



15年北大行管考研第一名郑晗学员笔记

## 育明教育：《行政法学》复习指导笔记

### 第一讲 宪法与行政法的基础概念

#### 一、分权与制衡 (checks & balances)

分权与制衡是宪政的经典原理，它的含义有狭义和广义之分，前者是指立法、行政和司法分立与制衡，后者包括中央与地方、国家与社会的分权与制衡。

分权与制衡原理是孟德斯鸠在《论法的精神》中系统阐述的宪政原理：

当立法权和行政权集中在同一个人或同一个机关之手，自由便不复存在了；因为人们将要害怕这个国王或议会制定暴虐的法律，并暴虐地执行这些法律。

如果司法权不同立法权和行政权分开，自由也就不存在了。如果司法权同立法权合而为一，则将对公民的生命和自由施行专断的权力，因为法官就是立法者。如果司法权同行政权合而为一，法官便将握有压迫者的力量。

如果同一个人或是由重要人物、贵族或平民组成的同一个机关行使这三种权力，即制定法律权、执行公共决议和裁判私人犯罪或争讼权，则一切便都完了。

... ..

同一个机关，即是法律执行者，又享有立法者的全部权力。它可以用它的“一般的意志”去蹂躏全国；因为它还有司法权，它又可以用它的“个别的意志”去毁灭每一个公民。

[参见孟德斯鸠：《论法的精神》，张雁深译，商务印书馆，1993，156页]

在这个基础上，孟德斯鸠提出了自由和“以权制权”的经典定理：

在一个国家里，也就是说，在一个有法律的社会里，自由仅仅是：一个人能够做他应该做的事情，而不是被强迫去做他不应该做的事情。……自由是做法律所许可的一切事情的权利；如果一个公民能够做法律所禁止的事情，他就不自由了，因为其他的人也同样会有这个权利。

.....

一切有权力的人都容易滥用权力，这是万古不易的一条经验。有权力的人们使用权力一直遇到有界限的地方才休止。

.....

从事物的性质来说，要防止滥用权力，就必须以权力约束权力。我们可以有一种政制，不强迫任何人去做法律所不强制他做的事，也不禁止任何人去做法律所许可的事。

[参见孟德斯鸠：《论法的精神》，154页]

## 二、法治 (rule of law)

法治是与人治相对的概念，区别两者的标志是：当一个国家或政府的决策面临分歧的时候，是由某个人说了算还是依法定程序解决。前者是人治，后者是法治。法治的标志是存在一个法律之下的政府。

亚里士多德在《政治学》中的经典定义：

法治应包含两重意义：已成立的法律获得普遍的服从，而大家所服从的法律又应该本身是制定得良好的法律。

[亚里士多德：《政治学》，商务印书馆，1965，199页]

亚里士多德进一步指出了法治区别于人治的意义：

若要求由法律来统治，即是说要求由神祇和理智来统治；若要求由一个个人来统治，便无异于引狼入室。因为人类的情欲如同野兽，虽至圣大贤也会让强烈的情感引入歧途。惟法律拥有理智而免除情欲。

[Aristotle, The Politics, Book III, Ch, 16. 夏勇译，参见《法治是什么？》，《公法》第2卷2000]

戴西 (A. V. Dicey) 在《宪法研究导论》里，对法治作出了三项界定：

构成宪法基本原则的所谓“法治”有三层涵义，或者说可以从三个不同的角度来看。

首先，法治意味着，与专横权力的影响相对，正规的法律至高无上或居于主导，并且排除政府方面的专擅、特权乃至宽泛的自由裁量权的存在。

其次，法治意味着法律面前的平等，或者，意味着所有的阶层平等地服从由普通的法院执掌的国土上的普通的法律；此一意义上的“法治”排除这样的观念，即官员或另类人可以不承担服从管治着其他公民的法律的义务，或者说可以不受普通审判机构的管辖。……作为其他一些国家所谓“行政法”之底蕴的观念是，涉及政府或其雇员的事务或讼争是超越民事法院的管辖范围的，并且必须由特殊的和或多或少官方的机构来处理。这样的观念的确与我们的传统和习惯根本相忤。

最后，法治可以用作一种表达事实的语式，这种事实是，作为在外国自然地构成一部宪法典的规则，我们已有的宪法性法律不是个人权利的来源，而是其结果，并且是由法院来界定和实施的；要言之，通过法院和议会的行动，我们已有的司法原则得以延伸从而决定王室及其官吏的地位；因此，宪法乃国内普通法律之结果。

[Albert. V. Dicey, Introduction to the Study of the Law of the Constitution (1885), 1960, pp. 202-203.

夏勇译，参见《法治是什么？》，《公法》第2卷2000]

## 三、民主 (Democracy)

民主是与专制相对的概念，它的核心意义是指公民在自治权的基础上根据多数决策规则，决定公共事务和个人事务。

民主与法治的关系：民主=个人自治+法治

民主与自由 (freedom)

民主与个人主义 (Individualism)

先定约束与民主的悖论

民主的决策规则：A、一致同意（最高形式为公民公决）

B、绝对多数规则

C、过半数规则

D、相对多数规则

③ 有限多数规则：民主与对少数人的保护

阿克顿指出：“我们判断某个国家是否是个自由国家，最可靠的办法就是检验一下少数派享有安全的程度。”

[The History of Freedom in Antiquity, 1877 年]

费雷罗也指出：“在民主制度中，反对派像政府一样，是对人民主权生死攸关的机制。压制反对派就是压制人民主权。”

[G. Ferrero, The Principles of Power, 1942 年]

萨托利进一步指出：“每个人的自由也是全体人的自由，当我们属于少数时，这一点得到了最真实最具体的体现。抱歉得很，民主就是多数统治这一口号是不正确的，只有尊重和保护少数的权利，才能维护民主的力量和机制。总之，少数的权利是民主过程本身的必要条件。如果我们信奉这一过程，我们也必须信奉受少数的权利限制的多数统治。使民主作为一个不断发展的过程存在下去，要求我们保证全体公民（多数加上少数）拥有权利，这是民主运行方式所必需的。”

[乔·萨托利：《民主新论》，冯克利、阎克文译，东方出版社，1998，37 页]

④ 宪法改革与民主的最新发展趋势。

⑤ 民主与行政法的关系：现代行政法是民主的产物，行政法必须体现民主。行政法以保障人权为目标，要充分体现公民参与和政府的公开、公平、公正。现代行政程序法，如美国 1946 年《联邦行政程序法》，是行政法体现民主的集中反映。

#### 四、公共行政 (public administration)

① 分权理论与公共行政在宪法上的界定。

② 行政法上公共行政的范畴：形式意义的公共行政和实质意义的公共行政。

国家行政机关的行政。

准政府组织的行政。

政党（如中国共产党）和其他政治性社团（如工会、青年团、妇联）。

被授权的组织，尤其是事业性单位（如公立大学中的北京大学）。

各种自治组织和行业协会，如村民委员会、居民委员会、律师协会、注册会计师协会、进出口商会、足球协会等。

被授权的国营企业，尤其是民航、电讯、石化等垄断性国营企业，如中国电信、中国石化集团。

私人组织行使行政权，如美国在放松管制和新公共管理运动中兴起的私人监狱。

## 五、行政法 (administrative law)

理解行政法的几个视角，“关于行政的法律”。

关于公共行政的法律法规和基本原则的总称，它的核心是调整行政机关在行使权力的过程中与其它国家机关和公民的权力（利）义务关系。

行政法的渊源（一）：成文法渊源

A、国际公约、条约、协定

B、宪法

C、法律（全国人大及其常务委员会）

D、行政法规（国务院）

E、地方性法规（省、自治区、直辖市的人大及其常务委员会，省府市所在地的人大及其常务委员会，较大市的人大及其常务委员会，经济特区的人大及其常务委员会）

F、自治条例和单行条例（自治区、自治州和自治县的人大及其常务委员会）

G、部门规章（国务院的部委、行、署、直属机构）

H、地方政府规章（省、自治区、直辖市的政府，省府市所在地的政府，较大市的政府，经济特区的政府）

② 行政法的渊源（二）：不成文法渊源

I、习惯法

J、判例法

K、行政法的一般原则（如自然公正原则、正当程序原则、比例原则、公平负担原则）

③ 中国行政法中的潜规则

L、行政法与政策 M、行政法与意识形态 N、行政法与乡土社会的伦理规则

O、行政法与“批示”的法律意义 P、宗族主义、单位制与内部规则

④ 行政法的三种理论传统，或关于法律与行政的三种理论传统

功能主义传统（管理论） 规范主义传统（控权论） 法社会学传统（平衡论）

## 六、法治政府 (government of the law)

法治政府：是指一个具有合法性基础，建立在良法的基础上，遵守正当程序，合理行使自由裁量权，并对它的行为承担公平法律责任的政府。

法治政府的制度基础是：

行政权具有合法性基础

依法行政与“良法之治”

程序正义，诚实信用原则和对信赖利益的保护

自由裁量权的合理行使

基本人权保障与责任政府

存在独立和公正的司法审查制度

### [进一步思考]

1. 准确理解本讲 10 个基础概念的涵义及其法理意义；
2. 理解宪法与宪政的关系，分析现代宪政的制度基础；
3. 理解宪法与行政法的关系，分析行政法的宪法基础；
4. 理解民主与保护少数人权利的关系，分析行政法如何体现和保障民主；
5. 理解法治与行政法的关系，分析法治政府的制度基础。

### [进一步阅读]

[英]戴雪：《英宪精义》，雷宾南译，中国法治出版社，2001，第 85-113、227-247、421-437 页。

[美]乔·萨托利：《民主新论》，东方出版社，1998，第 23-42、65-96 页。

姜明安：《行政法与行政诉讼法》，北京大学出版社，2004，基础理论部分。

夏勇：“法治是什么？——渊源、规诫与价值”，《公法》第 2 卷 2000 年。

包万超：“儒教与新教：百年宪政建设的本土情结与文化抵抗”，《北大法律评论》（1998），第 1 卷·第 2 辑。

## 第二讲 百年回顾：晚清以来的立宪运动与行政法

### 一、苏联模式与法治的歧变（1949-1978）

#### （一）引用苏联法制时期（1949-1957）

1. 1949 年 2 月废除六法全书，宣布英美模式已过时，拒绝了西方的法治之路，转向苏联模式。
2. 苏联模式：把法律视作巩固中央集权，推行计划经济和社会管制的手段，苏联只有法律，没有法治。①在这种模式下，人民的基本权利是受到诸多的限制的，理论基础：眼前利益服从长远利益，个人利益服从集体利益，极端集体主义与公共利益理论。②在这种法律之上，建立一个强政府而不是有限政府，典型的特点是中央集权，没有严格的分权与制衡，实行党治。③在苏联模式下，行政法是管理老百姓的法律，又称“管理法”。④在这种模式下，对官员的控制不主要是通过法律，而是内部的惩戒。⑤没有独立的司法审查制度，缺乏公平、公正、公开的行政程序制度。

3. 1949-1957：严格学习苏联模式，提出依法行政，颁布行政法律、法规 800 多部，主要是发展行政组织法、行政管制法和监察法。没有建立起民告官的诉讼制度、没有行政复议、没有建立国家赔偿制度、没有注重公正的行

政程序。

4. 1954 年颁布了《中华人民共和国宪法》，但本法没有有效实施。

## （二）无法时期：1958—1978

1958 年 8 月，毛泽东面对大跃进中群众的“冲天干劲”，明确提出“要人治，不要法治”，他说“法律这个东西没有也不行，但我们有我们的一套，……不能靠法律治多数人，民法、刑法那么多条文谁记得住？宪法是我参加制定的，我也记不得。”刘少奇当时也认为，比较法治和人治，看来还是人治可靠些，法律只是办事的参考。相应的，中央政法小组在《关于人民公社化后政法工作一些问题向主席、中央的报告》中提议，刑法、民法、诉讼法已经没有必要制定。自此 20 年来（1958—1978 年），作为中国最高权力机关和立法机关的全国人大除了在 1975 年、1978 年为顺应当时“阶级斗争”和“无产阶级专政下继续革命”的形势而重新颁布两部宪法典以外，不再制定过一项新的法律或法令。关于中国这段“只有宪法，没有宪政，只有人治，没有法治，只有个人专断，没有普遍民主”的历史，中共中央已经结论性地写进了《关于建国以来党的若干历史问题的决议》。

## 二、转型发展中的中国行政法（1979—）：从法律工具主义向法治主义的迈进

### （一）工具主义时代（1979—1989）

十一届三中全会与十六字方针的提出：有法可依、有法必依、执法必严、违法必究。

邓小平的法律工具主义思想

把法律视作保持社会稳定、推行改革开放的手段，强调以行政为中心，淡化公民基本权利和自由，不注重对政府的权利控制，尤其是没有司法审查制度和公正的行政程序制度。80 年代的行政法整体上是政府管理社会和老百姓的管制法。

### （二）向法治主义迈进（1989—）

1. 转向法治的标志是 1989 年《中华人民共和国行政诉讼法》的颁布：

① 第一次提出政府要依法行政，对违法行为承担法律责任，提出政府守法观念。

体现了官民平等的思想，允许官民对簿公堂，确保法律上的平等地位。

体现了一种基本的人权观念：即个人通过诉讼的途径纠正政府的违法行为，保护个人的合法的权利。

确立了行政赔偿制度。

本法在中国确立了司法审查制度，引入了有限的分权制衡制。

本法直接推动了 90 年代一系列行政基本法的出台。

2. 1989 年以来，行政法的发展方向是完善行政救济制度，基本行政法有：

① 1991 年通过《行政复议条例》，1999 年修正为《行政复议法》，建立了行政复议制度。

② 1993 年通过了《国家公务员暂行条例》，建立了国家公务员制度。

1994年通过了《国家赔偿法》，建立了国家赔偿制度，因立法不公正，戏称“国家不赔法”。

1996年通过了《行政处罚法》，对行政处罚的设定权和程序做出了规定。

1997年通过了《行政监察法》，建立了行政监察的法律制度。

2000年通过了《立法法》，试图对立法权的划分和公正的立法程序做出规定，但未成功。

2002年通过了《政府采购法》。

2003年通过《行政许可法》。

《行政强制法》（草案）。

《行政程序法》（草案）。

（三）2001年中国加入世界贸易组织（WTO）后，中国行政法的改革方向是：注重发展行政程序法，改革行政管制法。

（四）1982年，《中华人民共和国宪法》颁布，1988、1993、1999和2004年分别进行了修正，但本宪法主要是80年代政治经济体制的产物，尚未能充分体现市场经济和依法治国、建立法治国家、有效回应国际人权公约和WTO的基本原则的要求。

### 三、中国共产党与中国宪法

略

### 四、百年中国法治化进程的经验与教训

中国与西方走向法治的四大差别：

中国法治建设自戊戌变法到现在主要是从上到下的改革，是政府推动型的；而西方主要是从下到上，是民间推动型的。

中国的法治改革都是既得利益者的运动，既得利益者既是改革的动力又是阻力。

中国一百多年来的改革是革命、对抗，强调一个中心；西方的法治强调对话、合作。

中国的法治是运动式的，西方则强调稳定的过程，强调积累。

总体上，今天中国只有宪法，没有宪政；只有法律，没有法治；只有行政法，没有行政法治。政府官员和老百姓通常只有法律的知识，而没有法治的意识。中国正处于从人治、乱治转向法治的关键时期。

#### [进一步思考]

1. 晚清主张的“君主立宪制”及袁世凯称帝后再次主张“君主立宪制”是否符合国情？
2. 理解孙中山的立宪思想及其对民国立宪的影响，如何评价孙中山的训政理论和党治理论？
3. 阅读百年宪法典（草案），分析各个时期政体、中央与地方关系的变化。你认为中国是否可实行“联邦制”？
4. 分析苏联模式对中国宪法和行政法的影响。

5. 结合 1989 年行政诉讼法及有关行政法，分析中国行政法从工具主义向法治主义的转型。

### [进一步阅读]

王人博：《中国近代的宪政思潮》，法律出版社，2003。

殷啸虎：《近代中国宪政史》，上海人民出版社，1997。

王永祥：《中国现代宪政运动史》，人民出版社，1996。

苏力：“现代化视野中的中国法治”，载于《20 世纪的中国：学术与社会学卷》，第 1-46 页。

季卫东：“法治中国的可能性—兼论对中国文化传统的解读与反思”，载于《战略与管理》，2001 年第 5 期。

包万超：“儒教与新教：百年宪政建设的本土情结与文化抵抗”，《北大法律评论》（1998），第 1 卷·第 2 辑。

## 第三讲 宪法与行政法的历史传统及理论基础

### 一、法律与行政的历史传统

#### （一）英美行政法系

以英国、美国为代表，包括 50 来个母语为英语的国家形成的行政法体系。

1. “私法模式”（Private law mode）的行政法。行政法不是独立的公法，长期以来不注重公私法的划分。认为政府与公民的关系类同于公民之间的关系。政府和公民遵守的法律和法律精神应当没有差别，私法的契约自由、平等互惠和诚实原则，同样适用于政府。官民受同一种法律或法律精神的支配被认为是法律面前人人平等的体现。对此，戴西（A. V. Dicey）对官民平等的论述有广为人知的影响。因此，在法律与行政的关系上，英美法系注重私法规则和精神对行政的控制。

2. 政府与公民之间的行政纠纷服从于普通法院的管辖。不设立专门的行政法院受理行政诉讼案（区别于欧陆）。

3. 把行政法主要视作控制行政权力，保护公民个人自由和权利的制度，行政法主要是“控制（行政权）法”而非“管理法”。

4. 特别注重行政程序制度和司法审查制度。

英国的“自然公正原则”（Natural Justice）；美国宪法修正案第 5 条、第 14 条确立的“正当程序”（Due Process），1946 年《联邦行政程序法》，1966 年《情报自由法》，1976 年《阳光法》。

5. 建立了两类特殊的机构：英国的行政裁判所和美国的独立管制机构。

6. 实行判例法制度。

#### （二）欧陆行政法系

以法国和德国为代表的欧洲大陆国家形成的行政法律体系。

1. 注重公私法的划分，行政法事独立的公法。

2. 由行政法院管辖行政案件。

法国的行政法院体制（行政系统性质）

德国的行政法院体制（司法系统性质）

3. 注重法律与行政的平衡。

德国和欧盟的“比例原则”

4. 实行判例法制度

5. 迈向统一的“欧洲行政法”

## 二、法律与行政的理论基础

关于法律与行政的关系，欧美主要有两种制度模式和理论基础，并形成了两种主流学术传统：以戴西（A. V. Dicey）为代表的规范主义模式和以狄骥（Léon Duguit）为代表的功能主义模式。规范主义模式把行政法视作“控制政府权力的法”，旨在通过一套规则设置保护个人免遭政府侵害，因此个人的权利和自由优于行政便利或行政效率，在制度安排上注重行政程序和司法审查的机制设置，该模式根植于自由放任的经济理论、普通法传统、经典宪政主义的人权保障和有限政府观念及其自由主义、保守主义文化传统，自戴西以来在英美行政法学界曾长期占主导地位。韦德（H. W. R. Wade）、史密斯（de Smith）、戴维斯（K. G. Davis）、盖尔洪（W. Gellhorn）、施瓦茨（B. Schwartz）等大多数学者都可以归于这一模式。功能主义模式认为“行政法是有行政的法，它决定着行政机关的组织、权力和职责”，把行政法视作政府有效推行社会政策、实现社会管制和提供公共服务的工具，强调法律对提高行政效率和促进公共利益而具有的管理与便捷功能，主张以行政为中心节制司法审查和革新行政程序制度，其理论基础可以在社会实证主义、社会进化论和实用主义哲学中获得解释。这种模式发轫于欧陆行政法学界，狄骥的“公务论”即为最初的经典表述。在本世纪 20、30、40 年代的英国与美国，拉斯基（Harold J. Laski）、詹宁斯（W. Ivor Jennings）、罗尔逊（W. A. Robson）、威利斯（Willis）、威尔逊（W. Wilson）等人在批判戴西模式中使功能主义模式导入英美行政法学界并产生了重大的影响。

1992 年，曼彻斯特大学 Martin Loughlin 教授在《公法与政治理论》这部专门研究公法学术传统的名著中，明确划分并首次系统研究了“规范主义模式”（Normativism Style）和“功能主义模式”（Functionalism Style）两种传统。其中前者又可细分为“保守的规范主义”（相当于“红灯理论”）和“自由的规范主义”。一曰偏重传统，主要关注个体化组织的权威及其观念在社会秩序演进中的稳定性问题；一曰很少虑及过去，专注于建立在个人自治前提下的自由发展问题。这种区分并不重要，在英美传统，“保守主义”要“保”的就是经典自由主义，或哈耶克所谓“真正个人主义”基础上的自由主义，“自由的规范主义”与此一脉相承。该书涉入研究的“公法领域”（特指宪法行政法领域）及其主题是以二十世纪行政法的发展和占主导地位为背景的，因此，这种划分尤其切合于对行政法学术传统的理解。作者指出：

公法传统里的规范主义模式根植于分权与法治政府的信念，强调法律的裁判和控制功能，及在此基础上的法治规则及其概念性质。规范主义实质上反映了“法律自由体”的理想。与此相反，功能主义模式视法律为政府的工具，

它的核心放在法律的管制和促进功能上，以便于达到既定的目的，并由此接受一种工具主义的社会政策方法。功能主义反映了发展、进化和变迁的思想。

关于两种学术传统的理论基础，伦敦政治经济学院 Carol Harlow 和 Richard Rawlings 在《法律与行政》（1984）一书中提出了著名的“红灯理论”（red light theories）和“绿灯理论”（green light theories），作者以“法律与行政”的关系为中心，对英国行政法的两大传统作出形象的比喻和深入研究。红灯理论是法律指令行政“刹车”（brake），即控制行政自由裁量权，而绿灯理论是让行政踩“加速器”（step on the accelerator），一路放行，即法律授予并尊重行政自由裁量权。作者指出：“在每一种行政法理论的背后都存在一种国家理论。”

在形式主义传统（the formalist tradition）的背后，我们常常洞见对一种最小限度的国家（小政府）的偏好。一次人们毫不惊奇地发现，许多行政法学者相信，行政法的主要功能应当是控制政府任何形式的越权行为，并使之从属法律，尤其是司法审查的控制。正式这种行政法概念，我们称之为“红灯理论”。

作者认为，这种理论代表了英国行政法学的经典传统，它的思想源于“平衡宪法”和戴西的著作，韦德（H. W. R. Wade）是集大成者。韦德认为：“行政法的首要含义是关于控制政府权力的法，无论如何，这是行政法学的核心。……行政法的主要目的就是要确保政府权力在法律规定的限度内行使，防止政府滥用权力，保护公民。”为实现这一目的，行政法的制度设计要确保行政权力（具有侵犯公民个人权利的能力和偏好）服从议会的政治监督和司法审查的法律（尤指普通法）控制。作者接着指出：

另一种传统，我们称为“绿灯理论”。在运用这个术语时，并不意味着我们认为绿灯理论赞成政府可以做出不受限制的或专断的行为。……红灯理论注重“平衡宪法”模式，而绿灯理论发现“政府模式”（mode of government）更切合于行政法；红灯理论赞成对行政权的司法控制，而绿灯理论者大多寄希望于政治（控制）程序。……红灯理论与实证主义和形式主义紧密相连，而我们发现许多绿灯理论者支持现实主义者和功能主义法学。

但自从 20 世纪 70 年代开始，这两分法受到批评，一种综合的或平衡的模式和理论基础引起了极大的反响。例如：斯德沃特（Richard B. Stewart）教授在《重塑美国行政法》（1975）中指出，美国行政法的传统模式是“控权模式”，这一模式的最大弊端是法律对政府和公民都缺乏激励。行政法不应当被视作控制政府权力的消极工具，一味抑制政府官员的主动性和创造精神，法律就无法助成“积极的一面”，即政府政策的制定和执行代表个人利益和社会利益，并能有效地增进这些利益。行政法也绝不应为个人权利提供消极保护，公民作用于行政过程的参与机制至关重要。同时，由于缺乏积极的参与机制，传统模式更利于少数人，尤其是特殊利益集团向政府寻租，从而损害大多数公民的利益。斯德沃特指出，现代行政法调整的领域已超出传统行政法模式所理解的“政府权力与私人自治”的二维关系，而发展为由多种相关利益冲突和共存而组成的多元关系。由此，作者提出以“利益代表模式”（Interest Representation Mode）作为新的理论基础重塑美国行政法，——行政法应当通过多种有效的机制设置，扩大相关利益方的参与机会，并在各种冲突的价值和利益间保持平衡。为实现这一目标，行政法的一系列重要制度要进行相应的改革。

### 三、中国行政法的平衡理论

关于法律与行政的关系和行政法的理论基础问题，以北京大学罗豪才教授为领导的一批学者提出了中国行政法的平衡理论。平衡论可以被理解为在传统社会及其行政法学术思想转型发展时期，提出的一种关于现代行政法应诉诸何种价值导向和制度选择的规范性理论。围绕“行政权—公民权”这一基本矛盾，罗豪才教授等学者讲行政法理论基础划分为管理论、控权论与平衡论三个模式。平衡论最基本的主张是：现代行政法的目的、功能以及整个制度设置应该是平衡行政权与公民权以及相应的公共利益与个人利益等社会多元利益。它包括两方面的意涵：一是立法上权利义务的公平配置；二是以利益衡量方法贯穿于整个行政法的解释与适用过程。

平衡理论作为一种规范理论可能具有的学术意义和制度意义：

1. 率先将经典宪政主义的平衡思想导入行政法领域，为行政法面临现代社会的诸多问题应诉诸何种价值导向和制度安排建立了一套规范理论。
2. 提出理论基础研究的核心地位，建立了理解现代行政法理论基础和一般行政法现象的三个理想类型：管理论（管理法）、控权论（控权法）、平衡论（平衡法）。
3. 倡导以“行政权—公民权”的关系为行政法研究的核心问题，从传统的视角更新了传统行政法学的概念框架和学科体系，从而为使行政法学最终摆脱边缘的地位而成为一门真正独立的学科提供了新的知识增量。
4. 在英美传统控权模式和苏联管理模式两难相持的情境下，平衡理论的出现为转型发展时期的中国行政法的移植和制度创新奠定了广为认同的合法性基础。

[关于平衡理论的介绍和评价，参阅包万超：《行政法平衡理论比较研究》，《中国法学》1999年第2期]

### 四、实证行政法学与行政法学家的社会职能

根据行政法“是什么”和“应当是什么”的逻辑结构，行政法学可以划分为作出事实判断的实证行政法学和作出价值判断的规范行政法学。划分实证与规范研究是社会科学方法论的一个基本要求。二者在逻辑上严格分属于两个研究领域，并遵循不同的研究规则。但这一逻辑意义上的划分并不否认实证与规范研究在现实世界中的相互联系，恰恰相反，它通过凸现二者的差异加深了我们对这种联系的理解。漠视或混淆这两个领域的区别，削弱了行政法学界长期以来存在的一些重大争鸣的建设性意义，并且一直是导致许多错误命题的根源。

实证行政法学所研究的，是关于行政法“是什么”或“如何存在”的问题，主要描述“真是世界中的行政法”是怎样存在的，解释如此存在的原因，预测某项立法安排能不能实现既定的目标，分析其实施后果是怎样的这些类型的问题，着重于“是不是”、“怎么样”、“能不能”和“为什么”的研究。它的研究任务是通过逻辑上的动机一致性假设，发展出用于描述、解释和预测行政法现象的命题和学说。

规范行政法学旨在说明行政法“应当是什么”或“如何改进”的问题，它涉入两个领域的研究：一是纯粹的价值判断领域，探讨行政法应当做什么，不应当做什么之类的问题，这种研究具有浓厚的理论解释色彩，旨在提出和阐述一套令人信服的行政法价值观或伦理规范；二是具体的制度选择领域，即为了实现相关的价值目标，研究应采取什么样的制度安排，或提出什么样的立法建议。这种研究涉及制度运行中人类的行为动机、信息和激励等机制设计中种种复杂的问题。因为“最好的制度安排”是必须以制度的可执行性为前提的，因此研究者有义务对自身提出的立法建议作出有说服力的实证研究。规范行政法学的研究任务是如何在一些基本价值共识的前提下，发展出表述和实现行政法价值观的命题和学说。

为进一步阐明实证与规范研究的区别，以政府对出版物发行的管制为例作一比较分析。

[例子]：《出版物市场管理暂行规定》（新闻出版署，1999年11月8日发布）第34条规定：违反本规定，未经批准擅自从事出版物发行的，由新闻出版行政部门予以取缔，没收其发行的全部出版物和违法所得，以及从事非法活动的主要工具、设备，并处违法所得2倍以上10倍以下的罚款；没有违法所得的，处3000元以上10000元以下的罚款。对此，规范行政法学所要讨论的问题是：一，对出版物的发行应不应该实行特许制度？管制的目的是什么？管制中涉及哪些基本价值的冲突和取舍？如是否可以为确保“公共利益”和“有序的出版物市场”而抑制自由竞争的市场秩序？这些讨论主要涉入自由与秩序、公益与私益等价值判断和伦理问题。二，为达到管制的目的，应采取何种制度安排？对市场准入的特许制度和对非法进入者的处罚制度是否为最适宜的立法选择？能否在此规定之外，提出其他立法建议？在更广泛的意义上说，规范研究还应当讨论一个更根本的规范问题：谁有权对出版物市场行使立法权？谁有权行使特许权和处罚权？即直接涉入新闻出版署制定《出版物市场管理暂行规定》的合法性问题的讨论。与此不同，实证行政法学要回答的问题是：一，现状如何？即目前出版物发行市场是否遵守本规定？非法经营情况如何？有多少非法经营者受到处罚，是否依法处罚？对许可证有没有数量控制，如何确定控制标准？诸如此类的事实问题。二，为什么？即在事实和逻辑上为现状提供一种因果解释。如针对“非法经营很普遍”这一现状，可能存在多种解释，但各种解释是否正确，最终在事实和逻辑上是可以验证的。三，现行的制度选择能否达到既定的管制目的？人们将如何回应这些制度约束？有几种可供选择的制度安排，各自实施的后果将有何不同？为了保障出版物发行市场秩序和繁荣出版发行事业，特许和处罚制度会不会比自由竞争的市场制度更有效率？这些讨论都旨在实证基础上检验有关制度安排的可执行性问题，即实证地研究规范问题。

行政法“是什么”不能推导出行政法“应当是什么”，反之亦然。这一逻辑命题的界分同时勘定了实证与规范研究领域应遵循的不同研究规则。

人们对实证行政法学的命题和学说可作出真伪或对错的判断，凡有争议的地方，均可作进一步澄清，最终在事实和逻辑分析面前，可望达到一致。例如对“政府规模越大、经济增长越快”这一实证命题，原则上是可以通过调查分析而确定真伪的。但当我们涉入行政法“应当是什么”或“如何改进”等规范问题的讨论时，各种分歧就会出

现。

价值判断具有多样性和主观性的特点，价值命题无法证实或证伪，因此也就不存在真伪的判断标准，只能是劝说性的。人们在行政法基本价值判断上的分歧具有浓厚的伦理解释色彩，是不能通过事实和逻辑上的讨论强制达到一致的。人们可以提出多个规范命题并且自圆其说，但永远不能因此自视为真理的代言人，并将自己的价值判断强加在别人的身上，因为这种做法实际上是将规范命题混同为实证命题（真理即属于这一范畴）。

对于基本价值判断，行政法学家并不比其他人有更多的发言权，一般来说，行政法学家所持的价值观念，就是在其所生活的社会中占统治地位的价值观念，他们的专业能力实在不能体现为用令人生畏的专业术语来表达大众的愿望。但对于非基本价值判断和对事实的主观判断（如听证制度是否体现了公正程序价值），就不是这样了。由于这个区别，大大加强了行政法学家在立法咨询中的地位和作用。

勘定实证行政法学和规范行政法学的区别，是建立当代行政法学术规范的关键。对这两个领域的混淆，一直是导致许多错误命题的根源。将规范命题误作实证命题来评判，学术研究就会缺乏应有的宽容，并可能滥用语言的暴力；相反，将实证命题误作规范命题来看待，学术研究就丧失了应有的严谨性。

行政法学家的社会职能是解释真实世界中的行政法现象，即通过逻辑上的人类行为动机一致性假设，发展出用于描述、解释和预测行政法现象的实证理论，阐明行政法“是什么”或“如何存在”的知识，并提示出行政法进行变革的可能性和限度。

#### [进一步思考]

1. 理解英美行政法系和欧陆行政法系的特点及其社会基础，分析中国从两个法系中作出借鉴的可能性和限度。
2. 思考中华行政法系对今日中国行政法的影响和变革的可能性与难度。
3. 如何评价规范主义模式与功能主义模式？
4. 理解中国行政法平衡理论的社会基础和基本主张，你是否赞成这一理论，为什么？
5. 理解实证行政法学与规范行政法学的划分标准与研究规则，你认为，行政法学家的社会职能应当是什么？

#### [进一步阅读]

[英] 马丁·洛克林：《公法与政治理论》，郑戈译，商务印书馆，2002。

[美] 理查德·B. 斯图尔特：《美国行政法重构》，沈岍译，商务印书馆，2002。

罗豪才等著：《现代行政法平衡理论》，北京大学出版社，2003。

应松年 袁曙宏（主编）：《走向法治政府》，法律出版社，2001。

包万超：“行政法平衡理论比较研究”，《中国法学》1999年第2期。

包万超：“实证行政法学与当代行政法学的基本难题”，《南京大学法律评论》，2000年秋季号。

包万超：“作为严格社会科学的行政法学”（上），《法制日报》，1999. 12. 19；（中），1999. 12. 26；（下），2000.



## 育明考研课程特惠

课程体系	包含内容	价格
优惠资料包	考研历年真题 重点笔记 两次名师一对一指导 赠送复试指导	仅398
考研专业课全程视频指导	考研专业课全程视频 赠送考试资料	仅1280
暑期特惠小班	分为基础强化和冲刺两个阶段，为期一周。赠送专业课全套资料，复试免费辅导面试	仅3160
专业课一对一	VIP个性化辅导36课时。复试阶段可协助联系导师。	8800元起
状元集训营	从2015年1月直到12月31日。小班课程200课时，VIP个性化辅导36课时。复试阶段可协助联系导师。	36800元起

