

■法学理论

回应当下性：“平衡论”之于行政法的意义

夏 启 发

(浙江大学 法学院, 浙江 杭州 310028)

[作者简介] 夏启发(1965-), 男, 湖北红安人, 浙江大学法学院博士后, 文学博士, 深圳市公安局宣传处科长, 主要从事法理学研究。

[摘 要] 现代社会政治、经济、文化的发展已有效地控制了行政专横, 保障了公民权利; 社会发展要求扩大行政权、约束公民权。为了适应这一社会趋势发展的需要, 现代行政法在各国都不同程度地跳出了“管理法”或“控权法”的窠臼, “平衡法”渐渐成为世界行政法的主潮。我国行政法本质上是一种“平衡法”。因此, 我国行政权既受到控制, 又受到保障; 公民权既受到保护, 又受到约束; 行政权与公民权之间既相互制约, 又相互平衡。

[关键词] 行政法; 平衡论; 管理论; 控制论

[中图分类号] D922.1 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2004)02-0224-06

自 20 世纪 80 年代以来, 随着中国经济快速、高效、持续、稳定的发展, 中国法制建设也获得了前所未有的大发展, “快速、高效、持续、稳定”的说法, 同样适合于对法制建设发展状况的描述。仅就行政法的理论基础研究而言, 自 20 世纪 90 年代起, 国内学术界众多学者已从不同的角度、不同的层面提出了多种富有见地的理论或学说, 其中行政法的“控权论”、“新控权论”、“管理论”、“为人民服务论”、“政府法治论”、“公共利益本位论”、“公共权力论”、“平衡论”, 等等, 都是比较有代表性的学说。在一个时期, 关于行政法的本质和当代意义的研究与探索, 大有诸子蜂起、百家争鸣的态势。且不说这一现象是否有助于理论界全面认识现代行政法理论基础, 是否能切实推动承载历史使命的理论基础的确立, 仅就学术研究所体现的“百花齐放, 百家争鸣”的生动活泼的局面而言, 我们也应该对现代行政法的理论研究的活跃现状和光明前景充满信心。

当然, 我们也应该看到, 各种理论都在体现着一定的合理性的同时, 也存在着或多或少的局限性或不完善性, 学说之间的相互矛盾和不平衡也是显而易见的。例如行政法的“平衡论”的合理性、局限性及其当下意义就是近来颇受学界关注的一个问题。就近几年有关这方面的研究情况而言, 比较有影响的文章有: 姜明安的《授权、分权、控权——平衡行政法生存的“理”》; 皮纯协、冯军的《关于“平衡论”疏漏问题的几点思考——兼议“平衡论”的完善方向》; 叶必丰的《公共利益本位论与行政诉讼》; 杨解群的《关于行政法理论基础若干观点的评析》。从这些文章看, 行政法的“平衡论”还存在着很多争议, 支持者有支持者的理论, 反对者有反对者的说法, 一时还很难在一些重要的学术性问题上达成共识。

早在 20 世纪 90 年代初, 罗豪才等人就在一些重要的法学研究的学术刊物上发表了有关行政法“平衡论”的文章, 例如《现代行政法的理论基石——论行政机关与相对一方的权利义务平衡》一文, 作者明确提出了“平衡论”作为行政法的一种理论的主张。此后, 不少关注这个问题的学者一直在作完善这种理论的努力, 力图使之有助于行政法理论的科学化并推动中国行政法的进步。尽管还有这样或那样的反对和批驳性的意见时不时见诸于报纸、期刊或形形色色的“网上论坛”, 但是, 大多数论者是以一种善

意的态度对待“平衡论”的,他们本着修订、补充和完善的意图对其进行研究和探讨,并取得了一系列令人瞩目的研究成果。

一、行政法“平衡论”如何可能

当现代国家作为一个与个人及其由个人组成的社会团体和社会组织相对性的概念时,具有悠久历史的国家行政机关的控权地位和管理功能的无可争辩性被现代社会理所当然地传承了下来。无论在西方还是东方,现代行政权就其本质而言是国家公平合理地调节和平衡个人权利与义务、利益与责任的重要机能之一。社会中的每个成员都需要一种维护法定秩序,保障法定权益,发展公益事业,改善福利条件的真正代表公民利益的权威管理机构。现代国家行政法的主要内容,正是顺应行政机关与相对一方的现实需要,由国家以法律规模的形式,制定和授予行政机关的各种管理权能以及相应辅助性手段。这些权能和手段使行政机关得以及时有效地处理各种各样的关涉公共利益的矛盾。

众所周知,行政机关与相对一方的现实矛盾关系及其在法律上表现的权利义务关系,是行政法基础理论研究的重要内容之一。不言而喻,行政机关与相对一方的特殊关系,是决定行政法区别于其他部门法律的重要标志。与其他法律部门相比,行政法的最大不同之处就在于,作为行政法主体一方的行政机关拥有国家权力,是管理者;其相对一方则是公民、法人或其他组织。也就是说,相对一方是国家权力的拥护者而不是反对者,是行政机关的服务对象和管理对象。对于一个民主国家来说,行政法主体一方与其相对一方是一种互为依存的关系,在一定的层面二者是血肉相连的,形象地说,双方在政治上是同盟军,经济上是合伙人,其根本利益在总体上讲是基本一致的。

但是,由于不同时代、不同国度对行政法主体双方地位的定位是极为不同的,因此不同时代、不同国度的行政法在处理行政机关与相对一方的现实矛盾关系及其在法律上的表现的权利义务关系时,具有极为鲜明的时代特色、意识形态特色和地域特色。在一个强调行政机关的绝对主导地位 and 公民服从地位的时代和国度,行政法在本质上实际与“管理法”并没有太大的差别。在这种情况下,行政组织法和行政行为法的功能将获得膨胀性的扩张,行政程序法和行政监督法如果没有遭到肆意践踏也至少是被损害和被削弱的对象,行政诉讼法和国家赔偿法如果不是根本就不存在也很可能是形同虚设。而在一个强调高度民主化的现代社会,公民权利普遍受到尊重,而专制制度和高压政策无法容身的时代和国度,行政法可能更多地表现出“控权法”的一些基本特征。在这种情况下,行政法的基本宗旨主要表现为对行政权的监督和控制以及对公民权的保障和维护。

从人类发展的历史看,行政法是特定社会人权普遍觉醒的情况下形成的,这种特定的社会条件是极为复杂的,大体上讲,主要包括这样几个方面的内容:国家权利机关具有一定程度的民主特色,平等自由思想在意识形态领域占有一定的地位,人道主义或人文主义精神得到具有生存和发展的环境,人性观念和人格尊严得到应有的关注等等。所以,大多数学者认为,行政法实际上是在国有权力结构形态上发生分离和制约以后的产物。然而,行政法主题是在历史存在的国家与个人的关系及人类对此关系的思考的深层次背景下演绎发展起来的。如果我们无视有关行政法的起源和发展的这样一个历史的具体事实,对行政法主题历时性的要义变迁就难以准确把握。当然,我们也应该正视这样一个事实,那就是自近代以来,随着国家分权、法律分类和学科专业化,国家和个人的关系更多地由国家哲学、宪法学、政治学等予以关注,而行政法研究的焦点则集中于行政机关与相对一方的关系上。

有研究者认为,即使是同在奴隶制和封建制时期,由于东方社会与西方社会与国家的形成和发展状况极为不同,所以,它们在行政机关与相对一方法律关系问题上也各有明显的民族特色。当西方国家相对趋向于以“控制论”行政法思想来建构行政法体系时,中国这样宗法制或封建主义国家,却长期固守带有浓厚独裁特色“管理论”模式,“控制论”观念对于东方宗法式封建国家来说几乎是不可想象的。这里,笔者想起了一位社会学学者陈春文提出的一个富有创新意义的概念——“私民社会”。这个概念是他在“公民社会”的参照下提出来的,他试图用它去陈述过去通常用“封建社会”或用“宗法社会”所表达

的内容。按照陈春文的说法,公民社会是依据契约精神组建的社会,所以,公民社会简单地说就是契约社会。当公民要签两个契约,一个是作为自然人的契约,它保障人生来平等,以示对单一自然人的绝对尊重;另一个是作为社会人的契约,它强调个体之间及个体与群体之间在权利与义务上的均衡,以公共义务交换个人权利,以对公共空间的承诺交换私生活的承诺。所谓法律,实际上就是生效的公民条约。所以,公民的实际内容就是处在双重契约中的人,一个是个人与神签下的约,一个是在人的平面内签下的约。对应于双重契约,公民社会突出两个平等,在神面前人人平等;在权利和义务的均衡关系上人人平等。很显然,这里说的主要是西方国家的情况。

中国封建社会的情况如何呢?陈春文用“私民社会”这个概念进行了概括。那么,到底什么是私民社会呢?陈春文认为,“私民社会的主要内容无非是私民、血缘关系和老百姓。私民指社会中单一的人或者被群体所有(集体)或者被皇帝私有(子民)或者被朝代及国家所有(国民),但无私如何做不成自由人,不能做独立意义上的人,当然也谈不上以个性为基础的人。血缘关系之所以在私民社会中至关重要,不仅因为血缘关系是每个人在私民社会中立足的最初和最终的担保条件,而且也是每个人生老病死全程意义的注释者,而且也是解释权力本位的中国社会的惟一途径”^[1](第 28 页)。

在陈春文看来,私民社会的实质在于一个“私”字。皇帝以天意行私,他行私的惟一天意支持就在于他打来了天下,所以他要坐天下,土地、牲畜和百姓都是他的战利品,可以任他支配和愚弄。宦官以皇帝的名义行私,宦字的意思就是皇室的家臣,实际上是家奴,直接被皇室私有。草民则以最孤苦无奈的方式行私:自私和以行贿的方式守私或扩私。以私字为核心的处世智慧令人眼花缭乱,如在一连串行行好好后面埋伏着的极有韧性的消极抵制,以对策消耗政策的太极功夫,以行贿瓦解规则的生存本能,以宗法利益粉碎国家利益的假公济私等等。在这种“私民社会”中,所谓国家,不过是帝王用来生产私有财产和守护其私有财产的机器而已。行政机关本质上就是帝王手中的一条鞭子。即使那些不可一世的大小官吏,他们在皇帝的眼中都不过是一条条看家的狗,事实上,臣子的地位有时是连狗也不如的。从“君要臣死,臣不能不死”的训诫来看,那些臣子,连生命都受帝王支配,老百姓的父母官们倘是如此,一般子民(或草民)的命运则可想而知。封建社会,一般老百姓对自己的父母官自称“草民”,正是这一个“草”,包含着中华民族最沉痛的悲哀!

因此,在宗法式的中国封建社会,行政机构与其相对一方在权利义务方面基本关系是一种“吃人与被吃”的模式,一种强迫与被迫的模式,用法律的术语来说,就是一种“命令与服从”的模式。在中国长达数千年的封建社会历史过程中,“圣旨”就是最高的法律,“皇命大于天”就是权力本位思想深入这个民族骨髓的最生动的描述。类似中国封建社会这种行政机关和相对一方的权利与义务相对分离的关系,实际上是相当复杂的。今天的法学家们出于分析的需要,常常把集权制度下的类似的法律关系或法律传统称为“管理法”类型。与之相适应的则是以服从权力为基本格调的“管理论”。

与我国不同,西方社会在同一主题上的法律传统表现出无法简略尽述的复杂性。古代希腊城邦政制从王政、贵族政治、僭主政体到平民政体的递嬗史,古罗马由王政向共和制、君主制的演变和盛衰史,欧洲多元分治的封建社会推演至中央集权的发展史。在古希腊,“凡享有政治权利的公民的多数决议,无私在寡头、贵族或平民政体中,总是最后的裁断,具有最高的权威。”古罗马由共和制向君主制过渡以后,“一切权力均属于皇帝并来自于皇帝”。“君主喜欢的东西就具有法律效力”,“君主不受法律的约束”^[2](第 338 页)。大约在十二三世纪,各国国王才以自己选任的行政官员和王室法官取代自治贵族并通过他们直接统治其领土范围内的全体臣民。“国王有责任在重大问题上征询其臣民意见,并在做出决定时征得他们的同意。”^[3](第 299 页)沈岍认为,有限政府和控权理念所基于的法律传统早在中世纪法律体系和管辖权多元的西方社会就已形成。应该说,这个结论是有理论根据的。

到了近代,主张自由竞争的资本主义和崇尚人权的人文主义在西方盛行,国家干预和个人幸福在人们的普遍理念中形成对立的紧张关系。当时,人们“认为只要任凭国民去自由竞争,自会有看不见的神之手来引导,保持协调、平衡,为国民带来至高的幸福和社会的繁荣”。于是,以尊重个人权利为基本价值的公法体系确立了“人民主权”、“三权分立”和“法治”三大原则。具体至行政法的设计和建构,规定行

政机关的义务和确认相对一方的权利成为其主流,保护相对一方“自然享有”的自由和权益不受行政机关侵犯成为行政的权利法的宗旨,将行政机关置于立法机关和司法机关的严格控制和监督之下成为实现行政法宗旨的主要手段。这种把行政权力排斥于个人幸福之外、严格限制行政权于防御、财政和一般治安功能的近代行政法,即通常所说“控权法”类型,与其相应的理论基础则是“控权论”。但是,“控制论”的局限和负面效应在许多西方国家,早已得到了充分的展示。

前苏联等社会主义国家,出于特定历史条件的需要,没有采用西方人当时相对流行的“控制论”体系,而是在改造传统的“管理论”法律体系的基础上,创立了新的“管理论”模式。但随着时代的进步和发展、经济改革和政治改革的大潮,使得社会主义制度创立时期的那种权利过分集中的行政管理模式不再适应新形势的需要了。我国的情况也是如此。自20世纪80年代起,社会主义市场经济运动及文化反思和建设活动向传统的对国家和个人关系的思考及行政法“管理论”提出了挑战。仅就市场经济内在要求而言,一方面,企业和个人必须拥有足够的经济活动自由才能通过市场机制有效地享用资源,行政权过分强制性的配置资源会扼杀经济主体的自觉性,扭曲市场规律;另一方面,市场机制内在缺陷需要由行政权通过各种间接手段予以补救。注重行政权力,强调相对一方义务的“管理论”显然不能与之相适应,持相反观点的“控权论”亦然。

从世界行政法发展的大趋势看,平衡法已经成为时代的主流。正如袁曙宏在题为《现代行政法本质上是平衡法》的文章中明确指出的:行政法发展到今天,一方面,现代社会政治、经济、文化的发展已有效控制了行政专横,保障了公民权利;另一方面,这种政治、经济和文化的发展又要求适当扩大行政权、约束公民权。因此,适应这一社会趋势,现代行政法在世界各国都不同程度地跳出了“管理法”或“控权法”的窠臼,向着“平衡法”的方向发展。其特征是行政权既受到控制,又受到保障;公民权既受到保护,又受到约束;行政权与公民权之间既相互制约,又相互平衡。具体到操作层面,在传统的“管理法”观念影响下比较普遍存在的官僚主义、衙门作风、“门难进、脸难看、事难办”等长期让老百姓不满意的问题,仅仅通过行政文件、政治宣传、道德教育以及舆论监督等手段是难以从根本解决问题的。一旦法律上有一个明确的说法以后,只需依法行政就能够妥善解决这类问题。

二、“平衡论”之于行政法的意义

有关行政法的研究成果表明,当代中国行政法在本质上是一种“平衡法”。这种平衡在行政机关与相对一方在权利义务关系上互相排斥、彼此迁就、不断适应、长期磨合的矛盾运动中建立起来的。有关平衡法的理论探索和研究,使得“平衡论”在现代行政法学占有越来越重要的学术地位。平衡论的基本观点是,在行政机关与相对一方权利义务的关系中,二者的权利义务在总体上应当是平衡的,而这一平衡是通过立法、执法和救济三个动态环节来不断调整和实现的。立法是公平分配行政机关与相对一方权利义务的过程;执法是着重保障行政权,要求公民服从的过程,但也应掺入民主与公正的机制与因素;救济是着重保障公民权、审查行政行为的过程,但也应注意维护行政权的合法行使,防止公民权滥用。

就我国当下实行的行政法的情况看,整个“立法—执法—救济”的发展过程,实质上是行政机关与相对一方在权利义务关系上既对立又统一、既冲突又平衡的矛盾运动过程。行政法从公平分配双方的权利开始,以充分保障行政机关单方行使行政权居于其中,到切实维护相对一方获得救济权结束,其间走过了一条从双方权利义务对等、到双方权利义务不对等、再到双方权利义务平衡的崎岖曲折之路。有研究者认为,正是行政机关与相对一方的权利义务在执法和救济两个具体环节上的差异性和不对等性,保证了其在行政法总体状态上的对等性和平衡性;也正是这种行政机关与相对一方权利义务关系的内在发展规律,构成了现代行政法发展的动力和现代行政法学的核心。20世纪80年代以来,我国行政法制和行政法学的迅速发展,特别是行政诉讼法、国家赔偿法、行政处罚法等基本法律的颁布,充分证明“平衡论”的思想确实贯穿于我国行政法制和行政法学的发展过程以及相关法律的立法宗旨和基本内容之中。例如,在我国现行行政诉讼法、国家赔偿法、行政处罚法等基本法律中,都在最重要的位置做出了

保护公民权、受监督和维护行政权的规定。

“平衡论”关注现实,并希望对我国制度和理论建设具有现实意义,关于这一点,前文已有论述,不少研究者也有相当深刻的研究。例如,沈岍在《现代行政法的理论基础》一文中对“平衡论”之于行政法的意义有十分详细的论述,他的主要观点,归结起来大体上包括这样几个方面:首先,依据“平衡论”基本原理,准确把握立法、执法、司法三个法制环节各自的重心和平衡及各法制环节之间的制约和平衡,可保证行政法制健康、协调地发展,摆脱行政机关与相对一方权利义务配置不平衡的法制现状;其次,依据“平衡论”,可建立适应社会主义市场经济体制要求的新型“政府——企业”互动模式,推动市场经济的发育和成长;第三,依据“平衡论”,可真正实行民主价值和效率价值有机统一的政治制度和行政体制;最后,依据“平衡论”,可全面、准确地认识现代政法的本质和作用,从而可重构既符合世界行政法发展方向又具有民族特色的较成熟完善的行政法学体系。此外,在全球化声浪日甚一日的今天,坚持“平衡论”至少还具备这样两个方面的意义:第一,对我国法制的现代化建设而言,“平衡论”走在学术研究的时代前沿,维护了法学的当代性品格,使中国法学研究在世界法学研究的大背景中,能够发出本民族的声音。第二,从立足民族、面向世界的学术研究策略来说,“平衡论”既避免了“管理论”的不合时代潮流的种种缺点,又消解了“权控论”的不合本土国情的种种弊端。

当然,“平衡论”至今尚属理论萌芽时期,因此,它需要一个不断自我反思和建构过程才能渐臻完善。正如罗豪才、沈岍等人指出的,“平衡论”的提出不仅“对我国制度和理论建设具有现实意义”,而且对我们进行行政法学研究更具深远的方法论意义:(1)“平衡论”虽然是一个部门法学的研究课题,但它不可避免地涉及哲学、伦理学、社会学、政治学、经济学、其他部门法学等广泛领域,因而,如果要求“平衡论”得更深发展,就必须打破部门法学之间以及法学与其他学科之间存在的学术隔离,既保持本部门法学强劲的身我发展势头,又不断吸收其他部门法学和学科的思想精华,并向后者贡献自身的成果;(2)“平衡论”必须借助对行政法及行政法学历史的真实反思和积累,因而,我们必须打破我国行政法学研究只重视对制度的历史性描述、轻视和忽视对行政法学基本理论历史进程的关注的状况;(3)“平衡论”作为一个部门法的理论基础无法脱离具体文化环境,它要进一步的完善有话,我们就应对法律制度的建设进行文化的阐释和证明,寻找“平衡论”生根成长的本土基础。

我们还应该看到,相对于其他部门法而言,行政法尚缺乏统一理论根基。那么,什么是行政法的理论基础呢?这个问题尚有一些不同的看法,但大多数论者认为,行政法所谓的理论根基,大体上是指能够决定一国行政法之存在价值与发展方向,反映行政法之发展规律,揭示行政法的历史使命,解决行政法的基本问题,行政法系统理论可赖以存在与发展的理论基础。实际上,它也是一国行政法学体系的出发点和核心问题。“平衡论”者对现代行政法的理论基础作了积极的富有成效的探索,他们称平衡理论揭示了现代行政法之发展规律,可以正确指导实践,解决行政法问题,是现代行政法系统赖以建立的基础,是现代行政法的理论基础。总的说来,平衡理论在我国体制转轨时期的重要理论价值与实践意义是在法学界大体达成了理论上的共识。但是,也有学者认为,平衡理论还存在诸多亟待完善的疏漏和缺失。因此,有人提出了控权——平衡理论,力求填补“平衡论”之疏漏,并希冀有助于揭示行政法之精神实质与历史使命。但不管怎么说,学术研究最为可贵的是大胆创新、与时俱进,我们应该以厚德载物的广阔胸怀来包容各种各样的学术立场和理论观点,同时也要敢于打破那些以权威或经典的面貌出现的不再符合历史发展需要的传统理论,这样做的目的是非常明确的,我们期待新的研究成果能够更有力地促进中国行政法建设的持续发展,更有力地推动行政法理论体系的逐步完善。

[参 考 文 献]

- [1] 陈春文. 全球化格局与中国的私民社会传统[J]. 科学·经济·社会, 1999, (2).
- [2] [意] 朱佩塞·格罗索. 罗马法史[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1994.
- [3] [美] 马文·佩里, 等. 西方文明史: 上卷[M]. 北京: 商务印书馆, 1993.

(责任编辑 车 英)

Balance & Administrative Law

XIA Qi-fa

(Zhejiang University Law School, Hangzhou 310028, Zhejiang, China)

Biography: XIA Qi-fa (1965-), male, Post-doctoral researcher, Zhejiang University Law School, majoring in law theory.

Abstract: The development of politics, economics and culture in modern society have effectively controlled administrative domineering so as to ensure the people's rights. Social development should be with enlarging administrative power and binding people's rights. For suiting the needs of the social development, modern administrative law in all the countries of the world to varying degrees have leaped across the laws of management and power-controlled. The law of balance step by step has become the key tide of world administrative laws. The administrative law in China naturally is one of laws of balance. So the administrative law in China should not only be controlled but be ensured; the people's right is not only be ensured but be bond. The administrative law and people's right should be bond each other and also balanced each other.

Key words: administrative law; balance; management; control