

华东政法大学65周年校庆文丛

部门行政法专论



章志远 / 著

法律出版社
PRESS • CHINA

华东政法大学65周年校庆文丛

部门行政法专论

章志远 / 著



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

部门行政法专论 / 章志远著. —北京: 法律出版社, 2017
(华东政法大学65周年校庆文丛)
ISBN 978-7-5197-1394-2

I. ①部… II. ①章… 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222639号

部门行政法专论
BUMEN XINGZHENGFA ZHUANLUN

章志远 著

策划编辑 高山
责任编辑 韩向臣
装帧设计 汪奇峰

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京嘉恒彩色印刷有限责任公司
责任校对 晁明慧
责任印制 陶松

编辑统筹 学术·对外出版分社
开本 720毫米×960毫米 1/16
印张 12
字数 183千
版本 2017年10月第1版
印次 2017年10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)

网址 / www.lawpress.com.cn

投稿邮箱 / info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱 / jbwq@lawpress.com.cn

销售热线 / 010-63939792

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、子公司销售电话:

统一销售客服 / 400-660-6393

第一法律书店 / 010-63939781/9782

西安分公司 / 029-85330678

重庆分公司 / 023-67453036

上海分公司 / 021-62071639/1636

深圳分公司 / 0755-83072995

书号: ISBN 978-7-5197-1394-2

定价: 39.00元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

华东政法大学
65周年校庆文丛编委会

主 任：曹文泽 叶 青

副主任：顾功耘 王 迁

委 员（以姓氏笔画为序）

马长山	王立民	朱应平	刘 伟	孙万怀
杜 涛	杜志淳	杨忠孝	李 峰	李秀清
肖国兴	吴新叶	何益忠	何勤华	冷 静
沈福俊	张 栋	张明军	陈 刚	陈金钊
林燕萍	范玉吉	金可可	屈文生	贺小勇
徐家林	高 汉	高奇琦	高富平	唐 波

崛起、奋进与辉煌 ——华东政法大学 65 周年校庆文丛总序

2017 年，是华东政法大学 65 华诞。65 年来，华政人秉持着“逆境中崛起，忧患中奋进，辉煌中卓越”的精神，菁莪造士，栢朴作人。学校始终坚持将学术研究与育人、育德相结合，为全面推进依法治国做出了巨大的贡献，为国家、为社会培养和输送了大量法治人才。一代代华政学子自强不息，青蓝相接，成为社会的中坚、事业的巨擘、国家的栋梁，为社会主义现代化和法治国家建设不断添砖加瓦。

65 年栢风沐雨，华政洗尽铅华，砥砺前行。1952 年，华政在原圣约翰大学、复旦大学、南京大学、东吴大学、厦门大学、沪江大学、安徽大学、上海学院、震旦大学九所院校的法律系、政治系和社会系的基础上组建而成。历经 65 年的沧桑变革与辛勤耕耘，华政现已发展成为一所以法学为主，兼有政治学、经济学、管理学、文学、工学等学科的办学特色鲜明的多科性大学，人才培养硕果累累，科研事业蒸蒸日上，课程教学、实践教学步步登高，国际交流与合作事业欣欣向荣，国家级项目、高质量论文等科研成果数量长居全国政法院校前列，被誉为法学教育的“东方明珠”。

登高望远，脚踏实地。站在新的起点上，学校进一步贯彻落实“以人为本，依法治校，质量为先，特色兴校”的办学理念，秉持“立德树人，德法兼修”的人才培养目标，努力形成“三全育人”的培养管理格局，培养更多应用型、复合型、高素质的创新人才，为全力推进法治中国建设和高等教育改革做出新的贡献！

革故鼎新，继往开来。65 周年校庆是华东政法大学发展史上的重要里程碑，更是迈向新征程开创新辉煌的重要机遇。当前华政正抢抓国家“双一流”建设的战略机遇，深度聚焦学校“十三五”规划目标，紧紧围绕学校综合改革“四梁八柱”整体布局，坚持“开门办学、开放办学、创新办学”发展理念，深化

“教学立校、学术兴校、人才强校”发展模式,构建“法科一流、多科融合”发展格局,深入实施“两基地(高端法律及法学相关学科人才培养基地、法学及相关学科研究基地)、两中心(中外法律文献中心、中国法治战略研究中心)、一平台(“互联网+法律”大数据平台)”发展战略,进一步夯实基础、深化特色、提升实力。同时,华政正着力推进“两院两部一市”共建项目,力争到21世纪中叶,能把学校建设成为一所“国际知名、国内领先,法科一流、多科融合,特色鲜明、创新发展,推动法治文明进步的高水平应用研究型大学和令人向往的高雅学府”。

薪火相传,生生不息。65周年校庆既是对辉煌历史的回望、检阅,也是对崭新篇章的伏笔、铺陈。在饱览华政园风姿绰约、恢弘大气景观的同时,我们始终不会忘却风雨兼程、踏实肯干的“帐篷精神”。近些年来,学校的国家社科基金法学类课题立项数持续名列全国第一,国家社科基金重大项目和教育部重大项目取得历史性突破,主要核心期刊发文量多年位居前茅。据中国法学创新网发布的最新法学各学科的十强排名,学校在法理学和国际法学两个领域排名居全国第一。当然我们深知,办学治校犹如逆水行舟,机遇与挑战并存,雄关漫道,吾辈唯有勠力同心。

为迎接65周年校庆,进一步提升华政的学术影响力、贡献力,学校研究决定启动65周年校庆文丛工作,在全校范围内遴选优秀学术成果,集结成书出版。文丛不仅囊括了近年来华政法学、政治学、经济学、管理学、文学等学科的优秀学术成果,也包含了华政知名学者的个人论文集。这样的安排,既是对华政65华诞的贺礼,也是向广大教职员工长期以来为学校发展做出极大贡献的致敬。

65芳华,荣耀秋菊,华茂春松,似惊鸿一瞥,更如流风回雪。衷心祝愿华政铸就更灿烂的辉煌,衷心希望华政人做出更杰出的贡献。

华东政法大学65周年校庆文丛编委会

2017年7月

目 录

第一章 部门行政法研究概论	1
第一节 部门行政法研究的历史使命	1
一、寻求社会治理良策的初级使命	3
二、推动行政法制创新的次级使命	5
三、反哺总论体系更新的终极使命	8
第二节 部门行政法研究的主要进路	12
一、精耕细作的微观部门行政法学研究	13
二、承前启后的中观部门行政法学研究	15
三、纵横捭阖的宏观部门行政法学研究	19
第二章 教育行政法专论	23
第一节 行政法学视野中的大学章程	23
一、大学章程的法律属性	24
二、大学章程的功能定位	26
三、大学章程的生成模式	29
第二节 公立高校职称评审的司法审查	30
一、司法介入高校职称评审行为的法理基础	31
二、司法介入高校职称评审行为的法律限度	33
三、司法介入高校职称评审行为的具体标准	36
第三节 义务教育民营化的法律检视	38
一、义务教育发展中的政府责任	39
二、义务教育接受中的可选择性	43

三、义务教育供给中的私人参与	45
四、义务教育民营化的范围设定	47
第三章 警察行政法专论	50
第一节 行政法学视野中的治安承包	50
一、治安承包的实践争议	50
二、治安承包的法理证成	56
三、治安承包的法律规制	59
第二节 消防行政调查法制的现状与展望	64
一、消防行政调查法制概述	64
二、消防行政调查法制的主要问题	66
三、消防行政调查法制的完善思路	69
第三节 警察任务私人履行的法律规制	72
一、警察任务私人履行的法律角色	73
二、警察任务私人履行的法律监督	80
三、警察任务私人履行的法律救济	87
第四章 规制行政法专论	90
第一节 食品安全规制中的有奖举报制度	90
一、食品安全有奖举报制度的基本功能	91
二、食品安全有奖举报制度的法理基础	94
三、食品安全有奖举报制度的完善课题	100
第二节 工伤认定行政法规解释的司法审查	103
一、工伤认定行政案件审理的核心议题	104
二、工伤认定规范解释司法审查的对象	106
三、工伤认定规范解释司法审查的原则	112
第三节 公交民营化及其政府规制	121
一、公交民营化尴尬谢幕挑战政府规制能力	121
二、公交民营化的本质是公私合作提供公共交通服务	125
三、政府规制革新是摆脱公交民营化困境的根本之道	129

第五章 城市治理行政法	141
第一节 城市地名无序变更的法律治理	141
一、城市地名无序变更现象的滋生	141
二、城市地名无序变更的社会成因	143
三、城市地名变更治理的法理基础	147
四、城市地名变更法律治理的路径	152
第二节 城市私车牌照拍卖的法律治理	160
一、特大城市交通治理面临的困境	160
二、作为过渡性治理工具的牌照拍卖	162
三、交通拥堵替代性治理方案的选择	165
第三节 城镇化进程中群体性事件的法律治理	170
一、城镇化进程中群体性事件的滋生	170
二、群体性事件化解机制的实证分析	172
三、群体性事件法律治理机制的重塑	179
后 记	184

第一章 部门行政法研究概论

当下中国的行政法学尽管远没有民法学、刑法学那般显赫,但也在很大程度上呈现出渐入佳境的发展势头。案例研究的蓬勃兴起、规制研究的异军突起、比较法学研究的拓展、基础理论研究的坚守,乃至行政法释义学与行政法社会学的对峙、面向行政的行政法学与面向司法的行政法学的竞赛,都向世人昭示行政法学研究进路“诸神共舞”时代的来临。在经历了20世纪80年代的雏形期和90年代的沉寂期后,部门行政法研究在21世纪之初迎来了勃兴期。个性化研究风格的兴起、学术共识的形成和法治实践的引领,昭示着部门行政法崛起的巨大贡献。同时,碎片化的研究格局、简单套用总论的学术迹象和去法化的学术成果,也反映出部门行政法研究的诸多缺憾。为此,准确把握部门行政法研究的历史使命和主要进路,对部门行政法的发展尤为重要。

第一节 部门行政法研究的历史使命

晚近十年,中国行政法学发展呈现出“面向司法”与“面向行政”的两种不同研究进路。前者立足中国本土的典型行政案例,从个案或群案裁判的梳理中提炼司法经验,检讨既有行政法理论学说的得失,努力形成中国本土化的具有现实解释力的理论体系;后者则聚焦行政活动的实体面相,从一个或多个具体行政领域的规制实践入手,经由规制目标、规制机构、规制

流程和规制手段的解析,试图建立对真实世界行政过程具有现实回应性的学理体系。相较于纯粹的基础理论研究而言,这两种研究进路都是经验的、实证的,但其研究素材的来源却完全不同。在人民法院案例指导制度不断推进、案例资源获取日益便利的当下,面向司法的研究进路受到了越来越多的中生代和新生代行政法学者的青睐,主流法学刊物也推出了一大批重要的案例研究成果。相比之下,实践根基的缺乏和知识结构的挑战,使行政法学者对具体行政领域的经验研究时常心生惧意,面向行政的研究进路还在生长之中。从某种意义上来说,面向司法与面向行政进路的双峰并峙也是当下法学研究阵营中“法教义学”与“社科法学”之争在行政法学中的映射。^[1]

面向司法的行政法学研究进路的异军突起,在相当大程度上改变了中国行政法学研究的格局,但这种案例研究本身也存在某种局限。诚如法社会学巨擘埃利希所言:“连司法判决也给不出法律生活的任何完整的图景。只有微小的现实生活片段呈现在法庭和其他国家机关面前,许多现实生活无论在原则上还是在事实上均被排除在诉讼程序之外……社会学方法绝对要求通过生活的切身观察来补充司法判决所获得的结果。”^[2]事实上,晚近三十年来,新公共管理运动的兴起和行政法去法化、离散化现象的涌现,已经使行政法学在全球范围内面临“知法律而不知行政的窘境”。^[3]为此,在传统行政法学立足法律解释和法律技术分析聚焦“行政的病理”的同时,亟须引入行政学的视角。^[4]对于置身社会转型时期的中国行政法学而言,在继续推进面向司法的进路的同时,必须着力倡导面向行政的进路。

公允论之,面向行政的研究进路近年来已取得了可喜进展。无论在传统的警察行政法、教育行政法等领域,还是在新兴的食品安全法、合作行政法等领域,都推出了若干重要的研究成果。同时,简单套用总论和过分纠缠细节

[1] 法教义学是一种“法学内的法学”,主张认真对待法律规范,坚信现行法律规范秩序的合理性、旨在将法律素材体系化和强调面向司法个案提供建议与答案;社科法学是一种“法学外的法学”,主张认真对待社会事实,从现实出发、立足社会变迁,运用其他社会科学的知识和方法观察法律制度和法律现象。参见谢海定:《法学研究进路的分化与合作——基于社科法学与法教义学的考察》,载《法商研究》2014年第5期。

[2] [奥]欧根·埃利希:《法社会学原理》,舒国滢译,中国大百科全书出版社2009年版,第547页。

[3] 罗豪才、毕洪海编:《行政法的新视野》,商务印书馆2011年版,卷首语第5页。

[4] [日]大桥洋一:《行政法学的结构性变革》,吕艳滨译,中国人民大学出版社2008年版,第263页。

的隐忧仍然存在。面向行政的进路要想真正实现与面向司法的进路“比翼双飞”，历史使命和方法论的自觉尤显必要。德国学者拉德布鲁赫曾言：“就像因自我观察而受折磨的人多数是病人一样，有理由去为本身的方法论费心忙碌的科学，也常常成为病态的科学，健康的人和健康的科学并不如此操心去知晓自身。”^{〔1〕}在方法论过剩的德国，拉氏的见解确有警醒之效。但就处于正在生长过程中的中国部门行政法学而言，历史使命的清晰无疑是发展的逻辑起点。为此，下文拟在评述晚近十余年来国内部门行政法研究成果的基础上，依次探讨部门行政法学的三重历史使命。

一、寻求社会治理良策的初级使命

当代中国正经历着几千年来所未有的变革局面：市场经济体制取代了计划经济体制，但市场在资源配置中的主导性作用并未确立；工业文明正在取代农业文明，但城镇化的快速推进也加剧了社会运行的潜在风险；法治模式取代了人治模式，但全社会对法律的信仰并未形成。面对整体性、系统性和持续性的社会结构变迁，作为具有创造性“社会塑造活动”^{〔2〕}的行政表现最为敏感，也最需要对现实世界及时作出回应。行政法学总论知识体系虽具有“储藏器”“转换器”和“手段工具”^{〔3〕}的功能，但也无法如同自动售货机般随时提供放之四海而皆准的解决方案。为此，部门行政法学的首要历史使命就在于努力寻求社会治理的良策。这就意味着部门行政法学研究要回溯“法的形而下”，以现实问题的妥善解决为导向。也就是说，面向行政的研究进路首先要立足于“救急”，直接针对真实世界的社会治理议题提出具有可操作性的解决方案。诚如台湾地区学者黄锦堂教授所言：“以各论之各种新奇、特殊之政策手段为基础而希望建立以细腻行政法总论之命题，非但没有必要，甚且将造成误导。”^{〔4〕}

纵览晚近十年的部门行政法学研究，很多成果都展现出研究者自觉的问

〔1〕 [德]拉德布鲁赫：《法学导论》，米健、朱林译，中国大百科全书出版社1997年版，第169页。

〔2〕 [德]哈特穆特·毛雷尔：《行政法学总论》，高家伟译，法律出版社2000年版，第6页。

〔3〕 [德]Eberhard Schmidt-Assmann：《行政法总论作为秩序理念：行政法体系建构的基础与任务》，林明锵等译，元照出版有限公司2009年版，第5页。

〔4〕 黄锦堂：《行政法的概念、起源与体系》，载翁岳生编：《行政法》（上册），中国法制出版社2002年版，第108页。

题解决意识。例如,宋华琳教授在《药品行政法专论》中针对我国药品审评、药品标准、药品行政规制收费领域现实问题的诸多改革建议,就体现出浓郁的问题导向型风格。^{〔1〕}余凌云教授对警察行政强制实践的关注,也体现出明显的务实研究风格。^{〔2〕}笔者新近探讨了城镇化进程中地名无序变更现象的社会成因和现实危害,并从实体、程序和救济机制的完善方面提出了解决这一社会问题的应对之策。^{〔3〕}除了依托传统的论著成果发表渠道外,行政法学者还通过承担政府委托的横向课题研究、参与政府决策咨询论证、提交智库成果报告等新兴手段贡献了自身的智慧,对诸多具体行政领域社会治理方案的优化发挥了应有的作用。

事实上,当代中国的社会转型正在为行政法学者源源不断地提出一系列复杂的社会治理问题,面向行政的研究进路具有广袤的发展空间。仅以传统的秩序行政为例,即可看出社会治理过程中利益衡量的艰难程度。例如,近年来,全国各地围绕“燃放烟花爆竹”推出了大量禁止性、限制性措施,有的地方收效显著,有的地方禁而不止,有的地方甚至引发诉讼。^{〔4〕}燃放烟花爆竹是中国传统的民间社会习俗,尤其是在特殊节假日或婚丧日,更是寄托着人们复杂的内心情感。因此,对燃放烟花爆竹行为是否需要作出限制、选择何种限制举措,就需要全面考虑规制影响因素,分期分批循序推进,避免因采取简单粗暴的做法适得其反,进而损伤政府的公信力。为此,行政法学者可以通过各种途径介入其中,全面分析当地的规制环境(环境污染、消防安全、产业调整、空间布局、地方财力等)和利益分布(生产企业、销售企业、燃放个人和单位等),促使主事者在禁放与限放之间作出适宜的审慎选择。又如,作为一种游离于现行法律规范之外的、以“不正对不正”为基本关系结构的“私力救济”行为广泛存在于当下中国的民事纠纷解决之中。^{〔5〕}私力救济行为具有“双面刃”的效应,既可能弥补公力救济存在的不足,又可能破坏既定的社会秩序。

〔1〕 参见宋华琳:《药品行政法专论》,清华大学出版社2015年版,第六、九、十章。

〔2〕 参见余凌云:《警察行政强制的理论与实践》,中国人民公安大学出版社2007年版。

〔3〕 参见章志远:《地名变更的法律规制》,载《法商研究》2016年第4期。

〔4〕 参见周瑞平、张敏:《安徽省政府要求烟花爆竹企业整体退出合肥中院一审判决认定政府行政行为违法》,载《人民法院报》2015年4月25日。

〔5〕 徐昕教授曾经以“正对不正”隐喻正当防卫行为、以“正对正”隐喻紧急避险行为,以此区别于狭义上的私力救济行为。参见徐昕:《论私力救济》,中国政法大学出版社2005年版,第118页。

在“法无授权不可为”“法定职责必须为”的法政氛围之下,公安机关同时面临行政乱作为(不能随意介入民事纠纷)和行政不作为(不及时履行保护公民人身权财产权职责)的风险,加之《中华人民共和国治安管理处罚法》(以下简称《治安管理处罚法》)和《中华人民共和国人民警察法》(以下简称《人民警察法》)正在修订之中,如何正确处置不当私力救济行为已经成为困扰公安机关行政执法的难题。为此,行政法学者应及时发声,从依法行政的基本要求、相关法律规范的解释、侵害法益与维护法益之间的衡量等角度提出较为可行的解决方案,着力破解当前治安管理领域中的难题。

面对“实为无限之沃野”^{〔1〕}的具体行政领域,行政法学者在社会治理进程中迎来了空前的发展机遇。特别是在当下“中国问题导向”和“领导批示至上”学术评价标准的影响下,全身投入实践可能成为行政法学者的新常态。从理想状态来看,学者聚焦法治政府建设实践,既能够为寻求社会治理良策提供智力支持,又能够为后续学术研究不断积累新素材。不过,实践服务与理论研究毕竟分属不同类型的智识活动,二者存在“时效性和持久性”“碎片性和整体性”“实战性和引领性”“建设性和反思性”的内在差异。^{〔2〕}从研究个体来看,学者关注具体行政领域的社会治理无可厚非;从研究群体来看,行政法学科长远发展则必须回归理论。因此,部门行政法学在完成寻求社会治理良策的初级使命的过程中,必须始终坚守社会良知和学术底线,避免沦为行政领导意志的诠释者和传播者,进而使行政法学再度陷入“术多而学少”的境地。

二、推动行政法制创新的次级使命

党的十八届三中全会通过的《关于全面深化改革若干重大问题的决定》指出:“全面深化改革的总目标是完善和发展中国特色社会主义制度,推进国家治理体系和治理能力现代化。”国家治理体系现代化要求国家层面尽快形成系统完备、科学规范、运行有序的制度体系,使国家治理各方面的制度更加成熟、更加定型。中共中央、国务院联合印发的《法治政府建设实施纲要(2015—2020年)》(本章以下简称《纲要》),既为2020年基本建成法治政府确定了明确

〔1〕 [日]铃木义男等:《行政法学方法论之变迁》,陈汝德等译,中国政法大学出版社2004年版,第55页。

〔2〕 参见章志远:《基本建成法治政府呼唤行政法学基础理论创新》,载《法学论坛》2017年第2期。

的路线图和施工图,也为国家治理体系现代化提供了丰富的元素。《纲要》将“依法行政制度体系完备”明确列为法治政府是否基本建成的七大衡量标准之一,并将其目标确立为“提高政府立法质量,构建系统完备、科学规范、运行有效的依法行政制度体系,使政府管理各方面制度更加成熟、更加定型,为建设社会主义市场经济、民主政治、先进文化、和谐社会、生态文明,促进人的全面发展,提供有力制度保障”。法治的真谛在于良法善治。在我国行政法律规范体系已经建立的当下,聚焦具体行政领域法律规范的实施,不断推动行政法制的创新自然就成为部门行政法研究的又一重要使命。诚如台湾地区学者刘宗德教授所言:“行政法律制度须契合时代脉动及社会环境,不断开发、创新、改革各种行政组织、行政活动、行政手段等制度,方能达成行政任务之现代使命。”^[1]

在晚近十年的部门行政法研究中,以制度设计更新为旨趣的成果颇多。例如,马怀德教授在分析行政区划变更乱象的基础上,提出了“加快行政区划立法、完善行政区划变更体制”的建议,对推进国家层面行政区划的法制化具有重要意义。^[2]余凌云教授梳理了道路交通事故责任认定的制度沿革和实践困境,认为“应由谁承担涉及专业判断的过错认定职责”问题的深层次原因在于道路交通安全法确立的完全开放的专家证言模式无法一蹴而就,法官又不愿意采纳专家证言并承受审判风险,因而会尽量依赖警察的责任认定。在此基础上,提出应当改革道路交通事故责任认定制度,采取可控的开放模式,进而有序推进制度改革。^[3]此外,苏宇博士有关公安机关接处警法制的研究也体现出浓郁的制度设计情结。^[4]颇为有趣的是,一些刊物新近还专门组稿集中探讨了某一具体行政领域的热点问题,试图从多个角度为相关领域行政法制的完善提供借鉴。^[5]

[1] 刘宗德:《制度设计型行政法学》,北京大学出版社2002年版,第108页。

[2] 参见马怀德:《行政区划变更的法治问题》,载《行政法研究》2016年第1期。

[3] 参见余凌云:《道路交通事故责任认定研究》,载《法学研究》2016年第6期。

[4] 参见苏宇:《接处警法制的反思与重构》,载《当代法学》2017年第1期。

[5] 例如,《政治与法律》2016年第6期以“交通行政法热点问题研究”为主题,刊发了余凌云、黄锴、刘启川等三位学者的论文,论者分别从比较法、社科法学和基本原理角度审视了交通行政法制领域的热点问题,为交通行政法制的完善提供了很好的思路;《华东政法大学学报》2017年第1期则以“政府规制的中国问题”为主题,刊发了凌维慈、彭鐔、赵鹏等三位学者的论文,论者分别探讨了房地产市场规制、集体土地征收和网络食品交易规制领域的问题,为相关领域行政法制的修订提出了很好的建议。从两刊“编者按”来看,法学期刊对部门行政法研究尤其是制度设计型进路较为敏感,这也为部门行政法推动行政法制创新使命的完成提供了新的契机。

从近年国家和地方的立法计划上看,以推动行政法制创新为使命的部门行政法学已经迎来了“黄金时期”。2015年9月2日和2016年4月13日,国务院办公厅分别以国办发2015〔28〕号文和国办发2016〔16〕号文的形式,印发了本年度国务院立法工作计划。无论是全面深化改革急需的项目、力争年内完成的项目,还是预备项目和研究项目,都涉及诸多具体行政领域的法律规范的起草和修订。其中,“进一步提高政府立法质量”都是最基本的要求。就地方立法而言,截至2016年12月31日,全国273个设区的市、自治州共制定地方政府规章106部,数量还不到同期获批的地方性法规的一半。由此可见,未来几年是国家和地方行政法制创新的鼎盛时期,部门行政法学的施展空间相当广阔。以新近向社会公开征求意见的《中华人民共和国治安管理处罚法(修订公开征求意见稿)》为例,其中的很多规定都体现了行政法制的创新。如何在赋予警察权便利行使与保障公民权利之间寻求平衡,还需要通过深入的学理研究予以修改完善。例如,第8条在保留行政调解的基础上创设了“当事人自行和解”制度,对“执法必严”的传统行政法信条有所解构;第9条增设了一定期限内“禁止申请同类许可证”及“同业禁止”的处罚,拓展了资格罚的外延;第32条对网络服务提供者第三方责任的规定,明确了监管机构、第三方和消费者的三维关系结构,是否不当转移了监管机构的监管职责有待商榷;第100条创设了不符合法定程序的“补正”制度,丰富了程序违法处理的方式,适用条件是否恰当还需斟酌;第112条增设了人体生物样本提取和采集措施,在方便治安管理的同时,是否与公民权利的有效保障相悖还需要深入考量;第117条首创“警务辅助人员”概念,能否辅助人民警察从事特殊活动尚待研究;第134条增设“罚款催告未缴录入信用记录”措施,适用范围是否需要严格限定尚需审慎考量;第137条增设担保人不履行担保义务可以实施拘留处罚的规定,是否符合比例原则要求有待商榷。此处所列八处修订,内容既涉及行政处罚法制本身,也涉及行政强制、行政许可、行政担保、行政和解、行政程序、行政辅助等多领域法制更新,亟待行政法学者运用行政法理和原则并结合治安管理实践观察,提出富有针对性的法制更新建议,促进警察行政领域良法善治局面的实现。^{〔1〕}

〔1〕 2017年2月6日,中国法学会专门在京召开了“《治安管理处罚法(修订公开征求意见稿)》专家研讨会”,与会的行政法、刑法、宪法、警察法学者对草案的进一步修改完善提出了很好的建议。参见《〈治安管理处罚法(修订公开征求意见稿)〉专家咨询会在京召开》,载<http://www.lawinnovation.com/index.php/Home/Xuejie/artIndex/id/14610/tid/1.html>,最后访问日期:2017年2月8日。

伴随着基本建成法治政府步伐的加快,行政法制更新作业将日趋繁重,行政法学者广泛参与其中的机会也随之激增。“拓展社会各方有序参与政府立法的途径和方式”“探索委托第三方起草法律法规规章草案”是《纲要》为提高政府立法质量开出的“药方”。“一些行政决定充满着如此技术性和复杂性的问题,受到影响的公民需要克服很大的困难和花费许多时间才能理解作出决定的过程,更不用说参与决定作出的过程了。”^{〔1〕}有鉴于此,行政法学者须当仁不让地参与其中,为提升政府立法质量、创新行政法制贡献智慧。当然,面对具体行政领域的法制更新,行政法学者同样面临知识结构和思维方式的挑战,这就需要调动更多专业研究者的积极参与,避免传统的依赖行政力量指定少数专家垄断式参与模式带来的弊病,进而真正实现具体行政领域的良法善治。

三、反哺总论体系更新的终极使命

如果说寻求社会治理良策和推动行政法制创新是部门行政法学应急目标的话,那么回到理论本身则是部门行政法学的终极目标。“公共行政既是行政法学者研究的有效对象,也是他们需要保持回应性的事项。重要的是,行政法应与其行政背景同步。”^{〔2〕}在秉承济世情怀、运用行政法理解决诸多具体行政领域形而下问题的基础上,学者当超越局部、立足系统性和整体性的视角,重新审视传统行政法总论学说体系的解释力和回应度,努力解决形而上的问题。诚如德国学者阿斯曼所言:“从个别领域之专业部门行政法发展而成的行政法学总论,与各别专业行政法演变对于行政法学结论的引导,形成一种互动的过程。”^{〔3〕}可以说,目光时常在部门行政法与行政法学总论之间流转,应当成为部门行政法研究者的座右铭。

从近年来新生代学者的部门行政法研究成果上看,反哺总论的理论自觉愈发明显。在对一个或多个具体行政领域长期跟踪观察的基础上,研究者将

〔1〕 [美]乔治·弗雷德里克森:《公共行政的精神》,张成福等译,中国人民大学出版社2003年版,第97页。

〔2〕 [英]卡罗尔·哈洛、理查德·罗林斯:《法律与行政》(上卷),杨伟东等译,商务印书馆2004年版,第76页。

〔3〕 [德]Eberhard Schmidt-Assmann:《行政法总论作为秩序理念:行政法体系建构的基础与任务》,林明锵等译,元照出版有限公司2009年版,第1~2页。