



您的位置: 首页 >> 阅读文章

阅读文章

Selected Articles

使用大字体察看本文
阅读次数: 785

遵循WTO“透明度”原则下的行政权整合

范一丁

有关政治的法治化困结,在WTO规则“主要是行政法上的规则”(1)的对接要求下,使原有的行政行为对自身限制的矛盾变得更加突出和迫切需要解决。“无法律即无行政”的要求(2),与有法律而不依法行政,以及甚至有行政而无法律现状的差距,使观念在现实基础上的转变当然是困难的,然而同时应该发生的是现实基础在观念上的差距变化虽然存在必经过程,但十分的努力以求改变是必然的。现在加入WTO已完成的现实形势会不会形成一种强力的催化已不是讨论的问题,而是这种改变的必然已是刻不容缓,因此,目前最重要的工作应该是首先找到解决这种差距的最主要表现形式,从而在规则上完成对接,而不能等待观念的变化(已无必要)。其中对于“透明度”原则而言,是首当其冲的,也就是WTO做为“行政法上的规则”的最主要手段之一,就是为达到在国际贸易间建立一个可预测的和自由经济和法律环境的目的,要求各成员国在贸易管理方面达到一定的透明度。这对于我国现有行政管理体制而言,并不是件容易的事,因为这一原则所存的内在的实质性要求,不是在于“办一个官方刊物公布制定的法律、法规”这样容易办的事,而是在于我国现有行政管理方式多是采取易变的、零散的、多样的手段,其中多数是以不公开的文件指示、批文、甚至口头命令等方式进行的,这一套管理方式的“灵活性”的难以捉摸,是行政权力尚未完成自我约束的规范性的表现,也就是政治的法治化尚未形成,因此,困难和必须尽快解决问题都是客观的。当然,对本文而言,仅旨在找出差距和试求解决上做出探讨。

一、透明度与权力制约

凯尔森说:“政治权力就是被承认为法律的强制性秩序的实效”。(3)但这种强制性秩序尚未完整下的效果,就可能是政治权力在漏缺和不规则状况下的任意所为,而最基本宪政制度确立的权力的权威即使是在这种状况下同样是不容否认的,其强制性的不容置疑所致的破坏性(对法律秩序),是严重的。问题还不仅仅在于此,而是在于即便是在法律规则的范围,仍然普遍存在的权力对法律规则的背离,这当然可以从对规则实行的程序制约上寻找原因,但事实上,权力被制约是可能的话,只能来自于权力本身,即权力的分立所形成的互相牵制,以及权力分配均衡所形成的互相遏制。那么,关于法律的权威和权力的权威是谁体现了谁?凯尔森认为不存在这样两个“分立的本体存在”,它们应该是统一的,即只有“法律秩序”存在。(4)但“法律秩序”的强制力,“在单一制国家,行政权归属国家”,即“国家行政机关”,这也就是川岛武宜所说的:“在社会的结构之中,法律命题是为政治权力所支配着的。”(5)政治权力所确定的法律命题必须做到相对的稳定不变才能形成“法律秩序”,才能以这种秩序反过来规范权力的行使,这似乎是这两个“分立的本体存在”被消除背反的求解,但实际的情况则更应认识到它的“背反”是矛盾存在的普遍性的体现,而这种矛盾在特殊性上应该体现的是我国现实社会政治体制和法治情况条件的矛盾的对立性要大于其统一性的客观表现。WTO有关透明度原则的要求中对法律、法规、司法判决和行政裁定的“公布”看似简单,但在事实上做起来很难,因为若干政策、文件、指示、批示、命令、通知等,做为行政权力的行使方式,是难以公开的,但却是在一定范围内体现权力而优于法律的。而对于WTO有关透明度原则的第二项要求,即对公布的法律、法规、司法判决和行政裁定要以统一、公正和合理的方式执行,是指在程序上的统一,则涉及更大的难题。行政机关执法方式的不规范,滥用权力、

更多▲

特聘导师

法学所导航

走进法学所

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

博士后流动站

学友之家

考分查询

专题研究

五四宪法和全国人大五十年周年纪念专栏

最新宪法修正案学习与思考

公法研究

电信市场竞争政策

证券投资基金法

法律与非典论坛

读职，以及不依法办事实际上正是目前存在的普遍问题，在实质上所体现的就是权力被行使中拥有权力的行为者如何避免权力可能带来的腐败问题。当然，在现有法治基础条上有关上述问题的解决必然涉及对权力的整合，其意谓是指在法律上对权力的建构的合理性和优化表现，既不能脱离现实，又必须适应与WTO有关规则对接的要求，这当然更是一个亟需解决的难题。

1、权力的透视

有关政治权力在法律规则层面之下的作用，实际上是权力不被透视所致，但WTO的透明度原则所要坚持的宗旨，实质就是对权力行使的过程和结果坚持要求公开，没有统一规则的权力行使无疑是会行不通的。当然，在此前提下应该的探求是，既然法律规则的明确是公开的和有权威的，但是权力又如何能够在法律规则的表层下不受拘束？这在与WTO的规则接轨之前，至少是在权力范围内的基于相互利用的认可成为通行的规则，但透明度原则要求对权力通行的过程和结果公开，无疑是要求对权力的行使规则予以透视，这显然是有关于权力运行规则与法律规则必须同一的追求的一次机遇。《世界贸易组织马拉喀什协议》（1994年4月15日）第十六条第4款规定：“每一成员应保证其法律、规则和行政程序，与所附各协议中的义务相一致”。这是对接的要求，但这种要求是广泛并且具体的。广泛是指做为加入协议后义务的广泛，而具体则是指如“行政程序”上对义务体现的一致性，这事实上包含了上述若干权力行使中的具体结果对“行政程序”的影响，即影响其统一性和明确性。1994年关税与贸易总协定“关于解释第十七条的谅解”第二条要求：“各成员都应对其向货物贸易理事会通知的国营贸易企业的有关政策，结合谅解的规定进行审议。在审议中，各成员应注意在其通知中需有的尽可能的透明度，以使对所通知企业的经营方式及其经营活动对国际贸易的影响，进行明确的评估。”有关“政策”的“透明度”要求，无疑是一种难度，因为在政策范围内的权力，则是更深一层次的规则潜在。因为至少从政策与法律的交合处而言，政策的规则无疑是在法律规则层面之下的另一层次。而对政策执行的规则更是一种深埋不公开的规则。因此，有关对权力透视的最理想结果是对权力行使的规则公开，而这往往是不可能达到的，但应有的结果起码应该是权力行使的每一结果的公开，这也是必然的要求。

（1）行政权力内容的界定。

对行政权力内容的界定实质上是对其予以有效限制的充分表现，因为只有体现其充实的内容，才能使其权力界定的边界变得清晰。此正如逻辑上关于概念的内涵与外延的关系一样，内容空洞的行政权设置，必然导致其“管什么”的问题上随意性。WTO关于成员的定义是指“国家或在对外贸易关系以及本协议和多边贸易协议所规定的事务方面享有充分自主的单独关税区”（《世界贸易组织马拉喀什协议》第十二条第1款）。因此，国家履行协议的行为当然首先是一种行政行为，这种行为的代表性（对国家内社会公众利益而言）是强制性和受制约性的统一表现。其强制性是指对公众意志具有代表性的权力体现；而受制约性则是这种体现的可靠和内容充分的表现，即边界因受制约性的体现而使权力内容清晰充实。WTO关于关税减让、限制补贴、农产品的国内支持措施、政府服务计划、技术规章的制订、采用和实施、标准的制订、国民待遇和数量限制、反倾销、临时保障措施等，都是具体由国家的代表性决定的行政行为，这些行为的产生源自于行政权力的范围必须确定，否则会出现的不适应是：A、不能及时作出反应。因范围不确定而不能及时在贸易争端中作出反应，使其权力的代表性丧失从而削弱权力本身。如在有关技术标准的制订、采用和实施上范围不确定或有范围而无内容（行业标准的落后是有范围而无职责确定内容空洞，甚至没有对新产品的行业标准却无责可究是范围划归不清）将导致在技术性贸易壁垒的设置面前无相应手段；B、导致错误的出现。在范围不明情况下的行政行为，容易产生越权或权力使用不到位，以及随意性的易变将使权力结构体系受到侵害。错误所致的损害后果应该是受到来自于外界的对抗性处罚和由自身不能正确主张权利（在权利的选择方向上）所受到的来自于内部的自伤。在这方面，一是现有法律、法规没有规定的情况，也就是缺漏，如在补贴与反补贴，对国内产业的保障措施等方面，有做法而无明确的法律规定，这是与WTO的要求所不符的，并且，这些在法律上没有明确的行政行为的“范围”，就成为可为的“暗箱”，其易变的无规则将使对外争端发生时随时都可能成为失败的根源；二是相抵触的有关规定，在行政行为范围上所体现的混乱不清，在实际上必然导致错误。如《海关法》中有关海关估价与WTO的要求的必须有关于估价的程序，以及复议、起诉与明确规定不相符。这种不相符从表面上看是一种缺漏，但在实质上是现行做法与WTO的要求的相抵触。带来的后果只能是随时都会发生的对抗不利，施措不能；三是自相混乱，规则不一。如某些地方保护主义的规定因地因时而有所不同，中央规定和地方的某些交通规定的不统一，这些混乱是现有法律体系和行政规范体系内部产生的，这种混乱所导致的在有关行政行为范围上的不同圈界以及这种圈界之间互无关联与互相干扰相混合，必然使行政行为的相互干扰、阻碍出现相互否认，其行为后果也将成为市场竞争，贸易争端对抗中的不利根源。

（2）对行政权力制约的设定

行政权力对社会公众及公众利益最直接和持续的影响，可以说是很容易被经常感受的，其强制性特点所带来的强大必须要有制约，以及其富有的扩展性，“管理事务的扩展”的自发性，能以最迅速的方式

组织公务和对社会进行管理”（6）必然需要的对抗，都表明有关制约的对抗力和有效性将成为问题的实质。当然，法律设置的约束是最具体和明确的部份，行政机关依法办事的要求就是一种制约，这当然要求法律要有对制约性的设置，但是并非行政权力完全可以通过法律来予以制约的，因为与法律相比，“政治占有主导地位”。“政治意识不等于法律意识。政治家可能会抛弃法律，不以法律的名义去解决政治问题”。（7）权力的自我约束，还是公众意志起支配作用是权力被制约的根本，是一个认识和作为中的普遍被思考的怪圈，先生鸡还是先生蛋的问题在此被提及是因为权力被公众意志所赋予和所决定，但一旦权力产生，它在行使中是独立的和带有强制力的，权力的这一特征决定了法律的制约首先要解决的是权力必须首先带头接收这种制约，而其它公众权的设置与权力的对抗要在法律强制力之外必须是有效的，首先是法律是不是有可能产生对权力的制约机制？其次是公众权的设置形成的对抗能够排除在权力的强制力之外吗？当然，在此所做的认识上的深入是一个疑难，不过，在具体和有效性上的探讨是一种对目标的渐近。这种渐近应该是可以实现的。

立法权制约。无疑立法可以削弱，甚至消除某些行政权，但这在目前来看，仅仅是对具体的行政组织机构而言，在实质上只是对行政权力的转移，即由此一机构消弱后的权力，又被赋予另一机构。当然，也有对权力赋予中的限制，但这种限制又往往因为立法是行政机关提出，行政权对立法权的渗透的表现，在根本上是权力根据需要而设置法律，并非法律根据需要设置权力，因此，在立法上对权力的制约所要解决的根本问题是立法权的独立性，即人民代表大会制的立法权行使的独立性和行政组织立法权的独立性，必须与行政行为分开，其中有关于行政组织立法行为尤为突出和重要。“行政立法活动本质上当然不是行政机关的当然职权”。那么，立法者应该是“权力机关的授权”，（8）但这种“授权”所不能解决的仍是行政机关的自行立法，包括各级行政机构的地方性立法活动本身仍是在行政力的结构范围之内的问题，因此，有关行政权与“相对方之间行政法律地位的平等性”实现的“平衡论”，即庞德所说的“专断权力之一端与受限权力之另一端间达到平衡”，（9）能够达到的平衡设置，才是一种宪政秩序之具体所需的实际。这种平衡所实现的制约的可能在于其设置对行政机关与相对方之间，以及行政机构之间关系中对对立和统一的矛盾认识，并能有效调控。具体表现是内部分权和外部分权。内部分权指在国家机关之间职能上的权力设置，应实现制约和平衡的分配，使其独立性和相互制约性有充分的体现。但是，在这一前提下的有关行政组织立法对行政机关自身而言，仍有一个自身不能完善自身的问题存在。那么，行政组织立法权的独立性应有充分的体现，就要在立法活动中使立法职权从行政职权中划分出来，这应该也是加入WTO后所带来的迫切需要解决的有关行政行为透明度问题解决的可能方式，即只有将立法权包括行政组织的立法权独立出来，才能更有效地做到统一性，行政机关自行制定的规章只能是其内部的约束行为，设立这样的独立立法机构应该是一个最新的问题。

公众权制约。公众权即私权领域的确切构建和保护，是有效防制权力侵入的措施，同时也是对权力的制约。行政权力的自行扩张本性必须遇有确切的阻碍时才能有效遏制，行政权力的相对方实际上就是公众权的保护对象，当然，公众权在实质应是指公众个人利益和整体利益的统一，而后者则是公众对政治的参与权，这就包括民主政治条件下的公众行使权力的主要方式是对国家公务员的选举，选举权当然只是一种间接的权力，其真实性和有效性当然在于程序保证。此外，公众对行政权的行使的参与应当体现为对行政决策权的控制和监督，应当有公众参与决策的议事机构和渠道，并应赋予其否决权，这当然会对行政权的独立性和效率构成影响，但在平衡条件下的合理体现公众否决权（包括权限范围，适时运用，方式体现等），是会更有利于行政决策权的行使正确的。而公众对行政权行使的监督渠道，包括旁听，报道与传播，对行政机关决策、决定的事项、文件、资料、信息、情报等内容公开刊载，以及查阅，即允许公众对各级行政机关资料可组织查阅，（10）当然这些方式所体现的参与权和监督权只是一种外在的环境条件的制约和影响，虽然不能直接改变权力的行使方向和方式，但无疑可以使与此相抵触的权力行使受阻，从而不能形成其违反公意的完全损害后果，并将对改变、改善权力行使的方向和方式有着后续的作用。

执行权制约。执行权是行政权构成的核心部份，对执行权的确切定义以及其真实实现，是对行政权的真实合法、合规的体现。同时也应是对滥用权力有效制约的关键所在。执行权包括执法权和执行政策的权力，这两者所倚重的都是在于程序实现的合法合规，并因此而实现效率和效益。首先要解决的当然是行政主体的合法，其重要性在于对行政职责和职权的明确，这种明确有利于圈定权力范围，制止越权行为，因为行政权的权威性和强制性，使越权行为事实上缺少相对方有效的对抗，而行政权的扩张性是会不断产生越权的可能的，并且由于行政权的直接性和影响的广泛性，社会公众利益将因此受到广泛的影响，因此，对行政主体的确切划分是很重要的首问。事实上，行政权的行使在有关行政主体问题上所反映出的问题还在于传统体制的弊端，即“传统体制的最大弊端之一”是在于“集中”，（11）因为集中而无权力分配，无分配则不分职责职权，越俎代庖，欺上瞒下，相互扯皮等现象所造成的混乱，对错误后果的难究其责，往往就是因为权责不明，即“冤无头、债无主”。行政机关中国家中央机关和地方机关关系上的集中以及机构内部各机关之间关系的集中，导致权力范围内容的定义不能明确细致，有权无责和有权无为的结合使权力在不确切之处显得无规，在确切之处又显得无力（无职责明确自然无行为主体）。而集中体现在与其它社会组织的关系时，则将行政权与社会公众权力混淆，行政权力的扩张性造成其越权而为的包揽替代，甚至是干涉和强加，社会公众权力得不到正常行使或者使这种权力被幻化为行政权成为被利用，将导致行政权力被腐蚀，以及导致公众权力被消弱、萎缩。因此，行政主体问题的核心权责分明就必须是分权的合

理化和合法化。当然，这种分权在体现为执行法律和政策时应显得尤为重要和必须，而在于立法立规上的统一趋势而言，则只能是在统一原则范围内的实现，这是对接WTO透明度原则的需要。其次，对于执行权而言，执行程序的合法合规化，是实现有效制约行政权的最重要内容，因为程序实现过程就是行政权力实现的过程，程序的每一环节上的权力实现，都应当保持正确性和合规性，在这方面，最迫切需要解决的是对政策执行的“程序”，这实际上是一种将现有潜在规则公开化已变成迫切需要的问题，以及对于没有规则的空隙要及时予以补漏的问题。当然目前人们广泛关注的是对法律执行的程序问题，甚至是在这个问题还没有解决好（相当长的过程才能实现）的情况下，对有关政策的执行必须变成桌面上的公开化问题。在这里，政策的制定和执行在以往过多的只是领会为执政党的独立活动，但是，至少我国司法制在目前所确定的宪政秩序肯定了政党的活动规则必须符合法律规则，也就是在规则上将政党行为规则的“潜在性”转变为法律的公开性的必须，即“根据宪法制定政党法，对政党的组织活动进行明确规定”。（12）在这里，首先要明确的是，即便是执政党，其政策不应直接等同于政府政策。政党政策，应经合法程序，包括公意表示，才能成为政府政策，其次是政党的活动不能直接等同于政府活动，二者必须分开。当然，最后仍然是政府的政策执行规则必须进行合法程序制定、公开。WTO透明度原则所要求的义务包括对法律、法规、司法判决和行政裁定的公开及以“统一、公正和合理的方式执行”则在要求上更为侧重的是执行方式的统一，没有行政执行，无法实现这种统一；没有行政执行的规则，不可能实现统一；而对于公正和合理的执行，没有制约，无法实现和体现公正；没有公开的规则使执行者监督自己和接受监督，就无法使民意的表示找到真实的根据和有效的方式。

二、透明度与权力整合。

透明度规则下的权力分配和权力运行在阳光下将迫于“自然法则”而自行收敛、伸展和整合，“自然法则”之力是无形和外在的，但对权力的解构和结构形成更新层次深入，则是主观能动性的体现和必需。弗里德曼说：“法律规则和法律程序是权力的产物。”“这些规则和程序也限定权力并指导人的如何使用权力”。（13）但有关权力的规则，包括分配和行使的效益优化对社会公益而言，是不可能完全接受权力的这种自省的，即权力产生程序和因法律而形成的自我限制并不是其自认的可以达到“效益的优化”，必须有另一种力量来矫正和做为参照，即“规则来自社会，社会是其设计者”。（14）那么，这种来自于社会的力量的体现首先就应该是透视在先，对权力的整合的必须和可能都是因为透视权力的目的以及作用是制约、调整，使其不违背社会公意，对大多数人的利益起良好的维护作用。因此，社会的这种“设计作用”的规则是先要进行探讨的，其次才是如何“设计”。WTO的“透明度”原则，并不是一种抽象的基本规则，而是贯穿于整体规则体系的始终，即在双边和多边协议中的成员权利和义务的体现中，具体规则对成员的要求，首先就是其行为每一步骤都必须是可预测的，可知晓的，前后一致的（可遵循的）。1994年乌拉圭回合多边贸易谈判结果最后文件第4条称：“WTO协议必须作为一个整体予以开放，供所有参加方依照协议第十四条以签字或其他方式接受”，协议的“开放”即是一种“公开”的“透明度”。同样，对成员们内部权力运用中有关政策，对外贸易措施的制定，都要求“公开”，如有关“实施卫生和植物检疫措施的协议”附件，“卫生和植物检疫法规的“透明度”第2条中有关各成员对“卫生或植物检疫法规的公布”，要求在“开始和生效之间的合理的时间间隔”，是因为要让出口成员，按照对方公布的法规要求，调整其产品和生产方法，以适应进口成员的要求，即“透明度”的规则的要起到的作用，就是要让相对方能够“遵守”和监督对方“遵守”。这种“遵守”和监督行为本身就是规则的最基本要素，因此，权力将不能逃避这种“公开”，不能只是制约他人而自己不受制约。

1、行政权力的收敛

收敛不是不合理的局限。平衡论所认识的权力运用的最佳状态是在于权力所支架的社会关系相互和诸地凝聚于社会公意之所指。但是，多数至上主义有关“一个政治上的多数”可以为所欲为，与“民主的合宪概念”有关政府机构代表集体的决定是将“社会所有成员都视为一个个体，并予以同等关注和尊敬”

（15）之间所形成的分歧的解决，往往被以多数至上主义的权力运用程序的科学、合理即集体对个体意愿代表人最大可能所掩盖，这是因为多数至上主义与其说是一种理论不如说是一种实际的操做程序，这种程序往往是权力运用所不可避免的惟一选择。可是即便是少数人的利益和意见被抛弃的理由不应该是这些利益和意见不应被尊重，在与多数人利益和意见的关系上并不都是对抗性的，应该存在对不被顾及个体的可兼容性。WTO谈判中的“双赢”规则被倡导，正是这种兼容性的规则被倡导的表现。找到那种对双方均可获利的道路和方法本身就是协议原则的根本。权力运用的意愿（集体）与权力所能影响的对象（个体）之间，后者之所以被给予越来越多的重视，是在于合理的模糊性与科学的精确性，都是法律的正确性的最重要内涵。而科学性（无错误）显然是对于具体适用对象所必须的，这对于权力而言也应是同样的，那么，权力的收敛就是指其运用中精确性的形成，包括如何制造其无误的机制和怎样做到无误。WTO透明度原则就是让错误无从躲避从而消除各成员的错误会误导他方和使他方受损的可能。（1）刚性强度与弹性限度。行政权的刚性是在规则上的运行所带来的强制性力量，是权力的特征。而在范围内的灵活性和可变性则是在原则内的弹性，是权力的特点。当然，对于行政权力的刚性显现而言，易于了解，或者说是可视

的,而对于行政权力的弹性来说,则是不易于认识和掌握的。当然,刚性强度则是指行政权力强制力的边界限制,以及在针对适用对象时的强、弱控制的适度;而弹性限度对于不公开的政府行为而言,是指相对的权力运用的规则性,程序性要求。很显然,WTO透明度原则要求对于后者而言是更重要的,也是目前最需解决的。不过,就即便是对公开规则的执行,即刚性表现,也存在着在程序上的权力弹性。同时,对于弹性运用,并非没有在透明度原则下的适度范围,也就是说可以弹性的地方,是应该会运用的。这看来是十分需要了解和掌握的。

A、政策与法律。政策的适时性和不规则性,是弹性表现,而法律的刚性则是在于对规则遵循的强制性。WTO框架下的货物贸易总协定和服务贸易总协定对透明度的要求是:各成员方对相关法律、法规条例、行政命令以及成员方政府或政府机构与另一成员方政府或政府机构签定的影响国际贸的现行协定,都应迅速公布。如不能公布,也应将信息公布,并且应将各方面的任何修改和有实质性影响的任何新法律、法规或者行政命令迅速并且至少每年一次通知WTO组织有关机构。公布法律是在于刚性规则的明确性和规范性,公布显然是一种最有效的自我约束,即对于相对方而言为其提供要求这种约束自己的规则,而不是仅仅在于要求对方按公布的规则行事,因此,这种公布的后果自然是要承担相应的责任。法律的相互矛盾所带来的不利,缺漏因“公示”的会带来被利用的可能,以及最为不利的是在与多方成员国法律的对接中会固定一种劣势的形成(如果法律制定有劣势的话),竞争将成为一种在“游戏规则”上的优劣竞争,这显然是刚性规则的固有弊端。而法律的优劣是法律文化发展的一种先进与落后的反映,与经济环境和社会条件必然相关,那么,我们有关于公布法律的想法就不是急于跟上的简单,但却又是要紧跟其上的慎重,更重要的是了解、熟悉和吸收先进的法律文化因素。对于政策的弹性来说,WTO所建立的贸易政策审查机制,要求所有成员方的贸易政策和惯例均应当提交审查,定期轮流评审,因此,有关政策的弹性在我国长期形成的行政体制中的作用将被改变认识。首先是政策的及时性与适应性的作用,会因其模糊性而被反利用。适应性的弹性,是在于规则不明确的模糊性,这种模糊性会导致两种可能,即对公布的法律的不明确改变(或不遵循),以及对在此前后的相关政策的矛盾,对法律的逾越或对前后政策不一致所造成的矛盾。都会带来在约束上的两可,会被反利用。其次,政策的及时性本身就带有固有的局限,即在适时上的条件存在有限情况下的决定,往往在条件改变后将不再适用。因此,及时修改政策是最为重要的,但同时政策又必须保证在一定时限内的有效性,这就要求政策的及时性必须考虑不利后果,即在未修改前可能出现的条件变化。再次,政策的模糊性本身就是规则不确切,要求不明,是否通行的后果(责任)不固定,那么,有关政策在对成员的另一方形成利用的依据时,可以解脱责任。当然,在政策的制定上,中央政府和各级地方政府,以及政府机构在制订政策的权力上的分配问题,往往是造成政策不统一的根源,也就是职权范围的明确不是在于以往的“行政管辖区域”概念或“管理范围”的概念,而应该是行政管理可能及于的相对方或对相对方的该项行为权力,不是地域概念和事项范围。而是相对的对象范围,当然,有关政策执行的统一性要求所带来的问题要大于政策的制定,因为各行其事的各级行政权力的“潜在规则”是无法公布的,但行为的后果则是不可能不公开的,这种后果往往会被反利用为针对对公开政策违背的行为。因此,行政权力在此被收敛是很显然的。在这里,WTO透明度原则所要求的对惯例的公布,正是要求“潜在规则”的浮出,应该是与政策和法律不相违背的。这种惯例不仅仅是在于考虑恰当归结过去,而且对于归结惯例的正确性往往是在于时间的提练的过程尚未形成,困难是存在的。并且这种归结应该对现在和未来适用。困难是存在的。

B、实体与程序。实体的刚性与程序的弹性是可以相对而言的,事实上,实体在体现规则的到位上,是必须依靠程序的保证来实现的,所谓实体规则的刚性强度,会因为程序的弹性而减弱,并不是说程序的弹性不应该,而是这种对规则的执行本身,是不可能千篇一律的,但程序对法律和政策执行的统一性要求的体现在弹性限度内的表现应该是相对一贯的做法,以及具体细节上的真实和准确,没有具体即没有程序,程序就是让法律和政策的实施具体化、个性化。在此,行政行为的合规性是问题,但其正确性做为可公开和可被援用的要求则是更大的问题。对于前者,即在要求将行政行为纳入法律范围调整,如WTO透明度原则所要求的“行政调查、行政处罚、行政许可、行政确认、行政征收、行政给付,以及行政合同行为等”(16)当然需要的是法律的定位建规,但在此以外,一般意义上的行政行为方式的规则,却是没有确切的规定的。首先是这种规定的可能性,其次是表现形式应予重新认识。我们过去认为“条条道路通罗马”式的只重目的不重方法的“暗箱操做”无关紧要,但行政行为方式被要求符合“透明度”原则的含意是“操做”要公开,“暗箱”被打开来里面的手脚将被看见,那么,就应是有约束的动作而不能是乱动,这种约束的存在就是规则的存在。当然,对这种意义上的规则而言,WTO“透明度”原则所要求的是在公开条件下所表现的一致性和可被遵循,这一任务是艰巨的。当然对于可纳入法律调整范围的行政行为所做的规范与WTO协议的规定存在差距离的问题,其解决可以通过立法建规来完成,但对于一般意义上的大量行政行为的规范化要求,如通过“惯例”形式表现出来的做法,在明确规范上不可能做到,只能通过具体的个案典型来体现。那么这种类似于案例有效的对案例的筛选、总结、汇集等,是我们尚未触及的。当然,这种所谓的“个案”不是指其具体的实体内容,而是指其在体现行政行为的规范性上所具有的可被遵循的程序。在这里,与WTO协议保持一致,避免国际制裁和他国报复,是规范化的目的,但另一目的甚至更重要,即规范性所达到与WTO协议的一致性,是争取更合理更有效的贸易规则以利于加快与国际市场的沟通从而实现经济利益上的“双赢”。行政行为在公开条件下的规范性要求,在公开真正做到的规范性要求是不可能回避的,这种要求的无形的有效应该被有意识地满足的意义是在于意识在前的优势,行政行为方式的选择规范化就是选择自我保护的有效和有益于贸易自由的有用,弹性被规范就是其限度的表现,而不是因此丧失其可变性和可伸缩性的特点。

(2) 点与面。权力的本质在于点的聚集, 而权力的实现则在于对对面的延伸边界所形成的区域内的有效。点与面的共生性是在于内在属性的联系上。无可否认, 对于行政权力而言, 没有对于点的聚集, 也就是权力集中, 则不能构成行政权力所固有的权威力量, 而如果没有对于权力区界的概念, 以及对这种区界所形成的面的有效控制, 则不能体现行政权力存在的理由和根据。对于WTO透明度原则所要求的对行政权力本身进行的透视, 是要求对行政权力的行使根据和行使过程, 进行必须的了解的可能性实现, 但实际上这种了解只能从行政权力具体作用的表现上才能得到认识, 即对面的展示的认识就是对行政权力本身的认识。当然, 有关规则能不能对行政权力运行起始发挥作用, 这应该是一个复杂的有关于社会公意形成的问题, 但正是对为种复杂性的认识所导致的权力属性的定义和其运行导向的定位是来自于对点的显微。点的收敛之所以是必然的是由其可控区域规则属性所决定的。行政决策和行政行为是这种点与面的关系的体现。行政决策权主要包括行政计划权和行政立法权, 但不能完全等同于行政立法权, 只有少数行政机关拥有行政立法权, 而对于以“受法律约束程序为标准划分”的话, 行政决策权可被划分为“羁束”的和“自由裁量”的决策权。(17) 当然, 有关透明度问题实际上最主要是对“自由裁量”的行政决策权的透视。点似乎是不易看清的, 点就是点, 但点不是黑洞, 也不是“暗箱”, 那么, 点以收敛的引力或张力的规则就决定了点的属性。因此, 有关对“统一审议机制”的设计, 即对有关“贸易的规范性文件和具体的行政决定措施, 以及司法判决”, 建立与“WTO贸易政策评审机构相类似”的(18) 对应机构, 使上述行政决策所做出的决定, 具有统一性和有益性就成为心要。所谓有益性是指能够使行政决策者不致于因决策而使自己及其所代表的公众利益受损, 这是控制点的张力, 即定位了权力导向的表现。而对于具体的行政行为, 在可纳入法律范围、监督以及必要的救济。做为对区域内的有效控制, 就能对点的不定性进行固定。当然, 透明度原则所要求的“公开”, 除对法律、行政法规、规章公布和“普通行政规范性文件”的公布外, 对行政措施及执行程序的公开, 即“对行政实际做法或者行政惯例”(19) 的公开是因为WTO透明度原则要求将此纳入审查机制。但问题的另一面是, 就即便是对法律所确定的行政行为, 其“实际做法”不是没有其“实际”的余地的, 也就是行政程序的不足和有效性的限制所造成的空隙的存在, 使得被审查出不合规的可能性很大, 也就是在“统一性”和“规范性”上, “实际做法”所出问题将会很多, 更何况在法律规定的范围以外的“惯例”通行空间的广大。如在有关行政审批一贯制上, 所有问题不是在于这种审批制度不透明需要消除, 而是在于行政首长意志决定一切的随意性不被规范。而在有关要求政府职能转换的问题上, 政府职能不再是“守夜”式的对微观经济活动的参予, 政府变成亲市场政府是在宏观经济管理上的加强, 而对市场具体管理作用应予减少, 这是一种对行政权力而言的区域边界的重新划定, 这种划定实际上是使权力集中的点的收敛的有效更被体现, 即对引力和张力的限度的明晰就是对其有效的体现。当然, 关于政府治理的观念由以政府为中心, 转变到以公民为中心, 则是透明度所要求的政府的法律、政策公开的目的之所在, 公开的目的就是要求公意体现其作用, 这应该是一种关于小政府的高效, 即点的表征, 与其权力的有效面, 即公民做为权力的产生的根源的展现, 是被适时地表现出其相互关系的正确性揭示, 以及这种关系被适时地要求的迫切。

2、行政权力的结构。

结构不能被认为是一种机械的建构和静态的僵化, 而应该在相互的衔接中形成运行机制。并且, 这种机制的结构本身也是在发生变化的, 即“行政法机制在很大程度上取决于人们的自觉建构与重塑。”这种机制所具有的“回应特质”, 是对公众、政府和社会的“适应”, “都必然要自觉地或不自觉地遵循特定的价值取向, 选择一定的运作机制, 具备相应的调整功能”。(20) 行政权力当然要在已有的行政法轨道上运行, 还包括这种法轨所形成的社会价值取向带来的约束, 即公众、政府和社会需要的适应, 是一种更具宽带性的无形之轨, 但是, 这种法轨和其形成的趋向性约束却又是行政权力作用的结果, 对行政权力运用的有益性需求的实现, 不仅仅是在于对其形成的制约, 而更重要的是使有益性被激活从而发挥出其正向极值。那么, 有关对行政权力结构形成的机制的建立, 首先应从其配置上找到合理性, 其次才是对有关行政权力合理配置后形成的组成部份之间的相互作用并因种作用而形成的整体效应的有益性进行分析, 因为孟德斯鸠所说的“以权力制约权力”的实现就应该是这种权力配置的合理性与权力运用的有益性的合二为一。

(1) 行政权力的合理性配置的可能。

合理性的“模糊”似乎只存在着对其实现的可能性探求, 但这种对相对条件的概念界定本身就是一种有关于互动的相互影响和相互作用的准确性体现。行政权力产生于“国家权力机关的授予行使的权力, 但这种权力仍然受制于其赖以生存的物质生活条件”。(21) 社会物质生活条件所表现出的社会利益集团的价值取向是在变化的, 而国家权力机关的“授予”就不能不变, 增、减以及变换的调整都是必须的当然。有关行政权力的合理性配置在认识上的开始, 应该是对“授予”对象的清晰, 也就是对有关行政主体的认识。在此, 究竟是以行政权力的不同属性而确立(或设立)行政主体, 还是以行政主体的存在来构成行政权力? 这实际上涉及的仅只是国家做为行政权力的最主要主体在被“授予”权力后进行权力分配(分解)的问题, 那么得出的结论是权力设置主体。因为根据不同标准对行政权力的划分, 既是国家最高行政权力整体作用发挥的需要, 那么对行政权力进行分解而设置其承接主体(设立行政机构)是行政权力合法性缘

由(被)国家最高权力机关授予)所决定的,这就当然避免了有关权力的扩张中的自由向度产生的侵害,即对行政权力相对人的不利影响是不可纠正的是权力自省所决定的认识,也就是说有关权力分解的配置始终是根源,配置的合理性可解决权力的自我扩张中的制约需要,即对限度带来的约束来自于设置权的初始规范,而对权力的使用得当(不被滥用)同样可由设置中的“权力制约权力”来予以实现。有关行政权力的分配和构成所形成的良性机制相对于WTO透明度原则来说,首先是需要透视对象的明晰,其次是这种明晰应保持在一个动态过程中,即行政主体的作为如果是一个从决策开始,到执行程序以及最后结果形成的持续过程的话,那么这一过程的明晰性保证应该体现为它是有序的,可被审视的和可被遵循的。

A、以内容确立的划分行政权力的标准,对行政权力配置合理性的影响。行政事权、财权和组织人事权的分类,是一种“纵向行政权分配”。其核心在于“事权”是“设定行政权的基础”。(22)首先行政事权是行政权的伸延边界,与公民权相对而言可明确其范围,是制约形成的一方面的可能性体现。公民权对行政事权的制约,在透明度原则的要求下,应表现为做为行政权力相对方应有的行政救济保证(可申诉的,可要求复议的法定渠道设定)。因此,对有关加入WTO对与贸易有关的行政措施承诺予以公布,并不仅仅是在于立法所明确的法定行政行为方式,而是在于“具体的行政行为方式”。这必然是一种对规范形成的规范(制约),而有关“加入议定书”承诺要求设置法律咨询点,则不仅是在于对国内的透明度,包括WTO对通知的要求的WTO体制内的透明度,是行政事权所必有的规则。我国加入“议定书”在履行200多项通知义务的同时又附加了19项通知义务,更由于象“即时通知”或“实时通知”的义务要求,是行政事权设定的具体要求,并因这种要求而形成制约。其次,对于行政财权而言,其权力范围中的“征收和使用税款、收费和借款”(23),在权力被体现时多为对制度和规章、计划的遵从,所需要的是对行政行为的复议和司法审查机制建立方面的完善,政府采购和行政合同也属于其行政财权的体现,同样应受透明度原则的制约。同样,组织人事权在“设置行政主体或行政主体设置行政组织、行政机关和管理公务员的权力”(24)上,更直接体现了行政权力配置的合理性需要不断地加以接近。在对中央和地方权力关系上,“法律规则的层次不明”,中央与地方在制定规章时“冲突”的发生,“与贸易有关的法律和政策不统一”,(25)是有关行政权力配置中需要解决的“系统有效”问题,即在层次上,部份与整体的关系上,部份与部份之间的相互关系人,并不是单向的划一而能解决的,而是在于对相关性和独立性的统一,是同一性和特殊性的统一的实现。这当然是需要很大努力的,目前最关键的是在于清理、修改、废止有关制度、规章的存在冲突,不统一之处。以行政权内容为标准来划分行政权类型,在实现对行政权力的合理性配置上,这种纵向性是一种脉络明晰的途径。

B、以性质和形式为划分标准对行政权力配置合理性的构成。以性质为划分标准,即将行政权划分为“决策权、执行权、监督权和咨询权”,以及以形式为划分标准,即将行政权划分为“立法权、行政计划权、行政调查权、行政处罚权、行政处理权、行政许可权、行政强制权、行政合同权和行政指导权”(26)应该是一种横向的权力分配结构。当然在形式和性质之间存在着交叉,因此作为行政主体的设置,即权力分配的结果应该是由几种标准确立。用有序和有益有效的标准来对权力进行分配,当然仅只是一种功效观念,不涉及实际利益的确定因素。这种分配应该是在利益的确定因素确立清楚后的做法,那么,做法本身应该是一种客观需要,剩下的就只是怎样做到更好。横向的权力分配结构所要求的第一是权责分明,第二是互相衔接、配合,要避免的是互相干扰,环节脱离。对WTO透明度原则的接受所要做的核心就是有规有矩有序本身就是一种约束,有效则是有序运行的目的和结果,有序更应该是可重复的,一种连续的过程。行政行为本身不可能只是一次性的,有规有矩的行为是相对于其行为对象而言的公平、公正以及合理,即同等条件下的照此办理,显然不能产生这种程序化“公式化”的做法会对行政主体产生具体的利益的想法,即行政主体不能为自身谋利而“行为”,若能舍此,对程序的要求,对透明度的接受应该是行政主体和其行为相对方共同的追求,但问题是权力本身会滋生腐蚀是不可避免的,那么,至少在对权力分配时就应该考虑到尽可能防止这种腐蚀,而横向的分配结构所能带来的最大功效在于互相牵制的形式,互制互动是必然的需要。首先,行政立法权和行政决策权等权力与长官意志之间的关系,要解决的是长官意志与社会公意之间谁服从谁,以及怎样服从的问题,对于前者是不言而喻的。但在怎样服从的问题上,不可能不发生的是长官之所要有“自己的意志”,而不是公众的意愿,问题就在于权力分配所形成的“权力的拥有者”概念所产生的离间。社会公众意志被替代而不是被服从的现象,只有在透明度原则下才能使这种被替代所形成的离间能被及时发现,只有及时发现才能及时纠正,也只有因为存在着随时会被纠正的可能,权力拥有者才会“自觉服从”,服从公众意志。当然,很明确的是接下来就应该是具体怎样对行政立法、行政决策进行“透明”,那么开始的需要就应该是对“透明度”在此有什么要求,然后才是怎样做。在这里,“透明度”的要求就就是一种规则,而不仅仅是只要公开就是透明,因此,真正要找到的是这种有关于“透明度”的规范要求在与现有行政行为方式上的差距和消除差距的做法。在这里,我国加入WTO后承担义务中有关对贸易政策透明度增强的承诺,就是对立法者和决策者的要求,如在政府资助和补贴方面,首先要求的是对有关项目和具体方式的公布、公开、WTO《农产品协议》第四部份第六条“国内支持承诺”,第七条“国内支持的一般纪律”,对国内政府资助具体范围和方式均做了明确规定,必须依照执行,并以此做为立法和政策制定依据。同样在第九条“出口补贴承诺”的条款规定中,在政府的补贴政策中对补贴的减让范围做了具体的明确,而对于象“适用于所有产业的普遍性补贴,资助由企业直接进行或通过高等教育或研究机构签订合同而进行的研究活动,资助国内落后地区对企业根据法律要求对现有设施进行调整以适应新的环保要求而产生的财政负担等给予资助”(27)是允许补贴,不可诉,不会受到制裁。当然,仅只是明白清楚这些范围,做为常识来做要求是远远不够的,行政立法和行政决策对WTO规则的运用,要做到“透明”是因为贸易政策本身就是为促进国内经济而产生的,趋

利避害的功利性不可不要，那么，符合规则和运用规则就成为重要的关键所在是应该表现为怎样合规地“透明”才能最好地保护自己。因此而在的权力分配上首先至少要做到的是“行政权与具体的市场经济活动的脱钩，将商业经营者利益与政府利益”区分开来，并且同时应该开通的是政府对经营者的对话渠道，了解、帮助扶持经营者发展。其次，行政执行权，包括调查、处理、处罚、许可权，以及行政合同等权力，当然是在规范的程序上形成一种确定，这种确定应体现为有关权力分配合理和有效的。在这里，有关程序的规范包括有明确法定的规则和无明文规定，但已形成惯例的确定性被确立。有关“行政执法权太过分散”（28）的表现，正是这种法定的程序和在此之外的“惯例”不被遵从所反映出的权力分配不清所造成。因为有关于行政执行权的分配在从总体上被肯定为是来自法律的授权以后，怎样执行则似乎成为一种无关紧要的给予“自由发挥”的宽容，但透明度原则所要的不仅仅是在结果上，而是在于具体的行为过程中的秩序，更有甚者是那种连怎样做的明确规定都没有的大量的实际行政行为，尚没有“惯例”，因为没有一种基于正确的权力分配条件之上的正常，在一种紊乱现象后面的是使用权力的目的各不相同地背离了公众意愿。法律优先与法律保留，（29）都是在于一种对行政权力的约束，法律优先是以法律的最高权威来保证行政权力的不得僭越，而法律保留则是对法律规定的范围的保留，使之成为公众意志体现的领域。这些都是一种外在的约束，而比例原则（30）则是一种对行政权扩张的宽容限度的具体化，即具体使行政权力行使的“手段”应与“目的”相平衡。行政执行权所需要的正是这种可被具体化的限制，即某一种权力的行使的方式，包括可采用的手段，运用的强弱，应与目的相平衡，这种比例的原则被“透明”后，就成为一种规则，有明确规定的或无明确规定的“惯例”。权力的分解原则（31）关于纵向上的对权力的分解和对“不同环节的权能”的人“分开”，则是对法定的行政权力的内容和运用程序要求细化和具体化的反映，这些都表现出一种有关要求“开箱作业”情况下的明白清楚，有规有矩，但是，这种对于行政权力执行方式的规矩，显然是错综复杂的，只能在实践中不断调整，但其要领仍是权力对公众意志的遵从，权力不得自求其利。再次，关于行政监督权，咨询权和行政指导权等非“行为性”权力，在对行政行为公开化的要求的接受上最为直接。监督、咨询和指导的行为，是行政权力的一种自我约束和接受公众约束。对于接受约束的方式，如旁听报道与转播、刊载、查阅（32）等，既是上述权力自行约束行政行为的途径参照，也是接受外界约束时及时校正的依据。当然，这种内部制约机制所需要的权力分配的结果，即对监督权、咨询权和指导权的设置，是在于行政权力具体“行使”之外，首先要解决的就是其独立性，即对行政权力行使的制约和服从其目的需要的配合之间的关系。它的独立性的构成应该首先是来自于法律，而不应是行政权力的规定。另一个外在化的来源是与公众的沟通，即上述有关对旁听等公开方式的实现，与公众的这种联接使其虽然是“行政权”，但更直接地体现“公众权”。其次，行政监督权、咨询权和指导权应保证其有效性，即对行政权力的制约必须是及时、正确的，这一方面需要行政权力的分配的合理所要求的不断被“洗净”和“出新”的机制要被体现，另一方面是要有法律上的保障使其有遇有对抗时能够独立解决问题。在这里，有关廉政立法和分权平衡（33）的需要，应该是一种管理方式上的需要，是具体的而不是抽象的。“立法机关对‘一府两院’的监督权”没有做到“认真行使”，以及分权制衡的“三点成面的权力结构形式”（34）都应该是行政监督权、咨询权和指导权实现的保证和方式。“三点结构”本身应该具体的是指在具体的各级结构中的体现，行政监督权本身是“三点”中的“一点”，但在具体行使监督过程中，与公众的沟通方式，以及与法律和行政决策权所构成的相互关系，是不能代替其内部构成中应有的“三点制衡”结构的。

（2）行政权力的合理性配置的表现。

表现是应该服从于需要的，否则就是虚置。需要在WTO原则的要求下，当然不应被理解为是应时之需，社会政治体制所决定的社会发展方向应该是需要的根据。市场经济的发展方向必然要求对接WTO规则，“透明度”原则的要求就应该是政治体制改革的要求，只不过现在这种要求的实现被加快了。对行政权力的合理性配置的表现而言，有效、有益是整体性表现，整体性有效有益的表现当然来自于部份之间的有机联系，凯尔森说：“在行政分权制度下，行政机关创造的规范并不是独立的。”（35）而这种相互联系的机制所形成的权力分配中的制约，是在于职责能划分、职责明确所形成的相互限制和监督、独立与服从，因此，行政权力的合理性配置是从划分不同的行政职能从而确定不同的行政主体开始的。

整体性表现之一：平衡。即对行政权力的配置能够形成行政主体与相对方之间平衡的运做机制。平衡具体是指：行政主体与相对方之间“行政法律地位的平等性”从而使“行政法机制具备博弈性”，以及在行政法机制“内部”所达到的“平衡性”设置，包括“制约机制与激励机制平衡”。（36）在此，应该明确的是，对行政权力的合理性配置，也就是做到这种配置能够形成相互制约和配合的平衡。立法、执法、司法、守法和监督的等层面“五机制”（37）的平衡实现，以及由此开始第二层面结构形成的平衡，如行政立法、机制在保障“公民权利和自由”，确立“广泛而平等的政治参与体系”，建设“社会发展和进步的竞争保障体制”（38）等方面而在立法中所做的合理性的权力配置。这种解构的递进，越深入和具体，其透明度的实现，就越具有可能，因为对规则完善的机制而言，透明虽不是其目的，但是其结果的必然表现。

整体性表现之二：有效。有效应包括行政权力的合理性配置所达到的效率是优化的，以及对于其行为

后果的反馈也是有切实表现的。而这种有效性的实现是通过有针对性的具体和有效率的程序来完成的，这就包括对行政主体的合理增减，裁减多余的机构，做到“小政府”的减瘦，同时又要合理地增设具体的有效管理机构，权力配置上明确、具体。在程序上的深入具体，是与权力配置相应而生的。只有有明确具体的行政主体，才有对共行为规范明确具体规定的可能。对透明度原则而言，行政权力配置所达到的有效即是透明度原则的目的，因为对无效行为或累赘的行为而言，都是透明度原则所要剔除的。

整体性表现之三：有益。有益不仅仅是指在宪政秩序下“体现一般的正义准则”，（39）有益应该是对抽象的公众意愿和具体的公众利益的实现。有益基于权利存在的合法性与合理性，而权利在权力体现为“权力本位”时，仅只将“国家财产”和“国家利益”放在首位，强调“个人利益服从国家利益”，

（40）当然也是有益的表现，不过，权利同样应该是具体的，是因为行政主体相对方是具体的，有益是在体现权力行使中“权利—权力平衡”中被反映的。（41）行政权力的合理性配置不应该使权力的分配不清楚，以免权责不分，也不应该不准确，以避免滥用权力或行政不作为的消极，这些都是为使权力的行使体现出具体的功效和功益，防止其有害或有损，因此，有关行政司法审查机制的建立，对行政行为的司法救济制度的完善，都是对这种有关于行政权力行使结果可能有害的预防之必须。

当然，对于整体表现的概说所需的必然是有关行政权力合理性配置的具体表现，这种细化当然不可能是本文所能完成的，但是可探求的。

具体化表现之一：博弈。有关行政机制的博弈性要求是在于制约的需要和激励的必需。法律的博弈（42）是政治的需要，政治法治化必然要有一种更为接近于具体而不仅仅是概念上的合理。A、同时决策。（43）博弈的表现是在于一种相互作用的需要。同时决策要求产生于两个个体的相互作用时，“每一个个体必须在不知道对方在干什么情况下决定自己的行为”（44）有关于行政决策有效要求的“政令畅通”，是指一种只存于形式需要上的一体化，因为具体的行政主体相对方是不同的，这种不同显然不是一种个体的不同，而是相互关系在不同条件不同环境下的相异，因此，“政令”被做不同理解和不同处置是必然的，也就是常说的“上有政策下有对策”，不应被简单理解为仅只是“对付”，而应被更进一步了解的是具体条件下的需要。因此，有关行政权力配置的合理性表现在具体上应该体现“各行其是”，即避免相互干扰，保持其独立性，在这里，有关行政处罚的决定权与执行权的分离，就是最好表现。当然，不仅仅限于此。显然，这种机制的形成是在于对行政权力分配中相互制约的考虑。B、扩展式博弈。（45）显然，有关于个体之间不可能是信息完全隔离的，双方以及第三方等参加的有关于一个行为（从决策到执行，以及结果的形成，对结果的反馈）是存在着相互的依存关系的。各方的决定和行动，在考虑可能的后果情况下，必然要选择一个最佳的行为方案，因此，对于行政权力的分配，必然要求的是各方之间的互相依存中的牵制关系不可能只是独行其事。这也就是如在有关行政立法中中央和地方之间的关系，不能只是单纯强调集中和服从，因为政策的不透明，必然造成执行的不可能。同样，在行政机构之间，各部门之间的独立行为，对形成的一个结果而论，要考虑后果的原因是在于，没有配合以及对于独自行为可能造成的对后果的影响的牵制的话，这种有关权力配置的合理性是不存在的。C、信息不对称与告之和重新协商。

（45）信息不对称是对于行政主体以及相对方客观存在的。信息不对称必然导致行为决策及行动之间关系的偏差。纠正是在于对信息的告之和在信息知悉被调整后的重新协商。矫正行为是行政救济被设置的必然，但矫正不仅仅是发生在后果形成之后，更应该是在对后果形成的过程中的需要，在行政权力的配置中，这种不断地依靠对信息的了解来决定行为方向和方式的过程的形式，是需要认真考虑的。当然，这种过程，在实际中的存在的必然，即所谓“看菜吃饭”的做法是客观的存在，但在机制构成上做到先行的考虑，则是为有序和有益而有的设置。这也就是所谓整体性和统一性问题，如WTO所要求的“有关或者影响货物贸易和服务贸易的实施程序都要达到公正合理的水准，这个范围实际上已经接近于覆盖全部行政管理的各个领域”，（46）“公正合理的水准”必然是“各个行政管理部 门”协调一致的行为才能成就，而所谓“协调”本身即是一种对信息不对称条件下的不断改进，从而调整以达一致的过程。D、信号显示，信息甄别（47）的需要所要求的正确推论。不能假定在信息不对称条件下的积极披露和获取信息都是可靠的，因为对于“不可核实信息”，则只能通过对“个体所采取的行动来揭示”。（48）在这种条件下有关对行政权力合理性配置的模型应有的博弈，是在于对信息甄别机能的设置，设置本身应该是包含于机制之中的。那么，对于行政公开的需要所要求的开通甄别信息渠道是极为重要的，刊载、查阅等，是一种对行政主体之间行为信息的获取方式，这也正是透明度原则所根本要求的，当然，行政主体内部之间的监督机制，上级机关与下级机关之间，各部门之间的监督机制，都应建立一种公开的程序，以确保监督的有效，而不仅仅只是有这种监督机制（机构）的存在。E、嵌入博弈。（49）对于行政主体所构成的整体行政权力运作机制而言，应该是对于行政主体相对方的个体行为的一个层次的递进不断被扩大的过程，对个体的有关行政行为，是需要 在权力配置上以博弈的机制来达到有机性的互动，但这种小的博弈是不断地被嵌入到不断扩大的博弈之中的，这当然很明显，然而对于均衡实现的求解，则是很复杂的。不过也不是完全不可能具体化。对于从中央到地方的行政权力配置，要做到统一和不冲突，不仅仅是“不抵触”。“法律保留”（50）对“空白地带”的“保留”和未设“保留”的“灰色地带”，在对权力配置的设计上，都应以博弈形成的制约和激励均衡来充实。处罚和执行“一条龙”的权力配置是没有形成博弈，处罚执行“统一和分离相结合”的有效，才是博弈，但这只是一个层次，整体性要求的是不断地嵌入到一个大的博弈之

中。

具体化表现之二：规则。没有规则，对行政权力的合理性配置是无法体现的，因为权力分配再合理，也仅只是一个起点。规则是延伸，扩展和实现这种合理性的保证。A、内部规则与外部规则。（51）内部规则即：“平等适用于所有人的普遍正当的规则”，而外部规则是指“支配--组织的行动”，“只适用于特定之人或服务于统治者目的的规则”。（52）做这样的划分对于行政主体的权力配置而言，就在于一般的普遍规则是可明文公布的，而特殊规则只对特定人适用的规则，是不可明文规定，即行政长官的意志所决定的，但这种决定如果没有规则，“透明度”是无法达到的。在实际意义上，后者要比前者困难得多，并且这种困难因后者的大量存在而尤显突出。WTO透明度原则所要求的对“惯例”的公布公开则是对此所指。B、未阐明的规则与阐明的规则。（53）在内部规则中，基“普遍适用”性并不排除有尚未“阐明的规则”，即并未制定的法律。但未阐明的规则同样在指导人的行为。这种规则的存在和被意识，应该是我们对法律文化、背景和社会经济生活、政治生活进行梳理的理由，从而找到那种对可阐明规则的正确表达的方式和形式。因为“法律往往是相对长期稳定的社会规范，与法律条文并不等同，有时甚至完全没有或无需正式条文的规定（习惯）。”（54）但这种“习惯”与“外部规则”（惯例）不同，前者是被不特定的所有的人所遵从的，而后者只是指对特定的人适用，由行政命令等形式决定，是这种做出决定的“惯例”。当然，法律不是规则，规则是“法律的主要构成要素”，（55）因此，我们不能误解“透明度”问题要解决的是对所有规则予以立法，这是不可能的，但对法律条文之外的规则进行梳理，并“认真地对待”，是当务之急，当务之需，当务之要，是通过对行政权力的合理性配置，而用权力来完成的，这就要求这种配置本身应该带来对规则的需要和认真对待的态度，只有规则被建立，被遵循，秩序才会形成，才会真正地做到行政公开，否则是不敢于“透明”的。

具体化表现之三：调整。行政权力本身是内涵变化的，在一定时期的整体性稳定，并不是指行政主体的稳定不变，这是误解。因为不是行政主体产生行政权力的分配，而是行政权力的分配决定行政主体。因此，对权力的运用不当，应有的后果是调整（如果是符合规则的运用所导致的后果），即对权力分配的调整，是使其找到更能有效运用权力的主体，政企不分，政事不分，政群不分现象所导致的权力分配的调整，是对权力“缩水”使然，使其行政主体更明晰和准确。对以往过分集中的权力分配所做的调整（权力分解），是形成博弈的运行机制的需要。“中国社会结构变迁中面临着主体再造”。（56）

三、结束语。

WTO透明度原则所要求的政府行为自我尺度和自行规范是一种外宽内紧的要求，行政权力的配置合理性本身就是一种对权力运用的优化，而这种对优化的选择本身是没有最佳标准的。现实存在的行政体制的种种弊端所带来的紊乱，使困难更加突出，因为以往那种依靠权力的权威来掩饰的“暗箱操作”将被揭开箱盖，错误和过失都将付出代价，那么，如果有关对权力进行制约仅仅只是消极的防止，而对权力的配置进行整合所要达到的积极作用应该是目的的话，本文对这种整合的可能和应有表现（所要达到的效果）进行的探讨应该是一种积极的努力，但不可避免的是有关于即时之需和及时改进的欲速难达，这更加表明这方面的工作的拓进的迫切性。

二〇〇三年二月十五日

注释：

- （1）参见《加入WTO与中国行政法的任务》杨解君 《中国法学》2000年第6期P2
- （2）参见[英]M·J·C·维尔《宪政与分权》苏力译 生活·读书·新知三联书店 1997年版 P98
- （3）参见《法与国家的一般理论》[奥]凯尔森著 中国大百科全书出版社 1996年版P214
- （4）见前注（3）
- （5）参见《现代化与法》川岛武宜著 中国政法大学出版社 1994年版 P232
- （6）参见《论行政权》应松年 薛刚凌 《政法论坛》2001年第4期 P55
- （7）参见《论政治法治化》赵震江 付子堂 《中外法学》98年第3期 P29
- （8）参见《依法行政与行政立法》刘萃 《中国法学》2000年第2期 P88
- （9）《现代行政法学与制约激励机制》罗豪才 宋功德《中国法学》2000年第3期 P83-84
- （10）参见《论行政公开原则》吴建依 《中国法学》2000年第3期 P93-94
- （11）参见《行政主体研究》张树义 《中国法学》2000年第2期 P84
- （12）参见《论宪政秩序》朱福惠 《中国法学》2000-年第3期 P66
- （13）《法律制度》弗里德曼著 李琼英 林欧译 中国政法大学出版社 1994年版 P197
- （14）见前注（13）

- 〈15〉 《自由的法》[美]罗纳德·德沃金著 刘丽君译 上海人民出版社 2001年版发P20-22
- 〈16〉 参见《加入WTO与中国行政法的任务》杨解君 《中国法学》2000年第6期 P10
- 〈17〉 参见前注〈6〉 P59
- 〈18〉 参见《WTO对中国行政法治建设的影响》石佑启 《中国法学》2000年第1期 P18
- 〈19〉 参见《WTO协定国内实施问题》于安《中国法学》2000年第3期 P10-11
- 〈20〉 参见《现代行政法学与制约、激励机制》罗豪才 宋功德 《中国法学》2000年第3期 P77-78
- 〈21〉 参见《论行政公开原则》吴建依 《中国法学》2000年第3期 P91
- 〈22〉 参见前注〈6〉 P57-58
- 〈23〉 参见前注〈6〉 P57
- 〈24〉 参见前注〈6〉 P57
- 〈25〉 参见《“WTO与中国行政法的改革”国际研讨会综述》、《中国法学》2000年第5期 P179
- 〈26〉 参见前注〈6〉 P58-59
- 〈27〉 参见前注〈16〉 P4
- 〈28〉 参见《对改革现行政执法体制的几点思考》汪永清《中国法学》2000年第1期 P68
- 〈29〉 参见《当代行政法发展的特点》应松年《中国法学》1999年第6期 P34-35
- 〈30〉 参见前注〈29〉 P35
- 〈31〉 参见前注〈28〉 P72
- 〈32〉 参见《论行政公开原则》吴建依《中国法学》2000年第3期 P93-95
- 〈33〉、〈34〉 参见《权力腐败的法律制约》刘金国《中国法学》2000年第1期 P46-47
- 〈35〉 参见《法与国家的一般理论》[奥]凯尔森著 中国大百科全书出版社 1996年版 P346
- 〈36〉 《现代行政法与制约、激励机制》罗豪才 宋功德《中国法学》2000年第3期 P83-84
- 〈37〉 参见前注〈36〉 P77-78
- 〈38〉 参见《论宪政秩序》朱福惠《中国法学》2000年第3期 P63-64
- 〈39〉 参见前注〈38〉 P59
- 〈40〉 参见《权利本位说再评议》童之伟《中国法学》2000年第6期 P47-50
- 〈41〉 参见前注〈40〉 P47
- 〈42〉 参见《法律的博弈分析》[美]道格拉斯G·拜尔 罗伯特H·格特纳兰德尔C·皮克著 严旭阳译 法律出版社 1999年版
- 〈43〉 参见前注〈42〉 P1
- 〈44〉 参见前注〈42〉 P1
- 〈45〉 参见前注〈42〉 P51
- 〈45〉 参见前注〈42〉 P83
- 〈46〉 参见《WTO协定的国内实施问题》于安《中国法学》2000年第3期P7-8
- 〈47〉、〈48〉 参见前注〈42〉 P133-194
- 〈49〉 参见前注〈42〉 P210
- 〈50〉 参见《依法行政与行政立法》刘莘 《中国法学》2000年第2期P93
- 〈51〉 参见《法律与立法的二元观-哈耶克法律理论的研究》邓正来 《中外法学》2000年第1期 P25
- 〈52〉 参见前注〈51〉 P25-26
- 〈53〉 参见前注〈51〉 P31
- 〈54〉 参见《语境论-一种法律制度研究的进路和方法》苏力《中外法学》2000年第1期P41
- 〈55〉 参见《认真地对待规则》陈金钊《法学研究》2000年第6期 P23
- 〈56〉 参见前注〈50〉 P85

相关文章:

[法律的操行：律师制度之本原](#)

[返回](#)