

行政 合同

Administrative Contract

on the
background
of
PPP

研究

——以公私合作为背景

李霞 / 著



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)



行政 合同

Administrative Contract

on the
background
of
PPP

研究

——以公私合作为背景

李 霞 / 著



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

图书在版编目 (CIP) 数据

行政合同研究：以公私合作为背景 / 李霞著. —北京：社会科学文献出版社，2015.5

ISBN 978 - 7 - 5097 - 7415 - 1

I. ①行… II. ①李… III. ①行政法 - 合同法 - 研究 - 中国
IV. ①D922.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 077224 号



出 版 人 / 谢寿光

项目统筹 / 芮素平

责任编辑 / 李娟娟 关晶焱

出 版 / 社会科学文献出版社·社会政法分社 (010) 59367156

地址：北京市北三环中路甲 29 号院华龙大厦 邮编：100029

网址：www.ssap.com.cn

发 行 / 市场营销中心 (010) 59367081 59367090

读者服务中心 (010) 59367028

印 装 / 三河市尚艺印装有限公司

规 格 / 开 本：787mm × 1092mm 1/16

印 张：13 字 数：260 千字

版 次 / 2015 年 5 月第 1 版 2015 年 5 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978 - 7 - 5097 - 7415 - 1

定 价 / 49.00 元

本书如有破损、缺页、装订错误，请与本社读者服务中心联系更换

▲ 版权所有 翻印必究

前言

在世界范围内，无论作为一种理念、制度，还是作为政策执行、管制和政府组织的工具，行政合同都已被普遍接受和运用。尤其是随着公私合作的兴起、民营化的推进、“契约式治理”的拓展，行政合同俨然已可与行政处分“平分秋色”，成为新行政法和新公共管理领域的“新贵”。然而在我国，行政合同仍处被偏废的一隅，理论研究和制度建构显得滞后，并迟缓了实践的步伐。本书正是聚集于这一尚未获得充分回应的领域。同时，鉴于行政合同是一个相当宏大的议题，本书以公私合作为背景对研究主题进行了限缩。

本书包括导论和主体两部分。导论旨在阐释问题缘起和写作意旨。在文献综述部分，梳理了国内外行政合同的实践与制度脉络。理由是，作为一种“实务驱动”的产物，观察行政合同的制度实践有助于加强对相关理论研究内在动因的理解。

在研究方法上，本书脱离了行政合同先验存在的预设前提，而以其自身逻辑发展历史为研究原点。全书主体共分五章。第一章的论证分两个层次。首先，探寻催生行政合同的时代背景，结合行政合同的独特功能和特点，来论证它契合现实而生的客观必然。其次，现代行政裁量理论消解了行政羁束与意思自治之间的深刻紧张，为行政合同中的协商自由精神找到了出口；在契约法的演进中，相对的契约自由逐渐代替绝对的契约自由，也为行政合同提供了正当性。在此基础上，依法行政理念的现代修正为行政合同提供了法律空间。

第二至第四章是对目前行政合同领域最重要的三个问题的回答。第二章回答的是如何识别行政合同，并进而回答行政合同是什么。从某个角度来看，第二章也是证成行政合同概念的重要步骤，因为它尝试廓清行政合同与私法合同及单方行政行为之间的界限。第三章回答的是行政合同适用的范围和领域问题。第四章关注的是行政合同的法律适用问题。此三章同

样以“公”与“私”的相互交融与紧张关系作为讨论的背景。

第五章以公私合作合同为例，探究其现实的运行状况和未来的制度建构。行政合同的兴盛与公私合作的需求息息相关，在以合同为主要推进和执行工具的公私合作下，探讨“公”与“私”各自角色的演变与责任的分配，有助于推进对国家与公民、国家与社会、国家与市场、公法与私法、管制与治理等多个重要相关问题的思考，以及对未来的行政合同制度设计所涉的各种利益和关系的权衡。

目 录

导 论	001
一 问题的缘起	001
二 国内外的相关研究	006
三 选题的意义	032
四 研究的方法	034
第一章 行政合同的兴起	037
第一节 行政合同兴起的背景	038
一 福利国家：国家任务转变中的公私法交融	039
二 民营化：公私部门从对立到合作	042
三 管制改革：私法观念和手段的引入	048
四 全球地方化（glocalization）治理环境下的跨域治理	056
第二节 行政合同的法律空间——依法行政原则的修正	059
一 契约自由：从绝对到相对	059
二 从行政法律羁束性到行政自由裁量	062
三 行政合同下行政法治原则的变迁	066
第二章 行政合同的识别	068
第一节 行政合同与私法合同的疏离	068
一 合同主体	069
二 合同缔结之目的	071
三 合同关涉之法律关系	072

四 合同包含之规则——特殊权力保留	073
五 综合之判断	075
第二节 行政合同与单方行政行为的疏离	077
第三节 我国关于行政合同识别标准之争——兼谈本书观点	079
一 行政主体间签订的合同是否属于行政合同?	079
二 目标标准应采“行政(管理)目标”还是“公共利益”?	083
三 是否在目标标准之外,兼采法律关系标准或“特殊权力 条款”?	084
第三章 行政合同的应用范围和种类	088
第一节 行政合同的应用范围	088
一 比较法视角下行政合同的应用范围	089
二 本土视野中行政合同的有限应用	095
第二节 行政合同的种类	096
一 比较法视角下的行政合同种类	097
二 国内的行政合同多元划分标准	102
第四章 行政合同的法律适用	106
第一节 行政合同法律适用问题的重要性	106
第二节 有关国家和地区的三种法律适用模式	107
一 普通法附加行政法模式	107
二 行政法模式	112
三 行政程序法准用民法模式	113
第三节 行政法准用民法模式之借鉴	117
一 中国现行立法状况下借鉴该模式之考量	117
二 借鉴基础上之具体构想	121
第五章 公私合作合同	125
第一节 公私合作的现状	125
一 公私合作的实践	125
二 公私合作伙伴关系的概念	133

三 公私合作的类型和要素	136
四 公私合作的价值和风险	140
第二节 公私合作合同	143
一 公私合作合同的概念与特点	143
二 公私合作合同的类型	144
三 公私合作合同的性质	146
四 公私合作行政合同中的法律关系——以 BOT 合同为例	168
第三节 公私合作合同中的国家责任	170
一 国家的担保责任	173
二 国家的监督责任	174
结 语	185
主要参考文献	188

导 论

一 问题的缘起

合同作为“整个文明的产物”，本无所谓公私。尽管伴随着公私法的二元划分，合同渐被民法学者视为私法之“独占物”^①，但事实上，合同一直以来亦是公法上的概念^②。“契约”常被用于各种政治哲学与法学的辩论，政治哲学先贤们运用“社会契约”的观点，来有力地正当化政治社会的存在^③；约翰·罗尔斯的《正义论》，通过契约的观点建构正义的原则^{④⑤}；麦克尼尔突破了古典和新古典合同理念的片面和局限，其“新社会契约论”中的“关系契约”以交换为基础，“覆盖整个世界”^⑥。

合同法作为法律中最为古老且最为重要的组成部分，在公元前 1762 年

① 《法学研究》编辑部编著《新中国民法学研究综述》，中国社会科学出版社，1990，第 413 页。

② 根据学者的研究，早在古罗马时期，就已区分国际协议、公法协议和私法协议。但当时的公法合同也许只是一种偶然的的历史现象，政府尚未也不可能自觉运用公法合同或行政合同来完成行政任务，至少尚未形成制度。参见刘莘《试论行政合同的存在意义》，《法律科学》1999 年第 5 期。

③ 参见〔英〕霍布斯《利维坦》，黎思复、黎廷弼译，商务印书馆，1985，第 131～132 页；〔英〕洛克：《政府论》（下篇），叶启芳、瞿菊农译，商务印书馆，1964，第 59～62 页。

④ 参见〔美〕约翰·罗尔斯《正义论》，何怀宏等译，中国社会科学出版社，2009，第 42～43 页。

⑤ 相关评述参见 Jesse H. Choper, John C. Coffee & Ronald J. Gilson, *Cases and Materials on Corporations*, Aspen Publishers, 2000, pp. 33-34。也有学者认为，政治哲学场域中的“契约”并非真实契约（real contracts），而只是借用了契约的概念。他们质疑，对于社会契约而言，即使当初真有过一个全体人民同意的契约，它如何能拘束他们之子孙后代？Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law*, 15-16 (1991)。

⑥ 参见〔美〕麦克尼尔《新社会契约论——关于现代契约关系的探讨》，雷喜宁、潘勤译，中国政法大学出版社，1994。

颁布的《汉谟拉比法典》和中国古代法制实践中早已有之^①，19世纪的民法典编纂更是将其作为重要内容。^② 20世纪以后，合同法在许多方面发生了重大变化，并不断突破既有界限，大量新的合同类型涌现——行政合同就是其中一类。如果说，19世纪的合同法是一个统一的抽象理论体系，那么从20世纪开始，合同法不再保有一个完整的外形。行政合同，从一些具体的角落，敲开了合同法作为一个统一的抽象理论体系的坚硬外壳，汲取了创新行政治理方式所需的养分，又将社会公正、公共利益等成分注入。

行政合同的出现，在现实上，因应了政治、经济和社会结构的巨大变革；在理论上，经过了以绝对契约自由和当事人意思自治为中心的古典契约理论逐步为渗入国家和公法因素的现代契约理论所代替的准备^③；在法律规范方面，许多国家的行政合同立法内容已相当丰富和立体，为实践的发展提供了坚实的依据。

从行政法的角度观之，行政合同作为一种非权力性的行政活动方式，是一种治理方式的创新，体现了现代行政管理民主化、灵活性的趋势，在实践中发挥了促进行政的民主化、提高行政效率等作用，且越来越多地被用作调整和引导经济的工具。^④ 而作为一种新的法律形态，它更包含着法律价值观的深刻变革。它的出现，打破了私法对合同的“独占”，从而攻进了大陆法系公法和私法之间的坚实壁垒，充分体现了公法与私法相互渗透的发展趋势。正是在这个意义上，现代行政国家或被冠以了“契约国家”的称号。^⑤

放眼世界，行政合同正在全球化、民营化、管制改革和公私合作的

① 《汉谟拉比法典》这部迄今为止世界上发现的最古老而且保存最完整的法典中，直接规范契约关系的条款有150条，占整个正文（共282条）的53.2%；在中国古代，据《周礼·地官·司市》记载，“以质剂结信而止讼”，战国时人慎到也曾云：“书契所以立公信也”（《慎子》）。

② 莱因斯坦曾转述马克斯·韦伯就合同在历史中的演进所做的论断：“契约……之存在早散布于法制历史中的最早时期和阶段之中。” Max. Rheinstein, *Max Weber on Law in Economy and Society*, Harvard University Press, 1966, p. 105.

③ See, P. S. Atiyah, *The Rise and Fall of the Freedom of Contract*, Oxford University Press, 1985, pp. 4-32.

④ [法]古斯塔夫·佩泽尔：《法国行政法》，廖坤明、周洁译，国家行政学院出版社，2002，第94~95页。

⑤ [美]朱迪·弗里曼：《合作治理与新行政法》，毕洪海、陈标冲译，商务印书馆，2010，第493页。

“春天里”发枝散叶，理论上对行政合同的研究已远远脱离“适法性”的层次而步入对具体而微的前沿问题的探讨和解决中。转视中国，尽管举步维艰，行政合同仍现实地成为行政的一种重要方式和手段，然而法律学者对它的关注还比较初步，无法与它日益彰显的重要性及其所造成的理论和现实问题的深刻性相匹配。客观来看，法学界的冷漠、否定以至反对的声音仍在不断回响，行政合同迄今挣扎在“巨大的问号”的泥淖中。^① 用梁慧星教授多年前的判断来描述今日的情形仍然是妥当的：“目前在我国，不仅民法学界普遍否认行政合同的存在，行政法学界也有部分学者对行政合同持否定态度，认为行政合同概念本身是矛盾的。”^② 在1999年《合同法》的起草过程中，一部分行政法学者建议将行政合同作为合同的一种特殊形态，以专章形式加以规定，但因民法学界的激烈反对而未能如愿^③，行政合同因此丧失了以立法来确认和推动制度构建和实务规范的一个发展良机，令人扼腕。之后的十几年，正是西方国家（以及我国台湾地区）行政合同迅速推进之时，而我们的成效并不显著。时至今日，行政合同的基本理论体系在我国仍未建立。具体而言，对行政合同的概念、识别标准、适用范围、性质、正当性基础、原则、价值和功能、权利和义务配置、程序、法律救济等问题的讨论尚停留于较浅层面，同时存在诸多分歧；对私法合同理论、私法合同规则在行政合同中如何运用理解不一，对行政合同规则区别于普通合同的特殊性尚待进一步研究；等等。理论上的幼稚、困惑和分歧，导致了立法上的缺失和矛盾（例如，现行关于行政合同的立法采用针对某种特定行政合同的单行立法模式，多以法规或规章的形式出

① 余凌云：《它还是个问号吗？》，载余凌云主编《全球时代下的行政契约》，清华大学出版社，2010，第1页。

② 梁慧星：《合同法讲座》，http://wenku.baidu.com/link?url=er-Uo_5unEZGlcyl4wz-Zy-daB5cqae-yAQddxCC7rS_rBtBBtsFgtVkVETRWZTsxkMPurOB9XVgZBgLlemxrsH8wPElsmh-G8oWpqBzdVee，最后访问日期：2015年4月10日。

③ 针对行政法学会研究会的建议，民法学界出现了一片反对之声。尽管多数学者并未直言行政合同不存在，但对行政合同至少持怀疑态度。例如，著名民法学家梁慧星教授表示，对于中国现实中有无行政合同等问题，有深入探讨的必要，行政法学会的这意见理所当然应受到多数人的反对。王利明教授认为，行政合同究竟如何定义，其规范的对象是什么，仍然值得探讨；即使存在行政合同，是否要由合同法调整，亦不无疑问。参见梁慧星《讨论合同法草案征求意见稿专家会议上的争论》、王利明《合同的概念与合同法的规范对象》，载《法学前沿》编辑委员会编辑《法学前沿》（1998年第2辑），法律出版社，1998。

现,这种模式导致了规范适用上一定程度的混乱;2014年修订的《行政诉讼法》引入了“行政协议”的概念,但对于何谓“行政协议”,它具体范围有多大,无论是《行政诉讼法》还是新出台的最高人民法院司法解释,均未做出能令人普遍接受的阐释;部分法规的不同条文之间甚至相互矛盾,更凸显了立法指导思想的模糊与混乱);立法上的缺失和矛盾进而导致了行政合同实践中的盲目和失范。毫不夸张地说,目前关于行政合同的理论、立法和实践呈现出一种“碎片式”存在,现实中存在的种种问题迟滞了行政合同的发展,影响了这一制度功能的发挥和价值的实现。

随着民营化的推进、公私合作的兴起、服务型政府的建设、柔性行政的渐入主流,行政合同可谓又逢良机。这一次,机会不容再错失。^①行政法学界当负起这个责任,与时代共进,“与国际接轨”。

这正是本书欲选择以行政合同为主题展开研究的最初动因。行政合同本身所具有的特点也深合本人研究兴趣。行政合同一直被视作公法与私法嫁接的产物、契约性要素和权力性要素的融合体。它兼具行政价值意义和合同价值精神,包含了政府和社会的需求,也承载着民众的期许;它逾越了传统理论设立的藩篱,使原本相斥的两个范畴渐行渐近。

行政合同是一个相当宏大的议题,其延展性极强,几将涵括行政法学和公共管理学的所有层面。因而文章拟以公私合作为背景,对研究主题进行限缩。这一选择主要基于以下理由。

第一,从世界范围来看,行政合同的兴盛与公私合作的背景息息相关,公私合作合同(作为一个外延极广的集合式概念)的运用已遍及除国家核心任务之外的各个领域(甚至已逐渐渗入部分原本由国家独占的、属于国家核心任务的领域,例如,司法、治安、国家安全等),成为一种颇具代表性和典型性的合同形态。以公私合作行政合同切入,不仅要考量其所具备的一般行政合同的特点,还要综合平衡其内部错综复杂的公私方合作关系和利益,其所引发的公共任务执行的责任结构改造,以及导出的一

① 改革开放以来,民间资本已日益成为促进经济发展、调整产业结构、繁荣城乡市场、扩大社会就业的重要力量,公私合作的领域越来越广,程度也逐渐加深。2010年5月,国务院发出《关于鼓励和引导民间投资健康发展的若干意见》(国发〔2010〕13号文件),提出要进一步拓宽民间投资的领域和范围,鼓励和引导民间资本进入基础产业和基础设施、市政公用事业和政策性建设、社会事业等领域。2013年3月18日,李克强总理在记者招待会上,重申在铁路、金融多领域引入民间资本。

连串法律问题,诸如传统依法行政理念在行政合同领域的实现,公法和私法规则的适用,公私合作合同的公/私法属性,国家任务之责任归属的演变,国家任务转由私人执行的原则和界限,合同中必要条款的内容,公、私部门和第三人(服务的受领者)之间的法律关系,长期合作中公、私利益的实现机制,等等,对这些问题的思考势必推进行政合同理论的深入化和制度的体系化、精致化。

第二,基于公私合作的重要价值和意义。公私合作的价值在于公/私部门优势和资源的结合——公部门控制关键的制度、管制性资产等公共资源,而私部门则带入外部资本、人力资源、专业技术;公私合作对于改善公部门的绩效、降低公共服务的成本、提高服务品质、减少财政紧缩带来的冲击具有重要作用。就中国的情形而言,公私合作的重要意义还在于回应了政府职能转变的需要。新中国成立后的相当长一段时期内,国家垄断了一切的公共领域,而且私人领域也在很大程度上被公共化,奉行的是全能政府、计划经济。这种情况无法适应改革开放和建设社会主义市场经济的需要,也极大压制了社会和个人发展。随着经济的发展,转变政府职能也被纳入改革的内容,并形成了一个延续至今的放权趋势,呈现出由全能政府向有限政府、由管制政府向服务政府的转变。而与“不是政府就是市场”“不是公就是私”的简单化思维方式相比,至少就方法而言,公私合作/合作治理现在已被倾注越来越多的重视,并在很大程度上可以为当前中国政府职能的转变提供一种可能的选项。

第三,我国公私合作领域的现状。自20世纪80年代始,我国开始以公私合作的模式履行公共任务(包括基础设施建设、公共产品供应、社会福利提供等)。目前在这些领域,在公私合作基础上缔结行政合同已为势之所趋。然而相关法制并不完备,导致在合同相对人的选择、合同内容的拟定、合同的履行和管理等阶段出现了许多问题。在实务中,也面临着一些困境,包括良性竞争难以形成、对公众消费者保障不足、难以达成自负盈亏、合同内容不明确、监督机制的功能未能彰显、国家担保责任未能落实,等等。仅从2013年4月的报端新闻来看,凤凰古城门票涨价事件、水电涨价、地方政府债务危机、邮政普遍服务基金收取、健力宝浮沉20年等新闻,都足可引发对公私合作的限度、公私合作合同两造的权利义务、不同种类公共产品的使用与收费的思考,对从“公私

合作”蜕化为“公私合谋”的质疑，对“公法遁入私法”之可能的担忧，对公共任务的主体、内容和责任以及公众消费者作为利益相关方的权利及其保障等的反思。

二 国内外的相关研究

鉴于行政合同鲜明的“实务驱动性”，本部分关于理论研究的描述将同时对行政合同理论发展之背景——行政合同制度及其实践的演进路径做出勾勒。事实上，行政合同理论发展的轨迹，对应的正是行政合同制度兴起之历程——行政合同在现实世界中风生水起之时，亦是相关学术繁荣之机。只是学术的繁盛一方面表现为共识的逐渐达成，一方面也表现为百家争鸣，而后者不仅不会阻碍行政合同在实践中前行，反而能为其行进道路扫除障碍。

（一）相关国家和地区对行政合同的研究

1. 大陆法系国家

传统的大陆法系法学理论认为，合同的原始意义与公法无关，合同上的当事人地位平等、意思自由、双方合意等要素在行政法领域几无存在的可能。加之传统行政法学所主张的是以维护秩序为主要任务、以命令—服从式的高权行政为主要方式的“秩序国家”理论，对于合同方式有着天然的排斥，因而“公法合同长期以来曾被视为一个自相矛盾的概念”^①。德国行政法学之父 Otto Mayer 就持彻底的行政合同否定论。^② Otto 的学说影响深远，以致时隔多年，“新行政法学创始人” Ernst Forsthoff 也认为，行政合同制度将使行政权的优越地位被“拟制平等化”地破坏。^③很长一段时间，行政法上将行政分为高权行政和国库行政，前者

① [德] 平特纳：《德国普通行政法》，朱林译，中国政法大学出版社，1999，第147页。

② 奥托·梅耶在其发表于1888年的一篇名为《关于公法契约之学说》的文章中明确反对公法领域存在契约，认为公民与国家间真正的契约在公法领域不可能存在，因为合同乃以法律主体对等为前提，而公法却因国家的优越地位而得以确定，因而主张以行政处分代替公法契约。V. Schlette, *Die Verwaltung als Vertragspartner*, 2000, s. 29-30; 林明锵：《行政契约论》，载《台大法学论丛》第24卷第1期，1994年12月。

③ 参见林佳和《国家、行政法与意识形态——Ernst Forsthoff的〈极权国家论〉与国家社会主义》，《辅仁法学》2003年第6期；吴庚：《行政法之理论与实用》，中国人民大学出版社，2005，第264页。

的根据在于统治权，而后者的根据在于财产权^①；前者产生的是公法关系，后者则产生私法关系^②。这一学说对德国行政合同法制的影响极大，使得在德国行政合同理论发展初期，不少学者不得不为其存在的正当性而战。^③

随着现代国家的任务和作用的变迁，秩序国家逐步向“给付国家”转变，行政合同实践实现飞跃，相关理论研究随之趋向深入，通说逐渐认可了行政合同的“适法性”。“二战”后，行政合同作为一种行政行为的方式，被写入行政法学著作和教科书。1958年出版的三本德国行政法著作使行政合同在理论上取得了突破，它们分别是伊姆鲍登（Imboden）的《行政法上的合同》、扎尔茨维德尔（Salzwedel）的《公法合同的适法性界限》和斯泰恩（Stern）的《论公法合同的理论基础》，它们充分论证了行政合同的“适法性”，从而为行政合同确立了应有的地位。学者们开始接受这样的观点：在一个公共行政主体与另一个公共行政主体或者行政相对人具有共同或互补的利益时，可以签订行政合同，并将行政合同看作单方措施的替代和补充，是处理具体事件的、兼具稳定性和灵活性的替代性活动方式。^④ 1976年德国联邦行政程序法以专章的形式纳入行政合同，使德国成为世界上第一个在法律中确立行政合同制度的国家。但事实上，行政合同章的起草主要是受实务之需要的推动，理论上尚未达成统一。^⑤ 这体现在联邦行政程序法的结构上，相较于行政处分的规范篇幅，行政合同仅有第54条至第62条共九条规定，体系亦不甚完整，并将行政合同作为非典型的行政行为的一种形式来处理。但这并未对实务上行政合同的蓬勃之势和理论上的长足进展造成妨碍。早期的讨论主要是围绕行政程序法

① Terence Daintith, “The Executive Power Today: Bargaining and Economic Control,” in Jeffery Jowell & Dawn Oliver (eds.), *The Changing Constitution*, Clarendon Press, 1989, pp. 193 - 218.

② 吴庚：《行政法之理论与实用》，中国人民大学出版社，2005，第16页。

③ P. Worachet, *Die Entwicklung der Dogmatik des verwaltungsrechtlichen Vertrages*, Berlin 2000, Zugl. Göttingen, Univ. Diss., 1998, S. 19ff, 85ff.

④ [德] 汉斯·J. 沃尔夫、奥托·巴霍夫、罗尔夫·斯托贝尔：《行政法》，高家伟译，商务印书馆，2002，第147~148页。

⑤ 翁岳生：《行政法与现代法治国家》，台湾大学法学丛书编辑委员会编辑，1979，第221页；Immanuel Gebhardt：《德国行政程序法的背景和立法史》，<http://www.docin.com/p-68149210.html>，最后访问时间：2015年4月10日。

的释义,就行政合同的适用范畴、公法合同与私法合同的区分、合同的类型、合同的合法性等问题展开;近十几年来,受公私合作法制的推动、2002年德国民法债编的修正、欧洲一体化所导致的行政法欧洲化的趋势这三方面因素的影响,德国行政合同的适用空间再度拓宽,相关议题讨论的深度与广度也得到拓展。例如,就行政合同的适用范围而言,德国文献向来强调行政合同适用于法律关系复杂、需要弹性处理的非典型案例,因而使其适用领域集中于个案性的、非例行的行政事务,实务上行政机关处理日常行政事务时通常也不将行政合同作为优先考虑的行为方式^①,但近来行政合同已逐步应用于大量行政领域。此外,石荷州(Schleswig-Holstein)颁行的公私合同促进法(*Gesetz zur Erleichterung Öffentlich Privater Partnerschaften des Landes Schleswig-Holstein*)要求,行政机关除非不能以行政合同方式完成行政任务,才以行政处分加以规制,这一规定打破了将行政合同置于辅助地位的传统理念。^②

作为“行政法母国”的法国,是开创行政合同法理的国家。狄骥就曾宣称:“没有人敢于否认国家是受到契约的约束的,……一份契约就是一项无论在公法还是私法中都具有同样性质的法律行为;或者毋宁说在公法与私法之间不存在区别,而国家就完全如那些受到契约约束的个人一样,受到其自己订立的契约的约束。”^③一百多年来,行政法院在一系列判例中确定了一套识别和适用于行政合同的标准。除判例外,两类成文法亦为行政合同法律体系的重要组成部分:一类是从司法程序上规定行政合同归中央行政法院管辖,一类则综合性地规定了行政合同。^④相应地,学理上对于行政合同的探讨也愈益重视,在一般的行政法学教科书中,行政合同都被作为专门的一节来对待。^⑤需要说明的是,由于

① V. Schlette, *Die Verwaltung als Vertragspartner*, 2000, S. 253ff., S. 334f.

② Hartmut Bauer:《德国行政法上行政契约发展面面观》,李建良译,《台湾法学杂志》2012年总第203期。

③ [法]莱昂·狄骥:《公法的变迁·法律与国家》,郑戈、冷静译,辽海出版社、春风文艺出版社,1999,第134页。

④ 张庆彬、肖念华:《国外行政合同制度之比较研究》,《北京市政法管理干部学院学报》2002年第3期。

⑤ 例如,[英]L. 赖维乐·布朗、约翰·S. 贝尔,[法]让-米歇尔·加朗伯特:《法国行政法》,高秦伟、王锴译,中国人民大学出版社,2006;[法]让·里韦罗、让·瓦利纳:《法国行政法》,鲁仁译,商务印书馆,2008。

法国行政合同制度（甚至包括整个行政法的相关制度）以经由司法判例形成的法规范作为主要内容，因而在规则的明确性和体系化方面略有欠缺。^①

就欧盟而言，其本身经常缔结各式合同，也常以合同作为行政行为的方式，来规范成员国的行为或以合同作为执行欧盟法令的工具。欧盟实务中常见的合同类型是行政辅助行为，涉及土地或其他财产的取得与出售、劳务的采购、人员的雇用等；此外，欧盟机构最常用以直接履行欧盟任务的行政合同类型是辅助合同，主要用以欧盟的发展扶助政策。原则上，欧盟可以通过行政合同的方式来履行其任务，这一点毋庸置疑。^②同时，欧盟委员会在事实情况复杂、个别事实无法厘清或必须付出显然不符合比例的代价才能厘清时，能与成员国或利害相关的私人进行和解，这在欧盟也是早经承认的原则。尽管如此，欧盟法中仍没有法律规范直接规定行政行为的定义，对于行政合同也没有相关的法律框架。对于欧盟层面存在行政合同或公法合同的概念，一般文献并不怀疑。其主要论点来自两方面：一方面，是《欧洲联盟运作方式条约》第288条的规定^③，该规定使指令致力于达成的目标对于成员国有约束力，但达成目的的形式和方法，则委托成员国自行选择。正是因为欧盟法对于成员国履行欧盟指令的行为方式采取开放的态度，所以涵盖不少未被明文列举的行政行为，而这些行为自然包含行政合同。另一方面，是《欧洲联盟运作方式条约》第272条，根据该规定，基于由欧盟缔结的公法合同或私法合同中的仲裁条款，而使欧洲法院有裁判的权限。^④这一规定被当作学理上论证欧盟存在公法合同概念的实在法的连接点。对于这一条，有学者主张可导出欧盟法有着与私法合同相区分的公法合同概念；也有学者对此持保留态度，认为这一规定未必表明其与德国法中的公私法区分相同，或许仅能解释为欧洲法院对所有涉及合同形式的法律案件有管辖权。^⑤

① 尤其是，具体的判例往往和当时的政治、经济时空背景等因素紧密结合，在确定判例法的内容时必须考虑诸多重要变数。

② W. Kahl, 35 Jahre Verwaltungsverfahrensgesetz – 35 Jahre Eupaisierung des Verwaltungsverfahrensrechts, NV w Z 2011, S. 449ff.

③ 该条规定的内容与《欧盟条约》第249条相同。

④ 该条规定的内容与《欧盟条约》第238条相同。

⑤ W. Spannowsky, Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen, S. 493.