

# 德国行政法上的双阶理论

严益州

**内容提要:**德国学术界对双阶理论的认识随行政法学的发展而发生变化。当公权力行政向给付行政和引导行政全面扩张时,双阶理论因有效解决私法形式的公权力行政受公法约束的问题而得到广泛支持。随着行政私法理论的提出,传统行政法学逐渐不再青睐双阶理论,并认为它会造成法律内部逻辑的混乱,不过,随着新行政法学的兴起,公法与私法的关系日渐由“对抗”走向“合作”,“行政正确”正逐渐成为德国行政法的首要原则,行政法的分析方法日益由教义学上的形式推理变成法律实施效果的具体判断。基于此,以灵活性为主要特征的双阶理论被认为明显胜过刻板僵硬的行政私法理论。德国行政法学的最新发展成果可为双阶理论在我国的适用提供有益的借鉴。若以“行政正确”为标准,双阶理论较之于整体私法论和整体公法论,能更好地处理我国政府采购中公权力特征与市场交易特征的关系问题,这不仅有助于提高政府采购的品质,也有助于增强对人民权益的保护。

**关键词:**双阶理论 行政私法 新行政法学 政府采购

严益州,德国慕尼黑大学法学博士生。

所谓双阶理论,是指将一个生活关系纵向拆解为不同阶段,分别适用不同性质的法规的学说。该理论是德国行政法体系中最经典和最具争议的部分之一。我国学者亦曾试图以双阶理论来明确中国政府采购的法律性质,但是并未在学术界取得共识。对此,本文将首先从宏观角度考察双阶理论在德国行政法中的发展脉络和争议焦点,然后从微观角度考察双阶理论在德国公共采购法中的适用问题,紧接着梳理双阶理论在我国政府采购中的适用争议,最后将借鉴德国行政法最新的发展成果,在实然层面证明我国政府采购适用双阶理论的合法性,在应然层面证明其合理性。

## 一 德国双阶理论的嬗变与发展

### (一) 双阶理论形成的历史背景:公法和私法的二元对立

诚如彼得·巴杜拉(Peter Badura)所言,欲讨论双阶理论,必先探究其形成的时空背

景。<sup>[1]</sup> 十九世纪晚期,深受黑格尔法哲学影响<sup>[2]</sup>的德国行政法巨擘奥托·迈耶(Otto Mayer)基于国家与社会二分的角度,认为公法与私法必须严格区分:国家与人民之间是命令与服从的关系,故公法是政治国家中控制公权力的强行法;人民内部之间是平等和自愿的关系,故私法是市民社会中实现意思自治的自由法。<sup>[3]</sup> 作为公法重要组成部分的行政法所规范的对象是执行性的公权,<sup>[4]</sup>这种公权力本质是行政者处于绝对支配性地位并拥有强制力的官权(oberkeitliche Gewalt),其边界应被严格限缩在维持公共秩序、保障社会安全的干预行政。<sup>[5]</sup> 所以行政法的主要内容是警察法,行政者必须恪守依法行政的原则。<sup>[6]</sup> 当然,国家亦可能与人民发生经济关系或其他社会关系的往来,但是国家此时并非以官权主体,而是以国库(Fiskus)的身份出现,意即国库是“平常的私人”,与人民之间仅发生私法上的权利义务关系,所适用的法律是私法意义的民法而不是公法意义的行政法。<sup>[7]</sup> 需要注意的是,迈耶不反对行政者拥有行政形式选择自由(Formenwahlfreiheit der Verwaltung),即行政者在活动的过程中拥有选择公法形式或私法形式的自由,<sup>[8]</sup>但是迈耶并没有讨论行政者以私主体身份所作出的行为是否应当受到公法约束的问题,相反他强调的是行政者的行为若满足私法的构成要件,则仅受私法的规范。<sup>[9]</sup>

二十世纪三十年代,瓦特·耶利内克(Walter Jellinek)在认同迈耶关于公私法划分的基础上,对公权力行政的内涵加以延展,认为其不仅包括支配关系明显的官权行政,也包括支配关系不明显的单纯高权行政(schlichte Hoheitsverwaltung),即国家基于公共目的所从事的一些社会性活动,比如国家进行公共建设、清理公共道路垃圾等。<sup>[10]</sup> 同时,耶利内克也承认仅适用私法的国库行政的存在,比如国家向私人购买土地。不过他认为单纯高权行政与国库行政有时很难区分,比如国营自来水厂的经营既可以归入单纯高权行政,也可以归入国库行政。<sup>[11]</sup>

1938年,恩斯特·福斯特霍夫(Ernst Forsthoff)出版《作为给付主体的行政》一书,首

[1] Peter Badura, Das Subventionsverhältnis, Gewerearchiv 1978, S. 146.

[2] Vgl. Reimund Schmidt-De Caluwe, Der Verwaltungsakt in der Lehre Otto Mayers, Tübingen 1999, S. 57; Erk Volkmar Heyen, Otto Mayer-Studien zu den geistigen Grundlagen seiner Verwaltungsrechtswissenschaft, Berlin 1981, S. 61ff. .

[3] Vgl. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, I. und II. Band, unveränderter Nachdruck der 1924 erschienenen 3. Aufl., Berlin 2004, S. 13 - 17, 113 - 121.

[4] 迈耶秉承三权分立的思想,区分立法、司法和行政,故行政被视为对立法者所制定法律的执行。Vgl. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, I. und II. Band, unveränderter Nachdruck der 1924 erschienenen 3. Aufl., Berlin 2004, S. 3 - 13, 83.

[5] Vgl. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, I. und II. Band, unveränderter Nachdruck der 1924 erschienenen 3. Aufl., Berlin 2004, S. 209; Peter Badura, Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat, Tübingen 1966, S. 8.

[6] Vgl. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, I. und II. Band, unveränderter Nachdruck der 1924 erschienenen 3. Aufl., Berlin 2004, S. 5, 18, 51, 54, 64 - 81, 206, 209.

[7] Vgl. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, I. und II. Band, unveränderter Nachdruck der 1924 erschienenen 3. Aufl., Berlin 2004, S. 51, 118 - 121.

[8] 该学说最早可追溯自德意志帝国时期的判决。RGZ 158, 83, 89.

[9] Vgl. Ulrich Stelkens, Verwaltungsprivatrecht, Berlin 2005, S. 53; Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, I. und II. Band, unveränderter Nachdruck der 1924 erschienenen 3. Aufl., Berlin 2004, S. 138.

[10] Vgl. Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Berlin 1931, S. 20 - 22.

[11] Vgl. Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Berlin 1931, S. 24 - 27.

创德国行政法史上具有跨时代意义的“生存照顾”理论(Daseinsvorsorge)。福斯特霍夫主张工业化社会的发展已令人民无法自给自足,国家应积极向人民提供水电、煤气、公共交通工具等满足社会生活所必需的生存照顾服务,所以公权力行政的范畴不能局限于传统的干预行政,而是必须扩展至生存照顾领域。<sup>[12]</sup> 二战结束之后,福斯特霍夫将生存照顾进一步延伸至国家向人民提供的一切利益性给付,所以公权力行政的内容应全面包含给付行政和引导行政。此外,福斯特霍夫将行政形式选择自由的范围扩张,主张给付行政和引导行政亦可以采用私法的形式完成。他特别强调:国库行政以营利为目的,不属于公权力行政;生存照顾以公益为目的,即使采用了私法的形式,本质仍然是公权力行政。然而在 20 世纪 50 年代以前,福斯特霍夫对于私法形式的公权力行政如何受公法约束的问题,并未加以探讨。<sup>[13]</sup>

综上,迈耶所构建的德国行政法体系乃是围绕警察法意义上的公权力行政而展开。但是随着“单纯高权行政”概念与“生存照顾”理论的提出,国家与人民之间的经济关系不断从国库行政领域转入公权力行政范畴,以私法形式进行公权力行政的现象越来越普遍,那么在公法与私法二元对立的年代,人们势必会产生这样的忧虑:国家将假借作为自由法的私法逃脱依法行政原则的约束,长此以往,人民的权益将处于岌岌可危的状态。<sup>[14]</sup>

## (二) 双阶理论的提出与建构

深受福斯特霍夫学说之影响的汉斯·彼得·伊普森(Hans Peter Ipsen)正是在上述背景下提出双阶理论。<sup>[15]</sup> 该理论表面是为了解决补贴<sup>[16]</sup> 争议所引发的法律救济问题,其实质是对私法形式的公权力行政如何受公法约束问题的回答。20 世纪上半叶,补贴被认为具备两重属性:第一,它属于国库行政,<sup>[17]</sup> 仅受私法的约束;第二,它属于“特别权力关系”,<sup>[18]</sup> 行政者仅受行政内部规则的控制,并不受基本权与法律保留原则的约束。<sup>[19]</sup> 基于此,补贴申请人仅能被动地接受或拒绝补贴,难以获得法律上的救济,其具体表现便是 1950 年的“联邦政府拒绝为电影《穿晚礼服的爱娃》(Eva im Abendkleide)提供拍摄贷款担保案”。在本案中,联邦政府依据自己制定的行政内部规则,主张担保申请人在是否获得担保的问题上并无法律上的请求权,如果联邦政府确实已经提供了担保,那么它与被担保人之间的争议仅由普通法院(意即民事法庭)裁决。这也就是说,本案中的担保申请人由

[12] Vgl. Ernst Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, Stuttgart und Berlin 1938, S. 1ff. .

[13] Vgl. Ernst Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts: Allgemeiner Teil, 1. Aufl., München 1950, S. 264 - 266.

[14] 早在 1928 年,德国学者弗里茨·福莱勒(Fritz Fleiner)便提出“遁入私法”(Flucht ins Privatrecht)一说。不过在当时并未引起过多重视。Vgl. Fritz Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Tübingen 1928, S. 326.

[15] Peter Badura, Das Subventionsverhältnis, Gewerearchiv 1978, S. 146.

[16] 德国法中的补贴是指行政者以促进公益为目标,对私人提供财产性资助,且不要求获得对等的经济给付。具体形式包括无偿拨款、贷款、担保、事实性补贴。其中事实性补贴特指行政者在公共采购或国有土地出让过程中给予私人的优惠。Vgl. Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., München 2011, § 17 Rn. 5, 6.

[17] Vgl. Birga Tanneberg, Die Zweistufentheorie, Berlin 2011, S. 24.

[18] Vgl. Herbert Krüger, Das Besondere Gewaltverhältnis, VVDStRL15 (1957), S. 109 - 110.

[19] 需要说明的是,德国联邦宪法法院在 1972 年的“监狱服刑者案”中,裁决“特别权力关系”违宪。自此,特别权力关系理论在德国已被废弃。Vgl. BVerfG 33, 1ff.; Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., München 2011, § 6 Rn. 24.

于尚未获得担保,便无法获得任何法律救济。<sup>[20]</sup> 对此,伊普森于1951年作出一份法律意见书,对联邦政府的见解展开批判:第一,联邦政府与贷款被担保人之间的担保关系符合《民法典》第七百六十六条以下的诸项规定,系属纯粹的私法关系。唯一存在疑问的是,联邦政府拒绝提供担保的这一具体行为是否属于公权力行为。第二,联邦政府若答应提供贷款担保,那么这一决定仅能被认为是对担保关系的一种保障(Gewährung),它并不等同于民事担保关系上的意思表示。也就是说,联邦政府决定是否提供担保的行为与具体如何履行担保的行为应当被截然分开。第三,联邦政府决定是否提供担保的行为是公权力行为,而非国库行政。区分公权力行为与国库行政的关键在于,前者旨在完成公共任务,实现公共利益,后者则是国家如私人一般参与经济活动,其首要目标就是营利,公益仅是次要目的。补贴政策的出现,乃是因为国家已不满足于维持公共安全与秩序的角色定位,而是希望积极地影响、塑造与引导经济生活,成为所谓的“经济国家”。国家决定补贴的行为与公共利益的实现紧密相连,当属公权力行为。具体到本案中,国家若是决定给德国电影产业提供贷款担保,将有利于扶持德国电影产业的发展,防止德国电影市场被外国电影产业控制,所以这一决定担保的行为无疑是为了实现公益,当属公权力行为。反观履行行为,其仅仅是为了实现上述公益目标的一种执行性手段。人们似乎难以从如何履行担保关系本身出发,推导出上述公益目标来,所以,履行行为应由私法加以规范。综上,联邦政府拒绝提供担保的行为属于公权力行为,贷款担保申请人有权向行政法院申请救济。<sup>[21]</sup>

在1951年意见书的基础上,伊普森于1956年出版《对私人的公共补贴》一书,对双阶理论进行了系统阐述。他将补贴明确区分为两个阶段:第一阶段是决定阶段,即国家是否向私人提供补贴的阶段,适用公法;第二阶段是履行阶段,即国家如何向私人提供补贴的阶段,适用私法。与法律意见书相同的是,伊普森仍然是从国家干预主义(Interventionismus)的角度出发,以利益说为标准,将国家在经济活动中的行为区分为公权力行为与国库行政行为,并论证补贴的内在目的是为了实现公益,因而国家决定向私人提供补贴的行为应被认定为公权力行为。<sup>[22]</sup> 与法律意见书不同的是,伊普森明确否定补贴属于特别权力关系。因为补贴申请人乃是自由的经济主体(freiesWirtschaftssubjekt),他与补贴提供者之间的关系并非内部行政关系,而是外部法律关系。行政者在补贴领域不得假借行政内部规则逃脱议会与司法部门的监督。<sup>[23]</sup>

### (三) 双阶理论的具体适用

双阶理论一经提出,便得到德国学术界与实务界的广泛重视。该理论不仅有助于保护补贴申请人的权益,而且有利于减少国家在以私法形式活动的过程中滥权的可能性。德国法院目前在处理贷款和担保性质的补贴时,仍然适用这一理论。<sup>[24]</sup> 不过,德国法院

[20] Vgl. Hans Peter Ipsen, Haushaltssubventionierung über zwei Stufen — Rückblick auf einen rechtsstaatlichen Ansatz in: Vogel/Tipke (Hrsg.), Festschrift für Gerhard Wacke zum 70. Geburtstag, Köln 1972, S. 140 – 142, 156.

[21] Vgl. Hans Peter Ipsen, Haushaltssubventionierung über zwei Stufen — Rückblick auf einen rechtsstaatlichen Ansatz in: Vogel/Tipke (Hrsg.), Festschrift für Gerhard Wacke zum 70. Geburtstag, Köln 1972, S. 142ff. .

[22] Vgl. Hans Peter Ipsen, Öffentliche Subventionierung Privater, Berlin und Köln 1956, S. 64 – 66.

[23] Vgl. Hans Peter Ipsen, Öffentliche Subventionierung Privater, Berlin und Köln 1956, S. 72 – 73.

[24] Vgl. BVerwGE 1, 308(310); BVerwGE 13, 47; BVerwGE 13, 307; BGHZ 57, 130.

将无偿贷款整体认定为行政处分,采用一元化的行政救济模式。<sup>[25]</sup> 对于事实性补贴,德国法院目前仍然在双阶理论<sup>[26]</sup>、整体私法论<sup>[27]</sup>与整体公法论<sup>[28]</sup>之间摇摆不定,尚无明确的见解。除补贴之外,双阶理论的适用目前在德国亦扩展至公法组织形式的公用设施利用、市镇优先购买权(Vorkaufsrecht)行使、国有土地出让等众多领域。<sup>[29]</sup> 随着行政形式选择自由理论在德国被广泛承认,双阶理论的形式已不仅限于“行政处分+ 民事合同”的模式,而且包含“行政处分+ 行政合同”的模式。<sup>[30]</sup> 以公法组织形式的公用设施(公立幼儿园、公立游泳馆、公立博物馆等)为例,<sup>[31]</sup> 双阶理论被修正为:第一阶段,即是否准许人民使用公用设施的阶段,适用作为公法的市镇法;第二阶段,即如何让人民利用公用设施的行为,依照德国最高行政法院与最高普通法院的见解,既可以适用私法(民事合同),<sup>[32]</sup> 也可以适用公法(行政合同)。<sup>[33]</sup> 在实务操作上,如果主管机关颁布的公用设施使用规定属于行政法意义上的自治章程(Satzung),或是其确定应透过行政法意义上的“废止权”(Widerruf)来终止使用关系,或其确定门票的性质属于公法意义上费用(Gebühren),那么第二阶段的法律关系应被认定为公法关系。如果主管机关颁布的公用设施使用规定属于民法上的一般交易条款,或是其确定应透过私法意义上的“解除权”(Kündigung)来终止使用关系,或其确定门票的性质属于民事法意义的使用许可费(Nutzungsentgelt),那么第二阶段的法律关系应被认定为私法关系。<sup>[34]</sup>

#### (四) 双阶理论的危机:源自行政私法理论的挑战

在伊普森提出双阶理论的 20 世纪 50 年代,汉斯·尤里斯·沃尔夫(Hans Julius Wolff)亦针对私法形式的公权力行政如何受公法约束的问题提出行政私法理论。沃尔夫先界定公法与私法的具体区分标准。需要指出的是,迈耶所谓的“公法是强行法,私法是自由法”仅是一般意义上认知公法与私法关系的分析性框架。在伊普森与沃尔夫的年代,于个案中如何判别某一具体法律规范或某一具体行为的公私法属性,则有利益说、主体说、隶属说等各种不同标准。<sup>[35]</sup> 伊普森构建双阶理论时,采用利益说。沃尔夫另辟蹊径,创立了目前仍在德国通用的修正主体说,意即:国家或其他主体以公权力主体的身份享有权利或承担义务者,其适用的法律规范系专属于国家的职务性规范,故应判别为公

[25] Vgl. BVerwG, NJW 1969, 809; BVerwG, NJW 1974, 1838, 1839.

[26] Vgl. BVerwGE 7, 89.

[27] Vgl. BVerwGE 14, 65.

[28] Vgl. BVerwG DVBl. 1970, 866; BVerwGE 34, 213.

[29] 市镇优先购买权是指德国的市镇(Gemeinde)依据《建设法典》二十四条以下条款之规定,在城市建设的过程中对私人的土地享有优先购买的权利。Vgl. Hans Julius Wolff/Otto Bachof/Rolf Stoiber, Verwaltungsrecht I, 12. Aufl., München 2007, § 22 Rn. 57 - 63.

[30] Vgl. Josef Ruthig/Stefan Storr, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 3. Aufl., Heidelberg 2011, S. 391; Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., München 2011, § 3 Rn. 36.

[31] 需要注意的是,私法组织形式(有限责任公司、股份公司)的公用设施的使用关系目前在德国一律适用私法。Vgl. Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., München 2011, § 3 Rn. 39.

[32] Vgl. BVerwGE 32, 333, 334; BVerwGNVwZ 1991, 59.

[33] Vgl. BVerwGE 123, 159, 161f.; BGH DVBl, 1992, 369.

[34] Vgl. Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., München 2011, § 3 Rn. 36.

[35] Vgl. Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., München 2011, § 3 Rn. 10 - 13.

法；反之，若某一法律规范对任何人均可适用，则系属任何人之法，故应判别为私法。判断某一具体的行为属于公法还是私法，则必须考察该行为所适用的法律规范究竟属于公法还是私法。若所适用的法律规范为公法，该行为属于公法行为，反之，则为私法行为。<sup>[36]</sup>事实上，在沃尔夫提出修正主体说后，德国实务界即使采用双阶理论，也是以修正主体说，而非以利益说作为公法和私法的区分标准。<sup>[37]</sup>

在界定清楚公法与私法的具体区分标准后，沃尔夫进一步指出，行政者的确拥有选择适用公法或私法的行政形式选择自由，但是这种自由容易导致形式选择的滥用。为防止此种滥用的发生，则必须对这种自由加以限制。沃尔夫将私法形式进行的行政区分为国库行政和以私法形式直接完成行政任务的行政（给付行政、引导行政）。对于前者，行政者是以私主体身份参与经济生活，无论形式上还是实质上均只受私法的约束。对于后者，行政者仅仅在“形式”上以私主体身份活动，其“实质”乃是进行公权力行政，并不享意思自治，故应受到“行政私法”的规范，意即原则上整体适用私法，但同时应受到特定公法规范的约束。<sup>[38]</sup>至于具体受哪些公法规范的约束，沃尔夫本人强调的是宪法基本权条款的约束。<sup>[39]</sup>但是现今德国行政私法理论则进一步主张该公法约束包含行政法的一般原则、行政程序法中的若干规定、预算法上的限制及公共金融法的一般原则等。<sup>[40]</sup>与双阶理论一样，行政私法理论在德国学术界与实务界产生重大影响，其目前被适用于私法形式的行政委托、行政辅助、设施行政、保障行政等诸多领域。<sup>[41]</sup>

在传统行政法学背景下，学术界主张以“行政私法”来取代“双阶理论”，主要理由如下：

第一，双阶理论自身问题重重。<sup>[42]</sup>其一，民事合同是经私法上的要约和承诺而成立。双阶理论则虚拟化要约和承诺。比如在补贴关系中，人民申请补贴的行为既可以被视作为要约，也可以被视作为公法上申请行政处分的行为；国家作出实施补贴的通知既可以被视作为承诺，也可以被视作为行政处分。依据双阶理论，从人民申请补贴到国家作出实施补贴的通知之时，期间所发生的争议均被认定为公法争议，适用公法救济模式。显然，私法上的要约与承诺已没有适用的余地。那么进一步的问题是，民事合同是否可以不再透过民事法律行为，而是直接透过公法上的行政处分而产生呢？其二，统一的生活关系被无端分割成两个法律关系，适用不同的救济途径。问题是，两个阶段又难以截然划分。比如在补贴问题的司法实践中，贷款合同中的利息调整有时被认为是第一阶段的公法问题，有时又

[36] 对于个案中法规范不明确和公私法规范竞合的问题，目前的修正主体说主张应进一步采用“推定规则说”（*Vermutungsregel*）和“事实关联说”（*Sachzusammenhangstheorie*）。Vgl. Hans Julius Wolff, *Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht*, AöR 76 (1950/51), S. 205ff; Otto Bachof, *BVerwG-Festgabe 1978*, S. 9; Hans Julius Wolff/Otto Bachof/Rolf Stober, *Verwaltungsrecht I*, 12. Aufl., München 2007, § 22 Rn. 42 - 44.

[37] 比如在前述“双阶理论的具体适用”一节中，德国实务界在公用设施利用领域适用双阶理论时，采用的就是修正主体说。下文“德国公共采购领域适用双阶理论的争议”一章中，德国学术界和实务界在论战时，采用的也是修正主体说。

[38] Vgl. Hans Julius Wolff, *Verwaltungsrecht I*, 6. Aufl., München und Berlin 1965, S. 92 - 95.

[39] Hans Julius Wolff, *Verwaltungsrecht I*, 6. Aufl., München und Berlin 1965, S. 93.

[40] Vgl. Hans Julius Wolff/Otto Bachof/Rolf Stober, *Verwaltungsrecht I*, 12. Aufl., München 2007, § 23 Rn. 65 - 68; BGHZ 91, 84, 97; BGH NJW 1992, 171, 173; BGH NJW 2003, 2451, 2453.

[41] Vgl. Hans Julius Wolff/Otto Bachof/Rolf Stober, *Verwaltungsrecht I*, 12. Aufl., München 2007, § 23 Rn. 63.

[42] Vgl. Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 18. Aufl., München 2011, § 17 Rn. 14 - 19.

被认为是第二阶段的私法问题。<sup>[43]</sup> 贷款返还请求权性质的确定也有相同的问题。<sup>[44]</sup> 其三,在合同缔结后,倘若第一阶段作出的行政处分被宣告无效或被撤销,那么在第二阶段独立存在的合同究竟是无效、可撤销,还是不受缔约阶段瑕疵的影响呢?

第二,在公私法严格对立的思维下,行政私法理论的确较双阶理论高明。因为,无论是民事意思表示虚拟化、两阶段难以划分,还是第一阶段瑕疵对第二阶段影响难以判别,其实都是说同一个问题:公法与私法是对立的,二者之间存在难以逾越的鸿沟,所以一个生活关系要尽量统一在一个法律关系中,适用特定法律原则(依法行政或私法自治)。双阶理论虽然表面上符合传统行政法学思想(防止国家假借“自由法”的私法逃脱“强行法”的公法的约束),但本质上违背了传统行政法学思想(一个生活关系尽量统一在一个法律关系中),这将造成法律内部逻辑的混乱。所以有德国学者扬言应当“彻底告别双阶理论”。<sup>[45]</sup> 与双阶理论不同的是,行政私法理论将一个生活关系首先整体统一在一个私法关系中,然后横向叠加一些公法性约束。这样便实现了一个生活关系尽量统一在一个法律关系中的目的。<sup>[46]</sup>

#### (五) 双阶理论的复苏:新行政法学视野中的双阶理论和行政私法

1992 年,沃尔夫冈·霍夫曼金(Wolfgang Hoffmann-Riem)发表《行政法总论改革刍议》一文,主张公私法对抗意义下的德国传统行政法学已越来越无法应对民营化、风险社会、信息社会与全球化的挑战。所以,行政法不应桎梏于以“依法行政”为核心的法教义学,而应着眼于“行政正确”,意即确保行政决定的合法性、最优性与行政相对人的可接受性。<sup>[47]</sup> 从 1993 年起,霍夫曼金与艾伯哈德·施密特艾斯曼(Eberhard Schmidt-Aßmann)等人发表大量论著,力主行政法应以“行政正确”为核心,充分整合行政学、经济学、社会学和政治学等各学科的知识,在公私法关系、行政行为法、行政程序法、行政组织法等各领域进行全面的革新。<sup>[48]</sup> 其中,新行政法学思想中的公私法关系应做如下理解:第一,不拘泥于“公法是强行法,私法是自由法”这一对抗性的传统行政法学思想,而应注重法律的实

[43] 认定为公法性质的判决有 BVerwGE 13,47,认定为私法的判决有 BVerwG DVBl. 1959, 665 和 BGHZ40, 206。

[44] 认定为公法性质的判决有 BVerwGE 13,307 与 35,170,认定为私法性质的判决有 BVerwGE 41,127 和 BGHZ 40,206。

[45] Vgl. Herbert Bethge, Abschied von der Zweistufentheorie, JR 1972, S. 139ff. .

[46] 需要注意的是:沃尔夫所著《行政法》的续写者霍夫·斯托贝尔(Rolf Stober)认为当今的行政私法理论应保持开放的状态,其构造不仅包含公法和私法在同一层面叠加的形式,而且包含公法和私法在不同层面联结的形式(即双阶理论)。但是施密特艾斯曼和霍克·格雷特(Volker Schlette)对此不以为然。施密特艾斯曼认为,行政私法理论仅仅追求公法与私法的“横向整合”;双阶理论则是通过独立的行政处分和独立的合同对一个生活关系进行“纵向切割”。格雷特则认为,行政私法理论的目的是将争议统一交由民事普通法院裁决,但是双阶理论的目的是将(至少一部分的)争议交由行政法院裁决。所以,行政私法理论和两阶段理论根本就是不相容的。本文采纳后者的见解。Vgl. Hans Julius Wolff/Otto Bachof/Rolf Stober, Verwaltungsrecht I, 12. Aufl., München 2007, § 23, Rn. 63; Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee: Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 2. Aufl., Berlin 2014, § 6Rn. 22ff; Volker Schlette, Die Verwaltung als Vertragspartner, Tübingen 2000, S. 147.

[47] Vgl. Wolfgang Hoffmann-Riem, Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts: Vorüberlegungen, DVBl 1994, S. 1381ff.

[48] 1993 到 2004 年之间,霍夫曼金与施密特艾斯曼合编十册《行政法改革文集》(Schriften zur Reform des Verwaltungsrechts)。自 2006 年起,这两人与现任德国联邦宪法法院院长安德瑞斯·福斯科勒(Andreas Voßkuhle)召集德国众多教授,以新行政法学思想为指导,合编三卷本巨著《行政法要义》(Grundlagen des Verwaltungsrechts)。

施效果。<sup>[49]</sup> 私法与公法具备不同的实施效果:私法循私人的行为理性,将私人利益置于首位,但在某些情况下也会促成公共利益的实现(通过对单个消费者的权益的保护以优化市场环境)。<sup>[50]</sup> 私法的优点是灵活,弱点是容易产生权利救济的漏洞。公法循国家的行为理性,将公共利益置于首位,但是某些情况下也会促成私人利益的实现(比如向特定企业提供补贴)。公法的优点是公益实现的可信赖性,效果的可预见性与决定的高度执行性,弱点是刻板僵硬。<sup>[51]</sup> 为了优化法律的实施效果,应充分利用公法与私法的优点,将其交互使用,弥补各自的不足。这一公私法合作的模式被霍夫曼金称为“交互性支持系统”。<sup>[52]</sup> 第二,公法与私法合作,并不代表公法与私法不区分。公法与私法的具体区分标准仍可继续沿用修正主体说,但是行政法不应被理解为公法中的部门法域,因为行政法本身包含不少私法规范,比如行政法总论意义下的行政合同在适用过程中存在准用民法规范(诚实信用原则、期限的计算、意思表示的撤销等)的情形,作为部门行政法的建设法、经济行政法、环境法、食品安全法、信息保护法中亦包含大量的私法条款。所以,行政法应被理解为公法与私法共同支配下的“行政的法”(Recht der Verwaltung)。<sup>[53]</sup> 第三,公法与私法既然互相合作,就应当允许立法者与行政者享有行政形式选择自由。<sup>[54]</sup> 只要不违背宪法,立法者可以基于一定的考量,打破公权力行政适用公法规范的藩篱。行政者的行政形式选择自由相对有限,其不能抵触现行法律的规定,并应充分尊重公法上的保护性与程序性的条款。第四,强调“行政正确”。虽然立法者与行政者均享有不同程度的行政形式选择自由,但是具体选择何种形式,则需要以任务目标为导向,权衡公法与私法各自的实施效果,尽量作出最“正确”的选择。<sup>[55]</sup>

[49] Vgl. Wolfgang Hoffmann-Riem, *Eigenständigkeit der Verwaltung*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Band I, 2. Aufl., München 2012, S. 689 – 690.

[50] Vgl. Eberhard Schmidt-Aßmann, *Öffentliches Recht und Privatrecht: Ihre Funktionen als wechselseitige Auffangordnungen*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, Baden 1996, S. 16.

[51] Vgl. Martin Burgi, *Rechtsregime*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Band I, 2. Aufl., München 2012, S. 1262 – 1267.

[52] 马丁·布吉(Martin Burgi)曾对交互性支持系统概念做进一步改进。他认为,交互性支持系统概念太过狭隘,因为公法与私法之间并非总是互补,有时存在功能失灵(Dysfunktionalität)的情形,如规范冲突和价值冲突等,所以“联合体”(Verbund)这一中性概念似可取代“交互性支持系统”一说。Vgl. Wolfgang Hoffmann-Riem, *Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts: Vorüberlegungen*, DVBl 1994, S. 1386 – 1387; Martin Burgi, *Rechtsregime*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Band I, 2. Aufl., München 2012, S. 1275 – 1276.

[53] Vgl. Martin Burgi, *Rechtsregime*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Band I, 2. Aufl., München 2012, S. 1259 – 1260, 1263, 1267 – 1269.

[54] 值得注意的是,布吉认为“行政形式选择之自由”的表述是有问题的。他认为,国家选择的并不是行为形式(合同、事实行为),而是一种法体制——公法或私法,因此更好的表述应当是“法体制选择权限”(Rechtsregime-wahlkompetenz)。Vgl. Martin Burgi, *Rechtsregime*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Band I, 2. Aufl., München 2012, S. 1271 – 1272; RGZ 158, 83, 89; Karl Albrecht Schachtschneider, *Staatsunternehmen und Privatrecht*, Hamburg, 1986, S. 5ff., 253 ff., 261 ff.; Thomas von Danwitz, *Die Benutzung kommunaler Öffentlicher Einrichtungen-Rechtsformenwahl und gerichtliche Kontrolle*, JuS 1995, S. 5f.; Dirk Ehlers, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), *Der Großkommentar zur VwGO*, 16. Ergänzungslieferung, § 40 VWGO, Rn. 268.

[55] Vgl. Martin Burgi, *Rechtsregime*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Band I, 2. Aufl., München 2012, S. 1285 – 1288, 1292.



在新行政法学的认知框架下,行政私法理论显得很不合时宜,这是因为:第一,行政私法看似将公法与私法重叠适用,实际上沿用的是公法与私法对立的旧思维,即孤立地将公法视作强制约束的规范和将私法视作意思自治的规范。事实上,私法同样能起到维护宪法性保障标准的作用。行政私法却忽略了私法的这一功能。第二,行政私法强调行政者受宪法的约束,特别是基本权的约束。问题是,宪法既不是公法,也不是私法,而应是框架性法规(Rahmenordnung)。国家行为与个人行为均必须受到宪法的约束。将宪法约束完全等同于公法约束的见解是不恰当的。除去宪法性约束,行政私法还主张行政法的一般原则、行政程序法中的若干规定、预算法上的限制及公共金融法的一般原则等公法性约束。问题是这些具体的公法约束至今饱受学界争议,并无明确的共识。第三,行政私法理论强调自身能够一般性适用。问题是在个案中采用何种公私法形式,本就应该具体问题具体分析,何来普遍适用之理?<sup>[56]</sup>

与对行政私法理论态度迥异的是,新行政法学对双阶理论给予了很高的评价。这是因为:既然很多生活关系难以被归入纯粹的私法关系或是纯粹的公法关系,并且将公私法规规范横向重叠适用的行政私法理论本身问题重重,那么倒不如将这些复杂的生活关系进行纵向拆解,再将拆解后的各阶段明确归入不同性质的法律关系,明晰各阶段所适用的法规的具体内容。此外,行政私法理论的视角过分局限于合同双方当事人,对于第三方竞争者权利保护的效果显然不如双阶理论。比如,如果将补贴的决定阶段仅仅视作民法上的缔约阶段,那么补贴申请人的竞争者即使认为行政者在民事缔约过程中可能存在损害自身权益的违法行为,原则上必须在合同缔结后主张自身的权利。如果采用双阶理论,将补贴的决定阶段视作行政处分关系,那么补贴申请人的竞争者完全可以在合同缔结以前,提起行政法上的撤销之诉。显然,双阶理论的保护范围更为宽广,该理论更有助于解决一个复杂的生活关系所可能引发的多重法律纠纷问题。在急遽变迁的现代社会中,以灵活性为主要特征的双阶理论不仅有助于提高行政的整体品质,亦能够给予人民更好的法律保护,所以双阶理论被新行政法学视作公私法合作过程中的“高度现代化部分”。<sup>[57]</sup>

可以说,新行政法学理论提供一个全新的视角重新审视行政私法理论和双阶理论。在新行政法学的分析框架下,双阶理论明显优于行政私法理论。

## (六) 小结

通过上文论述可知,若要适用将生活关系纵向拆解为公私法属性不同的阶段的双阶理论,必须首先界定公私法的区分标准。在公法与私法二元对立的传统行政法学时代,作为双阶理论创建者的伊普森采用的是利益说,但是德国实务界在适用双阶理论过程中,实际上是以沃尔夫所创立的修正主体说作为德国公法和私法区分的通用标准,即国家或其他主体以公权力主体的身份享有权利或承担义务者,其适用的法律规范系专属于国家的

[56] Vgl. Martin Burgi, Rechtsregime, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, 2. Aufl., München 2012, S. 1290 – 1291.

[57] Vgl. Martin Burgi, Rechtsregime, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, 2. Aufl., München 2012, S. 1293; BirgaTanneberg, Die Zweistufentheorie, Berlin 2011, S. 152 – 154.

职务性规范,故应判别为公法;反之,若某一法律规范对任何人均可适用,则系属任何人之法故应判别为私法。判断某一具体的行为属于公法还是私法,则必须考察该行为所适用的法律规范究竟属于公法还是私法。二十世纪末兴起的新行政法学虽然认为公法与私法应该从“对抗”走向“合作”,但是二者仍然必须区分,只是应充分利用公法与私法的优点,将其交互使用,弥补各自的不足。而新行政法学所青睐的公私法区分标准也是修正主体说。

然而更重要的结论是:德国双阶理论的正当性基础因行政法学发展而不断变化。随着以警察法为主要内容的公权力行政向给付行政和引导行政的扩张,亟待解决的问题是:以私法形式进行的公权力行政应受何种公法规范的约束?双阶理论的出现,有效地解决了这一问题,所以获得了存续的依据。但是随后出现的行政私法理论不断动摇双阶理论的正当性基础,因为在传统行政法学思维中,将生活关系纵向拆解的双阶理论可能导致法律内部逻辑的混乱,而行政私法理论既保证了形式逻辑的完整性,又实现了制约私法形式公权力行政的目的。但是随着新行政法学运动的兴起,行政法的首要原则日渐由“依法行政”变成“行政正确”,行政法的分析方法日渐由教义学上的形式推理变成法律实施效果的具体判断。在这一背景下,双阶理论又获得了新的正当性基础,因为在倡导公法和私法“交互支持”的新行政法学思维中,以灵活性为主要特征的双阶理论在法律实施效果上明显胜过刻板僵硬的行政私法理论。

## 二 德国公共采购领域适用双阶理论的争议

继以行政法学变迁为线索揭示出双阶理论之正当性基础后,下文将对该理论在德国公共采购领域的具体适用进行考察。德国公共采购在传统上被认为是国库行政性质的行政辅助活动。德国最高普通法院在1961年的判决中,将行政辅助活动仅理解为行政者采购行政必须的办公用品等,并认定它是“间接”完成行政任务,所以仅受私法的约束。<sup>[58]</sup>时至今日,德国公共采购的范围已经扩展至行政者向市场采购货物、工程、服务的一切行为,即行政者亦可借助民间力量直接完成行政任务,比如道路桥梁等市政工程建设采购。此外,现代公共采购多直接含有宏观调控、环境保护、社会保障等公共目标。<sup>[59]</sup>所以,公共采购究竟应受何种性质的法规范约束且适用何种法律救济途径,乃是德国目前重要的争议点。

德国公共采购目前应依照门槛金额<sup>[60]</sup>做区分讨论。这是因为:在1998年以前,德国

[58] Vgl. BGHZ 36, 91, 95.

[59] Vgl. Dirk Ehlers/Michael Fehling/Hermann Pünder (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht: Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 3. Aufl., Heidelberg 2011, § 17 Rn. 1; Hans Julius Wolff/Otto Bachof/Rolf Stober, *Verwaltungsrecht I*, 12. Aufl., München 2007, § 22 Rn. 37.

[60] 自2014年1月1日起,德国工程类公共采购门槛金额是5186000欧元,一般性的货物与服务类公共采购门槛金额是207000欧元,民生领域和国防领域的货物与服务类公共采购门槛金额是414000欧元,联邦层面的货物与服务类公共采购门槛金额是134000欧元。参见欧盟门槛金额网:<http://www.eu-schwellenwerte.de>,最后访问时间:2015年1月11日。

的公共采购一般纳入预算法范围来考察,其兼具行政内部行为与国库行政的双重属性,意即供应商因采购的行政内部行为性质,不得就采购程序提起法律诉讼,但是在缔结采购合同之后,可就合同的履行寻求民事救济。不过迫于欧盟要求德国充分保护供应商利益的压力的压力,德国于 1998 年在《反限制竞争法》中新增第四部分(第九十七条以下条款),专门用来规范门槛金额以上的公共采购行为。但是对于门槛金额以下的公共采购,立法者至今却没有进行统一的立法。<sup>[61]</sup>

### (一) 门槛金额以上的公共采购:立法者将其明确纳入私法

对于门槛金额以上的公共采购,主流见解认为,《反限制竞争法》在德国传统上属于私法,联邦立法者将门槛金额以上的公共采购行为纳入《反限制竞争法》的调整范围,也就是承认了其私法性质。<sup>[62]</sup> 若发生争议,供应商可以向采购审查委员会(Nachprüfungskammer)寻求救济。采购审查委员会是行政机关,而非司法机关。它作出的裁决是行政处分,而非司法判决。若供应商对采购审查委员的裁决不服,可继续向普通法院(非行政法院)提起民事诉讼。需要注意的是,针对行政处分的诉讼原则上应由行政法院管辖。但是联邦立法者将门槛金额以上的公共采购争议明确交由普通法院(民事法庭)管辖,可见立法者也认为其性质就是私法争议。<sup>[63]</sup> 所以,门槛金额以上的公共采购适用的是一元化的民事救济模式,且采用行政私法理论,双阶理论并无适用的余地。<sup>[64]</sup> 不过亦有学者认为,门槛金额以上的公共采购包含生存照顾和宏观调控等公共目标,其明显属于给付行政(意即公权力行政),故应将采购程序认定为公法性质,将采购合同的履行认定为私法性质。<sup>[65]</sup> 另有学者主张对门槛金额以上的公共采购进行分类:针对行政办公用品的采购整体适用民事合同关系;直接实现公共目的采购整体适用行政合同关系。<sup>[66]</sup>

### (二) 门槛金额以下的公共采购:尚未形成共识

对于门槛金额以下的公共采购,德国学术界与实务界至今未形成比较一致的见解。虽然德国学术界和实务界目前一致认为,任何人若被公权力侵犯其权利,都可援引《基本法》第十九条第四款获得法律救济,公共采购的供应商也不应例外,但问题是,供应商可以获得何种方式的救济呢?科伦布茨(Koblenz)高等行政法院认为,受公法(如《联邦预算法》第五十五条第一款)约束的采购程序与受《民法典》规范的民事采购合同应当被截

[61] Vgl. Dirk Ehlers/Michael Fehling/Hermann Pünder (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht: Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 3. Aufl., Heidelberg 2011, § 17 Rn. 3 - 5; Michael Fehling, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), *Vergaberecht: Kommentar*, 1. Aufl. 2011, § 97 GWB, Rn. 7 - 13. 值得注意的是,德国联邦宪法法院于 2006 作出判决,认为以门槛金额区分采购救济程序的立法是合宪的。Vgl. BVerfG NVwZ 2006, 1396, 1400f.

[62] Vgl. Martin Burgi, *Von der Zweistufenlehre zur Dreiteilung des Rechtsschutzes im Vergaberecht*, NVwZ 2007, S. 740; Martin Burgi, *Rechtsregime*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Band I, 2. Aufl., München 2012, S. 1265, 1287.

[63] Vgl. Stefan Storr, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Hrsg.), *Kartellrecht: Kommentar*, Bd. 2, 2. Aufl. 2009, § 116 GWB, Rn. 3, 17; Britta Dieck-Bogatzke, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), *Vergaberecht: Kommentar*, 1. Aufl. 2011, § 116 GWB, Rn. 50 - 54.

[64] Vgl. Jörg Ennuschat/Carsten Ulrich, *Keine Anwendung der Zwei-Stufen-Lehre im Vergaberecht*, NJW 2007, S. 2225.

[65] Vgl. Rainer Regler, *Das Vergaberecht zwischen öffentlichem und privatem Recht*, Berlin 2007, S. 145, 218 - 227.

[66] Vgl. Hans Uwe Erichsen/Dirk Ehlers (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 14. Aufl., Berlin 2010, § 30 Rn 6 - 7.

然分开,故门槛金额以下的公共采购适用双阶理论。<sup>[67]</sup> 这一见解亦得到明斯特(Münster)高等行政法院与包岑(Bautzen)高等行政法院的认同。<sup>[68]</sup> 然而上述见解被联邦最高行政法院2007年的判决所否定。它认为:第一,国家透过采购满足特定产品与服务的需求,这与其他市场参与者的行为无异。第二,公共采购可能包含公益的目标。只要不与公法规范与原则相冲突,国家有权以私法的方式完成公共任务。所以法律关系的确立,不在于行为的目标,而在于行为的形式。第三,采购程序受国家预算的约束。但是国家预算为行政内部规则,其不应通过平等权条款(《基本法》第三条第一款)取得外部效力,所以供应商对此并无主观公权利。第四,双阶理论的前提是,存在任务履行的多个阶段。但是采购程序并不具备独立性,其应当被纳入公共采购这一整体的私法关系,并适用行政私法。<sup>[69]</sup> 所以,联邦最高行政法院认为门槛金额以下的公共采购应统一适用民事救济程序,不适用双阶理论。<sup>[70]</sup>

不过联邦最高行政法院的见解备受新行政法学的质疑,这是因为:第一,联邦最高行政法院的论证前提是,进行公共采购的行政者只是普通的市场参与者。既然如此,行政者为什么要受到国家预算的严格约束呢? 第二,第二阶段合同的私法性质并不足以证明第一阶段采购程序的公私法属性。第三,约束采购程序的国家预算的确是行政内部规则,但是这最多是在讨论供应商有无诉讼权利的问题。问题在于,作为行政内部规则的国家预算仍然是公法规范。判断某一具体行为是否属于公法行为还是私法行为,则必须考察该行为所适用的法律规范究竟系属公法还是私法。既然如此,采购程序当然属于公法行为。第四,供应商可以不必依据作为行政内部规则的国家预算,而是直接透过宪法上的平等权条款获得主观公权利,即行政法上的诉讼权利。总而言之,联邦最高行政法院仍然循传统行政法思维,将公法和私法割裂看待,刻板地将一个复杂的公共采购关系强行纳入一个法律关系中。正确的做法是,应当遵循新行政法学思想,适用双阶理论,将门槛金额以下的公共采购灵活纳入公法与私法关系中。<sup>[71]</sup>

### (三) 小结

由上可知,公共采购性质的认定,在德国也是充满争议的问题。对于争议最激烈的门槛金额以下的公共采购,无论是支持双阶理论的科伦布茨高等行政法院和新行政法学者,还是反对一方的联邦最高行政法院,在论证过程中均是以修正主体说作为公私法的区分标准。但是德国联邦立法者和最高行政法院仍然遵循保守的行政私法理论,将公共采购统一纳入私法关系中。不过,这一做法却难以消弭新行政法学的强烈质疑,因为公共采购(特别是门槛金额以下的公共采购)适用行政私法理论并不满足“行政正确”的要求,其结

[67] Vgl. OVG Koblenz, NZBau 2005, 411.

[68] Vgl. OVG Münster, NZBau2006, 67; OVG Bautzen, NZBau 2006, 393.

[69] Vgl. BVerwG NVwZ 2007, 820.

[70] Ralf Leinemann, Die Vergabe Öffentlicher Aufträge, 5. Aufl., Neuwied 2009, S. 111.

[71] Vgl. Martin Burgi, Von der Zweistufenlehre zur Dreiteilung des Rechtsschutzes im Vergaberecht, NVwZ 2007, S. 738 - 742.

果将难以兼顾公共目标的实现和供应商权利的保护。<sup>[72]</sup> 由于新行政法学是德国公法学未来整体的发展方向,所以本文亦赞同德国新行政法学认为公共采购应当适用双阶理论的见解。

### 三 双阶理论在我国《政府采购法》中的适用争议

2013 年以来,国务院明确要求在公共服务领域更多利用社会力量,加大政府购买服务力度。<sup>[73]</sup> 所以我国政府采购金额在 2013 年高达 16381.1 亿元,较 2012 年增长了 17.2%。<sup>[74]</sup> 可以预见的是,我国政府采购金额将在未来持续增加。然而在政府采购市场一片繁荣的同时,政府采购的法律性质始终处于模糊不定的状态。对此,我国学者试图以发源于德国行政法学的双阶理论来明确政府采购的法律性质,但是并未在学术界取得共识。理论层面的不确定性直接导致实务层面的操作混乱。

#### (一) 理论层面:双阶理论尚未成为共识

对于我国《政府采购法》是否已经采用双阶理论的问题,学术界便尚未达成一致见解。肯定者认为,对于“采购文件、采购过程和中标、成交结果”所产生的争议,适用“质疑—投诉—行政复议或行政诉讼”的公法救济途径;对于民事合同性质的政府采购合同所产生的争议,适用“和解或调解—仲裁—民事诉讼”的私法救济途径。很显然,我国政府采购被划作公法与私法两个阶段,采用两种不同性质的救济方式。<sup>[75]</sup> 否定者认为,第二阶段因政府采购合同所产生的争议应适用民事救济途径。但是第一阶段中的行政复议或行政诉讼针对的是政府采购监督管理部门的处理决定,而不是政府采购行为,故不能据此认定第一阶段的法律关系为公法关系。同时《政府采购法》第七十九条规定,政府采购当事人若在采购过程中有符合该法第七十一条、第七十二条、第七十七条违法行为之一,给他人造成损失的,并应依照有关民事法律规定承担民事责任,据此应当认定第一阶段的司法救济为私法救济。所以否定者的结论是:我国政府采购整体属于私法性质,不适用双阶理论。<sup>[76]</sup>

我国政府采购是否应当采用双阶理论呢?梁慧星教授早在《合同法》的起草过程中便主张政府采购合同的内容是市场交易行为,并非行政权力的行使,所以政府采购应统一纳入合同法的调整范围。<sup>[77]</sup> 显然,梁慧星教授支持的是整体私法论。但是我国更多

[72] BirgaTanneberg, Die Zweistufentheorie, Berlin 2011, S. 220 - 221; RainerRegler, Das Vergaberecht zwischen öffentlichem und privatem Recht, Berlin 2007, S. 273 - 275.

[73] 《国务院办公厅关于政府向社会力量购买服务的指导意见》(国办发[2013]96号)。

[74] 财政部:《2013 年全国政府采购规模达 16381.1 亿元》,http://www.mof.gov.cn/zhengwuxinxi/caizhengxinwen/201407/t20140715\_1112991.html,最后访问时间:2015 年 1 月 11 日。

[75] 王锴:《政府采购中双阶理论的运用》,《云南行政学院学报》2010 年第 5 期,第 147 页。值得注意的是,我国《政府采购法》的立法是全国人大财经委和德国技术合作公司的合作项目。参见:朱少平、尤翰林主编:《中华人民共和国政府采购法——立法进程资料汇编》(上册),中国民主法制出版社 2008 年版,前言。

[76] 陈天昊:《论我国政府采购行为的法律性质——对暂行制度、立法文件及现行规范的实证分析》,《政府采购理论与实践》2012 年第 5 期。

[77] 梁慧星:《统一合同法的起草与论证》,《中国律师》1998 年第 1 期,第 66 - 68 页。

的学者支持整体公法论。比如,湛中乐教授等人在《政府采购法》出台之前便主张“政府采购……本质上是一种行政合同行为”。<sup>[78]</sup>《政府采购法》起草立法小组成员于安教授在立法讨论中明确主张“政府采购合同是公法性质的行政合同,具有不同于普通民事债权合同的特殊规则和法律效果”,并且“在行政合同的订立、履行、变更和解除中,行政当事人和合同管理机关享有公共利益所要求的特有权利”。<sup>[79]</sup>可见,于安教授认为应将政府采购整体统一为行政合同关系。《政府采购法》正式颁布后,仍有学者呼吁将政府采购整体纳入行政合同关系。其理由不外乎如下几点:第一,采购人必须依据《政府采购法》和相关行政法规所确定的程序选择供应商,并无民法上的缔约自由;第二,政府采购合同的目的是为了实现在公共利益,民事合同的目的是为了满足不同当事人营利的需要;第三,采购人在合同履行过程中享有行政特权。<sup>[80]</sup>

## (二) 实务层面:政府采购性质模糊不清

理论前提没有解决,自然会产生实务争端。试举政府采购法学上的两个著名案例:

“朝阳区财政局撤销区政府采购中心案”:2005年底,北京市朝阳区财政局撤销区政府采购中心,并将原有的政府采购业务交由社会中介机构完成。此举旨在让政府采购摆脱行政色彩,令其充分市场化。<sup>[81]</sup>

“成峰亿通公司诉牡丹江大学案”:2005年8月,牡丹江大学委托牡丹江市政府采购中心公开招标采购现代化办公设备及服务。9月7日,项目开标,成峰亿通公司中标。9月9日,成峰亿通公司与牡丹江大学正式签订政府采购合同。9月29日,牡丹江市财政局向成峰亿通公司下达《行政处罚告知书》,认定成峰亿通公司存在恶意串标行为,故宣布“中标结果无效,撤销合同”,并对成峰亿通公司处以采购额千分之十罚款,将其列入不良记录名单,三年内禁止其参加政府采购活动。由于成峰亿通公司已经开始组织货源,与其他公司缔结了买卖合同,并且已经支付了部分货款,所以因为合同撤销,该公司因所要支付的违约金和损失的货款总计高达47万元。成峰亿通公司先后向牡丹江市中级人民法院和黑龙江省高级人民法院提起民事诉讼,均告败诉。<sup>[82]</sup>

不难发现,在“朝阳区财政局撤销区政府采购中心案”中,朝阳区财政局似乎将政府采购视作纯粹的民事行为,并且试图透过社会中介的力量,实现政府采购的“去行政化”。但是,依据《政府采购法》第一条和第九条,政府采购本就含有优化财政资金使用、宏观调控、廉政建设、保护环境、扶持不发达地区和少数民族地区、促进中小企业发展等公益性目标。如果将政府采购视作纯粹的民事行为,那么是否意味着,采购人和采购代理机构可以仅从经济利益出发,将货物、工程和服务的质量和价格作为唯一的考量呢?事实上,谷辽海先生曾针对本案指出“作为商业机构的社会中介根本不可能贯彻政府采购的政策功

[78] 湛中乐、杨君佐:《政府采购基本法律问题研究》(上),《法制与社会发展》2001年第3期,第24页。

[79] 朱少平、尤翰林主编:《中华人民共和国政府采购法——立法进程资料汇编》(上册),中国民主法制出版社2008年版,第47页。

[80] 肖北庚:《论政府采购合同的法律性质》,《当代法学》2005年第4期,第27-28页。

[81] 新浪网:《北京市朝阳区:全国首撤政府采购中心惹争议》, <http://finance.sina.com.cn/roll/20060724/1738815283.shtml>,最后访问时间:2015年1月11日。

[82] 谷辽海著:《中国政府采购案例评析》(第3卷),群众出版社2007年版,第134-141页。

能,价格便宜的产品中标是他们的惟一理念”。<sup>[83]</sup> 在“成峰亿通公司诉牡丹江大学案”中,依照牡丹江市中级人民法院的观点,财政局单方面宣布撤销政府采购合同,并对供应商进行行政处罚的授权依据来自《政府采购法》第十三条、第七十七条(三),意即若供应商存在串标等违法行为,中标结果无效,政府采购监管部门有权对其进行行政处罚。<sup>[84]</sup> 但是诚如成峰亿通公司所主张的,依照《政府采购法》第四十三条之规定,政府采购合同适用民法意义上的合同法,所以有权行使管辖权的机构只能是人民法院或者仲裁机关。<sup>[85]</sup> 可以说,两个案例都反映出实务界对政府采购性质认识不清。如何正确处理政府采购的公权力特征和市场交易特征之间的关系,恰当确定政府采购的法律性质,已是实务中亟待解决的重要问题。

### (三) 小结

毫无疑问,实务操作的困难归根于理论认知的落后。对于我国《政府采购法》是否已经采用双阶理论的问题,关键是必须明确我国区分公私法的标准是什么。虽然 2007 年“物权法违宪之争”一度令“公私法的区分”成为学术界的热点话题,<sup>[86]</sup> 有学者甚至提出“统一公法学”的构想,<sup>[87]</sup> 但是遗憾的是,我国学术界至今仍对公私法区分标准缺乏一致的见解。当然更重要的问题是,我国《政府采购法》是否应当采用双阶理论,因为这直接涉及双阶理论存续的正当性基础。显然,复杂的政府采购兼具公权力特征和市场交易特征,然而我国整体私法论者(整体民事合同)和整体公法论者(整体行政合同)往往过分执着于其中的一个特征,刻意忽略另外一个特征。这种一叶障目的做法不仅无助于理论问题的解决,而且将加深实务层面的困惑。更严峻的问题是,我国本土有限的理论资源已难以充分回应双阶理论存续的正当性基础。

## 四 德国法对我国政府采购适用双阶理论之启示

他山之石可以攻玉。德国的修正主体说和新行政法学思想,均有助于解决我国《政府采购法》目前适用双阶理论过程中所遭遇的现实问题。

### (一) 实然层面的合法性:以修正主体说为界定标准

若要探讨我国《政府采购法》是否已经采用双阶理论,必须首先确立我国界定公私法的区分标准。虽然我国学术界至今仍对公私法区分标准缺乏一致的见解,但是德国的修正主体说可以作为有益的借鉴。事实上,梁慧星教授在他的权威著作《民法总论》中也认同修正主体说,即:“公法与私法区分之基本标准在于,公法主体至少有一方是国家或

[83] 新浪网:《北京市朝阳区:全国首撤政府采购中心惹争议》, <http://finance.sina.com.cn/roll/20060724/1738815283.shtml>, 最后访问时间:2015 年 1 月 11 日。

[84] (2005) 牡民商初字第 57 号。

[85] 谷辽海著:《中国政府采购案例评析》(第 3 卷),群众出版社 2007 年版,第 137 页。

[86] [日]但见亮:《中国公法与私法的关系——以“美浓部理论”为线索》,凌维慈译,《交大法学》2013 年第 1 期,第 135 页,137-140 页。

[87] 参见袁曙宏:《论建立统一的公法学》,《中国法学》2003 年第 5 期;姜明安:《公法学研究的几个基本问题》,《法商研究》2005 年第 3 期;杨解君:《公法(学)研究:“统一”与“分散”的统一》,《法商研究》2005 年第 3 期。

由国家授予公权并以公权主体之身份参与法律关系者,私法主体都是个人、非公权者的团体或非以公权主体身份参加法律关系的国家或公权者”。<sup>[88]</sup>

本文主张,我国政府采购应区分为公私法性质不同的两个阶段:第一阶段是决定阶段,针对采购人是否向供应商采购货物、工程或服务。这一阶段涵盖发布采购文件到最终中标、成交之间的全过程。在这一阶段,采购人仅限于国家机关、事业单位、团体组织,并基于促成优化财政资金使用,宏观调控与廉政建设等公共目标而进行采购。采购人需要严格执行按照中央或地方批准的预算,并且必须依法保障采购程序的公开和公正,否则其相关责任人员将承担行政责任,甚至是刑事责任。可见,采购人是公权力主体的身份实施采购,其行为属于公权力行为,那么第一阶段法律关系的性质当属公法。此外,第一阶段是决定阶段,针对的是让谁中标的问题。采购活动中的民事损害赔偿请求权属于次生性权利,并不决定谁中标的问题,<sup>[89]</sup>所以双阶理论的否定者所援引的民事损害赔偿条款(《政府采购法》第七十九条)并不能作为判断第一阶段法律性质的依据。接下来,政府采购的第二阶段是履行阶段,针对采购人如何向供应商采购货物、工程或服务。这一阶段涵盖中标、成交之后到合同履行完毕之前的全过程。考察这一阶段《政府采购法》相关规范的性质,仍是取决于采购人具有什么性质的权利与义务,意即政府采购合同的性质是什么。《政府采购法》第四十三条明确规定“政府采购合同适用合同法。采购人和供应商之间的权利和义务,应当按照平等、自愿的原则以合同方式约定”,这说明立法者已明确将政府采购合同中的权利义务关系确定为如买卖合同、承揽合同、服务合同等私法意义上的民事权利义务关系,所以政府采购合同应当被认定为民事合同。事实上,《政府采购法》立法起草小组所持的见解是:“政府采购合同从整体上看属于民事合同,但也应该认为带政府采购合同的特殊性。”<sup>[90]</sup>这就是说政府合同是特殊的民事合同,但本质仍然是民事合同。在我国目前的司法实践中,政府采购合同也的确被认定为民事合同,适用民事救济程序。<sup>[91]</sup>所以,第二阶段的性质属于私法。综上所述,我国《政府采购法》适用双阶理论。

## (二) 应然层面的合理性:以新行政法学为分析框架

我国《政府采购法》是否应当采用双阶理论的问题是本文最重要的问题,因为这涉及双阶理论存续的正当性基础。若要回答这一问题,则必须首先弄清楚法律制度和法律理论存在的意义是什么。很显然,法律不是孤立于社会现实之外的教条,它必须适应社会变革的需要。现在的中国与德国一样,同样面临民营化、风险社会、信息社会与全球化等重大的历史挑战,我们党更是在十八届三中全会明确将推进国家治理体系和治理能力现代化作为全面深化改革的总目标,那么位于社会转型关键时期的中国行政法必须与时俱进,

[88] 梁慧星著:《民法总论》(第4版),法律出版社2011年版,第33页。

[89] Vgl. Martin Burgi, Von der Zweistufenlehre zur Dreiteilung des Rechtsschutzes im Vergaberecht, NVwZ 2007, S. 739.

[90] 曹富国著:《中国公共采购法》,Asialink 公共采购法项目2010年版,第248页。

[91] 比如,“中共赤峰市委员会党校与赤峰高州建筑建材有限责任公司建设工程施工合同纠纷申请案”,(2013)最高法民申字第1430号;“佛山市顺德区大良街大门社区居民委员会与佛山市顺德区金方建筑工程有限公司建设工程施工合同纠纷上诉案”,(2014)佛中法民一终字第2031号。



根据现实发展的需要不断进行自我调整。从这个角度来看,借鉴德国新行政法学思想,不再桎梏于公私法二元对立的窠臼,着眼于“行政正确”,灵活适用公法和私法,确保行政决定的合法性、最优性与行政相对人的可接受性,将是在我国法治领域推进国家治理体系和治理能力现代化的有益尝试。所以下文将以新行政法学为分析框架,以“行政正确”为判断标准,分别检讨整体私法论、整体公法论和双阶理论在政府采购中的法律实施效果,从而明晰我国政府采购适用双阶理论的正当性依据。

### 1. 对整体私法论的再认识

在政府采购合同的缔结过程中,采购人明显处于支配性地位,他与供应商之间的地位并不平等。由于政府采购与优化财政资金使用,宏观调控与廉政建设等公共目标密切相连,所以立法者严格限制采购人在采购过程中的选择权,要求其必须依法执行中央或地方批准的预算,充分保障采购程序的公开和公正。这与民法上“意思自治”、“合同自由”等核心理念是冲突的。不过,是否可以采用德国的行政私法理论呢?需要注意的是,德国的行政私法理论最核心的是宪法基本权条款的约束。我国宪法基本权研究薄弱,救济缺失,故不可能像德国一样,以宪法中的基本权条款约束政府采购。所以,从新行政法学的角度来看,将政府采购整体纳入私法并不符合“行政正确”的要求,其既可能有损《政府采购法》第一条与第九条所预设的公共目标的实现,亦可能存在政府借“缔约自由”之名,行不公平对待供应商之实,是故,整体私法论应当被拒绝。

### 2. 对整体公法论的再认识

如果将我国政府采购整体纳入行政合同关系,并不利于“行政正确”的实现。这是因为:第一,虽然我国《行政诉讼法》已经修订,但负有举证责任的主体原则上仍然是被告。<sup>[92]</sup>如果供应商在履约阶段为提高合同的价金而提起行政诉讼,那么举证责任依法应由作为被告的采购人承担。问题是按照经济常识,提高合同价金的原因理应由合同的具体执行者(作为原告的供应商)来举证说明。举证责任倒置是否能够确保政府采购合同救济的公正性,是值得怀疑的。第二,新修订的《行政诉讼法》仍然维持“民告官”的构造,也就是说作为采购人的政府,不能成为适格的原告,也不能反诉。若供应商突然无故拒绝履行合同或在合同履行中存在严重的过错,采购人虽然可以行使行政合同意义上的单方解除权,但是无法通过行政诉讼的方式要求供应商继续履行合同或寻求赔偿。第三,行政合同论者强调采购人应当享有行政合同的单方变更权与解除权,但是在目前我国仍欠缺成熟的行政合同制度的情形下,过分强调单方变更权与解除权必然助长行政权力的滥用,令公共利益和私人利益都无法得到切实的保障。第四,整体公法论者总是强调政府采购合同的公益性,但是公益目的的实现既可以借助行政合同,也可以借助民事合同。合同本身仅仅是一种手段,关键是要看哪种合同形式的实施效果更好。若强行将极其不成熟的行政合同法律制度作为实现公共采购所肩负的公益目的的手段,实在于教条。综上所述,政府采购合同采用成熟民事合同的形式优于采用不成熟行政合同的形式。

[92] 参见:《行政诉讼法》第三十四条、第三十六条、第三十七条、第三十八条。

### 3. 对双阶理论的再认识

伊普森构建双阶理论的初衷是避免行政者假借“国库行政”与“特别权力关系”规避司法审查,侵害私人利益。但是,传统行政法学要求将生活关系要尽量涵摄在一个法律关系中,适用特定法律原则(依法行政或私法自治)。双阶理论违背了这一宗旨,自然饱受质疑。但是依据新行政法学换个角度思考,不要将公法与私法那么对立,多从功能性的角度来考量问题,那么将一个生活关系分解成两个法律关系又能如何呢?

重新审视政府采购,我国相对成熟的民事合同制度显然优于不成熟的行政合同制度。将政府采购合同认定为民事合同,对其履约争议适用民事救济途径,法律实施效果会更好,所以政府采购的第二阶段的性质就最好被认定为私法。因为如此,政府采购合同一旦缔结,合同当事人本质是平等的民事主体。作为合同一方的国家所希望透过合同实现的公共利益并不必然高于作为合同另一方的供应商因为合同撤销所损失的利益。比如在前文所述的“成峰亿通公司诉牡丹江大学案”中,政府采购合同所要保护的公共利益是确保牡丹江大学所采购的现代办公设备及服务的质量。保护这一公共利益的紧迫性并不明显,而成峰亿通公司所要支付的违约金和损失的货款总计高达47万元。如果因为成峰亿通公司可能存在的串标行为而要撤销合同,那么必须经过严格的举证和质证,并最好由中立的人民法院和仲裁机关来裁决,这样才能彰显法律的公平。如果未经严格的举证和质证,冒然让作为行政者的政府采购监管部门以存在违法行为之名随意撤销政府采购合同并进行行政处罚,不仅不利于供应商利益的保护,而且也会助长行政权力的滥用,从长远的角度看,这不利于“行政正确”的实现。

反观第一阶段的采购活动,行政者在这一阶段行使公权力,具有支配性的地位,并肩负重要的公共目标,那么就应当努力规范行政者的权力行使,并通过行政诉讼的模式充分保障供应商的合法权益。正是因为第一阶段的公法属性,在前文所述的“朝阳区财政局撤销区政府采购中心案”中,朝阳区财政局撤销区政府采购中心的出发点绝对不能是仅仅让政府采购摆脱了行政色彩,令其充分市场化。若要将政府采购业务交由社会中介机构,则必须考察社会中介机构能否有效实现政府采购的公共功能,如果不能,就不能将业务交由社会中介机构,如果可以,那么必须明确北京市朝阳区财政局和社会中介机构的关系是行政委托关系,社会中介机构应当受到必要的公法规范的约束。再者,因为明确了第一阶段的公法属性,那么采购部门必须善尽信息公开的义务,确保采购过程的公平性和公正性。事实上,国务院《2014年政府信息公开工作要点》也强调,政府采购项目预算、采购过程、采购结果必须公开,而且要细化中标成交结果。此外,从诉讼法的角度来看,如果供应商认为存在评审舞弊的行为,按照《民事诉讼法》,举证责任归属于作为原告的供应商,这明显对供应商不利,但是按照《行政诉讼法》,将举证责任归属于行政者,这将使得案件事实更容易查明,令供应商的合法权利得以有效救济,同时也有助于遏制采购部门的违法行为,提高采购活动的整体品质。所以,将政府采购第一阶段性质认定为公法,显然能更好地保护公共利益与供应商的合法权益,从而确保“行政正确”的实现。

综上所述,若遵循新行政法学分析框架,双阶理论较之于整体私法论和整体公法论,将更好地处理政府采购公权力特征与市场交易特征的关系问题,这不仅有助于提高政府

采购的品质,也有助于增强对公民权益的保护。所以,双阶理论在我国政府采购中具有坚实的正当性基础。另外,能否尝试将双阶理论引入我国补贴和公用设施利用领域的法律实践中,也是可以探讨的新问题。

## 五 结 语

任何法律制度和法学理论都不可能脱离其赖以生存的社会现实环境,既然我国已经面临着民营化、风险社会、信息社会与全球化等多维度的挑战,那么中国行政法学就应当勇于跳出奥托·迈耶时代的传统法教义学思维,充分整合一切可以利用的法律资源,以更灵活有效的方式克服新时代的新问题。法律不是一个封闭的体系,它一直在变革。

---

[Abstract] In Germany, scholars' understanding of the two-step theory is changing with the development of administrative law. With the expansion of the scope of public power administration into the fields of payment administration and steering administration, the two-step theory has won wide support for being able to effectively solve problems relating to the binding force of public law on public power administration in private-law form. However, with the establishment of the theory of administrative private law, the two-step theory was gradually abandoned by traditional administrative law for confusing the internal logic of law. With the rise of new administrative law in recent years, the relationship between public law and private law is expected to evolve from that of confrontation to that of cooperation, and the concept of correct administration is becoming the basic principle of German administrative law. As a result, the flexible two-step theory has been proved to be much better than the rigid theory of administrative private law. The latest developments of administrative law theory in German law can be taken as reference by China in the application of two-step theory. According to the criteria of correct administration, the two-step theory is much better than the theory of private law as a whole and the theory of public law as a whole in that it can reliably handle the relationship between the feature of public administration and the feature of marketing activities in the government procurement in China, thereby not only improving the quality of government procurement, but also strengthening the protection of individual rights.

---

(责任编辑:田 夫)