

在中國的行政法：是體制改革還是運動？¹

何意志²

八十年代中，行政法與行政訴訟法的概念出現在中國共產黨的文件和法律雜誌中，涉及體制改革。經過十多年的學術爭論、立法以及大眾傳媒的宣傳，我們可以提出這樣一個問題：有無發生體制改革，發生了甚麼樣的體制改革，或者只不過是又一次的運動？當我們讀報，看到從黨的總書記、國務院總理到市長和縣長，人人都在強調“依法治國”、“依法行政”、“依法治市”、“治廠”、“治林”、“治教”或干脆稱作：“依法辦事”。同時，報章告訴我們，行政機關的許多部門，包括司法機關，貪污腐敗猖獗，公立學校教師向學生索取不當費用，甚至向商業行政部門領取一個簡單的許可證，也往往要花許多時間和金錢。這樣便容易使人們產生這樣的懷疑：在中國的行政法是體制改革還是運動？

這裡我所說的“體制改革”，是指把在變化中的法律和行政概念立法化的過程。我的假設是：中國的行政法是緩慢地、逐步地改變的，是從一套執行控制社會的工具轉變成一套比較平衡的、有限制和控制行政行為的綜合功能的行政法。為了描述這一過程，我會先對立法的發展和學術上的爭論作一個概括，先談談中國行政法的主要特徵和趨勢，然後評估一下其成就和局限。

一、中國行政法的主要特徵

在中華人民共和國，樹立既強調效率、又強調對行政機關的控制和限制的行政法概念，起始於兩個年份：

1 作者於一九九七年九月二十九日在澳門所舉行的研討會中發表的論文。

2 科隆大學東亞研究學院中國法律部主任。

1982-83年間新頒布的民事訴訟法，使得在法庭上挑戰行政決定首次成為可能，並根據此一原則確立了對行政權進行司法審查，儘管範圍有限，且要在有關的法規有明文規定法庭有此權限方可。隨後，即1983年，第一本由王民燦、張尚鷺編寫的大學程度的法律教科書《行政法概要》出版了。不過這本書並未考慮司法審查的觀點，也未觸及行政法對行政權的限制；相反，它是一種代表蘇聯式的、強調計劃經濟環境下管理效率的管理學教科書。

因此，應該說，比較現代的行政法概念是始於1987年，當時在黨的十三大強調了體制改革，表達了對行政訴訟的要求，並在同年，因《治安管理處罰條例》的頒布而出現某種突破。由於這些條例是規範公共管理範疇的，其絕大部分行政決定，可能會發生非法侵犯公民的人身或產權的。這樣，《治安管理處罰條例》透過對公安部門的處罰決定進行司法審查而向公民提供了法律保護。也是在1987年，《行政訴訟法》的起草工作開始進行，一年後公布了草案，1989年正式頒布。

就是這一法律的頒布，引起了對所有行政法概念的深入討論，在中國法律學會1985年成立的中國行政法研究小組的年會上，這一討論極為熱烈。我們注意到，越來越多人認為行政法是限制行政行為的一種手段，他們有更大的膽量說服黨的領導人把這一觀念落實到立法，當然人們也意識到在現存的法律、政治和社會環境下的局限。經過研究立法和學術理論，中國行政法的主要特徵可以概括如下：

從其外結構來看，中國行政法跟歐洲大陸法相似，跟英美法相異，是由三部分組成的，即包含行政法基本原則及手段的“行政法總論”，有關不同行政部門（例如建築法、國家公職法、環境及消費者保護法、經濟行政法等）的“行政法分則”，以及“行政覆議及訴訟法”。

那麼，就這三個部分立法所反映的中國行政法有些甚麼主要特徵呢？

（一）十分強調行政法的管理功能

凡審視中國行政法的特色，其出發點必強調行政法的管理功能，是為最明顯的特徵。對行政法的基本認識早已經是，現仍然是傾向於“管理法”或“控制法”，只是

第二步才考慮控制行政權（即控權法）。這一認識決定了中國行政法的許多方面和機制。

(1) 廣為宣傳的“依法行政”的原則尚未實現。因偏向於傳統的行政方式，行政法的源頭並不限於法律規範，而包括了政策。所以，根據1993年的《國家公務員暫行條例》，國家公務員的義務，不僅依據“法律”和“法規”，還依據“政策”。這裏不必重復中國討論中經常提出的問題，即“政策”是否屬於“法律規範”，若否（如同通常所認為的），那麼又是不是仍具約束力。到目前為止，“依法行政”的口號不過是一種意願的表達，而不一定反映真正的行政現實。

跟多黨制的國家相異，中國“法律”和“政策”的關係尚未充分搞清楚，仍遠遠未作界定。這也是1993年行政研究小組年會上討論的一個主題。當時提出的問題是新的“宏觀調控”方法到底以甚麼為準則，是法律還是政策？這就要看黨的十四大用立法來協調改革發展的決議。然而當時所表達的觀點是“執法以政策為指導”。既然改革要以政策為基礎，那就沒有立法的份兒了，而每天的行政工作都要解決以甚麼為準則的問題。十四大的目標是促使人大和國務院創造出所謂“具有超前性立法”。如此一來，就很遙遠了。到現在仍然是“以政策行政”重疊於“依法行政”。

(2) 強調行政法為“管理法”的另一表現，是“依法行政”中的“法”字的廣義理解。著名的德國公法學者，卡爾·施米特（Carl Schmitt）一針見血地指出，“如果把任何當權者發出的每一指令理解為“法”的話，那麼依法行政就變成徹頭徹尾的專制行政了。”在中國，不僅國務院各部的“行政法規”，而且所有行政部門的“法規”，以及措詞泛而不準的所謂規範性的行政文件，都列入“法”的概念中。儘管如“法規”一類的條例低於“法律”，要符合高一級的法律（憲法第五條），但這些規範的總體並非依西方行政法中的所謂“法律保留”原則來制訂的。例如“勞動教養”制度，是嚴重限制人身自由的，但卻不是依據人民代表大會通過的法律，而是根據國務院的行政條例。不過在這一方面，已經開始有所變化，一會兒我會再談。

(3) 中國行政法的另一特徵是下命令成風，而不重視合作是行政活動的手段。本世紀五、六十年代西方行政法中所用的“具體行政行為”，如今支配滬中國行政的實

踐。這反映在立法方面，已開始規範某些具體行政行為，例如行政處罰和行政許可（草案），但尚未進展到諸如行政合同與行政指引那類沒那麼強制性的手段。這跟學術著作不同，行政合同已成為一些學術論文的研究題目，但我認為，似乎尚未對不同的合同種類，即“行政合同”進行充分的分析。在改革的過程中，會產生新的、不能簡單地用“民事合同”或“經濟合同”來概括的合同，例如“農村承包合同”、“企業承包合同”、“企業租賃合同”、“土地使用權轉讓合同”、“城建規劃搬遷合同”、“國家公務員聘任合同”等等。這些合同的共同點是合同的一方是行政機構。根據西方的觀點，應均為民法合同，國家是民法的主體。而在中國，似乎很難把國家擺在這樣的地位。這些合同被稱為“行政合同”，但卻沒清楚地闡述有關行政機構透過合同行使公法義務的程度。行政合同的輕描淡寫，可以說是由於把行政法理解為管理法而又缺乏對其“公共服務法”的認識而造成的。

(4) 程序法規不成熟。舉個例子：根據憲法第四十條，因國家安全的需要或依法律條文的起訴，通信的自由就可能受到限制。然而1986年的“郵政法”只重述“依法律程序”，既不界定甚麼法律程序，也不提有關的其它條文。該等條文也許根本不存在，或只存在於“內部”。這種忽略法律程序規則，是由於把行政法視為行政機構手中突現其“國家本位”的工具，而全不考慮“自然公正”或“程序合法”。

近來，這種缺乏程序法的概念和立法已得到重視，並已採取措施去改善這種狀況，稍後我還會提及。

(5) 突出管理法，還表現在對行政行為有限的司法審查。

原則上設立行政訴訟制度，是為控制行使行政權力的某些方面，但同時這種制度卻範圍有限，且一落實到具體做法，又進一步受到限制。許多涉及國家與公民關係的重大問題並不在行政訴訟範圍內，例如公職人員與其所屬行政部門之間的關係問題，學生與學校之間的關係問題，軍人與其所屬部隊之間的關係問題，等等。那麼，國立大學校長可能對他的某一個國家幹部停薪；一間中學可能對高中入學試做出不公平的評分而嚴重影響其學生的前途——這些決定並無司法審查，因為根據中國的理解，這些決定屬“內部行為”，並不構成“行政行為”。

司法審查有限還因為行政法規範鬆散，斟酌決定的裁量很大，很多概念不準確也沒法審查。例如法庭不能質疑行政機關所行使的裁量，也不可以重新解釋法規上的概念。

對司法審查限制的另一個、也許是最主要的原因，是行政訴訟的實施是非常消極的。從1993年以來，全國行政訴訟案總共不過三萬件，不僅沒有增加，反而在有些省份這類案件正急劇下降。僅有很小一部分可審查的行政行為經法院審查。以遼寧省為例，三千一百二十三宗可審查的行政行為中，只有九宗經過法院審查，還不到總數的0.3%。1991年哈爾濱市執行八萬八千三百二十九起行政處罰，也僅有0.1%經過法院審查。翻看1993年的案件數，那三千三百三十間設立了行政法庭的法院，平均每間審理案子還不到八宗。行政訴訟的採用減少，是立法者和行政當局在起草行政訴訟法時沒預料到的。在分析其原因時，有人作了現場調查——即現場調查法進入了行政法學的研究領域。分析的結果表明，原因是錯綜複雜的，我不可能在此一一論及。有一點我想說明：由於許多行政當局害怕成為被告，就盡量避免作出“具體行政行為”，例如避免作出行政決定而採取“議價行政”，如此一來，被行政處罰的人會承諾不訴諸法律救濟。

（二）行政法控權功能形成的要素

扼要地總結了把行政法理解為“管理法”的種種表現因素之後，我們可以提出這樣的問題：“控權法”的觀念是否不僅在中國行政法的理論中可以找到，也能（至少有此趨勢）在其發展中的立法中找到？

(1) 第一點，也是“控權法”其它要素的先決條件，就是所宣傳的“政府職能轉變”及經濟企業與行政部門分開。這做法已經持續多年，被認為不僅是長期的、而且也是痛苦的發展過程。痛苦是真的，因為國家公職人員正失去權力和利益。行政訴訟法有向行政當局就侵犯人權或產權——包括“經營自主權”提出索賠。中國行政法研究小組在其1993年的年會上討論了“政府職能”，提出“政府權力淡化”、“政府職能轉變”等建議。

不少中國行政法專家指這一歷史性形勢是“行政法和行政法理論的黃金時代”。直接的行政行為一定要減少，不受干擾的經濟活動範圍一定要擴大，而剩下的行政職能一定要受法律的約束。

(2) 研究中國行政法中的“控權法”，最明顯的發展趨勢是在程序法方面。考慮到中國的政治文化歷史背景，1996年的《行政處罰法》第三十二條實在十分了不起，提出了自然公正的概念。被告一方“有權進行陳述和申辯”，並且“行政機關必須充分聽取當事人的意見，對當事人提出的事實、理由和證據，應當進行覆核；當事人提出的事實、理由或者證據成立的，行政機關應當採納”。一位外國評論家評估說，“此乃過去幾年全國人大所頒布的最有重大意義的法律條款”（CLP,1997年6月第31頁）。該評論接洩指出，“在中國，此一觀念太新了，因為她已慣於受專制的、為所欲為的傳統所害，所以必遇到來自各級公職官員的抵制和反對”（第32頁）。目前正洩手準備相似的法律，即《行政許可法》和《行政程序法》。學術論文往往強調這一法律一定要克服傳統的重視國家利益和公民義務，方可真正保護權利，控制行政行為。程序法的另一改革是1990年的《行政覆議條例》，現正重新起草，交由全國人大通過。其精神強調審查程序的“司法性質”，因此一定要公正。因而，審查機構也必須比普通機構更加獨立。

(3) 《行政處罰法》的另一突出成就，是引進了把某些行政侵犯公民自由和財產的行為，留給更高級法律裁決的原則，換言之，為了保證法律安全，干涉公民自由與財產的行政行為，需要全國人民代表大會頒布的法律來裁決。這種對法律的保留或需要，可以說是法制的基本概念。就這一點而言，《行政處罰法》富有創新精神：限制人身自由的處罰，例如拘留，是需要有正式法律，即人大（或人大常委）通過的法律依據，而稍輕一點的處罰，例如沒收營業許可，則至少要有國務院的行政法規作為法律依據。中國的“立法法”的起草，在設立立法權限時，就接納了需要法律這一概念。該法還規定，全國人大不可授權政府需要人大立法的範疇（例如侵犯人身自由）立法，這並不意味所有對公民財產的行政干涉都需要高級立法的基礎，例如罰款條件就可以由中央或地方“規章”來規範，但這確實意味洩較重的行政干涉一定需要法律或行政法規來規範。

(4) 另外一個強調“控權法”的發展涉及到擴大行政訴訟司法權。我不知道是否已經有具體的立法工程，但學術討論已提及檢討所謂“抽象行政行為”，即“規章”以及“內部行為”，這就意味著要修改《行政訴訟法》第十二條第三款。學術討論更進一步提到擴大法院的權限，以扭轉行政“變更權”的局面，目標是克服只有在行政處罰“顯失公正”的情況下法院方有權作出判決這條法規的限制。“土地確定權”也要求“變更權”，理由是，在此類案件裏，有關的行政部門並不執行法院的判決，這就要根據法院的意見重新裁判。

(5) 讓我最後談談所謂“非正式行政行為”，這問題最近在中國行政法理論中，用“行政指導”這術語論及。“行政指導”在日本法律以及德國法律裏早已確立。儘管這一概念在一般的中國法律文獻裏，例如憲法和企業法都有，但尚未成為立法考慮的目標。因此，行政指導會否導致法制的建立以及有何局限，還需拭目以待。

二、成就與局限

(一) 也許絕大多數研究中國法律文化發展的學者，因這些發展多屬本世紀、特別是近二十年發生的，都同意，首先要肯定的是成就。在中國的法律情景中討論“依法行政”、“裁量合法性”、“司法審查”這些概念是合乎情理的。從廣義的文化方面來看，在中國建立起這樣的概念，是要克服國家把公民當成阿斗的困難，要克服封建家長制，要確立公民對國家而言同樣享有權利和義務的現代公民意識。因此，正如一位中國法律教授所言，行政法應被視為“人民和政府之間達成的社會契約”（楊海昆）。

(二) 第二項主要成就是“法”的觀念的擴大。如今，“法”被描述為“一切程序的基礎”、“穩定大局的保障”，這說明“法”不再是只限於“懲戒作用”，也包括“調整”、“引導”和“保護”作用，即用法律來保護權利。儘管中國行政法學只輕描淡寫地用到“公法上權利”的觀念，但這些權利在立法上是有的，而且不管多麼弱，是得到行政審查與行政訴訟的保護的。

(三) “通過程序賦予正當化（legitimation）”或“通過程序被承認”的現代概念已進入了中國行政法的理論，而且正在影響立法。如此一來，諸如“公開性”和

“透明度”這些正規程序的概念正在制約“內部行政”或“秘密行政”這類傳統勢力。

（四）還有一個引入法律制度的概念是“牽制與平衡”（Checks and Balances），這一觀念支持了所謂“分權”。這樣“分”的機制，在“法律規定”和司法審查制度中已略見端倪。

（五）成就還應包括行政法意識已開始影響行政工作。行政管理已變得日益複雜，需要合理的總法和公民的合作，這一信念已越來越被更多的人所接受。

（六）中國行政法的局限，仍與政府官員的教育水平有關，其次是意識形態和政治制度。關於第一個問題，即官員的素質，是可以而且正在通過培訓和教育來解決。而意識形態和體制問題所造成的局限，則只能通過不斷的改革來克服。既不能指望會全盤接受“三權分立”，也別指望會接受巴黎公社“議行合一”的神話。建立行政法的背後當然是中國共產黨，與此同時，中共也確實需要行政法，因為要通過發展行政法觀念來改善工作質素。這就是說，一定要放棄傳統的“人治”，要根據“依法治國”的原則進行改革。根據孫國華的看法，黨是人民和國家的領導力量，黨並不高踞於人民和國家之上；黨並不施捨於民，也沒有權力像戰時那樣管理和決定一切。黨是通過國家機關制定法律的方式來領導人民。這些法律因應人民的願望，服務社會的發展。為了獲得人民的接受和信任，黨必須擺脫日常事務，而專致於改善、提高其自身的素質。

我認為，只有這樣，行政法才有一個良好的環境進一步發展，日益把概念和口號，轉化為體制改革。