

行政主体从事私法活动的公法界限^{*}

——以德国法为参照

张青波

内容提要：我国行政立法和行政法理论关注的重点是以公法规范控制行政主体对公权力的行使，但是行政主体也常常按照私法实施活动，这类活动仍不免受到公法的制约。为此，可以参照德国法的相关理论和实践，体系性地探讨它由公法给定的实施前提和活动规范。这类活动分为国库行政（辅助活动、营利活动、财产管理）和以私法形式履行行政任务（包括直接以私法形式和以组织私法化履行）。国库行政在我国虽不需要严格前提，但主要受制于相关的单行立法。相比之下，我国行政主体应在能有效履行行政任务时方得采取私法形式，在组织私法化时更应获得立法授权，而对具体的给付活动，我国相应规范既有规定了以公法方式进行的，也有规定以私法方式进行的，还有规定以具体行政行为先行、第三方私法行为追随的方式，对第三种情形可以双阶理论分析。以私法方式履行行政任务，遵循的不是私法规范，而是公法和私法规范所复合成的行政私法。

关键词：行政活动 国库行政 双阶理论 行政私法

张青波，中南财经政法大学副教授。

行政机关和法律、法规授权的组织（行政主体）应依法行使行政（强制）权，做出抽象行政行为（包括行政立法）、具体行政行为和行政事实行为。对这些活动进行控制，成为我国行政法立法关注的重点。从1989年的《行政诉讼法》到2011年的《行政强制法》，我国已经构建了制约行政权的法律体系。行政主体采取非强制行政手段，如签订行政契约、发布行政指导、行政规划，也逐渐被关注而纳入行政法教材；^{〔1〕}在地方立法中，对这些非

^{*} 本文受中央高校基本科研业务费(20132019)和中南财经政法大学引进人才科研启动费(31541310619)的资助。

〔1〕 余凌云著：《行政法讲义》，清华大学出版社2010年版，第244-280页；方世荣、石佑启主编：《行政法与行政诉讼法学》，北京大学出版社2011年版，第163-171、237-252页；姜明安主编：《行政法与行政诉讼法》，北京大学出版社2011年版，第260-264、308-332页。

强制手段也开始加以规范。^[2] 除此之外,行政主体还常常依循私法活动,由于行政活动必须追求公共利益,受到公法较严格的管束,因而,与一般民事主体有所不同,行政主体的私法活动有其应遵守的公法界限,不能摆脱公法课予的种种制约,对此我国学者的研究还比较少,尤其缺乏系统性的探讨。^[3] 故此,本文希望参照而非照搬对我国行政法学有较大影响的德国的相关理论和实践,以我国现行规范为基础,对我国行政主体从事私法活动的公法界限获得全面和成体系的认知框架,这既有助于行政主体和法院在实践中自觉遵循和维护这种界限,也利于今后相关研究的进一步开展和相关立法的完善。为此,下文将首先界分德中两国行政主体从事的各种不同的私法活动,随后将说明各类私法活动在德中两国在何种前提下方可实施,最后是具体展开某种私法活动在德中两国所要服从的公法规范。

一 行政主体之私法活动的种类

行政主体的私法活动在德国法上被分为两大类。第一类是国库行政:即公共行政机构为了满足其需要的活动,营利性地活动或者管理其财产,包括:(1)辅助活动,即行政主体为了满足其需要而在市场上实施的购买、出让以及公共采购活动;(2)营利活动,行政机构以企业方式参与经济交易或者参股私人企业;(3)行政主体的财产管理,即对于未转为公物以履行高权任务的自有财产,行使私法上所有权人的权能。^[4] 第二类是行政机构直接以私法形式履行高权任务,包括:(1)发放补贴;(2)许可使用公共设施;(3)国家或乡镇的供应性或清除性给付活动(供水、电、气、热,邮政,电信和清除垃圾、排水)和公共交通活动。^[5] 履行任务可能借由行政主体或其下属机构与相对人直接签订私法合同,还有可能通过组织私法化的方式,即行政主体并不免除原公营事业担当的公共任务,毋宁只是以私法的组织形态来继续担当,^[6] 再由该私法组织与相对人签订私法合同。对行政主体的私法活动,我国学者也参考了上述分类,划分行政辅助行为、行政营利行为、行政私法行为。^[7]

[2] 《湖南省行政程序规定》和《山东省行政程序规定》分别专门规定了行政合同和行政指导,并分别在第31条和第24条提到了规划。

[3] 现有的行政法教材很少有将行政主体从事私法的活动与行政强制或非强制的各种活动方式一并探讨的,有关的论文主要是:徐庭祥:《论以私法组织形式和行为方式履行行政任务的行政法规制》,《甘肃政法学院学报》2013年第2期;王太高、邹焕聪:《论给付行政中行政私法行为的法律约束》,《南京大学法律评论》2008年卷;黄学贤、陈峰:《试论实现给付行政任务的公私协力行为》,《南京大学法律评论》2008年卷;丁丽红、孙才华:《行政私法合同初论》,《湖北社会科学》2007年第9期;邹焕聪:《行政私法行为若干法律问题研究》,苏州大学2007年硕士论文;刘志刚:《论服务行政条件下的行政私法行为》,《行政法学研究》2007年第1期;胡敏洁:《以私法形式完成行政任务》,《政法论坛》2005年第6期;高秦伟:《行政私法及其法律控制》,《上海行政学院学报》2004年第4期。

[4] Rolf Schmidt, Allgemeines Verwaltungsrecht, Hannover 2010, S. 14 - 16.

[5] A. a. O.

[6] 对组织私法化和后文提到的实质私有化,参见陈爱娥:《公益事业民营化之合法性与合理性》,《月旦法学杂志》1998年第5期,第40-41页;刘飞:《试论民营化对中国行政法制之挑战》,《中国法学》2009年第2期,第14-15页。

[7] 陈新民著:《中国行政法学原理》,中国政法大学出版社2002年版,第18-19页;高秦伟:《行政私法及其法律控制》,《上海行政学院学报》2004年第4期,第33页;邹焕聪:《行政私法理论在合同制度中的展开》,《现代法学》2010年第3期,第4页。

而我国学者所讨论的行政私法行为基本上对应上述德国第二类活动,所以对于行政主体所从事的私法活动,我国与德国存在很大相似性。

二 行政主体采取私法活动的前提

(一) 德国的理论与实践

基于划分公法和私法的传统,行政机构应当依据宪法、行政法等公法规范活动,不应以私法方式活动。其理由在于:公法规范,尤其是预算法、公务员法、组织法和宪法基本权利,比私法更强地限制行政机关。但是,行政机关可能有理由摆脱公法约束:比如为了防止相对人援引非常不确定的基本权利规范,导致权利义务的不清晰而妨碍完成行政任务。由于行政机关遁入私法得以更自由地活动而可能不利于公民,^[8]因而必须界定采取各种私法活动的前提。

行政参与经济交易活动,进行采购或营利活动,如同私人般参与市场交易,所以只能选择私法形式。^[9]但是对可能妨碍私人竞争和私人利益的行政营利活动,存在着顾虑。联邦基本法和各州宪法对此未明确表态,有人曾依据基本法第12条和14条分别保护的职业自由和私有财产权,要求禁止这类活动。联邦行政法院认为,基本法相关条款恰恰支持自由竞争,因而不会反对市场出现新的竞争者。实践中越来越多的是乡镇所实施的营利活动。根据各州乡镇法的规定,乡镇设立企业,通常要满足三个条件:第一,迫切的公共目标要求;第二,企业的种类和规模与乡镇的财政能力和需要保持适当关系;第三,无法通过私人企业同样好或更好地满足公共目标。^[10]

以私法方式执行行政任务,只在特定范围才具有可行性和适法性。^[11]德国《基本法》第33条第4款规定,原则上由公职人员实施高权。因而,警察权、刑罚等干预行政,就不能以私法方式执行。^[12]现在的争议主要存在于给付行政。有学者依据联邦行政法院的判例,认为给付行政领域不禁止行政机关以私法方式活动,在此它原则上有选择权。^[13]但自由选择给付方式的理论,面临有力的质疑:第一,行政机关如果不能立于私人的地位,就不能说可以选择私法的活动形式;第二,即使承认行政具备私法主体性,也并不免除公法拘束,这就得不出行政具有选择私法形式的自由。^[14]现代社会中给付行政的涵括范围非常广泛,传统的“生存照顾”既包括对陷于生活困境公民的单方无偿给付,又包括对生活无虞的公民通过提供公共设施、服务等有偿给付,而新兴的发展照顾则有经济调节、补

[8] Hans Peter Bull/Veith Mehde, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, Heidelberg 2009, S. 112.

[9] 程明修:《行政行为行使选择自由——以公私协力行为为例》,《月旦法学杂志》2005年第5期,第47页。

[10] Rolf Schmidt, Allgemeines Verwaltungsrecht, Hannover 2010, S. 361f.

[11] [德]哈特穆特·毛雷尔著:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第37页。

[12] Hans Peter Bull/Veith Mehde, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, Heidelberg 2009, S. 114页;程明修:《行政行为行使选择自由——以公私协力行为为例》,《月旦法学杂志》2005年第5期,第52-54页。

[13] Rolf Schmidt, Allgemeines Verwaltungsrecht, Hannover 2010, S. 349.

[14] 程明修:《行政行为行使选择自由——以公私协力行为为例》,《月旦法学杂志》2005年第5期,第48-50页。

贴和社会管理、奖励等各种措施。^[15]按照德国《社会法典》第31条的规定,该法典所规范的社会给付(基本上对应生存照顾中的无偿部分),适用法律保留,应采取公法方式执行。故而有人指出,只有在有关给付分配的公法规范缺位,而现行私法规范又有相应规定时,行政机关才有选择权。^[16]还有人主张,如果法律未做不同规定,行政机关原则上应适用公法,采取公法的活动方式。如乡镇不得在以公法形式运作的学校之外,建立私法形式的学校。^[17]不过,多数学说承认,在法律未规制或甚至允许时,行政必须证明,选用私法形式能更有效率地实现行政任务,即该选择受制于裁量的一般界限。^[18]需要注意,除了乡镇设立私法机构外,私法行政组织的设立需要民主合法性保障,属于法律保留的范围,^[19]因而,组织私法化还须另有法律授权。

(二)我国的理论和实践

我国同样拥有划分公法和私法的传统,行政机关自应执行和遵守行政法,不过也有理由按照私法活动:鉴于私法方式可使行政机关有较大行为自由,不必处处以法律为依据,而且,现代民主国家讲究自由,应尽可能将公权力行使作为最后手段,所以私法行为更可尊重国民的基本权利。^[20]具体而言:行政辅助活动,是行政主体为满足自身需要必须参与的市场交易,对此应当允许。^[21]我国《宪法》第7条规定保障国有经济的地位,因而政府参与市场竞争、进行营利活动,不存在宪法上的顾虑。至于行政主体对自有财产的支配,当然也要准许,但是要明确,自有财产限于国家交由行政主体占有、使用和处分各种财产,不包括行政机关仅行使管理监督权的土地、自然资源等国有资产,这类国有资产受公法较严格的规范。

行政任务是行政机关依据法规范所承担的或以合法形式执行的所有事务。^[22]对它的执行形式,我国宪法上虽然未加规定,但秩序行政任务受到《人民警察法》、《治安管理处罚法》、《行政处罚法》等众多公法约束,如果允许采取私法形式,将使上述立法的目的落空。为此,凡是涉及公权力的行为,除法律另有规定外,不能通过私法途径达成。^[23]故

[15] 李国兴:《超越“生存照顾”的给付行政》,《中外法学》2009年第6期,第830-831页。

[16] [德] 哈特穆特·毛雷尔著:《行政法学总论》,高家译,法律出版社2000年版,第38页。但该书第422页却又承认行政机关在给付领域的选择权。

[17] Hans Peter Bull/Veith Mehde, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, Heidelberg 2009, S. 113 f.

[18] 程明修:《行政行为行使选择自由——以公私协力行为为例》,《月旦法学杂志》2005年第5期,第55-56页。

[19] [德] 汉斯·J·沃尔夫·奥托巴霍夫·罗尔夫施托贝尔著:《行政法》第三卷,高家译,商务印书馆2007年版,第427页。

[20] 陈新民著:《中国行政法学原理》,中国政法大学出版社2002年版,第18-21页。

[21] 《湖南省行政程序规定》第93条、《山东省行政程序规定》第100条将政府采购(或政府购买公共服务)合同纳入行政合同,两者都认为行政合同是行政机关为实现行政管理目的,与他人签订的协议。而《政府采购法》第2条第2款将政府采购界定为,各级国家机关、事业单位和团体组织,使用财政性资金采购依法制定的集中采购目录以内的或者采购限额标准以上的货物、工程和服务的行为。可见,政府采购未必一定是为了行政管理目的,也可能有行政机关为了满足自身需要而进行的,所以不能说所有采购合同都是行政合同。参见余凌云著:《行政契约论》,中国人民大学出版社2006年版,第184页。而且,要区别行政合同和政府采购合同的另一个理由是,行政合同还受制于不同的规则。参见杨小军:《契约对行政职权法定原则的影响及其正当规则》,《中国法学》2007年第5期。

[22] 陈爱娥:《国家角色变迁下的行政任务》,《月旦法学教室》2003年第3期,第106-107页。

[23] 陈新民著:《中国行政法学原理》,中国政法大学出版社2002年版,第20页。

而,行政私法行为被限定为以受益相对人为最终目的。^[24]但是,公权力色彩较弱的给付行政选取私法形式需要符合何种前提?对此也可参照德国多数学说,界定为法律允许或不明确禁止,而私法形式还应被证明有效率地实现行政任务且不抵触公共利益。^[25]此外,我国一些国有企业即使改革为商业公司形式,也可能仍要承担行政任务。^[26]2013年铁道部撤销后,其客货运输服务经管职能由中国铁路总公司承担,也是一种组织私法化。^[27]那么,我国行政组织的私法化是否需要符合一定前提?有学者指出,行政机关不得仅凭行政组织法的规定就擅自采取民营化的行动。^[28]所以,为了使组织私法化拥有足够民主正当性,相应改革应由专门立法(包括法律、法规、规章)授权。

三 私法活动的公法约束

(一)德国的相关规制

1. 国库行政

对于国库行政,行政机构作为私法主体出现,如同其他私法主体参与经济生活。它与私法主体之间的关系仅有私法性质,由普通法院管辖。由于德国《基本法》第1条第3款规定立法、行政和司法机关受基本权利直接约束,因而国库行政也受基本权利制约。辅助活动和营利活动要遵守《基本法》第3条第1款的平等原则,不得出于不合理的理由优待或歧视另一方当事人,例如不得因为商人的政治观点决定是否从他那里购买。^[29]对行政营利,有学者进一步指出,《基本法》第12和14条中的职业自由和私有财产权即使允许私人企业由于行政营利而受到更强的竞争,然而由于实施行政营利活动的企业有公共财政支持,能够提供低价服务从而扭曲竞争;所以,行政营利的界限是不得滥用市场地位,从事扭曲竞争的活动。如果这种活动发生,私人企业可以根据《民法》中的诚信原则、善良风俗原则和侵权构成要件或《反不正当竞争法》第3条、《反限制竞争法》第1条主张民事防御请求权,或者依据《宪法》和《乡镇法》条款诉诸行政法院。对于自有财产,行政机构可以实施私法上的使用,如将市政厅的地下室出租给餐馆或在公交车厢外层涂抹收费广告,但是,如果财产被付诸公用而具有履行高权任务的功能,则需受公产法的制约。^[30]

对辅助活动中的公共采购,《德国反限制竞争法》第97至115a条做了专门规定。据此,签订以商品、建设和服务为对象的公共采购合同,必须通过竞争、透明的招标程序,除

[24] 刘志刚:《论服务行政条件下的行政私法行为》,《行政法学研究》2007年第1期,第64页。

[25] 徐庭祥:《论以私法组织形式和行为方式履行行政任务的行政法规制》,《甘肃政法学院学报》2013年第2期,第16页;王锴:《公用事业民营化探讨——基于公法学的思考》,《法学论坛》2012年第1期,第148-149页。

[26] 应松年主编:《当代中国行政法》(上),中国方正出版社2005年版,第418-419页。

[27] 陈思融、章贵桥:《民营化、逆民营化与政府规制革新》,《中国行政管理》2013年第10期,第42页。

[28] 章志远:《公用事业特许经营及其政府规制》,《法商研究》2007年第2期,第4页。

[29] Rolf Schmidt, Allgemeines Verwaltungsrecht, Hannover 2010, S. 361; Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, Grundrechte: Staatsrecht II, Heidelberg 2008, S. 41.

[30] Rolf Schmidt, Allgemeines Verwaltungsrecht, Hannover 2010, S. 362 f., 15 f.

非法律明确允许,不得歧视招标人,选择标准是专业技能、工作能力、诚实可靠和经济实惠,也可以考虑与招标对象相关的社会、环境和创新视角。招标企业有权要求发标人遵守招标程序规定,对采购具有利益并且因未遵守程序规定遭受损失或将要遭受损失的企业,可以要求招标委员会做出行政行为来审查招标活动,对此不服可诉请高等地方法院终局裁决。招标要待救济程序结束后方得发放。

2. 以私法形式履行行政任务

相比国库行政在公法上主要受宪法基本权利制约,对以私法形式履行行政给付任务的规整则更复杂。按照针对战后联邦政府对电影从业者提供债务保证所形成、现今由联邦行政法院遵循的“双阶理论”,在给付行政领域的决定分两个阶段进行。^[31]在第一阶段,对于“是否”给付的问题,即是否发放低息贷款或补贴、是否允许使用公共设施或公共交通、是否缔结供应合同,由公法上的行政行为决定,争议由行政救济途径解决;而在第二阶段,对于“如何”给付的问题,即如何具体实施许可或使用关系,则可能形成另一个私法或者公法的法律关系。^[32]如果行政任务由行政机构之外、由行政机构控股或以合同方式控制的私法人履行,则第二阶段通过该私法人与相对人缔结私法合同完成,纠纷由普通法院按照私法处理,相对人既可以向私法人主张私法请求权,也可以直接向行政机构主张公法上的请求权,要求其对私法人施加相应影响。如果行政任务由行政机构自己履行,则完全按照公法规则,因而有人反对在这时引用双阶理论。也有学者主张,行政机构直接管理的事业机构以公法关系履行行政任务,如通过章程收取使用费,不必借用双阶理论,但如果通过私法关系履行行政任务,如通过格式合同确定权利义务或者收取使用报酬,却还要根据双阶理论分析。^[33]

双阶理论的优点在于,对决定的做出要求基本权利和行政法的控制,利于对相对人的保护,而对决定的实施则可获得私经济活动的效率。缺点在于批准决定之后的合同是一种杜撰,是硬将行政决定又解释成对相对人的要约,而将同一生活关系分为两个分属不同法域和诉讼途径的法律关系,会导致诉讼途径的不确定性和非经济性;在两个诉讼程序的法官见解有歧异时,问题更复杂,有时更难以清晰划分两个阶段并理清它们之间的关系,比如在决定被撤销后如何处置合同就是难题。^[34]可以说,批评者主要质疑的是行政机构自己实施决定时划分双阶的必要性,这时授益性行政行为或行政合同就可实现给付目的,

[31] 该理论之详情见:Hans Peter Ipsen, Verwaltung durch Subventionierung, VVDStRL 25 (1967), S. 298 f.;程明修:《双阶理论之虚拟与实际》,《东吴大学法律学报》2004 年第 2 期。

[32] Wilfried Erbguth, Allgemeines Verwaltungsrecht, Baden-Baden 2011, S. 52; Juergen Kuehling/Stefan El-Barudi, Grundzuege des Rechts der Wirtschaftsforderung, JURA 2006, S. 674.

[33] Rolf Schmidt, Allgemeines Verwaltungsrecht, Hannover 2010, S. 17 - 19, 349 - 360; Hans Peter Bull/Veith Mehde, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, Heidelberg 2009, S. 114 f., 382 f.; [德] 哈特穆特·毛雷尔著:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社 2000 年版,第 37 页。

[34] Rolf Schmidt, Allgemeines Verwaltungsrecht, Hannover 2010, 352 f.; Wilfried Erbguth, Allgemeines Verwaltungsrecht, Baden - Baden 2011, S. 360; [德] 哈特穆特·毛雷尔著:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社 2000 年版,第 427 - 432 页;程明修:《双阶理论之虚拟与实际》,《东吴大学法律学报》2004 年第 2 期,第 184 - 187 页;陈新民著:《中国行政法学原理》,中国政法大学出版社 2002 年版,第 22 - 25 页;另参照 Klaus Weber (hg.), Rechtswoerterbuch, Muenchen 2007 中相关词条的说明。

无需借助私法形式。但是如果实施决定需要引入行政主体和相对人之外的第三方与相对人签订合同,例如在组织私法化的情形,并且在撤销决定后也解除合同的,运用双阶理论的问题不大。可见,双阶理论使我们正视一个生活事实中可能存在不同属性的法律关系或请求权,对此的分割可降低厘清复杂事实时犯错的风险,并使得权利主体在前阶段觉得权利受侵害时,即可诉诸救济,不必等到整个过程结束,其贡献应予肯定。^[35]学者承认划分两阶段往往不可避免,^[36]颇有见地。

需要注意的是,在根据实质私营化将某项行政任务范畴完全移转给私人,而不是以组织私法化来建立行政机关控制的私法企业的情形中,行政机关不再能对企业从私法上施加影响,此时不再以双阶理论分析。^[37]因为这时行政机关不能以私法方式影响企业,只能在有法律授权的前提下,以公法方式对企业施加义务。学说上主张,即使原来由公共部门承担的工作转移给私人部门,公共部门也始终承担着提供公共物品和服务的责任,政府应通过监督、管制、补助、调整等手段,确保私人履行公共任务合法并符合公益,并且在私人履行公共任务发生瑕疵或营运困境而危及公益时,承接履行责任。^[38]这种情形实际上就是行政主体直接行使公权力的情形,类似工商管理部门应消费者投诉而处理商家,导致商家向消费者重新提供给付。可见,在第三人的民事活动不能归入行政主体在私法上的控制范围时,以行政行为 and 民事法律行为的概念就足以把握相关法律关系,不必以双阶理论划分行政主体的具体行政行为和行政行为相对人与第三人的民事活动。

对于履行行政任务的独立私法人或行政机构管理的事业机构与相对人之间的私法关系,学说上认为只有私法的形式,私法关系要服膺公法制约,并无私人自治的自由和可能性,所适用的私法规范由于公法条款的补充、叠加和修正,而形成了所谓的“行政私法”。它表达的不是公法、私法外的第三种法域,而是行政之上有公法和私法的共同适用。行政私法中值得重视的私法规范是德国《民法典》第138条规定的善良风俗、第242条规定的诚信原则和第305至310条对一般交易条件的限制条款,公法约束则包括基本权利——尤其是平等原则、公法原则——尤其是比例原则。^[39]需要注意,在国库行政和履行行政任务领域,只有在公权力主体拥有私法企业全部股份时,私法企业才服从基本权利约束,在公权力主体只拥有部分股份时,基本权利约束只意味着,公权力主体施加其影响,以免私法企业的活动违反基本权利。^[40]

[35] 詹镇荣:《促进民间参与公共建设法之现实与理论》,《月旦法学杂志》2006年第7期,第62-63页;程明修:《双阶理论之虚拟与实际》,《东吴大学法律学报》2004年第2期,第189-195页。

[36] [德]平特纳著:《德国普通行政法》,朱林译,中国政法大学出版社1999年版,第100页。学说上认为,任何一种理论都不可能完美,双阶理论的价值应予肯定。参见Thorsten Siegel, Die Zwei-Stufen-Theorie auf dem Rueckzug, in: DVBL 2007, S. 946。

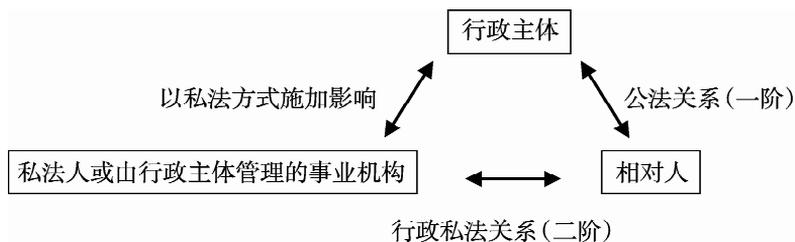
[37] Hans Peter Bull/Veith Mehde, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, Heidelberg 2009, S. 115.

[38] 余晖、秦虹主编:《公私合作制的中国试验》,上海人民出版社2005年版,第37页;程明修:《公私协力契约与行政合作法》,《兴大法学》第7期(2010年6月),第122-125页。

[39] Hans Peter Bull/Veith Mehde, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, Heidelberg 2009, S. 115 f.; Rolf Schmidt, Allgemeines Verwaltungsrecht, Hannover 2010, S. 360。[德]平特纳著:《德国普通行政法》,朱林译,中国政法大学出版社1999年版,第97-99页;程明修:《行政私法》,《月旦法学教室》2002年创刊号,第36-38页。

[40] Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, Grundrechte: Staatsrecht II, Heidelberg 2008, S. 41.

此外,德国还有众多单行法直接规定了给付人(包括私法人)的义务。如《航空交通法》第 21 条第 2 款第 3 句规定:从事航线交通的航空企业,除非在(对它)不可期待的情况下,对任何人负有缔结运输合同并按照公布的航空计划运输的义务。根据《人员运输法》第 21、22 条,如果以通常使用的运输手段可能运输又不存在企业不能避免和克服的障碍,企业有义务从事并且在批准期限内根据公共交通利益和技术状况维持所批准的运营。《邮政法》第 2 条第 2 款第 3 项、第 11 至 17 条和《电信法》第 2 条第 2 款第 4 项、第 78 至 87 条分别规定了邮政、电信企业以能够负担的价格提供全面的邮政或电信服务。《电力和燃气供应法》(又称能源经济法)第 36 条第 1 款规定,能源企业应在其网络区域内公示供应能源的条件和价格,并以这种条件和价格向任何家庭供应。双阶理论可大致总结如下图:^[41]



(二) 中国的相关规制

1. 国库行政

在我国,国库行政不仅应当遵循《宪法》第 33 条第 2 款的平等原则,对当事人不得有不合理歧视,而且还应遵守相关的专门立法。

对于辅助活动,《政府采购法》第 43 条第 1 款规定政府采购合同适用合同法;第 79 条规定违法行为依照民法承担民事责任。在实践中,法院基本上不接受行政诉讼,多数按照民事诉讼处理。^[42]但另一方面,《政府采购法》也有比较全面的公法约束。按照第 3 条,政府采购遵循公开透明、公平竞争、公正和诚信原则。第 17 条要求集中采购活动价格低于市场平均价格、效率更高、质量优良和服务良好。第 22 条第 2 款禁止采购人以不合理条件对供应商实行差别或歧视待遇。第 25 条第 1 款禁止采购当事人相互串通损害国家利益、社会公共利益或其他当事人的合法权益,禁止以任何手段排斥其他供应商参与竞争。并且,依据第 26 条第 2 款,公开招标应作为主要采购方式。第 45 条要求国务院采购监督管理部门会同有关部门规定合同必备条款。第 50 条规定当事人不得擅自变更、中止、终止合同,当继续履行合同将损害国家利益和社会公共利益的,当事人应当变更、中止、终止合同。而第 64 条要求政府采购项目的采购标准和结果公开、公布。

有学者认为,《政府采购法》可以采纳双阶理论:对缔结合同的纠纷适用行政诉讼,对

[41] 出于简化,该图不能展示补贴关系中行政机关为相对人提供保证或其他担保的情形,而且第二阶段也可能是公法关系,参见程明修:《双阶理论之虚拟与实际》,《东吴大学法律学报》2004 年第 2 期,第 177 - 179 页。

[42] 何海波著:《行政诉讼法》,法律出版社 2011 年版,第 133 - 134 页。

履行合同的纠纷适用民事诉讼。^[43] 由于这里不存在采购人和供应商之外的第三方私法主体,这一区分会面临双阶理论所遭受的质疑。但《政府采购法》的确对与采购文件、采购过程和中标、成交结果有关的争议,规定了公法的救济方式,而对采购合同争议则设置了私法救济方式。而且,可以通过行政法庭对已为诉讼系属且尚未审结的民事诉讼事件裁定停止诉讼,或者民事法庭对相应行政诉讼事件裁定停止诉讼,避免不同法院裁判冲突。^[44] 像这样在双方主体间采用双阶理论,应作为例外的情形。

对于行政营利活动,我国的《反垄断法》第6条禁止具有市场支配地位的经营者滥用市场支配地位,排除、限制竞争。第17、18、19条对如何界定市场支配地位和构成滥用做了具体界定,包括以不公平价格销售或购买;没有正当理由拒绝与交易相对人交易;没有正当理由限定交易相对人只能与其或其指定的经营者交易;在交易时附加不合理的交易条件;没有正当理由对交易相对人在交易条件上实行差别待遇等。《最高人民法院关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件应用法律若干问题的规定》第9条则规定:“被诉垄断行为属于公用企业或者其他依法具有独占地位的经营者滥用市场支配地位的,人民法院可以根据市场结构和竞争状况的具体情况,认定被告在相关市场内具有支配地位。”所谓公用企业,按照《国家工商行政管理局关于禁止公用企业限制竞争行为的若干规定》第2条的界定,是涉及公用事业的经营者,包括供水、供电、供热、供气、邮政、电讯、交通运输等行业的经营者。可见,《反垄断法》的规范不仅制约行政营利活动,^[45] 而且也束缚公用企业以私法方式履行给付行政任务。其他行政营利活动的规范则比较少见。

对于行政主体如何管理其自有资产,我国也存在着规范。《国有资产评估管理办法》第3条规定在拍卖、转让国有资产等活动前,国有资产占有单位应当评估。《行政事业单位国有资产管理办法》第10条、第12条第4款规定,凡占有、使用国有资产的行政事业单位,必须向国有资产管理部门申报、办理产权登记手续,对产权登记每年检查一次。第17至19条规定:行政事业单位要认真做好资产的管理工作,要定期清查,发挥资产最大使用效益。第20条至26条规定了将非经营性资产转为经营性资产(投资、出租、出借)的程序,要求坚持有偿使用。第27、28条要求调拨、转让、报损、报废等方式处置国有资产时,向有关部门获得审批,而且对在规定标准以上的资产转让,必须进行评估。第31至35条规定了行政事业单位对所占用的资产向国有资产管理部门定期报告的制度。还有学者指出,人民防空办公室出租人防工程时,也应保护各方当事人公平竞争机会。^[46]

2. 以私法形式履行行政任务

(1) 具体行政行为与私法关系的划分

[43] 何海波著:《行政诉讼法》,法律出版社2011年版,第134页;陈新民著:《中国行政法学原理》,中国政法大学出版社2002年版,第27页。

[44] 王锴:《政府采购中双阶理论的运用》,《云南行政学院学报》2010年第5期,第149页。

[45] 但是《反垄断法》第7条规定,国有经济占控制地位的关系国民经济命脉和国家安全的行业以及依法实行专营专卖的行业,经营者应当依法经营,诚实守信,严格自律,接受社会公众的监督,不得利用其控制地位或者专营专卖地位损害消费者利益。从体系解释的视角看,第7条是对上述特殊行业的特殊监管措施,排除第6、17、18条的适用。

[46] 余凌云著:《行政契约论》,中国人民大学出版社2006年版,第171-176页。

对补贴的发放、使用公共设施 and 清除性给付,我国法律规范多以公法活动形式加以控制。比如《城市生活垃圾管理办法》中对有关企业,课予以一定方式清扫、收集、运输垃圾的义务,并以行政处罚加以监督。《城镇排水与污水处理条例》第 21 条规定有关单位和个体工商户向城镇排水设施排放污水要申领许可;第 32 条要求排水单位和个人按国家规定缴纳污水处理费;而第 54 条授权排水主管部门,对不缴纳污水处理费的责令限期缴纳并对逾期拒不缴纳的处以罚款。《最高人民法院行政诉讼庭关于征收城市排水设施有偿使用费发生纠纷案件受理的答复意见》也认为有关争议属于行政争议。

而对于提供生活供应,有些规范则则以私法方式调控。比如《电力供应与使用条例》第 6 条要求供电企业和用户根据平等自愿、协商一致的原则签订供用电合同;第 23 条则规定,申请新装用电、临时用电、增加用电容量、变更用电和终止用电,均应到当地供电企业办理手续,并按照国家有关规定交付费用,供电企业没有不予供电的合理理由的,应当供电。

然而,我国也存在着可能以双阶理论加以分析和解释的规范。将有关法律关系解释成由行政主体对相对人做出具体行政行为,再由行政主体在私法上掌控的私法人履行行政任务,既能获得更多清晰性,又能发挥私法和公法各自的长处:一方面以行政法更强地约束行政主体,保护相对人,另一方面以私法更灵活地塑造相应使用关系。相比单纯以公法活动方式调整,双阶理论中的私法合同方式赋予了相对人直接向民事法院寻求救济的可能,不必事事申请行政机关。相比单纯规定私法合同方式,为了保证企业的服务质量,行政主体可事先以私法方式施加适当影响。

比如,有人认为《公共租赁住房管理办法》第 29 条规定的是私法合同,而第 35 条则规定了行政合同,所以公共租赁住房租赁合同包含行政合同和行政私法合同两类不同的条款。^[47]对同一个合同的不同条款,分别赋予不同的法律性质,恐不可取。第 29 条是关于行政私法合同,当无疑义,而第 35 条则不涉及合同,而是要处理签订私法合同之前的具体行政行为有错误的情形:发现申请人以欺骗手段获得承租资格,以新的具体行政行为改变原有具体行政行为,因而可以申请法院强制执行。

再如,有学者要求行政主体在签订合同时,只能选择具备法定条件的私人主体。^[48]并且,行政私法要受到宪法上基本权利保障原则、行政法治原则、法律保留、平等原则、比例原则、信赖保护原则、自我约束原则等公法原则的制约,^[49]甚至还要服从各种行政程序原

[47] 徐庭祥:《论以私法组织形式和行为方式履行行政任务的行政法规制》,《甘肃政法学院学报》2013 年第 2 期,第 17 页。《公共租赁住房管理办法》第 29 条规定,承租人累计 6 个月以上拖欠租金的,应当腾退所承租的公共租赁住房;拒不腾退的,公共租赁住房的所有权人或其委托的运营单位可以向人民法院提起诉讼,要求承租人腾退公共租赁住房。第 35 条规定,申请人隐瞒有关情况或者提供虚假材料申请公共租赁住房的……已承租公共租赁住房的,责令限期退回所承租公共租赁住房,并按市场价格补缴租金,逾期不退回的,可以依法申请人民法院强制执行。

[48] 邹焕聪:《行政私法行为若干法律问题研究》,苏州大学 2007 年硕士论文,第 11 - 13 页;邹焕聪:《行政私法理论在合同制度中的展开》,《现代法学》2010 年第 3 期,第 7 页。邹焕聪:《论行政私法行为的法律性质》,《行政法学研究》2010 年第 1 期,第 91 页。

[49] 刘志刚:《论服务行政条件下的行政私法行为》,《行政法学研究》2007 年第 1 期,第 66 页;高秦伟:《行政私法及其法律控制》,《上海行政学院学报》2004 年第 4 期,第 36 页。

则和制度。^[50]如果承认在签订行政私法合同之前,先要由行政主体对可能的承租人做出具体行政行为,对上述见解处理的问题,会有更好的理解。按照《公共租赁住房管理办法》,由住房保障主管部门根据规定条件,以具体行政行为确定具有轮候和配租资格的主体之后,才会由租赁住房所有权人或其委托的运营单位与之签订租赁合同。如此就不必强调在签订合同时只能选择符合条件的签约主体。至于行政私法所受的公法约束,应该与作为其前提的具体行政行为分开。行政私法应服从平等和比例原则,而其余原则乃至行政程序制度,应该只限制具体行政行为。

对行政主体以私法上的控股或合同方式施加影响,已有学者指出,《公共租赁住房管理办法》中并无行政机关通过私法方式对履行行政任务的私法主体施加影响的制度,如果行政机关仍通过命令、强制手段规定专门企业的义务,就不能确立专门企业的公法主体地位,如果它仍是管制的相对人,就不能证明其参与行政任务的正当性。而且,公法管制既易引起抗拒和规避,又只能在事后发挥作用,其效果不如施加影响。^[51]这一认识值得赞同,只是专门企业虽然负担公法义务,却未必使它成为公法主体。另一方面,根据《企业国有资产法》第13、14条,履行出资人职责的机构委派股东代表参与国有资本控股和参股公司的股东会议,按照委托机构的指示提出提案、发表意见、行使表决权,履行出资人职责的机构除了依法履行出资人职责外,不得干预企业经营活动。第22条还赋予了履行出资人职责的机构依照法律、行政法规以及企业章程任免或建议任免国家出资企业高管人员的权力。建设部《关于进一步鼓励和引导民间资本进入市政公用事业领域的实施意见》中也提出:鼓励民间资本进入市政公用事业领域,政府可采取控股或委派公益董事等方法,保持必要的调控能力。看来,我国也承认行政主体以私法方式影响私法主体,使其做出合乎公法要求之决定的可能。这也符合学者的见解:根据《企业国有资产法》,政府作为管理者和所有者的角色被分离,国有资产监督管理机构的行为不再有行政管理职能。^[52]

(2) 行政私法

履行行政任务的私法企业,无论能否被行政主体以私法方式控制,在我国都应受宪法上的平等原则的约束,不得无理由歧视。此外,还有众多公法规范,限制了供应或交通企业与使用人之间的合同,对私法自治加以修正。类似于德国,我国相应的私法规范和公法规范也共同适用于这类企业与使用人之间的关系。有关纠纷虽然通过民事诉讼处理,但处理纠纷的实体依据是这种行政私法。以下是各种例证:

《电力供应和使用条例》第39条对逾期未交电费的,规定超过30日并经催告仍未交电费的,才能按照国家规定程序停止供电,体现了行政法正当程序的要求。《市政公用事业特许经营管理办法》第23条禁止获得特许经营权的企业未经批准擅自停业、歇业。《邮政法》第19至36条规定了邮政企业的营业时间、寄递时限、保密等义务。《电信条例》第5条规定电信经营者为用户提供迅速、准确、安全、方便和价格合理的电信服务;第

[50] 邹焕聪:《行政私法行为若干法律问题研究》,苏州大学2007年硕士论文,第36、40-44页。

[51] 徐庭祥:《论以私法组织形式和行为方式履行行政任务的行政法规范》,《甘肃政法学院学报》2013年第2期,第18页。

[52] 何海波著:《行政诉讼法》,法律出版社2011年版,第131页。

31至44条要求电信企业按国家规定服务、按公开时限开通、及时消除障碍、方便查询、及时告知、公益服务、公平竞争。《城市供水条例》第22条要求保持不间断供水;第26条规定供水价格依照生活用水保本微利、生产和经营用水合理计价的原则制定,并由省级政府规定价格制定办法。《供电监管办法》第6至25条对供电企业课予了众多义务,包括保障设施正常运行和供电安全,按照规定办理供电业务,保证供电质量符合规定,保障向用户连续供电并履行紧急供电义务,不得从事不公平竞争行为,公开供电服务信息,执行节能环保的政策和决定等。

《铁路法》第10、12、13、16条规定,铁路运输企业保证运输安全、正点,保证旅客按照车票载明的日期、车次乘车,到达目的地,并做好服务工作。《道路运输条例》第16、18条要求客运经营者为旅客提供良好的乘车环境,防止侵害旅客人身、财产安全的违法行为,向公众连续提供运输服务。《道路旅客运输及客运站管理规定》第46至53条规定,客运经营者应向公众提供连续运输服务,按照许可的线路、班次、站点和运价规定运行,不得中途将旅客交给他人运输或甩客,不得擅自更换客运车辆,应当防止侵害旅客人身、财产安全的违法行为,为旅客投保承运人责任险。《城市公共汽电车客运管理办法》中也有类似规定。

除了《邮政法》第2、15条,《电信条例》第41条第4项、第44条,《供电监管办法》第10条,其他规范都未规定企业的普遍供应义务。为了防止拒绝提供供应或交通给付的情形,《行政许可法》第67条规定:取得直接关系公共利益的特定行业的市场准入行政许可的被许可人,应当按照国家规定的服务标准、资费标准和行政机关依法规定的条件,向用户提供安全、方便、稳定和价格合理的服务,并履行普遍服务的义务;未经做出行政许可决定的行政机关批准,不得擅自停业、歇业。如果未履行上述义务,行政机关应责令限期改正或采取有效措施督促履行义务。《反垄断法》第47条也授权反垄断执法机构,对滥用市场支配地位的经营者,责令停止违法行为,以具体行政行为强制供应。

四 结 论

我国行政主体从事私法活动可以分为行政辅助活动、行政营利活动、行政主体管理自有财产和行政给付活动。从事前三种活动,行政主体不需要明确授权,但是以私法形式提供给付,应该是为了有效履行行政任务,而在行政机关通过组织私法化的方式提供给付时,更须获得法律、法规或规章的授权。

对于行政辅助活动、行政营利和行政主体管理自有财产,如果说德国倚重宪法基本权利推导出相当的公法规范,那么我国则主要是借助《政府采购法》、《反垄断法》和《行政事业单位国有资产管理条例》等专门的公法规范,对这三类活动加以制约。对于行政给付活动,我国相关立法并未明确遵循具体行政行为作为前提,私法活动作为履行方式的二阶理论,因而行政给付既有以公法方式进行,也有以私法方式进行的,还有以具体行政行为先行、第三方私法行为追随的方式。而且,《企业国有资产法》也允许由行政主体对国有企业以私法方式施加影响,促使国有企业做出遵守公法界限的活动。在未来的立法和法律适用活动中,对于由行政主体之外的第三方实施给付的,可以更自觉地依据二阶理论,

发挥私法和公法各自的长处。供应或交通企业等公用企业与使用人的关系可以私法调整,纠纷也可通过民事诉讼处理。但是由于公用企业被有关法律规范课予按规定价格连续、安全服务等各种义务,有关规范不再是纯粹的私法,而是体现行政给付特点的行政私法,值得司法审判机构的重视。

[Abstract] Influenced by traditional theory of public law, the administrative legislation and the theory of administrative law in China focus on using public law norms to control the exercise of public power by administrative subjects. However, administrative subjects often carry out private law activities, which are also subject to public law. By take the relevant German legal theory as reference, this article discusses in a systematical way the legal premises and constraints of private law activities of administrative subjects. Such activities can be divided into two categories: fiscal activities (auxiliary activities, profit-making activities, and asset management) and the performance of administrative tasks in the form of private law activity (including direct private law activity and privatization of organization). The former, although not subjected to strict requirements, is nevertheless regulated by separate legislations. In contrast, the later can be carried out only if it is efficient in performing an administrative task and, in the case of privatization of organization, authorized by law. As for the concrete act of payment, the relevant Chinese legal norms have provided for both public and private law modes of performance, as well as a third mode that begins with concrete administrative act and is followed by third party private act. This third mode can be analyzed with the Two-Stage Theory.

(责任编辑:田 夫)