

模的调整变更。中国目前正处在工业化和城市化的中级阶段，并且处在从计划经济向市场经济的转轨过程中，政府的角色定位、治理能力、社会对政府的需求等等，均有自己的特色。当然，这只是强调国外经验不应作为我们改革的坐标，并不是说不需要参考国外的经验。相反，在城市化的不同阶段，城市地区与乡村地区治理结构的分合、在相似地域和人口范围内政府层级的确定、现代信息技术以及全球化等对地方治理的挑战，西方国家的经验均有值得借鉴与参考之处。

第六，需要更加重视比较行政法在建构行政法释义学（教义学）中的作用。行政法释义学的任务在于对有效法律规范的内容进行解释并将其系统化，可以分成两个方面。其一是实践的行政法释义学，即对行政法规范的解释，对一个模糊的法律条文，要运用文义、目的、历史、体系、比较法等方法进行解释。比较法不仅在法律制定过程中具有重要作用，在法律的适用与解释中也发挥着重要作用。法律的适用不是机械地适用法律或者探求立法者的主观意图，法官在法律的解释和漏洞的填补方面具有很大的自主判断空间。在选择一个最符合正义理念所要求的解释时，比较法可以发挥其作用。如果待解释的相关规则本身即为借鉴域外制度的产物，比较法研究的重要性则更为凸显。其二是理论的行政法释义学，即对法律进行系统化。法释义学通过运用概念、类型和原则等工具，将具体的法律问题纳入普遍化的、无评价矛盾的、符合逻辑的相互关联中，从而发挥秩序化和系统化的功能。域外行政法理论中发展出来的一些重要概念、类型和原则，如行政主体、公法人、行政处理、行政规则、信赖保护原则、比例原则等，对中国行政法释义学的建构具有参考价值。我国目前行政法释义学建构中的很多问题，皆与比较行政法研究的不足有关。一方面，我国行政法学的主要概念和基本框架是承继自大陆法系，但大陆法系行政法释义学的优点，如系统性、类型化和安定性等，在我们的行政法学却难见踪迹。目前国内教科书概念界定不科学，体系结构混乱，基础性概念如法律保留、公法人、行政主体、公物、行政规则（规定）、行政裁量、举证责任等缺乏深入研究。行政处理是大陆法系行政法学的核心概念，但我国行政法学界至今对其重要地位尚缺乏认识，对其内涵、效力等研究都有很大缺陷。另一方面，在行政法学体系中，大陆法系与英美法系的概念、原则与结构纷繁杂陈，如依法行政原则和越权原则、信赖保护原则和正当期待（合理预期）原则、比例原则与合理性原则等，缺乏整体的协调。因此，如何在对大陆法系和英美法系的行政法学概念体系进行比较研究的基础上，建构一套相对成熟的行政法释义学体系，是中国行政法学界面临的一个重要课题。

伴随着中国经济的持续增长、社会结构的剧烈转型以及对全球化进程的深度融入，中国行政法的发展面临诸多的机遇和挑战，比较行政法研究理应对此作出独特的贡献。无须讳言，比较行政法研究的更新与提升并非易事，需要研究者克服语言、专业和资源等方面的诸多障碍。但是，在信息和人员跨国交流方便快捷的全球化时代，在中国经济社会快速发展的背景下，或可预期的是，中国的比较行政法研究即将迎来它的黄金时代。

私法和行政法在解释论上的接轨

方新军（苏州大学法学院副教授）

随着现代规制国的出现，以及规制手段多元化所引发的契约国的出现，公法和私法之间出现了多层次的交融。现代社会的法律已经变成了一个动态的规范体系，同一社会经济生活现象公法和私法可能从不同的角度进行了调整，一旦出现纠纷，偏废任何一方进行孤立的考察都不可能圆满地解决问题。由于现代国家主要通过行政手段对社会经济生活进行直接干预，所谓的公法私法化和私法公法化，其实质就是私法和行政法互相工具化的问题。

中国的特殊性在于，国家从计划经济对市民社会的过度管制中退出来以后，几乎没有任何喘息的时间，就必须转换思维对市民社会进行另外一种规制。与西方国家先存在完备的民法典再出现各种修补性的管制立法不同，在还不存在民法典的情况下，由于市场经济发展的急迫需要，中国已经出现了大量的民事单行法和具体的规制性法规。这些拼盘式的法律往往使法官和民众卡在国家规制和私人自治之间无所适从。因此，如何在司法实务中运用解释论的方法妥当地处理私法和行政法的接轨就是一个重要的问题。

传统理论认为，公法和私法区分的理论基础在于政治国家和市民社会的对立。基于经济人和国家是必要恶的假设，国家原则上不应该介入市民社会的生活，私法和行政法之间的距离应该越远越好。但是完全的市场竞争所导致的协调难题、集体行动的困境、个人行为的外部效应和人的实际隶属性问题，在市民社会内部无法被消解，这使得国家不再伪装成社会秩序的中立监护人。国家针对社会共同体认为重要的活动开始施加持续和集中的控制，这导致了现代规制国的出现。如果说近代行政法向现代行政法的转变，其表征就是从最小国转向规制国，那么这种转变和私法的转向在理论基础上是暗合的。从近代民法转向现代民法，就是从抽象人格转向具体人格，从所有权的绝对保护转向所有权的限制，从意思自治转向意思自治的限制，从自己责任转向社会责任。上述转向的每一个部分都必须通过国家对市民社会的适当介入来实现。如果说近代私法以极端自由主义作为理论支撑，与其相对的则是以整体主义作为理论支撑的威权国家，两者之间只会存在对抗不可能出现交融。但是当规制国的理论基础从社群主义转向共和主义，而现代私法的理论基础从极端自由主义转向温和的自由主义时，两者的理论共识已然逐渐趋近。对于上述问题的理解是解释论的前见。我们必须明确，所谓规制只是在承认私人自治的前提下，国家对市民社会的必要干预。对于市民社会自身无法消解的问题，在解释论上适用行政法规确实可以起到减轻法官认知负担的作用，但是对于行政法规不加分析的适用，也会导致国家对市民社会的过度干预。

在立法的层面，私法一般通过引致和转介条款的立法技术铺设私法和行政法接轨的通道。引致条款的目的在于实现私法和行政法的外部接轨，其遵循的仍然是私法和行政法两分的思路。如果只是单纯的引致，法官基本上没有解释的余地，所产生的只是表面的民行交叉问题，似乎只要在程序上确立何者优先就能解决问题。但是只要行政机关作出具体的行政处分，解释论上的难题仍然会出现。例如甲获得行政许可建设房屋，邻人乙的利益受到侵害，乙能否主张妨害排除请求权和损害赔偿请求权？这涉及具体行政处分的双重效果。如果行政法规没有明确排除私法请求权，具体的行政处分原则上不能影响私法请求权，因为即便是排除私法请求权的情形，立法一般都有补偿第三人的配套措施。如果立法没有排除，而具体的行政处分能够排除私法上的请求权，无异于利害关系人的利益未受任何补偿地牺牲。但是在特定的场合，基于两害相权取其轻的原则，法官并非不能通过解释驳回原告的妨害排除请求权，而只支持当事人的损害赔偿请求权。再如，具体的行政处分能否附条件？在具体的行政处分作出之前，私法关系处于效力未定状态，如果行政处分附条件，私法关系仍然不能最终确定。但是这种不确定对当事人已经存在法律上的积极意义，因为由此产生的期待权可以成为私法上交易的客体，甚至成为侵权法的保护对象。上述问题只是管中窥豹。行政处分作为私法关系的构成要件，法院能否审查？行政处分作出前，或者拒绝作出行政处分时私法关系处于何种状态？规制私法的行政处分是否具有绝对的存续力？诸如此类的问题都需要法官在具体案件中作出解释。

转介条款的目的在于实现私法和行政法的内部接轨，其目的是将公法的规定直接引入私法的内部，从而使得公法的规定成为私法关系内容的一部分。传统大陆法系国家的民法典一般都在物权、合同和侵权章节规定一般的转介条款，例如物权人只能在不违背法律规定的基础上行使自己的权利，违反强制性规范合同无效，违反保护他人的法律构成侵权等。这些条款是潜伏在私法

城邦里的“特洛伊木马”，打开它们公法规范将源源不断地涌入私法，法官解释的宽严将决定公法进入私法的流量。我国物权法第7条和合同法第52条第5项的规定就是两个典型的转介条款。尽管在我国侵权责任法中没有出现转介条款，但也可以通过解释将其推导出来，因为只有合法的民事权益才受到侵权责任法的保护，这个“法”不但包括私法也包括公法。

物权法中转介条款的目的，是通过转介公法规范对物权人的权能进行限制，其功能是对行为人的自由进行克减。在现代社会中，这种克减无论从方式上还是从内容上都出现了增加的趋势。原先物权人主要承担的是容忍的义务，而现在则出现了越来越多的积极作为的义务。限制的原因出现了膨胀化，例如基于公共安全、环境保护、城乡规划、世代利益、文物保护等，在法国法上物权人承担的上述限制被形象地称为“行政性役权”。限制的范围从不动产扩大到动产，原先认为基于动产的流动性国家无从限制，但是国家可以通过对私人手中的文物进行评级登记的办法，限制其向国外出售或者进行不当的更改和毁损的行为。同时，行政法规并非只有克减这一种方法。例如私人原则上不得占有和交易珍稀野生动物，但是得到国家允许从事珍稀动物培育的，如果达到一定数量且能自然繁殖的，可以允许私人进行一定范围的商业开发，这反而容易实现国家的规制目的。这种方法在文物保护和自然资源保护方面也有运用的余地。法官在运用物权法中的转介条款时，其解释余地较小，可能产生的国家对个人权利过分干预的情形主要通过立法阶段的充分协商予以排除。法官能够解释的，应该采取限缩和严格解释的原则。

合同法中转介条款的目的，是通过转介公法规范对私主体法律行为的效力进行补充和限制，其主要功能仍然是对行为人的自由进行克减，法官在解释的时候仍然应该遵循限缩和严格的解释原则。我国最高人民法院在关于强制性规范的两次解释中，先是排除了地方法规和行政规章，后又排除了单纯管理性的行政规范。这种对国家过度干预市民社会的怵惕之心实值赞赏，但是对于违反强制性规范合同只存在有效和无效的简单两分模式仍显不足。法官在适用上述转介条款时，仍然可以通过对具体强制性规范的解释得出多元的结论。如果强制性规范的目的只是为了保护合同一方当事人，法官可以限制无效的溯及力。例如，企业非法雇佣童工导致合同无效，对已经履行的部分不产生无效的效力，否则企业可以主张合同无效要求童工返还已经支付的工资，而对未支付的工资童工则无权请求，这实际上反而变相保护了强制性规范无意保护的主体。同时，法官也可以单纯赋予受保护的一方撤销权的方式，排除另一方单方面主张合同无效，这也符合无效范围的缩小、可撤销的范围扩大的立法趋势。强制性规范只涉及合同部分内容的，应该只是部分无效，而不导致合同整体无效。强制性规范的目的只是为了限制合同主体的，合同无效只能产生相对的效力，而不产生绝对的效力。违反强制性规范只存在于一方当事人的，国外的学说理论甚至出现了一方部分无效的新构想。如果只是违反作为前置性条件的强制性规范，此时合同不应是无效，而应是效力待定。即便合同被认定为无效，传统理论认为的无效合同“如同死胎，纵有妙手神医也不能使之复活”的观点也已经被突破。如果无效合同符合其他法律行为的要求，在当事人知道该无效时会期望这一有效的法律行为发生，法官可以通过解释将其转换为有效。我国合同法第52条第5项缺少传统大陆法系立法中的“但可从法律得出其他效果者，不在此限”的但书条款，对我国法官的解释技巧提出了更高的要求。

侵权责任法中的转介条款具有双重功能，一方面是对主体行为自由的限制，另一方面也能弥补私法规定的不足，扩大侵权责任法的保护范围。这种功能在传统民法理论中一直被忽视。如果强制性规范对主体的行为义务进行了具体规定，例如不得超速、醉酒驾驶，不得排放一定标准的污染物，建造房屋必须和邻近房屋保持一定的距离等，在侵权责任法中就可以成为法官认定侵权人过错的表面证据，减轻当事人的举证责任和法官的认知负担，实际上将私法中的过错责任在特定情况下转变为过错推定责任。行政法规中关于各类专家行为义务的具体规定同样可以成为法官

认定过错的标准,同时也可能会突破纯粹经济损失只有在行为人故意的情况下才予以赔偿的限制。如果行政法规对主体的行为义务没有具体规定,法官只能将其转介侵权法的一般条款从而适用过错原则,否则就会导致对私人自由的过度干预。

现代社会中,政府开始成为财富的主要源泉,主要表现为:国家垄断一部分资源,通过发放营业许可创设新的财产权,例如出租车营运证、排污许可证等;国家可以在公共资源上创设不同于传统物权的新类型权利,例如采矿权、捕鱼权、取水权等;国家也可以针对特定的人群赋予特定的权利,例如残疾人补助金、失业救济金、单身母亲救济金等,个人从免于国家干预的自由转向了通过国家获得自由。在上述新类型的财富中,有一部分只是主观公权利。例如基于福利国家产生的权利,它们是给付行政的对象,权利人只能向国家主张,第三人无侵犯的可能,因此没有在私法中转介的必要。能够在私人间产生对抗效力的新类型财富,则要看私法在解释论上是否将其接纳为私法上的权利类型,这在侵权责任法上有重要的技术意义。成为私法上权利的,以准物权为代表,事实构成要件的符合直接推定违法性的存在。不能成为私法上权利的,只能是私法上保护的利益,此时违法性不能被推定,而要在具体个案中由法官基于利益衡量予以认定。后者是解释论的难点,这在公法上表现为有关行政法范围的讨论,在私法上表现为个人能否基于公法规范提起民事诉讼的讨论。尽管在学说理论中已经归纳出一些解释的方法,例如行政法规是否具有保护私人利益的内涵,原告是否行政法规意欲保护的主体,原告的损害是否行政法规意欲保护的主体等,但正如丹宁勋爵指出的,这仍然是一个法官恨不得通过抛硬币来解决的问题。由于规制性法律一般都具有阶段性、权宜性和易变性的特点,立法者可能根本没有考虑过规制性法律的体系化效应问题,这只能通过法官在具体个案中进行具体的衡量。立法者有把握的,可以在规制性法律中设置私人能够提起民事诉讼的通道,我国反垄断法第50条、反不正当竞争法第20条第2款就是例证。这一方面可以扩张私人请求权的基础,另一方面也可以通过私法求偿来围堵公法上的不法行为,从而起到增加违法成本、降低执法成本的作用,同时也减轻了法官解释的难度。

从规制国转向契约国的说法也许有些夸张,但是国家确实越来越多地将一些原本应该由自己去解决的问题通过外包或许可的方式交由私人来实现。这一方面会导致私法对行政法的进一步渗透,另一方面这些私人组织通过自治性规则所发展出来的事实上的管制规定,通过何种渠道在私法中被转介也是一个急需解决的问题。同时,规制手段多元化导致了大量无法定拘束力的软法出现。这些自治规则和软法作为习惯,或者作为保护他人的法律,抑或作为善良风俗、公共政策在私法中转介,其适用范围或者主观要件可能会存在重大区别。随着社会经济生活的变迁,私法和行政法的拉锯永远不可能被消除,只能通过学者和法官站在公私法的整体视角上,探寻特定年代相对合理的解决方法。

法学方法与我国宪法学研究的转型

杜强强(首都师范大学法学院副教授)

对违宪审查体制的介绍和探讨是三十年来我国宪法学研究的一个重中之重。不过,违宪审查机制并不是宪法的唯一实施途径,更不能说没有了违宪审查就没有了宪法。就我国宪法来说,它的实施更多通过最高国家权力机关的立法,而非通过宪法监督的方式来实现。立法机关根据宪法制定法律,既是对宪法的具体化,也是对宪法条款的解释和实施。三十年来,全国人大及其常委会依据宪法制定了大量的法律和法律性文件,这是我国最主要的宪法实践活动。我国宪法学必须正视这个重要实施途径,实现宪法学研究的转型,从对违宪审查机制的研究转移到对宪法解释本