

# 社会治理新模式 与行政法的第三形态

江必新 邵长茂\*

---

**内容提要：**基于外部环境及自身理念、结构、功能的变化导致的不同外观，现代行政法在中国的发展历程可以概括为三种形态。以“自由权和社会权—公共行政权”为主轴的第三形态，因应“党委领导、政府负责、社会协同、公众参与”治理新模式的产生而产生，通过国家任务、行政主体以及行为方式的社会化得以建构，并对发展和突破现有行政法制及理论提出了要求。

**关键词：**行政法的形态 社会治理模式 公共行政权

---

## 一、现代行政法的三种形态

形态是事物的形状或表现形式。基于外部环境及自身理念、结构、功能的变化导致的不同外观，现代行政法在中国的发展历程可以概括为三种形态。<sup>〔1〕</sup>

第一形态以“国家行政权—公民自由权”为主轴。基本特征是：（1）公共行政权为政府所独占，<sup>〔2〕</sup>相对人权利主要是功能为防御政府权力侵害的公民自由权；（2）行政机关与相对人之间的关系为命令与服从的关系，国家行政权处于行政法律关系的主导地位；（3）政府活动方式以直接行政、公权力行政、秩序行政为主；（4）行政法的内容主要由关于个体权利救济的法律和关于行政行为的法律两部分构成；（5）行政法的任务是通过行政立法、行政程序与司法审查控制国家行政权以保障人民权利；（6）行政法的基本理念是自由。第一形态的形成条件主要是：（1）经济建设取代阶级斗争成为国家的核心任务，<sup>〔3〕</sup>“效率优先、兼顾公平”原则被确认；（2）逐渐从“政府—国家”裂变出相对独立的“企业—市场”；（3）法治理念确立，从法律上保障公民不受政

---

\* 江必新，中南大学教授；邵长茂，中南大学政治学院博士研究生。

〔1〕 我国行政法的第一形态与西方国家的形式法治国，第二形态与西方国家的社会法治国，在某些特征上具有一定的对应性，这是行政法发展历程上的共通性决定的。但从功能、结构、内容等角度看，双方并不等同，有些方面相去甚远，直接套用西方理论模型衡量中国情况局限性较大。

〔2〕 在制定我国行政诉讼法时即有“法律、法规授权的组织”。但考虑到在当时这些组织的数量极少，受到国家控制的程度极高，官方色彩极浓，并非真正意义上的社会主体，从类型化角度不宜划归到第一形态中。

〔3〕 1979年的《政府工作报告》指出：“当前以及今后相当长的一个历史时期，我们的主要任务，就是有系统、有计划地进行社会主义现代化建设。”1993年的《政府工作报告》再次指出：“过去的五年，党和国家在处理国内外一系列复杂问题时，始终坚持了经济建设这个中心”，“天下事错综复杂，风云变幻，遇到什么问题就解决什么问题，不能偏离经济建设这个中心，各项工作都要服从和服务于这个中心”。

府公权力侵害成为共识。

第二形态以“自由权和社会权—国家行政权”为主轴。基本特征是：(1) 服务理念兴起，相对人作为公共服务消费者居于法律关系的主导地位，对政府提供与经济发展相适应的福利具有法律上的请求权；(2) 行政法需要协调社会权、自由权之间的关系及其与行政权之间的关系；〔4〕(3) 政府活动方式由秩序行政为主转变为秩序行政与给付行政并重；(4) 直接行政的特征仍明显，但给付行政以及私经济行政日益兴盛；(5) 行政法的任务包括授权、控权和服务三重面向；(6) 行政法的基本理念是平等。第二形态的形成条件主要是：(1) 市场经济的繁荣奠定了国家和社会发展的经济基础，并使协调经济发展与社会福利的关系成为要务；(2) 以宪法为依据的人民的主人地位以及政府的服务地位逐渐得到体现和落实。政府围绕人民需求确定其任务，行政法的授权和服务功能被强调；(3) 服务型政府成为行政管理体制改革的目标，在经济调节、市场监管、社会管理和公共服务这四项政府职能中公共服务的权重渐高。〔5〕

第三形态以“自由权和社会权—公共行政权”为主轴。基本特征是：(1) 社会主体（非政府组织、私人等）从事部分公共事务；〔6〕(2) 公共行政包括国家行政与社会行政两类；(3) 合作行政方式兴起；(4) 行政法具有三元结构：“国家行政权—相对人权利”、“社会行政权—相对人权利”以及“国家行政权—社会行政权”；(5) 行政法的任务在授权、控权和服务之外，需致力于促成并保障社会自治和民主参与；(6) 行政法的基本理念是民主。第三形态的形成条件主要是：(1) “党委领导、政府负责、社会协同、公众参与”的治理模式确立，〔7〕国家还权于社会并着力培育和发展社会力量以塑造均衡政治生态结构；(2) 在“政府—国家”和“企业—市场”之外出现社会治理的第三场域，即“非政府组织—社会”；(3) 改革开放持续深入，科学发展、和谐稳定、社会全面建设取代经济发展、构建社会主义市场经济体制成为国家核心任务。

形态的变化揭示了我国行政法通过权利保护范围与权力主体结构的交替延展而得以进化的规律。从阶段上讲，现代行政法在我国已经完成了从第一形态到第二形态的转变，正处于第三形态的形成期。当然，第三形态也不是现代行政法的终结形态。可以预见，自由权、社会权以外的其他权利（如政治权利、成员发展权）将纳入现代行政法的保护范围，行政法主体的范围和结构将更加丰富多样，行政方式也将在秩序行政、服务行政、合作行政的基础上继续拓展。这些变化将为形塑行政法之未来形态创造条件。

## 二、社会治理新模式与现代行政法第三形态的建构

现代行政法的第三形态因应社会治理新模式的产生而产生。“党委领导、政府负责、社会协同、公众参与”治理模式的提出，是对有限政府的国家任务瘦身要求与服务型政府的国家任务扩

〔4〕“行政法上应当着眼于协调社会权与民事自由权之间的关系，规范政府的发展权，提高政府统筹职能的有效性，克服政府部门对GDP的不当偏好，减少和消除影响科学发展的法律和行政障碍。”于安：《论协调发展导向型行政法》，《国家行政学院学报》2010年第1期。

〔5〕即在加强和改善经济调节、市场监管的同时，更加注重社会管理和公共服务，维护社会公正和社会秩序，促进基本公共服务均等化。

〔6〕“公共事务”一词，与“公务”、“公共服务”、“公共任务”等概念有重叠和交叉，但我国法律上一般采用“公共事务”。如反垄断法第8条规定：“行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织不得滥用行政权力，排除、限制竞争”。又如《最高人民法院关于审理行政许可案件若干问题的规定》第4条规定：“行政许可依法须经下级行政机关或者管理公共事务的组织初步审查并上报，当事人对不予初步审查或者不予上报不服提起诉讼的，以下级行政机关或者管理公共事务的组织为被告。”

〔7〕《中共中央关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》及中共十七大报告中明确的社会管理格局。

展要求之间冲突的回应,而适应新型治理模式并为之提供法治保障,正是构建我国现代行政法第三形态的旨趣所在。对于社会自治和民主参与的培育,中共十七大报告提出,要“从各个层次、各个领域扩大公民有序政治参与,最广泛地动员和组织人民依法管理国家事务和社会事务、管理经济和文化事业”,并明确把基层群众自治、企事业单位民主管理、社会组织自治等“人民依法直接行使民主权利,管理基层公共事务和公益事业,实行自我管理、自我服务、自我教育、自我监督”的机制,作为“发展社会主义民主政治的基础性工程重点推进”。这种增强社会力量,并据以实现国家力量与社会力量价值共享、公务共治、责任共担的治理模式,迥异于国家单枪匹马包揽公务的传统模式。一般而言,治理模式的具体讨论涵盖任务、组织、策略行动、方式等,<sup>[8]</sup>治理模式的转变也应涵盖任务的转变、组织的转变、策略行动的转变以及手法的转变等面向。这些转变反映在现代行政法第三形态的建构上,即国家任务的社会化导致社会行政的萌生,行政主体的社会化导致国家行政的拓展,行为方式的社会化导致合作行政的兴起。<sup>[9]</sup>

### (一) 国家任务的社会化与社会行政的萌生

国家任务的社会化,是通过转变政府职能将不该由国家承担的事务交给市场或社会办理,以优化政府、市场与社会之间的治理任务分工,具体手段主要有政府机构改革(如大部制的实行)、<sup>[10]</sup>政府机构裁撤(如取缔外地驻京办事机构)、政府机构的私法化等。<sup>[11]</sup>根据中共中央、国务院印发的《关于深化行政管理体制改革的意见》,作为深化行政管理体制改革的核心,政府职能转变在现阶段的主要任务是“加快推进政企分开、政资分开、政事分开、政府与市场中介组织分开,把不该由政府管理的事项转移出去,把该由政府管理的事项切实管好,从制度上更好地发挥市场在资源配置中的基础性作用,更好地发挥公民和社会组织在社会公共事务管理中的作用,更加有效地提供公共产品”,勾勒出一个国家、市场与社会分域而治的框架。对于三者的关系,一般认为政府的存在是为了克服市场失灵,非政府组织等社会主体的存在是为了克服政府失灵,三者是一个功能互补的循环。<sup>[12]</sup>从满足社会需要的角度看,三者的基本分工是:市场提供私人产品以满足个人需要;政府提供纯公共产品以满足整体性的公共需要;非政府组织等社会主体提供准公共产品以满足其他公共需要。<sup>[13]</sup>遵循这个思路,并根据行政许可法的有关规定,从2002年11月1日国务院作出《关于取消第一批行政审批项目的决定》之日起算,在不到八年的时间里共有1830项行政审批项目被取消。近年的法律法规、政策文件中对国家任务的社会化予以明确的情况正在增多。<sup>[14]</sup>这些都是国家任务社会化的典型事件。从国家任务清单中剔除的公共性较强的

[8] 此外还包括不同行动主体间的互动与网络的建立以及财源筹措、政策行销等。参见翁岳生主编:《行政法》上册,中国法制出版社2009年版,第327页。

[9] “社会化”是在国家与社会二分的认知框架下,国家将非公共事务交还给社会,将部分公共事务转移给社会或由二者合力承担。西方国家相关文献一般使用“民营化”、“私营化”、“私法化”等概念。但这些概念因并非我国法律用语而具有使用上的歧义性,而且也随各国情况有所不同。我国法律规定和政策文件中通常使用“社会化”,如道路交通安全法第13条第2款规定:“对机动车的安全技术检验实行社会化。具体办法由国务院规定。”

[10] 大部制改革与社会化之间的关系,可参见许淑萍:《论政府大部制改革与社会组织发展》,《学术交流》2010年第1期。

[11] 政府机构的私法化,又称为形式民营化,是指法律并未改变管辖,但原执行的行政机关改为私法组织方式,如公司。

[12] 简单来说即由政府提供公共物品能够克服“搭便车”问题引发的市场失灵,但其提供的公共物品只能满足一般公众的普遍需求,非“一般公众”的需求以及非“普遍”意义上的需求引发的“政府失灵”问题需要非政府组织等社会主体发挥作用。

[13] 在国家承担纯公共产品的原则之下亦应明确,当私人产品、准公共产品通过市场和社会不能有效供给时,政府须予以负担。例如食物(储备粮等之外的普通食物)是私人产品,但市场解决不了贫穷原因导致的食物需要;又如农业生产经营有关的技术、信息等服务是准公共产品,但农民专业合作社解决不了非会员的服务需要。在类似情况下,私人产品和准公共产品的供给义务仍归政府。

[14] 如道路交通安全法第20条第1款规定:“机动车的驾驶培训实行社会化,由交通主管部门对驾驶培训学校、驾驶培训班实行资格管理,其中专门的拖拉机驾驶培训学校、驾驶培训班由农业(农业机械)主管部门实行资格管理。”

事务，由非政府组织等社会主体承接后实行自我管理，形成社会治理整体上的二元结构：国家行政管理和社会自我管理。存在于社会自我管理领域的公行政权，与国家行政权相对应，一般称为社会行政权。享有社会行政权的非政府组织等社会主体从事公共事务的根据是该组织的自治规约。

### （二）行政主体的社会化与国家行政的拓展

所谓行政主体的社会化，是由行政机关以外具有行政法人格的法律实体独立且自负其责地行使国家行政职权。如果说国家任务的社会化是确立市场、社会和国家之间的总分工，行政主体的社会化则是在此基础上对保留于国家的任务在政府主体和社会主体之间的进一步分工。这个过程在域外一般是通过法人化或组织面的民营化来描述，在我国则为行政授权理论所涵盖，<sup>[15]</sup>即社会组织、私人等社会主体经法律、法规和规章授权后享有国家行政职权，在授权范围内具有与行政机关同样的法律地位，得以自己的名义代表国家从事公共事务，并承担相应的法律责任。例如，注册会计师协会作为由注册会计师组成的社会团体，可根据注册会计师法第13条的授权对注册会计师撤销注册。根源于行政诉讼法及司法解释的规定，我国确定行政主体的核心标准是“国家行政职权”。社会主体尽管不在国家机构序列，但授权后也是国家行政职权的拥有者，从而使国家行政在组织面得以延展。不过，行政授权理论的适用虽然可以便捷地解决一些法律问题（如行政诉讼的被告资格等），却也存在削足适履的弊端。该方法不是从现实社会由谁从事公共事务来确定行政主体资格，反从法律规定中寻找哪些从事公共事务的组织具有授权，如果某一事实上从事公共事务的社会主体并无授权，则在法律上视而不见。对该问题造成的困境，新近的法律规定似有突围迹象。《最高人民法院关于审理行政许可案件若干问题的规定》第4条规定：“行政许可依法须经下级行政机关或者管理公共事务的组织初步审查并上报，当事人对不予初步审查或者不予上报不服提起诉讼的，以下级行政机关或者管理公共事务的组织为被告。”作为司法解释中的规定，这个条文在我国法律体系中首次于“管理公共事务的组织”之前除去“法律、法规或者规章授权”的限制，即便可能不是创制该司法解释的本意，但客观上可助推我国行政主体理论的革新。

### （三）行为方式的社会化与合作行政的兴起

所谓行为方式的社会化，是在国家任务的执行阶段通过利用或结合社会主体的资源来提高完成任务的效率及所提供公共产品的品质。在我国台湾地区，一般称为“功能性私营化”、“政府业务委托民间办理”或简称为“委外”，<sup>[16]</sup>涵盖了行政助手、公权力行使之委托、公办私营，以及BOT（兴建、经营、转移）、BOO（兴建、营运、拥有）、BT（兴建、转移）等领域。我国大陆地区对应的领域大致是行政委托、服务外包、政府采购、特许经营等，但统一的概念在学界尚未

[15] 关于我国的行政授权理论，争议较大的是哪个层级的法律规范可以进行授权。比较严格的意见是坚持法律授权原则，即“只有国家权力机关才能根据管理的需要，将部分行政权授予行政机关以外的组织承担”（薛刚凌：《行政授权与行政委托之探讨》，《法学杂志》2002年第3期）。而更多的人认为按照行政诉讼法的规定，可由法律、法规进行授权。最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》颁布后，规章可进行授权的观点似乎也有依据。实际上，某一层次的法律规范能否将国家行政职权授予某一组织，并不能笼统回答，应视欲授予之国家行政职权可否为该规范所创设而定，此为一般原则。如根据行政处罚法第12条、第13条的规定，规章可在一定条件下设定警告或者一定数量罚款的行政处罚，将该行政处罚授予哪个主体（包括社会主体）享有，是设定权的应有含义，而对于超出设定权范围的其他国家行政职权，通过规章转授其他主体则缺少根据。该原则的例外是较高位阶法律规范如有禁止授权的规定，即便在创设权范围内，也不得抵触上位法。例如行政强制法草案二次审议稿第15条规定行政强制措施由法律、法规规定的行政机关或法律、法规授权的组织实施。根据全国人大常委会组成人员和专家对实施主体的规范性进一步提出的要求，三次审议稿第17条将可授权的法律规范层次限定在法律、行政法规，在此情况下，尽管地方性法规在一定条件下（如行政强制法草案三次审议稿第10条第3项的规定：“尚未制定法律、行政法规，或者属于地方性事务的，地方性法规可以设定本法第9条第2项、第3项的行政强制措施”）可设定行政强制措施，但法律排除了其授权资格。

[16] 参见范祥伟：《政府业务委托民间办理之理论与政策》，《人事月刊》第34卷第5期。

出现。<sup>[17]</sup>与上述国家任务的总分工和具体分工不同,行为方式的社会化着眼于分工基础上的合作。这种合作在行政法中的表现就是“合作行政”,即为达成国家任务而由行政主体与社会主体在执行任务的具体环节进行配合,协同完成任务。与传统行政法律关系结构不同,合作行政在行政主体与行政相对人中间引入第三方,并利用或结合该第三方的资源履行行政任务。为此,行政法除规范传统的国家行政主体与行政相对人的关系以外,还须关注和调整行政主体与社会主体之间的关系,以及社会主体与行政相对人之间的关系。

总体来看,国家任务、行政主体、行为方式的社会化,将使社会行政、国家行政以及合作行政三足鼎立,为现代行政法第三形态的构建提供支撑。

### 三、行政法第三形态的基本范畴

第三形态的提出,对行政法制和理论来说具有革新意义。它所引发的问题,有些可以在现有法制框架下通过解释法律等手段解决,但更多问题的答案是空白的,或者现有手段和做法本身就是问题,由此出现发展和突破现有行政法制及理论的需求。

#### (一) 行政主体

行政主体是具有行政法人格的法律实体。<sup>[18]</sup>根据目前的行政主体理论,只有行政机关和法律、法规、规章授权的组织具有行政法人格。随着以政府主导、社会自治、民主参与为主要特征的新治理模式的展开,行政机关以及授权组织以外的社会主体大量地、经常性地办理公共事务,<sup>[19]</sup>从事实上瓦解了现有的行政主体理论。根据国外的经验,具有行政法人格的主体,在传统的科层制组织之外,还有局署、公法人、私法组织、私人等多种形式,这些形式因能照顾到行政分权的需要而具有体系上的协调性。在我国现有的法制基础上,如果仿照西法,在行政主体之外承认公法人(或公务法人)以及其他执行公务的组织 and 私人,时机已经错过。鉴于行政主体作为具有行政法人格的法律实体的总概念,这个认识已深入人心,加上我国法律规定和政策文件中广泛使用“法律、法规和规章授权的具有公共事务管理职能的组织”,甚至在有些法律规定中去掉了“法律、法规和规章授权”的限定,为革新行政主体理论创造了条件,建议在行政主体总概念地位不变的前提下,通过学说及立法将其内容扩充为三部分:行政机关、授权主体、具有公共事务管理职能的其他组织。行政机关和授权主体分别享有法定和授予的国家行政职权,具有公共事务管理职能的其他组织享有自治规约赋予的社会行政职权。这种扩充方式,从总体上看是顺畅的、可行的,也应该是有效的。另外,之所以建议使用“授权主体”而非目前通用的“授权组织”,是希望将从事公共事务的私人也纳入进来。如根据民用航空法有关规定具有公共事务管理职能的机

[17] 对此有“政府职能合同外包”(参见杨欣:《论政府职能合同外包中的公法约束》,《法学论坛》2007年第5期)、“政府业务委托外包”、“政府业务委外”(参见王克稳:《政府业务委托外包的行政法认识》,《中国法学会行政法研究会2010年年会会议论文集》上册,第76页)等提法。

[18] 西方的行政主体理论否定行政机关在法律上的独立人格,认为行政机关仅是行政主体的代表,不是独立的权利义务主体。参见应松年主编:《当代中国行政法》,中国方正出版社2005年版,第176页。

[19] 国家认可、鼓励和推动社会主体从事公共事务的形式,事实上主要并非法律、法规和规章,而是规范性文件。代表性的有:1. 参与减缓全球气候变化的行动,依据是《国务院关于印发中国应对气候变化国家方案的通知》(国发〔2007〕17号);2. 人口发展中的社会管理和公共服务,依据是《国务院办公厅关于印发人口发展“十一五”和2020年规划的通知》(国办发〔2006〕107号);3. 营养改善行动,依据是《国务院办公厅关于印发中国营养改善行动计划的通知》(国办发〔1997〕45号);4. 环境保护,依据是《国务院办公厅关于印发国家环境保护总局职能配置内设机构和人员编制规定的通知》(国办发〔1998〕80号);5. 参与城镇管理,依据是《国务院“十五”城镇化发展重点专项规划》;6. 扶贫开发项目,依据是《国务院关于印发中国农村扶贫开发纲要(2001—2010年)的通知》(国发〔2001〕23号)。

长，<sup>[20]</sup> 此类执行公务的私人并不能为“授权组织”所涵盖。

## (二) 依法行政

在法治国家原则下，为保障人权与增进公共福祉，在行政领域要求一切行政活动均应具备合法性，即所谓依法行政原则。行政活动所依之法，根据通说，包括宪法、法律、法规、规章、规范性文件、国际公（条）约、法律解释等成文法以及先例、惯例、习惯、法律学说、行政政策、公共道德等非成文法。<sup>[21]</sup> 第三形态行政法建基在国家行政、社会行政以及合作行政之上，其中社会行政除遵守上述法律规定外还须遵守自治规约，合作行政除遵守上述法律规定外还须受合作协议的约束。因此行政活动所依之法，在第三形态下还应包括符合条件的自治规约与合同。另外，因“社会化”而进行的活动是否应有法律依据，也需要围绕依法行政原则作出回答。在德国，一般认为宪法并未原则性禁止“社会化”，但从宪法关于法治国、民主国、社会国等原则的规定中可引申出一些必要的限制。<sup>[22]</sup> 在我国，这个问题也不无争议。一种观点以宪法第2条第3款的规定为主要论据，认为私人及其组成的组织有权参与管理公共事务。另一种观点则以宪法第6条、第7条等条文的规定为主要论据，认为在社会主义公有制的前提下，私营、私有意义上的社会化难有立足空间。在这两种观点之外，还有人认为“从宪法条文本本身难以得出关于民营化法定界限的明确结论”。<sup>[23]</sup> 上述观点之间实际并不存在根本性的冲突。我国宪法的作用是规定“国家的根本制度和根本任务、公民的基本权利和义务以及国家生活的基本原则”，<sup>[24]</sup> 对国家任务、执行的主体、执行的行为可否社会化并未直接涉及。但有关条文如第19条第4款、第21条第1款、第45条第1款以及前述宪法第2条第3款等规定，明显具有允许社会主体参与的解释空间。而另一类国家根本任务，例如“国家发展体育事业”、“国家推广全国通用的普通话”、“国家推行计划生育”等，尽管未表明是否允许社会主体参与，也不应笼统地否定。另一方面，必须理性地看到，“社会化”不是有百利而无一害的政府再造方案，实践中失败的案例并不罕见，<sup>[25]</sup> 笼统地予以肯定——即凡是法律法规没有明确禁止的都可予以“社会化”，如2010年5月7日国务院发布《国务院关于鼓励和引导民间投资健康发展的若干意见》所持之意见，“鼓励和引导民间资本进入法律法规未明确禁止准入的行业和领域”——亦不足取。某一事项的社会化是否必须有明确的法律依据，不能一概而论，而应根据该事项的性质而定。<sup>[26]</sup> 具体来说：（1）对于需要由政府

[20] 如民用航空法第44条规定：“民用航空器的操作由机长负责，机长应当严格履行职责，保护民用航空器及其所载人员和财产的安全。机长在其职权范围内发布的命令，民用航空器所载人员都应当执行。”第46条规定：“飞行中，对于任何破坏民用航空器、扰乱民用航空器内秩序、危害民用航空器所载人员或者财产安全以及其他危及飞行安全的行为，在保证安全的前提下，机长有权采取必要的适当措施。飞行中，遇到特殊情况时，为保证民用航空器及其所载人员的安全，机长有权对民用航空器作出处置。”

[21] 参见 [18]，应松年主编书，第14页以下。

[22] Vgl. Christof Gramm, Schranken der Personalprivatisierung bei der inneren Sicherheit zuleich ein Beitrag zur Rechtsdogmatik des Art. 33 Abs. 4 GG—, VerwA, 90. Bd., S. 329 ff. (1999).

[23] 刘飞：《试论民营化对中国行政法制之挑战——民营化浪潮下的行政法思考》，《中国法学》2009年第2期。

[24] 吴邦国：《在十届全国人大常委会第六次会议闭幕会上的讲话》，载《宪法和宪法修正案辅导读本》，中国法制出版社2004年版，第2页。

[25] 参见余晖、秦虹主编：《公私合作制的中国试验》，上海人民出版社2005年版，第139页以下。

[26] 有人认为，凡公权力行政应专属国家作出，其他领域可交由社会办理；也有人认为，凡侵害行政应专属国家作出，其他领域可交由社会办理。从国外经验及我国实践情况来看，这两种认识都不正确。在德国以及我国台湾地区，公权力行政和私经济行政领域均可由社会主体承担。而在我国，由社会主体承担行政检查（如会计事务所、审计事务所等中介机构对企业的财务、纳税等金融活动进行的审计、稽查）、行政检验、检测、鉴定（如专业的检测、鉴定机构对建筑物、设备、设施、产品进行的检验、检测、鉴定）、行政执行（如代征税款、拆除违章建筑、拖吊违规车辆）等既是行使公权力又可能干预人民权利的职能，广泛存在于我国的行政执法实践中。可见，社会主体参与承担公共服务职能的范围，并不拘泥于私经济行政或给付行政领域，但无疑在私经济行政以及给付行政领域最为常见。

亲自履行的任务，<sup>[27]</sup> 法律规定上不应存在社会化的空间，行政强制法草案三次审议稿第 17 条后半段关于“行政强制措施权不得委托”的规定即为适例；（2）对于应由政府承担但不必然亲自履行的任务，其社会化原则上应有法律依据；（3）对于政府可以自主决定是否承担的任务，即政府自愿办理的事项，其社会化原则上不需要有明确的法律依据。

### （三）行政法律关系

行政法律关系是由行政活动引发的并经行政法调整的各种权利义务关系。在第三形态下，行政法律关系的变化主要有两方面。一是合作行政的方式使公法上的权利义务与私法上的权利义务交织在一起，模糊了公法关系与私法关系的界限。二是社会行政的萌生使法律关系在整体上具有三元结构：“国家行政权—相对人权利”、“社会行政权—相对人权利”以及“国家行政权—社会行政权”。社会行政权与相对人权利存在于具有公共事务管理职能的组织与其成员之间。<sup>[28]</sup> 例如协会与会员、公立学校与学生、村民委员会与村民等之间，在性质和特征上与传统的国家行政权与行政相对人权利的关系有所不同。国家行政权与社会行政权之间的关系存在于行政主体与具有公共事务管理职能的组织之间。例如乡镇政府与行使自治管理权的村委会、教育行政部门与行使自主管理权的高等学校之间，这类法律关系也是需要行政法予以调整的。但“社会行政权—相对人权利”、“国家行政权—社会行政权”之间的关系究竟如何定位和规范，并不明确，仍待理论上的深入研究。

### （四）行政程序

行政法第三形态中的政府，可视为服务型政府与有限政府的融合体，外观上有“小而美”之感。为适应二者的融合，行政程序呈现比较独特的“行为组合”特征。所谓行为组合，即从任务设定到完成，有多种性质的行为参与。典型的形态有：（1）“行政决定+民事合同”。这为德国“双阶理论”所概括。<sup>[29]</sup>（2）“行政决定+行政合同”。这可视为“双阶理论”之变种。行政合同作为一类独特的行政法律行为，原是用来取代部分高权行为以实现“通过合同的治理”，而“双方互负给付义务之双务契约，亦以行政机关给付‘作成特定行政处分’为原则，是以，于平等地位上提供给付之双阶理论第二阶段，即无行政契约适用余地”。<sup>[30]</sup> 但在行政主体与社会主体合作行政的模式下，即便是双阶理论的第二阶段，仍有行政主体将公共职能通过行政合同的方式委托给社会主体承担的空间。如根据《湖南省行政程序规定》，行政委托必须签订书面委托协议，该协议的性质即为行政合同。在行政程序面上对行为进行细分，意在使属于公法范畴的行为受到正当法

[27] 对此有所谓“政府核心职能”理论，即法律虽未明文禁止社会化改革，但凡属于具有高度秩序性、安全性的业务，例如公务人员选任、国家安全事务之“核心部分”，原则上应由国家亲力履行。

[28] 包括会员制和非会员制两种。会员制的组织如律协，非会员制的组织如消费者协会。对于后者，宋功德教授从消费者问题与消费者协会问题出发，对消费者协会的生成、角色设计、资源配置、运作机制作了比较全面之论述。消费者协会既无行政机关那样的管理社会之权，也无律师协会、会计师协会等职业性行业组织对其成员的准行政管理权。但是，从其在本土的生成以及现实情况看，它与国家立法、行政、司法的关系都相当密切，特别就其会同行政部门或者在行政部门支持下独自对经营者的商品与服务进行监督、检查、检验，化解经营者和消费者纠纷而言，实是履行着有一定权威的职能。参见宋功德：《消费者协会自治悖论》，载罗豪才主编：《行政法论丛》，法律出版社 2002 年版，第 233 页以下。

[29] “双阶理论”概括的是行政决定的作出是公法性质而其具体实施是私法性质的情形。对此，德国学者哈特穆特·毛雷尔举了这样一个例子：某政党的地方支部向市长提出申请，要求市长准许其使用市礼堂举行选举活动。如果认为市礼堂是供乡镇的各种团体使用的公共设施，是否批准该政党使用的决定就属于公法性质。但是，该决定的具体执行（“如何使用”）却有可能根据私法进行调整，如通过签订租用合同。参见 [德] 哈特穆特·毛雷尔：《行政法学总论》，高家伟译，法律出版社 2000 年版，第 47 页以下。

[30] 董保城：《台湾行政组织变革之发展与法制面之挑战》，载台湾行政法学会编：《国家赔偿与行政补偿·公共任务与行政组织》，台湾元照出版公司 2007 年版，第 217 页以下。

律程序的严格约束，并通过司法审查予以监督，使其不至于产生“遁于私法”的问题。<sup>〔31〕</sup>

#### （五）权利救济

从世界范围内看，社会化导致的社会行政、合作行政等公私模糊空间中的争执案件，究竟如何定性，实为理论上的一大难题——即便在以体系严密见长的德国学界，也存在争执不下的各种观点。<sup>〔32〕</sup>但是，在法治发达国家，某一纠纷被划归到行政救济范围或民事救济范围，制度自洽性上的意义更大一些。而在我国法治建设的初级阶段，某一具体案件的定性，对当事人的意义比制度自洽性上的意义更大，因为这足以关系到当事人的权利是否有救济途径以及能够获得多大程度的救济。另外一个在权衡公私分野时需要考虑的现实情况是，行政主体在公法中义务较多但责任较小，在私法中义务较少但责任较大。具体而言，模糊空间的某一争执案件，如果划归到公法中，尽管行政主体因受到更多的公法约束而义务随之增多，但由于行政诉讼法功能和手段的限制，以及国家赔偿法确定的低于私法救济的标准，行政主体最终承担的责任可能较小；反之，如果划归到私法中，尽管私法确定的救济标准高于公法，但行政主体在私法领域承担较少的或不承担公法责任。在这种情况下较难确立一个清晰的规则，使模糊空间的争执案件有不存争议的救济途径。考虑上述因素，笔者建议：第一，建立无缝对接的权利救济体系，使社会行政、合作行政等模糊领域都有司法救济上的可得性；第二，对争议不下的案件，赋予行政相对人以救济途径的选择权，使其可以根据系争法条和具体个案衡量利害得失，并作出对其有利的选择。

#### （六）责任承担

在社会治理新模式中，“政府负责”是一项重要内容。这里的“负责”是指政府主导、统筹、组织，并非法律意义上的“承担责任”。国家、市场与社会分域而治的原则决定了政府的有限性以及在此基础上政府与其他主体的责任分工，<sup>〔33〕</sup>而且社会化改革也理所当然地包含了将部分责任向社会转移的含义。但是，有限政府同时也必须是服务型政府，这就要求政府不能无限制地限缩其责任范围。从现实情况看，近些年来我国进行的社会化改革，有一些是成功的，但失败的也不在少数，比如国家在农村医疗服务领域退出后出现的部分农民无钱看病等问题。为了避免社会化改革失败的成本由民众负担，防止政府对公共事务一推了之，笔者建议在理论和制度上明确社会化改革的国家担保责任，即国家须以担保人的角色确保社会化改革目标的实现。“国家担保责任”理论发源于德国，并为西方法治发达国家普遍认同。根据该理论，社会化改革之后国家尚须承担的担保义务与监督职责包括：<sup>〔34〕</sup>（1）给付不中断的担保义务，即在国家任务社会化的情形，国家有义务对人民担保攸关民生之公共服务的提供绝不中断，尤其涉及诸如水、电、瓦斯等具独占性的基础生存照顾的公共服务社会化，国家必须确保给付不中断，使民众基本生活不致遭受危害。（2）维持与促进竞争的担保义务。针对具有替代性或多重选择的公共服务，如果因为经济规模的考虑，政府只开放单一或少数社会主体营运，则政府应切实保障公平交易，防止社会主体的

〔31〕 比如近期中央取缔了外地驻京办事机构，但很多机构改头换面，以“联谊会”、“驻京服务公司”等社会主体的面目出现，实际功能未变，但其所受公法上的约束反而消失。这是“遁于私法”的现实例证。

〔32〕 有利益说、主体说、特别法说等各种观点。利益说认为在具体情形，如欠缺清楚的法律规定，或存有互相排斥的公法、私法的法律规范可资适用时，则其归属应取决于该具体案件中较大的整体关联性。Vgl. Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Aufl., Muenchen, S. 39 f. 1994. 具体的判断标准包括任务内容、当事人间的法律地位、法律行为方式、该法律所追求之利益、个案最重要特色等。主体说认为，公法与私法的区别，是以当事人间有无上下服从关系为区分标准，存在服从关系的为公法范畴，反之为私法范畴。特别法说认为若一法律系唯一以国家或其他公权力主体作为该法律关系效果之归属主体时，则应认为该法律为公法，反之为私法。参见前引〔8〕，翁岳生主编书，第112页。

〔33〕 朱维究教授等提出“有限责任政府”的概念，在政府职能转变以及社会化的背景下，具有正面价值。参见朱维究等：《社会管理创新与行政法论纲》，载《中国法学会行政法学研究会2010年年会会议论文集》上册，第29页。

〔34〕 参见许宗力：《论行政任务的民营化》，载《当代公法新论》中册，台湾元照出版公司2002年版，第606页以下。

不当限制竞争行为危害大众利益。(3) 持续性的合理价格与一定给付质量的担保义务。特别是具垄断性的公共服务,一旦交付社会主体,因没有其他等质服务可供替代,人民别无选择,此时对于合理价格、一定服务质量的管制,就显得必要。(4) 既有员工的安置担保义务。尤其是在公营事业私营化的过程中,必须考虑从业员工之权利如何确实获得保障。(5) 人权保障义务与国家赔偿责任的承担。国家任务虽由社会主体履行,但本质上仍属国家任务,国家不能因为社会化改革而脱免其应尽责任,是以在行政主体社会化、行为方式社会化等情形,仍有成立国家赔偿责任的可能。对此,我国有吸收的空间和必要。

综上,现代行政法第三形态的出现,是行政法适应社会治理新模式并为其提供法治保障的客观需要,是在理论及制度上融合有限政府和服务型政府,塑造“小而美”的政府的客观需要,也是积极规制社会化改革实践以降低改革风险、减少改革成本的客观需要。

---

**Abstract:** Based on the different appearances caused by the changes of the external environment and its notion, structure and function, the development of modern administrative law in China can be divided into three forms. The first form can be summarized as “state administrative power—liberty rights”, and the second as “liberty and social rights—state administrative power”. Adapt to the new model of social governance, the third form can be summarized as “liberty and social rights—public administrative power”.

The changes of the forms of modern administrative law in China reveals the law that administrative law has evolved through the alternate extending of the right protection range and the power subject structure. Now, modern administrative law in China has completed the change from the first form to the second, and it is in the transformation to the third form. No doubt, the third form is not the final form. In the near future, other rights such as political rights and development rights will be included into its scope of protection. The scope and structure of administrative law subject will be more diverse, and the ways of administration will expand. These changes will create the conditions to shape the future form of administrative law.

The new mode of social governance which can be summarized as “party committee leading, government undertaking, social coordinating and public participating” is the response to the conflict between the service—oriented government and limited government. The purport of constructing the third form of modern administrative law in China is to adapt to the new model of social governance and provide legal support to it. With the socialization of national task, administrative subject and behavior style, the third form is forming, which brings new challenges to administrative law and its theory. The government in the third form can be regarded as the fusion of the service—oriented government and limited government. In addition to the government, the administrative subjects should include authorized subjects and other organizations with the public affairs management functions. On the basis of the traditional administrative legal relationship, the scope of judicial review should be extended. In order to reduce the risk and cost of socialization reform, the government should take security obligations and supervision responsibilities.

**Key Words:** administrative law, form, social governance, public administrative power

---