

平衡论：

一种行政法认知模式

沈 岍 著

PINGHENGLUN:
YIZHONG XINGZHENGFA
RENZHI MOSHI

现代行政法论著

罗豪才

姜明安

王 强

北京大学

平衡论：一种行政法认知模式

The Balance Theory: A Cognition
Pattern of Administrative Law

沈 岍 著

北京大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

平衡论:一种行政法认知模式/沈岿著. —北京:北京大学出版社,1999. 2

ISBN 7-301-04022-9

I. 平… II. 沈… III. 行政法-平衡论-研究 N. D912. 1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(98)第 00175 号

书 名: 平衡论:一种行政法认知模式

著作责任者: 沈 岿

责任编辑: 张晓秦 王 卫

标准书号: ISBN 7-301-04022-9/D · 0410

出 版 者: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区中关村北京大学校内 10087

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn/cbs.htm>

电 话: 出版部 62752015 发行部 62754140 编辑部 62752027

电子信箱: zpup@pup.pku.edu.cn

印 刷 者: 北京大学印刷厂印刷

发 行 者: 北京大学出版社

经 销 者: 新华书店

850×1168 毫米 32 开本 10 印张 250 千字

1999 年 3 月第一版 1999 年 3 月第一次印刷

定 价: 16.80 元

《现代行政法论著系列》编委会

主 编 罗豪才 姜明安

编委会委员(以姓氏笔划为序)

马怀德	于 安	方世荣	叶必丰
冯 军	刘 恒	沈 岿	杨海坤
杨建顺	陈端洪	罗豪才	周汉华
姜明安	胡建淼	袁曙宏	湛中乐

序 言

20 世纪即将过去,21 世纪即将来临。

21 世纪的法制将进入较健全、成熟的行政法时代。

中世纪和中世纪以前,人类法制长期处在刑法时代。刑法时代法制的主要特征是:刑法在整个法律体系中占主导地位;法由少数统治者(主要是君主)制定;法的功能主要是治民,维持统治秩序。中世纪以后,法制逐步进入民法时代。民法时代法制的主要特征是:民商法在整个法律体系中占主导地位;法主要由代议机关制定;法的重要功能是调整社会经济关系,维持商品经济、市场经济的秩序(当然,其目的或目的之一也在于维持统治秩序)。20 世纪,人类法制开始进入行政法时代。行政法时代法制的主要特征是:行政法在整个法律体系中占重要地位;法在人民通过各种形式、各种途径直接参与的前提下由代议机关(人民代表机关)制定,但行政机关通过授权和固有的规章制定权越来越多地实际行使立法权;法的重要功能之一是为人民直接参与行使国家权力、直接参与国家管理、直接参与对国家权力行使的监督提供运作程序和保障的规范机制,调整 and 平衡人民与政府、政府与社会以及公民、法人和其他各种组织、各种利益集团之间的关系。

人类法制在 20 世纪开始进入行政法时代,这是就世界法制发展的总体进程而言的。如果分别考察各别国家的法制发展水平,则有的国家目前仍处在刑法时代,更多的国家尚处在民法时代,已进入行政法时代的国家只是少数。

中国在 20 世纪八十年代以后,刑法、民商法、行政法均开始发展,但只到九十年代,市场经济体制才开始建立,民商法才算真正有了在法律系统中起主导作用的环境,中国法制可以认为进入了民法时代。至于行政法,中国虽然已经有了若干部可以称得上法典的大法,如《中华人民共和国行政诉讼法》、《中华人民共和国国家赔偿法》、《中华人民共和国行政处罚法》、《中华人民共和国行政监察法》和即将出台的《中华人民共和国行政复议法》等,但离行政法时代却还有相当的距离。因为行政法时代意味着民主、法治达到了较为发达的水平:民主已由代表制民主发展到参与制民主,法治已由依法治国、依法行政发展到法治国家、法治行政,法治标准已由实体法标准扩展到程序法标准,由量的标准(有法可依)扩展到质的标准(可依的法是良法)。而现在,我们还没有完全解决代表制民主、依法治国、依法行政、有法可依,有实体法可依的较为传统的民主、法治问题,对于参与制民主、法治国家、法治行政、制定完善的程序法,增进法的民主性、科学性(所谓“良法”)等现代民主、法治问题,我们就更还未找到较完满的解决方案,甚至没有太多的时间和精力来考虑和研究解决此类问题的完满方案。虽然我们现在在发展传统民主、法治的同时,也在逐步发展现代民主、法治,但这种发展远还没有达到一个转折点:由民法时代进入到行政法时代,或者说还远没有达到健全、成熟的行政法时代。

西方国家的法制,从一个时代过渡到另一个时代,通常经过几个世纪。我国的情况不同:我国法制的历史比西方国家久远得多,但我国的刑法时代延续得太长太长,以至民法时代到来,西方国家已进入行政法时代了。我们不能等民法时代结束再自然地步入行政法时代。我国的市场经济形成比西方国家晚得多,但其发展却要快得多。商品经济、市场经济的形成必然导致民法法制,市场经济的发展必然导致行政法法制。所以我国的行政法时代将紧接着民

法时代到来。为迎接行政法时代的到来,我们已经做了大量的工作:其一,推进经济和政治体制的改革,使我国尽快形成行政法法制的土壤和环境;其二,加强行政法的立法,为建立民主、法治国家提供形式条件;其三,改进行政法的执法和司法,促进行政法由法制变成法治,由静态变成动态;其四,加强法制、法治的宣传、普及,提高国民的行政法意识,为建立民主、法治国家提供实质条件;其五,开展行政法研究,为健全、完善行政法制、法治提供理论指导,为行政法时代的法制、法治绘制蓝图。

第五项工作——行政法的研究工作,我们做了,但做得还很不够:我们的研究还缺乏广度,在宏观上,未能对行政法治整个系统工程进行通盘的、全面的考察,在微观上,未能对行政法治的各个具体环节、具体制度进行逐一剖析;我们的研究还缺乏深度,在基本理论上,尚未形成能全面、深刻解释、说明整个行政法制、法治体系,能作为指导行政法时代法制、法治建设理论基础的完善的学说,尽管有控权论、管理论、平衡论等学说先后问世,而且平衡论获得越来越广泛的社会认同,但该学说很多方面仍还有待完善,在对行政法制、法治实践的研究上,我们对行政立法、行政执法、行政法制监督、行政救济、行政诉讼等行政法运作实践中提出的大量问题,其中有不少尚未能给予深刻、精辟地阐释,为实践提供有价值的科学的解决方案,尽管近年来行政法学在实证研究上取得了进展,有若干专著问世,但总体上仍是很不够的。

为了满足行政法制、法治发展实践对理论的需要,我们准备在10年到20年的时间里陆续向社会推出一套现代行政法理论专著系列。这套理论专著系列有下述特点:

其一,著作者均为取得法学博士学位的年轻学者(或博士生导师、硕士生导师)。这些学者学识渊博,思想敏锐,具有很强的开拓精神和创新意识。

其二,著作内容涉及的均是现代行政法的较深层次的理论问题。对这些问题的研究和解决关系到行政法学的发展前景,关系到行政法制的性质和行政法治的进程,关系到行政法时代蓝图的绘制及其近期、中期、远期实施方案的设计。很显然,这些研究、探讨既具有重要的理论意义,又具有很强的实践价值。

其三,著作者采用的研究方法是综合性的。首先,他们运用哲学的方法,从本体论和方法论的角度探讨行政法、行政法制、行政法治是什么,可能是什么,应该是什么和从什么角度、以什么手段、用什么方法求得结论的问题;其次,他们运用政治学的方法,对行政法治与民主政体、权力分配与权力制约、人民参与与行政效率、公民权利与政府权力的关系进行探讨,力争打破行政法学与政治学的严格界线;再次,他们还运用社会学的方法,对非国家机关的社会组织、社会团体的公权力性质、范围、行使方式,以及国家权力向社会转移的形式、途径和法律在这种转移过程中的作用等问题进行研究,赋予行政法学以更广阔的视野;此外,他们也运用比较法学的方法,对世界各国的行政法制、行政法治进行横向比较,对民法时代、不成熟的行政法时代、成熟的行政法时代条件下的行政法制、行政法治进行纵向比较,通过比较获得规律性的认识。

当然,我们的这项工程刚刚开始。我们没有经验,在运作过程中难免会发生这样那样的问题,能否实现我们预期的目标,还有待我们各位著作者和组织、编辑、出版者的努力。我们希望,并且力争以第一流的成果奉献读者,奉献给新的世纪、新的千年。

姜明安
1999年元旦

The Balance Theory :

A Cognition Pattern of Administrative Law

Abstract

This dissertation is an effort to further rationalize and systematize the Balance Theory of Modern Administrative Law, which was initiated by my advisor, Professor Luo Haocai.

In the Introduction part, I first manage to establish a fundamental concept, cognition pattern of administrative law, as will lead the whole dissertation. This concept indicates the logical basic ideas or theory of administrative law reached on the basis of some presumptions and methods, and of observations of the phenomena and the essence of administrative law. By virtue of this concept, I hope to determine the nature of the Balance Theory and its opposites, the Control Theory and the Regulation Theory. I try to point out that they are abstracted from the reality and have no absolute correspondings in the reality. They are created in order to guide the deeper cognition of concrete parts of administrative law, and not to provide comprehensive elaborations and explanations of the history and the present of administrative law and it's all particular institutions. They do not aim at resolving each problem of administrative law. Having expounded the above concept, I then summarize the development of the Balance Theory, and set out the plot and framework of this dissertation as a whole.

Chapter one discusses some basic methods adopted by the Balance Theory for cognition of administrative law. They include inquiry into the essence, contradiction analysis, observation of

history, establishment of ideal-types and integrative and systematic cognition, etc. The focus is put on the discussion of questions such as why these methods are adopted, whether they are appropriate, how they are applied and in what extent the conclusions drawn from the application of these methods are reliable. The main point here is that the Balance Theory is founded on the relative rationalism. It attempts to get fairly objective and definite understandings of the past and the present of administrative law through these methods, but it does not make a wild assertion that its conclusions are absolute.

Chapter two concerns the analysis by the Balance Theory of traditional cognition patterns of administrative law. In this part, I summarize the fundamental ideas of the Control Theory and the Regulation Theory, and explain the historical context and the reasonableness and limits of the two traditional cognition patterns. Based on the analysis, I want to point out that the Control Theory and the Regulation Theory were not in a single-line process of historical evolution, however, they once coexisted in the history that were to a great extent relative to the different realizations of state-society relation and other contextual elements.

Chapter three sets forth the cognition by the Balance Theory of the main characteristics and development tendency of modern administrative law. The discussion spreads out in the following four aspects; (1) the state foundation of modern administrative law; (2) the right and obligation relations between modern administrative agencies and citizens; (3) social justice and the values of modern administrative law; (4) the structure and functions of modern administrative law. This part aims at proving

that the Balance Theory is a new cognition pattern that comparatively better reflects the development of administrative law in some developed countries and in China.

Chapter four discusses some potential normative effects of the Balance Theory on the rule of law in China, as concentrates on two aspects, i. e. adoption of the method of balancing interests in administrative law and construction of balance mechanisms of administrative law. In this part, I do not mean to expound comprehensively the potential normative effects of the Balance Theory. Using the two illustrations, I just attempt to make it clear that the Balance Theory is not a pure theory without any practicability. On the contrary, as a cognition pattern, it can provide guidance in many fields to improve administrative law in China. However, the more concrete and deeper normative effects need to be explored by combining the Balance Theory with much more practice, which it is impossible for this dissertation to touch upon.

Key Words:

cognition pattern of administrative law, the balance theory, the control theory, the regulation theory

目 录

序言	1
英文提要	1
导 言	1
一、什么是行政法认知模式	4
二、平衡论的创建和探索	8
三、本文的构思和框架	13
第一章 平衡论—认知行政法的方法	17
第一节 本质探索的方法	18
一、问题的引出	19
二、一种新本质观	21
三、理性探索及其限制	24
第二节 矛盾分析的方法	27
一、矛盾分析是纯粹先验的吗?	27
二、矛盾分析的原则	31
三、矛盾分析与平衡范畴	35
第三节 历史观察的方法	38
一、历史与现时的互动	38
二、历史观察:一种解释	41
三、寻找并非必然的规律	43
第四节 建构理想类型的方法	45
一、理想类型的涵义与意义	46
二、类型构成:变项的比较	50
第五节 整体的、系统的认知方法	54

一、一个整体、系统的视角	55
二、整体观照和局部、具体探幽	58
小 结	60
第二章 平衡论对传统行政法认知模式的评析	64
第一节 控权论和控权法	67
一、基本理念构成	68
二、若干背景因素	78
三、合理性与局限	91
第二节 管理论和管理法	104
一、模式的主要特征	111
二、促成模式的若干因素	124
三、合理性与局限	139
小 结	144
第三章 平衡论对现代行政法的认知	146
第一节 现代行政法的国家基础	149
一、西方行政国的兴起	149
二、社会主义国家的非管制化	157
三、两类国家的某种趋同	164
第二节 现代行政机关与公民的权利义务关系	173
一、行政法主体权利义务的演变	173
二、现代行政机关和公民法律关系的本质	183
第三节 社会正义和现代行政法价值	194
一、安全、自由和平等	196
二、公正和效率	204
第四节 现代行政法的结构和功能	212
一、对现代行政法结构的一个透视	212
二、功能:对行政机关和公民的作用	219
小 结	226

第四章 平衡论对当代中国行政法治的理论规范·····	228
第一节 行政法上利益衡量方法的探索·····	230
一、平衡论和利益衡量方法 ·····	231
二、公共利益和个人利益的划分及其相对性 ·····	237
三、利益衡量的一般方法和原则 ·····	245
第二节 行政法平衡机制的构建·····	260
一、行政主导和社会自治、民主参与相融合的机制 ·····	261
二、行政优先和法律监督、权利救济有机结合的机制 ·····	270
三、国家权力分立和制衡的机制 ·····	276
小 结·····	281
参考文献·····	282
后 记·····	295

CONTENTS

Abstract	1
English Abstract	1
Introduction	1
Section 1 A Concept: "Cognition Pattern of Administrative Law"	4
Section 2 The Initiation and Development of the Balance Theory	8
Section 3 The Plot and Framework of This Dissertation	13
Chapter One Methods by the Balance Theory for Cognition of Administrative Law	17
Section 1 Inquiry into the Essence	18
1. Why Inquiry into the Essence	19
2. A New Idea of Essence	21
3. The Exploration of Reason and Its Limits	24
Section 2 Contradiction Analysis	27
1. Is Contradiction Analysis Purely A Priori	27
2. Principles of Contradiction Analysis	31
3. Contradiction Analysis and the Concept of Balance	35
Section 3 Observation of History	38
1. Interaction between the History and the Present	38
2. The Observation of History: an Explanation	41
3. Seek Not Inexorable Law in the History	43

Section 4	Establishment of Ideal-Types	46
1.	What Is Ideal-Type	50
2.	Component Parts; the Comparison of Variables	54
Section 5	Integrative and Systematic Cognition	
1.	An Integrative and Systematic Viewpoint	55
2.	Integrative Survey and Partial, Concrete Exploration	58
Conclusions		60
Chapter Two	Analysis by the Balance Theory of Traditional Cognition Patterns of Administrative Law	64
Section 1	The Control Theory and the Control Law ...	67
1.	Fundamental Ideas	68
2.	Several Elements in the Historical Context	78
3.	Reasonableness and Limits	91
Section 2	The Regulation Theory and the Regulation Law	104
1.	Fundamental Ideas	111
2.	Several Elements in the Historical Context	124
3.	Reasonableness and Limits	139
Conclusions		144
Chapter Three	Cognition by the Balance Theory of Modern Administrative Law	146
Section 1	The State Foundation of Modern Administrative Law	149
1.	Rise of Administrative State in the Western World	149
2.	Deregulation in the Socialist States	157
3.	A Trend to Similar State-Society Relation in the Two Kinds of States	164

Section 2	The Right and Obligation Relations between Modern Administrative Agencies and Citizens	173
1.	The Development of the Rights and Obligations of Administrative Agencies and Citizens	173
2.	The Essence of the Legal Relation between Modern Administrative Agencies and Citizens	183
Section 3	Social Justice and the Values of Modern Administrative Law	194
1.	Safety, Freedom and Equality	196
2.	Fairness and Efficiency	204
Section 4	The Structure and Functions of Modern Administrative Law	212
1.	A Perspective of the Structure of Modern Administrative Law	212
2.	Functions of Modern Administrative Law to Administrative Agencies and Citizens	219
Conclusions		226
Chapter Four	Potential Normative Effects of the Balance Theory on the Rule of Law in China; through Two Aspects	228
Section 1	Adoption of the Method of Balancing Interests in Administrative Law	230
1.	The Balance Theory and the Method of Balancing Interests	231
2.	The Differentiation between Public Interest and Individual Interest and Its Relativity	237
3.	General Principles of Balancing Interests	245