

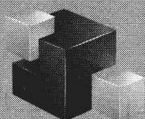
Administrative Law from Case Transition

个案变迁中的行政法

章志远 / 著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA



Administrative Law from Case Transition

个案变迁中的行政法



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

个案变迁中的行政法 / 章志远著. —北京:法律出版社, 2010. 12

ISBN 978 - 7 - 5118 - 1439 - 5

I. ①个… II. ①章… III. ①行政法—研究—中国
IV. ①D922. 104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 212845 号

个案变迁中的行政法

章志远 著

责任编辑 王旭坤

装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 9.5 字数 242 千

版本 2011 年 1 月第 1 版

印次 2011 年 1 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 独立项目策划部

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 固安华明印刷厂

责任印制 张宇东

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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 1439 - 5

定价:29.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



章志远

男，1975年5月出生，安徽贵池人。1992年9月至1999年7月，在安徽大学法学院就读，获法学学士、硕士学位；1999年9月至2002年6月，在苏州大学法学院就读，获法学博士学位。2002年7月毕业留校任教至今，2005年4月晋升副教授，2009年6月破格晋升教授，2009年12月入选“中国法学新秀100”。现为苏州大学法学院教授、宪法学与行政法学专业硕士生导师，系江苏省高校“青蓝工程”中青年学术带头人、优秀青年骨干教师，兼任中国行政法学会理事、江苏省行政法学会常务理事、苏州大学法学院图书馆馆长。主要研究领域为行政法学、行政诉讼法学、民营化与政府规制，在《中国法学》、《法学研究》等刊物独立发表论文九十余篇，二十余篇论文被人大复印资料、中国社会科学文摘、高校文科学报学术文摘全文复印或转载。出版个人学术专著《行政行为效力论》、《行政诉讼类型构造研究》、《行政诉讼法前沿问题研究》、《个案变迁中的行政法》等四部，与导师杨海坤教授合著《中国行政法基本理论研究》、《中国特色政府法治论研究》、《行政判例研究》、《行政诉讼法专题研究述评》等六部。独立主持完成司法部、中国法学会、江苏省教育厅、江苏省法学会等十余项科研项目，科研成果曾获司法部第二届法学研究优秀成果一等奖、江苏省第十届哲学社会科学优秀成果三等奖及其他市厅、学校级奖励二十余项。2008年2月至2009年2月在美国爱荷华大学法学院做访问学者；2009年11月赴韩国蔚山大学从事学术交流活

在书斋中寂静地守望 (代序)

如果从1999年9月追随恩师杨海坤教授研习行政法学攻读博士学位时算起,迄今为止,我在行政法学历园地里已经耕耘了整整11个年头。可以说,过去的这十年,是国内行政法学研究阔步前进的十年,行政法学研究主题不断变奏、研究方法不断更新,行政法学著述日渐丰厚、学术人才辈出,已然呈现出“五世同堂”(章剑生教授语,见其个人博客“一介书生”)的学术格局。在如此激烈的学术竞争中,什么才是你的贡献呢?

人生充满着几多偶然。自踏上行政法学历研之路以来,我就一直“蜗居”在这座温婉有余的江南名城。虽然这座城市有着悠久的历史 and 深厚的文化底蕴,但在中国的法学学术版图中,它却是一个已被严重边缘化的区域,既非省会城市又远离京城,还身陷长三角地区众多名校法学院的“包围”之中。生活在这样一座城市,工作在这样一所法学院,究竟应该怎样去从事适合自己的行政法学历研究呢?

资质平庸的我多年以来一直都没有放弃对这个问题的思考与探索。在前五年半的时间里,我的研究主要是围绕博士学位论文《行政行为效力论》(中国人事出版社2003年版)和专题式行政法教科书《中国行政法基本理论研究》(与杨海坤教授合著,北京大学出版社2004年版)的写作而展开的。这两项研究工作都属于行政法基本范畴、基本理论研究,虽然其

中也运用了某些实证的研究方法,但基本上还是属于书斋式的写作,并没有受到地缘因素的不利影响。自2005年4月晋升副教授开始,在后五年半的时间里,我的研究实际上已经离开了纯粹的行政法基本理论领域而转向行政诉讼的制度研究和行政法的个案分析。除了完成司法部同名课题《行政诉讼类型构造研究》(法律出版社2007年版)及主编《行政诉讼法专题研究述评》和《行政判例研究》(由中国民主法制出版社分别于2006年、2007年出版)外,作为代表性论文汇集的《行政诉讼法前沿问题研究》(山东人民出版社2008年版)算是这一个阶段的总结。鉴于国内行政诉讼制度运行受挫和研究持续低迷的状况,上述研究成果对行政诉讼法学研究的复苏多少起到了一定的推动作用。

收入本书的十六个篇目则是我个人在行政法个案分析上的一次小结。作为以面向真实世界社会治理难题为己任的部门法,行政法的研究无疑需要浓厚的问题意识和独特的实证方法,进而产出更多适应转型中国社会需求的研究成果。鉴于“大兵团式”的田野调查需要动用相当的社会资源,而这恰恰是我个人力量和所处环境所无法具备的,因而我选择了“在书斋中寂静地守望”。其实,“书斋不是象牙之塔,身在书斋即是生活在社会之中”。(梁治平先生语,见其学术随笔《书斋与社会之间》自序)正是抱着这样的信念,这五年来我将眼光主要投向“处江湖之远”的基层社会治理实践,注意从社会热门事件、典型行政个案及司法个案、重要文本演变切入,运用实证的方法观察个案变迁之中的行政法,努力缩小地缘劣势对自身学术研究的负面影响。

在书斋中寂静地守望,亦要紧随时代发展的脉搏,关注具有社会轰动效应的行政个案与司法个案,探讨其中的行政法问题。在收入本书的一些篇目中,“姓名权第一案”、“重庆烟民被拘案”、“上海钓鱼执法事件”、“首例政府临时接管特许经营权案”、“民营消防队见火不救事件”、“泉州民营义务教育回收事件”、“十堰公交全盘民营化尴尬谢幕事件”等鲜活的个案都曾经引起过我的高度关注。通过全面梳理这些中国改革进程中具有典型社会意义的个案,可以发现其间所蕴含的社会治理难题,进而完

全能够站在行政法学的立场作出较为专业的判断和深入的研究。例如,“重庆烟民被拘案”既反映了实践中对行政处罚裁量基准的认识误区,也反映出行政机关的个案裁量活动对公共政策的实际遵循,进而为行政裁量的研究提供了重要素材;“上海钓鱼执法事件”所暴露出的行政伦理、正当法律程序问题吸引了公众的眼球,但其背后所隐藏的行政惯例拘束力问题则更具学术价值,描绘了行政裁量规范依据的多元化图景,为寻求行政裁量的“法外”控制提供了重要思路。又如,诸多民营化改革举措的受挫,反映出公私合作治理的界限及政府责任的缺失,为后民营化阶段政府规制责任的承担提供了佐证。这些研究无疑拓宽了传统行政法学的研究疆域,为枯燥的行政法理论抹上了一丝丝亮色。

在书斋中寂静地守望,亦要追踪行政管理的制度创新,探究政策变迁与制度变迁对行政法的影响。在收入本书的一些篇目中,“上海私车牌照拍卖”、“强制婚检改为自愿婚检”、“治安承包改革遭受非议”等特定行政管理领域中的制度变革就具有重要的学术价值。这些改革实际上都是对诸多利益纠结的一种权衡,展现了不同利益之间的博弈,也预示着新的制度变革的可能。此外,围绕党的十七大报告的政策解读和最高人民法院新近诸多重要司法文件的政策解读,也对未来一段时期内的行政法学及行政诉讼法学研究提出了一系列重要课题。这些研究体现了浓郁的法政策学色彩,在一定程度上增进了行政法学的现实回应性。

在书斋中寂静地守望,亦要全面梳理制度运作的外在环境,探究行政法制度走出困境的解决之道。在收入本书的一些篇目中,价格听证制度的现实命运、行政调查法制的现实状况、群体性事件的诉讼化解机制等都引起了我的浓厚兴趣。通过大量个案及文本梳理,能够揭示价格听证制度陷入困境的原因,从而洞察行政调查法制化存在的课题,显示群体性事件不同解决方案之间的优劣,进而找到有关行政法制度摆脱困境的适宜路径。这些研究都立足于大量的实证素材,进而保证了研究结论的真实度和可信度。

在书斋中寂静地守望,这既是作者的为学之道,也是作者的生活之

道。至于在这种螺蛳壳里究竟能否作出道场,这种研究进路究竟有无理论贡献,只能留待学界前辈师长、同辈学友及读者诸君批评指教。不过,对于作者而言,每思自己过去五年多来艰难地行走于居所与学校之间、艰难地行走于育女与研究之间,认真且富有激情地写下属于自己的每一个文字时,心中就不再惶恐。

章志远

2010年盛夏于姑苏城外新景苑寓所

目 录

在书斋中寂静地守望(代序)	1
第一章 姓名、公序良俗与公权控制	1
一、“中国姓名权第一案”折射社会管理新课题	1
二、姓名公权控制的历史沿革	3
三、姓名政府规制策略的革新	7
四、迈向行政法案例分析的新境界	15
第二章 婚检、利益冲突与规制重塑	20
一、婚检政府规制模式变迁的回顾	22
二、两类婚检规制模式下的利益考量	25
三、介于两类婚检规制模式之间的非正式制度尝试	33
四、婚检政府规制的结构重塑	36
第三章 私车牌照拍卖、规制与行政法的革新	44
一、上海私车牌照拍卖争议折射政府规制难题	44
二、作为过渡性规制手段的牌照拍卖	47

三、政府车辆规制策略的革新	50
四、迈向以本土问题解决为导向的新行政法	57
第四章 “烟民被拘案”呼唤理性对待裁量基准	61
一、“烟民被拘案”折射裁量基准认识误区	61
二、正确理解裁量基准的制度功能	63
三、理性裁量基准的运作模式	67
四、通过理性裁量基准遏制裁量滥用	72
第五章 作为行政裁量“法外”依据的公共政策	75
一、隐藏在行政裁量背后的公共政策	76
二、公共政策导入行政裁量过程的消极影响	81
三、行政裁量过程中公共政策的规范路径	84
四、结语：寻求行政裁量法外控制的尝试	87
第六章 行政惯例如何进入行政裁量过程	89
一、隐藏在“上海钓鱼执法事件”背后的重要议题	89
二、行政惯例对个案裁量活动的导引	91
三、行政惯例导入个案裁量过程的消极影响	95
四、行政裁量过程中行政惯例的规范路径	98
第七章 公交特许经营、规制改革与新行政法的兴起	103
一、“湖北省十堰市公交民营化”尴尬谢幕折射政府规制 新课题	103
二、民营化的本质是公私部门合作治理	108
三、政府规制革新是摆脱民营化困境的根本之道	113
四、迈向以回应真实世界为己任的新行政法	126

第八章 公用事业特许经营中的临时接管制度研究	132
一、“首例政府临时接管特许经营权案”引发讨论契机	132
二、公用事业特许经营临时接管制度的立法梳理	135
三、公用事业特许经营临时接管制度的行政法分析	138
第九章 民营化:消防管理体制改革的—种路径	146
一、“民营消防队见火不救”凸显体制之弊	146
二、消防服务民营化之必要性	148
三、消防服务民营化之模式选择	152
四、消防服务民营化之后续政府规划	155
五、通过民营化破解行政管理体制改革难题	158
第十章 行政法学视野中的治安承包	160
一、饱受非议的治安承包改革	160
二、治安承包改革的现状分析	162
三、治安承包改革的正当性证成	165
四、治安承包制度完善的基本思路	169
五、迎接公共行政民营化时代的到来	175
第十一章 义务教育民营化的行政法分析	177
一、“泉州民营义务教育回收事件”引发讨论契机	177
二、义务教育发展中的政府责任	179
三、接受可选择的义务教育	183
四、私人兴学的自由	185
五、通过公私合作实现义务教育事业的腾飞	187

第十二章 价格听证困境的解决之道	192
一、价格听证制度实施情况令人担忧	192
二、健全听证代表遴选机制是摆脱价格听证困境的前提	195
三、消弭价格信息的不对称是摆脱价格听证困境的关键	202
四、提升听证案卷法律效力是摆脱价格听证困境的核心	207
第十三章 我国行政调查法制化的现状与课题	214
一、行政调查研究踟躇不前呼唤范式变迁	214
二、消防行政调查法制概述	217
三、消防行政调查法制化存在的主要问题	221
四、健全行政调查法制面临的基本课题	225
五、依托个别化研究实现行政调查的法制化	229
第十四章 团体诉讼:群体性事件有效化解的一种 路径	231
一、群体性事件频发呼唤有效化解机制的建立	231
二、团体诉讼之于群体性事件化解的比较优势	234
三、群体性事件团体诉讼化解机制的建构	237
四、回归诉讼正途有效化解群体性事件	245
第十五章 我国国家政策变迁与行政法学的新课题	247
一、民生关注推动给付行政法研究	248
二、有序参与催生公私合作制研究	257
三、利益统筹促进多元化纠纷解决机制研究	264

第十六章 我国司法政策变迁与行政诉讼法学的

新课题	271
一、从“是非曲直型”到“纠纷解决型”	272
二、从“损害修复型”到“民生保障型”	276
三、从“封闭对抗型”到“开放合作型”	279
后记	284

第一章 姓名、公序良俗与公权控制

一、“中国姓名权第一案”折射社会管理新课题

现年 23 岁的赵 C 在换领第二代身份证时,被鹰潭市公安局月湖分局以“赵 C”之名不符合规范、无法录入户籍网络为由拒绝。为维护姓名权,赵 C 于 2008 年 1 月 4 日向鹰潭市月湖区人民法院提起行政诉讼,法院以公民享有姓名权、赵 C 的姓名符合法律规定、使用 22 年间未给国家和社会及他人造成不利为由,于 2008 年 6 月 6 日作出判决,责令鹰潭市公安局月湖分局允许赵 C 以“赵 C”为姓名换发第二代身份证,并在法定期限内办理完毕。鹰潭市公安局月湖分局不服判决,向鹰潭市中级人民法院提起上诉。随后,赵 C 案入选 2008 年度“中国十大影响性诉讼案件”,并被媒体誉为“中国姓名权第一案”。^① 2009 年 2 月 26 日,这一备受社会关注的行政案件终于尘埃落定。但出乎人们意料的是,二审法院并未对一审法院判决理由作出任何评价,而是通过“协调”促使上诉人鹰潭市月

^① 事实上,在赵 C 案之前国内就已经发生过类似公民申请改名遭拒而提起行政诉讼的案例,比较典型的有 2004 年上海市民王徐英改日本名“柴冈英子”被拒案,只是该案并未引起学界的关注而已。参见曹筠武:“上海人改日本名起风波”,载《南方周末》2004 年 12 月 23 日第 A8 版。

湖公安分局与被上诉人赵 C 达成和解,即赵 C 同意变更姓名并使用规范汉字依法申请变更登记、月湖公安分局免费为其办理更名手续并撤回上诉。在此基础上,二审法院当庭裁定准许上诉人撤回上诉,并撤销一审判决。^①

除了媒体热议之外,赵 C 案还引起了部分法律学者的关注。就在该案一审判决作出之后,宪法学者刘练军博士即撰文分析了姓名权的宪法基本权利属性,主张对姓名权的限制必须遵循法律保留原则,并表达了对宪法基本权利规范转变为控制国家行政权力的实效性规范的热切期望;^②学者沈桥林、肖萌则从诉讼法学角度分析了二审裁定在诉讼程序上的诸多瑕疵。^③ 这些研究对于公民姓名权的法律保护及行政诉讼程序的完善固然重要,但这种以请求权基础为核心的案例分析却忽略了行政法上的案件“往往涉及高度的利益冲突或公共政策上的争议”,^④使得人们无法仅仅从现实的规范层面获得对案件的完整理解和确当处置。就赵 C 案而言,其所涉争议主要体现在法律和政策两个层面。其中,法律层面的争议涉及公安机关拒绝更换姓名的低位阶规范依据(包括《公安部关于启用新的常住人口登记表和居民户口簿有关事项的通知》和《姓名登记条例(初稿)》)与《民法通则》、《居民身份证法》及《国家通用语言文字法》等有关法律条款适用间的冲突与消解;政策层面的争议则涉及在一个个性充分张扬的时代,规制机关能否以维护民族文化遗产等为理由对公民的姓名

① 有关赵 C 案的相关报道,可参见陈杰人:“赵 C 办身份证胜诉彰显公民权利多元化”,载《新京报》2008 年 6 月 8 日第 A2 版;杨涛:“赵 C 的姓名权官司为什么能赢”,载《东方早报》2008 年 6 月 11 日第 A23 版;赵蕾:“‘赵 C 案’的两难选择”,载《南方周末》2009 年 3 月 5 日第 A3 版。

② 刘练军:“姓名权能走多远——赵 C 姓名权案的宪法学省思”,载《法理论丛》2009 年第 1 期。

③ 沈桥林、肖萌:《司法铁肩如何担当社会道义——鹰潭中院赵 C 案裁定的省思》,参见网页 http://www.calaw.cn/Pages_Front/Article/ArticleDetail.aspx?articleId=4549,访问日期:2009 年 3 月 10 日。

④ 叶俊荣:《行政法案例分析与研究方法》,台湾三民书局 1999 年版,第 23 页。

取舍活动进行干预?^① 进一步言之,在社会环境已然发生深刻变革的背景下,规制机关将如何应对公民姓名自由取舍的诉求? 是否存在更为合理的替代性规制手段? 相比之下,政策层面的分析更具现实价值,它能够使人们在更加广阔的视野中去审视行政案件背后所蕴涵的复杂议题。

晚近以来,我国行政法上兴起的政府规制分析方法恰好回应了这种政策反思的社会需求。“规制理论是政策分析,但比一般常见的政策分析,对法律的讨论更为深入。规制理论是法律学科内的整合,它不只是行政法,不只是公法;而是为了彻底解决问题而运用各种法律手段、法律机制、法律思想的理论。”^②可见,规制分析方法能够使行政法学的触角延伸到对个案权利救济背后所隐藏的制度与政策面的考量与关照,从而有效地弥补传统的以司法权力救济为核心的分析方法的不足,推动良好行政政策的形成。沿着这样的研究思路,下文将在回顾姓名公权控制历史沿革的基础上,通过我国当下姓名规制环境变迁的展示,剖析姓名政府规制的目标设定与手段选择,进而描绘出理想的姓名政府规制新图景,实现现代行政法保障私人权益和提升公共福祉的双重机能。

二、姓名公权控制的历史沿革

人类能够给自身命名的行为开始于远古时代。从那以后,姓名就成为人们社会交往的必不可少的工具。从某种意义上来说,具有给自身命名的能力正是人类区别于一般动物界的显著标志之一。人类学者的研究

^① 值得关注的是,国内一些民法学者也主张对姓名的取舍和变更给予必要限制。例如,杨立新教授即认为,姓名权中的名字是可以自由选择的,可以自由命名,但是姓氏代表的则是亲属的血缘,不能随意选择。对于子女来说,不能选择第三姓,只能随父姓或者随母姓。参见杨立新:《人身权法论》,人民法院出版社2006年版,第470页。王利明教授虽主张自然人可以基于各种原因申请更改自己的姓名,但同时也指出不能基于不正当目的而取与他人相同的姓名,甚至认为基于不正当目的而改名换姓也是一种滥用更名权的行为。参见王利明:《人格权法研究》,中国人民大学出版社2005年版,第417—418页。

^② 张永健:“论药品、健康食品与食品之管制”,台湾大学法律研究所2003年硕士学位论文。

表明,人的姓名绝不仅仅是为了满足社会交往的需要而产生的简单符号,它与民族国家、社会制度、历史阶段、婚姻形态、风俗习惯、语言文字、思维方式、价值观念均有密切的关系,承载着代表群体个体、表明等级身份、规范婚姻秩序、弥补命运缺憾、指代特殊事物、体现社会评价和凝聚文明精华等社会功能。^①正是因为姓名具有广泛的社会意义,各个国家不同历史时期的姓名取舍活动都受到公权或多或少、或深或浅的控制。特别在中国历史上,姓名和姓氏制度早已发展成一种极其复杂的社会制度和意识形态。姓氏认定的严格烦琐和社会宗教寓意,使得中国人对姓氏意义的深切关怀远远超出世界上其他任何一个民族。^②

皇权干预与宗法渗透是中国古代姓名控制的两大特点。皇权至上是中国古代社会皇权专制统治的集中体现。皇权控制着一切社会资源的分配,甚至直接干预姓名的取舍。皇权对姓名的干预至少表现在两个方面:一是皇帝对臣属的改姓、削名和追谥;二是百姓取名对皇帝姓名的避讳。在宗法体制下,姓氏本来不可随意改变,但皇帝基于个人好恶却可以随时对臣属姓氏进行改动。这种改动既可能基于皇帝对臣属的宠爱和赏识,如西汉刘邦恩赐谋臣娄敬姓刘、南明隆武帝赐郑成功姓朱等,也可能基于皇帝对臣属甚至亲属的愤恨与报复,如武则天将高宗皇后王氏改姓为蟒、将越王李贞改姓为虺等。除了因个人好恶而肆意改姓外,皇权对姓名的干预还表现为百姓取名必须避帝王之讳。因避皇帝的名讳而改变自己的名字,在历朝历代都是常见现象,避讳改名的方式通常包括直接改名、改称名为称字、将双名中犯讳之字删去等三种。^③更有甚者,唐太宗李世民登基之后,不仅“世、民”二字在百姓取名中销声匿迹,就连中央六部之一的民部也改为户部,并为唐以后的历朝所沿袭,可谓姓名史上一大奇观。^④

① 何晓明:《姓名与中国文化》,人民出版社2001年版,第5—17页。

② 钱杭:《血缘与地缘之间:中国历史上联宗与联宗组织》,上海社会科学院出版社2001年版,第82页。

③ 参见金良年:《姓名与社会生活》,文津出版社1990年版,第60页。

④ 何晓明:《姓名与中国文化》,人民出版社2001年版,第252页。