

行政法治道路探寻

薛

刚

凌

教

授

文

集

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



行政法治道路探寻

薛刚凌教授文集

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

行政法治道路探寻：薛刚凌教授文集/薛刚凌著.

—北京：中国法制出版社，2006. 11

ISBN 7 - 80226 - 602 - 5

I. 行... II. 薛... III. 行政法学 - 中国 - 文集
IV. D922. 101 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 130441 号

行政法治道路探寻

XINGZHENG FAZHI DAOLU TANXUN

著者/薛刚凌

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/787×960 毫米 16

版次/2006 年 10 月第 1 版

印张/ 67.25 字数/ 842 千

2006 年 10 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7 - 80226 - 602 - 5

定价：158.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真：66031119

网址：<http://www.zgfzs.com>

编辑部电话：66034242

市场营销部电话：66033393

邮购部电话：66033288

自序

二十世纪中国人最引以为自豪的是改革开放这一伟大事业，她带来了我国经济的腾飞和综合国力的迅速提升，也催生了国家对法治道路的理性选择。行政法治正是在此背景下走进人们的视野，并承载着人们许多期盼。伴随着改革开放，我国的行政法治得到了长足发展，但仍面临着种种困难和挑战，现实与理想的冲突、制度与文化的碰撞，路径与目标的差距，都决定了行政法治的道路不会平坦，也决定了学人肩上担子的沉重和探索过程的艰难。

笔者有幸生活在这个社会大变革的年代，也有幸选择了行政法学——这一关系国家前途、民族命运，值得为之终生奋斗的事业。二十多年来行政法学从默默无闻发展成为今天的“显学”，足以折射出时代对行政法治的需求与行政法学的重要地位。对行政法的思考、研究和实践参与虽然常使笔者迷惘和困惑，但也给笔者带来了欣慰和希望；在这个过程中，有忧虑，有感悟，有痛苦，也有快乐。这本文集正是这份苦与乐交织、迷惘和希望并存的复杂情感的见证。

本文集由笔者近些年的论文汇集而成。在内容上分为六大编，分别为行政法基本问题、行政组织法、行政运作法、行政救济法、外国法治、综述及书评。第一编行政法基本问题部分主要是笔者对行政法的定位、发展模式等基本理论问题的思考。二十多年来，我国行政法治发展选择的是以保障个人自由和权利、控制行政权为核心的控权模式，关注行政权的外部运行，重视行政程序，并依赖诉讼救济。控权模式在选择之初有其合理的基础，但随着经济改革的推进，我国社会结构发生了巨大变化，一元利益机制已逐渐为多元社会利益框架所取代，这在客观上就要求建构一套与多元社会相对应的行政实体法律制度，重新调整和配置各种社会利益。为此，笔者提出行政法的发展应确立以行政实体法律制度为重心的利益调控模式，强调行政法的制度构建功能，以服务社会

转型的需要。

第二编行政组织法是笔者研究的重点内容，收录了关于行政主体制度的三个姊妹篇。文中首次对我国现行行政主体理论进行批判，认为西方国家的行政主体制度是行政分权、自治的法律技术，我国在引入行政主体概念时由于缺乏实践的对应而将其作了实质内容的偷换。现行行政主体理论有内在的缺陷，无法回应多元社会发展的需求。在经济改革、社会转型的背景下，应当建立以行政多元为基础的行政主体理论和制度，从法律上确认行政利益主体的法律地位，重新对行政主体进行功能定位，并注重行政主体的内部制度建设。除行政主体外，本部分还收入了笔者关于府际关系、行政体制改革等方面的论文。在行政体制改革方面，第一次提出要变传统的经济调试型改革为社会回应性改革，变以权力为中心的改革为以权利与权力并重的改革，变以经济规律为指导的改革为以行政管理自身规律为指导的改革，变行政推进式改革为法律推进式改革；并认为行政体制改革的过程就是以大规模制度变迁的方式来建构一套行政实体法律制度的过程。

笔者对行政运作中一些热点问题的探讨收集在文集的第三编，包括土地征收补偿、农村法治发展以及行政程序制度等。如在行政程序方面，笔者认为行政程序制度的核心价值是理性，包括工具理性和沟通理性，而行政程序制度功能的有效发挥需要相应的文化和社会条件；在文化社会条件还不充分的情况下，行政程序制度的推进需要量力而行。

文集第四编行政诉讼法也是笔者长期关注的领域。这部分收入了行政诉权、行政诉讼类型等理论方面的论文，也有关于行政审判改革的实证调查报告，还有案例分析。尤其是对如何修改行政诉讼法，笔者从宏观架构到微观制度都作了多方面探讨，如行政合同诉讼、行政判决制度等。笔者主张行政诉讼制度的完善要考虑公共行政发展的需要，现代公共行政已从传统的国家行政扩展到国家行政和社会行政并存，行政诉讼也必然要从对国家行政的监督拓展到对社会行政的监督。此外，行政诉讼的发展要考虑类型化的需要，也要考虑现实的可行性。

第五编外国法治部分包括美国行政法治和笔者翻译的美国行政程序方面的两部法律。每个国家的经济、政治、社会以及文化历史背景决定了其法治道路

的差异。中国的行政法治进程必须走自己的道路，但参考、借鉴国外行政法治方面的经验仍是十分必要。

文集最后部分是综述和书评，收入了部分学术研讨会和年度专题研究综述，还有一篇书评。此外，笔者近两年开始研究军事法学，一篇关于军事法学地位的小文章也收录在此，另有一篇关于军人法律地位的论文归类到行政组织法部分，因为军人在一定程度就是有着特殊使命的国家公务员，将军人的法律地位研究放到行政组织法部分也还顺理成章。

在本文集即将付梓之际，心里充满了感激。首先我要衷心感谢我的两位恩师应松年教授和陈光中教授。应松年教授开拓、务实、批判和宽容的精神使我有勇气去选择一些有相当难度的研究课题，也使我愿意更多地关注我国的社会现实。法治理想目标的设计远比对实现路径的研究来得容易，缺乏对中国历史和现状的准确把握，就会使许多研究建立在空想的基础上，脱离中国的实际。感谢应老师的无私教诲，文集中许多论文是在应老师的指导下完成。陈光中教授的治学严谨、善于宏观思维、注重均衡的风格给了我许多启迪，并影响着我对许多问题的看法。能师承两位恩师是我毕生的骄傲和财富。我要感谢在学术的道路上给我指导、帮助和支持的老师、同行、朋友和领导；特别是曹子丹教授、雷淑芬老师夫妇和林道濂教授，正是他们的无私帮助，我才得以进入神圣的法学殿堂。我还要感谢的是我的夫君李生，为了我的研究和工作的，他做出很大奉献；没有他的理解和帮助，很难想象我能把这份艰辛的研究坚持下去。我还要感谢我的母亲和女儿，她们也以自己独特的方式给予我极大的支持。最后，我还要感谢我的博士和硕士研究生们，他们活跃的思维、积极的探索精神给了我许多灵感，文集中多篇论文是与他们合作完成，凝结着他们的劳动和智慧。

本文集在编辑出版过程中，得到了中国法制出版社领导和责任编辑马颖的大力支持，在此表示衷心感谢。我的硕士研究生潘波、韩向飞、徐亚娥、冯青生、莫丽月、高会彬、张程凯、李媛、冯望等同学在论文收集、整理和文字校对等方面作了大量工作，在此也一并表示谢意。

薛刚凌

二零零六年十月十八日于胜古馨园

目 录

第一编 行政法基本问题

行政法发展模式之检讨与重构	(3)
论行政法的目的、手段与体系	(35)
市场经济与行政法的发展思路	(47)
中国行政法的历史发展、现状与展望	(58)
行政法理论与实践关系研究	(66)
行政法基本原则研究	(74)
社会自治规则探讨	(91)
——兼论社会自治规则与国家法律的关系	
国家治理的理性选择	(103)
——深刻理解《全面推进依法行政实施纲要》的深远意义	
立法机关和社会如何形成良性互动	(109)
审视个人与国家的关系	(112)
程序与法治	(115)
法官与法官文化	(118)
居民身份证制度透视	(121)

第二编 行政组织法

行政主体理论之检讨	(125)
——兼论全面研究行政组织法的必要性	

行政主体之再思考	(141)
多元化背景下行政主体之建构	(157)
行政体制改革的基本问题研究	(172)
——兼论行政体制改革与行政法治的关系	
依法行政与行政体制改革	(185)
机构改革需要法律规制	(196)
WTO 与行政组织法的改革	(199)
论政府职能转变与行政管理体制改革	(206)
——国务院《全面推进依法行政实施纲要》第四部分解读	
行政组织法与依法行政	(230)
行政组织法基本原则之探讨	(243)
论行政权	(260)
行政机关编制法论纲	(280)
论府际关系的法律调整	(294)
中央行政组织法律问题之探讨	(313)
——兼论中央行政组织法的完善	
中央对地方监控模式研究	(334)
地方行政组织法完善之构想	(345)
地方制度研究新思路	(357)
——中央与地方应用法律相规范	
论行政区划的法律调控	(366)
BOT 项目中特许经营人的风险防范及利益保护研究	(378)
依法管理和监督各类社会组织	(394)
行政授权与行政委托之探讨	(396)
民营化：公共行政改革的重要路径	(401)
从认识到规范：悄悄走近的特许经营制度	(404)
公共服务中的特许经营	(408)
——从行政法的角度分析	

军人法律地位研究	(414)
论公务员录用平等之保护	(436)
——全国首例“乙肝歧视”案的思考	
将公共财政纳入法治之轨	(445)

第三编 行政运作法

论行政行为与事实行为	(453)
关于行政处罚主体制度的思考	(463)
中美行政执行制度比较	(474)
行政强制执行主体之构想	(490)
公听代表人制度研究	(501)
车牌拍卖是否违法	(516)
论行政程序制度的理性价值	(519)
土地征收补偿制度研究	(525)
价格听证制度研究	(542)
完善行政权力运行机制的思考	(557)
农村法治发展之思考	(560)
行业腐败，是谁惹的祸	(568)
谁应对三警员的损害负责	(570)

第四编 行政诉讼法

行政诉讼十年回顾	(575)
——行政诉讼的成就、价值、问题与完善	
论行政诉讼制度的完善与发展	(595)
——《行政诉讼法》修订之构想	
《行政诉讼法》修订之结构模式研究	(612)

行政诉权之探讨	(627)
行政诉讼类型研究	(642)
行政诉讼受案标准研究	(672)
论行政机关的不作为引起的诉讼	(685)
处理行政、民事争议重合案件的程序探讨	(690)
行政被告制度之检讨	(698)
对行政诉讼审理范围的几点思考	(710)
重构行政判决制度	(720)
行政判决制度研究	(722)
“行政审判制度改革”调查报告	(750)
行政合同诉讼研究	(831)
行政诉讼调整范围的检讨与重构	(853)
行政机关不履行法定职责之判例	(865)
法治的呼唤	(880)
——对孙志刚案的行政法思考	
地方政府无权管辖中央资产	(884)
国家赔偿为何如此艰难	(887)

第五编 外国法治

美国依法行政之路	(891)
美国争议解决程序替代法	(958)
美国规章协商制定程序法	(966)

第六编 综述及书评

海峡两岸行政程序法学术研讨会综述	(975)
东亚行政法研究会第三届年会暨行政程序法国际研讨会综述	(981)

第四届东亚与海峡两岸行政法学研讨会综述	(986)
《WTO 与中国行政法的改革》国际研讨会综述	(991)
第五届海峡两岸行政法学术研讨会综述	(998)
WTO 与中国行政法研讨会综述	(1003)
第五届东亚行政法学术研讨会综述	(1011)
中国法学会行政法研究会 2004 年年会及第七届海峡两岸行政法 研讨会综述	(1018)
行政法的主体论	(1026)
开创公法学科的奠基之作	(1053)
——评《统一公法学原论》	
军事法学是法学的一个重要分支	(1056)
专访:	
驶向完美	(1059)
——访薛刚凌教授	

第一编 行政法基本问题

行政法发展模式之检讨与重构*

我国自改革开放以来，经济、社会经历着深刻而剧烈的变革。在这样一个重要变革时期，行政法发挥了独特的功能，《行政诉讼法》、《国家赔偿法》、《行政处罚法》、《行政复议法》、《行政许可法》等重要的行政法律的制定和行政法律制度的建立，对我国经济、社会的发展作出了巨大贡献。但就总体而言，我国行政法发展遵循的是控权模式，由于控权模式自身的局限，更由于我国缺乏与控权模式相对应的社会环境和文化基础，实践中行政法的发展仍远落后于现实需要，不能为快速转型的社会提供足够的制度支撑，也无法为时代变迁背后的利益调整提供法律保障。因此，对二十多年来行政法的整体发展进行检讨反思，重构行政法的发展模式，构建合理的行政法结构体系实为当务之急。

一、行政法发展模式之检讨

（一）发展历程

改革开放后我国行政法的发展分为两个阶段：即从1978年到1989年的重建阶段和1989年至今的发展阶段。

第一阶段以“八二宪法”的制定为起点，确立了人民主权和法治原则。这一时期，一方面制定了一批政府管理急需的法律，如《国务院组织法》，《地方各级人民代表大会和各级人民政府组织法》，《治安管理处罚条例》，《环境保护

* 模式指标准的形式或样式。转引自《现代汉语小词典》，中国社会科学院语言研究所词典编辑室编，商务印书馆1980年版。行政法的发展模式是指行政法发展的思路、路径、制度内容、价值追求等整体构架。

法（试行）》等，并对当时的法律、法规进行了清理；另一方面，建立了相关的行政法律制度，如行政立法制度、行政裁决制度，行政诉讼制度等，^① 并进行机构改革，转变政府职能，以服务于经济发展的需要。

第二阶段以《行政诉讼法》的颁布和实施为标志，行政法进入了快速发展时期。随着行政诉讼制度的推进，配套的法律如《国家赔偿法》、《行政复议法》等得以制定。另外，为适应改革开放的需要，制定了大量的法律，如《立法法》、《行政处罚法》、《行政许可法》以及各管理领域的立法等。行政法律制度的快速发展强化了全社会依法行政的意识，依法治国、人权保障已被写入宪法，国务院在1999年颁布了《推进依法行政的决定》，在2004年又推出了《全面推进依法行政的实施纲要》，各行政机关正在为全面落实国务院对依法行政的要求进行法治宣传和制度建设。政府、社会 and 学界的互动必将进一步推动行政法的成熟和完善。

（二）模式选择

综观二十多年来我国行政法的发展，可以看到“控权模式”的主导，尤其是1989年《行政诉讼法》的制定，使行政法从八十年代的迷惘中走出，坚定地走向了控权的道路。无论学术界对行政法的功能有多少观点之争，如管理论、控权论、平衡论、服务论等都有不同的主张，但实践中行政法的发展选择了控权模式则是不争的事实。控权模式主要移植于英美国家，认为行政法的核心作用就是控制行政权，强调通过司法程序及行政程序对行政权进行控制。^② 在英美国家，控权模式主要由以下四个方面构成：第一，强调对个人自由和权利的保障。行政法的宗旨和作用在于最大限度地保障个人自由和权利，制止任何国家

^① 我国在1982年《民事诉讼法（试行）》第3条第2款中全面确认了行政诉讼制度。

^② 关于控权模式的主要内容和思想文化基础，详见李娟著：《行政法空权理论研究》，北京大学出版社2000年3月版；孙笑侠著：《法律对行政的控制——现代行政法的法理解释》，山东人民出版社1999年版，第39—41页、第45页；沈岿等：《现代行政国家控权理论及其现代意义》，载《中外法学》1999年第1期。

行政机关干预或限制个人自由和权利。^①在一定程度上,认为个人利益优先于公共利益。^②第二,注重对行政权的规范和制约,要求将行政权的设置和运行置于法律规制之下。任何没有法律明确授权的行政行为,都不具有公民必须服从的正统性而归于无效。^③第三,突出行政程序的价值。英美法系的传统是以程序法见长,早在中世纪英国就产生了自然公正原则,二战后,美国制定《联邦行政程序法》,全面确立了行政程序制度,通过行政程序来规范和制约行政权的运行。第四,依赖司法权对行政权的监督——司法审查制度——来实现控权的目的。司法的独立和权威是司法审查制度功能得以实现的保障。

从我国行政法的实践来看,具有明显的控权模式的痕迹:

首先,行政法以行政诉讼制度为发展重心,强调控权。行政诉讼制度、行政复议制度以及国家赔偿制度的建立,就是为了达到事后控权的目标。《立法法》、《行政处罚法》和《行政许可法》的制定在很大程度上是为了与行政诉讼制度相匹配,带有强烈的控权色彩。

和英美国家行政法控制公法上的权力不同,我国行政法控制的主要是国家行政权,社会管理不在行政法的调控范围。行业管理、村民自治等国家行政之外的社会管理不为行政法所调整。应该说,控权模式并不排斥对社会管理权的规范,对社会管理的忽略是源于我国行政至上的传统,也是社会自治欠发达所致。

其次,行政法的发展强调行政程序的价值。行政立法制度、行政处罚制度与行政许可制度中最有价值的内容就是程序部分,正在着手制定的行政程序法更是力求对行政权运行进行全面的程序规范。无可置疑,《立法法》、《行政处罚法》和《行政许可法》等也涉及部分实体内容,但解决的仅是个别实体问题,

^① 沈岿著:《平衡论——一种行政法认知模式》,北京大学出版社1999年版,第68页。

^② 李娟:《行政法控权理论研究》,载罗豪才主编:《行政法论丛》第2卷,法律出版社。

^③ 沈岿著:《平衡论——一种行政法认知模式》,北京大学出版社1999年版,第76页。

而且很不彻底。如哪个机关有权设定行政处罚权、行政许可权，哪个机关有权实施行政处罚权、行政许可权等均不明确。

行政法学界对行政法的研究虽然也关注行政主体^①、行政行为，但行政主体、行政行为是连接司法与行政的桥梁，也是司法监督行政的基础。司法对行政的控制是通过相对人对行政行为的起诉和法院对行政行为的审判来实现的。总的来说，这些年来行政法关注的主要是国家行政的程序问题，而实体问题如公共行政的范围、权限、结构、体制、手段、方式方法则基本没有受到重视。

再次，行政法的发展依赖司法。无论是事后控权还是事中控权都需要司法的最终保障，这决定了控权模式对司法制度的严重依赖，需要强大的司法支持。而司法强大又取决于司法组织的独立，法官的高素质、司法程序的完备、司法对社会的回应能力以及社会对司法的认同。在我国，由于司法天生不足，因而在控权的道路上步履艰难。我国司法的薄弱与历史传统直接关联。在历史上，司法隶属于行政，缺乏独立地位，即使到现在，司法仍处处受制于行政。另外，到目前为止，我国不承认法院判例的法律效力，法官缺乏通过个案确认社会发展所需要的新规则的权力。对整个社会而言，司法缺少造血功能和回应能力。

最后，行政法发展的主要目的是救济相对人，保护个人的合法权益，通过以控权为核心的行政法律制度建构，使个人自由和权利免受行政权的侵害。

（三）社会背景

在我们这样一个缺乏司法传统的国度，为什么行政法发展选择了控权模式，确实值得认真分析。从社会背景来看，八十年代我国已开始经济体制的改革，中央对地方的分权让利，农村的土地承包经营，政企分开的尝试，私营企业的发展，这一切都要求改变政府的身份，重新对政府进行定位，要求限制政府的权力。控权模式的提出正是源于经济改革的需要。那个时期，市场取向的经济改革还没有真正启动，高度集权的计划体制并没有从根本上动摇，政府对经济、

^① 我国教科书上通行的行政主体理论和法国、德国的行政主体制度有根本区别，我国的行政主体理论解决的是在行政组织系统中谁有权独立对外管理，谁可以成为行政诉讼的被告，更具有程序主体的意义，而法国、德国的行政主体制度强调行政分权和自治，具有实体法上的价值。