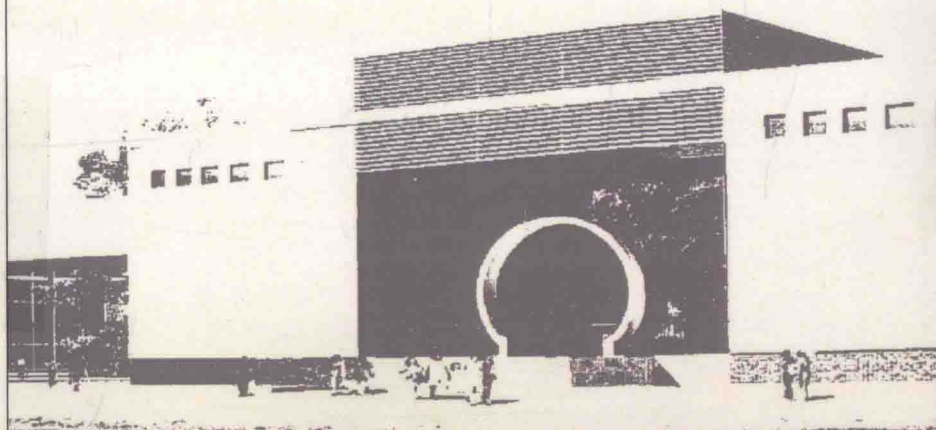


東吳法學文叢・博導文叢

經濟行政法專題研究

王克穩 著



江蘇高校優勢學科建設工程資助項目

A Project Funded by the Priority Academic Program

Development of Jiangsu Higher Education Institutions

經濟行政法專題研究

王克穩 著

國家圖書館出版品預行編目資料

經濟行政法專題研究／王克穩著．-- 初版．--

臺北市：元照，2012.12

面；公分

ISBN 978-986-255-255-1（平裝）

1.經濟法規 2.論述分析

553.4

101020034

本書已列入月旦法學知識庫全文檢索與數位專屬典藏

經濟行政法專題研究

5X014PA

2012 年 12 月 初版第 1 刷

作 者 王克穩

出 版 者 元照出版有限公司

100 臺北市館前路 18 號 5 樓

網 址 www.angle.com.tw

定 價 新臺幣 600 元

專 線 (02)2375-6688

傳 真 (02)2331-8496

郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-986-255-255-1

序 文

經濟行政法，這一源於大陸法系德國等國家的法學概念和法律制度，在上世紀八〇年代開始出現在中國大陸法學領域，上世紀八〇年代初，「經濟行政法」是作為經濟法的一種學術觀點（經濟行政法說）首先由民法學者和經濟法學者提出和使用的，1985年應松年、朱維究兩先生在其合著的《行政法學總論》中提出按行政管理的實際內容，可以將行政法分為經濟行政法、文教行政法、軍事行政法、公安行政法等等，並認為經濟行政法已成為獨立的部門行政法。這是中國大陸行政法學者在行政法領域首次使用經濟行政法的概念，並明確經濟行政法在行政法上的地位，後熊文釗、楊海坤、袁曙宏等學者亦撰文加入經濟行政法的性質、地位、內容及與經濟法關係的討論，將經濟行政法定義為經濟管理法律規範的總稱。但不知什麼原因，行政法學界關於經濟行政法的討論未能持續下去，進入本世紀後，經濟行政法受到少數年輕行政法學者的關注並已有成果問世。

上世紀九〇年代初，作者開始關注經濟行政法，當時由於資訊還比較閉塞，參考文獻十分有限，作者對域外經濟行政法的瞭解主要來源於陳新民、洪家殷、陳櫻琴等臺灣行政法學先進對德國經濟行政法的介紹、分析與研究成果。在域外資料匱乏的情形下，作者只能立足於本土資源，以中國大陸的現實制度及理論研究為基礎，後隨著域外特別是德國經濟行政法的理論與制度不斷被介紹到國內，作者對經濟行政法的認識逐漸清晰：以市場失靈理論作為政府干預經濟（市場）及其權力配置的依據和基礎，以

有關政府干預經濟（市場）的法律規範為分析對象，以政府干預經濟的權力和市場主體的基本經濟權利為主要內容，將經濟行政法理解為規範政府干預經濟（市場）的法律規範的總稱，在學科層面將經濟行政法定性為部門行政法（作者將中國大陸部門行政法分為經濟行政法、公共行政法與軍事行政法）。

本書收錄的是作者自上世紀九〇年代初至2012年的二十多年期間公開發表的部分經濟行政法專題研究的論文。這二十多年正是中國大陸政治、經濟制度急劇變化與震盪的時期。在經濟上，1993年憲法修正案第7條明確提出「國家實行社會主義市場經濟」，在政治上，1999年憲法修正案第13條規定「中華人民共和國實行依法治國，建設社會主義法治國家」。「市場經濟」和「法治國家」的提出，對經濟行政法的研究具有重大的影響，規範政府干預市場的法律制度正是誕生於市場經濟和法治國之中，沒有市場經濟的基礎和法治國的需求，中國大陸對經濟行政法的認識不可能從「經濟管理法律規範」走向「規範政府干預市場的法律規範」；這二十年也是中國大陸的行政法制和行政法學研究不斷走向完善與成熟的階段，在制度建設上，中國大陸以規範、控制政府公權力運行為內容的行政法律制度（行政訴訟法、國家賠償法、行政複議法、行政處罰法、行政許可法、行政強制法等）基本上都是在這一階段逐步建立起來的；在行政法學研究方面，除傳統的行政法基本理論外，學界開始關注行政程序法、資源行政法、環境行政法、公物法、公用事業法、合作行政與行政法、民營化的行政法等專題的研究並有大量成果出版或發表。作為大陸的行政法學者，作者對經濟行政法的認識因此而深受影響，並根據制度及理論的變遷而不斷修正自己的觀點和認識，這些影響和修正在本書中都有反映；同時，受認識水平、研究能力

所限，作者的研究特別是早期的一些的論文，現在看來顯得相當粗糙甚至可笑，但若將它們完全棄之不用，又恐失去對經濟行政法認識的連貫性與完整性，故在猶豫不決之中，還是將部分作者認為比較重要的一些文章收錄進來，懇請讀者包容和體恤。

最後還想特別說明的是，由於自上世紀九〇年代初至今的二十多年裡，中國大陸的經濟行政律制度，甚至一些法律概念都處在從無到有和不斷的修正與完善之中，受此限制，本書中不少的概念前後沒有能夠保持一致，譬如在2011年之前的論文中，將所有在國有土地上實施的房屋徵收稱之為城市拆遷，再譬如在2004年憲法修正案通過前，中國大陸立法上只有土地徵用的概念而無土地徵收的概念，故之前的文中有些地方將包括土地徵收和土地徵用在內的行政行為籠統概括為土地徵用；還有不少文中引用的法律法規條文現已被取消、修改、廢止或者已有變動，譬如曾長期徵收的公路養路費已被取消，原國家賠償法規定的違法責任原則在2010年被修改，書中雖對部分比較重要的法律法規的變動或修改情況加註了說明，但仍不完整，因此，讀者在閱讀本書的相關內容時需特別留意該文發表的時間，由此給讀者造成的不便甚至誤解，作者深表歉意。

王克穩

目 錄

序 文

第一題 經濟行政法基本理論

經濟行政法論	3
行政法學視野中的「經濟法」 ——經濟行政法之論	15
經濟行政法學研究的回顧與思考	30
中國大陸行政法律關係的回顧與思考	43
論民法規則在行政法關係中的適用問題	62

第二題 政府經濟干預權與市場主體權利

市場經濟體制下政府的經濟職能及其法制化探討	77
市場經濟體制下行政立法兩個基本問題的思考	87
論市場經濟體制下行政權的重新配置及其立法原則	98
政府干預經濟的手段與經濟行政行為 ——政府干預經濟行為的一般理論研究	102
經濟計畫及其法制化探討	132
論行政指導及其行政法控制	154
行政機關實施行政強制執行若干問題探討	164
市場主體的基本經濟權利及其行政法安排	174
中國大陸不動產登記中的行政法問題	198
行業組織及其行政作用探討	214

第三題 行政許可與管制

論行政許可中的特許與普通許可的區別	233
行政審批制度的改革與立法	251
行政審批與行政許可關係的重新梳理與規範	267
對上海市拍賣機動車號牌合法性的質疑	285
論環境管制制度的革新	294

第四題 徵收與補償

論行政徵收	313
關於行政收費的法律思考	325
「房屋徵收」與「房屋拆遷」的涵義與關係辨析 ——寫在《國有土地上房屋徵收與補償條例》發布實 施之際	338
改革中國大陸拆遷補償制度的立法建議	345
中國大陸城市房屋拆遷估價中的問題與對策	355
論房屋拆遷行政爭議的司法審查	363
《國有土地上房屋徵收與補償條例》實施中的若干問題	381
論經濟行政補償	389

第五題 政府合同

論行政合同與民事合同的區分	419
中國大陸政府採購合同的若干問題	427
政府業務委託外包的行政法認識	448

第六題 國有資產與公法物權

論國有資產的不同性質與制度創設	473
《企業國有資產法》的進步與不足	486
自然資源特許使用權之論	501
論戶外空間資源的性質與戶外廣告設置中的權利	524
論公用事業特許經營權的權利性質及法律規範	535

第一題



經濟行政法基本理論

- 經濟行政法論
- 行政法學視野中的「經濟法」——經濟行政法之論
- 經濟行政法學研究的回顧與思考
- 中國大陸行政法律關係的回顧與思考
- 論民法規則在行政法關係中的適用問題

經濟行政法論¹

自改革開放以來，國家制定、頒布了大量經濟行政管理法律規範。隨著社會主義市場經濟體制的建立，一大批規範和調整經濟管理活動的法律規範又將陸續出臺。這些法律規範種類繁雜，形式多樣，其內容涉及社會經濟生活的各個領域、各個方面。由於它們既有行政性，又具經濟性，因此，關於這一類法律規範的性質及其在法律體系中的地位，法學界爭議很大。為便於理論研究，本文將這一類經濟管理法律規範的總和稱之為「經濟行政法」，並就其基本問題加以探討。

一、經濟行政法的性質和地位

經濟行政法是調整國家經濟管理機關在實施經濟管理活動中所發生的各種社會關係的法律規範的總稱。國家經濟管理機關在實施經濟管理活動中，與一定的經濟組織或公民之間所發生的各種社會關係，在理論上稱之為經濟行政管理關係。這種經濟管理關係具有如下特徵：

第一，從經濟管理關係的主體來看，在經濟管理關係中，必須有一方是國家經濟管理機關（特殊情況下經法律法規授權或經濟管理機關委託，其他組織也可以從事一定的經濟管理活動），它們按照憲法和法律的規定組織起來並代表國家在經濟領域行使行政管理權，是國家行政機關的重要組成部分。

第二，從經濟管理關係的發生來看，經濟管理機關職權的行使是經濟管理關係發生的先決條件，經濟管理關係其實就是經濟管理權力的行使所引起的社會關係，而經濟管理權是國家行政權的一項十分重要的內容。

¹ 原載《法律科學》1994年第1期。

第三，從經濟管理關係的內容來看，由於經濟活動紛繁複雜，經濟管理的方式、方法也多種多樣。除了使用傳統的行政命令手段進行管理外，更多的還要依靠經濟手段進行調節和干預，由此而形成的經濟管理關係也就比較複雜，除了命令與服從關係外，還有服務與被服務關係、指導與被指導關係、行政合同關係、行政委託關係以及監督與被監督關係等等。多種多樣的經濟管理關係反映了經濟管理的複雜性，也使經濟管理顯著區別於其他領域的行政管理。

從以上三個方面可以看出，經濟管理關係是由國家經濟管理機關參與，並起主導作用的關係，經濟管理關係雖具有一定的經濟內容，但它在本質上仍是一種行政關係，或者說它是經濟領域的行政關係。需要強調的是，行政關係並不僅僅表現為隸屬性的、以命令服從為特徵的不平等關係，行政關係中有些是以命令服從為特徵的隸屬性關係，但也有很多的行政關係是在平等或協商的基礎上產生的，不具有或不完全具有行政隸屬性，譬如，平行的行政機關之間的協作關係、行政機關與相對人之間，基於行政指導而發生的行政指導關係、基於雙方意思表示一致而發生的行政合同關係、基於行政服務而發生的服務關係、基於行政委託而發生的行政委託關係等等，都是在平等或協商的基礎上產生的行政關係，這種情況在經濟行政管理關係中表現尤為明顯。如果因為經濟管理關係中，有一些不具有行政隸屬性就認為整個經濟管理關係在性質上不同於傳統行政法所調整的行政關係，那麼，這種認識是錯誤的，是對行政關係的誤解。因此，經濟管理關係屬於行政法調整對象的範疇。以經濟管理關係作為自己調整對象的經濟行政法，在性質上與公安行政法、民政行政法、司法行政法、軍事行政法、外交行政法、科技行政法、文教行政法、衛生行政法、體育行政法等一樣，同屬於行政法的一個分支部門，而且是行政法中最大的一個分支部門，其地位及重要性也遠遠超過其他分文部門。因此，在行政法的所有分支部門中，首先將經濟行政法作為一個獨立的部門行政法並加以系統化研究是十分必要的。

促使經濟行政法作為一個獨立的行政法律部門的具體條件是：

(一)社會主義市場經濟體制的建立

社會主義市場經濟體制的建立勢必帶動一系列法律制度的變革。在行政法領域，社會主義市場經濟體制的建立對行政管理特別是經濟行政管理提出了新的要求。經濟行政管理如何從微觀轉向宏觀、由直接干預轉向間接調控，以及如何建立與市場經濟相適應的經濟管理體制，及其市場經濟條件下國有資產的管理、計畫制度的改進、政府機構的改革和職能的轉變、國家財產所有權、經濟管理權與企業經營權之間的關係等等，都是經濟行政法所面臨的和必須予以解決的新課題，而且，其中不少問題在行政法中具有專業性、特殊性，因此，把經濟行政法作為一個獨立的法律部門，有利於解決經濟行政管理中的專業性、特殊性的難題，把法律管理與科學管理有機結合起來，使經濟行政管理更好地適應市場經濟的客觀要求。

(二)行政管理法律規範日漸龐雜

與憲法、民法、刑法等部門法相比，行政法最突出的特點是在形式上缺少一部系統的、完整的、統一的行政法典。行政法實際上是大量的行政法律規範的總和，而在這些大量的行政法律規範中，經濟行政法律規範又占據著其中的絕大部分。特別是經濟體制改革以後，經濟行政立法發展更快，僅國務院和國務院各部、各委員會頒布的行政法規和規章，每年都以成百的數量增加。這些內容浩瀚、種類繁多、形式分散的行政法律規範，客觀上需要進行科學的分類，使其系統化，這已成為一項重要而緊迫的任務。而將經濟行政法律規範獨立歸類並進行系統的研究尤為必要。

(三)行政法學理論研究的深入

中國大陸的行政法學研究儘管經歷了一個艱難曲折的發展過程，但自恢復以來短短的十多年時間，已經取得了令人矚目的成就。在行政法學的初創階段，行政法學界集中力量攻克行政法的基本理論，提出、研究並解決了一系列重大的理論課題，初步創立了行政法學理論體系。近幾年來，中國大陸的行政法學研究又在此基礎上進入了一個

飛躍發展的階段，中國大陸的行政法學理論也逐步趨於完善並向著更高層次拓展，特別是行政法學研究開始，從一般理論問題走向具體實際問題，從行政法學原理走向部門行政法學。因此，把經濟行政法作為一個獨立的部門行政法，這是行政法學研究不斷深入和行政法制建設不斷完善的必然趨勢。

經濟行政法成為一個獨立的法律部門後，它與行政法之間的關係仍是總則與分則、基本行政法與部門行政法之間的關係。行政法的基本理論、原則對經濟行政法具有重要的指導作用。行政法總則規範諸如行政組織法規範、公務員法規範、行政行為法規範、行政法制監督法規範等，仍適用於整個國家行政管理領域，包括經濟管理領域。經濟行政法規範必須和行政法總則規範結合調整經濟管理關係。同時，經濟行政法的獨立發展，無疑也大大拓展了行政法的範圍，豐富了行政法理論，特別是經濟行政法中的平等、民主的內容滲透到一般行政法理論之中，有力地推動著整個行政法律制度向著民主化、科學化的方向發展。中國大陸的行政復議制度、行政訴訟制度就首先在經濟行政法律規範中加以規定，然後才逐步擴展到整個行政法領域的。

二、經濟行政法與經濟法²

「經濟法」一詞自在中國大陸出現以後，對經濟法的理論研究蓬勃發展，短短的十多年時間裡取得了豐碩的成果。但與此同時，關於

² 「經濟法」一詞產生於德國，並於一次大戰後在學術上開始使用，依羅爾夫·斯特博教授的看法，在德國，經濟法是國家用來調整經濟生活參與者之間以及他們與國家之間的法律關係的所有私法的、刑法的和公法的法律規範和措施的總和，它不是一個獨立的法律部門，可以分為經濟私法、經濟刑法和經濟公法。經濟私法是生產者、經營者和消費者之間，在市場上進行商品交換和服務的準則，經濟刑法則是關於禁止和處罰性的法律，而經濟公法調整的是經濟生活的參與者與國家之間的關係，因此，經濟公法實際上就是經濟行政法。關於經濟行政法與行政法的關係，因行政法是調整管理組織、行政機關的設立及活動以及調整各個法律主體與公共管理之間的法律關係的規範和措施的總和，而經濟行政法主要以經濟現象為目的，對管理組織和行政機關的設立和活動，以及對經濟生活的參與者與公共管理之間的法律關係進行調整，由於這一特殊的任務，經濟行政法是一個特別的行政法部門，在法律上與諸如建築法和社會行政法處於同等地位（參見[德]羅爾夫·斯特博：《德國

經濟法最基本的理論問題，特別是關於經濟法的調整對象，以及經濟法能否作為一個獨立法律部門的問題一直爭論不休，未有結果，至今都沒有能夠建立起理論嚴密、基礎紮實、結構合理、條理清晰的經濟法理論體系，在「經濟法研究熱」的背後隱藏著深刻的理論危機。這種明顯的反差現象是其他部門法的理論研究所從未碰到的。這種現象的出現在理論上是很難解釋的，必須回到經濟法產生的根源和歷史背景中去考察。

經濟法的產生有著複雜的歷史背景：第一，建國後很長一段時間

經濟行政法》，中譯本，中國政法大學出版社1999年版，第10-12頁）；由於相同或相似的經歷，在德國產生的經濟法，在本世紀的二十年代中期被介紹到日本，日本將一次大戰後國家為對付經濟危機和相繼而來的戰事（即為準備二次大戰）制定的有關經濟統制的法律稱為「經濟法」或「經濟統制法」。二次大戰後，日本又根據本國的國情對經濟法的觀點進行了修正，將經濟法的本質理解為國家干預經濟之法，即在資本主義社會，為了以「國家之手」（代替「無形之手」）來滿足各種經濟性的，即社會協調性要求而制定之法。由於國家對經濟的干預，往往同時借助於私法手段和公法手段，因此，經濟法是與公法、私法兩者重疊存在的，而不是一個與公法、私法相並列的第三個法域。同時，由於經濟法中的規制，往往採取行政權干預經濟的方法，因而，經濟法往往採用行政法的形式，具有作為行政法的特徵。但是，經濟法按照它的性質來說，是為了從經濟政策上來滿足經濟性社會協調性的要求，由國家進行干預之法，因而，與一般行政法相比，經濟法又具有一定的特殊性。按照日本學者的理解，它是一種特別的行政法，或可稱之為經濟行政法（參見金澤良雄：《經濟法概論》，甘肅人民出版社1985年版，第1-63頁）；在公法領域深受德國及日本影響的臺灣，對經濟法的研究亦有關注，特別是臺灣學者陳櫻琴，關於經濟法的觀點及其研究方法值得介紹。陳女士在經濟法研究的定位上有二項指標：首先，將經濟法作為行政法各論（即行政法的分支），援用行政法總論的基礎，分析法治國原則在經濟行政行為中的解釋及適用，包括經濟依法行政原則、經濟行政組織法、經濟行政作用法、經濟行政程序法及經濟行政救濟法等範圍；其次，將經濟法作為經濟法總論，建制經濟法基本理論，探求各種經濟活動領域間或共同適用的原理原則，並進一步分析經濟立法、經濟行政及經濟司法對人民與國家間或企業體相互間的影響，在經濟法總論下面再構建經濟法各論。在研究方法上，強調經濟發展的獨特性及法規範的適應性（參見陳櫻琴：《經濟法理論與新趨勢》，翰盧圖書出版公司2000年版，第9-10頁）。按陳女士的理解，經濟法實際上就是經濟行政法，但應及經濟行政的特殊性，因而，有必須對其獨立加以研究，並以此為基礎構建經濟法的理論體系。但中國大陸的經濟法是在前蘇聯經濟法的影響與作用下產生的，它與德國等國家所指的經濟法有很大不同（本註腳為收錄時所加）。

裡，我們採用高度集中的計畫經濟模式，採用單一的行政手段來組織、管理經濟，排斥法律手段的運用，就談不上所謂的「經濟法」。進入八〇年代後，中國大陸開始了大規模的、深刻的經濟體制改革，打破了傳統、單一的經濟關係，在經濟領域出現了一系列新情況、新問題，迫切需要運用立法來加以規範和調整，為此，國家制定、頒布了大量調整經濟關係和經濟活動的法律規範。這種非常活躍的經濟立法活動，引起了法學界的普遍關注。第二，與經濟體制改革相比，中國大陸的政治體制特別是經濟管理體制改革顯得滯後，政府機關特別是各級經濟主管部門身兼兩職：既是國家的行政機關，又是國家所有制經濟的經營管理機構；既是行政主體，又是經濟主體，既是經濟活動的管理者，又是經濟活動的直接參與者。這就在許多原本平等的經濟關係中，滲進了諸多不平等的權力因素，從而使很多的經濟關係呈現出縱橫交織的情況（既非完全平等的商品經濟關係，又非完全隸屬的計畫經濟關係）。這種情況直接影響到經濟立法，使經濟立法呈現出民事法律與行政法律的雙重性質。這種不規範的立法活動引起了許多人的誤解，在未作深入研究的情況下很容易產生「在行政法與民法滲透的基礎上形成了一個新的法律部門」³的錯覺。第三，隨著中國大陸的對外開放，原蘇聯、東歐等一些國家的經濟法理論開始介紹到國內，特別是以B·B·拉普捷夫和B·K·馬穆托夫等為代表的蘇聯現代經濟法學派的觀點，恰好可以用來解釋中國大陸新舊體制交替轉型過程中，這種錯綜複雜的經濟關係以及調整這些經濟關係的法律規範的狀況，它既能說明伴隨改革而出現的各種新的經濟關係，又能解釋滯後的政治體制中，政府機關對企業以及經濟活動的直接干預和管理，因而，它很快在中國大陸法學界的不少學者中產生了共鳴。第四，中國大陸長期以來，將計畫經濟與商品經濟對立起來，總認為商品經濟是資本主義特有的經濟現象，被視為社會主義的異己力量加以排斥。因而，作為調整商品交換關係的另一重要法律部門——商法，便失去了產生和發展的土壤和條件，其應有的地位及重要性一直未被

³ 參見王保樹：《關於經濟法與行政法關係的思考》，載《法學研究》，1992年第2期。

確認。具有商法性質的法律規範，即被全部劃入所謂的經濟法之中。同時，作為調整國家行政管理關係的重要法律部門——行政法也長期被遺忘和忽視，直到八〇年代後才逐步恢復發展起來，而且，在行政法的初級階段，行政法學界一直致力於行政法基本理論的研究，對包括經濟行政法在內的部門行政法的研究，未能引起足夠的注意和重視，致使經濟行政法的內容被經濟法所分割。經濟法產生的內在動因和理論依據，是社會主義公有制基礎上有計畫的商品經濟理論。產生最早、流行最廣、影響最大並奠定經濟法理論基礎的「縱橫統一論」，實際上就是有計畫商品經濟的形象反映。因為計畫經濟關係是縱向經濟關係，而商品經濟關係是橫向經濟關係，因此，有計畫商品經濟體制下產生的經濟關係，被理論界形象地稱之為縱橫統一的經濟關係，並且把這種經濟關係，理解為經濟體制改革中產生的一種新型的經濟關係，並主觀地認為這種經濟關係是民法、行政法等部門法所無法調整的，而人為地創設了經濟法部門。

但是，有計畫的商品經濟，不過是中國大陸經濟體制改革的突破口，而不是中國大陸經濟體制改革的終極目標。中國大陸經濟體制改革的目標，是建立社會主義市場經濟體制。由於改革是一項複雜的系統工程，新舊體制的轉換是一個漸變過程，在新舊體制交替轉換過程中，不可避免地存在兩種體制交錯並存的局面。由計畫經濟直接進入市場經濟是不可能的，兩種體制的交替只能是逐步過渡的，而過渡階段的經濟體制就是有計畫的商品經濟，因此，有計畫的商品經濟，實際上是中國大陸的經濟體制從計畫走向市場過程中，兩種體制交錯並存局面的反映。在有計畫商品經濟體制下產生的縱橫交織、錯綜複雜的經濟關係不但不是一種新型的經濟關係，恰恰是需要經濟體制改革中加以改革的，如果以此作為調整對象，不但不能推動經濟體制改革的深入，甚至難以適應經濟體制改革不斷深化的要求。從法律的角度來看，「縱橫統一」的經濟法觀點暨「侵犯了民法的『領地』，又侵犯了行政法的『領地』」，企圖使經濟法同時調整縱、橫兩種性質迥異的社會經濟關係，不可能賦予經濟法以科學的涵義，也無法建立嚴密的經濟法理論體系。隨著《民法通則》的頒布，這種原本帶有致命