

人大法律评论

2004年卷 (总第六辑)

Renmin University Law Review

中国人民大学法学院《人大法律评论》编辑委员会 编



本期要目

论行政复议

——我国行政复议的现状与课题

·····杨建顺

中国大陆民法典立法争议评析·····谢哲胜

事实判断抑或价值判断

——对法律行为成立事实判断说的质疑

·····易 军

美国宪政的主要思想渊源

····· [美] 塞缪尔·皮尔逊著 刘 华 任东来译

刑事法律的欧洲化与刑事法律领域的欧洲一体化

····· [荷] 约翰·A·E·维瓦勒著 廖 明 季美君译

人大法律评论

2004 年卷（总第六辑）

中国人民大学法学院《人大法律评论》

编辑委员会 编

中国人民大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

人大法律评论. 2004 年卷(总第六辑)/中国人民大学法学院
《人大法律评论》编辑委员会编.
北京:中国人民大学出版社,2005
ISBN 7-300-06936-3

I. 人…
II. 中…
III. 法律-文集
IV. D9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 119030 号

人大法律评论

2004 年卷(总第六辑)

中国人民大学法学院《人大法律评论》
编辑委员会 编

出版发行	中国人民大学出版社		
社 址	北京中关村大街 31 号	邮政编码	100080
电 话	010-62511242(总编室)	010-62511239(出版部)	
	010-82501766(邮购部)	010-62514148(门市部)	
	010-62515195(发行公司)	010-62515275(盗版举报)	
网 址	http://www.crup.com.cn http://www.ttrnet.com (人大教研网)		
经 销	新华书店		
印 刷	北京东方圣雅印刷有限公司		
开 本	890×1240 毫米 1/32	版 次	2005 年 11 月第 1 版
印 张	12.125	印 次	2005 年 11 月第 1 次印刷
字 数	344 000	定 价	19.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

学术委员会

高铭暄	许崇德	孙国华	王作富	赵中孚
江 伟	程荣斌	杨大文	刘文华	王利明
赵秉志	叶秋华	韩大元	龙翼飞	杨立新
朱景文	史际春	何家弘	卢建平	陈卫东
张新宝	郑 定	胡锦涛	朱力宇	张曙光
韩玉胜	赵秀文	林 嘉	姚 辉	孙言文

编辑委员会

执行编委 熊诤龙 廖 明

编 委 (以姓氏笔画为序)

许 兵 郝 刚 廖 明 熊诤龙 燕 林

目 录

[论文]

论行政复议

——我国行政复议的现状与课题 杨建顺 (1)

论排除非法口供的范围 雷建昌 (36)

企业集团的控制机制与公司治理

——以母子公司制为中心 李建伟 (69)

保险合同成立后的诚信义务 邢海宝 (91)

风险变动 [英] 马尔科姆·克拉克著 李小娟译 (155)

[评论]

中国大陆民法典立法争议评析 谢哲胜 (171)

人文主义与民法典中人格权法的立法体例 罗 昆 (226)

事实判断抑或价值判断

——对法律行为成立事实判断说的质疑 易 军 (246)

再探后现代法学研究中的几个

基本问题 吕世伦 高 中 (278)

社会正义的幻象?

——哈耶克的平等观初探 殷志诚 侯晓光 (301)

美国宪政的主要思想

渊源 [美] 塞缪尔·皮尔逊著 刘 华 任东来译 (314)

刑事法律的欧洲化与刑事法律领域的欧洲一

体化 [荷] 约翰·A·E·维瓦勒著 廖 明 季美君译 (328)

民初监狱感化教育述论 吴永明 (350)

[判解]

评肖广生诉石广饭店及其休闲中心人身损害

赔偿案 张 谷 (358)

[随笔]

所谓法律 刘武俊 (368)

编者后记 (378)

Contents

Articles

- On Administrative Reconsideration
 —Actualities and Problems of China's
 Administrative Reconsideration **Yang Jianshun** (1)
- On the Scope of Excluding Illegal
 Oral Confession **Lei Jianchang** (36)
- On Corporate Control System
 and Corporate Government in Enterprise Group
 —Focused on Parent-subsidiary
 Company System **Li Jianwei** (69)
- On Post-Contractual Utmost Good Faith **Xing Haibao** (91)
- On Alteration of Risks [U. K.] **Malcolm A. Clarke**
 Translated by **Li Xiaojuan** (155)

Reviews

- Comment on the Dispute of Civil Code Legislation
 in Mainland China **Xie Zhesheng** (171)
- The Humanism and the Structure of Personal Rights
 in Civil Code Legislation **Luo Kun** (226)
- Fact Judgment or Value Judgment
 —An Argument on the Theory of Fact Judgement on
 the Formation of Juristic Act **Yi Jun** (246)

On Some Basic Issues of Post Modern

Jurisprudence

Lv Shilun & Gao Zhong (278)

Idolum of Social Justice?

—Elementary Research of Hayek's Conception

of Equality

Yin Zhicheng & Hou Xiaoguang (301)

Ideological Origins of American Constitutionalism

[U. S.] **Samuel C. Pearson**

Translated by Liu Hua & Ren Donglai (314)

The Europeanisation of Criminal Law and the Criminal Law

Dimension of European Integration

[Holland] **John A. E. Vervaele**

Translated by Liao Ming & Ji Meijun (328)

On the Reclaim in Early Republic Of China **Wu Yongming** (350)

Case

Xiao Guangsheng v. Shiguang Restaurant & its

Entertainment Centre

Zhang Gu (358)

Essay

So-called "the Law "

Liu Wujun (368)

From the Editors

(378)

论 文

论行政复议

——我国行政复议的现状与课题

杨建顺^①

引言 我国大陆的行政法制建设与行政复议制度

一、基本概念与特征的探讨

- (一) 行政复议的含义
- (二) 行政复议的特征

二、行政复议的作用和意义

- (一) 行政复议是较为便捷、经济、迅速的救济途径
- (二) 行政复议有利于提高立法质量和执法水平
- (三) 行政复议对实现政府管理职能，维护各种秩序起着重要作用
- (四) 行政复议有利于责任政府和法治政府的建立

三、对行政复议基本原则的确认与反思

- (一) 行政复议基本原则的含义及特点
- (二) 行政复议基本原则的内容

四、对行政复议基本制度的确认与反思

- (一) 纵向管辖制和自由选择制
- (二) 一级复议制和终局复议制
- (三) 书面复议制
- (四) 复议、行政合一制

^① 中国人民大学法学院教授，日本一桥大学法学博士。

- (五) 依法复议, 不得调解制
- (六) 复议不停止执行制
- (七) 被申请人承担举证责任制

五、行政复议与行政诉讼的关系

- (一) 行政复议与行政诉讼的区别
- (二) 行政复议与行政诉讼的衔接关系

六、行政复议的课题与展望

- (一) 私人和政府的意识障碍及其克服
- (二) 行政复议机关的依附性和客观信赖性
- (三) 复议申请人对复议过程的参与
- (四) 体制建设的重要性
- (五) 维护法制的统一性

结语 关键在于制度的运行

引言 我国大陆的行政法制建设与行政复议制度

我国大陆的行政法制建设, 从观念上和制度上都取得突破性进展, 是 20 世纪 80 年代后期的事情。

1989 年《行政诉讼法》的制定, 确立了“民告官”的法律制度, 揭开了现代行政法制建设的序幕, 极大地促进了依法行政的进程, 堪称我国大陆从传统法制模式走向现代法治社会的一个里程碑。

1993 年, 国务院颁布了《国家公务员暂行条例》, 实现了由传统的干部制度向现代公务员制度的转变。1994 年的《国家赔偿法》, 是我国大陆行政法制建设史上的又一个里程碑。该法从观念上和制度上确认了这样一种规范: 国家机关及其公职人员必须严格依法办事, 否则, 因违法行为给私人^①的人身权和财产权造成实际

^① 需要强调指出的是, 在我国, 学术界往往习惯于将赔偿请求人、复议申请人乃至行政诉讼的原告等限定于“行政相对人”, 从叙述的便利方面来考虑, 这是无可厚非的。但是, 从权利救济的广度来看, 我认为这样表述未免过于狭窄, 往往容易导致对其他利害关系人、相关人等权益保障和救济的忽略。因此, 本文特地引入“私人”这一概念, 试图将“相关人”等利害关系人全部包容其中, 以符合实定法上的对应术语“公民、法人和其他组织”的确定内涵和外延。所以, 除法律规范的直接引用外, 以下皆统一使用“私人”这一概念。

损害，就必须承担损害赔偿的责任。

1996年制定《行政处罚法》，对行政处罚行为的事前和事中程序作出了规范和约束，实现了从“重实体而轻程序”到实体和程序并重的飞跃，堪称我国大陆行政法制建设史上的第三个里程碑。该法的实施，从程序上确保了“依法行政”这一法治社会的根本准则得以贯彻，并逐步变为政府的行为准则。

1997年，全国人大常委会制定了《行政监察法》，确立和完善了对政府机关及其公务员的内部监督机制，推动了效能监察和反腐倡廉运动的展开，在很大程度上维护了政府机关的廉洁、高效运行。

全国人大常委会于2000年3月15日制定，并规定自当年7月1日起实施的《立法法》，将有关行政立法的程序予以法律化和制度化，为政府机关的依法行政提供了更加坚实和广泛的法制背景。

上述一系列的法制建设，都为行政复议制度的发展和完善提供了难得的契机，也为探讨行政复议理论提供了丰富的素材。我国大陆的行政复议制度，就是在这样一种举国上下崇尚法制，为建设法治国家而努力的大背景下建立和发展起来的。《行政诉讼法》颁布以后，为配合该法的实施，国务院于1990年12月发布了、1994年10月修订发布了《行政复议条例》，对行政复议制度作了比较系统的规定，为公民、法人和其他组织寻求快捷、经济的行政救济，提供了一个重要的途径。

经过近十年的实践，制定行政复议法的条件已经成熟。于是，1998年10月，国务院在对《行政复议条例》进行修改的基础上，制定了《行政复议法（草案）》，提交九届全国人大常委会审议。九届全国人大常委会经过三次审议，于1999年4月29日，以125票的全票，通过了《行政复议法》，并规定从同年10月1日起实施。该法的颁布实施，给公民、法人和其他组织提供了一种更加方便、快捷、经济的行政救济途径，进一步完善和发展了的行政复议制度。

我所领受的“论行政复议”这个题目很大，若要将有关问题面面俱到地展开论述，恐怕要写成大部的专著，也未必能够全部包容

得下。因此, 本论文只能择其中某些重要的问题, 联系中国行政复议制度的现状和课题, 谈一些粗浅的观点, 以求教于海峡两岸行政法学界的先辈和同仁, 不当之处, 诚望批评指正。

一、基本概念与特征的探讨

(一) 行政复议的含义

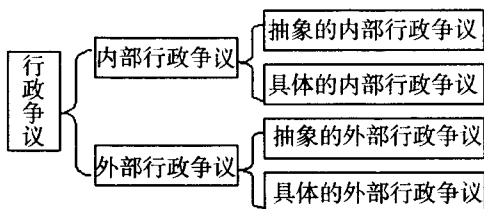
在我国大陆, 关于行政复议的概念基本上没有什么争议。一般认为, 行政复议, 是指公民、法人和其他组织认为行政主体的具体行政行为侵犯其合法权益, 和行政主体之间发生争议, 依法向行政复议机关提出申请, 由行政复议机关依照法定程序, 对引起争议的行政行为的合法性和适当性进行全面复查、审议并作出复议决定的行政行为。其中复议机关包括作出行政行为的行政机关、其上级行政机关或法律、法规规定的行政机关。

在我国台湾地区, “人民有请愿、诉愿及诉讼之权”。这里的“人民”, 是泛指一切与国家相对立而被处分的人。可见, 台湾诉愿制度中诉愿的主体是非常广泛的。在台湾的诉愿实践中, 曾经发生美国商务部长代表美国、法国电讯部长代表法国来进行诉愿的情形。机关如果立于人民的地位而被处分时, 根据 1998 年 10 月 28 日公布实施的新“诉愿法”第 18 条, 似乎也有可能进行诉愿。^①

尽管诉愿主体和行政复议的申请人在范围上有所差异, 但是, 二者都是以解决行政争议为目的和内容的。可以说, 行政争议是导致行政复议的客观前提条件。

行政争议的对象是行政行为。基于不同的行政行为分类, 行政争议可以作许多种分类。一般可将行政争议分为内部行政争议和外部行政争议。内部行政争议又分为抽象的内部行政争议和具体的内部行政争议。外部行政争议又分为抽象的外部行政争议和具体的外部行政争议。这种行政争议的分类可以图示如下:

^① 参见蔡志方:《新诉愿法与诉愿程序解说》, 13 页, 台北, 成阳印刷股份有限公司, 1999。



作为行政复议的争议对象的行政争议，一般说来，是指具体的外部争议。在这种意义上，所谓行政争议，是指行政主体在行使行政权的过程中，与私人之间发生的有关权利和义务的纠纷。面对复杂多变的客观环境，行政机关在行使行政职权、对国家内政外交事务进行管理活动的过程中，不可能保证其行政活动的绝对正确、合法及适当，私人也不可能完全地认可并始终都衷心地服从行政主体的职权管理活动，而行政主体的职权管理活动总是与私人的权益密切相关，并有着较多的影响。可以说，只要有行政法律关系的存在，就不可避免地存在行政争议。

行政复议的目的就是要解决具体的外部行政争议，并部分地解决抽象的外部行政争议。^①换言之，行政复议是以行政主体和私人之间的行政争议或纠纷为其处理内容和适用范围的。行政主体与公务员之间的纠纷以及行政主体之间的纠纷的解决，都不是行政复议。^②

（二）行政复议的特征

关于行政复议的特征，因国度、时代及学者等的不同而各异。根据上述定义，可以将行政复议的特征归纳为如下几点：

1. 行政争议的发生是提起行政复议的前提条件。只有在私人认为行政主体的行政行为侵害了其合法权益，和行政主体之间发生争议，与某一行政行为形成直接利害关系时，才可以申请行政复议。
2. 行政复议的双方当事人是特定的，其地位不能互换。因为

^① 在我国，根据大量有关内部行政复议的规定，行政机关工作人员对所受的行政处分不服的，可以在接到通知后一定期限内向处理机关申请复议，并且有权直接向上级机关申诉（具体的内部行政争议）。从广义上讲，这部分复议当然包括在行政复议之内。另外，行政复议也部分地解决抽象的外部争议，只是附有一定限制。参见《行政复议法》第7条。

^② 在这方面，我国台湾地区的“诉愿法”所规定的行政主体之间的纠纷解决机制，对于我国行政复议制度的进一步完善，具有较多的参考借鉴价值。

在行政管理过程中, 行政主体有权直接作出决定或采取强制措施, 无须与私人争议权力, 而私人即使对行政行为不服, 也无权自行改变之, 只能通过一定的途径提出争议。行政争议的这一特点, 决定了行政复议中双方当事人的特定性, 即行政复议申请, 只能由私人提出 (复议申请人), 作出行政行为的行政主体只能是被动承受申请的另一方当事人 (被申请人)。

3. 行政复议机关具有专门性和多元化的特点。行政复议由行政复议机关根据私人的申请、依照行政复议程序进行。私人的申请, 是行政复议机关行使行政复议权的直接动因。复议机关必须依照法定的行政复议程序, 按照各自的分管领域和领导层级进行行政复议。

(1) 行政复议机关不像法院那样对行政争议具有一般管辖权, 某一行政复议机关只管辖某一类行政案件。^① 行政复议机关的这种专门管辖权的特点, 是和行政机关的专业性、部门性相一致的。

(2) 与法院组织的单一性相比, 行政复议机关具有多元性的特点。法院的组织, 从最高人民法院、高级人民法院、中级人民法院到基层人民法院, 层次清晰, 系统单一。而行政复议机关却是多元化的, 不仅各部门、各系统都有相对独立的行政复议机关, 而且地方有省、市、县级的行政复议机关, 中央有各部委行政复议机关甚至国务院行政复议机关。^②

4. 行政复议是解决具体的外部行政争议的行政行为。行政复议不是司法行为, 只是具有准司法性的、解决具体的外部行政争议的行政行为。行政复议决定直接影响到私人的权利和义务, 即对外部能产生直接法律效果。

5. 行政复议必须按照法定的程序和要求进行。行政复议的程

① 如海关复议机关只管辖海关行政争议, 工商复议机关只管辖工商行政争议, 等等。从理论上说, 当作为最高行政机关的国务院成为行政复议机关之时, 应该能够具有一般管辖权。若这样的话, 此种情形可以作为一种特殊属性来把握。不过, 现实立法上亦并没有赋予国务院对所有行政争议的一般管辖权。参见《行政复议法》第 14 条 (国务院对行政复议的限定管辖权和最终裁决权)。实定法上的这种规定本身, 也是行政复议机关专门管辖权特点的具体体现。

② 从前, 各部委行政复议机关是该系统的最高行政复议机关, 各最高行政复议机关之间是平等的关系。而今, 在一定条件下, 国务院也可以成为行政复议机关, 成为最高行政复议机关。参见《行政复议法》第 14 条等。

序和要求，既不同于一般的行政程序，又不同于法院的司法程序，而是兼具二者优点的混合程序，表现为准司法性和行政性。

(1) 行政复议程序的准司法性。行政复议是行政主体作为第三人解决行政争议双方纠纷的活动。行政复议的这一特性要求行政复议机关和作出具体行政行为的行政主体必须分离；当行政复议机关是作出具体行政行为的原机关时，行政复议机构应另行组成，至少复议人员应该是直接作出具体行政行为人员以外的人员。使现代行政建立在公平、公正的基础上，是行政复议程序司法化的重要动因，也是行政复议准司法性要求的根本点和出发点。尽管行政复议也强调作为第三人来裁断争议的形式，但是，行政复议机关或是作出具体行政行为的原机关，或是其上一级机关，或是法定的其他行政机关，不像司法审判那样，由独立于双方当事人以外的第三人机关居间公正地解决纠纷。换言之，行政复议机关毕竟是行政机关，而不是司法机关。因此，尽管目前我国大陆和台湾地区行政法学者强调行政复议准司法性的呼声较高，但我在这里所要强调的是：过分强调行政复议程序的司法性，并不一定有利于该制度发挥其应有的作用。^①

① 在这方面，台湾“诉愿委员会”的组成无疑是值得称道的。台湾地区新“诉愿法”将原组织规程有关诉愿委员会组织规范予以法律化，并规定委员之构成，社会公正人士、学者、专家之比例不得少于1/2（第52条第Ⅱ款）。且人们坚信，只有这样，才可以排除诉愿人“官官相护”的疑虑。参见游瑞德提交本次研讨会论文《新诉愿制度评析——以经济案件争讼为中心》，5页。但是，我认为，对于我国大陆的行政复议制度建设来说，至少在目前阶段，这种经验并不一定具有很高的可借鉴性。其理由如下：第一，担任行政复议委员，需要有时间上的保障，否则就无法实现行政复议的快捷性和经济性，而专家、学者的专职是教学和研究，两者兼顾当然是理想的，但现实中两者往往难免出现冲突。第二，担任行政复议委员，实际从事行政复议案件的审理，履行政府的部分职能，应该有相应的国家预算来支付相应的报酬。而这种机制的建立牵涉到诸多制度的调整和改革，尤其是在坚持“预算法律主义”的现代国家，这种调整和改革需要有相应的法律支持，需要较为长期的努力。第三，完全由局外人士来裁断行政案件，尽管是“社会公正人士、学者、专家”，但其毕竟不是相关方面直接从事行政管理的行家里手，不利于行政复议科学性、合理性的实现。换言之，在现代国家，行政争议毕竟不是完全靠正义感或一般学术原理就能解决的，要建立这样一套制度，需要相关“社会公正人士、学者、专家”致力于行政管理的实践经验的积累。然而，我国大陆目前的制度体系决定了学者和官员之间还有很大的距离，相关人事交流渠道还不是很畅通。

(2) 行政复议程序的行政性。行政性的基本要求是效率——时间较短、独任制复议的情况较多,证据的判断、收集,都不像法院那样正式,可以运用其他一些证据规则等。另外,复议机构大多设置在行政主体之中,其复议活动或多或少要受到行政主体的影响,尤其是原具体行政行为机关为复议机关时,起码从外观上往往难以确保其最终的公平、公正性。因此,对于行政复议决定,必须保障司法救济的途径。对于违法或不当的行政复议行为,除法律另有规定的外,一般都可通过行政诉讼取得救济。^①

6. 行政复议实行全面审查。行政复议对所争议的具体行政行为的合法性和合理性进行全面审查^②,并附带地对抽象行政行为进行有限制的审查。这是行政复议的重要原则之一,也是行政复议与司法审查即行政诉讼的一项原则性区别。

二、行政复议的作用和意义

(一) 行政复议是较为便捷、经济、迅速的救济途径

行政复议制度是解决行政争议的重要手段,是监督行政主体合法、合理地行使职权,阻止其越权行事,为私人提供便捷、经济、迅速之救济,保护私人在具体行政行为中的合法权益的重要途径。

(二) 行政复议有利于提高立法质量和执法水平

行政复议是强化行政主体层级监督的关键环节,是由上级对下级的具体行政行为进行审查,及时发现并纠正不当或违法的具体行政行为,维护正确、合法的具体行政行为,确保民主政治建设顺利展开,推进依法治国方略实施的重要制度。

在复议过程中,可以及时发现行政管理过程中所急需的法律规范;可以发现具体行政行为所依据的法律规范是否符合客观实际,

^① 正是由于行政复议程序的这种行政性,决定了行政终局裁决的不尽合理性,而应该强调司法审查对权利保障所具有的最终屏障的作用。反之,若坚持行政终局裁决制度,则应着力强调其准司法性,从严格意义上完善该制度的程序。

^② 参见原《行政复议条例》第7条;《行政复议法》第3条第3项。

是否和其他法律规范协调一致等。对有问题的法律规范可在其职权范围内依法撤销、改变或向有关部门报告，有利于完善立法工作、提高立法质量。

行政复议可以直接检测行政执法水平的高低。上级行政主体对下级行政主体作出的具体行政行为予以审查，不仅可以直接发现并纠正违法或不当的具体行政行为，保证行政执法的合法和高效，而且还可以查明违法或者不当的具体行政行为产生的原因，找出执法活动中存在的问题和薄弱环节，亲自采取或者促使下级行政主体采取相应措施，改进执法活动，或者针对某一类普遍存在的问题，提出有指导性的解决方法，有利于促进行政执法水平的不断提高。

（三）行政复议对实现政府管理职能，维护各种秩序起着重要作用

行政复议一般是以私人的申请为前提的，因而具有开放性，使私人的监督与行政主体的监督融于一体，使私人对行政主体监督的权利与维护其自身合法权益有机地联系起来，有利于保护私人的合法权益，排解私人的怨气与苦楚，消除行政系统的病毒，化解人民内部矛盾，使行政系统更有效地运转，使民众安居乐业，促进社会稳定和经济的繁荣与发展。^①

（四）行政复议有利于责任政府和法治政府的建立

毛泽东在论及治国方略时曾经指出：“只有让人民来监督政府，政府才不敢松懈。只有人人起来负责，才不会人亡政息。”建立和完善行政复议制度，充分发挥行政复议制度的作用，有利于加强行政主体的内部监督，促进行政主体依法行政，推动责任政府和法治政府的建立。

实施行政复议，有利于培养行政主体及其公务员的责任感和紧迫感，而责任政府和法治政府的目标，也要求行政复议制度化和程序化。行政复议制度以其严格的程序和期限，要求行政主体在作出具体行政行为时，必须迅速、及时、准确，否则，就要承担法律责

^① 关于抽象行政行为的审查，另外设有相应的制度。参见《宪法》第67条第7项、第89条第13项、第14项、第104条、第108条以及《立法法》第五章等。