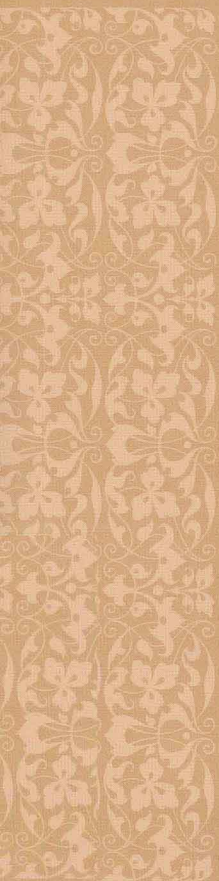


行政合同司法审查

王旭军 著

Judicial Review of
Administrative Contract



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

Judicial Review of Administrative Contract

行政合同司法审查

王旭军 著

中国博士后科学基金特别资助项目
中国博士后科学基金面上资助金项目
中国法学会部级课题项目



· · · · ·



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

行政合同司法审查 / 王旭军著. —北京:法律出版社, 2013. 8

ISBN 978 - 7 - 5118 - 5131 - 4

I. ①行… II. ①王… 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(2013)第 153605 号

行政合同司法审查

王旭军 著

责任编辑 孙东育
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 11.5 字数 287 千

版本 2013 年 8 月第 1 版

印次 2013 年 8 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 独立项目策划部

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 固安华明印刷厂

责任印制 张建伟

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 5131 - 4

定价:35.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

在人类管理公共事务的历史上,先后有两种制度发挥了神奇的作用:一个是程序;另一个是契约。程序的运用推开了法治文明的大门,实现了驯服统治者、把权力晒在阳光下的梦想,人类自此可以与恣意和专横的人治相揖别;契约的运用则使人类找到了通往善治的阶梯,实现了治理方式的刚柔并举,使公民有序参与政治、人人皆享治权在技术上成为可能,并可借此破解“主仆关系”名实难副的千古难题。抉微钩沉,契约的观念与实践在人类社会发展的各个阶段、领域和层面都可或清晰或隐约地呈现,实可作为认识人类生活样法的一个重要面向,亦可作为穿越政治理论迷宫的一种理性力量。由契而治,行政合同是最为典型的实践形态。随着单方行政向契约化行政的转变,难以为私法原理和规范所调整的行政合同在行政管理中的实际应用已是不争的事实。通过行政合同达成行政目的,已经成为现代社会中行政主体不可不运用的一种法律手段。其本质就是以一致的意思表示设立、变更、消灭行政法上的权利

义务关系。基于这个本质,行政合同的设权、保障、控权、调和、组织、替补、规范、动员、参与、效率等功能则清晰可见。

行政合同作为行政性要素与契约性要素的融合体,如何嵌入以公私法二分为基础的法秩序,是一个为获得相应便利而不得不承受负担。归纳起来,可供选择的解决方案有三种:一是私法模式,即通过私法规则调整行政合同关系;二是公法模式,即通过公法规则调整行政合同关系;三是拆分模式,即拆分行政合同中的行政性要素与契约性要素,用公法规则调整其中的行政性要素,用私法规则调整其中的契约性要素。我认为,中国行政合同的建制应选择公法模式。第一,行政合同关系本质上是一种应由公法规则调整的行政关系。从所处领域看,行政合同发生在行政管理关系中,而非民事领域;从活动目的看,行政合同的使用是为了增进社会福祉,而非增进个人利益(即便事实上可能确实增进了个人利益);从法律属性看,行政合同是一种可以取代或补充行政决定的法律行为,而非民事法律行为;从行为内容看,行政合同是直接执行公务的活动,而非单纯私人间事务之处置。据此可以判定,行政合同关系的本质是行政关系,而非民事关系,应由公法规则调整。尽管行政合同中既含行政性要素,又含契约性要素,但细研之,契约只是形式和手段,行政才是实体和目的。所以,对行政合同而言,行政性是第一位的特征,契约性是第二位的特征。通过公法规则调整行政合同关系,抓住了问题的实质,反之则舍本逐末。第二,公法模式相对于其他两种模式而言具有比较优势。与私法模式相比,公法模式的优势主要体现在两个方面:一是更能胜任监督权力、保障权利、平衡公私利益的任务。二是更适合一并调整交织了公私要素的行政合同问题。简言之,对于融合了行政性和契约性两种要素的行政合同而言,其纠纷在公法框架内能够完全解决,在私法框架内只能部分解决。第三,通过公法模式调整行政合同关系是我国行政和司法实践采用的一般做法。在行政实务中,行政合同被国务院正式文件

列为与行政规划、行政指导、行政许可等行政行为相并列的行为,在某些地方行政程序立法(例如《湖南省行政程序规定》)中甚至予以明确规定。在司法实践中,最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》事实上采用了广义上的行政行为概念,将双方行为也纳入其范畴,进而将行政合同纠纷案件纳入行政审判管辖范畴。2004年最高人民法院发布《关于规范行政案件案由的通知》,将“行政合同”明确列为一类行政案由。第四,通过公法模式调整行政合同关系是大陆法系国家较为通行的做法,德、法、日本等国莫不如此。即便在非大陆法系的英国,虽然由普通法院审理行政合同案件,但法院在审理时也要根据行政合同是否涉及及管理或公共规制来确定是否适用司法审查。

其实,即便再不敏感的学者,似乎都能留意到行政法正在全球范围内发生了一场结构性的变革。英国学者宣称:“在一个混合式行政的时代,在一个对公权力和私权利的创造性相互作用极其依赖的时代,合同乃行政法之核心。”中国学者认为,新行政法的特征是“公中有私、私中有公”。行政合同之建制,既是因应这个变革的行动,也是革故鼎新的结果。而经此推动治理方式之改良,政府角色之校正,公共福祉之增进,亦非不能设想。


在成文法国家,由司法机关创制法律解释性规则以“弥合法律织物的漏洞”、“熨平法律织物的褶皱”固然作用甚巨,但正如新分析实证主义法学创始人哈特在分析法律的概念时所归纳的,法律是“原生规则”(primary rules)和“派生规则”(secondary rules)的结合,后者虽仰赖司法,但前者则倚仗立法。对于我国行政合同立法来说,社会需求明显而巨大,实务和理论准备工作亦颇有基础,时机已经成熟,宜尽速开展。首选方案是在统一的行政程序法典中就行政合同的有关规则与其他行政行为一并规定。但虑及行政程序法典的出台尚无时间表,加之立法机关对行政合同某些问题或仍存疑,作为次选方案,可由

国务院制定《行政合同条例》，先行先试，以观后效。而与之关联之行政复议、行政诉讼等制度亦有相应修订之必要，以无碍于行政合同法律制度的形成。

旭军这几年一直在研究行政合同的一些实务问题，他长期工作在审判第一线，从事过民事审判，又曾在立案信访部门工作，目前又在从事行政审判工作，有着较丰富的实践经验。同时对行政合同的问题有着来自不同视角的理解，他结合我国民事、行政审判的不同情形提出了自己解决行政合同案件的观点和方法，有一定的实践意义。但不可否认，他采取的折中处理办法是在现行的法治框架下对现实的一种妥协。当然，这也不失是对现实复杂局面的理性应对，但从长远来看，我认为，还是要设计好更加科学的制度安排去处理好行政合同司法审查中方方面面的问题。我希望旭军在这方面不要就此止步，还要一如既往地努力钻研，争取在行政合同司法制度的建构方面提出更多更有价值的见解和研究成果，以享业界同人。

是为序。

最高人民法院副院长


二〇一三年一月二十日

于北京地坛公寓

“如果合同纠纷的处理不诉诸第三人裁决,则存在着因当事人之间讨价还价能力的不平等而使结果发生扭曲的危险。”^[1]

——特滨(TurPin)^[2]

[1] Turpin, *Government Procurement and Contracts*, 236 - 9, 转引自 Peter Cane, *An Introduction to Administrative Law*, p. 264。

[2] 政府合同研究的先驱。

目 录

第一章 前言 /1

第一节 研究缘起 /1

第二节 有关行政合同的几个理论问题 /3

一、行政合同的概念如何界定? /3

二、如何认识行政合同? /13

三、关于行政合同中的优益权 /19

四、行政合同的划分 /26

第三节 怎么区分行政合同与民事合同 /32

一、国外行政合同的区分标准 /33

二、二者区分的法理基础 /35

三、识别两种合同的标准 /36

四、由一起案例谈区分标准的适用 /41

第二章 行政合同纠纷的救济渠道 /44

第一节 行政救济及其利弊分析 /44

一、协商 /44

二、行政仲裁 /46

三、行政裁决 /47

四、行政复议 /48

第二节 司法救济的法理基础及必要性 /51

一、法理基础 /51

二、司法救济的必要性 /54

第三节 域外行政合同司法救济 /56

一、法国 /57

二、德国 /58

三、英国 /60

四、美国 /61

五、我国台湾地区 /63

六、日本 /64

第三章 我国行政合同诉讼的问题、成因、救济原则 /65

第一节 问题 /65

一、起诉理由不一 /66

二、受理渠道不畅 /67

三、诉讼模式混乱 /69

四、审查依据不一 /72

五、审理标准及原则各异 /74

六、举证责任和证明标准各异 /76

七、判决方式不统一 /78

第二节 成因 /79

一、对行政合同的认识及理论储备不足 /79

二、立法的相对滞后 /80

- 三、实践层面的制约 /82
- 四、传统理论体系的交叉影响 /84
- 第三节 救济的原则 /85
 - 一、诉权平等原则 /86
 - 二、诚实信用与信赖保护原则 /87
 - 三、情势变更与公平补偿原则 /89
 - 四、利益平衡原则 /91

第四章 行政合同案件的分类问题 /94

- 第一节 分类审查法的架构 /95
- 第二节 分类审查法的机理及其必要性 /105
 - 一、行政合同兼具行政、契约属性,分类审查是法理的必然 /105
 - 二、行政合同林林总总,分类审查是救济的必要 /108
 - 三、行政合同纠纷及诉求形态各异,分类审查是应对的必要 /111
 - 四、行政、民事模式优略各异,分类审查是当事人选择的必然 /115
- 第三节 分类审查构造的可行性 /121
 - 一、立法的现实样态 /121
 - 二、司法实践的积淀 /124
 - 三、国外经验的印证 /128
- 第四节 优益权因素划分方法的构建 /132
 - 一、构建的目的和基本原理 /132
 - 二、行政合同纠纷的划分 /133
 - 三、优益权因素的评价体系和构成 /136
 - 四、优益权因素划分法的适用及其救济模式对应 /141

第五章 行政合同案件的审理问题 /145

第一节 关于起诉理由 /145

第二节 关于原告主体资格 /149

一、国外情况的比较 /150

二、我国原告主体资格的界定 /151

第三节 关于受案范围 /155

一、国外与我国台湾地区的比较 /156

二、我国行政合同受案范围的争论 /157

三、本书的观点 /160

第四节 关于审查原则 /163

一、行政诉讼模式的审查原则 /164

二、民事诉讼模式下的审查原则 /178

第五节 关于举证责任 /187

一、合法性问题 /190

二、合理性问题 /192

三、有效性问题 /194

四、合约性问题 /196

五、赔偿或补偿问题 /198

第六节 关于法律适用 /201

一、国外行政合同纠纷的法律适用 /201

二、学界的建议 /202

三、本书的观点 /205

第七节 关于归责原则、判决及调解 /212

一、归责原则 /212

二、判决 /224

三、关于行政合同的调解 /244

结论 /246

参考文献 /249

附：相关案例 /274

后记 /352

第一章 前 言

第一节 研究缘起

行政合同是我国改革开放的产物。^{〔1〕}中共十三大进一步明确提出：“无论哪种经营责任制，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”，从而把行政合同的实践扩展到工业、商业、交通运输、外贸、基建等其他领域。近年来，随着我国行政管理领域不断扩大、民主和法制不断进步、市场经济不断深入、政府职能由权力型向服务型不断

〔1〕 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》，人民出版社1993年版，第594页；刘莘：“行政合同刍议”，载《中国法学》1995年第5期；孙笑侠：“契约下的行政”，载《比较法研究》1997年第3期；余凌云：《行政契约论》，中国人民大学出版社2000年版，第3~4页。至于计划体制下，根据指令性计划签订的经济合同是否属于行政合同的范围，争议较大。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》，人民出版社1993年版，第591页。

转变,作为一种完全不同于传统行政,集“权力因素和契约精神于一体”^[1]的行政合同,在“行政活动多样化和扩大化”的基础上,以其独有的合意、平等、诚信的特点,体现公平、和谐等民主精神^[2]的特色越来越受到青睐。^[3]加之行政合同与民合作,较大程度地融入行政合同相对人的意见,在行政活动中极大地弥补了传统行政手段的不足,提高了行政效能,符合现代行政管理的民主化趋势,使其成为“寻求政府权力和公民权利结合的最佳临界点的一种管理形式”,^[4]显示了极大的优越性和无穷的魅力,在各国的行政实践中均被大量运用。但由于现代行政权的扩张和民法与行政法的相互渗透,以及现实生活中民事、行政行为的交叉,合同行为与法律、政策、行政措施变化之间的碰撞,^[5]大量的行政合同争议也随之产生,^[6]诉诸人民法院的纠纷案件逐年增长。^[7]而遗憾的是,我国至今没有形成一套完备的司法救济制度,学界对行政合同救济制度的探讨尚不够深入而具体,

[1] 姜明安:“新世纪行政法的走向”,载《中国法学》2002年第1期。

[2] 姜明安:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社、高等教育出版社1999年版,第251页。

[3] 研究表明,行政合同以合同的方式强化和落实责任,调动和发挥行政管理双方的积极性和特长,以改善行政管理,提高公共财产的使用效率,推进经济和政治体制改革,受到行政管理各方的普遍欢迎,因而成为现代国家普遍的、日趋增长的现象。

[4] 阎越:“论行政合同的法律特征及其法律控制”,载《当代法学》1999年第6期。

[5] 黄晓星:“行政合同违约责任之研究”,载《海南大学学报》(人文社会科学版)2003年第6期。

[6] 杨荣馨主编:《民事诉讼原理》,法律出版社2003年版,第30页。

[7] 统计数字表明:通过复议、内部裁决和仲裁解决的行政合同纠纷,1997年比1995年增长35%,1999年比1997年增长33%。2001年比2000年增长35%,2002年比2001年增长33%,这个数字还不包括申请复议、内部裁决和仲裁均不予受理的纠纷。同时,通过审判—司法救济途径解决的也日益增加。大量的行政合同被起诉到人民法院,如农村土地承包合同纠纷、城市建设拆迁补偿纠纷、市政工程建设纠纷、国有企业租赁承包经营纠纷等。参见张磊:“行政合同救济制度研究”,中国政法大学2004年硕士学位论文。王钰:“完善我国行政契约司法救济制度的构想”,载《警官教育论坛》2005年第1辑。

也没有形成行政合同及其救济制度的完整理论体系。^{〔1〕}尤其在救济模式和审查方式方面,缺乏明确的操作规程,在采用民事诉讼方式还是行政诉讼方式上达不成共识,对于侧重保护公益还是保护私益上态度不够明朗,现行的操作方法在法律上又欠缺应有的法律规定,致使行政合同救济渠道不畅;而这种不畅反过来又制约了行政合同制度的发展,^{〔2〕}最终使一些行政合同当事人的合法权益难以得到全面保护。^{〔3〕}因此,在我国现行的法治框架下,建立周延而有效的司法救济机制已经成为一个非常紧迫而必要的课题了。^{〔4〕}

第二节 有关行政合同的几个理论问题

一、行政合同的概念如何界定?

(一)国外及我国台湾地区

行政合同是源于大陆法系诸国行政法领域中的重要概念,^{〔5〕}又称行政契约、公法契约。在法国,尽管没有一个专门的法律来规定行政合同,但是法国行政法院已经接受行政合同的概念,将行政合同界定为行政机关与相对人协商,依双方意思表示一致,在行政机关和相对人之间创设、变更和消灭某种权利和义务方式的合同,^{〔6〕}即“以行

〔1〕 沈辉:“论我国行政合同的法律救济”,苏州大学2008年硕士学位论文。

〔2〕 王克稳:“论行政合同与民事合同的分离”,载《行政法学研究》1994年第4期。

〔3〕 张步洪:《中国行政法学前沿问题报告》,中国法制出版社1999年版,第63页。

〔4〕 余凌云:“论对行政契约的司法审查”,载《浙江学刊》2006年第1期。

〔5〕 罗臻、任平:“略论我国行政合同的司法救济”,载《天府新论》2008年第6期。

〔6〕 刘艳平:“论我国行政合同诉讼制度的建构”,延边大学2007年硕士学位论文。

政主体作为当事人的契约”。〔1〕其公务特许经营合同就是公认的行政契约。而德国,其行政法上就有公法契约的概念。在其1976年颁行的《联邦行政程序法》第4章(第54~62条)中又规定了公法合同,使行政合同最终得到立法上的承认。行政机关可以选择协商的处置方式,与公民签订行政法上的合同(以下简称行政合同)。《联邦行政程序法》的确认和规范使行政合同的地位明显提高,在实践中的适用和意义越来越广泛。〔2〕但他们“把行政合同归为行政行为之外的行为,并且部分适用私法规则”。〔3〕“行政机关签订公法契约,必须有法律的授权,或者有明确的法律依据。”〔4〕因此,德国的“公法契约”并不等同于行政合同。“在同一合同中,也可能出现私法与公法的‘要素混合’,对这一情况,根据联邦法院的指示,必须将出现异议的合同整体划入公法范畴。”〔5〕因此,德国行政法学界将“行政合同”界定为以行政法律关系为合同标的,发生、变更或消灭行政法上权利和义务的合意。〔6〕德国《联邦行政程序法》第54条第1款规定:“行政合同是指设定、变更和终止公法(特指行政法)上的法律关系的合同。”德国行政学者毛雷尔也认为:“行政合同是以行政法律关系为客体,设立、变

〔1〕 [日]南博方:《日本行政法》,中国政法大学出版社1988年版,第62页。

〔2〕 [德]哈特穆特·毛雷尔著:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第343页。

〔3〕 [日]室井力:《日本现代行政法》,中国政法大学出版社1995年版,第142、253、144页。

〔4〕 姜明安:《外国行政法教程》,法律出版社1993年版,第117页。

〔5〕 [德]平特纳著:《德国普通行政法》,朱林译,中国政法大学出版社1999年版,第149页。

〔6〕 其实,德国的“公法契约”并不等同于行政合同。“行政机关签订公法契约,必须有法律的授权,或者有明确的法律依据。”“在同一合同中,也可能出现私法与公法的‘要素混合’,对这一情况,根据联邦法院的指示,必须将出现疑义的合同整体划入公法范畴。”参见[德]平特纳著:《德国普通行政法》,朱林译,中国政法大学出版社1999年版,第149页;邹冬平:“行政合同及其救济制度”,载《辽宁教育行政学院学报》2006年第3期。