

XIANDAI XINGZHENGFA LINIAN
YI KECHIXUFAZHAN WEI BEIJING

现代

行政法理念

——以可持续发展为背景

可持续发展对我国经济社会的发展方式和治理模式已经产生并将继续产生巨大而深刻的影响。作为调整政府与公民（行政机关与相对人）关系的法律，行政法应当与时俱进地变革创新，以适应可持续发展的现实需要。而行政法之变，当从理念始。



查庆九◇著


法律出版社
LAW PRESS CHINA

XIANDAI XINGZHENGFA LINIAN
YI KECHIXUFAZHAN WEI BEIJING

现代

行政法理念

——以可持续发展为背景

查庆九◇著



 法律出版社
LAW PRESS CHINA

D912.104
20138

图书在版编目(CIP)数据

现代行政法理念:以可持续发展为背景 / 查庆九著.
—北京:法律出版社,2012.8
ISBN 978-7-5118-3860-5

I. ①现… II. ①查… III. ①行政法—研究 IV.
①D912.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 189195 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/齐梓伊

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/综合出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/世纪千禧印刷(北京)有限公司

责任印制/张宇东

开本/720 毫米×960 毫米 1/16

印张/13.25 字数/210 千

版本/2012 年 10 月第 1 版

印次/2012 年 10 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-3860-5

定价:32.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序 言

2000年,庆九以优异成绩考取了我的博士研究生,攻读宪法行政法学专业博士学位。四年之后,他以一篇“可持续发展与行政法理念创新”的博士论文通过答辩,顺利毕业,获得法学博士学位。本书即由其博士论文修改而成。

本书试图回答一个重要的行政法理论,同时也是重大的行政法治实践问题,即我们应当如何通过重塑行政法理念来指引行政法制建设契合于可持续发展?本书得出的一个基本结论是:按照可持续发展的要求,应当依靠平衡的行政法维护生态平衡,保证人与自然和谐相处,为科学发展提供理性的行政法律制度保障。

改革开放以来,我们党和国家在将工作重心转移到社会主义现代化建设上来、大力发展社会主义市场经济的同时,确立了发展社会主义民主、健全社会主义法制的战略方针,大力加强社会主义民主法制建设,确立了依法治国基本方略,提出了建设社会主义法治国家的奋斗目标。行政法在一个国家的法治建设中具有重要地位,依法治国的关键是依法行政。由于种种原因,长期以来我国行政法治的理论与实践都比较薄弱。从20世纪80年代开始,我国行政法学界开始思考并系统构建中国的行政法基础理论。90年代初,北京大学的行政法学者提出了现代行政法的平衡论。从那时起,一期又一期行

政法专业博士研究生与北大法学院的老师们一道,为平衡论的构建和发展贡献了思想和智慧,并自觉地运用平衡论来开展行政法学的研究和行政法治实践活动,取得了一批理论成果和实践成果。庆九的博士论文就是其中较有代表性的一篇。

庆九的本科、硕士和博士都就读于北大法学院,法学理论功底扎实。同时,他曾在法制日报社从事新闻工作十多年,熟悉中国的法制实践,对现实问题具有强烈的兴趣,研究视野开阔。有鉴于此,在指导他的博士论文选题时,我建议他选择当下社会现实中存在的既突出又相对宏观的问题作为研究对象。经过我和他的反复讨论,最终选定将可持续发展对行政法理论的影响作为研究方向。

可持续发展是二十世纪六七十年代滥觞于欧美、渐次波及全球的一种思潮和实践,其核心是通过理念创新和制度演进,促进人与自然的和谐,实现经济社会发展与人口、资源、环境相协调,坚持生产发展、生活富裕、生态良好的文明发展道路,保证一代接一代地永续发展。尽管这一思潮缘起于人们对于西方工业革命以来人类活动对自然造成灾难的深刻反思,但中国改革开放以来经济社会的快速发展,把西方最近两百余年遭遇的各种环境问题跨越时空集中而激烈地呈现在人们面前:环境污染、生态破坏、资源短缺、人口爆炸……凡此种种,严峻的环境与生态问题迫使人们对社会发展方式和治理模式进行深刻反思,可持续发展的时代命题在当今中国由此萌发生长。在中国的特殊国情之下,正如改革开放、社会主义市场经济、法治建设等均由政府主导一样,可持续发展之路也

离不开政府这只看得见的有形巨手的牵引,行政法也因而在可持续发展中扮演着不可或缺的重要角色。然而,传统的行政法理念能否担当起指导适应可持续发展的行政法治实践这一重任,换言之,可持续发展的社会背景要求行政法理念相应作出怎样的变革和创新?本书由此切入,对当今社会面临的环境问题进行了全景式的描述,对传统行政法面对可持续发展需求所暴露出来的理论和现实困境进行了深刻阐述和剖析,从行政法的权力/权利结构配置、行政法制约/激励/协调机制设计、行政法律/法学方法运用以及行政法权利救济理念创新四个方面,系统深入地讨论了现代行政法应当如何重塑理念以回应可持续发展的现实需要这一重大问题。综观全书,作者较好地回答了其所提出的基本问题,得出的研究结论也令人信服,作者的问题意识、现实关怀和理论自觉呼之欲出。

这篇博士论文当时就受到参加答辩委员会的行政法学者专家的一致好评。庆九毕业后,我曾多次催促他整理出版,并允为之作序。然庆九持论甚谨,久宕未行,直至最近终决定付梓。值得指出的是,虽然该书初成于数年之前,但作者占有了较为丰富的现实材料,综合运用了多种研究方法,因而该文所呈现的理论旨趣仍具有较强的现实意义,其中提出的一些理论主张有的近几年已经变成了制度安排,而且这种转化还在进行中,诚为可慰。

党的十六大以来,以胡锦涛同志为总书记的党中央继承和发展党的三代中央领导集体关于发展的重要思想,提出了

科学发展观,胡锦涛同志在中共十七大报告中将其概括为:“第一要义是发展,核心是以人为本,基本要求是全面协调可持续,根本方法是统筹兼顾。”树立和践行科学发展观,实现经济社会全面协调可持续发展,标志着中国发展范式的正式转换。这同时要求我们积极推动行政法理念创新和实践创新,以更好地满足经济社会科学发展对现代行政法的需求。我相信,有科学发展观的理论指导,有关与科学发展相适应的行政法理论研究必将蔚为大观,成果斐然。

是为序。

罗豪才

2012年3月

导论	1
一、当代中国行政法的理论创新	2
二、当代中国行政法肩负的使命	12
第一章 可持续发展与行政法面临的挑战	15
一、工业化以来人类社会面临的生态与环境问题	15
(一) 变化之一: 环境污染	16
(二) 变化之二: 环境破坏	16
(三) 变化之三: 资源短缺	17
(四) 变化之四: 物种灭绝	17
(五) 变化之五: 核灾难	18
(六) 变化之六: 人口爆炸	18
二、传统行政法的困境	19
(一) 环境问题上的市场失灵	20
(二) “市场失灵”的原因分析	21
(三) 环境问题上的政府失灵	23
(四) “政府失灵”的原因分析	27
三、可持续发展概念的缘起和含义	31
(一) 可持续发展概念的起源	31
(二) 可持续发展战略的实施	37
四、可持续发展背景下行政法面临的挑战	39
第二章 可持续发展背景下行政法权力(利)结构的新格局	41
一、行政法权力(利)结构	41
二、可持续发展背景下行政权与公民权的新变化	45
(一) 行政权	45
(二) 公民权	54
三、非政府组织	65

(一) 非政府组织概说	65
(二) 环境非政府组织的性质与功能	67
(三) 环境非政府组织的崛起对行政法权力(利)结构的影响	71
四、现代行政法的应对之道	74
(一) 对于行政权——授权与控权、设定边界与赋予责任并重	74
(二) 对于公民权——从保护人身权、财产权到重视知情权、参与权和 环境权保护,从放任公民的消极自由到要求公民的积极义务	83
(三) 对于非政府组织——确立法律地位,促进、引导和规范发展	89
第三章 可持续发展背景下的行政法机制	99
一、行政法机制概说	99
二、传统行政法机制及其缺陷	101
三、可持续发展背景下的行政法机制型构	102
(一) 现代行政法的制约机制	103
(二) 现代行政法的激励机制	105
(三) 现代行政法激励与制约机制的实用例证	107
(四) 现代行政法的协调机制	110
第四章 可持续发展背景下行政法律方法的发现与发展	126
一、行政法律方法概说	126
二、几种重要的行政法律方法	129
(一) 博弈方法	129
(二) 公共选择方法	135
(三) 利益衡量方法	141
第五章 可持续发展背景下行政法的权利救济理念	160
一、可持续发展背景下行政法的权利救济理念的更新	160
二、可持续发展背景下行政法的权利救济制度的完善	163
(一) 对公民之间权利争议的行政救济制度——行政裁决制度的 完善	164
(二) 我国行政监督观念和制度的更新	173
后记	193
参考文献	197

导 论

在20世纪行将结束的时候,从70年代末开始实行改革开放的中国在民主法制建设方面迈出了令世人瞩目的步伐:1997年,中国的执政者中国共产党在她的第十五次全国代表大会上将“依法治国”确立为治国的基本方略;1999年,国家的最高权力机关九届全国人大二次会议将“依法治国,建设社会主义法治国家”写进了宪法修正案。这一连串令人瞩目的举动表明,法治,已经成为中国这个有着五千年不间断文明史的古老大国和她的人民毫不动摇的选择。

“依法治国的核心是依法治权,依法治国的关键是依法行政。”这两句常出于中国行政法学者之口的警句,十分简洁地道出了行政法治在整个法治当中的重要地位,也最直接地表明了行政法在中国实施依法治国方略进程中所扮演的关键角色。

法治(Rule of Law),对于中国来说,是不折不扣的舶来品。即使是在法治的“原产地”——西方世界,其发展历史仍然充满了曲折和反复。诸多经验教训归结到一点就是:实践法治的关键是如何处理政府与人民的关系。西方的法治设计者和实践者在民主宪政的框架之下找到了一个独特的法律工具——行政法。尽管行政法律规范古已有之,但一般而言,近代意义的行政法则是欧美各国资产阶级革命胜利后,随着人民主权、三权分立、法治、代议制政府等一系列近代民主政治的基本原则的确立而出现的。^①从近代语

^① 英国著名行政法学者威廉·韦德在其名著《行政法》中指出:“行政法在英国有很长的历史。但是,现代形式的行政法直到17世纪下半叶才出现。”(见[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,第17页。)德国行政法学者哈特穆特·毛雷尔认为,“(德国)现代意义行政法的条件在19世纪立法约束行政时才得以成就”,而“只有随着行政的规范化,行政法学才能建立起来”。[德]哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第18页。)德国另一位行政法学者何意志在其为奥托·迈耶所著《德国行政法》中文版所作的序言中说:“行政法只有在现代分权国条件下才可能存在。”([德]奥托·迈耶:《德国行政法》,刘飞译,商务印书馆2002年版,“代中文版序”第1页。)美国行政法学者伯纳德·施瓦茨也指出,尽管“行政法、行政机关同美国政府自身有同样长的历史”,但是,“进入本世纪很长时间的,‘行政法’一词才得到了普遍的应用”。([美]施瓦茨:《行政法》,徐炳译,群众出版社1986年版,第15~17页)

意上的行政法的产生和发展的轨迹来看,行政法是为调整行政权与相对人权利之间的矛盾而诞生的法,是将行政法资源依照一定的原则和规则在行政主体和相对人之间进行分配和再分配的法,“其核心是对行政权力与公民权利这对矛盾的认识”。^①对行政权力与公民权利这对矛盾的不同认识,必然导致对行政权力和公民权利的性质、功能、相互关系的不同评价,从而影响立法者在建构整个行政法制和制定单个行政立法时对二者法律地位的考量,并导致在实际立法中对行政权和公民权利进行不同的配置。如果我们把行政法看做是人类在认识到行政权的独特性质和功能之后,有意识地创造的一种与行政权有关的特殊法律门类的话,那么,我们似乎可以说,行政法是我们人类社会所拥有的庞大法律家族中的年轻成员,至于以行政法为研究对象的行政法学,则比行政法的诞生离我们更近一些。然而,令行政法律家们颇为自得的是,行政法在不到两百年的时间里获得迅速的发展,成为整个公法中一个颇为显赫的分支。行政法这一“年轻”法律部门的发展速度,正是其本身之于法治的重要性的客观反映。德国行政法学鼻祖奥托·迈耶的名言“宪法死亡,行政法长存”,尽管被一些人视为行政法学者自大的妄言,但却真实地道出了行政法在整个法治大厦中的特殊地位。

一、当代中国行政法的理论创新

新中国的行政法治真正说来迟至 20 世纪 80 年代才开始起步。进入 90 年代中后期以来,在中国,行政法如果不能被称为是发展最快、最受关注的法律部门,至少也可以说是“其中之一”。在经过 1989 年《行政诉讼法》出台后的一个沉寂期之后,中国行政法治之轮似乎驶上了一个快车道:《国家赔偿法》(1994 年)、《行政处罚法》(1996 年)、《行政复议法》(1999 年)等一批重要法律相继出台,行政法规和规章的制定进入一个高峰期,行政诉讼受案数结束徘徊,连年大幅度上升……与此相呼应的是,行政法学研究也空前繁荣,呈现一派活跃景象,从 90 年代以前默默无闻的“边缘小学”一跃成为令人瞩目的“显学”。

任何一门社会科学的发达,都离不开社会现实需求的刺激。行政法学在当今中国之“显”,正是中国现实生活中行政法治的强烈需求所挤迫的结

^① 罗豪才:“关于现代行政法理论基础的研究”,载罗豪才主编:《现代行政法的平衡理论》,北京大学出版社 1997 年版,第 5 页。

果。然而,正如一些有识之士所指出的,当前中国行政法学的“发达”在很大程度上乃是虚假的表象。实践既是理论发展的源泉,同时也是理论现状的镜子。从中国行政法治的现实可以感知,我们的行政法学还远没有发展到能够基本满足现实需要的程度,甚至可以说,我们仍处在探索阶段。作为人文社会科学的法学,是一门地域性很强的学科,与国家政治生活制度密切相关的行政法以及行政法学,则更是带有明显的历史性、民族性和文化性。应当指出的是,直到20世纪90年代以前,中国的行政法学还处在萌生和起步阶段,其发展水平既明显滞后于刑法、民商法等成熟学科,也难以适应行政法治实践的迫切需要。进入90年代,正处在经济转轨和社会转型时期的中国,强烈呼唤从自己土壤上生长出来的行政法学。这一强烈的社会需求,令任何一个有使命感和自尊心的中国行政法学者,都感受到了沉重的压力。然而,行政法这种强烈的地域和文化差异,并不妨碍一国在建构自己的行政法制时,参考、借鉴与吸收其他国家和民族的行政法发展成果。

要建构中国的行政法基本理论,任何一个学术视野开阔的学者都不能对国外行政法实践和行政法理论发展两百余年的经验和成果视而不见。法治以及作为法治一个重要组成部分的行政法治,是这样一种有着独特个性的混合物:一方面,它生长在特定的社会土壤之中,带有这个社会的历史、文化、习惯和民族心理所烙下的鲜明的印记;另一方面,作为在人类社会发展到一定历史阶段所产生的一种制度文明,法治和行政法治不管生长在哪个特定的地域,也都不可避免地受到法治发展的一些普遍规律的支配。检视世界各国特别是法治发达国家的行政法的经验与理念,找出哪些是我们在建设自己的行政法治时应当遵循的一般原则,哪些是可供我们在建设行政法治过程中加以借鉴的成果,并将它们融入到我们对中国行政法法治建设的现实和历史的思考之中,这也是从事行政法基本理论探索的学者们必须从事的一项辛苦而浩繁的工作。

两百多年来,人类已经走过了两次工业革命的辉煌,也经过了两次世界大战的浩劫,我们背负着沉重的遗产——物质的、制度的和精神的——跨入了新的世纪。人倚仗着思想的禀赋而成为我们这个星球上的万物之灵,因此,人类前进的每一步都伴随着思想,也离不了思想,尤其是像我们今天这样立于世纪之门的时候。而人们在对现实进行思考、对未来展开憧憬的时候,都免不了习惯性地回回头,看看祖先、前辈给我们留下了些什么遗产,以

便能够“站在巨人的肩膀上”看得更高、更远。

那么,在我们庞大的遗产包裹里,能够找到哪些行政法学的“陶片”呢?

撇开形形色色的行政法具体理论、具体制度、具体原则和具体方法不论,站在法哲学的高度,以“法律应当是什么”的方式提出问题——行政法应当是什么?对于这一问题的传统回答尽管可能千差万别,但几乎都可以归于两类种属的名下:一曰行政法是控制行政权的法——即“控权法”,另一曰行政法是维护和保障行政权有效行使的法——即“管理法”。这两种类型,并不是特定国家和地区行政法现实的理论对应物,而是在一定时期支配一定国家和地区行政法价值取向和现实存在的理念。换句话说,如果控权理念在一个国家的某个时期占支配地位,那么,此时这个国家的行政法必定表现出强烈的控权特征,从总体上体现着对行政权的控制、制约与监督;相反,如果管理理念在一个国家的特定时期占上风,则此时该国的行政法就会表现出维护行政权的有效行使、保障行政效率的价值取向。实际上,无论是从近代以来行政法的总体发展趋势,还是从一国之内行政法的具体走向,都可以看出,行政法的控权理念和管理理念都不同程度地同时存在,彼此相互作用,相互影响,这两种理念的此消彼长,相互较量,构成了近代以来行政法实践的总体发展轨迹。

尽管“控权法”和“管理法”从形式上来看似乎是执器之两端,互不相容,然而,二者之间却有一个很大的共同点,那就是它们观察问题的出发点和角度。二者均把关注的焦点聚集于行政权之上,以行政权为中心和出发点建构行政法的基础理论。至于行政关系中不可或缺的一方——行政相对人,尽管不能说完全被排除在它们的视野之外,也只是被作为客体与对象来看待的,与行政权在它们的理论体系中的位置不可同日而语。也正是基于这一共同点,无论是在“控权法”模式中还是在“管理法”模式中,行政相对人都处于一种消极的地位,其区别在于,对于“控权法”模式而言,他们是需要保护和被保护的對象,而“管理法”则把他们当做规范和管束的对象。于是我们看到了传统行政法的一个致命缺陷:它们与当代人的主体意识日益觉醒、公民直接参与的呼声和实践日益成长的现实格格不入。

与传统的“控权法”和“管理法”的理念不同,缘起于20世纪90年代初期的行政法平衡理论——“平衡论”,则首次将公民纳入行政法建构的视野中,它从分析行政权与相对人权利这一行政法的核心矛盾出发,提出了行政

机关与相对人法律地位平等的崭新观念,并以此为基点,对传统的行政法进行了全面的改造,对当代行政法的基本理论、基本任务、基本原则和基本方法进行了全新的设计,形成了一整套与传统的行政法理论迥然相异的当代行政法基础理论。“平衡论”针对中国现阶段行政权越位、缺位与错位并存,行政权与相对人权利配置失衡的状况,提出了对行政权和相对人权利进行合理配置,建构制约与激励协调统一的行政法机制,设计和创造公共选择、博弈、利益衡量等行政法律方法,以实现行政法权力(利)配置的结构性的均衡,从而达到行政法资源配置效益的最大化,以回应现实对行政法的需求的一系列理论主张。“平衡论”站在历史和时代的高度,立足于中国的现实,超越传统行政法学以行政权为中心的单向度、绝对化思维,从行政权与相对人权利关系的角度审视行政法的角色定位和历史使命,第一次将公民——行政相对人从行政法关系的客体、对象的地位上升为与行政机关平等的主体地位,从而使行政法学研究和行政法治实践都一下子豁然开朗。“平衡论”问世至今近二十年,对我国的行政法学研究和行政法治实践都产生了巨大影响,在很大程度上改变了这一领域的学术地图。正如一位著名行政法学者所言,平衡论“引起了广泛的注意和讨论,并且在一定程度上影响着中国行政法学理论发展的方向”。有评论指出,“平衡论”是在邓小平理论和“三个代表”重要思想的指导下,在改革开放和建设社会主义市场经济的历史条件下,在依法治国、建设社会主义法治国家的宏大背景下,中国法学界在创立有中国特色社会主义的法学理论体系方面一次最为深入持久,也最为成功的尝试之一。

“平衡论”在20世纪90年代萌生并迅速在行政法学理论和行政法治实践领域产生重大影响,有其深刻的历史和时代背景。“平衡论”的正式提出,是在1993年。当时,中国的改革开放已经走过了15年的历程。1993年,是我国发展史上具有标志意义的一年。就在前一年春天,邓小平以88岁高龄南巡,亲手拨动了中国新一轮改革和发展的指针;也是在前一年的秋天,中共十四大明确提出了建设社会主义市场经济体制的目标。就这样,1993年成为进入改革开放攻坚期的中国结束迷茫和徘徊,下决心摆脱计划经济体制的束缚,义无反顾地迈向建设社会主义市场经济体制之路的起步之年。

然而,偌大的中国实行了几十年的计划经济体制,几代人的思维方式都属于标准的“计划式”,要一下子掉头驶向市场经济的汪洋大海,谈何容易!

转轨时期观念与现实、新体制与旧模式之间的矛盾和冲突,突然变得前所未有的激烈和明朗。这种矛盾和冲突集中体现在经济和社会管理领域。一方面,小平南方讲话廓清了计划与市场之争的谜团,社会经济活动呈现空前的活跃态势,市场活动十分频繁,但与之相伴生的,亦有市场投机和无序化的阴影,这种事态迅速严重化,导致了从1993年下半年开始的治理整顿;另一方面,政府的机构设置和职能划分基本上还保留着计划经济时代的老框架,政府管企业而不管市场,埋头于微观经营而不善于宏观调控,热衷于与民争利而不积极为民谋利,使得经济领域呈现出该管的事情没人管、而不该管的地方权力“扎堆”的奇特景象。这种景象最直接、最明显的投影就是当时的行政法制状况。

从表面上看,当时包括行政法制在内的整个法制建设应该说都取得了很大的进展。特别是1982年颁布的《民事诉讼法(试行)》就已规定、最终由1989年《行政诉讼法》正式确立的行政诉讼制度,对于中国的民主法制建设特别是行政法制建设,起到了实质性的推动作用,行政法治有了一定程度的发展。然而,应当指出的是,直到1993年,中国的整个行政法制建设状况并不尽如人意。这直接表现在一些构成行政法治基础的重要法律,如行政处罚法、国家赔偿法、行政程序法等,均是一片空白,而更为根本的表现,则是已有行政法律制度与现实需求的严重抵牾。在整个80年代,由于经过了近三十年无法无天的局面,中国社会似乎患上了法律饥渴症,从党和国家领导人到普通民众都急切地盼望尽快改变无法可依的状况,特别是在经济和社会管理领域,为行政权的行使提供法律依据、给行政管理机关配备法律武器,成为立法机关的头等大事。当其发展到高峰时节,几乎是每一个行政机关、每一个行业或者领域,都有一部法律或者国务院颁布的行政法规。然而,对于行政机关如何实施行政行为,如何履行管理经济和社会的责任,也就是行政权力运作的程序,却没有任何法律予以规范。即使在单个法律内,也基本上找不到任何规范行政机关行使管理职能程序的条款。这种立法是一种典型的行政权本位的立法,立法者的意图主要是行政机关如何加强及方便管理权的行使,而相对人则仅仅被置于行政管理对象的地位,他们在行政管理关系中所应享有的权利未能受到充分考虑,这与市场经济对合理配置行政机关与相对人之间权力(利),行政机关应当尊重和保护公民权利和自由、维护社会秩序的时代要求,相去甚远。

每一种社会现实的背后,都必定隐藏着与之相匹配的社会意识。当时中国的行政法制状况,则正是其时中国行政法意识的现实载体。新中国成立以来,不仅政治经济体制上模仿了前苏联那一套,而且在法制方面也基本上采取了从前苏联“拿来”的做法,当然,法学理论包括行政法理论也不例外。至于行政法理论研究,在经历了长达二十多年的空白之后,70年代末80年代初继起的,仍然是前苏联模式的行政法理论——即后来被“平衡论”者所概括的“管理论”——占据主导地位。“管理论”以权力为本位,将行政法作为行政管理的工具,主张行政法应是政府管理公民的法。“管理论”在相当长一段时期内,对我国的行政法制实践产生了决定性的影响,正如上面所分析的,几乎整个80年代的行政立法都打上了“管理论”的浓重烙印。与此同时,一些行政法学者开始介绍、引进西方的行政法思想、理论和制度,也就是在这一时期,“控权论”——一种以公民权利为本位,主张行政法是控制政府权力的法的理论——进入了中国行政法学领域并获得一定的认同。当然,亦有一些学者致力于研究和设计建构行政法的具体制度,但这些研究也表明,研究者同样自觉或不自觉地受到某种基础性的行政法理念的支配和指引。

然而,在中国语境下进行的市场经济体制建设和社会主义民主法制建设,对于建立政府和人民的关系,进而对于调整政府和人民关系的法律——行政法,都提出了既不同于国外,也不同于改革开放以前的崭新要求:现实已经表明,我们的市场经济和法制建设,均是政府主导型的,这在客观上决定了行政权力在社会生活中的重要地位和积极角色。现实一方面要求行政权角色转换,实现由计划经济体制下的“全能政府”向市场经济条件下的“有限政府”的转变;另一方面,现代社会的纷繁复杂,人民权利和公共利益的维护和促进,则要求政府在许多领域扮演能动的角色,提供比“守夜人”职责丰富得多,也复杂得多的帮助和服务。而且,进入20世纪特别是30年代以来西方国家政府职能演变的轨迹表明,即便是在“控权法”滥觞之地的西方诸国,政府职能也与早期“夜警国家”时期形同天壤,其行政法的现实与理念亦与纯粹的“控权”大异其趣。而“管理法”在前苏联东欧国家的失败以及在当时中国与现实的抵牾业已表明,中国的行政法治建设若奉之为圭臬则此路不通。

1993年之时,社会几已形成共识:中国欲实行市场经济,就必须厉行法

治;而要依法治国,行政法治最为关键。建设行政法治,当然离不开行政法的理论基础;而中国行政法的理论基础,又必须立足于中国的现实之上。

其实,早在 80 年代初期,已有学者开始尝试探讨中国行政法的理论基础问题,并提出了许多观点。1983 年,应松年、朱维究和方彦在该年度第 3 期《中国政法大学学报》上发表“行政法学理论基础问题初探”一文,提出了我国行政法学的理论基础应是“为人民服务”的理论观点;1989 年,杨海坤在《北京社会科学》上发表“论我国行政法学的理论基础”一文,将“人民政府论”作为我国行政法学的理论基础。然而,尽管整个 80 年代关于行政法学理论基础的研究一直没有中断,但囿于种种原因,这种研究没有形成气候,也没有产生重要的理论成果。

实践总是在关键的时刻扮演理论的助产士角色。20 世纪 80 年代后期《行政诉讼法》的起草制定,对于部分行政法学者反思行政法学的研究状况,探索适应中国国情、回应现实需要的行政法基础理论,提供了重要的机遇。罗豪才教授是 80 年代中期成立的国家行政立法小组重要成员,自始至终参与了《行政诉讼法》的起草工作。据罗豪才教授回忆,当年在起草《行政诉讼法》的过程中,对于行政诉讼的目的曾展开了热烈的争论。一种观点认为行政诉讼的主要目的是维护行政机关依法行使职权,保障行政效率;另一种意见则认为行政诉讼的目的应当是保护公民、法人和其他组织的合法权益;还有一类重要的声音是认为中国的行政诉讼制度既应当致力于保护公民、法人和其他组织的合法权益,也要维护行政机关合法、正当的行政行为,保证行政权能够有效地发挥维护和促进社会公益的积极作用,二者不可偏废。罗豪才教授本人就是第三种观点的主要倡导者。争论的结果,立法者采纳了第三种观点,于是就有了后来《行政诉讼法》第 1 条“为保证人民法院正确、及时审理行政案件,保护公民、法人和其他组织的合法权益,维护和监督行政机关依法行使行政职权,根据宪法制定本法”这一行政诉讼法立法目的表述。发生在行政诉讼法起草过程当中的这一重要争论,引起了罗豪才教授等一批行政法学者对于中国行政法的目的、任务、原则等一系列重大问题的更进一步思考,适应中国现实需要、具有中国特色的现代行政法基础理论——“平衡论”,实际上也就从这里悄悄萌芽。

进入 90 年代,建立市场经济体制的新的社会需求与计划经济体制下形成的旧的行政管理体制的矛盾日益凸显,无论是法学理论界还是法律实务