

论行政形式自由选择权

On the Authority of the Free Selection of Administrative Form

袁文峰

YUAN Wen-feng

【摘要】 行政形式自由选择权包括行政组织形式和行政行为形式自由选择权。这两种形式自由选择权是行政过程中的两大基础性问题。在组织选择前,首先需要明确行政任务、行政组织各自的特征,然后以行政目的将两者连贯起来,找到有利于达成行政任务、实现行政目的的行政组织形式。功能最适之机关结构理论是其中较为熨贴的选择理论。行政行为形式自由选择权包括在各种公法行政行为形式间选择、在公法和私法行政行为形式间选择和行政行为形式和非行政行为形式间选择三种情况。在行为选择时,得优先考虑法规的内容,只有法规缺位时,行政组织才有发挥能动性的空间。行政形式自由选择权并非自由权,须受到原则、规则等多方面的限制。

【关键词】 行政形式自由选择权 行政组织形式自由选择权 行政行为形式自由选择权 功能最适之机关结构理论 行政形式自由选择权的限制

【中图分类号】 DF31 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 2095-9206(2018)01-0078-19

Abstract: The authority of the free selection of administrative form includes the free selection of the form of administrative organization and the form of administrative behavior. The two forms of free selection are the two basic problems in administrative process. Before organization selection, we first need to clarify the characteristics of administrative tasks and administrative organizations, then link them with administrative purposes, and find out administrative organization forms beneficial to achieve administrative tasks and achieve administrative purposes. The structure theory of the most suitable organ is most applicable among related theories. The authority of free selection of administrative behavior includes three situations: selection among different forms of administrative behavior of public law, selection between the forms of administrative behavior of public law and private law, and selection between administrative behavior forms and non administrative behavior forms. In the selection of behavior, priority should be given to the content of the laws and regulations. Only when the regulations are absent, the administrative organization has the space to play its active role. The free selection of administrative form is not the right of freedom, and it must be restricted by many aspects, such as principles, rules and so on.

Key words: Free selection of administrative form Free selection of administrative organization form Free selection of administrative behavior form The structure theory of the most suitable organ The restriction of free selection of administrative form

【收稿日期】 2017-10-22

【作者简介】 袁文峰,男,1973年10月生,惠州学院政法学院教授,吉林大学法学博士后流动站研究人员,研究方向为行政法学。

【基金项目】 2013年度国家社科基金项目“公共私营合作制在我国的实践及其行政法难题研究”(项目编号:13BFX036)。

在有奖拍违活动中,交警部门将拍违行为认定为“举报行为”,将其有奖行为认定为“行政奖励”,主张公私之间没有法律上的关系,拍客的行为只是单纯的举报行为。^{〔1〕}2004年12月2日,在赖某诉广州市公安局交通警察支队机动大队案中,广州市中级人民法院判决认为市民孔某拍违照片不能直接作为处罚的证据,因为依据《行政处罚法》的规定,调查取证属于行政执法机关行使处罚权,不能委托给公民行使。^{〔2〕}比较交警和法院的观点,交警认为拍违属于民事行为,法院则认为拍违属于公法行为。易言之,法院认为作为私主体的公民不能受托行使公权力。本质上,交警发动的有奖拍违活动其实是行政机关在公法和私法两个不同属性的法律部门之间进行的组织形式选择。也就是说行政形式自由选择权出了问题。

在我国行政实务中,长期以来不能准确界分组织法和行为法,一般认为只要行政主体有某方面的管辖权,就可以采取实现该目的的一切必要措施。城管可能是这一观念的极致表现。其他行政机关及其行政辅助人员也有类似的疯狂举动,如计划生育协管员、交通协管员和治安联防队员。^{〔3〕}何谓“一切必要措施”,当然包括公法的一切措施,包括高权的、非高权的,当中还有私法的措施。

按照发展趋势和对行政形式选择的要求,传统行政法学上所支持的“组织形式选择自由”理论宜向“组织最适诫命”方向做出修正。^{〔4〕}准此,行政形式选择自由似乎也该称为“形式最适诫命”,但行政形式选择自由已经是易于明了和约定俗成的称谓,所以此处仍援用此称谓。行政形式选择自由可分成两类:第一类是行政组织选择自由,是指国家有选择公法或私法组织的自由;第二类是行政行为选择自由,是指国家有选择公法或私法手段的自由。^{〔5〕}因此,行政形式选择自由依循这两个方面展开。对选择自由的质疑以行政行为形式选择自由为例子,除了探讨选择自由如何行使之外,还在相对宏观的角度阐释选择自由的界限,同时结合我国实践,指陈其中存在的问题。

一、行政行为形式自由选择权不存在吗?

行政法学界的多数见解认为,法律形式选择自由是指行政主体对于选择公法或私法的组织形式,以及选择公法或私法的行政行为形式有自由决定的空间。^{〔6〕}其中的选择还包括行政处分与替代性的行政契约、法律形式与非法律形式行为、型式化与非型式化的行为等。

德国是最早诞生行政行为形式选择自由理论的国家。之所以认可公法人有行为形式选择自由,是因为第二次世界大战以后,德国行政任务不断扩张、膨胀,而相对的

〔1〕 具体论述可参见袁文峰:“有奖拍违的性质及其违法性研究”,《行政法学研究》2011年第3期。

〔2〕 参见屠振宇:“市民‘拍违照片’能否直接作为处罚证据?”,载《人民法院报》2005年2月22日,第6版。

〔3〕 参见张洪波:“辅警的主体定位及规范”,《法学》2011年第9期,第127页。

〔4〕 参见詹镇荣:“变迁中之行政组织法——从‘组织形式选择自由’到‘组织最适诫命’”,《“中研院”法学期刊》2010年第6期,第2页。

〔5〕 参见李建良、林合民、陈爱娥、林三钦、陈春生、黄启祯:《行政法入门》,元照出版有限公司2004年版,第207页。

〔6〕 同上注。

行政手段捉襟见肘,为了避免行政主体无法实现法律规定的任务,事实上不得不给予行政主体更大的自主空间。^{〔7〕}行政机关为了达成公行政目的,适当地履行公行政的任务,可以选择适当的行政行为,乃至在法律所容许的范围内选择公私法不同法律属性的行为。^{〔8〕}

但是,实践中存在不少质疑行政行为形式选择自由的声音。程明修教授对此总结如下两类观点:^{〔9〕}第一类是对行政拥有私法行为形式选择自由进行质疑;第二类是有限的行政行为形式选择自由理论。程明修教授总结认为:统合以上限制理论,面对公法或私法行为的选择,行政无所谓一般性的行为形式选择自由。虽然可以有一种形成的作用,但行政却没有无限的形成余地,不可能任意支配整个行政法体系。

如果我们纠结于自由是公民在财产、行为上的那种自由,那种只要不损害他人即为自己活动能力的自由,那么这种标准之下,行政自然没有行政行为形式选择自由。但是,如果我们将这种自由等同于行政裁量的余地、法律赋予的行政自主判断的空间,是利用行政主体的专业知识,作为身临其境的背景下的最佳判断者的时候所具有的灵活自主的职权,那么所谓行政行为形式选择自由即存在。

德国《联邦行政程序法》第10条确立了形式自由的程序:“如果法律对程序形式没有特别规定,行政程序不受确定形式的拘束,行政程序应该简单,合乎目的并迅速地进行。”台湾地区“大法官”释字第457号认为:“‘中华民国’人民,无分男女,在法律上一律平等;‘国家’应促进两性地位之实质平等,‘宪法’第七条暨‘宪法’增修条文第十条第六项定有明文。‘国家’机关为达成公行政任务,以私法形式所为之行为,亦应遵循上开‘宪法’之规定。”释字第540号阐释:“‘国家’为达成行政上之任务,得选择以公法上行为或私法上行为作为实施之手段。其因各该行为所生争执之审理,属于公法性质者归行政法院,私法性质者归普通法院。”

在给付行政、需求行政的领域中,德国联邦最高法院也明确承认在公法或私法形式中,原则上行政具有所谓的行为选择自由。最高法院将行政选择自由或选择权作为一个当然的法律概念或理论予以运用。^{〔10〕}吴庚教授也认为:“私经济行政与公权力行政为行政作用最主要之区分,亦为行政机关选择其行为方式之前提因素,于不违背法律规定之情形下,行政机关非无选择之自由。”^{〔11〕}选择自由的存在具有客观上的原因,一是法规范不可能巨细无遗地规范一切场景,让一切事项有分毫不差的规范依据;二是行政应该有一定的自主空间,否则与机械执法无异。行为形式如此,组织形式也是如此。

〔7〕 参见林明锵:“论型式化之行政行为与未型式化之行政行为”,载翁岳生教授祝寿论文集编辑委员会编:《当代公法理论——翁岳生教授六秩诞辰祝寿论文集》,元照出版有限公司2002年版,第356页。

〔8〕 参见程明修:《行政法之行为与法律关系理论》,新学林出版股份有限公司2005年版,第290页。

〔9〕 同上,第293~303页。

〔10〕 参见程明修:“行政行为式选择自由——以公私协力行为为例”,《月旦法学杂志》2005年第5期,第47页。

〔11〕 吴庚:《行政法之理论与实用》,中国人民大学出版社2005年版,第12页。

二、组织形式自由选择权做出的标准与检讨

通常说来,先有组织后有行为,在行政形式选择中,也须先考虑组织形式,再由组织选择行为形式。组织形式的选择过程中,首先须考虑存在哪些组织类型,接着的问题是以何种标准对其进行选择,最后是选择做出的步骤。

(一) 组织类型

为了方便理解组织类型,下面列出组织类型请见表1。^[12]同时考虑到行政主体进行组织形式选择时,私法组织也是其中的可选择的合作对象,所以一并列入表格。

表 1 组织类型表

组织性质	组织类型	具体组织形态
公法组织	层级式行政组织	层级式行政组织、公营造物、公法组织的事业机构
	分殊化行政组织	独立机关、公法人、行政法人
	私法形式的行政组织	最狭义的公营事业(政府独资公司)、公民合资事业(公私合资事业)、公设财团法人
	助手型行政组织	行政受托人(Beleihene)、助手型民间受托机构(Verwaltungshelfer)
私法组织	自然人	本国公民、外国公民和无国籍自然人;个体工商户、农村承包经营户和个人合伙
	法人	企业法人、机关、事业单位和社会团体法人
	其他组织	

黄锦堂教授整理出当前常见的行政组织类型,指出在台湾地区科层式结构下至少有:行政机关、独立机关、公营造物、公营企业、公设财团法人、受委托行使公权力与行政助手、临时任务编组、公法上社团及公法上财团,以及行政法人九种类型。独立机关的设立为例外,必须出于正当事由,通过法律进行规范。组织上多采用合议制形式,委员的选任常须超脱党派,其行使权限有必要的独立性。临时任务编组不具有法律上的地位。^[13]临时任务编组相当于大陆地区的临时机构。行政法人可以说是以提升行政效能为导向、介于层级式行政体制和民营化之间的一种组织设计。这种组织的产生源于新公共管理思潮,以分权和绩效管理为特征。德国式公法人的设计,主要目的往往不是为了行政效率的提升,或强化成本效益与经营效能,而是基于自治权保障的考量。合作国家下的公私合作型行政组织形式,主要可表现为业务委托民间办理以及公私合资事业两种。前者视委托业务的属性是否涉及公权力,可进一步分为行政受托人以及助手型民间受托机构两种组织型态。上述组织从强调行政一体、民主责任的层级式行政体制,到意

[12] 其中公法组织部分参考李维哲:“民主国原则对行政组织形式选择之控制——以民主正当性为中心”,台湾高雄大学政治法律学系2010年硕士学位论文。公法组织部分为德国的类型,私法部分为我国目前法规规范的类型。

[13] 参见黄锦堂:“行政组织法之基本问题”,载翁岳生编:《行政法》(上),元照出版公司2006年版,第242~243页。

在应对复杂社会现象的行政分殊化的独立行政机关和行政法人，甚至基于国家瘦身和提升行政效率的公私合作型行政组织，其制度目的都不相同，却各有其擅长的功能领域。^{〔14〕}德国教授 Eberhard Schmidt-Aßmann 尝试从组织类型学（Organisationstypenlehre）的角度，依内部结构特性另将行政组织体系性地分为：层级型结构组织、合议型结构组织、学术专家型组织型态、自治行政型组织型态、经济企业型组织型态，以及合作组织型态六大类别。^{〔15〕}鉴于我们已经习惯于表中的分类方式，所以还是采用该种型态作为以下探究的基础。

（二）选择组织形式的标准

选择组织形式涉及行政任务、行政组织之间的关系，将两者结合起来的是行政目的。因此，探讨选择组织形式的标准时，首先需要明确行政任务、行政组织各自的特征，以行政目的将两者连贯起来，找到有利于达成行政任务、实现行政目的的行政组织形式。

1. 功能最适之机关结构理论

合法性行政所指的合法性是法治国家对于行政权行使的最低要求。展开来说的话，行政应遵守法律优越原则、法明确性原则、法律保留原则、信赖保护原则、比例原则、正当行政程序、平等原则等行政法基本原则的要求。各种具体行政行为做出的时候，如行政处分、法规命令、行政契约、行政规则等，还需要满足各行政专门法和行政程序法的相关要求。^{〔16〕}在遵守民主国原则、法治国原则等原则的情况下，除合法性之外，还要求行政决定与行政行为具备正确性，而这与行政组织是否具备正确性是联系在一起的。所谓行政决定的正确性，Hoffmann-Riem 认为是指“合法、完美、可接受以及可行”（Rechtmaßigkeit, Optimalität, Akzeptabilität und Implementierbarkeit）等因素的结合。行政组织在结构上如果能够担保行政的合法性，至少应符合以下两个方面的要求：一是组织人员资格方面，应具有一定基础的法律知识，相应熟稔组织业务范围内所涉及的法规等法制专业能力；二是行政组织内部结构方面，应具有业务合法性的内部调控机制，包括传统的层层节制的首长制官僚体系、委员间意见形成中（或通过外部法律专家参与）能够牵制与修正的合议制机关。^{〔17〕}

综合相关学者的见解，影响组织形式选择的因素包括：（1）任务取向，（2）民主正当性确保，（3）基本权利保障，（4）合法性原则，（5）财政因素与经济性原则，

〔14〕 参见前注〔4〕，詹镇荣文，第17~18、21、25页。分殊化行政组织是指国家为了应对行政任务的生长，跳脱行政层级体制的限制，进行分权化，设计出独立的行政组织等行政组织上的分化现象。参见陈爱娥：“行政一体原则与行政分殊化趋势——评‘司法院’大法官释字第613号解释对行政一体原则的理解”，载城仲模教授古稀祝寿编辑委员会编：《二十一世纪公法学的课题——城仲模教授古稀祝寿论文集Ⅱ行政法总论篇》，新学林出版股份有限公司2008年版，第147~149页。

〔15〕 Vgl. Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource-Einleitende Problemskizze, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997, S. 48~55. 转引自前注〔4〕，詹镇荣文，第8页。

〔16〕 参见翁岳生：“行政的概念与种类”，载翁岳生编：《行政法》（上），元照出版公司2006年版，第13~15页。

〔17〕 参见前注〔4〕，詹镇荣文，第33~34页。

(6) 公益确保。^[18] 黄锦堂教授指出, 行政任务是行政组织设置时基本考量的因素。^[19] 特定国家任务与决定究竟应归属哪一个机关, 须从各机关的内部结构、组成及运作方式来确定, 以此确保国家任务的履行能够正当而有效率。这就是 Fritz Ossenbühl 提出的功能最适之机关结构理论。德国联邦宪法法院在 1984 年的导弹部署判决中 (BVerfGE 68, 1.), 正式采纳了该理论, 指出: “……权力分立之目的就在于国家之决定能够尽可能得正确, 亦即由具有最佳之组织、组成方式、功能、程序等条件的机关来担当之……” 在后续几则判决中, 德国联邦宪法法院以功能法之机关结构理论作为审查权力分立争议的标准。^[20]

行政组织型态的选择不宜以仅仅消极不抵触宪法或法律禁止 (Verbote) 或诫命 (Gebote) 规定的合宪性与合法性作为标准。而应该以完成行政任务最佳化的行政组织的手段作为组织型态选择的基本出发点。基于行政组织的合目的性和任务导向的影响, 德国行政组织法总论释义学上极力主张以组织最适诫命 (Gebot optkinaler Verwaltungsorganisation) 取代传统的组织形式选择自由理论。联邦宪法法院在 1983 年 1 月 12 日的烟囱清洁匠保险裁定中 (BVerfGE 63, 1.) 认为: 在一行政机构的组织形塑时, 行政经济的观点具有一定的分量, 并且可以让非典型 (atypisch) 的形塑型态正当化。在 2005 年 8 月 25 日的联邦众议院解散案判决中 (BVerfGE 114, 121.), 联邦宪法法院提出“有运作能力之政府”作为解散国会宪法正当性的判决标准。^[21] Walter Krebs 明确指出: “由基本法第二十条第二项, 吾人可导出功能划分诫命 (Gebot der Funktionen-gliederung)。此原则绝非仅是一种形式上权限分配体系而已, 毋宁亦蕴含实质之表述: 即将个别之权力作用予以结构化, 并且要求建构一权限秩序, 藉此不仅能避免功能主体之权力滥用, 更能促其得以事理妥适性地 (sachangemessen) 履行任务。是以, 功能划分原则乃将功能、组织或机关结构、行政任务, 以及行政组织之形塑等因素, 彼此连结成一法律上脉络。”^[22] Krebs 的功能划分原则与 Hoffmann-Riem 的功能最适之机关结构理论可谓有共通之处。

2. 组织特征

除了任务取向, 组织特征是迎合功能最适之机关结构的必要条件。为了便于理解组织特征, 承接表 1, 将组织特征及其任务取向附于其后, 列于表 2。^[23]

[18] 参见前注 [12], 李维哲文, 第 46 页。

[19] 参见黄锦堂: “‘中央’行政机关组织基准法的任务与体系——德国法之比较”, 载黄锦堂: 《行政组织法论》, 翰芦图书出版公司 2005 年版, 第 60 页。

[20] 参见法治斌、董保城: 《宪法新论》, 元照出版有限公司 2005 年版, 第 55~57 页。

[21] 参见前注 [4], 詹镇荣文, 第 30~31 页。其中联邦众议院解散案引自陈新民: “检讨宪政惯例的地位与效力——由总统的阁揆人事决定权谈起 兼论德国联邦宪法法院最近的‘国会解散案’判决”, 载陈新民: 《法治国家原则之检验》, 元照出版公司 2007 年版, 第 107~114 页。

[22] Vgl. Walter Krebs, Verwaltungsorganisation, in: HStR III, 2. Aufl., 1996, § 69, Rn. 77. 转引自前注 [4], 詹镇荣文, 第 32 页。

[23] 参见前注 [12], 李维哲文, 第 41~42 页; 彭杰义: “论公法财团运用于‘我国’法制上之可能性”, 台湾海洋大学海洋法律研究所 2008 年硕士学位论文, 第 121~122 页。

表 2 公法组织特征及其任务取向表

组织类型	具体组织形态	组织特征及其任务取向
层级式行政组织	层级式行政组织、公营造物、公法组织的事业机构	规制性纲领的行政任务（高权管制行政）。通过广泛的指挥监督权限，全方位对合法性和合目的性进行控制，维持行政的一贯性与一体性，确保公益目的达成及责任政治的实现。后两者较偏向给付行政和特定行政任务，具有一定独立性，层级指挥监督相对宽松。
分殊化行政组织	独立机关、公法人、行政法人	任务取向：要求专业化与去政治化；特别顾及政治与社会多元价值；或属于司法性公共事务。施政效率是行政法人的主要目的，其任务的公权力特征非特别明显，通过专业化与松绑人事、预算与财务以确保任务完成（独立机关则无此特点）。
私法形式的行政组织	最狭义的公营事业（政府独资公司）、公民合营事业（公私合营事业）、公设财团法人	与公营造物、公法组织的事业机构一样，其任务类型，皆属无涉国家高权权限行使的给付、文教、研究，以及扶助等性质之行政。公法组织的事业机构较偏重国家的经济营利行为。从必要性考量要素之选择功能最适合的组织形态，私法财团之基金会基于：公法形式组织不易达成特定公共任务，如需设立海基会；设立效果显著；特定公共任务适合设立基金会。
助手型行政组织	行政受托人、助手型民间受托机构	行政受托人的运用传统上基于行政辖区太广、高度的境外移动性、私人具有专门专业技术或其他特殊理由等，但现今基于行政便捷性，或行政专业性。行政助手为补充机关人员不足。两者的主要区别为行政责任的归属不同。 ^[24]

在选择行政组织形态时，政府之所以放弃公法形式而改采私法组织形式的主要原因，在于跳脱公法上的预算、人事、国会监督、审计等相关法令高密度的管制，以获得较大的行为弹性。同时，可以通过私企业或私人富有创意和绩效取向的弹性经营管理方式，取得更大的行政效能。^[25] 黄锦堂教授认为其优点还有：防止政府过度监护、市场导向、利用民间资金、强化民间参与行政任务执行意愿、排除国际合作障碍和提升国家产业竞争力等。但也有可能因为涉嫌回避监督、与民争利，从而受到必要的监督。^[26]

（三）组织形式选择的顺位化

德国 Schuppert 教授借鉴制度选择理论（institutional choice）的观点，将行政组织形态之选择划为三个阶段。在形式上，他的选择架构看似层级分明、体系完整，然而詹镇荣教授认为其框架过于抽象和模糊，特别是没有明确具体行政组织类型间应按照哪种标准进行选择。Schuppert 教授的选择顺位结构如图 1。^[27]

[24] 参见台湾地区“行政程序法”第 16 条：“行政机关得依法规将其权限之一部分，委托民间团体或个人办理。前项情形，应将委托事项及法规依据公告之，并刊登政府公报或新闻纸。第一项委托所需费用，除另有约定外，由行政机关支付之。”

[25] 参见前注〔4〕，詹镇荣文，第 21 页。

[26] 参见前注〔13〕，黄锦堂文，第 290 页。

[27] 参见前注〔4〕，詹镇荣文，第 40 页。各阶段名称为笔者所加。

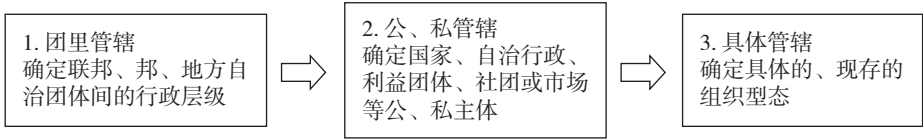


图1 G. F. Schuppert的选择顺位结构图

相反，詹镇荣教授认为 R. Wahl 的紧密结合行政任务特性的操作模式，因其做了类型化处理并体现出通案性与细腻性，是较为可行、具可操作性的选择架构。其选择顺位结构如图 2。^[28]

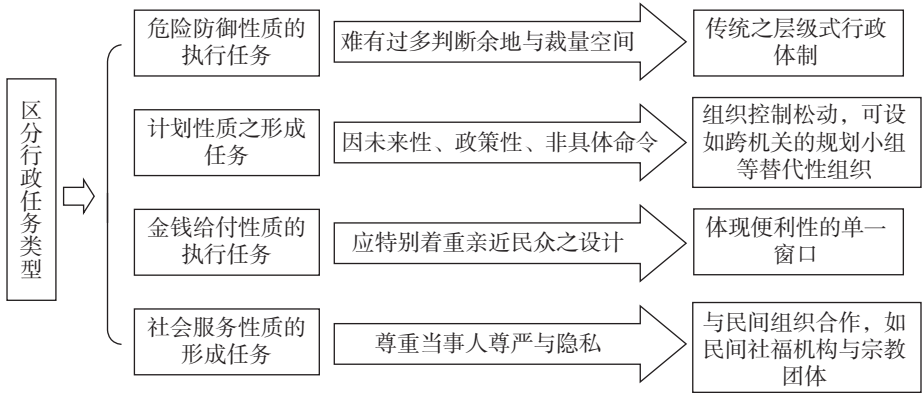


图2 R. Wahl的行政任务导向型选择顺位结构图

在选择最适当的行政组织型态时，仍然必须遵守以行政任务为取向的标准。考虑到行政目的的多元化和行政组织型态的开放性，思考中难免挂一漏万。进行行政组织型态最适化选择时，除了合法性要素的考量外，还有人权保障、效率、可接受性和可行性等要素。^[29] 詹镇荣教授的最适组织型态选择顺位结构如表 3。

表3 詹镇荣的最适组织型态选择顺位结构表^[30]

步骤一： 两条平行 轴线	步骤二：各层次行政组织的选择（各层次数字表示选择顺位）	步骤三：通过考量因素确定具体的组织形式
秩序行政 任务	1. 层级式行政组织 与分殊化行政组织	优先考虑分殊化行政组织。有分殊化必要时，则将再进一步就独立机关、公法人、行政法人及行政受托人等组织型态间进行选择。
	2. 委托行使公权力 与其他行政分殊化 行政组织	遵守功能保留原则；在非经常性、急迫性等例外情形下，可将公权力委托私人或民间团体行使，此时的关键标准应该是行政经济性。

[28] 同上，第 41 页。

[29] 同上，第 42、50、51 页。

[30] 同上，第 43~48 页。

续前表

<p>步骤一： 两条平行 轴线</p>	<p>步骤二：各层次行政组织的选择（各层次数字表示选择顺位）</p>	<p>步骤三：通过考量因素确定具体的组织形式</p>
<p>秩序行政 任务</p>	<p>3. 独立机关、公法人及行政法人</p>	<p>德国式公法人：除政治化、与国家保持距离；行政法人：松绑人事和财政，提升行政效率和效能；独立机关：市场自由化并促成产业的结构调整、充分反映社会的多元价值和利益等。</p>
<p>非秩序行政 任务</p>	<p>1. 公法形式之行政组织与私法形式之行政组织</p>	<p>可参考 Roman Loeser 的躲避策略；^{〔31〕} 私法组织应满足由母体机关民主控制之民主国原则的最低要求。</p>
	<p>2. 私法形式组织型态下公办民营、公营公司、民法上财团法人等</p>	<p>公营公司：涉及人民生存所需的物资与服务；财团法人：执行文教、艺术、研究、社会与经济促进等非经济的行政任务；行政设备与业务委托民间经营（公办民营）：提升行政效率或减轻行政负担。</p>

（四）我国行政组织形式自由选择权之检讨

正如前文所言，我国行政实务界长期以来不能准确界分组织法与行为法之间的区别。在设立行政组织时，不是从行政目标出发，以行政任务为导向进行，而是因沿事务设立组织和职位，最典型的莫过于工商行政管理、食品药品监督管理、质量技术监督。在2014年前，三家各管一段，推诿与争夺职权的现象屡见不鲜。2014年后，各地陆续将其整合为市场和质量监督管理部门，顺应了以行政任务为导向的行政组织形式设置，理顺了目的、组织、任务之间的关系，解决了行政组织形式选择上的困惑。但是，我国行政组织上的可选择性是有限的，如不存在独立机关、公法人、行政法人。至于内部结构，即便存在首长制和委员会制的机关，在整个社会普遍行政化、首长化的背景下，两者并无明显的分殊。

1. 通案选择：事业单位分类改革存在的问题

依据《事业单位登记管理暂行条例》第2条的规定，事业单位是指：“国家为了社会公益目的，由国家机关举办或者其他组织利用国有资产举办的，从事教育、科技、文化、卫生等活动的社会服务组织。”在2013年的《国务院关于机构设置的通知》中，第六类机构国务院直属事业单位一共列出了13个，包括新华通讯社、中国地震局、中国气象局、中国银行业监督管理委员会、中国证券监督管理委员会、中国保险监督管理委员会，以及中国科学院、国家行政学院等研究、教育机构。实际上，这些机构并非那年才有，不过是在调整组成部门等机构时一并列出而已。如全面职权意义上的中国证监会可回溯至1998年。《证券法》第7条规定证监会依法对全国证券市场实行集中统一监督管理。该会网站（<http://www.csrc.gov.cn/pub/newsite/zjhjs/zjhjj/>）表明其职权是：

〔31〕 该策略的主要内涵，认为组织形式是否合理、正当，取决于其是否可以规避预算法与公务员法上不合目的的拘束，避免投资与责任法上的风险，减少税法上的负担，简化设立、转换以及解散法上的程序，和尽可能降低母体机关监督与调控的密度而定。一般来说，私法形式之行政组织具有上述优势，但须经过民主国原则的检验。参见前注〔4〕，詹镇荣文，第47页。

统一监督管理全国证券期货市场,维护证券期货市场秩序。实务中,判决书也视其为行政机关。^[32]中国地震局是管理全国地震工作的机构,经国务院授权承担《中华人民共和国防震减灾法》赋予的行政执法职责。^[33]中国气象局于1994年从中央军委划为国务院直属事业单位。《气象法》第5条规定:“国务院气象主管机构负责全国的气象工作。”2013年,全国气象部门有在职职工73202人,其中两院院士6人,博士生导师26人,拥有高级技术职称的4415人。^[34]从证监会、中国地震局到中国气象局,虽然都是事业单位,但存在行政管理色彩从浓到淡不同的三个层次。因此,在组织上将它们之间以及它们与教育研究机构等同,导致名与实的不一致,在组织管理和选择中产生混乱。

(1) 分类推进事业单位改革的思路

《中共中央 国务院关于分类推进事业单位改革的指导意见》(2011年3月23日)中提出改革的基本原则是,提高公益服务水平、满足人民群众需求,目标是“到2020年,建立起功能明确、治理完善、运行高效、监管有力的管理体制和运行机制,形成基本服务优先、供给水平适度、布局结构合理、服务公平公正的中国特色公益服务体系”。意见的核心是划分现有事业单位类别。依据社会功能将其划分为承担行政职能(逐步将其行政职能划归行政机构或转为行政机构,如金融监管机构、执法监督机构等)、从事生产经营活动(逐步将其转为企业,如开发应用型科研机构、招待所等)和从事公益服务(继续将其保留在事业单位序列、强化其公益属性)三个类别。今后,不再批准设立前两种事业单位。对公益服务机构,根据服务对象、职责任务及资源配置方式等标准再进行二次划分。不能或不宜由市场配置资源的基本公益服务,划入公益一类,如义务教育、公共文化、基础性科研、公共卫生等;可部分由市场配置资源的高等教育、非营利医疗等公益服务划入公益二类。结合不同事业单位的具体特点,依据国家政策和以事定费的原则,对不同类型的事业单位给予差别财政支持。“对公益一类,根据正常业务需要,财政给予经费保障;对公益二类,根据财务收支状况,财政给予经费补助,并通过政府购买服务等方式予以支持。”

2014年12月,财政部、民政部和工商总局联合发文《政府购买服务管理办法(暂行)》(财综[2014]96号)。规定属于事务性管理服务的事项通过竞争的方式、以政府购买服务的方式提供。提供主体包括社会组织、公益二类或转为企业的事业单位,企业、机构等社会力量(第6条)。纳入政府购买的包括社会管理性服务、政府履职所需辅助性事项(第14条)。这些事项可以通过合同外包或专家参与等形式进行。

[32] 如《北京市第一中级人民法院行政判决书》,(2000)一中行初字第118号:“证监会是行使国家证券监督管理职权的行政机关,其对股票的公开发行,负有核准的职责和权力。”《北京市第二中级人民法院行政判决书》,(2013)二中行终字第1208号:“根据上述规定,北京证监局作为对信访事项有权处理的行政机关对信访事项作出的不予支持的答案符合《信访条例》第三十二条规定的处理方式,属于《最高人民法院关于不服信访工作机构依据〈信访条例〉处理信访事项的行为提起行政诉讼人民法院是否受理的复函》([2005]行立他字第4号)第二条规定的‘对信访事项有权处理的行政机关作出的处理意见’,不属于人民法院的受案范围。”

[33] 参见其网站机构简介,载<http://www.cea.gov.cn/publish/dizhenj/465/471/index.html>,最后访问时间:2015年9月1日。《防震减灾法》第6条:“国务院地震工作主管部门和县级以上地方人民政府负责管理地震工作的部门或者机构,承担本级人民政府抗震救灾指挥机构的日常工作。”

[34] 参见其网站机构简介,载http://www.cma.gov.cn/2011zwxx/2011zbgk/201110/t20111026_117793.html,最后访问时间:2015年9月1日。

(2) 分类推进事业单位改革的标准和问题

《国务院组织法》为全国人大保留了国务院组成部门设立、撤并的权力，对于直属机构则授权国务院自行决定（第11条）。办公厅、直属特设机构、办事机构和直属事业单位的组织问题则成为国务院保留的事项。这一点我们可以从《国务院关于机构设置的通知》（国发〔2013〕14号）制订的依据中推论。其权力不是由法律直接规定，此非无疑义。至少法律应做出框架性、原则性的规定，以便在组织变动中不会失却目标和轨道。在组织权方面，国务院当然应有一定的自主权，这是为了因应事务发展的需要。事业单位的分类改革也包含了其层级指挥权的内容。组织形态选择顺位不只是面对个案发挥作用，在面对通案时，同样有其用武之地。分类改革是通案性的选择和擘画。然而，《指导意见》等系列文件在进行组织形式分类与行政任务进行对应时，出现了标准单一、任务取向错位等问题。

在学界和实务界，对事业单位的分类主要有：行政隶属分类法、行业分类法、行政级别分类法、经费分类法、功能分类法、性质分类法等。其中经常运用的是经费分类法、行业分类法和功能分类法。^[35]在分类改革的方向上，三类事业单位中，划分的标准是内或外部生产标准，或者说是公或私的生产标准。行政类遵守的是内部生产，经营服务类是外部生产，公益类则是公私混合生产。现有改革方案对事业单位分类的基本标准为：单位产品或者服务的公益性越高，则越趋向内部生产，也就是科层制的方式；产品或者服务的公益性越低，则可外部生产，即是市场的方式。确定提供公共服务的事业单位采用何种生产方式，公益性高低并非唯一适用的标准。即便转型后的经营服务类事业单位同样可以生产政府付费、公益性很高的产品。某项服务的公益性只与是否需要政府付费有联系，与是否需要由政府生产并无必然联系。制度经济学家威廉姆森认为，政府提供的公共服务采用何种方式取决于生产费用和交易费用。如果市场提供服务导致高交易费用，那么内部生产对于政府来说是有效率的和可取的。但内部生产的生产费用比外部市场通常要高。影响政府采用外部生产的交易费用包括四项因素：是否提供关键性服务、提供服务的复杂性程度、服务市场的竞争程度、是否行使公共权力。^[36]全国人大常委会白志健委员认为：目前事业单位改革进展缓慢，不少事业单位仍在努力进入公益一类，这制约着政府购买服务范围、规模的扩大。^[37]

如上所述，影响组织形式选择的因素中，公益确保或公益取向只是其中一个，《指导意见》也加入了财政因素。此外，尚包括：任务取向、民主正当性确保、基本权利保障、合法性原则与经济性原则等因素。三类事业单位的分类角度还以政府为出发点，行政任务以服务于社会为目的，分类应追本溯源，从以原单位与政府的关系为出发点，转向以原单位与社会的关系为出发点。不应以是否为政府服务作为事业单位分类的标准，而应考察由公权力、公共组织实现某种任务的必要性。对行政类事业单位的划定，所依

[35] 参见改革杂志社专题研究部：“中国事业单位分类改革轨迹及走向判断”，《改革》2012年第4期，第6页。

[36] 参见郭小聪、聂勇浩：“事业单位分类改革：内在冲突及替代性方案”，《中国人民大学学报》2011年第5期，第102~104页。

[37] 参见朱宁宁：“常委会委员审议预算执行情况报告时建议 加快推进事业单位分类改革”，载《法制日报》2015年8月29日，第3版。

凭的不是政府的需要而应是社会的需要。^{〔38〕}社会的需要是行政的目标，以此才能将行政任务与功能最适之机关（组织）链接起来。

变革需要诸多的制度支撑，也需要考虑制度的环境。如机构限额、行政编制总额对分类改革来说是不可逾越的红线。分类改革需要完善的市场背景，公私合作的完善。目前，我国事业单位就业总人数达到3 082万。其中，教育系统1 567万、医卫639万，两者共计2 206万人，占事业单位就业总数的三分之二以上。^{〔39〕}这两个行业给大家的普遍印象是，教学科研质量下降、医患关系紧张和费用高企。这和民营化不彻底、公私合作不畅通关系莫大。^{〔40〕}

2. 个案选择：有奖拍违存在的组织选择问题

有奖拍违全称是“奖励市民拍摄交通违章的行为”，虽然事件过去多年，但现在反思并非全然无益。除了其性质及违法性值得研究外，^{〔41〕}问题的核心是行政组织自由选择权出了问题，或者说相关事件的交警没有意识到或不愿意正视其选择权。

（1）行政机关放弃主动选择的鸵鸟政策

有学者认为拍违行为是民事行为或机器行为，实际上，他们将拍违行为和警察的处罚行为割裂开，孤立地去分析拍违行为。这种角度分析得再精致也难以解释拍违带来的种种问题。武汉市交警明确将拍违行为定性为举报行为，也即是个人的行为，至于他们之间照片或录像的“交易”，似乎没有关注。

交警与拍客之间虽然没有经过立约程序订定契约，但类似的《公告》或《通告》已构成开放式的要约，拍客又以各自的行动进行了承诺。所以两者之间存在委外契约关系。这种关系的存在并不合法。表面上，交警不认可他们之间存在行政法律关系。实际上，他们之间已经构成委外契约关系。或者说，无论交警是否进行选择，委外契约关系已经建立（被动选择）。

（2）依序该如何做出组织选择

在探究这个问题之前，我们先回顾两起案件。第一起案件是郑某诉济南市公安局交通警察支队市中区大队交通行政处罚案。^{〔42〕}第二起案件是杨京浩诉北京市公安局公安交通管理局海淀交通支队中关村大队案。^{〔43〕}前者中，法院认为交通协管员没有行使职权。后者中，法院则认为交通协管员的行为不是执法行为。两案皆有误差。在非交警行使相关职权方面，有奖拍违案件与两起案件类似。但是，拍客不是交通协管员，因为他们没有受到交警的聘任，属于机构外的人员。从最适组织形态的选择顺位来说，拍违的行为属于秩序行政任务。如果是临时性的行政助手参与其过程，自然是可行的。作为职业性的拍客，已经超脱于行政助手之外，是委外契约方。交警将拍违作为非秩序行政任务交给私人更属于选择错误。

〔38〕 参见高红、管仲军：“论中国行政类事业单位改革的‘破’与‘立’”，《中国行政管理》2014年第2期，第41页。

〔39〕 参见杨宇立：“事业单位改革‘夹生化’的成因与出路”，《上海经济研究》2015年第3期，第103页。

〔40〕 进一步论述参考前注〔39〕，杨宇立文。

〔41〕 详见前注〔1〕，袁文峰文。

〔42〕 参见《山东省济南市中级人民法院行政判决书》，（2013）济行终字第234号。

〔43〕 参见《北京市海淀区人民法院行政判决书》，（2013）海行初字第7号。

行政的合法性包括组织人员具备执法资格,但拍客并不具备。德国拜恩州普通高等法院于1997年3月5日做出的决定为我们指出了如何做出组织选择的思路。法院认为地方自治团体委托私人测量超速、登记以及记录的事项,属于高权性的、国家的核心性权限。这些事项只能以对私人的权限委任的方式(特许)进行。技术性辅助履行者实施的这些事项和国家高权性权限组成了不可分割的整体,所以将其割离出来委由履行辅助者行使是不允许的。^[44]因此,面对拍客,如果要将他们纳入行政任务的履行过程中,在考虑组织选择的时候,须通过立法的途径,以特许的方式将拍客纳入行政过程。其实,这时拍客已经成为行政委托中的受托方了。

三、行为形式自由选择权做出的标准与检讨

行政行为形式选择自由的法律性质属于行政所拥有的一种形式选择的裁量,甚至是一种法没有规范的前提下的自由裁量(freies Ermessen)。^[45]这并不是说,它是一般性的裁量,作为一种裁量权的体现,是有界限的。易言之,这是一种合义务的裁量,裁量不当,会造成裁量瑕疵。台湾地区“大法官”释字第324号解释中,大法官吴庚协同意见书认为:“第按行政机关对于行政作用之方式,固有选择之自由,如法律并无强制规定时,行政机关为达成公共行政上之目的,自可从公法行为、私法行为、单方行为或双方行为等不同方式中,选择运用。公法上之单方行为须受依法行政(法律保留)原则之拘束……”在行政机关履行公行政任务时,面对何种行为形式的选择,主要有以下三种选项:①在各种公法行政行为形式间选择;②在公法和私法行政行为形式间选择;③在行政行为形式和非行政行为形式间选择。^[46]下面按照以上三种选项分别依序进行叙述。

(一) 在各种公法行政行为形式间选择

行政主体首先考虑的是在各种公法行政行为形式间进行选择,这些行为包括行政法律行为(如行政许可、行政确认、行政命令、行政征收等)和其他行政行为(如行政契约、行政指导和事实行为等),得采取何种形式,一般来说自有法律规范的要求。其中尤其该注意的是行政契约和行政处理的选择关系如何确定。一方面,固然是因为两者的性质存在诸多的不同;另一方面,则是国家治理方式的改变,广泛运用行政契约等因素让行政契约和行政处理之间的选择关系成为讨论的热点。鉴于以上两种原因,这里将重点置于行政契约与行政处理的选择关系。

1. 选择标准

在干涉行政领域,因为该领域涉及限制人民权利或课予人民义务,都需要有法律明文规定或法律明确授权才可以进行,这些行为形式常常由法规直接做出规范,行政主体可选择的空间较小。而行政主体在给付行政方面的选择较有灵活空间,包括给付主体、

[44] 案例引自〔日〕米丸恒治:《私人行政》,洪英、王丹红、凌维慈译,中国人民大学出版社2010年版,第168页。

[45] 参见前注〔8〕,程明修书,第289~290页。

[46] 参见赖国星:“合作国家理念对进出口行政管制法制化之影响——以高科技货品进出口管制为例”,台湾政治大学法律学研究所2008年硕士学位论文,第59页。

给付方式选择自由,及给付或利用法律关系的选择自由。^[47] 给付行政领域非单纯涉及各公法行为形式内的选择,也涉及在公法和私法行政行为形式间选择,此容后文再叙。

2. 在行政处理与行政契约间进行选择

行政契约与行政处理的联系有:行政契约与行政处理都是行政机关对个别事件所做出的具有对外效力的行政法规制手段。区别有:行政处理是行政机关单方做出,而行政契约是行政机关与人民双方协议而成。所以,基于这一根本的差异特征,两者在合法性要件、瑕疵效果、拘束力、情事变迁时的废弃可能性,和在强制执行可能性方面,都存在不同的法律效果。^[48] 基于不同的考量因素,如功能、效力、不同的行政任务需要、行政效率或目的,行政主体得在行政契约与行政处理之间选择最适合完成行政任务的行为形式。^[49] 欲在行政契约与行政处理之间做出正确的形式选择,就必须了解它们之间的关系。在行政契约法制中,行政契约与行政处理(尤其在隶属性的法律关系中)属于竞争与取代关系。如果行政机关在订立行政契约后,再用已经被取代的行政处理形式改变当事人之间的法律关系时,这一行为将对人民构成突袭,违背以行政契约取代行政处理之间的竞争与取代关系的特征。^[50] 同样,这也有违信赖保护原则,故是所不取。

竞争与取代关系可以解释为不得并用原则,但原则皆有例外,此处的例外是得并用于例外。通说认为,这种情况可以在明确的法律授权的情况下存在。^[51] 如台湾地区“行政程序法”第135条规定:“公法上法律关系得以契约设定、变更或消灭之。但依其性质或法规规定不得缔约者,不在此限。”这是概括性的规定。第136条规定:“行政机关对于行政处分所依据之事实或法律关系,经依职权调查仍不能确定者,为有效达成行政目的,并解决争执,得与人民和解,缔结行政契约,以代替行政处分。”这是以和解契约代替行政处理(即台湾地区所指的行政处分)。同时,程序法也规定了行政契约代替行政处理在哪些情况下无效。^[52]

行政契约有多种分类,如果从是否直接导致权利义务的变更来看,则可以分为义务契约和处分契约。义务契约是指当事人一方或双方负有特定的给付义务,而对方则有履行该义务请求权的契约。处分契约是指用以履行契约上、法律上或其他形式设定的义务,直接发生权利变更的契约。^[53] 为履行契约义务所做的处分(理)称为履约处分(理)。根据台湾地区“行政程序法”第136、137及142条的规定,台湾地区将行政处

[47] 参见张惠东:“行政行为形式选择”,台湾中兴大学法律研究所1999年硕士学位论文,第71页。转引自前注[46],赖国星文,第59页。

[48] 参见陈敏:《行政法总论》,自刊2007年版,第570页。

[49] 参见邱俊杰:“行政契约与行政处分之选择——以行政契约为中心”,第3页,载 http://mail.scu.edu.tw/~muenster/95_7.pdf,最后访问时间:2015年7月5日。

[50] 林明锵:“行政契约与行政处分——评‘最高法院’八十八年度判字第三八三七号判决”,《台大法学论丛》2004年第1期,第11页。

[51] 参见前注[49],邱俊杰文,第6页。

[52] 第142条:“代替行政处分之行政契约,有下列各款情形之一者,无效:一、与其内容相同之行政处分为无效者。二、与其内容相同之行政处分,有得撤销之违法原因,并为缔约双方所明知者。三、缔结之和解契约,未符合第一百三十六条之规定者。四、缔结之双务契约,未符合第一百三十七条之规定者。”

[53] 参见前注[48],陈敏书,第578页。

理纳入行政契约中的履行义务具有容许性。^[54]

(二) 在公法和私法行政行为形式间选择

《治安管理处罚法》、《人民警察法》、《行政强制法》、《行政处罚法》等诸多公行为要求以公法形式完成,否则无法实现行政目标。因此,凡涉及公权力行使的行为,除法律另有规定者外,禁止通过私法途径完成。^[55]原则上行政主体执行行政任务时,应选择公法行政行为形式。但在公法内如无适当行为形式可以作为行政给付的依据时,除法规有禁止规定或与任务性质相抵触的情况外,也可以采用私法组织或私法行为形式。^[56]如果从直接或间接实现行政任务角度考察选择自由的界限,那么在干预行政中,选择范围应限于公法行政行为,而在给付行政或间接履行行政任务领域,则较有可能具有选择私法行为的自由。^[57]然而,行政私法行为并非完全按照私法自治进行,仍然要接受基本权与行政法一般原则的约束(如比例原则、管辖权规定等),以免发生所谓“循入私法”的质疑,^[58]以及避免存在“贱卖公权力”的嫌疑。

德国联邦宪法法院或最高行政法院在一系列的判决中,明确承认在给付行政、需求行政中,原则上选择公私行政行为形式的自由。^[59]私行政行为可能妨碍私人竞争和私人利益,尤其是行政营利行为。有人曾依据《基本法》职业自由和私有财产权条款(第12条和14条),要求判决禁止此类活动。联邦行政法院认为,基本法相关条款支持新的市场竞争者,支持自由竞争活动。在实践中,出现越来越多的乡镇的营利活动。依据各州乡镇法,通常,乡镇设立企业需要满足三个要件:迫切的公共目标要求;企业的种类和规模与乡镇的财政能力和需要具有关联性;私人企业无法提供同样的或更好的服务。^[60]

此处在中国的适例为《南京市城市排水管理条例》第24条规定:“污水处理特许经营的具体工作由市、县城市排水行政主管部门按照国家有关规定组织实施。”但该法并没有规定如何组织与实施。目前通行的方式是与私主体签订契约。^[61]这是可行的,因为除非法律明定禁止特定的法律形式,否则基于合义务的裁量,行政原则上可以决定采

[54] 参见前注〔49〕,邱俊杰文,第9页。台湾地区“行政程序法”第137条:“行政机关与人民缔结行政契约,互负给付义务者,应符合下列各款之规定:一、契约中应约定人民给付之特定用途。二、人民之给付有助于行政机关执行其职务。三、人民之给付与行政机关之给付应相当,并具有正当合理之关联。行政处分之作成,行政机关无裁量权时,代替该行政处分之行政契约所约定之人民给付,以依第九十三条第一项规定得为附款者为限。”

[55] 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。

[56] 参见前注〔46〕,赖国星文,第61页。

[57] 参见董保城:“台湾行政组织变革之发展与法制面之挑战”,载台湾地区行政法学会主编:《国家赔偿与征收补偿/公共任务与行政组织》,元照出版公司2007年版,第224页。

[58] 参见刘宗德:《行政私法》,载台湾地区行政法学会主编:《行政法争议问题研究》(上),五南图书出版公司2001年版,第240页。林锡尧教授则认为行政私法不适用行政程序法、行政争讼法及行政损失补偿与国家赔偿。参见林锡尧:《行政法要义》,元照出版公司2006年版,第5页。

[59] 参见前注〔8〕,程明修书,第291页。

[60] Rolf Schmidt, Allgemeines Verwaltungsrecht, Hannover 2010, S. 361f. 转引自张青波:“行政主体从事私法活动的公法界限——以德国法为参照”,《环球法律评论》2014年第3期,第163页。

[61] 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”,《行政法学研究》2014年第1期,第129页。

取公法或私法的契约法律形式建立公私合作关系。^{〔62〕}我国尚无行政契约的正式法源,这些契约是属于行政契约还是私法契约,还有争议的空间。

(三) 在行政行为形式与非行政行为形式间选择

行政行为形式与非行政行为形式相应地也可以称为型式化与未型式化、正式与非正式行政行为。^{〔63〕}行政行为形式又称为形式化之行政行为。以上分类是以行政行为的形式(手段)是否已经被类型化、定型化为标准。型式化行政行为指已广受实务界和理论界讨论且已经固定化的行政行为。其概念、体系以及和其他体系之间的关系已经大致完善。型式化行政行为主要有:行政处分、行政契约、法规命令、行政规则、自治章程、行政内部的职务命令和行政事实行为。未型式化行政行为是指不具有确定的拘束力的行政行为,即拘束意思和规范的范围不明确。如:不具形式的协议、公布,行政机关有认识的容忍、推荐、指点等。^{〔64〕}型式化目的在于经由将各种基本单元予以类型化、型式化、制度化,以产生法治国家的规律。行为形式相关理论及规律是成为行政法学或法典体系的核心内容。^{〔65〕}

虽然型式化框架具有制度化与稳定性等优点,但是,型式化行政行为也给行政行为自由带来拘束与限制,存在以下几种缺陷:过度抽象性、过度集中性和缺乏对行政过程及行政法律关系的研究。未型式化行政行为之所以出现,主要有三个原因:一是回避日渐扩大的法律拘束;二是因应型式化行政行为带来的缺陷;最后是其手段和目的能相当当地达成行政目的和提高行政效率。在某些情形下,对达成行政目的而言,未型式化行政行为反倒是一种较为洽合的手段。因其有新的弹性(Flexibilitat)、可变性(neue Beweglichkeit)及创造性(Kreativitat)等功能。比较型式化行政行为,其更能节省劳力、时间、费用。如食品卫生部门利用媒体,警告公众勿购有毒、被污染的某些食品,或是推荐某种替代品等,即能迅速、有效维护公共健康,避免损害。但是,利弊共存,未型式化行政行为在下述三个方面将对法治国家造成威胁:没有制度化(纪律化);对未来行

〔62〕 参见前注〔8〕,程明修书,第323页。

〔63〕 非正式行政行为(informelles Verwaltungshandeln, informales Verwaltungshandeln)也称为非正式高权行为(informelles Hoheitshandeln),是指公行政为准备或替代公权力决定所做出的,在公法上对人民不具法律拘束力的约定或它们之间其他的接触形式。非正式行政行为之所以为非正式是因为不以行政处分、法规命令或行政契约等传统行政法律行为方式做出。正式不是要式,不可混淆。非要式行政处分,也可能是正式行政行为。非正式行政行为,虽是公行政在公法做出的高权行为,但本质上是不具有法律拘束力的行政事实行为。但德国学界对该定义尚未定论。例如,Ossenbühl认为一切不能纳入法律上已形式化的行政行为,都是非正式行政行为。如公私约定或类似的合作方式,而且行政机关单方高权行为,如行政机关的建议、警告、提供消息等,以及在正式立法程序外所制订的、实际重要性不亚于法规等传统法源的行政规则及规范等。Bull则认为一切行政事实行为以及为做成有拘束力法律行为而准备的法律无规定或未充分规定的未类型化行为,皆属非正式行政行为。行政指导在台湾地区似已成为一种制度化的行为,但从有关规定的內容来看,出于其概念的开放性,并欠缺具体的法律效果,实质上还是非正式之行政行为。参见前注〔48〕,陈敏书,第627~628页。

〔64〕 参见林明锵:“论型式化之行政行为与未型式化之行政行为”,载翁岳生教授祝寿论文集编辑委员会编:《当代公法理论》,月旦出版有限公司1993年版,第341~346页。

〔65〕 参见赖恒盈:“行政法律关系论之研究——行政法学方法论评析”,台湾政治大学法律学系2002年博士学位论文,第43、47页。型式化与类型化、形式化、模式化只是用语不同,并无太大的差别,但与行政行为的分类不同。行政行为的分类强调类别的对应和整体的周延。

政行为无法预测；人民权利保障不周延。因为未型式化行政行为归类困难（由于其概念不明确），导致人民对该行为往往无法按照现有的法律保护形式提起诉讼。^{〔66〕}

通常情况下，行政机关选择非形式化行政行为须有法律授权，至少行为事项应在该行政机关管辖权限范围内才能进行。如果该非形式化行政行为涉及人民的基本权利时，就必须具有法律上的授权。^{〔67〕}还必须明确的是，在选择形式化、非形式化行政行为时，如果法律已有明文规定的形式，应以法定的形式优先。其次才可以考虑非形式化行政行为的运用。这样才能防止行政的不作为和滥作为，防止利益输送和侵害当事人的权益。

（四）我国行政行为形式自由选择权之检讨——以“汇津事件”为例

所谓的行政行为形式选择自由，更精确地应该称为行政行为的选择裁量。行政没有一般性的行为形式选择自由，这种裁量如同一般的行政裁量，有其裁量界限。在干预行政领域，因为通常是行政主体直接履行行政任务，选择自由将萎缩，原则上行政只能采用形成公法关系的行为形式。在参与经济交易活动、进行采购活动等行政辅助或营利行为领域中，行政此时如同私人一样参与市场交易经济活动，原则上行政只限于私法形式的行为形式选择，必须基于私法形式对实现行政目的做最适当的考量。行政的选择决定只能在合义务的裁量下才能做成。在进行公私合作行为时，其形式多种多样。但是，不论采用合作契约或非型式化的行政行为，或在公法契约和私法契约间进行选择，都须遵循合义务裁量的限制。^{〔68〕}以下以“汇津事件”为例检讨行政处理与行政契约间选择权行使的问题。

2000年3月8日，长春市排水公司与汇津公司签署《合作企业合同》。合同约定双方建立并经营第一家外商参与投资的公用事业——汇津中国（长春）污水处理有限公司，期限为20年。同年7月14日，市政府专门为该项目制定了《长春汇津污水处理专营管理办法》（以下简称《专营办法》）。当年底，项目投产并正常运行。2002年年中开始，排水公司开始拖欠合作公司污水处理费；而自2003年3月起，排水公司停止向合作企业支付任何污水处理费，截至10月底，累计欠费高达9700多万元人民币。为解决争议，汇津公司邀请吉林省外经贸厅出面调解。其间，公司才得知长春市政府已于2003年2月28日废止了《专营办法》。在多次调解无果的情况下，汇津公司于8月21日以长春市政府为被告向长春市中级人民法院提出行政起诉，希望长春市政府纠正其违法行为，并请求判令被告长春市政府承担对拖欠污水处理费及滞纳金之赔偿责任。12月24日，长春市中级人民法院做出一审判决：认定被告废止《专营办法》合法有效，驳回汇津公司要求被告长春市政府承担行政赔偿责任的诉讼请求，案件受理费由原告负担。原告不服，于2004年1月8日上诉至吉林省高级人民法院。就在案件二审进程中，2004年2月26日，长春汇津北郊污水处理厂正式停产，39万吨/日污水直接排入松花江。这就是当时轰动一时的“汇津事件”。经过近两年的法律纠纷，2005年8月最终以长春市政府回购而结束。^{〔69〕}

〔66〕 参见前注〔64〕，林明锵文，第349～352页。有关未型式化的特点和优点部分原自SchrnitztAßmann, Die Lehre von den Rechtsformen des Verwaltungshandelns, DVBl, 1989, S. 540f.

〔67〕 参见前注〔46〕，赖国星文，第65页。

〔68〕 参见前注〔8〕，程明修书，第325页。

〔69〕 参见张庆才：“汇津事件三问政府”，《决策》2005年第12期，第46页。

在诉讼中,市政府一再强调《专营办法》的废止是依据国务院国办发(2002)43号《国务院办公厅关于妥善处理现有保证外方投资固定回报项目有关问题的通知》进行的。他们之间签署的合同违背了《中外合作经营企业法》利益共享、风险共担原则,属于保证外方投资固定回报项目。两级法院支持了其主张。但是,市政府认为废止行为是抽象行政行为的主张没有得到认可,法院认为原告的属于具体行政行为的主张是正确的。

这是一起涉及行政契约法制的案件,在面对行政契约与行政处理何者优先时,长春市政府该做出怎样的选择?正如前面所言,两者属于竞争、取代关系,是择一而从。其中的衡量标准是公共利益的大小和依法行政。照此,自然是选择行政处理。但在行政契约部分,则涉及信赖保护和法的安定性问题。以废止的形式“快刀斩麻”有违以上两大原则,对参与契约法律关系的原告施以“突袭”,也侵害了其权益。基于此因素考虑,《关于妥善处理现有保证外方投资固定回报项目有关问题的通知》提出根据项目的情况,相应地采取“改”、“购”、“转”、“撤”等方式处理。污水处理合作项目最终在持久的“拉锯战”中以回购的方式落幕。在此过程中,出现了环境污染、公共利益受损、政府公信力受损等一系列后果,可以说这是一起典型的失败的公私合作案例,也是未依法行政使用行政行为形式选择权的案例。

四、对行政形式自由选择权的限制

行政形式选择是一种合义务裁量,如果发生裁量滥用、裁量逾越和裁量怠惰等裁量瑕疵,那么该裁量行为就构成违法。上文虽然在各选择标准中提及了对形式自由选择权的限制,但主要还是各具体情况下的细部限制。这里提出的限制是对整个选择权来说的。

(一) 对形式自由选择权的担忧

行政法是对行政权设限的法律,行政行为必须依法而行。许宗力教授认为,如果允许行政对行政行为形式进行选择裁量,则无异于遁开为高权主体所设定的“特殊法”,行政主体可规避法规设定的框架和限制。最终使行政支配诉讼途径,选择对己有利的救济途径。^[70]

总之,选择自由不可避免地会带来以下问题:①与法的安定原则相悖。在具体个案中,人民无法预期行政机关会采用何种形式。②行政机关可以决定行政行为受私法还是公法的支配。③如果行政可以主观决定公、私法行为形式,那么行政契约与私法契约将如何客观辨识?^[71]虽然存在以上诸多的担忧,但是我们不可因噎废食。问题的关键不是形式自由选择权有多大的危险,而是如何将该危险尽量降至最低,和需要采取哪些措施和规范。

(二) 对形式自由选择权的限制

行政主体大量运用私法形式,将会产生所谓“公法遁入私法”的危险。原则上有两

[70] 参见许宗力:《法与国家权力》,元照出版有限公司1992年版,第16页。

[71] 参见吕懿庭:“公、私法行为形式的选择自由与界线——以行政私法为中心”,第7页,载 http://mail.scu.edu.tw/~muenster/10_Formwahlfreiheit.pdf, 最后访问时间:2015年7月8日。

种防范这种危险的措施：一种是事前即阻隔行政进入私法的途径，强制要求行政必须完全依据公法在公法的领域内做出行为；另一种是容许行政转入私法领域内从事行政活动，赋予其裁量权，但对其课予行政义务，除了遵守私法规范外，仍应遵守公法的基本原则。^{〔72〕}此时的私法即所谓行政私法。

在介绍行为形式选择的时候，已经对三种情况下如何遵守法定的限制做了阐释。在此针对组织形式选择权的限制进行介绍。

针对学者们提出的自由选择权的危险，对有组织权者的组织形式选择自由有必要进行以下五种限制：①如果宪法已规定组织形态，不可抵触该宪法规定。②基于法律优越原则，如法律对特定组织形式做出规定时，行政主体不得与之相悖。③主导国家大政方针的任务不得移转给私权利主体，如将中央部委转型为股份有限公司。④不能因行政组织私法化的结果，而完全泯灭国家与社会间的界限。⑤必须确保民主性控制的要求。^{〔73〕}同时，为确保组织形式民主正当性，可运用的手段有：①制度上的控制。常常可以通过层级化的对机关的组成、内部秩序、事务、财务的机关监督（也称为职务监督，Dienstaufsicht），对其行为的是否适当、合乎行政目的的合理性监督（也称为专业监督 Fachaufsicht）和有无违法的合法性监督（Rechtsaufsicht）进行控制。②规范上的控制。即立法机关通过制定规范对行政机关进行控制。法律明定行政任务的目标和执行方式，并对符合不同要件的各类生活，明确其法律效果。当然，这需要独立的司法进行配合，以落实法规范的内容。③财务上的控制。指须运用财政上的手段来影响行政行为，如通过预决算的控制。^{〔74〕}行政任务委托民间时，根据前述确保民主性的手段，依据法律规定或双方签订的契约，设计出具体控制与监督机制以确保民主性控制的要求。因此，在选择组织形态时主要考量的两大因素是：任务的适应性和民主性控制的确保。必须提及的是，陈爱娥教授特地指出组织形式的选择，尤其是私法形式的行政组织，不能完全泯灭国家与社会间的界限。^{〔75〕}

参考文献

- 〔1〕张洪波. 辅警的主体定位及规范 [J]. 法学, 2011 (9).
- 〔2〕程明修. 行政行为式选择自由——以公私协力行为为例 [J]. 月旦法学杂志, 2005 (5).
- 〔3〕吴庚. 行政法之理论与实用 [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2005.
- 〔4〕郭小聪, 聂勇浩. 事业单位分类改革: 内在冲突及替代性方案 [J]. 中国人民大学学报, 2011 (5).
- 〔5〕袁文峰. 有奖拍违的性质及其违法性研究 [J]. 行政法学研究, 2011 (3).

(责任编辑: 于文豪 赵建蕊)

〔72〕 参见程明修：“行政私法”，《月旦法学教室》2002年第1期，第36页。

〔73〕 参见前注〔6〕，李建良、林合民、陈爱娥、林三钦、陈春生、黄启祯书，第208～209页。

〔74〕 同上，第211～213页。

〔75〕 同上，第210页。