

# 现代行政过程中的 行政法律关系

郑春燕\*

---

**内容提要：**行政权是由羁束权（权力与义务）和裁量权（权力与特权）组合而成的复合型法律概念。由此展开的行政法律关系，比权力——权利的传统行政法律关系定位要更精确。其中，裁量权的运作，尤其是现代行政任务实现过程对合作行政的倚重，使行政相对一方通过实质性参与来获得规范意义上的权力。逻辑结构上的相依、互动，使行政法律关系真正处于动态的均衡之中，并预示了协商行政活动实施的可能。

**关键词：**行政权 行政法律关系 协商行政

---

从法学基础理论研究到具体的部门法制度设计，法律关系的正确展开，始终被视为必须认真对待的问题。但对法律关系的勾勒，虽经几代学人努力，大体仍处于粗线条描绘的阶段。“法律关系是法律在调整人们行为的过程中形成的权利、义务关系”的界定，〔1〕至今仍在法理学界占据着主导地位。具体至行政法领域，借鉴上述概念，将行政法律关系落脚于权利义务内容的，不在少数。然以权利和义务这对法律概念构成的二维法律空间，解释行政权运作过程中形成的行政机关及其他承担行政任务主体与行政相对一方之间的法律关系，〔2〕既不足以作为个案推演的逻辑范式，亦难以承载现代行政维护社会秩序和促进社会福祉的不同行政角色。本文试图应用分析法学的办法，剖析行政法中行政权这一主要法律概念的特性及由其运作而生的行政法律关系。在审视传统行政法律关系理论及相应的行政法研究进路的基础上，展现相依、互动的行政法律关系在个案处理中的规范分析功能，并借由该行政法律关系透露出的行政相对一方积极与主动的一面，预示合作国家理念下协商行政活动的发展空间。

## 一、传统行政法律关系：权力与权利的对峙

在很长一段时间内，我国的行政机关及其他承担行政任务主体，主要依赖于单方性、强制性的

---

\* 北京大学宪法与行政法研究中心博士后研究人员。

本文是国家社会科学基金项目“协商行政的原理与制度研究”（批准号 07CFX013）的阶段性成果。

〔1〕 郑成良：《法律关系》，载张文显主编：《法理学》，法律出版社 1997 年版，第 158 页。

〔2〕 行政机关之间、行政机关与其他行政权主体之间，甚至行政相对一方与行政相对一方之间亦可能产生行政法律关系。但限于篇幅及论述的角度，本文仅选取了最为重要的行政机关及其他行政主体与行政相对一方之间的行政法律关系作为分析的对象。

行政处理,实现秩序维护乃至社会保障的行政任务。<sup>〔3〕</sup>行政机关及其他承担行政任务主体,在行政处理活动中表现出的事实上的“依仗权威”统治效果,<sup>〔4〕</sup>使大多数行政法学者在界定行政法律关系时,误以为社会学意义上的“权威”就是纯粹规范意义上的“权力”的全部内涵。我国行政法学界对行政法律关系的最初认识,是依循法理学界有关平权型法律关系与隶属型法律关系两分的路径,停留在行政权力与公民权利对峙下形成的“典型隶属型法律关系”:“行政法律关系是行政机关(包括法律、法规授权的组织)在行使行政权力的过程中发生的,既然在权力行使过程中产生、形成,这样的一种关系就必然表现为一种权力关系(当然这种权力关系同时也就表现为权利关系)。而任何权力关系必然具有支配性的特征。”<sup>〔5〕</sup>此种定位,使行政权背后的国家强制力所形成的支配效果,得到了无限放大。在这种倾向的误导下,行政机关及其他承担行政任务主体与行政相对一方之间的行政法律关系被简单地化约为命令与服从关系:拥有行政权的一方被假设为行政相对一方权利义务的主宰者,可以在法律授权的范围内根据组织的意志改变行政相对一方的法律地位;行政相对一方虽能在自己的人身、财产等权利受到侵犯时行使要求国家机关保护的权力,但这种权利与行政机关及其他承担行政任务主体的权力是完全不对等的,行政相对一方的权利随时处于可能被行政权侵犯的状态。

传统行政法律关系理论对行政机关及其他承担行政任务主体“权威”地位的青睐,以及行政权力与公民权利对峙视角的选取,直接影响了行政法学研究的基本进路:在强大的权力和需要捍卫的权利之间寻找一个制衡点,始终是行政法学家矢志不渝的方向。既然行政相对一方的权利无法对抗行政权力,那么关注的重心自然就转移到对行政权力的规范上来。

由此,便有了最初行政法学基础理论研究中移植法治发达国家依法行政理念、尝试建构“合法性原则与合理性原则”的努力。<sup>〔6〕</sup>其意图在于通过立法的严格控制,从源头上限缩行政权的行使领域,最大限度地行政权束缚在法律既定的框架内活动。在依法行政精神的指引下,整个行政法理论体系围绕着行政机关及其他承担行政任务主体的行政行为类型,各种行政行为的成立要件、生效要件、实施条件等逐步建构,以期提供详尽的、可直接对照适用的法律形式标准。与此相应,法院对行政行为是否符合上述标准的审查,成为保障行政机关及其他承担行政任务主体作为立法机关“传输带”的重要配套措施。德国行政法律制度中有关“议会在通过法律将一定的行政权授予部长、独立机构和地方当局等时,一般都要设定一定的权力行使条件。法院的职能是保障议会所确立的界限不被行政机关所突破”的设计理念,<sup>〔7〕</sup>在我国的行政法理论与实务中得到彰显。

然而,问题很快随着公共行政改革的推进和行政任务领域的拓展浮出水面。20世纪80年代开始的全球性公共行政改革浪潮,在我国掀起的最大波澜,便是单位制度的逐步瓦解。传统的行政机关外,法人化的行政机关、独立机关、由国家直接设立承担行政任务的私法组织、以企

〔3〕 我国长期存在独特的单位制度,各单位组织,不论是机关单位,还是事业单位、企业单位,对单位成员发展的机会以及他们在社会、政治、经济及文化生活中必需的资源都处于绝对优势的控制地位。参见李汉林、李路路:《资源与交换:中国单位组织中的信赖性结构》,《社会学研究》1999年第4期。这种通过单位组织实现社会统治的强制性模式,决定了以行政处理为主的行政任务实现方式。

〔4〕 韦伯认为,除了无数其他可能的类型外,统治有两种相互尖锐对立的类型:“一方面是依仗利益状况(特别是依仗垄断地位)的统治;另一方面是依仗权威(命令的权力和听从的义务)的统治。”[德]马克思·韦伯:《经济与社会》下卷,林荣远译,商务印书馆1997年版,第265页。

〔5〕 杨解君:《关于行政法理论基础若干观点的评析》,《中国法学》1996年第3期。

〔6〕 罗豪才:《行政法的基本原则》,载罗豪才、应松年主编:《行政法学》,中国政法大学出版社1989年,第34页以下。

〔7〕 李洪雷:《英国法上对行政裁量权的司法审查》,载罗豪才主编:《行政法论丛》第6卷,法律出版社2003年版,第338页。

业化模式运作的私人，以及大量涌现的非政府组织，正在以“融合建构、试验、知识累积、反思和再建构等的循环往复过程”，〔8〕共同演绎着公共行政组织的角色。与此同时，单位制度瓦解过程中出现的国有企业下岗工人的再就业安置、过去由单位组织承担的医疗、养老、教育等社会功能的转移、农村“准单位组织”改制过程中的农地保障系统的建立等，以及全球共同面对的国际反恐、核能利用等风险社会伴生的困境，都衬托出现代行政不同于计划行政的复杂性与不确定性。

面对如此繁重的行政任务，且每项任务都处在试验与探索的阶段，企图以立法者有限的智识提供完备的行政行为规范，势必产生种种难题，即“议会正苦于无法胜任在风险规制背景下划量化界限的任务。其特征包括没有足够的知识、缺乏充分的远见、欠缺丰富的经验，以及所面临的大量集体行动问题”。〔9〕于是，行政法学者的思路，从立法、司法的权力制衡模式拓展到行政权的自我规制路径。鉴于立法、司法权力制衡模式的疲软，恰在于行政机关裁量权限的不断扩张，美国行政法学家戴维斯教授提出通过行政机关制定行政规则的方式规范行政权，这一思路受到普遍关注：“控制裁量权力的主要希望不在于法律法规的制定，而在于更广泛的行政规则制定行为，在督促行政人员方面，拥有立法权限的机构需要比以往迈出更大的步伐。”〔10〕以行政规则的进一步规定，细化行政权运作的构成要件，压缩具体情境下行政机关的法律效果选择空间，并辅之以行政规则制定程序对立法参与的复制，恰可弥补立法规定语焉不详，法院审查无据可循的缺陷，但同时也滋生了规则自身的合法性不足、统一标准下无裁量、行政效率低下等新的弊端。“控制能力的僵化与迟缓，不仅削弱了规制的实效性，更降低了规制在被规制群体中的合法性，影响了规制的问责性。”〔11〕

屡屡遭遇的困境，促使我国行政法学者反思作为上述研究进路的前提——行政权力与公民权利对峙的行政法律关系。部分行政法学者意识到，传统的行政法律关系，既不能涵盖单方行政活动中行政机关及其他承担行政任务主体与行政相对一方除命令与服从面向以外的其他关系，更不能解释新型的双方行政活动中协商的法律地位和效果。为此，他们尝试打破传统行政法律关系的“高权行政”视角，提出了行政法律关系的平衡学说，认为行政机关及其他承担行政任务主体与行政相对一方权利义务关系虽不对等，但在总体上是平衡的。“概而言之，在与行政管理有关的任何一种具体法律关系的权利义务结构都具有某种不对等性。但是，这些不对等性并非指向同一方向，而是错综复杂，彼此相抵。”〔12〕该种努力以该行政法律关系学说为基础，尝试追求行政实体法、行政程序法、行政诉讼法中行政机关及其他承担行政任务主体与行政相对一方权利义务分配的总量平衡。遗憾的是，该学说虽指出了问题的症结所在，意识到行政法律关系中行政相对一方并不只有服从的一面，却仍简单地将行政法律关系的调整归因于公民程序性和诉讼性权利的增加，未能在规范层面精致地分析如何可能实现公民权利与行政权力的平衡。

## 二、复合型法律概念及相依而生的行政法律关系

回顾行政法律关系分析中的论辩与争鸣，我们不难发现行政法学研究中偏颇的法社会学方法，

〔8〕 沈岷：《公共行政组织建构的合法化进路》，《法学研究》2005年第4期。

〔9〕 Richard J. Pierce, *The Inherent Limits on Judicial Control of Agency Discretion: The D. C. Circuit and the Nondelegation Doctrine*, 52 Admin. L. Rev. 63.

〔10〕 K. C. Davis, *Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry*, University of Illinois Press, 1971, p. 55.

〔11〕 Richard B. Steward, *Administrative Law in the 21st Century*, 78 New York University L. Rev. 2003.

〔12〕 罗豪才、沈岷：《平衡论：对现代行政法的一种本质思考——再谈现代行政法的理论基础》，《中外法学》1996年第4期。

遮蔽了行政法律关系最为重要的规范特征。笛卡尔曾说：“行动十分迂缓的人，只要始终循着正道前进，就可以比离开正道飞奔的人走在前面很多。”<sup>〔13〕</sup>尽管我们并不否定法学研究中法社会学视角的重要性，毕竟法学是实践性科学，但对于行政法律关系之类的逻辑范式的探讨，分析法学的的方法是不可绕行的基础。

提及分析法学的剖析法律关系方面的建树，就无法回避霍菲尔德在基本法律概念界定上的丰功伟绩。在霍菲尔德之前，大多数学者试图用权利义务的范畴概括所有法律关系，而这恰恰构成了解决法律难题的最大阻碍。霍菲尔德认为，对法律概念的分析，应该借助于“相反方”（opposites）和“相依方”（correlatives）的图表，<sup>〔14〕</sup>据此展开相应的法律关系。他提出了八个法律概念和四对法律关系，用以解释诸多复杂的“权利”现象。<sup>〔15〕</sup>

权利 (right)	特权 (privilege)	权力 (power)	豁免 (immunity)
法律上的相反方 无权利 (no right)	义务 (duty)	无资能 (disability)	责任 (liability)
权利 (right)	特权 (privilege)	权力 (power)	豁免 (immunity)
法律上的相依方 义务 (duty)	无权利 (no right)	责任 (liability)	无资能 (disability)

在霍菲尔德看来，“权利是个人针对他人的肯定性的要求权；特权是个人免于他人要求权的自由。相似地，权力是对他人特定法律关系的肯定性的控制力；豁免则是个人免于他人法定权力或控制力干涉的自由”。<sup>〔16〕</sup>权利与义务、特权与无权利、权力与责任、豁免与无资能，它们相依而生，缺少对应一方即难以生成法律关系，颇有些“皮之不存，毛将焉附”的蕴味。<sup>〔17〕</sup>当我们声称某人拥有权利时，必然意味着处于相依法律地位的他人，承担着与该权利对应的义务；说某人拥有特权时，实际上等于宣布他人无权利要求其履行与该特权相反的义务。同样，当我们指称某人法律上的权力时，必定有另一人处于接受或服从的责任状态；而一个人的豁免权，则是对另一人改变其法律关系的资能的否定。八个法律概念、四组法律关系，概括了法律主体所有可能的“权利”状态，构成了最基本的法律概念和法律关系的元形式，成为分析法律关系必不可少的逻辑工具。

需要注意的是，这里的权力是价值无涉的法律概念，它仅表明意志控制占主导地位的个人，在实现他人法律关系特定变化方面的资能。只要某人具备通过自己的意志控制的事实改变他人既存法律关系的能力，都可以称其拥有法律上的权力。可见，纯粹法学意义上的权力实际上既

〔13〕 [法] 笛卡尔：《谈谈方法》，王太庆译，商务印书馆 2000 年版，代序 viii。

〔14〕 Correlatives，学界有译做“关联”者，如王涌：《法律关系的元形式》，《北大法律评论》1999 年第 1 卷第 2 辑，第 585 页；亦有译作“对应”者，如霍菲尔德：《司法推理中应用的基本法律概念》，陈端洪译，载陈端洪：《宪治与主权》，法律出版社 2007 年版，第 353 页。这里采纳了翟小波博士的观点，译做“相依”，详见翟小波：《对 Hohfeld 权利及其类似概念的初步理解》，《北大法律评论》第 5 卷第 2 辑，第 369 页。

〔15〕 权利是一个最重要的法律概念，却也是一个在不同的含义上被使用的、界定混乱的法律术语。为求论述的清晰，文章用引号限定的权利即“权利”，来概括霍菲尔德所指的、可能包含权利、特权、权力、豁免中的一种或多种法律地位的现象。

〔16〕 Wesley Newcomb Hohfeld, *Some Foundation Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 23 *The Yale Law Journal* 55 (1913).

〔17〕 翟小波博士认为：“有些义务并非权利的‘不变的相依方’，如不得自杀的义务，和没有任何人从中受益的义务等。这是 Hohfeld 的失误。”参见前引〔14〕，翟小波文。窃以为，在现代社会，不得自杀应该是一种公民责任，其相依的权力方是代表主权的国家。因此，法律关系仍应存在于相依的关系之中，霍菲尔德的论断应该是正确的。

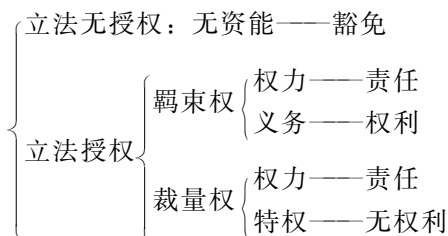
包含了基于权威统治产生的权力，也囊括了韦伯意义上的依仗利益状况产生的权力，甚至延伸到现代社会中基于信息和科技优势所享有的权力。国家强制力并不是权力的必要内涵；不具备国家强制力的公民、法人或其他组织，因为利益状况或者信息、科技优势，均有可能成为法律意义上的权力主体。

借助霍菲尔德相反或相依的法律关系图式，我们可以发现传统行政法律关系推演过程中的两个漏洞：（1）虽然通行的行政法律关系理论定位于权利义务关系，但在实际分析时大多采用了行政权力与公民权利对峙的视角，<sup>〔18〕</sup>偏向于关注行政权力行使时行政相对一方的接受或服从地位，因此未能全面界定行政权运作过程中产生的各类行政法律关系。部分行政法学者虽然意识到，现代行政中的组织形式转变和活动方式拓展，已经扭转了行政相对一方一味服从的法律地位，却没能对复杂的行政法律关系作出正确的分析、解剖和定性；（2）我们习惯于戴着偏颇的法社会学眼镜认识权力，误以为行政权力等同于层级式的权威。由此导致的结果是，在行政机关及其他承担行政任务主体一方，我们难以全面洞察除权力之外的其他法律状态，而在行政相对一方，又未能正视其可能拥有的规范意义上的权力。

补漏的良方，依赖于分析法学方法的运用。鉴于行政法律关系的产生、变化和消灭都与行政权的运作密切相关，行政法律关系的展开，应以对行政权这一重要行政法律概念的规范分析为切入口。霍菲尔德虽已对权力作出了精到的界定，但他的这一认识，针对的是“信托或其他衡平利益”所在的私法领域中的权力。当我们在行政法领域使用行政权这一术语时，除了指涉私法领域中的权力应有的规范意涵外，更融合了其他“权利”现象：若立法机关授予的行政权属于明确构成要件与法律效果的羁束权时，行政机关及其他承担行政任务主体除了具备控制行政相对方法律关系的资能外，更背负着必须作为或不作为的法定义务，此时的行政权一词实际上是权力与义务的复合形式；若立法机关授予的行政权属于包含不确定法律概念或不确定法律效果的裁量权时，行政机关及其他承担行政任务主体有权根据个案的具体事实及其所在的规制背景，自主地决定是否作出行政行为，以及作出行政行为的时间、方式和内容等，此时的行政权一词则是权力与特权的复合体。与此相应，行政相对一方的法律状态，在羁束行政时，就表现为责任与权利，即对行政法律关系调整的服从和要求行政机关及其他承担行政任务主体履行法定义务的权利；在裁量行政时，则表现为责任与无权利，即对行政法律关系调整的服从和不能要求行政机关及其他承担行政任务主体作出或不作出特定行政行为的无权利。

与行政机关及其他承担行政任务主体获得立法授权相反，当行政机关及其他承担行政任务主体对特定事项处于无权力的状态时，意味着其在法律上无能力改变他人既定的法律关系。相应地，行政相对一方则处于免受行政机关及其他承担行政任务主体就特定事项进行干涉的豁免状态。

由此，我们可以描绘出静态的、最简单的行政法律关系图式：



对上图的正确把握，需要清除以下几个认识上的障碍：

1. 尽管法律关系的展开，是一个纯粹法学的逻辑推演过程，但是，法律并不是脱离于政治、

〔18〕 我国宪法学者童之伟教授分析的权力——权利、权利——权力的国家和个人公法法律关系，在我国行政法学界很有影响。童之伟：《法律关系的关系重估与概念重整》，《中国法学》1999年第6期。

经济、文化等外在环境的孤立存在。卢曼早就指出,法律是“一个在规范上封闭而在认知上开放的系统”,<sup>[19]</sup>借助内在于系统的“结构耦合”(structural couplings),法律可以实现与外在环境的良性互动。当然,这种互动只能以规范方式进行转化。具体至行政法领域,规范上的权力同时也是国家实现主权意志的手段,因此行政权意图实现的行政任务的变迁,对行政法律关系的影响不容忽视,“行政法之发展决定于现代之行政状况及其需求”。<sup>[20]</sup>举例而言,同样是立法机关授予的羁束权,旨在维护社会秩序的负担行政与旨在促进社会福祉的给付行政,所产生的行政法律关系就会有所差异:在负担行政下的羁束权,由于行政机关及其他承担行政任务主体作为或不作为的法定义务将减少直接对象人的法律利益,<sup>[21]</sup>因此其未依法履行法定义务时,直接对象人仅拥有要求尽快作出决定的程序性权利,以保护法律关系的安定性价值。其典型为治安行政管理过程中,侵害人可要求公安机关及时作出行政处罚决定;与此相反,给付行政下行政机关及其他承担行政任务主体的法定义务,有助于增加直接对象人的法律利益,因此当其违法不作为或拖延履行时,直接对象人拥有要求作出行政决定的程序和实体双重权利。其典型为颁发行政许可过程中,申请人既可要求许可机关及时作出是否许可的决定,也可在申请符合条件时要求许可机关作出批准申请的决定。

2. 虽然上图揭示了行政机关及其他承担行政任务主体对行政相对一方法律关系的肯定性控制力,但这并不意味着行政机关及其他承担行政任务主体可以自行强制实现这种控制力。根据《中华人民共和国行政诉讼法》第66条、《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第87条等相关规定,行政机关及其他承担行政任务主体只有在法律、法规明确授予强制执行权限时,方能以己之力量迫使行政相对一方承担因行政权运作产生的责任。法律法规未授权时,对于行政相对一方违反责任又未在法定期限内提起诉讼的行为,行政机关及其他承担行政任务主体只能申请法院强制执行。这也再次印证了纯粹法学意义上的权力,并不必然包含国家强制力的观点。而社会学视域中的权威,往往以自我的强制实现力为后盾。

3. 按照霍菲尔德的观点,为保护特定的利益,法律可以设定前后相连的一组权利,前面的权利因违法行为的发生受到侵害后,可以产生后面的权利以获得救济,即原权利(primary right)和次权利(secondary right)。<sup>[22]</sup>依此观之,行政相对一方要求行政机关及其他承担行政任务主体履行法定义务的权利,属于原权利的范畴。若行政机关及其他承担行政任务主体拒不履行法定义务,则构成对原权利的侵犯,行政相对一方可以通过次权利的行使,向行政复议机关或法院寻求救济。可见,权利与权力一样,都受到了法律的保护。所不同的是,在授予强制执行权的前提下,行政机关可以诉诸自己的力量,自行获得救济,而原权利的救济只能诉诸他方。问题在于,现阶段立法技术的不成熟,以及立法政策倾向于保持司法自制、提高行政效率的定位,使行政法律法规中只规定原权利,未设计配套次权利的法律漏洞,比比皆是,而唯有次权利“才是真正可以为法律所强制执行的权力”。<sup>[23]</sup>这就加剧了权力与权利在事实上的不平等,从而使部分行政法学者对行政权力和行政相对一方权利的关系,作出脱离规范意涵的判断。

[19] Niklas. Luhmann, *The Unity of Legal System*, in Gunther Teubner (ed.), *Autopoietic Law \ | A New Approach to Law and Society*, Berlin: Walter de Gruyter, 1987, p. 20.

[20] 张桐锐:《行政法与合作国家》,《月旦法学杂志》2005年第121期。

[21] 在存在第三人的情况下,行政法律关系将会更为复杂。为避免使论述过于庞大,这里只分析行政机关及其他行政任务主体与直接对象人的行政法律关系。

[22] See Wesley Newcomb Hohfeld, *Foundation Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 26 *The Yale Law Journal* 753 (1917).

[23] 陈裕琨:《分析法学对行为概念的重建》,《法学研究》2003年第3期。

### 三、行政法律关系的动态均衡

分析至此，似乎仍不足以打消疑虑：在上图确定的行政法律关系中，行政相对一方至多只是权利主体，不具备控制行政机关及其他承担行政任务主体一方法律关系的资能。即便与原权利配套的次权利都能到位，两者的法律地位仍不平等。对该异议的回应，关键在于重新认识裁量权实际运作过程中产生的动态行政法律关系。

将裁量权解读为权力与特权的复合法律概念，是基于“行政裁量者乃行政机关在法律积极明示之授权或消极的默许范围内，基于行政目的，自由斟酌，选择自己认为正确之行为，而不受司法审查者”的传统认识。<sup>〔24〕</sup>在当时看来，裁量意味着立法对行政的特殊授权，在裁量的范围内，行政机关是相关问题的最后裁判者，法院无权染指，故裁量又有“自由裁量”之称。然而，这一观点很快受到了修正，裁量授权的扩张，使现代行政法的规范重心落足于对行政裁量权的引导与制约之上。越来越一致的看法是，“从没完全的纯粹的裁量。关于免除所有法律控制的行为自由在判例法上已经消失至少50年了，因此，所有的裁量都在一定程度上受到了限制。”<sup>〔25〕</sup>在我国，规范裁量的方式，在近30年左右的时间里，亦经历了从实体到程序，从事前、事后到事中，从外在制约到自我规制的变化。裁量权规范的强度与形式，直接影响了行政机关及其他承担行政任务主体与行政相对一方的法律地位。与此相应，关于裁量权是权力与特权的复合形式的界定，也应据此有所调整。

1. 裁量收缩。裁量收缩，又称裁量收缩至零，是指“行政机关于作成裁量处分时，本有大多数不同之选择，若因为特殊之事实关系，致使行政机关除采取某种措施之外，别无其他选择”。<sup>〔26〕</sup>它是对行政裁量控制最为严厉的一种情形。所谓特殊事实，系指裁量权的行使会侵犯行政相对一方受宪法保障的基本权利或违反宪法性原则的事实。如果行政机关及其他承担行政任务主体行使裁量权限时，出现上述特殊事实，则与立法机关授予羁束行政权的情形无异，即仅有唯一正确的选择。此时，行政机关及其他承担行政任务主体除拥有权力之外，同样也背负着作为或不作为的法定义务。故裁量收缩时，行政机关及其他承担行政任务主体与行政相对一方之间的行政法律关系就转化为权力——责任和义务——权利。

2. 计划裁量。计划裁量是行政机关及其他承担行政任务主体拥有最大程度形成自由的裁量形式，它主要发生在行政计划领域。法律对负责行政计划的行政机关及其他承担行政任务主体通常只有预期目标的指引，至于实现目标的方法和路径，则委由行政机关及其他承担行政任务主体自行选择决定。由此观之，计划裁量下的裁量权，是权力与特权的最佳组合。

但是，计划裁量也并非完全自由。一般来说，实施计划的机关需要就下述四个方面进行考量：“（1）对拟定之计划具有指导及拘束作用之上位计划；（2）拟定之计划对达成计划目标之需要性；（3）法律规定之计划指导原则；（4）利益之衡量。”<sup>〔27〕</sup>其中，“利益之衡量”要求行政机关及其他承担行政任务主体，充分考虑计划所欲实现的公共利益与可能损害的个人利益之间的博弈，并解决由此产生的利害冲突。近年来，为实现公平、公正的利益衡量，各地行政计划主管机关，尝试以制定行政规则的方式，扩大行政计划的公众参与，将公众参与作为计划制定的必经程序。如上海市长宁区规划局制定的《关于公众参与城市规划编制的实施办法》中规定，计划主管行政机关应选择与

〔24〕 翁岳生：《行政法与现代法治国家》，台湾大学法学丛书编辑委员会1990年版，第42页。

〔25〕 L. Neville Brown & John S. Bell, *French Administrative Law*, 5<sup>th</sup> ed., Clarendon Press Oxford, 1998, p. 254.

〔26〕 吴庚：《行政法之理论与实用》，中国人民大学出版社2005年版，第79页。

〔27〕 廖义男：《公共建设与行政法理》，台湾三民书局1994年版，第8页。

市民群众利益密切相关改造地区,让公众参与规划编制。<sup>[28]</sup>虽然公众参与并非《中华人民共和国城市规划法》的法定要求,但行政机关及其他承担行政任务主体在不违背上位法基本原则的前提下,作出对行政相对一方有利的自我约束规定,具有合法性基础,构成法定义务的来源。行政相对一方可以根据行政规则的内容,要求行政机关及其他承担行政任务主体履行让公众参与的义务。由此可知,即便在计划裁量下,随着裁量规范方式的拓展,行政机关及其他承担行政任务主体与行政相对一方之间,仍有可能出现三种行政法律关系,即权力——责任、特权——无权利、义务——权利。<sup>[29]</sup>

3. 一般裁量。除去上述两种极端情况,大多数行政裁量处于两者之间。若我们对一般裁量的认识,仍将它看作行政机关及其他承担行政任务主体的自由斟酌、自主决定,由一般裁量导致的行政法律关系自然就表现为权力——责任和特权——无权利。问题在于,现代行政面临的两大转变——行政任务的多元化与情境化,在增加行政负担的同时,也揭露出行政机关在实现行政任务上的低效率。为迎接新的挑战,一方面需要在传统的科层制行政机关之外拓展多元的公共行政组织形式,另一方面也更依赖行政相对一方的力量,需要借助行政相对一方的知识、经验与其他资源,共同合作达成目标。于是,行政磋商、行政契约等双方协商性行政活动方式,日益成为现代行政的新宠,而一般裁量下预留的个案正义空间,恰为协商提供了法律体系内的平台。尤其是一些涉及环境、医药、电子等科技问题的新领域,由于部分大型企业长期在研究、生产、销售等方面的大规模投入,他们对行业水平、产品质量以及可能产生的危害,掌握着比行政机关及其他承担行政任务主体更为丰富的信息。甚至行政机关的工作人员,都曾是这些企业的员工,“在这样的环境中工作的管制者被他们所管制的企业‘俘获’——管制者往往就曾是该企业的雇员,他们不得不与他们的管制对象密切配合,到底怎样的控制是可行的,他们所持的看法在很大程度上是由那些他们需要控制的人决定的。”<sup>[30]</sup>信息优势的逆转,使行政相对一方具备了与行政机关及其他承担行政任务主体谈判的法码,在不确定法律概念的界定、行政行为方式的选择、法律效果的确定等各方面拥有了话语权。

另一方面,即便是传统的行政活动领域,当一般裁量仅有立法概括授权的组织规范,而无裁量权限进一步行使的根据规范时,为了实现良好的治理效果,避免日后被诉讼纠缠,行政机关及其他承担行政任务主体亦会尝试在行政程序中引入对话甚或直接以行政契约的方式约定行政裁量权的行使条件。以浙江省嘉兴平湖市公安局对营运人力三轮车的管理为例,<sup>[31]</sup>《中华人民共和国道路交通安全法》第2条虽然规定:“中华人民共和国境内的车辆驾驶人、行人、乘车人以及与道路交通活动有关的单位和个人,都应当遵守本法。”但对于营运性质的人力三轮车超载、路口闯红灯、在机动车的道路上逆向行驶、乱停车等违法行为,却未明确相应的法律效果。概括授权下的行政裁量虽然广泛,但在行政诉讼法对被诉行政行为的审查主要停留在形式合法性的现阶段,根据规范的缺失反而造成了裁量权行使的被动,因此法律效果的补充,成为公安机关交通管理部门管理营运人力三轮车的亟需。为此,平湖市公安局召开专门大会,与各营运人力三轮车经营者讨论并签订了《客运人力三轮车经营行业约定》,以协议的方式界定了一般裁量的行使条件与法律效果。

[28] 资料来源: <http://old.cin.gov.cn/indus/exp/2002080715.htm> (中华人民共和国建设部网站), 登录时间 2007 年 6 月 5 日。

[29] 当然,鉴于行政计划须预测未来社会的发展趋势并应对随时变化的社会现象,民众受个人智识或个人利益的局限,难以统观大局,因此计划裁量下,民众的参与意见不宜直接决定行政计划的内容。这也是计划裁量下的参与和一般裁量下的参与最大的区别。

[30] [英] 米切尔·黑尧:《现代国家的政策过程》,赵成根译,中国青年出版社 2004 年版,第 193 页。当然,规制俘获也极易引起损害公益的行为,如何防范与减少这种危害,也正是未来行政法学研究的一个重要话题。

[31] 浙江省嘉兴平湖市公安局曾就营运性质的人力三轮车管理问题咨询过浙江大学公法与比较法研究所的章剑生教授,笔者有幸参加了咨询会。感谢浙江省平湖市公安局提供的资料。



可见，在信息优势、行政成本减负、管理效率提升等因素的综合作用下，一般裁量下行政机关及其他行政权主体垄断话语权的现象将被改写。美国学者 Freeman 教授早就指出，公私协定的方式是私人参与公共治理的一种重要形态。<sup>〔32〕</sup>当我们摒弃公私两分的严格立场，承认行政相对一方在协商过程中的意见，具有确定行政决定最终内容的效力时，相对人对行政机关是否行为以及怎样行为表达的观点，就构成了对一般裁量的规范制约力量。行政相对一方对自己利益最大化的不懈追求，通过协商外化为一般裁量运作的条件与基准，从某种角度看，是取得了对行政裁量“分而治之”的权力，即不仅行政机关及其他承担行政任务主体，行政相对一方也具备了对行政法律关系的肯定性控制力。因此，当行政裁量以双方协商方式运作时，行政法律关系的图式就转化为权力——责任、义务——权利和权利——义务，行政机关及其他承担行政任务主体与行政相对一方之间的法律关系，也呈现出更为互动、对等的状态。

在上述分析的基础上，我们可以进一步勾勒出动态、均衡的行政法律关系图式：



当我们试图展开行政法律关系的图式时，不自觉地，我们也进入与行政法律关系密切相关的行政法学基础理论的反思之旅：对行政权的界定，制约了我们对行政法律关系的描绘，反之，行政法律关系的定位，又框限了行政法学研究的基本路径。如果我们认同，“高程度的复杂性、情境依赖性和不确定性，以至于无法事先在想像中被充分认识，也无法事后在规范上加以最后确定”的行政实践，<sup>〔33〕</sup>是一个全球化的发展趋势，那么，与强制性、单方性行政权认识相匹配的、传统行政法律关系的研究成果，能够为我们提供的逻辑推演工具以及可能的行政权规范路径，实在是有些偏颇与狭隘之嫌。

分析法学的办法，只不过借给我们一双透视行政权规范属性的法眼。上述两幅行政法律关系图式，亦未能穷尽复杂多元的所有行政法律关系。本文的努力在于，揭示行政法律关系分析过程中长期存在的方法论上的不足，并在明确行政权的复合法律概念特征以及相依而生的行政法律关系之后，尝试提出需要进一步探索的方向：如何在未来的行政法学研究中，为行政相对一方的“权利”尤其是权力，设计制度生成与生存条件，在行政法律关系的互动与均衡中，真正推动合作意志的形成。相信这是一个充满复杂和艰难的学术领域，但也是让人感到趣味盎然、充满活力的研讨空间。

〔32〕 Jody Freeman, *Private Parties, Public Functions and the New Administrative Law*, 52 *Administrative L. Rev.* 2000.

〔33〕 [德] 哈贝马斯：《在事实与规范之间：关于法律和民主法治的商谈理论》，童世骏译，三联书店 2003 年版，第 533 页。