

私法渗入公法的必然与边界

张淑芳*

内容提要 公私法相互渗透是社会发展过程中的必然现象,进入 21 世纪以来,这一现象越来越普遍、越来越深刻。主要表现为私法渗入公法的范围越来越广、内容越来越具体,而且日益有序。二者关系的相对性是私法能够渗入公法的逻辑前提,但并不等于私法和公法可以完全融为一体。当今社会机制之下也许二者不一定泾渭分明,但至少还是有界限的,应当各自有着自身的质的规定性,一定程度上它们的区分是客观的。由此得出的结论是:私法渗入公法是必然而有益的,但私法渗入公法也应当是有边界的。为此,目前情形下,必须强调公法不能被私法取代、公法体系不能被改变、公法自身主流不能被改变、公法不能被私法规模化渗入。即私法对公法的渗入是非整体性的、非体系化的,可以表现为个别理念、个别原则、个别环节等的渗入。

关键词 私法渗入 边界限制 公法主流 公法体系

一、立题背景

公法^①和私法的相互渗透与融合是社会发展过程中一个重要的法现象,它不仅仅是某一个国家法治进程的问题,几乎所有法治发达国家或者法治发展中国家都存在着该问题。这一方面是法自身在调控社会事物过程中的一种客观规律性,另一方面当然也离不开人为的制度设计、观念理念的作用。我国行政法作为传统意义上典型的公法,自 20 世纪 90 年代以来,也不例外的或多或少融入了私法元素。主要原因在于,20 世纪 30 年代以后,人类进入了“福利国家”时代,“福利国家时代的到来同时意味着国家和社会诸多方面的变化,诸如公权与私权界限的模糊、政府职能的泛化和转变、行政强权的弱

* 上海财经大学法学院教授,博士生导师。

① 公法是一个宽泛概念,有广义和狭义之分,广义上一般包括宪法、行政法、刑法以及诉讼法等,狭义上特指宪法与行政法,如美国学者梅里曼就认为“公法有两个主要内容:(1)居首要地位的宪法性法律,它规定政府机关组织及其活动的原则;(2)行政性法规,它调整对公共事务的行政管理以及行政机关与私人的关系。”[美]约翰·亨利·梅利曼《大陆法系》,顾培东、禄正平译,知识出版社 1984 年版,第 109 页。本文所指公法是在狭义上使用的,尤其指狭义公法中的行政法。

化、行政行为方式的柔性化等等,这对传统的国家和社会管理而言,是一个巨大的冲击。”^②在这样的时代背景下,行政权的运行呈现出新的倾向,行政法和行政法治亦必须有所转型,必须契合福利国家和给付行政的属性,如果说,传统行政法和行政法治存在着管理的成分、控权的成分等等,那么,在转型以后,行政法和行政法治则主要体现给付和服务精神。“行政作用不再限于十九世纪秩序国家所确立的保护国家安全和独立、维持社会公共秩序以及确保财政收入的消极秩序行政作用,而向积极整备环境、经济、地域空间等秩序行政方面,以及社会保障、公共役务的供给、资金补助行政等给付行政方面扩展,为达成上述行政目的,就存在着使用多种多样的手段的倾向。……行政契约作为一种替代以命令强制为特征的行政高权性行为的更加柔和、富有弹性的行政手段孕育而生了。”^③说明私法的内涵和元素确实实地进入到公法之中,使公法在诸多方面染上了私法的色彩,私法渗入公法不可逆转。

特别是近年来,私法渗入公法呈现普遍化的倾向,私法的内容被广泛运用,例如服务外包领域在其发展初期仅在个别领域适用,而目前它实施的领域变得非常宽泛,包括能源、交通运输、水利、环境保护、农业、林业、科技、保障性安居工程、医疗、卫生、养老、教育、文化等公共服务领域。^④这一现象映射出公私法融合的下列趋势:

1. 公私法的界限越来越模糊。我国公法与私法的界限越来越模糊,有学者甚至认为“现在的法律已经很难找到纯粹的公法或者私法了,公法私法化或者私法公法化已经是法律的普遍现象了。”^⑤人们不太会刻意将它贴上哪些属于公法的内容哪些属于私法的内容的标签,例如行政合同在行政法中的运用就被学者们认为是理所当然的。在我国,当然也包括其他国家和地区出现了一个新的法律部门叫社会法,^⑥这个部门法的出现也模糊了公法与私法的界限。这说明私法渗入公法已经不可逆转。

2. 私法渗入公法的范围越来越广。私法渗入公法的初期可能主要是契约理念或诚信理念的个别渗入,正如有学者所言“在我国行政法中,诚信(或诚实信用)一词尚未出现在法律条文中,只是在最高人民法院有关审理和判决行政案件的解释中,我们可以隐约地感受到该原则的影响。如果将诚信作为一项宽泛的利益权衡原则的话,《最

② 张淑芳《行政法治视阈下的民生立法》,载《中国社会科学》2016年第8期。

③ 余凌云《论行政法领域中存在契约关系的可能性》,载《法学家》1998年第2期。

④ 参见2015年财政部、发展改革委、人民银行《关于在公共服务领域推广政府和社会资本合作模式的指导意见》;2010年国务院《关于鼓励和引导民间投资健康发展的若干意见》(国发〔2010〕13号);2010年发展改革委、卫生部、财政部、商务部、人力资源社会保障部《关于进一步鼓励和引导社会资本举办医疗机构的意见》;等等。

⑤ 谢增毅、刘俊海《社会法学在中国:任重而道远——首届“中国社会法论坛”述评》,载《环球法律评论》2006年第5期。

⑥ 2001年3月九届全国人大四次会议将我国社会主义法律体系划分为宪法及宪法相关法、民法商法、行政法、经济法、社会法、刑法、诉讼与非诉讼程序法7个法律部门。在法国、日本、德国和我国台湾地区也有与我国大体内涵相近的社会法概念。我国社会法到底是公法还是私法,学界存在不同的认识。“多数学者主张,从现代法学的划分角度,应当将法律区分为公法、私法与社会法。按照这种‘三分法’,社会法不是一个法律部门,应该把社会法看作一个法域,一个界乎于公法与私法之间的领域。”参见刘俊海、谢增毅、陈勇峰《加强社会法研究 为构建和谐社会服务——“构建和谐社会与社会法理论研讨会”综述》,载《中国社会科学院院报》2006年7月4日第2版。

最高人民法院关于执行《中华人民共和国行政诉讼法》若干问题的解释》(1999年11月24日通过)在所作有关判决时应考虑到各种利益的规定上,就体现了利益衡量的要素。”^⑦而在近些年来,随着我国对社会治理概念的认可,私法渗入公法的元素便大大地有所拓展。社会治理所凸显的是治理过程中诸多主体的参与,在治理过程中公共权力淡化,有些治理甚至通过自治的方式为之,这就使得私法中的平等、协商还有其他的私法元素也广泛地渗入到公法之中。就后者而论,正如上文列举,我国行政管理的诸多方面都运用私法机制进行调控,服务外包、垃圾处置外包,还有其他方面的私人参与行政权处置状况,都使得私法在公法中的运用范围越来越广。在我们关注私法渗入公法广度的同时,还有一个深度问题,那就是私法渗入公法的深刻程度。在这个问题上,我们同样能够得出肯定的结论,即私法渗入公法越来越深刻,原来只是在私法中运用的原则被公法所广泛运用,这其中包括诚信原则、协商原则,这些是私法中传统的原则,而在当下这些原则也是行政法治的精神之一,例如2004年国务院制定的《全面推进依法行政实施纲要》、2014年《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》《行政许可法》关于撤回和撤销制度的规定以及一些地方立法^⑧都直接体现了诚信原则。除此之外,司法实践中“诚实信用”的概念也运用得越来越多。^⑨这种渗入的深度使我们必须对当代行政法治的精神进行重新定位。

3. 私法渗入公法的内容越来越具体。私法渗入公法在它的初期还是相对抽象的,以契约精神在公法中的吸收为例,“我国行政契约的产生,与责任制思想的出现和向行政管理领域的渗透以及经济体制由计划经济向市场经济转轨而引发政府职能和管理手段变化有关。政府在行政领域也开始摸索借助合同方式强化和落实责任、调动和发挥相对人的积极性,以改善行政管理、提高行政效率。”^⑩也就是说,人们一开始只是抽象地接受契约的理念,使这些理念能够指导行政行为,主张行政系统要善于运用契约的手段调控行政关系,如国家计委颁布的《1993年对部分生产资料实行国家订货的具体实施办法》、1993年8月13日国家计委、国家经贸委、国家体改委联合颁布的《关于对部分生产资料实行国家订货的暂行管理办法》等都是这种理念尝试的开始。而近年来,私法渗入公法就越来越具体,仍然以契约的渗入为例,除了确立行政合同、服务外包等的具体适用范围,还确立了行政执法承诺制。在《法治政府建设实施纲要》中,将这种承诺制以刚性的形式确立下来,建立了纠错问责的机制。^⑪就是要求行政主体要在行政执法中对行政相对人做出具体的承诺,而诸多地方的政府法制部门将承诺及其制度予以具体化,

⑦ 杨解君《当代中国行政法的品质塑造——诚信理念之确立》,载《中国法学》2004年第4期。

⑧ 参见《江苏省行政程序规定》第84条、《西安市行政程序规定》第94条、《汕头市行政程序规定》第107条。

⑨ 如在最高人民法院之中国裁判文书网上,以“诚实信用”为关键词对所有行政判决书进行检索,从2011年到2015年底,在191个判决书中出现过“诚实信用”这一概念。参见杨登峰《行政法诚信原则的基本要求与适用》,载《江海学刊》2017年第1期。

⑩ 前引③,余凌云文。

⑪ 参见《法治政府建设实施纲要(2015—2020)》,中国法制出版社2016年版,第16页。

例如必须签订承诺书,而且承诺书也是一个规范的行政文本。私法的其他内容在公法中的运用同样追求具体化,以行政听证制度为例,平等原则被广泛运用,诸多地方政府制定了相应的行政规章来规范听证制度,^⑫使原来新闻发布会式的听证制度成了现在的行政主体与行政相对人博弈的正式法律形式。

4. 私法渗入公法日益有序。应当说,在私法渗入公法的初期人们下意识地关注到了私法在某个方面的优势进而将私法的这种具有优势的内容引入到公法之中,在这种下意识的阶段,学者们并没有深刻地去论证私法与公法的逻辑关系,没有去论证私法中哪些优势规则可以被运用到公法中来。在很长一段时间内,私法渗入公法至少在我国还仅仅停留在理论层面上,或者说还只是学者所关注的问题。例如,行政合同理论在进入法治实践的层面之前在我国有 20 多年的探讨,学者们从不同视角探讨了契约理念在行政法中引入的正当性。^⑬近些年来,私法渗入公法可以说成了一种有准备的行为,从理论层面讲,诸多公法学者更多地去研究私法的具体内容和环节,并论证私法对公法影响的深度和广度,将私法和公法能够契合的地方逐渐做了梳理。^⑭随着我国法治进程的深化,与这种理论研究的趋势相对应,法治实践中诸多私法规则在制定法中被吸收,在司法实践中被采纳,目前我国法院系统普遍设立的行政争议调解中心就是这种理论制度化的表现^⑮。在我国目前的行政法治中还有诸多的私法元素和内容要渗入到公法中,这也都得到了理论上的准备和法治实践上的处置,这足以表明私法渗入公法在当下是有序进行的。

然而,私法渗入公法究竟是一种正向的东西还是负面的东西,我国学界还很少有学者去做深入思考。从西方国家走过的法治实践历程来看,公法私法化的弊端也是显而易见的。美国学者曾做过这样的描述“过去十多年间,对于民营化政策失败和失误的批评声盖过了喝彩声。”^⑯而我国诸多学者认为在行政过程中应当多一些自治,希望私法在公法中应当有普遍化和机制化的运用。本文认为,公法与私法在当今社会机制之下

⑫ 参见《湖南省行政程序规定》第六章《辽宁省行政执法程序规定》第四章第六节、《安徽省实施行政许可若干规定》第四章等。

⑬ 参见前引③,余凌云文;前引⑦,杨解君文;杨解君《从多维视角看契约理念在行政法中确立的正当性》,载《江海学刊》2003 年第 2 期。

⑭ 例如黄学贤等就对行政契约适用的行政领域作了较为微观的疏理,认为“在行政契约和行政处分间选择标准上,凡属于国家行政不可转移的核心领域,例如:高度干预行政的核心事项;提供纯公共物品的给付行政;对于行政日常生活,尤其涉及大众程序的案件;是不正连结之禁止等,是行政契约的禁区,应该适用行政处分。至于行政机关基于以下目的:为了弹性解决非典型的案件;为了克服复杂且无法妥善处理的案件;为了提高当事人之接受度及事后配合遵守的可能性;为了连结不同的法律关系;为了善用当事人的特殊知识或经验时,应该优先适用行政契约。”黄学贤、陈铭聪《行政契约和行政处分的替代关系和选择标准之研究》,载《江淮论坛》2011 年第 4 期。

⑮ 2016 年 6 月 28 日发布的《最高人民法院关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见》规定“建设功能完备、形式多样、运行规范的诉调对接平台,畅通纠纷解决渠道,引导当事人选择适当的纠纷解决方式;合理配置纠纷解决的社会资源,完善和解、调解、仲裁、公证、行政裁决、行政复议与诉讼有机衔接、相互协调的多元化纠纷解决机制。”以该《意见》为指导,为完善行政纠纷解决机制,实质性化解行政争议,目前全国各地、各层级法院系统普遍设立了行政争议调解中心。

⑯ Carol M. Rose, *Privatization - The Road to Democracy*, 50 St. Louis U. L. J. 692(2006)。

也许不一定泾渭分明,但至少还是有界限的,私法能够渗入公法但并不等于私法和公法可以完全融为一体,公法与私法应当各自有着自身的质的规定性。

私法存在于市民社会的机制之中,就私法的概念而论,它指的是平等主体之间的法律部门或者法律典则,即“是规范横的法律关系,即水平线上私人间之生活关系的法律体系”。^{①⑦} 私法有着非常悠久的历史。它的调整对象是确定的,就是平等主体之间的关系形式,所规制的内容也是平等主体之间的权利和义务。私法中还隐藏着诸多属于自己的精神,例如公共权力不要介入到私法规则中去,还如自愿和有偿左右着私法运作的过程 and 方向。^{①⑧} 而公法则以公共权力为运转机制的法律部门,公法主体一开始就不存在人格上的平等和对等。“公法则采取了一种与私法完全不同的观念。在公法范围内,完全否定私权自治的思想,政府的作用决不限于保护私权,相反,公法所特别关注的是国家行为在实现公共利益上的作用。”^{①⑨} 至人类进入了工业化时代以后,市民社会和公共权力体系的区分就是必然的,人们能够将此一特定的事物界定为市民社会,而将彼一特定的事物界定为公共权力。作为私法而论,与前者有着千丝万缕的联系,而公法则与后者密不可分。

毫无疑问,随着私法渗入公法的程度不同,必然带来要么淡化公法传统,要么使公法的主流发生这样和那样的改变,而且“公私协作背后既涉及行政政策工具的多样化、行政程序的改革、行政组织方式的变迁等行政法问题,更关系到政府与市场的关系、公共部门与公众的关系、政府角色的重塑乃至民主正当性、效率等深层次问题。”^{②⑩} 这说明一定程度上公法与私法的区分是客观的。正因为如此,我们必须将二者的关系予以厘清。当然,并不是说公法与私法的区分等于二者的绝对排斥,相反,在有些情形下,二者之间具有相互吸收的特性,二者关系的相对性是私法能够渗入公法的逻辑前提,本文就是围绕这一思路展开的。由此得出的结论是:私法渗入公法是必然的,也是有积极意义的,但私法渗入公法也应当是有边界的。

二、私法渗入公法的内涵与源流

(一) 私法渗入公法的内涵解读

私法渗入公法是指私法的精神、原则以及规则等被公法所吸收进而成为公法相关内容的状态。它主要包含下列三层含义:

^{①⑦} 谢瑞智主编《法律百科全书》,台湾三民书局2008年版,第19页。

^{①⑧} 例如,美国学者梅利曼就认为“在私法范围内,政府的唯一作用就是承认私权并保证私权的实现。伴随着私法自治理论而必然产生的观念中有两点很重要:其一,认为经济活动的基本主体是个人(这是一个相当原始的经济观点);其二,不允许任何从事经济活动的个人联合,如公司和劳动团体的存在,政府活动的适当范围应受到极大限制。所以,应在国家社会生活和经济生活中竭力排除政府的参与。”前引①,梅利曼书,第107页。

^{①⑨} 前引①,梅利曼书,第108页。

^{②⑩} 杜仪方《公私协作中国家责任理论的新发展——以日本判决为中心的考察》,载《当代法学》2015年第3期。

一是私法价值的渗入。就是说,在私法中所包含的法治的基本功能渗入到公法的调控之中,这个渗入在一些国家是有过尝试的。例如,在英国,行政侵权究竟是适用一般意义上的法律还是特别意义上的法律,有一个明确的结论,那就是行政案件由普通法院管辖,行政案件也要适用于普通意义上的法律,就是不能给行政侵权设置特定的法律范畴。这实质上就是对公法的机制做私法化的处理。具体地讲,英国的这种法治适用理念是私法价值渗入公法的体现。

二是私法概念的渗入。公法的概念系统相对比较滞后,这与公法发端和发展的历史有关。由于私法有着长期的历史积淀,所以,私法的诸多概念是相对成熟的。在公法产生的初期,人们并不会用私法的概念解释公法的问题,更不会将私法的问题纳入公法体系中,但是,在当代公法的发展中已经包容了私法的精神,大量吸收了私法的概念,如公法中的契约就是对私法概念的吸收;信赖保护、合作治理、私方当事人提供公众服务等本来也是私法概念,现在都已渗入公法中。

三是调控方式的渗入。公法是以控制和被控制为主要调控方式的,因为它调整的是纵向关系;相反,私法则不适用控制与被控制的逻辑,主要体现协商的逻辑,就是我们通常所说的要约与承诺的逻辑关系,它的这种方式产生于横向关系之中,在公法中也广泛地被接受。这个渗入同样不可忽视,甚至是十分重要的,因为它可以改变人们对传统公法逻辑的认知。

上列三个方面是私法渗入公法的核心内容。

(二) 私法渗入公法的历史源流

现代意义的公法产生的历史并不长,美国宪法和法国宪法的制定是现代公法的开端,而作为公法另一部分的行政法的发展还是 20 世纪的事。^①正是基于这个理由,我们认为,公法与私法的区分存在于现代法治之中。然而,我们要看到,私法与公法相比,则有着非常长的历史,罗马法体系中包含着个别的公法规范,但绝对没有包含公法体系。换言之,罗马法是私法的代名词。罗马法的最大特点在于它的相对成熟性,它的精神、理念、原则和规范体系都相对比较成熟,且它的诸多方面都表现出了优势。这种优势是它能够渗入到公法中的原因之一。罗马法不仅仅是体系上的成熟和规范上的成熟,更为重要的是它有一套完整的理论体系,就其理论体系的成熟性而论,即便是现代意义的公法也无法与之相比。之所以这样说,是因为现代意义上的公法充斥了大量的政治学、行政学和社会学上的概念,^②公法所涉及的这种复杂的概念结构使公法具有多元考量的路径,这从另一面制约了公法概念系统的构建。例如,我们很难将公法体系中的立法、行政、司法、国家、政府等概念与政治学中的相关概念予以严格区分,也难以将这些概念与其他社会科学中的相关概念予以区分。因此,我们认为私法的概念系统是相对完整

^① 以美国为例,著名行政法学家戴维斯被认为是美国行政法之父,而戴维斯奠定学术地位的作品《行政法》其出版也仅仅在 1958 年。由此可见,行政法在美国的起步是 20 世纪中期的事情,在我国则更晚一些。参见 [美] 理查德·J·皮尔斯《行政法》(第 5 版),苏苗罕译,中国人民大学出版社 2016 年版,序言。

^② 参见 [美] 安东尼·唐斯《官僚制内幕》(中文修订版),郭小聪等译,中国人民大学出版社 2017 年版,第 253 页。

和周延的,例如契约、债、商品、对价等属于私法的概念,它有着完整的内涵,而这个内涵不会发生语境的变化,这种概念系统的成熟性对于私法的成熟性而论是至关重要的。总而言之,私法有着非常长的历史,私法的理论体系也相对比较成熟,私法的概念系统也相对比较完整,这些特性都足以使私法渗入公法成为可能。

私法渗入公法是一个历史过程,它不是一蹴而就的。本文试对私法渗入公法的历史做出如下断代,需要说明的是,这种断代纯粹是一种学理探究。

第一,大陆法系泛化的私法渗入阶段。两大法系的区分基本形成共识,英美法系也被称之为普通法系,英美法系具有相对灵活的思想方法和规制方式,其中,案例的规制力就很可能说明问题。而大陆法系也被学者称之为民法法系,有学者对它的特性也做过这样的评说“采成文法典,大陆法系的最大特点,就是模依罗马的十二铜表法制定形式的条文,法官的判例仅有补充法律的效力。”^{②③}大陆法系是由罗马法系演化而来的,它有着完整的概念系统,尤其有着完整的典则体系,所以人们也用成文法来表述大陆法系的基本特征。两大法系在近现代法律的发展中具有交织性,英美法系在一定程度上吸收了大陆法系的思想方法和规制技术,而大陆法系也吸收了英美法系的思想方法和规制技术。然而,在这个相互吸收和渗透的过程中,大陆法系是占上风的,对此,梅利曼有过很好的论述“在三大法系中,大陆法系的历史最长,影响最广。它的起源可以远溯至公元前四百五十年,即罗马《十二铜表法》颁布的时代。今天,它已经在西欧大部分地区,中美、南美、亚洲、非洲的许多地区,甚至在普通法体系中的个别地区(如美国路易斯安那州、加拿大魁北克省以及波多黎各)成为占统治地位的法系。东欧大多数国家(包括苏联)直到近代变为社会主义国家以来,也还受大陆法系的支配。”^{②④}这一论述充分说明,大陆法系在当今法治发展中已经被泛化,它的基本的理念已经被绝大多数国家所接受。大陆法系精神和方式的泛化也使其能够很好地渗入到公法之中。20世纪中期,诸多法治发达国家发起了行政程序法典化的革命,诸多国家制定了行政程序法,^{②⑤}这实质上是私法理念渗入公法的体现。因为法典化的运动本身就肇始于民法法系。这个历史阶段对公法后来的发展具有决定性的意义。

第二,行政程序革命的私法渗入阶段。行政程序在它的发展初期应当说是行政程序法的法典化革命。20世纪是行政程序法典化的时代,诸多法治发达国家在20世纪中期都制定了行政程序法,这种法典化一定程度上体现了私法对公法的渗入,因为私法体系的本质之一便是法典化。行政程序的另一个革命便是人们对程序价值的认知。虽然美国宪法第五修正案和第十四修正案确立了法律的正当程序条款,而且将法律的正当程序分为两个有机联系的部分,一是实体性正当程序,二是程序性正当程序。但在后来的发展中实体性正当程序占据了整个发展过程的主流,主导了行政程序法的主要的发

②③ 前引①,谢瑞智主编书,第16页。

②④ 前引①,梅利曼书,第3页。

②⑤ 美国1946年制定了《联邦行政程序法》,随后一些欧洲国家也相继制定了行政程序法,例如,奥地利1950年制定了普通行政程序法;意大利在1955年制定了行政程序法;德国在1976年制定了行政程序法等。

展方向。到了 20 世纪中期,随着罗尔斯《正义论》的问世,人们认为程序有着独立的法律价值,这个理念也被行政法所接受,所以在行政法中人们强调程序性正当程序的重要性。如果说以前凸显实体性正当程序的精神的话,那么现在人们则更加强调程序性正当程序的精神。而程序性正当程序所追求的内容是什么,在笔者看来,就是隐藏于传统私法中的平等,隐藏于传统私法中的公平,隐藏于传统私法中的正义。

第三,行政契约普遍化的渗入阶段。在行政法治的发展过程中,不同的国家经历了不同的历史阶段,英国学者将行政法的发展用红灯理论、绿灯理论、黄灯理论和契约理论等进行概括,^{②⑥}美国学者则用传统模式、利益代表模式等对美国行政法的历史发展进行概括。^{②⑦}这两个国家行政法的发展虽然在一些细节上有所不同,但其历史阶段存在着较大的相似性,其中有一个历史阶段就是契约主义阶段。在这个阶段,契约被大量地引入到行政过程中来,并成为行政法治的基本调控手段乃至基本精神。那么,契约就其特性来讲,它并没有与公法保持高度的契合性,它产生于市民社会之中,产生于横向关系的调控机制之中,深而论之,契约本身就是私法范畴的东西,然而,它在一个特定历史时期则成为公法的一个内容,在公法中起着非常重要的作用。应当说在一些国家契约在行政法中的运用已经达到了非常高的境界,诸多公共治理已经不是通过行政高权为之的,主要通过行政系统与私方当事人之间的契约关系为之的。应当说契约的精神是追求公平的精神,是追求竞争的精神,这样的精神气质如何与当代公法相配型并不是一个简单问题,而不可思议的是,契约已经被绝大多数国家的行政法治所接受,诸国行政程序法也都对行政契约作了规定,它们既是行政程序的构成部分,也是行政程序法的主要调控方式。

第四,行政参与的私法渗入阶段。参与行政或者行政的参与是行政法治在 20 世纪后半期所呈现出的一种现象,它是否能够构成一种行政法精神,我们尚不能妄下结论。但人们对公众参与行政的期待以及公众参与行政在行政法治中的普遍化,则成为行政法学研究中的热点问题,而且在有些国家已经成为行政法治中的主流。前几年,是否加入欧元区在欧洲诸多国家就进行了全民公决。在传统行政法治中,这样的问题是通过政府的单方行为决定的,社会公众基本上没有参与的机会,即使有所参与,也常常是形式性的价值大于实质上的价值。而现代,形势发生了变化,诸多行政决策必须在公众参与下做出,而行政执法也似乎必须有公众的参与才能够完成,公众参与到行政过程中,实质上是私法渗入公法的体现。因为公众参与以后,它就成为与行政主体相对应的一个平等主体,它就有了行政上的平权,而这个根源同样来自于私法。事实上,公众参与的调控机制大多属于私法机制,因为它通过私法规则进行调整的,它也遵循了若干重大的私法原则。没有私法理论和私法原则,公众参与行政过程就无法自圆其说。例如,行政执法中的听证就将执法主体与行政相对人放在了平等的关系机制之中,而这并不

^{②⑥} 参见 [英] 卡洛尔·哈洛、理查德·罗林斯《法律与行政》(上卷),杨伟东等译,商务印书馆 2004 年版,第 159 页。

^{②⑦} 参见 [美] 斯图尔特《美国行政法的重构》,沈岷译,商务印书馆 2011 年版。

是公法的逻辑。这个历史阶段应当说是契约阶段的延续,但是它又超越了契约阶段,有了新的科学内涵。

第五,作为自治的私法渗入阶段。公法的发展尤其公法体系中行政法的发展究竟什么是最高境界,学者们有不同的理论认知。例如,有学者就认为,公平在行政法治中的普遍运用是行政法发展的最高境界“要求公平是英美法律制度中最主要的精神。行政法必须要求行政机关作决定的程序符合公平原则。”^{②8}或者是行政法发展的最后阶段。有人主张只要在行政系统普遍形成了契约化,行政法就已经非常完美了。另一种认知则认为行政参与是行政法治的最理想状态,行政相对人和其他利害关系人能够有效地参与行政决策,参与行政执法,参与行政责任的追究,行政法治就是成熟的、就是最理想的“从行政法的视角来看,公私契约可能会颠覆重要的公法规范,比如决策中的公众参与、理性、公平以及责任性。”^{②9}还有学者认为,服务行政或者给付行政是行政法的最后阶段。西方有学者认为行政法已经进入到了给付行政的时代,在这个时代之下,行政系统以为社会公众提供公共服务为行为特征,行政主体要更多地为社会创造财富,为行政相对人创造利益,行政法治的理想也在于此“通过由国家承担至少是最基本的、最低标准的供给,包括住房、教育、卫生、社会保障和地方服务,可以实现这一要求。当今,我们所了解的行政法的出现,不仅与见证现代国家发展的政治和经济变迁相适应,而且与这些变迁密不可分。”^{③0}但是,近年来,有一种新的行政法认知,那就是行政过程中的社会自治。该论认为政府的行政控制应该限制在非常小的范围之内,应当让社会公众自己决定自己的事情,哪怕是行政法上的事情,也应当通过软法或者其他存在于社会机制中的柔性规则进行调整。我国虽然还没有完全接受这个理念,但我国在依法治国的顶层设计中认可了社会自治的行政法治价值。毫无疑问,诸多发达国家尽可能地淡出某些传统的行政领域,将决定权和治理权回归到民间,回归到行政相对人之中,这样的回归和治理方式的转化实质上是私法在公法中的运用。私法自治是私法的最高理念,在行政中进行自治就是这种理念的一种转换形式。这个历史阶段的实现也许仅仅是一种尝试,但它足以构成私法渗入公法的一个特殊的历史阶段。

三、私法渗入公法的若干前提条件

私法渗入公法有着诸多的决定因素,一是法文化方面。所谓法文化方面就是指一国有关法律和法治的文化要素,这包括人们对法律的认知、包括对法律部门从理论上的划分。当我们说私法渗入公法时实质上将一国的法律从主观认知上分成了公法与私法,而这样的划分是一种法哲学、一种法文化。如果没有这样的划分,私法渗入公法的

^{②8} 王名扬《美国行政法》,中国法制出版社2005年版,第44页。

^{②9} [美]朱迪·弗里曼《合作治理与新行政法》,毕洪海、陈标冲译,商务印书馆2010年版,第570页。

^{③0} [英]彼德·莱兰、戈登·安东尼《英国行政法教科书》(第5版),杨伟东译,北京大学出版社2007年版,第7页。

命题就无法成立。因此,私法渗入公法与法文化有着千丝万缕的联系。

二是法治方面。私法渗入公法涉及到一国法治建设和法治进程,就私法能够渗入公法而论,公法是矛盾的主要方面,私法则是矛盾的次要方面,公法是内因,而私法则是引起这种内因变化的条件。这便表明私法的精神、原则、规则、技术等要渗入公法,就必须要求公法有着较大的开放性和包容度,这是非常关键的。换言之,若一国公法始终秉持控制与反控制的思维逻辑,其就不会让相对平等的私法理念进入到公法之中。由此可见,私法渗入公法与法治的推进和完善密不可分,它是法治进程中的一个理性行为,只有这样理解私法渗入公法才会具有重大的实践价值。

三是技术方面。毫无疑问,私法渗入公法并不是随随便便的,不是说所有的私法规则或者私法技术都能被运用到公法中来,也不是私法某一规则或精神能够运用到所有公法领域。拿契约理念来说,依德国学者 Hans - Guenter Henneke 的观点,在涉及大众行政的领域,出于快速有效执行和依法行政的目的,此种场合行政机关应该使用行政处分,而不能适用行政契约。^① 某种私法精神原则或者其他方面能够渗入到公法之中首先必须与公法保持某种契合度,就是渗入到公法中的私法能够与公法保持自治,至少不会与公法的本质和内容相排斥。在私法渗入公法的过程中,国家行为能够起到非常重要的作用,因为这种渗入也许具有自然属性,是自发进行的,但在笔者看来,私法渗入公法是一种有组织的行为,因为它本身涉及到法治建设,是法治层面的东西,所以国家的治理机制在这其中是不会被淡出的。

上列三方面是我们研究和思考私法渗入公法的切入点,具体而论,私法渗入公法要受下列条件的制约:

(一) 私法相对成熟的条件

由于有罗马法的历史积淀加之大陆法系在全世界范围内的影响,“在不少地区,契约和侵权法受罗马法的影响较大,婚姻法受寺院法的影响较大,而财产法和继承法则同时受罗马法、寺院法和其他一些因素,如封建主义和日耳曼传统的影响。罗马法强烈地影响了法学观念、思想和理论,在各个地方都成为法学研究、培训和探讨的基础。”^② 应当说从全球范围来考量,私法比公法有着更长的历史,私法比公法有着更加厚实的内涵和精神,私法比公法在各个方面都显得要成熟一些。这个判断是没有错的,而这个判断只是一个大的范畴上的判断,就一个国家或者法律共同体而论,情况则不是绝对的。在有些国家私法也不见得就一定非常成熟,它可能也处在发展和完善阶段。以我国为例,在我国私法体系中的法律典则还有诸多缺位,拿民事方面的立法来说,2017 年我国虽然颁布了《民法总则》,但完整的民法典还没有出台。深而论之,我国的私法体系还不十分完善,它还处于发展和成熟阶段。私法要顺利地渗入公法其中一个重要的条件就是私法要相对成熟,乃至于已经成熟。若私法的概念尚未形成、技术方法尚不成熟,或者诸多

^① 参见台湾行政法学会主编《行政契约与新行政法》,台湾元照出版有限公司 2004 年版,第 19 页。

^② [英] 戴维·M·沃克《牛津法律大辞典》,北京社会与科技发展研究所译,光明日报出版社 1988 年版,第 163 页。

的问题还处在探索阶段,它就很难渗入到公法中去。应当说,已经渗入到公法中的私法精神、原则、技术都是相对成熟的,其理论和价值都已经得到了普遍认可。一个处于争议中的私法中的规则或者其他技术要渗入公法的可能性是非常小的。当然私法渗入公法所要求的是相对成熟,而不是私法的绝对成熟,因为私法的精神和理念以及其他内容也是不断发展和变化的。有学者就从哲学的角度对此做过描述“查士丁尼的编纂通过授与法律界实际运用并发展他们所声言的原则的权力而将理性、抽象观念与极大的灵活性结合了起来。另外,由于罗曼国家和日耳曼国家各大学的努力,罗马法的基本概念适应了变化了的社会条件。”^③

(二) 公法体系尚未成熟的条件

公法对私法的吸收决定于公法的状态。公法是私法渗入过程中的主动要素,而私法则是相对被动的要素,若公法拒绝接受私法,那么私法渗入公法就会有诸多的障碍。这同时意味着一国的公法体系尚处于完善和发展阶段。从私法渗入公法的若干历史阶段来看,每一个历史阶段中私法的渗入都是以公法的完善和发展为特征的,甚至常常有重大的公法事件正在发生,或者制定公法典的重大事件,或者正在发生其他重大公法事件^④。2014年我国依法治国的顶层设计中,在行政法治部分提出乡规民约以及其他民间规则的调控作用,这实质上将私法的理念引入到了公法之中,而这个引入过程恰恰与我国依法治国的顶层设计相契合。也就是说私法渗入公法与这个重大的历史事件勾连在一起。这足以表明私法渗入公法是以公法的尚未成熟为条件的,反过来说,如果一国公法处于相对成熟或者完备的历史阶段,它即使能吸收私法也是非常个别的,这便提出了一个问题,那就是公法的发展应当对私法及其精神有所重视。

(三) 私法与公法关系有效处理的条件

公法与私法的区分并不仅仅是主观认知问题,更为本质的东西在于公法与私法本身就存在着质的差异。“关于公法私法的特殊性,历来的通说,或以公法关系为权力服从的关系,为国家站于权力者的地位去对付服从者的关系,而主张公法关系在这点和对等者相互间的私法关系不同性质;或以公法关系为以公益为主张目的的关系,而主要其在此点与以私益为主要目的的私法关系目的各异,学者们都在此诸点寻求两者的特殊性。”^⑤可见,公法与私法本身就是两个不同的事物,它们从调整对象、规范构成、调控技术,甚至于法律效力等方面都是两个不同的事物。因此私法与公法保持必要的界限是理所应当的。而私法渗入公法从本质上讲是将两个不同的事物做了统一化的处理,使两个不同质的东西能够融为一体。那么如何在私法渗入公法以后使其能够与公法的

^③ [美] 埃尔曼《比较法律文化》,贺卫方等译,三联书店出版社1990年版,第30页。

^④ 20世纪中后期美国在行政法领域中开展了一场放松管制的运动,先后制定了一系列放松管制的法案,如1976年制定的《管制改革法》,1978年制定的《航空客运业放松控制法》,1979年制定的《国际航空运输竞争法》,1980年制定的《消费品运输法》,1984年制定的《电缆电信法》等等。这些法典的制定是行政法治中的重大事件,在这个过程中,私法的诸多理念和规则渗入到了公法之中。

^⑤ [日] 美浓部达吉《公法与私法》,黄冯明译,中国政法大学出版社2003年版,第105页。

精神一致起来,能够对公法的调控方式发生作用便是必须处理的问题。私法渗入公法绝对不是将私法的内容原封不动地搬入到公法之中,它必须让私法能够予以公法化。例如,契约在私法中有着确切的内涵,但它在公法中的运用却是得到了适度改造的,私法中契约的相关原则不可以在公法中不加改造的加以运用。虽然都是契约,但公法中的契约则在一定程度上肯定了行政主体的优势地位,行政主体监督行政契约履行的职能,就是公法所独有的,私法中没有哪个契约主体会享有这样的职能和特权,这个条件是非常关键的。从公法今后的发展趋势分析它接受私法似乎已经不可逆转,而关键在于私法的内容渗入公法以后如何使公法更加成熟,使公法的技术元素更加丰富,这是所有国家都面临的问题。因此,对私法与公法关系的处理便是一个基本条件。

(四) 法治系统统一构造的条件

部门法的划分与法治体系的构造是两个范畴的问题,当然这两个范畴的问题都可以用机制化的手段予以处理。前文所述,我国的7个部门法就是由全国人大通过规则予以确立的,在全国人大的划分中,虽然没有涉及到私法与公法的概念,但还是可以将这7个部门法中的有些部门法视为公法,而将另一些部门法视为私法^{③⑥}。从全国人大的划分,我们也可以得出一个结论:那就是私法与公法作为两个范畴的法律既是法治实践问题,又是法律学理问题。作为法治实践问题,二者都有着实实在在的部门法的内容,如公法中的宪法、刑法、行政法等等,私法中的民法、商法等等。而作为法律学理问题并没有在制度典则中有明细的概念确定。与部门法的划分相比,法治系统的构造也是机制化的东西,也是通过某种机制和制度予以处理的。我国在依法治国的顶层设计中就对法治体系进行了制度化构造,认为法治体系包括法律的规范体系,法治的实施体系,法治的监督体系,法治的保障体系和党内法规体系。^{③⑦}这是对法治系统的统一构造,私法渗入公法绝对不是学理范畴的问题,也许私法与公法的划分更加具有理论性,但私法渗入公法则必须通过机制化和制度化的处理才能得以实现,而且这种处理必须是统一化的。

(五) 私法规则明细化的条件

私法渗入公法有诸多深层次的内容,有诸多深层次的考察标准。例如,在有些国家尽可能淡化公法与私法之间的界限,尤其在公法案件的处理中,尽可能采用与私法统一的程序规则,这实质上意味着私法的精神和理念被公法所吸收,意味着私法所形成的成熟化的纠纷处理机制在公法纠纷处置中被运用,这都使得私法在这些国家的法律体系

^{③⑥} 全国人大常委会在我国法律部门的划分中并没有采用公法与私法的概念和划分标准,但是,在已经划分的7个法律部门中,我们还是可以作出公法与私法的区分。例如,宪法与行政法是典型的公法,而民法则是典型的私法。当然,也有一些法律部门很难清晰地将它们归于公法和私法的范畴,例如社会法。

^{③⑦} 《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》规定“形成完备的法律规范体系、高效的法治实施体系、严密的法律监督体系、有力的法治保障体系,形成完善的党内法规体系,坚持依法治国、依法执政、依法行政共同推进,坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设,实现科学立法、严格执法、公正司法、全民守法,促进国家治理体系和治理能力现代化。”

中处于相对领跑的地位,公法则附着于私法。这样的渗入可能会给公法乃至于一国法治体系带来革命性的变化。而从私法渗入公法的具体现实来考量则使我们非常清晰地看到在绝大多数情况下,私法渗入公法往往是私法的相关的原则、相关的规则、相关的技术被公法所吸收。例如上文所提到的当事人在听证程序过程中地位平等就有着在私法上权利和义务的调控方式,公法很有效地吸收了私法的内容。公法在吸收私法内容过程中大多数都是具体的、可以看得见摸得着的,正是这种大量的看得见摸得着的规则被运用到公法之中使公法有了新的精神气质,但无论如何每一次的渗入都有着实实在在的内容。基于此,我们认为还有一个重要条件就是私法规则的明细化,即是说渗入到公法中的私法规则其内涵都是明确的,一个私法规则若在私法范畴之内本身就存在着争议,那么它渗入公法的可能性就会非常小,因为它渗入公法之后给公法所带来的可能是负面的东西,而非正面的东西。这个条件也要求我们要对相关能够渗入公法的私法规则有所了解和熟知。

四、私法渗入公法的边界限制

如文章开头所述,公法与私法有着各自的生存背景和规范要素,我国法律体系中私法与公法之间的界限更是比较明显,而且一些方面不可以用其他方法予以调和。

一是关系不同。私法所涉及的是私益关系,而公法所涉及的是公益关系,所以有人认为私法是以私权为基础的,公法是以公权为基础,本文在一开始就确定公法是以纵向关系为主要调整对象,私法是以横向关系为调整对象。这种设计调控关系上的区分是不可以调和的,就是我们无法用一种手段将这两种关系做同质化的处理。

二是主体不同。公法的主体是相对恒定的,以行政法为例,一方是行政主体,另一方是行政相对人,此二者的身份是相对确定的,人们将其描述为主体的恒定性。而私法关系中并不存在这样的恒定性,因为私法主体仅仅是通过私法权利和义务联系在一起,不可能事先将不同主体的身份关系予以确定。这种主体的不同还可以推演出后续不同的内涵区分。

三是利益不同。公法以公共利益为轴心进行运转,私法则以私人利益为轴心进行运转。具体地讲,私法的宗旨在于保护社会个体的利益,而公法则保护的是公共利益,当然按照社会契约论的观点,任何利益都只有回归到个体利益上才是有价值的。“人们必须把公共行动理解为利益完全不同的个体追求自己利益的行动。每个人都是追求个人利益的理性人。政府和社会秩序只是为个人的自由选择提供一种稳定的环境。每个人的效率是与经过计算了的效用相等的。”^③社会契约论的这个论点从法哲学的终极角度讲是合乎理性的,但在法治的运作中个体利益和公共利益还是存在差异的,它们在一定格局中是两个完全不同的利益关系。公法的侧重点是公共利益,而私法必须以个体

^③ [美] H·乔治·弗雷德里克森《公共行政的精神》,张成福等译,中国人民大学出版社2013年版,第23页。

利益为核心。这些区别都很难用一种有效的方法予以缓解。

既然私法与公法由于诸种因素决定了它们是两个事物,所以,私法渗入公法也不是无条件和无原则的,它至少应当受到下列方面的限制:

(一) 公法与私法两大部门的属性不能改变

私法独尊在法学界是一种倾向,至于这种倾向具有多大的影响力,我们不得而知,不可否认的是这种倾向是客观存在的。更让人们担忧的是这种倾向在有些国家已经存在于制度层面上,有些国家没有设立专门的公权救济的司法体系就证明了这一点。有人认为,随着社会的发展,社会的治理机制应当凸显自治化而淡化公共权力领域,在西方国家,社群理论、共和理论、商谈理论等等都有着非常大的影响力。^{③⑨} 这些理论都从不同角度要淡化公共权力的范畴,取而代之的则是市民社会的范畴。商谈理论、共和理论、社群理论都强调公共权力主体与其他社会主体的平等性,强调公共权力主体要放弃对社会的干预,这个理论的产生在政治学范畴之中,然而它们都不同程度的影响到了法治体系尤其影响到了公法体系。哈贝马斯的重要著作《在事实与规范之间》就从哲学层面上分析了权力的未来走向。在哈贝马斯的理论中是商谈理论,在这个理论中主体之间是平等的,那么调整这些关系的法律就被深深地印上了私法的标记,依据这个逻辑公法就有可能被私法所取代。我国学界这种倾向也是存在的,正如有学者分析的,学者们对政府治理的研究多数停留在对西方新理念的概括和总结上,即“政府战线的‘全方位退却’和市场价值的回归,表现为公共服务的市场化和社会化。”^{④①} 所以,我们必须防止私法在渗入公法的过程中取代公法的状况,这个风险是客观存在的,那么我们就必须对私法渗入公法有序限制,就是让它不能够取代公法。如梅里曼所言“总的来说,公法与私法两大部门的划分依然有很大的重要性,两者之间的界限依然比较清楚,大量的具体问题和当事人的利益仍可以毫不费力地归入公法和私法的范畴中去。”^{④②}

(二) 公法体系不能被改变

康德认为权力具有私权与公权的区分,它非常深刻地指出私权是社会个体的权利,虽然私权具有明显的个体化但私权是固有的权利,这个理论也契合了资产阶级革命时代所提出的天赋人权的概念,依据这个概念,有些权利天然的属于社会个体。与之相比,公权则与国家紧密联系在一起、与公共权力体系联系在一起,公权是私权的转化形式,是后来所获得的权利,而不是固有的权利。有学者将这种关系做了较为柔和的表述“在一般情况下,公益与个人利益一致,当两者出现对立时,通过对公益和个人利益进行合理的比较、衡量,来解决问题。”^{④③} 无论如何康德在承认私权的基础性、核心性的同时并没有不承认公权的存在,公权的存在导致了公法体系的存在,公法体系以公权体系

^{③⑨} 参见吴定《公共政策辞典》,台湾五南图书出版股份有限公司2013年版,第163页。

^{④①} [美] E. S. 萨瓦斯《民营化与公私部门的伙伴关系》,周志忍等译,中国人民大学出版社2017年版,译者前言,第7页。

^{④②} See J. H. Merryman, *The Civil Law Tradition*, Stanford University Press, 1985, p. 94.

^{④③} 韩金东熙《行政法I》(第9版),赵峰译,中国人民大学出版社2008年版,第5页。

为背景、为基本的元素,如果说这些元素是客观的、不可改变的话,那么公权体系也是客观的、不可改变的,公法体系也是客观的、不可改变的。私法渗入公法可以让私法的因素渗入到公法体系中,但不能因此而改变公法体系。我们所说的改变公法体系不仅仅是形式方面的,更重要的是它不能够改变公法的实质性的内容。毫无疑问,公法的形式是存在的,如一国的宪法典,一国的行政组织法典,行政程序法典,行政救济法典等,都不会因为私法的渗入而消失。但有可能出现这样的情形,就是私法渗入公法以后,这些典则体系所隐含的传统的调控方式发生了变化,如行政程序仅仅以契约和平等为趋向,而忽视了控制与被控制的传统属性。私法渗入公法以后,这种传统的公法体系的定在与意义是必须保持的,否则将会对公法的演变带来致命伤害。如“纽约的官员曾经尝试将供水交由私方运营,期望私营企业能够比国营企业筹集更多的资本并有更高效的表现,但是把这种天然垄断的行业交由私方运营势必给予私方大量的权力,这将不可避免地对民营企业间的竞争造成损害。”^⑬

(三) 公法自身主流不能被改变

公法的主流可以有两个分析的路径。一是公法所包含的传统上的精神气质。我们知道,现代公法的产生与国家权力的分立密不可分,在国家权力被划分成立法、司法、行政或者像我国宪法划分为立法、监察、行政、审判、检察以后才有了现代公法的意义和概念。因为权力的划分便产生了不同的公法主体,如行使立法权的立法机关,行使行政权的行政机关,行使审判权的审判机关,行使检察权的检察机关等,这些机关必须保持平衡关系,必须相互支持,必须相互监督,它们之间只有通过法律规范相联结才能保持相对理性的关系,如果没有相关的规则,它们之间就是无序化的。这种内部的分工和合作关系产生了公法,这是一方面。另一方面,这些公权主体履行着公共职能,它们与存在于社会系统中的个人和组织也形成了一种纵向关系。在这种纵向关系中,传统上所要求的是公权主体的管制和监控,而后来人们则主张这种关系的相互协商。总而言之,现代公法的产生有着自己的历史基础,这就形成了现代公法中的若干主流,如越权无效、相互制约、依法行政等。^⑭第二个分析路径是公法在不同的历史时代有着不同的精神气质,这样的精神气质便代表了某一时代公法的主流。如美国行政法中20世纪70年代以前是管制主流,而70年代以后是放松管制主流。^⑮任何一个国家的公法在特定历史时期都有它的主流,私法渗入公法不可以改变公法作为一个总体的主流,私法渗入公法更要支持公法在特定历史时期的主流。我们之所以要强调这一点,是因为随着契约精神、社会自治等在公法中的渗入使人们对公法的主流的认知有所动摇,似乎公法所固有的主流已经被私法所取代,已经体现了深刻的私法精神,这显然是存在理论和实践缺陷

^⑬ Carol M. Rose, *Privatization - The Road to Democracy*, 50 St. Louis U. L. J. 708, 709 [i] (2006).

^⑭ 有学者将当代行政法治中的这种主流表述为下列方面,即依法行政、行政的明确性、平等原则、比例原则、诚实信用及信赖保护原则、正当程序、不当联结禁止原则等。参见周佳宥《行政法基本原则》,台湾三民书局2016年版,第151页。

^⑮ 参见宋世明《美国行政改革研究》,国家行政学院出版社2001年版,第82页。

的,所以私法渗入公法不能改变公法主流也是一个基本的限制。

(四) 公法不能被私法规模化渗入

私法渗入公法从理论层面上分析有可能存在私法精神的渗入,就是私法精神被吸收到公法之中。例如私法中的平等精神被公法所接受,甚至公法运用私法的平等精神进行关系的调控。私法理念的渗入就是有关重要的私法理念成为公法的内容,如私法中的协商机制在公法中被普遍运用。例如,私法原则渗入到公法之中,私法有一系列属于自己的法律原则,这些原则若能够被公法所运用,它也就正当地渗入到公法之中,如果我们将诚信作为私法中的一个原则的话,它渗入到公法之中则是典型的原则渗入,而且它也慢慢成为了公法的原则“信赖保护原则为公法上之重要原则,主要来自法治国原则下要求法安定性的需求。此一原则之主要内容表现在,行政法规之不溯及既往、行政处分之职权撤销与废止之限制、行政机关之承诺、保证之效力。”^{④⑥}例如私法规范的渗入就是存在于私法中的具体法律规范被移植到公法之中。还如,私法调控方式被公法所采纳等等。总体上讲,私法渗入公法有着宽阔的路径,有着广泛的渗入元素,然而私法渗入公法究竟应当规模化的渗入还是个别化的渗入就是一个必须做出合理判断的问题。如果我们将私法的理念、原则、规范、精神、技术一股脑地搬入到公法之中这就有可能改变公法的格局,甚至是私法去公法而代之。在公法的发展历史上私法取代公法是极其少见的,有时私法大规模渗入公法的理念还是理论层面的,也就是说私法渗入公法还是体现了个别化的特征,就是个别的私法理念被公法所接受,个别的私法规则被采纳,个别的精神被公法所接收。在笔者看来私法渗入公法必须保持这样的有序化和个别化,而不能大规模地渗入,我们之所以要强调这一点是因为在法哲学和法理学层面上存在着私法大规模渗入公法的理论风险,上面谈到的商谈理论、社群理论就隐含了将私法的精神、理念、规则、原则全部引入到公法中的现象,若这种情况不幸发生了,它不仅会伤害一国的公法体系,更为重要的它会动摇一国的法制体系。基于这个理由我们认为私法不能够大规模地渗入公法是另一个限制。

五、目前私法可渗入公法的具体范畴

通过上文分析,结合我国法治实践现状,笔者认为,目前私法渗入公法应当有如下个别范畴:

(一) 自治理念的适当引入

自治理念是私法理念中最主要构成,有人将该理念称之为私法自治原则,将其定性为原则也有一定道理,但就本质而论,私法自治所反映的是一种治理模式,是一种不同于纵向治理关系的治理精神。这就自然而然地使我们能够将私法自治作为私法的基本理念。该理念从法治传统上讲仅仅存在于私法之中,而不是存在于公法之中,我们说私

^{④⑥} 蔡茂寅等《行政程序法实用》,台湾新学林出版股份有限公司2013年版,第30页。

法理念被公法所吸收,就是要强调私法自治这一价值判断被公法所认可。公法从其本质上讲,由于调控纵向关系所以并不存在自治的问题,而在公法吸收私法理念之后,公法的这种排斥自治的传统则发生了变化,使得公法的治理过程除了公共权力作为治理的主导之外,自治以及与自治相关的合理内涵应当渗入到公法之中。其实我国法治实践已有这样的尝试,2013年我国提出了社会治理的理念,这个理念本身不是公法理念,因为传统上我们谈到的是公共治理,是在公法的语境下强调治理的,而社会治理这一概念所体现的是一种存在于社会机制中的自治,这就非常清楚地表明私法理念在我国已经被公法所吸收。至于这种吸收的程度和深度,吸收之后的处置方式等则是另一范畴的问题。

(二) 契约精神的渗入

契约在私法中的地位究竟如何进行概括似乎有一定的理论难度。我们可以将契约作为私法中的基本精神,因为契约存在于平等主体之间,存在于非公共权力介入的场合,就是存在于市民社会之中。从这个角度讲,契约是非常原始的东西,同时也是非常基础的东西。甚至可以说,在国家政权形成之前,契约就已经调整着社会主体之间的关系。而在公法体系形成以后,契约便有了正式的法律形式和保障机制,公法系统仅仅是契约的保障机制,而难以体现契约的精神。私法渗入公法就使得契约的精神能够正当地存在于公法之中,事实上,诸国行政法中已经有大量的契约内容存在,在法治发达国家的行政法发展中,就有一个历史阶段叫作契约主义阶段,在这个阶段,契约能够调整行政系统的纵向关系,“契约式的行政制度要依靠司法机关应监督行政机关的要求执行私法性质的契约法,而非应私人公民的要求执行行政法的原则。”^{④7}一些国家的立法中也确立了行政契约的形式,如《联邦德国行政程序法》第54条规定“公法范畴的法律关系可以通过合同设立、变更或撤销”,^{④8}而且承认行政协议可以广泛适用于行政领域。如前所述,我国学界关于契约精神在行政法中的引入学者们做过大量研究,行政法治实践中也有一些涉及行政协议的法律、法规、规章和规范性文件,如2004年国务院《全面推进依法行政实施纲要》提出“改革行政管理方式。要充分运用间接管理、动态管理和事后监督管理等手段对经济和社会事务实施管理;充分发挥行政规划、行政指导、行政合同等方式的作用。”2004年建设部发布的《市政公用事业特许经营管理办法》第2条规定:“本办法所称市政公用事业特许经营,是指政府按照有关法律、法规规定,通过市场竞争机制选择市政公用事业投资者或者经营者,明确其在一定期限和范围内经营某项市政公用事业产品或者提供某项服务的制度。”第8条第5项规定“公示期满,对中标者没有异议的,经直辖市、市、县人民政府批准,与中标者签订特许经营协议。”2015年国家发改委等六部委发布的《基础设施和公用事业特许经营管理办法》第18条规定:“特许经营的‘实施机构应当与依法选定的特许经营者签订特许经营协议。’等等。我国一些地

^{④7} 前引^②,弗里曼书,第399页。

^{④8} 应松年主编《外国行政程序法汇编》,中国法制出版社2004年版,第103页。

方立法中也不乏行政协议的规定,如《湖南省行政程序规定》第93条“本规定所称行政合同,是指行政机关为了实现行政管理目的,与公民、法人或者其他组织之间,经双方意思表示一致所达成的协议。行政合同主要适用于下列事项:(一)政府特许经营;(二)国有土地使用权出让;(三)国有资产承包经营、出售或者出租;(四)政府采购;(五)政策信贷;(六)行政机关委托的科研、咨询;(七)法律、法规、规章规定可以订立行政合同的其他事项。”当然,最重要的是2014年修订的《行政诉讼法》,其第12条规定“认为行政机关不依法履行、未按照约定履行或者违法变更、解除政府特许经营协议、土地房屋征收补偿协议等协议的”可以提起行政诉讼。根据现行法律、法规、规章和规范性文件的规定,我国诸多公用事业领域如城市供水、供气、供热、公共交通、污水处理、垃圾处理等行业,以及政府采购等都可以纳入行政协议范畴,我们认为这一精神还可在行政法其他领域引入。

(三) 诚信原则的渗入

任何一个部门法都有自己的法律原则,如刑法中的罪刑法定原则,婚姻法中的一夫一妻制原则,行政法中的依法行政原则,民法中的协商原则等等。^{④⑨} 存在于各个部门法中的原则往往决定着该部门法的精神气质。公法作为一个大的法律范畴,有着自己的原则,与之相对,私法作为一个范畴的法律,也有着属于它的原则。当然,私法原则的具体内容可以有不同的观点,可以有不同的理论,但一些主要的原则在学界是成为共识的,例如诚信原则就被认为是私法中的王牌原则。^{⑤⑩} 该原则是私法关系调整和运行的基础条件,因为在私法中契约是必不可少的调控方式,而人们普遍认为契约产生、运行以及产生效果的基础在于诚信。反过来说,如果没有诚信这个大的原则在私法中的存在,私法中的契约也就会化为乌有,也就会失去它存在的根基。有学者就对诚信做过这样的论述“指在合同订立、履行、变更、解除等各个阶段,及至合同关系终止后,合同当事人行使权力、履行义务应当讲诚实,守信用,互相协作配合,不损害他人利益和社会利益等。诚实守信原则在大陆法系被视为债法中的最高指导原则,有‘帝王规则’之称,它适用于物权、债权等各种民事法律关系,尤其在合同法律关系中是一项非常重要的原则。”^⑪ 由此可见,诚信从它产生的那一刻起,就反映了一种平等,反映了不同主体之间的相互的认知。在国家政权体系形成之前,就已经有契约的存在,而契约是通过什么进行维护的呢,其实就是有关诚信的原则。正是由于有诚信原则,才使得契约有了存在的可能。公法在传统上所强调的是命令与服从的关系,而在命令和服从的关系形式中,主体

^{④⑨} 人们通常认为不同部门法的划分是受调整对象制约的,即是说,不同的调整对象形成了不同的部门法。同时人们还认为,不同部门法的区分往往受制于该部门法的基本原则,由于任何一个部门法,其典则体系都是动态的,而它的基本原则则是相对确定的,通过这些基本原则,能够将此一部门法与彼一部门法予以区分。因此,各个部门法的基本原则都拥有自己的特性。

^{⑤⑩} 参见[英]霍布斯《利维坦》,黎思复等译,商务印书馆1986年版,第100页。[英]彼得·斯坦、约翰·香德《西方社会的法律价值》,王献平译,中国人民公安大学出版社1990年版,第160页。

^⑪ 《新编常用法律词典》(案例应用版),中国法制出版社2016年版,第110页。

之间是不需要附加什么条件的,这便自然而然地使诚信没有存在的空间。而私法渗入公法则使得诚信原则能够成为公法原则之一,它要求公法主体之间不仅仅体现命令与服从的关系,更要体现相互信任的关系,尤其高层控权主体要能够使它的行为有正当预期,整个公权系统的行为让社会公众有正当预期。我国2004年出台的《全面推进依法行政实施纲要》中就已经接受了行政诚信原则,2003年制定的《行政许可法》第8条也引入了诚信原则,^②2015年制定的《法治政府建设实施纲要》中对该内容有了进一步拓展。^③行政诚信在公法中不能仅仅被看作一个单一条款,而应当作为公法中的原则之一,当然,它在公法中的内容与在私法中的内容并没有质的区别。

(四) 法律关系平等的渗入

私法关系的本质特征是平等,私法关系主体之间没有孰优孰劣之分,孰先孰后之分,他们共同存在于法律关系的框架之内。当一方是权利主体时,另一方是义务主体,反之,当一方是义务主体时,另一方就是权利主体。‘在权利——义务关系中,主要是双方身份的彼此相对;我要求——但必须;在享有特权——没有权利关系中,为我可以——你不能;在享有权利承担责任关系中,为我能够——你必须接受;在享有豁免权——无资格关系中,为我能泰然免受惩罚——你不能。’^④这种权利与义务主体之间的关系是相互转换的,在此一法律关系中该主体是权力主体,而在彼一法律关系中,该主体则是义务主体,正是这种相互转换的特性,使他们之间保持了平等,保持了平衡。而在公法关系中,尤其在传统的公法关系中,这种平等和平衡是不存在的,例如在传统行政法关系中,有一个基本原理就是行政法关系单方面性的原理,‘指行政主体在行政法关系中有权单方面决定行政法关系的产生、变更和消灭,有权单方面决定行政相对人的义务和自己所行使的权力范围。’^⑤该不对等性将行政主体永远放在权利主体一方,而将相对人永远放在义务主体一方,二者不会有这样和那样的关系转换,所以他们是不平等和不对等的。私法渗入公法就要求将传统私法关系的属性也放置在公法关系之中,也就是说,在公法关系中,行政主体既可以成为权利主体,也可以成为义务主体,反过来,行政相对人既可以成为义务主体,也可以成为权利主体。公法关系接受私法关系的特性似乎已经不可逆转,当然,这种接受的范围和条件还需要进一步探讨。至少在合作治理和私方当事人行使行政权的行政法治范畴,私法关系的这种平等性的渗入是十分必

^② 《行政许可法》第8条规定“公民、法人或者其他组织依法取得的行政许可受法律保护,行政机关不得擅自改变已经生效的行政许可。行政许可所依据的法律、法规、规章修改或者废止,或者准予行政许可所依据的客观情况发生重大变化的,为了公共利益的需要,行政机关可以依法变更或者撤回已经生效的行政许可。由此给公民、法人或者其他组织造成财产损失的,行政机关应当依法给予补偿。”该条被学界称之为信赖保护条款,它强调在行政许可中行政系统必须坚持私法中的诚信原则。

^③ 《法治政府建设实施纲要(2015—2020年)》在总体目标中规定:经过坚持不懈的努力,到2020年基本建成职能科学、权责法定、执法严明、公开公正、廉洁高效、守法诚信的法治政府。

^④ 前引^②,沃克书,第773页。

^⑤ 关保英《行政法时代精神之解构:后现代行政法理论的条文化表述》(增订本),北京大学出版社2017年版,第183页。

要的,而且它已经成为行政法上的事实。

(五) 私法调控方式的采纳

通常情况下,公法有公法的调控方式,私法有私法的调控方式,二者有着非常明确的界限。由于公法强调公共权力的控制作用,因此,在公法的调控过程中,公共权力表现得非常强势。以行政法治而论,行政主体有强制权、征收权、处罚权,还有其他的单方面设定义务的权力,这实质上都属于公法的方式方法,都属于公法在进行社会控制时所特有的手段和措施,而且这种方式和措施是一种惯性,它顺理成章地排斥其他的方式和措施。私法中所存在的等价有偿、承诺等等调控方式传统上仅仅适用于私法关系,仅仅适用于横向的控制关系,就是我们经常所说的平等主体之间的关系。而私法渗入公法则使得私法中的传统方式方法已经具有较大的中性,他们既可以存在于私法体系之中,也可以存在于公法体系之中;既可以存在于私法的运作过程之中,也可以存在于公法的运作过程之中。例如,行政法上新出现的事实性行政指导可以说就是一种私法调控方式,所谓事实性行政指导,即通过说服的方式让行政相对人为一定的行为或不为一定的行为,而这个指导仅仅就具有规劝的法律效力,而不具有强制的法律效力,所以人们将它定性为事实性的行政指导。它的根源实质上就是私法中的规劝、说服或者其他的法律行为,这些行为在私法中具有法的属性,转化到公法以后也许没有法律属性,但却成了公法调控的基本手段。但从它得到了公法规范的认可这一角度讲,也可以说它具有法律效力。

(六) 纠纷调解的渗入

纠纷的解决既是私法面对的问题,也是公法不能回避的问题。无论在私法还是公法中,主体之间都会产生这样和那样的纠纷。而纠纷的解决通常有两种机制,一种机制可以称之为内在的机制,该机制主张纠纷由纠纷当事人之间协商解决,自主解决,而不需要通过第三方介入。另一种机制可以称之为外在机制,该机制将纠纷的解决交由第三方,就是当事方之间不能予以解决,不能成为解决的路径,必须通过第三方的裁断,而第三方的裁断可以是调解也可以是审判。在私法关系中,纠纷的解决是通过这两种机制共同完成的,两种机制都能够起到重要的作用。绝大多数纠纷的解决都是通过内在的机制予以解决的。而在公法中,纠纷的解决则更多的是通过外在的机制实现的,就是通过第三方进行解决。例如,行政纠纷就通过行政复议或者行政诉讼等第三方裁断机制进行解决,而当事方之间基本上不存在协商的解决机制。私法渗入公法其中一个内容就是纠纷解决的机制,公法中的纠纷也可以通过引入私法的内在化的机制来完成。一些法治发达国家和地区在行政法中就设置了申明异议程序,就是当行政相对人不认可行政主体的行政行为时,便可以提起异议,这种异议是非正式的,是柔性的,行政主体可以对相对人提出的异议进行处理,缓和双方之间的纠纷,协调双方之间的认知。作为纠纷调解的机制,有着巨大的渗入空间。

(七) 程序公平的渗入

行政程序有着自己的内在规定性,它指的是行政系统实施行政行为的方式、顺序、期限、法律效果等。“一般而言,为达成特定目的,而有计划安排之多数行为,其整体即形成一个程序。程序系为特定之目的而采行者。公行政为执行行政任务,须在行政内部或对外界之人民,作成种种行政行为。因此,公行政作成各种行政行为之程序,即为行政程序。”^{⑤6}它发生作用的重点是行政过程以及行政机关实现行政过程的环节。诸国行政程序法对行政程序的设计都围绕行政主体及其行为展开,对行政相对人的因素考虑的非常少。程序在私法中似乎更多的代表诉讼程序,而在诉讼程序中所凸显的是主体之间的平等性,例如,在民事诉讼中,就有诉权与反诉权的对等性的程序规则,而在行政诉讼中,则只有诉权没有反诉权的制度设计。^{⑤7}私法渗入公法不仅仅是实体规则的渗入,同样涉及到程序规则的渗入,也就是说,私法中的制度、理念都要影响公法中的程序。而私法中的程序及其精神实质也可以被公法程序所引入。我国诸多的公法程序被公众所诟病,其中一个重要原因就在于程序本身缺失了公平性。以价格听证为例,往往有听证的形式,但没有决定问题公平的程序规则,所以,在我国人们将价格的听证会描述为涨价的新闻发布会,这就说明了程序的不公平性。私法渗入公法对行政法的影响就是要使得公法中的程序更加公平,甚至可以直接将私法中的规则运用到公法中来。

(八) 权利救济的渗入

无论公法还是私法,其中一个核心内容就是主体之间的权利和义务。法律对社会关系的调整,其侧重点也在权利和义务上。对此,凯尔森曾经有过这样的论断“我有使用一条通过某个别人地产的道路的法律权力,意思就是这一地产的所有人在法律上负有义务不阻止我使用这一道路。”^{⑤8}表明无论实体法还是程序法都是围绕权利和义务展开的。好的法律及其程序能够使权利的实现最大化,使不同主体之间对权利的实现都有正当期待,并能够实实在在地得到利益;而不好的规则和程序则往往更多地增加了主体的负担,使主体呈现出义务主体的倾向,这是一方面。另一方面,好的规则和程序能够对这样和那样的侵权行为进行适当的救济。毫无疑问,私法体系中的权利救济是相对成熟的,而公法权利中的救济则是相对滞后的,这在我国表现得尤为突出。例如,我国2004年修宪之前,行政系统的强制征收行为、强制征用行为就没有正当的救济途径,国家赔偿法仅对较小范围内的行政侵权进行赔偿,而绝大多数的行政侵权都游离于行政赔偿之外。^{⑤9}而在私法中,权利救济是一个机制,任何侵权行为都能够被纳入到侵权

^{⑤6} 陈敏《行政法总论》,台湾新学林出版有限公司2016年版,第780页。

^{⑤7} 在行政诉讼中,原告是行政相对人,被告是行政主体,二者的诉讼地位是相对确定的。行政主体不能成为行政诉讼中的原告,这便决定了在行政诉讼中,被告不可以对原告的诉讼请求进行反诉,而在民事诉讼中,被告则可以对原告提起反诉。

^{⑤8} [奥]凯尔森《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,商务印书馆2013年版,第127页。

^{⑤9} 我国国家赔偿法在行政赔偿范围的处理上采取了相当谨慎的态度,之所以这样说是因为该法有关赔偿的范围采取了列举规定的行文方式,其中所列举的人身权行政赔偿的范围只有5项,财产权行政赔偿的范围只有4项,这与行政法治实践中行政机关所实施的大量侵权的行政行为相比显然是比较狭窄的。

机制之中,至于相对人能否得到救济是另一个范畴的问题。至少在程序设计中,侵权行为被救济则是天经地义的。国家赔偿法尽管属于公法,但就赔偿制度而论,它类似于民事法律,因为公权力的行使通常被推定为合法或者有效,而在赔偿法的理念中,国家行为同样存在过错,这实质上将国家行为作了与民事行为相同的处理。而问题的关键在于我国的国家赔偿法不是完全根据过错原则承担赔偿责任的,而是根据行政权的特性确定赔偿责任的,该法也对赔偿的范围采取了列举规定的方式。我们如果能够接受私法理念,将私法中权利救济的条款和原则引入到公法之中,那我国的公权救济就会呈现出另一种景象。换言之,私法中有关权利及其权利救济的内容可以非常好地渗入到公法之中。

Abstract: Mutual penetration of public and private law is an inevitable phenomenon in the process of social development. Since the beginning of 21st Century, the administrative law as public law in the typical sense has been infiltrated more and more widespread and deep by private law. The main manifestation is that the scope of private law infiltrating into public law is more and more wide, the content is more and more specific, and it is increasingly orderly. The spirit of contract is the logical premise that private law can infiltrate into public law, but it does not mean that private law and public law can be fully integrated. In terms of the specific circumstances of the rule of law practice, they may not distinct but at least have boundaries. They should each have their own qualitative prescriptiveness and the distinction is objective to a certain extent. It can conclude that the infiltration of private law into public law is inevitable and beneficial, but it should also have boundary. Under current circumstances, public law cannot be replaced by private law, public law system cannot be changed, the mainstream of public law cannot be changed, and public law cannot be infiltrated by private law. The infiltration of public law into public law is not holistic and systematic, and can be expressed as the infiltration of individual ideas, individual principles, individual links, etc.

(责任编辑:吴 蕾)