

行政法制与改革系列丛书

行政合同

张树义 著

中国政法大学出版社



行政合同

张树义 著

中国政法大学出版社

(京)新登字 185 号

行政合同

张树义 著

*

中国政法大学出版社出版

北京怀柔燕东印刷厂印刷

新华书店 发行经销

*

850×1168 毫米 32 开 6 印张 105 千字
1994 年 7 月第 1 版 1994 年 7 月第 1 次印刷

ISBN 7-5620-1193-1/D·1145

印数：3000

定价：6.90 元

前 言

行政合同，这对中国人来说，是一个既陌生、又熟悉的领域。说它陌生，是因为近几年来，经济合同、民事合同已逐渐进入寻常百姓的视野，成为人们熟而知之的东西，但相比来说，人们对行政合同却知之甚少，甚至可以说了然无知。说它熟悉，是因为，尽管人们对行政合同知之不多，但在日常生活中却经常涉及或接触，只不过人们很少从行政合同的角度去考虑、去认识。

其实，行政合同在发达国家已成为较为确定的制度，在我国政府的管理活动中，更是一种广泛采用的行为方式。但是，实践的广泛运用并未引起理论界足够的重视，有关行政合同的研究并不多见，以致于在行政合同的运用方面存在诸多问题。行政合同到底在多大的范围之内、或在哪些方面可以适用？行政合同与民事合同或经济合同怎样区别，尤其是在适用的规则方面有何不同？实践裹挟着种种问题迎面而来。相形之下，学术界似乎显得羸弱无力，好像大家都退避三舍。不知是在大家们的眼中认为行政合同无关紧要，无暇顾及呢，还是行政合同本身的难度，使人们无力顾及。总之，在中国学术界的研究中，行

政合同几乎可以说仍是“不毛之地”。

但是，行政合同问题并不因为人们的未加注意而不存在。相反，由于人们未对行政合同提供合理的解释和说明，行政合同实践中出现了某些混乱的现象。因为，没有理论指导的实践必然是一种不合理的实践。人类注定要过有理性的生活，这是人类生活优于其他物类生活的本质差别。行政合同注定还要存在、运行、发展下去，理论界唯一能作的就是正视它的存在并加以研究。古语说的好，“亡羊补牢，犹为未晚”嘛！我们试图从中国行政合同存在的实际状况进行概括分析，从而探讨行政合同的理论和原则，以指导行政合同的实践。如果通过本书的分析能够对行政合同的运用有所启示的话，那我们将感到欣慰，进而引起人们对行政合同的兴趣，那也就算达到了我们抛砖引玉的目的。

本书是沿着这样的思路展开的：对行政合同的分析首先从其源头说起。记得一位哲人曾有这样的言语，历史是任何事物所不可缺少的组成部分，历史中也就孕育着该事物的深刻的本质。中国的行政合同产生于体制改革。这也是我们对行政合同的感兴趣之处。从历史的源头说起无非是要说明行政合同产生的必然，存在的必然。第二部分就中国现实存在的行政合同进行归纳、分析，以了解其现实运行状况以及存在的问题。第三部分分析行政合同的具体内容、履行，以及行政合同的救济，就行政合同法律制度所涉及的种种问题进行探讨，意在说明行政合

同运行的规则。

目前，国内对行政合同的说明和研究，多是采取从既定的理论框架出来，来分析中国实际存在的行政合同，似乎是人们头脑中先天地存在着行政合同的理论，然后再借以说明实际的行政合同。这或许就是为什么行政合同始终在学术圈里打转，没有被实践所重视的原因所在。因为借用外国的理论来说明、分析中国的行政合同，这首先就使人们产生了距离感。本书是采用按照历史发展的顺序和人们思维的逻辑来分析中国的行政合同问题。因为，引起人们对行政合同关注的，并不是外国的理论，恰恰是我们中国的现实情况。没有中国实践中行政合同方面的种种问题，无论外国的行政合同理论多么吸引人，恐怕也不会引起国人的注意。这就正如天上的月亮，不管诗人们怎样描写其“皎洁如玉盘”，也不会引起人们对它的食欲。

目 录

前言	(1)
第一章 历史的源头	(1)
一、行政合同的出现	(1)
二、行政合同出现的原因	(8)
三、中国行政合同的源头	(15)
第二章 行政合同的种类	(24)
一、国有土地有偿出让合同	(25)
二、全民所有制工业企业承包租赁合同	(41)
三、粮食订购合同	(54)
四、公共工程合同	(61)
第三章 行政合同的基本理论	(75)
一、行政合同的界说：概念分析	(75)
二、行政合同与民事合同、经济合同	(87)
三、行政合同的适用范围	(100)

第四章 行政合同的缔结	(106)
一、缔结行政合同的权限	(106)
二、行政合同的缔结方式	(109)
第五章 行政合同的履行	(117)
一、行政合同履行的特点	(117)
二、行政合同履行的原则	(121)
三、行政主体的特权	(124)
四、相对人的权利	(133)
五、行政合同的消灭	(142)
第六章 行政合同的救济	(145)
一、行政合同救济的意义	(145)
二、行政合同救济的主体	(150)
三、行政合同案件的审查	(162)
四、行政合同案件审查与行政诉讼法	(175)
后记	(179)

第一章 历史的源头

历史，是任何事物所不可缺少的组成部分，而且，事物的本质往往在其最初产生之时就已命定。因此，我们对任何事物的说明或研究，就不能不从历史——这个万物之母——作起。行政合同也是如此。

一、行政合同的出现

我国行政合同的出现，始于党的十一届三中全会以来所进行的经济体制改革。体制改革以来，政府和企业关系的重构，意味着政府职能的转变，政府职能的转变则意味着政府管理手段、管理方式等一系列变化。因此，行政合同的源头必须从我国体制改革中寻找。

在传统的高度集中体制中，政府对社会事务的组织和管理，主要是采取指令性计划、行政命令的方式进行。指令性计划不仅限于经济领域，而是涉及到社会生活的各个方面，在指令性计划的作用之下，政府、企业事业

单位，甚至包括公民个人的活动，都围绕着这一核心运转。但是，指令性计划就其实质而言，仍然是一种行政命令。因为行政机关在制定指令性计划和执行指令性计划的过程中，并不需要取得企事业单位的同意或认可。换言之，指令性计划是由行政机关单方面制定的。为了保证指令性计划得到贯彻执行，行政机关同样是以单方面的命令强加于企事业单位，而企事业对此毫无商量余地，只能被动地、消极地接受，而且必须全面地、实际地履行。进而言之，政府和企业之间存在行政隶属关系，每一个企业都有其上级主管部门，在上下级之间关系方面运行的媒介是行政命令。上级命令下级，下级服从上级，这是行政组织的运行准则。政企不分的体制造就了行政命令、指令性计划的盛行。传统体制的僵化也好，企事业单位的缺乏活力也罢，这都是管理方式单一的体制性弊病所必然导致的。因此，我们可以说，行政命令是传统高度集中的体制中政府进行组织、管理的主要方式，甚至可以说是唯一的方式。

经济体制改革以来，我们首先提出了政企分开的改革目标，政企分开意味着政府职能的转变。政府的管理职能要从对经济活动的直接的指挥转向间接的监督检查。伴随着政府职能的变化，政府的管理方式也要相应变化。传统的行政命令的方式仍有存在的必要，因为对摆脱行政隶属关系的企业，政府无论从资产的所有者角度，还是从宏观经济秩序的角度，都有权或有必要通

过行政命令要求企业为一定的行为或履行一定的义务。但是同时，行政合同的方式也悄悄地出现于政府管理领域。这方面最早、也是最突出的标志是发生在农业领域中的伟大变革。自1978年开始，农村实行农业生产经营承包责任制，表明政府的管理方式开始从行政命令向行政合同转变。农民通过行政合同获得了土地的使用权，在承包经营期内有一定的自主支配权，由此焕发出巨大的主动性和积极性，使我国的农村经济改革获得了举世公认的成就。从而也为城市经济体制改革以及许多其他方面的改革提供了成功的、可资借鉴的经验。

为了适应进一步改革开放，党的十二届三中全会强调了指导性计划和市场调节的作用。行政合同的方式受到重视。1985年1月1日，中共中央国务院《关于进一步活跃农村经济十项政策》规定：“粮食、棉花取消统购，改为合同定购”。合同定购粮食、棉花，是指国家通过粮食经营企业与农民签订合同的形式实现定购任务。合同订购计划由国家确定，粮食经营企业依据国家计划，在春耕前与农民协商、签订合同。从土地的承包经营到粮食的合同定购，在农业领域国家管理的方式上行政合同已占据了主导地位，也使农村改革获得了进一步的成功。

随后，党的十三大进一步明确提出：“无论实行哪种经营责任制，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”。这说明，契约的形式已为改革的决策者们高度重视，在

人们的观念上，合同已经取代了指令性计划。由此把行政合同的运用逐步扩展至工业、商业、交通运输、外贸、基建等更为广阔的领域，也使我国的改革获得新的成功。

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》(以下简称《承包条例》)，同年5月18日国务院又发布了《全民所有制小型工业租赁经营暂行条例》(以下简称《租赁条例》)，从而把行政合同引入了工业领域。国家对国有企业的管理开始从直接的组织、指挥转变为通过行政合同的间接的监督控制。租赁、承包合同的确定，使企业从行政隶属关系中解脱出来，在租赁、承包期间，企业具有一定的经营自主权，这要比事事、处处听命于行政机关，所有活动要以指令性计划、行政命令为依归优越得多。尤其是通过行政合同明确了政府和企业之间的关系，政府不能随意干预企业的生产经营活动，企业有了一定的经营自主权，可以自行支配自己的人财物，自主安排生产经营活动，从而具有了活力。我们改革所取得的巨大成就皆来源于一个“活”字，而活力是从行政命令方式解脱出来，在行政合同管理方式下所获得。正因为如此，行政合同适用的范围不断扩展，而且在行政合同的具体适用上也日臻完善。

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》(以下简称《出让和转让条例》)，国家对土地的管理开始从无偿、无限期、无流动的行政划拨方式转变为有偿、有限期、有

流动的行政管理方式。迄今为止，《出让和转让条例》对出让合同的规定可能是最为符合或接近行政合同的。例如其中明确规定了行政机关在合同中的制裁权，根据社会公共利益的需要，国家对出让合同的解除权等行政合同所特有的规则。行政合同逐步以自己特有的面貌出现于合同之中。

行政合同在中国的出现并不是一种特殊的社会现象。观之于整个世界，它只不过是世界行政合同大潮中一朵小小的浪花。在西方发达国家，如法国、英国、美国等国家，行政合同作为政府推行政策的手段，已成为行政机关行使权力的常用方式。

行政合同应用最广泛、且最具制度化的当首推法国。在那里，行政合同被广泛应用于经济发展、资源开发、科研、教育等各个方面。特别是在二次大战以后，政府在推行经济计划时避免采用行政命令的方式，而是采用与企业办签订合同的方式，向后者提供一定的援助，由后者承担一定的义务。法国称这种执行计划的方式为政府的合同政策，是对传统的执行计划方式的一大改进。在法国行政合同适用的事项很多，如公共工程承包合同、公共工程捐助合同、公务特许合同、独占使用公产合同、出卖国有不动产合同等等。大多数事项由行政机关根据需求和具体情况，决定是否缔结行政合同。法国行政合同的成熟性还表现在由行政法院通过判例所创造出来的一整套关于行政合同的法律规则和法律制度上，表现在法

国关于行政合同理论的完整体系方面。如关于识别行政合同的标准问题，这恐怕是行政合同理论以及实际运用中必须解决的问题。因为行政合同和私法合同适用不同的法律规则，当事人在这两种合同中的地位不一样，必须加以区分。法国行政法院提出了行政合同当事人中必须有一方是行政主体；必须是直接执行公务的合同等区分行政合同与私法合同的标准。再如关于行政合同的缔结、履行等，法国都有一系列关于方式、程序等方面的具体规则。从而使法国的行政合同制度为世人所瞩目，行政合同理论为各国所采用。

英美法系国家的法律制度同大陆法系国家的法律制度存在明显的差别。但是，行政合同同样受到英美法系国家的重视。在英国，利用契约作为推行政府政策的手段，已成为行政机关经常采用的方式，如执行工资政策、社会政策和发展计划等等。但是由于英国是普通法国家，没有公法私法的划分，行政机关的契约适用一般契约法规则。行政机关代表公共利益，其所签订的契约又不能和一般契约完全一样，不能不有某些特殊规则。因此，行政契约更多的是以很多特殊规则表现出来。

在美国，行政法的产生和发展是与国家对经济的干预有着直接的联系。而政府契约的出现则与福利国家有关。由于福利国家概念的出现，给付行政大增，“政府正以几何级速度承担慈善职能，它正在成为越来越多的人所依赖的巨大施舍源泉”。政府合同便是这种公共福利行

政的方式。正如美国行政法学者施瓦茨所描写的那样，政府“起初还没有职业公务，政府合同在经济中只占很小部分，政府福利还不存在……，现在的情形就不一样了”，以政府雇佣和政府合同为表现形式的特许权，“几乎无处不有”。^①但是，由于美国的行政法观念和理论更为注重“正当法律程序”，他们对政府合同的研究更多的是从“特许权”的角度，即政府在契约中的权利属性的角度。与法国行政法截然不同，即使同属于同一法系的英国也稍有区别。但最终的目的却在于保护相对人的权利，这一点却是相同的。

在日本，早在明治30年代就有补偿契约的行政方式出现，它是市町村与煤气、电力、电气铁路公司等公共性垄断企业之间缔结的行政契约。战后，日本以契约形式作为实现行政目的的重要手段，逐渐将其扩展到给付行政、环境行政、空间保护行政、宅基地开发等更加广泛的领域。与此相应，行政契约引起学者们的关注，有关行政契约的判例和学说也日益增多，促其行政契约制度日趋完善。

从上述几个主要国家行政合同的简要概述中可以看出，行政合同已成为世界各国政府管理中的重要方式，政府管理合同化已成为世界化的潮流。我国经济体制改革

^① [美] 伯纳德·施瓦茨著《行政法》群众出版社，1987年版第201页

中出现的行政合同不过是汇入世界大潮中的一股小溪。从某种意义上说，正是由于行政合同的出现，使我们判断出，中国正在背离高度集中的体制，摆脱传统的政府管理方式，逐步和世界各国政府的管理方式接轨。

二、行政合同出现的原因

就世界范围而言，行政合同已成为不同的国度的政府所共同采用的管理方式。中国的行政合同正处于刚刚出现、幼稚且不完善的状况。为了更深刻地理解行政合同，为行政合同的发展廓清道路，行政合同出现、且为各国政府共同采用的原因就不能不加以分析。

（一）社会原因

任何社会制度都是基于社会客观实际的需要而产生、而存在。因此，对行政合同存在的原因分析，使我们不能不首先关注于社会客观情况。就社会客观方面的情况而言，以下两个方面的客观事实，是行政合同出现的现实基础。

首先是社会发展、国家职能的扩张。早期国家的职能较为简单，仅限于保境安民，基本上处于消极行政的状态。发展至二十世纪八十年代，世界各国都兴起了经济改革的浪潮，无论是社会主义国家，还是资本主义国

家，都不约而同地卷入这一潮流，试图重新构造国家与经济的关系，国家与企业的关系。只不过社会主义国家与资本主义国家分别是从对立的两极相向靠拢。社会主义国家是从对经济活动的直接组织指挥向充分发挥市场调节经济流动的作用过渡，而资本主义国家则是从绝对的自由经济向国家在一定程度上对经济的干预过渡。共同的主题则是处理好国家与经济活动、政府与企业的关系。在这种相向的运动中，行政合同成为共同的选择。资本主义社会是以企业私有制为主体的，国家对经济活动施加干预，为实现一定的公共目标与私人企业发生联系时，就不能采用行政命令的方式，行政契约自然成为这种联系的基本纽带。这就是行政合同在资本主义社会得到广泛应用的重要原因。第二次世界大战后，随着国家干预经济和国家垄断经济的发展，私有企业国有化一度成为西方国家发展经济的重点，各个国家都程度不同地产生了一些新社会问题，例如公害防治、社会救济、空间利用等等。这些社会问题的出现，使得国家行政职能发生了根本性变化。行政职能已经不再是简单地维持社会秩序的消极作用，而是要积极地为社会提供服务和保障。相应地在政府行政活动中开始出现给付行政、环境行政、空间行政和指导行政等概念和制度。与这些制度相适应，政府所采用的行政手段或管理方式多为行政契约。法国的公务特许合同，英国的中央对地方的补助金制度，日本的公害防止等契约行政方式的产生，都是基