

## 第二节 行政权的性质与政府的角色

要理解政府的制度角色与制度功能，首先要理解行政权的性质。

行政权作为宪法学与行政法学的一个核心范畴，既是宪法学理论与行政法学理论展开与深化的基础，也是法治实践无法避开的一个关节点。有鉴于此，对行政权的性质进行反思与重构，并进而对政府的角色进行恰如其分的描述，不但是必要的，也是可能的。其必要性主要表现在：法律界、法学界关于行政权性质的认知，不仅会潜在地影响到行政立法、行政执法、行政监督等相关实践领域的走向，影响到政府角色的定位与政府行为的走向，还将在相当大的程度上，塑造着宪法学与行政法学理论的精神和风格。譬如，倘若我们把“主动性”视为行政权的根本属性，那就意味着，对政府行为的限制，将成为理论思考、制度设计的重心；但是，如果行政权并不总是“主动的”，那就表明，限制行政权、限制政府的理论，就不宜普遍适用。对行政权的性质与政府的角色进行反思和重构的可能性在于：行政权在当代的实践，已经提供了大量的、可供研究的素材；丰富的政府实践活动，有助于我们从理论上重新思考行政权的性质与政府的角色，有助于我们对行政权的性质与政府的角色，作出新的概括与新的提炼。

既然是“反思”，既然是“再认识”，当然就要尊重学者们已经取得的学术成果。因此，下文的主体大致分为两个方面：首先，对已有的代表性论述进行评析；接下来，从正面提出自己的观点。如果前者属于“反思”，那么，后者就是“重构”。当然，无论是反思还是重构，都有一个共同的对象，那就是行政权的性质及政府的制度角色。

### 一、相关文献的评论与反思

行政权的性质尽管是一个前提性的、基础性的法学理论问题，但是，专门针对这个问题的论著却比较罕见。在零零星星的学术成果中，学者们一般都是在讨论行政权的过程中，阐述了他们对于行政权性质的认知。归纳起来，代表性的论述大致有以下几种。

在《论行政权》一文中，应松年、薛刚凌认为，“行政权对行政事务的管理具有主动性、直接性、连续性、具体性等特点”，“行政权是国家权力的组成部分，是对国家立法权和司法权以外权力的理论概括，从这一意

义上说,行政权具有抽象性和整体性。此外,行政权还具有法定性”。与立法权、司法权相比,行政权的特点还有:对社会具有直接影响力、强制性、扩展性,等等。<sup>①</sup>按照这样一些论述,行政权的性质就应当包括:主动性、直接性、连续性、具体性、抽象性、整体性、法定性、强制性、扩展性,等等。笔者认为,这样的认知至少存在着以下几个方面的缺陷:一是相互矛盾。既然行政权具有“具体性”,那就不再具有“抽象性”,因为这两种属性是相互排斥的,同时强调行政权的具体性与抽象性,是难以令人信服的。二是不够贴切。譬如“扩展性”与“整体性”,对于行政权的性质,几乎就没有作出有针对性的回答;“法定性”是行政权的性质,但也是其他一切国家权力的性质,而且,严格说来,司法权的“法定性”也许比行政法的“法定性”更加明显,可见,以“法定性”概括行政权的性质,虽然可以成立,但却不够贴切。此外,关于行政权性质的上述罗列,似乎形成了一个体系,但是,众多要素之间的相互关联是什么,论者却没有给予必要的说明。

张树义、梁风云在《现代行政权的概念及属性分析》一文中,专门针对“现代行政权”,论证了三个方面的属性:“从属法律性”“职能多元性”“非专属性”<sup>②</sup>。其中,“从属法律性”是指行政权从属于法律,是法律之下的行政权;“职能多元性”是指,现代的行政主体已经不限于“守夜人”的角色了,相反,它们要承担多个方面的责任,譬如提供福利、发展经济、保护环境,等等,所以,行政权的职能趋于多元化了;“非专属性”是指,行政权并非由政府机构垄断,一些行业组织、社会团体也在事实上分享着行政权。这样的理论归纳,尤其是“职能多元性”与“非专属性”,有助于我们更加清晰地理解现代行政权的性质。但是,这样的表达也有它的不足:一方面,以“从属法律性”来概括行政权的性质,依然是一种相对传统的观点,对现代行政权的新趋势缺乏必要的关注与回应。另一方面,“非专属性”虽然描述了行政主体的多元化现象,但是,以之概括行政权的性质(属性),却给人隔靴搔痒之感,因为,“非专属性”也可以描述立法权、司法权的性质,譬如,立法权既是全国人大行使的权力,也是国务院、省级人民政府行使的权力;司法权属于法院,但当代中国的检察院也被定性为司法机关,也在

<sup>①</sup> 参见应松年、薛刚凌:《论行政权》,载《政法论坛》,2001(4)。

<sup>②</sup> 张树义、梁风云:《现代行政权的概念及属性分析》,载《国家行政学院学报》,2000(2)。

分享司法权，等等。相对来说，只有“职能多元性”，对于现代行政权的性质，给予了一个比较确切的概括。

在一篇关于“行政权与行政相对方权利”的论文中，罗豪才、崔卓兰认为，行政权具有委托性，是一种委托性的权力，其目的在于保障行政相对方、社会和国家的利益；行政权以强制力作为主要的构成要素，具有高度聚合的性质；等等。<sup>①</sup> 这篇论文虽然没有专门针对行政权的性质进行逐一的辨析，但是，我们仍然可以发现，两位学者眼里的行政权具有委托性、公益性、强制性、聚合性等多重属性。这些关于行政权性质的判断，即使可以成立，对其适用范围也必须予以严格的限制。譬如，主张行政权是人民委托的权力，具有委托性，基本上是在人民的立场上、宪法的层面上讲的，其主要功能在于描述行政权的合法性依据与正当性基础；主张行政权是一种维护、保障行政相对方、社会、国家利益的权力，描述的是行政权的应有价值，是对行政权“应然目标”的想象与期待；把强制力作为行政权的构成要素，则明显受到了原苏联法律思想的影响，它的缺陷在于：把行政权缩减成了警察权，把警棍、手铐之类的符号当作一切行政权的标志了。

在行政法学学者之外，法理学学者也从不同的角度，对行政权的性质提出了各自的见解。其中，郭道晖在一篇论文中提出，“行政权是指国家行政主体为执行国家意志，谋求社会公益，进行行政管理与服务而依法行使的公共权力”<sup>②</sup>。按照这样的表达，行政权的性质主要有：执行性、公益性、管理性、服务性、法律性。正如上文所述，这些要素虽然揭示了行政权的某些特征，但都没有紧贴着行政权自身的变化发展趋势而予以有针对性的描述，譬如，管理性虽然与行政权的性质有关，但“行政”与“管理”本身就是连在一起的，行政就意味着管理；服务性虽然顺应了“服务型政府”的要求，但它又是一个意识形态色彩比较浓厚的概念。

相比之下，法理学学者孙笑侠通过行政权与司法权的比较，就行政权的性质作出了更加全面的分析。他认为，行政权的性质或特征有10项，它们分别是：主动性、鲜明的倾向性、注重权力结果的实质性、应变性、可转授性、职业主体的行政性、效力的先定性、运行方式的主导性、机构系统内存在官僚层级性、价值取向具有效率优先性，等等。<sup>③</sup> 具体地说，行政

① 参见罗豪才、崔卓兰：《论行政权、行政相对方权利及相互关系》，载《中国法学》，1998（3）。

② 郭道晖：《行政法的性质与依法行政原则》，载《河北法学》，1999（3）。

③ 参见孙笑侠：《司法权的本质是判断权——司法权与行政权的十大区别》，载《法学》，1998（8）。

权的主动性不同于司法权的被动性；行政权的倾向性不同于司法权的中立性；行政权注重权力结果的实质性不同于司法权注重权力结果的形式性；行政权的应变性不同于司法权的稳定性；行政权的可转授性不同于司法权的专属性；行政权职业主体的行政性不同于司法权职业主体的法律性；行政权效力的先定性不同于司法权效力的终极性；行政权运行方式的主导性不同于司法权运行方式的交涉性；行政权的官僚层级性不同于司法权的审级分工性；行政权的效率优先性不同于司法权的公正优先性。这些对照分析虽然富有启发意义，但也有它的缺陷：刻意突显行政权与司法权的二元对立，而且，有些方面也失之准确，譬如，行政权的主动性与司法权的被动性，从应然的理论层面来看，似乎泾渭分明，但它对于现实的描述就不够准确，因为，在当代中国，行政权并非都是主动的，司法权也并非都是被动的——主动地送法上门、送法下乡，就是一些明显的例外。

以上分析表明，有关行政权的性质问题，虽然引起了一些学者的关注，但是，既有的研究成果，都没有针对这个主题，作出深入的、细致的、与时俱进的回答。

## 二、当代行政权性质的再认识

从运动、变化、发展的观点着眼，行政权的性质并不是凝固不变的。当代中国的行政权既不同于古代中国的行政权，也不同于西方各国的行政权，而是包含着自身特殊的属性。这些属性（性质）概括起来，主要表现在以下三个方面。

### 1. 行政权的执行性与自主性

在传统中国，并未有意识地划分行政权、立法权与司法权。强调行政权与其他权力在性质上的不同，是从西方近代开始的，是西方分权理论的产物，是“议行分立”的产物，尤其是英国式的议会主权理论及其实践的产物，同时也是西方式的现代性方案的一个组成部分。在哈林顿的《大洋国》一书中，曾主张把政府的权力分为立法权与法律的执行权。但是，哈林顿所谓的“法律的执行权”，包括了审判权。他认为，一般的法律执行权由行政官员行使，最高的执行权由人民行使。<sup>①</sup>可见，哈林顿眼中的执行权，既包括此处讨论的行政权，也包括司法权。但是，哈林顿的分权观，却启发了后代学者关于行政权性质的认知，那就是执行性。从此以后，把行政权作为一种执行性的权力，得到了一些

<sup>①</sup> 参见 [英] 哈林顿：《大洋国》，何新译，北京，商务印书馆，1996，第178页。

思想家的首肯。譬如，在洛克的《政府论》一书中，就建构了以立法权为核心的分权关系：立法权、执行权与对外权的划分；且相对于立法权的“最高性”而言，执行权和对外权还具有从属性和派生性的特点。<sup>①</sup>洛克在此所说的“执行权”，就是行政权。这就意味着，在洛克眼里，行政权也是一种执行性的权力。

但是，当分权理论走到孟德斯鸠那里时，就出现了一个明显的转向：行政权的执行性被弱化了。因为，孟德斯鸠分权理论的精髓是相互制衡：行政权要受到立法权的制约，但是，行政权也要反过来制约立法权，“如果行政权没有制止立法机关越权行为的权利，立法机关将要变成专制；因为它会把所能想象到的一切权力都授予自己，而把其余二权毁灭”<sup>②</sup>。因此，虽然行政权要执行法律，要执行立法机关的意志，但是，立法权也要受到行政权的制约，从这个意义上说，立法权也要尊重行政权，也要接受行政权的节制。按照这样的权力制衡理论，我们就不能把行政权视为一种执行性的权力了，因为，它并不是一个单纯的、被动的执行者，它同时也是立法权以及司法权的制约者。

可见，在洛克的理论中，行政权是一种执行权；但在孟德斯鸠的理论中，行政权的性质、地位与功能就已经出现了某种微妙的变化。然而，中国思想界并不在意这种微妙而重要的差异，而是习惯于大而化之地承认：行政权就是执行权。百年以降，这种来自异域的宪法观念与政治观念，已经在中国人的思想中扎下根来，并成为现代中国主流思想的一个组成部分。譬如，在20世纪上半叶，孙中山关于政权与治权的划分，强调政权属于人民、治权属于政府，从思想渊源上看，就源自于立法权与行政权的划分。孙中山所谓的“治权”，就是行政权；掌握治权的政府，就是人民意志的执行者。再譬如，20世纪下半叶以来，中国宪法文本中关于人大与政府关系的界定，依然沿袭了“议行两分”的现代传统，明文规定行政机关是“权力机关的执行机关”。但是，值得注意的是，行政机关的这种“执行性”，主要体现在应然的政治哲学、宪法文本的层面上：行政权是一种执行国家意志、人民意志的权力，因此，代表人民意志、国家意志的人民代表大会所颁布的一切法律、作出

① 参见 [英] 洛克：《政府论》（下篇），叶启芳、瞿菊农译，北京，商务印书馆，1996，第83页。

② [法] 孟德斯鸠：《论法的精神》（上册），张雁深译，北京，商务印书馆，1997，第161页。



的一切决议，行使行政权的政府都应当予以服从或执行；政府还应当向人大负责，接受人大的监督；等等。从这种应然的层面来看，行政权确实具有执行性，政府确实是一个执行者。但是，倘若着眼于实践层面，那么，当代行政权更加引人注目的性质，则是自主性。行政权的自主性，主要体现在以下几个方面。第一，在行政立法方面，政府已经具有相当大的自主性。按照现行的立法法，政府制定行政法规与行政规章，已经是一种极其常见的权力现象了。有一些行政立法，确实有人大制定的法律作为直接的依据；但是，也有相当多的行政立法，并没有国家法律的明确而具体的授权。政府在制定行政法规、行政规章的过程中，常常只需要遵循“不抵触”的原则就行了，而这种“不抵触”原则，实际上是为政府立法赋予了相当大的自主空间。第二，在行政执法方面，行政自由裁量权也是一种极富自主性的权力形态。行政自由裁量权的实质，就是行政权的自主性。尽管自由裁量必须遵循一定的规则，有相对固定的幅度，但是，这样的行政权之所以叫作“自由裁量权”，原因就在于，行政主体在行使这种行政权的过程中，是相对自主的：某种行为是否构成了违法，是否应当给予处罚，处罚的宽严程度是什么，等等，都属于行政主体判断、裁量、自主的领域。第三，在法学研究者比较熟悉的行政立法、行政执法、行政诉讼领域之外，行政权的自主性还体现在极其广阔的社会生活中。譬如，一个国家或地区的产业政策、发展规划、财政资金的分配、重大项目的布局，诸如此类的内容，法学界一般都没有给予足够的重视，但是，它们对于一个国家或地区的影响，却是巨大而深远的。事实上，这些都是行政自主的领域。此外，行政权的自主性还可以通过一个政府首脑的日常工作体现出来：对于一个总理、省长、市长、县长的日常工作而言，除了某些“红线”或“禁区”不能涉足、不能突破之外，他（她）的日常工作内容通常都是自主性的，绝不像一些法学研究者所想象的那样，是在亦步亦趋地“执行”其他机构的意志。

就世界范围来看，行政权的自主性日益增强，其背后的根本动因在于：行政权已经从一种消极的“守夜人”的权力，变成了一种积极的“发展者”的权力；政府也从“守夜人”的角色变成了“发展者”的角色。就中国当前的政治现实来看，行政权自主性的增强，可以归因于两个方面：一方面，从积极的方面来看，政府始终恪守发展的理念，相信“发展才是硬道理”，坚持不懈地追求经济指标，以至于政府的形象与运作模式在相当程度上已经接近于市场上的企业了。企业的自主性与政府的自主性，就

具有一定的可比性。在这种情势之下，政府已经习惯于积极主动地创造、促进、协调、分配越来越多的利益。在政府的日常工作中，也习惯地、自主地选择、判断、取舍。自主性的行政权，也就由此而诞生。另一方面，从消极的方面来看，行政权自主性的增强还有一个更值得注意的一个根源，那就是，政府要成为真正的执行者，还需要一个不可缺少的前提条件：议会是真正的主权者。当英国的议会主权成为政治现实之后，内阁（政府）才可能成为执行者。没有这样的前提条件，政府去执行谁的决议呢？政府的执行者角色，又将从何说起？在当代中国，由于宪法文本中规定的议会（人大）的实际地位在政治现实中并未得到全面的实现，政府作为执行者的角色，也就随之大打折扣。现在，单就中国议会与中国政府的实际关系而言，由于政府的财政收入与财政支出基本上是由政府自主决定的，议会并不能真正控制政府的钱袋子，因此，行政权的自主性是显而易见的。

## 2. 行政权的强制性与协商性

正如前文所述，多数学者都相信，行政权是一种强制性的权力，因此，强制性是行政权的一种重要属性。表面上看，这种判断似乎可以成立。因为在日常生活中，政府确实掌握着一系列强制性的权力符号，譬如警察、警车、看守所，等等。如果行政相对人拒不服从行政权，他（她）将可能被强制服从。从这个特定的角度上说，行政权确实具有强制性。

但是，随着社会的变迁，行政权的强制性已经趋于弱化，强制性的行政权已经发生了某种转型。在新的语境下，如果依然把“强制性”作为行政权的主要属性，是不够准确的。

原因之一在于，越来越多的行政权，都是以非强制的方式表现出来的。譬如，在行政指导关系中，行政权的行使者主要是提出指导性的意见。这种形态的行政权旨在实现某种引导的功能，行政相对人既可以遵循、听从这些意见，但也可以不遵循、不听从这些意见。这样的“行政指导权”，一般不具有强制性，而是带有某种协商的性质。再譬如，行政法学界比较关注的行政合同，其实质是民事契约在行政领域内的延伸。在行政合同的订立、履行过程中，虽然行政主体居于相对优越的地位，但是，它毕竟还是合同关系的一方当事人，它对于合同关系的另一方当事人，还必须给予一定的尊重。试想，在行政合同关系中，如果行政主体还是要依赖于强制力，那么，就无所谓“行政合同”，剩下的只是一方的命令与另一方的服从。可见，行政权的这些新形态，已经淡化了行政权的强制性色

彩，使行政权越来越多地呈现出协商的性质。

另一个原因是，法律的强制性本身就在弱化。这不仅是一个世界范围内的潮流，也是当代中国法律的一个变化发展的方向。它对于当代中国行政权的影响在于：在惩罚性、强制性的行政权依然存在的情况下，奖励性、协商性的行政权在迅速增长。譬如，北京市人民代表大会制定的《中关村科技园区条例》、深圳市人民代表大会制定的《深圳经济特区高新技术产业园区条例》，就明显地体现了行政权的这种转型：这些“园区”的行政管理机构行使行政权的主要方式，并不是强制和惩罚，而是奖励、鼓励与授权；行政权的目的，就在于为市场主体创造自由而广阔的发展空间。<sup>①</sup>此外，国务院制定的《科学技术进步奖励条例》、地方立法机构制定的有关见义勇为的奖励规则，诸如此类的法律法规，都为相关的行政主体授予了某些行政权，但是，这些行政权的性质，主要都是奖励性的。随着“奖励性法律”的价值越来越普遍地被接受，行政权的强制性还将进一步弱化。

此外，即使是在强制性相对明显的行政管理领域，协商性的成分也在增加。譬如，在行政许可领域，行政主体如果不批准行政相对方的许可申请，则必须向当事人说明理由。在行政处罚、行政强制领域，行政主体如果要运用强制力，也需要向行政相对方说明理由。如果行政主体的理由不能成立甚至不充分，很可能在行政诉讼中承担败诉的法律责任。随着“说理机制”的进一步完善，行政权的强制性依然存在，但是，行政权已经越来越多地以非强制的、协商性的面目出现了。

在当代中国行政权的变迁过程中，强制性的弱化与协商性的扩展，有两个重要的背景：其一是国家已经从阶级斗争的时代转向了经济建设的时代。在这个新的时代背景下，斗争、打击、镇压之类的“关键词”已经渐行渐远，取而代之的是社会和谐、相互合作、双赢互助。这些崭新的时代精神，为行政权的行使提出了新的要求：不能单纯地、片面地凭借强制力与暴力，而是要尽可能寻求行政相对方的同意、支持、理解。因此，在行政主体与行政相对方之间，就不能总是强制与被强制的关系，而是要相互对话、相互妥协，尽可能达成共识。2007年，轰动一时的“重庆最牛钉子户”事件的解决过程，就是一个极具象征意义的案例，它表明，当代中

<sup>①</sup> 关于这两个条例的详细分析及相关论述，可以参见喻中：《论城市立法的概念与理念》，载《四川大学学报（人文社科版）》，2002（1）；喻中：《论城市立法的价值冲突与价值选择》，载《同济大学学报（人文社科版）》，2003（1）。



国的行政权，已经更多地演化成为协商性的行政权了。其二是“服务型政府”的建设。“服务型政府”的实质是，强调行政主体要为行政相对人服务，要尊重行政相对人。虽然，这主要是一个意识形态上的要求，但是，它对于行政权的性质也产生了不容忽视的影响：旨在向公众“提供服务”的行政主体，就不宜过多地依赖强制力，而是必须想方设法地与公众沟通，尽可能满足公众的愿望，否则，“服务型政府”就不能体现出来。近年来，透过日渐流行的“警民联系卡”之类的符号，我们也可以发现，协商性的行政权已经越来越多地浮出水面了。

### 3. 行政权的公共性与自利性

从应然的层面上看，行政权应当具有公共性；就是在实然的层面上，行政权的公共性也是显而易见的：它维护公共治安，提供了越来越多的公共产品和公共服务。但是，与此同时，我们也应当注意到，在行政权的演变过程中，它对局部利益、自身利益的追求也越来越明显了；行政权在保持公共性的同时，自利性也在增长。对于这个判断，可以从以下两个方面加以论证。

一方面，“政府公司化”的现象比较明显。一个至关重要的标志，就是对GDP指标的追求。在当代中国，几乎任何一个地方政府，都面临着经济增长指标的压力。譬如，某个市政府下辖的各个区县之间，每年甚至每个季度，都要就经济发展的指标进行排名。这种政绩考核方式的实际后果就是促成了政府的“企业化”，促使政府必须像企业那样，追求经济发展指标。政府引入了多少外来投资，就相当于企业从银行或资本市场上融得了多少资金；政府获得的税收，就相当于企业获得的利润；政府没有足够的财税收入就不能有序地运行，就相当于企业没有利润也难以生存。有学者认为，现代公司的管理机制就是现代国家的缩影<sup>①</sup>，其实，反过来说也是成立的：现代政府的运作模式，也越来越趋于“公司化”了。如果说，企业必须追求自己的利润，那么，政府也有追求自己利益的强烈动机，这就是政府或行政权的自利性。在现实生活中，各种各样的地方保护主义、愈演愈烈的招商引资热潮、数量庞大的预算外收入，等等，都可以为“政府公司化”、行政权的自利化提供实实在在的佐证。

另一方面，“利益行政”的趋势引人注目。2002年3月，为了对行政权的运作状况进行实证研究，笔者曾经参与在重庆市范围内的一次问卷调

<sup>①</sup> 这个判断出自江平为梅慎实的《现代公司机关权力构造论》一书所作的序，该书于1996年由中国政法大学出版社出版。

查。在准备的1800份问卷中,向行政机关公务人员发放了600份,向行政相对人发放了600份,向负有监督责任的人大代表和政协委员发放的也是600份。但由于人力及时间等多种原因,仅回收794份,回收率仅为44%,其中,人大代表和政协委员的回收率最高,行政相对人的回收率最低。在发放的问卷中,有一个问题专门针对行政权的性质,给出的4个选项分别是:注重效率的管理论,注重“好处”的利益论,注重对行政权的充分授予与对行政权的法律控制的平衡论,以及注重社会利益的公益论。通过统计分析我们发现:公务员群体普遍不注重行政效率和公共利益,选择这两种价值倾向的都只有12%左右。选择“平衡”倾向的比例也不高,只占19%左右。我们猜测,这与其说是被调查者对行政法的平衡理论不感兴趣,还不如说是对“行政权受法律控制”不感兴趣。与前几种倾向的较低被选率相反,44.33%的被调查者在匿名问卷的前提下,非常坦诚地选择了注重“好处”的“利益行政”。这说明,行政权在实际运行过程中的自利化倾向已经非常突出。值得注意的是,如此评价行政理念的主体,绝大多数还不是行政相对人,而主要是行政管理者和人大代表、政协委员。从理论上讲,行政权源于人民,是通过人民代表大会的授予才取得的。只有为促进公共利益而行使行政权,才符合人民和法律向行政主体授权的初衷。但是,实践中的行政权在较大程度上已经成为政府机关追求自身利益的工具了,从而使行政权的性质从公共性异化、蜕变为自利性。

以上两个方面,虽然都可以描述行政权的自利性。但是,这又是两种不同的自利性。对于“政府公司化”而言,其正当性应当予以总体上的承认。当代中国经济的迅猛发展,地方各级政府功不可没,这就说明,地方政府的积极性发挥出来了。这种积极性的发挥,与政府的企业化运作方式彼此呼应甚至互为因果。而且,地方政府在追求地方经济发展指标的过程中,对于一个地方的公共利益,也产生了积极的促进作用。然而,对于实践中的“利益行政”而言,则是一个值得认真分辨的“疑难问题”。在当代中国的宪法学与行政法学理论中,反对行政主体追求自身利益,是一种主流的、共同的声音。但是,在实践中,“利益行政”的现象又相当突出。在“应然”与“实然”反差如此之大的情况下,行政主体追求自身利益是否具有某种“有限的合理性”?或者说,要不要在行政法学理论中承认行政主体的自身利益?承不承认行政主体是社会多元利益主体中的一个特殊主体?如果不承认,现有理论还能否反映行政权的实践?如果承认,行政法及其他法律又该如何严格限制行政主体的利益追求并调整它与社会公共

利益之间的冲突?<sup>①</sup> 不过,从行政权的性质着眼,无论是否承认“利益行政”的“有限合理性”,我们都可以体会到,行政权的自利性已经越来越清晰地呈现在我们的面前了。

### 三、从行政权的性质看政府的角色

以上分析表明,行政权的性质是一个基础性的法学理论问题。在认真对待已有研究成果的基础上,笔者根据行政权发展的新态势,就行政权的性质进行了新的总结与概括,论证了行政权的执行性与自主性、强制性与协商性、公共性与自利性。这三对范畴、六个方面,就是笔者对于行政权之性质进行理论重构的结果,政府的角色也就随之浮出水面:首先,在现代性的法学话语中,政府是执行者,但在中国的政治实践中,政府更多地充当着自主的、主动的行为者的角色。其次,政府的强制者角色依然存在,但政府作为协商者的角色,已有逐渐凸显的趋势。政府作为强制者,最明显的载体是警察机构,这样的强制力大概会永远存在。但是,政府的角色毕竟不能缩减为警察的角色。在履行强制者角色之外,政府已经开始履行协商者的角色。最后,在应然的层面上,政府是一个共同机构,是共同利益的维护者,但从实然的层面上看,政府的“公司化”趋势已经比较明显,在追求自身利益的方向上已经越走越远。根据以上三个方面,我们可以发现,政府的角色是多重的,甚至可以说是色彩斑斓的,而不同角色之间也是相互冲突的。

这种理论重构的意义体现在两个方面:一方面,在理论层面上,它揭示了行政权的新形象。在传统的法学文献中,行政权的根本形象是执行性。与之形成对应关系的立法权则具有自主性。这种关于“行政权—立法权”关系的想象与定位,在很大程度上是经典的民主政治理念与议会主权体制的产物。然而,即使在强化民主政治理念与议会主权体制的当下,行政权也不可能成为一个消极、被动的权力形态。在实践中,行政权的自主性、创新性、变革性,在某些层面上还领先于立法权。这就意味着,我们必须根据社会发展的状况,重新勾画行政权的性质。另一方面,在实践层面上,对行政权性质的重构,有助于完善相关的制度安排。因为,针对执行性的、强制性的、公共性的行政权,可能会形成某种特定的法律规则;而对于一种自主性的、协商性的、自利性的行政权,则需要另一种法律规则。对于行政权性质的重新建构,实际上是对行政权的优势与劣势的重新

<sup>①</sup> 参见喻中:《依法行政:从理论到实践到底有多远》,载《行政法学研究》,2004(2)。

估量、重新诊断，这是全面发挥行政权的能动性、有效规制行政性的前提条件。

笔者的结论是，行政权的性质并不是静止不变的，而是不断发展的。在当代中国，政府行使的行政权具有执行性、强制性、公共性。但是，更值得注意的，是政府的自主性、协商性、自利性。如果仅仅着眼于前者，完全忽视了后者，那么，由此而建构的宪法学理论与行政法学理论，就可能对现实失去应有的关照；由此而安排的宪法框架，就可能满足不了社会现实的需求。