

社会变革中的 行政法问题研究

西北政法大學學術文庫

法律出版社



彭涛 著

会变革中的 政法问题研究



彭涛 著

西北政法大學出版基金資助出版
西北政法大學學術文庫

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

社会变革中的行政法问题研究 / 彭涛著. —北京:
法律出版社, 2016. 8

(西北政法大学学术文库)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 9720 - 6

I. ①社… II. ①彭… III. ①行政法—研究—中国
IV. ①D922. 104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 160220 号

西北政法大学学术文库

社会变革中的行政
法问题研究

彭涛著

责任编辑 李峰沅 屈 瑶
装帧设计 贾丹丹

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2016 年 8 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

责任校对 杜 进

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

印张 14 字数 308 千

印次 2016 年 8 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

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

网址/www. lawpress. com. cn

销售热线/010 - 63939792/9779

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

重庆公司/023 - 65382816/2908

北京分公司/010 - 62534456

西安分公司/029 - 85388843

上海公司/021 - 62071010/1636

深圳公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 9720 - 6

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总序：真研究实在的问题

《西北政法大学学术文库》是西北政法大學在本校教師的研究成果中遴選出版的一套學術叢書，希望它能代表西北政法大學的學術導向、學術風格和學術水平。

西北政法大學來源於中共中央 1937 年在延安創办的第一所幹部學校——陝北公學。陝北公學生於戰火，旨在救亡。毛澤東就在親自講學時鼓勵學生：因為有陝公，中國不會亡。1949 年，由陝北公學等學校合併而成的延安大學奉命南遷西安，成立西北人民革命大學，是為了給西北地區新成立的各級人民政權培養幹部，它的辦學風格自然與本來意義上的大學大異其趣。再後來院校合併，西北大學法律系併入，形成法學教育的“四院四系”或“五院四系”，“文革”中停辦。“文革”後恢復，主管由最高人民法院而變為司法部，後變為陝西省；校名

由西安政法干校、中央政法干校西北分校、西安政法学院、西北政法学院,最后更名为西北政法大学。学校坎坷磨难,师生筚路蓝缕,总算成就了一个全国法学人才重要培养基地和法学重镇的地位,同时形成了法学特色鲜明,哲学、经济学、管理、新闻、公安、外语等多学科协调发展的格局。

大学的根本宗旨是培养高水平人才;围绕这一根本宗旨,教学和科研是学校两项中心任务。由于十万校友在全国各行各业,特别是法律行业的杰出表现,西北政法大学对自己的教学水平从来都相当自信。近年来,学校更是旗帜鲜明地反对教育行政化,提倡回归大学本位,坚持加强实践教学、服务社会、开放办学的方针,教育教学质量得到了进一步提高。全国各大学法学院都有个别教师挂职司法部门实践的经验,但我们已将法科教授的挂职作了分批次、普遍化的安排;我们在全中国首创了所有法科青年教师担任法官助理一年、法科研究生担任见习法官、检察官助理半年的实践教学模式;多年来,我们都把法庭辩论、模拟法庭教学正式纳入课程体系,等等。一系列的教学改革,使教师的教学能力、学生的实践能力都得到了明显提升。

科学研究也是大学的重要职责之一。经过几代西北政法大学的努力,现已形成了在价值哲学、陕甘宁边区法制史、死刑问题、法学教育研究等领域的一批特色研究成果。但毋庸讳言,在科研方面,由于历史的原因,人文类学科比之理工类学科,单科大学比之综合性大学,还是有一定距离的。近年来,西北政法大学采取一系列改革措施,大力引进高水平人才,激励教师申报承担各级研究课题,取得了阶段性的成果。全校已经获得博士学位和正在攻读博士学位的教师已达到 170 多人,而且分别来自英、法、德、美、日、韩等国外著名大学和国内名校,学渊结构显著改善。近五

年承担国家社科基金项目42项，名列陕西高校前茅。为了使教师已取得的高水平研究成果更好地服务社会并鼓励教师取得更多更好的研究成果，西北政法大学决定出版这套学术丛书。

最近有外国学者发表言论，说中国的学者出书是最大规模的废纸制造业。言者无罪，闻者足戒，我们应当提高警惕。出书者成为废纸制造者，不外乎两个原因：一是研究了伪问题，而不是实在的问题。娱乐记者可以连篇累牍地讨论名角情变、名媛怀孕，但自称并被称为“学者”的人不能研究这样的伪问题。二是写了实在的问题，但没有真研究。真正的研究要大量收集资料、广泛调查事实、深入思考道理，而不能东拼西凑、东拉西扯，让读者不知所云。如前所述，西北政法大学的师生一直很实在，出书不太多，其中制造废纸的数量可能也有限。但现在看来，能写书的学者多了，学校又狠抓科研工作，质量问题自然要引起关注。

所以，本丛书的编辑者希望、也会督促丛书的作者们：真研究实在的问题。

贾 宇

于古都长安

二〇〇九年二月八日

前 言

社会变革通常指的是在特定社会阶段内,不同利益集团之间通过经济、政治、文化、司法等手段的调整而进行的大规模利益分配变化方式。当前中国正处于社会变革当中,社会中新生事物日益增多,新的情况与新的问题不断出现,社会管理日益复杂,管理机关需要在制度及管理手段中不断创新才能应对这些新情况。行政机关是社会的主要管理机关,需要时刻面对变革社会中的各种问题,更需要对行政法中的制度、手段、理论等进行创新才能适应社会变革。这些创新就推进了行政法在各个方面的发展。经济、政治、文化、司法等方面的变化直接冲击到行政法的研究,尤其是这些方面变化引发的中国在经济与社会方面的现代化及城镇化发展方向,在政治与司法方面民主化与法治化方向对行政法的研究内容有重大影响。

中国当前的社会发展处于工业化与城市化的进程当中,而对于全球其他发达国家来说已经进入了后工业化的阶段。中国的发展与全球发达国家的发展在步骤上逐渐一致,国家之间面临的一些问题也趋同。这就是所谓的全球化给中国带来的发展机会与面临的问题。行政机关在处理这些问题的时候,必要的国际眼光能够对问题的解决提供相当重要的借鉴。实际上美国、英国等国家在社会发展过程中已经遇到且处理完成的问题可能是中国的社会发展与变革过程中将要遇到的问题。全球化的好处之一就是中国可以相当低的成本来借鉴这些问题的处理方法,同时在社会变革中对于这些类似问题的出现可以合理预判。

行政法研究的主线就是作为公权力的行政权力与作为私权的公众所享有一切权利之间的关系,社会变革会对两者关系产生重要改变。现代社会经济的发展,尤其是公有制度以外私营经济的发展导致私人经济力量增强,经济力量的强大在权利要求上就有显示。私权的保护要求日益增加,权利不再作为行政权力的附庸出现,私权有了独立的要求。体现在行政法中就是对于行政权力限制的增加,要求权力不得任性。在行政诉讼制度中的表现就是行政程序中公众参与呼声的高涨、行政诉讼受案范围的扩大,换句话说,社会变革的力量在行政法制度应用中表现出来。这些改变就是行政法在社会变革过程需要重点研究的问题。

社会的变革使中国社会高度复杂且高度不确定,而在这样复杂与不确定的环境中,行政机关还是需要对社会实施治理。这些复杂与不确定的社会变革给行政机关的社会治理带来了挑战与机遇。行政机关需要在新情况之下在法律框架内充分发挥行政权力的裁量自由以解决社会问题如信访、风险社会等。变革社会中的新问题以传统的模式去解决可能难度比较大,这就要求行政机关

在组织形式上与管理模式上采用新的模式,就行政机关本身来说,行政权力本身革新的难度比较大,只能在行政机关行使权力的方式上进行创新。如在行使过程中纳入公众参与,以公众的力量来改变传统行政机关中的行政民主力度不足的问题,从而应对新情况。

行政机关在微观层面上的一些行为变化可能比宏观层面上的制度变革对社会发展影响更大。社会变革中的政治、经济体制变革往往会对社会产生重大冲击,因此这些重大变革发生的概率低。社会的变革往往是如同春雨一样“润物细无声”,在不知不觉中发生变化。每一年的变化也许并不大,但是积累几年下来,社会就发生重大变革。而行政机关因为处理社会变革中的事务,也会随着社会变革的变化而发生变化,这些变化也多是微观层面上的变化,但是积累经年之后,行政机关的行政行为以及权力运行模式就发生大的变化。对社会变革中的行政法问题研究也体现在微观问题的研究之上,尤其是一些与行政权力运行模式相关的微观问题,微观的变化反映了宏观的变革。

社会变革要求原有的行政权力运行模式、价值体系、制度规则发生变化以适应社会变化,这就会带来行政法律制度的变化。法律制度如果适应了社会变革的话,能够推动社会变革向着一定方向加速前进,如果不适应社会变革的话,则可能会阻碍社会向着特定方向变革。虽然说社会变革中经济与政治是主要力量,但是行政法律制度随着社会变革之后也会对社会变革产生一定的反作用。也就是说,行政法虽然不能决定社会变革,但是行政法绝对能够影响社会变革的加速或者迟缓。社会变革要求行政法律制度的变化发展与社会变革保持一致,行政法律制度的变化实质是社会变革由量发展到质的过程。随着社会的发展,地球村出现,全球治

理的出现,传统上被认为是国内法的行政法也就发生质的变化,即这些社会变革对于行政法律制度产生根本性的冲击,国际行政法应运而生。

社会的结构性变化决定了行政法律变化的结构。传统的命令服从模式之下,行政机关只需要决定行政事务的方向与节奏,其他的就是执行问题。但是在社会力量增加或者有些行政力量不够强大的地方,行政机关需要社会的支持,此时出现行政力量与社会力量的博弈。双方或者多方在力量对比之中寻找对各方有利的局面。行政机关在这种博弈当中需要保持对公共利益的维护。典型的就是旧城改造,这一过程中存在行政机关财政资金不足,社会资金介入的情况,此时各方力量的博弈对旧城改造有重大影响。之所以能够出现社会力量对行政机关主导的旧城改造产生影响的现象,主要原因在于社会的结构性变化,即市民社会在经济发展过程中的兴起,市民社会要求国家在一定程度上退出一些由社会来管理可能效果更好的领域。市民社会介入社会管理在一定程度上是社会自身实现对自己的管理。这样即使在国家退出这些社会管理领域的时候,社会也能够良好的运转,这就会节约大量的行政资源。

社会变革的复杂性要求行政法律制度变化,通常这一变化最简单的表现就是重新立法,通过立法建立新的制度以适应变革了的社会。但是立法同时也是对社会冲击最大、最容易引发社会动荡或者反对的做法,甚至引发社会的抵制。另一种适应社会变革的法律变化就是法律条文没有变化,但是通过司法实践或者对法律的解释来解决变革社会中的行政法律问题。《行政诉讼法》于1989年通过,2014年修改,在长达25年的期间内,行政诉讼法尽管没有修订过,但是行政诉讼的受案范围却发生了扩大与缩小好

几轮变化。这些都是基于法律实践而对法律条文产生了影响。而目前最典型的表现就是中国的土地利用管制,一方面行政机关不得不强化实施土地利用管制,而另一方面土地利用权利人的权利在管制中却不断受到损失且无处救济。土地利用权利人将一部分案件提交至法院,在法律条文没有修订的前提之下,有些案件得到了审判,这也就是在实质上修改了土地管制方面的制度,适应了社会变革。

国家与政府无法将社会本身应当承担的责任完全剥夺,换句话说即使国家与政府积极适应社会变革,依然需要社会承担在社会变革中的部分责任。行政诉讼的原告、行政程序中的公众参考这些与国家及政府没有利益关系的一些社会力量依然会对行政制度的变化产生影响。这些影响不是国家与政府能够替代,因此需要积极应对这些影响。行政机关在社会变革时期除了履行自己的法定职责之外,还需要在社会领域承担一些自己应当承担的道德引导等责任。这些责任可能没有法律明确约定。社会变革时期导致一些需要行政机关管理的领域异常复杂,如社会道德领域,该领域法律一般不作强制性规定,但是作为社会管理主体的行政机关却不时需要介入该领域。社会道德在社会变革时期会出现社会各个阶层的价值观混乱、多元以及冲突的现象。各种相互矛盾的意识与道德共存与社会变革的过程中,如自立意识、啃老思想、奉献精神、拜金主义、集体主义、个人主义,这些不同的社会道德意识相互冲突。社会变革中基于经济发展,社会习俗产生巨大变革,工业化与城市化的发展加快了新旧习俗与道德的演化。道德领域的冲突与矛盾就是更显得复杂,更需要行政机关在执法过程中进行引导。这些引导可能在一定时期内难以制定明确的法律依据,但是从行政机关的职能以及价值取向来说,正确的方向引导无疑是

行政机关的职责。

社会变革时期传统的国家及政府的权威可能受到影响。行政法律适应社会的过程在实质上起到了国家及政府权威的重建过程,通过行政机关积极的适应社会发展与变革解决新问题,重建公众对于行政机关的信心。甚至在政治上可以说行政机关调整行政法治适应社会变革的过程实质上是执政党又一次获得新形势之下执政合法性的过程。因而行政机关适应新的社会变革过程也是旧的行政权威消解而新的行政权威建立的过程,行政机关需要积极的介入社会变革的过程且对社会变革产生积极影响,这样才能够强化新行政权威的树立。

社会力量的积蓄是社会变革的主要动力,但是这些力量的爆发并不是严格遵循某一规律。因而法律制度的变革除了必然受到社会经济、政治力量的影响之外还存在一些偶然因素。如行政法中最重要的概念之一,行政行为的存在在一定程度上具有偶然性,因为参与最初行政法教材制定的王名扬教授是在法国学习行政法,而行政行为本身是法国行政法的一个重要概念,因此中国在最初行政法教材中引入了行政行为概念。偶然出现的行政行为概念在中国必然存在一些“水土不服”的情况。行政诉讼自1989年开始之后一直纠结于抽象行政行为与具体行政行为的划分不能不说是行政行为概念界定不适合国情是一个重要因素。随着社会的发展,权利保护的要求进一步加强。具体行政行为在新的行政诉讼法中演变为行政行为,这可以说是行政法律制度在中国社会变革之中为了适应社会发展而实施的法律制度变革。社会变革中最重要的是由传统的行政权力高度管控社会走向在一定领域的私权自治,私权自我觉醒从而更进一步要求积极介入社会管理过程。公众参与等私权介入国家及社会管理过程中的现象及制度应运而

生。公众参与在社会变革中意义重大,过去公众参与行政决策形式大于实质。但是在权利意识高涨,行政权力自我约束强化的时代,公众参与已经具有一定的实质意义,即对行政决策能够起到直接影响作用。行政权力垄断社会管理的决策已经成为历史,在新的社会环境中,行政机关与公众共同决策逐渐在特定领域成为常态。

社会变革是基于中国经济、政治的实际而产生的变革,因此关注中国本土力量才能在根本上解决社会变革所产生的问题。尽管西方发达国家的一些制度可能比中国的发达,但是那些制度是建立在西方国家的经济、社会发展的基石之上。如果将国外的成熟制度不加变革的引进,可能会产生“橘生淮南则为橘,生于淮北则为枳”的“水土”病。我国的行政法治建设时间不长,许多制度比较幼稚,引进国外成熟制度能够加速我国在社会变革中的行政法治建设,在这种情况下就更加需要谨慎,以避免新的制度没有建设成功反而产生了新的问题。

社会变革中的法律无疑受到社会变革的重大影响,但是行政法律制度无疑也能够对社会变革产生巨大反推力。尤其是在一些社会变革刚刚出现或者社会变革的方向不明晰的地方,行政法律的制度推动作用更大。中国的信访制度就是这样,从长远来看,社会纠纷的解决主渠道应当是多元化的纠纷解决机制,而社会纠纷的最终解决机制应当是司法救济,但是当前信访在某种程度上替代了其他救济渠道甚至是司法机关的最终解决机制。要推动纠纷解决方向发展符合社会发展方向就需要建立行政法律制度上的信访终结机制,通过法律制度推动社会发展方向朝着正确的方向前进。

目 录

前言/1

第一章 社会变革中行政法学基础理论的变化/1

第一节 新公共管理与中国行政法学的转型与重构/2

一、全球新公共管理运动/3

二、新公共管理的全球化/8

三、新公共管理运动中的主体发展/10

四、全球性公共管理伦理标准/15

五、积极政府/19

第二节 全球治理背景下国际行政法的产生/24

一、国际行政法产生的动力:全球治理/24

二、国际行政法产生的组织因素:全球治理的组织实践/28

三、国际行政法的实现进路/32

四、我国行政法的应对:行政法学发展方向性意义/35

五、结语/39

第三节 私权与行政权界限的控制与调整/40

一、私权与行政权的界限之根源——自由与强制/40

二、私权和行政权的界限在法治领域中的表现/48

三、控制与调整私权与行政权界限的原理/62

四、控制与调整私权与行政权界限的机制/77

第二章 行政行为的发展与变化/95

第一节 行政行为功能的回顾与展望/96

一、回顾“行政行为”的概念在中国的产生与功能的演变/96

二、行政行为的本意与功能的扭曲/99

三、展望:改造还是放弃/102

四、返璞归真:行政行为的功能/105

第二节 重构行政执法行为/108

一、行政执法行为重构之现实压力/109

二、行政执法行为重构之基础/111

三、行政执法行为之重构/117

四、行政执法行为重构的行政法意义/122

第三节 行政许可清理与政府职能转变/126

一、铜川市行政许可的清理概况/127

二、行政许可清理中发现的问题/128

三、政府职能转变与行政许可清理/132

四、行政许可清理推动政府职能转变的策略/136

五、结语/142

第三章 行政程序的功能变革与公众参与/143

第一节 行政程序对行政裁量权的约束/144

一、英、美、德三国行政程序对行政裁量权的约束/144

二、行政程序对行政裁量权的约束/149

三、行政程序中的行政裁量权/151

四、作为基准的行政程序与作为自律的行政裁量权/157

五、结论/158

第二节 行政程序中的公众参与理论/159

一、公众参与的含义/159

二、公众参与的主体/160

三、参与主体的界定标准/164

四、参与的效果/167

五、公众参与的发展/169

六、目前公众参与面临的问题/172

第三节 社会变革中公众参与的法制化/175

一、公众参与与行政民主/175

二、公众参与的行政改革背景——行政民主/181

三、公众参与的法制化——实质意义上的行政民主法制化/184

第四节 信息公开程序中缺陷的完善/190

一、资讯公开抑或卷宗阅览/191

二、资讯公开与卷宗阅览的界分/193

三、资讯公开与卷宗阅览的竞合/195

四、《政府信息公开条例》的缺陷/198

五、缺陷之弥补/201

第四章 权力与利益冲突中的公共财产制度及公共利益/203

第一节 法国 CGPPP 的公共财产法律制度及其启示/203

一、法国公共财产的确认标准/204

二、公共财产的管理与使用/209

三、公共财产的法律保护/212

四、我国的公共财产法律制度存在的问题/214

五、结语/217

第二节 行政征收与行政征用中的“公共利益”/218

一、我国法律中的公共利益/218

二、行政征收与行政征用的特殊性/222

三、行政征收中的公共利益/225

四、行政征用中的公共利益/228

五、结语/231

第三节 旧城改造中的利益博弈/231

一、临渭区旧城改造当前存在的主要问题/232

二、旧城改造的顶层设计/237

三、协调利益的法治政府/242

四、结语/247

第五章 行政诉讼功能变革中的原告权利/249

第一节 行政诉讼功能的重新定位/249

一、我国行政诉讼传统功能的确立与演变/250

二、当前行政诉讼功能的困境/253

三、行政诉讼功能困境的成因分析/256

四、行政诉讼功能的重新定位/260