

公共行政组织建构的合法化进路

沈 岿*

内容提要：对待现代国家公共行政组织建构的合法化问题，有一种形式法治主义的主张，即通过民主代议机关的合法化模式。这种模式在方法论上有单一原因论、理想的形式规范主义和绝对的建构理性主义之倾向，它在解决当下中国行政组织无序的诸多问题方面力有未逮。而在实践中，另外一种可以称为开放反思的合法化模式的进路，以其多向原因论、经验的实质规范主义和复合理性主义之方法论倾向，在相当程度上发挥着重要功能。它并非彻底否定民主代议模式，而是传统主张之外的一条比较贴近中国现实的合法化进路。

关键词：行政组织 合法化 民主代议模式 开放反思模式

一、引 论

现代国家的公共行政已愈来愈趋于庞大、复杂和体系化。无论在什么国度，始终令人疑惑且看上去历久弥新的一个问题是：以怎样的方式和形式来设计各种类型的行政组织体，配以多少公务人员和哪些权力手段，以及如何在组织体内部与组织体之间确立合理的结构关系，才能符合当时当地具体情境中人们对公共行政的期待（包括需求与戒备），从而获得较为普遍的认同和接受并在此意义上具有合法性？^{〔1〕}

针对公共行政组织建构的合法性问题，存在着一种传统的行政组织法治主义模式。该模式的要义是，公共行政组织的建构，原则上应当依照民主代议机关制定的法律或者明确授权来进行。^{〔2〕}我在此将其称为“通过民主代议机关的合法化模式”（以下简称“民主代议模式”）。就其本质而言，它是一种程序论的或形式主义的，即把行政组织的合法性奠基于民主代议机关的立法或者授权过

* 北京大学法学院副教授。本文写作得到北京大学法学院姜明安教授主持的教育部哲学社会科学研究重大项目“对公权力的规范与控制——公法基础理论研究”的资助，特此感谢。初稿完成之后，得蒙中国社会科学院法学所范亚峰博士的批评和指点，在一些观点上发生重大改变，深表谢意。当然，文中观点，皆由作者自负。

〔1〕关于在“可认同性”、“可接受性”意义上的合法性（legitimacy），我曾经撰文予以一定的讨论。参见沈岿：《因开放、反思而合法》，《中国社会科学》2004年第4期。本文也将在此意义上使用“合法性”一词。

〔2〕参见应松年、薛刚凌：《行政组织法与依法行政》，《行政法学研究》1998年第1期；姜明安、沈岿：《法治原则与公共行政组织》，《行政法学研究》1998年第4期；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；室井力主编：《日本现代行政法》，吴微译，中国政法大学出版社1995年版，第270页；黄锦堂：《第六章 行政组织法之基本问题》，载翁岳生编：《行政法》（上册），中国法制出版社2002年版，第323页。

程，而不论依照法律或授权所形成的具体建构方案是否与人们对特定组织体的实质合法性要求相适应。这种模式的一个典型表现，^{〔3〕}就是信奉一整套全面的、系统的、自洽的组织法则以及此类法典化体系解决行政组织合法性问题的功效。

这一程序论的或形式法治主义的传统，真的可以满足我们对公共行政组织建构的合法性关怀吗？面对当前的行政组织诸多问题，我们真的可以在“民主代议模式”之上高枕无忧了？近十年以来，行政法学者（包括我在内）普遍倡导这种模式，并以此为基点就组织法典体系提供了许多修订与完善的建议。这种学术风潮迄今仍未停歇。可是，与行政法学者的一腔热情恰成相反的是，组织法典基本上以一种冰冷、漠然的姿态，保持着其固有的面目而无动于衷。^{〔4〕}这种“剃头挑子一头热”现象的原因为何？面对较为流行的所谓“理论与实务‘两张皮’”的批评，传统的形式法治主义是否需要反省自我、重新检讨自身，以便填补可能在理论与实务中间存在的沟壑，拉近二者的距离，寻找一种更为契合中国当下实际甚或未来的公共行政组织建构的合法化进路？

这些问题意识是促成本文的基本动因。我将在本文第二部分，尝试概括行政组织形式法治主义传统提供的问题清单以及解决方案，意在展示这一传统的大致面相，以此作为后面分析与论述的铺垫。在第三部分，我无意从纯粹理论的层面去点评该传统，而是基于现实主义的立场，希望通过案例的描述，就传统主张的有效性和其它进路的可能性，提出更多值得思考的问题。第四部分则是在个案启发基础上，借鉴既有的西方理论，对传统行政组织法治主义在方法论上的特点及其缺失，进行一番评价。这一传统内含三种相互关联的倾向：单一原因论、理想的形式规范主义以及绝对的建构理性主义。单一原因论是指其把行政组织领域诸多问题的产生简单地归因于行政组织法体系的缺漏；理想的形式规范主义是指其过分乐观地强调民主代议过程及其立法产品——尤其是法典化的产品——在普遍解决行政组织合法化问题上的功效；绝对的建构理性主义则意指该学术传统潜在地崇尚理性进行周密规划和设计的作用，并对这种作用有着一种单纯的依赖。

最后，我想阐明的是，中国制度变迁的经验表明，实践中存在行政组织合法化的另一种进路。相对于上述传统，首先这一进路是多向原因论的，即自觉或不自觉地承认行政组织无序问题产生于多样的、复杂互动的法律和社会原因，而不是试图建立或同意一种关于线性因果关系的想像；其次，它是经验的实质规范主义的，即基本上立足于现实经验，在各种相关动因的刺激或制约之下，在理性比较容易认知和检验的范围内，规范性地设计或改良不同特定行政组织的实质合法化方案，而不是诉诸构造规则体系的一揽子工程；再者，它是融合建构、试验、知识累积、反思、再建构等循环往复过程的复合理性主义的，即在中国法律现代化的一贯路径和当下行政国家的现实之中，它不是单纯仰仗渐进理性和自生秩序去解决行政组织合法性问题，而是回应一定的社会现实，通过立法或政策的制定提供可试验的合法化方案，并在实施过程中借助制度化和非制度化的机制进行知识积累与反思，进而可能形成合法化方案的再次建构。我愿意将这一进路称为“开放反思的合法化模式”。当然，该模式与前述传统并非绝对对立，本文也无意彻底否定民主代议模式的自有价值。

二、问题与方案：法典化的理想国设计

传统的行政组织法治主义并不是“两耳不闻窗外事”地闭门打造行政组织合法化的方案，相反，在行政组织领域中滋生的现实问题，始终是其主张的依据所在。由于秉持该传统的不同学者对

〔3〕“民主代议的合法化模式”有多种表现。此处所谓典型表现，主要指极力推崇行政组织法典化的主张。

〔4〕在中央立法的层面上，专门的行政组织法典主要有《中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》（1979年制定，1982、1986、1995年和2004年四次修改，且修改的内容多半与地方人民代表大会制度有关，甚少涉及行政组织）、《中华人民共和国国务院组织法》（1982年制定，仅11条，未作修改）。

现实问题的描述不尽一致，而囊括和穷尽所有的描述也对本文宗旨的实现甚少助益，所以，我在此择要列举三个方面的问题。

首先，行政组织的设置混乱、忽略或漠视政府管理的规律，行政职权的界定不清、职能交叉、争权夺利或扯皮推诿现象比比皆是，行政机构林立、规模失控、难以走出“精简-膨胀-再精简-再膨胀”的怪圈等等。^[5]有学者称此现象为“行政组织结果的非理性”。^[6]

其次，与上述行政组织结果非理性相关的，是“行政组织过程的无序”。这主要表现为：行政的组织权在立法机关或行政机关上的归属不明确；组织的程序规范匮乏；没有公开、公正可言。有关行政组织的决定，甚至是重大的行政组织制度，如中央与地方财权的划分、行政机构改革等，在多数情况下都是由行政机关自行作出的，立法机关缺少严格控制，民众也无法参与其中。^[7]

最后，传统形式法治主义的拥趸普遍主张，行政组织法的缺漏和不合理是当前行政组织领域杂乱无章的根由所在。无论是对行政组织法进行全方位研究的，^[8]还是就单独的或某个方面的组织法提供评价与改革主张的，^[9]都程度不同地信奉这一点。较为系统的阐述者认为，行政组织法的问题主要在于：第一，遗漏了许多重大问题，包括行政组织法基本原则、行政组织形态（行政主体制度）、行政权（包括行政组织权）范围、中央与地方关系、行政组织规模以及行政组织程序等；第二，欠缺民主精神，包括行政组织权由行政机关行使、行政组织过程缺乏民众的参与以及现有的行政组织法缺乏保障公民权利的条款等；第三，科学精神不足，包括行政组织的整体设计没有建立在合理的基础上、行政组织的规定过于原则、行政组织的规定有法律条文相互冲突、条文内容缺乏明确性等不合理之处。^[10]

显然，“行政组织结果的非理性”是学界普遍关注的问题，也是传统行政组织法治主义关怀现实并提出其主张的逻辑起点。不过，由于在以上三个方面之间拉起了一条线性的因果链，这个传统最终基本上把解决问题的落脚点放在了组织法的完善之上。其中，较为典型地代表该传统的一种方案，对行政组织法的内容与形式，提出了一个系统化的设想。就内容而言，其认为行政组织法体系应无所不包地涵盖以下内容：基本概念、基本原则、行政主体制度亦即行政组织形态、行政权的内容与形式、中央行政组织法、地方组织法、社会中介组织的形式与职权、行政授权与行政委托、行政代理与行政协助、行政组织程序制度等等。而在形式上，则是展望建构一个完整的、自中央及地方共四个层次的专门的行政组织法规体系，使得上述内容皆纳入其中。^[11]

这种体系化的立法设想，不仅在对行政组织法进行如此全方位改革的计划之中得到展示，也往往成为完善某一方面组织法制度的基本主张。例如，有学者针对机构编制管理中的精简——膨胀之恶性循环问题，提出应制定《机构设置法》、《员额编制标准法》等，而员额编制标准法又应由《机关总定员法》、《中央机关定员法》、《地方机关总定员法》、《机关编制审批法》、《机关员额比例法》等法律组成。^[12]有学者在评析现行《国务院组织法》的不足之后，提出修正该法的若干建议，其

[5] 参见应松年、薛刚凌：《行政机关编制法论纲》，《法学研究》1993年第3期；前引[2]，姜明安、沈岷文；杨文忠：《机构编制管理法制建设中的若干问题》，《河北法学》1995年第3期；石佑启：《政府机构改革的行政法治保障》，《行政与法》2000年第1期。

[6][7] 参见应松年、薛刚凌：《行政组织法研究》，法律出版社2002年版，第2页。

[8] 参见前引[6]，应松年、薛刚凌书；前引[2]，姜明安、沈岷文。

[9] 参见前引[5]，应松年、薛刚凌文；前引[5]，杨文忠文；张越：《修正 国务院组织法 片论》，《行政法学研究》1999年第1期。

[10] 参见前引[6]，应松年、薛刚凌书，第81页以下。

[11] 同上书，第88页以下，第270页以下。其中，行政组织法的形式体系被设计为：第一层次是《行政组织基本法》；第二层次涉及《国务院组织法》、《中央行政机关设置标准法》、《地方基本法》与《社会中介组织法》；第三层次是在第二层次的法律之下进一步立法。如在《中央行政机关设置标准法》下制定各中央行政机关设置法。在《地方基本法》之下制定《省组织法》、《市组织法》、《县组织法》、《乡镇组织法》以及《地方财政法》等。在《社会中介组织法》之下制定《行业组织法》、《社会团体法》等；第四层次则是在第三层次下，由国务院以及地方根据具体情况作出规定。如国务院制定各行政机关的设置法规，省、市等地方制定省、市或县组织条例等。

[12] 参见前引[5]，杨文忠文。

中不可或缺的一项是应当把国务院各部门的组织通则融入该法的结构之中。^[13]

行政组织法治主义传统的详尽主张，无法在此一一列出。以上的大致勾勒，已经足够显露这一传统的特征：在认定组织法的欠缺是公共行政组织领域无序的祸根之基础上，希冀建构一种金字塔型的、滴水不漏的组织法典体系，以解决所有的或某一个方面的公共行政组织问题。这样的一种被寄予厚望的行政组织法典体系，真的是可以从设计转化为现实呢，还是可能仅仅成为逻辑上的理想国？

三、困境与可能的出路：个案窥视

或许，对以往经验的直觉感受和对相关理论的汲取，可以帮助我们从民主代议机关在立法认知和能力上的局限、徒法不能自行的原理、行政机关自我组织在效率维度上的可接受性一面、制度激烈变迁与规则体系之间的矛盾、当前政治结构对行政机关滥用组织权力缺乏基于民主选举或违宪违法审查的有效控制机制等视角，得出上述传统很难实现其规制行政组织的美好预期之结论。然而，一方面，这些直接从理论层面进入的论述尽管具有相当的说服力，但仍然难脱老调重弹的窠臼。更为重要的是，它们似乎只能成为批判的利器，而无法形成摆脱黯淡困境的引路火把。因此，我首先将目光投向具体的个案，希冀从中获得对行政组织法治主义传统进行反思的鲜活事实和可能引领我们走出迷途的火种。

由于职能交叉、争权夺利是行政组织形式法治主义传统所关切的行政组织领域常见问题之一，因此，首先讨论的是一起以此问题为核心的案件。1997年1月，安徽省淮北市中级人民法院根据淮北市城市水资源管理办公室（以下简称“水资源办”）的申请，对皖北矿务局前岭煤矿等作出强制执行水资源办《关于限期缴纳水资源费的决定》的裁定。裁定执行完毕以后，前岭煤矿提出申诉，认为水资源办无权征收水资源费，淮北市中院受理并执行是错误的。在安徽省人大常委会提起法律监督的情况下，安徽省高级人民法院依照审判监督程序提审此案，并最终在同年10月31日，以水资源费的征收主体是县级以上人民政府的水行政主管部门、而水资源办并非水行政主管部门为由，裁定撤销了淮北市中院的裁定。^[14]

颇为耐人寻味的是，在该裁定书作出之前，安徽省高院曾于同年4月2日，给皖北矿务局发了一封函。其主要观点与裁定书一致，且明确指出：“你局向淮北市水利局缴纳水资源费是正确的。淮北市建委城市水资源办征收水资源费并申请人民法院强制执行，缺乏法律法规依据。”^[15]由于“水利部门到处散发省高院关于‘淮北市建委城市水资源办征收水资源费缺乏法律法规依据的函’”，安徽省建设厅在同年6月11日发布了《关于城市地下水资源费征收问题的紧急通知》，并附上建设部在同年6月2日印发的《对安徽省〈关于城市地下水资源费征收问题的请示〉的复函》。安徽省建设厅和建设部两份文件的要义是相同的，即根据《中华人民共和国水法》（以下简称《水法》），地下水资源费的征收办法由国务院规定，在国务院办法没有颁布之前，各地应“暂时维持现状不变”。^[16]

以上信息足以昭示，该案真正的焦点并非行政相对人（皖北矿务局下属煤矿）与行政机关（水资源办）之间的冲突，而是建设行政部门与水行政部门的权限争执。那么，这个问题是否可以在“民主代议模式”以及该模式的典型表现——金字塔型法典化体系——中得到解决呢？

[13] 参见前引 [9]，张越文。

[14] 参见安徽省高级人民法院行政裁定书（1997）皖行监字第12号。

[15] 参见安徽省高级人民法院（函）（1997）皖行字第04号。

[16] 参见安徽省建设厅建城字 [1997] 337号文、建设部建城函 [1997] 179号文。

综观案件的整个过程乃至最近的一次与之相关的立法修订,答案是复杂的。首先,1988年制定的《水法》只是规定了水资源费的征收,但对哪个部门负责征收的问题保持了沉默。^[17]而时隔14年之后,修订以后的《水法》终于明确水资源费需向水行政主管部门或流域管理机构缴纳。^[18]仅就此而言,建设行政部门和水行政部门在征收水资源费上的权限纠葛,最终的确是由民主代议机关通过立法方式解决的。当然,这也可以说明,并非所有的行政组织问题皆需在上文所介绍的组织法典化思路中予以处理。^[19]然而,一个看似简单的职权划分问题,在全国性立法层面上经历了如此长的时间跨度,很容易令我们感觉到“民主代议模式”的内在局限,尤其当需要受到规范的领域处于待变未变、相关部门的权限边界尚未厘清的状态之时。^[20]

有学者曾经考虑到这种制度变迁与规则之间的矛盾,并赞同由民主代议机关通过立法授权的方式来照顾行政效率的观点。这本身也可以理解为“民主代议模式”的应有之义。^[21]不过,1988年的最高立法机关不仅对水资源费征收主体缄默不语,而且没有非常明白地授权由哪一级行政机关对这一组织问题作出决策。这就显露出“民主代议模式”所主张的立法授权方案也是不足的,并且成为安徽省水资源费征收案发生的另一根由。

对《水法》(1988)相关规则的解释表明,有权确定水资源费征收者的决策机关,有两种可能:一是县级以上地方人民政府和国务院;^[22]二是国务院。^[23]无论是哪种可能,只要国务院有了明确的规则,在中国现行行政体制之中,中央和地方的建设行政部门与水行政部门自然会唯国务院马首是瞻。但是,直到本案发生之时,国务院始终没有依据《水法》制定水资源费征收办法,相反,却是暂时承认了省、自治区、直辖市规定的合法性。^[24]而在安徽省,省人大常委会和省政府对

[17] 《水法》(1988)第34条第2款、第3款规定:“对城市中直接从地下取水的单位,征收水资源费;其他直接从地下或者江河、湖泊取水的,可以由省、自治区、直辖市人民政府决定征收水资源费。水费和水资源费的征收办法,由国务院规定。”

[18] 《水法》(2002)第48条规定:“直接从江河、湖泊或者地下取用资源的单位和个人,应当按照国家取水许可制度和水资源有偿使用制度的规定,向水行政主管部门或者流域管理机构申请领取取水许可证,并缴纳水资源费,取得取水权。但是,家庭生活和零星散养、圈养畜禽饮用等少量取水的除外。实施取水许可制度和征收管理水资源费的具体办法,由国务院规定。”

[19] 这涉及到行政法学界传统上对行政组织法的两种分类:一是狭义的界定,即指向专门的行政组织法典;二是广义的界定,即凡是规范行政组织的设置、职权划分、编制等问题的规则,皆为行政组织法。行政组织法典化的思路在某种程度上忽视了广义行政组织法的意义,这在下文亦将提及。

[20] 一个值得关注的现象是:水资源费的征收主体在2002年《水法》修订之前,各地是不同的。例如,陕西省政府1992年制定的《陕西省水资源费征收、管理和使用暂行办法》(2004年1月1日起被《陕西省水资源费征收办法》废止)明确规定:“县级以上各级水行政主管部门是征收水资源费的主管机关,负责水资源费的征收与管理工作。”然而,黑龙江省在1995年、江西省在1997年依然保持征收主体的双重体制。黑龙江省财政厅、物价局、计划委员会、水利厅1995年1月1日联合发布的《黑龙江省水资源费征收管理使用规定》第3条规定:“水资源费由各级水行政主管部门负责征收。哈尔滨、齐齐哈尔、牡丹江、佳木斯、大庆、鸡西、鹤岗、双鸭山、七台河、伊春市城区地下水资源费,在国务院没有规定之前,也可由水行政主管部门委托建设部门按现行征收范围征收。”江西省政府1997年12月31日发布的《江西省水资源费征收管理办法》第6条规定:“水资源费由县级以上水行政主管部门负责征收。”第7条规定,“在本办法施行前城镇地下水资源费已由建设行政主管部门负责征收的,暂由水行政主管部门委托建设行政主管部门按本办法的规定代为征收。具体委托办法由省水行政主管部门会同省建设行政主管部门商定。”

[21] 参见前引[2],姜明安等文。

[22] 《水法》第9条规定:“国务院水行政主管部门负责全国水资源的统一管理工作。国务院其他有关部门按照国务院规定的职责分工,协同国务院水行政主管部门,负责有关的水资源管理工作。县级以上地方人民政府水行政主管部门和其他有关部门,按照同级人民政府规定的职责分工,负责有关的水资源管理工作。”若水资源费的征收可以解释为水资源管理工作的一部分,那么,中央和地方政府的水行政主管部门和其他有关部门的职责分工(包括水资源费的征收),似乎应该由同级人民政府予以规定。

[23] 参见前引[17]所引《水法》第34条第3款规定。如果水资源费的征收者问题,可以解释为属于水资源费征收办法应当规定的内容,那么,对这个问题的决策机关又似乎仅限于国务院。

[24] “在国务院发布水资源费征收和使用办法前,水资源费的征收工作暂按省、自治区、直辖市的规定执行。”摘自《国务院办公厅关于征收水资源费有关问题的通知》,国办发[1995]27号文。

待水资源费的征收主体问题上，却出现了明显的分歧。前者规定水资源费由水行政主管部门负责征收；^[25] 后者则是在前者已经立法的情况下仍然强调在国务院未作确切指示之前维持现状。^[26] 尽管从法律规范的效力等级着眼，省政府的规章和其他规范性文件应当与省人大常委会的地方性法规一致，^[27] 尽管安徽省高院依据地方性法规裁定水资源费由水行政主管部门征收符合此效力等级，只是，两个部门之间由来已久的权能争夺，恐怕不是简单地诉诸这一形式法治的原理就可以有效解决的。^[28]

由此管窥，行政组织争抢“势力范围”之现象，多半出于组织体的部门主义考虑。而民主代议机关和可能获得民主代议机关授权或者基于宪法上肯认的固有权职进行行政组织的一级政府，在立法和决策的时候又往往受制于部门主义。^[29] 这就是“民主代议模式”失灵的重要原因之一。本文并非断言，民主代议机关或者政府欠缺足够的权威和能力来厘定行政部门之间的权限。相反，在绝大多数时候，行政部门职责分工的问题都是通过它们得到了较好的解决。否则，“各管一摊”的部门管理不可能像现在这样相对有序。然而，恰恰是在广受关切的行政组织权限边界不明、冲突既发的地带，尤其在像本案那样需要从旧职能格局向新职能格局变革的地带，即便是冀望民主代议机关或政府立时出台或修改单行法律或决策来解决冲突，也是相当困难的，更遑论奢望毕其功于一役的行政组织法典化的建构。

由于其它信息的匮乏，本文对建设行政部门和水行政部门如何走出争执局面并最终于 2002 年《水法》修订的形式解决纠纷，不作进一步的判断。本案中，建设行政部门和水行政部门各自在中央和地方的“条块”结构中寻求纵向与横向的权威或法律支持，立法、行政、司法以及水资源费缴纳者都牵涉其中，也只是折射出一个多方主体在司法程序和司法之外的政治程序中进行复杂博弈的过程。这似乎并不能为我们寻找有别于“民主代议模式”的其它合法化途径提供富有意义的启示。但是，它至少可以告诫我们，目光不要紧盯住自身发育尚未成熟的民主代议机关，赋予其过多的期待，而是应该将视野拓宽，在民主代议过程之外觅得解决行政组织领域诸多问题，确保行政组织建

[25] 《安徽省实施〈中华人民共和国水法〉办法》（1992）第 22 条第 1 款规定：“直接从地下、江河、湖泊（含塌陷区，下同）取水的，必须向水行政主管部门申领取水许可证，缴纳水资源费。”

[26] 1993 年 4 月 16 日，安徽省人民政府在《批转省水利厅、财政厅、物价局关于水资源费征收管理使用意见的通知》（皖政〔1993〕24 号文）中规定：“关于城市地下水资源费的征收和管理暂维持现状，待国务院规定下达后，按国务院规定办理。”1996 年 8 月 21 日由安徽省人民政府发布施行的《安徽省城市节约用水管理办法》第 21 条规定：“城市中直接从地下取水的单位，应当按照国家现行的有关规定缴纳城市地下水资源费；城市地下水资源费的征收与管理暂维持现状，国务院有新的规定按国务院规定执行。”

[27] 《中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》（1995）第 60 条规定：“省、自治区、直辖市的人民政府可以根据法律、行政法规和本省、自治区、直辖市的地方性法规，制定规章。”

[28] 上文提及的安徽省建设厅、建设部在安徽省高院给皖北矿务局发函之后的激烈抵触，已为明证。即便是在安徽省高院作出正式的裁定文书之后，依然没有平息纷争。例如，安徽省阜阳市水利局于同年 12 月 22 日向各县、市（区）水利局、市直有关单位、城区各取水户发出《关于依法加强水资源统一管理的通知》（阜水政〔1997〕391 号文），强调要“按照水法规的有关规定和省高院裁定书的精神，……积极支持水行政主管部门……做好取水许可工作和征收水资源费工作”。而阜阳市节约用水办公室和水资源管理处随后于 1998 年 1 月 3 日又联名向建设部递交了《关于安徽省阜阳市城市地下水资源管理有关问题的情况反映》，指出“阜阳市水利局以此为依据，转发了省高院的裁定书，并借此强调实行水资源统一管理，给我市的城市水资源工作造成了严重混乱”。

[29] 关于人民代表大会立法受到政府及其部门影响的论述，参见蔡定剑：《20 年人大立法的发展及历史性转变》，载蔡定剑、王晨光主编：《人民代表大会二十年发展与改革》，中国检察出版社 2001 年版，第 71 页以下。国务院或地方政府立法或决策可能受到部门掣肘，也在安徽省水资源费征收案中有所反映。前引 [24] 援引的《国务院办公厅关于征收水资源费有关问题的通知》指出，“水资源费征收和使用办法已经列入国务院的立法工作计划，水利部和建设部应当抓紧起草，尽快报国务院审批。”安徽省人民政府法制局《关于安徽省城市节约用水管理办法有关情况的说明》道出，“城市地下水资源费的征收与管理体制问题，是建设厅、水利厅两部门对本《办法》存在的主要分歧意见。我局在进行多次协调未果后报请宗智副秘书长协调，后经省政府常务会议审议，确定城市地下水资源费的征收与管理体制仍按皖政〔1993〕24 号文件的规定执行。”

构合法性的其它途径。

2003年的孙志刚案件和2001年的郑州市“馒头办”事件，或许可以为我们认知新的途径提供有价值的思路。孙志刚案件虽然起因于一个普通个体的惨痛悲剧，但是它引发了举国上下对实施已久的收容遣送制度的声讨，并最终导致该项制度的终结，取而代之的是流浪乞讨人员救助管理制度。^[30]由此，以前的收容遣送机构也纷纷转型为救助机构。1998年，郑州市“为加强对馒头市场的管理，取缔不卫生的馒头小作坊”而成立了市、区两级馒头生产销售管理办公室。2001年初，市级“馒头办”决定将审批、发放馒头生产许可证的权力从区级上收到市级，于是，两级机构之间开始出现冲突，并引发执法人员在郑州市白庙市场的公开对垒。在媒体普遍报道并激起对“馒头办”合法性的质问浪潮之后，2001年3月24日，郑州市政府召开新闻发布会，正式宣布撤销市、区两级“馒头办”，对馒头生产和销售的管理回归至工商、卫生、质量监督等职能部门。^[31]

无疑，这两个实例是行政组织合法性问题得到解决的另一个侧影。个中透露出，公众正试图从个人自由尊严以及市场自主、社会自治等实质规范基点出发，去提出并解决行政组织权力手段应该有哪些、哪些权能是行政组织应该享有的、哪些是应该摈弃的、以及哪些行政组织应该继续存在等问题。这种厘定行政组织实质合法性边界的努力，并非完全发生在民主代议过程或司法过程之中，更不是诉诸行政组织法典化的建构，而是借助一种非正式的、自下而上的民众行动的方式。它们的共性之处有：其一，偶发事件的刺激和引动；其二，相对开放的环境中公共舆论的形成和迅速增长；其三，政府无论出于何种动机而表现出来的对民意的回应。据此，我们或许可以想像，除了在实践中难掩其局限的民主代议模式之外，是否存在其它的公共行政组织合法化建构的可能进路？如果存在，那是一种什么样的进路？与民主代议的合法化进路相比，它有哪些特性并在怎样的条件和范围内是可行的？

四、传统模式的方法论反思

个案透析的确可以揭开传统模式局限性之冰山一角，开启对可能的其它进路之思考，但是，个别事件毕竟有其特别性，从中并不见得一定能够导出具有普遍意义的结论。为了发现、认知与定位一种可供选择的合法化进路，有必要在个案的基础上，对传统模式进行全面的反思。行政组织形式法治主义传统的基本思路与主张，已于前文述及，在我看来，其在方法论上隐含有三个相互关联的观念：其一，单一原因论；其二，理想的形式规范主义；其三，绝对的建构理性主义。

首先，传统模式的预设是，当前行政组织方面存在的诸多问题甚或一切问题，都可归结于行政组织法的自身不足。然而，这种单一原因论的倾向，轻易地在行政组织无序现象与法律体系的弊病之间搭起一条直接的因果链条，而有意无意地忽略或放弃了对其中多种动因的关注。行政组织体的

[30] 2003年6月20日，国务院颁布《城市生活无着的流浪乞讨人员救助管理办法》（8月1日起施行），同时废止1982年开始实施的《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》。

[31] 参见：《郑州馒头大战纪实》，载《湖北省中小学教师继续教育网》，<http://www.hubce.edu.cn/jwc/jwc5/messages/8750.html>；《接受舆论批评，规范政府职能》，载《法制日报网》，<http://www.legaldaily.com.cn/gb/content/2001-04/05/content-15872.htm>。2005年4月3日最后访问。

自利动机、^[32] 市场或社会不成熟对政府提出的挑战、^[33] 政府职能与市场或社会的互动关系处于激烈变迁的状态、^[34] 中央与地方的关系也在探索调试阶段、^[35] 民主代议机关在权威机构之中处于相对弱势、行政机关甚至党委机关在组织决策上的主导权、^[36] 以及维系地方财政的考虑^[37] 等等，诸如此类的现实因素，都直接或间接地导致行政组织上的无序。

而且，这些原因并非独立发生作用的，它们之间存在错综复杂的关联。例如，行政机构的不断改革和演变，往往使得其间涉及的职权重新配置、人员编制和内部结构等问题，很难通过简单地诉诸立法过程的努力予以解决。而当代对“法治”的宣传与呼吁，又会促动利益相关的机构把法律作为其地位合法化（更多意义上是一种形式合法性）的工具，尽其所能地“俘虏”立法者，甚至会由此形成不同立法主体制定的规范之间的冲突与矛盾。结果，在表面上，争权夺利者似乎皆有权威机构和依据的支持。这一点可在安徽省水资源费征收案中获得明证。

与单一原因论倾向密切相关，传统模式认为惟有通过并且完全能够通过法律的建制与完善，使混乱的行政组织领域重获一种秩序。我在此将这种对行政组织法（尤其是专门法典）寄予厚望的方法称为“理想的形式规范主义”。其特征是相信立法的规制功能、相信民主代议的形式合法化功能、相信一个健全的行政组织法系统能够解决行政组织无序问题。^[38] 在相当程度上，它并不明显地关心行政组织的实质合法性问题；或者，更为准确地说，它或许认为形式的立法过程及其产品可以有

[32] 当前在行政组织领域发生的许多故事昭示，但凡有兴趣并有机会参与组织问题的讨论与决策的主体，都程度不同地基于自利的考虑。例如，在安徽省水资源费征收案和郑州市“馒头办”的事例中，建设部门和水利部门、市和区馒头办之间的利益争夺，反映出“块块”与“条条”在职权分工问题上，都有各自的利益驱动。不同机关或部门会极力为本机关或部门的利益，设计行政组织或提供行政组织的设计方案。这也印证了公共选择理论关于公共的或集体的选择同样会追求自我效用最大化而并不一定是寻求公共利益的假设。参见布坎南、塔洛克：《同意的计算》，陈光译，中国社会科学出版社2000年版，第17页以下。

[33] 郑州市两级“馒头办”的职权相争，主要是“自利”的因素在作祟。但是，在成立“馒头办”的问题上，郑州市政府对外宣称的理由是要消除不卫生的馒头小作坊；在制定《郑州市馒头生产销售管理暂行办法》时，目的明确是“为加强馒头生产和销售管理，促进馒头生产的机械化、规模化，保障人民身体健康，方便人民生活”。没有直接的证据表明，郑州市政府在考虑是否对馒头生产、销售进行专门管理、是否成立“馒头办”的时候，完全出于自利的动机。市场中出现的“失灵”现象，似乎是郑州市政府初始决策时非常重要的一个考量因素，尽管这种考量所导致的“馒头办”管理体制并不具有实质的合法性（可接受性）。

[34] 历时20多年的收容遣送机构及其职能的合法性，之所以在当今受到普遍质疑，除了收容遣送制度运作中出现的许多问题之外，也与愈来愈频繁的人口流动、人权保护意识日盛等社会变迁有关。

[35] 中央和地方的事权划分，也是行政组织法治主义者相当关切的问题。而这个问题又与分税制改革有着紧密的联系。1994年分税制改革，曾被认为发挥了中央和地方两个积极性。参见朱光磊：《当代中国政府过程》，天津人民出版社1997年版，第169页以下。但是，分税制实际上使得“地方税收收入占地方财政收入的比重呈下降态势，行政性收费、罚没收入和其他非税收入成为拉动财政收入增长的主体”；“分税制以后中央和地方之间的职能划分并没有真正做到明晰、合理，地方政府事实上承担着许多本该中央政府承担的职能”；“中国财政体制虽经过多次改革与调整而不断完善，但始终没有根本解决好各级政府之间事权划分以及完善的政府间转移支付等问题”。参见陈锡文、韩俊：《五大因素导致县乡财政危机》，载《国务院发展研究中心信息网》，<http://www.drcnet.com.cn/New-Product/expert/showdoc.asp?doc-id=147312>，2005年3月26日最后访问。

[36] 关于实际政府过程中党委机关对行政组织的权力，参见周庆智：《中国县级行政结构及其运行》，贵州人民出版社2004年版。

[37] “至于根据‘上级业务部门要求’涉及的新设的或恢复的机构亦不在少数，如计委、经贸委、教育局、科技局等部门，一个重要的原因是，上级‘条条’部门在物资、资金、项目等方面都掌握着很大一部分权力，使县政府部门必须保持与上级部门的联系渠道畅通，如此，才不会使上级主管部门切断与其财、物方面的联系。尤其对W县这个国家级贫困县来讲，这太重要了。”同上引周庆智书，第89页。

[38] 此处所用“理想的形式规范主义”一词与英国公法传统中的“规范主义”所指并非一致。根据马丁·洛克林的介绍，英国公法传统中的“规范主义”是一种与“功能主义”相对立的思想风格。它强调更少控制的自由、权利先于国家、传统的重要性、有限政府的理念、原子个人主义以及社会的自生秩序等。与之对立的“功能主义”，强调做某事或享受某事的实际能力的自由、权利源于国家、进步论、积极政府的理念、集体主义以及社会工程理论等。参见马丁·洛克林：《公法与政治理论》，郑戈译，商务印书馆2002年版。

效地解决实质合法性问题。然而,这种方法对民主代议过程和行政组织法典化的功能过于乐观了,而对其局限性缺乏必要的警觉。

首先,民主代议和立法过程有着内在的痼疾,它既不可能对所有的行政组织问题及其多样化的、复杂的原因先知先觉,并提供完美的整饬方案,也不可能及时、高效地使规则体系与情势的变迁完成恰当的契合。这一点已是毋庸置疑的知识。其次,民主代议和立法过程的“民意代表性”有相当的想像和虚假的成分,在民选制度发达程度不同的国度,都存在这个问题,只是具体表现形式和缘由不完全一致而已。这个特点注定其对行政组织的建构最多只能完成形式上的合法化,而有可能掩盖个中存在的立法受行政“俘虏”的真相,也有可能无法真正回应民众对行政组织实质合法性的关切。再者,行政组织法律规范或法典体系即便完成了形式上的合法化功能,其现实的有效性仍然会受制于别的制度因素而无法达到预期的状态,甚至会与别的制度因素结合,形成一种异化的功能。1949年至1950年代中期,中国曾经有过一套看似极其完整的组织法体系,可在相当长的时期内被实际地“打入冷宫”。^[39]当代的安徽省水资源费征收案也表明,关于行政组织的立法授权(即给国务院制定征收办法的权力)虽然已经作出,但征收主体这一重大问题的解决并非仅靠授权性规范。更令人咂舌的是,涉及行政组织内容的法律规范,可能成为机构增设的“正当由头”。^[40]最后,在立法能够发挥作用的有限范围之内,单纯的专门组织法典也不可能取代零星的、散见于规范特定行政管理领域或特定行政职能的立法中的行政组织规则。在传统模式的计划中,行政组织法体系的完善更多地集中于那些专门的组织法典,而单行的、主要规范特定管理领域或职能的法律法规,被认为不能从根本上解决行政组织的无序。^[41]但是,实际上,这些特定法律法规有其不可替代的功效,尤其是在解决职权交叉、职权设置不合市场或社会发展需求问题上。这些问题是不可能通过或单纯依靠“组织法”或“组织条例”给予解决的。

单一原因论和理想的形式规范主义,又可引出传统模式内含的绝对的建构理性主义倾向。在哈耶克的术语中,建构理性主义是与进化理性主义(渐进理性主义)相对立的两种自由理论传统。^[42]尽管本文所论的行政组织形式法治主义,还谈不上属于建构理性主义的自由理论传统,但其对建立完整的行政组织法体系以及该体系可以解决行政组织无序问题的确信,在一定方面暗合了这种倾向。因为,它们都自觉地或潜意识地认可甚至崇尚理性的至上作用,认为“我们运用自己的理性,通过对我们的任务进行更为理智的思考,甚至是更为恰当的设计和‘理性的协调’,就能消灭一切依然存在的不可取现象。”^[43]

绝对的建构理性主义倾向无疑忽视了理性的盲区和有效界度,对事物在理性思维中的可确定性

[39] 参见前引 [2], 姜明安等文。

[40] “从县政府不断增设的机构来分析,大致有两类:一类是根据上级的文件或指示所设置或恢复的;另一类是自行新设或恢复的。前一种情况涉及县级机构与法律法规衔接或条条的需要(这也成为县政府不断增设机构所援引的理由),如根据国家土地法、环境保护法而由原来的一个局(城乡建设、环境保护与土地局)分设为三个局:土地局、环保局、城乡建设局。其实,涉及地方政府机构设置的法律法规还有很多,这意味着,地方政府只要不失时机地强调‘依法行政’,那么增设机构的空间将一直会存在下去。如国务院《公证暂行条例》规定公证处的领导机关是司法行政机关,县政府就设司法局。其实,县级司法局的实际行政职能并不多,加上县委政法委‘包办代替’,司法局的行政事务更是所剩无几。”前引 [36], 周庆智书, 第89页。

[41] “由于行政权设定不清,管理主体不明,因而不得不在一些单行的法律中对有关行政组织法的问题作出规定。如行政处罚法对处罚权设定和处罚主体的规定。但这仅是治标不治本,仍然无法克服因行政组织无序而导致的混乱。”前引 [6], 应松年等书, 第3页。

[42] 哈耶克援引 J. L. Talmon 的论述指出两种传统的对立,“一方认为自生自发及强制的不存在乃是自由的本质,而另一方则认为自由只有在追求和获致一绝对的集体目的的过程中方能实现”;“一派主张有机的、缓进的和并不完全意识的发展,而另一派则主张教条式的周全规划;前者主张试错程序,后者则主张一种只有经强制方能有效的模式。”哈耶克:《自由秩序原理》(上), 邓正来译, 三联书店 1997 年版, 第 64 页。

[43] 哈耶克:《致命的自负》, 冯克利等译, 中国社会科学出版社 2000 年版, 第 58 页。

有着过度的信念。而中国行政组织制度的变迁实例，从正反两个方面都可印证，行政组织的合法化不是完全依赖于事先的预见、设计和规划可以实现的。历时3年的郑州市“馒头办”突然死亡、历时21年的收容遣送站转眼之间改头换面，不是任何人包括立法者理性计划好的。而机构改革中据称可以转变政府职能、精简机构的行政机构向事业单位转化的举措，却出现了事业单位膨胀、民众负担不减反升的现象。^[44]

五、合法化的另一种进路

前文有关制度变迁的个案透析，以及对传统模式方法论的反思和检视，已经隐约地崭露现实中公共行政组织建构的另一种合法化进路。这一进路与学理上的“民主代议模式”不同。它也没有完全接受学理上的主张，去缔造一个无所不包、无所不能的法律体系。行政组织法典化的设想，在上个世纪的80、90年代就已提出，但迄今为止都未纳入立法日程之中，这足以佐证学理主张遭遇现实的冷漠和拒绝。相反，实践中对行政组织问题的解决，似乎是一种融合建构、试验、知识累积、反思和再建构等的循环往复过程。郑州市馒头办的设立和撤除、收容遣送站的建置和转型、水资源费征收主体的纷争和最后确定，甚至可能更多的本文未予描述的事例，都显示出解决过程是多种力量共同推动的复杂经历，是看似混沌但又有内在运作逻辑的过程，尽管参与这些过程的人或组织可能事先并未明确意识到确定的结果，尽管由于信息的不完全、研究力度的欠缺以及认知能力的有限，使我们还无法清楚地揭示或解释其内在的运作逻辑。^[45]

这一循环往复过程并不排斥建构理性。一方面，中国法律现代化在很大程度上是一个与古老中国礼法断裂的进程，它始终在法律移植的倾向之中，通过规则的制定，以建构适应社会现代化的各种条件和环境。在此意义上，它不是完全奉行哈耶克在普通法经验基础上归结出的渐进理性主义，不是在传统秩序的基础上自发地完成的。另一方面，当下中国处在市场培育与发展、政府职能转变和国家干预主义并举的行政国家状态，在整体上，法律规则多是由立法者决定强制施加于社会秩序的，而不是“自然而然”逐渐演进的。^[46]立法者在相当程度上运用建构理性，以期高效率地实现秩序的重新塑造。行政组织的合法化问题，既是中国法律现代化进程之内生问题，也是当今中国行政国家状态下秩序转型之构成问题，其自然不例外地需要某种形式的建构主义方案。

但是，某种形式的建构主义方案并不意味着行政组织合法化的进路是绝对的建构理性主义的，即完全服从于来自周全规划的命令和控制。在20多年的改革进程中，许多涉及行政组织的建构式立法或政策，不再被认为是绝对正确的周密理智的设计，而是一系列试错的方案（包括屡受行政组织形式法治主义诟病的行政机关“三定方案”^[47]）。它们的实施往往是试验、知识积累和不断反思的过程。在这个过程中，源于立法者或政策制定者建构理性的产物，受到众多社会行动者（包括规

[44] “这些单位具有某种专业性或行业特点，惟其如此，它可以不靠财政而去从事营利活动，或者说，它既能放手使用它具有的那部分行政职能去收各种管理费或事业费，又能直接去经营实体。这类单位一般实行行政事业混编制：或给编不给钱或差额补贴。把那些超编人员供养起来，而财政又不必负担，县政府就不必担心机构多人多了。”前引 [36]，周庆智书，第90页。

[45] “一系列具有明确目的的制度的生成，是极其复杂但却条理井然的，然而这既不是设计的结果，也不是发明的结果，而是产生于诸多并未明确意识到其所作所为会有如此结果的人的各自行动。”前引 [42]，哈耶克书，第67页。

[46] 行政国家状态下的西方法律，也有相当一部分来自国家干预主义的选择，并强制施加于社会秩序。因此，在德国学者托依布纳看来，哈耶克的理论过高估计了传统习惯法和自生的秩序，而把基于干涉主义、通过政治过程（立法过程）形成的法律视为建构理性主义的法律，贬低其价值。参见托依布纳：《法律：一个自创生系统》，张骥译，北京大学出版社2004年版，第69页。

[47] 即“定职能、定机构、定编制”方案，其通常是以行政的内部规范性文件形式存在的，原理上不属于“法”的范畴，但对机构的组成、权限、人员等具有重要的作用。

则执行者)基于其个体理性的尝试和检验,渐进地得到认同或抵制。建构理性所设想的秩序,在经验的渐进理性和反思理性的严格拷问之中,或者逐步地形成和稳定,或者因为“错置具体性的谬误”而难产,进而引发重新设计。在此意义上,当下中国行政组织合法化实践进路隐含的方法论倾向,或许可以称为“复合理性主义的”。

由此观之,这一实践进路,并不是完全听命于或屈从于现实的安排,从而落入抱残守缺的陷阱。它从现实经验出发,关注具体的、个别的行政组织法治问题,关注单行法律、法规、规章以及规范性文件的实质合法性设计。它有意让有限的理性在具体的行政组织问题上更好地发挥其作用,在有限理性比较容易认知和检验的范围内去思考具体的行政组织问题是如何形成的、怎样的解决方案比较合理等,并充分调动多数个人或个体组织的力量去提出供选择的可试验方案。它不排除规范主义,而是通过知识的累积性发展,去切实地、恰当地提供规范性设计。^[48]它不仅仅考虑形式的合法性,更考虑具体的行政组织应当如何设置、应当享有哪些权力等实质合法性问题。所以,我愿意将与上述复合理性主义关联的规范主义倾向,同传统模式中理想的形式规范主义相对,称为“经验的实质规范主义”。也正是因为需要从个人自由尊严、市场自主、社会自治、行政效率等各种价值出发,去关注行政组织建构的实质合法性问题,有关行政组织的、具有目的导向的立法或政策设计,就必须借助反思的理性及过程,以便不断地回应社会需求、厘定不时发生位移的行政组织实质合法化的边界。

诚然,在这种复合理性主义、经验的实质规范主义进路引导的实践中,行政组织混乱无章的现象仍然是大量的,而且,很有可能还会在一段时间内长期存在。但是,我们不能因为有如此多的问题,就寄希望于“一种更高级的、超自然的智能的设计”,^[49]以图一揽子地、快捷地、较为省事地解决。这样一个不可能完成的使命,在某种程度上犯了知识上的狂妄之病。本文所列举现象的存在恰好折射出,实践中所采取的进路,承认当前中国行政组织制度变迁的剧烈,承认它处于多种动因所致的一个混沌状态。行政组织的混乱无章,在相当程度上只是在多种推力影响下的行政组织决策过程、结论及其效力之不可确定性的反映。就此而言,这种进路自觉或不自觉地接受了“多向原因论”。

行文至此,公共行政组织建构的另一种合法化进路,在方法论和表现形式或载体上已经渐趋明晰。为了简约起见,我姑且将其称为“开放反思的合法化模式”。与传统模式仅仅流于学理的探讨不同,它是实际存在的。它诉诸的是更为广泛的公众参与过程,利用当下方兴未艾的诸如公民建议、媒体讨论、课题研究、民间座谈、专家论证、听证会等民意聚成机制以及与之结合的立法过程、行政决策过程乃至诉讼过程等民意回应机制,去揭露、反省和解决各式各样的行政组织问题。这样的公众参与网络目前还未成熟,也只是“小荷才露尖尖角”,但它在中国漫长的政治历史上是崭新的,且有突破各种观念和技术阻力日益成长的趋势。由于其尚欠成熟,它在多大程度上能够收获可接受(合法)的行政组织建构方案,的确是一个难决的问题。然而,如果我们不是迷恋于自己所受的教育带来的理性和知识,而去切实地关怀受制于复杂利益格局的人们(包括我们自己),就可以至少是理解某种看起来并不合理的组织方案之所以被接受的理性和知识。更何况,通过公众参与网络的合法化进路,并不冀望“一锤子买卖”,具有“一时可接受性”的方案仍然有进一步接受理性反思和检验的可能。^[50]

[48] “我们所主张的,并不是要废弃理性,而是要对理性得到恰当控制的领域进行理性的考察。”前引[42],哈耶克书,第81页。

[49] 借用哈耶克的话语,同上书,第67页。

[50] 2004年施行的行政许可法就确立了此种性质的开放和反思机制。关于行政许可的设定,该法提供了一些实质性的允许和限制标准(第12条、第13条)。但是,显然立法者意识到这些标准是相对抽象的、模糊的,也意识到需要设定或无需设定行政许可的理由,可能会随着时代的变化而有所不同。因此,该法不仅要求起草拟设定行政许可的立法草案的机关必须采取听证会、论证会等形式听取意见(第19条),而且要求行政许可设定机关必须对已经存在的行政许可进行评价,授权实施机关以及普通个人或组织可以提出评价性意见(第20条)。尽管这种机制的实际运行状况尚不得而知,制度本身也有些欠缺(如该法未规定行政许可设定机关如何应对来自普通个人或组织的评价性意见的程序),但是,相信这个正式机制与非正式的公众参与网络结合,仍然会发生一定作用。如果考虑到具体行政职权的有无是行政组织范畴内的一个重要问题,就可以承认这种机制在行政组织建构合法化方面的意义。

或许，未来中国的某个时段，终将实现传统模式构想的美好蓝图，像西方有些国家那样拥有对完整的行政组织法典体系。^[51]然而，这应该不是纯粹设计的成就，而是渐进发展过程中逐步选择和调试的结果。即便在那些具备行政组织法典体系、并因此被引为学习楷模的国家，也不断地面临行政改革的挑战，需要适时地提出制度选择和调试的方案。只不过，由于其较为注重民主代议过程的形式合法化功能，也有着相对完备的、成熟的民主代议机关，所以，更多地是通过民主代议机关，将方案承载于立法或立法修改（包括法典）的形式之中。^[52]在中国当下，行政组织法典化的建议尚未进入立法日程——亦即尚未进入制度选择和调试的视野，而民主代议的机制乃至理念又不像有些国家那样强大。因此，开放反思模式可以让我们更为实际地、富有意义地去解决具体的合法化问题。我们不一定非常清楚地意识到这种努力的结果会对未来的法典建设产生怎样的影响，因为这不是现在能够明确作出判断的。可以确信的惟有一点，它肯定会和别的制度动因（包括民主代议机制本身的改革）结合起来生成而不是设计出法典化的结果。

在此意义上，开放反思模式并不排斥关于民主代议过程形式合法化功能的观念，并不完全否认传统模式的自有价值。一方面，在关注具体行政组织问题的时候，其经常会提出交由民主代议机关或民主代议机关授权的机构进行讨论的立法或政策建议。很多时候，这一进路中产生的实质合法化方案会转化为立法的形式，完成实质合法与形式合法的结合。只是，这种结合通常表现在各种单行法之中，而不是结晶为组织法典。另一方面，传统模式完善行政组织法典体系之主张，依然有可能在不断的开放反思进程中、通过其它配套机制的改革，而逐渐地得到实现。不过，传统模式也应该承认其主张的有效限度。法典化的努力不可能像其所设计的那样，一劳永逸地解决所有行政组织的实质合法性问题。它的价值更多地在于为行政组织实质合法化提供一种制度性的、程序性的框架，在于使目前尚未成熟的开放反思模式更趋制度化、定型化。即便法典化的框架在未来终于形成，传统模式所揭露的行政组织领域诸多问题之解决，仍然需要诉诸持续的开放反思过程。

Abstract : A traditional approach to the legitimization of the organization of public administration in the modern states , which could be called Model of Legitimization through Democratic Representation , methodologically implies single - cause theory , ideal formal normalism and absolute constructive rationalism. It proves to be incompetent to deal with various lawless problems in the field of administrative organization of current China. In practice , another approach , Model of Legitimization through Open - Reflex Process , has been , to a large extent , exerting important functions. Compared with the former one , it has methodological orientation of multiple - cause theory , experiential substantive normalism and complex rationalism. Instead of excluding thoroughly the traditional approach , the latter one exists as a more realistic alternative for the legitimization of administrative organization in China.

Key words : administrative organization , legitimization , model of democratic representation , model of open - reflex process

[51] 如英国的《英王大臣法》、《市自治组织法》、《地方政府法》、《伦敦政府法》、《苏格兰地方政府法》、《北爱尔兰地方政府法》、《区和教区议会法》等，日本的《内阁法》、《国家行政组织法》、《法务省设置法》、《公安调查厅设置法》、《法务省组织令》、《法务省组织规程》等。

[52] 例如，1997年的日本行政改革报告提出的改革建议，被认为是在二战之后一次较为彻底的行政改革，其力图解决的行政体系弊病则是在50多年的发展中日益显露出来的。报告的具体内容都要法案化并经国会审议批准，其中也包括修改《内阁法》，然后才能成立新的组织机构。参见张国成：《日本行政改革悄然开始》，《政府法制》1998年第2期。