

行政契约论

(第三版)

余凌云 著

清华大学出版社
北京

版权所有,侵权必究。举报:010-62782989,beiqinquan@tup.tsinghua.edu.cn。

图书在版编目(CIP)数据

行政契约论:第三版 / 余凌云著. —北京:清华大学出版社,2021.11
(法学精义)
ISBN 978-7-302-59621-9

I. ①行… II. ①余… III. ①行政法—契约法—研究 IV. ①D912.104
②D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2021)第 234907 号

责任编辑:朱玉霞
封面设计:傅瑞学
责任校对:王凤芝
责任印制:杨 艳

出版发行:清华大学出版社

网 址: <http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址:北京清华大学学研大厦 A 座 邮 编:100084

社 总 机:010-62770175 邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质量反馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 装 者:三河市东方印刷有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:170mm×240mm 印 张:25 字 数:381千字

版 次:2022年1月第1版 印 次:2022年1月第1次印刷

定 价:99.00元

产品编号:094353-01

作者简介



余凌云 清华大学法学院教授、博士生导师，公法研究中心主任。研究领域为行政法学、行政诉讼法学、警察法学。兼任中国法学会行政法学研究会副会长、中国法学会案例法学研究会副会长。著有《行政法讲义》《行政法案例分析和研究方法》《警察法讲义》《行政契约论》《行政自由裁量论》《行政法上合法预期之保护》《警察行政强制的理论与实践》等13部学术专著，在《中国社会科学》《法学研究》《中国法学》、*International Journal on Minority and Group Rights*等刊物发表论文百余篇。主持教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目、国家社科基金重大项目、教育部人文社会科学重点研究基地重大项目等多项课题。入选2007年教育部“新世纪优秀人才支持计划”。获得第六届高等学校科学研究优秀成果奖(人文社会科学)二等奖、第五届“钱端升法学研究成果奖”一等奖、首届中国青年法律学术奖(法鼎奖)等奖项。

推荐序一

近年来,我国行政法理论研究有了长足的发展,从行政法的基础理论到行政处罚等具体行政行为形态乃至行政复议、行政诉讼,都有重大的理论突破。而且,可以非常明显地感觉到行政法理论研究正在对行政立法和行政执法发挥着越来越大的影响与作用。人们在继续深入研究传统行政法的规制手段的同时,也越来越关注那些日益对人们日常生活发生着不容忽视的影响的非权力行政问题,特别是行政指导、行政规划和行政合同问题。但总体来说,与对传统行政手段的研究相比,我们对后三种行政形态的研究仍然是不深入的。但这三种行政方式恰恰在现代行政法上运用的广度和频度逐渐提高,我们只要稍微留意一下现在很多行政机关的日常工作情况,就不难发现与相对人签订各式各样的“责任书”已经在其工作中占有很大的比重。但由于相关理论的研究相对滞后,使得实践不能得到健康良性的发展,很多实践和立法问题得不到很好的解决。因此,加紧对行政合同等新型行政手段的理论研究,就显得颇为迫切。

余凌云同志在我指导下攻读博士学位期间,曾向我谈起想做这方面的研究,我是非常支持的。我向来主张研究生就是要研究问题,要解决问题。他选择这个目前行政法理论研究上还非常薄弱而且又是非常前沿性的课题来研究,这是非常值得赞赏的。当然,要解决这个问题,难度也很大,极具挑战性,而且是需要一定勇气的。因为当时有关这方面的理论资料是比较少的,特别是尽管实践中不断有运用的实例,但却很少有相关的文章介绍。余凌云同志不畏艰难,经过近一年时间的精雕细琢、反复揣摩,娴熟运用比较方法,广征博引,终于完成了其博士论文《行政契约论》。本书的第一编“理论构建”基本上就是在其博士论文的基础上进一步扩充而成的。文中对行政契约的概念、行政契约与依法行政理念的调和、民法规律和原理在行政契约中的援用、行政契约的实体权利义务的配置以及程序规范、对行政契约的救济制度等基本理论问题作了较为深入细致的探讨,建立了有关行政契约理论的基本框架,其中有不少真知灼见。他的博士论文答辩,受到了答辩委

员和评议专家的一致好评。工作之后,余凌云同志并没有停止对行政契约理论的思考,而且是更加深入到对具体行政契约形态的研究当中,这方面的研究成果就构成了本书的第二编“实例研究”。

余凌云同志经过几年的努力,完成了这本有关行政契约问题的专著。据我所知,目前国内系统地研究行政契约的专著不多见,这一研究成果的问世,不仅具有重要的学术价值,而且对于完善我国行政契约制度也有一定的实用价值。当然,对这个新领域的研究,不可避免地会受到主客观条件的限制,书中还有很多问题没有来得及研究,而且对于其中的有些观点,也可能学者会有不同的看法。这些都有待于进一步完善和思考。

余凌云同志近年来致力于行政契约的理论研究,已经取得了初步的研究成果。值此新著出版之际,作为导师,我感到由衷的高兴。我愿意把这一成果推荐给学术界和广大读者,并希望今后有更多的行政契约研究著作问世。

许崇德

1999年12月22日

推荐序二

当代行政法与传统行政法有着很大的不同,随着经济的发展,民主的发扬,福利国家的产生,行政法由专制的工具到管理的手段,再发展到对行政权的控制和对公民合法权益的维护与保障,在行政法领域出现了许多新的制度,行政合同就是现代行政法发展中出现的一个很重要的行政手段,也是行政法理论上一个非常值得研究而又难度较大的课题。这是因为这种行政手段与传统上我们所习惯使用的行政处罚等手段在法律效力发生的基础上是非常不同的,是介于行政行为与民事合同之间的一种非常特殊的形态,而且其中的具体形态又跨度很大,种类繁多。余凌云同志知难而进,选择了这一课题作为博士论文的选题,并作了大量细致的收集资料与研究工作,对行政合同的概念、功能、分类、行政合同与依法行政的关系、民法原理在行政合同中的运用范围、行政合同中的实体与程序内容以及有关行政合同的救济等问题都作了较为深入的研究,在很多方面提出了自己的见解,很有独创性,理论上有一定突破,可以说,他在这方面的研究填补了行政法学在行政合同理论研究方面的一大空白,也将会对我国目前行政机关广泛运用行政合同的实践产生一定的影响和作用,对于行政合同的立法也有一定的参考价值。我认为该书的特点是:

第一,全面系统,资料翔实,观点明确,注意运用比较的方法和从比较的观点来阐明问题。特别是书中所引用的大量外文资料,很多都是来自第一手的资料。

第二,当前行政法理论研究上出现了向纵深发展的可喜的现象,出现了一批很有学术价值和研究力度的著述,余凌云同志撰写的这本书也可以算是其中的一部。他在研究中不拘泥于现有的研究成果,而是敢于向难题和现有的结论提出挑战,在很多方面都颇有突破和新意,比如,在以往的行政法理论上多认为行政合同是行政机关与相对人处于平等地位签订的协议,但余凌云同志却通过翔实的论证得出行政合同与民事合同之间的不同之处恰恰在于行政合同是在处于不对等地位的行政机关与相对人之间形成的。

又比如,现在我们一般都认为行政复议和行政诉讼完全可以解决行政合同纠纷,但余凌云同志却从行政合同与具体行政行为的区别入手,从行政复议和行政诉讼制度的构造着眼,提出当前的行政复议和行政诉讼构造不适合于解决行政合同的需要、必须进行相应的制度改造的见解。

第三,不仅仅满足从抽象的、宏观的角度对行政合同进行研究,而且开始注意结合实践中出现的个案进行研究,这么深入地专门对特定的行政合同具体形态进行有针对性的个案研究,在行政法的相关领域的研究中算是比较早地进行这方面的工作,而且作这样的研究对于加深我们对行政合同特征的了解,对于加强理论对实践的关注,指导实践的发展,也是非常有意义的。

自从余凌云同志1991年来到中国人民大学法学院宪法与行政法教研室学习起,就勤奋刻苦,笔耕不辍,而且治学严谨,在学习期间就已经在《法学研究》等刊物上发表了多篇学术论文。1997年博士毕业后分配到公安大学法律系工作,教学效果和科研成果都比较突出,受到师生的好评。我是一直看着他成长的,作为他的导师,看到余凌云同志这几年在行政法界逐渐脱颖而出,成为一位非常有前途的青年学者,我感到很欣慰。希望他今后继续努力,“百尺竿头,更进一步”。故作以上数语为序。

皮纯协

1999年12月22日

三版自序

《行政诉讼法》经过2014年修订之后,行政契约不再是学术术语,仅停留在理论上的磨砢雋切,以及个别地方的试探立法与摸索实践,而是以行政协议这一法律术语正式进入了行政诉讼领域。行政协议研究又成为学术界研究的热点,还引来了不少民法学者的关注与参与。民法与行政法之间的学术切磋、批判、争执与辩论,一定会让行政协议理论在淬炼中走向成熟。

我在新近完成的两篇论文中,也有意识地展开和民法学者、民事法官的对话,回应有关质疑。同时,也深感有必要修订《行政契约论》。在第三版中,第一编实际上就是我的博士学位论文,稍事修改,基本上原汁原味。第二编为了跟进立法,删除了原先的《对行政契约的司法审查》一文。收入的是两篇新作,都是追寻行政诉讼近期实践,尤其是新修订的行政诉讼法以及有关行政协议的司法解释,对行政协议的判断标准,以及如何实施司法审查做了最前沿的跟进研究。第三编是以往对“混合契约”、纯粹行政契约和假契约的三个个案分析,也跟随变化的法律做了相应修改。第一编和第三编收入的虽然是从前的旧作,其中的基本观点似乎都没有过时。

余凌云

2020年春于禧园



二版自序

一

《行政契约论》出版之后,于2005年初获得了首届中国青年法律学术奖“法鼎奖”之银鼎奖,这对我无疑是一个巨大的鼓舞,我也衷心感谢各位评委专家和广大读者、同行、老师、朋友的支持和鼓励。我回国之后申请下来一个教育部优秀青年教师资助计划项目“契约规制的理论与实践”(2003—2005),想就此进一步研究行政契约问题。思虑再三,感到行政契约理论进一步推进的方向应该有两个:

一是解决行政契约能否进入行政诉讼以及如何审查问题。这个问题实际上又会牵扯到整个行政契约理论,特别是行政契约概念能否成就等问题。假如能够从司法审查或者诉讼角度解决,不仅从理论上可以成立,而且,能够转化为一种实在的法律制度,那么,关于行政契约的激烈的争议也会渐趋消弭。而这些问题在原来的著述中没有多少涉及,所以,我把研究关注的重点锁定在这个主题上。

二是加强对社会生活中活生生的行政契约实例的个案分析和研究。当前行政契约立法化或者草拟司法解释中之所以倍感艰难,其中一个很重要的原因就是缺乏对一个个实例的细致的个案研究,缺少充分的实证基础。也因如此,在与民商法学者辩驳之中,也就难免显得底气不足。因此,加强个案研究的意义不言而喻。从德国的经验看,理论上加强对行政契约个案的分析和研究,反过来也能有效弥补制度法规定上的简约,使法院能够游刃有余地适用法律,解决管辖问题。

在对行政契约具体形态的选定上,我更加关注“假契约”形态,而逐渐远

离“混合契约”形态。一方面,是因为我觉得应当从审判实际效果出发,将现有契约形态中已经在民事审判庭审理而且不觉得有什么不妥的契约纠纷案件仍然留在私法之中,将那些涉及公法因素、必须适用公法规则的契约案件,归拢到行政契约范畴,交行政审判庭审理,适用特别的行政诉讼规则。通过明确管辖权的方法,进一步梳理、鉴别“混合契约”。换句话说,行政法学者没有必要再在“混合契约”领域与民商法学者过多地较真。另一方面,我始终认为,在行政法领域有很大一块契约规制实践没有引起我们足够的重视,迄今处于非法治的状态,那就是“假契约”形态。

那么,“假契约”算不算是一种行政契约形态呢?在南京召开的2001年海峡两岸行政法学术研讨会上,我国台湾地区学者蔡文斌先生在评议我的有关论文时指出:“这种‘假契约’,在一般行政法学研究上,也可能定位为行政命令、行政的事实行为,或比较属于附款的行政处分,与公认的行政契约似乎尚有一段差距。”^①我想借二版机会,一是感谢蔡文斌先生为我的发言认真准备的评议,读后我很受启发,二是作一个简单的回应。我以为,在“假契约”中仍然存在着合意,可能是部分强制、部分合意,终归是有一定的合意色彩在里面,而且,最终还是以双方签字的法律文件形式出现,会因此形成彼此的权利义务关系。在这两点上不同于具体行政行为 and 事实行为。但又因为合意的成分不那么充分,所以,也有别于传统上我们所认同的行政契约(其实多为“混合契约”),属于非典型的行政契约。对这些行政实践出现的新的现象与动向,我们不忙用既有的理论予以“打杀”,或者“削足适履”式地硬将其装入既有的行政行为模式之中,而是平心静气地研究,假如这样的实践是有益的,那么,行政法理论也应该随之发生变化。我的本意也是想随着实践发展,进一步拉动行政契约理论的扩张与变革,而不是固守原先的行政

^① 参见,蔡文斌:《评〈对行政法上“假契约”现象的理论思考——以警察法上各类“责任书”为考察对象〉》,载杨解君编:《行政契约与政府信息公开——2001年海峡两岸行政法学术研讨会实录》,362页,南京,东南大学出版社,2002。那次会议原本应松年教授安排我作一个主题报告,却由于我爱人突然得了急性阑尾炎需住院开刀,儿子又小,所以只得将已经购得的车票退掉,没能参加会议,失去了与前辈、同行的一次宝贵的交流机会,甚感遗憾;同时也辜负了应老师的安排,深感歉意。

契约理论。当然,这样的企图能否实现,能否为前辈、同行所接受,还有待时日。

二

关于本书的体例,我尽量没有改变,只是增加了一编“对行政契约的司法审查”;另外对行政契约的实例研究收录了我近年发表的一篇关于“假契约”的论文,当然也作了相应的充实和修改。附录一,收入了清华大学于安教授和我应邀到中国人民大学宪政与行政法治研究中心作的一次学术讲座。这次讲座也别开生面,与以往总是由一个学者来演讲的形式不同,而是由我们两个人就一个主题进行对话,同时也与主持人和听众相互回应、交流。附录二,收入了《行政程序法》(专家试拟稿)中“行政合同”一章的初稿,这是为全国人大法工委行政立法组应松年教授主持的《行政程序法》专家试拟稿草案起草的一个稿子。

对原书的内容基本没有改动,只是对其中有些已经发生制度变化的地方作了一些修改,比如《政府采购法》已经通过了,而我当时撰写时还只是讨论之中的草案,所以,对这部分稍加修改。另外,随着时间的推移以及对行政契约问题的不断思考,我对原书中的个别观点有所改变或者有进一步的理解,也一并就此更改、补充之。

二版的修改中补充进来的这些成果的研究,得到了教育部优秀青年教师资助计划项目“契约规制的理论与实践”(2003—2005)的支持,是该项目的最终研究成果。

感谢中国人民大学出版社的大力支持。

余凌云

2005年春节于公安大学

一版自序

近年来,行政法学者已经觉察到,行政契约早已被用来作为推行行政政策的理想手段而为实践所接纳,尽管有关行政契约的理论上的论争还远远没有结束。对这个问题的理论上的兴趣也超出了国与国之间的界别。但令人遗憾的是,相较于西方而言,我国在这方面的理论研究远远滞后于实践的进程。因此,为了把握行政契约发展的理论“航向”,必须对这一课题给予足够的关注。本书可以看作是系统研究这一问题而作出的一种努力。

从结构上看,本书大致分为两部分:第一编是有关行政契约的基本理论建构,第二编对两种典型的契约形态的个案研究。

在第一编中,主要讨论有关行政契约的法学理论与观念,这当然也是行政法学研究当中必须解决的主要课题。在这里,我将尽可能地解决所有涉及政府契约权力行使的合法性与有效性问题,比如,如何在行政契约与普通契约乃至权力性行为之间划出明确的界限来?怎么调和契约的灵活性与依法行政理念的关系?为什么需要程序的规范?契约中权利义务的配置应是怎样?以及如何救济?等等。最后,我将提出有关中国行政契约制度建设的理论框架。

作为讨论问题的前提,我觉得有必要先对概念作一界定,即明确一下本书是在什么意义上来使用“行政契约”这个概念的,尽管对于这个问题不同的法学理论与传统会有着不同的理解。在这一点上,我的理解与德国行政法上的表述路数基本上是一样的。具体来说就是,强调行政契约当中必须包含着由行政法来调整的法律关系,这是行政契约区别于那些由私法规范的普通契约的重要“分水岭”。而行政契约必须在契约当事人合意的基础上才能生效的事实,又使得其有别于单方行政行为。

从历史分析的角度上看,行政契约其实是行政法制度与功能发生结构

性变化的产物,又由于它有着传统规制所不曾有的优点而得到充分的发展。对其优点的表述很多,比如像尼尔豪斯(Michael Nierhaus)说的“公法契约是适合解决非常态案件的灵活工具”^①,还比如用丹梯斯(T. Daintith)的话讲就是,行使分配利益权力,“有助于对政策选择的短期尝试和避免所必需的立法授权”^②。但与此同时,行政契约的运用也会带来一些法律问题,其中最主要的问题是如何将契约实践纳入依法行政理念的框架当中。这就必须悉心发掘两者之间可能存在的任何潜在的冲突,并找出行之有效的解决办法。

大体上讲,行政契约无非是在地位平等的行政机关之间,或者在行政机关与相对人之间签订的,与此相对应,行政契约也可以大致分成两类:一是“对等契约”,二是“不对等契约”。近年来的实践表明,后一种情形下,由于行政机关与相对人所处的不对等地位,极易引发一些问题,比如,对相对人的歧视或者契约过分向行政机关倾斜。因此,在行政契约制度建设上,应对这些问题予以足够的关注,并积极寻求立法上的解决。像以往那样,我们也完全可以求助于程序来保障相对人的“讨价还价”的权利,来抑制行政机关滥用特权。当然,与此同时,我们也不能忽视对“对等契约”的规范问题。

为使契约所蕴含的公共利益与行政目的能够达成,就应当赋予行政机关较大的,然而又是适度的特权,比如,对执行契约方式的指导权、对违约的制裁权、基于公共利益需要终止契约的权利。但在后一种情况下,出于平衡契约利益的需要,应当赋予受到不利益影响的相对人要求政府补偿的权利。又由于契约目标的实现,在很大程度上,取决于行政机关对其契约责任的态度,因此,为督促行政机关履行其契约责任,从契约的权利义务配置上,也要允许相对人在行政机关不履行义务时可以要求赔偿或者诉诸法院。

由于行政契约是行政法上的问题,因此,由此产生的争议也应由行政复

^① Cf. Michael Nierhaus, *Administrative Law*, Collected in Werner F. EBKE & Matthew W. Finkin(ed.), *Introduction to German Law*, Kluwer Law International, 1996, p. 95.

^② Cited from P. P. Craig, *Administrative Law*, Sweet & Maxwell, 1994, p. 698.

议或诉讼来解决。当然,也不排斥其他的救济方式,像协商、调解或行政仲裁。但是,现行的行政复议暨诉讼制度的结构与运作还远远谈不上能够适应解决行政契约纠纷的需要,因此,《行政复议法》(尽管刚刚通过不久)与《行政诉讼法》不可避免地要予以相应修改、引入解决行政契约纠纷的特别规则,这仅仅是时间问题。

要想进一步理解与把握行政契约,采取个案分析阐述似乎是必需的。为此,我选择了两种极其重要的行政契约形态来做个案研究的素材。一个是“采购契约”,是一种很典型的“混合契约”;另一个是“治安承诺协议”,是一种纯粹行政关系形态。对两种契约的实例研究有助于我们更好地分析行政契约问题。因此,在第二编中讨论的问题肯定有着其理论及实践上的价值。

在现代社会中,利用合同的规制,或者像丹梯斯所表述的那样,“新特权”,是政府采购的一个特点。由于政府采购活动如今已非常广泛,政府就能够轻而易举地利用它所拥有的巨大的经济或“讨价还价”能力来实现其地区或全国性的社会经济政策目标。这将极可能在采购契约的内容中形成一定的行政法关系。那么,由此引申出来的是我们必须首先解决这种合同的规制在法律上是否成立,在这个问题上,英国的经验是有一定参考价值的,这也是为什么我要详细介绍与分析丹梯斯的理论的价值之所在。既使采购契约没有上面提到的成分,在特定情况下,为保证行政目的的实现,也同样可能在契约中为政府保留有主导性权利,存在着某些“公法因素”。但不论是上面提到的哪种情况,也就是说,不论是因合同规制而形成契约中的行政法关系,还是为保证契约所蕴含的行政目的的实现而在契约中规定行政机关的特权,都使我们有理由把采购契约识别为行政契约。另外,在采购程序中采购机关对所有竞标者都负有严守程序的责任,这种责任的开放性以及由此衍生出的救济的公法性,使得采购程序带有若干行政法上的特点,我们也很可能因此而将采购契约归到行政契约当中,当然,这种见解是否能成立,我不想作出过于武断的结论,而是欢迎更加理性的批判。

接下来,我将分析“治安承诺协议”。目前,这种行政契约形态受到了批评,批评的要点在于这种协议的合法性与有效性上,因为在批评者看来,这些协议是在缺少法律明确授权的情况下签订的,这种做法破坏了依法行政的要求。我却更愿意从行政契约角度来解释上面的问题,把协议中最具争议的赔偿的依据解释为是行政机关与相对人合意的结果,进而用行政契约的理论来为上述协议谋取合法性与正当性地位。

以上寥寥数语,意在勾画出本书的结构脉络,可作本书的导读。

余凌云

于中国人民公安大学

1999年12月29日

目录

作者简介	I
推荐序一(许崇德)	III
推荐序二(皮纯协)	V
三版自序	VII
二版自序	IX
一版自序	XIII
第一编	
行政契约的理论构造	3
第二编	
行政协议的判断标准	
——以“亚鹏公司案”为分析样本的展开	139
对行政协议的司法审查	193
第三编	
政府采购合同	
——围绕行政契约的识别标准的进一步展开	253
治安承诺责任协议	
——从行政契约视角对“杨叶模式”的个案研究	325
行政法上的“假契约”现象	
——以警察法上各类“责任书”为考察对象	347
主要参考文献	370
后记	378

第一编

行政契约的理论构造

目 次

- 一、引言:行政契约在现代行政法中的崛起及其引发的理论问题 / 4
- 二、行政契约的含义 / 22
- 三、行政契约的功能 / 44
- 四、行政契约的分类 / 50
- 五、行政契约与依法行政 / 64
- 六、民法原理在行政契约中的援用 / 75
- 七、确保行政目的实现的实体权利义务配置 / 86
- 八、对行政契约的程序规范与控制 / 104
- 九、行政契约的救济制度 / 117
- 十、结束语:对我国行政契约制度的基本构想 / 127

一、引言:行政契约在现代行政法中的崛起 及其引发的理论问题^①

政府可以作为私法上的当事人签订私法合同的历史由来已久。在普通法系国家,政府签订的此类合同原则上适用合同法的一般规则,但也受一些特殊规则的支配。而在大陆法系国家,此类合同完全受私法管辖,行政法则将其排斥在视野范围之外。但是,对于行政法领域中是否存在契约关系这一问题,在早期的以支配与服从为特征的传统行政管理模式中,是持根本否定态度的。

但是,伴随着民主思潮的激荡,福利国家(welfare state)、给付行政等新型国家目的观的出现,行政作用不再限于19世纪秩序国家所确立的保护国家安全和独立、维持社会公共秩序以及确保财政收入的消极秩序行政作用,而向积极整备环境、经济、地域空间等秩序行政方面,以及社会保障、公共役务的供给、资金补助行政等给付行政方面扩展,为达到上述行政目的,就存在着使用多种多样的手段的倾向。^②在这种背景下,行政契约(administrative contract)作为一种替代以支配与服从为特征的高权行政(Hoheitliche Verwaltung)的更加柔和、富有弹性的行政手段孕育而生了。

英国政府在1977年至1978年间为抑制通货膨胀在“白皮书”(White Paper)中公布了工资增长率不得超过10%的方针,但由于该政策不具有法律效力,政府就采用拒绝与拒不执行上述政策的相对人签订商事合同,或者在合同中加入要求相对人遵守上述方针的条款的方式,执行上述政策。^③在美国,政府合同中通常要求加入不同的条款,作为推进各种已确定的政策的方法,例如,保守机密信息、反对歧视、确保公平的工资、扶持小型或少数民

^① 本部分的主要内容,曾以《论行政法领域中存在契约关系的可能性》为题,发表在《法学家》1998年第2期上。本书在此基础上作了进一步的修改。

^② [日]石井昇:《行政契约的理论と手续——补助金契约を题材にして》,5页,东京,弘文堂,1988。

^③ Cf. David Foulkes, *Administrative Law*, Butterworths, 1982, p. 349.

族所有的企业,在签订合同的政府机构中都有专门机构负责执行上述政策。^①法国在第二次世界大战以后将行政契约广泛地应用到经济发展和资源开发方面,以改进传统的命令式的执行计划方式,并称之为政府的合同政策,^②而且,在非集权化(decentralization)时代,公共团体之间,包括中央政府和地方政府之间的“合同”,是政治策略(political strategy)的一个重要方面。^③德国出于行政实务上之事实需要,不顾理论上存在诸多反对意见,在草拟符腾堡行政法典和行政手续法时,对行政契约作了专门规定。^④在日本,行政机关在市町村间教育事务的委托等行政事务方面、作为行政活动上必要的物的手段处分、管理和取得财产方面、利用公共设施与公共企业方面、有关财政补助以及公害防止等诸多方面,都积极地借助合同方式进行处理。^⑤

我国行政契约的产生,与责任制思想的出现和向行政管理领域的渗透,以及经济体制由计划经济向市场经济转轨而引发政府职能和管理手段变化有关。时间上肇始于党的十一届三中全会以来的经济体制改革,特别是党的十三大报告中指出,“无论实行哪种经营责任制,都要运用法律手段,以契约形式确定国家与企业、企业所有者与企业经营者之间的责权利关系。”这段论述为我国行政契约的研究与运用提供了基本依据。在由计划经济体制向市场经济体制转型的过程中,政府在社会生活中的职能与角色向着宏观管理和间接控制方向转变,促使政府管理观念与手段发生变化,其中一个突出的表征就是,在传统上习惯使用行政方式的经济领域,也开始摸索借助合同方式强化和落实责任、调动和发挥相对人的积极性,以改善行政管理,提高公共财产的使用效率,推进经济体制改革。

最早出现在农业改革当中并被人们长时期称道的土地承包(农业承

① Cf. Peter L. Strauss, *An Introduction to Administrative Justice in the United States*, Carolina Academic Press, 1989, p. 285.

② 王名扬:《法国行政法》,179页,北京,中国政法大学出版社,1989。

③ Cf. L. Neville Brown & John S. Bell, *French Administrative Law*, Oxford University Press Inc., 1993, p. 193.

④ 翁岳生:《论西德一九六三年行政手续法草案》,见《行政法与现代法治国家》,221页,台北,台湾大学法学丛书编辑委员会编辑,1979。

⑤ [日]石井昇:《行政契约の理论と手続——补助金契约を题材にして》,6~7页,东京,弘文堂,1988。

包),以及受其影响而出现在工业改革中的国有企业承包,都是明显的例子。这之后的例子就更多了,比如,在物资计划管理中,从1992年起,国家陆续颁布法令试行用国家订货方式代替原来的重要物资的指令性计划管理,作为政府干预经济的调控手段。^①从实施的效果看,这比指令性计划的执行情况要好。在国有资产管理中,上海市房屋土地管理局、国资办、财政局尝试与企业签订授权经营合同,以盘活国有房地产存量,从而理顺资产所有者与使用者的关系,既保证了国有资产的收益,又调动了经营者的积极性,使国有资产保值增值的责任落到实处。^②而且,随着承包和责任制思想的深入人心以及政府的积极倡导和推广,甚至在很多行政管理领域,也开始出现了各式各样的“责任书”和契约形式。比如,在计划生育管理和治安管理中,在《深圳市1995年人口与计划生育目标责任制包干方案》和《深圳经济特区社会治安综合治理条例》(1994)中,分别要求单位和所属政府间签订人口与计划生育目标责任合同,单位和综合治理委员会之间、房屋出租人和承租人与公安派出所之间签订治安责任合同,以确保责任落实到单位、落实到个人。

“契约”,亦称“合同”,原本是私法的范畴,将其移植到行政法领域中是否可能?或者说,行政契约概念^③本身能否成立?在普通法国家中,虽然不乏政府在公共管理领域中运用合同方式的实例,但在理论上对上述问题基本没有疑义,也根本不会提出这样的问题。其中的原因,是与普通法国家原则上不区分公法(public law)和私法(private law),以及采取单一救济途径模式有关。尽管近来迪泼洛克(Diplock)在审理 O'Reilly v. Mackman (1983)AC 237 案中将公法和私法权利的二分法引入英国法,但这种二分法

^① 国家计委在1992年10月28日印发了《关于对部分生产资料实行国家订货的暂行管理办法(草案)》和《1993年对部分生产资料实行国家订货的具体实施办法》,同年12月31日印发了《关于下达1993年小轿车国家订货指标的通知》;1993年8月13日国家计委、国家经贸委、国家体改委联合颁布了《关于对部分生产资料实行国家订货的暂行管理办法》。

^② 参见《上海盘活国有房地产存量试点开始——十四家企业与政府部门签订授权经营合同》,载《人民日报》,1996-04-16。

^③ 在我国的行政法教科书中一般称“行政合同”,在本书中,我是在同一意义上使用这个概念的,之所以采用“行政契约”,纯属个人偏好,当然,也有尽量和德国、日本以及我国台湾地区行政法上的“行政契约”在概念用语上一致的考虑。

在判例法上的结果仍然是不清楚的。^① 因此,可以说,英美法制度依然保持着其原有的突出特色:由普通法院,而不是特别的行政法院,来裁决涉及行政行为有效性的案件。行政机关也与私人一样适用一般的法律,只是由议会法(Acts of Parliament)略加修改而已,^②行政法的基本原则也是由普通法院从私法原则中归纳而出。^③ 正因为法律结构上没有公法与私法观念的显著差别,将私人间缔结合同的行为方式援用到公共管理目的上来,也不会产生什么疑问。而且,普通法或制定法上原本就允许政府拥有缔结合同的权限,比如,英国历来就认为,国王(the Crown,在近代更多地以中央政府的名义出现)缔结合同的权利与私人一样直接来源于普通法,被视为固有的(inherent)、不需立法授权的权利。^④ 更为重要,而且也为英美行政法上大量判例所证实的是,政府合同上发生的争议,也能寻求普通法院的救济。正是由于在公共管理领域运用合同手段,无论在实体权限上还是法律救济上,都与私人间缔结合同极其近似,也就没有区别行政合同与私法合同的实际意义。因此,普通法制度中也就不存在与私法合同相对的行政契约概念,只是

① Cf. L. N. Brown & J. S. Bell, *op. cit.*, p. 4. 在英国法中,对公法与私法区分的讨论主要关注的是,在申请司法审查上作出此种明确而实质的界限划分是否可能,是否合乎需要,以及如何定位。这种争论通常涉及到 R v. Panel on Take-overs and Mergers, *ex parte Datafin plc*, 和 R v. Disciplinary Committee of the Jockey Club, *ex parte Aga Khan* 等判案的优缺点,以及现已被逐渐淡忘的特别规则(exclusivity rule)。Cf. Nicholas Bamforth, “The Public Law — Private Law Distinction: A Comparative and Philosophical Approach”, collected in Peter Leyland & Terry Woods (ed.), *Administrative Law Facing the Future: Old Constraints & New Horizons*, Blackstone Press Limited, 1997, pp. 136—137. 有些论者同意保留公法与私法在观念上的区别,但又希望避免可能出现的诉讼程序上的累赘与麻烦。Cf. Fredman, Sandra & Morris,illian, “The Cost of Exclusivity: Public and Private Re-examined”(1994) *Public Law* 69 at pp. 84—5; “Public or Private? State Employees and Judicial Review”(1991) *1 Law Quarterly Review* 298 at pp. 315—6. 也有的学者干脆主张全部抛弃这种区分。Cf. Harlow, Carol, “‘Public’ and ‘Private’ Law: Definition Without Distinction”(1980) *43 Modern Law Review* 241; Allison, J. W. E., *A Continental Distinction in the Common Law: A Historical and Comparative Perspective on English Public Law*, Oxford, Clarendon Press, 1996.

② Cf. H. W. R. Wade & C. F. Forsyth, *Administrative Law*, Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 12.

③ Cf. Bernard Schwartz, *French Administrative Law and the Common-Law World*, New York University Press, 1954, p. 3.

④ Cf. Terence Daintith, *Regulation by Contract: The New Prerogative*, collected in D. J. Galligan(ed.), *Administrative Law*, Dartmouth, 1992, p. 216.

以形式为标准,将以政府为一方合同当事人签订的合同统称为政府合同(government contract)。^①也正因如此,普通法的上述实践对我们探讨行政法上能否成立行政契约,没有实质意义。也就是说,我们根本无法从原本就缺乏公法与私法区别的制度背景普通法国家的实践中去弄清楚行政契约概念到底能不能成立。

但在实行按公私法标准区分救济管辖的大陆法国家,情形就不是这样了。因为渊源于罗马法的历史传统,大陆法国家实行公法与私法的界分。这种界分必然导致至少两个方面的行政法上的实际利益:一是在行政法律关系中,国家具有优越于私人的地位,私人有服从公权力的义务,因而国家与私人间处于地位不对等的从属关系(Subordination),从而有必要构建与私法原理截然不同的公法(行政法)来专门地调整。二是在法律救济的途径上,凡涉及公法争议,都由行政诉讼解决。正是有着这样的界分,在公法与私法领域运用契约,就可能有着截然不同的法律效果,适用不同的法规以及不同的救济管辖,行政契约的概念也就成了具有大陆法传统的国家所特有的、与私法合同相对的概念。

然而,从这种传统的行政法理论的视角来看,契约上的平等观念在以支配与服从关系为特征的行政法领域到底能否有生存的空间,却颇成问题。换句话说,就是私法上的合同肇基于平等主体间的合意,而在行政法领域,政府和相对人之间的关系属权力支配关系,似无对等自由合意之可能。无怪乎瑞士学者吉尔克麦蒂(Z. Giacometti)断言公法契约一词乃是自相矛盾之用语。^②而且,在法谚上也有“国家不(与百姓)订合约”(Der Staatkpaktiertnicht)之说。更为重要的,传统上用来控制具有支配效果的公权力行使的依法行政原则,与契约概念中的契约自由难以并存,在本质上不易调和。^③退一步说,在原有的公法

① 余凌云:《论行政契约的含义——一种比较法上的认识》,载《比较法研究》,1997(3);以及本书第一编第二部分。

② Cf. Z. Giacometti, *Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts*, Bd. I, 1960. S. 44f. 转引自吴庚:《行政法之理论与实用》,363页,及注5,台北,三民书局,1996。

③ 参见吴庚:《行政法之理论与实用》,362页,台北,三民书局,1996。又,我国台湾地区“大法官”李志鹏也认为:“行政契约与依法行政原则抵触…如果容许此种行政契约施行,岂不回归封建专制时代?由法治回归人治?”转引自林明锵:《行政契约法论》,载台湾大学《法学论丛》,第24卷第1期。

框架下,即便是勉强在传统的行政行为之外构筑行政契约理论,也会因原来行政诉讼仅为解决权力支配关系的行政行为而设计,行政契约在其中无法寻找救济的可能,而使得从行政法角度构筑行政契约理论没有实际意义。^①

正是出于以上缘由,行政契约概念能否成立,遭到一些大陆法国家的学者的怀疑。曾在德国行政法学发展史上起过奠基作用的奥托·迈耶(Otto Mayer)在1888年所著的一篇名为《关于公法契约之学说》中明确反对在公法领域存在契约关系,^②主张以服从之行政处分(Verwaltungsakt auf Unterwerfung)代替公法契约。^③被誉为“新行政法学创始人”的德国学者福斯多夫(E. Forsthoff)也以“行政契约制度会将行政权这种优越地位加以‘拟制平等化’的破坏”为由,持反对态度。^④另一位著名的德国学者詹宁雷克(Georg Jellinek)也是宁愿提倡双方行政行为(zweiseitiger Verwaltungsakt),也不采用公法契约。^⑤日本和我国台湾的一些学者也有同感。^⑥我国大陆行政法学者在讨论行政契约时,一般将此理论问题作为先验的假设前提而不加以思考和专门的论证,或者仅通过论证行政契约与民事合同之间存在着原则性区别,来附带地、间接地说明行政契约概念是能够成立的,但有些从事民法和经济法研究的学者以及部分司法与行政人员对行政契约能否存在则颇有非议。

正是因为理论上存在着否定论调,所以,必须予以辩驳,否则,对行政契约制度的理论探讨也就无从谈起,而且,直接危及政府在行政管理实践中

^① 从日本历史上看,这是影响日本行政契约理论构筑与发展的很重要的原因。参见杨建顺:《日本行政法通论》,517~518页,北京,中国法制出版社,1998。

^② Otto Mayer, Zur Lehre vom öffentlichen Vertrag, AoR(3), 1888, S. 22. 转引自陈新民:《行政法学总论》,264页,及注13,台北,三民书局,1997。

^③ Cf. Otto Mayer, op. cit. 转引自吴庚:《行政法之理论与实用》,362页,台北,三民书局,1996。

^④ 转引自陈新民:《行政法学总论》,264页,及注13,台北,三民书局,1997。但是,福斯多夫(E. Forsthoff)后来也转向主张采用行政法原则来处理政府采购问题,Cf. Fortshoff, *Traite de Droit Administratif Allemand*, Translation by Fromont, Bruxelles, 1969, at 415ff. Cited from Jose M. Fernandez Martin, *The EC Public Procurement Rules: A Critical Analysis*, Clarendon Press, Oxford, 1996, pp. 272-273.

^⑤ 吴庚:《行政法之理论与实用》,362页,台北,三民书局,1996。

^⑥ 张镜影:《行政契约与行政协定》,见刁荣华主编:《现代行政法基本论》,96页,台北,汉林出版社,1985。

运用契约手段的可能性。我们对上述理论见解的反思与批判,仍然必须放在公法与私法区别的大背景下进行,来调和行政契约与原有行政法理论的关系,而不能像普通法那样抛开了这种公法与私法的分别来谈在公共管理领域运用合同手段问题,否则,行政契约概念本身能否存在,就颇成问题了。在否定论以上三个方面理由中,由于围绕着权力支配关系而建立的行政诉讼制度没有给行政契约留下空间,从而有损于行政契约理论建构的实际意义,这个问题其实是纯立法技术问题,只要行政契约概念能够成立,那么,这个问题也极易通过修改行政诉讼的受案范围以及建立相关程序制度来加以解决。所以,下面我们着重看看契约当事人地位平等究竟是不是实现合意的必要前提,进而成为左右行政契约能否成立的关键因素,以及依法行政理念到底能不能与契约自由相调和,能在多大程度上进行调和。

以行政法关系的不对等来否定契约关系成立的可能性,是建立在这样一种认识基础之上,即契约的本质是合意,而合意有效成立的前提是双方当事人法律地位必须平等,从而能够立于彼此利害相反的地位,交互为意思表示。而在行政法领域之中,政府和相对人之间形成的是以命令和强制为特征的权力服从关系,没有地位对等可言,因而真正自由的合意也就无从产生。

其实,这种观点过分拘泥于民法理论以及传统的高权行政(Hoheitliche Verwaltung)理论,而没有敏锐地体察到现代行政法发展所带来的变化,因而是失之偏颇的。我们对行政契约的思考,不必羁束在传统的公法行为理论框架内,完全可以跳出以往的那种认为公法行为必定是行政机关单方意思表示的权力行为、公法关系必定是权力服从关系的思维定式,而承认可以采取双方协商合意的非权力行为方式。

正是从这个意义上,日本著名行政法学者田中二郎对否定行政契约存在的观点进行了批判。他指出:“一般说来,对通说认为公法关系即支配关系、公法行为即权力性行为的见解,是不能赞成的。我们不得不承认,公法关系中也存在非权力服从的支配的关系,故公法行为中也存在非权力性行为的为行为,在公法上的关系中,不限于上下的关系,对等者的关系也可能成立。”^①也就是说,国家在实现行政目的的方式上完全可以多样化的,这不

^① [日]田中二郎:《公法契约论序说》,见《行政行为论》,284页,东京,有斐阁,1954。转引自杨建顺:《日本行政法通论》,514页,北京,中国法制出版社,1998。

取决于原有理论是否承认,而取决于有没有这种现实需要以及国家法律有没有加以规定。

现代行政法的发展也为在行政法领域形成契约关系提供了合意的基础,为公法关系中援用多种手段,特别是契约手段创造了可能。在现代法治国家,随着给付行政(Leistungs Verwaltung)的兴起,特别是民主思想的激荡,传统上以支配和服从为特征的高权行政运用的领域相对来讲已大大缩小,而且,其形成的权力服从关系,也是通过法律对政府和相对人彼此间权力(利)义务的不对等配置体现出来的。在这种不对等的权力(利)义务配置框架中,也存在法律没作规定之处,在这个法律没有赋予政府权力及相对人相应义务的领域,政府在依法行政理念的支配下对这个领域中的事务不能采取高权行政,相对人也没有必须服从政府领导的义务。而政府为实现行政规制目标,当然可以与相对人进行充分协商,劝导其自愿接受政府政策。日本1964年“横滨方式之公害防止协定”的创设就是典型的例证。^①

日本学者野村淳治也指出:“国家与人民间之权力服从关系为相对的。在法治国家,人民仅能在法律规定范围内有服从之义务,质言之,人民亦有其限度内之自由意思,基此限度自由意思而缔结契约,在法律上应属可能。”^②另一位著名的日本学者美浓部达吉更是旗帜鲜明地肯定在公法领域也存在合意的可能,甚至认为,即便是国家是处于优越的意思主体的地位时,也不例外。也就是,即使在权力与服从关系下,也不意味着一味地通过命令强制手段来形成公法关系,原则上也不排斥可以通过契约的方式来形成公法关系。他指出:“有人以为契约的观念是专从私法发达而来,因而主张所谓契约为当然仅指私法上的契约而言。其实,契约的观念若可解作‘因当事者双方的同意而发生其所冀求之法律的效果的行为’,则契约绝不限于

^① 1964年日本横滨市对欲在该市沿岸的海埔新生地设置发电厂的电气事业者,直接具体约定其必须采取必要的公害防治措施和对策,这种方式后被称为“横滨方式之公害防止协定”。其产生的背景是,当时中央法令对公害规制规定不充分,且公害法制仅于“公害防治与经济发展之调和”限度内方能实施,地方公共团体为避免自行规定较中央立法严格的公害规制而与中央立法相抵触,就积极地和企业交涉,约定其采取较中央立法严格的公害预防措施。参见刘宗德:《日本公害防止协定之研究》,载《政大法学评论》,第38期。

^② 转引自张镜影:《行政契约与行政协定》,见刁荣华主编:《现代行政法基本论》,96页,台北,汉林出版社,1985。

私法的区域,在公法的区域中亦不乏其例。这是经过许多学者论证的正当主张,虽然至今尚有一部分学者否定‘公法上的契约’的观念,亦不足损其价值于分毫。不但对等的公共团体之相互关系常有依双方的同意而构成公法关系之例,即在国家(或公共团体)和人民间的关系上,即当国家站在优越的意思主体的地位而对付人民的场合,两者间的法律关系之形成,亦不是绝对不许人民参加意见的。当必要时国家固然可以单方的意思去命令和强制人民。但在事件的性质上没有违反对方的意思而加以命令强制之必要,或违反对方的意思而加以命令强制为不适当时,尊重对方的意思之自由,依同意而构成国家与人民间之一定的公法关系,亦当然不能说是违反公法关系的性质。”^①

既然居于不对等地位的行政机关与相对人之间都可以存在合意的可能,更不用说,居于对等地位的行政机关之间关系,如果没有法律予以调整或者法律不禁止的情况下,自然可以通过协商解决。这方面的实例很多,比如,跨省、市间政府互相签订的关于道路交通管理、资源保护、环境卫生、经济技术合作以及人才交流等协议。我国的行政契约实践甚至走得更远,出现了行政机关为调动其所属的下级机构或公务员的主动性与积极性,在布置行政任务或落实责任制时,也采用协商的方式,例如,1988年9月10日陕西省政府与10个地、市的专员、市长,以及25个省级厅、局级的厅、局长签订的1988年至1992年经济目标责任书,省市政府与下级政府签订的有关环境保护、计划生育、文化教育、经济发展、社会治安等目标责任协议书。^②综上所述,我们可

① [日]美浓部达吉:《公法与私法》,95~96页,台北,商务印书馆,1963。美浓部的这段论述,也为我下面要论证的“行政契约的成立,与当事人间地位对等抑或不对等没有很大关系,而是取决于双方能否实现真正的合意”这一观点提供了强有力的论据。

② 该资料引自宋梁凤(现在洛阳市中级人民法院工作)的硕士论文,谨向其表示感谢。我们也承认,在实际执法中,有的行政机关虽然表面上是通过签订责任书的协商方式向所属下级机构或公务员布置行政任务或落实责任制,但在实际操作中,这种责任书在签订过程以及内容确定上均不存在协商的可能,也就是俗话说的“签也得签,不签也得签”,使签订责任书实际上等同于行政命令。我以为,这种现象反映了在实际执法中行政机关对行政契约运用的把握上是存在问题的,但我们不能因为实践上存在偏差进而否定在行政机关和其所属下级机构或公务员间存在行政契约的可能。而且,从实践反馈的情况看,有的行政机关在下达行政指标之前的确是与下属部门协商,并根据下属部门提出的负担任务的可能和条件而订定的,这实际上就是一种合意。当然,这种契约形态是很特殊的,我们称之为“假契约”(pseudo-contract),可以视为是市场经济理念向行政管理领域渗透的一种表现。关于这方面的问题,我在后面的论述中还会有所涉及。

以毫不迟疑地结论道,在行政法领域是有合意存在之基础和空间的。

接下来,让我们转入到更加关键和核心的问题,看看地位的对等或不对等对合意的实现到底有没有关系?有什么样的关系?重点是要弄清楚,行政法上的合意的实现的原理是什么?它与民法上的合意的形成到底有着怎样的不同?

在行政法上,互不隶属的行政机关间,在法律没有规定,或者虽有规定,但却导致双方职能管辖重叠冲突时,当然可以立于平等地位协商处理行政事务,从而实现合意。我们在行政区域争议解决以及境界地的道路管理等诸多方面都可以找到实例。比如,在有些地方,对于公路两侧的违章建筑的处理,由公路局和城建委协商,在公路防护区内归公路局管辖,防护区以外归城建委管辖。在这里,合意的形成当然很好地契合了上述民事合同的相关理论。

但是,行政机关与相对人在契约订立以及履行时,双方的地位事实上却是不对等的,这可以说是基本的事实。保持这种不对等也是必要的,这是因为行政契约是用于推行行政政策的,必须保持政府在契约中的主导地位,才能引导契约向着行政机关所预期的特定行政目的实现的方向发展。不承认这一点,我们就无法理解,为什么要在行政契约中确认行政机关的特权,并且还成为现代行政契约理论的发展趋势?为什么法律要着重针对行政机关而非相对人的缔结契约的程序加以专门的规定?这个问题反过来看,如果说双方当事人的地位不是不对等的,那么,也就根本不大可能出现上述与民事合同很不相同的制度,并成为行政契约的一种“恒常的表征”。但是,对于这种不对等情况下合意是怎么形成的,显然就无法借助上述民事合同理论来加以说明了。那么,怎么来解释呢?

法国行政法上干脆就将行政契约视为实质上是不对等当事人间的商定(arrangement)。^①当然,由此会产生一个结果,即法院必须仔细鉴别,到底在多大程度上这种商定是真正的双方行为,进而成其为契约;在多大程度上

^① 受法国理论的影响,作为一般公共利益的代表,行政机关在西班牙法律制度中所享有的特别优越的地位(special pre-eminent position)同样也在其所缔结的契约关系中得到反映,Cf. Jose M. Fernandez Martin, op. cit., p. 110. 这也可以说是又一国别存在不对等基础上却能形成契约关系的例证。

属于要相对方同意的单方行政决定。在实际判案中,法院就曾将某些契约规制(regulation by contract)行为,如限定价格,特别是实际上具有规制效果的集体协议(collective agreement),判定为单方行政行为(unilateral administrative acts)。所以,在法国,合作行政(administration by collaboration)似乎并没有导致契约范围的扩大。^①法国的经验表明,不对等地位当事人之间并非不能缔结行政契约,承认这一点,也并不会导致行政契约与行政行为的混淆。

德国实际上也存在一种行政机关与相对人居于事实上不对等地位而缔结的契约,亦即“隶属契约”(subordinate contract, subordinationsrechtliche-rvertrag)。尽管在法律上拟制契约当事人双方地位平等,并认为上述事实上的地位不对等,与契约内容无涉,但是,契约当事人地位事实上不对等,很可能对契约订立带来种种影响的担忧,却是挥之不去的。因此,德国行政程序法特别从契约的内容禁止(比如“禁止连结负担”,Koppelungsverbot)以及程序要求(比如以书面方式缔结,上面必须有相对人的同意签字)等方面来防范这种事实地位的不对等可能造成的问题。所以,契约合意的实现,实际上并不在于双方法律地位的拟制“平等”,而在于法律对契约内容的事先限定,以及对缔约程序的规范。

从上述分析可以看出,在签订契约过程中,对等地位对于合意自由性的实现,仅仅只是充分要件而不是必要要件。平等地位能够实现自由合意的事实,并不否定在不对等基础上就不能实现自由的合意。在这里,问题的关键不在于契约当事人地位是否平等,而在于能否真正实现合意。正是在这个意义上,吴庚教授在阐释行政契约为双方法律行为时深刻地指出:“因双方意思一致而成立之法律行为,并非谓参与契约之当事人法律地位全盘对等,亦非谓在一切法律关系上之对等,乃系指就成立契约之特定法律关系而言,双方意思表示具有相同价值(gleichwertig),而有别于一方命令他方服从之关系。”^②这意味着,对问题的思考应转到“合意”,也就是双方意思的自由表达上。法律上或事实上双方地位是否对等,都无关宏旨。

自然,这种地位不对等状态存在着压制相对一方意思的自由表达、使行

① Cf. L. Neville Brown & John S. Bell, op. cit., pp. 192-193.

② 吴庚:《行政法之理论与实用》,370页,台北,三民书局,1996。

政契约滑向行政命令的危险。为使合意能够真正实现,我们一方面可以针对这种不对等可能会对契约内容造成的扭曲加以事先的法律防范,另一方面可以引入行政程序,通过赋予相对一方程序上权利(取得充分信息权、要求听证权、反论权等),课加行政机关程序上义务(说明理由、公开行政、回避等义务),使处于弱势的相对一方在进入协商与履行阶段后,其地位能够提升到与行政机关相互抗衡和讨价还价的状态,从而实现自由对话与交流意见,排斥行政恣意。与此同时,完善行政救济途径,建立有效的归责机制,通过对行政程序形成的抉择方案及过程进行客观的评价,保证这种选择是建立在彼此自由合意的基础上。

因此,行政机关与相对一方间的不对等地位并不必然排斥彼此间自由合意实现的可能性,而只能说,行政契约上自由合意的实现,有其不同于民事契约的特点,亦即,合意是在不对等地位基础上,通过事先对契约内容的限定、有效的行政程序和救济,来保障处于劣势的相对一方当事人自由表达意思而形成的。由此观之,有些行政法教科书上断言“行政契约为双方当事人立于平等地位达成的协议”,实在是有些草率。

否定行政法领域存在契约关系的另一个重要论据是,在依法行政的理念下,行政机关对于行政权的行使要受到来自法律方面的约束,是不自由的,这就缺乏讨价还价的权利处分基础,因而,也就不可能实质上享有契约自由。

那么,依法行政理念对行政权行使的羁束性,能不能与契约概念中所具有的自由性相调和?怎么调和?对于这个问题,有不少学者尝试着从各种角度进行解答。

一种见解是引用罗马法上的格言“出于自愿者不构成损害”(Volenti non fit iniuria)来说明只要契约出自当事人自愿就能阻却违法。也就是说,行政契约为当事人自愿约定,可以不受依法行政的羁束。但是,这种解释对建立在“当事人意思自治”基础上的私法关系尚属可以,对公法关系则不适用。罗马法的另一条法谚“私人约定不能变更公法规定”(ius publicam privatorem paciam utar inequit)说的就是这个道理。^①

因为行政契约所引发的法律问题,主要是与依法行政中的法律保留原

^① 参见吴庚:《行政法之理论与实用》,363~364页,台北,三民书局,1996。

则的冲突,所以,德国学者克拉克(Grober-Knack)、渣任(Zahlen)等就从法律保留入手,来解决行政契约与依法行政之间的紧张。在他们看来,法律保留主要适用于干涉行政,而在给付行政范畴中,原则上不适用,这就给公法契约留下相当大的自由缔结空间。^① 这种解释对突破传统上那种认为在给付行政中不是使用行政处分就是采用私法合同的理论束缚,具有积极的意义。但同样也遭到批判,批判的要点是:给付行政与干涉行政的界限,并非泾渭分明,因此,主张给付行政不受法律约束,有缔约自由,毕竟过于笼统。^② 而且,在法治国家中,法律保留不仅适用于行政处分,而且,还应适用于包括行政契约在内的其他行政方式。^③

德国学者斯藤(K. Stern)、果德勒(D. Goldner)等则试图通过借鉴民法概念来建立公法上缔结契约自由的范畴。斯藤(K. Stern)将行政法规分为处分性规范和非处分性规范,认为法规有明文规定,容许以行政契约作为行政作用之方式,固不发生问题。若法规沉默而无明文规定时,亦可从法规沉默的背后,得出行政契约自由缔结之空间,此类法规可称之为处分性法规(Dispositivnorm)。^④ 果德勒(D. Goldner)则采取民法上强行法与任意法的分类,作为说明行政法上契约自由的尺度。依其见解,任意法并非指当事人任意约定,可以变更国家之公权力管辖界限,亦非谓此一概念系将客观的行政法规规范置于契约当事人处分权限之下,而系以任意法充当行政活动受法律拘束之内在范围(immanente Grenzen),或于任意法为允许背离法定模式(Regelungsmodell)之一种授权。至于如何在行政法规中,决定何者为强行法?何者属任意法?则应由法规内容及目的判断。^⑤ 这种学说的缺陷主要

^① Cf. A. bleckmann, Subordinationsrechtlicher Verwaltungsvertrag und Gesetzmässigkeit der Verwaltung, VerwArch, 63(1972), S. 431. 转引自吴庚:《行政法之理论与实用》,364页,台北,三民书局,1996。

^② Cf. K. Stern, Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrages, VerwArch, 49(1958), S. 104; Mauz/Durig/Herzog, Kommentar zum Grundgesetz, 1987, Art. 20, Rn. 129, 138. 转引自吴庚:《行政法之理论与实用》,364页,台北,三民书局,1996。

^③ A. Beckmann, aaO., S. 431ff. 转引自吴庚:《行政法之理论与实用》,364页,台北,三民书局,1996。

^④ AaO., S. 131ff., 34. 转引自吴庚:《行政法之理论与实用》,364~365页,台北,三民书局,1996。

^⑤ D. Goldner, Gesetzmässigkeit und Vertragsfreiheit im Verwaltungsrecht, Juriszeitung, 1976, S. 356. 转引自吴庚:《行政法之理论与实用》,365页,台北,三民书局,1996。

是仿照民法将行政法规作上述分类,恐怕较难为人们所普遍接受。^①当然,其中也有合理的因素存在,特别是从分析法条性质入手的研究方法,与目前行政契约中的“容许性”理论有某些相似之处。

再有一种见解,以布林格(M. Bullinger)为代表。主张以裁量概念,作为判断有无契约自由的标准。申言之,行政机关只有在法律赋予其自由裁量权时,才有选择契约作为行为方式的自由。^②但该学说也受到学者的批判,主要是因为该学说将行政作用方式的选择,和实际作为时的自由判断混为一谈。而且,法律设立裁量的目的和性质,与行政契约有很大的不同。申言之,行政裁量系立法者为顾及具体情况而设,俾行政机关执行法规之际,得针对个别事件之特殊性,采取公平适当措施,行政契约则显非为此目的而设,契约内容之形成具有弹性,并受对造意思之羁束,与裁量处分性质上差别甚大。^③上述批判有一定的合理性,但也有些偏颇之处,裁量与契约所包含的自由概念,当然有着若干相似之处,^④特别是裁量既然包含选择行为的方式,自然选择行政契约方式也应在其中,所以,行政契约在一定程度上是附着在裁量之上的。

还有一种见解为瑞士学者英博登(M. Imboden)所倡导,主张将行政法分为行为法(Verhaltensrecht)和机关法(organizationalrecht),凡法规以不特定人为对象,内容抽象,其执行的时间与地点均未确定,而且,有待于执行行为具体化的,称为行为法;反之,机关法是以某一官署或行政主体为对象,规定其权限及处理事务的程序,而非以不特定多数人为对象。在机关法范畴内,行政主体依据其组织权限,有权缔结行政契约或从事其他法律行为,而不必像行为法那样受到严格的限制。^⑤该学说是以瑞士的法律结构作

^① Stern, aaO., S. 144; Goldner, aaO., S. 358. 转引自吴庚:《行政法之理论与实用》,365页,台北,三民书局,1996。

^② H. Grund, Die Konkurrenz zwischen subordinationsrechtlichen Verwaltungsvertrag und Verwaltungsakt, DVBl. 1972, S. 884ff. 转引自吴庚:《行政法之理论与实用》,365~366页,台北,三民书局,1996。

^③ H. Grund, aaO., S. 886. 转引自吴庚:《行政法之理论与实用》,366页,台北,三民书局,1996。

^④ 吴庚:《行政法之理论与实用》,366页,台北,三民书局,1996。

^⑤ Max Imboden, Das verwaltungsrechtliche Vertrag, Basel 1958, S. 76f, S. 78. 转引自吴庚:《行政法之理论与实用》,366页,台北,三民书局,1996。

为依据,而且,所谓依据权限而有缔约自由者,并非泛指一切行政事务,而是仅限于三类有限的项目:一是地方自治团体之间,订立公法契约,设立新的行政组织。二是行政主体与公法或私法上团体甚至私人,成立经济补助协议(Subventionsvereinbarung),将那些不必由行政机关直接执行的有关生存照顾事项等行政任务委托给上述团体或私人行使。三是不涉及经济补助协定,由私人契约履行与公众有关的经济事务。^①正因为该学说的构建具有很强的地区情景,这就限制了该学说的适用。从机关法(亦即组织法)角度,来划定契约自由与缔约权限,仍不失有一定参考价值。由于该学说仅将缔结行政契约自由的事件限定在上述三项,这与目前行政契约理论中对缔结契约普遍仅要求有组织权限而不具体限定适用范围的主张有一定距离。

最后一种见解是,德国学者果德勒(D. Goldner)采取类比的方法,以私法合同亦非绝对自由、也要受到法律的限制为例,来说明契约自由与受法律羁束并非绝对不能相容。^②这种学说对消除依法行政与契约自由不相容之概念困境有一定的作用,但仍然无法建立一项明确的标准,以划分依法行政与契约自由的界限,完全解决其冲突与矛盾。^③

我以为,在特别强调对行政权随意性约束的传统依法行政理念基础上,推导出依法行政与契约自由是无法调和的结论,是很正常的。但是,随着政府由消极行政转向积极行政,传统的单纯强调约束行政权随意性的依法行政理念,也相应地向实现既约束行政权随意性又维护行政权机动性之间平衡方向转化。在保障行政权机动性的口号下,行政机关享有较大的裁量权,可以根据时势需要以及考量行政目的而选择适当的行政手段。而且,在不与法律相抵触的情况下,政府可以直接根据组织法规定的权限主动追求行政目标的实现。甚至在有些情况下法律还特别授予政府签订行政契约权力。这些都为政府签订行政契约提供了权力基础。

英国1972年《地方政府法》(Local Government Act)第111条规定,地方行政机关有权实施任何能够推进、配合或有助于其履行职责的行为,英国

① 吴庚:《行政法之理论与实用》,366~367页,特别是注16,台北,三民书局,1996。

② D. Goldner, aaO., S. 358. 转引自吴庚:《行政法之理论与实用》,367页,台北,三民书局,1996。

③ 吴庚:《行政法之理论与实用》,367页,台北,三民书局,1996。

行政法理论与判例将该规定解释为赋予了行政机关签订契约的一般的、广泛的权限。^① 德国《行政程序法》第 54 条在“公法契约之适法性”标题下确认“公法上之法律关系,得以契约设定、变更或废弃之(公法契约),但法规另有相反者规定者,不在此限”,这种对行政契约缔结不要求特别授权的观点,代表了现代行政契约理论发展的趋势。我国也通过国有企业承包、租赁等单独立法,明确行政机关的缔约权。

当然,由于行政契约是作为推行行政政策以实现行政目的的手段,所以在缔结契约以及形成契约内容等环节,一般都存在着法律或事实上的强行规定,且在依法行政原则的支配下,行政机关行使行政契约权要受到诸多限制。因此,契约自由原则在行政契约中适用的程度与民事契约不同。民事合同中,双方当事人只要不违反有关公共秩序和善良风俗的法律,就享有绝对的自由。但在行政契约中,双方当事人就不能享有同样的自由和自治(autonomy),否则,就会有使公务商业化的危险(a danger of commercialization of administrative services),使行政契约沦为纯粹是在对价互惠(reciprocal benefits)问题上的讨价还价。^② 行政契约中的契约自由的边际是由合行政目的性原则与依法行政理念划定的,因而双方当事人的合意空间是有限的。正是在这个意义上,我国台湾学者林纪东先生指出:“公法与私法相反,以契约不自由为原则,唯在不抵触法规之限度内,公法上契约始得有效成立。”^③

在这里,我们要注意,不能走向另一个极端:彻底否认契约自由。这是因为,契约自由与合意两者之间是有一定的内在联系的,合意是以契约自由为前提的。而行政契约与传统行政行为(Verwaltungsakt)在意思表示上的根本区别是,前者以合意发生法律效力,后者纯系单方意思表示之结果。行政契约被归为契约范畴的根本原因也在于合意。如果根本否定行政契约中存在契约自由的可能性,那么,如何解释这种合意产生的基础呢?因此,我们只能说,在行政契约中,契约自由的适用应受到依法行政原则和合行政目

^① Cf. David Foulkes, op. cit., p. 339.

^② Cf. Mahendra P. Singh, *German Administrative Law: in Common Law Perspective*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 1985, p. 51.

^③ 林纪东:《行政法新论》,259页,台北,三民书局,1985。

的性原则的制约,只能在法律及符合行政目的性要求等构筑的许可框架中得以有限实施。对上述“契约不自由”的理解应当是相对于民事合同而言的,并未从实质上否定行政契约中存在一定限度的契约自由。对此,我们可以从缔结契约和确定契约内容两个重要阶段上契约自由的分析来进一步加以论证。

在缔结行政契约自由方面,西方通例主张,凡法律不禁止,皆许可行政机关为达到行政目的,径行缔结行政契约。这里实际上包含两种情况,一是法律对缔结行政契约有强制性规定,双方当事人对是否缔结契约没有选择权;^①二是法律未作强制性要求,或者法律根本就没有对缔结行政契约加以规定,行政机关可以考量行政目的之有效达成而选择缔结行政契约。但在行政合法性的要求下,行政机关必须受到来自具有组织法或行为法上权限、符合管辖行政事务范围以及符合行政目的性要求这三个方面的制约。

在形成契约内容方面,行政机关在法律对合同条款的具体内容作了硬性规定的情况下,根据法律优位原则,只能执行法律而没有协商的余地。但对于法律未作规定的,行政机关可以考量行政目的和政策实现之需要,且与其行政职责相符,与相对一方协商设定行政法上权利义务。但由此形成的行政机关权利和相对一方义务,必须为实现特定行政目的所必需且相当,避免课以相对一方不必要或不相关义务。^② 在特定情况下,行政契约的内容有

① 但在这种情况下,必然存在契约中的部分内容需协商确定,比如,正在起草中的《国内重要生产资料国家订货管理条例》就要求企业必须接受国家订货任务,按国家订货计划与需求方签订订货合同,在此前提下,可以就价格等进行协商。也有的学者认为,行政契约的缔结必须双方自愿,不得以行政命令强迫当事人签订行政契约,否则会使得行政契约的签订带上执行行政命令的色彩,大大抹杀了行政契约的“合同性”。参见许崇德、皮纯协主编:《新中国行政法学研究综述(1949—1990)》,472~474页,北京,法律出版社,1991。我以为不然。由于行政契约是执行行政目的的手段,在某些特定的情况下,可以要求当事人必须签订契约,这不但在我国已有上述实例,而且,就是在国外也不乏其例,比如,在英国,1997年《教育法》(the Education Act 1997)第13节就授权地方教育机构可以坚持将签订“家庭与学校协议”(home-school agreements)作为入学的前提条件。其意在细化家长和学校的各自责任。Cf. Carol Harlow & Richard Rawlings, *Law and Administration*, Butterworths, 1997, p. 213. 其实,这种强制签订契约并不违背契约的本质特征,只要在契约内容的形成上留有协商的余地即可。

② 在理论上承认行政机关可以通过契约与相对人形成行政法上权利义务关系,并不与法律保留原则相抵触,因为在协议创设行政法权利义务过程中,相对人有不接受契约的自由或者对契约的内容有选择权,而且,法律还可以通过设定有效的行政程序和行政救济来保障相对人的权利不受行政专横和行政权滥用的侵害,因此,即使事实上出现相对人权益受到限制,也是相对人自愿接受这种限制。

可能是由行政机关根据当前的行政任务和工作要点单方面制定的,没有与相对方协商的过程,具体实例,在我国,如公安派出所与相对方签订的“娱乐场所治安责任书”,在英国,像为促使失业者努力寻找工作而设计的“工作寻找者协议”(Job Seeker's Agreement),^①但一般来说,在这种情况下,相对人对接受或不接受契约(take it or leave it)有着决定权,从理论上和法律上,行政机关都没有强制其必须接受的权力。

总之,在依法行政理念和符合行政目的性原则的支配下,契约自由在行政契约中的适用空间要受到一定的限制,但没有从实质上予以否认。在此前提下,通过有效的行政程序构建自由合意的空间,并保留行政救济对合意过程与结果的客观评价,保证处于劣势地位的相对一方表达意志的自由性,从而从根本上使行政主体和相对一方能够通过合意方式产生具有行政法律效力的契约。因此,现代行政法的发展已经拓宽了行政活动的领域,为行政契约的存在奠定了基础。我们可以从现代德国和日本的一些知名行政法学者的著述中反复看到对行政契约概念的肯定性论断,^②深受大陆法影响的我国台湾和大陆学者在近来的论著中对行政契约概念能够成立的论断更是坚信不疑。在这些国家和地区的法院审判中也不断出现承认行政契约的判例。^③

① 签订该协议是作为失业者获得失业救济金的前提条件,也是意在不让使用者就此依赖上政府的救济金,而不思进取,以便更好地使用纳税人的金钱。该契约由申请人和就业官员(employment officer)用书面形式签订,而且该官员只有在确信申请人具备法律要求的工作条件,并且积极寻找工作时,才会与申请人签订此契约。关于这方面更进一步的介绍,Cf. Carol Harlow & Richard Rawlings, op. cit., pp. 212-213.

② 这方面的论述比较多,比如,美浓部博士认为:“学者们往往主张国家和人民的关系那样的不对等关系中不可能成立公法上的契约,我们不能认为这是正确的见解。”[日]美浓部达吉:《日本行政法》(上卷),238页,东京,有斐阁,1936。转引自杨建顺:《日本行政法通论》,514页,北京,中国法制出版社,1998。佐佐木博士也认为:“公法上的契约在观念上是能够存在的,这是毫无疑问的。”[日]佐佐木:《日本行政法总论》,517页,东京,有斐阁,1924。转引自杨建顺:《日本行政法通论》,514页,北京,中国法制出版社,1998。

③ 比如,德国福莱卡尔戈行政法院在VG Freiburg案的判决中指出:“公法契约,现在作为公法的特别形成形式,基本上由学说和判例予以一般性承认。”VG Freiburg v. 13. 11. 1950, JZ 1951, S. 788。转引自杨建顺:《日本行政法通论》,515页,北京,中国法制出版社,1998。日本早在1921年大审院判决就作出“命令航路中政府与公司的法律关系属于公法上的契约”的判断,而且还以公法契约或公法上的双方行为观念来说明土地收用法上的协议、恢复国籍许可、公立学校助教和讲师的任命行为等。参见杨建顺:《日本行政法通论》,515页,北京,中国法制出版社,1998。

但是,随着行政契约在现代行政法中的崛起,也引发了诸多理论问题,如何界定行政契约的范畴?怎么解决行政契约与依法行政的关系?民法原理在行政契约中援用的范围与程度如何?行政契约中对政府和相对人各自权利义务应当按照什么原则来配置?如何通过行政程序有效地控制和规范政府行政契约权的行使,以保障相对人的合法权益?以及行政契约的法律救济制度应当怎样构筑?等等,这一系列问题均构成现代行政法理论研究中亟待解决的重要课题。而这些理论问题的圆满解决,对明确我国行政契约法制化的构建取向,使理论研究与行政实践形成良好的互动作用,亦具有极其重大的意义。因此,加大对行政契约理论研究的力度,不仅是完善行政法体系与内容的需要,更是行政实践的需要。

二、行政契约的含义^①

在行政法著述中,行政契约(Verwaltungsvertrag, contrat administratif, administrative contract)有时和公法契约(public contract)混用,而且以往在学术甚至立法上多采用公法契约的称谓,但近来渐有偏好行政契约概念而放弃公法契约的趋势。据吴庚教授考证,这种名称的更迭,并不是像日本学者高田敏所说的因为“公法和私法区别之不易”,而是想跟宪法性质的公法契约(例如领地机关(Land authorities, Lander)之间缔结的协定)相区别,使概念更加明确。^②对行政契约内涵的揭示,实际上反映了对行政契约本质的认识,同时也确立了识别与划分行政契约的标准,分清了行政契约和民事合同的“分水岭”,为我们以后探讨行政契约理论问题明确了共同的出发点,提供了必要的分析框架。

(一)西方国家行政法上的契约

在美国、英国和澳大利亚等普通法国家的行政法中没有“行政契约”的概念,对涉及政府为一方当事人的契约统称为“政府合同”(government

^① 本部分曾以《论行政契约的含义——一种比较法上的认识》标题发表在《比较法研究》1997年第3期上。在此基础上,作了进一步修改。

^② 吴庚:《行政法之理论与实用》,361页,及注1,台北,三民书局,1996。

contract)或“采购合同”(procurement contract),布莱克法律辞典中的解释是,指政府与货物、机器或劳务的制作商或供应商签订的合同,此类合同适用政府规章(government regulation)和标准格式(standard forms)等。^①从普通法国家行政法著述看,政府合同的内容一般和商业有关。但在英国,还存在另外两种值得重视的合同形式,一是政府通过签订承包合同将原来由内部机构实施或由政府负责的事务承包给私人,在这种情况下,如果政府是将其履行的法定职责转由私人实施,那么要受一般公法原则的约束,这种承包实践随着1994年《不规制和承包法》(the Deregulation and Contracting Out Bill)的生效而在行政法上愈加显得重要;^②二是行政机关之间的行政协作(administrative collaboration)也可以通过合同方式进行。^③

普通法国家对政府合同采取形式主义的界定方式,究其原因,是由于普通法国家不区别公法(public law)和私法(private law)争议的救济管辖。但是,法院在审理案件时,并非对所有政府为一方当事人签订的合同都进行司法审查。在R. v. Lewisham Borough Council, exp. Shell UK Ltd.案中,法院对地方当局以夏尔(Shell)集团公司下属的公司和南非签订合同为由拒绝与其交易的行为进行审查。而在R. v. Lord Chancellor's Department, exp. Hibbit and Saunders案中,法院则拒绝进行司法审查。^④法院认为单凭行政机关与当事人签订合同这一形式标准尚不足以创设公法责任(public law obligation),还必须根据合同是否具有“公法因素”(public law element)来确定哪些政府合同适用司法审查,哪些政府合同不适用司法审查。而“公法因

^① Henry Campbell Black, *Black's Law Dictionary*, West Publishing Co. 1979, p. 627, 1087.

^② P. P. Craig, *Administrative Law*, Sweet & Maxwell, 1994, p. 112, pp. 566-567. 在1993年曾对社会保障福利局(Social Security Benefits Agency)的某些职能,如档案的保管、出版、医疗服务、审计等,进行评估,以决定是否承包出去;此外,对法律服务的提供、膳宿的供应以及办公室服务也进行了评估。Cf. P. P. Craig, *op. cit.*, p. 108.

^③ 《地方政府法》(Local Government Act 1972)第101条。Cf. H. W. R. Wade & C. F. Forsyth, *Administrative Law*, Clarendon Press, Oxford, 1994, p. 803.

^④ 在该案中,大法官办公厅邀请对诉讼发布服务(court reporting services)进行投标,原告没有中标,遂以其有权要求在仅有部分投标者能够提供较低的出价时不得举行讨论为由,要求法院司法审查,法院尽管对原告要求表示同情,但认为该案缺少公法因素而不适合审查。Cf. P. P. Craig, *op. cit.*, pp. 567, 568.

素”的认定,取决于行政机关签订合同时所执行的任务是否涉及管理或公共规制的方式。^①

在德国行政法上,行政主体可以依据起源于警察国家时代并为现代行政所改造的“国库理论”,^②以私法主体资格,为达成国家任务而订立私法上的合同,比如,购买办公器材,国有企业或营利事业经营。更有甚者,直接运用私法手段实现行政目的,此类合同要受到若干公法上的制约,但其所形成的关系仍属私法关系,由普通法院管辖。而德国行政法上所说的“行政契约”(也称公法契约),依通说是指以行政法律关系为契约标的,而发生、变更或消灭行政法上权利义务的合意。这种契约完全适用公法,受行政法院管辖。其与基于“国库理论”而签订的私法合同的区分,在德国学说和判例上,是根据“契约标的理论”进行的,即凡涉案个别契约的基础事实内容以及契约所追求的目的属行政法上之法律关系范畴,则属行政契约。^③

在法国,以公务理论为中心,通过行政判例构建了行政契约理论。行政契约的两个基本标准是合同与公务(public service)有关或者合同为行政机关保有特殊的权力,只要具备其中之一,就足以使该合同具有行政性。^④法国行政法院在行政审判中分辨行政法调整范围的主要理论依据是“公务理论”,因而,属于行政法范畴的行政契约无疑要与公务有关。但对“合同与公务有关”这一标准应作较严格的解释,只有为直接执行公务而设定的合同,才构成行政契约,其包括两种情况:一是合同当事人直接参加公务的执行。

^① Cf. P. P. Craig, *op. cit.*, pp. 567, 568.

^② 国库(fiscus)的观念源自罗马法,原指罗马帝国君主的私人财库,与公库(aerarium)相区别。15世纪起,国库概念被德国继受,与封建领主的高权(Hoheit)相对应。国库代表国家的私法人格,公法上国家则为高权主体。关于fiscus的起源及在德国的继受和表现,Cf. David M. Walker, *The Oxford Companion to Law*, Oxford: Clarendon, 1980, p. 474. Cf. F. Robinson & T. D. Fergus & W. M. Gordon, *An Introduction to European Legal History*, Oxon: Professional Books Limited, 1985, pp. 330-334. 陈新民:《行政法学总论》,10~13页,25~29页,台北,三民书局,1997。[日]成田赖明:《行政私法》,载台湾《法律评论》,第60卷第1、2期合刊。

^③ 林明锵:《行政契约法论》,载台湾大学《法学论丛》,第24卷第1期;Cf. Mahendra P. Singh, *German Administrative Law: in Common Law Perspective*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 1985, p. 50.

^④ Cf. L. Neville Brown & John S. Bell, *French Administrative Law*, Oxford University Press Inc., 1993, p. 192.

二是合同本身构成执行公务的一种方式。而“合同为行政机关保有特殊权力”的标准,实际上是行政法院在审判中从另一个角度识别行政契约的技巧,也就是,在契约中寻找有无私法契约所不具有的条款或制度,从而划定行政契约与私法合同的界限。^①

日本传统行政法学说也是将行政上的契约划分为公法契约和私法合同,据日本学者田中二郎教授的见解,公法契约是从公法上的效果发生为目的,使复数的对等当事人间相反的意思表示达到一致,而后成立的公法行为。^②这种对公法契约的界定是受到德国的法的权力说(公法概念)的影响,在日本法院的判例中较少认定此类案件。日本现代行政法对上述界说持批评态度,认为应当借鉴法国的法的利益论(公务概念),将为达到行政目的而订立的私法契约(其必须受到行政法的若干制约,而对私法规则的适用作相应修正)也纳入行政法研究的视野,因而主张将以行政厅(行政主体)作为达成行政目的的手段而缔结的契约统称为行政契约。^③

(二)我国行政契约的界定

从我国行政法著述上看,对行政契约概念的界定的论争主要集中在形式标准和实质标准上。

1. 在形式标准上,大多数学者认为,行政主体和其他行政主体或相对人

^① 王名扬:《法国行政法》,178~182页,北京,中国政法大学出版社,1989。但在法国,行政法院认为像英国那样为规制而在普通合同中加入的特别条款应归类为单方行政行为(unilateral administrative acts),特别是在具有规制效果的集体协议(collective agreement)时尤为如此。所谓的合作行政(administration by collaboration)并不导致合同范围的扩大。Cf. L. Neville Brown & John S. Bell, op. Cit., p. 193.

^② 转引自[日]和田英夫:《现代行政法》,倪健民、潘世圣译,211页,北京,中国广播电视出版社,1993。

^③ [日]石井昇:《行政契约の理论与手続——补助金契约を题材にして》,1页,东京,弘文堂,1988。[日]原田尚彦:《行政法》,101页,东京,学阳书房,1995年10月1日。[日]和田英夫:《现代行政法》,倪健民、潘世圣译,211~212页,北京,中国广播电视出版社,1993。[日]室井力主编:《日本现代行政法》,吴微译,141~143页,北京,中国政法大学出版社,1995。

间可以缔结行政契约。^①也有学者认为,仅行政主体和相对人之间存在缔结行政契约的可能性,而将行政机关间签订的合同排斥在行政契约范畴之外,另称之为“行政协议”,其理由是行政机关间的合同不适用“行政优益权”原则,且不宜由法院主管。^②

我以为,行政契约的实质是在行政法领域形成的发生行政法律效力的双方合意,这种合意自然可以在行政主体间存在,这一点也为西方国家行政法理论与实践所肯定,例如,德国行政法理论上就肯定行政机关间可以缔结对等契约,日本公共团体间以行政契约方式达成行政目标的事例亦屡见不鲜,因此,否定行政主体间存在缔结行政契约的可能性是不正确的,上述否定论所据的两个理由也是值得商榷的。

行政契约是为实现行政目的而设定的,因而,在特定的行政契约中,行政机关可以视达成特定行政目标所需而享有程度不等的特权。但在有的情况下,比如,在行政机关间缔结的契约中,就很难找到这种特权的影子。因此,行政优益权只是行政契约作为实现行政目的的行政手段所派生出的内容,不能反过来以此为识别行政契约的唯一标准。

以行政机关间缔结契约属行政内部事务而排斥法院的司法审查,这种观念显然是落伍的。现代行政法的发展越来越强调法院对行政纠纷的消弭作用,发挥司法对行政法治的导引作用,并将这种功能扩及行政机关间的行政纠纷解决之中。这种发展趋势促使我们对于我国行政诉讼制度进行认真反思,在贯彻司法自我约束原则的前提下,重构司法审判功能,充分发挥司法对行政法制建设的导引作用,而不能用现行的行政审判制度来限制我们对行政契约范畴的思考。

正是基于上述认识,我赞成上述通说所主张的行政主体间可以缔结行政契约。但和上述通说所不同的是,我认为,在行政机关和其所属下级机构或公务员间亦可能存在行政契约关系,认识到这一点对于我国尤其具有意义。在当前政府法制建设中,出现了行政机关内部通过层层签订责任书方

^① 许崇德、皮纯协主编:《新中国行政法学研究综述(1949—1990)》,472页,北京,法律出版社,1991。罗豪才主编:《行政法学》,228页,北京,中国政法大学出版社,1989。应松年主编:《行政行为法——中国行政法制建设的理论与实践》,588页,北京,人民出版社,1993。

^② 刘莘:《行政合同刍议》,载《中国法学》,1995(5)。

式落实责任制的倾向,^①作为行政法研究,无疑要将其纳入视野。因此,我认为,应将形式标准确定为“合同当事人中必须有一方为行政主体”。

另外,还要注意上述形式标准也存在例外。即在法律有特别规定时,非行政主体间也可能缔结行政契约,这时,对契约性质的衡量标准是采取实质标准而非形式标准。比如,根据有关国内重要生产资料国家订货管理的规定,供需双方必须根据国家订货计划签订订货合同,这里的供需双方可能都是以企业形式出现的,但并不妨碍该契约性质为行政契约。再比如,集贸市场的负责人与参与市场经营活动的单位和个人签订的“防火安全责任书”(《集贸市场消防安全管理办法》(1994年)第六条(一)项),在修船作业前,厂、站与船方签订的“消防安全协议”(《船舶修理防火防爆管理规定》(1991年)第4条),都是事例。这是因为,这种契约是在公共管理的基础上为实现特定行政目的而缔结的,且缔结契约的权限直接来源于法律,契约的内容适用特别的法规范。这种情况在西方国家行政法中也存在,法国行政法院在判例中认为,公私合营公司和建筑企业签订的高速公路建设合同和国有公

^① 关于执法责任制中的责任书的性质问题,是一个很复杂的问题,也是需要进一步思考与研究的问题。尽管不少人根本否定这是一种行政契约形式,甚至说这根本谈不上是一种契约形式,但是,我的初步感觉是,这极有可能是一个极其特别的行政契约形态,非常类似于英国近年来行政改革中出现的“假契约”形态(pseudo-contract,借用哈罗(C. Harlow)和劳林斯(R. Rawlings)的话),也有人用“近似契约”(near-contract)或“准契约”(quasi-contract)的表述方式来描述这种特殊的契约形态。之所以说很像,是因为英国的“假契约”在很大程度上也是在一个机关与其内部的一个机构或部门之间签订的,这就意味着契约是在一个法人与一个不具有独立法律人格的机构之间签订的。从形式上看,我国的责任书也具有相同的特征,这是其一。其二,从英国与我国的实践看,签订“假契约”或责任书的目的都在于,用市场机制而不是官僚体制来解决公共服务的质量问题,都是想通过契约方式,来明确契约当事人彼此的权利和责任,让双方都受契约的约束和必须履行各自的契约责任,而不是为了要到法院去强制执行它。也正因为此,弗里德兰(Freedland)指出,这里实际上有着双重的法律幻觉,是“(非独立人格的部门)被认定签订了“非契约的契约”。(a sort of double legal fiction, whereby a non-corporation is deemed to enter into non-contracts). Cf. M. Freedland, “Government by Contract and Public Law”(1994) *Public Law* 86, 89. 也正因为出于上述的比较认同,我更愿意把出现在我国行政执法中的责任书也称作“假契约”,当作“假契约”来处理。而且,我们还要注意到,“假契约”作为一种行政手段已被运用到许多新领域,但这种新生的行政形式却颇不符合传统的法律结构,一方面,它借助于契约的外形,重塑行政关系,另一方面,它与公共行政的传统技术相比,又是对正式的法律程式的否定。但不管怎么说,这的确是现代行政中运用丰富想象力创造出来的一种公法契约,在这点上却是非常明确和肯定的。Cf. Carol Harlow & Richard Rawlings, *Law and Administration*, Butterworths, 1997, pp. 210-213, and Chapter 5. 当然,由于执法责任书的问题极其复杂,我将另外撰文专门论述。

路的建设合同,因本质上属国家活动,因此,为行政契约。^① 德国行政法上亦认为,如果法律有规定,即使两个私人之间也可缔结行政契约。^② 德国学者常举的典型事例是北莱因西发利亚邦水利法(NWL Wassergesetz)第95条为假设推测而来,因为该条规定:“预防洪水之义务,基于协议并经主管水利机关认可,其协议具有公法上效果者,得由他人代为负担”。进而从此项条文中,引申出私人间成立行政契约的两个要件:一是法规明文规定。二是属于私人有处分权(Dispositionsbefugnis)的公法上权利义务关系。^③

2. 在实质标准上,行政法学论著中,有的表述为“为实现国家行政管理的某些目标”或“为了实现公共利益目的”,有的表述为“在行政法律关系的基础上”,但其实质上都意在表达行政契约所追求的目的是实现行政目的。因此,从实质上讲,我国行政法学者对行政契约的实质标准均采“行政目的说”,只是行文方式不同而已。^④

我认为,对行政契约实质标准的确定,从本质上说明了行政契约的基本内涵,以及行政法将此类契约纳入调整范围的根本依据,划定了行政契约和民事合同的“分水岭”,对于行政契约范围的科学界定具有极其重要的意义。在对上述学界观点进行评价,以明确我国行政契约的实质标准之前,我们不妨先分析一下西方国家行政法上对行政契约实质标准界定的得失,以为借鉴。

依据普通法国家行政法理论上一般见解,政府合同原则上适用一般合同法规则,但因合同当事人为行政机关而必须对上述规则作若干修改,并适用一些特别规则。^⑤ 从这种特别法律适用上,似乎反映了政府合同与普通合同的不同。然而,普通法国家行政法上是采取形式主义界定方法,将以政府为一方当事人的合同统称政府合同,那么,是否所有牵涉到政府为一方当事

① 王名扬:《法国行政法》,179~180页,北京,中国政法大学出版社,1989。

② Cf. Mahendra P. Singh, op. cit., p. 50.

③ Vgl. U. Battis, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1985, S. 165; auch H. U. Erichsen in Erichsen/Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1992, 9. Aufl., S. 365. 转引自吴庚:《行政法之理论与实用》,362页,及注2,台北,三民书局,1996。

④ 许崇德、皮纯协主编:《新中国行政法学研究综述(1949—1990)》,472~473页,北京,法律出版社,1991。应松年主编:《行政行为法——中国行政法制建设的理论与实践》,586页,北京,人民出版社,1993。罗豪才主编:《行政法论》,179页,北京,光明日报出版社,1988。张焕光、胡建森:《行政法学原理》,307页,北京,劳动人事出版社,1989。

⑤ Cf. David Foulkes, *Administrative Law*, Butterworths, 1982, p. 339.

人的合同都与私人间签订的普通合同有着实质的不同,而必须适用特别规则,或者说,适用公法(public law)的实体及程序原则?对此,英国学者克雷格(P. P. Craig)就提出质疑,他指出:“如果建议所有由行政机关签订的合同都应受司法审查,那么,这种建议是令人惊奇的,这是否就意味着,在所有情况下都要适用公法的实体和程序原则?要是行政机关只是签订购买家具或租赁等普通商业合同,这时是否真的适当?并不是说,与行政机关签订合同的私方当事人,就理所当然地享有比别的合同当事人更多的实体和程序权利。”^①实际上,法院在具体判案中也必须将合同分解为具有公法因素的政府合同和纯粹商业性政府合同而区别对待。我以为,普通法国家行政法上所说的政府合同,实际上包括我们所指的行政契约和纯粹的民事合同两类契约。所以,这种单纯采取形式主义界定方法,不足以准确划定行政契约范畴。此外,普通法国家行政法将政府合同主要限定在与采购或劳务提供有关的合同方面,显然较为狭窄。

德国行政法上,将行政契约界定为发生、变更或消灭行政法上权利义务的合意,这种界定方法直接揭示了行政契约的本质,极其清晰地指出了行政契约和私法合同的根本区别,因而值得推崇。然而,由于德国行政法上受“国库理论”根深蒂固之影响,又认为行政机关可以直接利用私法手段(合同)实现行政目的,德国学者沃尔夫(H. J. Wolff)在行政法教科书中称之为“行政私法”,这种行为在理论上被理解为管理关系或公管理作用,是公法与私法共同支配的领域,在法国行政法上属于行政契约范畴,但在德国,则仍定性为私法行为,不属于行政契约范畴。我以为,由于行政私法行为要受到行政法的若干制约和规范,与普通民事合同区别明显,因此,其与行政契约究竟有无区分之必要,在理论上则引人质疑。

法国行政法院创设的“公务理论”作为识别行政契约的标准,是通过诸多判例详细界定的,比较复杂,不易为别国所仿效。但行政法院在判案中,又从公法契约与私法合同在法律适用上是不同的这一认识出发,找到了另一个技巧,即如果发现合同中含有私法以外的规则,也认定该合同为行政契约。这种反推的方法是值得赞赏的,这就将私法所不能调整的契约统归行

^① Cf. P. P. Craig, *op. cit.*, p. 568.

政契约范畴,因而比较科学。

而日本行政法学者正是在对德、法两国行政契约理论的深刻认识与批判的基础上,提出了将受行政法制约的私法合同和传统上的公法契约合并研究的见解。

从上述对西方国家在行政契约范围划定上的分析看,我以为,在行政法上将适用行政法规范与制约的所有契约均划入行政契约范畴,进行研究,是适宜的。因为此类契约不论是否包含私法条款,只要在双方当事人之间存在着行政法律关系,这种关系就无法由民事法律来调整,而必须要由行政法来研究。

我国学者提出的“行政目的论”虽有一定道理,但也应看到,纯粹从行政目的来统合行政契约,如果不加一定的限定(最主要的是要求契约中包含行政法因素),也是有问题的。因为行政机关在有些情况下也可能通过纯粹的民事合同方式达到行政目的,这时就未必要受到行政法的特殊保障和约束,比如,行政机关为履行公务而订立的采购小数额办公用品的购销合同;在利用世界银行贷款发展中等城市项目中,市政府与借款人签订的工业分项目转贷协定,以及与投资银行签订的委托付款协议,等等,都是较典型地采用民事合同来实行行政目的的例证。因此,单纯以“行政目的”为行政契约实质标准是有缺陷的,而且,不能充分说明此类契约必须由行政法调整的理由。

因此,我主张,将行政契约的实质标准确定为“发生、变更或消灭行政法律关系的合意”。^①这种从“法律关系论”角度进行界定的方法,与法学理论上划分行政法调整对象的标准依据相吻合,能够清晰地说明行政法将此类

^① 我们应对我国行政法上行政法律关系理论进行深刻地反思与检讨,据我国目前最具权威的行政法教科书中对行政法律关系的界定,行政法律关系是经行政法确认的具有行政法上权力义务内容的行政关系,其最显著的特点之一是不对等性,这种不对等性在行政法律关系上表现为:行政机关拥有国家强制力所导致的主体地位不对等;行政机关单方意思表示可以引起行政法律关系所导致的意思表示不对等;行政机关可以不经相对人同意径自变更行政法律关系所导致的变更行政法律关系方面的不对等(罗豪才主编:《行政法学》,11~18页,北京,中国政法大学出版社,1989)。如果按照上述行政法教科书中对行政法律关系的界定,那么,这种法律关系实际上只相当于德法等国的行政法上的权力关系或高权行为关系。如将行政法调整范围仅限于此,显然过于狭窄。而且,将行政机关实施的行政契约、行政指导等行为所形成的关系排斥在行政法律关系之外,这在理论上会产生困惑:这些关系究竟属于什么关系?由此引发的纠纷及责任能否通过行政诉讼解决?因此,我以为,应站在整个行政法应囊括的调整范围的高度,将现代行政法发展所产生的其他关系,如行政契约关系,都包括在其范畴之内。

契约从民事合同中分离出来、并进行规范的理由与必要性。同时,由于行政法律关系是由行政目的产生的,并随行政目的达成之需要而发生变化,因此,这种标准也涵盖了“行政目的论”所要表达的内容,又避免了“行政目的论”的缺陷。而且,从中还可以揭示出由此发生纠纷的解决程序与救济管辖的公法性质。

但必须说明的是,我在界定行政契约时,实际上还从行政契约与民事合同应适用不同法律规范角度,对行政契约进行识别与划分,将那些含有民事条款以外的合同条款的合同,亦即“混合契约”(Mischvertrag)也归类于行政契约,^①但没有从行政契约概念的文字上将这种独特的视角特别地反映出来,这主要是考虑到,这些特殊条款是该合同用于实现行政目的所特别需要的,通过对这些条款的合意,在行政主体与相对人之间形成了需由行政法规调整的行政法律关系,因此,对其也可以从行政法律关系角度进行界定。

要注意,在契约中形成行政法上关系的程度,不是一概而论,而是因具体契约而异,是根据能否达成个别契约所预期的行政目的的需要而定的。所以,行政契约实际上是游离于公法上行为(权力性行为)与普通合同之间的一种特殊形态。从就纯粹行政事务(如治安管理处罚担保协议)形成完全意义上的行政法权利义务的契约,到不宜由民事法律调整而要行政法规的权利义务逐渐减少、民事条款相应增多而交相混杂(如政府采购合同)的契约形态,无划一定式。正因契约中形成行政法上关系常因不同契约及不同行政目的而不同,这就是行政契约较一般行政行为难以研究与把握的一个重要原因。

^① 德国学者茅尔(H. Maurer)认为,在“混合契约”,行政契约的适用范围有“延伸效果”,可使部分行政契约的性质延伸到私法契约的部分,使整个契约成为行政契约。参见陈新民:《行政法学总论》,259页,及注5,台北,三民书局,1997。我同意茅尔(H. Maurer)的研究结论,但不同意他的理由。“混合契约”之所以归到行政契约上来研究,主要是因为其中涉及行政法律关系,需要行政法来调整 and 解决由此产生的纠纷。但其中民事的部分并不因归类到行政契约而更改原来的性质,依然要由民法来调整。也许有人会反驳说,你这样做,会把问题复杂化。其实,并非我要把问题复杂化,而是我们采取公法和私法界分的法律制度的必然的逻辑结果。只要我们坚持这种制度,那么问题的复杂化就不可避免。而且,换个角度看,混合契约又何尝不能归到民事合同上来研究呢?一个最典型的例子就是,虽然在一般的行政法教科书中都将公共工程合同作为行政契约的实例,但在最近通过的合同法中仍然对此作出了规定。这可能就是学界在一些较为典型的“混合契约”的定性上始终纠缠不清的根本原因。

行政契约形式标准和实质标准的确定,为行政契约概念的定型构建了框架,我以为,所谓行政契约就是指以行政主体为一方当事人的发生、变更或消灭行政法律关系的合意。

附几组概念的辨析:

1. 行政契约与民事合同

著名的英国法律史学家梅因(Henry Sumner Maine)在1861年出版的《古代法》中说了一句“全部英国法律文献中最著名的”(亚伦(Carleton Kemp Allen)的原句)话:“进步社会的运动,到此处为止,是一个从身份到契约的运动。”^①而且,的确,契约在现代社会,尤其是商品经济条件下的作用变得举足轻重,可以说,整个社会经济流转主要是依靠契约这种法律形式来实现的。^②在我理解起来,这很大程度上是因为社会(民事)关系的形成、变更和消灭可以通过当事人的合意来完成。借用法国学者卡尔波尼埃(Carbonnier)的话,就是人的意志可以依其自身的法则去创设自己的权利义务,当事人的意志不仅是权利义务的渊源,而且是其发生根据。^③在各自民事目的和预期实现的同时,一种新的秩序也在这个过程中相应形成。也正因为此,行政法也援用民法上的合同模式来达到行政目的,形成行政上所预期的秩序。也正是在这一点上,行政契约在本质上必然符合契约的根本属性——以合意来产生法律上效果的行为,而与民事合同(private contract)趋同,并被称为契约。

区别行政契约和民事合同的制度背景是,在一个国家的法律体系内,存在着公法和私法的界分,因而,两种契约的根本差别在于标的内容(Vertragsgegenstand, sujet-matter),也就是所形成的法律关系(legal relations)的不同。行政契约中,当事人之间形成的法律关系,是行政法上的权利义务关系,比如,县政府间就教育事务达成的协作协议。而民事合同所

① [英]梅因:《古代法》,沈景一译,97页,北京,商务印书馆,1996,及亚伦(Carleton Kemp Allen)撰写的“导言”,17页。

② 王家福主编:《中国民法学·民法债权》,263页,北京,法律出版社,1991。

③ Carbonnier, Les obligations, p. 45. 转引自尹田:《法国现代合同法》,13页,北京,法律出版社,1995。

形成的是民事法律关系。这种理论见解得到了来自学者和法院的双方面认可。^①正是由于行政契约是以形成行政法上权利义务关系为主要内容的,而与规定民事法律关系的民事合同有着根本的区别,我们才将此类契约纳入行政法范畴,而冠之以“行政”契约。法律关系的性质不同,也从根本上决定了对契约构筑的理论基础、法律调整方式以及救济的不同,或者说,不完全相同。原则上,行政契约是以公共利益为优位考量,通过行政法来调整,以行政救济来解决涉讼问题。民事合同则以意思自治原则为基础,由民法来调整,通过民事诉讼来解决纠纷。^②

当然,在现实生活中,行政契约的具体形态是非常复杂的,因为行政契约本身就是游离在民事合同和(单方)行政行为之间的特殊形态。所以,有的学者就假设,如果契约的标的是“中性”的,也就是说,无法从契约标的上辨清契约的法律性质,就应参酌契约目的和契约的“整体特征”(Gesamtscharakter des Vertrags)来判断。^③而且,法院在判案中也有这样的认定。以德国联邦最高法院第五庭1972年5月12日的判决为例,某乡镇与居民协议,由该居民将其畸零地所有权转移与乡镇作为道路之用,乡镇则解除其建筑之限制。若从契约标的观点,土地所有权之转移无疑是私法关系,但就契约目的而言,既系兴建公路,自属公法性质,联邦法院遂认定其为公法契约。^④

① 尼尔豪斯(Michael Nierhaus)、辛格(Mahendra P. Singh)以及吴庚等学者都扼要地指出这种根本的区别, Cf. Michael Nierhaus, “Administrative Law”, Collected in Werner F. EBKE & Matthew W. Finkin(ed.), *Introduction to German Law*, Kluwer Law International, 1996, p. 95. Cf. Mahendra P. Singh, op. cit., p. 50. 德国行政法院和联邦最高法院目前也持这种观点。参见吴庚:《行政法之理论与实用》,371页,台北,三民书局,1996。我国台湾地区“最高法院”也认为公法契约和私法契约的主要区别是契约的内容和效力。参见陈新民:《行政法学总论》,259页,及注4,台北,三民书局,1997。

② 吴庚教授认为,需不需要特别的救济途径或诉讼类型,与行政契约发达有密切关系,但利用现行法制上一般救济途径,也并非不能解决因行政契约所生之涉讼问题。吴庚:《行政法之理论与实用》,370页,台北,三民书局,1996。但我的研究结论却是,行政契约所形成的行政法关系,必须放在行政法救济框架内解决,但目前的行政复议和行政诉讼制度的结构不适合于解决行政契约纠纷问题。余凌云:《论行政契约的救济制度》,载《法学研究》,1998(2),及本编第九部分。

③ 吴庚:《行政法之理论与实用》,371页,台北,三民书局,1996。陈新民:《行政法学总论》,260页,台北,三民书局,1997。

④ 吴庚:《行政法之理论与实用》,371页,及注23,台北,三民书局,1996。

但是,我以为,退一步说,假定从契约标的上都无法判断,就是加上契约目的也仍然难以判断,因为如前所述,契约目的本身就无法说明契约的性质。其实,上述学者对契约标的的认识过于狭窄,如果能结合契约标的的内容,特别是契约中双方当事人的权利义务来看,或许就不会有难以判断的问题了。因为即便是“混合契约”(Mischvertrag),亦即民事关系和行政关系兼而有之,^①也不能否认在此类契约中,为实现行政目的,在行政主体和相对人之间必然会形成一些特别的、为一般民事合同中所不具有的权利义务关系,这种关系从性质上讲应属于行政法律关系,比如,在财政支农周转金借贷契约中,财政部门要对借款的使用情况进行及时的审查,发现资金使用不当或投资不能发挥效益时,有权停止借款,直至追回已借款项;对借款单位不按期缴纳资金占用费及借款的,可采取措施将借款、占用费收回。凭此似乎也断定契约的性质。

因此,我主张,在实务中,特别是审判上对行政契约的判断,也就是行政契约与民事合同的界分,应当更加细化契约标的标准,特别是深入到契约内容,对契约中权利义务的特点作更加详尽的分析,而不是转向其他已被证明为不甚清楚的标准。因为从细微处讲,我们可以体察到,行政契约中权利义务的确有着一些与民事合同不同的特征:

首先,在行政契约中,对行政主体和相对一方的权利义务配置取决于特定行政目的达成之需要。在行政机关和其下属机构或公务员之间,或者行政主体和相对人之间签订的行政契约中,这种权利义务配置往往是向行政机关(主体)倾斜的,表现为以行政机关(主体)居于优势地位为特征的双方地位不平等,民事合同中的平等原则在这里不适用。

其次,行政法上的权利义务关系与民法上的权利义务关系迥然不同,其基本特征可表述为:对于行政主体而言,权力和义务具有同一性,或者说相对性,也就是权力和义务是合二为一的,在表现为权力的同时,也表现为义务。其中的道理,正像美浓部达吉所分析的,由于“公法关系不外是团体与其构成分子间的关系,所以双方的利益是共通的。即当某一方享有某种权

^① 陈新民博士在其书中,将契约中一方当事人为私法合同行为,而另一方为行政契约行为当作“混合契约”。这种把契约中当事人的行为人为分开、分别定性的做法,我是不赞成的,其中的问题,我会在下一部分对“行政契约与具体行政行为”的辨析中说明。

利而对方负有与之相对应的义务时,那所谓权利亦不是只为着权利者的利益而存在,而是同时又为着保护对方的利益而存在的。因此,若以为权利的观念含有‘以其主体之利益为目的而成立的’的要素。反之,义务的观念以‘因对方之利益而受的意思拘束’为要素的话,那么,公法关系的权利义务,在某种程度内是带有“相对的”的意义,即权利中含有义务性而义务中含有权利性。”^①正因为此,行政法上的权利义务在法律上是不能放弃或免除的,也不能随意转移给他人。^②这种对行政法上权利义务的理解与分析,同样也能适用到行政契约中具有同样性质的权利义务之上。比如,在土地使用权出让合同中,政府对土地使用者是否按合同规定的期限和条件开发、利用和经营土地有权进行监督(《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》(1990)第1条、第6条、第11条、第17条),这种权力不单是为了政府更好地监督土地之利用、履行其职责而设,而且,由于土地的有效合法利用本身也构成包括土地使用者在内的所有社会成员的利益之所在,因此,这种权力也带有必须为上述社会公共的利益而合法地正当行使的拘束,所以,这种政府权力之中也包含了义务,因而是必须行使的。这和民法上的权利义务不同,由于民法上的权利是为权利者本身的利益而设的,即使该权利被消灭,也不会对公共利益或他人的利益造成损害,因此,民法上权利人可以放弃行使权利,义务人可以因权利人免除其义务的意思表示而免除义务。

2. 行政契约与具体行政行为

从完善行政救济制度的角度来分析一下具体行政行为和行政契约的区别,或许是非常有意义的。因为具体行政行为(concrete administrative acts)构成了当前行政救济制度的核心观念和基础,如果我们承认其与行政契约有着根本的不同,那么,对整个行政救济制度结构的反省和重构将不可避免。这是提出问题的一方面。另一方面是,还有不少人尽管在理论上承认行政契约是有别于单方行政行为的双方行为,但在救济上却自觉地或者下意识地行政契约行为拆解为单方行政行为来处理。而且,这本颇成问题的见解居然还得到九届人大常委会第九次会议于1999年4月29日通过

① [日]美浓部达吉:《公法与私法》,黄冯明译,周旋勘校,105页,台北,商务印书馆,1963。

② 参见[日]美浓部达吉:《公法与私法》,黄冯明译,周旋勘校,109页,台北,商务印书馆,1963。

的《行政复议法》的正面回应,该法第6条第6项规定,允许因行政机关变更或者废止农业承包合同而受到侵害的相对人申请行政复议,该条规定显然是将行政机关变更或者废止行政契约的行为当作具体行政行为。那么,如果说上述理论和立法不妥,问题究竟出在哪里?

围绕司法救济或行政责任来构筑行政行为(administrative act)的概念,^①是以德国为代表的大陆法国家的特有观念。严格地说,普通法国家并没有发展出像德国那样的行政行为概念。^②行政行为概念的渊源可追溯至法国的 acte administratif,后被德国继受,并自1826年以后发展为德国的概念,称其为 Verwaltungsakt(有译为行政处分的,但根据吴庚教授意见,应直译为行政行为,而且,第二次世界大战后德国各种法规中多用后者^③)。开始时,其含义包括行政机关的所有措施,不论是依据公法还是私法作出的。后来,德国著名学者奥托·迈耶(Otto Mayer)教授在其1895年出版的关于德国行政法的不朽的著作中,将这个概念界定为“行政机关在个案中决定人民权利的权威宣示。”之后,在概念内涵上又几经演变与争执,^④直至1976年《联邦行政程序法》,才最终在立法上将其确定下来,指“官署为处理公法上之具体案件,所为之处分、决定或其他公权力之措施,而对外直接发生法律效力者而言。”

受德国影响,日本学界对行政行为概念的探索几经煎熬之后,近来也显现出与德国殊途同归,使学术上的行政行为与实务上的行政处分概念相当。当然,在对概念的表述上可能有些不同,比如,日本学者原田尚彦认为,行政行为是“行政厅从法律规定出发,基于一方的判断,对国民的权利义务和其

^① 行政行为理论是目前搞得颇为混乱的一个范畴,在这里,我采取德国的界定,即能据以提出无效或强制禁止(mandatory injunction)之诉讼的行为,亦即具有诉讼意义的行政行为。

^② 在普通法国家是把行政机关的行为分类为执行行为、立法行为和准司法行为,相较于德国法的表述,这样的行为分类更加不确定和宽泛。但值得注意的是,近来在普通法国家有着一种将所有行为都纳入司法审查的视野的趋向,特别是根据行为对特定人产生的后果发布调卷令(certiorari)和禁止令(prohibition)时,不考虑上述分类。在这一点上,将普通法和德国的行政行为概念拉近了。Cf. Mahendra P. Singh, op. cit., pp. 35-36.

^③ 吴庚:《行政法之理论与实用》,265页,台北,三民书局,1996。

^④ 翁岳生:《论行政处分之概念》,见《行政法与现代法治国家》,台北,台湾大学法学丛书编辑委员会,1990。

他法的地位所作具体决定的行为。”^①但实质意义却是一样的。

我国台湾地区对行政行为概念的理解,虽然与德国不同,但构成诉愿和行政诉讼基本观念的行政处分,却是与德国的 *Verwaltungsakt* 概念趋同。立法上对行政处分概念的定义是,“中央或地方机关,基于职权,对特定之具体事件所为发生公法上效果之单方行政行为。”

我国最高人民法院在 1991 年 6 月 11 日《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》中对“具体行政行为”的定义是“指国家行政机关和行政机关工作人员、法律法规授权的组织、行政机关委托的组织或者个人在行政管理活动中行使行政职权,针对特定的公民、法人或者其他组织,就特定的具体事项,作出的有关该公民、法人或者其他组织权利义务的单方行为”。将其与德国的概念相比较,我们会发现,其实基本上也是一样的。

当然,具体到判案中,对个案中的措施是否被确定为行政行为 (*Verwaltungsakt*),因不同国家和地区的法制状况和传统原因,会存在不同看法。但不管怎么说,在行政行为 (*Verwaltungsakt*) 概念上所表现出的基本特征是一致的,择其要者,如公权力 (a sovereign measure)、个别性 (particular case)、单方性和对外直接的法律效果 (direct external legal effects)。

德国法意义上的行政行为观念,在传统的行政法中,一直占据着统治地位,构成行政法研究乃至整个行政法制建设的核心。行政契约只是晚近才出现,并被行政法学者注意到的一种行为,其外在表现出的特征,与(具体)行政行为的区别也是非常明显的。首先,缔结行政契约的行为不是公权力之措施,因为它不像具体行政行为那样是建立在单方权威和服从的关系 (unilateral sovereign and subordinate relationship) 上,而是建立在双方关系 (bilateral relationship) 之上。^② 其次,与上述公权力密切相关的是,在具体行政行为中,行政机关可以将单方意志施加到相对人身上,并产生权威性的拘束力,必要时,可以以强制手段来实现行政行为所欲达到的目标,^③即所谓的行政行为的“单方性”。而行政契约的法律效力的产生,不像具体行政行

① [日]原田尚彦:《行政法要论》,113页,东京,学阳书房,昭和60年。

② Cf. Mahendra P. Singh, op. cit., p. 33.

③ 吴庚:《行政法之理论与实用》,280页,台北,三民书局,1996。

为那样是单方意思表示行为,而是取决于双方当事人的意思表示一致。也就是法律效力发生的基础是不一样的。^①

正因为此,纵然行政机关在契约中行使单方变更或者废止契约、甚至强制执行的权利,外观上近似具体行政行为,但依然有着本质的差别。因为这些主导性权利不是直接来自法律授权,不是因双方之间的命令和服从关系而延伸出的必然结果,而是来自对方当事人的允诺,是双方订立契约时协商的产物。既然如此,把它们当作具体行政行为来处理,就颇成问题了。退一步说,如果能够生硬地把它们从行政契约行为中拆解出来,那么,至少从理论上说,有什么理由不可以对其他同样因合意而产生的契约行为也采取同样的解决办法呢?换句话说,是不是我们就可以把行政契约行为看作是契约双方当事人各自实施的具体行政行为的合成呢?这显然是不适宜的。

其实,从历史上看,从原有行政行为概念中去找寻救济行政契约行为的出路,已经被证明是行不通的。受传统行政行为理论的根深蒂固的影响,德国学者奥托·迈耶(Otto Mayer)希望在行政行为概念框架内找到行政契约的位置,他提出了“基于服从之行政处分”(Verwaltungsakt auf Unterwerfung)的概念。指“行政机关基于相对人之同意,所为课予相对人负担或限制其自由之行政处分”。但现代意义的法治国家,已不允许行政机关假借人民之同意,扩张其权限,相对人之“服从的声明”(Unterwerfungserklärung)亦无法律之效力。因此,奥托·迈耶(Otto

^① 弄清行政契约的基本特点,特别是与行政行为的区别,对于实践也是非常有意义的。因为在行政执法实践中就时常出现行政契约与行政上的其他措施混淆不清的现象,比如,有的司法局在实行部门执法责任制时,将由司法局负责的各项法律、法规的宣传和实施任务分别落实到宣教基层、公证处和律师事务所,并明确由这些单位的正职负责,列入全年目标管理责任制,但在落实这些行政任务和指标时,完全是由司法局来确定,下属部门基本上没有协商之余地,而且这种责任书又是必须签订的,那么这种责任书的性质应当属于行政契约还是行政命令?如果是行政命令,就没有必要采取双方签订协议的方式;如果是行政契约,又缺乏合意的基础。那么,对于这种实务上的困惑应当怎么解决?我以为,行政契约是在双方当事人互为相反意思表示,而达成的合意,且双方意思表示对于契约法律效力的产生均具有“同值性”。但由于行政契约是为了达成特定行政目的,因而对允许合意的阶段可能有时有特殊性要求,比如,在有的情况下,对契约订立没有选择余地,但对契约部分内容有协商可能。而行政命令是行政机关居于优越地位所作的单方意思表示,这种意思表示无须相对人同意即发生法律效力。虽然上述责任书在订定上是强制性的,但在签订过程中,如果双方能够就行政任务量或指标等内容进行协商,在充分考虑下属机构的承受能力及要求的基础上达成协议,那么,这种责任书应定性为行政契约。如果作为下属机构或公务员对责任书的签订以及责任书的内容均无选择权利,只能被动接受,那么,这种责任书实则行政命令,根本就无须采取双方签订协议方式。

Mayer)的“基于服从之行政处分”也为学界所断然拒绝。^①另一个学者詹宁雷克(W. Jellinek)又试图从“双方行政处分”(zweiseitige Verwaltungsakte)概念上找到突破,将行政契约解释为行政机关与相对人双方共同作出的行政处分。但是同样,因为“双方”和“行政处分”之意义格格不入,也无法获得共鸣。^②这些理论解说的相继失败充分说明,依托传统行政行为概念来处理问题的方法,是不成功的。那么,现在我们在行政复议法上又极力从具体行政行为的观念出发牵强地分解行政契约行为,是不是又在重蹈覆辙呢?

其一,也有人承认,行政契约和(强调其单方性的)具体行政行为之间有着原则的不同,但希望在保持原来行政救济制度结构不变的前提下,扩大具体行政行为的内涵,将其外延扩大到包括行政契约,来解决其救济问题。也就是,把具体行政行为理解为包含了单方行政行为和双方行政行为在内的行政行为。对于这个见解中所隐含的尽量维持原有制度的稳定的思想,是颇值得赞许的。但是,其中的缺陷,也是显而易见的。姑且不论抛开已被作为行政救济基本观念的具体行政行为概念是否太过随意,就是在概念解释的处理上,也颇值得商榷。因为行政契约尽管是关于行政法律关系的合意,但其具体形态是多种多样的,不排斥其中混杂着民事关系。因此,笼统地将整个契约关系都视为公权力关系或双方行政行为的观点,是不成立的,也是应当受到批判的。其二,制度是用来解决问题的,如果制度的结构无法与解决纠纷的需要相契合,那么,制度的变革将不可避免。

我认为,现有的行政救济制度的结构,强烈地反映出是紧紧围绕德国意义的行政行为的特征而构建的。如果保持原有结构不变,根本无法适应解决行政契约纠纷的需要。在这个问题上,我在对“行政契约的救济制度”(本编第九部分)的论述中结合我国的行政复议和行政诉讼制度的结构特点作了较为细致的分析。在这里,我可以再给出另外一个例证,我国台湾地区在近期对行政诉讼制度的全面性变革中,不但注意对行政诉讼范围的扩大,将

^① Otto. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, 1924, S. 98. 上述概念及有关评价,转引自翁岳生:《行政法与现代法治国家》,26~27页,台北,台湾大学法学丛书编辑委员会编辑,1979。但我认为,上述结论虽是正确的,但理由却是有所问题的。行政契约有时也可能出现相对人同意扩大行政机关规制权利的情况。否则,怎么解释公害防治协定?

^② W. Jellinek, Verwaltungsrecht, 1966, s. 249ff. 有关概念及评价,转引自翁岳生:《行政法与现代法治国家》,27页,台北,台湾大学法学丛书编辑委员会编辑,1979。

凡公法上之争议事项,除法律另有规定外,都纳入诉讼范围,而且,在相关的审查判决制度上也专门针对行政契约的特点作出规定,比如,采取情势变更原则,行政法院得依当事人申请,为增减给付或变更、消灭其他原有效果之判决。^①台湾的经验充分说明,要将行政契约纳入行政救济范围,就必须对原有救济制度作相应的、必要的调整。

在行政行为中还有一种被德国学者福斯多夫(E. Forsthoff)称为“须经相对人参与之行政处分”(mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt),又具体分为须申请之处分(antragsbedürftiger Verwaltungsakt),如申请发放各种证照,和须同意之处分(zustimmungsbedürftiger Verwaltungsakt),如核准归化。也都涉及双方意思表示问题,比如,须申请之处分中,当事人的申请行为类似要约,须同意之处分中,当事人的同意又仿佛契约中的承诺,因此,在实务中易与行政契约相混淆。但从实质看,上述两种行为中,当事人的意思表示仅对行政处分是否合法成立有关,并不对行政处分的法律效力起决定作用,这是与行政契约的本质区别。在实务区分上,可以参酌外观或形式等因素来作判断。^②

以须申请之处分和行政契约的区别为例,在依申请的行政行为中,从程序上分析,表现为相对人先作出要求行政机关为某种行为的意思表示,然后再由行政机关作出反应性意思表示,这种意思表示的顺序与行政契约的情况恰好相反。从效力和对内容的选择权上看,依申请的行政行为中,相对人的意思表示仅具有发动该行政行为的作用,行政机关作出的意思表示能够单方产生法律效力,无须取得相对人同意,且相对人对行政行为的内容并没有选择的权利。而在行政契约中,相对人与行政机关的意思表示具有“同值性”,不达到合致则无法产生法律效力,且相对人对契约内容有一定的选择权利。因此,在实务上,对两者的辨别可以从意思表示的顺序、效力以及对内容的选择权等方面来综合判断。

3. 行政契约与社会服务承诺

自1994年山东烟台建委系统率先推出社会服务承诺制以来,尽管如此

① 吴庚:《行政法之理论与实用》,487~492页,台北,三民书局,1996。

② 吴庚:《行政法之理论与实用》,304~306页、371~372页,台北,三民书局,1996。

界定这个概念还存在着争议,甚至有着截然相反的观点,^①但承诺作为一种社会现象,在商业服务性行业乃至政府机关都得到确认,已是不争事实。在这里,我们更加关心的,只是新出现在政府部门中,并成为提高政府办公效率与改善政府对外形象的契机的承诺举措,这也划定了作为本文研究对象的边际。

当然,也有人政府对能否搞承诺服务持怀疑态度,其基本理由是,国家法律对政府的权力和义务都有明文规定,政府必须依法执行,尽职尽责。而且,公务员都是人民的公仆,为人民服务是天经地义,因而也就不需要、也谈不上承诺什么。^②但在我看来,这个理由是不充分的。因为,简单地说,尽管法律对行政机关的职责有明确规定,但在选择行为的方式上,行政机关仍有较大的裁量权。因此,在特定情景下,采用承诺方式,特别是行政契约方式,应当有被允许的可能。对于这个问题的更加详尽的论证,我将在对治安责任承诺协议的个案研究中专门论及之。

从现有的研究和实践看,社会服务承诺制主要在三类由政府垄断的公共服务行业中适用:一是管制性服务行业,如户籍管理、公共安全、执照核发等。二是非营利性公共服务行业,如环卫、城市公交、公共文化设施等。三是“天然”垄断性或半垄断性服务行业,如铁路、邮政、水电部门。^③其产生的制度背景是,其中的一些公共管理部门或多或少地存在着服务质量与办事效率不高以及不正之风问题。从公共选择理论(public choice theory)分析,产生上述问题的根本原因是,垄断之下缺少能够有效刺激组织提高服务水平和质量的公平健康的竞争,其结果是,垄断在免除了因为竞争而给这些部门带来的外在压力的同时,也免除了这些部门提高效率和服务质量的内在

① 一种观点认为,承诺只在服务性行业(这里的服务性似乎应理解为商业性、营利性)中存在,国家行政机关等非服务性行业根本不存在承诺问题。林菲:《承诺应具有法律责任》,载《世纪论评》,1998(3)。翁煜明、唐有良:《对社会承诺制的法律思考》,载《人民司法》,1998(7)。另一种观点恰好相反,认为社会承诺的主体是直接面向人民群众、不以盈利为基本目的的、承担社会服务工作的部门、单位和行业。而以盈利为目的的工商企业则不是。邵景均、鲍静,《1997:社会服务承诺制向何处去——关于进一步推行承诺制的几点看法和建议》,载《中国行政管理》,1997(3)。

② 林菲:《承诺应具有法律责任》,载《世纪论评》,1998(3)。翁煜明、唐有良:《对社会承诺制的法律思考》,载《人民司法》,1998(7)。

③ 周志忍:《社会服务承诺制需要理论思考》,载《中国行政管理》,1997(1)。

动力。^① 因此,引入承诺制,其实质是为了弥补竞争的不充分,为了激发在垄断下的内在动力。其基本的机理是,通过将要承办的事务、应达到的标准、办事程序、办理期限等向社会公开承诺,形成社会监督的外在压力,进而把这种外在压力转化为提高服务水平的内在动力。^② 当然,围绕着承诺的理论基础问题,从社会服务承诺的内涵、适用范围、条件、机制与功能,到规范化问题,还有待进一步研究。^③

结合本节讨论的主题,也许更有必要从行政契约的基本特征的角度来简单地分析一下这一行为是否是一种行政契约。从实践中表现出来的政府承诺的形式看,在政府行政中,有的政府向社会承诺,在一定的执政期间内,要完成若干公众关心的社会公共福利、经济发展及城市建设项目。^④ 这种承诺从性质上看,实际上应属于政府的执政纲领或者规划,带有很强的政策性,涉及决策性裁量(planning discretion)。虽然在制定这些规划目标时,可能广泛地征求了公众及有关部门的意见,但这种承诺仅是政府一方作出的施政意向,不存在与特定的相对一方之间形成特定的权利义务关系,而且,在执行中还可能因情景变迁而有所变化,因此,不属于而且也不宜认定为行政契约范畴。

还有一种,也是较常见的政府承诺形式,就是在法律规定的政府部门的职能基础上,对管理任务、办公程序、办事期限以及应达到的标准等的具体化。这种具体化可能是在法律对这些问题没有规定,或者规定不具体时,起补充性规定的作用。目前很大一部分的政府承诺属于这种情况。也可能是

① 周志忍:《社会服务承诺制需要理论思考》,载《中国行政管理》,1997(1)。

② 周志忍:《社会服务承诺制需要理论思考》,载《中国行政管理》,1997(1)。

③ 首创这一形式的山东烟台市的领导在1996年11月22日也承认:“我市承诺制的发展遇到了一些实际问题,比如,承诺制的适用范围问题,承诺与法律、法规的衔接问题,赔偿的依据问题,如何实现规范化的问题等等,急需在理论上有所突破。”(烟台市《社会服务承诺制简报》第2期)。1996年9月27日,中央纪委、国务院纠风办的领导同志在十二大中城市推行社会服务承诺制座谈会上也指出:“我们还非常缺乏理论的指导”,“要注意加强对社会服务承诺理论方面的研究,不断提高对社会服务承诺之规律、内涵、意义、条件、机制及其推行工作特点的认识。”转引自邵景均、鲍静:《1997:社会服务承诺制向何处去——关于进一步推行承诺制的几点看法和建议》,载《中国行政管理》,1997(3)。

④ 从目前对社会服务承诺制的研究看,似乎并没有将这种政府承诺列入概念范畴。邵景均、鲍静:《1997:社会服务承诺制向何处去——关于进一步推行承诺制的几点看法和建议》,载《中国行政管理》,1997(3)。周志忍:《社会服务承诺制需要理论思考》,载《中国行政管理》,1997(1)。但我感觉这也应当是一种政府承诺。

法律虽有规定,但在承诺中提出比法律规定更高或更具体的标准和要求。比如,中国香港地政总署的地政处关于新界农用土地方面的地政服务,就是为执行地政处的主要职能而作的详细规定,里面包括具体的手续和期限等。^①再比如,近来在英国发起的“公民宪章”运动(the Citizen's Charter programme)的一个突出特征就是,所有有关的机关,从中央政府部门到地方政府,警察和法院,全民健康服务(the National Health Service)和公用事业(utilities),都要求作出承诺(statements),明确向公民提供服务的标准。^②

为了使上述对公众的承诺落到实处,有关部门还自愿接受公众的监督,并采取措施保证其兑现。当然,在具体做法上,不同地区和部门不尽相同。比如,中国香港政府土地注册处是按年度对服务承诺情况进行统计检查,并将结果公之于众,称之为“服务表现检讨”。这既方便公众监督检查,又为改进承诺标准提供依据。香港税务局为防止承诺流于形式,专门设立服务承诺关注委员会,监察税务局服务承诺的表现。根据检查结果,适时增改承诺项目和标准。中国内地的一些政府部门还允诺,如果违背承诺,将承担一定的经济责任。

上述承诺多半是以规范性文件出现,也就是表现为行政机关内部的行政规则(Verwaltung svorschrift)。在我理解起来,这种规范性文件的内容很大程度上是解决行政机关内部的工作细则,比如办事手续和期限等,对行政组织运作管理有意义,而且,会产生一种对行政机关人员的行政义务。但是,上述文件也因是对公众的承诺而对外发布,对相对人的权利义务和法院的判案也会发生影响。比较明显的例子是,法院在判定行政机关是否拖延履行法定职责时,如果没有法定期限,则以行政机关内部规则确定的期限为准。但是,严格地说,这种规范性文件在性质上更近似于德国学者詹宁雷克(Georg Jellinek)所说的“组织规则”(Organisation sverordnung),尤其是那些层次较低的县区政府部门作出的承诺(而且现实中大量的承诺都属于这类),因为缺乏法律的授权,很难认为这种规范性文件能够创设出新的法律关系,换句话说,就是不具有对相对人的法规范效力。

^① 这方面的详细介绍,参见傅小随:《香港政府部门服务承诺制度的特点》,载《中国行政管理》,1997(6)。

^② Cf. Carol Harlow & Richard Rawlings, *op. cit.*, p. 144.

那么,如果政府违背承诺,其对外承担责任的基础是什么?能不能像解决商业服务行业的承诺那样,^①将政府的承诺看作是一种要约,不特定的相对人为受要约人,只要其接受承诺所提供的服务内容,就视为“契约”成立。我感到,将这种承诺当作行政契约来处理是不妥当的,理由是:如前所述,这种承诺首先外在表现为行政规则,尽管承诺的内容对相对人来讲具有提供服务的意味,也十分有意义,但是,这种承诺实质是规范行政组织的运作方式,而良好的组织运作管理的客观结果,才是相对人享受由此带来的社会服务。因此,不宜将这种形式的承诺所形成的关系视作行政契约关系。更何况,这种承诺是对不特定人作出的,当中缺乏双方协商合意的基础。德国人在解决行政规则对外部的责任问题上,也没有采用行政契约的理论,而是认为行政规则对外具有间接效力或附属效力(indirekte oderunselbst andige Aussen wirkung)。^② 尽管英国人有个“公民宪章”能从契约角度重塑国家与公民之间关系的说法,但这里的契约却是从政治和个人自由主义理论(liberal individualism)来理解的,是将国家提供服务作为对公民纳税的交换或报偿(quid pro quo),而不是法律意义上的契约。^③ 我则更愿意把这种责任的基础看作是违反了作为行政法一般原则的诚实信用原则(Grundsatz von Treu und Glauben)。

但话又说回来,上述承诺如果不是表现为规范性文件形式,而是政府部门与特定相对人在协商基础上达成的协议,那么,就有可能是行政契约。较为典型的例证就是湖北鄂州市杨叶派出所首创的治安承诺责任制,亦即“杨叶模式”。对于这个问题,我将专门作为一个个案来研究。

三、行政契约的功能

研究行政契约的功能,可以从功能侧面揭示行政契约在行政法中存在的理由。在构建行政契约制度以及运用行政契约手段时,可以有意识地发挥这种功能。在对行政契约的功能的认识与归纳上,尽管不同学者因为看

① 对商业服务承诺的处理,不但理论上有人持这种“契约”关系的主张,参见林菲:《承诺应具有法律责任》,载《世纪论评》,1998(3)。而且也有法院如此的判案,参见张建新、段合林:《析一起社会承诺赔偿纠纷案》,载《人民司法》,1998(7)。

② 吴庚:《行政法之理论与实用》,261页,台北,三民书局,1996。

③ Cf. Carol Harlow & Richard Rawlings, op. cit., pp. 144-145, especially note 3.

问题的角度不同,可能有着不尽相同的结论,但在我看来,在行政法领域运用契约手段能够取得的最突出的成效,或者说,行政契约最大的效用与功能大致有五个方面:(1)扩大行政参与、实现行政民主化;(2)弥补立法不足、替代立法规制;(3)搞活国有企业、提高国有资产使用效率、促进国有资产的增值、推进经济体制改革;(4)弥补公共服务竞争不足、带动内部制度建设、强化行政组织运行管理、提供良好公共服务;(5)使纠纷处理和法律救济简单化、明确化。

(一)扩大行政参与、实现行政民主化

扩大行政参与和政治沟通,是现代法治国家致力于行政民主化的目标。因而,相对人在行政管理中参与机会的多寡,对行政决策影响力的大小,就成为衡量行政民主化程度的重要指标。

在行政契约中,对行政目标实现方式以及内容的选择,由行政机关和相对人协商确定,并将相对人是否同意作为行政契约能否发生法律效力的条件,这就在行政政策的形成以及推行过程中最大限度地融入了相对人的意见,将相对人参与行政管理的程度提升到一个相当高的水平,积极地推进了行政民主化的实现。甚至在有些情况下,为监督契约双方是否遵守协议,还承认第三人对契约履行的监督权。比如,治安承诺协议向公众公开,接受群众监督。又如,公害防止协定中,承认居民代表有和地方公共团体共同进入检查的权利,并将调查结果公示一般居民。因此,从民主宪政意义上讲,行政契约具有扩大行政参与、实现行政民主化的功能。而且,从更广泛和更深刻的意义上讲,正像德国联邦行政法院在一起著名的判决中所指出的那样:“原则上承认公法合同作为行政方式的合法性,将在极高的程度上根本改变在现代法治国家里国家居高临下的优越地位,改变公民以前仅仅被作为行政客体的法律地位。”^①

(二)弥补立法不足、替代立法规制

政府通过缔结行政法上契约方式,能够在法律没有规定,或者规定不具

^① 德国联邦行政法院判例集,第23卷,212页。转引自于安:《德国行政法》,135页,北京,清华大学出版社,1999。

体的领域,与相对人通过合意,形成其所预期的行政法上权利义务关系,或者实施比法律规定更加严格的政策,以达到行政规制目的,并能灵活地根据时势需要不断地调整政策姿态,进行政策选择,从而弥补立法不足、达到替代立法规制的效果,这也是行政契约作为行政手段所具有的突出的功能,也是其弹性与机动性之所在。这种弹性和机动性,对于特殊、非常态行政案件的处理,尤其具有价值。^①

英国学者丹梯斯(Daintith)对合同替代立法规制这一价值有着较高的评价,他在比较政府运用统治行为方式(他称之为 imperium)和向遵从政府目标的人分配利益的方式(他称之为 dominium)实现行政目标的优缺点之后指出,通过统治行为方式追求目标的实现存在着限制和不足,由于立法可能在效果上显得冗长、复杂且不确定,因而通过立法方式有时可能是不可行的。而分配利益方式可以通过诸如讨价还价和非正式协议加以运用,这有助于对政策选择的短期尝试和避免所必需的立法授权。^②

在西方国家,利用行政契约弥补立法不足、替代立法规制的实例是颇多的,产生于日本的“横滨方式之公害防止协定”就是典型的例证。在我国,随着强调政府依法行政意识的深入,逐渐暴露了新中国成立以来对行政组织立法的粗糙与疏漏,行政机关及其公务员对其职责范围不能有所明确的认识,造成执法的空隙及不到位,而鉴于立法程序的烦琐及滞后,行政机关便推行责任承诺制来具体落实和明确各机关和岗位的责任。在法律未作明确规定的经济及行政管理诸多领域,也利用行政契约方式进行政策性选择。^③

① 许宗力:《行政契约法概要》,见《行政程序法之研究》,295页,台北,我国台湾地区“行政院经建会健全经社法规工作小组”出版,1990。

② Cf. P. P. Craig, *Administrative Law*, Sweet & Maxwell, 1994, p. 698.

③ 比如,北京市政府为了深化国营大中型工业企业改革,加快企业经营机制的转换,使企业逐步成为具有自主经营、自负盈亏、自我发展、自我约束能力的社会主义商品生产者和经营者,制定了关于进一步搞好国营大中型工业企业的若干政策,分别企业的不同情况,采取多种形式,签订承包协议,实行北京市发展高新技术政策改革试点,减亏承包改革试点,投入产出总承包试点,还贷期间“两保一挂”承包改革试点,比照中外合资企业部分政策改革试点,税利分流、税后还贷改革试点等多种尝试,以摸索改革国有企业的经验。

(三) 搞活国有企业、提高国有资产使用效率、促进国有资产的增值、推进经济体制改革

从搞活国有企业、提高国有资产使用效率、确保国有资产增值、推进经济体制改革角度,提倡在行政法领域引进契约管理方式,是行政契约产生的一个重要原因。西方国家有些学者认为,对于某些公共管理事业,如果由行政机关来实施,可能会导致较低的生产效率、不计较成本、忽视竞争所带来的新观念和新技术,而改善这种状态的最佳途径是通过和相对人签订契约将该事务转包出去。^①在我国,行政契约是在经济体制改革的社会背景下被引入行政管理之中的,而经济体制改革所面临的主要问题就是,如何搞活国有企业,提高国有资产的使用效率,促进国有资产增值。

在实践上,以农村土地承包为契机,在国有企业经营、国有土地利用、公共工程建设等诸多领域中,逐渐引入了行政契约的管理观念与手段。这方面的实例是大量的,比如,北京市在1991年推开的多形式的国有企业承包制试点工作中,由北京市计划委员会、经济委员会、税务局、财政局、劳动局、国有资产管理局、物价局以及其他有关主管部门,分别与北京市医用电子仪器厂、北京色织厂、北京重型汽车制造厂、北京化学纤维厂、北京冷冻机厂、北京市调谐器厂签订各种承包协议。以北京医用电子仪器厂与北京市计委、税务局等政府部门签订的“实行北京市发展高新技术政策改革试点协议书”为例,在契约中,双方约定,作为企业一方应以1990年实际上缴利税83.7万元为基础,“八五”末期1995年上缴利税达到147.8万元,比1990年增长76.6%。“八五”期间企业固定资产净值以1990年末数为基数,平均每年递增10%。自有流动资金(国拨流动资金、企业流动资金)以1990年末数为基数,平均每年递增1.5%。这些约定无疑对于扩大和落实企业经营自主权、确保上交财政收入、促进国有资产增值等起到了积极的作用。又比如,国家计委、城乡建设环境保护部、劳动人事部、中国人民建设银行在1984年9月联合发布的《基本建设项目投资包干责任制办法》中就指出,实行建设项目投资责任制的有关各方,要通过协议或合同,明确规定包保的内容、条件、责

^① Cf. P. P. Craig, op. cit., pp. 108, 109.

任、和经济权益,其目的在于克服基本建设敞口花钱,吃“大锅饭”的弊端,划清建设单位和国家(包括项目主管部门)的关系,调动各方面的积极性,缩短建设工期,保证工程质量,降低工程造价,提高投资效益。再比如,新中国成立后逐渐形成的对国有土地的行政划拨使用的管理模式,造成了土地资源的利用效率低,占地单位通过“土地隐形市场”私下转让土地,致使国有土地流失严重。为合理开发、利用、经营国有土地,以深圳市 1987 年首倡土地使用权有偿转让为契机,1988 年七届人大一次会议通过对宪法的修正案,允许土地使用权可以依照法律的规定转让。1990 年国务院发布《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》,规定国家可将土地使用权在一定年限内让与企业或个人,后者应按政府规定的土地用途使用土地,并向政府缴纳土地使用权出让金,双方应就此签订出让合同。

而行政契约在行政法中引入的过程,反过来看,也证明了行政契约具有促进上述目标实现的功能,或者更确切地说,行政契约作为一种硬件设备,为产出这种结果提供了保证。这是因为行政契约作为一种程序设施或工具设备,为行政主体和相对一方,甚至受契约影响的第三人,提供了理想的协调各方利益的场所和较广的选择可能性,使彼此约定的条款内容能够满足各种不同利害关系人的不同要求,使各自的利益均达到最大化,由此产生的结果方案容易得到相对一方的协力,并能有效地防止法律纷争的发生。在契约的执行中,契约当事人出于追求自身利益的最大化,在使用国有资产时,会努力降低成本,提高效率。而对于国家而言,能够取得国有资产增值的效果。

(四)弥补公共服务竞争不足、带动内部制度建设、强化行政组织运行管理、提供良好公共服务

从满足人们对良好的公共秩序和管理的需求看,行政管理也是一种社会服务。然而,正如英国负责“公民宪章”运动(the Citizen's Charter programme)的大臣维德格雷夫(William Waldegrave)在一个报告中指出的那样,“‘公’(public)与‘私’(private)的基本划分实际上也是‘垄断’(monopoly)和‘竞争’(competition)之间的区别。”这也就意味着,在公共领域,公共服务的消费者(公民)和提供者(政府)之间基本上是卖方市场,缺少着基本的市场竞争。“但基于各种各样的理由,我们还必须保持这种公共机

构所拥有的垄断,(与此同时),我们也应该寻找能够与竞争产生同样法则的其他方法。”^①

从英国和我国摸索的经验看,退而求诸己身,通过对外承诺服务,提出较高服务标准,加重提供者的责任,是能够对内产生一定有益的压力,拉动公共组织内部的制度建设和运行的严格管理,提高公共服务的质量。这个过程在英国是通过“公民宪章”运动(the Citizen's Charterprogramme)完成的,在我国是通过社会承诺和与特定相对人签订承诺契约实现的。^②

当然,弥补竞争不充分,激发工作制度建设,严格公共组织运行管理,以及提高公共服务质量和水平,这些目标的实现,从根本上说,是因为对外承诺提供较高的服务标准而形成的对内适度压力所致,但这些在多数情况下却是通过选择行政契约方式来实现的,是行政契约的主要内容,也是签订这些行政契约本身就想实现的主要目标之一。

(五)使纠纷处理和法律救济简单化、明确化

行政契约中双方当事人对彼此权利义务的明确约定,在一定程度上能够有效地防止以后在契约执行上的纷争。退一步说,即使发生纷争,也能够比较容易地判断是非曲直。目前,在实践部门中普遍偏好签订各类“责任书”,比如“治安责任书”“强化单位内部防范,综合整治盗抢汽车、摩托车、自行车犯罪活动责任书”“娱乐场所管理责任书”,等等,其中一个主要目的就是明确行政机关和相对人的各自责任,出了问题也好解决。更何况在行

^① William Waldegrave, *Speech to the Institute of Directors*, 20 July 1992. Cited from Carol Harlow & Richard Rawlings, *Law and Administration*, Butterworths, 1997, pp. 146-147.

^② 比如,湖北省鄂州杨叶派出所推行治安承诺责任协议,就成为提高公安工作服务质量和水平、转变服务方式的转换点。据鄂州公安局1999年3月编辑的题为《实行治安承诺,确保一方平安》的关于鄂州市杨叶派出所事迹材料汇编所载,在实行承诺制以前,当地派出所的几名民警是明里上班,暗里从事第二职业,公安工作服务质量不高也就可想而知。自从向辖区企业和外来投资者承诺凡被哄抢或敲诈勒索、由派出所负责赔偿直接经济损失,并签订契约之后,派出所“自加压力”,一改以往的“坐堂办案、被动治安”的衙门式做法,变为积极治安,在违法犯罪的预防方面作了大量的、细致的工作,并在预防和处置治安案件上形成了派出所与被承诺单位、所长与责任区民警、责任区民警与被承诺单位保卫人员之间的互相配合和监督的良性循环关系。而且,还进一步引发了在工作制度、工作措施、运行机制和队伍建设等方面的一系列变革,改变了勤务方式,严格接处警和案件查处制度,作为兑现承诺的制度保障。其结果是,在镇党委、政府,上级公安机关组织开展以及派出所自行组织的辖区群众公开民主评议派出所工作和民警活动中,群众满意率均达95%以上。

政契约中通常都明确了纠纷的处理方式,以及损害发生时责任方须负的赔偿责任,所有这些规定,都使得行政契约纠纷的处理更加简单、明确。

四、行政契约的分类

在理论上对行政契约作分类,其意义在于:

(1)从不同侧面和角度了解行政契约,揭示行政契约存在的领域的广泛性。

(2)对不同种类的行政契约,在法律上应区别予以规范和控制。

(3)在运用于所涉个案之中时,自觉地根据不同种类行政契约的特性,有选择地适用。

(一)西方国家行政法上的分类

在美国,根据合同中规定的对向政府提供供货或劳务的当事人的赔偿方式,将政府合同分为选定价格(Fixed-Price, hereinafter, FP)和偿还成本(Cost-Reimbursement, hereinafter, CR)两种基本类型。选定价格合同(FP Contracts)是指双方在签订合同时就确定价格,在合同存续期间,除特殊情况,不得修改。此类合同的特点是,将因合同履行不当或事先估计不足或其他原因导致成本上升的风险基本上转移到当事人身上,政府不负责任,这样迫使当事人努力去控制成本,管理整个合同有效率地履行,以便获得利润。也正因如此,政府对合同的管理可以减少到最低限度。偿还成本合同(CR Contracts)是指政府同意偿付当事人在履行合同过程中所产生的所有允许的(allowable)及划归的(allocable)成本的一类合同。在此类合同中,政府为保证成本的合理性,要对合同的履行予以控制与管理。上述分类方法反映了政府和当事人缔结合同时所冒风险的程度,因此,在谈判时,决断选择适当的合同类型就显得极其重要。而政府的主要目标就是要最大限度地利用合同种类,确定当事人应承担的合理的风险,并尽可能地促使当事人有效且经济地履行合同。^①

^① Cf. Emmett E. Hearn, *Handbook on Government Contracts Administration*, Hearn sociates, 1987, pp. 20-33.

美国行政法上,也从政府获得的标的种类的角度,将政府合同分为三种基本合同:供应合同(supplies)、劳务合同(service)和建筑合同(construction)。这种分类方法和英国的基本一样。

法国学者将众多不同的行政契约主要划为两类:一是公务特许契约(la concession de service public, or l'affermage);二是公共采购契约(le marche public)。公务特许契约是行政机关将公务特许个人(通常为私人)行使而签订的契约,比如,地方行政区(local commune)与自来水公司签订的有关特许后者在该行政区内供应自来水的契约。公共采购契约是有关为公务提供特定物品或服务的契约,如公共工程(public works),供应(supplies),劳务(services)。传统上认为,特许是人身性契约,特许权所有人是因其特性而被行政机关选中的,而且,由其本人提供公务。而与此相对,公共采购契约所关注的是提供产品或服务的质量,而非提供上述产品或服务的人。正因如此,对上述两种契约的订立的程序上的要求就不太一样,比如,在特许中,行政机关可以自由选择合作者,著名的 Channel 5 案件对此作了有力的诠释。^①而在公共采购契约中,应按照《公共采购法》(Code des marches public)规定的规则进行竞争。^②

德国行政程序法上,根据签订契约时双方所处的地位,将行政契约分为对等契约和隶属契约。判断契约当事人所处的地位,便成为区别对等契约与隶属契约的关键。在判断时要考虑契约标的,^③更要注意契约当事人的身份。^④简单地说,对等契约(Koordinationsrechtliche Verträge, co-ordinate contract)是在地位或级别平等或基本上平等的行政机关之间,或者私人之间缔结的有关

① 在该案中,政府只是同一个由一些该政府的支持者率领的公司谈判后,就授予那个公司经营一个新开辟的电视频道的特许权,来与现有的公开经营的频道竞争,但法院并没有判决该行为违法。CE 16 April 1986, COMPAGNIE LUXEMBOURGEOISE DE TELEDIFFUSION.

② Cf. John Bell & Neville Brown, *French Administrative Law*, Oxford University Press Inc., 1993, pp. 193-195.

③ 林明锵:《行政契约法论》,载台湾大学《法学论丛》,第 24 卷第 1 期。

④ 德国学者 Schmidt-Aßmann 及 Krebs, 印度学者 M. P. Singh 均侧重后一个标准,但却受到林明锵博士的批判,认为单从契约当事人的身份判断过于简单化,这种原则性推定仍有例外情形存在,特别是“公权力主体与人民间亦可能缔结对等性之行政契约,尤其是当公权力主体于缔约时并无为行政处分之权限时,更容易产生”。详见林明锵:《行政契约法论》,载台湾大学《法学论丛》,第 24 卷第 1 期,特别是其中的注 33。

公权力与公义务(public rights and duties)的契约,例如,两个行政机关之间缔结的有关资助学校或维护公共桥梁与道路的契约,此类契约涉及的关系往往不能通过行政行为来处理。^① 隶属契约(Subordinationsrechtliche Verträge, subordinate contract)是分别居于优越与从属地位的当事人之间,即行政机关为一方,公民或其他隶属法人为另一方缔结的契约,比如,就替代履行费用的支付、建筑特许而缔结的契约,此类契约常是就无须以行政行为形式单方处理的事务,根据明确的法定权力或正当地行使自由裁量权来缔结的。^② 这种分类的意义在于:由于隶属契约中双方地位不平等,容易出现“出卖公权力”(Ausverkauf vom Hoheitsrecht)或利用公权力欺压相对人(Ausnutzung vom Hoheitsrecht)的情况,因此,要在法律上对隶属契约加以特别防范和控制。^③ 正是基于这种思想,德国行政程序法专门针对行政实务上使用频率最高、被滥用的可能性也最大的两种隶属契约——互易契约与和解契约——分别作限制性规定。^④

和解契约(Vergleichsverträge, compromise contract)是为了消除事实或法律上的不确定性,通过当事人双方让步而缔结的契约。当然,订立契约的前提是,行政机关依裁量认为,缔结契约对消除不明确性是有益的、适当的。^⑤ 而且,性质上不属于非独立性的因素或先决问题,比如,在核发医师执照时不得就应具备的医师资格进行和解。在适用何种法律或何条款存有争议时,不能互相让步寻求和解。^⑥ 缔结此类契约具有促进行政程序经济化的

① Cf. Mahendra P. Singh, *German Administrative Law: in Common Law Perspective*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 1985, p. 50.

② Cf. Mahendra P. Singh, *op. cit.*, pp. 50—51.

③ 林明锵:《行政契约法论》,载台湾大学《法学论丛》,第24卷第1期。

④ 其实,和解契约与互易契约在对等契约中也存在。陈新民:《行政法学总论》,267页,特别是注17,台北,三民书局,1997。但在对等关系下缔结的和解契约或互易契约不受《行政程序法》第55条及第56条的直接限制。参见, Vgl. Maurer (Fn. 14) § 14 Rdnr. 15. 转引自林明锵:《行政契约法论》,载台湾大学《法学论丛》,第24卷第1期。又参见吴庚:《行政法之理论与实用》,373页,台北,三民书局,1996。

⑤ Cf. Mahendra P. Singh, *op. cit.*, p. 51.

⑥ 吴庚:《行政法之理论与实用》,373~374页,台北,三民书局,1996。

功能。^① 具体而言,一方面,通过缔结和解契约,行政机关能够以最经济的方式迅速排除不明确的事实或法律状态,使行政秩序归于稳定,从而避免因调查而耗费大量的时间与财力。另一方面,也不易发生相对人因行政机关单方以行政处分认定事实或法律状态而产生的行政纠纷,使行政机关免于讼累。^② 但为了防止行政机关通过和解契约规避其调查义务,《行政程序法》第55条对和解契约适用的条件作了规定。根据有关研究,凡属隶属契约的和解契约,其成立必须符合:(1)客观上存在事实或法律状态不明确;(2)不明确状态不能或需费甚巨始能排除;(3)契约之缔结须能有效达成行政目的;(4)双方互相让步,不得仅一方让步。^③

互易契约(也译为双务契约)(Austauschvertrage, reciprocal contract)是行政机关为履行公务而与相对人约定互负给付义务的行政契约。在双方地位不对等的情况下,此类契约极易出现不合理的约定条款,因此,德国《行政程序法》第56条对其适用作了限定:(1)相对方的给付应符合契约约定的特定目的;

① 西班牙在《行政程序法》(1992)中,也引入行政契约来结束程序,在缔结契约(1)不违反法律秩序;(2)不涉及不能妥协的事务;(3)以满足公共利益为目的等情况下,公共行政机关与公法人可以依据有关规定预见的范围、效力及特别法律制度缔结契约,来终结行政程序。缔结契约行为,也可以事先插入行政程序中,而不管这些程序与结束其裁决是否有限定性关系。但是,协议不得改变行政部门的原有职能,也不得改变属于与公共服务运转有关的当局及公务员的责任。协议如果涉及政府内阁会议直接管辖的事务,必须由内阁会议通过。在契约中必须对参与各方的身份、人员、运作和地区范围以及有效期限等作出规定,并根据其性质和涉及对象指出是否应予公布(第88条)。

② 林明锵:《行政契约法论》,载台湾大学《法学论丛》,第24卷第1期。和解契约在行政诉讼上的价值值得注意。其实,早在德国《行政程序法》制颁之前,在1960年公布的《行政法院法》第106条中,就已经对行政诉讼中的争执,明定可以进行诉讼上的和解,以终结程序。参见吴庚:《行政法之理论与实用》,373页,台北,三民书局,1996。在行政诉讼中,缔结契约的情形如,(1)原告与被告经过沟通、解除误会后,可撤回诉讼(在契约形式上,表现为单务契约);(2)原告撤回起诉,被告同意采取补救措施,而合意终结诉讼程序(在契约形式上为双务契约或负担契约),此举有利于避免将来行政机关败诉后重新作出合法的行政行为,或重新审查事实与法令,而耗费时间与精力。参见陈新民:《行政法学总论》,268页,台北,三民书局,1997。这对我国行政诉讼制度的构建极具参考价值,在行政诉讼中不乏违法事实存在,但在对违法数量、金额或利润的计算上,因违法者账目不全而发生争议,在此情形下,实有引入行政契约的必要,并进一步引发对行政诉讼(不包括行政赔偿)中不适用调解论说的反思。当然,在缔结契约过程中,法院有发挥调解作用的余地,但与民事诉讼不同,要受到严格的限制。

③ 参见,Vgl. Maurer(Fn. 14) § 14 Rdnr. 16. 许宗力:《行政契约法概要》,见《行政程序法之研究》,经建会研究报告(翁岳生主持),302页。转引自林明锵:《行政契约法论》,载台湾大学《法学论丛》,第24卷第1期。

(2)有助于行政机关执行其职务;(3)而且应是合理的,与行政机关的对待给付(counter-benefit or service)相当,“禁止连结负担”(Koppelungsverbot)。^①上述条件只要有一个不存在,就将导致互易契约的无效。^②

日本在行政上运用契约手法的事实,早在明治宪法下就为人所知。^③日本法制深受德国法的影响,更是不争之事实。在晚近的日本学者的行政法论著中,也是从发生公法上的效果为目的来研究日本公法上的契约。^④但直接援引德国行政法上对等契约与隶属契约的分类方法较为少见,我们只能从传统通说的分类方法中窥见德国法影响的若干痕迹。比如,田中二郎将公法上的契约的种类分为:(1)行政主体相互间的契约,比如,市町村相互间儿童的教育事务的委托(《学校教育法》第31条)、地方公共团体相互间的道路、河川的费用负担比例的协议(《道路法》第54条;《河川法》第33条、第50条)、地方公共团体在本区域外设置营造物时与相关地方公共团体之间的协议(《自治法》第210条、第211条);(2)行政主体与私人间的契约,比如,公共团体与私人间的公用负担契约、市町村与煤气公司、电气化铁路公司等之间的奖励契约;(3)私人相互间的契约,比如,在土地收用中起业者与土地所有者等之间的协议(《土地收用法》第40条、第116条以下)。^⑤这样的种类排列多少有按契约当事人的缔约身份与地位(对等还是隶属)安排的意思。但是,近来这种研究的态度却遭到批判,认为“仅以上述三种契约均以公法上的效果发生为目的的这一点为理由,将其囊括在行政契约这一相同的概念之下,便不具有确立该概念的实际意义。”^⑥

① “禁止连结负担”(Koppelungsverbot),在英文中找不到恰当的对义词,指禁止将法定利益或责任与法律所不允许的对待给付相连结。行政机关有责任提供的公共服务,不能依赖于相对方是否提供对待给付而作出,除非符合法律规定的严格条件。比如,行政机关在核准兴建执照时,不能附带要求建筑商应该低价让售若干房屋给政府人员。如果相对人有权利获得行政机关提供的利益或服务,那么,只有在法律有特别规定时,才允许他作出有利于行政机关的对待给付。Cf. Mahendra P. Singh, op. cit., p. 51, and note 3. 陈新民博士认为,使用“禁止连结负担”这个字眼不如用“搭附”(Die Koppelung, Tie-in)禁止来得准确。陈新民:《行政法学总论》,269~270页,特别是注20、21,台北,三民书局,1997。

② Cf. Mahendra P. Singh, op. cit., p. 51.

③ [日]盐野宏:《行政法I》,刘宗德、赖恒盈合译,166页,台北,月旦出版社股份有限公司,1996。

④ [日]田中二郎:《行政法总论》,249页,东京,有斐阁,1957。

⑤ [日]田中二郎:《行政法总论》,251页,东京,有斐阁,1957。杨建顺:《日本行政法通论》,510页,北京,中国法制出版社,1998。

⑥ 转引自杨建顺:《日本行政法通论》,511页,北京,中国法制出版社,1998。

其中的缘由,大概是德国的行政契约是建立在公法与私法的划分上的,但从发生公法效果标准去研究行政契约,会发现日本传统上多将行政契约当作民事上的契约来救济,这种缺少相应公法救济制度及判例的状况给行政契约理论的研究带来困难。^①更为重要的是,第二次世界大战后,日本法制在特定的历史环境下逐渐受到普通法的侵蚀,而英美行政法上是以形式标准将政府为一方当事人缔结的契约概括地进行研究,找出其中适用于政府缔约行为的特别规则,这种研究方法不能不对日本的行政法研究产生影响。正因如此,现代很多日本学者倾向于将作为达成行政目的的手段而缔结的契约统称为行政契约,从中考察其共通的特征。这就使得行政法上契约范围较德国的行政契约要广,内容更加复杂多样,类型也更加纷繁不定。

所以,现代日本学者多是从行政法领域存在的契约体裁上广泛加以网罗,比如,石井昇认为,在行政法上主要存在:(1)行政主体相互间缔结的有关行政上事务的契约,例如,市町村间的教育事务的委托、境界地的道路、河川的费用负担比例的协议,地方公共团体间有关区域外公共设施设置的协议,地方公共团体间的事务委托的协议等。(2)作为行政活动必要的物的手段及其他财产的取得、管理、处分的作用而进行的契约,例如,公共用地买收契约、国、公有财产的贷付契约、公共土木事请负契约、制造请负契约等。(3)公共设施、公共企业利用契约,例如,国、公立学校在学契约、公营住宅贷付契约、邮电事业等公共企业利用契约等。(4)有关财政的补助的契约,例如,社会保障行政领域中各种资金的交付、贷付,经济行政领域中补助金交付、资金贷付、信用保险等。(5)公务员劳动契约。(6)奖励契约。(7)公害防止协定等契约形式。^②

但是,现代日本行政法上也并不是不存在对行政契约的分类,比如,室井力就将行政契约分为行政主体相互间的契约,以及行政主体和行政相对人之间的契约。但显然不是从公法关系角度,而是从特别规则角度来研究行政契约,因而契约范围显然要比德国的宽,例如,将政府契约(采购契约)也全部包

^① [日]盐野宏:《行政法 I》,刘宗德、赖恒盈合译,166页,台北,月旦出版社股份有限公司,1996。

^② [日]石井昇:《行政契约の理论と手続——补助金契约を题材にして》,6~7页,东京,弘文堂,1988。

括在内。^①原田尚彦将行政契约分为有关行政组织的组织法上的契约和有关行政作用的作用法上的契约。前者如,地方公共团体在其他地方公共团体的区域内设置公共设施时和后者缔结的协议;^②后者如,公害防止协定。^③

葡萄牙在其《行政程序法典》(1991年制颁,1996年修正)中为行政合同的适用开辟了广阔的空间,只要法律没有相反规定或者因拟建立的关系的性质不允许,广泛承认行政机关能够转用行政合同来替代传统上规章或行政行为,或者利用“合同”这种行为模式来灵活运用行政机关自身资源以外的其他资源,以求达致对公共利益最有利的结果。正因为行政合同适用的范围广泛而不定,因此,在行政程序法典中,没有对实务中行政合同作分类,只是列举了常见的几种行政合同,计有:(1)公共工程承揽合同;(2)公共工程特许合同;(3)公共事业特许合同;(4)公产的开发合同;(5)公产的专用合同;(6)博彩经营特许合同;(7)继续供应合同;(8)为直接公益提供劳务的合同(第178条)。其中,为直接公益提供劳务的合同又可以分为两类:一是接载运送,就是私人依照合同约定为行政当局接载运送人或物件来往指定地点;二是任用,就是借着合同的订立,私人进入公共行政当局的常备人员编制内,按有关公职规章为行政当局履行职业活动。^④

(二)我国行政法上的分类

随着香港和澳门的陆续回归,我国法律体系的内部结构变得更加复杂与多样化。香港的法律制度因深受英国法传统的影响,在对政府合同的态度与分类上,也因袭英国的做法,自然不必多说。澳门在法律本地化的过程中,^⑤将原先规定行政合同的《行政法典》与《行政及税务法院章程》第9条第

① [日]室井力:《行政法100讲》,148~149页,东京,学阳书房,1990。转引自杨建顺:《日本行政法通论》,512~513页,北京,中国法制出版社,1998。

② [日]《自治法》第244条(3)。

③ [日]原田尚彦:《行政法要论》,175页,东京,学阳书房,1985。

④ 参见F. Amaral,《行政法》,第三册,447、451页;M. Caetano,《行政法手册》,第一册,584~586页;第二册,654页,及续页。转引自王伟华、朱伟干、杜慧芳等著:《行政程序法典注释》,223页,澳门,澳门法律公共行政翻译学会出版,1995。

⑤ 对行政合同的立法改良,虽早为葡萄牙《行政程序法典》落实,但由于该法典在澳门不生效,只能随澳门行政程序法典的生效才正式继承葡萄牙的有关立法改良。参见王伟华、朱伟干、杜慧芳等:《行政程序法典注释》,222页,澳门,澳门法律公共行政翻译学会出版,1995。

2款稍加修改,在新制定的《行政程序法典》(1994)中,省略了一些在澳门不存在的项目(如将公有产权批给私人使用),以及作了一些技术性的调整(主要是将各例子分项列出),最后保留下来的行政合同有:(1)公共工程承揽合同;(2)公共工程特许合同;(3)公共事业特许合同;(4)博彩经营特许合同;(5)继续供应合同;(6)为直接公益提供劳务之合同(第157条)。其中,公共工程特许合同、公共事业特许合同和博彩经营特许合同,又称“批给合同”,在这类合同中,特许的标的必须在特许人(也称批给人)的职责和权限范围以内,而且,本来属特许人专有的活动肯定要由被特许人(也称承批人)实施。^①继续供应合同虽然明确了不需以直接公益为目标,但要以满足公共利益为前提(参阅第4条)。^②为直接公益提供劳务的合同,根据 Marcello Caetano 教授的见解,必须是把提供劳务者长期(及特别)地联系在有关公共目标的实践上,致使其活动受劳务的常规性和延续性支配。^③这种见解也得到了冲突法庭的首肯。^④

在我国台湾地区,从林纪东教授与翁岳生教授先后主持的两次“行政程序法”草拟情况看,在行政契约理论,特别是分类上深受德国法制的影 响,是非常明显的。对此,无论是学者论著,还是法条草案中的理由说明,都丝毫不加隐晦。在理论与立法草案上,也是将行政契约分为对等契约与隶属契约,重点规制的也是隶属契约下的和解契约与双务契约。所用的词句虽与德国的略有出入,有的地方对德国行政程序法中行政契约规定的把握或许

① 之所以要在合同中强调这些,是为了区别在实际生活中存在的另一种特许,即特许“被特许人”有权进行纯私法性质的活动,比如,某些工商业牌照的“特许”;国籍或居留权的“特许”等,这些特许与特许合同的不同之处在于前者不涉及特许人的职责或权限的转移,只是就某种法律身份缔造新一员而已。参见王伟华、朱伟干、杜慧芳等:《行政程序法典注释》,222~223页,澳门,澳门法律公共行政翻译学会出版,1995。

② 原来在《行政及税务法院章程》第9条第2款中是将继续供应合同和提供劳务合同相连列举的,于是在解释这两种合同是否都必须“以直接公益为目标”上存在分歧。现在行政程序法典将这两种合同分开列示,并明确只有提供劳务合同必须以直接公益为目标。参见王伟华、朱伟干、杜慧芳等著:《行政程序法典注释》,222页,澳门,澳门法律公共行政翻译学会出版,1995。

③ Marcello Caetano,《行政法手册》,第一册,585页。转引自王伟华、朱伟干、杜慧芳等著:《行政程序法典注释》,224页,澳门,澳门法律公共行政翻译学会出版,1995。

④ 冲突法庭1990年1月11日合议庭裁判,载于《合议庭裁判学说》第344/345期,第1133页。转引自王伟华、朱伟干、杜慧芳等:《行政程序法典注释》,224页,澳门,澳门法律公共行政翻译学会出版,1995。

有些微差错,或有所改进,^①但总体精神是一致的。我们可以以近期台湾“行政院经济建设委员会健全经社法规工作小组”委托台湾大学法律研究所翁岳生教授主持起草的“行政程序法草案”(1990)为例,从其对立法规定及理由阐述中窥见一斑。

在该“草案”第84条“行政契约之适法性”下,规定:“行政机关,除法令另有规定外,得与其他行政主体之行政机关或人民缔结行政契约,以发生、变更或消灭公法上之法律关系。”

对该条立法理由的阐述之一是,“……规定行政机关所缔结契约之他方当事人,以示本法不仅承认机关与机关相互间立于平等地位所缔结之对等契约,也承认机关与人民间纵非立于绝对平等地位亦得缔结之从属契约。”

可见,我国台湾地区也仿照德国将行政契约划分为对等契约与隶属契约,^②并接受德国学者 Schmidt-Aßmann 及 Krebs 等人的侧重契约当事人身份来区别行政契约的理论。当然,在继承德国这种分类的优点的同时,也难逃前面所提到的弊病。^③

“草案”第85条在“和解契约”标题下规定:“行政机关关于事实或法律状态不确定,经合理调查仍不能排除时,为有效达成行政目的,并解决争执,得与人民约定互相让步,缔结行政契约,以替代作成行政处分。”

对该条的立法理由是:“一、行政契约类型繁多,和解契约仅为其中之一,然因和解契约在公法领域之适用较易引发弊端,爰于本条明定其概念及要件,以资遵循。二、行政机关与人民就事实或法律之观点发生争执时,固非不得以单方行为之行政处分方式解决之。然作成行政处分不仅可能事前调查程序将旷日费时,耗财不费,即事后亦极可能无法获得相对人信服,而引发一场漫长之行政争讼,故有必要准许行政机关与人民选择以约定互相让步,缔结和解契约之方式来解决争执,以避免不必要之程序浪费。三、事实或法律状态不确定时,根据依法行政原则与第5条,行政机关原负有阐明、

① 对我国台湾地区“法务部”1994年4月“行政程序法草案”中行政契约规定的批判,参见林明锵:《行政契约法论》,载台湾大学《法学论丛》,第24卷第1期。

② 在翁岳生教授主持起草的“行政程序法草案”(1990)中是使用“从属契约”这一概念,但到1993年台湾“法务部”核定稿中又改为“隶属契约”的称谓。

③ 参见林明锵博士对此定义标准的批判。林明锵:《行政契约法论》,载台湾大学《法学论丛》,第24卷第1期。

消除此不确定性之义务。本法虽然承认和解契约之存在,但目的充其量亦仅在于避免不合比例之行政与救济程序之浪费而已,并非有意使和解契约沦为行政机关免除、规避阐明、调查义务之工具。本条爰对和解契约之缔结设定限制,规定缔结和解契约固以事实或法律状态不确定为前提,然仍以合理调查而无法排除者为限,且缔结和解仅于能有效达成行政目的,并解决争执时,始得为之。”

从中我们可以看到,与德国一样,对和解契约的确认,同样体现了促进行政程序经济化。但可惜的是,这种思想在法条的文字中没能像德国那样完整地表达出来,正如林明锵博士批评的那样,法条中的“经合理调查仍不能排除”,不能包含“通过调查虽可排除,但所需费用甚巨,与行政目的不合比例”的情形。而且,法条中“以代替行政处分”的文字,会使人误解为,只有代替行政处分的和解契约才有成立的可能性。^①

“草案”第 86 条在“双务契约”标题下作了如下规定:“人民为特定目的所为之给付有助于行政机关执行其行政任务者,行政机关得与人民缔结行政契约,使人民负该给付之义务。契约中应限定人民所为之给付须用于前项所称之特定目的;其内容应与行政机关所负之对待给付相当,并有正当合理之关联。人民对行政机关之对待给付依法有请求权者,所约定人民给付之内容,以依第 61 条第 1 项规定得为附款者为限。”

对该条的立法理由是:“一、双务契约是最典型的行政契约,因极可能产生出现诸如行政机关假借双务契约之便“出售公权力”,或凭其优势使相对之人民蒙受不利益等等之弊端,爰设本条规定其概念与要件,以为防范。二、基于前述防弊之目的,本条爰首于第 1 项限制行政机关仅得于人民为特定目的之给付有助于其执行行政任务时,始得与人民缔结使人民负该给付义务之双务契约。又为防该实质限制要件遭到规避,另于第 2 项前段规定人民之给付应于契约中明定使用于前项所称之特定目的。至于行政机关之对待给付义务为何,自以在行政机关本身法定权限范围内为限,故毋庸再为明文。三、第 2 项后段规定人民之给付应与行政机关契约上之对待给付相当,乃比例原则之表现,意指给付与对待给付两者间应立于某种均衡关系,以免

^① 林明锵:《行政契约法论》,载台湾大学《法学论丛》,第 24 卷第 1 期。

人民在行政机关之优势压力下,约定承担不相当之给付义务,而蒙受显失公平之不利益。第2项后段另规定人民之给付应与行政机关之对待给付具有正当合理之关联,则系不当连结禁止原则(Koppelungsverbot)之表现,可视为第1项之补强规定,具有杜绝行政机关“出售公权力”暨保护人民权益之双重功能。四、双务契约中所约定行政机关之对待给付,若私人对之依法本就拥有请求权,则此类双务契约之缔结另须受第3项所规定要件之限制。于此场合,行政机关仅能以契约要求人民负担相当于羁束处分所附附款之内容(第61条)之给付,以避免人民因缔结双务契约之故,反立于比作为行政处分相对人更为不利之处境。换言之,本项目的在于避免人民以额外承担契约给付义务为代价,而换取其无须付出此一代价而依法本就有权向行政机关请求之对待给付。”

以上规定基本包含了德国相应规定的内容,而且,在台湾“法务部”1993年核定稿中,也得到基本保留与延续。1993年核定稿只是作些技术上的处理,对双务契约的成立条件作列项规定,使之更加清晰、明确。并进一步改进了对“人民对行政机关的给付依法有请求权时缔结双务契约的限制”的表述。^①特别是,与德国行政程序法规定相比较,草案中增加了双务契约必须载明人民给付的特定用途的要求。林明锵博士赞许这一规定道:“不仅能避免行政机关滥权约定人民的给付义务,而且能减少法院审查行政契约时对于目的用途判断的负担。”^②

我国大陆学者对行政契约的分类这一理论问题,有代表性的见解有两种:一种认为,分类和种类是两个不同的范畴,种类更多的是从实际状况角度的认识,而分类属学术范畴。由于目前对我国行政契约的种类尚未完全把握的情况下,不具备对行政契约进行分类的基础,因此,仅从实践中出现

^① 在1993年核定稿中,将1990年“草案”中第86条第3款改为:“行政处分之作成,行政机关无裁量权时,前项契约所约定之人民给付,以依第88条第1项规定得为附款者为限。”对此的理由说明是:“如行政机关作成行政处分本无裁量权,亦即行政机关本依法负有作成某一授益处分之义务,而人民对之有请求权时,自不容行政机关任意缔结双务契约,使人民增加负担给付义务,故于本条第2项特别规定,于此情形,缔结双务契约时,人民之给付以作成此种授益处分(羁束处分)时得为附款内容者为限。换言之,假设行政机关作成此种授益处分时,依法令特别规定或为确保法定要件之履行,得作成某种附款时,始得以其附款之内容作为双务契约中人民之给付义务内容,以确保人民之权益。”立法意图较原先规定似乎更加清晰。

^② 林明锵:《行政契约法论》,载台湾大学《法学论丛》,第24卷第1期。

的行政契约中归纳和列举出几种种类。^①另一种则依据双方当事人的性质、数量和关系、合同的内容、合同基于行政关系的范围等标准对行政契约进行分类。^②

我对第一种见解持有异议,种类和分类之间应当存在着内在的密切联系。分类是依据一定的标准将现存的行政契约分解归类,而种类是分类的结果,离开分类谈种类是不可能的,也是不科学的。而且,行政机关对契约手段的运用本身就是一种创造性活动,是行政机关根据行政需要进行判断和选择的结果。因此,对于层出不穷的契约行政实践,要想穷尽所有的契约形式,也是比较困难的。但这并不意味着我们不能找到一定的标准来进行分类。第二种见解对行政契约的分类理解,仅停留在从不同角度和侧面揭示行政契约的外在特征上,比如,行政契约可分为内部行政契约和外部行政契约,行政机关间行政契约和行政机关与相对人间行政契约,却没有认识到,分类的根本意义应在于,从法律上针对不同种类行政契约的特点分别加以规范,以保证行政契约在个案适用中不失范,不违背行政目的。

我主张,行政契约可以根据双方当事人的地位分为“对等契约”和“不对等契约”。这里作为划分标准的地位,是指契约当事人在自然状态下所处的事实上或法律上地位,而不是缔约时所拥有的法律或形式上地位,因为后种地位完全可以通过法律规定而拟制平等。“对等契约”是由地位平等的当事人之间缔结的,在行政契约中属于“对等契约”的主要是由不具有隶属关系的行政主体之间签订的契约,比如,政府间就毗邻邻行政区域界线的争议所达成的协议(《行政区域边界争议处理条例》(1981)第3条,第14条)。在例外情况下,非行政主体间亦可能缔结“对等契约”,比如,两个企业间为完成国

① 张树义:《行政合同》,24页,北京,中国政法大学出版社,1994。

② (1)以行政契约基于的行政关系为标准,行政契约可分为内部契约和外部契约。内部契约是指行政机关与行政机关或内部公务员之间签订的契约;外部契约是指行政机关与社会个人或组织之间签订的契约。(2)按照契约内容的不同,行政契约可分为承包契约、转让契约和委托契约等。承包契约是指个人或组织承揽某些行政事务的契约;转让契约是指契约当事人转让财产所有权或使用权的契约;委托契约是指行政机关把自己的某些事务交另一行政机关或个人、组织办理的契约。(3)根据当事人的性质或者主体的不同,行政契约可分为行政机关之间的契约和行政机关与个人、组织之间的契约。参见许崇德、皮纯协主编:《新中国行政法学研究综述(1949—1990)》,475~476页,北京,法律出版社,1991。罗豪才主编:《行政法学》,229页,北京,中国政法大学出版社,1989。张焕光、胡建森:《行政法学原理》,308页,北京,劳动人事出版社,1989。

家订货任务而签订的契约(《关于对部分生产资料实行国家订货的暂行管理办法》(1992年)第4条)。“不对等契约”是处于隶属关系的行政主体与其所属部门或人员或者相对人之间签订的行政契约。现实生活中政府签订的大部分契约都属于这一类。

这种分类的法律意义在于:合同双方当事人所处的地位状况,决定了在双方实体权利义务的配置以及行政程序的规范与控制等制度的构筑上,均应有不同的规定和要求。

1. 实体权利义务配置

在行政机关间缔结的“对等契约”中,由于双方行政职责所驱使,对共同追求的行政目标都是很明确且积极的,因而在实体权利义务的配置上没有必要,而且,也不能确认其中一方对另一方的特别的权利,比如,监督权。这是因为,在契约中权利义务的不对等,必然意味着双方地位的不平等,而这又是和“对等契约”不相符的。“对等契约”的履行,一般是由法律硬性规定双方的履行义务,并通过追究行政责任方式来实现,典型的例证是关于行政区域边界协议的执行,法律要求争议双方人民政府必须认真执行边界协议,向有关地区的群众公布正式划定的行政区域界线,教育当地干部和群众严格遵守;如违反国务院关于行政区域边界争议处理规定的,对政府负责人追究行政责任(《行政区域边界争议处理条例》(1981)第17条、第18条)。正是从上述认识角度出发,那种认为所有行政契约皆在权利义务配置上要赋予行政机关监督与指导权力等特权的观点应受到批判。也正是在这一点上,台湾有的学者对台湾行政程序立法中对行政契约不区分情况一概赋予行政机关特权会导致使所有行政契约沦为“隶属性契约”而使“对等契约”无立锥之地的批评是颇为中肯的。^①

而在行政机关与所属机构、人员或相对人签订的“不对等契约”中,无论参加契约的当事人彼此间追求的目的是一致的,或者说,具有同向性,(属于此类的行政契约如行政机关与各单位签订的“门前三包”协议、消防安全责

^① 林明锵:《行政契约法论》,载台湾大学《法学论丛》,第24卷第1期。

任书、计划生育合同等^①),还是彼此所追求的目的是不同的,也即具有反向性,(属于这类的行政契约有公共工程承包合同),基于行政契约为行政法上手段的认识,都必须由行政机关来引导和指挥行政契约的执行向着实现行政契约所预期的特定行政目的的方向发展,因此,在实体权利义务的配置上,就必然表现为行政机关具有指导和监督权、直接强制执行权、处以行政制裁措施权以及单方变更与解除行政契约权等主导性权利。

2. 程序保障

“对等契约”中,双方当事人地位的相对独立、对等,能够使彼此间形成相互抗衡与讨价还价的态势,保证彼此意思表示的真实性与自由性,决定了契约被滥用的概率不大,通过对行政契约无效的认定以及特别法的规定,就足以加以规范与控制。例如,目前为解决行政职能重叠冲突问题,有的地方成立巡警,进行综合执法,各有关行政机关须与巡警签订公务委托合同,将各自有关权限委托给巡警行使,保证这种行政委托合同不失范的途径就是,

^① 长期以来,不少人对上述计划生育合同等协议是否名副其实,亦即,是否为一种契约形态,颇有看法,但在我看来,它们应该是一种比较特殊的行政契约形态,可以看作是“契约文化”(contract culture)在现代公共行政中盛行的又一表征。我们可以借助对英国 20 世纪 80 年代广泛运用的一种作为社会工作的手段(a tool of social work)的“假契约”(pseudo-contract)的介绍来类比地理解。所谓“假契约”,说假,其实不假,更准确地说,这种契约其实是一种不纯粹的契约形态,或者说,不是一种完全意义上的契约。关于“假契约”问题,我在前面谈论执法责任书的性质时已经提到。在这里,再结合社会工作中的“假契约”更进一步谈谈这个颇有意思又对我国实践很有参考价值的问题。在英国,运用于社会工作中的“假契约”当中,一般都规定对酗酒者或瘾君子进行工作的日程清单,行为纠正计划实施的各个阶段的奖惩规定,以及使用纠治场所的条件和要求等。这些规定,和我们在实践中推行的计划生育合同等协议中规定的“只生一胎”与相应的奖惩规定何其相似,其内容都共同地带有一边倒(one-sided)的性质。那么,何以需要签订此类契约呢?其价值恐怕是在于让对方接受其责任,同时构造和限制住职业上的裁量。更详细地说,就是莱肯(D. Nelken)在“利用契约作为社会工作的方法”一文中归纳的三个方面:第一是尊重对方,使其对自己的选择更加有责任感。第二是在于刺激动机(motivation)和结果(achievement),亦即,对方会因为其参与了起草契约,会因为契约内容是经其同意的,会因为社会工作机构(Social Work Department)会由于他所承担的契约责任而给予他相应的对价,以及对因不履行契约而将受到制裁的恐惧等各种原因,而形成其履行契约责任的动力。第三是契约有助于使社会工作者和相对方之间的互动关系获得更好的控制,以便更加完满地实现其目的。Cf. D. Nelken, “The Use of ‘Contract’ as a Social Work Technique”(1987)40 *Current Legal Problems* 207, 215—217. Cited from Carol Harlow & Richard Rawlings, *Law and Administration*, Butterworths, 1997, pp. 211—212. 如果说执法责任书是契约在行政内部的适用,那么,计划生育合同、“门前三包”协议、消防安全责任书等协议都是在行政外部适用,但其中的机理却十分近似,都可以归到“假契约”一类,而且,都非常值得进行个案研究。

依据《行政处罚法》(1996)第 18 条、第 19 条进行判断,以及作行政契约无效的排斥性认定,因此,不需要特别的程序保障。

而“不对等契约”中,契约当事人间的地位是不对等的,容易发生居于优越地位的行政机关压制处于弱势的一方自由地表达意思,致使契约的订立缺乏合意的基础。而且,行政机关在契约中主导性权利的运用,也会因这种地位不平等的状况,以及缺少外部的制约机制而失去控制,侵害相对一方的权益,因此,必须考虑建立有效的行政程序来保证自由合意的实现,以及规范和控制行政机关主导性权利的行使。

五、行政契约与依法行政^①

依法行政(government according to law, the rule of law)理念,无论是在以德国学者奥托·迈耶(Otto Mayer)的“法律的支配”理论为基础发展起来的大陆法中,^②还是继承了英国学者 A. V. 戴西(A. V. Dicey)的“法治”理论衣钵的普通法视野中,^③其最主要的功能都在于通过约束行政权的随意性来保障人权,以确保在自由和文明的社会中国家和个人之间的权利(rights)

① 本部分曾以《论依法行政理念在行政契约中的贯彻》为题发表在《中国人民公安大学学报》1998 年第 1 期上。在此基础上作了进一步的修改。

② 奥托·迈耶(Otto Mayer)是用“法律的支配”概念来把握依法律行政原理(Prinzip der gesetzmäßigen Verwaltung)的,并将其内容再细分为法律的法规创造力、法律的优先、法律的保留。参见[日]盐野宏:《行政法》,杨建顺译,50 页,北京,法律出版社,1999。奥托·迈耶(Otto Mayer)的上述理论见解,构成了德国和受德国法影响的日本及我国台湾地区的依法行政理论的基本框架。当然,在三个原则的含义和相互关系的理解和阐释上,后来有所发展。

③ A. V. 戴西(A. V. Dicey)在 1885 年出版的《宪法研究导论》(Introduction to the Study of the Law of the Constitution)中勾勒出英国的法治观念,尽管其中很大部分是出自对法国行政法和自由裁量的误解,并因此不断受到后世学者的批判,但是,英国以及受英国法影响的其他普通法国家的法治观念却都是在上述 A. V. 戴西(A. V. Dicey)理论的基础上发展起来的。英国行政法奠基人韦德(H. W. R. Wade)就说过:“对于戴西在 19 世纪对宪法所作的杰出总结的敬仰,我不比任何人差。”并称戴西著作的精神是“不朽的”(enduring)。H. W. R. Wade, “Law, Opinion and Administration” (1962) 78 *Law Quarterly Review* 188, 189. Cited from Carol Harlow & Richard Rawlings, *Law and Administration*, Butterworths, 1997, p. 38. 有关 A. V. 戴西(A. V. Dicey)法治观念的介绍和批判的著述是很多的,比如, H. W. R. Wade & C. F. Forsyth, *Administrative Law*, Oxford University Press Inc., New York, 1994, pp. 27—28. Alex Carroll, *Constitutional & Administrative Law*, Financial Times Professional Limited, 1998, pp. 36—38.

和权力(powers)保持着适度的平衡(correct balance)。

现代法治主义发展的历程一再表明,随着政府由消极行政向积极行政的转变,公共行政的权力结构、制度和程序也相应会发生深刻的变化,所有这些变化都会在依法行政理念上得到相应反馈,换句话说,依法行政的具体内涵也应该而且必须相应发生变动。一个正面的例证就是,19世纪的国家是一种消极、防制的干预国家形态,与之相适应,法律保留原则就体现为侵害保留。但到了20世纪,国家形态发生根本变化,变为积极、服务的社会国家形态,法律保留原则也随着国家任务的扩展而扩张其适用服务,变为全部保留。^① 一个反面的例证就是,戴西的法治理论之所以被批判的一个重要原因,就是他没有及时捕捉到当时国家权力正在扩张,而且,即便后来不得不承认这一事实时,又拒绝对其理论作相应修正来适应新的形势。^②

之所以谈这个问题,是因为行政契约,(我们从后面的论述也会看到),就是现代行政职能和结构发生根本性变化的产物,同样也会对依法行政的法规规范性提出新的要求。如何将行政契约置于依法行政理念支配之下,是现代行政法面临的一个重要课题。

(一)西方国家行政契约与依法行政的互动适应

在西方国家依法行政理念确立之初,其任务仅限于对内维护秩序、对外抵御侵略,而对社会经济生活则采放任主义(laissez-faire)。从哈耶克(Hayek)的著述中,我们可以看到,在法的客观性意义上(in the sense of law's objectivity)的法治,和哈耶克(Hayek)强烈笃信的“守夜人”或有限国家(limited state)之间有着紧密的联系。在这种国家职能结构内,国家作用主要是对人民发号施令、实施强制,因此,行政权力是萎缩的,而且,有必要被严格束缚在法定范围之内,行政遂成从属(subordination)而不独立之国家作用,“依法行政”沦为绝对的、消极的、机械的公法学原理。^③ 在这种形式(或机械)的依法行政理念(在本文中,我把上述亦步亦趋、毫不赞赏行政的

^① 关于法律保留原则的演变的更为详尽的研究,参见许宗力:《论法律保留原则》,见《法与国家权力》,台北,月旦出版社股份有限公司,1993。

^② Cf. Carol Harlow & Richard Rawlings, op. cit., p. 40.

^③ 城仲模:《论依法行政之原理》,见《行政法之基础理论》,4页,台北,三民书局,1983。

机动性的法治状态作这样的概念界定)支配下,是不可能产生以合意方式创设行政法权利义务的行政契约的。

随着市场失灵(marketfailure),要求政府积极干预市场运作,实现社会和经济平等,^①福利国家(welfarestate)、给付行政等新颖之国家目的观的出现,使政府的角色转变为规制者、利益分配者和大雇主(massemployer),而将过去分散于私人公司、贸易与劳动协会以及慈善机构的权利吸纳到其功能与职责中。^②伴随着行政职能领域的扩大,以及公共管理结构的变化,公共服务观念和服务方式也随之得到发展,出现使用多种多样行政手段的倾向。正是在这种背景下,行政契约因具有在立法不完备或其他场合下,作为实现政府政策目标的手段,替代立法、且能防止法律纷争的发生、并能适当地考虑个案的特殊性等诸多特点,而被广泛运用,借此来形成个人与国家之间的新型合作关系,并改变公共服务的责任机制。在日本,行政主体相互间就市町村间教育事务的委托,以及境界地的道路、河川的费用负担割合等行政事务缔结的契约,屡见不鲜。在公害防治、公共设施和企业利用、财政补助等方面,也广泛地运用契约形式。在英国,1891年至1983年议会的“公平工资决议”(Fair Wages Resolutions),要求在政府合同中加入支付最低工资要求的条款,1975年至1979年间,政府通过与雇主签订合同的方式,推行抑制通货膨胀政策。

利用行政契约规制行政,是传统行政法所从来不曾有过的规制方式,这也意味着,其有可能是在传统的依法行政理念的规范射程之外。如果我们依然还坚持,法治是立宪主义(constitutionalism)理论的基础,依法行政观念

① 行政规制主要奠定在市场失灵理论基础之上,根据这一理论,需要行政规制是因为市场的正常运作不能保护公众免受企业实际或潜在滥用权利的伤害。Cf. Daniel J. Gifford, *Administrative Law*, Anderson Publishing Co. 1992, p. 5. 而皮尔斯(Pierce)、夏皮罗(Shapiro)和尔库(Verkuil)则认为,行政规制可以用公共利益(public interest)和政治(politics)来解释。公共利益的解释是,一方面,市场失灵需要利用规制来改善市场运作或重新分配财富;另一方面,社会和经济平等的实现也需要政府行为干预。政治的解释是,行政规制是政治力量的产物。Cf. Richard J. Pierce, Sidney A. Shapiro & Paul R. Verkuil, *Administrative Law and Process*, the Foundation Press, INC. 1985, pp. 11-17. 布雷尔(Steven Breyer)法官认为,规制的理由包括:控制垄断权;控制过度利润;弥补外在性(to compensate for externalities);弥补信息不足(to compensate for inadequate information);禁止不正当竞争;弥补不平等的交易地位(to compensate for unequal bargaining power)。Cf. William F. Fox, *Understanding Administrative Law*, Matthew Bender, 1986, p. 7.

② Cf. Harry W. Jones, "The Rule of Law and the Welfare State", Collected in D. J. Galligan (ed.), *Administrative Law*, Dartmouth Publishing Company Limited, 1992, p. 6.

对于现代行政法具有根本性意义,为法院审查行政行为提供理论上的正当理由(a convenient theoretical justification)的话,那么,就必须考虑将行政契约纳入依法行政理念之中。

尼尔豪斯(Michael Nierhaus)将这一过程解释为,正因为契约是作为一种依其本性(by its very nature)来讲,就含有(presuppose)事实或者法律上的不确定性的解决方法,因此,行政合法性原则(the principle of legality of the administration)也就可以不必被严格遵守。在这种情形下,对法的严格坚持(strict adherence to law),不得不让位给实用性的理由(reasons of practicability)。^①当然,从现象上看,要将与传统行政行为截然不同的行政契约行为置于依法行政理念的规范之下,法规范性的必要松动或放缓是必需的。但另一方面,通过各种规范立法和司法审查,将行政契约完全纳入法规范之内的趋势,也是非常明显的。

因此,我更愿意将上述过程理解为是一种依法行政与行政契约的互动适应过程,是保持行政契约的机动性和约束行政契约的随意性之间的一种互动关系,并达到一种互动的平衡。具体而言,政府在援用行政契约手段规制的实践中,可以在没有法律依据的情况下,或者即使有一定的法律依据,但在法律允许的空间内,通过合意来确定行政法上具体的权利义务及其内容,并在没有法律依据的情况下,要求相对人自愿接受限制其自身利益和自由以及政府享有特权的条款。同时,考虑个案的特殊性,有区别地实施,从而体现出行政契约灵活性和机动性的特点。但这种灵活性和机动性,却与形式意义上的依法行政理念所确立的行政平等实施原则和法律保留原则相冲突,^②造成了依法行政理念确立的束缚行政权随意性的框架的松动和空洞化。但行政契约的出现,是政府职能的增繁多涉对行政权机动性和行政手

^① Cf. Michael Nierhaus, "Administrative Law", Collected in Werner F. EBKE & Matthew W. Finkin(ed.), *Introduction to German Law*, Kluwer Law International, 1996, p. 96.

^② 在传统的依法行政理论中,根据“国民主权”原理,要求一切行政行为都要有法律上的授权,而且,无论是早期的“侵害保留理论”,还是后来的“全部保留理论”,都要求在侵害公民的“自由与财产”时,必须有法律上的根据,而行政契约的实践与此是不相符的。至于行政契约实践,也可能存在与行政平等实施原则相冲突的问题,我们可以借用英国行政法理论上的有关争论来予以证实。在英国,有的学者就担心,允许行政机关享有不受限制的自由,会导致在签订合同时适用标准的地区差别。但持相反意见的学者则认为,在合同标准上存在地区差别,并不是值得悲叹的事,恰恰相反,这是应受尊重的地方自治的必然结果。Cf. P. P. Craig, *Administrative Law*, Sweet & Maxwell, 1994, p. 692.

段多样性的内在要求,我们不可能再用形式意义上的依法行政理念来禁锢它而扼杀其机动性,只能在要求行政契约符合依法行政基本精神的前提下,对依法行政作相应修正,在保持行政契约的机动性和约束行政契约的随意性之间建立平衡,以保证既促成行政权完成政府职能之使命,又控制其不失范。也就是,使依法行政理念的内涵能够充分反映这种平衡状态。这里的“平衡”不是数量上的等量齐观,而是指功能上的均衡状态,其中,平衡点的定位,是以政府职能的良好运作为衡量标准的。

西方国家行政法上,对行政契约与依法行政关系的再认识,以及互动适应过程,可以概括为:一方面,对依法行政理论重新进行解释,以创造容纳行政契约上述机动性的可能性。另一方面,加强对行政契约行为规范与程序规范的立法,尽量将行政契约的实践纳入依法行政理念的支配与控制之下。同时,通过将行政契约纠纷纳入司法审查范围,以保证行政契约符合法治主义的要求。

在没有法律依据情况下,要求相对人接受限制其权益,从反方面看,就意味着行政机关权力的扩张。在法治主义的要求下,原则上应该禁止行政机关超越行政合法性要求的界限,通过契约来扩大自己的权限或者去做法律没有授权自己去做的事务,所以,违反作为基本权的平等权(the fundamental right to equality)或择业自由权(the right to freedom of occupation)的契约,一律被禁止。但是,相对人放弃自己的权利,也不是完全不被允许,只要这能换来为其个人创设另外一个法律权利,而且,是其个人完全自愿处置的结果,不存在外在的不正当压力,并不违反禁止连结原则(the principle of Koppelungsverbot),也就存在合法性基础。^① 以此解释方法来解决政府可以借用行政契约方式约束相对人的权利与自由的理论依据难题。

对于行政平等实施原则的理解,则从形式平等转向实质平等,从而肯定政府可以视个案特殊情况而有区别地予以处置,也就是,将行政契约当作一种“非常态”案件(atypical cases)的处理方式。随着上述这两个最主要的理论问题的解决,我们接下来再将研究的视野转换到立法的角度上来。

在战前,要求缔结行政契约必须有法律上的明确授权的学术见解,在德国学者中流行颇广。而且,据说,直到 20 世纪 50 年代,因受德国影响,

^① Cf. Mahendra P. Singh, *German Administrative Law: in Common Law Perspective*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 1985, pp. 51-52.

日本仍有支持这种见解的学说和判例。^①更有甚者,奥地利因受宪法上的全面保留的限制,以及行政救济仅局限于对不服行政裁决的撤销诉讼这两项因素的影响,至今还保留着这种学说。^②但战后,随着行政契约不同于行政行为的内在特点逐渐被认识,特别是,随着针对行政契约纠纷的救济途径的建立,上述将行政契约当作一种行政行为形态来把握的学说遂招致批判。现在,在理论和判例中成为通说的是,允许政府在没有具体行为规范的情况下适用行政契约,而不再过分深究行政契约与法律保留相配合的问题,^③德国学者福斯多夫(E. Forsthoff)就说:“认为行政契约在法律上无明文规定时总是不可能的异议,不过是以只承认规范性明文规定的法的法律实证主义为其基础的理论,在今天,这种理论和法律实证主义一起被忘记了。”^④但强调必须要有组织规范,或者至少要有习惯法(customary laws)或法的一般原则(the general principles of law)作为依据。我们可以从Carleton v. Greenock Corporation案判例中清晰地看到英国法院的这一立场。^⑤

为了尽量将行政契约权的行使纳入依法行政的约束中,理论和立法上,还出现要求通过立法,授予政府行政契约权,并将行政契约内容定型化的倾向,斯特利特(Street)建议,一些和政府合同有关的主要内容,例如,代理、监督、指导和修改权等,应规定在政府合同法中。其他易改变的条款,则通过委任立法适用到合同中去,以便在机动性(flexibility)、明确性(certainty)和易接受性(accessibility)之间保持平衡。^⑥德国从20世纪60年代起研拟和制订的《行政程序法》中设专章规定公法契约。英国在1988年《地方政府法》

① 杨建顺:《日本行政法通论》,519页,北京,中国法制出版社,1998。

② Cf. Antonioli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien 1986, S. 496. 转引自吴庚:《行政法之理论与实用》,368~369页,台北,三民书局,1996。

③ Cf. H. U. Erichsen in Erichsen/Martens, aaO., S. 369; Wolf/Bachof, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl., S. 346F. 转引自吴庚:《行政法之理论与实用》,368页,台北,三民书局,1996。

④ Cf. Forsthoff, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts(1928), S. 253. 转引自杨建顺:《日本行政法通论》,520页,北京,中国法制出版社,1998。

⑤ 在该案中,法院认为自治机关(corporation)根据1950年苏格兰《房地产法》(Housing Act)对房产享有经营、管理和控制权,其能够在地方当局营造的房屋租赁合同中规定承租人不得在房屋内安装香烟自动售货机。Cf. Terence Daintith, "Regulation by Contract: The New Prerogative", Collected in D. J. Galligan(ed.), op. cit., p. 228.

⑥ Cf. P. P. Craig, op. cit., p. 696.

(Local Government Act)中对政府合同作了限定。但是,立法对行政契约的定型化必须适度,要为政府留有较大的自由裁量空间,让其和相对人通过合意来明确某些权利义务。否则,过分的法定定型化会使行政契约丧失机动性。对此,英国人有着较深刻的认识。^①

为弥补由于行为规范欠缺或过于概括抽象,必须引入有效的行政程序来规范与控制行政契约权的行使。这是因为,行政程序对于防止政府“出卖公权力”或“利用公权力欺压契约相对人”,为政府和相对人提供一个能够讨价还价的合理的空间,保证由此形成的结果能够使各方的利益要求都得到满足,并达到最大的均衡状态,减少执行纷争,均具有较高的价值。因此,加强对行政契约的程序规范的建设,已逐渐为西方国家学者所关注,并成为西方国家行政立法的一个趋势。英国学者丹梯斯(Daintith)提出,可以采取赋予第三人和更直接参与交易的人程序上的权利,使交易对受其影响的人更加透明和公开等措施,来正确行使行政契约权。^②奥地利学者对其本国的《行政程序法》中欠缺公法契约深感遗憾,主张设法补救。^③德国《行政程序法》在制订预防性规范方面迈出了坚定的一步。^④瑞士在1968年《联邦行政程序法》中,也对公法契约适用准则作了详细规定。

与此同时,西方国家还特别重视通过司法审查保证行政契约权的行使符合法律要求。丹梯斯(Daintith)指出,法院对纯粹合同权利行使的审查,无论在审查的种类还是范围上,都与史密斯(de Smith)在其论著《对行政行为的司法审查》中所介绍的相似。^⑤在法国,行政契约适用行政法院的完全管辖之诉。在日本,根据《行政事件诉讼法》第4条“关于公法上的法律关系的诉讼”,对行政契约进行审查。

① Ibid.

② Ibid., p. 698.

③ 我国台湾“行政院研究发展考核委员会”研讨“行政程序法之研究”第一次座谈会记录中,吴庚教授的发言,载于(台湾)林纪东先生主持的《行政程序法之研究》,“行政院研究发展考核委员会”编印,1981年版。

④ [德]Fritz Ossenbuhl:《德国行政程序法十五年来之经验与展望》,董保城译,载台湾《政法法学评论》,第47期。

⑤ Cf. Terence Daintith, op. cit., p. 233.

(二)我国依法行政原则在行政契约中的贯彻

我国正致力于法治国(state based on the law, legal state)的建设,^①而作为政府法治基石的依法行政究应如何诠释和贯彻,则亟待探讨和解决。西方国家对依法行政的抉择,对我们具有启迪意义之处是,对依法行政功能的认识和定位,应当建立在对政府职能及其对行政权的要求的充分认识上。根据中国共产党第十四次代表大会报告,在市场经济体制下,政府的职能主要是统筹规划、掌握政策,信息引导、组织协调、提供服务和检查监督。为达成上述职能,行政权向社会经济生活各领域的渗透,以及要求行政手段的多样化,则不可避免。与此相适应,依法行政也必须力求达到这样的理想境界:深刻反映既充分发挥行政权主动性、机动性以实现政府职能,又控制行

① 在1998年3月底闭幕的第九届全国人民代表大会第一次会议上,我国领导人又再次重申了早在中国共产党第十五次全国代表大会(1997)上就已提出的“依法治国”的基本方略。“法治国”(State based on the law, legal state)与“法治”(the rule of law)的提出,根源于经济体制改革和市场经济的内在要求,实际上是对前一段时间法学界热烈讨论的“市场经济是法治(制)经济”命题的回应和肯定。但值得警惕的是,一些学者对“法治国”和“法治”的探讨有误其精神实质,有与“法制”混同的感觉。参见刘海年等主编:《依法治国建设社会主义法治国家》,北京,中国法制出版社,1996。其实,“法治”与“法制”有着根本的不同。我们可以从人们对源起于德国资产阶级经济地位上升而政治地位仍未改观时代的产物——*Rechtsstaat*(也译成法治国)的批判中,比较清晰地看到其中的本质差别。*Rechtsstaat*观念的核心是实行法律组织(legal organization)与国家政治结构(political structure of the state)的分离,以保障自由和安全,不问法律的产生方式。可以说,德国早期的这种*Rechtsstaat*所要实现的就是“法制”(rule by law)。然而,这种观念却招致学者的强烈批判,斯坦(Lorenz von Stein)和纽曼(Franz Neumann)都曾指出,将法律结构(legal structure)从政治结构中剥离出来,仅仅谈法律的实现,是没有意义的。Cf. Franz Neumann, *The Rule of Law*, Berg Publishers Ltd., Leamington Spa, 1986, pp. 179—185。莱斯基(H. J. Laski)也从法律的产生方式角度委婉地批评道,*Rechtsstaat*的思想,总是伴随着这么一个事实,国家能够通过主权变更法律的内容。Cf. Harold J. Laski, *The State in Theory and Practice*, London, 1935, pp. 117—178. Cited from Franz Neumann, op. cit., p. 179。也就是暗示法律随时随地会因主权者的好恶以及意志而更改。简而言之,*Rechtsstaat*为人们所诟病的是将法律仅仅当作维护秩序的工具,片面强调法律在社会生活中不折不扣的遵守,而更多地忽略了法律的内容和目的。关于对德国*Rechtsstaat*的批判,还可参见刘军宁:《从法治国到法治》,见《经济民主与经济自由》(公共论丛),北京,生活·读书·新知三联书店,1997。根据陈新民博士的研究,在德国早期提倡*Rechtsstaat*的学者的论著中,也并非毫无价值观作为理论根据,只是更加侧重于将法律作为治理国家的手段。参见陈新民:《德国十九世纪“法治国”概念的起源》,载台湾《政大法学评论》,1996年第55期。而上述的批判,显然是以“法治”的要求为标准的,反过来看,也说明“法治”与“法制”的区别正在于,“法治”不但强调法律维护秩序的功能,更突出法律本身内容与目的的民主性与正当性。

政权以防止权力滥用这么一种平衡状态,以保证政府职能的良好运作。把依法行政建立在这种均衡状态上是必要的,因为过分强调维护行政权的主动性和机动性,则行政专横及权力滥用不可避免;过分强调控制行政权的随意性,又可能妨碍政府主动追求社会福祉。

如果我们仔细地对我国现行行政契约立法做一分析,就不难发现,目前对政府行政契约权随意性的约束机制,主要靠单行法律法规对政府制定行政契约的条件和内容作出明确的规定。这种处理问题的思路,侧重于强调令行禁止、正名定分的实体合法性,当然为政府法治所必需,但是,也会带来副效应。

一方面,导致运用行政契约的僵化,造成执法人员过分依赖单行法律法规,遇到新问题就驻足不前,比如,在税务征收管理中,不懂得通过与相对人协议认定不明的事实状态,取得相对人的协力,消除可能出现的对抗。^①

另一方面,实体立法对行政机关和相对人的权利义务规定越明细,并一一打上封条,就越加可能造成行政机关在实际运用中利用行政契约规制行政的机动性的丧失殆尽。在计划生育领域中,就存在这个方面的教训,有的地方发布的关于人口与计划生育目标责任制包干方案中,将所有的指标一一明定,没有选择余地,使行政契约和行政命令混为一谈。

因此,我们在肯定实体立法化的同时,必须在实现行政规制的方法和内容上,为行政机关和相对人留有较大的合意空间,使行政机关可以考虑个案具体情况,通过与相对人协商,劝导相对人接受没有法律依据的限制其权益的条款。比如,在公害防止协定中,要求水泥工业逐步减少水泥产品中的石棉含量;在企业承包协议中,要求企业努力创制高新技术产品,等等。这正是行政契约的精妙之处,而行政契约的这种机动性,是无法通过实体立法加以具体规范的。为了活化行政契约的运用,同时保障行政契约机动性又不致失控,我们必须引入公正的行政程序来弥补实体立法的不足。

行政程序所具有的抑制行政恣意和保证理性选择的特点,恰好满足了

^① 我认为,《税收征收管理法》(1992年)第23条中规定的“纳税人依法可以不设置账簿的”情况的应纳税额,完全可以通过税务机关与纳税人签订行政契约来确定。

约束行政契约权随意性和维护行政契约权机动性之间平衡的内在要求,是实现依法行政的精良工具。而这一点在过去却被忽视了。可以这么说,我们在行政契约运用中出现的诸多问题,比如,行政专横,强制签订契约、任意撕毁契约;滥用权力,利用契约推卸职责;利用裙带关系和索贿受贿,等等,都可以归结为缺乏完善的行政程序。因此,行政程序的构建,将是今后我国行政契约法制化的重点。

在行政程序构筑中,应当明确规定,(1)限制相对人或第三人权益的条款,必须由相对人或第三人书面同意才能生效;(2)较严格的要式主义要求;(3)行政机关行使主导性权利作出决定时原则上应说明理由;(4)信息公开;(5)通过听证与协商制度赋予相对人反论权;(6)上级行政机关对行政契约的监督权;(7)归责机制等。这些具体制度和措施都应当引入进来,以构建一个合理的空间,使行政机关和相对人能够通过充分的讨价还价,满足各自的利益要求,并达到最优化,然后,用权利义务的形式固定下来,从而实现理性选择,排除行政恣意,将行政契约的机动特性发挥到极致。同时,也正因为有了这种程序装置,行政机关只要在与法律不相抵触且符合行政性质的情况下,即使没有具体的行为规范依据,都可以大胆运用行政契约手段,相对人也不必害怕其权益得不到法律的切实保障。

但是,无论赋予相对人什么样的程序权利,都无法真正达到与行政权相抗衡的程度,为保证行政程序能够产生公正合理的决定,还必须借助司法审查进行客观的评价。我们对司法审查的作用的认识,不能仅仅停留在保证政府运用行政契约权符合依法行政要求这一层面上,还必须进一步看到,法院依据法律精神和行政目标,审查行政机关和相对人合意产生的权利义务关系,可以充分地发挥司法能动作用,引导行政契约理论和实践的进程和方向,同时,也为政府未来调整政策姿态留有余地。普通法国家通过判例创设的“执行必需原则”(the doctrine of executive necessity)就是一个明证。然而,《行政诉讼法》(1989)第2条和最高法院在《关于贯彻执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的意见》(试行)(1991)中,对具体行政行为的司法

解释又将行政机关实施的双方行为(行政契约行为)排除在司法审查范围之外,^①尽管在司法实践中,法院行政庭也根据行政诉讼法审理土地征收合同纠纷案件,但都是将行政机关实施的行政契约行为分解为单方行为来处理的,这种做法本身在法律上是否妥当就值得研究,更遑论发挥司法审查能动性了。而且,整个行政诉讼制度在构建之初,就缺乏对行政契约这种双方行为在救济上的特殊性的思考与论证,反映到具体制度上,就表现为救济的单向性,比如,行政机关恒为被告等,因此,由行政契约引发的司法审查制度的改革势在必行,方案是将行政契约行为和具体行政行为并列纳入司法审查范畴。针对行政契约救济的特点重构行政诉讼制度。更为重要的是,切实保障法院的独立审判地位,真正发挥行政审判对行政权规范行使的反制与引导作用。

正如杰夫(Louis L. Jaffe)和亨德森(Edith G. Henderson)在《司法审查与法治——历史起源》(*Judicial Review and the Rule of Law: Historical Origins*)一文中指出的那样,“如果断言单凭法院就能保证行政行为合法性,这将是职业上的眼界狭窄。”^②要发挥行政程序和司法审查作用的前提是,必须通过建立行政首长与选民的直接责任关系、加强社会舆论监督等方法来营造依法行政的良好氛围,以排除当前“权大于法”和行政干预对依法行政贯彻落实的干扰。

综上所述,我们必须接受,由于行政契约在现代行政法中的引入,而带来

^① 《行政诉讼法》(1989年)第2条规定,公民、法人或者其他组织认为行政机关和行政机关工作人员的具体行政行为侵犯其合法权益,有权依据本法向人民法院提起诉讼。最高人民法院对具体行政行为的解释是,它是指国家行政机关和行政机关工作人员、法律法规授权的组织、行政机关委托的组织或者个人在行政管理活动中行使行政职权,针对特定的公民、法人或者其他组织,就特定的具体事项,作出的有关该公民、法人或者其他组织权利义务的单方行为,由此可见,司法审查的对象是行政机关单方行政行为。最高人民法院于2000年3月8日发布了《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》,取消了原有的《意见》对受案范围的某些不适当的限制,将“行政行为”的概念恢复到广义的解释上来。参见《更明确,更严密,更完善——最高人民法院行政庭庭长江必新谈行政诉讼司法解释》,载《人民法院报》,2000-03-19。但什么是广义的“行政行为”,却语焉不详,如果是想把行政契约的概念也包括进去,似乎在理论上颇成问题,其中的道理,我在本编第二部分辨析“行政契约与具体行政行为”时已做了详细阐述。在2014年、2017年《行政诉讼法》的两次修改中,依然延续了上述广义认识,但是,明确将行政协议纳入受案范围。

^② Cf. Louis L. Jaffe and Edith G. Henderson, “*Judicial Review and the Rule of Law: Historical Origins*”, Collected in D. J. Galligan(ed.), op. cit., pp. 340-341.

依法行政功能向既约束行政权随意性,又保障行政权机动性的平衡方向转化的现实,同时,采取有效的应对措施保证政府对行政契约权的行使受到依法行政理念的支配。针对我国的实际情况,要达到上述目标,完备行政契约法制的程序要件,以及改革现行行政审判制度,应是今后我国法制建设关注的重点。

六、民法原理在行政契约中的援用

行政法确立的基础是(社会)公共利益,这与建立在个人利益基础上的民法迥异,这一事实是否就决定了,作为行政法范畴的行政契约,必然绝对地排斥民法原理的适用,而要在行政法原理上,发展出与民事契约完全泾渭分明的另一种法规体系?如果不是,那么,为什么能够允许援用民法原理?能在多大的范围和程度上援用民法原理?这是在行政契约理论上必须回答的问题。

(一)援用民法原理的理论基础

对民法原理能否适用于行政契约中的问题的回答,实际上就是对行政法与民法相互关系,或者从更大的范围上讲,公法与私法之间的关系,特别是“公法与私法的共通性”(借用美浓部的话)这一基本理论问题的思考。那么,民法原理为什么能够援用到行政法领域?或者更进一步缩小范围说,行政契约领域?对于这个问题,我们可以从行政法与民法发展历程中的历史渊源,以及法律调整社会关系的类似性等方面来寻求答案。

英国学者戴西(A. V. Dicey)在1885年以其在牛津任英国法教授时所作的讲座为基础发表的《宪法研究导论》一书中,用大段篇幅阐述了其法治观念,他出于维护个人自由、反对政府干预的政治偏好,以及对法国行政法的误解,主张任何人无论其地位或条件如何,都必须遵守普通法,受普通法院管辖。戴西的这种论说在另一位英国学者霍格(P. Hogg)的论述中更是得到了进一步的注脚,霍格说:“由普通法院(ordinary court)将普通法律(ordinary law)适用到政府行为上去,符合我们普遍认同的政治理念,也使我们免于卷入很多的实际问题当中。而且,我对法律所持的认识,使我得出这样的结论,大部分的普通法律的确能够圆满地解决政府与公民之间出现的

冲突。(这句话简明扼要而又一针见血地道出了,在公法中可以援用私法规则的根本缘由,为我下面的论证提供了有力的支持——作者按)。其实,在我看来,最不令人满意的那部分法律,恰好是那些法院拒绝将普通法律适用到政府身上而造就出来的法律。概而言之,我结论是,戴西的平等观念为一个合理的、可行的并可接受的政府责任理论提供了基础。”^①

正是由于在历史的沿革上,戴西的这种“法律面前平等”原则(the principle of equality before the law)的宪法价值观,对英国的法律构造及法律分析结构影响至深,对行政法在英国的发展产生了深刻的阻遏作用。反映到政府合同制度中,就是此类合同与私人间签订的合同一样应适用普通合同法规则。

但这之后,戴西的理论受到了猛烈的批判,其中很重要的一点,就是因为戴西的观念中,拒绝接受国家权力与职能已经发生根本变化的现实,而且,十分厌恶国家与公民之间的不平等,而这种观念却导致不能对国家机器进行有效的法律控制。与此同时,随着法国行政法的“庐山真面目”逐渐揭然,人们也慢慢认识到,行政法的实质是对行政机关和其官员的公务行为适用不同的规则,而且,就是在法国,行政法也是视为对个人权益的保障,而非政府官员的特权。因此,自里德(Reid)法官在1964年Ridge v. Baldwin案中首次在司法上提及“行政法”的概念后,对行政法的研究及制度建设也渐勃兴,迪普罗克(Diplock)法官在总结包括Ridge v. Baldwin和Conway v. Rimmer等案件司法判决的最近发展结果后,得出“在这个国家(指英国——作者注)出现的行政法制度实质上与法国行政法范围相似”的结论。^②

在政府合同的运用中,英国也时时感到普通私法的分析结构(the analytical framework of ordinary private law)和公共政策与行政管理的需求(the needs of public policy and administration)以及抗制政府强大的经济权能的需求(the demands for protection from the overarching economic power of government)之间的冲突。^③ 简而言之,就是由于合同主体涉及政

^① Cf. P. Hogg, *Liability of the Crown*, Toronto: Carswell, 1989, pp. 2-3. Cited from Carol Harlow & Richard Rawlings, *Law and Administration*, Butterworths, 1997, p. 214.

^② Cf. O. Hood Phillips & Paul Jackson, *Constitutional and Administrative Law*, Sweet & Maxwell, 1987, pp. 33, 40.

^③ Cf. Carol Harlow & Richard Rawlings, *op. cit.*, p. 215.

府,且合同目的为实现公共利益,因而不能完全无保留地适用普通合同法规则,所以,从英国学者发表的有关政府合同的研究著述看,关注的重点已逐渐转向对特别规则的研究。

其中,最为激进的当数米彻尔(J. Mitchell)。他早在1954年就提出要构建更能与政府特性相契合的特别的法律规则,甚至包含了要建立法国式的行政法院体系。他指出:“政府机关签订的契约,不能总是由那些规范私人间签订的契约的同样的规则来调整,必须迫切确认这个事实,这很重要。迄今英国的公法问题大多被认为与行政裁决和立法有关。实际上,对公民和国家的权力(利)的适度调节,不能仅仅局限在这个范围之内。对国家和公民的适度保障,也不可能仅仅通过将私法(private law)规则适用到本不由其调整的事务上就能实现。…”接着,他说道:“法律上的平等对待,只有在双方当事人事实上地位大致平等时,才能产生正义的结果。但是,正是由于前述(国家与公民)的不对等,就应当通过课赋责任与授予特权来确认国家及其机关的地位强弱。…”他又指出:“因此,涉及行政机关的契约问题,只是有关国家和公民关系这一更广泛的问题的一部分。如果接受行政契约的观念的话,就要求同时接受对国家及其机关的特别对待,而不论这种特殊性从哪个地方界分。而且,接受行政契约的观念,还不可避免地会在事实上涉及根本的变化,涉及要接纳实质上的公法体系的需求。鉴于在我国有关行政机关签订的契约的法律被认为极其重要,但却又仍然处于发展初期,与此相关联的就是要进一步推进公法的发展。”^①

尽管在当时,米彻尔的呐喊在强大的戴西的“背景理论”(background theory)下被淹没了,但在近来出现在政府当中的契约“革命”(contractual “revolution” in the government)却显现出与米彻尔某些观点相合的实践。据哈罗(C. Harlow)和劳林斯(R. Rawlings)的观察,现在在英国已经出现了为数不少的特别规则,更为有意义的是,出现了公法与私法相混合的规则体系。其中的原因,正像他们所指出的,如果(对契约的法规范问题的)基本关

^① Cf. J. Mitchell, *The Contracts of Public Authorities*, London: L. Bell, 1954, pp. 7, 22-23, 242-244. Cited from Carol Harlow & Richard Rawlings, op. cit., pp. 214-215. 关于米彻尔的观点,进一步参见, J. Mitchell, “The Causes and Effects of the Absence of a System of Public Law in the United Kingdom”(1965)*Public Law* 95; “The Constitutional Implications of Judicial Control of the Administration in the United Kingdom”(1967)*Cambridge Law Journal* 46.

注是,将政府放到私法程式上去运作,会削弱司法对公共利益的监督的话,那么,最好的解决办法就是,不仅将(公法与私法)这两种制度结合起来,而且鼓励公法与私法原则相互交融,取长补短(cross-fertilisation)。因为单一的法律体系在控制具有混合特征的行政(mixed administration)上显然不如混合的法规范体系来得有力,来得有用。^①

追寻政府合同的法的规范的历史发展过程,正像上面分析所揭示的,本来就是建立在普通规则之上的,只是因为在这类契约中兼具了公法与私法调整的关系的特征,也就是含有一定的公法因素,才不得不适用一些特别规则,出现与普通合同逐渐分道扬镳的趋向,但这并不改变其原来适用普通规则的事实。综上所述,我们可以基本上得出结论,英国政府合同原则上援用普通合同法规则,是其法治观念导致的结果,是历史形成的产物。美国与澳大利亚政府合同受英国的影响,与英国的情况基本相同。^②

我以为,普通法的经验,以及上述哈罗(C. Harlow)和劳林斯(R. Rawlings)对政府合同的法规范适用的洞察,对我们解释行政契约中法的适用也是非常有价值的。不要忘了行政契约本来就是将私法上的契约观念援用到公法上来的结果,更不要忘了就是在现在我们所公认的行政契约当中还有相当一部分契约形态,特别是“混合契约”形态,至今还保留有很多的私法的成分,被私法所规范着,也正是在这个意义上,私法被毫不迟疑地适用到这类契约之上。当然,在这个意义上的私法适用,从本质上讲,仍然是调整那些存在于“混合契约”当中的私法关系的需要,这与在完全是属于公法关系的契约事项上援用私法的原理与规律的情况,还是有一定的不同。

在现代以法律结构上明确区分公法与私法为特色的大陆法系国家,从历史上看,早先却也是对公法与私法不加区别的。据基尔克(Gierke)的考察,在德意志的法的历史上,在整个中世纪都没有认识公法与私法的观念上的区别,一切人与人之间的关系,自邻近者间的交易关系以至王与国民间的忠诚关系,都被视为可包括于一个相同的单一种类的法里。^③ 美浓部也举出

^① Cf. Carol Harlow & Richard Rawlings, op. cit., pp. 250-251.

^② Cf. S. D. Hotop, *Principles of Australian Administrative Law*, North Ryde, N. S. W. : Law Book Co. Ltd., 1985, p. 445.

^③ Cf. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, I, S. 28. 转引自[日]美浓部达吉:《公法与私法》,黄冯明译,周旋勘校,1~2页,台北,商务印书馆,1963。

日本王朝时代最完备的成文法典大宝令和武家法的贞永式目为实例,说明在日本历史上也是如此。^① 作为历史比日本更加悠久的我国,历史上更是刑民不分,这在几乎所有介绍中国法制史的书籍中都已成为定论。而上述历史早期表现出来的法规范的浑然一体而不加区分的现象,其实是很耐人寻味的,特别是着重从法规范解决问题的效果这一角度去思考,对于我们理解公法与私法的共通性,也是颇有意义的。

之后,随着社会分工的日益复杂和国家职能的不断扩大,原先的一体化的法规范也开始出现了“公”的和“私”的分化。而公法与私法的观念源自古老的罗马法,之所以在后来又被大陆法国家重被拾起,作为“法的秩序之基础”(借用基尔克(Gierke)的话),根据美浓部的研究,主要是因为作为国家法的实在法的发达,是为了“究明现实的国法的内容”所必要的,也是由于“究明国法之应用的实际上的必要”。^②

既然在实在法上存在着公法与私法的结构,当然也就存在着它们彼此间的相互关系问题,这也是长期以来聚讼不休的地方。在这个问题上,德国行政法学者作了开拓性的、也较深入的研究,形成了否定、肯定与折中三种不同的见解。其中,奥托·迈耶(Otto Mayer)是根本否定在行政法上有适用民法规定的可能的,他认为,公法上虽亦有财产、地役、雇佣、损害赔偿等用语,但是,以权利主体不平等为基础,和私法关系不同,故应在公法原理上寻求妥当的解决,而不能类推适用民法规定。佛烈得尼士(Friedrich)和革赫(Gehe)的见解则与奥托·梅耶相佐,均肯定行政法可以援用民法规定。佛烈得尼士认为,公法和私法有着共同适用的法理,因此,可以援用私法规定。革赫在肯定公法与私法有共同原理的前提下,认为私法是以个人利益为重,而公法以社会利益为重,因此,在法律规定上,公法有其特别规定,但除此特别规定外,私法规定可以类推适用于公法。俄滋(Goez)比佛烈得尼士更注重行政法的特殊性,其观点介于前两种见解之间,可以说是一种折中的观点。他认为,私法规定,类推适用于公法关系者,非无限制,除关于财产请求

① [日]美浓部达吉:《公法与私法》,黄冯明译,周旋勘校,1~2页,台北,商务印书馆,1963。

② [日]美浓部达吉:《公法与私法》,黄冯明译,周旋勘校,3~6、17~22页,台北,商务印书馆,1963。关于公法与私法区别在法学上的价值,还可参见蔡志方:《公法与私法之区别——理论上之探讨》,见《行政救济与行政法学(二)》,台北,三民书局,1993。

权者,可类推适用,或公法上直接间接设有可类推适用之规定外,限于合于公法之目的者,始可类推适用。^① 目前较为学界所普遍接受的观点是,行政法与民法各有其特殊性,不能任意援用民法规定,但民法中表现为一般法理的,且行政法对该问题未作特殊规定的,则可以援用。我亦倾向于这种观点。^②

其实,对公法能否适用私法规范的问题,如果从历史的观点来考察,更容易获得理解。从历史沿革看,公法与私法,以及分属于公法与私法中的部门法的发展情况却各自是非常不相同的。行政法属于公法范畴,但因其与政治联系紧密,向来被法学家视为应审慎规避的君主的保留领域。直到近代之前,行政法一直是相对不发达的。自罗马法以来整个大陆法传统几乎都集中在私法方面。^③ 直到19世纪起行政法才开始兴盛,其研究与规范的领域也逐渐扩展,并向原本属于私法的领域渗透。为完成行政职能,政府还经常借助私法上的手段。在这种背景下,对于已经由私法表现出来的法的一般原理,行政法自然可以予以援用。

正是出于对这种历史发展的深刻认识,有的学者指出,私法与公法有着共同适用的一般法理,只是因私法发达较早,遂被认为是私法所独有的法理,这种法理其实亦可直接适用于公法。^④ 这种见解是颇有见地的。美浓部也认为,尽管公法与私法有着各自的特殊性,应遵循各自不同的规律,但这个事实并不否定公法与私法之间有着共通性,在此共通性的限度内,当然可以适用共同的规律。但由于公法关系中“还没有像民法那样的总则规定”,因而“本来以专求适用于私法关系为目的而规定的民法总则,便在许多地方非解释为类推适用于公法关系不可。”接着,美浓部更进一步更正说,“正确地说来,那并不是私法的规律适用于公法关系,而系公法关系遵守与私法关系共通的规律。”^⑤

① 林纪东:《行政法》,29~30页,台北,三民书局,1984。涂怀莹:《行政法原理》,184页,台北,五南图书出版公司,1990。

② 我曾就民法抗辩事由在行政法中的援用问题作过初步的分析。余凌云:《关于行政赔偿责任限制的探讨》,载《法学家》,1994(6)。

③ [美]格伦顿、戈登和奥萨魁:《比较法律传统》,米健译,66页,北京,中国政法大学出版社,1993。

④ 林纪东:《行政法》,30页,台北,三民书局,1984。

⑤ [日]美浓部达吉:《公法与私法》,黄冯明译,周旋勘校,205、206、220页,台北,商务印书馆,1963。

其实,在我看来,民法原理之所以能够援用到行政法领域(或行政契约)中的根本原因,除了上述历史渊源外,更主要的是在于行政法所调整的特定社会关系或者在个案中所遇到的特定问题与民法有着相似性,比如,在行政赔偿与民事赔偿、行政契约与民事合同等领域,在对这些类似问题的处理方式上援用民法所表现出来的共同法理,能够使这些问题得到较圆满的处理,并达到较为满意的效果。

(二)援用民法原理的范围与程度

在具体运用行政契约或行政审判中,判断援用民法规定的范围与程度的两个标准是:第一,行政法未作特别规定,且与行政性相容;第二,处理行政契约关系所依据的法理与民法原理有着共同性。只有同时满足这两个标准,才能适用民法规定。

上述两个标准是从行政法上援用民法原理的理论基础中推导而出的。行政契约所形成的法律关系为行政法律关系,这种法律关系的属性决定了适用法律的专属性,且在依法行政理念的支配下,排斥适用其他类别法律的可能。由此结论可反推出,只有行政法未作特别规定者,且更进一步,即使行政法未作特别规定,适用民法规定也不致产生与行政契约的行政性不相容结果者,方有适用民法规定之可能,否则如果发生与行政契约行政性不尽相容的情况,则必须考虑对民法规定作若干修正,以消弭不相容性。这是一方面。另一方面,行政契约所表现出的法律关系只有与民事合同关系有着相似性,且处理这些关系所依据的法理具有共同性时,才有援用民法规定的可能。

概括而论,在行政契约中可以援用民法规定者,择要列举如下:

(1)要约与承诺。要约与承诺为合意的两个基本环节,为行政契约所必需,民法上有关要约与承诺的到达、生效或变更等规定原则上也适用于行政契约,只是由于行政契约作为实现行政目的的手段,由行政性决定,要约多由行政主体发出,而由相对人承诺。

(2)契约自由。契约自由是合意产生的前提,因而在行政契约中也能适用,但受依法行政理念以及合行政目的性原则的制约,契约自由适用的范围

和程度要受到限制。^①关于这方面的问题,我在前面关于公法领域存在契约关系的可能性的论证中已经作了较充分和详尽的分析。

(3)行为能力。缔结契约无疑要求缔约人具备行为能力,否则会导致契约无效。

(4)代理。代理是行政法与民法上都存在的现象,用美浓部的话说,就是代理的观念为公法与私法所显著共通之处。^②政府作为组织,其订立契约必须通过政府官员或其他代理人,如果政府官员或其他代理人在其权限范围内为政府订立契约,则在法律上视为政府自己缔结契约,这与民法上的代理原理是一样的。

但是,并不是说,民法上所适用的代理规律和原理都可以毫无更改地同时适用到公法上的代理,一个明显的例证就是,如果政府官员超越权限签订契约,那么能否像民法上的越权代理那样,要求其对外承担法律责任呢?英国上诉法院在 *Dunn v. Macdonald* 案中明确指出:“代理人在为被代理人签订合同时应对权利的担保(warranty of authority)负责,这一原则不适用于由行政官员代表政府签订的合同。”^③关于判案的理由则不尽相同,查尔斯法官(Charles J.)认为,如果要求行政官员承担责任,则违反公共政策。而上诉法院却认为,在该案中根本就不存在违反授权问题。^④但韦德(Wade)和福赛(Forsyth)却对上述见解提出批评,他们指出,这会产生“如果代理人超越权限,那么政府和代理人都不承担责任,而法律也没有提供正义所要求的救

① 在普通法国家,契约自由原则在政府合同中的适用也要受到限制,以英国为例,普通法上的契约自由(freedom of contract)要受到成文法的若干修正:(1)1977年通过的《不公平合同条款法》(the Unfair Contract Terms Act 1977)规定,行政机关(包括中央政府)意在排除或限制其过失或违约责任的条款无效;(2)行政机关(包括中央政府)缔结合同时,必须遵守法律关于禁止非法性别或种族歧视的规定;(3)近年来政府政策的一个重要内容就是通过在公共服务中引入竞争机制来提高效率,因此也会对行政机关缔结契约的自由产生一定的约束。除上述成文法限制外,普通法本身也形成了一些限制:(1)行政机关就独占性事业颁发许可证的行为要受到司法审查,目的是对先契约阶段行为(precontractual activity)进行控制;(2)普通法已关注到这样一个事实,即行政机关的先契约阶段行为通常是根据规章、政策和指示作出的,因而法院对上述规则的内容、适用及解释也要本着公平的原则进行审查。Cf. Peter Cane, *An Introduction to Administrative Law*, Clarendon Press, Oxford, 1992, pp. 255, 261.

② [日]美浓部达吉:《公法与私法》,黄冯明译,周旋勘校,97页,台北,商务印书馆,1963。

③ Cf. David Foulkes, *Administrative Law*, Butterworths, 1982, p. 363.

④ Cf. P. P. Craig, *Administrative Law*, Sweet & Maxwell, 1994, p. 683.

济”的后果。^① 我以为,除非行政官员自己以个人名义向对方担保,或者存在恶意越权,或者对方明知与其签订合同的行政官员不具有合法权限而与之签订合同等情况外,从维护行政官员积极、主动行使权力的公共政策的角度,应当免除其个人责任,但应由政府对受到损失的善意相对方进行必要的赔偿。在前述所指的不免除行政官员个人责任的情况下,在求偿秩序上应是,先由政府对善意相对方因契约无效所造成的损失进行赔偿,然后再向有责任行政官员追偿。

(5) 契约的效力。关于契约的效力问题,民法上有契约的有效(valid)、无效(void)、可撤销(voidable)以及效力待定之说。从理论上讲,对行政契约的效力的分析应该也同样逾越不出上述四种态样,如果说会有什么差别,那也只能是因为两种契约的本质差异而在具体内容上有所取舍。当然,从德国的立法与实务看,在确认契约无效与可撤销上也曾有些许龌龊与周折,但在司法审判上还是终究顽强地将两种情形区分开来了。^②

对有效行政契约的研究,其实就是归纳行政契约必须符合的各种合法的要件。吴庚教授认为,行政契约的合法要件原则上与私法契约的合法要

^① Cf. H. W. R. Wade & C. F. Forsyth, *Administrative Law*, Clarendon Press, Oxford, 1994, p. 835. 但在马来西亚,根据《政府合同法》第8条及行政诉讼法第29条(1)的规定,在政府官员无权签订合同时,对其代表政府签订的合同,政府和官员个人均不承担责任。Cf. M. P. Jain, "Administrative Law of Malaysia and Singapore" (1989), *Malayan Law Journal*, 562.

^② 德国《联邦行政程序法》认为,行政契约的效力只在有效与无效之间,没有可撤销之说。其理由不外乎是基于契约严守之原则(pacta sunt servanda),只要一经订定,就应尽量使其有效。但这种立法政策却受到学者的批判,批判的要点是,这样一来,很多的契约瑕疵都会因为要尽量维持契约的有效而被掩盖,这却与依法行政的要求不符。值得注意的是,德国的行政审判与地方立法都突破了上述联邦法的约束,比如,德国北部的斯勒斯威荷尔斯坦邦(Schleswig-Holstein)1979年3月19日修正公布的《邦行政法典》,就在行政契约的有效与无效之外,另创一种性质上相当于限期撤销或撤回的所谓不生效力(Unwirksamkeit)。更加有意义的是,德国联邦行政法院也认为,违法行政契约的效果不只限于无效一种,违法行政处分不同的效果,原则上也适用于行政契约。参见吴庚:《行政法之理论与实用》,377~378页,台北,三民书局,1996。我的看法是,行政契约既然作为一种与行政行为相同的规制手段,从理论上讲,也应当在上述效力问题上具有与行政行为一样的效果。辛格(M. P. Singh)也指出,行政契约像行政行为一样,也可以是有效、可撤销或无效。和可撤销的行政行为一样,可撤销的契约在因契约当事人提出而被撤销之前是有效的,而无效的契约像无效的行政行为一样自始无效。Cf. Mahendra P. Singh, *German Administrative Law: in Common Law Perspective*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 1985, p. 52. 而且,我以为,更为主要的是,确认行政契约的可撤销,而不是一味地归于无效,也有利于行政契约的稳定,而且,能够减少交易的成本。

件相同。^①我也深以为然。既然如此,对行政契约合法要件的归纳,当然也可以套用私法契约的合法要件,大致不外乎缔约机关须有权限(相当于主体行为能力);契约系双方真实合意的结果(近似于意思表示真实);契约不违反法律或者公共利益,其中的具体内涵则与私法契约有些不同,而且我也已经在分散于本书的相关部分当中作了介绍。

在援用民法上对契约无效的规定时,我们应当认真地汲取德国在这方面的深刻教训。德国1973年《行政程序法》中明确规定,公法契约如准用民法规定之结果无效者,无效(第59条(1))。然而该规定却引发了激烈的争议,其原因在于,民法对契约无效原因的规定过宽,^②与行政法上需尽量维持行政契约稳定性的思想相冲突,因此,德国行政法院尽二十余年之努力,尝试通过判例逐项检讨民法无效规定能否准用于行政契约中,然而至今尚未形成全盘性判断标准,仅能就个别案例类型为利益之衡量。^③从德国的经验可以看出,民法规定的无效原因的确可以援用到行政契约中来,但是,必须解决援用的范围和程度问题。

所幸的是,最近我国通过的《合同法》对契约无效原因经过几番讨论之

^① 吴庚:《行政法之理论与实用》,375~377页,台北,三民书局,1996。吴庚博士将行政契约的合法要件归纳为:(一)须缔约之机关有权限;(二)须依法定方式;(三)契约内容须不抵触法律;(四)须符合法定程序。

^② 德国行政契约准用民法上列举的契约无效原因,计有:(1)契约当事人未达法定年龄或患有精神病;(2)契约当事人认为有某种内心的保留(mental reservation)或缺乏严肃性(seriousness),比如,隐瞒意图,意思表示虚假等;(3)契约违反法定形式;(4)契约违反法律禁止的事项;(5)契约违反公序良俗(good morals);(6)契约意在提供一种依照在契约订立之时的客观的标准看任何人在身体上或法律上都不可能提供的利益或者服务(it aims at an impossible benefit or service which from an objective standard applied at the time of making the contract no one could physically or legally carry out);(7)契约缔结所依据的事实存在错误;(8)契约当事人对自己因错误(mistake)、错误的信息(wrong communication)、恶意欺诈(malicious deception)、胁迫(threat)而表示的同意表示异议;(9)契约由无权代理人缔结。Cited from Mahendra P. Singh, op. cit., p. 52.

^③ 林明锵:《行政契约法论》,载台湾大学《法学论丛》,第24卷第1期。

后确定的几项原因,^①比如,一方契约当事人以欺诈、胁迫的手段订立合同,损害国家利益的;恶意串通,损害国家、集体或第三人利益的;以合法形式掩盖非法目的的;违反法律、行政法规的强制性规定的;等等,并不像德国的那么宽泛,似都可适用到行政契约之上。^②

已如前述,行政契约上亦当有可撤销之情形,比如,行政机关出于对对方履行契约的条件的重大误解而与对方签订的契约,或者因为行政政策的改变而必须撤销已签订的契约等。

在契约的效力待定问题上,行政法与民法虽然都有类似的现象,但具体的事由却是不一样的。在行政法上,一般是因为契约尚待有关机关批准或者契约涉及第三人权利而有待于得到其同意,使得契约的效力处于未定状态,此时契约并非无效,而是给付不能(Leistungsstörung)。^③而民法上所列

① 其实,在我国统一的《合同法》出台之前,原有的《民法通则》与《经济合同法》在对合同无效的立法上存在着不相协调甚至矛盾之处。具体批评意见,参见王家福主编:《民法债权》,327~328页,北京,法律出版社,1991。在我国统一的《合同法》的草拟过程中,依据汇集了当时民法理论研究成果的《合同法》建议草案(载梁慧星主编:《民商法论丛》第4卷,北京,法律出版社,1996),其中所列举的合同无效的原因,计有:违反公序良俗;违反法律;合同标的不能确定;合同标的不能;双方代理;自己代理;表见代理;法定代表人越权行为;狭义无权代理。其范围就与德国的情况一样,过于宽泛,未必见得都适用于行政契约。举一例,在上述民法理论上认同的合同无效原因中,违反公序良俗就不能适用于行政契约中,理由是,据民法权威学者的见解,“公序”(公共秩序的简称)不但包括法律规定的秩序,而且还包括作为现行法秩序的基础的根本原则和根本理念;“良俗”(善良风俗的简称)主要限定在性道德及家庭道德的范围内。参见梁慧星:《市场经济与公序良俗原则》,载《民商法论丛》第1卷,北京,法律出版社,1994。以行政法角度审视上述界定,则一方面与行政法的内容体系没有多少关联(突出表现在“良俗”上);另一方面,行政法所确立的公共秩序均是由法律构筑的,这是依法行政理念的基本要求和体现,行政机关与相对人缔结行政契约也必须在这个限度内进行,行政契约容许性理论集中地反映了这一要求,而且,从行政程序上作了保障与制约。因此,在行政契约无效制度的设计上,无法或无需采纳这种原因,而且这种原因如在行政契约效力的判断上加予以适用,也易过分扩大法官的自由裁量权,且不利于行政契约的稳定。

② 根据有关研究,特别是德国的立法,对于不对等契约来说,除了上述民法规定的无效原因外,行政契约无效的情况还有:(1)以行政契约取代行政行为时,与其内容相同的行政行为为无效的(an administrative act with the corresponding contents would be void)。(2)有相同内容的行政行为不只是在程序和形式上违法,而且契约当事人也明知其违法。该条是为了防止当事人故意规避法律(a deliberate circumvention of law)。(3)和解契约(compromise contract)欠缺前提条件的。(4)在双务契约中,行政机关允诺考虑不为该契约性质所允许的因素(in a reciprocal contract the authority promises a consideration not permissible under such contract)。Cf. Mahendra P. Singh, op. cit., p. 53.

③ 吴庚:《行政法之理论与实用》,377页,台北,三民书局,1996。

举的事由,在行政法上原则上没有适用的可能。民法上出现合同效力待定的情况大致有,一是主体有问题,比如,未成年人或限制民事行为能力人签订的合同,其效力有待其法定代理人的追认;二是代理上有问题,比如,无权代理,表见代理,其效力须经本人确认;三是客体有问题,比如,无权处分人对他人财产的处分,须经权利人的承认。^① 上述第一种情况,可以想见,在现代公务员制度日趋发达之际是不会出现的。第二种之不适用,已如前述。第三种因有违依法行政之要求,故应认定契约无效。

(6)不可抗力。在民事合同中,双方当事人可以因不可抗力的发生而免除各自履行契约的义务。不可抗力这一免责事由,也同样适用于行政契约中。对此,无论在理论上还是立法都予以肯定。立法实例如,北京市制定的《农业联产承包合同条例》(1989)中就明确肯定,因自然灾害等不可抗力的原因,致使承包合同部分或全部不能履行的,允许变更或解除承包合同,并可依法免除责任(第18条第3项)。

七、确保行政目的实现的实体权利义务配置

从实践中反馈回来的情况表明,当前在行政契约中的实体权利义务的分配上,存在着严重的不合理。据调查,目前,在缔结行政契约中处于弱势的一方当事人,往往被迫接受一些不合理的条件,特别是在政府与国有企业之间达成的承包协议书中,对企业的义务规定很多,而对企业的权利及应当享有的优惠条件却规定很少,并设有种种限制性条款,与此相反,政府享有的权利却很多,承担的义务很少。另一方面,对政府出现的政策不到位或财政拨款得不到保证等问题,缺少有力的监督。^② 对相对人在契约履行中以原约定条款不明确等为由而拒不执行政府政策的行为,政府却束手无策。正是因为实践中存在这些问题,促使我们应尽快理顺行政契约制度中双方当事人权利义务的配置关系。

^① 全国人大法制工作委员会民法室编著,孙礼海主编:《中华人民共和国合同法立法资料选》,50、153页,北京,法律出版社,1999。

^② 钢剑:《适应市场经济需要加快行政程序改革——市场经济与行政程序课题调查报告》,载《中国法学》,1995(2)。

行政契约作为行政法上的手段,是为政府推行行政政策、实现行政目的服务的。因此,我们考虑行政契约中实体权利义务的配置模式时,应将基点确定为:既能有效地促成行政契约所预期的特定行政目的的实现,同时又以实现特定行政目的必需原则为限度,禁止在权利义务上的不合理连结。而特定行政目的能否顺利实现,涉及契约中双方当事人对契约履行的态度及行动。为促成行政机关所预期的行政目标的完成,就必须赋予行政机关在契约中适度的主导性权利,同时积极发挥相对一方对行政机关履行义务的监督作用。^①

(一)行政机关适度的主导性权利

1. 必要性

以确保行政契约所预期的特定行政目的的实现为原则的权利义务配置,首先要求在行政契约中赋予行政机关主导性权利。这是因为一方面,行政契约所预期的行政目的,为行政机关的职责范围,并由其所拟订,赋予其主导性权利,能够使行政机关导引行政契约的缔结与履行向着其所期望的方向发展。另一方面,也是出于潜意识中对私人能否实际履行契约的某种程度的不信任。^②这种思想在西方国家行政契约制度的构建中都得到了不同程度的反映与确认。法国行政法在公共利益需要观念上构建了以确认行政机关具有普适的特权与经济平衡原则为特征的实体权利义务配置模式;西班牙法赋予缔约机关包括基于公共利益原因进行单方解释、变更和废除契约在内的“极多的”特权(“exorbitant” prerogatives);德国行政法在倾向通过当事人彼此约定方式确定权利义务配置方案的前提下,基于公益性之考量,允许行政机关享有例外的特别权利;普通法国家行政法上也开始出现以标准合同条款形式确认行政机关主导性权利的趋势,并以法院判例调整原有契约确定的权利义务配置。

^① 鉴于规制“不对等契约”为行政契约制度构筑的重点,且其对权利义务分配具有特殊性要求,能鲜明地体现出上述权利义务配置思想,因此,在本文标题下,我着重对“不对等契约”中的权利义务配置模式进行探讨。

^② 从西方的情况看,这种顾虑始终挥之不去,甚至成为反对将公务承包出去的理由。Cf. P. P. Craig, *Administrative Law*, Sweet & Maxwell, 1994, p. 109.

当然,对于应否赋予行政机关在行政契约中主导性权利,在理论上并非不存在任何异议。我国台湾在行政程序法草拟中,对行政契约制度与规范的设计上欲吸收借鉴法国行政法上的确认行政机关在契约中享有普适的特权理论,却招致有的学者的批评。批评的要点在于,法国行政契约上述理论过度强调保障行政机关,致使行政契约欲使人民与行政机关立于相对平等地位共同协商解决问题的初衷受到极大挑战,且会降低人民与行政机关缔结行政契约的兴趣,增加人民在缔约时存在的潜在危机与不确定性。^①

但在我看来,导致上述台湾学者所担心的问题的症结,实际上是将民事合同理论、概念、命题作为认识行政契约的标准与视角,这显然是不适宜的。的确,行政契约这种行政法的行为方式需经双方意思表示合致才发生法律效力,而且,在法律构筑的许可范围内,允许双方协议创设(行政法上)权利义务关系,所有这些恰好与契约的基本特征相契合。但是,这种契约模式毕竟是行政法的产物,它所发展的轨迹以及制度上的设计则完全走上了与民事合同不同的道路。就“不对等契约”而言,其与民事合同的最重要的区别在于地位的不对等性。在“不对等契约”中双方协商解决问题的可能性是通过行政程序加以保障的,而不是通过彼此地位的平等来保证的。而且,行政契约之所以能够吸引相对一方的地方,是因为对相对一方来讲有利可图或者有协商余地,比行政命令来得柔和且具有弹性。因此,对行政契约中双方权利义务的配置,特别是在应否许可行政机关享有主导性权利问题上,不应以民事合同理论作为批判的依据。

恰恰相反,赋予行政机关主导性权利正是对民事合同理论批判的结果。在这个问题上,普通法国家是有着较为深刻的教训的。以英国为例,由于英国法中政府合同规则主要是在普通法合同规范和理论的框架内构筑起来的,没有发展出类似法国行政契约制度那样的独立的制度与原则,特别是行政机关普适的特权模式。但是,仅借助普通合同制度中的撤销权或中止权,却无法圆满地完成政府合同的特定任务,从而暴露出以合同方式规制结构的弱点。奥格斯(Anthony Ogus)就曾尖锐地批评道:“尽管立法上赋予行政机关对相对人不遵守合同条款有权撤销或中止合同,但这在大部分案件中

^① 林明锵:《行政契约论》,载台湾大学《法学论丛》,第24卷第1期。

仅是一种空洞化的威胁,因为行政机关不可能在有限的时间内寻找到合适的替代履行合同义务的人。”^①

正因为此,普通法国家近年来出现了承认政府在政府合同应享有特权(privilege)的理论论说和立法倾向。其中特别明显地体现在政府建筑工程合同(government contracts for building and engineering works)的一般条款(general conditions)之中,当中赋予了工程监督官员(superintending officer of the works)和行政机关的高级官员大量的与契约有关的决定权和指导权,而且其中很多权力还是终局性的,在仲裁时不能进行审查。比如,对工程的施工方式、工程变动(the variation of works)和重新施工(re-execution of works)等问题发布指示的权力,对因政府行使提前终止契约的权力(the exercise of the Government's general power of premature determination of the contract)而给契约相对方造成的特殊困难进行评估的权力,对契约中的反贿赂条款(anti-bribery clause)的解释和效力发生争议时进行裁决的权力,等等。^②从中我们可以看到上述有些特权与下面我们将要介绍的行政契约中的主导性权利极其相像。^③

我国由于行政契约理论框架尚未形成,尽管出于实践需要,在立法中一定程度上意识到,要以确保行政目的实现为指导思想配置权利义务,但因受到民法与经济法的强烈影响,这种思想未能得到始终的贯彻,并进而对行政契约实践带来负面效应。更有甚者,在最近一段时间,中央电视台在每晚黄金时间播出的新闻联播和“焦点访谈”节目接连报道某些地方公共工程质量问题,点名批评一些工程监理部门不尽职责,将不符合标准的劣质工程胡乱放行,埋下公共安全的重大隐患,甚至已经造成严重损害后果。与此同时,表扬某施工队为加强内部质量控制而提出“预防胜于补救”的口号。从这些报道来看,似乎行政机关对契约的履行和工程质量的控制只能靠施工单位

^① Cf. Anthony Ogus, *Regulation — Legal Form and Economic Theory*, Clarendon Press, 1994, p. 332.

^② Cf. Terence Daintith, “*Regulation by Contract: The New Prerogative*”, Collected in D. J. Galligan(ed.), *Administrative Law*, Dartmouth, 1992.

^③ 有意思的是,在英文中用来表述上述合同中的特权的词是“power”而不是“right”,翻译到中文来,就是“权力”而非“权利”。但我以为,基于契约产生的权利,不论具有多少单方性的色彩,仍然与来自法律的权力有着本质的差别,因此,一般来说,还是用“权利”的称谓更加妥当些。

的“自律”,而自己却束手无策、无所作为。这是不是也反映了当前人们对行政机关在行政契约中可以享有主导性权利知之甚少呢?因此,有必要对我国现行行政契约制度中行政机关的权利义务配置进行深刻反省与批判,确立行政机关的主导性权利。

但是,我也不同意那种不加批判地完全仿效法国行政法的普适性特权模式的主张,因为这种不依赖双方事先约定的普适的特权,与契约要求双方当事人合意产生彼此权利义务之本质不符,且有使行政契约性质更趋向于单方行政行为的危险,故不可取。而且,从我国行政复议与审判反馈的信息表明,在实践中行政机关不经协商单方变更解除行政契约所导致相对人权益损害的现象比较严重。^①如果肯定法国式的普适的特权,无疑会助长原已存在的这种不良倾向。我们还可以引用辛格(Mahendra P. Singh)的一段评论作为反对全面无条件援用法国模式的进一步的佐证。辛格认为,在坚持合法性以及在契约中保护个人不受行政行为的侵害方面,德国法似乎要优于法国法。可能是德国法没有像法国法那样允许国家有对行政契约的(普适的)控制手段吧。^②因此,我主张在我国行政契约制度中确立适度的、有节制的行政机关主导性权利。

2. 具体权利

从制度构筑上,为确保行政契约所预期的特定行政目的的实现,必须在权利义务配置中,确认行政机关享有对契约履行的指导与监督权;对不履行契约义务的相对一方的直接强制执行权、直接解除契约权;对违约构成违法的相对一方处以行政制裁措施的权力;单方变更与解除契约的权利;对行政契约的解释权等主导性权利。这些主导性权利在行政契约订立时是作为强制性条款规定的,对相对一方来说,要签订合同,就必须接受。

^① 张志华:《南漳县政府授权政府法制机构严肃查处村级行政组织单方面撕毁经济承包合同案件》,载《行政法制》,1996(3)。另,中央电视台焦点访谈节目曾报道,在广西壮族自治区的某乡,乡长与乡政府的个别干部为了自己创收,擅自解除农民与乡政府签订的三十年不变的承包协议,将原由农民承包的这片土地转由他们自己承包,种植甘蔗,当年即获利10多万元,这一举动引起当地农民的强烈反感与指责。

^② Cf. Mahendra P. Singh, *German Administrative Law: in Common Law Perspective*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 1985, p. 55.

(1)对契约履行的指导与监督权

赋予行政机关对契约履行的指导与监督权,对于督促相对一方切实履行其所承担的契约义务,减少因履行而产生的纠纷,保证行政契约的执行向着行政机关所预期的方向发展,具有极其重大的意义。而行政契约能否得到实际执行反过来又会对行政契约的缔结程序产生有意义的影晌。对此,奥格斯(Anthony Ogus)曾有过精辟的论述,他指出:“如果申请人知道不必一定要遵从合同条款,那么就会促使他们作出过于乐观的投标,从而损害‘公平竞争’的理念。”^①

法国行政法上就主张行政机关对行政契约的履行应起主导与监督作用,以切实督促相对一方履行契约义务。其理论基础是,缔结行政契约的目的在于满足某种公共利益,在公共利益所需要的范围内,行政机关对行政契约的履行必须具有特权。^②这种思想表现在具体权利义务的配置上,就是行政机关对行政契约的履行享有指导和监督权,相应地相对人就负有接受或忍受的义务。

我国在行政契约实际运作中,对此也有较深刻的认识,比如,农业部在“关于加强农业承包合同管理的意见”(1992年9月12日由国务院批转)中指出:“目前,全国共签订3亿多份农村承包合同。几年来,各级人民政府及其农业主管部门始终把农业承包合同管理作为巩固农村改革成果,维护农村的安定团结的基础工作来抓,在指导合同签订,进行合同鉴证,监督合同履行,调解处理合同纠纷等方面做了大量深入、细致的工作。……(使)农业承包合同的完备率由1986年的43.3%上升到1990年的77.1%,兑现率由77%上升到91.2%,纠纷率由6.4%下降到3.2%。”

在行政契约立法中,这种权利也得到了相应的确认,比如,在国有土地使用权出让和转让立法中就明确规定,土地管理部门有权对土地使用权的出让、转让、出租、抵押、终止进行监督检查(《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》(1990)第6条)。

(2)对不履行契约义务的相对一方的直接强制执行权

德国与法国行政法都认识到强制执行是保证行政契约实际履行所必需

^① Cf. Anthony Ogus, op. cit., p. 333.

^② 王名扬:《法国行政法》,186页,北京,中国政法大学出版社,1989。

的强制手段。为加强行政机关的强制力度与能力,均肯定应赋予行政机关直接强制执行权,但在具体制度设计上却采取了不同的模式。

德国行政契约制度通过允许契约双方当事人^①在契约中约定“自愿接受假执行”(Unterwerfungunter die sofortigeVollstreckung)来使行政机关与相对人对等地获得强制执行权。^①这种理论见解导源于德国行政法上“根据法律行政原理”,依照“法律保留原则”,政府行政必须要有法律上的依据,尤其是对公民权利和自由侵害时,更是如此。而行政契约中的权利义务是双方约定产生的,因此,对相对人不履行契约义务,行政机关不能直接采取强力手段,对契约义务执行的强制力只能来源于双方的事先约定。在程序操作上,准用《联邦行政执行法》(*the Law on Administrative Enforcement*)和《行政法院法》(*the Law of Administrative courts*)。

法国行政法上认为,不论行政契约中双方是否约定,行政机关对不履行契约义务的相对人可直接依据职权行使强制执行权,而无须事先请求法院判决。这种见解的理论基础是,行政契约的行政性决定了应优先保证公务的实施。但与此同时,法国行政法注意对相对人进行行政程序上的保护,表现为:在实施强制执行措施之前应遵循催告程序;允许相对人向行政法院申请救济。^②

我国行政法理论与立法对行政契约中的强制执行问题较少涉猎,为数不多的法律及文件规定的制度模式是,(至少是法条字面上给人的印象是),双方当事人均享有对对方的强制执行权,但在该权利行使的资格上有所不同,例如,国家计划委员会、国务院生产委员会、物资部、中国人民银行在1991年2月6日发出的《关于解决履行国家指令性计划产品合同有关问题的通知》中规定,计罚滞纳金和由银行划付所欠贷款作为提高国家合同兑现率的两种强制措施,当事人可以直接实施;而《全民所有制工业企业承包经营责任制暂行条例》(1988)则要求应由当事人取得法院的裁决后始能请求

^① 德国行政法关于行政契约强制执行的理论见解有三种:(1)双方当事人均得以契约证书为执行名义,即时请求执行;(2)行政机关得即时请求强制执行,但人民应经法院之判决,以判决书为执行名义,始得请求强制执行;(3)契约当事人如未于契约中订明“自愿接受即时执行”者,对之均须经过诉讼取得执行名义后,始得强制执行。德国《行政程序法》采纳了第三种理论见解。参见翁岳生:《行政法与现代法治国家》,223页,台北,台湾大学法学丛书编辑委员会编辑,1979。

^② 王名扬:《法国行政法》,188~189页,北京,中国政法大学出版社,1989。

强制执行。

我以为,在对行政契约强制执行制度的构建与思考中,应从行政契约是推行特定行政政策的手段这一认识出发,将保证特定行政目标的实现作为制度模式选择的首要决定因素和必须达到的目标来加以考虑。因此,在强制执行制度的设计上,我倾向赋予行政机关直接强制执行权。这是出于对通过法院裁决取得强制执行资格的制度模式的批判的结果,即后一种模式中诉讼程序的繁杂与费时,会阻碍特定行政目标的及时实现、造成对公共利益的损害。但不宜仿效法国行政法上将行政机关的直接强制执行权视为普适的权利的制度模式,因为这与行政契约的契约属性是不相符的。而德国行政法上强调这种强制执行权必须事先由双方当事人约定,这比较符合契约需经合意的本质要求。因此,在制度建设上应将行政机关的直接强制执行权作为签订行政契约所必须接受的条件加以规定。但对德国行政法上将直接强制执行权通过双方约定方式在双方当事人之间均等分配的做法应予以批判,理由是,在行政契约实际操作过程中,行政机关可能因行政政策等方面的考虑,而在客观上表现为对契约义务的不作为或迟延履行,如果允许相对一方直接强制执行,则可能对公共利益造成损害。因此,对这种情况应先交给法院判断与裁定,然后再由相对一方申请强制执行。

(3)作为制裁手段的直接解除契约权

在法国,解除合同是最严厉的制裁,由于导致采取这种制裁措施的原因是相对人不履行契约义务,因此,相对人要对其违约独自承担这种不利益结果,在这里,经济平衡原则不适用。^①我国行政契约立法中也普遍运用解除合同这种制裁手段,比如,在国有土地出让中,土地使用者如未在规定的期限内缴纳土地使用权出让金,政府有权解除合同(《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》(1990)第14条)。在国有企业承包经营中,承包方如经营管理不善完不成承包经营合同任务,发包方有权提出解除合同(《全民所有制工业企业承包经营责任制暂行条例》(1988)第20条),但对这种制裁措施是否在程序上必须先取得法院裁决上规定不明确。我以为,作为制裁措施的直接解除契约权,应在相对一方严重违约,且具有时间上的急迫性,如

^① 王名扬:《法国行政法》,190页,北京,中国政法大学出版社,1989。

不迳行解除契约,将对公共利益造成不可挽回之重大损害时,才允许使用。在一般情况下,应申请法院裁决,取得执行名义。

(4)对严重违约构成违法的相对一方处以行政制裁措施的权力

允许行政机关对违约相对人采取行政上的制裁措施,这是我国行政契约立法中较为突出的特色。这种责任的基础不是契约约定责任,而是法律从行政管理角度为保障契约义务必须履行而施加相对人的法定责任。比如,在治安管理处罚担保协议中,担保人故意放纵或者指使被裁决拘留的人阻碍、逃避复查或审理的,公安机关可以该行为构成教唆他人阻碍执行公务而对其进行治安处罚;被裁决拘留的人逃跑逾期一个月的,其所交的保证金予以没收(公安部《关于治安管理处罚中担保人和担保金的暂行规定》(1986年)第4条、第9条)。在国有土地出让合同中,对于土地使用者未按出让合同规定的用途和条件开发利用土地的,土地管理部门可处以地价款总额5%的罚款,对在规定期限内拒不纠正的,土地管理部门无偿收回土地使用权,没收地上建筑物、附着物(《深圳经济特区土地使用权出让条例》(1994年)第52条)。在全民所有制工业企业承包经营合同中,对承包方违约,要视情节轻重追究企业经营者的行政责任(《全民所有制工业企业承包经营责任制暂行条例》(1988年)第24、25条)。这种由法律直接授权行政机关实施行政制裁措施的权力配置模式,解决了困扰西方国家行政契约制度运作中以约定为产生基础的制裁手段软弱与不足的问题,能够更加有力地保证行政契约目的的实现,因而在行政契约立法中值得肯定与延续。

(5)单方变更与解除契约的权利

众所周知,在行政行为理论上,行政机关对于有瑕疵的行政行为可以主动予以撤销,甚至对合法的行政行为,也可以衡量公共利益之所在,自动废止。但在行政契约上,依据“契约必须执行”(pacta sunt servanda),原则上要求双方当事人必须同样遵守契约上的约定。那么,如何解决行政契约稳定性与情势变迁的协调问题,为行政机关根据实际需要而灵活导引行政契约履行进程提供权利上的根据?这在行政契约理论上是比较突出而重要的问题。

在法国法当中,整个行政契约理论的核心思想是公共利益居于优越地位(predominance),行政机关可以根据公共利益的需要,随时变更契约履行

标的、内容或者解除契约,但从平衡相对人利益的角度,法国行政法又创立了“经济平衡原则”(le principe d'équation financière),以便使公共利益和私人利益获得较良好的协调。在这方面,法国行政法上存在三个较重要的理论,一是管理(supervision)原则;二是统治者行为(fait du prince)理论;三是不可预见(imprevision)理论。

根据管理原则(the principle of supervision),允许行政机关对契约条款作有利于公共利益的调整与修改。^①较为典型的事例是,在特许契约中,行政机关有权重新确定提供服务或者工作的性质(character),以满足变化的公共利益的要求。^②这种权力不是契约为行政机关特别约定的权利,而是来源于行政法的一般原则。但这种权力的行使会导致相对人履行契约的成本增加,因此,法律又赋予相对人经济上要求补偿的权利,并要求行政法院对这种权利予以保护,以维持契约财产上的平衡。这样的制度安排,保证了行政契约这种方式能够始终保持对相对人的吸引力,同时也从经济角度制约了行政机关随意变更或解除契约的可能性。

统治者行为理论(fait du prince theory)有些类似于英国侵权法中的“国家行为”(act of state)。行政机关可以实施某些政府行为,这些行为的实施和行政机关所享有的契约上的权利没有联系,但却对相对一方造成了影响,除了政府行为是一般立法,对所有公民均产生同等影响外,受损害的当事人有权得到金钱上的赔偿,或者增加对消费者的收费。^③

不可预见理论(theory of imprevision)是指在契约缔结后,由于不能归责于行政机关的意外事件的发生,致使相对一方继续履行契约会造成对其不利益,但公共利益又需要契约继续履行的,行政法院将强制相对一方履行契约义务,与此同时,相对一方有权就其额外付出,要求行政机关赔偿。对于特许契约(concession),补偿也可以采取允许契约相对一方有权提高向消费者收费的标准的方式。这一理论在著名的 Compagnie Generale D'Eclairage de Bordeaux(CE 30 March 1916)案件的判决中得到了行政法院

① Cf. P. P. Craig, *op. cit.*, p. 706.

② Cf. John Bell & Neville Brown, *French Administrative Law*, Oxford University Press Inc., 1993, p. 196.

③ *Ibid.*, pp. 197, 198. Also Cf. P. P. Craig, *op. cit.*, p. 706.

的支持。^①但现在这一理论较少被援用,因为在行政契约中,一般都对诸如通货膨胀或货币贬值等情况加以明确规定。^②但是,在某些情况下,如果援用不可预见理论仍不足以补偿相对一方,那么法国行政法上将这种情形称为不可抗力(*force majeure*),允许解除契约。例如,在 *Compagnie Des Tramways de Cherbourg*(CE 9 December 1932)案中,受特许人已经濒临破产,但如果再提高电车票价,该公司将失去顾客。行政法院认为,这种原因不是当事人双方权利所能克服的,且缔结合同的目的(以合理的价格经营电车服务业)已遭破坏,因此,这属于不可抗力。

德国行政法在处理契约执行的物质条件已发生实质性变化(*materially change*)所引发的契约履行问题上,兼收并蓄了法国行政法的“不可预见”原则(*the principle of Imprevison*)和普通法的合同落空学说(*the doctrine of frustration*),^③创设了情事变更原则(*Clausula rebus sicstantibus*)。即“缔结契约人于契约缔结后,情事发生重大变更,不能期待其继续履行契约者,得解除契约”。

德国没有像法国法那样赋予行政机关普适的单方变更或解除契约的权利,也没有像法国法那样允许行政机关在考虑公共利益的必要性之后强制契约必须履行。而是基于对解除契约为不得已之手段的认识,鼓励当事人先协商调整契约内容,以应情事之变更,只有在不能调整或者不能期待于当事人之一方调整时,始得解除契约。在程序操作上是采取双方协商,协商不成,再诉诸法院。但基于行政契约系以履行行政目的为其任务之考虑,也赋予行政机关为公共利益单方解除行政契约的权利,但这种权利只能在防止或免除公共福祉之重大损失时才能行使,而且,相对方也能因此取得损害赔偿的救济。为更好地维护缔约人的利益,德国法还要求,除非法规另有其他方式之规定,解除契约应以书面为之,并说明理由(*supported with reasons*)。

① 在该案中,行政区(*commune*)与煤气公司签订为该镇街道照明提供煤气的合同,但后由于第一次世界大战初期法国北部煤田被德国占领,致使煤炭价格在十五个月中由每吨 35 法郎涨到每吨 117 法郎,如果煤气公司不相应提高价格,仍按原合同履行,则会招致破产,因此,行政法院判决该煤气公司继续履行合同,但允许其提高煤气价格。

② Cf. John Bell & Neville Brown, *op. cit.*, pp. 198, 199; Also Cf. P. P. Craig, *op. cit.*, pp. 705, 706.

③ Cf. Mahendra P. Singh, *op. cit.*, p. 53.

出于尽量维护契约稳定的考虑,德国法律对变更或解除契约条件作了较严密的规定。首先,要求契约执行的实质条件发生了为双方当事人在缔约时所未曾预料的变化,这种变化既可以是事实上的变化,如价格或费用标准的改变,技术的、科学的或医学知识(technical, scientific or medical know-how)上的变化,也可以是法律上的变化,比如,新的立法的实施,出现新的司法判决或行政实践(administrative practice),只要这些变化对契约的履行具有直接影响就行。而且,上述变化对于当事人具有极重大的意义,如果当事人在缔约时知道这些变化,将不会接受相同内容的契约。其次,上述变化是实质性的,以致难以预期契约当事人恪守原先的契约,因为坚持原先契约不放,也就意味着违背诚信原则(the principle of good faith)。^①

英国行政法上,在遵从普通法上“契约必须遵守原则”的同时,也努力为行政机关将来根据公共利益的需要突破原来承诺的契约义务寻找理论根据。早在19世纪的R. v. Inhabitants of Leake案中就清晰地提出“不相容检验”(the incompatibility test)理论,^②这在澳大利亚行政法上称为“执行必需原则”(the doctrine of executive necessity)。而福利国家的出现以及提供某种公务的机构的相应增长,增加了这一理论运用的概率。建立这种理论模型的核心是,在行政机关缔约必要性和公平对待另一方当事人,以及确保所缔结的合同不会拘拌其他法定权力行使的需求之间建立平衡,解决契约义务与行政权行使的冲突。^③在个案中,判断是否存在“不相容”,这实际上是事实问题(factual question)。判断的规则是合理预测,即能否明显地、合乎逻辑地断定在合同和法条间会产生冲突?如果发现合同规定的行政机关

^① 翁岳生:《行政法与现代法治国家》,222~223、247~248页,台北,台湾大学法学丛书编辑委员会编辑,1979。Also Cf. Mahendra P. Singh, op. cit., pp. 53-54.

^② 这是克雷格(P. P. Craig)的见解。在R. v. Inhabitants of Leake案中,专员(commissioners)确定某块土地供排水使用,且已用于这种用途25年了,但后来专员决定将这片土地收回改用作公路,在这个案件的判决中,帕克法官(Parke J.)阐述了“不相容检验”问题。Cf. P. P. Craig, op. cit., p. 699。但霍托帕(S. D. Hotop)则认为,“执行必需原则”源于罗沃雷特法官(Rowalatt J.)在Rederiaktiebolaget Amphitrite v. R.案中的判决。在该案中,一个瑞典船主得到英国政府的承诺,如果其装运批准的货物,则该船将不被扣押,但该船主照办后,该船仍被扣押了,因此,该船主以英国政府违约提起诉讼。Cf. S. D. hotop, *Principles of Australian Administrative Law*, North Ryde, N. S. W.: law Book Co. Ltd, 1985, p. 446.

^③ Cf. P. P. Craig, op. cit., p. 700.

义务阻碍了行政机关将来行使法律赋予其的权力,那么这个合同条款不可避免地要被法院宣布无效。

如果个案中出现“不相容”,应如何处理?英国实务上是判定该与法定权力不相容的条款无效,行政机关可不受约束,对当事人不予赔偿。这种实务态度遭到学者的批评,学者多倾向主张应由行政机关承担对由此受到损害的当事人赔偿责任,但对责任的理论基础存在着论争。霍格(Hogg)认为,“不相容检验”理论仅说明发生与法定权力不相容的政府合同不能被执行,但并不意味着相对人不能因行政机关违约(breach of the contract)而要求获得损害赔偿(damages)。^①哈洛(Harlow)在《公法与私法:没有区别的定义》(“Public” and “Private” Law: Definition Without Distinction)一文中暗示,在Cory案中适用了自我导致的合同落空(self-induced frustration),^②因而要按这种原因寻求赔偿。克雷格(P. P. Craig)对上述两种观点都持批评态度,他认为,在寻找解决方案时,应当注意到行政机关实际上是起着“公的”(public)及“私的”(private)两方面作用,因此,行政机关绝对不能许诺因为会影响已签订的合同而不行使法定的或普通法上的权力。正因如此,从逻辑上无法推出行政机关违约的结论。而合同落空的说法也是不成立的,因为当事人不能依靠由于自己行为导致的合同落空。与米切尔(Mitchell)的看法一样,克雷格也认为,法国的救济所提供的灵活性值得重视。^③而英国判例中所使用的越权、无效,使人感到似乎以最初存在无效为借口来推脱政府应承担的赔偿责任,而且,英国法律在这方面也的确缺少对相对一方赔偿的规定。尽管在一些标准合同中已出现规定允许政府单方修改合同,同时对相对一方给予补偿的趋势,但这还不普遍。因此,他主张借鉴法国的统治者行为理论,并将之奉为法律原则。^④

我国行政立法上对行政机关契约义务与行政权行使的协调问题的解决

^① Cf. Hogg, *Liability of the Crown*(1971), Chap. 5 Argues for this solution. Cited from P. P. Craig, op. cit., p. 703.

^② Cf. Harlow, “‘Public’ and ‘Private’ Law: Definition Without Distinction” (1980) 43 *Michigan Law Review* 241, 248-249. Cited from P. P. Craig, op. cit., p. 704, and note 136.

^③ Cf. J. D. B. Mitchell, *Contracts of Public Authorities*, London, 1954, p. 192. Cited from John Bell & Neville Brown, op. cit., p. 196.

^④ Cf. P. P. Craig, op. cit., pp. 703, 706.

思路,受到民法理论极强烈的影响,比较明显的例证是,当政府对税种、税率和指令性计划产品价格作重大调整时,行政机关还必须与相对人协商变更企业承包经营合同(《全民所有制工业企业承包经营责任制暂行条例》(1988年)第19条第1款)。这种制度的设计显然是基于与民法相同的契约当事人地位平等的思想,因而招致一些学者的批评。批评的要点在于,协商制度会妨碍行政目的的及时实现,损及公共利益。出于公共利益的考虑,应赋予行政机关单方变更或解除契约权。这些学者也承认这种单向性权利配置给予行政机关的自由裁量权过大,可能导致权利的滥用,但他们认为,可以通过建立经济平衡原则,形成经济上的反向制约机制,以及在行政救济中以“公共利益”必要性为衡量标准,来有效地控制行政机关的这种权利。^①

上述批评的角度实际上是以法国行政契约理论为衡量标准的。那么,法国行政契约理论上的普适的单方解除与变更契约权是否就一定适合我国的行政契约实践?在变更与解除过程中是否就必须排斥协商的可能?对此,我是有疑问的,行政复议与审判反馈的信息表明,在实践中行政机关不经协商单方变更解除行政契约所导致相对人权益损害的现象比较严重。^②如果一味排斥协商,而肯定行政机关单方变更解除权,则极可能助长实践中存在的这种不良倾向。诚然,正像米彻尔所指出的,经济平衡原则的存在本身将为个人权利提供保障,阻止行政机关随意行使权力。^③换句话说,就是可以在一定程度上形成对行政机关行使变更解除权随意性的制约。但是,这种制约的功效要得以发挥,必须将因行政机关公务员滥用变更解除权所导致的财政上的不适当或不必要支出,与该直接责任人的行政责任紧密挂钩,并有有效的监督机制作保障。但从我国目前的行政监察制度的实际运作看,是难以达到这种高度系统化、协作化的程度的,这就决定了上述措施的局限性。我也承认,通过裁决的积累会对行政行为模式产生制度化的反制作用,从而达到一定抑制行政机关随意性的作用,但是,我们也必须注意到,行政救济制度所起的保障却往往是事后的。谈上述两种措施的局限性,

① 刘莘:《行政合同刍议》,载《中国法学》,1995(5)。张树义:《行政合同》,126~130页,北京,中国政法大学出版社,1994。

② 反映这方面情况的材料和文件比较多,比如前引张志华文。

③ Cf. J. Mitchell, *The Contracts of Public Authorities*, London: L. Bell, 1954. Cited from Carol Harlow & Richard Rawlings, *Law and Administration*, Butterworths, 1997, p. 214.

并不是要否定建立这两种制度的必要性,而是意在通过这两种制度的不足,来论证在我国行政契约变更解除理论的构筑中应当保留协商机制。从正面角度讲,保留协商制度,也能够为双方提供一个较理想的交流意见的场合与空间,减少日后的不必要的摩擦。因此,我认为,不应全盘否定目前我国行政契约变更解除制度中的协商,而应当在保持和发挥该制度效益的前提下,根据行政契约优先实现公共利益的目标模式特点,考虑完善变更解除制度。反映在具体制度建设中就是,遇到情势变迁,行政机关可以与相对一方协商改变契约内容或标的,或者解除已完全失去履行可能的契约。如果行政契约的变更解除具有急迫性,为防止或免除公共利益遭受重大损失,也应允许行政机关享有单方变更解除权,但为了保障相对人的合法权益,必须要求行政机关书面作出变更解除的理由说明。

当然,与此同时,要将我国行政契约立法中已经出现的“经济平衡原则”作为保障相对人利益的制度化措施加以肯定,^①在权利配置上,就是赋予那些经济利益受到行政机关变更解除权行使影响的相对一方要求相应补偿的权利,并提供有效的行政救济。中央电视台收视率颇高的“焦点访谈”节目就曾报道过两则消息,从一正一反两个方面说明了补偿对于“经济平衡”的重要意义。一则是“焦点访谈”(1999年1月28日)节目中报道了一起发生在无为县镇河村的土地承包纠纷案。基本案情是这样的,村里强行收回农民的承包田,改为养蟹苗,据说此举有助于将低产田改造为高产田。但村里对农民的补偿不够,每亩每年只补偿180元,而农民种粮每年却可收入400元/亩,因此,承包农民普遍不满。在该案中,尽管中央有承包土地30年不变的政策,但是,村委会为了提高土地的使用效率,提前解除承包契约,从行政契约的理论上讲,应当是允许的,这有点类似于法国的管理原则(supervision)。但是,我们还必须注意到,农民参加到行政契约中来(与村委会缔结土地承包合同),并不是没有自身的利益要求,更何况有的农民可能已经在承包的土地上进行了投资。在这种情况下,公共利益的实现就不能

^① 例如,《北京市农业联产承包合同条例》(1989年)第19条就规定,为实施土地利用规划、产业结构调整,需要调整农村承包者所承包的土地,或者因生产条件发生重大变化,为提高土地产出率和劳动生产率,确需变更承包经营方式时,发包方(农民集体经济组织)在解除或变更承包契约的同时,应对承包者在原承包项目上的基本建设和所增设备、设施的投资、投工给予补偿;对承包者的可得利益给予适当赔偿;对需要另行安排就业的劳动力给予合理安排;对口粮没有来源的保障供应。

以牺牲相对一方(农民)的经济利益为代价,否则行政契约将失去对相对一方的吸引力。因此,在保证公共利益优先满足的前提下,应对相对人(农民)因保证特定行政目的优先实现(提高土地的使用效率)所作出的经济利益上特别牺牲进行必要的、相当的补偿,以维持行政契约中两种利益间的平衡。该案之所以会引起农民的非议,问题的关键就在于补偿没有做好。与该案成鲜明对照的是中央电视台“焦点访谈”节目(1999年2月23日)的另一则报道:紧挨着无为县镇河村的巢湖钓鱼乡芦塘村也曾提前收回承包土地改为养蟹苗,但那里的农民却是高高兴兴地配合村委会和乡政府的决定。其中的原因就在于给农民的补偿是每亩每年800斤稻,相当于每年600元/亩。

(6)对行政契约的解释权

在行政契约的履行过程中,有可能发生双方对原订契约条款理解分歧或条款规定不明确的问题,这就必须解决对契约解释权的配置问题。基于行政契约是推行行政政策的手段,而行政机关对行政目的的理解具有权威性之考量,可以考虑将解释权赋予行政机关,但与此同时,为保障相对人合法权益不致因为行政机关滥用解释权而受到侵害,应允许相对人申请行政救济。

行政机关除了具有上述主导性权利外,还可以通过行使要求违约金和赔偿损失的权利,从消极方面来促成行政契约所预期的行政目的的实现。在法国,行政法上就比较强调以金钱制裁(包括违约金和赔偿损失两种形式)形成对相对人的心理强制,迫使其因顾忌承担上述责任而自动履行契约义务。^①英国行政法上亦认为,对不履行义务的受特许人施加金钱上的制裁(financial penalties),不失为一种有吸引力的解决办法,近年来议会也就此进行了立法。^②我国对行政契约立法中,也普遍将违约金和赔偿损失作为追究契约当事人不履行义务的责任形式。^③但是,这种制裁手段并非为行政机

① 王名扬:《法国行政法》,189页,北京,中国政法大学出版社,1989。

② 英国1990年颁布的《广播法》第41条、第55条、第81条、第110条、第120条授权独立电视委员会(Independent Television Commission)对领取许可证者的初次违法行为处以不超过后者在上一个会计年度里所获取的限制收入的3%的金钱上的制裁,如再犯,处以5%。Cf. Anthony Ogas, op. cit., p. 333, and note 86.

③ 立法实例见,《农业技术承包责任制试行条例》(1984年)第24条;《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》(1990年)第14条、第15条;《地质矿产部地质勘查单位承包经营责任制办法》(1991年)第19条、第21条等。

关所独有,而是在双方当事人之间进行平等的分配,行政机关对这种手段也不能单方直接以强力方式行使。

(二)相对一方对行政机关履行义务的监督权

我们承认行政契约所预期的特定行政目的能否顺利实现,的确,在很大程度上取决于行政机关在行政契约中是否享有能够主导契约履行进程的权利。但与此同时,也不能忽视相对一方对契约履行所具有的潜在的积极作用,也应从权利义务的配置上积极促成这种效用。

如果对我国行政契约实践作较深入的考察,不难发现,通过缔结行政契约方式所预期的特定行政目标能否实现,在很大程度上也取决于行政机关能否自觉履行其所承诺的契约义务,特别是行政机关承担义务的履行与相对一方义务的履行有着内在的联系,是后者能否履行契约义务的前提条件时,更是如此。然而,从实践中反馈回来的信息却表明,行政机关在履行契约义务方面尚不够理想,比较能揭示这一问题的例证是,粮食合同定购与供应平价化肥、柴油及发放预购定金“三挂钩”政策的落实。国务院在1986年底安排来年的粮食合同定购时,就确定了“中央要专项安排一些化肥、柴油与粮食合同定购挂钩,每百斤贸易粮拨付优质标准化肥6斤、柴油3斤”。预购金“按合同定购粮食价款的20%发放”。不久,商业部、农牧渔业部、中国石油化工总公司又发布了具体的实施办法。但是,时隔数月,国务院又紧急下文,要求各级政府和国务院有关部门必须坚决落实粮食合同定购“三挂钩”政策。转年,国务院在总结1987年“三挂钩”政策的落实情况时还指出:“少数地方存在截留、克扣和挪用挂钩物资、预购定金问题,农民意见较大。”^①从中央一再下文中我们不难得出这么一个结论:有些政府部门在执行粮食定购合同中对履行契约义务的自觉性不够。

那么,从权利义务配置角度考虑,如何督促行政机关履行契约义务呢?目前实际运作的对策思路主要依靠强化内部责任制以及追究行政责任。以

^① 《国务院关于完善粮食合同定购制度的通知》(1986年10月14日);商业部、农牧渔业部、中国石油化工总公司《关于粮食合同定购与供应化肥、柴油挂钩实施办法》(1987年2月14日国务院批准发布);《国务院关于坚决落实粮食合同定购“三挂钩”政策的紧急通知》(1987年6月25日);《国务院关于完善粮食合同定购“三挂钩”政策的通知》(1988年1月3日)。

“三挂钩”政策为例,在商业部、农牧渔业部、中国石油化工总公司下发的《关于粮食合同定购与供应化肥、柴油挂钩实施办法》(1987年)中,要求“各级粮食部门要确定一位领导同志主管粮肥、粮油挂钩工作,并指定专人办理此项业务(办事人员确定以后,报上一级粮食部门备案)”“对挂钩化肥调拨、供应必须从上到下逐级划清责任”“哪一级出现问题,哪一级负责”。国务院在《完善粮食合同定购“三挂钩”政策的通知》(1988年)中又强调,“各省、自治区、直辖市人民政府,要尽早把挂钩政策、挂钩标准和实施办法一起向农民宣布,并实行分级、分部门的责任制,认真抓好落实”。在上述两个文件以及国务院《关于坚决落实粮食合同定购“三挂钩”政策的紧急通知》(1987年)中都提到,对截留、克扣、私分和挪用的单位和人员,“要认真查处,该处分的必须给予必要的处分,触犯刑律的要绳之以法”。我以为,在行政内部层层分解细化责任的基础上,形成对失职者追究行政责任的内部监督与制约机制,在一定程度上是能够督促行政机关工作人员履行契约义务。但单凭这一措施,还不足以有效地保证预期效果的实现,上述实践已充分地证明了这一点。因此,还必须考虑建立外部的督促与制约机制,反映到具体制度的设计上,就是允许相对一方享有向法院申请强制执行,以及要求赔偿因行政机关不履行或迟延履行义务所造成的损失的权利。

以上,我们只是围绕着确保行政契约所预期的特定行政目的实现这一中心,探讨了具有普遍性意义的权利义务配置,并没有囊括所有的权利义务。我们不否认,在具体个案中,依据特定行政契约所欲达到的行政目标,还可能存在其他方面的权利义务,但这些权利义务基本上是因案而异的,仅具有特殊性、个别性。

还有必要指出的是,我们谈行政契约中实体权利义务要按照保证特定行政目的优先实现的原则来配置,但并不等于否定,在契约当事人之间具有反向性目的追求的行政契约中,还存在以保证相对一方参与契约所预期的利益实现为目的的权利义务配置,比如相对人要求报酬权等。鉴于行政契约实践反映出这方面权利义务的 settings 与实施的效果还不尽人意,例如,在农村粮食定购合同履行中,给农民打白条的现象还比较严重;在国有企业承包契约中,对企业享有的权利和优惠有时规定较含糊,且要求必须经有关部门批准,实际上是拖而不办或根本落空。因此,在制度建设中还必须特别注意

这个层次上的权利义务配置与实施,否则将极大地挫伤相对一方参与行政契约的积极性。

总之,行政契约作为推行行政政策与实现行政目的的手段,必然内在的决定与要求,在契约中双方的权利义务的配置是不均衡的,表现为向行政机关一方的权利倾斜和向相对一方的义务倾斜。但是,这种倾斜的程度应当有一定限度,也就是,应以实现特定行政目的所必需为衡量与判断标准,不得施加给相对一方与实现特定行政目的无关或不必要的义务或权利,也不能随意扩大行政机关的权利或令其承担不必要的义务,从而使契约中双方的权利义务的分配趋于合理。^①

八、对行政契约的程序规范与控制

在现代行政法发展历程中,发生了一个具有革命性意义的观念突破,即从过去的只注重行政行为结果的合法性与正当性,转向对产生这种结果的过程和程序的合法性与正当性的关注。这是因为,在长期的行政执法实践中,人们发现良好的法律规范并不一定能够产生良好的效果,而抑制性的司法审查对这种产生过程有时又往往无济于事,将原来对行政行为控制的注意点,从事后的审查救济转移到事中的程序规范上,则是解决问题的较佳选择。

从行政程序法上规范和控制行政契约的行使的实践源于德国。促成这种实践的动因,一方面,是德国行政程序法上将行政契约视为对外发生效力的行为,基于对外行政手续的理论模式的考虑,欲在行政程序法中统一协调行政官署依单方意思表示所为高权行为与契约行为。^② 另一方面,在立法及

^① 在这个问题上,德国行政法院在处理“连结负担”时所采取的判决立场与态度值得注意,即对于行政机关在许可建筑商开发新社区时,与建筑商缔约,让后者承担在新社区内兴建幼稚园、小学及公路等公共设施,这是否属于违反“法律保留原则”,额外增加相对人负担?对此,德国行政法院的见解是,该行政契约不违反法律禁止性规定,且兴建幼稚园等义务是开发社区的附带内容,因而不属于法律所禁止的不正当的“连结负担”。参见陈新民:《行政法学总论》,269页,及注21,台北,三民书局,1997。

^② 翁岳生:《行政法与现代法治国家》,208~209页,台北,台湾大学丛书编辑委员会编辑,1979。

理论上承认行政契约的缔结基础存在着不对等(集中体现在“隶属契约”上),同时也认识到,这又极易导致行政契约运用的失控,因此,必须从行政程序上予以预防性规范。^①

欧洲共同体在追求建立统一市场的目标过程中,也以正当程序为手段,消除成员国在公共工程与采购中事实上存在的对外国企业的歧视。欧共体通过颁布《公共工程令》(the Public Works Directive 71/305)、《公共供货令》(the Public Supplies Directive 77/62)等指令,确立了超过规定数额的合同应予公告,以便所有成员国中对此感兴趣者都能够参加投标;禁止在合同文件中使用技术性规格(technical specifications),偏袒国内企业;签订合同的强制性程序;明确签订合同的实体标准等具体程序要求。这种程序立法对英国等成员国的政府合同制度产生了深远的影响。^②

在我国行政契约框架的构建中,出于保证行政机关所预期的特定行政目标的达成的考虑,在处于隶属关系的当事人间缔结的契约中,需要维持双方的不对等状态,以及赋予行政机关较大的主导性权利,而这在实际操作中又引发了诸多失范的实例。因此,在法律制度的设计和具体运作上,应当考虑借助行政程序来进行规范与控制。

行政程序之所以为现代行政法,或者更进一步说,为行政契约制度所倚重,是因为行政程序作为行政决定的规范流程,能够提供各方交易的理想空间,促进意见疏通,扩大选择范围,调和彼此的利益;能够消除地位不对等的隔阂,使处于弱势的一方能够自由地表达意见,实现合意的自由;能够通过课加行政机关程序上的义务和赋予相对一方程序上权利,使行政机关主导性权利的行使合乎理性,从而保证由此作出的行政选择是最有效益的。正因行政程序通过排斥行政恣意,使处于弱势的相对一方的权益得到有力保障,才保证了行政契约扩大相对人参与行政决策与管理的思想得以实现。从这个意义上讲,行政程序的确具有法治国根本性作用。

为达到上述效果,在程序设计上就必须考虑为行政契约当事人以及利益受到该契约影响的其他人员提供一个自由交换意见的理想空间和场所,

^① [德]Fritz Ossenbuhl:《德国行政程序法十五年来之经验与展望》,董保城译,载台湾《政大法学评论》,第47期。

^② Cf. P. P. Craig, *Administrative Law*, Sweet & Maxwell, 1994, pp. 685, 689.

与此同时,建立限制行政机关恣意的制度。

(一)促进自由交流的程序

自由交流的空间与场所是以协商与听证制度为核心构建而成的。协商与听证制度使行政机关与处于从属或被管理地位的相对一方之间缔结行政法上契约关系的可能性转变为现实,也为行政机关主导性权利的正确行使提供了基础与保障。

协商的实质就是自由合意,是保证行政契约这种行政法上的行为方式从本质上符合契约根本属性的重要制度与措施。而且,取得相对一方对行政机关所欲推行的政策的理解和支持,以及协调可能发生冲突的公共利益和其他程序参加者的利益之间的关系,获得各方都满意的均衡方案,这一切活动都是通过协商制度来完成的。因此,协商制度在行政契约制度中占据着枢纽的位置,在行政契约的缔结、内容的形成以及执行等各个阶段都应当贯彻协商的精神。只有当行政契约的缔结对于行政政策的贯彻至关重要,而排斥行政机关或相对一方的选择性,^①或者在签订“规范契约”^②或契约内容为贯彻行政政策所必需时,^③协商才受到一定程度的限制。但即使在上述法律对契约订立或内容有强制性要求时,也不排斥在法律未作硬性规定的其他阶段上存在协商的可能性。反思我国行政机关对行政契约手段的把握与运用,却对理应构成整个行政契约制度的灵魂与基石的协商精神缺乏应有的关注和理解,在具体操作上就存在将行政契约与行政命令同构化的问题。对这种实践的不良倾向,应当予以彻底批判和扭转。

① 这种情况如,为使社会治安综合治理抓出成效,必须建立群防群治机制,推行治安责任制,各级综治委应当与各单位的法定代表人签订治安责任合同、房屋出租人与承租人必须与公安派出所签订治安责任书(《深圳经济特区社会治安综合治理条例》(1994年)第26条和第39条)。

② “规范契约”指内容均由法律明确规定的契约,如为被裁决拘留的人出具担保的担保人与公安机关签订的担保书;因卖淫嫖娼被收容教育的人遇有子女出生、家属患严重疾病、死亡或其他正当理由需离所时,由其单位或家属与收容教育所签订的担保书(《治安管理处罚条例》(1986年)第40条第2款,《关于治安管理处罚中担保人和保证金的暂行规定》(1986年))。

③ 法律仅对契约中为贯彻行政政策所必需的部分内容作明确规定的情形,比如,在全民所有制小型商业企业租赁合同中必须明确“国有资产评估后要对资产进行登记”“企业的所有制性质不变,国有资产产权隶属关系不变”“承租方必须缴纳租赁押金”(《关于全民所有制小型商业企业租赁经营国有资产产权管理的规定》(1989年)第1、9、11条)。

协商制度应当成为调和特定行政目标实现所可能引发的各方利益冲突的有效设置。在特定行政契约中,形成冲突的利益方,不仅限于行政机关与相对一方,还可能包括利益将受到契约影响的第三人。因此,在协商制度的构筑上,要考虑如何有效地吸纳与调整这种多边利益的冲突。德国行政法在这方面先行了一步,其设计思路是,在公法契约侵害第三人权利时,将得到该第三人书面同意作为契约生效的必要条件。^①这对于避免引起第三人对行政契约的异议与诉讼,降低行政成本,极具价值,值得我国仿效。以协商制度为契机,构建以契约当事人和利益受到契约影响的第三人为程序参加者、调整各方利益冲突的多极式(复方性)行政程序结构,应当成为今后行政契约制度乃至整个行政程序法制建设的目标。

为使协商充分、正当、有效,必须相应地建立事先公告制度、资讯公开制度和平等竞争原则以及招投标等适当的缔结契约方式等附属制度。事先公告的目的,是及时通知对契约感兴趣的人参加契约的订立,使可能受到契约影响的第三人能适时维护自身利益。资讯公开,使参加程序者能够了解有关订立契约的详细材料,使参与活动更加具有目的性。平等竞争原则,以及招投标等适当的缔结契约方式,对在具有多位竞争者中贯彻机会均等原则,反对“内幕交易”及裙带关系等腐败滋生,具有重要意义。

在充分协商基础上达成的协议,原则上应当以书面的方式确定下来。采取这种要式主义,能够用来作为防止与解决纠纷的良好的程序设置。杜根(C. M. Doogan)在分析澳大利亚政府合同很少引起诉讼的原因时,说了一句很耐人寻味的话,他说:“联邦合同条款所具有的细致特点,使缔约当事人对联邦的要求不存任何疑虑。”^②详细的书面合同能够明确与细化程序参加者的各自要求,预先杜绝彼此可能产生纠纷的根源;且一旦发生纠纷,也便于分清责任,加速调解、裁决的进程。

要式主义的这种价值也为各国所认识。德国《行政程序法》专门以“书面方式”为标题,规定了行政契约的缔结原则上应采书面形式。法国行政法上,虽然没有硬性将书面方式作为契约生效的必要要件,但依积久之惯例,

① 德国《行政程序法》第58条第1款。

② Cf. C. M. Doogan, *Commonwealth Administrative Law*, Australian Government Publishing Service Canberra, 1984, pp. 61, 62.

采取书面形式已呈一种趋势。^① 英、美等国政府合同制度中,也出现鼓励使用标准合同的倾向,认为这种标准合同能够起到统一作用,节省时间,而且便于推行政府政策。^② 印度法院通过对 Union of India v. Rallia Ram 及 Union of India v. N. K. (P)Ltd. 等案的判决,对印度《宪法》第 299 条第 1 款关于“联邦或州行使行政权签订的所有合同应由总统或州长明确签订”的规定作了解释,法院认为,该款的意思是,合同可以采取正式的书面形式,也可以采取其他行为方式。^③

但反观我国行政契约立法,有的法律仅对契约的订立作了要求,对缔约形式却未加规定(比如,农牧渔业部 1984 年 3 月 1 日发布的《农业技术承包责任制试行条例》中规定“承包双方必须经过充分协商,自愿签订承包合同”(第 4 条);国务院 1988 年 2 月 27 日发布的《全民所有制工业企业承包经营责任制暂行条例》规定“实行承包经营责任制,必须由企业经营者代表承包方同发包方订立承包经营合同”(第 14 条));有的法律对行政契约的缔结以及缔结形式一概未作规定(比如,1996 年 3 月 17 日八届人大四次会议通过的《行政处罚法》第 18、19 条对行政委托的规定)。虽然在实际运用上也存在采取书面合同形式的实例,但这种缺乏明示的要式主义要求的现实却引发了不少纷争。既然如此,我们为什么不在制度上采取成本较低的书面订立方式来预防纠纷的发生、减少契约履行的障碍呢?当然,不分契约的种类、大小,不管情况如何,都要求采取书面形式,而一概排斥采取电传或口头等其他形式,这种僵硬的态度显然也是不可取的,不符合实际需要以及效益原则。因此,法律应当为行政机关根据实际情况以及成本核算采取其他的缔约形式留有一定的选择余地。

对不履行契约义务的相对人的直接强制执行权、作为制裁手段的单方直接解除契约权以及单方变更权等主导性权利,虽然是在双方约定基础上产生的,但从这种权利行使的方式和效果上看,更接近单方行政行为。(但

① 罗传贤:《行政程序法基础理论》,286 页,台北,五南图书出版公司,1993。

② Cf. David Foulkes, *Administrative Law*, Butterworths, 1982, p. 351. Also Cf. S. D. Hotop, *Principles of Australian Administrative Law*, North Ryde, N. S. W: Law Book Co. Ltd., 1985, p. 445.

③ Cf. C. K. Thakker, *Administrative Law*, Eastern Book Company, 1992, pp. 479, 481.

要注意,其毕竟不是单方行政行为,不能将其从完整的契约行为当中分离出来、单独作为单方行政行为来处理,关于这一点,我在本编的第二、九部分都作了详细的说明)。因此,应构建听证制度来控制这种权利的行使,加强理性选择。听证的实质是行政机关与相对人就主导性权利行使而疏通意见,通过赋予相对一方的反论权,排除恣意,将决定建立在坚实的事实依据上。当然,为保证行政机关能考量公共利益而及时行使主导性权利,要尽量避免行政程序上的牵制,仅在涉及相对人重大利益时,要求行政机关必须举行听证。在其他情况下,则由行政机关自由斟酌是举行听证、还是用说明理由方式来替代。

(二)限制行政恣意的制度

行政程序中,限制行政恣意的基本的制度原理是,通过使行政机关承担较多的程序义务,赋予相对一方较大的程序权利,使相对一方转变为在程序中能与行政机关抗衡的主体,与行政机关之间形成平等对话与制约关系,来抑制行政机关的恣意。上述听证制度的构造,典型地体现出这种制度原理,而说明理由制度、公开制度、回避制度、教示制度等制度中所蕴含的程序上的权利与义务分配,则进一步强化了相对一方制约行政恣意的能力,促进了上述抗衡状态的形成。

说明理由是行政机关在存在多名符合资格的竞争者中间进行利益的分配时,对最终决定所作的依据解释,或者作为听证的替代方式,对主导性权利行使的理由进行书面的阐述。要求行政机关承担这种义务,能够使行政机关在作出决定时更加审慎,同时也便于对决定的正确性进行事后的审查和判断。在具体制度的构造上,英国的说明理由制度具有启发性意义。在英国,法律要求行政机关在订立契约时,对选择该人缔结契约的理由作出说明。并认为这种责任是对那些未被选中而有权要求行政机关作出解释的当事人所应当承担的义务。此外,行政机关还有责任提供一份更加详细的档案材料,对所采取的程序、选中的申请人以及选择的理由进行说明。^①

公开原则的价值在于增加程序参加人参与程序活动的目的性和针对

^① Cf. P. P. Craig, *op. cit.*, p. 689.

性,使契约活动的整个过程中出现的错误容易被发现和及时纠正。在行政契约的缔结以及执行阶段,除公开会损及公共利益情况外,行政机关有义务将所有与契约有关的情况予以公开,包括对拟将缔结的行政契约的基本情况、参加竞争的条件、资格的审查及甄选的结果等,以接受来自公众的监督,防止与杜绝“暗箱操作”。美国对政府合同中的公开制度作了较为完备且严格的规定,除公开有可能泄露国家秘密、使政府遭受严重损害、国际条约与协定有相反规定等情况外,必须将合同情况在一定媒介上公开,并规定反馈意见的时间。^① 法国行政程序上要求,行政机关必须将缔结行政契约的意愿向公众公开,以邀请投标者。违反该程序要求,将导致合同因越权而被撤销。^② 公开原则在我国行政契约法制建设中也得到了一定程度的承认,比如,人事部 1990 年 2 月 26 日发布《人事部门廉政建设暂行规定》中就规定,在聘用干部时要做到政策、报考条件公开,考试办法、成绩公开和聘用结果公开。建设部 1992 年 12 月 30 日发布的《工程建设施工招标投标管理办法》中规定,对于公开招标,要由招标单位(政府)通过报刊、广播、电视等方式发布招标公告。但适用范围多限于契约缔结阶段,这显然较为狭窄,还有待于继续扩大。

回避原则通过相对一方对执法主体中立性态度的挑剔,与执法人员的自我回避,来维护行政契约权行使的权威性和客观公正性。需要回避的情况包括:(1)行政机关工作人员和行政契约的缔结或执行结果有着个人的利害关系;(2)行政机关工作人员与参加竞争的相对人之间存在利害关系;(3)行政机关工作人员与受行政契约缔结影响的第三人有利害关系。

教示制度要求行政机关在作出影响相对人权益的决定时,应告知其寻求法律救济的途径与期限。这对于相对人及时维护自身权益,制止行政恣意,具有重要意义。

上述在听证与协商基础上由说明理由、公开、回避、教示等内容形成的制度构造,有力地促进了程序中的角色分化和独立,使相对一方在参加契约

^① Cf. Emmett E. Hearn, *Handbook on Government Contracts Administration*, Hearnassociates, 1987, pp.46,47.

^② Cf. John Bell & Neville Brown, *French Administrative Law*, Oxford University Press Inc., 1993, p.194.

活动的过程中实现了自我目的化,成为在程序中与行政机关相对立的具有一定功能的主体,从而有效地抑制了行政恣意。正因为行政程序具有上述功效,所以,必须硬性要求遵守。如果出现违反协商精神或未取得利益受影响的第三人书面同意就强行签订契约、在涉及相对人重大权益时不经听证即行使主导性权利、在作出影响相对人权益的决定时未说明理由、未按法律要求的书面形式缔结契约、以及违反公开、平等竞争、回避等原则等程序违法,对相对一方权益可能造成重大损害时,则将导致契约部分或全部内容的无效。^① 如果不向相对人说明救济途径及期限,则应允许相对人在较长的期限内保留诉诸救济的权利。

而另一方面,上级行政机关及有关机构的介入干预,对责任人员的归责机制,也能对限制行政恣意起到积极的作用。

在缔结行政契约时必须征得其他行政机关(多为上级行政机关)的核准、同意或会同办理的程序,也能在一定程度上抑制行政恣意,增加决定的正确性。这在行政法理论上称为“参与保留”。在德国,当行政处分作成时,如依法规定应有其他官署许可、同意或协同者,如契约的订立目的是代替行政处分,则此项契约只有在该其他官署依规定方式参与后,始能生效。^② 这种立法模式是着重从行政程序角度事先防止行政机关与相对人私下规避“参与保留”。法国行政审判上对“参与保留”的态度是,如果未获得规定的同意,那么行政契约无效。但如果合同当事人已经部分或者全部履行合同,那么其有权要求按照合理价格支付赔偿。或者合同当事人也可以针对上级机关拒绝同意的决定,向行政法院提起请求赔偿(recours en indemnité)或者撤销(en annulation)。同样,如果作出变动的行政机关也是合同的一方当事人时,当事人也可以对合同修改中公共权力的行使提出质疑(the contractor

① 德国在这方面的经验值得借鉴,德国《行政程序法》设专条对处于隶属关系当事人间缔结行政契约(隶属契约)时可能出现失控而预先从适用条件上加以规范(第55、56条),与此相呼应,遂专门规定“隶属契约”无效原因(第59条第2项),计有:与其相同内容之行政处分,将无效者;与其相同内容之行政处分,将不仅有第46条所称之程序上或方式上之瑕疵而违法,且此为订约人所明知者(此款设计意图在于预防当事人实施一种故意的法律规避(a deliberate circumvention of law));未具备缔结和解契约之前提要件,且与其相同内容之行政处分,将不仅有第46条所称之程序上或方式上瑕疵而违法者;使官署许诺依第56条不得准许之对待给付者。

② 德国《行政程序法》第58条第2款。

may question an exercise of la puissance publique in the modification of a contract: this is particularly so where the variation is made by that agency of the administration which was a party to the contract.)。^①法国的这种处理模式侧重于对善意当事人的事后救济,同时也兼顾了对公共利益的保障。

我国行政法上对“参与保留”规范的思路,与德国相近,但并不像德国那样,通过行政程序法的统一规定,对所有涉及“参与保留”的行政契约都作此要求,而只是在个别的法律对特定行政契约的规定中存在。比如,对于国有土地使用权的出让,市、县土地管理部门应与有关部门拟订出让地块的征地和拆迁补偿安置方案、土地使用条件、《出让国有土地使用权合同(草案)》,报同级人民政府审核;按出让国有土地使用权批准权限,经上级土地管理部门审查后,报人民政府批准;然后与受让人正式签订《出让国有土地使用权合同》。对于未经批准或者采取欺骗手段骗取批准,无权批准或者超越批准权限非法批准出让国有土地使用权的,批准文件无效,非法批准占用的土地按照非法占用土地处理(《国务院关于出让国有土地使用权批准权限的通知》(1989年);《出让国有土地使用权审批管理暂行规定》(1990年)第6、10条;《土地管理法》(1986年)第48条)。我以为,我国目前这种立法模式存在针对个案处理的局限性,而且对善意当事人的权利保障意识较差,建议在制度建设综合德、法两国的经验,既强调对所有涉及“参与保留”的行政契约的事前防范,同时又注意从保障当事人利益角度着眼,不将政府行政中出现的失误转嫁给善意的当事人。当然,如果当事人恶意与个别行政机关工作人员串通骗取批文,那么对其造成的损失,理应由其自己承担。

在涉及经济利益的行政契约中,审计机关对行政机关财务状况的周密审计,可以从经济上达到控制行政恣意、滥用权利的目的。在英国,由地方政府审计系统对地方行政机关缔结的合同情况进行有追溯效力的调查,是维护公益的一个重要控制措施。^②在我国,对国有企业承包经营中合同双方及企业经营者的财务状况,也要由国家审计机关及其委托的其他审计组织

^① Cf. John Bell & Neville Brown, op. cit., p. 200.

^② Cf. E. C. S. Wade & A. W. Bradley, *Constitutional and Administrative Law*, Longman, 1993, p. 745.

来审计。^①从实施的效果上看,也对遏制高估冒算行为,防止腐败,节约国家资产起到了较大的作用。例如,株洲市审计师事务所从1994年起连续三年对353个工程项目决算项目进行审计,挤掉了96.34%工程项目决算中存在的“水分”。^②

建立归责机制,对行政机关中故意或重大过失致使公益受到严重损害的责任人员追究行政乃至刑事责任,也能在一定程度上对执法人员造成心理上的制约,抑制其行政恣意与武断。英国议会监督专员选举委员会(the parliamentary select committee on the ombudsman)在最近的一个报告中,建议扩大议会监督专员(ombudsman)的权力,使其能够对政府合同签订程序进行调查,这项建议显示出该委员会对合同规制中存在的问题的敏感。^③我国有的学者也针对当前行政监察部门与行政合同缔结部门在对行政合同的管理和监督方面缺少沟通,没有发挥应有的作用提出了批评,要求加以改进。^④因此,完善行政监督机制应是行政契约制度建设的重要内容。

在行政契约制度构筑中,行政程序还被赋予了一项新的功能,这就是通过确认“行政契约容许性(或许可性)”理论来统一规范行政契约订定权,以弥补组织法上对行政约权规定的欠缺,保持行政契约固有的能够灵活地适应各种非常态案件的需要的特性。

当然,就各国行政机关订立契约权的规范模式而言,不尽相同,有的是历史传统累积的结果,比如在英国,解决缔约权限时,首先要区分中央政府(the Crown)和其他行政机关(public authority)的地位,其原因在于中央政府享有普通法上的缔约能力,而其他行政机关只享有宪法性法规赋予的缔约权。具体而言,中央政府享有普通法上固有的不受限制的特权,凡中央政府可以合法实施的所有行为都可以通过合同方式实施(whatever the Crown may lawfully do it may do by means of contract);至于大臣(ministers

① 《全民所有制工业企业承包经营责任制暂行条例》(1990年)第7条。

② 《株洲力遏基建高估冒算——三年审计节约建设资金二亿元》,及短评《挤掉工程决算中的“水分”》,载《法制日报》,1997-04-12。

③ Cf. S. H. Bailey, B. L. Jones & A. R. Mowbay, *Cases and Materials on Administrative Law*, London, Sweet & Maxwell, Ltd., 1992, p. 116.

④ 钢剑:《适应市场经济需要加快行政程序改革——市场经济与行政程序课题调查报告》,载《中国法学》,1995(2)。

of the Crown)能否以自己的名义签订合同,这在判例上是有争议的。但是,从获得官方支持的对1975年《供货权力法》(the Supply Powers Act)第1节内容的解释看,现在较为倾向的意见是,大臣没有独立的缔约资格,他只是中央政府的缔约代理人。而对于一般行政机关,则受到成文法对其权限规定的约束,以及越权无效原则的制约,但《地方政府法》(Local Government Act 1972)第111节规定,赋予了地方政府较为广泛的缔约权,其也可根据特别法授权,如《地方行政机关(物品和服务)法》(Local Authorities(Goods and Services) Act 1970),而享有对特定事项的缔约权。^①有的是通过具体划定契约金额来划分不同机关的缔约权限,如在澳大利亚,除非经部长批准,澳大利亚影视委员会(the Australian Film Commission)只能签订金额在250 000美元的有关财产征收或处理的合同;澳大利亚政务会(the Australia Council)签订的合同数额只限于50000美元。^②但是,从行政契约源起以及与行政契约功能特性相契合上讲,除了法律对缔约权限有特别规定外,一般只要具有宪法或组织法上的权限依据,^③且符合行政机关管辖的行政事务范围内,在能有效达成行政目的而又不与法律相抵触的情况下,均允许缔结行政契约。这就是著名的“行政契约容许性”理论。比较成功地吸收这种理论的立法范例,是德国《行政程序法》第54条对“公法契约之适法性”所作的规定。这种对行政契约缔结不要求特别授权的观点,代表了现代行政契约理论发展的趋势。反观我国行政契约立法,则存在着强调通过单行法律或者文件明确授予行政机关签

① Cf. David Foulkes, *op. cit.*, p. 339.

② Cf. C. m. Doogan, *op. cit.*, p. 66.

③ 比如,美国政府缔结政府合同的权限依据就是宪法序言中关于“政府应提供国防、增进公共福利以及确保天赋自由”的宣称,美国法院在 *United States v. Tingey* (39 U. S. (5 Pet) 114 (1831)) 案的法律意见中肯定了这一点,法院指出:“我们认为,这是属于主权中一般权力的附属权力,而且美国作为一个政治实体,它可以在宪法授权范围内,通过授权适当部门签订合同,只要这不为法律所禁止,且对于这些权力的正当行使是适当的。”当然,美国政府的缔约权也来源于议会的特别授权。Cf. Emmett E. Hearn, *op. cit.*, pp. 1, 2.

订行政契约权的倾向,^①也有一些学者主张,在契约行政的初级阶段,应以法律明确规定允许缔结行政契约为妥。^②

我以为,在依法行政理念与行政契约互动适应过程中,的确存在着对行政契约立法化的倾向,但这种立法化一般是对常见的行政契约类型的规范化、固定化而已,并没有否定行政契约可以在没有明确法律授权的情况下缔结,而承认后者,恰恰是现代行政契约理论发展的一个趋势,其根本的理由是,保持行政契约固有的能够灵活地适应各种非常态案件的需要的特性。但是,承认行政机关可以在没有法律明确授权的情况下签订行政契约,并不意味着行政契约的缔结是处于无序、失控状态。恰好相反,从德国行政法制的经验看,对行政契约缔结权的控制,完全可以通过在行政程序中规定行政契约的容许性来实现,而且,加强对行政契约的法律救济以及归责机制,也能有效地控制和规范行政机关的缔约行为。

谈到这里,顺便说明一下,有的学者提出,在我国目前政府管理体制转轨变型时期,完全用法律确定行政机关签订行政契约的权力是困难的,甚至是不可能的,不如明确在何种情况下可以缔结行政契约,行政机关对符合行政契约范围标准的事项,就可以缔结行政契约。^③对此,我以为不妥,行政契约的缔结权和适用条件是两个不同的范畴,尽管在行政契约的容许性中可以有限度地容纳这两方面的内容,但也不能将两者互为替代。解决行政契约的缔结权,只能说明行政机关缔结行政契约的权限依据,而行政契约的适用条件,是解决行政机关在什么情况下可以运用契约方式,行政机关只有在有权限时,才谈得上运用行政契约。

如果行政机关超越了法律规定的缔约权限,那么会产生什么样的法律后果呢?法国行政法理论上认为,行政机关在权限范围以外签订的行政契

① 较典型的,如,《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》(1990年)授权市、县人民政府管理部门与土地使用者签订土地使用权出让合同(第11条);《深圳市1995年人口与计划生育目标责任制包干方案》中明确要求“各区可参照市制定的包干指标内容,逐级下达到街道(镇)、居(村)委,并签订合同落实到人”“行政机关、企事业单位和驻深单位实行横向和纵向包干,即单位按属地管理办法既向所属政府包干又向本系统上级签订合同包干”。

② 应松年主编:《行政行为法——中国行政法制建设的理论与实践》,616页,北京,人民出版社,1993。

③ 张树义:《行政合同》,107页,北京,中国政法大学出版社,1994。

约无效,但行政机关应根据公务过错理论对善意的对方当事人承担损害赔偿赔偿责任。理论上认为,这种责任不是一种合同责任。签订契约的公务员如有过错,其也应承担一定责任。对方当事人存有过错时,可以减轻行政机关的责任。对方当事人有恶意时,行政机关不负责任。^① 在普通法国家,如英国,行政机关超越缔约权限所订立的合同,则因越权而无效。双方当事人,包括诚实(honestly)且合理(reasonably)地认为行政机关享有缔约权的第三人,均不得因此提起诉讼。^② 但艾罗史密斯(Arrowsmith)却主张合同可执行,其理由是,应由行政机关而不是对方当事人承担确保遵守法律授权的义务,而且,在这里,对方当事人的权利的保护,显然应优于公共利益。^③ 我以为,对于行政主体超越缔约权限所订立的行政契约的效力问题,无论从欠缺缔约能力,还是从保障公共利益以及贯彻依法行政理念角度讲,都应当认定行政契约无效。但对于善意当事人应予保护,行政主体应承担法律责任,而归责的基础不是行政主体存在过错,而是行政主体违法,这与行政诉讼和国家赔偿的立法规定和精神是相吻合的。当然,行政法上的信赖保护原则,以及经济平衡原则,也是要求行政主体承担法律责任的基本考虑因素。如果对方当事人应知或者明知却故意与无缔约权限的行政机关签订行政契约,则可以考虑减免行政主体的责任,以作为对方当事人的惩戒。如果具体负责签订行政契约的公务员存在故意或者重大过失,则行政主体对外承担法律责任后,可向其行使追偿权。

正是基于上述认识,我以为,在我国的行政契约制度构筑中,从程序上应当确认协商制度、听证制度、书面要式主义、公开原则、平等竞争原则、招投标等适当的缔结契约方式、回避制度、说明理由制度、教示制度等项重要的程序制度,同时建立上级机关的“参与保留”制度、严格的审计制度以及通过行政监察等途径追究失职者责任的归责机制,另外,还要确立“行政契约容许性”原则,以保持行政契约所固有的灵活处理非常态案件的特性,弥补组织法对行政机关缔约权规定的不足。

① 王名扬:《法国行政法》,183页,北京,中国政法大学出版社,1989。

② Cf. David Foulkes, *op. cit.*, p. 339.

③ Cf. P. P. Craig, *op. cit.*, pp. 681, 682.

九、行政契约的救济制度^①

从西方国家的法律救济模式看,对行政契约纠纷的解决主要是通过行政法上的救济方式,具体制度表现为协商、仲裁或行政机关内部裁决等司法外解决方法或者诉诸司法途径。如英国,在不区别公法(public law)和私法(private law)争议的救济管辖体制下,政府合同纠纷统由普通法院审理,但法院在审理案件时,适用《王权诉讼法》(the Crown Proceedings Act 1947),并根据行政机关签订合同时所执行的任务是否涉及管理或公共规制的方式,来确定是否适用司法审查。^②在法国行政法上,将行政机关为履行公职务(service public)所行使的行政活动视为广义的公共管理行为,为该管理行为所缔结的契约被解为公法上的行政契约(contract administration),^③由此产生的争讼通过行政诉讼解决。德国法上,作为一般规则(as a general rule),如果行政契约一方当事人不履行契约义务,也是通过向行政法院提起诉讼来解决契约履行问题的。^④

在我国,行政法学者对行政契约纠纷的解决亦倾向通过行政复议和行政诉讼途径。^⑤我也赞同,通过行政法上的救济方式来处理行政契约纠纷。这是因为,从根本上说,行政契约是行政机关在公共管理作用的领域为推行行政政策、实现行政目的而采用的行政手段,在契约中,双方当事人形成的主要是行政法上的权利义务关系,对这种关系的调整必须适用行政法,对由此产生的争议也应循行政救济途径解决。而且,更为重要的是,如果不存在解决行政契约纠纷的公法救济途径,将会助长“公法遁入私法”的趋势,造成

① 本部分的主要内容曾发表在《法学研究》1998年第2期。在博士学位论文的撰写与答辩中,我曾就行政契约的法律救济问题,特别是,行政契约纠纷到底能否循现有行政救济途径得到解决?如果不能,采取什么方式补救最为简捷等,与皮纯协教授、张焕光教授和朱维究教授讨论过,并深受启发,在发表该篇论文时对部分观点作了修正。

② Cf. P. P. Craig, *Administrative Law*, Sweet & Maxwell, 1994, pp. 567, 568.

③ 成田赖明:《行政私法》,载台湾《法律评论》,第60卷第1、2期合刊。

④ Cf. Mahendra P. Singh, *German Administrative Law: in Common Law Perspective*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 1985, p. 54.

⑤ 应松年主编:《行政行为法——中国行政法制建设的理论与实践》,624页以下,北京,人民出版社,1993。

行政法意义上的行政契约理论窒息和萎缩。长期以来,人们之所以热衷于从私法契约角度来构筑行政契约理论,而不顾忌其中的内在不亲和性,行政契约理论之所以迄今不发达,很大程度都是因为缺少公法救济途径与结构的缘故。^①

但由于我国在救济制度上受到民法与经济法理论的影响较大,而对行政契约本身的行政性特点关注不够,因而在制度建设上存在着诸多缺失,再加上我国近年来行政管理体制的变革,导致原有救济制度的被取消,故有必要从行政契约行政性为考量,对现有救济制度进行反思与重构。

(一)司法外救济制度

西方国家在解决政府合同纠纷方面的制度运作表明,通过司法外途径(协商、仲裁或行政机关内部裁决)消除由于契约缔结或履行产生的争议,往往是比较成功的。英国尽管《王权诉讼法》(*the Crown Proceedings Act 1947*)确立了更加简化和现代化的诉讼程序,使所有涉及中央政府合同责任的诉讼,均可循该法确定的标准诉讼程序,以适格的政府部门或者检察总长(Attorney-General)为被告提起,^②但在实际运作中,因政府合同引起的纠纷几乎很少诉诸法院,通常是由政府和当事人通过非正式谈判(informal negotiation)或者仲裁(arbitration)解决。^③彼得·坎恩(Peter Cane)分析这种现象制因的结论是,政府与相对人间多为互利的长期合作关系,而非一次性商业交易,如果诉诸法院,常被视为不适当,且易产生付

^① 吴庚:《行政法之理论与实用》,385页以下,台北,三民书局,1996。杨建顺:《日本行政法通论》,517~518页,北京,中国法制出版社,1998。

^② 英国政府合同救济制度在历史上存在着一个演变过程,早先,中央政府(the Crown,也有人译成“英王”)的违约责任是通过古老的权利请愿程序(procedure of petition of right)解决的,此外,在一些特别情况下成文法还提供其他的救济方式,比如,1919年《运输部法》(*the Ministry of transport Act*)明确规定了运输大臣的合同责任,允许当事人诉诸普通诉讼。但1947年《王权诉讼法》(*the Crown Proceedings Act*)废除了上述救济,规定了统一的救济程序。详见,H. W. R. Wade & C. F. Forsyth, *Administrative Law*, Clarendon Press, Oxford, 1994, p. 832.

^③ 纠纷处理的资料来源于Turpin, *Government Procurement and Contracts*, 221-6. Cited from Peter Cane, *An Introduction to Administrative Law*, Clarendon Press, Oxford, 1992, pp. 263, 264. Also see Brian Thompson, *Constitutional & Administrative Law*, Blackstone Press Ltd., 1993, p. 401.

效应。^① 在澳大利亚政府合同实践中,因违约或与合同履行有关的其他争议而导致的诉讼也相当少见,杜根(C. M. Doogan)将其中原因归纳为两个方面,一是政府合同条款的精确和细致使双方当事人对政府要求不易产生模糊认识;二是在实际运作中创建了独立的仲裁制度,作为解决政府与当事人间纠纷或异议的有效工具。^② 美国对政府合同纠纷处理的运作机制中,行政机关内设立合同申诉委员会(a board of contract appeals)也起到很大的作用。^③ 西方国家契约救济制度实际运作中的共同感受,从某种意义上说,揭示了行政契约本身的特性与司法外救济制度具有更大程度上的契合。我们从中汲取的启示就是,要重视以行政契约特性为考量对司法外救济制度的构建。

我国在解决行政契约纠纷的法律制度的建设中,也同样比较强调通过协商、仲裁与行政机关内部裁决等方式解决争议,这一倾向我们可以从最高人民法院对审理农村承包合同纠纷的司法解释以及关于承包(租赁)经营合同的立法条文中得到证实。^④ 但由于在考虑司法外救济制度时对行政契约行政性特点认识不足,再加上原有仲裁制度的改革,因此,有必要对我国行政契约的司法外解决方式进行重新审视与构建。

协商或者由政府出面调处,作为非制度化的解决方法,应当得到肯定。由双方当事人通过非正式的谈判与意见交流来消弭彼此对契约条款理解的

① Peter Cane 的分析, See Peter Cane, *op. cit.*, pp. 263, 264.

② Cf. C. M. Doogan, *Commonwealth Administrative Law*, Australian Government Publishing Service Canberra, 1984, pp. 61, 62.

③ 在美国,政府合同纠纷通常由行政机关于一位特别合同执行官员(a special contracting officer)来裁决,对该裁决不服,可向行政机关内的合同申诉委员会(a board of contract appeals)或者赔偿法院(the Claims Court)(限于金钱赔偿诉讼(a suit for monetary damages))申诉,如仍不满意,可向联邦巡回上诉法院(the Court of Appeals for the Federal Circuit)上诉。Cf. Peter L. Strauss, *An Introduction to Administrative Justice in the United States*, Carolina Academic Press, 1989, p. 285.

④ 最高人民法院在《关于审理农村承包合同纠纷案件若干问题的意见》(法(经)发(1986)13号1986年4月14日)中,要求在处理农村承包合同纠纷中应当发挥有关农村基层组织以及承包合同管理部门的调处作用。《全民所有制工业企业承包经营责任制暂行条例》(1990年)第21条、《全民所有制小型工业企业租赁经营暂行条例》(1990年)第22条均规定,合同发生纠纷后,双方应当协商解决,协商不成的,可申请仲裁。《北京市农业联产承包合同条例》(1989年)第21条规定,承包合同发生纠纷时,当事人应当协商解决;协商不成的,可以向所在乡、镇农村合作经济经营管理部门申请调解;调解不成的,可以向所在区、县承包合同仲裁委员会申请仲裁。

差异以及有关纷争,是诸种解决方法中成本最低且效益最高的解决方式,在我国传统文化背景下,对于处理当事人彼此间存在隶属关系的契约争议极具价值。

随着我国仲裁制度的改革,在原来的行政管理体制下设置的解决国有企业承包(租赁)合同的行政机关内部的仲裁机构(工商行政管理机关内设立合同纠纷仲裁委员会)纷纷被撤销,依据《仲裁法》(1994年)重新组建的仲裁机构,性质转变为民间组织。而行政机关与所属机构或人员或者相对人缔结的行政契约争议,涉及行政法上权利义务的争执,这种权利属性的属性从根本上排斥民间仲裁的可能性,因此,不宜借助此类仲裁体系作为行政契约的救济方式,对此《仲裁法》(1994年)也予以肯定。^①

但上述仲裁制度的变革,并不否定仲裁作为解决纷争的有效方法不能运用于行政契约之中。值得注意的是,目前为解决特定行政契约纠纷,行政机关在行政体系内部专门设立了仲裁机构,比如,人事部成立了人事仲裁公正厅,受理因履行聘任合同或聘用合同发生的争议。这种模式对于解决行政契约,特别是行政机关之间、行政机关与所属下级行政机关及公务员之间缔结的行政契约的纠纷,具有较强的示范与借鉴作用,落实在制度设计上,就是能否考虑在行政机关体系内设立专门的具有一定独立地位的仲裁机构。

尽管我国有的学者研究行政契约救济后得出的结论是,运用非讼形式解决行政契约纠纷的出路是行政复议制度,^②在行政实践中也存在运用行政复议解决农村经济承包合同案件的实例,^③甚至刚刚修订的《行政复议法》(1999年)第6条第6项中还进一步明确了可以受理因行政机关变更或者废止农业承包合同而引发的争议,但我对目前行政复议制度能否受理行政契约案件依然表示怀疑,理由是:

第一,从《行政复议法》(1999年)第2条规定看,行政复议的对象是具体

① 《仲裁法》(1994年)第3条第2项。

② 观点及对观点的论证,参见应松年主编:《行政行为法——中国行政法制建设的理论与实践》,628页以下,北京,人民出版社,1993。

③ 张志华:《南漳县政府授权政府法制机构严肃查处村级行政组织单方面撕毁经济承包合同案件》,载《行政法制》,1996(3)。

行政行为。而根据最高人民法院的司法解释,^①具体行政行为是指行政机关针对特定相对人实施的单方行政行为。按此理解,必然会得出行政契约不属于行政复议的范围的结论。赞成行政契约纠纷可以通过行政复议解决的学者,不论以往多以《行政复议条例》(1990年)第9条第3项关于“行政机关侵犯法律、法规规定的经营自主权的”规定为法律依据,还是现在有了上述《行政复议法》(1999年)第6条第6项的依据,在处理问题的思路上都是一贯的,就是将行政契约行为中多少有些类似于单方行政行为的主导性权利行为拆解出来,当作具体行政行为来处理。但却忽略了关键的一点,具体行政行为与双方行为(行政契约)在发生法律效力上是根本不同的,前者是建立在双方处于一种命令与服从关系之上,行为的法律效力的发生以行政机关单方意思表示为已足,具有“单方性”(unilateral)。而后者必须双方合意,也就是任何一方的意思表示对于法律效力的产生都具有“同值性”(gleichwertig)。因此,在此基础上实施的行为及引起的纠纷也是不尽相同的,或者说,行政机关单方行政行为和行政契约中行政机关违约行为发生的基础也是不一样的。所以,也就不能随意地打断或者肢解本来是作为一个整体的行政契约行为,也不可能期望,学术的历史也反复证明了根本不可能在行政行为概念(这里等同于具体行政行为)中寻找行政契约行为的一席之地,而又能合乎情理。唯一可选的方法就是,在具体行政行为概念之外另行构筑行政契约的概念,并寻求各自的救济结构。对此观点,我们还可以借助我国台湾地区的学者对行政诉讼制度改革相关意见加以佐证。在我国台湾,作为行政诉讼的审查对象的行政处分,在本质特征上与大陆最高人民法

^① 这是按照原来最高人民法院于1991年6月11日发布的《关于贯彻执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的意见(试行)》(下称《意见》)中的解释。最近,最高人民法院又重做全面的解释,即2000年3月8日发布的《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》(下称《解释》)。在《解释》中,不再界定具体行政行为的概念,而是笼统地使用“行政行为”的概念,其用意显然在于扩大其内涵,进而延伸行政诉讼的受案范围,但遗憾的是没有解释“行政行为”的具体含义。在这里,我觉得有必要说明两点,第一,从历史的分析角度看,借用《意见》勾勒出的具体行政行为概念,去阐述我们在文中要解决的问题,依然有价值。第二,根据我的理解,《解释》是否是想把行政契约与原来《意见》中所说的具体行政行为都包含在“行政行为”概念当中,如果是这样,那么在理论上能否成立,就颇值得推敲了。其中的问题,我在本编第二部分对“具体行政行为与行政契约”的辨析中已经说过了。我想其中最根本的问题是,这样一来,会使得作为诉讼意义上的“行政行为”概念更加模糊不清,捉摸不定。

院解释的具体行政行为基本相同。^①台湾学者批评“行政诉讼法”对“行政诉讼法”裁判权范围规定过窄,建议增加对行政契约的裁决权,也就是,将行政契约与行政处分并列规定在“行政诉讼法”中。^②从这个建议中,也反映出我国台湾学者亦认为,单方行政行为与行政契约行为有着原则的不同,也不能用单方行政行为的观念来分解行政契约行为。这个问题也可以反过来推,如果行政契约行为能够分解为单方行政行为,那么在行政诉讼制度中增入行政契约案件的建议也就没有什么意义了。退一步说,假如能够将行政契约行为拆解为单方行为,那么在解决行政机关的行为的同时,作为另一方的行为的性质怎么认定?怎么解决?对这些扑面而来的问题,如果循着原有的思维方式去思考,或许就会感到迷茫而不知所措。这是问题的一方面。另一方面,就是从上述条款适用的范围来讲,也无法囊括所有的行政契约纠纷。因为行政契约的内容决非仅限于经济内容,还可能包括纯粹行政事务,比如消防协议,治安责任书,等等,对后者发生的纠纷,就不可能适用上述条款来解决。换句话说,就是退一步认可《行政复议法》上述条款规定可以引用来解决行政契约纠纷问题,单从行政契约种类的广泛性来讲,上述条款也是不周延的。更何况我从本意上就始终认为,上述条款在行政法理论上是根本不成立的,至少是非常成问题的。

第二,即使我们可以在行政复议和行政诉讼制度审查对象中加入行政契约行为,与具体行政行为并列,但从制度契合上讲,现行行政复议制度仍然不完全适合于解决行政契约纠纷。现行行政复议制度是基于对权力支配关系的行政行为的控制的需要而建立起来的单向性救济结构,整个制度的基本设计思想,主要是从保障相对人权益角度出发的,反映在启动复议机制上,就是只允许相对人提出复议申请,在复议裁决的基础上,就是只审查行政机关的具体行政行为,在复议裁决的结果上,就是针对行政机关作出处理决定。而在行政契约中,行政机关尽管在契约缔结与履行中拥有主导性权利,但这些权利的行使要受到公共利益必需原则的限制,不是在任何时间与场所都能行使的,因此,行政机关的预期不能完全通过单方意思表示直接在

^① 具体分析,详见余凌云,《两岸行政复议受案范围比较》,载《台湾法研究学刊》,1992(6)。

^② 翁岳生:《行政诉讼制度现代化之研究》,见《行政法与现代法治国家》,台北,台湾大学法学丛书编委会编辑,1979。

相对一方身上实现。正因如此,在纠纷中要求解决争执(比如在赔偿问题上)的一方不一定就是相对一方,也可能是行政机关,这就要求法律提供一个可供双方都能主动申请解决问题的场所与制度,而且解决问题的基础应建立在对双方行为的审查上,处理结论也是针对双方中违约一方(既可能是相对一方,也可能是行政机关)作出,因此,现行行政复议制度的单向性救济模式不能适应解决行政契约纠纷的要求。

为了使行政复议制度更加适合于解决行政契约纠纷的要求,就必须对行政复议制度作相应的修改,制定解决行政契约纠纷的特别规则,^①也就是,在行政复议制度的单向性救济结构中,建立专门解决行政契约纠纷的双向性救济结构,将绝大多数行政契约纠纷都纳入行政复议救济范围。在这里,需要说明的是,并非所有在行政契约缔结与履行过程中发生的争执,都适用特别规则来处理。特别规则只适用于解决基于双方约定权利义务基础上所产生的纠纷,比如,违约赔偿,单方变更契约等。对于在行政契约缔结与履行过程中,行政机关单方行使行政权所导致的争议,比如,对违约构成违法的相对一方处以行政处罚,对中标者的确定等,就应通过常规的复议规则处理。

由于存在行政复议和行政仲裁两种救济方式,就必然要解决这两种救济方式各自的管辖范围问题。我感到,在两者的管辖分工上,行政仲裁主要适用于解决行政机关间及行政机关与所属下级机构或公务员间缔结的特定种类的行政契约纠纷,而绝大部分的行政契约纠纷还必须通过行政复议方式解决,至于具体管辖的界分,则主要是在以往制度累积的基础上,通过行政政策与立法来确定。

正是基于上述认识,我感到,今后司法外救济制度建设的重点应是,尽快建立行政仲裁制度,修改行政复议制度,形成以行政复议为主要救济方式,以行政仲裁为解决特定行政契约纠纷的制度模式。

(二)行政诉讼制度

正如政府合同研究的先驱人物特滨(Turpin)所担心的那样,如果合同

^① 由于这些特别规则的构建要求与行政诉讼中的特别规则内容基本相同,因此,我将在行政诉讼制度修改中一并加以讨论。

纠纷的处理不诉诸第三人裁决,则存在着因当事人间讨价还价能力的平等而使结果发生扭曲的危险。^①因此,西方国家在行政契约救济制度设计上坚持司法救济最终原则。在行政契约制度最为发达的法国,行政契约作为双方行为(bilateral acts),可导致通过向行政法院提起完全管辖之诉(pleine jurisdiction)请求赔偿救济,对于可以和行政契约分离的行为,如上级行政机关对行政契约的批准行为,则允许提起越权之诉(recours pour excès de pouvoir)。^②

我国学者研究行政契约司法救济制度的结论多倾向将行政契约案件纳入行政诉讼范畴。^③对此,我亦表示赞同。由行政诉讼统筹解决行政法上纠纷,是因为,在我国要区别个案所涉的法律关系的性质而循不同的救济途径解决争议的制度下,行政契约从性质上排斥其他司法救济途径的结果。

但从目前司法审判制度的运作上看,在处理行政契约纠纷时,还存在着法院管辖疏漏、体制不顺以及行政诉讼障碍等问题。最高人民法院的有关司法解释表明,法院对行政契约的管辖存在着疏漏,例如,对于国有企业承包合同中的企业经营者因政府有关部门免除或变更其厂长(经理)职务而引起的纠纷,司法解释认为属于人事任免争议,法院不予受理;^④在管辖体制上也存在不顺,比如,将农村承包合同纠纷案件划入经济庭管辖。^⑤有的学者认为,随着《行政诉讼法》(1989年)的生效,已将侵犯经营自主权案件划归行政庭管辖,且法条中关于侵犯经营自主权的规定涵盖了承包条例、租赁条例中规定的经营自主权,而且可推及其他种类的行政契约案件,因而上述问题已然完全解决。^⑥我却以为,这些问题仍没有彻底解决,与前述行政复议所

^① Cf. Turpin, *Government Procurement and Contracts*, 236-9. Cited from Peter Cane, *op. cit.*, p. 264.

^② 王名扬:《法国行政法》,651页,北京,中国政法大学出版社,1989。Cf. John Bell & Neville Brown, *French Administrative Law*, Oxford University Press Inc., 1993, p. 193.

^③ 这方面的论文与专论较多,如许崇德、皮纯协主编:《新中国行政法学研究综述(1949—1990)》,487页,北京,法律出版社,1991。

^④ 最高人民法院《关于企业经营者依企业承包经营合同要求保护其合法权益的起诉人民法院应否受理的批复》(法(经)复(1991)4号)(1991年8月13日)。

^⑤ 最高人民法院《关于加强经济审判工作的通知》(法(研)发(1985)28号)(1985年12月9日)。

^⑥ 应松年主编:《行政行为法——中国行政法制建设的理论与实践》,627页,北京,人民出版社,1993。

遇到的问题一样,因为行政契约与具体行政行为存在着本质的不同,而现行行政诉讼法却仅审查具体行政行为(按照最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的意见(试行)》中的解释),尽管在实践中有受理行政契约纠纷的实例,但严格地说,从行政诉讼制度上并没有将行政契约纳入救济范畴,因此,解决上述管辖疏漏、体制不顺以及建立对行政契约的行政诉讼救济制度的关键一步就变成首先要将行政契约案件与具体行政行为并列纳入行政诉讼救济范围。

最高人民法院发布的《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》(2000年)似乎在解决这个问题上做出了努力,有将这两个概念统一到“行政行为”概念之中之姿态。但是,我却以为,这种解决方法颇有问题,姑且不说用上述司法解释第1条中的“行政行为”概念偷换《行政诉讼法》(1989年)第2条中的“具体行政行为”概念的做法是否妥当,单是这种扩大解释的方法,就足以使“行政行为”的概念含糊不清,缺乏司法操作性,因为行政契约与具体行政行为的基本特征实在太不一样了,很难从中抽象出具有司法意义与诉讼价值的共同特征,这是不是也是上述司法解释中回避对“行政行为”概念作出明确解释的主要原因?而且,在我看来,过于宽泛的“行政行为”概念(比如说,行政机关为实现行政目的而实施的行为就是“行政行为”),就会因为缺少可供诉讼识别与把握的标准而变得毫无意义。因此,我断然拒绝没有实质诉讼意义的行政行为的概念,拒绝将这样虚无的“帽子”罩在具体行政行为与行政契约的“头上”,作为它们的上位概念。在这个问题的解决上,我更加偏好保留原来诉讼意义上的行政行为概念,即特征鲜明的具体行政行为概念,当然其范围与内涵可以借鉴西方和我国台湾的做法,在保持其基本特征的前提下适当扩大,并将之与行政契约以及其他因行政法进一步发展可能衍生出的与具体行政行为迥然不同的新型手段一道并列纳入行政诉讼之中。当然,我也承认,这种解决方法必然要牵涉到《行政诉讼法》(1989年)的修改,操作难度较大,且旷日持久,不如现在这样在司法解释当中扩大对行政行为概念的解释来得方便,对相对人的救济也更加及时。但是,在我看来,有一点却是肯定的,那就是并列解决的方法在理论上更加顺畅。

要想彻底完成将行政契约纳入行政诉讼范畴的设想,还必须针对行政

契约的特点对审判的规则及具体制度进行相应的增补与重构。可以这么说,行政诉讼的结构性的重构,对于解决行政契约纠纷,进而推进行政契约理论的发展来说,都是必要而又至关重要的。之所以要对行政诉讼制度作改造,是因为行政诉讼制度构建之初,对行政契约制度的特性认识并不充分,在制度设计上表现为以审查行政机关行政行为为唯一目标的单向性构造模式。这也是带有共性的普遍现象或问题,可以看作是以在德国的 *Verwaltungsakt* 概念基础上发展起来的传统行政行为为核心来构筑行政法体系而在行政诉讼结构构造上产生的必然结果。具体到我国,更准确地讲,是继受这种制度结构的结果。而之后,人们逐渐认识到,行政契约无论在基本特征还是基本观念上都与传统行政行为有着根本的区别。正因为此,如果不对原有行政诉讼结构作必要的重构,即使我们在受案范围上承认可以受理行政契约案件,也会因行政诉讼结构的不契合而无法真正解决行政契约纠纷。在这方面,德国的体验更为深刻。据说,“二战”后德国之所以行政契约得以蓬勃发展,就是得益于行政诉讼制度的改革。也就是通过行政诉讼的结构性的变化,使得其功能的多样性丝毫不逊色于民事诉讼,因而在解决从民法上的契约观念援引而来的行政契约的纠纷上也就变得得心应手。^①

我国有学者也隐约地意识到行政诉讼的规则不能完全适用于行政契约救济上,并作了初步的探讨。^② 但在我看来,行政诉讼结构的重组,不能不结合考虑行政契约制度及纠纷的特征。具体来讲,我们所要构筑的行政契约制度框架是以行政程序保障处于不对等地位的双方当事人之间平等协商的实现,以保证契约所预期的特定行政目的实现为目标的实体权利义务配置的制度模式。在这种制度框架中,除了出于公共利益必需,行政机关可以主动实施单方解除或变更等权力外,对于契约履行中的其他一些问题,行政机关不能以自己的单方意志强加给相对一方,比如,在相对一方违约时,对赔偿金的确定上,在这种情况下,行政机关只能求助于法院裁决,因此,这就必须突破行政诉讼制度中只允许相对人起诉的规则,也应当赋予行政机关相应的起诉权;在审理行政契约案件时,也就存在根据原告的诉讼请求而对有关双方的行为进行审查,而不是仅对行政机关一方行为的审查;在举证责任

① 吴庚:《行政法之理论与实用》,385页,台北,三民书局,1996。

② 张树义:《行政合同》,175页以下,北京,中国政法大学出版社,1994。

分配上,除行政机关行使契约主导性权利时应负主要举证责任外,在一般情形下,应适用“谁主张,谁举证”原则;在诉讼中对非法律强行性规定的契约内容的履行纠纷可以进行调解;在诉讼中原则上不停止契约的履行,但是,如果不损及公共利益,也可以暂时停止履行契约;在裁决的形式上,对于行政机关行使主导性权利行为以及不履约行为,可以运用行政诉讼中的维持、撤销、责令履行职责等判决形式,同时还要针对行政契约纠纷中的效力的确认、以及违约责任的处理作出相应的判决。因此,为适应解决行政契约纠纷的要求,就必须在原有单向性构造的行政诉讼制度框架中,针对行政契约特点,建立专门适用于解决行政契约纠纷的双向性构造的诉讼结构。反映在具体制度与规则的构建上,就是在行政诉讼中专门规定解决行政契约纠纷的特别规则,包括允许行政机关起诉的条件、调解原则、举证责任、确认契约效力以及对违约责任处理的判决形式等。

十、结束语:对我国行政契约制度的基本构想

在我国计划经济体制下,以合同为执行国家计划的工具的实践就已蕴含了行政契约制度的某些基本因素与特征。^①随着经济体制改革的进程,政府管理职能、观念发生了根本性的转变,基于增进国有资产的使用效率、完善行政组织法对行政机关权限的规定等考虑,行政契约作为一种替代以命令强制为特征的行政高权性行为的更加柔和、富有弹性的行政手段,得以在经济领域以及行政管理中得到较为广泛的运用,立法机关还就其中的一些特定行政契约制定了单行法律予以规范。

在行政契约立法与具体运作中,立法者和执法者也隐约感到完全适用民事法律与原理来解决行政契约问题是不行的,但又对行政契约制度模式

^① 我国虽然在1958年实行计划经济体制下取消了合同制度,但从1961年开始至1966年期间又将合同制度作为调整国民经济的一项重要措施而予以恢复和推广;1978年以后即在立法中明确将合同作为执行国家计划的工具。有的学者认为这种(经济)合同的计划性决定了其实际为行政契约,但亦有学者提出反对,我以为,不能完全否定上述合同中所具有的行政性,也不能人为地割裂历史,否则就无法理解目前由计划性合同演变而来的国家订货合同应属于行政契约范畴了。关于计划性合同是否为行政契约的争论,详见应松年主编:《行政行为法——中国行政法制建设的理论与实践》,591页,北京,人民出版社,1993。

的选择缺乏必要且充分的理论准备,因而在立法上就表现为,行政契约作为行政手段的行政性要求与民事理论的不完全协调与相容,而又无法圆满地解决这一问题;另一方面,大量的行政契约关系还处于不规范状态。行政契约作为一种概念或术语,似乎已被人们所接受,但要仔细追问其究竟为何物,又好像缺少那种从理论或者制度上娓娓道来的自信,那种感觉就好像是一种似曾相识的“熟悉的陌生”。因此,从法律制度构建角度解决行政契约的立法形式以及制度模式,是我国行政法理论研究及立法的一个重要课题。

(一)立法形式的选择

毫无疑问,作为制度构建的前提与载体,选择适当的立法形式是十分必要的。

目前针对特定行政契约制定单行法律予以规范的个别性立法形式(比如,单就国有企业承包问题制定专门的法律,对国有土地的出让制定专门的规则,等等)是不足取的,因为行政契约为现代行政法所注重者,乃是由于其使行政机关能够在没有法律明确具体授权的情况下,对法律规定不确定或根本没有规定的领域,通过与相对人协商方式来推行行政政策,从而弥补立法之不足,避免烦琐之立法而达到行政管理的目的。而单行性立法形式,会导致行政机关及执法人员在运用行政契约手段时,产生对单行法律的亦步亦趋的僵硬态度,使行政契约原本具有的机动性丧失。再者,现代行政法无论在规制行政抑或给付行政领域,愈益侧重于行政契约的运用,已成为一个基本趋势。若对每一种行政契约都进行立法,徒使法律数量激增,增加立法成本,也易导致各法之间在规范上的分歧、不一致。

在统一的合同法的草拟中,有过将行政契约纳入合同法调整范围的动议,但主流意见倾向于将行政契约排除在合同法范围之外,而采取制定行政法规、作出立法或司法解释等其他方式加以调整。^①而且,最终的立法结果也大致如此。

^① 张广兴:《中华人民共和国合同法的起草》,载《法学研究》,1995(5)。又,在全国人大法律委员会副主任委员、全国人大常委会法制工作委员会主任顾昂然撰写的介绍合同法(草案)的材料当中,也谈到“属于行政管理的协议,如有关综合治理、计划生育、环境保护等协议,这些是行政管理关系,不是民事合同,不适用合同法”。参见全国人大法制工作委员会民法室编著:《〈中华人民共和国合同法〉立法资料选》,38页,北京,法律出版社,1999。

不将行政契约划入统一合同法调整范围的见解是较为妥当的,由于整个合同法是建立在当事人地位平等基础之上,并以突出地保护合同当事人的合法权益为首要和直接的立法目的,这与行政契约多以行政主体与相对一方地位不对等为特征,以保障公共利益为优先考虑的理论模型是不尽相同的,反映到具体制度的构建上必然也不完全相同,因此,不宜将这两个理论基础不同的合同制度统一规定于一部合同法之中。

也许有人会提出行政契约毕竟也是一种合同形式,其与一般合同应有共同之处,这决定了将其纳入合同法予以规范的可能性,至于行政契约的特殊性可作若干例外规定。诚然,这种立法例在普通法国家行政法中是存在的。在英国,政府合同原则上适用普通合同规则,同时也受《地方政府法》和共同体法规定的以及法院判例创设的特殊规则的规制。^①但这种立法例的形成,是由于戴西(A. V. Dicey)所主张的任何人都必须受普通法与普通法院管辖的法治观念以及不区分公民法与管辖途径的法律传统所致。而我国的情况则不然,我国自清末以来受大陆法系的立法及学说影响甚巨,在当代法律体系中,虽没明确承认公私法的划分,但在法律调整手段及救济管辖上,仍区分民事法律关系与行政法律关系而有所不同。行政契约为行政法上之产物,其所形成的法律关系是行政法律关系,与民事合同所形成的民事法律关系不同,若采取上述普通法国家的立法例,则缺乏法律制度的相似背景与基础,要将两种不同性质的法律关系调和于一部合同法中,在立法技术上存在极大难度。

因此,就行政契约制定专门的、统一的法律规范予以调整,是比较理想的选择方案。在这一方案中有两种形式可供考虑:一是在行政程序法中设专章规范行政契约;二是制定专门的行政契约法。前种立法例为德国所采纳,德国《行政程序法》就行政契约在具体运作中出现的问题,有针对性地制定了若干因应对策,以达到预防性效果。^②但要 will 将行政契约纳入行政程序法

^① Cf. Terence Daintith, "Regulation by Contract: The New Prerogative", Collected in D. J. Galligan(ed.), *Administrative Law*, Dartmouth Publishing Company Limited, 1992, pp. 215—238; Also see David Foulkes, *Administrative Law*, Butterworths, 1982, pp. 338—370; and see P. P. Craig, *Administrative Law*, Sweet & Maxwell, 1994, pp. 678—711.

^② [德]Fritz Ossenbuhl:《德国行政程序法十五年来之经验与展望》,董保城译,载台湾《政法法学评论》,第47期。

中予以规范,必然会涉及实体法问题,由于德国行政法传统上注重实体法,在行政程序法的制定中,也将有必要关联的实体法规定在内。这种法律传统与制度背景,为德国《行政程序法》将行政契约纳入规范范畴,扫清了立法上的理论障碍。但如果我国所要草拟的行政程序法仅限于技术性、程序性问题,那么,将行政契约纳入行政程序法规范范畴,则具有较大难度。而且,行政程序法的制定需要以高度的立法技术和行政法学的发展为基础,从目前我国行政法状况看,尚不具备起草条件,这就否定了前种立法例的可行性。因此,在我国,宜采取制定专门的行政契约法的立法方式。

(二)行政契约的制度建构

行政契约为行政法律制度(institutes)与功能(functions)的结构性变化的产物。行政契约自身的妥当性,其实也可以从这里得到部分的理解。行政契约中以特定行政目的优先实现为考量的权利义务配置(表现为行政机关具有监督权、单方变更权与解释权等),以及行政契约所欲达成的行政目的,又从另外的角度进一步有力地说明该契约关系的行政性。更为本质的原因,当然是行政契约形成的是行政法上的权利义务关系,使其真正能够而且必须与民事契约作本质的区别。

从目前行政契约实际运用状况的考察中表明,行政机关间订立的行政契约(即“对等契约”)由于双方地位平等,能够形成相互抗衡与讨价还价的效果,发生违背意志强制其中一方接受不公平条款的可能性较小。而行政机关与其所属机关或人员、相对人之间缔结的行政契约(即“不对等契约”)因双方地位的不对等,发生滥用契约权欺压处于弱势一方等违法行为的概率较大,问题也较突出,因而在对行政契约制度进行构筑过程中,应将规制的重点放在对“不对等契约”的规范上。因此,本文对行政契约制度的理论构筑,主要是针对上述“不对等契约”实践中出现的问题,寻找制度上的对策。

在制度构建上,我们所要达到的效果或目标可概括为:就行政机关而言,要将行政契约权的行使纳入依法行政理念的支配之下,既要确保行政契约的特定行政目的能够达成,具体行政政策能够得以切实贯彻,又要防止与杜绝滥用其所具有的优越地位欺压处于弱势的一方当事人,或者与相对人

相互勾结出卖行政权;就处于从属地位的当事人而言,要保证其以主体资格积极参与行政契约的订立与实施,保障其合法权益不受侵害以及其意志的自由表达。

上述思想反映在具体制度的构筑上,就必须确立以确保行政契约所预期的特定行政目的优先实现的实体权利义务的配置、有效的行政程序以及经济利益平衡原则等为主体枝干与内容的行政契约制度模式。

以确保行政契约所预期的特定行政目的优先实现为指导思想来配置实体权利义务,是行政契约作为行政法上手段的必然要求与结果,而要使行政契约所预期的特定行政目的顺利达成,又必须在契约双方当事人之间形成相互合作与制约的权利义务关系。

行政契约缔结的目的是推行特定行政政策、达成特定行政目的,而行政机关对行政政策的形成及内涵有着较透彻的认识,是行使行政契约手段的主导者,为了保证行政契约的缔结及实施能够循着行政机关所预期的方向与目标发展,就必须确认行政机关在行政契约中的主导性权利。对此,普通法国家是有着较为深刻的教训的。由于普通法国家的政府合同制度是建立在普通合同理论的基础与框架上的,没有发展出类似法国行政契约制度上的行政机关单方主导性权利义务模式与原则,但仅借助普通合同制度中的撤销权或中止权,却无法圆满地完成政府合同的特定任务,从而暴露了以合同方式规制结构的弱点。与英国的情况相反,法国行政法则在确认公共利益居于支配地位的基本要求上发展出系统的行政契约特殊规则,正像法国学者尼古拉斯(B. Nicholas)在其论著《法国合同法》中谈到行政契约制度时深刻地指出的:“行政机关享有执行职务(execution d'office)的特权,这是整个行政法的特征。行政机关可以采取任何必要措施执行或管理合同,而不需要求助于行政法院。”^①因而保证了行政契约制度的良好运行。布朗(N. Brown)和贝尔(J. Bell)在考察了法国的行政契约制度后指出:“英国法在公法契约(public contract)上远不如法国发达。……法国对该领域的系统化与制度化为英国法发展中所遇到的问题提供了有益的解决指南。法国规则的

^① Cf. B. Nicholas, *French Law of Contract*, London, 1982, p. 26. Cited from L. Neville Brown & John S. Bell, *French Administrative Law*, Oxford University Press Inc., 1993, p. 192, note 26.

进一步发展,亦有助于促进共同体内部的和谐与协调,也将对英国法产生更加直接的影响。”^①

从英国和法国的经验中,我们不难得出应确认行政机关在行政契约中具有主导性权利的结论。但我们也不能不加批判地完全仿效法国的模式。法国行政法理论与判例认为,即使契约当事人间事先没有约定,亦不妨碍行政机关在行政契约中享有特权。这种特权的普适性,与契约要求双方当事人合意产生彼此权利义务之本质不符,且有使行政契约性质更趋向于单方行政行为的危险,故不可取。而且,从我国行政复议与审判反馈的信息表明,在实践中行政机关不经协商单方变更解除行政契约所导致相对人权益损害的现象比较严重。如果肯定法国式的普适的特权,无疑会助长原已存在的这种不良倾向。因此,我主张确立适度的、有节制的行政机关主导性权利,即行政机关对行政契约的履行具有监督与指导权;在相对一方违约且公共利益所必需情况下行使直接强制执行权与解除权;对严重违约已构成犯罪的相对一方处以法定的行政制裁措施;基于公共利益之考量可以单方变更与解除契约的权利;对行政契约享有解释权等,上述这些主导性权利在行政契约订立时是作为强制性条款规定的,对相对一方来说,要签订合同,就必须接受。

承认行政机关应享有主导性权利,实际上就是保证行政机关对相对一方拥有强制性、主导性地督促后者履行契约义务的能力,但与此同时,也必须认识到行政契约所预期的特定行政目的的实现,实际上取决于行政机关与相对一方各自切实履行彼此的义务。然而,从实践中反馈回来的信息表明行政机关在履行义务方面并不令人满意。因此,从权利义务配置上,也应考虑发挥相对一方对作为契约一方当事人的行政机关履行契约义务的督促作用,这在行政机关所承担的契约义务对相对一方能否完成其所承诺的契约义务具有前提性意义时,尤其显得重要。因此,应考虑在行政机关不履行或迟延履行义务时,允许相对一方向法院申请强制执行以及要求赔偿损失,来形成对行政机关的外在制约与督促机制。

当然,我们也发现,在实践中,行政契约得不到切实履行,有时是由于政

^① Cf. John Bell & Neville Brown, *op. cit.*, pp. 193, 201.

府各部门、中央与地方、上级与下级在制定政策上协调性差,或者相关部门采取不合作的态度,比如,有的行政机关就以行政契约是由别的政府部门签订的、本部门没有参与为由,拒绝执行合同政策。作为制止与消除这种现象的制度对策,加强行政机关内部制定政策的协调,以及督促相关部门配合合同政策的执行,就显得十分必要了。

上述确保行政契约所预期的行政目的实现的实体权利义务配置模式,是将公共利益的优先满足作为整个制度设计的考虑基点。但我们也要注意,相对一方参加行政契约并非没有自身的利益要求,公共利益的实现不能以牺牲相对一方经济利益为代价,否则,行政契约将失去对相对一方的吸引力。因此,在保证公共利益优先满足的前提下,应对相对人因保证特定行政目的优先实现所作出的经济利益上特别牺牲进行必要的补偿,以维持行政契约中两种利益间的平衡,在制度设计上就是要确立经济平衡原则。另外,确立经济平衡原则,还可以起到从经济上控制与防止行政机关滥用主导性权利的作用。

当然,我们谈行政契约中实体权利义务要按照保证特定行政目的优先实现的原则来配置,但并不等于否定,在契约当事人之间具有反向性目的追求的行政契约中,还存在以保证相对一方参与契约所预期的利益实现为目的的权利义务配置,比如相对人要求报酬权等。基于行政契约的根本目的为实现特定行政目的的认识,在层次上我们可以将以确保特定行政目的优先实现的权利义务配置作为第一层次,而将保证相对一方利益实现的权利义务配置作为第二层次。这种层次的划分,只是我们在制度设计上考虑问题的先后次序,以及在这两种权利义务配置所代表的公共利益与私人利益发生冲突时的价值选择趋向,并不意味着后者无关紧要。恰恰相反,鉴于行政契约实践反映出这方面权利义务的設置与实施的效果还不尽人意,例如,在农村粮食定购合同履行中给农民打白条的现象还比较严重,因此,在制度建设中还必须特别注意这第二层次上的权利义务配置与实施,否则,将极大地挫伤相对一方参与行政契约的积极性。

而“不对等契约”中契约当事人间的地位不平等,以及行政机关在契约中具有主导性权利,决定了必须引入有效的行政程序,来保证双方合意的自由性和行政机关正当合法地行使主导性权利。这是因为,行政程序作为行

政决定的规范流程,能够提供各方交易的理想空间,促进意见疏通,扩大选择范围,调和彼此的利益;能够消除地位不对等的隔阂,使处于弱势的一方能够自由地表达意见,实现合意的自由;能够通过课加行政机关程序上的义务和赋予相对一方程序上权利,使行政机关主导性权利的行使合乎理性,排斥行政恣意,从而保证由此作出的行政选择是最有效益的。

在制度的构筑上,必须建立以听证与协商制度为核心的自由交流与对话的理想空间,保证具有不同利益要求的当事人间能够相互充分表达意见,从而使行政契约从本质上满足了契约的内在要求。在协商与听证过程中,行政恣意得到了一定的抑制。而引入说明理由制度、公开制度、回避制度、教示制度等制度,则有助于进一步强化相对一方制约行政恣意的能力,保证了行政机关运用主导性权利的合理与公正性,维护相对一方合法权益。而充分的意见交流、采取严格的书面要式主义以及要求受契约影响的第三人书面签署意见,对于预防与解决纷争无疑起到了防范性的作用。同时建立上级机关的“参与保留”制度、严格的审计制度以及通过行政监察等途径追究失职者责任的归责机制,也能对限制行政恣意起到积极的作用。

消弭因行政契约缔结或履行所引起的纠纷,需要建立行之有效的救济制度。西方国家救济制度运作,以及我国实践经验均表明:通过协商、仲裁或行政机关内部裁决等司法外途径解决纠纷,往往比较成功。这种解决纠纷的方式之所以受到欢迎,主要是因为,相对一方出于其与行政机关间存在着隶属关系的考虑,期望与行政机关保持较为良好关系。因此,作为制度建设,应当肯定协商或者由政府出面调处作为非制度化的解决方法。但由于随着《仲裁法》(1994年)的生效实施,原来行政契约立法中所规定的在行政机关体系内设立的仲裁机构已不能援用,而必须以当前出现的在人事部内设立专门仲裁聘用合同纠纷机构的做法为契机,在行政机关体系内建立独立的行政契约仲裁机构,专门用来处理行政机关间及行政机关与所属下级机构或公务员间缔结的特定种类的行政契约纠纷。与此同时,对行政复议制度作相应的修改。之所以如此,是因为,在我们所要建立的行政契约制度中,行政机关所享有的主导性权利是以公共利益必需为限度的,因而是有节制的、适度的。在这种制度运作过程中,除行政机关行使契约主导性权利情况下,可以将自己对契约履行的预期与要求通过单方的行为实现外,在一般

情况下,契约双方当事人发生纷争,都只能诉请第三方进行裁决,而现行行政复议制度的仅对相对人救济的单向性结构,根本不符合行政契约纠纷解决的要求。因此,制定专门解决行政契约纠纷的特别规则,也就是,在行政复议制度原有的单向性救济结构中,建立专门解决行政契约纠纷的双向性救济结构,应当成为行政复议制度改革的题中应有之义。从而在协商与政府出面调处的基础上,形成以行政复议为主要救济方式、以行政仲裁为解决特定种类行政契约纠纷的司法外救济制度模式。

在对行政契约纠纷进行司法救济上,则应肯定行政诉讼制度是唯一的司法救济途径,这是在我国根据法律关系性质而区别救济途径的制度下,行政契约作为行政法上的争议,从性质上排斥其他司法救济途径的结果。但也应看到,在行政诉讼制度构建之初,缺乏对行政契约这种双方行为特征的深入认识与考虑,表现在具体制度的构筑上,就是仅对相对人的单向救济,比如,行政诉讼仅受理行政机关实施的侵犯相对人合法权益的具体行政行为;诉讼只能由受行政机关具体行政行为侵害的相对人提起;在诉讼中被告行政机关负主要举证责任;不得提出反诉;在对案件的审查上也主要审查行政机关所认定的事实是否正确,证据是否确凿;行政机关所采取的行政行为是否符合实体法与程序法的要求等。但行政契约争议是在双方约定条款的基础上产生的,要求解决争议的一方并不仅限于相对人,行政机关由于在行政契约中除行使主导性权利情况外,不能像在实施单方行政行为那样,将自己的意志强行贯彻到对方身上,因此,其也存在要求法院裁决是非、并通过法院判决强制相对方履行义务的要求,所以,现行的行政诉讼制度的单向性构造不能满足行政契约救济的需要,而必须针对行政契约纠纷的特点,对目前的行政诉讼制度进行重构,即在原有单向性构造的行政诉讼制度框架中,针对行政契约特点,建立专门适用于解决行政契约纠纷的双向性构造的诉讼结构,反映在具体制度与规则的构建上就是,将行政契约与具体行政行为并列纳入行政诉讼受案范围之内;在行政诉讼中专门规定解决行政契约纠纷的特别规则,包括允许行政机关起诉的条件、调解原则、举证责任、确认契约效力以及对违约责任处理的判决形式等。