法—文集 IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 029912 号

主 管: 山东出版集团

集团网址: www.sdpress.com.cn

出版发行: 山东友谊出版社

地 址: 济南市胜利大街39号 **邮政编码:** 250001

电 话: 总编室 (0531) 82098756 82098142

发行部 (0531) 82098035 (传真)

印 刷: 山东人民印刷厂

版 次: 2009 年 4 月第 1 版

印 次: 2009 年 4 月第 1 次印刷

规 格: 150mm×228mm

印 张: 20

插 页: 2

字 数: 252千字

定 价: 28.00元

(如印装质量有问题, 请与出版社总编室联系调换)

博士生导师是我国当代学术界的一批精英，他们之中的佼佼者，以其丰富的人生经历、严谨求实的治学态度和天赋才能，静守书斋，破读典籍，“焚膏油以继晷，独兀兀而穷年”，在各自从事的领域里卓有建树，其造诣渐臻纯青，在学坛颇有影响，甚至名及海外。但是，他们的成就却少为普通读者所知晓。所以，让高雅的学术走出殿堂，甚为必要。然而，博士生导师的专著和大块文章，多以思辨的深刻、逻辑的严密和旁征博引而著显，难为一般读者所理解。随着生活节奏的加快，便捷自由的阅读渐成时尚，让学者的思想、智慧与读者的需求近距离链接，成为我们策划本书系的初衷。与其他学术著作不同的是，本书系多由博士生导师们将自己几十年的文章、专著予以检索，把其中那些虽时过境迁但仍有思想洞见、亦富辞采的文字截取而成。这些文字经过了岁月的淘洗，实乃石中之玉、川底之珠。所截取的文字有章节、有片段、有三五语句，重新编排，再成系列。其长者如随笔，短者如小札，如散文诗、箴言录。……读者随意翻读，必有启示心智、陶冶性情之益。

这是本书系的第七辑。

目 录

上篇 政治社会与法治发展

中国法治建设基本经验	3
改革开放 30 年中国法治进程	9
政治文明的研究基调	14
政党政治、人权与社会法治、法学教育	
——解读中国法治的完整内涵	19
政党与法制	29
政党关系模式与政治统治形式	
——政党制度的内涵	35
影响政党功能的若干因素分析	38
民主立法的多重含义	42
政治体制中的适度司法	45
人代会“联合提名”现象原因分析	49
地方人大代表的角色冲突与协同	
——组织观念与代表意识	51
克服地方立法的行政化倾向	54
地方人大监督制度的完善与发展	57
个案监督的适度与规范	61
SARS 危机对人类的挑战	65
另一类法制：紧急状态法制	77

底线人权与紧急权力	
——紧急状态中的权力（权利）关系	81
构建和完善非常法制体系	89
城市治理的法治维度	94
民主、和谐、平安……生态的城市	
——良好城市治理的基本内涵	97
治理权改造与权力和权利关系变革	
——建构良好城市治理体系	99
公平正义、公共信用与公法观念	103
秩序、效率和廉政	
——经济发展法治环境要素分析	108
物质、精神、制度并用：反腐败的片想	112
社会变迁中的中国法治建设	116

中篇 公共法治与权利保障

矫枉不必过正	
——权利本位的错位	125
权力与权利及其相互关系	130
政治发展与公民权利	135
社会建设与社会权利	138
生态文明与代际人权	142
财产权制度及其意义	145
财产权的宪法保障	148
财产权的行政法保护	152
舆论权性质的多重分析	156
全面认识诉权	162
人民参与司法的权利与意义	170

人权的谱系与行政法治的使命	172
行政程序性权利的含义	180
行政程序性权利的价值	183
行政程序性权利体系	188
行政相关人概念的意义	194
行政相关人的含义	
——反思行政法律关系理论的局限性	198
解读“以当事人为本”理念的基本内涵	203
矫治回归一体化工程与人文主义	209

下篇 法治政府的理念与实践

法治政府的基本逻辑	215
弱化与强化、分化与转化	
——市场经济与政府权力重构	218
合法行政与合理行政	
——行政法基本原则的反思	223
行政合理性原则的内蕴	226
效率与公平：政府行政的倾向	232
部门主义对法治的危害	237
通过法治统一政府	242
“阳光政府”的意义及其构建	249
政府责任与责任政府	257
政策、判例：行政法的渊源	265
中国入世与放松政府管制	268
加入世界贸易组织与行政公开	272
中国入世与司法审查制度	276

法律主义、平等主义与人权主义	
——关于行政征收的基本原则	281
税政法治的基本内涵	285
通过立法控制行政裁量权	291
交涉性、多边关系：执法方式的民主化变革	296
政府行政执法“司法化”	300
政府执法人性化	305
全面法治观与新世纪政府法治走向	307
 博导档案	 312
后记	313

上篇

政治社会与法治发展

中国法治建设基本经验

回顾半个多世纪特别是改革开放30年来中国法治的实践历程，中国法治建设既有经验又有教训。总结和概括中国法治建设的基本经验，探讨和遵循法治发展规律，对推进法治进程，促进中国法治持续发展具有十分重大的意义。

经验之一，法治应当成为现代政治生活的基本方式，成为保障人权和促进民主的基本战略。从新中国成立开始的民主法制初创时期，到21世纪开创法治文明新纪元，从新中国成立初期“依法办事”的社会主义法制要求，到新世纪具有政治文明意义的“依法治国”方略，半个多世纪尤其是改革开放30年来，法治、宪政逐步成为国家政治生活的基本要素，与其关联的自由、平等、人权甚至分权等理念，深刻影响和促进了民主立法、依法行政和公正司法，对规范国家权力和保障人权产生了实际意义。坚持法治与人权的统一，实现依法治国和保障人权的有机结合，已经成为中国法治发展的强烈倾向和难以逆转的趋势之一。法治既要保障人权，又要促进民主。深刻理解和遵从法治与政治关系规律，进一步强化政治生活的法治特征，实施依法治国战略，推进政治文明进程，必须高度重视民主与法治、宪政的相互关系，重申、完善和发展“民主是前提、法制是保障”的观点，确立和实践依法治国与民主政治的现实逻辑，进一步奠定法治的民主基础，促进民主与法治相辅相成、相得益彰。

经验之二，法治建设应当以“全面权利观”为基础，以权利、义务、责任关联的权利文化与制度为支撑。人权作为科学发展观、以人为本理念与法治的关联点，已经根深蒂固地扎根于法治之中，成为良好法治的灵魂。人权理念已经成为指导和支配法治建设的重要思想力量，权利思想正在

逐步融入社会主流意识形态,构成法治的文化基础和精神内涵。在不断推进的法治进程中,在进一步强调权利对于人的发展的价值和人权作为法治基本内涵的重要意义的同时,需要发展人们对权利内涵及其与法治关系的全面认识。任何一类法治都存在两端,一端关系着权利,另外一端关联着法律义务、公民责任。只有强化公民的家庭、社会和政治责任意识与义务观念,才能形成正确的“全面权利观”,改造法治的文化思想土壤,维护法治的持续发展。前联邦德国总理施密特认为,如果不坚持权利和义务的双重原则,就没有哪种民主制度、哪种开放社会可以长期维持下去——这种双重原则适用于每一个人。按照这样的逻辑,如果不能实践全面权利观,放任责任、义务观念过分缺失,任由权利无度泛化和权利要求过度泛滥,就会使偏颇的权利文化销蚀权利的本质和价值,从而丧失法治持续发展的可能性。

经验之三,政党与民主、民主与法治的关系规律决定了政党政治必须贯彻法治精神和宪政原则。政党、政党政治并非与法治相反的事物或者当然的对立物,它们与法治并不必然排斥。不能人为地将政党制度、执政模式、执政能力等政党政治问题与法治割裂开来,而应着力塑造政党政治的法治特征和宪政形象,使政党内部治理、政党关系、执政方式等贯彻法治原则和宪政思维。政治文明是党的领导、人民当家做主和依法治国的有机统一。坚持和改善党的领导,既关系到民主又关系到法治,是社会主义民主政治的根本保障,是推行宪政与法治和建设法治国家的根本需要。适应民主政治发展和领导国家的需要,执政党必须改善执政能力结构,提高民主能力和法治能力。就民主能力来讲,如何建立执政党广泛和稳定的社会基础,尤其是在稳定传统社会基础的同时,构建包括代表先进生产力发展水平和代表先进文化进步方向的社会力量在内的多元社会基础,成为加强和完善党的领导、法治能力的重大课题;就法治能力而言,执政党必须将政治活动自律在宪法与法律范围之内,强化执政党的宪政意识和法治思维,实现党的领导与国家政权制度的结合,尊重和支持中国特色的分权制度,在人民代表大会制度的基础上有效履行权力统合功能。在中国特色分权体制下实

现党对国家政权的全面领导,既可以反映中国政治国情,也符合政党执政规律。

经验之四,实现人民代表大会的渐进转型,逐步完善和发展人民代表大会制度。改革开放30年来,民主法治建设促使政府管理趋向于法治(法治政府),政法工作趋同于法治(司法公正),与上述两个方面相比较,人民代表大会制度建设仍然是中国政治法治化的薄弱环节。根据宪政原理和法治规律,除改进政党执政参政方式外,应当进一步加强人民代表大会建设和完善人民代表大会制度,强化人民代表大会制度涵括的政治选举、民意(代表)机关、权力机关的逻辑关系,使政治选举成为民意机关的逻辑基础,使民意机关成为权力机关的逻辑前提;应当重构人大与政府的政治关系,逐步消除人民代表大会的行政倾向,强化人民代表大会的代议特征,进一步突出人大的权力机关性质和地位,加大人大立法权、人事任免权、重大问题决定权和监督权的权重,加强和保障人大对政府的直接和实际的权威。随着人民代表大会制度的完善和发展,人民代表大会作为民意机关将会成为中国特色政党政治的舞台,人民代表大会作为权力机关将会逐步成为真正的政治中心和政权中心,人民代表大会制度也因此真正成为国家的根本政治制度。

经验之五,正确认识法治、法治国家和法治政府的关系,全面推进依法行政,建设法治政府,夯实法治国家的基础。改革开放30年来,政府法治已经形成了稳定的发展方向,政府行政理念越来越倾向于以人为本,贯彻人文主义精神;政府法治精神重在规范政府权力,保障公民权利和维护社会自由空间;政府法治内涵包括依法行政、程序法治、参与行政、责任法治、司法审查等。继续推进法治政府建设进程,首要的问题是确立法治政府指标体系,明确民主、有限、适度、统一、开放、信用、服务等指标的内涵,将政府职能转变、行政方式变革、政府与社会关系模式转型同有限政府、适度政府、开放政府、服务政府、责任政府等法治政府指标关联起来,有效推进法治政府建设进程;法治政府建设的根本问题是根据法治原理在各类社会政治关系、国家权力关系和权利与权力关系中为政府定位,按照法

治政府指标要求,促使政府承认立法权威,接受司法审查,尊重社会自治,与社会建立分界和互动;法治政府建设的关键问题是贯彻科学发展观,推动法治持续发展。按照法治政府指标要求,检视和改良法治行政的弱项,加强政府决策法治化、政府组织法治化和政府财政法治化。

经验之六,推进司法改革,建立公正、高效和权威的司法体制,促进司法公正,是完善法治的重要和关键环节。改革开放30年来,政府法治进步的重要标志之一是确立了“民告官”制度。20世纪90年代开始运行的行政诉讼制度具有通过诉讼解决特定纠纷的意义,同时也产生了行政权与司法权关系制度化、法治化的良好效应。近二十年来,由行政诉讼法确立的司法审查制度不断改变着政府凌驾于司法之上的局面,加强了司法权对行政权的制约,对推动政府依法行政、推进政府法治发挥了不可替代的作用。以行政诉讼法的颁布实施为标志,近二十年来中国法治建设基本上遵从着限制和规范行政权力、保障公民权利和社会自由的精神主调。同样是基于保障权利和规范权力的原理和法治持续发展的需要,中国行政与司法的关系需要做出新的调整和界定,应当强化以协调与合作为内涵的行政与司法的建设性关系。创新法治机制,建立与“民告官”相对应的“官告民”制度,使权力制约与权力协作相结合,形成行政与司法协同和“官民”互动的良好行政局面,这对于推进中国法治无疑具有重要现实意义。

经验之七,人民是民主与法治的根本力量,人民参与立法、行政和司法,以直接民主补充和辅成代议民主,公民参与成为民主政治的重要侧面和法治的重要特征。改革开放30年来,中国法治促进了个体由义务主体、守法主体到权利主体、法治主体转变,使民主与法治的关系不断加深,并不断增强法治的人民性。法治的人民性不仅意味着人民利益、公众利益、个人权益成为民主法治的主要出发点,还意味着个体、公众之于法治的主体性。从权利的本质出发,个体应当成为公共生活的主体,社会进步的中心(密尔语),构成民主的要素、法治发展的主体力量。法治应当健全、完善公民权利,支持和保障个人和公众通过参与公共生活发现和展示其政治主体性和社会主体地位。作为人民权利的民主,应当具备“为了人民、

依靠人民、属于人民”的完整意义,尤其应该被看做是政府与社会之间的一种持续互动的过程,与这种持续互动过程相伴随的是公民权利的完善和发展,是个人和公众通过行使知情权、表达权、参与权、监督权等政治权利而在各种层面上适度地参与公共政策的制定和实施,参与民主立法、公共行政、人民陪审、社区矫正等。毫无疑问,这样的民主需要相应的法治相匹配,需要法治提供有效保障。

经验之八,法治既要关注民主,又要关注民生,既要促进政治发展,又要促进社会建设。法治应平衡“相对自由主义”价值观与“适度福利主义”价值观,立足于为公民自由和社会自治而限权,为公民福利和人民福祉而问责。这是法治贯彻科学发展观,促使自身持续发展的重要保障。在注重传统自由权利的同时,必须扩展权利外延,丰富权利概念,赋予社会权利以制度意义和实践价值。在增强公民知情权、自由选举、结社自由、表达权等民主政治权利的现实性的同时,应当促进法治的民生意蕴,关照受教育权、劳动(工作)权、社会保障权、健康权、安全权、环境权等基本人权需要。上述权利在美国被列入“第二权利法案”,在欧洲被视为“规划的权利”,是关于国家政治与政府目标和社会与民众期望的重要声明,它们的现实性有赖于进一步的立法活动、政府预算、行政措施以及与此相关的法治发展。根据法治的基本逻辑和一般规律,为自由权、政治权利的法治需要坚持遵循限权原则,约束政府以防侵权和干预,而为受益权、社会权利的法治则需要坚持实践问责原则,促使政府积极行权履责,推进服务行政、给付行政,为实现社会权利和人民福祉负责。为公民自由和社会自治而限权,为社会福利和人民福祉而问责,应构成中国法治的双重特征。

经验之九,法治是人类共同的经验和财富,自由、平等、人权是人类共同的价值观,尊重和借鉴国外法治文化和法律制度,吸取国外法治经验,是改革开放的要求,是以开放姿态面向世界法治经验的表现。尽管法治起源于英、美等西方国家,发达于欧美国度,但法治实践是世界性的。即使在西方世界,法治模式也呈现出多样性。存在历史文化差异的世界各国创造了多样化的政治制度,包括不同形态的法治,这符合事物发展的一般规

律,多样性也是人类社会法治进步的主要表现之一。政治领域的改革开放应当是全面的,法治上的全面开放要求在关注欧美法治历史经验的同时,应当考察和借鉴非西方国家法治建设的经验和教训。无论是经验还是教训,无论拉美国家还是中国周边发展中国家,都对中国法治建设具有不可替代的借鉴意义。另外,同样重要的是,政治发展和法治建设应当逐步认同国际社会的价值观和方法论。在社会发展、环境保护、法治和人权等若干问题上,国际社会在20世纪的后50年积累了丰富的经验,关于尊重和保障人权,关于社会可持续发展,关于生态环境保护,关于与上述领域密切相关的国际公约、联合宣言和共同行动,对发展中国家、社会转型国家的政治改革、社会发展和法治进步都具有重要的指导意义。

经验之十,法治建设必须立足于中国国情,中国特色法治应当和能够成为世界法治的重要组成部分。法治是一个由历史到现在并走向未来的过程,世界法治的不同部分存在共性,比如法治与民主、人权与法治、自由与平等,这是具有广泛意义的法治命题,反映了法治事物和现象的内在规律和本质特征。世界法治不同部分的多元表现,不同的表现形式和发展道路,同样是法治产生、变化与发展的基本规律和重要特征。中国法治需要一个中国过程,因而必然具有中国特征。《中国的民主政治建设》白皮书认为,各国的民主是由内部生成的,而不是由外力强加的。法治与民主一样,一国的法治总是由一国的国情和社会制度决定并与其相适应。依法治国,建设社会主义法治国家,是中国人民的主张、理念,也是中国人民的实践。坚持党的领导、人民当家做主和依法治国有机统一,坚持以人为本,弘扬法治精神,树立民主法治、自由平等、公平正义理念,建立和完善中国特色社会主义法律体系,全面实施依法行政,深化司法体制改革,完善权力制约和监督机制,保障公民的合法权益,维护社会和谐稳定,这是《中国的法治建设》白皮书表述的中国特色社会主义法治建设的基本内容。完整把握中国法治的内涵,探寻中国法治发展规律,必须立足于中国法治的完整体系以及历史与现实的宏大背景。

改革开放30年 中国法治进程

中华人民共和国国务院办公厅2008年2月发表《中国的法治建设》白皮书。《中国的法治建设》白皮书在“建设社会主义法治国家的历史回顾”中提及中华法系作为世界独树一帜的法系对人类法制文明的重要贡献，以及百年前开始的通过移植近代西方国家法治模式变法图强的中国梦想。白皮书认为，1949年中华人民共和国的建立开启了中国法治建设的新纪元。根据白皮书的叙述，回顾中国半个多世纪法治的历史发展，可以认为，中国法治建设呈现出曲折性的进程。

改革开放之前的近三十年的时间，民主法制有起有伏，从确立了一个较高的起点到最终跌入低谷。概括地讲，中国法治建设有经验，但更多的是教训。1949年新政权是以民主法制为基础，通过政治协商并以共同纲领为基础而建立的。为进一步增强政权的合法性，1954年制定宪法，并通过选举建立人民代表大会。1954年宪法以及随后制定的有关法律，规定了国家的政治制度、经济制度和公民的权利与自由，规范了国家机关的组织和职权，确立了国家法制的基本原则，初步奠定了中国法治建设的基础。新中国政权组织建设和经济社会事务管理基本上做到依法进行。在党的八大上，董必武代表中央提出一切国家机关，不仅是公检法司，包括经济文化管理机关，都应当依法办事。所谓依法办事，就是要做到有法可依和有法必依。但随着1956年底的反右运动，整个国家政权转向，工作重心由经济建设转移到思想战线和意识形态领域，包括“文化大革命”十年动乱在内的近二十年的时间，整个国家和社会基本处于法律虚无主义状态，特别是“文化大革命”十年，几乎所有的政治实体，包括党委、人大、公检法，都