

民法典时代的法治政府建设转型

王青斌^{*}

内容提要 民法典的出台标志着我国法典时代的到来,这为新时代法治政府建设提供了新的价值标尺和历史机遇。民法典蕴含的权利本位观念、新设的公私法规范,对法治政府建设提出了转型要求。为了回应这一转型要求,应当从观念、规则和模式上把握民法典时代法治政府建设的转型之道,实现新旧法治政府建设理论的跨越。具体而言,在观念上,应当对消极有限政府有所扬弃,并明确积极有为政府的行动边界,实现有限有为政府的双重建构;在规则上,应当克服依行政法行政的局限,给予民法典以积极回应,将民法典规范纳入至依法行政的法依据范畴内;在模式上,应当面向具体的行政任务,在非秩序行政领域赋予政府一定的公私法主体与行为模式的自主选择权。

关键词 民法典 法治政府建设 转型 依法行政

目 次

- 一、法治政府的形态演进与民法典时代的转型要求
- 二、观念转变：民法典时代有限政府与有为政府的双重构建
- 三、规则拓展：依行政法行政到依民法典行政的依据扩容
- 四、模式选择：面向行政任务的新型法治政府操作模式
- 五、结语

^{*} 中国政法大学法治政府研究院教授,中国政法大学习近平法治思想研究院研究员。本文系 2021 年度国家社科基金重大项目“行政法总则制定的理论与实践问题研究”(项目批准号:21&ZD191)的阶段性成果。

法治政府建设是行政法治乃至整个国家法治经久不衰、历久弥新的政治性、学术性和社会性议题。党的二十大报告强调,“坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设”。法治政府建设作为法治建设的重点任务,对法治国家、法治社会建设具有示范带动作用,是整个法治建设中具有先导性、带动性和示范性的主体工程,也是作用于政治改革、经济发展和社会整合的“上层建筑”。《民法典》颁布以前,中国法治政府建设历程呈现出明显的阶段性特征,包括酝酿期(1978—1992年)、初创期(1993—2003年)、快速发展期(2004—2011年)和攻坚期(2012—2020年)。^①2020年《民法典》的颁布,标志着我国法典时代的到来。《民法典》的颁布,尤其是民法典所蕴含的权利本位理念、公私法融合特征等,无疑给新时代的法治政府建设提供了新的价值标尺和历史机遇,也提出了新的挑战。^②当前,我国法治政府建设正处于一个关键性的历史节点,必须站在新的起点上探寻法治政府建设的转型路径。

习近平法治思想深刻指明法治政府建设必须始终遵循以人民为中心的价值定位和建设思路,^③因此,我们必须更加全面而深刻地认识到民法典对于法治政府建设转型带来的实然与应然层面的影响。如何切实贯彻以人民为中心的价值定位和建设思路,确保发挥民法典有效实施这个重要抓手的作用来推进民法典时代的法治政府建设,是当前和今后亟待解决的重大理论与实践命题。本文以民法典时代作为语境背景,探讨法治政府建设在观念、规则和模式上的系统转型之道,力图为法治政府乃至行政法学之新旧理论更替的“科学革命”奠定基础,并为新时代政府治理体系和治理能力现代化提供理论镜鉴。^④

一、法治政府的形态演进与民法典时代的转型要求

(一) 法治政府的形态演进

在封建统治时代,并不存在“法治政府”的概念。直到近代西方掀起崇尚理性的启蒙运动,法治政府才开始成为法治乃至政治话语体系中的核心概念。为了在资产阶级革命后巩固革命成果,必须迅速收缩旧有统治型政府的疆界。对此,行政法学最早提出有限政府观念、授权规则及控权模式作为早期法治政府建设的基本准则。这种法治政府建设理论以行政法对政府权力的限定作为核心要义。为了便于这种控制,古德诺提出“政治—行政”二分法理论,推动政治与行政分离开来。然而,单单发挥行政执行功能的政

① 参见曹鑫:《论我国法治政府建设的目标演进与发展转型》,载《行政法学研究》2020年第4期,第114-117页。

② 参见马怀德:《民法典时代行政法的发展与完善》,载《光明日报》2020年6月3日,第11版。

③ 参见马怀德:《论习近平法治思想中的法治政府理论》,载《政法论坛》2020年第6期,第14页。

④ 法治政府建设在其历史演变和中外实践中的系统转型可以从观念、规则和模式三个维度加以把握。这三个层面不仅作为现代法治政府建设的基本构成和转型表征,而且也符合一般哲学社会科学理论转型的范式结构。托马斯·库恩在《科学的革命结构》(The Structure of Scientific Revolutions)中将理论范式转型分析思路加以型式化,其中观念范式是稳定的核心,规则范式是中层机构,操作范式是联结外部自然的“外围”。参见[美]托马斯·库恩:《科学革命的结构》,金吾伦、胡新和译,北京大学出版社2003年版,第157-171页;宋志润:《库恩的“lexicon”概念评析》,载《自然辩证法通讯》2013年第1期,第13-15页。

府不免沦为政治意志的“仆从”。此后,政府的这种功能性角色得到进一步强化,以致于理想的法治政府只是执行立法意志的“传送带”——“行政机关决定的给予私人的制裁,必须得到立法机关的授权,授权的方式是制定控制行政行为的规则”^⑤。尤其是在大量行政立法竭力压缩政府的权变空间时,法治政府是要建造一台“执法机器”,法治政府建设是要建设一个已经由行政法规范好的政府。但在早期形式法治国中,法治政府建设并不注重自由、正义等实质价值目标,以至于“自由的内容让位于外在的与价值无涉的形式,国家与法律成为纯粹的社会技术或社会工具”^⑥。

直到20世纪20年代末,世界性经济危机证明了早期法治政府理论难以自足——仅仅依靠“无形之手”的市场并非是万能的,所以凯恩斯主义要求政府发挥“有形之手”的作用,全面干预经济社会的发展以缓解时代危机。紧接着,二战中“恶法亦法”的悲剧使当初那种鼓吹形式法治政府建设的理论彻底破产。极力宣扬有限政府、规则法治和控权模式的政府已经无法适应时代变迁的需求,而且在国家目标和任务的实现上经常出现“政府失灵”。为此,行政法学理论界先后创立了立法保留和行政保留理论、合法行政与合理行政原则、行政裁量和行政便宜主义、生存照顾与给付服务行政等理论,试图给法治政府建设所面临的现实困境指明出路,并开启了法治政府建设的理论再探与重构之路。

正如习近平总书记所说:“当代中国正经历着我国历史上最为广泛而深刻的社会变革,也正在进行着人类历史上最为宏大而独特的实践创新。这种前无古人的伟大实践,必将给理论创造、学术繁荣提供强大动力和广阔空间。”^⑦全面依法治国伟大实践必然会给行政法学的知识创新、理论创新和方法创新供给动力和拓展空间。尤其是法治政府建设这一兼具政治性、学术性和社会性的议题,它在观念、规则和模式上的各种新旧理论将会在“自我革命”中充分竞争,最终所产生的“获胜者”将构成当前和未来法治政府建设的基本遵循。从法治政府形态的历史演进来看,它表现出一种“前法治政府建设观念、规则与模式主导—前理论危机—新理论孕育—新观念、规则与模式主导”的更替式前进、循环式上升的规律,这也构成我们讨论民法典时代法治政府建设转型之道的整体视角。

(二) 民法典时代对法治政府建设的转型要求

《民法典》是一部具有鲜明中国特色、实践特色、时代特色的法典,不仅在我国法治发展史上具有划时代意义,而且对于法治政府建设同样具有重大而深远的意义。就法治政府建设来说,其转型要求意味着这是一场理论与实践的自我“科学革命”,其旧的理论全部或者部分地为一个崭新的理论所取代。《民法典》问世即为这场“科学革命”的先兆,它对法治政府建设的转型要求体现为观念上的更新、规则上的扩容和模式上的变革。

首先,《民法典》的问世重申了公民权利本位宣言,法治政府建设在观念层面与之不相适应的部分亟待革新。民法典以人民为中心,其全部条文围绕着保护人们民事权利

⑤ [美] 理查德·B. 斯图尔特:《美国行政法的重构》,沈岷译,商务印书馆2011年版,第6页。

⑥ 郑永流:《法治四章》,中国政法大学出版社2002年版,第102页。

⑦ 习近平:《在哲学社会科学工作座谈会上的讲话》(2016年5月17日),人民出版社2016年版,第8页。

而展开。^⑧民法典不仅构建了一个“从财产到人身、从物质到精神、从生前到身后全方位保护”^⑨的完备民事权利体系,还将人格权独立成编,“实现了从物本主义到人本主义的历史性变革”^⑩。此外,为了适应新时代社会主要矛盾的变化,我国民法典的编纂并不局限于传统的“世俗性圣经”之定位,而是面向风险社会,对不确定性增多、自然人赖以生存的生态环境持续恶化、大数据时代公民隐私权益保障不足以及社会弱势群体亟待强化保护等诸多社会化、政策性的议题作出回应。具言之,民法典所宣告的权利本位时代,不仅是意思自治为核心的消极自由类权利的本位重申,也是以生存照顾理论为指导的积极社会类权利的地位彰显。所以,在法治政府建设中,行政机关在遵守行政法规范的基础上,应当主动对接民法典的时代要求,在法定权限范围内积极有为,扮演民事权利保护者的角色。

其次,民法典新设了一批私法和公法制度规范,法治政府建设在规则层面的诸多空白、缺位或矛盾有待回应。在多元化的价值取向、市场和政府双重失灵等现实面前,泾渭分明的公、私法二元体制已经不合时宜,“公法私法化”和“私法公法化”两种潮流几乎同时出现,^⑪民法典开始承接更多的社会化任务。一方面,民法典新设了一批私法规范。譬如,人格权独立成编客观上要求行政机关在立法和执法时更加注重对公民人格权益的保护,不得无视或违背民法典的规范要求。较为典型的是行政法上的特别权力关系变得难以适用,如对行政机关与公务员、高等学校与学生之间的行政管理关系,政府必须依照民法典的相关人格权规范制定并执行相关规则。另一方面,民法典新设了一批公法规范,行政主体被赋予更丰满的义务和更社会化的权力。^⑫例如,《民法典》第58、210、402条等对行政登记规则予以明确,以行政登记行为的公信力来强化对公民人身权和财产权的保护;再如,《民法典》第1254条直接规定了公安机关对不明抛掷物、坠落物致人损害负有查清责任人的职责,以行政机关的法定义务来承接悬置在公民“头顶上的安全”之侵害风险。由此,民法典时代的法治政府规则必须扩展至民法典的相关规定。

最后,民法典的出台彰显了以人民为中心的治理理念,法治政府建设在模式层面的某些行为方式亟需转型。辨识民法典时代的理念要求,不能单单着眼于有限的法典条文,更应当回到民法典起草的政治期许、社会现实和文化背景中去窥其堂奥。党的十八届三中全会首次提出“国家治理体系和治理能力现代化”总体目标后,党的十八届四中全会随即部署了“编纂民法典”这一战略任务。是不是良法善治,关键是看法律体系、法治体系以及国家治理制度体系贯通什么样的价值观和价值标准。“以人民为主体”,即“以人民为中心”,亦即“法治为民”,这是社会主义法治最核心的价值,是中国特色社会主义

⑧ 参见蒋海松:《〈民法典〉传统基因与民族特色的法理解析》,载《现代法学》2022年第1期,第97页。

⑨ 黄文艺:《民法典与社会治理现代化》,载《法制与社会发展》2020年第5期,第22页。

⑩ 前注⑨,黄文艺文,第22页。

⑪ 参见钟瑞栋:《民事立法的三种形态与强制性规范的配置——以公法与私法的分立和融合为背景》,载《厦门大学学报(哲学社会科学版)》2008年第6期,第100-101页。

⑫ 参见冉克平、谭佐财:《〈民法典〉发挥公法功能的法理逻辑与基本路径——以〈民法典〉中行政主体规范为中心》,载《浙江学刊》2022年第1期,第87页。

法治价值体系的基石。^⑬在此背景下,民法典所明确提出的维护人格权益、强化产权保护、优化营商环境、保护生态环境等理念,处处彰显出“以人民为中心”的时代精神。民法典时代法治政府建设的基本逻辑,都应围绕着以人民为中心的治理理念展开。就法治政府建设模式而言,政府在某些方面应跨越传统模式,顺应由治理思维所带来的“广泛而深刻的革命”,在政府治理体系现代化的过程中实现建设模式的转型。

二、观念转变:民法典时代有限政府与有为政府的双重构建

有限政府是行政法学理论中的经典观念,但这种观念只能阐释《宪法》第33条规定的“国家尊重和保障人权”中的“尊重”面相,而难以实现“保障”功能。因此,公法学在强调基本权利的双重功能,尤其是基本权利的“受益功能”或“国家保护义务功能”时,就是要强调“保障”应与“尊重”并重的意旨。^⑭宪法上的人权条款意味着国家既负有“尊重”人权不受干预的消极义务(防御功能),也承担“保障”人权实现的积极义务(保护功能)。因此,仅仅强调有限政府的建设,在法治理论上难以自洽,也难以呼应民法典的权利本位理念,完成民法典所强调的维护人格权益、强化产权保护、优化营商环境、保护生态环境等任务。

(一)有限政府的历史贡献及其观念扬弃

有限政府是法治政府建设的初始型态,其理论基础主要源于自然法学派关于个人权利和国家起源的思想学说。自然法学派认为,人们最初组建政府“只是出于各人为了更好地保护自己、他的自由和财产的动机”^⑮,但人们不可能向国家让渡那些不可转让、不可剥夺的基本权利,因而在这种契约论下建构的政府权力便是有限的。进言之,公民不可转让、不可剥夺的基本权利形成了政府权力不可肆意介入的“自由领地”,现代政府在权力来源上便是有限的。自然法学派并不愿意止步于理论想象,而是基于这种假定逻辑建构了实在的有限政府。孟德斯鸠在“人性恶”的逻辑假定下进一步提出权力滥用的必然性,主张国家权力在横向上必须是彼此分立且相互制衡的。^⑯“每一种权力都应该且能够受到制约”^⑰,有限政府意味着行政权力“在制度的笼子里运行”。

有限政府观念不仅承继了资产阶级革命后对旧有专制政府的历史改造任务,而且为近代市场经济的发展和个人自由权利的实现作出了不可估量的贡献。一方面,有限政府顺应了市场经济发展的需要。亚当·斯密坚持认为只有给市场主体充分的自由空间才能实现整个社会财富的增值:“他追求自己的利益,往往使他能比在出于本意的情况下更

^⑬ 参见张文显:《治国理政的法治理念和法治思维》,载《中国社会科学》2017年第4期,第49页。

^⑭ 参见张翔:《基本权利的受益权功能与国家的给付义务——从基本权利分析框架的革新开始》,载《中国法学》2006年第1期,第25-27页;陈征:《基本权利的国家保护义务功能》,载《法学研究》2008年第1期,第52页。

^⑮ [英]约翰·洛克:《政府论》(下篇),叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆2017年版,第80页。

^⑯ 参见[法]孟德斯鸠:《论法的精神》(上卷),许明龙译,商务印书馆2017年版,第186-187页。

^⑰ 王建勋:《驯化利维坦:有限政府的一般理论》,东方出版社2017年版,第73页。

能有效促进社会的利益。”^{①⑧}所以,在整个资本主义自由经济时代,主张意思自治的民法典在西方国家的有限政府体制之形塑过程中扮演着“一种实质上的‘宪法性’的地位”^{①⑨}之角色,政府对民事主体的市场经济活动极少干预,为“无形之手”的效果最大化创造了必要条件。另一方面,有限政府因应了个人自由权利的诉求。“政府管得愈多,个人的自由就愈少;政府管得愈少,个人的自由就愈多”^{②⑩},政府权力的有限性阐释了其为实现个人自由权利而作为手段的普遍意义,至少从模型推演上看,政府权力越是“有限”,个人自由就越是“无限”,市场经济就越是“有效”。因此,在近代化的浪潮中,公民在诉诸暴力革命获得政治权利后,人身和财产方面的权利诉求便立刻呈现出井喷式的扩张局面。与此相应,每一次民法法典化运动都对应着一波或预备性或回应性的政府简政放权改革浪潮。

我国计划经济时代的政府近乎是对社会全面控制和干预的“全能型政府”,但自改革开放以来,国家强力推动了一场自上而下的政府主导型改革运动,尤其是一大批有关行政组织和行政行为法律规范的出台和完善对于有限政府之建设功不可没。有文章回顾总结了改革开放中政府职能的转变:“行政管理体制改革稳步推进,加快建设服务政府、责任政府、法治政府,政府职能正从‘划桨’向‘掌舵’,从‘全能’向‘有限’转变。”^{②⑪}无疑,这一场出于发展市场经济的需要而推行的简政放权之路是相当成功的,并且政府在稳步收缩行政权力管控疆界的过程中不断解禁个人生活和社会交往的自由空间,反过来又为民事立法及其法典化进程开辟新的道路。不过,不论是西方国家还是我国历史经验,都表明了权力有限的政府在功能上同样是有限的,尤其是在面对“市场失灵”时可能束手无策,在复杂社会治理中同样可能出现“政府失灵”。并且,在面向人民群众日益增长的更高层次的权利主张时,政府持续“消极无为”不仅难以为继,而且一味收缩放权容易跌入“无政府主义”的陷阱。事实上,在20世纪末开始兴起的“治理”观念,便是为了调和“全能型政府”和“新自由主义”两个极端的政府型态所选择的“中间道路”或“第三条道路”,并希望借此“对付市场和政府协调的失败”。^{②⑫}从根本上说,过分强调以“人性恶”为假定条件的有限政府观念实则忽视了“人性善”的积极价值,从而排除了德治在国家治理中的施行余地。所以,我们应当肯定有限政府观念的历史贡献及其积极因素,但同时必须认识其局限之处而有所扬弃。

(二) 有为政府的时代转型及其行动边界

在有限政府观念下,合法行政原则将政府行为框定在法定规则之内,虽然解决了政

①⑧ [英] 亚当·斯密:《国富论》,唐日松等译,华夏出版社2017年版,第327页。

①⑨ 薛军:《“民法—宪法”关系的演变与民法的转型——以欧洲近现代民法的发展轨迹为中心》,载《中国法学》2010年第1期,第82页。

②⑩ 张兴年:《当代西方政治思潮十讲》,甘肃人民出版社2016年版,第28页。

②⑪ 人民日报评论员:《深化改革开放,完善社会主义市场经济体制——二谈认清形势 振奋精神》,载《人民日报》2007年8月23日,第1版。

②⑫ 参见[英] 鲍勃·杰索普:《治理的兴起及其失败的风险:以经济发展为例的论述》,漆燕译,载《国际社会科学杂志(中文版)》1999年第1期,第31-48页。

府行动的民主正当性问题,但是“政府失灵”“懒政怠政”“官僚低效”等问题却接踵而至。具体来说,在经济发展方面,市场经济与有限政府曾被认为是相辅相成的对应型方案,但市场经济危机不断衍生的社会问题反复证明完全将资源配置交由“看不见的手”是行不通的。倘若政府在宏观经济调控和微观市场监管上不能有所作为,那么“市场失灵”和“政府失灵”就会兵连祸结,形成一种恶性循环。在社会控制方面,政府权力有限,公权力为“恶”的机会是少了,但是,严格的、僵硬的限权、控权会把政府为“善”的手脚也束缚住了。^{②③}具言之,有限政府只能维持最基本的社会秩序而不能主动增进公共福祉,只能保证不侵犯公民法定权利而不能满足其更多权益主张。因此,为了回应市场经济危机和战后公民生存照顾的要求,凯恩斯主义彻底放弃了因噎废食的“政府限定论”,全面开启向有为政府的时代转型。

党的十八届三中全会提出,全面深化改革的重点就是要处理好政府和市场的关系。对此,我国经济学界率先提出“有为政府论”,认为这是避免陷入中等收入陷阱的有效方案。^{②④}坦言之,市场机制的缺陷以及“市场失灵”可以归责于经济学家,但是政府制度的问题以及“政府失灵”却是政治家和法学家的责任。^{②⑤}所以,有为政府的理论证立是当今时代法学的理论责任。实际上,自由主义理论假说无限夸大了政府“作恶”的冲动,主张对政府进行最严密的制约和监控,试图通过一种“有限的”甚至“最小的”政府来保障个人自由。马克思主义学说认为,资产阶级革命后的个人自由虽然彻底摆脱了形式化的人身依附,却转而受到实质性的资本支配。所以,让主张打造有限政府的自由主义者始料未及的是,现代人在有限政府那里获得解放后会重新套上资本的“枷锁”。这就意味着,将个人自由的理想单单托付给市场“自治”是不切实际的,因为缺少有为政府提供有效的“积极自由”,“消极自由”就是片面、有限且暗藏危险的。^{②⑥}唯有依赖于政府提供“积极自由”,个人才能在一个公平、有尊严、有保障、可持续的环境中“自治”。当代公法与私法的交汇和融合亦为公权力介入私法领域提供了制度性基础。^{②⑦}20世纪中后期盛行的“私法公法化”和“公法私法化”两股浪潮持续较量的结果便是对“纯粹管制”和“纯粹自治”两个极端倾向的折衷和扬弃。走向任何极端都不可能化解人民日益增长的美好生活需要和不平衡不充分的发展之间的矛盾,“兼顾自治与管制”^{②⑧}的民法观应运而生。我国民法典增设的诸多“行政法规范”,包括前述论及的公民社会性权利、政府的行政职责和国家的政策目标等规范,无不要求政府对标民法典的规范清单并积极作为。如履行《民法典》在婚姻家庭编规定的行政机关在收养程序中的公告和

^{②③} 参见姜明安:《行政程序:对传统控权机制的超越》,载《行政法学研究》2005年第4期,第19页。

^{②④} 参见林毅夫:《经济转型离不开“有为政府”》,载《人民日报》2013年11月26日,第5版。

^{②⑤} 参见朱富强:《如何保障政府的积极“有为”?——兼评林毅夫“有为政府论”的社会基础》,载《财经研究》2017年第3期,第5页。

^{②⑥} 参见[英]约翰·格雷:《自由主义的两张面孔》,顾爱彬、李瑞华译,江苏人民出版社2005年版,第23页。

^{②⑦} 参见牟奕霖:《民法典中的公权力规范及与私权利的关系》,载《西南民族大学学报(人文社会科学版)》2022年第2期,第96页。

^{②⑧} 前注①,钟瑞栋文,第100页。

收养评估义务以及为被收养人办理户口登记的法律义务,以最大限度地保护被收养人的合法权益。

表面上看,服务政府与有为政府颇为相似,甚至前者因更具亲和力而易于为人们所接受。自党的十六届六中全会首次提出建设服务型政府以来,我国的地方政府虽然对服务型政府建设有所回应,但实际上仍然不能割舍“发展型政府”的自我地位,尤其执着于经济建设而疏于社会建设和公共服务。^{②9}事实上,服务型政府的提出对发展型政府来说,既不是一种对立否定,也不是演进超越,而是共进与吸纳关系。^{③0}这二者应当属于并列共存关系,都属于有为政府的范畴,只是发展型政府侧重于经济建设和发展规划方面,而服务型政府则强调社会建设和公共服务方面。所以,习近平总书记在谈到全面深化改革、激发市场活力时特别说明:“我们强调要更好发挥政府作用,更多从管理者转向服务者,为企业服务,为推动经济社会发展服务。”^{③1}时至今日,我国政府既不受限于西方国家“有限政府”的理论限定,也并不满足于民主政治向度上的“服务政府”,因为我国政府始终承担着超出“有限”与“服务”之外的“发展型”职能。除完善市场体系、优化营商环境、实施产业政策、培育市场主体等积极性经济职能外,“发展型”政府还要推进教育发展和科技创新,落实生育、医疗和养老等福利政策,积极应对公共突发事件以及提供公共产品等。可见,发展型政府有其存在的理论基础和内在需要,所以并不会被替代或终结。^{③2}认为“服务政府”就等同于“有为政府”的观点,实在是低估了政府治理实践的复杂性。

有为政府在有限政府的疆界之外进行全面扩张,迅速在有限政府既往鞭长莫及的领域中强化行政干预。一方面,有为政府强力干预和整饬无序的市场经济。凯恩斯主义就极力主张政府必须全面回归到市场中来,并充分运用政府这只“看得见的手”来弥补“看不见的手”之缺陷,即通过宏观调控来平衡供需矛盾,通过微观监管来整饬无序竞争。所以,单由民法所支撑起的“纯粹自治型”市场经济必须全面接受公法的管制。于是,从行政法分化出来的、带有明显问题导向的“经济法”“环境法”“劳动法”等“领域法”不断涌现并蓬勃发展,极大弥补了民法规制不足的缺陷。与此相应,曾风靡一时的“民法帝国主义”开始黯然退场。因为在面向公法时,“民法典不可能是自足的、不受宪法价值限制的,‘民法帝国主义’不宜提倡”^{③3}。民法自身也在积极配置强制性规范以限制自治、增进强制,这反过来又承认了政府干预自治的正当性。另一方面,有为政府主动保障和满足公民生存需求。经历过严重社会动荡和通货膨胀的国家开始致力于建构一个

②9 参见郁建兴、高翔:《中国服务型政府建设的基本经验与未来》,载《中国行政管理》2012年第8期,第24页。

③0 参见吴金群、刘花花:《超越抑或共进:服务型政府与发展型政府的关系反思》,载《浙江大学学报(人文社会科学版)》2021年第5期,第170页。

③1 习近平:《谋求持久发展,共筑亚太梦想》(2014年11月9日),载习近平:《论坚持推动构建人类命运共同体》,中央文献出版社2018年版,第177页。

③2 参见顾昕:《政府主导型发展模式的调适与转型》,载《东岳论丛》2014年第10期,第10页。

③3 谢鸿飞:《中国民法典的宪法功能——超越宪法施行法与民法帝国主义》,载《国家检察官学院学报》2016年第6期,第47页。

有为政府——“基本法所建构出的国家,是一个计划的、调控的、给付的、分配的、能够使个人与社会生活两者同时并存与并行的国家”^{③④}。因为,真正的“自由”已经不再局限于排除国家非法侵害这个层面,而是扩展到政府在生存保障、社会救济、环境保护以及社会和谐等更广泛的领域充分发挥作用的层面。否则,公民生存权、发展权、环境权以及追求和向往美好生活等权利的实现就是一句空话。质言之,行政任务的重点已经从奥托·迈耶的“有限干预”转向了福斯多夫的“生存照顾”,而行政相对人权利主张的重心也相应地从自由权转向请求权。之所以出现这种转变,正是由于公民个人负责自我的“生存照顾”已经独木难支,必须转由社会集体乃至政治国家来负责,亦即所谓的“政治的生存负责”制度,后者旨在提供满足公民请求权的“取用机会”。^{③⑤}

习近平总书记指出:“我们要坚持辩证法、两点论,继续在社会主义基本制度与市场经济的结合上下功夫,把两方面优势都发挥好,既要‘有效的市场’,也要‘有为的政府’,努力在实践中破解这道经济学上的世界性难题。”^{③⑥}申言之,以市场在资源配置中起“决定性作用”的社会主义市场经济乃是民法典的经济基础,其中市场只是服务于特定社会目标的必要手段,需要接受国家调控和干预;以中国共产党的领导为最本质特征的社会主义民主政治乃是民法典的政治基础,在价值取向上,自由只是人们美好生活向往的基本价值之一,在同平等、安全等其他价值发生冲突时必然受到一定限制。“从‘全面挺进’到‘有进有退’,从‘无处不在’到‘有所为有所不为’,其中的核心就是打破‘全能行政’观念。”^{③⑦}所以,有为政府绝不是对“全能政府”的复辟,政府行为仍然存在特定边界,而这一边界主要是由“有效的市场”和民法典中的“行政法规范”所决定的。从这个意义上来说,有为政府绝非对有限政府的彻底背叛,而是在恪守“有所不为”前提下的“有所作为”。

(三) 有限政府与有为政府的双重建构向度

《中华人民共和国国民经济和社会发展第十四个五年规划和2035年远景目标纲要》(以下简称《十四五规划和2035年远景目标纲要》)指出:“坚持和完善社会主义基本经济制度,充分发挥市场在资源配置中的决定性作用,更好发挥政府作用,推动有效市场和有为政府更好结合。”^{③⑧}事实上,“如今‘全能政府’的时代早已过去,随之而来的应该是政府‘有所为有所不为’的时代”^{③⑨}。从行政法治角度来说,有效市场和有为政府更好结合的目标,实际上就是有限政府与有为政府双重建构的目标。一方面,为了实现有效市场,必须全面贯彻实施以民法典为核心的私法制度,使市场在资源配置中起决定性作用。民法典以私法自治为价值体系展开,有限政府不仅是民法典的时代要求,亦是实现有效

^{③④} [德] 康拉德·黑塞:《联邦德国宪法纲要》,李辉译,商务印书馆2007年版,第167-168页。

^{③⑤} 参见陈新民:《公法学札记》,法律出版社2010年版,第44-45页。

^{③⑥} 习近平:《不断开拓当代中国马克思主义政治经济学新境界》,载《求是》2020年第16期,第9页。

^{③⑦} 朱光磊:《政府既要“有限”,更要“有为”》,载《人民日报》2014年1月16日,第5版。

^{③⑧} 《中华人民共和国国民经济和社会发展第十四个五年规划和2035年远景目标纲要》,2021年3月11日第十三届全国人民代表大会第四次会议批准。

^{③⑨} 张洋:《政府的手不能伸得太长》,载《人民日报》2013年10月30日,第17版。

市场的保证。“有限”不仅表明政府在面向市场、社会时必应有所界限,而且也是强调政府之所作所为应有所限度,而非“全能的专制管理者”^{④0}。另一方面,民法典中为数不少的行政法规范亦要求政府积极作为。“有为政府至少应当包括‘有限’‘有所为’‘有所不为’等三个递进层次。”^{④1}有为政府以有限政府为基石,在有所作为之前要明确哪些方面“有限”,在积极有为中仍要恪守“有所不为”的界限,不能任由“看得见的手”伸得太远、管得过多、干预不当。因此,“有为”应当是在“有限”与“有所不为”之上的精准作为,是针对私法自治不足与市场运行失范所展开的靶向治理。反映到法治政府建设的观念层面上,就是要转向有限政府与有为政府的双重建构。

同时,《十四五规划和2035年远景目标纲要》中所说“有为政府”并不是对政府公共服务的简单重述。实际上,不论是“有限政府”服从立法的功能定位,还是“服务政府”作为人民“公仆”的角色画像,都忽略了“有为政府”的主观能动性。对政府的被动形象预设忽视了它作为公共理性实体的积极面相,因为不论是柏拉图的“哲学王”理想,还是儒家的“圣贤治国”思想,都推崇在“他律性”的法治之外仍要发挥“自律性”的德治功能。具体而言,首先,对于执行一般行政事务的公务员来说,按照服务型政府提出的诚实信用、公开透明、便民高效等标准,政府足以向人民供给高质量的公共服务。然而,仅仅将民众视为政府服务的“消费者”,无形之中降低了他们在国家中的尊严和地位。因为,公民参与到公共事务中才真正开始“把自己视为行政国家的公民……而不是把自己视为行政国家的顾客、当事人和受益人”^{④2},所以政府在传统公共服务之外仍需有所作为。其次,对于行使规划决策权力的政府官员来说,只是达到服务型政府的一般标准恐怕不能合格,因为不论是国家还是民众对其都有更高的“有为”期待。这种期待可能建立在宪法或政治上的要求、民族的远景目标以及其他抽象的公共利益等标准之上,当然不能容许他们只是满足于作为“服务型政府”的稳定雇员,还要求他们承担为人民谋幸福、为民族谋复兴的责任担当。由此看来,有为政府绝不仅要解决“市场失灵”的问题,还要兼及政治、经济、社会、环境等与政府治理相关的全部因素,这种“有为”包含但不限于“服务”。

可见,有限有为政府的双重建构乃是立足于规范主义和功能主义之基础而提出的观念更新。这种观念的创新只可能在具有中庸传统的现代化中国产生,在背负着“控权论”历史包袱的西方语境中则是难以想象的。质言之,这种法治政府建设的观念转变是具有典型中国特色的方法创新。事实上,中国人历来追求“中庸衡平,公道为政”的政治伦理,^{④3}林语堂先生认为,中国人理想中的美好生活向往源自中庸哲学,并且给予了这种中

④0 刘赫喆:《行政容忍之界定》,载《山东社会科学》2022年第1期,第178页。

④1 赵守东、高洪贵:《地方政府权责清单制度的治理进路——以有为政府为分析框架》,载《行政论坛》2021年第2期,第143页。

④2 [美]珍妮特·V.登哈特、罗伯特·B.登哈特:《新公共服务——服务,而不是掌舵》,丁煌译,中国人民大学出版社2004年版,第70页。

④3 参见张仁善:《中国法律文明》,南京大学出版社2018年版,第104页。

和理想主义与现实主义的中庸之道相当高的赞许：“这种学说，就是指一种介于两个极端之间的那种有条不紊的生活——酌乎其中的学说。这种中庸精神，在动作和静止之间找到了一种完全的均衡”^④。实际上，我国一批行政法学平衡论者在20世纪90年代就提出消极行政与积极行政并重的平衡论主张，^⑤并从行政机关与相对人关系平衡的视角论证：一方面，要公平分配行政机关与相对一方的权利义务；另一方面，要广泛采用行政指导、行政协议等柔性手段，弱化行政强制性^⑥。如今看来，站在传统与现实的交汇点上，有限有为政府不仅具有本土文化上的亲和力，而且在政府治理体系和治理能力现代化的政治语境中也更能展现出强大的理性魅力和实践品格。申言之，单纯强调有限政府，容易夸大公民自治的理性、市场经济的自足性，从而压制政府功能的发挥，导致社会和市场自由过犹不及；片面提倡有为政府，容易妄言政府的全知全能，从而忽视公民主观能动、市场规律的内在规定性，导致政府管制的矫枉过正。

总之，法治政府建设并非是一种纯粹理论想象的权威性真理，而是适配于整个社会环境的重要实践过程。从社会系统论的视角思考，为了实现法治国家、法治政府、法治社会一体建设的系统目标，法治政府建设在外部体系上应当发挥“承前启后”的“协同法治化”功能。这种系统的、协同的、整体的方法论，“既是法治理论在范式上的创新，也是法治实践得以成功的科学进路”^⑦。从社会转型论的视角观察，“民法典历来不是一个单纯的技术性法律文本，对于推进法典化议程的政治家而言，民法典是一个国家进行社会和政治重构的决定性文本”^⑧。所以，民法典时代的法治政府建设不能简单化为政府单方面的“自我革命”与“自我建构”，其在内部体系上必须准确回应民法典本身所描述的中国特色、实践特色和时代特色。有限有为政府不再是全能政府，而是在治理理念指引下建构的、一个符合民法典时代底色的“有效政府”。它既是对有限政府的有限形式理性之辩证扬弃，也是对有为政府可能产生的非理性扩张之风险控制。这种观念的创新虽然有取道中庸的思维痕迹，但其实现过程的方法论却超乎中庸，继续在规则依据和操作模式上推进转型，尽可能实现目标与手段的科学匹配。

三、规则拓展：依行政法行政到依民法典行政的依据扩容

当前法治政府建设对依法行政原则的解释尤为不足，首先就体现在“法”的范畴上，即对行政法之外的法律渊源一律排斥。然而，在民法典时代的治理体系中，社会和政治

^④ 林语堂：《生活的艺术》，华艺出版社2001年版，第120页。

^⑤ 参见罗豪才、甘雯：《行政法的“平衡”及“平衡论”范畴》，载《中国法学》1996年第4期，第49、54页；罗豪才主编：《行政法学》，北京大学出版社1996年版，第33页。

^⑥ 参见罗豪才、袁曙宏、李文栋：《现代行政法的理论基础——论行政机关与相对人一方的权利义务平衡》，载《中国法学》1993年第1期，第55-57页。

^⑦ 谈建成：《法治政府理论及其范式》，载《河北法学》2017年第10期，第63页。

^⑧ 石佳友：《民法典与社会转型》，中国人民大学出版社2018年版，代序第4页。

秩序的建构应当立足于一个多中心和协商式的进程。具有多层次、多中心和灵活性等特点的治理尤其要求规范渊源的开放性和多元性。^④民法典本身即设计了大量行政法规范,涉及行政登记、行政审批等多种行政权力。习近平总书记强调:“各级政府要以保证民法典有效实施为重要抓手推进法治政府建设,把民法典作为行政决策、行政管理、行政监督的重要标尺。”^⑤对此,依法行政原则应当面向民法典进行法依据的扩容。

(一) 依行政法行政及其局限

戴雪(Dicey)在“巴力门主权”的语境下提出法治即为“法律主治”(Rule of Law),即以法律对行政的支配来实现“武断权力的不存在”。^⑥具体到作为“动态之宪法”的行政法领域,实现行政法治的关键即是依法行政:“立法机关必须尽可能给予行政愈多的法规,或透过授权之行政命令来赋予之,此无疑是法治国的第一个要求”^⑦。奥托·迈耶同时敏锐地察觉到,在实现“有法可依”之后,依法行政的重心应当从立法转向司法。于是,以法律行为为蓝本建构起的便于司法审查的行政行为之模型,成为“一种为法治国的建构而提出的‘目的性创设’”^⑧。立法预设行政之权限及其行为型式,司法据此对行政行为之合法性加以审查,由此建构起“法治国就是经过理性规范的行政法国家”^⑨。换言之,“把行政限定在法律的疆界之内”^⑩,主要是说限定在行政法的疆界内,因为其他部门法并不会过多规定行政权之来源和行使方式,司法因而也无法基于其他部门法审查行政之合法性。所以,“依法行政”逐步被明确为“依行政法行政”。

为了进一步精确地整饬行政秩序,行政法的规范渊源拓展至“法(Recht)、法规(或法秩序)(Rechtsordnung)、法规(Rechtssätze)或法律(Gesetz),而不仅仅只是法律而已”^⑪,甚至还包括法规命令、自治章程和习惯。^⑫毋庸置疑,高密度的行政法规范可以构建一个稳定而明晰的行政秩序,尤其避免行政空泛地援引公平、正义等空洞的自然法标准行事,将“武断权力”之风险限定在可控范围内。严格依照立法机关专门为了“指引行政权力的行使”所“颁布的规则、标准、目标或某个‘可理解的原则’”^⑬展开行政,不仅从实证主义立场实现了“依行政法行政”的全面规则之治,而且从形式正义维度兑现了政府行为的普遍性和可预测性。为了尽快从“依政策行政”走向“依行政法行政”,我国改革开放初期的立法重点就是行政立法。1987年,党的十三大报告强调:“为了巩固机构改革的成果并使行政管理走上法制化的道路,必须加强行政立法,为行政活动提

④ 参见石佳友:《治理体系的完善与民法典的时代精神》,载《法学研究》2016年第1期,第16页。

⑤ 习近平:《充分认识颁布实施民法典重大意义 依法更好保障人民合法权益》,载《求是》2020年第12期,第7页。

⑥ 参见[英]戴雪:《英宪精义》,雷宾南译,中国法制出版社2017年版,第254页。

⑦ 陈新民:《德国公法学基础理论》(上册),山东人民出版社2001年版,第82页。

⑧ 赵宏:《法治与行政——德国行政法在法治国背景下的展开》,载《行政法学研究》2007年第2期,第130页。

⑨ [德]奥托·迈耶:《德国行政法》,刘飞译,商务印书馆2013年版,第61页。

⑩ [英]马丁·洛克林:《公法与政治理论》,郑戈译,商务印书馆2013年版,第195、203页。

⑪ 前注⑫,陈新民书,第83页。

⑫ 参见前注⑫,奥托·迈耶书,第86-99页。

⑬ 前注⑫,理查德·B.斯图尔特书,第6页。

供基本的规范和程序”。此后,我国行政组织法、行政行为法和行政救济法等渐成体系并日臻完善,法治政府建设也在“依行政法行政”的实践中取得长足发展。胡建森教授曾断言:“中国行政法上的行政合法性原则,是中国社会主义法制原则的基本内容在行政法领域的转化和体系”,依法行政在中国法治建设中的核心要义之一即是“行政主体实施行政行为必须依照和遵守行政法律规范”^{⑤⑨}。相反,按照传统的“主体—行为—救济”法律适用逻辑,民法不能成为“依法行政”之“法”的外延。^{⑥⑩}

但是,行政法的原旨功能在于规定行政权之来源与形式,依行政法行政虽然能够明确回答行政权存在与行使的形式合法性问题,但相对封闭的行政法规范体系早就难以回应现代行政功能的结构性转变。事实上,在有限政府向有为政府转变的过程中,区别于传统支配行政的服务性、给付性、技术性等非权力行政之扩张势不可挡,针对这种具有鲜明公益目的取向或者行政结果导向的行政活动进行严格的过程控制显然不合时宜。进言之,带有强烈控权取向的行政法容易令行政活动陷入机械僵化、手段匮乏、效能低下的困境,更不可能满足现代治理的更高层次需求。正如盐野宏教授所言:“行政并不仅是行政行为和行政强制执行,而是使用各种手段来实现其目的……行政,除从前范围内的公法上的方法以外,也使用所谓私法上的手段进行活动。”^{⑥⑪}美国学者也直言不讳地指出:“今天我们政府失败的主要之处,不在目的而在手段。”^{⑥⑫}因此,不论东方还是西方国家的法治政府建设的规则依据实际上都面临着拓展需求。具言之,依行政法行政的限缩促成有限政府的建设,但依法行政所依之“法”的范畴应当适度扩容以支持有为政府的建设。

(二) 依民法典行政及其回应

在资产阶级的革命过程中,如火如荼的“身份到契约”的革命真正孵化和催熟了私法体系,并促成了公私法的对立。但在后资本主义时代,二者又开始相互渗透,典型表现为公私法交叉融合使二者界限模糊不清甚至日渐走向趋同。哈贝马斯将这种现象描述为“私法的公共化”与“公法的私人化”,并指出“公共权力即便在行使其分配与促进职能时也运用私法措施,每当此时,公法的古典标准便彻底失效了”^{⑥⑬}。这种西方国家的部门法体系建构模式具有先天的滞后性,移植到存在着深厚政治基础和社会土壤的社会主义中国,更是难以适应社会生活日新月异的发展与变迁。^{⑥⑭}事实上,社会主义国家的建立和发展动摇和冲击了资本主义国家公私法隔绝对立的传统法律体系之根基。公私法融合在当今社会主义中国存在着深厚的政治基础,而且这种融合首先就体现在将民法典作为依法行政的法依据补充。

观察各种对部门法划分的反思甚至批判的观点可知,其所要反对的并非这种理论认

^{⑤⑨} 胡建森:《关于中国行政法上的合法性原则的探讨》,载《中国法学》1998年第1期,第71页。

^{⑥⑩} 参见章志远:《行政法治视野中的民法典》,载《行政法学研究》2021年第1期,第43页。

^{⑥⑪} [日]盐野宏:《行政法》,杨建顺译,法律出版社1999年版,第36-37页。

^{⑥⑫} [美]戴维·奥斯本、特德·盖布勒:《改革政府:企业家精神如何改革着公共部门》,周敦仁、汤国维等译,上海译文出版社2006年版,前言第6页。

^{⑥⑬} [德]尤尔根·哈贝马斯:《公共领域的结构转型》,曹卫东等译,学林出版社1999年版,第178页。

^{⑥⑭} 参见李龙、范进学:《论中国特色社会主义法律体系的科学建构》,载《法制与社会发展》2003年第5期,第44页。

识之区分,而最终是要反对法律执行过程中脱离实际的“本本主义”。实事求是地说,“公法、私法二元论只着眼于各种各样的行政形式(行政行为或立法行为)的最终法效果,而没有充分考虑导致该效果发生的过程”^{⑥5}。实际上,在现代行政目的与功能复杂化、行政手段和形式多样化的背景下,行政活动确实很少只采用某一种行为形式,而通常是多种性质、多种类型的行为形式结合或连续进行。从这个意义上来说,“依行政法行政”与“依民法典行政”其实是对国家行政与社会行政的相对区分而非绝对划分,而且后者是对社会现实要求所作出的必要回应。倘若缺乏这种整体视野,我们就不能正确认识行政活动各个环节的行为过程形式,更不可能从整体上把握好整个政府治理体系的变革。尤其是在党的十八大强调更多在治理语境下去解读法治政府建设这一核心命题以来,依法行政更应立足于整体性视角去积极回应这种法治战略与实践发展的新要求。

将依法行政的法规范依据扩展至民法典,能够有力回应行政法之内在局限。首先,国家任务并不是一成不变的既定谱系,这决定了民法典也会规定国家任务目标并提供实现方式的可能。事实上,《民法典》及其立法说明都反映了其承接国家任务的担当,譬如保护人格利益、强化产权保护、个人信息保护、优化营商环境、构建诚信社会等,明显都属于超出了一般私人自治范畴的国家任务。这些国家任务在性质上并无所谓公私之分,而是国家、社会和个体公民所共同面对的世情国情、实践问题和时代要求。所以,依民法典行政仍然是对立法者意志的贯彻,是以公私法之合力完成国家任务的必然逻辑。其次,民法典内部杂居着大量的公法规范,这为民法典进入依法行政之法域提供了必要的“规范管道”。从实证角度观察,民法典只是法典内全体规范的集合总称,并不是对所有条文的属性定位。民法典中存在着很多为行政机关增设权力和义务、为私主体增设公法义务的条款,这些条款在性质上属于行政法规范,行政机关必须遵守之。由此,民法典已经不再是“纯粹”的私法,^{⑥6}而是越来越多呈现出公私法规范纵横交错、水乳交融的复合形态。对此,依法行政的法范畴解读不应该也不可能局限于单一法域,而必须把《民法典》这部私法领域的基础性法律纳入其中。最后,依民法典行政为多样性行政任务的完成、复杂性行政过程的展开提供了更为充分而开放的正当化准据。私法上可能存在充分的条文规范以资应用,而且私法方式凭借其自由协商、平等关怀等优点更易取得行政相对人的合作,便于达成行政上的目标。为了完成特定的行政任务,行政机关可以选择具体行政行为以外的私法方式。譬如,在行政法无强制性规定时,政府可以放弃强制征收而选择民法典规定的赎买方式获得建设用地使用权;再如,政府可以选择采用私法方式辅助完成行政职责,包括利用私立孤儿院、养老院以完成生存照顾职责;等等。

(三) 民法典时代依法行政的法依据扩容

为了确保行政权存在及行使过程的形式理性,奥托·迈耶曾一度主张将民法完全排除在依法行政之外,“不应以类推方式援引民事法律规定来改善和补充行政法。法律类

^{⑥5} 前注^{⑥1},盐野宏书,第36页。

^{⑥6} 参见章剑生:《作为介入和扩展私法自治领域的行政法》,载《当代法学》2021年第3期,第49页。

推只是在解释法律本意时才可适用,而民事法规的本意与公法关系之间并无相似性”^{⑥7}。所以,彼时依行政法行政宁可援引行政法规、规章、命令甚至类推行政释函或惯例,也坚决拒绝民事法律规范的渗入或填补。这种将公法和私法视为毫不相干、相互平行的隔绝领域之观点,虽然能够实现对有限政府的严密控制,但在给付行政兴起后的有为政府建构中必将走向没落。实际上,公私法的划分并非绝对的,亦非纯理论问题,更非现行制度上之所需。拉德布鲁赫曾断言:“行政法是社会的法律,在将来社会主义的福利国家中,如我们所预料,民法可能会完全融合在行政法之中。”^{⑥8}尤其是当前法治政府建设在步入民法典时代后,依法行政之“法”更是毫无理由仅仅限定在行政法的“自留地”之内,而是应当积极拥抱民法典并进行法依据扩容。不过,法依据扩容并不是要彻底废除民行之分,也不是要强行将民法典加塞到依法行政的法依据之中,而是要结合民法典规范的具体属性、类型和内容分别加以适用,从而发挥其对依法行政的辅助补充、融贯弥合、生成创新、利益调和与权力控制的作用。

一方面,民法典中的规则制度可以直接适用于行政领域。现代行政法规范表现为难以数计的法律渊源,^{⑥9}既包括法律规则,也包括法律原则;既可以是法典形式,也可以由分散的各种法律、法规和规章等形式表现出来^{⑦0}。民法典也是行政法的渊源之一。其一,民法典中存在很多直接为行政机关增设义务、课予责任的条款。例如,《民法典》第222条规定了登记机构登记错误时的赔偿责任;第277条规定了政府指导和协助成立业主大会和选举委员的义务;第359条规定了住宅建设用地使用权期限届满后的续期义务;第1254条规定了高空抛坠物致害事件中公安机关的调查义务;第1105条规定了民政部门对收养关系的评估审查责任;等等。行政机关应当依据这些条款作出行政许可、行政确认或行政裁决等传统的型式化行政行为,或是开展具体的辅助公民自治、保障基本权利和生存照顾责任等非型式化的行政活动。其二,民法典中也有不少可以直接约束行政活动的规则。譬如,最高人民法院于2019年出台的《关于审理行政协议案件若干问题的规定》第12、18、25、27条等强调,行政协议可以直接适用或参照民事法律相关规定。依此,《民法典》第三编第三章关于合同效力的规则,第525、526条关于履行抗辩权的规则和第197、199条关于诉讼时效的规则等可直接约束行政协议的订立、履行和纠纷审理。再如,德国法上发展出著名的“两阶段理论”来解决行政补贴、行政担保和行政优惠等问题,即决定是否以及向谁补贴、担保或优惠依行政法判断,但是补贴、担保或优惠的履行则要依据民法上的贷款合同、担保合同或买卖合同等规则。^{⑦1}其三,民法典中诸多成熟的制度可以类推适用于行政法律关系。譬如,《民法典》合同编可以为政府购买

⑥7 前注⑤4,奥托·迈耶书,第125页。

⑥8 [德]拉德布鲁赫:《法学导论》,米健译,商务印书馆2017年版,第191页。

⑥9 参见[德]汉斯·J.沃尔夫、奥托·巴霍夫、罗尔夫·施托贝尔:《行政法》(第1卷),高家伟译,商务印书馆2002年版,第7页。

⑦0 参见周佑勇:《行政法原论》(第3版),北京大学出版社2018年版,第8页。

⑦1 参见[德]哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第426-434页。

公共服务提供充分的规范准据;第二十八章关于无因管理制度的规定可类推适用到行政法上,因为不仅相对人可以为行政机关实施无因管理,行政机关“在特定的情况下公共任务的执行同时也被视为私法上的无因管理”^⑦。再如,《民法典》合同编第二十九章关于不当得利制度的规定也可类推适用到行政法上,因为相对人可能从行政机关的授益类行政行为中“不当得利”,相反行政机关也可能经由征收征用、征税罚款等从相对人处“不当得利”。

另一方面,民法典中的基本原则可以参照适用于行政领域。民法典规定的平等原则、公平原则、诚信原则、公序良俗原则、保护环境原则等一般法律原则属于“共同的”和“普遍的”法律,既约束个人也约束国家。民法典只是适时将这些共同的、普遍的法律原则法律化、文本化、具体化,但这些原则并不专属于民法,有些已经被具体化为行政法的基本原则,如平等原则、诚信原则等。当然,这些普遍的法律原则在被具体化为行政法的基本原则后,在具体的涵义、表述上会与民法典中的基本原则有所不同。如平等原则在《民法典》中的表述为“民事主体在民事活动中的法律地位一律平等”,但在行政法中,平等原则具体化为“平等对待原则”,其涵义也不再是强调法律关系的双方主体法律地位平等,而是行政主体在针对多个行政相对人实施行政活动时所应遵循的原则。^⑧所以,依民法典中的法律原则展开行政,自然不能等同于“依民法行政”,参考民法典只是为了明确一般法律原则——本来就适用于公法领域——的内容而已。^⑨具体而言,不论是在行政执法还是行政诉讼中,都可以参考适用民法典规定的基本原则。其一,民法典基本原则可以作为行政活动依据的解释指针。在采用目的解释或体系解释等方法的场合,作为基本法律的民法典中的基本原则可以作为阐明立法意旨的充分依据,从而构建起约束行政活动及行政规范解释的整体法秩序。其二,民法典的基本原则可以作为行政活动依据的漏洞补充。尤其是在行为要件或责任要件的判定过程中,因争议事实在行政法上欠缺可得适用的规定,又无其他相关公法规范可供填补时,民法典的基本原则因法理本质或法律评价具有共通性、类似性,可以经由涵摄或类推方法来充实个案构成要件的空白。其三,民法典的基本原则可以作为行政裁量的外部基准。在日本最高法院的判决中就经常以“公平观念”或“公序良俗”等原则来探讨行政活动的合理性,这实际上是承认了这些法律原则作为行政基准的“外部法”效力。^⑩因为依法行政本身包含着合理性要求,所以“合法,它不仅是符合法律、法规的字面要求,它本身包含着合理、合宪;它也不光是机械地适用法律,它本身就要考虑社会效果”^⑪。而民法典中的基本原则即是提供合理性尺度的价值源泉。

⑦ [德] 汉斯·J. 沃尔夫、奥托·巴霍夫、罗尔夫·施托贝尔:《行政法》(第3卷),高家伟译,商务印书馆2002年版,第168页。

⑧ 参见周佑勇:《行政法基本原则研究》(第2版),法律出版社2019年版,第186页。

⑨ 参见前注⑦,哈特穆特·毛雷尔书,第50-51页。

⑩ 参见[日] 平冈久:《行政立法与行政基准》,宇芳译,中国政法大学出版社2014年版,第235页。

⑪ 何海波:《实质法治——寻求行政判决的合法性》,北京大学出版社2014年版,第186页。

四、模式选择：面向行政任务的新型法治政府操作模式

因应民法典时代的法治政府建设,在确立有限有为政府的双重建构观念转变和从依行政法行政到依民法典行政的法依据扩容基础上,法治政府操作模式亦面临着新的选择。有学者提出,“有限”与“有为”之间的政府模式转变应当体现在三方面:“即行政价值取向由政府本位到公民、社会本位的转变,政府职权与职责由无限到有限、有责的转变,以及治理方式由单一管制到多元民主的转变”^⑦。当公法与私法存在共同的目标和价值观时,它们就可以有效融合以实现公私混合治理。^⑧尤其是近20年来,公法学家们越来越关注公私法的混合执行方案。^⑨在论证了有限有为政府双重建构观念以及依民法典行政的法依据扩容后,选择这种跨越公法和私法的行为操作模式成为必然。

(一) 民法典时代面向行政任务的政府操作模式

面向高权行政之外的给付行政、规划行政、社会行政等任务领域,有为政府观念和依民法典行政的规则扩容必将孕育出新的政府行为操作模式。这种转变投射到公法中便显现为近代与现代宪法的分水岭:“首先是自由国向福利国的过渡,它危及了宪法对国家的约束功能;其次是宪法没有预见到的新主体、新手段和新程序的出现,这瓦解了宪法对公私的基本划分。”^⑩不论是公法还是私法,不论是组织法、行为法抑或程序法,“各种法律实质上不仅是欲然和应然,而且还是人民生活中的一种实际有效的力量”^⑪。由于现代社会条件下政府服务和公共设施成为人民赖以生存的可能,所以即使缺乏形式化的行政法依据,只要能为人民提供生存照顾的行政活动便具有正当性。事实上,区别于传统干预行政,以给付、规划或服务为内容的新兴行政任务并不依赖强制手段,国家对于给付主体组织方式和利用关系的法律方式拥有选择自由。^⑫因此,在民法典也开始大规模给政府增设目标任务的时代,行政法不能止步于法教义学的形式逻辑想象来限定政府组织和行为的外观形式,而必须重视目标任务所需的客观条件及其结果实效。

行政任务的设定实质上是行政责任的分配。以政府担负行政任务执行责任的密度为基准,可以将行政责任划分为履行责任、保障责任与担保责任。首先,履行责任乃是一种“自己责任”,是在公法主体强制力支配下完成特定行政任务的直接责任。由于秩序维护、课税征收等行政任务通常代表着重要而普遍的公益实现,并且直接依赖强制性措施之履行,所以实定法对责任主体和行为形式都设定了较高的规范密度,此时政府组

^⑦ 陈德顺:《在有限与有为之间:西方立宪政府的理论与现实》,四川大学出版社2007年版,第308页。

^⑧ See Janet McLean, *Convergence in Public and Private Law Doctrines: the Case of Public Contracts*, New Zealand Law Review, Vol.25:1, p.5-29 (2016).

^⑨ See Stephanie Bornstein, *Public-Private Co-Enforcement Litigation*, Minnesota Law Review, Vol.104, p.811-887 (2019).

^⑩ [德]迪特儿·格林:《现代宪法的诞生、运作和前景》,刘刚译,法律出版社2010版,第31页。

^⑪ 前注^⑧,拉德布鲁赫书,第14页。

^⑫ 参见张一雄:《论行政行为形式选择裁量及其界限——以公私合作为视角》,载《行政法学研究》2014年第1期,第130页。

组织型态和行为形式的自由选择空间急剧限缩,原则上只能选择公法组织和行为形式完成。易言之,凡是涉及公权力的行政行为,除了法律另有规定外,不得选择私法形式来完成。^{⑧3}其次,保障责任是政府将特定行政任务外包给私主体执行,同时由政府担保该私主体执行该任务之合法性与有效性。积极受益性基本权利具有“主观权利”与“客观法”的双重属性,但政府如何在可能的范围内“以何种具体手段达到这一目标则由国家机关考虑实际情况自行选择”^{⑧4}。不过,政府担负着人民之生存照顾责任并不意味着政府一定要扮演起该任务的生产者、服务者以及支配者之角色,而是要始终对责任内容的实现与维系担负起保障责任。换言之,在将行政任务外包给私法组织后,政府的履行责任即为保障责任所替代,政府主要通过金融优惠、财政补贴、价格管制或行政接管等一系列公法或私法手段来维系人民生存照顾事项的基本水准。最后,担保责任实际上就是“补充责任”,尤其是当私法手段未能完成行政任务或政府管制失灵时,政府潜在的备位角色方才登场。这在德国政府职能改革实践中被总结为“辅助性原则”,使得特定任务的履行方式由主动转变为被动。^{⑧5}坦言之,从履行责任转向保障责任并不是政府对相关行政任务的脱逸,而只是行政任务执行方式的转变。当政府担保下的私法组织或私法手段不能圆满完成相关行政任务时,即宣告了这一执行方式转变的破产,政府必须从幕后走向台前完成该任务的履行。也就是说,私法方式得以奏效,公法方式便处于备位状态;当私法方式不能自行完成或宣告失败后,公法方式始得介入。

新时代的法治政府操作模式选择应当面向行政任务,在非秩序行政领域的行政任务履行中,必须赋予政府一定的组织与行为自主选择权。但是,行政任务的“私人化”应当受到国家保留原则的制约。一般来说,传统高权行政任务应当基于国家权力独占原则,始终由政府自己完成,而无涉国家强制力行使的给付行政等应当允许私人化。所以,只要公法上并未直接禁止采用私法规定的组织或行为形式,那么政府就可以选择私法规定的组织与行为形式来完成特定的行政任务。为了因应全球化的竞争和国家整体治理变革,传统行政组织法、程序法或行为法都要在形式要件上受到效率要求的检验。主张面向行政任务的形式选择自由,不仅意在使行政活动从领域法规定的组织、程序和行为形式中解放出来,实现公私法组织合作、行为协同的操作模式,而且旨在最终建立一个有为、高效的政府。

(二) 公私法组织型态的自主选择

在以金字塔型态的科层体制为模型建构的垂直分工行政体制下,传统公法主体主要为行政机关和行政机构。马克斯·韦伯认为,这种层级组织形态呈现出的“官僚体制”乃是一种“法律支配之合理形式”^{⑧6}。具言之,这种型态结构能够维系行政组织的民主正

^{⑧3} 参见陈新民:《中国行政法学原理》,中国政法大学出版社2002年版,第20页。

^{⑧4} 张翔:《基本权利的双重性质》,载《法学研究》2005年第3期,第30页。

^{⑧5} 参见齐天骄:《德国政府在长期照护服务中的职能演化——以辅助性原则理论为视角》,载《德国研究》2020年第1期,第40-41页。

^{⑧6} [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2010年版,第21页。

当性、政治连带性和行政一体运作的有效性,但这种“层层节制”的思路同样带来组织僵化、行动低效等问题,因此现代行政组织法学更加务实地提出以行政任务作为组织形式和结构设置的基本考量因素。^{⑧7}进言之,虽然科层体制可依行政任务之性质和数量作弹性调整,但囿于其内部“指示拘束”与“服从义务”的制度基因,无论如何都无法避免分支过多、分工过度带来的权责不清、“九龙治水”之流弊,所以政府在时代变迁中逐步依行政任务取向自主选择组织型态,亦即所谓的“行政组织形式选择自由权”^{⑧8}理论。从我国法治政府建设历程来看,行政法主体理论的革新逐步跳脱以金字塔型态为模型的垂直分工体制,实际上形成行政机关与法律法规授权的组织两大类。^{⑧9}而之所以要将法律法规授权组织纳入行政主体范畴,主要是因为“公共行政属国家专有职能”的理论假定已经无法经受现实变化的冲击,因而不得不转向“公共行政领域有必要也事实上存在国家与社会的分权”^{⑨0}之替代命题。

政府之所以要选择私法组织完成行政任务,可以从过程和结果两方面分析。一方面,从行政任务完成的过程来说,由私法组织完成行政任务能够令政府从较为僵化的科层桎梏中解放出来,简化流程、降低成本、促成合意,利用私人专业性知识和技术达成区际甚至国际合作,实现面向人民的柔性、开放、透明和非官僚主义行政的形成。另一方面,从行政任务完成的结果来说,将部分行政任务转交给私法组织能够直接减轻行政编制的负担和财政预算的拘束,分散冗沉的政府责任以助力“政府瘦身”,显著提升行政任务的完成效率和效果。因此,面向行政任务的法治政府,在公私法的组织形式上应当有更多的自主选择权。

观察我国 40 多年持续推进简政放权的改革实践,主要存在三种基本途径来完成这种转接。其一,传统行政任务的“去行政化”,即将某些行政任务在法律或政策上去除。从政府职责清单上剔除的行政任务并非义务的、强制的,而是自主的、任意的。所以,这种行政任务的“去行政化”意味着政府在该领域的全面退出,即全盘让渡给市场机制来调节。譬如,政府裁撤某国营单位后彻底辞卸相关行政任务,不再过问是否有私法主体承接以及该任务的运营好坏问题。其二,特种行政领域的“放松管制”,即政府减少干预环节或降低管制强度。政府通过减少或弱化对特定事项的影响控制,相应地能给市场主体创造更为宽松的自主空间。当然,“放松管制”并不等同于“去行政化”,因为政府对该特别领域的事项仍担负着一定的监督和担保义务。譬如,依特种许可经营的产品或服务仍然在供需和定价上受到一定的政府监管。其三,行政主体的“私法人化”,即将原本承担行政任务的既有行政主体转制为私法上的组织。实际上,经改制转化而来的营利或非营利法人虽然取得了参与市场活动的私法主体身份,但仍然在人事和财会制度上受到严格管制。譬如,将原本承担金融、交通、电力、卫生等行政任务的单位改制为私法主体

⑧7 参见黄锦堂:《行政组织法论》,翰芦图书出版有限公司 2005 年版,第 60 页。

⑧8 袁文峰:《论行政形式自由选择权》,载《财经法学》2018 年第 1 期,第 81-90 页。

⑧9 参见应松年主编:《当代中国行政法》(第 2 卷),人民出版社 2018 年版,第 266-267 页。

⑨0 沈岍:《重构行政主体范式的尝试》,载《法律科学》2000 年第 6 期,第 42 页。

后,其人事、财务、管理和审计方面依旧会受到特别约束。

综上可见,面向行政任务的履行,公私法主体之间形成了一种高度默契的“承接秩序”,这也预示了由私法主体承接行政任务成为不可逆转的潮流。当前,为了更好完成既定行政任务,我国政府在越来越广泛的领域和环节中选择与形形色色的私法主体展开合作,这大大超越了域外行政任务民营化的现状和既往公私协力之经验。^{⑨1}从域外国家和地区来看,为了进一步提升行政效率和治理效能,行政任务由“公法人的国家”转由“私法人的国家”负责的“第二次民营化”也开启了蔚为大观的改革浪潮。^{⑨2}相应地,变迁中的行政组织法理论也从“组织形式选择自由”迈向以完成行政任务为取向的“组织最适减命”^{⑨3}。具言之,在秩序干预、课税征收等绝对行政任务之外,政府在给付行政、规划行政、社会行政以及基础设施建设等行政任务方面应当将公法私法主体型态作横向比较,在充分评估后再选择一种最适合行政任务的主体型态。

这种行政任务取向的公私法主体型态选择环节具体包括两步。首先,在公法主体和私法主体类型之间进行选择。相比于公法主体,虽然私法主体在组织设立、人事安排、财务金融、经营效率、跨际合作方面存在诸多便利,但政府在倾向选择私法主体时必须考虑:是否可以降低对其管控约束从而确保这种选择的比较优势;是否可以经受市场投资和经营风险从而确保完成行政任务;是否可以承受课税压力从而避免公共财政的额外负担;等等。不过,政府一旦发现特定行政任务本身具有较高的民主正当性要求时,就必须果断排除私法主体型态之选择,避免政府变相规避公法而肆意“遁入私法”^{⑨4}。其次,在私法主体的具体型态中作进一步选择。确定基本类型后的具体选择应当更加注重把握行政任务的目的和内容,以私法主体的具体型态之法规差异作为选择基准。如私法上的公司企业法人较为适合从事经济性活动;基金会、社会服务机构等非营利法人则更加适合承担教育研究、社会服务、环境修复等非经济性任务;等等。当然,至于政府到底选择新设公营独资或公私合资营利法人,抑或选择新设事业单位或基金会等非营利法人,还是直接委托私法主体完成,则是根据行政目的来作自主性选择。(详见图1)

⑨1 参见章志远:《迈向公私合作型行政法》,载《法学研究》2019年第2期,第141页。

⑨2 如德国《预算原则法》第6条规定,政府根据经济与节约原则,对于行政任务或公共服务活动是否在何种范围内有交由私法主体独立组织经营的可能性,负有评估义务;反之,私法主体亦有相应的说明和陈述权利,以表明由其履行国家任务或从事公共服务比国家经营者更有效或至少相同有效。参见许宗力:《论行政任务的民营化》,载翁岳生教授祝寿论文编辑委员会编:《当代公法新论》(中),元照出版公司2002年版,第596页。

⑨3 詹镇荣:《行政法总论之变迁与续造》,元照出版公司2016年版,第26页。

⑨4 陈铭聪:《公私合作模式相关法律问题研究》,厦门大学出版社2017年版,第94页。

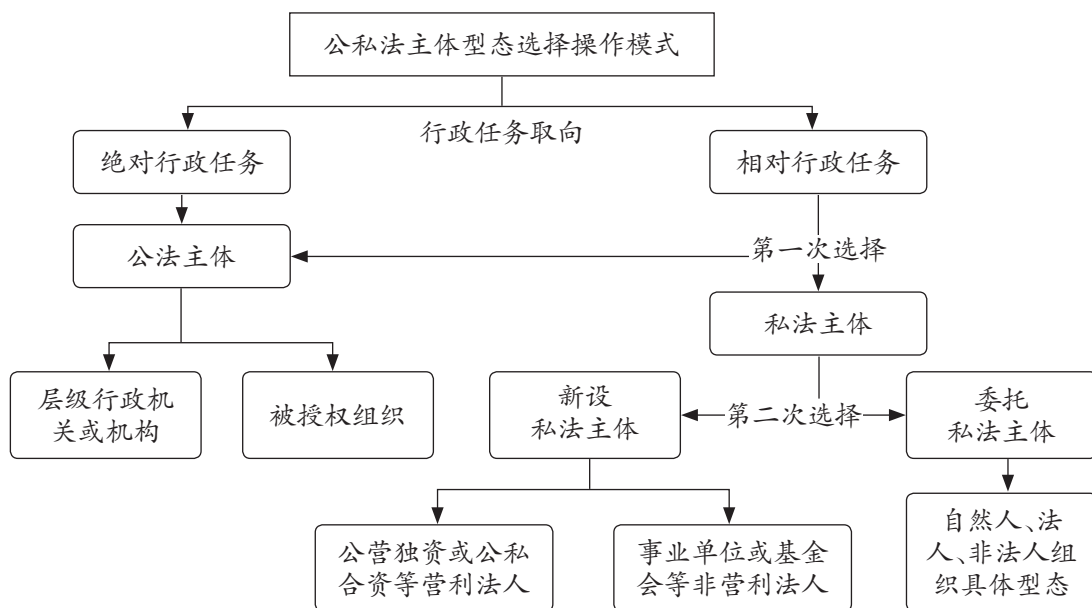


图1 公私法组织型态选择操作模式图

（三）公私法行为形式之选择运用

在行政任务持续更新的社会背景下，“行政行为之法律模式已退居为次要角色，可由行政所欲追求之任务而决定所使用之法律方式”^⑨。面向行政任务的公私法行为形式之选择运用实则表达了一种从公私法区隔的规范主义转向公私法合作的功能主义立场。但是，这种跨越公法与私法、传统与现实、形式与实质的操作模式转型，必须经由逻辑论证和实践检验才能得到承认。理论上来说，对于政府是否能够拥有公私法之间的行为形式选择自由不乏争议。一方面，从选择主体的角度来说，选择公法或私法行为形式便意味着同时选择了特定行为的部分内容、履行程序、效力规则以及救济途径。因此，高权行政不能藉由自由意志来决定公法或私法之适用，否则就过分僭越了原本属于立法的形成空间。不仅如此，在直接关系到人民健康安全、社会秩序稳定等重大公益的行政领域，对政府活动进行持续性的民主控制不可或缺。另一方面，从选择方式来说，行政组织法、行政行为法等公法适用于高权行政毋庸置疑，但公司法、合同法等私法是否可以适用于政府活动却不乏质疑。因为行政主体恐怕并不能成为宪法上的基本权利能力主体，只能基于任务规定而获得部分私法权利能力。当民法典也为政府设定了义务规范后，那么基于这些义务规范来将部分私法权利能力分配给行政主体的解释逻辑便是周延的。

政府拥有公私法行为形式选择运用的自由，并不表明其就当然能获得私法自治的保护。毕竟，政府只是部分享有私法权利能力，所以绝不可能像真正的民事主体那样自由地决定私法行为（如合同）的相对人及其所有内容，而是必然要受到公益目的和公法规

^⑨ 前注^③，陈新民书，第93-94页。

范的制约。这种公私法之间行为形式的选择运用之具体操作模式应当进行体系化思考。第一个层次,公法或私法行为形式的强制运用。一方面,在可能限制公民权利或课予公民义务的秩序行政领域,政府通常都是直接履行行政任务,原则上只能采用公法手段。此时,政府负有强制适用公法的义务,即只能在诸行政行为之间作出选择。另一方面,在政府直接参与市场经济活动的行政领域中,政府被视为民事主体,原则上只能采用私法手段。譬如,政府日常采购、国有财产拍卖等,政府只能在私法手段中作出有利于公益的选择。第二个层次,公法或私法行为形式的选择运用。一般情况下,行政主体完成行政任务时应当采用公法手段。但在秩序行政以外的其他行政领域,行政主体出于实质性理由也可以选择私法行为。当通过公法行为难以完成行政任务或在完成效果显著不足时,应当允许政府自主选择私法形式。

如上所述,我国民法典规定的私法行为形式不仅为日益多样化、复杂化的政府活动提供更为充分而开放的正当性准据,也推动政府从传统的形式法治迈向实质善治。这种公私法行为形式之选择运用的实质理性体现在三个方面。其一,增强任务执行的灵活性。在任务执行过程中,除了公法上明确规定的模式化行政行为外,私法上的买卖、租赁、雇佣、承揽、担保、委托代理等各种私法手段可供选择,灵活的私法行为可以在观点对立或利益冲突之间找到一个均衡与适当的调整手段。其二,提升任务完成的效率性。相比于公法手段,私法手段可以发挥平等协商、沟通合意的比较优势,因而更易达成合作,有助于更快更好地完成行政任务。其三,提高任务实现的可能性。私法手段能够更广泛实现资源配置,包括在信息获取、资金融通、人员配备、智力支撑等方面拥有不可替代的优势,相比传统行政手段更有可能促进行政任务的实现。不过,我们同时也要正视政府选择私法行为形式所带来的风险。首先,政府在公法行为或私法行为之间来回选择,可能导致相对人和不特定第三人对行政活动缺乏基本预期,最终破坏法的安定性。其次,倘若对公私法行为形式的选择自由毫无拘束,则无异于为政府“逃遁私法”大开方便之门,这将带来学界普遍担忧的“公法遁入私法”之危险。最后,行政机关选择私法行为形式即在一定程度上阻却了行政复议或行政诉讼的严格审查,而私法手段(如合同)的先天逐利性将带来政府投机腐败的风险,并危及不特定第三人以及公共利益的实现。但面对这些法治风险,我们不能因噎废食,一味采取“鸵鸟政策”回避现实需要,而必须予以正视和回应。

五、结 语

“民之所盼,政之所向。”《民法典》的问世和施行,使中国人民拥有了属于自己的“社会生活的百科全书”。作为“社会和政治重构的决定性文本”,民法典必然要深刻影响到以其为时代底色的法治政府建设。我国新时代社会主要矛盾的变化和人民对于美好生活的向往通过民法典得到了表达和确认,这就要求行政法学研究充分因应民法典带来的时代变革。进言之,不论是学术研究、法治实践还是社会观念,都必须果断放弃旧范

式、创立新范式,推动法治政府建设在理念、规则和操作范式上的全方位转型。有限有为政府的建构、依法行政的法依据扩容和公私法形式选择运用模式的转型主张,不仅回应了民法典给法治政府建设带来的变革,也一并解决了行政法治长期想要解决而没有解决的历史遗留问题,不仅有助于建设一个动静兼顾、知所行止、井然有序的法治政府,更为如何贯彻党的二十大报告所提出的“扎实推进依法行政”“优化政府职责体系和组织结构”提供了具体路径。

Abstract: The promulgation of the *Civil Code* marks the arrival of the code era in China, which provides a new value scale and historical opportunity for the construction of law-based government in the new era. The rights-based concept contained in the *Civil Code* and the newly established public and private law norms have put forward transformation requirements for the construction of law-based government. In order to respond to this transformation requirement, we should grasp the transformation method of constructing law-based government in the civil code era from the perception, rule and model, which will help to realize the leap from old theories to new theories about the construction of law-based government. Specifically, in terms of perception, the passive limited government should be carried forward and abandoned, and the action boundary of the active government should be clarified, so as to realize the dual construction of limited and active government; in terms of the rule, the limitations of administration according to the administrative law should be overcome, and the *Civil Code* should be responded to actively and incorporated into the scope of the legal basis of administration according to the law; in terms of the model, it should be oriented to specific administrative tasks, and the government should be given the right to choose public or private law subjects and behavior patterns in the non-orderly administration field.

(责任编辑:王莉萍)