

# 行政法分析学导论

上

关保英 著



商务印书馆

# 行政法分析学导论

上

关保英 著



商务印书馆  
The Commercial Press

2011年·北京

**图书在版编目(CIP)数据**

行政法分析学导论(上、下)/关保英著. —北京:商务印书馆,2011

ISBN 978-7-100-08300-3

I. ①行… II. ①关… III. ①行政法理论—研究—中国  
IV. ①D922.101

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 067160 号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

**上海市教委重点学科建设项目**

XÍNGZHÈNG FĀ FĒN XÍ XUÉ DǎO LÙN

行政法分析学导论

(上、下)

关保英 著

---

商务印书馆出版

(北京王府井大街36号 邮政编码 100710)

商务印书馆发行

北京瑞古冠中印刷厂印刷

ISBN 978-7-100-08300-3

---

2011年9月第1版

开本 880×1230 1/32

2011年9月北京第1次印刷

印张 25

定价: 62.00 元

# 序

自 20 世纪 80 年代我国法制建设进入正轨以来,法律哲学、法学基本理论以及部门法理论在我国都有了迅猛发展。一定意义上讲,我国基本的法学理论体系已经建立起来。随着 2006 年中共关于到十一五期间我国要建成社会主义法律体系规划的提出,人们关于我国法律体系能否在五年之内建成便展开了热烈讨论,正当这个讨论进行之际,2008 年《改革开放 30 年中国人权发展大事回顾》中宣布我国社会主义法律体系基本建成。这个论断既平息了人们关于我国是否能够在短期内建成法律体系的疑问,同时又为法学界和法律实务部门带来了一系列新的需要重新启动的研究课题,这些研究课题可以归结为下列主要方面:

一是法律体系与法治体系各自的定在及其关系问题,进而在中国的具体状况问题。毫无疑问,法律体系与法治体系各自为一单独定在,如果撇开二者内涵的深度解读不论,法律体系可以作为一个单独的分析对象,并给出一个相对确定的内涵,其是由一国法律的典则体系构成的。当然,其中典则的具体形态则是一个可以免去不计或深化以后再可观察的问题。法治体系同样可以作为一个单独的分析对象,并给出一个相对确定的解析,其是就一国实现法律治理的整个机制而论之的,包括法自身的范畴和法与社会过程关系的范畴。对二者分而解之,在逻辑上似乎也不会犯太大的错误。然而,若进入第二个层面,那就是法律体系与法治体系关系的层面,认可二者作为独立定在的分析方式就

不能适用了。换言之,如果从法治这层面分析,法律体系与法治体系则难以作为独立的分析对象,即是说,二者紧密地交织在一起,以致离开其中的任何一者分析另一者都必然会犯形而上学的错误。不幸的是,我们在关于社会主义法律体系构建的问题上基本离开了社会主义法治体系的概念,而当我们在回答社会主义法治体系概念时,也没有有意识地在其中融入社会主义法律体系的概念。这个理论上的偏向对于我国整个法学研究和法治建设的推动都是致命的。因为法律体系的建成与法治体系的建成还不是同一意义上的概念,或者说法律体系的建成与法治体系的建成还有非常大的距离。在笔者看来,法治体系是一个总概念,而法律体系是一个子概念,一方面,法治体系概念之下包括了法律体系;另一方面,法律体系一旦离开法治体系就不具有太大的意义。从法学方法论上讲,法律体系是一建构性概念,即通过相关的顶层设计和一定的立法行为就能够建立起来,而且不会需要太长的时间,这从各国法律制度变迁的历史可以得到佐证。与法律体系相比,法治体系则是一个解构性概念,就是任何顶层设计或演绎方法在这里都不具有明显的效果,而必须通过分而解之,归而纳之等社会学式的分析方法才能得出合乎逻辑的结论。显然,哲学上有关方法论的理论告诉我们,解构比建构要有更大的难度。不知是因为解析研究的难度,还是因为我国长期以来政府推动式法律制度建设的的方式,抑或是由于历史的原因,导致我国法学研究中尤其部门法的研究中,无论存在于官方的还是存在于民间的都将侧重点放在了法律体系上,或者说法律体系的注解或构建上,这便使我国整体上的法学研究不是以法治体系的研究为重心,这样的研究结果必然使法学研究与法治体系的建设,进而与法治国家的建设存在某种程度的两张皮现象。本书的研究基调是对目前泛化于我国法学研究中规范研究的否定,就是将法律体系放置于法治体系的大背景之下进行分析,用法治体系的若干元素反补法律体系的价值及其

合理性。毫无疑问,法律体系若离开法哲学分析是可以单独存在的,也可以对其单独进行研究,甚至可以对其自身作出价值上的评判,尤其美学上的评判。但是,这种具有美学价值的法律体系除了能够观赏以外,其他方面的价值究竟有多大,就目前我国法学研究的现状讲,并没有一套有效的方法进行求证。本书若离开行政法视野,即若将其观察方位放大以后,就可以在一个普遍的法治体系的意义上评判法律体系的价值或有效性。

二是关于静态的法与动态的法的关系问题。法具有静态和动态两个方面,静态方面是指法可以从相对静态的方面观察,法律的典则体系以及与典则体系相关的其他硬件都是静态的,包括法律机构和支撑法律的外在条件。在科特威尔的理论中,有关法律的原则、观念和相关的解释方法都是法的静态方面;动态方面则指法是实施社会管理和实现社会过程的工具,法律行为尤其法律在进行社会控制中的各种权变手段都是较为生动的动态方面。其实,由法作为社会控制过程的理论进行推演,动态的法是法天经地义的方面,而非法的可有可无的一面。因为任何法律由其制定到其最后的实现都应当是在动态化过程中得以体现的。我国法学界在对待法的态度上是否将法的静态方面与动态方面予以有机结合了呢?在笔者看来,对此我们只能遗憾地作出否定的回答。之所以这样说是因为我们在法学理论和法律实务中基本上将法封闭在一个仅仅属于法的范畴之中,即没有将法放置在更大的经济背景、政治背景、社会背景和文化背景中进行考量。当我们在方法论上将法定义为上层建筑时,我们并没有一套完整的法律与经济、法律与政治、法律与社会、法律与文化的理论体系,更没有正统的价值判断对这些问题作出回答或回应。正因为这样,有人讲中国的法律属于法学家法,就是说只有一部分法学研究人员将自己封闭在一个圈子里进行法律问题的讨论和评说,而且长此以往也形成了一个将法律用相关手段封闭起

来的一个壁垒,法内的人出不去,而法外的社会现象又无法进来。有学者指出,法律“规则只有通过实际社会现象和社会关系的运用,才会体现出其内含和意义”。毋须多言,静态的法是我国法学理论的基本基调,静态的法也是我国法律实务的基本法律认知。法律学科体系是以一定的形式予以承载的,在法治发达国家承载法律学科体系的是大量有法律判例和存在于社会之中的法律事件。而在我国承载法律理论的除了抽象的学术著作就是对规范进行平面式注释的教科书。笔者注意到,我国绝大多数法律学教科书尤其部门法的教科书都是对规范的解释或点评,有些教科书从头至尾甚至没有一个法律案例和法律事件的支撑。概而论之,我们不难对我国的法作出以静态法为根本格局的判断。法学将法仅仅框定在静态方面,由于成了既成的事实,因此,人们也大多习惯于这样理解和领会法律学的精神。如果法学是一个思辨科学或形而上学学科,其以静态角度进行体系构建便是完全可以的。然而,无论从任何意义上讲,法律学似乎是一个实用学科,作为一种实用学科其就不可以孤立于一国经济、政治、社会、文化之外,这也正是法律现实主义和法社会学在西方流行的原因。对于我国法学作为静态化的法的惯性,我们可以继续地认可它的存在,因为这个惯性生成的诸多东西在短期之内我们还无法予以否定或去除。同时,作为实用性的法律学又不能长期容忍静态的法的特性在法学界和实务界的泛滥,因此,本书称之为行政法分析学,试从行政法动态研究方面弥补我国传统法律学科的不足,这是读者们在阅读本书时需要引起注意的又一个问题。

三是法现象与法学及其关系问题。法现象的研究具有非常悠久的历史,早在古罗马法律学就形成了不同的流派,其关于法学研究的体系化对后世法学体系的构建起了非常积极的作用。到目前为止,在法律这个庞大的体系之内,已经有了诸多的分支,如法哲学,当然,法哲学的对象究竟是什么也存在一个仁者见仁、智者见智的问题。法理学,其与

法哲学在学科定位上是不同的,《牛津法律大辞典》对二者作了这样的区分,即认为法哲学属于哲学之一部,而法理学则不具有哲学上的属性,这种区分的科学性与合理程度究竟如何我们暂且可以不去管它,但至少可以说法哲学与法理学是关于法律学研究的两个不同的学科领域。此外,还有法史学、法社会学、法经济学等,这些学科在 20 世纪都有了迅猛的发展,它们都基本上形成了自己的体系。由于实用主义和实证主义哲学的影响,法学中学科的划分似乎都具有各自的合理性,因为一门学科的构成在 20 世纪以后似乎并不需要太多的要件,通常情况下,有自己的研究对象、有自己的方法论、有自己独有的知识体系,并有一群人从事着这样的研究,其就可以成为一门学科。而在笔者看来,法律学的学科构建尽管可以不受太多的要件约束,但任何有关法的研究都必须以法现象为转移,离开了法现象任何法学就不能够成立,那么,构成法现象的学科究竟有哪些呢?笔者认为,法作为一种社会现象首先存在一个由何而来的问题,对法律规范由何而来的问题的研究就构成了法哲学,将其放置于部门法中也当然如此。第二个问题是法现象本身的状态问题,即实在法内部的逻辑关系,包括法律部门之关系、法律典则之关系、法律条款之关系等等。这些关系形式的阐释与求证就构成了法理学,若反映在部门法中就是每一个部门法学。到目前为止,法理学的建构和部门法学的建构都是以此为主要内容的,这也构成目前部门法学的基本定在和风景线。深而论之,部门法学之中若向上追溯并没有包括研究它的法哲学问题,向下追溯则没有包括规范下或规范后的问题。这就是说对法的研究的第三个部类便是对下规范或后规范的研究,即一个法律典则或法律规范制定以后其状态如何、命运如何、社会效果如何是应当被系统研究的。目前这些问题的研究完全没有包括在法理学或部门法学之中,如果部门法学或法理学涉及到了这样的问题那也是个别的、非学科化的。由此可见,目前此现象的研究,



特别在行政法现象的研究中,下规范基本上是个空白,笔者将本书定性为分析学,就是基于对已经形成的行政法体系从后规范或下规范的角度进行的分析。这个分析足以形成一个完整的学科,其学科地位的可得性本书有相应论证,而这个学科体系的构成及其方法论体系更是在本书中作了系统论证。

关保英

于上海政法学院

2010年12月30日

# 导 言

行政法问题研究的范畴是行政法学科构成的决定因素,即是说,不同的研究范畴形成了行政法研究中的不同学科,这应当是行政法学科体系构成的理论前提。然而,我国行政法学界却很少有人对这个前提予以关注,行政法学科体系的构建也常常远离了这个前提。这便是为什么我国行政法学科体系从主流学术圈来看仅仅被框定在规范研究的根本原因。那么,行政法问题的研究究竟有哪些范畴或板块呢?这些范畴或板块又能对行政法学科体系的构成起到什么样的决定作用呢?笔者认为,行政法问题的研究有三个相互联系的范畴或板块,一是行政法的上规范研究,即行政法规范是如何产生的或者有关产生根源的研究。二是行政法规范的研究,就是对实在行政法中的典则体系的研究,包括制定过程和典则内容的阐释等研究。三是行政法下规范研究,即行政法规范制定以后的运行状况的研究,就是在国家政权体系内部行政法规范制定以后进入社会过程及其在社会过程中运行状况的研究。这三个范畴或板块使行政法问题的研究可以形成三个具有逻辑关系的学科,这便是行政法哲学、行政法学、行政法分析学。具体地讲,行政法哲学以行政法的上规范为研究对象,回答行政法的来源问题;行政法学以行政法规范为研究对象,回答行政法规范的内容及其构成等基本问题;行政法分析学以行政法下规范为研究对象,回答行政法在社会控制过程中的相关技术问题。

毋庸置疑,我国目前的行政法学科体系中最为发达的是行政法规

范研究的体系,即行政法学体系。与之相比,行政法哲学体系也已经有一定的雏形,但其学科的完整状况距行政法学科体系还有非常大的差距。令人欣慰的是至少这个学科体系在行政法学界和行政法治实践中已经形成共识。行政法下规范研究的行政法分析学在我国则没有被认识到,如果说,这个学科接近于行政法社会学的话,那么,我国连行政法社会学也未曾出现过。我国既没有行政法社会学的教科书,又没有行政法社会学的课程体系的事实就是例证。这个学科的缺失使我国所谓的行政法学体系实际上是一个非常不周延的学科体系,也在一定程度上制约了我们对行政法下规范的认识。例如,行政法是否处于活跃状态或睡眠状态,若有一部分处于活跃状态,一部分处于睡眠状态的话,我们是否对其有定量分析和法律事实上的比对等等。诸如这些问题在我国行政法问题的研究中还处于零起点,至少就其是否已经成为一个学科体系而言是如此。本著作选取了行政法问题研究的第三个范畴或板块作为研究对象,并认为这个范畴或板块的研究应当成为一个独立学科,即其应当从行政法规范的研究中独立出来,形成一个新的学科体系。不争的事实是,我国目前的行政法学科体系无法也没有能力包容第三个范畴或板块的研究。即是说,行政法分析学成为一个独立学科是一种必然。

本书从“定位篇”开始,相继设有“原理篇”、“范畴篇”和“方法篇”,对行政法分析学的基本概念、构成、精神气质、方法论等作了初步论证。毫无疑问,行政法下规范的研究还可以构成一些具体的分支,而本书是以“概论”或“导论”的角度对行政法分析学作了一个总的体系设计和内容构造。因此,本书也以“导论”命名。

第一篇为定位篇。在本篇中作者设置了下列诸章:行政法学之不完备性评说、行政法分析学与行政法学方法论比对、行政法分析学与行政法分支学科的比较、行政法分析学与后现代行政法、行政法分析学的

独立学科地位。通过这些章节作者对目前我国行政法学作为对行政法问题研究的不对称性和不周延性进行了检讨,指出了行政法学界在这个问题上的认识误差以及这种误差对行政法治的制约作用。作者的评说和检讨是以我国的行政法学现象和状况为核心的,并不针对我国行政法学界的某个流派或某个学术群体,更不是针对行政法学者;对行政法分析与行政法学方法论的关系进行比较分析,这个分析是十分必要的,因为在一些学者看来,行政法分析学只是一种方法论而不能成为一个独立学科,作者以分析学与方法论共相性、异质性、共通性等为切入点,基本上梳理出了二者的联系,关键是澄清了二者并不是同一事物这一关系问题。因为这个问题不澄清便有将一个单一的方法论作为一个学科来看待的嫌疑;对行政法分析与行政法分支学科进行了比较,作者将行政法分析与行政法学、行政法哲学作了机理上的区分,通过这种区分确认了三个学科各自独立的价值。当然,如果将行政法问题研究作为一个范畴即行政法范畴来看的话,那有可能这三个学科只是一个学科而不可以分为三个学科。为了消除读者的顾虑,作者在这三个范畴的区分上选取了一些构成范畴的模本,若干模本的比较想必会打消读者们的担心。同时,对行政法分析与部门行政法学的关系、与行政法史学的关系,本书也作了合理区分。总之,不同学科的比较使行政法分析学的脉络更加清晰;对行政法分析与后现代行政法的关系作了论证。后现代行政法问题,作者曾在《行政法时代精神研究》和相关论文中作过专题研究,指出后现代行政法具有这样一些基本特点,其“突出了人本属性、突出了私权属性、突出了民治属性、突出了科学属性、突出了创新属性”。这些特点与行政法分析学的精神有一定的契合性。尤其在行政法进入后现代以后,相关的规范分析,即下规范研究必不可少,作者进一步分析了行政法分析与后现代行政法之间相互促进的关系。这个问题框定在本著作中并不显得突兀。因为行政法分析

学的诞生与其他新的学科的诞生一样必然有其相应的文化背景,读者们若能认真领会后现代行政法的精神就必然会对行政法分析学作为独立学科的产生有所认识。在上面分析的基础上,便比较合理地得出了行政法分析学作为独立学科存在的结论。为了使问题的研究更加周延一些,作者还是用一些具体的技术手段进一步厘清了行政法分析学独立学科定位的原由及进路。

第二篇为原理篇,本篇包括了下列诸章:行政法分析学的概念、行政法分析学的源流、行政法分析学的精神、行政法分析学的构成、行政法分析学的逻辑过程。本篇对于本书而言具有核心价值,前一篇从目前我国行政法学的状况出发,对行政法分析学的产生及其作为独立学科的地位作了论证,但这一篇并不能解决行政法分析学自身的自我定在,即行政法分析学虽然有成为独立学科的必要,而它自身是否有能力和条件构成一门独立学科。原理篇解决了上一篇留下的问题:对行政法分析学的概念、现状及其与我国目前行政法学研究的关系等问题作了阐述,作者对这个学科的特性有了一个初步框定,即交叉性、后规范性、分析性等。这三个特征共同使行政法分析学有了自己的质的规定性,并在行政法治建设中必然使其它学科无法替代;对行政法分析学的理论与实践基础进行了探究,正如前述,行政法分析学的存在必然有一定的文化背景乃至社会背景和其他因素,这些背景的分析是对该学科理论基础和实践基础的认知,这个认知虽然具有强烈的理论色彩,但它是行政法分析学能够平实地予以存在的前提条件。笔者选取哲理基础、法理基础、伦理基础等分析基点,这个分析使行政法分析学的学科地位更加厚实;对行政法分析学的精髓作了高度概括。行政法分析学可以用诸多措辞概括其精髓,而这个精髓对行政法分析学而言是至关重要的,某种意义上讲,正是这些精髓决定了行政法分析学的学科本质和实用价值。我们用法定量分析、法证实、法实现三个相互补充的理念

高度概括了行政法分析学的精髓,这对于读者来讲具有重要的引领意义,其可以依此三者迅速认识行政法分析学的相关原理;对行政法分析学的构成作了描述。作为一个学科,其必然具有相应的学科构成。应当指出的是,我国目前行政法法学研究中有关学科构成的研究实在太单薄,如传统行政法学科体系中鲜有学者从学科构成的角度进行分析,这可以说是学术研究中的一大忌讳,因为这是一个学科是否能够存在的最为基本的问题。为了防止犯同样错误,作者用专章对行政法分析学的学科构成作了设计,用主体构成、目的物构成、意识构成、技术构成四个范畴框定了这个独特的学科构成,逐一进行了较为详细的解读,单就行政法分析学的这些构成,读者们也能够对该学科的体系有一个概览;对行政法分析学的逻辑过程作了探讨,行政法分析与行政法学以及其它行政法分支学科的重大区别之一就是其逻辑过程上的差异,其它学科的静态化特征非常明显,而且常常是这样的,即这些静态化成了这个学科排斥其它学科的一个壁垒,其也制约了行政法学科发展中的兼容性。与行政法其它学科相比,行政法分析学则具有极大的动态性,是一个由行为和过程构成的学科。作者从行政法现象出发,尤其从行政法分析学围绕行政法现象而不是围绕行政法规范这一与其它学科的并联点,较为简略地勾画了行政法分析学的逻辑过程,指出了分析学的规定动作就在于“分析”。

第三篇为范畴篇,本篇设置了下列诸章,作为法位的分析范畴、作为功能的分析范畴、作为调控模式的分析范畴、作为运作过程的分析范畴、作为反馈系统的分析范畴。分析范畴是行政法分析学的另一个重要内容,作为一个学科相关的范畴自然不可缺少。应当说明的是,作者所设计的范畴篇主要在行政法分析中的对象上,而与作为一个学科的范畴有一定的区别,作为学科的范畴更加广泛一些,即有关学科体系构成的板块都可以作为范畴来看待,而作者此处所使用的范畴概念是一

个带有强烈技术色彩的概念,是由行政法分析过程中的客观对象决定的。在法位的分析范畴一节重点指出了在行政法分析中,应当对行政法与宪法的关系进行分析,对行政法在法律体系中的地位进行分析,对行政法的法源构成进行分析,对行政法的规范类型进行分析等,这一部分的分析似乎与行政法学体系中的典则体系有关。但是,行政法分析学关于这个范畴的分析视野要宽广得多,如在行政法法源构成的分析中就包含着对法源走向的分析,而这些内容在行政法学科体系中是不存在的。在作为功能的范畴分析中,笔者将行政法主要指付诸实施的行政法放在政治、经济、文化、社会等大背景之下,要求对行政法与政治、经济、文化、社会的关系作出考察和分析,这对于行政法的发展,对于实现依法行政是十分重要的。在作为调控模式的分析范畴中,作者提出对行政法凝练行政价值、行政法分配社会资源、行政法设定社会关系、行政法确定社会角色等进行分析。这个分析与现代行政法的社会控制技术有着密切关系,我们如果忽视这样的分析,行政法与社会进程就可能是两张皮,而我们对此还没有任何认识。在作为运作过程的分析范畴中,作者要求对行政法典则形成、行政法执行、行政法遵守、行政法运用等进行分析,这个分析有些在我国依法行政中也普遍用过,但基本的分析体系还没有形成,而且大多数的分析也仅仅存在于民间,与依法行政机构似乎没有关系。行政法分析学体系的构建则会使存在于民间的零散分析有可能成为一个官方的系统分析。在作为反馈系统的分析范畴中,作者提出了行政法在其社会过程中有三个机制,即跟踪机制、调研机制、咨询机制等,这些机制对于行政法的实现是十分必要的,而遗憾的是,我国还没有对这三个机制及其关系有深刻认识和深入研究。至少在我国依法行政系统中,还基本上没有上列三个机制。那么,在行政法分析学体系的范畴中,行政法的反馈是基本的分析对象,上述三者也构成了一个反馈系统,我们对每个系统及其关系都应当进行分

析,这也是旧的行政法淘汰新的行政法产生所必需的分析路径。

第四篇为方法篇。本篇设有统计的分析方法、证明的分析方法、综合与分解的分析方法、解释的分析方法、经验的分析方法等章节。任何一个学科都有其区别于其他学科的方法论及其方法论体系。当然,方法论是否在一个学科中必须有所选择,在哲学研究中是存在争议的。一派学者就认为科学研究中应当强调无政府主义,即怎么样都行,认为没有方法和方法论才是最好的学科,这个论点是有一定道理的。但是,行政法分析与行政法其他学科是有区别的,行政法其它学科中方法论可能还不足以成为这个学科的基本构成,但在行政法分析学中,方法论却是一个关键部分,因为分析是对下规范的认识和观察,这个观察存在于社会机制中,若没有一定的方法论就无法处理其与相关社会机制的关系,基于此,笔者将方法作为行政法分析学之一篇,并初步选择了五个基本方法,这五个基本方法虽然在传统学术研究中就已经存在了,但本书所提到的诸种方法都有其特定的内涵。在统计的分析方法中,笔者提出对行政法典则、行政法主体、行政法执行、行政法社会化等进行统计,这样的统计在行政法学的研究中既是一个整体又是其它方法无法取代的;在证明的分析方法中,作者提出对行政法中统一性、实效性、进步性等进行证明,这些证明范本的选择对于行政法和行政法治有巨大的指导意义,因为我国行政法中可能长期存在着与笔者所列分析范本相反的法律命题,而我们对这些相反的法律命题也常常视而不见;在综合与分解的分析方法中,笔者结合现代行政法学中的目标分解与综合原理,要求对我国行政法中的目标进行分析,对分解后的目标进行整合,这看起来似乎不太新颖,但对于行政法治而言至关重要,因为在笔者看来,我国行政法治由于缺乏目标分解与综合才带来诸多问题,我们不用这样的分析方法,所存在的问题就永远也无法发现;在解释的分析方法中,笔者对存在于我国行政法中的解释进行了概述,指出行政法中



解释存在的基本空间,如冲突解释和规范内容的再确定等,指出了解释的分析方法与行政法实现的逻辑关系;在经验的分析方法中,作者指出行政法中存在传统因素、本土因素、资源因素、人文因素等,这些因素既是一个法哲学问题,也是一个行政经验问题,我们在确定行政法的社会化过程中,必须用这些因素去考量。显然,经验的分析方法对于我国行政法学的研究中如何处理与国外行政法治和行政法理论的关系提供了思路。方法只要有效都可以采用,即是说,行政法分析学中的分析方法还有诸多可以选择,但本书所提到的这些分析方法都是行政法分析学学科构成中所不可缺少的、最基本的。