

现代行政法的 平衡理论

第二辑

罗豪才等著



北京大

书馆

现代行政法的平衡理论

第二辑

罗豪才 等著

北京大学出版社
北 京

图书在版编目(CIP)数据

现代行政法的平衡理论·第二辑/罗豪才等著. —北京:北京大学出版社, 2003. 6

ISBN 7-301-06356-3

I. 现… II. 罗… III. 行政法-平衡论-研究 IV. D912.101

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 044793 号

书 名: 现代行政法的平衡理论·第二辑

著作责任者: 罗豪才 等著

责任编辑: 诸葛蔚东

标准书号: ISBN 7-301-06356-3/D·0747

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区中关村 北京大学校内 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn> 电子信箱: zpup@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

排 版 者: 北京高新特打字服务社 51736661

印 刷 者: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

890 毫米×1240 毫米 A5 开本 13.5 印张 388 千字

2003 年 6 月第 1 版 2003 年 6 月第 1 次印刷

定 价: 25.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,翻版必究

前 言

现代行政法起源于西方,是资本主义市场经济和民主政治发展的产物。行政法学历经数百年的发展,已逐步形成具有学科特点的基础理论。由于行政法调整的对象主要是行政权力与公民权利的关系,受各国经济社会文化发展的制约以及国际环境的影响,因此各国行政法理论有同有异。上世纪80年代后期以来,一些国家着力进行行政改革,强调放松管制,强调管理市场化等,在此背景下,行政法学理论研究也出现了新的动向,如引进新的方法或转换研究范式,民主性更为突出,各国行政法制的动态特征差别在拉大。为了繁荣行政法学,促进我国行政法制持续健康发展,我们要坚持行政法的基本原则,弘扬民主法治精神,但又不拘泥于传统的行政法理论模式;既要学习外国,更要总结自己的经验,坚持实事求是,与时俱进,开拓进取。

这十余年来,我们努力探索适应我国转型社会发展需要的行政法基础理论,即现代行政法平衡理论。现代行政法平衡理论是在邓小平理论的指引下产生和发展起来的,比较符合国情,与国际潮流并行不悖,具有相对的合理性和较强的适应性。这个理论体系是开放的,其机制是灵活的,其论述的层面和方法是多样的,因而它具有很强的融合力和广泛的发展空间。1993年,我和两位研究生发表了第一篇有关行政法基础理论的文章,提出一个命题:现代行政法应该是平衡法^①,引起了同行的兴趣。许多同志撰文参加讨论,多数文章对该命题持肯定态度,并发表了许多很有价值的观点,也有质疑甚至反对的意见,这些意见对我们进一步思考整个理论体系和今后研究的重点很有帮助。为了查阅方便和研究的需要,我们将这些论文编辑成

^① 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。

册,取名《现代行政法的平衡理论》(北京大学出版社,1997年版)。该书出版后,在社会上进一步引起了关注,参与讨论的专家学者比较踊跃,发表了一些高质量的论文。令人兴奋不已的是,近五年来,有多达11本的有关平衡理论的专著相继问世(见本书附录)。这些论著有的着重实践经验的总结,有的偏重哲理分析,有的则广泛引用相关学科的知识和方法,或采用历史、比较的方法论述行政法的基本问题等等,可以说各具特色,但主题明确、中心突出,都旨在阐述和发展现代行政法平衡理论。

我们倡导的现代行政法平衡理论是集体智慧的结晶,不是个人或几个人的创造。我认为,重大的科研项目往往要依赖集体的智力活动,自然科学许多重大项目取得成功的经验证明了这一点。在社会科学研究中,特别是涉及某些重大的基础性课题,应当倡导在个人努力的基础上进行集体合作,这有利于资源的整合,优势互补,发挥更大的效益。加之这些重大课题是随着实践的发展和认识的深化而不断发展,不可能通过几篇文章和一本专著就能穷尽它的道理。现代行政法平衡理论的研究虽然取得很大成就,但从整体上看,仍不够成熟,有待进一步全面系统地论证。有些领域的研究尚待开拓,如现代行政法平衡理论的宪政背景。公民权与行政权的关系,只是公民权与整个公共权力关系的一个组成部分。行政法权利(力)结构与宪政结构、行政法与公法的相互关系、行政法制度与公法制度乃至整个政治制度的关系等,都有待深入探讨、综合分析。现有平衡理论的研究从公法角度看,只是走出了第一步,行政法研究的道路还很长、很艰巨。再一个问题是现代行政法平衡理论发展的国际背景。现代行政法平衡理论是在国内深化改革和对外扩大开放的条件下产生和发展起来的,深受国际环境以及相关学科直接或间接的影响。应该说,我们是注意积极吸收国外的研究成果的,但比较零碎,不系统,不深刻,尤其对国外行政法现状的研究还相当薄弱,特别是在经济全球化进程中,如何在行政法学发展的主流中发挥我国应有的作用和影响,还有很多工作要做。总之,我国行政法学的发展任重道远,我们应继续坚持以邓小平理论和“三个代表”的重要思想为指导,按照十六大精神指引的方向,解放思想、实事求是,发挥协作优势,使公法平衡理论研究更深

入、更扎实地进行下去。

为了总结经验,汇集成果,激励学术争鸣,我们编辑出版了《现代行政法的平衡理论(第二辑)》,主要收集近五年来在国内知名报刊上正式发表的有关平衡理论的论文,对于网上发表的论文一概未收入。有关平衡理论的学术专著的书名、作者和出版社一并附后。一些相关的著作、教材的个别章节评介平衡理论的文字和外文的译介亦未收入,留在今后另行编辑。

在本书的编辑出版过程中,同上一辑一样,得到学界诸多同仁的大力支持,得到一大批报刊的支持和帮助,从而使本书的组稿得以顺利进行。国家行政学院的宋功德博士为本书稿件的收集整理做了大量工作,北京大学出版社的杨立范、诸葛蔚东等同志为本书出版付出了辛勤的劳动。对他们的支持与帮助,在这里一并表示衷心的感谢!

罗豪才

2003年2月

目 录

前言	罗豪才(1)
行政法的核心与理论模式	罗豪才(1)
行政法学与依法行政	罗豪才(9)
行政法的失衡与平衡	罗豪才 宋功德(23)
现代行政法学与制约、激励机制	罗豪才 宋功德(51)
社会转型中的我国行政法制	罗豪才(70)
现代行政法制的发展趋势	罗豪才(83)
论发展变化中的中国行政法律关系	罗豪才 方世荣(96)
各国行政法学的主要流派	姜明安(113)
论行政权、行政相对方权利及相互关系	崔卓兰(127)
对当代行政法主体双方地位平等的认识	
——从行政相对人的视角	方世荣(137)
对平衡论质疑的回应	宋功德(155)
论行政法治原则的地域化	宋功德(170)
寻找均衡——行政过程的博弈分析	宋功德(200)
权利至上、制度设计及其运作	
——行政权与公民权平衡中的行政法	董 炯(232)
行政法平衡理论比较研究	包万超(258)
传统行政法控权理念及其	
现代意义	沈 岿 王锡锌 李 娟(286)
行政法中平衡论的对立观念探源	李 娟(301)
关于平衡论的背景、方法、范式和标准的思考	方 军(311)
公众有效参与：行政法权利(力)结构	
趋向平衡之路径	李凌波(325)

平衡于制约、激励之间

——《中关村科技园区条例》行政法机制实证分析

..... 宋功德(340)

关于平衡理论的性质分析与价值探讨..... 赵希洋(362)

关于现代行政法的平衡机制及其功能分析..... 刘泽军(372)

浅谈“平衡论”对我国行政程序

立法的影响..... 王贵祥 陈 阳(380)

控权—平衡论

——兼论现代行政法历史使命..... 郭润生 宋功德(387)

再论控权—平衡..... 郭润生 马晓敏(402)

控权是平衡论的核心

——关于行政法理论基础的思考..... 潘云华(415)

附录 有关平衡论的学术著作(1997—2003)..... (424)

行政法的核心与理论模式^{*}

罗 豪 才

内容提要：从平衡的视角认识行政法的核心，构筑理论模式有着深刻的社会背景和重要意义。就我国来说，平衡理论不仅可以揭示行政程序的性质、行政法特有的不对等关系和行政法的功能，还有利于行政法方法的创新和引进，并可以为建立行政主体与相对方的良性互动平台以及调整行政法权利(权力)结构机制的构建提供理论支持和指导。

关键词：行政法 核心 理论模式 平衡理论

行政法的核心是什么?对这个问题可能有不同的回答,也可能有不同的理论模式和研究方法。传统的行政法学都以行政权为核心来构建理论体系。战前的大陆法系国家如德、日以及旧中国等,行政法学的核心概念就是行政权。这集中表现在行政法学理论体系的架构上。传统行政法学主要由三部分内容构成:一是行政组织法。行政组织、行政机关、行政主体,这三个概念的含义存在差别,运行机能也不尽相同,不是同等概念,但都与行政权有关,都是作为行政权的载体存在的。二是行政作用法或行政行为法,是有关行政权运作的表现形式和具体内容的法律。三是行政救济法。行政机关要为其权力的行使承担责任,给受损害的公民提供赔偿。总的说来,在历史上大陆行政法系国家强调以行政法为工具来保障行政权有效地行使,强调行政效率、公共利益等。

英美传统行政法理论体系由委任立法、行政程序和司法审查三

* 本文原载《法学》2002年第8期。

部分内容构成。这三个部分内容体现的中心原则是以权力制约权力。委任立法是通过立法权对行政权进行制约,行政程序是事中控制行政权,司法审查是司法权对行政权进行制约。可以看出,这种理论体系还是以行政权为核心来构建的,强调控权,不重视相对方应有的地位。

改革开放初期,由于当时行政法学还处于起步阶段,又急于回应社会实践的需求,便大量地从日本和我国台湾的教材中“移植”其概念、原则甚至理论框架。20世纪80年代中期以后,为制定行政诉讼法作理论准备,我国行政法学界曾围绕行政法与行政权的关系、行政法的性质和功能、行政法的基本原则等问题,展开一场关于行政法要“控权”、“保权”,还是“既要保权又要控权”的争论。我国1989年制定的《行政诉讼法》规定了“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职权”的立法宗旨,与这一阶段理论争论有密切的关联。

随着我国《行政诉讼法》的制定与实施,我国行政法学界对实践的发展做了比较深入的总结。人们逐步认识到,虽然以行政权为核心构建行政诉讼制度、强调维护和监督行政权,有其一定的合理性。但从整个行政法制、行政法学理论体系来看,其视角比较狭窄,思路比较短浅,形而上学的片面性比较突出,缺陷很多,难以揭示行政法内在质的规定性和发展的预期,不能适应时代发展的要求。事实上,二战后,特别是自20世纪80年代以来,无论是日本、美国还是欧洲,其行政法理论也不完全拘泥于传统的理论,也在不断探讨。^①这些都促使我们重新考虑行政法的核心问题。

当前,理论界已就行政法的核心问题达成了一定的共识,即应以行政权与公民权的关系为核心来重构行政法的理论体系。行政权不是一个孤立的概念,它只有同相关的概念结成一定关系,才有其实质意义。在行政法上,行政权与公民权是一对相互关联的范畴。行政法

^① 参见哈罗(Carol Harlow),洛林斯(Richard Rawlings),在*Law and Administration*《法律与行政》一书中关于行政法的“红灯理论”和“绿灯理论”的论述。和田英夫在《现代行政法》(中国广播电视出版社1993年版,第12页)一书中关于“对以公共权力为中心的行政法体系一直在传统的行政法中占主导地位,现在人们对此提出了疑问和批评,不断主张建立新的方法”的论述。

学归根到底也是权利义务之学。但是即便承认行政权与公民权的关系是行政法的核心,也不等于只有一种理论模式。对行政权力和公民权利相互关系的认识和定位的不同,以及价值取向、目标的差别,会形成不同的理论模式。

第一种理论认为行政主体和公民的关系是一种“支配与服从的关系”,把公民置于被管理、被支配的地位,主张二者法律地位不平等,强调维护行政特权。以这样的原则来构建的行政法理论体系,我们称之为“管理理论”。

第二种理论强调控制行政权、保护公民权利,主张通过立法、行政程序和司法审查来控制行政权,认为只有行政权受到严格控制,公民权利才有保障。其最大特点是突出监督行政的关系,我们称之为“控权理论”。第一种理论曾流行于德、日等大陆法系国家和实行计划经济体制的国家如前苏联等,第二种理论主要流行于英美等普通法系国家。应该说,近几十年来,德、日以及普通法系国家的行政法学已有长足的进步,无论在体系、方法、原则、规范,还是在行政法的适用范围等方面都有所创新,值得我们高度重视并加以借鉴,但也应当看到,他们的行政法理论模式没有根本性的改变。

第三种就是我们所倡导的现代行政法的平衡理论。我们认为,行政法关系的各方主体都是能动的,扩张的,又有两重性。双方既对立又合作,是行政法制发展的根本原因。行政法对双方主体既要加以制约,又要加以激励。当然在中国现有的法治条件下,我们应该重点强调制约行政权。行政主体应维护和增进相对方的合法权益,行政相对方要理解和支持行政主体的执法行为,特别是要通过互动的参与机制形成和谐、合作的行政关系格局。我们的理论框架正是建立在此基础上的。因此,以行政权与公民权的关系为核心构建行政法理论体系,至少有三种模式。这些模式在价值取向、目标、规范体系、制度体系的设定,以及行政法治原则的适用范围和要求等方面都存在差别。^②

^② 关于行政法的三种理论模式,即“管理理论”、“控权理论”和“平衡理论”产生的时代背景、历史过程以及它们之间的相异之处,我曾有一些论著中论及,也有其他同志的相关论著可以参考。参见罗豪才主编:《现代行政法的平衡理论》,北京大学出版社1997年版。

在行政法学的研究中,是否还存在别的研究视角?是否还有别的研究范式,或者别的理论模式?回答是肯定的。行政法现象纷繁复杂,并在发展之中,随着人们的认识不断深化,行政法的研究方法也呈现多样化,理论模式决不会是单一的。何种理论模式更具合理性,有待时间的考验。

我们认为,行政法的平衡理论作为一种理论模式,有如下独特的创见和价值:

(一) 平衡理论为建立行政主体与相对方的良性互动平台提供理论支持

行政领域十分广泛,具体关系多种多样,非常复杂。但随着现代行政的发展,以“命令—服从”为特征的强制性行政行为的范围将日益缩小,而以协商、引导等方式实施的行政指导、行政合同行为将大量增加。激励性规则的引进,将极大地改善行政主体与相对方之间良性互动的关系。平衡理论认为,要构筑行政主体与相对方良性互动的平台,必须保证行政法关系主体之间平等的法律地位。从我国宪法上看,这个问题早已明确。但仍有不少人认为,“行政法是以公共利益为本位的公法”,“主体地位不平等是行政法的本质特征”。我们认为,主体地位平等是现代行政法治的重要标志,就我国当前转型的社会形态而言,首先要逐步提升相对方的法律地位,使其成为独立的主体;其次,要调整行政主体的职能,改革行政权力的运作方式;第三,要加强社会组织建设,增强其公共治理能力;第四,要尽量发挥其他国家机关的制约作用,保证行政机关和相对方权利义务处于动态平衡。

(二) 平衡理论为调整行政法权利(权力)结构机制的构建提供理论指导

在行政法实践中,由于受各种因素的影响,行政主体和公民之间的权利义务关系总是处于不断变化之中的,作为最优化的平衡状态是相对的,不平衡状态则是绝对的。平衡理论不仅在行政法研究方法和理论体系上有所创新,同时非常注重对行政法制度的研究,主张构建调整权利结构的机制,明确评价权利结构平衡与失衡状态的标淮,并通过相应的手段对影响权利结构平衡的各种因素进行有效的

调整,以维护和实现相对平衡的状态。

平衡理论认为,有效的机制是发展和维持一种良好行政法制度的重要保障。如果没有良好的机制调整行政权力与公民权利的结构,一个完美的制度设计就无法在运作中发挥现实作用。因此,行政法学不但要对制度本身进行研究,还要研究相应的机制,通过机制的有效运作,实现公民权利和行政权力的平衡。

在行政法机制的构建上,应当特别注重对激励机制的研究。建立激励机制是现代行政法制建设的一个重要任务,这是由现代市场经济、现代行政以及民主政治的发展趋势所决定的。而这些机制的构建与权力的配置、行政程序的设置以及司法审查的范围和标准有着密切的联系。

(三) 平衡理论揭示了行政法特有的不对等关系

平衡理论揭示了行政法关系的本质特征,认为每一个具体关系都是不对等的。一般情况下,在实体行政法律关系中,行政主体和相对方形成行政机关为优势主体、相对方为弱势主体的不对等关系;在程序法律关系和司法审查关系中,则形成另一种反向的不对等关系。^③ 不对等关系是行政法关系不同于私法领域的其他法律关系的最重要特征。在行政法关系中,一定的不对等关系的存在是必要的,但不等于所有的不对等关系都是必要的和合理的,也不等于不同性质的不对等关系必然形成平衡的行政法关系。

平衡理论对行政法中不对等关系的揭示,有助于行政法在权利义务配置的合理化方面取得突破。我们在研究特定行政法律关系中的不对等关系的形成过程的同时,还要研究正向不对等关系的必要性、行政指导和行政合同等非强制行政行为过程中形成的不对等关系的特征和行政程序、司法审查中的反向不对等关系等相关问题。

另外,我们还需要进一步研究具体的行政法律关系中不对等程度的区别,具体法律关系的不对等与行政法关系平衡之间的内在联

^③ 参见罗豪才、袁曙宏、李文栋:《现代行政法的理论基石》,《中国法学》1993年第1期;罗豪才、甘受:《行政法的“平衡”和“平衡理论”范畴》,《中国法学》1996年第4期。

系及其与行政程序和诉讼程序制度构建之间的关系。把不对等关系问题的研究与行政管理、行政程序和司法审查的具体制度安排相结合,改善公民权利和行政权力的结构。

(四) 平衡理论揭示了行政程序的性质

行政程序制度的建构对于建立和维持公民权利和行政权力的平衡具有不可替代的重要作用,而对行政程序性质的研究和探索至关重要。行政程序规范对于行政机关而言既可以是权利性规范也可以是义务性规范。不同学派持不同的主张,集中体现了不同的程序性价值取向。平衡理论把行政程序界定为行政行为的时间和空间的表现形式,并根据双方的情势,认为行政程序法应重点制约行政主体的行为,应为其设定更多的义务性规范。但不同的行政行为其适用的程序的性质应有所不同,行政相对方亦应遵守必要的义务性规范。

平衡理论认为,义务性的行政程序规范,其制度的设计应当充分考虑行政行为对相对方权利的影响程度,不应是越复杂越好,越严格越好,而是要根据行政行为的不同,做出不同的安排。对于严重影响相对方权利的行政行为,如行政处罚、行政强制措施和行政许可等,应当设置严格的行政程序,以规范行政行为,防止行政权力滥用;对于不会严重影响或者不会直接影响相对方权利的行政行为,如行政指导行为、行政合同行为、行政建议行为等,应当设置相对宽松的行政程序,要给行政机关积极行政、充分行使行政自由裁量权留有余地。

(五) 平衡理论有利于行政法方法的创新和引进

促使行政主体和相对方进行良性互动、进而调整权利结构的方法是多种多样的,平衡理论主张运用各种有效方法实现权利义务的均衡化。这有利于方法论的创新和引进。除了传统的历史、比较和逻辑等方法外,平衡理论更多地运用博弈和利益衡量的方法,研究行政法的制度、机制和规范。

在某种程度上讲,行政立法是一个通过博弈的方法使各方达成共识或达成一定的共识,并通过一定的程序上升为法律 and 政策的过

程;行政管理是行政机关和相对方在既有的规则(法律规范和行政政策)的框架内的博弈过程。平衡理论为引进博弈方法研究行政法问题提供理论上的可能,而博弈方法有助于分析和解决行政机关和相对方的动态矛盾,为制度的设计和机制的构建提供实证依据。博弈方法的引进,有利于促进作为博弈规则的法律规范和行政政策公平、公开,并有利于优质的行政对策的产生和行政管理质量的提高,对于揭示行政法的价值取向也有重要意义。

由于公共利益和私人利益在司法审查案件中有着充分的体现,利益平衡已经是一个不可忽视的司法方法。平衡范畴不仅体现行政权力和公民权利的状态,同时也体现一种方法。在司法过程中,利益衡量是法官审视行政法主体之间博弈是否符合原则和规则的重要方法;同时,利益衡量也是在司法解释和司法裁判的过程中促使利益最大化的重要方法。这种方法正在司法审查的各个领域受到重视并得到不断运用。

(六) 平衡理论揭示了行政法的功能

关于行政法的功能问题,理论界历来争议很大。我们可以换一个思路,从平面思维转换到立体思维,可以认识到行政法应当为行政主体和相对方良性互动构建一个平台。在这个平台上,首先,行政法为行政机关和相对方提供一定的程序和机制,使各方有可能充分表达自己的利益主张。^④ 这种利益主张的表达可以在某种程度上体现为一个政治过程,但更多的应当体现为一个行政过程,这就要求行政程序的公平、公开和公正。其次,行政法还应当为行政机关和相对方合理的利益主张的实现提供渠道和保障。其三就是权利补救的问题,即当相对方的权利受到侵犯时,提供后续的制度和机制作为补救的保

^④ 美国学者理查德·B. 斯图尔特认为,“历史上,行政法的根本前提始终是限制政府权力以保护私人自治”,然而,由于积极行政的出现,公民的参与,“私人行为和政府活动截然两分的领域已经融合在一起”。这个设想就不再是一个适当的模式了,外部对政府控制的原则已“无济于事了”。他更认为,“一个日益增长的趋势是,行政法的功能不再是保障私人自主权,而是代之以提供一个政治过程,从而确保在行政程序中广大受影响的利益得到公平的代表”。理查德·B. 斯图尔特:《美国行政法的重构》,沈岷译,商务印书馆 2002 年版,第 196—197,2 页。

证。此外,行政法不但应当具有为行政法主体利益主张得到代表并得以实现的功能,还应当具有保护行政法主体利益协调发展的功能。行政法的功能不应当简单地界定为维护公共利益或者保护公民权利,我们需要通过对行政过程的研究,揭示现代行政法的最高功能,并为行政法制建设提供理论支持。

尽管平衡理论提出了自己的创见,并在一定程度上推动了行政法基础理论的发展,但目前还存在一些有待于进一步深入研究的问题。今后,我们应当进一步加强对行政相对方行为、非强制性行政行为和市场机制与政府机制的关系等问题的研究。平衡理论是一种开放式的理论,自身也正在不断地完善。理论模式的变化,会引起行政法概念、原则和制度等方面的变化,也会引起行政法的价值取向和目标的变化。因此,我们必须深入研究,整体把握。行政法基础理论的研究,必须理论联系实际,坚持以邓小平理论和“三个代表”重要思想为指导,实事求是,与时俱进,不断开拓进取。

行政法学与依法行政^{*}

罗 豪 才

内容提要：行政法是调整行政关系和监督行政关系的法律规范的总和。行政法分散在各种法律形式中，不存在作为实体法的行政法典，但行政程序法在有的国家已制定。行政领域法律关系的特点在于行政权力与公民权利不是对等的，但却是平等的，它们应在对立统一中达到和谐与平衡，对二者都应形成适当的制约与激励机制。行政机关及其工作人员要做到依法行政，必须变人治观念为法治观念，变“重实体、轻程序”为实体与程序并重；必须习惯于被监督。

依法行政是行政机关及其工作人员的一项基本职责。因此，学习和掌握行政法的基本知识，应当成为对行政机关工作人员的一项基本要求。

一、行政法的定义及其形式

迄今，行政法没有统一的定义。学术界比较认同的主要有三种定义：

其一，行政法是关于公共行政的法。公共行政是行政中的一种，包括国家行政和行使某种公共职能的社会组织（如非营利性的行业、专业协会组织）的行政。还有一类行政是工商企业等的行政，这类行政，通常被称之为私行政。这是相对于前面说的公共行政而言的。我们重点讨论公共行政。

• 本文原载《国家行政学院学报》2000年第1期。