

行政法学方法论 与体系的构造与变革

李佳 著



中国政法大学出版社

行政法学方法论 与体系的构造与变革

李佳 著



中国政法大学出版社

2017 · 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

行政法学方法论与体系的构造与变革/李佳著. —北京：中国政法大学出版社，2017. 11

ISBN 978-7-5620-7910-1

I. ①行… II. ①李… 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(2017)第 277267 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	010-58908285(总编室) 58908433 (编辑部) 58908334(邮购部)
承 印	北京京鲁数码快印有限责任公司
开 本	880mm × 1230mm 1/32
印 张	6.75
字 数	160 千字
版 次	2017 年 11 月第 1 版
印 次	2017 年 11 月第 1 次印刷
定 价	25.00 元

本书为江南大学校社科项目“公共治理中的信息工具的
法制化研究”研究成果，项目编号：JUSRP11601

内容摘要

一个多元化、开放性的行政法学方法是建构行政法学体系必不可少的前置性条件之一，行政法概念与内涵的掌握，不能仅仅从法条文字出发做机械的逻辑演绎，而必须将法律规范及其所依存的社会背景结合起来，参考相关的社会科学乃至自然科学的知识，以形成认识行政法所需要的“认识前提”。在这个方法的指导下我们才可以清醒的借鉴国外制度，正确调处规范与事实、规范与价值之间的关系，探究法律规范背后的历史内涵、社会条件和政治结构。

只有开宗明义的将文章的核心概念界定清楚才能有效地展开全文的论述，本书第一章的功能在于

引出问题与澄清概念，第一节引出了法学方法和社会科学方法各自的思考，第二节厘清了法学方法、法学研究方法、法律方法等容易混淆的概念。

本书第二章是对行政法学体系产生条件的历史性考察，第一节从理性法学派、历史法学派到概念法学派的沿革过程的阐述来介绍近代法学方法论形成的思想史背景。理性法时代奠定了整个现代理性主义方法的大基调，理性法学者认为能够从一个先验的上位律令，通过纯逻辑推演的方法推导出一切具体的法律的律令，用人的理性运用形式逻辑的方法建构法律体系，形成法律秩序。历史法学派是近代法学方法论的创始者，历史法学派反对特定的社会哲学主张其本身可以直接适用的法理论，主张用法学方法去研究法律现象，通过法学方法的运用对法律文本的解释去发现隐含在法律文本中法（Recht）的精神实质。概念法学派是从历史法学派中分化出来的一支法学流派，概念法学派用形式逻辑的方式建立了一个金字塔式的法学概念的谱系，格贝尔和拉邦德将概念法学的私法“建构的法学方法”引入到公法学当中，他们以实证法为观察素材，而排除政治、哲学、历史等法外因素的影响，按照逻辑建立了一个周延的公法体系，奥拓·迈耶所建立行政法学体系就是运用概念法学这种方法而产生的结果。第二节是对近代行政法学的政治结构前提的分析，行政法学需要依存于一定的政治结构，近代行政法学体系的形成是以市民国家的兴起为背景的，国民主权解决了国家权力的合法性归属问题，代议制民主和三权分立的政治结构为市民法治国家的展开提供了运行框架，形式法治国思想为行政法学的

兴起和发展提供了基本的政治理念。

第三章是对行政行为形式理论的介绍和反思。奥拓·迈耶按着概念法学严格逻辑方法,排除了历史、政治、经济等因素的考虑,以法治国家的思想为理念,建构了一个基于某种观点而将庞大、复杂的行政活动或现象予以归类的行政法体系。他立足于当时的君主立宪政体与自由主义思想之下,将“依法律支配”之概念体系化,建立起行政法学之基本构造。迈耶的概念法学方法被后世称为行政行为形式理论,抽象性与效果集中性是行政行为形式理论最核心的建构原则,所谓的抽象性指的是将行政行为以高度一般化的能力来展现,使其能够适用众多的行政领域。效果集中性是直接将行为条件联系到一定的法律效果,给予相应的法律评价。在第一节介绍了迈耶的行政行为形式理论之后,笔者在第二节对该理论的缺陷进行反思,笔者从规范与事实、规范与价值,法律系统与其他社会系统的关系、静态与动态等角度进行了初步的反思。

本书第四章的内容就是行政法学方法论如何从概念法学方法论到开放的法学方法论转变的过程,也就是对行政行为形式理论如何由封闭走向开放这一演变过程的一种言说。本章探讨了复杂多元的社会现实,以及行政法学理论是如何修正传统的体系以回应这种转变,使行政法学逐步向社会现实开放,能够有效认识、评价和处理各种复杂、多元的法现象,并在法律上提供适切的解决当前问题所需要的手段。本章对于社会变迁和政治环境的调整就是为行政法学的展开提供宏观背景,行政法学和相关学科的重新定位就是为行政法学借

助内、外部资源打开通道，第三节具体论述了行政法学理论在行政行为的行为形式上具体修正的表现，暂时性行政处分、行政附款、对于未型式化行政行为的关注等议题都是行政法学体系检讨传统学理、逐步开放的表现。行政法学采用的开放的法学方法，行政法学理论体系也是一个开放的理论体系，在这个理论体系中，没有唯一的、固定的答案，答案是在行政法治的实践过程中通过行政个案去探索的。当然，这种开放也是一种有边界的开放，否则行政法学就会在方法论无限制的开放中失去自我，行政法学需要规范的框架性约束，如果完全放开，则法律丧失了对行政活动的规范性。

在第五章中，笔者将宏观分析落实到具体微观领域，并将宏观分析与微观论证结合起来，以公共警告这一具体的行为形式为切入口，详细分析了公共警告与新的社会形势之间的联系、公共警告所具有的特点以及行政法对行政行为形式的规制问题。在公共警告的微观分析的基础上，笔者认为现代社会的行政行为模式由条件式的法律执行模式转变为法律目标引导模式，应该采取类型化的分析思路，结合具体的个案进行分析，而不是通过法律的事先严密规定限定行政活动的空间，行政要在法律所创设的选择空间内，为实现行政目的，提升决策质量和决策效用，在权衡各种行政行为的功能、行政领域的特点以及个案相对人的情况等因素后，自由选择 and 组合各种行政行为形式。

本书第六章将研究视角转向行为主体。传统的行政法学方法论只注重对于行政行为的研究，而忽略了对行为主体的研究。在行政行为形式理论中，高度抽象化的行政主体和公

务员作出具体行政行为，实现立法者的立法意志，其中，公务员的服从在行政体系中具有核心意义。中国《公务员法》第54条借鉴了德国行政法的规定，对上级行政命令采取了“非明显违法”与“明显违法”的二元化的界分，公务员对不同类型的上级命令享有不同程度的抵抗权，并承担不同程度的个人责任。这样的处理方式，既可以保证行政效率，确保上级领导的命令能够通过金字塔式的官僚体系得到有效的实现；同时又可以促使公务员理性而审慎地使用手中的判断权，维护基本社会正义。但是第54条在客观违法性和主观有责性两个维度上都存在一些制度疏漏，公务员无法清晰地判断可能发生的法律后果，司法机关也无法将其作为判定公务员是否要承担个人责任的审查依据，于是，需要从违法性和有责性两方面，对于公务员责任构成要件进行体系化、分层式的研究。

本书最后一章是对主体部分之所以选择德国的行政法学为论述对象的理由的简略说明，同时也是对中国行政法学研究现状的初步反思，笔者认为中国行政法学处于一种“扭曲的现代性”状态当中，既要为现代性补课，同时又要对现代性展开批判，这就是中国行政法学所面临的困境。笔者认为现行行政法学研究的主流是徘徊在行政法法学和立法法学之间的研究路径，这种范式表现在追求行政法学技术化、理性化的过程中，自觉或不自觉地充当“影子立法者”的角色，用政治的语言分析行政法律问题。笔者从两方面分析了这种研究路径所具有的弊端，同时也为中国行政法学未来的发展提供了一些不成熟的思路。

内容摘要.....	001
-----------	-----

第一章 行政法学方法论概念维度的初步思考.....	001
---------------------------	-----

第一节 行政法学方法的选择——问题的引入.....	001
---------------------------	-----

第二节 基本概念的澄清和梳理.....	004
---------------------	-----

第二章 行政法学体系产生条件的历史性考察.....	012
---------------------------	-----

第一节 近代行政法学方法论的形成.....	012
-----------------------	-----

一、科学自然法——理性法学派.....	012
---------------------	-----

二、历史法学派.....	017
--------------	-----

三、概念法学派.....	020
--------------	-----

第二节 近代行政法学的政治结构前提.....	029
------------------------	-----

一、国民主权和代议制民主.....	031
-------------------	-----

二、分权制衡.....	032
-------------	-----

三、宪政制度的形成.....	033
----------------	-----

四、形式法治国思想.....	034
----------------	-----

第三节 走向独立的行政法学.....	036
--------------------	-----

一、公法与私法的分离.....	037
-----------------	-----

二、行政法和行政学的分离..... 038

三、宪法行政法的分立..... 040

第三章 近代行政法学体系的内容和批判..... 042

第一节 行政行为形式理论与行政法学体系..... 044

第二节 德国行政行为形式理论初步反思——以对概念
法学的反思为中心..... 049

第四章 行政法学方法论的演进和行政法学 体系的修正..... 058

第一节 社会结构和国家形态的变迁..... 059

一、简单总结市民法治国家的行政法学..... 059

二、给付国家——行政国家——实质法治国..... 060

三、走向未来的国家和社会模式..... 067

第二节 行政法学体系的调整和完善..... 078

一、行政法和相关学科的关系再思考..... 079

二、行政法学体系内容的调整和完善概述..... 089

第三节 简略总结..... 107

第五章 现代社会行政行为形式理论具体阐释

——公共警告及其法律规制..... 114

第一节 公共警告的社会背景..... 119

第二节 公共警告的一般考察——概念思维与类型思维..... 122

一、行政管制手段的资讯行为..... 122

二、公共警告的概念..... 124

第三节 公共警告的行为定性与公权利保障问题..... 126

一、公共警告在行政行为体系中定位.....	126
二、公共警告对基本权利之侵害.....	134
第四节 公共警告的法律规制——寻求规范正义与事物 正义的调和点.....	140
一、法律原则与公共警告 ——从规则中心主义到原则中心主义.....	140
二、公共警告的程序统治 ——行政程序制度的类推适用.....	152
第六章 对行政行为形式理论的行为主体反思.....	154
一、服从两难困境与命令异议制度.....	155
二、服从行为客观违法阶层评价.....	157
三、服从行为主观有责性阶层之评价.....	166
四、结语.....	171
结 语.....	172
一、行政法学的中国性.....	172
二、走向开放的行政行为形式理论.....	182
参考文献.....	186
后 记.....	199

行政法学方法论概念维度的初步思考

第一节 行政法学方法的选择——问题的引入

行政法学是规范科学，是以规范为依托而建立，因此传统意义上的行政法学方法是规范的方法，是一种体系内的方法，是以法律职业者的视角而不是哲学家或者社会科学家的视角来研究问题，“把法律作为一套被设计为一种意义体系的规范性述说”，^{〔1〕}从萨维尼（Carl Friedrich von Savigny）以降的德国法学家致力于完善的理论体系的建立，行政法学者自拉邦德（Paul Laband）、奥拓·迈耶（Otto Mayer）以来也不遗余力地建立和完善行政法学的这套规范性体系。通过运用系统的法学方法，将庞大、复杂的行政活动或现象予以归类、整理和评价，根据其内在的联系建立一个行政法法学系统。这套行政法学体系是基于制度内在的论理，提出（问题）解答之体系，^{〔2〕}这种体系

〔1〕 Edward L. Rubin, “Legal Scholarship”, in Dennis Patterson ed., *A Companion Philosophy of Law and Legal Theory*, blackwell publishers Ltd., 1996, p. 562. 转引自郑戈：《法律与现代人的命运：马克斯·韦伯法律思想研究导论》，法律出版社2005年版，第30页。

〔2〕 参见〔日〕远藤博也对该行政法体系特征的概括，详见陈春生：《行政法之学理与体系（二）》，台湾元照出版公司2007年版，第284页。

是以实在法律制度为前提，依循着实在法律制度从制度内部进行研究。此外，这个行政法体系模式以古典制度作为它的前提，是一种建立在权力分立基础上的模式。林纪东先生曾对行政法体系依赖的古典体系的基本条件有如下精辟概括，“个人主义（小我之发现）——自由主义——民主政治（间接民主、局部民主）——法治政治（消极之法治、积极之法治）——权力分立——立法至上”，^{〔1〕}但是，这套从行政法现象到行政法体系的前提、其依据的古典模式和它的操作方法自其建立以来都备受质疑。在 19 世纪的时候，斯坦因（Lorenz von Stein）就担心行政法学如果过于注重规范材料的整理，会丢失了哲学、政治学和社会科学的优点。当代的行政法学者也表示“法学方法的胜利同时造成了行政法学的贫困，使行政法学脱离了其他重要的认识源泉。”^{〔2〕}

运用哲学、社会学、经济学和政治学等各种知识资源对法律现象从外部进行研究是很多学者赞同的行政法学的方法论，这是将社会科学的研究方法引入到行政法学的研究中的方法论。它摆脱了法学研究方法的局狭，具有视野宽阔的优点，对于众多行政法问题的深刻解答常令人有一种耳目一新的感觉。站在社会科学的立场上看待法学，会感到法学“似乎过于规范化了，太缺乏经验研究的根基了，它的各种法则不是科学的法则，它的背景似乎太个别化了。”^{〔3〕}社会科学的方法旨在获得对“法律所在世界”而不是“法律世界”的认识和理解，而且社会科学对待法律的态度也大不相同，“把法律经验看作可变的

〔1〕 林纪东：《行政法研究》，台湾商务印书馆股份有限公司 1982 年版，第 29 页。

〔2〕 〔德〕汉斯·J. 沃尔夫、奥托·巴霍夫、罗尔夫·施托贝尔：《行政法》（第一卷），高家伟译，商务印书馆 2002 年版，第 105~106 页。

〔3〕 〔美〕华勒斯坦、〔肯尼亚〕儒玛等：《开放社会科学：重建社会科学报告书》，刘锋译，生活·读书·新知三联书店 1997 年版，第 16 页。

和场合性的。当人们在一维的意义上刻划法律的特性或者认为法律具有不变的属性时，就违反了这一原则。”〔1〕而法律人的方法以法律自身的逻辑和方法将社会现象抽离出来，加工成法律的世界的做法遮盖了许多社会的本来面貌。但是，有很多法学学者虽然主张法学研究需要借用外部知识，但同时认为“外在观点的论述只是拿来作为规范主张或建议的论据而已”。〔2〕雷磊博士将外部视角具有的消极作用总结为以下三点，首先，外部知识将消解法学的自主性；其次，外部知识的建构性不强；再次，外部知识没有能力为法律实践提供持续的智力支持。〔3〕现代社会是一个分殊化的社会，法律系统是一个独立的社会系统，社会科学的方法能在多大程度上影响法律系统的运作也值得我们深思。法学系统是一个具有运作封闭性的自我复制系统，法律系统是按着自我固有的法则和逻辑运作的，问题并非由外在环境给予法律系统，而是法律系统意识到外在环境的改变而提出问题并加以解决。〔4〕从社会科学的视角来判断法学系统的问题，是站在旁观者的立场上、而不是参与者的立场，因此虽然能为法律系统的运作提供变革动力，但无法直接影响法律系统，无法提供法律制度运作所需要的规范性结构。如果过度强调行政法学的开放性，就会导致行政法的自主性和独立性的丧失，使行政法规范和事实之间应存在的距离被忽视，而万一这

〔1〕〔美〕诺内特、塞尔兹尼克：《转变中的法律与社会》，张志铭译，中国政法大学出版社1994年版，第10~11页。

〔2〕颜厥安：《规范、论证与行动——法认识论文集》，台湾元照出版公司2004年版，第21页。

〔3〕雷磊：“法学的除魅与返魅——‘评中国行政法学研究立场分析’”，中国政法大学2007年“法理学对行政法研究立场可能之贡献”研讨会论文，载<http://xhuzhijian.fyfz.cn/b/304116>。最后浏览日期2016年9月12日。

〔4〕详见张桐锐：“行政法与合作国家”，载台湾《月旦法学杂志》2005年第121期。

层距离不复存在的话,规范的内容可随着每一次个案现实的特性加以填充与变更,那么这种藉由规范与现实的结合而带来的法的“实质化”,必然带有“意识型态化(Ideologisierung)”的危险,因为在不断对现实充分开放的情境之下,法为现实提供应然判准的功能不免丧失殆尽,取而代之的将反而是利用现实不断影响法的意涵,从而利用现实之名偷渡各种意识型态、将意识型态渗透法规范。〔1〕

这个时候我们在行政法学方法论的选择上似乎陷入了困境,如何走出这种困境,用一种新的开放的法学方法修正传统的行政法体系,甚至大胆地建立一个新的行政法体系呢?

第二节 基本概念的澄清和梳理

“任何科学之建立与问题之探讨,均须先建立其范畴,然后庶能建立体系。”〔2〕只有开宗明义的将文章的核心概念界定清楚才能有效地展开全文的论述,本书的核心概念是行政法学方法论,如果我们混乱地使用不同历史背景、不同语境的概念,而对概念不加区辨的话,那么我们就无法对法学方法论的问题展开有效的沟通 and 交流,达成一致的见解,而仅仅停留在各说

〔1〕 详见 H. Kelsen, *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit*, 2. Aufl., 1960, Nachdruck 2000, S. 112. 转引自黄舒芃:“正确之法或框架秩序?——一个对‘法官受法拘束’意义的方法论反省”,中国台湾地区第一届“法律思想与社会变迁学术研讨会”论文。凯尔森在《共产主义的法律理论》一书中亦表示了此种观点,“苏维埃的法律理论沦落为苏维埃政府的侍婢的这种悲惨的状况,对社会科学学者应当是一个严重的警告:真正的社会科学只有在超脱政治的条件下才有可能。”(〔奥〕凯尔森:《共产主义的法律理论》,王名扬译,中国法制出版社 2004 年版,第 239 页。)

〔2〕 蔡志方:“行政法之概念、对象及范围”,载台湾行政法学会编:《行政法争议问题研究》(上),台湾五南图书出版股份有限公司 2000 年版,第 5 页。

各话的阶段。举例而言,拉伦茨所使用的法学方法就是教义学的方法,但是拉伦茨具有价值导向性教义学与埃塞尔所描述的与概念法学紧密联系的教义学是有着很大差异的,^[1]如果不区分这种不同意义上的“教义学”,就以19世纪末的教义学为整个法律教义学的形象加以批驳,将教义学定性为“不加反省、盲目信赖现行有效法律的一种学问态度”^[2],那么就趋于武断了。^[3]

首先需要区分的是“研究方法”(research method)与作为其哲学基础的方法论(methodology),方法(method)是“第一层次的语言”(first-order language),是一种“对象语言”(object language),比如归纳法、演绎法、比较法、统计法、案例研究法等具体应用的方法或技术都是这个层次上的方法;^[4]而方法论(methodology)则是“第二层次”(second-order language)上的语言,是一种后设语言(meta-language),是以方法(method)为研究对象,他是对一个学科的研究方法进行的理论分析、评估各种方法的优劣、所具有的功能和所获得的知识性质。关保英教授认为,行政法学方法论和行政法学方法是两个不同的概念,“行政法学方法是研究过程中运用的具体手段,而行政

[1] [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第103~107页。

[2] 武秀英、焦宝乾:“法教义学基本问题初探”,载《河北法学》2006年第10期。

[3] 埃塞尔所犯的就是这样的错误,所以他受到了拉伦茨的批判,拉伦茨在书中指出,埃塞尔所描述的教义学只能适用于概念法学的逻辑抽象概念体系,而不能适用于今天教义学。详见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第107页。

[4] 比如中国政法大学硕士王海潮的毕业论文“我国行政法学研究方法论纲”就是对于研究方法的研究,而不是方法论的研究。参见王海潮:“我国行政法学研究方法论纲”,中国政法大学2007年硕士论文。