

●●● 昆明理工大学法学文库

行政主体法律制度重构 ——以行政体制改革为视野

——○ 汤喆峰 / 著

XINGZHENG ZHUTI FALV ZHIDU CHONGGOU
—YI XINGZHENG TIZHI GAIGE WEI SHIYE

· 昆明理工大学法学文

昆明理工大学人文社会科学研究基金资助

行政主体法律制度重构

——以行政体制改革为视野

XINGZHENG ZHUTI FALV ZHIDU CHONGGOU

—YI XINGZHENG TIZHI GAIGE WEI SHIYE

汤喆峰 / 著



中国政法大学出版社

- 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

行政主体法律制度重构:以行政体制改革为视野/汤喆峰著. —北京:中国政法大学出版社, 2015. 4

ISBN 978-7-5620-6022-2

I. ①行… II. ①汤… 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 079729 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 | 010-58908285 (总编室) 58908433 (编辑部) 58908334 (邮购部) |
| 承 印 | 固安华明印业有限公司 |
| 开 本 | 880mm × 1230mm 1/32 |
| 印 张 | 11.25 |
| 字 数 | 310 千字 |
| 版 次 | 2015 年 4 月第 1 版 |
| 印 次 | 2015 年 4 月第 1 次印刷 |
| 定 价 | 29.00 元 |

昆明理工大学法学文库、法学译丛总序

改革开放以来，中国经济实现了腾飞，中国社会正经历着一场史无前例的大变革，中国法律与法学研究也随之发生了沧海桑田般的变化。经过30多年的努力，中国社会主义法律体系已基本建成。中国法律的发展完善与法学研究者的努力密不可分，是他们的执着，使法律从野蛮走向文明；是他们的坚毅，使恣意的权力受到束缚；是他们刻苦的钻研，使法律从粗疏转向细腻；是他们的批判与检讨，使法律走出了误区，趋向理性。

自20世纪80年代开始，中国法学教育和研究机构如雨后春笋般在神州大地生根发芽，现已有650多所高校设置了法学教育和研究机构。另外，各级法学会、各级人大、各地社会科学院等机构也设置了无数专门的法学研究机构。法学研究正呈现出欣欣向荣、五彩缤纷、百家争鸣之势。“好雨知时节，当春乃发生。随风潜入夜，润物细无声。”唤醒神州大地的春雨也滋润了地处西南边陲的昆明理工大学。昆明理工大学于1994年开始设置法学专业，并于1997年成立了法学院。昆明理工大学法学院依托昆明理工大学的学科优势，着重发展刑法学、环境与资源保护法学、质量法学等优势学科，同时又不断地充实、提升其他学科。2010年秋季，学院正式成为一级学科硕士学位授权单位，下设环境与资源保护法、刑法、民商法、经济法、国际法、理论

法、宪法行政法学、质量法学（设于质量研究院）等八个硕士点。2014年，法学院又获得法律硕士学位授予权。此外，学院还可以招收挂靠在环境工程学院、国土资源学院的环境规划与管理、矿产资源保护与法治两个专业的博士研究生。2012年6月，学校与云南省人大法制委、省人大常委会法工委合作建立了全国高校第一个实体性质的地方立法研究院。

学院的快速发展得益于长期坚持的人才强院战略。法学院高度重视师资队伍的培养和优化，经过不懈的努力，逐步形成了云南省内一流的教师队伍和学历、职称、年龄结构合理的学术梯队。截至2014年1月，全院有教职工78人，其中专任教师68人，教授11人，副教授27人，博士生导师3人（兼职博导1人），具有博士学位的教师40人，另有8人为在读博士，专任教师的博士率达到70%（含在读博士）。教师队伍阵容强大、治学严谨，部分教师还在中国法学会、中国环境学会、中国行为法学会、中国环境法学研究会、中国刑法学研究会、中国刑事诉讼法学研究会、中国犯罪学研究会、中国警察法学研究会、中国法学教育研究会等学术团体中担任副会长、理事等职务。在众多来自国内外名校优秀青年才俊的努力下，近年来法学院的科研成果节节攀升，在《中国法学》、《法商研究》、《法律科学》、《法学家》、《现代法学》、《环球法律评论》等刊物上发表论文600余篇，出版了专著、教材70余部，主持各类研究课题150多项。

昆明理工大学法学院有一大批来自国内名校的青年学者，他们年富力强、精力充沛，且富于创新、勤于思考。为了形成团队合力，实现强强联合，产出更多高水平的研究成果，法学院根据教师的特长成立了七个研究中心。例如，本院有27%的专职教师具有留学背景，他们专注于外国法学研究和比较法学研究，法学院结合教师的专长和云南“桥头堡”建设的实际，设立了“国际法与东南亚研究中心”。优秀的研究工作者和良好的科研平台，必将会产出一大批相关研究成果。为了进一步繁荣法学研究，帮助学院教师顺利出版相关研究成果，法学院与中国政法大学出版社经过研究协商，决定结合昆明理工大学法

学院的学术优势和中国政法大学出版社的出版力量，出版“昆明理工大学法学文库”和“昆明理工大学法学译丛”两套丛书。“昆明理工大学法学文库”主要出版昆明理工大学法学院教师的理论研究成果。该套丛书强调理论创新，突出可读性和实用性，力求实现“紧跟理论前沿，服务法治实践”的目标。“昆明理工大学法学译丛”主要翻译出版国外有代表性的法典和国外前沿性的理论研究成果，特别是翻译出版东南亚国家的法典，以便促进中国与东南亚国家的合作。

我们期望并相信，在昆明理工大学法学院青年才俊和中国政法大学出版社的共同努力下，一批较高质量的著作将会陆续面世。

曾粤兴*

2014年4月15日

* 法学博士、博士后，昆明理工大学法学院院长暨云南省地方立法研究院院长、教授。

目 录

昆明理工大学法学文库、法学译丛总序	(1)
绪 论	(1)
一、选题背景	(1)
二、研究现状	(3)
三、研究方法	(6)
四、研究内容	(7)
第一章 我国行政主体理论与制度分析	(9)
第一节 我国现行行政主体理论分析	(10)
一、现行行政主体理论的形成过程	(10)
二、现行行政主体理论的主要内容	(20)
第二节 我国学者对现行行政主体理论的评价	(32)
一、我国学者对行政主体理论的正面评价	(33)
二、我国学者对行政主体理论的负面评价	(34)
第三节 我国行政主体理论的根本缺陷	(42)
一、行政主体理论的概念确定性已经遭到瓦解	(42)
二、行政主体理论不能与行政诉讼制度有效衔接	(44)

三、行政主体理论不能适应我国行政体制的发展	(47)
第二章 外国行政主体比较分析	(53)
第一节 法国行政主体分析	(54)
一、法国行政主体概述	(54)
二、法国行政主体类型	(56)
三、小 结	(65)
第二节 德国行政主体分析	(65)
一、德国行政主体概述	(65)
二、德国行政主体类型	(68)
三、小 结	(76)
第三节 日本行政主体分析	(77)
一、日本行政主体概述	(77)
二、日本行政主体类型	(78)
三、小 结	(86)
第四节 英美两国行政主体分析	(87)
一、英国行政主体类型	(87)
二、美国行政主体类型	(91)
第五节 外国行政主体的共同特性	(94)
一、行政主体受宪法原则的塑造	(95)
二、行政主体以法人制度为基础	(99)
三、行政主体制度遵循法定原则	(103)
四、行政主体类型之多元化趋势	(105)
五、小 结	(107)
第三章 我国行政主体重构的基础	(109)
第一节 我国行政主体重构的现实需求	(109)
一、重新建立行政主体概念内涵外延的确定性	(110)

二、正确处理行政主体与行政诉讼之间的关系	(111)
三、回应现实的挑战并指导行政体制改革方向	(113)
第二节 我国行政主体重构的宪法基础	(115)
一、分权原则下的行政主体理论	(115)
二、民主原则下的行政主体	(124)
第三节 我国行政主体重构的行政法治基础	(130)
一、行政法定原则对行政主体的要求	(131)
二、行政法基础变迁对行政主体的作用	(136)
三、行政多元化对行政主体的影响	(140)
第四节 我国行政主体重构的制度条件	(143)
一、行政主体重构的财政制度前提	(144)
二、行政主体重构的法人制度前提	(155)
三、行政主体重构的地方制度前提	(160)
第四章 我国行政主体重构的内容	(165)
第一节 我国行政主体重构的进路分析	(165)
一、“扩大内涵外延说”及其评述	(165)
二、“渐进方式重构说”及其评述	(167)
三、“引入西方行政主体说”及其评述	(169)
四、我国行政主体重构的最优进路	(172)
第二节 我国行政主体重构的基本界定	(174)
一、我国行政主体的概念重述	(174)
二、我国行政主体的功能预设	(183)
第三节 行政主体的法律关系设定	(192)
一、行政主体的静态法律关系	(193)
二、行政主体的动态关系调整	(197)
第四节 行政主体的法律制度保障	(200)
一、行政主体职权保障制度	(200)

二、行政主体人事保障制度	(202)
三、行政主体财政保障制度	(204)
四、行政主体争议解决机制	(210)
第五节 我国行政主体重构的类型设想	(213)
一、国家	(213)
二、地方公共团体	(216)
三、公务法人	(222)
四、社会行政主体	(226)
五、其他行政主体	(235)
第五章 我国行政主体重构实例分析	(238)
第一节 我国行政体制改革的理论与实践	(238)
一、我国行政体制改革的历史变迁	(238)
二、我国历次行政体制改革之评析	(243)
第二节 行政体制改革下的行政主体重构	(248)
一、行政体制改革与行政主体重构的契合点	(248)
二、行政体制改革与行政主体重构相互促进	(253)
第三节 行政主体重构实例分析——海上行政主体建构	(254)
一、我国海上行政主体重构的历史背景	(255)
二、我国海上行政主体重构的实践选择	(259)
三、我国海上行政主体重构的未来展望	(263)
结 论	(266)
附 录 本研究的阶段性研究成果	(269)
外国行政主体制度共性比较	(269)
引 言	(269)
一、行政主体制度受宪法原则塑造	(270)

二、行政主体制度以法人制度为基础	(274)
三、行政主体制度遵循法定原则	(277)
四、行政主体制度具备多元化趋势	(279)
尾 论	(281)
基于法人制度的行政主体理论反思	(283)
一、立基于法人制度的外国行政主体	(283)
二、行政主体与法人制度关系的理论探究	(287)
三、我国行政主体与法人制度关系的反思	(291)
论我国社会行政主体及其制度建构	(296)
一、社会行政主体的法律意涵	(296)
二、社会行政主体的基础与意义	(299)
三、社会行政主体的发展契机	(303)
四、社会行政主体的制度建构	(306)
宪法视角下的社区与社会管理创新	(309)
一、社会管理的宪法反思	(309)
二、社区的法律定位	(313)
三、社区的社会管理创新功能	(316)
四、社区建设的法律规制	(319)
人大强化全口径预算监督的法律进路	(323)
一、问题的提出	(323)
二、全口径预算何以重要?	(325)
三、全口径预算何以展开?	(328)
四、全口径预算何以可能?	(333)
参考文献	(337)

绪论



一、选题背景

2014年十八届四中全会《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》指出，社会主义法治建设是当代中国面临的最重要课题之一，也是实现国家治理体系和治理能力现代化的必然要求。法治的定义种类繁多并无定论，但其基本表现之一即法律对权力的控制。在立法、行政、司法等各项公权力中，行政权力具有最明显的主动性和扩张性，因而也最易对公民合法权利构成威胁与侵害，在我国当前主要表现为“有法不依、执法不严、违法不究现象比较严重，执法体制权责脱节、多头执法、选择性执法等现象仍然存在”。^{〔1〕}因此如何约束恣意妄为的行政权力，实现行政法治，也就成为我国社会主义法治建设的核心内容之一。行政法治建设必然是长期而艰难的过程，抛开实践的纯粹理论探讨抑或是蔑视理论指导作用而“埋头苦干”都难以稳步有效地推进行政法治的发展。行政法治建设的稳步推进应当以理论与实践的良性互动为基础：一方面，理论研究必须以我国现实情况以及实践需要作为基本立足点与出发点；另一方面，实践也应当自觉地接受成熟、完善的理论的指导，避免“走弯路、走错路”。本书对我国行政主体理论与制度重构的相关研究，正是以我国行政法治建设为基本背景而

〔1〕《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，2014年10月23日。

展开的，具体又可以细化为理论背景与制度背景两个方面。

自改革开放 30 多年来，我国行政法学理论取得了长足的发展，学术研究从历史的低谷逐渐走向繁荣。然而不得不承认的是，在实现学科迅速发展的同时，一些基本问题仍然未能完全厘清，行政主体正是其中之一。我国现行行政主体的相关理论成形于 20 世纪 80 年代末期。现行行政主体理论最初问世时便受到了行政法学界广泛和热烈的欢迎，并被寄予推动行政法学发展与行政法治建设的厚望。但由于该理论并未经过深入研究与激烈论辩即成为通说，导致其许多内在矛盾与问题未能暴露出来，因而在一定程度上缺乏深厚的理论根基，以至于我国行政主体与西方国家行政主体之间的实质性差异长期以来都未得到学者们的留意和重视。这一状况一直持续到 20 世纪 90 年代末期才出现转机：薛刚凌教授在《政法论坛》发表了“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”一文，对我国现行行政主体理论与制度进行了全面的检讨和批评，拉开了我国学者对行政主体集体反思、批判与重构的序幕。然而十余年过去了，关于行政主体理论的学术交锋已经日渐冷却甚至归于寂静，但经过激烈争论而达成的唯一共识却仅仅是我国现行行政主体理论与制度存在着重大缺陷并应当加以重构，对于具体的重构路径、目标、方法等基本问题却仍然莫衷一是。因此笔者认为，对行政主体理论与制度重构的研究与探讨远未结束，相反才刚刚开始。

在制度方面的基本背景：我国长期以来一直处于行政体制改革的探索过程中。“行政体制”这一概念的内容十分丰富，包括但不限于行政主体。因此，行政体制改革与行政主体理论与制度的重构并不严格对应。但行政体制与行政主体之间的密切联系也是不争的事实：落后的行政主体制度不能与先进的行政体制相互兼容，行政体制改革即使不以科学合理的行政主体理论与制度为先决条件，也至少应当与行政主体制度重构同步进行。甚至可以说，行政主体理论与制度的完善程度，可以作为行政体制改革成功与否的一个衡量标准。在我国当前条件下，完全脱离行政主体法律制度，单纯进行行政体制改革，实践

中迟早会面临改革进程不畅、改革不彻底等难题。反过来,具有科学性的行政主体理论与制度有助于指引我国行政体制改革步入正确方向,避免高昂的试错成本以及不必要的弯路。当前的问题在于,我国现行行政主体理论与制度与现行行政体制其实是相互适应的,故其本身即属于改革的对象,而不可能具备指导行政体制改革的功能。因此本书希望对我国行政主体理论与制度提出具有可行性的重构建议,以期对我国行政体制改革有所助益。



二、研究现状

在国外,大陆法系国家与英美法系国家对行政主体持有不同的态度。英美法系国家中虽然也存在行政主体法律制度,但没有专门的行政主体概念及其相关理论,因此学者一般只研究行政组织法。如韦德爵士所著的《行政法》(*Administrative Law*);布拉德利和尤因教授所著的《宪法与行政法》(*Constitutional and Administrative Law*)。而且正如应松年教授所说:“组织法在法治的初期有其必要性,但在法治发达之后,反而不是那么重要了。”^{〔1〕}行政主体、行政组织等概念在这些国家的行政法学的研究中丧失了显赫的地位,如 Carol Harlow 与 Richard Rawlings 教授所著的《法律与行政》(*Law and Administration*)就已经不将行政组织作为重点内容了。大陆法系国家中,既有行政主体法律制度,同时也存在着相应的行政主体理论,但学者关于行政主体的专门理论研究也不多见,一般而言行政主体研究同样被置于行政组织法的相关研究中,如 Hans J. Wolff、Otto Bachof 以及 Rolf Stober 三位教授所著的《行政法》(*Verwaltungsrecht*), Hartmut Maurer 教授所著的《行政法学总论》(*Allgemeines Verwaltungsrecht*), Jean Rivero、Jean Waline 教授所著的《法国行政法》(*Droit Administratif*),以及日本行政法学家盐野宏教授所著的《行政组织法》,南博方教授所著的《行政法》,室

〔1〕 张越:《英国行政法》,中国政法大学出版社2004年版,第312页。

井力教授所著的《日本现代行政法》等，都是如此。另外，我国台湾地区由于长期受到德、日等大陆法系国家的影响，对行政主体的研究也多在行政组织法的相关章节中展开，如翁岳生教授主编的《行政法》，吴庚教授所著的《行政法之理论与实用》等。

我国大陆地区学者对行政主体理论与制度的研究大体可以划分为两个阶段。第一阶段是我国行政主体理论形成和确立的过程。这一阶段以王名扬教授所著《法国行政法》首次引入行政主体概念为标志，开启了我国行政主体理论研究的崭新时代。在这一阶段中，我国行政法学者表现出对行政主体理论的极大热情与期待，如张尚鷟教授所著的《走出低谷的中国行政法学》即对行政主体理论给予了极高的赞誉。相比之下，反对者的声音十分微弱，而且很快便被忽略和淹没了。第二个阶段是行政法学者对我国现行行政主体理论及制度进行集体批判、反思与重构的阶段。这一阶段以1998年薛刚凌教授发表“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”（以下简称薛文）为标志。在薛文发表后不久，便有多位行政法学者作出了回应，与其展开论辩或是对其进行补充，其中较为重要的研究成果包括张树义教授的“论行政主体”与“行政主体研究”两文，以及薛刚凌教授作为回应的“行政主体之再思考”；沈岍博士的“重构行政主体范式的尝试”；杨解君教授的“行政主体及其类型的理论界定与探索”；李昕博士的“中外行政主体理论之比较分析”等。此后，虽然关于行政主体理论与制度的学术探讨日渐冷却下来，但是仍然不断有新的研究成果问世：如薛刚凌教授关于行政主体建构的论文“多元化背景下行政主体之建构”；石佑启教授的“论公共行政之发展与行政主体多元化”；章剑生教授的“反思与超越：中国行政主体理论批判”；葛云松教授的“法人与行政主体理论的再探讨——以公法人概念为重点”；以及余凌云教授的“行政主体理论之变革”等。此外，还有部分研究只涉及到特定类型的行政主体，如李迎宾所著“试论村民自治组织的行政主体地位”；吕艳辉所著“高等学校‘法律法规授权组织’定位之理论检视——兼论我国行政主体理论的改造”；李洪

雷的“德国行政法学中行政主体概念的探讨”；庞兰强的博士学位论文“论社会行政主体”等。

虽然我国行政主体理论与制度的相关研究成果已经汗牛充栋，但是笔者认为其中大部分研究成果都隐含着以下几方面问题：其一，多数研究仍然存在一定的局限性，未能深入挖掘行政主体理论的实质内核。绝大多数关于行政主体理论与制度的研究成果都是以学术论文形式出现的，在十分有限的篇幅里论者往往需要讨论我国现行行政主体理论的源流、西方行政主体理论与制度、现行行政主体理论与制度的缺陷、其他学者的重构设想以及论者自身的重构设想等诸多内容。过短的篇幅事实上决定了难以展开深入的研究。其二，多数研究在一定程度上缺乏体系性。目前我国以专著形式对行政主体理论与制度进行系统性研究的成果很少，最具体系性的研究成果当属薛刚凌教授主编的《行政主体理论与实践——以公共行政改革为视角》一书，以及王丛虎博士所著的《行政主体问题研究》。其三，多数研究成果均偏重于对现行行政主体理论与制度的批判，却疏于相应的建构，均属“破而不立”之作。不少学术成果关于现行行政主体缺陷的论述占据了大量篇幅，但对如何克服这些缺陷并建构新的行政主体理论与制度却未着太多笔墨。因此这些研究大多只具有批判性，却无建构力，对我国行政主体理论与制度的重构所能产生的助益十分有限。其四，相关研究成果存在较多重复。例如经常被作为比较与借鉴对象的法、德、日等西方国家行政主体，多数研究成果仅限于简要的制度介绍，对其进行深入挖掘和理论总结者不多。在本书中，笔者力图尽量避免这些问题，即首先通过较大的篇幅对行政主体理论与制度问题进行专门研究以解决研究深度不足的问题；其次是注意将相关研究连缀为具有统一性的体系；再次，除对现行行政主体理论进行批评与反思外更加注重对行政主体重构的具体内容进行论述；最后，争取在汲取既有成果的基础上有所创新和发展。



三、研究方法

研究方法的正确运用，对于研究过程的顺利开展以及研究结论的正确性极为重要，本书主要采用了以下几种研究方法：

1. 比较研究方法。我国现行行政主体理论原本即由西方国家舶来，而且西方国家的行政主体理论与制度相较于我国均已十分成熟，对我国行政主体重构具有借鉴和参考价值，因此比较研究方法是本书的重要研究方法之一。比较研究首先应当注重比较对象的典型性与代表性，其次应当注意比较对象的广泛性。只有广泛地选取具有典型性和代表性的比较对象，才能得出较为准确的结论。因此，本书选取了法国、德国、日本、英国及美国五个西方国家作为比较对象。这些国家中，既包括大陆法系国家，又包括英美法系国家；既包括联邦制国家，又包括单一制国家，因而具备足够的典型性与代表性。

2. 实证分析方法。实证分析法也是本书的基本研究方法之一。法治建设并非纯粹的理论分析或者价值游戏，也不能机械地照搬西方国家的先进经验而不顾我国现实国情，因此实证分析方法在法律研究中是必要手段之一。本书所采用的实证分析方法主要包括以下几个方面：一是规范分析，即对现行法律规范加以剖析，探索行政主体法律重构的规范前提；二是国情分析，即以我国国情为基准，对当下行政体制弊端与现实需求加以剖析，以便廓清行政主体法律制度重构的目标；三是案例分析，通过对具体案例的分析说明行政主体制度的缺陷及其重构设想，避免文章陷入纯粹和空洞的理论探讨，增强研究的实用价值。

3. 文献研究方法。任何理论研究都是在前人的基础上展开的。只有通过广泛查阅和利用相关文献资料，才能全面、客观地反映过去研究中的既有成果，避免无价值的重复研究。另一方面，文献研究方法也有利于综合既有的研究成果，便于更直接有效地触及研究对象的核心部分，也更有可能实现理论上的突破。文献研究方法既要保证相关