

第 ② 卷

理 念 篇

关保英文集

关保英◎著

第 ② 卷

理 念 篇

关保英文集

关保英 著

图书在版编目(CIP)数据

关保英文集. 理念篇 / 关保英著. —北京: 法律出版社, 2015. 7
ISBN 978 - 7 - 5118 - 8183 - 0

I. ①关… II. ①关… III. ①法律—中国—文集
IV. ①D920.4 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 158168 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/徐蕊

装帧设计/马帅

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
责任校对/郭艳萍
印刷/北京嘉恒彩色印刷有限责任公司

编辑统筹/法律教育出版分社
经销/新华书店
责任印制/沙磊

开本/710 毫米×1000 毫米 1/16
版本/2015 年 9 月第 1 版

印张/34 字数/554 千
印次/2015 年 9 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782 西安分公司/029 - 85388843 重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636

北京分公司/010 - 62534456 深圳公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 8183 - 0

定价:129.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



前 言

“法律科学指从哲学的、历史的、比较的、评注的、批评的和其他各个角度对法律的和有关法律的发展、变化、制定、评注、适用的系统化了的和经过组织加工了的知识。”^①行政法学作为法学的一个分支也必然具有法律科学的上述一般属性。换言之,行政法学研究并不是一个单一的对现实行政法现象和既成行政法规范的研究,而是对行政法作为一个复杂社会现实和从复杂的社会思维对其所做的多元认知。知识无疑是行政法研究中具有决定意义的因素,^②所谓行政法学研究中的知识是指构成行政法学研究的那些认知体系以及对行政法规范和行政法运作起到内在约束和外在约束的知识形式。

行政法学研究中的知识格局对行政法学和行政法治具有双重制约作用,可以毫不含糊地讲,知识格局失衡的行政法学必然是不健康的行政法学,必然是体系存在巨大瑕疵的行政法学。在知识格局失衡的行政法学的理论引导下,亦必

① [英]戴维·M. 沃克著:《牛津法律大辞典》,北京社会与科技发展研究所译,光明日报出版社 1988 年版,第 545 页。

② 托克维尔认为:“法国的成文法往往很难理解,但人人都可以研讨。相反的,对于普通人来说,再也没有比以先例为基础的法律更使他糊涂和莫名其妙的了。英国和美国的法学家对先例的这种尊重,他们在教育中养成的这种尚古思想,日益使他们脱离人民,并终于使他们成为一个与众不同的阶级。法国的法学家都是学者,而英国或美国的法律界人士,则好像是埃及的祭司,并像埃及的祭司一样,只充当一种玄奥科学的解释者。”法学家不同的知识格局对法学体系、法学方法论乃至法律本身的影响具有决定作用。参见[法]托克维尔著:《论美国的民主》,董果良译,商务印书馆 1988 年版,第 304 页。

然塑造出存在巨大缺陷的行政法治实践,^①因为在一般情况下,行政法的实践过程以及行政法对社会行为的规制准则处在一种理论引申和阐明理由的相互关系之中。引申和阐明理由的行政法逻辑不同,行政法治的状况就会有所不同。“一种法的制度的基本准则不是一种物质的准则,因为物质的准则的内容被视为是直接的,是一目了然的,它是以最高的准则为前提的,并且通过逻辑的程序,可以从物质准则中引申出人的行为举止的种种准则——作为从一般引申出特殊。”^②因此,我们认为,行政法学研究中知识格局的转化已成为重构我国行政法学和完善我国行政法治的必由之路。

行政法学研究中的知识整合是对行政法学研究中知识基础的改换和对现有知识资源分配不均的整调。知识整合的主体是行政法学界的整个群体和各研究分子。作为行政法学研究的整体是行政法学界这一特定的社会阶层,它既不是就某一研究机构而言的,也不是就某一研究人员而言的,研究机构和研究人员只是这一整体的基本单元,它可以说是行政法学研究的宏观方面。行政法学研究的群体是指构成行政法学研究的人群和相关流派,研究机构、研究学派等都是行政法学研究中的群体,它们是行政法学研究中的中观方面。由于行政法学研究中的经济基础和课题分配,群体是行政法学研究中最为主体的。研究分子则是指行政法学研究中的最小单位,即无论来自学界或者来自实际部门的研究人员。行政法学研究中的知识整合是对上述三个主体而论之的,不是上述三个主体中的某一方面。行政法学研究中的知识整合,上述三个主体都扮演着不同的角色,承担着不同的任务。一般而论,行政法学研究中的整体建立在群体与研究分子之上,整体相对抽象一些,但它作为一个文化群对行政法学的走向和行政法学研究的表现起着十分重要的作用。行政法学研究的机构和学术流派都依托于行政法学整体而存在。行政法学研究中的群体对于行政法知识的传播、对于形成丰富多彩的行政法流派别起着至关重要的作用,此点表明行政法学研究中的群体是行政法学研究整体存在的前提条件。行政法学研究中的分子则是行政法学知识的物质承担者,是行政法学研究中最具活力的主体。因为,任何群体所

① 我国在计划经济体制下,学者们的行政法知识侧重于政府对社会进行管制,而忽视社会对政府的制约,即学者们的知识结构是政府需要的而不是社会需要的,因此,计划经济下的行政法其实是政府管制法。

② [德]H. 科殷著:《法哲学》,林荣远译,华夏出版社2002年版,第50页。

最终依靠的是研究中的构成分子。上述三个主体虽然对于行政法学研究而言是一个具有相同性质的事物,但各种各样的利益关系会对上述三方面尤其后两者的行为取向有所制约,各个群体和研究分子所处的外在环境亦必然左右着其行为过程。因此,对行政法学研究中的知识进行整合绝非易事,它比构架一个行政法学体系、提出一个行政法论点要难许多倍,如果从非常直观和较为表层的角度讲,整合行政法学研究中的知识,下列路径是必须重视的。

第一,重视行政法哲学的研究。行政法哲学是一个具有独特内涵的概念。首先,行政法哲学不能完全等同于法哲学或者法律哲学。^① 法哲学或者法律哲学是有关法的总的哲学范畴,其对法的方法论的解释既可能以公法为基础,也可能以私法为基础。从一些经典作家的著作中可以看出,对法的哲学分析似乎都离不开私法,^②而行政法哲学显然不包括对私法现象的哲学解释。另则,行政法哲学亦不能完全从法哲学的基本定义中走出去,如考夫曼认为“法律哲学是探讨正义的学说”。^③ 而行政法哲学无疑也是探讨正义的学说,这是行政法哲学和法哲学的共通性之所在。其次,行政法哲学不能等同于公法哲学,即对公法的哲学解释不能完全被认为是行政法的哲学解释,美浓部达吉提出的公法的五大特征,不完全能够厘定行政法的特征。^④ 同时,行政法在诸多方面适合于用公法的哲学来认识,如“个人公权之法律上的保护”既是对公法进行推论所求得的结果,也是行政法从哲学上的推论所求得的结果。再次,行政法哲学不同于权力哲学。行政法是以行政权为核心而展开的,无论我们是否承认,任何行政法问题的研究者都不能回避这一点,毛雷尔等学者的行政法教科书都先从行政权展开讨论,而不是从法展开讨论。我们不能因为行政法与权力及其权力关系的密切性

① 法哲学与法律哲学是否为同一概念需法理学界去澄清,科殷所著的《法哲学》与考夫曼所著的《法律哲学》实际上讲的问题都是同一个问题,在笔者看来只是学者们的叫法不同而已。

② 黑格尔的《法哲学原理》和康德的《法的形而上学原理》在论述法的哲学时更多地关注私法问题。参见[德]黑格尔著:《法哲学原理》,范扬等译,商务印书馆1982年版。[德]康德著:《法的形而上学原理》,沈叔平译,商务印书馆1997年版。

③ [德]考夫曼著:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社2004年版,第11页。

④ 美浓部达吉认为公法有下列五大特征:(1)权利义务的相对性;(2)国家行为的公定力;(3)国家的公权的强制力;(4)个人的公权之法律上的保护;(5)目的和效果的差别。参见[日]美浓部达吉著:《公法与司法》,冯明译,商务印书馆1937年版,第104页。

就将行政法哲学与权力哲学相混淆。权力哲学的基本原理对于分析行政法有着价值性指导意义。然而,权力哲学只能作为行政法哲学的一个外围要素,因为权力哲学的出发点和结果都不能为行政法的理性认识提供现成答案。最后,行政法哲学不能等同于行政哲学。行政哲学应当被认为是对行政现象的技术属性的方法论分析,而行政法哲学则是对行政现象的人文属性的方法论分析,二者的密切关联性并不能使它们成为一个同质的事物。考夫曼认为法哲学的任务有三项,一是回答什么是正当法的问题,即对法的基本价值作一个评判,指出正当法的基本属性;二是我们如何认识正当法,就是以何种思辨方式揭示正当法;三是如何实现正当法,就是从方法论上揭示正当法实现的路径。若以上述三者为标准判定我国行政法哲学的状况的话,那便可以说我国真正意义的行政法哲学还不曾出现过。基于这一点,我们认为我国行政法哲学研究中知识整合的第一路径便是重视对行政法哲学的研究,包括建构行政法哲学体系的方法,通过谋求行政法认识论的方法使行政法哲学成为行政法学中的一个具有统摄作用的支流。

第二,深化行政法认知过程的研究。行政法的认知过程是指人们对行政法现象的认识发展过程,我们通常所称的法律认知史是人们对法这一社会现象的认识过程。行政法的认知过程通俗一点讲就是行政法的认知史。法律认知过程与法的状况是一个事物的两个方面,“除了宗教和道德的种种观点外,业已达到的知识的发展水平、业已达到的思维方式,对于法的制定也具有决定性的意义……关于魔法的世界观念对于程序法和刑法的意义以及各种生育观对于家庭的父权结构或母权结构的意义所谈到的有关论述”。^①足见法和人们认知水平的不可分性。行政法的认识过程可以进行分类研究,如我们可以不带任何价值判断从较为中性的角度出发对人们关于行政法的认知进行历史断代和学派归类;我们可以从法系出发,对不同的法系的行政法认知过程作出总括;我们可以从一个国度出发对行政法认知发展过程进行评价;等等。还应当指出,对行政法认知过程的研究不能将侧重点放在纯粹行政法领域的学者中,“法和国家理论主要是由哲学家们写成的”。^②这提醒我们应当首先从哲学家和其他思想家那里寻求行政法的认知以及认知过程。笔者曾经对历史上的哲学大师们关于行政

① [德]H. 科殷著:《法哲学》,林荣远译,华夏出版社2002年版,第135页。

② [德]奥特弗利德·赫费著:《政治的正义性》,庞学铨等译,上海译文出版社1998年版,第3页。

法或者行政法问题的认知进行过考察,结果发现几乎每一个思想家都有行政法问题的甚至成体系的认识,而且这些大师们的认知具有历史的连续性。笔者将他们之间的连续性作了六个断代:第一断代为“起源追溯时代”,思想家们分别从“人本”、“邦本”、“物本”、“神本”等方面追溯了行政法的起源;第二断代为“价值判定时代”,思想家们分别从“权术行政”、“王党行政”、“组合行政”、“秩序行政”等对行政法的价值进行了确定;第三断代为“功能识辨时代”,思想家们从“自由人类”、“政治平衡”、“公正为本”、“社会契约”等方面揭示了行政法的功能;第四断代为“技术探微时代”,思想家们从“共和政体”、“放任主义”、“宪政机制”、“时效解释”等方面描绘了行政的规制技术;第五断代为“运作质认时代”,思想家们从“功利主义”、“市民社会”、“民主构造”、“政体平行”等方面对行政法的运作进行了质认;第六断代为“前景描述时代”,思想家们从“权力意志”、“人性发展”、“政行二分”、“相对虚无”等方面指出了行政法的发展前景。这种概括只是对行政法认知过程的一个方面的粗浅研究。而在行政法认知的研究中还存在着巨大的空间,它们都等待着行政法学者去填补和占领。行政法认知过程的研究是行政法知识由浅变深的一个捷径,在行政法研究的知识整合中不可取代。

第三,构架行政法制史学科体系。行政法制史是指有关行政法的历史或者作为一个制度范畴的行政法规制史。目前我国有关行政法史的研究非常分散,基本上没有形成体系,个别论著亦只是对行政法某一历史时期的某一特定问题的专题研究,而谈不上是对行政法史或者行政法制史的系统研究。既没有外国行政法史或者行政法制史的教科书,也没有中国行政法史或行政法制史的教科书是这一范畴研究单薄化的例证。当然,近年来我国学者编著了不少比较行政法的著作^①。但是,这些比较行政法的著作大多是对行政法的横向研究,而行政法制史则是对行政法的纵向研究。此一范畴的研究也可以有诸多研究进路,例如,我们可以以中国和外国作为分界,构架一个外国行政法制史学科体系、一个中国行政法制史学科体系;我们可以以各国为单位构架诸如英国行政法史学科体系、法国行政法史学科体系、美国行政法史学科体系、日本行政法史学科体系等;我们可以以历史发展为线索构架古代行政法史学科体系、近代行政法史学科

^① 笔者在“比较行政法学若干问题探讨”一文中对这些著作曾作过述评,参见关保英:“比较行政法学若干问题探讨”,载《法学研究》2001年第3期。

体系、现代行政法史学科体系;我们可以以法系为线索构架大陆行政法史学科体系、英美行政法史学科体系、中华法系行政法史学科体系等;我们可以以行政法中的各个范畴为线索,构架行政立法史、行政组织法史、行政行为法史、行政救济法史、行政赔偿法史等;我们可以以行政法律的各种制度为线索构架行政程序制度史、行政听证制度史、行政司法审查制度史、行政赔偿制度史等。上述非常广泛的研究也许对于我国目前仅有的行政法研究力量而言还有较大难度,但这个难度本身并不能妨碍我们对一些近期制度史的研究。例如,我们可以对我国解放以后和新民主主义时期的行政法史进行研究,笔者翻阅了陕甘宁边区政府的行政法文件,发现诸多文件颇有研究价值,^①我国当代的一些行政法制度与其有一定的历史继承性。行政法史或者行政法制度史的研究是整合行政法知识的基础性工作,这些历史知识也是行政法法学研究中最为基础的知识,若我们将这一部分知识再有所遗忘的话,那我国行政法中各种制度建设必然是空中楼阁。还应指出,行政法制史的研究不应当像传统法制史那样,仅研究特定历史时期的规范本身,而应重在对规范与其社会背景之关系的研究,正如萨维尼所言:“在人类信史展开的最为远古的时代,可以看出,法律已然秉有自身确定的特性,其为一定民族所特有,如同其语言、行为方式和基本的社会组织体制(constitution)。不仅如此,凡此现象并非各自孤立存在,它们实际乃为一个独特的民族所特有的根本不可分割的禀赋和取向,而向我们展现出一幅特立独行的景貌。将其联结一体的,乃是排除了一切偶然与任意其所由来的意图的这个民族的共同信念,对其内在必然性的共同意识。”^②

第四,强化部门行政法的研究。部门行政法的概念在我国目前没有形成共识,大体上有以下划分标准:(1)可以以行政法的法典为标准,即将一些重要的行政法文件作为划分部门行政法的依据,如《行政监察法》是一个完整而且位阶较高的行政法文件,便可以将《行政监察法》称为部门行政法之一,还如《行政处罚法》是对行政处罚进行规范的较高层次的行政法文件,便可以将《行政处罚

① 仅在1937~1939年陕甘宁边区就制定了100多个行政法文件,如《救国公粮保管分配条例》、《关于边区行政组织的编制》、《出入特区边境护照使用条例》、《陕甘宁边区各级参议会组织条例》、《陕甘宁边区选举条例》、《陕甘宁边区政府组织条例》、《陕甘宁边区土地条例》、《机关、部队、学校人员生产运动鼓励条例》等。

② [德]弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼著:《论立法者与法学者的当代使命》,许章润译,中国法制出版社2001年版,第7页。

法》作为部门行政法。(2)可以以行政管理领域为标准,即将我国历史上形成的不同行政管理所适用的法律规范作为部门行政法,不问该法的制定主体如何。例如,有海关行政管理领域,便将海关行政管理的法律规范叫部门行政法;有公安行政管理领域,便有公安行政法;有工商行政管理领域,便有工商行政法;有交通行政管理领域,便有交通行政法;有税务行政管理领域,便有税务行政法;^①等等。(3)可以以规制对象为标准将规制或者主要规制行政相对人的行为规则叫部门行政法,而将主要规制政府行政系统的叫行政法总则。例如,行政组织法、行政程序法等就是行政法总则,而各个行政管理部門适用的对行政相对人进行管理的叫部门行政法,如物价行政法、产品质量行政法等。笔者认为,上述三个划分部门法的标准都既有一定道理,又有一定缺陷,因为它们都将划分标准视为单一标准。而从实质上讲,法的部门划分应当采用多元标准,正如孟德斯鸠所言:“因此,法律有各种不同的体系。人类理性所以伟大崇高,在于它能够很好地认识到法律所要规定的事物应该和哪一个体系发生主要的关系,而不致搅乱了那些应该支配人类的原则。”^②表明法律和事物的关系以及相关因素是划分法律门类的基本标准。由此出发,部门行政法确立的标准应当是规制对象、与客体的关系、适法主体、法典类型等标准。在这四个标准中,前两者是实质性要件,后两者是形式性要件,四者不可以截然分开。深而论之,我国部门行政法是指以行政相对人作为主要规制对象并由特定行政机关适用以相应的法典或法群出现的那些行为规则。我国行政法学研究中较为重视对行政法总则方面(如果这种说法妥当的话)的研究,我们的行政法教材基本上都是对行政法总则的讲授,而真正意义上的部门行政法教科书还不曾有过。部门行政法问题研究对于规范行政权而言,比行政法总则的研究更加重要。试举一例说明:我们对教育行政管理尤其教育行政处罚等总体问题的研究并不少,但是,我们的研究无论如何也不能解决《中外合作办学条例》第14条所规定的事项,即“申请筹备设立中外合作办学机构,应当提交下列文件:(一)申办报告,内容应当主要包括:中外合作办学者、拟设立中外合作办学机构的名称、培养目标、办学规模、办学层次、办学形式、办学

^① 笔者注意到我国已有学者编著了一些部门行政法教程,但一般都是对本部门行政管理规则的一些介绍,如《民政行政法》、《工商行政法》、《税务行政法》、《交通行政法》等。

^② [法]孟德斯鸠著:《论法的精神》(下册),张雁深译,商务印书馆1982年版,第173页。

条件、内部管理体制、经费筹措与管理使用等;(二)合作协议,内容应当包括:合作期限、争议解决办法等;(三)资产来源、资金数额及有效证明文件,并载明产权;(四)属捐赠性质的校产须提交捐赠协议,载明捐赠人的姓名、所捐赠资产的数额、用途和管理办法及相关有效证明文件;(五)不低于中外合作办学者资金投入15%的启动资金到位证明”。这些事项对行政相对人权利的限制要比任何种类的行政处罚都具有实质意义,而我们却对这种实质性的东西知之甚少。行政主体对行政职权的行使以及通过行政职权对行政相对人的管理都是以部门行政法为据而实施的。这些部门行政法的立法主体既包括立法机关,又包括特定层次的行政机关,而绝大多数部门行政法的立法权都由行政机关直接行使。以2003年的立法文件为例,全国人民代表大会及其常务委员会制定的有关行政管理法律文件12件,而国务院制定的行政法规就有25件,部门规章也多达26件。由此可见,要使我国行政法真正能够起到规制行政权的作用,从行政过程中的具体权利义务进行研究、从行政法关系主体与客体的关系研究是行政法学的必由之路,也只有这样才能使行政法研究中的知识有所整合。

第五,展开对当代行政法学家的研究。在我国很长一段时间,行政法的制定和实施只是法律实务工作者的事情,而且这些法律人处在相对封闭的状态中。从事行政法教学和研究人员也基本上与此隔绝,离开了行政法实务。但是,20世纪90年代以后这种情况发生了巨大变化,那些从事行政法实务的并非立法者、行政执法者和从事行政案件的律师,行政法研究者已广泛参与到行政立法和行政执法中来,他们对行政法制定和行政法运作的影响已起到了举足轻重的作用。诸多学者理所当然地向行政执法者、行政规则的制定者提供指导,而且诸多行政法主张被接受。^①这种变化对行政法研究者的素质而言显得十分重要,即是说良好的研究者以及优秀的研究成果会促成行政法治的进步,而不良的研究人员以及不良的行政法主张亦必然会延缓行政法治的进程。事实上这两方面的情况在我国行政法学界已经存在过,必然还将继续存在。正因为如此,对我国行政法学家进行研究便十分必要。另外,行政法学家也是行政法学知识的基本承载者,他们即使不直接影响行政法治,也必然会直接影响行政法学。在我国法学界,成为法学家并没有法定条件和相应的学术规范,或者相应的道德准则。

^① 从1989年制定《行政诉讼法》到2003年制定《行政许可法》,每一个行政法文件的制定几乎都有学者们的参与,一些好的行政法主张或多或少被这些法律所吸收。

评价标准的松弛性导致我国法学家形形色色,有因身份而成为法学家者,有因职务或职位而成为法学家者,有因人格而成为法学家者,有因占有经济资源或其他物质资源而成为法学家者,有因所处的有利地形而成为法学家者,有因出色的社会活动和公关技术而成为法学家者,有因政府的扶持而成为法学家者,等等。当然,也有因学问和学术观点而成为法学家者。行政法学界的法学家也许是比较纯正的,但我们对这个人群进行理性化的研究是十分必要的。到2004年我国行政法学界的法学家已经是一个有战斗力的群体并形成了合理的梯队,老、中、青行政法学家都有着丰富的学术思想,因此,我们应当在行政法学界开辟这样一个领域,这是对行政法学研究中知识整合的一条非常有益的路径。

关保英

2015年初秋于上海苏州河畔

目 录

1. 论中国行政法与外国行政法的衔接	/ 1
2. 行政法提升社会管理能力问题研究	/ 21
3. 论行政权的自我控制	/ 44
4. 论行政法中的程序相对主义	/ 65
5. 论上下级行政机关的法律关系	/ 90
6. 论规章对私权的保护	/ 114
7. 权责对等的行政法控制研究	/ 138
8. 论行政连带责任	/ 154
9. 关于我国制定行政诚信法的思考	/ 173
10. 行政承诺不反悔论	/ 185
11. 论公共利益的法律限定	/ 206
12. 论公共利益在行政法中的地位	/ 224
13. 法学教育的非行政化问题研究	/ 236
14. 论抽象行政行为主体与具体行政行为主体的分离	/ 257
15. 论行政主体的社会关切回应义务	/ 271
16. 论行政主体在防灾减灾中的责任	/ 292
17. 重大事故的行政责任探讨	/ 301
18. 论行政相对人权利的平等保护	/ 314
19. 论行政相对人的行政创意权	/ 330
20. 论行政相对人对行政证据的质疑权	/ 348
21. 论行政执法工具的规范化	/ 369

2 目 录

22. 行政审批的行政法制约研究	/ 380
23. 行政处罚并用研究	/ 427
24. 和谐社会中的法律公正问题研究	/ 441
25. 劳动教养制度法治化问题研究	/ 463
26. 论司法审查中的行政成本权衡	/ 474
27. 论行政诉讼法修改中制度理性的考量	/ 491
28. 行政诉讼法修改的法律理念探讨	/ 505
后 记	/ 526

论中国行政法与外国行政法的衔接

由于经济的全球化发展,导致行政法的世界趋同性日益明显,行政制度之间的差异日益减少,共性不断增多。面向 21 世纪的行政法的基本发展趋势是不同行政法文化之间的冲突与融合,在冲突中寻求行政法制度的共性。与此同时,中国行政法相对落后,很多制度还没有建立、健全,特别是加入世贸组织后,中国的诸多行政规则与该组织的透明度、非歧视等原则存在极大的不协调甚至是冲突。在这种背景下,提出中国行政法与外国行政法的衔接问题实属必要。所谓中国行政法和外国行政法的衔接是指在全面分析中国行政法和外国行政法的法律发展背景的基础上,充分研究中国行政法和外国行政法的个性和共性,结合中国的具体国情和行政法的本土化特点,借鉴、吸收并消化外国行政法中的先进经验和制度,通过合理的转换,使之成为中国行政法规则的一部分,从而促进中国行政法的完善与发展,同时实现中国行政法规则同国际规则的接轨。

一、中国行政法与外国行政法关系的理论

我国行政法学界在研究外国行政法的同时,特别注重中国行政法与外国行政法的关系。关于中国行政法在完善过程中如何借鉴外国行政法的问题,目前法学界基本上存在以下四种理论。

第一,拿来主义理论。持这种理论的学者在思考中国行政法与外国行政法关系的问题上,认定法律的发展具有一种普适的模式,对西方的法律文化奉行不加分析的照搬照抄的做法,面对美国、英国、日本、德国等不同背景不同法系的行政法制度或原则,采取“什么都行”的态度,把所谓统一的“世界法”模式甚至是

西方法或美国法模式当成我国行政法制发展、变革的样板。这一理论忽视了行政法理论研究应与本国国情相结合这一点。我们应意识到,任何一种制度的产生都离不开特定的历史条件及社会、文化背景,^①而且它的发展也离不开特定的土壤。“我们不能设想,世界上一百多个国情千差万别的主权国家只能走一条完全一致的法治道路……世界各国在走向法治的道路上,既要遵循共性的法治规律,又要适应个性的国情差异。”^②我们大致可以认定西方行政法是在其宪制运动中产生并发展起来的,是先有宪制后有行政法,行政法可被视为宪法的具体化,宪法原理和制度对行政法产生了重大影响。与西方明显不同的是,中国行政法理论的产生却没有中国宪制成果的支持。梁治平先生曾指出,宪制非徒为理论,亦为社会生活实践,中国行宪艰难的原因在于我国本土传统中根本没有分权、制衡、有限政府、保障人权等宪制基因,宪制的理念与制度皆出自西域而非我国本土。^③因此,我国的理论研究必须结合本国国情和当下社会的现实特点,一味照搬西方的模式可能会使我国行政法理论及实践因匮乏现实基础而被束之高阁。

第二,吸纳理论。持这种理论的学者认为简单地“拿来”外国行政法的立法、执法和司法模式为我所用是不可取的。他们认为:“现在,很难找到一个国家的法律体系的全部,包括它的制度、规则、概念、法律实践和法律意识,都完全由自己独立创造,而不吸收、借鉴其他法律制度的相关因素。在世界各国的法律制度中,这种借鉴、吸收或移植不仅发生在同一法律集团(包括同一法的历史类型和法系)内部,而且在大的法律集团之间也经常发生。”^④因此主张采取有比较、有取舍的“拿来主义”,把那些被国外实践证明为有效、可行且与我国实际情

① 行政法赖以生存和发展的重要背景之一就是行政法文化的发展,这就需要我们文化角度审视行政法的价值。例如,公法、私法文化各自的独立性及其特性,使得大陆法系国家把行政法理解为公法体系,而在不存在公法、私法文化传统的英国,对欧洲大陆传来的行政法,就从本国的文化即“补救法”的角度去理解。日本明治维新后,在行政法制度的建设中主要以德国行政法制度为蓝本,其原因也在于日本传统文化与德国传统文化之间存在着一定的相似性。所以,文化的比较与选择往往是法律移植过程中首先要考虑的问题。

② 袁曙宏、赵永伟:“法治道路断想”,载《法制日报》2000年11月12日第4版。

③ 参见梁治平为三联书店出版的一套宪政译丛而作的总序(起始第1~2页),参见第1页。

④ 朱景文:“世界与中国框架中的比较法——十一届三中全会与比较法”,载《法学家》1999年第1期。