



上海政法学院学术文库

总主编 金国华

比较行政法学

关保英 著

【比较法学丛书】



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



——

比較行政學

——



D912.101/30

2008



上海政法学院学术文库

总主编
金国华

上海市重点学科建设项目资助

比较行政法学

关保英
著

【比较法学丛书】



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. —北京:法律出版社,2007.12
(上海政法学院学术文库之比较法学丛书)
ISBN 978-7-5036-7931-5

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 177592 号

©法律出版社·中国

责任编辑/卞学琪 郭 涛

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/法律出版社上海出版中心

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/787×960 毫米 1/16

印张/26.75 字数/376 千

版本/2008 年 1 月第 1 版

印次/2008 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

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 978-7-5036-7931-5

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《上海政法学院学术文库》总序

中华民族具有悠久的学术文化传统,两千年前儒家经典《大学》即倡言“大学之道,在明明德,在亲民,在止于至善”。其意即蕴涵着彰扬学术、探索真理。而《中庸》论道:“博学之、慎思之、审问之、明辨之、笃行之”,则阐释了学术研究的治学精神以及达到真实无妄境界的必由之路。因此,从对世界历史进程的审视与洞察,社会发展、科学昌明、思想进步,从来离不开学术科研力量与成就的滋养与推动。

大学是国家与社会发展中一种不可或缺的重要力量,而科学研究的水平则又体现了大学的办学水平和综合实力,是一所现代大学的重要标志。因此,一个大学的学术氛围,不仅在很大程度上影响和引导着学校的科研状态,而且渗透和浸润着这个大学追求真理的精神信念。这正如英国教育思想家纽曼所言,大学是一切知识和科学、事实和原理、探索与发现、实验与思索的高级力量,它态度自由中立,传授普遍知识,描绘理智疆域,但绝不屈服于任何一方。

大学的使命应是人才培养、科学研究和服务社会;高等教育发展的核心是学术和人才。因此,大学应成为理论创新、知识创新和科技创新的重要基地,在国家创新体系中应具有十分重要的地位和意义。上海政法学院是一所正在迅速兴起的大学,学院注重内涵建设和综合协调发展,现已有法学、政治学、社会学、经济学、管理学、语言学等学科专业。学院以“刻苦、求实、开拓、创新”为校训,这既是学校办学理念集中的体现,也是上政学术精神的象征。这一校训,不仅大力倡导复合型人才培养,注重充分发挥个性特色与自我价值实现,提供自由选择学习机会,努力使学子们于学业感悟中启迪思想、升华精神、与时俱进,而且积极提倡拓展学术创新空间,注重交叉学科、边缘学科的研究,致力于对富

有挑战性的哲学社会科学问题的思考与批判,探求科学与人文的交融与整合。《上海政法学院学术文库》正是在这一精神理念引领下出版问世的。

《上海政法学院学术文库》的出版,不仅是《上海政法学院教育事业“十一五”发展规划》的起跑点,而且是上海政法学院教师展示学术风采、呈现富有创造性思想成果的科研平台。古代大家云:“一代文章万古稀,山川赖尔亦增辉”;“惟有文章烂日星,气凌山岳常峥嵘”。我相信《上海政法学院学术文库》的出版,不仅反映了上海政法学院的学术风格和特色,而且将体现上海政法学院教师的学术思想的精粹、气魄和境界。

法国著名史学家、巴黎高等社会科学学院院长雅克·勒戈夫曾言,大学成员和知识分子应该在理性背后有对正义的激情,在科学背后有对真理的渴求,在批判背后有对更美好事物的憧憬。我相信《上海政法学院学术文库》将凝聚上政人的思想智慧,人们将从这里看到上政人奋发向上的激情和攀登思想高峰的胆识与艰辛,上政人的学术事业将从这里升华!

祝愿《上海政法学院学术文库》精神,薪火传承、代代相继!

金国华

(上海政法学院院长)

2006年9月10日于求实楼

《比较法学丛书》总序

一切法学乃至一切学术,都应有比较的成分。不比较,何以识真伪、论优劣、知长短?不识真伪而自吹自擂、“自说自话”,不论优劣而堆砌观点、罗列材料,不知长短而人云亦云、迷信盲从,又怎能求得真知、成就学问?纵观漫漫人类学术史,东西中外、古往今来,举凡大学问家,都懂得广取博采、较长论短的道理,举凡遗世佳作,都不外潜心比较、殚精竭虑的硕果。有鉴于此,日本早稻田大学的比较法学研究所由全体副教授以上的人员组成,可谓得此道理之真谛。

上海政法学院同仁之自动集合,彼此互勉,在各自的学问领域内努力耕耘于比较法学园苑,当为修成学问“正果”的重要途径。

比较法学研究久为法学家青睐,长文短论以至鸿篇巨制,早已汗牛充栋、繁如星海。然而,这是就五洲四海而言,素称有“五千年文明历史”的古老中国,却是令人汗颜:涉足学海的这一领域者为数寥寥,且历时甚短,其著作也屈指可数。近十多年来,问津比较法学者大大增加,著作也日见其多,这是十分可喜的现象。但与普遍重视比较法学研究的发达国家法学界相比,仍有很大距离。同时,无论哪一领域的学问,都不会有“终极真理”;何况,法律文化一经产生,便如滚滚长河,奔腾向前,轻舟虽过万重山,还有群峰在前头。社会生活的实践不断提出新的课题,人类的法律活动不断更新其形式和内容,法律文化积累的资料也越来越丰富浩瀚,比较法学也就必须随之开拓研究领域,提供新鲜成果。此外,已经撰成的著述,也不能都说是炉火纯青、天衣无缝的,吹毛求疵、鸡蛋剔骨虽然不必,切磋商榷、精益求精却是天经地义、理所当然。清人赵翼《论诗》云:

“满眼生机转化钧,天工人巧日争新。预支五百年新意,到了千年又觉陈。”^①“钧”为陶工制作器皿所用之转轮,《淮南子·原道》篇即有“钧旋毂转”一说。时代不断变化,“生机”蓬勃满眼,实际生活中的法律文化创新的“天工”是由千百万身处法治社会的人们“巧夺”而成的,法学家也就应当发挥自己的聪明才智,在“人巧”方面一显身手,与“天工”争新。当然,学海无涯,睿智有尽,即使“预支”了“五百年新意”,今天的一孔之见,“千年”之后也必为新的实践与新的理论所更替。

比较法学是用比较方法研究法律文化现象的理论法学,而法律文化是指社会性的与法律直接相关的文化,因此,比较法学的研究范围就在法律文化现象的范围之内。由于可将法律文化分为本体法律文化与存体法律文化两大类,所以,比较法学的研究范围首先可以划分为本体法律文化比较研究与存体法律文化比较研究两大类。又由于本体法律文化与存体法律文化还可细析为若干类,比较法学的研究范围因而也可细析为相应的若干类。同时,本体法律文化与存体法律文化的每一类又包含着丰富的内容,因此,法律文化比较研究的范围就显得根深干壮枝繁叶茂了。它可大体表达如下:

一、本体法律文化比较研究

(一)制度法律文化比较研究

1. 法律制度比较研究
2. 法系比较研究
3. 法律体系比较研究
4. 法律比较研究:成文法比较研究、判例法比较研究、成文法与判例法比较研究、习惯法比较研究
5. 法律规范比较研究
6. 法律概念比较研究

(二)行为法律文化比较研究

1. 立法行为比较研究

^① 羊春秋等:《历代论诗绝句选》,湖南人民出版社1981年版,第279页。

2. 司法行为比较研究

3. 执法行为比较研究

4. 守法行为比较研究

5. 违法行为比较研究

6. 犯罪行为比较研究

7. 法律教育比较研究

8. 法律研究比较研究

(三) 心态法律文化比较研究

1. 法律意识比较研究

2. 法律观念比较研究

3. 法律心理比较研究

4. 法律评价比较研究

5. 法律学说比较研究

(四) 物态法律文化比较研究

1. 立法机构设施比较研究

2. 司法机构设施比较研究: 司法行政机构设施比较研究、审判机构比较研究、检察机关设施比较研究、公安机构设施比较研究、律师机构设施比较研究、仲裁机构设施比较研究、调解机构设施比较研究

3. 执法机构设施比较研究

4. 法律教育机构设施比较研究

5. 法律研究机构设施比较研究

6. 法律图书馆比较研究

(五) 主体法律文化比较研究

1. 立法队伍比较研究

2. 司法队伍比较研究

3. 执法队伍比较研究

4. 律师队伍比较研究

5. 法学家比较研究

6. 法律教育工作者比较研究

7. 权利义务关系人比较研究

二、存体法律文化比较研究

(一) 政治法律文化比较研究

1. 内政法律文化比较研究

2. 外交法律文化比较研究

(二) 经济法律文化比较研究

1. 自然经济法律文化比较研究

2. 计划经济法律文化比较研究

3. 市场经济法律文化比较研究

(三) 伦理法律文化比较研究

(四) 宗教法律文化比较研究

1. 无神论法律文化比较研究

2. 有神论法律文化比较研究:基督教法律文化比较研究;伊斯兰教法律文化比较研究;佛教法律文化比较研究;道教法律文化比较研究;图腾法律文化比较研究

(五) 哲学法律文化比较研究

上述本体与存体法律文化比较研究范围的划分,仅就特定时代而言。如果把时间的纵贯变化因素计入,那么,就加进了一个与一切法律文化比较研究的重要变量,因而全都带上了“史”的比较研究的含义,其研究范围就更加扩展了。整个比较法学像是一座宏伟无比、极其瑰丽的建筑群,它要由万千个比较法学家筚路蓝缕、锲而不舍地精诚合作、奋力攻取。

如上所述,比较法学作为一门学问,犹如汪洋恣肆的大海,任酌一勺,即可挥洒抒写许许多多。从比较法学的发展历史到比较法学的发展预测,从宏观比较法学到微观比较法学,从本国法律纵横比较到外国法律纵横比较,从法律形式比较到法律内容比较,从立法比较到司法、执法、守法比较,从法律文化比较到比较方法探索……可写、应写者多如牛毛、繁若星海。无名氏有广为流传的《吟雪》诗云:“一片一片又一片,飞入泥潭皆不见。前消后见不断飞,终叫河山

颜色变。”相信经过比较法学界同行的不断努力,我国比较法学研究,自能成磅礴云天的宏大气象。自能臻独领风骚的崇高境界。

我上海政法学院同仁,多属有为青年才俊。因其年轻,“名不见经传”,也就少了些名利因袭的重负,反可增添许多牛骥搏虎的勇气。由此《丛书》撰著起步,必能求得学问的重大进步,亦可在中国比较法学园苑播种千红万紫的鲜花,与海内外同道携手前进,共同为中国的社会主义法治国家建设贡献绵薄的力量。是为序。

倪正茂

2007年10月1日

于上海四季园寓所

导言

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的学科定位比较模糊,学者们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。

上列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。作者在本专著中将研究的范畴框定在比较行政法学之中,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。

本著作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

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”。上列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,作者在进行比较过程中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,即是说,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,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

目录

第一章 比较行政法学概述

第一节 比较行政法学的学科地位	1
第二节 比较行政法学的研究对象	6
第三节 比较行政法学的研究方法	21
第四节 比较行政法学的体系结构	30

第二章 行政法学方法论运用的比较

第一节 行政法学方法论概说	38
第二节 行政法学方法论运用的四种态度	52
第三节 行政法学方法论的两大范式的比较	59
第四节 行政法学方法论在诸国运用的评价	67

第三章 行政法概念界定的比较

第一节 行政法概念的学理分析	76
第二节 限权的行政法概念	89
第三节 扩权的行政法概念	105
第四节 二元结构的行政法概念	120

第四章 行政法理论基础阐释的比较

第一节 行政法理论基础的含义	134
第二节 作为自然正义的理论基础	151

第三节 作为分权与制衡的理论基础	165
第四节 作为管理范式的理论基础	178
 第五章 行政法基础理论探寻的比较	
第一节 行政法基础理论界说	190
第二节 行政法基础理论地位的比较	213
第三节 行政法基础理论范畴的比较	222
 第六章 行政法学关键词设定的比较	
第一节 行政法学中关键词概说	235
第二节 宪政背景作为关键词的比较	248
第三节 法治行政作为关键词的比较	259
第四节 机构紧缩作为关键词的比较	276
第五节 责任政府作为关键词的比较	291
 第七章 行政法学科体系构造的比较	
第一节 行政法学科体系概说	301
第二节 行政法学科体系的客观构建	320
第三节 行政法学科体系的主观构造	330
第四节 行政法学科体系的混合构造	342
 第八章 行政法学分部类诸元素思考进路的比较	
第一节 行政法学分部类概说	348
第二节 行政组织法思考进路的比较	356
第三节 行政行为法思考进路的比较	374
第四节 行政救济法思考进路的比较	391

第一章 比较行政法学概述

第一节 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,比较行政法的著作就有多部,^②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

^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,尤其行政法认识过程的研究。

^② 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,属于前者有胡建森的《比较行政法——二十国行政法评述》(法律出版社1998年出版)、张正钊和韩大元的《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)。

分作系统分析。再次,比较行政法学从研究方法上讲仍然是以比较为核心的,即是说,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,不存在真正意义的比较行政法学。这从一些行政法学者的著述中可以得到佐证。和田英夫认为,行政法学是令人头痛的学科,“行政法学之所以会这样,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;其次是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。)”^①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调的人并不在少数,正因如此,比较行政法学的独立著作并不多见。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

^① [日]和田英夫:《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。