



比较行政法学

（第二版）

关保英 / 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

比较行政法学

（第二版）

关保英 / 著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

比较行政法学 / 关保英著. —2 版. —北京: 法律出版社, 2014. 6

ISBN 978 - 7 - 5118 - 6373 - 7

I. ①比… II. ①关… III. ①行政法—比较法学
IV. ①D912. 101

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 087217 号

比较行政法学(第二版)

关保英 著

责任编辑 郑 导

装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2014 年 6 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 廊坊市精彩印刷有限公司

印张 26.75 字数 400 千

印次 2014 年 6 月第 1 次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张建伟

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 6373 - 7

定价:68.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

作者简介



关保英

男，1961年生，陕西省澄城县人。1983年毕业于西北政法大学（西北政法大學杰出校友）。上海政法學院教授（二級），博士研究生導師。教育部教學指導委員會委員。上海政法學院副校長，行政法研究中心主任，上海市重點學科“行政法學”負責人。

長期從事行政法的教學和研究，擅長於行政法形而上的思考，在行政法價值、行政法模式、行政法基礎理論等領域都有成體系的見解。近年出版個人專著12部、編著或主編規劃教材17部。代表作有：《行政法的價值定位》、《行政法模式轉換研究》、《行政法的私權文化與潛能》、《行政法時代精神研究》、《比較行政法學》、《行政法教科書之總論行政法》、《行政法分析學導論》等，多部著作多次再版或重印。在各類學術刊物上發表論文300多篇（包括《中國社會科學》、《法學研究》、《中國法學》等國家一級刊物）。主持20多項國家級、省部級以上課題。

再版说明

《比较行政法学》一书自2008年1月出版以来,以其体系的合理与独特性、行文的规范与学术性、内容的创新与开放性,深得学界厚爱。本书尽可能做到知识性与学术性相结合,既对以往学术观点进行全面把握和推介,使其理论的发展脉络和所达学术高度一目了然,同时也展示了作者的思维方式和研究路径,使得著者在形成了个人结论的前提下,又为读者预留了足够的思考空间和研究素材。因而,被诸多法学院校指定为硕士、博士等教学用教材或参考书目以及入学考试参考书目。鉴于其广阔的市场需求和发展空间,我们在保持本书原有体系结构和内容的基础上,对其中一些细节作了完善,再次向学界推出。

我们衷心希望再版后的《比较行政法学》能得到读者一如既往的厚爱,并恳请广大读者批评指正。

作者

2014年3月

目 录

引 言	1
第一章 比较行政法学概述	4
一、比较行政法学的学科地位	4
(一)比较行政法学的概念	4
(二)比较行政法学的历史	5
(三)比较行政法学与比较行政法的比较	7
二、比较行政法学的研究对象	9
(一)行政法学基本理念的比较研究	11
(二)行政法学认识范式的比较研究	14
(三)行政法学宏观问题思考的比较研究	18
(四)行政法学中观问题思考的比较研究	20
(五)行政法学微观问题思考的比较研究	22
三、比较行政法学的研究方法	24
(一)法学研究一般方法在比较行政法学中的运用	25
(二)比较法学的方法在比较行政法学中的运用	26
(三)比较行政法的方法在比较行政法学中的运用	28
(四)比较行政法学特有的研究方法	29
四、比较行政法学的体系结构	32
(一)比较行政法学体系设计的主观性	33
(二)以行政实在法研究为背景的体系构建	34
(三)以行政法治理想格局为背景的体系构建	36

(四)以实在法与行政法学主观认知相结合为背景的体系构建	39
第二章 行政法学方法论运用的比较	40
一、行政法学方法论概说	40
(一)行政法学方法论的概念	41
(二)行政法学方法论的地位	43
(三)行政法学方法论谱系	47
(四)行政法学方法论的相对单薄性	54
二、行政法学方法论运用的四种态度	54
(一)轻视方法论的研究态度	54
(二)回避方法论的研究态度	56
(三)刻意强调方法论的研究态度	58
(四)选择运用方法论的研究态度	61
三、行政法学方法论的两大范式的比较	62
(一)实证的方法论	62
(二)价值侧重的方法论	64
(三)其他方法论的非主流状态	67
四、行政法学方法论在诸国运用的评价	70
(一)英美对实证方法论的珍视	70
(二)欧陆国家对价值侧重方法论的珍视	73
(三)日本国多元方法论的评价	75
第三章 行政法概念界定的比较	79
一、行政法概念的学理分析	79
(一)行政法概念的实在法空缺	80
(二)行政法概念主观性之成因	82
(三)行政法概念主观性之客观基础	85
(四)行政法概念主观性之绝对主观性	89
(五)行政法概念主观性之相对主观性	91
二、限权的行政法概念	92
(一)限权行政法概念的历史考察	92
(二)限权行政法概念的横向考察	98
(三)限权行政法概念的本质	103

(四)限权行政法概念的进步性评说	107
三、扩权的行政法概念	108
(一)扩权行政法概念的历史考察	108
(二)扩权行政法概念的横向考察	114
(三)扩权行政法概念的本质	118
(四)扩权行政法概念的终结	120
四、二元结构的行政法概念	121
(一)二元行政法的产生及背景	121
(二)二元结构行政法概念的本质	126
(三)二元结构行政法概念的张力	131
(四)二元结构行政法概念分化之必然性评说	134
第四章 行政法理论基础阐释的比较	135
一、行政法理论基础的涵义	135
(一)行政法理论基础的哲学维度	141
(二)行政法理论基础与行政法现实基础之比较	147
(三)行政法理论基础与支撑行政法治理论之比较	150
二、作为自然正义的理论基础	151
(一)自然正义的概念	151
(二)自然正义作为行政法理论基础的解释逻辑	156
(三)自然公正作为行政法理论基础的分布图	160
(四)对自然正义作为行政法理论基础的评价	164
三、作为分权与制衡的理论基础	165
(一)分权与制衡的概念	165
(二)分权与制衡作为行政法理论基础的解释逻辑	169
(三)分权与制衡作为行政法理论基础的分布图	173
(四)对分权与制衡作为行政法理论基础的评价	175
四、作为管理范式的理论基础	177
(一)管理范式的基本含义	178
(二)管理范式作为行政法理论基础的解释逻辑	181
(三)管理范式作为行政法理论基础的分布图	185
(四)对管理范式作为行政法理论基础的评价	187

第五章 行政法基础理论探寻的比较	190
一、行政法基础理论界说	190
(一)行政法基础理论与法理学	199
(二)行政法基础理论与宪法理论	205
(三)行政法基础理论与其他部门法基础理论	211
二、行政法基础理论地位的比较	213
(一)行政法基础理论在行政法学科中相对独立的情形	213
(二)行政法基础理论在行政法学科中作为支点的情形	215
(三)行政法基础理论相对独立与作为支点并重的情形	218
(四)行政法基础理论在诸国的走势	220
三、行政法基础理论范畴的比较	222
(一)行政法基础理论范畴的概念	222
(二)行政法基础理论范畴的内容	226
(三)行政法基础理论范畴在不同国家的表现	229
(四)行政法基础理论范畴的走势	231
第六章 行政法学关键词设定的比较	234
一、行政法学中关键词概说	234
(一)行政法学中关键词的概念	235
(二)行政法学中关键词的意义	240
(三)行政法学中关键词与非关键词的关系	244
二、宪法背景作为关键词的比较	246
(一)宪法对行政法制约程度的比较	246
(二)宪法对行政法制约方式的比较	251
(三)宪法与行政法关系认知的进路	254
三、法治行政作为关键词的比较	257
(一)法与行政关系论点的比较	257
(二)法治行政内容评说的比较	263
(三)法治行政方式选择的比较	269
四、机构紧缩作为关键词的比较	274
(一)机构紧缩理论基础的比较	274
(二)机构紧缩与行政法控制方式的比较	281

(三)机构紧缩立法模式选择的比较	285
五、责任政府作为关键词的比较	288
(一)责任政府的概念	288
(二)责任政府在行政法学中地位的比较	292
(三)责任政府与行政法治进路主张的比较	295
第七章 行政法学科体系构造的比较	298
一、行政法学科体系概说	298
(一)行政法学科体系的界定	298
(二)行政法学科体系的构成	305
(三)行政法学科体系与行政法体系	314
二、行政法学科体系的客观构造	317
(一)以行政法诸元素构造行政法学科体系	322
(二)以行政权的作用背景构造行政法学科体系	324
三、行政法学科体系的主观构造	326
(一)以方法论构造行政法学科体系	327
(二)以价值取向构造行政法学科体系	329
(三)以学科属性构造行政法学科体系	333
(四)以法律文化背景构造行政法学科体系	335
四、行政法学科体系的混合构造	338
(一)总论与分论的行政法学科体系构造	339
(二)基本原理与操作规程的行政法学科体系构造	341
(三)基本理论与部门行政法评介相结合的行政法学科体系构造	342
第八章 行政法学分部类诸元素思考进路的比较	344
一、行政法学分部类概说	344
(一)行政法学分部类的概念	344
(二)行政法学分部类的外延	347
(三)行政法学分部类的地位	349
二、行政组织法思考进路的比较	352
(一)行政组织法概念界定的比较	352
(二)行政组织法规制对象的比较	358
(三)行政组织法立法主体思考的比较	364

(四)行政组织法与行政编制法关系思考的比较	366
(五)行政组织法与公务员法思考进路的比较	368
三、行政行为法思考进路的比较	369
(一)行政行为法概念的比较	369
(二)行政行为法构建思考的比较	378
(三)行政行为法与行政程序法关系思考的比较	381
四、行政救济法思考进路的比较	387
(一)行政救济法概念的比较	387
(二)行政救济法范畴思考的比较	394
(三)行政救济法与相关监督法关系思考的比较	400
参考书目	403

引 言

行政法学中有关基础问题的研究不论在我国行政法学界还是从全球范围来看都是相对薄弱的,这其中的原因有诸多方面,一是行政法学作为应用学科导致了学者们对行政法运作过程中具体问题研究的重视,而疏于对理论问题的探讨。二是由于行政法学在法律学科体系中比较模糊的学科定位,由于学科定位不明,学者们便难以建构起这个学科的深层次的理论体系。正是基于行政法学界对行政法学理论研究的相对滞后,笔者著述了《比较行政法学》一书。应当指出,比较行政法和比较行政法学并不是同一意义的概念。比较行政法的学科体系与比较行政法法学的学科体系也是完全不同的,比较行政法的研究对象主要侧重在行政实在法方面,即通过对不同法系、不同国家、不同区域行政法制度和规范的比较,让人们了解行政实在法的优与劣。而比较行政法学的研究对象则主要在行政法学方面,即通过对不同学者、不同学术流派有关行政法理论和行政法认识问题的比较,厘清行政法学概念、论点、方法论以及其他问题的优与劣。上述两个范畴在全球行政法学界研究的分布并不平衡,正如上述受行政法作为实在法的影响,学者们对第一范畴的研究相对较多,国内外非常优秀的比较行政法的教科书或专著并不少见,然而,第二范畴

的研究则是凤毛麟角,到目前为止,笔者甚至没有系统读到一部有关的比较行政法学的教科书或专著。当然,以论文形式出现的比较行政法学还是有的,但由于受论文篇幅等因素的制约,以论文形式出现的比较行政法学还不能够建构起一个比较行政法学的学科体系。作者在本书中将研究的范畴框定在比较行政法学之中,从某种意义上讲,这个研究至少弥补了国内在此类研究中的空白。

本书的基本体系结构是这样编排的:第一章为“比较行政法学概述”;第二章为“行政法学方法论运用的比较”;第三章为“行政法概念界定的比较”;第四章为“行政法理论基础阐释的比较”;第五章为“行政法基础理论探寻的比较”;第六章为“行政法学关键词设定的比较”;第七章为“行政法学科体系构造的比较”;第八章为“行政法学分部类诸元素思考进路的比较”。上述体系是根据行政法学相关问题在行政法学体系中的学科地位而编排的,这样的编排也是作者的一个大胆尝试,由于比较行政法学本身就没有建构起相关的学科体系,所以作者的编排可谓首创。在每章的比较中,作者设定了行政法学科中的一些主要的、基本的、关键的、有争议的问题,以不同的学者的论点为比较点,在比较过程中作者刻意理出不同的行政法学流派,尽可能将同一流派的论点予以集中,将不同流派的论点予以区分和比对。比较行政法学可比较的材料可谓是非常丰富的,这个材料的丰富程度甚至超过了比较行政法的材料,正因为如此,在比较行政法学的研究中,对材料的处理就显得十分重要和关键。作者尽可能选择已经在行政法学界产生较大影响的行政法学家的论点。在有些情况下,作者为了阐释一个行政法现象也选取了一些尚未形成重大影响的行政法学家的论点。应当说明,行政法学论点与行政实在法在通常情况下具有千丝万缕的联系,也就是说,有些行政法典或者行政法制度中就包含了一些先进的行政法论点和理念。鉴于学者们对比较行政法问题研究得较多,在一般情况下,作者没有选取行政法典中的论点作为比较的材料。在笔者看来,比较行政法也罢,比较行政法学也罢,其研究的最高境界就是比较或者比对,也就是说,通过比较,有一个相对来讲是结论性的东西,如此一种论点比彼一种论点更可取,此一种论点更适合这样的条件,彼一种论点更适合那样的条件等。作者在比较中尽可能沿着上述思路展开讨论和阐释。由于此类研究的基础相对较为薄弱,这也必然制约作者研究的水

准。如果作者的著述能够启迪行政法学界相关问题的研究,该书的目的也就达到了。

作者

2007 年 5 月于上海苏州河畔

第一章 比较行政法学概述

一、比较行政法学的学科地位

(一) 比较行政法学的概念

所谓比较行政法学是指对行政法学诸问题从比较角度所进行的研究,并使有关行政法学的比较成为一个独立的学科的科学过程。首先,比较行政法学是一个科学研究过程,即人们对行政法学问题进行比较研究的一个动态的行为方式,这一点是需要特别予以强调的。因为在以往的有关比较法的定义中对比较法相关问题的定位似乎更多地突出了问题的静态方面,而忽视了比较法或者比较法学作为一个研究过程的特性。^①其次,比较行政法学是一个独立学科,这个学科与比较行政法有着本质区别。在国内外的行政法学科体系中,比较行政法的研究并不少,单就国内而论,比较行政法的

^① 目前国内外出版的主要比较行政法的著作有古德诺的《比较行政法》、王名扬先生的《比较行政法》、胡建森教授的《比较行政法——二十国行政法评述》等,这些比较行政法的著作基本上都以行政法制度作为比较研究的基础。一个国家的行政法制度与人们对于行政法的认识不同,行政法制度与行政法认识相比是相对静止的,因而,我们认为,目前国内外的关于比较行政法的研究基本上都是静止研究,是对行政法制度和事实的研究而不是对行政法过程的研究,尤其是对行政法认识过程的研究。

著作就有诸多部,^①但关于比较行政法学的著作却没有一部。比较行政法与比较行政法学无论从概念系统看,还是从学科体系讲都不是同一意义的事物,对此笔者将在本章的其他部分作系统分析。最后,比较行政法学从研究方法上讲仍然是以比较为核心的,也就是说,比较行政法学在研究过程中是以比较为主的,对不同行政法概念进行比较,对不同行政法的认知模式进行比较,对不同行政法的体系结构进行比较等。所不同的是比较行政法学进行的比较是以行政法学为核心的,而不像比较行政法那样是以行政法为核心的。

(二) 比较行政法学的历史

比较行政法学作为一个完整的学科似乎并没有完全形成,笔者查阅了国内外有关行政法问题的研究资料,似乎还不曾有一部完整的比较行政法学的教科书或者著作。学者们对行政法的比较研究主要以实在法为研究的对象,即以行政实在法作为比较行政法的研究单位。也许,学者们会认为比较行政法学必须以行政实在法为比较单位,因此,不存在真正意义上的比较行政法学。这从一些行政法学者的著述中可以深刻佐证,例如,和田英夫认为:行政法学是令人头痛的学科,“行政学之所以会这样,其原因是多方面的。首先,由于在法典里没有关于行政法的论述而使得行政法研究的对象庞杂琐碎;其次,由于有关行政法的研究很落后以及其理论体系的艰深,再者,这是由于行政法本身所特有的学说性质所决定的(在行政法的各个领域,宪法、民法、诉讼法等方面的知识是不可缺少的。从这一点上可以说,行政法涉及法律学的全部体系,是一门综合性的法学。)”^②依其见解,行政法学与行政法制度本身就是不可以分开的,由此便能够得出一个结论,纯粹的比较行政法学是不存在的。换言之,在行政法问题的比较研究中,只有行政法作为实在法的比较,而没有行政法作为法学问题的比较。在行政法学界持此论的人并不在少,正因为如此,比较行政法学的

^① 国内关于比较行政法的研究既有从总体上对行政法进行比较的,又有对行政法专题进行比较的,属于前者的有胡建淼的《比较行政法——二十国行政法评述》,法律出版社1998年版;张正钊、韩大元的《比较行政法》,中国人民大学出版社1999年版;王名扬的《比较行政法》,北京大学出版社2006年版。属于后者的有皮纯协的《行政程序法比较研究》,中国人民公安大学出版社2000年版;章剑生的《行政程序法比较研究》,杭州大学出版社1997年版。

^② [日]和田英夫著:《现代行政法》,倪健民等译,中国广播电视出版社1993年版,第1页。

独立著作并不多见。然而,行政法学的研究毕竟与行政法制度不同,作为独立存在的行政法学科体系即使没有成为规模,至少也已经有一些零散的行政法学问题的比较。行政法学是法律学科的重要组成部分,它的一些基本的发展进路常常受到法律学科总体格局的影响,其中两大法系中有关法律理论的理念就对比较行政法学产生了深刻影响。我们也注意到,诸多行政法学著作在对行政法学的一些问题进行比较研究时,常常以两大法系的有关法律学理论为出发点,甚至有些以此为归宿,如有学者对英美法系的行政法学问题和大陆法系的行政法学问题经过比较研究后认为,“属于英美法系行政法的主要有英国、美国、加拿大、澳大利亚、新西兰等”。^①“大陆法系国家行政法包括法国、德国、奥地利、比利时、荷兰、西班牙等国家”。^②并认为,“在法律体系上,大陆法系行政法属于公法,而且有一套专门的行政法机制,构成一个独立的法律体系”。^③这实质上是从法律学的角度对不同行政法学模式的概括。比较行政法学在其历史发展中,一方面,它的一些行政法学理念受法律学整体研究的制约,常常使一些行政法学的理念从有关法系或者其他法律学的总体理念中进行推演,此点提醒我们,对比较行政法学的研究不能脱离法律学的一般问题,至少要从法律学的尤其比较法学的一般问题中寻求一些解释问题的方法。另一方面,它的一些行政法学的合理命题存在于行政法学个别问题的描述之中,如有关行政行为的理论比较,有关行政救济的理论比较,只有相对微观化以后,总体比较行政法学才会显现出来,此点要求我们在对比较行政法学进行研究时一定要处理好个别与一般的关系原理、具体与普遍的关系原理。应当说,以历史的眼光观察,行政法学问题的比较其历史脉络是清晰的,而比较行政法学的历史脉络则是不清晰的,甚至正如前面所讲到的比较行政法学的学科还在创立之中。若要对比较行政法学的历史作出一个合理断代的话,必须以行政法学个别问题的比较为断代的基础,例如,在19世纪,比较行政法学主要以自然正义以及其他相关行政法学理念为比较的焦点。而进入20世纪之后,有关行政的程序构想则是比较行政法学的焦点。进入21世纪后,比较行政法学比较的核心问题则是行政法法律形式和行政法与其

① 王连昌主编:《行政法学》,中国政法大学出版社1996年版,第27页。

② 王连昌主编:《行政法学》,中国政法大学出版社1996年版,第28页。

③ 王连昌主编:《行政法学》,中国政法大学出版社1996年版,第28页。