

您的位置: [首页](#) >> [阅读文章](#)

阅读文章

Selected Articles

更多▲

 使用大字体察看本文

阅读次数: 607

## 行政法基本理论研究之我见

湛中乐

特聘专家

法学所导航

走进法学所

走进国际法中心

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

近年来我国行政法学界开始关注行政法学的基本理论问题并形成了一些主张和观点\*1。尽管这些主张和观点尚需继续论证,但目前的学术争鸣,对于学界而言仍可谓是一件幸事。它毕竟说明了行政法学界开始将研究的视角转向研究行政法学中的深层次理论问题。学术研究不能仅囿于对现有法律规范的解释,满足于对历史或当代现存法律制度的描述,而应探究、挖掘这些法律规范背后所隐藏的深层次问题,包括社会、政治、文化、人们的意识、观念等诸多背景因素的影响;应研究行政法规范的实然状态与应然状态,通过研究“动态的法律”或称“行政中的法律”问题,指明应然和实有的行政状态之间的法律需求。学术研究的价值应当体现在它可能对人们的行为、观念等产生反射性影响,给人们以启发与思考。

“行政法学基本理论”确实是一个很难准确、完整界定的概念。但我认为,它可能是关于行政法产生、发展客观规律的总结与阐释,关于行政法中的基本制度以及这些制度之间内在逻辑关系的分析和由此得出的一系列主张和结论,关于行政法的价值、行政法的功能与作用、行政法中最核心的问题——行政权力与公民权利(又简称行政权与公民权)之间关系的阐释等等,它们共同构成了行政法学基本理论的重要部分。正因如此,笔者主张用“基本理论”,较之“理论基础”可能更贴切些。

目前行政法学界争论较多的可谓“三论”之争。即“管理论”、“控权论”、“平衡论”,也还有学者提出一些其他理论主张、观点\*2,但它们都涉及对行政法本质、行政法功能的不同认识,只是融进了主张者不同的价值判断标准罢了。这里特别需要指出的是,学界对“三论”的争鸣,必须建立在对某些特定概念与范畴达成基本共识的基础之上,即“管理论”、“控权论”有其特定的涵义,否则无法实现观点交锋,相反则可能是各执一端,争论半天,只是在几个概念上打圈圈,其实质内容并无太多差异。在我看来,所谓“管理论”、“控权论”是“平衡论”者们为了研究问题的方便起见,将一些具有共同观念和这些观念支配、影响下建立的法律制度分别综合概括出来的,“平衡论”正是相对于这二者提出来的,所以有针对性地讨论、争鸣的前提条件,就是要基于对“管理论”、“控权论”这些提法以及其涵义的认同,否则无法进行评析。这几年来我有幸参加了罗豪才先生主持的有关“平衡论”问题的讨论。下面谈谈我对“平衡论”及相关问题的粗浅看法:

### 一、摆脱传统理论束缚,跳出“行政法是管理法”的窠臼

在“平衡论”者们看来,“管理论”实际上是将行政管理中的行政相对方视为行政客体,突出地强调行政权力,片面强调行政主体的优越性,漠视相对方的合法权利,这种主张往往与“人治”的观念有很大的关系,他们将法律仅视为统治民众的一种工具。在国家利益或公共利益与个人利益的关系上,过分强调所谓国家利益或公共利益,甚至不惜以牺牲个人利益为代价。在这种观念支配下的“行政法”,一定是有较强“人治”色彩或专制成份的“管理法”,它往往与高度中央集权或计划经济相结合,也还可能与政治思想领域或意识形态中的极端理想主义相联系。在这种理论支配下,国家往往缺乏对行政相对方有效的法律救济机制,缺乏对行政权力自身进行监督的法律机制。相反是强化行政权威,强调行政权的影响力。这样的结果必然是维护行政权力,轻视公民权利。

前苏联还有我国建国后相当一段时期,“管理论”占居主导地位。他们认为“行政法就是管理社会

秩序或管理公民的法律”或称“治民法”或“官治法”，这从我国第一本行政法统编教材《行政概要》可以看出。有的学者对此还作过评析，认为从该书可以看出“中国行政法就是管理法”。\*3客观讲来，那段时间主要受前苏联影响，也有自身认识的问题，确实反映出“行政就是管理法”。前苏联的情况更是有过之而无不及。正如几位前苏联行政法学者所指出的那样，“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”。

\*4应该说这种观念在我国政府各界乃至普通民众中仍是很有市场的，甚至为某些官员所赞同与支持。

有学者分析“中国行政法实际上是管理法，主要是从教科书内容和当时的法律制度出发来论证的，当然也提及了国家的法律文化传统。”\*5固然有一定的道理，但是我以为还应从当时特殊的历史背景、政治思想观念、意识形态、经济条件等方面来综合分析。当然反过来

看在个别国家特殊的历史时期，对于统治者或官僚机构来讲，“行政法是管理法”占有很大的市场，在他们看来也许是合理的、最易接受的。但是从整个社会看，仍是一个片面、残缺的理论。因为它是立足于“行政本位”来看待行政法的功能与作用的。

## 二、大胆借鉴外国行政法理论研究的有益成果，但又不简单照搬“行政法是控权法”的理论

行政法作为近代资本主义兴起后的产物，伴随着分权理论而产生，最早产生于西方。由于英美国家当时特殊的历史背景和法律文化传统等因素，“行政法就是控制（限制）政府权力的法”\*6，“行政法是管理行政机关的法，而不是由行政机关制定的法”\*7，便有其合理性，甚至至今仍不失其真理性的一面。我认为西方的控权学说有其特殊的背景因素：

1、从英、美国家建立的背景看，议会至上、法律至上、议会主权下特别强调行政的法律从属性，强调行政行为同样要受到司法审查，这是英国法治理论的精华，是自然公正原则的必然要求。

2、从英美国家的法律文化观念看，在早期的自由资本主义时期，人们对于公共利益和个人利益，权力与自由等关系的价值选择上，往往选择私人利益、个人利益，这与西方国家尤其重视个体权利密切相关，这一点也可谓深入人心或根深蒂固。甚至在其宪法条文中特别突出“私有财产神圣不可侵犯”。

3、从西方国家早期兴起的权力制衡学说看，西方国家学者最早提出了权力制衡理论并影响了当时国家权力架构体系和诸多理论，“行政法是控制政府权力的法”便是这种权力制衡学说在公法领域中的反映和体现。该学说以为，任何权力都必须受到制约，否则绝对权力导致绝对腐败，更何况势力强大的行政权，更需要法律对之全面监控。这样在它们的行政法体系中，尤其强调对行政权力的制约和监督，极其重视司法审查和行政程序。有学者还指出“行政法更多的是关于程序和补救的法，而不是实体法”，\*8而对现代权的积极作用不作过多研究。尽管也有学者提出随着现代行政的发展，应兼顾公共利益与私人利益，但他们选择侧重保护私权和监督制约行政权力的价值观念并未有根本性动摇。

正如有的学者所指出，“法律是特定民族的历史、文化、社会的价值和一般意识与观念的集中反映。任何两国的法律制度都不可能完全一样。法律是一种文化的表现形式。如果不经某种本土化的过程，它便不能轻易地从一种文化移植到另一种文化”\*9。以法律作为研究对象的法学或其理论也肯定存在差异。但是其法律文化中有益的成份是可以借鉴和参考的。所以我认为，“控权论”在某种意义上讲，也是深刻的、合理的，仍有其存在的价值。至少在西方国家仍居于法学理论中的主导地位。但由于中国与西方国家经济、政治、文化、观念上存在的诸多差异，我们也不可简单地照搬与移植“行政法是控权法”的“控权论”，而应结合中国的国情，提出一种适合于中国行政法发展的基本理论主张。

## 三、博采众长，以“平衡论”构造当代中国的行政法学体系

如前所述，从历史发展阶段看，西方国家行政法学界普遍认为行政法是一种控权法，即控制政府权力的法律，这种“控权论”的产生有一定的历史必然性，其内容有一定的合理性，直至如今其对政府权力进行法律控制的精髓仍有可取之处，只不过不能用静止的观点、用单纯控权的观点来分析行政法的本质、功能，还应当正视现代社会行政权积极作用的发挥，具有维护社会秩序的作用等方面。不过其“以权力制约权力”，“以权利制约权力”的思想仍可资借鉴，应当继承与发展。

“管理论”的主张虽然在总体上显得过时，容易导致行政专横和对人权的侵犯，但是也决不应一概否定。以历史唯物主义的观点看，其存在也曾有过合理的基础，从辩证角度看，“管理论”中注意维护社会秩序，强调公共利益和提高行政效率亦有某种可取之处。

“平衡论”便是摆脱了传统理论的束缚，既吸收各自的合理之处，又扬弃各自的不适应之处。是对“管理论”、“控权论”的批判与继承，扬弃与发展，是对行政法价值理性思考的结果，是对行政法功能

全面、完整认识的结果。\*10 平衡论者认为现代行政法本质上应是“平衡法”，“平衡”是现代行政法的精神。对“平衡”有其特定的内涵和外延的界定，\*11 平衡论者在对行政法现象进行历史考察与现实分析的基础上，归纳、总结出行政法学领域中两种最具代表性的观念及理论体系，即西方社会长期以来所流行的“控权论”以及前苏联和一些社会主义国家采用的“管理论”。“平衡论”者结合目前国内外行政法学界共同关注的焦点问题，即政府权力——公民权利的关系，运用辩证唯物主义和矛盾论的分析方法，阐释了行政法与公民权、公共利益与个人利益的对立统一关系，阐述了行政法中的“平衡”及“平衡论”范畴。\*12 通过对行政权力的授予、运作与监督，政府权力与公民权利在立法过程中的公平分配到行政权的运作，再到公民权利的救济与保障等，通过建立一系列制度来确保充分实现二者利益的平衡，追求一种“相对平衡”的价值目标。

在我看来，“平衡论”是在特定历史条件下的产物，它是政治、经济、文化、法律发展到一定阶段的产物。正因为如此，“管理论”与“控权论”也是一定时间与空间范围内合理存在的产物。我们不能否认这些理论产生的历史必然性。但是由于形势、环境的变化，“控权论”与“管理论”逐渐丧失了早期所具有的影响力。这样，一种博采众长，体现“平衡”精神的行政法基本理论主张——“平衡论”应运而生。从一定意义上说具有某种普遍性或世界性，但笔者认为，这种理论主张更适合于当代中国，因为从当代中国的国体、政体、传统文化和社会价值标准等诸多因素看，具备了“平衡论”赖以产生、存在与发展的基础条件。在当代中国相对于“管理论”与“控权论”而言，“平衡论”更具有其合理、可取之处，更适合于在中国这块土地上生根、开花。

贸然得出上述结论，主要基于对以下若干因素的考虑：

（一）“平衡论”在中国有其赖以存在的哲学基础：我认为“平衡论”的可取之处首先在于其采取、运用了科学的分析方法，即方法论的先进性或科学性，它运用唯物辩证的方法论来分析行政法中的“永恒”主题——行政权力与公民权利的关系，剖析行政主体行政职权、行政职责的关系，行政相对方权利义务的关系，针对行政主体与相对方、行政主体与监督行政的组织之间法律关系的不同特点来揭示不同阶段、不同环节、不同法律关系领域中存在的“非对等性”问题，这种既有“两点论”又有“重点论”的分析方法，避免了“一点论”的片面性及弱点，也避免了极端主义观点的缺陷，便于获得对事物全面、深刻的认识，实际上这种“平衡”的分析方法正越来越多地受到国内外社会科学家们的重视与关注。

（二）“平衡论”在中国有其赖以存在的经济基础。如果说计划经济下“中国的行政法是管理法”的话，那么，社会主义市场经济体制的建立则为“行政法应是平衡法”提供了可能，或者说为确立体现“平衡”精神的中国行政法提供了可能。众所周知，我国经历了从计划经济体制——有计划的商品经济体制——社会主义市场经济体制的发展过程，市场经济下利益主体多元化，社会主义市场经济体制的建立为“平衡论”提供了一种可以而且应当兼顾国家——集体——个人利益的经济基础。客观上市场经济的确立与发展要求我们正确处理好国家——集体——个人三者之间的利益关系，既不能象计划经济体制下那样，只顾一头（指国家利益），过分强调公共利益，甚至以牺牲个人利益为代价维护所谓公共利益，又不能象西方国家早期的自由资本主义时期那样片面追求个人利益至上，甚至以宪法明确规定：私有财产神圣不可侵犯。当然现代西方国家逐步进入了国家垄断资本主义时期，有时也强调维护公共利益，注意公共利益与私人利益的适度平衡，但总体上讲仍是个人利益居于显著地位。

（三）“平衡论”在中国有其赖以存在的政治基础。我国是以人民代表大会制为根本政治制度的社会主义国家。我国宪法第2条规定：“中华人民共和国一切权力属于人民”。“人民行使国家权力的机关是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会”。“人民依照法律规定，通过各种途径和形式，管理国家事务，管理经济和文化事务，管理社会事务”。第3条还规定：“全国人民代表大会和地方各级人民代表大会都由民主选举产生，对人民负责，受人民监督”、“国家行政机关、审判机关、检察机关都由人民代表大会产生、对它负责、受它监督”。再结合宪法第5条、第41条等条文可以看出，我国人民政府（行政机关）与人民的根本利益是一致的，如果存在某些利益冲突，则要遵循“合法性”原则和“统筹兼顾”原则。既要维护行政机关依法行使行政权力，又要监督行政权力的行使，防止其越权行政、滥用职权；既要保护公民的合法权利，又要防止公民滥用权利。宪法条文还反映出对行政权力进行必要法律控制的现代法的精神，即“以权力制约权力”，“以权利制约权力”。从这个意义上讲“控权”乃是实现平衡的必要手段。若不实行对行政权力的有效法律控制，便无法实现行政主体与相对方权利义务的总体平衡。

（四）“平衡论”在中国有其赖以产生与发展的思想观念和法律文化基础。对于思想观念和法律文化进行细密分析确是一件十分困难的事。但对新中国建立后人们的思想观念与法律意识的变化作一粗略描述还是可以尝试的。正如有的学者所指出，建国初期至八十年代中期，法律仅被视为统治阶级的工具，尤其是视为阶段斗争的工具，八十年代中期后，又逐渐视之为行政管理的工具。\*13 未来一、二十年后步入宪政时代时，法的本质精神和最主要的功能就是控制国家权力，防止权力滥用、保障公民权利和经济发展。法律除有传统的价值和秩序、效率外，还有维护正义、自由、平等和民主的价值。\*14 中国目前正处于从

传统法制向现代化转型的历史大变革时期，人们的思想观念正在发生一场深刻的变化。人们的权利意识普遍有所提高和增强，法律不再只是管理者进行管理的工具，也是监督管理者依法行政的工具，还可以是人们用以捍卫自身合法权益的工具。另外，改革开放以来人们的主体意识逐步觉醒。“行政本位”开始受到动摇，个人权利自由日益受到重视。人们开始接受这样一种观念：法律作为一切组织和个人都必须共同遵守的行为规则，任何违反宪法、法律的行为都应受到法律追究。

这种观念支配下，人们开始认识到，现代政府应是一种责任政府，行政机关及其公务员应同普通公民一样遵守法律。人们也普遍感到一种良好、安定的社会秩序需要政府的有效管理予以维持，同时又希望政府并非一个万能物，而只是一个有限政府，人们也意识到自己既要遵守社会中的法律，也要能利用法律以维护自身的合法权益。总之“平衡论”是比较适合于当代中国普通民众的社会心理的，也容易为社会各阶层的民众所接受。

最近几年里，我国几部重要的行政法律、法规都似乎渗透和反映了“平衡论”者们所主张的平衡精神，这恐怕很难说是一种偶然巧合。恰恰相反，在笔者看来，它是中国立法者们在总结历史经验教训、借鉴外国先进立法例的基础上，结合当代中国实际所作的一种立法选择，它并非西方“控权法”的翻版，更非传统“管理法”的继续，而是一种基于对中国历史与现实深刻认识基础上的理性选择。它说明了“平衡论”的主张实际上符合中国社会的现实需要。

当然，“平衡论”是九十年代初期刚刚提出来的一种理论主张，目前尚属创建阶段，还有许多重要的理论问题需要论证和阐述。但不管怎样，它将在一定程度上影响中国的行政法学体系的建立，\*15 将对我国现实和未来的行政立法、行政执法和行政审判活动产生重大影响。“平衡论”还将迎接实践的挑战，并将在实践中进一步得到完善与发展。

---

注释：

\*1 参见罗豪才、袁曙宏、李文栋《现代行政法的理论基础》载于《中国法学》1993年第1期；武步云《行政法的理论基础——公共权力论》载于《法律科学》1994年第3期；陈泉生《论现代行政法学的理论基础——服务论》载于《法制与社会》1995年第5期；黄学贤《我国行政法理论基础的新探索》载于《江海学刊》1995年第5期。

\*2 如“服务论”（见陈泉生前引文）“公共权力论”（见武步云同前引文）“公共利益本位论”（见叶必丰《公共利益本位论与行政诉讼》载《中央政法管理干部学院学报》1995年第6期）。

\*3 参见何勤华、郝铁川等《中西法律文化通论》复旦大学出版社，1994年版P87-93。

\*4 （苏）B.M马诺辛等著《苏维埃行政法》群众出版，1983年版，第24页。

\*5 参见何勤华、郝铁川等《中西法律文化通论》复旦大学出版社，1994年版第92页。

\*6 （英）H.W.R韦德和C.F. 华斯共著《行政法》第7版牛津克莱顿出版社第4页。

\*7 （美）伯纳德·施瓦茨著，徐炳译《行政法》群众出版社，1986年版第3页。

\*8 （美）伯纳德·施瓦茨前引书第3页。

\*9 （美）格伦顿、戈登、奥萨魁：《比较法律传统》米健、贺卫方、高鸿钧译，中国政法大学出版社，1991年版第7页。

\*10 因篇幅所限，本文未作展开。可参见另文《“平衡论析评”》。

\*11、\*12 参见罗豪才、甘雯《行政法的“平衡”及“平衡论”范畴》载《中国法学》1996年第4期。

\*13 参见蔡定剑《法制的进化与中国法制的变革》载《中国法学》1996年第5期P5-6。

\*14 同13 P6。

\*15 至1996年底，若干本全国统编教材如高等政法院校法学教材《行政法学》（中国政法大学出版社，1996年8月版）；全国法院干部业余法律大学教材《中国行政法教程》（1996年版，人民法院出版

社)；全国高等教育自学考试法律专业教材《行政法学》(北京大学出版社1996年12月版)已程度不同地反映出“平衡论”指导下的行政法学体系的重构。较之过去的教材，无论体系还是内容均有较多的改变和更新。

注：作者湛中乐系北京大学法律系副教授，此文系参加中国法学会行政法学研究会1997年会的论文。会议地点新疆乌鲁木齐市。

文章来源：北大法律信息网

---

### 相关文章：

---

[论香港的司法审查制度](#)

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址：北京市东城区沙滩北街15号 邮编：100720

