

# 德国行政法学中行政主体概念的探讨

李洪雷\*

行政主体(Verwaltungstraeger 或 Rechtstraeger der Vefwaltung)是德国行政法学中具有中心地位的概念之一,它加强了行政法学与宪法学之间的密切联系,反映了行政法学作为法学(权利义务之学)的基本特征,并在诸多方面指导行政法具体制度的设计。德国的行政主体概念因其较为深厚的理论底蕴,对于大陆法系很多国家和地区(如日本与我国台湾)的行政法学有着重要影响,深入研究和理解这一概念,对于进一步深化外国行政法学的研究,反思中国的行政主体理论,推进我国行政法学理论体系的重构,具有一定的意义。

在德国行政法学中,行政主体是指在行政法上享有权利,承担义务,具有统治权并可设置机关以便行使,籍此实现行政任务的组织体。理解这一概念应注意以下几点。

(一)行政主体是具有权利能力(Rechtsfaehigkeit)与法律人格(Rechtsperson)的组织体。法律规范对社会秩序的调整,是通过设定权利义务来实现的,但法律设定权利义务的前提是确定权利义务的归属者和承担者(Traeger),而这就需要在法律上明确权利能力的概念。所谓权利能力,又称权利义务能力,与法律人格的概念大致相当,是指能够成为法律规范的调整对象从而作为权利、义务主体的资格或地位。权利能力的概念就是要明确具备何种

\* 中国政法大学行政法学专业97研究生。本文是作者参加的“行政主体研究”课题的部分研究成果,论文的写作得到张树义教授、马怀德教授和高家伟博士的悉心指导和热情帮助,作者在此表示诚挚的感谢。

我国行政法学中的行政主体概念,与大陆法系行政法学中的行政主体概念存在渊源关系,但在对其内涵与功能的理解上自始即保有自己的特色,近来有学者从与国外行政主体概念的界定出发,对通说提出挑战(参见薛刚凌:《我国行政主体理论的检讨——兼论全面研究行政组织法的必要性》,载《政法论坛》1998年第6期),理论的论争必将有助于研究的深入。但应注意的是,既以国外的行政法理论中的相关概念为参照,自应对其在该法律体系中的确切含义与地位有透彻的了解,如此方能真正发挥比较法的功用,此也即为本文的写作旨趣所在。

转引自吴庚:《行政法的理论与实用》,第151页。

(外部)权利能力与法律人格并非完全等同,因法律人格是权利义务的主体,权利能力是指能够作为权利义务主体资格的可能性。但学者在使用时一般并不加以严格的区分。参见星野音一:《民法中的人——以民法财产法为中心》,王闯译,载《民商法论丛》第8卷,法律出版社1997年12月1版。

条件才能成为权利的执掌者。从法理学的角度来看,享有权利能力的主体主要有以下几类:1. 自然人。在现代社会受天赋人权等启蒙思想的影响,但凡生理上的人(Mensch)均具有了法律上的人格(完全的权利能力),然而在前近代社会,并非所有的生理上的人都具有完全的权利能力,存在很多不具有权利能力(如奴隶)与仅具有部分权利能力的人(如妇女)。2. 法人。具有权利能力者并不仅限于生物上的人,尚包括具有完全权利能力的组织体,即法人(juristische Person)。一般所谓法人,简单地说就是具有人格的组织。它的特征有二,其一是团体性,它是人或财产的集合体而非一个人,故与自然人不同;其二为人格性,即能够以自己的名义享有权利,承担义务,从而与一般的组织不同。根据法人人格(权利能力)来自于私法抑公法,法人分为公法人与私法人。所谓公法人,在德国是指根据公法创设的具有完全权利能力的组织体。公法人的概念与私法人概念的区别不仅体现在其设定依据之不同,更重要的区别在于私法人主要着眼于从财产的角度加以限定,即要有自己的独立财产,并以其承担财产上的责任。而公法人固然有此方面的意蕴,但其在公法上的功能则不限于此,即公法人意味着该组织是统治权的主体,能够以自己的名义承担公权利与公义务。在德国,公法人包括国家(联邦与州)、地方自治组织及其他具有法人地位的公法团体、公法财团与公共营造物等。3. 具有部分权利能力的组织。在德国私法上虽有部分学者如 Henckel 等主张用部分权利能力的理论来代替德国民法典中的“无权利能力社团”,承认非法人团体具有一定的权利能力,但尚未成为通说,也未被司法实务所接受。但在行政法学上,则普遍承认存在部分权利能力的行政组织。同是作为从权利能力角度对公法领域中部分组织的概括,行政主体与公法人二者的内涵与外延大体相当,但有如下几点重要差异:1. 公法人具有完全的权利能力,而行政主体则并不要求其具有完全的权利能力,具有部分权利能力的公法组织亦可为行政主体。2. 行政主体着眼的是统治权作用形式中的行政权,所以作为公法人的国家只有强调其具有行政权才可称为行政主体,否则只能称为公法人。3. 私人(自然人与法人)在某些特殊情况下也有可能成为行政主体,即所谓被授权人。

前述所谓权利能力,严格说来,仅指实体法上的外部权利能力,而不包括内部权利能力与程序权利能力。在实体法上,外部权利能力的特征在于可以作为权利义务的最终归属主体(执掌者),从而除部分权利能力的例外情况外,一般被视作法律上的人格;所谓内部权利能力,是指能够成为内部法律规范的调整对象,承担内部权利义务的资格,从而只为权利义务的中间归属主体,其所享有的权利义务的最终执掌者为具有外部权利能力的主体。传统法理学关注的是不同法律人格间的法律关系,而对具有人格的组织体的内部构造重视不足,在私法上,对法人的内部关系委由当事人自治,法律并不直接加以规范,在公法上,囿于

在罗马法中,已承认部分公法组织,如国家、自治市等具有法律人格,但由于罗马法是一个跛足的法律体系,其私法虽然极为发达,被马克思称为商品经济社会最完善的法律体系,但在公法上则乏善可陈。其对这些公法组织,均是着眼于其在私法上的权利能力和责任能力,并未从公法,即统治权享有的角度加以规范和研究。参见(意)彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,第29页,第50~54页。

参见王泽鉴:《民法总则》,1992年版,第148~149页。龙卫球:《民事主体论》(中国政法大学博士论文,打印稿),第104~105页。

传统的法规概念,公法人的内部领域没有存在法的余地(详见本文第三部分的相关讨论),故并无承认内部法与内部权利能力的必要,但随着社会经济的发展,私法组织的规模不断扩大,内部构造日益复杂,对社会、市民的影响力日渐增强,国家需要加强对其控制,其中一个重要途径就是通过强行法直接为其设定权利义务,这就使得如公司的机关、分支机构等传统上认为不具有人格与权利能力的组织体接受了法律的调整,在组织体内部享有一定的权利义务,成为权利义务的(中间)归属主体。在公法领域,国家内部存在法的观点亦已被广泛接受,国家内部的机关、单位、职位,具有在一定范围内代表国家进行事务管理的能力(权限),法律所赋予的权限只有在特定的情况下才可以发生转移。这就使得传统法理学将权利能力的概念仅限于法律人格之间的法律主体关系,在理论上出现了漏洞。于是学者将权利能力区分为内、外部权利能力。拥有外部权利能力的,原则上具有法律上的人格;拥有内部权利能力者不具有法律上的人格,仅限于在法人内部以自己的名义享有权利义务,而对外只能作为法律人格者的机关,以法人的名义进行活动,产生的法律效果最终归属于其所属的法人,因而其仅为中间归属主体。另一方面,由于英美法程序正义观念的影响以及德国诉讼法学研究的深化,诉讼法的独立价值日益凸显,诉讼法上的权利能力与实体法上的法律人格之间也相对分离,如民法中的无权利能力社团却具有诉讼法上的主体资格。在行政法领域,更由于行政程序法的发展及其地位的日见提升,而使得程序主体的独立地位得到进一步确认,程序权利能力(程序参与能力),即个人或组织以自己的名义参加行政程序,享有程序权利、履行程序义务,资格与能力被作为一个相对独立的问题越来越多的被加以讨论。

发展后法理学中,传统的法律人格、权利能力、权利主体性(Rechtstraegerschaft)等概念与实体法上的外部权利能力保持一致,而与权利能力相对应的概念为法律主体性(Rechssubjektivitaet)。法律主体性,亦称为归属主体性(Zuordnungssubjektivitaet),是指至少能够作为一项法规的归属主体的资格。一项或多数的法规,对一主体赋予一项权利或义务时,即存在法律主体性,此权利义务,既可以为实体法上的权利义务,也可以为程序法上的权利义务;此归属,也并不需要是法律技术上终局的归属,而可以是为他人的利益对一定的权利义务享有过渡性质的归属。在行政法学中,与权利能力、法律主体相对应的概念是为公行政主体(Subjekte oeffentlicher Verwaltung),公行政主体的范围较行政主体的范围为宽,不仅包括具

毛勒:《德国一般行政法》(Allgemeines Verwaltungsrecht)高家伟译,(中国政法大学教学参考资料),第219页。

参见蔡志方:《行政法三十六讲》,第84页。

参见陈敏:《行政法总论》,第202页。

作为 Subjekte oeffentlicher Verwaltung 的中文译名,公共行政主体与行政主体(Verwaltungstraeger 或 Rechtstraeger oeffentlicher Verwaltungs)的区别似在于一仅为公共行政的主体,另一则包括私行政主体,其实并非如此,因二词所指均为公共行政的主体,两词在德文中的真正区别主要在于对应于中文“主体”一词的,在公行政主体为 Subjekte,在行政主体为 Traeger(可直译为执掌人)或 Rechtstraeger(权利执掌人,权利主体)。实际上可以说,对应于中文行政主体一词的在德文有前述两个词,只是出于功能上的考量,而强作分别。

有法律上人格的行政主体(参见本文第二部分),还包括不具有法律人格与外部权利能力的行政机关甚至机关成员等。

(二)行政主体为统治权主体。行政法学中的行政主体概念所要探讨者为行政的本源,即“行政所由出的主体”。行政作为统治权的一种作用形态,作为统治权的功能之一,其源自统治权的执掌者国家,因此国家当然是最主要的一种行政主体。但国家从提高效率、加强民主等方面考虑,亦常常将其部分统治权授予其他组织,如地方自治团体、职业团体等,从而亦使其取得行政主体资格,能够较为独立的进行公权力活动。这就造成了行政主体的外延呈现出多样化。为理解德国行政法将行政主体理解为统治权主体的原由,有必要对德国公法学中几个与此密切相关的重要理论问题,作一介绍。

1. 国家法人说。从法学史来看,作为财产权主体的国家具有法律人格的观点历史久远。在罗马法时代,虽然没有法人的概念,但国库是被法律承认具有人格的少数组织之一。但当时由于公法的不发达,罗马的法学家对作为统治权主体的国家的法律性质并未进行探讨。德国18、19世纪时所流行的国库学说,则极具特色地将国家在私法上的人格与公法上的人格二元化。从公法上来说,当时,德国处于警察国家(polizei-staat, absoluter Staat)时期,代表皇室行使统治权的行政(政府)被认为是所有公共事务的绝对主宰而不受任何法律规范的约束,公法并不被认为是具有拘束力的法律。国家在公法上以统治权主体的身份为一法人。这个法人在国际法上,可作为缔结条约的主体;而在国内则行使统治权,不受国家法律的支配,也不接受法院审判,因而在理论上法院本身即属于国家法人的一部分,不能审判自身。

另一方面,在工业革命与重商主义盛行的大背景下,德国政府希望通过促进工商业的发展来增加税收,提高国库收入,从而也重视对人民私权的保障。同时,由于工商业的展开,国家与人民财务上的纠纷确时常发生。因而国库理论在国家公法上的人格又承认其在私法上的人格。这是指国家充当财产上主体时的一种身份,即国家是一个可以拥有财产并从事经济活动的私法人。国家作为一个财产集合体,其财产储于国库之内,由国家设立公务员对之进行管理。国库是一个权利义务主体,私人与国家发生财产上的争执可以向国库请求,并向普通法院提起诉讼,涉讼时国库具有当事人资格。因此叶律尼克形容国库为不穿制服而以平民身份出现的国家。

国库理论使得国家和人民在财产上的争讼能够有公正的法律(私法)及公正的裁判者(法官)来解决。君主和臣民虽在政治地位上不平等,但在发生民事争议时这种不平等性即不复存在。然而国库理论将国家区分成一个公法的国家法人及私法的国库法人,在理论上存在困境。法国著名法学家米旭就反对这种将国家人格二元化的观念。米旭说,“国家的

参见陈敏前揭书,第234页。

参见黄异:《行政法总论》,第17页,第13页。

在德国法学界,公法(oeffentliches Recht)这一用语通常仅在较狭窄的意义上使用,即指宪法和行政法,至于刑法、诉讼法等尽管在法律的分类上亦属公法,但一般并不在常用的公法一词的范围之内。参见翁岳生:《论行政处分之概念》,载于所著《行政法与现代法治国家》,1990年10月9版,第23页。

转引自狄骥前揭书,第445页。

公共权力和私法上的法人共同组成为单一的法律主体。如果我们任意把它们分割开来,那么不论把国家分成两个人格,还是(总要得到同样的结论)把人格观念只限定在这些表现的一个功能上,即限定在私法的观念上,都将陷入无法使人接受的结论。例如,在那时我们必定要说,国家按公共权利来说,对于国家按私人所作的行为,是不能负责的,反过来说也一样……。无疑地,在国家中区别出它人格的两个方面,在某些方面是可以有些用处的……,但如果我们不坚持国家的一切行为必须是同一人格的行为,而这个人格却有不同机关和不同的表达方式,那就永远得不到一种圆满的法律理论了。‘国库理论还使国家法人逸出了国家法律的约束。在德国进入自由法治国家(Liberaler Rechtsstaat)后,这种将国家人格二元化的观点已被推翻。国家只是一个法人,即承担所有法律上的权利义务的国家法人,并无区分公法与私法权利义务而另设法人的必要。而且国家即使作为统治权主体也应服从国家法律(公法)的拘束。实际上将国家作为一法人,与自由法治国保障公民权利的理念并不矛盾,只要将公法真正作为具有拘束力的法,毋宁说是提供了一个坚实的基础。国家是一个法人,故应服从法的支配,而不能任意而为,国家为有独立主体资格的法人,而非国王或其他统治者的财产,故公民可以以其为相对人提出权利主张,要求其提供权利保护。

2. 国家主权说。18、19世纪的德国资本主义的发展并非一个自生自发的过程,而是受到英法等工业发展刺激的结果。作为后发外生型的资本主义国家,为与英法等老牌资本主义国家抗衡,德国需要强有力的政府的推进,在理论上则要求强调国家的统一与效能。但在世界民主潮流浩荡的大背景下,固守君主主权说业已不合时宜。于是在君主主权说与

---

国家法人说在理论上面临的最大的难题在于:法人人格必须根据法律获得,而要以国家为法人,则必须在国家之前就存在法律,然而脱离国家又安能有法存在?对此主张国家法人说的学者的回答是,国家与法有互相不可分离的关系,并非先有国家然后才有法,而是国家一旦成立,法即同时存在,一种团体要成为国家,必须设置具有统辖国家最高统治权的中央机关,此统治权非国家成立后方能具有,相反其正是国家成立的一种构成要件。因此,国家本于其成立的事实,当然即可具有法律上的人格。参见钟赓言前揭书,第20~21页。而按照凯尔逊的观点,所谓法人并非一个独立的实体,而只不过是一定法律秩序的人格化,国家也不过是国内法律秩序的人格化,所谓国家的权利义务不过是作为国家机关的个人,也即执行法律秩序所确定的特定职能的人的权利义务,国家问题就是一个归属问题,国家是各种不同的人的活动按照法律秩序归属的一个共同点,从而国家也当然为法人。凯尔逊认为这样,即可解决因传统理论将国家与法两元化而造成国家为何接受法拘束的理论难题。参见凯尔逊:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,第203~205页,第222页。

关于国库理论,见陈新民:《行政法总论》,第10~12页。狄骥前揭书,第444~446页。王和雄:《论行政不作为的权利保护》,1994年5月第1版,第20~21页。

当时流行于法美等国的人民主权说外,国家主权说在德国应运而生。国家主权说认为,国家的统治权既非属于君主,亦非属于国民,而是归属于国家,但要把主权归属于国家,须认为国家是法律上的权利主体,而赋予其人格性,所以主张国家主权说的大多主张国家有机体说或国家法人说。德国的国家主权学说是在对法国主权学说的批判的基础上产生的。法国的人民主权理论认为,主权的原始执掌者为民族,具有人格的一切属性。当民族委任特定机关作为代表来表达其意志时,国家才出现,故民族先于国家而存在,无论国家是否产生或消亡,民族均拥有主权。德国学者则认为,法国的理论承认国家中存在着民族与代表的双重人格,这不能接受。国家人格只有一个,民族是国家人格的要素之一,而统治者亦非民族的代表而是国家的机关,作为机关,并无人格。“象哲学家所说的那样,德国的学说

法国的人民(国民)主权说(以卢梭的社会契约论为典型)与美国的人民主权说名同而实异,其差异在对人民一词的理解上可得体现。英语中的 people 是个复数名词,它虽是个集合名词,却有复数词的形式。而法语中的 peuple(以及意大利语中的 popolo,德语中的 Volk)是单数名词,含有单一整体的意思。法语中的人民是一个有机的整体,一个全体,它可以经由一个不可分割的普遍意志(公意)表现出来,从而个人极易被集体吞没;而英语的人民只是由“每一个人”的单位构成的可分的众人,个人始终是关注的焦点所在。对同一概念的不同理解实际上反映了大陆理性主义民主与英美经验主义民主两种民主模式。另外,二者在对民主问题的终点,即国家(政府)的理解上亦有不同,英美学者一般用政府,即使用到国家仍不忘其背后的具体的人(掌权者),而欧洲大陆人不关心政府,因为政府是变动不居的,令他们受过理性主义训练的大脑感到不安,他们总是用国家,而且此国家是一个非人化的、与个人无关的法律形态。参见(意)萨托利著:《民主新论》,冯克利等译,东方出版社 1993 年 6 月第 1 版,第 25 页,第 55~57 页。

在德国,(国家的)统治权与主权的概念并不加以严格的区分。叶律尼克认为,主权并不表示国家的统治权以外的另一种权力,它只表示国家的统治权比之于其他团体统治权的特质,即在国内最高,对国外独立。参见萨孟武:《政治学》,第 54 页。统治权与主权的区别主要在于主体上,即作为主权主体的国家可将其权力的一部份交由其他主体行使,从而使其分享统治权,但它们并不具有主权。德国另有高权(hoheitliche)与公权力(oeffentliche Gewalt)的名词,前者为学术用语,后者为立法用语,涵义基本相同。在 18、19 世纪时,高权的概念与统治权的概念是等同的,如拉班德认为国家的高权是指“国家对于人民个人之财产、自由、甚至于生命,毋庸获得其同意,得以强制之力,命彼等作为、不为之处分之权能”。但自 20 年代后,高权概念渐已扩充。包括官方的高权行政(obrigkeitliche Hoheitsverwaltung)和单纯高权行政(schlichte Hoheitsverwaltung),其中前者指以命令、强制的手段活动,为统治权的作用,后者则指国家虽基于公法的规定履行其义务,但并不立于支配地位,而是立于与人民平等的地位,以类似私法的方式,如公法契约等完成行政任务。参见罗明通:《德国国家责任法上公权力概念之趋势》,载(台)《法学丛刊》总第 109 期,第 58 页,第 61 页。同作者:《非权力行政之发展与公权力行为之判断基准》,载《法学丛刊》总第 111 期,第 90 页。翁岳生前揭书,第 19~20 页。

参见萨孟武:《政治学》,第 52~54 页。

肯定了国家,并使国家在不可分割的统一体中成为公共权力、主权的执掌者。国家虽是单一而不可分割的,同时却是由组成其人格的三种要素构成,这三种要素是领土、民族和政府。但它尽管具有这种复杂的构成,仍是单一而不可分割的;它是一种权利的主体,而它的权利便是公共的权力,即统治权。”国家法人区别于其他法人的特点在于其享有统治权,国家对其他人格者可以下达命令让其服从,对不服从者可以运用强制力。凡法律上的人格者,无论自然人还是法人,在法律上必然只有唯一的意思,统一人格,如有两个意思,与人格的性质相矛盾。因此作为国家意思力体现的统治权,必然也统一不可分。但这并不意味着统治权的作用(或称功能 Function)也不可分。近代一般将统治权分为立法、行政与司法,并由不同机关执掌,但立法、行政与司法机关所拥有的并非作为统治权的权力(Gewalt),而为权限(Zustaedigkeit),即在一定范围内代表国家行使其统治权的限度,这只是主权的作用,而非主权本身,故权限的分配与主权的分割不同。由于各国一般通过各种制度将国家的各个机关联成一体,因此这并不影响国家主权的统一。

(三)行政主体概念的重心在于行政权。行政主体概念外延与公法人的概念大体一致,之所以要在传统的公法人概念之外创造行政主体的概念,一个重要的原因在于行政主体能够凸现行政法是规制行政权的法,行政法学是研究对行政权进行规制的方式的学科。行政权虽仅为行政主体统治权的一种作用形式,但在行政法学中研究行政主体,并不是要研究其统治权的各种形态,而仅研究其行政权的作用。从而,行政主体只是行政法学对行政组织研究的起点,而行政组织法研究的重点则在于对行政机关的研究。

但这里还应指出,国家的活动并不仅限于权力活动,国家为完成行政任务常常进行许

---

参见狄骥:《宪法论》,第437页。另外,大陆法系公法理论中的国家不同于一般理解的国家,用政治术语来说,即国家机器。它具有独立的法人人格,政府仅为其一个要素,或称为机关。如耶律尼克所说:“国家作为法律的组合团体来说,它是建立在一定领土上被授予发号施令的固有权力(统治权)的一种人民组合团体。”(转引自狄骥前揭书,第439页),在对地方自治团体的理解上也应注意,其所指为一定地域上的人民所组成的共同体,至于具体的自治组织仅为其机关,依此观念,我国的村民委员会非地方自治团体,而仅为村的机关,村为公法人,村民委员会是公法人的机关,自身并无法人资格。

钟赓言:《行政法总论》,第22~23页。公法学者在讨论主权的特征即与行政权等权力作用形态的描述,与私法学者对所有权的特征及其与权能的关系极相似。私法学者认为,所有权是对所有物的全面支配权,具有整体性,不得在内容上或时间上加以分割。占有、使用、收益等均为所有权存在与作用的具体形式,即其权能而非所有权的分割(参见陈华彬:《物权法原理》,国家行政学院出版社1998年版,第187~189页,第213页)。这种相似性从发生学上可以找到缘由,即国家曾被作为君主的财产,主权(统治权)被视作君主的财产所有权,正如狄骥指出的,“在十七和十八世纪,主权被理解为发号施令的权利。国王就是主权的执掌者。这是和所有权具备同一特质的一种权利。国王是作为财产权来执掌主权的。主权是一种所有权。它是一种单一而不可分割的所有权,为了特殊的理由,它也有不可让与性。它和一切的所有权一样,是绝对的权利。”狄骥前揭书,第428页。

多不带有权力色彩的行政活动,现代社会由于服务行政(Leistungsverwaltung)的发展,国家在社会经济中的作用日益显著,这类非权力行为形式更呈多样化。在德国这种非权力行政,亦称为私经济行政,或国库行政(Fiskalische Verwaltung),一般可分为三种类型:(1)行政辅助行为(privatrechtliche Hilfesgeschäfte der Verwaltung),指行政机关以私法方式获得日常行政活动所需要的物质或人力。这种行政活动的特点在于,其并非直接达到行政目的,而是以间接的方式辅助行政目的的达成。行政活动需要各种各样的物质条件,包括办公、用品、汽车、房地产等,这些均可以通过与私人签定私法契约的方式得到。私法契约虽不适用公务员的录用,但适用于聘用人员从事协助以及日常性事务,或与学术、技术有关的事务。(2)行政营利行为(erwerbswirtschaftliche Betätigung der Verwaltung),指国家以私法的方式参与社会经济活动,其主要目的在于增加国库收入,有时也兼具有执行国家任务的作用。国家从事此种行为的形态有两种,其一是国家或其他行政主体以内部机关或单位直接从事营利活动,另一是国家依特别法或公司法的规定,投资设立具有法人地位的企业或公司从事营利行为。国家的经济活动与私人经营者一样具有盈利的目的,必须遵守经济活动的一般规则,其依据也是私法。(3)行政私法(Verwaltungsprivatrecht),指行政主体以私法方式直接达到行政任务。这种行政方式适用的领域受有很大的限制,在需要以强制手段为后盾的行政领域,如秩序行政与租税行政,国家的高权不能放弃,行政私法的形式不具有正当性。行政私法只能适用于不干涉人民权利的服务行政领域,故亦有学者称之为“私法形式的服务行政”。但服务行政在原则上也应由公法来规制,只有在公法出现缺位时,国家才具有对运用私法方式抑公法方式的选择权。国家及其他行政主体从事国库行政,是作为私法(私权利)主体活动,除采取私法组织形式外,并不影响其行政主体的身份,因行政主体是从组织法与抽象法律资格的角度而言的,而国库行政着眼的是作用法与具体法律关系。但宪法基本权利对行政主

---

Leistungsverwaltung 一词日本与台湾学者一般译为给付行政,因 Leistung 在私法与诉讼法中均有给付的涵义,但陈新民认为汉语中用给付易与行政机关具体的给付义务相混淆,故主张用 Leistung 的另一中文义项“服务”译之,而且此亦与强调国家为保障与服务人民的组织的现代理念一致。参见陈新民前揭书,第 36 页。笔者赞同陈氏的观点,这里补充的一个理由是,在我国行政法学界,给付一词远不如服务能够传达出德文原词的义涵。

毛勒前揭书,第 17~18 页。翁岳生前揭书,第 22~23 页。陈新民前揭书,第 27~35 页。

这种选择自由,包括组织形式与服务或利用关系两方面。公法的组织形式可以配合私法的给付或利用关系,但私法的组织形式只可配合私法的服务或利用关系。但在例外情况下,行政主体亦可能将公权力授予其所设置的私法组织。毛勒前揭书,第 18 页。

体从事国库行为的拘束方式与程度,则是一个滋生争议的问题。

## 二

德国行政法学者一般将行政主体分为以下几种类型:

(一)国家。其法律上的涵义是由领土、民族和政府等要素构成的统一法律人格。国家的权力固然来自于人民,但除此之外,其存在及权限不能从其他组织推导出来。因而被称为原始行政主体(Originärer Verwaltungsträger)。德国是联邦制国家,由16个联邦州组成。州不是省份,而是本身就具有国家权力的政治组织体,具有国家的性质。组成联邦的各州在属于整个国家即联邦的同时,还拥有自己的主权和管辖权与自己的宪法。国家包括联邦与州,国家行政因而可分为联邦行政与州行政。作为组织体的国家,为执行行政任务,必须设置行政机关作为其手足,其典型形式为科层制(官僚制)的行政组织体系。此体系强调“行政一体性”(Die Einheit Verwaltung),即国家行政整个成为一体,由最高行政首长指挥、监督,并以此总体向选民与议会负责。行政一体性有以下两种意蕴:其一为在一个行政辖区内,尽可能将所有行政集中于一个机关或由统一的首长所指挥的机关群;另一则指国家所有行政机关的对外决定应保持一致性。

(二)公法人。国家执行行政任务可以通过所属行政机关,也可通过或多或少独立的行政单位(Verwaltungseinheit)。如果某一行政单位在组织上和法律上是独立的,它就具有了法人和行政主体的特征,可以作出应自行负责的行政行为。但他们仍受国家的约束:其存在与职权由国家赋予,因而相对于原始的行政主体——国家,被称为衍生行政主体(derivativer Verwaltungsträger)。这种具有公法人性格的行政单位,可以区分为公法社团、公共营造物

关于国家(行政主体)的国库行为应受宪法基本权利的限制,在德国已无不同观点,但于其限制的方式则是一聚讼纷纭的问题。主张“全面直接适用”者认为,国库与国家同为一体,国家并不因为是否行使统治权而有所不同,基本权利对于国家行使统治权的行为有直接的拘束作用,对于国库行为也应全面直接运用。此外,根据基本法第1条第3项的规定,基本权利应直接适用于“执行权”(vollziehende Gewalt),这里的执行权应包括国家私法形式的活动。主张“部分直接适用”者认为因根据国库行为的类型而有不同而确定宪法基本权利的效力,对行政辅助行为与行政营利行为,并非所谓执行权的行使,不受基本权利的直接约束,而如同一般私法主体仅受间接拘束(直接拘束与间接拘束在效果上的区别在于受害人有无通过宪法救济途径排除权利受侵害状态);而在行政私法,其形式虽是国家立于私法主体的地位进行国库活动,但其目的为直接完成国家行政任务,其实质为行政,因此应受基本权利的约束,尤其是平等原则的约束。后者为德国通说。参见苏永钦:《宪法权利的民法效力》,载《当代公法理论》,第181~183页。廖义男:《国家赔偿法》,第37~38页。陈敏前揭书,第582页。

毛勒前揭书,第216页。

参见翁岳生前揭书,第311页。

国家是最大的一个公法人(社团法人),但此处所讨论的公法人不包括国家。

毛勒前揭书,第216页。

与公法财团。其所具有的共同的特性是：(1) 具有完全的权利能力和法人地位，在其任务范围内为权利义务的归属主体，具有为自负其责地执行任务所必需的独立性，并可以以自己的名义提起诉讼和应诉。(2) 其设立必须有法律依据。为国家通过高权行为的创造。不存在根据事务自然性质和私人自由意思成立的公法人，至少从形式上看是如此。(3) 属行政组织的一种，具有固定的任务，执掌，管辖权与权限。公法人执行行政任务，受法律保留原则的拘束。公法人所用人员必须有一定比例的公务员，而不得全为普通雇员。(4) 国家监督。公法人虽然具有一定程度的独立性，但作为衍生行政主体，其行为须遵守国家法律并接受国家的监督。这种监督原则上仅限于合法性监督，但在例外情形，亦及于合目的性（相当于我国行政法学中的合理性）监督。(5) 公法人作出行政决定时必须适用行政程序法，其针对个案对外所作的公权力处置或其他措施，构成行政处理，相关人民可对之寻求行政救济。下面对德国公法人的各种类型作一介绍。

1. 公法社团 (Körperschaft öffentlichen Rechts)。公法社团是指由国家设立的由社员组成的公法组织，其在国家的监督下以高权的方式执行行政任务。公法社团与其他公法人相比具有如下特征：(1) 社员团体。公法社团是由社员所组成的公法组织，而且社员必须参与社团事务的决定，公法社团作为社员或其选出的代表组成内部的组织体，在内部构造上有民主的要求。(2) 自治行政。是指在国家之下的行政主体以自己的名义，不受指示地独立执行概括的、或法律规定的行政任务。公法社团的自治权最主要的体现是制定具有法律拘束力的自治规章，此与私法自治强调个人法律上的自由意志不同。公法社团与德国的自治行政的联系可追溯至 19 世纪初，即普鲁士 1808 年制定的市政法规奠定了现代自治行政的基础。作为国家与社会对立的产物，自治行政被视为国家与社会间的联结要素。因而当时学者在区分国家行政与自由行政的前提下将自治行政纳入自由行政中。在 19 世纪中叶随着德国资本主义的发展，城市人口急剧增加，行政事务因而增多，增多的行政事务大多由自治行政体来执行。当时的自治行政有两方面的特点，其一是在政治层面上，执行自治行政事务的并非是经过特殊训练的公务员而是将其作为荣誉职务的国民；其二是在法律层面上，即这种行政组织是具有权利能力的社团结构的联合体。自治行政首先产生在区域性的公法社团，随着任务不断扩充而及于社会保险领域，而后更扩及于职业性的公法社团，即所谓身份团体。在自治行政所及范围不断扩大的新情况下，为避免过度分权导致国家分裂的危险，自治行政最后被纳入国家行政的范畴，称之为国家间接行政，从而使其受到法律保留原则的约束并接受国家的监督。

公法社团、公法财团和公共营造物既可为具有完全权利能力的公法人，也可能为仅具部分权利能力的行政主体或不具权利能力的行政主体的内部机构。此处所指仅为其中具有完全权利能力者。

参见翁岳生前揭书，第 275 页。

资料来源，参见蔡震荣：《公法人概念的探讨》，载于《当代公法理论》，第 254～267 页。翁岳生编：《行政法》，第 271～281 页。陈敏前揭书，第 806～824 页。毛勒前揭书，第 238～253 页。

参见蔡震荣前揭文。

公法社团可分为如下几类:(1)地域团体(Gebietskoerperschaften)。以在该地区居住的居民为其成员,地方自治组织如乡镇与县为其适例,其中最典型的为乡镇。乡镇行政的依据在于自治行政原则,根据该原则,公民有权自主管理地方事务。乡镇自治有利于激发乡镇居民对乡镇公共事务的责任心和参与感,也便于充分利用其地方知识和专业知识。乡镇除执行自治事务外,也执行国家的委办事务,此时其身份为国家的行政机关,而非独立的行政主体。对于乡镇,法律强调居民对乡镇事务的参与,除通过选举(乡镇代表会)代表外,也拥有直接参与的权利,如公民集会、公民请愿、参加乡镇代表会的听证、抗议明显透支的预算计划等。国家对乡镇的活动可通过多种方法如查询(Information),纠正(Beastandung),代履行(Ersatzvornahme),认可保留(Genehmigungsvorbehalt),报备保留(Anzeigenvorbehalt)等进行监督。(2)身份团体(Personalkoerperschaften)。指由具有某种特定职业、身份,或有共同理念或利害关系的人,依据法律规定组成的公法社团,以同业公会最为常见。各同业公会一般依行政区域往上逐级形成,德国的乡镇规模较小,人口一般不满一万,从而最基层的同业公会以县为单位。区域同业公会与邦同业公会则以县同业公会为会员。身份团体成员的加入通常具有强制性,身份团体且具有强制收费的权力,以此确保其具有稳定的成员与财政收入,从而获得长期稳定的发展。根据各邦法律,公会大多可设置公会惩戒法庭对会员实施惩戒罚,常见的惩戒包括告诫、罚款、取消会员代表资格、暂停被选举权等,各种惩戒中最严重的是剥夺会员执业资格,并且在会员名录上将其除名。(3)联合团体(Verbandskoerperschaften)指以公法人作为成员组成的公法团体,如联合乡镇、联邦律师总会、联合商业总会是由各地区社团组成的团体。其实质为前两种公法社团的一种特殊形态。(4)其他团体。德国的疾病保险基金是由投保的劳工与雇主共同组成的组织及机关,其任务为执行疾病、意外事故与养老保险事宜,是具自治性质的公法社团法人。另外德国的大学,依照大学基准法第58条的规定,其为公法社团,同时为国家的设施机构。一般认为大学在学术、研究与教学的领域内具有公法社团的性质,拥有行政自治权,教授、学术研究人员与学生为大学这一社团的成员。

2. 公共营造物(或称公共机构,oeffentlich - rechtliche Anstalt)。公共营造物是行政法上特有的组织形态。由于营造物的范围太广,很难找到一个适当的定义。当前德国对营造物的定义一般仍沿袭梅耶的界定,即营造物主体为持续履行特定的公共目的,所成立的一个结合人与物的组织体,为具有法律上的主体性和权利能力的非社团组织。营造物产生于19世纪自由法治国时期,当时所成立的营造物如监狱、学校等,其利用关系多半带有强制性的高权色彩。当时设立公共营造物的目的主要是为避免法律保留原则的拘束,使得行政机关能够在高度自由下完成行政任务。这些营造物可以制定内规来规范使用者,对使用者并且

公共营造物是日本学者对德文 oeffentlich Anstalt 的译名,民国时期的我国行政法学界和目前我国台湾地区的学者采之。由于该中文译名易让人与物理上的(建筑物)概念相混淆,不能反映其为人与物的结合体的特征,有见物不见人之弊,因此陈新民主张将其译为公共机构,参见陈新民前揭书,第108页。陈氏的译名与王名扬先生对法国行政法中 l'etablissement public(公共机构,公务法人)概念的翻译相同,不知是否受其启发。参见王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社1989年第1版,第120页。而黄锦堂虽亦采纳传统译法,但同时又提出一新的译名,即特定目的的行政机构。参见翁岳生编前揭书,第272页。

还拥有一定的惩戒权,司法机关对其内部争讼没有管辖权,故而传统上将其纳入特别权力关系的范畴。随着国家任务的不断扩充,国家承担了大量的服务行政任务,对于其中具有特殊性与技术性的任务国家亦采用公共营造物的组织形式来执行这些任务,其中最明显的是在国营企业的范围内,如邮政、银行、铁路、公路、水电事业、专卖等。可见公共营造物的大量出现是行政分权的产物,国家将其任务分散到其他独立的行政主体。但其与自治原则无关,因其虽有使用人与工作人员而无成员。

公共营造物有如下特点:(1)公共营造物是非社团的组织体。营造物与公共社团的区别在于,营造物与使用者存在着利用关系。使用者不具有参与执行营造物任务的权利,仅为其组织目的下的客体而已,反之,公法社团则是一种成员关系,作为众多成员组成的组织体,公法社团的形成与运作,成员均具有实际的参与权。(2)营造物是服务性的机构,从而不能取代正式作成决策并发号施令的科层制行政机关,其与作为其母体的行政机关间存在既独立又分工、既合作又对抗的关系。(3)公共营造物的主要目的在于提供特殊的服务,从而才须强调其为人与物的结合,其所提供的服务包罗甚广,涉及科研、科技协助、教育、民生服务、经济等,并包括军队、看守所、感化院、监狱等机构。可见营造物的本质其实就在于为特定目的而存在的行政机构。(4)公共营造物强调的是其与使用者间的关系。这种关系不仅可为公法关系,亦可为私法关系。公共营造物的公共性是从组织上而言的,作为公法机构,其内部结构及其与设置主体间的关系应依公法判断,但从行为法上,虽其任务的执行大多采用公法的手段,但亦常常运用私法方式提供服务,此时应遵循私法的规则。在公法关系中,传统上将其纳入特别权力关系的范畴,使其逃出法律保留原则的约束。二战以后,随着德国民主理念、人权观念的张扬,传统行政法学中的特别权力关系理论因其保守性在整体上遭到越来越多的批评,但由于这一领域在客观性质上所具有的特殊性,保留一定的特殊规则还是有必要的。因此德国学术界与司法实务分别发展出区分基础关系与经营关系的理论(乌勒)及重要性理论(联邦宪法法院),以限制特别权力关系的适用范围。在概念上则有提出特别权利关系、特别地位关系等多种主张以取代特别权力关系的提法。但对公共营造物的利用关系,近来学者则愈益主张其不再属于特别权力关系的运用范围,因其容易牺牲所有人的基本权利,所有人作为公民仍应具有独立权利,而非一旦使用营造物即成为营造物内部管理的客体。

3. 公法财团(Stiftungen des öffentlichen Rechts)。公法财团在概念上是指国家或其他公法社团为履行公共目的,根据公法规定捐助一定的财产而成立的组织体。其特征具有应为特定目的或受益人而使用的财产,公法财团设立的最初目的主要是限于贫困救济,但如今范围已大为扩张,包括平准性基金、文化资产照顾基金、宗教文物照顾基金、残疾婴儿照顾基金、社会照顾基金等。但德国目前公法财团已比以往要减少很多,一些以前的公法财团,如今却被纳入公共营造物的范畴,如学校和医院。公法财团与公法社团的区别在于其为财产的结合体,并无社员的存在,财团设立者并非财团的成员而立于财团之外,捐助者除非通过任命董事对财团运作加以实际的影响,在法律上没有权力用指令的形式拘束其运

参见董保城:《行政法讲义》,第92~94页。

参见毛勒前揭书,第253页。

作。公法财团与公法营造物的区别在于公法财团与设立者的依存关系不如营造物来得强。财团是依财团处理(属行政处理的一种)而设立,设立时即确定了其持续存在的目的,其捐助目的一经确定不得加以变更。而营造物组织体则除目的受营造物主体确定外,在人事安排上也受极大的影响。另外,营造物执行的任务,通常是属法律赋予营造物主体的任务。而公法财团所要达到的目的,通常不属财团设立者的任务范围。

公法财团应受到的规范包括以下诸方面:基金财产必须加以特别管理,不得有所损耗,并须妥善经营以便不断获取孳息;基金财产的经营不得违反捐助者的捐助目的或财团的设立目的,在发生疑问时则以财团的章程为准;公法财团机关的行政行为必须遵循联邦行政程序法,人事管理须合于相关人事法规,并须遵守所在邦的会计、审计等法规。

(三)具有部分权利能力的行政单位。在民法(私法)上对组织的权利能力一般仅依有无权利能力为标准划分为(具有权利能力的)法人与非法人社团,并不考虑权利能力是否完全。但公法上则不同,对具有权利能力的公法组织还要判断其权利能力是否完全,具有完全权利能力的方为公法人,仅具部分权利能力的则仅可能为行政主体而非公法人。部分权利能力(Teilrechtsfaehigkeit)是相对于完全权利能力(Vollrechtsfaehigkeit)而言的,部分权利能力是指某一组织只在特定范围内或者只就特定的法律规范享有权利能力。享有部分权利能力的组织只能在法律专门为其设定的部分权利范围之内活动,因此它不是一个完全权利能力的法人,而只是具有部分权利能力的主体。完全权利能力可以认为是一般权利能力,在这种情况下只需要查明相关法律规范的适用范围,而部分权利能力只是一种特定权利能力,在此情况下必须首先查明相关的权利义务是否存在。部分权利能力的行政单位根据公法设立,没有公法人资格,经授权执行特定行政任务并在此范围内具有自己的权利义务。其组织形式可能是公法团体、公共营造物,也可能采取其他组织形式。例如前述联邦邮政、联邦铁路以及公立大学的系或院等。其在权利能力所及的范围内为行政主体。具有完全权利能力的行政主体(公法人)可以对抗所有人,包括设置其的国家、地方自治团体或其他公法人,作为诉讼及赔偿的主体。如作为公法人的公立学校,可以对国家或教育部提起诉讼。而仅具部分权利能力的行政主体,如改革前的德国联邦铁路、联邦邮政,在所辖任务范围内,得为权利义务主体并对抗第三人,但却不可对抗设立它的公法人或主管机关。

(四)被授权人(beliehener)。是指以自己的名义行使国家以法律,或经由法律授权以行政处理或公法契约的形式所授与(Beleihung)的公权力(高权)之私人(自然人或法人)。在组织上其为私法主体,但在功能上是行政主体。现代国家功能日益复杂,由于科层制行政机关人手或设备不足,国家常须将一定的行政任务交由私人行使。通过公权力授予,国家(或其他行政主体)可以利用私人特别是私企业的专业知识、创造性、技术和设施等,从而减轻

---

Beliehener一词,台湾学者多译为公权力受托人,但该词词根 beleihung 义为授权,且译为公权力受托人易与大陆行政法学中的行政委托相混淆,台湾学者李建良译为经授权行使国家高权之私人,较为贴切,但又过于繁琐。且其刻意区分高权与公权力,理由并不充足。参见李建良:《因执行违规车辆拖掉及保管所生损害之国家赔偿责任——兼论委托私人行使公权力之态样与国家赔偿责任》,载(台)《中兴法学》,总第38期。

自己的负担。这种类型的行政主体有如下特征:(1)须由公法人对私人为之。公权力授予是公法人将其拥有的公权力及行政事务托付给私人行使。此与权限委任与权限委托等行政主体内部的权限移转不同,也与国家将其事务交由自治团体的委办有异。(2)被授予公权力,在授权范围内可以以高权方式执行行政任务。公权力授予的目的在于与被授权人建立公法上的法律关系,并使其如同行政机关对外行使公权力执行行政任务。此高权,既包括官方高权(威权),也包括单纯高权。但基于法治国家的“制度法律保留”,国家不得将其全部权限皆授予私人,而仅可授予其中的一部分。被授权人的这一特征使其与“基于私法契约而独立从事公务的私人”相区别。后者是指国家通过与私人签定私法契约(通常是承揽契约)的方式,将一定的行政任务委由私人办理,如私营建筑公司接受国家委托修筑高速公路,其特色在于该行政任务不具有高权色彩。(3)被授权人必须以自己名义独立完成行政任务。此与行政辅助人(行政助手,Verwaltungshelfer)不同。行政辅助人意指私人作为行政机关行使公权力时的帮手,其并非如被授权人以自己的名义独立行使公权力,而是直接受行政机关的指挥命令从事活动,犹如行政机关的“延长之手”(Verlaengerter Arm),如在发生交通事故时交通警察请求在场司机协助其维持交通秩序,对于行政辅助人行为的法律效果,直接归属于国家。(4)授权人须有法律依据。公权力授与虽然可减轻国家行政机关的负担,但基于以下理由,仍须有法律依据。(1)私人并无行政机关所具的民主正当性,从而公权力原则上只能由代表行政主体的行政机关行使,除非在特别情况下由代表民意的国会以法律的方式“同意”此委托。(2)公权力授予涉及行政机关权限的变更,机关权限既由法律规定,其变更自然亦应有法律规定。(3)行政机关若以作成行政处理的方式授权私人行使公权力,则无异于给私人加以负担,依据法律保留原则,理由由法律规定,即使是以缔结公法契约的方式授予,因此授予行为尚涉及第三人的权益,因此同样应有有法律规范作为基础。

通过授权,在授权行政主体(主行政主体)和被授权人之间产生公法上的委托和信任关系,被授权人除有行使公权力的权利外,同时也有行使的义务,未经授权主体同意,不得擅自停止执行,其执行并应尽到善意的忠诚义务。被授权人因执行行政任务而发生的费用,由授权行政主体承担,因此其对授权主体享有提供费用和返还垫款请求权。被授权人有接受授权人(法律)监督的义务。撤销之诉和其他行政法院的救济形式应直接以被授权人为被告。

(五)关于“私法组织的行政主体”。行政主体可以采取私法方式执行行政任务,即构成国库行政。此时国家既可以由自己的机关运用私法方式活动,也可以成立私法人,如股份公司等,由其执行行政任务,此即所谓的公企业(oeffentliche Unternehmung)。这种企业的设立

参见毛勒前揭书,第254页。

关于官方高权与单纯高权,参见本文注。

参见陈敏前揭书,第810页。

参见李建良前引文,第101~102页。

参见许宗力:《行政机关若干基本问题之研究》,载于翁岳生主编:《行政程序法研究》,第248~249页。

参见陈敏前提书,第814~815页。

目的在于管理的灵活,但实际上其受到行政主体的很大控制,后者通常拥有其全部或部分的股权,从而影响此一私法人的运作。关于私法组织可否作为行政主体,在德国学者中较有争议。Battis 坚持认为,应将行政主体的概念限定于具有公法权利能力,即可行使公权力的行政个体,权威学者毛勒认为,这实际上是一个对行政主体概念如何界定问题。如果行政主体的概念限于依公法设立的组织 and 主体(高权主体, Hoheitstraeger),则公企业当然不可以成为行政主体(除非其得到国家的授权,作为被授权人,以高权方式执行行政任务);但如果将行政主体的概念扩展到一切具有行政职能、完成行政任务的组织,则私法组织的公企业亦可以称之为行政主体。毛勒似较倾向于后者,但毛勒亦指出,由于公法行政主体具有特殊规则,在任何情况下都应当对之进行明确区分,私法形式的行政主体只能作为特殊情况对待。

(六)关于作为行政主体的人民。行政主体概念是君主立宪时代的产物,当时流行的主权学说为国家主权理论,无论在法学领域,还是在行政法领域,将国家作为统治权的主体并无理论上的困难,但魏玛宪法和联邦德国基本法都明确规定了人民主权的原則(基本法第20条第2款规定,“全部国家权力来自人民。人民通过选举和投票表决并通过特定的立法、行政和司法机关行使这种权力”)。行政法学中的行政主体概念面临着挑战。对此,毛勒的解释是国家法上的行政主体性与行政法学中的行政主体性应有所不同。但他亦指出,行政法上的行政主体与宪法学上的行政主体性并非毫不相关,而是有着密切的联系。各种行政主体(联邦、州、县和乡镇等)的基石是民主,其他公法团体也具有内部的民主结构,而且,间接国家行政的民主合法性还通过国家的监督与约束得以补足。

### 三

行政主体概念贯穿于整个德国行政法制度中,在包括行政组织法、行政行为法和行政救济法在内的诸多领域均发挥着重要的作用。

(一)行政主体概念与内外部行政法的划分。在德国,内部行政法与外部行政法是行政法的一个基本分类,其划分的主要依据在于法律的调整对象是行政主体之间或行政主体与私人之间的关系,还是调整行政主体内部的行政机关之间、行政机关与公务员之间或公务员之间的关系。在19世纪时,由于严格的法律概念,代表性的观点认为行政主体的内部规则不是法律,国家和其他行政主体的内部领地不受法律的拘束。权威学者拉班德认为,法(实质意义上的法律, materielles Gesetz)的功能就在于划定各个法主体间意思领域(Willensphaeren)及权利义务的界限。国家作为法人,其人格如同自然人,自然人有密闭性,国家亦然。因此只有国家本身之外才有法可言,国家本身的内部生活(Innenleben)是与法无关的。在国家行政领域,调整具有行政权的国家(Verwaltender Staat)的意思领域与任何其他法所承认的意思领域关系的,也即调整行政与其他意思主体(含国家与个人)关系的规范,为法规(Rechtsvorschriften),具有法的性质。行政机关的组织规定,如果调整的是行政机关内部则属

参见毛勒前揭书,第218页。

同上。

单纯的行政规则,但若及于行政机关之外部者即为法规。在叶律尼克“法不是为了它本身而存在,乃是为一切的人而存在,包括个人与国家。法的目的乃在于划定社会的界限及划定一个人自由活动的界限,如果一个规定的内容具有此种目的,即可被称为法规(Rechtssatz),这种法律也就是实质意义上的法律,反之,如果法律不具有此种目的,则不是实质意义的法律。”国家如同自然人一样是法主体,国家是一个不可分的、统一的集合体,因此国家与其机关应是同一体,国家没有机关即无人格,亦即成为“法律上的乌有”(juristisches Nichts),同样机关本身亦无法律上的人格。只有当国家赋予私人以权利或者当它通过为自己设定对私人的义务来划定自身的自由活动范围时,国家才进入法律领域。如此,在国家内部(包括国家与机关间、机关与机关间)无主观法权(权利, Das subjektive Recht)存在。但叶律尼克认为,有关机关权限之规定属客观法(Das objective Recht),因为这种规定是将国家的权力分配于各机关,且国家藉机关权限的规定使其活动设有限制,也即是说,这种规定是在划定国家权能(Machtbefugnisse)的界限,并调整法主体间的关系。今日德国,拉班德与叶律尼克等的传统公法理论将法与法规、实质意义的法律等同,认为在国家(行政主体)内部原则上没有的存在观点虽然已不再为通说,国家内部亦存在法律关系已被广泛接受,但其将国家的行为作内部与外部的划分对行政法学仍有着很大的影响。德国行政法学一般将行政法分为内部行政法与外部行政法并运用不同的规则,并且将外部行政法作为行政法学研究的重点所在,一些概念虽在逻辑上应延伸至内部行政法领域,但学者在解释和运用时却往往将其限定于外部行政法领域,如法律渊源(Rechtsquellen)、法律主体(Rechtspersonen)与权利能力等。

## (二) 行政主体概念与行政组织法。

1. 行政主体概念与行政组织法中的其他概念一起构成了逻辑严密的概念体系。在实际的行政管理过程当中,行政措施由机关担当者(机关构成员, OrganWalter),即具体执行行政机关权限的公务员或政府雇员采取,机关担当人所作法律行为的法律效果归属于其所属行政主体。但对外表示该行政行为者既非机关担当者,亦非行政主体,而是行政官署(Verwaltungsbehoerde),作为依法设立并就一定行政事务有决定权并表示所属行政主体意思于外部的组织,其对外行文以自己的名义,而不是所属的行政主体的名义,也非以代理行政主体的名义。这样,行政主体、行政机关、行政官署、机关担当人就构成了逻辑严密的管理体系,其间的关系可作如下概括:行政主体是行政权的最终归属者,是具(外部)权利能力的行政组织体,享有法律上的独立人格。行政机关是无(外部)权利能力的行政组织体,其中行政官署亦不具有权利能力,但拥有决定并表示行政主体意思于外部的权限。机关担当者作为自然人虽具有独立的权利能力与法律人格,但在从事行政行为时则仅为国家的工具,而不具有

---

德国学者 Ossenbuehl 认为,拉班德在论及法时,认为国家具有密闭性,其内部范围不属于法,可他又将行政与统一的国家分离,认为划分行政机关与其他机关意思领域的规范是法,这犯了结构性的错误。参见萨孟武前揭书,第 243 页。

参见朱武献:《公法专题研究》(一),第 243~245 页。〔美〕博登海默:《法理学——法哲学及其方法》,邓正来等译,华夏出版社 1987 年 2 月第 1 版,第 349~350 页。

法律人格。

2. 行政主体概念与管辖权的分类。管辖权是指行政主体或行政机关掌理特定行政事务的权利与义务。管辖权的最基本的分类即为团体管辖权与官署管辖权。团体管辖权用来确定不同行政主体间管辖事务的范围与界限,官署管辖权则确定同一行政主体内部不同行政官署间管辖事务的范围与界限。行政主体的团体管辖权是官署管辖权的前提和基础,行政机关一般只能在其所属行政主体管辖权范围内进行活动,因而受到行政团体管辖权的限制和制约。由于行政主体管辖权在很大程度上是宪法学的问题,如基本法第83条及以下各条规定的联邦和州之间的关系,而且有权将行政主体的意思表示于外部的是行政官署,而非行政主体自己。因此行政法学关心更多的是官署管辖权问题。

3. 行政主体概念与行政机关管辖权的变更。有关行政机关管辖权的规定,具有法律拘束力,行政机关既不可侵犯其他机关的管辖权,也不得放弃本身的管辖权,是为管辖规定的绝对性(Ausschließlichkeit Zuständigkeitsordnung)。但法律亦允许在某些法定条件下变更管辖权。在德国的行政组织法中,根据管辖权的变更是发生于一行政主体内部抑不同行政主体之间,而区分权限的授予(Delegation)与委任行政(Auftragsverwaltung)、机关借用(Organleihe),并确立不同的规则。权限授予是同一行政主体内部,由一行政机关将其部分权限移转于另一相隶属或不相隶属的行政机关,并由后者以自己的名义行使该权限。机关借用与委任行政则发生于不同的行政主体间,包括国家与地方自治团体(机关借用与委办),以及国家与私人间(公权力授予)。其中机关借用是一行政主体将其机关供其他机关行使,主要即为自治团体的机关作为下级国家机关活动,其行为效果直接归属于国家而非自治团体。所谓委办,是指自治团体在其固有自治事务以外,受国家的委托以自己的名义执行国家行政任务,其行为效果归于自治团体自身。公权力授予,是指国家将其公权力托付给私人,使其作为独立的行政主体执行行政任务,被授权人行为的效果原则上归属于自身,但在赔偿责任上,则由国家承担,从而使受害人可以向更有资力者请求赔偿,较有利于对公民权利的保障和救济。

(三)行政主体概念与行政行为法。德国行政法学区分内部行政法与外部行政法,此对

参见许宗力前揭文,第239页。董保城:《行政法讲义》,第201~204页。行政官署一词被认为具有封建官僚色彩,被目前台湾行政法学的许多学者所抛弃,他们转用行政机关译Verwaltungsbehörde,而用机关译德语中的Verwaltungsorgan,大陆学者亦如此。但在德语中,Organ(机关),Verwaltungsorgan(行政机关),Verwaltungsbehörde(行政官署)构成了位阶分明的概念体系,此种译法显然将该体系的完整性有所损害,在德语文献中对Verwaltungsorgan与Verwaltungsbehörde进行比较时,更造成翻译上的困难,在理解德国行政法中的行政官署时应注意的一个问题是,其所指一般为机关首长,而并非如我们理解的组织意义上的概念。如在德国,不是联邦的部而是部长为官署。参见平特纳:《德国普通行政法》,朱林译,第21~22页。日本行政法中的行政(官)厅的概念与行政官署的所指相同。参见(日)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1月第1版,第277页。

毛勒前揭书,第223页。

陈敏前揭书,第766~769页。

行政行为法亦有重要影响。根据行政行为属于内部行政领域还是外部行政领域,对其进行类型划分并设定不同的规则,对于行政机关的具体行为,区分行政处理与内部勤务指示,对抽象行为则区分法规命令与行政规则。所谓行政处理(Verwaltungsakt),根据德国联邦行政程序法的规定,是指行政机关在公法领域,为规制个别事件,以直接对外发生法律效果为目的,所作的各种处置、决定或其他公法措施。行政处理的一个重要特征在于其直接对外发生法律效果,亦即其为不同法律人格者间的公权力措施。从而作为法律人格者的行政主体针对其他行政主体或私人,以其为一法律人格者的地位,就其权利义务所作的规制,如上级政府针对地方自治团体所作的监督措施,构成行政处理,而作为法律人格者的行政主体内部,其各个行政机关间所作的公权力措施因欠缺对外效果,而不能构成行政处理。如地方自治团体执行前述国家委办事项时,因其作为国家的机关行动,是上级政府的延伸,而非作为独立的地方自治团体的机关,上级政府就委办事项所作的指示,则不构成行政处理,而仅为内部勤务指示。法规命令与行政规则间的区别亦与此相似。法规命令与行政处理因涉及不同法律人格间的关系,受到法律的调整密度较高,学者亦较为重视,其中行政处理更是学者投诸力量最多的一种行政行为形式,从奥托·梅耶至今对其概念的探究、规则的探讨已达相当完善的程度,而行政规则与内部勤务指示则逊色得多。

(四)行政主体概念与行政救济。行政救济法与行政行为法有着极为密切的联系,行政行为的不同类型直接影响到其救济途径的差异。能够被提起行政诉讼的行为一般仅限于外部行政行为,如行政处理,而对行政规则与内部勤务指示在原则上不能够作为行政争讼的客体。

一行政主体的行政行为在影响其他行政主体或私人的权益时,相对人一般均可以提起行政诉讼,但行政机关就行政主体内部事项所作的决定,相对人原则上不能通过行政诉讼的方式请求司法救济,对于管辖权等争议只能通过行政主体内部的行政关系系统加以解决,此即禁止自己诉讼的原则。然而,在同一行政主体的内部领域,各个行政机关之间的争议当涉及到权限问题时,并不排除内部诉讼的可能。具体的说,当机关之间存在法定的权力制衡关系时,一机关所享有的法定权限如果遭到其他机关的非法干预,究其实为法律托付给行政机关维护的公共利益受到侵害,此时机关可以如同自己的利益受到侵害提起宪法诉讼(宪法机关之间)或行政诉讼(行政机关之间),从而在此范围内具有了权利主体和诉讼当事人资格。

人民对公职人员行使公权力的行为不服提起行政诉讼,担当被告者除在国家行政组织出于诉讼便宜的考虑为行政机关(官署)外,其他皆为公职人员所属行政主体。对于因公职

---

林明铨:《论形式化之行政行为与未形式化之行政行为》,载《当代公法理论》。第342页。

参见平特纳前揭书,第27页。

陈敏前揭书,第237页。毛勒前揭书,第220页。

人员不法行使公权力而给人民造成损害的赔偿责任,原则上也由其所属的行政主体承担,即在德国所谓国家赔偿责任实际上是行政主体本赔偿责任的方便说法。可见行政主体概念可以起到使公权力责任明确化的效果。

## 四

从本文以上对德国行政主体概念的简单介绍中,我们可以归纳出德国行政主体概念所具有的几点特色。

1. 德国行政主体概念具有坚实的理论底蕴与社会基础。行政主体与德国的公法理论如国家学说、主权学说、法规概念等均有着密切的联系,而这些公法理论实际上是在德国客观经济社会背景下产生并发展起来的。行政主体概念可以说是行政法学理论与这些政治法律学说及社会基础相联系的一个纽带。从而我们只有将德国行政主体概念置于更加广阔的背景中,才能对其有较为透彻的理解。

2. 德国行政主体概念强调国家统一与权力分散原则的统一。一方面,通过行政主体概念,将国家之外的众多公法组织体,甚至在特定情况下的私人,都纳入到对同一个行政主体概念中,并在此基础上对其进行类型化的分析,从而有助于贯彻权力分散原则,即将特定的、相对独立的行政公务从国家一般行政职能中分离出来,交由其他的法律人格者如公法社团、公法财团与公共营造物等行使。另一方面,行政主体概念的界定,是从统治权的角度出发,以国家作为(原始)行政主体,具有原始的统治权。行政机关仅为国家法人的机关,不具有法律上的人格,各个机关之间应保持协调一致,共同实现国家任务。其它行政主体虽具有一定的独立性,但在与国家关系上仅为衍生行政主体,须受国家法律的约束并接受国家的法律监督,在某些情形下尚须接受合目的性监督,这样的概念构架保障了国家及其统治权的统一。

3. 行政主体概念以权利能力与法律人格的概念为核心。在早期对组织体权利能力的理解仅限于外部权利能力和完全权利能力,随着社会经济的发展和研究的深化,学者认识到尚存在着内部权利能力与部分权利能力的组织(特别是在公法组织),而且最初权利能力仅用于对行政实体法的分析,对行政程序法中的权利能力问题认识不足,随着行政程序法的发展,这一点也逐步受到质疑,程序权利能力(程序参与能力)的概念也被提出。权利能力概念研究的深化对行政主体概念的界定也发生了重要影响,行政主体不再与(行政法上)权利能力的概念完全等同,而是仅限于外部的、实体的权利能力,但具有部分权利能力的公法组织则被包括进来。在法理学上与发展后的权利能力概念相对应,在权利主体外另创造出法律主体的概念,在行政法学上则是提出了公行政主体的概念。通过公行政主体概念的建构,明确了行政机关等不具有法律人格但却具体参加法律关系的组织体的地位。在一定程度上

唯一的例外是被授权人违法行使所授予的公权力造成损害时,并非由其自身承担,而是由授予其公权力的行政主体承担,这种制度安排主要是考虑到正式行政主体的财力一般较私人充足,由其承担赔偿责任,可以更有力的保证人民的权益。参见毛勒前揭书,第254页;陈敏前揭书,第817页。

克服了行政主体概念的局限性。

4. 行政主体概念与整个法律体系进行公私法的划分相协调。公私法的划分是行政主体概念确立的一个重要基础。与政治国家与市民社会的分离相适应,公私法的划分在近现代大陆法系法学中有着重要的地位。公法的理念在于控制(公)权力,而私法的精神在于保障私人权利。行政主体究其实质为统治权的主体,其权利能力均来自于公法,其外延与公法人虽有差别但并非根本性的。行政主体的概念相对于私法主体、私人而存在。二者在主体资格、行为规则、责任承担、受法律拘束程度等方面都具有显著的区别。当然,行政主体与私人也并非可截然两分,行政主体可能立于私法(私权利)主体从事私经济活动(在此情况下仍须讨论其受公法控制的问题,尤其在行政私法的场合)。私人在特殊情况下也可能因授权而获得公权力,从而取得行政主体资格。

5. 行政主体概念贯穿于整个德国行政法学体系之中,具体指导着行政法诸多制度的建构,特别是使得行政组织法领域的诸多概念之间形成整体概念构架,对确立行政诉讼的主体资格以及承担公权力违法责任主体也部分的发挥了明确化的功能。

(作者单位:100088 中国政法大学)

(责任编辑:马怀德)

(上接第 16 页)

及对法治意识的悟性。因此,地方政府规章的内容增加了程序性规范,不只是量的变化,更是质的提高,代表的是法治发展的方向和社会主义法治应有的本质。

第四,地方政府规章设定的行政责任问题。

地方政府规章规范的行政责任内容,主要指行政主体在具体行政法律关系中履行和承担的义务。这种义务分为两部分:一部分是指行政主体必须按规章要求而作为或不作为,如政府部门必须履行职责,必须对某些行为有禁止规定,我们称之为“积极行政义务”;另一部分是指行政主体由于该履行的职责却不履行,不该做的行为却做了,而引起的法律后果,也即应该作为的不作为,不该作为的却作为而依法形成了一种新的义务。对于这种义务,当事人必须承担,我们称之为“消极行政义务”。在地方政府规章中增强行政法律责任机制,是地方行政立法指导思想的一个突破,也是行政法治建设的必然。现在有些地方政府出台的承诺制,就是一种很好的尝试。我们希望有更多的特定地方政府出台更多的规范政府、追究行政责任的地方政府规章,使地方政府规章不再仅仅是有权地方政府行使权力的重要象征,而将成为规范地方政府行为的直接依据,以保障行政相对人的合法权益,保护行政法治建设的成果。

(作者单位:215006 苏州大学管理学院)

(责任编辑:马怀德)