

# 一九九九年中国法学研究回顾

## 行政法学研究述评

刘翠霄

《1998年行政法学研究述评》(《法学研究》1999年第1期)、《1998年行政法学研究的回顾与展望》(《法学家》1999年1—2期)、《中国行政法和行政法学20年的回顾与展望》(杨建顺:《法学家》1999年1—2期)等刊物和学者都对1999年以及以后行政法研究的重点和方向提出了自己的看法。他们的意见对学者们的选题和研究发挥了重要的引导和指导作用,这从1999年行政法学的研究状况中就得到了明显的体现。下面我们把1999年学者们在行政法学研究中讨论较集中、观点较鲜明、有自己独到见解、研究较有深度的问题加以综述,以供广大学者和读者在今后的研究工作中参考。

### 一、法治行政与依法行政

在讨论“依法治国,建设社会主义法治国家”的方略和目标时,许多人都强调了“依法行政是依法治国的关键”。有人认为这是正确的,与此同时又指出,依法行政的原则只强调了依照或者根据法律,至于法律本身的性质、内容是否民主、合理则在所不问。实际上只讲依法行政已不能适应现代民主法治国家的要求,而“法治行政”既包含了依法行政的诸原则和内容,又以其为基础,它的精神实质和价值追求,则比依法行政有更高理念与更现代化的内容。“法治行政”所体现的有别于依法行政的原则和要件是:1. 行政关系主体平等。法治行政要求公民、利益相关人有权作为平等的一员进行行政参与。这种参与不是取代行政机关,其参与权利是作为行政权力的补充,是行政体制的必要组成部分。2. 权力交融与合作。随着时代的变迁,分权原则也有了新的演进,即不同权力实行一定程序的相互交融与合作。这是因为提高行政机关的效率与控制其权力具有同等的重要性,而且前者更为根本。3. 行政权自身分权与制衡出现了新动向。现代行政权具有质的发展是,分权已不限于行政权同立法权、司法权的分离,而且进行行政权的再分割;制衡也不限于以其他两种国家权力对行政权的制衡,而是逐步增加、强化了社会权利与社会权力对行政权的外部分权制衡。就行政权自身而言,现代行政权实际在实行着既控权又削权、放权,既限权、控权又参权、分权、还权的复杂演变。<sup>[1]</sup>

[1] 郭道晖:《法治行政与行政权的发展》,《现代法学》1999年第1期。

## 二、行政法的理论基础

近年来行政法学界对“行政法的理论基础”的讨论形成了“管理论”、“公共权力论”、“控权论”、“平衡论”、“公共利益本位论”等几种不同观点。有人在对这几种不同的理论产生和形成的历史背景和学术传统,尤其在对中国平衡理论发展的历史背景和学术历程进行分析后,对平衡论作为一种规范理论的学术地位和制度意义给予了充分的肯定并指出,现在断言平衡论已发展为一套成熟的理论体系或行政法学界的主流学说仍为时过早。这并不是因为各种争鸣难以达成共识,而是学者对平衡理论实证基础的论证还存在着致命的逻辑弱点。学术地位和制度意义基于平衡理论还隐含着—个内在要求,即这种理论不仅提供了一种值得认可的价值判断和法律秩序,同时它必须具有可操作性。这就意味着,平衡理论目前作为一种规范理论还必须发展出一种实证基础,旨在操作层面上使“行政权与公民权平衡”这一规范性问题转换成“行政权和公民权可以平衡”这一实证性问题。该学者认为,运用社会科学中通行的分类模式,区分规范性平衡理论和实证性平衡理论,具有特别重要的意义。前者旨在回答“该不该平衡”的问题,后者旨在回答行政法的制度设计和运作“是不是平衡的”和“能不能平衡”的问题。然而实证性平衡理论在解释与预测行政法律制度设计及其运作“是不是平衡”和“能不能平衡”问题上均陷入二难选择。这个问题如能解决,平衡论的完善就剩下枝节问题了。<sup>[2]</sup>

还有人认为,在行政领域内,公共利益与个人利益因各自扩张倾向而致的矛盾,外化为行政权与相对一方权利的冲突,这里无所谓平衡的问题。平衡论者认为平衡论也就是兼顾论,然而兼顾论应该是我国法律调整利益关系应遵循的价值准则并非行政法所独有。而且权利义务的平衡是法律上权利义务的一个普遍性特点。这里的平衡实质上是指权利义务的对应性,而且仅仅是在具体的法律关系中表现出来。在行政法律关系中,政府和公民之间的权利义务在总体上恰恰是以不平衡为特征的。因此平衡论是一种理想学说。在中国当前更需要控制政府的权力,而不是在政府和公民之间搞平衡。<sup>[3]</sup>

有人认为,行政法的理论基础是行政法的“基础理论”之一,由若干处于不同地位的“理论之素”构成,其中处于基础地位的理论是行政法的基础理论。在这个基础理论的子系统中又可分为不同层次的理论,其中第一层次的基础理论是行政法的“理论基础”。行政法的理论基础是指能够揭示行政法所赖以存在的基础,并用以解释各种行政法现象以及指导行政法科学研究和行政法制建设的基本理论。该学者认为,行政法的理论基础应当是公共利益本位论,因为它是从历史唯物主义的观点出发,科学地揭示了行政法赖以存在的客观社会基础;它分析了一定层次的公共利益和个人利益关系的内部矛盾运动,为阐释行政法诸现象提供了科学依据;它合理地确定了行政法学体系。<sup>[4]</sup>

有人认为,有关国家与公民关系之制度设计无论是以控权模式,管理模式还是平衡模式的形式,在它们运行的过程中,相对于公民而言,行政机关总是居于优势地位,即使在行政机关侵犯公民合法权益的情况下,公民也只能通过法定渠道,借助其他国家权威。由于不同制度设计模式对待个体与公众的关系态度不同,制度为个体提供的、能够对抗行政机关的方式和力度相

[2] 包万超:《行政法平衡理论比较研究》,《中国法学》1999年第2期。

[3] 高凇:《控权论:现代行政法学的理论基础》,《南京师大学报(社科版)》1998年第4期。

[4] 周佑勇:《行政法理论基础诸说的反思、整合与定位》,《法律科学》1999年第2期。

差迥异。管理模式侧重于通过追求抽象意义上的公益来辐射私益,在绝大多数情况下,私益都要服从公益发展的需要;控权模式则尽可能避免国家对个体私益的干预,也向公民提供了事后的救济途径,使公民受损的利益获得补偿;平衡模式既注重发挥公益对私益的促进作用,又给私益的发挥留下了较为广阔的自主空间。因此,无论是控权模式还是管理模式,国家于公民关系的制度设计与制度操作都存在一定裂痕,它们之间不能达成良性互动。平衡论适应了现实的客观需求,将公民置于国家权力运行的全过程,使公民权利至上的理念,不是在形式上,而是在实质上得以实现。平衡论是人们追寻理想国家的途径之一。<sup>[5]</sup>

有人认为,中国行政法的生长点和源于英美国家的控权理念的的生长点及变迁情境相比,有相似之处,但更多的是差异。首先,中国的市场化进程绝非重蹈西方资本主义经历过的自由放任,而是实行市场运作和政府干预适度结合的制度;其次,中国国家国一体的礼法传统和新中国的社会主义建设不会产生“将整个自由问题看成是由个人与政府对立双方组成的问题”的思潮;第三,中国人对法的理解很难形成普通法法律家信奉的传统价值观,即实现正义和保障公民权利始终是法官们不渝的信念。所有这些差异成为传统控权理念在中国顺利移植的障碍。一些持控权主张的中国学者没有拘泥于英美传统的控权理念,认为法律对行政权的控制,一方面防止行政权滥用,另一方面使行政权有效地运作。这种重构的“控权理念”表明人们要选择一种既能维系原控权理念的合理成分又能突破其束缚的合理理念。在这里可以以“作为一种平衡手段的控权”来理解和运用控权理念,具体阐述为:这里的控权是指限制行政权和制止其越权或滥用;控制行政权是平衡行政法主体之间权利义务的手段之一;不是为控权而控权,而是以对控权予以反限制为目标;不排斥传统控权理念的合理内核;行政法的主题不应仅限于法律和行政权力关系,法律和公民权关系、行政主体和相对一方权利义务互动关系等同样是行政法和行政法学的主题。<sup>[6]</sup>

### 三、行政主体

我国行政法学界对行政主体理论的研究开始于80年代初,是应行政诉讼理论中对被告资格的抽象化、以及有关行政组织研究角度变化的需要而发展起来的。行政主体在我国行政法学中是指所有的行政管理主体。这种对行政主体的抽象和概括,对于确认行政职权、行政职责、行政责任,保持行政活动的连续性、统一性,明确行政复议的被申请人、行政诉讼的被告和行政赔偿义务机关,有着十分重要的作用。有人指出,把行政主体定位于行政管理主体,造成这一概念内涵与外延的冲突以及行政主体理论研究的狭隘化、浅层化。具体表现在:1. 行政主体理论研究的角度和范围比较狭隘;2. 不利于行政组织的统一协调;3. 造成行政主体概念内涵与外延之间的矛盾;4. 片面强调行政职能部门的对外管理职能,忽视对行政主体、公务员的整体控制。行政主体理论的特征是,它聚独立性、散见性、整合性为一体,有自己独立的内容,即对行政主体的内部构造(有关行政组织问题)的研究和对散见于行政主体的整个运行过程(如关于行政主体的行为、行为责任)的研究,从而将若干个分散的内容整合为一个完整的行政法学体系的主线。要完善我国行政主体理论研究,必须:1. 明确行政主体作为独立法律人格的实质含义,将行政主体予以正确定位;2. 理顺行政法学中行政主体、行政机关、行政机关

[5] 董炯:《权利至上,制度设计及其运作》,《比较法研究》1998年第3期。

[6] 沈归、王锡梓、李娟:《传统行政法控制理念及其现代意义》,《中外法学》1999年第1期。

构成人员三者之间的关系;3. 全方位、深层次、多角度地研究行政主体理论,不仅要从公、私法的共性出发、借助私法的方法来研究,也要在静态的组织体系中研究;不仅要从行政权力外部作用上、也要从行政主体内部构造中完善行政主体理论。〔7〕

#### 四、行政诉讼

有人认为,行政诉讼中构成合法性审查对象的被诉具体行政行为的事实问题表现为事实认定。事实认定是行政主体对案件事实作出结论的过程。这个过程最终表现虽然是事实结论,但其整个过程实际上主要是自由裁量权运行的过程。可以说事实问题的核心是自由裁量问题。从理论上讲,法院对事实问题的审查强度,既可以把被诉行政行为关于事实的结论放在一边,自己进行证据的收集、判断、审查,也可以把司法审查限定在纯粹的法律问题方面,立法也可以为法院在两种极端之间设置适当的审查权。我国的行政诉讼法为人民法院审理行政案件规定了一个裁量范围宽泛的标准,对此理论界和实践部门的专家都提出了自己的主张。例如认为法官是法律问题的专家,必须尊重行政人员对事实的认定,过分审查事实对有效的行政管理不利。对事实问题审查强度在行政法治发达的英、美、法所持的态度是不同的,但是都不排除法院对事实问题作形式合法性审查,但这些审查对事实结论而言最终归结为合理性问题,即眼前的证据能否合理得出事实结论。在这个问题上,各国存在程度差异。对中国而言,如果仅考虑“法官与行政官员的分工,会使法院过分自我束缚;如果追求全面庭审会不利于庭审改革。合理的选择应是:以美国法中的合理性标准为原则,根据判决种类、争焦点和行政程序保障状况辅之必要的法院调查取证权。法院切忌以自己认为正确的事实结论“代替”行政主体的事实结论。〔8〕

也有人认为,在实践中法律问题与事实问题之间存在着一个灰色地带的的原因是:法律概念具有单一性而客观事实具有复杂性;法律问题与事实问题之间的界限模糊;对行政机关政策选择需尊重;司法具有能动性。在英美法系国家,由于重视程序法的运作,事实问题已在行政程序中得到较好解决,因而重法律审;在大陆法系国家,由于推崇职权主义,因而重事实审。从我国行政诉讼实践出发,审查模式应分为强式/次强式,弱式三种。对纯事实问题,除涉及相对人的人身自由和其他重大利益外,法官予以弱式审查;对事实问题与法律问题的交叉地带,除涉及重要的社会公益和行政管理的专业性问题外,其他问题予以强式和次强式审查;对纯法律问题的审查,除公共政策选择,技术性法规解释外,均为强式审查。法院原则上限于法律审,这样有助于及时审结已开始的行政诉讼程序,提高司法效益。〔9〕

有人指出,法律审与事实审并不是中国诉讼法学中的用语,也少见于国外的行政诉讼和司法审查中。它们在很大程度上是中国法学者为了描述和概括英美法系中法官与陪审团的不同作用和大陆法系第三审及英美最高审级对某些案件审查范围时所使用的概念。在国外的行政诉讼中并不存在法律审制度,法院对行政机关的决定采取全面审查制度,而且在以英、美、法为代表的国家将法律问题与事实问题区分开来,并采用不同的审查标准,相对而言,法院对行政机关的事实认定审查标准低于对法律问题的审查标准。从我国现有的行政法制度来看,目前

〔7〕李昕:《中外行政主体理论之比较分析》,《行政法学研究》1999年第1期。

〔8〕朱新力:《论行政诉讼中的事实问题及其审查》,《中国法学》1999年第4期。

〔9〕于绍元、傅国云、陈根芳:《行政诉讼中的事实审与法律审》,《现代法学》1999年第5期。

不具备英美这些国家将法律问题与事实问题区别对待,在行政诉讼中降低对事实问题审查标准的条件。英美法系国家对行政机关事实问题和法律问题决定采用不同的审查标准,除了有历史原因外,更主要是基于他们的较为完善的行政法制度和司法审查制度。更关键的是,从目前我国行政机关的设备和公务员的业务素质,现有行政程序状况以及行政诉讼法的实施情况来看,我国良性的行政法制度也尚未真正建立起来,因而并不具备国外在行政诉讼中实行二元审查标准的条件。所以在行政诉讼中赋予人民法院必要的调查权实为现实所需,否则难以有效保护公民的合法权益。随着我国相关行政法制度的逐步建立和充善,我们确应建立将行政决定中的法律问题与事实问题进行区分并采用二元审查标准的制度。在这里,美国和法国根据对行政机关不同的要求和对公民权利保护的需要而对事实问题采用不同的审查标准,体现为不同层次的监督力度,应成为我们今后的发展方向。<sup>[10]</sup>

### 简 评

从以上综述我们可以看出,1999年行政法学的可喜进步和显著特点是:1. 对一些重要理论问题的研究有了较大的突破。例如对行政法理论基础问题的研究,作者在肯定平衡论作为一种规范理论的学术地位和制度意义的同时,提出了要建立平衡论的实证基础,以使平衡理论臻于完善。作者的见解不仅有新意,而且很富有启发性,为这一问题的深入讨论提供了可能;2. 观点鲜明,作者在论文中有一个较为明确的主张,这一主张不仅是学界热烈讨论的问题,而且是没有取得共识,需要学界继续探讨的问题;3. 研究有深度,论文的理论性明显增强,作者紧扣自己的观点,大量引证中外学者的观点支持自己,以使自己的主张能够成立;4. 在研究方法上有了明显的变化,作者通过运用比较的方法,在分析国外某一制度或者理论观点产生的历史的、社会的、政策的背景以及它们发展演变和由此给制度建设和理论发展产生影响的同时,对我们可吸收和借鉴的国外的法律原则、制度设计以及法学思想都作了比较深入的分析比较,这不仅使作者的观点有坚实的材料基础;而且对于我国的行政立法和行政法实践有一定的指导意义。总之,我国行政法学研究的前景是令人欣慰的。

同时我们也要看到,从整体来讲,行政法学研究仍不尽如人意。正如有人在回顾中国行政法和行政法学20年的发展历程时指出的,行政法学在中国是一门年轻的科学,20年来取得了长足的进步,但仍存在许多待改进的问题:1. 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;2. 研究领域展开不够。科学的学科体系尚未最终形成;3. 缺乏深入讨论的空气,学科队伍的总体素质亟待提高。<sup>[11]</sup>如同人们在论述法治国家的模式、原则以及设计实现法治国家的途径时指出的,建设社会主义法治国家需要时间一样,要克服和改变目前中国行政法学研究现状,使行政法学真正从幼稚走向成熟,同样也需要时间,需要学者们长期努力和探索。至于研究方向和领域,每年《法学研究》、《法学家》第一期以及其他期刊上都有列举,它们都是长期的研究课题,这不仅因为学术本身无止境,而且因为行政法实践是在不断发展变化,这些都需要我们不断地去探索和研究。我们相信在2000年能够看到更多的观点明确、论证有力、能够对行政法学研究和行政法实践作出有益贡献的论文。

[10] 杨伟东:《法院对行政机关事实认定审查的比较分析》,《法学研究》1999年第6期。

[11] 杨建顺:《中国行政法和行政法学20年的回顾与展望》,《法学家》1999年第1期。