

“中国地方法制研究与开发研究基地”项目书系 中国地方法制研究中心书系



中国当代公法研究文丛

ANALYSIS OF CONTEMPORARY CHINESE PUBLIC LAW

迈向和谐行政法

*Toward a Harmonious
Administrative Law*

王学辉 / 著



中国政法大学出版社

中国政法大学图书馆藏 政法类 法学理论类 行政法类

中国政法大学图书馆藏 政法类 法学理论类 行政法类

边沁和渐行渐近法

边沁和渐行渐近法
边沁和渐行渐近法
边沁和渐行渐近法

边沁和渐行渐近法

中国政法大学图书馆藏 政法类 法学理论类 行政法类

“中国地方法制研究与开发研究基地”项目书系 中国地方法制研究中心书系



中国当代公法研究文丛

ANALYSIS OF CONTEMPORARY CHINESE PUBLIC LAW

迈向和谐行政法

*Toward a Harmonious
Administrative Law*

王学辉 / 著



中国政法大学出版社

2012 · 北京

图书在版编目 (CIP) 数据

迈向和谐行政法 / 王学辉著. — 北京: 中国政法大学出版社, 2012. 11
ISBN 978-7-5620-4553-3

I. ①迈… II. ①王… III. ①行政法-研究-中国 IV. ①D922. 104

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第261512号

书 名 迈向和谐行政法 MAIXIANG HEXIE XINGZHENGFA
出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)
北京100088信箱8034分箱 邮政编码100088
邮箱 zhengfadch@126.com
http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010) 58908586(编辑室) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)
承 印 固安华明印刷厂
规 格 720mm×960mm 16开本 33.125印张 540千字
版 本 2012年12月第1版 2012年12月第1次印刷
书 号 ISBN 978-7-5620-4553-3/D·4513
定 价 88.00元

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。

总 序

不少学者断言, 21 世纪是公法的时代, 我不知道这种判断是否妥帖, 但讨论公法的问题在近几年的确变成了某种学术时尚, 而对当代公法问题的研究显然属于其中的焦点。择主要者就有: 罗豪才先生主持的“公法名著译丛”、“行政法论丛”、“现代行政法论著丛书”; 梁治平君主持的“宪政译丛”; 贺卫方教授主持的“司法文丛”; 夏勇君主持的《公法》; 谢晖教授主持的“公法研究”; 张树义教授主持的“公法论丛”; 陈兴良教授主持的“刑事法评论”。等等。各文丛该有所侧重, 一部部重头的著作, 使得中国法学的学术一时间似乎进入了“公法时代”, 这一切当然令吾辈欢欣鼓舞。

众所周知, 公法与私法的划分最早可以追溯到古罗马。古罗马法学家乌尔比安首先提出: “公法是关于罗马帝国的法律, 私法是关于个人利益的法律。”查士丁尼对这一经典性的定义加以肯定: “法律学习分为两部分, 即公法与私法。公法涉及罗马帝国的政体, 私法涉及个人利益。”罗马法学家这种关于法的部门的划分对后世产生了极大的影响, 这种划分在法律技术方面使立法获得了无与伦比的清晰度。作为古代世界最完善、最发达的法律体系, 公法、私法分立的理念及其制度安排可以说是罗马法对后世法律制度最重要的贡献。按德国学者梅迪库斯在其《德国民法总论》中的说法, 当今各国对整个法律材料所做的一个根本性的划分几乎无一例外地就是将法律分为公法和私法。可以说, 公法与私法的区分是当今整个法律制度基本的分类, 当然也是首要的分类。宪法、刑法、行政法、国际法为公法, 民法, 广义上包括商法、劳动法和其他民事特别法为私法。我以为公、私法的划分乃是人类社会文明发展的重大成果。德国著名学者基尔克断言, 公法和私法的区别是现代整个法秩序的基础, 日本学者美浓部达吉也认为, 公法和私法的区分是现代法的基本原则。

相当长的一段时间, 由于受到前苏联的影响, 我国法学界对划分公法、私法的问题大多持否定或回避的态度。至少在我读大学的那个年代, 就不接受这种划分。主要原因是列宁 1922 年说过的一段话: “目前正在制定新的民

法。……我们不承认任何‘私人的’东西，在我们看来，经济领域中的一切都属于公法范围，而不是什么私人的东西。”（《列宁全集》第36卷，第587页）现在看来，这种认识受到了单一的公有制和计划经济思想的影响。改革开放以来，人们的思想解放，特别是市场经济体制确立后，许多法律问题突出出来：市场经济的法律基础是什么？国家宏观调控属于什么性质的法律规范？建立社会主义市场经济法律体系究竟应以什么作为基本结构？如何规范公权力？法治政府该如何实现？法治政体又该如何架构？等等。在此情况下，公私法之分重新摆上了法学论坛。时至今日，公法和私法的划分传统为当今各国普遍接受并被视为立法科学中的常识。这种划分传统是立法实践的历史的产物，也是立法实践的历史的选择。

但在我的视域所及，当下的公法是不发达的，与我们正在进行着的宏业不相匹配。自由、平等、正义、民主、秩序、效率这些大词，不仅没有认真地解构，更没有好好地实践，我们为人类公法思想的宝库并没有作出多大的贡献。中国正在努力担负大国的责任，正在跨越“百年民族悲情”年代，而“思在历史，心在当下”正是公法学人应有的担当。为此，我宪法与行政法学科提出“阅读经典，关注现实”的学科发展思路，并在法律出版社和中国政法大学出版社的支持下公开出版了两套丛书——“中国近代公法丛书”和“中国当代公法研究文丛”。经典是人类思想的结晶，是伟大思想家给人类留下的一座座思想“富矿”。牛顿把自己在科学领域的成就归于站在巨人的肩膀上，我们也可以站在前人经典之作的肩膀上。通过阅读文化经典或者经典解讀，从而提升我们自己的人文素养。素质不是知识，是仁义礼智，是孟子的四心，即：是非之心、羞恶之心、恻隐之心、辞让之心。深入经典，学术才有宽厚坚实的基础。而关注现实，学术才有正确的指向。体悟生活，思想才能打动人心。有生命的思想是需要讨论的，而思想争论是一个民族、一个国家走向成熟的标志，不管是左还是右，抑或是新还是旧。我们欣赏也期待带有强烈中国问题意识的公法思想表达。公法思想是人类法学思想的精华，也是精神标杆，它高居于人类法学思想的金字塔尖，如果它缺失了，就是人类法学思想高度的缺失。

西南政法大学宪法与行政法学科于1992年经国务院学位委员会批准获得硕士学位授予权，属于全国较早一批设立硕士学位授予点的法学二级学科。本学科于1996年被确定为校级重点学科，2000年被重庆市确定为省部级重点

学科，2004年被批准为博士学位授权点，2005年开始单独招收博士研究生，2009年开始招收博士后研究人员，是重庆市“十五”和“十一五”重点学科。学校历来重视宪法与行政法学科点的建设，在王连昌教授、贺善征教授、郑传咸教授、姚登魁教授、文正邦教授等老一辈学者的创建、经营、带动和培养下，薪火相传，生生不息。经过多年的辛勤劳作，本学科点造就了一批优秀的教学科研人才，并持续保有一支具有探索精神的学术梯队，在中国近代公法制度、行政法基础理论、行政程序法、比较行政诉讼法等领域做出了自己的贡献，形成了自己的专业特色。

目前我宪法与行政法学科下设有两个校级研究中心，一个是“人大与宪政制度研究中心”，另一个是“中国地方法制研究中心”。

“中国地方法制研究中心”成立于1994年7月，是一个以公法制度为主要研究领域的学术机构，中心成员以西南政法大学宪法和行政法两个教研室的教师为主，并邀请了国内外部分公法学家加盟，中心首任主任是新中国行政法学的创始人之一的王连昌先生。成立十多年来，中心倡导对于公法制度进行跨学科、多角度的综合研究。强调学术研究与司法实践之间的对话与互动，力求通过中心的研究成果及学术活动推动公法研究领域的学术繁荣，这套“中国当代公法研究文丛”正是展现中心研究成果及国内外公法制度研究成果的窗口。2009年3月12日，中心申报了中央与地方共建项目——“地方法制研究与开发研究基地”并于同年9月获得批准。“中国当代公法研究文丛”的出版获得了中心及该项目的大力支持。该“公法研究文丛”是一个持续性的园地，入选作者以西南政法大学宪法与行政法学科为主，同时也欢迎国内外公法学界符合中心学术旨趣和成果标准的优秀成果，本文丛的宗旨和学术理念是“用真方法、解真问题、求真作品、做真学问”。

其实，生命的个体往往渺小，而思想则能直达苍穹。我们都是从原点出发去感悟着属于自己的人生。一本书，一个傍晚、一杯清茶，或窗前或树下，随着书页刷刷翻过的声音，享受着那属于自己的流淌的生命，此为人生最为高远的快意。

唯愿此文丛于我国公法之建设，有所贡献！

是为序。

王学辉

2012年11月4日于重庆渝北回兴

自序

这本小书是我十年来思考“我们究竟需要一个什么样子的行政法（学）”的一些心得体会。本书中的主题和论点基本上是在回答这个问题。

我是1982年考入西南政法学院才与法学结缘的，1986年与龙宗智、马贵翔、刘澜平一道师从廖俊常先生和王洪俊先生研习诉讼法。研究方向被先生定为行政诉讼和律师制度。1989年研究生毕业时我国行政诉讼法典还没有正式生效施行，在那个以法典为主要言说对象的年代，可想而知当时我研习行政诉讼法的水平有多“高”，以至于毕业论文勉强写了一个“律师应如何参加诉讼活动”方面的论题。研究生三年基本上是不务专业的，与刘铁君一道时常躲到重庆灯泡厂的茶铺，花五毛钱买杯四川花茶泡上一天，倒是看了些小说和其他社会科学方面的书，以至于一直对国家与法的理论、法社会学兴趣盎然，养成了比较喜欢思考基本理论问题的习惯，这对日后从事的行政法学研究有了些许的帮助。1995年以前的生活基本上也是东一榔头西一棒子，而没有找准自己的学术方向。在改革开放大潮的猛烈冲击下，在一片“下海”声中基本上失去了定力而在亦教亦商之间游走不定。1996年以来自己确定了三个研究方向：行政法学基础理论、行政程序法和比较行政诉讼制度。十多年来除了一些应急之作外，基本上是围绕这三个方向在努力着。但中国行政法（学）应当是一个什么样子的的问题一直是我挥之不去也解不开的心结，从未间断思考这个问题。在完成于1999年的《行政程序法精要》（群众出版社）一书中，我用了一定篇幅来讨论“社会转型时期行政法学的新视野”。不过，当时我所关心的与其说是这个问题本身，不如说是一些更大或者更根本的问题。比如，市场经济条件下当代中国的行政法学应当是一个什么样子的，中国行政法学的自主性在哪里，是什么理论支撑了中国行政法学的存在和发展，如何塑造中国行政法学的基本品格，等等。当初，我在探究这些问题的时候基本上是从行政法学的基础理论这个视角展开的，也受到当时行政法学界研究基础理论问题热的影响。加之缺少一个描述自己观点的理论平台，这或多

或少阻碍了我对中国行政法学自主性的全面体认。

自我研习行政法学以来，中国行政法学的结构体系和根本制度没有多大的变化，基本上是西方化的，为什么要西方化？我国自然科学不如西方是应当学习西方的，作为以人的社会关系为主要分析对象的社会科学是否有全面借鉴的必要，如何才能有自己的东西？或者说，中国自己的行政法学应当长成什么样子？经济学家们常说的“最优”，在中国行政法学上该如何体现？在我看来，好的制度是能够不断与变化着的人的素质相适应的制度。外国的某个制度或许“好”，搬到中国来后往往蜕变为“坏”的制度而不得不被废除。原因就在于西方的制度不适合中国人的特征和素质。我们本土的东西，比如调解制度，在西方方法学家看来是“用理性难以解释”的，但它却很管用。这正如当下我们必须思考为什么要“能动司法”？为什么又要“大调解”一样。我认为“能动司法”和“大调解”是值得肯定的，哪怕它并不符合西方对司法的“经典”定义，但它回应了中国的问题，是从中国社会中生长起来的，是我们自己的东西。西方的宪政与行政法制度是西方文化传统内生的，是根植于西方文化土壤之中而由其历史长期衍生的一种复杂形态。体现着西方法治文明的基本价值准则，蕴含着西方社会对人与社会、人与国家关系的理解，以及对诸如民主、自由、平等价值的体认。而中国有其自身源远流长的文化传统，有其一以贯之的人文追求，有其累世所积的人生智慧。正如孟氏所言，各国均有自己的“法的精神”。“法律应该和国家的自然状态有关系；和寒、热、温的气候有关系；和土地的质量、形势与面积有关系；和农、猎、牧各种人民的生活方式有关系。法律应该和政制所能容忍的自由程度有关系；和居民的宗教、性癖、财富、人口、贸易、风俗、习惯相适应。”^{〔1〕}我在此将要追寻的是，建基于中国的“法的精神”之上的中国行政法（学）的自主性是如何体现的？我们究竟需要建立一个什么样子的行政法（学）？基于对这个行政法学根本命题的追问，我开始了对中国行政法（学）存在根基和研究领域的反思。

1998年，中国最高学科评定委员会给法学学科划定了14门主干课程，原本是两门课的行政法学和行政诉讼法学被合二为一，成为了“行政法与行政诉讼法学”。司法部法学教材编审委员会再次组织了全国高等政法院校法学主干课程教材的编写工作，五所政法院校各派了一位老师参加，我有幸代表西

〔1〕〔法〕孟德斯鸠：《论法的精神》（上册），张雁深译，商务印书馆1982年版，第7页。

南政法参加了《行政法与行政诉讼法》一书的编写。在编写会上,我提出了四点建议:一是书中应当增加行政法学的基础理论一章。二是应当对市场经济条件下行政法学的基本概念(支撑性概念)的内涵和外延加以专章研究。三是书名应当改成《行政法学》,但行政诉讼内容应当包含其中。四是行政法学一书的结构应当改变,传统行政法学基本上是行政组织法、行政行为法、行政责任法三大块,这基本上是源于西方——德国行政法学鼻祖奥托·梅耶创立的德国行政法学体系。而我认为应当分为行政实体法、行政程序法、行政救济法三大块。自认为合理的建议却最终没有被采纳,一时兴起想退出编写工作,但思考再三,五所政法院校参加的统编教材如果没有西南政法参加似乎不太合适,也不好给学校交待。这也激发了我要把自己的想法表达出来的欲望。回来后与好友谭宗泽商量,与其合作完成了《新编行政法学》一书。该书于2001年8月由重庆出版社出版。基本上实现了我自己的愿望:设专章讨论了行政法学的基础理论问题,专章讨论了行政法学基本概念的内涵和外延,结构上弱化了各种具体行政行为,加重了行政救济制度的比例。这样的改变得到了应松年先生的理解和宽容。^[1]与此同时,中国检察出版社与西政协议出版一套“教育部全国高等法学教育指导委员会审定”的法学教材,我有幸主编《行政法学》一书。在书中我再次表达了自己对行政法学的学科体系和名称的看法^[2]。比较妥当的认识是:行政法学科名称应当保持不变(即《行政法学》),而不应当是现行“法学主干课程”中所确定的名称——《行政法与行政诉讼法》,只不过行政法学科的体系应当包括三大部分内容:行政

[1] 应松年教授在给此书写的序言中明确表达了自己的看法:“作者此作,正是颇具匠心的新作。行政诉讼在一般的行政法教材中,常仅为一大章。但本书使之成为与行政法学上编几成对称的下编,大大扩充了行政诉讼的篇幅,将行政救济放在了极为重要的位置上,这是符合行政法发展规律的;在行政法学中,作者专章讨论了行政法学的基本概念,特别注意从市场经济的角度来作新的认识,很有见地。‘行政法的解释与适用’,迄今尚未在所有行政法学著作中见到,纯属作者创新,但无疑极具现实意义;行政法学基础理论问题,近年来多见诸报刊,作者在本书中设专章作客观介绍,有助于扩大充实学习者的知识面。与一般著作不同的是,对于行政行为问题,不像一般教材那样所占篇幅较大,有的甚至占全书的一半,本书没有对行政行为展开论述,而是仅设一章。总之,本书在许多问题上作出了不同的处理。其作出上述选择,赞誉者有之,当然也会有不同意见。但探索、创新,永远是学科发展的基础,论争、批评始终是学术繁荣的推动力。行政法学的发展,正有待年轻学人的肩承和促进,我为作者的思考、创新精神而高兴。”

[2] 王学辉主编:《行政法学》,中国检察出版社2002年版,“引言”。

实体法、行政程序法、行政救济法^[1]。这种分类应当是反映出了行政法学科本身的质的规定性。行政实体法的研究以行政、行政权、行政主体、行政行为、行政决定和行政责任为支撑性的概念,研究行政法的基础理论、基本原理和根本制度。行政程序法的研究以行政、行政权、行政行为、行政过程、程序民主、程序正义、行政公正、行政公开、行政效率为支撑性概念,研究行政行为运行过程的法治化、民主化、高效化。行政救济法以行政行为(尤其是具体行政行为)、违法行政、行政侵权、行政争议、行政责任、合法性审查等为支撑性概念,研究对具体行政行为的内部纠错制度(即行政复议)、司法审查制度(我们称为行政诉讼)以及行政赔偿制度等问题。这三大部分共同构成了一个行政行为从产生、运行到实现行政目的再到对违法行政进行行政复议和司法审查,给相对人以法律救济,维护其合法权益的过程。也是行政权运行的完整过程。当然这个过程分成了几个大的阶段。一般情况下,只要国家行政机关的工作人员依法行政,一般进行到行政机关作出行政决定就可以完结。只有在行政不依法进行给相对方合法权益造成了损害的时候,才会走到救济(行政复议和司法审查)这一步。

2007年科学出版社周向阳编辑约请我主编一本精品课程立体化教材——《行政法与行政诉讼法学》,该书于2008年6月公开出版。随着我对行政法学基本理论问题研究的深入,在我心中曾经模糊的中国行政法学的自主性问题逐渐清晰。在书中我第一次提出了我们需要塑造的是一个“和谐行政法”。其实,从法学学科分类的角度来看,为什么需要一门行政法学科的这个命题,也涉及对行政法特殊性质的认识。行政法是国家法律体系中的一个重要部门法,调整基于公共行政权力行使而产生的各种社会关系,即行政主体与行政相对方的权利义务关系。其功能在于创设、规范和监控公共行政权力以维护社会公共利益和公民的合法权益。行政法其实就是指如何设置、控制行政权的运行以及如何让行政权能服务于社会、服务于民的法,“控权”与“服务”是构建行政法的两个基本价值观念。行政法是一部控权法和服务法,是控制

[1] 对于这个问题,必须说明两点:一是行政法有其特殊性,既包括实体法的内容,也包括程序法的内容;二是使用“行政诉讼法”这个概念,还是使用“行政救济法”这个概念?我认为使用“行政救济法”这个概念更好一些,行政救济法中既包括“行政诉讼法”,也包括“行政复议法”和“行政赔偿制度”。郑州大学法学院沈开举教授按这种学科体系主编了一套共三本的行政法教科书,应当是一种非常有意义的尝试。

行政权的法,是让行政权服务于社会、服务于民的法。在“控权-服务论”的视域里,控权和服务并非简单的并列相加。控权是行政法的先天基因,服务是行政法的后天品格。“控权”要求行政权必须在法律设定的范围内并按法定的程序行使,“服务”要求政府不应仅仅以管理者的身份自居,更应当以服务者的身份去为市民提供各种服务;控权是基础和手段,服务是目的,二者构成良性互动关系。〔1〕“控权-服务论”从公共行政的规律入手,通过“控权”和“服务”两个支撑性概念,将行政法的四要素——行政主体、行政权、行政行为和行政法律责任合理、有序地组织在一起,调和行政与法、科学与规范的基本矛盾,从而科学回答了行政法学基本理论的三个元命题:我们为什么需要行政法?我们需要一部什么样的行政法?如何通过行政法达至行政的目的?正如伯纳德·施瓦茨所说:“它规定行政机关可以行使的权力,确定行使这些权力的原则,对受到行政行为损害的给予法律补偿。”〔2〕即是说行政法的存在,一是为了控制行政权的肆意运行,二是为了让行政权更好地服务于社会,服务于民,侵犯公民权益的应当赔偿。这两个方面同等重要,不可偏废。当以“控权-服务论”导控行政权时,公共行政之“善治”路径当可了然。其追求的是“政府有界、服务为魂、政府有责、过程可控”。塑造的是一个“和谐行政法”。〔3〕

在2008年9月26日贵阳行政法年会上,我第一次在全国行政法学者面前公开提出了“和谐行政法”并就自己的观点作了初步的阐述。会上、会后有

〔1〕 王学辉:“市场经济条件下行政法学的新视野”,载《现代法学》2000年第6期;王学辉:“对行政法学基础理论的思考”,载《西南政法大学学报》2002年第3期;王学辉、邵长茂:“择恶抑或从善:对中国行政法理论基础人性预设的反思”,2005年行政法海南博鳌年会论文;王学辉:“控权-服务论——当代行政法的一种认知模式”,载应松年、马怀德主编:《当代行政法的源流》,中国法制出版社2006年版;邓蔚:“行政权的正当性证成——论‘控权-服务论’理论合理性”,载《行政法学研究》2008年第1期;邓蔚:“控权理念与服务理念在当代行政法中的逻辑整合——兼论行政法理论基础的完善”,载《山东社会科学》2008年第6期。

〔2〕 [美]伯纳德·施瓦茨:《行政法》,徐柄译,群众出版社1986年版,第1页。

〔3〕 当代中国社会正处于转型过程之中,在市场经济条件下政府职能的转变、政府机构改革以及对行政法基本理论研究的深入已经引起行政法学的基本概念和理论体系革命性变革。现代行政是一种“民主行政、法治行政、服务行政、科学行政、责任行政”,这是市场经济条件下“行政”的基本内涵。它决定了今后我们需要一个什么样的行政法,也决定了行政法的发展方向。以前构架行政法学的平台基本上是以对立和管制为前提的,今后我们必须将合作与善治作为构架行政法学的平台,避免将行政法学的研究放在公民与政府对立的层面上。因此,我们所追求的行政法应当是一个“和谐行政法”。参见王学辉主编:《行政法与行政诉讼法》,科学出版社2008年版,第3页。

几位好友给了我一些建议。一是叶必丰教授，他指出我应当引入狄骥的国家观，运用社会连带主义理论解读自己的命题；二是吕锡伟司长和陈宏光教授，很赞同我的观点，但说还需详细论证；再就是章剑生教授，说我提出的理念是好的，但在“行政法”前加“和谐”二字就不对了。原想把参会论文的题目直接定为“论和谐行政法”，思来想去最后还是用了“和谐行政法律秩序的建构”这个题目。我所理解的“和谐行政法”，是统一在“和谐”政治理念下，建立在我国公共行政发展历史和现状基础上，符合我国社会结构的行政法，是使行政法及行政法学具有主体意识，具有主体性的理论，和谐行政法新理念，可以完善行政法学理论体系，有助于解决公共行政变革所引发的新问题，重新认识行政权和公民权利，行政机关和公民之间的地位和关系。和谐行政法的核心，是让中国的行政法学具有自我意识。

在中国行政法学的研究中，对中国自己的行政法学应当是一个什么样子的研究向来都是非常的不够，这种情况的出现与其说是资料的欠缺不如说是由于传统研究理论和研究方法的局限。近年来这种情况正在改变，不少学者如罗豪才教授引领了“软法与公共治理”，应松年教授、马怀德教授对“法治政府建设”倾注了许多的心力，袁曙宏教授提出了“统一公法学”，叶必丰教授研究了“行政法的人文精神”，杨海坤教授、朱新力教授、罗文燕教授都在自己的研究中注意到行政法治建设的“善治”之路，于安教授提出了“社会行政法”，姜明安教授发动了“新概念行政法”研究，王锡锌教授倡导了“公众参与模式”，崔卓兰教授研讨了“行政自制”问题。最近几年我也始终将“和谐行政法”作为探索中国行政法学之重点，并于和谐行政法理念下对行政主体与行政相对人的关系、行政裁量程序、行政诉讼制度以及群发性事件的防范展开了相关探究，^{〔1〕}对中国行政法学存在根基和研究领域提出了批判。这些，读者从本书的相关论题的讨论中能够约略地体会到。当然，我是希望更多的行政法学者能够思考这个最基本的问题——中国究竟需要构建一

〔1〕 王学辉：“和谐行政法律秩序的建构——基于‘5·12地震’展现的行政法治化路径”，载《行政法学研究》2008年第4期；王学辉：“超越程序控权：交往理性下的行政裁量程序”，载《法商研究》2009年第6期；王学辉：“反思中国行政法学存在的政治背景”，载《行政法学研究》2010年第3期；王学辉等：“迈向和谐行政法——检视移植与改造之径 献礼于行政法学元命题”，载《云南大学学报（法学版）》2011年第1期；王学辉等：《群发性事件防范机制研究》，科学出版社2010年版；王学辉、邓蔚：“价值的超越：以交往正义的新视角诠释行政诉讼协调和解机制”，载《理论与改革》2012年第1期。

个什么样子的行政法（学）。

面迎“和谐行政法”的提法可能引致的政治依附主义抑或学术山头主义之诘难，我深感无奈与惶恐，与其将“和谐行政法”视为和谐社会这一政治主张之注解抑或一独树一帜之学术创举，毋宁认为其实为用来指称那种具有自我意识的行政法学之指称性概念。“和谐行政法”这一称谓背后蕴含的实为一种呼吁行政法学应具有自我意识的学术理念，使中国的行政法学理论能够解释当下中国的行政现象。而我关注的重点也正在此。我志在寻求一条通往中国行政法学自我意识之路，志在寻找中国的法治政体应该长成什么样子。而对“我们为什么需要行政法，我们究竟需要一个什么样的行政法”这一问题的执着追问则是在这条道路上坚持不懈的跋涉。

在中国做学问，得看你是否生于名门、长于正派，而人微言轻是常态，“在京外放十炮不如在京城开一枪”更属正常，这道中原委路人皆知。我想京外学者更需要有团队合作精神。在二十多年的行政法与行政诉讼法学科研究中，我要感谢西南政法大学行政法学科这个团队，没有他们的支持与合作，我的这些研究不可能顺利完成。这里我要特别感谢王连昌教授和文正邦教授，每每拜会老先生时，他们总是鞭策着我并给予许多的启示，包括“执法就是服务”、“柔性执法”、“控权—服务论”、“依法行政阶段论”与“和谐行政法”的提出。感谢老同学谭宗泽，每次当我要去创新和实践一个新的举措时，他总是支持者和参与者，包括我俩在全国首创的行政法学“双师互动式教学法”改革以及“宪行天下”公法网的创建。感谢十多年来我那些得意的弟子，他们与我一道做了许多各种层次的课题研究，我们亦师亦友，共同践行着心中的理想，他们对学问的执着，让我感受到了作导师的愉悦。同时感谢夫人邓蔚几十年如一日的关心和支持。最后我想要表达的是，有目标追求的时候觉得很踏实，会觉得有一个清楚的轨道可以走，有一个依皈。如果把学识的探求作为一项所谓的“事业”，往往是由生存压力或者功利推动而建构的产物，常会表现出“痛苦”的负担意味。而把它内化为自己的一种生活态度、一种生活方式或者生活习惯的个体体验而存在时，它肯定是自主的、快乐的！

我总是相信垫着脚尖我们就会更接近阳光！

2010年3月20日

于重庆歌乐山山下西南政法大学

2012年7月15日修改

目
录

Contents

总 序	1
自 序	4
导 论——迈向和谐行政法	1
问 题——为何和谐行政法	15

第一部分 理论篇

1. 传统行政法理念的消极影响与当代更新	35
2. 反思中国行政法学存在的政治背景	57
3. 和谐行政法法律秩序的建构	73
4. 市场经济条件下行政法学的新视野	93
5. 行政法学的基础理论——“控权—服务论”	112
6. 行政协商的兴起与治理逻辑	172

第二部分 实践篇

1. 中国行政审判自我意识的觉醒及发展	187
2. 交往理性下的行政裁量程序	208
3. 协商民主视野下群体性事件的行政法解读	227
4. 价值的超越：以交往正义的新视角诠释行政诉讼协调和解机制	246
5. 多元化纠纷化解机制研究	260
6. 财产权保护语境下行政法的功能主义定位	274
7. 物权的行政法保护与规制	286
8. 从守望权利到守护权利	306

9. “依法治国”的整体性图式构建	316
10. 依法行政的历史考察	342
11. 《行政许可法》实施状况调查	383
12. 行政执法责任制立法面向问题研究	406
13. 我国公共租赁住房制度立法表达问题研究	420

第三部分 评论篇

1. 别人家的孩子与中国的法治	439
2. 形式正义的进步	442
3. 基于行政法视角对法律体系形成与完善的思考	448
4. 行政诉讼法修改的首要目标是化解行政争议	451
5. 与其“限”字上天 不如“善治”落地	455
6. 司法信息化需避免误伤	458
7. 税收立法行政化当休矣	461
8. 规范“三公经费”尤需良法之治	463
9. “依法治国”靠三大制度	466
10. 公租房制度，从地方试水到全国统一	469
11. 同志复仇不一定就是公正	472
12. 天价罚单违反行政程序法治原则	474
13. 我们需要一个什么样的行政法？	477
14. 应建立食品安全连带责任制度	481
15. 促进人权事业需要更好地监督公权	484
16. 行政问责助推国家人权计划	487
17. 人大司法监督在行政纠纷化解领域的功能	491
18. 彰显社会治理模式转型	496
19. 民生乃善治之本	501
20. 开启“了事”新思维	504
21. 突出“问”“责”并重	511
后 记	514

导 论——迈向和谐行政法

在当今国内行政法学界，对于“中国究竟需要建立一个什么样的行政法（学）”——这样一个事关行政法命运的基本问题并没有予以好好地研究和讨论。显然，学术研究通常是在百花齐放、百家争鸣中不断前进的。对这一基本问题，笔者认为非常需要进行建设性的对话。我们知道，中国行政法学百年发展历程呈现出一幅移植之图与改造之景，改革开放三十年则将中国当代行政法学基本品质铸塑为——形式法治下之传统模式。但市场经济催生出的公共行政激变对其形成致命性冲击，其已经不能有力解释当下中国的行政现象。笔者在反思形式法治下之传统模式与对话学界不同观点的基础上，提出了和谐行政法的观点。

历史真实的有限还原性虽注定我们无法对行政法学之源起做一笃定而确凿的断定，然据我们现有智识所及范围以视，行政法学扎根于中国这块土地已有百余年的历史。^{〔1〕}尽管因意识形态因素中国行政法与行政法学的历史渊流被学界人为地断定始于1949年。然而，学术史视角向我们预示了在意识形态主导下人为切断中国行政法（学）源流、否定其悠长客观存在的行为必然贻害无穷。当我们放眼于一个学科的未来时，也须不时回眸这个学科的源头——惟有熟知起源，我们才能知道将走向何方或者应当走向何方。追索源头有时甚或比追逐浪潮本身重要得多。在追本溯源中我们不仅能感触这个学科的厚度，也能收获可贵的信心并达至一个对本学科愈加清晰的认识。在一个躁动

〔1〕 据笔者所知资料，自康有为先生1898年春第一次在《日本书目志》中提到中文“行政法”一词以来，行政法在中国这块土地上已逾百年历史。参见《康有为全集》（第3集），上海古籍出版社1992年版。又可见沈国威：“康有为及其日本书目志”，<http://www2.ipcku.kansai-u.ac.jp/~shkky/wakumon/wakumon-data/no-05/no-05-shen.pdf>，访问时间：2010年5月20日。