

## 前行没有路障

### ——比较行政法学与中国当代行政法学的发展

朱新力\* 骆梅英\*\*

#### 一、引言

马丁·洛克林曾言,寻求在社会发展的语境中表述和阐明公法问题是一种历史悠久的智识活动。<sup>[1]</sup> 而对中国当代行政法学发展历程的考察,简直就是在为这句话添加一个生动而贴切的脚注,尽管我们的结论也许并不关涉对于这种智识活动成功与否的评判。仅仅从过程角度来审视,不可否认的是,对域外行政法学理论和制度的借鉴、吸收、引入在这种智识活动中扮演了重要的角色。由于学科基础的薄弱,<sup>[2]</sup> 域外行政法相对发达国家的公法理论和制度成为我国当代行政法学发展过程中每一步跨越都无法逃脱的背景。这种影响并没有因为公法领域相较于私法领域开展比较法研究更为困难而丝毫有所减轻,相反,在某种程度上,当代我国行政法学理论在发展之初就是在一大堆舶来词汇的基础上构建起来的。从负笈英伦的龚祥瑞先生在晚年怀着宪政与法治情结撰写的《比较宪法与行政法》,<sup>[3]</sup> 到堪称开启了行政法学一个时代的王名扬先生撰写的《英国行政法》、《法国行政法》、《美国行政法》三部曲,<sup>[4]</sup> 对域外行政法学理论和学说体系启蒙式的介绍,极大加速和推动了始终处于蹒跚学步期的中国行政法学的发展。从早期的美浓部达吉、古德诺、南博方、施瓦茨到晚近的韦德、盐野宏、毛雷尔、斯图尔特等,再到最近我们甚至都无法一一列举名字的这些在我们的行政法学论文中——无论是内容还是注释——展现耀眼光芒的外国行政法学名家,几乎在中国行政法学发展的每一个台阶上都有他们不可磨灭的脚印。

另一方面,考察对域外行政法学的借鉴、吸收、引入的过程同样也不能脱离中国当代社会发展的语境。公法在某种程度上作为政治话语的延伸,在不同的社会发展阶段,其核心问题也随之

\* 法学博士、浙江大学法学院教授。

\*\* 浙江大学宪法学与行政法学专业 2003 级硕士研究生。

[1] [英] 马丁·洛克林:《公法与政治理论》,郑戈译,商务印书馆 2002 年版,中文版序言。

[2] 姜明安教授认为,从 1949 年新中国成立到 1978 年中共十一届三中全会召开的 30 年期间,可称为我国行政法发展的“史前阶段”。在此期间,很少有学者专门研究行政法学,全国几乎没有出版过一部行政法学教科书或行政法学专门著作,也几乎没有一所高等学校的法律院系开设过中国行政法学专门课程。建国 30 年,行政法学在我国学科分类目录上一直处于空白状态。参见姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社、高等教育出版社 1999 年版,第 70 页。

[3] 龚祥瑞:《比较宪法与行政法》,法律出版社 1985 年版。

[4] 王名扬先生的主要作品有:《英国行政法》,中国政法大学出版社 1987 年版;《法国行政法》,中国政法大学出版社 1988 年版;《美国行政法》(上、下),中国法制出版社 1994 年版。张树义教授认为中国行政法学事实上存在一个“王名扬时代”,可以说,没有哪位中国行政法学者的著作,能够达到如其“外国行政法三部曲”这样高的知名度和引用率,参见张树义:《行政主体研究》,载《中国法学》2000 年第 2 期。应松年教授也认为,王老的这三部著作,“20 年来,对拓展中国行政法学者的视野,推进我国行政法理论研究,乃至从中获得借鉴、促进我国行政法制的发展完善,都起着重要的作用。可以说,目前正在从事行政法理论研究和实务工作的人,都从其中获益。”参见应松年:《编辑缘起》,载张越编著:《英国行政法》,中国政法大学出版社 2004 年版,卷首。

改变,<sup>[5]</sup>是曰“公法常变,而行政法常新”。公法学者从来也不能“跟着感觉走,紧抓住梦的手”,相反则是需要一双“慧眼”将蕴藏于纷繁复杂的社会现象之后且不断变迁的时代主题看个“清清楚楚、明明白白、真真切切”。如果我们将中国当代行政法学的发展过程比喻为造房子的话,那么在下文所论述的三个不同的建造时期,从初期行政法学话语结构、学科框架的搭建,注重对域外行政法学宏观体系的介绍,到中期结合立法和司法审查的实践,注重对域外行政法学的某一制度或学说的引入,再到晚近框架体系进一步确立、跨学科研究开始出现、新的行政法哲学抬头等,域外行政法学也相应的从单一学科朝着跨学科、从关注司法审查朝着同时关注行政过程的研究方向发展;从纠“左”话语下对苏维埃行政法的“情有独钟”到干部人事制度改革背景下公务员法比较研究的“一枝独秀”、以及行政程序法立法导向下行政程序比较研究的“如火如荼”,再到行政国家下以追求良好行政为己任的政府规制研究的“崭露头角”,这些都表明域外行政法学的引入与中国当代社会发展语境下行政法学的兴衰水乳交融的一面。

本文试图从一个“航拍者”的视角,概览自1978年以来域外行政法学对我国行政法学发展的影响,如前所述,如果将中国行政法学的发展过程比喻为造房子的话,这种影响大致可以划分为三个时期。1978年至1989年为“打地基、搭框架”时期,这一时期行政法学处于初创阶段,学科框架初步确立,域外行政法学的引入以宏观体系的介绍为主;1989年至1998年为“砌砖墙、建主楼”时期,行政法学从宏观体系的介绍转向具体制度的构建,行政法学理论逐步走向成熟,域外行政法学的引入以立法为主轴,尤其以服务司法审查为特色;1998年至今为“精装修、图革新”时期,行政法学研究走向繁荣,学科体系框架进一步确立,域外行政法学的研究呈现“百花齐放”的场面,大量的译著、文章被介绍到中国,并推动行政法学的发展朝着更关注行政过程、行政法分论的方向发展。

## 二、“打地基、搭框架”时期(1978~1989)

1978年党的十一届三中全会以后,法律和法制逐渐在政治话语中获得了话语的正当性和合法性,一度被打入“冷宫”的行政法也因国家行政管理实践的需要尤其是1982年机构改革以来充分暴露的行政管理方面的问题而开始日益“走红”。这一时期,行政法学的学科体系初步确立,而在这个重建过程中,域外行政法学做出了卓越的贡献,同时对这种贡献的考察事实上也在为我们回答“中国行政法学从哪里来”这个学科发展的源头问题提供答案。

### (一)苏联和东欧国家行政法学的历史烙印

1978年开始乃至整个80年代,由于受到整个意识形态、政治气候和社会结构的影响,<sup>[6]</sup>早期我国的行政法学研究受前苏联和东欧国家渗透着浓厚的行政管理色彩的行政法学影响甚巨。

1. 在基本理念上,80年代前苏联和东欧许多国家的行政法学往往同行政管理相结合,并且

[5] Bernard Schwartz, "Some Crucial Issues in Administrative Law", 28 Tulsa L. J. 793 (1993).

[6] 苏力将1978年至整个80年代的法学研究称为“政法法学”时期,并且认为这一时期法学虽然逐渐与政治相分离,但是并没有形成属于学科自身的专业性的问题,而“基本上是一种政治话语和传统的非实证的人文话语”。苏力关于“政法法学”的判断同样也可以在行政法学上得到印证。如在早期的行政法学教材上经常性的会出现“中国特色的社会主义行政法学体系”,“在党的统一领导下实行党政分工和党企分工的行政法原则”“社会主义国家的行政法不同于资本主义国家的行政法”等词句。参见苏力:《也许正在发生——中国当代法学发展的一个概览》,载《比较法研究》2001年第3期。

同“行政违法法典”〔7〕相联系,其主要目的在于通过行政命令的手段来管理社会,强调公民遵守行政法规范,忽视对管理者的监督和公民一方的权利,行政法被视为“管理法”,其中最为典型的定义是:“行政法作为一种概念范畴就是管理法,更确切一点说,就是国家管理法。”〔8〕早期我国行政法学因此也受“管理论”影响,〔9〕将行政法定义为“关于国家各个方面行政管理活动的法律规范的总称”、〔10〕“一切行政管理法规的总称”〔11〕等等;

2. 在著述体例和内容上,我国80年代初期、中期出版的行政法学教科书多以前苏联和东欧的行政法学著述〔12〕为蓝本。以我国第一部公开出版的统编行政法学教科书——《行政法概要》和瓦西林科夫主编的《苏维埃行政法总论》为例,前部被誉为“开启了我国行政法学研究之先河”的著作,主要的章节包括“我国国家行政管理的指导思想和基本原则”、“国家行政机关”、“国家行政工作人员”、“行政行为”、“国家行政管理的法律监督”等。而后者则主要分为“苏维埃行政法——社会主义法律的一个部门”、“苏维埃国家管理的概念和原则”、“苏维埃行政法主体”、“苏维埃国家管理的形式与方法”、“行政诉讼”、“苏维埃国家管理中法制和纪律中的保障”六章。两相对照,多少都能在前者身上找到一些后者的影子。

3. 在内容上,《行政法概要》一书的编写正如该书前言所说乃“从我国当前国家行政管理的实际出发”并“结合目前我国正在进行的国家行政机构改革新经验”修订,而且其分论也都以“××行政管理”为题,论述各个领域的行政管理原则和规范,这也与前苏联和东欧许多国家80年代的“管理行政法”、将行政法作为管理的工具的特征相吻合。

不仅如此,这一影响也可以在整个80年代前苏联、东欧国家行政法译文所占外国行政法译文的比重上得到映证。在1980年至1989年我国翻译的外国行政法译文和比较行政法论文中,

〔7〕 前苏联最高苏维埃于1980年10月23日通过苏联历史上第一个《苏维埃社会主义共和国联盟和各加盟共和国行政违法立法原则》,俄罗斯则先后于1984年和2001年通过了两部《行政违法法典》,1984年的中译本为任允正、马骥聪译:《俄罗斯联邦行政违法行为法典》,法律出版社1987年版;2001年的中译本为刘向文译:《俄罗斯联邦行政违法法典》,中国人民大学出版社2004年版。转引自朱新力、宋华琳:《现代行政法学的建构与政府规制研究的兴起》,载《法律科学》2005年第5期。

〔8〕 [前苏联]B. M. 马诺辛等:《苏维埃行政法》,黄道秀译,群众出版社1983年版,第24页。

〔9〕 参见罗豪才:《行政法之语义与意义分析》,载《中国法学》1993年第1期。

〔10〕 《法学辞典》,上海辞书出版社1989年版。

〔11〕 王珉灿主编:《行政法概要》,法律出版社1983年版。

〔12〕 主要的译著有[前苏联]B. M. 马诺辛等:《苏维埃行政法》,黄道秀译,群众出版社1983年版;[前苏联]瓦西林科夫主编:《苏维埃行政法》,姜明安、武树臣译,北京大学出版社1985年版;[前苏联]科兹洛夫等主编:《苏联国民经济管理的行政法原则》,中毅、林芳译,法律出版社1985年版。事实上,在此之前,我国在50年代曾开设过苏维埃行政法课程,当时就已经翻译了大量苏维埃行政法的著述,如[前苏联]符拉索夫:《苏维埃行政法提纲》,中国人民大学国家法教研室译印1954年版;[前苏联]科托克:《苏联行政法概论》,华东人民出版社1951年版;[前苏联]科拉夫楚克:《国家法·行政法》,王庶译,法律出版社1955年版,等等。

前苏联和东欧国家的行政法译文和比较行政法文章约占1/3。<sup>[13]</sup>前苏联和东欧行政法学的引入成为我国行政法学早期发展过程中抹不掉的历史烙印。

## (二)大陆法系国家行政法学的体系继受

我国行政法学在早期由于受到时代背景和前苏联行政法学的影响,依附于其他学科尤其是政治学和行政管理学,因此其自身的学科特点和专业话语并未建立。如果说前苏联和东欧国家的行政法学对我国行政法学发展的影响更多体现在“行政”面上,那么大陆法系尤其是德国、法国行政法学的影响显然更注重“法”的面上。尤其是在学科的框架体系上,我国行政法采总论、分论体系,围绕行政主体、行政行为、行政救济等核心概念展开,并采用行政行为型式化分析路径,在此基础上发展起来行政处罚、行政许可、行政强制等概念,由这些关键词构建起来的行政法学大厦的“建筑风格”与法、德行政法学框架体系存在异曲同工之妙。

最直接的证据莫过于被学界誉为中国行政法学研究的“概念工具百宝箱”的《法国行政法》,该书对行政行为理论的全面介绍在今天仍然是“中国行政法学的基石”(应松年语);该书介绍的行政合同制度,整整影响了一代行政法学家;更为重要的是作者在这部书中对行政法院制度的介绍,成为我国行政诉讼法的范本和国家赔偿法立法时的重要参考资料。<sup>[14]</sup>王老的贡献,使得我国行政法学在理论体系和分析框架上更多的与大陆法系国家行政法学存在继受关系。

这种继受关系还体现在日本行政法学和我国台湾地区行政法学对我国大陆行政法学的影响上。<sup>[15]</sup>日本行政法学与我国行政法学的亲缘关系可以追溯到20世纪二三十年代。当时我国出版和翻译的外国行政法学著作和论文中,尤以日文为最,<sup>[16]</sup>当时很多著名的行政法学者也都有留学日本的经验。如我国第一本行政法学著作——上海商务印书馆出版的《行政法总论》的作者白鹏飞教授,就是师承导师日本东京帝国大学法学部教授美浓部达吉博士的理论体系,<sup>[17]</sup>而作为日本行政法理论指导者的美浓部达吉教授,其代表作《日本行政法》就继受了德国行政法学奠基者奥托·梅耶撰写的《德国行政法》的体系结构。<sup>[18]</sup>这些民国时期出版的行政法学专著译著,则成为我国80年代初期行政法学学科重建的重要文献资料。无论是教材编撰还是体系架

[13] 如[捷]约瑟夫·梅克尔:《捷克斯洛伐克国家管理机关的社会主义特性》,陈振业译,载《外国法学译刊》1981年第3期;[匈]阿·劳茨:《匈牙利人民共和国检察院对行政机关的监督》,载《法学译丛》1981年第1期;[保]J. L. 斯泰诺夫等:《社会主义行政法的特征、渊源和范围》,姜明安译,载《国外法学》1982年第5期;[前苏联]B. M. 拉扎列夫:《苏联国家管理机关的相互关系》,锡生摘译,载《法学译丛》1982年第5期;[前苏联]P. A. 谢尔吉廷科:《完善苏维埃公务立法》,锡生译,载《法学译刊》1985年第3期;[南斯拉夫]留比沙·科拉奇:《论南斯拉夫的国家行政管理体制》,刘庚书译,载《法学译丛》1986年第5-6期;[波兰]科林·T. 瑞达:《波兰的行政诉讼程序》,周汉华译,载《法学译丛》1989年第1期;李华年:《苏联第一部行政法典——乌克兰行政法典》,载《外国法学研究》1985年第3、4期;任庆安:《保加利亚的民意征询法》,载《政治与法律》1989年第1期等等。具体可参见宋华琳、苏苗罕:《外国行政法和比较行政法论文译文篇目年表(1977~2004)》,未刊文,原文由作者提供。

[14] 参见陈夏红:《身居陋室 名扬天下——记我国行政法学泰斗王名扬的学术生涯》,载《法制日报》2003年5月26日。

[15] 朱芒:《外国法的意义与中国问题意识——简评于安:〈德国行政法〉》,载《法学》2001年第1期。

[16] 在1984年出版的《行政法资料选编》(《行政法概要》编写组编撰,法律出版社1984年版)的附录中,列举了清末和民国时期的外国行政法译著22种,其中日文著作有14种,比例为63.6%,如[日]清水澄:《行政法各论》,商务印书馆1919年版;[日]美浓部达吉:《行政法撮要》,杨邻芳、程思谦译,商务印书馆1934年版等等。

[17] 参见陈新民:《行政法学的拓荒者》,载《公法学札记》,三民书局2005年版,第263~268页。

[18] 参见陈新民:《德国公法学基础理论》(上册),山东人民出版社2001年版,第132页。

构,都相当程度上参照甚至引用了这些专著译著,在此基础上得以发展壮大至今。<sup>[19]</sup>另外日本行政法学者南博方撰写的小册子《日本行政法》<sup>[20]</sup>也对我国早期行政法研习者影响深远。日本行政法与德国行政法之间的源远流长的关系,使我国行政法也间接接受了德国行政法的体系和框架。

### (三) 英美法系国家行政法学的理念传承

如果说,大陆法系行政法学以其概念框架在中国行政法学重建的知识赛跑先拔头筹,那么英美法系的很多理念则因更能打动人的心怀而在中国培育了生长的土壤。80年代中后期,我国社会进入了一个思想活跃期,民主和法制进一步发展,人们不再满足于前苏联“官本位”似的“管理型”的行政法学,渴望控制政府的权力,人民与政府之间的平等对话,因此,以“控权”为核心的英美行政法学迎合了这一社会发展对行政法提出的要求。说到英国和美国行政法学对早期我国行政法学发展的影响就不能不提到“两位学者和一本著作”。两位学者都是在比较行政法学领域居功甚伟的人物,一位是北京大学的龚祥瑞先生,<sup>[21]</sup>另一位是中国政法大学的王名扬先生。<sup>[22]</sup>龚先生早年留学英国伦敦大学经济政治学院,师从詹宁斯、拉斯基等名家研读法律学与政治学。归国后,致力于将西方宪政和法律制度介绍到中国,并倡导在法学研究领域开展实证调研,其思想、著述对我国宪法与行政法学的发展影响深远。<sup>[23]</sup>在以龚先生为代表的一代行政法学家的影响下,我国行政法吸收和借鉴了英国行政法的一些理念和制度,其中包括英国文官制度对我国公务员制度的影响;越权无效、自然公正两大原则在我国行政法指导思想中的渗透;行政合法性原则和行政合理性原则的确立;<sup>[24]</sup>行政合理性原则的内容、自由裁量的概念和理论等等。王名扬先生的三部外国行政法著作在我国行政法学发展史上的地位已得到了学界的一致公认,这三部经典著作其中包括《美国行政法》为我国行政法的发展奠定了重要的知识基础,直到今天,它们

[19] 参见《行政法概要》编写组编撰:《行政法资料选编》,法律出版社1984年版,附录四。

[20] [日]南博方:《日本行政法》,杨建顺等译,中国人民大学出版社1988年版。

[21] 龚祥瑞先生的主要作品、译著有:《西方国家的司法制度》(与罗豪才、吴焯英合著),北京大学出版社1980年版;《英国行政机构和文官制度》,人民出版社1983年版;《比较宪法与行政法》,法律出版社1985年版;《文官制度》,人民出版社1985年版;《行政法与行政诉讼法》(主编),法律出版社1989年版;《法治的理想与现实》(《中华人民共和国行政诉讼法》实施现状与发展方向调查报告)(主编),中国政法大学出版社1993年版;《宪政的理想与现实》,中国人事出版社1995年版;W. I. 詹宁斯:《法与宪法》,龚祥瑞、侯健译,三联书店1997年版。先生还曾在80年代组织翻译过丹宁勋爵的一套丛书《法律的训诫》、《法律的界碑》、《法律的正当程序》等。

[22] 当然,王名扬先生所涉猎的不仅仅是英美行政法领域,在其撰写的三部巨著《英国行政法》、《法国行政法》、《美国行政法》中,《法国行政法》以其翔实的外文资料和对法国行政法理论和制度的精湛疏理成为影响我国行政法继受大陆法系国家行政法影响的力证,而且其第二部著作《美国行政法》在1994年出版,严格说来也不属于本章节所讨论的时间段,但这些都无妨笔者在这里将两位先生相提并论,因为无论是从两位先生在比较行政法学领域的学术贡献还是从其对中国行政法学科发展的影响来说,都处于先驱者的地位。

[23] 例如,《西方国家司法制度》详细介绍了法国的行政法院、英国的行政裁判所和美国独立管理机构的行政裁判制度,是我国较早出版的研究西方国家法律制度的著作之一;《比较宪法与行政法》则堪称我国比较行政法学的开山之作,直至现在仍然是高等法院校比较行政法课程上的经典教材;《法治的理想与现实》则是我国法学界第一次专门而深入地一部法律实施状况的调研,运用问卷、访谈和统计数字等方式,对我国新生的行政诉讼制度进行了实证研究。

[24] 龚祥瑞先生是较早撰文论述行政法基本原则的学者之一,参见龚祥瑞:《论行政合法性原则》,载《法制建设》1986年第1期;《行政合理性原则》,载《法学杂志》1987年第2期;《行政应变性原则》,载《法学杂志》1987年第6期等。1989年,罗豪才教授主编的《行政法学》第一次将行政合法性原则与行政合理性原则确立为我国行政法的两大基本原则。

仍然是行政法学研习者必读的著作和学者在讨论相关问题时必引的著作。“一本著作”则是指伯纳德·施瓦茨教授的《行政法》,<sup>[25]</sup>这是我国较早翻译的一本系统介绍美国行政法的著作。因这本书而生的“美国行政法的核心是正当程序”的判断在学界影响多年,并且成为当时了解和研习美国行政法必读的著作。

### 三、“砌砖墙、建主楼”时期(1989~1998)

1989年乃至整个90年代,我国行政法出现了一个高速发展期,独立的学科地位得以确立,特别是《行政诉讼法》颁布之后,围绕该法以及最高法院的司法解释,针对司法审查的理论和实践问题,在当时已经逐渐译介的一些外国行政法著述影响下,学者们开始建构和讨论“行政行为”、“行政主体”、“行政相对人”、“行政法律关系”、“滥用职权”、“违反法定程序”等一系列概念,以司法审查为中心,以规范和控制行政权力为主线的行政法学体系得以架构。1989年作为划分两个不同时期的分界线,可能更确切地应当是指80年代末至90年代初这一分界期,<sup>[26]</sup>从这一时期开始,我国进入了一个行政立法的膨胀期,<sup>[27]</sup>这一时期域外行政法学的研究呈现的一个突出特点是对外国法的引入围绕立法为中心,同时由早期注重宏观远景式的介绍转向具体制度的架构。

#### (一)立法导向下的比较行政法学

首先是从80年代末到90年代初围绕行政诉讼法展开的一系列司法审查制度的比较研究,诉讼法制定和实施过程中的具体问题的探讨和争论使得行政法学的许多基本理论成为确定的领域,在此基础上,涌现了很多新的“问题点”,学界开始了建设行政法学科大厦“主楼”的工作。在此期间,翻译了外国大量有关行政程序法、行政救济法方面的论文,<sup>[28]</sup>出版了一定数量的有关案例分析的著作和案例汇集。<sup>[29]</sup>这一时期,除行政诉讼法外,比较行政法学研究的中心主要集中在公务员制度、国家赔偿法、行政处罚法、行政强制制度、行政复议制度、行政程序法等领域,<sup>[30]</sup>而这些都涉及我国行政法领域当时被提上议程的全局性立法。其中对公务员制度的研究实际上是贯穿了1978年后的整个80至90年代,这主要与我国在纠正“左”的路线后所实施的一系列干

[25] [美]伯纳德·施瓦茨:《行政法》,徐炳译,群众出版社1986年版。

[26] 几个标志性的事件是,1986年由法学家和部分实务界人士组成的行政立法研究组成立,负责起草具有全局性意义的行政立法,为立法提供咨询和搜集国内外行政立法的资料等等。该小组成立后,翻译了大量外国行政立法文本和资料,提出了行政诉讼法、国家赔偿法、行政处罚法试拟稿等,从此,我国行政立法工作开始了一个全新的局面。参见应松年:《行政法工作者的追求》,《中国走向行政法治探索》代序,载 <http://www.jcrb.com/zyw/n6/cal1524.htm>;1989年《中华人民共和国行政诉讼法》颁布,为行政法学研究提供了新的“经济增长点”,开启了行政法学的新局面;1989年罗豪才教授主编的《行政法学》由中国政法大学出版社出版,该书是继《行政法概要》之后第二本行政法学统编教材,其确立的行政法学的范畴、体系、基本概念和原则,对此后的行政法学产生了巨大影响。

[27] 姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社、高等教育出版社1999年版,第69页。

[28] 如任高潮、周伟:《各国行政诉讼制度之比较》,载《中国法学》1987年第4期;姜明安译:《美国行政诉讼若干问题》,载《国外法学》1988年第4期;王勇亮:《法国近期行政诉讼法的重大改革》,载《法学杂志》1989年第1期;[日]富家藤四郎:《日本行政法中的救济手段》,周游斌、陈亚平译,载《法学译丛》1990年第1期;[美]施瓦茨:《英美行政程序的比较》,周汉华译,载《法学译丛》1991年第4期;[德]卡尔·赫尔曼·乌勒:《普通行政诉讼方式与特殊行政诉讼方式》,载《法学译丛》1992年第3期;[德]格尔诺特·多尔等:《德国行政程序》,载《法学译丛》1992年第5~6期;姜明安译:《英国司法审查规则》,载《行政法学研究》1993年第1期等。

[29] 如应松年、胡建森主编:《中外行政诉讼案例选评》,中国政法大学出版社1989年版;皮纯协、胡建森主编:《中外行政诉讼词典》,东方出版社1989年版。

[30] 参见宋华琳、苏苗罕整理:《外国行政法和比较行政法论文译文篇目年表(1977~2004)》,未刊文,原文由作者提供。

部人事制度方面的改革以及一直以来学界对于建立一部完善的公务员法的期望相关。<sup>[31]</sup>另外90年代中后期,特别是1996年《行政处罚法》颁布后,国内行政程序研究开始升温,并且随着设立一部统一的行政程序法呼声日益高涨,行政程序领域的比较研究可以说是至今仍然方兴未艾。以1997年为例,这一年比较行政程序法论文占到了比较行政法论文的近60%,<sup>[32]</sup>另外先后出版的比较行政程序研究方面的著作也极大地丰富了我国行政程序研究的资料库。<sup>[33]</sup>

## (二)从宏观体系转向微观制度的介引

这一时期,比较行政法研究开始从早期的注重宏观远景式的介绍转向更为具体的学说和制度的构建。这个结论可以毫不费力从对照1989年前后比较行政法论文、译文的题目和内容得出。早期行政法学由于处于“打地基、搭框架”时期,首要的工作是确立行政法学的学科地位,在研究风格上注重国外宏观体系的介绍,如《社会主义行政法的特征、渊源和范围》<sup>[34]</sup>《法国行政法和英国行政法》<sup>[35]</sup>《现代行政与法》<sup>[36]</sup>等等,1989年后行政法研究进入了“砌砖墙、建主楼”时期,自然需要进一步填充各个具体概念的定义、具体制度的内容等等,因此诸如行政赔偿责任制度<sup>[37]</sup>、强制与处罚制度<sup>[38]</sup>、行政复议制度<sup>[39]</sup>等一些外国法上的具体制度<sup>[40]</sup>被介绍到中国。

## (三)比较行政法学专著、教材开始涌现

在著述方面,同早期我国比较行政法学的专著、教材的屈指可数相比,这一时期不仅翻译了日本的和田英夫、室井力,美国的盖尔霍恩和利文,英国的韦德等名家的行政法著作,<sup>[41]</sup>而且国内学者编著的综合介绍各国行政法学理论的专著和教材也开始涌现。具有代表性的有,王名扬

[31] 1978~1997年,我国行政法学领域关于公务员制度方面的外国行政法和比较行政法论文有将近40多篇,在比较行政法研究领域堪称佼佼者之一。参见宋华琳、苏苗罕:《外国行政法和比较行政法论文译文篇目年表(1977~2004)》,未刊文,原文由作者提供。

[32] 1997年共发表外国行政法译文、比较行政法论文25篇,其中涉及行政程序法的15篇。如车美玉译:《韩国行政程序法(1996年)》,载《行政法研究》1997年第3期;胡建森:《行政程序法比较研究》,载《比较法研究》1997年第2期;叶必丰:《行政程序法的两大模式——两大法系行政程序法之比较》,载《中外法学》1997年第1期;张勇:《荷兰国基本行政法典及东亚一些国家和地区的行政程序法的立法及其动向》,载《行政法研究》1997年第4期;章剑生:《两大法系行政程序法观念之比较研究——兼论中国行政程序法观念》,载《比较法研究》1997年第1期;宋芒:《论行政程序正当化的法根据——日本行政程序法的发展及其启示》,载《外国法译评》1997年第1期等。参见宋华琳、苏苗罕:《外国行政法和比较行政法论文译文篇目年表(1977~2004)》,未刊文,原文由作者提供。

[33] 如应松年主编:《比较行政程序法》、《各国行政程序法规汇编》,中国法制出版社1998年版;章剑生:《行政程序比较研究》,杭州大学出版社1997年版;杨海坤、黄学贤:《中国行政程序的法典化——从比较法的角度研究》,法律出版社1999年版等。

[34] [保]J. I. 斯泰诺夫等:《社会主义行政法的特征、渊源和范围》,载《国外法学》1982年第5期。

[35] [法]勒·达维:《法国行政法和英国行政法》,载《法学译丛》1984年第4期。

[36] [日]西岡久嗣:《现代行政与法》,贾前编译,载《国外法学》1985年第5期。

[37] 王名扬:《法国的行政赔偿责任》,载《法学杂志》1989年第6期至1990年第1期等。

[38] 邱生:《当代日本的行政强制与行政处罚》,载《日本研究》1991年第2期等等。

[39] 胡建森:《中外行政复议制度比较研究》,载《比较法研究》1994年第2期等。

[40] 马龙:《美国行政裁决程序基本构成》,载罗豪才、应松年主编:《行政程序法研究》,中国政法大学出版社1992年版等。

[41] 主要有[日]和田英夫:《现代行政法》,中国广播电视出版社1993年版;[日]室井力主编:《日本现代行政法》,吴薇译,中国政法大学出版社1995年版;[美]盖尔霍恩、利文:《行政法和行政程序概要》,黄列译,中国社会科学出版社1996年版;[英]威廉·韦德:《行政法》,徐炳等译,中国大百科全书出版社1997年版等。

先生主编的《外国行政诉讼制度》、《英、法、美、德、日行政法简明教程》、<sup>[42]</sup>胡建森教授的《十国行政法》和《比较行政法：二十国行政法评述》、<sup>[43]</sup>姜明安教授主编的《外国行政法教程》、<sup>[44]</sup>应松年教授主编的《比较行政程序法》和《各国行政程序法规汇编》、<sup>[45]</sup>刘兆兴主编的《中德行政法现状：行政行为、行政监督、行政审判》、<sup>[46]</sup>皮纯协、何寿生编著的《比较国家赔偿法》<sup>[47]</sup>等等，这些外国行政法和比较行政法专著和教材的涌现，反映了对域外行政法的学说梳理和制度借鉴仍然构成处于发展阶段的我国行政法学的一项重要内容。

#### 四、“精装修、图革新”时期（1998～今）

1999年盐野宏的《行政法》、<sup>[48]</sup>平特纳的《德国普通行政法》、<sup>[49]</sup>罗尔夫·斯特博的《德国经济行政法》、<sup>[50]</sup>奥里乌的《行政法与公法精要》、<sup>[51]</sup>狄骥的《公法的变迁：法律与国家》<sup>[52]</sup>等等影响我国行政法学研究的大量译著问世，推动我国比较行政法的研究上了一个新的台阶。此后的外国行政法著作“忽如一夜春风来，千树万树梨花开”，奥托·麦耶、毛雷尔、沃尔夫、胡芬、古斯塔夫·泽佩尔、斯图尔特、夏皮罗、森斯坦、布雷耶、克雷格、卡罗尔·哈洛和理查德·罗林斯等等名家及其名作，Lexis-Nexis、West law、Law Gateway等等信手拈来的数据库。

这一时期比较行政法学所呈现的百花齐放，事实上也是我国行政法学逐步走向繁荣的写照。笔者试着从这些纷繁复杂的图景中揪住几抹主色彩，也许有助于理解我国行政法学研究之部分现状。

##### （一）风格走向多元，分工日趋专业

当域外行政法学的资料库因为便利的现代资讯和网络工具向我们敞开时，来自先进国家行政法学新理念、新制度以及新的研究和改革取向正在不断冲击和深化着我们关于什么是行政法学的认识，这种认识上的成熟一方面体现在行政法学理论基础的拓展、与边缘学科的紧张关系的关注上，另一方面也体现在对具体制度的进一步实证化描述和深度挖掘上。前一个领域具有代表性的文献首推罗豪才教授主编的《公法名著译丛系列》（共7册），这套译丛中已出版或待出版的公法学名著，云集了当今行政法相对成熟国家经典的或者时下最受欢迎的行政法教材，涉猎行政法与政治理论、行政法与行政改革、行政法新的代表模式、以及宪法秩序的经济学与伦理学等公法学科与行政改革实践以及与边缘学科的关系等主题，这些代表行政法学发展新趋势的译著的出版，使外国行政法与比较行政法研究进一步走向多元，并朝着从单一学科向跨学科的方向发展。另一方面，行政法学领域日益精耕细作的要求，使比较行政法学开始朝着更多地注重于全

[42] 王名扬主编：《外国行政诉讼制度》，人民法院出版社1991年版；王名扬主编：《英、法、美、德、日行政法简明教程》，山西人民出版社1991年版。

[43] 胡建森：《10国行政法》，中国政法大学出版社1993年版；胡建森：《比较行政法：20国行政法评述》，法律出版社1998年。胡教授的这两本著作是目前收录外国数量最多的介绍外国行政法理论的比较行政法专著。

[44] 姜明安主编：《外国行政法教程》，法律出版社1993年版。

[45] 应松年主编：《比较行政程序法》、《各国行政程序法规汇编》，中国法制出版社1998年版。

[46] 刘兆兴主编：《中德行政法现状：行政行为、行政监督、行政审判》，社会科学文献出版社1998年版。

[47] 皮纯协、何寿生编著：《比较国家赔偿法》，中国法制出版社1998年版。

[48] [日]盐野宏：《行政法》，杨建顺译，法律出版社1999年版。

[49] [德]平特纳：《德国普通行政法》，朱林译，中国政法大学出版社1999年版。

[50] [德]罗尔夫·斯特博：《德国经济行政法》，苏颖霞、陈少康译，中国政法大学出版社1999年版。

[51] [法]奥里乌：《行政法与公法精要》，龚觅等译，辽海出版社、春风文艺出版社1999年版。

[52] [法]狄骥：《公法的变迁：法律与国家》，郑戈、冷静译，辽海出版社、春风文艺出版社1999年版。

面客观的描述和介绍外国行政法的具体制度的方向发展,从而努力为我国本土问题的解决提供可资借鉴的样板。<sup>[53]</sup>与行政法学疆域的这两道“广”和“深”的色彩相对应,不仅在研究方法上更趋于科学,功能主义比较法<sup>[54]</sup>盛行,而且在研究分工上也趋于专业化。

## (二) 学说概念进一步精细化

作为学说体系的行政法学,早期停留在粗放型思维上,注重宏观体系的搭建,忽视概念和内容的精细。至今,我国的行政法学在许多方面,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,很多舶来词汇也仍然一知半解,而行政法学要继续发展必然需要建立起一套经过严格论证的知识体系。在这方面,向来以思维缜密、逻辑严谨著称的德国法再一次进入我们的视野,毛雷尔的《行政法总论》、胡芬的《行政诉讼法》以及与德国行政法属于同一谱系的日本行政法著作如盐野宏的《行政法》等等的翻译、出版,可以说为我国行政法学的研究提升一个新的台阶提供了文献基础。在这些译著以及译文的影响下,现代行政法学的精耕细作正在使每一个概念成为一件件更为精致的工艺品。从最早的行政自由裁量权概念发展为裁量基准、不确定法律概念与判断余地、裁量余地理论,引申出构成要件、涵摄、法律后果之间的裁量,再到瑕疵裁量的三种形态<sup>[55]</sup>等等就是一例。

## (三) 从关注司法审查朝着同时关注行政过程的方向发展

随着行政国家、福利国家的兴起,行政权扩张的同时也给传统行政法带来了挑战。①行政法总论如何适应各具鲜明特征且纷繁复杂的部门行政法的发展需要。<sup>[56]</sup>②围绕司法审查为中心的行政行为型式化模式,将行政过程片面地割裂、划分为一个个单独的行政行为,如何克服难以全面纠正行政权运作中的缺陷的困境。③过多依赖于司法审查的控权功能的行政法学如何在设计更好的行政政策、制度上更有作为。④行政法学如何借鉴和引入经济学、社会学、政策学的分析工具,摆脱自给自足的学科体系,<sup>[57]</sup>等等。这些比较行政法研究与中国问题意识相结合的难题为我国行政法学打开了一扇新的窗户。于是,随着“行政过程论”、“行政法律关系论”、“政府规制学派”、行政法政策学等域外新兴学说、流派的引入,<sup>[58]</sup>我国行政法学界也开始反思行政法学的功能定位、研究范

[53] 如对国外信息公开制度的整理,参见杜钢建、刘杰:《日本情报公开法的制定与实施》,载《国家行政学院学报》2000年第2期;朱芒:《开放型政府的法律理念和实践——日本信息公开制度》(上、下),载《环球法律评论》2002年秋季号、冬季号等;对国外行政复议制度的整理,参见周汉华主编:《行政复议司法化:制度、改革与实践》,北京大学出版社2005年版等等;对美国社会保障申诉委员会制度的整理,参见宋华琳:《美国的社会保障申诉委员会制度》,载《环球法律评论》2004年春季号等。

[54] 关于功能主义比较法,参见[日]大木雅夫,《比较法》,法律出版社1999年版,第81页以下。

[55] 参见 Yutaka Arai - Takahashi:《德国行政法上之裁量:学说重述》,骆梅英译,未刊文。

[56] 目前德国等大陆法系国家也在进行行政法总论的反思和改革,见若 Rainer Pitschas:《论德国行政法总论之改革》,黄铮译,载《宪政时代》第24卷第1期,1998年。

[57] 包万超博士曾提出“作为严格社会科学的行政法学”,倡导在行政法中引入经济学、社会学、政治学、行政学、哲学等,参见包万超:《作为严格社会科学的行政法学》,载《法制日报》1999年12月19日(上篇),1999年12月26日(中篇),2000年1月9日(下篇)。

[58] 参见盐野宏:《行政法》,杨建顺译,法律出版社1999年版;[英]卡罗尔·哈洛、理查德·罗林斯:《法律与行政》,杨伟东等译,商务印书馆2004年版;[美]Kenneth F. Warren:《政治体制中的行政法学》,王丛虎译,中国人民大学出版社即版;董炯:《政府管制研究——美国行政法学发展新趋势评介》,载《行政法学研究》1998年第4期;马森述:《重建日本经济 推进规制缓和——日本规制缓和的必要性和原则》,载《行政与法制》2000年第9期;杨建顺:《公共利益辨析与行政法政策学》,载《浙江学刊》2005年第1期;朱新力等:《现代行政法学与政府规制》,载《法制日报》2005年3月17日。

式的转变等问题。这些命题包括行政法学需要将视角从司法延伸至整个行政活动过程,从法院转到行政机关本身,关注行政活动“过程”的合理性,考虑如何才能使行政机关更好地实现规制目标、完成公共任务,从而回应公共行政的实践诉求;行政法应当吸收经济学、社会学、政治学、管理学等因素,从而更好的描述并解释真实世界的行政法现象;应更重视部门行政法的完善,在分论中发展和补充行政法总论,从而使行政法能够与生活进行更为紧密的对话等等。<sup>[59]</sup>

### 五、小 结

法学学术质量的提升,不外乎三种路径:输入外来学说,进行比较研究;弘扬优秀文化遗产;完成外来思想学说与本土法文化的结合与创新。整理比较行政法学在我国行政法学发展过程中不同时期的特征和贡献,我们明白在第一条路径上我们一直在努力,并且也作出了一定的成绩;对于第二条路径,由于我国传统行政法律文化的薄弱,恐怕很难有所作为;第三条路径正是现在已经开始将来也始终坚持的前行方向。当然,在域外行政法和比较行政法研究领域,我们还存在很多不足。诸如对于外国某一制度甚至机构运行的实证性整理还很少;对外国行政法学说史、制度史的整理不够重视;在翻译和引用国外行政法学资料上尚欠客观,往往将其作为论证自己观点成立的权威证据,<sup>[60]</sup>而对这一学说、制度在该国整个学界中的地位、产生的时代背景等缺乏把握,容易导致剪裁国外制度或学说削足适履地解决中国问题。

罗马法有云,罗马应有一种法,雅典应有另一种法,虽然法律这种植物不一定会在不同的土壤中开花,但是在这个全球化、一体化浪潮影响下国家之间相互依赖不断增加、政治文化交流不断扩大的世界上,“比较法已经成为名副其实的法学家的基本知识”。<sup>[61]</sup>中国行政法学一路走来,可谓风雨坎坷。回首前程,我们不会因为曾经的幼稚或者知识传播的讹误感到可笑,甚至不屑,因为那是一个学科成长难以回避的过程;展望未来,我们也不会因为现在仍存的不足或者学术研究的某些“硬伤”而感到沮丧,甚至放任,因为同样坚信前行没有不可逾越的路障。

[59] 参见高春燕:《“民营化时代下的中国行政法”学术研讨会综述》,载《公法研究》(第4卷),中国政法大学出版社2005年版;朱新力等:《现代行政法学与政府规制》,载《法制日报》2005年3月17日。

[60] 波斯纳法官将这种现象称为“名望性”引证,往往暗示被引注著述的声望和地位,通过将自己的作品与被引注著述相关联,引注者就提高了自己作品的置信度。见 Richard A. Posner, *The Theory and Practice of Citations Analysis, with Special Reference to Law and Economics* (1999), University of Chicago Law School, John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 83.

[61] 伯纳德·施瓦茨:《行政法》,徐炳译,群众出版社1986年版,中文版序言。

# 前行没有路障——比较行政法学与中国当代行政法学的发展



作者：朱新力，骆梅英

作者单位：朱新力(浙江大学法学院)，骆梅英(浙江大学)

本文链接：[http://d.g.wanfangdata.com.cn/Conference\\_7060283.aspx](http://d.g.wanfangdata.com.cn/Conference_7060283.aspx)