

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: 1057

行政法的理论基础与平衡论

叶必丰

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

[内容提要]本文的目的不在于探讨行政法的理论基础是什么,而在于探讨为什么要研究行政法的理论基础、行政法的理论基础应解决哪些问题,从而评析平衡论能否作为行政法理论基础的问题。本文认为,我们之所以要研究行政法的理论基础,是要为行政法的立法论和解释论提供一个最终的逻辑起点,因而行政法理论基础的研究就必须解决行政法的适用范围、行政主体与相对人之间关系的性质。平衡论并没有满足作为行政法理论基础的上述要求,并且对行政主体与相对人关系性质的解释也不尽科学,因此不能作为行政法的理论基础。

近年来,我国行政法学已从规范分析进入理性思考的阶段,正试图寻求我国行政法的理论基础。其中,以罗豪才教授为代表的部分学者所提出的“平衡论”,正是这种理性思考和努力的成果。我们认为,无论这种思考的结果本身如何,对我国行政法研究的深化和人文精神的发扬,都是具有重要意义的。从这一意义上说,“平衡论”的意义已经超出了“平衡论”本身,“平衡论”的目的和作用已经达到。本文的写作目的,就在于响应这一倡导,并求教于罗先生及同仁。

一、为什么要研究行政法的理论基础

(一) 科学地制定法律、准确地适用法律

任何法学理论的目的只有一个,那就是为了科学地制定法律、准确地适用法律。率先提出行政法理论基础问题的法国学者正是以此为出发点和归宿的。因为,法国有公法和私法、行政法院和普通法院之分野,公法上的权利义务、归责原则及其纠纷的解决机制不同于私法。这样,行政法规范就不能适用于民事案件,私法规范就不能适用于行政案件,行政法院不能管辖民事案件,普通法院不能管辖行政案件。否则,就会导致法律适用上的错误。但是,事实上,哪些法律规范是行政法规范、哪些行政法规范是私法规范,哪些案件是行政案件、哪些案件是民事案件,并没有外在的客观标签。这就向法国法学家提出了一个任务,即科学地揭示行政法的产生和发展、内涵和外延、本质和特点,以及行政法区别于私法的特有内在规律,从而为在立法、执法和司法实践中正确地确定行政法的调整范围和原则提供理论依据。英、美法系国家不存在公法和私法的分野,行政案件与其他案件一样统一由普通法院管辖并适用普通法规范,不需要解决行政法的适用范围和行政案件的管辖问题。它们的“行政法”只是宪法的组成部分和具体化,宪法和行政法所要解决的是行政权的范围及其运行方式问题。因此,行政法的理论基础仅仅表现为一种指导立法和司法的基本观念即控权论。该理论其实就是宪法中的人民主权原则、分权原则在行政法中的具体体现。

我国的法律体系接近于大陆法系,行政法规范不同于民法规范,行政案件不同于民事案件,在人民法院中也设有相应的审判庭。目前,有的学者认为,经济法、环保法等也是一个独立的部门法,并在人民法院中设有经济审判庭。在这种情况下,我们就必须寻找认定什么样的规范是行政法规范,什么样的案件是行政案件的客观标准。否则,就有将行政法规范错误地适用于民事案件,或将行政案件错误地认定为民事案件和经济案件的危险性。事实上,这种错误在目前已经比较严重。因此,我国行政法学者不仅要回答行

政法法、行政执法和行政司法的基本指导思想问题，更应回答什么是行政法现象和行政法现象有哪些的问题。

（二）合理地解释行政法现象

法学作为一种意识形态，具有宣传功能，即批评旧的、错误的法律观念，宣传、普及从而树立新的、正确的法律观念，增强依法办事的自觉性。行政法学也是如此。这就需要对行政法现象作出合理的解释，而这种解释就必须建立在科学的理论基础之上。也就是说，对行政法现象的解释或论证，应当有一个最终的逻辑起点。例如，行政主体意思表示的先定力归根结底是由什么决定的？并且，这个逻辑起点或理论基础必须是统一的，不能对这一行政法现象的解释用一种理论，对另一行政法现象的解释又用其他理论，正象目前有的学者那样，在同一篇文章中时而用控权论、时而用平衡论或管理论来说明问题。

事实上，这样的理论基础，不仅是行政法学的个别问题，在其他部门法学中也是需要解决的问题。例如，宪法、刑法和民法的理论基础是什么？刑法学者陈兴良所作的《刑法哲学》、《刑法的人性基础》，宪法学者童之伟所提出的“社会权利”理论，在我们看来，都是为了寻求各自的理论基础，是为了回答宪法、刑法等有没有调整对象、调整对象是什么、宪法等的内涵和外延如何、这些法律规范为什么会是这样而不是那样的等问题。因为，目前的宪法学等部门法学还没有这样的理论基础，对有关法律现象的解释是以法律规范本身为基础的。并且，我们现在之所以要寻找这个理论基础，是因为现有的法理学还没有为我们提供这样的理论基础。在这一点上，我们目前的法理学与部门法学是脱节的。

总之，我们之所以要研究行政法的理论基础，是为了揭示决定行政法的本质特点或内在规律，从而为我国的行政法制建设和行政法现象的解释提供科学的理论依据。

二、什么才能作为行政法的理论基础

（一）行政法的理论基础必须能说明行政法的本质特点

我们认为，只有能科学揭示行政法的产生和发展、本质和特点、内容和形式、基础和功能的理论，才能作为行政法的理论基础。具体地说，在存在着公法和私法分野的国家里，只有既能说明行政法的适用范围和行政法院管辖范围（或行政审判庭的管辖范围、行政诉讼法的适用范围），同时又能说明行政主体与相对人关系性质的理论，才能作为行政法的理论基础。在19世纪，公共权力论之所以能成为法国等大陆法系国家行政法的理论基础和行政法学的主流学说，就是因为它既说明了行政法的适用范围和行政法院的管辖范围，又说明了行政主体与相对人之间的关系是一种命令与服从关系。19世纪末以来，公务论之所以能取代公共权力论，是因为它比公共权力论更能说明垄断资本主义时代的行政法现象，即在说明了行政法的适用范围和行政法院的管辖范围的同时，还进一步说明了公务关系是一种行政主体的“服务”和相对人的“合作”关系。在不存在公法和私法分野的国家里，则只要能说明行政主体与相对人关系性质的理论，就可以成为行政法的理论基础。因此，控权论就成了英、美法系国家行政法的理论基础。

（二）行政法的理论基础必须以历史唯物主义为指导

尽管西方国家有各种各样的行政法理论基础，但多数都是唯心主义的，是缺乏科学性的。历史唯物主义认为，行政法作为一种上层建筑，行政法学作为一种意识形态，是应当以历史唯物主义为理论基础的。同时，行政法作为一个部门法，行政法学作为一个部门法学，是应当以法理学为理论基础的。但是，行政法之所以能成为一个不同于其他部门法的独立部门法，行政法学之所以能成为一门独立的法学学科，还有它特殊的理论基础。那么，什么才是行政法的理论基础呢？这就需要我们去做研究。不过，行政法的理论基础，作为一种行政法理论，就必须以历史唯物主义和法理学为指导。也就是说，我们寻找这个理论基础的过程本身，是必须坚持历史唯物主义的观点、方法和立场的。

历史唯物主义认为，对法不能从法律现象本身或人类发展的一般精神，而应当从人们的物质生活关系或物质关系去认识、理解。因此，对于揭示行政法内在发展规律的行政法学及其理论基础，我们不能从行政法现象（内容、形式、特征和功能等）本身或民主、法治等人类发展的一般精神去寻找。行政法学及其理论基础必须以社会本身为基础。对于这一点，即使是资产阶级法学家也不得不这样。例如，社会连带主义法学的创始人狄骥一再强调，任何科学的理论或观念，都“必须以社会本身为基础”。[1]

法的基础是社会关系，归根到底是物质关系。社会关系实质上是一种利益关系，物质关系实质上是一种物质利益关系。这种利益关系不仅决定法的产生和发展、本质和特点，而且决定法的划分，即不同的利益关系决定了宪法、行政法、民法和刑法的区别。其中，行政法所赖以存在的客观基础，就是一定层次的

公共利益与个人利益关系。[2] 我们认为，只有从这一基础出发，才能科学地揭示行政法的产生和存在、发展和变化、本质和特点、内容和形式、内涵和外延。只有这样的理论，才能科学地解释行政法与其他部门法之间、行政案件与其他案件之间的本质区别，才能找到解决公共利益与个人利益冲突的正确规则，才能作为行政法学的逻辑起点或行政法的理论基础。

三、平衡论能不能作为行政法的理论基础

（一）平衡论没有解决行政法的适用范围这一本质问题

平衡论者认为，作为“行政法理论基础”的平衡论不同于“行政法的基本观念”，不是为了解决行政法与其他部门法之间、行政案件与其他案件之间的区别，不是为了解决行政法的适用范围问题；而只是试图“揭示和解决行政法本身具有的内在矛盾，并以此为基础建构行政法理论，进而指导行政法制实践”。[3]·我们认为，平衡论所要解决的是英、美法系行政法学所要解决的问题，而没有解决我们前面已经指出的作为大陆法系行政法和我国行政法的理论基础所应当解决的问题。即使平衡论可以作为英、美法系国家行政法的理论基础，也不能作为大陆法系行政法和我国行政法的理论基础。这是因为，行政法的适用范围问题涉及行政法的内涵和外延这一本质特点问题。

（二）平衡论没有揭示行政法功能的本质特点

平衡论者认为，平衡论中的“平衡”范畴，是指一种“方法”。平衡作为一种方法，是指“以平衡的方法处理行政机关和相对方之间权利义务关系的理论”，[4]是行政主体和相对人以各自的权利进行互相制约和控权。我们认为，这一意义上的“平衡”，其实就是利益平衡、权衡、协调或估价，就是法学上所说的对利益关系或社会关系的调整功能。这是任何部门法都具有的一种功能，任何部门法都是社会的调整器或平衡器，而并不是行政法所特有的功能。更何况平衡不仅是法的特有功能，而且也是宗教、道德和习惯等一般社会规范的功能。它们和法一样，都具有平衡社会关系或社会平衡的作用。[5] 并且，平衡论者也并没有具体说明行政法的平衡功能与其他部门法以及其他社会规范的平衡功能有什么本质的区别。其实，行政法的功能在本质上是“效率优先，兼顾公正”为原则，而宪法、民法的功能在本质上却是以“公正优先，兼顾效率”为原则的。

（三）平衡论没有揭示行政主体与相对人之间关系的性质

平衡论者认为，平衡作为一个范畴，也是指一种状态，即“行政机关和相对方以各自拥有的权利与对方相抗衡的状态”。[6] 我们认为，这一意义上的平衡，实质上就是指行政主体与相对人互相制约、互相控权。也就是说，行政法作为一种“平衡法”，实质上就是行政主体和相对人互相控权的法。这与其说是一种状态，还不如说是一种过程，即行政法的调整过程或行政法功能的发挥过程，也就是公共利益与个人利益的对立统一过程。

那么，在这一矛盾的对立统一过程中，是以谁为矛盾的主要方面的呢？平衡论者认为，在行政关系中是以行政主体，在行政监督关系中是以相对人为矛盾主要方面的。[7] 我们认为，在行政关系中，行政主体的意思表示具有肯定或否定相对人意思表示的效力（具体表现为先定力、公定力、确定力、拘束力和执行力）；但在行政监督关系中，相对人的意思表示并不具有与行政主体在行政关系中的意思表示相同的效力，即并不具有否定行政主体的意思表示的效力，而只具有要求行政主体对已作的意思表示加以证明的可能性（之所以说是要求、之所以说是可能性，是因为其意思表示还有赖于司法机关等国家机关的审查和认可）。

行政监督，其实就是对利益冲突或法律纠纷的解决，从而恢复利益关系的平衡状态或权利义务的一致状态。然而，利益冲突的平衡或解决原则，是“两利相权取其大，两害相权取其轻”，即个人利益服从公共利益，使个人利益与公共利益保持一致，而不是使公共利益与个人利益保持一致。因此，利益的平衡状态是存在的，但却是以个人利益服从公共利益为前提和结果的。行政法上纠纷的解决，仅仅审查行政主体的意思表示是否真正体现了公共利益即符合法律，而并不审查相对人的意思表示如何。行政主体的意思表示只要真正体现了公共利益即符合法律，就对相对人具有确定力即不可争力。即使行政主体的意思表示违背公共利益和法律，也并不意味着相对人的意思表示合法，而只能要求行政主体的意思表示重新回到公共利益或法律上来，对相对人的意思表示重新予以肯定或否定。[8]

平衡论者之所以认为在行政监督关系中相对人具有主动性，我们认为这是由于对“个人利益”的误解和对行政法关系与宪法关系的混淆。人们平常所说的“个人利益”，我们认为有两方面的意义：一是指单个社会成员的利益，二是指不特定多数社会成员的集合利益。前一意义上的“个人利益”，才是真正的个人

利益；后一意义上的“个人利益”，则是公共利益。行政法适用于前一意义上的个人利益与公共利益之间的关系，从而使其成为行政法关系。宪法适用于后一意义上的“个人利益”（公共利益）与公共利益之间的关系，从而使其成为宪法关系即公共利益的抽象人格主体或代表者与公共利益的实际享受者或被代表的不特定个人之间的法律关系。宪法关系，是一种以人民主权、法律至上（议会主权）、司法独立和职能的分工制衡为原则的法律关系。宪法关系的主体都是特定的国家机关或政党、团体等社会组织。单个的个人不是宪法关系的主体，而是作为机关、政党或团体的一分子而参与到宪法关系中去。单个的个人一旦参与到宪法关系中，就成了有组织的个人或群体，其代表者就是国家机关（立法机关和司法机关等）或政党、团体，因而具有主动性，并能肯定或否定行政机关的意思表示。平衡论者在行政监督关系中所称的“个人利益”就是后一意义上的“个人利益”，所称的行政监督关系就是一种宪法关系而不是一种行政法关系。[9]

总之，平衡论者关于相对人运用行政程序权和行政监督权来抗衡行政执法权的愿望，[10]我们认为在行政法上是无法实现的，其结果只能是滑向控权论，把宪法规范包括到行政法中来。

（四）平衡论没有从行政法所赖以存在的客观基础来解释行政法现象

哲学上著名的平衡论是由尼·布哈林提出的。他认为，社会是需要平衡的，•即上层建筑和意识形态应当适应经济结构的需要。社会的平衡会因生产力的发展（具体表现为特定阶段的革命和平时的冲突）而被打破，因而需要通过经济结构的适应即建立新政权和法律、宗教等社会规范来加以平衡或恢复。[11]他所说的平衡，既是指一种方法，即调整 and 适应；也是指一种状态即秩序，而且是一种适应经济结构和符合统治阶级需要的秩序；是哲学上相对于运动而言的静止。尽管这一理论受到某些学者的批评，认为过于机械，但基本上是符合历史唯物主义的。

行政法的平衡功能和行政法上权利义务的一致性秩序（平衡状态）也是存在和需要的。但平衡论者将平衡作为行政法特有的、本质的法律现象，认为相对人与行政主体具有同等的权利、行政主体与相对人负有同等的义务，并将其作为行政法的理论基础却是不符合社会现实的。

行政法的基础是一定层次的公共利益与个人利益关系。在这一矛盾中，公共利益规定着该矛盾是對抗性矛盾还是非對抗性矛盾这一性质，在总量上也始终大大超过单个社会成员所具有的个人利益，因而是该矛盾的主要方面。也就是说，个人利益始终应服从公共利益，公共利益与个人利益关系始终是一种以公共利益为本位的利益关系。这一基础决定着行政法的本质特点，行政法只能是这一基础的法律表现。行政法只能维护自己所赖以存在的基础，保障公共利益在利益关系中的本位地位，确保个人利益服从公共利益。行政法尽管对基础具有强大的反作用，但无论如何都不可能反自己所赖以存在的基础而行之，不可能将个人利益置于与公共利益同等的地位。对行政法现象的认识，就应当以行政法的这一客观基础为逻辑起点。

平衡论者对行政法现象的分析，是以行政关系和行政监督关系为逻辑起点的。行政关系应当是一种事实关系或基础性的关系，但往往被平衡论者解释为行政法关系即经行政法调整后的关系，[12]行政监督关系基本上是一种法律关系或上层建筑范畴的关系。平衡论者基本上就是以行政法关系这一行政法现象来分析行政法功能及其结果这一行政法现象的。

同时，平衡论者还认为，“现代社会是法治社会，任何国家机关、组织和个人在法律面前一律平等，无论哪一方的行为都应受到法律制约，法治原则对行政机关和相对一方均适用。正是基于上述认识，我们提出：现代行政法既不是管理法，也不是控权法，而是保证行政权与公民权处于平衡状态的平衡法。”“讲平衡，正是由于存在不平衡；存在不平衡，便要实现平衡。”[13]（请注意，这里的“平衡”是指权利义务的对等，而不是布哈林所论述的适应和秩序。）我们并不否认民主和法治的必要性，但如果以此为逻辑起点来论证行政法现象，则滑向了以人类发展的一般精神来解释行政法现象的非唯物主义理论的边缘。

综上所述，平衡论没有科学地揭示行政法的本质特点，也没有以行政法所赖以存在的客观基础来揭示行政法的本质特点，因而是不能作为行政法的理论基础的。

注释：

[1] [法]狄骥：《宪法论》，中文版，“第二版序言”8页，北京，商务印书馆，•1962。

[2] 叶必丰：《论部门法的划分》，载《法学评论》，1996（3）。

[3] 王锡锌等：《行政法理论基础再探讨》，载《中国法学》，1996（4）。

[4] 罗豪才等：《行政法的“平衡”及“平衡论”范畴》，载《中国法学》，1996（4）。

[5] 参见[苏]尼·布哈林：《历史唯物主义理论》，中文版，177—183页，北京，人民出版社，1983。

[6] 同[4]。

[7] 参见罗豪才：《行政法之语义与意义分析》，载《法制与社会发展》，1995（4）。

[8] 参见叶必丰：《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（6）。

[9] 参见沈岷：《试析现代行政法的精义——平衡》，载《行政法学研究》，1994（3）。

[10] 罗豪才等：《现代行政法的理论基础》，载《中国法学》，1993（1）。

[11] 参见[苏]尼·布哈林：《历史唯物主义理论》，中文版，第5—7章，北京，人民出版社，1983。

[12] 参见罗豪才等：《平衡论：对现代行政法的一种本质思考》，载《中外法学》，1996（4）；《现代行政法的理论基础》，载《中国法学》，1993（1）。

[13] 同[10]。

文章来源：中国宪政网

相关文章：

[行政规范法律地位的制度论证](#)

[从行政许可法与单行法的关系看法制建设的路径选择](#)

[行政处罚听证的原则](#)

[法治的基础、目标和途径](#)

[20世纪的西方行政法治理论](#)

[二十世纪中国行政法学的回顾与定位](#)

[行政程序法的两大模式](#)

[现代行政行为的理念](#)

[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

[RSS](#)