

行政契约与政府信息公开

—— 2001年海峡两岸行政法学术研讨会实录

杨解君 编

东南大学出版社

行政契约与政府信息公开

——2001 年海峡两岸行政法学术研讨会实录

杨解君 编

东南大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

行政契约与政府信息公开/杨解君编. —南京:东南大学出版社, 2002. 6

ISBN 7 - 81050 - 979 - 9

I. 行... II. 杨... III. ①行政法: 契约法—研究—中国—文集 ②国家机构—信息管理—研究—中国—文集 IV. ①D922.104 - 53 ②D630.1 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 039084 号

东南大学出版社出版发行

(南京四牌楼 2 号 邮编 210096)

出版人: 宋增民

江苏省新华书店经销 江苏省地质测绘院印刷厂印刷

开本: 850mm × 1168mm 1/32 印张: 13.75 字数: 380 千字

2002 年 6 月第 1 版 2002 年 6 月第 1 次印刷

印数: 1—1000 定价: 30.00 元

(凡因印装质量问题, 可直接向发行科调换。电话: 025 - 3792327)

前 言

世纪元年之秋,2001年海峡两岸行政法学术研讨会在六朝古都金陵召开。海峡两岸行政法学界与实务界同仁汇聚百年名校——东南大学,内中既有执牛耳者,亦不乏学界精英和司法界之专才,遂成就本届研讨会之一大特色。虽研讨会期限仅两天,然所获甚丰:既就行政契约与政府信息公开两主题详加研摩,新朋故旧亦得畅叙情谊。期间,两岸同仁情真意切,足见文化同源、骨肉同根,研讨主题紧扣时脉,屡现真知灼见。

此届研讨会之成功举办,得感谢台湾行政法学会理事长翁教授岳生先生、祖国大陆行政法研究会副总干事兼秘书长应教授松年先生之力倡并垂念如故;感谢台湾行政法学会秘书长法治斌教授率团慷慨赐他山之石(台湾地区“行政法院”诸法官亦首次莅会助兴);尤应诚谢东南大学校务委员会主任胡凌云教授、人文学院并法律系全体师生至诚至力玉成此事;叶树理、施建辉、高歌、孟红、步兵、顾大松诸位老师操劳有加,自当铭谢;对江苏杰伦律师事务所的鼎力相助亦应申致谢忱!

为使研讨会之雅文华章得为学界共享,并以志记与会专家学者之辛勤耕耘,东南大学出版社慷慨相助予以出版,时正恰值东大百年华诞,忝以此帙两岸合力之作,谨以为贺。

杨解君

2002年5月12日

开 幕 式

胡凌云教授致词

胡凌云(东南大学教授、校务委员会主任)

尊敬的各位学者、专家、嘉宾朋友：

上午好！我很高兴应邀来参加 2001 年海峡两岸行政法学术研讨会。首先请允许我代表东南大学四万名师生员工，并以我个人的名义，对各位专家、学者、朋友到这里开会表示热烈的欢迎，并对这次盛会的隆重开幕表示祝贺！

本次研讨会的主要议题是行政契约和政府信息公开。虽然我是行政法方面的门外汉，但作为一名管理者和公民，我确实对这一议题非常感兴趣。这次会议对我来说也是一个很好的学习机会。行政契约是一种与市场经济、民主政治相适应的行政管理新方式，有着丰富的内涵和卓越的功能。目前，祖国大陆正在加快建设社会主义市场经济的新体制。众所周知，市场经济需要一个法治、高效、民主、廉洁且具有引导功能的政府。行政契约作为一种行政手段，具有动员、执行、救济、监督等多种功能，有利于行政目标的实现和政府资源的聚合；作为一种法律现象包括着依法行政、合理行政及公民与政府利益间平衡的原则；作为一种价值观念包含着平等观念、权利观念、等价有偿观念、公平竞争观念以及协作观念等，有利于培养公民的主体意识，提高社会的秩序化水平。但是，我们对行政契约理论的认识还是比较肤浅的，人们对行政契约的意识还不强，在实践中还有很多不规范的地方。因此，加强行政契约的理论研究，不断完善行政合同的体系，推进行政合同相关领域的规范适用，是我们当前的重要任务。政

府信息公开是民主政治的要求,是完善市场经济制度的要求,是WTO规则的要求。推行政府信息公开,可以保障公民的知情权,实现信息资源共享,促进政府机关依法行政,遏制腐败。然而,我们在这方面的理论研究还不够深入,实践也相对滞后,需要在座各位的共同努力与推动。

东南大学作为祖国大陆的高校十强之一,其前身是国立中央大学。著名法学家梅仲协先生曾在本校任教。我校历来重视与台湾的高等院校及学术界开展交流与合作。本次海峡两岸行政法学术研讨会是新世纪两岸行政法学界的第一次盛会。能够有机会承办这次会议,我们要感谢中国法学会行政法学会研究会、国家行政学院行政法研究中心的领导及各位学者、专家的信任和支持,给了我们一次难得的学习机会。恳请各位学者、专家对我们的工作不吝赐教,提出宝贵的意见和建议,在此我表示衷心的感谢。最后,祝此次研讨会圆满成功。

祝各位嘉宾在南京愉快!谢谢大家!

应松年教授致词

应松年(国家行政学院法学部教授兼主任)

来自海峡两岸的同仁、朋友们、东南大学的诸位领导:

我以十分高兴的心情宣告 2001 年海峡行政法学术研讨会开幕。我们已经成功地举行了四次研讨会,在祖国大陆已经举行过两次,一次在北京,一次在西京——长安,这一次是在南京。每次研讨会都会结识一些新朋友,老朋友们又再次欢乐聚会,友情越来越深。而每一个新的话题、每一次新的探索也都为海峡两岸行政法学术研究的深入和繁荣带来新的契机。请允许我代表中国法学会行政法研究会对来自台湾的学者和朋友们表示最热烈的欢迎!在没来南京以前,中国法学会行政法研究会会长罗豪才教授特地委托我向大会致意,祝贺 2001 年海峡两岸行政法学术研讨会的举行,并向与会代表致以最良好的祝愿,预祝会议取得圆满成功。我还要特别提到的是,参加本次会议的有台湾的四位“大法官”,有台湾“行政法院”的院长和多位行政法官,同时祖国大陆方面也有最高法院的两位大法官和北京市各级法院、广州市法院和江苏省法院的各位行政法官。可以说,学术界与司法界的紧密结合是本次会议的一个重要特色。

本次会议的议题是信息公开与行政契约,这是我们海峡两岸行政法学者们十分关心的两个议题。信息公开是现代民主社会必备的品质之一,是公民知情权的体现。公开是民主的前提,是健全的市场经济不可或缺的条件。公开也是最好的防腐剂。毫无疑问,公开原则只有具体化为各项法定制度才具有现实的意义。海峡两岸都入世在即,而加入世贸组织的第一个条件就是政府行为公开。因此我们相信与会者对这个议题一定会有极大的兴趣。行政契约以及相关的政府采购同样是海峡两岸行政法学者十分关心的研究课题。我不太了解台湾学者曾经对行政契约有过什么样的争议,祖国大陆方面反

对行政契约者可能比研究者还要多。但是,行政契约的客观存在不会因为有人否认而就此消失,问题是我们研究行政契约的学者不仅数量少,而且不深入。希望通过这次学术交流以及我们以后还将继续安排的交流活动,能促使研究者人数增加,促使研究的深入开掘,为将来法律上做出妥善规定打好理论基础。与此相关的政府采购,台湾已经立法,个中自有甘苦。祖国大陆正在草拟法案,也有许多感想。我想可能大陆学者更希望多听到台湾在立法和实践中的经验和述评,以便从中获得可贵的借鉴。总之,信息公开与行政契约都是大陆正在加紧研究的行政程序法中的两个重要部分。因此,我们十分重视这次会议,希望会议取得圆满成功。最后,我还要代表中国法学会行政法学会研究会和这次参加研讨会的所有学者,向承办本次会议、对会议成功举行做出十分出色安排的东南大学的领导、法律系的领导和同仁们表示最诚挚的谢意。谢谢大家!

翁岳生教授书面贺词

翁岳生(台湾行政法学会理事长、“司法院”院长、大法官)

应松年教授、胡主任

东南大学法学院樊院长、叶主任

中国法学会行政法学会研究会

两岸的行政法学者

各位女士、先生：

大家好！

第五届两岸行政法学术研讨会今天在南京东南大学法学院召开,这是从1997年以来,海峡两岸行政法学界每年一度的盛事,本人因台北工作繁忙,无法前来与各位专家学者切磋请益,谨以简函一则问候各位行政法学界熟识之挚友,表达个人对各位情谊的思念。

今年召开会议的议题是行政契约与资讯公开。如大家所知,行政契约是将政府与人民双方意思表示架构成相同的价值,而有别于一方命令他方服从的单方公法行为,具有行政民主化的精神。资讯公开乃基于人民知的权利与行政的透明化,要求行政机关的资讯以公开于众为原则。这些精神正是我近年来在台北推动司法改革中,所追求“司法为民”的目标。特别是在行使公权力的行政法领域,允宜深刻思考如何将传统以单方命令他方服从不对等的行政命令、行政处分、行政执行等,用双方参与、共同表意、相互尊重的行政契约来取代。将公权力之行使转化为人民与政府互相尊重的方式执行,如此不仅落实人性尊严的社会价值,并且符合平等、尊重与人性的世界人权趋势。回顾过去历届议题:“行政程序”、“行政处分”、“行政执行”、“行政救济”等,多偏重于单方统治权之行使,与今日即将召开的议题“行政契约”、“资讯公开”以趋向民主化、多元化与人性化显有不同。可见得两岸行政法研讨会的学者专家们不是仅仅钻研传统法理

教条,更是进一步体察社会环境之变化,从而清楚掌握追求法律是为人民服务的终极目标。

去年应松年教授来台北出席第四届两岸行政法研讨会,代表中国法学会行政法学会研究会致赠台湾行政法学会的纪念品——“熊猫刺绣”,就放置于我办公桌旁侧。伴随公牍,不时想到各位老朋友。熊猫以竹林为家,剑竹更是其生命泉源。本次则从台北带来水晶玻璃所制成的剑竹。一方面代表两岸行政法学会,大家共同研讨,永续发展。他方面竹之有节,祝各位学术研究节节高升,也因为法条亦有章节,章节多而健全,代表有完善的法治建设,人民因此得以生活在公理、秩序与幸福之社会中。

最后除了感谢应松年教授多年促成两岸行政法交流所做的努力贡献外,这次能顺利在东南大学召开,也要特别感谢叶树理教授的鼎力支持与费心安排。最后敬祝本届研讨会顺利成功,明年,台北见!

台湾行政法学会理事长:翁岳生

2001年8月31日于台北

法治斌教授致词

法治斌(政治大学教授、台湾行政法学会秘书长)

我们这次从台湾来的行政法学术代表团团员一共是 27 位,比前两届人数增加很多,这表示参与这一活动的人越来越踊跃。本次会议与上两次最大的不同之处在于本次 27 位台湾代表中有十五位都是来自实务界的法官。其中有 4 位“大法官”,有 10 位台北“高等行政法院”及“最高行政法院”的法官,1 位“地方法院”的法官。另外有 7 位学者,2 位律师,1 位会计师,1 位“行政院”公共委员会的参事,1 位学生。可以说我们这次以实务界的人士作为主流,这是和以往两次以学者为主的差别。在本次团员的组成上和过去相比不仅人数增加,而且组成更多元化,这代表两岸行政法的交流越来越普遍。这是我个人的一点报告。非常感谢东南大学和中国法学会行政法研究会在这次活动中所提供的非常多的协助,令我们感到非常的温馨。非常谢谢大家,谢谢!

第一、二场报告研讨会

2001年9月8日 南京国际会议中心

主持人：王和雄（东吴大学教授、台湾“司法院”大法官）

江必新（最高人民法院行政庭庭长）

第一部分 报告

第一报告 行政契约中行政机关特权的一般分析/傅士成（南开大学副教授、法律系主任）

第二报告 “政府采购法”厂商申诉制度之探讨/林鸿铭（台湾行政法学会会员、“行政院”公共工程委员会参事）

第二部分 评论

第一评论人 叶百修（辅仁大学兼任教授、台北“高等行政法院”院长）

第二评论人 章剑生（浙江大学教授）

第三部分 问题与讨论

第一部分 报 告

行政契约中行政机关特权的一般分析

报告人 傅士成

在祖国大陆的行政法学著作中,行政机关在行政契约中享有特权或主导性权利,是作为行政契约的重要特点和行政契约区别于民事契约的重要标志来看待的^[1]。但正是由于行政机关在行政契约中享有特权或主导性权利,常常使一些人怀疑、甚至否定行政契约本身的契约性。本文仅就行政机关在行政契约中的特权或主导性权利进行分析,以就教于海峡两岸的前辈和同行。

一、行政机关在行政契约中特权的存在形式

综合祖国大陆几种重要的行政法学著作有关行政契约的论述^[2],可以发现,行政机关在行政契约中的特权或主导性权利,一般被归纳为以下几个方面:

1. 选择行政契约相对人的权利,即行政机关在订立行政契约时,有根据实际情况和行政目的的需要,选择行政契约另一方当事人的权利。

2. 对行政契约履行的指导与监督权,即行政机关推动、检查、督促相对人切实履行其所承担的契约义务,保障行政契约的执行向着行政机关所预期方向发展的权利。

3. 对不履行行政契约义务的相对人的直接强制执行权,即不论双方是否在行政契约中约定,行政机关对不履行契约义务的相对人有直接依职权实施强制执行的权力,而无需事先请求法院判决。

4. 作为制裁手段直接解除行政契约的权利,即行政机关在相对人不履行契约义务,且时间紧迫的情况下,为避免公共利益发生不可

挽回的重大损害,而径行解除行政契约的权利

5. 对严重违约构成违法的相对人实施行政制裁的权利,即行政机关为保障契约义务的履行,对严重违约的相对人采取行政上制裁手段的权利。这种行政上的制裁并不受行政契约是否约定的限制。

6. 在情势变更情况下单方变更或解除行政契约的权利,与前述作为制裁手段直接解除行政契约的权利不同,这里的单方变更或解除行政契约的权利,是在情势变更的情况下,基于公共利益的需要,行政机关单方面对行政契约内容进行调整与修改,或终止、取消行政契约的权利。

7. 对行政契约的解释权,即在行政契约履行的过程中,发生双方对原订契约条款理解分歧或条款规定不明确的问题时,行政机关拥有对行政契约条款进行解释的权利。

对行政机关上述特权或主导性权利的归纳,有的是借鉴国外行政契约理论而来,有的则是在总结我国行政契约实践做法的基础上,结合某些现行法(如土地管理法)的规定,从理论上概括而成。但无论是怎么形成的,它都反映了祖国大陆学界对行政机关在行政契约中特权或主导性权利状况的基本认识,也反映了这些作者对行政契约的肯定态度。

但细加分析,便不难发现,所谓的“行政机关在行政契约中的特权或主导性权利”,其实并不全部存在于行政契约之内。质言之,行政机关“在行政契约中的特权或主导性权利”,有的存在于行政契约之内,即属于行政契约约定的权利;而有的则存在于行政契约之外,即属于非约定权利。约定权利和非约定权利实际上是行政机关在行政契约中的特权或主导性权利的两种存在形式。两种存在形式相比较,并考察我国行政契约的实践,至少可以得到这样的印象:非约定权利在行政机关特权或主导性权利中不在少数,或者说行政机关的特权或主导性权利主要是非约定权利。这就产生一个问题,行政契约在相当程度上源于约定,如果行政机关的特权或主导性权利主要的不是来自约定,那么,行政契约与一般行政行为还有什么区别?相对人还敢签订行政契约吗?

此外,前述行政机关在行政契约中的特权或主导性权利,更多的是基于行政机关对公共利益的权衡与判断而行使的,行政机关在行使这些特权或主导性权利的时候,并不考虑相对人是否同意和接受。从这个意义上说,行政机关在行政契约中的特权或主导性权利,更像权力而不是权利。这使上述疑问进一步加大。

二 非约定权利(力)与行政契约的契约性

在西方一些国家,行政契约是伴随民主思潮的激荡,福利国家、给付行政等新型国家目的观的出现及行政职能的扩大、行政管理手段的多样化而产生的富有弹性的行政手段。在祖国大陆,行政契约则是责任制思想的出现及其向行政管理领域的渗透,以及体制转轨、社会转型而引发的行政职能和行政管理手段变化的结果^[3]。总而言之,行政契约是对传统的以强制命令为特征的高权行政局限性的突破和反叛。而行政契约非约定性权利(力)的存在,则是行政机关确保行政契约的订立和履行符合行政目的的潜在影响形式。

行政契约的存在,是以行政管理有可约定事项的存在为前提的,并且,使用行政契约方式比使用传统的行政行为方式,更有利于达到行政目的。因此,至少从理论上说,约定权利的存在,是行政契约必不可少的内容。缺少了约定权利,行政契约也就不成其为行政契约了。

行政机关在行政契约中的非约定权利(力),是与约定权利相伴而生、由法律明确规定的权利(力)。没有约定权利,非约定权利无从存在和行使。没有约定权利,法律对非约定权利(力)的规定也只能停留在纸面上。

行政机关在行政契约中的非约定权利(力)有以下几个特点:

1. 法律规定性,即行政机关的非约定权利(力)都是由法律规定的。法律规定是行政机关非约定权利(力)存在和行使的依据。

2. 与行政契约的相伴性,尽管行政机关的非约定权利(力)是由法律规定的,但如果没有行政契约的订立,行政机关的非约定权利(力)是无法存在和行使的。只有有行政契约的存在,行政机关在行政契约中的非约定权利(力)才能实际存在和行使。

3. 服从公共利益性,即行政机关非约定权利的行使必须服从和

服务于公共利益。公共利益的需要是行政机关行使行政契约非约定权利(力)的事实条件。

4. 单方面性,即行政机关可以不考虑特定相对人是否同意和接受,凭自己对公共利益需要的判断,径行行使行政契约非约定权利(力)。行政契约制度中的“经济平衡原则”是对相对人权利进行事后保障的原则^[4],对非约定权利的单方面性特点不发生影响。

通过对行政机关在行政契约中的非约定权利(力)及其特点的分析,可以看出,行政机关在行政契约中的非约定权利(力),实际上是法律为达成行政目的而赋予行政机关的一种特权。这种特权并不受行政契约是否约定的限制,并且在本质上具有变更、甚至否定行政契约的效力。

行政机关在行政契约中非约定权利的存在,对于确保行政契约及其履行的合乎目的性、合乎公共利益,是完全必要的。但是,非约定权利(力)的大量存在,却使行政契约越来越脱离本来意义上的契约。本来意义上的契约,一般是“指二人以上,以发生变更或消灭某项法律关系为目的而达成之协议”^[5]。

因此,非约定权利(力)的大小和强弱程度,对行政契约的契约性产生实质性影响。祖国大陆在公共利益与个人利益的比较与权衡上,无论在感情上,还是在做法上,存在偏重公共利益而忽视、甚至漠视个人利益的倾向。而行政契约作为克服高权行政局限性的一种手段和方式,需要有相应的措施保持行政契约对相对人的吸引力,保护相对人参与行政契约的积极性和主动性。对相对人有没有吸引力,能不能调动相对人的积极性和主动性,是行政契约和行政契约制度的生命力所在。因此,笔者主张,法律在设定行政机关非约定权利(力)的时候,应以能够确保行政契约履行的符合目的性、符合公共利益需要为限。否则行政契约在增强行政机关与行政相对人之间亲和力的作用将大打折扣。

三、克服非约定权利(力)弊端的几点思考

由上述分析可以看出,行政机关在行政契约中的非约定权利(力),对行政契约的影响是巨大的。考虑到非约定权利(力)的行使,

又以“合目的性”、“公共利益需要”等不确定性概念为条件,更增加了行政机关行使非约定权利(力)的不确定性和裁量性。行政机关非约定权利(力)的行使,同行政契约的稳定性和行政目的的真正实现存在一定的矛盾和冲突。在行政机关行使非约定权利(力)不受限制时,这种矛盾和冲突表现得更为突出,甚至有可能造成行政契约的彻底扭曲。因此,应用行政法基本原理,充分考虑应用行政契约的实际,在肯定行政机关使用行政契约时应该享有非约定权利(力)的同时,对非约定权利(力)进行有效的规范和控制,是十分必要的。

首先,针对我国目前行政契约立法尚不完善的实际,应该确立行政机关行政契约非约定权力的行使,必须遵循理性、有度并与行政契约目的相适应的观念。切忌以公共利益为名,无限扩充行政契约非约定权利(力)的范围。

其次,应尽快完善有关行政契约的立法,以法律确认和规范行政机关行政契约非约定权利(力)。同时,为行政机关判断“行政目的”、“公共利益”提供一些可操作性的标准。

第三,吸收和借鉴国外的理论和做法,设计和建立保护相对人合法权益,平衡行政机关非约定权利(力)的措施和制度。其中,有关行政契约的赔偿、补偿和诉讼等事后监督和救济制度设计和建立是十分迫切的。

第四,加强有关行政契约的理论研究,特别是加强行政契约约定权利和非约定权利各自的属性、特点、比例、及各自对行政契约影响的研究,为我国行政契约制度建设和使用行政契约的实践提供有说服力的理论说明和理论指导。