



中国青年政治学院

CHINA YOUTH UNIVERSITY FOR POLITICAL SCIENCES

法学文库

公法与政制

杨利敏 著

国家构建和公法
通过权利构造国家
论行政法对阙各型政府的双重构建
论现代政府体系的理性

政治和社会结构中的公法
探寻英格兰良好政制的“道理”
一种关于宪法自由的社会理论
论亚里士多德《政治学》中的政体理论
寻求法治体系的合法性

现代国家中的公法制度
关于联邦制分权结构的比较研究
行政訴訟架构中的当事人主体地位





WILEY-INTERSCIENCE

1975

法律与政治

1975

1975

公法与政制

杨利敏
著



本书得到中国青年政治学院出版基金资助

图书在版编目(CIP)数据

公法与政制 / 杨利敏著. —北京:法律出版社,2014.8
ISBN 978-7-5118-6756-8

I. ①公… II. ①杨… III. ①公法—文集 IV. ①D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 194184 号

公法与政制

著 者:杨利敏
责任编辑:张 磊
装帧设计:汪奇峰
责任印制:沙 磊
内文制作:中天浩博

出 版	法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073) http://www.lawpress.com.cn/
编辑统筹	法律职业教育出版分社
经 销	新华书店
总 发 行	中国法律图书有限公司 http://www.chinalawbook.com/ 第一法律书店(010-63939781/9782) 西安(029-85388843) 重庆(023-65382816/2908) 上海(021-62071010/1636) 北京(010-62534456) 深圳(0755-83072995)
销售专线	010-63939806/9830
数据支持	法律门 http://www.falvmen.com.cn/

开 本	710 毫米 × 1000 毫米 1/16
印 张	19.25
字 数	262 千
版 本	2014 年 9 月第 1 版
印 次	2014 年 9 月第 1 次印刷
印 刷	北京七彩京通数码快印有限公司
书 号	ISBN 978-7-5118-6756-8
定 价	48.00 元

所有权利保留。未经许可,不得以任何方式使用。
如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换。

目 录

第一篇 国家构建与公法

通过权利构造国家

——英国中世纪国家构建研究导论 / 3

论行政法对服务型政府的双重构建 / 85

论现代政府体系的理性 / 97

第二篇 政治与社会结构中的公法

探寻英格兰良好政制的“道理”

——《论英格兰的法律与政制》导读 / 113

一种关于宪法自由的社会理论

——《古代人的自由与现代人的自由之比较》导读 / 145

论亚里士多德《政治学》中的政体理论 / 165

寻求法治体系的合法性

——“形式法治 vs 实质法治”研讨会上的发言 / 206

第三篇 现代国家的公法制度

关于联邦制分权结构的比较研究 / 221

行政诉讼架构中的当事人主体地位

——论处分权原则和辩论原则在我国行政诉讼中的适用性 / 283

后记 / 301

第一篇 国家构建与公法

通过权利构造国家

——英国中世纪国家构建研究导论

缘起：“行政法”vs“法律主治”——戴西问题的再提起

行政法被公认为是晚出的部门法。1872年,在经历了大半个世纪通过国家元首咨询机关的身份、以元首的名义对有关公民对国家机关的申诉作出裁决的历史之后,法国的国家参事院被法律正式改组为最高行政法院,并被授予“以法国人民的名义”独立行使的行政审判权。同一部法律还建立了在普通法院和最高行政法院之间解决权限冲突的权限冲突法庭。1889年,最高行政法院在卡多案件中否定了“部长法官制”,并成为受理公民对行政机关申诉的第一审机关。^{〔1〕}法国的行政审判制度彻底成型。整个19世纪,被视为行政法诞生和起航的世纪,国家参事院与最高行政法院通过大量判例“如同人体的腺分泌激素一般”^{〔2〕}创造了行政法——一套不同于私法的具有独特规则和适用机关的完整的法律体系。如同大革命之前的国家体制,法国的行政审判制度和行政法系统再次迅速地成为欧洲大陆诸国效法的榜样。正是作为公法制度上的“行政法”的母国,确立了法国作为大陆法系样板国的不可移易的地位。

〔1〕 王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社1987年版,第553~555页。

〔2〕 [法]韦尔:“法国行政法”,徐鹤林编译,载中国政法大学《行政法研究资料》编写组编:《行政法研究资料》(下),中国政法大学1985年版,第269页。

在同一时代的海峡对岸,戴西却斩钉截铁地断定:英国没有“行政法”,^[3]有的是法律主治和内阁责任。他详细地勾勒了英国公法的原则,并在其中排除了行政法的存在。在写作于1930年代的詹宁斯看来,戴西对法国行政法和英国公法特质的认识都是错误的,他谬误地将英国公法关注的重点都置于个人权利上,而对行政机构的权力全然无视。^[4]詹宁斯将戴西的法治观归于一种典型的“19世纪辉格党人的个人主义理论”,辉格党分子“憎恶,因此也就倾向于忽视为工业革命发展所必需的新生的行政权力”,他们的所谓“原则”“对于政策的形成往往是一个危险的基础”。^[5]詹宁斯像一个大陆学者一样地认为,“行政法是关于行政的法律,它决定着行政机构的组织、权力和职责”。从这一点出发,英国毫无疑问地具有行政法。“如果一个国家的政治组织像英国那样高度发达,那么,行政法在该国一定是一种庞大而重要的部门法”,^[6]且“有关救济办法的法律只是行政法的一小部分”。^[7]

然而,距离詹宁斯的写作大半个世纪过去了,C.哈洛和L.罗林斯仍在像詹宁斯一样呼吁“行政法成为有关行政的法”;^[8]在英国行政法学巨匠H.韦德和D.施密斯的皇皇巨著中,裁量的控制、行政程序和对个体权利的救济仍然处于最显著的位置。行政法作为一个独立的法律部门在英国已无异议,但权威教科书依然论断:“行政法的最初目的就是要保证政府权力在法律的范围内行使,防止政府滥用权力,以保护公民”,“假如可以容许自由裁量权,那么它必须受到两种控制:议会的政治控制和法院的

[3] [英]戴雪:《英宪精义》,雷宾南译,中国法制出版社2001年版,第245页、第403页。

[4] [英]詹宁斯:《法与宪法》,龚祥瑞、侯健译,三联书店1997年版,第38~39页、第163~163页。

[5] [英]詹宁斯:《法与宪法》,龚祥瑞、侯健译,三联书店1997年版,第218页、第220页。

[6] [英]詹宁斯:《法与宪法》,龚祥瑞、侯健译,三联书店1997年版,第149页。

[7] [英]詹宁斯:《法与宪法》,龚祥瑞、侯健译,三联书店1997年版,第163页。

[8] [英]卡罗尔·哈洛、理查德·罗林斯:《法律与行政》(上),杨伟东等译,商务印书馆2004年版,第147页。

法律控制”。〔9〕一百年前戴西的呼声清晰可闻。

戴西,这位对于英国公法规则作出条理化表述的第一人,对于英国公法的理解确实是建立在“误解”的基础上吗?在作出“英国没有行政法”的判断时,戴西真的没有考虑到“为工业革命发展所必需的新生的行政权力”,而对此视而不见吗?他是“戴着自己的眼镜”〔10〕对待普通法和行政法,而没有诚实地“分析和发掘”构成英国公法的“现实基础的原则”吗?在距离戴西写作的一百年之后,在另一个国度中的我们是否能像詹宁斯一样以“辉格党分子的有色眼镜”轻易地打发掉戴西?

详考《英宪精义》的有关段落,不难发现,戴西实际并没有对行政法一味否定。事实上,戴西简要考察了从拿破仑一世设立国家参事院(1799年)之后108间法国行政法的发展历程,他对此的基本结论是,“本来拿破仑发明这种机械,原欲用之以扶持开明专制;今代法兰西的立法专家与改制者却用之以促进法律中之自由”。〔11〕他指出,在第二帝国时代(1830~1870年),法国行政法已经出现了司法化的趋势,〔12〕“不但逐日减去武断力,而且随时增加固定与显著的法规”。〔13〕他批评托克维尔对于法国在大革命之后与绝对主义时代的共同点的论述“言之过当”,对行政法的论述尤其未能察见行政法的潜移默化,错将19世纪的行政法等同于十七八世纪的专断权力。〔14〕他还进一步认为,法国行政法区分官员侵害私人权利的两种状况,对于官员因真诚地执行公务所引致的侵权由政府出面担责,这既能满足对于个人权利救济的需要,又能保护官员不因执行公务而获责,堪称优点。〔15〕戴西明确地说,“droit administratif(行政法)虽则执

〔9〕 [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4~5页。

〔10〕 [英]詹宁斯:《法与宪法》,龚祥瑞、侯健译,三联书店1997年版,第220页。

〔11〕 [英]戴雪:《英宪精义》,雷宾南译,中国法制出版社2001年版,第375页。

〔12〕 [英]戴雪:《英宪精义》,雷宾南译,中国法制出版社2001年版,第377页。

〔13〕 [英]戴雪:《英宪精义》,雷宾南译,中国法制出版社2001年版,第389页。

〔14〕 [英]戴雪:《英宪精义》,雷宾南译,中国法制出版社2001年版,第406页。

〔15〕 [英]戴雪:《英宪精义》,雷宾南译,中国法制出版社2001年版,第410~414页。

行于似法院而非法院的行政机关,虽则所依据以折狱的规矩不尽符合英国人所有法治概念,实则渐次进步,而成为近似法律。换一句话说,行政法与专制权力所使用的人情好恶的特权是完全两样。”^[16]

同样,戴西亦非没有注意到进入 19 世纪之后,英国政府组织化程度显著提高和行政权力扩张的趋势,“最近 60 年间,英国政府的权力诚常时扩大,因为国家担任许多新职务,为从前所未有”^[17]。在 19 世纪 80 年代的演讲中,他特别谈到英国法在边沁功利主义思想影响下出现的集体主义(功能主义)倾向。^[18] 他承认,英国存在“确立官吏的身份、职务及特殊利益”的法律^[19]以及规定政府功能的法律,“在各国中此项法律固然存在,即在英国中,年来以国家的活动日增之故,此项法律未尝不渐次生成”,“故就名词论,行政法似乎可与英国中之‘政府的法律’齐观”^[20]。然而,这些并没有让戴西导出英国存在行政法的结论,原因在于他对行政法有着本质的看法:“因为行政法在实际上并不规定官吏所有权利及义务,却要约束私人与政府的代表所有关系”^[21]。“行政法的根本思想绝不同英吉利法律的根本思想。前者不但分别两种关系,而且歧视两种关系;盖政府与私人所生关系属于公法范围,而私人与私人所生关系则属于私法。后者则一律齐观所有公私关系。”^[22]在英吉利,“元首及公仆的权力有时可以增加;有时亦可以减省。但无论或增或减,这种权力必须依照常法的原理而运用。是何以故?则以常法能统治全国人民所有相互关系故”^[23]。“无论任何官吏,如果依法行事而至于越权,必须肩起常法上所课的责任。一切法律责任,无论大小,均由常法法院测定。当测定时,常法法院不但

[16] [英]戴雪:《英宪精义》,雷宾南译,中国法制出版社 2001 年版,第 389 页。

[17] [英]戴雪:《英宪精义》,雷宾南译,中国法制出版社 2001 年版,第 403 页。

[18] A. C. Dicey, *Lectures on The Relation between Law and Public Opinion in England during The Nineteenth Century*, Macmillan & Co. Ltd., pp. 259, 303-310.

[19] [英]戴雪:《英宪精义》,雷宾南译,中国法制出版社 2001 年版,第 401 页。

[20] [英]戴雪:《英宪精义》,雷宾南译,中国法制出版社 2001 年版,第 402 页。

[21] [英]戴雪:《英宪精义》,雷宾南译,中国法制出版社 2001 年版,第 402 页。

[22] [英]戴雪:《英宪精义》,雷宾南译,中国法制出版社 2001 年版,第 402~403 页。

[23] [英]戴雪:《英宪精义》,雷宾南译,中国法制出版社 2001 年版,第 402 页。

可以审问他的法律权力所有范围,而且可以审问他的上官命令是否合法。由此观之,法院对于国内一切行政的行为固能干涉,又能限制。”^[24]因此,“增加国家的权力是一事;输入行政法又是一事;我们绝不能混两者为一谈”,^[25]“行政法以此之故,实至今未尝插足于英格兰,至无疑义”。^[26]

可以看出,戴西不否认英国存在有关政府组成、权力和功能的法律,但他并不认为这样一些法律的存在就足以构成“行政法”。在他的心目中,行政法之成其为行政法,是因为存在一套独立于普通法之外的确定政府及其公职人员与人民之间关系的实体法律规则以及适用机关,而这样一套独特的规则体系,并不存在于英国。詹宁斯对此的解释是,此种对于普通法与行政法关系的认识是戴西“平等观”的结果,戴西将政府官员和普通公民服从于同一规则看做是法治所内含的“法律面前的平等”,并进而将公共官员在民事法院对自己的侵权行为负责看做是平等的表现和法治的特征。^[27]但戴西并不是狭隘平等观的持有者。如前所述,他在对法国行政法的考察中已明确承认区分公务员个人责任和公务责任的做法是给个人权利救济提供了另一种有效的途径。他还再三提醒,行政法是法,不能因行政法不同于英国法而断定行政法不是法,只是行政机关的内部规则或武断权力。^[28]事实上,毋宁说,戴西是把法国式的行政法院体制和行政法系统看为一套与英国普通法相异,但在功能上或可等价的法律体系。

如果说行政法和普通法某种程度上可以功能等价的话,那么,究竟是什么导致戴西坚定地认为英国不存在行政法。或者说,让戴西坚定地认为普通法与行政法之间存在决定性的、不可抹平的区别?

[24] [英]戴雪:《英宪精义》,雷宾南译,中国法制出版社2001年版,第404页。

[25] [英]戴雪:《英宪精义》,雷宾南译,中国法制出版社2001年版,第403页。

[26] [英]戴雪:《英宪精义》,雷宾南译,中国法制出版社2001年版,第404页。

[27] [英]詹宁斯:《法与宪法》,龚祥瑞、侯健译,三联书店1997年版,第216~217页。

[28] [英]戴雪:《英宪精义》,雷宾南译,中国法制出版社2001年版,第401页、第404页。尤其需要注意,在戴西的“法治”观念下,对于行政法是“法”的肯定,是包含了特殊意义的即对其中所蕴含的法治含义的承认。

答案在戴西那里是清楚的。这就是在法国,导致行政法院体制和行政法产生的直接的原因是对政府“威权”的强调,政府具有不受普通法院管辖的“威权”,表现在法理上就是行政法中“国家的行动”理论,官员的行为一旦属于执行公务范围,即能受到“国家的行动”理论的保护,而不必承担责任。尽管后世的法国法学家极力限缩“国家的行动”的范围,但在拿破仑时代及其后的多年,“国家的行动”是豁免于法律责任的理由。^[29]戴西还指出,尽管法国行政法在后来的发展中被用于促进自由,“但个中有一事实必不应忘记,这一事实是,法兰西的行政法实造端于几个观念,他们以维持公共利益为前驱,又以拥护政府的特权即所以巩固民族前程为左右翼”。^[30]

戴西的见解并非空穴来风,他所看到的正是法国行政法上的“主权”。排除普通法院管辖的政府“威权”和免于责任承担的“国家的行动”不是别的,正是“主权”。狄骥曾系统地梳理过大革命后“主权”理论对于法国行政法的影响。他指出,大革命宗教的基本教义就是国家主权原则。革命将君主的主权替换为民族国家的主权,除了少数例外,国家主权是19世纪法国几乎所有阶级和政党共同的宗教信条。^[31]“帝制主义的理论体系把政府行为视为一种独特的行为,因为它是主权威威的表达”,进而排除法院的司法管辖,“对于这些公务人员(行政官员)而言,不论他们的地位如何千差万别,他们与行政机构之间的关系都使他们具有一种共同的法律属性;他们都分享着某种公共权力的性质……他们所做的一切都带有某种主权的性质,因此,他们的行为不受司法权力的管辖”。^[32]试图限制行政法院管辖权的法国19世纪自由主义运动注定要遭遇挫败,因为“认为行政行为体现着主权意志的观点在当时仍然非常盛行,其必然逻辑

[29] [英]戴雪:《英宪精义》,雷宾南译,中国法制出版社2001年版,第372~373页。

[30] [英]戴雪:《英宪精义》,雷宾南译,中国法制出版社2001年版,第375页。

[31] [法]莱昂·狄骥:“公法的变迁”,郑戈译,载莱昂·狄骥:《公法的变迁·法律与国家》,辽海出版社、春风文艺出版社1999年版,第22~23页、第25~27页。

[32] [法]莱昂·狄骥:“公法的变迁”,郑戈译,载莱昂·狄骥:《公法的变迁·法律与国家》,辽海出版社、春风文艺出版社1999年版,第121~122页。

结论就是行政命令的有效性只能由行政部门自己来判断”^{〔33〕}

虽然在19世纪的发展过程中,行政法中的主权豁免原则最终被最高行政法院破除,且行政法院肯定了由政府对于公务过程中的侵权责任,但“主权”已经在法国行政法中留下了遍布的、不可磨灭的印记。对行政权力作为“主权”性质的正面强调广泛地渗透在行政法之中。法国行政法学者坦言:“法国制度的逻辑是,应当承认执行行政管理任务的人拥有超常的权力”,^{〔34〕}“在很长一段时期中,行政法的理论和判例只注重行政机关享有的国家特权。确实,这种特权在行政法的几乎一切领域里处处可见”。^{〔35〕}

将“主权”观念直接灌注于行政权,给法国行政法留下了永久性的烙印。这突出地表现在两个方面:其一,“公共权力”实际被作为确定行政法院管辖权的标准。^{〔36〕}其二,也是更为重要的,由于最初要保护官员执行公务的行为作为“主权行为”免遭普通法院管辖及个人责任追诉,行政法院对公务行为的审理不是定位于对个人过错和责任的确定,而是对“行为”本身的审理,由“行为”以失效的方式为其自身担责。^{〔37〕}因此,在作为层级监督的“越权之诉”中,行政法院发展起了“有执行力的决定”理论即“行政行为”理论。这一理论成为整个法国行政法乃至大陆法系行政法

〔33〕 [法]莱昂·狄骥:“公法的变迁”,郑戈译,载莱昂·狄骥:《公法的变迁·法律与国家》,辽海出版社、春风文艺出版社1999年版,第124页。

〔34〕 [法]让·里韦罗、让·瓦利纳:《法国行政法》,鲁仁译,商务印书馆2008年版,第32页。

〔35〕 [法]韦尔:“法国行政法”,徐鹤林编译,载中国政法大学《行政法研究资料》编写组编:《行政法研究资料》(下),中国政法大学1985年版,第280页。

〔36〕 王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社1987年版,第24~25页;[法]让·里韦罗、让·瓦利纳:《法国行政法》,鲁仁译,商务印书馆2008年版,第31~32页。同时需注意,法国法上的“公务”概念是内在容纳了“公共权力”概念的,参见[法]莫里斯·奥里乌:《行政法与公法精要》(上),龚觅等译,辽海出版社、春风文艺出版社1999年版,第5页。

〔37〕 尤其需要注意的是,越权之诉是不包含侵权责任的,它唯一的救济方式是对行政行为的撤销,因此,对于公务行为实际已经造成的侵害,越权之诉事实上是无能为力的。一直到布朗戈案件之后,产生了国家赔偿责任和完全管辖权之诉,当事人的权利侵害才能获得实际的救济。

律构建的中心——“行政法是建立在行为理论上的法”。^[38]通过判例和学说,行政的主权性质被直接建构在“行政行为”的法律概念之中。行政行为理论的核心是,满足一定形式的行政机关表现于外的意志能直接引起法律后果的产生,且这一法律后果可以由行政机关自身付诸强制实现。如果用近代以来经典的“主权”概念与之对照,不难发现两者之间的对应性——主权是国家直接产生法律效果的意志,可以引起由国家垄断的强制力量的实施。^[39]

这正是戴西所看到的,“按实言之,法国政府对于政务……能运用极大裁决的威权;这种威权复不受任何法院控制。至于国家的行动,在施行后,行政部或他的僚属不能因此故被纠正于任何法院的管辖权”。^[40]虽然没有言明,但在对政府“威权”和“国家的行动”理论的反复强调中,他已经敏锐地察觉到,法国行政法成为一套独立的、与私法完全不同的规则体系的要害在于——它实际将行政权奠基于“主权”的概念之上,并进而发展出一套与之相关的逻辑。作为一个训练有素的法学家,戴西对法律的“形式”具有足够的敏感。在他心目中,作为法国行政法实体的并不是议会制定的有关行政机关组成和职能的法律,而是由国家参事院和行政法院的判例及相关学说所共同创造的规则体系。正是这套体系以“行政行为”的方式正面塑造了一个“行政主权”的概念及其逻辑,并成为整个行政法法律构建之基础,而这样一种类似的概念及逻辑,在英国公法中是绝不存在的。戴西不是不知道,英国法上存在英王特权和责任豁免,^[41]但对英国公法而言,这只是权利救济规则的例外,它既未被加以正面的法

[38] [法]莫里斯·奥里乌:《行政法与公法精要》(上),龚觅等译,辽海出版社、春风文艺出版社1999年版,第134~136页。

[39] 主权的特性在霍布斯的《利维坦》中获得了集中的表述。“主权”概念与“行政行为”概念之间的对应性,除了本处提到的两点之外,还表现在都受到“公共性”或“公共利益”的限定。请参见杨利敏:《行政法与现代国家之构成》,北京大学2006年博士学位论文。

[40] [英]戴雪:《英宪精义》,雷宾南译,中国法制出版社2001年版,第404~405页。

[41] 戴西对此的讨论,参见[英]戴雪:《英宪精义》,雷宾南译,中国法制出版社2001年版,第391~392页。

律建构,更不具有在法国行政法中同等的地位和作用。

如果这是戴西不能承认英国存在行政法的真正原因,那么,我们不得不说,戴西并没有搞错。一个作为行政法体系之中心的、与“主权”具有高度对应性的“行政行为”概念及其相关逻辑时至今日在英国法中仍不存在。这也构成英国公法与法国行政法乃至整个大陆行政法的本质分野。无论制定法如何赋予行政机关权力,英国的判例和学说从未发展过一种如“行政行为”一样正面建构行政机关一般权力性手段的概念工具及其理论。

事实上,在从法国行政法中看到政府“威权”和“国家的行动”的地方,戴西在英国法中看到是别的东西。在一段对英国法和法国行政法进行总括性比较的文字中,他说:

法律主治,在英国中有不可否认的极大利益。个人的自由的保障远胜欧洲各国。试征实例:例如,出庭法案呵护外国人的自由,无微不至,并不让本国独享此项权利。又如,戒严法被收缩范围,至于极狭,而且被寻常法院监督极严。更如,司法权力的扩张足以打消权力分离的信念;再加入司法独立的保证,所生效果实为民间对于判官的尊敬。是以在英格兰中,能代表国家的庄严威势者不是政府,却是判官们。^[42]

易言之,在法国行政法中看到“国家的行动”的地方,戴西在英国法中看到是“个人自由的保障”,而在法国法中看到“政府的威权”的地方,在英国法中则是“法院的威权”。这正是他的“法律主治”所试图“分析和发掘”的英国公法的精义。

一方面,是“个人自由的保护”与“法院威权”携手而行;另一方面,是“国家的行动”与“政府威权”形影不离,这两者可以分别充作两种不同公法体系的基础。这是这位一个世纪前的法学家为我们所揭示的——构成两种不同公法体系之“现实基础的原则”,也是他遗留给我们的问题的实

[42] [英]戴雪:《英宪精义》,雷宾南译,中国法制出版社2001年版,第406~407页。

质。如他所一再提醒的,行政法是规定国家与私人之间关系的法律体系,因此,问题实际是,在国家与私人的关系问题上,存在两种截然不同的秩序类型:一种类型是以具有绝对性的国家(行政)权力为基础构建的,而另一种类型则以法律上的个人自由为构建的基础。在前一类型中,活跃着一个作为行动者的国家,而在后一类型中,活跃的是受到法律保护的个人和提供法律保护的法院。正是这两者间的对比构成了戴西笔下“行政法”与“法律主治”的对比。

与行政法形成对照的是“法律主治”即法律的至尊性,而“法律主治”的精义则是由法院保障的个人自由。这实际是说,在后一种秩序类型中,最终是一套确认普遍性的个人自由的法律据有了前一种秩序类型中作为行动者的国家的位置。在戴西的有生之年,他已清楚地看到英国行政国家膨胀的迹象,但他不承认英国具有行政法的理由其实在于,他并不认为,这能够动摇英国公法体系的根基即改变这套基本的秩序类型。在他的认知当中,成长起来的行政国家会以某种方式被装入这套秩序中,且这套秩序的有效性仍将持存下去。这是他说“增加国家的权力是一事;输入行政法又是一事”的真正含义。

足以激发起我们持久兴趣的问题也在这里。法国行政法在 19 世纪的诞生是大革命的产物之一。大革命是法国从绝对主义王朝国家迈入现代的关键环节。大革命在颠覆旧的绝对主义政体的基础上,对国家体制作了彻底的、理性化的重建,而行政法正是产生于这一对国家体制进行理性化重建的过程中。布迪厄曾在一篇文章中论述,现代国家是法学家们的虚构(a fiction of jurists),他们通过制造关于国家的理论而制造了国家。法学家们制造的政治哲学不是描述性的,而是对它的目标具有生产性和预言性的(productive and predictive of its object)。法律思维通过以语词和概念为思考仍难以想象的现实提供手段,并提出一整套组织技术和运作手段,对现代国家的产生做出了突出的创造性贡献(distinctively