

行政权下的公民权利之辩

孙丽岩

摘要: 公民权利象征着社会中公民享有自由的维度,这种自由是在行政权管控下的相对自由,并不是所谓不受限的“自然权利”。行政权由于其公众性、公益性,承担着为公众利益而监督权利行使的任务。当然,行政权的管控并不是随心所欲的,尤其是在建设和谐社会的背景下,行政权在配置、管理公民权利时,时刻应将公民权利至上的观念置于首位。

关键词: 公民权利;行政权;限制

自由的人们讨论他们的政府,并非基于政府的“恩准”,而是基于他们的“权利”^{[1](P.8)}。

——[美]亚历山大·米克尔约翰

引言

孟德斯鸠曾经讲过“自由就是做法律所许可的一切事情的权力。”洛克也认为:处于政府之下的人们的自由,要有一个长期有效的规则作为生活的准绳,这种规则由社会所建立的立法机关制定,并为社会的一切成员共同遵守。现代社会的人们也充分意识到“你若要被公平对待就必须付出高昂的代价。”^①这意味着,任何社会发展阶段的公民权利只是一种相对的自由,并且在不同社会阶段分别体现为不同的形态、内容。而另一方面,“行政体制的不断扩大成为上世纪以来社会最显著的变化,如今,许多权利价值观受到行政的影响甚至大于司法的影响。”^②2008年出现在江西的赵C姓名权行政诉讼案,^③再次将公民权利的自由与行政权的限制这一古老的两难话题摆在面前,促使我们进一步思考,在现阶段,行政法上自由与权力的界限在哪里,自由依附权力,抑或是服从权力?

一、行政权下是否存在自然权利之辩

公民权利相对于行政权,无论是从概念上还是实际内容上,都早于行政权而产生。“权利是一种观念,也是一种制度。当我们说某个人享有权利时,是说他拥有某种资格、利益、力量或主张,别人负有不得侵夺、不得妨害的义务。若无人承担和履行相应的义务,权利便没有意义了。所以,一项权利的存在,意味着一种让别人承担和履行相应义务的观念和制度的存在,意味着一种文明秩序的存在。”^{[2](P.1-2)}

所以,从权利的产生来看,自从有了人类社会它就以一种应然的状态而存在,且随着社会的进步不

作者简介:孙丽岩,法学博士,厦门大学法学院副教授。

① Steven Greenhut *A buse of power: How the Government Misuses Eminent Domain*, Seven Locks Press, p. 52 (2004).

② Kenneth Culp Davis *Administrative Law and Government*, West Publishing Co. p. 13 (1960).

③ 2006年8月,赵C到鹰潭市公安局月湖区分局江边派出所换发第二代身份证时,被告知名字里面不能有“C”字,无法录入公安户籍网,建议其改名。2007年7月6日,赵C向鹰潭市公安局提出申请,要求继续使用“赵C”一名,未获批准。赵C认为,既然公安机关在其出生时把“赵C”的户口和第一代身份证都给办了,现在又强迫他改名,显然是侵犯了其姓名决定权。2008年1月,赵C将鹰潭市公安局月湖分局告上法庭。2008年6月6日,鹰潭市月湖区人民法院对此案作出一审判决,赵C胜诉。鹰潭市公安局月湖分局提出上诉,最终双方最后达成和解,法院据双方和解协议作出二审裁定:撤销鹰潭市月湖区人民法院一审判决;赵C将用规范汉字更改名字,鹰潭市月湖区公安分局将免费为赵C办理更名手续。

断地充实着自身内容。不同时期的学者试图从不同的角度来定义权利的内容,比如利益、权力、资格、主张等,这些界定从不同层面给世人展示了权利的面貌,揭示了权利的天然内容。通过这些定义,现代社会的公民权利总体展现给我们的状态是:公民可为一切不为法律所禁止的行为,政府不得为一切未经法律授权的行为,这就是权利在社会中存在的理想状态。如柏拉图描述的“自由在哪里,哪里的人就可以随心所欲地梳理自己的生活吗?很显然。于是这个城邦里就会有最多样的人物性格。必定的。那么这看上去可能就是城邦中最好的一个,犹如锦绣衣裳,五彩缤纷。”^①

但是事实上,任何公民权利中蕴含的自由都不是绝对的,它必须受到现存社会治理结构以及现行制度的约束,其中行政权的约束是最常见、最普遍的一种方式,犹如市场与政府的依存关系一样重要。^②

行政权是一种社会治理权,它与强权、强制力等紧密相伴,以相对强权来维护社会秩序。通说认为,行政权的本源来自于民众的授予,为公共利益而服务于大众,比如霍布斯、洛克、卢梭等人倡导的“社会契约说”就认为国家权力即公权,是由社会中各个人舍弃其自然权利的一部分或全部,以社会契约形式让渡给国家或社会整体,使之能以其所获得的权力,反过来保障每个人的自然权利。霍布斯认为人民以社会契约永弃主权于政府中的君主或寡头,人民一旦转让了其权利,就必须绝对服从政府的权力。洛克则认为人民是以社会契约暂寄主权于政府或社会整体,政府无道,人民还可收回主权。两者观点虽有局部差异,但都认为国家或政府的权力源自人民的授予(转让);人民的权利让与政府,变为政府的权力以后,则人民自己不再享有或暂时不享有这项权力。国家只拥有为维护社会公益,也就是为维护公民共有的、平等的天赋权利而应有的必要的有限的权力。自然法学家所谓的“社会契约”虽无科学与事实的根据,但自有其道义与政治的价值,而且也可以启迪我们对公民权利与国家权力之间关系的法理思考。

按照通说,近现代社会中的国家权力来源及行使依据主要表现在两个方面:直接的来源及依据是国家对社会公共资源的控制;根本的来源及依据则是人民以明示(如公开选举等)或默示的方式授权或委托。即使是凭借武力强行获取的权力,也必须以一定的方式和途径获得大众的认同,否则就不可能成为真正的权力。从权力来源而言,是公民通过让与“赋予”了国家机关某些权力,而国家机关是不可能“赋予”公民权利的。

而传统的功利主义学派认为,国家是基于服从的需要而产生的。人们之所以产生服从的需要是在于功利。国家来源于功利,国家的存在目的也是为了实现功利,为最大多数人谋取最大幸福。也就是通过提供公共服务来满足最大多数人的需要,谋取最大多数人的最大幸福。社会连带主义认为,“国家只不过是同一社会集团的人们中间的一种自然分化的产物”^{[3](P.8)},国家和法律的共同基础是社会连带关系。“公共服务的概念正在取代主权的概念。国家不再是一种发布命令的主权权力。它是由一群个人组成的机构,这些个人必须使用他们所拥有的力量来服务于公共需要。公共服务概念是现代国家的基础。没有什么概念比这一概念更加深入地根植于社会生活的事实。”^{[4](P.12)}换句话说,公共权力的目的在于“创设秩序和稳定”,满足公共服务的需要。

从上述的传统理论看来,公民权利似乎并不需要依附于代表国家的行政权而存在,而是源于一种自然需求或自我满足的状态,以近乎自然天成的方式表征着公民在社会中至高的地位。但是,上述理论同时也表明,所谓的自然权利其实是不存在的,任何公民权利并不是单纯表现为其内心独白,而是以一种协调的公共利益形式作为存在方式。“公共利益证明是某个集体的私利。集体的私利来自于集体中惟一自然的因素亦即个人的私利。人人出于本性都在追求他自己的利益,而且仅仅是他自身的利益。正义却告诉我们要追求别人的利益。正义所要求于我们的乃是违反自然的。自然的善、不依赖于人们的奇思异想和愚蠢的善、这种实质的善乃是被称作‘权利’或‘正义’的那种虚幻不实的善的反面。此种自

① 转引自[美]玛丽·安·格伦顿《权利话语——穷途末路的政治言辞》,周威译,北京大学出版社2006年版,第7页。

② Robert Ellickson, *Order without Law*, Harvard University p. 69(1993).

然的善乃是每个人出于本性所趋向的他自身的善,而权利或正义只有通过强制、而且最终通过习俗才有了吸引力。即使是那些强调权利来自自然的人都得承认,正义在于一种相互性:想对自己做的,对别人也要这么做。人们之所以要利他,是为了他人来利己:想要受到善待,就得自己先表现出善意。”^{[5] (P. 107)}同时,这种公民权利的相互实现要以组织权力的方式得到保障,“任何集体范畴、任何阶级、任何群体本身都没有或不可能行使权力。”^①“权利既可以作为判断公共机关决定合法与否的法律标准,而且也是证明法院行使司法权正当的规范基础。”^②现代社会的行政权正是协调公民行动,引导公民自然权利回归公共利益需求轨道的途径。“权利理论中没有任何东西表明或暗示应该或者必须给予个人以高于社会的优先权”,也“并不要求给予个人绝对的自由,或者要求允许他们为了实现他们的个人需要而牺牲他们所属的社会”。^{[6] (P. 16)}

因此,客观上,公民权利本质上需要外界组织的介入,才能彻底完成权利的相互社会置换。而从权力的本源来看,它也是最能实现这一目标的方式,因为权力是“掌权者强制其从属者服从其意志的能力”^{[7] (P. 54)}。这是从包括行政权在内的权力行使表象和结论来体会权力的特性。但是,行政权并不以从属者完全服从作为其存在的目的,“行政乃是为实现某个私人目的或公共目的而在具体情形中对权力的行使”^{[8] (P. 364)}。行政权更多地表现为一种社会手段,为公共目的和利益而存在的社会行为方式。“共和的根本原则是天下为公,国家权力是公有物,国家的治理是所有公民的共同事业。”^{[9] (P. 104)}既然行政权是为了实现共同的事业或目标,就无法做到面面俱到,充分照顾到每一个个体或者每一个社会小团体的利益。最公平的状态也只能是在大的社会框架下,寻求一种相对的、动态的平衡,将社会的需求控制在整体可调控的轨道上,以实现社会公共目标。

由此可见,在现代行政框架内,出于权利实现的内在客观需求以及行政权的公共目标,既不需要也不可能存在完全的、毫无限制的自然权利,只存在国家认可、庇护下的自然权利,“唯有自我保全的权利才是无条件的或绝对的。……国家的职能并非创造或促进一种有德性的生活,而是要保护每个人的自然权利。”^{[5] (P. 185)}

二、行政权与公民权利的地位之争

当代社会,个人的公民权利与国家权力在形式上处于一种混同的状态,两者分别代表了公民权利的独立性和社会性两个层面,“对个人权利的承认不仅意味着对个人需求和个人身份的个人性承认,而且意味着对个人需求和个人身份的社会性的承认。”^{[2] (P. 11)}但是,混同并不等于没有区别,或者说两者之间不需要科学的界定,实际上两者在社会中是存在截然不同的划分的,这就是公民权利与行政权的势力范围划分。

首先,公民权利是建立在尊重个人价值基础上的社会价值共同体,并不是个体私利的肆意放纵。公民作为社会个体,他享有的权利除了不能超出特定的社会发展阶段、经济水平以及文化氛围外,它还必须以社会需要和满足作为权利的界碑。“尽管权利具有浓厚的个人色彩,但没有一个‘人权’的阐释者愿意去闯无人迹的地方,在与世隔绝的孤岛上享受这些权利。”^③德沃金更进一步从权利的主体与社会群体的关系上进行评价说“权利理论中没有任何东西表明或暗示应该或者必须给予个人以高于社会的优先权”,同时,“并不要求给予个人绝对的自由,或者要求允许他们为了实现他们的个人需要而牺牲他们所属的社会”^{[6] (P. 16)}。所以,从公民权利的意识产生以来,它就不是脱离社会阶段而存在的理想产物,必须符合社会的整体要求,以群体利益的形式体现。这种权利的现实性、被动性是人作为生活的主体必须承受的社会因素,超越社会因素之外的权利是不为社会认可和接受的。“权利的发展与社会的发展是互动的。尽管我们可以坚信每个人在作为人的意义上都应该享有一些不可剥夺的权利,但是,每个人

① Adolf A. Berle, *Power*, New York: Harcourt, Brace & World Inc. p. 63 (1969).

② Thomas Poole, *Legitimacy, Right and Judicial Review*, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 25, p. 697 (2005).

③ 转引自[美]汤姆·L·彼彻姆《哲学的伦理学》,雷克强等译,中国社会科学出版社1990年版,第312页。

对权利的感知、要求和获享,以及道德、法律和体制对这种感知、要求和获享的承认与支持,都取决于每个人所在的社会,并且唯有通过该社会的发展才能得以增进。”^{[2] [P.30]}

除了需要限定在社会发展的可承受力,与社会发展形成互动外,公民权利还必须满足人的双重身份要求,即作为个体的人和作为组织的人的双重要求,这同时也决定了公民权利的绝对自由与相对不自由并存。“作为一个真正的市民,他处在双重的组织中,即处在官僚组织(这种官僚组织是彼岸国家的,即不触及市民及其独立活动的行政权在外表上和形式上的规定)和社会组织即市民社会的组织中。但是在后一种组织中,他是作为一个私人处在国家之外的;这种组织和政治国家本身没有关系。第一种组织是国家组织,它的物质总是由市民构成的。第二种组织是市民组织,它的物质并不是国家。在第一种组织中,国家对市民说来是形式的对立面,在第二种组织中,市民本身对国家说来是物质的对立面。”^{[10] [P.340-341]}这意味着,公民作为个体存在时,他(她)是世俗的,他(她)可以随心所欲地实现自身期望的权利;但是,公民作为国家或社会成员存在时,他(她)又必须是不自由的,要服从于包括法律在内的所有社会规则,满足社会所达成的形式上的人人平等,“权利是自由与控制的统一体”。^①

其次,在当代社会,公民权利基于自身特点而受制于社会共同的价值需求,而这种公民权利受制约的形式则主要表现法律的限制,也就是有学者所称的“权利是法律之子”,“在一个多少算得上文明的社会里,一个人之所以能够拥有一切权利,期待享受属于他的东西,其惟一的来由是法律。”^②或者说“权利是由法律规范赋予其法律地位和存在能力的”。^③黑格尔也认为,要实现权利,必须满足三个条件:权利意愿的表达;对物的占有;他人的承认。其中,“他人的承认”指的就是要把权利以外在的形式表示出来,得到他人的承认。^{[11] [P.54]}需要澄清的是,法律并不是公民权利的来源,也并非一些学者所认为法律是对自然权利的确认,相反,法律是对权利作出一种约束,起到划定权利界限的作用。这种法律界限体现在两个方面:一方面,它预示着公民可以明确享有的权利范围、条件、方式以及后果等等;另一方面,它为权利主体划定范围的同时,也向主体之外的其他人筑起一道藩篱,告诉其他人自己权利不容他人侵犯,“市民社会成员的权利一旦在法律上得到了承认,这便意味着任何对权利加以侵害的行为,或对社会成员一人的侵害,都是指向普遍事物或全体的,侵害的行为也不只是影响受害人的存在,而是涉及到整个市民社会的观念和意识。”^{[11] [P.228]}

但是,法律确认的权利并不能代表公民权利的全部内容,除了法律体现出的权利界限外,还必须考虑道德权利、习惯权利的存在。^{[12] [P.42]}比如赵C姓名权案中,对赵C姓名的认可除了顾及法律上权利的认可外,还要充分考虑社会的整体评价,以及相关道德规范的约束等等,是一种社会的总体评价。再比如父母对子女的抚养权,并不是任何情况下都必须得到行政权的保护,相反,行政权对抚养权还应从社会伦理道德、社会现实角度作出相应的限定。“贫穷的母亲通常因为孩子父亲的身体虐待与之离婚;一旦婚姻破裂到来,她们就想让他脱离自己的生活。如果政府机构强制一个愤怒的、污言秽语的男人开始支付抚养孩子,他将重新主张自己的亲权,并且开始再次骚扰孩子的母亲。实际上,在法律中煽动这种灰烬并不是个好办法。”^④法律上认可的权利和划定的边界,仅仅只是一种后发式的确认和宣示,在实践中还不乏对权利的法律之外的评判,或者法律还没有意识到的权利领域。这些实践操作中的具体做法,迫切需要行政机关在日常实践活动中逐渐摸索实施。

再次,行政权属于法定执行权力,担负着在法律框架内实际锻造公民权利的功能。洛克认为“政府所有的一切权力,既然只是为社会谋福利,因而不应该是专断的和凭一时高兴的,而是应该根据既定

① Carl Wellman *An Approach to Rights the Netherlands: Kluwer Academic Publishers* p. 5(1997).

② Bentham *Answer to the Declaration quoted from Hart Essays in Jurisprudence and Philosophy*, New York: Oxford University Press p. 181-182(1983).

③ Carl Wellman *An Approach to Rights the Netherlands: Kluwer Academic Publishers* p. 5(1997).

④ Christopher Jencks *The Hidden Paradox of Welfare Reform*, American Prospect, Vol. 32 p. 36.

的和公开的法律来行使”^{[13] (P.86)}。按照多数学者的定义,行政权理论上属于国家权力的组成部分,是一种执行权,负责在现有法律框架内执行立法机关的意志(法律)。也就是说,法律相比行政权具有至高无上的地位,一方面因为有法律对公民权利进行了明确的规范,从源头上明确了权利范围,避免公民权利处于游离状态,为彼此之间的权利行使树立天然屏障。另一方面,权利的法律权威性保证了个人权利不受行政权的恣意干涉,行政权同时担负着维护和修正公民权的双向功能。

在现代社会,行政权维护公民权利主要体现在为公民权的行使创造条件。行政权的诞生是因为社会需要强制力矫正成员中危害他人以及社会公共利益的行为,促进社会整体福利的需求。而当行政权逐渐得到全社会的认可之后,它的行使也必须围绕公共福利和社会秩序的目标来进行。行政权力建设和维护公共秩序,为公民权利的实现提供条件,其主旨就是为了促进公共利益的发展。由于行政权力必然面向社会多元利益,即局部利益与全局利益不同、眼前利益与长远利益相异、特殊利益与共同利益并存、个人利益与集体利益有别、少数人利益与多数人利益共生。行政权力不仅仅局限于某一类或者某些群体利益,而是整合社会整体利益,从社会一体化需求的高度创造权利行使的条件,试图建立形成、维护和发展社会利益结构,最大限度地为最大多数人谋取最大的利益。

综上,社会关系中的行政权与公民权利,处于一种互动平衡的状态,公民权利在行政权的服务和庇护下受到保障和发展,而行政权通过作用于公民权利实现着必不可少的公共服务功能。“任何因其与社会团结的实现与促进不可分割、而必须由政府加以规范和控制的的活动,就是一项公共服务,只要它具有除非通过政府干预,否则便不能得到保障的特征。”^{[14] (P.53)}

三、行政法配置公民权利的必要性探讨

现代社会中,公民权利作为受限的相对自由,受到包括法律规范在内的诸多社会因素的约束和限制。“在简单社会,法律——以及法律实施机制——仅仅以初始化形式存在,他们通常关注的是禁止、惩罚谋杀、盗窃等具体行为以及为此进行赔偿等有限目标。鼓励积极善行、制裁不作为行为则留给了其他社会规范——习惯、约定以及宗教。”^{[14] (P.109)}但是,现代社会中的法律特别是行政法已经脱离了这种单纯约束、制裁的状态,转而主要是通过配置权利,辅之以约束不良权利,来实现对公民权利的保障。为何公民权利主要需由行政法进行配置,法律约束下的行政权在其中的作用究竟如何发挥?政府行政权与公民权利之间,是否存在如哈贝马斯所言的权利保护与政治合法性的交换?^① 辩明该命题,有利于进一步剖析行政权与公民权利的互动衍生关系。

公民权利源于公民作为自然人个体享有的天然权利,但是这种天然权利从应然转化为实然,其中需要经过社会的沉淀、过滤,通过社会规则形成模式化的全民权利体系。因此,权利终属于个人,但是权利却来源社会归属感的认同、统一。这种个人权利归属于社会权利在表现形式上就体现为,社会通过各种途径对自然权利进行归纳、分配,根据社会群体的需要及社会承载力合理安排权利归属。现代社会,这种公民权利的配置主要通过行政权来实现,行政权分配公民权利成为必然甚或是惟一的选择。

首先,服从权力分配下的权利对权利主体来讲是一种必备、必须的选择。对权利主体来讲,服从权力的分配是与必备的社会价值认同观保持一致,而这种一致性能保障权利的合法性、可执行力。公民权利受到社会认可并得到他人的尊重和保护,基础是这种权利符合社会的基本价值观念,与社会占统治地位的权力取向趋于一致。“在我们发展道德理想和努力推行它们的同时,我们也会被驱使作出妥协,把那些能发挥作用的原则作为正确的原则加以接受;但究竟什么能发挥作用在很大程度上取决于现存的组织,也就是说取决于权力。”^{[15] (P.89)}正是得益于权力的权威性,公民权利在社会中才得以正当存在,并在社会认可的范围内获得相对自由的发展。在社会这种组织体中,“包括我们在内的一些人已经强调了复杂组织作为联盟的特征,而这总是就个人成员间的协议来说的,即每个人贡献一些东西并且相应取

^① Habermas *Between Facts and Norms*, MIT Press 1996, p. 29.

得一些回报。”^{[16] (P.171)}服从管理权利的社会权力,正是权利享有者回报社会的方式,“在人类的心理中,服从的本能,及一种服从的热望,与人类的权力意志同样突出,甚至在政治上更加重要;……权力意志与服从的意志是连锁的。”^①

此外,服从权力对社会权利的调配,甚或是一种必不可少的选择。对社会中业已形成的社会治理机构及权力结构而言,它已经具有了社会优势地位,为了巩固这种优势地位,权力机构会在不危及地位的情况下充分顾及权力对象(权利主体)的利益。因此,服从权力机构安排的权利成为一种本能和无意识的接受,当然,这种接受也是必须的、益己的。

其次,行政权天然具有分配公民权利,扩展权利范围,保障权利实现的价值和目标。公民权利来源于自然权利,但是,自然权利与公民权利的范畴并不完全重复,这种具体内容上的差异一定程度上就是权力分配造成的,是权力博弈或斗争的产品。在权力博弈过程中,具有共同利益和权利诉求的个体团结组成群体,把个体自然权利演化为团体需求,“人们不是被视为一个人而是始终被视为这一个特定团体的成员”^{[17] (P.97)}。权力在团体权利之间博弈的结果,使得权力与权利向一定的阶层或阶级集中,在权利的背后“潜藏着冷冰冰的阶级地位和阶级关系现实”^{[18] (P.281)}。在权力团体内部,为了相互实现权利的平衡,团体成员通过一定的手段分配具体权利,认可、呵护彼此的权利,竭力维持相对的权利平衡。在权利团体外部,也需要通过分配和强制并行来实现对既得权利的维护。而行政权是重要的手段之一。

行政权是建立在行政主体和行政相对人之间的一种权力关系,属于公共管理和公共服务整体中的组成部分,具有公共因素。^②“权力只能通过在某种关系中实施才能表现出来。在这种关系中,一方(或多方)行动者必须依赖于另一方(或多方)行动者才能实现大家的共同目的,而这一共同目的又制约着他们各自的目标。因而对于一方,权力就成了强制性条件。更明确地说,权力只能通过在某个给定的关系里的行动者的交换中表现出来。”^{[19] (P.52)}社会民众认可行政权,一方面是行政权分配的空间给予了双方极大的自由权,通过授益的方式给予民众权利,扩大或增强了公民权利的范围,“权力因此存在于权力关系各方参与者所支配的自由余地之中,即存在于一方所拥有的能够拒绝另一方要求他做某事的或大或小的可能性之中。所有的力量、实力、财富、声望、权威……”^{[19] (P.54)}另一方面,行政权通过权力的强制手段,促使权利的享有者及义务人尊重权利,这种约束对权利双方都是必须和必要的,发挥着自我控制的作用。“一种权利如果没有任何强制力量的支持,就不可能在社会生活中存在和实现。这种强制力量或者表现为一种超现实的精神力量,或者表现为现实的公共强制力量。”^{[20] (P.92)}精神力量主要表现为信仰,而公共强制力则表现为行政法规范下的政府行政权管理手段。“一个建立在共同同意基础之上的自由政府可以而且经常必须使用强力以迫使公民们遵守法律。事实上,它必须比任何一个公民或一群公民都要强大有力。政治自由并不意味着免于控制的自由。它意味着自我控制。”^{[1] (P.6)}

再次,公民权利对包括行政权在内的权力依附,促进了行政权的产生和发展,丰富了行政权的内容。权利对公民个人而言,表征着个人利益,体现了个人的社会价值;对于社会而言,权利预示着一种法律规范下的社会秩序,“法是人的行为的一种秩序”^{[21] (P.3)}。而社会秩序的建立,有赖于立法权和行政权的相互配合,其中行政权直接担负着维护权利秩序的重任。从权利与权力的发展互动来看,每一阶段的权利进步,都不同程度地影响、决定了配套的包括行政权在内的国家权力的发展,现代社会中这种互动对行政权的促进作用则更加明显。“一种新的法律文化伴随着福利国家的形成而出现。它的显著特点是一种我称之为对正义的一般期待的态度。相当一部分人拥有很强的权利意识,当灾害和不公正发生时,他们希望能有权利作出某种反应。”^③

从行政权自身的特性来看,行政权具有管理性和公益性,其中公益性体现的是行政权的义务性质,

① 转引自刘军宁《权力现象》,香港商务印书馆1991年版,第81页。

② Peter Cane *Administrative Law*, 4th, Oxford University Press, p. 40-41 (2004).

③ Lawrence M. Friedman, *otal Justice*, New York: Russell Sage Foundation, p. 69 (1985).

因为对社会公共利益的维护和负责,是行政的基本职责所在^{[22] (P. 52)}。行政本质上历来被看作是一种管理,即对社会公共事务进行组织管理,通过对相对人行为的管理实现对社会关系的控制。这种管理以相对人为直接对象,而以社会关系为间接对象,良好的、和谐的社会关系是其管控的目标。管理对象的复杂化,社会关系需求的变动,都能使得行政权应声而动,否则社会将失去管理处于失控状态。

从公民权利演化的过程可见,随着商品经济逐渐发展,在树立现代自由、平等观念的基础上,权利本位观念建立和发展起来,政府行政权保护个人权利特别是财产权利成为政府建立的终极目标。特别是权利的范围渐次扩大,交叉领域愈来愈多,对行政权这把“保护伞”的依赖感也越来越强,客观上这种依赖感催生了行政权的不断发展,以满足权利进步的要求。我国改革开放以前,人们基本的物质生活处于相对匮乏状态,民主法治观念也比较淡薄,这时候对政府行政权的要求基本停留在保障生存权的状态,通俗讲就是如何实现基本穿衣吃饭的温饱。随着社会的发展,如今行政权实现的目标,涉及就业、收入分配、教育、医疗卫生、城乡管理、事业单位运行、社区、社会组织等各种社会层面。民众享有的权利已经从单纯的求生存,发展到物质上的小康感,精神上的满足感、自我感,在这种背景下,赵C诉讼姓名权的案件也就成为行政权发展过程中必须应对的课题。

四、和谐社会背景下权利主导意识的建立

探讨行政权与公民权利在实质上的统一、协调,并不意味着两者在现实生活中时刻处于相互配合的绝对平衡,而是一种如影随形的互动状态。在我国构建和谐社会的进程中,构建和谐社会首要的是坚持以人为本,完善民主权利保障机制,“坚持公民在法律面前一律平等,尊重和保障人权,依法保证公民权利和自由。坚持科学立法、民主立法,完善发展民主政治、保障公民权利、推进社会事业、健全社会保障、规范社会组织、加强社会管理等方面的法律法规。加快建设法治政府,全面推进依法行政,严格按照法定权限和程序行使权力、履行职责,健全行政执法责任追究制度,完善行政复议、行政赔偿制度。加强对权力运行的制约和监督,加强对行政机关、司法机关的监督。”^①可见,在这样的时代需求下,行政权客观上应当以尊重公民权利作为时代目标。“公民权利和国家权力最终都以物质财富为存在基础,都是物质财富在一定历史条件下的转化形式”,因此“公民权利与国家权力具有物质的同一性和量上的对应关系”,两者在“社会整体利益”的基础上实现统一^{[23] (P. 15-18)}。

霍布斯曾言:和平与合作比暴力和普遍竞争对自我保护有更大的效用。和平的条件是相互信任。因此,当其他的人也这样做的时候,人们也就愿意放弃自然的权利或者说自由,而满足于获得和其他人一样多的自由,同时他也愿意让其他人获得和自己一样多的自由。^②可见,真正的自由权利依赖于社会群体之间的信任程度、彼此的合作深度,以及对社会整体的贡献度,社会群体同样包括行政主体和行政相对人双方。尤其是在当今社会,行政行为方式已经逐渐由单纯强调管理转化为公共管理,国家权力的退缩和治理模式的改革,改变了传统公与私的界限,先前许多受到严厉行政控制的活动已经放松了规制,政府的管理方式也向私营部门管理手段靠拢。^③

当代社会,摒弃行政权力完全依赖公民自治是不现实的,也是完全没有必要的。我们必须正视的现实是“‘统治’是人世常态,也是人间秩序和一切政体的要义。好的世道,不外是‘优良统治’的人间。失控、失范与失序,意味着‘统治无方’;吏治腐败,腐败横行,也就是说‘统治无道’。因而,追求‘有道’又‘有方’的有效统治,便是一切政治和政治秩序的至善。”^[24]虽然“暴力产生权利”(might make rights)一度被奉为暴力革命的至理名言,但是现代社会中包括行政权在内的权力不能仅仅单纯依赖强权或暴力就可以生存,只有正当性的、符合群众切身利益需要的权力才能在社会生活中持续、稳定地存在下去。

① 见中国共产党第十六届中央委员会第六次全体会议于2006年10月11日通过的《中共中央关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》。

② 转引自李梅《权利与正义:康德政治哲学研究》社会科学文献出版社2002年版,第25页。

③ Michael Taggart, *The Province of Administrative Law*, Hart Publishing, p. 21 (1997).

正如卢梭所言“即使是最强者也决不会强得足以永远做主人,除非他把自己的强力转化为权利,把服从转化为义务。”“强力并不构成权利,而人们只是对合法的权力才有服从的义务。”^{[25] (P.12-14)}同理,行政权如若单纯强调相对人服从管理,一味索取相对人的服从,并不能实现权力与权利长久共存,不仅面临“统治无方、无道”的唾骂,更可怕的将是失去权力的话柄。

可见,构建行政权的长久之道,树立公民权利至上的理念,尊重公民权利的自由度,是行政主体应首先具备的执政理念。它要求行政主体秉承的思想是:

首先,尊重公民合法的财产权利,这是社会的行为基础。边沁曾说过“财产和法律相伴而生。法律产生以前没有财产而言;一旦消灭了法律,财产就不复存在。”^①本质上,社会中的法律其实就是围绕财产而展开的,其他的社会公民权利都是在财产权基础上衍生的产物。因此,民主社会诞生的法律都毫无例外地强调了财产的独立归属,以强制或非强制的方式对财产权进行保护,我国宪法第13条明确规定“公民合法的私有财产不受侵犯。”但遗憾的是,现实中行政权往往无视这条纲领性的宪法权威,从各个方面蚕食公民财产权,以行政权的强制力肆意侵占公民的合法财产。比如,随着国内房地产热而频频发生的暴力拆迁案,就是受经济利益驱动而任意使用行政权侵蚀公民财产权,一次次酿成群体性事件。^②从行政权诞生的社会背景来看,目的是为了为了防止君主、贵族对个人财产的专制侵犯,以维护劳动、智慧成果不被掠夺为目标。因此,私有财产其实是由政府权力用公共经费认可并维护的垄断,是“政治的产物”。^③既然公民财产权利是政府产生的基础,也是其竭力维护权力的基石,任何社会的政府都没有理由轻视、放弃对公民财产权的保护。

其次,重视、“放任”公民合理的权利诉求,包括法律规定内的以及尚未纳入的期权利。如前所述,权利并不仅仅是一成不变的概念,而是随着社会不断发展不断扩充的实体。有的权利在某一阶段似乎是不合理的、不允许存在的,甚至看似为社会所不容的;但也许下一个社会发展阶段,社会大众从心理上已经逐渐取得认同感,“见怪不怪”,权利也就生存下来,甚至会取得相应的法律地位,如同性恋、代孕等等。特别是现代社会的现代人“具有一种明显的个人能力的意识;在与传统影响之间的关系上,她们具有高度独立性和自治性,当对个人事务作出重大决策时,尤其如此”。^④所以,对公民超出法律规定之外的“意想不到”的权利诉求,行政主体不能一概予以否认。理想的做法应该是对只要是法律没有禁止的,不违背社会道德底线的,都应当允许其合理存在。行政权本源上就是公共意志的产物,公众允许的,法律并未禁止的,那应该就是可行的,行政主体有利于管理并不是行政行为之初的惟一出发点,正如卢梭所言“当人们在人民大会上提议制定一项法律时,他们向人民所提问的,精确地说,并不是人民究竟是赞同这个提议还是反对这个提议,而是他是不是符合公意;而这个公意也就是他们自己的意志。每个人在投票时都说出了自己对这个问题的意见,于是从票数的计算里就可以得出公意的宣告。因此,与我们相反的意见若是占了上风,那并不证明了别的,只是证明我错了,只是证明我所估计的公意并不是公意。假如我的个别意见居然胜过了公意,那么我就是做了另一桩并非我原来想要做的事。”^{[25] (P.139)}

再次,有预见性地、公开、平等地界定公共利益的范畴,避免以公共利益为借口对公民权利的侵蚀。公共利益是一个相对抽象的概念,法律的制定者最初运用这个概念的时候,考虑到的是出现政府无法管控的领域,能够有伸缩、回旋的余地。但是,一旦留下余地就容易成为现实中的行为借口,例外反而演变

① Jeremy Bentham, *The Theory of Legislation*, Oxford University Press, p. 113 (1931).

② 2009年11月21日,CCTV-2《经济半小时》节目播出的“一个女人的燃烧瓶和政府铲车的拆迁大战”,主人公潘蓉、张其龙自制燃烧瓶抗拒强制拆迁,张其龙后被判妨害公务罪。2009年12月2日,CCTV-新闻“新闻1+1”节目播出的“拆迁之死”,成都女子唐福珍为阻止暴力拆迁,站在自家4层小楼屋顶上,往身上浇汽油,然后点火自焚。根据2009年底利用Google搜索的结果,“暴力拆迁”涉及的页面共约230万个结果,由此可见,这种不正常的社会现象已经日益成为群众关注的焦点和影响社会稳定的因素之一。

③ William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, University of Chicago, Vol. II, p. 11 (1979).

④ Alex Inkeles & David H. Smith, *Becoming Modern: Individual Change in Six Developing Countries*, Harvard University Press, p. 290 (1974).

成为了常态。如前,自然权利意味着自由,也就是社会赋予所有公众行为的界限,既然已经明确划定了自由的界限,再次在既定幅度内人为缩小自由范围,显然是不符合公意自身要求的。公共利益实际上要求行政主体具有行为的预见性、诚信度,在制定法律、规范、方案之初,就已经充分考虑公共利益的因素,公共利益不是行为过程中方才显现的突发情况。此外,这种所谓的公共利益并不是一个宽泛的,不可以加以定义的社会思维,而是可以结合社会现象逐条予以细化的社会因素,既然可预见、可测量、可掌控,没有理由让它朦胧化,而是应该通过公开的、平等参与的途径让大众知晓自己的权利界限,一方面有利于公众事先遵守和执行,另一方面更有利于行政主体在实践中具体操作执行。

五、结 语

处于社会中的个体行使其自由不能妨碍其他平等主体行使其自由,即自由只能为自由的缘故而被限制,而平等地对自由限制是为了在社会中实现普遍的自由。因此,普遍自由的第一个条件就是一定程度的普遍限制。法之下的普遍限制是合理限制表达自由最基本的要求。所以,对表达自由的限制必须有法律的直接依据,这是法治原则最核心与最基本的含义。赵C姓名权作为公民权利,个体自由和社会受限都是这项权利必备的要件,行政权作为民众权利的集中代表,有资格、有能力对受限作出合理的界定,前提是这种界定是公开、平等、有预见性的。

参考文献:

- [1] [美]亚历山大·米克尔约翰《表达自由的法律限度》,侯健译,贵州人民出版社2003年版。
- [2] 夏勇《走向权利的时代——中国公民权利发展研究》(修订版),中国政法大学出版社2000年版。
- [3] [法]莱昂·狄骥《宪法论》,钱克新译,商务印书馆1962年版。
- [4] [法]莱昂·狄骥《公法的变迁——法律与国家》,郑戈等译,辽海出版社、春风文艺出版社1999年版。
- [5] [美]列奥·施特劳斯《自然权利与历史》,彭刚译,生活·读书·新知三联书店2003年版。
- [6] [美]罗纳德·德沃金《认真对待权利》“中文版序言”,信春鹰、吴玉章译,中国大百科全书出版社1998年版。
- [7] 王惠岩《政治学原理》,吉林大学出版社1989年版。
- [8] [美]E·博登海默《法理学——法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版。
- [9] 刘军宁《共和“民主”宪政——自由主义思想研究》,上海三联书店1998年版。
- [10] [德]马克思、恩格斯《马克思恩格斯全集》第1卷,人民出版社1995年版。
- [11] [德]黑格尔《法哲学原理》,范扬、张启泰译,商务印书馆1961年版。
- [12] 王莉君《权力与权利的思辨》,中国法制出版社2005年版。
- [13] [英]洛克《政府论》(下),瞿菊农、叶启芳译,商务印书馆1982年版。
- [14] [美]玛丽·安·格伦顿《权利话语——穷途末路的政治言辞》,周威译,北京大学出版社2006年版。
- [15] [美]查尔斯·霍顿·库利《社会过程》,洪小良等译,华夏出版社2000年版。
- [16] [美]詹姆斯·汤普森《行动中的组织——行政理论的社会科学基础》,敬义嘉译,世纪出版集团上海人民出版社2007年版。
- [17] [英]梅因《古代法》,沈景一译,商务印书馆1996年版。
- [18] [英]韦恩·莫里森《法理学——从古希腊到后现代》,李桂林等译,武汉大学出版社2003年版。
- [19] [法]米歇尔·克罗齐耶、埃哈尔·费埃德伯格《行动者与系统——集体行动德政治学》,张月等译,世纪出版集团上海人民出版社2007年版。
- [20] 杨春福《权利法哲学研究导论》,南京大学出版社2000年版。
- [21] [奥]凯尔森《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版。
- [22] 孙笑侠《法律对行政的控制——现代行政法的法理解释》,山东人民出版社1999年版。
- [23] 童之伟“公民权利国家权力对立统一关系论纲”,载《中国法学》1995年第6期。
- [24] 许章润“走向政治文明,才能走出‘历史三峡’”,载《南方周末》2009年12月10日第31版。
- [25] [法]卢梭《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆1997年版。

(责任编辑 孙国栋)