

## 中国法学会邮件系统

用户名 密码 

## 信息检索

包含字符 检索内容 检索字段 排序字段 排序方式 

一月信息排行

Commun

法学论坛 >> 论坛专题 >> [行政法学](#)本层分类: | [法制史](#) | [行政法学](#) | [刑法学](#) | [民商法学](#) | [诉讼法学](#) | [法理学](#) | [宪法学](#) | [劳动法](#) | [知识产权法](#) | [投稿须知](#) | [经济法](#) | [探索争鸣](#) | [国际法](#)[→ 行政法学](#)

## 新世纪中国行政法与行政法学发展分析（下）

阅读次数: 956 2006-12-5 13:47:00

### 新世纪中国行政法与行政法学发展分析（下）

#### ——放权、分权和收权、集权的立法政策学视角

(杨建顺)

### 三、行政权力的扩张与规范行政权力的课题

#### (一)国家活动的新特点与行政权力的扩展

进入20世纪以来,国家的使命发生了变化,社会的变动引致国家活动的变化,尤其是20世纪80年代以来,面对政府权力的扩张和议会大权的旁落,议会权力回归等立宪主义的呼声此起彼伏,行政权力的扩张和规范行政权力这一命题再一次成为现代诸国必须认真面对的重要课题。

首先,国家的预防性战略,使得政府行政权力的灵活运用受到空前的重视。科学技术的发展及其广泛应用,使得人类的生产和生活乃至一般意义上的生存皆被置于高度危险或者风险之下,因而,追求安全和安心的社会呼声越来越高。为了应对这种社会呼声,现代国家所选择的战略便是预防。这种预防的目标,就是事先探明危险的根源,尽可能地在该危险发生之前便采取相应的措施,以防患于未然。很显然,如果能够在某种程度上防止灾害,预防传染病,阻止暴力行为等,这与事后再对受害者进行补偿或者救济相比,可以说要贤明得多。然而,预防具有优点,同时也伴随着巨大的代价。众所周知,与危险本身相比,危险的源泉往往具有很高的隐蔽性,并且其数量之多难以估算,因而,要全面、彻底、有效地落实预防战略,就必须建立健全相应的国家预防机制,必须允许国家总括性地掌握信息,对于个人的权利和自由来说,也就必须相应地予以限制甚至剥夺。要进行预防,就必须在违法的行为以及具有直接危险性的行为发生之前,事前投入

必要的人力、物力和财力,进行信息搜集和分析,提高应对危机状态的能力。很显然,在这种战略下,国家活动脱离宪法所规定的界限,对私人的权利和自由进行相应的干预、限制乃至剥夺,往往是不可避免的。尤其是行政调查的大量和深入展开,将不可避免地威胁到个人的隐私权,甚至干扰个人的生活安宁。从危机管理的角度来看,这种国家介入的时期越是提前,越有利于在危机管理中取得主动权,因而也就越有利于将危机可能导致的损害降低到最小限度。另一方面,这种国家介入的时期越是提前,国家活动的空间范围和时间范围也就越是得以扩展,私人的权利和自由受到规制的范围也就越是得以扩展。尤其值得注意的是,这种国家活动不仅对被视作危险源的人员、物品或者行为进行规制,而且也将涉及对那些并非危险源的人员、物品或者行为进行规制。在现代法治国家,警察法中所规定的具体危险,刑法中所规定的各种危害,分别构成了发动国家权力的界限。然而,由于现代国家普遍采取了预防战略,危机管理的全面展开和不断深入,使得这些界限也随之而降低了门槛,政府行政权力早已渗透到基本权保护的领域。

在预防活动中,必然地存在着这种国家权力脱离宪法所规定界限的情形。例如,在一贯标榜人权的美国,以伊拉克拥有大规模杀伤性武器为由而发动对伊战争,这种先发制人的战略不仅脱离了基本的国际法准则,而且也脱离了宪法所规定的宣战权之界限。这种脱离宪法所规定界限的权力扩张,恰好与作为基本权任务的界限设定权相对立,形成了现代国家的一对矛盾。在自由和权利保护领域,比例原则一直被作为最为重要的屏障。然而,随着预防战略得以贯彻和深入普及,比例原则本身也受到了很大的冲击。具体说来,当风险特别高的时候,甚至风险被认为非常高的时候,比例原则所具有的防御力便后退;对于基本权的侵害来说,此时便不再存在绝对的界限,通常也只存在相对的界限。如果预防被作为实现国家任务的手段而加以实际履行的话,其结果往往是这种预防要侵害本来应该予以保护的自由。在很多情况下,自由和安全是两种不同的价值,虽然二者皆为人类所追求,但二者往往是相互对立的,是不能同程度地予以最大化的。当法律对预防性国家活动进行规范之际,该法律并不具有进行危险防御的传统意义上的法规范所具有的拘束力。至于应该如何来填补由此而失去的价值,当是宪法学和行政法学面临的共同课题。

其次,在现代国家,国家和民间力量进行交涉的机制成为解决问题的重要手段,相应地降低了宪法对行政权力的规范力。如前所述,现代国家的任务呈现出急剧增加的趋势,而国家在实现其庞大的任务之际,却不能

以增加国家的强制性权力为手段来应对。国家的地位发生了巨大的变化,从适合于正义的、作为前提的社会秩序的保证人,转变为社会的总体规划代理人、开发代理人、服务代理人。在国家的地位发生如此巨大变迁的同时,国家的任务也随之增大,而要完成这种不断增大的任务,一般情况下,却不得通过命令或者强制等特殊国家权力手段。这是因为,随着法治精神的渗透,随着民主观念的普及,随着服务行政理念的提倡,传统的命令或者强制手段,对于现代国家实现其目标来说,已经失去了或者部分地失去了其有效性。研究的成果、景气的变动、精神状态的变化,等等,这些都是无法进行命令的。此外,对于社会内部的问题使用高权性手段进行所谓有效的管理,不仅会遇到基本权的界限,而且对国家任务的实现亦会产生不利的影响,往往会导致非常昂贵的代价,不符合民主主义的原则,亦不符合权力运作的经济原则,当然也就不符合国家和社会公共利益。因此,对手段的选择必须十分慎重,选择手段的标准必须明确。于是,行政手段论和

价值取舍,乃至行政法视野中的标准论,便成为理论研究的重要课题。

## (二)经济全球化与规范行政权力的课题

在现代国家,由于政府被赋予各种各样的新的任务和行为形式,使得对行政权力进行宪法性统制在逐渐减弱。宪法虽然试图总括性地规范公权力的主体和形式,但是,随着国家与国家之间的关系变化,尤其是跨国家的世界性组织的不断发展,使得宪法的这种功能已经不能完全发挥作用。从前,无论在哪个国家,在其国境内都存在着一种统一的公权力,因而可以通过宪法规范来规范该公权力。也就是说,尽管政府权力的机制各种各样,但是,在国家内部,公权力和政府权力之间存在着明显的同一性。国家的公权力和政府权力均需要服从统一的最高规范即宪法。

然而,随着世界一体化或者经济全球化的推进,在国家之外或者在各国之上,逐渐形成了与国家不同的另外的政治组织。这种政治组织虽然在国家之中行使公权力,但是,它并没有因此而组织某种上位国家。这样一来,曾经被作为同义词来把握的“公权力”和“政府权力”这两个概念便出现了分裂。换言之,在传统的国家权力之外,出现了与国家权力抗衡甚至超国家的新型的公权力。这种公权力与从前的总括性国家权力不同,由超国家的组织来行使。在这种国际性组织不断发展的背景下,宪法规范与

规范国家权力之间便发生了变化——宪法虽然能够规范在国家范围内具有实效性的公权力,但是,宪法规范只能是该公权力的部分规范;不属于国家的新型公权力逐步从宪法规范中分离出来,要求诸多领域为适应新的变化而服从相应的规范。例如,世界贸易组织(WTO)以及欧盟的形成和不断发展,对相关国家的权力运作提出了新的课题。

民主主义的意义,在于必须定期地将政治机关付诸选举,但这并不是民主主义的全部。倒不如说,民主主义的意义在于政治要回归社会的期待和要求。为此,就必须使社会和政治通过数重的参与形式,以持续的交换关系相结合。从民主主义的观点来看,尽量以民主的讨论和民主的责任来对政府权力的内容和形式作出基本决定才会更加有意义,而超国家的新型权力的形成和发展,不断地创制出未经民主程序的法规范。未经具有民主权威的制定者而形成的法,可以称为“软法”。与基于传统的民主立法机制而形成的法相比,软法在实效性方面并非处于劣势,相反,它往往会迫使许多国内法随之发生变革。然而,该法并不是通过代议机关决议而是经过外交官交涉和承诺而告成立,或者通过国家与私人的独特的协力关系来完成,或者完全由国家与其他国家之间的力量对比来决定,这使得其成立过程变得不透明,因而其规范内容具有了不可预测性,且具有利害关系的第三者往往被排除在交涉之外。在这种法形成的过程中,民主的统制和责任的问题更多地体现出政治性,对这种公权力的行使很难进行宪法上的拘束,更无从谈起通过法律加以规范。不容置疑的是,全球化的潮流正在逐渐影响各国的宪法和法律制度,在某些欠发达国家,为了获得世界银行和国际货币基金所提供的援助,在相当程度上不得不进行有关法的修改,甚至弱化其本国的宪法,即使在更加发达的国家,同样也不能确保这种作用不涉及其独自の宪法秩序。因此,如何在经济全球化背景下实现立宪主义的价值,进一步推进权利和自由保障,不仅是国际法学,而且是宪法学和行政法学研究的重要课题。

### (三) “依法律行政”理念与法解释学的重要性

行政国家是国家与社会自同化的状态,这只是从现代国家的功能方面总结出来的普遍属性,尚属于功能性概念,而不是实体性概念[21]。在这种意义上,行政国家区别于国家管理主义(étatisme)或者法西斯主义。国家管理主义主张使社会从属于作为最高存在的国家,将个人作为国家的有机体的一部分来把握[22]。在行政国家阶段,为了保障个人的权利和自由,避免国家管理沦落为国家管理主义,就必须强化和完善对国家

权力尤其是行政权力的监督和制约,必须不断地确认国家和社会是人民的,阻止使社会从属于国家的任何企图,致力于使国家为社会目的服务。

在行政国家阶段,政府行政机关作为追求公共利益的行政的具体承担者,其作用得以不断强化。鲍尔·拉班特(Paul Laband, 1838 ~1918)指出,直接推行国家任务的,既不是立法,也不是司法,而是国家的行政[23]。伴随着追求公共利益的行政的比重越来越高,国家支配的重心逐渐从立法机关及司法机关转移到政府行政部门,“行政国家”的特征表现为代议制的危机以及与之相伴随的行政权强化现象[24]。韦伯也指出:“在近代国家,支配的实权,既不是在议会的讨论之中,也不是在君主的敕令之中,而是不可避免地在于推行日常行政的官僚制的掌中。”[25]可见在近代国家成立初期便存在行政国家的要素,而行政国家化的倾向是伴随着近代国家发展的全阶段而渐次强化起来的。

行政权力得以不断扩张并不断地渗透到人民生活的方方面面,在给人们提供越来越多的服务和便利的同时,也给个人的自由和财产带来诸多威胁。因此,为了能够确保行政基于通过议会所表明的国家意思或者称为国民总体意思的表示来实施,就必须坚持“依法律行政”的理念[26]。法律的作用主要在于设定政府活动的范围,赋予政府以必要的权限,并限制政府权力的滥用。虽然议会并不能保证总是正确地表明国民意思,但是,议会在进行立法时必须对立法所指向的公共利益予以充分的考虑。行政基于这样的法律而展开,才能够保障作为行政主体的人民所固有的权利,为政府当局设定应当遵循的一定规则,以排除行政的恣意性。这样,“依法律行政”本身意味着法律赋予行政以框架和秩序,设定其权限范围,赋予执行权乃至行政权以相应的裁量余地。换言之,主张和贯彻“依法律行政”的原理,与承认行政裁量权并不矛盾;承认行政裁量权,规范行政裁量权,同样是“依法律行政”的内在要求。

在只重视行政是否依据法律,却不问法律内容的形式法治国家,“依法律行政”的理念并不一定能够为国民权利提供实质保障[27]。因此,为了谋求实质上的“依法律行政”,实现行政所追求的公共利益,就必须积极地探究所应该依据的法律在内容上是否正确,是否是良法,以及在法律之下的行政是否具有保障权利和自由等实现公共利益的实质内容。值得注意的是,“依法律行政”的原理是对作为整体的行政权而言的,在行政的具体推行过程中,还存在诸多不同的层次,需要具体问题具体对待,建构相应的法规范解释原则和制度。

法律通过以明文设定国家这个政治社会中市民以及政府双方的权利(力)、义务(责任)关系,使其他诸关系规范化、明确化、合理化,以增加社会生活的可预期性。以追求公共利益为己任的行政本身并不仅限于法律的执行,而且先行于法律而存在,并且,有时还需要其并不依据具体的法律规定而展开。这是因为法律不可能网络蕴含不确定要因的现实世界的所有可能性,而行政是创造性、形成性活动,在立法政策层面,应当赋予行政在具有时间性、空间性扩张的现实世界中不断地追求公共利益的裁量权。

“依法律行政”的理念必须得以遵守,即使在法律保持沉默或曰空白的某些领域中,同样也要求行政必须具有“法适合性”或者合法性。但是,推行作为创造性活动的行政,不能因为法律的沉默或者空白而袖手旁观,无所作为。于是,从立法政策学的层面赋予行政对现实需要和法律精神的判断权,便成为现代国家“依法律行政”原理的应有之意。换言之,法适合性的终极意义,在于对什么是正义、什么是非正义作出判断,而不是机械地执行法律。为了保护个人的自由和权利不受国家权力的侵害,“法的支配”的原理特别强调法的技术性。不过,拥护个人的自由和权利,也必须通过保障人们的社会性存在的公共给付予以实质上的支持。在不具备这种支持的地方,法的技术性反而可能成为实现自由和权利的障碍。法律的意义并不仅存在于其技术性,而且更多地体现在其作为追求公共利益的一种手段。法律在作为统治的手段的同时,还是人民表明意思的途径。菲利普·诺奈(Philippe Nonet)指出,法律性程序并不是将政府限制在规则的界限之内的方法,而是为市民的参与和批判提供机会,是确保利害关系人能够向政府的政策提出挑战并施加影响的机制[29]。换言之,法的程序贯彻于行政的意思决定中,使得对相关的所有利害进行积极的考虑成为可能,奠定了现代国家的民主行政和参与型行政的坚实基础。

#### (四)参与型行政与利益表达机制的完善

在现代国家,面对复杂多样、无比艰巨的公共福祉任务,不仅不能要求完全放弃相应的以国家强制力为后盾的权力性手段,而且还要在规范的基础上强化和充实相应的权力性手段。当然,伴随着民主主义理念的不断发展,现代国家公共福祉任务的实现在很大程度上也依存于相对人根据其自由意志所表明服从意思。在参与型行政环境中,相对人立于能够对国

家行使拒绝权的立场,而国家只是可以请求相对人进行协力。当国家提出某种要求时,相对人既可以予以接受,亦可以予以拒绝。在行政权和私权的交涉过程中,双方都会最大限度地主张自身的权利(力)和利益,只有在双方相互退让的前提下,才能达到真正意义上的双赢。随着利益多元化和民主制度的不断发展,在所有国家权力运作的阶段或者层次,对所有规制的对象,都有可能存在利益均衡的过程。从立法活动的层面来看,国家与私人,例如,国家与利益团体之间通常所进行的接触,也应该属于利益均衡过程的一种类型。这种“接触”往往是“水下交易”,是利益团体施加“压力”的结果,但它毕竟体现了双方相互妥协和让步。当然,利益均衡并不限于立法活动,而且法律规范的内容本身也会成为利益均衡的对象。在这种意义上,可以将利益均衡的过程作为立法参与的范畴来把握。

如果能够通过相对人或者利害关系人根据其自由意思表明让步的方式来解决利益冲突,实现国家和社会的有序管理,达致经济发展和财富积累,那么,国家就应该放弃相关领域的规制。很显然,这种协定对双方来说都是有利的。从民众方面来说,由于这种协定的成立,将会相应地减轻国家对其参与相关领域活动的规制,例如,国家可以相应地放松对环境保护及制造物的安全为目的的规制;从国家方面来看,也可以节省通过法律规范来实行规制所产生的规范制定和规范执行的成本。国家和私人之间进行的这种协定,当然具有类似于法律规范的一般性效力。但是,这种协定毕竟与法律不同,由于其成立过程中并没有经过一般民众进行的讨论和参与程序,因而并不具有普遍意义上的民主基础,并不是所有的当事人都能够成为协定的参与者,而是只有那些可能阻碍国家计划的实现,并且,国家为了实现既定的目标而必须取得其同意的社会成员乃至一定规模的社会团体或者组织,才能够成为协定的参与者。可以说,利益均衡体制本身就是对具有实力者有利的,因而其进一步的发展势必创造出新的特权构造。根据行政法的一般原理,特权是必要的,特权是不可避免的,特权是客观存在的,但同时,特权是需要控制的,特权必须接受法治主义的约束,特权必须接受民主主义的约束,特权必须经常地接受公共利益的检验。无论特权还是一般的权力或权利的授予,都必须坚持公开、公正、公平的程序原则,这是当今世界各国行政法的共同原则。

在现代国家,前述利益均衡的机制有很多优点,但也并不是不需要成本。这里的成本就是宪法要支付一定的代偿——缔结协定的国家可能突破既有宪法上的各种规范。换言之,宪法为了保障民主主义原理及法治国

家原理而规定的全部预防手段,几乎都有可能被这种缔结协定的国家所突破,或者说,宪法所规定的许多制度或者程序之价值将被剥夺。特别是关于议会制度和议会程序的规定,很有可能随着交涉或者协定领域的扩展而失去其存在的意义。在国家方面,进行交涉的通常是政府。如果形成了放弃规制的合意的话,则不存在议会发挥作用的余地。如果交涉的结果对未参与交涉的第三人也具有影响的话,则其交涉结果便转为法律。面对这种局面,议会的作用仅仅是对这种“转换”予以批准,却不能对其进行任何变更。这是因为,如果允许议会对这种“转换”予以变更的话,那么,前述交涉或者协定的结果将被置于危险之中,这不仅将违反行政信赖保护的原则,而且,更为严重的是,它使得经议会审议过程而产生决定这套近代宪政制度的优点消失殆尽,甚至有可能动摇政府存在的正当性。尤其值得注意的是,如果交涉和协定方式成为原则,那么,所谓透明性乃至参与型行政的意义将不复存在;如果通过选举所表明的全体意思中被编入交涉之中的私人利益,那么,这种全体意思无疑将受到严重破坏,因而,通过选举作出决定的近代间接民主制也就失去了其重要性。

在法治国家,正如“有法可依”的主张所表述的那样,法律规范的存在成为首要的条件。这是因为,法律规范的存在使得国家的行为具有可预见性和可计算性,使得对国家的执行权加以法的拘束,以及对行政权课以由法院进行的统制皆成为可能。可以说,如果法律被国家和私人的非正式协定所代替的话,与之相应部分的这种法治国家的成果便会丧失。当然,其不利的后果取决于协定的结果,而承受不利后果的却是未能参与协定的人们。换言之,如果交涉是非正式的,未能参与协定的人们就不能以充分的确实性来了解什么是适当的,也不能从如下方面来斟酌交涉结果:是否通过法治国家的统制机关,充分考虑了其宪法上所保护的利益?其利益在具体的事例中是否得以贯彻?

交涉这种手段,当然不是被恣意地选择的,其背景是社会现实的变化。既然存在着不能轻易阻止其发展的社会性变迁,对此,国家采取如此的反应,也是存在充分的根据的。也就是说,交涉体制在构造上具备了条件。这种交涉体制,虽然可能使得宪法上的核心原理空洞化,但是,并不能因此而判断其不够充分,或者予以禁止。倒不如说,必须进行尝试,以使宪法适合于这种国家协定缔结的实务,针对这种新型的行动形式和决定形式来实现宪法的要求。不过,关于这种尝试应该如何进行的问题,则是需要认真研究的课题。

#### 四、新世纪中国行政法学的使命——建构科学的行政法学原理和理论体系

进入行政国家阶段,人们的经济活动和日常生活都受到国家行政权的广泛而深入的拘束,呈现出无法逆转的状态。为了克服行政国家中行政权力的膨胀给私人的权利和利益带来的侵害以及侵害的危险性,就必须在前述各方面做出努力。同时,对中国行政法学研究而言,建立科学的行政法学原理和理论体系,是这众多努力中的一个重要因素。

所谓建立科学的行政法学原理和理论体系,是指将行政及行政权视为社会活动的一种形态,并将其置于和其他社会现象的相互关联之中来把握,充分认识其自身的规律,理解其在现代社会中的消极作用和积极作用,根据其自身的运作规律,探索与其他社会机制紧密相连、优势互补的规范、制约、保障或者救济的法律机制,切实服务于国家、社会公共利益和个体利益的圆满实现。

科学的行政法学原理和理论体系必须扎根于现实的行政权运作实践,同时必须基于深厚的理论研究积淀。世界性的“行政国家”化现象,促使人们对现代国家中行政权的运作及其监控进行认真思考,对行政权力和其他权力、权利的关系进行不断的探索,对追求公共利益的行政组织及其权力配置进行切实的探究。行政法学不仅要分析行政国家的现状,而且还必须开拓对行政权力规范和制约的基本理论和制度,形成能够作为政府权力运作的行动指南的法哲学和法治观念。这就要求对有关现象和理论进行批判性探讨,还必须与历史学、社会学、经济学、行政学、人类文化学和未来学等所有可能的学术分野建立密切的联系。

近代国家与其他所有的国家形态的惟一不同点是,其由大规模民主主义所支撑,同时亦是管理和推进大规模民主主义的手段。没有大规模民主主义,则不可能构成“行政国家”;没有“行政国家”中行政权的广泛渗透,大规模民主主义就很难实现。二者是相辅相成的关系。正如加库·艾鲁尔(Jacques Elul)所指出:“民主主义只有通过所有市民的意思才是可能的,也必须通过所有市民每日更新。”[29]克里克主张“有政治的地方就有自由”[30]。但是,为此就必须认识拘束着我们存在的行政国家的现实,把握其基于怎样的原理和机制而发挥作用。科学的行政法学原理和理论体系的任务,就是要抑制行政国家的消极作用,同时又要充分利用行政国家中行政权的积极能动作用,建立健全民主主义的参与机制,

最大限度地追求公共利益并保护和发展个体利益。作为以追求公共利益为目的之行政,是一种具有其特殊性质的社会性活动。要探明这种行政的本质和规律,有必要研究行政与其他各种各样的社会性活动的共通性和相异点。在“行政国家”的背景下,将相关联的诸领域相互联结起来,解释其构造和机制,构筑用以说明发展动态的固有的理论体系,当是新世纪行政法学研究的重要课题。

值得特别强调的是,科学的行政法学研究,依存于优秀的行政法学研究队伍的形成和不断完善。行政法学研究队伍由行政法实务家和理论研究者构成,双方的结合和交流,是科学的行政法学研究成为可能的前提性保障。进行科学的行政法学研究,必须树立学术民主、学术自由、学术创新的理念,建立能够确保相应理念得以实现的机制。在行政法制建设方面要坚持正当程序原则,这已经成为行政法学人的共识。在行政法学研究方面,同样要坚持正当程序原则,倡导独创性、原创性思考,摒弃“思想上的集体懒惰症”[31],着眼于新世纪行政权力运作的客观规律,致力于对传统理论的解读和新理论的架构,诸如行政行为不得和解、行政诉讼不得和解、规章不得设定行政处罚和行政许可,等等,凡此种种,似乎都是颠扑不破的真理,但是,都需要在新世纪行政国家背景下进行重新解读,都需要结合宪政理念进行新的探索。要进行新的解读和探索,就必须确立对行政法学研究的学术真诚。学术原本是孤寂、信奉的事业,创造源于至诚[32]。

研究行政法学,和研究任何学问一样,不可能只有一个模式、一种风格,我们不能强求行政法学家都写概念清晰、逻辑严密、论证充分、观点全面、观点正确的文章,更不能以一种观点为是非标准评判何为正确,何为错误。但是,在学术共同体内必须强调学术真诚[33]。对行政法学来说,它是一门实践性非常强的学科,需要紧密联系实际,时刻关注现实中发生的各类问题,联系实际展开实证性研究。为了完成建构科学的行政法学原理和理论体系的使命,行政法学者应当培育参与意识,通过自身扎实的学术研究,为该体系的完善和充实贡献力量。

当然,建构科学的行政法学原理和理论体系,也包括建构行政法学研究的科学的评价机制。和行政评价需要科学的评价标准和机制一样,行政法学研究的繁荣和发展也需要能够反映其自身规律的评价机制。然而,现行的以给人才、成果评定级别为中心的评价制度,错误地套用了物质生产中产品质量定级的标准,没有反映精神活动的特点[34],形成了“具有欺

骗性、虚假性的学术评价”规则[35],导致相当一些人把行政法学研究当做一种微不足道的工具[36],于是“抄袭之作、拼凑之作、浅显之作、傍名家之作、‘短平快’之作、‘一年十剑’之作”盛行的结果[37],这也是需要认真反思和深入研究的。诚然,科学的学术评价机制的架构需要与有关部门的互动才能完成,但是,行政法学领域中的学术批评风气的养成乃是其基本前提和基础。

## 结 语

鉴于近年来我国行政法制建设过程中出现的收权、集权倾向以及行政法学理论研究中出现的对行政控权的强调胜过对行政权力规范的重视等诸多现象,本来试图就具体的法律条款进行单刀直入的实证性研究,阐明放权、分权的重要性,强调对放权、分权的研究是新世纪中国行政法制建设和行政法学研究的课题便告终结。可是,在论文写作过程中,围绕行政权力的运作,阅读了大量文献,感觉到仅限于实证性分析,很难实现对权力运作规律的系统认识。于是,开始了引经据典,旁征博引,不觉“小文”一发不可收,不仅涉及到行政法学研究的课题,而且更多地关注了宪法学研究的课题,诸多课题困扰着我,以至于迟迟不能定稿。作为以宪政为背景的行政法和行政法学,尤其在探讨行政权力的运作规律及其规范和制约问题时,需要更多的宪法或者宪政的视角。也许这种视角本身亦可构成新世纪中国行政法和行政法学研究的一个重要课题。

18世纪德国启蒙主义哲学家伽渥曾有言:良知的声音是轻微的声音,它在尘嚣之中难以被听到。其实,学术也是轻微良声,它需要我们忘却世界的激越,在寂静中倾听[38]。

欢迎各位同仁从学术批评的角度对本文以及本文所阐述的内容提出批评意见,愿本文能够为各位同仁对新世纪中国行政法和行政法学进行展望提供有益的参考。

注释:

2005年8月16日至17日,中国法学会行政法学研究会2005年年会暨中国法学会行政法学研究会成立20周年庆典——“中国行政法20年博鳌论坛”在海南博鳌亚洲论坛国际会议中心举行,作者参加了该论坛,并进行了专题报告。本文是在作者提交该论坛的专题报告文稿的基础

上修订而成的。

[ 2 ]参见我国《行政许可法》第十一条至第十三条。

[ 3 ]这里所说的“行政主体”是政治学层面的概念,与我国行政法教科书上的享有行政权,能够以自己的名义行使行政权,并能够独立地承担因此而产生的法律后果的“行政主体”是不同的概念。

[ 4 ] [日]美浓部达吉. 行政法撮要[M]. 有斐阁,1924. 3.

[ 5 ]Hans Peters, Lehrbuch der Verwaltung, Springer-Verlag, Berlin, 1949, S. 6.

[ 6 ]杜宝良将状告北京交管部门 小区居民鼎力支持[Z]. 中国广播网, 2005 - 06 - 13.

[ 7 ] Fritz Morstein - Marx, The Administrative State, The University of Chicago Press, Chicago, Illinois, 1957, p. 1.

[ 8 ]面对所谓“杜宝良现象”,不仅杜宝良本人,而且许多媒体包括学者也埋怨交管部门没有及时告知并加以制止,却很少看到对杜宝良违法行车本身的批评。参见《五问交警是为罚款还是维护交通——菜农违章百次、被罚万元后的困惑》,载于《搜狐网》“搜狐汽车专题”;《争鸣 违章百次罚款万元电子眼成罚款机?》,载于《搜狐网》“新闻搜狐” news. sohu. com; 等等。人们对违法行车不予以严厉的抨击,除了由于人们对违法行车的严重危害性理解不够之外,这也许也在一定程度上反映了新世纪人们心态的宽容性。我在这里举出这个事例并不是想说明这些,而是想说明在此事件中评价机制的失灵。当人们偷换了概念,以对交警部门追究责任的形式遮掩了违法行车事件本身的社会危害性之后,行政评价的标准和体系便难以正常地发挥作用。在这里“评价”几乎完全被非理性的“情绪”所控制。

[ 9 ]例如,日本自明治维新以来以政府为主导而普遍推行的科学技术创造立国、文化立国、教育立国等理念,通过教育制度的普及和充实,成为了一代又一代日本人“兴产殖业”的根本法宝。

[ 10 ]Herbert J. Spiro, Politics as the Master Science: From Plato to Mao, Harper & Row, Publishers, New York, 1970, p. 4.

[ 11 ]Max Weber, Politik als Beruf, Verlag von Duncker & Humblot, München und Leipzig, 1926, S. 46.

[ 12 ] [日]南博方. 日本行政法[M]. 杨建顺,周作彩译. 北京:中国人民大学出版社, 1988. 9.

[ 13 ]在马克思论及资本原始积累的时候写道:资本原始积累是“用血和火的文字加载人类编年史的”,“资本来到世间,从头到脚,每个毛孔都滴着血和肮脏的东西”。

[ 14 ]参见德国《基本法》第20条a。

[ 15 ] [法]孟德斯鸠. 论法的精神[M]. 张雁深译. 北京:商务印书馆, 154.

[ 16 ] Ernest Barker ed. , The Politics of Aristotle, Oxford University Press, London, 1952, p. 7.

[ 17 ] [德]卡尔·施密特. 政治的概念[M]. [日]菅野喜八郎译(第二版), 1932年版(《危机的政治理论》), 182 - 183.

[ 18 ]James Cornford ed. , The Failure of the State: On the Distribution of Political and Economic Power in Europe, Croom Helm, London, 1975, p. 8.

[ 19 ] Alexis de Tocqueville, Democracy in America, The Henry Reeve Text as Revised by Francis Bowen, 1862, reissued by Alfred A. Knopf, New York, 1945, Vol. II, p. 311. See also Reinhard Bendix, Nation - Building & Citizenship: Studies of Our Changing Social Order, John Wiley & Sons, Inc. , New York, 1964, p. 49.

[ 20 ]参见《行政许可法》第十一条至第十三条;国务院《全面推进依法行政实施纲要》第四部分“转变政府职能,深化行政管理体制改革”。

[ 21 ] [日]噪清明. 行政学概论[M]. 东京大学出版会, 1966. 3.

[ 22 ]Cf. Ludwig vonMises, Omnipotent Government: The Rise of the Total State and TotalWar, Yale University Press, New Haven, Conn. , 1944, pp.44 - 78.

[ 23 ] PaulLaband, Das Staatsrecht desDeutschen Reiches, II, 1911, S. 176.

[ 24 ] [日]此外,噪清明教授还将国民的被动化、行政的利益化以及行政权的集中化等视为行政国家的问题。

[ 25 ]MarxWeber, “Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland ”, in Gesammelte Politische Schriften, München, 1920, S. 139.

[ 26 ] [ 27 ] [日]高田敏. “依法律行政”与形式性法治国家[A]. [日]渡边宗太郎. 公法学的诸问题[C]. 有斐阁, 1956. 17 - 69.

[ 28 ] Philippe Nonet, Administrative Justice : Advocacy and Change in Government Agencies, RussellSage Foundation, New York, 1969, p. 6.

[ 29 ] Jacques Elull, The Political Illusion, translated for the French by Konard Kellen, Alfred Knopf, New York, 1967, p. 230.

[ 30 ]Bernard Crick, Political Theory & Practice, Allen Lane The Penguin Press, London, 1963, p.50.

[ 31 ] [ 33 ] [ 36 ]顾肃. 致21世纪的哲学家[Z]. 士柏咨询网, 2003 - 08 - 21.

[ 32 ] [ 34 ] [ 38 ]郑永流. 审批与等级——学术自由的敌人  
[ J ]. 法律与生活(半月刊) , 2003, (9)下.

[ 35 ] [ 37 ]顾海兵. 构建时间与空间双重制约的学术评价规则  
[ N ]. 光明日报, 2004 - 06 - 08.

原载于《河南省政法管理干部学院学报》2006年第4期。

[【返回】](#)

欢迎光临**中国法学会**官方网站

Thank you for visiting [www.chinalawsociety.org.cn](http://www.chinalawsociety.org.cn)

中国法学会 版权所有 © 2005 京ICP备05072373号 [联系方式](#)  
(浏览中国法学会网, 建议将显示器的分辨率设为1024\*768) 网站制作与维护: 北京长城宏业网络信息科技有限公司