把"利维坦"关进笼子 ——中国行政法学人的梦想与求索

姜明安

北京大学法学院教授 2023年10月6日

尊敬的各位领导、各位学者、各位朋友,

谢谢大家,我今天演讲的题目是"把"利维坦"关进笼子——中国行政法学人的梦想与求索"。梦想就是我们的目标,我们干了几十年就是把利维坦关进笼子,控制利维坦,驯服利维坦,这是我们几十年的目标。求索就是我们实现这个目标的行动,这个行动包括两个方面:一个方面是理论研究,另一个方面是把理论研究的成果变成实践。可能第二个更重要。马克思说过,我的哲学和别人的哲学不一样,同很多哲学家的哲学不一样,他们的哲学都是解释世界,我的哲学是改造世界。我们要改造世界就是要控制利维坦,驯服利维坦,把利维坦关进笼子。刚才马校长讲的十三个问题,就是利维坦没有控制好,老是跑出来。所以我们现在的任务很重。我们干了四十多年,在这一方面努力,但是效果并不是太好,当然还是有很大的成功,不是完全白干了。

我讲求索,第一个是理论研究,然后是实践,我准备讲六个问题。第一个问题:中国行政学研究是如何起步的,主要是回顾,未来的展望等会儿靠大家来讲。第二个问题,中国行政立法的兴起和推进;第三个教学和科研是怎么全面展开的;第四个是中国行政法的兴起到底给中国带来了哪些变化;第五个是我们新时代行政法理念和制度的创新。这些创新不一定都已经实现了,我们至少是在向这个方向努力。第六个是我们行政法学、我们行政法治建设有哪些经验。时间有限,我只讲一些要点。

一、行政法学的艰难起步

怎么开始和起步的,不能忘记这位老先生——龚祥瑞先生。他是全国最早在外国宪法中讲外国行政法的。龚先生讲课激情四射,对学生有非常强的感染力,有很大的煽动性,我对行政法的"瘾",就是在龚先生的课上染上的。我三年级的时候上他的课,三年级四年级的时候几乎一半时间泡在图书馆里,就是看行政法的书,包括苏联的、东欧的。我也学一点英语,我也看一点英美的,当然我没有正式学过英语,我大学是学的俄语。我自学的二十六个字母,慢慢地也能看一点。讲实话,我搞行政法,主要是受他的影响。我大一大二时对经济法比较感兴趣,你看我发表的翻译文章是经济法的,是苏联和东欧的经济法,直到三年级和四年级我才开始搞行政法,就是受他的影响。所以我们不能把老先生给忘了。

第二个是到1982年到1985年,北大、北京政法学院(现在的中国政法大学)、西南政法学院慢慢 地开设行政法选修课,编译了各种行政法学习资料。这三个学校都编了,我们北大的主要是我编的,一 共编了7本。行政法、行政学是两本,中国行政法规选编编了三本,上中下,外国行政法选编编了两本,这是我刚留下来时,二年级、三年级的时候就搞的。这个花很多时间。

行政法起步阶段的第三个事情就是《行政法概要》的出版。这是一件很重要的事情。《行政法概要》是第一代行政法统编教材。我们总共有四代行政法统编教材。第一代就是《行政法概要》,王珉灿主编,张尚鷟副主编。对于这个书的主编,王名扬发挥了重要作用。王名扬是第一位在国外巴黎大学获得行政法博士学位的,当时很多东西都是王名扬的东西,当然他不是主编,也不是副主编,但是他发挥的作用很大。

第四个事情就是出版一些个人的教材, 我是85年8月出版的行政法学, 当时是到法律出版社, 但是法律出版社说行政法是个什么法呀, 没有听说过, 所以老是出不来, 我就跑到山西出版社去去了。12月份, 应老师(应松年)和朱老师(朱维究)在工人出版社出版了行政法总论, 这两本应该是个人编的最早的教材。这是起步阶段。

到1985年以后,全国高校法学院都开始普遍开设行政法课程。北大、人大、北京政法学院、西南政法学院、中南政法学院、西北政法学院、华东政法学院,慢慢地都把行政法课改成了必修课了。我们北大应该是比较早或者很早就改成必修课了。我原先分到行政法教研室,罗老师(罗豪才)同我谈话,他是教研室的副主任,问我搞什么,我说我也不搞中国宪法,也不搞外国宪法,他说那你就到中外法学去当编辑。我说我也不当编辑,我搞行政法,我留下来就是想搞行政法,所以后来成立了一个行政法教研室,我就是第一任北大行政法教研室的主任。这个时期各个学校也开始招博士、硕士生,最早的三个博士生是政法大学的马怀德,再一个是北大毕业的袁曙宏,人民大学毕业的冯军。这是我们中国最早的三个行政法的博士,都对中国行政法都做出了重要贡献。

二、行政立法的制定始末

这个行政法立法,我主要讲三个东西,一个是公务员法的起草,第二个是行政立法研究组起草的行政诉讼法、国家赔偿法,最后讲行政法规的废改立。

1984年,中央组织部、劳动人事部成立了15人组成的国家工作人员法,就是公务员法的立法小组。中组部副部长曹志,后来曹志当人大常委会副委员长、秘书长,找了五个学者参加:一个是外交学院的杨柏华,他主要是搞外国;人民大学的皮纯协,法学所的张焕光,政治学所的袁岳云,北大的找了我一个助教,我刚毕业两年,我82年留校的。他们知道我搞行政法,我有一次开会,还写过国家工作人员法的论文,所以他们找北大组织部,通知姜明安来参加吧,真是给我一个很好的机会。这是我参加立法的开始。原先在北大,我是南方人,连大米饭都吃不到,一个月只有六斤大米,我到那里,每天都可以吃大米饭。我从来都没有吃过酸奶,每天都给我们配酸奶,住的那个小别墅,原先周扬住的那个地方,那个待遇太好了。我们15个人在那里,真是很好的待遇。中央组织部、劳动人事部的,这个是当时那个小组的人员,他们当时很重视我们,那时司局长都站在后面,让我们五个学者都坐在前面,同副部长曹志在一起。当时我们搞这个法,没有什么法,都是一些文件,每年的人事工作文件汇编都有两本,这么大一堆。但是看文件怎么能把公务员法搞出来呢?还是要看看法律怎么规定。这个时期,中央组织部给中华人民共和国

全世界的大使馆都发函, 你们两个月之内, 把所在国的公务员法、公务员法运作的情况寄到中央组织部来。中央组织部厉害啊。材料都寄来了, 也是这么一大堆。我们是上午看文件, 下午起草条文, 晚上就集体讨论, 干了半年, 就出来了, 但是没有马上出台, 到了93年才出台《国家公务员暂行条例》, 就是我们起草的。像是公务员要考试、考核、调动这些程序, 公务员制度基本上都是我们起草的, 后来2005年出台的《公务员法》也是按照我们当时搞的那个东西搞出来的。我们搞的那个东西确实是参考了全世界的资料。

第二个事就是行政法立法组。1986年10月份《民法通则》通过了,人大组织开一个座谈会。陶 希晋就在会上发言,说咱们现在刑法有了,刑事诉讼法有了,然后民法通则现在有了,82年已经出了民 事诉讼法(试行), 现在六法就差两个了, 就差行政法, 就差行政诉讼法了, 这个行政法的基本法, 咱们应 该搞这个东西。当时彭真当委员长,王汉斌当法工委主任,因为陶老资格特别老,所以他一讲,王汉斌就 说, 那你就带着大家搞吧。他后来就去找彭真汇报, 彭真同陶老爷子很熟的, 所以就成立一个组, 陶老当 时把我的老师, 就是龚祥瑞先生找过去, 说你们搞行政法的, 咱们中国要搞行政法了, 你们要写点东西 造点舆论啊。所以龚老师,我,龚老师和齐一飞,当时是北京市人大的秘书长,我们三个人组织一个写作 小组, 我负责草拟稿子, 龚先生负责审、改, 然后齐一飞负责找报纸杂志去发表, 首先是找了光明日报, 发表了《要制定做为行政基本法的行政法》,然后是《中国法制报》,现在的《法治日报》也给发表了。但 是光造舆论不行,还要动起来,马克思讲的,我们不仅仅是解释世界,我们还要改造世界,你得行动起来 ,成立一个组吧。所以就成立一个小组,找了江平,政法大学的校长,当时人大法工委的副主任当组长, 罗老师、应老师当副组长,我们是干将,我、皮纯协、张焕光、朱维究,人大的肖峋,最高法院经济庭的 庭长, 当时还没有行政庭, 都参加了起草试拟稿。开始是起草中华人民共和国行政法通则, 在动物园旁 边那个国务院招待所。搞了半年,写了这么一大堆,行政组织法、行政处罚法、行政强制法,这么多东西 都把它弄进来,写不下去了。写不下去以后正好修改民事诉讼法。民事诉讼法原来写了一章,就是行政 诉讼, 但是后来大家说行政诉讼是个什么东西啊, 搞不清楚, 后来就把它删掉了, 就改成了一条, 就是民 事诉讼法第三条, 人民法院审理行政案件按本法实施。这个现在要修改就有两个选择, 一个是将原来的 一章拿出来,在民事诉讼法中写行政诉讼:还有一个办法就是单独写一个行政诉讼法。江平说咱们就搞 单独的行政诉讼法。正好我们那个行政法通则、行政法大纲写也不下去了,就改成了写行政诉讼法了, 从87年我们就开始动起来了, 89年出了《行政诉讼法》、94年出了《国家赔偿法》、96年出了《行政处罚 法》、99年出了《行政复议法》、2000年出了《立法法》、2003年出了《行政许可法》、2011年《行政强制法》。 我们为了把这个法律起草好在国外几个月进行调研,到十几个省市进行调研,并且跑了几十个国家,美 国、英国、法国、德国、意大利、很多地方去考察、看人家的行政诉讼法是怎么搞的。我有这么个机会跑 了很多地方学术讨论。

第三个就是推动几个违法的废旧立新。一个是孙志刚事件,最后《城市流浪乞讨人员收容遣送条例》被废了,我们三个给人大写了信的。当时曹康泰是国务院法制办主任,也找我们去,我还提出说,这个收容站为什么只能够由政府办啊。是不是有些组织,NGO/NP们也可以搞啊。他们没有采纳我的意见,但是我觉得这个事情我是对的。因为这个收容站都由政府办是有很多问题的。《收容遣送条例》改成了

救助管理办法,已经是一个很大的进步了。第二个是唐福珍事件,当时北大五教授,沈岿、王锡锌、陈端洪、钱明星(钱明星是搞民法的)还有姜明安,上书全国人大常委会,要求审查城市房屋拆迁条例,因为当时死了很多人,自杀、自焚啊。所以我们几个说一定要把那个恶法《城市房屋拆迁条例》干掉。信春鹰找我们几个聊,又打个电话给国务院法制办,说这几个教授都有意见了,赶快想办法,他们自己就把它给废了,搞了一个《国有土地上城市房屋征收补偿条例》,就是现在的征补条例。我们现在经常搞论证用的那个条例。再有一个是劳动教养,那就是唐慧。她女儿被强奸了她去上访,上访就把她抓起来劳动教养了。我现在讲的《行政三法研究》里面也有。人民网后来给我们五个人每个人发一个大奖杯,"十大责任公民"。

三、教学科研的全面展开

这个讲五件事。一个是教育部高校、各级党校、行政学院自20世纪80年代中后期全面开设行政法课程,很多都开成必修课了。第二个就是行政法学研究会成立,选举产生27人组成的第一届干事会。干事长是张尚鷟,副干事长是罗豪才、应松年。我是当时27个人中最年轻的一个,现在在世的可能不会超过五个。这是85年在常州成立的。第三件事情是开设高级法官班,高级法官班我们开了四期,都是副院长以上的,给他们培训行政法。这是我们中国第一代行政法官。当时我们培训行政法、经济法,人民大学培训刑法、民法。这是同最高法院合作。还有政法大学师资培训班。前几天,我们还把那些高级法官班,现在都八十多岁了,很多也都去世了,这些人从全国各地还来了。那个班在行政诉讼这一块,确实是起了很大的作用,一级培养60个,一共是4级,是240个人,所以在中国行政诉讼这么搞起来的。然后第五个事情就是教材。第一代教材就是《行政法概要》,第二代教材就是罗老师组织主编,应老师当副主编的《行政法学》,89年的,我是作者,四个作者,我,皮纯协,张焕光,朱维究。第三代统编教材就是教育部的《行政法和行政诉讼法》,现在已经出了七版,我主编的,现在第八版马上这个月就要出了。第四代就是现在马工程,马工程是应老师当主编,我们两个是副主编,现在出了两版了。

四、行政法学对中国的影响变化

第四个问题就是给中国带来哪些变化?大概有五点。

第一点是观念上的三大变化。第一个是中国人的观念开始发生重大变化了,从人民政府天然正确,天然为人民,到现在人民政府也可能犯错,也可能侵犯人民权益,所以人民政府的权力也需要规范,它也可能成为利维坦。第二个就是官民关系的父母官与子民关系,转变公仆与主人的官民关系,公仆是法无授权不可为,主人是法无禁止皆可为,不是反过来的。第三个是民不告官,民不与官斗,现在则是民不仅可以告官,而且可以告赢官。现在是"有权即有责,用权受监督,违法吃官司,侵权必赔偿"。前面三句话是温家宝讲的,是2004年的纲要里面有的。他总结的还挺好的,违法吃官司是我加的。

第二个是治理方式发生了重大变化。这里的治理方式第一个就是,行政机关及其工作人员从依据上级指示、命令、红头文件办事向依法行政转变。第二个是行政管理方式从单方性、强制性,更加注重参与性、互动性、第三个是行政执法主要采用规制手段(regulation),现在主要是向行政协议,向柔性

手段、软法手段转变。再一个是行政活动主要从注重快捷、注重效率向更注重Due Process of Law, 向正当法律程序, 注重相对权益的保障转变。

第三个就是共产党的目标有了转变。原先的目标就是以阶级斗争为纲,以经济为中心,追求GDP增长,追求经济发展,物质文明,现在更多地要追求公平正义,追求社会文明,追求生态文明,追求政治文明。现在是五大文明了。当然不完全是我们搞行政法的人的功劳啊。第三个就是从过分地追求秩序、维稳更多地向人权保障,更多地追求公民、法人和其他组织合法权益的保护转变。党也在变化。世界上任何事情都在变化,有不变的,但是也有变的。把利维坦关进笼子里,驯服利维坦,这个不能变。

创新,理念创新主要是五个方面。一个是现在以人为本,以人民为中心。以人为本,这是胡锦涛那个时期讲的,这个是很好的,当然以人民为中心也有以人为本的意思,二者还是有一点差别。就像毛主席讲的,我们的共产党和共产党所领导的八路军、新四军,是革命的队伍。我们这个队伍完全是为着解放人民的,是彻底地为人民的利益工作的。但很多人后来忘了初衷了,搞来搞去根本不是为人民服务了,就去搞阶级斗争,搞GDP。第二个就是把权力关进制度的笼子里,就是我刚才讲的利维坦关进笼子里。第三个就是以公开为原则,以不公开为例外。第四个就是应急法制,应对风险社会,这次我们统编教材加进去了。原先没有这一块的。第五是信息化和法治化的深度融合。

制度创新太多了,我举10个例子。第一个三张清单,权力清单、责任清单、负面清单;第二个是最多跑一次,让数据多跑路,让老百姓少跑路;第三先上车后买票,这是上海的经验;第四是双随机一公开,随机抽取监管对象,随机选取监管人员,监管结果公开,这是深圳搞出来的经验;第五是听证,两个听证,一个是行政行为的听证,第二个是行政决策还有行政立法、规范性文件的听证。这两个听证不一样的,都是制度创新。我们行政处罚法写听证的时候,很多人反对,包括我们立法组人大的人都反对,说听证是个什么东西,我们是群众路线,你怎么写个听证啊,包括人大法工委的人都反对。后来罗老师说,我们还是还应该往前看,听证是一个很好的事情;第六个就是行政许可法搞的信赖保护,后来民营经济的那个,优化营商环境条例都写了;第七个就是行政决策五步,公众参与、专家论证、风险评估、合法性审查、领导班子集体审议。现在重大决策,都必须开会审议决定,不能像原来的铁道部长刘志军,他一个人就把这么大的项目,几个亿都给那个老太太了,所以后来刘志军进去了,老太太也完了;再一个就是行政执法三大制度;行政执法公示、全过程记录、重大执法决定法制审核。第九个就是相对集中行政执法权,现在就是联合执法,综合执法,以前开个饭店,今天是工商局来了,明天后天每天都有新的大盖帽,还待在那里不走,别人都没有办法去吃饭了,现在就是一家;再一个就是行政争议实质性化解。这是最近几年搞的,这些都是制度创新。

五、行政法治的经验与得失

最后一个主要经验, 我写了六条。

第一条就是坚持走中国特色与"他山之石"相结合的道路。既注重中国的国庆,也注重学习和借鉴国外成熟的经验。在中国搞事情,当然有中国的国情,有中国的特色,但是也不能是外面的东西,人家

已经成熟的经验都要去摸着石头过河,人家桥早都已经搭起来了,你为什么要不走桥,一定要从水里过,摸着石头去呢,有些已经不需要摸了。他山之石,应该借鉴。

第二个就是行政法学理论和行政法治建设实践紧密结合, 既大胆探索, "摸着石头过河", 又加强理论指导, 把握探索的方向和目标。这个是非常重要的。你看我们搞行政立法, 都是两拨人三拨人在一起的。我们第一个立法组, 我们5个是学界的, 他们组织部、劳动人事部10个。我们第二个立法组, 我们六七个人, 有人大的, 最高法院的, 国务院法制办的, 我们搞立法都是两拨人三拨人紧密结合。这个就是中国的经验。

第三个就是通过行政诉讼制度,"民告官",促进行政行为,行政程序法的制度完善。原先一般的认识是先搞行政组织法,再搞行政行为法,然后再搞行政诉讼法,救济法。但我们不是,我们反过来,江平搞得好,行政诉讼法把行政机关告到法院去了,为什么不依法啊,但是依什么法啊,还没有法啊,所以首先要制定法,制定行政处罚法,制定行政许可法,这样就把这个行为法给逼出来了。今后就是你说我超越职权,但是我的职权在哪里啊,现在就是三定方案,但是三定方案不是法啊,是编办搞出来的东西。那怎么用呢?当然这个还需要很多年,十年二十年啊,我原先参加过编办搞的条例,三个条例,但都没有出来,今后还要搞的。

第四个经验是通过具体行政管理领域法律法规的制定,促进规范特定种类行政行为单行法典制定,进而推进统一行政程序法典。我们是这样一个过程,先搞什么土地管理法、药品管理法、食品安全法,把这些法搞出来,然后就搞这个单行法律,像是行政处罚,土地管理、药品管理都有,它是一类行政行为,不是某一个领域的行政行为,然后就是行政程序法典,行政基本法典。我已经推了二十年了,这是我们下一步的计划,不是下一代啊。

第五是注重特定个案,通过个突破特定领域法治建设的障碍和藩篱,然后趁势将相应领域法治向前推进一步。就是孙志刚、唐福珍、唐慧案,我们把这部分案子弄下去,舆论造起来,最后就是把法规给改了。这样咱们的法治就向前推进一步。这也是我们的一个重要经验,我们今后还要这么干。但是要选好真正典型的案子。

第六,在行政法制度的发展和创新方面,先试验,后推广,通过先行先试保证发展和创新稳妥,所以有些东西我们无法一下子推出立法,但是我们可以先搞行政法规,地方性法规。先地方,后中央,以地方改革委中央立法探索和积累经验,先行政后人大,以行政立法为人大立法探索和积累经验。这是我们的经验。

把"利维坦"关进笼子, 这是我们中国行政法学人的梦想和目标。为此, 我们努力探索了四十年, 但依然离当年的梦想和目标有很大距离, 还需要我们继续努力探索下去。民主和法治尚未成功, 同志仍需努力!

感谢聆听,谢谢大家!