

纠纷的 行政解决机制研究

——以行政裁决为中心

主编·张树义



中国政法大学出版社

项目编辑/汤 强 封面设计/孙 宇

纠纷的 行政解决机制研究

——以行政裁决为中心

ISBN 7-5620-2847-8



9 787562 028475 >

ISBN 7-5620-2847-8/D · 2807

定价：22.00元

纠纷的行政解决机制研究

——以行政裁决为中心

张树义 主编

撰稿人(以姓氏笔划为序)

王 旭 白雅丽 田宇红 刘守仁 刘井玉
刘志峰 洪 燕 张树义 梁凤云 曹亦萍
蔡乐渭

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

纠纷的行政解决机制研究：以行政裁决为中心 / 张树义主编. —北京：
中国政法大学出版社，2006

ISBN 7-5620-2847-8

I. 纠... II. 张... III. 行政法-研究 IV. D912.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 000079 号

书 名 纠纷的行政解决机制研究
——以行政裁决为中心

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 固安华明印刷厂

开 本 787×960 1/16

印 张 19

字 数 345 千字

印 数 0 001 - 2 000

版 本 2006 年 1 月第 1 版 2006 年 1 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-5620-2847-8/D·2807

定 价 22.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088

电 话 (010)58908325(发行部)58908335(储运部)

58908285(总编室)58908334(邮购部)

电子信箱 zf5620@263.net

网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名:中国政法大学出版社)

☆ ☆ ☆ ☆

声 明 1. 版权所有,侵权必究。

2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

前 言

本书是教育部“WTO与行政救济制度的完善”课题的中期成果。表面上看，“WTO与行政救济制度的完善”与本书主题似乎是风马牛不相及，但其实不然。加入WTO，毫无疑问是对中国历史性挑战，这种挑战又恰逢中国正处于市场经济的建立过程之中。如此重大的挑战之所以能为我们所面对，恰恰是因为二者有一共同的交汇点：市场经济。因此，中国是在改革中选择了市场经济，中国是在市场经济的选择中走向了国际经济一体化。

市场经济之于中国，不仅仅是意味着它是一种与计划经济不同类型的经济，于技术、于制度、甚至于文化，市场经济都是与计划经济根本不同的两码事，由此才有了中国社会转型之说。一个社会的转型那是千年一遇的事情，但考虑到技术、制度、甚至是文化层面，那也是千年难变之事。转型必然涉及到社会的方方面面。WTO、政府活动、行政救济，这些因素都是社会转型很难离开的因素。当我们聚集于这些因素，首先进入眼帘的恰恰是如此矛盾的现象：

矛盾之一，中国改革打破了国家对所有社会资源的垄断，社会日益利益多元化。利益多元化必然导致纠纷增多，面对日益增多的纠纷，我们希望有一个强大的司法权，但司法权的现状却不令人满意。

矛盾之二，司法权在中国的改革过程正日益加强，但正在加强过程的司法却遇到了“诉讼爆炸”的难题。多元社会产生的数量日益增多的纠纷蜂拥向法院，以至于法院难以承受重荷。由此导致我们所希望的一个强大的司法却难以发展。

矛盾之三，在司法遭遇尴尬之时，我们所看到的却是另外一种影像，过去由行政机关处理的纠纷，在改革过程中却纷纷推向法院，道路交通安全法如此，治安管理处罚法也是如此。这对于本已处于尴尬地位的司法无疑是“雪上加霜”。

矛盾之四，从计划经济向市场经济的社会转型中固然应当削减政府职能，但对政府职能的削减又不能简单化，才使我们也看到另一方面，即要求加强政府的职能，削减其直接组织经济活动、分配资源的职能，加强其控制、监管市场的职能。在削减与加强之间我们往往举措失当。

上述矛盾的存在使我们关注于这样一个主题，在一个矛盾、冲突、纠纷日益

目 录

总论篇

| | |
|--------------------------------|-------------|
| 引 言 | (3) |
| 第一章 多元纠纷解决机制与行政裁决 | (8) |
| 一、利益多元与社会冲突 | (8) |
| 二、社会冲突与多元纠纷解决机制 | (12) |
| 三、纠纷的行政解决机制 | (18) |
| 第二章 行政裁决的基本理论 | (29) |
| 一、行政裁决之涵义解析 | (29) |
| 二、行政裁决之性质 | (33) |
| 三、行政裁决之强度 | (37) |
| 四、行政裁决之基本原则 | (44) |
| 五、行政裁决与行政诉讼之关系 | (49) |
| 第三章 行政裁决制度比较研究 | (61) |
| 一、英国的行政裁判所制度 | (61) |
| 二、日本行政争讼制度 | (67) |
| 三、德国行政复议制度 | (72) |
| 四、中国台湾地区行政诉愿制度 | (77) |
| 第四章 行政裁决程序 | (85) |
| 导论：程序法与行政领域的纠纷多元解决机制 | (85) |
| 一、行政裁决程序研究的三个层次：价值、制度与技术 | (85) |
| 二、行政裁决程序的价值冲突之辩 | (89) |
| 三、行政裁决程序的制度短缺之感 | (98) |
| 四、行政裁决程序设计的技术/方法考察 | (103) |

| | |
|---|--------------|
| 结语：构筑行政裁决程序研究的立体图景 | (105) |
| 第五章 行政裁决救济制度研究 | (107) |
| 一、行政裁决救济的必要性与可行性分析 | (107) |
| 二、其他国家行政裁决救济制度评析 | (111) |
| 三、我国行政裁决救济的运行状况 | (115) |
| 四、学界关于行政裁决救济的主要论说 | (118) |
| 五、行政裁决救济的制约因素 | (122) |
| 六、对行政裁决救济的基本构想 | (125) |
| 第六章 中国行政裁决制度的未来：多元社会下的法律发展 | (131) |
| 一、一个知识社会学的研究框架 | (131) |
| 二、行政裁决制度产生的社会场域分析及其影响 | (134) |
| 三、现行行政裁决制度的弊端及原因分析 | (137) |
| 四、对未来行政裁决制度的重构性设想 | (144) |

分 论

| | |
|-----------------------------------|--------------|
| 第七章 交通纠纷的行政解决机制 | (151) |
| 一、概述 | (151) |
| 二、行政权介入交通纠纷的场景分析 | (151) |
| 三、交通事故（责任）认定 | (153) |
| 四、交通行政调解 | (164) |
| 五、将来的制度选择 | (167) |
| 第八章 治安行政裁决 | (169) |
| 一、治安行政管理与治安行政裁决 | (169) |
| 二、行政处罚抑或“行政裁决”——治安行政裁决的法源分析 | (169) |
| 三、隐没于法律条款之间的治安行政裁决规则 | (172) |
| 四、被虚置的现状——与治安行政调解的关系 | (174) |
| 五、关于治安行政调解 | (177) |
| 六、选择治安行政调解还是治安行政裁决 | (182) |
| 第九章 知识产权领域的行政裁决 | (185) |
| 一、知识产权领域的纠纷概述 | (185) |
| 二、知识产权和公权力 | (186) |

| | |
|--|--------------|
| 三、知识产权领域的行政裁决 | (190) |
| 四、知识产权领域的确权行政裁决 | (193) |
| 五、知识产权领域的侵权行政裁决 | (198) |
| 第十章 资源行政裁决—以农村土地承包纠纷裁决为重点 | (203) |
| 一、资源纠纷解决机制概述 | (203) |
| 二、我国农村土地承包纠纷解决机制的考察 | (205) |
| 三、我国现行农村土地承包纠纷处理机制之评判 | (215) |
| 四、农村土地承包纠纷处理机制之重构 | (223) |
| 第十一章 房屋拆迁安置补偿裁决 | (227) |
| 一、房屋拆迁安置补偿裁决概述 | (227) |
| 二、房屋拆迁行政裁决有关程序问题 | (230) |
| 三、不服房屋拆迁行政裁决的救济途径 | (235) |
| 四、法院对房屋拆迁行政裁决的司法审查 | (239) |
| 第十二章 消费者权益纠纷行政解决机制 | (247) |
| 一、消费者权益保护与消费纠纷 | (247) |
| 二、现行消费纠纷解决模式 | (251) |
| 三、现行纠纷解决模式存在的问题 | (259) |
| 四、行政裁决消费纠纷的可能性 | (263) |
| 五、消费纠纷行政裁决制度的建构 | (267) |
| 第十三章 劳动仲裁 | (271) |
| 一、作为行政裁决的劳动仲裁 | (271) |
| 二、劳动争议仲裁的范围 | (275) |
| 三、劳动争议仲裁机构 | (276) |
| 四、劳动仲裁程序 | (278) |
| 五、劳动仲裁救济 | (283) |
| 六、劳动仲裁制度存在的问题与展望 | (287) |

总论篇

引言

中国正处于一个特殊的历史时期。说它是特殊的历史时期，是因为我们面临着双重任务：一方面是中国内部正在进行的体制改革，这场改革于经济学上的意义，在于从计划经济向市场经济的转变；于社会学的意义上，则是从一元的社会结构向多元的社会结构的转变；在政治学的意义上，则是从高度集权转变为多元民主，诸多方面的意义表明中国社会正在进入重要的转型期，以至于我们可以称其为“世纪性社会结构变迁”。另一方面则是中国加入世界贸易组织，百多年来中国近代史都是国门被迫屈辱地打开，而此次则是主动融入全球经济一体化的国际社会之中，这一“国际化生存”对中国所产生的影响深远而巨大，其意义绝不仅仅限于经济方面，必然还会触及或波及政治、社会和文化等各个方面。这种双重任务使我们面临着双重挑战。

正是在这种双重挑战下，中国社会进入了重要的转型期。这样一个转型期，对于中国来说，具有特殊的意义。这个特殊的意义即在于，它不是一般的转型期，而是世纪性社会结构的变迁。^{〔1〕} 一个回溯中国几千年历史所未曾见过的社会结构正在改革中悄然诞生。前不见古人，但后却需要有来者。中国政府在社会转型期内正在变化。然而究竟应当如何变化。这种变化也可能是向着好的方面，也可能是向着较坏的方面转化。就实际变化而言，我们可以看到某些好的方面的转化，如“以民为本”执政理念的回归、监管型政府的崛起、政府社会保障职能的增强等；但我们也可以看到某些不那么好的方面的转化。西方社会今日持续的繁荣，皆源于17-18世纪所经历的那场理性革命以及由理性革命所奠定的传统。因此，面临当今中国的转型期我们同样需要进行理性的思考。

1949年新中国政权建立以来，我们逐步形成了一种高度集权的计划体制。在这种体制之中，政企不分、政事不分、政群不分，党政不分，一切行政化，所

〔1〕 参见张树义：《中国社会结构变迁的法学透视》，中国政法大学出版社2002年版。

有公民依附于某个“单位”；^{〔1〕}所有的单位都被纳入行政隶属关系的“链条”之中，属于某一层级。由此形成底宽顶尖、层层隶属的金字塔般的主体一元化社会结构。体制的僵化造成社会效率的低下，由此我们开始了体制的改革。在中国的体制改革中，政企分开、政事分开、政群分开，各种社会组织，无论是企业、事业单位，还是群众团体，正在走出行政隶属关系，成为独立的社会主体；而个人也逐步摆脱对单位的依附关系，成为具有独立人格的公民。一种社会主体多元化的社会结构正在悄然形成。

主体多元化在给社会带来活力的同时，也使社会纠纷日益增多。因为主体多元化也即意味着利益多元化，由于利益之间的冲突与对立，纠纷在所难免。由此我们看到纠纷四起。在宏观层面上，社会纠纷有政府与企业、事业单位和群众团体之间的纠纷，由于政企分开、政事分开、政群分开，政府与企业、事业单位和群众团体之间的关系成为两个独立主体之间的关系，独立主体之间的利益冲突导致纠纷；也有个人与单位之间的纠纷。在中观层面上，生产者与消费者之间的冲突、医疗者与患者之间的冲突、道路使用者与道路建造者之间的冲突……，不一而足，我们似乎生活在一个被冲突与纠纷四面包围的社会之中。在某种意义上，冲突与纠纷的存在是正常的事情，重要的是我们如何面对社会冲突与纠纷，我们又如何解决冲突与纠纷。

主体一元化转化为主体多元化社会结构的一个显著变化，是人们对待纠纷解决的态度。在主体一元化的社会结构中，人们相互之间发生纠纷之后，一个习惯的说法是：上单位去，找领导去，从不会有人想到，去法院解决。由此造成行政权力强大，司法权弱小的格局。当转化为主体多元化社会结构时，人们发生纠纷之后，不再是依照行政隶属关系向上级寻求救助，而是向法院提起诉讼。因为作为两个独立主体之间发生的纠纷，其纠纷解决的逻辑是寻求公正的第三者予以裁决。正是在这样的背景下，通过诉讼解决纠纷正在社会生活中扮演愈来愈重要的角色。这从近年来司法成为人们关注的法治焦点可得到证明。惟其人们对其期望值的日益隆高，我们才对其愈发重视。

在中国的体制改革中，首当其冲应当调整的是政府的职能，因为我们所建立的是一个全能主义的政府，政府活动无所不在、无所不能、无所不包。计划体制意味着政府垄断经济，改革意味着政府应当从许多管不了、又管不好的领域退

〔1〕“单位体制”是迄今我所见到的对中国社会结构作出的最为精到的概括，单位即一个整体的组成部分，自身没有独立性，它非常贴切地对计划体制下所存在的无数企业、事业、群众团体所处地位的阐释。详见杨晓民、周翼虎：《中国单位制度》，中国法制出版社2001年版。

出，由市场予以调节。然而，在市场经济背景下，政府究竟应当承担何种职能？哪些是政府应当管的，哪些又是政府不应当管的？由于我们对政府职能不能予以合理的说明，难免在政府职能的调整过程中，进退失据。面对市场经济，我们应当建立的是一种监管的政府，政府不再对经济活动直接进行指挥，而是出于社会秩序的考虑，对经济活动者所从事的活动进行监管。进而，政府对社会活动的监管究竟包含什么内容呢？一般而言，监管包括制定规则，依据规则进行监督，对违规者进行制裁。但作为一个监管者，对于被监管者之间发生的纠纷是否应当进行处理。解决纠纷通常是司法的职能，应当交由法院予以处理，但行政领域发生的纠纷往往具有专业技术性。我们可以要求法官是法律专家，但我们不能要求法官成为技术专家，尤其是不能要求法官精通所有行政管理领域的全部专业知识。在这方面，往往行政机关具有天然的优势。因此，涉及专业技术知识的纠纷交由行政予以裁决较为便利。然而，交由行政处理纠纷其公正性我们能够信任吗？正是因为在这样的背景下，我们可以见到许多矛盾的现象：

一方面随着现代法治主义的盛行，司法的权威得到强化，以至于发生“诉讼爆炸”，法院已难以承受重荷；另一方面在改革进程中政府部门职能的弱化，许多原本由行政机关所承担的解决纠纷的职能转由法院处理；

一方面是现代西方法治主义日益得到重视，法院的地位日益得到提高，更多的纠纷人们希望司法的介入；但另一方面，通过司法解决纠纷却在很多地方遭遇尴尬，由于司法救济渠道不畅通，人们又不愿通过法院解决纠纷。^{〔1〕}

一方面，法院执行难，司法救济效果差，但我们却又对应运而生的“民间讨债公司”采取禁止的政策。社会生活中的“吊诡”意味着对我们提出了重大的挑战。

近现代法制的目标曾经是以司法全面取代其他纠纷解决方式，但替代性纠纷解决机制却在许多国家引起人们的重视并迅速发展，纠纷替代性解决机制在短期内能够取得如此快速的扩展和推进，直接原因和推动力来自诉讼与其制度本身，诉讼量的激增、诉讼费用的高昂、诉讼程序的迟延以及其他诉讼自身的弊端。这些压力甚至导致司法的危机。因此，如何正确对待我们所面临的日益增多的纠纷，面对日益增多的纠纷我们应当建立一种什么样的解决机制，这是中国改革中必须正视的问题。

〔1〕 苏力教授在其对《秋菊打官司》这一电影文学作品的法学思考中提出了法治与本土资源的命题，文学的启蒙在前，法学的理性思辨在后，这是解构一个时代通常所要经过的路径。详见苏办：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社2000年版，第70页。

事实上,按照实行救济的方式不同,法律对权利救济有公力救济和私力救济之分。无论是公力救济还是私力救济,均是要支付一定运行成本的。私力救济的存在有其一定的合理性与必要性,因为其具有相对节约成本优势、预期收益确定性优势,应当加大对私力救济的投入力度,支持、引导私力救济,利用私力救济补充、完善公力救济,减少供应缺口、满足社会对权利救济的需求。但我们也应看到,虽然私力救济在对公力救济的替代、补充上体现了自主性、高效率等相对优势,但私力救济能够充分发挥作用,正是得益于公力救济制度的存在与实施。因此,理想的状态是公力救济与私力救济的相互配合,对每一种救济方式都有其恰当定位。有关研究表明,市场主体“重私(私力救济)轻公(公力救济)”的主要原因是,许多被他人侵犯权利的市场经济主体忌于诉讼成本和究责成本过高,或是因法院判决执行难、公力救济效果差而情愿私了或转向于私力救济。

即使在公力救济中,司法救济也不是惟一的途径。除司法救济之外,还可以由其他国家机关提供对公民权利的救济。而且,在公力救济之外,还可以存在“公助救济”。“公助救济”与“私力救济”有着共同的特征,即在以“私权自治”理念,没有强制性权力的情况下,仅仅依靠市场主体自身,在依靠一定的中介的帮助下解决纠纷。^{〔1〕}

上述表明,即使我们承认现代化的正当性,那对于中国来说,也面临着如何从传统向现代化转变的问题。而此时的问题是,我们如何实现过渡。中国道路的方向是过渡到现代化,但我们这里所说的所谓现代化,也一定是注入了中国因素的现代化。在某种意义上说,并不存在一个普适的现代化模式。西方的现代化的成功对于中国来说什么也没有说明,它既说明不了中国向现代化过渡的必要性,也不能说明中国过渡何以必须是西方式的现代化。就纠纷的行政解决机制而言,其实,即使在中加入世贸组织议定书中也只是强调“由独立的机关作出决定”,而并没有强求一律或要求司法最终裁决。这一方面是因为即使在西方发达国家也存在着多元纠纷解决机制,有着审判外纠纷的处理途径。而之所以在所谓法治国家也存在多元纠纷解决机制,是因为纠纷产生原因不同,解决纠纷的途径、方式也需要有所区别,而不同的纠纷解决方式各有所长,各擅其场,相互之间不可替代。因此,在一个利益日益多元的社会,面对日益纷纭复杂的社会,秩序的建立和维持就成为一种必然的结果。而在建立和维持一定秩序的各种可供选择的方案之中,透过建立一套理性而完善的法律体制,给多元化社会中的人们提供一套合

〔1〕 参见周林彬:“我国私力救济制度的实证分析”,载刘星主编:《想象法学:历史与今天》,法律出版社2005年版,第428页。

理而可行的共同的行为规则，在保障社会共同利益的前提下，给社会成员提供一定的发挥个性的自由空间。这样即能维持社会整体的大原则，维持社会秩序的基本和谐和稳定，又能在此基础上充分保障个人的自由和个性，发挥每一个社会成员的创造力，促进社会文明的进步。

第一章 多元纠纷解决机制与行政裁决

一、利益多元与社会冲突

(一) 人类生活与利益

迄今为止，人类在其生存与发展的文明中，不论是人与自然界的相互作用，还是处理人与人自身之间的社会关系，他们活动的一切都与利益有关。无论公开承认也好，秘而不宣也罢，人在利益上是不会做无用功的。但是，要实现利益，人们不仅要创造物质财富和精神财富，而且，还必须有调控利益关系的社会活动，而在调控利益关系的社会活动中，如何避免冲突的发生，以及当冲突发生之后如何予以解决，则是人类经常要面对的问题。^{〔1〕}

人们对利益的关注很早就引起了思想家们的重视。在休谟看来，人们结成社会的初衷就是希望能够更好地确保获得和保住自己所需的物品，并且在实践中他们也认识到，只有当他人不觊觎这些物品时，才能达到保护自己的物品这一目的。如果人人都约束自己的自私天性，在任何可取得必需品的时刻都不为所欲为，那他就有更多机会满足自己的私利和亲朋好友的利益。于是，自然而然地产生出解决利益冲突的惟一办法，那就是制定一套规则或方法来制约彼此的行为。这套规则就是最重要的“人为的美德”——正义法则，它的基本目的是确保个人的财产权利，以便维护社会或公共利益。因而，休谟给正义所下的定义是：“使每个人各得其应有物的一种恒常和永久的意志。”^{〔2〕}就是说，正义是人们为了适应特殊的周围环境而设计出来的一种创造，它“只是起源于人的自私和有限的慷慨，以及自然为满足人类需要所提供的物品的稀缺性。”^{〔3〕}现代社会得以生存的一个根本基石是，承认追求自身利益是人身上最强大的动力，只有遵循这

〔1〕 参见张江河：《论利益与政治》，北京大学出版社2002年版，第2页。

〔2〕 参见休谟：《人性论》，商务印书馆1980年版，第529页。

〔3〕 参见休谟：《人性论》，商务印书馆1980年版，第529页。

一动力，个人才会为社会的共同繁荣作出最大的贡献。

对人与利益的关系作出最有说服力解释的是经济学。在经济学家们的眼中，人，无论在家里，还是在政府或私人的办公室里，无论在教堂里，还是在科学活动中，简言之，无论在哪里，永远是效用最大化者。也就是说，生产者和消费者，政治家和企业家，圣徒与恶棍，财迷和挥霍者，他们在本性上是没有什么差别的，指导他们的行为原则都是“自利”，差异仅在于他们对“自利”的内容各有自己的理解。在本质上，他们都只采取那些他们认为将会给自己带来最大净利益的行为。这并不是说他们天性如此，他们之所以“自利”，皆因为他们被迫置身于一个各种资源都稀缺的社会之中生活。这种生存环境迫使他们凡事都要权衡利弊。特别是，他们在行动上还是机会主义者。当然，经济人并不是一个完全自律的圣徒，在追求自身利益的过程中，他们具有许多可贵的品质，但同时也具有一些让社会感到不安的品行，若有可能，他就会利用法律制度的缺陷，利用政府官员和其他人的“人性弱点”，以谋取私利。18世纪英国经济学家的一项重大理论发现是：只要有适当的制度与法律的构架，经济人在市场上追求自身利益的行为会无意识地推进社会的整体利益。

现代经济学的假设前提是“经济人”，它主要包含着三个基本的命题：

1. “自利”，即追求自身利益是驱策人的经济行为的根本动机。这种动机和由此而产生的行为有其内在于人本身的生物学和心理学的根据。

2. “理性行为”。经济人是理性的，他能根据市场情况、自身处境和自身利益之所在作出判断，并使自己的经济行为适应于从经验中学到的东西，从而使所追求的利益尽可能最大化。

3. 经济人假说的核心命题，亦即只要良好的法律和制度的保证，经济人追求个人利益最大化的自由行动会无意识地、卓有成效地增进社会的公共利益。这是经济人假说中最有意义的问题，故有人将其称之为“经济人的灵魂”。〔1〕

正是由于经济学对“经济人”的假设，释放出人们对利益追求并使其获得正当性，从而为现代社会奠定了基础。在经济学家眼中，商业社会有助于道德进步，商业贸易本身就天然地包含着一种以相互需要为基础的互相依存、平等互利的精神，这种精神会在人们的思想中产生一种精确的公道的观念。这种观念促使人们可以斤斤计较自己的利益，但是，它既与尽可以为着别人的利益而忽略自己的利益这类旧道德观念极不相容，也与野蛮的抢劫他人财物的暴力势不两立。贸

〔1〕 参见杨春学：《经济人与社会秩序分析》，上海三联书店、上海人民出版社1998年版，第11、12页。