海上瑯環：域外案例研修”系列讲座

行政法案例分析(二)

主讲人：弗朗兹·约瑟夫·派纳教授（Prof.Franz-Joseph Peine）

主持人：郑春燕教授

现场翻译：黄卉教授

时间：2017年11月18日下午

地点：之江校区曾楼102

记录人：汪节云

裁判的正确是法律方法论的正确

作为最高法院，价值判断必须要正确。但是我们需要的正确是你的法律方法论的正确。怎么做出裁判的这个思维过程才是我们要研究的东西。如果在刚才你们讨论当中加一句话，就是说不同的法律人对某个案件有不同的结论，这是非常正常的。德国有这么一句话：“说两个法律人有三个法律意见”，他们认为这都是正常的。结论是可以争论的，但是做出结论的思维过程，这个争论的余地是很小的，是不能争论的。因为怎么能够从法律推导出不同的结果，这个思维过程其实是给定的。就是因为价值判断不同导致的结论不同，所以才有审级的必要性，直到上诉到最高法院，由他做出最后的判断。审级的体系并不意味着说一开始的判决一定是错的，审级只是需要统一判决结果而已。

如何判断原告主张能否被支持

司法裁判工作就三部分内容，第一部分是事实的认定，第二部分是法律适用，第三部分是要写裁判文书，我们要讲的是第二部分。第二部分我们早上已经讲了其中的一部分，就是能不能起诉到法院。那今天下午我们要讲的是法院立案之后能不能支持原告主张，这也是有一定的方法的。

第一步需要找到支持原告的法律规范，针对撤销之诉，就是授权规范。如果是给付之诉，需要寻找请求权基础。民法只有请求权基础，其实也有确认之诉，但是讲的都是请求权基础，因为掌握了请求权基础，就可以很好的理解民法。请求权基础虽然很重要，但是不是所有的诉都需要寻找请求权基础。公法里面只有给付之诉才是请求权基础，其他的不叫请求权基础，而是授权基础规范。在中国很多人对请求权基础进行广义的或狭义的解释。广义的请求权基础，等于原告的诉请基础，可以这么解释，但是也可以更精确一点。可能同学阅读范围广就会发现，公法学者是不找请求权基础的。要找请求权基础，你就必须要了解立法的法律体系。如果你不了解法律体系的构造，那么是无法找到请求权基础的。

对行政法而言，最困难的是行政立法不断地在改变，公法学者需要不断的跟进。比如说过去没有的基因技术，一旦该技术面世，就需要制定相关的行政法加以调整。如果认为基因技术是很危险的，那么立法者就应该通过立法来规定在这个领域当中可以做什么，禁止做什么。简单说，在自然科学技术领域，只要技术有所发展，就需要进行行政立法。比如说环境保护领域，如果认识到环境保护的重要性，那么就要进行立法。比如说二氧化碳和一氧化碳以及地球的持续加温的问题，怎么能够制止这这种进程，也需要要进行立法。行政法学者或者行政法律人，必须都要了解这些领域，否则遇到相关案件就无法办理。

形式合法性审查：职权问题

关于可证明性这一部分，也就是与案件相关的可能法领域，如果是撤销之诉，需要考虑两部分，第一部分是形式合法性审查，第二部分是实质合法性审查。形式合法性通过授权基础进行审查。形式合法性的第一步就是职权审查。德国的行政机构的组织结构是极其复杂的，在每一部行政立法后面都会附上一条，来说明执行实施这个法律的行政机关是哪个职能机关。比如说《社团法》。

在社团法领域，最重要是法律规定了什么是禁止的，什么是允许的、要求的。在这样的法律里面，他们称作小型法，其实这个小型法就是秩序，就是违反秩序法。有点类似我们国家的行政处罚法。《社团法》的21条规定了违反法律的后果即最高可以给予两千元的罚款，《社团法》是传统法律。如果是现在的新法律，可以根据现代的新的立法技术，因为新的立法技术有一个比较统一的规格，第一条一般都是目的条款。第二就是法律语汇的定义或者是术语定义。接下来就是一些具体的规定，要求你做的以及禁止你做的。最后是结束的条款。一般是关于职权、主管机关、违反秩序的法律后果和旧法的废止问题，以及生效条款。

如果有一个与建筑相关的案例，作为法律人就应该知道相关的法律《建筑法》的结构。这样寻找法条便会容易很多，就能很快的找到合适的条款。如果是一个建筑方面的专业律师，就会记住这个条款。但如果是个非专业律师，处理案件的范围比较广，那么至少要掌握找法律规范的技术。在法院里面，法官也是分专业领域的，在行政机构系统里面也是需要区分专业领域的。大学里面肯定也有专业的法律人，是专门负责大学的法律事务的。他应该了解所有对大学比较重要的法律领域，遇到问题才能很快的找到答案。我的最后一位大学助教，现在在波兹坦的司法部，专门负责考试。我的一个哥哥也是一名法官，他是在一个高级法院，他的专长是买卖法。在德国，有一些领域是比较专业化的，也有一些领域比较一般化的。最大的专业领域，就是刑辩律师或者刑法。在这个领域，需要先要找授权法条，然后要找到形式合法性条款。形式合法性的第一步就是考虑职权问题。

形式合法性审查：程序问题

第二步要考虑程序合法性。任何一个国家的活动都是要遵循一定的程序的。行政程序，是所有的行政机关开始工作的起点，起点结束的地方就是行政决定。比较常见的是公民向某个行政机关申请，表达某种诉求，这是开始。行政机关最后结束程序，对申请作出回复。这个回复有两种可能性。

 第一是做出一个具体行政行为，我们行政机关作出的决定当中的99%是行政行为，还有1%是行政合同。行政合同是在20世纪50年代发明出来的。政府虽然允许使用这种形式，但在现实当中的德国，很少用这个形式。在德国，很少使用行政合同，所以相关实践很少。行政行为的定义，在《行政程序法》中的35条做了规定。在《行政程序法》35条之前的所有规定，都是涉及到行政程序规定。比如说官方语言，这个在德国非常的重要，虽然法律规定官方语言就是德语，但实际上在德国生活的很多人，他们使用的语言并不是德语。德国有两大少数民族语言。在北部的沿海地区，有一种少数民族语言。还有一种是南部的斯拉夫语言。德国大概有400万至500万的土耳其人，300万的波兰人，还有其他各种各样的人，包括我们中国人。他们当中很多人是不会说德语的，如果他们要去行政机构办事，需要要找一名翻译。

在程序当中还规定了一个原则叫做调查基本原则，要求行政机关需要提供咨询，使得公民不至于做出一些比较愚蠢的事情，还包括需要听取意见。我将其翻译成“听取意见”而不是“听证”。公民还有查看档案的权利。在德国，有个信息自由法，规定所有的公民都有权查阅行政机关的档案，但是涉及国家秘密的除外。

早上教授讲的联邦宪法法院的裁判，是关于一个党派，即绿党想让联邦政府提供公开一条铁路私有化的档案。默克尔女士回复说该档案与绿党无关，因此拒绝提供。然后绿党就向联邦宪法法院起诉，联邦宪法法院做了一份一百多页的判决书，主要论证为什么不提供的理由。奇怪的是这这么长的判决，居然还制作了一份目录检索。第一部分是事实报告，第二部分是可诉性，第三部分就是可证性，第四部分是诉讼费的承担问题。所以学校里学的知识与裁判是一模一样的。今天要学的也是这方面的内容。在德国，从基层法院直到联邦宪法法院，工作的模式都是一样的。这份判决，可以在网上找到。最高法院还出版裁判汇编，收集其他的重要判决。如果遇到案子，并且我了解相关法律的框架，那我就去找法律评注，然后找到相关的条款，再进行仔细的推敲。另外一个任务就是，去翻阅裁判汇编，从而找到需要的材料。

接下来讲职权和程序。关于程序，《信息自由法》大概有五本法律评注，你们可以去阅读。在该法的程序当中比较重要是听取意见和档案的查阅，这两项权利可以来主张也可以不主张。

关于程序还有一点非常重要，即如果行政机关在程序上面犯了错误，这个错误原则上是可以补正的，在法庭的庭审之前都可以补正。如果原告是公民，他在案件当中没有表达某些意见，可以在法院里面表达他的意见。为什么这么处理？因为在德国这样的官僚体系当中，每天都有众多的程序在进行，肯定会发生某些错误。犯错是非常正常。所以法律上要废止一个行政行为，原则上就必须是实质合法性出现了问题，而程序瑕疵，尽量要给予补正的机会。在一开始立法的时候想要保证程序万无一失，但是实践发现这是不可能的。所以修订了补正的条款，给予补正的机会。

在科隆有一个非常著名的案子。按照规定城市立法即自治法，应该是由市长来签署，但是多年来的实践都是执行长官在签字。市长只是名誉性的，而执行长官是类似于城市执行长官职位。也就是说这些立法其实都是有瑕疵的。如果要求立法程序全部正确，就意味着20年的立法都需要从头来过，这是不可能的。因此解决的方案就是补正。二十世纪六十年代进行了一般性的补正，使得20年的立法全部都变成合法。科隆市莱茵地区的人，其实也都是比较懒散的，连这种错误都会犯。但在柏林和普鲁士，人们都是比较严肃的。科隆州，制定了一部法律。这个立法只有一条，并且通过这个立法解决了所有瑕疵。这个瑕疵是一名博士发现的，他发表了一篇博士论文讲述了这个瑕疵。所以说博士论文是十分重要的。

提问环节

Q1：假设在一个案件当中，被人发现这个州过去20年的立法都没有市长签字，法官会允许这样程序瑕疵么？

A1：一般这个瑕疵有两类，一类是行政机关不作为；第二个就是行政行为的依据发生了错误。科隆这个案子比较特殊，他不属于这两类。一个博士发现了这个问题，然后有一个律师读了这篇博士论文，并在他的案件中提到用了这个瑕疵，才引出这个事情。在这件事情爆发出来以后，法官决定现休庭，等立法者解决这个瑕疵之后再接着审理。理论上而言法官是可以去找联邦宪法法院解决的，但是法官也可以等着相关机构即立法者自己来补正。所以立法者通过制定州立法进行了补正。

Q2：第一，如果在一个具体的案件当中，法官自己发现了类似于合宪性的问题，那法官该怎么处理？第二，在案件的审理过程当中，法院是不是真的要等这个州立法机关自己来补正，因为法院也是有审理期限的。

A2：审理期限这是中国的程序。但在德国，法官可以等一年，甚至等十年。德国基本法一百条的第一款规定，如果法官发现对本案有决定性意义的法律是有问题的，他应该去联邦宪法法院。规范性审查需要联邦宪法法院做出决定。但是法官等待立法者补正，可能时间会很长，当事人一定会非常着急，此时当事人只能认倒霉。比如刚才讲到的一百页的联邦宪法法院的判决，你会发现起诉时间是2011年，却到2017年才做出判决。而且六年的时间并不算很长。有一个非常极端的案件，是爷爷起诉的，爷爷死了，儿子参与案件，儿子死了，孙子参与案件，直到孙子才拿到了判决。判决的时间太长，这是德国的一个很大的问题。这是因为在宪法法院当中，合议庭内部经常发生争执，两个法官有三个意见，八个法官至少有十种意见，他们争来争去没有，但必须有一个多数，没有多数意见就不能进行判决。因为教授的教授资格论文是在曾经的联邦宪法法院法院院长帕皮尔教授那里写的，他们之间有很多联系。因此他知道这个情况。

形式合法性的第三个审查点，37条有明确的规定，比如说行政行为必须足够明确，而且还需要进行说理论证。而且还规定了各种形式。一般形式是书面形式，但也可以是口头形式，极少数情况下还需要进行公证。即使是国家机关做出的也需要公证。比如说不动产买卖，很多情况下都需要公证。比如一名教授为到联邦宪法法院为一个案件做代理人，需要行政机关进行授权，这种授权就需要公证。很多当事人不知道这个要求，诉讼在程序上是不合法的，所以一开始在可诉性上就被驳回了。其实在德国立法里面有很多非常隐蔽的陷阱。在考试的时候，随便设置一个陷阱，就会把学生困住。

形式合法性审查就是这三点，然后进入实质合法性审查，这才是最核心的部分。在实体决定里面，案件事实以及核心要点都需要在决定里面反映出来。如果案件还涉及到裁量的问题，还需要针对裁量部分仔细陈述裁判的过程及理由。

现在我们来讲最后的实质合法性。案件得解决主要是在这一部分。法律规定了授权基础，而这些授权基础都具备一定的构成要件。根据案件事实是否符合构成要件，从而得出最后的判决结果。如果行政机关在这些问题上都是合法操作，那么属于合法的行政行为。还有两点是在授权基础上进行的审查。即便是它符合相关的授权规定的构成要件，也不能违反基本宪法权利条款。宪法第19条的第二款规定，任何的国家行为都需要有一个合法的界限，在任何情况下都不允许基本权利的核心内容被践踏。然后在这个基础上还要审查比例原则。即按照是否合法，是否符合基本权利条款，是否符合比例原则的顺序来进行审查。当然不是每个案件都需要这三步，需要具体案件具体分析。这些都审查完了才能作出最后决定，到底是合法的还是违法。最后我才能回答前面提的问题，即案件到底有没有胜算的希望。

Q3：其实有一些基本权利，他本身在审查的时候就需要审查比例原则，比如职业自由，如果行政行为侵害了职业自由，审查该基本权利就要审查比例原则。而第三部又需要进行比例原则的审查。这两者之间到底是什么关系？

A3：关于在基本权利和比例原则之间的关系问题，在德国的学界是有争论的。有些人认为必须将比例原则放进某些地方一起进行审查，有些人说不用。除此之外，在裁判里面是否需要进行两次比例原则的审查，是把比例原则全部放进基本权力里面进行审查还是拿出来单独进行审查，在整个联邦德国境内，对这个问题其实并没有一个统一的认识。我们以前是先审查比例原则，然后再审查基本权利，这也有争论，到现在我都没有同意这种做法，主要不能证明哪种审查顺序会更好。

Q4：刚才讲到程序问题，特别提到在德国大多数的程序都是允许在庭审之前被补正，这与一些学者介绍的日本的程序瑕疵补正情况有一点不同，因为一般来说，学界会认为可以被补正的都是小的程序瑕疵。但是好像在您的讲解之中没有区分严重的程序违法和一般的程序违法以及非常微小的程序瑕疵。所以我不知道教授刚才讲到的可以被补正的程序违法是不是三种都涵盖，还是说只针对微小的瑕疵。

A4：在德国并没有这样的严重瑕疵和微小瑕疵的分类，原因很简单。就是如果我们这样分类，你如何去区分大中小？为了避免区分上的问题，更关键的是在于能够将我们的焦点放在实体法的审查当中。因此我们不再对此进行区分，而一致认为在程序上均可以进行补正。

Q5：德国《行政程序法》第44条，有行政行为导致无效的情形。那么是不是可以认为如果程序上是无效的，肯定不能补正。但是无效的情形有很多，比如违反地方专属管辖权以及事实无效等。因此如果程序无效还能进行补正么？

A5：该条文规定，虽然在形式当中，这样会导致它的无效性，是不可以补正的，但现实的案件当中并不存在。原因很简单，按照44条第二款当中所规定的以下情形，法律认为是无效的。它的第二款当中的第一项叫做通过电子而进行颁布的行政的书面或者电子形式，如果颁布该档案的相关的机构无法辨识，这种行政行为或者说行政档案就无效。但现实生活当中不可能存在这种情况。行政机关颁布了某一个行政档案，结果行政机关本身却无法辨识，现实生活当中不存在这种情况。

Q5-1：那这一条这一款的第三第四是明确的。第三就是超越不动产的专属管辖权，第四基于事实理由无法实施。这就是实施不行的情况，又怎么说在实践中不可能存在呢？

A5-1：这部法律是在五六十年代颁布的，44条在当时还是比较新的法条，对于德国当时的状况还是具有现实意义。但是随着德国公务员的现实业务能力的提高，他们采取了一种新的方法。如果你去行政机关办事，公务员会拿出一个表格，这个表格就有点像在登飞机的时候飞机的人员在审查的时候进行打对勾或者打叉的那种表格，根据表格说明你符合什么，不符合什么。比如说44条当中列的所有项，公务员就按照这些表格一个一个打勾一个一个打叉。

换言之，在现实的德国的行政实践活动当中，44条当中所列的这些项存在瑕疵的可能性已经没有了，很多人都在主张说要把这一条从法律当中删除，只不过立法者目前还没有进行修改。另外还是要考虑到德国现在的民法当中的情况，是因为44条当中第三项所提到的有关于不动产的规定，实际上直接是渊源的该法的第三条，该法第三条当中提到的是地域管辖，而地域管辖当中的第一点正好就涉及到了不动产的有关的管辖问题，而这里所适用的即44条第三项所适用的不动产，只适用在区域性的范围空间之外。而问题是现今的德国的土地制度当中几乎没有刚才所讲的区域外土地了。

教授举了一个例子，这个例子是有关于德国柏林的。柏林原来跟中国的城市一样，市区面积相对小，但是它有很大的农用地。后来通过拆迁、建造新房子，农用地被卖光了。虽然柏林这个城市富起来了，但没有地了，又拿钱去旁边的州买地。这个时候柏林的行政机关就主张这地是自己买来的，就针对该地颁布一部法律。但问题是地虽然是柏林政府买来的，但是这个地本身却是处在另外一个州的。所以44条是针对这种情况。

Q6：超期办案在德国，比如说法律规定，只能在一个月内做出许可，行政机关在第三个月才做出，超了两个月。这种情形在德国是不是可以补正？怎么补正？

A6：按照您刚才提的问题，这是不可以补正的，这里不需要补正。然后另外也不会因为逾期而违法。但是会有一定的后果。德国行政程序法中的第75条以及第68条当中规定了对于行政机关有两个负面的后果。第一个负面的后果就是没有68条当中所说的前置程序。前置程序，实际上在咱们国家的行政诉讼当中就是行政复议，就是说你不需要再进行行政复议了。另外一个也是最主要的一个，在这种情况之下，钱不是由行政相对人来付。而所有这些费用都是由公权力机关来承担。

Q6-1：内地法上比较关心的就是，像那个案子里面就是当事人申请，然后按照法律规定应该是一个月内要做许可的决定，现在三个月的时候他才做了一个许可决定，那么法院会对许可决定本身的合法性做出什么样的认定？因为今天我们讨论的都是说程序、瑕疵可以被补正，而教授主张说所有的程序都可以被补正，如果法官遇到这样的情况，比如说本来就应该给他发这个许可，然后他确实也发了，只是延后了两个月，是只需要让他承担诉讼费用，还是法院会选择其他做法？

A6-1：教授的观点是如果说在这样一个情况之下，只是在刚才所讲的75条以及68条当中所规定的，才考虑超期的行为。除此之外比如说在考虑相关的行为合法性的时候，只审查实质要件，不审查形式要件。

Q7：刚才举例的城市立法，他说本来应该由市长签署，结果是被执行市长签署，他把它归类为是一种程序违法，这个让我非常有疑惑。因为在我们的行政法训练当中，这是一个没有职权基础的主体，即法律并没有授权给执行市长，执行市长却行使了。这应该是一个实体问题，是一个职权问题，不知道为什么教授刚才认为这是程序违法问题。

A7：为什说是形式违法，因为之前颁布的这些法律实际上都是形式不合法，因为在签字的时候他没有签字权，属于这些法律在形式上缺乏合法性。然后如果法官要把这个相关的法律提交给宪法法院，它有两个途径可以走，一个是形式违法，一个是实质违法。只不过普通法院法官在提交的时候，要考虑到是走形式性还是实质性。另外在之前的案件当中，北威州政府是通过立法的形式将瑕疵进行了补正，那么在这里面对于他来说无论是形式性的还是实质性都没有区别，已经无关紧要了，因为都是通过州一级的立法把问题解决掉。紧接着教授刚才所说，如果我们再确定一个相关的州立法将原来的形式上的立法的瑕疵补正以后，它的效率就是溯及既往。而在现实生活当中，为什么不太倾向愿意用这个宪法法院来进行补正呢？原因很简单，因为宪法法院一旦进行举证，这里头可能会存在一个时间上的无效、没有有效规则的漏洞。因为宪法法院只是说这个法律违宪了，违宪以后溯及既往无效，但问题是在这个相关的情形之下，现实没有一套合适的法律制度对它进行规范，因为旧的已经无效，新的还没立出来，这时候怎么办呢？所以倾向由立法机关对这个问题加以解决。

Q8：咱们刚才讲内容的明确性，好像是放在形式合法里面来讲的，但是PPT上是放在实质合法里面来讲的。不知道是PPT弄错了还是我听错了？

A8：实际上对于我们所说的明确性，它本身就涉及到两个方面。一个方面是说如果要强调某一个法条的明确性，那在解释的时候，永远都要涉及到实质层面。但问题在于法条本身也会规定内容，法条本身规定内容的时候，就包括实质层面以及内容层面。那么在内容层面以及实质层面当中，解释的时候要有一个明确性的方向。教授说在这个问题上的确是存在这样的争论，这个争论从结果的角度看，二者毫无任何实质上的意义，因为反正都是审。要么在形式上审，要么在实质上审，反正明确是都要审。教授之所以把它放到实质审查当中，是因为在审查一个行政行为的时候，如果任务不是明确具体的话，那实际上还是涉及到实质性层面，这是教授的观点。

Q9：我们在判断行政事实行为时，比如说查封扣押都具备限制人身自由的这类这些措施，如果说他是违法的，那么法院面对这种情况该怎么处理？

A9：教授说在这样一个情况之下，就是确定这个行政行为违法性问题的时候，他所提出的诉讼就是撤销之诉。就像上文所提到的，在撤销之诉当中，它本身包涵了确认之诉的内容。因此就不用再提这个确认相关行为违法的诉讼了。

因为如果教授不知道这位法官提问的这个前提，他可能就会难以回答。因为撤销之诉只能针对行政法律行为，但是这位法官特别问的是针对行政事实行为，因为在德国，教授现在介绍的诉的种类里面只有撤销之诉、给付之诉，而且早上有特别提到确认之诉很少用，所以法官才会有这个疑问。撤销之诉对应于行政法律行为，然后行政事实行为如果违法该怎么办，要采用什么样的途径来解决。

在德国的行政法当中，他们分为两种行为。一种行为是行政行为，一种行为是事实行为。行政行为必须满足六个要素，这六个要素当中有任何一个要素不满足它就不是行政行为，而是事实行为。上午提到了一个给付之诉，但是在这里头他将给付之诉分成两种情况，一种是积极给付之诉，一种是消极给付之诉，积极给付之诉不言自明，就是上午所说的给付之诉，即要求行政机关履行或者给付一定行为。而这个消极的给付之诉恰恰是针对这种事实行为的，要求行政机关去撤销某一种行为。

撤销之诉就是针对行政行为，但是中国没有这么严格的规定，那能不能把撤销之诉界定为它既可以适用事实行为又可以适用行政行为。教授说完全没有问题，就看你们要怎么解决。

Q10：我问一个行政实践方面的问题，与司法的关系不是很紧密。就是刚刚教授提到在德国，行政行为或者说具体行政行为形式占到了99%，而合同行政只有百分之一，甚至几乎没有。我对这一点觉得很奇怪，为什么在我们国家行政合同在实践当中存在的还是挺多的。在我们国家，像土地征收、拆迁等都是用合同的形式解决。并且我们国家公司法里面就有PPP项目，这肯定涉及到行政合同。难道德国没有这个形式么？行政合同这个形式在我们国家运用的还是比较普遍的，甚至对于行政合同的管辖，曾经还有争议，是适用《公司法》还是《行政法》。在德国是否有这样的争议？

A10：德国的经营模式跟咱们中国不太一样。首先德国的经营模式主要是分成两种，一种是公司参股，一种是债权债务关系。公司参股，比如说像德国大众汽车，在大众汽车公司当中，将近20%的股份是由一个州政府所持有的，换句话说实际上国家是作为一个资本公司的出资人，作为有限责任公司或者股份有限公司，当然不能是合伙，原因很简单，因为合伙要承担无限连带责任，这是一种模式。而这种模式在德国不认为是PPP.在德国认为PPT是什么呢？比如说高速公路建设,在高速公路建设当中，一般来说私人主体比较有钱，而国家无钱，于是国家向私人主体借钱，而这部分借款是通过商事活动当中的利息来进行支付的。即后一种模式才会被认为是德国的PPP项目。

在德国PPP项目跟咱们中国一样，实际上是跟整个国家经济运行形势相关的.刚才所讲到的通过个人私人贷款给国家，然后从事PPP项目在经济危机时候的确是存在.现在德国的经济已经好转，而且运行的非常好。国家有大量的现金流在支撑，因此从商业的角度来看，PPP项目在德国现在已经几乎没有任何可以操作的空间。

在德国，是具有严格规定的。就经济领域而言，针对公共利益，国家是不能从事私主体的工作的。国家就是这样，没钱的时候，需要交给私人去运行。或者放宽这个领域，跟着私人主体一起做。所以完全是不一样的。国家有钱的时候不要私人介入，因为这是需要国家自己做的。

在德国的经济当中，从它的历史的角度来看，众多的大型的企业也好，工会也好，都是私主体而不是公法上的主体。只有在一个特殊的情况之下，它们会为国家所控制。就是在纳粹时代。它建立了很多这样的国营企业，在战后自然而然这些国有企业又重新变成了私有化性质。

Q11：教授好，有个问题想请教一下，国内的网约车是个新兴事物。目前在几个地区的判决都是作为原告的滴滴司机胜诉。政府在罚款的时候适用的是原来的行政许可，那么这个行政许可对新事物应该怎么适用？那么这种情况在德国是怎么去应对呢？还有一个问题就是现在判决都是针对这个滴滴司机即专车司机，都没有针对平台，这种做法是不是违法的呢？谢谢。

Q11-1：滴滴司机实际上是需要商业注册的，是需要办理许可的，但是你没有许可，这是一个违法的行为。这肯定首先确认是违法的。但是法院认为社会变化太快了，这种新型的注册模式是符合社会的进步潮流的，所以说虽然是违法的，但是是符合社会发展的潮流的，所以法院不应该这么快的就去施加惩罚。第三个原因是实际上你处罚的应该是滴滴平台，而不应该处罚驾驶员，所以没有处罚平台这是不合理的，因此我们就把判决撤销了。现在原告胜诉了，中国的法院是支持政府不应该处罚这些没有取得许可的滴滴驾驶员的。那如果在德国，这该怎么解决？

A11：目前在德国，如果你要想开自己的车，你也要拥有许可或者执照。德国专门有一部法律叫做《个人运输法》，这部法律当中规定了如果你要想获得相关执照，必须要满足相关一系列的前提条件，比如说要有自己的车，然后相对来说你要有一定的个人资本，然后你要办理相关的保险，你要有一定的驾驶资格等等。而恰好这一些具体的要求对于谷歌的司机来说是不享有的，因此目前在德国的法律当中，规定Uber是违法的，如果警察在路上抓到Uber，直接就把车从运营资格当中排除了，就不允许你再进行运营了，并且有相关的一系列的行政处罚。当然这样的问题会引起法律上的争议，尤其是现在Uber以自己平台的名义认为此项规定或法律或者相关的行政行为，它本身是违反了德国基本法，也就是《德国宪法》第12条当中的职业自由原则。那么目前这个争议还没有解决，至于在欧盟层面当中，它们也面临到同样一个问题，因此在欧盟层面当中，他们现在也正在讨论，但问题是欧盟层面也没有给出一个准确的答复。至于最后一个问题，即如果面对新情况，国家应该怎么去做。在这一点上，教授的观点跟咱们国家的实际做法倒是类似的。先让这个相关情况在现实生活中运行一段时间，并成立一个委员会，让他们对运行情况进行观察和分析。如果委员会觉得自己可以做出相应的决定，以后再通过立法程序到达国会、议会，再进行相关的立法。