

同济中德法学文库

Schriftenreihe Rechtswissenschaft



Chinesisch - Deutsches Hochschulkolleg
an der Tongji-Universität Schanghai



同濟大學中德學院

以私法完成公共任务

王维达 主编

04

百家出版社

同济中德法学文库

以私法完成公共任务

王维达 主编

百家出版社

图书在版编目(CIP)数据

以私法完成公共任务/王维达主编. —上海:百家出版社,2003.10

(同济中德法学文库)

ISBN 7-80656-861-1

I. 以... II. 王... III. 私法-对比研究-中国、德国 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 091355 号

- 丛 书 名 同济中德法学文库
书 名 以私法完成公共任务
主 编 王维达
责任编辑 郭丽丽
封面设计 梁业礼
出版发行 百家出版社(上海天钥桥路 180 弄 2 号)
经 销 全国新华书店
印 刷 常熟兴达印刷有限公司印刷
开 本 640×935 毫米 1/16
印 张 9.75
字 数 144000
版 次 2003 年 10 月第 1 版第 1 次印刷
印 数 1—2000 册
ISBN 7-80656-861-1/D·73
定 价 24.00 元

同济大学校长、中德学院院长,教授吴启迪博士在中德学院第一届中德法学研讨会上的讲话

同济大学校长、中德学院院长,教授吴启迪博士 在中德学院第一届中德法学研讨会上的讲话

尊敬的中德两国法学教授,专家,

尊敬的女士们,先生们:

首先,我代表同济大学,代表同济大学中德学院全体师生热烈地欢迎你们前来参加中德学院第一届中德法学研讨会。感谢你们在百忙之中,抽出时间前来参加会议。

不久前,中德两国总理共同提出了在中德两国之间开展“法治国家”对话,中国加入了世界贸易组织。在此背景下,中德学院召开这次中德法学研讨会具有特别的意义。同济大学,特别是作为中德学术交流窗口的中德学院应该在中德“法治国家”对话中,在适应世界贸易组织规则,完善本国的体系过程中作出自己的贡献。

这次中德法学研讨会的主题是“通过私法完成公共任务”。这是我国当前具有现实意义的课题。中德两国法学教授、专家的讨论将有助于我们进一步推动我国建设法治国家的进程,推动依法行政的发展,促进政府职能和行为方式的转变,加快我国法律制度适应世界贸易组织规则的过程。

同济大学文法学院曾经是我国法学界的重镇。20世纪50年代院校调整后,同济大学变成了单一的工科大学。自90年代起,为了适应我国新时期社会经济发展的需要,同济大学开始建设包括理工文法医学科的综合大学。我们恢复了法律系和其他文科、社会科学的院系。经过近十年的努力,虽然我们在文科和社会科学的学科建设方面取得了长足的进步,但是还未达到一流的水平。我们期望通过中德学院法学方面的开拓性发展,在法学学科建设方面取得突破。希望在座的各兄弟院校、国家

法制机关及律师事务所代表和德国法学家不吝赐教,大力支持。在此,我们也要特别感谢上海大众汽车公司对中德学院经济法教席的长期资助。

最后,再一次感谢各位前来参加会议,并预祝研讨会取得圆满成功。

同济大学校长
兼同济大学中德学院院长
吴启迪
2002年3月12日

序 言

一

同济大学中德学院经济行政法教席在 2002 年 3 月举行了“中德学院第一届中德法学研讨会”，主题是“以私法完成公共任务”。本书是这次研讨会研究结果的记录。

五十余名中德学者、教授、官员参加了这次研讨会。在开幕式上，同济大学校长兼中德学院院长、教授吴启迪博士，德国学术交流中心专员、教授 Sund 博士与德意志联邦共和国驻沪领事 Stefan aus dem Siepen 博士先后致词祝贺这次研讨会的成功召开。

中德学院经济管理部德方协调人、德国国际商学院教授 Bunge 博士，汉堡大学经济法研究所所长、教授 Stober 博士，德国斯拜尔国家行政学院公法教授 Pitschas 博士，南京大学法学院院长、博士生导师教授邵建东博士，同济大学中德学院经济行政法教席负责教授王维达博士，同济大学中德学院经济私法教席负责教授高旭军博士，同济大学法律系副教授刘杰博士在研讨会上分别作了专题报告，引起了与会者的广泛兴趣和热烈讨论。

二

这次研讨会可以说是中德法学界人士对 2001 年中国前总理朱镕基先生和德国总理 Schroeder 先生共同提议的“中德法治对话”的响应。同济大学中德学院作为中德合作的教学研究机构之一，理应对此作出积极的贡献。这也是这次研讨会的重要意义所在。

同济大学作为我国对德学术交流和合作的窗口，长期以来一直

保持了与德国学术界的学术交流和合作的传统。在这一传统中,中德两国的法学教授之间的紧密交流和合作,曾经使得同济大学法学院一度成为我国大陆法的教学和研究重镇。这次研讨会的成功举行也显示了同济大学在新的历史时期重振同济大学法学学科的决心。中德学院第一届中德法学研讨会无疑发挥了先锋功能,今后每年举行的中德法学研究会将继续绵延不断地保持和发展这一传统,为我国的法治建设作出应有的贡献。

三

这次研讨会的主题是——以私法完成公共任务。这一主题是当今各国法学界研讨的热点问题之一。自从 20 世纪 80 年代以来,以私法完成公共任务已经成为许多国家公共行政改革的发展趋势之一。虽然,以私法完成公共任务的提法在我国的法学界还是陌生的,事实上,在我国从 20 世纪 80 年代改革开放以来,随着改革的步步深入,随着国家与社会的逐步分离,国家行政与经济的逐步分离,我们于不同的领域和不同的程度上在实践这种做法,因此,构成了我们这次研讨会的主题。

今天,当我国经济体制改革成功地度过了二十余年以后,进入一个新的发展时期时,进一步地从理论上来探讨以私法完成公共任务这一主题,显然是必要的,也是具有现实意义的。

就我个人而言,这次研讨会的召开也是圆了我长期以来的一个夙愿。当我十几年前在德国斯拜尔国家行政学院攻读学位时,第一次接触到了以私法完成公共任务这一主题。之后,就一直关注这方面的理论和实践。回国以后,一直致力于搜集这方面的材料,在研究生课程中与研究生一起研究这方面的专题,并期望有朝一日能与中外同行共同研究。现在,我们成功地举行了一次研讨会,并把初步的研究成果结集出版,公诸同好,以期引起同行的兴趣,共同研究,促进我国行政法的现代化进程。

四

本论文集收录了在研讨会上公开发表的 8 篇专题论文以及 6 篇由我在同济大学法律系的同事和研究生撰写的专题论文。这 14 篇

论文按以下各部分系统地编排：

第一部分探讨了以私法完成公共任务的概念问题。

Stober 的论文阐述了作为现代行政的基本模式的公私伙伴关系或公私合作关系。在此基础上,他进一步指出:公私伙伴关系是以私法完成公共任务的基本条件之一。

王维达在他的论文中分析了以私法完成公共任务的原因、适用范围、限度和必要的外部条件,并总结了以私法完成公共任务在中国最近二十余年的发展。最后指出了发展前景和必须进一步研究的问题。

黄金卫在他的论文中探讨了以私法完成公共任务的可能性和必要性,并阐述了公共事业的不同的私法展现形态。

第二部分的讨论中心是以私法完成公共任务的经济监督问题。

Pischas 在论文中强调了在以私法完成公共任务的过程中,国家经济监督的必要性和重要性。此外,他进一步指出经济监督的私法化,即除了国家经济监督外,还可以加强私法主体的自我监督,如加强经济协会的监督和在公司治理结构意义上的自我监督。

邵建东的论文讨论了对竞争秩序的监督中私法的功能。他从中德市场竞争法的比较中得出结论:中国迄今为止没有发挥私法在维护市场竞争秩序过程中的作用,今后应加强私法在这方面的作用。

高旭军阐述了我国国有企业转制中的法律问题。他认为国有企业转制成公司法律形式,是一个私法化的过程。在此过程中必须重视国有企业转制以后的公司治理结构的构建,使这一结构能更好地发挥自我监督的功能。

第三部分包括了一系列的论文,它们探讨了在中国和德国各个社会经济领域内以私法完成公共任务的可能性和必要性,发展状态和发展趋势。

Bunge 的论文从各个角度出发,探讨了在劳动法领域内以私法完成公共任务的功能。

卢琴宜从中国的国情出发,阐述和分析了劳动关系的私法性,但是他认为,在当前的社会经济发展情况下,还应该强调国家对劳动关系的必要干预。

师华在她的论文中对 BOT 合同的法律性质和特点作了深入的探讨,她认为尽管 BOT 合同的目的是完成公共任务,但是从法律属性上来看,还是应当归属于私法合同。

王江的论文探讨了社区环境管理领域中的私法空间。

刘颖的论文详细分析了中国保安公司的发展和状态,探讨了其中的私法问题。

郭涵在她的论文中集中探讨了我国试行的排污配额交易制度的法律问题。

黄羨琳详细分析了我国彩票业管理中的公私关系。

第四部分探讨了以私法完成公共任务与诉讼程序的适用问题。

刘杰探讨了行政合同的诉讼管辖问题。

这本论文集可以说是我国集中探讨以私法完成公共任务的第一次尝试。各篇论文的撰写人发表了他们对这一专题的个人的看法和观点。也许,他们的看法和观点还不成熟和完全。但是,我们确信,这些看法和观点对促进这一问题的深入讨论作出了应有的贡献。我们期待着,中德同行对此批评指正,并开展进一步的讨论。

五

在本论文集出版之际,我作为中德学院第一届中德法学研讨会的组织者和本论文集的主编,衷心感谢上海大众汽车公司对举行这次研讨会和出版本论文集的慷慨资助,同时,我作为中德学院经济行政法教席负责教授也借此机会,向上海大众汽车公司对本教席的常年资助表示衷心的感谢。

这次研讨会的成功依赖于所有的中德与会者,特别是专题报告人和其他论文的撰写人。没有他们的努力和支持,我们不能取得这次会议的成功。他们的专题报告和论文以及全体与会者的热烈讨论加深了我们对这次会议主题的认识和探讨。在此,我也向他们表示衷心的感谢。

最后,我也衷心感谢所有的工作人员和朋友。他们为这次研讨会的组织工作、翻译工作做出了贡献。他们是同济大学联邦德国研究所郑春荣副教授,同济大学外事办公室冯一平老师,中德学院硕士

研究生奚颖如同学、李利同学。没有他们艰苦和细致的翻译工作,我们不可能把这次会议的成果完整地贡献给我国的同行和读者。

同济大学中德学院经济行政法教席负责教授
同济大学法律系宪法与行政法学硕士点负责教授

王维达

2003年8月于同济大学

目 录

序 言	1
-----------	---

第一部分 以私法完成公共任务的概念

论公私合作模式	Rolf Stober 3
通过私法完成公共任务及其在中国的发展	王维达 10
公共事业的私法形态展开	黄金卫 19

第二部分 以私法完成公共任务与经济监督

企业私法化与国家经济监督	Rainer Pitschas 33
私法在维护经济竞争秩序中的作用	
——以中国和德国反不正当竞争法为考察对象 ...	邵建东 40
论我国国有企业转制中的法律问题	高旭军 50

第三部分 以私法完成于公共任务 与各社会经济领域

以私法形式承担社会义务	
——劳动法的重要性	Juergen Bunge 61
试谈我国劳动关系调整的私法化	
及公权力干预之必要	卢琴宜 71
论 BOT 特许协议的性质及作用	师 华 79
现代城市环境管理的私法空间	
——公众参与的实践例证	王 江 86
保安服务公司中的若干法律问题	刘 颖 95
小议排污权的市场交易制度	郭 涵 109
国家彩票运营管理中的公、私协和	黄美琳 121

第四部分 以私法完成公共任务 与诉讼程序的适用问题

行政合同的诉讼问题·····	刘 杰	135
----------------	-----	-----

第一部分

以私法完成公共
任务的概念

论公私合作模式

德国汉堡大学经济法研究所所长、教授 Rolf Stober 博士

一、公私合作的概念、意义和区分

1. 新旧公私合作形式

抵押借贷、行政援助和按私法组织的行政管理中只包含私人主体参与公共管理的固定的、受限制的几方面。如果抵押借贷时以自身名义行使公法权力,行政援助着眼于为公共行政管理机关进行准备和实施工作,这样正式的私有化或组织私有化在按私法组织的行政管理中即占据中心地位。不考虑上述形式互相结合的情况,除了在长期行政管理传统中成长起来的抵押借贷形式和近期常见的组织私有化之外,在公私之间还形成了其他一些合作形式,这些统称为公私合作。

实际上,公私合作在行政法中既非新生事物,也非时髦事物。很久以来,管理部门和私人之间就在不同层面上以不同法律关系合作着。常规的如下划分足以证明这一点:私法管理、行政私法管理和主权管理,还有公私合作原始形式的示例:

- 与组织法因素相结合的公共任务分配
- 针对技术法发展的私有标准化委员会
- 国家当局和按私法组织的工资协议方之间的合作

另外,主要从事职务上行政援助的公私合作最近在数量和质量上大大存在于新发展的应用领域,这样有助于公共管理部门的再组织和结构重组。所以,人们在管理理论、实践和裁决方面都对公私合作研究寄予了很高的期望。

2. 作为行政管理学总概念的公私合作

虽然,公私合作这个概念没有法律适用性。它是一个空的表达

式,无法作为其他法律派生概念的基础。然而对这一观点得提出异议,因为至少从行政管理体系和行政管理学角度来讲,公私合作这个表达方法是一个必要的总概念。用此概念可以描述不同结构的行政法研究机构,共同负责参与合作的政府和扮演合作伙伴的管理机构。在区分严格的政府—私人之外,用行政法解释这种合作形式很有必要,因为在邻近学科的常用标准概念中、在立法中,还有在现代管理中,这都有重要的实践意义。在此,公私合作可以起到联系和桥梁作用,包纳职务私法化领域中多种形式。所以,这一法律概念在行政法中不能忽视,因为它是目前尚未存在的公私合作形式的前提法律后果的出发点。

公私合作形式多样,涉足领域广泛,所以有必要对其进行简要说明,也利于新形式的产生及发展。正是管理机构和私人之间多范围的合作产生了多种多样的方式,这些众多的方式无法用一个定义简短概括。此外,对各种合作关系的解释必须对经济学中的概念形成进行追索,它们通过法律机构引进第一批依据。同时还牵涉到公共和私人经济代理商之间的公私合作,在此情况下,合同双方将各自的具体投资引入共同的工作进程中,这里所说的投资不仅仅是指货币或其他可交换的出资额。但是这一解释比较空泛,对法律工作无多大实际用处。必须减少不良的工作概念,这就得靠公私之间在抵押借贷,正式的、物质的私化方面之外共同进行合作。

3. 公私合作和新型公共管理

公私合作和新型公共管理不同。公私合作涉及政府、行政管理机关和私人之间的关系;而新型公共管理这一概念是指在私有企业中应用管理试验方案,这一意义上的内部管理结构经济化。换言之,有一只公共之手替代私企存在,它是以企业的形式出现,把国民看成客户。这样,须注意的公共职责履行的组织形式变迁是新型公共管理的组成部分,新的控制模式也可对管理组织形式产生创新启示。

二、公私合作的表现形式

在行政法领域中可以发现大量的公私合作的例子,只有一些是事先就与法律有关。

1. 普通行政法

任务分配时的合作,工作程序中的合作,建筑管理中的合作,维

修材料管理间的合作,海军舰队管理时的合作。

2. 特殊行政法

——道路合作作为修建联邦远程交通道路筹资

——建筑计划合作

- 加速建筑总进程的第三方参与

- 城市建筑合同

- 意向和开发计划

- 开发合同

- 重建合同

- 发展合同

——地方性合作

给水,短途客运,青少年援助,博物馆合作

——环境合作

垃圾处理合作

——经济管理合作

参加展览会和博览会

——高校和教育合作

第三方资金研究,研究所合作,基金讲席、科技园、研究地点的合作,附属研究所,高校建设的筹资及高校建设。

实例:德国汉堡北方科技研究所有限公司,斯图加特管理与科技研究所

——安全合作

包括公私合作,因为国家无安全垄断

——执行刑事判决合作

(即刑事—私人合作)因为国家无司法担保或执行刑事判决的垄断

三、公私合作的模式

1. 各种模式

——企业运营模式

公开招标中规定,私人按照合同以公共委托人的名义对设施进