

中国比较行政法研究的前瞻

李洪雷(中国社科院法学所副研究员)

经过改革开放三十多年来行政法学界的辛勤耕耘,我国的比较行政法研究业已取得了长足的进展。其一,大量的域外行政法文献以翻译或评介等形式被引进,学界对域外行政法的掌握更趋准确和深入,也为中国的行政法制提供了重要的参考素材。其二,在行政法法学研究中,直接利用一手外文资料参酌域外行政法制或理论已成为常态,在很大程度上提升了我国行政法研究的学术水准。其三,对域外行政法的了解已不再停留于对相关制度轮廓的勾勒或描摹,而是拓展到具体制度的细节乃至部门行政法领域。与此同时,我国目前的比较行政法研究中也还存在诸多缺陷,需要在今后的研究中加以克服。

首先,宏观的比较行政法研究需要跳出传统法系划分的藩篱。比较行政法研究可分为微观的比较和宏观的比较。微观的比较是对不同法律秩序中解决某一具体法律问题的规则或方法的比较,如对行政诉讼受案范围或审查强度的比较,是一种“显微镜”式的比较。与此不同,宏观的比较是对不同法律秩序处理法律问题的系统性特征的比较,包括是否设置行政法院、是否承认判例法等,是一种“望远镜”式的比较。宏观的比较行政法研究,传统上主要围绕英美法系和大陆法系展开。但英美法系和大陆法系的划分,主要依据私法领域的情况,在适用于行政法时存在相当大的困难和局限。其一,两大法系内部的差异明显。在英美法系内部,存在“英美行政法的分流”现象,即英国行政法和美国行政法从概念到原则再到具体制度都具有重大的差别。美国行政法的发展受其成文宪法、联邦制度、种族矛盾、对抗式法律文化、法律现实主义思潮等因素的深刻影响,而这些制度背景在英国均不存在。随着欧盟法对英国法的影响日益加深,而欧盟法又受到法国法和德国法的深刻影响,这种英美行政法的分流还会加剧。在大陆法系内部,尽管独立的行政法院系统为其特色,但法国式的行政法院与德国式的行政法院大异其趣:前者仍属于行政系统,后者则属于司法系统;前者重私人权利保障,后者重法秩序维持;二者在对行政行为进行司法审查的范围和程序规则等方面也明显不同。此外,北欧或斯堪迪纳维亚国家尽管一般被归入大陆法系,但其行政法其实有诸多自己特色,如督察专员制度、地方制度和社会福利制度等,与大陆法系其他国家都有很大的差异。其二,两大法系之间的边界模糊。传统上区分英美法系和大陆法系的一个主要标准是前者重判例法,后者重制定法,但这种区分在很大程度上已经成为明日黄花。一方面,伴随着政府职能的大幅扩充,现代国家已经进入“制定法时代”,无论欧陆还是英美,制定法均在其行政法体系中占据主导地位。另一方面,德国、法国等大陆法系国家的行政审判,也特别重视判例的作用,不了解它们的判例,根本无法理解其行政法体系。其三,法系的研究视角在很大程度上遮蔽了其他重要因素对行政法的深刻影响。例如,行政法的核心问题之一是行政与立法的关系,而行政部门与立法部门的关系在总统制和议会制下具有鲜明的差别,这对行政组织结构和行政问责体系等都有深刻影响。由于法系划分所着眼的主要是法律渊源结构和法律适用技术等因素,无法将政体等因素纳入对制度比较的考察视野。当然,指出传统法系划分的困难,并非要彻底否认这一划分的说明意义与解释能力,而只是提示其在宏观行政法比较中的限度。

其次,需要拓宽比较行政法研究的地域范围,加强美国、英国、德国、法国和日本之外其他国家和地区行政法的研究。长期以来,国内学界主要关注美、英、德、法、日等少数国家的行政法制。这主要是因为我们一直将比较法作为“真理的学校”和“解决办法的仓库”,希冀通过研究其他法域的行政法制度,为我们存在的相似的行政法问题提供“更好的解决办法”,主要着眼

的是比较法的学习和借鉴功能，而前述国家经济实力强大、法治健全，其行政法制对我们自然更具吸引力。但比较行政法的研究目的不应仅局限于寻求制度变革的灵感，还应用以加深对不同政治体制和经社文背景中行政法制的理解，以及吸取一些国家行政法制发展过程中的教训。从这一角度出发，仅仅研究西方行政法治发达国家的行政法，就有很大的局限。例如，韩国从二战以后到 20 世纪 80 年代之间，形成了独特的发展导向型行政法，这与我们当前行政法治的经济社会背景很相似，加上文化方面的亲缘性，对此进行研究有助于理解我国行政法所面临的很多现实状况或困境，如政府职能的界定、司法审查的功能等。再如，俄罗斯、波兰、匈牙利等苏东国家，在从计划经济向市场经济转型、市民社会获得自主性等背景下，其行政法理念与制度也经历了深刻的转型，在此转型过程中其所面临的问题以及其实际成效，值得我们关注。另外，拉丁美洲国家在其发展过程中存在的很多问题，如经济发展对外过度依赖、两极分化严重、城市病态发展等，在我们这里也日益凸显，对拉美国家行政法制的研究，有助于我们反思中国在相关领域的实践。不仅如此，伴随着全球化进程的深入推进以及中国经济实力的增强，中国的企业越来越多地走向世界，迫切需要了解国外的相关行政法律制度，防范法律风险。这也呼唤我国行政法学界将研究的视野拓展到全球。

第三，需要超越单纯的规则比较，更重视对规则的发展演变、实际运行及其经社文等制度背景的研究。行政法关乎国家的权力体制、政府与社会的关系等结构性要素。这就意味着其比私法更多地受到超法律因素，如经济社会发展阶段、政治体制、历史传统、意识形态以及社会压力等的影响，从而在对域外行政法制度进行研究时，不能拘泥于静态的规则本身，而应挖掘背后的结构性因素及其实际运行。其一，应加强对域外行政法制的历史发展及其动力机制的研究。西方发达国家的行政法，大多是经过数百年的长期发展和演进才定型的。分析这一发展过程的阶段、特点和动力机制对于推进中国法制改革的启发意义，绝不亚于其最后形成的规则本身。中国行政法治建设中面临的诸多难题，在当下的西方国家可能并不凸显，但在其历史上却可能也非常突出。例如，市政腐败、食品安全等问题，即为美国 19 世纪末 20 世纪初进步时代所面临的重大挑战。美国一般被视为高度强调地方自治和地方分权的国家，但其严格限制地方政府权力的“狄龙规则”却在 19 世纪末期在美国得到广泛接受，背景就是当时美国市政腐败非常严重，人们对其地方政府失去了信心，不愿意赋予其广泛的权力。再如，关于政府对国有企业的管理方式与制度问题，欧洲国家因为上世纪 80 年代开始的民营化，目前对此讨论较少，但在二战后到上世纪 70 年代之间积累了很多经验。其二，需要加强对域外行政法制度产生过程及其实际运行状况的研究。我们在研究国外行政法制时，往往只关注文本上的规则，对于规则制定过程中的争议，行政部门对立法的行政解释，司法部门的解释与适用，学者、民间对于立法的评论，都缺乏研究。这导致对制度的全貌与利弊得失不一定能够有客观的认识。例如，美国政府规制中的成本收益分析近年来受到国内行政法学界日益增多的关注，但对成本收益分析在美国所受到的批评分析较少。美国、德国和日本的行政程序法被我国行政法学界作为制定行政程序法的重要参考，但对其产生的背景，在各自国家适用中所面临的问题和质疑所知甚少。其三，应对行政法制度背后的利益纠葛和意识形态争论进行辨析。很多行政法上的制度表面上具有中立性或者普世性，但其肇因或效果却非常复杂。例如关于财产权的保护或限制，对处于不同经济地位群体的影响有很大差别，这又与意识形态上的“左”（强调政府干预与社会公正）“右”（强调市场竞争与个人自由）之争存在密切的勾连。只有在这一视角下，我们才能理解在关于征收公用目的要件的凯洛诉新伦敦市案（*Susette Kelo, et al. v. City of New London, et al.*）中，美国最高法院的自由派和保守派大法官发生的严重分裂。我们在对域外行政法制度的研究中，必须引入政治学或政治经济学的考虑，不能单纯从价值理念或者形式逻辑出发，还要考虑现实社会力和政治力的博弈。例如，在互联网规

制问题上,美国采取的是自由至上主义的模式,强调行业自我规制,最大限度地减少政府规制。美国选择这一模式有两个重要背景:一是美国互联网行业发展较早、实力雄厚,游说能力也很强;二是美国互联网技术和产业遥遥领先,其国际竞争中具有显著的优势地位,提倡行业自我规制、反对国家过度干预,可以限制其他国家的政府对其本国互联网企业发展采取保护性措施,从而有利于美国互联网企业的国际竞争。其四,应加强行政法文化的比较研究。文化因素对行政法规则的实际运行具有重要的影响,同样的法律规则在不同法律文化中的运行可能会呈现出迥然不同的状态。文化比较尽管存在容易流于玄想和空泛的危险,但其解释能力是不能否认的。如有学者指出的,在行政法领域,“民族性”得到最充分的展现。这不仅是指在行政法中传统的制度架构存在较强的惰性,而且公务员的法律地位、行政与私人间的关系、中央集权的程度以及整体的行政体制等,“在很大程度上是民族特性的体现”。在行政法文化的研究方面,存在着一个是适应还是改造的问题,即哪些文化因素是可以进行创造性转化的,哪些是必须摒弃的,哪些是只能适应的。比较研究或许可以提供一些启发。

第四,需要对多个法域的行政法制进行深入比较。许多行政法制度受地理、人口、经济社会发展程度、政治与宪法秩序等影响甚深,具有很强的国别性,对于相同的问题,同是民主法治国家也可能做出不同的制度安排。从行政组织的结构与体制,到行政程序中官僚、专家和公众的角色定位,再到司法审查的范围、强度、构造,以及大量具体行政领域中的行政法制度等,尽管在抽象的目标和原则层面或许能够寻找到共识,但一俟深入到具体的制度设计层面,就会发现很难找到一个放之四海而皆准的方案,而这些制度设计层面的差异又往往有其深刻的背景。以美国和德国的规划法为例,美国规划法的核心是土地利用的分区制度,而区域规划和综合性规划在多数地方并不存在或不发生实际效用,但后二者在德国规划法中具有重要地位。要理解这一差异,就要考虑美国人对政府尤其是高层级政府根深蒂固的不信任,而德国有着悠久的强政府传统。美国有着尖锐的种族和阶级矛盾(分区制度背后隐含着对有色人种和穷人的排斥功能),而德国则特别强调平等和社会公正,并且没有严重的种族矛盾。此外,还要考虑美国较低的人口密度,拥有独栋住宅的“美国梦”等。(Clifford Larsen, *What Should Be the Leading Principle of Land Use Planning? A German Perspective*, 29 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 967, 1996)因此,必须清醒认识到一国经验的局限性,尤其是在提出中国相关法制建设和完善的建议时,要注意在比较研究的基础上,提出切合中国国情的方案。应注意避免“留学国别主义”,只推崇自己曾经留学国家的法律制度或理论,而对其他国家的法律制度或理论予以轻视甚至排斥。在从事以制度变革为旨归的比较行政法研究时,不应仅限于对域外某一法域法制状况的分析,而是力求参考两个以上域外法律体系中对共通法律问题或法律需求的解决方案,比较其异同,剖析差异背后的深层次缘由,并评价不同解决方案的效果。如此得出的结论将会更具说服力。

第五,需要有更加明确的中国问题意识,不简单照搬国外的经验。我国既处在城市化和工业化的快速推进期,又面临着全球化、信息化和后工业化等新的挑战,同时还要处理从传统的全能政府向有限政府的转型问题。前现代、现代与后现代的问题叠加,所处阶段的特殊性和所面临问题的复杂性,都要求我们在设计中国行政法制的改革方案时,必须审慎面对中国的本土国情和问题,而不能唯域外制度或理论马首是瞻,无论其在该国运行的效果是如何良好或在逻辑上是如何完美。以中国地方制度的改革为例。一方面,地域范围和人口密度对行政区划具有重要影响。中国是地域辽阔、人口众多的大国,其他很多国家的人口与地域可能只相当于我们的一个省甚至一个市。在讨论地方政府层级时,不能简单地与一些地域狭小、人口密集或者地域辽阔、人口稀疏的国家相比拟。另一方面,行政区划的确定受制于经济社会发展的特定历史阶段。英国、法国、美国、日本等早期工业化国家都曾因工业化和城市化的发展,对其旧的行政区划体制进行过大规模

模的调整变更。中国目前正处在工业化和城市化的中级阶段，并且处在从计划经济向市场经济的转轨过程中，政府的角色定位、治理能力、社会对政府的需求等等，均有自己的特色。当然，这只是强调国外经验不应作为我们改革的坐标，并不是说不需要参考国外的经验。相反，在城市化的不同阶段，城市地区与乡村地区治理结构的分合、在相似地域和人口范围内政府层级的确定、现代信息技术以及全球化等对地方治理的挑战，西方国家的经验均有值得借鉴与参考之处。

第六，需要更加重视比较行政法在建构行政法释义学（教义学）中的作用。行政法释义学的任务在于对有效法律规范的内容进行解释并将其系统化，可以分成两个方面。其一是实践的行政法释义学，即对行政法规范的解释，对一个模糊的法律条文，要运用文义、目的、历史、体系、比较法等方法进行解释。比较法不仅在法律制定过程中具有重要作用，在法律的适用与解释中也发挥着重要作用。法律的适用不是机械地适用法律或者探求立法者的主观意图，法官在法律的解释和漏洞的填补方面具有很大的自主判断空间。在选择一个最符合正义理念所要求的解释时，比较法可以发挥其作用。如果待解释的相关规则本身即为借鉴域外制度的产物，比较法研究的重要性则更为凸显。其二是理论的行政法释义学，即对法律进行系统化。法释义学通过运用概念、类型和原则等工具，将具体的法律问题纳入普遍化的、无评价矛盾的、符合逻辑的相互关联中，从而发挥秩序化和系统化的功能。域外行政法理论中发展出来的一些重要概念、类型和原则，如行政主体、公法人、行政处理、行政规则、信赖保护原则、比例原则等，对中国行政法释义学的建构具有参考价值。我国目前行政法释义学建构中的很多问题，皆与比较行政法研究的不足有关。一方面，我国行政法学的主要概念和基本框架是承继自大陆法系，但大陆法系行政法释义学的优点，如系统性、类型化和安定性等，在我们的行政法学却难见踪迹。目前国内教科书概念界定不科学，体系结构混乱，基础性概念如法律保留、公法人、行政主体、公物、行政规则（规定）、行政裁量、举证责任等缺乏深入研究。行政处理是大陆法系行政法学的核心概念，但我国行政法学界至今对其重要地位尚缺乏认识，对其内涵、效力等研究都有很大缺陷。另一方面，在行政法学体系中，大陆法系与英美法系的概念、原则与结构纷繁杂陈，如依法行政原则和越权原则、信赖保护原则和正当期待（合理预期）原则、比例原则与合理性原则等，缺乏整体的协调。因此，如何在对大陆法系和英美法系的行政法学概念体系进行比较研究的基础上，建构一套相对成熟的行政法释义学体系，是中国行政法学界面临的一个重要课题。

伴随着中国经济的持续增长、社会结构的剧烈转型以及对全球化进程的深度融入，中国行政法的发展面临诸多的机遇和挑战，比较行政法研究理应对此作出独特的贡献。无须讳言，比较行政法研究的更新与提升并非易事，需要研究者克服语言、专业和资源等方面的诸多障碍。但是，在信息和人员跨国交流方便快捷的全球化时代，在中国经济社会快速发展的背景下，或可预期的是，中国的比较行政法研究即将迎来它的黄金时代。

私法和行政法在解释论上的接轨

方新军（苏州大学法学院副教授）

随着现代规制国的出现，以及规制手段多元化所引发的契约国的出现，公法和私法之间出现了多层次的交融。现代社会的法律已经变成了一个动态的规范体系，同一社会经济生活现象公法和私法可能从不同的角度进行了调整，一旦出现纠纷，偏废任何一方进行孤立的考察都不可能圆满地解决问题。由于现代国家主要通过行政手段对社会经济生活进行直接干预，所谓的公法私法化和私法公法化，其实质就是私法和行政法互相工具化的问题。