



斜坡上的跷跷板游戏：平衡论述评

刘连泰*

目次

- 一、平衡论的理论脉络
- 二、平衡论的知识增量
- 三、平衡论的理论短板
- 四、结语

摘要 平衡论大体上经过了平衡论的提出、平衡的机制归纳、平衡论的功能扩张、平衡论的实证化四个阶段。将平衡引进为整体意义上的方法论，丰富了行政法学的知识体系。平衡论理解的平衡点左右摆动，牺牲了其应该具有的概念硬度。平衡论对管理论的批判，要么靶心错位，要么制造假想敌；对控权论的批判稍显“以偏概全”，间或以想象替代论证。管理论着眼于事实，控权论着眼于规范，平衡论着眼于价值，分处于不同的论域，不构成对立。在宏观意义上，行政机关的权力来自于行政相对人的权利，两者不能平衡；在具体的法律关系中，行政机关的权力优位，两者也不能平衡。两种不平衡无法冲抵而达致总量平衡。平衡论不能放大为整个行政法的理论基础。

关键词 行政法学 基础理论 平衡论 管理论 控权论

20世纪80年代中期以降，行政法学界开始发力行政法的理论基础，力图使行政法学从整体上游离西方的行政法学，同时也游离宪法学和行政学的羽翼，将行政法学构造成自主的学科。^{〔1〕} 21世纪以来，法学的实证化研究日盛，但有关行政法理论基础的研究仍时有发声。^{〔2〕}

* 厦门大学法学院教授，法学博士。

〔1〕 应松年教授等首先提出为人民服务论，主张社会主义行政法学新体系的建立，应当以如何保障和推进行政机关为人民服务为核心；杨海坤教授认为经济法学和行政学挤压了行政法学的生存空间。

〔2〕 如文正邦：“职责本位论初探——行政法理论基础试析”，《法商研究》2001年第3期，第32~38页；郭殊：“论行政法治主义与行政法的理论基础”，《重庆社会科学》2006年第3期，第106~111页；胡锦涛、刘飞宇：“论行政法基本理论研究”，《法学家》2007年第1期，第40~44页。



在横跨两个世纪的学术讨论中,为人民服务论、法治政府论、控权论、公共利益本位论、公共权力论、平衡论悉数登场,^[3]其中,平衡论的影响力旷日持久,引发的争论最为激烈,成为当下我们思考中国行政法学走向何处时,可以不欣赏、却注定要穿越的风景。

行政机关和行政相对人的法律地位不平等,行政机关和行政相对人一直站在斜坡上,一方比另一方地位高,彼此发生的法律关系亦如斜坡上的跷跷板。主张平衡论的学者认为,斜坡上的跷跷板要平衡,而且能够平衡。斜坡上的跷跷板游戏真的可以在摇摇晃晃中走向平衡吗?平衡论的版图如何?平衡论为行政法学理论基础提供了怎样的知识增量?平衡论是否存在理论上的短板?这是我们穿越平衡论这道风景时必须追问的问题。

一、平衡论的理论脉络

持平衡论的学者人数众多,内部也存在些微的分歧。但为叙述方便,也只能采取主张平衡论的学者曾经主张过的韦伯理想类型方法,忽略主张平衡论的学者内部的悬殊,^[4]从行政法的整体观出发,按照时间顺序,勾勒平衡论的理论脉络。平衡论大体上经过了平衡论的提出、平衡的机制归纳、平衡论的功能扩张、平衡论的实证化四个阶段,当然,这四个阶段是在行政法的理论基础论争中自发形成的学说史,并非主张平衡论的学者人为设计的战略,因此,四阶段之间偶有交织。

(一) 平衡论的提出

1993年,《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》在《中国法学》杂志发表,作为行政法的理论基础的平衡论出世。^[5]尽管后期不断发展,但基本没有游离该文的框架。

该文对平衡论的表述是:

与现代行政法实质上是“平衡法”相适应,现代行政法存在的理论基础应是“平衡论”。它的基本含义是:在行政机关与相对一方权利义务的关系中,权利义务在总体上应当是平衡的。它既表现为行政机关与相对一方权利的平衡,也表现为行政机关与相对一方义务的平衡;既表现为行政机关自身权利义务的平衡,也表现为相对一方自身权利义务的平衡。平衡论也可称之为“兼顾论”,即兼顾国家利益、公共利益与个人利益的一致。不论哪一方侵犯了另一方的合法权益,都应予以纠正。在我国,国家利益、公共利益与个人利益在根本上和总体上是一致的、统一的。这正是平衡论存在的客观基础。^[6]

[3] 参见沈岷:“行政法理论基础回眸——一个整体观的变迁”,《中国政法大学学报》2008年第6期,第65~86、159~160页。

[4] 除非有特别需要,文中阐述某一观点时,一般不直接说出作者的名字,而统一用“主张平衡论的学者”,目的是将平衡论理解为一个内部统一的学派,不在平衡论内部的差异上着力。主张平衡论的学者大多认为,平衡论是集体努力的结晶,他们所作文章的第一个注脚通常用“得到某某的启发”,因此,文中不刻意强调某学者如何说,应该符合主张平衡论的学者的心意。

[5] 在该文中,平衡论被称之为行政法的理论基础,后来,又被称之为“中国行政法的平衡理论”。如果推敲字眼,两者并不是一回事:理论基础是元理论,是一,而理论则是元理论的产物,是多。

[6] 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,第54页。

该文还从立法内容、执法程序、权力手段淡化、行政诉讼四个方面论证如何达致平衡，并进一步论述了平衡论的价值。该文发表后，截止到2000年以前，主张平衡论的学者基本都在上述框架内细化基本概念、基本理论，〔7〕偶尔也回应学界的批评。〔8〕

（二）平衡机制的归纳

2000年，《现代行政法学与制约、激励机制》在《中国法学》杂志发表。该文将平衡的路径理论化，认为制约、激励机制是平衡论的组成部分，行政法通过激励、制约，形成行政机关和行政相对人权利义务的平衡。该文认为：

现代行政法机制，乃由制约机制与激励机制整合而成。其中，制约机制是指既制约行政权非理性膨胀、保护相对方合法权益，又制约相对方滥用权利、维护行政秩序；激励机制是指既激励行政主体积极行政、为公众谋求更多的公益，又激励相对方积极实践法定权利、参与行政，以实现私益的递增。现代行政法正是通过制约机制与激励机制的协调运作，形成最佳的资源配置格局，实现现代行政法的价值目标。〔9〕

该文进一步将方法论上的平衡具体化，从行政法机制的角度论述制约与激励对平衡论的意义。2014年，罗豪才教授接受《中国法律评论》记者采访时，将平衡论的机制补充为制约、激励和商谈。〔10〕平衡论机制的提出遵从了平衡论提出时同样的逻辑：正、反、合。平衡论认为过去的行政法要么是管理法（正）、要么是控权法（反），现代行政法应该是平衡法（合）；主张平衡论的学者进一步将行政法的机制分解为制约（反）、激励（正）、商谈（合）。〔11〕

（三）平衡论的功能扩张

主张平衡论的学者在将平衡论精耕细作的同时，不忘从更宽阔的视野审视行政法的基本问题。如果说，在阐述行政法理论基础的基本主张时，主张平衡论的学者更强调从纵向的视角观察的话，主张平衡论的学者提出统一公法学时，则强调从横向的角度切入。主张统一公法学的学者认为：

近代公法经过二、三百年的发展，至20世纪以后愈来愈显示其重要性、成熟性和

〔7〕 参见下述著作中刊载的文章，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；罗豪才等：《现代行政法的平衡理论·第二辑》，北京大学出版社2003年版。

〔8〕 参见王锡锌、沈岿回应杨解君的质疑，王锡锌、沈岿：“行政法理论基础再探讨——与杨解君同志商榷”，《中国法学》1996年第4期，第40~47、12页。

〔9〕 罗豪才、宋功德：“现代行政法学与制约、激励机制”，《中国法学》2000年第3期，第78页。

〔10〕 参见“为了权力与权利的平衡——对话罗豪才”，《中国法律评论》2014年第1期，第16页。在此以前，王新艳已提出行政法的协商机制。2011年，平衡论者在《中国法学》发表的《行政法的治理逻辑》也论及了协商作为行政法机制的意义。参见罗豪才、宋功德：“行政法的治理逻辑”，《中国法学》2011年第2期，第5~26页；王新艳：“行政法的协商机制”，载罗豪才等：《行政法平衡理论讲演录》，北京大学出版社2011年版，第138~144页。

〔11〕 制约、激励与商谈其实不在一个逻辑层面：制约、激励指行政法对行政机关和行政相对人的两种作用方式，而商谈却仅指行政机关和行政相对人之间的互相作用。制约、激励是法律与行政的关系，商谈不是法律与行政的关系。主张平衡论的学者也认为行政法要处理的是法律与行政的关系。参见甘文：《行政与法律的一般原理》，中国法制出版社2002年版，第1页。



整体性。随着公法的全面崛起,传统上按宪法学、行政法学、刑法学、诉讼法学、国际公法学等部门公法学科对公法进行分散和分割研究,已明显不适应现代公法发展的需要,建立一门介于法学与部门公法学之间的中观层次的统一公法学,对各部门公法进行综合性、整体性和系统性研究势在必行。^[12]

在此基础上,主张统一公法学的学者将平衡论的意义拓展到整个公法学领域。主张统一公法学的学者认为,统一公法学应以公共权力和公民权利关系为主线构造,这与主张平衡论的学者主张的以行政权力和行政相对人权利关系为主线构造行政法的观点如出一辙。主张统一公法学的学者进一步主张,平衡论对整个公法学理论基础的构造有重大的参考和借鉴意义。

围绕公法理论基础的争论虽观点纷呈,学派林立,但总体趋势却越来越朝着“平衡”的方向演变。……建构现代公法理论基础需要围绕着公共权力与公民权利“平衡”这个主题展开。……公法的权力/权利配置格局应当实现结构性均衡:即公共权力主体与公民、法人之间的法律地位应当实现总体平等,公共权力与公民权利之间、以及公共权力相互之间应当实现整体平衡。^[13]

主张统一公法学的学者虽然低调地将平衡论认定为对统一公法学有参考和借鉴意义的理论,但其主张实质上是“平衡论可以作为统一公法学的理论基础”,主张统一公法学的学者也并未在平衡论之外提出统一公法学的理论基础。^[14]自此,行政法的理论基础之争已游离了初衷。如前文所述,行政法理论基础之争的目的是将行政法学从宪法学、行政学等学科中独立出来,构建行政法学的学科自主性,如果平衡论是整个公法学的理论基础,则行政法学的理论基础就不再兼备区分行政法学与其他法学学科的功能,行政法学理论基础之争的问题反而变成:如何将行政法里提炼出的理论适用于整个公法学。^[15]

(四) 平衡论的实证化

平衡论自提出的那一天起,就一直面临着“不实用”的指责,^[16]即平衡论到底解决了什么问题呢?能给法律实践提供怎样的助益呢?尽管不是每一种理论都能被改造为技术方案,但主张平衡论的学者依然孜孜以求,将平衡论从抽象的理论改造为具象的方案。这种智识努力可以

[12] 袁曙宏:“论建立统一的公法学”,《中国法学》2003年第5期,第23页。

[13] 同上,第32页。

[14] 参见袁曙宏、宋功德:《统一公法学原论:公法学总论的一种模式》(上、下卷),中国人民大学出版社2005年版。

[15] 按照平衡论者的主张,行政法中的平衡论是在不平衡中求平衡,是在斜坡上的平衡。如果平衡论可以作为公法的理论基础,即在处理公共权力和公民权利的关系时求得平衡,更可以作为私法的理论基础。相对于公法关系而言,私法关系更具有平衡的特质,私法可以在平衡中求平衡,是在水平地上的平衡。如此一来,平衡论就可以作为整个法律的理论基础,平衡论就成为一般法理学的内容,作为行政法理论基础的特质就会被稀释淡化。

[16] 参见晨曦:“‘平衡论’的困境”,《行政法学研究》1996年第4期,第38~41、26页;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,第40~50页;刘诚:“平衡论解构”,《上海师范大学学报(哲学社会科学版)》2004年第3期,第20~25页。

从主张平衡论的学者对公共治理和软法的研究中窥其端倪。

主张平衡论的学者认为，传统的公域之治是国家管理，后来演变到公共管理，最后必然演变为公共治理。国家管理和公共管理都强调公权力的主体在公域之治中的功能，忽略公民参与的意义，公共治理则是“公众广泛参与基础上的开放型公共管理”。^[17]这与平衡论“兼顾公益与私益、自由与秩序、公平与效率”的主张合拍。

与平衡论向公共治理领域渗透的节奏相伴，主张平衡论的学者将研究视角伸向“软法”，将平衡论的基本主张贯彻到软法研究的始终。在主张平衡论的学者看来，软法指那些不能运用国家强制力保证实施的规范，包括部分国家法规范和全部社会法规范，软法亦法，“公共治理呼唤软法之治”。^[18]这一进路是平衡论发展的逻辑延伸，主张平衡论的学者设计的通向法治家园的路径是：回应公共治理的需要，采用软硬并举的混合法，其前进方向是平衡法。^[19]

主张平衡论的学者将平衡论贯彻到公共治理和软法，为平衡论找到了更多的营养基。在平衡论提出初期，主张平衡论的学者在传统法学的领域内解释平衡论的机理，将平衡论理解为继管理法和控制法之后的理论和制度形态；研究公共治理和软法后，主张平衡论的学者超出传统的法学领域拓展平衡论的功用，将平衡论理解为迈向善治的利器。同时，平衡论找到了更贴切的证明材料：在平衡论提出的初期，学者们认为的平衡是总体意义上的平衡——在行政关系中，行政主体优位；在监督行政关系中，行政相对人优位，“负负得正”，行政法律关系总体上得到平衡；将平衡论的视角伸向公共治理和软法之后，国家和社会、行政机关和行政相对人平等，不用经过复杂的论证，平衡的图景自动呈现了。自此，作为行政法理论基础的平衡论终于充盈了：完成了行政法从过去到现在，再到将来的描绘；完成了行政法从价值到机制，再到功能的建构；完成了行政法从事实到规范，再到价值的解释。

二、平衡论的知识增量

主张平衡论的学者自始就具有经世致用的抱负，平衡论不是为了知识而知识的逻辑游戏，平衡论的贡献如果不仅仅停留在修辞的意义上，我们首先就要追问：为什么提出平衡论？公法理论是建构的，不是自生自发的，对于一个提出不久的理论，无法经由列举该理论的实践功效来证明其意义，一个新理论的全部正当性在于：相对于已有的理论，新理论可以产出更多的知识增量。

主张平衡论的学者首先将既存的行政法理论按照韦伯的理想类型分为两类：管理论和控制论，与之相关，传统的行政法要么是管理法，要么是控权法。主张平衡论的学者认为，两者都没有把握行政法的实质。在批判管理论、控权论的基础上，主张平衡论的学者提出了自己的主张。这就是平衡论在知识论上的证立过程：相对于管理论和控权论，平衡论为行政法提供了有意义的知识增量。我们需要逐一检省这些知识增量是否可以成立。

（一）着眼点的位移

在主张平衡论的学者看来，相对于以往的行政法理论，平衡论观察行政法的视角变化了，

[17] 参见罗豪才、宋功德：“公域之治的转型——对公共治理与公法互动关系的一种透视”，《中国法学》2005年第5期，第3~23页；罗豪才等：《现代行政法的平衡理论·第三辑》，北京大学出版社2008年版，第27页；前注[10]，罗豪才、宋功德文，第5~26页。

[18] 参见罗豪才、宋功德：《软法亦法：公共治理呼唤软法之治》，法律出版社2009年版。

[19] 同上，第437~452页。



从关系的视角认知行政法,^[20]即从行政主体和行政相对方的关系,也即公权力主体和私权利主体之间的关系来理解行政法。^[21]在主张平衡论的学者看来,传统的行政法要么只关注行政权,要么只关注公民权,构成了两种基本的类型,即管理法和控权法,对行政主体和公民之间的关系关注不够,构造的理论模型难免偏于一端。

其实,权利和权力都是关系概念,都是指一方主体对另一方主体的某种自由或支配力。^[22]行政法关注行政权,只有在行政主体与行政相对人的关系视域中才能展开;行政法关注行政相对人权利,也只有在行政相对人和行政主体的关系视域中才能把握。离开行政相对人,就没有行政权的概念空间;离开行政主体,行政相对人的权利毫无意义。管理法、控权法和平衡论的区别仅仅在于:管理法从观察行政主体开始,再观察行政相对人,之后构造两者的法律关系;控权法从观察行政相对人开始,再观察行政主体,之后构造两者的法律关系;平衡论从中间点开始,左右环顾,同时观察行政主体和行政相对人,之后构造两者的法律关系。因此,无论是管理论,还是控权论,抑或平衡论,行政主体、行政相对人都未缺场,行政主体和行政相对人关系都是上述三种行政法理论展开的场域,三种行政法理论采取的都是“关系”视角。立足于同样的视角,三种行政法理论之间的差别仅在于:观察顺序不同,由近及远或由远及近,再或者从中间点开始。

行政法的理论基础是一种中心化的理论,力图解决行政法的核心问题,以求对行政法知识体系化,而平衡论却是去中心化的理论,在行政机关和行政相对人之间左顾右盼,求得所谓动态的平衡点。以一种去中心化的理论作为行政法的中心理论,体系上的悖谬十分明显:将行政机关的权力和行政相对人的权利同时作为中心,其实就是没有中心。

(二) 对管理论的批判

主张平衡论的学者前后共找出了三种管理论的模型作为靶点,展开批判。

第一种管理论的模型是“古代行政法”。主张平衡论的学者首先按照历史的维度,将行政法分为古代行政法、近代行政法和现代行政法,并认为古代行政法本质上是“管理法”,近代行政法总体上是“控权法”,现代行政法实质上是“平衡法”。

第二种管理论的模型是苏联行政法。苏联行政法理论认为,“法律是无限主权者的命令”,“行政法就是国家管理法”,是对国家事务进行管理的工具,其作用主要是保障行政主体实施有效管理。^[23]主张平衡论的学者对苏联行政法批评甚多,认为苏联行政法“保护行政权有效行使的行政许可、行政处罚、行政强制等制度深受重视,但缺乏有关行政程序、行政复议和行政诉讼的专门法律规定,体现出较浓的‘官本位’特征。”^[24]

[20] 参见前注[10],罗豪才等书,第24页。

[21] 同上,第28页。

[22] 米歇尔曼(F. Michelman)认为,“权利毕竟既不是一支枪,也不是一台‘独角戏’。它是一种关系、一种社会惯例,而在那两者的根本方面,它是关联性的一种表达。权利是一些公共主张,既包含针对他人的资格要求,也包括对他人所负的种种义务。”转引自〔德〕哈贝马斯:《在事实与规范之间——关于法律和民主法治的商谈理论》,童世骏译,生活·读书·新知三联书店2003年版,第111页。福柯认为,“权力以网络的形式运作,在这个网上,个人不仅流动着,而且他们总是既处于服从的地位又同时运用权力”,参见〔法〕米歇尔·福柯:《必须保卫社会》,钱翰译,上海人民出版社1999年版,第28页。

[23] 参见〔苏〕B. M. 马诺辛等:《苏维埃行政法》,黄道秀译,群众出版社1983年版,第29页。转引自罗豪才:“行政法的语义与意义分析”,《法制与社会发展》1995年第4期,第11页。

[24] 李娟:“行政法中平衡论的对立观念探源”,《法商研究》1997年第5期,第45~50页。

第三种管理论的模型是“第二次世界大战”前的德日行政法。主张平衡论的学者将“第二次世界大战”前德日行政法理论归纳为管理论，源自上述学者对特别权力关系理论的标本解剖：在特别权力关系中，“行政权享有自由活动的余地，人民有特别服务之义务，基于此概括的服从义务，国家或公共团体为达成特定行政目的作为必要之命令或强制，不必另有个别之法律依据。”〔25〕“第二次世界大战”前的日本学界将上述理论引入日本，但战后遭到批判。

主张平衡论的学者认为，管理论忽视公民的基本权利，因而不足以作为行政法的理论基础。〔26〕但主张平衡论的学者寻找批判管理论的靶点时，明显存在知识论上的偏颇。

对古代行政法的批判几乎是堂吉珂德大战风车。主张平衡论的学者对古代行政法的描述自说自话，连上述学者自己都认为，古代行政法不可能成为“完整统一的独立的法律部门”，〔27〕既然如此，怎么可能存在古代行政法的理论基础？而且，主张平衡论的学者在批判古代行政法时，几乎构造了一个抽象的专供批判的行政法模式，读者无从知晓主张平衡论的学者以哪个国家的古代行政法为蓝本，又根据古代行政法的哪些规范可以推导出“管理”特征。

批判特别权力关系理论，并将其作为管理论的理论近乎穿凿附会。特别权力关系理论存在的语境是法治原理，如果没有法治原理，就无所谓特别权力关系。特权权力关系要解决的问题是：法治原则下，如何贯彻分权原则——哪些是法律保留的范围，哪些行政机关的行为可以有条件的不受司法审查。法律保留是法治的重要内容，但迄今为止，全部保留说没有在任何国家的法律中贯彻；司法审查对于防止权力专横当然功不可灭，但法律不可能将所有的行政活动都纳入司法审查的范围，司法的技术特征也决定了其不可能审查全部行政行为的合法性。行政法需要一种理论，用以解释、划定法律保留和司法审查的边界，特别权力关系理论就是这一智识努力的产物。〔28〕将特别权力关系理论理解为行政专横，将有特别权力关系理论的行政法理论理解为管理论，颇有穿凿附会之嫌。

对苏联行政法的批判是中肯的，尽管有“打死老虎”之嫌。苏联行政法的确是一个罕见的特例，对中国行政法的影响也源远流长。随着苏联的解体，苏联行政法也已烟消云散。当然，清算苏联行政法对中国行政法的影响，有理论和实践意义。

（三）对控权论的批判

主张平衡论的学者以戴雪、施瓦茨、韦德的学说为控权论代表，分析其生成的语境，指出

〔25〕 翁岳生：《行政法与现代法治国家》，台湾大学法学丛书编辑委员会1990年版，第136页。

〔26〕 参见前注〔6〕，罗豪才、袁曙宏、李文栋文，第52~59页。

〔27〕 同上，第53页。

〔28〕 如1931年公布的德国符登堡行政法典草案，规定特别权力关系内所作出的处分或决定都不属于行政处分，因而不适用法律救济。参见杨海坤、章志远：《中国行政法基本理论研究》，北京大学出版社2004年版，第165~175页。特别权力关系理论尽管历经若干修正，但仍然没有彻底从行政法中销声匿迹，德国公法学家汉斯·J·沃尔夫、奥托·巴霍夫和罗尔夫·施托贝尔将特别权力关系理论理解为与形式法治并行的理论，看成是“自由宪政国家时期的行政”图景内的一种现象，说明该理论并非天生与保障公民权利相悖。参见〔德〕汉斯·J·沃尔夫、奥托·巴霍夫、罗尔夫·施托贝尔：《行政法》（第一卷），高家伟译，商务印书馆2002年版，第75~77页。主张平衡论的学者主张，中国行政诉讼法的制定受到了平衡论的影响，但《行政诉讼法》第12条将部分行政行为排除在人民法院受理行政案件的范围之外，与特别权力关系理论颇为神似，主张平衡论的学者将特别权力关系理论理解为管理论的一种模型，在逻辑上无法自洽。行政法的理论基础与中国行政诉讼法的关系，可参见罗豪才：“行政法的核心与理论模式”，《法学》2002年第8期，第3~6页；参见前注〔3〕，沈岷文，第65~86、159~160页。



其不适应现代社会的变革。

按照主张平衡论的学者的论述,戴雪在批判法国行政法、阐述英国法治原则和司法审查的过程中论证了其控权的思路,行政法的宗旨和作用是保护个人自由,防止行政机关干预或限制个人自由,行政法最重要的内容就是司法审查。^[29]施瓦茨认为,法律是控制国家行政活动的法律部门,它设置行政机关的权力,规范这些权力行使的原则,以及为那些受行政行为侵害者提供法律补救。^[30]韦德将英国行政法理解为“动态的宪法”,“权力只有在其真正范围内行使才是合法的。为确保其范围而运用的原则构成行政法的精髓。”^[31]

其实英美并无学者将控权论作为行政法的理论基础,理论基础一词是中国学者的创造,英美法上的控权一说其实是服务于司法审查的理论,当今英美行政法的理论图景远比司法审查丰富。美国行政法学不单单关注司法审查,自独立管制机构大规模出现以来,学界开始关注行政过程,关注各种利益的代表,关注政府管制,多元的行政法理论正在出现。^[32]英国宪法行政法不分,韦德对行政法的定义也不是唯一的定义,将行政法理解为“首先是涉及政府权力的控制的法”,“首先”意味着不排除其他可能。^[33]而且,英国行政法学界同样关注行政过程中的正义,^[34]关注私法与公共权力的关系,^[35]司法审查并不是其唯一关注的领域。将一种服务于司法审查的理论理解为行政法的理论基础,这一“理想类型”化的过程会不会犯“以偏概全”的错误?

相对于管理论,主张平衡论的学者对控权论的态度要友善很多,认为控权论在历史上发挥过重要的作用,但随着社会的发展,如果仍然坚持控权论,在公民自由和国家权力之间偏向公民自由一端,在公正和效率之间偏向公正一端,就会牺牲秩序,因而不适应现代社会的发展。主张平衡论的学者对控权论的这种批判有主观臆断之嫌:没有证据证明一种本用作司法审查的理论,如何就不适应现代社会的发展了。美国行政法上的正当程序原则,英国行政法上的越权无效原则,作为控权论的两种制度模型,依然在司法审查中发挥着重要的作用。

主张平衡论的学者在批判平衡论时,始终摆脱不了的逻辑困境是:平衡论如何与控权论划清界限。控权论看清了行政机关与行政相对人的地位悬殊,力图通过控权来实现两者的关系平衡,控权论与平衡论之间,可能并不存在立场上的对立。^[36]主张平衡论的学者也意识到,“对

[29] 参见沈岍、王锡锌、李娟:“传统行政法的控权理念及其现代意义”,《中外法学》1999年第1期,第61~67页。

[30] 参见〔美〕伯纳德·施瓦茨:《行政法》,徐炳译,群众出版社1986年版,第1页。李娟曾将该观点作为控权论的核心观点展开批判。参见前注〔24〕,李娟文,第45~50页。

[31] 〔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41页。主张平衡论的学者陈小文曾将韦德的观点作为控权论的核心观点展开批判。参见陈小文:“行政法的哲学基础”,载前注〔10〕,罗豪才等书,第58页。

[32] 参见〔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年版,第189~200页;〔美〕杰克·M.比尔曼:“美国行政法的范围”,载〔新西兰〕迈克尔·塔格特:《行政法的范围》,金自宁译,中国人民大学出版社2006年版,第202~229页。

[33] 参见张越:《英国行政法》,中国政法大学出版社2004年版,第155页。

[34] See Timothy Endicott, *Administrative Law*, Oxford University Press, 2009, pp. 429~464.

[35] *Ibid.*, pp. 513~606.

[36] 郭润生教授意识到了这一点,将行政法的理论基础定义为“控权——平衡论”。参见郭润生、宋功德:“控权——平衡论——兼论现代行政法的历史使命”,《中国法学》1997年第6期,第48~56页。宋功德教授后来转向全面支持平衡论。

现代行政法的平衡作用，西方法学家已多少有所意识。如英国著名行政法学家 H. 韦德曾明确指出：“行政法对于决定国家权力与公民权利的平衡作出很多贡献。”^[37] 主张平衡论的学者用“西方法学家没有清楚地认识到”、“没有系统地揭示”轻描淡写地处理了这个逻辑软肋，“西方法学家还没有清楚地认识到现代行政法实质上是‘平衡法’，更没有系统地揭示出它存在的基础是‘平衡论’。”这个逻辑与统一公法哲学提出的逻辑如出一辙，公法在西方绵延数年，西方学者却没有提出统一公法哲学。^[38] 一语惊醒梦中人？不识庐山真面目？中国行政法学者看到了西方法学家没有看到的西方行政法的理论基础，即便这是真的，至少也需要论证。^[39]

管理论强调行政法中“行政”的面向，说的是事实；控权论强调行政法中“法”的面向，说的是规范；平衡论强调行政法的功能，说的是价值。“行政”本来就内含了“管理”的意蕴，管理就意味着有服从的关系，这是行政法必须面对的经验世界，管理论实质上是事实命题；“法”关联了司法，英美法系的判例在法律体系中举足轻重，司法与行政的关系首先就是“制衡”，这是行政法必须面对的规范世界，控权论实质上是规范命题；行政法关注秩序，无论强调权力的一端还是权利的一端，目的都是形成某种和谐的状态，这是行政法的目标，控权论实质上是价值命题。事实命题、规范命题和价值命题本可以在不同的论域中煮酒论英雄，最多“隔空喊话”，平衡论硬是要在批判控权论和管理论基础上，成就“一统江湖”的伟业，将管理论和控权论理想类型化的过程，多少是将二者描黑的过程。

行文至此，我们可以清点平衡论相对于管理论和控权论这两种“理想类型”的理论所提供的知识增量究竟有哪些。相对于管理论和控权论，平衡论想找到新的切入点，即从“关系”的视角探求行政法的理论基础，其实管理论和控权论都是从关系角度切入的，与平衡论并无二致，平衡点的左右摆动，反而牺牲了平衡论作为行政法中心理论所应该具有的概念硬度。主张平衡论的学者对管理论的批判，要么靶心错位，要么制造假想敌，只有对前苏联行政法的批判不失精准；对控权论的批判稍显“以偏概全”，间或以想象替代论证。管理论着眼于事实，控权论着眼于规范，平衡论着眼于价值，分处于不同的论域，不构成几种对立的理论。

三、平衡论的理论短板

主张平衡论的学者将平衡分解为作为状态的平衡和作为方法的平衡。作为方法的平衡贯穿于任何一种裁判的始终，在行政法中亦不例外，其价值自不待言。作为状态的平衡，在行政法上可以逻辑圆融吗？平衡论究竟要平衡什么？这是我们不得不追问的问题。

行政机关与行政相对人的关系是行政法要调整的社会关系，行政机关权力和行政相对人权利之间的矛盾是行政法要处理的核心矛盾。平衡论之作为状态的平衡，必然指行政机关权力和行政相对人权利之间的平衡。我们可以不问这种平衡是否可能——平衡也可以指一种理想状态，但必须追问这种平衡是否正当——这是一种具有解释力的学说必须具备的理论品格。

行政机关权力和行政相对人权利之间的关系又可以从宏观和微观两个角度观察，考查平衡

[37] 前注 [6]，罗豪才、袁曙宏、李文栋文，第 54 页。

[38] 参见前注 [12]，袁曙宏文，第 23-37 页。

[39] 即便我们坚守学术自信，不认为中国行政法研究整体上落后于西方，至少也要假定：西方行政法学家整体上和我们有着相同的理论智慧，中国行政法学者能看到的西方行政法理论基础，西方行政法学家不可能看不到，这应该符合我们的常识。如果要得出颠覆常识的结论，就需要缜密的论证。



论的正当性也可以从考查宏观平衡和微观平衡两个层面展开。

(一) 宏观平衡

从宏观的角度着眼,不区分一个行政机关和另一个行政机关的权力,将行政机关的权力加总,就是宪法意义上的行政权。同样,不区分一个行政相对人和另一个行政相对人的权利,将行政相对人的权利加总,就是宪法意义上人民的权利。人民的权利是与国家的权力相对应的概念,人民主权是处理二者关系的基本准则。用不着对政治哲学做烦琐的知识论考古,^[40]中国宪法文本第二条,“中华人民共和国的一切权力属于人民”,就是对人民主权原理的规范表达。人民选举产生全国人民代表大会和地方各级人民代表大会,国家行政机关与审判机关、检察机关,都是人民代表大会产生的机关。毫无疑问,行政权来源于人民的授予,放在行政法的语境中,来源于行政相对人的权利。将一个原始的权利和一个派生出来的权力放置在一个层面,且让两者处于平衡状态,这是否正当?

行政权的正当性一直是用“传送带”理论解释的,即将行政机关理解为一个“传送带”,行政机关的权力来自于立法机关,而立法机关的权力来自人民。^[41]从这里我们可以看出,行政相对人权利加总后的人民主权与行政机关权力加总后的行政权,不在同一个层面,而所谓平衡,一定是处于同一层面的均势状态。人民主权派生行政权的目的在于更好地服务于人民,具有终极的价值,如果派生的行政权上升到人民主权的层面,并与人民主权形成均势,我们只能说,人民主权在派生行政权的过程中出现了“异化”现象:主体的创造物脱离主体的控制,成为异己。^[42]行政权是人民主权的创造物,应受制于、服务于人民主权,而不能与人民主权相抗衡。防止人民主权演进过程中的异化,是公法的重要使命。

(二) 微观平衡

在具体的行政法律关系中,只要行政权在合法框架内运行,就代表公共利益,行政相对人的权利则代表个人利益;公共利益优位于个人利益——中国宪法文本就将公共利益作为限制公民基本权利的理由之一,^[43]行政机关与行政相对人法律地位不平等。行政行为的作出,多数情形下不需要行政相对人的合意;行政相对人不能改变行政行为的具体内容;行政行为有公定力,一经作出,即推定其合法有效,应该获得尊重。^[44]如果在行政关系中,行政相对人的权利与行政机关的权力平衡,不仅有碍行政目标的实现,也有失正当。

主张平衡论的学者也认可在行政关系中,行政机关优位于行政相对人,但在监督行政关系中,行政相对人优位,“负负得正”,行政机关和行政相对人达致总体平衡。^[45]但就规范来观察,监督行政关系中,行政相对人其实并不优位。《行政诉讼法》规定诉讼双方法律地位平等,^[46]并

[40] 在论证人民主权时,学者一般会援引卢梭、洛克等政治哲学家的社会契约论。参见〔法〕让·雅克·卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆2003年版;〔英〕洛克:《政府论》(下篇),叶启芳、霍菊农译,商务印书馆2013年版。

[41] 参见前注〔32〕,〔美〕理查德·B.斯图尔特书,第10页。

[42] 参见〔德〕马克思:《1844年经济学哲学手稿》,中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局编译,人民出版社2000年版,第50~64页。

[43] 参见刘连泰:“‘公共利益’的解释困境及其突围”,《文史哲》2006年第2期,第160~166页。

[44] 参见叶必丰:《行政行为的效力研究》,中国人民大学出版社2002年版。

[45] 参见罗豪才、宋功德:“行政法的失衡与平衡”,《中国法学》2001年第2期,第73~90页。

[46] 参见《中华人民共和国行政诉讼法》第7条。

未规定原告的地位优越，说行政相对人在监督行政关系中优位于行政机关，与规范相悖。尽管在行政诉讼中，作为被告的行政机关的举证责任大于作为原告的利害关系人，但仍然没有从总体上改变双方在诉讼中的平等地位，人民法院对事实问题的判断要尊重行政主体的判断。^[47] 我们哪里发现了行政相对人优位呢？在强有力的相反论证出现时，我们应该相信规范作为事实的面向，即卢曼所说的规范事实。^[48] 因此，在微观的行政关系中，行政机关优位，监督行政关系中，行政机关与行政相对人法律地位平等，两者相加，总体上并不平衡。即便真如主张平衡论的学者所说，在监督行政关系中，行政相对人优位，主张平衡论的学者仍需继续证明，监督行政关系中的“失衡”如何恰好冲抵了行政关系中的“失衡”。^[49]

也许，主张平衡论的学者意识到了自己的理论短板，开始向公共治理发力，将软法、协商之类的语汇纳入行政法的研究视野，因为这是最平衡的领域。但即便是被称之为新行政法形态之一的软法，仍然是不平衡的：行政机关是强势主体，行政法的使命仍然是使行政机关处于公法的控制，“新行政法不是法律革命，而是改良。它是在探寻依法行政的传统模式的缺陷之后试图作出的回应，这种回应意图对传统模式进行拓展而非替代。”^[50] 新行政法不构成对传统法治理论的颠覆，依然强调对传统行政权的控制，只是因为传统行政程序已经政治化了，故通过新的行政法范式将其拽回正当性轨道。而且，即便我们接受软法导致了平衡，也不能据此认为平衡论可以作为行政法的理论基础，因为软法不是行政法的主要景观，“就当前而言，公法对公共权力的规范与监督、对公民权利的维护与拓展，主要依靠硬法提供一个刚性的制度框架，软法主要通过弥补硬法的不足而起辅助作用。”^[51] 软法不能与硬法抵触，必须在法治的空间内展开，为行政提供实质合法性；^[52] 软法可能转化为硬法，这意味着硬法可能挤压软法的空间，因此，软法是在硬法的缝隙中生长出来的制度智慧。如果一种理论只能为辅助性的图景提供理论支持，就无法肩负理论基础的规范整合功能。

即便在微观的意义上，通过行政关系的“失衡”和监督行政关系的“失衡”两相对冲，“使各种对峙或冲突因素处于相互协调之中的和谐状态”，^[53] 达成了平衡，这种平衡的正当性仍需追问。没有冲突、没有对峙的和谐状态不等于实现了正义，这种状态在主张平衡论的学者批评的管理法时期也实现过，没有正义作为基础的“和谐状态”很可能与专制相伴。

平衡论作为一种方法有其价值，任何一种法律的适用，都需要法律适用者平衡考量各种因素、各种价值，主张平衡论的学者将其引入到行政法学知识体系，作为一种整体意义上的行政

[47] 参见王贵松：“一对一证据的审查与认定——廖宗荣诉重庆市交警二支队行政处罚决定案评析”，《华东政法大学学报》2012年第3期，第64~74页。

[48] 参见〔德〕卢曼：《法社会学》，宾凯、赵春燕译，上海人民出版社2013年版，第39页；〔德〕卢曼：《社会的法律》，郑伊倩译，人民出版社2009年版。

[49] 参见前注〔16〕，皮纯协、冯军文，第45~50页。

[50] 王锡锌：“行政正当性需求的回归——中国新行政法概念的提出、逻辑与制度框架”，《清华法学》2009年第2期，第107页。这与斯图尔特在《美国行政法重构》的观点一脉相承，斯图尔特将新的行政法模式称为利益代表模式，但认为利益代表模式称之为传统模式的扩展，而不是取代。参见前注〔32〕，〔美〕理查德·B.斯图尔特书，第78~128页。

[51] 罗豪才、宋功德：“认真对待软法——公域软法的一般理论及其中国实践”，《中国法学》2006年第2期，第8页。

[52] 参见罗豪才、周强：“软法研究到多维思考”，《中国法学》2013年第5期，第102~111页。

[53] 王锡锌：“再论现代行政法的平衡精神”，《法商研究》1995年第2期，第39页。



法方法论,丰富了行政法学的知识体系。平衡作为状态,并进而作为行政法的理论基础,不具有正当性。在宏观的意义上,行政权不能与人民主权平衡,人民主权应该优位;在微观上,行政相对人的权利也不可能与行政机关的权力平衡,公共利益应该优位。行政法不仅应该关注没有对峙和冲突的和谐秩序,还应关注这种秩序之中蕴含的价值。

四、结 语

在学界对平衡论的批判声音中,一种观点认为,平衡论没有为实践提供方案。^[54]这种批评其实没有切中肯綮——我们不能批评篮球运动员足球踢得不好。平衡论为行政法奠定的是方法论基础,而不是按图索骥的行动指南。行政法的理论基础本是在法理学知识供应不足的前提下,行政法学者提出的行政法法理学,法理学对实践当然也有指导意义,但法理学对实践的指导意义不是该学科是否有含金量的唯一指标——抽象的研究在最终极的意义上讲,对实践有指导意义,但这种意义十分间接——为某种方案提供正当性证成,我们不能指望法官将某一理论作为葵花宝典,依葫芦画瓢。就为某种方案提供正当性证成而言,平衡论的实践意义倒是不容小觑,那些“既要……又要……”的句式,^[55]就是经典平衡论的翻版。况且,平衡论是在进行中的理论,对实践是否具有指导意义,也无法预先判断——是骡子是马,还得拉出来遛遛后,才知道。

但平衡论无法放大为整个行政法的理论基础。相对于管理论和控权论,平衡论没有提供相应的知识增量,是斜坡上的跷跷板游戏:行政机关与行政相对人本来就站在斜坡上,主张平衡论的学者硬是在斜坡上放了两幅跷跷板——行政关系的跷跷板和监督行政关系的跷跷板,将行政机关和行政相对人置于跷跷板两端,使之持续角力,两幅跷跷板不停地晃动,主张平衡论的学者却说,这是动态的平衡。如果将上述跷跷板置换为宏观意义上人民主权和行政权跷跷板、微观意义上的行政机关权力和行政相对人权利跷跷板,让这两幅跷跷板平衡是不正当的,允许微调,但一端永远重于另一端。

批评一种理论是容易的,证成永远比证伪难,这是知识的宿命,平衡论的命题当然也逃脱不了这一定数。平衡论正在进行之中,态势如火如荼,经由重新阐释,也许会焕发出不同的生机。我们可以不同意平衡论,但绝对应该赞许主张平衡论的几代学者的问题意识和使命担当,这是当下中国行政法学最宝贵的精神财富。

[54] 主张平衡论的学者包万超博士也曾经这样认为。参见包万超:“行政法平衡理论比较研究”,《中国法学》1999年第2期,第58~74页。

[55] 最高人民法院曾发布《关于当前形势下做好行政审判工作的若干意见》[法发(2009)38号]。该意见要求各级人民法院在当前应对国际金融危机的特殊形势下,行政审判要特别注重贯彻平衡原则:“既要保证各项应对措施落实到位,又要保证人民群众的合法权益不因权力违法滥用而受损”;“既要注意保护各类企业的信赖利益、公平竞争,促进政府诚实守信,也要考虑因金融危机而导致的情势变更因素,充分考虑特殊时期行政权的运行特点,妥善处理国家利益、公共利益和个人利益的关系”;“既要保障公民、法人和其他组织的知情权、参与权、表达权、监督权,促进政务公开和服务型政府建设,又要注意把握信息披露的时间、对象和范围,保证政府信息公开不危及国家安全、经济安全、公共安全和社会稳定”;审查具体行政行为“既要遵循法律的具体规定,又要善于运用法律的原则和精神解决个案的法律适用问题”;审理承包经营权案件“既要注意维持承包经营法律关系的稳定,也要依法保护返乡农民合法的承包经营权益”。上述措辞被主张平衡论的学者认定为行政诉讼中的平衡论。参见姜明安:“中国行政诉讼的平衡原则”,《行政法学研究》2009年第3期,第15~16、20页。