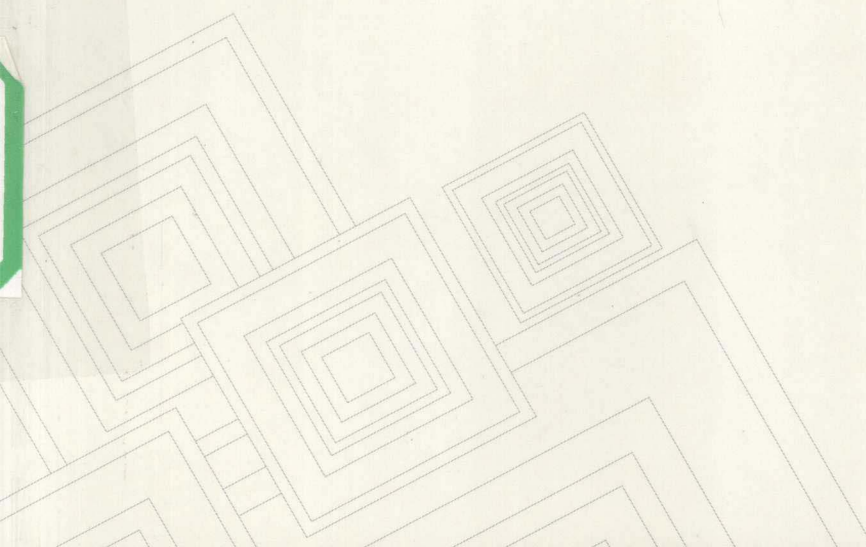


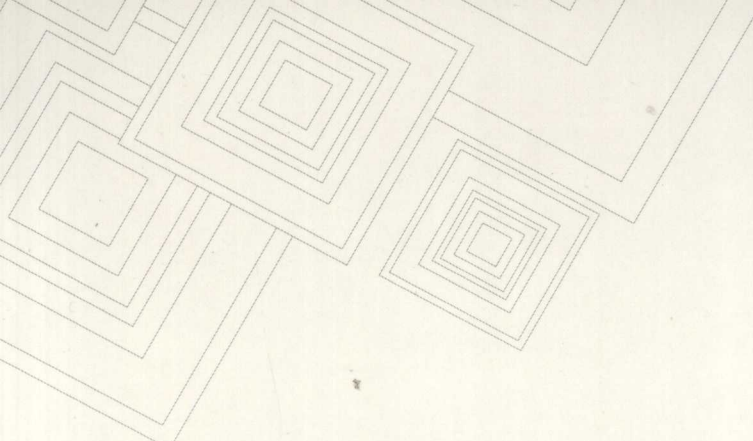
行政规划 及其法律 控制研究

郭庆珠 著

XINGZHENG-GUIHUA
JILI FAU KONGZHI YANJIU

中国社会科学出版社





ISBN 978-7-5004-8354-0



9 787500 483540 >

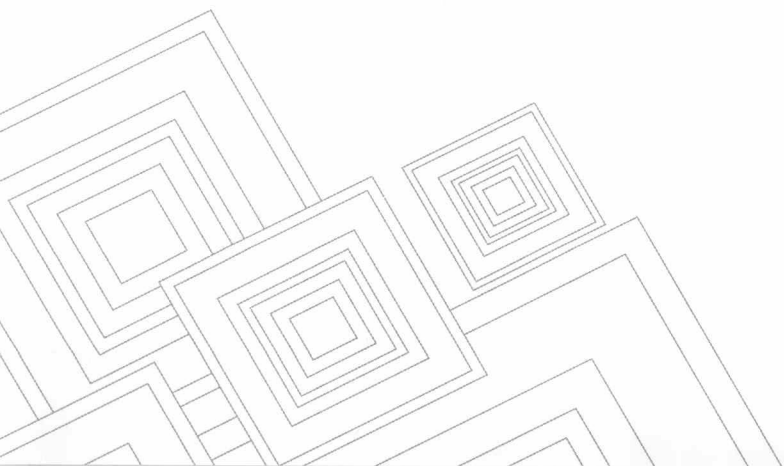
定价：48.00元

行政规划 及其法律 控制研究

XINGZHENG GUIHUA
JIQI FALU KONGZHI YANJIU

郭庆珠 著

中国社会科学出版社



图书在版编目 (CIP) 数据

行政规划及其法律控制研究 / 郭庆珠著. - 北京:
中国社会科学出版社, 2009. 12
ISBN 978 - 7 - 5004 - 8354 - 0

I. ①行… II. ①郭… III. ①行政法-研究
IV. ①D912. 104

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 216884 号

责任编辑 储诚喜
责任校对 韩天炜
封面设计 格子工作室
技术编辑 王炳图

出版发行	中国社会科学出版社		
社 址	北京鼓楼西大街甲 158 号	邮 编	100720
电 话	010 - 84029450 (邮购)		
网 址	http://www.csspw.cn		
经 销	新华书店		
印 刷	北京君升印刷有限公司	装 订	广增装订厂
版 次	2009 年 12 月第 1 版	印 次	2009 年 12 月第 1 次印刷
开 本	710 × 960 1/16		
印 张	22.5	插 页	2
字 数	358 千字		
定 价	48.00 元		

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社发行部联系调换
版权所有 侵权必究

天津市哲学社会科学研究规划项目（TJFX08-025）
天津师范大学学术著作出版基金

资助出版

推动行政规划的民主化、科学化、法治化

——《行政规划及其法律控制研究》序

莫于川*

庆珠博士要出版行政规划专著，嘱我撰写序言，我承诺下来后一直想着这件事，但一直没有完成。重要原因之一是我对庆珠博士、对他的专著、对这篇序文都期许很高，一直想找到一大块时间，沐浴喝茶、静心运气、聚精会神地好好来研读评价一下高足及其力作。

纵观各国行政管理和行政法制的发展，自 20 世纪中叶以来，随着行政管理的社会需求不断增加，政府职能逐步扩大与活跃，特别是世界范围的民主化潮流的推动和国家的福利性质逐渐增强，以管理行政、秩序行政为标志的传统行政逐步转向注重给付行政、服务行政的现代行政，以行政机关为中心和行政权力的单向行使为基本内涵的传统行政法逐步转向注重人权和民主的现代行政法。在此转型发展过程中，出现了行政多元化、多样化和软化趋势，一些新型行政活动方式日益受到人们关注，例如非拘束性行政规划与计划、行政指导、行政契约、行政资助（扶助、补助）、行政奖励、行政经营、行政出让（拍卖）、政府采购、公共设施建设与提供公共服务等等。它们也被称为非强制行政行为、非强制行政管理方式、柔性行政管理手段、非高权行政活动等等。行政规划比较具有特殊性，它既有非拘束性的，也有拘束性的，更具有包容性。它们的适用范围很广，主要运用于经济领域和一些社会管理与服务领域中，对于现代社会

* 中国人民大学法学院教授、博士生导师、宪政与行政法治研究中心执行主任、中国行政法研究所所长，中国法学会行政法学研究会副会长、政府法制专业委员会副主任。

生活的协调高效运转发挥着特殊功用；同时，它们在行政实务中也暴露出许多矛盾和问题，亟需依循行政法治原则来妥善解决。上面提到的行政经营、行政出让、政府采购、公共服务等等，虽然具有民事活动的某些性质和外观，但也具有显著的行政性（例如公共管理性、国家政策性、行政目标性、官方导向性、政府品牌效应性等等），对于行政管理和行政法制过程产生特殊的影响，不宜简单地归类于一般民事活动，值得深入研究并将其纳入法治轨道。上述行为的适用范围很广，涉及行政领域的诸多方面，主要运用于经济领域和一些社会管理领域中的给付行政、服务行政过程中，可以说是与给付行政、服务行政相联系相适应的一类行为方式（例如已有越来越多的国家在给付行政领域原则上要求采用行政合同），属于民主行政的范畴，从一个侧面折射出当代行政法的民主化发展趋势，这对于现代社会生活的协调高效运转起着重要作用，对于服务型政府建设具有特殊意义。鉴于上述行为在运用过程中存在着与传统行政法观念、行政法律制度发生严重冲突的现象，故有必有对其合法性问题（包括正当性、合理性问题）也即其与依法行政、行政法治的关系问题加以系统深入的研讨。

行政法治是含义广、层次高、作用大的一个概念，是法治原则（rule of law）在行政领域的体现，或者说是贯彻现代法治原则最主要的领域，也是我国现阶段推行依法治国方略、依法行政方针的关键与核心。关于法治原则，亚里士多德认为包含两层意义：一是已成立的法律获得普遍的服从；二是大家服从的法律本身是良好的法律。而关于现代法治原则，1959年召开的“国际法学家会议”将其概括为三项主要内容：一是立法机关的职能在于创设和维护得以使每个人保持“人类尊严”的各种条件；二是政府必须在法律的范围内活动，法律应当为防止行政权的滥用提供保障；三是确保司法独立和律师业自由。以行政法治原则来观察各种新型行政行为，不难看出二者之间是相容、相通、相符的，各种行为理应在行政法治轨道上运行。

在现代社会，行政规划和计划可谓颇具特色、非常复杂、性质多样、影响重大。行政规划既有拘束性的，也有非拘束性的；它本身具有未来性和非完结性等特点，殊难从行政法的视野下对其进行研究和把握。特别是在我国从传统的计划经济转型为现代市场经济的时代背景下，政府的引

导、指导、服务、协调等职能逐步增强，同时行政管理需求的扩张也对行政规划和计划也提出了新的更高的要求，在这种趋势下行政规划和计划的重要性日益凸显出来。因此，秉持何种法治理念、动员何种法治因素、运用何种法治手段，确保行政规划和计划发挥应有作用并将其纳入法治轨道，从而完整、协调、高效地实现行政目标，这是一个重大的现实课题和深远的理论问题，亟待进行系统深入的科学研究。庆珠博士的行政规划专著正是适应时代的学术呼唤而奉献给社会的一篇精品力作，是他协助我完成司法部课题《行政规划法律制度研究》之后持续关注 and 不断研究行政规划问题的最新成果，其对于读者、对于我国正顺应行政民主化潮流而全力推进的服务型政府和法治政府建设工程具有重要参考作用，其现实意义和学术价值将会日渐显现出来。

之所以作出这样的判断，源于我对庆珠博士的长期认知。八年前我作为重点学科建设急需人才从重庆社会科学院引进到中国人民大学法学院工作，同年庆珠也从中南财经政法大学考入中国人民大学法学院学习，我们一同在国家重点学科中国人民大学宪政与行政法治研究中心交流互动了六年，其间我看着他从硕士生到博士生到合格的高端法学人才跨出人大校门来到津门，走出了一行踏实清晰的求学和学术成长脚印。

作为我招收的第二届博士生，庆珠具有良好的法律学人素养，主要表现在法学基础扎实、学术兴趣强烈、勤于学习钻研、做事踏实认真，既有问题意识又有办事能力，这都是当下中国大陆背景下青年法律学人取得学术事业成功的重要因素。记得庆珠在人大读硕、读博期间，我每次打电话去，他几乎都在学校里读书研究写作；研究中心经常举办各种高水平学术活动，他都积极参加组织工作并认真听讲提问讨论；研究中心教师组织的科研项目工作，他都积极承担并认真完成科研任务；在本专业近几届的博士生中，庆珠是在校学习期间发表科研成果最多的同学之一。还要提到一点，庆珠的家人对他的学习非常理解、非常支持，他的妻子多年来在山东默默地承担工作和持家两副重担，让他安心在北京求学，家庭支持也是他快速成才的重要因素。我相信，五年的法官工作经历，六年的人大学习经历，立志于公法学研究事业，不为名利浮躁坐得住冷板凳，具有这样的基础和长处，具有如此生活态度和生活方式的庆珠博士，一定会有光明的学术前程。

最后，谨就行政法学的天津学派，来说说我的一点期盼。行政法制和行政法学的发展对于一个国家和地区的经济与社会发展的重大意义不言而喻。在我国具有重要经济和社会地位地位的天津，梁津明、付士成、赵正群等一批著名行政法学教授过去多年来一直非常努力地工作，作出了重大的学术贡献，产生了巨大的影响力，这有目共睹、难能可贵、令人钦佩；但实事求是地说，由于多种原因，我国的行政法学力量分布严重失衡，过去在津门集聚的行政法学高端人才不足，对于天津的行政法制进步和经济社会发展而言是非常不利的。近年来，在推行滨海新区快速发展这一国家战略的进程中，已陆续有近十位毕业于人大、浙大等重点高校的宪法行政法专业的法学博士选择去了天津工作，使得津门的行政法学者队伍构成开始趋于合理。这批行政法学青年才俊的学术志向远大、专业基础良好、工作条件不错，学术队伍正不断壮大，在前辈学者的指导扶持和自身的不断努力下，特别是利用天津经济地位日益提升、学术资源日益丰富、京津交通极大改善、京津学术互动可望增强的背景条件，他们一定会更快地成长起来，发挥出日显重要的学术影响，与前辈学者一道共同努力、稳健发展，最终会形成大有作为的天津学派，在行政法学界取得更加重要的地位，为我国的行政法制建设和行政法学发展作出更多、更大的学术贡献。我殷切地期盼着那一天的到来。

上述散漫的文字，也许只能表达出我愉悦心情之点滴，但充分表达了我对于作者和读者的诚意、爱心和期盼。还是以那句座右铭与作者、读者朋友共勉吧：学习是一种生活态度和生活方式！

谨以庆珠专著序文来庆贺咱们伟大的祖国——中华人民共和国六十周年华诞和大庆！期盼早日实现依法治国方略和依法行政方针，稳步建成现代法治国家、法治政府与和谐社会！

于北京世纪城绿园

2009年9月16日

目 录

导论	(1)
一 研究意义	(1)
二 研究现状	(5)
三 研究方法与方法论	(13)
 第一章 行政规划的基本范畴	(23)
第一节 行政规划的概念	(24)
一 规划与人类理性	(24)
二 行政规划概念的梳理和检讨	(27)
三 行政规划概念界说	(35)
第二节 我国计划体制改革背景下的计划、规划名称辨析	(41)
一 计划经济体制下计划的异化	(41)
二 去“计划化”现象分析	(44)
三 行政规划与行政计划的名称辨析	(46)
第三节 行政规划的发展背景和功能	(50)
一 行政规划外部法律效果产生的历史背景	(50)
二 自由治国时期行政规划的萎缩	(56)
三 社会治国时期行政规划的勃兴与规划行政的时代	(58)
四 行政规划的功能	(69)
第四节 行政规划分类及与相关行为的关系	(77)
一 行政规划的分类	(77)

二	行政规划与行政预测决定	(82)
三	行政规划与行政指导	(83)
四	行政规划与行政承诺	(84)
第二章	行政规划的法律性质	(87)
第一节	行政规划法律性质理论上的争论	(88)
一	单一性质说	(88)
二	单一性质说的质疑	(93)
三	非单一性质说	(95)
四	非单一性质说的优势与不足	(96)
第二节	透过有关国家、地区的案例来检讨行政规划法律性质	(99)
一	日本案例关于行政规划法律性质的分析	(99)
二	我国台湾地区案例关于行政规划法律性质的分析	(106)
第三节	行政规划法律性质的界定	(119)
一	全新法律制度抑或行政行为和事实行为	(119)
二	行政规划能否产生直接的法律效果	(122)
三	结论	(125)
第三章	行政规划的程序	(128)
第一节	行政规划程序的理论分析	(129)
一	程序对于行政规划法律控制的重要意义	(129)
二	行政规划程序的正当性定位	(133)
三	行政规划程序的基本原则	(135)
第二节	行政规划程序的制度构成	(140)
一	行政规划程序的价值目标取向	(140)
二	行政规划的一般程序	(143)
三	德国和我国台湾地区的行政规划确定程序	(154)
四	我国规划程序现状分析与引进规划确定程序的探讨	(166)

第四章 规划法规范构造及行政法治原则的适用	(176)
第一节 规划法规范构造	(176)
一 规划法规范形态	(177)
二 条件程式、目的程式及其区别理论	(179)
第二节 法治主义视野下评析对行政计(规)划的认识	
误区	(182)
一 行政计(规)划是否一定会限制公民的自由	(182)
二 行政计(规)划是否会必然不利于公民私有财产	
权的保护	(187)
第三节 行政法治原则在行政规划中的适用	(195)
一 法治的变迁与规划法治理念	(195)
二 行政法治原则在行政规划中的适用空间	(200)
第四节 行政规划的效力及其支持的规则内容独特性	(210)
一 行政规划效力的研究意义	(211)
二 行政规划的效力及其支持的规则内容	(212)
三 行政规划的无效和撤销	(225)
 第五章 规划裁量及其界限	 (231)
第一节 规划裁量的基本理论	(232)
一 规划裁量概念的形成及其意涵	(232)
二 规划裁量独特的法律个性	(234)
三 规划裁量的必要性与必然性	(237)
第二节 规划裁量的界限(上)	(241)
一 是否符合合法性的要求	(242)
二 是否符合必要性原则的要求	(246)
三 是否符合规划统一性的要求	(249)
第三节 规划裁量的界限(下)	(250)
一 何为法律意义上的利益衡量原则	(251)
二 利益衡量原则在行政规划中的适用	(253)

第六章 行政规划的法律救济	(258)
第一节 行政规划中的利害关系人及其权利形态	(259)
一 规划利害关系人	(259)
二 行政规划利害关系人的权利形态及权利实现的现实障碍	(260)
第二节 行政规划非司法救济的管道	(267)
一 权力机关的救济	(267)
二 行政救济	(269)
第三节 行政规划司法救济的空间	(270)
一 规划程序权利是否应给予司法救济	(270)
二 行政规划是否具有诉之利益	(272)
三 行政规划司法救济利益范围的界说	(278)
四 行政规划诉讼程序及判决可能遇到的特殊情况及处理	(282)
 第七章 专题研究一：行政法视野下的城乡规划	 (285)
第一节 城乡规划的制定和修改	(285)
一 我国城乡规划法制及法律意义上的城乡规划	(285)
二 城乡规划的制定和公众参与	(289)
三 城乡规划的修改	(308)
第二节 城乡规划的内容、实施和救济	(313)
一 法律意义上城乡规划内容的确定	(313)
二 城乡规划实施中的法律问题	(314)
三 城乡规划的救济	(317)
 第八章 专题研究二：行政法视野下的汶川地震灾后恢复重建规划	 (319)
第一节 汶川地震灾后恢复重建规划体系	(320)
一 规划体系的总体考察	(320)

二 《汶川地震灾后恢复重建总体规划》的内容概览	(324)
第二节 汶川地震灾后恢复重建规划的法理分析	(326)
一 汶川地震灾后恢复重建规划的法律依据	(326)
二 重建规划制定中的利益衡量	(331)
三 重建规划科学性的程序保障	(334)
四 重建规划实施中的法律问题	(336)
 主要参考文献	 (339)
 后记	 (349)

导 论

一 研究意义

“研究意义往往是由研究对象本身的价值决定的。”^① 讨论行政规划的研究意义，首先要从行政规划在现代国家的地位谈起。因为行政法理论的研究必须面向现实，并且来源于实践，理论的发展和实践的变化总体上应该保持一种动态的平衡，只有这样才能保持理论的生命力和活性。“行政法不是仅进行形式上的、论理的法解释学探讨便可以完结的，所以，必须对行政法的活生生的丰富的实际内容及其存在基础予以必要的重视，并进行相应的探讨。”^② 随着自由法治国向社会法治国的跨越及干涉行政向给付行政方式的转变，国家为适应国民生存照管等行政目的的要求，行政活动的内容空前的庞杂，行政活动的领域也空前的广泛。为避免在众多事务中的盲目和无序，必然要求行政活动应该具有一定的前瞻性和连续性，而行政规划恰恰能满足这种要求。同时现代国家又面临着时间紧迫性、空间不足性以及财源有限性此三不足状态。^③ 与此形成反差的是随着社会的高速发展，社会利益主体日益多元化，利益关系与利益的分配日益复杂化，因此要求行政权必须集中、高效运行，并且合理地配置资源和适当地处理各种利益诉求，更为注重整体考量和事前综合平衡的规划就成为一种最优化而又不得不做的选择。因为“没有计划的行政，其最大毛病在力量分

① 叶必丰：《行政行为的效力研究》，中国人民大学出版社2002年版，第6页。

② Stephen G. Breyer & Richard B. Stewart, *Administrative Law and Regulatory Policy*, Boston: Little Brown and Company, 1992. pp. 4-5.

③ “三不足状态”说是德国已故行政法学者 Ernst Forsthoff 在谈到规划兴盛时的言论。参见刘宗德《行政法基本原理》，学林文化事业有限公司1998年版，第203页。

散，劳而无功或资人作弊”^①。由于日常生活的复杂化，行政的触角不断地伸向私人活动的领域。在一定意义上说，现代社会已经进入了一个行政的、规划的时代。^② 行政规划在纯粹的行政管理中的作用更是不能取代，它是行政过程中的重要一环，是全部管理职能中最基本的一个职能。因为它所涉及的问题是要在未来的各种行为过程中作出抉择，没有行政规划，则其他的行政管理活动如组织、人事、协调、控制等都无从实施。^③ “现代政府的所有行政行为，都和计划行为分不开。”^④

除了研究对象本身的价值以外，现实的需要也是学术研究对象——尤其是法学研究对象——具有研究价值和意义的最重要标尺之一。因为法学不是空中楼阁，必须植根于现实的沃土之中。一个最直观的例子就是法学的方法论也不断地在反省自身与回应现实之间得以改进。但这样的说法难免会被人诟病为有工具论的嫌疑，甚至会陷入“有用的就是好的”的实用主义窠臼。但是当我们把法学当作科学考察时，就会发现这仍然是一个基础性的问题，当然这已经超越了简单的工具论的意义，因为科学本身有其独立的价值。现代国家的行政规划虽然与计划经济时代具有强制性、命令性的无处不在的计划相比有很大的不同，但是无论是强制性规划还是非强制性规划都在广泛地影响着我们的生活。“行政法的学科旨趣，在于检讨行政如何受到法的拘束，以确保人民的基本权利。因此，行政机关的行为中，凡涉及人民权利或义务者，均应成为行政法学科讨论课题。”^⑤ 这可以说是对于行政法学研究范围的一个精辟的阐释。在以人为本的价值模式和人性尊严理念的关怀下研究行政机关的行为和行政相对人的权利保护应该成为行政法学科发展的核心动力之一。这也与行政法学自身的发展相契合。因为不仅行政法的产生和人性尊严理念有密切的关系，而且国家各种行政领域，举凡行政组织、行政作用、行政救济等，亦皆须从维护人性尊严的

① 孙澄方：《中国计划行政论》，中国文化服务社1946年版，第3页。

② 参见〔日〕西冈等：《现代行政法概论》，康树华译，甘肃人民出版社1990年版，第135页。

③ 参见张永桃主编《行政管理学》，南京大学出版社1989年版，第123页。

④ 张国庆主编：《行政管理学概论》，北京大学出版社2000年版，第326页。

⑤ 翁岳生主编：《行政法》（上册），中国法制出版社2002年版，第10页。

观点去加以体认与运作。^①行政法学科由于长期形成的类型化的思维方式和方方法论，容易造成“自恋式”的自我欣赏，而客观上形成研究范围的自我封闭。法治实践的发展和人文关怀的需要，就成为打破这种封闭性可能的最好的钥匙。

行政法学对于行政规划的研究由最初的简单拒斥、漠视，^②到现在对其的逐渐升温，就是行政规划的运用日益频繁和人们面对行政规划如何保护自身合法权益的需要行政法研究领域中必然的投影。“行政计划或行政计划法，在法律规范体系上系属行政法总论上之重要一环，更精确地说是行政作用法中不可忽视之行政行为。”^③“计划活动本身已经越来越多地在所有法律领域制度化。在过去的20多年里，立法机关已经授权各种各样的计划活动作为行政机关活动过程的一部分，法院也要求计划是行政机关任务的一部分。”^④与这种认识相一致，行政法学已经开始重视对于行政规划的研究。但是在我国目前行政规划实践和行政法研究之间存在着明显的空白落差，法学研究大大落后于我国法治实践的步伐和需求，这种落差已经如此之深，以至于现实已经对于行政法研究的滞后甚至是熟视无睹提出了无言的批判。正如行政法学专家姜明安教授所言：“行政规划必须走法制化道路，今天的国人对此不仅越来越有共识，而且越来越有迫切感了。这种共识和迫切感是怎样形成和催生出来的呢？20世纪末宪法确立依法治国、建设法治国家的方略，21世纪初中央提出依法行政、十年建设法治政府的目标自然是重要因素，但更重要的因素恐怕是近年来愈演愈烈的房屋拆迁、土地征用纠纷和这些纠纷中凸显出来的侵权、滥权、腐败现象，以及由这些侵权、滥权、腐败现象造成的成千上万人的痛苦悲剧。然而，行政规划的法制化道路应该怎样走，我们应该通过建立什么样的法律制度来尽量避免或减少纠纷，尽量避免或减少侵权、滥权和腐败，尽量避免或减少成千上万人的痛苦悲剧，今天的国人对此却尚未有共

① 黄桂兴：“浅论行政法上的人性尊严理念”，载城仲模主编《行政法之一般法律原则》（一），三民书局1994年版，第15页。

② 例如胡建森教授在早期的著作中曾经认为“行政计划不是行政法学之范畴，而仅是行政学之概念”。参见胡建森《行政法学》，法律出版社1998年版，第465页。

③ 林明锵：“行政计划论”，载《台大法学论丛》1996年第25卷第3期。

④ Richard O. Brooks, *The Legalization of Planning within the Growth of the Administrative State*, *Administrative Law Review*. Vol. 31. 1979. pp. 69-70.