



华东政法大学
科学研究院社科文库
第五辑



公众参与对行政法的 挑战和影响

李卫华 著

 上海人民出版社



华东政法大学
科学研究院社科文库
第五辑



公众参与对行政法的 挑战和影响

李卫华 著

 上海人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

公众参与对行政法的挑战和影响 / 李卫华著. — 上海: 上海人民出版社, 2014
(华东政法大学科学研究院社科文库; 第5辑)
ISBN 978-7-208-12610-7

I. ①公… II. ①李… III. ①公众—参与管理—影响—行政法—研究—中国 IV. ①D923.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 241779 号

责任编辑 解 锟
封面装帧 王小阳

• 华东政法大学科学研究院社科文库 第五辑 •

公众参与对行政法的挑战和影响

李卫华 著

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.co)

世纪出版集团发行中心发行

常熟新骅印刷厂印刷

开本 720×1000 1/16 印张 10.25 插页 4 字数 156,000

2014 年 11 月第 1 版 2014 年 11 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-208-12610-7/D·2580

定价 35.00 元

编委会名单

主 任：杜志淳 何勤华

副主任：刘晓红 何 敏 陈金钊

委 员：王永杰 金可可 丁建顺 陈婉玲 张 勇
李 霞 刘风景 崔永东 李卫华 高奇琦
王红曼 叶慧娟 马金芳

秘 书：洪颖滔 郑 菲 黄 炎

总 序

岁月无痕,转眼又闻到了华政校园的丹桂飘香。金秋是收获的季节,也是人们实现自我人生理想的时间节点。在连续出版了四辑社科文库后,华东政法大学科学研究院又隆重推出了“华东政法大学科学研究院社科文库(第五辑)”的十种学术专著。这辑文库体现出科学研究院发挥跨学科研究的多元化优势,通过不同学科之间的学术交流与深化研究,使科研人员迸发出了科研创新的思想火花。收获的成果有目共睹,但播种的辛苦唯有自知。就这一点而言,科学研究院全体研究者都付出了各自的努力。

2008年9月,我校通过引进优秀人才并抽调各院系精兵强将成立了科学研究院,旨在整合优势学科资源,营造良好的科研氛围,构建以法律学科为特色的多学科共同发展的学术研究格局。在不断推出丰硕的科研成果的同时,也寄希望以科学研究院为平台,进一步提高我校科研实力,着力储备与培育优秀学术人才,激活多学科资源,强化跨学科研究,以实现综合实力的跨越式发展。近年来学校陆续引进了一批从事法学与人文社会科学研究的人才,这样就形成了以资深教授领衔,以中年教师为骨干,以各学科博士或博士后为主体的组织结构。有了资源的合理配置,制定了《科学研究院年度考核与评优管理办法》和《科学研究院社科文库著作出版资助遴选办法》等,建立了科学有效的管理制度。通过这些制度的实施,切实做好科研资源的合理共享和后勤保障服务,努力营造团队意识与科研氛围,以保证研究人员能够实现其科研预期,使科学研究院逐步走

上了科研“快车道”，也为研究人员争取多拿省部级和国家社科项目创造了条件。

科学研究院成立以来，逐渐建立并完善了三个学术平台。

其一是“社科论坛”，每周举行一次高水平互动式学术讲座，邀请国内外各研究领域的高端专家就各类重大热点问题作专题讲座，同时也安排本院年轻研究人员交流研究心得，通过与同仁们的砥砺碰撞，激发出新的学术灵感，藉此促进和提高了科学研究院的综合学术水平和研究能力。

其二是“社科通讯”，每季编辑发行一期《社科通讯》。以内容摘编、全文转载、论文选登和讲座精要等形式收集、整理和发布国内外最新的学术动态、学术前沿、研讨会议、研究成果等科研信息，为全校科研人员及时掌握最新学术资讯提供了便利。

其三即是“社科文库”，每年编辑出版一套《社科文库》。为了展示科学研究院研究团队的学术成果，每年从研究人员的学术成果中遴选出精粹之作集结成辑，与有影响的国家级出版社合作出版。从第五辑的著作中可以感知，研究者中有资深教授，有年富力强的副教授，也有刚走上研究岗位的年轻博士。有精深的法学基础理论和应用实践经验的总结，也有文史哲方面的最新研究成果……科学研究院所获得的科研成果呈百花齐放之态，这与我校定位为以法学为主的综合性文科大学的发展方向是相吻合的。

开展丰富多彩的学术活动，在日常工作中处处提倡以科学研究的核心价值观，又有着上述三个平台持续发挥着作用，科学研究院申报的国家及省部级科研项目中屡获佳绩。今年获得国家社科基金项目立项有：金可可的“电子支付民事法律问题研究”、李卫华的“法治视域中作风建设常态化机制研究”、于文的“基于媒介产业之融合特征的一站式版权交易平台研究”、许凯的“中国(上海)自由贸易试验区司法保障问题研究”、王海军的“俄罗斯联邦转型期司法权运行机制研究”和贺栩栩的“药品不良反应致害事故强制责任保险研究”等六项。此外，陈婉玲教授获上海市人民政

府决策咨询研究政府法制专项课题,马金芳等获6项司法部科研项目立项资助,贾楠等获8项校级科研项目,花勇获2014年校园文化建设项目。

除出版“社科文库”外,科学研究院还有多名研究人员出版了新著。陈金钊教授的《法治思维及其法律方法》、梁爽博士的译著《股东代表诉讼的理论与制度改进》、许凯博士的《侵权冲突法研究》、陈儒丹博士的译著《金融法的世界地图》由法律出版社出版;陈婉玲教授的《义工组织法人制度研究》由北京大学出版社出版;丁建顺教授的《中华人文艺术史》、王红曼副教授点校的《经济学》(清末民国法律史料丛刊·京师法律学堂笔记)、王婧博士点校的《朝阳法科讲义·第八卷》、章远副教授的《宗教功能单位与地区暴力冲突》由上海人民出版社出版;韩毅博士的德文专著在德国出版等。

另外,科学研究院有多位研究人员在权威期刊上发表了多篇论文,其科研成果被国内外多种权威杂志转载,这大大扩大了华东政法大学的学术影响。

这些成果的获得,与科学研究院领导班子在前期准备阶段把工作做深做透有相当的关联。据我所知,科学研究院在每年的申报季前会选择一个合适的时间,组织大家进行科学创作周活动。其内容有邀请有关部门的资深人员进行学术辅导,请前几年课题申报成功者作经验介绍,请准备申报课题者亮出申报书,对申报项目进行评头论足,弥补其不足,以提高申报项目获得批准的概率。上述课题的获准立项,即为此项工作取得明显成效的证明。

今年科学研究院获立多项科研课题,还有明年、后年及此后数年在酝酿在申报的课题,前景是相当喜人的。当这些研究项目顺利结项,当各位研究人员将研究成果形成文本交付出版,那第六辑、第七辑及此后的社科文库都有了稿源和质量上的保障。

为保障科学研究院的可持续发展,学校在引进多位高端人才的同时,调整并健全了科学研究院的领导班子,科学研究院又及时调整了院学术委员会人员和院务委员会人员。学校还成立了数个专职研究机构隶属于

科学研究院。可以说,现在的科学研究院已呈兵强马壮之态,正可以在华东政法大学的科研工作中大放光彩。

我们所处的时代已打开了中华民族振兴的上升通道。愿科学研究院的全体研究人员抓住机遇,努力实践,执着追求,多出精品,并努力将“社科文库”这一学术平台建设成为我国社会科学研究方面一个重要的学术窗口。愿我们牢记“笃行致知,明德崇法”的华东政法大学校训,以自己的“笃行”无愧于这个伟大的时代。

是为序。

A handwritten signature in black ink, appearing to be '杜钢' (Du Gang), written in a cursive style.

2014 年 10 月

前 言

科学研究是一种以探索自然客观规律与社会演进规律为目的的复杂的智力劳动,是一项艰难苦涩但富有创新价值的研究工作。研究人员必须进行系统的研习和长期的积累,充分掌握国内外相关文献与资料,了解本学科最前沿的学术动向和学术成果,才能从事独立的、具有创新精神的学术研究,从而在各自的学术领域取得为学界公认的成就。

我很欣喜地看到,经我校科学研究院研究人员的潜心研究,在出版了四套社科文库的基础上,今年又推出了学术系列专著——华东政法大学科学研究院“社科文库”的第五辑。这些学术著作的面世一方面反映了大家勤奋努力的工作精神,同时也反映了各自所具有的坚实强劲的科研能力。我向大家表示祝贺。

这十部著作中,既有基础性学术理论研究,也有揭示社会发展规律的实践分析;既有对中国各历史阶段文化的梳理,也有对国外特定制度运行机理的评析;既有以上海为对象的针对性研究,也有对特定产业的多元化探索。

丁建顺教授的《洪丕谟艺术论》一书研究的对象为华政已故知名教授洪丕谟先生,曾出版 125 种各类著作。丁建顺教授分三个块面——书画、诗文和人文——对洪丕谟所创作的书法、绘画、旧体诗、散文等一一作了深入研究。以此揭示了洪丕谟丰富多彩的精神生活、崇高的人生目标、深邃的人文思想、巨大的学术成果、难以企及的艺术成就和洪丕谟所具有的人格魅力。

陈婉玲教授的《市场监管组织法律研究——以非政府组织市场调节为视角》一书从市场监管着手,对市场监管组织法律进行了较为深入的研究。并对各种类型的市场监管组织进行了梳理和解构,通过借鉴国外立法的经验,理论联系实际,对我国市场监管制度的法律构建具有重要意义。

李卫华副教授的《公众参与对行政法的挑战 and 影响》一书主要谈公众参与行政过程对行政法治产生的挑战,以及行政法治发展和完善才能应对公众在行政过程的全面参与。具体而言,公众参与行政过程,既是代议制民主的重要补充,也是行政权力作为公共权力的必然要求。公众参与促进了行政行为综合意志性的形成,也对行政公开制度、社会公共主体制度、公益代表人制度、行政公益诉讼制度等具有重大影响和促进。

李洁副教授的《大学生人生态度现状与转化研究》一书研究的对象是当代大学生。他们是思维活跃、行动高效的青年群体,尽管缺乏人生阅历,但对社会发展中的各种力量有着极其敏锐的感受力和接受力,并会随之相应调整自己的观念系统和行为方式。本书采用问卷法和访谈法探索大学生群体的人生态度问题,并分析其人生态度积极转化策略等。该成果对于揭示大学生的精神面貌、生存状态和人生路向,并采取相应教育策略助其健康成长、成就完美人生具有一定的现实意义。

王东光副教授的《影响中国社会的民事判决》一书对“荷花女案”、“齐玉苓案”、“李谷一案”、“泸州二奶案”、“恒生笔记本案”、“红月案”、“彭宇案”、“同命不同价”等8个中国民事法律中关于“死者名誉保护”、“姓名权、受教育权保护”、“公众人物名誉权保护”、“法律原则之适用”、“商誉侵权”、“虚拟财产保护”、“司法的价值导向”、“死亡赔偿原则”的典型案件进行对比分析,使读者充分了解这些引起广泛关注的案件实质具有重要的意义。

毕谦琦博士的《〈经典释文〉异读之形态研究——以去声读破和声母清浊交替为考察对象》一书选取《经典释文》异读中去声读破和声母清浊交替这两类辖字最多的异读现象为研究对象,讨论了190组异读词,整理出使动态、被动态、及物范畴、非自主范畴、完成体、方向范畴、谦敬语范畴、

名词化、名谓化等 9 个语法范畴。

于文博士的《出版商的诞生——不确定性与 18 世纪英国图书生产》一书尝试从历史角度对现代出版商——这个特定的“文化中间人”群体的萌芽产生过程放置在文化生产方式变迁的视域中进行考察,以期展现揭示出版业及文化产业演进的规律与特征。

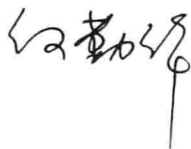
刘永根博士的《网络与劳动力市场回报的实证研究》一书对中国城市居民社会网络与劳动力市场回报的实证研究,试图理解建国以来各个历史时期动用社会网络求职给个体生活际遇带来的种种影响及后果。研究采用 2009 年“中国大城市社会网络与职业经历”(JSNET2009)调查数据,对 7 102 名城市成年居民的求职网数据进行数据分析。本书逻辑清晰,研究思路和研究框架合理,资料丰富,为社会网络和个体化研究提供了融合的视角,在理论和实证方面都对以前的研究有所推进。

王海军博士的《古代俄罗斯民商法研究——以〈罗斯法典〉时代为考察中心》一书以古代俄罗斯民商事法律制度为基础,结合当时的社会、经济和政治环境进行了较为全面的解读。本书认为虽然不能单纯地从一部法典来完全反映和解释当时的实际情况,但是我们可以从这些法律条文中了解一定历史事实。

胡骏博士的《19 世纪以来欧美国家的古希腊法研究》一书认为古希腊法对近代西方社会相关法律制度的形成具有重要影响,尤其是在民主宪政和刑事立法领域,但对欧美国家古希腊法研究的学说史研究方面一直没有学者涉足,最新的研究也还停留在对亚里士多德、柏拉图相关法学论述进行解读的传统研究阶段。对欧美学者从事古希腊法研究的学术历程进行回顾和总结,是一项开拓性的新课题。作为罗马法诞生前一个影响空前的法律体系,古希腊法研究的重要地位一直被人忽视。古希腊法律史的研究对于认识“法律如何成长、何种因素引发和促进其成长”等法学基本问题具有重要意义。

纵览科学研究院“社科文库”第五辑,其中既有资深教授毕生的学术

研究汇总,有中年教师的呕心沥血之作,更多的则是青年教师的富有朝气且视野开阔的创新成果。这些著作或许是他们研习多年的博士论文,或许是在博士论文基础上的深化和提高,或许是在博士论文研究基础上攀登新的学术峰巅的起步之作……科研成果的获取并非易事,它需要研究人员投入全部的智慧与心血。当今社会正处于多元化的转型期,我认为科研人员应尽量摒弃杂念,埋首书斋,真心实意地搞点研究、做点学问。淡泊名利、潜心治学是一名学者取得成就的前提条件。正如著名科学家丘成桐所说:“好的科学家首先要坐得住。”这“坐得住”,我的理解就是要耐得住寂寞。



2014 年 10 月

序

代议民主多数情况下是以代议机关立法和做重大决定为重心的,因而难免有其结构性缺陷。20世纪60年后期,西欧、北美爆发的大规模的群众运动,从制度角度看,其实是对代议民主的一种挑战。这场“民主危机”和随后席卷全球的公共行政改革,成为公众参与行政的强大助推剂。通过论证会、讨论会、听证会等多种途径,公众直接参与行政决策,影响行政过程,成为公共决策民主性和科学性的有力保障。行政民主作为“行动中的民主”,也成为代议民主的重要补充。行政民主不仅能够弥补代议制下精英政府的缺陷,提升行政决策的科学性、可接受性和可操作性,还有利于实现行政参与主体的参与权。

公众参与行政过程,是人民当家作主在行政领域的实质所在,是实现公民权利的基本途径。公众有效参与行政过程,是提高政府治理水平、改进政府治理方式、完善国家治理体系的重要内容,也是我国民主法治建设的重要标志。我国《宪法》规定,国家的“一切权力属于人民”,人民通过全国人民代表大会和地方各级人民代表大会行使国家权力,这是根本性的。但仅有根本性的民主形式还不够,还需要其他的民主形式做补充。所以,我国《宪法》还规定,“人民依照法律规定,通过各种途径和形式,管理国家事务,管理经济和文化事业,管理社会事务。”《行政处罚法》、《行政许可法》、《价格法》等一系列行政法律制度也为公众参与行政过程提供了法律保障。行政听证、政府信息公开、公益代表人参与行政过程等公众参与形式,成为行政执法领域的一道亮丽风景。行政公益诉讼,尤其是涉及政府信息公开、环境保护的公益诉讼,最近几年增速很快,也成为行政诉讼制度发展的重要内容。

李卫华博士选择“公众参与对行政法的挑战和影响”作为其博士后研究工作的重点,抓住了宪法学和行政法学交叉领域关照实践的前沿性问

题。做为她的博士后合作导师,我非常欣慰地看到了她关注和研究此课题的执着和努力。今天,李卫华博士把博士后报告修改形成本书稿,请我作序,我很高兴看到她的研究成果能够面世,也很乐意玉成此事。

本书针对公众参与对行政法的挑战及影响的研究,有独特的研究视角和创新之处。例如,公众参与的主要驱动是共同利益而非公共利益。公众在行政过程中参与的情形,大多源于对一定范围内共同利益的追求和维护。共同利益的基础主要是个人利益,是处于同一社会关系和社会地位中的人们各自利益的相同部分。只要一定范围内的人们,在特定的时间和空间中,具有共同的利益被行政行为影响或可能影响,这些人就可能成为该项行政行为的利害关系人,基于共同利益的驱动而成为该项行政行为的参与主体。又如,公众参与行政程序的法律地位是利害关系人而非公民。公众参与行政程序的主体地位,并不等同于政治参与行为中“公民身份”,而是根源于其与行政过程的法律上利害关系。因而公众参与行政并不发生于所有行政行为中,除了抽象行政行为外,主要指向相对人为不特定多数人的具体行政行为以及相关人为不特定多数人的具体行政行为。如可能影响环境的规划许可行为、药品食品许可行为、质量认证行为、价格规范行为、建筑规划行为等。再如,应建立共同代理人和公益代表人制度以提升公众参与行政程序的效率。共同代理人制度是一项利害关系人为多数人的情形下,实现群体的理性参与、提升行政程序效率的保障制度;公共利益代表人制度,则为存在广泛且分散的利益在行政过程中需要集中表达提供了制度保障。只有在行政程序中公共利益得到充分表达和尊重,才能增强行政行为的合理性和合法性,也能减少因此而产生的行政纠纷。这些论述,对于健全行政程序法,发展行政诉讼法,完善行政法治,都有一定的借鉴价值。

当然,本书对一些问题的研究还有待继续,对公众参与的深厚理论渊源还需深入挖掘,所提出的行政法制发展建议还需更体系化,一些观点也还存在争论。这些都需要作者在进一步的学习和探讨中去努力完善。希望作者能够在此领域继续钻研下去,做出更多的研究成果。

童之伟

2014年夏于上海

目 录

序 / 1

导 论 研究思路 / 1

第一章 公众参与在行政领域的兴起 / 5

一、公众参与有力地推动了行政民主 / 5

（一）代议制民主的困境促使人们关注行政参与 / 5

（二）公共行政改革是公众参与行政的契机 / 7

（三）行政民主已经成为国际潮流 / 9

（四）公众参与对行政法制发展提出了挑战 / 12

二、公众参与实现了行政的公共性 / 13

（一）行政权力的本质是公共权力 / 13

（二）公共性是行政法治的基础 / 14

第二章 公众参与行政的现实困境 / 17

一、行政主体“欲迎还拒”的摇摆态度 / 17

二、社会大众“搭便车”的消极心理 / 20

三、“枪打出头鸟”的体制尴尬 / 22

四、参与者“挟公济私”的矛盾动机 / 25

第三章 公众参与行政程序的正当性 / 27

一、利益基础：公共利益 VS 共同利益 / 27

（一）公共利益难以界定 / 27

（二）利益多元普遍化 / 31

（三）共同利益是公众参与的主要驱动 / 33

二、主体地位：公民 VS 利害关系人 / 35

（一）公民主要指向政治实践 / 35

(二) 行政参与主体是利害关系人 / 39

三、激励机制：公民自觉 VS 法律保障 / 47

(一) 政治参与有赖公民自觉 / 47

(二) 行政参与有赖法律保障 / 49

第四章 公众参与促进行政行为综合意志的形成 / 52

一、有关“行政行为单方意志性”的论断 / 52

二、行政行为单方性论断的矛盾窘境 / 53

三、行政相对人的主体性瓦解了单方行政的格局 / 58

四、行政程序法治化赋予了行政过程交互性 / 60

五、行政行为是行政主体与行政参与主体综合意志的反映 / 64

(一) 广义型行政行为 / 64

(二) 强制性行政行为的综合意志性 / 66

(三) 非强制性行政行为的综合意志性 / 69

六、行政行为的综合意志性是现代行政的必然取向 / 71

第五章 公众参与对行政程序制度的挑战 / 74

一、信息公开制度 / 74

(一) 知情是参与的前提 / 74

(二) 知情权必须转化规定为行政主体的告知义务 / 76

(三) 信息公开制度的完善 / 78

二、公众意见表达制度 / 81

(一) 表达是参与的基础 / 81

(二) 表达权必须转化规定为行政主体的听证义务 / 83

(三) 听证制度的完善 / 85

三、共同代理人制度 / 87

(一) 各国行政程序法中的共同代理人制度 / 87

(二) 共同代理人制度是对共同诉讼代表人制度的借鉴 / 89

四、公益代表人制度 / 90

(一) 美国公益代表人制度的发展 / 90

(二) 公益代表人制度在我国的萌芽 / 92

第六章 社会公共行政主体制度对公众参与的保障 / 99

一、社会公共行政的兴起 / 99	
(一) 公共行政的形成 / 99	
(二) 第三部门的崛起 / 100	
二、社会公共权力的性质 / 102	
(一) 社会公共权力来源 / 102	
(二) 社会公共权力的本质是人民授权 / 103	
三、社会公共行政主体的法律地位 / 105	
(一) 大陆法系的公务法人与公法人 / 105	
(二) 我国的法律法规授权组织 / 107	
(三) 社会公共行政主体表述更准确 / 108	
第七章 行政诉讼制度的发展对公众参与的保障 / 110	
一、原告资格制度 / 110	
(一) 原告资格的发展脉络 / 110	
(二) 行政程序参与主体与行政诉讼原告资格的一致性 / 112	
二、社会公共行政主体应纳入行政诉讼被告的范围 / 114	
(一) 现行的“谁主体、谁被告”标准 / 114	
(二) 社会公共行政主体的被告资格 / 115	
三、行政公益诉讼制度 / 119	
第八章 公众参与行政过程的个案分析：旧城改建中的公众参与 / 123	
一、问题：旧城区改建，市场运作抑或政府主导？ / 123	
二、上海市“二次征询”程序的创新探索：行政程序主导 / 125	
三、民意表达的前提：准确、及时、全面地公开信息 / 127	
四、民意表达的保障：遵循平等原则 / 129	
五、民意表达的法律效果：公共决策的综合意志性 / 131	
参考文献 / 137	