

基本权利的功能体系 与行政法治的进路

郑春燕*

内容提要：以宪法基本权利观之，行政法肩负着授予、运作、规制行政权力，以实现基本权利功能保障的重要使命。两者之间的内在呼应，谱写了德国行政法学的历史脉络，却在梳理我国行政法学的宪法基础时遭遇了解释困境：作为通说的行政法控权理论，理应生发于宪法基本权利的防御权功能，却立基于青睐客观价值秩序功能的宪法规范之上。我国宪法基本权利功能体系的特别安排，根源于社会主义的根本制度，并在权力传统与现实因素的双重作用下形成了行政中心的权力格局。因此，行政法学回答问题的场域，应从司法中心拓展到行政过程，在关注个人请求权的传统行政行为概念之外，以行政决策为基本概念，借助行政决策的非正式程序建构，实现基本权利客观价值秩序功能保障。进而，有关以司法中心主义为启动器的中国法治建设模式，也应得到反思。

关键词：基本权利 行政法治 行政决策 非正式程序

一、引言

“宪法消逝，行政法长存。”〔1〕德国行政法学鼻祖奥托·迈耶（Otter Mayer）的这一著名论断，虽已失魏玛共和国特定的时代背景，却勾勒出堪称经典的宪法与行政法相依相生关系。

以宪法基本权利观之，行政法肩负着授予、运作、规制行政权力，以实现基本权利功能保障的重要使命。因此，宪法基本权利的功能变迁，左右着行政任务的定位，并最终决定了行政法治的基本进路：强调基本权利的防御权功能，自然主张行政法扮演驯服行政权

* 浙江大学光华法学院副教授。

本文是陈国权教授主持的国家社会科学基金重大项目“反腐败法治化与科学的权力结构与运行机制研究”（批准号14ZDA016，作者为子课题负责人）和耶鲁大学中国中心合作项目“参与式治理的机制与实践：以重大行政决策公开程序为例”的共同成果。《法学研究》编辑部组织的第三届“青年公法论坛”上的同仁，对拙作提出了许多宝贵意见，特此致谢。

〔1〕〔德〕奥托·迈耶：《德国行政法》，刘飞译，商务印书馆2002年版，“1923年第三版前言”，第17页。

的角色；偏好基本权利的受益权功能，不免期待行政法拓展私人请求权的范围，推动政府的给付行政；发展基本权利的客观价值秩序功能，则力主行政法关照个别机制与制度框架，转型为以整体制度的设计促进公共福祉的调控之学。

基于宪法基本权利功能体系与行政法治的内在呼应，虽然可以谱写德国行政法学的历史脉络，却在解释我国当下行政法学的宪法基础时遭遇了困境：作为我国行政法学通说的控权理论，理应生发于宪法基本权利的防御权功能，却根植在更青睐客观价值秩序功能的宪法规范之中。后者对制度保障、组织程序保障、基本权利第三人效力和保护义务的倚重，涉及资源的再分配与利益衡量，具有显著的政治特征，行政由此被宪法赋予更宽泛的行政裁量。这样的宪法基本权利功能定位，可否借由以个人请求权和价值为中心的控权理论，在行政法上得以落实？擅长合法性审查的法院，能否妥适地解决具有政治特征的客观价值秩序功能保障争议？若答案为否，行政法学又该如何应对突出客观价值秩序功能的基本权利保障要求？

在这一系列的追问之下，本文大胆地推断，我国宪法的基本权利功能体系决定了行政中心的权力体制格局。因此，行政法学回答问题的场域，应从司法中心拓展到行政过程，在关注个人请求权的传统行政行为概念（对应于宪法基本权利的防御权功能和受益权功能）之外，以行政决策为基本概念，借助行政决策的非正式程序建构，实现基本权利客观价值秩序功能保障。这一推断将会促使我们进一步反思，从法治的角度来看，可否将社会矛盾的暗潮涌动主要归咎于司法不独立？或者，许多行政纠纷背后的基本权利客观价值秩序功能实质，早就预言了法院解决制度性问题的能力不足。面对我国宪法的基本权利功能体系，中国的法治建设是否必须走所谓的“司法中心”路径？或者，行政中心的权力格局，已经暗含了发展参与式治理的程序主义法治之契机。

二、作为通说的控权论及其基本权利功能隐寓

在所有拘束行政法的宪法内容——政治体制、权力机制、法拘束原则等——之中，基本权利保障原则对行政法学的发展具有最强的影响力。作为规范私人 and 政府关系的法律学科，行政法学致力于通过规范行政权力保障私人自主性。因此，基本权利功能的扩张和重心的转移，牵动着行政任务的界定与更新，进而调整着行政与法律的关系。

宪法基本权利功能对行政法的渗透，清晰地刻画在德国行政法学的变迁历史之中。

在当代德国基本法的理论和实践中，基本权利的“主观权利”和“客观法”双重属性得到了普遍的认同。“‘在个人得向国家主张’的意义上，基本权利是一种‘主观权利’。同时，基本权利又被认为是德国基本法所确立的‘客观价值秩序’，公权力必须自觉遵守这一价值秩序，尽一切可能去创造和维持有利于基本权利实现的条件，在这种意义上，基本权利又是直接约束公权力的‘客观规范’或者‘客观价值秩序’。”〔2〕其中，“主观权利”包含防范国家恣意干涉、在请求停止侵害不能时获得司法救济的防御权功能，以及请求国家直接为特定行为以使公民享有特定利益的受益权功能。“客观法”则产生了客观价值秩序功

〔2〕〔德〕Robert Alexy：《作为主观权利与客观规范之基本权》，程明修译，《宪政时代》1999年第4期，第83页。

能，其涵盖了制度保障、组织程序保障、基本权利第三人效力和狭义保护义务四个基本面向。

与古典自由主义的国家学说相匹配，德国基本法中的基本权利在产生之初就被赋予了对抗公权力，防止公民的自由、财产和权利受到国家侵犯的神圣使命。因此，基本权利的防御权功能被视为宪法基本权利功能体系的本源与核心。作为对这一意涵的贯彻，早期德国行政法学毫不犹豫地将限制性地驯服干预行政视为基本任务，并据此发展出只有在法律明确授权的情况下方可实施特定干预行为的法律保留原则。^{〔3〕}在这一基本原则的指导之下，德国行政法学致力于以明晰的构成要件，定型化各类干预行政行为，以使私人的防御请求权通过法院的合法性审查获得救济。然而，市场失灵引发的经济危机，使人们不再满足于国家消极不作为的状态。人们对最低生活保障的要求和对经济复兴的热盼，提升了自由权背景下虽已存在却被漠视的基本权利受益权功能。国家由此背负起各种物质、程序和其他相关服务的给付义务。^{〔4〕}这一转型，为行政提出了不同的任务，极大地刺激了给付行政的发展。但受制于受益权功能的主观权利性质，行政法学虽意识到给付行政的受益特征，从而对法律保留的范围作出了不同于干预行政的调整，^{〔5〕}但整体的讨论框架仍围绕着私人的特定给付请求权展开。由此，整个行政法学在此一时期的进步，仍然局限在行政行为类型的增加，以及与给付请求权相匹配的给付之诉的制度设计。

实际上，给付行政的发展，除了囊括特定私人的给付请求权，更需要相应的制度、组织、程序等保障，如社会养老保障体系的建立、居民最低生活保障制度的设计等。遗憾的是，给付行政所隐含的客观价值秩序功能一直并未受到应有的重视，直到德国联邦宪法法院在1975年中止妊娠案中首次承认国家保护义务，这一状态才得到了彻底的改变。^{〔6〕}依据该案判决，国家对基本权利不仅不能侵犯，更须承担帮助与促进的义务。具体至行政机关，则意味着承担以整体制度的设计促进公共福祉的型塑社会任务。于是，行政权与基本权利的关系，自然就从防御权功能下的对立，迈向了客观价值秩序功能下的合作甚至依赖。行政任务的重大转型，为德国行政法学的发展提出了严峻的课题：行政型塑社会的过程，需要充分考虑各种利益并协调行政制度内外的关系，对于这样一种复杂的行政过程，广泛裁量授权趋势不可避免，从而极大地钳制了以明晰构成要件为前提的法律保留原则的作用空间。与此同时，行政行为作为行政活动特定结果时点的产物，难以关照到动态的行政过程和多元法律关系，不宜继续扮演所有行政活动的基本分析工具。失却了这两项重要前提，德国行政法学以个人请求权和价值为视角并辅之以法院审查的模式不断受到检讨。“传统以来的规范原则虽然不会被放弃，但是规范原则必须被加以补充，而且丧失其在体系中一切

〔3〕 另一项基本原则为法律优先原则，它是德国基本法上法拘束原则在行政法上的具体体现。关于德国依法行政原则的相关论述，参见〔德〕哈特穆特·毛雷尔：《行政法学总论》，高家伟译，法律出版社2000年版，第103页以下。

〔4〕 参见张翔：《基本权利的受益权功能与国家的给付义务——从基本权利分析框架的革新开始》，《中国法学》2006年第1期，第26页。

〔5〕 对于给付行政的法律保留范围，在德国行政法上经历了无需保留说、全部保留说和重要事项保留说的不同阶段。目前，有关“在影响基本权利时，特别是在敏感的基本权利领域，即使提供给付也需要专门的法律根据”的重要事项保留说，为主流观点。参见〔德〕汉斯·J·沃尔夫等：《行政法》，高家伟译，商务印书馆2002年版，第345页。

〔6〕 参见陈征：《基本权利的国家保护义务功能》，《法学研究》2008年第1期，第53页。1958年的吕特案，虽已承认基本权利的客观价值秩序性质，但未清晰地提出国家保护义务。

之支配地位。未来规范原则通常仅能作为其基本模式之功能，然后与其他建构形式及模式共同组合成多面单元的规范体系”，〔7〕行政法学的调控学研究正在德国兴起。

德国行政法学与基本权利功能体系的呼应与转换，为审视我国行政法学总论的宪法基础提供了对比分析视角。

我国当代行政法学自20世纪80年代肇端之始，便奉依法行政为圭臬。从行政诉讼法的率先问世，到国家赔偿法、行政处罚法、行政复议法等陆续出台，尽管立法者在保护公民权利的立法目标之外，总不忘附加保障行政权的期待，〔8〕行政法学的相关研究却主要聚焦于管控行政授权的源头，明确行政机关的权限，通过完善不同类型的行政行为构成要件与程序，以行政诉讼为中心控制行政权力。20世纪90年代中期开始，以罗豪才为代表的部分行政法学者，尝试以平衡理论反思行政权力与行政相对权利的关系：“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。……它们在既密切联系又相对独立的条件下形成彼此抗衡。”〔9〕然而，平衡论并未实质影响控权论在行政法学界的统治状态。行政许可法、《政府信息公开条例》以及行政强制法颁布之后，学界讨论的范围，仍然集中在对相关行政行为的要件分析，以及相应的诉讼受案范围或裁判方式的调整。近年来，行政法学研究虽呈现了“从单纯的国家行政扩展到公共行政，从管制行政扩展到服务行政，从命令行政扩展到合作行政”的趋势，但“要求行政权力的行使遵循合法的准绳，并研究确保法治行政得以实现的各种机制，以及规范行政权运作的一系列普遍性原理和原则”的宗旨，未有根本的改变。〔10〕

我国行政法学控权的思路，与德国早期行政法学的构思具有惊人的相似之处：视行政权力为公民权利的对立面，以职权法定、越权违法的合法性原则为基调，通过规范各种类型的行政行为构成要件，最终借助法院之手防范行政机关滥用权力。形式对比之下，一个推论应运而生：和德国早期行政法学一样，我国行政法学的控权论通说理应根植于宪法基本权利的防御权功能之上，追奉古典自由主义国家学说。但是，作为我国行政法学发生、发展根基的1982年宪法，果真是如此言说的吗？

三、基本权利的客观价值秩序功能基调及行政中心格局

我国1982年宪法自实施之日起共经历了四次修正。除2004年修正案将“国家尊重和保障人权”新增为原第33条第3款内容外，第二章其余17个具体涉及公民基本权利的条文（第34条至第50条），均未有调整。

对该18个条文的梳理显示，宪法制定者在规定公民基本权利时，分别采取了“有自由”、“不受侵犯”、“有权利”、“国家发展”或“国家保护”等不同的措词，用以表明公民

〔7〕 [德] 施密特·阿斯曼：《秩序理念下的行政法体系建构》，林明锵等译，北京大学出版社2012年版，第20页。

〔8〕 2014年修订的行政诉讼法已将原第1条中有关“维持和监督行政机关依法行使行政职权”的表述，修改为“监督行政机关依法行使职权”。

〔9〕 罗豪才、沈岿：《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，第4页。

〔10〕 应松年：《中国行政法学60年》，《行政法学研究》2009年第6期，第66页。

基本权利的不同功能面向,进而指向国家的不同法律地位。某些条文的相关条款,结合使用了多种表述,更是塑造了复合的国家法律地位。以基本权利的三大基本功能面向为标准,我们可以将国家的法律地位大致划分为以下三类。〔11〕

宪法基本权利条款的功能分类

宪法表述	宪法条文	基本权利功能	国家的法律地位
“不得强制……”、“不得歧视……”、“公民的……不受侵犯”或“禁止……”	36、37、38、39、40	防御权功能	不得恣意干涉和侵害
“有关国家机关必须……”或“有获得……的权利”	41、45	受益权功能	确定的积极作为义务
“国家保障”、“国家发展”、“国家帮助”、“国家培养”或“国家保护”	33、36、40、42、43、44、45、46、47、48、49、50	客观价值秩序功能	不确定的提供制度保障、组织程序保障、设计基本权利第三人效力或狭义保护义务

1. 基本权利表现出防御权功能,国家处在不得恣意干涉和侵害的法律地位。宪法第36、37、38、39、40条,采用了“不得强制……”、“不得歧视……”、“公民的……不受侵犯”或“禁止……”的表述,表达了公民基本权利的防御权面向。其中,第36条将国家机关直接列明为“不得强制”和“不得歧视”的主体。第37条和第40条虽无明确的主体表述,但从第37条第2款有关“非经人民检察院批准或者决定或者人民法院决定,并由公安机关执行”的规定和第40条有关“除因国家安全或者追查刑事犯罪的需要,由公安机关或者检察机关依照法律规定的程序对通信进行检查外”的内容来看,国家机关是此处防御权主要指向的可能侵权主体。第38条的人格尊严与第39条的住宅权利,虽未明确指向国家,但国家和其他组织、个人一样,都不得侵犯人格尊严或非法搜查、侵入公民住宅。

2. 基本权利表现出受益权功能,国家处在积极作为的法律地位。宪法第二章中,只有两个宪法条款涉及公民直接向国家请求特定的利益:第41条,明确规定了对于公民的申诉、控告或者检举,有关国家机关负有查清事实和处理的义务;第45条,则廓清了公民在年老、疾病或者丧失劳动能力的情况下,有直接从国家和社会获得物质帮助的权利。国家对于基本权利的实现直接负有积极的给予物质、程序和其他服务的义务,符合基本权利的受益权功能特性。

3. 基本权利表现出客观价值秩序功能,国家处在提供制度保障、组织程序保障、设计基本权利第三人效力或狭义保护义务的法律地位。在18项基本权利规定中,共有12个条款(第33、36、40、42、43、44、45、46、47、48、49、50条),以“国家保障”、“国家发展”、“国家帮助”、“国家培养”或“国家保护”的措词,宣告国家有必要创造和维持有利于基本权利实现的条件。其中,第36、40条是在明确国家不得干预和侵害的法律地位后,进

〔11〕 对此分类,有三点需要说明:其一,由于1982年宪法制定时国家社会高度统一的时代背景,宪法部分条款包含着国家以外的私人对公民基本权利的保护义务,但这里不再展开;其二,对相关条文基本权利功能定位的分析,以规范上明确追求的功能为标准,对于一些隐含的功能,不予考虑。如宪法第45条获得物质帮助的权利,直接显示的是受益权功能,至于其隐含的抵御国家侵害的意义,不做分类考虑;其三,宪法第33—50条中提到的自由,是作为权利的自由权。

一步要求国家以提供客观价值秩序的形式，促进基本权利保障。在这里，基本权利构成一切国家机关行为的准则，所有国家机关的活动都受到基本权利的约束；同时，国家机关对何时及如何促进基本权利实现，拥有广泛的形成裁量，公民无直接请求国家为特定行为的权利。

另外，在宪法“公民的基本权利和义务”一章中，有两个条文（第34和35条）在表达“公民有……的权利或自由”之后，未有其他任何追加性的说明，故无法仅从规范表述清晰地判断基本权利的功能定位。

规范分析的结果，向我们展现了不同于西方国家以防御权为核心的基本权利功能体系。如果我们认同“公民”以外的其他“私人”也可以作为基本权利的宪法主体，^[12]那么宪法总纲部分对国有经济、城乡集体经济组织、非公有制经济、外国的企业和其他经济组织或者个人的保障性规定，将进一步调浓我国宪法青睐基本权利客观价值秩序功能的色彩。这是我国“一般公众、学者、立法者在很大程度上将宪法基本权利视为通过立法程序制度的规范，注重国家立法机关与行政机关的保障”的原因所在。有学者对此提出了批判，强调不能忽略“古典基本权利基于先国家性和前宪法性的防御权特点，及个人权利的请求权特征”。^[13]固然，对基本权利防御权功能的忽视需要得到纠正，以使个人基本权利可以对抗公权力，并在受侵害时获得司法救济。但近来出现的“强调基本权利概念的对抗性价值，而忽略了宪法文化的差异性，也就是‘对抗性’背后的‘协调性’元素，没有客观地分析西方国家基本权利文化与传统，把‘防御性’功能绝对化”的研究趋势，^[14]同样需要警惕。

我国宪法基本权利功能体系以客观价值秩序功能为核心的制度安排，有其特殊的政治经济体制意义，并延伸出了以行政为中心的独特权力格局。1982年宪法制定之初，我国虽已开始探索市场经济的可能性，但仍强调计划经济的主导性：“国家在社会主义公有制基础上实行计划经济。国家通过经济计划的综合平衡和市场调节的辅助作用，保证国民经济按比例地协调发展”（1982年，第15条第1款）。在当时的立宪者看来，计划经济是直接体现社会主义制度优越性的、具有意识形态色彩的经济制度，其根本地位不容质疑。而国家不仅能够通过计划发展经济，也能够通过计划管理社会、保障权利。因此，尽管当时宪法已经包含了前述体现防御权功能的6个条文，制宪者更期待的，却是通过国家承担积极作为责任，创造和维持有利于基本权利实现的条件。随着对市场经济认识的深化，在1992年邓小平同志南巡讲话后，1993年的宪法修正案将第15条第1款修改为“国家实行社会主义市场经济”，不再强调计划的社会主义特色，但仍然明确重申了国家的宏观调控权限：“国家加强经济立法，完善宏观调控”（1993年，第15条第2款）。之后，1998年、2004年两次宪法修改，均未动摇国家对于社会发展的宏观调控地位。2013年11月12日通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》，更是将“健全宏观调控体系”作为“加快转变政府职能”的首要任务。

我国政治、经济体制对国家积极作为责任的期待，注定了与宪法基本权利客观价值秩序功能的紧密联结。相较于赋予公民个人请求权以排除侵害的防御权功能，前者更注重通

[12] 关于“公民”以外的其他“私人”，如法人或其他组织，是否具有基本权利的宪法讨论，可参见杜强强：《论法人的基本权利主体地位》，《法学家》2009年第2期，第12页以下。

[13] 郑贤君：《作为客观价值秩序的基本权——从德国法看基本权利保障义务》，《法律科学》2006年第2期，第44页。

[14] 韩大元：《基本权利概念在中国的起源与演变》，《中国法学》2009年第6期，第25页。

过制度的配套、组织的设置、程序的安排以及对私人关系的介入,在客观上促成基本权利的保护。而无论哪一个面向的展开与实现,都远远超出了单向度的个体价值保护思维,涉及多元利益的充分衡量、有限资源的合理分配与制度之间的复杂协调。这一具有显著政治色彩的角色,本应主要由立法者扮演,“国家的保护义务主要是立法机关的义务,也就是说,基本权利实现的各种前提性条件,主要是由立法机关通过制定法律而使之完备”。^[15]但是,受传统文化和政治体制安排的影响,我国政府从一开始便扮演统领者的角色,并被赋予广泛的裁量权限。“由于历史和现实的原因,中国法治化进程主要是政府主导,政府与社会互动的模式。它强调在市场经济羽翼未丰,民主化进程有待推进,社会自治能力较为欠缺的情况下,在不排斥社会对法治推动力的前提下,政府在某些领域运用一定的强制力规制经济和社会的法治建设。”^[16]近年来,市场经济的发展虽促使国务院一再放权,但在全球化浪潮和风险社会的双重作用下,政府型塑社会的整体任务,丝毫未被懈怠。“政府的经济调节、市场监管、社会管理和公共服务职能基本到位”(《全面推进依法行政实施纲要》,国发〔2004〕10号),已经被清晰地列为全面推进依法行政的十年目标。在此定位引导之下,我国的行政机关更加积极、全面地投入到以制度设计促进公共福祉的客观价值秩序建设之中,形成了具有我国特色的行政中心权力格局。

以此观之,着眼于个人请求权和价值的传统行政法学控权理论,虽可转换宪法基本权利的防御权功能,补强我国行政机关的权利意识,却难以承载行政肩负的以整体制度之安排促进基本权利保障的核心职责。行政调控所要求的实效性及其隐含的协调多方利益的政治要素,超出了法院传统合法性审查的射程范围,“规范化必须认识到,除了遵守法标准外,行政行为还要遵守其他‘规范性取得’,例如效率性、弹性以及可接受性等标准”。^[17]作为规范国家与国民关系之法,“无论是基于社会环境事实条件的变迁,或是因为宪法中国家观的改变,只要国家与其国民之间的关系有重大的改变,行政法体系就不能不随之变异”。^[18]既然我国宪法将客观价值秩序功能确定为国家与公民之间的首要关系,行政法学的研究就应该针对行政型塑社会的特别任务,发展相应的行政法制度与方法。

四、客观价值秩序功能保障:行政决策的非正式程序建构

行政中心的权力格局,迫使我们目光从行政与私人点状接触的行政行为,拓散到更为动态的行政决策过程。与行政行为聚焦于对私人特定时点的法律效果不同,行政决策意指行政机关为了实现特定行政任务,就组织机构、财政资源、信息技术、利益衡量等所做的整体制度安排。决策的过程,需要关照行政体系的自身运作,行政制度与其他制度的互动关系,决策之间的内在关联,以及决策对特定私人的影响(就此而言,行政决策可以包含行政行为)。正是行政决策所具有的调控特性,使其成为承载宪法基本权利客观价值秩序

[15] 张翔:《基本权利的双重性质》,《法学研究》2005年第3期,第26页。

[16] 孙笑侠、郭春镇:《法律父爱主义在中国的适用》,《中国社会科学》2006年第1期,第54页。

[17] 前引〔7〕,阿斯曼书,第57页。

[18] 陈爱娥:《行政行为形式—行政任务—行政调控:德国行政法总论改革的轨迹》,台湾《月旦法学杂志》2005年第5期,第16页。

功能的主要行政活动。遗憾的是，行政控权论对基本权利防御权的推崇，使我国行政活动的“重头戏”，长期游离于行政法研究的视野。

与行政法学界淡漠的研究态度相反，出于对行政决策引发的大量群体性事件的警惕，中央对规范行政决策早有强调。《全面推进依法行政实施纲要》（第11—13条）、《国务院加强法治政府建设的意见》（国发〔2010〕33号，第11—13条）、《关于深化政务公开加强政务服务的意见》（中办发〔2011〕22号，第4条）、《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》（第三部分第二项）等重要文件中，均作了专门规定。细致梳理相关条款，可以发现中央将健全行政决策机制的重心，立足于行政决策的程序设计，公众参与、专家论证、风险评估、合法性审查和集体讨论决定被视为重大决策的必经程序。在中央文件的指导下，一些地方政府纷纷草拟或出台“重大行政决策程序规定”的政府规章，致力于将上述要求固定为法定程序。

以程序规范行政决策的进路，能否实现宪法基本权利客观价值秩序功能保障的目标？进而，行政决策的程序设计，是简单地复制立法程序，还是需要另辟蹊径？

对于这两个问题的回答，需要回溯到行政决策的特性。一如前述，作为转换宪法基本权利客观价值秩序功能的载体，行政决策因涉及整体制度安排，不可避免地打上了衡量多元利益、分配有限资源与协调复杂制度的烙印。对各种因素的综合考量和适时审夺，需要广泛的裁量空间；而价值分化、共识难谋的社会现实，又使何种基本权利应被优先保护、如何保护等决策事项，难获一致认同。两者合力之下，以立法者事先拟定实体要件，操控行政决策的具体内容，几成不可能之任务。于是，一种新的以目的为导向的法律范式被提出：“在‘目的模式’中个案之决定应否被作成，乃取决于其是否能达成法律所要求之目的，亦即其乃取决于该行为之效果。换言之，决定者的工作不再是对过去事实的调查，而是对其行为之未来效果加以预测，以决定是否作成该决定。因此，其乃‘输出取向’、‘未来取向’。”^{〔19〕}也就是说，“目的模式”下行政决策者所面对的利益衡量空间与立法者无甚差异。问题在于，行政机关并不具备立法者所拥有的代议制民主基础，行政决策概括性的组织规范依据亦不足以为决策过程中宽泛的形成裁量证成。于是，以参与辅助决策裁量运作，以慎议提升决策可接受性的程序主义法治，成为整合多元利益的正当化之路。^{〔20〕}

需要警惕的是，虽然立法和行政决策都是转换宪法基本权利客观价值秩序功能的的活动形式，但区别于立法结果的普适性和更强的行为引导性，行政决策显然更青睐于追求特定行政任务的实现与行政效能的提升。因此，尽管同样囊括公开、参与、论证等基本要素，但行政决策程序的整体设计不能完全复制以正式程序为主的立法程序，而应该更多地考虑具有灵活性的非正式程序。

美国行政法学就利益代表模式积累的失败经验，可以作为前车之鉴。美国罗斯福新政之后，行政裁量不断膨胀，行政机关拥有堪同立法机关的形成权限。当行政机关的职责，

〔19〕 张铜锐：《合作国家》，载翁岳生教授祝寿论文编辑委员会编：《当代公法新论》中册，台湾元照出版社2002年版，第570页。

〔20〕 对于“普遍主义的共识不可得，又期待存在某种可预期性的道德，那么承认共识的可修正性就自然成为妥协之后的选择”的程序主义行政法治的论述，参见郑春燕：《程序主义行政法治》，《法学研究》2012年第6期，第15页。

被界定为协调具有竞争性的私人利益时，“规制决定在本质上是政治性的”。^[21]对此，不论是传统模式下的“传送带”模式，或是新政初期的专家模式，都不能给予足够的正当性。为了解决广泛裁量授权带来的民主赤字和可能产生的权力滥用威胁，美国著名行政法学家理查德·B.斯图尔特（Richard B. Stewart）在1975年发表的重磅文章《美国行政法重构》一文中，开出了复制立法程序的利益代表模式之药方，以期使所有受影响的利益都能在具有立法特征的行政裁量运作过程中得到公平的代表。其中，正式听证程序是各利益团体表达意见的主要途径。相关的配套制度，包括影响报告、诉讼资格的扩张和严格审查标准的适用。^[22]然而，利益代表模式并没有根治行政裁量滥用及其带来的民主不足问题。相反，听证程序的复杂过程、应对影响报告的繁琐工作，加剧了规制疲软：“法律人推动的利益代表模式产生了规制过程的明显迟缓。主要的规章至少需要5年才能被通过。司法审查更会带来额外的迟延，若一项规制被法院撤销，还需要重新启动规则制定程序。其结果就是规则制定程序的‘僵化’。”^[23]时隔28年之后，当斯图尔特重新审视利益代表模式时，该模式对正式程序过份倚重从而造成的程序僵化弊端，清晰可见。

反观我国各地正在草拟或已经出台的“重大行政决策程序规定”，在未有学理清晰指引的情形下，显然未能充分关注程序的形式选择，与行政决策所负的行政任务及其宪法基本权利功能体系之间的内在联系。大多数草案或政府规章，均将听证程序作为重大行政决策过程中公众参与的主要途径，重点规范听证代表人的遴选、听证记录的作出等，而视非正式的座谈会、协商会为附属形式。^[24]如此一来，本就备受质疑的听证参加人的代表性问题，势必在将来成为攻击行政决策程序“走过场”的火力点。而听证程序繁琐的准备环节，对听证记录本身的过度强调，以及试图赋予所有程序参加者公益诉讼资格的努力，更会毁损行政决策自身的灵活特性，降低规制的实效。既然行政决策主要是作为宪法基本权利客观价值秩序功能的承担者，那么在程序的设计上就不应青睐参与个体主观权利的厘定和司法救济资格的扩张，而应将重心转移到那些有利于信息汇集、意见交流、分歧消除和共识形成的，更加个性化、多样的非正式程序之上，以推动相关制度的出台并提高制度的可接受程度。如美国环境保护局（EPA）在作出行政决策的过程中，仅公众参与的形式就有告知（inform）、咨询（consult）、参与（involve）、合作（collaborate）、授权（empower）五种，参与力度依次递增，公众对决策的影响也随之渐强。其中，合作形式会在最大可能的范围内，吸收公众的意见和建议；授权形式则直接将作出决定的权力赋予私人，行政机关遵守私人作出的决定。^[25]实践中，EPA会根据所涉决策的重要性、影响面、异议程度以及

[21] Sidney A. Shapiro, *Administrative Law after the Counter-Reformation: Restoring Faith in Pragmatic Government*, 48 Kan. L. Rev. 696 (2000).

[22] See Richard B. Stewart, *The Reformation of American Administrative Law*, 88 Harvard Law Review 1717 - 1759 (1975).

[23] Richard B. Stewart, *Administrative Law in the Twenty-First Century*, 78 New York University Law Review 447 (2003).

[24] 如《上海市重大行政决策程序规定（草案）》（2012年8月20日“中美行政决策程序与机制研究会”，内部交流稿），总共31个条文，就有5个条文专门就行政听证如何实施进行规定。广州市政府于2011年1月1日实施《广州市重大行政决策程序规定》（广州市人民政府令第39号）之后，专门颁布《广州市重大行政决策听证试行办法》（穗府办〔2011〕32号），作为配套制度。

[25] 2013年3月18日上午11:00-11:45美国环境保护局办公室，对美国环境保护局冲突预防和纠纷解决中心（Conflict Prevention and Resolution Center）资深替代纠纷解决专家、顾问（Senior ADR Specialist/ADR Counsel）David Batson的访谈。

EPA 通过决策程序预期实现的目标等，灵活地选择一种或多种方式与公众沟通或合作。这种机动多元的非正式程序选择机制，增强了行政机关协调利益、分配资源的能力，增进了公众对决策的理解和可接受度，最终提升了创造和维持有利于基本权利实现条件的可能性。

与此同时，行政决策程序的非正式性和可选择性，决定了行政决策内容的开放性与可变性。在宪法基本权利客观价值秩序功能的目标指引下，行政机关与私人之间的相互关系呈现出变动不居的特征。为了规范行政决策过程中的公私关系，必须借助行政法律关系作为基本的分析工具，在每一个特定的决策中，根据实体法律法规的规定和最终确定的非正式程序，剖析行政机关与私人的法律地位以及由此引发的法律责任。特别需要注意的是，行政内部的组织关系会对外部关系产生影响，行政决策之间也会相互掣肘；当行政决策的参与者是组织时，还可能发生组织损害个体基本权利的情形。这些都应作为分析行政决策的法律关系的大背景。

结语：司法中心之外的法治可能性

对宪法基本权利功能体系与行政法学总论内在关系的梳理，揭示了我国宪法基本权利的客观价值秩序功能的核心地位，以及行政法学控权论暗含的根基偏颇，并指出了以行政决策为基本概念的非正式程序行政法治路径。这一系列论证，促使我们反思行政法学基础理论的转型和行政法学研究方法的更新，同时也为正在进行的行政程序立法和行政诉讼制度改革提供了不一样的方向。

面对由我国政治经济体制决定的宪法基本权利功能体系，需要检讨的也许不仅仅是我国的行政法学基础理论。自 20 世纪 80 年代初恢复法制以来，法学同仁一直致力于探索我国法治的基本模式。作为舶来概念，移植或借鉴西方国家的法治模式自然成为最强声音。一如前面对德国宪法基本权利功能体系发展历史的介绍，西方主要国家在法治建设初期，在古典自由主义国家学说和古典自由主义市场经济体制的前提下，无一例外地尊奉基本权利的防御权功能，发展出以法院为中心的强调主观权利保障的法治模式。这一图景，被诸多的中国法学者描述为法治的理想模式，并以此为范本，将中国法治建设能否成功，押注在司法改革之上：“司法改革不仅仅涉及到法院或司法机构；它涉及到社会调整和国家治理模式的改变，涉及到社会意识的改变，甚至是人们思想方式的改变。”^[26] 司法改革甚至司法独立由此被视为中国法治改革的启动器。然而，宪法基本权利客观价值秩序功能延伸出的许多公私关系（尽管不排除客观秩序主观化的可能），绝非是否承认私人有无特定主观权利的简单法律问题，它涉及公权力对整体资源的配置与多元利益的协调，超出了法院合法性审查所能解决的范畴。正因如此，一些地方法院才会试图通过赢得党委的支持，获得更多规制行政行为的空间。“依靠党的支持和多种改革措施的设计，T 法院在行政机关面前提升了自己的地位，营造了更多规制行政行为的空间。所有这一切的发生不是因为司法已经独立。恰恰相反，关键在于法院积极地寻求和确保党政系统的支持。”^[27]

[26] 贺卫方：《中国法院改革与司法独立——一个参与者的观察与反思》，《浙江社会科学》2003 年第 2 期，第 83 页。

[27] Xin He, *Judicial Innovation and Local Politics: Judicialization of Administrative Governance in East China*, 69 *The China Journal* 41 (2013). “T 法院”为引文作者调研法院的简称。

援引法社会学的观察结果，并非否定司法改革的重要性，而是意在指出，我国宪法基本权利客观价值秩序功能为核心的定位，决定了法院有限的作为空间。强加法院过重的法治建设责任，容易造成民众期望与法院解决制度性问题能力之间的巨大落差，从而毁损法院的司法权威，挫败人们对法治的信心。事实上，即便是西方法治国家，随着行政任务的转型和实现行政任务的公私合作关系的建立，以司法为中心的传统法治模式也正在受到质疑，“合作的视角要求我们重新思考规制过程中的公私关系和责任。对这些角色的重新界定，必然会将法院从行政法理论的中心推向边缘”。〔28〕 纠结于西方传统的法治模式而不能，不如回溯到我国宪法的根基，直面行政中心的权力格局，发展以规范行政过程为核心的、参与式治理的程序主义法治。

Abstract: From the perspective of fundamental constitutional rights, administrative law has the important mission of ensuring the function of fundamental rights by defining, exercising and regulating administrative power. The transition of the function of constitutional fundamental rights affects the content of administrative task and determines the general approach to the rule of administrative law. The relationship between fundamental constitutional rights and administrative law has created the historical context of German administrative law, but is faced with difficulties when used to explain the constitutional foundation of Chinese administrative law. According to the logic of German administrative law, the dominant Chinese administrative law theory of power control should be based on the defensive function of fundamental rights. However, normative analysis reveals that Chinese constitution prefers the objective order of the values of fundamental rights and the defensive function of fundamental rights in Chinese constitution is not in a dominant position. This special arrangement of the function system of fundamental constitutional rights in China is rooted in the socialist system, which creates an administration-centered authority structure under the dual effects of power tradition and reality. Therefore, Chinese administrative law needs to shift its focus of attention from judicial review to administrative process. This means that it should base itself on the concept of “administrative decision-making”, which pays attention to objective law as another basic concept in addition to the traditional concept of “administrative action”, which focuses on personal claim, and realize the objective order of values of fundamental rights through the construction of an informal procedure of administrative decision-making. On the basis of these studies, reflections should also be made on the judicial-centered model of the rule of law in China.

Key Words: fundamental rights, the rule of administrative law, administrative decision-making, informal administrative procedure

〔28〕 Jody Freeman, *Collaborative Governance in the Administrative State*, 45 UCLA L. Rev. 95 (1997).