

如果说有什么忧,或说宪法学应该如何进一步发展的话,那就是上述两个特点还不是特别突出,还没有形成强大的主流。宪法学应该进一步在理论上发展,要摆脱政治理论的影响,创造自己的专门理论。怎样创造呢?可以吸取外国的好的观点,也可以从部门法的理论发展中去找启示。民法学者根据我国市场经济的理论提出公法私法划分的观点,民法为私法的基本法、宪法为公法的基本法,公权与私权制衡。这种观点不一定新鲜和准确,但类似的部门法理论的进展值得宪法学家注意。宪法学家还要密切注视中国社会的变化,根据实际情况研究公民权利立法和具体制度变革。应该重视实证性的国情调查方法。宪法学界学术争鸣开展得还很不够,往往是各说各的理,缺少交锋,尤其缺少尖锐的、针锋相对的争论。宪法上的问题多数与政治有关,因此尤其要注意保护学术自由,否则不利于宪法学的繁荣。学术之争要尖锐,但也要讲道德,不要讽刺挖苦,变成人身攻击。注意了这些问题,学术争鸣就能更好地促进学术繁荣和学者的团结。

(责任校对:张少瑜)

行政法学研究述评

张明杰* 林炎炎

1994年是我国行政法学理论研究蓬勃发展的一年。在这一年中,国家颁布了《中华人民共和国国家赔偿法》,使我国的行政法律体系更加完善;行政法学学术研究活动也十分活跃,理论研究成果丰硕,涉及行政立法、行政执法、行政司法、行政监督等方面。

一、关于行政诉讼

行政诉讼是纠正行政违法行为,保障行政相对人的合法权益,促使行政机关依法行使职权的重要救济方式,因而自行政诉讼法颁布以来,行政诉讼问题一直是行政法学的研究热点。

(一)行政机关能否做第三人的问题

行政诉讼法从1989年颁布到1994年已五年。前两年对行政诉讼法的研究主要集中于一些基本的理论问题,如行政诉讼的基本原则,行政诉讼的司法变更权,行政诉讼的受案范围,行政诉讼的举证责任,行政诉讼的法律依据,行政诉讼的参加人等,其中一些问题的研究已达到了一定的理论深度,在学术界取得了共识。但有的问题仍有争议,行政机关能否作为行政诉讼第三人便是争论较大的问题。

曾有学者认为行政机关可以作为第三人参与行政诉讼。其理由是,能否将行政机关列为第三人,要看行政机关能否满足行政诉讼第三人的条件。行政诉讼第三人的条件之一是公民、法人或者其他组织同被诉的具体行政行为有利害关系。条件之二是公民、法人或其他组织申请或由人民法院通知其参加已成讼尚未终结的行政诉讼。其中条件之一是实质要件。依据这一条件对原告同一行为作出与被告互相矛盾决定而又与被告不存在领导关系的行政机关就应作为第三人参加行政诉讼。因为在这种情况下,不同职能的行政机关各自的职权范围不同,作出具体行政行为的法律依据也不同;法院在审查具体行政行为的合法性时,必然要否定其中一个具体行政行为的合法性,因而该行政机关就与被诉具体行政行为具有直接的利害关系,而且是独

* 张明杰,系中国社会科学院法学研究所助理研究员。

立的利害关系。^{〔1〕}

有的学者认为行政机关不能作为行政诉讼的第三人。其理由主要有:1. 行政机关不具备作为第三人的法定条件,行政诉讼法第27条规定的同被诉的具体行政行为有利害关系,是第三人与被告之间的利害关系,而不是原告与第三人的具体行政行为的利害关系;2. 第三人与被告之间必须存在管理与被管理的行政法律关系;3. 行政诉讼法第27条所列举的法人和其他组织不含行政机关;4. 行政诉讼审查的是被告的具体行政行为,而不是第三人未被起诉的具体行政行为,等等。^{〔2〕}

上述两种观点争议的焦点是对行政诉讼法第27条的“同被诉的具体行政行为有利害关系”的理解,实际上两种观点的分歧并不遥远。二者都认为“同被诉的具体行政行为有利害关系”是行政诉讼第三人的条件,只是对利害关系的理解不同导致了相反的结论。笔者认为,同“被诉的具体行政行为有利害关系”,可以从两个方面来理解,它既是指与具体的行政行为有利害关系,也包括与行政诉讼的结果有利害关系。第二种观点只承认第一层含义。是否应将行政机关作为第三人,一方面要从法律条文上去理解,另一方面也应从行政法的原理、行政诉讼法的原则和立法的主旨上去理解。行政诉讼法的立法目的是监督行政机关依法行使职权、保障行政相对人的合法权益。如果在特定的情况下行政机关与被诉的具体行政行为有利害关系,那么将行政机关列为第三人将更有利于实现行政诉讼法的立法目的。

(二)行政诉讼的困境及对策

自行政诉讼法实施以来,社会各界对实施中遇到的问题给予了相当的重视,到1994年,行政诉讼法颁布五年之际,行政诉讼法实施中存在的问题已显露得较为充分。

工作在行政诉讼第一线的法院人士认为,行政诉讼中存在的问题主要是案源少。原因主要有以下几个方面:1. 行政相对人不敢告,对行政机关存在惧怕心理,认为“胳膊拧不过大腿”;2. 行政机关怕当“被告”,怕“败诉”,采取一些不正当措施避免诉讼,如不出具决定书,重错轻罚或采取其它手段给法院施加压力;3. 法院存在畏难情绪,法院难以独立审判,立法机关、党委与法院的关系没有理清;4. 与行政诉讼法配套的法律、法规尚不健全。^{〔3〕}

笔者认为行政诉讼中出现的发展受阻的原因主要有两方面:一是观念,二是体制。行政相对人的权利意识和行政机关的服务意识或公仆意识不确立,法院同政府、人大和党委的关系不顺,法院就很难有真正意义上的独立审判。

有的学者对如何使行政审判工作从困境中走出来也提出了有益的见解。他们认为,当前应加强以下几方面的工作:1. 从解决思想认识入手,进一步学习和宣传行政诉讼法;2. 加快法院体制改革的步伐,应该把人民法院现行的干部管理以地方党委为主,改变为由法院系统管理为主,同级地方党委监督,把法院的经费由同级财政部门拟定改为单列,由上级法院监督落实;3. 加快行政立法;4. 人民法院要认真履行行政审判职能。人民法院必须积极大胆地受案,充分保

〔1〕 罗豪才主编:《行政审判问题研究》,北京大学出版社1990年版,第140—159页;罗豪才,应松年主编:《行政诉讼法学》,中国政法大学出版社1990年版,第160页。

〔2〕 严惠仁:《行政机关不能作为行政诉讼第三人》,《行政法研究》1994年第3期。

〔3〕 符家旺:《浅谈当前制约行政审判发展的原因及对策》,燕园:《纪念行政诉讼法颁布五周年理论研讨会综述》,《行政法学研究》1994年第3期。

护行政相对人的合法权益。^{〔4〕}

二、关于市场经济与行政法

市场经济的四大要素是市场主体、政府、市场和规则。行政法对规范这四大要素有着重要的作用。因此市场经济与行政法就成为近两年行政法学界研究的重要课题之一。学者们的研究主要有以下问题。

（一）关于转变政府职能

学者们认为在市场经济条件下,政府职能必须改变。对如何加速政府职能的转变,有学者提出了自己的看法:1. 要加速政府职能的转变必须加强对政府抽象行政行为合法性的监督。因为抽象性行政行为也存在违法的可能性,但目前尚没有切实有效的措施能有效地控制抽象行政行为,而抽象行政行为涉及面广。一旦违法造成的危害性更大;2. 必须理顺政府各部门间的职权关系,建立合理稳定的政府机关体系;3. 对政府职能进行区分,然后确定哪些职能应转变且如何转变;4. 转变政府职能必须与推进民主法制相配合。^{〔5〕}

除上述问题外,与政府职能转变有关的还有政府职能转变的原则、目标等问题。学者们关于转变政府职能的研究,为政府职能的转变提供了一定的理论上的依据。

（二）行政法在市场经济中的作用

市场经济是法制经济,建立市场经济离不开行政法,在这一点上学者们已取得了共识。对行政法在市场经济中的作用的表述学者们略有区别,有的认为,行政法对市场经济的作用主要有两方面:一是规范市场主体的资格、行为,调整市场经济主体相互之间的关系;二是规范政府的职能,调整政府与市场经济主体的关系。^{〔6〕}有的认为行政法在市场经济中的作用主要体现在行政程序法能够保障市场主体的合法权益,协调自由与权力、权力与权利的平衡,促进行政行为有序进行和规范行政活动,提高行政效率。^{〔7〕}

总的看来关于市场经济与行政法的文章不少,但有力度的文章不多。这是因为市场经济正处于初创阶段,许多新的与市场经济相关联的行政关系尚未成熟或稳定,市场经济本身也正处于发育时期,市场经济与行政法都处于一个协调和发展的过程之中,许多重大理论问题的解决不可能一蹴而就。笔者认为学术界应多介绍一些发达国家在市场经济发育时期行政法的发展情况,以弥补我国市场经济下行政法理论的不足。

三、关于行政自由裁量权

行政自由裁量权的控制问题是近几年行政法研究的热点之一,它主要涉及以下方面:

（一）行政自由裁量权的表现形式

对行政自由裁量权的表现形式的分析,即行政自由裁量权的种类的分析,是研究对自由裁量权的控制的基础。只有充分研究每一种自由裁量权的特征,才能进一步确定对它的控制方

〔4〕 贺日开:《司法独立——行政诉讼走出困境的必由之路》;符家旺:《浅谈当前制约行政审判发展的因素及对策》,《行政法学研究》1994年第3期。

〔5〕 杨临宏:《转变政府职能应注意的几个行政法律问题》,《行政与法》1994年第2期。

〔6〕 姜明安:《市场经济·政府·法》,《法商研究》1994年第4期。

〔7〕 皮纯协、肖志雄:《论市场经济条件下行政程序法的功能》,《行政与法》1994年第1期。

式。

有的学者提出三类说,即:1. 在事实要件不确定的情况下,行政机关选择是否作出一定行政行为的自由裁量权;2. 在行政程序不确定的情况下,行政机关选择适用何种行政程序的自由裁量权;3. 在行政行为结果不确定的情况下,行政机关选择行为种类和幅度的自由裁量权。^{〔8〕}有的学者提出四类说,即:1. 法律幅度内的自由裁量;2. 事实定性的自由裁量;3. 情节轻重的自由裁量;4. 行为时限的自由裁量。^{〔9〕}

上述观点并不存在根本的分歧,只是参照的坐标不同而形成不同分类,二者有一点是共同的,即认为自由裁量权是行政机关作出一定具体行政行为的权力。但是行政自由裁量权是否只能表现为具体行政行为而不能表现为抽象行政行为,这也是一个值得研究的问题。如果我们将行政自由裁量权外延扩大,那么行政自由裁量权的分类可能又不限于上述的两种观点了。

(二)关于滥用自由裁量权的形式

对这个问题学者们的观点差别较大。一种观点认为,滥用行政自由裁量权主要表现为:1. 滥用职权;2. 显失公正;3. 拖延履行职责。^{〔10〕}第二种观点认为滥用行政自由裁量权主要表现为:1. 背离法定目的。其中包括,因行政行为出于私人利益或小集团利益而背离法定目的;因考虑了不相关的因素或没有考虑相关的因素;不符合法律授权的目的;2. 对不确定的法律概念的解释严重不当;3. 行政不作为;4. 不正当程序;5. 行为结果显失公正。^{〔11〕}

上述对滥用自由裁量权的分析只是基本的分类,不可能涵盖所有的滥用行政自由裁量权的行为。

(三)对滥用自由裁量权的控制

对自由裁量权的控制机制是一项系统工程,学者从多个角度对自由裁量权的制约措施进行了分析,其主要包括四个方面:一是加强立法控制,要从实体规范和程序规范两方面加强控制;二是加强权力机关的控制;三是加强司法控制;四是加强行政机关的内部监督,包括按行政隶属关系实施的监督,行政复议机关实施的监督,监察机关的监督。^{〔12〕}

此外,学者们还研究了滥用职权的问题,行政处罚中的自由裁量权的问题等。行政自由裁量权的问题是一个理论层次较高,而法律界限又较模糊的问题,所以研究的难度较大。行政机关自由裁量权的“自由度”,是随着国家的政治、经济和文化的发展而不断变化的,所以控制自由裁量权要以发展的眼光来看,而且要对自由裁量权进行积极的控制,而不是消极的控制,即要保障行政机关合理地行使自由裁量权,而不是取消或剥夺自由裁量权。

四、关于行政法学体系

学者们已经注意到了完善我国行政法学体系的问题。近年对这一问题的研究已取得了一定的成就。有学者提出了重构行政法学体系的原则,这些原则是:适应市场经济发展的原则;总

〔8〕 刘瀚:《依法行政论》,社会科学文献出版社1993年版。

〔9〕 傅国云:《行政自由裁量权及其制约初探》,《法学家》1994年第4期。

〔10〕 同上。

〔11〕 朱新力:《行政滥用职权的新定义》,《法学研究》1994年第3期。

〔12〕 刘瀚:《依法行政论》,社会科学文献出版社,1993年版;刘剑:《行政自由裁量权若干问题探讨》,《广东法学》1992年第1期;傅国云:《行政自由裁量权及其制约初探》,《法学家》1994年第4期。

总结经验,把握现状和预测未来的原则;兼顾行政法学内容的广度和深度的原则;加强行政法学体系的逻辑性的原则;改革现有体系与借鉴外国经验相结合原则;吸收相关法学学科的研究成果的原则。^{〔13〕}

有的学者也提出了当前完善行政法学体系亟待研究的问题:1. 行政法律关系与行政相对人的研究;2. 行政组织法学与行政组织学的关系;3. 行政行为的研究;4. 行政征收在行政法学中的地位;5. 行政计划、行政指导、行政契约的研究;6. 关于公物法的研究。

行政法学体系目前尚有争议,而实际上也没有必要非搞一个统一的行政法学体系不可。目前的问题是如何创新突破旧体系,而不是如何统一的问题。

总之,1994年行政法学的研究内容比较广泛,没有特点和热点。这是好事,学术不是赶时髦的东西,从本质上说,学术问题无所谓哪一个更重要,行政法学理论是一个大厦,对任何一个行政法学理论问题的忽视,都会影响行政法学理论整体的完善与发展。

近年的行政法学研究成果,理论深度有所提高,但仍不够。行政法学在我国是一门新学科,我国正处于一个改革的年代,社会关系的不断变化,各种利益的不断撞击,会引发许多理论问题,这是一个创造理论家的年代。因此未来的行政法学研究应力争解决一些重大的理论问题。

行政法学研究成果的另一个缺憾是:较系统地介绍当代西方行政法学理论的著作和译作太少。

(责任校对:林 炎)

民商法学研究评述

张 涵

对于我国民商法学界来说,1994年是一个风调雨顺然而并不十分丰收的年份。“风调雨顺”者,谓之各种外部条件不错,在我国社会主义市场经济的建立过程中,民商法学大有用武之地,无论是不断加速的立法进程还是日益纷繁的司法实践都给民商法研究提供了大量的素材和机遇并对它抱有厚望。“并不十分丰收”者,谓之民商法学研究虽有数量可观的作品面世,但质量优秀者并不很多。民商法学研究并没有因为良好的外部条件而十分和全面繁荣起来,对民商法各个部分之研究发展也不太平衡。

本文欲对1994年发表的民商法文章(主要是发表于法学专门刊物的文章)中的一些观点进行综述并发表一些评论意见,某些有价值的文章或观点可能有所遗漏,有些评论未必完全中肯、正确。对作者,无论本文是否直接评述其文章,也无论是褒奖还是商榷,我都以一个忠实的读者和长期从事民商法论文编辑工作的编者身份,向他们致敬。

一、关于民法基本理论

我国的民法基本理论在过去四十年左右走过了两个主要阶段,一是建立于计划经济体制之上的并服务于计划经济体制的民法基本理论。它主要是照搬苏俄民法基本理论,盛行于五十年代中后期,衰于七十年代后期。二是建立在一种处于过渡状态的经济体制(所谓“计划经济为主、市场经济为辅”、“有计划的商品经济”)并为这种过渡性的经济体制服务的民法基本理论。

〔13〕 程雁雷:《重构行政法学体系应遵循的原则》,《行政法学研究》1994年第3期。