

第一讲 部门行政法的发展与建构^{*}

——以警察(行政)法学为个案的分析

* 本文是我主持的中国人民公安大学 2005 年校级教改项目“警察法学在公安学科建设中的地位与发展战略研究”的最终研究成果。本文的主要内容发表在《法学家》2006 年第 5 期。本书出版之前又作了删改。

一、引言

20世纪80年代,我国行政法重新起步之际,有不少行政法学教科书与部门行政法又一次“亲密接触”。〔1〕比如,第一部高等院校法学试用教材《行政法概要》(王珉灿主编,北京,法律出版社,1983)由绪论、总论、分论三个部分组成,分论占了全书篇幅的三分之一。〔2〕由皮纯协教授主编的《中国行政法教程》(北京,中国政法大学出版社,1988)也专门设有“部门行政法综论”一编。司法部教材编辑部还曾于90年代审定、组织编写过一个“中国部门行政法系列教材”,至1994年8月已有7册出版。〔3〕按照计划,分三批出版,共计16册。这是中华人民共和国成立40多年来首次成规模的行政法各论的系列著作。这种“跑马圈地”或许是受到我国清朝末年以来的行政法结构,特别是民国时期和我国台湾地区的

〔1〕清末民初,我国行政法学起步之时,就不乏行政法各论的著作,有译著,也有一般各论,还有特定领域的行政法。至1936年,一般各论的作品居然有11本之多。因为年代较远,我们已很难查阅到这些著作,何海波教授也多是在其他一些文献中间接发现了这些作品。这些作品的结构深受日本影响,“多存在接近与相似的地方”。沈岷:《1949年以前行政法学研究梗概》, <http://vip.chinalawinfo.com/newlaw2002/SLC/slc.asp?gid=335572215&db=art>, 2009年3月9日最后访问。

〔2〕宋华琳、邵蓉:《部门行政法研究初探》,载《浙江省政法干部管理学院学报》,2000(2)。

〔3〕已出版的七册包括:胡保林、湛中乐主编的《环境行政法》(北京,中国人事出版社,1993);江波、湛中乐主编的《公安行政法》(北京,中国人事出版社,1993);王学政、袁曙宏主编的《工商行政法》(北京,中国人事出版社,1993);袁建国主编的《海关行政法》(北京,中国人事出版社,1993);张晓华主编的《土地行政法》(北京,中国人事出版社,1994);魏礼江主编的《审计行政法》(北京,中国人事出版社,1994);胡建淼主编的《民政行政法》(北京,中国人事出版社,1994)。湛中乐:《新中国行政法学的历史与现状概要》,特别是其中注释12、13。 http://article.chinalawinfo.com/article/user/article_display.asp?ArticleID=27217, 2009年3月12日最后访问。

行政法著作以及当时苏联行政法的影响(?)。〔1〕

但是,到了20世纪90年代后期,对部门行政法的研究却逐渐式微,“以致现在一提到行政法学,大家自然想到的是行政法学总论部分的内容,部门行政法无论在教学还是在研究上都被严重地忽视了。”〔2〕

对于分论为什么会淡出行政法教科书,销声匿迹,姜明安教授做了如下解释:“之所以不设分论,首先是因为分论内容过多,行政法学作为一门课程,学生学习的课时有限,其容量不宜太大;其次,除苏联、东欧国家外,世界大多数国家的行政法学教科书均只含总论,而不设分论,如设分论,也是另外单设课程,分别编写教材;此外,作为一般法律院校的大学生,学习行政法学,掌握总论即可,至于作为分论的公安行政法、工商行政法、民政行政法、军事行政法、经济行政法等可在各专业院系分别开设。”〔3〕当然,纯粹从课程容量的角度,上述解释是可以接受的,但它没有从学科角度告诉我们,部门行政法的研究为何式微。

另有学者分析,主要是“部门行政法不适当地将重点放在对具体行政制度的描述上……部门行政管理规则受特定时期的行政任务、政策和具体情势的制约,不仅内容繁复而且多变,这就使得部门行政法的研究成果很难确定下来,常常是成果发表不久就因具体规则的改变而过时,甚至成果尚未发表就已经过时了”〔4〕。的确,从当时的部门行政法体例和内容看,这样的评论还算是比较中肯的。但这只是问题的一个方面。

在我看来,部门行政法不发达乃至中断的原因,更可能是因为在当时行政法总论部分的研究本身尚处于百废俱兴、荒芜待垦的状态,而我国行政法治又发展迅猛,有诸多的实践与立法“急场”亟待行政法理论研究“落子”。围绕着总则方

〔1〕 据沈岗考证,早期的行政法学者赵琛和范扬就十分重视部门行政法。沈岗:《1949年以前行政法研究梗概》, <http://vip.chinalawinfo.com/newlaw2002/SLC/slc.asp?gid=335572215&db=art>, 2009年3月9日最后访问。在1985年由姜明安、武树臣翻译的一本不算厚的苏联行政法总论中,也谈到行政法有总则与分则之说。〔苏〕П. Т. 瓦西林科夫主编:《苏维埃行政法总论》,姜明安、武树臣译,8~10页,北京,北京大学出版社,1985。联想到我国行政法起步之初,总体上都受到苏联、我国早期和台湾地区行政法的影响,所以,我有上述直觉。

〔2〕 张正钊、李元起主编:《部门行政法研究》,33页,北京,中国人民大学出版社,2000。

〔3〕 姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》(第三版),34页,北京,北京大学出版社、高等教育出版社,2007。

〔4〕 张正钊、李元起主编:《部门行政法研究》,33~34页,北京,中国人民大学出版社,2000。

面的立法活动(如行政复议法、行政诉讼法、国家赔偿法、行政处罚法、行政许可法等)牵扯了行政法学者相当大的精力。另外,受到当时的历史局限,我们对部门行政法本质特征的认识也不够充分,特别是难以与部门行政管理学做有效的、有建设性的划分,在实际发展与演进过程中,容易纠葛难辨,甚至“遁入部门行政管理学”。我们甚至可以大胆地说,我们当时的部门行政法研究,正在重复着法、德、奥三国“由 19 世纪中叶至末叶所经历的行政学与行政法学尚在未分化时代”的故事。^{〔1〕}

只是到了近些年来,对部门行政法的研究兴趣才又被重新拾起。这种再次勃兴或许与我们对行政法总论的研究已经取得较为宏观、全面的成果有着密切的关系。行政法理论的进一步深化,必然要触及部门行政法领域,惟有如此,行政法才有可能在更广阔的行政领域中驰骋,在更深的层面上发挥作用。而且,随着学术的积累和行政法总体板块逐一被学者攻克,学术拓荒者也必然会把目光进一步延伸到尚未开发的、充满学术诱惑的特定行政领域。可以预计,部门行政法的研究肯定会成为今后行政法理论研究关注的热点和新的理论增长点。

尽管现在已经有不少的学者都认识到这一点,^{〔2〕}“破冰之旅”也已启程并取得了一定的成果,比如,一些法学院确立了部门行政法的学科发展规划,^{〔3〕}

〔1〕 [日]铃木义男等:《行政法学方法论之变迁》,陈汝德等译,10页,北京,中国政法大学出版社,2004。

〔2〕 在中国政法大学法学院召开的“中国政法大学宪法行政法学科建设研讨会”上,学者达成共识:“传统宪法学与行政法学的视野较为狭窄,行政法学要想发展,必须实现从仅仅研究行政法总论(或称为一般理论)到行政法总论与部门行政法相结合的转变,经济行政法、环境法、财税法、体育法、教育法、卫生法、科技法等领域应当纳入行政法的研究范畴。”[http://news.cupl.edu.cn/news/2852_20050113153853.htm? homepage](http://news.cupl.edu.cn/news/2852_20050113153853.htm?homepage),2009年3月12日最后访问。

〔3〕 不少高等院校法学院(法律系)在学科建设上都认识和突出了部门行政法建设的重要性,并加强了这方面的建设。比如,南京大学在宪法与行政法专业硕士点开设三个研究方向,即“01 宪法、行政法;02 部门行政法;03 环境行政法”。又如,苏州大学在行政法学科建设的教学科研计划中写道:“到本世纪末,拟在经济、公共、军事行政法三大门类的体系研究方面有突破性进展,并完成经济、司法、涉外、人事、教育等部门行政法重点课题研究,完成《经济行政法研究》《司法行政法研究》《涉外行政法研究》《人事行政法研究》《教育行政法研究》《新闻出版行政法研究》《监察行政法研究》等专著,力争改变目前我国部门行政法研究的空白状况,为中国行政法学的发展作出显著贡献。”<http://www.hongen.com.cn/proedu/flxy/flss/fxyxl/xl090418.htm>,2009年3月12日最后访问。

开设了“部门行政法”课程。^{〔1〕}尤其是隶属于特定行政领域的教学科研单位(或者管理部门)的学者(学者型领导)也变得异常活跃,但是,不无遗憾的是,迄今为止,对部门行政法进行总体研究的著述只有三部。^{〔2〕}面对如此现状,追思早期学者“关于行政法之著述坊间经售者颇少,而行政法各论尤不多观”的感叹,^{〔3〕}相比早期的各论成果数量,实在让我们汗颜。我们还没有见到过一本比较成熟的、为方方面面所公认和接受的成熟样本。我们不得不去思考:为何如此?总论与分论的关系究竟是怎样的?成熟的部门行政法著述应当具备什么样的标准和条件?

另一方面,部门领域的行政实践却没有因为理论的滞后而驻足不前,相反,却是以一种前所未有的高速度向前推进着,实践部门为解决具体问题而推出的各种改革举措,层出不穷、姿态万千,部门行政法的立法活动也极其频繁,且成果丰硕。当然,缺少与理论相得益彰的实践,其中也必然会存在不少的问题。^{〔4〕}这种理论现状与实践预期的极度反差(落差),更加加剧了理论研究快速跟进的迫切性。

在本文的研究中,我会借助一些文献研究的方法,更多的却是个案分析的、历史的、比较的批判与思考。为了使本研究不会过于宽泛、抽象,让人感到不着边际,我将以警察(行政)法为研究的个案,尽管由此得出的研究结论或许会冒“过度概化”(overgeneralization)的危险,但是,我还是希望通过它建立起来一个部门行政法研究的基本范式,用来作为指导观察和理解特定行政领域法律问题的模型和思考进路。并且我还相信,这对其他部门行政法的发展与建构也肯定会有启迪意义。

〔1〕 比如,清华大学法学院也在2010年春季学期为宪法与行政法专业博士和硕士研究生开出了“部门行政法”课程,采取一般原理与例举讲解方式,由我讲授部门行政法一般原理和警察行政法,田思源博士讲授国防与军事行政法、体育法。宋华琳博士在南开大学法学院开出“部门行政法研究专题”,讲授范围包括部门行政法研究与行政法总论改革、政府规制与行政法新发展、政府规制的形式选择、技术标准行政法研究、风险行政法原理、药品行政法研究、给付行政法研究、公用事业行政法研究。

〔2〕 张正钊、李元起主编:《部门行政法研究》(北京,中国人民大学出版社,2000);杨解君、孟红主编:《特别行政法问题研究》(北京,北京大学出版社,2005);章志远:《部门行政法专论》,(北京,法律出版社,2017)。

〔3〕 管欧:《行政法各论》,自序部分,上海,商务印书馆,1939。

〔4〕 比如,《道路交通安全法》(2003年)第73条对事故认定的立法变革是否妥当,能否就此摆脱法院的司法审查,是很值得怀疑的。其中的问题及其批判,参见余凌云:《对〈道路交通安全法〉第73条的评论与落实》,载《道路交通管理》,2004(6)。

首先,我将阐述什么是普通行政法和部门行政法,以及部门行政法的划分方法。其次,我将分析普通行政法与部门行政法之间应当是怎样的关系,通过以警察法学(police law)为实例分析,挑战当前学术界在这个问题上已经形成的一种通说,也就是部门行政法是对普通行政法的细致化、具体化,是总论与分论的关系。再次,我会思考部门行政法为何不发达,到底在研究上存在着什么样的问题和困难,极具鲜明个性的部门行政法应当具有什么样的品质。同样,为了解释清楚这些问题,我也会更多地借助对警察法学的分析进路与方法来尽力展现我的观点。最后,更为重要的,也是本文研究的核心问题,我将通过阐述警察法学的基本理论结构应当是怎样的,努力为公安学科体系构筑之中可能被忽略的警察法赢得一席之地,而且是基础性的、根本的地位;与此同时,提出一些发展构想,为整合公安大学各系部、各公安学科之间都可能涉及的警察法问题搭建一个共同的理论平台,以及促进学术共同体的形成。

二、普通行政法与部门行政法的分野

(一) 什么是普通行政法、部门行政法

普通行政法,也称一般行政法、行政法总论,是研究各个行政领域(如警察、市场监管、税务、海关等)的共性问题,是对存在于各个行政领域的一般现象的高度抽象与概括,为分析行政法现象提供了基本技术与规范路径,为各个行政法领域建构了具有普适性的原理、原则、理念与价值。普通行政法的任务不在于第一线解决行政法的个别问题,而是提供一个秩序的理念与架构,其任务未必能够精确回答个别行政领域的个别问题,^[1]它只是对各个行政领域重复率极高的共同问题给出了答案。而所有个别问题必须有待于部门行政法来回答。

部门行政法,也称行政法各论、分论(则)或者特别行政法(particular administrative law),是特定行政领域的法规范总和,注重研究个性问题,是在总论的框架与指导下展开研究,并进一步衍生,它不是总论的简单翻版,而是更加关注特定行政领域的个性问题,并且不断验证、校正和发展总论的一般性认识。但不管分论的个性如何张扬,也不能逃逸总论的基本精神、价值框架。

[1] 高秦伟:《行政法学教学的现状与课题》,载《行政法学研究》,2008(4)。

部门行政法这个概念似乎只存在于大陆法国家的行政法之中,这很可能跟德国的公法发展历程有着密切关系。“二战”之前的日本,行政法以德国为摹本,必谈总论与分论。而清末民初从日本负笈归来的我国学者也带进了类似的行政法结构。

普通法国家的行政法由于是以实用主义为基点,完全建立在法院的判例基础之上,用法院判例确定的规则(如正当程序要求)来调整各个部门行政领域的具体法律问题,所以,在行政法的教科书中一般没有类似大陆法的部门行政法概念,比如,在一些很权威的行政法教科书中,像英国大学流行的两本教材——H.W.R.Wade & C.F.Forsyth的 *Administrative Law* (Oxford University Press, 2004)和 P.P.Craig的 *Administrative Law* (Sweet & Maxwell, 2003),还有另一本堪称上乘却未引起我们注意的教材——Carl Emery的 *Administrative Law: Legal Challenges to Official Action* (London, Sweet & Maxwell, 1999),以及澳大利亚 Peter Cane的 *An Introduction to Administrative Law* (Oxford, Clarendon Press, 1996),都没有出现类似的概念。

但这并不意味着普通法学者不关心这类问题。如果我们细心观察,会发现,有些行政法著述中,实际上在组织机构、行政法范围等角度上涉猎了这方面问题,^{〔1〕}尽管众多部门行政法知识掺杂其中,让我们在阅读时总有一种零碎、散漫、阐述不透的感觉。此外,还不乏集中研究某个特定行政领域法律问题的著作,比如环保法、警察法、经济与金融规制、电信管制等。最为权威的《行政法学评论》(*Administrative Law Review*)季刊发表的论文中,部门行政法论文的比例已高达近30%。^{〔2〕}不少著名的行政法学者不仅精修总论,也擅长某些特定领域的行政法,比如,布雷耶大法官专长风险和能源规制,皮尔斯教授专长电力和天然气市场规制,夏皮罗教授以职业安全和卫生规制见长。^{〔3〕}

〔1〕 比如,韦德和福赛在《行政法》第二部分“行政机关与职能”(authorities and functions)中设一章谈了警察问题,但也是从组织机构意义上的介绍。Cf. H. W. R. Wade & C. F. Forsyth, *Administrative Law*, Oxford University Press, 2004, pp.148-160; 斯特劳斯在《美国行政法导论》中是在行政法的范围(the scope of administrative law)上介绍了部门法律问题,包括经济规制(economic regulation)、健康与安全规制(health and safety regulation)、土地(lands)、移民、驱逐(immigration, deportation)、税收(taxes and excises)等。Cf. Peter L. Strauss, *An Introduction to Administrative Justice in the United States*, Carolina Academic Press, 1989, pp.103-133.

〔2〕 宋华琳、邵蓉:《部门行政法研究初探》,载《浙江省政法干部管理学院学报》,2000(2)。

〔3〕 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(5)。

(二) 部门行政法的划分

普通行政法(general administrative law)与部门行政法的划分部分出于历史因素,部分出于偶然因素。^{〔1〕}部门行政法应该如何划分?也会因不同学者对部门行政法的认识和“取景”角度而有所不同。

1. 德法的经验

据我国台湾地区学者黄少游的考察,德国与法国对行政法各论的划分趣味不一:^{〔2〕}

(1) 在德国,很多学者,比如 Gerogemegeer, Laband, Seydel 等,都偏好“就国家之行政事务,不问其法律关系之性质若何,专依行政作用之目的为标准而分为较多部分,然后就关于各部分之法规分别汇集,以资编列之基础”。按照这种方法,可以将行政法各论划分为五种,即内务行政、外务行政、财物行政、军事行政以及司法行政,然后再做分叉,比如, Gerogemegeer 在其著《德意志行政法》中将内务行政进一步分为绪论、人事关系之法、保安警察、卫生行政、教育行政、风俗警察和经济行政。其中,又将经济行政分为土地制度、水利、原始产业、农业、工业、徒弟制度、度量衡及货币、信用、交通、保险等。这种划分方法对日本和我国台湾学者也产生了一定影响。

(2) 在法国,行政法各论的划分,“系就国家之行政事务,不问其目的若何,专以‘法律关系之性质’为标准而资编列之基础”。法国多数学者采取这种方法。比如, Berthlemy 将行政作用分为国家之必要事务、国家之随意事务以及财政。其中,国家之必要事务又分为警察、军政、公产;国家之随意事务分为交通、矿业、商业、农业、教育、美术、保险和救恤。

2. 我国学者的认识

早在民国时期,赵琛教授就曾触及过这个问题。他总结道,在行政法各论研究中,学术界采用了两种方法:一是不问法律关系之性质如何,惟视国家事务之目的及实质而分类研究之。二是按照国家事务的法律关系别其性质之异同,而分类研究之。依此种方法一般将行政法各论分类为法人法、公法上之物权法、公

〔1〕 [德]汉斯·J.沃尔夫、奥托·巴霍夫、罗尔夫·施托贝夫:《行政法》,高家伟译,195页,北京,商务印书馆,2002。

〔2〕 黄少游:《行政法各论研究发凡》,收入刁荣华主编:《现代行政法基本论》,47~49页,台北,汉林出版社,1985。

法上之对人权等加以解释。这种总结实际上就是以上述德法经验为依据,或许
是转述“取法东瀛”的心得(?)。

对上述两种划分方法,赵琛教授和黄少游教授的评价惊人得一致。黄少游
教授说:“以上两种方法中,学问上之研究,自以第二之方法(即法国的划分——
作者注)为适当,盖法律学之研究,其足以为编列之基础者,要不可不以法律上之
性质为依据。惟不问何国之行政法规,类多不免繁杂,未有统一之系统,以具有
同一性质之法律关系而散见于各类之法规者,其例甚多,于此所欲为秩序研究,
颇非易事,故吾人于此从多数学者之研究方法,以行政作用之目的或权力为标
准。”〔1〕赵琛教授也认为,初看似乎第二种方法比较合理,但现行法规庞杂无
系统,法律关系相同者颇多,断片散见于各种法规之中,将其抽象、提炼、综合困
难甚多。而现行制度中央行政机关多采用分职制职务权限各有规定,故依第一
种方法虽在法理上有缺陷,但比较容易解析各种行政机关的性质和功能。〔2〕管
欧教授则旗帜鲜明地反对“以法律关系的性质为标准”,认为“惟行政法规多庞
杂,一种法规而注及各种事务之性质者有之,同一事务之性质,而散见于各种法
规者亦有之,故此研究方法,未见适当”,他对“以行政作用的目的为标准”的方法
倍加赞赏,“系统井然,是其特点”〔3〕。

其实,之所以放弃以法律关系性质为标准的划分方法,还有经验依据。德
国行政法学发展的经验显示,F.F.Mayer、V.Sarwey、G.Meyer之所以能够在行
政法总论上取得突破,恰好是“放弃以各种行政目的为标准,说明其领域内法
规之方法,而以法律关系之异同性质为标准”〔4〕。这种走向总论的经验,能否
引导我们充分发掘分论的个性,不无疑问。正如铃木义男教授指出的,“行政
法学各论为个别的行政法规之说明,倘与总论采用同样的解释之立场,是否能
适应实际(Praxis)之需要,确属疑问”〔5〕。这恐怕是学者多放弃该标准的真实

〔1〕 黄少游:《行政法各论研究发凡》,载入刁荣华主编:《现代行政法基本论》,49页,台北,汉林出版社,1985。

〔2〕 何勤华:《中国近代行政法学的诞生与成长》,载《政治与法律》,2004(2)。

〔3〕 管欧:《行政法各论》,5~6页,上海,商务印书馆,1939。

〔4〕 [日]铃木义男等:《行政法学方法论之变迁》,陈汝德等译,14~15页,北京,中国政法大学出版社,2004。

〔5〕 [日]铃木义男等:《行政法学方法论之变迁》,陈汝德等译,41页,北京,中国政法大学出版社,2004。

原因。

所以,多数学者采用后一种方法。比如,赵琛教授在其著作《行政法各论》中从之,参照五权制度分为纯粹行政、立法行政、司法行政、考试行政、监察行政五部,将纯粹行政又分内政、外交、实业、财政、教育、军事、交通七编。^{〔1〕}管欧教授在《行政法各论》中亦从之,略加变化,分为内务、财务、外交、军事四种,其中,内务又分为警察、保育,保育又细分为国籍、国势调查、交通、农业、公水、林垦、渔牧、矿业、工业、商业、度量衡、文化等。^{〔2〕}可以说,此种风尚流传至今,甚至成为惟一法门。

在1983年第一部高等院校法学试用教材《行政法概要》(王岷灿主编,北京,法律出版社)中,分论划分为军事、外交、民政、公安、司法行政、国民经济、教科文卫的管理等章节。其实质仍然是按照行政作用的目的来划分,多以国务院管辖的行政部门为划分依据。这种划分方法为我国多数学者所认同,成为主流学说。比如,应松年、朱维究两位教授在1985年出版的《行政法学总论》(北京,工人出版社)在论及分论时也基本延续了上述划分。皮纯协教授主编的《中国行政法教程》(北京,中国政法大学出版社,1988)也采取了大致的路数。

到了21世纪初,我国学者试图有所突破与创新。张正钊教授和李元起副教授在其主编的著作中深感学者过分沉溺于上述传统模式,主张另辟蹊径,“把部门行政法作为一个整体进行综合性、概括性研究,探讨部门行政法的共同特点和主要制度”,把我国部门行政法总结为组织与人员管理、宏观调控法、专业经济管理法、政务管理法和公共事务管理法五大类。^{〔3〕}杨解君和孟红两位教授在其主编的著作中引入法理学上的一般法与特别法的划分理论,认为“我们可以根据行政法的效力范围(空间效力、对人的效力、对事的效力),将全部行政法规范体系划分为一般行政法和特别行政法。凡是效力范围较大者为一般行政法,效力范围较小者为特别行政法”,因此,特别行政法就具有实质和形式两种层面上的意义。“若不论行政法的具体表现形式,仅仅依据某一标准将全部行政法规范体系分为若干部分,那么,每一部分相对全体而言都是实质意义的特别行政法,如

〔1〕 何勤华:《中国近代行政法学的诞生与成长》,载《政治与法律》,2004(2)。

〔2〕 管欧:《行政法各论》,6页,上海,商务印书馆,1939。

〔3〕 张正钊、李元起主编:《部门行政法》,前言,北京,中国人民大学出版社,2000。

秩序行政法、服务行政法、计划行政法等都是实质意义的特别行政法；若以行政法的具体表现形式为基础，将两个以上主要由行政法规范构成的法律、行政法规、规章等法律文件进行比较，那么，效力范围较广泛者为一般行政法，效力范围较狭窄者为特别行政法，如《行政处罚法》和《治安管理处罚条例》相比，前者为一般行政法，后者为特别行政法。”〔1〕

但是，在我看来，张正钊和李元起教授力倡的划分，实际上只不过是法国划分方法的另一种摹本，是将各行政领域中具有共同性质的法律关系统筹起来，集中观察。而杨解君和孟红教授所阐释的一般行政法与特别行政法，游走而非固着在特定行政领域之中（间），在增加总论和分论的结构不确定性同时，也让总论与其组成部分之间、总论与分论之间的界限更加模糊不清。因此，我的总体评价是，上述学者的创新努力，形式意义大于实质意义。这样的编排无助于张扬部门行政法的个性研究、解决部门行政法关注的特殊问题。相反，却在横跨各个行政领域之间，不断提炼共性过程之中，逐渐丧失了部门行政法应有的个性品格。随着跨度的递增，个性的流失也越多。

以行政作用的目的为参照，具体做法也会出现流变。比如，有的学者偏好以职能权限而非职能部门作为划分依据，〔2〕这在一定程度上可以增加部门行政法的结构稳定性。因为我国行政机构体系中的职能行政部门处在经常的变化之中，自中华人民共和国成立以来国务院的行政机构改革有过三十余次，而且每次改革以后行政机构体系的组合方式都要发生很大变化。〔3〕

但是，在我看来，即便因上述职能部门调整而给部门行政法的体系结构带来连锁反应，这也是可以接受和忍受的。无论如何，部门行政法都必须始终以职能部门为界，以部门行政管理为依托，而不是行政权流程中的一个或几个环

〔1〕 杨解君、孟红主编：《特别行政法问题研究》，22页，北京，北京大学出版社，2005。

〔2〕 孟鸿志教授提出依行政权范畴来构架部门行政法，在我看来，这无非是行政作用的目的标准的一种变形。孟鸿志：《论部门行政法的规范和调整对象》，载《中国法学》，2001（5）。

〔3〕 孟鸿志：《论部门行政法的规范和调整对象》，载《中国法学》，2001（5）。

节,^{〔1〕}更不能是政府某一宏观职能下分解的若干行政管理部门的统合,比如,把公安、司法行政、安全等部门统统放到“治安行政法”之中,把科技、教育放到“科教行政法”中,否则就会泛化,抹杀个性,变成与总论一样的范式。所以,我主张以特定具体行政部门为划分标准,比如警察行政法、医药卫生行政法,好处是,能够更加关注特定行政领域的行政机关职能、作用方式与规制政策,彰显个性,更有针对性地回应实践需求。

当然,我也不想全盘否定上述学者的努力。不管上述学者认识与选择方法有怎样的差异,这都不影响部门行政法本身的成立,以及研究价值,反而说明了多层面、多视角研究的重要性和必要性。或许,从这个意义上讲,给部门行政法下一个普适的定义,做固定的划分,是没有多少意义的。因为每个学者关注的行政领域以及对这些领域的划定很可能是不同的。可是,至少有一点是非常明确的,部门行政法与行政法之间是种属的关系,是一般与特殊的关系,是各论(或特论 *Besonderes Teil*)与总论(*Allgemeines Teil*)、分则与总则的关系,^{〔2〕}从某种程度上讲,也是抽象与具体的关系。

三、普通行政法与部门行政法的关系

人们通常认为,总论是研究共性问题,分论是研究个性问题。它们之间是种属的关系,或者一般与特殊的关系。这样的论断大体不错,但是,如果仅仅停留在这样的认识上,显然不够细腻,不够精细,也不够准确。

在我看来,普通行政法与部门行政法之间的关系应该是多层次的、多元化的,比如,以警察法学与行政法的关系作为一个个案分析,我们就不难发现,单从历史分析的观点看,它们之间的关系也绝不是简单的细致化、专门化的单向作用问题,而是双向交流、彼此影响、相互激荡。而且,部门行政法在很多特殊领域、

〔1〕 孟鸿志对以行政法典为划分标准的批判。参见孟鸿志:《论部门行政法的规范和调整对象》,载《中国法学》,2001(5)。在我看来,按照行政权的运行流程或者行政法教科书各个组成部分梳理出来的诸如行政组织法、行政编制法、公务员法、行政监察法、行政复议法等,不能算是部门行政法。行政法专题的研究不等于部门行政法,行政法教学课程的设置也不能成为部门行政法的划分依据。至少在本文中我不把它们当成部门行政法。

〔2〕 吴庚:《行政法之理论与实用》,26~27页,台北,三民书局,2004。

很多特定问题上都具有原创性,^{〔1〕}并且渐渐形成了自给自足的法规体系,与各自的管理学联系日趋紧密,但研究的视角和关心的范畴又有所不同。更值得关注的是,部门行政法(如警察法学),很可能、或许也很有必要在研究之中进行多学科融合与整合,进而很有可能发展成为一个边缘性的、崭新的学科。

(一) 从单向到双向

从历史发展观看,行政法的发展很大程度上是源自部门行政法,尤其是警察法,是从部门行政法的发展之中汲取了养分。陈新民教授在研究德国公法的发展时也指出:“正如同任何法学学科发展的轨迹一样,行政法也是先由分散零落的个别行政法律,也就是所谓的各论发展,尔后,才形成总论的体系,而竟其功。”^{〔2〕}范扬教授也说:“行政法之研究,初期只依各种行政作用,分别各种法规,而论述各该范围之法理。其分类既非出于法律上之方法,而归类尤嫌困难,其法至不完善。学者乃觉有另设总论(Allgemeine Teil)之必要。于是将行政法学分为二大部分,以研究行政法全体共通之法理者,为行政法总论,研究行政法各特殊区域之法理者,为行政法各论(Besondere Teil)。”^{〔3〕}

在德国,公法(public law)滥觞于警察法(police law)。从17世纪开始,德国出版了许多关于警察法的书籍,可以说,警察法的研究就代表了当时的公法成就,警察法与公法为同义词。只是后来,警察权进一步分解,行政学渐渐兴起,行政法学亦逐步形成。在这个过程中,才出现了行政学与行政法学之间的学科划分,以及行政法学中的总论与分论之说。^{〔4〕}这也很容易理解。因为国家职能最初主要限于维护社会秩序,主要体现在警察权,所以,很自然地会对警

〔1〕 辛格(Mahendra P. Singh)指出:“特别行政法已多少法典化了,而且是由那些与每个个别的行为相联的法律来调整。从某种程度上说,如果这些法律没有特别的、相反的规定,那么普通行政法也同样能够适用于这些行为。”(Particular administrative law, on the other hand, is more or less codified and is governed by the statutes relating to each individual activity. To the extent these statutes do not provide to the contrary the general administrative law applies to these activities also.) Cf. Mahendra P. Singh, *German Administrative Law: in Common Law Perspective*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 1985, p.2. 这句话换一个角度去理解,可以认为,有特别、相反规定的,就是特别行政法的原创性之所在。

〔2〕 陈新民:《德国公法学基础理论》(上册),123页,济南,山东人民出版社,2001。

〔3〕 范扬:《行政法总论》,21页,上海,商务印书馆,1937。

〔4〕 陈新民:《德国公法学基础理论》(上册),118页以下,济南,山东人民出版社,2001。

察权的行使与控制予以特别的关注,警察法的发展也就比较早些,其中很多的原理、原则也就很可能先在警察法中萌发、生成,然后顺理成章地沿用到行政法当中。

奥托·迈耶的杰出贡献,就在于他自觉远离了以行政法各论为对象来撰写行政法教科书的时尚,引入概念法学,仿效民法研究,从纷繁复杂的行政现象中归纳出了行政法的一般原理、原则和概念群,并组合成一个逻辑一致、相对自治的行政法总论体系。^{〔1〕}行政法学此后逐渐将视野限定在法律解释、法律的技术分析、法律体系和合法性上,建立起用以统合各种终极价值、法原理原则、基本法律命题、法律制度、法律概念,乃至一般法律秩序的判定标准。^{〔2〕}

由各论到总论,是行政法的一个粗略的历史发展进路,也是行政法研究方法的一个质的飞跃。正是由于理论结构的自我完结性进一步提高,以及研究范畴与方法的进一步明确,尽管与刑法、民法相比缺少了一部实在法意义上的法典,仍然催生了作为独立学科的行政法学。

在随后的发展演进过程中,随着行政法自身理论的完善和自足,也对部门行政法施加了越来越大的影响力,两者的关系逐渐变为相互作用、相互影响、相互激荡。

一方面,部门行政法对实践的变化与需求感觉最为敏锐,很多推陈出新的改革举措都是在这些领域起步与腾飞的。从行政实践中提炼出来的实证性研究成果,会为行政法学总论的存在方式进行检查、反思和重构提供难得的契机。^{〔3〕}其对总论的贡献将会是惊人的,宋华琳教授详细描绘道:“通过部门行政法研究,可以对行政法上的利益分布加以重新考量,可以抽象出某些‘中度抽象水准’的结论作为行政法总论和部门行政法之间的桥梁,可以在行政任务变迁的背景下,对中国行政组织法的类型化研究有所贡献,可以反思和发展行政行为法律形式理论,拓宽行政法学的疆域,去探讨确保义务履行的诸种实效性手段。”^{〔4〕}

〔1〕 高秦伟:《反思行政法学的教义立场与方法论学说——阅读〈德国公法史(1800—1914):国家法学说和行政学〉之后》,载《政法论坛》,2008(2)。

〔2〕 赖恒盈:《行政法律关系论之研究》,50页,台北,元照出版有限公司,2003。转自宋华琳:《部门行政法与行政法总论的改革——以药品领域为例证》,载《当代法学》,2010(2)。

〔3〕 宋华琳、邵蓉:《部门行政法研究初探》,载《浙江省政法干部管理学院学报》,2000(2)。

〔4〕 宋华琳:《部门行政法与行政法总论的改革——以药品领域为例证》,载《当代法学》,2010(2)。

另一方面,受部门利益驱动,以及视野狭隘,部门行政法在发展之中或许会发生这样或那样的偏差,需要行政法从宏观政策上导引与制约。宋华琳教授指出,总论具有“储存器”功能,能够向部门行政法提供法解释技术、批法人权保障理念,“有助于形成更为明澈、更切中事物本质的法律思维,有助于把握个别中的一般,它不为个别领域中的个别问题给出答案,却给出通向答案的方向”,“作为沟通宪法和部门行政法的桥梁,所提供的秩序理念和架构,构成了对部门行政法的体系建构、政策选择、实体内容设计的约束”。〔1〕

必须解释的是,上述从单向到双向的发展脉络,是对学科历史发展的高度理论抽象与提炼,是从宏观角度对主流运动趋势的简约概括。我决不否认,在每一个历史演进的过程中、具体环节上,都可能会存在微观的双向交流式的互动、互进。但这并不影响上述认识的基本“真实性”与基本价值。

(二) 微观层面的自成体系

但是,部门行政法的研究绝不是行政法原理和原则的简单翻版与再现,不仅仅是具体应用,更多的是创造性的工作。正如德国学者平特纳所指出的,“普通行政法如同民法典的总则部分是从行政法各个领域中抽象出的一般学说。特别行政法中某些领域与普通行政法联系甚微,而自成一体”。〔2〕换句话说,就是在部门行政法的特殊领域、具体层面上,很可能会出现若干个颇具独立品格、自我完结的微观体系,与部门行政法之间又构成上下阶位、种属关系。

这在警察法研究中尤为显著。道路交通安全法、安全技术防范法、信息安全法、出入境法、治安秩序法等都已经形成了各自特有的规范体系与理论结构,形成了一个相对独立的、体系完善的微观法规范子集合;已经紧紧地与它们各自的行政领域知识贴在一起,凝结为“血与肉”的关系。当然,它们关注的仍然是法律问题,而不是其他。

〔1〕 宋华琳:《部门行政法与行政法总论的改革——以药品领域为例证》,载《当代法学》,2010(2)。

〔2〕 [德]平特纳:《德国普通行政法》,朱林译,3~4页,北京,中国政法大学出版社,1999。我国台湾地区学者陈敏也认为:“通常各种特别行政法之领域,皆有为数颇多之成文法典作周密之规范。在法学讨论上,亦成为独立之学科。”陈敏:《行政法总论》,28页,台北,三民书局1998。但是,在我看来,后一种表述似乎过于粗糙,到底是指微观层面的,还是指一个部门行政法,似乎不很清晰。

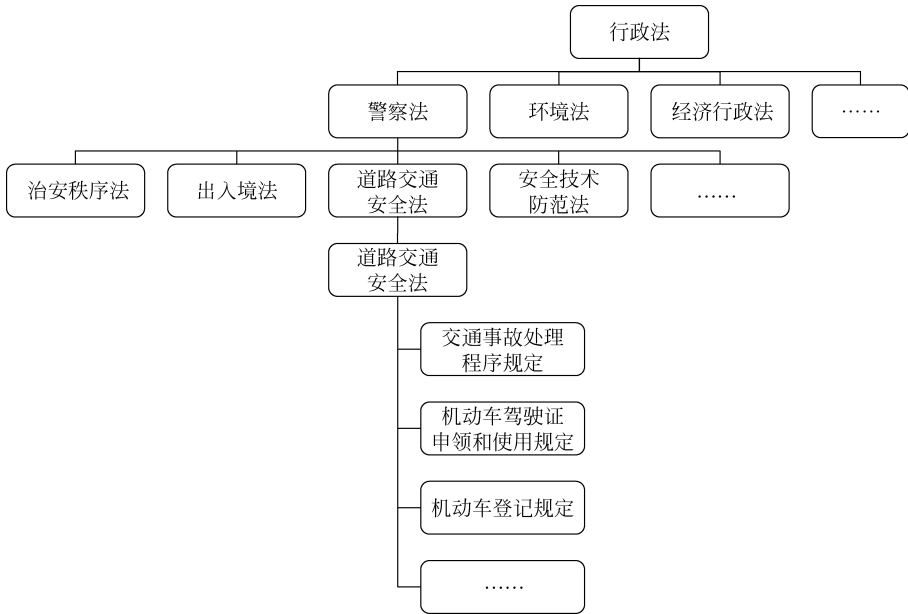


图 1-1 警察法的规范体系

以安全技术防范法为例,经过初步的论证,我们确定《安防政策与法律》教材的结构如下:〔1〕

表 1-1 《安防政策与法律》教材体系

目次
第一章 概述
第一节 基本概念与特征
第二节 法源
第三节 我国安防法制建设的历史发展与现状
第四节 西方国家安防法的基本概况
第二章 安防法的基本原则
第一节 依法行政原则
第二节 公开原则
第三节 便民原则

〔1〕 关于其中各章节的详细内容,可以参见余凌云、靳秀凤、李明甫、李彤主编:《安全技术防范报警服务业立法研究》,25页,北京,中国人民公安大学出版社,2005。

续表

第四节	自愿与强制相结合原则
第五节	民营化原则
第六节	将安全技术防范纳入社会治安综合防控体系的工作原则
第三章	安防执法机构
第一节	各级人民政府的职责
第二节	公安机关
第三节	其他国家机关
第四章	从业规定
第一节	禁止从业情形
第二节	安防企业资格证制度
第三节	安防产品管理制度
第四节	安防工程管理制度
第五节	安防报警服务管理制度
第五章	行业组织与中介机构
第一节	公安技防工作与行业协会、中介机构的相互关系
第二节	我国行业协会、中介机构概况
第三节	行业组织的作用
第四节	中介机构的作用
第六章	执法监督
第一节	公安机关技防执法概述
第二节	执法基本要求
第三节	监督检查内容
第四节	检查程序
第五节	宣传指导
第七章	法律责任与救济
第一节	安防违法行为及其处罚
第二节	处罚与执行程序
第三节	强制措施
第四节	法律救济

上述体例肯定不尽完善,但却相对成熟,大致能够反映公安机关技防工作的现状与改革趋势。当我们着手“丰满”、勾勒各个章节的内容的时候,就会豁然发觉,尽管有些问题的阐述必然会援用到行政法的基本原理和原则,更多的却是对技防执法的深切体认,安全技术防范法已经开始与行政法“轻轻地挥手”道别,迈向一个自给自足的体系。

(三) 学科的移动: 多视角的融合与整合

我更想说的是,在部门行政法的研究过程中,很可能发生某种意想不到

的、却又概然性很大的学科移动,我们先以警察法为个案进行分析。

1. 一个事例的解析:警察法

谈到警察法,也不是什么新奇的学问(科)。在公安大学教学史上最早就为本科生开设了一门课叫作“公安法规”,后来在全国人大常委会通过《人民警察法》(1995年)之后,相应改为“警察法”。时下在公安大学开设与研究的“警察法”,是以人民警察法为依托而进行的注释或阐释,或者更进一步,把与公安执法有关的刑事法与行政法(就差刑事诉讼法)内容综合起来加以介绍,其实质是有关警察的法学概论。

在我看来,上述对警察法的认识是有问题的,尽管这么坦率的直白或许会让有的教师感到不舒服。因为:第一,注释意义上的研究,似乎可以归类到警察法的组织法范畴,不是警察法的全部。第二,“公安法规”〔1〕,单从名称看,就很成问题。可能这种称法是从我国台湾地区借鉴过来的(?),但是不要忘了,在台湾,法规是泛指法律,而在大陆,法规却是有特定涵义的,那么,是不是要按照我们通常的理解,把“公安法规”仅限于有关公安的行政法规和地方性法规呢?

警察法,更多时候是等同于警察行政法(police administrative law),是后者的一种简称,与行政法之间的关系是总论与分论的关系,属部门行政法范畴。这似乎是一种通说。比如,在德国,警察法就属特别行政法之范围,与地方法规(Kommunalrecht)同为行政法理论与实务之核心。〔2〕再比如,日本学者田上穰治在《警察法》一书中也主要是从行政法的视角与理论来研究警察问题。〔3〕我国台湾地区学者邱华君也认为,实质或广义的警察法,系指各种警察法规。警察法规乃行政法之一部分。〔4〕不过,在我看来,下这样的论断似乎还为时尚早。

其实,当我们深入到具体的警察法著述进行分析时,却会发现,在围绕警察权或者警察作用问题的具体展开过程中,都会出现研究向其他学科(如刑法、刑事诉讼法)的些微移动。这种自觉或不自觉的移动本身是很耐人寻味的。为了

〔1〕 这很可能也是想要与公安部的提法保持一致,公安部法制司在1997年5月12日曾发布一个规范性文件,即《公安部法制司关于建立和完善公安法规体系的意见》。

〔2〕 [德]Heinrich Scholler:《西德警察与秩序法原理》,李震山译,125页以下,高雄,登文书局,1986。

〔3〕 [日]田上穰治:《警察法》,东京,有斐阁,1983。

〔4〕 邱华君:《警察法》,8页,台北,千华出版公司,1997。

更好地、更直观地说明这个现象,我从英国、日本、德国和我国台湾地区的警察法著作中遴选了四部有代表性的作品,将它们的体例列示如下:

表 1-2 警察法著作体系比较

《警察法论》(李震山,正典出版文化有限公司2002年版)	<i>Butterworth Police Law by Jack English & Richard Card, Butterworths, 1994</i>	《警察法》〔日〕田上穰治,有斐阁1983年版)	《警察法》(<i>Polizei-recht</i> , 2000年, Christoph Gusy 著)〔1〕
目次 第一章 绪论 第二章 行政权中危害防止任务之分配 第三章 警察职务协助之任务 第四章 警察保护私权之任务 第五章 警察法之概括条款与警察任务 第六章 警察协助检察官侦查犯罪之任务 第七章 警察危害防止与犯行追缉任务之竞合 第八章 警察依特定法律应执行之任务 第九章 私人参与警察任务之执行 第十章 结论	<i>Contents</i> Chapter 1 General principles Chapter 2 Elements of criminal procedure Chapter 3 Police powers Chapter 4 Police questioning and the rights of suspects Chapter 5 Identification methods Chapter 6 The law of evidence Chapter 7 The police Chapter 8 Traffic: general provisions Chapter 9 Use of vehicles Chapter 10 Control of vehicles Chapter 11 Public service vehicles Chapter 12 Goods vehicles Chapter 13 Lights and vehicles Chapter 14 Traffic accidents Chapter 15 Driving offences Chapter 16 Drinking and driving Chapter 17 Children and young persons Chapter 18 Intoxicating Liquor laws Chapter 19 Betting and gaming Chapter 20 Aliens Chapter 21 Animals, Birds and plants Chapter 22 Game laws Chapter 23 Firearms	目次 第一篇 警察法序论 第一章 警察与警察法的沿革 第二章 警察的实质意义 第三章 警察的种类 第二篇 警察作用法 第一章 警察作用的基础原则 第二章 警察命令 第三章 警察许可 第四章 警察强制 第五章 违反警察管理的处罚 第六章 警察官执行职务法 第七章 各种警察取缔法规 第三篇 警察组 织法 第一章 总则 第二章 国家公安委员会 第三章 警察厅 第四章 都道府县警察 第五章 警察职员 第六章 紧急状态的特别措施	目次 第一章 警察与秩序法 第二章 警察与秩序机关组织 第三章 警察任务 第四章 警察职权 第五章 警察法上之责任 第六章 警察之任务执行 第七章 秩序法 第八章 强制法及费用法 第九章 赔偿请求权 第十章 针对警察措施之权利救济

〔1〕 引自李震山:《警察法论——警察任务法编》,36页,台北,正典出版文化有限公司,2002。

续表

《警察法论》(李震山, 正典出版文化有限公司 2002 年版)	<i>Butterworth Police Law</i> by Jack English & Richard Card, Butterworths, 1994	《警察法》(〔日〕田上穰治, 有斐阁 1983 年版)	《警察法》(<i>Polizeirecht</i> 2000 年, Christoph Gusy 著)
	Chapter 24 Explosives Chapter 25 Railways Chapter 26 Pedlars, vagrancy and dealers Chapter 27 Non-fatal offences against the person Chapter 28 Disputes Chapter 29 Homicide and abortion Chapter 30 Public order Chapter 31 indecent assault, rape, procurement and abduction Chapter 32 Other offences of indecency Chapter 33 Drugs Chapter 34 Theft, robbery and blackmail Chapter 35 Criminal damage Chapter 36 Burglary Chapter 37 Offences of fraud Chapter 38 Handling stolen goods Chapter 39 Forgery and counterfeiting Chapter 40 Preventive justice		

上述四本书,除了德国的警察法著述是纯粹他引的,只见目录、不见内容之外,其他三本都大致能够看到其中的每个章节的主要内容,因此,以下的归纳与论证主要依据后三本书。从体例上看,有几点是共同的:

第一,警察权或者警察作用无疑是研究的核心问题。尤其显著的是 *Butterworth Police Law*,可以说是警察领域的主要警察职权的“总盘点”。这也是与行政法的控制与规范行政权的思路一脉相承、互相契合的。

第二,特定领域的警察法问题,尤其是那些很重要的、经常适用的或者极其具有强制性的法律,都是书中不容忽视的、必须泼以笔墨的地方。比较有代表性

的是日本警察法中的“各种警察取缔法规”。或许这是比较能够体现警察法特性的地方？

第三,对警察组织法都给予了足够的关注。显然,在组织机构的设置、领导体制与职责分配上,不同领域的行政机关肯定是有差别的。这是比较能反映部门行政法特色的地方,也是必须进一步廓清的部分。

第四,更为重要的,是在行政法的基础上发生了一定的、必要的移动与延展,出现了一种与其他学科的适当的、有机的融合倾向。英国不存在行政法的总论与各论之说,在警察法的研究上很自然的是采取了实用主义的态度,围绕警察权进行总括的研究,而且,警察权多是在刑事诉讼法上规定的,在效果上也就必然呈现我们所说的多学科整合。即便在有普通行政法与部门行政法之分的德国、日本和我国台湾地区,警察法的著述中也会出现上述移动,比如,在李震山教授的《警察法论》中专门论述了“警察协助检察官侦查犯罪之任务”,这实际上相当于我们大陆地区刑事侦查学研究的范畴。

所以,由警察行政法向警察法的整合不是不可能发生的,但是,实施的路径绝对不是说将行政法、刑事诉讼法等学科的简单相加。^{〔1〕}我们的研究应该是针对警察法的实际问题(无论宏观或者微观),采取多维研究视角的自然整合。

2. 为什么会发生移动

尽管归纳式的推理很可能会犯过于泛化的臆断的错误,但是,我仍然觉得,部门行政法的深入研究,很可能会突破行政法研究的本身范畴,变成对特殊行政法领域法律现象的多个法学学科视角的整合性、立体性研究。

日本学者兼子仁教授在其特殊法论之理论构建中,有些观点很值得注意。他指出,不得以“行政法万能主义”观点,将“个别的行政各部法”予以纳入行政法,而妨害对各相关法制之正确解释或其立法发展。^{〔2〕}我国台湾地区学者刘宗德教授在介绍兼子仁上述学说时进一步阐释道:“换言之,于各行政类型或行政领域,分别定位各个个别行政有关之独特之法,以掌握行政法各论时,应注意不使有关国家作用或公益、公共性等观念,被‘不当地一般化’与发生‘行政本位主义’,而影响依特殊条理解释所为特殊法之生成发展。因此,特殊法并不该当于

〔1〕 这也是现在很多警察法著述容易犯的通病,也自然成为学者否定警察法为一门学科的诟病之所在。

〔2〕 转引自刘宗德:《行政法基本原理》,62页,台北,学林文化事业有限公司,1998。

一般的或类型的行政法或行政法各论之一部,且无将之作为‘行政法’而予以一般掌握之理由。此外,于现代各种‘特殊法’已有相当研究之阶段,将各种‘特殊法’之整体,予以综合掌握之现代法学作业,亦相当重要。而此一作业,可作为‘特殊法总论’,依据现代人权之体系或社会生活之构造为之。”〔1〕

沃尔夫、巴霍夫和施托贝尔在他们的著作中也指出:“政治目标需要根据迅速变化的经济和社会关系、预测未来发展以及合目的性和效率之间的权衡做必要的调整,这在行政法中具有重要的作用,导致部分行政法领域特别是‘部门’行政法迅速变化,产生了新的法律部门(环境法、多媒体法)。”〔2〕因此,部门行政法更进一步地发展,甚至很可能会出现一种多角度、多学科的融合,进而产生出一个独立的边缘性的学科。比如,用警察法取代警察行政法,而成为一个多学科交叉的边缘性学科,从更加宏观的角度研究警察领域的法律问题。〔3〕为什么呢?

首先,部门行政法的研究多以问题为导向,更贴近实践中的具体问题,而要想参透和解决一个法律现象或问题,就可能会调动多学科,比如,交通肇事问题,其中事故认定以及对机动车管理等涉及行政法问题,如果构成交通肇始罪,则变为刑法问题,而有关赔偿问题又属于民法调整的范围,立体地、多学科、多视角地去研究、分析,更加有助于问题的全方位解决。如果仅从单一学科的角度去研究,可能会显得过分单薄。因此,微观层面上的实践发展,或许内在地就需求多学科、多视角的整合性研究。当然,是与要解决的具体问题有着内在关联的学科之间的合作。

其次,因为特定行政领域的法现象已经非常微观、具体,进行整合性的研究,这在单一领域内、在具体问题上做起来也相对容易一些。事实上,当前很多部门行政法的研究早已“遁入”交叉、边缘性学科的研究之中,典范性地在做着立体研究,比如,环境法、卫生法、军事法。尤其是环境与资源保护法、军事法学已列为法学二级学科。

〔1〕 刘宗德:《行政法基本原理》,62页,台北,学林文化事业有限公司,1998。

〔2〕 [德]沃尔夫、巴霍夫和施托贝尔:《行政法》,高家伟译,3页,北京,商务印书馆,2002。

〔3〕 我始终坚信,警察法学是当前公安学科中最有活力、最具开发潜力的学科之一。加速发展这门学科是当前公安法制建设的迫切需要,能够为公安立法、执法提供强有力的理论支撑。这就是为什么这些年来我在这方面的学术努力历尽艰难、却矢志不移;这也是为什么我申报了这个课题并进行专门研究的初衷。

最后,部门行政法的研究更侧重综合研究方法。“行政法学各论,在科学处理之限度内,得单独成为一种学科。今日市上出版之单行政法之单纯的技术解说乃至注释,虽得为官公吏之处务提要,然不足当科学之名。现时之行政法学各论,虽以官公吏执务上之典据而出现,然关于法规及其社会背景之关联,则于精神科学的社会学的基础上以解明之。此对于行政法各论学者之世界观人世间以及法规之解释适用者,实足贡献相当之见解。关于此种意义,从来甚不重视;殊不知行政法学各论实为无限之沃野;而使其日臻丰饶者,殆即综合的研究方法。”〔1〕

四、当前部门行政法研究中容易出现的两个偏向

我们还是以警察法为观察对象。迄今为止,书坊可觅的警察法著述,大致有以下两种类型。

一是对《人民警察法》的注释,运用的主要是对法规范的注释学,重点在于阐释法条的涵义。比如,罗峰主编《中华人民共和国人民警察法释义》(北京,群众出版社,1995)、李忠信著《人民警察法若干问题研究》(北京,群众出版社,1998)、聂福茂主编《人民警察法教程》(北京,中国人民公安大学出版社,1995)、徐秀义主编《人民警察法讲话》(北京,警官教育出版社,1995)等。我决不否认阐释学的价值,尤其是对理解与把握法规具有积极的意义,但是,法条主义的阐释无助于理论框架的建构。

二是较为注重理论研究的著作,也就是超越了法规范的范畴,从更加宏观、更加理性的层面去思考警察法的范畴与构架问题。这方面的作品以教材居多。比如,惠生武著《警察法论纲》(北京,中国政法大学出版社,2000),聂福茂、余凌云主编《警察行政法学》(北京,中国人民公安大学出版社,2005),江波、湛中乐主编《公安行政法》(北京,中国人事出版社,1994),姚伟章主编《公安行政法》(北京,中国政法大学出版社,1989)等。

翻阅之后,我们发现,主要存在着以下两种研究倾向与趣味:

一是对行政法的简单翻版。无论研究体例与结构上,还是研究内容上基本

〔1〕 [日]铃木义男等:《行政法学方法论之变迁》,陈汝德等译,55~56页,北京,中国政法大学出版社,2004。

上与行政法学雷同,只是将“行政机关”更改为“公安机关”,或者在很多普通行政法律制度之前增加“公安”两字,比如“公安行政诉讼”“公安行政复议”。〔1〕在局部领域增加了警察法特有的一些制度。但是,这样的研究实际上使部门行政法的价值大打折扣,使后者似乎可有可无。

二是与治安管理学趋于雷同,而多少有些混淆不清的感觉。德国学者 Scholler 和 Schloer 曾写下一段很耐人寻味的文字:“警察法与警察学属特别行政法学,其在学术研究上,与地方法(Konmmunalrecht)同为行政法理论与实务之核心。”〔2〕阅后很可能让人起疑的是:“警察学”能算是特别行政法学的研究范畴吗?在我看来,这恐怕不是笔误,也不是“信手拈来”的随意,的确是因为部门行政法与部门管理学之间的关系实在太密切了。但是,我们仍然要努力区分两个学科不同的研究对象、范畴与角度,进而在研究结构与内容上有所侧重、有所区别。在学科发展的初期,两者可能很难有比较清晰的划分,这种状况实际上也反映了两个学科同样的不成熟。

出现上述问题(尤其是在学科发展的起步阶段)其实不奇怪。部门行政法本来就是游离在部门行政管理学与行政法学之间的东西,其中把握、拿捏的分寸,以及研究范畴和角度的选定实际上也反映了这门学科发展的成熟度。

五、部门行政法缘何难以研究

可以说,迄今为止,对部门行政法的研究都是不够深入、不够成功的。如前所述,迄今我们还没有见到一本相对成熟、实而不空且较为别致的有关具体行政领域的部门行政法学著作。那么,何以如此?

第一,对部门行政法的研究,必须要有部门行政管理的背景知识,必须对部门行政管理中存在的主要问题、现实对策以及发展改革趋势,还有西方国家相应的法律制度和管理模式,了然于胸。比如,要是不了解警务改革的现状和发展趋势,就不能很好地理解和把握警察权、警察任务和目的;不了解安全技术防范的

〔1〕 比如,公安部就曾组织编写一个自考教材《公安行政诉讼》。在我看来,行政诉讼是各个部门行政法中都通用的救济方式,只有在极个别的问题上,可能在具体化过程中需要进一步明确,比如,管辖与被告的确定问题。而且,行政诉讼等共性的救济问题,在部门行政法的研究当中可以适度弱化,不需要详细描述,只需要总体的罗列和个别问题的阐述。

〔2〕 [德]Scholler, Schloer:《德国警察与秩序法原理》,李震山译,21页,高雄,登文书局,1995。

基本管理模式、技术进路、技术标准以及法制建设等,就不可能对安全技术防范法有一个完整的把握。在民国时期惟一写出比较有影响的《行政法各论》的管欧教授,曾任行政院法规委员会委员、司法院大法官、大学及研究所法学教授,他在自序中也提及“治斯学多年,复以所任职务,涉及法制事项颇多……”。〔1〕

第二,部门行政法研究之难,首先在于必须实现一种质的转变,由纯粹法学研究范畴向管理学、法学等多种学科有机交融之中突出法律问题的处理路径的转变。这对于只注重,或者过分关注行政法一般原理和问题、缺少特定行政领域管理知识的学者来说,是比较困难的。

第三,在具体研究之中,可能会遇到部门行政法与部门行政管理学之间如何划定各自的研究范畴与角度的问题。因为在法治社会中,任何行政管理无疑都必须依法进行。但是,从现有的研究状况看,的确混淆不清、盘根错节。〔2〕这也是部门行政法与部门行政管理学之间普遍存在的一个棘手问题。在这方面,很有力的学科示范是现今的行政法与行政管理学,两者无论在学科结构还是研究内容和方法上都非常不同,显现了不同学科研究与关注的范畴与问题的不同,以及学科之间的别样魅力。我们大体上可以这么说,行政管理学关注的是行政效率、成本与效益之间的关系,行政法学关注的是对行政权力的控制与规范问题。

第四,对结构体例的摸索,是颇具开创性的挑战。很有意思的是,在普通法国家的文献之中,专门以警察法(police law)为书名的研究著作是很少的,我只检索到一本,即 *Butterworth Police Law* (Jack English & Richard Card, Butterworths, 1994)。德国和日本的文献中,有一些这方面的著作,〔3〕但是,因为语言的问题,借鉴的程度非常有限,因此,直接借助国外(海外)研究资源的可能性就不是很大。况且我们更加关注的是中国(大陆地区)警察法所面临的实际问题。开拓性,必然意味着艰巨性。

第五,行政法的不稳定性根源于其调整的行政关系的增繁多涉、变化万千,随着由共性问题向个性问题、抽象问题到具体问题的延展,这种现象也必然会越

〔1〕 管欧:《行政法各论》,自序,上海,商务印书馆,1936。

〔2〕 比如,李健和主编的《新编治安行政管理学总论》(北京,中国人民公安大学出版社,1998)中专门设立第七章“治安行政法”。

〔3〕 我只是在 Scholler 和 Schloer 合著的《德国警察与秩序法原理》中发现这方面的著作名,但是是德文的,没有翻译过来,也无法接触到著作的具体内容。参见该书,10~11页。

发明显。尤其是我们还正处在社会转型期,经济体制和行政管理模式都在不断发展与变动,在很多行政领域、行政关系和行政方法上还没有基本定型,所有这些都决定了部门行政法研究肯定具有很大的难度。

第六,由于目前行政资讯还不够公开、透明,研究者一般不太容易获得这些行政领域的有关案例、数据以及实践问题,甚至是关于改革措施和实施经验等材料,这也会制约对部门行政法的研究参与程度。尽管这种现象在整个行政法的研究中都或多或少地存在,但是,在总则问题的研究上,研究者可以做到“东方不亮西方亮”,采取多种途径去收集实证材料。而在特定行政领域的研究中,这种选择自由相对就极其狭窄。“巧妇尚且难为无米之炊”,缺乏材料的研究更是难以为继!

第七,如前所述,在部门行政法之下还可能形成若干个自我完结的小群体,与部门行政法之间又构成了类似于总论和分论、一般与特殊的关系,那么,怎么在体例结构、研究范畴和具体内容上处理这些关系呢?这就像“法律上的箭猪”(legal porcupine),十分棘手。

六、努力体现特性的研究进路

部门行政法是否成熟,很大程度上取决于其结构体例与研究内容是否具有强烈的特色,是否足以“自立门户”。当然,这可能只是形式判断标准,实质标准无疑应当是能够贴切地、能动地反映部门行政领域的发展,能够与时俱进。

对部门行政法的研究过程,实际上就是对其特性的探索、挖掘和拓展的学术努力,是努力勾画、表现与张扬其个性的过程。惟有如此,部门行政法才能够尽力与普通行政法拉开距离,在若即若离之中实现自我的价值。

那么,警察法呢?自1997年分配到公安大学工作之后,因为学校性质与关注问题的缘故,我自觉地调整了研究的关注点,进入警察(行政)法领域。正像我在一本专著的前言中说的^{〔1〕},尽管我一直想完成一部警察法学原理的专著,然而,却发现警察(行政)法中的很多制度迄今还没有得到很好的研究,所以,我的学术努力与研究进路改为由“点”到“面”。经过多年的苦心经营,终于

〔1〕 余凌云:《公安机关办理行政案件程序规定若干问题研究》,前言,北京,中国人民公安大学出版社,2004。

形成了一个大致规模和板块,也逐渐形成了一个对警察法体例结构的初步设想:

表 1-3 警察法讲义体系

目次
第 1 章 警察权的变迁
第 2 章 警察权的央地划分
第 3 章 警察组织法
第 4 章 警械与枪支的使用
第 5 章 行政传唤
第 6 章 警察盘查
第 7 章 行政管束
第 8 章 治安秩序与处罚
第 9 章 警察许可
第 10 章 公安机关办理行政案件程序
第 11 章 公安行政裁量基准
第 12 章 对警察滥用权力的控告与救济制度

上述体例尽管还很不完善、不很成熟,但似乎已经与普通行政法有了很大的距离,似乎也有了那么一点警察法所应有的韵味,在这个意义上,我们可以说它是“警察法化”了。这样的研究是以警察权为中心的研究范式,近似于英国警察法 *Butterworth Police Law* 以警察权限以及日常处理的法律事务为主线的体例结构。但是,在特定领域的警察法问题、警察权等问题的研究上,肯定会出现一定的移动与延展。比如,在处罚问题上,会特别关注各种治安违法行为的具体形态、构成要件以及处罚的考量等问题;在对警察滥用权力的控告与救济制度问题上,可以虚化缺少警察特性的行政复议、行政诉讼等制度的描述,突出警务督察、110 设置的救济功能等特色制度的研究。

更加吸引我的是,我寄希望于特定领域的警察法问题的研究上,能够实现向多学科融合的真正意义上的警察法学历过渡与飞跃。这是充满青春力量、生机勃勃的一跃,但同时也是充满艰辛、步履蹒跚的行进。我们怎么去处理内容纷繁、姿态万千的具体领域规范呢?应该用什么样的条理与线索来梳理这些庞杂的内容和问题呢?在研究中怎么去有机地融合而不使人们感到拼凑或生硬?如何处理警察的刑事侦查职能呢?是在警察权和警察任务之中有所涉

猎,还是要单独设计一个部分呢?一谈到具体的微观问题,就会让我们再一次感到部门行政法的研究就好像“还是开春后河面上的薄冰”(刘震云语)。

七、结 论

可以预计,在未来的若干年中,部门行政法势必会成为强烈吸引行政法学者的新的理论增长点。然而,其与部门行政管理之间的内在亲和性,以及后者的高度技术性与专业性,还有迄今为止仍然存在的资讯不够透明,又很可能会使得行政法学者多少有些“望而却步”。

我的上述研究不是想为那些与某些部委有着天然联系、因而似乎有着得天独厚的研究条件的学者谋求“独占”或者“自治领地”,而是意在提醒我们更加关注部门行政法研究中的特殊环境、因素与个性,是为了更好地打破“垄断”、跨越“沟壑”而吹响的进军号角。我们可以满怀希望地说,经过我们大家的共同努力,我们肯定会“迎来又一个春天”。

当然,要发展部门行政法,首先我们就必须对部门行政法与普通行政法之间的关系、其应当具有的独立品质等等根本性问题有个基本的把握。在以上论述中,我试图通过对警察(行政)法的个案分析,对普通行政法与部门行政法之间的关系做更进一步的揭示,尽管,或许其中有的结论在其他部门行政法的研究中不具有普适性,但我坚信,一定会有启发或者参考价值的。

在发展警察(行政)法方面,公安院校与公安部、地方公安机关之间的长期天然的联系,使其具有了得天独厚的发展条件。谁能够抢占先机,谁就有可能将其打造成一个极具特色的学术品牌。但这决不意味着警察法研究的领军人物只能是公安院校之间的“兄弟之争”,普通高等院校的学者也极有可能成为这方面研究的旗帜性人物。