

# 试论现代法治背景下行政法的类型

刘平

(上海市人民政府法制办公室,上海 200003)

**摘要:**法治是一种法律和政治上的愿望,在现代法治背景下,行政法的类型可以概括为三类:秩序法治、行政法治和回应型法治。秩序法治是以维护社会公共秩序为目的、以管制为特征,主导国家社会生活的一种法律秩序形态;行政法治是以控制行政权力为使命,政府行政行为受到正义之法约束的法治状态;回应型法治是以对当代行政法特征和规律的重新认识为基点,它是一种合作型的、积极的、动态的、自省的、“生态型”的行政,是一种全覆盖的法治状态。

**关键词:**行政法类型;秩序法治;行政法治;回应型法治

中图分类号:D912.1

文献标志码:A

文章编号:1008-7699(2014)03-0045-06

“法治”一词所意味着的不只是单纯的法律存在,它指的是一种法律和政治上的愿望,即创造“一种法律的统治而非人的统治”。<sup>[1]59</sup>对现代法治的内涵,产生了两种解读的路径:一种注重法律背后的价值分析,如1959年1月国际法学家会议通过的《德里宣言》中确立的三条法律原则,<sup>①</sup>就是对法治的实体价值的一种表达,也就是实质法治的理念;另一种注重法律本身的价值分析,如《布莱克法律辞典》对法治的定义,<sup>②</sup>肯定了法治的形式价值,即法律形式化的意义,其本质是形式法治的理念。

法治应该是形式法治与实质法治的辩证统一体,是人类法律与社会实践所追求的共同目标。更严格地说,形式法治应当是常态,实质法治只有在形式法治暴露其无可弥补的缺陷时才启动补救功能。有学者因此认为,“把握住法治的这两个方向,就真正站在了法治这个概念的入口处了。”<sup>[2]</sup>

与对现代法治的内涵认知具有高度一致形成鲜明反差的是,对现代法治的类型认知则是见仁见智、观点众多。美国学者R. M. 昂格尔把法的类型概括为互动习惯法、官僚管理法和法治体系法三类。<sup>[3]</sup>美国伯克利学派的诺内特与塞尔兹尼克提出了另外三种法治的模式:压制型法、自治型法和回应型法。<sup>[1]16</sup>日本的田中成明把法治分为自治型法、普遍主义型法和管理型法三类。德国的图依布纳则把法律分为实质合理性、形式合理性和反思合理性三种。我国罗豪才教授则提出了行政法的三种理想类型:管理法、控权法与平衡法,目前国内这已成为主流学说。

根据国内外学者的研究成果,结合实践的梳理和考察,笔者认为,可以将现代法治背景下行政法的类型概括为三类:秩序法治、行政法治和回应型法治。

收稿日期:2013-12-10

作者简介:刘平(1960-),男,上海人,上海市人民政府法制办公室副主任,上海市行政法制研究所所长。

① 这三条原则是:(1)立法机关的职能在于创设和维护使每个人保持“人类尊严”的各种条件;(2)不仅要防范行政权力的滥用,而且要使政府能够有效地维护法律秩序,以保障人们具有充分的社会和经济生活条件;(3)要求正当的刑事程序、司法独立和律师自由是实施法治原则必不可少的条件。

② 在《布莱克法律辞典》里,“法治是由最高权威认可颁布的并且通常以准则或逻辑命题形式出现的,具有普遍适用性的法律原则。”转引自王人博,程燎原:《法治论》,山东人民出版社,1998年版,第98页。

## 一、秩序法治：以维护社会公共秩序为目的

秩序,是指在自然进程和社会进程中存在着的某种程度的一致性、连续性和确定性。<sup>[4]219</sup>博登海默是将“秩序”和“正义”作为法律制度的两个基本概念来看待和分析的。他分析了人类对秩序之需求的心理根源:“第一,人具有重复在过去被认为是令人满意的经验或安排的先见取向。第二,人倾向瞬时兴致、任性和专横力量控制,而不是受关于权利义务对等的合理稳定的决定控制的情形作出逆反反应。最后,对秩序的追求还具有一种思想(智识)的成分,它是根植于人的思维结构之中的。”<sup>[4]226</sup>

秩序法治是以维护社会公共秩序为目的,警察担当“国家守夜人”,并且是以警察国家理论为支撑、以管制为特征,主导国家社会生活的一种法律秩序形态。香港学者陈弘毅认为:“法治的最简单的意义,是指人民的生命和财产得到保障,不受伤害、侵犯和破坏。这种保障主要是由警察所提供的,他们负责执法的工作。虽然这只是法治概念最低或最原始的层次,但它是法治的重要元素之一。”<sup>[5]</sup>当然,根据日本学者盐野宏的观点,“这里所谓警察,不仅指穿制服的警察所从事的事务,一般通指维持公共秩序的作用,例如从食品安全的角度对饮食业的规制,亦属此类。”<sup>[6]</sup>而“行政”一词,无论是中文,还是英文、德文以及其渊源拉丁文,本意均包含有执行、管理的意义。

秩序法治与盐野宏先生提出的“规制行政”二者内涵相近似。所谓规制行政,是指通过限制私人的权利、自由,以实现维持秩序或事先防止危险等目的的行政活动。在现代,国家不仅限于传统的消极目的,更多的是为了形成良好的自然环境、生活环境,而展开对私人的权利、自由施加约束和规范的积极行政。在台湾陈新民的《行政法学》里,则用了“秩序行政”的概念,这种行政存在的目的在于维持社会的秩序、国家的安全及排除对人民及社会的危害,行政主体多采用限制人民自由权利行使的手段,属于公权力行为的类型。<sup>[7]</sup>

与秩序法治相对应的是罗豪才教授所提出的“管理法”理念,管理法中的规则主要是政治性规则,强调权力至上、国家至上、公益至上,因此,管理法不可能去适用民法上的诸如诚实信用原则等以制约行政权。所以,管理法也被解读为管制法,还有的干脆将其与诺内特、塞尔兹尼克的“压制型法”相提并论。诺内特、塞尔兹尼克把“压制型法”的特征概括为:“政治与规则不分、注重维护行政的权威、行政自由裁量权不受限制、推行法律道德主义、以命令——服从为主要管理模式,等。”<sup>[1]35</sup>压制型法虽然具有威慑力和受制于长官意志的倾向,但是并不等同为镇压。<sup>①</sup>

需要指出的是,秩序法治并不是一种高层次的完美的法治,它只是法治的初级阶段,具有明显的缺陷。有学者对此这样评价:“管理论是一种‘知性思维’的产物,尽管它将行政主体与行政相对人置于行政关系中加以考察,但它并不承认二者之间的可合作性,而是认为行政主体与相对方各自的‘规定性’都是单独有效的,它认为应该通过严格的政治性规则来约束行政相对方,阻防其对行政管理秩序的破坏。因此可见,管理论只是站在行政主体一方以怀疑的眼光打量着行政相对方。”<sup>[8]20</sup>

尽管秩序法治有这样的缺陷,但这并不影响其成为现代法治不可或缺的一部分。诚如西塞罗所说的,法律创设的目的在于公民的安全、国家的防务以及人类生活的安宁与幸福。法的目的是公共幸福。拉德布鲁赫用富有诗意的语言来描述这种法律秩序:“法律秩序关注的是,人类不必像哨兵那样两眼不停地四处巡视,而是要能使他们经常无忧无虑地仰望星空和放眼繁茂的草木,举目所及乃实在的必然和美好,不间断的自我保存和呼救声至少有一段时间沉寂,以使良心和轻语终归能为人们所闻。”<sup>[9]11</sup>

① 季卫东认为:一种法律是否是压制性的,取决于能否不受制度约束地动用强制力,而与统治者的暴戾或仁慈并无决定性关联。参见季卫东:《法治秩序的建构》,中国政法大学出版社,1999年版,第298页。

## 二、行政法治：以控制行政权力为使命

行政法治作为对秩序法治的一种反思和矫正，其理论支点就是“控权理论”。控权理论认为，行政法的最初目的是为了保障政府权力在法律框架内行使，防止政府滥用权力，以保护公民的合法权益。拉德布鲁赫分析说：“只有赋予与国家利益相对立的私人利益在法律上的请求权，并尊重它，赋予其相互义务与权利，才有产生这一法律（指行政法）的根本基础。”<sup>[9]</sup><sup>131</sup> 法律在本质上是对专断权力行使的一种限制，因而它与无政府主义和专制政治都是对立的。行政法治是根据法治的“普遍服从良法”的精神而形成的原则和原理，也就是指政府行政行为受到正义之法的约束。所以，行政法治作为一种制度实践，它是法治的主要组成部分。行政法治的主要特征是：严格遵行法定权威、推行严格的规则主义、政治与规则分离、行政自由裁量权受到严格限制、重视程序公正，等。但较秩序法治，行政法治（即控权行政）走向了另一个极端，它是站在行政相对人的立场，警惕地防范着行政权的恶性发作。

控权理念有两种：一种是在实体上限制行政权力的范围，尽可能少地授予行政机关权力；另一种是从程序上防止公务人员滥用职权，实现对行政权力的驾驭、支配。孙笑侠教授把前者称为“限权”，即消极地在数量和范围上做减法；将后者称为真正的“控权”，即积极地在程序运用上进行控制。<sup>[8]</sup>

在 20 世纪之前，欧美各国基本上奉行形式主义的正义观，推行规则主义的法治原则。其明确排斥政治对于法律的干扰，确信法律享有高于权力的地位。以诺内特、塞尔兹尼克的自治型法为其代表。自治型法的主要属性可以概括为：（1）法律与政治分离；（2）法律秩序采纳“规则模型”，用以衡量行政权力；（3）“程序是法律的中心”，实现程序公平而非实体正义；（4）“忠于法律”，意指严格服从实在法规则。英国戴雪的法治理论也强调通过规则来限制行政权力的范围，戴雪认为，“与专横的权力相比，正式的法律具有绝对的至高性和主导性，排除政府中任何形式的专横的、特权的或宽泛的自由裁量权的存在。英国公民受法律、而且只受法律的管理。我们中的每个人可以因触犯法律而受处罚，但不能因别的任何事情受处罚。”<sup>[8]</sup><sup>427</sup>

20 世纪后，英美国家相继进入垄断资本时期，随着政府管制的加强和福利国家的兴起，国家守夜人的角色发生了转变：一方面，行政权力大幅度扩张到从“摇篮到坟墓”；另一方面，由于经济自由主义、个人主义和自由主义政治思潮，以及法律传统的延续性，社会对政府的自由裁量权仍然深深地怀疑甚至加倍地恐惧，所以控权理念仍然是主旋律。但控权的内涵有了变化，就是从传统的数量减少转向通过程序规范自由裁量权来控制公务人员滥用职权。以程序控权取代实体控权的做法，逐渐成为当代行政法发展的主流。所以，行政法也演变成管理和控制行政官员的行为的法，即“治官之法”，以控制行政官员的“冲动”。新康德自然法学派的意大利法律哲学家乔治奥·德尔·韦基奥就认为：“国家可以把其管理权力扩展到人类社会生活的各个方面，而且国家的最高职责就是广泛地增进社会福利。但是，国家在履行此一职责时，必须始终采取法律的方式进行运作，从而使国家的每个行动都以体现公意的法律为其基础。”<sup>[4]</sup><sup>175</sup>

控权法不仅仅是要维护行政法律秩序，它还要通过设计严格的程序规则来控制行政权，所谓“无法律即无行政”，从而实现控权法的主要目标——行政法治（这种法治状态实质上更倾向于形式法治）。有学者认为，“从表面上看，控权法更有利于保护公民权利，但是，实质上，控权论所采用的仍然只是‘知性思维’，仍然视行政主体与行政相对方为孤立的两个利益主体，只看到二者对立的一面，并将这种对立性无限放大，却并未辩证地考察二者具有合作倾向的另一面。”<sup>[8]</sup><sup>21</sup> 因此，行政法治还不是法治的终极形态。

## 三、回应型法治：对当代行政法特点和规律的新认识

这里笔者借用诺内特、塞尔兹尼克所用的“回应型法”的概念，所要表达的内涵有一致的地方但不尽

相同。更主要的动因是,目前我国法治所面临的社会情势,与当年产生“回应型法”思潮的美国社会背景有许多共通之处。“回应型法”思潮产生的社会背景是:20 世纪 60 年代后期,一系列原因导致美国社会发生剧变,这一变化削弱了国家的正统性,于是产生了用“软性法治”取代“硬性法治”的要求。回应型法正是对那一时代社会需求的回应。诺内特、塞尔兹尼克的“回应型法”的主要特征是:(1)在法律推理中目的权威得以加强;(2)目的可以缓和服从法律的义务,为民间公共秩序的概念网开一面;(3)使法制具有开放性和弹性,从而促进法制的改革和变化;(4)法律目的的权威和法律秩序的整合性来自更有效率的法律制度设计。<sup>[1]81</sup>我国著名学者季卫东对此评价:“回应型法在扬弃和综合压制型法和自治型法的基础上,试图改变法学方法论上自然法与法实证主义二元对立的局面,赋予国家制度以自我修正精神。因此,它既是一种社会变革的法律模式,又是一种法制变革的政策模式。”<sup>[9]7</sup>

笔者没有使用国内主流行政法学的“平衡论”或“平衡法治”的概念,尽管平衡论与回应型法在内在价值上有相通之处,平衡论有着宽容、沟通、合作的人文背景,人人平等的价值取向与实质性的正义追求。平衡论主张:“在行政机关与相对一方的权利义务的关系中,权利义务与行政权在总体上应当是平衡的。”<sup>[10]</sup>“平衡”既表现为行政机关与相对人权利的平衡,又表现为行政机关与相对人义务上的平衡,还表现为行政机关自身权利义务和相对人权利义务的平衡。平衡论也可以称为“兼顾论”,即兼顾国家利益、公共利益和私人利益,实现其差别与统一的协调平衡。但笔者认为,这样的阐述仍摆脱不了该学说过于抽象、简陋和程式化的局限。权利和义务总体上平衡的观点是成立的,但落脚在公权力和私权利之间,这种平衡就很难自圆其说,因为这两者之间与其说是一种权力(权利)的平衡,不如说是彼此的制约更为本质,而其中私权利(包括社会权利)对公权力的制约更是其核心,总体上说,在法治层面,行政法是向私权利(社会权利)“倾斜”的,而不是“平衡”的。

回应型法治的基点是对当代行政法特征和规律的重新认识。这是一种“现代行政权力”(孙笑侠语)或“新行政法”(姜明安语),主要有如下特点:

1. 它是一种合作型的行政。它克服了秩序法治和行政法治那种管理者与相对人之间都视对方为不可合作的、对立的观念,承认公权力与私权利、社会权利之间是可以沟通的、彼此理解的、能实现共同治理的。如,从立法到执法到救济,回应型法治都倡导公众参与,以一种“半直接民主”的方式实现对公权力的控制与监督。社会团体、基层自治组织等越来越多地提供过去由政府提供的各种“公共物品”,政府则购买各种“公共服务”向社会提供,这是一种为了同一目标而达至的协作关系。

2. 它是一种积极的行政。行政本来就具有比司法更强的主动性,在现代社会,它更主动了。它已摆脱近代传统行政“管得越少的政府是越好的政府”的消极行政信条,以适应现代社会发展与技术进步,要求政府尽最大可能满足社会多样化需求的现实,其范围已经是“从摇篮到坟墓”无所不管。传统的消极行政是通过制约机制,防止公权力滥用侵犯相对人的合法权益,即所谓制约公权力“做坏事”;而现代积极行政则是通过激励机制,促使公权力积极作为,为人民谋福利,维护和增进相对人的权利、自由,即所谓推动公权力“做好事”。<sup>[11]</sup>

3. 它是一种动态的行政。它已不能信守“法条主义”的形式法治,更加注重实质法治。它要改变传统法律僵化、迟滞的特性,使其更有灵性、更有弹性。“与近代行政相比,现代行政行为的界限具有十分自由的幅度,法律完全穷尽地规定行政事务是不可能的,也不符合行政具有应变性的特点,更不符合现代行政的特点。”<sup>①</sup>当法律存在“空缺结构”和“恶法”时,需要运用“原则优先”定理和制定公共政策实现必要的填空与矫正,但这种填空和矫正又不能破坏法律整体的稳定性和可预期性。

① 孙笑侠将现代行政权力的特点概括为:(1)方式积极化;(2)目标福利化;(3)范围扩大化;(4)界限自由化;(5)内容伦理化。参见孙笑侠:《法律对行政的控制——现代行政法的法理解释》,山东人民出版社 1999 年版,第 4-5 页。



4. 它是一种自省的行政。作为公权力部门,始终要意识到“权为民所赋”,因而“权为民所用”;始终要怀着“以民为本”的胸襟;始终要“战战兢兢,如临深渊,如履薄冰”。因为,“法律发展的主流不是作为一种压迫的工具,而是社会成员为了适应社会本身的内在条件,探求实现其基本的社会文化前提的一种手段。”<sup>[12]367</sup> 美国人权教授迈克尔·罗森菲尔德指出:根据社会契约,为被创造的国家设定了两项必须的义务:对公民享有他们不可转让的自然权利负有不得干涉的消极义务;通过警察保护和执行私人契约的规定阻止或惩罚对公民伙伴实施私人侵犯的积极义务。在该问题上,国家的理性应当是通过自我限制和通过限制可能(消极的)侵犯人权者来保障公民的消极权利。<sup>[13]</sup> 他关注到政府需要平衡消极义务与积极义务,而这种平衡的判断价值乃是对公民不可转让的生命、自由和财产权利的保护,既要防止自身公权力侵犯公民权利,也要确保公民不受其他人的侵害。

5. 它是一种“生态型”的行政。它不仅调整人与人的关系,而且越来越多地调整人与自然、人与环境的关系。现代公权力不仅要关注和保障人权,而且要更多地关注和保障环境、生态和动物福利(即“特别权利”)。<sup>[12]120-121</sup>

6. 它是一种全覆盖的法治状态。它已经体现在立法、执法、救济等法治过程的各个环节。在立法领域,“回应型立法”要求及时回应民众所关心的领域和事项,而不能“闭门立法”,可以让公众有立法项目的建议权,广泛征求公众对法律条文草案的意见。在行政执法领域,按孙笑侠教授的见解,现在已经从自由本位法阶段转向福利本位法阶段,而在福利本位法的时代,政府不是自由本位时代的以不干涉和无为为准则,而是视合理干涉才是正当的,法律的任务是尽量使行政权正当化,其价值追求是公民的福利。在行政救济阶段,更是强调要通过法律途径(复议、诉讼、国家赔偿、行政补偿等)和非法律途径(和解、调解和信访等)多种形式实现对公众权利需求的保障。

博登海默所持的“综合法学理念”,与回应性法治的理念有相通性,他分析道:“一种极具洞见能力的法哲学会认为,无论在何种政治或社会制度下,法律都不可能要么完全是政府性的,要么完全是社会性的。这种法哲学一是认为法律产生于社会与其统治者间的紧张及协调关系之中,二是认为法律制度反映了命令性因素与社会性因素间微妙的互动关系;当然,这两种因素在不同国家和不同历史阶段中常常是交替占优势的。人们必须在政府与人民之间找到某种妥协方法以保护法律制度的完整性和效力。”<sup>[4]330-331</sup> 对于面向未来的法律,美国的伯尔曼也提醒,需要克服走向未来之路的障碍,“这些障碍包括与法律本身相关的思想和行动的狭隘性和孤立性。我们需要克服下列现象:将法律归结为一套处理事务的技术性手段;使法律脱离于历史;把一国的法律等同于我们的全部法律、把一国的法律史等同于我们全部的法律史。”<sup>[14]</sup>

有必要说明,对于回应型法治与秩序法治、行政法治的关系,有两种学术见解:一种如昂格尔分析其三种法治形式:互动习惯法、官僚管理法和法治体系法,主张它们相互之间是递进的,后者是对前者的否定,如同我们说从“人治”向“法治”的转变一样,后者是对前者的否定和代替;另一种见解是主张彼此可以并存的,如诺内特、塞尔兹尼克提出的三种法治模式:压制型法、自治型法和回应型法。<sup>[1]16</sup> 他们是承认三种法治类型之间有移动和相互渗透的可能性的,即认为这三者是可以同时并存的。“一种发展理论无需带有这样的意味,即,‘高级的’阶段是‘最合适的’、‘最适应的’或最稳固的阶段。……我们承认在我们的模型中,阶段三(即回应型法)不如阶段二(即自治型法)稳固。阶段一(即压制型法)也有自身的各种不稳固根源,包括一种不确定的正统性”,他们主张“把关注点放在针对阶段二的各种紧张关系的自治型法上,因为这个阶段既产生了退回压制型法的危险,又形成了获得更大回应性的潜能”。<sup>[1]29</sup> 笔者赞同诺内特和塞尔兹尼克的见解,主张秩序法治、行政法治和回应型法治三者都是现代法治的一种形式,他们有程度和内涵上的差异,但彼此都是不能替代的,后者并不是对前者的否定,而是在前者基础上的一种提升和完善。也就是说,回应型法治并不否认秩序法治与行政法治的功能和作用,也不想替代秩序法治和行政法

治而独行天下。

参考文献:

- [1] 诺内特, 塞尔兹尼克. 转变中的法律与社会: 迈向回应型法[M]. 张志铭, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2004.
- [2] 王人博, 程燎原. 法治论[M]. 济南: 山东人民出版社, 1998: 109.
- [3] 昂格尔. 现代社会中的法律[M]. 吴玉章, 周汉华, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 1994.
- [4] E. 博登海默. 法理学 法律哲学与法律方法[M]. 邓正来, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 1999.
- [5] 陈弘毅. 法治、启蒙与现代法的精神[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1998: 63.
- [6] 盐野宏. 行政法[M]. 杨建顺, 译. 北京: 法律出版社, 1999: 9-10.
- [7] 陈新民. 行政法学总论[M]. 台北: 三民书局, 2005: 52-53.
- [8] 孙笑侠. 法律对行政的控制——现代行政法的法理解释[M]. 济南: 山东人民出版社, 1999.
- [9] 季卫东. 社会变革的法律模式(代译序)[M]// 诺内特, 塞尔兹尼克. 转变中的法律与社会, 张志铭, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 1994.
- [10] 罗豪才. 现代行政法的理论基础[J]. 中国法学, 1993(1): 52.
- [11] 姜明安. 法治思维与新行政法[M]. 北京: 北京大学出版社, 2013: 307.
- [12] 霍贝尔. 初民的法律[M]. 周勇, 译. 北京: 中国社会科学出版社, 1993.
- [13] 米歇尔. 罗森菲尔德. 法治与法治国[C]// 莫纪宏, 译. 张庆福. 宪法论丛: 第3卷. 北京: 法律出版社, 2003: 581.
- [14] 哈罗德. J. 伯尔曼. 法律与革命——西方法律传统的形成[M]. 贺卫方, 等译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1993: 3.

## On the Type of Administrative Law under the Background of the Modern Rule of Law

LIU Ping

(Legislative Affairs Office, Shanghai Municipal Government, Shanghai 200003, China)

**Abstract:** The rule of law is a legal and political aspiration. In the modern context of the rule of law, administrative law can be classified into the following three categories: the rule of law based on order, the administrative rule of law and the rule of law based on response. The rule of law based on order means to maintain public order for the purpose of regulating the country's social life with control as its characteristics; The administrative rule of law regards controlling the administrative power as its mission, making the administrative action of the government under the constraint of the law of justice; The rule of law based on response, recognising the characteristics and rules of contemporary administrative law is a cooperative, active, dynamic, introspective and ecotype administration, and a full coverage of the rule of law.

**Key words:** type of administrative law; rule of law based on order; administrative rule of law; rule of law based on response

(责任编辑:董兴佩)