

# 理想中的行政主体理论及其困境

鲁谷辰

(北京大学 法学院, 北京 100871)

[摘要]我国学者对“诉讼主体模式”的行政主体制度持批评态度,主张以大陆法系的分权主体理论为基础,建立以公法人制度为核心的“分权主体模式”。分权主体理论表现出规范主义的风格,强调民主和效率的价值导向,发挥行政主体的分权与自治功能。在基础范式上,分权主体理论以冲突范式和个体主义为前提预设。冲突范式与个体主义表明了分权主体模式的现代性特征,进而揭示了其社会现实基础,即现代市民社会。中国社会不是也不可能转变为西方意义上的市民社会,因此分权主体模式在我国没有存在的现实基础。因此,分权主体理论只是一种主观主义的外部反思,对立法实践没有指导意义。

[关键词]诉讼主体模式;分权主体模式;基础范式;个体主义;社会现实

DOI:10.3969/j.issn.1002-1698.2020.10.012

## 一、问题的提出

行政主体理论作为行政法学基础理论的重要组成部分,应当是贯通行政实体法、行政程序法和行政诉讼法三大领域,阐释一切与行政主体有关的问题之现代行政法基本理论。<sup>[1]</sup>从行政法典化的角度观之,构建符合本国政治、经济、社会和文化状况的行政主体制度应当是行政法总则的基本任务之一。<sup>[2]</sup>我国当前行政主体制度被称为“诉讼主体模式”。“诉讼主体模式”最初在于解决行政诉讼被告的确认问题,因此注重制度的功能性而缺失了组织法意义上的规范性。故自 20 世纪 90 年代以来,“诉讼主体模式”就不断遭受质疑和批评。学者们提出了多种改造方案,

其中最具影响力和代表性的观点是主张借鉴大陆法系以公法人制度为核心的“分权主体模式”。遗憾的是,2014 年修订的《行政诉讼法》首次在实定法中使用了“行政主体”概念,进一步确认了“诉讼主体模式”的地位;2017 年制定的《民法总则》中,立法者也没有采纳行政法学者的建议,建立公法人制度。立法者为何没有采用分权主体模式?分权主体模式对我国而言是一种现实可行的选择吗?本文将分权主体制度视为我国学者理想中的行政主体制度,对分权主体制度的理论阐述则是我国学者批评“诉讼主体模式”的理论依据。因此,本文试图在澄清“分权主体理论”之基础范式的前提下,从社会现实的观点来探讨“分权主体模式”运用于我国的可能性。

作者简介:鲁谷辰,北京大学法学院 2018 级博士研究生。

## 二、理想中的行政主体理论

2014年《行政诉讼法》修订以前,“行政主体”只是一个学术概念,并未被法律所规定。<sup>[3]</sup>然而根据新《行政诉讼法》第75条规定:“行政行为有实施主体不具有行政主体资格……原告申请确认行政行为无效的,人民法院判决确认无效”,行政主体正式成为实在法上的概念。尽管新《行政诉讼法》没有对“行政主体”进行定义,但根据体系解释,第75条所规定的行政主体必然是指向第2条所规定的行政诉讼被告,即行政机关和法律、法规、规章授权的组织。可以说,新《行政诉讼法》正式确立了“诉讼主体模式”的实在法地位。但是我国行政法学者对“诉讼主体模式”普遍持批评态度,并在借鉴国外行政主体理论的基础上,构建出理想中的行政主体理论——“分权主体模式”。

### (一)我国行政主体理论的两次范式转换

#### 1. 第一次转换:诉讼主体模式的形成

我国行政主体理论的发展首先经历了由“行政机关范式”到“行政主体范式”的转换。<sup>[4]</sup>行政机关范式形成于20世纪80年代初,终结于80年代末。“行政机关范式”从行政学视角出发,以行政机关概念为基点和线索,统领有关行政管理主体及行政组织法律规范的探讨与论述。这种范式对作为客观对象的行政机关进行了“白描式”的介绍,没有从行政法学的独立视角对其深层次的法律性质进行抽象和分析,缺乏学理的深度和广度。<sup>[5]</sup>20世纪80年代末,随着改革的推进,我国行政管理实践开始呈现主体多元化的局面,“行政机关范式”面临着解释力有限的困境。<sup>[6]</sup>并且,随着行政法学研究不断深入,“行政机关范式”已无法满足行政法学专业化的诉求。<sup>[7]</sup>

当传统范式无法解决学术危机中的主要矛盾时,新的范式将会发展出来并取代传统范式。1989年《行政诉讼法》的制定为我国行政主体理论范式的第一次转换提供了契机。在《行政诉讼法》制定之初,行政诉讼被告的确认成为需要迫

切解决的现实问题。适值王名扬先生的《法国行政法》出版,学者们在研读法国行政法学理论时,将行政主体概念引入我国行政法学界,并作为正式的学理概念采用。<sup>[8]</sup>基于行政主体概念,学者构建了“行政主体范式”,替代了“行政机关范式”。在“行政主体范式”中,行政主体是依法拥有独立的行政职权,能够以自己的名义实施行政活动以及独立参加诉讼,并能独立承担法律责任的组织。由于行政主体概念的根源在于行政诉讼这一实践需求,因此,这一范式也被称为“诉讼主体模式”。

#### 2. 第二次转换:分权主体理论的引入

20世纪90年代末以来,“诉讼主体模式”不断受到学者批评。这些批评大部分运用比较研究的方法,将我国当下的行政主体制度与法国、德国、日本等的行政主体理论对照,以后者为镜鉴映射前者的瑕疵,总体上批评强于建构。<sup>[9]</sup>其中比较有理论价值的批评意见有:其一,认为诉讼主体模式忽略了中央与地方、机关与机关之间的权责配置,以及行政机关的设置、编制以及行政组织内部有效监控等内容,导致行政组织法研究的重大遗漏;<sup>[10]</sup>其二,行政主体标准过低,致使大量的行政机关都具有独立的法律人格,且各自为政,从而影响了行政组织和行政活动的统一性;<sup>[11]</sup>其三,传统行政主体理论关注的是国家行政,忽视了多元行政利益的存在,漠视了社会行政的发展,从而无法适应多元利益框架下行政实体制度发展的要求;<sup>[12]</sup>其四,行政主体不能独立承担法律责任,实质上的赔偿责任由国家承担;<sup>[13]</sup>其五,无法解决诉讼实践中的被告确认难题。<sup>[14]</sup>

源于当下的不满,学者们针对我国行政主体理论提出了各种改造意见,大体上可分为变革说与修补说两种。<sup>[15]</sup>其中,最具吸引力和影响力的是变革说。变革说主张保留行政主体概念,借鉴大陆法系国家的行政主体理论,建立以地方分权和公务分权为核心的行政主体制度,<sup>[16]</sup>也就是“在借鉴大陆法系国家行政主体理论——‘分权主体模式’——的基础上,重构中国现代行政法

的行政主体理论”。<sup>[17]</sup>这种主张从实证和规范两个层面展开。在规范层面上,学者认为世界上存在着超越于国家、民族和文化的普适性法律价值。经由对话,普适的法律价值与本土实践之间可以实现统一。分权主体模式具有普适性价值,包括:对多元利益的认可和保障;以权利而不是权力为核心;有利于秩序的形成和维护;可以减少管理成本和交易成本;对直接民主和参与民主的保障。<sup>[18]</sup>对此,我国作为一个继受法国家,“应当尽量照搬”。<sup>[19]</sup>在实证层面上,他们认为,从我国现有的实践基础中可以导出重构行政主体理论的正当化理由。<sup>[20]</sup>现有的法制体系已经架构起中央与地方的分权以及公共事务向第三部门分权的道路。经济体制改革使地方变得相对独立,地方在公共行政上已获得较大自主创新权,已成为在国家之外的利益主体。基层村民自治、社区自治、行业自治等自治形态正在逐步发展。在此基础上,建立以分权为基础的行政主体制度可谓水到渠成。

变革说在具体层面还有所不同,根据对分权模式的借鉴程度,可以区分为完全借鉴模式和选择借鉴模式。完全借鉴模式几乎照搬国外的行政主体制度,尤其是对德国的行政主体制度情有独钟。其基本前提假定是:当代公共行政的有效实施必须建立在中央和地方合理分权以及国家和社会合理分权的基础之上。进一步的落实则是:将行政主体界定为“行政法上行政权力、义务、责任的归属主体,是享有公共行政权力,通过其所属机关实施公共行政,并能独立承担因此而产生的法律责任的组织”。<sup>[21]</sup>在此脉络下,作为行政主体的国家和地方组织实现中央和地方的分权。国家即中央人民政府,地方组织则包括一般行政区域组织、地方自治区域组织、民族自治区域政府、基层群众性自治组织;作为行政主体的事业组织和公营组织实现国家和社会的分权;一般行政机关则不具有行政主体资格;在行政诉讼被告资格上采用便宜主义,行政诉讼被告资格与行政主体资格适度分离。<sup>[22]</sup>选择性借鉴模式

则主张保留行政机关的行政主体的地位,这是与大陆法系国家行政主体理论的最大不同。这种模式从行政多元的角度考虑,将行政主体界定为在行政法上具有独立行政利益,享有权利(权力)、承担义务,并负担其行为责任的组织体或该类组织体的代理主体。<sup>[23]</sup>

## (二)分权主体的主要形态:公法人

公法人制度是分权主体模式的核心。在分权主体模式下,行政主体是指公法上权利义务的最终归属者。如果某个行政部门的行为在法律上不能再归属于其他行政部门时,则该行政部门即属行政主体;反之,若该行政部门的行为还可归属其他部门时,则仅属于行政主体的一个部分,而非行政主体。因此,行政主体是行政行为“层层归属的终点”。<sup>[24]</sup>因此,行政主体必须是权利主体,具有权利能力。<sup>[25]</sup>而民法对于权利主体采二元划分,即仅以自然人及法人作为具有“权利能力”的主体。但行政行为一般不以特定自然人为归属主体,故“公法组织形态的法人(公法人)”成为行政主体最主要的表现形态。

公法人概念是由法学理论家将民法上的法人概念导入公法而来。国家法人说最初将国家解释为公法人。随着公共行政的快速扩张,公法人概念得到迅速扩充,市民社会中的独立社会组织也被纳入公法人概念之中。<sup>[26]</sup>19世纪末德国民法典的诞生则进一步促成了公法人概念在实定法中的落实。德国民法典在塑造民法法人概念的同时明确了公法人的身份,实现了以“公共目的”为核心的公务观念与法人组织形态的结合。<sup>[27]</sup>其后,奥托·迈耶在公共目的基础上构建了德国的公法人理论。

德国法将公法人分为三大类,即公法上的社团法人、公法上的财团法人、公法上的公营造物法人。公法社团是一种以“社员”(构成员)为中心的“人的组合”;公法财团“由资金所构成”,其成立是由国家或其他公法社团捐助一定资金或财物;公共营造物则为“结合一定的物与人”所成立的行政组织。<sup>[28]</sup>

公法人不仅是法律技术上的工具概念,而且是法律价值的体现。<sup>[29]</sup> 公法人的制度功能在于落实法律价值和实现治理目的。具体而言,公法人首先实现了“整个公法领域的划归”,因为行政部门“就公、私法人组织形态的选择,事实上是在公、私法这两个不同法律领域之间作选择;一旦选择为公法人的组织形态,除法律另有规定外,所有相关公法规范对此公法人均将有其适用”。<sup>[30]</sup> 进而言之,在公法领域内,公法人作为独立的权利主体,可在法定范围内以特定的组织方式自行处理法定范围内的事项,并可以通过制定自治规章的方式予以规范。公法人只受国家以法定方式实施的监督,不受其他主体的干涉。因此,法人制度能够促进行政分权化以及地方自治,平衡和矫正国家集权可能存在的弊端。由于自治与民主理念相通,自治的核心意义在于确保自主性。就此而言,公法人制度的首要功能是通过分权实现自治,进而促进参与民主。其次,随着现代官僚体系的僵化,公法人制度“去中心化”的优势被凸显出来。国家为了防止科层制的弊端,将原本存在于科层制体系的行政服务从组织上抽离出来,交予独立的公法人执行,以便适当而有效地履行特定行政目的。综上,公法人的制度功能可总结为两个方面:以法人格化的方式实现分权下的自治,以法人化的方式提高效率。<sup>[31]</sup>

### 三、分权主体理论的基础范式

“西方社会科学作为一个复杂体系,至少包括以下方面:概念工具、逻辑体系、方法、前提预设。前面三个方面是公开言明的,第四个是未公开言明的,又是最为重要的。”<sup>[32]</sup> 未经言明的前提预设就是社会科学研究的基础范式。基础范式是“彼此不同的理论模式或彼此冲突的理论模式所共同信奉的且未经质疑的一整套或某种规范性信念”。<sup>[33]</sup> 各国行政主体理论存在差异,<sup>[34]</sup> 我国学者却以“分权主体模式”概括之,表明这些理论共享了一套基础范式。在基础范式得到阐明之前,我们无法意识到分权主体模式所提供

的是不是符合中国现实的“法律理想图景”,<sup>[35]</sup> 也无力解释和解决分权主体理论所面临的各种问题。故此,我们试图揭示分权主体理论的基础范式——“某种精神、文化或价值体系,即使这些理论并未明确将其表述出来”。<sup>[36]</sup>

#### (一) 规范主义的研究风格

分权主体理论整体上呈现出公法的规范主义风格。规范主义风格的根源在于对分权理想以及使政府服从法律的必要性的信念,强调法律的裁判和控制功能,并因此而关注法律的规则取向和概念化属性。<sup>[37]</sup> 我国学者主张的变革说正是宣扬这种规范性主张。他们希望通过引入分权主体模式来促进地方分权和公务分权,实现地方自治和社会自治,推进参与民主和效率。与此同时,他们将“行政主体”视为先于实定法的规范性概念,这在批评诉讼主体模式的逻辑中展现出来:批评者从“主体”的规范意义出发,认为“主体”之所以成为主体是因其具有“主体性”,但我国行政机关和授权组织并不具有行政权利能力,也就是主体性缺失,因此行政机关和授权组织不是真正的行政主体。<sup>[38]</sup> 导致这种以主体为名却无主体之实的原因在于,我国在继受国外行政主体理论过程中对“行政主体”概念的使用,发生了严重误读,<sup>[39]</sup> 只是用其名,而抛弃了特定的“内涵”。<sup>[40]</sup> 其中的内涵则应当是指分权主体模式所能实现的制度功能或法律价值,诸如分权、自治、参与民主、效率等。

与规范主义相对立的公法研究风格是功能主义。如果说对分权主体模式坚持规范主义的立场,那么对诉讼主体模式的辩护则倾向于功能主义风格。在众多学者的批评声中,张树义教授曾在2000年撰文对我国行政主体理论进行了阐述。<sup>[41]</sup> 他指出,我国行政主体理论的产生并非如其他学者所说的“误读”,而是基于中国的改革实践需要,对西方学术概念的本土化运用与发展。同时,他也认为,行政主体理论的实践基础在于中国行政改革,体制改革就是以分权为目标导向的主体分化过程,改革中的主体分化是行政

主体理论的价值所在。从功能主义的角度看,行政主体制度是行政管理制度的一个组成部分,其主要的关注点是解决当下问题的规制和便利功能,并因此注重阐述这种理论的意图和目标。

规范主义与功能主义之间存在不可调和的分歧。但这种分歧有时会被学者使用的术语所掩盖,因为相同的术语可能指称完全不同的意义。<sup>[42]</sup>例如,以双方反复强调的“分权”而言,即存在相同术语掩盖下的差异。批评者在使用“分权”时所指的是对行政主体“权利”的确认和保障,<sup>[43]</sup>而辩护者所使用的“分权”则更多是对国家“权力”的分解和控制,二者之间有本质区别。基于不同的立场,也存在以不同的术语指称同一事实的情况。例如,“误读”与“本土化”可能只是从各自不同立场出发所导致的认识上的差异。事实上,早期行政法学者对西方学术概念的借鉴和改造以解决中国问题,并非是直接“移植”。这种借鉴方式的实质是以“西方概念”为用、以“中国问题”为体。但更多的分歧无法通过解释来弥合,需要归结为另外一些涉及根本性问题的差异,包括对人性、人类社会和政府的不同理解。这正是需要我们进一步处理的基础范式问题。

## (二) 基于冲突范式的分权

自治和分权是行政主体制度实现民主和效率的基本手段,但自治仍以分权为前提。分权原则是行政组织法的基本原则。<sup>[44]</sup>现代意义上的“分权”不仅包括宏观层面的立法、行政、司法、统治等国家职能的划分,而且包括微观层面的地方分权和公务分权。<sup>[45]</sup>近代西方立宪国家成立以来,为了防止专制独裁政体复活,依据权力分立理论,在中央层面将原本集中于专制君主手中的国家权力,使之分立、分离而独立,并透过相互抑制的手段以达到均衡的效果。这种“横向分权”虽然有助于防止权力集中于某一国家机关或个人手中,却无法阻止中央集权漠视地方特色及其居民需要,形成以中央政府意志为依归的另一种“全体主义”。<sup>[46]</sup>因此,为使地方免于国家的过度干涉,德法等大陆法系国家建立了公法人制

度,以实现地方分权。除地方分权之外,还存在着大量基于自治原则和分散原则的公法团体自我管理内部事务,同时分担国家任务,实现公务分权。<sup>[47]</sup>公务分权是法律将某种需要一定独立性、去政治性的公务从国家的一般公共职能中分离出来再组成新的独立实体来实施,<sup>[48]</sup>以专业为基础的公法人主要在于实现功能性自治。

在推动分权的实现过程中,分权主体理论表现出明显的冲突范式优先的特征。冲突范式在本体论上假设行为主体(包括个人和团体)具有不同利益并且存在结构性矛盾,不得不通过诉诸实际冲突以促进自身利益,因此大多数社会结果都是由行为主体的冲突行为所致。在认识论上,冲突范式以行为主体之间的冲突行为作为解释社会现实的切入点,把社会结果理解为行动者的冲突行为相互作用的产物。<sup>[49]</sup>分权主体理论第一项未经阐明的前提假设是:将行政主体视为具有不同利益的主体。分权主体制度将绝大部分行政主体拟制为独立的公法人。“独立”意味着公法人须拥有一定的“固有事项”,<sup>[50]</sup>并可在法定的固有事项范围内对抗所有人,包括其设置之国家、地方自治团体或其他公法人。就此而言,固有事项构成了行政主体的核心利益。以此为前提,分权主体理论的另一项前提假设是:行政主体之间存在着明显或潜在的利益冲突,中央与地方之间尤为明显。基于这种假设,分权主体理论将国家与地方自治团体之间的关系视为“相互制衡、互为敌体的关系”。<sup>[51]</sup>有学者甚至认为,地方自治团体实质上是国中之国。<sup>[52]</sup>因此,为了保障自治团体不受国家的干预,自治主体必须与国家保持一定距离。<sup>[53]</sup>上述被揭示的前提假设完全符合冲突范式的特征。

冲突范式构成了行政主体之间法律关系的前提预设,形塑了国家对行政主体的监督关系和纠纷解决机制。自治行政是国家整体统治系统之一环而须受国家监督。<sup>[54]</sup>因此,地方自治团体不论办理自治事项或中央委托事项时,基于法律秩序的一致性(基于宪法上平等原则)以及权力

垂直分立制衡(即矫正地方自治恶质化的现实需要)之必要性,中央政府(或其上级政府)对于地方自治团体,可以进行合法性与适当性之监督。<sup>[55]</sup>具体而言,地方自治团体在处理“自治事项”时,中央仅能进行合法性监督;若执行“委托事项”时,中央除得做合法性监督外,也有权对行政的合目的性(即适当性)实施全面监督。这种中央与地方自治团体的监督关系,并不等同于机关上下隶属关系,更不是中央集权制度,而是两个独立且平等的主体之间的法律监督。其次,在中央与地方以及地方间的争议处理制度上,则主要采用两造对抗的诉讼方式解决。

### (三)基于个体主义的自治

规范主义风格的基础存在于保守主义和自由主义的政治意识形态之中。保守主义将个人视为社会秩序的有机组成部分;自由主义则以个人自治为现实基础。<sup>[56]</sup>因此,在处理个体与集体的关系上,规范主义坚持个体优先的基本立场。在此脉络下,分权主体理论在围绕自治行政而展开的过程中,表现出个体主义优先的基础范式。个体主义在本体论上存在以下方面的基本假定:其一,集体由个体组成;其二,个体特性之和构成了集体特性,除此之外,集体没有其他独立的特性;其三,即使集体具有某些独立特性,但这些特性不会影响个体行为。认识论上,个体主义认为,只要理解了个体以及个体行动如何形成集体,就可以了解人类社会。<sup>[57]</sup>因此,个体主义都明确或不明确地采取还原主义方法论,即把群体还原为个体来理解。<sup>[58]</sup>

个体主义的研究范式在关于行政主体制度功能的论述中展现出来。在分权主体模式下,自治行政是行政主体制度的核心功能,也是架构行政组织的基本原则。<sup>[59]</sup>自治的本意是自己治理自己。法学上的“自治”则包含两层意义:其一为“自主”,即权利主体就其自治范围内的事项拥有最终的决定权,排除来自外部的干涉和侵害;其二为“自律”,即权利主体必须具有自我管理、克制的意愿与能力;若权利主体为团体,还必

须以民主、合理的方式形成团体的共同意思。<sup>[60]</sup>自治行政最初在地方自治制度中得到阐述。在有关地方自治的讨论中,与“自主”和“自律”相对应,学理上形成了“居民自治”<sup>[61]</sup>和“团体自治”<sup>[62]</sup>的区分。

居民自治是指一定地域社会的公共事务,由当地居民依其自主意思自行规划、决定和执行。换言之,地方公共事务应当由居民直接或间接参加处理。居民自治以民主主义为基础,是地方参政权的表现,故被称为“政治意义的自治”。<sup>[63]</sup>以居民自治为基础,团体自治是居民脱离国民身份,而在一定地域内,组织具有法人格之团体,设立机关,处理其自身事务。<sup>[64]</sup>凡属于该地域社会的公共事务,由该团体规划,决定政策并执行。团体自治以自由主义或分权主义为基础,形成了中央与地方的距离。由于团体自治含有不受外部权力侵害、干涉的“自由权”意涵,在性质上属于“法律意义的地方自治”。因此,居民自治是实质意义上的自治,着眼于成员的参与;而团体自治是形式意义上的自治,着眼于自治主体的独立性,二者互为表里。<sup>[65]</sup>随着行政发展,自治行政不再限于地方自治,还包括各种形式的功能自治。自由主义作为居民自治与团体自治的理论根基,<sup>[66]</sup>其基础理论预设是个人自治,即认为“个人是自治的并且先于和独立于社会而存在”。<sup>[67]</sup>在此理论脉络下,居民自治以个人自治为基础要素,个人为自治的主体,是具备自治主体的要件,必须有自我判断、自我负担、自负责任的能力。而团体自治则是个人自治的延伸,并被拟制为“个人”而获得了权利主体的地位。<sup>[68]</sup>这正是个体主义在本体论上的基本假设。另外,分权主体理论坚持规范主义风格,而“许多规范主义者采纳了一种原子论的观点来看待个人与国家之间的关系”。<sup>[69]</sup>这表现出认识论上的个体主义。因此,分权主体理论显示出个体主义基础范式优先的特征。

### 四、对分权主体理论的批判

“批判”之最简要、最基本的含义是:“澄清

前提,划定界限。”<sup>[70]</sup>即社会科学的任何理论都有其发生的前提条件和适用的边界,分权主体理论也不外如是。未经甄别地将他国的理论和制度强行施加到本国实践中,是一种主观主义的外部反思,而不是辩证法的态度。因为,“每一个民族都有适合于它本身而属于它的国家制度”。<sup>[71]</sup>基于这样的学术自觉,我们必须批判地脱离外部反思的主观主义立场,深入把握我国社会现实的本质性,并以此来考察“分权主体理论”是否以及能否指导我国行政主体制度的建构。

(一)现代市民社会是分权主体模式社会现实基础

为了正确理解当代中国诸上层建筑领域——法、政治、道德等建设的任务和目标,必须从社会现实的观点去把握中国社会的特定性质和时代变迁。<sup>[72]</sup>因为,在唯物史观的立场上,上层建筑是“没有历史,没有发展,而发展着自己的物质生产和物质交往的人们,在改变自己的这个现实的同时也改变着自己的思维和思维的产物”。<sup>[73]</sup>这就要求我们借鉴或分析一种法学理论和法律制度时,必须深入到特定社会的实体性内容之中,而不是局限于规范主义立场的“应当”,否则将会陷入主观主义。社会现实的领域就是法体系中的“伦理”部分,也就是家庭、市民社会和国家在其中活动的那个领域。<sup>[74]</sup>而在马克思的理论中,社会现实是作为实在主体而存在的社会。<sup>[75]</sup>进而言之,马克思笔下的“社会”不是“社会一般”,而是特定的、具有实体性内容的社会。<sup>[76]</sup>

分权主体模式关于冲突范式以及个体主义的前提预设将我们引入其生长的社会现实的考察之中。启蒙运动对宗教的批判开辟了对人类价值理念秩序的重新建构,形成了平等、自由和个体优先的世界图景。<sup>[77]</sup>而现代西方社会确定并确信个人自由权利优先的实践逻辑使得市场经济、民主政治、个人主义构成了“现代性”的基本元素。<sup>[78]</sup>在市场经济和民主政治中,由于共同体的解体和个人主义的兴起,表现出私人自由与公共自由、古代人的自由与现代人的自由相冲突

的现代性困境。<sup>[79]</sup>因此,现代西方政治哲学在坚持个人主义的根本信条下认为个人与集体、社会、国家之间的关系存在根本分歧和坚决对立。<sup>[80]</sup>这种紧张与对立在19世纪后集中表现为市民社会与国家的冲突和矛盾,并成为现代性的突出表征。<sup>[81]</sup>

从历史起源观察,行政自治主体与市民社会相伴而生。从12世纪中叶起,城市自治运动席卷欧洲,作为主体的城市及其中的市民阶级,竭力摆脱世俗和宗教强权对自由经济活动的各种束缚。与自由经济活动相适应的行为准则开始形成,并使经济活动剥离各种道德戒律而中立化,生产力因此获得解放,人们能够生产出比传统的生产方式和社会伦理所允许的更多的产品,具有个人主义意识形态的自治群体开始形成。<sup>[82]</sup>欧美国家在自然法思想的冲击下,打破绝对主义与封建专制,建立了以权力分立原则与人权保障为主轴的近代立宪国家,也创造了以保障人权为主要目标且由自由平等的法主体所组成的市民社会。伴随地方自治制度的建立,形成了地方自治团体的“防御原则”,以及国家与社会在法律上的分立。因此,现代市民社会也构成了分权主体理论的社会现实基础。

(二)传统中国社会不成分权主体模式发生的社会现实

当我们以辩证法来考察分权主体理论时,必须要问:中国当前的社会现实构成了西方意义上的市民社会了吗?在市民社会理论中,市民社会是指在那些源出于保护个人自由的思考以及反对政治专制的近代自由主义政治思想、源出于对市场经济的弘扬以及对国家干预活动的应对的近代自由主义经济思想的基础上而逐渐产生的相对于国家以外的实体社会。<sup>[83]</sup>“市民社会的基本单位是独立的个人,市民社会是由独立的个人组成的联合体,本质上是一种商业文明。”<sup>[84]</sup>在历史性发展历程中,市民社会的出现可以追溯到西方中世纪后期,先有“市民”然后生成“市民社会”,而且是在市民出现几个世纪之后才形成市

民社会。<sup>[85]</sup>而市民的出现又与城市的形成相关,没有城市当然没有市民。城市孕育了市民阶级和市民社会。<sup>[86]</sup>作为城市的居民,市民的参照对象是农民。城市的出现带来了新的劳动观念,农民得以脱离土地在城市中相对“自由”的劳动。因此,以市民社会为基础的地方自治最初表现为城市自治,起源于欧洲王室用“特许权”与城市交易,于是出现了拥有“特许状”的“自治市”。<sup>[87]</sup>但相同时期,自治城市并没有在东方出现,“亚洲的城市不存在有类似西方可以代表市民的共同体(例如市参议会);真正意义的城市市民以及——更具体些——特殊身份资格的市民,在亚洲城市是不存在的,不管是在中国、日本或印度”。<sup>[88]</sup>

我国学者在比较我国传统社会与西方市民社会的差异时,意识到西方社会格局与基督教的本质关系。费孝通认为西方社会的“团体格局”与基督教有着密切关系。“如果要了解西洋的团体格局社会中的道德体系,决不能离开他们的宗教观念的。宗教的虔诚和信赖不但是他们道德观念的来源,而且还是支持行为规范的力量,是团体的象征。在象征着团体的神的观念下,有着两个重要的派生观念:一是每个个人在神前的平等;一是神对每个个人的公道。”<sup>[89]</sup>梁漱溟则特别强调了宗教原因导致的中国与西方社会结构之不同:西方产生了超越家族的基督教,中国则在宗法家族的基础上产生了周孔教化。<sup>[90]</sup>他认为“宗教问题实为中西文化的分水岭”,<sup>[91]</sup>“中国逐渐转进于伦理本位,而家族家庭生活乃延续于后。西洋则以基督教转向大团体生活,而家庭为轻,家族以裂,此其大较也”。<sup>[92]</sup>

在市民社会里,每个人都以自身为目的,其他人便成为达到目的的手段,而且私人利益与公共利益也是冲突的。不同于以个人主义为基础的西方市民社会,我国传统社会则是以“自我主义”或“伦理本位”为逻辑基础。<sup>[93]</sup>自我主义是“差序格局”的逻辑基点。自我主义是一切价值以“己”作为中心的主义,<sup>[94]</sup>表现为:缺乏公德、差序有别、自我取向、群己不分。<sup>[95]</sup>伦理本位则

是梁漱溟对传统中国社会性质的概括。他认为:“中国之伦理只看见此一人之与彼一人之相互关系,而忽视社会与个人相互间的关系。……伦理本位者,关系本位也。”<sup>[96]</sup>在“伦理本位”的生活中,人们最关注的是维护彼此间的伦理关系、名分关系,至于互动各方在利益、情感上的真实需求并不是中国传统社会里人们关注的重点。<sup>[97]</sup>自我主义与伦理本位有所不同,但都不同于个人主义。它们共同承认传统社会中的差序有别,因此它们都认为中国社会的一个根本特征是缺乏团体。<sup>[98]</sup>因为“在团体里的人是一伙,对于团体的关系是相同的,如果同一团体中有组别或等级的分别,那也是先规定的”。<sup>[99]</sup>但自我主义与伦理本位中,不同个人之间不存在相同的关系。以儒家思想为主导的传统社会中包含的封建王权、男权、家族主义和民族尊卑等级的观念与现代性的个体主体性、平等、自由和民主的价值相冲突。<sup>[100]</sup>因此,在中国传统社会中寻找“市民社会”的存在,就如同寻找中国“资本主义的萌芽”一样是个伪问题。<sup>[101]</sup>显而易见,我国传统社会不具备市民社会的基本特征,也不可能存在现代意义上的自治行政。

(三)当今中国的社会现实决定了建构分权主体模式的不可能性

那么,经过新民主主义—社会主义改造后的中国是否生成了或者可能生成现代意义上的市民社会?改革开放前30年,我国是典型的集体主义,因此不可能存在行政自治生长的市民社会。改革开放后,个人从单位中脱离出来,社会也从国家中分离出来,形成了相对独立的实体。90年代后,市民社会理论开始从西方和苏东学术界扩散到我国。<sup>[102]</sup>我国学者开始运用市民社会理论来分析中国的社会现实,寻找市民社会的踪迹。但这些研究基本上还是坚持“应当”的态度,也就是在社会与国家二元划分的基础上,认为市民社会具有民主和自治的品格,能够形塑公民国家,因此我国应当努力构建市民社会。但从社会现实的角度看,在市场经济条件下,传统的



差序格局并没有消失,反而实现了自身的创造性转化,形成基于理性意志的“新差序格局”。<sup>[103]</sup>具体而言,差序格局的观念和行为方式在农村地区或相对封闭地区可能表现得更浓厚一些,而在大城市和接受现代教育的人们身上可能就会少一些。<sup>[104]</sup>但毫无疑问,我国现今的社会结构仍然表现出差序格局的特性。

更为重要的是,我国学术界关于市民社会的研究从根本上表现出“都市化”的倾向,<sup>[105]</sup>忽视了广泛的乡村社会。而我国乡村社会在“现代化”的客观环境下,逐渐由熟人社会转型为半熟人社会,甚至陌生人社会,<sup>[106]</sup>呈现出明显的个体化趋势。但这种个体化趋势仍然以家庭和家庭生活为单位,原子化的个人并没有形成,个人生活的意义仍然扎根于人际关系网之中,而且必须通过牺牲“小我”成全“大我”来获得。因此,我国现今的乡村社会仍然是以“社会自我主义”为逻辑的社会现实,<sup>[107]</sup>并无转型为市民社会的可能。因为,只有家庭原则的解体才能产生出以原子个人为前提的市民社会。<sup>[108]</sup>因此,“用市民社会理论来分析中国乡村社会结构,特别是传统乡村或改革前后的乡村社会结构基本上是无效的。”<sup>[109]</sup>也就是说,中国市民社会的范畴基本上“不包括自给自足、完全依附于土地的纯粹农民”。<sup>[110]</sup>

最根本的是,市民社会不可能成为我国的社会现实。恩格斯曾言,“凡是现存的,都一定要灭亡”。作为西方社会现实的市民社会也有其历史性限度。也就是说,市民社会只有在基督教世界才能完成。“我们没有任何理由指望中国人会在西方资本主义文明衰竭之前变成原子式的个人,变成真正的清教徒或边沁式的个人主义者,因为我们不可能用一千五百年纯正的基督教教化来造就抽象主观的人格性,以便后来实现一个彻头彻尾西方标准的现代化。”<sup>[111]</sup>而且,中国社会的现代变迁并不趋向于造就原子个人一途,因而并不归结为与政治国家相分离的市民社会。将当今中国社会作为“市民社会”来理解,只是把对

伦理世界的经典划分作为机械的公式来进行外部反思的运用,其结果只是把主观的任意和武断强加给中国社会。<sup>[112]</sup>因此,应然的市民社会理想并没有得到全部人的肯定。有学者认为市民社会理论的主张只是“同质的神话、圣洁的神话、独立的神话、国家与社会二元对立的神话、民主动力的神话”,并且“市民社会那些被吹得天花乱坠的神效”不可能存在。<sup>[113]</sup>其他的研究则表明,活跃的公民社会未必是推动民主稳固的积极力量。<sup>[114]</sup>因此,抛开本源的市民社会不谈,抛开东方社会以及各个民族的特殊性不谈,片面地把原子个人和自利原则看作是植根于一切地域、一切时代的市民生活之通用精神的历史普遍论,只是一本无法打开的书。<sup>[115]</sup>最后,即便我国现今的社会已经表现出市民社会的某些特征,但这也不意味着它因此而获得了合法性。因为,马克思对资本主义制度的批判就是要破除市民社会及其个人主义原则,并建立以“人类社会或社会化的人类”为主体的社会主义社会。<sup>[116]</sup>我国作为社会主义国家,要抵制西方资本主义文明“绝对权利”和破除对西方文明的从属地位,必须扬弃个人主义与自由主义,积极地开启出一种新文明类型(超越现代—资本主义文明)的可能性。<sup>[117]</sup>

综上,中国不可能生成以个人主义为基础的市民社会,分权主体理论因此失去了其社会现实基础。直接将分权主体模式运用于我国,不外乎是一种形式主义的外部反思。

## 五、代结语

我国行政法学界关于行政主体的讨论,尚没有摆脱“西方中心主义”与“学徒状态”。关于“分权主体模式”的主张只不过是自觉的外部反思,并没有把握住我国社会现实的本质,因此也无法解释中国行政主体制度的历史与现实、经验与实践,更不用说指导具体的制度建构。我们需要注意,无论是西方社会科学还是中国社会科学都只是地方性知识,只有将这些社会科学原理放置在或转入具体时空条件下的社会语境中,这

些社会科学原理才是有意义的。<sup>[118]</sup>因此,我国行政主体制度的建构必须在扬弃西方理论的前提下,深入把握我国的社会现实。具体来看,至少要注意以下方面:一是要从实在宪法的角度来理解我国宪法就央地关系所规定的“两个积极性”原则;二是要认识到中国特色社会主义制度下党政合署设置形成的党政融合主体的现实;三是应从功能主义的角度来理解国家治理体系现代化的本质要求,不能按照西方主流理论办事,只要有利于党和国家事业发展、人民幸福安康、社会和谐稳定、国家长治久安的治理体系对我们而言就是好的。

### 注释:

- [1]李昕:《中外行政主体理论之比较分析》,《行政法学研究》1999年第1期。
- [2]章志远:《中国特色行政法典化的模式选择》,《法学》2018年第9期。
- [3]在此之前,“行政主体”仅出现在最高院的1项答复和民航总局的2项部门规章之中,包括:1995年《最高人民法院关于公路路政管理机构行政主体资格及有关适用法律适用问题的答复》,以及2013年11月4日中国民用航空局颁布的《民用航空导航设备开放与运行管理规定》《民用航空通信导航监视设备飞行校验管理规则》。
- [4][7][9][21]沈蔚:《重构行政主体范式的尝试》,《法律科学(西北政法学院学报)》2000年第6期。
- [5][8]张树义:《论行政主体》,《政法论坛》2000年第4期。
- [6][41]张树义:《行政主体研究》,《中国法学》2000年第2期。
- [10][19]葛云松:《法人与行政主体理论的再探讨——以公法人概念为重点》,《中国法学》2007年第3期。
- [11][38]薛刚凌:《行政主体之再思考》,《中国法学》2001年第2期。
- [12][18][23][43]薛刚凌:《多元化背景下行政主体之建构》,《浙江学刊》2007年第2期。
- [13]杨解君:《行政主体及其类型的理论界定与探索》,《法学评论》1999年第5期。
- [14]杨小君、陈建科:《行政主体法定的理论与实践研究》,《桂海论丛》2014年第4期。
- [15]余凌云:《行政主体理论之变革》,《法学杂志》2010年第8期。
- [16][17][20][22][39]章剑生:《反思与超越:中国行政主体理论批判》,《北方法学》2008年第6期。
- [24][25][29][59]李建良:《论公法人在行政组织建制上的地位与功能——以德国公法人概念与法制借镜》,《月旦法

学》2002年第84期。

- [26]蔡震荣:《公法人概念的探讨》,载翁岳生教授六秩诞辰祝寿论文集编辑委员会主编:《当代公法理论:翁岳生教授六秩诞辰祝寿论文集》,台北:月旦出版社,1993年,第254页。
- [27]李昕:《公法人概念缘起的法哲学思考》,《哲学动态》2008年第12期。
- [28]陈爱娥、李建良:《行政法入门》,台北:元照出版社,2004年,第230页。
- [30]陈爱娥:《行政主体、行政机关及公法人》,载台湾行政法学会编:《行政法争议问题研究(上)》,台北:五南出版社,2000年,第257-261页。
- [31]李昕:《论公法人制度建构的意义和治理功能》,《甘肃行政学院学报》2009年第4期。
- [32][118]贺雪峰:《构建具有主体性的中国社会科学:饱和和经验训练的视角》,《改革》2019年第12期。
- [33][35]邓正来:《中国法学向何处去(上)——建构“中国法律理想图景”时代的论纲》,《政法论坛》2005年第1期。
- [34]李昕:《论目的主导的公法人组织形态类型化》,《法学杂志》2015年第11期。
- [36][37][42][56][67][69][英]马丁·洛克林:《公法与政治理论》,郑戈译,北京:商务印书馆,2003年。
- [40]薛刚凌:《我国行政主体理论之检讨——兼论全面研究行政组织法的必要性》,《政法论坛》1998年第6期。
- [44]应松年、薛刚凌:《行政组织法基本原则之探讨》,《行政法学研究》2001年第2期。
- [45]高家伟:《德国的自治行政制度》,罗豪才主编:《行政法论丛》(第6卷),北京:法律出版社,2003年。
- [46][51][60]蔡茂寅:《地方自治之基础理论》,《台湾本土法学杂志》2000年第11期。
- [47][德]哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,北京:法律出版社,2000年,第32页。
- [48]李昕:《法人概念的公法意义》,《浙江学刊》2008年第1期。
- [49][57]唐世平:《社会科学的基础范式》,《国际社会科学杂志(中文版)》2010年第1期。
- [50]固有事项的性质及其范围与该自治主体或特定利害关系人息息相关。参见许春镇:《论自治行政之概念及其类型》,《台北大学法学论丛》2006年第59期。
- [52]蔡茂寅:《地方自治之理论与地方制度法》,台北:新学林出版社,2006年,第24页。
- [53][54]许春镇:《论国家对地方自治团体之监督》,《玄奘法律学报》2005年第4期。
- [55]黄锦堂:《行政组织法论》,台北:翰芦出版社,2005年,第289页。
- [58]刘水林:《法学方法论研究》,《法学研究》2001年第3期。
- [61]参见陈淑芳:《地方居民权利义务之探讨》,《法令月刊》2016年第7期。

[62][64]许志雄等:《现代宪法论》,台北:元照出版社,2002年,第372-373页。

[63]萧文生:《地方自治团体之自主组织权》,台湾行政法学会:《公务员法与地方制度法》,台北:元照出版社,2003年,第276页。

[65]自治团体是自治权的载体,没有团体自治,自治权将无存立之地;但如果仅有团体自治而无居民自治,则外部压迫可以避免,但内部压迫所造成的伤害可能尤有过之。

[66][68]苏永钦编:《地方自治:落实人民主权的第一步》,台北:翰芦图书出版社,2002年,第11页。

[70]吴晓明:《论当代中国学术话语体系的自主建构》,《中国社会科学》2011年第2期。

[71][74][德]黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,北京:商务印书馆,2007年,第291页。

[72][108][112]吴晓明:《从社会现实的观点把握中国社会的性质与变迁》,《哲学研究》2017年第10期。

[73]《马克思恩格斯选集》(第1卷),北京:人民出版社,1995年,第73页。

[75]《马克思恩格斯选集》(第2卷),北京:人民出版社,1995年,第701-702页。

[76]吴晓明:《马克思的现实观与中国道路》,《中国社会科学》2014年第10期。

[77]刘同舫:《启蒙理性及现代性:马克思的批判性重构》,《中国社会科学》2015年第2期。

[78]赵景来:《关于“现代性”若干问题研究综述》,《中国社会科学》2001年第4期。

[79]汪行福:《个人权利与公共自由的和解——现代性视域中的黑格尔法哲学》,《吉林大学社会科学学报》2011年第1期。

[80]崔宜明:《康德哲学中的自由理念——在自由意志与自由权利之间》,《华东师范大学学报(哲学社会科学版)》2010年第5期。

[81][116]邹诗鹏:《马克思对现代性社会的发现、批判与重构》,《中国社会科学》2009年第4期。

[82]钟明华、魏明超:《现代性是如何生成的——马克思和韦伯的视角》,《现代哲学》2009年第2期。

[83]邓正来主编:《国家与市民社会:一种社会理论的研究路径》,北京:中央编译出版社,2002年,第1-21页。

[84]胡健、董春诗:《市民社会的概念与特征》,《西北大学学报(哲学社会科学版)》2005年第2期。

[85][87]张康之:《对“市民社会”和“公民国家”的历史考察》,《中国社会科学》2008年第3期。

[86][115]张文喜:《马克思历史理论中城市和市民社会的建构》,《社会科学辑刊》2019年第3期。

[88][德]马克思·韦伯:《非正当性支配——城市的类型学》,康乐等译,桂林:广西师范大学出版社,2011年,第27页。

[89]费孝通:《乡土中国生育制度》,北京:北京大学出版社,1998年,第32页。

[90][95][98]廉如鉴、戴烽:《差序格局与伦理本位之间的异同》,《学海》2010年第3期。

[91]梁漱溟:《梁漱溟全集三》,济南:山东人民出版社,1989年,第52页。

[92][96]梁漱溟:《中国文化要义》,上海:上海人民出版社,2005年,第46-48页。

[93]郑震:《差序格局:自我主义抑或关系人》,《人文杂志》2018年第7期。

[94][99]费孝通:《费孝通全集》(第六卷),呼和浩特:内蒙古人民出版社,2009年,第124-137页。

[97]廉如鉴:《差序格局概念中三个有待澄清的疑问》,《开放时代》2010年第7期。

[100]冯平、汪行福等:《“复杂现代性”框架下的核心价值建构》,《中国社会科学》2013年第7期。

[101][109]郑卫东:《“国家与社会”框架下的中国乡村研究综述》,《中国乡村观察》2005年第2期。

[102]高丙中:《“公民社会”概念与中国现实》,《思想战线》2012年第1期。

[103]肖琪:《差序格局与中国社会的现代转型》,《探索与争鸣》2014年第6期。

[104]马戎:《“差序格局”——中国传统社会结构和中国人行为的解读》,《北京大学学报(哲学社会科学版)》2007年第2期。

[105]邓正来:《关于“国家与市民社会”框架的反思与批判》,《吉林大学社会科学学报》2006年第3期。

[106]黄宗智:《重新思考“第三领域”:中国古今国家与社会的二元合一》,《开放时代》2019年第3期。

[107]阎云翔、杨雯琦:《社会自我主义:中国式亲密关系——中国北方农村的代际亲密关系与下行式家庭主义》,《探索与争鸣》2017年第7期。

[110]邓正来:《市民社会理论的研究》,北京:中国政法大学出版社,2002年。

[111][117]吴晓明:《“中国方案”开启全球治理的新文明类型》,《中国社会科学》2017年第10期。

[113]王绍光:《社会建设的方向:“公民社会”还是人民社会?》,《开放时代》2014年第6期。

[114]刘瑜:《公民社会促进民主稳固吗?以第三波民主化国家为例》,《开放时代》2017年第2期。

[责任编辑:邹秋淑]