

您的位置: [首页](#) >> [阅读文章](#)

阅读文章

Selected Articles

更多▲

特聘专家

法学所导航

走进法学所

走进国际法中心

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

 使用大字体察看本文

阅读次数: 1122

依法行政:应依何法行政

朱 芒

九届人民代表大会第二次全体会议以宪法修正案的方式将“实行依法治国,建设社会主义法治国家”的治国方略写入我国宪法,使中国共产党十五大报告中提出的“依法治国,建设社会主义法治国家”的治国方略,成为宪政目标。由于在国家权力体系中,行政权相对于其他公权力而言具有日常性和居于核心地位,因此如何认识、贯彻和落实“依法行政”便成为是否能够有效地将依法治国、依法行政的政治理想变为现实制度的关键[1]。

目前,对依法治国、依法行政应具有怎样的内容的探讨不断在深入,本文认为依法行政所依据之法的性质和功能,决定着依法行政的根本走向。以下,本文从社会需要与行政活动之关系的角度对此问题作点滴探讨。

一、依法行政与形式的法

我们的共和国在经历了种种历史浩劫和磨难之后,开始投入人治与法治关系的思考,关注制度建设,并且选择法作为制度化的行为规范,要求公权力依法行使,这无疑标志着国家政治生活和控制行政权力的方法,要求行政机关在行使行政权力时只能依照法的规定,由此来排除行政机关的越权、恣意和滥用权限等可能性。在这一侧面方向展开的主张主要在于强调依法控制行政权。[2]

一是作为行政获得合法性(legitimacy,也可称“正统性”)的方法,即行政机关在行使权力时只要适用业已颁布的法规定,以此为根据证明权力行使具有合法性。在实际生活中,当涉及行政权的发动及体现其强制力时往往可以见到这一方面的主张。

在上述的主张中,我们都可以看到对历史的深刻反省:寻求建立一种外在于行政权力并作用于行政权力的规范--法,以此作为行政权的活动的唯一性根据。也正因为如此,上述的各种主张无论其着眼点在何,都拥有一个共同之处,即首先必须建立作为行政权的行为准则--法。

与此同时,作为行政的行为规范的法究竟应该为何,对此的回答虽然是见智见仁,但在以下几个方面我们可以看到相互之间最大的公约数:

一、依法行政的法应该具有体系性,其应以宪法为顶点构筑起来的,由法律(包括基本法律和部门法律)、行政法规、行政规章以及地方性法规等等组成的规范体系。这意味着法的体系化要求应最终归结统一于宪法的要求,由此也排斥了内部文件--不具法的形式行政命令作为行政活动合法性判断的根据。

二、依法行政的法应该具有书面的形式,即其能以文字的方式表达出规范的具体内容。通过将行政的行为规范的文字化,使规范的具体内容:权利义务关系得以明确。

概括而言,在上述对依法行政的追求中,我们可以明白无疑地看到,行政活动中涉及到的各方主体--无论是行政自身还是其管理的相对方,均已经十分清楚地认识到了依法治国、依法行政所应具有的外在形

式有着不可缺少、不可替代的重要性。简而言之，作为行为根据的法具有了上述外的形式性，可以使各方行为主体于事前预测和明确各自的行为责任，减少事后行为风险，以此使社会秩序（包括市场秩序）稳定化。

其实，随着市场的发育、经济的发展，社会对法提出形式化合要求可以说是一种历史必然，我们在观察经济发达国家的形成史时可以得到完全相应的佐证。马克斯·韦伯（Max Weber）在总结欧洲近代经济社会历史时曾指出：具有可计算性，可预测性，即形式合理的法是近代资本主义经济成功的最重要前提。今天，随着社会主义市场经济的形成和发展，社会对法的形式合理性要求已经开始萌芽。因此，当我们在建立、发展社会主义市场经济的有关法律制度时，思考如何满足依法治国、依法行政的形式化要求，建立可以使人们预测自身的行为后果的法体系，已不仅仅只是来自历史的反省和启示，更是直面现实的社会需要（如建立社会主义市场经济秩序）所作出的积极回应。

二、依法行政与实质的法

从各级人大和政府的工作报告中我们可以知道我们所拥有的成文法规范的数量正历年上升，这无疑表明在我国法的规范体系正在日益发展和完备。然而，在现代，依法治国、依法行政的真正实现不仅仅只是，或者可以说不主要是依靠行政所依据的法规范体系在形式方面的发展和完备，其更为重要的在于这种法规范所追求的价值目的。因为，如果法治仅仅只是要求法律体系具备形式上的完备性和统一性，那么依法行政与专制并不是绝对无缘之物[3]。

依法治国，依法行政的价值目的不能离开民主政治和权利保护。民主的目的要求行政权的行使服从代表人民意志的立法机关所制定的法律，由此防止行政权的滥用和维护公民等社会成员的基本人权。这里所谓的行政权的行使应服从代表人民意志的立法机关所制定的法律包含着行政机关在制定法规规范时也同样必须服从以宪法为顶点构成的法律体系的要求。我们在现行的《宪法》以及相应的法律中可以明确地读到反映上述民主要求的基本规定。例如《宪法》第89条第1款规定制定行政法规应“根据宪法和法律”，第90条第2款和《国务院组织法》的10条规定制定国务院部委规章应“根据法律和国务院的行政法规”。概括言之，宪法和法律中的这些规定是通过下位法规范以上位法规范为直接根据的方式保证宪法和法律所具有的民主性延伸至由行政权所制定的法规规范体系。但是，在实际的由行政权制定的法规规范体系中，相当一部分缺乏来自于上位法规范的直接根据或者根据暧昧。

同时我们还应该清醒地认识到仅仅具备法的外形的规范并不是当然具有权利保护的功能，离开了法规规范内部的特定结构权利保护很可能落为只是一种美丽的标签。若放眼于人类社会发展的历史长河，我们完全可以从各国许许多多正和反的经验和事例中获得对我们如何走向未来的启示。至少，以下各项原则对我们从权利保护的目出发建立行政活动的根据制度体系时可有所借鉴：

- 行政机关所作出的影响被管理者权利义务的具体行政行为以及行政强制必须以（立法机关制定的）法律为根据（法律保留原则）；
- 对公民具有不利利益性的具体行政行为应受法律拘束，原则上不应作为自由裁量处理（限制自由裁量原则）；
- 行政机关作出侵害国民自由财产的行为之前，尤其作出制裁性的决定之前应事前给予当事人听证的机会（正当程序原则）；
- 因行使行政侵害公民的自由或财产时应进行损害赔偿或损失补偿（国家补偿原则）；
- 对因违法的具体行政行为权利利益受到侵害的当事人应保障其有提起诉讼，获得司法救济的机会（司法救济原则）等等。

三、依法行政与社会活力

依法治国，依法行政并不是在空中楼阁中实施的一种思想过程，其真正有实效的实现绝不可能脱离现实的社会基础。依法行政，是行政机关以法为根据积极管理社会（这是实质性法的另一种含义），但这种管理并既不应是简单机械地对法条文的严格适用，也不应是对一切的社会问题都依靠和运用法律手段加以解决。否则，依法行政之法，无论是追寻形式的合理性还是实质的目的性，其结果必然导致成文法规范的大量出现，造成“规范的洪水”泛滥，使社会生活领域受到国家公权力的全面干预和介入，其结果会扼杀自身依靠的社会基础的活力和丧失自身应有的功能。

因此，依法行政更为重要的是通过行政的管理实现社会公平和激活社会自身的活力。在今天，行政如何管理社会和社会如何自律已成为在建立和完善社会主义市场经济时必须认真思考的问题。因为市场的建立和完善归根结底是以社会自身活力为基础。自实行改革开放政策以来20年，在发展社会主义市场经济的我国，行政（国家）与社会之间关系已经和正在发生着迅猛和质的变化，随着社会主义市场经济形成，过

去的对社会的生产资料和生活资源全面控制分配型行政管理正向着对社会自身的运行进行干预、介入型行政管理过渡。这是建立和完善社会主义市场经济的必须。然而，问题在于我们所处的社会已经历的和将要经历的发展是其他国中无例可循的，社会在相当大的程度上还是行政的附属，其自身发育尚未全面还远不具有其独立性，我们所追求的市场尚不能完全依靠社会自身而依然须依靠行政的强大力量来创设，至少由行政主导时，法如何使行政对社会的干预和介入保持适当和合理的程度，以及如何强化依法行政所依之法在增强促进社会自身活力方面的功能便决定着依法治国、依法行政制度在未来的基本走向。当许多国企经营者的头脑中依然自觉或不自觉地将自己定位于国家行政管理者时、当社会团体的成立需要以其业务主管单位的审查同意为前提，使社会团体事实上成为行政业务主管部门的下属时[4]、当《价格法》实施后却依然须采用实质上的行政命令建立以“价格自律”为名的价格卡特来限制“不正当竞争”时[5]，我们显然可以看到制度创设中如何激发社会活力和避免过渡干预、介入社会生活之间选择的艰难度。

显然，在实施依法治国、依法行政所面临的诸多问题中，如何制度化地安排国家（主要是行政权）与社会（当前的核心为市场）的关系是最为基本的问题之一。其实，国家（行政）与社会如何相互尊重对方的运行规则而不是相互无视、国家（行政）介入社会时国家的法如何不否定和影响社会自身的运行规则以及国家（行政）的法在介入社会时不被社会规则所溶化不尚失其独自的功能等等有关诸如此类的探索已是源远流长。尤其自70年代末西德社会民主党和自由民主党联合执政所采用的“依法管理社会”的改革政策陷入僵局以后，G·托布纳（Gunther Teubner）针对国家的法在现代社会中的功能问题提出了“自省性法”的模式[6]，主张法对社会的管理应立足于建立通过管理对象，即社会自身的自律性和自我运作性来解决社会问题的框架，即变直接管理为间接管理，其核心在于将法的功能限定在组织、程序、管理权限再分配等规制等方面，改变过去社会行为的直接规制的行政管理方式。

在思考依法治国、依法行政时，托布纳“自省性法”的模式对我们有着很大的启发，虽然在构筑符合我国国情的依法治国、依法行政的制度时，我们不可能回避我们的国家和社会特有的发展历史，然而如何认识历史对今日的积极和消极意义，如何制定和制定具有怎样功能的法规范为国家（行政）管理社会时提供依据，则关系到“依法治国，建立社会主义法治国家”方略能否得以真正落实和长久发展。当对依法行政内容的理解，尚有许多依然是渊源于旧有的习惯，根植于旧有的土壤，尚只是驻足于严格适用业已颁布的法规范的程度或仅仅将法作为干预和介入社会生活的工具时，我们所要警惕的是勿使依法治国、依法行政变为处处可贴的无实际内容的标签，或是过度干预和介入社会生活的工具。

[1] 就法治国家、依法治国与依法行政的关系问题，尽管探讨者各有各自的论述角度，但认为依法行政是依法治国的关键和核心方面则拥有基本共识。最新的论文如民法学家王利明：《也谈依法治国》，《法学评论》1999年第2期45-48页。

[2] 马克斯·韦伯（Max Weber）：《法社会学》（日文版，世良晃志郎译，创文社1974年）63-64页。马克斯·韦伯所提出的“形式性”概念具有两方面的含义：一是作为形式性的计算可能性，即“由法保障的在纯形式方面的一致性”，其通过“法的合理化和体系化”得以实现；二是作为形式性的逻辑性，即“一个个的法规范经逻辑手段整理成为无矛盾的抽象法命题体系”（同105、512页）。中野教授指出，韦伯所说的上述两个方面的形式性是相互背离的，参见中野敏男：《现代法系统和批判》（弘文社1974年）43-48页。但也有学者指出，恰恰是这种形式性两方面的相互背离才是法的形式性的根本所在，参见桥本直人：《M·韦伯学说中的“形式性”的逆说》，《社会学评论》48卷3号300页以下。

[3] 王名扬在介绍美国行政法时指出：“法律必须符合一定的标准，包含一定的内容，如果对于法律没有要求一定的标准或内容，则法律也可作为专制统治的工具，这和法治的目的背道而驰”，王名扬：《美国行政法》（中国法制出版社1995年）114页。江必新在最近的研究中也指出：“如果法必须执行或遵守，那么法就必须符合一定的标准，包括一定的内容，反映人类的理性，否则，法律不仅可以成为专制统治的护符，而且可以成为灭绝人类的工具。这样，法治对于人类不是福祉而是灾难”，由此他提出了确保依法行政之法是良法的“实在规则”，参见江必新：《论法治行政的基本规则》，法制日报1999年2月4日。在人类发展史中，至少在二战前的德国和日本，曾存在过根据法律的规定侵犯人权的史实。

[4] 参见《社会团体登记管理条例》（1998年10月25日中华人民共和国国务院令第250号发布）的有关条文，特别是第3、9、13、18、19、28等条中社会团体与主管机关、登记机关的关系的规定。

[5] 参见《南方周末》1998年10月30日。

[6] 自省性法的理论源自Gunther Teubner：《法制化--概念、特征、界限、回避对策》（日译文，泽秀木译），《九大法学》第59号235-292页。

文章来源：《法学》1999年第11期

WTO对中国：国企、“红头文件”与世贸规则的冲突

SARS与人身自由

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址：北京市东城区沙滩北街15号 邮编：100720

