

主编 王学辉

宪法与行政法

论坛

第五辑

《中国学术期刊（光盘版）》全文收录
入编《中国优秀法律学术论文全文数据库》



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

主编 王学辉

宪法与行政法

论坛

第五辑

西南宪法与行政法学重点学科建设项目书系
中国地方法制研究中心书系



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

宪法与行政法论坛. 第5辑 / 王学辉主编. —北京
: 法律出版社, 2012. 9
ISBN 978 - 7 - 5118 - 3870 - 4

I. ①宪… II. ①王… III. ①宪法—研究—丛刊②行政法—研究—丛刊 IV. ①D911.04 - 55②D912.104 - 55

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 194156 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/侯 鹏

装帧设计/凌点工作室

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制/张宇东

开本/787 毫米 × 960 毫米 1/16

印张/23.5 字数/436 千

版本/2012 年 9 月第 1 版

印次/2012 年 9 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782 西安分公司/029 - 85388843 重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636 北京分公司/010 - 62534456 深圳公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 3870 - 4

定价:39.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

西南宪法与行政法重点学科项目书系
中国地方法制研究中心书系
学术委员会

顾	问:	王连昌	贺善征	郑全咸	文正邦
主	编:	王学辉	汪太贤		
编	委:	唐忠民	谭宗泽	蒋后强	杨明成
		曾 哲	吴晓秋	莫江平	苏 适
		唐 尧	冉思东	邓 蔚	唐向东
		高应可	陈兴立	陆伟明	刘 艺
		刘泽刚	张 震	温泽彬	梁洪霞
		岳 丽	邓 毅	张向东	孙 兵
		罗 军	林孝文	李鼎楚	曾海若
	学术秘书:	陈建平	马立群		

初论“和谐行政法”(代序)

在2008年9月26日贵阳行政法年会上,我第一次在全国行政法学者面前公开提出了“和谐行政法”并就自己的观点作了初步的阐述。会上、会后有几位好友给了我一些建议。一是叶必丰教授,他指出我应当引入狄骥的国家观,运用社会连带主义理论解读自己的命题;一是吕锡伟司长和陈宏光教授,很赞同我的观点,但说还需详细论证;再就是章剑生教授,说我提出的理念是好的,但在“行政法”前加“和谐”二字就不对了。原想把参加年会论文的题目直接定为“论和谐行政法”,思来想去最后还是用了“和谐行政法律秩序的建构”这个题目。

我所理解的“和谐行政法”,是统一在“和谐”政治理念下,建立在我国公共行政发展历史和现状基础上,符合我国社会结构的行政法,是使行政法及行政法学具有主体意识,具有主体性的理论,和谐行政法新理念,可以完善行政法学理论体系,有助于解决公共行政变革所引发的新问题,重新认识行政权和公民权利,行政机关和公民之间的地位和关系。和谐行政法的核心,是让中国的行政法学具有自我意识。它回答的是“中国究竟需要建构一个什么样子的行政法(学)”。

自我学习行政法(学)以来,中国行政法学的结构体系和根本制度就没有多大的变化,基本上是西方化的,为什么要西方化?自然科学不如西方是应当学习的,作为以人的社会关系为主要分析对象的社会科学是否有全面借鉴的必要,如何才能有自己的东西?或者说,中国自己的行政法学应当长成什么样子?经济学家们常说的“最优”,在中国行政法学上该如何体现?在我看来,好的制度是能够不断与变化着的人的素质相适应的

制度。外国的某个制度或许“好”，搬到中国来后往往蜕变为“坏”的制度而不得不废除。原因就在于那西方的制度不适合中国人的特征和素质。我们本土的东西，比如调解制度，在西方学者看来是“用理性难以解释”的，但它却很管用。这正如当下我们必须思考为什么要“能动司法”？为什么又要“大调解”一样。我认为现阶段“能动司法”和“大调解”是值得肯定的，哪怕它并不符合西方对司法的“经典”定义。但它回应了中国的问题，是从中国社会中生长起来的，是我们自己的东西。西方的宪政与行政法制度是西方文化传统内生的，是根植于西方文化土壤之中而由其历史长期衍生的一种复杂形态。体现着西方法治文明的基本价值准则，蕴含着西方社会对人与社会、人与国家关系的理解，以及对诸如民主、自由、平等价值的体认。而中国有其自身源远流长的文化传统，有其一以贯之的人文追求，有其累世所积的人生智慧。正如孟氏所言，各国均有自己的“法的精神”。“法律应该和国家的自然状态有关系；和寒、热、温的气候有关系；和土地的质量、形势与面积有关系；和农、猎、牧各种人民的生活方式有关系。法律应该和政制所能容忍的自由程度有关系；和居民的宗教、性癖、财富、人口、贸易、风俗、习惯相适应。”〔1〕我在此想要追寻的是，建基于中国的“法的精神”之上的中国行政法学的自主性是如何体现的？我们究竟需要建立一个什么样子的行政法（学）？基于对这个行政法学根本命题的追问，我开始了对中国行政法（学）存在根基和研究领域的反思。

在中国行政法（学）的研究中，对中国自己的行政法（学）应当是一个什么样子的研究向来都是非常得不够，这种情况的出现与其说是资料的欠缺不如说是出于传统研究理论和研究方法的局限。近年来这种情况正在改变，不少学者如罗豪才教授引领了“软法与公共治理”，应松年教授、马怀德教授对“法治政府建设”倾注了许多的心力，袁曙宏教授提出了“统一公法学”，叶必丰教授研究了“行政法的人文精神”，杨海坤教授、朱新力教授、罗文燕教授都在自己的研究中注意到行政法治建设的“善治”之路，于安教授提出了“社会行政法”，姜明安教授发动了“新概念行政法”研究，王锡铤教授倡导了“公众参与模式”，崔卓兰教授研讨了“行政自制”问题。最近几年我也始终将“和谐行政法”作为探索中国行政法学之重点，并于和谐行政法理念下对行政主体与行政相对人的关系、行政裁量程序、行政诉讼制度以及群发性事件的防范展开了相关探究，〔2〕对中国行政法学存在根基和研究领域提出了批判。当然，我是希望更多的行政法学者能够思考这个最基本的问题——中

〔1〕 孟德斯鸠：《论法的精神》（上册），张雁深译，商务印书馆1982年版，第7页。

〔2〕 王学辉：“和谐行政法律秩序的建构——基于‘5·12地震’展现的行政法治化路径”，载《行政法学研究》2008年第4期；王学辉：“超越程序控权：交往理性下的行政裁量程序”，载《法商研究》2009年第6期；王学辉：《群发性事件防范机制研究》，科学出版社2010年版；王学辉、邓蔚：“价值的超越：以交往正义的新视角诠释行政诉讼协调和解机制”，载《理论与改革》2012年第1期。

国究竟需要构建一个什么样子的行政法(学)。

其实,在讨论中国行政法学应当是个是什么样子的的时候,暗含着我对自己的学科是有着基本目标的,希望学科能够有力地解释中国现实和指导行政实践,符合中国的公共行政和行政法的实际。因此,在讨论中国行政法(学)应当是个是什么样子的的时候,相较而言我认为有更多的问题必须要考虑,比如我们的政治背景,比如中国传统文化(哲学基础),等等。自鸦片战争以来,国人始终在中体西用与全盘西化的激烈争锋中寻求真正符合中华民族特点的发展模式。也有很多学者开始以传统文化为指导塑造我们自己的行政法(学),但至少在行政法领域,无不在每一次欧风美雨刮来之后一片喧嚣与盲从,这说明对于到底什么是属于我们自己行政法模式并没有做深刻的反省。必须承认的是,目前中国行政法(学)发展的进程中大范围地吸收了西方思想及其制度,并且在辩证运用的过程中发挥着作用。这个问题得分两个方面来看。首先我们要思考为什么亚洲“四小龙”能够在保持自身及其强大的价值观念体系的同时充分实现中西合璧。这其中的关键恐怕得益于其对于历史传统的高度维护,而中国文化在经历了以五四运动、文化大革命为主要标志的多次自我否定之后,却陷入了哲学、价值观的极其混乱而多元的状态之中,时至今日,仍然因为经济一体化、工业现代化、城市化的进程而没有得到较为明显的改观。其次我们更要思考“落后就是优势”这个命题。的确,后发的最大优势在于习得与创新,也就是能够以最大的速度、最大的范围整合全世界行政法(学)的优点和资源为中国所用,在此基础上创新出属于自己的东西。因此,当意识到并且去反思中国行政法(学)发展的初期大范围地吸收西方思想及其制度所带来的问题时,我认为,我们的学科应当要去探寻能够对中国现实进行合理阐释和指导的理论。

为了探寻这样的理论,我提出了“和谐行政法”的思想,以下我想回答这样一个基本问题:为什么要提“和谐行政法”?

当前中国处于社会转型期已是公论。^[3]三十多年的改革开放,原有的经济结构和阶级分层发生了巨变:私领域扩张,原有的公共领域有的被瓦解,新的公共领域在生长。而行政法与公共行政的变迁息息相关,因为行政法深深根植于它存在其中的社会、政治、经济和历史背景中。这样一种学术态度和认知方法可以确保我们在转型期中社会环境发生剧烈变化的情况下,对行政法的探求是牢牢扎根于时代的现实之中的。

反观目前我国的行政法学,多数行政法教科书都在有意或无意地将法律从各种背景中独立出来。这些教科书中所体现的我国学界传统的从行政权与公民权利关系来阐释行政法基础理论^[4]的视角,在说明中国行政法的领域与根基问题上

[3] 孙立平、王汉生、王思斌等:“改革以来中国社会结构的变迁”,载《中国社会科学》1994年第2期。

[4] 罗豪才:“行政法的核心与理论模式”,载《法学》2002年第8期。

有其局限性:绝对的公民权利概念掩盖了公民权利与行政权进行互动所处的社会领域的剧烈变迁,限缩了行政法研究的领域;抽象的行政权概念掩盖了公共行政及其价值目标变化对行政法的影响,并且传统视角对行政法背后的政治理论不够关心,使得将中国行政法建立在错误的根基上,由此丧失了中国行政法学的自我。我认为目前我国行政法学界存在如下的大问题:将行政法研究的领域限制在法律视角内;将西方公共行政历史作为中国行政法变革的历史背景;在西方政治理论基础上演说中国行政法问题;忽视行政权在现实中的运行状态。这个问题的后果就是,中国的行政法学理论无法有效地解释中国现实,无法解决我们行政实践中的问题,无法指导中国行政法的实际发展。^[5]

从本质上讲,行政法学的研究对象行政法本身就是一套复杂形式的话语体系,包含着众多的因素,而其与政治、社会的联系尤为密切。行政法学要想真正对中国的现实做出合理的解说和指导,就必须使自己的研究置身于中国特定的场景并考虑各种因素,对相互冲突的价值进行选择、平衡。因此,对中国行政法的研究应当将研究领域推归到更为宏大的场景中去,并且应将行政法建立在中国公共行政的历史变迁以及中国政治实践的基础之上,因为只有这样才能使行政法学具有说明力,具有指导性。因此,为了使中国行政法能够更好地在我国的社会结构中实现其价值目标,能够适应我国公共行政的真实情景,就必须重述中国行政法存在根基和研究领域。

在经验性的视角下,我们说行政法是关于公共行政的法,目的是要通过公共行政研究的多视角和多领域来体会行政法学的研究领域。传统的行政法学总是把法律本身放在研究的中心位置,仅从法律角度来研究公共行政和行政法的关系,认为“行政法学只研究公共行政中的法律问题”^[6]。这一忽略认识公共行政的其他视角的做法,使得研究者高估了行政法对公共行政的影响,过分强调了法律视角为公共行政所搭建的运行结构及其价值的优位。

当引入不同视角时,就会发现单一的法律视角的缺陷和危害。下面我从三种视角来展开这一问题的讨论——管理的、政治的和法律的。“管理视角主要是基于行政部门的立场,去考虑忠实的执行与落实各项法令规章;政治途径则是基于立法与决策的考虑;至于法律途径则强调的是对维护宪政权利的承诺(保卫自由等),以及法治。”^[7]三种不同的视角为公共行政构架了三种不同的运行结构,它们之间时而冲突,时而互补,共同构成了公共行政的整体框架和价值选择。而由于

[5] 王学辉:“反思中国行政法学存在的行政背景”,载《行政法学研究》2010年第3期。

[6] 石佑启:《论公共行政与行政法学范式转换》,北京大学出版社2003年版,第34页。

[7] [美]戴维·H. 罗森布鲁姆、罗伯特·S. 克拉夫丘克:《公共行政学:管理、政治和法律的途径》,中国人民大学出版社2002年版,第17页。

法律是型构社会结构的基本工具,行政法是关于公共行政的法,因而这三种不同视角下的结构都需要利用行政法来构架。如果行政法学过分强调法律视角,过分的自我与自闭,就将导致其他结构在通过法律型构的过程中出现变形和扭曲,从而使其他视角所指向的价值目标的实现受负面影响。据此,应当拓展行政法学的研究领域,拓宽受传统行政法学限制的视界,将行政法学研究领域推至整个宏大的政治场景中去。一旦我们在更为广阔的领域中去研究行政法,就能使我们结束比如关于行政定义和公共利益定义的无休止争论,并使得行政法在不同领域中的作用得到清楚的表达和说明。

在管理视角下,公共行政被视为一种管理行为(management endeavor)。公共行政传统管理途径可以追溯至19世纪美国文官制度的改革者,他们把自己理论建立在政治与行政分离的观点上,并把公共行政的价值追求认定为效率以及经济利益最大化。为了最大化地实现这些价值,传统管理途径主张公共组织的结构应采取韦伯式的“官僚制”,通过行政法构建的科层制和专业化分工的理性过程,使得行政行为“通则化”(generalization),从而保证效率的实现。可以说,行政法在传统管理途径中发挥了构建官僚制基础结构的作用,因此也使得效率价值等成为行政法必须考虑的对象。

进入20世纪90年代初,新公共管理运动开始兴起。新公共管理理论^[8]认为传统官僚行政由于政治的浸染已腐朽不堪而失去了民众的信任,因此他们强调公共行政的非政治化和企业化。为了保证公共行政的企业化运作,新公共管理理论者运用行政法构建了倚重经验观察及测量指标的政府行政效能评价新机制。从此,公共行政的国家独占性已随着社会行政的兴起而告终,行政的非对抗性和服务性也大展风采,这些也都成为了行政法必须调整的内容。可以说,在管理视角下公共行政就是一种资源的组织模式,而这种资源的组织模式是通过行政法的方式来呈现的,因此行政法必须要适应组织模式的变迁,使公共行政对资源的组织达致效率最大化,而行政法学的任务在这里就是研究和认识公共行政对资源组织的模式变化,使得行政法与此相适应。

在政治视角下,我们强调公共行政的公共性。其实,对于政治与行政二分的批判已经成为学界的共识。“不管理论界或实务界均肯定政治体系应借重公务员的专业知识来从事政策问题的认定,以及参与政策规划、分析、评估和调整工作。人

[8] “新公共管理论”将一系列行政改革所追求的目标归纳为如下方面:(1)政府角色重新定位——政府应集中精力“掌舵”(即做好决策工作)而非“划桨”(即做好服务性工作);(2)将企业管理的理念和方法引入公共部门;(3)放松严格的行政规制,建立有使命感的公共组织;(4)把社会公众视为政府的“顾客”,公共组织应坚持“顾客导向”,以“顾客满意”为宗旨;(5)加强公共部门的绩效评估。

们同样认为公共行政管理者在执行法律和行政命令的时候具有政策选择的权力。他们行使自由裁量权,因为立法者的命令是一般而不是具体的,同时资源的稀缺性也要求他们有选择的实施法律。”〔9〕虽然政治对行政影响在中国和西方都存在,但由于中国同西方的政治结构的不同,影响公共行政的政治因素,各个因素的影响程度以及输入其影响的方式都不尽相同,因此行政法对影响公共行政的政治因素的反映就应当不同。

虽然我们都认可公共行政的追求在于公共利益,但政治的介入使公共利益的指向难以界定且模糊不清,近年行政法学界关于公共利益定义的讨论没有任何结果就是有力的明证。而行政法要使公共行政对公共利益的追求在其规范下运作,就不能不考虑政治的影响。

政治途径所推崇的价值观是“政治多元”、“政治回应”、“责任”等,因此我们运用立法通过公众参与的方式来树立政治多元的理念和改进行政运作中的政治回应能力,比如我国的价格听证、环保听证甚至于决策听证等,其运行结构及运作程序都由行政法予以规定。由此,公众参与、利益集团等政治问题也就被纳入行政法研究的视界,行政相对人也从被管理的对象转变为行政的受益者和行政活动的参与者。

当回到深深根植于西方宪政理论与法律理论的法治思想的传统法律视角,将自己锁定在古典的自由主义国家理想之上。在这种国家观下,行政法被视为非政治的、中立的并独立于政府、政治和行政世界。这是一种形式主义的法治观,它关注的是作为逻辑上一致的原则和规则体系的法律,视法律为一套符合逻辑、独立的、自洽的推理体系。传统行政法治也是在这一 18 世纪形成的控权视角下产生的。传统行政法治在形式主义的支配下,被要求须是宪政体制下一个严密的逻辑演绎系统的重要组成部分,其目标是控制行政权力以防止它对传统宪政体制以及宪政体制所力图保护的公民权利造成侵害。

法律视角下公共行政价值的一个主要特征在于不重视对于管理视角所极力主张的成本效能观点。正如美国一位法官所说的:“资源不足永远不能成为州政府剥夺一个宪法权利的充足理由。”〔10〕古典的自由主义国家理想下的行政法视绝对的个人权利为最高价值,而忽视了权利的实现也需要付出成本,有时处于社会中的人权利的实现也需要依赖高效的行政。传统行政法学由于视界有限,对行政权概念抽象性的过分强调掩盖了公共行政及其价值目标变化对行政法的影响,从而也

〔9〕 [美]戴维·H. 罗森布鲁姆、罗伯特·S. 克拉夫丘克:《公共行政学:管理、政治和法律的途径》,中国人民大学出版社 2002 年版,第 13 页。

〔10〕 *Hamilton v. Love*, 328 F. Supp. 1182, 1194 (1971). 见 Rosenbloom and O'Leary, *Public Administration and Law*, for an extended discussion.

阻碍了行政法学对管理领域的关注。随着新公共管理对现实的影响日益增大^[11],传统法律视角对公共行政的服务性和民营化的解释力和规范作用的缺陷也日益显露,可以说,行政法研究对管理领域的忽视是当前行政法律秩序失范的一个重要方面。

不仅法律视角与管理视角有冲突,政治视角和法律视角也存在冲突。“法治理想中暗含着将法律在某种程度上视为中立、公平、‘凌驾’于统治者和政党政治的理念。”^[12]因此传统行政法治忽视公共参与的政治作用,要么不研究和规定公共参与,即便涉及也仅从形式层面论证,更多的从正当法律程序的角度进行论述。而行政法学对公众参与的政治属性即公众参与对代议制民主的补足^[13]没有自我意识。这样就导致了传统行政法视角下构建的公众参与涉及面窄、形同虚设等问题,这是当前我国行政法律秩序失范的另一个方面。

再者,管理视角和政治视角也会发生冲突。由于管理视角强调效率的达成,因此公务员可能会采取许多“便宜行事”的做法,而新公共管理则试图通过削弱许多传统上使用的约束行政的责任机制的办法来提高管理效能。如此将会破坏行政程序,尤其是公众参与程序的有效运行,使公众参与流于形式。由于这些冲突都能在法律层面得到体现和规定,因此,这些冲突也被内化为行政法学所关注的冲突。

由于行政法为公共行政提供了一种规范性的基础,传统的法律视角能够使研究者经验的感觉到了以上三种视角及其之间的冲突。但由于传统的法律视角的视界受到限制,因此对于这些问题背后的领域问题缺乏自我意识,不能够深入到管理、政治等领域去研究相关的问题,从而仅从抽象的行政权与公民权利的关系来看待公共行政和行政法的关系,并以此作为行政法存在的根基。但抽象的行政权概念掩盖了公共行政及其价值目标变化对行政法的影响,并且传统视角对行政法背后的政治理论不够关心,使得将中国行政法建立在错误的根基上。要纠正这种错误就必须拓展行政法学的研究领域,并在基础上对中国行政法进行重述。

但是,要达致使中国行政法能够有力地解释中国的现实和指导中国的实践,符合中国的公共行政和行政法实际的目标,上述对我国行政法学研究领域和视角单一的批判,还是不足够的。我们需要透视上述对单一法律视角的批判,看到其实际要批判的是中国的行政法理论目前对西方理论的一种依附状态,并且认识到通过这种批判我们所要达致的目的是要使中国行政法学具有自主性,即能够解说中国

[11] 新公共管理在美国、英国、澳大利亚、新西兰等国风头正劲,我国也深受影响,民营化风行一时。

[12] [英]卡罗尔·哈洛、理查德·罗林斯:《法律与行政》(上卷),商务印书馆2004年版,第32页。

[13] 正如1982年1月发表的新公共行政学派的《黑堡宣言》指出,选举并不是治理权威正当性的唯一来源,而文官集团比民意机关、民选官员更具代表性,因为文官在结构上与一般公众的结构相似,因而其决策与公众的偏好相似,可更具代表性。

现实,能够为中国的行政法发展提供符合实际情况的未来图景。

在我国行政法发展的初期,对西方理论的依附状态主要体现为研究的单一法律视角,而随着学科的发展,这样的依附又出现了新的表现形式,一些学者虽然也认识到了单一法律视角的不足,但他们用以解决这一问题的方法仍然是引入西方理论,用西方为解决其自身新自由主义发展模式问题的理论来解决中国的问题,这虽然使中国行政法学的研究领域得到了一定的拓展,但却仍然不能自主地解决中国的实际问题,其借用的理论对现实的说明力和对未来进行指导的正确性值得怀疑。比如有学者提出用“参与式治理模式”来指导中国行政法的发展,虽然这一理论将政治视角引入到了行政法的研究并持续地去观察中国当下的行政现实,是值得称道的。但所谓公众参与实际是为解决新自由主义发展模式带来的现代行政的现代性危机,是美国行政法所产生的新的变迁,由美国学者理查德·B. 斯图尔特通过利益代表模式理论而提出的,它适合美国公共行政的变迁历史,体现的是美国行政法的自主性。如果用这种理论来解决中国公共行政和行政法规制中产生的问题,我认为就会产生我们前面提到的因为“中国”的缺位而使洋办法水土不服的情况。我理解参与式治理模式有其发挥作用的前提,这个前提就是:公域与私域在社会生活中的明确划分和市民社会的充分发展、公共治理多元模式的成形、中产阶级的壮大和以个人主义为公民理性程度和民主意识的提高,等等。但这些前提在今天的中国还是不具备的,如果在这个时候把公共参与提到公共行政中核心的位置,后果可能是流于形式或者引致公共行政的混乱。西方的有些理论是有其特殊性的,不能任意地上升为普适的真理后再应用于中国特殊的语境与条件之中,这不仅无法对中国经验提供有效的解释,反而遮蔽与扭曲了我们独特的经验。这正如我在许多场合所讲到的:中国要搞法治,但不是西方意义上的法治。中国的法治应当有自身的特征,应当搞符合中国传统的、符合现实土壤的法治。

进一步来说,在中国处于转型期这个特定的历史时空下,行政法学究竟根据什么去说明中国公共行政和行政法,必须给出明确的答案。毫无疑问,我在这里是要强调“中国”,但我的强调不再是简单地要求对现实具有问题意识,因为即便是发现了问题却仍然以不适宜的理论去分析它也是没有价值的。在这里强调中国,是要求对行政法学科的理论进行整体反思,使那些过去被认为是公理的东西再问题化,使我们的研究走出盲从找到自我,最终实现对现实的有力解释和指导。因此,我提出了和谐行政法用以解说和型构中国的公共行政和行政法规制,通过包容多领域和多视角的研究来改善行政法学科对现实的解释力,提高行政法学理论对现实问题进行指导的有效性。但是要想让我们的理论能够真正的被称为中国的行政法学,这并非易事,首先需要回答的问题是什么是“中国”,通过对这个问题的回答,我们能够对为什么要和谐行政法有一个更为深刻的认识。

以往倡导理论本土化的学者总认为中国是一个不言自明的概念,是一个自然

确定的不需要解说的存在,而这可能也是多数这些论者视野局限的原因所在,因为在当下,“中国”已经是一个被称为转型期时空下的存在,它十分得复杂。我们在今天所指称的中国的内涵,与先秦时不同,与汉唐时不同,与清末民初时不同,与改革开放初期亦不同。近现代以来的所谓“三千年未有之大变局”以及中国革命的历史,都极为深刻地重构了传统意义上的中国文化。这些重大的变迁与发展使得一个传统的、本真的和明确纯粹的中国不复存在。从理解“中国”这个概念复杂性的角度出发,我们首先要说的是,当代中国在改革开放后,在政治意识形态、文化价值观念、社会制度安排、经济生产方式、公共传媒与通讯,乃至饮食起居的日常生活方式等所有层面上,都已经与西方世界发生了千丝万缕的联系与纠葛。因此,一个僵化的“中国”对“西方”的二元对立框架已失去了其现实经验基础,失去了有效的解释力。但是也正如我前面解说的那样,我们也认识到传统中国的各种要素通过不断转化仍然以或明或暗的方式对今日之中国发生着影响,比如通过马克思主义与儒家传统的关系等,我们都不能不面对这样一个事实,今日之中国是一个过于复杂的历史进程的产物,存积着无数彼此交错、相互纠缠的历史痕迹。中国古代与近现代的文化因素以及西方多种不同的思想理念,都在一个被压缩的历史时空构成了中国生活实践的内容,成为当今中国之自我理解的构成性部分。

因此,当反思什么是中国行政法的自主性时,反思性视角下的中国不再是一个自明的概念。这里至少可以辨析出多重含义:传统中华文明意义上的中国,现代民族国家意义上的中国,社会主义传统意义上的中国,当代全球化经济、社会与文化实践意义上的中国,以及未来新文明意义上的中国。这些多重维度共同构建了人们对当代中国的现实感,共同塑造着人们对中国的自我理解,也使得中国之概念具有复杂的内在张力与歧义性。单就传统意义上的中国与现代民族国家的中国之间的互动而言,我们就可以说到,如历史、当下与未来,国民与君子,民族国家与天下观,中国与西方,古代理想与现代性境遇等充满张力的词汇组合。

之所以对当代中国的现实感如此之复杂,是因为自中国被西方的坚船利炮裹挟进入现代化的洪流后,从来没有一个时空段的现实能够提供一个稳定的秩序和思想能够让大家停下来,能够让大家对现有的秩序保有基本的认可,能够让大家不再过于激进地去求革新,于是我们不断地去寻找和解说各自心目中理想的中国是什么样子,理想的中国行政法是什么样子,于是在我们还没有实现现代官僚制的时候我们就开始谈论新公共管理,谈论以公众参与为核心构建治理模式,这样的结果就是我们的理论与现实之间无可避免的出现脱节。

其实,今天的中国是一个我们可以来认清现实对现有的秩序保有基本的认可,让朝前的脚步更为稳健的时候了。所以我希望和谐行政法理论能对当下中国公共行政和行政法规制的现实有一个符合实际的认识和解说,能够包容对现实更具说明力的更多的领域和视角的理论,能够以追求中国行政法学的自主性为目标。因

为只有这样,我们的学科才能真正的一步一个脚印向前发展,而不是滑向未来。

因此,在和谐行政法的理论中,政治视角将受到应有的重视。和谐行政法从来不会否认公共参与以及新的行政模式对我国公共行政和行政法带来的有益影响。我们也不认同过于僵化的垂直官僚制架构,相反赞成推进扁平结构的社会行政。但对于政治视角而言,最应当看到的是我国目前的一元政治动员和组织模式的真正特殊性,看到它在目前中国社会与行政中的主导作用,这样我们就不盲目地引用西方的理论和模式,而应当想到的是在如何发挥现有模式优势的基础上再做改进。

我国的政治结构和西方不同,就整个政治系统而言,对公共行政施加影响的过程不同于西方通过权力间对抗、权利间对抗和权利与权力对抗的模式,而是议行合一的执政党主导模式,因此我国公共行政的过程以及过程中多元因素对结果的影响也就不同。这样的结果就是,中国目前的公共行政现状与韦伯的经典官僚制、新公共管理或者公共参与模式最大的区别在于,它虽然具有官僚制的组织外形,但缺乏科学、理性的官僚制精神;它具有弹性的公共权力和软化的制度边界,但缺乏法治保障和自我约束。虽然从1998年第九届人大一次会议通过的《关于国务院机构改革方案》中,明确把政府职能定为宏观调控、社会管理和公共服务三项开始,由“全能政府”向“有限政府”的转变,由“划桨型政府”向“掌舵型政府”转变,由“官本位”向“民本位”转变,这样的话语已经明确提出,但我们目前取得的进步就这些目标而言还是有一定距离的。放权、转型、培育中间组织是需要一个长期的过程的,培养公民理性精神更是需要时间,因此我们的行政改革才会收效甚微。

有的学者却忽视了我国的这些现实,盲目将西方理论放在指导中国实践的核心位置,认为社会自治性组织提供了更多的社会自治管理机会和自由度,这样一来,社会治理的垂直结构转变成水平结构,从而要以管理组织间的平等和宽容取代传统管理组织严格的排他性。但是培育中间组织的多年实践表明,当培育中间组织的任务放到中国的环境下,民间组织要获得公共权力,无论涉及经济、政治还是文化等任何领域,首先都必须为政府所吸纳,而这个门槛通常很高,影响了组织的构建冲动。另一个重要的原因是一元的政治动员和组织模式的渗透力极强,由于这种政治组织模式的向心力极强,虽然非政府组织(NGO)在中国已经呈现出良好的发展势头,但其运作对政府的依赖性非常之大,而制度化则远远不够,以致在活动规则中使得这些组织很容易失去主体性,这一点在我前两年对著作权集体管理机构进行分析的文章中和这个组织今后的实际发展都能够得到说明。^[14]因此,如果用公共参与模式为核心指导中国治理模式的发展,其最终仍将演变为垂直结构的附庸,并且浪费改革资源,使进步的力量被分散。

[14] 中国法学会行政法研究会编:《财产权与行政法保护》,武汉大学出版社2008年版。

和谐行政法认为我国治理和行政法的进步,从政治的视角应当首先认可我国目前政治架构的优势,比如对民族国家理念的有力把握、对经济发展和监管的有效调控、对社会民生的有效服务,对社会秩序的长期稳定等,这些优势都可以从我国公共行政在应对“5·12”大地震、全球金融危机等上的良好表现中切实地感受到,我们可以把这种优势粗略的概括为对资源、人力、人心的高效统一的组织,这对于我们推进治理与行政法进步同样也是有利的。只有认识到并且解说出这些实际情况,我们的理论才能为中国行政法的发展路径提出切实的和正确的指引。

再者,在和谐行政法理论中,管理视角将受到应有的重视。从管理视角看行政法,行政法即是要以制度的方式表现和固定行政领域内不同的资源组织和运行形式,以有利于“善治”目标的达成。因此行政法学就必须关注和研究什么样的行政模式能够更好地达成“善治”的目标,使得行政法随着行政模式的变迁而改变。虽然在上面谈到我国的公共行政受政治领域影响较大,但公共行政仍然具有其不同的特点和逻辑,因此行政法作为规制公共行政的法必须关注公共行政的变化,使行政法反映和适应公共行政的变化。公共行政也是一个社会的和历史的观念,并且在变化的频率上,是在社会历史发展的进程中更加快速的一个领域。

随着新世纪的到来,公共行政的国家独占性已随着社会行政的兴起而终结,行政相对人也从被管理的对象转变为行政的受益者和行政的参与者,行政的非对抗性和服务性也在大显风采。这些新的变化,不仅仅是行政方式上的,更有行政价值目标上的,对行政法就公共行政的规范提出了挑战。但传统的行政法及其理论不能应对公共行政变迁的挑战,它有关行政法有着一种先验的、固有的逻辑结构的预设,不仅使得行政法的视界受限,而且本身就是否定时空维度的,而且也是否定任何地方性因素的意义的。

导致传统行政法及其理论不适应公共行政历史变迁的根本原因,在于传统的从行政权与公民权利关系来阐释行政法基础理论的法学视角在说明社会转型期中的行政法根基问题上有其局限。从法学视角看公共行政,是一种抽象的和价值中立的认识视角。^[15] 中国学者正是基于这种视角,将公共行政与行政法的关系抽象为行政权与行政法的关系,以满足传统行政法的逻辑预设,进而用行政权概念掩盖了公共行政的深刻变化。

这首先表现在,由于公共行政几乎涉及了人类事务的各个领域,因此各国的公共事务必然有相类似的地方。传统法学视角下的公共行政强调了各国在公共行政方面的共性,忽略了中西公共行政历史的差异,使得中国公共行政的特殊性被磨

[15] King W. Chow, *Public Administration in the People's Republic of China: Development, Issues, and Prospects*, ed. , *Handbook of Comparative and Development Public Administration*, N. Y. and Basel: Marcel Dekker, INC. , 2001, p. 412.

灭,最终导致行政法无法针对这些特殊性作出相应的规范,从而脱离了中国的行政生态,其企图构建的行政法律秩序自然会处于失范的状态。

在学界对西方国家公共行政历史变迁的典型叙事中,西方国家的公共行政经历了从“守夜人式国家”到“行政国家”的变迁。^[16] 从对封建暴政的心有余悸,到对“市场失灵”的恐惧,西方国家从自由资本主义时期过渡到了行政权力扩张的年代。相应的,西方的行政法也从早期消极的、形式上的法治,发展为与公共行政良性互动的行政法。^[17] 西方学者普遍认为,20世纪末是一个公共行政改革的时代。^[18] 20世纪70年代末80年代初以来,为迎接全球化、信息化和知识经济的到来以及摆脱财政困境、提高国际竞争力和政府效率,西方各国相继掀起了政府改革或政府再造的浪潮。尽管西方各国政府改革或政府再造的起因、议程、途径和策略以及改革的范围、规模和力度有所不同,但都有一个相同或相似的基本取向,那就是以采用工商管理的理论、方法及技术,引入市场竞争机制,强调顾客导向以及提高服务质量为特征的新公共管理(NPM; New Public Management)。这场声势浩大的改革使支配了20世纪大部分时间的传统的公共行政模式向以市场为基础的管理主义或新公共管理模式转变。这些理论不仅对西方的公共行政产生了重要影响,而且经由学者移入中国也对中国的公共行政产生了影响。但这样的介绍由于重在理论的描述忽略了理论的历史背景而造成了谬误,正如美国公共行政学家法玛(Farmer, 1995, chap. 4)指出的,美国的公共行政学也只是一种“特殊主义”的知识体系。^[19] 比如,“用市场去改造政府”在中国和西方是两个完全不同的内容。十一届三中全会以后,我国公共行政在职能目标及其顺序上发生了重大的、根本性的变化,即从以政治统治为重点转向以经济管理和社会管理为焦点。^[20] 我们需要并历史性地选择了市场来促进经济增长,同时需要有能力的政府来发展市场,继续推进国家的现代化进程。^[21]

西方社会的公共行政改革从传统向现代的转型发生于19世纪末,以转向“好政府”的早期运动为发端,时至今日都大致经历了一百多年时间。^[22] 与现代化的后进国家相比,这是一个在时间上相对从容的过程。在这样一个较长的时段里,西

[16] 姜明安:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社2005年第2版,第5页。

[17] 石佑启:《论公共行政与行政法学范式转换》,北京大学出版社2003年版,第56页。

[18] Caiden G. E., *Administrative Reform Comes of Age*, Walter de Gruyter, 1992, p. 1.

[19] 马骏:“中国公共行政学研究的反思:面对问题的勇气”,载《中山大学学报》(社会科学版)2006年第3期。

[20] 严强、魏姝:《东亚公共行政比较研究》,南京大学出版社2002年版,第202页。

[21] 张国庆:“试论我国政府行政改革的基本价值选择”,载《中国人民大学学报》1999年第4期。

[22] [美]O. C. 麦克斯怀特:《公共行政的合法性:一种话语分析》,中国人民大学出版社2002年版,第136页。

方公共行政的传统与现代的矛盾逐渐展开也一步一步地得到解决。并且,由于西方自19世纪以来在世界格局中处于中心地位,因此西方公共行政的现代化中明确缺少一种人为的时间观念,它没有受外力逼迫的紧张感。没有人为的时间观念就没有紧迫性,一切都取决于自发的成熟起来的利益要求的主动性,一切都是成熟的产物。

与此形成鲜明对比的是中国的情况。中国的公共行政现代化的进程是在外部冲击与压力的背景下紧急启动的。20世纪后期,也是时间的紧迫性,要求中国尽快建立市场经济的法律秩序以服务于经济的跨越式发展,以实现国家的赶超目标。因此时间的紧迫性从根本上说又表现为经济发展问题,表现为经济速度问题,这也内在决定着公共行政变革的步伐。在求富强的改革开放的引导下,中国公共行政走上了现代化的道路到目前也不过区区30年。传统与现代的矛盾的帷幕被一下子猛然撕开,各种矛盾的展现似乎比任何国家的情况都来得尖锐激烈。但我国行政法学者仍运用传统法律视角来看待上述问题,抽象出西方国家是由“弱国家—强社会”向“强国家—强社会”变迁,和我国是从“强国家—弱社会”向“强国家—强社会”变迁,两者的趋同。并认为这种趋同是“经验事实”,并要以此作为中国行政法的历史根基。^[23]

传统法律视角的抽象性思维再一次暴露了其磨灭差异性的特点。因此,应当在和谐行政法理论下透过管理视角认识到中国与西方的公共行政在各自所处的历史背景和社会经济结构都不相同,其历史变迁以及所面对的问题也就不同,行政法所要解决的问题和采取的方式也就不同,不能将所谓新公共管理、新公共服务等西方用以解决其不同时期行政失范的理论和方法盲目套用到中国的实践。中国公共行政的发展过程并非如西方是为了弥补市场与社会功能的缺陷而使国家行政范围不断扩大,而是全能政府在社会生活中业已占绝对主导地位之后,为了发挥和构建市场和社会的作用而进行的放松管制的改革。因此行政法的目标就不仅仅是对“强国家—强社会”表面趋同的描述。因此中国行政法应当型构中国公共行政变迁的核心问题,不是要通过行政的加强来补足市场的不足,而是在某些领域要大力地缩减传统公共行政的范围来为市场和社会腾出发展的空间。可以说,西方“对官僚政治和行政机构无所作为的恐惧在今天更甚于对行政机构滥用权力和专制的恐惧,因为前者可能使他们丧失某些利益。”^[24]而我国则恰好相反。因此我们不能从对西方公共行政历史的典型叙事中找到中国公共行政以及行政法的发展方向,而必须把中国行政法的根基建立在中国公共行政变迁的历史背景中。

同样地,在和谐行政法的理论中传统文化视角也将受到应有的重视。和谐行

[23] 沈岍:《平衡论:一种行政法认知模式》,北京大学出版社1999年版,第164页。

[24] [法]勒·达维:“法国行政法和英国行政法”,高鸿君译,载《法学译丛》1984年第4期。