



Administrative Law
and
Social Science

行政法 与 社会科学

包万超 著



商務印書館

行政法与社会科学

包万超 著



創于1897

商務印書館
The Commercial Press

2011年·北京

图书在版编目(CIP)数据

行政法与社会科学/包万超著. —北京:商务印书馆, 2011

ISBN 978-7-100-07686-9

I. ①行… II. ①包… III. ①行政法学—文集
IV. ①D912.101-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 028519 号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

行政法与社会科学

包万超 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 978-7-100-07686-9

2011年4月第1版

开本 700×1000 1/16

2011年4月北京第1次印刷

印张 21 1/2

定价: 50.00 元

序

罗豪才

在社会转型时期,特别是在瞬息万变的信息化时代,国家治理和政府规制呈现空前复杂的多样性。作为调整政府和公民关系的行政法,为了回应现实的需要,从观念到体系结构不断地进行改革,进行自我调整。近年,一些行政法教科书和论著与时俱进地展示了这些变化和争论。但总体来说,学术研究仍落后于现实的发展,要正确理解正在发生的变化和指导未来的变革,我们仍有许多工作要做。

时代需要一种包容发展的行政法学,即一种能够反映现实多元利益诉求、均衡发展 and 积极和谐的知识体系。这是中国行政法

2 行政法与社会科学

实现全面、可持续发展的学术保障。为此我们要充分尊重思想自由和促进学术争鸣,特别是要注重基础理论研究。因为唯有对根本问题的探讨,才会使人们深刻地理解事物的本质,并为问题的解决提供有用的范式。这就要求越来越多的优秀学者投身于长期的、艰苦的基础研究。多年来,许多学者一直以此为已任并作出了诸多有益的探讨。

万超一直注重和坚持基础研究。围绕“行政法与社会科学”这一主题,他进行了长达十二年的探索,发表了不少研究论文,为他拟建立的严格社会科学的行政法学做了许多探索性的工作。作为一项持久深入的基础研究成果,《行政法与社会科学》不仅资料翔实,而且有理论亮点,对行政法的研究具有重要的参考价值,是一部值得一读的力作。是为序。

前言

1999年冬,《法制日报》分三期刊发了我的一篇文章“作为严格社会科学的行政法学”。我在这篇文章中试图提出和回答的问题是:迄今为止的行政法学为什么还不是一门严格的社会科学,以及如何成为一门严格的社会科学?文章发表后,在行政法学界同行中引起了一些反响。这些反响使我意识到,进一步阐述文章的主题不仅是必要的,而且是有意义的。这本书,便是我对这篇文章中所提出的问题的思考。

长期以来,下列预设对行政法学科的发展产生了深远的影响:行政法学是专门研究行政法现象的社会科学,它的主要任务是解

4 行政法与社会科学

释行政法规范,并通过提出价值判断和立法建议达到改进制度的目的。在这种似是而非的预设下,行政法学作为社会科学的正当性是无须论证的,因而这个问题便被掩盖或忽略了;学者们则心安理得地担当起了伦理说教者和立法咨询专家的角色。基于对这种预设的反省,本书首先提出了面向社会科学的基础研究任务和行政法学者的职能问题。如果学者不能发现和解释真实世界的行政法现象,他们就无法对一个可能世界的改进提出任何有说服力的建议。这就要求行政法学也应当是一个在科学的严谨精神指导下进行严肃工作的领域。这种从实证到规范的过程正是将行政法学构建成严格社会科学的内在要求。而在这过程中,学者不再是伦理说教者和立法咨询专家,而是引导人们进入行政法澄明之境的向导和智者,他们的任务是观察、发现、解释和预测。这就要求我们应当以“人”,而不是以“规则”为中心重建行政法的实证理论和反思我们的规范研究。由此,本书提出和阐述了现代行政法学的危机和发展社会科学的行政法学的基本命题。作为总体危机的集中表现,现代行政法学是一种“单向度”的规范法学。由于作为“此在”的人的缺席,这种“规范性”是不彻底的,又由于人类行为理论的缺失,这种规范的实证基础缺乏经验世界的支持,而使自身变为内容空虚的逻辑游戏。面向社会科学,就是将社会科学的方法和知识资源应用于行政法研究,最重要的是发展一种以人类行为理论为中心的社会科学的行政法学,并同时注重规范和实证研究。为此,我们这个时代的行政法学者要担负起这门学科未曾完成的使命:通过系统的反思来彻底澄清至今为止仍被行政法学忽略或误解了的成为严格社会科学的条件,尔后在这一基础上重返社会科学来重估或重建行政法学的评价标准和知识传统。

很显然,作为“严格社会科学”的行政法学仍然是一个无限遥远的点,我绝不认为本书比别的文献更接近了目标,只是希望它能激发人们对这个问题的意识,并探索性地提供一个对学者有启发和对

决策者有用的看待行政法问题的范式。

写作本书是一件漫长的体力活。庆幸的是,这不是一段孤独的旅程,我得益于很多师长和学友的研究和帮助。我特别感谢导师罗豪才教授。导师对我,包括对他所有的学生的影响从根本上带有这样一种特质:他倡导从学科的根本问题出发,而又试图超越特定的专业领域,既注重从总体上把握学科前进的方向,又能以一种宁静淡泊的心态执著地致力于基础研究的前沿。这本书就是在导师影响和敦促下的成果。

本书的主题和部分文字已发表在有关报刊杂志上。感谢姜明安、应松年、袁曙宏、陈瑞华、贺卫方、张千帆、米健等老师对我的悉心指导。感谢何海波、吴雷、查庆九、张芝梅、陈小文等学友给予的大力帮助。感谢我的夫人作为第一读者阅读了我的手稿,提出了很多建设性的意见。感谢毕洪海博士和本书的责任编辑朱泱先生最后审阅书稿,并提出很好的修改建议。感谢我的助教兰捷博士协助查证和复核了大量数据。

本书对我来说也有不少缺憾,主要在两个方面:一是在形式上,本书虽然由相互关联的八篇论文组成,但是结构松散,缺乏次第展开的逻辑和抽丝剥茧的快感;二是写作时间跨度长,前后历经十二年,文章各自独立成篇,且大部分已发表,因此少许内容有交叠,文献引用有重复。考虑到尊重事实和保持单篇结构的完整性,我就不作大的修改了。文章就是自己的孩子,即使带着岁月的伤痕去成长,也不愿整容。我把这些缺憾说在前头,提醒你在离开书店前后悔还来得及。

目

录

一、作为严格社会科学的行政法学	1
(一) 面向社会科学和思的任务	1
(二) 行政法学的建构:学科与科学的对峙	2
(三) 行政法学的解构:知识与方法	6
(四) 行政法学的重构:基础研究与行政法学家的社会职能	11
二、面向社会科学的行政法学	16
(一) 现代行政法学的危机及社会科学的进路	17
(二) 中国的行政法学术传统及当前的任务	24
(三) 需要一种中国的行政法学	36
(四) 人的回归和重返社会科学的任务	47
(五) 结语	65
三、实证行政法学与当代行政法学的基本难题	67
(一) 实证行政法学与规范行政法学的划分、研究规则及其	

2 行政法与社会科学

学术意义·····	68
(二) 学术传统中的规范理论及其实证基础·····	83
(三) 通过公共选择理论重建实证行政法学·····	88
四、公共选择理论与实证行政法学的分析基础·····	95
(一) 导论·····	95
(二) 面向真实世界的公共选择理论·····	97
(三) 方法论上的个人主义·····	105
(四) 经济人假设·····	111
(五) 作为交易的政治·····	117
(六) 结语:在行政法领域的扩展及其问题·····	121
五、行政法平衡理论比较研究·····	126
(一) 欧美行政法学术传统中的平衡思想及其最近的发展·····	128
(二) 中国行政法平衡理论的发展及其主要思想·····	137
(三) 平衡理论作为一种规范理论的学术地位和制度意义·····	151
(四) 结语:建立平衡理论实证基础的可能性及其途径·····	155
六、平衡立法与公共选择·····	158
(一) 导论·····	158
(二) 作为逻辑和经验命题的“失衡”与“平衡”·····	162
(三) 失衡的中国行政法·····	171
(四) 公共选择理论的解释与中国问题的独特性·····	190
(五) 通过公共选择机制的变革促进平衡立法·····	201
(六) 结语·····	214
七、阅读英美行政法的学术传统·····	215
(一) 问题、材料与方法·····	215
(二) 两种经典学术传统的确立·····	219
(三) 理想类型研究与学术传统的再诠释·····	230
(四) 学术传统中的五个基本问题·····	239
(五) 行政改革与行政法学术传统的转向·····	252

八、英国的民族精神与行政法	270
(一) 戴雪的遗产:英国的法治与行政法观念	272
(二) 英国行政法的性质和范畴	278
(三) 英国传统的行政法治及其在 20 世纪的演进	285
(四) 行政法治与对行政行为的司法审查	318
(五) 英国行政法的两种学术传统和理论模式	331
(六) 结语	331

一、 作为严格社会科学的 行政法学

(一) 面向社会科学和思的任务

19 世纪晚近以来,法学家始终未能自觉摆脱一个基础问题的困扰:行政法学在成为一门独立学科的同时能否将自身构建成为一门严格的社会科学?在奥里乌(M. Hau-riou)、迈耶(O. Mayer)、戴雪(A. V. Dicey)、古德诺(F. Goodnow)等欧美行政法学的奠基者看来,这是一个至关重要而又无需论证的常识:作为一门独立学科的行政法学自然也属于社会科学的范畴。但这一常识在逻辑上并未能推导出相似的结论:行政法

2 行政法与社会科学

学是一门社会科学。“学科”向“科学”的转化是需要论证的。正是因为后来者对这一区别的疏忽,迄今为止,行政法学在其发展的任何一个时期都没有能力自觉满足这个成为严格社会科学的要求。

当代行政法学家不必为此感到惊讶和沮丧。像哲学一样,行政法学也是一个需要严肃工作的领域,行政法学也可以,并且应当在严肃科学的精神中得到探究。我们这个时代的行政法无疑已受到了广泛的关注,但这种情境主要是出于社会的需要,而与对这门学科业已获致的种种成就的尊崇可能毫无关系。

对于现实来说,思想总是迟到的,但为了说明行政法“是什么”和“应当是什么”,法学家似乎总是来得太晚。在这里还没有发展出得以客观领悟和严格论证的知识体系,在许多方面,还缺乏那些在概念上得到明确界定、在逻辑和意义上得到完全澄清的命题、方法和学说。这样说并无意低估过去和现在致力于这门学科建设的各种努力的意义,而是旨在重新凸现法学家必须牢记的未曾完成的使命:通过系统的反思来彻底澄清至今为止仍被行政法学忽略或误解了的成为严格社会科学的条件,尔后在这一基础上重估或重建行政法学的评价标准和知识传统。

本文的旨趣是提出问题,并试图提供一种解决问题的思路。

(二) 行政法学的建构:学科与科学的对峙

行政法学历年以来何以未能发展成一门严格的社会科学?我认为,根本的原因是自这门学科的开端起,法学家就预设了使这门学科继续发展为科学的障碍。众所周知,就在法学家展开他们的思路之时,近代社会科学正集结在“科学统一性”和“实证主义”的旗帜下,沿着牛顿力学和达尔文进化论的“科学大道”大踏步地走向知识的分工,历史学、经济学、社会学、政治学和人类学由此率先发展为独立的学科并被划归社会科学的范畴。这是一个“科学祛除魔

法”的时代,法学家同样坚信,实证方法和分析哲学的引入最终会发展出一门“科学的”法学及其分支科学,孔德(A. Comte)和涂尔干(E. Durkheim)的社会实证主义、斯宾塞(H. Spencer)的进化社会理论、边沁(J. Bentham)和奥斯丁(J. Austin)的法学实证主义与分析哲学受到了广泛的推崇。神秘主义和自然法原则从法哲学中被驱除出去,法律自身演绎出一系列“理性的、科学的”原则,法学获得了独立的学科地位。

行政法学作为法学子学科的发展经历了三次严格的知识分工:首先是宪法学从法哲学和政治学中独立出来,狄骥(L. Duguit)和戴雪分别在欧陆和英美法学界同时完成了这次分工。接着是行政法学从宪法学中分离出来。韦德(H. Wade)曾断言:“实际上,整个行政法学可视为宪法学的一个分支”。〔1〕迈耶注意到“宪法消逝,行政法长存”的演变趋势。〔2〕至此,行政法学就成了研究“动态宪法”的专门学科。最后一步是确立行政法学与边缘学科,尤其是公共行政学的界碑。古德诺强调政治与行政二分,后者包括分别研究效率和合法性的行政学与行政法学,不涉入意识形态和政治合法性之争。〔3〕威尔逊在《行政研究》(1887)这篇经典论文中指出:“公共行政研究的首要目标是发现政府能恰当而成功地做什么事情,以及如何以最高的效率和最低的成本来做好这些事情。”〔4〕而行政法学的研究对象就剩下政府规则和行政行为的合法性问题了。行政

〔1〕 [英]威廉·韦德:《行政法》,徐炳等译,中国大百科全书出版社,1997年版,第7页。

〔2〕 [德]奥托·迈耶:《德国行政法》,刘飞译,商务印书馆,2002年版,第三版前言。

〔3〕 参见 F. J. Goodnow, *Politics and Administration*, New York: Macmillan, 1900。

〔4〕 W. Wilson, “The Study of Administration,” *Political Science Quarterly*, 1887 (2).

4 行政法与社会科学

法学终于“脱胎换骨”成一门纯粹的法律学科。从 19 世纪 80 年代至 20 世纪 30 年代,欧陆、英美和中国次第完成了行政法学作为一门独立学科的建构任务。这段短暂的历程和在宪法学、行政学夹缝中生存的事实使得行政法学一直处于没有根基的状态和边缘地位。

在行政法学作为一门独立学科的完成并放射出智慧之光的同时,这门学科的黄昏也就提前来临了:20 世纪的行政法学在自我陶醉的悲剧性研究中变成了断奶的婴儿——通过不断界定和固防自己的疆界,行政法学拒绝了其他人文学科和社会科学的重要成果对它的影响,不仅如此,法学家的努力还使行政法学俨然成了一个自足的实体,渐渐割断了它在社会科学中的根基和知识传统。

30 年代至 70 年代的半个世纪,整个行政法学界在先驱者的光芒照耀下迅速走向心智和思想的衰竭。技艺式的学院教育培养了昔日遗产的看管人、经典文献的注释者、酷似有学识的教书匠。即使是像韦德(H. Wade)、德·史密斯(S. de Smith)、戴维斯(K. C. Davis)、盖尔霍恩(W. Gellhorn)、布雷邦(G. Braibant)、弗莱纳(F. Fleiner)、耶利内克(W. Jellinek)等一代行政法学名家,也只能将抱负大大压缩,以微弱的思想火花和技术上的娴熟在狭小的学科领地内进行耕耘。在东亚,美浓部达吉的《行政法撮要》(1924)率先引介了迈耶的《德国行政法》,^[5]次年,白鹏飞的《行政法总论》又把迈耶和美浓部达吉的体系移入中华民国。^[6]时至今日,日本和台湾地区的后继者却仍然主要是德国行政法学的注释者。而苏联管制型行政法的导入最终导致了中国大陆行政法的式微。

半个世纪以来,行政法学的贫困辜负了这门学科走向科学的使命。一方面,在选题、材料和方法上殊少有创新和突破,在欧陆,以

[5] 参见[日]美浓部达吉:《行政法撮要》,程郑芳、陈思谦译,商务印书馆 1934 年版。

[6] 参见白鹏飞:《行政法总论》,上海商务印书馆 1925 年版。

行政组织法、行政行为法、行政救济法勘定的学科领域自奥里乌和迈耶以来基本不变;在英美,不少行政法学家的视野只局限于行政程序和司法审查。正当经济学、政治学、社会学等学科不断引入新的方法和材料,拓展新的领域而逐步发展为严格的社会科学的时候,法学及作为其分支学科的行政法学却固守着昔日的地盘和雷打不动的教条。另一方面,为了迁就即时性的目标,或臣服于意识形态和政治的压力,行政法学的思辨和人文哲学被迫放弃了它的合法化职责,丧失了对现实的批判和创新能力,行政法学家指导社会的思维力量日渐耗尽。这门学科在这半个世纪的很长一段时期,自我降格为政策阐释学和推行政治权威主义的合法工具。不仅在苏东和中國大陸,德国、日本乃至于凯恩斯主义盛行时期的英美国家,行政法学都承受了同样的悲剧命运。因此,任何一位当代行政法学家试图向人们宣称这门学科具备了作为一门社会科学的严谨性时,科学都将会“笑歪自己的胡子”。

直到最近 30 年,这一学科的耕耘者才开始意识到自身学科的尴尬地位,而他们此时却成了当代社会科学语境中的陌生人。一种如梦初醒的危机感促使法学家对 19 世纪以来长期指导行政法学研究的一些理论旨趣和模式提出了深刻的挑战。与此同时,欧美思想界正面临着一个后结构主义和后现代主义思潮逐步强大的时代。学界之外的公众也广泛地注意到现实秩序的急剧变迁:历经 20 世纪的多重变革,从社会结构的制度安排到科学、文学与艺术的游戏规则均已改变了,处于这一变革世界中的行政法学,就不能不同样面临着“社会科学的叙事危机”和知识的合法化难题。公众的认识支持了新近的学术挑战,大家的共同疑问是:传统的行政法学理论是否能够恰当地描述和解释当前的行政法现象,它能否为行政法的制度演进继续提供规范性基础和学术支持?对此,英美法学家提出了两条颇有希望的研究进路:一是试图在反思行政法学规范主义传统和功能主义传统的基础上,以建设性的研究纲领综合新的理论挑

战,如克雷格(P. P. Craig)、哈罗(C. Harlow)、洛克林(M. Loughlin)、斯图尔特(R. Stewart);〔7〕二是在社会科学领域探索以新的理论基础和分析方法促成行政法学领域的重新定位,如将公共选择理论应用于行政法研究。〔8〕这一进路兼容了后现代主义的诸多因素和跨学科的知识启迪。在后现代语境中,各门学科领地间传统分界线成为问题——学科规则消失、各科的交叉重叠现象出现了,从中又生成新的学术领域。

面向社会科学和承载思的任务,我们这个时代的行政法学成了黑格尔笔下米涅瓦的猫头鹰,在黄昏中展开自己的翅膀,在它飞行的终点回顾所经历的艰难困苦,并将其作为返回自身旅途的各个阶段来理解:当它到达目的地时,一直“自存”的行政法学通过反思开始转向“自为”的行政法学,即重新回到社会科学中去找寻自我作为一门严格科学的可能性。

(三) 行政法学的解构:知识与方法

成为严格的社会科学,这样一个开始被意识到的使命主宰着法学家对“此在的行政法学”作历史的批判性分析,并尝试更自觉地去重构行政法学科学化课题。这种解构要求将行政法学与社会科学结合起来,它既是对行政法学的改造,同时也是对社会科学的扩

〔7〕 参见 Paul P. Craig, *Public Law and Democracy in U. K. and U. S. A.*, Oxford: Clarendon Press, 1990; Martin Loughlin, *Public Law and Political Theory*, Oxford: Oxford University Press, 1992; Carol Harlow & Richard Rawlings, *Law and Administration*, London: Butterworths, 1997; Richard B Stewart, “The Reformation of American Administrative Law” (1975), *Harvard Law Review*, Vol. 88。

〔8〕 参见 Patrick McAuslan, “Public Law and Public Choice” (1988), *The Modern Law Review*, vol. 51; Jerry L. Mashaw, *Greed, Chaos, and Governance: Using Public Choice to Improve Public Law*, Yale University Press, 1997。