

或许,传统行政法的体系与范畴是我们一时还无法丢弃的拐棍。在它的支撑下,我们小心翼翼地延伸我们的视野,探索一些新的问题。这完全可以理解。但当问题积累到一定程度,我们就应该考虑制度性重构了。笔者认为,可以在不破坏传统行政法结构的基础上,采取外接方式,将社会行政引发的诸如手段、救济、责任、模式等作为另外一个线索穿起来。

四、初步结论

通过上述简单的梳理,我们不难得出以下初步结论。我们必须承认,随着现代政府的职能收缩,行政法的发展并没有呈现出相应的收缩趋势。相反,行政法的原则、精神与控制技术却在努力地不断向接手传统公共行政的私法领域扩张、渗透。当然,公众也不期望随着政府的退却、企业与自治组织的填补,在公平、公正、公开等基本价值上发生变化,也不希望公共服务的品质下降。不可否认的是,当前行政法的研究重心仍然沉溺在以政府和行政权为中心的领域,对社会公共行政及其活动、救济,以及多样化的完成公共行政任务的方式、手段只是附带性地关注。或许,这与我国当前依法行政、建设法治国家的目标相一致,也与亟待规范的确是政府的行为有关。但是,当长春亚泰足球俱乐部诉中国足协行政诉讼案、东营村村民委员会选举纠纷等案件相继发生,我们才猛然发觉:在社会发生转型,并逐渐形成“国家、社会、市场”三元格局时,行政法遗漏了大量的本该规范的领域;许多公共治理活动逃逸出公法的规制;对频发的争议,正式的行政法律制度在很多场合却束手旁观,致使社会矛盾加剧。

因此,总体来讲,面对着不断变迁的公共行政,行政法的回应却不理想。现在的行政法只露出半边脸,另外一半却若隐若现。面对现实的挑战,行政法理论不免步履踉跄,被讥讽为“黑板行政法”。为解决行政法的“失语”,回应公共行政的变迁,行政法的结构性变革也开始起步。不少学者提出“新行政法”概念,就是这样的一种思潮、一种情绪和一种宣言。

公平正义的实现与当代中国公法变迁的方向

潘伟杰(复旦大学)

我们可以放弃对公平正义内涵的追问,但我们不能否定公平正义对人类社会诸文明共同体公法体系发展所具有不可或缺的意义。⁽¹⁾这不仅是公法体系的价值追求,也是公法体系对社会生活意义之体现。如果我们从个体正义和社会正义来分析正义的话,个体正义在公法体系中表现为强调产权私有的正当性和有限政府的合法性,而社会正义在公法体系中则表现为恪守产权公有的正当性和责任政府的合理性。我们可以发现,任何国家的公法体系发展到今天都无法简单地扩大个体正义或社会正义一种价值的意义。当代中国公法体系应追求、实现和恪守的基本目标是:以维护产权为基础的个体自由、以弘扬正义为核心的社会秩序。要实现这两个基本目标,当代中国公法体系单单承认市场经济和财产权是不够的,必须赋予政府分配各种资源的能力和正当性。

(1) 参见王绍光《安邦之道:国家转型的目标与途径》,生活·读书·新知三联书店2007年版,第42、43页。

一、问题的提出

公平正义的分配是现代国家公法体系的基本价值。现代革命后中国社会和西方社会都面临一个如何在公法体系建构和发展过程中实现和分配公平正义的问题。在相当长的历史时期,基于对资本主义制度属性对个体自由的承认和自由主义意识形态对有限政府的强调,西方国家以个体正义作为唯一的价值来构建公法体系,表现为强调以产权私有为基础的市场经济自由竞争和以严格法治为核心的政府权力有限的正当性。但是19世纪中叶以来,由于贫富日益两极分化所导致的经济危机和日益增生的社会问题所引发的社会危机,西方国家不得不正视社会正义的意义以有效缓解社会危机,从而推动了公法体系在20世纪以来的变革进程。当然我们必须认识到,这一变革进程不会放弃对个体正义的坚守。

1949年革命成功后,基于社会主义社会制度对集体自由的追求和马克思主义意识形态对社会改造的强调,当代中国以社会正义作为唯一的价值来构建公法体系,表现为强调以产权公有为基础的计划和以政治运动为核心的政府全能主义的正当性。但是在革命后的三十年中,阶级斗争、政治运动和群众路线不仅无法实现当代中国公法体系对社会正义的承诺,社会整体性贫困的出现就说明了这一点,而且使公法体系的建构遭到了空前的挫折。

20世纪70年代末,中国实行改革开放,这标志着当代中国公法体系的构建开始寻求突破性变革。在恢复了1954年《宪法》对民主和社会主义制度规定的基础上,当代中国公法体系以1982年《宪法》为起点,通过宪法修正案的方式赋予市场制度合法性、分配制度革新正当性、产权体系变革可接受性以承认个体正义进而提供社会发展的有效激励。虽然当代中国公法体系坚持以公有制为主体,强调市场经济的社会主义属性,但事实上市场经济有自己的逻辑,个体正义的承认不会自动实现社会正义的客观性。

如果说革命后公法体系通过否定个体正义以实现社会正义,从而表现对制度属性、意识形态约束的恪守已经证明是无法走通的制度成长路径的话,那么改革后公法体系通过承认个体正义而忽视社会正义则面临着社会分化的严重问题。贫富差距、地区差距、城乡差距的不断扩大,全国收入分配的基尼系数已经接近0.45。⁽²⁾社会结构性分化的趋势已是不争的事实。⁽³⁾在政府公共物品提供的水平没有提升的同时,腐败、权力寻租的现象困扰着政府捍卫社会正义的能力。社会真正难以容忍的不是贫富差距本身,而是造成贫富差距的不公正的制度原因。

当代中国公法体系的发展不可能建立在一个社会正义得不到有效维护的社会基础之上,这不仅无法实现个体正义的持续正当性的获得,而且背离了公法体系通过社会正义的分配能力以实现制度属性承诺。

固然,当代中国的公法体系无法重新回到革命后、改革前的制度模式中,因为否定个体正义以实现社会正义是不可能的,同样也不能承认个体正义的激励功能而忽视社会正义的分配价值。进入21世纪以来,当代中国公法体系的发展方向在于如何在制度革新和价值选择上有效平衡个体正义与社会正义的关系。

(2) 参见周建明等《和谐社会构建:欧洲的经验与中国的探索》,清华大学出版社2007年版,第3页。

(3) 参见陆学艺《当代中国社会阶层研究报告》,社会科学文献出版社2002年版,第47页。

二、社会正义排斥个体正义:革命后当代中国公法体系建构的误区

1949年新中国的成立,标志着中国社会力图打破以产权私有制为核心诉求的资本主义社会制度和以个体自由为基本内容的自由主义意识形态所垄断的现代国家成长的公法体系,从而以公有制为诉求的社会主义社会制度和以集体自由为内容的公法体系开启中国现代国家成长的公法建构逻辑。这种逻辑是对中国社会自鸦片战争以来所面临的双重危机——民族危机和国家重建危机的反映。中国共产党人正是在对双重危机的深刻体认中以革命的方式获得了国家权力,建立了社会主义国家,这既是对传统帝国制度的超越,也是对现代资本主义制度的超越。这种危机感并没有随着新中国的建立而消失。它可以凝聚社会成员对中国共产党领导革命建立新国家的共识和期待,但对公法体系的建构却有着负面影响,⁽⁴⁾集中表现为意识形态中的以社会正义排斥个体正义所主导的激进主义、公法制度建设中的法律工具主义和国家治理中的政府全能主义。这就构成了革命后当代中国公法体系的革命模式。⁽⁵⁾这三种要素只是一种理论上的抽象,在现实中它们也并非泾渭分明,而往往是交织在一起。在革命模式中,不断革命论、革命万能论和政治挂帅始终主导革命后中国公法体系构建的过程。最终公法体系不仅无法有效维护社会正义以使社会生活有序,而且因对个体正义的否定而使社会发展失去活力。公共权力的运行和正当性不仅无法得到公法体系的制度化保障,政府提供公共物品的水平也无法充分体现。革命后公法体系的建构因排斥个体正义以维护社会正义而陷入了重重危机。

第一,革命后当代中国公法体系的建构脱离现代国家公法体系的一般规律和基本方向。现代国家公法体系的建构因其对个体正义的充分尊重而获得了其现代性价值,赋予社会成员基于不同禀赋追求个体利益的正当性,同时限制国家权力的合法性。由于历史的不可重复性,我们今天已经无法判定,中国社会内部是否可能自发地演进式地实现现代化,形成新的适应现代化过程的社会秩序和公法体系。但是,公法体系因其对个体正义的捍卫在现代社会的出现和发展,以及它对公共权力的合法性重新论证或权力关系非人格化的制度构造,是现代法律体系这个三四百年来席卷全球的历史性运动所带来的与这一社会结构性变迁相互契合的组成部分。这一命题的含义不仅要说明现代国家公法体系出现和发展过程中的普遍性规律,而且要凸现代公法出现和发展过程中的特殊性原理。中国在革命与法律之间关系上的紧张充分反映了现代国家成长所面临的困境。在这个问题上,我们应秉承的基本态度是“在任何一次革命中,就像其他任何时期一样,难免会做出许多蠢事;当人们最后平静下来,以致能够重新进行批评的时候,他们必然会得出这样的结论:我们做了许多最好不做的事,而没有做许多应该做的事,因此把事情搞糟了。”⁽⁶⁾正是从这个意义上讲,历史是至关重要的。它的重要性不仅仅在于我们可以向过去取经,而且还因为现在和未来是通过社会的连续性与过去连接起来的。革命后中国公法体系的建构以近乎空想的姿态、以阶级

(4) 参见邹俊《二十世纪中国政治》,牛津大学出版社1994年版,第234-237页。

(5) 麦克法夸尔、费正清等把1966-1982年间的中国概括为“中国革命内部的革命。”参见[美]麦克法夸尔等:《剑桥中华人民共和国史·中国革命内部的革命(1966-1982)》,孟庆龙等译,中国社会科学出版社1992年版。

(6) 李泽厚《中国近代思想史》,人民出版社1979年版,第309页。

斗争的方式把现代人类文明体系一般规律和价值共识予以抛弃,不仅割断了现代国家公法体系成长的历史价值,同时削弱了当代中国公法体系吸收人类文明发展进程中所积累的制度成果及其价值诉求的能力。革命后当代中国公法体系的建构既否定制度自我革新的具体的、活生生的社会基础,又否定现代国家公法体系变迁的不断开放的时代要求。

第二,革命后公法体系的建构无法有效为公共治理所赖以推进和发展的社会结构和经济基础提供合法性。对个体正义的简单排斥直接导致国家公共治理的经济基础十分脆弱,政府权力及其运作不仅无法通过有效的资源配置和资源满足来提高其有效性和权威性,反而使公共治理的有效性得不到体现,其权威性得不到维护,社会贫困化与国家治理的失效的结果就是政治权力对社会的控制不可避免地进一步强化。包括中国在内的后发国家通过集权实现现代化具有一定的历史正当性,但是这种正当性需要通过集权的效能来体现。然而在革命后中国国家治理的集权诉求并没有带来社会发展和经济繁荣。集权的效能如果得不到体现,那么集权的合法性危机就会来临,进而导致公法体系的虚置。其实际结果就是权力的进一步集中,权力关系的非制度化、非程序化进一步得到彰显,出现了全能政治的特征。不仅使党和国家政治生活的基本权力关系发生紊乱,而且使权力运作无法按正常的程序进行。“大政方针和具体部署,都是一元化,党政不分。具体执行和细节决策属政府机构及其党组。对大政方针和具体部署,政府机构及其党组有建议之权,但决定权在党中央。”⁽⁷⁾由此,宪法的命运取决于对党路线方针和政策的联系程度。尤其是公法体系“只认识到社会主义是计划经济,而计划经济的标志就是直接下达指令性指标;商品经济被认为是与社会主义经济不相容的东西。”⁽⁸⁾所有制的改造与国家对社会集中统一的控制,国家权力以一种前所未有的方式渗入社会生活的各个角落,⁽⁹⁾从而阻断了革命后现代社会个体在资源配置方式与物权制度上获得自主性的可能。而全能主义下的权力关系人格化与权力运作非程序化,则阻断了现代国家在宪法和法律范围内拥有行使人民与宪法赋予的公共权力的可能。排斥个体正义,公法体系就不可能赋予独立自主的社会生活的合法性,也就自然不可能形成与这种社会相适应的公共权力关系。所以,以政治动员和高度集权为核心的革命模式,不仅限制了国家转型后现代社会在中国的孕育速度与成熟程度,同时限制了现代国家制度在中国的巩固能力与发展方向。⁽¹⁰⁾

第三,革命后公法体系的建构无法完成国家成长进程中权力结构运作和革新的正当化能力和合理化努力。1928年,毛泽东在写给中央的报告中就指出了这种现象:“党在群众中有极大的权威,政府的权威却差得多。这是由于许多事情图省便,党在那里直接做了,把政权机关搁置一边。”⁽¹¹⁾毛泽东指出的这种现象并没有随着革命的开始而消失,反而在革命

(7) 赵向阳《艰难的跋涉》,河南人民出版社1992年版,第59页。

(8) 薄一波《若干重大决策与事件的回顾》(上卷),中共中央党校出版社1991年版,第462、463页。

(9) 参见费正清等《剑桥中华人民共和国史(1949-1956)》,王建朗等译,上海人民出版社1990年版,第69、72页。

(10) 邓小平深刻剖析了一元化体制下的党的集权:“权力过分集中的现象,就是在加强党的一元化领导的口号下,不适当地、不加分析地把一切权力集中于党委,党委的权力又往往集中于几个书记,特别是集中于第一书记,什么事都要第一书记挂帅、拍板。党的一元化领导,往往因此而变成了个人领导。全国各级都不同程度地存在这个问题。”参见《邓小平文选》第2卷,人民出版社1994年版,第328、329页。

(11) 《毛泽东选集》(第1卷),人民出版社1991年版,第72页。

后国家建设和公法制度建设中不断强化。革命成功后的三十年中,党虽曾认识到国家制度建设的重要性,但随着党对社会主义主要矛盾认识的变化,党的领导取代了国家体制的正常运作。党的政策替代了国家的法律,从而使权力结构运作失去有效的法律保障,党的建设取代了国家制度的建设,政治动员成为国家治理的基本方式。社会成员对未来生活的合理预期也就无法获得制度的保障,党通过政治运动为社会成员提供了未来生活的想象图景,任何社会成员对这种图景的任何怀疑都将遭到残酷的斗争洗礼。最终的结果是,政治立场而非个人禀赋决定社会成员获得资源的能力,革命的憧憬而非生活的期待决定了社会生活的模式,党的政策而非国家的法律决定了公共事务治理赖以展开的基本依据。权力关系的制度化 and 权力运作的程序化是现代国家区别于传统国家的普遍诉求,革命模式则从政治上对这种诉求予以批判、否定,从而脱离了人类文明发展的基本方向,不可避免地把革命后公法体系的建构推向误区。

三、个体正义忽视社会正义:改革后当代中国公法体系变革的困境

对公法发展来说,没有一种力量比经济基础的变化更具有决定性意义。恩格斯在总结马克思思想时指出“每一历史时代的经济生产以及必然由此产生的社会结构,是该时代政治的和精神的的基础。”⁽¹²⁾由此反观革命模式终结后的1979年至市场经济体制确立的2004年这段历史期间的公法体系变革历程,我们就会得出这样的结论:以计划经济为基础确立起来的革命模式,必然要随着计划经济逐步解体而终结。邓小平在改革开放之初就明确指出“革命是在物质利益的基础上产生的,如果只讲牺牲精神,不讲物质利益,那就是唯心论。”⁽¹³⁾经济体制的这种转型特征深刻影响并制约着当代中国公法体系的变革,既要制度上否定计划经济的正当性从而无意间忽视社会正义的制度价值,又要为以产权和个体正义为诉求的市场经济出现积累共识,从而使改革后当代中国公法变革带有实验性立法以及双轨制法律改革的特征。可以说改革后当代中国公法体系的困境正是从这种实验性立法和双轨制法律改革的特征中得以彰显。

第一,实验性立法挑战公法体系的权威性。鉴于对革命模式下社会成员对实现社会正义自觉性的简单设定,改革后公法体系除了回复社会主义制度的规定性外,着力于提供个体正义在制度内的正当性。公法体系为了在稳定的社会秩序和变动的经济生活之间谋求平衡,采取了在时间纬度上的“试行立法”和空间纬度上的试点立法、特别授权立法等充满实验性的立法措施。⁽¹⁴⁾时间纬度上的“试行立法”在1979-1985年期间表现得最为明显。在这个时期,由于中国国家治理转型和社会主义公法体系启动改革,立法者对现代法制的发展规律和经济结构的变革方向尚处探索阶段,在立法上采取“有法总比无法好”的次优选择和“粗线条立法、日后完善”的现实主义战略。在这期间,中国公布的713件经济法律和行政法规中,暂行和试行法律法规有82件,占5%,1986年以后逐步下降。⁽¹⁵⁾空间纬度上的试点

(12) 《马克思恩格斯选集》(第1卷),中央编译局译,人民出版社1972年版,第232页。

(13) 《邓小平文选》(第2卷),人民出版社1994年版,第146页。

(14) 参见张建伟《转型、变法与比较法律经济学》,北京大学出版社2004年版,第119页。

(15) 参见周林彬《法律经济学论纲》,北京大学出版社1998年版,第427页。

立法和授权立法在相当程度上是由中国的经济改革所采取的“摸着石头过河”这一试点推广战略所带来的。为了探索中国改革开放的道路,为了提供和维护经济改革的激励机制和制度共识,立法采取了试点立法和授权立法这一制度建设的空间布局。实验主义立法模式在当代中国革命模式终结后为推进社会主义法律体系的构建积累了制度建设的经验,在一定程度上节约了制度建设的成本,为地方和公众参与国家治理并分担成本提供了制度空间。但是,我们不能无视实验性立法模式同时带来的制度困境。实验主义立法反映了建设模式时期立法体制的一元化多层次性。在《立法法》颁布之前,中央和地方的立法权力没有明确的界定,这种立法体制下实验性立法必然滋生利益分割下的法律矛盾和规范冲突。于是,就会出现一些部门和地方在空间上利用试点立法和授权立法,在时间上运用立法试行所提供的平台“正当”地“争权夺利”、“取利弃责”的现象,^[16]从而破坏法律的统一性、完整性,这就反而会在相当程度上造成经济生活交往成本和社会秩序维护成本的不断提升。行政法规和规章不是从规范自身权力出发而是从控制社会秩序出发为公共权力运作与财富增长之间提供了联结的纽带。在这种纽带中,就可能形成行政机会主义与市场机会主义的勾结空间。改革开放以来中国经济生活中屡禁不止的“三乱”现象以及权力寻租现象就是实验主义立法下的法制再造所面临制度困境的典型表现。实验主义立法使法律的修改极其频繁,制度预期维护成本的提升就成为一个问题。《选举法》和《地方各级代表大会和地方各级人民政府组织法》在1979年制定后又修改了3次,1982年《宪法》也已历经四次修改。公法体系的频繁修改为社会主义法制再造进程增加了预期维护成本,同时在一定程度上破坏了制度的稳定性与连续性,进而使公众对法律权威的认同受到负面影响。政策先行、法律随后的制度变革路径也往往造成社会成员对政策的依赖而不是对法律的信仰。归纳起来说,实验性立法为法制再造带来的制度困境主要表现在:公法的权威性受到挑战;法律的稳定性与公众预期的持续性受到冲击;制度选择与制度建设之间联系被割裂;规范选择与法律质量之间关系在一定程度上被忽视。

第二,双轨制法律改革制约着公法体系对公共权力的制度化规范和程序化水平。1993年《宪法修正案》赋予市场经济合法性以后,为市场经济的发展提供制度前提就成为改革后当代中国公法体系革新的关键问题。西奥多·洛伊在《制度分析与发展的反思——问题与抉择》一书中列举了现代国家发展市场经济所需要的“制度前提”。这些前提是:法律和秩序;一种稳定货币制度;财产法和财产权;合同法;支配交换的法律;公共领域转让到私人手中的法规;公共物品的提供;人力资本的提供与控制;分担风险的制度。“一个国家无法简单地通过废止中央计划经济并确实使政府不去干预经济的途径来过渡到竞争性的市场经济。一个繁荣的市场经济是不会自动产生的,它需要制度来支撑。那些正处于转化过程中的前中央计划经济国家所欠缺的,常常恰恰是这些制度。”^[17]除了不同法律之间所无可避免的冲突从而使当事人无所适从之外,这些法律更多带有唯经济利益的色彩。法律规范的重复对制度运作徒增不必要的成本,法律漏洞则使现存的社会关系缺乏依托,这在为公共权

[16] 参见蔡定剑《历史与变革:新中国法制建设的历程》,中国政法大学出版社1999年版,第324页。

[17] 转引自方汉明《论中国向社会主义市场经济过渡时期政府、市场与企业的关系》,载《复旦学报(社会科学版)》1994年第6期。

力腐败提供温床的同时,也使得社会成员不得不仰赖政策治理或行政治理来获得生产和交易秩序。和经济改革的“双轨制”模式一样,法律改革的双轨制模式虽然能维持意识形态的相对稳定性和获得社会改革有序性的好处,但也带来了权力寻租、设租和创租的空间,从而付出“经济行政法规泛化”、“公众预期短期性”和司法裁决公信力下降等代价。⁽¹⁸⁾双轨制法律改革的最终结果只能是重经济性立法以伸张个体正义及其对社会发展的激励价值,而忽视社会性立法以维护社会正义及其对社会秩序的维护价值。公法体系的改革重视政府权力的合理性而忽视政府权力的合法性。⁽¹⁹⁾贫富差距拉大,公共物品稀缺,因制度赋予个体正义正当性后整个社会的逐利观念盛行,这不仅使公共权力的正当性受到威胁,个体正义无法得到信赖保护的制度支持而使社会生活陷入短期化、破碎化的境地。我们可以从各种由土地开发引发的群体性纠纷、扭曲的劳资关系、失衡的城乡关系、难以整治的权力寻租中发现,地方政府在土地开发中的过度干预,是因为政府与市场主体的勾结。这就是所谓行政机会主义与市场主义勾结,是在当代中国国家成长中公法制度建设必须关注的问题。

社会价值的选择本应由立法者来完成,⁽²⁰⁾在立法由于对个体正义的迷恋,却又囿于社会正义的困扰而无法通过制定公法规则给出明确、及时或适时之价值选择并进行正义分配的时候,必须着力于防止因试验立法和双轨制法律改革而赋予政府机会主义正当性的获得空间从而出现政府疏忽怠惰、寻租徇私、枉法滥权等。否则,既无法为个体正义的实现提供有效、持续维护,也无法为社会正义的实现提供最低限度的、均等化的保障。

四、社会正义与个体正义的平衡:当代中国公法体系发展的方向

历经三十余年的改革开放,中国社会正处于以寻求个体正义的释放为中心的经济增长目标与转向凸显社会正义的分配政策的十字路口,正在进入一个由个体正义正当性为基础的经济增长而导致的更深层次的制度变迁的过程。面对这一过程,我们要牢记:新的时代将是一个“综合的时代”。在这个时代里面,“非此即彼”让位于“亦此亦彼”。⁽²¹⁾不再是社会正义反对个体正义或相反,而是社会正义与个体正义的交互作用。因此,置于构建社会主义和谐社会及其社会管理体制创新进程这一背景,我们在理解与把握当代中国公法体系的发展方向时,应摒弃狭隘的非此即彼式的思考方式,以一种宽容的多角度的思考方式深化当代中国公法体系所蕴涵的价值取向。人类文明发展史表明,现代国家的成长和现代社会的管理必然要求有现代公法体系之相适应。因而,在现代社会生活日益复杂的情景中,社会正义与个体正义的平衡能力也就成为中国公法体系发展的核心问题。这就意味着当代中国公法体系不能抽象强调社会正义的正当性,更不能回避社会正义的正当性。

第一,对于当代中国公法体系的发展而言,单纯从法律体系角度承认社会正义或个体正义已经不再是公法制度建设所要面对的主要问题。当代中国公法体系的发展是一个推进政府有效性行动机制以抑制市场机会主义导致个体正义滥用的过程,也是一个克服政府行动

(18) 参见张建伟《转型、变法与比较法律经济学》,北京大学出版社2004年版,第119页;信春鹰《中国的法律制度及其改革》,法律出版社1999年版,第108页。

(19) 参见韩大元等《公法的制度变迁》,北京大学出版社2009年版,第355页。

(20) 参见沈岍《公法变迁与合法性》,法律出版社2010年版,第213页。

(21) 参见[美]伯尔曼《法律与宗教》,梁治平译,生活·读书·新知三联书店1991年版,第9页。

失效以抑制政府机会主义导致社会正义虚化的过程。这就首先需要通过制度构建将政府治理限定在一定的范围内,使政府治理能力实现有效增长。为此,要通过行政法制度的丰富和创新,以保证政府能力在抽取社会资源、控制市场冲突、规约公共秩序、维持公共安全等诸方面协调发展,尤其要能通过制度创新保证社会管理体制所担负功能的适应性和合法化,随着社会环境的变化而维持社会成员对社会正义的认同。政府的适应性和合法性始终是与公共利益的形成过程一致的。奥尔森对社会分利集团和集体行动的研究表明“不存在这样的国家:其中所有共同利益的人群都可能组成平等的集团并通过全面协商而获得最优的结果。”这里需要注意居强势地位的分利集团的影响作用,“分利集团的扩大将增加法律的繁文缛节,强化政府的作用,造成协议的复杂性,并改变社会演化的方向”。⁽²²⁾因此,当代中国公法制度的发展必须着眼于通过信息公开制度和程序制度的建设来过滤并形成有效平衡公共利益与个体利益之间关系的机制,从而为政府规制的适应性和合法性提供基础。也就是说,当代中国公法体系发展的一个基本目标应该是公共利益的最大化与个体利益的合理分配。革命后公法体系的建构试图把公共利益最大化建立在否定个体利益的基础上显然导致社会发展丧失活力,最终导致公法体系的虚无主义。但是,如果改革后公法体系的重建与变革把个体利益的强调建立在否定、疏忽公共利益的基础上则会导致社会发展失去秩序,更重要的是与社会主义制度的政治基础和制度规定性不相符合。

第二,通过制度创新界定公共权力(特别是行政权)的合理范围,需要明确公共生活与个人生活的界限。正像人们所看到的,“国家权力既是个人权利的保护神,又是个人权利的最大最危险的侵害者”。⁽²³⁾自由裁量权的增生所支持着的政府对于社会而言终究是个免不了的祸害,克服公权力扩张这种双刃剑效应的办法在于:限定公共权力的范围;充分相信市场制度对资源的配置能力;充分信任并培养社会成员的自我管理能力和自律性。限制公共权力的努力,一方面需要社会的有效制约,另一方面需要政府自身的自觉性和不懈努力。公众参与机制的建设就是着眼于政府行为避免简单映射社会需要,从而避免扩大社会成员对公共权力的依赖性。“当一个社会中各种成分缺乏有组织的集团,或无法通过现存的有组织的集团充分表达自己的利益时,一个偶然的事件或一个领袖的出现都可能触发人们蓄积着的不满,并会以难以预料和难以控制的方式突然爆发。”⁽²⁴⁾所以,建立均衡的利益表达机制对于利益不断分化和民主化进程日益推进的中国社会来说,不仅显示着制度对社会成员表达和维护自身权利的尊重,而且表明了社会正义的维护与个体权利的保障的平衡关系。也就是说,没有制度对社会正义的维护,社会生活是缺失安全的;没有制度对个体正义的尊重,社会生活是没有活力的。

第三,为建立现代政府行为的有效机制,需要提高政府自身的制度化程度和自律性。“追求政府行为的合法性,不仅是法治国家应有之义,是公法万变不离其宗的使命,更在中国法治的进程中凸显为实证的行动。”⁽²⁵⁾政府权力的限度是靠制度化、法治化来保证的,信

(22) [美]曼库尔·奥尔森《国家兴衰探源》,吕应中等译,商务印书馆1993年版,第42、79页。

(23) 张曙光《个人权利和国家权力》载刘军宁等编《市场逻辑与国家观念》,生活·读书·新知三联书店1995年版。

(24) [美]阿尔蒙德等《比较政治学》,曹沛霖等译,上海译文出版社1987年版,第200页。

(25) 沈岚《公法变迁与合法性》,法律出版社2010年版,第1页。

信息公开制度和行政程序制度就是政府权力制度化、规范化的保证。政府权力的自律性则主要表现在政府所维护和担负公共责任或者说提供公共产品方面。如果政府权力的运行缺乏责任机制,决策失误、执行偏差以及权力寻租等现象就会涌现。公法体系不仅要赋予政府配置资源的正当性,同时要提供社会组织配置资源的可接受性。政府行为的有效性,是社会成员看待政府行为有效性的重要依据。

第四,建立政府行为有效性的行动机制,还必须保证政府行为的合法性。政府行为不仅要体现现代国家的合法性基础而且要通过政府行为的有效性发展现代国家的合法性基础。也就是说,政府行为要有合法化的能力。检验政府合法化能力的尺度是看其法制结构尊重同等权利的程度和对待所有相对方利益的公平程度。无视公益的个体利益是放纵,不尊重个体利益的秩序是恣意。与当代资本主义社会制度下的公法体系相比,恪守社会主义社会制度的当代中国公法体系的发展,关键就体现在如何从维护公共利益或社会正义出发有效平衡个体利益与公共利益之间的关系。要有效实现正义的分配平衡,公法体系的发展必须既要抑制市场机会主义对社会正义的侵害,也要抑制政府以公共利益名义与市场机会主义勾结对个体正义的侵害。

具体地说,当代中国公法体系的发展要着力解决以下方面的问题。

第一,完善信息公开制度的建设,体现政府行为的公开性,提升政府行为的合法化能力。信息公开,是政府依法行政的基本准则,也是社会成员了解政府治理的方向、监督政府行为并据以维护自身权益的基本路径。通过信息公开制度的建设,政府行为可以提供相对方对公共利益和个体利益的预期,让政府行为在阳光下进行,从而最大限度地抑制政府治理过程中的行政机会主义选择,消除环境的不稳定性,增进社会成员对政府治理的信任。同时,信息公开也有助于培养社会成员对公共利益的尊重意愿和社会合作的可能性,进而提升社会自治能力和公共精神。市场制度越发展,就越需要行政信息公开。在政府职能转换中,行政信息公开制度的建设一方面可以通过行政信息公开的主动性以表明政府职能的限度,最终培养社会的自治能力和判断能力,彻底改变公共信息公开中重形式轻内容、重数量轻质量的状态,提升主动公开信息的水平;另一方面通过尊重公众的知情权以获得社会对政府配置资源的认同,维护公众对政府治理的信任和安全感。

第二,加强程序制度的建设,彰显政府治理的公正性,维护权力关系制度化与程序化,推进政府治理的合法化努力。行政程序是政府治理所必须予以遵守的,由相互衔接的先后阶段所组成的法律程序,通过行政程序制度的建设以达致“防止行政的专横行为,可以维持公民对行政机关信任和良好关系,减少行政机关之间的摩擦,最大限度地提高行政效率”。⁽²⁶⁾政府在公共事务治理和规则制定过程中尊重社会成员程序性权利的要求,可以提供政府及其公共事务治理和规则制定过程的合法性资源。从当代中国国家成长的合法性逻辑出发,社会成员有权要求政府给以平等的对待,如果政府没有给予平等对待,政府必须说明差别对待的理由。平等对待作为一项程序性权利,其重要意义就在于保证程序以及通过程序而产生的结果符合“形式正义”的要求,这实际上是对自由裁量权的一种限制,也是对公共权力行使合法化应当表现出来的一致性的提倡。在给定的条件或前提相同的情况下,通过政府

(26) 王名扬《英国行政法》,中国政法大学出版社1987年版,第152页。

治理和规则制定过程而产生的结果应当是相同的,否则就容易使社会公众认为公共权力行使过程是任意的、反复无常的。

第三 推进公众参与机制的建设,展示政府行为的民主性,巩固政府治理的合法化诚意。建立公众参与机制,鼓励公众参与社会管理⁽²⁷⁾,使受政府治理影响的各方都能参与到政府决策和社会管理体制中来,以保证社会成员的利益诉求受到公正对待。在当代中国推进公众参与机制的建设,可以最大限度地抑制行政机会主义倾向而导致社会正义与个体正义的对立甚至冲突,最终侵蚀现代国家合法性基础。

公法体系的发展要强调政府有效提供公共物品的正当性,真正承担起服务社会的责任,尤其需要强调公众参与机制的建设。通过公众参与机制的建设,一方面强化政府的合法化努力,另一方面激发社会的活力,从而防止政府维护社会正义与社会高扬个体正义之间进行零和博弈,进而为公共权力的限度和政府行动的有效性提供边界和支持。公众参与机制的建设还可以培育社会多中心治理的可能性以实现社会管理体制的创新进而提高公共物品的私人供给能力。“公共行政的中心问题被看做是提供公共利益和服务时,除了扩充和完善官僚机构外,其他的组织形式也许可以提供所有这些功能。”⁽²⁸⁾制度化的参与机制应该具有两方面的功能:一是让社会成员在制度和程序中的社会化与政府权力的合法化保持方向一致,使政府治理能够获得社会支持,所制定的规则能够得到社会共识;二是通过这种机制来检验政府自身对公共权力的合法化能力,以及对社会多中心治理能力培养和尊重的责任。⁽²⁹⁾以公共参与机制为基础逐步形成制度化的利益表达机制和凝聚机制,不仅有利于促进政府治理的公正性和民主性,也有利于塑造公众的民主意识、营造社会的民主氛围。从而最终提高政府治理的公正品格。⁽³⁰⁾

第四 厘清政府间的关系,显示政府治理结构的合理性,提升政府治理公共事务和提供公共产品的合法化能力。社会主义法律体系的完善水平将在相当程度上体现在法律执行成本上,而法律执行成本则是通过行政管理体制的改革表现出来的。公法体系要通过税收机制、事权分配、财政投入明确中央与地方政府间在公共物品提供中的责任。这意味着政府公共财政的投入必须坚持社会受益最大化和公共服务均等化,从而有效避免并从公法上约束政府对公共产品的“选择性供给”以弱化民生。也就是当代中国公法体系的发展要构造政府税收、财政、社会保障责任的具体规约机制,形成明确的制度约束和责任范围,有助于最大程度地消减政府在公共服务领域上的缺位和在个体自主领域中的越位。中央对地方的激励应考核分配正义、环境变化、社会和谐和民生福祉等维度。⁽³¹⁾地方政府要放弃土地财政,杜绝资源掠夺型而践踏代际正义的发展思路。政府培育社会组织的自主管理能力,实现社会管理机制的创新,提升社会正义的维护力量。通过教育、医疗、养老等社会保障供给来增加社会成员的转移性收入,当代中国公法体系的发展要落实宪法对社会保障的国家义务和政府责任。

(27) 参见董瑞峰《创建社会管理体制》,载《瞭望》2008年第10期。

(28) [美]埃莉诺·奥斯特罗姆《公共事物的治理之道》,余逊达等译,上海三联书店2000年版,译丛总序,第3页。

(29) 参见王沪宁《行政生态分析》,复旦大学出版社1989年版,第172、173页。

(30) 参见孙立平《守卫底线》,社会科学文献出版社2007年版,第88页;叶必丰《行政法的人文精神》,北京大学出版社2005年版,第161页。

(31) 参见高帆《改革分配制度要在战略和路径间求平衡》,载《中国社会科学报》2010年6月8日第9版。