

行政法学研究述评

刘翠霄

随着我国法治建设的不断深入,依法行政越来越受到国家和社会的关注,表现在行政立法不断加强、行政执法逐步严格、行政法学研究更加深入等方面。以下我们对2001年行政法学研究概况作一简要的综述并对之加以简单地评论,以供学界参考和指正。

一、学科研究概况

1. 关于行政契约

有学者认为,行政契约是游离在行政行为与民事契约之间的一种特殊形态,它包含着两个变量,一是合意的程度,二是存在类似于行政行为的权力因素。因为存在合意,通过合意来形成一定的社会秩序,这样的形态即为契约。由于在这样的形态中存在着类似于行政行为的权力因素,具有某种行政性,进而会形成一定的行政法上的关系,因而不能把它完全归入民事契约中去,而将其称之为行政契约。基于此,应将行政契约定义为“以行政主体为一方当事人的发生、变更或消灭行政法律关系的合意。”在同时兼有这两个变量中的因素时,行政契约才能成立。当合意的程度减为零时,该形态就成为纯粹的行政行为;如果行政行为的权力因素减为零,该形态就变成纯粹的民事契约。只有在合意程度与权力因素兼而有之,即其中之一没有变为零时,行政契约才能成立。

2. 关于政府采购

对于政府采购,民法学界和行政法学界从各自学科的角度,对其法律特征和应适用的法律规范提出了各自的见解。民法学者认为,政府采购是当今世界各国政府管理社会经济生活的一种重要手段,它既不同于一般的私人、企业采购,也不同于政府的一般行政行为。虽然政府采购与私人采购在根本目标上是一致的,在法律形式上都适用合同法的基本规定,但是这些共同点不能掩盖政府采购所具有的法律特征,即政府采购的资金来源具有公共性;政府采购的目的不具有赢利性;政府采购具有公开性;政府采购的标的具有广泛性;政府采购在国内市场具有重要性;政府采购具有很强的政策性和严格的管理性。因此,政府采购除了适用合同法、民法通则等法律的相关规定外,国家还需制定专门的法律法规对其进行规制。行政法学者认为,以往有人认为通过合同等价买卖方式取得所有权的政府采购属于私法领域,应受民法规则的支配。实际上政府采购是现代政府一种重要的行为方式,具有民事行为和行政行为的双重性质,但总体上属于行政行为的范畴。它的基本特征是:主体必须是具有公共职能的公共组织或公法人;采购的目的具有公共性,即维护公共利益或为公众谋取福利;采购资金具有公共性,即采购资金大部分不是来自政府的财政拨款,而是自筹资金;政府采购是一种公共权力,即是公共组织的一种职权或特权;政府采购超越了私法上的一些规则,采购主体具有某些特权;政府采购既不适用民法上的程序规则,也不适用一般的行政法程序规则,而是适用专门的程序规则;政府采购争议的救济主要采用公法上的救济方式,而不适用私法

余凌云:《行政法上的假契约现象》,《法学研究》2001年第5期。
王小能:《政府采购法律制度初探》,《法学研究》2000年第1期。

上的救济途径。

3. 关于 WTO 与中国的行政法治

有人指出,司法审查是 WTO 法律框架中的重要内容,涉及法院的司法审查权、司法审查标准和范围等一系列理论问题。WTO 有关司法审查主体的规定主要有三种,在我国不应采纳有人主张的“对于某些与 WTO 有关的行政行为,特别是对于与 GATT 和 GATS 有关的行政行为,也可以由行政机关建立的独立的法庭行使最终的司法审查权”观点,而是要坚持法院具有对行政行为有最终司法审查权的观点和做法;WTO 关于司法审查范围的规定与我国有关法律规定存在较大冲突,在我国加入 WTO 以后,我国相关的法律规范要作一定的调整,进一步扩大司法审查的范围,即将部分抽象行政行为和部分终局裁决行为纳入司法审查范围;WTO 设定的是一些很原则的、与我国行政诉讼法不同的司法审查标准,这些标准要求法院司法审查时适用客观、公正、理性的标准。但从世界范围看,司法审查一般仅以合法性为标准,只是不同国家对“合法”有着不同的理解。在我国,在不改变合法性审查标准的同时,要扩大其内涵,行政机关是否滥用自由裁量权,将成为 WTO 司法审查中的突出问题。对于没有违反我国法定行政程序、但违反了 WTO 规定的公平、公正、公开原则的行政行为,应当将法定程序理解为符合法律精神和原则的行政程序。

4. 关于政府规制与审批

对于政府规制与审批的根据,法学领域与经济学领域的专家持不同的看法。传统行政法理论认为,许可是对一般禁止的解除,只有得到政府的许可,市场主体才可以从事一般禁止活动。宪法确立审批制度的原则和基础,而行政法确立审批的具体制度,因此应该用行政法原则探讨审批问题。民法学家也认为,政府许可是市场经济中对个人自由的限制,因此许可是禁止的解除,是公法的规则,而私法中的许可是对个人自由的限制。经济学家则认为,市场的缺陷和不完善是政府规制与审批的存在根据,因此政府规制与审批的根据在于市场的失败。在市场的自发作用难以保证社会资源的有效配置时,政府必须通过一定的政策手段对市场主体的行为进行规制。对政府审批制度的改革有两种不同的思路:有人认为,应对现有的审批逐个进行审查和废止,但是实践证明,这种做法面临许多困难甚至反弹的压力;有人认为,应首先废止所有的行政审批,然后由政府机关逐个论证需要设立的审批,只有这样才能在市场竞争中形成信誉约束和良好的市场机制。有学者认为,只有人民代表大会可以设立审批,行政法规和规章不得设立审批,因为许可是对民事权利的限制,不能由行政权设定。但是,世界上有 138 个国家的出口配额由相当于我国的外经贸部设立,因此在许可的设定权上还需进一步地探讨。

5. 关于行政程序

有人认为,现代行政程序是现代法治社会的制度性结构中的重要内容,没有现代行政程序,法治作为一种社会状态就无法维系,这是因为现代行政程序具有其他制度所无法替代的功能。这些功能是:(1)完善沟通,提高行政行为为社会可接受程度。通过现代行政程序给公

湛中乐、杨君佐:《政府采购基本法律问题研究》,《法制与社会发展》2001年第3期。
甘文:《WTO与司法审查》,《法学研究》2001年第4期。
《政府规制改革与行政审批制度改革研讨会会议综述》,《法学研究》2001年第3期。

民一个事先说理过程,就能使行政主体作出错误意思表示的危险减少到最小限度,为行政主体作准确的意思表示提供最大的可能性;(2)建立和维系一个可持续性发展的稳定社会。现代行政程序是一种宣泄机制、服从机制、说理机制,因此能够建立和维系一个可持续发展的稳定社会;(3)确保行政实体法实施,并展示自身独立的法律价值。行政程序本身所具有的工具性价值是确保行政实体法的实施,但是行政程序还具有其独立的价值,即行政程序向当事人展示的公正、公开等法律价值。

有人指出,应当从实体法上规定和保护的某种状态的实现过程来理解程序性权利,它是主体为了行使、主张或保障其实体权利而必须具有的作一定行为的能力。保护或实现实体性权利,是程序性权利的目的。程序性权利是程序正义的实现、行政相对人权利的保障,行政权行使理性化的前提或基础。对程序性权利的确认和保障,可以使相对人不再只是无助地将对程序公正的渴望、对自身权益的保护、对权力行使理性化的期待寄托于行政官员的自我节制上,而是能够自主地为维护权利进行斗争。

6. 关于行政诉讼原告资格

有学者认为,原告资格主要解决的问题有两个,即什么人是与某事有足够利益的人和什么事称得上是司法性争端。行政诉讼原告资格的核心是某人是否享有将某行政行为提交法院审查的足够的利益。我国行政诉讼原告资格应进一步发展并应遵循以下规则:在发展行政诉讼原告资格的属人因素上,应强调行政相对人的合法权益,逐步放宽行政诉讼原告资格;在发展行政诉讼原告资格的属事因素上,应逐步扩大行政诉讼的受案范围;在行政诉讼原告资格的发展方式上,应依据我国基本国情,循序渐进。

7. 关于行政诉讼撤诉

有人指出,目前我国,原告对于行政机关的起诉,往往不是以法院的判决而告终,而是随着原告的撤诉而消解。“非正常撤诉”不但使原告的合法利益不能得到保护,而且影响到我国行政法治的进程。而司法权威的缺失是撤诉审查制度失效的关键原因。要使法院能够真正行使撤诉审查的权力,必须保障法院独立。否则,撤诉审查和行政诉讼就无从谈起。要走出行政诉讼的困境,除了司法制度自身的完善,还有赖于相对独立于国家权力的市民社会的形成,有赖于民主宪政的完善。

8. 关于行政补偿制度

有人指出,在我国,除了个别单行法对行政补偿作了一些零散的规定外,规范化的行政补偿制度尚未建立,大量的行政补偿问题由于无法可依,致使公民、法人和其他组织因公共利益受到的损失得不到补偿。我国必须建立行政补偿制度是基于以下理论依据:(1)公共负担理论。国家应将个别或部分人因公共利益受到的损失转由全体公民分担,补偿金源于所有纳税人缴纳的税金,从而实现公共负担平等分担;(2)结果责任理论。行政主体由于自己的合法行为或因公共利益的需要给相对人造成的损害,对于相对人来说,与其因违法行为造成的损害

章剑生:《现代行政程序的成因和功能分析》,《中国法学》2001年第1期。
王锡锌:《行政过程中相对人程序性权利研究》,《中国法学》2001年第4期。
夏锦文、高新华:《我国行政诉讼原告资格的演进》,《法商研究》2001年第1期。
何海波:《行政诉讼撤诉考》,《中外法学》2001年第2期。

(引起国家赔偿)是一样的,受到损害的权益同样应得到救济,区别只在于,前者不为之承担侵权责任,而后者要承担法律责任;(3)危险责任理论。借鉴民事赔偿理论,行政赔偿是在行政机关及其工作人员为了社会公共利益而使行政相对人的权益处于某种危险状态之中时应对相对人受到的损失给予的补偿。^⑩

9. 关于违法规范性文件的行政赔偿

有人认为,一般抽象行政行为对行政相对人有造成损害的可能性。这是因为:一般抽象行政行为具有付诸实施、以不同方式和途径转化为具体行政行为的可能和具有违宪或违法从而改变行政相对人一方权利、义务的可能。行政机关对此应承担与具体行政行为造成侵害相同的赔偿责任。赔偿责任成立的要件有:必须是付诸执行的;必须是被有权机关认定为违法或不当的;必须是已经造成损害后果的;必须与损害后果有必然联系。^⑪

10. 关于行政审判

有人认为,在我国行政审判中,应建立起强调法官职权作用的职权主义模式,以区别于目前改革中比较强调的当事人主义行政审判模式,形成区别于刑事审判、民事审判的行政审判模式。职权主义行政审判模式的特征是:它调查和审问的核心是被告具体行政行为的合法性;它的运作方式是法官与原告一起共同审查被告具体行政行为的合法性;它建立在职权主义为主,当事人主义为辅的基础上。^⑫

二、简 评

2001年的行政法学研究取得了一定的进展,这主要表现在研究的问题涉及到了行政法学体系中的大部分问题,而且研究有一定的深度,这些对于我国行政法学理论以及行政法实践的发展将会产生积极的作用。但应当看到,目前我国的行政法学研究状况仍然滞后于我国依法治国对于行政法学的要求,学界对于在我国加入WTO以后政府可能遇到的问题进行针对性的研究不够,对于我国现实生活中存在的大量由于行政立法不完善、行政执法不严格等引发的社会问题给予理论上的探讨也比较缺乏。

在2001年《法学研究》第1期上刊发的《行政法学研究述评》中,我们对于来年的研究重点提出了意见,这些意见主要是:在我国加入WTO以后,由于经贸领域内的行政法规则必须与WTO规则相适应,因此对于WTO规则的研究成为行政法学的研究课题;我国签署了两个国际人权公约,这必将对现行行政法制度产生影响,也会有一些内容需要行政法学者进行研究;在加入WTO和签署国际人权公约的背景下,我国的行政程序必须体现出透明、公正、民主和富有效率的特点,立法机关要制定统一的行政程序法,这些也是我们必须重点研究的问题;由于获得司法救济权被国际人权法确定为基本人权,因此对于我国行政诉讼受案范围以及行政机关终局裁决权范围的研究不仅关涉到我国人权保障事业,而且关涉到我国的行政司法改革问题,应该引起学界重视;对于行政立法法、行政强制法、行政许可法中重要理论问题的研究,对于国家进行立法以及在法律制定以后颁布实施,都将起到积极的理论指导意义,在进行这些研究时,借鉴和吸收国外相关立法和法律实践经验是必要的和有益的。时隔一年,我们认为,以上问题或课题依然是新的一年以至今后几年学界需要重视和研究的课题。

应松年教授2000年3月31日在东南大学所作的学术报告中指出,行政组织法、行政行

^⑩ 姜明安:《行政赔偿制度研究》,《法学杂志》2001年第5期。

^⑪ 江群华、张运萍:《论违法规范性文件的行政赔偿责任》,《华中理工大学学报》(社科版)2000年第4期。

^⑫ 王宗光:《职权主义——我国行政审判模式的必然选择》,《政治与法律》2001年第4期。

为法、行政监督法构成行政法的基本框架。实践证明,这三方面有许多问题需要我們进行研究。1. 在行政组织法方面,已有的行政组织法没有完全起到应有的规范和控制作用,以至不得不求助于进行大规模的机构改革来解决。然而最好的、也是唯一的出路是,将行政机构的组织、职能、编制法制化,对此需要研究的问题是:机构的设置、界定和权能问题,编制问题,公务员制度问题。2. 在行政行为法方面,行政立法有许多有待解决的问题,它们是:行政立法是否包括制定规章以下规范性文件?如何规定行政法规和规章的权限?法律规范的效力如何决定?如何解决法律规范之间的冲突?是否需要设立解释法律和解决冲突的专门机构及如何启动监督程序?行政执法也有许多需要从理论上解决的问题,它们是:行政处罚法在立法观念、时效制度、简易程序中的举证问题、一事不再罚原则、听证制度等方面存有缺陷。行政许可制度在适用范围、实施机关、程序及监督等方面存在问题甚至有一定程度的混乱。行政强制制度需要解决的问题是如何在人民法院和行政机关之间以及行政机关系内部对行政强制执行权进行合理分配,法律如何对行政强制执行权行使的程序作出规定。行政程序法应以如何规范行政机关作出具体行政行为的程序为主要目标。3. 在行政监督法方面,行政诉讼法实施十年的实践表明,法律本身的预期意义与产生的社会效果反差较大,原因在于现有的立法保障比较缺乏。国家赔偿法在实施中也存在许多问题,它们是:国家赔偿法确立的违法原则大大缩小了赔偿范围,赔偿范围采取列举主义对于公民权利的救济也是不充分的。国家赔偿法与行政诉讼法在行政赔偿范围和提起行政诉讼范围、赔偿请求人和原告人的规定有不一致的情况,如何使二者协调,是需要理论界加以研究和探讨的。以上三个方面需要我們进行研究的诸多问题,不仅是近年来的研究课题,而且是比较长的一段时间内的研究课题。这是因为,行政法学既要为当前立法和法律实践中存在问题的解决提供理论上的依据和指导,而且要对不断发展和变化着的行政法治实践中出现的新问题给予理论上的解释和提出对策性意见。

由于我国的行政法学刚一产生,就赶上了国家改革开放、依法治国、建立社会主义市场经济的大好时机,因此学科是在一边搞自身建设一边为国家行政法治作贡献的过程中向前发展的,任务艰巨而重大。与法学其他学科相比,行政法学自身的理论积淀不很深厚,因此,我们在目前和今后相当长的时间内,将承载着比较重的责任,需要我們作出更大的努力。

除了《法学研究》和应松年教授为我們提供行政法学研究方向外,其他如《法学家》、《法制与社会发展》等刊物也都提出了有关今后行政法学研究方向的意见和建议。这些意见对于去年行政法学的研究产生了一定的引导作用,但是从总体研究情况看,2001年学者们把目光还是较多集中在以往研究比较多的依法行政、行政法调整对象、行政指导、行政违法与行政责任、行政不作为、行政处罚、行政复议、国家赔偿等问题上。对于在入世以后,国内法与WTO规则接轨过程中可能出现的法律问题研究较少;政府审批制度将在近一两年内出台,在此之前,对涉及政府审批的有关问题进行探讨,为立法提供有参考价值的理论论证是很有意义的事情。但是,到目前为止,我们看到的这方面的论文还是很少;由于我国行政法学研究以及依法行政实践都尚属初步,在研究我国行政法的问题时,如果能够从我国的具体国情出发,吸收和借鉴国外理论研究成果和行之有效的立法经验,不仅可以增强论文的说服力,而且有助于解决我们要解决的问题。但是,从已发表的文章来看,这种比较研究的方法在行政法学领域有所运用,但运用得也比较少。在新的一年里,我们希望看到更多的优秀论文。

应松年:《中国行政法的创制与面临的问题》,《江海学刊》2001年第1期。