

邹志臣 著

行政契约基础理论

法哲学研究

——以公法与私法的衔接为视角

The Rationale of Administrative Contract:
A Legal Philosophy Approach with Special Reference
to the Coherence of Public Law and Private Law

群 众 出 版 社

图书在版编目 (CIP) 数据

行政契约基础理论法哲学研究：以公法与私法的衔接为
视角 / 邹志臣著.—北京：群众出版社，2008.11
ISBN 978-7-5014-4403-8

I. 行… II. 邹… III. 行政法-契约法-理论研究
IV.D912.101 D913.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 205405 号

行政契约基础理论法哲学研究 ——以公法与私法的衔接为视角

著 者 / 邹志臣
责任编辑 / 常玉兰

出版发行 / 群众出版社 电话：(010) 52173000 转
社 址 / 北京市丰台区方庄芳星园三区 15 号楼
网 址 / www.qzcbbs.com
信 箱 / qzs@qzcbbs.com
经 销 / 新华书店
印 刷 / 北京通天印刷有限责任公司

890 × 1240 毫米 32 开本 8 印张 211 千字
2008 年 11 月第 1 版 2008 年 11 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-5014-4403-8 / D · 2110 定价：20.00 元

序

契约,在中外思想史中具有丰富的意涵。契约概念在经济、法律、宗教神学、政治学和道德哲学多种意义上得到广泛运用。法学视野中,契约主要以发生私法上的效果为目的,即以产生、变更、终止民事法律关系为目的的契约。但是,契约不仅作为市场经济的一个必要手段广泛应用于市场交换之中,也作为一种观念、手段乃至制度精神在公共行政领域得以建立并广泛应用,体现出一种社会观念和多重社会价值,它已跨越私法的范畴而进入到公法与政治思想领域。西方法律与政治思想史中,卢梭的《社会契约论》早已成为古典自然法学的传世之作,当代西方学者麦克尼尔的《新社会契约论》则又掀契约研究波澜。但是,对于法学学者来说,契约的私法意义更为突出,正是各类契约维系着市场经济的正常运转,单就行政法学而言,传统的行政法更倾向强制与命令,而非合意与契约,因此,契约在传统行政法学中是受排斥的。

20 世纪中后期,行政国家的到来使得政府任务涉及从摇篮到坟墓的整个公民生活,在此背景下,传统行政权行使方式弊病凸显,政府运作效率低下、财政赤字攀升,促使各国开始行政改革。自 20 世纪 70 年代开始,“新公共管理运动”风靡几乎所有西方国家,市场化、民营化成为政府改革的标识符。学术研究中,新古典自由主义思想波及经济学、政治学等多个学科。行政法学研究范式亦深受此社会背景的影响,包括我国在内的诸多国家开始采用契约等私法方式完成公法义务,行政契约这一概念应运而生。依照本书作者的研究,行政契约本质上是私法契约在公法中的运用,行政契约的出现,事实上给传统行政法的基本理论与实践带来了巨大的冲击。本书作者邹志臣同志正是立足于此现实潮流,在攻读法学理论博士学位期间以

行政契约基础理论为研究课题,经过四年悉心研究,于2006年以此获得法学博士学位。摆在读者面前的这本《行政契约基础理论法哲学研究——以公法与私法的衔接为视角》,是其在博士学位论文的基础上修改而成。

邹志臣同志自20世纪80年代初入大学时便与我结下师生之谊,2002年,他考入吉林大学理论法学研究中心攻读博士学位,并由我担任其导师。与志臣同志相识20年,风华正茂的青年学生早已成长为一名年富力强的优秀领导干部。作者长期在政府决策部门工作,从未间断过自身的学习,更未放松过肩负的责任,他一直对我国行政体制改革、行政行为方式变迁等现实问题具有深刻认识。本书即是作者长期学习、研究的成果,亦是多年政府部门工作经验的总结。本书具有两个鲜明的特点:

第一,提出诸多行政契约基础理论研究新观点,具有较高的理论价值。以法学视野来研究行政契约并不少见,但是论及行政契约基础理论者少之又少。行政契约基础理论研究最为枯燥,却具有重要意义。只有明晰行政契约产生的原因、契约融入现代行政法的基础、行政契约的性质、行政契约的控制等基本问题,才可能完整地认识行政契约,从而更好地指导行政实践。作者从公法与私法衔接的角度出发对上述问题进行探索,综合运用诸多学科内容,提出一系列新观点、新见解。

第二,本书立足于行政实践进行理论研究,使法学理论与行政实践相得益彰。法哲学的研究最易陷入单纯的形而上式思维。形而上的思维方式既是理论法学研究的重要方法,又在很多时候制约着理论法学的发展。本书并未单纯地就理论而理论,而是深入结合当前我国行政实践,作者在对契约理念引入行政征收制度的分析中完整地梳理了行政征收制度,论证了契约理念引入行政征收的合理性、可行性。在最后一章,作者立足我国行政契约研究的现状,从立法形式、救济监督模式等方面提出行政契约的制度构建。

当然,任何学术作品,都是作者某段特定时期的研究结果,因此任何著述一经面世必然即存在不妥之处,本书亦是如此,虽然作者力

求言之有理,言之有物,但书中某些观点及学术规范细节仍值得商榷。获得博士学位之后,作者已由政府部门转任长春理工大学,既做校级领导,又做法学院教授,这为作者深化这一领域的研究提供了更好的平台。长春理工大学是东北法学教育的后起之秀,具有良好的学术氛围,衷心希望邹志臣同志在新工作环境中取得更优异的成绩。

张文显

2008年10月20日

目 录

导论	(1)
第一章 行政契约产生的原因	(8)
第一节 行政契约的界定	(8)
第二节 行政契约产生之背景分析	(14)
第三节 契约在现代法治国家中的作用	(29)
第四节 外国行政契约发展简况之分析	(37)
小结	(49)
第二章 契约融入现代行政法中的基础分析	(51)
第一节 私法上的契约融入行政法的法理基础	(52)
第二节 行政契约公私相融的特征	(82)
小结	(88)
第三章 行政契约的性质	(90)
第一节 行政契约的性质判断	(91)
第二节 行政契约与民事契约的比较	(99)
第三节 行政契约的性质	(113)
小结	(127)
第四章 行政契约的公法与私法的控制	(129)
第一节 行政契约法律控制的必要性	(129)
第二节 行政契约的公法控制	(137)
第三节 行政契约的私法控制	(147)

小结	(162)
第五章 私法在行政契约中的适用——契约理念引入行政征收制度分析	
第一节 行政征收问题的症结所在	(167)
第二节 契约理念引入行政征收的合理性、可行性与实践要求	(178)
小结	(192)
第六章 我国行政契约的现状与制度构建	
第一节 我国行政契约的现状	(193)
第二节 我国行政契约的制度构想	(212)
代结语:私法与公法的结合	(232)
参考文献	(235)

导 论

契约是两人以上相互间在法律上具有约束力的协议。英国伟大的法学家亨利·梅因爵士总结道：“迄今为止，所有进步社会的运动，都是一个‘从身份到契约’的运动。”^①“契约”这一概念在西方经历了一系列的发展演变过程，从古希腊到 21 世纪，契约概念在经济法律、宗教神学、政治学和道德哲学四种意义上得到了广泛的运用。契约概念都包含着以下几点共同因素：第一，它意味着契约主体之间要达到某种目的，这些目的是契约主体签订契约的直接动因。第二，它意味着契约主体在某种程度上的一致意见。契约都是“合意”的结果。第三，它意味着某种形式的许诺。契约就意味着公民承诺必须放弃自己部分的“权利”。第四，它意味着契约的主体由同意和允诺而产生的某种义务、责任和权利。契约当事人必须依据契约的规定享有权利、履行义务。

传统法学中，契约主要以发生私法上的效果为目的，即以产生、变更、终止民事法律关系为目的的契约。它包括有债权契约即以债的发生为目的的法律行为，如民法中的买卖、租赁、借贷互易、承揽、运输、委托、保险等；物权契约，即以物权的变动为直接目的的法律行为，如抵押权契约。以产生亲属法上效果为目的的，如收养协议、婚约等，传统民法也认为属于私法契约。狭义的私法契约专指债权契约。英美将契约与合意相区别，承认以发生债的关系的合意为契约；法国也仅承认狭义的契约，而德国创法律行为的概念，把契约规定为法律行为的一种，采用了广义的契约观念。近代契约法在 19 世纪获得极大发展。但是，契约作为私法的重要内容，已经在公法领域中广

^① [英]亨利·梅因著，沈景一译：《古代法》，商务印书馆 1959 年版，第 97 页。

泛适用,其中突出表现为行政契约。契约是商品经济社会中最为普遍的一种经济关系,其存在不仅昭示着一种平等的理念,而且,其本身创造着巨大的社会财富,更完善地保护着行政相对人的权利,实践着现代行政法民主平等的价值。契约的概念已不是一个术语上的问题,也不是一个单纯的民法上的概念,它已经超出了纯粹的法学与经济学的范畴,而是一种社会契约观念、一种衡量社会进步的尺度。

行政法作为规范与管理行政机关实现行政管理职能目标的法律,契约能否在其中占有一定的席位?答案是肯定的,行政契约的出现,也就昭示了行政机关在行使行政管理职能时也可以采用契约的形式。这是一种必然的存在,无论普通法系还是大陆法系行政法的发展都证实了这一点。在英国,原本不存在公法与私法的区分,但是在20世纪70年代后期开始的行政改革,已经改变了层级官僚管制方式,将政府合同作为公共服务职能的普遍方式和管制职能的重要手段,从所谓的“行政国”转型为“合同国”。^①英国学者将合同在政府管理中的作用认为是“酝酿中的革命”,其认为,“合同被看作是保守党政府革命的主要工具。一方面,合同承包政策跨越和模糊了公共部门和私人部门的划分。另一方面,私人部门的合同观念已经注入进公共行政之中:即市场的纪律或者市场的模拟,选择自由的个人主义精神。合同作为一个法律题目,已经成为行政法的新优势。它所展现的思想是,一方面是富有生气和富于实践的,另一方面是张力的和不确定的”。^②合同关系和准合同关系已经在公共管理中发挥核心作用。德国1976年《联邦行政程序法》第四章、1992年《行政程序法》第四章就专门对“公法契约”^③进行了规定;1996年葡萄牙行

① 于安:《降低政府规制——经济全球化时代的行政法》,法律出版社2003年版,第137页。

② 于安:《降低政府规制——经济全球化时代的行政法》,法律出版社2003年版,第141页。

③ 在行政法著述中,行政契约有时和公法契约混用,虽然以往的学术著作及立法中多采用公法契约的称谓,但近年来出现以行政契约代替公法契约的趋势。因此在本书采用行政契约的称谓。

政程序法第三章中用了 13 条对此进行专门规定;^①1994 年澳门行政程序法也专章规定了行政契约;2000 年实施台湾地区的“行政程序法”共用 15 个条文对行政契约进行了规定。

我国行政契约的真正产生,始于 1978 年年底党的十一届三中全会以来所进行的经济体制改革。经济体制改革前,政府对经济的管理,主要以指令性计划或行政命令的方式进行,无需征得相对一方的同意或认可。党的十一届三中全会上提出建立农业联产承包责任制,废除“队为基础,三级所”为的农业经济核算体系,即农民通过与政府签订行政契约获得土地的使用权,在承包期限内获得一定的经营自主权,其收益直接与劳动成果挂钩。实践证明,通过以行政契约代替行政命令或指令性计划,极大地调动了农民的生产积极性,农村经济发生了举世瞩目的变化。1985 年 1 月 1 日,中共中央国务院又发布了《关于进一步活跃农村经济的十项政策》,规定“粮食、棉花取消统购,改为合同定购”。有学者认为,随着土地承包合同与农业订购合同的出现和相关制度的建立,在农业领域国家管理的方式上,行政契约管理已经占据了主导地位。

农村经济体制改革中行政契约的广泛运用和巨大成功,为随后在城市进行的经济体制改革提供了可资借鉴的经验。党的“十三大”明确指出“无论实行哪种经营责任制,都要运用法律手段,以合同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”。这实际上为城市经济体制改革中运用行政契约提供了基本依据。1988 年 2 月 27 日国务院发布了《全民所有制工业企业承包经营责任制暂行条例》,同年 5 月 18 日国务院又发布了《全民所有制小型工业企业租赁经营暂行条例》,由此,行政契约开始运用于国有企业,而运用范围涉及工业、商业、外贸、交通运输、城乡建设等领域。1990 年 5 月 19 日国务院发布了《中华人民共和国城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》,次日,国务院又发布了《外商投资开发经营成片土地暂行条例》,国家对土地使用权的管理开始从行政划

^① 刘莘:《行政法热点问题》,中国方正出版社 2001 年版,第 272 页。

拨部分地转变为行政契约管理方式。我国颁布的《城镇国有土地使用权出让和转让条例》、《房地产管理法》(1994年)以及《招标投标法》等法律也涉及了行政契约的内容。行政契约在行政法中广为存在已经成为一个不争的事实。

行政契约本质是私法上的契约在公法中的运用,该契约的出现,事实上给传统的行政法的基本理论与实践带来了巨大的冲击。在我国行政法制建设起步甚晚的今天,行政契约在我国行政法制的发展程度仍然处于较低的水平,其中的一个重要表现就是行政契约的种类在我国还处在传统的几种领域,对行政契约在行政法的广泛运用还存在诸多质疑,对一些本来属于行政契约范畴的合同划归为民事契约领域,尽管在法律上具有适用的方便,但是这在实践中造成了诸多的问题。并且由于理论上对行政契约认识的不足,导致在我国立法与司法中存在诸多问题。如我国的《政府采购法》把采购契约定性为一种民商事契约,但并未对采购契约中非行政主体的相对人提供相应的法律救济方法。相同的是,根据国务院《城镇国有土地使用权出让与转让暂行条例》第8条以及《城市房地产管理法》第14条的规定,土地使用权出让应当签订出让合同,一般认为,该合同适用合同法进行调整,但是却解释不了政府有权对土地的使用进行监督以及对土地出让金的调整的权利的存在缘由,也不能很好地解释政府部门在对方两年的期限仍未动工的情况下,可以无偿地收回土地。^① 在全民所有制工业企业承包、租赁合同中,一方面,制定者认识到这些合同与传统的经济合同具有不同之处,所以在《全民所有制工业企业承包经营责任制暂行条例》第6条和《全民所有制小型工业企业租赁经营暂行条例》第23条中,无论对合同订立主体、行政主体对合同履行的监督权和单方提出解除权方面,都作出了与原有的经济合同法不同的规定,但是另一方面,由于这两个条例的制定者没有完全意识到这两种合同的特殊性质,所以在条例的规定中也受了一般合同意识的影响,从而出现了某些矛盾的规定。如该条例

^① 参见《城市房地产管理法》第7条、第25条。

又规定:“订立承包经营合同,合同双方必须坚持平等、自愿和协商的原则。”(第15条)“承包经营合同依法成立,即具有法律效力,任何一方均不得随意变更或解除。”(第18条)这样的规定显然完全依照了民事合同的规则,但在行政契约中行政主体是能够基于公共利益的需要单方面变更或解除合同的,这完全忽视了行政机关在行政契约中的特殊的权利,也不利于我国行政管理职权的实现。^①

在行政法领域,学者对行政契约的存在、行政契约的特征以及行政契约的基本类型等问题已有所共识。这些可从近年来出版的各类行政法学教材或专著中(皆有专章或专节介绍“行政契约”)找到充分的证据。^②但私法学者对于行政契约普遍持不予认可或勉强认可的态度,如王利明认为:“行政契约究竟如何定义,其规范的对象是什么,恐怕仍是个值得探讨的问题。”^③梁慧星认为:“什么是行政契约,中国现实中有没有行政契约,哪些属于行政契约?这些问题当然有深入探讨的必要。”^④崔建远先生认为我国法律不宜沿袭法国法上的行政契约制度及其理论,因为按照我国通说,行政法上许多属于行政契约的类型,在我国多属于民商合同的范畴。^⑤从这可以看出公法学者与私法学者对行政契约持有不同的态度,对此问题的解决,一方面需要公法学者与私法学者的交流,另一方面更需要深入的理论研究。但是我国对行政契约问题的研究并不是特别的深入,大部分学者多立足公法或私法的单一微观视角探讨行政契约的相关问题,如行政契约存在的可能性,行政契约的具体制度建设等。但是,由于传统理论认为行政法是公法,其与私法具有水火不容的属性。因此

① 刘莘、马怀德、杨惠基:《中国行政法学新理念》,中国方正出版社2001年版,第286页。

② 杨解君:《论契约在行政法中的引入》,载《中国法学》,2002年第2期,第128页。

③ 王利明:《合同的概念与合同法的规范对象》,载《法学前沿》(第二辑),法律出版社1998年版,第6页。

④ 梁慧星:《讨论合同法草案征求意见稿专家会议上的争论》,载《法学前沿》(第二辑),法律出版社1998年版,第55页。

⑤ 崔建远:《行政合同之我见》,载《河南省政法管理干部学院学报》2004年第1期,第7页。

仅立足于公法或私法的单一微观视角的研究本身就具有一定的分散性或主观性。那么,就此视角进行的理论探讨只能是管中窥豹,无法实现理论的整合与方法论的创新。同时,由于行政契约基础理论的欠缺,这种单一而微观视角下的技术性探讨缺乏对一系列基本理论和法理逻辑的分析,无法为行政契约的制度设计提供基础性的理论支撑。那么,能否由一种新的理论视角出发进行行政契约的基础理论问题研究?

在行政契约产生之初,虽有学者否定其能够存在,如德国行政法体系的建立者 Otto Mayer 认为国家不应该与民缔结契约。^① 因为按照契约这种当事人意思表示一致的法律制度与传统观点认为行政法的“管理法”或者“控权法”的属性显然不同。我国也有学者认为行政从传统的角度来看,强调的是特权与控制,而契约强调的是平等与合意,两者是不相容的,因此行政法中不存在行政契约。^② 但是,在现代这种理论已经受到了质疑。一个突出的缺陷就是该种理论不能很好地解决行政行为协商性发展趋势的特点。契约的本质是平等,其订约的基础是权利与义务的平等分配。行政契约就是以契约的方式来实现行政权的行使,也可以说通过契约的方式规范行政权的行使。行政契约的发展是公私法交融的一种表现,也是法律发展中所必然出现的内容。而且,行政契约的目的是为了贯彻行政行为,其手段上具有某种特殊性并不能掩盖其内容的实质。

因此,本书尝试以公法与私法相连接为研究的新视角,进行行政契约的几个基础理论问题的研究,本书之所以选择这一视角,主要缘于以下几个理由:

第一,行政契约本质是契约的内容,而契约本质是当事人平等合致的产物,契约本身就是平等的代名词,如梅因先生所说社会进化的过程本质就是一种从身份到契约的演变过程。所以,契约本是私法

① 李建良:《公法契约与私法契约之区别问题》,载台湾行政法学会主编:《行政契约与新行政法》,元照出版公司 2001 年版,第 167 页。

② 杨解君:《行政法学》,法律出版社 2000 年版,第 206 页。

的内容,行政契约就是契约行为在公法中的运用。而且,行政契约的内容的展开,都离不开私法契约或者私法行为的内容。而且,从行政契约的产生来看,行政契约原本是指行政机关缔结的、由行政法院管辖的私法合同,后来随着公务概念的兴起而成为现代行政法上的合同。^①所以说,对行政契约的本质认识就是对私法的行为在公法中运用的理解。

第二,更重要的是,行政契约是公法上的行政处分以私法的手段处理为内容而展开的。对行政契约中私法行为的认识,能够加深对行政行为乃至整个行政法制的认识。这种认识不仅能够对我国注重控权与管理的行政法治产生深刻的思想上的冲击,而且能够对整个行政法治产生深刻的影响。

第三,本书的这个选题更主要的是说明私法的规定在多大程度上能够在公法中适用,从而试图阐明公法与私法的结合。在我国的法制改革中,那种注重传统严格的公私法划分的理论模式存在多大的问题以及我们应该如何加以改变。

无论是行政契约的“契约”本身,还是行政私法行为在整个行政法治中的作用乃至影响,均与私法与公法的交错运用存在紧密的联系。基于此,笔者以行政契约中私法与公法的衔接为视角,对有关行政契约基础理论的重大问题进行研究。本书仅以行政契约的属性为出发点,重点探讨行政契约存在的可能性,行政契约与行政法治的关系及私法原理在行政契约上的适用,由此而使人们对行政契约以及行政法模式的转变有一个新的认识。应该说,本书不侧重于研究行政契约制度的技术层面问题,而是要打破既有理论研究视角的局限,立足公、私法相链接这一新视角探讨行政契约的几个基本理论问题,从理论上阐述契约在行政法中的基础,以便为行政契约的制度建构提供基础的理论支撑。

^① 于安:《降低政府规制——经济全球化时代的行政法》,法律出版社2003年版,第126~127页。

第一章 行政契约产生的原因

对行政契约的产生与冲击,都是通过既定的法制国家建设的轨道进行的。所以,契约在行政法中的运用体现了现代法治的基本精神。该部分主要从对契约与行政行为的结合的背景、成因等进行探讨。

在分析法学家看来,法律学的发达程度往往取决于其基本概念的精确程度,法律学应该从最基本概念的正确分析着手,然后才能着手构建理论体系,阐释某些基本原理。^①因此,本章中,笔者在分析行政契约产生的原因之前,先对合同与契约的区别、行政契约的概念做相应的界定,然后再对行政契约产生的原因进行分析。

第一节 行政契约的界定

一、合同与契约的区分

合同是现代民法最重要的法律概念之一。除了民法之外,其他法律部门也有合同概念,如国家合同以及劳动合同等。在合同这一概念之下,可以容纳性质不同的多种法律关系,如财产关系、身份关系、劳动关系以及行政管理关系和国家之间的关系。即使在民法领域,合同概念也有种种歧义,如债权合同、物权合同和身份上的合同。我国自近代以来,法律传统受大陆法系的影响较深,而大陆法系合同定义来源于罗马法。

依罗马法合同定义,合同为双方当事人间发生债权债务的合意。

^① 陈裕琨:《分析法学对行为概念的重构》,《法学研究》2003年第3期,第14~29页。

罗马法上 Contractus 一语,由 Con 和 Tractus 二字组合而成。Con 由 Cum 转化而来,有“共”的意思;Tractus 有“交易”的意义,合起来就是“共同交易”的意思,中文译为合同、契约。译为“合同”的如我国大陆地区的《民法通则》第85条;译为“契约”如我国台湾省的“中国民法典”。依据《合同法》第2条:“合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。”从这一定义中我们可以看出,合同是一种双方法律行为,且只调整债权债务关系。同时,在实际生活及日常学习中,经常会碰到“合同”和“契约”这两个词。那么,“契约”与“合同”这两个词,二者之间是否是同一概念,有无区别?

通说认为,合同就是契约,在我国日常生活中又与协议通用。但历史地看,合同与契约曾有不同的含义。汉语中合同一词两千年前就已运用于日常生活中,但当时广泛应用的却是契约一词。《诗·大雅·绵》:“爱始爱谋,爱契我龟”;《易》:“后世圣人,易以书契”;《礼记》:“持右契”,注曰:“契,券要也”,亦称“契照”;《周礼》:“听称责以傅别”,“听取予以书契”,“听买卖以质剂”,也就是说,借贷关系为“傅别”,取予关系为“书契”,买卖、抵押、典当关系为“质剂”。在汉代,买卖关系应立“拳约”。后来就有了合成词“契约”来表示协议。汉代造纸术的发明,使契约改为纸上书写,一式两份,两契分别由协议双方分别收持,为便于在争议时检验“合券为证”,便在两契的合并处大书一“同”字,各方所持契约各有半个同字,两契相合,则“同”字齐合,合同契约由此产生。自1892年德国法学家康采发表《协同行为论》以后,国外有学者认为合同和契约是两个不同的概念。当事人的意思表示一致,但目的对立,他们达成的协议,是契约;当事人意思表示一致,而目的也相同,他们达成的协议,便是合同。前者如买卖、借贷;后者如成立社团、合伙等。

随着历史的演进,我国解放后在一些规范性文件中出现了合同与契约交替使用的情形。直至20世纪70年代,合同一词在我国得到广泛的承认与使用,契约则被看作较为陈旧的词语不为人们所广泛接受与应用。学者们在学术上也主张合同即契约,没必要过分区

分,以免引起用语的混乱。所以,时至今日,合同与契约不再分开使用,无论是共向意思表示,还是对向意思表示,都只能说明合同或契约特点的差异,二者没有本质的区别。甚至有学者认为使用契约一词比使用合同一词更方便和科学。所以“契约”一词等于“合同”。那么,本书为何采用行政契约的用法而不采用行政合同之说呢?

尽管在很多情况下“契约”一词等于“合同”,但是由于“合同”一词在我国仅是个民法上的法律用语,很大程度上已不能反映出原来意义上的“自愿协作和自由合意”的本质。一提起“合同”时,人们就会当然想以《中华人民共和国合同法》第2条的规定为判断标准,“本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议”。该规定不仅将合同等同为民事合同,也将“协议”视为合同,这使得合同的内涵和外延受到了极大的限制,也使得“合同”一词难以适用于其他场合和学科。“契约”一词不仅是法律上的术语,更能体现出一种社会观念和多重社会价值。因此,本书中笔者采用“契约”一词。

二、行政契约概念的界定

对于行政契约的概念,在德国,行政契约是指以行政法律关系为标的,而发生、变更或消灭行政法上权利义务的合意。在德国学说和判例上,根据“契约标的理论”,凡个案契约的基础事实内容以及契约所追求的目的属于行政法上之法律关系范畴,则为行政契约。德国受“国库理论”的影响,把行政主体以私法主体资格为达成国家任务而订立的契约仍归为私法契约。原因是在此契约中没有形成行政法上的权利义务,尽管是为实现一定的行政目的而订立的。这一标准为我国的一些学者所推崇,即它弥补了“行政目的论”的不足,因为“行政目的论”扩大了行政契约的范围,把一些行政机关以私人身份订立的契约也划为行政契约。这样,本应由私法调整就可以完成契约目的的情况却划归行政法管辖,浪费了过多的资源和成本。

二战以后,日本学者对行政契约涵义作了各种解释。例如从主体、行政目的角度来阐释。值得一提的是,日本学者南博方认为,“依其契约来确定‘归属’问题,也就是说不同的契约有不同的条款