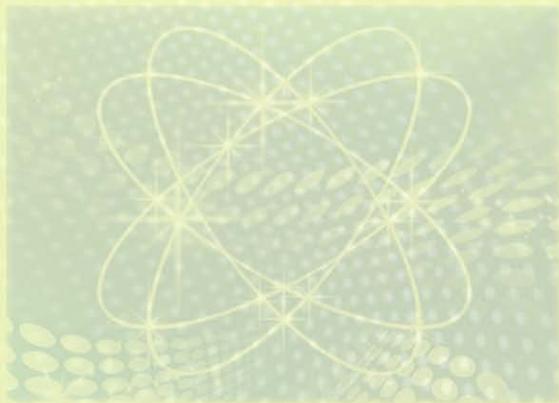


行政纠纷的非正式解决方式研究

解瑞卿 著



甘肃民族出版社

图书在版编目(CIP)数据

行政纠纷的非正式解决方式研究/解瑞卿著. —兰州:甘肃民族出版社,2014.7
ISBN 978-7-5421-2684-9

I. ①行… II. ①解… III. ①行政诉讼—研究 IV. ①D915.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 163187 号

书 名: 行政纠纷的非正式解决方式研究
作 者: 解瑞卿 著
出 版 人: 吉西平
责任编辑: 陈晓蕊
封面设计: 王林强
出 版: 甘肃民族出版社(730030 兰州市城关区读者大道 568 号)
发 行: 甘肃民族出版社发行部(730030 兰州市城关区读者大道 568 号)
印 刷: 甘肃天河印刷有限责任公司
开 本: 880 毫米×1230 毫米 1/32 印张: 10.5 插页: 2
字 数: 236 千
版 次: 2014 年 8 月第 1 版 2014 年 8 月第 1 次印刷
印 数: 1~150 册
书 号: ISBN 978-7-5421-2684-9
定 价: 28.00 元

甘肃民族出版社图书若有破损、缺页或无文字现象,可直接与本社联系调换。

邮编:730030 地址:兰州市城关区读者大道 568 号 网址:<http://www.gsminzu.com>

投稿邮箱:448925720@qq.com

发行部:张楠 联系电话:0931-8773312 8773264(传真) E-mail:993177333@qq.com

版权所有 翻印必究

序 言

2009年春天，我无意间读到了这样一段文字：“一切真正的探索都是无章可循、无路硬闯的，并且往往是从‘非正式态’开始的。人类总是自觉不自觉地新的实践、新的撞击、新的尝试之中，开拓新的‘非正式态’的疆域。”出于习惯，我将它誊录在了随身的笔记本上。没想到，后来，这段话却成为我博士论文选题的重要导引。这段话引发了我深深的思考，使自己的研究方向在“正式”与“非正式”之间徘徊，并最终取向了对行政纠纷非正式解决方式的研究。

因为，在现代社会，“一种新的时代理念和精神体现为从对抗走向对话，从单一价值走向多元化，从胜负决斗走向争取双赢。”而这种精神和理念的转变，盖因现代社会是一个多元的社会。利益的多元化、行为的多元化、主体意识的多元化等，必然导致行政纠纷的多元化，而解决多元化的行政纠纷，必然需要多元化的纠纷解决方式。以行政纠纷的解决效果为判断标准，只要是能够使纠纷当事人停止争执的方式、方法，都属于行政纠纷的解决方式。以是否具有法定程序保障为标准，行政纠纷的解决方式可以分为两类：正式的纠纷解决方式和非正式的纠纷解决方式。

之所以要研究非正式的纠纷解决方式，还因为“司法不一定导向正义，通向正义之路也并不必经司法之途”。以司法裁判为代表的正式纠纷解决方式，需要国家通过规范程序进行制度供给。制度供给主体的特定性，供给程序的繁琐性，供给形式的单一性，必然会造成正式方式的制度供给不足。而且，从实质正义的角度分析，许多时候司法途径的程序繁琐性、过程强对抗性、依据的固定性和滞后性等特点，对纠纷当事人来说都会产生“接近正义的障碍”。所以，“不是所有的司法裁判都能够产生正义，但是每一个司法裁判都会消耗资源”。而相比正式的解决方式，非正式解决方式具有灵活性、效率性、经济性等优点，并与民众的传统纠纷解决观念相契合，所以具有较高的认同度，当事人也往往对此具有更高的行动能力。因此在实践中，行政纠纷的解决呈现出正式方式与非正式方式并驾齐驱，以及公力救济方式与私力救济方式交相辉映的“双轨制”模式。

当然，我也观察到了行政纠纷的非正式解决方式也存在某些缺陷，如法定程序的阙如必然会导致纠纷解决的结果没有国家强制力的保障；过程的随意性容易导致公权的滥用；过分注重纠纷解决的效果可能导致对程序正义的淡漠；某些具体的非正式解决方式还存在容易引发局部社会动荡等。因此，我在书中提出应该基于客观、公正的立场，认真对待各种具体的行政纠纷非正式解决方式。既要尊重其优点，又要对其不足有所戒惧；既要肯定民众选择的合理性，又要从理论上探讨其可行性；既要肯定其在行政纠纷解决过程中的普遍性和积极作用，又要针对其不足分别从理论上提出规范其运行的具体策略的观点。

序言

总之，本书作为对行政纠纷非正式解决方式的第一次系统研究，从和解、调解、上访、私力救济等几个方面，阐释了行政纠纷解决机制中的若干问题。可谓凝结了本人诸多心血，总感觉如不付梓，有愧于心，幸得学院科研启动经费课题（KQ1403）支持，故刊印出版，以期与各位学友交流探讨。

2014年5月6日

目 录

导论	(1)
一、研究缘起	(1)
二、研究现状	(7)
三、研究思路	(19)
四、研究方法	(22)
第一章 行政纠纷解决方式的多元化	(25)
第一节 行政纠纷及其解决标准	(26)
一、行政纠纷范围的拓展	(26)
二、行政纠纷的解决标准	(28)
第二节 行政纠纷非正式解决方式的界定	(32)
一、行政纠纷解决方式的种类	(32)
二、行政纠纷非正式解决方式的界分标准	(36)
三、行政纠纷非正式解决方式的特点	(39)
第三节 行政纠纷非正式解决方式与 ADR 的关系	(44)
一、行政纠纷非正式解决方式与 ADR 的统一	(44)
二、行政纠纷非正式解决方式与 ADR 的区别	(48)

第四节 法外因素——非正式纠纷解决方式的直接诱因	(51)
一、制度因素	(51)
二、社会资本因素	(56)
三、法官自身因素	(60)
本章小结	(63)
第二章 作为行政纠纷非正式解决方式的行政诉讼调解	(65)
第一节 行政诉讼调解的理论及实践	(66)
一、行政诉讼调解的界定	(66)
二、行政诉讼调解的理论争执	(70)
三、行政诉讼调解的实践情况	(77)
第二节 行政诉讼调解勃兴之三重动因	(80)
一、行政裁量权的广泛存在与行政诉讼调解的可行性	(81)
二、能动司法的兴起与行政诉讼调解的正当性	(84)
三、相对人制度选择的需要与行政诉讼调解的必要性	(87)
第三节 行政诉讼调解的制度设计	(91)
一、行政诉讼调解的范围	(91)
二、行政诉讼调解的启动及运行	(96)
三、调解协议的内容及效力	(102)

第四节 调解运行指标化——以劳动纠纷解决机制为例	(108)
一、现实困境: 现有纠纷解决机制的有效性不足	(109)
二、一个参照: 大调解在江苏劳动纠纷解决中的实践	(112)
三、完善现有纠纷解决机制: 大调解运行指标化	(115)
本章小结	(121)
第三章 作为行政纠纷非正式解决方式的行政和解	(123)
第一节 行政和解的界定	(124)
一、行政和解的概念分析	(124)
二、行政和解的性质和特点	(128)
三、行政诉讼中的和解与行政诉讼调解之间的关系	(132)
第二节 行政和解的理论及实践	(136)
一、否定行政和解的理论观点	(136)
二、对否定行政和解理论的回应	(140)
三、行政和解的实践情况	(145)
第三节 和解制度引入行政法的可行性分析	(149)
一、域外关于行政和解制度的宝贵经验	(150)
二、我国行政法中引入和解制度的基础条件	(154)
第四节 行政和解的规范化	(160)

一、行政和解的适用原则	(161)
二、行政和解的适用条件和适用范围	(164)
三、行政和解协议的生效及履行	(172)
四、行政和解的其他注意事项	(177)
本章小结	(179)
第四章 作为行政纠纷非正式解决方式的上访	(181)
第一节 作为非法信访的上访	(182)
一、上访与信访的关系	(182)
二、上访的功能及效果	(184)
三、上访的特征	(189)
第二节 上访的成因及消极影响	(192)
一、上访的成因分析	(192)
二、上访的消极影响	(200)
第三节 上访应对与法治政府的建设要求	(206)
一、行政法上三大矛盾及其运动趋势	(206)
二、三大矛盾运动决定政府建设的宪政方向	(215)
第四节 控制上访的途径与策略	(225)
一、控制上访的民主手段	(226)
二、控制上访的人权手段	(229)
三、控制上访的法治手段	(232)
四、三大手段的运用基础——行政行为价值取向的嬗变	(235)
本章小结	(244)

第五章 作为行政纠纷非正式解决方式的私力救济方式	
.....	(245)
第一节 私力救济与纠纷解决	(246)
一、私力救济的概念	(247)
二、私力救济的特征	(253)
三、解决行政纠纷的私力救济方式	(255)
第二节 行政纠纷解决理论中私力救济阙如之反思	
.....	(261)
一、行政纠纷的解决排斥私力救济	(261)
二、适用部分私力救济方式解决行政纠纷的反思	
.....	(265)
第三节 行政纠纷解决过程中私力救济的适用	(272)
一、私力救济在行政纠纷解决机制中的地位	(272)
二、私力救济的类型分析	(275)
三、私力救济方式的适用限制	(277)
本章小结	(280)
第六章 行政纠纷非正式解决途径的实践总结	(283)
第一节 CGSS2005 有关行政纠纷解决方式的调查	(284)
一、调查背景和调查对象	(284)
二、调查内容	(286)
三、调查结果	(288)
第二节 基于调查结果的判断——选择非正式方式解决行政纠纷的理论动因	(289)

行政纠纷的非正式解决方式研究

一、纠纷当事人都是“理性人”	(290)
二、“理性人”可以实现“意思自治”	(293)
三、“理性”和“意思自治”造就了选择上的“实用主义”	(295)
第三节 基于调查结果的概括——行政纠纷解决的“双轨 制”	(297)
一、行政纠纷的正式解决方式与非正式解决方式并驾齐 驱	(297)
二、公力救济与私力救济交相辉映	(302)
第四节 认真对待行政纠纷非正式解决方式	(304)
本章小结	(308)
主要参考文献	(311)

导 论

一、研究缘起

行政纠纷的非正式解决方式，是在构建和谐社会的现实背景，以及构建行政纠纷多元解决机制的理论研究背景基础之上，将某些涉及私力救济范畴的纠纷解决方式，以及目前缺乏实定法支持的行政和解、行政诉讼调解等内容，进行归纳分类而成。具体而言，是指那些缺乏实定法上的明确肯定支持的行政纠纷解决方式。

2004年，中共中央正式提出了“构建社会主义和谐社会”的口号。随后，又将“和谐社会”作为执政的战略任务，努力构建以“民主法治、公平正义、诚信友爱、充满活力、安定有序、人与自然和谐相处”为内容的和谐社会。使“和谐”的理念成为建设“中国特色的社会主义”过程中的价值取向。在这一背景之下，许多学者都结合本学科的知识，对社会主义和谐社会的构建提出了宝贵的意见。从法学的角度观察，“和谐本身就是对法治秩序的一种质的规定和描述。”^①民主法治是宪政的基

^① 齐树洁 《纠纷解决机制的原理》，载何冰主编 《和谐社会与纠纷解决机制》，北京大学出版社2007年版，第2—3页。

本要素，公平正义是法治的基本追求，诚信是法治的基本原则，安定有序是法的基本目标。由此可见，和谐社会和法治水乳交融，无法分割。和谐意味着公平正义，法治秩序应当是以内部的和谐为基础，而不是建立在强权与压制之上；和谐意味着有序高效，维护社会的和谐不能依靠弱肉强食的势力较量；和谐意味着共存与发展，法治社会的和谐应该是充满活力的，允许异样和多样性的存在；和谐意味着协调的能力，法治社会应当有效解决其内部发生的纠纷、矛盾和冲突，使之不致演化成大规模的动乱，危及秩序本身。

然而，纠纷的存在是人类社会的一个普遍现象，即使是所谓的“和谐社会，也绝不是一个没有纠纷，没有矛盾的社会”^①。纠纷并不可怕，它虽然导致了社会的某些不和谐，但“没有冲突的社会是一个了无生机、沉闷乏味的社会”^②。而且低暴力、高频度的冲突也有其积极意义：第一，提高社会单位的更新力和创造力水平；第二，使仇恨在社会单位分裂之前就得到宣泄和释放；第三，促进常规性冲突关系的建立；第四，提高对现实性后果的意识程度；第五，社会单位间的联合得以加强。因此，从某种意义上讲，纠纷具有“清洁社会空气”的作用，如果纠纷能够得到有序化解，使积压的不满情绪能够及时有序的释放，则纠

^① 周佑勇 《和谐社会与行政诉讼和解的制度创新》，载《法学论坛》2008年第3期，第32页。

^② [美] 戴维·波普尔 《社会学》（第10版）李强等译，中国人民大学出版社1999年版，第133页。

纷对一个社会来说就具有了“安全阀”的作用。^①然而，如果纠纷得不到快速有效的解决，将导致权利受损方对社会公正期待的丧失，使矛盾升级，最终将影响社会的稳定。因此“评价一个社会和谐程度的基本指标不在于该社会中发生利益冲突的频度和强度，而在于其对现实冲突的排解能力和效果”^②。法治社会强调司法的意义和权威，然而树立司法的权威并不意味着将所有的纠纷都通过司法途径予以解决。纠纷解决的一元化“只关心权利义务的有无，往往排除了本来应该从纠纷的背景、当事者间的关系等纠纷整体上的性质出发，寻找与具体情况相符合的恰当解决这一可能性”^③。因而，作为一个理性的社会，应该为其成员提供多元的纠纷解决途径，并充分尊重社会成员的自主选择权。这一观点针对行政纠纷的解决同样适用。

“权力和权利的关系是行政法的根本问题。行政法的核心问题是行政权力与公民权利之间的关系问题，二者之间关系的协调处理是构建和谐社会的基础。”^④行政纠纷本质上便是权力和权利的对抗。相对于民商事纠纷而言，在常态化的权力和权利不对等背景之下的行政纠纷，对社会和谐的影响更为明显。而现今社会，由于法治不完善和人们权利意识的觉醒，行政纠纷呈现出与

① [美] 科塞 《社会冲突的功能》，华夏出版社1998年版，第17—183页。转引自顾培东 《社会冲突与诉讼机制》，法律出版社2004年版，第14页。

② 欧阳庆芳，唐祖爱 《行政救济中的ADR探讨》，载《三峡大学学报》2008年第1期。第86页。

③ [日] 棚濑孝雄 《纠纷的解决与审判制度》，王亚新译，中国政法大学出版社2002年版，第62页。

④ 沈福俊 《中国行政救济程序论》，北京大学出版社2008年版，第4—5页。

日俱增的趋势。各种涉及行政权的行使而引发的纠纷，时常见诸媒体，严重阻碍着和谐社会的建设。为解决行政纠纷，我国自20世纪80年代起，从法律制度上构建了行政诉讼、行政复议、国家赔偿等行政性纠纷的解决程序，然而近三十年的实践证明，这些纠纷解决方式，都或多或少的存在这样或那样的问题。^①为此，近几年法学界加强了对“纠纷解决”问题的关注。中国法学会在《2010年度部级法学研究课题指南》中将《多元纠纷解决机制完善研究》置于五大重要课题的首位。并将《调解制度创新研究》置于15个重点课题之中，《纠纷解决机制多元化与公民基本权利保障研究》置于10个青年项目之中，还将《大调解中的司法调解改革研究》作为40个一般课题之一，供学者进行选择申报。

然而，学界对行政纠纷多元纠纷解决机制的关注，多停留在公权介入之下的纠纷解决方式，如行政诉讼、行政复议，或者从协商民主的角度探讨权力主体和权利主体的互动，如行政和解、行政诉讼调解等。对于其他行政纠纷解决方式，特别是单向的、涉及私力救济范畴的内容，如忍让、回避、抵抗等，则鲜有提及。经过认真思考，我们认为这些被漠视甚至被法律所否定的行政纠纷解决方式之间，具有某些共同特征。于是我们将这些纠纷解决方式归类为“行政纠纷的非正式解决方式”。行政纠纷的非正式解决方式是多元行政纠纷解决机制的一部分，是在多元背景

^① 如行政诉讼的受案范围窄、行政复议的公正性不足、国家赔偿的赔偿范围和赔偿标准等无法满足人民的要求，当然新的国家赔偿法经过修改，在某些方面已有所改善。

下的一种特别关注。按照马克思主义的观点,“经济基础”决定“上层建筑”。从静态上讲“每种生产方式都产生出它特有的法的关系”^①，“这些生产关系的总和构成社会的经济结构，即有法律的和政治的上层建筑竖立其上并有一定的社会意识形式与之相适应的现实基础。”^②从动态上讲，包括法律在内的整个上层建筑都随着经济基础的变动而变动。“社会的物质生产力发展到一定阶段，便同他们一直在其中运动的显存生产关系或财产关系发生矛盾。于是这些关系便由生产力的发展形式变成生产力的桎梏。那时候社会革命的时代就来到了。随着经济基础的变更，全部庞大的上层建筑也或慢或快的发生变革。”^③世界各国经济的迅速发展，导致上层建筑领域治理模式的转换，20世纪中后期以来，世界范围内的公域之治总体上经历了从国家管理模式向公共管理模式，再到公共治理模式的转型。^④多元已是当今时代的主题，具体到救济机制而言，它表现为法院不再是单一的主体，诉讼不再是唯一的途径。所以在现今社会，作为“上层建筑”

① 《马克思恩格斯全集》，第46卷（上册），人民出版社1979年版，第25页。

② 《马克思恩格斯全集》（第2版），第2卷，人民出版社1995年版，第32页。

③ 《马克思恩格斯全集》（第2版），第2卷，人民出版社1995年版，第32—33页。

④ 国家管理模式以国家为唯一管理主体，以封闭性和单向度为基本特征，它在历史上一直居于主导地位。公共管理模式以国家与各种社会自治组织共同作为管理主体，以实行半封闭和单向度为特征。公共治理模式则由开放的公共管理与广泛的公众参与这两种基本元素综合而成的，具有开放性和双向度、治理主体多元化、治理依据多样化、治理方式多样化等典型特征。参见罗豪才《公共治理的崛起呼唤软法之治》，载2009年《政府法制》；罗豪才，宋功德《公域之治的转型——对公共治理与公法互动关系的一种透视》，载《中国法学》2005年第5期。

的社会纠纷解决方式也应该是多元的。

但马克思主义又不是单纯的经济决定论，它同时还认为上层建筑的各要素，包括法律制度在内的上层建筑领域的各因素，包括法律、政治、道德、宗教、习俗、文化等各种制度之间又存在相互作用的关系。在法律制度的内部，法律本身、法律意识和法律实践之间有着历史的和现实的联系。恩格斯曾讥讽那种简单的经济决定论的观点，说“恐怕只有书呆子才会断定，在北德意志的许多小邦中，勃兰登堡成为一个体现了北部和南部之间的经济差异、语言差异，而且自宗教改革以来也体现了宗教差异的强国，只是由经济的必然性决定的，而不是也由其他因素所决定。”^①在多元纠纷解决方式之间，由于不同的纠纷解决方式在优缺点、国家认可度、社会适应性等方面的差异，导致他们之间在生存和发展的空间上相互竞争。在竞争的过程中，一些被国家和法律所认可，并且被进一步赋予规范程序的纠纷解决方式，受到国家的大力提倡，成为正式的行政纠纷解决方式。而一些缺乏程序规范可能性，或者被“理性地”认为“弊大于利”的行政纠纷的非正式解决方式却被漠视甚至否定。

我们认为，只要能够有效解决纠纷，只要不违背社会的基本道德和社会发展规律，任何解决纠纷的方式、方法都可以被使用；只要出发点是正确的，目的是符合人民要求的，纵使存在理论上的障碍，我们都应该去努力地尝试。即使是过去被视为“弊大于利”的纠纷解决方式，只要能够通过区别、规范，使其符合

^① 《马克思恩格斯全集》（第2版），第4卷，人民出版社1995年版，第696页。