

公共服务视野下的 行政法

Administrative Law from the
Perspective of Public Service

贺林波 李燕凌◎著

人民出版社

公共服务视野下的 行政法

Administrative Law from the
Perspective of Public Service

贺林波 李燕凌◎著

● 人 民 出 版 社

责任编辑:洪 琼

图书在版编目(CIP)数据

公共服务视野下的行政法/贺林波 李燕凌 著. —北京:人民出版社,2013.6
ISBN 978-7-01-011872-7

I. ①公… II. ①贺…②李… III. ①行政法—研究—中国 IV. ①D922.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 053540 号

公共服务视野下的行政法

GONGGONG FUWU SHIYE XIA DE XINGZHENGFA

贺林波 李燕凌 著

人民出版社 出版发行

(100706 北京市东城区隆福寺街 99 号)

北京新魏印刷厂印刷 新华书店经销

2013 年 6 月第 1 版 2013 年 6 月北京第 1 次印刷

开本:710 毫米×1000 毫米 1/16 印张:22

字数:330 千字 印数:0,001-2,000 册

ISBN 978-7-01-011872-7 定价:56.00 元

邮购地址 100706 北京市东城区隆福寺街 99 号

人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539

版权所有·侵权必究

凡购买本社图书,如有印制质量问题,我社负责调换。

服务电话:(010)65250042

序 言

在世界法制史上,《法国民法典》和《德国民法典》具有划时代的意义,是西方资本主义社会的制度基础。但是,人们往往容易忽略私法背后的公法前提,私法理性的发挥,极度依赖公法精神的理性与公法制度的建设。实际上,孟德斯鸠的《论法的精神》、洛克的《政府论》和卢梭的《社会契约论》所阐述的公法精神与制度,构成了西方资本主义法治社会的基础与前提。从这个意义上说,一个国家的公法精神与制度,是一个国家实施法治必须首先解决的问题。

西方社会主流的公法精神与制度,一般以私权保障为根本目的,强调政府对市场与社会的有限治理,严格控制政府权力的范围与行使,基本不干涉公民基于自由意志行动的结果。与主流公法精神与制度观不同,还存在另一种倡导社会平等、实现公民积极自由的公法精神与制度观。后者以维护公民实质平等为根本目的,虽然鼓励公民基于自由意志而行动,但同时提倡政府对行动的结果进行干预,以提高公民积极自由的理性程度,谋求在更高层次上实现社会公平。近两百年来这两种不同路径的公法精神与制度观之争议,推动着公法制度日益走向完备。

传统的公法精神与制度,包含着一些假定的前提,即以某些在伦理上视为正当的观念为基础,比如天赋人权、社会契约和意志自由等。或者采用的方法虽是科学性的,但是理论目的却是伦理性的,也就是说,以伦理上预设的判断对社会事实进行研究。这可能是两大主要公法精神与制度流派争论不断的根源所在。事实上,人们不可能在某些伦理观念的论战中,绝对地认定某些伦理观念是错误的,而另一些伦理观念则是正确的。正如维特根斯坦所言,“所有能够说的都一定说得清楚,不能说的人们应当保持沉默”。

公共服务视阈下的公法精神观念正是在这种历史条件下应运而生。将公法精神设定为公共服务,不仅界定了政府的社会功能和主要职责,而且明确了

政府的道义责任。更重要的是,公共服务观念不具有明显的形而上学性,在伦理上也无可争议,因为任何政府成立的主要目的,必定在于提供公共服务,否则政府将没有存在的必要性。狄冀是第一个提出以公共服务观念替代传统公法精神与理念的法国法学家,他奠定了欧洲大陆国家“公共服务”流派的理论基础。遗憾的是,狄冀所倡导的公法精神,并未完全进入科学化的研究范畴。欧洲大陆国家的法学家还是将公共服务观念视为一种意识形态,没有将其作为科学研究的对象。

新公共管理运动的兴起,为公共服务观念作为公法精神的科学化研究奠定了实践基础。新公共管理运动以追求卓越效率为导向,在工具主义大旗下广泛运用科学研究方法,以阐明政府提供公共服务的方式方法和主要职能,同时对政府持续改善公共服务、提高服务效率、增进公平与福祉提出科学化要求。但是,新公共管理运动虽然从科学管理视角阐释了公共服务精神,却无法就公法精神与制度的发展,提出公平与正义的逻辑推演或伦理判断。在深入贯彻党的十八大精神,积极加强“五位一体”建设的历史背景下,加强公法精神与制度建设,以更加完善的公法体制作为规范中国社会管理与公共服务活动的基础,在中国法制发展史上,无疑是一件功莫大焉的拓荒之作。

基于这种认识,公共管理学者李燕凌教授和青年法学教师贺林波副教授两位学者,积极倡导在公共服务视野下展开公法精神与制度研究,历经数年努力,推出这套公法系列丛书,意在从法学角度阐明公共服务作为公法精神的必要性、可能性与现实性,在宪法权利观念中将其界定为政府提供公共服务职能的实现,审查现有行政法体系的基本逻辑,根据政府提供公共服务的效率与公平之要求,发现现有行政法体系之不足,调整现有行政法的基本体系,使之适应于新公法精神的要求。我认为,这种研究的现实意义,可能远远大于因为体系不完备、证论疏陋,或观点尚显粗简所带来的一切不足。

李燕凌、贺林波两位学者撰写的这套公法系列丛书,包括《公共服务视野下的公法精神》、《公共服务视野下的宪法权利》和《公共服务视野下的行政法》。丛书以公共服务理念为核心,研究了公共服务理念与公法的相关性,提出了作为公法基础理论的公共服务三原则,论证了公共服务理念作为公私法划分标准相对于其他标准的优越性,全面解读了公共服务理念在基本政治、经济和社会制度中的具体表现,证明了公共服务理念与社会主义法治理念的基

本理论、基本内容和基本要求的内在一致性,研究了宪法权利的理论基础和实现保障的问题。与传统的宪法权利研究不同的是,本书突破了从人的道德权利出发来论证宪法权利的理论基础,以及从法律实证主义的角度来分析宪法权利理论基础的固有范围,从政府公共服务社会功能的角度来研究宪法权利理论基础,将宪法权利视为政府应当提供的公共服务或公共品,宪法权利实现的保障性取决于政府提供公共服务或公共品的有效性和正当性。围绕公共服务理念在具体宪法权利中的表现与实现问题,试图论证公共服务理念作为宪法权利理论基础的可行性、有效性和正当性。研究了将行政行为视为行政组织提供公共服务或公共品的行政过程,并以此为依据研究行政组织在行政过程中所应当遵循的行政法律,打破了传统的行政法学研究中以行政法律关系为核心的理论框架,将传统行政法学研究中忽视的许多行政行为,比如行政决策、行政执行、行政预算、行政人事和行政绩效等纳入到行政法学的研究中,使得行政法学的研究更具现实性和针对性,使得行政法学研究更加贴合行政主体在行政职能实现过程中依法行政的现实需求。

本书属于行政法学与公共管理学的交叉学科研究范畴,无论在研究方法上还是在研究内容上都具有一定的创新性;本书的研究开拓了行政法学和公共管理学研究的新领域,使人们注意到这两个学科在各自传统研究领域所存在的局限性。本书综合运用公共管理学与法学的知识进行研究,在知识体系上有一定的新颖性。本书突破了传统公法基础理论以“权力”和“权利”观念为核心的研究范围,引入了公共服务或公共品的范畴,并以此作为现代公法的理论基础,丰富了公法基础理论的研究范围,拓展了公共管理学研究领域,对社会主义法治实践有一定的借鉴意义。

李燕凌、贺林波两位学者都是热爱法学与公共管理学的青年才俊,又是我的同乡。他们托我为这套丛书作序,盛情难却,欣然写下这些文字。是为序!



2012年11月18日于北京

目 录

序 言	李步云 1
绪 论	1
一、法律体系建构的基础:逻辑与价值	1
二、行政法体系的现状:法律关系与分权制衡	4
三、政府职能发展的新趋势:重构行政法体系的必要性	8
四、行政法体系建构的新方向:公共服务与行政过程	10
五、研究框架、思路与创新之处	33
第一章 行政组织法	36
第一节 行政组织法的主要范畴	36
一、行政组织	36
二、行政组织与近似概念的关系	39
三、行政组织法的概念与类型	44
第二节 行政组织法的理论基础	49
一、行政组织法的功能	49
二、行政组织法的体系	52
三、行政组织法的基本原则	53
第三节 中国行政组织法现状与完善	56
一、中国行政组织法存在的问题	56
二、新公共服务观念下的行政组织	64
三、完善行政组织法的建议	73
第二章 行政决策法	77

第一节 行政决策法的主要范畴	77
一、决策的概念与特征	77
二、行政决策的概念	82
第二节 行政决策法的理论基础	87
一、行政决策法治化的必要性	87
二、行政决策法的价值基础	91
第三节 中国行政决策法的现状及完善	105
一、中国行政决策法的立法与研究现状	105
二、中国行政决策制度存在的问题	109
三、中国行政决策法律制度的完善	113
第三章 行政执行法	116
第一节 行政执行法的主要范畴	117
一、行政执行的概念	117
二、行政执行与相近概念的区别	118
三、行政执行的地位和作用	125
四、行政执行的分类	127
第二节 行政执行法的理论基础	129
一、确立行政执行法独立法律地位的必要性	129
二、行政执行法的理论基础	132
第三节 中国行政执行法的现状与完善	138
一、中国行政执行法的现状	138
二、完善中国行政执行法的若干建议	149
第四章 行政人事法	153
第一节 行政人事法主要范畴	153
一、行政人事的概念与特征	153
二、行政人事与相近概念的关系	156
三、行政人事的地位与作用	161
第二节 行政人事法的理论基础	163
一、行政人事法具有完善行政法学理论体系的重要作用	164
二、行政人事法治化具有完善行政法体系的重要作用	165

三、行政人事法是实现依法行政目标的关键	166
四、行政人事法可以有效促进行政效率的提高	168
五、行政人事法具有促进社会公平的重要作用	170
第三节 中国行政人事法的现状与完善	170
一、中国行政人事法现状	170
二、完善中国行政人事法的若干建议	183
第五章 行政预算法	185
第一节 行政预算法的主要范畴	185
一、行政预算的概念与特征	185
二、行政预算与相关概念的区别	190
三、行政预算法的历史沿革	193
第二节 行政预算法的理论基础	197
一、行政预算法治化的必要性	197
二、行政预算法的基本性质	202
第三节 中国行政预算法的现状与完善	206
一、中国行政预算法立法现状与实施状况	206
二、中国行政预算法存在的问题	210
三、完善中国行政预算法的若干建议	216
第六章 行政信息法	222
第一节 行政信息法的主要范畴	222
一、行政信息的概念及特征	222
二、行政信息与相近概念的关系	226
三、行政信息法制化的重要意义	231
第二节 行政信息法的理论基础	237
一、行政信息的确定性是行政信息法的核心价值	238
二、行政信息公开是行政信息法的灵魂	241
第三节 中国行政信息法的现状与完善	247
一、中国行政信息法的现状	247
二、中国行政信息法存在的问题	252
三、完善中国行政信息法的若干建议	255

第七章 行政绩效法	258
第一节 行政绩效法的主要范畴	258
一、行政绩效的概念及构成要素	258
二、行政绩效与其他相关概念的关系	262
三、行政绩效法在国外的发展	265
第二节 行政绩效法的理论基础	269
一、效率导向型向绩效导向型政府评估转变体现了新公共 服务理念精髓	269
二、行政绩效评估是建设服务型政府的必然要求	274
三、行政绩效评估是政府承担委托代理责任的必然要求	279
第三节 中国行政绩效法的现状与完善	281
一、中国行政绩效法的现状	281
二、中国行政绩效法在实施中的困境	285
三、完善中国行政绩效法的若干建议	289
第八章 行政责任法	297
第一节 行政责任法的主要范畴	297
一、行政责任的概念	297
二、行政责任与相关概念的关系	307
第二节 行政责任法的理论基础	311
一、社会契约论或委托代理观念是行政责任法的逻辑前提	311
二、人民主权论是行政责任法的伦理前提	314
三、新公共服务观念是行政责任法的技术前提	316
第三节 中国行政责任法的现状与完善	319
一、中国行政责任法的现状	319
二、完善中国行政责任法律制度的建议	329
主要参考文献	335
后 记	340

绪 论

一、法律体系建构的基础:逻辑与价值

法律体系的建构是应当遵循特定的逻辑,还是应当遵循一定的价值,不仅是法律领域长期争论不休的问题,也是科学理论建构过程中经常困扰人们的问题。在科学史上,人们一直在争论,科学理论的建构与发展到底是遵循逻辑,还是一种人类无法控制的盲目行为。

最先使科学理论的建构与发展成为一种理论的是著名哲学家波普尔。波普尔在研究科学理论演变历史的基础上,提出了科学理论建构与发展的证伪主义理论。他认为,每一种科学理论的建构都是一种猜想,科学家先验地设计了科学理论的基本内容。只要科学试验的结果或人类社会的实践无法证明科学理论是错误的,同时科学理论还可以合理解释试验结果或人类社会的实践,就假定该科学理论是正确的。如果在试验或实践的过程中,出现了科学理论无法解释的反例,该科学理论就被证伪了,科学家必须设计出新的科学理论。只有该理论不仅能够解释已有的试验结果或人类实践,同时也能够解释新出现的反例,才能假定新科学理论是正确的。^①通俗地说,波普尔认为,科学理论的建构与发展必定遵循猜想—证伪—再猜想的演绎式逻辑。

波普尔的观点获得了许多哲学家甚至科学家的支持,但是也遭到了一些科技史专家的批判,其中库恩的观点最具代表性。库恩认为,逻辑证伪主义是一种先验主义的观点,与科学理论发展的历史并不吻合。库恩在概括人类社会科学理论发展历史的基础上,提出了“范式”的范畴。他认为,每一个时代占据主流地位的科学理论都充当着“范式”的功能,规定着这个时代科学理论

^① 参见[英]波普尔著:《科学发现的逻辑》,查汝强等译,中国美术学院出版社2008年版。

研究的基本前提,所有科学理论的建构与发展都在特定“范式”下进行,只到无法解释的事实越来越多,“范式”受到越来越严重挑战时,新的科学理论才有可能出现。但是新旧科学理论之间的更替并不是一帆风顺的,旧的科学理论“范式”总是压制新科学理论“范式”,为图保持自身的统治地位,只有一场全新的科学“革命”才能确立新科学理论“范式”的地位。一旦新科学理论“革命”成功,新科学理论就会成为特定时代新的科学理论“范式”,成为统治科学理论建构与发展的基础。^① 简单地说,库恩认为,科学理论的建构与发展并不遵循特定的逻辑,而是由特定的“事实”决定的,在库恩看来,特定的“事实”实际上就是指科学“革命”。

波普尔和库恩虽然讨论的是自然科学理论的建构与发展问题,但是其结论对社会科学也是适用的。就法律发展的历史而言,《法国民法典》和《德国民法典》在制定过程中也面临着类似的争议。《法国民法典》在制定过程中,正值自然科学取得极大进步的时代,“理性”取代了“上帝”成为西方社会新的“神”,人们愿意相信,“理性”是无所不能的。拿破仑曾经宣布,《法国民法典》颁布之后无须做任何修订,因为其已经穷尽了所有可能性,不存在任何形式上的漏洞。但是,司法实践很快就打破了拿破仑的神话,在《法国民法典》颁布之后不到五年时间,人们就发现了无数的法律漏洞。在《德国民法典》制定过程中,发生了著名的“法典派”与“非法典派”的论战,反映了法学家对法律体系建构的不同观念。作为论战一方,蒂堡代表了理性主义或“法典”派的观点。他认为,立法得有足够的理性能力,依据一定的法律逻辑,制定出结构严谨、逻辑清晰和简单明确的法典。这不仅有利于民族的统一,而且有利于德国法律的发展;作为论战的另一方,萨维尼代表了历史主义或“非法典”派的观点。他认为,一个国家的法律是这个国家“民族精神”的外在表现,立法者不可能有足够的理性能力将“民族精神”表述为特定形式的“法典”,任何形式的“法典”都会存在漏洞,如果缺乏对“民族精神”理解,“法典”就不可能发挥统一民族国家和德国法律的作用。^②

论战的结果,最终以《德国民法典》的制定告终。尽管萨维尼没有阻挡住

^① 参见[美]库恩著:《科学革命的结构》,金吾伦等译,北京大学出版社2003年版。

^② 参见[德]蒂堡、萨维尼著:《民法对于德意志的必要性——蒂堡与萨维尼论战文选》,朱虎译,中国法制出版社2009年版。

《德国民法典》制定的步伐,但也不能证明萨维尼的观点是错误的。以“法律关系”范畴为核心制定的《德国民法典》,采取了与《法国民法典》完全不同的逻辑结构,在内容上大量继受了罗马法。我们应当注意到,除德国之外,许多采用了《德国民法典》体系结构的国家,并没有带来其如同在德国一样的成功。这似乎也证明了萨维尼观点的正确性,即一个国家的法律应当是一个国家“民族精神”的体现,或者说是一个国家“核心价值”观念的体现。《法国民法典》和《德国民法典》在制定过程中所发生的争论,可以概括为,法律体系建构基础在逻辑与价值之间的矛盾。逻辑是一种形式理性,很大程度上具有先验性;价值是一种实质理性,一般体现在社会实践过程中。逻辑与价值的矛盾实际上也就是形式与目的之间的矛盾。蒂堡认为,要实现德国民族的统一和国家的复兴,必须在形式上制定完善的法律制度,而形式上完善的法律制度必定能够实现民族统一和国家复兴的目的;而萨维尼则认为,德国民族统一和国家复兴目的之实现,不需要借助于形式上完善的法律制度,只需要在社会实践中认同德国的“民族精神”即可。何况人类还缺乏足够的理性能力,制定出形式上完善的法律制度,来确保民族统一和国家复兴目的之实现。

现在我们知道,形式与目的应当是辩证统一的关系,两者并不能截然分离。形式完美的评价标准应当是能否最大限度地实现预定之目的,目的本身的完美并不依赖于实现目的的特定形式,而依赖于其他实质性标准,比如萨维尼所言的“民族精神”。但是,一旦人们认同目的本身的合理性,唯一应当考虑的问题应当是,采用何种形式才能最大限度地实现目的。蒂堡和萨维尼实际上都认同德国应当实现民族统一和国家复兴的目的,但是在实现目的形式上,两者出现了较大的争议。蒂堡坚持认为,只有形式上完美的法律制度才能实现这一目的,而萨维尼则认为,人类的理性能力还不足制定形式上如此完美的法律,以至于能够确保实现这一目的。人类只能通过实践的方式,运用从历史经验中获取的知识,才能逐渐地达成这一目的。

因此,一个国家法律体系的建构必须考虑两个层面的因素:一是价值上的因素,即一个国家的核心价值观念是什么,一个国家的人们认同何种核心价值观念;二是逻辑上的因素,即实现一个国家核心价值观念的最佳法律形式应当是什么,人们通过什么样的方式可以发现最佳法律形式。简单地说,人们认同何种目的是合理的,以及实现此种目的的最佳形式应当是什么,构成了任何国

家在建构法律体系的过程中必须优先考虑的两个基础性问题,否则法律体系的建构就会陷入无穷的混乱之中。

二、行政法体系的现状:法律关系与分权制衡

行政法体系的建构也遵循了逻辑与价值关系的基本结构。在主流行政法体系中,建构逻辑基本上是“行政法律关系”,建构价值则主要是“分权制衡”。就“行政法律关系”而言,其基本结构包括三个方面:一是行政主体,二是行政法客体,三是行政主体之间的权利(力)义务关系。其中,行政主体主要研究行政主体的资格问题,即达到何种条件的组织或个人就可以成为行政法上的主体,一般分为两类主体:一是行政机关,二是行政相对人。作为行政机关之构成部分的行政机构和公务员也是行政主体的研究对象,不过一般将这两类主体界定为不具备行政主体资格的主体;行政法客体主要研究行政主体之间行为共同指向的对象。行政法客体的研究目前在行政法法学研究中处于弱势地位,学界没有形成统一的看法。行政主体之间的权利(力)义务关系主要研究行政机关与行政相对人之间的权利(力)义务关系,其中又以行政机关的“行政行为”为主要的研究对象。大多数主流行政法学的理论体系都是“行政法律关系”或“行政行为”为核心建构起来的。比如高教出版社出版的《行政法与行政诉讼法学》,将行政法学体系分为行政主体、行政行为、行政诉讼和行政赔偿等四个部分。^① 法律出版社出版的 21 世纪规划教材《行政法与行政诉讼法学》,将行政法学体系分为行政组织法、行政行为和行政法制监督与救济法律制度等三个部分。^② 两本权威教材虽然在体系上略有差别,比如高教版使用的是“行政主体”的表述,而法律出版社使用的则是“行政组织”,但是两者的理论体系实际上是一致的,即以“行政法律关系”或“行政行为”作为建构体系的核心范畴,强调的是行政机关与行政相对人之间的相互关系。

以“法律关系”为核心范畴建构法律体系是大陆法系,尤其是《德国民法典》的传统,经由中国学者的研究继受,现已成为中国法律体系研究中的“主流话语”,不仅中国的民商事法律以此为基础进行建构,而且在中国社会有悠

^① 参见姜明安主编:《行政法与行政诉讼法学》,高等教育出版社 2009 年版。

^② 参见应松年主编:《行政法与行政诉讼法学》,法律出版社 2009 年版。

久传统的刑法和行政法,以及纯粹属于舶来品的宪法,学者们在研究其理论体系时,都不由自主的采用了“法律关系”的范畴,形成了所谓刑事法律关系、行政法律关系和宪法法律关系等标准法学词汇。实际上,以“法律关系”为核心范畴建构法律体系的做法,具有非常明显的形式主义倾向,或者是形式理性的倾向。这一理论倾向明显受到了康德先天综合命题哲学的影响。在康德之前,存在着关于人类知识确定性的两种不同的观念:一种是以洛克为代表的“经验论”,即强调人类所有的知识均源自于经验,人类在出生之前头脑中是一块“白板”,人类生活的经验将这块“白板”涂满了人类习得的知识;另一种是以笛卡尔和莱布尼茨的“先验论”,即人类在出生之前就已经获得了若干先验的原则,人类所有确定性的知识均源自于这些先验原则的推论。康德创造性的将这两种观念合而为一,提出了关于知识的先验综合命题,即人类在出生之前必然就已经获得若干先验性原则,只是这些原则都是形式性的,比如人类在出生之前就已经具备了“质、量、度和因果关系”等先验原则,人类在出生之前并没有获得实质性的知识,人类的实质性知识必然是在先验性原则的支配下由人类的经验来获取的,也就是说,人类的经验对于知识的获取是必不可少的,但是必然是在先验性形式原则的支配下获取的。因此,康德说:“缺少知性的感性是盲目的,而缺少感性的知性是空洞的。”^①

正是以康德的先天综合命题为哲学依据,德国在民法典制定过程中,人们相信法律领域也存在着先验性的形式命题,这些法律命题是先天正确的,所有确定性的法律知识都必须在这些先验性法律命题的构架下通过人类的经验才能获得。在这些先验性法律命题中,德国的法律学者们通过对罗马法的研究与继受,找到了“法律关系”和“法律行为”这样两个最为基本的先验性形式命题。在“法律关系”命题中,可以分解为法律主体、法律客体和法律内容三个部分,而在法律行为中,则分解为法律行为与事实行为两个基本类型,其中法律行为又通过“意思表示”的概念进行建构,也即是如果法律主体在主观上有为某种行为的“意思”,客观上又有某种行为的“外在表示”,那么法律主体就完成了相应的具有法律意义的法律行为;如果只有某种行为的“外在表示”,而无相应的主观“意思”,那么这种行为就不是法律意义上的行为,而只可能

^① [德]康德著:《纯粹理性批判》,蓝公武译,商务印书馆2011年版,第329页。

是事实行为。以这些基本的先验式的法律概念为基础,德国创造了人类历史上能够代表人类最高理性成就的《德国民法典》,其中关于物权和合同的法律规定,都可以经由“法律关系”、“法律行为”和“意思表示”等概念而获得完美的理论解释。尤其是“法律行为”和“意思表示”的概念,对于物权法和合同法的解释是非常完美的。因为在这两类行为中,民事主体都可以根据自己的“意思”来处分属于自己的权利,民事主体的行为在特定意义上实际上就是立法行为,为自己的权利立法的行为。这种观念其实包含了“自由主义”的理念,是对市场经济中经济自由行为的法律概括。因此,有很大一部分学者认为,体现形式理性的法律其实就是自由主义的“堡垒”。

随后,“法律关系”、“法律行为”和“意思表示”的概念跨越私法的界线,进入了宪法和行政法等公法研究的领域,成为公法领域分析研究法律问题的核心范畴。人们分别以宪法和行政法律关系、宪法和行政行为以及行政主体的意思表示来探讨公法领域的基本问题。虽然公法与私法在法律目的、功能和作用,以及一些具体的规范内容上存在着显著的区别,但是站在形式理性的立场,这些差别是正常的,因为这些差别本身都是经验性的,而“法律关系”、“法律行为”和“意思表示”的概念等都是先验形式性的,经验性内容上的差别并不会影响先验形式或原则的有效性,它恰恰是康德先天综合命题的应有之义。

以形式主义或形式理性的概念来建构法律体系的做法,在德国民法典制定之初就遭到了许多法学家的反对,学者们反对法律的形式化命题具有普遍适用性,并认为仅仅根据一些先验性的法律命题是不可能建构出完全符合于一个民族国家的法律体系的。其中,萨维尼是一个主要的反对者。对他来说,一套法制不过是一个民族文化的组成部分。法律不是立法者任性妄为的结果,而是对于生发于民族精神深处的那种非人力乃天功的力量的回应。此种民族精神,是“一种特立独行的、终极性的,而且常常是神秘的本体”。^①萨维尼相信,民族精神与一个民族的生物性传承密切相关。一个民族及其国家为一个有机体,必然要经历出生、成熟、衰败和死亡。法律为此有机体的重要组成部分。“法律随着民族的成长而成长,随着民族的壮大而壮大,最后,随着

① [美]劳埃德著:《法理学》,许章润译,法律出版社2007年版,第363页。

民族对于其民族特性的丧失而消亡。”^①一个国家法律的发展包含三个不同的阶段,起初的阶段存在着一种法律的政治要素,在这个阶段,法律不是源自于立法而是源自于人们的确信。在国家法律发展的中间阶段,法律除了保持着政治的要素之外,还增加了法学家的技术要素,在这一阶段,是一个国家民族法律文化发展的顶峰。最后,法律也会如同有机体一样,逐渐的衰败而被人们所抛弃。通过“民族精神”的理念,萨维尼不仅拒斥了《德国民法典》在德国被继受的可能性,而且也不赞同德国的法典化运动,尤其是以形式化概念作为制定法典的逻辑基础,忽视一个国家民族文化背景对法律发展的影响。在萨维尼看来,一切法律均源自于习俗,直至非常晚近才经由法学家们创立。法律拥有如同语言一样的特征,为一定民族所特有,而不可能在全世界拥有普遍的适用性。

萨维尼的反对并没有阻止德国的法典化运动,伴随着《德国民法典》的正式颁布生效,德国开始大规模的法典化运动,公私法基本上都实现全面法典化的目标。虽然为人们所熟知的仅仅是《德国民法典》,毕竟这部法典为世界上多个国家所效仿,但是德国同样实现了行政法的法典化。行政法体系建构的基本逻辑前提与民法典保持了高度的一致性,同样采用了“法律关系”的范畴,采用了“法律行为”的概念,也采用了“意思表示”的概念,只是侧重于强调行政行为意思表示的单方性,而不是民事行为中的双方协商性。

就“分权制衡”而言,其与早期资本主义社会的政治意识形态——放任自由主义存在直接的相关性,可以说是自由主义思想在公法领域的直接体现。在资本主义发展早期,资本主义法学家认为,政府的职能应当限制在“守夜人”的范围之内,即限制在维护社会治安、保卫国家安全的范围之内,政府所实施的行政行为也仅限于此,仅能够用于维护社会治安和保卫国家安全,其他社会事务的治理则应当交由社会自治,政府不应当涉入。在这种理论前提下,公法的主要目的在于控制公权力的行使,要求公共权力根据法律的授权来行使,而非根据与相对人的自愿协商来行使,法律没有明确授权的,政府则无权利行使。而无论是社会治安,还是国家安全,政府的行为所可能产生的直接结果都与公民的权益直接相关,比如社会治安,当政府在维持社会治安时,如果

^① [美]劳埃德著:《法理学》,许章润译,法律出版社2007年版,第364页。