

辽宁大学法学学术文库

国家“211工程”三期立项重点课题资助

公共行政与服务行政下 中国行政法的结构性变革

张弘/著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

辽宁大学法学学术文库

国家“211工程”三期立项重点课题资助

公共行政与服务行政下 中国行政法的结构性变革

张弘/著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

公共行政与服务行政下中国行政法的结构性变革 /
张弘著. —北京:法律出版社, 2010. 4
(辽宁大学法学学术文库)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 0695 - 6

I. ①公… II. ①张… III. ①行政法—研究—中国
IV. ①D922.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 062115 号

辽宁大学
法学学术文库

公共行政与服务行政下
中国行政法的结构性变革

张弘著

责任编辑 刘文科
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 12.375 字数 325 千

版本 2010 年 5 月第 1 版

印次 2010 年 5 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 0695 - 6

定价:32.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《辽宁大学法学学术文库》编委会

编委会主任：杨 松 佟连发

编委会成员：(按姓氏笔划排序)

于 虹	任 际	张锐智
郑 莹	郝建设	赵丙贵
郭 洁	路 军	

辽宁大学法学学术文库总序

新中国成立以来,社会主义法制与法学经历了 60 年的发展,特别是改革开放新时期的变革创新,中国特色社会主义法学理论体系趋向成熟、社会主义法治理念得以确立、中国特色社会主义法律体系基本形成。这些深刻变化和辉煌成绩,充分印证了中国法学对法治文明和社会进步的贡献。如今,法治已经成为我国社会最主要的话题之一,法治的理念开始深入人心,法学已经在向中国的“自主性”及法学的中国范式与中国体系发展。

进入 21 世纪,当我们置身于全球化的背景中,深入思考法治及法学问题时,我们发现越来越多的影响因子是上个世纪所没有直面的、至少是没有成为影响法治基本内涵与构建的主要因素,比如环境问题、科技发展、公共卫生、金融危机、外汇储备、裁军与反恐,等等,而今已成为决定法治进程的重要因素。适应鲜活的社会现实、回应大千世界的变化,法律在行动,法律在前进,于是出现了全球治理结构与法治文明演进、国际规范与价值的重塑、非政府组织对法律规制的介入、基于国际义务的国内法修复,等等。在中国社会进程中长期形成的法治理念、法律制度、法制实践路径均遇到来自新世纪社会问题的挑战。它使法学研究始终面临变革和机遇。它使我们这些法学研究者不能总是停留在对传统法律体系的传承上,不能总是纠结在对眼前法律运行的零星观察与思

考中,不能总是沉湎在对西方法律学说和制度的引进与评价上,我们需要突破、需要创新,需要自主,需要在 21 世纪的今天、在中国社会科学贡献于中国乃至世界发展的成果中,体现法学的话语体系,树立法学的不可替代的地位。所以,探索从来就不是终结的,它始终是在新的起点上。那么,我们的使命是什么?什么是我们的贡献?

21 世纪的今天,从事法学研究是幸运的,这不仅仅在于中国的社会主义市场经济和民主政治的制度与实践愈益完善,为我们提供了深厚的实践源泉和进步的社会思潮;同时也在于我们今天所处的世界与历史上的世界、甚至十年前的世界是那么不同,多元化、趋同化、分层化的发展,特别是金融危机的蔓延与深化,使中国及其他新兴经济体成为世界秩序重构的重要力量,提升了我们在国际经济秩序、政治秩序和法律秩序中的发言权和决策权,从而也为我们的法学研究提供了广阔的平台和开放的视野。法治实践的深化呼唤法学研究的繁荣,它赋予我们当代法学家与时俱进的时代使命和不断创新的学术责任。这已经成为法学学术共同体的共识。从日益雄厚的学术积累和不断更新的学术成果就可以看出法学人的不懈努力和追求。辽宁大学法学院教学研究人员的系列成果就是其中的一份。

我与辽宁大学相识已久,交往甚深。他们的经济学、管理学、文学、哲学一直是国内公认的优势学科,他们的法学学科则是经过跨越式发展而后来居上、脱颖而出,已经在法学界拥有显赫之地。特别是 2005 年成功获得经济法学博士学位授权点,突破了发展的“瓶颈”,跃上了新的台阶。辽宁大学法学院是改革开放后国内最早创立的全日制法学本科教育基地之一,在老一辈法学专家的奠基与创建后,经过多年的建设和发展,已经成为我国法学研究和法律人才培养的重镇之一。辽宁大学法学院汇集了一批优秀的中青年骨干教师。他们不慕虚名、敬业尚学、勤奋笃实,辛勤耕耘出一片学术沃土,为国家和地方的民主法制建设和现代化事业提供了理论成果和智力支撑。去年他们的实验室被批准为教育部国家级法学实验教学示范中心,再一次反映出辽宁大学法学学科在学

科建设和人才培养等方面的不懈探索。

此次设立的“辽宁大学法学学术文库”，是辽宁大学法学院在学术研究上又一可喜尝试。辽宁大学作为国家重点建设的“211”学校，在其三期建设规划中，把法学学科作为独立立项建设单位，以“和谐社会的法律规制与创新”为主题，整合学术团队进行学术研究，先后在法治理念、经济法制、国际化问题、司法保障等领域取得了一系列成果。本文库是为了集中展示辽宁大学法学研究成果和整体水平，重点资助在“211”工程三期建设中立项的专著类成果而设立的。在即将出版的成果中，多数是在作者主持完成的国家社科基金课题、司法部部级重点课题、教育部人文社科基金课题的结项成果以及部分教师的博士学位论文的基础上，经过修改、完善而成的。首批出版的几部专著，内容涉及法理学、经济法学、诉讼法学、刑法学、行政法学等。本文库以后还会有第二批、第三批专著陆续出版，这些研究成果不但反映了作者们对国家法治问题的深切关注，而且也显示了他们对国家法治发展的理论贡献。这些凝聚着心血的成果让我们看到了辽宁大学青年学者在法学研究上的探索和努力。

我们相信，也期待着辽宁大学法学院的教师会不断贡献新的研究成果，更加成为中国法治建设行列中的重要力量！正是有这样一批又一批年轻后生，中国的法治建设与法学事业才真正富有希望！

是为序。

教育部人文社会科学重点研究基地·吉林大学理论法学研究中心主任

吉林大学资深教授

中国法学会副会长

教育部社会科学委员会法学学部召集人

教育部法学学科教学指导委员会主任委员

张文显

前 言

现代社会与后现代社会的断代,并不必然限制中国与世界其他国家的共同进步,甚至由于特殊性所致,中国的发展幅度更大,包括政治、经济、文化等方面,法学乃至行政法学也同样如此。

法学及行政法学作为社会科学,绝对缺少不了对现实社会的关怀及相应的自足与进步。现代社会的转型,尤其是民主科学化的推进,显著地导致了行政活动的扩展及其方式结构的转变,而公共行政与服务行政的活跃与普及,行政法乃至行政法学领域与研究方法都发生了改变。延安“夫妻看黄碟案”的披露与夫妻的胜诉,不但是法治的胜利,同时,也界分了公权力的公共性与私权利的私域性。从此,那种公共权力粗暴地介入私人空间,严重侵犯公民的生活,侵犯公民隐私权的情况,在公民的观念上开始被禁止,在制度上开始被审查。上海“孙中界”钓鱼执法案,河南司机孙中界好心顺道拉路人回家却被认定为“非法营运”,绝望之下竟砍下自己的手指以证清白,公众舆论哗然,引起媒体的

广泛关注。最后,上海市政府成立专门调查委员会,认定“孙中界案”为“钓鱼式执法”,执法中使用不正当取证手段。浦东新区区长公开道歉,并表示将启动行政问责程序。钓鱼执法案的解决会对行政机关及法院以后类似案件的处理起一个指导作用,加快完善行政程序法的制定,促使行政机关践行依法行政,消除行政权力的异化现象,加强地方行政立法的监督与审查,完善我国的违宪审查制度,专门调查委员会制度的确立对以后处理类似案件更具有普适性的价值。

传统行政法模式以私行政和消极行政为主要领域与方法,已然难以应景式地阐释和消解诸多现代性行政法问题。适应行政方式的多元化和对象的扩大化,现代行政的作用手段和组织形态因而呈现出有别于传统的、多样化的特征。现代行政法因而面临结构性的变革,以回应社会发展对行政多元化的诉求。在一定程度上实现从单一控制行政权取向的行政法学向多样性行政服务取向的行政法学的转变,即公共行政、积极行政、服务行政成为现代行政法发展的一种趋势。

在这种情况下,行政法学的研究和行政法制度的构建就必须适应客观形势的需要,行政法理论从传统的管理论、控权论向平衡论、服务论、公共利益本位论等多元理论方向发展;行政主体从单一的行政机关向行政机关、授权组织、第三部门展开;行政模式从传统的消极行政、规制行政向积极行政、给付行政转换;行政行为从以行政强制、行政处罚为主向行政指导、行政合同、行政服务过渡或并存;行政实体法与行政程序法开始并驾齐驱;行政问责制度、行政复议制度、行政诉讼制度更加科学合理。行政法学与行政法制呈现出欣欣向荣的局面。

在此基础上,根据行政法发展情势的特点及作者的学术喜好,展开对公共行政与服务行政下中国行政法的结构性变革的理论与实践论证。当然,这种论证在逻辑结构上是松散的,并不是紧密型的系统构造。由于客观对象的开放发展性,公共行政与服务行政下的中国行政法本身正在自我成长,其自身的结构性变革本来就是幼稚的;而松散型的结构,实际是一种指向、一种围绕,需要发散性思维,进行多元性广泛链接。这或

许是一种紧密型的系统构造的前提,当然,做这种前提性工作可能费力不讨好,既需要勇气,也需要耐力。

以行政的公共性对抗行政的国家性为行政合法的正当性判断与选择标准,指明其公共性依据;

公民在行政法上主体性地位一直是被忽略的,笔者将行政相对人纳入行政共同体,而将公务员纳入行政主体;

行政法私法化是公私法的流变,私法化下行政法的发展后劲十足;

行政职权理论范畴对中国行政法的影响具有基础性的作用,通过反思,确立行政行为为新的行政法理论范畴,以取代行政职权;

创造行政职义概念,以取代行政职责,而与行政职权相对应,实现权利、义务、责任在行政法中的体系化;

行政法规范一直是作为裁判规范被对待的,行政法律规范作为行为规范更具科学性;

行政实体法的效率价值被提升,行政程序法的公平正义价值得到张扬;

行政法的契约意义完全可以通过行政服务行为的解读得到确认;

行政服务的正当性理由就在于它本身就是契约意义的产物;

市场经济下,行政决定转化为行政合同有其必要性与可能性;

行政意思表示概念的确立,使得行政法关系的平等性更加突出;

政府信息公开是公共行政的必然要求,而公民信息公开申请权的行使需要法律相应的制度安排与回应;

行政解释权是公民程序上的权利,而行政行为的不可争辩力是行政行为的效力,二者不可偏废;

我国行政即时强制制度的构建在统一行政强制法未出台前,应优先得到制度安排;

行政解释的过程性推进了行政程序的结构,使法律关系得到落实;

警察权扩张是当下的现实,公安局长担任政府副职使这种扩张得到放肆,其正当性受到怀疑;

行政复议机构不独立以滞后行政复议的效果,因为人民检察院具有法律监督权,因而享有复议权,应成为复议机关;

行政诉讼法或制度对中国公民的作用,不仅仅是保护了权利,而且还有利于中国公民人格独立之塑造;

行政机关侵犯公民非法利益应该允许可诉,虽然这是一个非主流观点,但道理自足;

民事行政交叉案件愈演愈烈,如何诉讼,考虑其请求权不失为一种方法与思路;

在独立的违宪审查制度还不能建立的情形下,通过扩大行政诉讼司法审查范围实现对抽象行政行为的违宪审查是一个不错的选择;

.....

不是意犹未尽,而是犹如行走在中国行政法治的路上,作为中国行政法学人,一方面需要付出辛苦去筑路,结构行政法理论基础,建造行政法体系大厦;另一方面“慢慢走啊,欣赏”,享受法治带来的旖旎风光。这就是当代中国行政法学人与众不同的地方。

张 弘

2009年12月27日于沈阳市丽馨园玉书斋

目 录

第1章 以行政的公共性对抗行政的国家性——

行政合法的正当性判断与选择 /1

一、行政的国家性与行政的公共性双重解读 /2

二、以行政的公共性对抗行政的国家性 /7

三、行政公共性下的行政法 /10

第2章 作为行政共同体与行政主体的公民——

公民行政法主体性地位解读 /14

一、公民行政法主体性地位解析 /17

二、公民行政法非主体性地位现实解析 /21

三、公民行政法主体性地位设计 /32

第3章 公私法的流变——行政法私法化的表征、

边界及行政法的发展研究 /44

一、行政法私法化的表征 /46

二、行政法私法化的理论基础 /65

三、行政法私法化的边界 /76

四、私法化下行政法的发展 /80

第4章 职权之累——行政职权理论范畴对中国行政法的影响与反思 /100

一、从两个案例说起 /100

二、行政职权的界定：当下我国行政职权的基本定位及理论范畴 /102

三、行政职权法定：一个美好的向往 /106

四、与行政职权无关：对行政职权理论范畴的反思 /113

五、确立行政行为为新的行政法理论范畴：取代行政职权的建议 /128

第5章 行政职义——一个取代行政职责与行政职权相对应的概念 /137

一、从文本开始 /137

二、分析与确定：行政职责、责任及行政职义 /139

三、意义：义务之强化与泛责任化之弱化 /143

第6章 行为规范而非仅仅裁判规范——行政法律规范作为行为规范研究 /147

一、作为行为规范的行政法律规范 /148

二、强化行政法律规范行为规范化去裁判规范化的途径 /154

第7章 论行政实体法的效率价值——以行政分权为研究视角 /159

一、行政实体法效率价值的必要性分析 /163

二、实现行政实体法效率价值的途径——行政分权 /167

三、实现行政分权，体现行政实体法效率价值的具体实现方式 /169

第8章 行政法的契约意义解读——以行政服务为分析视角 /177

- 一、行政法、行政服务、契约的一般意义解读 /178
- 二、公民、政府关系与契约理念的重新定位 /179
- 三、契约精神要求行政服务运行机制的变革 /183
- 四、契约法则促进行政服务监督和责任追究机制的完善 /186

**第9章 你就该为我服务,因为我们曾经有约——行政服务契约意义
解读 /189**

- 一、从行政管理到行政服务的历史转变之背景及必要性 /191
- 二、行政服务契约论基础及其特性 /193
- 三、行政服务契约违反的法律后果 /196
- 四、行政服务契约性之制度保障 /198

**第10章 行政决定抑或行政合同——行政决定转化为行政合同的必
要与可能 /201**

- 一、行政合同的起源与内涵 /202
- 二、行政决定转化为行政合同的必要 /204
- 三、行政决定转化为行政合同的可能 /209

第11章 论行政意思表示——兼与民事意思表示比较研究 /216

- 一、发现问题:中国行政现状之不足 /216
- 二、解析问题:引入行政意思表示正当性分析 /220
- 三、理论支撑:由法史、法理、行政法学入手考察 /224
- 四、概念界定:行政意思表示——作为双方合意的前提条件 /228
- 五、制度设计:行政意思表示双方应有之权利——作为合意的合法性基础 /232

**第12章 政府信息公开公民申请权研究——兼及对《政府信息公开条
例》相关内容的修改建议 /237**

- 一、政府信息公开中公民申请权解析 /238

二、政府信息公开中公民申请权的行使及法律相应制度的回应 /243

三、政府信息公开公民申请权的救济 /247

第13章 行政程序与实体效力的兼顾——行政解释权与行政行为的不可争辩力之关系研究 /253

一、行政解释权与行政行为不可争辩力的比较 /255

二、行政解释权与行政行为不可争辩力的冲突与统一关系 /258

第14章 模式、程序、救济——我国行政即时强制制度的设想与建议 /266

一、行政即时强制立法模式的选择 /266

二、行政即时强制的程序规定 /269

三、行政即时强制侵权的法律救济 /275

第15章 行政解释的过程性——兼与司法解释之比较研究 /279

一、行政的过程性：行政解释过程性的逻辑前提 /280

二、行政解释的过程性解析 /284

三、行政解释过程性的意义 /289

四、行政解释过程性的强化 /294

第16章 警察权扩张的理性分析——暨公安局长担任政府副职不正当性分析 /300

一、公安局长担任政府副职不正当性分析之必要性 /300

二、公安局长担任政府副职不正当性的基础：授权与控权 /302

三、公安局长担任政府副职的结果分析 /315

第17章 因监督而享有复议权——人民检察院行使行政复议权之我见 /317

一、现行复议体制存在的最大弊端：行政复议机构的不合理设置 /317

二、目前我国学界对复议机构归属的探索 /321

三、一种全新的构建：将复议机构归属检察院 /323

四、检察院行使行政复议权在实践中应重点把握的几个问题 /329

第18章 不仅仅是为了权利——行政诉讼法对中国人格独立之塑造 /332

一、人格独立的基本内涵及其重要性 /332

二、行政诉讼法对中国人格独立的塑造 /335

三、关于行政诉讼法进一步保障私权利、促进人格独立的设想 /343

第19章 民事抑或行政诉讼——民事行政交叉案件请求权研究 /347

一、民事行政交叉案件请求权的界定 /349

二、民事行政交叉案件依托不同权利类而形成多样请求权与请求权的竞合 /353

三、民事行政交叉案件请求权的选择与指引 /356

第20章 一切利益都具有特殊的保护性——论行政机关侵犯公民非法利益的诉讼衡量 /361

一、“非法利益”之界定 /361

二、行政机关侵犯公民非法利益的危害性 /363

三、行政机关侵犯公民非法利益的诉讼衡量 /366

第21章 违宪审查还是司法审查——扩大司法审查范围实现对抽象行政行为的违宪审查 /372

一、基本概念梳理及相关链接 /372

二、我国对抽象行政行为审查之现状及评析 /374

三、对抽象行政行为的违宪审查和司法审查的比较 /376

四、对抽象行政行为审查切入点的设想与选择 /379

第1章 以行政的公共性对抗行政 的国家性——行政合法的 正当性判断与选择

在沈阳市有一个著名的“市政府广场”，之所以著名是因为该广场不但历史悠久，占地面积大，耸立着古沈阳人图腾标志物“太阳鸟”，而且，广场周边还错落有致地排列着沈阳乃至辽宁省的一些重要单位，如沈阳市人民政府、沈阳金融大厦、辽宁大戏院、沈阳电信局、卓展购物中心等。与一般广场不同的是，连接广场的六个出口分别与六条街路^①相接。除沈阳市人民政府外，其余所有单位的车辆，包括外来办事的车辆，如果想要进入广场周边某一单位，且单位在自己的左侧时，该车必须绕广场一周，变成右向，进入单位。也就是说，在这个广场除沈阳市人民政府外，其余车辆一律禁止左转向。而且，为使进入市人民政府的车辆能更加顺

^① 沈阳市道路的称谓设计比较有特色，比如，通常南北向的叫街，东西向的称路。