

公私合力背景下行政程序的变革与走向

谢鹏远 周 敏

【提 要】公私合力是近年来政府寻求提升社会治理能力,改善治理效果的主流思维,同时也被视为一项重要的政府改革措施。在公私合力的治理中,私部门承担部分行政任务,传统的行政程序规范和限制的只能是公权力的行使,而私部门完成行政任务时的行为纳入行政程序的规制中已成为现代行政程序法发展的必然趋势,从而必将导致公私合力背景下行政程序的主体权利、内容等相应地发生变化与革新。因此,从行政法理论层面上,有必要对公私合力作一明确的法律定位,进而对公私合力背景下的行政程序走向予以重新思考与规划。在此思维框架下,应探究行政程序变革的必然性,思考如何培育和拓展更为合适的私部门来配合公部门有效地完成行政任务,构建适合公私合力高效完成行政任务的良性行政程序制度环境。

【关键词】公私合力 行政程序 行政法

【中图分类号】D912.1 **【文献标识码】**A **【文章编号】**1000—2952(2015)04—0070—08

一、行政程序的发展轨迹与公私合力的法律定位

(一) 行政程序的发展轨迹

作为行政相对人的合法权益受到侵害采用事后救济手段的行政复议和行政诉讼,在公权力的能量不断扩张所带来的行政伤害越来越大,单纯地依靠行政的事后救济手段已难以补救给行政相对人造成的损害以及难以促使行政机关在行政过程中去选择合适的治理方式进而实现既定目标的背景下,加之当今社会已不再单纯地依赖决策或执行者的个人意愿推进,因此产生了通过运用行政程序来约束行政管理行为过程中行政权力的事中监督方式。行政程序

是关于行政主体行为的方式、步骤及实施的时间、顺序的法律原则和规范的总称。其基本作用是控制行政权力和保护公民权利,这是符合社会发展规律要求的。我国大陆地区曾在2004年行政程序法专家建议稿形成之后就一直准备启动立法程序,但到目前为止,在国家层面上行政程序法制建设还处于立法程序之外的草拟状况,没有制定出一部统一的行政程序法。^①

虽然一部完整的行政程序法迟迟未出台,

^① 20世纪90年代开始在东亚出现了行政程序立法,其中包括1993年日本行政程序法、1996年的韩国行政程序法和1999年我国台湾地区的行政程序法等。

但涉及到关于行政程序的内容在多个部门法、单行法中均已得到体现，近几年在一些地方也出现了较为全面的、统一的行政程序规定，^① 这种“先地方后中央”的立法实践并非在中国独有。^② 行政程序更多地体现了控制和规范行政权，保障行政相对人人权的功能。随着社会经济的高速发展、行政任务范围的扩张和种类的增多，“行政任务分散化”的出现使行政程序也在不同的行政任务的完成中与时俱进，符合各个领域发展要求的同时实现着自我转型过程。特别是近几年来，随着市场经济的发展、人民生活水平的逐年提高及政府职能的转变，一些原来由政府或政府部门管理的公共事务，包括行业性事务，逐步转移给具有一定资质的私部门进行管理。行政程序规范的主体由公部门和行政相对人之间单向法律关系向公部门和私部门以及相关的第三人之间的多项法律关系进行转换。

（二）公私合力的法律定位

1. 公私合力的内涵及理论支撑

随着社会的不断发展，政府在选择完成行政任务的手段上，与以往有着相当大的改变，无论是来自于社会的“让政府缩水”的压力，还是政府自身要重塑“苗条政府”的动力，在“合作国家”理念的促使下，公私合力的模式越来越受到广泛的关注。该模式就是将部分国家行政权通过合同等形式转移给私部门进行管理。20 世纪 80 年代，西方兴起一股私人化（Privatization）浪潮，这股浪潮迅速席卷世界上许多国家或地区，行政权社会化不仅仅是行政改革的权宜之计，而且是一种不可逆转的潮流所向。^③ 尽管各国各地区关于公私合力的内涵、性质、范围界定有所差异，也引发了各种不同的争论。但毫无疑问的是，公私合力已经成为全球范围内政府改革的一种新取向和政府治理的新战略。^④

公私合力旨在描述公部门与私部门间的伙伴关系，共同致力于特定行政目标的达成或执行行政任务的一种合作关系。^⑤ 其概念描述上有多种不同的用语，有称之为“公私合伙关系”，^⑥ 有称之为“公私合作关系”，^⑦ 有称之为“行政

参与合作”，^⑧ 在台湾地区将其称之为“公私协力关系”。关于公私合力与其它概念上的区别，笔者认为，其在概念上并无实质上的不同，若深究其间的差异，则公私合力和行政参与强调私部门合力的性质，偏向于从属的地位，而公私合作、公私合伙和公私协力则强调私部门的合作性质，偏向于对等的地位。公私合力是指将公部门所应承担的行政任务交由私部门行使，作为现代给付国家为缩减行政任务、精简人事、节省国家财政支出和提升行政效率所最常使用的行政改革手段。^⑨ 还有学者认为，公私合力是指个人、民间团体、法人组织与非法人组织基于权利的认知及实践，对于政府的行动及政策

- ① 2008 年 10 月 1 日《湖南省行政程序规定》施行之后，2010 年 1 月 1 日《四川省凉山州行政程序规定》、2011 年 5 月 1 日《广东省汕头市行政程序规定》、2012 年 1 月 1 日《山东省行政程序规定》、2013 年 5 月 1 日《西安市行政程序规定》先后施行。
- ② 如日本山形县金山町是第一个进行信息公开立法的地方公共团体。参见宋华琳：《转型时期中国行政程序立法的几点思考》，《中国行政管理》2009 年第 9 期。
- ③ 杨海坤、章志远：《中国行政法原论》，中国人民大学出版社 2007 年版，第 411 页。
- ④ 黄学贤：《中国行政法学专题研究述评（2000～2010）》，苏州大学出版社 2010 年版，第 56 页。
- ⑤ 2013 年 7 月 31 日，国务院总理李克强主持召开国务院常务会议时明确提出，深入研究推进政府向社会力量购买公共服务，部署加强城市基础设施建设，凡社会能办好的，尽可能交给社会力量承担，加快形成改善公共服务的合力，将适合市场化方式提供的公共服务事项，交由具备条件、信誉良好的社会组织、机构和企业等承担。李克强总理强调政府与社会力量（即公部门与私部门）间通过合力的方式使群众得到更多的便利与实惠。《李克强主持召开国务院常务会议，研究推进政府向社会力量购买公共服务，部署加强城市基础设施建设》，2013 年 8 月 1 日《人民日报》。
- ⑥ 黄锦堂：《行政契约法主要适用问题之研究》，载台湾行政法学会主编：《行政契约与新行政法》，（台）元照出版公司 2002 年版，第 33 页。
- ⑦ 詹镇荣：《行政合作法之建制与开展——以民间参与公共建设为中心》，载台湾行政法学会主编：《行政契约之法理、各国行政法学发展方向》，（台）元照出版公司 2009 年版，第 107 页。
- ⑧ 陈春生：《行政法上之参与及合作——行政程序法对此之响应与面临之挑战》，载陈春生：《行政法之学理与体系（二）》，（台）元照出版公司 2007 年版，第 66 页。
- ⑨ 詹镇荣：《论民营化类型中之公私合力》，（台）《月旦法学杂志》2003 年第 102 期。

的信息充分理解,同时也有参与的意愿与管理,可以说公私合力的精神及运作是民主政治理念的具体表现。^①

公私合力是以政府治理理论与公共选择理论体系作为支撑衍生出的新型合作模式。政府治理理论的精髓是使相互冲突的或不同利益方得以调和并且采取联合行动的持续性过程。它不是一整套规则,也不是一种活动;治理过程的基础不是控制,而是协调;治理既涉及公共部门,也包括私人部门;治理不是一种正式的制度,而是持续的互动。^②治理是一个上下互动的管理过程,它主要通过合作、协商、伙伴关系,确立认同和共同目标等方式实现对公共事务的管理。治理理论打破了公部门和私部门两分的桎梏,营造了互信式的对话方式、互动式的管理模式、互惠式的管理方法,从而突破了公部门与私部门二元对立的传统思维。公共选择理论强调打破政府垄断,建立公部门与私部门间的竞争合作关系,从而使公众获得自由选择的机会,以期更好地实现公共服务,维护公共利益。公私合力恰恰被认为是公共选择理论中解决政府困境的新型模式。

2. 公私合力的定位

追溯历史,从最初国家承担“守夜人”的角色,到之后市场经济本身所具有的“盲目性”缺陷生成的“市场失灵”促使政府不得不介入到市场经济管理中。再到政府权力大为膨胀,行政干预经济的力度不断加强,出现“行政国”的局面,政府不堪重负而引发“政府失灵”。最后到私部门要求参与并承担社会责任,公部门因自身能力有限要求私部门做互补性支援,公部门和私部门间相互依赖的程度不断增加,形成公私合力关系。

从国家的观点来看,公、私部门之间不只是共同目的相互利用,而是必须通过合作伙伴关系为机制,作为建构双方协作关系的内容。公私合力特别强调公、私部门两者之间的伙伴、合作与共同作用关系,通过结合公、私部门的优势,使之形成双赢的合作形态。从现行法制设计的角度而言,公私合力应属于政府采购法的范围,定性为行政合同,此类协同式的合作

模式主要为更有效、科学、合理地保护公共利益的需要而设计。对于当前社会转型时期新衍生的各类问题单纯地运用传统行政合同理论已无法有效调整公私合力之间的关系。公私合力中的公部门在行使公权力时有其固有的方式,根据行政法的传统理论,私部门所承担的行政任务一直是被隔离在其概念和体系之外。那么,私部门在完成行政任务时一旦对行政相对人合法权益造成侵害,行政相对人将采用何种方式寻求救济是目前公私合力机制在发展完善过程中不可避免的问题之一。

3. 公私合力模式的选择

公私合力所要达到的目标是通过共同合作,减少政府管制与干预,弱化社会矛盾,调动并强化市场功能,促进兼顾市场取向的施政模式,达到实现行政管理目标满足人民群众需求的目的。公私合力的模式与私部门有效完成行政任务息息相关,针对公私合力模式的选择问题,近年来众多学者提出几种不同版本的模式。大体上分为法定模式、授权模式、委托模式及私部门模式等。在这几种模式中法定模式、授权模式与委托模式中的私部门一般称为行政助手,其地位有如公部门“延长之手”。当私部门以行政助手地位参与行政任务的执行时,行政任务的管辖权限、责任仍归属于公部门,只是将特定任务的执行工作交由私部门承担。也就是说,行政助手实际上仅发挥的是辅助性功能,本身不能做出任何决定,无任何自由决定的空间,完全取决于公部门的意志。本文仅以公私合力中的私部门模式为主进行研究。私部门模式主要指公部门承担行政任务的部分责任,另一部分责任交由私部门行使,但不得任由私部门在完成行政任务时恣意执行,应当制定一套规制约束和担保该任务的完成及达到一定的质量。但目前大陆地区学界和实践部门在此方面没有进行过深入研究,模式选择及模式背后一系列

① 许登科:“德国担保国家理论为基础之公私协力法制——对我国促参法之启示”,(台)台湾大学法律学研究所博士论文,2008年。

② 俞可平主编:《治理与善治》,社会科学文献出版社2000年版,第4页。

程序的运作都需要一个较为合理的方式予以规制。

（三）行政程序在公私合力中功能的体现

公私合力中的公部门总是发挥着实现为公共利益而服务的作用，私部门恰恰把多样性的竞争要素带入公共利益的实现过程，将这些要素复合在一起可更好地实现公共利益，这也是公私合力在国家政策上应当实现的目标。本文要阐述的不是公部门与私部门应当如何分担行政任务，而是应该怎样更好地发挥行政程序在公私合力关系中的功能问题。当公部门、私部门和行政相对人三者对结果的公正性缺乏一个独立的认识标准时，结果的公正性来源于产生它的过程的公正，只要遵循公正合理的程序，由此产生的结果也是公正、合理的。也就是说结果因为过程的公正获得了正当性。

行政程序原本是约束公部门防止行政权滥用的规制，对私部门几乎无任何制约效果，但公私部门之间进行合作，这种行政私法形式的活动依然必须通过一般法律原则（如正当法律程序原则）权衡，其所追求的行政目的或公益目的仍须加以正当化。即该正当化是指将承担部分行政任务的私部门行为通过行政程序规定予以规制，以达到行政任务顺利、合法、有效完成，并兼顾公共利益的实现与私人利益取得的目的。

目前，私部门所承担的行政任务一直游离在行政规范之外，将会带来一些忧虑，如这一部分行政活动会脱离行政法规定的法律责任，并因不受行政法规范而缺乏正式程序的约束及实体公法的规范，而使私人偏离对公共利益的追求，甚至因其依然参与经济活动，私人可能利用取得的公权力优势地位采取反竞争行为并成为寻租的对象。如何将行政法的规范拓展到私人承担行政任务的领域，是行政法学界需要回答的问题。^①

二、行政程序在公私合力背景下变革之正当必要

行政法学理论的发展与实务的需求息息相

关，理论总是在适应不断变化的实务需求，针对公私合力需求的法制层面回应，当前行政法理论中的行政程序已很难支撑作为公私合力行为的规范基础，行政程序的变革在推动公私合力法治化进程中扮演着重要角色。

（一）明确划定公私合力的法律责任及救济机制发挥其应有作用的需要

传统的行政管理与市场模式是公部门行使公权力适用行政程度规则，私部门通过社会、市场经济的调整，随着时间和空间的不同而适时作出不同规制的设计。公私合力是公部门与私部门为完成行政任务而共同合作的形式，传统的、单纯制约公部门的行政程序已无法在公私合力模式中有效地发挥其控制行政权、保障行政任务顺利完成的作用。当行政相对人的合法权益在公私合力下的管理模式中受到侵害时，如何判断是公私合力下的公部门还是私部门造成的，应当如何寻求救济？若不能清楚地界定权限的分配，则容易混淆公私部门间的责任分配，也将影响行政任务执行的可预见性。公私合力并不代表公部门就不需要承担法律责任，它只是借公私合力的手段，转变公部门的功能，而在行政任务的执行方面，公部门仍应承担责任，到底该责任是否给予公部门进行控制或介入措施的义务，在公私合力中行政程序的变革必将更加清楚地界定公部门将行政任务私部门化之后相关法律责任的归属。

目前公私合力的救济监督处于无序、薄弱的环节，此环节已严重阻碍了公私合力的正常运行和健康发展。此时，通过制定相应的行政程序，变通地规范公私合力中的履行公共职能的私部门行为，不仅可以为公私合力产生的争议确立司法审查规则，也可以将承担行政任务的私部门的行为置于行政程序的监督之下，有利于保护公民的合法权益，使公私合力的救济机制真正发挥其应有的作用。从另一角度分析，公私合力中的公部门将部分行政任务交由私部

^① 徐庭祥：《论我国私人承担行政任务的行政法规范模式选择——基于德国主观主义模式与法国客观主义模式的比较》，《西南政法大学学报》2013年第4期。

门执行,行政任务承担方式的转变给行政程序的发展与变革带来巨大的挑战,行政程序也将兼顾有利于保障私益的同时实现公共利益的目标,在很大程度上达到预防或避免侵害结果发生的目的。

(二) 政府职能转变与满足人民群众需求相契合的需要

公私合力体现行政民主化的需求,彰显共同合作达到行政管理目标的理念。人民群众对公部门完成的行政任务没有达到自己期望的标准时,将会引发诸多影响社会稳定的因素,甚至政府也会失去在群众心目中的公信力。传统的行政程序仅仅是对公部门行使公权力进行规制性的约束,而对于公私合力下私权力在完成行政任务时如何规范其程序这一新生领域却未作任何规定,对于带有只要是执行行政任务就是政府做出的或代表政府意愿做出的这一想法的人民群众而言,从人性化、标准化、程序化的角度期待行政行为的进步,因此,对于公私合力内在适用的行政程序进行变革是时代的要求,也符合人民群众的需要。

(三) 从“统治管理型政府”真正转向“治理服务型政府”的迫切需要

长期以来,为了实现行政任务和目的,政府习惯于用法律以及命令等高权手段课以行政相对人作为或不作为的义务,并以惩罚作为执行后盾。随着社会治理理念与实践的演变,现代社会对政府行政提出了更高的要求,公私合力的大力推行,极大地推动了从“统治管理型政府”向“治理服务型政府”转变的步伐,即从高权管制模式转变为合作式的协同模式。公私合力模式的兴起,意味着传统的行政程序也要进行相应地改变,不可仅将关注的焦点集中在行政程序的方法上的变化。虽然将部分行政任务交由私部门完成,但并不意味着政府就放弃不管。公部门与私部门间特定任务的分工,并不意味着取消适用公部门行使行政权时所运用的规则和程序,而是在此基础上设计并扩展出一套新的行政程序方法及规则以适用承担行政任务的私部门的需要。凭借行政程序提供的权利保护规则,使私部门进入到权力运作体

系中能够得以积极主动地为公共利益而工作,避免消极、被动等待的不良结果出现。

(四) 公私合力实施程序的有效规制体现现代行政法价值目标的需要

公私合力背景下要求公部门将部分应当执行的行政任务交由私部门承担,意味着不可能仅仅将解决行政权与公民权之间关系作为设定行政程序的唯一标准,它还须调整原由公部门承担而现在已交由私部门承担的行政任务所应遵守的方式、方法,即程序性规定。从我国行政法传统的视角分析,私部门承担行政任务被隔离在行政法通常的理论体系之外,即实现规范公私合力中私人承担行政任务功能的部分很难在行政法中找到。只有打破陈规,按照行政法的价值目标,借鉴德国等国的经验,将私部门承担行政任务纳入行政法的规范中,弥补公私合力缺乏程序上规制的问题。目前,公私合力实施的程序缺乏规制主要从两个方面理解:一方面是公部门在监督私部门完成行政任务时的程序缺失,另一方面是私部门行政任务化后需要制定一个属于行政程序性质的私行政程序。而这两方面都是目前行政程序亟需变革的内容,只有通过传统的行政程序进行变革,才能共同完成最符合公益需求的行政任务。

三、公私合力背景下行政程序变革需考虑的几点因素

(一) 公私合力中行政程序适用的空间问题

现有的行政程序主要适用于传统的管制行政模式,强调的是公部门肩负着完全的行政责任能力,直接通过人为的手段创造竞争机制,另外对一些特定的事业或市场进行管制。事实上,在某种程度上违背了经济社会自由发展的规律。公私合力则是从传统的官僚行政管理模式中蜕变出来,与以往的行政形态有所不同,它强调的不仅仅是价值与利益结合的交易关系,更强调的是基于相互认同的合作目标。现有的行政程序理念可否在公私合力中得以有效渗透是一个值得深思的问题。设置行政程序的目的

是在事中控制公部门滥用行政权力，公私合力的公部门将行政任务交由私部门完成的同时也必须承担相应的风险。换言之，行政程序在公私合力中承担部分行政任务的私部门里能否拥有适用的空间。因此，须通过规范机制程序的方式加以控制，使其有效地完成行政任务。行政程序在其中无疑应当兼顾公权力的“有限”和“有效”，同时也应在私部门完成行政任务时必要地渗透行政程序的运行规则，即行政程序不仅要给行政机关安置一个规范其权力运用的笼套，更为重要的是使行政程序无论在公私合作的环境下都能秉持促进政府公正、有效地维护个人利益实现公共利益的宗旨。

（二）公私合力中公益与私益的权衡问题

变革的过程就是一个利益再分配的过程，利益再分配是否实现实质公平正义在利益主体日益多元化的社会条件下欠缺客观标准，公平的利益博弈机制在此种情况下就显得非常重要。公私合力背景下，政府职能的承担方式发生重大改变，公部门无法单独完成日益增多和纷繁复杂的行政任务。在此情况下，具有管理经验和技术优势的能够参与到行政任务履行中的私部门就应运而生。公部门为了实现公共利益而与私部门合作共同完成行政任务，而私部门更多的是为了谋求私人的利益才与公部门合作。当谋求公共利益与获得私人利益间出现冲突和矛盾时应当如何权衡二者的利益关系也是值得思考的问题。有一点需要明确，行政程序变革的目的是促进公益与私益间达到有效的平衡，从而减少社会矛盾和防止群体性事件的出现，以达到公私合力模式在社会转型期的有效运作。应当指出，维护公益和追求私益并非完全对立关系，正当追求私益的同时也有利于维护公益和提高行政效率。

（三）公私合力中私部门行使公权力的特殊性

私部门承担行政任务本身是对传统的权力垄断国家观念构成了挑战，传统的行政程序规范的是公权力行为，在公私合力中，私部门行使公权力有别于公部门行使公权力，在私部门行使公权力时更多的是运用私法手段，因此具

有其存在的特殊性。在公私合力背景下，公部门的行政行为形式发生变化，从而导致和促使规范行政行为的行政程序随之发生变化。公私合力的完成通常情况下是通过契约形式来实现的。传统的契约以意思自治为前提，但由于公私合力中私部门参与公权力的行使，此类契约中规制成分有所增强的同时意思自治的成分自然减弱或受到限制。私部门行使公权力时是否取得和公部门相同或相近的公权力主体的法律地位，另外，私部门承担行政任务的行为到底属于公法行为还是属于私法行为，如果推定为私法行为，那么它将如何适用于公法等等都是目前学界应当面对和做出回应的问题。

四、公私合力背景下行政程序的走向

（一）理念的变迁：秉承公益原则与权利保障原则相结合的思想

公私合力展现出公、私部门之间协同营造和谐社会环境的动态合作关系。它的健康有序发展必须建立在坚实的法治基础上，公益原则与权利保障原则相结合的思想实为确定行政程序走向所必须考虑的因素。公部门为了最有效地保障公共利益的实现，利用私部门的自我调控特性与私部门进行合作，而私部门在合作的同时首先考虑的是追求获利，这种既能保护公共利益又可以保障私部门实体权益的方法，只有在行政程序的未来走向中秉承公益原则与权利保障原则相结合的思想才能得以实现。

结合公私合力中行政权力及私权力的特性，行政程序在变革中应当满足一些起码的价值标准。首先，要求行政程序中立。通过中立性的程序来增强社会共识，提高政府公信力。其次，要求行政程序理性。即公私合力下的行政程序应当是一个通过事实、证据及程序参与者之间平等对话与理性说服的过程，而不是恣意、专横、武断地作出决定的过程。

（二）以行政程序取代部分市场机能的思路

公私合力是公部门已无法或较难对现行法律所要求的各种措施进行有效地执行与贯彻，

遭遇到此困境后,希望通过引入私部门的力量,协助其执行日趋增多的行政任务。基于治国理念,公部门将行政任务私部门化时,并非完全退出行政任务的执行,当然也不可能完全将行政任务交由私部门来操纵,它必须维持适度的管制措施。市场机能作用的发挥是在完全自由竞争的市场里,不但可以提高生活生产效率,也可达到资源配置的最优选择。虽然公私合力中私部门在市场自我调控下可以自由发挥其优势与特长,但它完成的毕竟是行政任务,为了能得到公众的信赖与认可,政府有必要在与私部门合作时,将适用于该合作模式的、变通的、适用于私部门在完成行政任务时的行政程序一并交由私部门行使。行政程序的最初目的是为了保障行政相对人的合法权益不受行政机关的侵害,设计出一套行政规范对行政权予以控制。而在公私合力背景下,行政程序体现的则是民主参与的程序理念,更多是为了寻求合作、达到共赢、维护和实现公共利益而制定的程序。

因此,笔者认为以行政程序取代部分市场机能的思路可以从以下几方面予以渗透:第一,为代为完成行政任务的私部门设计一套健全的、既要保障私部门权益的也要提高行政效率的行政程序规则。正如应松年教授提到的“在设计各种程序制度时要做到两种立法目的的兼顾,既要有利于保障公民程序性权利,又要有利于提高行政效率……”。^①第二,公部门采用统一的行政程序对私部门行使公权力进行监督,以保护私部门行使公权力时运用行政程序的统一性和有序性。由此,基于民主正当性和基本权利及公益的保障,制定出一套私行政程序法或私行为法将显得尤为重要。这种私行政程序法在制定时应满足以下要求:其一,保持其中立性地位;其二,确保其适当地处理事务所需的能力等;其三,完成行政任务过程的透明度等。通过上述几种渗透方式可以将行政程序的功能在公私合力中得以充分发挥。

(三) 公法与私法功能互补,实现公私法兼施的目标

行政程序在公私合力下的设置也必须趋向于在达成行政任务的目的与确保公益之间求取

一个适当的平衡。行政程序在公私合力中处于一直在变化、一直被讨论、一直不断完善的过程中。建构与公私合力相适应的行政程序规范需要寻找正确的理论定位。由于我国目前各种分散的行政程序立法存在诸多缺陷难以满足法治建设路径转型的需求及公私合力下行政程序的发展,公部门与私部门合作实现的不是一般的私人任务,而是关乎国家或社会公共利益的任务,为了确保公益的实现,公私合力无疑应该受到其他公法规则的约束。因此,在有些问题无法在单行立法中加以规定的情形下,需要考虑我国在下一步制定统一的《行政程序法》中将公私合力中如何运用行政程序作一明确而具体的规定。^②如在《行政程序法》中详细规定应当遵守的正当法律程序要件,即公部门在引入私部门合力后,私部门参与行政任务执行时也应严格遵守正当法律程序原则等。另一方面,通过以问题为导向的政策分析,探求公私合力中行政程序规则运用的方法,除了研究作为公法学分支的行政法学外,还应当认真对待私法学、行政管理学、行政经济学等其他学科知识和研究方法,在公私合作背景下的行政程序私法化研究有助于公法借鉴私法等学科知识的原则和精神,在多学科交叉过程中力求公法与私法功能的互补,从而将私人的利益考量与公共利益的实现结合起来,实现公私法兼顾的目标。

有一点值得注意,从公私合力的整体情况来看,为使法律关系明确,并保护行政相对人的权益,原则上必须适用公法上的法律关系。但有的公部门为了规避公法上的法律关系的适用,而改采适用私法关系而同样达到其所欲达成的行政任务的问题,原则上,对于仅得以公法方式达成目标的事项,公部门则不能因有选择自由而任意改用私法方式而为之。否则就是逃避依法行政的约束,属违反法治国家

① 应松年:《行政程序法(试拟稿)评介》,《政法论坛》2004年第5期;马怀德主编:《行政程序立法研究》,法律出版社2005年版,第10—11页。

② 吴志光:《ETC裁判与行政契约——兼论德国行政契约法制之变革方向》,(台)《月旦法学杂志》2006年第135期。

原则。

结语

公私合力的实践，使得公共行政由“干预行政”逐步向“合作行政”发展演变。行政程序在公私合力中的变革正是合作行政发展的本质要求和表现，既符合政府职能转变与本意，也满足人民群众的需求达到公私合力救济机制逐步完善的目标。同时这种公私合力背景下的行政程序研究有助于拓宽行政法的研究领域，

推动新型的行政程序的发展。目前，在公私合力背景下行政程序具体在哪些内容上进行变革，是否需要采取私行政化的处理方式，则有待于进一步厘定。

本文作者：谢鹏远是西北政法大学民商法学院讲师，韩国国立庆尚大学法学博士；
周敏是西北政法大学行政法学院讲师，韩国国立庆尚大学法学博士
责任编辑：赵 俊

Reform and Trend of Administrative Procedure Under the Background of Management Modernization

—From the Angle of Public and Private Force

Xie Pengyuan Zhou Min

Abstract: In recent years, public-private cooperation has been a mainstream thinking that the government seeks to enhance the social governance capacity and improve the governance effect, which at the same time, also is regarded as an important government reform measure. In the governance of public-private cooperation, the private sector undertakes part of the administrative tasks, and the traditional administrative procedures regulate and limit only public power. However, that the behavior should be taken into the regulation of administrative procedure when the private sector completes administrative tasks has been an inevitable trend of the development of modern administrative procedure law, which will accordingly lead to administrative procedure rights and contents' changes and innovation in the background of public-private cooperation. Therefore, from the aspect of theory in administrative law, it is necessary to definite the legal position of the public-private cooperation and then to rethink and plan the trend of administrative procedure under the background of public-private cooperation. Adopting this framework, the author attempts to study the necessity of the administrative procedure reform, explore how to complete an administrative task by cultivating and developing a more suitable private sector to adjust to the public sector, and try to design a sound administrative procedure system to achieve an effective cooperation between private force and public one.

Keywords: public-private cooperation; administrative procedures; administrative law