

限于解释主体和解释方法的阐释,而没有结合我国法律解释实践对解释制度的合理性以及解释方法的科学性进行分析论证。去年发表的几篇有关法律解释问题的论文,对此问题作了深入研究,提出了一些有见地的看法。此外,关于法的起源和本质问题的研究,也有新进展。站在时代的前列,以发展变化的社会条件为背景,以新的知识为依托,重新审视、反思法理学的一些传统问题,将有助于法理学“内涵式”地发展。

3. 搁置争论,抓住机遇,完善和发展法理学,学术论争是理论发展必不可少的方式和途径,但是,对一些不甚紧迫问题或者不可能在短期内形成共识和理解的问题作无休止地争论,只会延误法理学发展的机遇。1997年,法理学在开展了一些有益的学术批评和论争的同时,也非常理智地搁置了那些可以在将来进行讨论的问题,抓住党的十五大前后提供的大好机遇,把焦点集聚在一些法治发展的重大理论与实践问题上,为中国法理学的完善和发展创造了积极的条件和环境。

1997年的法理学是一个丰收年。可以预计,在新的一年里,法理学将会随着实践的发展而不断得到丰富、发展和完善。

党的十五大明确提出“依法治国”的治国方略和“建设社会主义法治国家”奋斗目标,同时提出了一系列与民主政治建设和法治发展有关的重要内容,涉及法理学的许多基本理论问题,包括:法治与法制,法治国家的内涵、模式,依法治国的发展战略,依法治国与政治体制改革,依法治国与经济体制改革,法治现代化的道路和资源,尊重和保障人权,法制建设与精神文明建设要紧密结合、同步推进,立法科学化,依法行政,司法改革,法律监督等等。对这些问题的研究需要深厚的法学理论的支持和参与,反映在法理学领域,势必会要求法理学在内容上,继续深入研究法学、法律和法治的一系列基本原理、原则和范畴,研究有关的理论观点、精神和现象;要求在方法上,运用文化的、经济的、行为的以及比较的、实证的各种方法,既着眼于世界法理学发展的大趋势和全球一体化的过程,又从中国国情出发,立足于现实,从多角度、全方位地开展研究;要求在研究主体上,学者们以独立的学术品格、科学的研究态度、负责的探索精神、超前的思维意识、有效的研究手段,去发掘法理学传统问题的新内涵、新价值,去研究解决改革开放中出现的新情况、新问题。

行政法学研究述评

刘翠霄 汪建荣*

1996年底,在杭州召开了以“行政法治的理论和实践”为主题的行政法学年会,与会者就“依法行政”问题进行了热烈讨论,并一致认为在我国,依法行政是依法治国的核心、重点和难点,也进一步认识到行政法学工作者在“依法治国,建设社会主义法治国家”中肩负的责任和面临的繁重任务。1997年行政法学研究呈现出较前更加繁荣的形势,这是学界同仁对1996年年会共识的积极回应,也是1996年年会讨论的延续。在这里,我们把1997年行政法学研究的情

* 卫生部政策法规司副处长,《中国卫生法制》杂志副主编。

况作如下述评。

一、关于依法行政问题

关于依法行政问题,在1996年的行政法学年会上学者们已作了充分深入的探讨,会后对讨论情况作了详细综述。^[1]1997年专门以依法行政为题进行研究的论文为数不多,但已发表的论文对依法行政的一些基本问题还是作了比较深入探讨。有人认为,依法行政是依法治国的核心、重点和难点,它所解决的根本问题是政府与人民、行政权与法律、行政机关与权力机关之间的关系。提出依法行政,植根于我国的国家性质和政治体制,加上我国所处的时代背景和法制传统,我国依法行政的内涵较德、日要广泛得多,主要包括:职权法定、法律保留、法律优先、依据法律和职权与职责统一。依法行政的内容包括:依法行政的主体是行政机关及其公务员;行政机关的行政行为必须严格遵循依法行政的原则;行政机关行使权力必须依据法定程序;在行政系统内部实行监督;行政诉讼法、国家赔偿法等法律制度,是依法行政的司法保障。依法行政对于保证行政管理为人民服务的目标,保证行政管理的统一性、连续性和稳定性,保证行政效率,保证对行政管理的监督有统一的标准和程序有着重要的意义。^[2]

“依法治国”已被党和国家确定为我国的治国方略,但是把我国建设成为现代化的法治国家任务艰巨。依法行政是依法治国的核心,依法行政的现代化将会极大的促进和推动我国法治现代化的进程。因此,我们继续就依法行政和行政法治的现代化问题展开探讨,无疑是必要的,而且也是非常重要的一项工作。

二、关于中国行政法学理论体系和行政法体系

有人指出,中国行政法学理论体系经历了由宪法学型到行政学型再到目前逐步创立具有行政法学自身特色的行政法学体系的曲折过程。在创立行政法学体系的过程中,需解决以下几方面的关系:1. 行政法学与行政诉讼法学。行政法学与行政诉讼法学应是两个独立的法学部门。2. 行政法学总论与分论。目前在学界对于分论部分应包括的内容人们的认识是一致的,但对总论应包括哪些内容还不十分统一。3. 制度行政法学与原理行政法学。4. 宏观行政法学、微观行政法学和中观行政法学。5. 双线体系与单线体系。6. 内线体系与外线体系。^[3]

新中国成立以来,学界对中国行政法学理论体系研究成果甚少,90年代以来人们才开始自觉地研究这一问题。对行政法学理论体系的研究程度能反映出行政法学自身的研究程度,该学者以上的分析及评判或许不能被大家认为是较完美的行政法学理论体系,但是它为人们进一步设计和完善行政法学理论体系所提供的有益启迪是可以肯定的。

与行政法学理论体系不健全不完善相似,我国行政法规体系也存在一些问题。近几年,行政法学界就行政法的范围曾进行过热烈讨论,有人不主张将行政诉讼法纳入行政法的范围,但是大多数学者认为,行政法与民法、刑法不同,行政法自身的特征表明行政实体法、行政程序

[1] 姜明安:《依法行政是建立法治国家的题中应有之义》,《行政法学研究》1997年第1期。

[2] 应松年:《依法行政论纲》,《中国法学》1997年第1期。

[3] 胡建森:《中国行政法学理论体系的模式及评判》,《中国法学》1997年第1期。

法与行政诉讼法共同构成一个完整的行政法体系。去年,有关行政法规范体系的研究成果并不多,但从仅有的研究成果中我们可以看出对这一问题认识的倾向性。有人指出,我国行政法规范的总体内容有以下问题:行政法体系的轮廓不清,志向不明;在整体上没有确立公民的主体地位,行政法体系不完整,行政组织法不完备,行政程序法相当薄弱,许多具体制度没有建立。因此,应该从保证公民的行政权益这一目的出发来设计一套完整的行政法体系,其内容应包括:行政组织法、行政程序法、行政过程中的实体法、行政救济法。^[4]

三、关于行政法的理论基础

近几年来,学界有关行政法的理论基础问题讨论热烈,主要有平衡论、控权论、管理论、服务论等几种观点。1996年有学者对这几种不同的观点和主张进行了系统的评析,指出各种观点的缺陷,也有学者专门针对某一观点进行评说,还有学者提出自己新的见解。1997年的讨论情况与1996年基本相同,只是对问题的研究有了进一步深入和发展。

有人指出,在我国体制转轨时期提出“平衡论”具有重要的理论价值和实践意义,但“平衡论”自身存在的疏漏在很大程度上又掩盖了它的积极作用和理论潜力。“平衡论”立论上的缺陷在于容易使人产生它是一种哲学意义上的理论,缺乏对行政法的针对性,因而不能独为行政法理论基础的印象。“平衡论”在内容上的疏漏表现为:1. 平衡观不连贯,导致理论体系自相矛盾;2. “总体平衡”思想的似是而非;3. “平衡论”脱离具体社会环境谈平衡,缺乏对我国国情的针对性。“平衡论”产生于80年代中期学者们试图在“保权论”和“控权论”之外指导我国行政法的理论基础之时,有其一定的优势,因而需要进一步完善:1. 认清“控制论”的是非,放弃对“控权论”绝对证伪;2. 给“平衡论”正确定位;3. 将“平衡论”的中心思想确定为主张西方发达国家行政法的先进经验与我国具体国情的有机结合;4. 在论证方法上作适当调整。^[5]

也有人认为,行政法的理论基础必须能说明行政法的本质特点,必须以历史唯物主义为指导。而平衡论没有解决行政法的适用范围这一本质问题,没有揭示行政法功能的本质特点,没有揭示行政主体与相对人之间关系的性质,没有从行政法所赖以存在的客观基础来解释行政法现象,因而不能作为行政法的理论基础。行政法的理论基础应当是公共利益本位论,它回答了行政法的适用范围问题,强调公共利益但并不漠视个人利益。^[6]

还有人指出,作为部门法的理论基础,必须既能解释其特殊性,又能解释其共同性和普遍本质。实际上,权利义务的平衡性、对应性是一切法律关系包括行政法律关系的一个普遍特征,因此它就不会是某一特定法的理论基础了。从当代行政法的发展来看,行政法主要是规范和限制行政权力,保障行政相对人的权益。^[7]

人们对行政法学的理论基础问题投入如此多的精力进行研究,证明它在行政法学中的重要地位和作用。行政法学理论基础是构筑行政法学的基石,进而也是构筑行政法体系的理论基石。因此这一理论要能够对行政法的本质、功能、产生发展的客观规律予以正确解释,并且贯穿

[4] 薛刚凌:《论行政法的目的、手段与体系》,《政法论坛》1997年第3期。

[5] 皮纯协、冯军:《关于“平衡论”疏漏问题的几点思考》,《中国法学》1997年第2期。

[6] 叶必丰:《行政法的理论基础问题》,《法学评论》1997年第5期。

[7] 吴德星:《论中国行政法制的程序化与行政程序的法制化》,《中国人民大学学报》1997年第1期。

于行政法学的基本范畴、原理、体系始终,即要明确行政法学的理论基础是行政法体系以及行政法学体系赖以建立的价值观,而非方法论。对我们广大行政法学者来说,目前需要的仍是:运用自己的主张去研究和解决行政法学研究中出现的具体问题。

四、关于行政法的发展方向

在行政法学界,由于人们对行政立法的性质、立法权限、处罚设定权、法律效力及监督等问题缺乏系统的研究,这不仅阻碍了行政法学的进一步繁荣与发展,而且不能有力地指导和推动依法行政、建设法治国家的进程。有人在对法国、美国等国家的行政立法地位的确立、制度构造、立法原则的选择等历史演进规律进行论述之后,着重对中国行政立法存在的弊端以及如何构筑中国当代行政法进行了深刻地论证。他指出,我国行政诉讼法与行政处罚法的制度设计深刻反映了传统行政法观念对当代中国行政法走向的影响。然而,当代社会的复杂性、行政管理的多样性,行政法价值的多元化与发达国家的经验等都表明,在概念基础上进行制度构造,不加区分地否定或限制行政立法权是不能解决问题的。要真正遏制行政立法过滥的现象,应从以下几方面努力:1. 加深对行政立法的理论认识,培育当代行政法观念。2. 明确国家权力界限,转换政府职能。我国行政法发展中所表现出的“类型化”处理方式,只是在法律和行政立法之间划分立法权限。因此,对行政立法进行具体化和实证化的制度设计,是制约行政立法权的必由之路。3. 制定行政程序法,保证公众的了解权和参与权。4. 加强司法能动性,维护法制统一。行政立法权的合理性主要取决于其是否符合转换政府职能的要求。因此法院在判断法律问题时,不仅要作形式上的审查,而且要对行政立法的内容进行实质性判断。对行政立法权的制约与实质性监督,分别代表两种不同的法制观与两种不同的思维方式,这一问题的解决会为中国整个法治建设提供重要信息。^[8]

五、关于行政行为

对行政行为的研究主要涉及到行政行为的一般原理以及行政许可、行政控制、行政强制执行、行政复议等具体制度,但对行政行为实施过程中出现的具体问题研究不多,譬如由于立法的不明确或政府部门职能的重复、交叉等,出现的行政行为无秩序等,还没有引起学界的足够重视。而这些又都是现实中亟需解决的理论问题和实际问题。

1. 关于行政行为的公定力和执行力

行政行为最重要的特色在于这种行为具有公定力,即行政行为一经作出,就对任何人都具有被推定为合法、有效而予以尊重的法律效力。对行政行为公定力的理论依据有“自我确信说”、“法安说”、“既得权说”等几种观点。有人认为公定力的理论依据应当是“社会信任说”。合法、公正的行政行为都具有确定力、拘束力和执行力,即具有公定力。但是,当行政行为的合法性、公正性引起行政纠纷时,我们也只能作合法有效的推定。这种推定是基于社会对行政主体及其意思表示的信任。对公定力的界限有“有限公定力说”和“完全公定力说”两大观点。该学者认为只有“完全公定力说”才能对公共利益及其代表者表现出足够的信任和尊重,从而实现

[8] 周汉华:《行政立法与当代行政法》,《法学研究》1997年第3期。

行政法治所要求的良好秩序。^[9]

在行政行为公定力的理论依据问题上看法不一,有一种观点认为来自行政权的国家权威,是超制定法的,但是,这种观点与法治主义的要求是不相符的。还有一种观点认为,行政行为是否有公定力,应视制定法是否予以规定,但是现代行政不仅要满足法治主义的要求,还需满足行政目的的及时实现,维护行政法关系的安定性及保护公民的信赖这三项要求,如果任何人都能否认其拘束力,那么行政法关系将陷入混乱。有人不同意以上两种看法,认为,应在上述两种观点间寻求一种平衡,即保证行政法关系的法律稳定性,当就行政行为的合法性发生争议时,只有有权机关作出撤销的决定和判决,该行为才失去效力。但行政行为的公定力也不是绝对存在的,无效行政行为一般不具有公定力,但无效的事由要由法律明确规定。^[10]

行政行为的执行力问题是一个重要的理论和实践问题,国内外学者对此认识不一,主要有三种观点,一种认为是对具体行政行为予以强制执行的法律效力;第二种观点认为,是指具体行政行为所具有的相对人自行执行或行政主体强制相对人执行的法律效力;第三种观点认为是对具体行政行为所设义务的自行执行或强制实现的法律效力。有人不完全同意以上三种观点,认为行政行为的执行力是指对该行为内容的自行执行或强制实现的法律效力,即既包括具体行政行为的执行力也包括抽象行政行为的执行力,既包括对相对人的执行力也包括对行政主体的执行力,既表现为自行执行力又表现为强制实现力。^[11]

2. 关于行政不作为

有人指出,行政不作为的法律后果只能是违法的,因而要建立必要的救济机制。我国对行政不作为予以复议和诉讼救济的范围是很有限的,应将侵害公共利益的行政不作为、抽象行政不作为、行政复议不作为纳入救济范围。对行政不作为救济应采取宣告违法、责令履行、责令赔偿三种补救方式。此外对行政不作为违法还应追究责任。行政不作为的责任既可能是刑事责任,也可能是行政责任。对行政不作为造成相对人损害应负赔偿责任的认定要有严格的限制。只有具备与行政不作为侵权特点相适应的特殊条件,才可构成行政不作为的赔偿责任。^[12]

3. 关于行政相对人

行政相对人作为构成行政法律关系的一方主体,应当是行政法学的一个基本范畴。但是至今行政法学界对行政相对人的研究没有引起重视。有人认为造成这种状况的原因是:1. 在计划经济体制下,行政相对人不是真正的法律主体;2. 将行政相对人与宪法或民法意义上的公民、法人或者其他组织等同看待;3. 行政法学初创阶段行政法被看作是行政管理法,这种价值取向使行政相对人失去了被研究的价值。该学者认为对行政相对人研究的内容包括:1. 对行政相对人的界定。2. 行政相对人的行政法地位。3. 行政相对人的权利义务。4. 行政相对人的法律行为。^[13]

有人指出,对那些受行政权作用或受行政行为约束的对象给予一个什么样的名称,至今理论上认识不一,立法上表述也不一。有相对人,管理相对人,公民法人或其他组织,当事人等称谓。该学者认为称行政相对人比较恰当,其特征有:1. 在行政法律关系中处于被管理地位;2.

[9] 叶必丰:《论行政行为的公定力》,《法学研究》1997年第5期。

[10] 吴婧萍:《行政行为公定力研究》,《行政法学研究》1997年第3期。

[11] 叶必丰:《论行政行为的执行力》,《行政法学研究》1997年第3期。

[12] 周佑勇:《论行政不作为的救济和责任》,《法商研究》1997年第4期。

[13] 方世荣:《行政法学应重视行政相对人的研究》,《法商研究》1997年第3期。

范围很广; 3. 具有相对性。根据不同标准可对行政相对人作如下分类: 1. 特定相对人与不特定相对人; 2. 明示相对人与暗示相对人; 3. 一般相对人与特别相对人。特别相对人主要有两种情形: 一是民事权益争议的当事人在特定条件下可以成为具体行政行为的相对人; 二是行政机关在特定情况下, 也可以成为具体行政行为的相对人; 4. 内部相对人与外部相对人。^[14]

4. 关于行政许可

在行政法学界行政许可往往被称为行政机关根据管理相对人的申请, 允许相对人从事某项活动的具体行政行为。^[15]有人针对这种看法指出, 行政许可首先是一种法律制度, 仅仅把这当作一种行政行为来看待, 就不能揭示出行政许可作为一项法律制度的全部内涵, 行政许可是由法律、法规设定一般性禁止的制度。^[16]

在行政许可的条件与标准是否一致的问题上, 人们的看法也不尽一致。有人在撰文中这样阐述: “行政许可的范围很广, 因此, 许可的条件和标准因法而异, 很难统一规定于一部法律中。”^[17]可以看出, 在这里该学者把许可的条件和标准看作是一回事。有人却认为, 行政许可的标准不同于许可条件, 行政许可的条件是法律法规对申请人提出的要求, 而行政许可的标准则是对行政机关颁发许可的行为提出的要求。^[18]

在如何看待行政许可的性质及其发展趋势上, 人们也持不同看法。有人认为, 实行行政许可制度的代价是限制人的行为自由, 这种限制会在一定程度上窒息个人的积极性和创造性。因此从总趋势来看, 现在实行行政许可制度的一些领域最终将会实行较为民主的管理手段。行政许可事项的范围将会逐渐缩小。^[19]有人却认为, 由于行政许可适用范围广, 种类多, 所有的许可并不体现为单一的性质, 既有解禁性的, 也有赋权性的, 而且解禁性的许可也可能转让为赋权性的。随着我国社会主义市场经济体制的建立, 行政许可制度的适用范围将日益广泛。^[20]

有人撰文把我国行政许可制度存在的问题归纳为七个方面, 并结合国外在行政许可方面的立法经验, 提出制定我国行政许可法的立法构想,^[21]这对行政许可立法有着非常重要参考价值。为了制定一部适合我国国情的比较完善的行政许可法, 继续对在行政许可制度上存在歧义的问题进行探讨, 无疑具有重要的意义。

5. 关于行政强制执行

我国行政强制执行制度目前主要存在着规定混乱, 执行困难, 执行机关执行权限没有明确划分, 执行程序不统一四方面的问题。有人在对当今世界上的行政强制执行模式进行分析的基础上, 认为在市场经济体制下我国应选择以美法模式为主, 同时兼采德奥模式之长的一种混合模式, 即由行政机关申请人民法院强制执行为主, 由行政机关自行强制执行为辅的模式。在强制执行权限划分上, 该学者认为, 应以对执行标的所采取的强制措施为根据, 从对相对人权益影响大小的角度出发, 来合理有效地划分人民法院和行政机关之间的行政强制执行权。^[22]

[14] 邢鸿飞:《浅论行政相对人》,《法律评论》1997年春季号。

[15] 高帆、李岳德:《市场经济与行政许可制度》,转引自注[16],张步洪文。

[16] 张步洪:《论行政许可的范围》,《行政法学研究》1997年第2期。

[17] 马怀德:《行政许可制度存在的问题及立法构想》,《中国法学》1997年第3期。

[18] 前引[16],张步洪文。

[19] 前引[16],张步洪文。

[20][21] 同前引[17],马怀德文。

[22] 马生安:《论我国行政强制执行的模式选择及其程序设定》,《行政法学研究》1997年第3期。

6. 关于行政处罚和行政刑罚

在如何适用行政处罚与刑罚处罚竞合的问题上,目前主要有三种观点:选择适用、附条件并科和合并适用。有人对合并适用的观点表示赞同,认为,由于违法行为具有违反行政法规和刑法的双重性,因而要适用两种处罚;这两种处罚在性质上的差异决定了不适用“一事不再理”和“重罚吸收轻罚”的原则,而且两种处罚合并适用才能消除犯罪的全部危害后果。^[23]

有人指出,在行政法中规定相关的刑法内容是行政法与刑法的共同要求。创制这种行政刑罚制度的意义在于:1. 有利于提高刑法典的立法水平;2. 便于划清行政法律责任与刑事责任的界限,避免行政执法中以罚代刑或因无刑事责任的规定而放弃制裁。该学者指出,创制行政刑罚应注意以下几个问题:1. 根据需要设定行政刑罚。2. 只能由最高国家权力机关通过行政法律予以规定。3. 符合刑法立法原则,与刑法典保持协调与统一。4. 行政刑罚的内容要明确适用。5. 行政刑罚应与依附性的散在型立法相配合。6. 允许双重处罚,但不能重复处罚。^[24]

7. 关于行政复议

我国快速立法缓解了社会的迫切需要与法律数量严重不足之间的矛盾,在很大程度上解决了无法可依这一突出问题,但随之也出现了新的问题,譬如法律规范的内部欠缺、法律之间的相互不协调等,影响了法律的实施效果。法治离不开法,但需要比较完善的法;立法不可能完善无缺,但应尽量严密和避免漏洞,这是立法工作者和理论研究者面临的共同问题。有人通过对《行政复议条例》存在缺陷的分析,来说明以上的问题。他指出,条例第1条规定行政复议的目的之一是维护行政机关依法行使职权,而行政复议的主要任务是保护行政相对人合法权益不受行政机关的侵犯并监督行政机关依法行政,因此这种规定就使复议丧失了其存在的前提和必要。此外复议条例对申请复议范围、复议管辖等的规定也都有欠缺。再如,复议条例与行政诉讼法在复议决定与起诉的关系、复议当事人与诉讼当事人等规定上也有冲突和不一致的地方,所有这些都是国家在制定《行政复议法》时应注意和避免的。^[25]

我国的行政复议机关根据其受理的行政争议的特点,分别隶属于各级不同的人民政府和行政职能部门,受理不同内容和不同层次的行政申诉案件。有人认为,这种行政复议体制主要有以下几个弊端:1. 由于行政复议机关与作出具体行政行为的被复议机关之间存在着行政隶属关系,不利于行政争议的公平合理解决。2. 行政体制的“条块分割”不利于行政争议解决。3. 违背了行政机关工作的精简效能原则。4. 不利于申诉人复议申请的提起。鉴于此,需在我国建立统一行政复议机关,即在一个以人民政府为基本单位的行政区域范围内,设置一个隶属于人民政府但又具有相对独立性的行政复议机关。^[26]

六、关于行政程序法

目前在学界对行政程序法与行政程序的基本原则未作严格区分,一般包括:行政公平原则、行政效率原则、行政公开原则等。有人针对这种情况指出,行政公开是“二战”以来现代各国

[23] 周佑勇、刘艳红:《论行政处罚与刑罚处罚的适用衔接》,《法律科学》1997年第2期。

[24] 田思源:《关于创制行政刑罚制度的探讨》,《法制与社会发展》1997年第3期。

[25] 杨解君:《立法质量的实证分析》,《南京社会科学》1997年第3期。

[26] 彭书清:《关于建立统一行政复议机关的思考》,《行政法学研究》1997年第2期。

行政法制的趋势,其目的,一是强化民主政治,二是防止贪污腐化。行政公开是监督行政的基本前提,行政公开与新闻自由的结合会给任何有贪污腐化企图者以巨大的威慑。行政公开原则表现于行政程序法的各项原则和各项具体制度中,可以说是行政程序法的生命,在我国行政程序法中应该体现行政公开原则。关于中国行政程序法目标模式的选择,该学者认为,在中国由于公民的权利意识不强,行政权运转不良造成的行政效率低下以及行政程序法理论研究的成熟,中国行政程序法应选择以权利模式为主,兼顾行政效率的模式。^[27]

有人认为,我国行政程序立法应取公正优先、效率第二模式。原因是:1. 法律的首要价值是追求社会公正;2. 我国行政程序法的重点应放在对行政权力运行的控制和行政主体的约束机制上;3. 西方国家经历了从效率为主到公正为主的发展过程,这与现代市场经济的发展过程是吻合的;4. 从立法要面向现代化意义上讲,也应采取公正为主、兼顾效率的目标模式。^[28]

有人在谈到行政程序法在法制建设中的重要性时指出,法即程序,理由是:徒实体法不能自行,徒程序法可以自行;程序法可以取代实体法,实体法不能取代程序法;先有程序,后有实体,实体是程序的产物;一切实体法上的问题均可从产生它的程序中找到原因;一切实体法上的问题只有从产生它的程序入手,才能得到根本的解决;程序法是权利性的,实体法是义务性的,实体法是静止地、孤立地、形而上学地规范人们行为的,而程序法是动态地、联系地、辩证地规范人们行为的。^[29]

在行政程序法的研究中,对程序行政行为的定义尚无明确表述,甚至有人不承认程序行政行为存在。有人对之进行了深入研究,并作如下定义:程序行政行为是指由法律设定的,规制行政主体行使行政职权的方式、形式与步骤的一系列补充性、辅助性措施的总称;它直接产生行政程序法律关系,引起该行政程序的运行,并对行政实体法律关系产生间接作用或影响。该学者针对学界对程序行政行为的法律属性有事实行为与准行政行为的认识,认为后一种认定较妥当。程序行政行为与实体行政行为的实质性区别在于是否直接产生法律效果。程序行政行为具有违法的可能,并且主要是不作为违法,表现形式主要有两种,一是大多表现为程序步骤的欠缺,二是任意变更法定程序。^[30]

七、关于行政诉讼

1. 行政执法与司法审查

有人认为,对法律规范进行政策选择与对行政机关的选择的合法性进行审查,是两个截然不同的过程。当行政争议诉诸法院后,要求法院对法律规范进行政策选择,实际上是让司法机关承担行政执法职能。司法机关要尊重行政机关对法律问题的判断,并不说明行政机关就是法律问题的最终权威,而是当法院认为需要时,可以以自己的意见代替行政机关的意见,因而法院是法律问题的最终决定者,并以此实现法制统一,维护宪法和法律的权威。由于行政诉讼法对于司法审查的力度和范围几乎没有规定,使得司法实践在许多方面带有一些被动性、不系统

[27] 吴德星:《论中国行政法制的程序化与行政程序的法制化》,《中国人民大学学报》1997年第1期。

[28] 黄学贤:《行政程序法的目标模式及我国的选择》,《苏州大学学报》1997年第2期。

[29] 肖凤城:《论“法即程序”》,《行政法学研究》1997年第1期。

[30] 朱维究、阎尔宝:《程序行政行为初论》,《政法论坛》1997年第3期。

性及相互矛盾。主要表现为: 1. 由于我国行政法学理论对法定审查根据的内涵和外延没有明确的界说, 结果导致司法实践中适用混乱; 2. 由于我国行政法理论对司法审查的力度或范围并未给予足够的重视, 使法院缺少可以操作的原则和理论, 而处于难以选择、进退两难的境地; 3. 由于法院缺少对法律问题的判断标准, 使得司法权在社会生活中究竟应起多大作用处于一种极度的模糊状态, 并出现了明显的矛盾现象。根据我国的实际并借鉴他国的经验, 对科学的法律问题判断标准归纳为以下几点: 立法目的标准、行政专业化标准、司法职能标准、法制统一标准。在法院无法判定行政机关对法律问题的判断是否合法时, 拒绝受理是必然的选择, 它完全符合我国行政诉讼法有关对具体行政行为的合法性进行司法审查的基本原则。^[31]

2. 抽象行政行为以及是否能对其提起诉讼

目前, 无论是在法学研究中还是在司法实践中, 对抽象行政行为的认识还是比较模糊的。因而, 对抽象行为进行科学界定, 论证其是否应纳入司法审查的范围, 对于实现行政法治是有积极意义的。有人指出, 在学界有人把抽象行政为等同于行政立法行为, 实际上抽象行政行为与行政立法行为在本质上没有共性, 行政机关依授权制定法规和规章的行为不具有一般行政行为的属性, 是立法行为, 但不是抽象行政行为。而抽象行政行为与具体行政行为在本质上具有共性, 这种共性体现在: 二者都由行政主体依职权作出, 是其行政权行使的结果; 二者有同样的法律效力; 都直接作用于公民、法人和其他组织的权利与义务。基于以上分析该学者认为有必要将抽象行政行为纳入司法审查的范围。行政诉讼的受案范围过小, 说明行政权大于司法权, 这就会导致权力制约机制的失衡, 最终将延缓法治建设的进程。^[32]

抽象行政行为不属于行政诉讼受案范围, 这一规定在司法实践中遇到不少问题, 许多在法院工作的同志对抽象行政行为是否应纳入受案范围的问题进行了探讨, 并发表了他们的看法。有人认为, 有必要赋予人民法院对部分抽象行政行为的司法审查权, 原因是: 1. 抽象行政行为具有普遍约束力和往后效力, 因而其影响远大于具体行政行为。2. 人民法院对抽象行政行为不能进行司法审查, 就大大削弱了司法监督在国家监督中的作用。3. 对部分抽象行政行为进行司法审查也是统一法律的适用、协调法律的一致所必须。4. 受到抽象行政行为侵害的公民、法人和其他组织上能求助立法的行政保护, 而不能求助司法保护, 表明法律规定的欠缺性。5. 从我国立法现状和与世界立法接轨的趋势看, 已具备将部分抽象行政行为列入司法审查对象的条件。有人认为, 在当代中国司法环境和根据法院现有的条件, 赋予法院对地方政府规范性文件司法审查权, 是我国民主制度的题中之义, 而非“三权分立”的特有产物。^[33]

我国是一个农业大国, 因此在我们实现现代化、实现法治现代化的过程中, 农民问题仍是根本问题。多年来学界对农业、农村、农民的法律问题研究的是很不够的。尤其是对与农民切身利益密切相关的各种征收和摊派的法律问题以及由此引起的纠纷的解决研究得很少。实践证明, 农负问题不仅是个经济问题, 而且是影响改革和现代化进程以及社会稳定的政治问题, 已引起中央的关注并且三令五申减轻农负, 但收效甚微, 这又进一步说明国家必须以法律手段调整这方面的社会关系, 才能切实保障农民的合法权益。有人对与农负诉讼有关的几个问题作

[31] 周汉华:《论行政诉讼中的法律问题》,《中国法学》1997年第4期。

[32] 高鸿:《抽象行政行为可诉性研究》,《法律科学》1997年第4期。

[33] 钱翠华等:《抽象行政行为能否提起诉讼的探讨》,《政治与法律》1997年第2期。

了实证分析论证,提出自己见解。^[34] (1)关于乡镇政府农负文件的可诉性问题。要切实解决农民问题,达到减负目的,一个很重要的途径就是赋予农民对乡镇政府关于农民负担文件的行政起诉权。乡镇农负文件的可诉性体现在三个方面:它是具体的行政行为,是就特定的农负问题或某一特定项目向农民集资、摊派而作出的决定;它并非具有普遍约束力的行政决定,命令,而是一次一事适用的文件;它不属于行政机关最终裁决的具体行政行为。(2)村委会的被告资格问题。村委会以自己的名义具体落实农民负担,由此引起的纠纷一般以民事纠纷或经济承包合同纠纷对待。该同志认为,此类纠纷属于行政纠纷,村委会应作为法律法规授权的行政主体在行政诉讼中处于被告地位。(3)农负案件的代表人诉讼问题。农负行政诉讼在诉讼的提起上,除起诉人已达众多需要按民事代表人诉讼的方式进行推举、商定或指定代表人或已在诉前推举代表人外,应当允许众多行政相对人中的一人或少数起诉人未经被代表人特别授权而直接作为代表人进行诉讼。

3. 关于行政诉讼程序设定

从1989年颁布行政诉讼法以来,行政收案率逐年下降,造成这种状况的原因是多方面的,有人认为,原因之一是现行行政诉讼程序缺乏简易程序。因此在行政诉讼程序中增设简易程序尤为必要。因为这种简易程序不仅是我国国情的现实需要,是我国行政审判自身发展的需要,而且适用简易程序在目前司法条件下完全可行。^[35]

4. 关于行政审判中人民法院的管辖范围问题

有人认为,我国行政诉讼法没有赋予人民法院以完整的审判权,这种立法的局限性和弊端已日益突出,并认为应赋予人民法院“完全管辖权”;这样有利于权力的监督和制约,能体现司法终裁权的必然要求,可以减少讼累,提高办案效率。确定人民法院完全管辖权的适用范围时应坚持以下四个标准:正确处理司法权和行政权的关系;保持司法权的固有职能;行政机关不得为自己案件的法官,加强司法机关在适当范围对行政机关滥用权力的监督力度。^[36]

5. 关于赔偿诉讼适用的原则

有人认为行政诉讼法规定的“赔偿诉讼可以适用调解”值得商榷。由于行政赔偿责任与民事责任关系密切,以致许多国家的法律将其看成是一种民事责任。我国理论界对此亦众说纷纭。该学者认为:国家行政机关直接承担赔偿责任以及赔偿原则、标准、程序往往由行政诉讼法规定;行政赔偿发生在行政管理领域,基于国家行政权力作用产生的具有行政法律地位不平等的行政侵权行为带来的法律后果,必是行政法律责任;行政赔偿与国家司法赔偿等法律制度共同构成我国国家赔偿法律责任,这又决定了它是行政法律责任的性质。与此相适应,行政诉讼法第50条规定的不适用调解的基本原则应贯穿行政诉讼始终。^[37]

6. 建议制定行政补偿法

有人指出,行政补偿制度是国家调整公共利益与私人或团体利益、全局利益与局部利益之间关系的必要制度,在整个法律体系中应有不容忽视的地位。但是我国至今没有一部对行政补偿制度作出专门规定的法律,在理论研究上也较为薄弱。行政补偿引起的纠纷能否向法院起

[34] 余辛文:《关于农民负担的行政诉讼案件的几个问题》,《法学研究》1997年第2期。

[35] 汤友洪等:《行政诉讼应增设简易程序》,《法学》1997年第2期。

[36] 郑永强:《论行政审判中人民法院的完全管辖权》,《行政法学研究》1997年第3期。

[37] 陈旭峰:《对“赔偿诉讼可以适用调解”的思考》,《行政法学研究》1997年第3期。

诉,至今无明确规定,有的教科书甚至明确提出,法院不受理行政补偿案件。近几年随着各地整体规划的实行和房地产开发业的发展,因行政补偿引起的纠纷已屡见不鲜,并有不断增长的趋势。我国《土地管理法》未规定土地征用补偿争议的司法诉讼程序,但有些地方性法规规定了这种程序和途径。该学者认为,对于相对人请求行政补偿,各国通常都规定了行政程序和司法诉讼程序两种救济途径,我们应在总结地方性法规规定解决行政补偿争议的司法诉讼程序经验的基础上,制定我国行政补偿法。^[38]

八、简 评

行政法学是一门与行政法制实践结合非常紧密的应用性比较强的学科。我国行政法学从产生到现在虽然只有十几年时间,但是它与其他部门法学一样,也经历了由注释研究到理性思维和实证分析的发展过程。这显示了我国行政法学理论研究既贴近了生动活泼的行政法制现实,又从更为宏观的角度用更为超前的眼光在不断探索新的研究方法,而且也表明我国行政法学研究者的理论水平和素质在不断提高。从去年发表的论文中我们看到,从法理学高度对行政法问题进行分析论证以及运用实证分析的方法对行政法实践中的问题进行研究的论文比往年有所增加。这种良好的势头会进一步发展。

1997年有几篇论文对“平衡论”提出批评,但是没有形成热烈讨论的场景。由于行政法学理论基础问题在整个学科的建设和行政法制实践中有着至关重要的地位,因此在今后的行政法学研究中,我们还需要投入一定的精力对行政法学的理论基础加以研究。

行政执法是产生具体行政行为的主要方面,因而也是研究依法行政的核心课题之一。实践中行政执法存在的理论问题和实际问题最多,成为社会和行政法学界的关注焦点。学者们就市场经济条件下行政执法的地位、特征和作用,行政执法的内容、形式和基本要求,行政执法存在的具体问题及对策,尤其是行政执法队伍的整体素质等作了不少探讨,有的学者提出了一些新的见解,但是从整体上说,探讨还基本停留在已有水平上,在理论上没有明显突破和进展,我们还需要在这方面作进一步努力。

去年对行政程序的研究基本上还囿于一般原理探讨,我们要在立足于有关行政程序方面的中国行政法制实践的前提下,加强对立法、司行和行政实践中遇到的有关行政程序方面的具体问题进行深层次的理论探讨,同时也应进一步开展比较研究,吸收和借鉴外国行政程序制度和原则的合理因素为我所用,为我国正在酝酿制定的行政程序法提供理论指导。

对国有资产管理问题行政法学和经济法学都在研究,而且两个学科的研究领域交叉重叠,很难明确划分出各自研究的界限来。我们认为,行政法学应着重从国家如何充分行使行政职权,加强对国有资产管理,以防止其继续流失着手,也需要进行比较研究,作为我们在制定国有资产管理法律规范时参考。

对行政处罚法的制定学界和实际部门都一致赞誉,但是执行中有什么问题,这些问题的性质是什么,为什么会出现这些问题以及解决这些问题的途径和方法等都需要我们进一步从理论上探讨和论证。对行政刑罚的研究论述不多,而且基本限于一种思路。在行政处罚与行政刑罚衔接问题上除了现在设计的方案外,是否还有更理想的方案,也有待我们进一步研究。有关

[38] 李傲、夏军:《试论我国行政补偿制度》,《法学评论》1997年第1期。

行政诉讼的讨论比较活跃,比较集中的议题是抽象行政行为是否应纳入受案范围、人民法院管辖权范围、行政诉讼程序设定等。有人提出对法律规范进行政策选择与对行政机关的选择的合法性进行审查,是两个截然不同的过程,并对实际操作中,往往将二者相混淆的原因在理论上进行了阐述。所有这些有关行政诉讼问题的讨论,对完善行政诉讼法具有重要的理论价值。在行政诉讼的实践中,还有许多问题需要我们去调查研究,实证分析,我们把对解决问题的对策性意见建立在坚实的理论基础上。对现实问题进行实证研究,这不仅是我们行政法学研究,而且也是法学其他学科所倡导的研究方法,我们要很好地运用它。

在我们去年整理的述评中,对1997年以及以后几年的行政法学研究作了比较客观的展望。从1997年发表的论文,尤其是我们收到的投稿看,研究的情况还不太尽如人意,罗豪才等在《中国法学》1996年第1期的一篇文章中指出的“高水平学术成果尚不多见,低层次的重复研究现象却相当严重。研究领域展开不够,科学的学科体系尚未最终形成。缺乏深入讨论的空气,学科队伍的总体素质亟待提高”的状况依然存在。这种状况的基本改变不是三年五年就能做到的,需要一个较长的过程。但是,经过我们不懈努力,一个基础坚实、学科体系科学完整、整体理论水平较高的行政法学会出现在我们面前。

民法学研究述评

张新宝

同上一年度一样,1997年我国的民法学研究较为活跃,发表的论文较多,出版了一些理论著作和教科书。在这一年里,法学界举办了多种形式的纪念民法通则实施10周年的学术活动。10月中旬,中国法学会民法学经济法学研究会会在厦门召开了今年的年会。鉴于这一年度发表的民法论文数量多、涉及的范围广泛,要想在本文中对所有问题都予以综述和评论是困难的。本文仅就讨论最为集中、理论性和现实意义较强的几个问题予以述评。未述评的问题和未涉及到的论文无疑也是重要的。

一、民法基本理论问题

(一)关于民法通则

有人指出:民法通则正确界定了民法的调整对象,承认民法的私法性质,初步建立起了对民事社会生活与国家政治生活关系进行分别调整的新体制,其确认的基本原则符合我国以社会主义市场经济为基础的现代民事生活的根本要求,为完善我国民事立法,健全我国民事司法提供了科学的指导思想,庄严宣告了公民、法人依法享有各种民事权利。但是民法通则也带有旧的经济体制的烙印,过于原则化,存在大量漏洞,一些规范欠缺谨慎的思考。^[1]有人指出,民法通则更主要是从个人或社会的角度而非国家的角度选取价值定位。它填补了我国民事基本

[1] 李开国:《民法通则的历史功绩与历史局限》,《现代法学》1997年第4期。