

# 行政法

沈福俊◎主编

QUANMIAN SHENHUA GAIGE DE XINGZHENGFA  
LILUN YU SHIWU WENTI YANJIU

---

全面深化改革的行政法  
理论与实务问题研究



中国政法大学出版社

本书得到华东政法大学2014年行政法学科建设项目资助

QUANMIAN SHENHUA GAIGE DE XINGZHENGFA  
LILUN YU SHIWU WENTI YANJIU

# 全面深化改革的行政法 理论与实务问题研究

沈福俊◎主编



中国政法大学出版社

2015·北京

声 明

1. 版权所有，侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

全面深化改革的行政法理论与实务问题研究/沈福俊主编. —北京:中国政法大学出版社, 2015. 8

ISBN 978-7-5620-6183-0

I. ①全… II. ①沈… III. ①行政法—研究—中国 IV. ①D922.104

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第195132号

---

出版者 中国政法大学出版社  
地 址 北京市海淀区西土城路25号  
邮寄地址 北京100088信箱8034分箱 邮编100088  
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)  
电 话 010-58908524(编辑部) 58908334(邮购部)  
承 印 固安华明印业有限公司  
开 本 720mm×960mm 1/16  
印 张 22.5  
字 数 410千字  
版 次 2015年8月第1版  
印 次 2015年8月第1次印刷  
定 价 56.00元

## 序

2013年11月12日，中国共产党第十八届中央委员会第三次全体会议通过了《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》（以下简称《决定》）。《决定》提出了全面深化改革的指导思想、目标任务、重大原则，描绘了全面深化改革的新蓝图、新愿景、新目标，为包括法治建设在内的法治建设提出了进一步努力的方向和目标。

华东政法大学行政法学科长期关注与改革相关的行政法理论和实务问题。在《决定》通过并公布后，我们研读了《决定》的相关内容。我们认为，虽然国内不少学者都对深化改革的行政法理论与实践问题进行了研究、形成了不少高质量的成果，但是，继续深入研究深化改革的行政法理论与实践问题，尤其是结合《决定》进行研究仍有必要。为此，学科组成员围绕《决定》中有关全面深化改革的行政法理论与实践问题进行了一系列思考和研究，形成了本书所展现的成果。全书围绕政府职能的转变、行政执法方式的创新、行政复议制度的改革和行政诉讼制度的改革等问题进行了论述，比较全面地对《决定》所提出的深化行政改革的行政法理论与实践问题进行了研究。为了再拓展研究的深度，学科组成员精心选择问题的突破口，基本都是从相对较小的角度出发，使得研究既有针对性，又有深度，并能以小见大地凸显在贯彻落实《决

定》的过程中将会遇到的问题以及相应的解决思路和解决办法。

理论是灰色的，而生命之树常青。本书作者群以务实作为研究的另一基调。本书大部分研究成果均以大量的实证资料作为研究的基础，作者们或深入一线实践工作，收集行政复议制度、行政审批改革、综合执法改革等方面的一手资料，或大量阅读文献，整理法治政府和服务型政府建设、社会治理、行政收费、城市规划以及行政诉讼制度等方面的材料。这种扎实的研究风格保证本书研究成果是鲜活的，是具有生命力的。

西学东渐以来，法学的研究常常以比较作为基本路径。我们同样认为，本学科成员具备的比较研究能力可以在本次系列研究过程中起到重要的作用。在警察行政任务私人参与执行以及行政处罚与刑事制裁的关系方面，作者们较多地体现了比较研究的优势，这也为本书增添了另一分色彩。

最后要说明的是，尽管本书的作者群已经做了大量的研究工作，但水平有限，缺点和不足在所难免，恳请方家批评指正。如果本书能够起到抛砖引玉之效，我们将不胜欣慰。

沈福俊

2015年夏

# 目 录

序..... I

## 第一章 政府职能的转变

邹 荣

一、法律授权模式的改革是提高法律执行力的关键.....3

邹 荣

二、服务型政府建设与政府行为选择.....10

——以给付行政的实施与规范为视角

李卫华

三、如何确立法治政府的评价体系.....21

魏 琼

四、简政放权下的行政审批改革.....37

曾 刚

五、论浦东新区发展和改革行政审批制度的完善.....49

魏 琼

六、反行政性垄断执法模式的现实与理想.....74

魏 琼

七、论混合型行政性垄断及其规制.....91

## 第二章 行政执法方式的创新

曾 刚

一、城管综合执法与专业执法分工制度的检讨.....111

——以上海市为例

渠 滢

二、从城市管理到社会治理：综合执法制度的路径选择.....130

章志远

三、论警察行政任务私人参与执行的法制保障.....140

邹 荣

四、违反行政处罚法的法律责任研究.....157

陈越峰

五、附随规制：我国城市规划形成空间秩序的机制.....177

江利红

六、论我国行政收费范围的法律规制.....201

练育强

七、行政处罚与刑事制裁衔接研究之检视.....223

练育强

八、“两法”衔接视野下的检察权性质定位研究.....241

## 第三章 行政复议制度的改革

沈福俊

一、行政复议委员会体制的实践与制度构建.....253

沈福俊 徐 涛

二、论我国行政复议制度基本目标的重塑.....270

——基于对现有制度与实践的反思

沈福俊

三、行政复议听证程序的实践与制度发展.....287

## 第四章 行政诉讼制度的改革

邹 荣

一、行讼法大修：应当回应政府职能的转变.....303

邹 荣

二、法官管理制度的完善化是司法改革的核心.....307

邹 荣

三、关于起诉后是否停止被诉行政行为执行的思考.....311

邹 荣

四、“红头文件”的审查是修改《行政诉讼法》的关键问题.....319

邹 荣 贾 茵

五、论我国行政诉讼调解的正当性构建.....326

沈福俊

六、基层法院行政诉讼管辖制度改革论析.....337

——《行政诉讼法修正案（草案）》相关内容分析



## 第一章

---

# 政府职能的转变



## 一、法律授权模式的改革是提高法律执行力的关键

邹荣\*

制定法律的目的就在于实现制定法律所要达成的秩序。希望通过法律所要实现的社会秩序，可以称之为法秩序。<sup>〔1〕</sup>法秩序的实现主要依赖两个途径：一是对法的遵守，二是对法律的执行。前者是指公民、社会组织以及国家机关等依法行使权利、履行义务，而后者是通过法律赋予的具有执行法律的有权国家机关依法处置具体事务，实现法律的强制拘束力，从而确保法秩序的实现。<sup>〔2〕</sup>法能够得到遵守主要取决于人们对法律的认同，这种认同不应当是基于人们对法律所独具的强制力的恐惧而形成的屈从，而应当是人们对法律对其利益诉求<sup>〔3〕</sup>和主张的回应和反映而产生的自觉自愿的内心信仰，这涉及立法和普法的问题。回顾中国新时期法制建设和法治施行的实践，观察当今社会法秩序实现的实际状况，无论在法的遵守还是法的执行领域，都出现了令人忧虑的

---

\* 华东政法大学副教授。

〔1〕 张中秋：“传统中国的法秩序及其构成原理与意义”，载《中国法学》2012年第3期。

〔2〕 张文显：《法理学》，高等教育出版社、北京大学出版社2007年版，第246页。

〔3〕 《马克思恩格斯文集》第1卷，人民出版社1956年版，第82页。

情况。不过，法的遵守环节不是本文讨论的重点。本文讨论的重点是国家机关对法律的执行，即法律的执行力。

### 一、法律执行力的过度分置是妨碍法秩序实现的主要原因

观察国家机关对法律的执行，可以发现一个明显的事实：国家机关对法律执行的效率明显不足。表现在：

第一，违法现象得不到及时、充分的发现。就相当长时间以来的一些重大、敏感、引起人们普遍关注的案件的情况看，这些案件几乎都是由媒体发现在先，在被媒体广泛报道之后，才由有关部门跟进查实、处理，以至于人们感叹“媒体治国”、“记者执法”。诚然，舆论监督是国家机关发现违法案件的重要途径，但如果执法机关主要依赖媒体曝光来发现违法现象，而耗费大量纳税人财富建立起来的庞大国家机器在发现违法现象方面却无所作为或者少有所作为，则不免令人失望和忧虑。法律的权威绝不在于严刑峻法，否则就难以解释这样的现象：就世界范围而言，我国是少数对于经济类犯罪保留死刑的国家，但经济类犯罪仍然层出不穷、“前赴后继”。其实，法律的权威更多地表现在对违法行为的发现机制上，所谓“莫伸手，伸手必被捉”，<sup>〔1〕</sup>然而事实却是无论在哪个领域，国家机关对违法行为的发现能力都有可质疑之处。

第二，违法现象得不到充分有效、令人信服的处置。

首先，国家机关对发现的违法行为进行处置时，没有完全实现法律执行的最终目的：制止违法行为、消除违法行为所带来的消极后果、修复被破坏的法律秩序，当然，也应当对违法者依法惩处。但在现实中，却存在执行法律目的迷失的现象，某些国家机关、某些法律执行领域存在背离以上法律执行目的，而出于利益考量、社会评价，或者出于某些长官意志等目的实施法律的现象。某些国家机关将执行法律等同于实施处罚，特别不能理解的是在实施处罚时渗入了财政考虑，久而久之，破坏了法律的权威，最终损害的是法律的执行力。

其次，各个国家机关执行法律、追究法律责任的标准和程序存在较大差异。这种差异不仅存在于不同地区的国家机关，也存在于同一地区的国家机关；不仅存在于不同的法律执行领域，也存在于同一法律执行领域；即便是同一个行政机关，在处理相同类型的法律事务时，也存在着标准和程序不统一的问题，“同案不同罚”、“同案不同处”的现象比比皆是。这种情况，严重破坏了法律执行的统一性。

---

〔1〕 习近平总书记在“十八届中央纪委三次全会”上强调，要让每一个干部牢记“手莫伸，伸手必被捉”，参见陈毅：《七古·手莫伸》。

最后，执行法律时没有严格做到“罪刑相适应”、“过罚相当”，在对某些案件的处理中存在“重罪轻罚”、“轻罪重罚”、过罚不当的情况，损害了法律的公平性。可以想见，法律执行如果损害了法律应有的权威性、统一性和公平性，那么，这样的法律执行状态是难以令人信服的。在某种程度上，破坏法律秩序的正是一些国家机关的某些法律执行的行为。

法律执行效率低下已经是一个不争的事实，要恢复法律秩序，必须要解决法律执行效率低下的问题，而解决问题的关键是找到问题发生的原因。造成法律执行效率低下的原因可能是多方面的，但其中最主要的原因是执行法律的力量过度分置。要观察执行法律力量的分置状态，有必要观察目前我国执行法律力量的配置情况：其一，将同属于国家法律责任的刑事法律责任和行政法律责任，分置于不同的国家机关，不同的国家机关又按照不同的实体法和程序法来追究责任。就刑事法律责任而言，享有刑事侦查权的起码就有公安机关和检察机关，对某些特殊案件还赋予其他机关以刑事侦查权。就行政法律责任而言，享有对违反行政法律规范的行政违法行为进行调查和处理权的是行政机关，还有某些得到法律、法规授权的非行政机关组织。两类不同的机关分别按照刑法、刑事诉讼法和行政实体规范以及行政处罚法等追究同一性质的法律责任。这就出现了在追究国家法律责任时，刑事侦查机关、审判机关与行政机关以及法律、法规授权组织之间的协调、配合问题。其二，将行政法律责任的追究又分别置于不同的行政机关。前文已经述及，行政机关和法律、法规授权的组织负责追究行政法律责任，但是，问题的复杂性在于，行政机关在我国的样态实在过于复杂，各级人民政府是行政机关，各级政府的职能部门如公安、教育、文化、卫生、体育、税务、工商部门等也都是行政机关，行政机关成为类概念，而不是专指某个或某几个特定的机关。因此，“行政机关负责执行行政法律规范、追究行政法律责任”这句话实际上没有多少执行和操作的價值。

执行法律力量的过度分置，与执行法律的效率低下存在着必然的联系，正是由于执法力量的过度分置，才在很大程度上导致了执行法律的效率低下。其一，刑事执法权与行政执法权的分置，导致同属于追究国家法律责任的系统出现不协调、运转不顺畅的情况。一方面，按照理论界一般的所谓共识，行政违法达到刑法规定的程度、构成犯罪、需要追究刑事法律责任时，应当按照刑事法律责任的追究机制执行法律，因此，当行政机关对违法案件查处时，就必须有能力判断违法者是否涉嫌构成犯罪，<sup>〔1〕</sup>而当行政机关向刑事侦查机关移送涉嫌犯罪的案件

〔1〕 练育强：“行政处罚与刑事制裁衔接研究之检视”，载《政治与法律》2013年第12期。

时，又注定会面临侦查机关与移送机关对犯罪标准和犯罪构成的认识不一致的难题，除非是得到领导高度重视的重大案件，否则这两个机关在这一问题上达成一致并不容易。另一方面，刑事侦查机关在对刑事案件进行立案侦查时，受“先刑事、后行政”观念的影响，是不可能主动要求行政机关对相关行政法律责任的追究“提前”介入的，<sup>〔1〕</sup>由于刑事侦查机关在制止、消除违法后果方面没有及时、有效的手段（刑事侦查手段主要关注对犯罪嫌疑人的强制，不似行政强制手段主要针对违法行为），往往在刑事立案后，危害法律秩序的行为仍然得不到及时制止。过于强调刑事侦查权与行政违法调查、处罚权的分离所造成的后果是：要么是行政机关出于种种原因以罚代刑，放纵犯罪；要么是刑事侦查机关注重对犯罪嫌疑人的刑事制裁，忽略对违法后果的消除；即便两个机关有了一定的沟通协调，也往往会由于对犯罪标准和构成的意见不一致而导致没完没了地会商与研究。其二，行政机关系统内部更是基于所执行法律的分类而将行政管理权分置于不同的领域、不同的阶段，导致行政机关执行法律资源配置的碎片化，这种分置客观上形成了行政机关之间相互推诿、相互扯皮的机制，就单个行政机关而言，主动调查和发现违法行为的积极性难以保证，而一旦遇到破坏法律秩序的行为，行政机关首先考虑的是该行为是否属于本机关的职权范围，而不是在第一时间制止和消除违法状态，即便有行政机关介入违法行为的调查、处理，也往往不注意与“左邻右舍”的衔接与协调，难以取得维护法律秩序的良好效果。总之，执行法律力量的过度分置造成的结果是，维护法律秩序的国家机关不是作为一个整体与破坏法律秩序的违法者对垒，而首先是不同性质的国家机关以及相同性质的行政机关内部各部门之间的对垒。在这种体制下，保障执行法律、维护法律秩序的效率是不现实的。

## 二、法律执行力量过度分置不符合人民代表大会制度的理论和宪法精神

执法力量的过度分置既没有理论根据，也没有宪法根据。在西方政治与法律理论中，分权理论是影响最大的，是西方国家确立分权制衡体制的理论基础。但是在我国的政治与法律理论中，从来都没有以西方的分权理论作为指导。我国人民代表大会制度的理论逻辑是：一切权力属于人民，人民选举出人民代表组成国家权力机关，由国家权力机关选举产生分别行使立法权、行政权、审判权、法律监督权、武装力量指挥权的国家机关，这些国家机关均应当受全国人大监督、向

---

〔1〕 陈兴良：“论行政处罚与刑罚处罚的关系”，载《中国法学》1992年第4期；周佑勇、刘艳红：“论行政处罚与刑罚处罚的适用衔接”，载《法律科学》1997年第2期；刘远、汪雷、赵玮：“行政执法与刑事执法衔接机制立法完善研究”，载《政法论丛》2006年第5期。

全国人大负责。这种政体安排，实际上是将人大作为行使国家一切权力的国家机关，其他国家机关是在人大的监督下分工行使不同的国家权力，这就有效地防止了分权制衡体制所产生的行使不同权力的国家机关之间因制衡而相互掣肘、导致效率受到影响的弊端，同时，由于国家机关之间存在权力行使的分工，又可以防范因集权产生的权力扩张与滥用。但是，我国人民代表大会在体制上的这些优越性却没有很好地体现出来，却反而比西方国家显得更为分权，出现前文所阐述的执行法律力量的过度分置。导致这种情况发生的根源在于：

首先，错误地理解了行政机关这一概念。顾名思义，行政机关是行使国家行政权的机关，而行政机关究竟是指哪些机关，研读一下宪法就不难得出结论：《宪法》第85条规定：“中华人民共和国国务院，即中央人民政府，是最高国家权力机关的执行机关，是最高国家行政机关。”第86条规定：“国务院由下列人员组成：总理，副总理若干人，国务委员若干人，各部部长，各委员会主任，审计长，秘书长。国务院实行总理负责制。各部、各委员会实行部长、主任负责制。”上述规定表明：其一，在中央层面，国务院是最高国家行政机关，各部、各委员会不是国家行政机关，而是最高国家行政机关的组成部门；其二，各部、各委员会在国务院总理的领导下分工负责不同的领域的行政事务，部长、委员会主任负责领导本部门的工作，但应当向总理负责。《宪法》第105条规定：“地方各级人民政府是地方各级国家权力机关的执行机关，是地方各级国家行政机关。地方各级人民政府实行省长、市长、县长、区长、乡长、镇长负责制。”从这一规定看，只有地方各级人民政府才是地方国家行政机关，地方人民政府的所谓职能部门并不是行政机关，由于实行政府首长负责制，意味着职能部门应当受政府首长领导、向政府首长负责。按照宪法的上述规定，我国的行政机关仅指国务院和地方各级人民政府，国务院的工作部门和地方各级人民政府的职能部门都不是行政机关，而只是基于对行政管理事务的分类而对应设立的工作部门，在宪法上没有独立的法律人格。

其次，错误地理解了法律执行部门，法律的制定者“击穿”各级人民政府，违反宪法授权政府的工作部门甚至其内部机构执行法律。上文所引《宪法》条文中明确规定：“国务院是国家权力机关的执行机关”，“地方各级人民政府是地方各级国家权力机关的执行机关”，但不知从何时起，全国人大在制定法律时，却授权国务院内部的某个所谓主管部门，也就是基于分工而设立的工作部门直接执行有关的法律，实际上使国务院的工作部门成为了法律的执行机关，而不是将国务院作为法律的执行机关。上行下效，在地方立法中，也屡见不鲜地直接授权地方各级人民政府设立的所谓职能部门执行地方性法规。这样做的后果是：其

一，将国务院和地方各级人民政府内部机构的工作分工变成了法律权限划分。西方一般强调立法权、司法权、行政权三权分立，政府是作为一个整体在行使行政权，而在我国这种法律授权模式下，由于国务院和地方各级人民政府的工作机构设置较多，就变成了十几权乃至几十权分立，执行法律力量配置的碎片化现象即由此而生。更有甚者，有些法律竟然直接授权政府工作部门的内设机构（比如公安部门的道路交通管理机构）执行法律，进一步肢解政府，执行法律资源的配置更为混乱。其二，对于法律的制定者而言，最困难的是确定执法部门、协调各部门在执行某个法律时的所谓职权分工，出现主管、协管、配合等奇怪的表述。立法时如此，执法时就必然出现相互对垒、相互推诿、运转不畅。其三，使得各级人民政府的协调、整合能力几乎完全丧失，因为每一个部门都有来自于法律的授权，是向法律负责的，而不是向总理、省长、市长等政府首长负责的，这样就事实上架空了政府。其四，被管理者负担沉重，因为他们要面对根据不同法律授权的不同的所谓执法部门的监督管理。

### 三、法律授权模式的改革是提高法律执行力的必由之路

法律执行力量的过度分置所导致的消极后果，相关国家机关已经有所意识，也认识到法律执行效率低下、管理效果不佳的决定性因素在于体制弊端，为克服这种弊端也做了大量尝试。在国家法律责任追究上，有学者曾经提出过建立行政机关与刑事侦查机关沟通协调的平台、信息共享平台等种种设想，<sup>[1]</sup>在行政领域，更是经历过反反复复的探索、失败、再探索、再失败的曲折道路，从联合执法到综合执法，再到所谓的行政管理权相对集中（此举肇始于《行政处罚法》中的相对集中处罚，并被后来的《行政许可法》、《行政强制法》所沿袭），但是，这些改革由于没有真正找到导致执行法律力量过度分置的原因，因此总是如隔靴搔痒，难以取得理想的成效。

本届政府推动的、被人们称之为“大部制”的改革，可以说是最接近从根本上解决法律执行力量过度分置这一顽疾的方案。因为，这个方案开始动摇法律直接授权分散的政府工作机构这一使法律执行效率低下的基础——通过整合，减少参与职权、事权博弈的部门总数，使政府的管理权相对集中，实现行政管理权集约化，走上了解决问题的正确路径。但是，这种改革是不彻底的：其一，政府工作部门撤并以后所形成的“大部门”执行法律的职权缺乏依据，在已经有了法律的授权之后，改革就并不简单地只是工作机构的撤、并，而是有深层次的法律修改问题，其中首要的是修改法律的授权模式，否则，“大部门”就没有所谓

[1] 陈义兴：“行政执法与刑事司法衔接机制的构建和完善”，载《中国检察官》2007年第7期。



的执行法律的职权依据，只是部门名称的简单合并，而没有基于整合执法力量、达成执法高效的改革目标牵引下的法律授权模式的调整，这就使得在数个行政机关之间产生的职权摩擦变成了在一个行政机关内部数个机构之间的职权摩擦，虽然“大部门”的协调能力稍有提升，但还是不能够有效消除内耗的机制；其二，仍然没有准确地贯彻宪法中关于行政机关的界定，仍然将合并后的“大部门”视为行政机关，从逻辑上推导，改革的后果可能是：发生于数量较多的“小部门”之间的执法资源的消耗，变成发生于数量较少的“大部门”之间的执法资源的消耗，因为部门再大还是有部门的。总之，“大部制”改革的路径选择是正确的，但这种改革也是不彻底的，最理想的状态是行政机构只剩下一个“部”——政府，由各级人民政府执行各级人民代表大会及其常委会制定的法律和地方性法规，实现行政管理权的集中行使体制，从而契合宪法的规定。

其实，政府内部基于行政管理的需要，设立相应的工作机构或者工作部门是每一个国家政府的通行模式，可以预料，由于行政管理实务日益复杂，政府内部设立的工作机构可能会越来越多。应当认识到，导致我国执行法律的力量过于分置的原因，并不在于政府设立多少工作机构，而在于出现了违反宪法和人民代表大会制度理论的法律授权模式，即前文所阐述的将政府的工作机构作为独立行使某一领域行政权的行政机关，将政府内设机构的工作分工，当成了法律权限划分，因此，要提高法律的执行力，必须着眼于法律授权模式的改革。即人大立法时只应当按照宪法的规定，授权由其选举产生的政府执行法律，而不是授权政府的哪一个机构执行法律；明确向人大负责的只是政府，至于某一个法律在政府内部由哪个工作部门实施，则应当完全由政府决定，这样才不至于捆住政府的手脚，使其丧失领导内部工作机构的能力，剥夺政府根据行政管理的实际需要统筹协调执法力量的能力。