

行政主体私有化成因与模式探讨

陈 高

一、引言

随着社会变革的全面推进,特别是近几年来社会主义市场经济体制的深入创新,传统的以确认行政诉讼被告资格为主要研究对象的行政主体理论愈来愈表现出它当初建构时的广泛深度理论支持的缺乏,并且也受到了越来越多学者的质疑和责难。行政手段的多样化导致行政主体林立,以及公法私法化趋势的不可逆转,都给行政主体理论的研究提出了新的课题与要求。在研究行政主体理论本身内容的同时,学者们也开始关注建构此理论的的公权的实然问题。“公权建构的行政法学体系和行政法治体系已难以对其理论和实践问题进行自我修复”,[01]行政主体理论在公权的作用下也因此不能得到周全:行政主体概念穷尽现象的不周延、行政主体之间的发展不平衡、以及行政主体与相对人的不公平对抗、新的“独立行政机关”的设立等都给学者们以深深思考。

社会体制转型,从单一公有向所有制多元化转变,代表国家公权的行政主体的范围也应该得到扩展和延伸,不能局限在公权构筑的领域里进行主体选择或赋予主体权力,在一定程度上进行部分主体的私有化和一些主体的部分私有定性,也应该是行政管理在新时代的需求。因为仅仅凭借公权设置的行政主体已不能得心应手地应付社会管理尤其是市场经济管理过程中出现的行政危机。

行政主体私有化并不是从根本上转变独立的行政主体的公权力性质,而是在公权分权的过程中国家权力的部分让渡及传统行政主体角色的转移。让渡的部分公权利仍受到公权的制约和监督,转移后的角色在参与行政管理过程中则是一个相对独立的实体,承担权利所纳范围内的职责。有学者以此提出行政任务的私有化,即对国家公权进行规制。笔者以为,任务私有化并不能解决行政主体面临的新问题,比如执行部分国家权力的社会组织团体的定性,行政主体的价值定位、功能判断、设立规则等因行政主体不能得到合理定性而引发的一系列问题。显然以私有化的原则对主体进行处理比对任务进行处理在解除行政主体面临的困境上更具有根本性。笔者这里也是以一种质疑的态度指出传统公权的社会、行政危害,行政主体应私有化的成因,进而提出主体私有化的两种模式,仅供学者们参考。

二、公权之下的行政主体之间与行政主体和相对人之间的逻辑错位。

(一),国家作为行政主体角色的弱化与责任承担的强化,是公权惯性的表现。

在给行政主体定义的过程中,国家作为一个主体明显处在了应然的地位,因为“行政主体概念的关键在于权利能力”[02],而没有哪个组织团体能比国家对统治权更具有操纵性的了。在对行政主体范围划分上,像日本、法国等许多国家也都是将国家列为了行政主体的首要位置,“国家是原始行政主体,因为它享有统治权,其存在和权利不源自其他机构”[03]。而在我国对行政主体的理论研究因局限于实务中诉讼被告资格认定,从而人为的将行政主体等同于行政机关,国家作为该当的主体而被排斥在了法律规定之外,显然理论自身不能自圆其说,因为我国目前的行政现状,法律仍不能规避公权,“国家至上论”和公权在权利中不可动摇的地位仍统治着人民的司法理念。古时以皇权为代表的国家公权经过几千年的发展至今已形成一个庞大的体系,而且在社会管理中担任着主要的角色,但是这种公权统治的惯性已成为现今社会体制革新的不可逾越的障碍。因为国家从行政主体角色退出却发挥着潜性的强权,法律对其规制一直表现出了苍白无力和无可奈何,公权惯性已成为法治时代的不文明。

我国行政法学界给行政主体的定义基本达成一致共识,即“行政主体系指依法拥有独立的行政职权,能代表国家以自己的名义行使行政职权以及独立参加诉讼,并能独立承受行政行为效果和行政诉讼效果的组织。”[04]以此定义的实质内涵,行政主体与国家之间是一种代表关系,即行政主体代表国家行使行政权。且不论这里此行政主体概念内涵和外延之间的矛盾,行政机关作为义务主体因不具有独立的法律人格而不能承担完整和实质意义上的法律效果,[05]以行政正当的理论,行政主体分为归属主体和行使主体,国家作为归属主体是无可厚非,传统概念中的行政主体因代表归属主体的权力而能够大胆行政。这种激励机制刺激了行政主体的妄为行为,从而不仅给它代表的归属主体以巨大社会压力[06],而且造成了行政主体运用国家赋予的权力浪费公共领域资源的不正常现象。在国家赔偿中,这种现象关系被表现的更加淋漓尽致。行政主体的侵权行为而形成的赔偿责任因被国家的主动包揽而使行政主体处在了承担责任的形式上的义务机关的地位。例如我国法律规定行政赔偿费用由国家承担,列入预算。国家这种积极的姿态不仅放纵了行政主体的行政行为,而且对其自身的发展也是一种损害。同时,这种积极的姿态也因行使的权力的

不可受外部抑制而在行政管理中始终处在了主导的位置。

(二)，行政主体之间严重对立。缺乏私法的调和。

行政分权的细化使得较多的组织团体因分担了国家的部分权力而成为一个个独立的行政主体，它们又因地域和公务的差异而呈现纵向的上下和横向的平行的层级。这种科层使得大多数的行政主体作为一个连接点向四周表现出了扩散状的职务关系，其具体又表现为领导被领导、指导被指导和公务协作关系[07]。如果说单一的职务关系使得每个行政主体因具有认同感从而表现顺从的话，那么多种职务关系的复合则使得行政主体表现出了对每种职务关系所产生的权责归属的反抗，因为在各种行政主体林立的状态之中，它们开始怀疑分权效果是否存有合理性、该当性及合法性。目前的行政权力分散、职能交叉、责任不明、行政主体各自为政、令出多门等现象已使它们产生了不协调感和刺激了私欲的膨胀。每个行政主体都相信，它们背后依靠的是同一个强大的国家公权，以公权对抗公权，不仅会使它们的行政地位受到国家的再次重视，而且还会使它们获得更多的权力。例如行政主体的合并，是行政职能量化的结果。它们根本不会考虑它们之间对抗的恶果、自己是否会有最终归属上的保障。因为它们相信那种担心是不必要的，公权统筹了一切，国家最终会主动处理残局。

行政主体的纵向等级使得它们在垂直分权的基础上具有隶属关系，这种隶属关系的良性表现是以上位主体对下位主体的优越控制和下位主体对上位主体的有效制约作为平行机制来进行协调的。而在我国现行实践中，这种平衡规则又是以行政复议为唯一法定程序，行政主体内部措施为补救的形式得以实现的。且不论新政复议在解决主体冲突的有无成效，内部措施在我国实务中的频频出现则无疑是行政主体间权力冲突的一种妥协，因为内部措施实行的规则是抗拒主体双方的让步和自我部分利益的牺牲。法律不能介入公权力之间的冲突。例如我国也明确规定行政不需要司法的介入。司法介入行政固有司法干预行政之嫌，有悖三权分立精神，但代表国家权力的行政主体在权力运用上要绝对排斥外部力量的调和，则不仅会损害国家主权的形象和权威，而且也是公权资源的一种浪费。公权在处理其内部事务时若单凭借自身的力量是无法将内部冲突协调完善的，而无论其自身的力量是多么的强大。因为任何事物在解决自身问题时都会表现出力量的不足而不得不去汲取外来的有效因素。尽管现实中上下层级的对抗是引入一个更高级行政主体来出面调停的。若这种机制是有效的话，那么层级的有限性和管辖权的确定性必定会使这种机制所利用的资源枯竭，而且冲突解决责任主体的的上移不仅给上位主体巨大的行政“包袱”，还最终会成为矛盾集聚成国家制度中“肿瘤”的根源。我国自古以来自上而下的改革就是一个反例。

平行主体的建立在固定的区域内大多是基于职务的不同而对公权的划分，以行政正当理论它们之间的关系是职务上的协作。行政职能的重合性、交叉性等在具体行政过程中是不可避免的，拥有具体职能的行政主体之间的冲突也是必然会发生的。而我国行政法和组织法对此种平行主体间的矛盾解决，除了给予内部行政的救济措施之外，并没有硬性的法定程序上的规定。而实践中这种职务协作关系在行政中却也很少发生。冲突存在的必然性与解决方式途径的模糊性、缺乏性、无效性之间矛盾的日渐严重明显是公权作用协调行政主体相处的“漏洞”。“公说公有理，婆说婆有理”，“公、婆”所代利益的相对独立使得国家在分权的初始就预定要面临日后这种尴尬，而且这种尴尬因无有效机制控制而又不得不长期存在下去。在平行主体之间寻求连接点，或是制定规则，则是行政主体理论在新形势下所要面临的重大课题。我国实务倾向后者，即制定规则，如制定组织法，而对前者的研究较少。笔者以为，要从根本上解决平行主体之间的纠纷而建立一个外部平衡则是必要的，例如美国社会权力就是在政府之外建立了一总外部平衡，尽管这种平衡是以政党的轮流执政的形态出现的。[08]

(三)，行政主体与相对人之间的对立，是公法作用的异化。

行政主体在具体行政过程中因代表的是公共事务，即国家利益，从而具有行政优先性、受益性等自然优越性，正是这种优越性使得行政主体和相对人在管理与被管理的活动中处在了不对等的地位。应该说这种不对等是必要的，而且有时要牺牲本处在劣势地位的相对人更大的利益以实现这种不对等。例如社会倡导的个人利益服从集体利益，集体利益服从国家利益，当它们之间发生冲突时，个人利益要绝对的付出以维护集体、国家利益不受损害。但是随着个人意识和民主意识的加强，因公权的强大和不可抑制而使得官本位主义不能从根本上消灭，行政主体和相对人实然的不对等也因此随着二者利益冲突的不断扩大而异化为了不必然的对立。

这种因地位、利益分配不平衡而形成的双方主体的对立，我国现行的做法是将相对人推到了诉讼原告的地位而进行救济。诉讼救济程序因相对人的申请而启动看似弥补了相对人所处地位的恶劣和拥有权利的弱小，但诉讼却将相对人置于了承担巨大诉讼成本的恶梦之中，因为“行政相对人既要接受行政主体的行政行为，同时还要付出一定的精力对行政行为进行证明，必然加大了他的经济成本”[09]。在新政救济的另一个方面则是行政复议制度，因我国行政复议制度本身的不完善和存有缺陷[10]，相对人在维护自身权利的投入与受益则很难保持良性的比例关系，因此，由相对人的主动申请才能启动的被动救济，在人民管理国家民主化的今天则表现出了形式上人民管理国家而实质是人民依靠国家的制度内容的错位，也使得公民从主动积极的姿态被迫沦为被动消极的境遇。最大的根源就在于公民不能主动启动任何法定程序来否定行政主体的任何一个决议，相反行政主体却可以将权力涉及到公民的任何一个领域。对权力与权利因失横而采取的措施应该一方面对权力主体进行限制和制约，例如法国“国家机关的干涉受到抑制，如果现在省长意欲否定地方团体的一项决定，那么他必须如同单个公民一样请求行政法院撤销这一决定”。[11]另一方面则是要给予权利主体更多对抗权，将民本位行政主体行政活动的一项重要原则。

随着市场经济体制引入社会政治体制中来，民主也就不再是行政管理的主要性标志，经济、效益、竞

争等元素也越来越多的渗入到行政管理中来。追求权力与权利的平衡,也因通常的做法,即上述平衡措施的两个方面,受到多方面的困扰而实现不能,从而愈来愈多的具体演化为追求行政主体与相对人之间的主体平衡,即寻求两主体之间的平衡点,在二者之外建立一个与各自有联系的第三者。因为抑制权力则会使得许多生活在社会底层的人们失去救济保障,而过多的赋予权利在地域广阔的我国又会出现令行不被执行等现象。

三, 公法之下的行政主体理论与现行社会经济体制的冲突

"社会转型",主要是指"经济体制从计划经济向市场经济的转轨,所有制结构由单一的公有制向公有制为主体的多种所有制并存转变,治国方略从人治向法治的转变,社会环境由封闭型逐步向开放型发展,以及国家社会结构由高度统一的一体化结构向'国家-社会'二元结构过渡"。[12]由此可见,所有制由单一公有向所有多元化发展无疑是社会转型的主要标志。而在社会转型中,特别是公有过渡为私有,国有企业公有的多种实现形式,区域经济独联体的形成等现象在某些方面都冲击了公权的权威,公权建构的行政主体理论也因面临公共生活的多样性和差异性的压力而开始动摇。新兴的一些代表独立经济利益的社会组织团体开始向国家要求权利,而地方性团体也迫使国家给予更多的自主权,例如我国经济特区,自治区的设立。当公法在平衡这些社会力量表现出不能够时,以私法成立并以私法方式行使国家公权的组织开始以私法行政主体(相对于传统意义上公法行政主体)的姿态涌现出来,并发挥着更多的社会管理作用。例如德国行政主体中的"私法组织形式的行政主体"。尽管这种私法组织是否可以纳入行政主体范畴之内还存在争议,但"它取决于人们是将行政主体的概念限于根据公法设立的组织和主体(主权主体),还是扩展到一切法律上独立的、经授权执行行政任务的组织和主体",即"只是一个概念问题"。[13]在我国实践中,大量行政性公司、事业团体行使部分行政管理职能,[14]也不得不可以说是行政主体全面合理定位的另一种有效尝试,因为这种尝试是适应社会由单一"国家"向"国家-社会"二元结构的过渡。

在社会转型过程中,将功能最初定位在确认诉讼被告的行政主体理论也开始更注重实质性的东西,例如明确行政主体行使行政权的适格,确认责任归属等内容。但形式上对行政主体价值功能的扩展并没有使行政主体在社会管理中找到合理的定位。行政主体也就从国家公权的牢笼里走出来面对社会给予的取舍。行政主体资格取得和丧失的规则仍然是在公权设定的领域里进行制定。行政主体资格取得因主体种类的不同而大约有这样两种情形:职权行政主体因组织的设立和授权行政主体因有权行政机关的授权。[15]前一种源于组织法的规定,后者则是源于法律、法规的授权或行政主体的授权。同时行政权的配置又因授权的不同种类而有以下几种情方式:宪法、法律的直接规定;地方法规的规定;行政法规、规章的规定;行政机关的其他规定行为;行政授权决定;委托行为。[16]因此,只要以自己的名义实施行为,并能独立承担行为后果及法律责任的国家机关或社会组织,只要以上述方式取得行政权就应该是当然的行政主体。[17]然而事实上具有实质内容的"行政主体"并没有在程序上得到法律给予的认可和定位,特别是区域经济的发展,公法主体和私法主体共同行政现象的产生,社会转型公有向私有转化,一部分行使行政权的实体并没有得到法律的保护和追诉。

四, 公法私法化,公权私有化,行政主体理论应被注入"新血液"。

行政法作为对国家行政权进行规范的法律理应属于国内公法,换句话说也就是说行政权受行政法约束,行政法的制定应该与行政权的发展保持平行。随着公法调控领域的缩小和私法调节领域的扩张,传统意义上的公共事务的部分管辖权也必定会随着这种趋势而向私法方向转移。而公、私法的这种转移趋势又是以公权力的部分让渡和私权利的增多为基础和前提的。公权力在许多事项方面的被限制以及个体权利的越来越多的索取,反过来又决定着公、私法的再次划分。纵观各国行政法,虽然英美法系没有对公私法进行严格的区分,二者所涉及事务的管理运用的都是同一程序和原则,但是这种不区分显然忽略了二者之间固有的差别和各自的特殊性,而且这种不区分也是不适合我国长期以来形成的国家、集体、个人利益的均衡性原则和习惯的。

近几年来,国家放弃直接干预或者专有领导的活动领域的管辖权,私人经济从而得到迅速发展。这一方面给私权利提供了更多的发展空间,另一方面也给国家公权力制造了更大压力,即国家必须更多的让渡特权,公权内部要重新进行整合,从而"竞争和不断的追求组织结构和服务完善的精神,已不再仅仅是私人经济的特性"[18]。行政主体理论也应该因公法、公权的这种变革而引入新的机制和规则,而且近几年的公有私有经济所有制的成功转化、协调发展、良性互动,又不得不在作为上层建筑的公权、公法领域引发"对称效应"。公法私法化,公权私有化,行政主体也不得不面临着组织私有化的挑战。

五, 行政主体私有化

(一), 行政主体与市场主体的横平

行政主体因行使国家赋予的行政权而与市场主体发生关系,也就是说行政权是行政主体与市场主体联系的枢纽,同时又因其地位的优越性而自我排除在市场主体范围之外。因此一般意义上的市场主体不是行政主体,若市场主体与行政主体竞合而为同一个组织或团体,则此时的组织或团体不是以行使行政权的面目,也就是不是以行政权为枢纽进入市场的。超然于市场主体之外的行政主体要单纯以行政法为指导管理市场主体,处理发生在市场范围内的事务,不仅对市场主体不公平,给市场体制变革设置障碍,而且也会自我制造压力。因为市场主体不得不去服从那些有违市场规律的强制性指令,而同时行政主体也不得不承受这样的恐惧和尴尬,它们也认为自己管理这些市场具体事务是盲目和幼稚。因此,既要与市场主体有所区分,又要溶入市场管理的行政主体,不仅要被贯彻契约经营的理念,而且更重要的是要在市场中寻求一个与市场主体共同的连接点,这种连接点以行政性公司、团体等形式存在,而其存在依据则自然是来自于

授权、委托或者是民意表决产生。例如，在法国人们称之为“独立的行政机关”，“为了保证对于政治和经济的中立，这一调整常常委托由独立的委员会或代办处来运作”，而“这些机关由立法者赋予权限，并不受指示约束”。[19]

（二）国家分权

无论是地方分权还是公务分权，都应该国家权力的部分让渡，而接受这些让渡的权力的行使者，一部分是由公法的原则产生，另一部分则是以国家特权转移给私有经济的形式产生。例如德国“在1993年/94年之前，联邦铁路和联邦邮局属于通过自己行政体制的联邦新政。现在这两个企业已经进行了形式的私有化（组织私有化），至少部分上继续实行实质的私有化（任务私有化）。”[20]当然这种因分权而产生的私有化的行政主体并不是绝对的独立和不受任何制约，它仍然要受到国家的监督，尽管在现今“这一监督的目标仅是保障政治秩序的纲领性条件和审查基本规则的遵守情况”，而且这一监督不再是传统意义上的强制性干预和领导，而是国家“通过经济活动来保证一般规则的遵守”。[21]当然，为使公权让渡实现“软着陆”，国家须有条件的保留某些方面的主权。例如德国“根据基本法第87e条和第87f条规定，在没有授权各州的范围之内，联邦保留铁路、联邦邮政和通讯事务方面的主权，如监督、发放许可、计划确定等。”[22]

分权因有私有的行政主体承揽部分行政任务，而使得行政主体之间的关系由原先的“刚性碰撞”转化为“软性摩擦”，这不仅改善了公法行政主体之间的关系，而且也减轻了它们的压力，因为它们可以只进行一些宏观性的调整活动而将一些具体事务放手给私有的行政主体，不必承受“陷入迷途”[23]的困惑。同时传统以行政内部措施解决的行政主体之间的冲突纠纷，因有私有行政主体的参与和私法的调和而诉诸于法律成为可能。“例如”自地方分权以来，仅有法律能赋予地方团体以新的义务。中央行政机关不能通过行政规定对地方团体制定规则。行政机关之间的关系通过具有合同性质的约定得以调整。公民能够撤销行政机关的内部组织规则。”[24]

注释：

[01] 《行政法的私法文化与潜能》，关保英著，济南：山东人民出版社，2003年，第1页。

[02] 《行政法学总论》，[德]哈特穆特·毛雷尔/著，高家伟译，北京：法律出版社，2000年，第498页。

[03] 同[01]，第500页。

[04] 胡建森：《行政法学》，法律出版社，1998年版，第143页。

[05] 参见：李昕《中外行政主体理论之比较分析》，载《行政法学研究》，1999年，第28-34页。

[06] 参见：关保英著《行政法的价值定位》，中国政法大学出版社，1997年版，第30—31页。

[07] 参见：张正钊主编《行政法与行政诉讼法》，中国人民大学出版社，1999年版，第54页。

[08] 参见：王名扬著《美国行政法》，中国法制出版社，1995年版，第100页。

[09] 《行政法的私法文化与潜能》，关保英著，济南：山东人民出版社，2003年，第142页。

[10] 规范性文件行政复议存有以下恶性：复议提起权的纠纷扩大性、复议主持机关的模糊性、复议审查内容的片面性、复议过程的迟延性。参见：张淑芳：《规范性文件行政复议研究》，载《法学研究》，2002年，第4期。

[11] 《从中央国家到分散行政--现代法国行政法的基本特征》，Jean-Mariewoehrling.著，载《行政法制度--比较法文集》，高志新主编，中国对外经济贸易出版社，2002年，第21页。

[12] 罗豪才：《社会转型中的我国行政法治》，载《国家行政学院学报》，2003年，第1期。

[13] 《行政法学总论》，[德]哈特穆特·毛雷尔/著，高家伟译，北京：法律出版社，2000年，第503页。

[14] 参见：李昕《中外行政主体理论之比较分析》，载《行政法学研究》，1999年，第28—34页。

[15] 参见：《行政法学》皮纯协、张成福主编，北京：中国人民大学出版社，2002年，第51—52页。

[16] 同[01]，第45—47页

[17] 行政法学界基本认可，行政主体资格条件关键在于：一，拥有行政权；二，用自己名义实施行政行为；三，能独立承受行政行为所引起的法律后果。参见：胡建森：《行政法学》，北京：法律出版社，1998年，第151页；又参见皮存协、张成福主编《行政法学》，北京：中国人民大学出版社，2002年，第45—48页。

[18] 《从中央国家到分散行政--现代法国行政法的基本特征》，Jean-Mariewoehrling.著，载《行政法制度--比较法文集》，高志新主编，中国对外经济贸易出版社，2002年，第21页。同[01]

[19] 同[01]

[20] 《行政法学总论》，[德]哈特穆特·毛雷尔/著，高家伟译，北京：法律出版社，2000年，第538页。该书指出形式私有化与实质私有化的根本区别在于：“国家不仅以私法方式或者通过私法组织执行特定的行政任务，而且完全放弃，让给私有经济。如果私有企业通过授权或者其他公法委派方式执行现代行政任务，是最后的界限。”

[21] 同[01]

[22]转引自：《行政法学总论》，[德]哈特穆特·毛雷尔/著，高家伟译，北京：法律出版社，2000年，第538—539页。

[23] "上层在一些细小问题上依赖下层，而下层则在一些原则问题上仰赖上层，结果双方都陷入迷途"。参见：关保英著《行政法的价值定位》，中国政法大学出版社，1997年版，第30—31页。

[22]从中央国家到分散行政--现代法国行政法的基本特征》，Jean-Mariewoehrling.著，载《行政法制度--比较法文集》，高志新主编，中国对外经济贸易出版社，2002年，第21页。

中国法律文化 | About law-culture | 关于我们

中国法律史学会 主办 中国社会科学院法学研究所 承办
电话：64022187 64070352 邮件：law-culture@163.com
地址：北京市东城区沙滩北街15号 邮编：100720