

东亚行政法学会第七届中国学术大会论文集

公共行政组织及其法律规制 暨行政征收与权利保护

胡建森 主编



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS
浙江大学出版社

东亚行政法学会第七届国际学术大会论文集

公共行政组织及其法律规制 暨行政征收与权利保护

胡建森 主编



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS
浙江大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

公共行政组织及其法律规制暨行政征收与权利保护 /
胡建淼主编. —杭州: 浙江大学出版社, 2008.4
ISBN 978-7-308-05846-9

I. 公… II. 胡… III. 行政法—东亚—国际学术会议—
文集 IV.D931.021-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 034926 号

公共行政组织及其法律规制暨行政征收与权利保护

胡建淼 主编

-
- | | |
|------|--|
| 责任编辑 | 黄兆宁 |
| 封面设计 | 刘依群 |
| 出版发行 | 浙江大学出版社
(杭州天目山路 148 号 邮政编码: 310028)
(Email: zupress@mail.hz.zj.cn)
(网址: http://www.zjupress.com
http://www.press.zju.edu.cn)
电话: 0571-88925592, 88273066(传真) |
| 排 版 | 浙江大学出版社电脑排版中心 |
| 印 刷 | 杭州杭新印务有限公司 |
| 印 张 | 24.5 |
| 开 本 | 787mm×960mm 1/16 |
| 字 数 | 351 千 |
| 版 次 | 2008 年 4 月第 1 版 2008 年 4 月第 1 次印刷 |
| 书 号 | ISBN 978-7-308-05846-9 |
| 定 价 | 50.00 元 |
-

版权所有 翻印必究 印装差错 负责调换

浙江大学出版社发行部邮购电话 (0571) 88072522

前 言

《公共行政组织及其法律规制暨行政征收与权利保护》系属东亚行政法学会第七届国际学术大会（The 7th International Academic Symposium of the East Asia Administrative Law Association）论文集。

东亚行政法学会第七届国际学术大会，于2006年11月11日至14日在中国杭州举行。会议由中国法学会行政法学会研究会、浙江大学、东亚行政法学会主办，由浙江大学法学院、浙江大学公法与比较法研究所和浙江大学法理与制度研究所承办，由浙江工商大学法学院、宁波大学法学院、中国计量学院法学院、杭州师范学院法学院、浙江泽大律师事务所、浙江腾飞金鹰律师事务所、浙江天册律师事务所和浙江六和律师事务所协办。

会议的主题是：（1）公共行政组织及其法律规制；（2）行政征收与权利保护。来自中国大陆与台湾地区，韩国、日本等国的代表近两百人参加了会议。

为开好会议，我们临时成立了会议工作委员会，由胡建淼教授担任主任委员，孙笑侠教授担任副主任委员，阮方民教授、林来梵教授、钱弘道教授、章剑生教授、朱新力教授、金伟峰教授、费善诚副教授、翁晓斌副教授、金承东副教授、林俐老师、宋晓老师等作为委员共同参加了这次会议的举办。他们为这次会议付出了心血。

本书收集了14篇大会论文，内容覆盖行政组织与行政主体、行政征收与征用、行政赔偿与补偿，地域涉及中国大陆与台湾地区、韩国与日本等，具有一定的代表性。

胡建淼

2007年10月21日

在东亚行政法学会 第七届国际学术大会上的致辞

(2006年11月11日)

全国政协副主席、中国法学会行政法学研究会名誉会长

罗豪才

各位专家，女士们、先生们，大家上午好！

我非常高兴能够有机会在美丽的西子湖畔，参加东亚行政法学会 2006 年国际会议，又见老朋友，结识新朋友，与大家共同讨论行政组织与行政征收这两个会议主题。

我们今天能够有机会在这里欢聚一堂，我想应当首先衷心感谢浙江大学法学院的老师与同学们，你们为会议的筹备召开做了大量耐心细致的工作，感谢你们热情周到的服务！其次，我们应当衷心感谢浙江省对会议举办的大力支持，感谢夏宝龙书记和其他领导同志从百忙中抽空参加会议的开幕式，我们对他们的关心与支持表示衷心感谢！最后，我们还应当感谢中国法学会行政法学研究会、东亚行政法学会、海峡两岸行政法学研究会的同仁们，特别是应松年、胡建淼等诸位教授，没有你们的积极推动和精心策划，我们今天就可能有机会在这里沟通交流，我提议，对会务组同志们的辛勤劳动表示衷心感谢！

在座的各位专家学者，很可能与我都有一个共同的感受，那就是东亚行政法学会自 1995 年成立以来，一直坚持不懈地开展工作，已经发展成

为增进我们彼此之间友谊的桥梁与推动学术交流合作的重要平台。这是一个由我们共同建构、共同参与、共同经营、共享成果的重要平台，每一方参与者都从中受益匪浅。依托这个交流合作平台，我们从陌生人变成了朋友。在这个平台上，我们能够真诚沟通，热烈讨论共同感兴趣的行政法学问题，共同研究行政法治建设的共性规律，共同探讨解决建设法治政府的热点与难点问题。

最近十多年来，在大家的努力推动与积极参与下，东亚行政法学会卓有成效地开展活动，成功召开了多次国际学术会议，提交了一大批高质量的学术论文，讨论了许多重要的行政法主题，发表了许多有分量的学术见解，提出了许多切合实际的制度变革建议，并在许多问题上达成共识。在中国，有不少理论主张通过专家学者参与立法这个渠道，直接或间接地转化成行政法律制度安排，为推动中国的行政法治建设作出了贡献。

东亚行政法学会是在经济全球化与加强东亚地区区域性合作的背景下成立与发展起来的。在经济全球化的背景下，各国和地区之间的经贸往来与文化交流关系越来越密切，国际和区域关系的和平发展与共赢趋势越来越突出，国家和地区的行政法制建设的相似性也越来越明显，一方的行政法治建设很难再我行我素、封闭进行，只有结合本地实际，立足本土资源，遵循行政法治建设的共同规律，多向法治发达的国家和地区学习，借鉴它们的成功经验，才能少走弯路、加速发展。开放性的行政法治建设迫切要求提高行政法学的开放性。行政法学研究如果再闭门造车，那是不会有出路的，迟早要被淘汰掉。为了提高行政法学的开放性，我们既要走出去，又要请进来，行政法学者之间应当有来有往，相互交流、共同提高。在东亚地区，虽然各个国家或者地区的行政法治建设起步有早有迟，发展速度有快有慢，发达程度有高有低，但是，由于不同国家和地区之间具有唇齿相依、优势互补的区域特点，都具有相同或者相近的文化传统，公众与政府都有互动关系，并对政府寄予厚望，所推行的市场经济模式都很重视发挥政府的积极作用，行政法治建设都要求行政法有效规范和调整政府与市场、政府与社会的关系，行政法律制度变革都共同面临着许

多相同或者相似的具体问题。正是这些共性因素，不仅促成了我们这些东亚的邻居们联手成立了东亚行政法学会，为开展行政法学的交流合作搭建了一个重要平台；而且还激励着我们再接再厉，围绕着公共治理与建设法治政府的时代主题，继续拓展交流合作领域，不断提升交流合作水平。

女士们、先生们，在座的诸位行政法专家学者，有不少是十多年之前为推动东亚行政法学会成立作出重要贡献的老教授、老专家，有一些是十多年来在东亚地区行政法交流合作中发挥中流砥柱作用的中青年教授，还有一些是最近几年脱颖而出、满腔热情地积极参加东亚地区行政法交流与合作的行政法学新秀。我希望大家今后能够一如既往地继续支持东亚行政法学会，积极参与各种交流合作。我有理由相信，在大家的共同努力下，东亚行政法交流合作的“蛋糕”会越做越大，各方参与者都会从这种交流合作中获得越来越多的收益。

最后，预祝这次会议能够圆满召开！谢谢大家！

目 录

多元化背景下行政主体之建构·····	薛刚凌/1
韩国公共行政组织的变化和发展·····	金光洙/17
国家与地方公共行政组织以外的行政主体·····	稻葉馨/47
担当行政性职能的民间团体·····	米丸恒治/68
韩国公共行政组织的现状与问题·····	李光润/88
自法律观点论私人参与公共任务之执行——以受委托行使公权力之 人为中心·····	萧文生/114
论公共行政组织的规制·····	周佑勇/151
国家补偿体系中的损害赔偿的现代意义·····	山下淳/165
韩国土地征收之要件、范围及买回权·····	金连泰/190
财产征收中公共利益的确立·····	刘莘 陶攀/252
财产权保障的阴暗角落——论被征收人的回复权问题·····	陈新民/269
行政征收征用与补偿程序：一种比较法视野的省察···	沈开举 郑磊/288
韩国的损失补偿制度·····	朴均省/321
开发与征收及其补偿·····	见上崇洋/363

多元化背景下行政主体之建构

薛刚凌*

20 世纪中国人最引以为自豪的事情就是改革开放。这一伟大事业不仅推动了我国经济的转型,也促进了我国社会结构的变迁,传统的一元利益框架已被逐渐突破,社会多元利益的格局正悄然形成。许多形成于传统一元体制下的理论在多元社会背景下面临着严重挑战,行政主体理论就是最典型的实例。从世界范围看,行政主体制度以利益多元、行政分权与自治为基础,是多元社会行政实体制度的基础部分。然而我国传统的行政主体理论^①形成于一元社会,不承认多元行政利益,这与多元社会的发展不相适应,甚至在一定程度上影响了我国行政实体制度的转型。因此,有必要对多元社会背景下行政主体的功能进行探讨,并在反省传统行政主体理论的基础上,重新建构我国的行政主体理论和制度。

一、多元化背景下西方行政主体制度的功能

多元化在当今社会是一个使用频率很高的术语,泛指经济、社会、文化的多元化、信息的多元化和公共行政改革的多元化等。在很大程度上,西方国家的行政主体制度是社会利益多元的产物,是行政分权和自治的法律技术。需要说明的是,行政主体制度不仅盛行于大陆法系国家,也存在

* 中国政法大学法学院教授。

① 这里把我国目前仍比较流行的行政主体理论称为传统行政主体理论。

2 公共行政组织及其法律规制暨行政征收与权利保护

于英美法系国家。在大陆法系国家,行政主体制度是行政实体制度的重要组成部分,即通过行政主体制度来实现社会利益的配置,确立中央与地方的关系,建立地方自治制度和公务自治制度。一般来说,大陆法系国家的行政主体主要包括三类^①:第一类为国家。国家由国民组成,国家的权利来自于国民的委托。国家作为行政主体,掌握重要的行政权力。国家除了组织属于全国范围内的公务外,还享有设立其他各类行政主体,监督和控制其他行政主体的权力,如通过立法、司法等手段来控制其他行政主体。第二类是地方行政团体。这是以一定的地区及在那里居住的居民为基础,在该地区内设置的以实施有关公共服务为目的,并对该地区内居民具有支配权的公共团体。地方行政团体有普遍地方行政团体和特别地方行政团体之分。地方行政团体相对独立于国家,管理自己的事务,但又受国家的监督。地方行政团体通常有法律设定成立的标准,由当事人申请设立。第三类是其他行政主体,如法国的公务法人^②。这类行政主体的一个共同特点是组织特定的公务,而不以地域为基础,如国立大学、国立图书馆等。这些行政主体通常由国家或地方行政团体设立,一旦成立则相对独立于其设置机关,可依法自主管理并受法律约束,也依法受到其设置机关的节制。

在英美法系国家,虽然行政法的教科书上并没有行政主体的概念,也没有对行政主体的系统讨论,但在公共行政中,无论是地方分权还是社会自治都相当发达,并有一套成熟的实体制度。如英国在13世纪时,某些大城市已经成为大自治市,享有由英王颁布的特许状所规定的权利。各个自治市的权利不同,主要有自主管理权、财产权、选派代表出席全国议会权和成立市法院权^③。19世纪80年代以后,英国建立近代地方政府制度。即地方政府分为郡(郡区)和区(乡区、非郡市)两级,由地方选举的议会管理。地方政府具有独立的法律地位,都是独立的法人。中央政府与地方政府不是领导和被领导的关系,各级地方政府之间也不是领导和被领导

① 薛刚凌:《行政主体之再思考》,载《中国法学》2001年第2期。

② 王名扬著:《法国行政法》,中国政法大学出版社1989年版,第119-125页。

③ 王名扬著:《英国行政法》,中国政法大学出版社1987年版,第53页。

的关系,他们分别在其管辖范围内独立行使法律授予的职权^①。除地方自治外,社会自治在英国也有着悠久的历史。此外,英国的公法人制度也是公务分权的一种模式^②。美国继承了英国的政治和行政传统,强调权力中心多元化,联邦主义、地方自治和社会自治都相当发达。可见,在英美国家里,虽然没有系统的行政主体理论,但却存在着行政分权和自治的实体制度,而且这套制度已相当成熟。之所以没有发展出一套关于行政主体的系统理论,是因为这套制度的形成源远流长,依赖于博弈程序实现和普通法制度的保障。换言之,这套制度是自生自发形成,而不是理性建构的产物,对理论并没有太多的依赖。而且,行政分权和自治常在政治学和行政学中讨论,在法学中地方政府法也已经成为一门专业化和技术化很高的独立法律部门^③,从而无须在行政法学中重复研究。

无可置疑的是,行政主体制度是当代多元社会背景下不可或缺的一项重要行政实体制度。尤其是自20世纪80年代以来西方国家进行了大规模的公共行政多元化改革,进一步导致了行政主体的多元化,行政主体制度作为行政多元的制度平台越发显示出特有的功能,但行政主体制度自身也面临着进一步的发展与完善。尽管在不同的西方国家里,行政主体的名称、内涵、类型、权利以及法律技术有很大差异,但又有一些共同特征:行政主体都有相对独立的法律地位;行政主体是对多元利益的认可和保障;行政主体都以权利而不是权力为核心,而且行政主体的权利、义务和责任都是清晰、明确的;行政主体之间建立起相对合理的竞争和合作规则;行政主体的权利和利益受到法律的保护和司法保障等。从法学的角度看,行政主体制度确保社会的安定,有利于秩序的形成和维护;从经济学的角度看,行政主体制度可以减少管理成本、交易成本;从政治学的角度看,行政主体制度是直接民主、参与民主的保障;从管理学的角度看,行政主体制度是公共行政改革多元化、社会化的直接要求。

① 应松年、薛刚凌著:《行政组织法研究》,法律出版社2002年版,第186-187页。

② 张越编著:《英国行政法》,中国政法大学出版社2004年版,第406页。

③ 张越编著:《英国行政法》,中国政法大学出版社2004年版,第380页。

4 公共行政组织及其法律规制暨行政征收与权利保护

就整体而言，西方国家的行政主体制度具有以下功能：

第一，保障行政分权和自治的功能。20 世纪是行政分权和自治发展最为迅速的一个世纪。从理论上说，行政分权与自治是直接民主的要求，以满足人们参与管理与自己相关事务的愿望，可以更好地调动和使用社会资源和技术，有利于管理的创新和满足特殊公务的需求，降低管理的风险和成本，提高管理的效率以及通过分权实现对权力的规范和制约。另外，现代信息技术发展以及知识的多元性也为分权与自治提供了可能。在实践中，行政分权与自治朝着三个方向发展：一是地方自治。英国在 19 世纪末叶就已经建立起比较完备的地方自治制度。美国也是在同一时期推行了地方自治的改革，到 1995 年，美国有 48 个州容许部分市实行自治，37 个州容许县实行自治。在某些州，地方自治是州宪法授权的，而在另一些州，地方自治则为州法律所规定^①。德国在二战后建立起地方自治制度，法国在 20 世纪 80 年代后、日本在 20 世纪 90 年代后大规模地推行地方自治改革，都取得了显著实效。二是社会自治。20 世纪非政府组织的崛起，承担着越来越多的公共事务，实现了国家行政之外的社会分权。三是公共行政的多元化改革。委托行政和公私合作日益发展，公共行政不再由国家垄断，并且更加开放，在传统的事务分权之外又发展出环节分权，即决策和监督环节仍由国家和地方自治体负责，而决策的咨询、实施，公务的提供等环节由社会广泛参与和承担。无论是传统的事务分权还是新出现的环节分权，都依赖于行政主体制度的支持和保障。法律在确认各类行政主体的同时，也赋予它们相应的权利、义务和责任，尤其是授予它们自主管理权，以保障各类行政主体的自我管理，从而推进行政分权和自治的发展。

第二，确认和保障多元行政利益的功能。多元化已成为时代的特征，经济的多元化在推动技术进步、经济发展的同时，也带来社会利益的多元化。地方利益、行业利益、社会利益等日益凸显，而社会利益的多元化必然要求行政利益朝着多元化的方向发展。行政利益是指社会利益共同体在

^① David J.Mccarthy, J R.:Local Government Law in A Nutshell . West Publishing Co, 1995, p.19.

公共行政方面所享有的权利和利益,包括一定范围内的自主管理权,如管理模式选择和创新、制定规则和公共政策、决定辖区内的重大事项、设定行政机关、确定编制规模、管理财产和公务员、与其他横向社会利益团体的平等竞争以及行政救济权等。强调行政利益的目的是通过其内部民主、理性、公正、高效的管理和构建外部平等、有序的竞争秩序来谋求社会利益共同体的发展,进而满足社会利益公共体成员的需要。

在西方国家,行政主体制度的核心就是行政利益。行政利益不仅涉及人们的经济利益、社会利益,还直接涉及人们参与管理权利的实现。发达的行政主体制度可以为人们展示自己的聪明才智、促进个人的全面自由发展提供更多的机会和空间。行政主体制度正是通过一套法律制度,对多元行政利益予以认可和保障。如确认各类行政利益主体独立的法律人格,明确各行政主体在公共行政上的各项行政权力和利益,确立行政主体之间的理性交往规则和平等竞争规则,规范和控制行政主体的行为,保证其在宪法和法律的范围内活动,建立行政主体之间的纠纷解决机制等。

行政主体实质上就是独立的行政利益主体,如国家、地方团体、公务自治团体、社会自治团体等。但除了这类行政利益主体外,还有代理意义上的行政主体。这类行政主体虽然被授予一些行政权力,但不具有独立的行政利益,其授予权力的目的是为了社会利益共同体的利益。如在紧急情况下授权船长对运载财产并进行处分的权力,这时船长就成为行政主体。再如,在委托行政的情况下,接受委托的行政机关、社会组织以及个人可以提供公共服务,行使一定的权力,其目的仍然是为了社会利益共同体的利益。

第三,建构公共行政秩序、规范外部行政的功能。行政主体制度通过对各行政利益主体的权利、义务和责任的规定,建立各行政利益主体的行为规范,为行政利益主体的活动提供合理的预期,促进相互之间的理性交往,减少管理成本和交易成本,避免无序竞争和短期行为,从而为理性的公共行政秩序的形成奠定基础。在一个法治发达、社会有序的国家里,个人的利益需要界分,个人行为需要规范;行政主体的利益也需要界分,行

政主体的行为也需要规范。

二、传统行政主体理论在我国多元社会形成过程中的局限

在我国,行政主体理论形成于20世纪80年代末期,当时虽然经济改革已经启动,但改革并不到位,市场经济的发展方向并不明确,计划经济的痕迹依然很深;行政分权和自治不发达,整个社会仍处在一元利益的框架下,社会多元利益的格局远没有形成。在这种社会背景下,以行政分权与自治为核心的行政主体制度被引入中国,由于当时学术界缺乏对国外行政主体制度的详细考察,对其功能并不十分了解,更因为我国没有行政分权和自治的实践,因而在引入行政主体概念的同时,对其实质内容作了颠覆性改造。原始意义的行政主体被略去,独立的行政利益没有被作为行政主体的判断标准,而是强调代理意义的行政主体,并以是否有法律授权为行政主体的资格要件。西方国家行政主体制度最本质的特征是与行政利益相关联,而我国的行政主体理论强调的是行政职权。

客观地说,行政主体概念的引进,对代理意义的行政主体的规范,对行政机关权力的明晰化,对行政诉讼被告的确认,对责任行政意识的形成,都有很大的贡献。然而,时代决定了理论的局限。在很大程度上,我国的行政主体理论对应的是一元利益框架下公共行政的需要,所有经授权——无论是源于组织法的授权还是单行法的授权——的组织体都必须依法行政,都要承担其行为的责任。在一元框架下,除了国家的行政利益——当然也是全民的利益——外,不认可其他行政利益存在。而改革开放二十多年后的今天,经济转型带来了社会多元利益格局的形成,现行行政主体理论缺乏对多元社会的回应,其局限性日益凸现,具体表现在:

第一,影响我国行政实体制度的转型。我国正处在全面转型期,经济改革带来整个社会的转型,与此相应,行政实体制度的转型也不可避免。

在一元利益背景下,行政实体制度相对简单,追求的是一元国家利益,以中央的权力为中心,强调地方对中央的服从,强调社会对政府的依附,权力的运行是单向的,也就是命令、服从和控制,行政实体制度的供给权完全由中央垄断。但在多元利益框架下,行政实体制度就变得相对复杂,除了国家利益外,还有地方利益、地区利益、行业利益、社会利益等,这些利益的存在都有其必然性和正当性,如何兼顾和协调各方利益,促进社会的和谐发展,需要一套行政实体制度的支撑和保障。在这里,以行政分权和自治为核心的行政主体制度具有基础地位,是对多元行政利益的肯定。在肯定多元利益的基础上需要进一步厘清中央与地方的关系,建立合理的地方制度、公务自治制度、社会自治制度、公共财政制度等等。就我国目前的行政主体理论而言,主要对应的是一元利益下国家行政的需要,而无法适应多元利益框架下行政实体制度发展的要求,固守传统行政主体理论或在其基础上作些修补,难以推动行政实体制度的转型。

第二,忽视了多元行政利益的存在。经济转型、社会变迁带来的利益多元化已是不争的事实,多元行政利益也已经浮出水面,如地方各级政府在政策、资源、项目、人才等方面的激烈竞争。但我国传统行政主体理论以行政权力为立足点,与行政利益无缘。在很大程度上,我国的行政主体理论只是关注代理意义上的行政主体。许多学者认为,行政主体就是依法代表国家实施行政权的行为组织,行政主体的资格以是否具有行政职权为第一要件^①。无可置疑,国家有着最根本的行政利益,其采用何种管理模式、管理结构和管理手段,其公共行政如何开展等都直接影响全体国民的利益。然而在经济转型的今天,除了国家的行政利益之外,地方等各种利益团体都要在改革中谋求最大的利益。这是市场经济发展的必然结果,一味消极地否认、压制这些利益,而不积极地去确认、保护这些利益,其后果是增加管理的无序,阻碍社会的发展。当下社会政府间的无序竞争,腐败、侵权、严重的社会冲突在很大程度上是多元利益不受重视的结果。到

^① 胡建淼著:《行政法学》,法律出版社2003年版,第75-76页。

目前为止,我们还没有建立起一套与多元行政利益相关联的、符合社会多元化发展的行政主体制度。传统的行政主体理论关注行政权力,严重忽视了多元行政利益的存在。

第三,不利于行政主体制度的建设。在我国,行政主体理论主要是为了规范行政的外部运作。有学者认为,行政主体概念的提出,凸现出行政主体与行政相对人的关系结构,由此而约束行政主体必须合法、合理行政。在这一关系中,行政主体运用权力并接受监督,行政相对人承受权力并参与行政^①。然而,仅有行政主体外部运行的合法、合理是远远不够的,行政主体制度的建设同样重要,因为在相当程度上,行政主体制度自身的完善是行政主体合法行政、合理行政的基础。随着多元社会利益的出现,需要建立哪些类型的行政主体,各类行政主体应采用何种治理机构,享有哪些权利、义务和责任,尤其是享有哪些管理上的自主权,对各类行政主体如何进行规范和控制,对受侵害的行政主体如何进行法律救济等都需要相应的制度支持和保障。

行政主体制度的建构包括两方面内容:一是各类行政主体内部的制度建设,如地方制度、行业自治制度、公务自治制度、村民自治制度等,每一类行政主体都应当具有自己的独立利益,有自己的管理事项、管理手段、管理权限和责任。而且每一类行政主体都应当具有管理上的选择权和创新权,其权利都有实现的渠道和法律的保障。当然,任何行政主体都必须在宪法和法律规定的范围内活动。从国家治理的角度看,行政主体内部制度的建设就是行政分权及自治制度的建构。二是行政主体外部制度的建设,包括行政主体之间权利义务的配置,行政主体之间的合作、竞争、相互制约以及纠纷解决制度等。这里既要建立权力运行的控制性规则,确保权力运行的民主、理性、公正和高效,又要建立权力实现的保护性规则,以切实保障所有行政主体的利益。

第四,漠视社会行政的发展。传统行政主体理论关注的是国家行政,社

^① 张树义著:《行政法学》,北京大学出版社2005年版,第81-82页。

会行政受到冷遇。行政主体理论在 20 世纪 80 年代末期引入我国时, 经济改革仍处在初级阶段, 计划体制虽有所松动, 但国家和社会仍然是同构的, 一元化社会结构并没有被触动。十多年来的市场化改革, 不但改变了中国原有的经济体制, 而且引发了社会领域和政治领域的一系列变革, 瓦解了原有的一元化社会结构, 促使国家——社会——市场三元结构模式的初步形成。随着全能政府的“解体”以及社会自治化需求和能力的增强, 政府和社会的合作与互动成为一种理想的社会治理模式, 这一模式的确立标志着政府从社会领域的渐次退却, 社会承担政府“退却”后的公共职能^①; 非政府组织的大量出现也促进了社会行政的不断发展。令人遗憾的是, 传统行政主体理论只是强调国家行政, 行政主体完全以国家代理主体的身份出现, 因而无法对社会行政作出积极回应。即使存在授权理论, 但大多认为法律法规授权组织作为行政主体是国家行政扩张的需要^②, 是国家行政的延续。传统行政主体理论的这一缺陷导致了社会自治组织行政主体地位的缺失, 既不利于社会自治内部制度的完善, 也不利于国家对社会自治的监督和控制在, 社会自治中产生的纠纷不能得到有效解决^③。

三、多元化背景下行政主体之发展构想

传统行政主体理论在多元化背景下的明显不足已引起学界的高度重视, 针对我国现行行政主体理论的种种缺陷^④, 学界提出了三种主张: 第一种主张是完全否定现有行政主体理论, 退回到对行政组织的研究; 第二种主张是保留行政主体概念, 借鉴西方国家的行政主体制度, 建立以地方自治、公务分权为核心的行政主体制度; 第三种主张是以现有行政主体理

① 石佑启著:《论公共行政之发展与行政主体多元化》, 载《法学评论》2003 年第 4 期, 第 60 页。

② 熊文钊著:《现代行政法原理》, 法律出版社 2000 年版, 第 184 页。

③ 如长春亚泰足球俱乐部状告中国足球协会, 重庆怀孕女大学生状告重庆邮电学院案都因被告既不是行政机关, 也不是法律法规授权的组织而不被法院受理, 类似的案件还有很多。

④ 参见薛刚凌:《我国行政主体理论之检讨——兼论全面研究行政组织法的必要性》, 载《政法论坛》1998 年第 6 期。《行政主体之再思考》, 载《中国法学》2001 年第 2 期。