责任编辑 徐慧 E-mail:xuadaly@126.com

www.shfzb.com.c

探索中国特色的依法行政之路

郝铁川

我学习研究行政法,是从上个世纪80 年代末开始的。当时参加了上海市人事局的 编制法研究课题,两年下来,结集出版了-套编制法研究丛书。那两年,我几乎每天都 要和现为上海交通大学法学院的朱芒教授探 讨一些诸如一般行政法律关系、特别行政法 律关系等理论问题, 他向我推荐了管欧等我 国台湾地区行政法学者的论著, 也介绍了日 本学者的一些研究概况,朱教授学识渊博, 我从他那里受益匪浅。他从日本留学归国, 离开华政,到了交大,主编《交大法学》, 是一个令人钦佩的、具有学者情怀风骨的 人 一个学者的学问高低和学术贡献,不能 用出镜率之类的明星标准去衡量。应景之作 虽然难以避免,但"吹尽黄沙始到金",学 术的真知灼见是有一个沉淀过程的,学术的 发展也有自身的一定相对独立性,如同《荀 "天行有常,不为尧存, 子·天道》所言: 不为桀亡。"学者基本上应该是寂寞的,因 为大部分学者思考的许多问题是有时间提前 量和革命批判性的。朱芒教授就是我心里非 常中意、羡慕的这样一个学者,尽管我和他 的学术观点不尽相同。

中西依法行政的差异与共性

到了20世纪90年代,普法热潮一浪高 过一浪。因为搞过一段编制法研究, 认识不 少行政机关的同志, 所以不断应邀为各级政 府讲授依法行政的理论和实践。普法讲座对 我的学术研究产生了很大影响, 最为突出 的,就是察觉到先前掌握的一些行政法知识 毕竟都是外国人对其行政管理实践提炼而 成,虽然各国行政管理有相同之处,但中国 存在许多和国外不同的地方,是不容抹杀 的。例如, 西方国家没有从计划经济体制到 市场经济体制转变这一历史,原来的一些社 会主义国家虽然有过此一转变历史, 但它们 是一段西化的历史, 而中国从计划经济体制 到市场经济体制的转变,不是简单西化的历 史, 而是具有中国特色的历史: 市场经济的 基础不是单一私有制,而是公有制为主体、 多种所有制共存; 市场经济对接的不是资本 主义制度, 而是社会主义制度。西方政治体 制实行分权制衡, 更重视对行政权的约束: 中国强调民主集中制,在制约行政权的同 时,还注意发挥行政权在集中力量办大事政

□ 中西政治体制及其外部环境的不同,必然会对中国的行政体制、依法行政产生影响。从某种意义上说,我们这一代人遇到了一个时代性课题:怎样在寻找中西依法行政共性的同时,建设中国特色的依法行政事业?
□ 中国百分之八十的国家机关都是行政机关,百分之八十(近来降低到百分之六十多)的法律都是行政机关起草或制定的,都是靠行政机关来实施的,这在其他国家大概是不存在的,这是中国依法行政的一个特点。
□ 关于依法行政的原理,法无授权不得行、法有授权必须行、行政行为程序化、违法行政受追究,这是中西依法行政的共性,但在中国还应加上

两条:一是合法行政受尊重,二是行政主体讲良知。

治优势方面的积极作用。这种政治体制及其外部环境的不同,必然会对中国的行政体制、依法行政产生影响。从某种意义上说,我们这一代人遇到了一个时代性课题:怎样在寻找中西依法行政共性的同时,建设中国特色的依法行政事业?

依法行政必要性的中国特色

关于依法行政的必要性,行政权在所有权力主体中最具扩张性,因而需要重点地依法约束行政权的运行,这是中西都面临的相同点;但中国百分之八十的国家机关都是行政机关,百分之八十(近来降低到百分之六十多)的法律都是行政机关起草或制定的,百分之八十的法律都是靠行政机关来实施的,这在其他国家大概是不存在的,这是中国依法行政的一个特点吧。

依法行政原理的中西差异

关于依法行政的原理,法无授权不得行、法有授权必须行、行政行为程序化、违法行政受追究,这是中西依法行政的共性,但我觉得,在中国还应加上两条:一是合法行政受尊重,二是行政主体讲良知。

为什强调合法行政受尊重?这是因为中国历史文化传统中,专制主义和无政府主义

两种观念、两种行为长期同时并存,在厉行依 法治国方略的今天,这两种封建遗存我们都应 积极清理。专制主义的危害,学界说得较多, 但无政府主义的现象及危害,学界揭示得还不 够,社会警惕也不够。

我长期在思考一个问题,《水浒传》中的 所谓一百零八个好汉,出身、经历多不相同, 奔上梁山的原因也不尽相同。既有像林冲这样 深受专制政治、司法腐败迫害而逼上梁山的, 但也有不少像张青、孙二娘这样开酒店、卖人 肉,专干杀人夺货勾当(或松被发配到孟州路 过十字坡,险些遭到孙二娘的毒手)的刁民泼 妇。可是,不仅《水浒传》作者不分青红皂白 地将他们一概视为"好汉",数百年来还竟然 得到了社会不少人的认可。试问,哪个社会能 容忍开酒店、卖人肉的行为?除了中国古代之 外,谁会把张青、孙二娘捧为"好汉"?可这 种事情在中国古代竟然发生了!所以然者何? 我认为,目无国法、轻视人权的无政府主义观 念是一重要原因。

虽然专制主义比无政府主义的危害更大, 是依法行政的首敌,但我们也不能因此就低估 了无政府主义对中国法治的危害。

除了"合法行政受尊重"这一条之外,我还强调了"行政主体讲良知"。西方是一种向彼岸寻找真理的外倾文化,中国是一种向内寻求良心的内倾文化。基督教的"原罪""救赎"意识给西方法治提供了一套法治必行的理

据,这一点已为学界所认。但中国没有"一神教"的历史传统,论述各种理念"本诸人心"或者"直指人心"。

我觉得,"良知"有两个基本内容,一是感恩,二是反省。感恩是说行政主体应该感恩人民,因为权力是人民授予的;权力运行是靠人民纳税来支撑的。反省是指孔子赞成的曾子所言"吾日三省乎吾身。为人谋而不忠乎?与朋友交而不信乎?传不习乎?"(《论语·学而》)行政主体要树立感恩理念、内省精神,才能慎言慎行,虽然单靠这一点是无法撑起法治大厦的,但没有这一点,法治大厦能够拔地而起吗?

依法治国保障的中国特点

关于依法治国的保障,实行必要的权力主体间的监督制约,这是中西都认同的。但中国的依法行政,必须通过从严治党来促进依法行政,这是中国的特点。

所以然者何?盖因中国80%的公务员都是共产党员,95%县处级以上的领导干部都是共产党员,若不抓好从严治党,依法行政就没有可以信赖的队伍。毛主席过去说过,政治路线确定之后,干部就是决定的因素。如今,依法行政原则确立之后,80%的党员公务员、95%县处级以上的党员领导干部就是决定的因素。

(作者系上海市文史研究馆党组书记、馆长;杭州师范大学沈钧儒法学院院长、博士生导师。此文为"依法行政实践研究丛书"总序,该套丛书将由上海人民出版社近期分批出版。)

保险人的理赔核定期限认定

李 飞

理赔核定义务的期限是判断保险人是否依法履行该义务的标准。换言之,保险人是否因违反了理赔核定义务而承担法律责任主要是借助相关期限规则来具体衡量。于是,在个案中,判定保险人是否应当承担违反核定义务的法律后果时,必然要从保险人有无违反理赔核定的相应期限规则予以确定。那么,保险人履行理赔核定义务的期限是多长时间呢?

根据《保险法》第23条第1款对核定期限的规定,保险合同当事人有约定的从约定;没有约定的,保险人应对索赔请求及时进行核定;没有约定且情形复杂的,保险人应当在30日内作出核定。其中,《保险法》第19条关于格式条款无效情形的规定可以用来防止保险人利用"约定"架空"及时核定"的限制自无疑义。惟值得注意的是,有人对2009年修订《保险法》时新增30日内完成核定工作的要求提出质疑,认为不但"情形复杂"的判断标准不明确,而且30日的法定期限之规定因缺乏弹性在立法技术上

笔者对此质疑持反对态度,理由主要有 三个:第一,2002年《保险法》第24条未 对保险人"及时作出核定"的时限予以具体

也不妥当。

规定的作法本身不应该成为问题。

由于保险种类及个案的差异,不可否 认,委实难以通过法律对保险人核定期限直 接作出明确而具体的规定。美国也不例外, 在法令无明文规定的情况下,通常认为保险 人应于合理期限内完成核定工作。而对合理 期限的理解则由法院根据每个案件的个别情 况进行权衡判断。

第二,由法条明文对核定期限作出具体 规定在学理上虽非必须,但从现实性出发却 仍属必要。

未对核定期限作出具体规定之所以会成为问题,恰恰是因为欠缺"一个公正的衡量标准和监督标准",而为保险人拖延理赔埋下了隐患。理论上讲,这可以通过两种方式来解决:一是确定评估核定期限是否合理的考量因素;二是规定一定的期限。前者并非不可行。比如,对此,有人建议,应考量具体个案的复杂程度、证据及证人取得容易程度,被保险人就保险事故通知保险人是否有所迟延等。该建议虽有建设性,但因不确定性较大,仍有待审判经验的长期积累。后者因更具明确性而更适应当前的司法实践,所以更能满足现阶段的立法期待。为此,2007年修订《保险法》时参考了司法实践的经验

总结,专门针对容易引起理赔迟延的复杂情形,将核赔时限具体化为30日。30日作出核定的规定具有进步意义,通过严格的立法强制保险人切实履行对权利人的保险合同义务,加大了对保险人理赔的约束和遏制,减少了保险人利用理赔期限规定的疏漏恶意拖延时间的可能性。

第三,保险事故是否为情形复杂属于事实 判断,保险公司与公众一般不会对此有相反认 12

随着保险市场近年来开放性的加大及竞争性的增强,保险公司的经营已经呈现出日益规范化、专业化的态势。基于声誉竞争的考虑,保险公司也不会对明显不属于复杂情形的核赔予以拖延而违反及时核定的法律规定。即使在难辨是否属于情形复杂之际,也还可以综合考虑如下因素:索赔的数额、对更多信息和更深入调查的需求、向保险公司总公司报告索赔的需要,等等。随着社会公众保险意识的增强和保险知识的增加,社会公众与保险公司对于望新趋一致。试举一例:自 2009 年修订《保险法》时增加了"情形复杂的,应当在三十日内作出核定"的规定以来,借助"北大法宝"对该条文设置的"法宝联想"功能进行检索,可

以发现, "部门规章""司法解释""地方法规规章""案例与裁判文书""法学期刊" "修订沿革""条文释义""法学文献"条目 下等均无对"情形复杂"的界定甚或相关争议 的内容。这在相当程度上说明, 无论是保险公 司还是公众,各方对此问题形成的事实判断迄 今未见出入。这当然与社会公众长期以来对保 险制度的充分理解与接受密不可分。此例足以 佐证对保险事故是否属于复杂情形在保险公司 和社会公众之间通常不会产生分歧的观点。当 然,为了防止情形复杂的保险事故在30日内 难以完成核定的情况发生, 法律允许当事人在 保险合同中另行作出合法约定。保险实务中, 为推进快速理赔,确实有一些保险公司在保险 合同中增设了关于核定期限的单独协商条款: 不仅对情形复杂的核定在期限上作出了合法又 合理的约定,还对情形不复杂的核定在期限上 作出了符合实际情况和及时核定要求的约定。 总之,2009年修订《保险法》时新增30日

内完成核定工作的要求作为对保险人履行及时核定义务的新规定,符合我国现阶段理赔工作的实际,有利于解决理赔的复杂情形不易判断保险人是否属于快速理赔的难题,未来修法时应予坚持。

(作者系南开大学法学院副教授)