

论服务行政条件下的行政私法行为

刘志刚

(复旦大学法学院,上海 200433 副教授)

摘要:行政私法行为是行政机关于服务行政条件下所采取的一种行为方式,它属于国库行政的一种特殊形式。就行政私法行为的性质而言,它既不绝对地是一种公法行为,也不绝对地是一种私法行为,而是新形势下出现的一种兼具公法、私法双重属性的行为。对行政私法行为的法律调整,应该坚持公法优先、兼顾私法的准则。

关键词:行政私法行为;服务行政;国库行政;公法;私法

中图分类号:DF3 **文献标识码:**A **文章编号:**1005-0078(2007)01-061-07

一、行政私法行为概说

(一)行政私法行为是行政机关于服务行政条件下所采取的一种行为方式

从立宪主义的发展路径来看,秩序行政不仅是古典行政法学的重心,而且也是现代行政法的基础所在。在秩序行政时代或者新时代的秩序行政领域范围之内,法律保留原则被严格地遵循和适用,依法行政成为行政行为赖以实施的刚性法则。相应地,行政私法行为也就缺乏赖以存在的制度空间。其原因在于,行政私法行为的实质在于以私法的形式来达成公法的目标,相较于传统的高权统治行为,行政私法行为具有较大的灵活性,它不需要法律的授权,也不见得必须使用具有强制力的公法手段。然而,诸种秩序行政行为的典型特色恰恰在于以公法上的强制力来作为该行为实施的后盾,对该领域的事项,如果改行通过行政私法的方式来实施的话,必然等同于变相地放弃公法上的主权,从而在事实上摧毁法制赖以建构的基础。

自20世纪以来,传统的宪政理念逐渐发生了结构性变化,福利国家、给付行政开始充实到新时代的宪政理念之中,一种有别于传统秩序行政的、以提供公民福祉为目的的“服务行政”应运而生,并迅速发展成为与传统秩序行政分庭抗礼的另一大领域。在服务行政条件下,国家必须扩展其原有的那种“外御强侮”、“内维治安”的职能,采取切实的措施,力求为社会、为公民提供更多的服务和“生存照顾”,现代行政权应该转变角色,扮演“一个为照顾公民生活所需,而提供积极服务、给付行为的主体”。^①然而,在我们努力实现这种转变、谋求打造新形势下之行政权的时候,绝对不能侵损到作为公法制度之理想的立宪主义的根基。不可忘记的是,作为民主社会人们之政治理想的立宪主义的出现,恰恰肇始于资本主义发展之

^① 陈新民:《公法学札记》,中国政法大学出版社2001年版,第55页以下。

早期阶段的社会与国家、经济和政治的分离,如果将公民权利的满足、幸福的实现重新绑缚在国家的战车上,必将会损害到立宪主义赖以存在的制度根基,这无疑于自剪宪政之羽翼。此外,由于服务行政所涉及的范围相当广泛,加之事物本身的性质极其复杂,单凭国家自身的力量远远不足以满足公民对“生存照顾”以及“服务”的需求,因此,国家就开始转变传统的行为方式,越来越多地以私法的手段来达成公法的目标,行政私法行为由是应运而生。与秩序行政不同,服务行政不承担框定社会基本秩序的职能,它以造福公民为目标,在性质上属于形成性的授益行为,因而在行为方式上,行政机关既可以采取传统的公权力行政方式,也可以采取行政私法行为方式。基于前述所说之原因,实践中行政机关往往尽可能地优先采取行政私法的行为方式,只有在私法途径不足以达成公法目标时,方才进而采用传统的公权力行政方式。如此一来,不仅有碍于立宪主义目标实现的诸种障碍得以避免,而且公民所期望之诸种服务和“生存照顾”也得到最大限度的实现。而且,更为关键的是,秩序行政下那种基于公权力行为之私法实施而引发的诸种弊病也无由以产生。

(二) 行政私法行为是国库行政的一种特殊形式

以诸种形式型现出来之“国家”具有身份的两重性。它们既可以基于自身所拥有的统治权,对社会实施高权统治,也可以以私法主体的身份与民事主体为私法行为。就后者而言,德国公法学界通常将其称之为“国库行为”(fiskalische Beamtung)或者“国库行政”(fiskalische Verwaltung)。从始源学的意义上来看,国库行政之理论上的源头可以追溯至古罗马时期。19世纪以来,随着立宪主义的产生和逐步深入,在法治理念、天赋人权思想的浸泡下成长起来的人们开始对国家权力的来源及国家公权力行使的正当性进行理性的反思,他们对国家公权力肆意侵害公民基本权利的现象越来越不满,开始谋求对抗国家公权力的救济途径。然而,在当时那种“君权神授、朕即国家”的社会背景下,法律中没有也不可能设置这样的公法救济制度。作为一种变通,人们将国家的人格一分为二,其一是公法意义上的国家,其二为私法意义上的国库。对于前者所造成的损害,人们不可能通过公法上的途径将其诉诸法院,但是可以通过私法诉讼的途径将国库推上法庭充当被告,由其代替国家承担相应的损害赔偿。19世纪后半期,随着行政诉讼、宪法诉讼等公法救济制度的逐步确立,国家公权力开始受到越来越多的限制和约束,先前那种通过私法救济渠道对公权力所造成的损害予以补救的做法由于和新时期的法治理念背道而驰,因而逐步遭到摒弃,相应地,将国家人格分解为二的必要性也就不复存在。

20世纪以来,国库和国家在人格上开始走向统一,国库一词虽然仍被沿用,但已经不再是建立在先前国家人格分裂基础上的一个私法概念,而是一个国家以私法形式从事公法活动时的代名词。作为新时期国库理论的进一步深化,德国公法学界根据行为目的的不同,又进而将其分成三种不同的行为类型,即:“行政辅助行为”、“行政营利行为”和“私法形式之给付行政”。^①在上述理解的基础上,20世纪50年代后期,德国行政法学者Hans J. Wolf进而提出了“行政私法”概念。按照他的理解,所谓行政私法行为,是指行政机关在法定职权范围之内,以私法行为的方式来达成公法上目标的行为。在他看来,“对公法上目标的追求”是确定是否属于行政私法的惟一标准。德国联邦法院原则上采纳了他的见解,但是,对他所提出的

^① 许宗力:《法与国家权力》,台湾月旦出版股份有限公司1992年版,第4页。

判断行政私法的标准又做了适度修正。联邦法院认为,应该以“公行政任务的直接履行”与否作为判断是否属于行政私法的标准。从实践中来看,无论是 Hans Wolf 所提出的“对公法上目标的追求”还是联邦法院采信的“公行政任务的直接履行”,在具体操作层面上都显见得有些困难,往往无法准确地予以认定。针对这种情况,德国公法学者 Wolfgang Rüdiger 进而提出了新的见解。他认为,与其他公法行为一样,国库行为也必须受到基本权利的限制,该种限制可以分为两种,即“主观法上的限制”和“客观法上的限制”。所谓“主观法上的限制”,就是说如果国家公权力侵害到了公民的基本权利,公民可以向法院寻求司法救济,寻求排除。所谓“客观法上的限制”,就是说基本权利是一种客观的最高价值规范,国家公权力必须主动予以遵循和保障。但是,如果国家公权力侵害到了基本权利,公民不得诉请法院予以司法保护,而只能依赖上级机关的监督、联邦宪法法院或者联邦行政法院的抽象法规审查。在常规情形下,基本权利既是一种主观权利,也是一种客观法。但是在某些特殊情形下,基本权利只是一种客观法。这也就意味着,对于这些特殊的情形,即便是公民的基本权利受到了侵害,公民也不能向法院主张其权利。对行政私法行为的界定,就应该由此入手。只有在公民享有主观上的请求权的时候,该行为方才属于行政私法行为。那么,在什么情形下,公民方才享有主观上的请求权呢? Wolfgang Rüdiger 认为,只有在国库行为以受益相对人为最终目的的时候,方才属于行政私法行为。反之,如果相对人从国库行为所获得的利益纯粹是出于偶然,该行为所追求的实际上是另一个目的,则无行政私法而言。按照他所提出的这种“受益目的”标准,政府通过私法形式所从事的供水、供电、提供运输服务等行为,就应该属于行政私法的范畴,而国家购买物品、兴修工程的行为以及粮食公司、医疗器材公司等从事的行为由于不存在明显的“受益目的”,就不应该属于行政私法的范畴。与先前 Hans Wolf 教授所提出的“对公法上目标的追求”标准以及联邦法院采信的“公行政任务的直接履行”标准相比, Wolfgang Rüdiger 教授所提出的新标准更具有可操作性,因而获得了德国学界大多数学者的认同。相当一部分学者认为,“意图受益直接行为相对人”标准实际上是对联邦法院所提出的“公行政任务的直接履行”标准的精辟解释。^①显然,此处基于是否具有“受益目的”以及进而产生的是否具有“主观请求权”而界分出来的“行政私法”行为,实际上就是先前所提及的“国库行为”之第三种形式,即“私法形式之给付行政”。这也就是说,作为本文论证主题之行政私法行为只包含国库行为中的一部分,是国库行为的一种特殊形式,同属于国库行为的“行政辅助”行为和“行政营利”行为由于不具有“受益”直接相对人的目的,因而不属于“行政私法”的范围。

二、行政私法行为的性质

行政私法概念的提出,对行政法学的传统研究范围提出了挑战,由此引发了学界对行政私法行为之经久不息的争论。围绕该行为的性质,行政法学界产生了较大的分歧,大体上有以下几种观点:其一,一些学者认为,正如公权力行政与国库行政的分类一样,行政私法也是立足于公法与私法的截然分立而提出来的概念,然而,公法与私法的所谓界限实质上是不存在的。“行政私法虽然从实质上放弃了公法与私法的二元分立,但从其表现来看,仍然采取

^① Ehlers, Rechtsstaatliche und prozessuale Probleme des Verwaltungsrechts, DVBl 1983, S. 423; Ossenbühl, DÖV 1971, S. 521.

公私法二元论的立场。事实上,对于现代非权力性行政活动的探讨,未见得需要与公法或者私法问题结合起来”。^①因此,行政私法的概念无法成立。其二,认为行政私法本质上属于一种公法关系,和其它传统公权力行政行为一样,也必须受到平等原则或者比例原则等公法上原则的拘束。^②其三,认为行政私法属于一种特殊的“管理关系”,也称之为“传来的公法关系”。该观点是由日本学者田中二郎博士首先提出的。按照他的理解,该领域本质上是私法关系,如果由于实定法上的规定使其具有公益上之必要性而需要为特殊处理的时候,就将其归为公法关系;反之,如果没有特殊规定,就仍然适用私法方面的规定。^③笔者认为,上述观点对于深化对行政私法行为的理解,具有一定的积极意义。但是,囿于相应视角的限制,对行政私法性质所做之界定,有失偏颇。笔者更倾向于认为,行政私法行为既不绝对地是一种公法行为,也不绝对地是一种私法行为,而是新形势下出现的一种兼具公法、私法双重属性的行为。如是之论,基于以下缘由:

首先,公法和私法的划分是现代法制秩序得以建立的基础。

公法与私法的划分最早是由西方学者提出来的。自罗马法学家乌尔比安首次提出公法、私法的划分以来,它就已经突破了法律分类的学术界域,而进入到行政、立法、司法等诸多体制层面,并渗透到法律文化当中。环顾世界,当今西方国家尤其是大陆法系国家已经将其作为建构整个资本主义法律体系的基础,无论是法律概念还是司法体制,都体现了鲜明的公法、私法划分的痕迹。笔者认为,现代社会条件下,任何一部法律若不事先究明其公法私法属性,其颁布施行是十分困难的。在某种程度上可以认为,正是法律被划分为公法和私法,才构成了现代法制的基础。上述关涉行政私法性质定位的第一种观点,否认公法、私法的原则界限,漠视行政行为方式多元化的社会现实,进而从根本上推翻行政私法概念本身,不仅理论上难以成立,实践中也无益于解决任何问题。

其二,因应社会情势的变化,传统的行政行为方式正趋于多元化。

20世纪60年代以后,因应都市化、工业化、技术化等社会经济条件的急剧变化,公众对行政的依赖、需求程度日趋高涨,加之所谓社会国家、给付国家等新颖国家目的观的出现,政府的角色发生了结构性转变,由过去的“守夜人”逐步转变为规制者、利益分配者和大雇主,相应地,过去分散于私人团体手中的权利被逐步汲纳到行政机关手中。伴随着行政领域的扩大,为实现行政目的,行政机关开始使用多元化的手段。其中,在对国民提供服务的给付行政领域中,越来越多地开始使用私法上的契约手段,即行政私法。与传统的公权力行政行为方式不同,行政私法行为并不完全绝对地适用法律保留原则,其行为的自由度比较大,更能够因应变化的社会情势和保护相对一方的权利,事实上,这也正是其在新形势下保持活力的原因所在。就行政私法行为的性质界定而言,如果固守该行为之传统的公法属性,机械地套用法律规制原理,忽视和排斥其私法属性,必然从根本上扼杀该行为的生机和活力。

其三,现代社会条件下,公法与私法开始出现了相互融合的趋势。

① [日]室井力:“现代行政と行政法の理论”,载室井力:《现代行政法の展开》,有斐阁1978年版,第11-13页。

② [日]石井升:《行政契約の理论と手続》,弘文堂1987年版,第41页。

③ [日]田中二郎:《行政法总论》,有斐阁1957年版,第214-217页。

以乌尔比安为代表的罗马法学家所提出的“公法”与“私法”的分类无疑是古罗马人对后世法律制度发展的一个重大贡献，它不仅成为后世法律制度得以建构的基础，甚至还在相当程度上影响着人们的法律思维。但是，随着经济社会与政治国家的发展，私法与公法二元界分的理论开始受到冲击，先前那种原本“稳定恒久”的结构开始呈现出新的动态表征，即公私法的融合趋势。在这种趋势的影响下，私法和公法的界限日趋模糊，越来越多的情况开始同时涉及公法和私法层面的双重规范和后果，行政私法行为就是在这种趋势下出现的。在这种社会背景下，对行政私法行为性质的界定，无论是单一地从公法层面着眼，还是单一地从私法层面考虑，都是不客观的，必须同时兼顾公法、私法两个方面的因素。上述关涉行政私法行为性质界定之第三种观点，尽管同时从公法、私法两个层面考虑对该行为进行规范和调整，但是它本质上将该行为界定为私法行为，而且把对该“私法”行为的“公法”调整，限定在“由于实定法上的规定使其具有公益上之必要性而需要为特殊处理的时候”，这就不仅忽略了基本权利、平等原则等宪法制度对具有公法属性的“行政私法”行为的调整，而且事实上使行政私法行为的性质显得飘忽不定。

三、对行政私法行为的法律调整应该坚持公法优先、兼顾私法的准则

如前所说，行政私法行为是一种兼具公法和私法两种属性的混合性行为。那么，对行政私法行为的法律调整，究竟应该以公法原则和规范来加以规制呢，还是应该赋予其类同于一般私法行为的“契约自由”，充分尊重和保障行政主体的缔约自由权？围绕这一问题，行政法学界有不同的意见。笔者认为，对行政私法行为的法律调整，应该坚持公法优先、兼顾私法的准则。对此，笔者意图从以下几个方面展开论证：

（一）私法基础、公法优位是处理公、私法关系的基本准则

公法和私法具有不同的价值取向和形式特征。相比较而言，私法更侧重于社会自由的实现；而公法更侧重于社会秩序的实现。公、私法不同的价值理念和操作规程使它们在市场经济运行过程中发挥着不同的功能，对二者关系的界定，不仅关涉到法律体系内部关系问题的解决，而且直接影响到对不同社会关系作用机制的确定，从而影响到法治由以建构的基础。事实上，对公、私法之间关系的确认，可以从二者调整对象及各自所处地位的不同方面寻找出相关的答案。客观而论，作为二者调整对象的平权关系和非平权关系之间并非处于一种相互隔绝的状态，而是存在着一种互动关系。一般认为，平权关系是非平权关系由以存在的基础，同时也是非平权关系的目的。^①之所以说平权关系是非平权关系的基础，其原因在于，正是由于平权关系的存在，方才使诸多主体置身于对物质利益的创造激情之中，从而为非平权关系发挥效用提供了前提基础。之所以说平权关系是非平权关系的目的，其原因在于，平权关系对人类而言更具有启发主体自觉机能相互发挥的特点，与之相比，非平权关系由于其固有的命令——服从特征，往往并不具有直接引导主体自觉的属性。当然，这也并不意味着非平权关系对于平权关系是毫无意义和价值的，事实上，恰恰是由于非平权关系的存在，方才为平权关系撑起了一块赖以实施自治的制度空间。正是基于二者之间所存在的这种关系，使得非平权关系在事实上成为实现平权关系的手段，但同时却又凌驾于平权关系之上。这也就意味着，以调整平权关系为对象的私法相对于公法而言，处于更为基础的地

^① 谢晖：《私法基础与公法优位》，载《法学》1995年第8期。

位,而以非平权关系为调整对象的公法相对于前者,在法律适用方面,具有更为优位的意义。事实上,这也是在对兼具公法和私法双重属性的行政私法行为实施法律调整时,应该秉持的基本准则。

(二) 与秩序行政一样,给付行政也需要受到公法规则的约束

诚然,给付行政具有不同于秩序行政的诸多特征,但这并不意味着它是一种外在于公法而存在的私法之域,可以丝毫不受公法原则的规制,恰恰相反,给付行政也必须受到包括法律保留原则在内的诸多公法规则的限制。

现代社会条件下,对公民个体而言,有没有获得来自国家的给付与是否遭受国家的干预往往具有同等的意义,在某种情形下,前者甚至可能具有更为重要的意义。

从权利救济的角度来看,如果将给付行政排除出法律保留的范围之外,法院就只能依据行政机关径行制定的规则对它们的给付行为进行合法性审查。由于缺乏法律的外在制约,这种“自制性”的审查将很难起到有效的监督作用,从而无法切实担当起保护公民受益性权利的责任,公民受益权利的缺位或者在量上受保护的不足就随之不可避免。

当然,这并不是说法律保留必须对给付行政施加全面、彻底的涵盖,也不意味着这种完全涵盖必然会达到它所追求的目标。法律保留原则对给付行政领域的适用应该是低密度的和框架性的。而且,也正因为这种低密度的法律规制,公法上才进而附之以平等权原则的限制,以此防止给付的恣意。

基于平等权原则,行政机关在为相关之给付行为的时候,必须一视同仁,而不能予以歧视性的对待,除非基于“正当理由”。而且,即便是正当理由,也必须受到“比例”原则的审查,否则,即属不当。

(三) 对行政私法行为的法律调整应当坚持公法优先、兼顾私法的准则

20世纪80年代以来,世界上许多国家都在经历着一场持续的公共部门管理的变革运动,该变革的基本方向是从官僚制行政转向民主制行政。在新的时代条件下,扩大行政参与和政治沟通成为现代法制国家致力于行政民主化的基本目标,国库行政就是在这种背景下兴起来的。

作为国库行政的一种形式,行政私法行为只能存在于给付行政领域之内。与传统的秩序行政不同,给付行政领域无法实现完全的、高密度的法律保留,这也就意味着行政机关在为相关之给付时,具有较大的自由裁量权。

从实践中来看,行政机关往往更倾向于采取私法行为方式。事实上,这也是现代民主国家理念支配下的行政民主化的基本要求。然而,需要注意的是,作为行政机关传统行为范式的高权统治行为与纯粹意义上的私法行为所受到的法律规制原则是不一样的,就前者而言,行政机关应该受到较为严格的公法限制,如基本权利、法律保留等等,但是,就后者来说,行政机关就显得自由多了,因为私法领域奉行的是与公法领域完全不同的“法不禁止即自由”的原则。如果行政机关在行政民主化的背景之下,顺势以私法行为方式来取代传统意义上的高权统治行为,势必产生“行政遁入私法”现象,从而为行政机关规避公法层面的限制打开制度上的缺口。

申而论之,如果允许当事人双方基于自身私意上的协同来取代公法上的强制的话,势必使立法者乃至制宪者所拥有的主权在事实上不复存在,并由此危及到民主统治赖以建立

的根基。那么, 这是否意味着就可以以适用公法原则的规制为由而否认或者排除私法上之契约自由原则在该领域的适用呢? 笔者认为不是。如果该领域绝对排除契约自由原则适用的话, 行政私法行为将在事实上混同于传统意义上的公法行为, 其由以存在的理由也就不复存在了, 从而在事实上与行政民主化的发展趋势背道而驰。

统合上述, 笔者认为, 对行政私法行为的法律规制, 既不能固守传统的公法规则, 也不能改行采用契约自由原则, 而应该谋求公、私法规制的有机结合, 说到底, 就是应该坚持公法优先、兼顾私法的法律适用原则。

Administrative Private Act under Service Administration

LIU Zhi-gang

(Law School of Fudan University, Shanghai, 200433)

Abstract: Administrative private act which derives from a kind of exchequer administration (Tiskalische Verwaltung) is applied by administrative department under service administration. Administrative private act is neither purely public nor private, but a complex of both. As to the regulation of administrative private act, the principle that the priority of public law must be over that of the private law which is certainly important as well, must be established.

Key Words: Administrative Private Act (Verwaltungs privatrecht); Service Administration; Exchequer Administration; Public Law; Private Law

(责任编辑: 陶 杨)

(上接第 6 页)

Abstract: Abstract: As a kind of agreeable manner in administrative enforcement, reconciliation indicates the lecture learned by administrative circle from contract. Reconciliation, of which the precondition is discretion, is also a choice for administrative discretion to act effectively. As to constructing the reconciliation system for our administrative discretion, it is necessary to introduce the reconciliation contract from Germany and the reconciliation system of informal administrative manner in U. S. , and make it a normal administrative manner in our Administrative Procedure Law in the future.

Key Words: Administrative Discretion; Contract Idea; Reconciliation System

(责任编辑: 马怀德)