

针锋相对,不要不痛不痒,各说各的理,同时也要理解和尊重对方,以君子之心相待。诚如是,我们的宪法学界才能既有朝气,又能互相团结,完成繁荣学术、推动中国宪政建设的历史使命。

行政法学研究述评

吴德星* 刘翠霄

1996年行政法学研究主要围绕行政法的理论基础、行政行为的一般原理及其具体制度、规制行政、行政程序法与行政诉讼等几个方面进行。^[1]对行政法学研究本身的有关问题的讨论,也是行政学研究的一个重要方面。

一、关于行政法学研究的若干问题

关于行政法学研究^[2]问题的探讨,主要围绕行政法学研究的方法与观念、行政法学的体系、行政法学存在的问题与研究前景的展望等问题进行。

关于行政法学研究的方法,除采用传统研究方法外,学界正尝试采取一些新的科学研究方法,并取得了一些成果。^[3]从1996年行政法学研究的情况来看,对比较行政法的研究取得了一些进展。

关于比较行政法的研究,有学者认为,法律是文化的一部分,是特定社会的经济、政治、历史与知识的产物。一部法典或法律机制可以一致,法律文化却不行。因此,要对一部法典或法律习惯做法有完整的理解,人们必须同时研究其产生的条件与环境。只有这样,比较法才有意义。制定出来的法律必须执行,而能得以执行的法律必须是大众所理解与接受有法律。^[4]

关于行政法学体系的讨论,一直受到行政法学界的注意。而行政法学体系与行政法体系之间,却具有密不可分的关系。从我国现有的行政法体系来看,有学者认为,最大的弱点就在于缺乏独立的监督与控制机制。因此,现行行政法体系缺乏有效的、独立的监督与控制,应成为行政法及行政程序法研究的当务之急。^[5]关于行政法学体系,有学者认为,行政法学体系是指行政法学内在逻辑结构的外在表现形式。对行政法学的研究应以行政权为核心,具体体现为行政权的行使、行政权的保障、行政权的控制、行政权的救济四个方面。我国行政法学体系的建立应围

* 中共中央政策研究室调研员、法学博士。

[1] 将行政诉讼列入行政法学的评述范围,一方面是出于行文的方便,一方面是出于行政法学研究的现实。目前,对行政诉讼的研究,主要的由行政法学界的学者进行。另外,行政法学本身的特殊性也决定了这一点。行政诉讼法作为程序法的一部分,与行政实体法具有密不可分的关系,而且在很大程度上是融为一体的。这在普通法系的行政法中表现得最为明显,对行政行为的司法审查,本来就是其行政法的主要内容。

[2] 将科学研究自身作为研究对象,既是科学研究本身的需要,也是科学研究兴旺发达的标志。行政法学的研究出现了一个可喜的开端。其最明显的表现,莫过于有关行政法学研究的方法论的探讨以及一系列论著综述的问世。

[3] 皮纯协、吴德星:《1994年行政法学研究的回顾与展望》,《法学家》1995年第1期。

[4][5] 陈建福:《制定行政程序法若干基本问题的思考》,《行政法学研究》1996年第2期。

绕着行政权这个核心,体现上述四个方面的精神。行政权的外在表现就是行政法律现象,这也是行政法学研究的直接对象。行政法学体系的建立,也应以行政法律现象的外在逻辑表现为内容。^[6]

关于行政法学研究存在的问题,有学者认为,与国外情况相比较,我国行政法学自改革开放以来虽然取得了长足的进步,并呈现空前繁荣景象,但就学科整体发展水平及其在社会生活,特别是在建设社会主义市场经济中所起的作用而言,目前仍存在许多待改进的问题,主要表现在三个方面:其一,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。其二,研究领域展开不够,科学的学科体系尚未最终形成。其三,缺乏深入讨论的空气,学科队伍的总体素质急待提高。^[7]

基于行政法学国内外发展的历史与现实状况,有学者认为,本学科今后的重点发展方向应集中于下述几个方面:其一,加强学科的理论性。其二,加强学科的系统性。其三,加强行政法学的应用性。第四,加强行政法学研究的国际性。^[8]

有学者认为,在目前和未来一个时期内,本学科应集中研究的重大基础课题如下:行政法学的基础理论与行政法哲学;行政法学的理论体系和基本范畴;行政法与民商法、经济法、刑法、宪法、政治学、行政学、经济学等学科的相互关系;各国行政法的比较;行政政策与行政法的关系;行政法与市场经济的相互关系,重点是研究经济行政法;行政立法的科学化、民主化与规范化,此问题的重点是行政程序法的制定;行政法制监督。其中,最迫切需要的选题包括:行政法的理论基础;行政法学的理论体系及基本范畴;行政法与民主政治;依法行政原则;行政法与市场经济;经济行政法;行政立法权与行政法中的规范冲突;行政法与行政政策;行政程序;行政裁判制度;行政法律实施中的问题与对策;行政法律责任;国有资产管理与行政法;比较行政法。^[9]

二、关于行政法的理论基础

有关行政法理论基础的讨论,是行政法学界近年来的热点之一。这也是我国行政法学走向繁荣的一个重要表现。

针对此种现象,有的学者认为,目前行政法学界关于行政法的理论基础问题的不同认识还只是停留在“主张和观点”上,尚未达到“思潮与流派”之水准。该学者对关于行政法理论基础的若干观点进行了系统评析,认为“平衡论”^[10]在其内涵、语义、性质、行政机关和公民的地位与状态、行为规则等方面存在着若干缺陷和置疑之处;“控权论”^[11]则将控权与保权相对立,

[6] 吴德星:《论我国行政法学的体系》,《当代学术信息》1996年第2期。

[7][8][9] 罗豪才等:《行政法学研究现状与发展趋势》,《中国法学》1996年第1期。

[10] 参见罗豪才等:《现代行政法的理论基础——论行政机关与相对一方的权利义务平衡》,《中国法学》1993年1期;王锡锌:《再论现代行政法的平衡精神》,《法商研究》1995年第2期;沈岿:《试析现代行政法的精义——平衡》,《行政法学研究》1994年第3期。

[11] 王连昌主编:《行政法学》,中国政法大学出版社1994年版,第19页;张尚主编:《走出低谷的中国行政法学——中国行政法学研究综述》,中国政法大学出版社1991年版,第595页。

认识有所片面：“管理论”^{〔12〕}从行政管理层面界定行政法，似有行政法与管理不分之嫌；“服务论”^{〔13〕}则以服务行政为中心，将行政中的一种功能与行政法相混淆且其概括不确切。从总体上来看，该学者认为，在行政法理论基础问题的探讨上存在诸多欠缺之处，具体表现为有浅述而无深论，观点虽多却少争辩与反驳，理论思考过于简单化和绝对化。^{〔14〕}

有的学者又提出新的观点，认为公共利益本位论是行政法的理论基础，公共权力论、控权论和平衡论等都不成为行政法的理论基础。其基本观点就是，法决定于利益关系，权力来源于法，是实现利益的手段；公共利益和个人利益是一组对立统一的矛盾，而公共利益是该矛盾的主要方面，决定着该矛盾的性质、内容和发展方向；行政法所体现和调整的正是以公共利益为本位的利益关系。^{〔15〕}

继一系列对平衡论进行批评、质疑的文章发表后，^{〔16〕}持平衡论观点的学者又连续发表文章作出回应，并对其观点作进一步的界定、解释与补充。平衡论者认为，行政法的理论基础是对行政法内蕴的“行政权——相对方权利”之基本矛盾进行分析和阐释的一系列基本范畴和命题的有机结合。^{〔17〕}平衡论正是从行政法内在基本矛盾出发，透过行政法中权利义务不对等的“非平衡”现象，试图从更深层面来揭示这对矛盾；“行政权——相对方权利之间的关系，以及作为这对矛盾之基础的公共利益与个体利益之间的关系，都是对立统一的，平衡是这一行政法基本矛盾的内在要求，也应是现代行政法的价值导向。他们还认为，行政法的平衡状态是行政机关与相对方之间形成的兼容非对等性的权利抗衡状态，是行政法的最优化状态；平衡同时是实现行政法最优化状态的一种方法，在行政法立法、解释及适用领域具有重要意义；平衡论是有关行政法本质的理论体系，由最基本的理论主张和一系列关于行政法基本理论问题的观点组成。^{〔18〕}

目前，有关行政法理论基础观点的争论逐渐具有较为明朗的局势。一方面，是持平衡论观点的学者，他们具有较强的声势。从见诸报刊的文章来看，平衡论已为行政法学界相当一部分学者认可，而且也有一些论著对此加以阐述。另外，也有不少学者对平衡论提出了批评和质疑，其中不乏真知灼见。^{〔19〕}而目前更需要的是：运用各自的理论基础进行系统的研究，解决行政法学研究中出现的具体问题。

笔者认为，作为部门法的理论基础，必须既能揭示其特殊性，又能揭示其共同性和普遍本质。作为行政法的理论基础，必须能够正确地解释行政法的本质、功能；必须是行政法赖以建立

〔12〕 转引自杨解君：《关于行政法理论基础若干观点的评析》，《中国法学》1996年第2期。

〔13〕 崔卓兰：《行政法观念更新试论》，《吉林大学社会科学学报》1995年第5期；陈泉生：《论现代行政法学的理论基础》，《法制与社会发展》1996年第5期。

〔14〕 前引〔12〕，杨解君文。

〔15〕 叶必丰：《公共利益本位论与行政诉讼》，《中央政法干部管理学院学报》，1995年第6期。

〔16〕 参见郭道晖等：《市场经济与行政法》，《行政法学研究》1993年第1期；武步云：《行政法的理论基础——公共权力论》，《法律科学》1994年第3期；崔卓兰：《行政法观念更新论》，《吉林大学社会科学学报》1995年第5期；陈泉生：《论现代行政法学的理论基础》，《法制与社会发展》1995年第5期；杨解君：《关于行政法理论基础若干观点的评析》，《中国法学》1996年第2期。

〔17〕 王锡铨、沈彤：《行政法理论基础再探讨——与杨解君同志商榷》，《中国法学》1996年第4期。

〔18〕 罗豪才、甘雯：《行政法的“平衡”及“平衡论”范畴》，《中国法学》1996年第4期。

〔19〕 参见前引有关平衡论诸文。

其体系,因而也是行政法学的基本范畴、原理和体系赖以建立的理论基础;必须能够解释行政法产生、发展的客观规律。也就是说,行政法的理论基础必须是行政法赖以建立的逻辑原点。它首先是一种正确的价值观,而非仅仅是方法论。当然,对行政法理论基础进行热烈讨论的本身,也反映了一种强烈的价值追求。

三、关于行政行为

行政行为是行政法学研究的一个重要内容。对行政行为的研究可以分为两个方面。一方面是对行政行为一般原理的研究;另一方面是对行政行为具体制度的研究。

(一) 关于行政行为的一般原理

一些学者针对行政行为的属性、成立与生效及其确定力、具体行政行为的作为、不作为以及与民事行为的区别等进行了讨论。

关于行政行为的本质属性,有学者认为,行政行为是指行政机关或法定组织实施的直接或间接产生行政法上之效果的行为,包括合法行政行为和不合法行政行为。这一概念着眼点是法律效果。关于行政行为的成立、生效和有效问题,该学者认为,行政行为具有合法与违法两方面的属性。行政行为作出之后,事实上并非因“合法”而发生效力,而是首先推定其合法,发生效力。行政行为的成立是指行政行为事实上的存在,即满足了成立要件,在理论上即告成立。行政行为无论是立即生效,还是经过固定期限或附条件生效,都有一定的程序,只是时间的长短不同。因此,一定的程序要求是行政行为的生效的程序要件。^[20]

关于行政行为的确定力,有学者从公共利益本位论出发,认为行政行为的确定力即为行政行为的不可改变力,包括形式确定力和实质确定力,是行政行为的重要内容之一。^[21]该学者认为,凡同时具备单方面意思表示、独立权力义务和生效时间三个条件的行政行为,都具有确定力,否则就不具有确定力。关于行政行为确定力的相对性,该学者认为,公共利益与个人利益具有统一性,因而没有个人利益就没有公共利益,没有公共利益也就没有个人利益。该学者认为,行政行为具有确定力,否定行政行为的确定力在理论上是不能成立的,在实践中是不利于权利义务关系的稳定的;行政行为不仅具有形式确定力,而且具有实质确定力,否则不足以防止行政随意性;不仅具体行政行为 and 授益行政行为具有确定力,而且抽象行政行为和非授益行为也具有确定力,这是公共利益本位论而不是以个人利益中心论或平衡论为理论基础的;^[22]行政行为的确定力是相对的而不是绝对的,绝对确定力既不可能存在也不利于维护公共利益和尊重个人利益。

关于具体行政行为与相关民事行为的区分,有学者认为,必须从行为的内核——民事权力或行政权力来确定行为性质,行为性质确定了,行为主体的身份也就明朗了,进而也就分开了行为之间的界限。由此,对行政机关具体行政行为与行政机关的民事行为所划的第一条界限就

[20] 刘勉义:《对行政行为几个基本问题的看法》,《行政法学研究》1996年第2期。

[21] 叶必丰:《行政行为确定力研究》,《中国法学》1996年第3期。

[22] 关于行政理论基础的讨论,可说是众说纷纭,但运用行政法的理论基础对行政法具体问题进行深入探讨的文章尚不多见。该学者运用公共权力本位论对行政行为确定力的研究,可说做了有益的尝试。另有学者运用平衡论的原理,就行政法对社会关系调整“度”的问题做了探讨,认为应把行政权力与公民权利的平衡作为价值目标,以兼顾各方应有的利益关系,从而达到行政法对社会关系调整的最佳度。参见方世荣:《关于行政法对社会关系调整“度”的思考》,《法学评论》1996年第5期。

是: 行政机关对由自己直接占有、使用的国有资产既有行使民事权利的民事行为, 也有行使行政管理权的行政行为(包括抽象行政行为和具体行政行为), 而对其他的国有资产所行使的, 一般都是行政管理权, 是以行政管理主体的身份所为的行政行为。行政机关具体行政行为与行政机关的民事行为所划的第二条界限是从行为方式上看的: 具体行政行为具有强制力和不可抗拒性, 但作为民事主体的民事行为则不具有这种权力特性。关于不作为行为与作为行为, 该学者认为, 法律意义上的作为与不作为一方面是行为方式问题, 作为是“表现为作出一定动作或动作系列”, 不作为“表现为不作出一定的动作或动作系列”; 另一方面它也反映为内容问题。关于直接强制执行与间接强制执行, 该学者认为, 原有行政强制执行中直接强制执行与间接强制执行的分类应改为强制执行与强制履行的分类: 强制执行是由行政机关来采取强力措施直接实现相对人应有的义务; 强制履行是由行政机关采取强迫性措施使相对人被迫履行应有的义务, 它又包括(1) 直接强制履行——相对人被迫自己直接履行义务; (2) 强制间接履行——由他人代相对人承担一切履行的法律后果。^[23]

关于我国行政法学进一步研究行政行为效力变化的问题, 我国行政法学对其研究仅局限于各种效力变化的含义、原因及简单后果, 并只是单纯的理论设想, 未能有力的指导实践。在这个问题上, 我国理论研究尚不能满足行政法制发展的要求, 不利于推动行政法治建设。

(二) 关于行政执法行为

行政执法行为是行政行为的一个重要方面。对行政执法问题的探讨主要围绕社会主义市场经济条件下对行政执法的基本要求、特别是公平对行政执法的要求、行政执法的环境及行政执法队伍建设等方面。

在每一种具体的行政执法行为中, 公平作为一种法律价值, 对其都有一些特定的要求。对此, 有学者对行政许可、行政处罚、行政强制、行政监督、行政奖励与物质帮助、行政合同等六种行政执法行为中的公平要求进行了分析。他们认为, 行政执法中的公平要求, 总起来就是实现公共利益与行政相对人利益之间的平衡。^[24]

行政执法过程中的公平要求仅是其一个方面, 关于行政执法的全面要求, 有学者认为, 在社会主义市场经济条件下, 对我国行政执法的基本要求应该是法治、公平、文明、廉洁和效率。^[25] 法治是市场经济对行政执法提出的根本要求, 其具体表现为依法行政。公平是对行政执法适应市场经济管理需要的内在要求, 首先是同程序方面的公开、公正要求紧密联系的。文明是现代社会对行政执法提出的新要求。现代行政执法做为一种社会管理手段, 本质是一种对社会的服务。廉洁是目前条件下对行政执法提出的起码要求。它也是实现行政执法其他各项要求的前提。效率是市场经济秩序对行政执法提出的最直接的要求。

关于行政执法队伍建设, 有学者认为, 在发展市场经济、注重依法治国的现代化进程中培养和造就一支高素质的行政执法队伍, 是我国亟待解决的一个重要课题。^[26] 行政执法人员应该具备适应市场经济执法要求的复合型人才素质, 主要包括政治素质、法律素质、道德素质、心理素质、知识素质、能力素质、体能素质等方面。市场经济对行政执法队伍素质结构的要求是年

[23] 陈小军、方世荣:《具体行政行为几个疑难问题的识别研析》,《中国法学》1996年第1期。

[24] 刘作翔、张洪明:《行政执法行为中的公平要求》,《南京大学法律评论》1995年秋季号。

[25] 魏风:《社会主义市场经济对行政执法的基本要求》,《政治与法律》1996年第3期。

[26] 杜存鹏:《建设一支高素质的行政执法队伍》,《政治与法律》1996年第4期。

龄结构合理化、文化结构合理化、专业结构合理化、职务结构合理化。我国行政执法队伍素质的现状与问题主要是行政执法队伍素质的整体水平不高、法律素质和道德素质状况不良、知识素质与能力素质水平欠佳、人员素质的配置结构亟待优化。

关于行政执法环境,有学者认为,优化和改善行政执法环境,是新形势下加强行政执法、促进和保障新体制建立和形成的一个值得研究的问题。^[27]

(三) 关于行政处罚与行政刑罚

以行政处罚法典的颁布和实施为界限,我国行政法学界对行政处罚制度的研究可以分为两个阶段。前一阶段是为行政处罚法的制定进行理论准备阶段;后一阶段则是对行政处罚法进行理论阐释和宣传阶段。

有的学者从依法治国、依法行政的角度,对行政处罚法的意义作了论述,认为《行政处罚法》充分体现了依法治国、依法行政的思想,贯彻了民主、公正、参与等基本精神,反映了我国在民主与法制建设方面迈出的新步伐,取得的新成就,因而将对我国建设社会主义法制国产生广泛影响,尤其将对行政法制建设产生重大影响。^[28]

关于行政处罚的听证程序,有学者认为,行政处罚法确立的听证程序尽管其适用范围还很有限,但它实现了行政处罚中调查追诉与裁决职能的相分离,采用抗辩程序甚至把律师请进来强化了当事人的“主人”地位,彻底的公开性又为满足公众对行政活动的了解权提供了机会。^[29]关于我国建立听证制度必须解决的问题,有学者认为,我国应完善关于听证制度的立法,建立一支独立的、稳定的行政听证官制度,健全违反听证程序的救济制度。^[30]

作为部门法,行政法和刑法具有不同功用和目的。但作为公法,它们都是保护国家利益的法,也都是由国家机关作为执法主体的法。因此,两者具有某种衔接关系。从这个角度出发,有学者对行政刑罚进行了论述。该学者认为,改革开放以来,经济违法、经济犯罪现象明显增多,立法机关为适应形势的需要,已大大加快了立法速度,但在满足打击犯罪的社会需要方面,仍然有一定的距离,表现出某种滞后性。因此,应建立行政刑罚制度。行政刑罚是指“对违反行政法义务者,科以刑法上所定刑名之制裁”。其施罚对象是违反行政法规范的人,其罪名、罪状都是对违反行政法规范的具体说明;虽然违反的是行政法上的规范,但施罚是依刑法所定的刑名,如罚金、有期徒刑、没收财产等;施罚主体是法院,而非行政机关;实际上行政刑罚还要适用刑法总则的其他关于犯罪、刑法适用方面的规定,如关于刑事责任能力、从重、从轻等方面的规定等。可见,行政刑罚虽然是对违反行政法义务者的制裁,但它并没有脱离刑法体系。^[31]

(四) 关于行政复议

行政复议制度是行政法制的重要内容,是政治体制的一项具体制度。行政复议制度建立不久,缺乏实践经验,在近几年的运行中难免暴露出一些固有的缺陷,影响其效能的发挥。

关于行政复议的管辖,有学者认为,应当改变对行政复议与行政诉讼的自由选择,取消行政复议中的终局裁决,应将行政复议作为行政诉讼人前置程序,并建议国务院应当设置复议机

[27] 杨云鹤:《改善和优化我国行政执法环境》,《政治与法律》1996年第2期。

[28] 应松年:《行政处罚法与依法治国、依法行政》,《行政法学研究》1996年第3期。

[29] 宋炉安、张越:《试论行政处罚的听证程序》,《中国法学》1996年第5期。

[30] 王克稳:《略论听证程序》,《中国法学》1996年第5期。

[31] 刘莘:《行政刑罚——行政法与刑法的衔接》,《法商研究》1995年第6期。

构,取消原行政机关管辖,应当将本级政府与上一级主管部门共同管辖改为由本级政府管辖,县级以上地方各级政府派出机关也应当享有复议管辖权。^[32]

(五)关于行政自由裁量权

对自由裁量权的研究,主要侧重于对行政超越职权限制的研究。有学者对行政超越职权的定义、界限、类型和效力等方面作了系统论述。

该学者认为,关于行政越权的定义有三个分歧点:其一,行政越权的主体只局限于行政机关,还是也包括行政机关以外的依法可以以自己名义行使行政权的主体(抑或还包括受委托行使行政权的主体,即行政委托中的被委托方),甚至是假象具体行政行为的作出者?其二,行政越权的范围是仅指该越权主体行使了其他国家机关和非国家机关的组织行使的国家权力,包括立法权、司法权、检察权、军事指挥权和行政权,还是也包括该越权主体进行了不属于任何国家机关权力的行为?其三,行政越权是否只限于超越法律、法规规定的权限范围,甚至是非立法性行政规范规定的权限范围?他认为其主要原因有三:首先是受外国相关概念的影响,其次是部分定义出现了不应有的疏忽,第三是缺少对行政越权概念核心的讨论。关于行政主体、行政职权与行政越权的内边界,该学者认为,行政越权的内边界是指进行超越职权具体行政行为的行政主体法定职权的平面外圈和立体深度。这种界限必须依赖于一国对行使行政权的主体设置及其职权的明确,而对行政主体行政职权的界定实际上就是行政越权内边界的明确。关于行政行为与行政越权的外边界,该学者认为,行政越权的外边界,是指行政主体超越其权限范围后所进行的行为仍可归属于具体行政行为的最外围界限。确定行政越权的最外围界限,首先必须树立违法具体行政行为也属于具体行政行为的观念。其次,确定行政越权的外边界应以我国已有立法条款和法律精神为依托进行分析。因此,在行政越权与其他违法具体行政行为并列的基础上,该学者给行政越权进行如下定义:行政越权是行政主体超越其法定行政职权(权限和权能)的违法具体行政行为。^[33]

四、关于规制行政

规制行政是社会主义市场经济条件下行政法学研究面临的一个崭新课题。近年来,有学者针对社会主义市场经济条件下的行政法制改革,提出了国家行政的规制与不规制问题。^[34]

关于不规制运动产生的背景,有学者提出,不规制运动最早出现于美国,以后传播和影响到其他国家。政府的规制行为不利于被规制企业的发展,这一点在各国市场经济发展过程中已逐渐表现出来。不规制运动的出现使行政法领域发生了重大变化,引起行政法理论的改革。从运动与理论的互动关系来看,行政法领域出现的另一种变化也推动了不规制运动的发展。此种变化是效率观念的加强。人们越来越注重效率而不是环境价值。此种观念不再鼓励规制的发展,全球市场竞争的加强也是导致不规制运动出现的重要原因。^[35]关于不规制运动形成和发

[32] 韩国章:《行政复议制度改革思考》,《中国法学》1996年第3期。

[33] 朱新力:《论行政超越职权》,《法学研究》1996年第2期。

[34] 参见恕夫:《不规制运动与减轻农民负担》,《兰州学刊》1994年第6期;杜钢建:《经济性规制与不规制运动》,《天津社会科学》1995年第2期;杜钢建:《不规制运动与行政程序法》,《当代学术信息》1995年第6期。

[35] 杜钢建:《抵抗性宪政结构与不规制运动》,《法学探索》1996年第1期。

展的原因,行政法学家们有不同的解释。但是,个人自由权利保护意识的增强显然被公认是对不规制运动产生影响的重要原因之一。^[36]

另有学者对规制行政的内容作了系统论述。该学者认为,我国规制行政的中心内容是保护人民的权益,任何法律、法规都是从人民的立场出发而设置的,任何规制都必须坚持公开、平等、民主和效率原则。该学者还从行政责任的角度出发,认为应对行政规制的权限进行限制,必须果断废止或缓和和不必要的规制,缩小行政的责任领域,并建立健全相应的社会责任机制,改变目前市场主体过分依赖行政的现状,同时,必须建立和健全规制行政的法律制度,确保行政机关依法行使规制权,明确规制行政中的行政责任。^[37]

关于不规制与规制的关系,有学者认为,不规制运动的前提是已经出现了规制。管制与不管制或规制与不规制只是同一事物的不同方面。若要不管制,首先是进行了管制。若要不规制,一般是已经有所规制。因此,不能将不管制与管制或不规制与规制完全对立起来。尤其是在行政机关的不规制行为方面,不规制行为只是规制行为的补充或修正。不规制过程只不过是规制过程的另一种形式的延续。关于规制行政与市场经济的关系,该学者认为,发展逐渐使人们认识到,在某些领域或某些事项上,政府的经济规制行为未必会起到预想的效果。因此,政府的规制行为不利于被规制企业的发展。该学者还从反腐败角度对规制行政问题进行了论述。该学者认为,规制过滥是产生腐败的重要原因之一。审批现象泛滥是规制行为泛滥的一种表现。反腐败运动在实质上要求反规制运动,从而减少政府官员利用权力同被规制人进行权钱交易的机会和条件。简化经济活动的审批环节,减少审批程序,需要从反腐败角度大力开展反规制运动。^[38]

有关规制行政的研究从提出到现在已有三年的时间,从目前的情况来看,这一问题还没有引起学界的足够重视。^[39]从世界各国的实际情况来看,对规制行政的研究实际上是对行政不规制的研究,也就是废止或缓和规制,缩小行政的责任领域。但是,在有关人民的生命安全和身体健康的领域,不仅需要严格的社会规制,而且也需要尽可能地强化经济规制,必须在充分调查和深入研究的基础上,坚决地加强有关规制。而且,规制的废止或变更,亦即规制权限的下放,绝非容易之事。因为既存规制的废止和变更,直接影响既存行政法律关系中当事人的权益。除通过既存规制获得利益的行政相对人希望维持既存规制外,掌握规制权的行政官员也往往表现出维持现状的倾向。这就要求行政法学的研究,应当致力于有关规制行政的研究和探讨,为实现规制行政的合理化、科学化和法制化提供丰厚的基础理论。

五、关于行政程序法

行政程序法的研究主要包括行政程序法的理论基础、基本原则、立法模式等方面。

关于行政程序法的理论基础,有学者认为,由于历史背景、社会现实、法律传统与理论体系的不同,各国行政程序法的理论基础也有不同表现,但不外乎对程序的重视和对正义的追求。

[36] 恕夫:《不规制运动与减轻农民负担》,《兰州学刊》1994年第6期。

[37] 杨建顺:《规制行政与行政责任》,《中国法学》1996年第2期。

[38] 前引[35],杜钢建文。

[39] 1996年仅两篇文章有所论及。参见前引[35],杜钢建文;前引[37],杨建顺文。

因而,可将其概括为通过程序实现正义,亦即程序正义论。程序正义论作为行政程序法的理论基础,一方面基于各国的历史传统和行政法制现实,另一方面又取决于各国行政法学的研究状况。因而,它在各国的具体理论形态又有不同的表现:在英国表现为自然公正原则;在美国表现为正当法律程序原则;在法德等国表现为行政法治原则;在中国,则表现为依法行政原则,而依法行政主要是依程序法行政。^[40]

关于行政程序法的基本原则,有学者认为,行政程序法的基本原则是指贯穿于所有行政程序法规范的基本准则和内在精神。^[41]中国行政程序法的基本原则涉及到行政程序法与行政实体法的基本原则的区别问题和行政程序法的理论基础与其基本原则的关系问题。目前理论界对行政程序法的基本原则与行政程序的基本原则并未作严格划分。一般情况下,行政程序法的基本原则应包括行政民主原则、行政法治原则、行政公平原则、行政公开原则、行政效率原则。其中行政公开原则是行政程序法的生命。而对行政公开原则的强调和重视,也是现代行政程序法发展的必然趋势。

关于行政程序违法的认定,有学者认为,行政行为违反法定行政程序,构成行政程序违法;违反自主行政程序,则不构成行政程序违法;行政主体在实施行政行为时不遵循强制性法定行政程序和任意性行政程序,则构成行政程序的违法。如果行政主体在任意性法定行政程序内作了不合理的选择,并产生损害行政相对人合法权益后果时,也构成行政程序违法。关于行政程序违法的司法审查,该学者认为,其范围包括外部行政程序、外部具体行政程序、外部具体法定行政程序;其标准采用合法性审查与合理性审查相结合的原则;其结果则对应撤销的行政程序违法行为,要考虑其是否损害了行政相对人的合法权益、是否产生了有损于行政相对人的法律后果。^[42]

关于中国行政程序立法的目标模式及其选择,有学者认为,权力模式和效率模式体现了行政程序法追求的两个目标,即公民权力保障的增强和行政效率的提高。在目标模式的选择上,单纯选择一种模式的情况比较少见,大都是以一种模式为主,兼顾他种模式。中国行政程序法选择以权利模式为主,兼顾行政效率的模式。这种模式既可以保护公民在行政程序中的合法权益,保障其监督国家行政机关活动的权利,真正体现人民当家作主的宪法原则,又可以改善中国行政效率低下的状况。^[43]

对此,有的学者在论述行政程序法的宗旨时,从另一角度进行了论述。该学者认为,今后行政程序立法的任务并不是选择效率模式还是权利模式,而在于如何在它们之间寻找恰如其分的“平衡”。^[44]这种观点的理论基础实际上源于目前较为流行的“平衡论”。

关于中国行政程序法的改革趋势,有的学者认为,从中国目前行政程序法的状况来看,以行政程序法典来实现行政程序立法的统一是最有效的途径,主张制定统一的行政程序法典。^[45]也有的学者对此持不同意见。该学者认为,应先制定几个不同的单行法,以完善现行行

[40][43] 吴德星:《行政程序法论要》,《中央政法干部管理学院学报》1995年第6期。

[41] 吴德星:《论行政程序法的基本原则》,《中国法学》1995年第6期。

[42] 章剑生:《论行政程序及其司法审查》,《行政法学研究》第1996年第1期。

[44] 胡建森:《行政程序法的模式》,《行政法学研究》1996年第3期。

[45] 皮纯协、吴德星:《中国行政程序法的发展过程、现状及其改革趋势》,《法制与社会发展》1995年第6期。

政法体系,并解决行政法体系内的当务之急,在实践的基础上再考虑是否制定统一的法典。^[46]上述分歧的原因在于,制定一个统一的行政程序规则是否可能。有学者从行政关系的复杂性与法律的局限性这个角度出发,对此作了否定回答。该学者认为,统一的程序规则不可能存在。正因为这一共识的存在,行政法关于程序合法性的规定,重心是放在对政府权力的限制而不是制定统一的内部操作规则上。^[47]

有学者从行政法治发展的角度,认为下一阶段我国行政法治建设除了对已取得的成果继续予以巩固和深化外,应将重点转向长期为人们忽视的现代行政程序建设,在行政法的各个实施阶段上建立各种行之有效的事前、事中和事后保障机制,以解决目前行政法治建设过程中存在的立法与法的实施相脱节的问题,消除我国行政管理法治化过程中的头重脚轻现象。^[48]

笔者认为,就目前行政程序法研究的状态而言,行政程序法的必要性、重要性自不待言,问题的关键在于怎样制定行政程序法,制定什么样的行政程序法。其首要问题在于是否制定统一的行政程序法典,其次在于应该有什么内容的行政程序法典。对这些问题的研究,大体可分两个方面。一方面是从英美普通法的角度出发,认为行政程序法应该是从程序角度对行政机关进行监督与控制的法;另一方面是从大陆法的角度出发,认为行政程序法应该是为行政行为提供具体的程序规范、行为准则。当然,这两者并不截然分离。而且两大法系的融合趋势已经是越来越明显。我们的任务在于,为行政程序法制建设寻找一个恰当的突破口。

六、关于行政诉讼

关于行政诉讼的研究,主要包括对行政诉讼的性质、受案范围、行政行为的可诉性、行政诉讼的证据制度等方面。由于行政诉讼法率先将作为国家赔偿一部分的行政赔偿列为行政诉讼的一部分,行政法学界在习惯上也把国家赔偿法列为其主要研究范围之一。^[49]

关于行政诉讼的性质,有学者从公共利益本位论出发认为,行政诉讼不是控制行政权或平衡公共利益和个人利益的法律机制,而是审查行政行为是否真正体现公共利益的法律机制;行政诉讼法也不是控权法或平衡法,而是审查行政行为是否真正体现公共利益的法。关于行政诉讼的受案范围,从以公共利益为本位的利益关系出发,该学者认为,抽象行政行为、内部行政行为和双方行政行为,亦即一切行政行为,都应纳入行政诉讼的受案范围。^[50]

有的学者对行政规章的可诉性进行了系统的探讨,认为应将行政规章纳入行政诉讼的司法审查范围。为此,该学者对于将行政规章正式列入我国司法审查范围的实际操作,提出如下初步设想,即:在修改宪法有关规定之前,先由全国人大专门立法赋权法院审查行政规章并不违宪;修改现行行政诉讼法,将所谓抽象行政行为的行政规章,与具体行政行为一并列入我国行政诉讼的受案范围;取消行政诉讼法关于人民法院审理行政案件,应“参照”规章的规定;删

[46] 前引[4],陈建福文。

[47] 前引[46],陈建福文。

[48] 张庆福、冯军:《现代行政程序在法治行政中的作用》,《法学研究》1996年第4期。

[49] 本文将国家赔偿列入行政诉讼的范围,更大程度上是出于行文的方便。而事实上对国家赔偿的研究也主要是由行政法学界的学者进行。

[50] 叶必丰:《公共利益本位论与行政诉讼》,《中央政法干部管理学院学报》1995年第6期。

除行政诉讼法中人民法院“送请”国务院“解释或裁决”有关行政规章的规定。^[51]

关于不可诉的具体行政行为,有学者认为,不可诉的具体行政行为首先是一种行政诉讼法意义上的具体行政行为,这是实质要件;其次是一种程序法律规范明确规定不能进入行政诉讼程序的一种具体行政行为。^[52]

关于行政处分的可诉性,有学者认为,应当将行政处分与纪律处分相分离,应当为因违反行政法律规范而受处分的行为人提供司法途径。该学者并不认为我国行政诉讼法规定的受案范围过窄,只是强调,因违反行政法律规范而受到行政处分的,并不属于行政诉讼法所规定的“惩”的范围。属于“惩”的范围,不受司法监督的只是违反行政机关组织纪律、工作纪律应受纪律处分的情况。^[53]

关于级别管辖的改革意见,有学者认为,行政诉讼法关于级别管辖的规定体现了我国法制的民主性和进步性这是好的。然而,行政诉讼法施行五年的情况反映出,实施级别管辖遇到的困难和问题不少。因此,应当根据本国的实际情况对级别管辖问题进行改革:一是应适当扩大中级法院管辖第一审行政案件的范围。二是完善上下级法院对案件管辖的上报下移制度。^[54]

关于举证在时间上的限定性,有学者认为,举证只能发生在“诉讼过程之中”。这里的“诉讼过程之中”宜理解为“在立案审理过程之中”才更符合立法的本意。^[55]

关于举证责任,有的学者以行政诉讼法第34条关于“人民法院有权要求当事人提供或者补充证据”的规定为由,提出既然人民法院有权要求原告、被告提供或者补充证据,自然就意味着行政诉讼中原、被告双方均应承担举证责任。^[56]有学者认为,这种认识不仅没有分清举证与举证责任的概念与界限,而且混淆了上述规定与行政诉讼法第32条规定之间的区别。行政诉讼法第32条是对被告行政机关负举证责任的规定,而上述规定则是指法院有权要求原告、被告双方举证。^[57]

关于补证的内容应否包括当事人在一审时未提供而在二审时才提供的那部分证据,学术界存有不同看法。有的学者提出:二审期间,被告不得为被诉具体行政行为补充证据。^[58]有学者认为,这一观点值得商榷。首先,就当事人的主观而言,其一审时不提供证据的原因是多种多样的。一概不允许在二审时提出一审时没有提出的证据,显然不利于案件的公正处理。其次,当事人在一审期间不提供或不能提供证据,更多的是因为客观原因所致,但随着时间的推移,二审中许多客观上不能提供证据的障碍逐渐被排除,在当事人已具备了举证或补证条件的情况下,二审法院不应当也没有必要阻止其提供一审时没有提供的证据。最后,我国诉讼实行两审终审制,如果二审期间,上级法院仅限于审核一审法院认定的事实和证据,而不允许当事人举证或补证,那么,二审程序的设置及作用就会因与一审没有区别而丧失其价值。^[59]

行政诉讼法颁布以来,取得了很大的成绩,但也存在不少问题。有学者据此提出完善我国行政诉讼现状的对策思考,认为应加大深化政治体制改革的力度,为改善行政诉讼现状创造良

[51] 崔卓兰:《行政规章可诉性之探讨》,《法学研究》1996年第1期。

[52] 崔巍:《不可诉的具体行政行为探究》,《行政法学研究》1996年第2期。

[53] 靳学英:《行政处分可诉性探讨》,《行政法学研究》1996年第2期。

[54] 李季:《行政诉讼起诉条件几个问题之我见》,《政法论坛》1996年第3期。

[55][56][57][59] 姜小川:《行政诉讼中举证制度若干问题之研讨》,《政法论坛》1996年第4期。

[58] 王如铁、何祥:《对完善行政诉讼举证责任的思考与建议》,《法商研究》1995年第1期。

好的政治环境, 加强立法工作, 扩大行政诉讼的受案范围和审查内容: 强化法制教育, 提高法律意识。〔60〕

关于国家赔偿的研究, 主要是围绕国家赔偿法的实施进行。而区分国家机关工作人员的公务行为与个人行为, 就成为《国家赔偿法》实施的关键之一。对此, 有学者认为, 公务行为是指国家机关工作人员(含法律授权或国家机关委托的个人或组织的成员)在代表国家机关行使法定职权、执行职务过程中所为的行为。公务行为既区别于机关法人的工作人员的职务行为和个人行为。它必须是行使了公务权力, 具有公务意向, 具备公务行使, 并由国家承担公务后果的行为。〔61〕

也有学者认为, 公务行为指国家行政权力的行政主体通过行政人(公务员)实施的一项职能活动。公务行为与个人行为的分界可以从实质标准和形式标准两个方面全面衡量与判断。从实质标准看, 公务员行使的是否为公权力, 管理的是否为行政事务, 应根据公务员行为与职权的相关程度来认定, 从形式标准来看, 就是行政人(公务员)是否表明公务身份, 这是认定公务标准的关键所在。因此, 对公务行为与个人行为的认定, 应根据上述双重标准的认定, 达到“内容和形式的统一”, 即认定公务行为时, 公务身份是前提, 行政权运作是“后盾”。以此作为公务行为与个人行为的“分水岭”。〔62〕

对于因自由裁量权引起的国家赔偿责任, 有学者认为, 国家赔偿法确定的违法责任原则和对行政自由裁量权的定位, 将导致一种不能接受的结论: 既然我国国家赔偿法中采用了违法原则作为国家承担赔偿责任的规则原则, 而行政执法主体在法律、法规规定的范围内行使自由裁量权, 灵活机动地处置问题, 引起的只是当与不当、合理与不合理的问题, 而不存在违法与否的评价。对于滥用自由裁量权的行为, 即使使相对人蒙受了损失, 也不能导致国家赔偿责任。因而, 该学者认为, 既然行政处罚是在行政执法过程中运用得最广泛, 引起争议最多的一种具体行政行为, 在行政处罚中, 行政机关滥用自由裁量权给相对人造成实际损害的现象是大量存在的, 且目前在我国显失公正的行政处罚行为已纳入人民法院审查的范围, 所以, 在追究行政机关滥用自由裁量权引起的赔偿责任问题时, 不妨从行政处罚入手, 以逐步推广。〔63〕

关于刑事违法行为的确认权, 有学者认为, 刑事违法行为应该有确认权。该学者认为, 法律没有规定刑事行为是否违法必须由赔偿义务机关或其上级机关进行确认, 亦即没有排除人民法院可以对这类行为进行确认。〔64〕

七、简评与展望

行政法学在中国是一门年轻的科学, 其兴旺发达也是中国行政法制现实的需要。作为一门独立的科学, 应有其相对的独立性、超前性。因而, 对行政法学的研究, 既要植根于深厚的行政法律文化氛围, 又要贴近生动活泼的行政法制现实。对外国行政法律制度的借鉴与学习, 也要

〔60〕 张志勇:《试析我国行政诉讼的现状与对策》,《行政法学研究》1995年第4期。

〔61〕 张越:《公务行为的法律界定》,《行政法学研究》1996年第1期。

〔62〕 傅国云:《论公务行为与个人行为的分界》,《行政法学研究》1996年第2期。

〔63〕 石佑启:《试论行政自由裁量权所引起的国家赔偿责任》,《法商研究》1996年第2期。

〔64〕 李道清:《人民法院对刑事违法行为应该有确认权》,《行政法学研究》1996年第2期。

充分考虑各国不同的历史背景、文化传统与法律习惯。法学理论的研究依从于立法实践,已成为我国法学界的传统,行政法学的研究更是如此。这对于我国法制的健全和完善是十分必要的,但又不能仅限于此。对行政法学的研究,不能再仅仅局限于对行政立法事前的理论准备、事中的普法宣传与学理阐释和事后的理论探讨与立法的修改补充,而应该从更为宏观的角度,用更为超前的眼光,在汹涌的时代潮流中吸取养分,而且还要不断探索新的研究方法。

在今后的行政法学的研究中,有关行政法的理论基础、行政程序法的研究仍将继续成为学界关注的焦点。而且,这两方面的研究也需要继续深化。

对行政法学理论基础的热烈讨论,说明我国的行政法研究已摆脱了从前依靠行政立法推动行政法学的传统,逐渐确立了自己独立的学术地位,但是,仍需要从行政法哲学的高度、在价值论方面作进一步探讨,从而可望取得新的突破。

行政程序法的研究继续成为热点,并且由于日渐明显的立法意图而具有更强的紧迫性。^[65]但是,对于行政程序法的研究,不能再局限于一般的原理探讨,而应进一步开展各国行政程序法的比较研究,要在充分考虑各国不同的历史背景、民族传统、法律文化等因素的基础上,借鉴外国行政程序法制度的合理因素,紧密结合中国行政法制的现实,为中国行政程序法的制定进行充分的理论准备。目前,有三个课题组正在开展比较行政程序法的研究工作,可望于近期取得阶段性成果。^[66]

对于某些已经取得初步进展的有关专题,还需要进一步的深化与强化,并需引起学界的进一步关注。例如,关于对国有资产管理进行行政法律的规范问题。目前,国有资产流失的范围广泛,数额巨大,其现象触目惊心,已引起了理论界的普遍关注,但在法学界,特别是在行政法学界,却一直未引起大家的足够重视。而这个问题的解决,却是行政法学界责无旁贷的任务。国有资产管理是目前行政法研究的一个重大空白区。它应该成为行政法研究的一个主要内容之一。特别是在社会主义的中国,在实行社会主义市场经济的今天,从行政法角度对国有资产管理问题进行研究具有特别重要的意义。无论从国外行政法学的理论与实践,还是从目前国有资产严重流失的现实,都可以充分说明这一点。而且,它也是我国整个法学研究的一个薄弱环节。

对于行政法与市场经济关系的研究,行政法学界继前几年的热炒之后,已趋于冷静,现在需要的是对以前研究成果的系统反思。对经济行政法的系统研究有可能在对此类问题的研究上取得突破。对这类问题的研究,还需要考虑到与经济法学及相关学科关系的处理问题。对规制行政的研究,也许是经济行政法的一个突破口。规制行政是今后我国行政法研究的另一个重要领域。随着社会主义市场经济体制的确立,经济体制改革的深入和政治体制改革的进行,为国家行政机关对行政相对人,特别是对一系列社会经济活动和现象进行的管理提出了新的任务和要求,从而需要对规制与不规制的界限与原则进行科学、细致地研究。

就行政处罚制度而言,需要更进一步地对行政处罚法实施现状进行实证分析,并对行政处罚法的理论加以探索。另外,对行政刑罚的研究,应该成为行政处罚理论研究的长远目标。行政刑罚属于刑法学与行政法学的交叉课题,已引起了刑法学者与行政法学者的共同关注,但高

[65] 据悉,立法机关已有制定行政程序法的意向,只是采取何种方案,亦即是制定统一的行政程序法典还是制定单行的部门行政程序法,尚未定论。

[66] 分别由皮纯协教授、应松年教授、朱维究教授牵头进行。

质量的论著尚不多见,而且往往偏重于从刑法学的角度论述问题。对此问题,希望能引起行政法学界的进一步关注,以便能更好地解决行政处罚与刑事处罚的衔接问题。

行政法学研究一方面取决于行政法制的现实,取决于国家的整个法制环境,也深受相邻法律学科与整个法律科学的影响。由于法理学界对依法治国理论的热烈探讨,行政法学界也由此引发了对依法行政理论的进一步研究,并引发了对以前依法行政理论的深层次检讨。目前,已有课题组开展了本专题的研究,可望于近期取得部分成果。

从行政法学的整体来看,行政法学的进一步发展,应寄希望于方法的改进与观念的更新。就行政法学研究的方法而言,实证研究方法、经济分析方法是需要进一步引进与掌握的方法。在上述方法已成熟为基本的科研方法,甚至在别的国家已经作为行政立法的一种必要而有效的措施的情况下,我们要继续学习、运用这些方法,掌握有效的科研工具,而非仅仅是介绍别人的研究成果。否则,只能是永远跟在别人后面亦步亦趋,而无法取得超越前人的领先地位。应摆脱以前对他人理论的照搬照抄、全面移植,需要对外国行政法的客观分析和具体比较。就观念而言,要摆脱行政法学研究仅仅依赖于行政立法实践的传统,提倡开展既根植于深厚的行政法制土壤,又充满着丰厚的法律文化营养的行政法学研究,提倡一种客观、公正、独立、求实的学术风气。

民法学研究述评

王 闯* 张 涵

为了更好地综述我国民法学 1996 年的研究成果,我们特将民事诉讼法学和商事法学 1996 年的研究情况从过去的民事法学研究综述中分离出去,另撰写专文予以评述。本文集中综述我国 1996 年的民法研究情况,并予以适当的评论。

一、制定民法典与构建民事权利体系

有人指出,制定民法典,要循序渐进,有主次之分。首先要合理构建民法典的体系,建议按照总则、人身权、物权、债权、亲属、继承和附则的体例来设置。之所以将人身权单列为一编并置于物权、债权之前加以规定,是因为人身权是民事主体的首要权利,是立命安身的前提基础,其他民事权利的取得和实现归根结底都要以人身为依托。重视人身权的保护也是总结历史经验教训,保障社会主义人权的需要。知识产权因行政管理的内容较多,可以不纳入民法典。^[1]

有人对民事权利体系的构建提出设想,认为该体系主要以民事权利的内容即被保护的利益为标准,将其划分为五类:1. 人格权;2. 亲属权;3. 财产权;4. 知识产权;5. 社员权。该文作

* 中国社会科学院研究生院民法学博士研究生。

[1] 马俊驹、杨琴:《论社会主义市场经济与民法的完善》,《法学评论》1996年第1期。