

当代中国行政法

第五卷

应松年 主编



 人民出版社

当代中国行政法

第五卷

应松年 主编



人民出版社

| 第二十五章 |

行政契约

邢鸿飞 博士，河海大学教授。曾任南京大学法学院法律系系主任、河海大学法律系系主任、河海大学法学院院长等职，现任河海大学校长法律事务助理。主要研究方向为行政法，旁及环境与资源保护法、法律社会学等。发表论文百余篇，出版专著数部，主要有《官僚与官僚制——中国传统官制的精神及表现》《公用事业法原论》《高校行政法治论》《土地征用及房屋拆迁法律问题研究》等。

相对于政府管理的传统模式及契约制度的传统理念而言,行政契约(administrative contract)^①无疑是个新东西。长期以来,一提到政府管理,人们首先想到的往往是强制性、命令性和单方面性;一提到契约,人们熟而知之的也常常是经济合同和民事合同,对行政契约则知之甚少,甚至一无所知。但是,不管普通民众对行政契约是否知晓或了解,也不管法学界对行政契约是否认同并接纳,更不管围绕行政契约的争论何时方休,“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”,^②却是不争的事实。

行政契约在一些西方国家已经制度化、规范化,其理论相对成熟。在我国台湾地区,行政契约法制在1999年制定的《行政程序法》中明文规定,2001年起正式施行,至今十多年来,实务已经有相当蓬勃的发展,学说与事务上也都积累了不少的文献与素材。^③而在我国大陆地区,行政契约作为政府管理的新手段与新模式,其运用的领域和空间虽然越来越广泛,但其理论研究相对滞后,以致实践环节出现的许多问题得不到相应的理论诠释。本章讨论行政契约的目的,与其说是解决有关行政契约理论的一系列疑问,不如说是尽可能缩小其理论与实践之间的差距,使政府管理领域广泛存在的行政契约能够得到尽可能多的理论指导。有朝一日,倘若深入的理论研究能带来丰硕的立法成果——《行政契约法》,这恐怕是所有致力于此项研究的人们的共同愿望。

① 在本书中,行政契约与行政合同是作为同一概念来使用的,本书相关内容的表述,尽可能统一用“行政契约”,但不排除在有些地方用“行政合同”这一概念的情形。

② 余凌云:《行政契约论》,中国人民大学出版社2000年版,前言第7页。

③ 参见江嘉琪:《我国台湾地区行政契约法制之构建与发展》,《行政法学研究》2014年第1期。

第一节 行政契约存在之必然及其在各国的理论与实践

一、行政契约理论之争

契约又称为合同，本属私法范畴。《法国民法典》将契约界定为“一种合意，依此合意，一人或数人对于其他一人或数人负担给付、作为或不作为的债务”。^①《美国合同法》则定义为：“契约乃为一个允诺或一组之允诺。违反此一允诺时，法律给予救济；或其对允诺之履行，法律在某些情况下视为一项义务。”^②我国《合同法》规定：“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。”^③

从上述三种代表性的规定看，无论大陆法系还是英美法系，都是在私法（private law）层面上理解传统契约概念的，^④契约的原始意义与公法（public law）无关。而行政契约作为传统契约与行政权的结合，是私法向公法渗透或者公法与私法相融合的结果，围绕它应否存在以及如何存在等问题，目前中国大陆的法学界争议颇大，有关行政契约的制度也不明确、不规范、不统一，实践中的做法更是五花八门。对此，虽然不能简单地归罪于学界或官方，但学术研究的不深入恐怕是无法否认的原因，起码对因此所致的各种问题，学界的反应比较迟钝，没有及时研究出有效的解决办法。为让读者对涉及行政契约问题的争论有一个基本的认识，有必要先介绍一下相关观点。

① 《法国民法典》第 1101 条。

② 转引自杨桢：《英美契约法论》，北京大学出版社 1997 年版，第 1 页。

③ 《中华人民共和国合同法》第二条。

④ 此处的传统契约当指私法意义上的契约。

（一）私法学界对行政契约普遍不予认同

对行政契约应否存在等问题，公法学界与私法学界态度迥然不同，^①这种学术观点的分歧集中表现在《中华人民共和国合同法》的起草制定过程中。针对《合同法》的起草，行政法学者们主张将行政契约作为合同的特殊形态纳入《合同法》的调整范围，可在《合同法》中单列一章加以规定。^②对此建议，私法学者普遍反对。梁慧星教授认为：“什么是行政合同，中国现实中有没有行政合同，哪些属于行政合同？这些问题当然有深入探讨的必要。……如果说有所谓行政合同的话，只能存在于行政权力行使领域，属于行政法律关系……”^③王利明教授也认为：“行政合同究竟如何定义，其规范的对象是什么，恐怕仍是个值得探讨的问题。即使存在行政合同，是否要由合同法调整，亦不无疑问。”^④梁、王两位教授的上述观点基本上代表了私法学界的主流观点。他们虽然没有直言行政合同不存在，但从其语义不难看出，他们对行政合同起码是持怀疑态度的。当然，他们作为著名法学家，其学术态度还是比较严谨的，他们只是认为私法范畴中的行政合同不存在，至于行政法律关系中有无行政合同问题，还值得进一步研究。这场争论的结局是不言而喻的。我国《合同法》所规范的是纯粹的私法合同或民事合同，行政合同或行政契约根本不在其中。从某种意义上讲，这似乎意味着行政法学在与民法学的较量中失利了，但它更预示着行政契约已为未来行政法学留下了广阔的研究空间，也为将来的行政契约立法留下了一块未曾开垦的处女地。

（二）行政法学界对行政契约认识不一

近年来大陆出版的各类行政法学专著和教材，大都设专章或专节介

① 此处的公法学界主要指行政法学界，私法学界则主要指民商法学界。

② 参见应松年：《行政合同不可忽视》，《法制日报》1997年6月9日；中国法学会行政法研究会：《建议把行政合同列入合同法》，《法学研究动态》第7期。

③ 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。

④ 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。

绍行政合同或行政契约,而且已有行政合同或行政契约的专著相继问世,^①不少硕士学位论文甚至博士学位论文也开始以行政契约为选题,围绕行政契约的学术论文纷纷发表。可以毫不夸张地说,有关行政契约的研究正展现出勃勃生机,并将走向繁荣。但在现阶段,甚至在相当长的时期内,行政法学界围绕行政契约的争论恐怕难以平息,其争议的焦点不外乎行政契约存在的必要性和可行性两方面,前者解决行政契约的功能及其存在的价值和意义问题,后者解决行政契约运行的原则、方式、程序等制度问题。应该说,以上问题目前均未达成共识。

其实,围绕行政契约的争议由来已久。“契约”这一原属私法范畴的概念怎能移植到公法领域,又如何移植到公法领域?这一疑问,在英美法系国家毫无意义。英美法系的法律结构和法律观念,原则上均无公法与私法之分,因此,将私法意义上的契约援引到公法领域,允许政府在公共管理中拥有缔约权,与相对人签订契约,完全符合普通法或制定法的立法本意,这是政府固有的、直接来源于普通法的、无需任何立法授权的权利。而且,英美法系的司法救济模式是一元制的,^②因政府签订契约所致的争议,其司法救济的渠道只能是诉诸普通法院,与传统契约所致争议的司法救济手段大致相同。“正是由于在公共管理领域运用契约手段,其无论在实体权限上还是在法律救济上,都与私人间缔结契约极其近似,也就没有区别行政契约与私法契约的实际意义。因此,普通法制度中也就不存在与私法契约相对的行政契约概念,只是以形式为标准,

① 如张树义:《行政合同》,中国政法大学出版社1994年版;余凌云:《行政契约论》,中国人民大学出版社2000年版;于安:《外商投资特许权项目协议(BOT)与行政合同法》,法律出版社1998年版。

② 关于行政案件审判权的归属,各国审判实践不尽相同,目前主要有英美法系国家的一元制和大陆法系国家的二元制两种体制。在一元制模式下,国家只设普通法院,不专设行政法院,所有诉讼案件,包括行政案件,均由普通法院审理。而在二元制模式下,国家设普通法院和行政法院两个互不隶属的审判系统,民事和刑事案件由普通法院受理,行政案件由行政法院受理,普通法院和行政法院各自专辖,互不干涉。

将以政府为一方契约当事人签订的契约通称为行政合同 (government contract)。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。”^①

在大陆法系国家,行政契约带来了一系列困扰和疑问,围绕行政契约的争议远比英美法系国家激烈。由于《罗马法》的传统,公法与私法的界分表现了大陆法系的共性特征,这意味着:一方面,在公共管理领域,政府不但可以签订公法契约,运用契约手段实现公权力,而且这种公法契约适用不同于传统私法契约的原理和规则,与传统私法契约存在明显差异;另一方面,在司法救济制度上,由此引发的争议,采用行政诉讼的救济途径,由不同于普通法院的行政法院管辖。可见,大陆法系国家公法契约所产生的法律效果与私法契约截然不同,行政契约作为与私法契约相对的概念存在于政府公共管理领域,既符合大陆法系的法律结构,又合乎大陆法系的法律观念。可是,由于契约所固有的合意、自愿的特点似乎与公共管理领域行政权行使的单方面性和强制性水火不容,难免使人对以命令与服从为特征的行政法领域到底有多大的契约空间产生怀疑,进一步说,行政权的行使不太可能借助契约方式,行政与契约拼凑在一起,本身就自相矛盾。^② 有人甚至认为,契约理念中的自愿、合意原则与公法范畴的依法行政原则本质上不可调和,我国台湾的李志鹏主张:“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?”^③ 被尊为德国行政法学之父的奥托·迈耶 (Otto Mayer) 坚决反对国家与公民之间的公法合同,认为在公法领域国家与公民签订合同是“不可能的”,因为合同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。奥托·迈耶的上述

① 余凌云:《行政契约论》,中国人民大学出版社2000年版,第7页。

② 瑞士学者吉尔克麦蒂 (Z. Giacometti) 断言“公法契约”一词是自相矛盾之用语。转引自吴庚:《行政法之理论与实用》,台北三民书局1996年版,第363页。

③ 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。

观点在很长一段时期内占据主导地位。^① 被誉为“新行政法学创始人”的另一位德国学者福斯多夫（E. Forsthoff）也曾以“行政契约制度会将行政权这种优越地位加以‘拟制平等化’地破坏”为由，反对行政契约。^② 正如德国学者施托莱斯教授所说，“集所有最高权力于一身的国家与公民相比，它是更高尊严的本质存在，而契约层面上的东西对它不合适”。^③ 尽管如此，当今大陆法系国家的行政法学说都呈现出逐渐肯定行政契约概念的倾向，例如在德国，“19 世纪与 20 世纪之交，人们还是完全接受了公法契约，因为就连地方法实践也不能放弃公法契约形态”。^④ 而在日本，“学说和判例中，可以说已经不存在否定行政契约概念一般可能性的见解。”^⑤

比较而言，我国大陆对行政契约的研究，不但远远落后于法、德、日等大陆法系国家，而且落后于我国台湾地区；不但理论研究不够深入，而且理论相对滞后于实践。尽管我国行政法学界的绝大多数学者对行政契约持肯定态度，但分歧仍不可避免。其实，在社会科学领域，学术研究的目的并不仅仅在于如何弥合或消除分歧，从某种意义上讲，研究本身或研究过程具有更大的学术价值。基于这一认识，不妨先从行政契约存在的必要性和必然性入手加以分析。

① 参见 [德] 奥托·迈耶：《德国行政法》，刘飞译，何意志校，商务印书馆 2013 年版，导论第 15 页。

② 转引自陈新民：《行政法学总论》，台北三民书局 1997 年版，第 264 页。不过，福斯多夫的观点后来有所转变，他也主张采用行政法原则来处理政府采购问题。

③ [德] 米歇尔·施托莱斯：《德国公法史（1800—1914）》，雷勇译，法律出版社 2007 年版，第 555 页。

④ [德] 米歇尔·施托莱斯：《德国公法史（1800—1914）》，雷勇译，法律出版社 2007 年版，第 555 页。

⑤ 参见杨建顺：《日本行政法通论》，中国法制出版社 1998 年版，第 515 页。

二、行政契约存在的必要性和必然性

（一）行政契约与权力理性

1. 权力理性是国家理性的核心议题

国家理性，又称国家理由，国家的正当理性，其存在涉及国家的建构、国家的目标以及国家的生存与延续等诸多重要的政治法律问题。根据美国学者维罗里的考证，在博特罗出版了《论国家理性》一书之后，经由国家理性概念所激发出来的一种新的政治语词开始传播到17世纪早期的整个欧洲大陆。“这种新的语言维护并捍卫了人们对于政治行动之目标和手段的新诠释。政治不再被定义为通过正义和追求美德而维系一种政治生活的艺术——在‘国家理性’概念出现前，传统的政治定义就是如此界定的，而是一门不惜采用一切手段来保存国家的艺术和科学”。^①关于国家理性，许章润教授有过系统的研究，他认为国家理性是为国家所提供的一种合法性叙事和正当性说明，其基本论题包括三个方面：为何要有国家、如何才有国家以及国家应当为何？^②换言之，国家理性所涉及的是一个国家得以存在与延续的元问题，是国家得以生成与建构的核心命题，是关涉到国家命运的根本问题。

事实上，早在古希腊时代，国家理性的观念已经初见端倪。在柏拉图的理论体系中，所谓的理想国即是一种典型的国家理性蓝图。基于对古希腊城邦国家的不满，柏拉图设想出了一个高于且优先于城邦国家的理想国概念。毫无疑问，柏氏所肯定的理想国是一种规范形态的国家理性，这种国家理性依赖于哲学王统治这一基础而得以实现。然而，基于

① [美] 毛瑞若·维罗里：《“国家理性”的起源和意义》，载[英] 伊安·汉普歇尔-蒙克编：《比较视野中的概念史》，周保巍译，华东师范大学出版社2010年版，第100页。

② 许章润：《国家建构的精神索引——今天中国为何需要省思“国家理性”》，载许章润、翟志勇主编：《国家理性》（历史法学第4卷），法律出版社2010年版，第1—2页。

哲学王统治的理想国在现实的城邦国家中根本不具有操作的可能性与空间。基于对这种理论的反思和弥补，柏拉图不得不退而求其次地提出了一种法治国的理论形态，即以通过法律的治理取代通过哲学王的治理，进而实现国家的理想生存状态和运作形态。柏拉图的法治国理论正是最早意义上对国家理性加以涵摄的理论尝试和建构。

然而，在学术史上明确提出国家理性概念命题的学者是马基雅维利。马基雅维利的国家理性观是一种极权主义的国家理性观，如果以现代的视域进行考察，那就是一种异化了的国家理性观念，这种国家理性观旨在为君主意志的最大化加以美化和证成，透过这种国家理性观^①所折射出的是一种具有二律背反性的国家理性。正如美国学者米勒所指出的，“国家理性来源于处在人类民族国家组织体系的核心的一个悖论。民族国家存在的目的是保护、防御以及增进其公民的利益。在理论上以及在马基雅维利为国家所做的辩护中，国家是所有公民最后的屏障、支持以及庇护；但重要的一点是，即便牺牲某一个公民或某个小的公民群体的利益，也必须保卫国家。国家必须能够行使任何能够确保其自身安全和生存的必要权力，如果认为必要，国家就要扩张”。^②换言之，对国家理性的倡导可能面临着一种二律背反，这种二律背反性恰好也反映了国家理性所面对的一种张力，这种张力在权力与权利、国家与公民/社会之间的博弈关系中表现得尤为突出。“尽管从理论上来说，国家理性囊括了所有人的利益，但事实上根本做不到，因为这一悖论的核心就是牺牲一些公民利益以维护其他公民利益”。^③

① 此处所谓的这种国家理性观，在证成国家的合理性方面将君主意志的最大化置于关键地位，其意不在于为国家的正当性证成，毋宁说是为君主的正当性、意志性提供证成。

② [美] 亚瑟·塞尔温·米勒：《“国家理性”与现代国家》，萨楚拉、李娜译，载许章润、瞿志勇编：《国家理性与现代国家》，清华大学出版社2012年版，第324页。

③ [美] 亚瑟·塞尔温·米勒：《“国家理性”与现代国家》，萨楚拉、李娜译，载许章润、瞿志勇编：《国家理性与现代国家》，清华大学出版社2012年版，第324页。

自从马基雅维利提出国家理性的命题之后,这种理论脉络表现为两种不同的分支,分别是由黑格尔发扬至极致的经由国家理由的普遍化和正当化论证成为每一个民族国家建构自身合法性与权威性的标准路径,在这一路径中,国家是一个绝对的伦理实体,具有绝对的控制性力量,国家理由被赋予了绝对的权威性,成为具有排他性效力的政治观念;另一个路径是经由霍布斯的系统化论证,洛克的政府论构造,最终所形成的对国家理性加以限制性规定的思想脉络。前一脉络的国家理性观被称为古代的线索。这一线索尤以黑格尔为代表,其集大成者可以称之为德国式的国家理性观。这种国家理性是一种基于自身禀赋所自我证成的理性,它是一种自己自主的理性,并不依赖于国家以外的力量所设定、授予或认可。与此相对应的另一种研究路径是现代路径。作为现代政治知识史的国家理性,一方面致力于建构现代国家,另一方面努力控制国家权力。就前者而言,人们致力于给国家限定性的理性性质;就后者而论,人们努力划定国家活动的范围,使国家在理性的基础上展开运作。自洛克以降的英美自由主义主流理论,大致是从这个视角言说国家理性的。赋权给现代国家的同时限制国家权力,这就是现代线索的国家理性命题所呈现出的悖论性内涵。在国家与社会的论述框架中,前者认定国家吃定社会,后者主张社会限定国家。在国家行为特征上,前者是国家控制一切,后者是国家相对中立,社会和市场自有其空间。前者标志着现代国家理性是主张强大国家的;后者象征着现代国家理性规范国家的强烈意图。^①

纵观国家理性概念的学术史,不难看出,国家理性的概念在其原初产生之际是一种对国家的权威及其权力加以理性证成的价值原则。换言之,国家理性是指导国家及其权力行为的原则,在这些原则的基础上,政治国家得以建构,政治权力得以正当化,政治行为得以合法化。此外,在限定政治国家的行为的同时,国家理性也为其设定了一个原则性的目

^① 参见任剑涛:《国家理性:国家禀赋的或是社会限定的?》,《学术研究》2011年第1期。

标,这个目标将政治、国家与权力纳入理性的涵摄之中,并以正义的统治方式与良善的法律维持国家政治体制和结构。诚如美国学者维罗里所言,“自13世纪以降,政治是由理性所主宰的:用正义进行统治,制定正义的法律,构造并维系良好的政治体制,实际上被认为是‘理性’的真正成就。政治是‘理性’在咨议、商讨和立法方面的施用,其目的在于保存以正义的方式生活在一起的人类共同体”。^①换言之,国家理性致力于对国家进行一种理论证成与说明,这种理论证成与说明旨在为国家存在的理由、合法性以及权威性提供一种元叙事。易言之,国家理性是对国家存在理由的终极说明,是一种元价值,没有国家理性的概念及其理论铺陈,国家的正当性很难在理论层面被阐释清楚。

如果超越传统的视域,将国家理性的观念置于现代民主法治国家的视野中进行考察,可以作出如下判断:国家理性是一种对国家行为及其权威性进行证成的价值理性,这种价值理性以国家及其权力行为的合理、自洽且正当行使为前提,以国家权力对公民权利的合理有效保障为目的,以公民对于国家行为的认可、接受和信服为基准,以国家与公民、权力与权利之间的良性互动为根本的评价标准。在现代民主政治国家中,国家往往通过一个权力人格的形式所出现,国家囊括了社会生活中形形色色的具有公共性的权力来源,并以制度化和人格化的形式将权力予以固定、型塑并合理地分配和行使。因此,无论是古典语境还是现代语境中,权力这一概念都是国家的核心载体。如果说从地理层面而言,界域是国家的核心载体的话;那么从法理与政治的层面而言,权力的存在及其实证化乃是国家得以存在的核心价值表征。当谈论国家这一观念的时候,往往会对其冠以不同的意识形态,然而,这种意识形态之争背后所隐含的实质依然是权力的设定、授予与运作形式等问题。在对国家理性的概念史进行初步梳理和分析的基础上,无论是从何层面对国家理性进行提

① [美] 毛瑞若·维罗里:《“国家理性”的起源和意义》,载[英] 伊安·汉普歇尔-蒙克编:《比较视野中的概念史》,周保巍译,华东师范大学出版社2010年版,第101页。

炼,都无法绕开权力理性这个议题。换言之,国家理性的概念在于证成国家的目的、理由及其正当性,而在以权力为载体的国家观念的框架中,对国家理性的说明应当紧紧扣住权力理性这一核心观念。从应然的价值层面而言,理性是权力与国家的共同价值使命,是两者共同的精神家园,没有理性的价值指引,国家的观念以及权力的运行都可能偏离民众预期的轨道而变得难以控制与维系。古今中外的历史莫不证明了这一点,人类发展的历史也恰恰是围绕着国家及其权力的理性化这一价值命题而展开的。由此可以进一步得出结论,对国家理性进行证成的一个重要路径就是国家的行为理性、价值理性与制度理性,而这一切的载体端在于权力的理性,这种权力理性通常包含实体性权力和程序性权力的理性行使,具体由权力设定理性、权力运行理性、权力认识理性以及权力救济理性构成。可以说,国家理性的现代议题便是权力理性。

特别需要指出的是,将国家理性观的核心议题界定为权力理性,并冠之以现代语境的限制,有其特定的历史脉络:国家理性观念在其生成之初是一个不带有价值判断的中性概念,它既可以为民主的国家所论证,也可以为专制的国家所引用。随着启蒙时代的到来,权力以及国家的观念都受到了重新反思与审视,随之而来的是国家理性观念的改头换面与闪亮登场。在启蒙思潮的影响下,国家理性已经成为一个具有应然性价值判断的概念与命题,国家理性旨在为国家的正当性与合理性而非国家的专制与君主的意志提供理论说明。究其本质,现代意义上的国家理性所面临的一个核心要点是对国家的权力进行合理的说明与论证,权力的证成及运行关乎国家的合法性与正当性。由此,权力理性为国家理性提供了另一种思考的路径和实证化的方式,在现代民主政治国家的特殊语境中,国家理性的核心议题实乃权力理性。

2. 权力理性是行政契约制度的基本价值追求

依德国及中国台湾地区的学说,行政契约旨在产生一种创设行政权利或义务的合意,对合意的提倡,从根本上改变了传统行政行为中以行政机关的意志为归依的单向度的权力行使模式。“行政契约在程序上提供人民一种参与决定的机会,人民如果能够积极参与这种协商程序,自然

较能保障其权利，不至于因未经协议，而严重损及当事人之权益”。^①换言之，行政契约的制度创新恰恰在于通过程序性的创设，为民众获准进入行政管理的模式提供一种协商路径，这种以协商为主旋律的行政管理模式是商谈性理论在法律理论与实践中的合理运用。这种协商对话性的行政模式，既有助于行政权力的权威生成，同时也有助于培养和塑造公民意识，消弭公民间以及公民与国家和政府之间可能存在的冲突或分歧。因为，“协商过程的参与者需要开放地接受自己态度、意见或立场的改变，虽然这样的改变不必然是协商的结果。久而久之，这成为一个让公民成长的过程，它不仅仅让人们逐渐增强实际的判断能力，也让人在意见冲突的情况下学会共处的艺术”。^②

“契约，即通过平等协商的方式对法的关系的规整，并不仅仅局限于私人自治领域。行政管理部门在实务中已经越来越多地运用公法和私法合同来完成其任务。通过这种方式，人们试图通过同时保障对行政行为的接受来为行政部门获得更大的规整空间”^③。齐佩利乌斯的观点向人们展示了这样一种理论视角：将契约行政引入公法领域，有助于形成政府与公民、国家与社会、权力与权利之间的良性互动。特别是在当今这一利益关系纷繁复杂、社会关系千头万绪的社会，权力的分配与行使尤为需要一个合理的分化和建制，通过此种合理的分化过程、程序与制度，使得权力的效能得以最优化。正如齐氏所论，“当今社会人民在各个方面越来越依附于一个无面目的国家机器。摆脱这种状态的最重要的出路，即是在于建立合理的职能区分、强化和发展私人自治以及其他亚系统，以使个人能够共同对一个合理和透明的生活领域的形成和建立承担责任

① 翁岳生编：《行政法》（上册），中国法制出版社2009年版，第745页。

② [美] 艾骅博、百里枫：《揭开行政之恶》，白锐译，中央编译出版社2009年版，第196页。

③ [德] 莱因荷德·齐佩利乌斯：《法哲学》（第六版），金振豹译，北京大学出版社2013年版，第256页。

及参与相关决策”。^①

行政契约制度是对行政权力如何有效行使以更好地面对社会和民众的一种积极回应和尝试,这种尝试旨在实现由传统的命令行政向新型的合作行政转变的效果。换言之,行政契约制度从根本上而言是对权力理性化的一种制度尝试,这种制度尝试以行政权为载体,以公民权利的保障为归依,以行政效能最优化为根本目的。行政契约制度表征的是一种参与性的行政管理新模式,这种“参与性的自我统治体制将有助于实现(公民)对美好生活的追求”。^②行政契约制度涉及行政权的理性运用,因此,从法理层面而言,行政契约制度背后所隐藏的价值旨趣在于权力理性。所谓权力理性,是指权力的来源、运行、分配以及再生产都应当具有充分的理据。行政契约制度中,将以往的行政权的运行模式由单向度的命令模式过渡到双向度的合作互动模式,这种模式的转换,既因应行政制度变革的需求,更是为避免权力与社会相遇之际可能存在的局限性所作出制度创设的一种回应。行政契约制度类似于一种回应型的制度架构,如果从法律类型学的层面剖析,显然可以将其纳入一种现代法律类型之中,这种“回应型法在认识法律判断的复杂性和放松对服从的要求的过程中,表明了一种更广泛的理想。它是一种对文明的承诺带入了人们运用法律界定和维持公共秩序的方法。在回应型法中,秩序是协商而定的,而非通过服从赢得的”。^③行政契约制度的本质在于,通过协商的方式,以合理的商谈为前提,将公民行为与国家行为之间进行有效的勾连,并在此基础上生成一种合理的行政秩序。更进一步,通过行政契约的制度性构造,有助于为公民的权利开放秩序提供规范空间,使得公权力的运行更加可能、公民权利的保障更为扎实。诚如诺斯等学者所言,

① [德] 莱因荷德·齐佩利乌斯:《法哲学》(第六版),金振豹译,北京大学出版社2013年版,第249页。

② [英] 约翰·邓恩:《让人民自由:民主的历史》,尹钦译,新星出版社2010年版,第43页。

③ [美] P.诺内特、P.塞尔兹尼克:《转变中的法律与社会:迈向回应型法》,张志铭译,中国政法大学出版社2004年版,第105页。

“当在宪法环境中嵌入了能对保护各种权利提供可靠激励的制度之后，权利开放和民主竞争便能阻止暴力的非法使用”。^①

当人们言及权力的理性化之际，就必须考虑到基于权力分立所存在的不同权力类型。传统的分权模式将权力分为立法、司法与行政三种权力，我国实行议行合一的政治制度，因此不存在权力的类型学划分。以实践作为观照，我国的行政权是权力理论的重中之重，因此，对权力的理性化要求主要是对于行政权合理运行的一种规制。对于行政权的规制，学界有过不同的理论尝试，实务界也作出了一定的实践努力。行政契约制度及其背后所蕴藏的基本精神恰恰是对国家理性加以实践运用的具体路径，行政契约制度通过宏观层面的国家与公民的互动，进而为权力的运行提供一种广泛的民众参与路径，在此基础上，公民通过分享权力的行使进而为权力的合理化提供一种外部制约与约束。这种制约与约束既是对权力理性的促成，同时也是对公民意识、公民德性与公民能力的培养与塑造。尤其是在中国这样一个法治相对后发的国家，这种制度背后所蕴藏的实践意义尤为珍贵。一言以蔽之，国家理性及其背后所蕴含的权力理性这一核心命题并非简单的价值吁求，通过行政契约制度的现实构建以维系国家理性，是一种富有创举的理论贡献与实践操作。

行政契约制度的设定旨趣在于，通过吸纳民众的参与，使行政权力的运行摆脱单一的行政主体框架，而以多元的主体方式共同行使与卫护。传统的行政模式往往将行政的双方视作主客体的关系，行政机关居于主体地位，行政行为的受动方居于客体地位。主客体理念支配下的行政模式侧重于对行政机关及其“权威”的维护，忽视了行政权的本源及其应然性，以单向度的权力观取代双向度的权力观，最终可能导致行政权的变异或蜕化。主体际理念支配下的行政模式将行政的双方视为平等的合作伙伴关系，以协商行政取代命令行政，进而为行政行为的效力、权威

① [美] 道格拉斯·C. 诺思、约翰·约瑟夫·瓦利斯、巴里·R. 韦格斯特：《暴力与社会秩序：诠释有文字记载的人类历史的一个概念性框架》，杭行、王亮译，格致出版社、上海三联书店 2013 年版，第 28 页。