

# 法理学

# 论丛

第五卷

JURISPRUDENCE  
REVIEW VOL.5

■ 张文显 黄文艺 主编

法律出版社



YZL10890117680

# 法理学

# 论丛

第五卷

JURISPRUDENCE  
REVIEW VOL.5

■ 张文显 黄文艺 主编



YZLI0890117680

法律出版社

## 图书在版编目(CIP)数据

法理学论丛. 第5卷/张文显,黄文艺主编. —北京:法律出版社,2011.1

ISBN 978-7-5118-1717-4

I. ①法… II. ①张… ②黄… III. ①法理学—研究—文集 IV. ①D90-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第007403号

© 法律出版社·中国

责任编辑/陈慧

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社  
总发行/中国法律图书有限公司  
印刷/固安华明印刷厂

编辑统筹/法律教育出版分社  
经销/新华书店  
责任印制/张宇东

开本/787×960毫米 1/16  
版本/2011年1月第1版

印张/20 字数/363千  
印次/2011年1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 978-7-5118-1717-4

定价:30.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

本论丛由教育部人文社会科学重点研究  
基地·吉林大学理论法学研究中心资助  
出版。

# 目录

Content

## 【部门法哲学】

- |                       |     |           |
|-----------------------|-----|-----------|
| 近五年来中国法理学对行政法学的影      | 王志  | 余凌云 / 3   |
| 论排放权市场的时空维度:低碳经济的立法基础 | 郑少华 | 孟飞 / 21   |
| 评“主、客二分”的法学研究范式       |     | 蔡守秋 / 31  |
| 刑事诉讼法哲学研究的新发展         |     | 樊崇义 / 82  |
| 信息网络传播权的法哲学审视         | 曹新明 | 梅术文 / 110 |
| 合同即合作                 |     | 杨志利 / 122 |
| 论经济分析方法在反垄断法中的作用及局限性  |     | 李剑 / 152  |
| 论民法典及民法学范式的转换         |     | 杨铁军 / 167 |

## 【司法、权利与当代中国法治】

- |                       |    |           |
|-----------------------|----|-----------|
| 人民法院对当代瑶族习惯法的认可       |    |           |
| ——以一起返还罚款纠纷案的审理为考察对象  |    | 高其才 / 179 |
| 非政府组织主体制度研究           | 张清 | 房妍妍 / 211 |
| 从政治概念到法律命题            |    |           |
| ——对“以人为本”的法律及其方法的几点构想 |    | 徐继强 / 234 |
| 当代中国权利问题研究的历史演进       |    | 王岩云 / 245 |
| 当代中国法学的现代性困惑          |    |           |
| ——“权利本位论”和“本土资源论”比较研究 |    | 蔡宏伟 / 270 |

## 【当代西方法律哲学探究】

- |                  |  |           |
|------------------|--|-----------|
| 融合与超越            |  |           |
| ——对卢曼法社会学理论的比较分析 |  | 杜健荣 / 299 |

# 部门法哲学

---



# 近五年来中国法理学对行政法学的影 响

王 志 余凌云\*

## 一、问题与方法

### (一) 问题引入

改革开放至今,中国法学已然经历了三十年的发展。“三十而立”,值得我们回过头来认真梳理和省思。有意思的是,现有的相关回顾成果都驻足于各自学科领域,几乎很少关心法学内部不同学科的理论与实践、思想理念与制度技术之间交互影响的问题,不无让人遗憾。而且,法理学作为“全国高等学校法学专业”十四门“核心课程”之首,被认为是“法学的一般理论、基础理论和方法论,在整个法学体系和法学教学中占有重要地位”,<sup>[1]</sup>那么我们不禁要问,法理学地位如此重要,这种基础知识对于其他部门法学,特别是侧重于应用法学的部门法学究竟有没有影响,有着怎样的影响呢?

设置此一问题的意义恐不止于此。三十年来法学理论和实践的发展,思想的提升,理念的创新,制度的演进,技术的细化,无不是同社会的新陈代谢、时代的需求挑战紧密联系在一起。也就是说,在很大程度上,现实的事件和行动在有形或无形中“催逼”着法学的进步与发展,如“田永诉北京科技大学拒绝颁发毕业证、学位证行政诉讼案”(1999)、“齐玉苓诉陈晓琪等以侵犯姓名权的手段侵犯宪法保护的公民受教育的基本权利纠纷案”(2001)等已登上《最高人民法院公报》的案例,还有大量的随着社会转型而来的下岗问题、“三农”问题、教育公平问题、房屋拆迁问题、土地征用问题等等,以及由此引发的大量复杂的法律问题和社会矛盾。<sup>[2]</sup>各个部门法如何面对时代的挑战,作出自己的回应?在这个过程中,部门法学从法

\* 王志,北京大学法学院2009级博士研究生。余凌云,法学博士,清华大学法学院教授、博士生导师。在本文形成过程中,我们曾就研究方法 with 基本结论请教了高鸿钧、沈岷和何海波等教授,受益颇多,在此致谢。

[1] 张文显主编:《法理学》(第三版),高等教育出版社2007年版,第1页。

[2] 如最近发生的“唐福珍事件”以及北大五学者上书全国人大常委会建议审查《拆迁条例》。



理学当中汲取了哪些理论模型、方法与技术?法理学为部门法学提供了哪些理论和制度资源予以解释和建构?所有这些都值得我们深思。

显然,这个话题过于宏大,为避免知识的欠缺,我们将把目光仅仅停留于中国法理学与行政法学之间,着重从这个视角去思考我们所关心的学科间影响问题。正如有学者指出的:“行政法学不只是就事论事的‘科学’;它还必须探讨行政法的价值标准,并以此来衡量特定的行政法体系。”〔3〕这就为法理学与行政法学的沟通提供了可能。

## (二)方法设计

对于“影响”的分析解读是很困难的。第一,影响可能是看不见摸不着的,对于学术理论而言尤其如此,给“影响”下一个干瘪的定义也不能解决什么问题,因为人们想得到的是直观的和一看就有点体会的感觉。第二,影响的空间范围总不是那么容易确定的,如一种观点对另一种观点的影响,有时不那么容易确定,它可能是被研究者直接采用——用合乎“规范”的方式予以证明,也可能是刺激了研究者的思路——那就无法“规范”地说明了;又如北京大学罗志田教授感受的另一种情况:“论著甚多,而现行图书发行方式使穷尽已发表刊出的研究成果成为一非常困难之事。个人虽已尽力搜求,难保不无缺漏。另外,因论著多而参阅时间不一,有时看了别人的文章作品,实受影响而自以为己出者,恐亦难免。”〔4〕这种空间上的错位也使影响的引起与被引起的关联扑朔迷离。第三,“影响”的时间性不那么容易把握,不同时期的观念、风气、流行品位等或有不同,影响也难以尽述。

这就需要将本文的方法设计交代一下。针对上面提出的问题,第一,对于“影响”的分析必须摆事实讲道理,故采取一种实证的方法较为适宜,实证方法实乃一种凭经验靠材料证明说理的方法,讲求证据的搜集、排比、分析和局限使用,使人容易亲近,在此基础上学术共同体能在确定的场域中凭事实说话,凭道理取长补短,正面交锋,有的放矢,使学术争鸣更加规范有意义。本文主要运用观察法中的调查研究(survey research),然后对资料进行梳理分析,最后简要的对其因果关系予以解释。〔5〕第二个问题比较复杂,首先应明确文中所指的“法理学”与“行政法学”是在通常大家理解的教育部学科划分意义上得来的,学问(学科)的影响无疑是通过一个个具体的学者施加的,是他们的个人学识与魅力的写照。但是,如果我们以

〔3〕 张千帆、赵娟、黄建军:《比较行政法——体系、制度与过程》,法律出版社2008年版,第2页。

〔4〕 罗志田:《再造文明之梦——胡适传》,四川人民出版社1995年版,第4页。

〔5〕 参见〔美〕艾尔·巴比:《社会研究方法》(第8版),邱泽奇译,华夏出版社2000年版,第三、十、十五章。

法理学界与行政法界的学人为分析样本,似乎难以把握,比如“法理学人”这一群体的个人影响,其中的变量就很多,如个人偏好、涉猎范围、社会职务、人脉关系等,因此,本文考虑将法理学人、行政法学人的具体作品——看得见摸得着的“书”——作为实证调查对象,比较符合“影响”的学术品位和本质。而书海茫茫,本文把此“书”的选择锁定为“畅销书”,原因请容后述。第三个问题,一种具体的现实的“影响”确是在一定的时空交叉点上的合力,因此本文亦须“截断众流”,〔6〕以近五年为时间段展开论述。为什么是近五年呢?首先,我们必须承认,当三十年前法学开始苏醒的时代,行政法学作品相当有限,专业学习之余,行政法学者们阅读更多的不是其他部门法教材、专著,而是比之相对成熟的政治哲学、法理学方面的书籍,那时(大概指20世纪80、90年代)法理学的影响可谓深远,因此,随着时光推移,人们自然会问这几年情况会怎样。其次,对“这几年”要作明确限定,本文选择五年主要是因为五年时间,不长也不短,应能反映当前现实。且科技长足进步,使得有关数据库的容量、编排、查询等臻于完善,让我们有可能依赖与信赖有关数据库的完整信息,并能方便查找与统计畅销书和核心期刊论文的数量及其引注量。

另有两个问题亦须指明:一是为什么选择畅销书来作分析的重要材料〔7〕因为很多传世之作在当时可能只是“藏之名山”,或许上千年后才得见天日,光照千古。这种说法在传统农业社会固然有理,〔8〕但现代论文的研究工具总是有局限的,行文篇幅也有限,必立一准绳方可小题大做,此其一;畅销书以销量见长,标准单一,量化明确,很适宜作为准绳予以参考,并且也有大量学术作品甫一问世,即洛阳纸贵,学界称羨,因此弥补之法是可以尽量多选取标本,以补学术成果遗漏之缺,另外凭经验予以适当补正,即使如此,挂一漏万在所难免,谁想一网打尽,的确不可能,此其二;当今之世已是所谓网络时代、信息社会、“地球村”,其知识信息的传播速度,媒体资讯的流散广度,社会结构的变迁程度,学术共同体的交流频度,都不是往昔甚至三十年前所能想象的,沧海桑田,通过网络资源的运用,以畅销书为对象进行基本分析,既反映法学学术成果的市场效应,也扣准了此一“影响”的社会效应,虽不中亦不远矣,面面俱到大可不必,此其三。另外,也可用“核心期刊”上论

〔6〕 此词借用蔡元培为胡适《中国哲学史大纲》作序的用语大意。参见欧阳哲生编:《胡适文集》(第六卷),北京大学出版社1998年版,第156页。

〔7〕 “畅销书”的定义人人言殊,有专门学者探讨了畅销书的衡量标准,否定了“唯销量论”,主张从畅销书五个衡量因素入手,对畅销书进行全面评价,参见张文红:“‘畅销书’概念内涵及衡量标准探析”,载《北京印刷学院学报》2009年第3期。

〔8〕 参见王家范:《中国历史通论》,华东师范大学出版社2000年版,第2~3页。作者对在中国历史背景与语境下的“传统—现代”二分作了极其精辟的阐述。

文材料加以补充。

二是本文重在提出问题,附带局部解释问题,而不是一锤子解决问题,一揽子包办问题。至于因果关系的详尽分析,是知识社会学和将来学术史研究的主要范畴,本文仅以材料分析为限,提出一些自己非常想说明的理由以供参考;受材料性质与证据数量限制,因果分析的品质是有局限的,不以给出唯一“正确”答案为目的。笔者不揣冒昧,试以自身立足的行政法学为例,试图提出这个开放式问题,期望得到法理学及其他相关领域的开放式探索与回答。这本是实证研究所应持有的态度。

以下接近五年来畅销书作品中的教材、专著一一述及,<sup>[9]</sup>最后补以近五年来发表在《中国社会科学》上的行政法作品,观察其引注情况,以作为进一步的补充证据。

## 二、教材:形式与内容的影响

教材的市场需求较大,故更新频率较高,传播并总结学科的知识尤为重要。以下是根据当当图书网销量<sup>[10]</sup>排比的法理学教材样本:

表 1:法理学教材畅销书 25 个样本

书名	作者	出版社	出版时间
法理学(第三版)	张文显主编	高等教育出版社 北京大学出版社	2007年2月
法理学导论	舒国滢主编	北京大学出版社	2006年6月
法理学(第三版)	张文显主编	法律出版社	2007年1月
法理学初阶(第三版)	付子堂主编	法律出版社	2009年6月
法理学(第三版)	沈宗灵主编	北京大学出版社	2009年2月

[9] 其中的“教材”、“专著”均指中文写作,中华人民共和国境内出版的著作,其中“专著”在此含义较宽泛,不限于 monograph,亦包括随笔集、论文集等。注意:教辅类、考试类(司法考试、公务员考试、研究生考试等)书籍与本文主题不合,不予列入。

[10] 关于畅销书的选取样本,笔者拟以当当图书网(<http://book.dangdang.com/>)为载体。肯定有人会问:为什么选择当当?除了因为其是“全球最大的中文网上书店”以外,还因为选取的载体应该尽量简单和集中,这样分析结果才具有较好的可比性和有效性,因此不必再将其诸如“卓越图书”等混进来凑数,另外如万圣书店、风人松、西单图书大厦、海淀图书大厦等各有其定位,网上数据不如当当图书那么完整有效(因为当当完全依靠网络资讯吸引顾客),因此可作参考,不必列入。笔者利用当当图书网提供的销量数据,进行排比分析。其排名完全根据当当图书网提供的“销量”排行,笔者尽量多选择一些(如前 25 位),以弥补可能遗漏之不足。另外必须指出的是,当当图书的统计是变动的,我们截取的时间是近五年,即 2005~2009 年。比较幸运的是:当当之“图书销售榜”恰是提供了 2005~2009 上半年的销量情况,共计四年半的时限,因此其数据应在本文“近五年”的调查范围之内,其误差应可以通过本文作者的经验观察予以修正。

续表

书名	作者	出版社	出版时间
法理学(第二版)	舒国滢主编	中国人民大学出版社	2008年6月
法理学进阶(第二版)	付子堂主编	法律出版社	2006年9月
法理学(第三版)	葛洪义主编	中国政法大学出版社	2007年7月
法理学导论	徐永康主编	北京大学出版社	2006年8月
法理学(第二版)	公丕祥主编	复旦大学出版社	2008年10月
法理学	郑成良主编	清华大学出版社	2008年9月
法理学	杨春福主编	清华大学出版社	2009年6月
法理学	卓泽渊	法律出版社	2009年7月
法理学导论	刘星	法律出版社	2005年2月
法学导论	卓泽渊	法律出版社	2007年9月
法理学	周旺生主编	北京大学出版社	2007年9月
法理学	朱景文主编	中国人民大学出版社	2008年1月
法理学	李其瑞主编	中国政法大学出版社	2007年9月
法理学阶梯	舒国滢主编	清华大学出版社	2006年9月
法理学导论	张光杰主编	复旦大学出版社	2006年9月
法理学	高其才	清华大学出版社	2007年9月
法理学	葛洪义主编	中国政法大学出版社	2008年3月
法理学	周旺生	北京大学出版社	2006年6月
法理学	宋方青主编	厦门大学出版社	2007年8月
法理学导论	孙笑侠、夏立安主编	高等教育出版社	2005年7月

以下是行政法学教材的样本：

表2:行政法学教材畅销书25个样本

书名	作者	出版社	出版时间
行政法与行政诉讼法(第三版)	姜明安主编	北京大学出版社 高等教育出版社	2007年1月
行政法学(第二版)	罗豪才、湛中乐主编	北京大学出版社	2006年1月
行政诉讼法学(第二版)	马怀德主编	北京大学出版社	2008年10月
现代行政法学(第二版)	沈荣华编著	天津大学出版社	2006年4月
行政法学	张树义主编	北京大学出版社	2005年4月
行政法原论(第二版)	周佑勇	中国方正出版社	2005年8月
四国行政法	应松年主编	中国政法大学出版社	2005年11月

续表

书名	作者	出版社	出版时间
行政法与行政诉讼法教学案例	姜明安、李洪雷主编	法律出版社	2007年9月
行政法与行政诉讼法(第四版)	张正钊、胡锦涛主编	中国人民大学出版社	2009年7月
行政法与行政诉讼法学(第二版)	张树义	高等教育出版社	2007年3月
行政法学	马怀德主编	中国政法大学出版社	2009年8月
行政法与行政诉讼法学	王学辉主编	科学出版社	2008年6月
行政法	翁岳生编	中国法制出版社	2009年4月
行政法与行政诉讼法	应松年主编	中国法制出版社	2009年5月
行政诉讼法学(第二版)	杨解君主编	中国方正出版社	2004年12月
行政法概论	苏祖勤主编	武汉大学出版社	2008年8月
行政法学新论	应松年主编	中国方正出版社	2004年1月
行政法与行政诉讼法	方世荣主编	中国政法大学出版社	2007年8月
行政诉讼法(第二版)	姜明安	法律出版社	2007年3月
行政法学原理与案例教程	莫于川主编	中国人民大学出版社	2007年9月
行政法与行政诉讼法	叶必丰	高等教育出版社	2007年6月
行政法学案例分析	沈亚平、魏建馨主编	南开大学出版社	2006年8月
行政法案例研习教程	莫于川主编	中国人民大学出版社	2009年4月
比较行政法:体系、制度与过程	张千帆、赵娟、黄建军	法律出版社	2008年8月
行政法学(第二版)	胡建森	法律出版社	2003年2月

由表1、表2,笔者特别挑出中国法理学和行政法学教材中的佼佼者——张文显《法理学》(第三版)(以下简称张书)与姜明安《行政法与行政诉讼法》(第三版)(以下简称姜书),首先把二者的目录排比出来,以观察其体例框架和形式结构的异同,然后再挑选其中类似章节,深入比对其体例形式,推敲其中是否有影响之处。

表3:张书与姜书的目录排比

张书目录	姜书目录
第一章 法学研究方法与法学教育	第1章 行政法学的基本概念
第二章 法学的研究方法	第2章 行政法的法源
第三章 马克思主义法学的产生与发展	第3章 行政法的基本原则
第四章 法理学概述	第4章 行政法和行政法学的历史发展
第五章 法的概念	第5章 行政法主体概述
第六章 法的渊源、形式和效力	第6章 行政机关
第七章 法的要素	第7章 其他行政主体

续表

张书目录	姜书目录
第八章 法律体系	第 8 章 国家公务员
第九章 权利和义务	第 9 章 行政相对人
第十章 法律行为	第 10 章 行政法制监督主体
第十一章 法律关系	第 11 章 行政行为概述
第十二章 法律责任	第 12 章 抽象行政行为
第十三章 法律程序	第 13 章 具体行政行为
第十四章 法的历史	第 14 章 行政处理(一)——依申请行政行为
第十五章 法律演进与法律发展	第 15 章 行政处理(二)——依职权行政行为
第十六章 法的制定	第 16 章 行政主体实施的其他行为
第十七章 法的实施	第 17 章 行政程序
第十八章 法律职业	第 18 章 行政救济概述
第十九章 法律方法	第 19 章 行政复议概述
第二十章 法的价值概述	第 20 章 行政复议范围
第二十一章 法与秩序	第 21 章 行政复议法律关系主体
第二十二章 法与自由	第 22 章 行政复议的程序
第二十三章 法与效率	第 23 章 行政诉讼概述
第二十四章 法与正义	第 24 章 行政诉讼案范围
第二十五章 法与人权	第 25 章 行政诉讼的管辖
第二十六章 法与经济	第 26 章 行政诉讼参加人
第二十七章 法与政治	第 27 章 行政诉讼证据
第二十八章 法与文化	第 28 章 行政诉讼程序
第二十九章 法与法治国家	第 29 章 行政诉讼的法律适用
第三十章 法与和谐社会	第 30 章 行政诉讼的判决、裁定与决定
	第 31 章 涉外行政诉讼
	第 32 章 行政附带民事诉讼
	第 33 章 行政赔偿与国家赔偿
	第 34 章 行政赔偿范围
	第 35 章 行政赔偿请求人和赔偿义务机关
	第 36 章 行政赔偿方式和计算标准
	第 37 章 行政赔偿程序
	第 38 章 行政补偿

由表3仔细排比梳理,发现姜书与张书相比,其体例形式有一定重合:(姜书)第1章与(张书)第四章(学科概念),第2章与第六章一部分(法源),第4章与第十四、十五章一部分(历史发展),第5~10章与第七、八、九章一部分(法律关系),第11章与第十章(法律行为),第12章与第十六章(立法)。由此可以提出问题A:这种形式体例上的交叉重合是不是能反映法理学对行政法学的影响呢?

恐怕未必。经验告诉我们更多是由于二书同为法学学科教材使然,必然存在一些形式上的类似之处。举一例以明之:如果我们翻开任何一本民法学或刑法学教材,也会找到诸如概念、法源、关系、行为等范畴的内容,其重合度可能更高。<sup>[11]</sup>不过,法理学将这些范畴抽象出来予以介绍(特别是第18~30章,此类内容部门法不可能专门系统抽象地论及),却很可以让研习法律的“新鲜人”(freshman)对法学的词汇话语有“先入为主”之效,所以这里仅能说明法理学的奠基与宣传功效,而对行政法学的影响却看不出来。除此之外,有一条重要内证恰可解答我们关心的“影响”问题:姜书明确指陈其为行政法学的第三部统编教材,与前两部是传承和损益的关系,<sup>[12]</sup>此种表白更坚信了我们的推断:行政法学作为部门法的学科体系主要来源于自身学科的特质和结构,自有学术传统与之传承,而法理学的影响可能主要局限于一些基本概念名词的抽象化解释和宣传教育。从学术思想史的角度来看,就教材样本的考察而言,可以看出相对于行政法学自身内在逻辑(inner logic)<sup>[13]</sup>的发展过程,中国法理学的外缘影响比较模糊微弱。

教材的体例形式必须由其内容得以深度体现,所以必须在进一步的分章考察中将问题深化,于是我们再选取二书都论述了的“正当程序的内容”一项,排比分析它们具体内容的影响关系。为避免机械刻板之讥,我们暂不以章节为单位作武断比附,而是真正选取其内容相关者铺陈开来:

[11] 梁慧星:《法学学位论文写作方法》,法律出版社2006年版。该书虽以民法为例,但却谈的是整个法学论文写作与研究体例的问题,而未见有中国法理学影响的痕迹。

[12] 第一部行政法学统编教材是王珉灿主编:《行政法概要》,法律出版社1983年版;第二部是罗豪才主编:《行政法学》,中国政法大学出版社1989年版,1996年再版。姜书1999年初版,2005年第二版,2007年第三版。参见姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》(第三版),北京大学出版社、高等教育出版社2007年版,第33~36页。

[13] 通过文本与思想的内在研究可以部分揭示出学术影响与传承的重大问题。此一方法的揭示与运用在大历史学家余英时先生的《论戴震与章学诚——清代中期学术思想史研究》一书中体现得淋漓尽致,作者明确归纳提出“内在理路”(inner logic)的研究思想,尤堪玩味。这也是受人文学科影响的例证。

表 4:二书“正当程序的内容”的排比

张书——正当程序的特征	姜书——正当程序原则的主要要求
分化在正当程序中占据重要位置	自己不做自己的法官(笔者注:回避制度)
有意识地思维阻隔	说明理由(笔者注:说明理由制度)
直观的公正	听取陈述和申辩(笔者注:听证制度)
对立意见的交涉	行政信息公开制度
鲜明的形式理性	

差异很明显,张书归纳的五大特征是一种抽象的论述,带有哲学思辨的风味,给人一种理念的提升和抽象的快感;姜书则是对行政法基本原则之一的正当程序原则进行解析,但重在制度描述,每一点都明确指向现实中的制度建构。由此可以总结出问题 B:语言和内容上的明显差别与影响的关系。如果有影响力,我们可以假设其用词及其含义应有一定的相似或雷同,但由表 4 实在难以察觉。那么,是否是行政法学者广泛阅读法理学著作之后,有关知识理念已经渗入骨髓,化作行政法自己的语言?就笔者自己研究与写作的类似经验,的确是对法理学著作少有关,更主要的是阅读参考行政法共同体中大量的类似文献。本文的这些观察实乃围绕主题而展开,其论断含有经验成分,这些确在实证调查研究的范畴之内,除非有反证提出。

仅此或许还不能让读者信服,因为这些形式与内容的差异更多可能是“天生的”,即学科特性使然,真正的影响应从(受体)文本的蛛丝马迹来分析,从而提出了问题 C:文本细节与影响的关系。因此我们又选择了姜书,把其中的引注及其来源排列开来,从中便可窥知作者所受直接影响究竟若何。

第一个样本:第 2 章“行政法的法源”(共 45 个注),其中引用行政法学作品的有 22 个,引用其他部门法作品的有 2 个,<sup>[14]</sup>引用权力机关制定的规范性文件的有 16 个,引用法院文件的有 3 个,<sup>[15]</sup>自我解释说明的有 1 个,其他 1 个。<sup>[16]</sup>法理学作品引用为 0。

第二个样本:第 11 章“行政行为概述”(共 61 个注),其中引用行政法学作品的有 49 个,引用法理学作品只有 2 个,而且为同一本书——张文显教授的《法学基本范畴研究》(中国政法大学出版社 1993 年版),已是 16 年前的作品。

[14] 如张明楷主编:《行政刑法概论》,中国政法大学出版社 1991 年版;邵津主编:《国际法》,北京大学出版社 2000 年版。

[15] 如《最高人民法院公报》2001 年第 5 期,第 152 页。

[16] 这一类以工具书为常见,如《中国大百科全书·法学》。



第三个样本:第17章专讲“行政程序”(共56个注),其中引用行政法学作品的有21个,引用法理学作品稍多些有4个,其中中国法理学只有1个——季卫东教授的论文“程序比较论”(载《比较法研究》1993年第1期),也是16年前的作品。值得注意的是,该章作者除引用其他部门法作品、规范性文件外,还直接引用哲学著作,<sup>[17]</sup>使得我们对第一手材料的引用情况更为关注。

对于以上三个样本的考察更让我们见微知著。近五年来(时间上)中国法理学(空间上)的引用率在最畅销行政法学教材中竟然极少见,不得不使我们对近五年来中国法理学的知识产出提出了新的问题,把目光锁定在更具有学术意义的专著上。

### 三、专著:理论方法的影响

专著更能说明该学科的理论问题,反映该学科的时代特色,体现该学科的学术魅力,在“影响”判断上也可能更复杂多姿。首先,我们也将法理学作品(2005年后,下同)排列如下:

表5:法理学专著畅销书15个样本

书名	作者	出版社	出版时间
制度是如何形成的(修订版)	苏力	北京大学出版社	2007年9月
二十世纪西方法哲学思潮研究	张文显	法律出版社	2006年1月
西方法学名著提要	李龙主编	江西人民出版社	2005年5月
法庭语言技巧(第三版)	廖美珍	法律出版社	2009年8月
谁之全球化?何种法哲学?	邓正来	商务印书馆	2009年2月
波斯纳:法律的经济分析	李霞	黑龙江大学出版社	2009年7月
哈耶克社会理论	邓正来	复旦大学出版社	2009年8月
权力腐败与权力制约	林喆	山东人民出版社	2009年1月
中国法视野下的同性恋	郭晓飞	水利水电出版社	2007年5月
法理要论(第三版)	张恒山	北京大学出版社	2009年7月
社会稳定及预警机制研究	王银梅	法律出版社	2009年6月
法理学精义	郭道晖	湖南人民出版社	2005年11月
立法者的法理学	强世功	生活·读书·新知三联书店	2007年9月
法律解释学	陈金钊等	中国政法大学出版社	2006年2月
自然法理论的演进: 西方主流人权观探源	申建林	社会科学文献出版社	2005年5月

[17] 如张汝伦:《意义的探究——当代西文释义学》,辽宁人民出版社1987年版。