

行政合同争议 司法审查研究

ON JUDICIAL REVIEW OF
ADMINISTRATIVE CONTRACT DISPUTES

胡宝岭◎著



中国政法大学出版社

行政合同争议 司法审查研究

ON JUDICIAL REVIEW OF
ADMINISTRATIVE CONTRACT DISPUTES

胡宝岭◎著



中国政法大学出版社

2015·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

行政合同争议司法审查研究/胡宝岭著. —北京：中国政法大学出版社，2015. 11
ISBN 978-7-5620-6352-0

I. ①行… II. ①胡… III. ①行政法—合同法—司法监督—研究—中国
IV. ①D922. 104

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第257514号

出 版 者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
邮 寄 地 址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话 010-58908289 (编辑部) 58908334 (邮购部)
承 印 固安华明印业有限公司
开 本 720mm × 960mm 1/16
印 张 23
字 数 380 千字
版 次 2015 年 11 月第 1 版
印 次 2015 年 11 月第 1 次印刷
定 价 56.00 元

王万华教授序*

行政合同在我国是一个备受争议的法律概念，不仅部分民法学者认为并不存在行政合同与民事合同之区分，在行政法学界也不乏对行政合同质疑和反对的声音。尽管理论界对行政合同存在争议，但是行政合同在实践中得到日益广泛的应用却是不争的事实，行政机关越来越多地运用合同方式实现公共行政管理任务。由于对行政合同性质存在争议，因为政府与私人签订合同而引发的争议在诉讼中有行政诉讼、民事诉讼等不同模式，分别适用不同的诉讼规则。2014年11月修改的《行政诉讼法》明确规定“行政机关不依法履行、未按照约定履行或者违法变更、解除政府特许经营协议、土地房屋征收补偿协议等协议的”属于行政诉讼的受案范围，2015年4月出台的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》用7个条文对行政协议争议诉讼进行了规范。上述规定，为行政合同争议进入行政诉讼，法院如何对行政合同争议展开司法审查，指明了大致方向。但是，由于立法及司法解释的“线条”较粗，对于行政合同争议的司法审查，仍有许多理论问题与技术问题亟待解决，而解决这些理论问题与技术问题，恰恰是本书重要使命。由此，体现出本书作者强烈的问题意识。

* 王万华，中国政法大学教授，博士生导师，中国法学会行政法学会理事，荣获第七届“全国十大杰出青年法学家”称号。

本书在宝岭博士论文基础上修改完成，以行政合同的行政性与合同性为基本线索，巧妙地牵线串珠，对行政合同争议司法审查进行了深入研讨。从证成行政合同的概念入手，对行政合同争议解决机制、行政合同争议司法审查模式与诉讼类型、行政合同争议起诉条件、行政合同争议司法审查对象、行政合同争议案件审理和判决等方面的理论问题与技术问题进行了探索。创新是任何学术著作的生命，本书在许多方面均有重要创新，对许多问题都有独到见解。例如，在证成行政合同概念中，将行政合同成立的理论障碍概括为行政合同的合法性问题、行政合同的合意性问题、合同的公法可得性问题，并提出“契约自由与依法行政的兼容论”、“行政性与合意性的整合论”、“合同手段的公私法通用论”作为回应；在探索行政优益权的正当性时，提出了“双重身份理论”，认为行政机关和行政相对人在行政合同中都具有双重身份，代表不同利益，此系行政优益权的源泉；对应民法上的物权法定原则、刑法上的罪刑法定原则，大胆提出行政合同法定化这一设想，并对这一问题进行了深入探讨，对其可能产生的影响进行了预测；对行政合同争议的基本形态进行了梳理，将行政合同争议区分为先合同争议、行政合同履行争议、后合同争议三大类型；明确提出应当赋予行政机关原告资格，指出行政优益权不能成为否定行政机关原告资格的理由，赋予行政机关原告资格既不会侵害行政相对人的合法权益，也不会对“民告官”的理论基础构成冲击；以行政合同争议诉讼的“双向性结构”为依据，提出“以行为为纲”确定司法审查对象，得出行政合同争议司法审查对象包括行政合同本身、行政机关行使行政优益权的行为以及行政合同的缔结、履行、调整、终止行为这一结论；在研究行政合同争议案件的审理和判决时，解决了其中各个环节的许多理论问题与技术问题，等等。

宝岭热爱写作，追求有学术价值的理论成果。他当过法官，扎根行政合同争议案件审理的司法实践，以大量真实的案例为基础，以严密的逻辑推理为工具，以解决实践中的各种问题为导向，克服理论研究中的诸多难点，努力探求得出经得起理论和实践检验的结论，能够为行政审判实践所

应用。本书中的每一个论点均可谓作者深思熟虑的结果，如针对部分学者所采信的对行政合同争议司法审查模式持开放性的观点，本书提出不同意见，运用大量证据，较好地论证了“行政合同争议司法审查模式应为单一的行政诉讼模式”这一观点。放眼世界，行政合同（政府合同）已被广泛应用于法国、德国、日本、英国、美国等不同国家，宝岭在立足中国本土司法实践和行政合同实践的同时，又具有相当开阔的比较法视野，对两大法系主要国家（地区）的行政合同（政府合同）理论与制度进行了认真梳理，对行政合同产生的原因和意义进行了深入研究，对中国如何借鉴西方经验做了很好的探究。

为创作本书，宝岭博士克服了重重困难。他当初确定博士论文选题时，行政合同争议尚未统一纳入行政诉讼案件进行审理，行政合同争议司法审查实践纷繁复杂，论文的写作充满相当难度。论文答辩通过后，恰逢新《行政诉讼法》明确将行政协议争议纳入行政诉讼受案范围，法院如何对行政合同争议进行司法审查成为新法实施中需要解决的问题，本书无疑刚好回应了这一新的法律实施需求，可谓对作者痛苦写作论文的最好回报。我作为宝岭的硕士和博士导师，深知他对学术的执着追求，在祝贺他新书出版的同时，也希望他以本书的出版为新的起点，开始新的学术探索。

是为序。

王万华

2015年夏末于北京世纪城

作者自序

“物无非彼，物无非是。自彼则不见，自知则知之。”
——《庄子·齐物论》

对于国内研习法律的人来说，博士学位论文通常是学术生涯的真正起点，一般也会成为研习者的第一本著作。在这方面，我不免也要落入俗套了。本书付梓之际，我的心情与为文惠君解牛之后的庖丁极其相类：“提刀而立，为之四顾，为之踌躇满志。”只不过与那个能够做到游刃有余的庖丁相比，我的学术功底还远远没有达到“合于《桑林》之舞，乃中《经首》之会”的境界。但无论如何，抛砖引玉之类的谦辞实在还是难以说出口的——那不过是为自己轻浮的学术态度寻找冠冕堂皇的理由罢了。这本著作的内容及品质若何，现交由各位读者公断之：如果有人将本书判定为学术垃圾，我自会为今日之任性“抛砖”、污染学术环境而羞赧难当；如果将来真有学术之“玉”，殆可认为与我的“抛砖”行为无干。

在序言或者后记中写下若干感谢的话，这或许也是我国学术著作的一大特色。既然我已落入俗套，又何妨一俗到底，也在此略缀数语，以申谢悃？首先，我应该感谢我的指导老师王万华教授。本书从选题到谋篇布

局，再到某一具体论点，无不凝聚着王老师的心血。如果说书中还有一些可以称为“正确”的观点的话，不能不说是拜王老师所赐。今年暑期，欣闻本书行将付梓，王老师复又命笔，为之作序，更使我不胜感幸。其次，中国政法大学的应松年教授、马怀德教授、刘飞教授对论文选题提出了宝贵意见。中国政法大学的朱维究教授、薛刚凌教授、何兵教授、刘善春教授、王敬波教授，中央财经大学的高秦伟教授，中共北京市委党校的金国坤教授审阅了文稿，并提出修改意见。——各位学术前辈的真知灼见和睿智思想使我受益匪浅，永远难忘！最后，中国政法大学出版社的彭江主任和编辑诸君为本书的出版出谋划策，并担负校雠之劳，使其在外形上渐臻完善，作者亦特此鸣谢。

自19世纪末以降，在大陆法系国家，以公务理论、“超越普通法范畴的条款”（les clauses exorbitantes du droit commun）学说为基础的法国行政合同理论与以“合同标的论”、“合同目的论”为代表的德国行政合同理论，犹如两株参天大树，木秀于林而又互有短长；在普通法系国家，则有英国与美国的政府合同理论似花朵般竞相怒放，惹人驻足；日本和我国台湾地区的行政契约理论虽然主要继承了德国行政合同理论之衣钵，然又各具特色，威名远播。本书非常注重深入开源，广泛取材，从比较法的视角对上述国家与地区的行政合同理论进行了重点阐释。进一步说，许多今天在我国行政合同领域看起来为应然的命题，在上述国家和地区可能恰恰是实然的东西。或者毋宁说，比较与借鉴的方法对于完善我国行政合同的理论与制度是不可或缺的。

研究行政合同争议司法审查，必须以行政合同的基本特征为依据。可以说，行政合同的本质和特征决定着行政合同争议司法审查制度的建构。在立论上，本书紧紧抓住行政合同之肯綮——行政性与合同性的统一——行政合同既包含了单方权力因素，也蕴含着双方合意因素，这是行政合同与单方行政行为、民事合同的本质区别，也是行政合同自身价值之

所在。对行政性与合同性的统筹考虑，用行政性与合同性之瓦砾建构起行政合同争议司法审查制度的大厦，是贯穿于本书的一条主线；在论点上，本书力求在翔实资料的基础上有所开拓创新，既避免人云亦云、故步自封，又杜绝以偏概全、信口雌黄；在内容上，虽然本书也力争划清应然与实然的界线，但由于在我国行政合同领域中实然的东西终究太少，因而对应然问题的探讨在本书中占有较大比重，此点务请读者注意。

在中国，行政合同的法制化已经真正到了“看得见桅杆尖头”的时刻。在本书修改定稿的过程中，全国人大常委会《关于修改〈中华人民共和国行政诉讼法〉的决定》（2014年11月1日）、最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》（2015年4月27日）相继出台，第一次在中央层面的立法及司法解释中规定了行政协议。虽然没有直接使用“行政合同”这一称谓，行政合同的立法在我国可谓“千呼万唤始出来”，而且“犹抱琵琶半遮面”，却在行政合同法制化进程中迈出了切切实实的一步，也为我国今后行政合同争议司法审查指明了大致方向，实乃一大幸事。再揆以理论学说及司法实务之积累，我国行政合同理论与制度可谓进步不鲜。作为一种富有活力而又坚韧顽强的新行政管理方式，行政合同在我国似乎已有了一些渐入佳境的气象。作为对立法、司法解释以及司法实务的理论跟进，本书尤其注重结合司法实务中的具体案例，从理论高度对上述最新立法及司法解释进行了阐释，并提出了若干不成熟的意见，以期有所裨益。

三

王安石在《游褒禅山记》中曾谓：“世之奇伟、瑰怪、非常之观，常在于险远，而人之所罕至焉，故非有志者不能至也。”对于立志做学问的人来说，这句话再贴切不过了——它时刻在激励我不畏艰险走得更远。况且我还是个完美主义者，岂能不知“学者不可以不深思而慎取之也”？在近二年的时间里，我在这本书上倾注了绝大部分心血，为之殚精竭虑、呕心沥血、不眠不休。甚至一度日昃忘食，惴惴焉摩玩中外文献，无以纾

忧，惟潜心构思如何“批大郤，导大窾”云云，爰拟定此书稿。

然而，“盖天地不全”，世上本无完美之物，完美主义者本身即有不完美之一面，正如这本书一样。虽我已尽最大努力对本书进行全面修改完善，然所付诸之艰辛与作品质量未必完全合于比例原则。加之行政合同这一概念不好把握，横看譬如民事合同，侧看又似单方行政行为，争议连绵，内容庞杂，“仰之弥高，钻之弥坚。瞻之在前，忽焉在后”，研究者很难准确揭示其“庐山真面目”。盖因作者学植未深，书中错讹舛谬之处在所难免，希望本书读者以及广大学者、法律工作者继续不吝批评赐教。

胡宝岭

2015年7月27日定稿于北京寓所

(28) 第四章 行政合同之救济 28

(29) 第一节 行政合同之救济 29

(69) 第二节 行政合同之救济 69

(66) 第三节 行政合同之救济 66

目 录

(69) 第二章 行政合同之救济 69

(69) 第一节 行政合同之救济 69

(70) 第二节 行政合同之救济 70

(74) 第三节 行政合同之救济 74

(82) 第三章 行政合同之救济 82

王万华教授序 (1)

作者自序 (4)

第一章 行政合同概念证成 (1)

第一节 如何证成行政合同 (2)

一、行政合同的概念 (3)

二、行政合同成立的理论障碍 (9)

三、证成行政合同概念的方法 (12)

第二节 行政合同与行政处理、民事合同的比较与甄别 (25)

一、行政合同与行政处理、民事合同的比较 (25)

二、行政合同与行政处理的甄别 (29)

三、行政合同与民事合同的甄别 (31)

第三节 行政合同在行政管理中的应用 (40)

一、行政合同产生的原因 (40)

二、域外行政管理中行政合同的应用 (49)

三、中国行政管理中常见的行政合同 (54)

第四节	行政合同法定化趋势	(58)
一、	法定化——行政合同发展的新动向	(59)
二、	行政合同法定化的推论	(63)
三、	行政合同法定化的影响	(66)
目 录		
第二章	行政合同争议解决机制	(69)
第一节	行政合同争议基本形态	(69)
一、	行政合同争议的概念与特征	(70)
二、	行政合同争议基本形态	(74)
第二节	行政合同争议非诉讼解决机制	(85)
(1)	一、概说	(86)
(4)	二、非诉讼解决机制分析	(88)
(1)	三、对非诉讼解决机制的评价	(92)
第三节	我国行政合同争议司法审查的实证与反思	(94)
(5)	一、我国行政合同争议司法审查的基本情况	(94)
(8)	二、我国行政合同争议司法审查的主要问题	(97)
(9)	三、对行政合同争议司法审查的反思	(105)
(12)		
第三章	行政合同争议司法审查模式与诉讼类型	(109)
(25) 第一节	行政合同争议司法审查模式	(109)
(29) 一、	可选择的司法审查模式	(110)
(18) 二、	各种司法审查模式之比较	(111)
(14) 三、	域外行政合同争议司法审查模式之考察	(116)
(14) 四、	我国行政合同争议司法审查模式之确定	(118)
(24) 五、	小结	(137)
(12) 第二节	行政合同争议诉讼类型(上):主观诉讼抑或客观诉讼	(140)
一、	主观诉讼与客观诉讼	(141)

二、行政合同争议诉讼的主客观性质	(142)
三、主客观划分在行政合同争议诉讼中的特殊之处	(143)
第三节 行政合同争议诉讼类型（下）：以诉讼请求为标准的	
类型化	(145)
一、各国行政诉讼的类型划分	(146)
二、我国行政合同争议诉讼的类型化	(147)
三、小结	(157)
第四章 行政合同争议起诉条件	(159)
第一节 适格的原告	(160)
一、原告资格的确定标准	(160)
二、私人当事人的原告资格	(166)
三、行政机关的原告资格	(167)
四、非行政合同当事人的原告资格	(176)
五、各种类型行政合同争议诉讼中的适格原告	(180)
第二节 适格的被告	(184)
一、行政诉讼被告资格的一般标准	(184)
二、行政机关作被告	(185)
三、行政机关之外的主体作被告	(187)
四、基本结论	(189)
第三节 受案范围与管辖法院	(189)
一、受案范围	(190)
二、管辖法院	(193)
第四节 行政合同争议诉讼的起诉与受理	(196)
一、行政合同争议诉讼的起诉	(196)
二、行政合同争议诉讼的受理	(202)
三、对行政合同争议诉讼的复议	(206)

第五章 行政合同争议司法审查对象	(210)
第一节 如何确定行政合同争议司法审查对象	(210)
一、确定审查对象的依据——行政合同争议司法审查的“双向性结构”	(211)
二、“以行为为纲”确定行政合同争议司法审查对象	(213)
三、对司法审查对象的说明	(217)
第二节 对行政合同的审查	(219)
一、涉诉合同性质审查	(219)
二、行政合同合法性审查	(225)
三、行政合同效力审查	(234)
第三节 对行政机关行使行政优益权行为的审查	(245)
一、行政优益权的内容、特征与行为属性	(246)
二、合法性审查、合约性与合理性审查	(250)
三、公共利益之判断	(256)
第四节 对行政合同缔结、履行、调整、终止行为的审查	(259)
一、对行政合同缔结行为的审查	(259)
二、对行政合同履行行为的审查	(266)
三、对行政合同调整、终止行为的审查	(271)
第六章 行政合同争议案件审理和判决	(273)
第一节 行政合同争议诉讼第三人	(273)
一、行政诉讼第三人的立法变迁	(274)
二、行政合同争议诉讼第三人的类型	(277)
三、小结	(279)
第二节 行政合同争议诉讼证据规则	(280)
一、举证责任分配	(280)
二、证明标准	(291)

第三节 行政合同争议诉讼法律适用	(294)
一、“公法论”与“混合论”之争	(295)
二、行政法的适用	(297)
三、民法与民事诉讼法的适用	(301)
第四节 行政合同争议案件的调解	(308)
一、行政诉讼调解的正当性困境	(308)
二、调解在行政合同争议诉讼中的正当性	(310)
三、适用调解的限制	(312)
第五节 行政合同争议案件的判决	(314)
一、行政诉讼判决概述	(315)
二、《行政诉讼法》与司法解释中判决形式的适用	(315)
三、行政合同争议诉讼判决的完善	(325)
参考文献	(329)

第一章 行政合同概念证成

近年来，“合作国家”（cooperative state）观念在各国方兴未艾，其基本内容是国家与人民之间关系的重构。在“合作国家”思想激荡下，行政与人民之间的关系也在一定程度上褪去高权色彩，与之相伴的是“伙伴式”的“新治理模式”崭露头角，以行政合同（administrative contract）^{〔1〕}为代表的“柔性行政”方式开始在行政管理的舞台上扮演愈加重要的角色，并已发展成

〔1〕 对于行政合同的名称之争略作说明如下：

行政合同在日本和我国台湾地区称为行政契约，在法语中称为 *contrat administratif*，在德语中称为 *Verwaltungsvertrag*，在英美法中称为 *administrative contract* 或 *government contract*。我国大陆学者一般称之为行政合同，但亦有称之为行政契约者。本书使用行政合同，端在与“官方”称谓保持一致。例如，国务院《全面推进依法行政实施纲要》、最高人民法院《关于规范行政案件案由的通知》以及《湖南省行政程序规定》、《山东省行政程序规定》中均使用行政合同。而且，殆可断言的是，我国将来制定《行政程序法》时仍会继续沿用行政合同这一称谓。盖行政合同已为约定俗成之称谓，再花费心思去对“合同”与“契约”的涵义进行一番“茴香豆”式的考证，其严谨治学精神殊可赞许，但其意义却值得商榷。不过有一点必须申明，本书完全是在相同意义上使用合同与契约、行政合同与行政契约这两组术语，并无厚此薄彼之意。

除了行政合同与行政契约，现在恐怕更需要关注第三个概念——行政协议。尤其是2014年11月1日修改的《行政诉讼法》在受案范围部分增加了“认为行政机关不依法履行、未按照约定履行或者违法变更、解除政府特许经营协议、土地房屋征收补偿协议等协议的”（《行政诉讼法》第12条第11项）的规定后，接踵而来的问题是如何厘清协议与合同、行政协议与行政合同之间的关系。在英美法系国家，合同常被定义为“在法律上具有强制执行力的许诺或协议”。参见〔美〕迈克尔·D·贝勒斯：《法律的原则——一个规范的分析》，张文显等译，中国大百科全书出版社1996年版，第168页。在大陆法系国家，一般认为协议是一种事实上的状态，当这种事实产生一定的权利或义务时即构成法律意义上的合同。参见〔法〕罗朗·里歇：《法国的行政合同及其法律适用规则》，载杨解君编：《法国行政合同》，复旦大学出版社2009年版，第8页。检讨国内法律文本，可以发现上述观点在理念上似与我国《合同法》第2条对合同的界定相契合。反观《行政诉讼法》关于行政协议的规定，其涵义显然绝不止于事实状态；从最高人民法院2015年4月27日公布的司法解释对行政协议所下的定义来看，行政协议其实就是行政合同，二者只是称谓不同，并无实质差异。但立法机关却在此抛弃“合同”而使用“协议”，其动机颇为可疑。在国内，另有极少数学者主张将双方当事人都是行政机关的公法合同称为行政协议，但这种概念游戏并不足取，亦无实际意义，后文对此将有详细论述。

为行政法学领域的一枝独秀。可以预见，随着行政管理手段日趋多元，行政合同在行政管理实践中的应用也会越来越广泛。

行政合同的出现，在为行政法学注入新鲜血液的同时，也对传统行政法理论提出了挑战，并且给历久弥新的契约理论带来了全新课题。作为公私法的“混血儿”，行政合同在各国还远不及行政法中的行政处理^{〔1〕}和私法中的合同制度那样成熟稳健。行政合同在中国发展的阻力之大，同样也超过了行政法上任何一项具体制度。在此背景下，证成行政合同这一概念，探索行政合同在行政管理实践中的应用状态，为行政合同健康成长奠定坚实的理论基础与实证基础，成为研究行政合同争议司法审查的重要前提。

第一节 如何证成行政合同

行政合同这一概念在法律上能否成立？所谓行政合同是不是一个彻头彻尾的伪命题？这是所有研究行政合同的论著所不能回避、也无法绕过的第一道坎。自20世纪90年代以降，我国行政法学者与民法学者曾经就此展开过一场又一场口水战，硝烟弥漫至今，在双方激烈碰撞的过程中产生了不少思想火花。^{〔2〕}但是，理性回眸这场论战，我们似乎可以得出一个“异乎寻常”的结论——真理有时并非越辩越明。由于多数民法学者对行政合同这一概念持强烈反对乃至鄙夷之态度，而行政法学者在与民法学者据理力争的同时，却又显得信心不足，这场论战未能起到拨云见日的效果。^{〔3〕}双方的“拉锯

〔1〕 我国行政法上的行政处理，相当于德国行政法中的 *Verwaltungsakt*，是指行政机关就公法上具体事件所为之决定或其他公权力措施而对外直接发生法律效力之单方行政行为，在我国台湾地区则称为行政处分。我国大陆行政法学界对此尚未形成统一概念，在立法上也没有相对应的概念。有的行政法学著作称之为行政处置或行政处理决定，亦有部分学者不赞成使用这一概念，而直接以具体行政行为为名之。对于行政处理与行政行为的关系，学界同样没有达成一致意见。参见宋功德：《聚焦行政处理——行政法上“熟悉的陌生人”》，北京大学出版社2007年版，第10页。

〔2〕 尤其是在1999年《合同法》通过之前，对于是否应当在《合同法》中专门规定行政合同，多数民法学者提出了强烈的反对意见。最终，行政合同被排除于《合同法》的调整范围之外。

〔3〕 例如，有行政法学者在草拟《行政诉讼法》修改建议稿时提出：“考虑到在我国当前形势下，行政合同还没有得到学术界和实务界的普遍承认，突然将它规定在行政诉讼中，不免有些突兀，所以，还是等待对行政合同问题达成基本的共识，对行政合同理论的研究进一步深化之后，再进行规定为宜。”参见马怀德主编：《司法改革与行政诉讼制度的完善——〈行政诉讼法〉修改建议稿及理由说明书》，中国政法大学出版社2004年版，第343页。此番结论，恰恰是行政法学者对于行政合同缺乏自信的表现之一。