

论民主制行政法治范式

程 关 松

[摘 要] 现代宪政对行政法治的制度安排所采用的是官僚制行政范式。在现代社会日益复杂化、高风险的情势下,官僚制行政法治范式表现出深嵌其结构中的内在局限性,其根本缺陷是其在执法过程中有背离执法为民的可能性。民主制行政法治范式以其对现实的有效回应能力和执法为民的价值观契合以人为本的社会主义法治理念。

[关键词] 民主制行政法治范式;以人为本;执法为民

[中图分类号] DF9 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2009)01-0022-06

一、民主制行政法治范式的形成

民主制行政法治范式是现代宪政选择中被西方宪法理论和宪政实践边缘化的一种范式,这种范式因其与资本主义社会结构之间的内在冲突而被抛弃。官僚制行政法治范式因其与资本主义社会的精英结构相契合而成为资本主义行政法治的基本范式。当然,民主制行政法治范式在资本主义宪政实践也得到一定程度的发展,但这与官僚制行政法治范式自身的内在局限性是无法解脱和分不开的。社会主义法治理念的核心是以人为本,执法为民是社会主义行政法治的本质要求。民主制行政法治范式契合以人为本的社会主义法治理念,同时也能通过民主的行政法律制度设计和民主的行政运行机制实现执法为民的社会主义行政法治目标。

现代西方宪政对行政法治的制度安排所采用的是官僚制范式。它的基本理念是通过人民主权防止、控制行政机关对公民基本权利的侵犯。依管理范式而构建的官僚制行政法治理论是以控制行政权力为中心的,官僚制行政追求人民主权的终级权威。然而,官僚制行政法治范式的固有局限是民主制行政法治产生的根本原因。我们必须在充分认清行政权的实践品性以及在对既有的官僚制行政法治理论深刻反思的基础上才能追寻到行政法研究的新范式。

民主制行政法治产生的社会原因是社会高度复杂化。开放性,主体多元、利益多样使得建立在间接民主逻辑上的官僚制行政无法有效回应时代变迁的要求,无法承载以人为本的法治价值,无法实现执法为民的行政法治目标。产生民主制行政的直接原因是:当市场失灵时,社会诉求政府干预以求公正;当政府失灵时,政府诉求市场以求效率;但当市场与政府同时失灵时,官僚制行政则无法回应。

同时,民主制行政法治范式的产生与治理理念的兴起密切相连。由于间接民主的固有局限,公共治理理念由此兴起。公共治理理念寻求在行政过程中直接民主对间接民主的修正和补充。全球治理委员会将治理界定为:治理是各种公共的或私人的个人和机构管理其共同事务的诸多方式的总和,它是使相互冲突的或不同的利益得以调和并采取联合行动的持续的过程。它既包括有权迫使人们服从的正式制度和规则,也包括各种人们同意或认为符合其利益的非正式的制度安排。治理理念的基本特征是:治理不是一整套规则,也不是一种活动,而是一个过程;治理过程的基础不是控制,而是协调;治理既涉及公

共部门,也包括私人部门;治理不是一种正式的制度,而是持续的互动^[1](第2-3页)。俞可平认为,治理的基本要素为:合法性、透明性、责任性、法治、回应、有效^[2](第146-149页)。治理理念的实质是在行政法治过程中通过行政法治实现以人为本的终极目的,核心机制是在行政管理中导入公民参与,没有公民参与,就没有现代意义上的行政法治。

行政法治最基本的要素是公民有参与行政管理的权利。“善治是政府与公民之间的积极而有成效的合作,这种合作成功与否的关键是参与政治管理的权力。”^[2](第150页)罗豪才、宋功德认为:“所谓公共治理,就其构成而言,是由开放的公共管理元素与广泛的公民参与元素整合而成。”^[3](第8页)在行政过程中,行政机关与公民之间构成一种互动关系。这种行政互动关系要求行政过程具有开放性,行政机关与公民之间具有一种法律条件下的商谈性。在这种商谈中,实质正义基础上的法律程序的一个结果就是在法律秩序内部增加了公民参与法律运行的机会。在行政的民主化过程中,被官僚制行政范式挤兑的公民参与权开始从局外进入行政过程之中,并获得了法律的正当性。这是民主制行政法治形成的根本原因。民主范式成为管理范式的一种修正、补充方案成为行政法治的基础。行政过程的封闭性被打破,与此相适应的是,行政过程的开放性、交涉性和互动关系的生成。自此,公民权和社会权不断深入行政过程之中,成为行政过程中具有平等法律地位的一种互动主体与具有平等话语权的对话力量,影响行政决策的形成和具体行政行为的实施。

民主制行政法治从边缘类型的范式走向中心还由于参与民主理论和实践的发展。自由民主的基本理念认为间接民主和直接民主之间是排他性的。然而,现代社会提供了克服直接民主障碍的技术手段,阻碍直接民主功能实现的二大障碍——规模限制和信息不对称在现代社会有克服可能。协商民主理论为大民主单元和平解决利益争端提供了理论基础,其证明了高度组织化的强势民主单元之间沟通、交涉、互动的可行性。商谈民主理论认为从最小的民主单元到最大的民主单元之间有平等的商谈话语言。程序民主理论为行政互动关系的建立提供了制度平台。

二、民主制行政法治范式在实现法律以人为本目的中的基本功能

(一)以人为本的民主制行政法治范式的内在机理

以人为本是民主制行政法治范式构建的理论基础和价值先导;民主制行政法治范式的构建是社会主义法治理念在行政实践领域中的展开,也是能够使执法为民的行政法治目标得以实现的制度形态。

民主制行政法治范式的构建可以在行政法律程序的约束下,使行政机关在行政自由裁量权范围内,在公民自我理解的基础上形成双方均可以接受的、具有法律约束力的公共共识。这就改变了行政权力与公民权利之间的对抗性,改变了行政权单一运行的刚性结构,从而也改变了行政权自体运行的轨迹,不仅从价值上导向以人为本,而且从规范和机制上保证了执法为民的行政法治目标的实现。

从法律现实有效性的角度分析,民主制行政法治范式的构建还可以克服行政权被必然性宰制的命运。行政互动关系的形成可以克服行政权运行中理性有限的局限。行政权的主体和公民共同参与行政过程,共同进入行政活动的场域,可以扩大行政行为所需要的理性和信息基础,化解时间等必然性因素给行政主体带来的压力。

民主制行政法治范式的构建还可以有效防止行政权的滥用。如何防止行政主体规避使用正式的权力而寻求非正式权力的使用是有效规制行政权的关键。但是,不管是立法监督、司法监督、还是公民通过诉权的个体监督方式均只是一种事后的监督方式,均不可能将侵权行政行为在行政权的运行过程中阻却下来。确认公民参与的法律意义将开辟一个及时性行政监督的新路径。公民参与的法律意义在于能及时地防范、阻却行政主体不当使用非正式权力,迫使行政主体在常态情形下只能使用正式权力,非正式权力的使用只能在极为特殊的个别状态下才能被例外使用。现实的情形是由于行政制度设计的缺陷,行政主体规模性地使用非正式的权力,事后又以情势压力为借口寻求免责,立法机构或司法部门也往往以情势作为行政主体免责或减责的理由,这反过来又强化和鼓励了行政主体滥用非正式权力的机

会。这样,非正式权力的使用被正当化、普遍化、规范化了,但离以人为本的法治理念的实现更遥远了。

民主制行政法治最基本的法律关系是行政互动关系。行政互动关系的形成和运行构成民主制行政法治的内在机制。在这一互动关系网络中,行政系统的开放性是一个制度性前提;公民参与具有实质性的法律意义,且以权利的形态存在于行政过程之中;法律程序使行政系统的开放性收敛于程序规范之中,公民参与在法律程序中构成行政决定的一部分,并获得一种法律效力。在这一行政互动关系网络中,行政主体(行政机关、公民)在贡献于一个行政决策的结果时是一种同相度的行政互动关系,表现出互动结果的一致性,共同取向于以人为本的行政法治目的;由于行政机关与公民在行政过程中的利益诉求和价值取向各有侧重,沟通、交涉、商谈、论争等一系列环节又是一个法律条件下的逆向互动过程,经过一系列环节的逆向互动,最终达成一个具有反思与回应能力的行政决定,从而达成对行政决定的公共理解;刚性的行政法治结构产生了实践上的回应性和回应能力,最终达成一个在价值上朝着以人为本理念演进的民主制行政法治范式;在这一机制中,执法机关执法为民的目的不止是一个观念形态的存在,而且在行政互动关系中被有效规范化、机制化了。

(二)以人为本的民主制行政法治范式的基本特征

奥斯特罗姆将民主制行政的基本特征概括为:(1)每个人都有资格参与公共事务处理的平等至上主义的假设;(2)所有重要的决定都留给所有社群成员以及他们所选择的代表考虑;(3)把命令的权力限制在必要的最小的范围;(4)把行政机关的地位从主子的行政机关变成公仆的行政机关^[4](第87页)。

围绕以人为本的法治理念和执法为民的行政法治目标,我们认为:民主制行政法治范式以多样性与互助性、开放性与包容性、交涉性与程序性、回应性与可替代性等为其基本特征,这些基本特征是社会主义法治理念在行政法治领域中的必然展现。

1. 多样性与互助性

官僚制行政的同一性特质会使得它“对不同的需要的反映会日益变得毫无区别”^[4](第71页)。在官僚制行政体制下,个人会变得越来越同质化,无助、依附、缺乏创造性,这反过来又会强化公民对全能政府的依赖以及政府的父爱主义精神,助长政府的专断。“在任何一个这样的机构设置里,都是由政府的精神统治着,尽管这种精神多么贤明,多么有益,它都造成在民族里生活形式单调,带来一种外来的行为方式。”^[5](第38页)民主制行政鼓励公民与行政之间的互动,它是以承认和尊重公民的多样性为前提的。“恰恰是由于多人联合而产生的多样性是社会给予的最大财富,无疑,这种多样性总是随着国家干预程度的上升而逐渐丧失。”^[5](第38页)多样性是行政互动关系产生的社会基础,也是民主制行政法治范式形成的社会基础。

官僚制行政的一个假设前提是认为行政机关在代议机关形成的法律中已获得了合法性。其对法律的执行使它成为公共利益的代言人,因此,官僚制行政排斥互助性,从而使政治过程中被边缘化的利益得不到保障。与此同时,它也扼杀了新兴利益的增长。官僚制行政加剧了公共利益和私人利益之间的对立,增加了行政运行的成本。民主制行政是在承认公共利益和私人利益之间具有互助性、互补性的基础上发展起来的。互助不仅能够满足共同体之间的同质性,而且还能满足共同体成员之间的多样性。“在不尽其数的、多种多样的,也许甚至是相互争斗的个人之中,有一种充满智慧的秩序。”^[5](第85页)“‘互助’是平等的人们之间的协议。”“‘互助’的结果是一切矛盾的利益的一种合理调和。”^[6](第430页)互助性是民主制行政法治的基本条件和制度预设。人们“如不学会自动地互助,就将全部陷入无能为力的状态”^[7](第637页)。互助性是民主制行政法治得以确立的哲学基础。

2. 开放性与包容性

官僚制行政是一个封闭的管理体系,其独立垄断法律的执行权和社会管理权,不允许公民和其它社会组织分享公共权力和公共权威,也不与公民和其它组织交换信息。其理性化过程来自官僚制行政内部,严格依等级规则和程式进行,无法从外部获取行政决策所必须的信息资源和批判性的反思资源。民主制行政作为官僚制行政的回应物其基本的方法论就是:开放行政体制,借以解决官僚制信息不足,决

策资源匮乏,追求程式性的弊端,同时也解决了行政政策合法性不足的问题。民主制行政的开放性为公民和社会组织的利益诉求提供了一个互动、合作、交涉的法律平台。民主制行政为社会治理提供了一个在平等基础上持续互动的合作网络^[2](第147页)。

官僚制行政是一种一元权威的刚性体系,缺乏包容性。官僚制行政的排他性特质源于其假设它在代议机关制定的法律中已获得了充分的合法性。所以,任何公民与社会组织均无合法性与其分享执行法律的权力。民主制行政是在互动基础上的一种包容性的方案,目的是形成互助关系,其并不排除行政的价值,因而它不是一个纯粹替代性的方案。民主制行政既追求以人为本的终极法治价值,也追求效率,它是一个开放性与制度化的方案,是一个在执法为民价值引领下的规范化行政法治机制。民主制行政追求一种非中心化的秩序,每个参与的单元通过开放性的程序均有自己的话语权和利益诉求^[9](第279-293页)。民主制行政的一个基本假设是无论何种利益只要是法益,并无优劣之分,均具有法律上的平等性,也有平等的话语权,所以,民主制行政法治是以法益平等为前提的。

3. 交涉性与程序性

官僚制行政以其一元权威保证行政行为的效力,并以强制力保证行政行为的效力实现。因此,行政过程依赖行政权的单方线性运行,行政主体在行政过程中排除交涉性。行政主体依赖自我纠错,同时又自我免责,其纠错机制因缺乏外在的交涉性和压力而没有真正的动力系统,且针对错误又缺乏相应的责任体系,所以官僚制行政日益变得易于犯错,不可控制,使行政行为剧烈地偏离公共目的,且导致补救性的行动恶化而不是缓解了问题^[4](第71页)。官僚制行政法治范式无法实现执法为民的行政目的。官僚制行政的组织性越来越封闭,信息系统越来越经验化、经院化,甚至以虚假的信息作为行政决断的根据。民主制行政关注决策的合法性支持、外来信息的充分吸收以及批判性价值^[9](第25页)。因此,民主制行政具有反思功能,注重行政决策和决定的参照物和背景物,注重信息基础的拓展。在其反思和回应过程中,注重回复到制度前的制度事实乃至社会事实中去寻求信息资源。所以,它在方法论上是一个由法律的抽象到案件的具体的过程,反映了方法论上的深刻性和决策、决定的针对性、有效性。行政主体在与行政相对人的交涉过程中扩大了信息基础以及决策的可选择性范围,同时,在交涉过程中充分考虑到行政相对人的合法权益,因而使行政行为本质上具有反思性和回应性,取向执政为民的价值目标。同时,通过交涉、反思所作出的行政决定增加了公民服从的自觉性,也提高了行政执行的效率。交涉性是民主制行政法治的基本方法论。民主制行政的目的就是要注入一种借参与和回应而使行政主体获得一种反思压力与自我矫正能力的精神与制度安排。从内在机制上保证行政机关执法为民目的的实现。

官僚制行政并不排斥程序的功能,但它对程序的吸收主要是与科层结构相契合的。因此,官僚制行政中的程序吸收的是程序的形式特征而消除了程序的价值。被官僚制行政吸收的程序形式性,对内表现为一套僵硬的程式规则,对外表现为一种形式主义;这种形式性程序对内成为维护科层权力结构的纽带,而不是增加内在说服性的工具,对外则成为阻止官僚制行政对外交涉与公民参与的屏障。民主制行政中的程序具有实质性的独立价值,它与民主政治直接关联,以以人为本的法治价值为先导。科层之间的关系是以围绕法律的价值基础来说理展开的。科层之间的权力关系是以执法为民的目的论为法律基础关系的,并不是一种盲目的指挥与服从的关系。权威关系的确认是以以人为本的法理念为终极根据的,等级关系以服从法律关系为前提。问责制不是依权力等级而是依法律的规定建立起来的。在对外关系中,程序构成行政体系交涉的平台,并为公民直接参与行政过程提供实质性价值交换的场域和公共共识形成所必须的话语空间。

4. 回应性与可替代性

官僚制行政的责任体系是依权力等级建立起来的,权力等级越高,所配置的法律责任越轻,权力等级越低,所配置的法律责任越重。因此,在回应性上,官僚制行政对上位权力的回应过度,而对法律和公民的要求则缺乏回应性。公务员在官僚制行政中只对上位的权力负责而不对法律和公民负责,执法为民的目的难以实现。“经过专业训练的公务员对单一权力中心负责,这种等级秩序的完善,会削弱大型

行政体制对许多形形色色的公益物品的种种偏好作出反映的能力,也会削弱其应付各种环境条件的能力。”^[4](第 116 页)民主制行政的责任体系是依以人为本这一社会主义的终极法律价值建立起来的。因而,行政的首要功能是执行体现以人为本的法律而不是权力等级的意志。它必须对法律的规定和公民的需要作出及时、负责任的回应,主动满足公民的需求。公务员在民主制行政法治中是以对法律和人民负责为依归的^[2](第 148 页)。

官僚制行政是以行政对法律执行权的垄断为假设前提的。因此,官僚制行政拒绝与公民以及公民组织分享法律的执行权,行政的执行权具有不可替代性,行政机关是公共福利的唯一供应者。官僚制行政建立的是法律执行的一元权力体系和一元权威,行政权是一个自足的自体运行系统,执法为民依赖公务员和行政机关的自觉性这一偶然性。民主制行政法治理念认为,行政不是唯一的公共物品的供给者,各种社会组织也可以替代行政组织为社会提供公共物品和服务。行政组织为公民提供最基本的公共物品——秩序和安全。公民参与会提高公共物品的质量、扩大公共物品的范围。民主制行政是一种开放、多元的关于法律执行的主张,公民参与具有优化公共物品品质的价值。民主制行政以实现法的人本价值而不是以一般执行法律为导向,它包含各种组织制度化竞争的可能。行政组织未必是最佳的公共物品的供给者,它有潜在的替代者。公民参与是公共物品优化选择的内在动力。“形形色色的组织安排可以用作提供不同的公益物品和服务。这些组织可以通过各种各样的多组织安排得以协调,它们包括互利性的贸易和协议、竞争性的对抗、裁定冲突以及有限等级的命令权力”^[4](第 116 页)。在民主制行政法治所构建的竞争性制度体系中,执法为民摆脱了社会和公民福利寄希望于行政机关的偶然性依附关系,而从体制上获得了一种为民执法的必然性,否则,它将被竞争机制所淘汰。

综上所述,官僚制行政假设其权力的合法性来源于代议机关,其对法律的执行代表了公共利益,这为其强制力提供了正当性;同时,官僚制行政是以公共利益优越于私人利益为理论条件的。因此,官僚制行政理论认为公共利益是一个先定的构成性的概念,它排除交涉性和商谈性,行政过程是行政主体对公共利益的自我理解,它与私人利益之间没有一种有机联系,且是相互对立的。民主制行政认为,公共利益是私人利益的转化物,最终也是为了个人的自由和全面发展,自身并没有终极意义。公共利益并不优越于私人利益,公共利益和私人利益之间是在交涉的基础上达成的,公共利益并不能自我理解,它是在各种私人利益商谈的基础上形成的。民主制行政理论认为,公共利益和私人利益在法益上是平等的。以人为本的社会主义法治理念和执法为民的行政法治目的只能在公共利益和私人利益的相互转化中才能真正实现。

社会主义法治理念是我国社会主义法治实践的精神指引和价值先导。作为社会主义法治理念实现的重要形式,执法为民是行政法治的本质要求。社会主义法治理念是法治的最高理论形态,在行政法治论域中,民主制行政法治是以人为本的社会主义法治理念的必然展开和实现形式;以人为本的社会主义法治理念是民主制行政法治范式构建的理论基础和价值先导;民主制行政法治范式的构建是社会主义法治理念在行政实践领域中的展开,同时也是能够使执法为民的行政法治目标得以实现的制度形态。以人为本是民主制行政法治范式的价值内涵,执法为民是民主制行政法治范式的根本目的。

[参 考 文 献]

- [1] 俞可平:《权利政治与公益政治》,北京:社会科学文献出版社 2005 年版。
- [2] 罗豪才、宋功德:《公域之治的转型》,载《中国法学》2005 年第 5 期。
- [3] [德]威廉·冯·洪堡:《论国家的作用》,林荣远、冯兴元译,北京:中国社会科学出版社 1998 年版。
- [4] [美]文森特·奥斯特罗姆:《美国公共行政的思想危机》,毛寿龙译,上海:三联书店 1999 年版。
- [5] [美]康芒斯:《制度经济学》(下册),于树生译,北京:商务印书馆 1962 年版。

- [6] [法]托克维尔论:《美国的民主》下卷,董果良译,北京:商务印书馆 1988 年版。
- [7] [德]尤尔根·哈贝马斯:《包容他者》,曹卫东译,上海:上海人民出版社.2002 年版。
- [8] [美]理查德·B·斯图尔特:《美国行政法的重构》,沈岿译,北京:商务印书馆 2002 年版。
- [9] 季卫东:《法律程序的形式性与实质性》,载《北京大学学报(哲学社会科学版)》2006 年第 1 期。

(责任编辑 车 英)

Administrative Law Paradigm of Democracy

Cheng Guansong

(Wuhan University Law School, Wuhan 430072, Hubei, China)

Abstract: The modern constitutionalism adopts the administrative law paradigm of bureaucracy to arrange the administrative institution. However, the bureaucracy paradigm, under the high risk and complicated conditions of modern world, shows a great of internal limitation in its structure, whose essential flaw is the possibility of betraying the notion of enforcement law for the people during the procession of enforcing the law. The administrative law paradigm of democracy; on the other hand, combines its effective response ability to the real world, the concept of value of enforcement law for the people, and the socialist idea of rule-of-law of viewpoint of humanist. The paper argues the cause of formation, the function, and the characters of the administrative constitutional paradigm of democracy to combine the above two administrative constitutional paradigms, and studies the formation and characters of the administrative constitutional paradigm of democracy to achieve the basic requirement of enforcenment law for the people of the socialist idea of rule-of-law.

Key words: administrative law paradigm of democracy; viewpoint of humanist; enforcement law for the people