

社会变迁中的 行政法问题研究

SHEHUI BIANQIANZHONG DE
XINGZHENGFA WENTI YANJIU

王亚利 著

 中国社会出版社
国家一级出版社 全国百佳图书出版单位

028.32-5
297

社会变迁中的行政法问题研究

王亚利 著

 中国社会科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

社会变迁中的行政法问题研究 / 王亚利著. —北京:
中国社会科学出版社, 2013. 12

ISBN 978 - 7 - 5087 - 4608 - 1

I. ①社… 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 (2013) 第 279981 号

书 名: 社会变迁中的行政法问题研究

著 者: 王亚利

责任编辑: 李冬雁

出版发行: 中国社会科学出版社 邮政编码: 100032

通联方法: 北京市西城区二龙路甲 33 号新龙大厦

电话: 编辑部: (010) 66078402

邮购部: (010) 66060275

销售部: (010) 66080300 传真: (010) 66051713

(010) 66051698 传真: (010) 66080880

(010) 66080360 (010) 66063678

网 址: www.shcbs.com.cn

经 销: 各地新华书店

印刷装订: 北京九州迅驰传媒文化有限公司

开 本: 170mm × 240mm 1/16

印 张: 13.5

字 数: 200 千字

版 次: 2013 年 11 月第 1 版

印 次: 2013 年 11 月第 1 次印刷

定 价: 32.00 元

前 言

如果以 1998 年我从教开始讲授行政法学课程开始计算的话，那么我已经在行政法学的教学中耕耘了整整 15 年之久。最初，讲授一门似乎缺乏魅力的课程，研究一个似乎较为冷门的学科，内心有一种隐约的不自信甚至对自己不自觉地产生了一种怀疑。因为喜欢学习行政法的学生数量明显要少，所以经常会很困惑甚至沮丧。在 15 年前我觉得行政法的内容看上去庞杂但其实理论很单薄，但今天的感觉是行政法的版图非常之大，它与法学学科，与其他社会科学之间有非常密切的联系。行政法研究的领域似乎无边无际，这是教科书上的行政法所看不到的一个壮观景象。当发现这一点的时候，觉得自己无知的领域太多了，所以内心充满惶惑，但同时也带有一个行政法学教学与科研人员应该有的对自己所从事学科的些许欣慰，这种感受的变化其实在一定程度上印证了行政法学在这 15 年里经历的一个快速成长、阔步前进的时期。行政法学研究主题不断变奏、研究方法不断更新、行政法学著述日渐丰厚，这已经是有目共睹的一个景象。尽管自己才疏学浅，资质平庸，但在这样一个学科发展的浪潮中，努力脚步虽然迟缓却从未停止，长期的教学与科研中偶有所得、偶有所获，积累成文，作为个人在行政法研习过程中的一个小结。

行政法是一个对时代机能的转变与回应最为迅速的法律部门，行政法的脸谱便是其所处的时代特征的客观写照，因此，行政法理论只有深深植

根于生活实践，才能获得真正的生命力。在社会变迁与国家转型的时代背景下，生动的行政法制实践，为行政法理论研究提供了鲜活的素材与实证的样板，同时也扩大了行政法理论研究的空间，促使行政法理论进行适时的更新与重构，从而更好地指导行政法制实践。本书立足于当代中国行政法制实践，运用实证分析的方法剖析行政法现象，以点带面，对现行行政法理论进行反思与重构，以对行政法实践进行积极的理论回应，解决行政法理论对实践的失语，从而将政府的活动更好地纳入依法行政的轨道。

在结构安排上，绪章之外全书分为三篇：主体篇、行为篇、救济篇，共十二章。

主体篇探讨行政主体理论与实践问题，分为两章。本篇在对我国现行行政主体理论述评的基础上进行反思与重构，并以高校被诉为个案分析，结合社会公共行政的实践探讨高校的行政主体资格地位，解决此类组织在行政法上的法律地位，并为他们顺利进入行政法的研究视野厘清相关法律问题。

行为篇探讨行政行为理论与实践问题，分为七章。作为实现政府职能的基本方式，行政行为本身便是一个具有强烈时代特征的理论范畴，社会变迁对于行政行为的冲击最为巨大，提出了诸多新的研究课题。本篇在对现代行政行为的概念与内涵进行重析的基础上，紧随时代发展的脉搏，关注几种重要的执法行为。作为承载政府职能转换的行政许可法，在实施中面临困境，需要行政管理体制改革的跟进与配套机制的出台。在国家法制化的进程中，征收、征用作为一种非依民事法律行为而导致的不动产物权变更制度，在人们普遍关注的保护私人财产权的问题中成为焦点之一。但行政法学所称行政征收与行政征用的概念在立法与实践中存在混用，对此概念的重新厘清对于构建私有财产权保护体系具有重要意义。社会变迁中政府面临着许多治理难题，小摊贩的治理就是其中之一。城管执法与摊贩生存存在价值与利益上的冲突，但两者的利益在冲突时可以通过疏导、治理和法律制度的完善得到平衡，实现共赢。社会变迁需要关注行政管理的方法创新与制度创新，探究政策变迁与制度变迁对于行政法的影响。随着信息化时代的发展，政府执法方式也在发生变化，行政执法方式革新与法治政府建设成为一个需要研究的课题。本书结合典型事例对此进行初步的理论回应和制度构建。治安承包改革作为特定行政管理领域中的制度变

革，其出现体现了公私部门在公共行政事务治理中的亲密合作，预示着传统单中心的统治模式向多中心的治理模式的嬗变，应该通过一系列的规范措施促使其得到健康的发展。

救济篇探讨行政复议与行政诉讼理论与实践问题，分为两章。本篇对我国行政复议制度和行政诉讼制度的运行现状进行实证考察与理论思考，结合未来的立法发展趋势，对两种重要的行政救济制度的改革提出完善建议。

在两年多的写作过程中，有过对于学术之路的迷茫和犹疑，有过不能静心写作的痛苦和烦恼，有过对于自己知识浅薄的焦灼和不安，但也有过思想成型而付诸于文时的愉悦与轻松，有过对问题踌躇很久但终于又豁然开阔时的兴奋与快乐，尤其是在书稿终于完成的这一刻，幸福、轻松、感慨……那真的是难以言表的一种感受。我知道这本书还非常稚嫩与粗浅，但就算是一个多年从事行政法教学与科研的老师对自己学术心路历程的一个记载和总结吧。

感谢太原科技大学法学院领导的鞭策、激励与支持，使我不再沉沦，有动力继续前行；感谢太原科技大学法学院同事们的互相鼓励与彼此关爱，使我们彼此在艰辛而孤独的学术道路上有更多的温暖；感谢我的家人，是你们给了我一个温暖的港湾，让我有更多的力量去追求美好的人生，爱你们，是我最重要的事；感谢本书稿的责任编辑李冬雁女士的热情帮助和支持。我将带着一颗感恩的心继续追求一种努力向上的人生，也祝愿我们所有的人都健康、快乐，成就梦想。

王亚利

2013年10月

目 录

绪章 社会变迁与当前行政法发展的新气象	(1)
---------------------------	-----

主体篇

第一章 社会变迁背景下的行政主体理论之反思

一、我国行政主体理论现状综述	(11)
二、当前学界对行政主体理论的质疑和批评	(13)
三、发展我国行政主体理论的立足点	(16)
四、发展行政主体理论的一些具体设想	(19)

第二章 高校在行政法上的法律地位

一、高校性质与行政法基本理论的困惑	(24)
二、“公共职能”标准：对扩张之中行政法适用空间的 初步回应	(32)
三、引入公务法人制度的可行性分析	(37)
四、目前需完成的任务	(43)

五、高校的内部规则制定权	(49)
结语	(55)

行为篇

第三章 社会变迁背景下的行政行为概念之重析

一、行政行为的界定	(59)
二、行政行为的现代理念	(64)
三、行政行为的范围	(67)
结语	(79)

第四章 无效行政行为理论与行政法治实践

一、无效行政行为目前在我国的立法现状	(81)
二、无效行政行为存在的理论基础	(82)
三、无效行政行为在实践中面临的困境	(84)
四、完善无效行政行为制度的若干构想	(86)

第五章 行政许可的理论与实务问题之探析

一、行政许可的本质	(88)
二、行政许可行为的识别	(89)
三、行政许可的功能	(92)
四、《行政许可法》实施前行政许可领域存在的弊端	(94)
五、《行政许可法》的亮点	(97)
六、《行政许可法》的难点	(101)

第六章 行政征收与行政征用概念之厘清

一、传统主流观念对于征收、征用的理解	(106)
--------------------------	-------

二、区分征收与征用的现实意义	(108)
三、征收、征用具体概念的界定	(109)

第七章 城管执法与摊贩生存之冲突与平衡

一、城管与流动摊贩的冲突之原因分析	(112)
二、国外治理摊贩之制度借鉴	(114)
三、摊贩生存与城管执法平衡之法律对策	(115)

第八章 高科技执法与法治政府建设

一、非现场执法方式的法律规制——从“杜某某” 事件谈起	(118)
二、“呼死你”治理街头小广告的法律思考	(126)

第九章 公共行政民营化背景下的治安承包

一、治安承包的社会实践情况	(134)
二、民营化:治安承包存在的社会背景	(136)
三、治安承包在行政法上面临的困境	(140)
四、治安承包在行政法上的制度完善	(145)

救济篇

第十章 行政复议制度的改革

一、我国行政复议制度的实施效果:运转失灵	(153)
二、行政复议制度运转失灵的具体原因分析	(157)
三、完善我国行政复议制度的思考	(163)
结语	(169)

第十一章 行政诉讼法的修改

一、行政诉讼制度的辉煌与成就	(171)
二、行政诉讼实施现状:走入困境	(174)
三、《行政诉讼法》修改的进程	(177)
四、《行政诉讼法》修改的几大问题	(180)
结语	(204)

绪章 社会变迁与当前行政法发展的新气象

回顾行政法的发展和演变史，会发现行政法是一个对时代机能的转变与回应最为迅速的法律部门，行政法的脸谱便是其所处的时代特征的客观写照。在当前，公共行政的风起云涌使得中国行政法也产生了一派新的气象。

一、“行政”观念的变化

作为一门社会科学，行政法就是解决有关行政问题的法。但行政法并非“行政”与“法”的简单组合，要明确行政法的范围、结构和体系，必须首先明确行政在行政法上的特定内涵与外延。在行政法学研究中，何者应该包括在研究领域，何者应该排除在外的标准，很大程度上由一定时期内“行政”的观念和问题所决定。可以说，在一定程度上，“行政”的观念居于现代行政法理论的核心问题。

“行政”一词最基本的含义就是执行、管理。据此基本含义，不仅仅在涉及国家公权力的公法体系内有行政的存在，即使在私法体系内亦有行政的存在。因而，行政有公共行政与私人行政之分，所谓公共行政指的是国家行政机关及其他社会公权力组织对国家事务、社会公共事务的组织与管理。所谓私行政指的是私人企业、组织、团体对内部事务的组织与管理。但行政法上所调整的行政仅指公共行政，而不涉及私行政。

在传统意义上，人们通常把公共行政理解为国家行政，因而，传统行政法学仅研究国家行政，在20世纪以前，国家对经济生活、社会生活的干预日渐增强，以致国家一度膨胀成为“行政国家”，国家行政独霸天下，传统行政法学所关注的公共行政无疑仅表现为国家行政。然而，正如美国

学者 Alfred C. Aman. Jr 说：“行政法在任何时候都是与当时流行的国家主导理论直接相关的。”^① 第二次世界大战以后尤其是 20 世纪七八十年代以来在全球范围掀起的公共行政改革的浪潮使得国家“独占”行政职能的局面开始瓦解。这场公共行政改革以重新审视政府与市场的关系为起点，以部分公共管理社会化和放松管制为主要特征，以治理和善治为目标，当前在全球范围方兴未艾。它的出现，使得国家与社会分离了，大量非政府的社会公共组织承担了公共管理的职能，社会公共行政与国家行政构成公共行政不可或缺的“两翼”^②。自从 20 世纪以后，各国纷纷将社会公共行政纳入研究的视野，法国、德国的行政法专著大多设专章研究国家行政机关以外的公法人行政，而英美等国行政法专著在讨论正当程序时，也引用公立学校开除学生学籍或给予其他纪律处分的案例。我国人民法院的判例也开始涉及国家行政机关以外的公行政问题。比如，行政法学界至今津津乐道的经典文本——发生在 20 世纪末的田某诉北京科技大学案。对于中国行政法学界而言，社会公共行政这一领域具有巨大的冲击性，将会使原有的行政法理论面临新的挑战和问题，同时也意味着在行政法领域将会进行一次理论和制度的重构。

目前，在当代中国，社会公共行政的触角主要延伸于以下领域：（1）律师协会等行业组织进行的行业自律活动等；（2）社团、基金会等根据法律授权进行的公务活动；（3）大学等教育机构进行的自我管理活动；（4）村民委员会、居民委员会等基层群众自治组织进行的自我管理活动。在未来岁月里，社会公共行政将拓展到哪里，尚没有确定的答案，但有一点趋势是必然的，国家行政的疆域会不断缩小，社会公共行政的范围将会不断拓展，在我国也势必会经历如同西方一样的变革。

二、行政主体的多元化

在行政法学上，行政主体概念的实质意义在于探求，概括行政职能最

^① [美] Alfred C. Aman. Jr: 面向新世纪的行政法（上）[J]，袁曙宏译，行政法学研究，2000 年第 3 期。

^② 杨海坤，章志远：中国行政法基本理论研究[M]，北京：北京大学出版社 2004 年版，第 4 页。

终落实的权利义务主体。传统行政法中，行政主体的概念建立在国家主权理论与国家法人说基础之上，因此，国家作为主权的所有者，必然合乎逻辑地成为行政权的最终归属者。然而，随着公共行政的浪潮对国家行政形成猛烈的冲击，行政还权于社会，国家将复杂的行政事务以地域事务或公共事务为标准分配于其他组织，所带来的是权力结构的调整与权力的多中心化，除了国家这一行政主体之外，各国涌现出大量的其他组织，如公法社团、公法财团、公共机构等，它们在各自职能范围内享有公权利，承担公义务，成为现代行政不可或缺的主体。同时，也使得现代各国行政主体表现出多元化的基本发展趋势。

根据现行行政主体的范围，我国的行政主体主要指行政机关和法律法规授权的组织。然而随着社会公共行政的兴起，在我国，兴起了部分非政府公共组织，比如各种行业协会、社会中介组织、公立高校、基层群众性自治组织，它们履行着一定的公共职能。但根据现行行政主体理论，它们既不属于行政机关，也很难把其归为法律、法规授权的组织，不具备行政主体资格，从而长期游离在行政法的研究视野之外，引发的行政争议属于民法与行政法两不管的真空地带。此种情形充分说明现行行政主体范围的狭小与理论的滞后。

顺应社会结构变迁所引起的行政主体多元化的趋势，学者们主张拓展我国行政主体的范围，把非政府公共组织作为一类新型的行政主体，可对我国行政范围狭小的缺陷进行修补，而不必完全颠覆现有行政主体的概念。这样，行政主体的范围便包括行政机关、法律、法规授权的组织、非政府公共组织。

当前，非政府公共组织在我国大量存在，它的出现是行政多样化的现实反映。我国行政法学现在缺乏的正是对改革之后的社会变迁深入细致的研究，因而不能体现现代行政的发展趋势，所以把非政府公共组织纳入行政主体的范围加以研究、加以关怀，进行一种类型化的分析非常有意义，以此为契机与突破口，能够对已有的“行政职能社会化”进行现实的反映，并能够对未来的社会结构变迁产生一种预期的指导功能。

三、行政手段的多样化

传统行政法认为,行政主体和相对人之间是一种“命令——服从”、“管理——被管理”的关系,作为一种最基本最主要的执法手段,行政行为被视为一种主权者的命令,相对人在法律关系中事实上成为管理的客体,几乎没有和行政主体对话的机会,行政主体和相对人之间是一种缺乏温情的冷冰冰的僵硬的关系。理论上,行政行为的基本特征也被典型地描述为:单方性、强制性、无偿性。教科书中所介绍的几种行政行为的主要形式集中为如下几种:行政处罚、行政强制、行政命令、行政征收、行政许可、行政裁决等。

然而,随着现代社会进入福利主义国家时代,随着民主法治精神在各国的深入人心,此种背景下同时伴随着政府和国家经济职能的增长,国家干预社会的面在拓展、程度在加深,与此同时,政府的管理方式、理念如果不发生变化,权力与权利的关系如果不重新配置,无疑不能适应社会发展的客观需要。“现代行政法的发展表明,行政权的强制作用并不是万能的,它会由于相对一方有形无形的抵制而大大降低其功效,行政机构也并不是总是运用行政权来强制实现行政目的,它还可以运用一些权力色彩较弱的行政手段来使相对一方主动参与实现行政目的,或自觉服从行政机关的意志。”^① 由于实践的证明,更由于20世纪以来民主和谐观念的深入,行政主体和相对人的关系得以缓和,两者在总体上是一种利益一致关系,在行为上是服务与合作的关系,在观念上是一种相互信任的关系。因此,行政行为被视为是行政主体在相对人的合作下,所做的公共服务行为即公务行为^②。行政行为的内涵逐渐发生了变化,现代行政法开始关注行政行为的服务性,政府明智地适时采取更加富有人文关怀、富有弹性的行政管理手段,最具有代表性的当属行政合同与行政指导。

行政合同指行政主体以实施行政管理为目的,与行政相对人就有关事

^① 罗豪才,袁曙宏,李文栋:现代行政法的理论基础[A].罗豪才:现代行政法的平衡理论[C].北京:北京大学出版社1997年版,第22页。

^② 姜明安:行政法与行政诉讼法[M].北京:北京大学出版社、高等教育出版社第3版2007年版,第177页。

项协商一致而达成的协议。传统的行政观念告诉我们，行政权力是单向的，不能被用作交换，甚至不能被协商。令人耳目一新的是，现代许多国家已悄然采取了这种新型的管理方式，这种背离传统的行政管理方式“是20世纪行政法制度与功能发生结构性变化的产物”^①。行政合同的功能之一在于它可以“补充及取代单方高权行为”^②，成为行政机关在选择行政手段时，除单方高权行为外的另外一种可用的武器，以取得人民的鼎力相助，避免集体对抗、欲速则不达。总之，行政合同是民事意思自治原则在行政管理领域的延伸，从而增进双向意思沟通，减少单向的强制命令。

行政指导是行政机关在其职权范围内，为实现一定的行政目的，采取协助、建议、劝告、技术推广、发布信息等不具有法律上强制力的方法，促使特定人为一定行为，从而达到行政管理的目标。行政指导的特点是：行政机关为实现行政目的并非采取强制手段，而是给相对人主张意见的机会，服从或不服从行政机关指导的内容取决于相对人的意愿。行政指导可弥补法治行政之不足，同时，因可减少与相对人的摩擦而能够灵活地、圆满地完成行政任务。近年来，行政指导在我国亦日益受到重视，但行政指导是一种十分松散的行政行为，法律一方面需要认可行政指导的法律地位，同时也应对其进行必要的限制。

此外，随着现代国家向福利国家发展，行政法任务亦发生变迁，行政法的任务不限于保障人民的自由，而在于要求国家必须以公平、均富、和谐、克服困窘为新的行政理念，积极提供各阶层人民生活工作之照顾，国家从此不再是夜警，而是各项给付之主体。在这种背景下，行政给付将会成为21世纪非常重要的运用广泛的行政行为，并且值得一提的是，行政给付已进入我国行政法的视野，受到一定的关注。

四、行政监督机制的丰富

传统行政法认为控制行政权的重心是司法审查，但司法审查采取的是一种“隔山观火”的态度，当火势蔓延的时候我们懂得拿司法审查的灭火

① 余凌云：行政法上的假契约现象——以警察法上各类责任书为考察对象[J]，法学研究，2001年第5期。

② 翁岳生：行政法[M]，北京：中国法制出版社2000年版，第777页。

器去救火，但里面的火是否真正地被扑灭则无从知晓。即便司法审查中法院能够中立地行使司法审判权，但法院无非只能作出维持、撤销、确认、履行等几种判决形式，最终行政问题的解决仍然不可避免地依赖于行政机关的实体决策。在政府的触角停留在治安与处罚的时代，司法审查确实实现了大部分行政正义的功能。然而，随着福利行政、服务行政的推广，现代的行政不再局限于传统的警察、税收，财政行政，而广泛涉及社会保障、环境保护、能源规制等领域，“在现代的行政国家的语境，权力分立结构发生了静悄悄的位移，面对日趋复杂化的高度技术性的规制事项，面对日益加大的各种不确定的风险，法律往往只是规定规制框架和蓝图，而赋予了行政机关去填补法律缺陷、自主塑造和选择公共政策的广泛自由裁量空间的权力”^①。因而法院面对高度专业的行政决定，除非有明显、重大违法情事外，仅能采取尊重的态度，因而可能会导致一种很有可能的后果：“司法审查表面存在，但实质上已经鲁钝。”^②

以上所述，在于澄清通过司法审查控权并非一劳永逸，面对如此发展趋势，需另辟蹊径，发展行政内部监督机制的必要，行政程序法便应运而生。关于行政程序作为行政法控权手段的必要性，施瓦茨指出：“行政程序是行政机关在行使它们的权力时必须遵循的程序。行政法更多的是关于程序和救济的法，而不是实体法。”^③行政程序本身具有的可控制行政行为的功能，决定了行政程序具有监督行政主体依法行使职权的作用。其次，行政程序可以对行政自由裁量权实施可行性的监控。行政实体法难以对行政自由裁量权起到制约作用，司法审查由于权力分立的界限而无法涉足行政自由裁量权运用的合理性问题，而行政程序却可以较有效地起到这方面的作用。因此，行政程序作为一种事先控制机制具有司法审查所无法取代的功能和价值，通过行政程序控制与规范行政权已成为现代法治国家共同的选择。

中国行政法制建设自 20 世纪 80 年代以来已经经历了一个比较长的健康发展的过程，在行政行为方面已出台许多成功的法律，如《行政处罚法》、《行政许可法》等。在单行行政行为程序立法方面已积累了一定的经

① 翁岳生：行政法 [M]。北京：中国法制出版社 2000 年版，第 950 ~ 951 页。

② 翁岳生：行政法 [M]。北京：中国法制出版社 2000 年版，第 950 ~ 951 页。

③ [美] 伯纳德·施瓦茨：行政法 [M]，徐炳译。北京：群众出版社 1986 年版，第 3 页。

验，尤其值得一提的是《行政处罚法》的出台，意味着中国最高国家立法机关正式接受正当法律程序之法治理念，行政诉讼中睿智的法官们已经在不动声色中完成了多次正当法律程序的移植，而21世纪初来自学者群体中的《中华人民共和国行政程序法试拟稿》形成并提交最高立法机关，则更显中国现代行政法关注重点的转移，当前，《行政程序法》正呼之欲出，它的出台，是我国行政法学界共同翘首以待的盛事，也意味着中国行政法的发展将进入一个新的时代！