

## 中国法学会邮件系统

用户名 密码 

## 信息检索

包含字符 检索内容 检索字段 排序字段 排序方式 

## 一月信息排行 Commun

- 从法学著述引证看中国法学一
- 沈开举 王红建：中国行政法
- 何海波：中国行政法学的国外
- 2004年法理学研究回顾
- 张文显/姚建宗/黄文艺/周

法学研究 >> 研究文献 >> [法学文献研究](#)本层分类： | [法学论文索引总论](#) | [法学论文索引分论](#) | [法学文献研究](#)[→ 法学文献研究](#)

## 应松年、何海波：2005-06年行政法学研究述评

阅读次数： 856 2007-5-11 8:40:00

行政法学是一门相对年轻的学科，但正在快速发展之中。在过去两年中，行政法学研究空前活跃。本文将分总体情况、行政法学教科书、比较行政法、行政法的一般理论、行政立法研究、行政法律的实施研究、新领域和新方法等几个部分，对2005-06年期间行政法学研究状况做一个回顾和总结，并反思行政法学研究的不足之处。

### 总体情况

2005-2006年期间，出版行政法学术著作和普及读物约700余种。除了后面谈到的教科书和各类专著，有两套书值得在此提及。一是中国政法大学出版社出版的“中国行政法二十年丛书”，其中包括何海波编著的《法治的脚步声：中国行政法大事记（1978-2004）》，刘莘、莫于川主编的《行政法治文苑：行政法图书和论文索引总汇（1978-2004）》，杨小君编的《重大行政案例选编》和即将出版的《中国行政法学20年研究报告》。这套丛书对当代中国行政法学的历史和文献作了全面梳理，为今后的行政法学研究提供了一个重要线索，具有较高的资料价值。二是多本清末民国的行政法译著重新点校、勘校出版，其中包括范扬的《行政法总论》、古德诺的《比较行政法》、美浓部达吉的《行政裁判法》等[1]。这些著作的重新刊印，有助于学界了解和研究中国行政法学的源流，在一定程度上续接了民国时期的法学遗产。

行政法学的文章难以确切统计。除了《行政法学研究》杂志以外，近年创刊的行政法学连续出版物《行政法论丛》、中国社科院法学所的《公法》、浙江大学公法与比较法研究所的《公法研究》、中国人民大学宪政与行政法治研究中心的《宪政与行政法治评论》和《宪政与行政法治发展报告》、中南财经政法大学法学院的《公法评论》以及最高人民法院行政审判庭的《行政执法与行政审判》，也定期出版。根据对14个法学类核心期刊2005年全年和2006年部分期数的统计[2]，行政法文章248篇，占同期文章总数3529篇的7.0%。严格估算，即扣除可能同时属

于其他学科的文章[3]，有227篇，占总数的6.4%。如果这个数字能够大体反映行政法学文章在学术刊物上所占的比例，那说明行政法学研究在整个法学研究中占了一个显著的比例，但还没有成为法学中的“显学”。

行政法学的研讨活动比较活跃。中国法学会行政法学研究会2005年和2006年学术年会分别在海南博鳌和青海西宁召开。其中博鳌年会正逢行政法学会成立20周年，会议集中回顾和评价了我国行政法学理论成果和实践经验，探讨了我国行政法学的未来发展；2006年年会的主题为“行政管理体制改革的法律问题”，对中央提出的新一轮行政管理体制改革与行政法的关系进行研讨。最近几次年会都事先编印了与会学者递交的论文，会后正式出版。[4]一年一度的海峡两岸行政法学研讨会以及由日、韩和我国大陆、台湾地区学者组成的东亚行政法研究会国际学术大会于2006年11月接连在杭州举行。会议还邀请了港、澳行政法学者参加。

其它较大的学术研讨会有：中国政法大学举办的行政程序立法研讨会（2005/4）、中日《行政诉讼法》和《国家赔偿法》修改研讨会（2005/11）；国家行政学院行政法研究中心举办的行政诉讼法修改研讨会（2005/5）、“物权法中的行政法问题”研讨会（2005/9）和“中美行政立法与公共决策中的公众参与”研讨会（2006/7）；浙江大学法学院举办了TRIPs与司法审查系列国际研讨会（2005年、2006年）；上海交通大学法学院举办了中美国家赔偿法研讨会（2005/7）和“司法审查国际研讨会”（2006/1）；中山大学法学院举办了“政府管制与行政许可”研讨会（2005/11）；厦门大学法学院举办了“政府管制与人权保障”研讨会（2006/5）。北京大学软法研究中心成立，并举行“软法与公共治理”研讨会（2005/12）；中国人民大学法学院先后成立了中国行政法研究所和比较行政法研究所，并分别举行了研讨会。此外，还有山东大学法学院主办的中日公法学研讨会（2005/10）和清华大学法学院举办的中日行政法研讨会（2006/4）。

在2005-06年，行政法法学界相继为几位学者举办了贺寿活动，并分别出版了相应的贺寿文集[5]。每一本文集荟萃了正在行政法学界活跃的老中青三代学者数十、上百人。这些举动传达出了他们对老一代学者的尊重、行政法学术上的承续以及行政法法学的团队精神。它也似乎暗示，正当行政法学的第一批学者渐次步入老年，相对年轻的行政法学却开始进入它的青壮年。

在2005-06两年中出版的行政法（含行政法与行政诉讼法）教材，至少有43种。其中姜明安主编的《行政法与行政诉讼法》（第2版）和应松年主编的《行政法与行政诉讼法学》，是使用比较广泛的两种教材。应松年主编的《当代中国行政法》集合了40位作者，篇幅达211万字，是迄今国内规模最大的行政法学著作。编者把该书定位为一本“综合性、系统性兼具研究性的教科书”，其目的“不仅在于向读者介绍和传授关于行政法的一般知识和基本理论，而且努力汇集和反映20年来中国行政法的发展脉络和最新研究成果”（编者说明）。

总体而言，行政法教科书种类繁多，虽然统编教材仍然影响巨大，但天下一统的局面早已不再。教科书的多元化为学者探索教科书写作提供了机会，但目前集合作品较多，个人独著的较少[6]，有个人风格的也较少。在体系结构上，多数教科书分为导论、行政组织、行政行为和行政救济（行政监督）4编。[7]这说明，经过20多年的探索，中国行政法教科书在体系上已经比较成熟和稳定。但同时，现在通行的体例似乎不能容括行政法学研究的一些最新成果，例如行政管制、人权保障和对“良好行政”的追求，公物的管理和利用，行政行为的合法性建构，等等。行政法教科书的篇幅呈明显增长趋势。从1989年的第二本行政法统编教材《行政法学》29万字到现今主流教科书的70-100万字，这种字数上的增长也反映了行政法规范的细化和讨论的深化。在编写体例上，最近出版的教科书比较重视参考文献和案例的引证。有的教材引注中提及的案例和参考文献已经足以列上10余页。

虽然行政法教科书的编写取得了很大进步，但由于行政法规范的高度分散，也由于行政法体系在中国仍然处在发展之中，普遍的反映是行政法教科书既不好写、也不好读。多年前，当韦德的教科书《行政法》问世，英国权威刊物《法学季刊》评论说：“行政法的学生太幸运了”；该书所论述的每一个细节都是对该问题的巨大贡献，作者高超的写作艺术也让这本书读来令人爽心悦目。我们期望中国也会产生几本值得同样赞誉的《行政法》教材。

### 比较行政法

中国当代行政法学研究素来重视对域外行政法的借鉴。从80年代至今，我国翻译和介绍外国行政法的著作超过40种，翻译、介绍或者讨论外国行政法的文章多达1500余篇。在行政法论文中引用外国文献也蔚然成风。据统计，在《行政法学研究》杂志2005年发表的文章中，引用外国和我国台湾的文献316次，占全部引用的39%。这个比例与《行政法学研究》1993年创刊至今的平均比例几乎没有变化。[7]

最近两年中，译介外国行政法著作多达12种，译介最多的国家仍然是美国和德国。其中美国的有肯尼思·沃伦的《政治体制中的行政法》（王丛虎等译）、特伦斯·丹提斯和阿尔·佩兹的《宪制中的行政机关：结构、自治与内部控制》（刘刚等译）、杰瑞·马肖的《行政国的正当程序》（沈岍译）以及石子坚主编的《美国警察管理体制与执法规范》，德国的有乌茨·施利斯基的《经济公法》（喻文光译）、乌尔海希·巴迪斯编选的《德国行政法读本》（于安等译）、尤翰林编著的《中德行政诉讼法与地方自治法比较》以及印度学者赛夫的《德国行政法：普通法的分析》（周伟译）。青锋等编著的《韩国行政复议制度》是近年来第一次对韩国行政法的介绍。刘春萍的《转型期的俄罗斯联邦行政法》是苏维埃行政法学在中国衰落后，近年来第一本介绍俄罗斯行政法的著作。在英法行政法方面，姜明安主编的“法学译丛·公法系列”组织翻译了Michael Taggart编的《行政法的范围》和L. Brown 和J. Bell的《法国行政法》。

应松年主编的《四国行政法》介绍了英美德日的行政法，是最新的一本外国行政法教科书。此外，还出版了一些带有比较研究的著作，包括刘建平的《中外国家赔偿制度研究》，薛刚凌主编的《外国及港澳台行政诉讼制度》，姚艳霞的《政府采购国际法律制度比较研究》。王名扬写于10年前却未能完稿的《比较行政法》，也被正式出版。

在外国行政法研究上，发表了多篇根据第一手资料撰写的专题研究论文。例如，宋华琳通过对相关的制度、判例和学说的整理，讨论了美国广播管制中的公共利益标准的发展变化，以及公共利益和行政裁量、管制改革之间的关系[8]；高秦伟介绍了美国谢弗林案所体现的对行政政策的司法审查[9]；何海波通过介绍英国学界关于“越权无效”作为行政法基本原则地位的讨论，透视了英国司法审查在过去40年中的巨大变化，以及由此引起的合法性危机[10]；在另一篇文章中，作者比较翔实地阐述了英国行政法上的听证制度[11]；鲁鹏宇以行政过程论为观察视角，介绍了日本行政法从法解释学到立法论的转变[12]。还有一些文章，及时报道了国外法律制度及其发展。[13] 这些文章对于中国相关领域的讨论有一定启发意义，是不应当忽视的。

值得一提的是，继翁岳生主编的《行政法》（中国法制出版社2002年）之后，台湾学者吴庚《行政法之理论与实用》（增订8版）也于2005年在中国大陆出版。这些著作的出版，不但有助于对台湾地区行政法的了解，也有助于行政法学的比较和借鉴。

总体而言，对外国行政法的译介还存在几个明显的薄弱环节。类型上，对外国行政法的翻译多为教科书型的著作，而专题性的论著依然寥

寥。在国别上，基本限于英美法德日五国，因而存在明显的盲区。例如，对俄罗斯等前社会主义国家在转型时期的行政法，仍然缺乏了解。在时效上，与国外的最新发展存在明显的“时间差”。例如，王名扬的《法国行政法》缺少可以替代的理想著作，以致他的著作出版近20年后还是常引之书。在比较行政法研究上，中国当代法学无可置疑地存在着一个“王名扬时代”。他的著作仍然保持那么高的引用频率，说明我们至今还没有走出“王名扬时代”。

### 行政法学一般理论

在行政法学基础理论方面，一些学者继续在比较宏大的背景下对中国行政法的功能和制度设计进行思考，并致力于探讨行政法的转型。[14]这些研究为我们勾勒了一幅中国行政法的理想图景。[15]在公共治理模式转变的旗帜下，北京大学罗豪才等学者提出了公法领域的“软法”现象，主张加强对软法的研究。[16]软法的研究者对软法的描述和定义不尽相同，但大体上可以看出作者试图概括的现象：由国家机构或者非国家机构制定或者形成的、不具有法律约束力或者司法执法力的行为规范。[17]软法概念的引入和软法手段的提倡，将鼓励多角度、多学科的研究，有助于拓展法学研究的视野；它也有助于尊重社会行动者的主体精神，推动政府治理方式的变革。它的提出对传统上以“硬法”为中心的行政法研究范畴和框架，构成一个巨大的冲击。就现有的软法研究来说，似乎还要阐明，未来的行政法学如何在兼容并包的精神下重构其范畴和体系？我们所希望的行政法治如何在“软硬兼施”中得以实现？

公共利益是行政法的一个核心问题，也是一个永久难题。随着2004年宪法的修正，“公共利益”（特别是土地征收条款中的“公共利益”）问题得到热烈而深入的讨论。其中部分文章收录在《修宪之后的中国行政法：中国法学会行政法学会研究会2004年年会论文集》中。大体上，相关讨论沿着两个方向进行：一是实体的进路，即探究什么是公共利益；二是程序的进路，即应当由谁来界定公共利益。在第一个进路上，有学者辨析了公共利益与国家利益、社会利益等概念的关系[18]，有学者讨论了认定公共利益的原则或者标准[19]，也有学者讨论了认定公共利益的方法。刘连泰建议采取一个反向解释（什么不是公共利益），把政府自身利益、商业利益和特定集团的利益都“逐出公共利益的范围”。[20]张千帆根据社会功利主义原则，将“公共利益”理解为成本-效益分析的结果，并奉之为行政法的基本目标，而行政法上的“平衡”就是社会净效益的最大化状态。[21]在第二个进路上，即认

定公共利益主体和程序问题。多位学者认为法律应当对土地征收中涉及的公共利益问题作出明确的界定[22]，也有人提出司法审查应当发挥作用。张千帆根据美国的经验，认为土地征收中公共利益保障主要通过立法进行，我国各级人大应当发挥“公益机器”的作用。[23]还有学者认识到公共利益认定的困难，转而探讨公共利益的决策机制，强调信息公开、公共参与等程序制约。[24]

约自2000年以来，行政法原则成为行政法学研究的一个热门。大量的硕士论文也是以此为主题展开。2005年出版了周佑勇的《行政法基本原则研究》和胡建淼主编的《论公法原则》，它们基本上代表了行政法原则研究的最新成就。这些讨论以及国务院2004年公布的《全面推进依法行政实施纲要》提出的依法行政的基本原则和基本要求，加深了学界对行政法原则的了解，也增加了学界对于行政法原则在行政法中的地位共识。就目前而言，行政行为除了遵循制定法的规定，还应当遵循行政法的一般原则，在学界似乎不存在异议，但在法律实践中还有较大障碍。结合实际案例进行评价和讨论，尤其是行政法原则的具体应用，似乎是逐步统一认识的一个可取路径。

对行政行为的研究被誉为中国行政法研究皇冠上的一颗明珠。从1992年应松年主编的《行政行为法》出版以来，它一直是行政法学界理论研究的重点；事实上，也是行政立法的重点。最近两年研究有所深入。叶必丰提出对行政行为进行“正本清源”，即将行政行为界定为行政权作用，认为不必过多批评抽象行政行为和具体行政行为的划分。[25]赵冀韬则以德国法为考察对象，讨论了负担行为与处分行为的区分。[26]关于无效行政行为的问题，在前几年学界众多研究的基础上，金伟峰的《无效行政行为研究》一书对我国无效行政行为制度的现状、问题与建构作了系统的阐述。沈岍在一篇文章中讨论了行政行为公定力与妨害公务的关系，并指出目前的研究过于倚重理论移植、过于偏重原理叙述，主张公定力理论研究在兼顾技术规范诠释的同时进行重新构造。[27]对于这类抽象的、甚至思辨的行政法学理论问题，如果不满足于纯粹原理的阐述，如何寻找一个好的讨论路径仍然需要探索。

行政行为特别是行政裁量行为的合法性问题一直是一个困扰学界的话题。余凌云的《行政自由裁量论》，以英国法为主要知识背景讨论了行政裁量的合法性评价标准。[28]王天华则介绍了大陆法系国家自20世纪中期以来，“裁量一元论”（即否认不受法律拘束的自由裁量的观点）逐渐抬头并取代裁量二元论的趋势。作者指出，行政裁量观念的变化既得益于“裁量滥用”法理的展开，更是法治国家理念质变的结果。[29]另有两篇文章讨论了裁量基准的问题。[30]还有多篇文章论及“特别

权力关系”理论。[31]论者比较一致的看法是：我国并不存在“特别权力关系”理论（虽然存在着事实上的“特别权力关系”），也不应当把已经没落的“特别权力关系”理论作为法治建设的一个基础。

学者们还研究了行政法学上的若干基本问题和重大问题。袁曙宏等学者提出了加强统一的公法学研究的呼吁，并初步探讨了整体公法规范、共性公法特征和一般公法规律。[32]江必新探讨了行政法制的基本类型，归纳了“依法行政—依法行政—法治行政”的一般轨迹，主张我国应当实现从“依法行政”到“法治行政”的转换。[33]此外，在公共参与和治理方式转型的背景下，行业协会等社会团体的问题也得到进一步的讨论。[34]突发事件应对机制也被多位学者关注[35]，相关研究促进了突发事件应急制度的完善。WTO规则对中国行政法影响的研究，继续成为众多学者关注的问题。[36]张树义主编的《纠纷的行政解决机制研究：以行政裁决为中心》，系统地探讨了行政裁决问题。

### 行政立法研究

面对中国行政法制还不健全的现实，行政立法仍然是当代行政法学界面临的一个重要任务；“立法法学”，即以法律的制定、完善为目标的研究，相应地成为行政法学研究的一个重要范式。[37]当前，《行政程序法》的研究起草已被列入议事日程，《行政强制法》和《政府信息公开条例》已经进入审议阶段，《行政诉讼法》和《国家赔偿法》也面临修订。

行政程序被公认为是建设法治国家方略中的一个极其重要的问题，对行政程序的研究继续是行政法学的一个重点。近两年的主要著作有应松年、杨小君的《法定行政程序实证研究：从司法审查角度的分析》、马怀德主编的《行政程序立法研究：行政程序法草案建议稿及理由说明书》，姜明安主编的《行政程序研究》，以及王万华的《中国行政程序法立法研究》和她主编的《中国行政程序法汇编》。还有一些文章探讨了行政程序的问题。例如，王万华论证了我国尽早制定行政程序法典的必要性与可行性[38]；高秦伟讨论了社会保障行政中的正当程序[39]；王麟讨论了行政协助问题[40]；多篇论文讨论了行政程序违法的法律后果[41]。还有一些文章关注了行政法上的听证制度的实施状况，并提出了相关的建议。[42]王锡铤不仅在理论上阐述了行政程序中的公众参与问题[43]，而且直接参与了《广州市规章制定公众参与办法》的起草，取得了较好的实际成果。这是理论与实践相结合的一个成功范例。

《政府信息公开条例》仍在制定过程中。这两年继续推出多本著作，主要有周汉华主编的“个人数据保护法研究丛书”3部，包括《个

人信息保护前沿问题研究》、《域外个人数据保护法汇编》、《中华人民共和国个人信息保护法（专家建议稿）及立法研究报告》；刘飞宇的《转型中国的行政信息公开》和刘飞宇、王从虎的《多维视角下的行政信息公开研究》。行政强制法还未出台，学术界对它的研究似乎转冷。在胡建淼主编的“行政强制法研究丛书”之后，最近3年中似乎没有新的重要专著问世，法学刊物上讨论行政强制的文章也很少见[44]。

以《行政诉讼法》的修改为目标的著作，主要有江必新主编的《中国行政诉讼制度的完善：行政诉讼法修改问题实务研究》和胡肖华主编的《权利与权力的博弈：行政诉讼法修改纵横谈》。以《国家赔偿法》的修改为主要目标的著作，有杨小君的《国家赔偿法律问题研究》、刘建平的《中外国家赔偿制度研究》和马怀德主编的《国家赔偿问题研究》。还有一些行政法学者对《行政复议法》等其他拟议制定或者修改的法律进行了讨论。[45]总体的来说，学界对行政复议制度的关注远远不如对行政诉讼和国家赔偿的讨论，对部门行政法修改完善的关注更加少见。

《公务员法》和《治安管理处罚法》是最近两年中颁布的重要行政法律。这两部法律颁布后，出版了一大批法律释义性质的著作。总的来说，学术界对它们的研究并不多见[46]，相关的立法研究和法律释义主要是由实务部门的专家进行。在其它与行政法相关的重大立法中，例如《物权法》的制定中，行政法学者的声音也比较微弱，几乎处于“失语”状态。

从根本上来讲，立法法学在中国的兴盛是中国法治建构特定背景和特定阶段的现象。中国行政法当初是在法律制度严重匮乏的情况下产生和发展的，建立法律制度体系是行政法学的当务之急。今天中国行政法体系初定，但行政立法还有一段长路要走。在今后可以预见的一段时间内，特别是在《行政程序法》最终完成以前，立法研究仍不可避免地成为行政法学的重要任务。

### 法律实施的探讨

除了立法研究，一些学者讨论了《行政许可法》、《行政处罚法》、《行政诉讼法》等相关法律实施中的问题。这些研究不能完全等同于法解释学，与立法研究之间的边界有时也不完全清晰。但它们数量庞大，从来都是行政法学的显著部分。

《行政许可法》出台后，它的实施状况迅速引起学界的普遍关注。一些学者指出了行政许可法所带来的影响[47]，一些学者注意到了该法在实践中面临的挑战[48]。有文章讨论了地方性法规行政许可设定权的

问题，主张适度宽泛地理解地方性法规的行政许可设定权。[49]还有学者针对上海市机动车牌照拍卖的做法，论证当公共交通资源供不应求的情况下，通过拍卖的方式授予机动车牌照的合法性问题。[50]在《行政处罚法》的适用上，有胡建淼对“其他行政处罚”的研究[51]，叶平等对行政处罚中违法所得的研究[52]，李孝猛对责令改正的法律属性及其适用的讨论[53]，章剑生关于行政处罚中当事人的协助义务的讨论[54]。这些题目不大，但都取得了实实在在的进步。

司法审查是行政法学一个常论常新的内容。这两年中面世的著作有朱新力的《司法审查的基准：探索行政诉讼的裁判技术》，孔祥俊的《行政诉讼证据规则与法律适用》、《行政行为可诉性、原告资格与司法审查》，宋随军、梁风云主编的《行政诉讼证据案例与评析》，刘俊祥主编的《抽象行政行为的司法审查研究》，李国慧等的《法官的逻辑与经验：行政诉讼十大问题研究》。贺荣主编的《行政执法与行政审判实务：依法行政与行政诉讼》一套已出6册。该丛书汇编了相关的理论与实务文章，是教学单位与实务部门建立固定联系（教学基地）的产物。教学科研部门与实务部门建立固定联系制度对两方面的提高和发展都有好处，是一种值得提倡的方式。此外，出版了一些分析相对深入的行政诉讼案例研究。[55]

一些学者把目光盯住行政行为合法性标准、行政规则的效力、行政诉讼证明责任等传统的行政法问题领域，也取得了可观的成绩。[56]宋华琳立足我国法律文本和司法审判实践，探讨了技术标准对司法的规范效应，指出技术标准对于行政审判中的事实认定、民事审判中判断违约责任是否成立和加害行为的违法性、刑事审判中填补犯罪构成要件的空白，均在实质意义上发挥着法的作用。[57]沈岷讨论了行政规则（其他规范性文件）对司法的约束力，认为它与行政法规和规章的区别仅仅在于法院需要尊重的程度不同。作者维护“法源具有约束力”这一传统观点，又希望行政规则在诉讼中得到其应有的地位。[58]

一些文章针对行政法实践中出现的问题，及时作了评论。例如，“松花江水污染”事件后，戚建刚对我国环境应急机制弊端的讨论[59]；安徽“欣弗事件”后，宋华琳对药品监管制度改革的思考[60]；刘莘等学者在《法制日报》上发表系列短评。这些鲜活的评论是行政法学对法律实践所作的积极回应，有助于检讨现有法律和理论存在的漏洞。只是这样的例子还不多见。还有一些学者讨论了行政法上一些新的问题或者常常被人忽视的问题，也弥足珍贵。例如，叶必丰对政府间行政协议的讨论和受欺诈行政行为的违法性的讨论。[61]

对政府管制（规制）的研究，以及在行政法学研究中对实证方法和法社会学的运用，是近两年的一个亮点。

规制研究是最近几年被行政法学界注意。浙江大学朱新力等学者提出，早期行政法学普遍经历了从行政科学到法律科学的转向，而现代行政法学则从以司法审查为中心转向以行政过程为中心；政府规制理论为现代行政法学提供了一个强有力的分析工具，有助于革新传统行政法的概念架构和学理体系，建立起对真实世界行政过程有解释力的现代行政法学体系。[62]这是一个值得重视的观点。唐明良在一篇论文中，以“福州禁售电动车事件”为切入点，从合法性考量、制度建构和管制政策设计三个层次分析当前的行政法案例。作者评论了政府强制变更企业经营范围行为的合法性，继而讨论了本案中政府管制政策形成的程序设计和制度建构，以及政府管制中的多种政策工具。[63]另有文章讨论了我国彩票业的管制问题[64]，出租车数量管制模式问题[64]，公用事业特许经营和政府管制问题[65]，大学专业课程设置与政府管制[66]，国家科研项目的监理问题[67]。这些研究具有特定而明确的问题取向，而不拘泥于行政法学的原有体系，在很大程度上改变了部门行政法学研究比较空泛的局面[68]。它们将开创今后行政法学研究的一个重要领域，并有可能“反哺”行政法学一般理论，促进行政法一般理论的深化。

实证研究开始更多地被行政法学者运用。此前，应松年和杨小军曾就《国家赔偿法》的实施情况进行定点调查，并将调查所得写入了他们关于《国家赔偿法》修改的建议之中。朱芒和陈映芳以问卷调查对上海市民有关行政处罚听证制度的法意识和法行动的倾向进行了研究。调查表明，受访者对听证制度和上海市行政处罚听证制度的了解程度较低，对其实际效果存有疑义，实际利用该制度的很少；有过受罚体验的人，往往对听证制度的评价较低，且倾向于不利用听证制度。[69]陈耿通过访谈和观察，对四川省一个县《行政许可法》实施前后相关状况进行了细致考察，指出当地行政许可领域并没有发生实质性的变化，《行政许可法》在西部基层地方的影响非常有限，通过立法打造有限政府和服务政府的初衷还远远没有实现。[70]虽然法学从根本上是一门规范的学科，但一批数量的实证研究无疑有助于对法律实施状况的科学评估，从而推动法律的进步。我们期待更多方法科学、成果扎实的实证研究文章乃至专著面世。

法社会学的分析方法也在一些文章得到比较成功的运用。何兵从一个女大学生因怀孕被开除的事件入手，对高等院校对学生性行为管制权

力的构造过程以及在当代社会所面临的解构进行了多方位解析，向读者展示社会变革过程中个人、社会与国家之间关系的微妙调整。[71]王锡锌以禁止燃放烟花爆竹为例，分析了在行政执法过程中政府普遍面临的“两难困境”。作者指出，在立法过程中政府立场与民间态度缺乏有诚意的、有效的和充分的沟通，导致政府立场与民间态度的紧张；在执法过程中政府过分迷信强制和制裁力量而忽视了所有参与者制度性的相互学习，故加剧了规则表达和规则实践之间的背反。[72]这几篇带有法社会学方法的文章，着力于解释“为什么”而不是讨论“应当如何”，也值得今后研究中借鉴。

### 成就与不足

综观2005-06年的行政法学研究，在教科书的编撰和翻译上取得了令人瞩目的成绩，对公共治理的转型和行政法理想模式的探讨也有了深化，行政法原则等一般理论的阐述也得到推进，对《行政程序法》、《行政诉讼法》、信息公开法的立法研究取得丰硕的成果，对行政规制的研究以及实证研究和法社会学研究的应用也出现了若干成功的案例。这说明，行政法学无论在回应实践需要，还是理论自身的建构上，都取得了长足的进步。在研究的过程中，理论与实践相结合的良好传统得到发扬，行政法的学术流派也日渐浮现。这些都为今后的行政法学研究提供了可贵的基础。

与之同时，行政法学研究也存在一些问题，在此提出与学界同仁共同探讨。

首先，作为一门实践性的学科，行政法学回应和解决行政法律实践中出现的问题还是很不够的。例如，“城市管理综合执法”是贯彻《行政处罚法》关于综合行使行政处罚权的产物，是地方政府的创新之举。从20世纪90年代至今，实践已有很大发展，但行政法学界对此始终缺乏足够的关注。[73]又如，政务（行政）中心是贯彻《行政许可法》的产物，也是地方政府的创新之举。各地实践中都有很多发展，但行政法学界对此同样缺乏关注，没有从理论上进行研究和探索。[74]再如，浙江台州等地法院实行的行政诉讼异地管辖，是现有司法体制框架下寻求公正审判的一个大胆而比较有效的尝试，但也没有看到有分量的学术评论和分析。这些都是行政法理论研究滞后于实践发展的典型事例。

其次，作为一个分支学科，行政法学对整个法学研究作出超越学科的贡献也是欠缺的。行政法学从创建之始就大量借鉴了其它学科的知识，这是一个很好的传统。但行政法学在自身的发展中理应给宪法、民法和法理学等其它学科提供知识上的回馈，理应给法学总体知识的增长

多提供一些自己的贡献。例如，行政立法体制、行政执法和行政复议体制都涉及行政机构的设置和权限分配，对它们的研究完全可以对我国宪政研究有所推进。行政行为合法性的审查不但是一个实践问题，更可以提升为具有普遍性的法理学问题。迄今为止，行政法学界在诸如此类的问题上似乎仍然局限自己的“一亩三分地”，少有开拓。

第三，相当一部分研究者在学术研究的视角和方法上还存在很大的问题。相当数量文章的选题过于宽大，论述空泛。实证研究方法的运用仍不多见。法律的经济分析方法屡屡被人提及，但鲜有成功的例子。在一些学科交叉领域，还没能与其他学科进行有意义的对话。比较法研究是一个常用的方法；但在比较法研究中，更多侧重于规范性的比较，往往缺少对一个法律制度在该国的功能、历史文化背景、现实运作状况的分析，缺少一个制度在中国本土适应性的论证。个案研究开展得不够，案例分析大多停留在解说、论证判决依据上，缺少对制度原理的挖掘。学界还需要进一步强化学术研究的问题意识和方法意识。

最后，理论与实务还需要更加紧密的合作，法学研究规范还需要继续强调，学术研究的评价机制还有待完善。不同职业和学术背景的人士共同参与行政法学研究，促进了行政法学的繁荣以及理论与实践的交流。但是，一些研究者（尤其是实务界人士）知识结构、研究资料和学术训练的欠缺，使得他们发现和研究的课题往往难以得到圆满的解决；而学术界对现实中的问题似乎还缺少足够的关注，所论述的问题常常停留在理念层面上，造成理论与实践的脱节。不少文章暴露了作者缺少尊重学术传统、追求学术创新的清醒意识。在讨论一个问题时，无视其他学者和实务界人士的既有的研究，没有征引，也没有批评，形不成学术对话和争鸣，也形不成学术的累积，大量的低层次的重复研究使前人和自己的研究都浪费了。对现有的学术著作的学术性的评论还非常欠缺，学术批评更需要加强。

作者：

应松年，国家行政学院教授、法学部主任；何海波，清华大学法学院副教授。

清华大学法学院研究生张建江协助整理了2005-06年间的行政法学书籍和文章目录，中国政法大学研究生俞楠协助整理了行政法学主要活动情况。特此致谢。

注释：

[1]后两种属于何勤华主编的“中国近代法学译丛”。该译丛还包括稍

早出版的日本织田万《清国行政法》（2003年）、美浓部达吉《公法与私法》（2003）、铃木义男等《行政法学方法论之变迁》（2004）。

[2]所统计的14份核心刊物是《中国法学》、《法学研究》、《中外法学》、《政法论坛》、《比较法研究》、《法学家》、《法学》、《法学评论》、《现代法学》、《法商研究》、《法律科学》、《法制与社会发展》、《政治与法律》、《河北法学》。上述刊物2006年出版的只统计了其中的一部分，但它所反映的行政法文章的比例，应当基本一致。此外，《行政法学研究》两年中发表文章共约160篇，没有统计在内。

[3]例如，《清末民初关于设立行政裁判所的争议》、《论我国反垄断执法机构的设置》、《公民权与公权利》。

[4]2004年年会论文辑录在《修宪之后的中国行政法：中国法学会行政法学研究会2004年年会论文集》，中国政法大学出版社2005年；2005年年会论文辑录在《中国行政法之回顾与展望：“中国行政法20年”博鳌论坛暨中国法学会行政法学研究会2005年年会论文集》，即出；2006年年会论文集待出。

[5]何海波《中国行政法学的外国法渊源》，未发表。

[6]它们是《中国行政法的崛起：朱维究六秩华诞贺寿文集》，《行政法的中国之路：应松年七秩华诞贺寿文集》和《应松年文集》，《当代中国行政法的源流：王名扬九十华诞贺寿文集》。

[7]胡建淼的《行政法学》（第2版，2003年）和关保英的《行政法教科书之总论行政法》，是近几年出版的少见的例外。

[8]只有个别的增加单独的行政程序法（如应松年主编的《当代中国行政法》），或者单独的公产编（如朱维究、王成栋主编《一般行政法原理》，或者把行政复议、行政诉讼和行政赔偿单独成编（如姜明安主编的《行政法与行政诉讼法》）。

[9]宋华琳《美国广播管制中的公共利益标准》，《行政法学研究》2005年第1期。

[10]高秦伟《政策形成与司法审查：美国谢弗林案之启示》，《浙江学刊》2006年第6期。

[11]何海波《“越权无效”是行政法的基本原则吗？——英国学界一场未息的争论》，《中外法学》2005年第4期。

[12]何海波《英国行政法上的听证》，《中国法学》2006年第4期。

[13]鲁鹏宇《日本行政法学理构造的变革：以行政过程论为观察视角》，《当代法学》2006年第4期。

[14]例如,喻文光《德国水务私有化及其监管》,《行政法学研究》2005年第3期;邹文星《日本生活保护法第4条对修改中国〈城市居民最低生活保障条例〉的启示:对加藤案件和中鸠案件的探讨》,《环球法律评论》2005年第5期;张向英《〈传播净化法案〉:美国对色情网站的控制模式》,《社会科学》2006年第8期。

[15]罗豪才、宋功德《公域之治的转型:对公共治理与公法互动关系的一种透视》,《中国法学》2005年第5期;袁曙宏《服务型政府呼唤公法转型:论通过公法变革优化公共服务》,《中国法学》2006年第3期;莫于川《有限政府·有效政府·亲民政府·透明政府:从行政法治视角看我国行政管理体制改革的基本目标》,《政治与法律》2006年第3期。另参见《行政法论丛》第8卷、第9卷上金自宁、王新艳、王卫明、查庆九、苏西刚、张吕好、赵永伟等人的文章。

[16]邓正来批评,中国的法学研究没有提供中国自己的“法律理想图景”。邓正来《中国法学向何处去》,《政法论坛》2005年第1-4期,以及相关评论。

[17]相关文章汇集在罗豪才等撰写的《软法与公共治理》一书中。

[18]罗豪才、毕洪海《通过软法的治理》,《法学家》2006年第1期;罗豪才、宋功德《认真对待软法:公域软法的一般理论及其中国实践》,《中国法学》2006年第2期。

[19]胡锦涛、王锴《论我国宪法中“公共利益”的界定》,《中国法学》2005年第1期。

[20]关保英、梁玥《论公共利益的法律限定》,《学术研究》2006年第4期。

[21]刘连泰《“公共利益”的解释困境及其突围》,《文史哲》2006年第2期。

[22]张千帆《“公共利益”的构成:对行政法的目标以及“平衡”的意义之探讨》,《比较法研究》2005年第5期。

[23]前引胡锦涛、王锴文;唐忠民、温泽彬《关于“公共利益”的界定模式》,《现代法学》2006年5期。

[24]张千帆《“公共利益”的困境与出路:美国公用征收条款的宪法解释及其对中国的启示》,《中国法学》2005年第5期。

[25]杨春禧、苟正金《论我国土地征收法律制度中的公共利益决策机制:反思与重构》,《西南民族大学学报(人文社科版)》2005年第12期;杨寅《公共利益的程序主义考量》,载《修宪之后的中国行政法:中国法学会行政法学会研究会2004年年会论文集》,中国政法大学出版社2005年。

[26] 叶必丰《行政行为的分类:概念重构抑或正本清源》,《政法论坛》2005年第5期。

[27] 赵冀韬《负担行为与处分行为的区分:以德国法为考察对象》,法律出版社2006年。

[28] 沈岷《行政行为公定力与妨害公务:兼论公定力理论研究之发展进路》,《中国法学》2006年第5期。

[29] 余凌云《行政自由裁量论》,中国人民公安大学出版社2005年。

[30] 王天华《从裁量二元论到裁量一元论》,《行政法学研究》2006年第1期。

[31] 朱芒《日本〈行政程序法〉中的裁量基准制度:作为程序正当性保障装置的内在构成》,《华东政法学院学报》2006年第1期;王天华《裁量标准基本理论问题刍议》,《浙江学刊》2006年第6期。

[32] 胡建淼《“特别权力关系”理论与中国的行政立法:以〈行政诉讼法〉、〈国家公务员法〉为例》,《中国法学》2005年第5期;吴小龙《特别权力关系理论与我国的“引进”》,《法学》2005年第4期;杨解君《特别法律关系论:特别权力关系论的扬弃》,《南京社会科学》2006年第7期。

[33] 袁曙宏、宋功德《统一公法学原论》,中国人民大学出版社2005年;袁曙宏、赵永伟《建立统一公法学的时代意义:兼答“统一公法学”可能遭遇的质疑》,《现代法学》2005年第5期;于立深《中国公法学现代化的方法论进路》、王广辉《论统一公法学的价值》、杨解君《公法(学)研究:“统一”与“分散”的统一》,《法商研究》2005年第3期。

[34] 江必新《行政法制的基本类型》,北京大学出版社2005年。

[35] 黎军《论通过行业协会实现公众参与》,《政治与法律》2006年第4期;黎军《论司法对行业自治的介入》,《中国法学》2006年第4期;方洁《社团罚则的设定与边界》,《法学》2005年第1期;方洁《社团规章的行政法法源性论说》,《行政法学研究》2006年第1期。

[36] 韩大元、莫于川主编的《应急法制论:突发事件应对机制的法律问题研究》,法律出版社2005年;于安等《中华人民共和国紧急状态和应急管理法专家建议稿及说明》,罗豪才主编《行政法论丛》第8卷。戚建刚发表了多篇论文,包括《紧急权力的自由模式之演进》,《中国法学》2005年第4期;《行政紧急权力的法律属性剖析》,《政治与法律》2006年第2期;《六国紧急状态法典之比较》,《社会科学》2006年第10期;《我国危机处置法的立法模式探讨》,《法律科

学》2006年第1期。

[37]信春鹰主编《WTO与中国行政法制改革》，社会科学文献出版社2005年；杨解君主编《WTO下的中国行政法制变革》，北京大学出版社2005年；王士如等《中国行政法治与WTO规则的整合》，上海财经大学出版社2005年；陈泰锋《WTO与新一轮行政体制改革》，人民出版社2006年。

[38] 参见何海波《中国行政法学研究范式的变迁》，载《行政法的中国之路：应松年七秩华诞贺寿文集》，中国政法大学出版社2005年。

[39]王万华《论我国尽早制定行政程序法典的必要性与可行性》，《中国法学》2005年第3期。

[40]高秦伟《论社会保障行政中的正当程序》，《比较法研究》2005年第4期。

[41]王麟《行政协助论纲：兼评〈中华人民共和国行政程序法(试拟稿)〉的相关规定》，《法商研究》2006年第1期。

[42]杨伟东《行政程序违法的法律后果及其责任》，《政法论坛》2005年第4期；钟瑞友《对“违反法定行政程序”若干问题的思考》、王天华《程序违法与实体审查：行政诉讼中行政程序违法的法律效果问题的一个侧面》，载罗豪才主编《行政法论丛》第9卷。

[43]竺效《环境行政许可听证专家主持人制度初探：兼议〈环境保护行政许可听证暂行办法〉第8条的完善》，《法学评论》2005年第5期；竺效《论环境行政许可听证利害关系人代表的选择机制》，《法商研究》2005年第5期；竺效《全国首例环境行政许可听证案若干程序问题评析》，《法学》2005年第7期；白小莉《听证主持人实体性权力分析》，《行政法学研究》2006年第2期。

[44]王锡铤《公共决策中的大众、专家和政府：以中国价格决策听证为个案的研究视角》，《中外法学》2006年第4期。

[45]仅有的几篇如，应松年《关于行政强制立法的几个问题》，《南京工业大学学报（社会科学版）》2006年第3期；方立新、邵亚萍《行政强制隔离制度》，《浙江大学学报（人文社会科学版）》2006年第4期。

[46]刘莘《行政复议制度近期可能的改革》，《行政法学研究》2005年第2期；周汉华《行政复议制度司法化改革及其作用》，《国家行政学院学报》2005年第2期；章志远《我国行政复议与行政诉讼程序衔接之再思考》，《现代法学》2005年第4期；杨小君《对行政复议书面审查方式的异议》，《法律科学》2005年第4期；刘恒《完善我国城市规划法律程序制度的若干建议》，《法治论丛》2006年第1期。

- [47]余凌云《公安机关办理治安案件中的若干调查措施：立法制度变迁的梳理与批判性思考》，《行政法学研究》2006年第3期。
- [48]王作富《非法经营罪调控范围的再思考：以〈行政许可法〉若干条款为基准》，《中国法学》2005年第6期；叶必丰《从行政许可法看行政听证笔录的法律效力》，《法学评论》2005年第3期；
- [49]周汉华《行政许可法：观念创新与实践挑战》，《法学研究》2005年第2期；邓峰《〈行政许可法〉的成本与局限性》以及周汉华、沈岷对该文的相关评议，载吴敬琏、江平主编《洪范评论》第2卷第2辑，中国政法大学出版社2005年。
- [50]唐明良《论地方性法规的行政许可设定权：对〈行政许可法〉第十五条第一款的解读及其他》，《重庆大学学报(社会科学版)》2005年第4期。
- [51]杨小君、黄全《机动车牌照拍卖行为的合法性认识：解读〈行政许可法〉第12、53条的相关规定》，《行政法学研究》2005年第4期。
- [52]胡建淼《“其他行政处罚”若干问题研究》，《中国法学》2005年第1期。
- [53]叶平、陈昌雄《行政处罚中的违法所得研究》，《中国法学》2006年第1期。
- [54]李孝猛《责令改正的法律属性及其适用》，《法学》2005年第2期。
- [55]章剑生《论行政处罚中当事人之协助》，《华东政法学院学报》2006年第4期。
- [56]例如，何兵《行政法案例研习》，高等教育出版社2005年。
- [57]关保英《论行政滥用职权》，《中国法学》2005年第2期；朱新力《行政诉讼客观证明责任的分配研究》，《中国法学》2005年第2期；蒋岚《论行政诉讼的诉讼利益》，《行政法论丛》第8卷。
- [58]宋华琳《论行政规则对司法的规范效应：以技术标准为中心的初步观察》，《中国法学》2006年第6期。
- [59]沈岷《解析行政规则对司法的约束力：以行政诉讼为论域》，《中外法学》2006年第2期
- [60]戚建刚《“松花江水污染”事件凸显我国环境应急机制的六大弊端》，《法学》2006年第1期。
- [61]宋华琳《药品不良反应与政府监管制度改革：从安徽欣弗事件引发的思考》，《法学》2006年第9期。
- [62]叶必丰《受欺诈行政行为的违法性和法律责任：以行政机关为视角》，《中国法学》2006年第5期；叶必丰《我国区域经济一体化背景

下的行政协议》，《法学研究》2006年第2期。

[63]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》，《法律科学》2005年第5期。

[64]唐明良《行政法研究疆域的拓展：以案例分析为切入点》，《政法论坛》2005年第4期。

[65]朱新力、唐明良《政府对彩票业的法律规制：问题、成因及和谐社会理念下的制度面应对》，《浙江大学学报(人文社会科学版)》2006年第2期。

[66]王智斌《出租车数量管制模式之探讨》，《行政法学研究》2005年第3期。

[67]宋华琳《公用事业特许与政府规制：立足于中国水务民营化实践的初步观察》，《政法论坛》2006年第1期；胡敏洁《特许、行政法与规制工具》，《国家行政学院学报》2006年第5期。

[68]何兵、赵鹏《从专业课程设置析大学自治与政府管制》，《行政法学研究》2005年第2期。

[69]杨建顺《国家科研项目监理的法学研究》，《河南政法管理干部学院学报》2005年第1期。

[70]余凌云《部门行政法的发展与建构：以警察（行政）法学为个案的分析》，《法学家》2006年第5期。作者断言，“迄今为止，对部门行政法的研究都是不够深入、不够成功的”。

[71]陈映芳、朱芒《市民的法意识：关于上海市行政处罚听证制度》，《社会科学》2005年第3期。

[72]陈耿《〈行政许可法〉实施在我国西部基层地区的实际影响研究：以四川省南河县为考察对象》，载吴敬琏、江平主编《洪范评论》第2卷第2辑。

[73]何兵《行政权力的结构与解构：一个个案解析》，《中国法学》2005年第3期。

[74]王锡铤《中国行政执法困境的个案解读》，《法学研究》2005年第3期。

[75]仅熊文钊等少数学者对此类课题进行了研究。值得关注的是，2006年9月国务院法制办等部门在沈阳市举行了第二届全国城市管理行政执法发展论坛。

[76]2006年11月，四川省有关部门在成都举行了一个较大规模的“全国政务（行政）服务中心理论和建设研讨会”。

中国法学会 版权所有 © 2005 京ICP备05072373号 联系方式  
(浏览中国法学会网, 建议将显示器的分辨率设为1024\*768) 网站制作与维护: 北京长城宏业网络信息科技有限公司

