

中国行政法学发展评价 (2012—2013)

基于期刊论文的分析

本刊编辑部

在《中国行政法学发展评价(2010—2011)》中,^[1]我们曾以中文学术期刊论文为基础,简要回顾了中国行政法在两年内的研究进展,并提出了三个维度的评价标准:第一,有无提出具有重要理论与实践意义的问题,并作出有力的回应?第二,在研究方法上对其他研究是否具有借鉴意义?第三,其知识背景是否对其他研究具有启发意义的独特性?本文将继续运用这一尺度,对2012—2013年期间中国行政法学的发展做出评估。

从2012—2013年主要学术期刊所发表的行政法论文来看,中国行政法法学处于一个持续蓄力、酝酿突破的时期。在行政法学之前的发展中,已经出现了两大研究范式的分野:其一是以“行政行为—司法审查”为主轴的偏重规范主义的传统进路,其二是重视行政过程对多元的合法化资源(而非简单的“合乎法律”)的需求、重视“法律与社会科学”研究方法的新行政法研究范式。在2012—2013年期间,不同进路上的研究都有一定的推进,学者的方法论意识也日益清晰;我们在两年前作出的“目前的研究中尚没有出现将规范主义进路与功能主义进路熔于一炉的成熟范式”的判断仍然成立,但出现了在新的时代条件下寻求体系化的强大呼声。尽管我们所期待的大突破尚未发生,但勾勒一个学科在两年内的持续蓄力过程,或许可以为这个过程提供些许推力,促进突破的发生。

沿袭2010—2011年学科评估的做法,我们首先专辟一节回顾2012—2013年间对于行政法学科发展方向的范式和方法论探讨。接下来,我们将回顾传统行政法理论框架中有显著贡献的文章,再讨论在“新行政法”进路上的贡献,并对部门行政法的研究作附带的评论。

[1] 参见《中外法学》编辑部:“中国行政法学发展评价(2010—2011)”,《中外法学》2013年第4期。

一、中国行政法学研究中的“体系焦虑”

中国以“行政行为—司法审查”为主轴的偏重规范主义的传统行政法理论框架具有“先天不足”的性质,近年来又受到“新行政法”的冲击,其体系性更显脆弱。在2010—2011年的行政法学科评估中,我们曾经梳理过学者对此作出的回应。在2012—2013年间,中国行政法学研究中的“体系焦虑”获得了更为充分的学术表达,出现了借鉴域外理论和制度建构经验,加强行政法理论和制度体系性和完整性的呼吁。

赵宏《行政法学的体系化建构与均衡》以德国行政法学为参照,指出我国行政法学体系化程度严重不足;由于借鉴和继受的多源,我国行政法学的建设从一开始就缺乏整体统筹和系统思考,学科体系不协调和逻辑不周延的状况日益明显,而这不仅导致行政法制度中的漏洞随处可见,而且导致行政法制度在规范与管制能力上的不足。德国行政法自奥托·迈耶以来,以基本原则、抽象概念和法释义学为核心元素,形成了一个建立在经验与逻辑、传统与现实基础上的完整体系,在赵宏看来,其实现体系化的基本经验,值得中国行政法借鉴。^{〔2〕}赵宏的另一篇文章《诉讼权能与审查密度——德国行政诉讼制度的整体关联性》虽然探讨的是行政诉讼这个更为具体的主题,但其终极主张与上文类似。在赵宏看来,与德国行政诉讼制度中诉讼权能和审查密度形成高度的整体关联相比,我国习惯通过单项制度的分别改良,来实现行政诉讼的整体推进。但原告资格和受案范围的扩张并未与审查密度形成相应的配套关系。这就需要加强行政诉讼制度的整体关联性,而作为制度建构基础的行政诉讼学理,需要相应强调周密的逻辑性,提升体系的完整性。^{〔3〕}

而王天华《国家法人说的兴衰及其法学遗产》是一个在相似方向上努力的作品样本。作者系统梳理了“国家法人说”从德国传播到日本,并最终影响中国的过程,总结了其留下的法学遗产。这一梳理的意义及于整个公法学,如作者指出,机关法人、机关犯罪、行政主体乃至行政法人等法律或法学概念,以及一系列以国家机关为原告的名誉侵权案、敲诈勒索政府案司法判决表明,我国公法与公法学体系欠缺清晰的“法学国家观”。在“法学国家观”层面形成清晰的认识,对于公法与公法学体系的体系性而言,无疑具有基础性的意义。

两位作者从比较法的进路对中国行政法理论与制度的整体性进行反思。由于中国行政法的许多基本原则和概念源于域外,对这些原则和概念在起源国自身法学体系中的位置进行准确的把握,有利于更好地处理其在传播过程中出现的演化。但与此同时,我们无法直接复制域外行政法理论与制度的整体性,而只能是基于我国自身的实证法体系去探求这种整体性。在此过程中,可以借鉴的是域外已有的体系建构进路,而非对问题的具体答案。因此,比较行政法的研究展开之后,还需要探究的是,从域外汲取的体系建构方法,如何在我国的实证法体系

〔2〕 赵宏:“行政法学的体系化建构与均衡”,《法学家》2013年第5期。

〔3〕 赵宏:“诉讼权能与审查密度——德国行政诉讼制度的整体关联性”,《环球法律评论》2012年第6期。

内部得以展开。在这一方向上,蕴藏着很大的学术创新的潜力。

德国行政法的体系化,基于司法“监控者”^{〔4〕}对行政行为的审查眼光,通过法教义学和解释学得以完成。但由于行政状况的急剧变迁,奥托·迈耶奠定的传统行政法体系,面对行政实践在很多方面也已经捉襟见肘。在2012—2013年,有一系列文章接续2008—2011年间关于“新行政法”的讨论,“行政过程论”和“法政策学”成为热门关键词。

江利红《以行政过程为中心重构行政法学理论体系》以及《论行政法实施过程的全面动态考察》^{〔5〕}主张借鉴日本行政法学上的“行政过程论”,对行政法理论体系进行重构。^{〔6〕}江利红指出,现代行政法学应当从“行政过程论”的视角出发,基于现实行政法实施的过程性特征,关注行政法实施过程中各行为之间的关联,通过对整体过程全面、动态的考察,分析各种行为的阶段性法律构造,并在追求单个行政行为合法性的基础上,提升行政活动整体性的质量与效果,最终保障立法目的的实现。而奥托·迈耶奠定的传统行政法学侧重关注如何在行政过程中适用法律的解释技术问题,却忽视了对现实行政和行政法实际运行状态方面的考察,存在重大缺陷。

鲁鹏宇《法政策学初探——以行政法为参照系》同样关注日本行政法学上兴起的“行政过程论”,同时指出美国行政法学中的政府规制学派、德国的作为调控的行政法学、日本的行政法政策学在研究取向上的接近。该文着重介绍的日本行政法政策学即以“行政过程论”为基本的理论框架和研究方法,沟通传统的政策思维和法律思维,探究公共政策转化为法律制度的基本原理和路径设计问题。^{〔7〕}法政策学的支柱性概念包括政策目标(立法目标)、政策工具(行政手法)、规制模式(组合手法)和评价基准等,并在具体分析中采取过程分析模型,对立法所涉及的价值、事实和规范三要素进行循环往复的观察和论证。

在若干论文中,高秦伟集中关注法解释学和法政策学之间的差异和张力。《行政过程中的政策形成——一种方法论上的追问》一文考察了美国规制政策与行政法发展的路径、学术争论以及司法审查的实践,指出现代行政法学的视野已经拓宽到政策形成领域,传统的法律解释学已经出现很大的不足。但问题是,在新的、更重视行政过程连续性的行政法学中,法解释学应如何建构?高秦伟介绍了桑斯坦对法律解释方法的重构,同时也指出了其所遭遇到的质疑。^{〔8〕}而在《在法律解释与政策形成之间——行政法解释方法论研究》一文中,高秦伟梳理了

〔4〕 沈岿在一篇探讨行政法方法论的未刊稿中区分了基于“监控者”眼光的行政法学和基于“管理者”眼光的行政法学。前者尤以奥托·迈耶确立的体系为典型,站在司法“监控者”的眼光,通过对行政行为的审查,确保行政结果合乎法律。而后者则站在行政管理者的角度,尽管也关注行政的“合法性”,但更关注行政的“合目的性”,重视连续的行政过程。参见沈岿:“监控者与管理者能合二为一吗?——行政法学体系转型的迷思”,未刊稿。下文对“监控者”和“管理者”两个术语的使用,如无特别注明,皆与沈岿的使用方式保持一致。

〔5〕 江利红:“论行政法实施过程的全面动态考察”,《当代法学》2013年第3期。

〔6〕 江利红:“以行政过程为中心重构行政法学理论体系”,《法学》2012年第3期。

〔7〕 鲁鹏宇:“法政策学初探——以行政法为参照系”,《法商研究》2012年第4期。

〔8〕 高秦伟:“行政过程中的政策形成——一种方法论上的追问”,《当代法学》2012年第5期。

美国行政法上的法律解释实践和方法,展现出法律解释和政策形成之间错综复杂的关系。^{〔9〕}

提出真正重要的、关键性的问题,就已经向理论突破迈出了重要一步。如果说前几年对于“新行政法”的探讨着重点在于指出传统的行政法体系难以回应新的行政状况,传统的法教义学难以为行政过程中的“管理者”提供强有力的知识援助,2012—2013年的讨论则提出了进一步的问题:以新时代的行政状况为基础,行政法学体系的重构如何是可能的?尽管传统的法教义学—解释学地位有所下降,法政策学的地位上升,但如果寻求重构行政法理论体系的体系性,我们又该如何对法教义学—解释学进行定位?问题已经提出,但在2012—2013年的论文作品中,似乎尚未获得强有力的回应。答案,需要更多的研究去探求。

最为精微的学术方法,总是在具体的研究中体现的。下文即回顾和述评在各个具体的研究路径上和领域内的研究。我们梳理出传统行政法总论所覆盖的主要研究领域中的研究成果,然后再梳理较为体现“新行政法”主张的若干主题的研究,并补充讨论部门行政法研究的状况。我们的梳理不求面面俱到,而是根据期刊论文的数量和理论贡献,对不同的论题作出不同的详略处理,凸显出最具启发性的研究。

二、传统行政法研究的进展

行政法传统理论框架以“行政行为—司法审查”为主轴,包括行政法基本原则、组织法、行政行为(行政立法、行政处罚、行政许可、行政强制、信息公开、行政契约等)法、行政监督和救济(行政复议、行政诉讼、国家赔偿中的行政赔偿)法等一系列内容。鉴于传统理论框架的发展在很大程度上依赖于法教义学和解释学的推进,我们也专设一节讨论案例研究和法解释学的研究状况。

(一)行政法基本原则

法律原则是规则和价值观念的汇合点。行政法基本原则对于凝聚行政法体系起着非常重要的作用。在2012—2013年的期刊论文中,比例原则仍然是学者关注的热点,有若干论文探讨比例原则及其在具体行政领域的运用。在风险规制研究中兴起的“风险防范原则”也获得了较大关注,表明“新行政法”的研究已经在逐渐渗透传统行政法总论。较有特色的研究有:①黄学贤、郑哲《管窥风险防范下的行政法原则变迁》,文章指出,在风险防范的目标下,法律保留原则、比例原则、信赖保护原则、正当程序原则、权责统一原则等行政法基本原则都发生了一些新的变化。^{〔10〕}②沈岍《风险防范原则与食品添加剂准入裁量——以面粉增白剂去留之争为例》一文探讨风险防范原则如何在我国《食品安全法》中“落地”,^{〔11〕}克服了一般的比较行政法研

〔9〕 高秦伟:“在法律解释与政策形成之间——行政法解释方法论研究”,《法律方法与法律思维》第八辑,页27—52。

〔10〕 黄学贤、郑哲:“管窥风险防范下的行政法原则变迁”,《社会科学研究》2012年第6期。

〔11〕 沈岍:“风险防范原则与食品添加剂准入裁量——以面粉增白剂去留之争为例”,《北京行政学院学报》2012年第6期。

究所带来的相关行政法原则是否能在中国的实证法体系中获得支持和印证的不确定性。

(二)行政组织法

传统的行政组织法理论凝聚点在于“行政主体”这一概念上。但近10年来,不断有文章反思本土的“行政主体”概念存在的理论缺陷。随着概念清理工作的推进,2012—2013年的行政法论文中已经很少使用“行政主体”概念。这两年中若干专论行政组织法的论文都是抛开“行政主体”的概念,直接探讨某一行政组织设置的合法性与合理性。但一如既往,从宏观视角探讨行政组织法的论文非常少。^{〔12〕}较为明显的一个趋势是,越来越多的论文在比较具体的行政规制(如食品安全)或者是在行政自制的实践中,提出优化行政组织的建议,而这些研究通常也体现了“新行政法”重视行政的“合目的性”的特点。

(三)行政行为法

2012—2013年的研究对于行政行为的研究在深度和广度上均有所进展。由于本文坚持以学术研究范式来对成果进行归类,因而并非所有关于行政行为都被归入这一部分,有一些体现新行政法研究兴趣与进路的,将被分流到论述新行政法的部分。

关于(广义的)行政立法的研究延续了2010—2011年间的一些热门关注点,如行政规则制定权限的划分,或者行政规则制定过程之中公众、专家与行政机关各自的角色,以及行政立法评估的成本—收益分析制度。其中,作为“规则制定”的行政规划引起了一些学者的关注。王贵松《调整规划冲突的行政法理》集中探讨了行政规划之间冲突的解决之道,提出在调整上位规划与下位规划之间的垂直冲突时,应遵循整合原则和逆流原则;在同位规划之间发生水平冲突时,则应在法定空间内按照协商原则予以调整。^{〔13〕}

《行政强制法》于2011年6月的通过,带动了一批关注法律实施的研究成果的出现,探讨行政强制法基本原则、行政强制的种类、行政强制主体的限定性、行政强制程序的细化等问题。

对行政许可的研究进一步细化。王林芳《地方性法规设定行政许可的权限范围》与李文海均以最高人民法院指导案例5号为参照,对《行政许可法》第15条第1款做出新的解读。^{〔14〕}

在2012—2013年间,行政处罚受到的关注热度有所下降。熊樟林的《行政处罚上的空白要件及其补充规则》集中探讨了行政处罚上的空白构成要件与处罚法定原则之间的关系,并针对我国《行政处罚法》第二章的规定,建议对空白要件的创设与补充加以规范。^{〔15〕}

政府信息公开是学者研究的一个热门话题。自从《政府信息公开条例》2008年5月1日起施行以来,关于政府信息公开的纠纷案例占整个行政诉讼的比重不断增加,立法的不足在司

〔12〕 应松年的《完善行政组织法制探索》一文对完善中央及地方各级各类行政机关的组织法制进行了探讨,是其中少有的从宏观角度探讨行政组法的文章,参见应松年:“完善行政组织法制探索”,《中国法学》2013年第2期。

〔13〕 王贵松:“调整规划冲突的行政法理”,《清华法学》2012年第6期。

〔14〕 王林芳:“地方性法规设定行政许可的权限范围”,《公法研究》2013年第1期;李文海:“地方政府规章设定行政许可的‘上位法’限制”,《政治与法律》2013年第2期。

〔15〕 熊樟林:“行政处罚上的空白要件及其补充规则”,《法学研究》2012年第6期。

法审查中也获得了较为充分的暴露。^{〔16〕}这也引发了学界和实务界修订《政府信息公开条例》的预期,与此相应的是,对政府信息公开的研究,成为2012—2013年间行政法研究的热点。

“政府信息”的范围和边界,是讨论中的热点问题。章剑生对《政府信息公开条例》第14条第4款第1句“国家秘密”进行了解释,指出国家秘密绝对不公开,但与国家秘密相关的“工作秘密”、“内部公开”与“内部资料”,在政府信息公开过程中应当从严解释,不得以此收缩政府信息公开的范围。^{〔17〕}王敬波的《阳光下的阴影:美国信息公开例外条款的司法实践》一文集中探讨了美国法院如何处理类似我国《政府信息公开条例》第14条规定政府信息公开的例外事项,如国家秘密、商业秘密、个人隐私等。王敬波指出,美国法院在政府信息公开的诉讼中运用多种方法解释不确定法律概念,既最大限度地实现政府信息的公开,也避免对于商业秘密、个人隐私、政府执法的侵犯和不当干扰。^{〔18〕}杨登峰在《论过程性信息的本质》一文中指出,除了《信息公开条例》第8条和第14条第3款规定的例外之外,“过程性信息不公开”在实践中被频繁适用。杨登峰基于具体的案例分析指出,所谓“过程性信息”,其实质是尚未制作完成的非正式、不完整因而不具有使用价值的政府信息。^{〔19〕}

非政府组织的信息公开也成为学者关注的一个热点。朱芒对《政府信息公开条例》第37条进行了深入解读,以界定“公共企事业单位”信息公开义务。文章运用了系统性解释的法律解释方法,从《条例》的整体出发,借助了前36条的内容,将第37条定位为连接规范,从而使前36条的内容在一定规则的制约之下可以运用于第37条的范围之内。^{〔20〕}王军《美国私主体承担信息公开义务的司法判定》则提出,针对《政府信息公开条例》第37条中当前法规范并未对其属于公共企事业单位或者如何进行信息公开作出明确规定的组织,美国法上“功能等同”和“实质控制”的司法认定标准可以作为参照,判断这些组织与一般意义上的行政机关是否无异而需要课之以信息公开的义务。^{〔21〕}而在非政府组织中,高校的信息公开引起了较多的关注。湛中乐分析了2010年9月1日起施行的《高等学校信息公开办法》,指出其成就与不足。^{〔22〕}程琥《高校信息公开行政诉讼若干问题研究》探讨了高校信息公开与不公开的司法判定,提出

〔16〕 据北京高级人民法院行政审判庭程琥庭长披露,自从《政府信息公开条例》2008年5月1日起施行后,北京近年来关于政府信息公开的纠纷案例占整个行政诉讼的比重不断增加,2012年时政府信息公开行政案件所占比重为十分之一,而2013年时已经猛增到占比六分之一。万静:“‘查询不到’成信息公开纠纷主因”,http://www.legaldaily.com.cn/index_article/content/2014-03/27/content_5402245.htm?node=5954,最后访问日期:2015年10月18日。

〔17〕 章剑生:“政府信息公开中的‘国家秘密’”,《江苏大学学报(社会科学版)》2012年第6期。

〔18〕 王敬波:“阳光下的阴影:美国信息公开例外条款的司法实践”,《比较法研究》2013年第5期。

〔19〕 杨登峰:“论过程性信息的本质”,《法学家》2013年第3期。

〔20〕 朱芒:“公共企事业单位应如何信息公开”,《中国法学》2013年第2期。

〔21〕 王军:“美国私主体承担信息公开义务的司法判定”,姜明安主编:《行政法论丛》(第15卷),法律出版社2014年版,页100。

〔22〕 湛中乐:“大学信息公开制度的建设与反思”,《国家教育行政学院学报》2013年第2期。

应保持高校信息公开与学术自由的司法平衡。^{〔23〕}

不少学者在探讨政府信息公开时采取了比较法的路径,如以上王敬波对美国行政法的借鉴;杨永纯、高一飞则以信息自由权和知情权为视角,回顾和分析了一系列国际人权法和若干发达国家的政府信息公开实践。^{〔24〕}李建新则比较了两岸四地的个人信息保护与行政信息公开法律实践,^{〔25〕}总结出不同的保护模式。

2012—2013 年间对行政合同的研究有所降温,所发表的论文主要是从公私合作治理以及行政诉讼的视野展开。而以行政指导、行政奖励、行政调解和非拘束行政计划等其他非强制性行政行为为主题的论文稀少,在此不展开论述。

关于行政给付和行政规划的讨论有所升温,出现若干讨论行政机关和法律法规授权组织给付义务的论文。胡敏洁《给付行政范畴的中国生成》一文回顾了中国的给付行政发展史,指出“给付行政”概念所指的事实,在历史上曾由其他词语来指称,“给付行政”概念进入中国之后,其意义也受到社会情境的影响而发生演变。^{〔26〕}行政规划方面,除了前文所述王贵松《调整规划冲突的行政法理》一文之外,^{〔27〕}还出现若干从公众参与或司法审查的角度而进行的研究。

(四)行政监督和救济法

行政诉讼一直是行政法研究中稳定的重点和热点,尽管其基础理论已趋于稳定,《行政诉讼法》的修改还是带来了一轮研究行政诉讼的热潮。中国政法大学、北京大学和中国人民大学等三所大学行政法学者联手推出《行政诉讼法》修改专家建议稿;姜明安、应松年、江必新、马怀德、杨建顺、章剑生、湛中乐、李洪雷、何海波、杨小军等在 2012—13 年间都曾撰文对行政诉讼法的修改提出意见和建议。在讨论中形成了以下关注点:①依法独立行使审判权;^{〔28〕}②行政复议和行政诉讼的关系;^{〔29〕}③行政诉讼受案范围;^{〔30〕}④行政合同诉讼;^{〔31〕}⑤行政诉讼的类型化;^{〔32〕}⑥

〔23〕 程琥:“高校信息公开行政诉讼若干问题研究”,《行政法学研究》2013 年第 2 期。

〔24〕 杨永纯、高一飞:“比较视野下的中国信息公开立法”,《法学研究》2013 年第 4 期。

〔25〕 李建新:“两岸四地的个人信息保护与行政信息公开”,《法学》2013 年第 7 期。

〔26〕 胡敏洁:“给付行政范畴的中国生成”,《中国法学》2013 年第 2 期。

〔27〕 王贵松,见前注〔13〕。

〔28〕 如何海波:“困顿的行政诉讼”,《华东政法大学学报》2012 年第 2 期。

〔29〕 青锋、张水海:“行政复议机关在行政诉讼中作被告问题的反思”,《行政法学研究》2013 年第 1 期;杨伟东:“复议前置抑或自由选择——我国行政复议与行政诉讼关系的处理”,《行政法学研究》2012 年第 2 期。

〔30〕 姜明安:“扩大受案范围是行政诉讼法修改的重头戏”,《广东社会科学》2013 年第 1 期;方世荣:“论我国行政诉讼受案范围的局限性及其改进”,《行政法学研究》2012 年第 2 期;于立深、刘东霞:“行政诉讼受案范围的权利义务:实际影响条款研究”,《当代法学》2013 年第 6 期。

〔31〕 梁凤云:“论行政合同诉讼的基本构造”,姜明安主编:《行政法论丛》(第 15 卷),法律出版社 2004 年版,页 27。

〔32〕 刘飞:“行政诉讼类型制度的功能”,《法学研究》2013 年第 5 期;李广宇、王振宇:“行政诉讼类型化:完善行政诉讼制度的新思路”,《法律适用》2012 年第 2 期。

司法审查的标准；^[33]⑦规范性文件的审查；^[34]⑧行政公益诉讼。^[35]

在2012—2013年相关研究中,出现了若干较有特色的研究:

第一是基于实证调查和对大批案例的总结对《行政诉讼法》法律实施效果进行的实证研究。何海波《困顿的行政诉讼》一文根据全国历年的统计数据,按照一审受案和结案情况、二审和再审情况以及诉讼程序和执行情况等几个主题,分析行政诉讼制度的实施状况。^[36]何海波的实证研究表明,《行政诉讼法》实施二十多年,行政诉讼“立案难、审理难、判决难”的问题根本没有得到解决,案件数量少、判决结案率低、原告胜诉率低、撤诉率和驳回起诉率高、上诉率和申诉率高,足见行政诉讼解决行政纠纷、保护公民权利和监督依法行政的功能已经严重受挫。必须真正加强司法权威,增强司法独立性,否则《行政诉讼法》的修法也难以发挥行政诉讼的原初目的。

《清华法学》发表的两篇基于法院裁判文书而对行政诉讼一审、二审分别展开的研究,与何海波的论述形成呼应关系。^[37]黄启辉的《行政诉讼一审审判状况研究——基于对40家法院2767份裁判文书的统计分析》一文通过收集与分析六省或者自治区32家基层法院,8家中级法院2009年、2010年一审2767份行政裁判文书,揭示出行政诉讼一审的若干特征:涉诉行为和被诉行政管理领域十分集中,非对抗权力型诉讼多;诉讼中行政纠纷涉利益方多,当事人较为繁杂;从诉讼模式上看,辩论主义模式确立,但判决与诉讼请求不一致;行政审判中法院倾向于放弃裁判权,而淡化了诉讼监督行政之目的。朱春华的《行政诉讼二审审判状况研究——基于对8家法院3980份裁判文书的统计分析》一文则选取了8家法院3980份二审行政诉讼裁判文书的样本,研究发现,超过半数的案件有第三人;律师可能发挥了明显作用;行政复议与行政诉讼存在极强的衔接关系;行政机关仍拥有明显的胜诉优势;二审事实审的功能突出。作者还探讨了案件如经复议和有第三人时,与有利被告裁判率和维持原具体行政行为的判决比例之

[33] 郑春燕:“‘隐匿’司法审查下的行政裁量观及其修正——以《最高人民法院公报》中的相关案例为样本的分析”,《法商研究》2013年第1期。

[34] 郭百顺:“抽象行政行为司法审查之实然状况与应然构造——兼论对行政规范性文件的司法监控”,《行政法学研究》2012年第3期;黄娟:“论行政法规范解释的司法审查——基于90个工商行政管理案例的分析”,《华东政法大学学报》2012年第6期。

[35] 于安:“公益行政诉讼及其在我国的构建”,《法学杂志》2012年第8期;黄学贤、邹宇:“行政公益诉讼原告资格制度的建构”,《江苏大学学报》2012年第4期;沈寿文:“环境公益诉讼行政机关原告资格之反思——基于宪法原理的分析”,《当代法学》2013年第1期;胡卫列:“论行政公益诉讼制度的建构”,《行政法学研究》2012年第2期;杨凯:“行政私益诉讼中的公益诉求之法理探析”,《法学评论》2012年第5期;杨建顺:“《行政诉讼法》的修改与行政公益诉讼”,《法律适用》2012年第11期;朱应平:“澳大利亚行政公益诉讼原告资格探析”,《行政法学研究》2012年第3期;张旭勇:“公益保护、行政处罚与行政公益诉讼——杭州市药监局江干分局‘撮合私了’案引发的思考”,《行政法学研究》2012年第2期。

[36] 何海波,见前注[28]。

[37] 黄启辉:“行政诉讼一审审判状况研究——基于对40家法院2767份裁判文书的统计分析”,《清华法学》2013年第4期;朱春华:“行政诉讼二审审判状况研究——基于对8家法院3980份裁判文书的统计分析”,《清华法学》2013年第4期。

间的关联性。

应该说,随着中国司法信息公开的进一步推进,类似的关于法律实施效果的实证研究,必将具有更大的空间。这些研究对于推动法律制度的改善有着不可或缺的意义,但同时也会面临着更为严格的实证社会科学方法论的检验。举例来说,当实证研究者认为行政诉讼案件数量过少、信访数量过多的时候,陈述的可能是一个知识共同体的普遍意见,但仍然需要证明自己所假定的合理数量是一个科学的尺度。

二是通过对行政诉讼案例的考察,发现和提炼法院司法审查实际上所采用的审查标准,并由此对已有的法解释学做出一定反思。如郑春燕的《“隐匿”司法审查下的行政裁量观及其修正》一文同样以《最高人民法院公报》中的相关案例,探讨法院如何基于裁量二元论,通过将裁量有关的争议置于事实或法律问题的范畴,借助“滥用职权”标准和“行政处罚显失公正”之外的其他审查标准实现了对行政裁量的审查。^[38]郑春燕的另一篇文章《论城乡规划的司法审查路径》则通过《最高人民法院公报》上刊载的两份涉及城乡规划的司法裁判文书,发现法院在事实层面上实施了对城乡规划的合法性审查,而学界通说是行政计划被排除在行政诉讼受案范围之外。郑春燕研究发现,法院在具体个案中通过“违法性继承”或间接附带审查的方式赢得了对作为“依据”的城乡规划方案是否合法的评判空间。作者试图由此提炼司法审查突破受案范围的规范要件。^[39]这一研究从司法实践中提炼法律解释技艺,颇具有典型性。

2012年国务院将《行政复议法》的修订纳入立法计划,学界对《行政复议法》的关注度也大大提高。余凌云、莫于川、湛中乐、黄学贤、刘莘等撰文探讨了《行政复议法》的修改。^[40]热门的关注点有以下方面:①制度定位:效率优先,还是公正优先?学者的主流意见是进一步强调公正,使行政复议制度进一步向准司法化方向发展;②复议机关该如何设置?是由政府设立的行政复议委员会集中行使所有分散在政府各部门的行政复议权,抑或部分政府部门的部分行政复议权,还是基本保持现行体制,但行政复议委员会吸收外部人士,就重大疑难案件提供建议,供行政复议机关参考?③如何扩大行政复议受案范围?管君、余凌云借鉴英美实践提出,一些非政府组织从事的活动,可以被纳入行政复议范围。^[41]④复议的审理方式、审理程序该如何改进?⑤行政复议与行政诉讼的关系,尤其涉及复议机关的行政诉讼被告资格问题,以及

[38] 郑春燕,见前注[33]。

[39] 郑春燕:“论城乡规划的司法审查路径——以涉及城乡规划案件的司法裁判文书为例”,《中外法学》2013年第4期。

[40] 参见余凌云:“论行政复议法的修改”,《清华法学》2013年4月;黄学贤:“关于行政复议委员会的冷思考”,《南京社会科学》2012年第11期;刘莘:“行政复议改革之重——关于复议机构的重构”,《行政法学研究》2012年第2期;湛中乐:“论我国《行政复议法》修改的若干问题”,《行政法学研究》2013年第1期;莫于川、王宇飞、雷振:“我国行政复议证据制度的突出问题与完善路径”,《行政法学研究》2012年第2期。

[41] 管君、余凌云:“第三部门作为被申请人的行政复议受理标准问题研究”,《行政法学研究》2012年第2期。

是否要求复议前置?

《国家赔偿法》于2010年刚经历过修改,其引发的学术关注热度在2012—2013年间有所下降,相关论文主要探讨修改后的《国家赔偿法》的实施问题,并有若干对法、意等国行政赔偿实践的介绍,在此不展开梳理。

(五)法解释学方法与案例研究

如前所述,中国行政法理论无法靠照搬域外制度和理论而建立自身的体系性,而只能立足于本土的制度和实践来寻求。在此过程中,较为关键的一环就是以司法审查的眼光去审视行政过程,发展和完善中国自身的法教义学和法解释学。而这方面,中国行政机关和司法机关的信息公开,为学术研究提供了越来越多的案例素材。中青年学者组织的“判例研读沙龙”在此期间举办第9期至第12期,产生了一些有意义的学术成果。

最高人民法院公布的案例,包括指导案例,近年来一直获得学者的较高关注。郑春燕通过解读《最高人民法院公报》发布的若干案例,发现若干立法层面的缺陷在司法实践中获得克服的例子,并从中总结相应的法律解释方法。^[42]而最高人民法院指导案例第5号(涉及《行政许可法》的解释)以及第6号(涉及行政处罚中的听证程序),都引发了学者浓厚的研究兴趣,有若干论文围绕着这两个指导案例进行了探讨。

在2012—2013年的案例研究中,不乏“群案”研究的例子,如黄娟在章志远指导下完成的《论行政法规解释的司法审查——基于90个工商行政管理案例的分析》即选取《人民法院案例选》(1992—2011)和《最高人民法院公报》(1990—2011)上的90个典型案例,探讨司法审查对于日益复杂的行政事务的回应性。

章志远《行政法案例研究方法之反思》对当下的行政法案例研究方法进行总结和反思,既肯定了行政法案例研究的学术贡献,也指出了行政法案例分析素材和学者的分析方法的局限性。^[43]关保英的《行政法案例的范畴及价值研究》一文则区分行政法案例和行政判例(即司法机关在行政审判中形成的行政法案例),认为我国行政法案例极少数存在于行政判例中,绝大多数存在于行政法治的其他环节。^[44]仅仅研究行政判例是不够的,而是要全面研究行政法案例,这有利于增强行政法学科体系的宽度、厚度、深度和硬度。

当然,案例研究本身可能有不同的指向,一些研究指向法解释学的提升和完善,另外一些则是对法律运作效果的评估,如上文所提到的何海波、黄启辉、朱春华对于行政诉讼制度运作效果的“群案”研究。但后者可以通过揭示法律解释得以展开的制度环境,间接地对法解释学的完善作出贡献。

[42] 郑春燕:“‘隐匿’司法审查下的行政裁量观及其修正:以《最高人民法院公报》中的相关案例为样本的分析”,《法商研究》2013年第1期;郑春燕:“论城乡规划司法审查路径——以涉及城乡规划案件的司法裁判文书为例”,《中外法学》2013年第4期。

[43] 章志远:“行政法案例研究方法之反思”,《法学研究》2012年第4期。

[44] 关保英:“行政法案例的范畴及价值研究”,《行政法学研究》2013年第1期。

三、新行政法研究的展开

如果说2008—2009年是中国行政法学者总结提炼新行政法理论范式的高峰期,2012—2013年学界探讨新行政法理论范式的热度相对而言并不高,但在具体的研究上,方法论自觉愈益明显。创新点主要集中在风险规制和行政自制上,在行政决策、合作治理等问题上亦有推进。

(一) 风险规制

在对风险规制的研究上,已形成了一个可观的创新集群,在主要中文核心期刊上以风险规制为主题的行政法文章达到二十多篇,而其中食品安全又成为一个最为热门的论题。

风险预防原则在风险规制中可以对行政裁量起到引导作用。沈岗的《风险预防原则与食品添加剂准入裁量——以面粉增白剂去留之争为例》^[45]一文指出,我国食品添加剂准入裁量的实践事实上体现了风险预防原则的应用,但《食品安全法》第45条从字面上并不能解释出风险预防原则的内涵,可将风险预防原则的精髓注入食品添加剂“技术必要”标准和“安全可靠”标准,从法律解释上实现风险预防原则与《食品安全法》的有机结合。

风险规制中的信息工具引起了不少学者的关注。金自宁的《风险规制中的信息沟通及其制度建构》一文探讨了信息沟通在风险社会中作为规制工具的意义与相应的制度建构。^[46]戚建刚则从纠正市场失灵的角度,探讨引入“温和自由式监管工具和温和家长制式监管工具”,^[47]建立系统的信息监管制度。而吴元元则引入信息经济学的视角,更为具体地提出“声誉罚”往往比罚款能更有效地促使企业放弃潜在的违法行为,是一种俭省的规制手段。声誉罚的要义在于信息高效流动,而现代食品行业与公众之间的信息鸿沟使得消费者很难自发形成强有力的声誉机制,因此规制机关应当以食品安全信用档案为中心,建立全程整合信息生产—分级—披露—传播—反馈的法律制度系统,确保企业违法信息迅速进入公众的认知结构,为消费者及时启动声誉罚奠定基础。^[48]

戚建刚、杨小敏、易君则对食品安全风险评估进行了探讨。^[49]杨小敏、戚建刚的《欧盟食品安全风险评估制度的基本原则之评析》和戚建刚、易君的《论欧盟食品安全风险评估科学顾问的行政法治理》两文分别探讨了欧盟食品安全风险评估所遵循的基本原则,以及欧盟保障专

[45] 沈岗,见前注[11]。

[46] 金自宁:“风险规制中的信息沟通及其制度建构”,《北京行政学院学报》2012年第5期。

[47] 戚建刚:“我国食品安全风险监管工具之新探:以信息监管工具为分析视角”,《法商研究》2012年第5期。

[48] 吴元元:“信息基础、声誉机制与执法优化——食品安全治理的新视野”,《中国社会科学》2012年第6期。

[49] 杨小敏、戚建刚:“欧盟食品安全风险评估制度的基本原则之评析”,《北京行政学院学报》2012年第3期;戚建刚、易君:“论欧盟食品安全风险评估科学顾问的行政法治理”,《浙江学刊》2012年第6期;杨小敏:“我国食品安全风险评估模式之改革”,《浙江学刊》2012年第2期。

家提供卓越的食品风险评估科学建议的制度建构。^{〔50〕}从欧盟回到中国,戚建刚的《食品危害的多重属性与风险评估制度的重构》一文区分了三种不同的食品危害属性,认为应相应采用三种不同的食品安全风险评估模式,即概率评估模式、预防性评估模式和关注度评估模式,而我国现行食品安全风险评估模式有必要从单纯的概率评估模式转变为综合性的食品安全风险评估模式。^{〔51〕}杨小敏的《我国食品安全风险评估模式之改革》一文则系统阐述了改革现行食品安全风险评估模式的主张,认为我国《食品安全法》所规定的食品安全风险评估模式以客观意义上的食品安全风险作为理论预设,以专家知识作为评估依据,然而社会风险具有社会建构的属性,专家知识也存在着不确定性,应基于新的理论预设,对风险评估的组织形式、结构、范围和方法做出改革。^{〔52〕}

以上研究大多立足于“管理者”视角,对风险规制的行政过程进行思考,重视“管理者”对于规制工具的选择,以及对于行政组织的最优化安排,规制手段中包含了许多传统上被视为“内部行政行为”的内容(如信息沟通),因其与规制效果的关联,获得了重要的地位。

(二)行政自制

近年来,我国中央政府不断推进“法治政府”建设,对行政裁量权进行自我规制。2010年《国务院关于加强法治政府建设的意见》是进来最为系统的推动行政自制的中央文件,其在发布之后的贯彻实施,使学界在2012—2013年期间保持着对于裁量权基准以及政府自我规制的研究热度。

余凌云的《现代行政法上的指南、手册和裁量基准》一文以英国的“非正式规则”为参照系,结合我国实践和理论,逐一分析了指南、手册和裁量基准的效力、公开、制定主体和程序问题,指出它们对内因行政科层制而具有拘束力,对外呈现多样化的效力形态。指南、手册和裁量基准的优势在于其灵活性,对其需要有一定的规范,但不宜过于剥夺其灵活性。^{〔53〕}周佑勇、熊樟林的研究则在一定程度上与余凌云形成相互呼应关系。在两位关于裁量基准的研究者看来,同时具有行政自制和规则主义两种属性的新型控权技术,裁量基准的制定权限从本质上说是行政执法权,而不是行政立法权。^{〔54〕}基于这一定位,在裁量基准制定中引入公众参与要谨慎,因为公众参与所蕴含的控权原理与裁量基准并不切合,而且公众参与会带来较高的制度成本。^{〔55〕}对裁量基准宜采“相对公开”的理论预设,不宜采取“必须公开”的立场。^{〔56〕}法院在审查标准上应主要围绕合法性而展开,在诸如公开性、设定义务等具体内容上,亦应保持对裁量基

〔50〕 杨小敏、戚建刚:“欧盟食品安全风险评估制度的基本原则之评析”,《北京行政学院学报》2012年第3期;戚建刚、易君:“论欧盟食品安全风险评估科学顾问的行政法治理”,《浙江学刊》2012年第6期。

〔51〕 戚建刚:“食品危害的多重属性与风险评估制度的重构”,《当代法学》2012年第2期。

〔52〕 杨小敏:“我国食品安全风险评估模式之改革”,《浙江学刊》2012年第2期。

〔53〕 余凌云:“现代行政法上的指南、手册和裁量基准”,《中国法学》2012年第4期。

〔54〕 周佑勇、熊樟林:“裁量基准制定权限的划分”,《法学杂志》2012年第11期。

〔55〕 熊樟林:“裁量基准制定中的公众参与”,《法制与社会发展》2013年第3期。

〔56〕 周佑勇、熊樟林:“争议与理性:关于裁量基准的公开性”,《兰州大学学报(社会科学版)》2012年第1期。

准自制属性的基本尊重。^{〔57〕}

何海波的长文《内部行政程序的法律规制》是一篇关于行政自我规制的重要文章。作者指出,过去二十多年的行政程序法研究,其关注点基本都在外部行政程序,但中国在内部行政程序方面,其实已经有可观的实践积累。作者尽其可能搜索与内部行政程序有关的法律、法规和司法案例,勾勒出中国内部行政程序法的基本图景,揭示了内部行政程序对于行政行为理性化和正当化的意义,强调内部行政程序应当成为法治政府建设的重要内容,提出未来的《行政程序法》应当走内外程序并举的道路,对中国的实践做出更加全面的总结和更有针对性的回应。作者提出,应当鼓励行政机关制定规范内部程序的规范性文件,法院应当依法对内部行政程序的合法性进行审查,但要把握尺度,防止过分地限制行政活动的灵活性,一般不应以“正当程序原则”去审查内部程序。^{〔58〕}就保持内部行政程序的灵活性以服务于行政的“合目的性”而言,何海波与以上几位作者共享了相似的主张。

行政机关自己发布行政指导性案例,在很大程度上也具有行政自制的意义。胡敏洁的《行政指导性案例的实践困境与路径选择》一文对我国行政指导性案例的实践状况作出初步梳理,建议加强遴选主体的多元化、强化理由说明并逐步公开指导性案例,同时也应赋予行政指导性案例相应的拘束力。^{〔59〕}

王敬波的《相对集中行政许可权:行政权力横向配置的试验场》^{〔60〕}一文则对影响许可权集中的重要因素进行了探讨,指出行政事务的专业性、关联性、专属性、行政层级等都是影响许可权集中的重要因素,在尚未破除行政管理体制性障碍的情况下,相对集中行政许可权的实施要根据行政管理不同维度选择不同的集中模式,采取分步走、分散式集中的方式推进。这一研究深入到了行政组织和行政过程,并提出改革的可行性建议,也体现了近年来新行政法的研究方向和主张。

(三)合作治理与行政决策

公私合作治理是“新行政法”范式下一个热度不减的话题,近年来每年都有一定数量的论文发表。高秦伟的《私人主体与食品安全标准制定:基于合作规制的法理》^{〔61〕}一文针对《食品安全法》对于食品安全标准制定的规定,提出引入合作规制,发挥行业以及各类私人主体在实现食品安全规制中应该发挥的功能。而对私人主体的食品安全标准制定,除了需要从反垄断法、知识产权法等诸多方面加以制约外,还特别需要在标准制定的正当程序上强调公开、平衡、合意与协调等因素,强化对私人主体自我规制的“再规制”,欧美国家在公私合作背景下出现的“私人行政程序法”(private administrative procedure)理论,值得借鉴。

章志远的《私人参与执行警察任务的行政法规制》一文指出,在我国,私人可以被授权者、

〔57〕 周佑勇:“裁量基准司法审查研究”,《中国法学》2012年第6期。

〔58〕 何海波:“内部行政程序的法律规制”,《交大法学》2012年第2期。

〔59〕 胡敏洁:“行政指导性案例的实践困境与路径选择”,《法学》2012年第1期。

〔60〕 王敬波:“相对集中行政许可权:行政权力横向配置的试验场”,《政法论坛》2013年第1期。

〔61〕 高秦伟:“私人主体与食品安全标准制定:基于合作规制的法理”,《中外法学》2012年第4期。

被委托者、行政助手以及私法主体的身份参与执行警察任务,需要针对这四种不同身份完善行政组织法制。行政机关需要对执行警察任务的私人主体进行准入监督、行为监督,并建立妥善的司法救济途径,行政诉讼和民事诉讼两种司法救济手段应当相互匹配。^{〔62〕}

行政决策的研究尤其体现“新行政法”的旨趣,因其既不是单一的行政决定,也不是一个规范性文件,而是一个“由若干彼此独立但又相互联系的具体行政行为和抽象行政行为相耦合的过程”。^{〔63〕}对行政决策的研究,可以从“行政过程论”这样的基础理论获得启发。在湛中乐、高俊杰的《作为“过程”的行政决策及其正当性逻辑》一文中,作者强调现代行政决策过程的正当性,有赖于建立“民主决策、科学决策和依法决策”的有机结合。^{〔64〕}

值得一提的是,在处理“民主决策”、“科学决策”和“依法决策”的关系的时候,域外已有一些更为深入的理论探讨。沈岢翻译的伊丽莎白·费雪的著作《风险规制与行政宪政主义》指出,法律不仅建构、限制公共行政并使其负责,同时也提供了讨论公共行政作用、性质的场所和话语。伊丽莎白·费雪试图以“行政宪政主义”这一术语去描绘技术风险决策中法律的规范和形塑作用,^{〔65〕}并区分出“理性—工具”和“商谈—建构”两个范式,值得引起国内同仁注意。

四、部门行政法研究

部门行政法对应的是行政法分论,但不能被视为行政法总论在相关领域中的机械适用。实际上,近年以来新的方法论思考是在部门行政法的研究中得到推进,并反过来对行政法总论的一些传统论述形成冲击。

在2012—2013年间,最有成果的部门行政法研究是在食品安全领域,由于大部分内容在“风险规制”部分已作回顾,在此不再重复,仅补充推荐一篇值得关注的文章:宋华琳的《中国食品安全地方标准法律制度研究》。^{〔66〕}这篇文章是作者发表于2011年的《中国食品安全标准法律制度研究》^{〔67〕}的姊妹篇,梳理了中国食品安全地方标准的历史演进,分析其在标准规范体系中的地位,探究食品安全地方标准的内容如何形成,制定程序如何规范等,较为体现关注公共政策如何为法律制度的基本原理和路径设计问题的法政策学的色彩。

教育行政法是另一个成果较为显著的部门行政法领域,相关讨论涉及教育平等、教育民营化、高校的自治权、高校信息公开、职称评定、教授会制度、绩效评估、学生纪律处分等方面,其中一些讨论是从司法“监控者”的视角作出的研究,可被视为传统行政法的延伸,但另外一些讨论则更多采取行政的“管理者”的视角,探讨如何优化行政组织、程序和过程,以实现更佳行政结果。

〔62〕 章志远:“私人参与执行警察任务的行政法规制”,《法商研究》2013年第1期。

〔63〕 湛中乐、高俊杰:“作为‘过程’的行政决策及其正当性逻辑”,《苏州大学学报》2013年第5期。

〔64〕 同上注。

〔65〕 参见(英)伊丽莎白·费雪:《风险规制与行政宪政主义》,沈岢译,法律出版社2012年版,页3。

〔66〕 宋华琳:“中国食品安全地方标准法律制度研究”,《北京行政学院学报》2012年第6期。

〔67〕 宋华琳:“中国食品安全标准法律制度研究”,《公共行政评论》2011年第2期。

土地和房屋征收议题的热度与2011年1月《国有土地上房屋征收与补偿条例》的公布实施有关,但更重要的是媒体与公众对于这一话题的持久关注。在相关研究中,征收补偿标准、公共利益的界定等议题是最为热门的话题。但土地征收的正当程序也引起了一些探讨,如刘国乾的《土地征收审批的正当程序改革》一文提出审批机关可利用拟被征收人表达异议或抗辩的信息弥补无法观测到申请机关行为的局限,增强对报批材料的核实能力,这一论述在很大程度上也带入了“管理者”的视角。

总体而言,我国部门行政法研究的覆盖面仍然有限,对一些当下正在进行的重大的行政体制改革(如医疗卫生领域的改革),作出的回应仍不够强。但在全局性立法格局已经基本确定的背景下,未来行政立法的新空间主要是在部门各行政法领域。行政法学者要对这些部门性立法和部门行政规制作出更大的贡献,无疑还有许多努力的空间。

五、总结与展望

从2012—2013年间的学术期刊论文来看,中国行政法学科正在积蓄力量,酝酿进一步的突破。基于以上分析,我们大致可以形成如下初步结论:

第一,中国行政法制度和理论体系性不足的问题正在进一步凸显,并引起学者的积极回应。中国行政法制度和理论的发展,本身是在缺乏本土体系的前提下渐进探索的结果,甚至对国外理论的引进也长期呈现出碎片式的特征,尽管最终形成了一个以传统大陆法为骨架,兼容英美法因素的一个混合体,但其内部还有许多关系未能理顺。中国传统行政法学体系本身就存在先天的整体性不足的弊病,随后又受到新的行政转型潮流的进一步冲击,一些新兴的规制领域,甚至在西方也未能形成成熟的体系化论述。

在2012—2013年间,一些学者从比较行政法研究出发,呼吁以域外的体系化建构经验为参照,增强中国行政法制度和理论体系的整体性。这一呼吁值得引起重视。当然,中国行政法制度和理论体系的完善,必然是以本土的实证法体系为基础而展开的,可以借鉴域外体系化建构的路径和方法,但无法照搬其具体答案。探索一种“本土化的体系化”路径,需要我们“放眼世界”,但更重要的是“立足中国”展开这一项工作。

第二,在具体的行政法研究方法上,2012—2013年间也产生了一些颇具发展潜力的探索。更多的学者在研究中接受“行政过程论”的主张,将行政作为一个连续的过程来把握,强调在追求单个行政行为的合法性的基础上,提升行政活动整体性的质量与效果。在此基础之上,“法政策学”获得了相当程度的关注,这一进路关注法与政策之间的动态关系,强调以法律思维为基础,在不断批判和反思政策思维的基础上实现法学与公共政策学的有机整合。有学者进一步提出在行政过程中考察法律解释与政策形成之间的关系,探究在新行政法的背景下如何重新提出法律解释方法问题。这事实上意味着,站在“管理者”角度审视行政法,仍然无法回避对行政过程的司法监控的问题,然而“监控者”与“管理者”如何才能实现“视域融合”呢?

行政法学界的“体系焦虑”,最终将落实到一个更为现实的问题上去——如果要编撰一本新的行政法学教科书,采用何种框架体系,才能较为妥善地整合学界出现的诸种不同方法论主

张?就2012—2013年的期刊论文来看,关于教科书编撰体例的讨论,尚未成为一个讨论的热点,但从行政法学界目前的问题意识出发,我们可以预测,相关讨论很快就会升温,成为学者关注的一个热点。

第三,中国行政法研究一直以来保持着对行政诉讼制度的密切关注,在2012—2013年间,行政诉讼法修改的前景,更是引发了探讨和反思行政诉讼制度的热潮,大多数活跃的行政法学者都对此提出了自己的见解;甚至政府信息公开所引起的关注,在很大程度上也是受到行政诉讼的牵引:因为关于政府信息公开的行政诉讼在行政诉讼整体中已经占据了显著的比例。这一现象背后是一种愈益清晰的意识,即行政法学体系的整体性建构,离不开以司法审查眼光审视行政过程的自觉。在日常研究中模拟法官眼光的学者,当然要关注和参与司法审查制度的改革,以将这种审查的注视调整到比较舒适的位置。

正是基于这种方法论的自觉,许多学者已经在大力推进行政法案例研究,试图在司法判决与理论研究之间形成紧密而有效的互动。在判例中呈现的是法律的实际运行状态,而基于这种实际运行状态所发展出来的法教义学和解释学,或许更具有实践的品性,那些在司法审查中被证明是冗余的概念和分类,也就可能下沉到水底,留下的是更能解决问题的内容。这个循环往复的过程,或许可以进一步促进中国行政法理论体系的整体性建设,并推动行政法制度体系的整体性建设。

第四,就整个行政法领域的立法状况而言,全局性立法已成体系,但在部门行政法内仍然有不少立法的空白,已有的立法也往往存在管理主义色彩太重的弊病,许多领域对于偏重于立法论的研究具有更大的知识需求;长期以来,中国的部门行政法研究偏弱,论域比较集中,覆盖面不广,对许多领域的重大改革很难作出回应。近年来,部门行政法研究通过与“新行政法”理论范式相结合,深入到一些重要的规制领域,理论水平有了明显的提升,但从总体而言,仍存在论域覆盖面不够宽,对行政规制实践介入不够有力的问题。部门行政法不应被简单视为行政法总论的具体适用,而是蕴藏着测试行政法总论学理的有效性,促进中国行政法理论本土化的潜能,传统行政法总论体系中行政组织法研究的薄弱,也可在一定程度上通过部门行政法的研究予以补强。我们相信,在未来的一段时间里,部门行政法会是新理论、新方法的重要试验田。但要拓展论域、加强对现实的回应性,无疑需要研究者建立起更为全面的知识结构。此外,从前述“体系焦虑”出发,行政法总论与分论之间的关系,也是体系化过程中绕不开的问题,呼唤着富有建设性的重述。

(责任编辑:章永乐)