

导 言

“一切活的事物都在寻求更加美好的世界。”^①也许,当代西方著名哲人卡尔·波普尔这句看似平常、实含深义的话,实在是对笔者致力于这篇论文写作的动机和过程给予了一个最好的向导。

从世界范围看,法国于 1799 年建立最高行政法院的前身——国家参事院(Conseil d'Etat),从而使不同于民事领域所应用的、适用于公共行政领域的法律的系统发展成为可能^②。以此作为行政法萌芽的时代标志,行政法至今已有两百年的历史。假若我们不把法律规范具有独立的、成体系的特殊原则和规则作为界定行政法的标准之一,而是把行政法视为蕴涵近代分权和法治原则的、调整行政机关和公民之间关系的法律规范,那么,英国 17 世纪的革命就已营造了行政法的起源^③。然而,无论我们如何认识近代行政

① [英] 卡尔·波普尔著,范景中、李本正译:《通过知识获得解放》,中国美术学院出版社 1996 年版,第 1 页。

② “在法国,行政活动原则上适用和私人活动不同的法律,行政法是在私法以外独立存在的法律体系。”“……行政法院不适用民法的规定,而是根据行政上的需要解释成文法的规定,或者创造适合行政活动的规则。法国行政法成为一个独立的法律体系,在很大程度上是由于行政法院受理行政诉讼的结果。”见王名扬著:《法国行政法》,中国政法大学出版社 1989 年版,第 17~18 页。

③ 在英国,早期的斯图亚特王室竭力把国家事务从普通法院中独立出来,通过建立星座法院和其他特权法院以实施他们的意愿。17 世纪反对王权集中的宪法斗争中,普通法院法官和议会联合摧毁了这些特权法院,标志一种新型的处理行政权和公民关系的法律原则的发端。我们完全可以认为这也就是近代行政法的肇始。只是由于英国人在宪法斗争中获得的偏见(即由普通法院管辖的公法领域不容侵犯)以及后来的法学家戴雪对行政法的不适当批评,“行政法”在英国直至本世纪六七十年代才得到承认。See J. M. Evans, *de Smith's Judicial Review of Administrative Action* (London: Stevens & Sons Limited, 1980), pp. 3~7. 亦见[英]威廉·韦德著:《行政法》,徐炳等译,中国大百科全书出版社 1997 年版,第 17~18 页。

法的肇端，自零碎的、个案总结的行政法原则或规则，演变至现在包括诸如行政立法制度、行政处罚制度、行政许可制度、行政强制制度、行政合同制度、行政指导制度、行政程序制度、行政救济制度等在内的行政法律体系，整整两个或三个世纪法律层面的变迁，却在一定程度上折射出人类寻求更加美好生活的整体历程。我们可以在行政法历史中发现经济活动的繁荣、科学技术的进步、认识世界能力的提高、思想内容的发展以及社会各种制度的变革等等。其中，作为行政法本题的是，人类在不断地追求一种更为合理、更为适宜的国家及行政机关与公民（个人或集体）之间的互动关系。这个追求本身亦即人们关于上述关系的认识的丰富和发展。

我们无法把法律和人关于法律的认知活动人为地予以孤立和隔离。法律是由人创造和发展的，它反过来影响人们的意识和行为，而受法律影响的人们又在更为复杂、更为深刻的认知基础上完成对法律的改造。法律和法律所规范的对象以及人们对它们的认知，在一个难以截然划定它们之间界线的世界中共同存在、融为一体。在这里，我们假定一个历史状态：其时，法律尚未产生，人们对法律没有任何感知，但是，人们认识到他们在生活交往中发生的问题，并迫切需要一种权威的准则来调整和处理，在此需要的推动下，权威的准则由当时人们认为有权威资格的机构或人创制出来，为人们所接受。自此“前法律”状态的结束，人们的意识和行为就一直受到法律的规范，法律在无形中就持续地内化为主体认知结构的一部分，与主体认知结构的其余部分一起影响着人们对自身和周围世界（包括法律及其规范对象）的认识、反思和改造^①。因此，

^①有关的事例举不胜举。也许，并非典型但可以引为论据的史例是，英国的“光荣革命”在人类历史上第一次正式创立了分权和制约的宪法制度，洛克、孟德斯鸠为之正名而提倡分权理论，美国的立国政治家则在两位思想巨匠分权理论的基础上创制了人类第一部成文宪法，其规定的分权和制约制度更为复杂。

法律的演化和变革，同时意味着人们对法律和法律所规范的对象以及其他相关事物的认知的变迁与发展。虽然不能断言任何后起的认知就比先前的认知更好、更适合人类的发展，但我们至少可以从历史中观察到：后起的认知往往在先前的认知的基础上丰富了人类知识，为人类寻觅和建构更好的认知、更合理的世界，提供了更多可以检验、选择的方案和途径。如果我们有志于对某一领域的法律制度进行建构或完善，透过法律的文字表现与运作形式，考察和反思人们相关的认识及其衍变，不失为一个比较适当的方法。

正是基于以上对法律与人们有关法律的观念或认知之间关系的认识，在笔者的导师罗豪才教授的指点下，关于这篇论文所含内容的思考和写作提上了日程。美国 19 世纪著名的法官霍姆斯曾经说过：“将法律仅视为一种丰富的人类学的资料来认识和研究是完全恰当的。借助于它，我们可以发现什么样的社会理想已经充分地达到了其最终的表现形式，以及千百年来人类的理想所起的重要变化。将法律视为一种人类观念上的转变和方法上的尝试的材料来研究是合适的。”^①虽然霍姆斯法官的这段话是就法人类学研究的意义而言的，但也给予笔者很大的启示。本篇论文主旨就是试图从认知行政法学的角度出发，为罗豪才教授所倡导的现代行政法平衡理论 (balance theory) 的系统化作出努力，从而进一步向同行和世人提供一种符合逻辑的包罗方法、对象、结果在内的行政法认知模式，以使人们可以多一种认知或成体系的观念予以检验和选择。若此种认知模式或其内含的一些观念经受得住最尖锐的批评，如果能为行政法理念的丰富以及更重要的为行政法的制度建设作出些许贡献，这篇论文的目的就可说基本实现了。“知识与无知的张力导致问题和尝试性解决办法。……我们的知识是在于

^① 转引自 [美] E. A. 霍贝尔著：《初民的法律》，周勇译，中国社会科学出版社 1993 年版，第 10 页。

对暂时性和尝试性解决办法的建议。”^①

一、什么是行政法认知模式

本文尝试性地提出了“行政法认知模式”(cognition pattern of administrative law)这一核心范畴,关于这个范畴的内涵、外延以及在文章中的运用等问题,需要作几点说明。

首先,这一范畴具有以下两层彼此有别却又紧密相连的意义:第一,“行政法认知模式”是指以一定的方法和假定为前提,通过对行政法现象和本质的观察与思考,而达成的关于行政法的、具有内在逻辑的观念或理论体系。第二,“行政法认知模式”并非对行政法历史和现状以及各个具体制度给予全面阐述与诠释,并非解决所有行政法问题,它形成以后的主旨在于一定程度地指导对行政法上具体、个别问题的深入认知。虽然在现代汉语词系里,“认知”通常是现代心理学对英文 cognition 的翻译,但本文并没有借用其心理学上的意义,并未如认知心理学那样视其为人对外界信息的积极加工过程(包括知觉、记忆、学习、言语、思维和问题解决等过程)^②。笔者认为,心理学的目的在于对人认知外界事物的心理活动规律的把握,故比较注重认识结构、过程及其细微的区分,而本文的重点却放在认知的方法和结果上,因为法学的目的在于根据对现实问题的认识提出建设法律制度的建议,至于这种认识获得的非常细小的心理过程,则很少也无必要花费精力给予关注。按照《辞海》的注释,“模式(pattern)亦译‘范型’。一般指可以作为范本、模本、变本的式样。作为术语时,在不同学科有不同涵义。……在认知心理学中,指信息加工的过程,或事物的有组织的结构。

① [英] 卡尔·波普尔:《通过知识获得解放》,第 99 页。

② 参见《辞海》(缩印本),上海辞书出版社 1989 年版,第 433 页。汪甦、汪安圣著:《认知心理学》,北京大学出版社 1992 年版,第 1~5 页。

……在社会学中，是研究自然现象或社会现象的理论图式和解释方案，同时也是一种思想体系和思维方式。^①在这篇文章中“行政法认知模式”范畴内含“模式”的固有涵义：即各种观点构成有组织的体系，而非杂乱无章地被拼凑在一起。还应指出，本文无意探讨哲学认识论领域的、说明认知主体和客体间关系的“认知模式”范畴，尽管，正如在文章中将发现的，在讨论“平衡论”认知行政法的方法时，不可避免涉及认识论的相关问题。

因此，在这里，需要对可能出现的两种误解给予澄清。第一，本文并非论述一种认知行政法的具体过程，包括感知、记忆、学习、思维等等；第二，本文无意构建一种绝对先验的观念或理论体系以指导对行政法的认知。作为观念或理论体系，认知模式既不是在认知对象中预先形成的，也不是在认知主体中预先形成的，它是认知主体在持续认知活动、不断地重新组织自我的同时，对认知对象进行“积极加工”而形成的。它既有主体的印记，也有客体的烙印，它只能无限地接近客体，而无法断言达到客体^②。况且，行政法认知模式更为复杂，因为它所要接近的客体本身又受到认知模式的影响而有趋近认知模式的性质。本文无意就这些关系展开论述，但至少有一点已得以初步释明：行政法认知模式，包括本文主要论证的“平衡论”，不是绝对先验的，并非我们怎么看行政法，行政法就是

① 《辞海》，第 1489 页。

② 瑞士著名心理学家皮亚杰阐述的发生认识论原理帮助笔者比较清晰地把握自己的论述。“认识既不能看作是在主体内部结构中预先决定的——它们起因于有效的和不断的建构；也不能看作是在客体的预先存在的特性中预先决定的，因为客体只是通过这些内部结构的中介作用才被认识的”；“客体肯定是存在的客体又具有结构，客体结构也是独立存在于我们之外的（皮亚杰指的是物理实在的客体——引者注）。但客体及其恒常性只是借助于运演结构才为我们所认识，人把这些运演结构应用到客体身上，并把运演结构作为使我们能达到客体的那种同化过程的构架所以客体只是由不断的接近而被达到，也就是说，客体代表着一个其本身永远不会被达到的极限。”——《发生认识论原理》，商务印书馆 1981 年版，第 16、103 页。

什么。

其次,本文试图构建的平衡理论只是众多行政法认知模式之中的一种。由于所处时代或国家、地区的不同,或者由于认知的角度、方法、目的和能力等以及其他可能影响认知的因素存在差异,人们对行政法的理解必然有别。从历史和现状来看,虽然人们关于行政法及其更为具体的制度或规则的观念不计其数,但是,以人们对行政机关和公民之间法律关系的基本认识为标准,大部分观念可以归类为三大主要的认知模式,即“控权论”(control theory)、“管理论”(regulation theory)和“平衡论”^①。而在我国,关于行政法理论基础的讨论过程中提出的“政府法治论”、“公共权力论”、“服务论”、“公共利益本位论”等^②,都在相当程度上缺乏对行政法特有的基本权利义务关系的系统阐明,不宜作为主要的、体系化的认知模式予以讨论。当然,这些初步发轫的观念假如得以进一步系统化,不排除其发展成为认知模式的可能性。本文竭力证成的“平衡论”也是一个开放的认知模式,它已经并将继续汲取其他认知模式的合理内核,以求发展和更加完善。也正是由于“平衡论”是行政法认知模式之一,故本文的目的不在于确立一个理论的最高权威以取代所有其他的认知模式,而是尽可能地提供一种比较完善的认知模式,为行政法的发展提供一种可选择的方案。

① 这三个范畴的提出,参见罗豪才、袁曙宏、李文栋:《现代行政法的理论基础——论行政机关与相对一方的权利义务平衡》,《中国法学》,1993年第1期。至于三种认知模式分别与古代行政法、近代行政法以及现代行政法相对应的观点,笔者保留自己的看法。

② 分别见杨海坤:《政府法治论是我国行政法学的理论基础》,《北京社会科学》,1989年第1期;武步云:《行政法的理论基础——公共权力论》,《法律科学》,1994年第3期;陈泉生:《论现代行政法学的理论基础》,《法制与社会发展》,1995年第5期;叶必丰:《论行政法的基础——对行政法的法哲学思考》,载于罗豪才主编的《现代行政法的平衡理论》,北京大学出版社1997年版。

在基本描述本文所尝试的“行政法认知模式”范畴的内涵和外延以后,还需要指明的是,本文之所以试用“行政法认知模式”一词,而未采用‘行政法理论模式’这一普及的范畴,其意旨并非标新立异,主要是考虑到‘关于行政法的认知’比‘行政法理论’所指范围宽泛。理论是概念和原理的体系,是系统化了的理性认识,而认知包括甚多,除了理论以外,至少还有未在认识上成为体系的概念或观念。本文将要探讨的、与‘平衡论’彼此对立的‘控权论’和‘管理理论’,并非历史上已有的、自成体系的理论,而是我们在考察和分析行政法史的时候,以人们对行政机关和公民之间法律关系的认识为基点,把众多互相有内在联系或同一逻辑的观念予以分类而总结出来的。这些观念虽然基于同一或极为相似的立场,内在地具有隐含的‘线索’把它们串接在一起,但是,它们彼此之间表现为相互孤立、没有体系化和理论化。我们在构建新的认知模式时,力图发现隐含的“线索”而希望在认识上完成与历史的一致,希望揭示出在历史中隐蔽着的认知模式,而不是揭示出历史中已经存在的理论模式。这里存在一个认识上的加工过程。只是在我们把同类的观念进行抽象、概括、归类和体系化,并以‘控权论’和‘管理理论’指称它们以后,它们才以‘理论模式’的形态存在。与‘平衡论’的区别之一就是‘控权论’和‘管理理论’都不是自觉地围绕行政法核心关系建立起来的理论体系。当然,本文无意纠缠于概念或词语的运用而进行繁琐无谓的争论,其实,关于‘控权论’、‘管理理论’的来源和实质,‘平衡论’的倡导者和支持者都有基本一致的认识^①。至于“平衡论”,虽然自始以理论的姿态出现,不过,既然认知可以包容理论,以‘行政法认知模式’指称‘平衡论’也就不存在不适当问题了,况且‘平衡论’本身还在从观念走向理论化、体系化的过程之

^①参见罗豪才:《关于现代行政法理论基础的研究》李娟:《平衡论对立模式的确立》,载于罗豪才主编的《现代行政法的平衡理论》,第1~7页,第116~127页。

中。另外，理论模式容易造成一种印象，即它们的目的和主要内容侧重于全面解决行政法问题，是一个规模宏大的体系架构。而认知模式的旨趣侧重于引导更为深刻、更为具体的认识，它无意囊括和穷尽行政法所有的理论与实践问题。这里的细微差别无法在此精确描绘，也许本文的许多内容有助于对它的理解。

二、平衡论的创建和探索

自1993年罗豪才教授等人正式著文提出现代行政法的理论基础是‘平衡论’以来，我国行政法学界围绕‘行政法理论基础’主题，展开了热烈而又宽容、开放的讨论。“平衡论”的科学性问题，已引起行政法学界的广泛重视，有不少行政法学者试图对该学说予以证成或证伪^①。进而令人欣喜的是，我国行政法学领域焕发出一种关怀理论、自由辩论的学术精神。

那么，“平衡论”作为一种行政法认知模式，是如何产生的？它在初创时期的基本观念和思想是什么？它在哪些方面获得了发展？它面临的质疑有哪些？它是否已达到理论的成熟阶段？它为什么引起学术界和实践领域许多人抱有深深怀疑的共鸣？……在对“平衡论”进行系统论证和阐述之前，有必要对它的创建和探索作一简略的回顾。毕竟，没有理性的反思，就不会有知识的增长。这是“平衡论”力图超越传统行政法认知模式时所信奉的一个规则，同样，“平衡论”自身若求发展，也要遵循这个规则。

据罗豪才教授介绍，“平衡论”观念的最初诞生，起因于对英美国家和我国行政法学者有关行政法的基本理解的反思基础之上。

80年代中后期，我国行政法学得到迅速发展，但行政法学者在“行政法是什么？”“行政法具有什么作用？”“行政法包括哪些内容？”“行政法体系应该如何建立？”等问题上，以及许多基本概

^①有关的论说，集中参见罗豪才主编的《现代行政法的平衡理论》。

念的界定问题上,存在非常大的分歧。而大部分观点都围绕着“行政法是控制政府权力的法”和“行政法是加强和保障政府行政管理的法”这两个核心观念展开。持前一种观念的受当时引入的西方行政法理念影响较深,而持后一种观念的则未摆脱前苏联行政法理念的作用。罗豪才教授在教学著书和参与立法实践中敏锐地意识到:后一种观念显然已不适应我国改革开放的形势,而前一种观念既与当今世界发达国家行政法的发展不相吻合,更难于和我国的国情相符。于是,问题产生了:是否还存在另一种可供选择的观念?这种观念的科学性、合理性又如何?

通过一段时间的思考和研究,“平衡论”的基本主张终于在1993年正式向行政法学界推出,主要有:1.行政法的全部历史发展过程就是行政机关与相对一方的权利义务从不平衡到平衡的过程。古代行政法是强调行政机关管理、不重视公民权利的“管理法”,其理论基础是“管理论”。近代行政法则是强调保障公民权利、尽可能限制行政机关管理的“控权法”,其理论基础是“控权论”。而现代行政法在本质上应是追求行政机关与相对一方权利义务总体平衡的“平衡法”,其理论基础应是“平衡论”;2.在行政机关与相对一方的权利义务关系中,特定地或局部地看,总是存在着不对等和不平衡,但这些不对等和不平衡恰恰实现了二者总体上的平衡。权利义务的总体平衡,表现为行政机关与相对一方的权利和义务分别平衡,也表现为行政机关与相对一方各自权利义务的自我平衡;3.“平衡论”并非主观想象,也不限于理论构想,而是以现代西方和我国行政法发展中,已经出现的各种法律手段作为存在基础和实现保障的,包括立法上的公平分配、执法程序的民主化、行政权力手段的淡化以及行政诉讼的确立;4.“平衡论”对于行政法制(由立法、执法和诉讼三个环节组成)建设,推动社会主义市场经济体制的建立、实现民主与效率的有机统一,构建现代行政法学的体

系,都有着非常重要的意义^①。

至此,一种新的行政法认知模式应时代所需而初步形成。它已经突破最初仅仅限于对两种行政法核心观念是否适用本土的考虑,而是力求寻觅在世界范围内具有一定普遍意义的认知模式,并且在此模式下,有区别地探索各国具体的行政法制度的发展。而作为中国的行政法学者,自然以促进我国行政法制建设和行政法学研究为重。

此后,在一些行政法学者的努力下,“平衡论”开始由基本观念走向理论的体系化,其已经实现的发展或突破主要体现在以下几个方面:

1. 任何理论都应拥有基本的范畴和原理,作为推演的出发点。“平衡论”创立之初未明确的“平衡”范畴的内涵,在与私法领域的“平衡”范畴比较的基础上,已在一定程度上得到确切的界定^②;

2. 通过对西方主要国家和我国现代行政法制度的考察,“平衡论”的基本主张,即现代行政机关与相对一方的权利义务在特定的、局部的法律关系中是不对等的,而在总体上应是平衡的,已得到更为缜密、全面的论证^③;

3. “平衡论”对行政法的概念、行政法的调整对象、行政法的基本原则、行政法的价值取向、行政法主体的法律责任、行政处罚立法的目标模式、行政程序法的目标模式及其功能以及行政法学体系等一系列行政法问题,作出了系统的、内在逻辑一致的回答,在

^① 详见罗豪才等:《现代行政法的理论基础——论行政机关与相对一方的权利义务平衡》。

^② 参见罗豪才、甘雯:《行政法的‘平衡’及‘平衡论’范畴》,《中国法学》,1996年第4期。

^③ 参见罗豪才:《略论行政程序法与行政实体法的关系》,《中国法学》,1995年第6期;罗豪才、沈岍:《平衡论对现代行政法的一种本质思考》,《中外法学》,1996年第4期;王锡锌:《再论现代行政法的基本精神》,《法商研究》,1995年第2期。

理论的体系化方面取得较大进步^①,同时也意味着对“平衡论”开始了更为具体、细致的探索,从而接受理论研究和制度实践的检验;

4. “平衡论”作为一种认知模式,如何在操作层面上得以具体地实现,是“平衡论”至今尚未作出满意回答的难题,也是“平衡论”未深入社会的关键原因之一,但已有学者开始了艰难的研究^②;

5. “平衡论”继续致力于对传统行政法认知模式的总结和抽象^③,但尚存在许多疑问,缺乏十分严密而又令人信服的论证;

6. “平衡论”在证明其自身的普遍意义的同时,意识到寻求“平衡论”实现的本土资源和本土机制与社会条件的重要性,并已有在这方面努力的开端,虽然论证尚显粗糙、牵强^④。

另外,平衡论者已经认识到,最初的基本主张中至少有两个主要方面是不妥的:一是关于古代、近代、现代行政法分别在本质上是管理法、控权法和平衡法的单线进化论图式;二是关于行政机关、相对一方自身权利义务平衡的观点。前者的弊病是忽略了“行政法”一词所指称的特殊范围,并且这种单线的进化论既容易导致对各国行政法历史上具体形态的忽视,又会形成简单的绝对规律

①参见罗豪才:《行政法之语义与意义分析》,《法制与社会发展》,1995年第4期;罗豪才、甘雯:《行政法的“平衡”及“平衡论”范畴》,姜明安:《行政处罚立法价值目标模式的确立》,《行政法学研究》,1995年第2期;王锡铤:《行政程序法价值的定位》,《政法论坛》,1995年第3期;王锡铤、陈端洪:《行政法性质的反思与概念的重构——访中国法学会行政法研究会总干事罗豪才教授》,《中外法学》,1995年第2期;湛中乐、王敏:《行政程序法的功能及其制度》,《中外法学》,1996年第6期;等等。

②参见方世荣:《关于行政法对社会关系调整的“度”的思考》,载于《现代行政法的平衡理论》,第202~212页;甘雯:《行政法的平衡理论研究》,载于罗豪才主编的《行政法论丛》(第1卷),法律出版社1998年版。

③参见李娟:《平衡论对立模式的确立》。

④参见金自宁:《“平衡论”的阐释与基础论证》,载于《现代行政法的平衡理论》,第134~136页。

观念 后者则在很大程度上造成了‘平衡’范畴涵义的模糊。因而，平衡论者在以后的论述中一般不再坚持这两个观点。只是由于平衡论者没有明确表示放弃或修正上述观念，致使一些行政法学者提出与此相关的质疑。

“平衡论”自身寻求更加完善的历程，得益于就它的合理与否展开的自由争论，正是在观念和理论的冲突、碰撞、激扬之中，‘平衡论’完成了以上突破与深化。对‘平衡论’认知模式予以批评或质疑的观点较多，其中，既有基于对‘平衡论’的误解或者因自己的理论错误而形成的，也有许多切实抓住‘平衡论’欠缺、不成熟之处的真知灼见。对于前一种批评或质疑，已有学者给予一定的回答^①，本文也将在适当时候阐明己方观点，在此不再赘述。而后一种批评或质疑对于本文的写作是非常有益的警示，故罗列如下：1. 平衡是所有部门法普遍追求的价值目标，以“平衡论”作为现代行政法的理论基础，没有特殊意义^②；2. “平衡论”过分关注其在世界范围内的普遍意义，对如何结合我国现实国情予以颇具针对性的论述，重视不够，因而无形中损害了‘平衡论’的实用价值。有学者也因此就“平衡论”是否适合我国现实社会条件得出截然相反的结论^③；3. “平衡论”未就其如何在行政法制实践领域亦即操作层面上的实现问题，作出有切实意义的论述，其中隐含着一个复杂的问题：行政机关与相对一方权利义务达到平衡的标准是什么^④；4. “平衡论”

① 参见皮纯协、冯军：《关于‘平衡论’疏漏问题的几点思考——兼议‘平衡论’的完善方向》，《中国法学》，1997年第2期。

② 参见武步云：《行政法的理论基础——公共权力论》 杨解君：《关于行政法理论基础若干观点的评析》，《中国法学》，1996年第2期 臧中：《平衡论的困境》，载于《现代行政法的平衡理论》，第359页。

③ 参见皮纯协、冯军：《关于‘平衡论’疏漏问题的几点思考》 臧中：《平衡论的困境》。

④ 同上。

对其所倡导的行政法领域特有的“平衡”涵义还没有给出明确的定位,从哲学层次上而言,平衡是暂时的、相对的现象和状态,而不平衡是永恒的、绝对的;“平衡论”实际上与其本身所运用的辩证法矛盾论是相悖的^①;5.“平衡论”对“控权论”的否定是不妥的,因为“平衡论”和“控权论”非常接近;“平衡论”主张的行政机关与相对一方权利义务平衡必须通过控权加以实现,而“控权论”也主张控权要在平衡国家权力和公民权利的基础上进行,而不单纯强调个人权利^②。这些具有教益的批评和质疑,将在很大程度上与“平衡论”未来一段时间内探索的重心相符,本文也力争作出积极的反应。

三、本文的构思和框架

正是“平衡论”认知模式尚未论理清楚、系统和成熟,以致引起以上众多疑惑与反对,因此,笔者作为至今还笃信“平衡论”的合理性的人,有责任把这种确信理性化,尽可能地消除武断和纯粹信仰的成分。坦而言之,在此之前,笔者虽然对“平衡论”的相关问题有过一些研究和思考,但是,从研究问题的方法、掌握的历史材料、理解与阐释的思路以及获得的认识等方面来看,都有非常大的局限。本文的写作,在某种意义上,实是对自己过去思维的清理和重构过程,是对诸多观点的体系化过程。许多以前并没有解开的疑团,也将在这个过程中得到逐个解决。

当然,这并非宣告,所有与“平衡论”有关的问题将在这里加以讨论,甚或解决;也并非预言,所有在文章中涉及的问题将得到圆满的答案。虽然本文渴望探寻“平衡论”的体系化,然而“平衡论”

^①参见杨解君:《关于行政法理论基础若干观点的评析》;曦中:《平衡论的困境》。

^②参见皮纯协、冯军:《关于“平衡论”疏漏问题的几点思考》曦中:《平衡论的困境》笑侠:《论新一代的行政法治》,《外国法译评》,1996年第2期。

毕竟是一种关于行政法的认知模式，对行政法领域林林总总现象的认识都可能包容在其中，而要把它们一一论及，绝非本文能力范围之内。即便是文章有意进行探索的一些问题，也因来自各方面的限制，尤其是自身学识和主观努力的局限，而无法获致令人十分满意的解答。唯一能够自信地宣称的是，本文将尽可能保持学术上的诚实。非常冒昧地借用当今美国哲学家罗伯特·诺齐克的一句话：“我并不要收回我的观点，而宁愿把所有这些都交给读者：把我的怀疑、焦虑和犹豫，连同我的信念、信心和论证都交给读者”^①，虽然，无论笔者如何努力，在论述风格上都绝无可能达到这位大家的要求和标准。

本文是从“平衡论”认知行政法的方法作为开端的。“平衡论”的基本观点和原理在逐步成熟、完善中，与此同时，平衡论者认识行政法的立场、视角、方式等也日渐定型。然而，至今，没有哪位学者对“平衡论”的方法作过系统的审视，尤其平衡论者似乎仍在一种朦胧的状态中反复阐明其基本观念，而对自己论证的方法缺乏认真的反省，对方法的合理与否以及方法本身内在的局限没有足够的认识，以致于其结论多有武断或自相矛盾之嫌。没有人不是用一种或一些方法看问题的，然而，没有哪一种或哪些方法足以达到对问题的全面认识。在第一章中，将论述“平衡论”认知行政法的一些基本方法，重点在于讨论为什么要采用这些方法，这些方法是否合适，如何运用这些方法以及这些方法本身的局限性要求我们在什么范围内获得对结论的确信。特别要指出，我们不能无视自己所采取的方法给我们的理性认识设置的障碍，而断言一些实质为猜测性的认识是完全的真理性认识。藉此，试图达到两个目的：一则为“平衡论”的方法正名，使“平衡论”的基石更为稳固；二则尽力避

^① [美] 罗伯特·诺齐克：《无政府、国家与乌托邦》，何怀宏等译，中国社会科学出版社 1991 年版，第 6 页。

免认识的“雷区”，为后面的思考和论证清理出比较顺利而又正确的途径。

第二章和第三章是论述“平衡论”对行政法历史与现状的认识，这些认知结果是在尽可能合理地运用第一章所论方法的前提下获得的。对传统行政法中两种认知模式的抽象、定位和评价，是在‘平衡论’现有基本论述基础上的进一步论证、说明和部分修正。试图阐明以下四个代表笔者看法的观点：第一，我们主要从认知模式入手，对传统行政法的两种认知模式进行总结，然而，认知模式与法律模式具有相当的对应性，通过认知模式可以透视法律模式；第二，传统行政法两种认知模式以及相应的两种法律模式，并非按照历史进化的次序发展而来，它们是在历史中并行存在过的两种形态，如果说有进化的意义，那是针对两种模式彼此吸收、靠拢而言的；第三，这两种模式是我们在分析和描述历史时进行的抽象，它们从历史材料中来，但又绝非对历史材料简单的反映，因此，它们在现实当中找不到纯粹对应的形态；第四，归纳和抽象这两种认知模式绝非毫无意义的智力游戏，它们既可以帮助我们更符合逻辑地接近和把握历史事实，而且，对于我们如何摆脱对行政法认识上的误区、进而推动行政法研究的发展和当代中国行政法制建设，也具有相当的教益。

人类绝大多数把握历史的活动，其真正旨趣在于从历史中获得一种如何对待现在的启示。第三章内容就是“平衡论”继其评析传统行政法认知模式之后，对现代行政法区别于历史的主要特征和发展趋势的认知。基本的着眼点将放于现代行政法的国家基础、现代行政机关与公民的权利义务关系、现代行政法的价值以及现代行政法的结构与功能等四个重要方面，对这四个方面的认识，既构成了“平衡论”本身自有的骨干内容，又是主要通过现实描述和理念思考相结合的方式证明‘平衡论’的合理性。在这里，一方面继续并偏重于寻求“平衡论”在世界范围内一定的普遍意义，另一

方面也适当考虑了中国现实的情况,以竭力使“平衡论”作为一种新的认知模式,能够更贴切地接近世界主要国家和我国行政法的发展,从而使证成‘平衡论’的基础更加扎实。

认知模式毕竟是对现实的一种抽象,尤其是作为具有普遍意义的认知模式,它的形成必然有意识地摆脱了它所考察的国家独有的特色的干扰。然而,要使经过理性升华的、抽象的认知模式具有生命力和现实意义,就必须让其回到现实、与现实契合,特别要在具体的实践中得以运用和经受检验。因此,本文在最后对“平衡论”如何从理论上规范当代我国行政法治进行了一定的讨论,尝试在这个认知模式的框架下,主要就行政法上利益衡量方法的探索和行政法平衡机制的构建这两个方面,提出建设性的构想和建议。虽然这部分内容放在文章的末尾,并且,由于‘平衡论’作为一种认知模式的本原意义所在,有关的建议只局限于在上述领域提供一些初步思考,但是,这决不意味着本部分主题重要性的降低。恰恰相反,对于我们来说,‘平衡论’如何具体规范我国行政法治的问题应该是至关重要的,需要不断地予以深入研究。

第一章 平衡论—认知行政法的方法

“平衡论”究竟采用了一些什么方法来观察和认知行政法？这些方法的运用有没有合理性？利用这些方法我们有可能得出什么样的结论，而不能得出什么结论？……对上述问题的思考和论述构成本章的全部内容。

当笔者试图审视、反思和论证自己确信的平衡理论时，面临的却是一系列比较陌生的问题：

“平衡论”的最初基本观点把古代行政法、近代行政法和现代行政法的本质作了抽象和归类；在 1996 年发表的一篇论文中也认为“平衡论”是对现代行政法本质的一种思考；“平衡论”首创者罗豪才教授始终坚持行政法学的基础理论“必须紧紧围绕行政法关系中最本质的关系”作出系统的回答^①。然而，我们如何看待这种对本质的把握和认识？事物究竟有没有可以为人类理性予以认知、被我们称为“本质”的东西呢？人类对它们的认知究竟能不能客观而又精确呢？人类应该在何种意义上运用本质范畴？对待一切事物我们应采取本质主义的立场还是其他？……

“平衡论”最早的观点认为，行政法发展的历史，就是行政机关与相对一方之间的权利义务关系从对立到统一、从不平衡的平衡的矛盾运动过程，并且从时序上描绘出一幅古代“管理法”、近代

^① 分别参见罗豪才等：《现代行政法的理论基础——论行政机关与相对一方的权利义务平衡》，《中国法学》，1993 年第 1 期；罗豪才、沈岍：《平衡论对现代行政法的一种本质思考》，《中外法学》，1996 年第 4 期；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 1 页。