

法学论丛

AW

国家、公民与行政法

一个国家—社会的角度

董炯著



A0959401

北京大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

国家、公民与行政法/董炯著. —北京:北京大学出版社, 2001. 12

ISBN 7-301-05344-4

I. 国… II. 董… III. ①宪法-法的理论-研究 ②行政法-法的理论-研究 IV. ①D911.01 ②D912.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 084115 号

书 名: 国家、公民与行政法——一个国家—社会的角度

著作责任者: 董 炯 著

责任编辑: 王继霞 杨立范

标准书号: ISBN 7-301-05344-4/D·0558

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区中关村 北京大学校内 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn> 电子信箱: zpup@pup.pku.edu.cn

电 话: 出版部 62752015 发行部 62754140 编辑部 62753121

排 版 者: 北京高新特激光照排中心 62637627

印 刷 者: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

890 毫米×1240 毫米 A5 开本 8.25 印张 235 千字

2001 年 12 月第 1 版 2001 年 12 月第 1 次印刷

定 价: 15.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,翻版必究

目 录

第一章 绪论	(1)
第一节 引言	(1)
第二节 研究国家与公民关系对行政法学发展之意义	(6)
第三节 行政机关与公民关系的三个层面	(13)
第四节 本书的研究思路	(21)
第二章 国家与公民关系的理论沿革	(24)
第一节 理论的背景与研究的视角	(25)
一、城市的立宪实践与独立公民身份的起源	(25)
二、近代国家的兴起	(28)
三、法与宪法的地位	(31)
四、一个国家与社会的理论分析框架	(36)
第二节 国家至上还是社会至上：传统宪制思想中自由主义 与国家主义的对立	(38)
一、社会至上：自由主义宪制理论有关国家与公民关系的论述	(38)
二、主权至上：宪制理论框架中国家主义的发展	(44)
三、小结	(49)
第三节 互动的社会与国家：宪政理论的两种主导 思想的演进	(53)
一、自由主义的发展：国家对社会的适度调控作用	(53)
二、福利国家宪制理论的背景：国家干预主义的兴起	(58)
三、福利国家的危机：国家干预社会的度	(64)
四、小结	(68)
第四节 国家—社会框架中行政法理论的发展	(70)
一、传统宪政理论中的行政观念及其发展	(70)
二、行政法理论	(75)
三、社会与国家之间：福利国家中的行政法理论	(80)

第三章 行政法的兴起：国家与社会的互动制度机制	(88)
第一节 宪制的模式及公域与私域的界分	(89)
一、宪制的权力模式与法治模式	(89)
二、公民的地位	(95)
三、公域与私域的界分以及公民自主性的两种形式	(99)
四、小结	(101)
第二节 公域与私域的相互渗透：行政权的扩张与 公民权的发展	(107)
一、如何达成公平：社会提出的问题	(107)
二、国家对社会的渗透：行政权的扩张	(112)
三、个体与群体：公民权的变迁	(118)
四、小结	(125)
第三节 现代行政法的功能：国家与社会调适的度	(126)
一、传统宪制体系的危机	(126)
二、行政法的兴起——以三个宪制国家为例	(132)
三、行政程序法律制度：行政权与公民权的互动机制	(137)
四、行政法上的管制与放松管制：国家与社会调适的度	(145)
五、结论	(150)
第四章 社会转型中的中国行政法律制度	(154)
第一节 国家—社会的分析框架	(154)
第二节 全能政府模式下的国家与公民	(158)
一、全能政府的形成	(158)
二、全能政府中国家与公民的关系	(165)
三、法律的地位与作用	(173)
四、小结	(181)
第三节 公私域分离与公民自主性的建立——“全能政府” 治理模式的转型	(182)
一、立宪改革与全能政府治理模式的转型	(183)
二、公民的自主性与社会的自治空间	(193)
三、公、私法的二元结构	(201)
第四节 规范分析：“全能政府”治理模式转型中的公法	(208)

一、“管理法”的延续：1978 年—1982 年	(208)
二、转型时期的法：1983 年—1993 年	(212)
三、走向完善的行政法：1993 年以后	(217)
四、小结	(222)
第五节 经验分析：行政法律制度的运行效果	(229)
一、规范与现实：行政法律制度建构的限度	(229)
二、权利意识的扩展：社会对行政法律制度的回应	(233)
三、权力意识与权利观念：推行行政法律制度的主观障碍	(237)
四、小结	(243)
第五章 结语：反思与展望	(244)
后记	(251)

第一章 绪 论

第一节 引 言

1949年,新中国成立了。与近代被迫或是不由自主进行改革变法的历史相比,中国得到了一个自主实现“博于欧洲诸大国而与之比权量力”^①理想的机会。这一次,她无可回避,主动地踏上了现代化的进程。然而,在重新建构整个国家、社会和经济制度时,她选择的是一条与自由主义、后自由主义几乎完全对立的道路,她借鉴了另一个新兴的古老国家——苏联的经验。摆在她面前的,却仍是近代变法先驱们已经面对,并尝试找寻过出路的困境:如何使不断进化的社会观念及理论、不断变革的社会制度及实际运行摆脱历史的、传统的消极因素的纠结,同时将后者中的积极因素纳入正在形成的一系列制度。^②

走出这个困境的艰难在于:所有传统,好的或坏的,进步的或颓废的,富有生命力的或处于耄耋之年的,都集结、纠缠于一体;倘若它们仅仅是些冠冕堂皇摆在乡绅地主、封建买办、民族资产阶级的太师椅旁、任人把玩的老古董,那么,消灭这些东西易如反掌。建国10年之后,它们就会随着它们的主人消失或埋迹在历史的尘埃里;然而,它们无声无息地潜藏于每一个从旧社会、旧制度中走出来的人身上,不论他是革命的抑或是反动的,不论他是极具反思的还是消极顺从的。并且,它们都是些阴魂不散的幽灵,在一代又一代人的思想里生衍传继,控制着人们的好恶判断,左右着人们的思维行动;它们甚至

① 王韬:《园文录外编》、《变法》、《戊戌变法》第1册,上海人民出版社1957年版。

② 金耀基在“现代化与中国现代历史”一文中指出:中国具有极悠久的历史传统,故而在接受外来事物时,认同所产生的负面作用极强,这种强烈的认同需求削弱了她的“变革”或现代化的能力。因此,儒家传统在今日中国虽不复是一显性的主导文化,但却成为一有力的隐性“抗制文化”。参见罗荣渠、牛大勇(主编):《中国现代化历程的探索》,北京大学出版社1992年版,第15、19页。

还具有一种腐蚀性的力量,能够潜移默化地消融一些新兴的、建构性的制度,使那些苦心经营、却对它们熟视无睹的制度设计者们功亏一篑。

中国法治现代化进程受到这个冥顽不灵、亦邪亦正的幽灵干扰最甚,它曾经一度崩溃了中国整个宪政大厦。

以宪政为核心内容的法治现代化,意味着国家与社会的运行将抛弃传统的儒法模式,意味着一个政治社会的制度框架,通过并依据宪法和法律组织起来,旨在保障公民的权利而制约绝对的政府权力^①,也就是说,人与人之间、个人与国家之间的关系将以一种全新的模式重新构建。尽管同中国现代化的其他方面相比,法治现代化也有苏联作为“样板”^②。然而,法治现代化既是一种制度的现代化,从深层的意义上讲,它更是一种思想的现代化,中国和苏联,由于它们在历史传统和文化背景等方面相差迥异,所以,几乎在中国借鉴后者经验的一开始,分道扬镳的端倪就已经显露。^③

对苏联,建设区别于资本主义国家的社会主义法治不过是与传统法律中的个人主义决裂,与其曾经强调的私人财产权和契约自由决裂^④,而趋向于集体主义,强调国家和社会财产权,将法律作为实现国家职能的一种手段;作为调整社会关系的工具以及作为控制和规定工作与消费数额的方法加以保留,即使是在如此剧烈的社会裂变中,苏联与西方所共有的法律传统并没有完全消失殆尽。

然而,对中国,建设社会主义法治,不是一件如改朝换代一般顺

① 参见G·萨托利:“‘宪政’疏议”,载《国家观念与市场逻辑》,北京:三联书店1995年版,第114页。

② 尽管在20世纪30到50年代的斯大林时期,苏联法治建设濒于停滞,但是在50年代,法治建设开始复苏,1958年,苏联对刑法与刑事诉讼法进行了改革,同年颁布了《苏联法院组织立法纲要》,1961年,确立了民事立法与民事程序立法纲要等法律,1964年,经苏联法学家经年累月的研究论证,《苏俄民法典》出台。一个较为完备的社会主义法律体系雏形形成了。见茨威格特、克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,贵阳:贵州人民出版社1992年版,第539—541页。

③ 建国初期,尽管苏联宪法学的研究成果被大量介绍进来,然而,这并没有确立起宪法学在制度设计中应具有的主体地位,苏联宪法学对五四宪法的影响极其有限。参见韩大元:“中国宪法学:20世纪的回顾与21世纪展望”,载张庆福(主编):《宪政论丛》(第1卷),北京:法律出版社1998年版,第87页。

④ 伯尔曼:《法律与革命》,贺卫方等译,北京:中国大百科全书出版社1993年版,第42页。

理成章的事情。如果中国建立一套法律制度面临的是一种“一穷二白”的局面,是一个从无到有的过程,也许问题会简单一些。然而,新中国的宏愿是:打断近代已经开始的对中国法律传统^①进行的、带着资本主义色彩的变革,彻底破旧立新,将根植在人们思想里那些根深蒂固的东西连同近代才涌进中国的资产阶级启蒙思想都清除得干干净净。艰难的是,这些根深蒂固的东西也同样地存在于建设者的头脑里。

新中国建立社会主义法律体系所迈出的第一步是将立国的美好理想与奋斗目标用宪法的形式固定下来。在《中国人民政治协商会议共同纲领》(1949年)以及5年以后的《中华人民共和国宪法》(1954年)中,宪法对政体形式、军事制度、经济政策、文化教育政策、民族政策、外交政策、国家机构、公民的基本权利和义务以及国旗、国徽和首都等方面作了规定。

接下来的几年里,国家颁布了一系列的法律、法令和行政法规,为1954年宪法的实施奠定了一定的基础。不过,这些法治建设仅在一定程度上实现了宪法中的规定,不久,当“反右”运动开始的时候,宪法逐渐变成了一纸空文。^②

与此同时,尽管存在着行政性法律、法令以及行政机关制定的大量的法规和规范性文件,但是,有关监督行政活动的法律制度——这是宪政最重要的组成部分之一——几乎是尚未开始就终止了:对行政机关起监督作用的人民代表大会制从20世纪50年代末起就不能正常运行了。行政诉讼制度仅仅隐含于宪法的条文之间,没有特定的

① 中国儒家化的法律传统与西方法律传统截然相异,家族与阶级是中国古代法律的基本精神和主要特征,儒家的道德伦理在法律上占据了压倒一切的地位。参见瞿同祖:《中国法律和中國社会》,北京:中华书局1981年版,第326页。

② 中国20世纪70年代以前,在一部宪法及一些宪法性文件和刑事法令以外,除了1950年的婚姻法,在民法典编纂方面,没有取得任何稍见成效的成果,起草刑法典、民事和刑事诉讼法典的工作仅仅开了一个头,就被“文化大革命”中断了。1958年,毛泽东在面向大跃进中指出,“不能靠法律治多数人”,群众不应再受法律的约束,1959年,他更进了一步,认为“要人治不要法治”。法律受到了公开的敌视。到了60年代末、70年代初,司法机构被完全“砸烂了”。参见文正邦等:《共和国宪政历程》,郑州:河南人民出版社1994年版,第71页。

法律促成这一制度的现实运行^①,行政机关的组织、权限以及它们的行为缺乏法律的明确界定,上级机关的红头文件比真正的宪法更起作用。

至“文化大革命”期间,宪法上明文规定的公民权利被现实地剥夺了:不仅被行政机关,也被动员起来的群众本身。行政体制运行的基本形式,除了具有较为固定的薪金这一点外,很大程度上仍然停留在韦伯所谓的“传统性统治”水平:没有明确的职权范围;上下级之间没有合理的等级制度;决定事务的权限不明确、不固定,有时依照先例,有时统治者派员决定或亲自干预;没有基于自由契约的任用制度和法规化的晋升、奖惩规则;行政人员缺乏专门技术训练,委任人员无视实际工作能力。^②在缺乏相应法律规范的情况下,行政机关的运行既缺乏制约,又缺乏科学性,效率低下。能够超越“传统性统治”模式的一个特征是行政机关的运行与党组织的运行交织在一起,如果还有类似于法律的东西来对行政机关进行约束的话,那就是党章。^③尽管如此,行政机关的正常运行,仍被同样缺乏法律规范、却由党动员起来的群众运动打破了。

如果我们将这样一段曲曲折折、时起时落的宪政历史归结到法治现代化问题的范畴之内。那么,它开始是成功的,因为它以民主的方式诞生了宪法,将公民的权利以最高法的形式固定了下来,对权力,尤其是行政权也规定了诸如人大监督等制约方式。然而,宪法的贯彻执行还需要一套更为具体的法律制度体系来支撑,尤其是在一个行政权几乎控制了整个社会运行的国家。

这一体系,不仅包括对行政机关的活动作出相应规定的法律规范,更重要的,还应当包括一套监督行政机关行为的法律制度。缺乏

^① 1954年宪法第97条规定:“中华人民共和国公民对于任何违法失职的国家机关工作人员,有向各级国家机关提出书面控告或口头控告的权利。”但此规定,仅仅意味着公民可以控告国家机关工作人员个人,而非国家机关本身。

^② 苏国勋:《理性化及其限制——韦伯思想引论》,上海:上海人民出版社1988年版,第199页。又参见韦伯:《经济与社会》,北京:商务印书馆1997年版,第251--256页。

^③ 刘小枫在“现代性问题的积累”一文中,将社会主义的法律秩序称为“政党科层法”,他认为,中国的法律秩序带有政党意识形态化的色彩,政党伦理与法律准则混融,党法支配着实在法。见刘小枫:《现代性社会理论绪论》,上海:上海三联书店1998年版,第131页。

这一套法定的监督体系,旨在保护公民权利、限制国家权力的宪政精神就不能真正实现,宪法也不过是“文本上的宪法”。这就是被称为“动态宪法”的行政法律制度。一套健全的行政法律制度意味着消除统治中的“人治”因素,意味着人民在赋予政府权力、使其担负起统治职能和社会职能时,并非仅仅将希望寄托在行政机关公务员高尚的思想品质上(这并不否认思想素质的重要性),而是通过法律制度减少人为的、对法治的破坏。

这当然不是 50 年代后期至 70 年代末宪政受挫的惟一原因,经济体制与传统的思想文化也许更具有影响力和决定作用,然而,单就扬弃传统、接受宪政的法治现代化而言,仅仅依靠一部宪法远远无法达成,它不可能担负起与传统中所有抑制法治的因素作斗争的任务。它最重要的作用在于搭起了一个变革传统、开创法治的舞台,勾画了变革的宗旨与方向。其理想的推行与实现还需要更为细致繁复的法律(包括私法体系和公法体系),填充起这一框架的内容,使大纲性规定与社会生活的方方面面联系起来。

简而言之,就中国而言,宪政的引入与现代化紧密相联。近代宪政的失败在于仅仅实用性地引进了宪政制度,却未真正从思想文化层面接受宪政的精神。^①新中国成立之后,虽然制定了一部与国情相适应的宪法,却没有更为具体的法律制度来丰富它、落实它,致使它在很大程度上只是一种形式上的标志,后来,甚至连这一点也丧失了。宪政只有通过制度以及制度支撑起来的,对宪政的信仰才能实现^②,如果没有一套健全的、更为详致的法律制度,探讨以制度支撑信仰不过是一句空话。所以,建构一套健全的法律体系是宪政的开端,当然,健全的制度还需要能广泛实施而且行之有效,不过,那是一个更为深刻的论题了。

或许,通过建立与完善一整套法律体系来实现以宪政为核心内容的社会主义法治,正是中国 20 世纪 80 年代初期行政法律制度开始迅速发展和完善的主要原因之一。然而,时至今日,在宪法与行政

① 王人博:《中国近代宪政》,北京:法律出版社 1998 年版,第 121 页。

② 季卫东:“宪政的复权”,载《二十一世纪》,1998 年 6 月号第 47 期,第 7 页。

法之间、宪政理论与行政法理论之间仍存在着一定的断裂,尽管它们有一个共同关注的核心:国家(以及代表国家的行政机关)与公民之间的关系,这就是接下来一节乃至本书都要讨论并深入剖析的问题。

第二节 研究国家与公民关系对行政法学发展之意义

20世纪70年代末、80年代初,法治逐步得以重建和完善。1982年宪法的制定,标志着中国法治建设框架重新建构起来。此后,行政法学作为一门新兴的法学学科分支,从初建很快走上迅速发展的道路。1983年,法学教材编辑部组织专家和学者编写了高等学校法学试用教材——《行政法学概要》^①,这是建国后第一本公开出版的行政法学教材,为我国的行政法学研究开了先河^②。

接下来的几年,在政治体制改革和经济体制改革的大潮中,行政法学研究的内容主要围绕行政管理的运行过程展开,涉及了从行政机构的设置及其改革到行政活动的原则,从行政活动的具体方式到实践中应遵循的规则等各种问题。行政法学似乎擅自踏入了行政学的领域,行政组织的理论占据了核心位置,尽管也有为数不多的论文在介绍国外的行政法律制度及其相关理论,在呼吁确立行政法的中流砥柱——行政诉讼制度。

1989年,《行政诉讼法》的颁布宣告了中国行政诉讼制度正式建立,给行政法学研究提供了一个近乎于飞跃的发展契机。这一制度的初步创建,促使绝大多数行政法学者不再单纯地停留在对行政权运行过程的解释和保障行政权有效行使的探讨上,不再力图到原本重心完全不同的两个学科:行政管理学与行政法之间艰难地划出一条界线。^③他们为进一步研究共同确立了一个更宏观、更重要的目标:监督行政权的运行、有效保障公民的权利。有的学者甚至提出:“行

^① 法学教材编辑部《行政法学概要》编写组:《行政法学概要》,北京:法律出版社1983年版。

^② 张尚鷟(主编):《走出低谷的中国行政法学——中国行政法学综述与评价》,北京:中国政法大学出版社1991年版,第5页。

^③ 参见袁曙宏:“行政法与行政学的关系”,载《江淮论坛》,1987年第5期;又见张尚鷟:“行政管理学与行政法学”,载《中国行政管理》,1987年第5期。

政诉讼是判断行政法学的各种观点应否成立的‘试金石’,凡不符合行政诉讼需要或与行政诉讼无关的理论应当不属于行政法学的范畴,应在行政法学的摈弃之列。”^①

在20世纪初美国法律面临巨大变革时,卡多佐大法官给法律研究者提出了一个根本性的问题:“在分析司法程序之前……让我们首先思考一下这样一个问题,我们要用‘法律’去理解什么。在知道法律如何发展之前,必须知道法律是什么,或者起码知道我们所说的法律意味着什么。”^②这套可以称得上“划时代”的行政诉讼制度提出了类似的问题,它促动中国的行政法学者们去深思有关行政法的基本理论问题:行政法的性质是什么,最起码行政法意味着什么。

在行政法学发展的初期,有关行政法的基础理论研究与其说是粗糙肤浅的,毋宁说根本上是缺乏的,或者至少可以这么说,行政法的基础理论问题很少被放在一个凸显的位置上。尽管90年代以前的诸多教科书上,对诸如什么是行政法、行政法的性质与功能怎样、行政法的基本原则有哪些等一些基本概念和基本问题众说纷纭、莫衷一是,然而,这些观点不是过于武断、缺乏必要的论证,就是生搬硬套国外(苏联的或英美法系的)现有概念和观点,真正进行深入论证的却寥寥无几。^③

这些问题再也不可能被轻描淡写地一笔带过了。

1993年,宪法肯定了经济体制改革的初步经验,市场经济被确立为当代中国的一项基本经济制度。这同时意味着整个法律体系都需要进行相应变革,规范行政机关与公民关系的行政法是其中尤为重要的一环。但更为重要的是:(用一个与卡多佐相类似的语式来表达)我们要用“行政法”去达到一个什么目的,在知道行政法如何变革之前,必须知道行政法是什么,或者要知道我们所说的行政法意味着

① 张尚鸾(主编):《走出低谷的中国行政法学——中国行政法学综述与评价》,北京:中国政法大学出版社1991年版,第11页。

② Cardozo: *The Growth of the Law*, in Cardozo: *Selected Writings of Cardozo*, New York: Fallon Publications, 1947.

③ 根据《走出低谷的中国行政法学》一书统计。1990年以前,对诸如行政法的概念、行政法的作用与性质等基本理论问题进行探讨的论文仅5篇,其中两篇还是在1989年发表的。

什么。如果说行政诉讼制度的建立提出了一个行政法的性质是什么的问题,那么,1993年的宪法修正案间接地将答案的范围圈定了下来,尽管答案并不显而易见,或许,答案也不是惟一的。

同一年,《中国法学》发表了“现代行政法的理论基础——论行政机关与相对一方的权利义务平衡”一文,揭开了深入研究行政法基础理论的序幕。该文以行政机关与相对一方形成的权利义务关系为研究行政法的基点,认为,现代行政法的本质应当是“平衡法”,其存在的理论基础应当是“平衡论”:即在行政机关与相对一方的权利义务关系中,权利与义务在总体上应当平衡。^①由此,引发了行政法学界对行政法基础理论的广泛而深入的关注。^②

此后,对行政法学基础理论问题横向或纵深的研究表明,行政法学界对行政法性质与功能的思考,不再是教科书中一段不怎么起眼的话语所反映出的一种观念,某个概念所隐含的一种思想倾向,以及从具体实践中总结和抽象出的一种应然状态;而是本质性的思考,一个从基本概念出发、意在重建整个行政法学体系的尝试,更进一步的,这种研究还带有法哲学和方法论意义上的建构精神。^③这些追问与反思是建立一门独立的法学分支必须完成的工作,也是行政法学界在研究行政法之初缺乏的。

换言之,行政法的性质与功能应当是始终贯穿于行政法学体系中的主脉。探讨这一本质问题对行政法学的意义,正如民主与宪政之于宪法学、诚实信用之于民法学一样。可以说,对行政法性质的理解不同,会导致对整个行政法学体系的理解不同,尽管学者们都在探讨行政法基本原则,研究诸如行政许可、行政合同、行政强制以及行

① 罗豪才、袁曙宏、李文栋:“现代行政法的理论基础——论行政机关与相对一方的权利义务平衡”,载《中国法学》,1993年第1期。

② 武步云:“行政法的理论基础——公共权力论”,载《法律科学》,1994年第3期;陈泉生:“论现代行政法学的理论基础”,载《法制与社会发展》,1995年第5期;黄学贤:“我国行政法理论基础的新探索”,载《江海学刊》,1995年第5期;叶必丰:“论行政法的基础——对行政法的哲学思考”,载罗豪才(主编):《现代行政法的平衡理论》,北京:北京大学出版社1997年版。杨解君:“关于行政法理论基础若干观点的评析”,载《中国法学》,1996年第2期。

③ 参见甘雯博士论文:“行政法的平衡理论研究”,载罗豪才(主编):《行政法学论丛》(第1卷),北京:法律出版社1998年版;沈岷:《平衡论:一种行政法认知模式》,北京:北京大学出版社1999年版。

政处罚等具体制度,然而,在不同的指导思想下,对同一个问题会产生迥然相异的观点。

在所有行政法性质的研究中——如果我们探究一下这些研究的主要内容,可以发现,界定行政法的性质基本上都是围绕行政机关与公民之间的关系而展开的:

主张行政法的理论基础是公共权力论的理论认为,“依法行政”的关键,是要解决行政机关的权力和公民、法人的合法权益关系,从而将国家、集体和个人的利益有机、合理地统一起来,将公平与效率有机地统一起来,既要保证效率优先,又要兼顾公平。^①

主张现代行政法的主要功能是“服务”的理论认为,现代行政法实质上是服务行政法,它的价值取向在于维护社会正义、增进社会福利、实现法治社会,它的基本功能仍然是保障民权,但同时兼具服务与收益的功能。^②

主张行政法学的理论基础是政府法治论的学者认为,行政法主要调整政府管理社会中政府与公民(包括法人等)之间的社会关系,研究政府与公民之间的关系是现代行政法学的基本理论问题。^③

除此之外,还有学者认为,一定层次的公共利益与个人利益关系,构成了行政法的基础,而公共利益与个人利益关系直接体现为行政法上的权利义务关系,使行政法既要确认行政主体的权利义务,又要确认相对人的权利义务。^④ 如此等等。

研究行政法的性质问题,其实质就在于探讨行政机关与公民之间关系的实然或应然状态,因此,行政机关与公民以及行政权与公民权的关系问题构成了行政法理论基础的核心。

首先,行政机关与公民(或者相对人)之间的关系是行政法调整的最基本社会关系,行政法从行政机关与公民关系这一基本纽带点入手发挥调整规范作用,由此层层逻辑性地推展出行政主体与相对

① 武步云:“行政法的理论基础——公共权力论”,载《法律科学》,1994年第3期。

② 陈泉生:“论现代行政法学的理论基础”,载《法制与社会发展》,1995年第5期。

③ 杨海坤:“政府法治论是我国行政法学的理论基础”,载《北京社会科学》,1989年第1期

④ 叶必丰:“论行政法的基础——对行政法的法哲学思考”,载罗豪才(主编):《现代行政法的平衡理论》,北京:北京大学出版社1997年版。

人之间相互权利义务关系的规定、行政主体与相对人各自权利义务关系的规定和进一步引发的监督行政的主体与行政主体之间的监督权利义务关系的规定,而这些形成了行政法的全部内容。^①当行政机关与公民之间的社会关系经行政法调整之后,就形成了所谓的行政法律关系,这类法律关系体现了行政机关与公民以及行政权与公民权关系的一般状态。

其次,行政法性质的变迁本身就是行政机关与公民关系或者行政权与公民权关系演变的一个显示器。在法国,行政集权和经济自由曾在很长一段时间内成为法国现代行政所遵循的主要原则,然而,19世纪至20世纪,国家必须从事大量的经济活动以满足公民日益增长的物质和精神需要,也就是说,行政权的扩展目的是为了满足不同公民享有更多的社会权利,行政权的增长与公民权的扩大是一个现象的两个方面。行政集权制逐步过渡到行政民主制,行政法的作用不仅是确立公共权力的地位,而且也在于监督行政机关合理地行使权力。对于产生行政法绝大部分渊源的行政法院而言,其主要的任务是,努力在行政利益的需要与公民利益的保护之间,维持一个令人满意的平衡。^②

在美国,行政法在20世纪得到了引人注目的发展。政府行政机构的统治反映在法律之中,行政法必须规定或确定这些行政机关对公民行使权力的界限范围,明确公民对之提出申诉的权力。^③而在我国,行政法的兴起,也是与行政机关与公民关系的改变——由高度集中的行政体制造成的行政权凌驾于一般公民权利之上转变为肯定公民的独立地位和公民所具有的自主发展的权利,行政机关必须维护一个公平的市场环境同时更重要的是向一般公众提供服务——与此种转变息息相关。正由于行政机关与公民关系的改变,才有了行政诉讼制度的出台,才有了一系列的行政法律制度,也才有建立一套完

^① 参见方世荣:“关于行政法对社会关系调整的‘度’的思考”,罗豪才:《现代行政法的平衡理论》,北京:北京大学出版社1997年版。

^② 王名扬:《法国行政法》,北京:中国政法大学出版社1988年版,第12—21页。

^③ 伯纳德·施瓦茨:《美国法律史》,王军等译,北京:中国政法大学出版社1990年版,第199页。

善、健全的行政法律体系的可能。

再次,即使某些有关行政法性质的研究在表面上回避了行政权与公民权关系问题,然而,在具体论证的时候,它们仍然无法回避这个问题。否则就会产生前后矛盾、难以自圆其说的后果。比如某种观点认为,行政法始终或主要是以行政权为调整对象,而不以公民、法人的权利义务为其调整对象。^①然而,在涉及一些具体的行政法律制度时,相对人(公民)的权利义务仍与行政机关的权力责任对应放在一起。公共权力论也认为应当从作为公共权力的行政权出发来研究行政法的理论基础,然而,该观点也承认,行政权作为国家权力系统中三权中的一权,不仅是由于其自身的矛盾性,而且由于它同其他国家权力以及人民大众的权力之间的相互制衡关系,使得它们必须由与之相适应的法律(行政法)予以规定和调整。并且,“依法行政”的关键就是正确解决行政机关权力和公民、法人合法权益的关系。^②

然而,在研究行政机关与公民以及行政权与公民权的关系问题时,无论我们运用何种方法论,从哪一个角度出发,也无论挑选哪些材料来进行论证,都需要解答一些根本性的问题:行政机关与公民关系如何,是否最终要到宪法那儿寻找答案?如果是,那么宪法的基本规定有哪些?宪法的发展变迁给行政权与公民权关系造成了什么影响?行政法确立的行政机关与公民关系体现了宪政精神吗?这条思路是现有行政法理论基础研究所缺乏的,尽管已有学者指出了这两者之间关系的重要性。^③

从本质上讲,行政机关与公民关系是一个宪法性问题。宪法本身就是“规定国家主要机构的组成、权力和运作方式的规则以及政府机构与公民关系之一般原则的文件”。^④并且,宪法对国家权力以及权力运行的规定,目的也在于更理想地实现其对国家与公民关系的设

① 王连昌(主编):《行政法学》,北京:中国政法大学出版社1994年版,第11页。

② 武步云:“行政法的理论基础——公共权力论”,载《法律科学》,1994年第3期。

③ 陈端洪:“对峙——从行政诉讼看中国的宪政出路”,载《中外法学》,1995年第4期;杨建顺:“从哲学、宪法学、法学的视角反思行政法之理论基础”,王宝明:“从多层次探讨行政法的基本理念”,均载于罗豪才(主编):《现代行政法的平衡理论》,北京:北京大学出版社1997年版。

④ 詹宁斯:《法与宪法》,龚祥瑞、侯健译,北京:三联书店1997年版,第24页。

计。对于行政法律体系而言,其实质就在于将宪法的一般性规定具体化,使宪法设计的国家与公民(行政机关与公民)关系变成更宜操作的具体法律规范,也就是,通过行政法律关系的建构来实现宪法对国家与公民关系的设计。

行政法不可能从本质上改变宪法的基本制度安排,不可能超出宪法之外、另行创制行政权与公民权的关系。将公民的基本权利写进宪法,其本身目的就在于禁止一切国家机构取消它们、改变它们或侵犯它们,公民的某项基本权利只能通过宪法修正案来改变或取消。否则,就缺乏正当性,违背了宪法的基本精神。

或者,使用“公法”的概念,更能概括出宪法与行政法之间一脉相承的关系。这一概念本是欧洲大陆法系的专利,然而,20世纪以来,它也成为英美法系法学研究者通用的术语。^①它将宪法性法律和行政法都纳入自己的范畴。在此概念之下,宪法与行政法共同贯彻着宪政精神,共有同一套理论,又为同一套制度体系支撑着。当然,从某种意义上讲,它们之间也相互独立,因为它们所调整的社会关系、它们所侧重的问题仍然存在着许多差异。

现在,即使是英美国家,想从根本上将宪法与行政法区分开来几乎是不可能的,一个宪法学家和一个行政法学家,会引用同一个案例来说明一个宪法问题和一个行政法问题。一个曾经起过决定性作用的宪法判例,同样也可能是行政法中一座无法逾越的里程碑。或者这样说也是恰当的,一个重要的行政法问题,比如司法审查的范围、政府管制的程度以及公民在何种情况下才能享有受政府救济的权利等等也都同时属于宪法范畴的问题。许多行政法问题只有上溯到宪法那儿,才能寻找问题的终结。行政权与公民权关系问题,便是其中最突出的例子。

因此,本书在研究行政权与公民权的关系问题时,不准备在宪法与行政法之间划出一条鲜明的分界线。相反,本书是在宪政的发展变迁史中,找寻到行政机关与公民关系的实质,找寻到行政法建构行政

^① 詹宁斯:《法与宪法》,龚祥瑞、侯健译,北京:三联书店1997年版,第54页;又参见沈岙译评:“二十世纪美国法律思潮与新公法运动”,载罗豪才(主编):《现代行政法的平衡理论》,北京:北京大学出版社1997年版。