

陶品竹 著

ZHONGGUO
XINGZHENG FAXUE
TIXI DE FANSI
YU BIANGE

中国行政法学体系的 反思与变革



中国政法大学出版社

陶品竹 著

ZHONGGUO
XINGZHENGFA
TIXI DE FANXI
YU BIANGE

中国行政法学体系的 反思与变革



中国政法大学出版社

2015 北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

中国行政法学体系的反思与变革/陶品竹著. —北京:中国政法大学出版社, 2015. 7

ISBN 978-7-5620-6223-3

I. ①中… II. ①陶… III. ①行政法学—研究—中国 IV. ①D922.104

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第163458号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话	010-58908586(编辑部) 58908334(邮购部)
编辑邮箱	zhengfadch@126.com
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	880mm×1230mm 1/32
印 张	7.75
字 数	200 千字
版 次	2015 年 7 月第 1 版
印 次	2015 年 7 月第 1 次印刷
定 价	32.00 元

内容摘要

中国行政法学体系是中国行政法学内容的载体。经过六十余年的发展，中国行政法学体系已经形成一个相对统一的四模块式结构体系。该体系的形成过程以及未来的发展方向是本书始终关心的问题。本书研究的目的在于通过对中国行政法学体系的系统梳理与深刻反思，指出中国行政法学体系不能固步自封，需要不断回应外界环境和自身性质的变化，进而寻找中国行政法学体系变革的方向与路径。

本书的创新之处主要有两个方面。第一，在研究对象的选择上具有创新。本书选取中国行政法学体系作为研究对象，对六十余年中国行政法学体系的发展变化过程进行梳理，总结概括出各个阶段中国行政法学体系的不同特点。这是一次对中国行政法学体系的系统深入的整理和挖掘。第二，建构起了中国行政法学体系发展与变化的两套模型。本书两次采用理想类型的研究方法对中国行政法学体系进行分析。以史为鉴，中国行政法学体系先后经历了面向管理的行政法学体系、面向司法的行政法学体系和面向行政的行政法学体系阶段。面向未来，中国行政法学体系需要反思自治型行政法学体系的不足，迈向回应型行政法学体系。

第一章系统地梳理了六十年来中国行政法学体系的发展脉

络。中国行政法学体系的变迁依次经历了三个阶段：早期的探索、停滞与开创阶段；相对统一与推陈出新阶段；应对变革的艰难转身阶段。教义学的研究方法 with 历史分析的方法成为本章厘清脉络时所采用的主要方法，通过对新中国成立以来 80 余本行政法学教材体系的研究与整理，本书归纳出了各个阶段行政法学体系的不同特点。

第二章建构了中国行政法学体系变迁的三种模型。面向管理的中国行政法学体系是指以行政管理作为主要规范内容、以保障行政权力的有效运行为主要目的而构建的行政法学体系。面向司法的中国行政法学体系是指以司法审查与行政诉讼制度作为最终归宿、以行政行为的类型化理论为支撑点、结合行政主体理论与行政程序制度而构建的行政法学体系。面向行政的中国行政法学体系是指将行政法学的研究视角不再局限于事后的司法审查与行政诉讼以及行政行为、行政主体理论，而是拓宽到整个行政过程，深入到行政政策的制定领域的新型行政法学体系。

第三章分析了中国行政法学体系变迁的影响因素。中国行政法学体系与治理理念、行政任务与政府职能以及行政法制度变迁之间具有内在关联。治理理念的变化是中国行政法学体系变迁的根本动因。行政任务与政府职能的变化影响着中国行政法学体系的发展。行政法制度变迁与行政法学体系变迁也具有内在关联。中国行政法学体系的变迁是具体情境下各种因素相互作用的结果，内外条件的变化决定了中国行政法学体系不可能一成不变。

第四章从比较法的角度考察了域外行政法学体系的发展变化情况。分别探讨了德国行政法学体系的形成过程与变化情况和美国行政法学体系的传统模式与最新发展。奥托·迈耶采用

纯法学的研究方法建构起德国的行政法学体系。在迈耶之后，不断有学者对迈耶体系进行挑战和质疑。美国行政法学体系的传统模式是围绕行政机关行为是否合法而展开的，合法性问题成为司法审查的主要问题。传统模式目前正在发生变化。

第五章指出当下中国的自治型行政法学体系存在严重不足。自治型行政法学体系是指以行政法治目标的实现为最终目的，将法律对整个行政领域与过程的全方位治理和调控作为直接目的，以合法性审查的司法视角建构起来的行政法学体系。在外部环境日新月异的今天，自治型行政法学体系正日益陷入困境。

第六章提出回应型行政法学体系是中国行政法学体系的变革方向。回应型行政法学体系是指以公共福祉的实现与公民权利的保障为双重目的，以行政立法与公共政策的制定和司法对行政的审查为双重视角，通过制度正义与个案正义的双重方式建构起来的能够主动回应不断变化的社会需要和不断融合的学科发展要求的行政法学体系。

目 录

内容摘要	001
导 论	001
一、选题背景与研究意义	002
二、国内外研究现状与本书研究方法	005
三、基本概念与研究框架	010
第一章 中国行政法学体系的发展脉络及历史轨迹 ...	021
一、中国行政法学体系的探索、停滞与开创阶段 ...	022
二、中国行政法学体系的相对统一与推陈出新阶段	033
三、中国行政法学体系的艰难转身	046
第二章 中国行政法学体系变迁的模型建构	056
一、面向管理的中国行政法学体系	056
二、面向司法的中国行政法学体系	070
三、面向行政的中国行政法学体系	090

第三章 中国行政法学体系变迁的基本规律暨影响因素 ...	108
一、治理理念的变化是中国行政法学体系变迁的 根本动因	108
二、行政任务与政府职能的变迁影响着中国行政法学 体系的发展	118
三、制度变迁与行政法学体系变迁的关联性问题 ...	126
第四章 域外的经验——以德国、美国为例	136
一、德国行政法学体系的形成与变化	136
二、美国行政法学体系的传统模式及其发展	151
第五章 走出中国行政法学的托勒密体系——自治型 行政法学体系的不足	168
一、当下中国的自治型行政法学体系	168
二、自治型行政法学体系日渐陷入困境	174
三、解决困境的路径选择	182
第六章 回应型行政法学体系的基本构造	185
一、回应型行政法学体系的涵义与特征	186
二、回应型行政法学体系建构的必要性与可行性 ...	189
三、回应型行政法学体系的理论基础与研究进路 ...	196
四、回应型行政法学体系构建的基本原则	202
五、回应型行政法学体系的建构标准	205

六、回应型行政法学体系的基本范畴	208
七、回应型行政法学体系的建构路径	216
结 语	220
参考文献	222

本书的选题具有强烈的中国问题意识。中国行政法学体系源自德国，经过六十余年的发展，已经形成了一个较为稳定的体系结构，主要包括行政组织法、行政行为法、行政程序法、行政救济法四个模块。这种体系结构是如何形成的？六十年来，中国行政法学体系经历了怎样的发展变化？这种相对稳定的体系结构在当今社会是否存在变革的压力？变革的方向又何在？这些都是促成本书写作的动机。

本书研究的目的在于通过对中国行政法学体系的系统梳理与深刻反思，指出中国行政法学体系需要不断回应外界环境和自身性质的变化而发生变革，进而寻找中国行政法学体系变革的方向和路径。中国行政法学体系不因精致而静止，是始终处于动态的变化发展之中的，探求未来中国行政法学体系变革的可能路径也就成为无法回避的研究课题。这就需要我们用动态的思维来对待行政法学体系问题，不能因为已经建构了一个相对统一的行政法学体系就洋洋自得、停滞不前。因此，中国行政法学体系问题就具有了受到关注的合理性。体系的价值不仅在于对内容的承载，更在于其对内容的引导作用。对中国行政

法学体系问题的关注不应当只是出现于形成中国行政法学统一教材体系的 20 世纪 80 年代末 90 年代初。在当今社会,行政法学界也需要经常对行政法学体系问题进行不断的反思与突破,以新的行政法学体系带动行政法学的发展。

一、选题背景与研究意义

(一) 选题背景

随着社会的不断发展,在精细化、专业化的社会分工基础之上的综合性、统一性也在进一步加强,表现在社会科学领域,就是各个社会科学学科在各自独立领域向纵深发展的同时,也涌现出了许多跨学科的问题,这些新的问题的解决需要不同学科之间的协同合作。因此,探讨不同学科之间的关联性,用其他学科的知识来推动和丰富自己本学科的发展,是具有积极意义的。本书选题正是基于这样的背景而展开的。

行政法作为一门独立的法学分支学科,其独立性正是源于早先从行政学及政治学系统中分立出来并用法学的研究方法和话语方式进行体系构建。奥托·迈耶是行政法学体系的集大成者。迈耶创立的行政法学体系是以行政主体、行政行为和行政救济为主线展开的,围绕着法律对行政行为的控制和合法性审查而进行。该体系适应了形式法治国的发展要求,对后世的行政法学发展起到了极大的推动作用。然而,地位的崇高并不代表反思和创新需要停滞。一百多年以来,尤其是自 20 世纪 70 和 80 年代以来,在大陆法系国家的德国、日本等国,学者们都在结合自己国家的所处的社会环境变化对传统的行政法学体系进行情境化的反思,并试图搭建新的体系框架。如果说对原有行政法学体系的反思和批判还是件不太麻烦的事情的话,那么行政法学体系的重构,尤其是具有科学性、指导性、前瞻性的行

政法学体系的重构则是一项无比艰辛的事业。放眼世界,无数的圣贤先哲已经在这条道路上披荆斩棘,笔者不揣浅薄,也想就中国行政法学体系的反思与变革问题进行探索。路漫漫其修远兮,吾将上下而求索。

本书主要是从现代行政的发展所导致的行政功能的变化对行政法学产生的影响入手进行分析,认为中国的行政法学发展要顾及公共行政领域的变革,进而探讨什么是适合中国情境的行政法学体系。霍夫曼·里姆教授曾经指出过:“将行政学的知识引入正在进行专业化分工的行政法学的改革工作,乃是可称为行政法学‘百年大计’的重要工作。”〔1〕正如传统的行政法从行政学中独立出来是一种时代的进步一样,现在的行政法回应公共行政发展的客观需要,将行政学的问题纳入行政法学的研究视野并进而推动行政法学体系的自身发展同样也是一种时代的进步。

(二) 研究意义

首先,探讨中国行政法学体系的反思与变革对于优化中国行政法学体系本身具有重要意义。既有的中国行政法学体系最初源自德国,以行政行为形式理论为建构核心,探讨行政行为的类型化,以期对不同行政行为的构成要件和合法要件形成判断标准,对违法的行政行为进行司法审查。可以说,这种行政法学体系是以行政行为为支点,以行政诉讼为落脚点,以对行政行为的合法性判断作为贯穿主线,其立基于的是对干涉行政下的公权力进行控制和规范。时过境迁,在现代社会,公共行政领域不断进行理念变革,公共服务越来越成为政府的主要职能,政府与公民之间逐渐由对抗关系走向合作和协商关系。作

〔1〕〔日〕大桥洋一:《行政法学的结构性变革》,吕艳滨译,中国人民大学出版社2008年版,第286页。

为以行政法现象为研究对象的行政法学，不仅要关注法律本身，还要关注公共行政的发展变化。社会变迁必然推动行政法学体系的更新，需要新的行政法学体系与之相呼应。

其次，探讨中国行政法学体系的反思与变革对行政法律制度的完善和行政法治实践的发展具有指导意义。行政法律制度包括行政编制制度、公务员制度、行政许可制度、行政处罚制度、行政收费制度、行政强制制度、行政裁决裁判制度、行政程序制度、行政复议制度、行政诉讼制度和国家赔偿制度等。^{〔1〕}总体来说，现行的行政法律制度仍旧是在传统行政法学体系之下，根据行政组织法、行政行为法、行政程序法和行政救济法的四分法划分而形成的，传统行政法学体系限制了行政法律制度的发展空间，行政法学体系不有所突破，行政法律制度的发展就很难产生质的飞跃。此外，就行政法治实践而言，中国行政法学体系无疑对于行政法治的萌生和发展起到了重要的引导作用。中国的行政法治在很大程度上应当归功于接受传统行政法学体系教育的行政法学者们对法治和政治文明呼唤和传播的结果。然而，在行政法治已经确立并不断走向完善的进程中，也对既有行政法学体系提出了挑战，中国行政法学体系不能固步自封，要不断自我反思和创新，才能够指引行政法治实践的发展。

最后，探讨中国行政法学体系的反思与变革具有推动交叉学科研究的重大理论意义。虽然传统观点认为，行政法学与行政学是两个截然不同的学科，两者之间存在着一定的功能划分。“行政法学属于法学的一个领域，其主要课题是提出对行政的规范性要求。行政学则是要分析行政的组织与功能的实际情况，阐明其相互关系、作用方法、存在条件，其对象涉及行政运行

〔1〕 参见应松年：“我国的行政法律制度——全国人大常委会法制讲座讲稿摘登”，载《中国人大》2000年第2期。

与行政环境。”^{〔1〕}但是,如果在学科之间相互渗透和相互影响日益加深的今天仍然无视行政法学与行政学之间的密切联系而坚持二者的对峙局面,则是非常盲目的。本书对中国行政法学体系的研究正是要从行政法学与行政学之间的互动关系中寻找中国行政法学体系的发展路径,在这个层面上,论文的写作具有推动交叉学科研究的学术意义。

二、国内外研究现状与本书研究方法

(一) 国内研究现状

国内对行政法学体系的研究起步较晚。自1983年《行政法概要》作为第一本行政法学统编教材问世以来,每一本行政法学教材或专著都有自己的体系,但是,学界真正将行政法学体系作为一个重要问题来思考则应当归功于1991年5月由北京大学法律系行政法教研室首次发起的“行政法学体系与基本内容”研讨会。在该研讨会之前,对行政法学体系进行探讨的论文寥寥无几^{〔2〕};该研讨会之后,对行政法学体系及有关问题进行探讨的文章多了起来,并形成了一个研究高潮。综观国内对行政法学体系问题的研究,主要概括为以下几个方面。

第一,早期的国内研究首先是从关注行政法学体系构建的原则开始的。如姜明安教授最早提出我国行政法学体系应当遵循的四项原则:我国行政法学体系应该与我国国家管理体系相适应原则、与我国实际政治法律制度相适应原则、与完善我国

〔1〕〔日〕大桥洋一:《行政法学的结构性变革》,吕艳滨译,中国人民大学出版社2008年版,第258页。

〔2〕根据中国期刊网的搜索结果显示,1991年之前的此类文章只有两篇:姜明安:“建立和完善我国社会主义行政法学体系应遵循的原则”,载《学术研究》1985年第1期;陈安明、袁曙宏:“建立具有我国特色的行政法学体系的若干问题”,载《中国法学》1985年第4期。

行政法制及保障和促进社会主义两个文明建设的需要相适应原则以及目前我国教学科研的状况相适应原则。^{〔1〕}陈安明、袁曙宏教授提出,行政法学体系要与经济体制改革相适应、与行政体制改革相适应,并且需要系统而又深入的行政科学研究。^{〔2〕}之后,又有学者提出了重构行政法学体系应遵循的六项原则,包括:适应社会主义市场经济发展原则;总结经验、把握现状和预测未来原则;兼顾行政法学内容的广度和深度原则;加强行政法学体系的逻辑性原则;改革现有体系与借鉴外国经验相结合原则;吸收相关法学学科的研究成果原则。^{〔3〕}

第二,20世纪90年代以来学界对行政法学体系的探讨主要表现为对几组关系的争论,包括行政法的总论与分论之争、大体系与小体系的关系、行政实体法与行政程序法的关系、双线体系与单线体系的关系等等。胡建森教授研究指出,从各种行政法学研究成果分析归纳来看,中国行政法学的理论体系经历了或正面临着以下几对关系的选择和评判:(1)宪法学体系、行政学体系和行政法学体系;(2)行政法学与行政诉讼法学;(3)行政法学总论与分论;(4)制度行政法学与原理行政法学(静态行政法学与动态行政法学);(5)宏观行政法学、微观行政法学和中观行政法学;(6)双线体系与单线体系;(7)内线体系与外线体系。^{〔4〕}学界经过探讨和争论形成的共识是:行政

〔1〕 姜明安:“建立和完善我国社会主义行政法学体系应遵循的原则”,载《学术研究》1985年第1期。

〔2〕 陈安明、袁曙宏:“建立具有我国特色的行政法学体系的若干问题”,载《中国法学》1985年第4期。

〔3〕 程雁雷:“重构行政法学体系应遵循的原则”,载《行政法学研究》1994年第3期。

〔4〕 胡建森:“中国行政法学理论体系的模式及评判”,载《中国法学》1997年第1期。

法学体系一般是就行政法总论而言的,行政法学体系包括行政组织法、行政行为法、行政程序法和行政救济法四部分,行政诉讼法属于行政救济法的一部分。

第三,对行政法学体系的关注呼唤了对行政法理论基础问题的探讨,而以平衡论为代表的对行政法理论基础问题的深入研究则反过来又推动着行政法学体系的不断完善。有学者在分析了我国行政法体系的不同类型后尖锐地指出,造成它们之间差异的主要原因是各自对行政法学的理论基础(或客观基础)、行政法学体系的中心线(或主线或核心)等基本理论问题所持的观点不同;进而呼吁行政法学界尽快解决行政法学基本理论中存在的一些问题,如建立行政法的理论基础、行政法的性质、行政法的核心、行政法学的主线(中心线)等,因为这些理论范畴的明确,直接决定学科体系内在的必然联系,影响到学科内容整体上的逻辑性。^{〔1〕}

(二) 国外研究状况

奥托·迈耶被誉为德国行政法学之父,他建构的行政法学体系不仅对德国行政法学界影响极大,而且远播到日本、中国等国家。具体来说,奥托·迈耶的行政法学体系在体系的完整性和科学性上主要体现为两个方面:一是将行政受法律约束原则概括为行政法上的依法行政原则,该原则又体现为两个子原则,即法律保留原则和法律优先原则;二是构建了行政行为概念,并与行政救济相衔接。此外,奥托·迈耶的研究方法也是值得称道的。“奥托·迈耶的长处,在于以法律学的操作方法(参考民法总则),而不是向来哲学、国家学、财政学、行政学的方法,第一次完整而贴近实务地将行政法总论之可能内涵予

〔1〕程雁雷:“重构行政法学体系应遵循的原则”,载《行政法学研究》1994年第3期。

以详细论述。”〔1〕

大陆法系学者对奥托·迈耶体系的修正从未曾间断过。虽然奥托·迈耶创立的行政法学体系在大陆法系国家行政法学研究中处于至尊的地位，但是这并不代表没有任何否定或改革的声音。迈耶所处的时代，决定了他所建构的行政法学体系主要是干涉行政框架下的学科体系，而很少考虑到行政范围和任务变迁对行政法学体系所带来的影响。厄斯特·福斯多夫是德国行政法学界最早提出服务行政理论的学者。“许多人皆将创造‘干涉行政’的理论体系，并也是第一个有系统建立行政法学体系的奥托·迈耶称为所谓的‘古典行政法学’之代表人；而把最先提出服务行政理论，且主张干涉行政与服务行政‘并称’之福斯多夫称为创立‘新行政法学’之巨擘。”在福斯多夫之后，德国慕尼黑大学公法学教授彼得·巴杜拉在1966年发表了著名的《自由主义法治国与社会法治国的行政法》一文。在该文中，巴杜拉明确提出了在社会法治国的背景下，应当以行政目的为主导重构行政法总论。

英美法系学者对行政法学体系问题的研究也开始兴盛。英美法系由于具有悠久的判例法传统，历来不太重视对学科的体系化研究，强调司法审查和行政程序是其最明显的特点。但是，近来英美法系国家公法学者的教科书也出现了一些体系化的倾向。比如，施瓦茨的《行政法》中第一章就是对行政法与行政机关的介绍，从整体上来看也是符合组织法、行为法、程序法、救济法的逻辑顺序的。后来的一些公法学者则注意到了行政法的变迁趋势，这种根本性质的变迁必然会带来行政法学体系的变化。“一个日益增长的趋势是，行政法的功能不再是保障私人

〔1〕 翁岳生编：《行政法》（上册），中国法制出版社2002年版，第56页。