

论现代国家的公法内涵^{*}

杨利敏

【摘要】“推进国家治理体系和治理能力的现代化”的要义是建设现代国家,根据韦伯理论,现代国家的特征是在领土范围内垄断合法强制的行使权,而只有法制型理性官僚制支配结构能够在大规模领土国家中实现这一点,其关键在于将支配权力转化为一套理性的规则体系,以完成支配权力的去人身化,使国家自身成为集中的制度化权力所在地。完成这一任务的理性的规则体系就是理性公法体系。中国建设现代国家的过程仍需进一步加强和完善理性公法体系。

【关键词】现代国家 官僚制 公法

【中图分类号】D911 【文献标识码】A 【文章编号】1000-2952(2018)06-0115-13

党的十八届三中全会通过《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》,此后,“推进国家治理体系和治理能力的现代化”就成为中国改革的重要议题。党的十八届四中全会通过《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,提出坚定不移走社会主义法治道路,建设中国特色社会主义法治体系,建设社会主义法治国家。党的十九届三中全会通过《关于深化党和国家机构改革的决定》,开始了改革开放之后第七次机构改革。“国家治理体系和治理能力的现代化”作为我国改革的总目标究竟意味着什么?包括哪些内容?它和“依法治国”以及“党和国家机构改革”之间又有着何种关系?都是值得深入研究的问题。笔者认为,在某种程度上,“国家治理体系和治理能力的现代化”可以理解为建设现代国家,而对于建设现代国家而言,一个健全完善而富有实效性的公法体系正是其核心要义,政权机构的合理配置则是这一体系中的一个重要部分。韦伯对现代国家的经典阐释可以充分地表明这一点。

一、韦伯的现代国家理论

毫无疑问,马克斯·韦伯是对现代国家的特征作出阐述的最重要的社会理论家。韦伯在《社会学的基本概念》和《政治作为志业》中,明晰地给出了国家定义,这一定义被普遍认为是对于现代国家的定义,韦伯本人也承认这一点。^①这一定义是:“一种政治性‘经营机构’,如果而且唯有当此机

^{*} 本文系国家社会科学基金项目“国家监察委员会体制与机制研究”(17BFX002)的阶段性成果。

^① 参见[英]安东尼·吉登斯:《民族—国家与暴力》,胡宗涛、赵力译,三联书店1998年版,第20页;[德]马克斯·韦伯:《社会学的基本概念》,顾忠华译,广西师范大学出版社2005年版,第76页。

构的管理干部成功地宣称：其对于实行秩序而使用暴力的‘正当性’有独占的权利，则称之为‘国家’”。^① 但这一定义受到当代社会理论家广泛的误解，误解之处在于认为韦伯强调的是现代国家对“暴力”的独占，^② 但事实上，韦伯强调的是现代国家对使用暴力的“正当性”，即使用暴力的“正当权利”的独占。如果不将合法性理解为狭义的“合法律性”，那么，此处的“正当性”也就是“合法性”。暴力本身是无法独占的，因为体力暴力存在于每个自然人的人身，但使用暴力的“合法权利”是可以独占的——独占的方式是将国家之外所有团体和个人使用的暴力宣布为“非法”，并由国家加以排除。在韦伯的阐述中，现代国家垄断对暴力使用的合法权利具有极端重要的意义，它意味着国家可以剥离领土内任何其他组织的“政治”性质，使自身成为领土内唯一的政治性组织，从而在领土范围内推行一套具有统一性的秩序。国家垄断的不仅仅是军队、警察和监狱，而且是实行秩序所需要的日常性、弥散性的合法暴力，正是在这一意义上，现代国家是“达到完全的发展”^③ 的国家。

从现代国家垄断的对象是为了推行秩序而使用暴力的“合法权利”来看，韦伯对现代国家的阐述可以与整个支配社会学贯通起来。支配社会学讨论的是具有合法性的支配，即具有合法性的结构化的命令——服从关系，为了推行秩序而使用暴力的“合法权利”在法律上即转换为合法的命令权和对命令内容加以实现的附随强制权力。在对现代国家的正面阐述中，韦伯将现代国家的形式特征——“它拥有一个行政管理和法律的秩序，由立法程序可予以改变，管理干部的组织行动在经营运作时——这亦通过明文规定来控制——即以此秩序为依归”与国家独占暴力使用的“合法权利”并列作为现代国家的根本特征，这一形式特征即是支配社会学中的法制型支配的纯粹类型理性官僚制；在整个支配社会学中，韦伯非常注意将法制型理性官僚制与前现代的诸种支配结构和形式进行对比，从而揭示出何以唯有法制型理性官僚制这一支配结构得以在大规模的领土范围内实现对维持秩序所需要的暴力使用的“合法权利”的独占，从而完成现代国家的构建。

在《政治作为志业》中，韦伯还归纳了作为国家垄断使用暴力的“合法权利”的两项前提：国家对遂行支配的“物”的手段和“人”的手段的集中——或者同样可以称之为“独占”，^④ 事实上，整个支配社会学在回答这样一个问题：为什么唯有法制型理性官僚制可以在大规模领土范围内实现遂行支配所需要的“物”的手段、“人”的手段以及法律手段——合法命令权及其附随强制手段的独占？

在前现代的诸种支配结构和形式中，能够在大规模领土内建立起持久支配的唯有家产官僚制，家产官僚制在形式上与法制型理性官僚制有近似之处，因此，两者的根本区别是什么，为什么后者能导向现代国家而前者不能，这事实上是韦伯着力解决的问题。

根据韦伯，家产官僚制和法制型理性官僚制在支配的根本原则上有两点本质不同：第一，在家产官僚制中，没有作为公共团体的国家与支配者个人的人身之间的区分，支配者个人的权威取代了作为公共团体的国家的权威，因而，在家产官僚制之中，没有“公”与“私”的区别；而在法制型理性官僚制中，作为公共团体的国家自身是集中化的支配权力的所在地，真正的支配者是作为公共团体的国家自身，因此，在法制型理性官僚制中，存在着“公”与“私”的区别。第二，基于以上第一个特点，在家产官僚制中，支配者的行政干部和子民服从的对象是支配者人身，除了在受到传统限制的领域之外，支配者可以恣意而行，行政干部和子民的服从义务没有明确的界限，原则上倾

① 《社会学的基本概念》，第74页。

② 参见田耕：《韦伯支配社会学的启示》，《读书》2017年第8期，第43~46页。

③ 《社会学的基本概念》，第76页。

④ [德] 马克斯·韦伯：《学术与政治》，钱永祥等译，广西师范大学出版社2004年版，第201~205页。

向于无限大；而在法制型理性官僚制中，包括支配者自身在内的所有人一体服从代表国家的法律，支配者和行政干部都需要按照法律规定的内容和方式行事，行政干部和子民的服从义务则有法律划定的明确边界。

从这两个根本特征出发，可以得到进一步的结果：在家产官僚制之下，由于服从的对象是人，子民和行政干部服从的不仅是支配者个人，也是行政干部或者上级行政干部个人，因此，支配的“人”的手段是可以被一层一层的行政干部私有化的；同时，由于具有拘束力的明确规则付诸阙如，行政干部的权力行使也是恣意的，并可以用权力的行使来交换子民的“规费”——这种做法得到支配者的默许，并且以其中的一部分作为合法的行政开支和官吏执行职务的报偿。由此，子民对支配者的无限大的服从义务转化为对层层官吏个人无限大的服从义务，合法的命令权及其附随强制手段是掌握在官吏个人手中的，官吏还可以“私有”其下级官吏，并“私有”支配的物质手段，因而，支配权力不可避免地出现内在崩解的倾向，其秩序的统一性也无法得到保证。与之相反，在法制型理性官僚制之下，由于服从的对象是代表国家的法律，子民和下级官员的服从义务由法律划出清晰的边界，命令权及其附随强制手段由法律作出精确的分配，同时，官员的身份和地位也由法律作出规定，其执行职务所需要的开支和报酬同样由法律确定，辅之以精巧的监督机制，法制型理性官僚制通过一套严整的法律体系把遂行支配所需要的“人”的手段、“物”的手段和法律手段都集中到国家自身，从而维持支配权力不受崩裂和溶解，进而在领土范围内推行一套具有真正内在统一性的秩序，使国家成为一个具有统一性的法律实体和行政实体，实现其最完满的形态。易言之，国家为了维持领土范围内的统一秩序，必须有能力先在自身的行政干部中贯彻一套秩序，通过这套秩序把支配的“人”的手段、“物”的手段和法律手段都集中起来，确保支配权力的“去个人化”、“去人身化”，使行政干部不折不扣地服从国家。

二、法制型理性官僚制与理性公法体系

在支配社会学中，韦伯强调了法制型理性官僚制成立和维系的若干重要条件，如一定程度的货币经济发展、一定程度的交通和通讯条件等，^①但有一个条件是受到韦伯高度强调的，即形式理性的法律技术的发展。韦伯认为晚期罗马帝国以高度洗练的技术创造出来、经由概念性体系化而形成的理性法律技术为理性官僚制提供了基础，^②由罗马法提供的形式理性的法律技术在欧洲历史上的普及，是理性官僚制首先出现并发育成熟于欧洲的关键因素之一。^③得益于由罗马法遗产所来的理性法律技术，法制型理性官僚制成功创造出了一套理性的规则体系，正是这套规则体系具体落实了法制型理性官僚制的功能模式，将支配权力转变为一整套与官员人身相分离的配有监督措施的制度化体系，而这套理性的规则体系就是我们今天所称的公法，易言之，现代国家是依靠一套理性的公法体系组织起来的。以下本文将结合韦伯支配社会学中的论述，对理性公法体系如何具体构造法制型理性官僚制从而实现现代国家作一概要勾勒。

（一）完善的个人权利体系

如前所述，法制型理性官僚制和家产官僚制的两个根本不同之处在于：

^① 参见[德]马克斯·韦伯：《支配社会学》，康乐、简惠美译，广西师范大学出版社2004年版，第33、44页。

^② 参见《支配社会学》，第47～51页；[德]马克斯·韦伯：《法律社会学》，康乐、简惠美译，广西师范大学出版社2005年版，第200～214页。

^③ 欧洲历史上12世纪开始的罗马法复兴是欧洲中世纪封建国家向现代国家转变过程中具有极端重要性的事件之一，大量受过罗马法训练的职业法律人士为寻求中央集权化、建立精简高效的官僚体制的国王提供了所需要的官员和技能。参见[比]R. C. 范·卡内冈：《欧洲法：过去与未来——两千年来的统一性与多样性》，史大晓译，清华大学出版社2005年版，第91～97页。

第一,在前者之下,真正的支配者是作为公共团体的国家自身,国家以一套经由合法程序通过的法律来代表自身,因而,在支配者及其官员身上有“公”与“私”的区分,有其代表公共团体的身份与其个人身份之间的区分,个人的服从义务是指向于作为公共团体的国家而非官员个人的;而在后者之中,没有独立于支配者及其官员人身的作为公共团体的国家概念,因此,在支配者及其官员身上没有“公”与“私”的区分,个人的服从义务因此是指向支配者及各级官吏个人,而非指向作为公共团体的国家。

因此,对于法制型理性官僚制而言,首要的就是在观念中和法律上强化国家作为公共团体的概念,而国家作为公共团体在法律上的表现就是国民具有参与国家治理的制度化权利,因此,国民的参政权对于法制型理性官僚制而言具有首当其冲的重要性。国民能够通过选举代议机关和国家元首的方式参与国家治理,并通过言论、出版、集会、结社等政治自由权利参与营造一国内的公共场域,这是使国家得以成为公共团体的要义。只有使国家作为公共团体的观念通过上述参政权利的确立深入人心并在制度层面牢固确立,整个法制型理性官僚制才有稳固的基础。

第二,在法制型理性官僚制之下,个人的服从义务是有限度的;而在家产官僚制之下,个人的服从义务没有明确的界限,原则上无限大。无限大的服从义务对应的是无限的命令权力和附随强制权力,在支配者个人及其行政官吏均具有无限的命令权力和附随强制权力的情况下,命令权和强制权是无法被精确地计算和分配的,因此,看似无限大的命令权和强制权力恰恰导致它们无法有效地被集中,从而事实上将分散在个体官员手中,此时,个人服从义务指向的对象就不是国家,而是官员个人,支配权力内在崩解的趋势将不可避免、无法遏制。因此,在法制型理性官僚制中,国家得以集中合法的命令权和附随强制权力的关键恰恰在于个人的服从义务是有限度的,是被法律划出精确界限的,亦即国家的合法强制本身是有限度的,从而是可以被计算和分配的,这意味着一个先在的独立的个人自由领域的存在。只有在承认这一先在的个人自由领域的情况下,国家才能为其合法强制划定边界,精确地计算和分配合法强制,从而实现合法强制的集中。这一先在的个人自由领域就是宪法自由权体系。任何官员个人一旦超出法律规定的范围,侵越到这一个人的自由领域,即是行使了不属于国家的非法强制,个人可以请求国家对此予以排除,即使这一侵害是以“机关”的名义作出的,在性质上也是一样,通过此种方式,国家可以防止强制权力沦落于官员个人之手。不仅如此,国家还要保护这一个人的自由领域免受来自国家之外、未经国家授权的任何第三方的强制,在个人受到来自第三方的强制的时候,对此予以排除。唯其如此,国家才能成为个人在法律上的服从义务唯一的指向对象,个人的服从义务只指向于国家,不指向于国家之外的任何个人和团体,这也是国家得以垄断合法强制行使权的关键所系。

因此,似乎有些悖谬的是,国家要实现最完满意义上的国家形态,实现现代国家,首先要建立并保障一套完整的个人公法权利体系,这一体系保证个人对国家的制度化参与,从而确保国家作为一个公共团体;同时,这一体系保障一个先在的独立的个人自由领域,这一领域不受任何来自非国家的第三方,包括国家官员在内的非法强制的干预,从而使得国家真正成为个人服从义务的唯一指向对象。在此基础上,国家得以垄断合法强制的行使权并推行领土范围内的统一秩序。易言之,一套完整的个人公法权利体系是现代国家垄断合法强制行使权的必备前提。

在这套权利体系之中,除了参政权和自由权之外,国民的受益权也是重要的。受益权同时具有两方面的作用:一方面,它确保国民在生活陷入困难时平等地向国家请求物质帮助以及平等地获得其他公共服务的权利,从而可以在国民与国家之间建立起直接的纽带,增强国民对国家作为公共团体的感受;另一方面,由国家作为向国民提供生活扶助的主要组织,可以避免其他的组织和个人跟

国家竞争国民的忠诚，从而不仅在法律上，而且在事实上确保国家得以作为国民服从义务的唯一对象。

（二）完备的行政组织法体系

在家产官僚制之下，导致支配权力内在崩解的一个重要机理是，由于缺乏以明晰的规则勾勒出的理性的“权限”，支配权力——包括支配的法律手段命令权及其附随强制权力，支配的物的手段和人的手段往往是作为一个整体交给官员个人的，尤其是命令权及其附随强制权力，在此情况下，官员极易在其个人的势力范围内成为一个微型的“支配者”，子民的服从也因而指向官员个人。而法制型理性官僚制有效遏抑这种状况的重要手段在于，它通过一套制度化的规则体系将支配的权力予以分解，分解后的支配权力不是直接交给个人的，而是交给由这套规则体系所指定的职位，国民的服从义务也指向职位，指向由规则所限定的特定职位的“权限”，从而克服了家产制下权力人身化的弊端，确保国民服从的对象不会从国家转变为官员个人。

支配最重要的日常形式是行政，^① 命令—服从关系在日常化的行政关系中体现得最为明显。因此，法制型理性官僚制通过制度化规则体系分解支配权力的首要方式是通过法律对行政权力进行组织和构造，即一套完整的行政组织法体系。广义的行政组织法包括行政机关组织法、自治行政组织法、公务员法、公物法、公营造物法等，^② 行政机关编制法、预算法也可以纳入这一范畴。行政机关组织法依照专业化逻辑将作为一个整体的政府功能进行专门化划分，然后将专门化后的行政任务分派给特定的行政机关，此一行政任务就构成了机关的“权限”。依据“权限”的需要，法律分配相应的命令权和附随强制手段，命令权和附随强制手段因此是附着于机关的“权限”的。同时，行政机关组织法还在机关内部进行机构和职位的划分，将机关作为整体的“权限”再次分解到不同的内部机构和职位上，作为个体的公务人员只有在“职位”的范围内才有资格代表国家，行使合法的命令权和附随的强制手段。能够行使命令权和附随强制手段的是“职位”，而不是个人，公民个体的服从义务是指向“职位”，而非具体的官员个人。对于行政官员超出“权限”的行为，公民个体即不再负有法定的服从义务。通过这一方式，行政机关组织法首先保证了支配的法律手段即合法的命令权与附随强制手段与官员人身的分离，为现代国家垄断合法强制行使权奠定了基础。

在此基础上，公务员法进一步确保了现代国家能够垄断施行支配所需要的“人”的手段。公务员法对职位进行进一步明确的分类，并具体确定了充任不同职位的相关人员的资格，规定了不同职位的官员为其履行相关职务可以向国家请求的酬金，同时规定了对于官员履行职位任务情况的详细考核制度，而官员的升迁和部分酬金取决于其履行职务的情况，官员作为国家公务人员的身份受到法律的保障，有独立机构对其所受的处分和免职是否合法进行裁决。尽管公务员需要执行上级官员的指令，但其对上级官员的服从也限于法定的职务义务的范围内。由于升迁和酬金是与职务履行的客观情况相挂钩，同时公务员的身份受到保障，因此，下级官员只需要忠诚于职位，通过忠诚于职位而忠诚于国家，而无需迎合上级官员的个人喜好，更无需变成上级官员的私人杂役。以此，完善的公务员法律制度既使国家能够获得适格的人员充任职位，又有效遏制了上级官员将下级官员“私有化”现象的发生，保障官员始终作为“国家公职人员”，而不会成为上级的“人”。

保障现代国家垄断施行支配所需要的“物”的手段则是预算法、政府采购法、公物法和公营造物法等一系列法律。预算法根据“权限”的范围和性质为官员确定管理相关事务所能够使用的资金

^① 事实上，韦伯本人是把行政作为支配的主要形式来看待的，在对法制型理性官僚制的讨论中尤其突出了这一点。参见《支配社会学》，第38～54页。

^② 广义的行政组织法的概念参见〔韩〕金东熙：《行政法（Ⅱ）》，赵峰译，中国人民大学出版社2008年版，第3页。

以及资金的具体用途,使这些资金不被个体官员所掌控和任意使用;政府采购法确定官员获得办公所需物资的公开、具体的途径,使官员无法在获取办公物资的过程中牟取个人利益;公物法和营造法确定为相关公务的履行所需要提供给公众使用的有形物及公共设施的法律性质和使用规则,这保证了这些有形物与公共设施的公共属性,使得官员无法将之私有化并从中获益。所有这些法律措施既使官员获得了行政所必需的“物”的手段,也同时确保官员与这些手段相分离,保障施行行政所采用的“物”始终作为国家的公共资金和公共财物,不会沦于行政官员的私人之手或由官员任意支配。

在一个大规模的领土国家中,法制型理性官僚制不可避免地要以层级化的方式组织起来,通过上下级行政机关之间关系的构造使得行政系统能够成为一个整体。上下级行政机关之间关系的构造也是由行政组织法来完成的,行政组织法在规定上下级行政机关各自权限的同时,规定了上级机关对于下级机关的指挥命令权和监督权,这一方面使行政系统能够成为一个一体化的机构,另一方面,又由于权限的存在限定了指挥命令权的限度,使得上级无法取代和私有下级机关。

非常重要的一点是,在大规模领土国家中,所有的公共事务完全由组织为一体化行政机构去推行,在客观上存在巨大的困难——规模过于庞大的法制型官僚制将难以维持其内在机理,不可避免地纪律松弛,从而发生组织上的蜕变,乃至蜕变为他种支配模式,因此,在大规模领土国家中,自治行政体的组织就成为一个关键。

自治行政体中最重要的是地方性自治行政体。组织地方性自治行政体的前提是在一国之内对外部效应及于整个地域的全国性事务和外部效应应限于一地的地方性事务进行合理的区分,在此基础上,由代表国家的法律将地方性事务的管理授予地方性自治行政体,并由地方性自治行政体在授权法的范围内进行自主管理,中央政府则依据授权法对自治行政体的自治行政进行监督。在此方式之下,地方性自治行政体对地方事务的管理权——命令权及随附强制手段——来自于法律的授权,并不违反现代国家对合法强制行使权的垄断;同时,地方自治行政又受到国家委托的地方选民的监督以及中央政府自身的监督,使其不可能脱离授权法的轨道。从而,通过以法律的方式划分地方性事务以及地方自治行政体的组织,大规模领土国家可以避免将支配权力作为一元化整体交到地方官员手中,并通过地方选民和中央政府的双重监督,确保支配权力在远离支配中心的地方不会发生与官员人身的合一化。因此,通过法律的授权由地方自治行政体管理地方性事务,正是法制型理性官僚制在大规模领土中维系自身的一个重要技术,是在大规模领土范围内实现国家垄断合法强制行使权的重要环节。

除了地方自治行政体之外,其他自治行政体的组织也是一样。对于适于由层级制行政体系之外的其他机构来推行的专门化公共事务,国家通过法律将之交由专门的自治行政体,由自治行政体自主推行并依照授权法接受国家的监督。在此情况下,自治行政体的命令权及其附随强制手段同样是来自于国家法律的授权,国家并不因此失去对合法强制行使权的垄断。

如上,通过自治行政体的组织,国家恰恰可以减轻一体化行政机构的负荷,从而使一体化行政机构承担的职能及其法律强制处于国家可以控制的限度之内,不会出现在地方上权力一元化而与官员个人人身合一的倾向。因此,通过完善的行政组织法体系,国家既能将上下级行政机关组织为一个具有整体性的一体化机构,又能通过将支配权力进行制度化分解而化解支配权力的人格化危险,保障国家对合法强制行使权以及对遂行支配的人的手段和物的手段的“垄断”。

(三) 依法律行政原则和比例原则

行政组织法为法制型理性官僚制提供了结构框架,将支配权力转化为一整套分派精细的规则体

系，从而为支配权力与官员人身的分离奠定了坚实的基础。

在这一基础上，最重要的是支配的法律手段——合法的命令权及附随强制手段的具体分配，而这一任务是由行政法基本原则——依法律行政原则，尤其是其中的法律优先和法律保留原则来完成的，法律优先和法律保留的贯彻是现代国家得以实现垄断合法强制行使权的重要环节。

对于现代国家垄断合法强制行使权而言，法律保留起着举足轻重的作用。法律保留要求在特定的领域内，行政权力必须获得法律的授权才能采取相应的行动，而法律保留的基本适用范围是干预保留，即行政机关对公民人身、自由和财产的干预必须基于法律的规定，具有法律的根据。^①“干预”即是法律上的强制，当干预的内容没有获得公民主动实现时，即由国家采取物理强制加以实现，而法律保留要求行政官员无论对公民自由采取法律强制还是物理强制都必须获得法律的具体授权。易言之，在行政官员要对公民自由采取强制性措施时，仅仅有行政组织法关于权限的规定是不够的，还必须具有法律对特定的强制性措施的专门授权，表现为必须在法律中规定有可以作为其直接根据的条款。^②只有对于法律明确规定的强制性措施，公民个体才负有对应的服从义务，对于没有法律根据的强制性措施，即不属于国家的合法强制，公民没有服从的义务，并可以请求国家对此予以排除。通过法律保留原则，官员只有从法律取得的强制性权力才是属于国家的合法强制，除此之外，均属于非法的强制，由国家本身加以排除，以此方式，国家可以有效地把合法强制的行使权控制在自己手中。

法律保留控制合法强制行使权的作用还需要法律优先原则的协助。法律仅仅规定特定情况下行政官员可以采取特定的强制性措施仍是不够的，为了防止这些强制性措施被官员任意行使，从而事实上取决于官员的个人意志，法律还必须进一步规定官员实施强制性措施的具体条件、理由以及可以采取的强制性措施的程度和范围，官员在采取强制性措施时必须遵守这些关于条件、理由、程度和范围的规定，个人的服从义务以满足法律规定的条件和理由作为前提，也以法律规定的程度和范围为其限度。行政机关采取的强制性措施如果违反了这些关于条件、理由、程度和范围的规定即构成对法律的违反，亦即跃出了国家所具有的合法强制的范围，同样可以由公民个人请求国家对此予以纠正和排除。这一行政官员对公民自由采取的强制性措施不得违反法律规定的条件、理由、程度和范围的原则即为法律优先原则。^③可以看出，法律优先原则和法律保留原则相协作在保障现代国家垄断合法强制行使权方面起着重要作用。

在具有多元法律渊源的国家，法律优先原则还有另一个功能——通过规定这些渊源之间的上下位阶关系以及下位法不得突破上位法而使这些多元法律渊源组合为一个内在和谐有序的统一体系，即实现现代国家的统一法律秩序。实现现代国家的统一法律秩序和保障现代国家对合法强制行使权的垄断在法律优先原则上获得有机统一。法律优先原则要求下位法不得违反上位法，而下位法如果超越上位法规定的幅度和范围，乃至在上位法规定的具体条件和理由之外对公民自由施加更多的强制性措施（法律限制），这也同样属于超出合法范畴的强制，应当予以排除和纠正。只有中央立法机关制定的法律才能在真正意义上代表国家，如果下位法可以任意越出上位法的范围对公民自由施加强制性措施，即意味着非国家的机构或个人的强制权的合法化，而法律优先原则制止了这种情况的发生，确保国家对合法强制行使权的垄断。

① 参见〔德〕奥托·迈耶：《德国行政法》，刘飞译，商务印书馆2002年版，第72页。

② 此即“根据规范”。参见〔日〕盐野宏：《行政法总论》，杨建顺译，北京大学出版社2008年版，第46～47页。

③ 关于法律优先原则，参见《德国行政法》，第70页。在有多元多层次立法主体的国家，法律优先原则的首要内容是其其他层次的法规范不得与法律相冲突，因而构成国家统一法律秩序的基础。

法律保留原则和法律优先原则的协作已经可以起到在法制型理性官僚制结构内部分配并限定具体的合法强制行使权的作用，但是现代国家为了防止合法强制行使权在实际运行中沦陷于官员个人之手，还发展出了更强有力的保障，这就是比例原则。

在某些情况下，法律出于某种原因无法完全具体地规定官员采取强制性措施的条件或程度和范围，^①只能将此交由官员根据当时当地的情况自行判断。此时，同样需要对官员的行为保持一定的法律控制，以避免交由官员自行判断的领域转变为官员恣意的天地，从而再次在一定程度上发生“国家强制私有化”的现象。比例原则即承担起了这一法律控制的功能。比例原则要求官员在法律没有明确规定强制行使的条件或程度的情况下，根据国家管理相关事务的目的——即法律所规定的目的本身——结合具体的情况来判定强制使用的必要性及其程度和范围，官员对强制的行使不能偏离这一目的，也不能逾越目的所必要的限度。通过要求官员时刻服从于对法律目的的考虑，以对法律目的的理性考虑和衡量贯穿于强制行使的全过程，比例原则在法律无法作出明确规定的情况下实现了对官员强制行使的控制，保障国家的合法强制行使权不会因官员主观判断领域的存在而重新蒙受“私有化”的危险。

综上，在与一个先在的个人主观自由领域相结合的情况下，综合依法律行政原则和比例原则，现代国家可以完满实现在法制型理性官僚制结构内部对合法强制行使权的分派和限定使用，保障国家对合法强制行使权的垄断。

（四）健全的行政程序法

在完备的法制型理性官僚制结构的基础之上，运用法律保留原则分派强制性权力，运用法律优先原则和比例原则限定强制性权力，已经基本可以实现支配权力的去人身化，实现国家对合法强制行使权的垄断，而健全的行政程序法还可以在此基础上进一步降低在支配的实际运行中支配权力人身化的风险。

行政程序法的主要功能是将强制性权力行使的过程分解为具体的步骤和环节，规定在每个环节上需要遵循的要求和符合的形式，并设定相应的标准或增加不同人员的参与，从而进一步降低强制性权力作为一个概括的整体由官员恣意行使的可能性。尤其是，行政程序法为强制性权力的行使设定了说明理由的义务，可以在官员具有主观判断余地的情况下，要求官员将其主观的判断过程以客观化的方式展现在外部，接受理性的检验，从而为抑制官员的恣意又增添了一道防护堤。以此，行政程序法可以进一步促进支配权力的去人身化。

（五）具有实效性的监督机制

要使上述所有这些精心设置的法律机制具有实效，一套官僚制结构内部或外部的监督体系是必不可少的，监督体系是使这一整套法律体系发生实在效力的“扳机”。如果没有一套完善、有效的监督机制，促使法制型理性官僚制的各个环节准确地按照法律的设定运行，纵使整个法制型理性官僚制结构的组织再为精妙，也不可避免陷入涣散解体的命运，因此一套监督机制的重要性不言而喻。

监督机制需要监督官员采取强制性措施的行为是否处在法定的权限之内，有关强制性措施的采取是否具有法律的根据，是否符合法定的条件、目的、程度、范围，是否遵循了法定的程序等；并能够对超越法定权限、没有法律根据或违反法律关于强制行使的具体规定的行为进行纠正。同时，非常重要的一点是，由于现代国家能够通过法律对强制权力进行计算和分配即作出具体规定的前提是个人自由领域的存在，是个人的服从义务仅仅对应于法律的具体规定及其限度，官员僭越法律规定的强制权力的边界，也必定意味着对个人自由的侵害，因此，这一监督机制对官员行使强制权力情况

^① 法律对采用强制性措施的条件概括规定即要件裁量，对于强制性措施的范围和程度的概括规定即后果裁量。

的监督应当是与对个人自由的保护合为一体的——国家应当为个人提供在其自由权利受到官员非法强制的侵害时向国家提出“告诉”，请求国家予以排除和纠正的渠道，作为监督机制的一部分，促使承担监督职能的机构发动相应的程序，从而在保护个人自由的同时，对官员行使强制权力是否严格遵循法律进行审查和监督，并对确实违反法律的行为加以纠正。这一套与个人自由的保护相联结的监督机制就是行政复议法、行政诉讼法以及国家赔偿法。

当然，国家也可以在对个人自由的保护之外设立单独的监督机制，但是这种类型的监督由于缺乏主观自由受到侵害的个人对官员的违法行为提出的准确“告诉”，其在运作上往往面临较难克服的信息困难。

综上，现代国家为了实现对合法强制行使权的垄断，即对支配权力的垄断，必须严格实现支配权力的去人身化，而这是通过确保个人的主观自由领域，确保个人不受国家之外的强制，并将支配权力转化为一整套配有监督机制的制度化体系来实现的。在此基础上，国家可以在领土范围内推行一套不打折扣的统一法律秩序，促进国家成为一个真正的国民共同体，并为市场经济的发展提供可计算的法律和行政的前提。国家为了自身的最大化，必须保障公民自由，并对官员进行严格的法律制约，这是现代国家看似悖谬之处，却是现代国家的奥秘所在。

三、中国仍应坚持不懈地推进理性公法体系建设

综合本文以上的讨论，对于我国而言，无论是“推进国家治理体系和治理能力的现代化”还是“深化党和国家机构改革”，其目标都离不开建立一个完善的法制型理性官僚制基础结构。^①虽然自改革开放以来，我国已经行进在推行宪治和行政法治的道路上，但相较于建立一个完善的法制型理性官僚制结构所需，还有很大的差距。尤其是，我国历史上有长期的家产官僚制传统，如果没有一个足够坚强的理性公法体系，我国的权力结构在具体运作中很容易发生向家产官僚制方向的蜕变，近年来频发的腐败实际即是家产官僚制下官员以权力交换利益这一惯习的再生，而中央近期三令五申强调的要防止出现的“独立王国”其实质也是家产官僚制下支配权力占有化现象的还魂。因此，建立一个以坚强的理性公法体系为基础的法制型理性官僚制结构仍是我国国家治理的当务之急。“国家治理体系和治理能力的现代化”首要不是体现在使用了多么尖端的科技，而是实现权力组织和运作的理性化；“党和国家机构改革”不是机构的反复合并、分拆，而是实现机构之间权限配置的合理化，而离开法治化，所有的理性化、合理化都是纸上谈兵。

鉴于篇幅，以下笔者简要地对于我国进一步完善法制型理性官僚制结构、继续推进理性公法体系建设提出几点看法。

（一）确立国家作为公共团体的观念

整个现代国家法制型理性官僚制的基础是国家作为公共团体的概念，因此，要在我国建设现代国家，推进国家治理体系和治理能力的现代化，首先必须大力推进国家是公共团体的概念，在此基础上，牢固树立国家工作人员的职务是国家“公职”的观念，绝不能允许国家工作人员在观念上将所行使的职权当作是自己的“私人财产”，可以依凭自己的私人意志任意行使。必须明确，国家工作人员是代表国家执行职务、行使权力，因而具有对“职务”的忠诚义务，并需要通过忠诚于“职务”而忠诚于国家，而忠诚于“职务”，就是履行“职务”义务，严格依照法律行使权力，通过服从于法律而服从于国家。

^① 参见周雪光：《国家治理逻辑与中国官僚体制：一个韦伯理论视角》，《开放时代》2013年第3期，第5～25页。

强化国家作为公共团体的观念不仅需要在观念上宣扬,而且需要通过制度予以具体的体现,将此贯彻到国民的日常生活细节。这就是发展各种形式的国民参与国家公共政治生活的制度,让国民得以以制度化的形式有效参与国家治理,才能在制度形态中真正让国家成为一个“公共团体”,并通过国民的切实参与进一步发展、培育和巩固国家作为公共团体的观念,从而让国家作为公共团体的观念深入人心。只有国家作为公共团体的观念在国民中深入人心,才能真正反馈到官员的观念中,让官员意识到自己是“公共官员”,是受到国民的委托担任公职、为国家管理公共事务的人员,“公权力”不是自己的私有之物,而是国家“公器”,作为公职人员必须忠实地履行自己的职务义务而服务于国家。

(二) 加强行政组织法,完善权限的合理划分,破除“一把手垄断制”

行政组织法已经成为目前我国行政法体系中最薄弱的环节,但是合理的权限划分及与之相伴随的权力配置恰恰是法制型理性官僚制结构在具体组织上的基础。因此,有必要合理地廓清政府在经济与社会管理中的职责界限,在此基础上,合理地区分公共事务的专业性质,并依其专业性在不同的行政机关之间进行分派,随之分配相关的资金、物资,确定资金和物资的使用规则,并按专业资格选任行政人员,建立行政人员的功绩制和身份保障。最重要的是,这些必须以法律的形式确定下来,避免权限的任意更动、膨胀、争夺或推诿,也避免资金和物质的任意使用,避免不符合资格的个人进入国家公职队伍,以及防止公务人员成为其上司的“私人仆役”。就此而言,我国尚需大力加强行政组织法的建设,将机构改革与行政组织法的建设结合起来,制定《行政机关组织法》,改变目前《国务院组织法》只有十一条,《地方组织法》关于地方政府的组织只有十五条的局面,继续完善《预算法》、《编制法》、《公务员法》,并可参考国外的经验,制定《公物法》。

在此,笔者特别想要强调的是,我国到目前为止缺乏中央与地方权力之间的合理划分,《宪法》和《地方组织法》在国家权力的纵向配置上采取的是一种将整体政府权力作平面式分解、层层下行的方式。由于缺乏央地之间权限的合理划分,无论中央政府还是各级地方政府对于什么应是中央事权范围,什么应是各级地方政府自主权限范围缺乏认识,因此,或者是地方政府僭越其应具有自主性权力范围,在本应属于高层级政府乃至中央政府权限的事务上任意作为,或者是中央政府权力收得过紧,将理应交由地方政府自主处理的事项也收归中央管理,这是造成我国在中央和地方关系上“一放就乱,一收就死”的根源。事实上,在央地之间进行合理的权限划分,实行在中央监督下的地方自治,这并不会违反我国单一制的国家结构,反而是实现整个国家权力配置合理化的必须环节。由于缺乏中央事权和各级地方政府事权的明确划分,可以说,到目前为止,我国仍未实现在国家权力纵向配置上的合理化。

由上,在我国目前《宪法》和《地方组织法》规定的地方权力格局下,兼之缺乏有效的行政组织法体系的配套,很容易出现一种巨大的危险:这就是以平面式分解下行的权力在地方上实际完全掌握在地方的“一把手”中,“一把手”可以对所有的行政事务包括资金的运用最终说了算;同时,由于《公务员法》当中缺乏完善的“功绩制”和公务员身份保障的规定,官员个人履行公职的好坏程度没有客观的衡量标准,其职业前景将完全取决于“一把手”个人的赏识程度和关系远近,因此,官员很容易从国家公职人员演变成“一把手”个人的“家仆”,这将导致地方的“一把手”在自己管辖的区域成为一个事实上的“支配者”,完全可以在自己的管辖区域内建立起一个“独立王国”。^① 越

^① 参见《中纪委全会文件再提“独立王国”:给谁敲响警钟》, <http://news.163.com/16/0508/11/BMHPFKHE00014SEH.html>, 2018年4月22日。

往基层，距离中央的直接控制越远，又无需受到地方选民的压力，这种风险就越大。权力缺乏制度性的分解，将整体性的权力交到官员个人手中，这种做法是背离法制型理性官僚制的根本构造的，是属于家产官僚制的构造方式，这种构造将使得支配权力变异为官员个人“私产”的情况易为发生。尤其是，在缺乏完善的行政组织法的情况下，不仅是地方政府的“一把手”会发展出这种倾向，每一个行政机关的首长都易于发展出这种倾向。如果这种倾向泛滥，意味着支配权力在事实上的大幅度松弛和内在崩解，因而，这将是一个实际上“千疮百孔”的“现代国家”，决不可能成为一个真正意义上的“现代国家”。要从根本上杜绝这种局面的发生，只能依靠完善的行政组织法体系以及内部和外部的监督。

值得注意的是，西方国家也实行首长负责制，但是西方国家的首长负责制是置于完善的行政组织法体系之中的；同时，中央政府和地方政府之间有合理的权限划分，在中央事权的事务上，地方政府的首长要听命于中央，而在地方性事务上，地方政府的首长要受到地方议会和选民的监督，向地方议会和选民负责，因而，同样是首长负责制，但是中国目前的首长负责制是一种“一把手垄断制”，与西方的首长负责制在实质上完全不同。西方的首长负责制不会发生本文此处所说的危险，而中国的“一把手垄断制”极易发生本文此处所强调的危险，尤其是，中国历史上家产官僚制的传统过于悠久，“一把手垄断制”在这种传统的背景下更容易发生转化。因此，健全和完善行政组织法体系，乃至加强地方人大建设，发展地方民主，对于推进国家治理体系的现代化已是当务之急。

（三）坚持贯彻法律保留和法律优先原则

如前所述，法律保留原则和法律优先原则在一个现代国家中起到分配并限定国家合法强制行使权的功能，以此直接保证国家对合法强制行使权的垄断。如果法律保留原则和法律优先原则不能贯彻，即意味着国家对合法强制行使权的垄断根本无以实现，官员个人掌握着行使法强制的权力，并可以在自己的势力范围内营造出个人性的秩序，或者实际上没有任何秩序，完全服务于官员个人的主观恣意。因此，对于构造一个现代国家而言，法律保留原则和法律优先原则必须得到坚定不移的贯彻。

我国《宪法》事实上已纳入法律优先原则和法律保留原则，《宪法》第五条是对宪法至上性和法律优先原则的宣告，《宪法》第十三条第三款、第六十二条第（三）项等是对法律保留原则的规定。在《立法法》和《行政处罚法》、《行政许可法》、《行政强制法》中均有对法律优先原则和法律保留原则的明确规定。但迄今为止，法律优先原则和法律保留原则在我国贯彻的情况并不理想。最高人民法院在2014年发布了指导案例5号，再次强调地方政府规章应遵守《行政许可法》和《行政处罚法》中关于法律优先的具体规定（即不能突破上位法设定许可和处罚），但最新的研究仍指出，仅在具有法律渊源效力的规范性文件中，违反上述法律关于法律优先和法律保留的具体规定的情形就屡见不鲜。^① 规范性文件尚且如此，遑论官员的具体行为。因此，为了真正地构建现代国家，实现国家治理体系和治理能力的现代化，必须在我国持续、深入、坚持不懈地贯彻法律优先原则和法律保留原则，直至法律优先原则和法律保留原则获得全面彻底的实现。

（四）制定并实施《行政程序法》

行政程序法的核心功能是将行政权力的行使分解为一个一个具体的环节，规定在具体环节上权力运作的方式，并可在每一个具体环节中设定标准、植入外部相对人或者其他官员的参与，从而不仅使权力的行使过程更为理性，而且避免了权力作为一个封闭的整体掌握在官员个人手中，由官员

^① 参见王克稳：《行政审批（许可）权力清单建构中的法律问题》，《中国法学》2017年第1期，第89～106页。

个人以恣意的方式行使，这同样可以大幅度降低权力被官员个人私有化的危险。将权力作为整体交到官员个人手中是家产官僚制的构造方式，易于引起官员对权力的私人“占有”，因而，制定并实施完备的《行政程序法》也是构造现代国家、推进国家治理体系和能力现代化中的重要一环。

（五）切实保障公民权利

现代性的核心特质之一是主体性，即尊重个体的道德主体和法律主体的地位，因而尊重作为个人主体性之表现的宪法基本权利。但如前所述，即便不是从这一角度，而是从现代国家法制型理性官僚制构造的角度出发，一套受到法律保障的公民个人权利体系也是十分重要的，受到法律保障的个人自由领域的存在对于法制型理性官僚制的构造起着结构性作用。在这一自由领域的基础之上，个人的服从义务才能够划出界限，国家的合法强制因其有限、可计算才得以垄断。对公民权利的保障尤其是传统宪法自由权的保障需要与法律保留和法律优先密切结合起来，并通过法制型理性官僚制的监督机制获得其实效性，这也是我国亟待强化的方面。

（六）加强行政系统内部和外部的监督机制

如前，法制型理性官僚制结构内部或外部的监督机制对于这套结构的维持是至关重要的。因此，有必要发展多样化和畅通的监督机制，尤其是加强与公民权利保障相结合的监督机制。

当前，中国为加强对国家公职人员的监督发展出的最新监督机制是设立各级监察委员会，监察委员会整合原检察院贪污渎职犯罪侦查功能和行政监察局对公职人员违纪行为的监察功能，并且获得了优越的宪法地位。这一新的机制设计的初衷是好的，但是，笔者认为，在监察委员会行使监察权力的过程中，至少有以下三个方面是需要引起高度注意的：

首先，监察权力的运作过程同样必须分解为一个一个具体的程序环节，并在不同的环节上引入外部机制（如律师）和不同的工作人员的介入，以此方式，方能避免监察权力作为一个整体交到个别监察机关工作人员手中。无分解的整体性权力交到官员个人手中易于引起权力的私有化，这一原理对于行政机关适用，对于监察机关同样适用。如果监察权力不采取合理的内在分解，并在具体程序环节上设定标准、引入外部机制的介入和实行适度的职能分离，即通过制度对监察权的行使进行合理规制，这同样可能导致监察权的私有化。在监察权作为一种独立权力乃至在法律地位上凌驾于一般国家权力之上的情况下，通过制度化机制防止监察权自身出现私有化的现象，尤为重要且迫切，否则，易于引起中国古代家产制历史上出现的需要对监察权重复设置监察权的现象。

其次，在监察制的试点过程中，有试点地区将留置措施的审批权交到同级党委负责人的手中。^①笔者认为，这种做法并不可取，需要对此引起高度警惕。如前所述，在中国的央地关系的现状之下，平面式分解层层下行的权力实际极易于汇聚在各级地方政府的一把手，也就是地方党委负责人手中，此时，再把监察机关的留置权力的审批权交到地方党委负责人手中，相当于让地方党委负责人个人不仅掌握了党的权力、行政权力，而且掌握了监察权力中最重要的部分，相当于集党权、行政权和监察权于一身，地方党委负责人不仅可使用其人权、事权控制下属，还可以进一步使用监察权控制下属，从而彻底使下属成为“自己的人”。这种权力高度向个人化集中的架构不仅无助于克服最易于发生支配权力私有化的环节，而且会加剧这种倾向。监察机关监察的对象本身应当包括地方党委的负责人，并且在中国的国情下，地方党委的负责人还应当是重点监察的对象，以防止其以个人化的权力形成所辖范围内的“独立王国”，因此，监察机关的权力必须与同级党委的权力有适度的分化，

^① 《浙江监察委改革试点情况汇总》，http://www.360doc.com/content/17/0617/13/542605_663916607.shtml，2018年4月22日。

才能形成独立的监察权力，使监察权力不至于沦为地方负责人个人的“打手”，^①而真正发挥其对公职行使体系的监督效用。

再次，专职监察机关的弱项是其不能与个人权利的保护相连接。在监督机制与个人权利保护相联接的情况下，通过个人的“告诉”，监督机关对官员履行职务中具体有哪些违反规则的行为可以有精准的审查和认知，从而可以对维系法制型理性官僚制的规则进行维护，以防止法制型理性官僚制的变形。但是，一个不与个人权利保护相联结的监督机制在这方面其实面临着很大的困难，即便可以通过技术手段监察官员个人的言行，但是以监督机关有限的人力，仍然无法做到对官员是否合法、正当、理性地履行了法律规定的职责因而真正尽忠于职务义务进行确实有效的监督。因此，监察机制如何能够有效地跟个人权利保护联结起来，仍然是一个值得重视的问题。

结 语

韦伯不仅提炼了现代国家的核心特质，指出现代国家是最完满的国家形态，而且通过在支配社会学中的经验考察和类型比较研究，事实上已经非常清楚地向我们揭示了何以在大规模领土国家中只有法制型理性官僚制才能完成现代国家的建构，^②也在其社会理论中同时论述了现代国家对于市场经济的意义。而法制型理性官僚制唯有通过一套理性的公法体系才能得以建立和维系。因此，对于中国推进国家治理体系和治理能力现代化、完善以市场起资源配置的决定作用的改革总目标而言，持续地、坚定不移地建设和完善一套理性公法体系仍是当务之急。

本文作者：法学博士，中国社会科学院大学政法学院副教授

责任编辑：龚赛红

The Intonation of Public Law of Modern States

Yang Limin

Abstract: The essential meaning of “promoting the modernization of China’s governance system and governance capability” is to build a modern state. According to Max Weber’s social theories, the characteristic of a modern state is to monopoly the legal coercive power within the territory, which can be gained by legal-rational bureaucracy in a state with a large-scale territory. The key of this process is to transform the dominant power into a rational rule system so as to complete the depersonalization of the dominant power and make the state itself become the concentration of institutionalized power. The rational rule system to fulfill this task is the rational public law system. In the process of building a modern state, China still needs to further strengthen and improve the rational public law system.

Keywords: modern state; bureaucracy; public law

① 例如，前副国级官员苏荣在担任江西省委书记期间，其口头禅就是“叫纪委查你”。纪委俨然成为其个人操控的工具。https://news.qq.com/a/20150529/010766.htm, 2018年7月18日。

② 当然，过于僵化的官僚制也会产生问题，对此有诸多评论文献。但对于中国当下来说，继续构建现代国家的任务仍然是主要的，因此，仍必须致力于理性公法体系的构造，即使未来对理性官僚制的超越，仍必须在理性官僚制的基础上，通过公法体系内部的深化和革新来实现。