

# 从压制型行政模式到 回应型行政模式

崔卓兰 蔡立东<sup>x</sup>

内容提要: 行政必须转换模式, 以适应社会转型的需要。压制型行政模式立足强制, 以维护公共利益为唯一目标。否认相对方利益的正统性, 只适用于维护/ 机械团结<sup>0</sup>的社会秩序。以/ 有机团结<sup>0</sup>为典型特征的现代社会, 需要确立回应型行政模式, 通过非强制行政行为, 统合多元利益, 培育社会自治, 汲取社会智识资源, 催生行政民主。以人文主义为精神核心的现代行政法, 弘扬人的主体性, 从不同层面推动现代社会迈向回应型行政模式。

关键词: 压制型行政 回应型行政

虽然行政权力本身就意味着强制, 而且行政权力与强制的确常常紧密地勾联在一起,<sup>1 12</sup> 但伴随中国社会的转型, 行政的强制性色彩日渐减退, 行政目标的实现越来越依赖契约、指导、服务等具有私法性质的柔性手段, 行政指导、行政合同、行政信息服务等非强制行政行为在其中扮演着越来越重要的角色。行政的非强制化和回应性愈发彰显。基于此, 本文提出压制型行政模式与回应型行政模式的理论模型, 作为评判行政实践样式的理论平台; 同时, 为压制型行政模式向回应型行政模式的演进寻求行政法上的理论依据和实现途径。

## 一、立足强制的压制型行政

### (一) 压制型行政模式的基本构成

作为一种行政模式, 压制型行政以实现抽象的公共利益为唯一宗旨, 以贯彻行政主体的单方意志为基本目标, 以管理行政相对方为基本内容, 以强制性行政行为为主要手段, 其结果是剥夺了行政相对方的主体性。

在压制型行政场合, 行政以单一的目的为指向, 抛弃了复合的目标和利益。行政主体与相对方的关系以权力本位为特征, 行政权处于绝对的单向支配地位, 相对方的权利无足轻重, 没

<sup>x</sup> 崔卓兰, 吉林大学法学院教授; 蔡立东, 吉林大学博士研究生。  
<sup>1 12</sup> [英] 弗里德利希·冯·哈耶克:《自由秩序原理》上册, 邓正来译, 三联书店 1997 年版, 第 166 页。  
# 64 #

有抗衡前者的能力。行政主体倾向于无节制地使用强制,无视相对方的特殊利益或者否认这些利益的正统性,对相对方的意志和要求漠不关心。相应地,行政相对方则成为实现行政目标的消极手段,其地位和利益既不安稳,又很脆弱。具体言之,典型的压制型行政模式具有以下基本特征:

1. 强制是实现行政目标的主要手段。行政意图的推行,手段上基本、甚至完全采用传统的强制性行政行为,方式上几乎是清一色的命令、禁止、制裁、强迫,有别于行政强制的行政行为无足轻重。

2. 行政主体的意志意识形态化,处于绝对支配地位,不但被奉若神明,且被赋予绝对的支配力,不容相对方置疑和反驳,更不得拒绝和抵抗。行政的内容就是强行推行以社会意志为名的行政主体单方意志,实现行政主体所确认的公共利益。

3. 行政没有固定的边界,行政权极度地蔓延和扩张。强制性行政行为经常在追求各种仁慈的目的时不知不觉地出现,吞噬行政相对方的自治空间,导致社会泛行政化。相应地,行政相对方的权利尚未得到确定的保护。

4. 法律工具主义盛行。行政假法律外衣而行,法律使权力具有权威的色彩,但法律的运作受到政治权宜性准则的限制。行政的便利性具有重要意义,法律对行政的约束处于软弱无力状态。行政主体以维护国家利益为理由,保持着不受制约的自由裁量权。行政权的运作可以轻而易举地摧毁法律设定的边界,有治法,而无法治。因为国家的行政活动仅仅由国家利益和合目的性来左右,而不受法律约束就只可能有行政技术,就无行政法可言。<sup>1 22</sup>

虽然表现上依赖强制是压制型行政的最显著特征,但压制的关键在于行政主体在多大程度上考虑相对方的利益,并受这些利益约束。压制型行政奉行的是国家崇拜,追求社会的同构化,抑制多元化的社会利益,一切不能归结于国家利益的利益主张均不被认为具有合法性,因而随时可能被牺牲。相应地,行政相对方没有确定可靠的权利,以支持其利益要求。压制也可能不直接体现为强制,当政府取得正统性,促成了一般的服从习惯,强制就可能退入背景之中,然而,这种结果至多只是表现为一种笨拙无知、而远非自觉的同意,或从畏惧中形成、由冷漠来支撑的默认,获得正统但无限制的权威更加畅通无阻,进而更严重地贬抑了行政相对方的利益要求。

当然,任何行政行为都可能要求某些利益服从其他利益,因此,并非每种权利要求都能得到维护,也非每种利益都能被予以同等的承认。在确立利益的顺位时无视某种利益,并不一定就是压制型行政。一项剥夺行政相对方利益的行政决定,若避免了某种危险感或不确定性,如遵从了尊重行政相对方权利的程序,或者寻求了减轻或限制有害结果的方法,就不是压制性的。反之,即使行政主体温和,但不注意那些受行政行为影响的行政相对方利益,不受这些利益的有效约束,则不影响压制型行政的成立。

压制型行政的共同根源是行政主体可以利用资源的贫乏。尤其是在权力充分而资源贫乏的情况下必须完成紧迫任务时,行政主体将承担起各种需要其竭尽所能的公共责任,这些公共责任构成了对其认知范围的考验。在任务和完成任务的手段之间差距过大场合,行政主体虽然心存善良,可能希望成本和效益最优化,但常常不知道如何做到。由于缺乏手段或者为时间所迫,就会求助于一些压制措施。政府的任务与完成任务的手段之间的差距,无论根源是什

<sup>1 22</sup> [德]拉德布鲁赫:《法学导论》,米健译,中国大百科全书出版社1997年版,第131页。

么,也不管它是否存在于早期国家的软弱无力的状况或极其自信的政府的能动性,都会降低法律确认权利和节制权力行使的能力。国家的需要和责任得到特别强调,并压倒了与之抗衡的那些利益。<sup>132</sup>

## (二) 压制型行政的失灵

我们无意否认强制对协调人类集体行动、维护社会公共秩序、实现社会公共利益的重要性。强制压抑了差别性和异质性,最适用于维护/机械团结0式的社会秩序。在这种社会中,人与人之间没有分化、差异很小,集体成员具有类似的特质,情绪感受类似,价值观类似,信仰也类似,社会呈现高度的一致性;人与人之间保持相似性与相同性,集体湮没个性;个人的行动是自发的、不假思索的和集体的。<sup>142</sup> 压制型行政模式是对法律组织和社会组织的这些状态的一种自然反应,面对/机械团结0的社会,一个冷静的分析者将不得不作出结论:压制型行政是制度进化的一种较明智的、或许还是必要的过程。

但是,错综复杂的人类理想的实现,总是有赖于一种根本上是脆弱的支撑环境系统。<sup>152</sup> 压制型行政的有效性是有限度的,其局限性的显现应该被理解为与变化了的社会情势不相适应的结果。过多地依赖强制,过分限制行政相对方的自由,一味对行政相对方实施单向支配,无视甚至扼杀行政相对方的主体性,进而使功能有限的行政主体和行政方式直接面对过于复杂的社会现实,因不得不处理远超过其制度容量的问题而不堪重负,并引起制度扭曲或制度紧张。过度的扭曲或紧张,甚至可能引发社会秩序的失范和崩溃。

因压抑异质性和多样性,而引发的压制型行政失灵具体表现为:

首先,压制型行政无法建立、维护富有弹性的法律秩序。压制型行政无视行政相对方的主体性,使行政相对方客体化,试图通过对行政相对方的单向支配实现行政目标,剥夺了其运用自己的知识去实现自己目的的可能性,它所产生的是痛苦的感觉和厌恶的情绪,它造成的是粗暴地使人们的思想脱离我们希望他们深刻认识的真理。<sup>162</sup> 纵然行政目标有益于行政相对方,也难以感化人们的内心或情感,获得相对方对行政行为的回应、支持与合作。行政秩序只能是行政主体一厢情愿,而不是与相对方良性互动的结果。在这种情形下,相对方对于行政目标的实现只能保持事不关己的冷漠态度,破坏和抵制这种法律制度的行为很可能广为蔓延,并将逐渐削弱该制度的基础与强力,<sup>172</sup> 甚至可能导致法律秩序的崩溃。历史的经验也表明,没有哪个社会能够依赖强制,获得长治久安。乱世用重典最多只能算是并不高明的权宜之计。

其次,压制型行政抑制甚至扼杀行政相对方的创新动机。不管是建筑还是绘画,科学还是文学,工业还是农业,文明的巨大进展从没有来自集权的政府。在人类知识和理解方面,在文学方面,在技术可能性方面,或在减轻人类痛苦方面开拓新领域的人中,没有一个是出自响应政府的指令。他们的成就是个人天才的产物,是强烈坚持少数观点的产物,是允许多样化的差异的一种社会风气的产物。<sup>182</sup> 通过压制,行政主体永远无法像相对方个人自由行动那样,实

132 参见[美]诺内特、塞尔兹尼克:《5转变中的法律与社会6,张志铭译,中国政法大学出版社1994年版,第40页以下。

142 参见宋林飞:《5西方社会学理论6,南京大学出版社1997年版,第31页。

152 前引[3],诺内特、塞尔兹尼克书,第29页。

162 [英]威廉·葛德文:《5政治正义论6(第二、三卷),何慕李译,商务印书馆1980年版,第531页。

172 参见[美]E·博登海默:《5法理学6》法哲学及其方法6,邓正来、姬敬武译,华夏出版社1987年版,第335页。

182 [美]米尔顿·弗里德曼:《5资本主义与自由6,张瑞玉译,商务印书馆1986年版,第5页。

现行动的多样化和差异性。压制型行政凝固了行政相对方的行为模式,结果是以统一的平庸状态来代替使明天的后进超过今天的中游的那种试验所必需的多样性。因此,强制是一种恶,它阻止了一个人充分运用他的思考的能力,从而也阻止了他为社会作出他可能作出的最大贡献。<sup>1 92</sup>

第三,压制型行政存在侵犯人权的潜在甚至现实危险。压制型行政具有自我强化的功能:其一,强制手段的可用性提供了一种便利的抉择,降低了妥协的必要;行政相对方因此丧失了对话、被说服和受尊重的境遇。虽然理论上强制可能是有限度的,但总是存在侵犯人的完整性的危险。其二,目的通常被用来证明手段的合法性,对有利于实现目的的手段的不受限制地充分运用,往往可以为人们宽宥或接受。既然压制型行政的目的是维护社会公共利益,为了这种至上的利益,就成为使用强制最有效的合法性论证。同时社会公共利益又是一个未经明确界定的概念,行政主体可以作出相对自由、宽泛的解释,加之其又难以抵制增加自己影响和权力的诱惑,作出有利于扩大强制的决定几乎是必然的选择。正如萨缪尔森所言:(政府的)方案一旦开始,它常常能以具有魔力的那样办法使人心悦继续存在;而政府的行为就像一个小孩一样,/我知道怎样拼写-香蕉. 这个字,但我不知道在哪个字母上停下来。<sup>1 102</sup>但做有益的事的权力也可能用来做有害的事。今天控制权力的那些人不可能明天也如此,而更重要的是:一个人认为是有益的东西,另一个人可能认为是有害的。强制一旦被无度地使用,必然导致对人权的侵犯。国内外的强制行政实践,不乏侵犯人权的实例,而且在一定的时间和范围内,还有频发和多发的趋势。

第四,压制型行政成本高昂、效率低下。使用行政强制的成本与行政目标的实现之间存在一定的不协调性。压制型行政模式下,加大执法力度的持续要求,导致行政成本巨大。行政强制需要一定的机构和人员去实施,这些机构和人员的建设、培养、运作,都需要相当的经济乃至政治成本的支撑,尤其是推行与行政相对方相悖的行政意图场合更是如此。与此相对,由于政府失灵的存在,压制型行政的结果往往难遂人愿。如美国 30 年代的白银购买方案、公用电力方案、战后外援方案、联邦电讯委员会、城市再发展方案、物资贮存方案))) 这些以及更多的方案具有和原来的意图非常不同的、而一般与原来的意图极相反的影响。<sup>1 112</sup>过多地依赖强制,在不宜使用强制的领域使用强制,其结果必然是行政的预期目标无法达成。压制型行政模式成本与效益的这种反差,构成了对其合法性的有力质疑。

压制型行政不仅具有上述局限性,其作用范围还存在客观的界限,即在追求需要相对方主动配合才能达成的行政目标场合,强制性行政行为无法奏效。实践中,社会主义国家全面集中的结果就是使行政(国家)目标与社会目标的背离,最终使行政由社会发展的促进力量蜕变为社会发展的障碍。尽管没有行政强制是万万不能的,但行政强制也远非是万能的。

压制型行政必然催生大面积的法律规避现象。由于行政相对方毕竟是能动的主体,它的利益和意志虽然可能被漠视,但其实现自己利益的动机事实上却无法完全被抑制或扼杀。在对强制的充分认知以及立基其上的利害算计的基础上,行政相对方在自利动机支配下的理性选择很可能是规避于己不利的强制。对强制的规避所体现的不是行政相对方对强制的无知和

1 92 前引112,哈耶克书,第 165 页。

1 102 [美]保罗·A·萨缪尔森、威廉·D·诺德豪斯:《经济学》,高鸿业等译,中国发展出版社 1992 年版,第 1190 页以下。

1 112 前引182,米尔顿·弗里德曼书,第 191 页。

非理性,而恰恰证明他们的理性和实现自我利益最大化之人性基础的顽强有力;所反映的不是强制没有发挥任何作用,而恰恰体现了强制的特殊作用方式。这种规避不仅是对强制的丰富充实和临时补给,使强制在形式上得以维系,而且构成一种渐进式的制度创新,起着打破、蜕化旧体制和通过行政相对方的理性选择而形成新规则的作用。从这个意义上说,压制型行政本身就蕴含着取向非强制的自反性基因。

因此,强制的合法性主要与其使用的限度联系在一起。从基础的权利来说,人对人的强制只能处于分配性利益的放弃自由即基本自由所达到的程度。任何过分的强制作为对他人基本权利的侵犯,都是一种基本的非正义,他人有权从道德上来阻止这种强制。<sup>1122</sup>

## 二、取向统和的回应型行政

### (一) 回应型行政模式的基本构成

/机械团结0构成压制型行政模式的支撑环境,离开了机械团结的社会,压制型行政的局限就将实际地发生在社会生活之中。事实上,发达社会的典型结构是建立在社会分工与个人异质性基础上的/有机团结0。社会上个人与群体之间存在显著差异,并且这种差异不断发展;社会分工变得错综复杂,社会的基本任务以各种曲折的方式由人们共同完成;专门化分工发展的结果导致相互依赖性的增长。<sup>1132</sup>因而,必须考虑多种多样的利益和相互抗衡的价值,才能有效协调社会行动。

有机团结的社会必须建立回应型行政,以回应社会多重需要。这种行政模式尊重行政相对方的主体性,以非强制行政行为为主要手段,以实现社会合作为基本目标,以统和行政主体和行政相对方的能力和资源为基本内容。

在回应型行政场合,行政顾及了复合的目标和利益,以统和多元利益为指向,利益冲突的正统性得到承认。行政主体与相对方的关系呈现出权利本位的特质,相对方的权利得到了充分的张扬,并成为行政权的来源和运作目的。行政法肯定多重社会利益,重视行政相对方的特殊利益,承认这些利益的正统性。由于利益机制的启动,行政相对方不再是实现行政目标的手段,而成为行政主体的合作者。回应型行政模式特别关心的是,在一种肯定和承认个性、多样性和由此而来的冲突的政治场合下,维持一种道德共同体。<sup>1142</sup>其基本特征是:

1. 协商、妥协和讨论等非强制手段在行政行为中获得了充分的运用;秩序是通过协商确定的,而非通过服从赢得的。强制不是实现行政目标的主要手段,行政意图的推行转而大量依靠新兴的非强制行政行为。行政法为行政相对方参与行政过程提供途径,创造条件。

2. 行政主体的意志不再具有绝对的正统性,相对方的意志和利益受到了法律的同等尊重和认真对待。行政的目的不再是强行推行等同于社会意志的行政主体的单方意志,而是回应社会的多元利益要求。

3. 行政保持理性,行政权自觉维持合理的边界,不再无度的蔓延和扩张,为行政相对方预留了广阔的自治空间。

<sup>1122</sup> [德]奥特弗利德·赫费:《政治的正义性》,庞学铨、李张林译,上海译文出版社1998年版,第351页。

<sup>1132</sup> 前引142,宋林飞书,第32页。

<sup>1142</sup> 前引132,诺内特、塞尔兹尼克书,第101页。

4. 法律获得了限制政治权宜性准则的刚性, 合法性成为对行政的最基本要求。行政相对方不仅享有确定的法定权利, 而且还当然享有/ 剩余权利0、/ 推定权利0。行政法的主要功能在于平衡行政权力与行政相对方的权利。即使国家利益也不能为不受制约的自由裁量权提供合法性证明。行政法治得以确立, 因为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, 赋予相互义务与权利, 构成了产生法律的根本基础。<sup>1152</sup>

## (二) 回应型行政的价值分析

与压制型行政抹杀行政相对方的自主性不同, 在回应型行政场合, 行政主体注重为相对方选择更合意的行为创造机会, 主动提供相对方无力知晓的信息、行动的条件, 并指明大致的行动方向, 同时允许相对方根据这些信息、条件、方向, 结合自己的实际情况, 作出自己认为合意的选择, 以实现自己的最大利益。行政行为在多数情况下会得到相对方积极的响应, 当然, 行政相对方也有权采取与行政主体意图相左的行动。这标志着行政主体把相对方作为平等主体, 吸引行政相对方主动参与行政过程, 尊重相对方的自主选择。行政决定是行政主体与相对方相互作用的结果, 统合了行政法律关系双方的智识和力量。因此, 回应型行政可以有效弥补压制型行政的局限, 以富有弹性的运作方式, 实现行政目标。

回应型行政模式标志着政府职能全新的运作方式, 它不仅尊重人的主体性, 具有伦理上的正当性; 而且有利于提高行政相对方的参与热情, 鼓励创新, 培育社会自治和催生行政民主, 充分动员和整合社会力量。对应于压制型行政, 回应型行政至少有以下几方面的价值。

1. 培育社会自治。就社会发展的推动力量而言, 一个社会在经济、政治、文化等各个领域的发展, 都是多种国家或社会力量共同合力促成的。但压制型行政与社会自治之间存在负相应关系, 行政强制的扩张必然压缩、甚至可能吞噬社会自治; 反之, 行政强制的收缩则会为社会自治腾出运行空间, 释放社会自治的能量。行政主体通过强制行政行为, 对社会资源进行强制性的配置, 节约了交易成本。但因此必然产生相应的组织成本, 而且行政主体是一种自身也需要动员的社会组织形式, 其行为同样消耗着社会资源, 从而它对社会资源的配置的有效性也就有一定的合理性的边界。超过这个边界, 其对社会资源的配置当中又会带来效率的下降。行政的强制不应、也不能全面取代社会自治。行政部门一心要完全取代下级机构的自由竞赛时, 它是在自误, 也是在误人。一幅时常发生些意外, 但却充满活力和进取精神的生活图景,<sup>1162</sup> 才是理想的生活。

行政收缩控制幅度, 减少直接控制的社会资源的相对量和绝对量的同时, 改变控制手段, 减少强制的使用, 汲取行政相对方的回应, 不仅可以为社会自治营造更宽阔的空间, 而且还可以主动为社会自治创造条件, 有效地培育社会的自治能力和水平。当人们能够控制他们自己的工作, 就会更努力工作并投入更多的创造性。自我激励所产生的额外责任感不只使生产率发生 10% 到 20% 的差异, 有些人全身心地投入其所选择的工作, 他们在几个月完成的任务, 那些按照上下班做例行公事的人可能几年也完不成。<sup>1172</sup> 我国的经济体制和政治体制改革进程不仅是行政控制手段的调整过程, 同时又是社会自治))) 社会自身的控制与调节手段的发育与完善的过程, 典型地体现了行政控制手段的调整与社会自治能力的正相应关系。随着行

<sup>1152</sup> 前引122。

<sup>1162</sup> [法] 托克维尔:《论美国的民主》, 董果良译, 商务印书馆 1993 年版, 第 100 页以下。

<sup>1172</sup> [美] 戴维·奥斯本、特德·盖布勒:《改革政府》, 周敦仁等译, 上海译文出版社 1996 年版, 第 242 页。

政手段的调整,市场原则向社会资源配置的主导原则的方向发展,市场要素逐渐健全。现在中国不仅消费资料商品市场繁荣,而且还逐步建立了一系列生产要素市场,像资金市场、原材料市场、技术市场、信息市场、劳务市场等等,一些地区还建立了房地产与股票和证券市场。<sup>1182</sup>

2. 凝聚社会智识资源。工业经济的主要生产要素是自然资源和资本,推行机械化、自动化和生产社会化的生产方式。经济的发展取决于自然资源和资本的占有和配置,这成为行政权力凌驾于相对方权利之上,强调政府的权威和全面干预,漠视相对人权利要求的土壤。国家对人力物力进行集中统一管理,强调指挥的权威性、管理手段的强制性及管理方法的统一性,可以提高行政管理活动效率,实现短期的高速增长。

知识经济以知识为主要生产要素,信息化、智能化和生产个体化的生产方式决定其以创新为动力和灵魂。人的创造性劳动是不能强制的,不可能由外在的行政权力强制其运作,必须依靠劳动者自身的内在驱动力,激发起创造的热情、欲望、自觉性和思想才有可能。知识经济时代的行政必须以激发创新精神、凝聚社会智识资源和提高创新能力为宗旨。依赖强制,虽然可以充分地运用行政主体的能力,但却无法建立有效的激励机制,推动相对方去探究超出行政主体既有能力以外为其所不知的问题。

回应型行政改变了过去的以行政权行使为中心的法治观念,充分尊重相对方创造性活动及其成果,并以完备的法律予以保护,创新造就适宜的政治法律环境。在实施非强制行政行为场合,政府以服务者的角色进行诱导性地服务,实行民主化管理,参与性管理,协商性管理,尊重相对人的生活方式、工作方式和研究活动的自主性、独立性等,同时更加重视对相对人创新成果的确认和保护,提供了创新的条件,满足了行政相对方的创新需求,激活了行政相对方的创新能力,有效地凝聚了社会智识资源参与、投入创新。

回应型行政在这个意义上统合了行政机关的行政目标和相对方的创新动力,最大限度地包容了社会中的全部发展力量。众多人士经由独立的和竞争的努力,能促使那些我们见到便会需要的东西出现。<sup>1192</sup> 因此这种以非强制行政行为为载体的行政模式是宽容、包涵的行政,也是高效、创新的行政。

3. 催生行政民主。民主化形成一种国家与社会共担风险的机制,回避了对重大社会问题的政治回答。主流的民主理论从未忽视被理解为个人主动参与的参与,认为参与是民主的基础。在这里,参与的含义是亲自参与,是自发自愿的参与。也就是说,参与不只是/属于0(仅仅被卷入某事),更不是非自愿的/被迫属于0。<sup>1200</sup> 行政民主主要体现为行政相对方对行政过程的主动参与。

回应型行政不仅为相对方提供了参与的机会,使其介入行政过程、主张自己在行政事务中的利益并对行政决策施加影响,而且为其创造了参与的条件,提高了其参与的能力和水平。如行政合同、行政指导的兴起,使得行政决策已经在较大程度上不单单依赖于行政机关的独断专行。凭藉行政合同,政府以给予优惠或补偿为交换条件,在与行政相对方达成意思表示一致的情况下,吸收后者参与共同完成公共行政目标;凭藉行政指导,政府给出有利于行政相对方的行为导向,以非强制的方式促进后者自愿参与实现一定的行政目的。可见,行政合同和行政指

1182 唐士其:《5国家与社会的关系》,北京大学出版社1998年版,第275页。

1192 前引112,哈耶克书,第28页。

1202 参见[美]乔·萨托利:《5民主新论》,冯克利、阎克文译,东方出版社1993年版,第121页以下。

导都是一种广义上的对公共事务的民主参与。再如行政信息服务落实了行政相对方的知情权, 保证行政相对方可以知悉行政机关的档案资料和其他信息。这种服务使行政相对方对行政过程的参与更具实质意义, 是现代民主政治的重要保障。因为没有任何东西比秘密更能损害民主, 公众没有了解情况, 所谓公民最大限度地参与国家事务只是一句空话。<sup>1212</sup>

回应型行政不仅确立了相对方参与行政过程的途径, 而且提供了参与的条件, 因此, 为实现真实的行政民主奠定了基础。

总之, 较之压制型行政模式, 回应型行政模式兼顾了社会的多重利益要求, 启动了行政相对方的利益机制, 使行政相对方以主动的参与精神与行政主体合力完成社会进步的事业。相应地, 在这种行政模式下, 行政相对方权利不仅得到了法律的肯定, 而且获得了前所未有的延伸和拓宽。

### 三、现代社会迈向回应型行政模式的行政法支持系统

现代行政法以人文主义为精神核心, 以弘扬人的主体性和价值性、对人的权利的平等尊重和关怀为特质。其根本宗旨和意义在于把行政关系民主化, 而不是把行政关系法制化。<sup>122</sup> 没有行政法, 行政权一样可以运作, 但没有行政法, 对于行政权的控制却是不可能的。当法律对行政的统治地位得以确立时, 就意味着率性不羁的行政权从此被驯服, 行政相对方的权利从此得到有力的保障, 变得确定可靠。基于此, 行政主体与相对方就可能建立起平等关系, 形成良性的交涉互动。从这个意义上, 现代行政法从不同层面推动了现代社会迈向回应型行政模式。择其要者有:

#### (一) 平衡论建构了回应型行政模式的架构

由罗豪才教授提出的平衡论, 为行政的非强制化提供了依据。平衡论的精髓在于肯定行政主体与相对方地位平等, 倡导双方相互协商与合作,<sup>123</sup> 摒弃以往那种单纯的命令与服从关系。要使行政主体由发号施令者变为平等协商者, 在行政行为中寻求并锁定最佳的平衡状态, 必须在行政法中设置制度性的妥协, 即在体制内自觉地设置对立面或允许矛盾的存在, 把行政相对方的权利作为行政权的对抗性要素因势利导纳入体制内部, 使之成为促进新陈代谢的建设性力量。而/ 当事人的不同权利主张在相互砥砺碰撞中达到一种法律关系的反思性平衡, 找出一种对当事人各方最有说服力的解释和判断, 这正是现代民主的真谛。<sup>124</sup> 不言而喻, 体现平衡论价值取向的行政决定, 只能是行政主体与相对方平等交涉、谈判、协商乃至必要的让步的结果, 而不是行政主体单方情愿、一锤定音的产物。因此, 平衡论奠定了行政法平衡地配置行政权与行政相对方权利的理论基础。

进一步, 从操作层面, 平衡论又倡导: 可以依赖行政法主体的多方博弈, 而达成行政权与相对方权利的均衡, 实现对策均衡。按照这种行政法上的博弈之说, 行政相对方并非仅属绝对服从行政命令的对象, 而是一个能通过自身努力, 获取利益、维持地位的能动主体。即, 可以在既

<sup>1212</sup> 王名扬:《美国行政法》下册, 中国法制出版社 1995 年版, 第 959 页。

<sup>1222</sup> 崔卓兰:《论确立行政法中公民与政府的平等关系》,《中国法学》1995 年第 4 期。

<sup>1232</sup> 参见罗豪才等:《现代行政法的理论基础》,《中国法学》1993 年第 1 期。

<sup>1242</sup> 季卫东:《当前法制建设的几个关键问题》,《中国法学》1993 年第 5 期。

定约束所架构的开放/ 场域0中与行政主体讨价还价, 平等对话。在此基础上, 最终形成行政主体与相对方之间的/ 双赢0。<sup>1 252</sup> 回应型行政模式, 实则提供了行政法主体之间博弈的具体规则与方式。唯回应型行政模式, 方能达到行政权与相对方权利的平衡。一如压制型行政模式必然导致两者的失衡。

## (二) 行政行为理论确立了回应型行政模式的指向

回应型行政模式与我国行政法理论体系行政行为理论板块的更新遥相呼应, 相得益彰。回应型行政模式强调行政相对方利益的重要性和正统性, 而更新中的行政行为理论板块主张: 行政行为的实质是对个人给与生活照顾, 其唯一内涵就是服务, 其应该提供满足个人生活所需的引导等。<sup>1 262</sup> 行政行为在本质上是一种对相对人或者公众提供服务的执法行为, , 其内容和目的都是服务。包括行政处罚行为也是为了给公众提供一个良好的社会秩序。<sup>1 272</sup> 行政法如果把个人的权利利益置之其外, 甚至因与国家利益相对立而加以排斥, 谈论所谓的国家利益、公共利益, 必然是空洞虚伪的。若对每一个单独的个体利益的保障都不复存在, 对作为个体利益集合体的公共利益的维护岂非无稽之谈。我国行政法理论中行政行为理论板块的更新, 其指向是对行政相对方利益的尊崇, 从具体制度层面推进了行政的回应性。

## (三) 权利本位构成了回应型行政模式的基点

以往由于对行政相对方的权利问题置若罔闻, 造成行政法官气过盛, 而民味不足, 缺乏良法的品格与气质, 助长了行政的压制。现代行政法则立足权利本位, 强调权力来源于权利、服务于权利、从属于权利。/ 权利本位0的确立, 行政相对方权利作为行政权的目的和制约行政权的屏障, 将明显地增长与强化。行政相对方的要求权、参与权、拒绝权、抵抗权均备行政法诚意接纳, 这些权利的设定和行使正是回应的体现, 并且, 所体现的是相对方对行政带有自主性、创造性的积极回应, 而不是机械式的回应, 因为后者实质不过是消极、被动地服从罢了, 并非本文所论证和倡导的真正意义上的回应。权利本位构成了回应型行政模式的基点, 回应型行政模式即是权利本位模式。

## (四) 比例原则奠定了回应型行政模式的行为方式

彼邦流行经年的比例原则, 已在我国行政法体系之外徘徊良久, 这与行政的强制、命令色彩太过浓重不无关系。显然, / 禁止过分0、/ 最小侵害0、/ 最温和手段0、/ 可接受性0、/ 适度0、/ 妥当0等<sup>1 282</sup> 诠释比例原则的词语, 均遭压制型行政模式的排斥, 而与回应型行政模式兼容。转向回应型行政模式, 将促使比例原则))) 这一现代行政法中的/ 帝王条款0, 才能真正得到贯彻。

同样, 遵循比例原则, 但凡通过指导、鼓励、协商等手段能实现相同的管理目标, 就不应采取强制手段, 非强制行为在整个行政行为中应当占有相当的数量比例。这便顺理成章地导入了非强制因素。非强制行政行为的采用与行政民主、现代化无疑呈正相关的发展趋势。从行政管理中采取强制行政行为与非强制行政行为的比例状况, 可以检测、判定一国行政法的民主、现代化程度。在基于非强制行政行为而发生的所有行政法律关系当中, 有关公法原则及形

1 252 参见罗豪才、宋功德:《行政法的失衡与平衡》,《中国法学》2001 年第 2 期。

1 262 转引自[德]巴杜拉:《在自由法治国与社会法治国中的行政法》,载《公法学札记》,台湾三民书局 1993 年版,第 126 页。

1 272 参见叶必丰:《行政法的人文精神》,湖北人民出版社 1999 年,第 192 页。

1 282 [美]欧内斯特·盖尔霍恩:《行政法与行政程序概要》,黄列译,中国社会科学出版社 1996 年版,第 4 页。

式均趋于淡化,相反,某些私法原则及形式诸如契约、诚信、互利等原则得到奉行。这些无疑将增加行政的回应性。

#### (五) 行政程序设置了回应型行政模式的载体

行政程序的内在价值将在回应型行政模式中获得最充分的展示与体现。程序是现代行政法治的核心,时下愈发多的法学家,包括马修·萨默斯、贝勒斯等将维护人的尊严视为行政程序最重要的内在价值。他们认为如果不能体现对人的尊严、权利和自由的尊重,行政程序的设计就是不完善的,甚至可以说是恶的。在价值上,评价行政程序的主要标准,是它使人的尊严获得维护的程度。由于人从根本上是形成和交流思想的动物,压制一个人表达思想就等于对它进行致命打击<sup>1292</sup>。程序的本质特点应当是过程性和交涉性。在行政程序展开的过程中,不允许行政主体一言堂式的专断,不允许蔑视相对方的尊严。参与、交涉、对话、协商、妥协等被作为行政程序的主要内容,因为这些活动最有可能使行政相对方作为人的尊严和道德主体的地位得到维护,并且产生受尊重的感觉。<sup>1302</sup>现代程序法的发展,有效地控制了行政权的滥用,维护了行政相对方的尊严感和主体性,使行政相对方与行政主体的真正平等成为现实。行政相对方由此作为主体获得了主张自己利益的理由、根据和场所,可以通过程序性权利积极地主张自己的利益,维护自己的尊严,因而,不再只是行政主体的被动听差。行政相对方的主体性和尊严感恰恰是回应型行政的真谛,行政程序和回应型行政在这方面有异曲同工之妙。

我们在行政法学中引入压制型行政、回应型行政这些新范畴,旨在建立一种发展模型,在分析各种历史压力和机遇的过程中,把对那些显著的或正在形成中的价值的认识建立在牢固的基础上,借以诊断行政模式的能力和弱点,并对其实现价值的潜能作出评估,以推动行政法治观念的更新和中国行政法治建设的现代化。我们希望能够通过新范畴凝结着的认识成果,蕴涵着的观念和方法,包容着的想象空间和新思维、新视野,推进认识的发展和深化,提高实践活动的能力和自觉性。

---

---

Abstract: The model of administration must be adapted to the needs of the transitional society. Repressive model of administration is based on coercion and takes the upholding of public interests as its sole objective. It denies the legitimacy of the interests of the opposite party and is therefore suitable only for upholding a social order based on / mechanical solidarity. Modern society, which is characterized by / organic solidarity, calls for the establishment a responsive model of administration, which, through noncoercive administrative acts, integrates plural interests, cultivates social autonomy, draws on social intellectual resources, and promotes administrative democracy. Modern administrative law, with humanism as its spirit core, gives full play to the subjectivity of human beings and pushes modern society towards responsive model of administration.

---

---

1292 转引自张文显:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社1996年版,第559页。

1302 参见孙莉:《司法改革与程序意识》,《法律科学》1999年第3期。