



中国行政合同的 理论与实践探索



主 编◎杨解君

副主编◎蔺耀昌 赖超超



ZHONGGUO XINGZHENG HETONG
DE
LILUN YU SHIJIAN TANSUO



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国行政合同的理论与实践探索 / 杨解君主编. —北京:
法律出版社, 2009. 8

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9775 - 3

I. 中… II. 杨… III. 合同法—研究—中国 IV. D923.64

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 129421 号

中国行政合同的理论与实践探索

杨解君 主编

责任编辑 潘洪兴

装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

开本 787×960 1/16

版本 2009 年 8 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京中科印刷有限公司

印张 17 字数 305 千

印次 2009 年 8 月第 1 次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张宇东

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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 - 5036 - 9775 - 3

定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

伴随着现代服务行政的发展和行政民主化的增进,行政领域中的非权力性手段得到了越来越多的关注、肯定和提倡,在这些非权力性手段中行政合同方式可谓其中翘楚,最为常用。合同化行政,已然成为新时代公共行政的一大特色。例如,英国的新公共管理运动和美国的政府再造运动,其主旨即在于增进行政的民主化与合作化,提升政府为民之功能,积极探索协商、谈判、和解与合同等多种手段在行政和行政法中的应用,以期让行政决定能够更加容易为人民所接受和执行。法国为了弥补单方行政决定的局限,不仅设有专门的行政契约制度,而且越来越多地使用协商、谈判和合同等手段,从单方性的行政到合同化的行政已构成当代法国行政演变的特色之一。在德国,《行政程序法》和《行政法院法》亦有关于行政契约之规定,且授予行政法院法官们在当事人之间寻求协议的权力,行政机关与公民间的非正式协商活动,亦属平常。我国台湾地区自“行政程序法”确立行政契约制度和“行政诉讼法”确立诉讼上的和解制度以来,行政契约的应用愈加普遍,理论与实务探索的成果亦愈加显著。在传统文化和现代境遇、境外经验和中国国情、私法借鉴和行政需求等多维因素的影响下,我国行政主体也认识到行政合同在实现行政职能方面的巨大潜能,开始尝试着放下身段,与行政相对人立于平等地位展开沟通、协商,以此了解社情民意,并作出合乎民心民意的积极回应。因此,在公共行政领域通过合同方式来形成(设立、变更或消灭)特定行政法律关系,实非稀罕之事。

于今,行政合同已不再是一个不合逻辑的法律概念,而是一个在行政法中正在兴起并将盛行的有用工具。近年来,行政合同在我国公共行政领域得到了日益广泛的运用,应用领域不断拓展,应用方式不断创新,行政合同不仅更新和丰富了公共行政的方式,而且提高了行政效率、降低了行政成本,增进了政府与人民之间的和谐。对此等状况,不少学者给予了积极的回应(如张树义教授和余凌云教授曾有专书对此加以探讨),实践过程中日益增加的行政合同纠纷,更进一步刺激了

法学理论界和实务部门对行政合同法制化问题的关注和研究,时至今日,行政合同已成为行政法学的热点之一。面对契约化的行政,我们不仅要关注契约理念可否引入以及如何引入公共行政领域这些比较宏观的论题,而且也要探讨行政契约的制度化建设及具体应用等问题。依笔者看来,较为系统而深入地开展行政合同规范化和法制化研究,探讨构建适合中国行政合同实践的行政合同法体系(包括实体法和程序法),应是中国行政法法学研究的紧迫任务之一。

基于此等认知,自2001年以来,本人对行政法的契约理念和行政契约及其应用等问题亦多有关注。2002年4月,本人完成了《论行政法的契约理念》(现经过修改和补充,定名为《中国大陆行政法的革命——契约理念的确立及其展开》,该书繁体版近期将由我国台湾地区元照出版有限公司出版,简体版在内地将由北京大学出版社出版);2003年9月,本人亦赴法国国家行政学院专修“法国行政合同”(该专题研修班上的若干讲座内容及相关行政合同素材,已整理为《法国行政合同》,由复旦大学出版社2009年1月出版);在随后的几年里,本人指导博士研究生和硕士研究生分别就行政合同的识别、类型、缔结、履行、效力、责任、诉讼等若干问题探讨,并接受相关部门的委托对行政合同的诉讼和行政合同的应用进行了调研。本书就是我将近年来自己撰写(或主持)的论文(研究项目成果)以及硕士研究生们所完成的学位论文精心整理后的集册,定名为《中国行政合同的理论与实践探索》,以期抛砖引玉,为中国行政合同的法制化建设贡献一份绵薄之力。

全书共分为八章,第一章是行政合同的基本理论,主要探讨行政合同的概念、分类及内容;第二章探讨了行政机关之间签订各类协议及其法律属性和法律意义;第三章从动态的实践过程探讨了行政合同的缔结程序,凸显行政合同之于私法合同的特殊之处;第四章探讨了行政合同的不同效力形态及生效与无效等;第五章探讨了从行政合同缔结到行政合同终结这一整个过程中可能发生的行政合同责任,包括行政合同违法责任和行政违约责任及责任竞合问题;第六章基于中国当下的行政纠纷解决机制,探讨了行政合同纠纷的司法解决机制问题;第七章专门探讨了行政合同诉讼中的证据问题,提出了将行政合同纠纷纳入行政诉讼范围后可能引发的证据规则改革问题及对策建议。上述这七章的内容构成了行政合同的理论探讨部分。第八章和附录则是对中国行政合同实践的探索,第八章以江苏省客运线路合同化为例,探讨了行政合同方式应用于公共行政实践中可能引发的问题及其对策建议;附录从中国行政合同法制建设的角度出发,在借鉴和运用已有理论研究成果的基础上,草拟了人民法院审理行政合同案件的实体法及程序法规则并附有理由说明。

本著作为多人共同合作之成果,撰稿人主要有杨解君、梅正荣、耿宝建、蔺耀昌、赖超超、涂四溢、张明军、才凤敏、张芳、万丹、张敏、崔晓峰、顾大松、王瑾等,每

位作者撰写的部分在各相关章节中通过注释予以说明。基于体例安排的需要,对各位作者撰写的内容有所调整和删减,但这一编辑整理过程并不强求全书内容在主要观点上的完全一致,基本保留作者原观点,望读者在阅读时予以注意和辨别。全书的整理工作主要由蔺耀昌和赖超超协助完成。值此著作付梓出版之际,特向各位作者及为本书出版付出辛勤劳动的所有人表示诚挚的谢意!

杨解君

2009年1月18日

于台北

目 录

第一章 行政合同一般理论探讨	1
第一节 关于行政合同的界定	1
第二节 关于行政合同的分类	7
第三节 行政法上单务合同与双务合同的探讨	11
第四节 关于行政合同的内容	22
第二章 行政机关之间的行政协议探讨	25
第一节 关于行政组织的不同观念与行政机关之间的协议	27
第二节 行政机关之间的协议的性质与分类	31
第三节 关于我国行政机关之间的协议	48
第三章 行政合同的缔结探讨	57
第一节 行政合同缔结程序的原则与缔结方式	57
第二节 行政合同的缔结程序	65
第四章 行政合同的效力	73
第一节 行政合同的效力概述	73
第二节 行政合同的生效	76
第三节 行政合同的无效	84
第五章 行政合同责任探讨	133
第一节 行政合同责任概述	134
第二节 行政合同缔结阶段的法律责任	146
第三节 行政合同履行过程中的责任	154

第六章 行政合同纠纷的解决机制探讨	
——以司法路径为分析对象	163
第一节 解决行政合同争议的司法路径	163
第二节 行政合同诉讼制度的建构	170
第七章 行政合同诉讼中的证据问题探讨	181
第一节 行政合同诉讼中的证明对象及举证	181
第二节 行政合同诉讼中的证明责任及其分配	188
第三节 行政合同诉讼的证明标准	205
第八章 行政合同在行政活动中的应用探讨	
——以江苏省客运线路经营权的合同化研究为例	211
第一节 现实背景:江苏省客运线路经营权审批制度改革的成绩及暴露的问题	213
第二节 江苏省客运班线经营权使用合同的属性分析	217
第三节 《江苏省客运班线经营权使用合同》的允许性	219
第四节 客运线路经营权行政合同的救济问题	227
第五节 配套制度及客运班线经营权使用合同的修正	230
附录:江苏省道路运输市场管理条例	235
附 录 人民法院审理行政合同的法律规则——具体条款及理由说明 (试拟稿)	242

第一章 行政合同一般理论探讨*

行政合同或者公法契约(也有人称之为政府合同)的出现和快速发展,从某种角度来说,是公法与私法走向融合的产物,是现代行政民主化程度提升的象征,是服务行政理念在行政方式上的创新。这种新的行政方式,以合同之长弥补权力行政之短,并适应现代行政之需,丰富了行政的手段,以契约精神指引行政活动,从而在行政实践中提高了行政效能和公民的接受度并有利于行政决定的执行。目前,行政合同的研究和应用在世界各国早已屡见不鲜,各国对行政合同的理论诠释和实践应用因为历史条件、行政环境、立法技术等因素的差异,虽有所差异,但他们的理念相系、一脉相连,并相互吸取着经验和教训,共同发展。不少国家的行政合同制度,如法国、德国等大陆法系国家甚至英美等普通法系国家的行政合同(或政府合同)制度,都已经相当完善或者正在盛行。在我国,近年来行政合同的重要性和必要性在行政法学界已经得到了较为普遍的肯认,学者们对行政合同的理论研究也越来越深入,积累了大量的研究成果;在实践中,行政合同也已成为现代行政活动中的一种重要手段,并受到越来越多的关注。但是,需要承认的是,相较于境外的行政合同制度,我国行政合同制度仍处于起步阶段。但是,虽青涩却前景无限。因此,当前对于行政合同进行更为深入的研究就显得尤为重要。

第一节 关于行政合同的界定

契约,本属私法范畴,意指平等主体之间的一种合意。“契约自由”乃私法之最根本原则。《法国民法典》第1101条规定:“契约为一种合意,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。”所谓合意,一般是指双方当事人处于平等地位,自由协商而达成的意见一致。传统法学理论认为,

* 本章内容如无特别说明,均为杨解君、赖超超共同完成。

在公法中,法律主体之间的关系更多地是一种支配关系。作为公法之重要组成部分的行政法,尤其强调依法行政,带有强烈的命令与服从色彩,故多认为与契约存有不可调和的天然矛盾,以至于行政合同被视为一个自相矛盾的概念。然而,随着国家和行政理念的嬗变,视公民为行政之客体^①、国家与公民间为命令与服从、统治与被统治关系的传统行政法,正在或已经被体现现代民主宪政与法治国家精神、视公民为行政之积极有效的参与者与合作者、行政为公共服务之提供者、行政主体与公民间是服务与合作关系的现代行政法所取代。于是,行政合同就不再是一个不合逻辑、自相矛盾的法律概念,^②而是契约精神与现代行政理念的契合,是契约精神在行政领域的导入以及现代行政理念在契约形式下对传统行政的改造。作为适应和体现现代行政民主化精神的行政活动方式之一,行政合同已在各国的行政实践中得到了较为广泛的应用。^③基于行政法治原则,规范行政合同实践,确保行政目标之有效达成,防止公民合法权益遭受专断行政之侵害,许多大陆法系国家已经根据本国实际,创立了较为成熟的行政合同制度。

一、行政合同的概念

行政主体以合同方式实现行政目标,是一些国家行政实践中较为普遍的现象。不过,两大法系为规范行政法上的合同实践所构建的法制体系,却存在较大的差异。英美法系国家以基于私法合同之上的政府合同统辖之,而大陆法系国家以独立于私法合同的行政合同统辖之。

在祖国大陆,行政法学学者均肯认行政合同的客观存在,并在研究中广泛借鉴了国际上的经验,对行政合同的含义,也基本达成了共识。虽然不同的学者对行政合同定义的表述各异,但并无本质分歧。例如,“行政合同,是指行政主体以实现行政管理为目的,与行政相对方就有关事项协商一致而达成的协议。它具有

① “公民不是行政的客体,而是位于行政法制度中心的主体。”[德]汉斯·J. 沃尔夫等:《行政法》(第一卷),高家伟译,商务印书馆2002年版,第18页。

② 德国行政法学之父奥托·梅耶坚决反对国家和公民间成立行政契约。他认为在公法领域,国家与公民间成立契约是不可能的。因为契约以法律主体对等为前提,而公法却因国家的优越地位得以确立。参见[德]毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第360页;于安编著:《德国行政法》,清华大学出版社1999年版,第133页。“公法合同长期以来曾被视为一个自相矛盾的概念:因为公法上活动的本质过去认为具有统治性,合同则意味着平等,这无疑指出在法律确定的行政活动上,合同无用武之地。不论是行政机关还是公民,在事实上都无权通过合同变更或修正由立法者颁布的强制性命令,正所谓公法或公权力,不因个人间的协议而更改。”[德]平特纳:《德国普通行政法》,朱林译,中国政法大学出版社1999年版,第147页。

③ 各国行政合同实践的概况,参见杨解君:“论契约在行政法中的引入”,载《中国法学》2002年第2期。

行政性、合意性和法定性。”^①再如,“行政合同,是指行政主体为实现行政目的,而与另一方当事人就行政法上的权利和义务互为意思表示并达成合意的法律行为”^②;“行政合同,是指行政主体和行政相对人以协商一致的方式,设立、变更或消灭行政法上的权利义务关系的合同”。^③在借鉴现有理论以及考察实践领域的前提下,我们对行政合同界定如下:行政合同是指行政主体为了实现行政目的(或者为了公共利益目的),而与另一方当事人就行政上的权利义务互为意思表示并达成合意的法律行为。^④具体而言:

其一,行政主体可以合同方式行政,除非法律或法规有相反的禁止性规定。换言之,行政合同已不再是一个不合逻辑的概念,现代行政方式已不再限于单方具体行政行为一元。合同已经成为现代法律所允许的、适应行政民主化时代要求的行政方式。行政合同之订立,不受法律保留原则的严格拘束,即行政主体订立合同不需要法律的明确授权,完全由行政主体依实现法定行政目标的需要裁量。但是,行政合同之订立,仍受法律优位原则的拘束,如果法规有明确的禁止性规定,行政主体就不得订立行政合同。对此,德国1997年《行政程序法》第54条规定,公法范畴的法律关系可以通过契约设立、变更或撤销,但以法规无相反规定为限。行政机关尤其可以与拟作出行政行为的行政相对人,以签订公法契约代替行政行为的作出。我国台湾地区“行政程序法”第135条也规定,公法上法律关系得以契约设定、变更或消灭之。但依其性质或法规规定不得缔约者,不在此限。

其二,行政合同是一个两方主体的双方法律行为。行政合同必须要有两个以上的法律主体,而不是只需要一方主体即可为的单方行为。而且,行政合同的当事人一方须为行政主体。换言之,没有行政主体作为当事人的合同就不是行政合同。这一点在我国学者关于行政合同的概念和特征的论述中得到了特别强调。当然,依据通说,由于行政主体也可以订立私法合同,所以有行政主体作为当事人一方的合同并不必然是行政合同。因此,可以说,在一般情况下,行政主体作为合同当事人一方只是某一合同是行政合同的必要条件,而非充分条件。

其三,行政主体订立行政合同的目的,在于实现其行政职能或法定的行政目标。行政主体订立合同的目的在于实现法定的行政目标,是行政合同的实质要件。换言之,依据目前学者对行政合同的解释,如果行政主体订立合同的目的并不是为了实现法定的行政目标,那么该合同就不可能被定性为行政合同。如果借

① 姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社1999年版,第251页。

② 杨解君:《行政法学》,中国方正出版社2002年版,第346页。

③ 叶必丰:《行政法学》,武汉大学出版社2003年版,第291页。

④ 在这里,我们所言的行政合同仅指正式行政合同,而不包括谈判、磋商、协商、协调等非正式的行政合同。

鉴法国识别行政合同的标准之理论,行政合同的这一要件完全可以表述为:行政主体为直接执行公务而订立的合同是行政合同。直接执行公务通常表现为两种形态:一是合同另一方当事人的主要合同义务是执行公务。例如,法国将国立学校教师聘任合同和国有森林管理机关委托私人培育森林而签订的合同定性为行政合同,其原因在于法国将公共教育和国有森林的培育视为行政公务。^①这类合同主要表现为公务人员招聘合同,包括中学学监的雇佣合同、高等教育研究人员的雇佣合同、临时公务人员的雇佣合同、专业技术人员的雇佣合同等各种形式。^②二是合同本身即为执行公务之方式。例如,巴黎市为疏散过于集中的企业,市政府与愿意接受疏散的企业签订的给予一定援助的合同,即被认为是行政合同。^③这类合同以公共(采购)合同、公共服务委托管理合同为主要表现形式。^④

其四,行政合同的法律效果,是设立、变更或消灭行政法律关系。一般而言,行政主体可以依据不同情形订立行政合同或者私法合同。两类合同在法律效果上的区别在于:私法合同的法律效果是设立、变更或消灭私法上的权利义务关系,而行政合同的法律效果是设立、变更或消灭行政法律关系。在这方面,德国和我国台湾地区的“行政程序法”都从立法上有明确的规定。

二、行政合同与相关概念的区别

(一)行政合同与民事合同

行政合同与民事合同的共同之处,在于二者的合意性,即合同的成立以双方当事人意思表示一致为前提。但行政合同毕竟是居于优势地位的行政主体与另一方当事人之间签订的合同,它有着与民事合同不同的特点,在合同实践中为了保护处于不利地位的行政相对人的利益,以及防止公共利益受到侵害,有必要对二者作出界分。

为了执行行政公务,行政主体依照法律的明确规定通过合同方式来完成行政事务的,自然可归属于行政合同,其认定不会发生困难。例如,《行政处罚法》中规定的委托、《税法》中规定的担保合同,这类合同就明显属于行政合同。但是,如果尚无行政法的明确规定或者合同的内容不是行政事务的,如国有土地或其他资源的出让,在是否归属于行政合同的问题上就会发生争议。在行政合同与民事合同的界分上,可借鉴德国通说及判例见解,以“合同标的”(或合同内容)为区分

① 王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社1989年版,第185页。

② 杨解君编:《法国行政合同》,复旦大学出版社2009年版,第68~69页。

③ 王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社1989年版,第185页。

④ 杨解君编:《法国行政合同》,复旦大学出版社2009年版,第42~64页。

标准。所谓“合同标的”，一般认为是指合同所设定的法律效果或当事人用以与该合同相结合的法律效果。以行政法的法律效果为标的的合同为行政合同；反之，以私法法律效果为标的的合同为私法合同。^① 例如，我国台湾地区“行政程序法”第135条规定的“公法上法律关系得以契约设定、变更或消灭之”，即体现了这一标准。参照这一界分标准，如果合同的内容或目的在于确定双方行政上的权利义务的，则为行政合同；相反，如果旨在确定民事法律上的权利义务的合同，则为民事合同。

另外，在行政合同中起主导作用的一方是行政权的执掌者，因而其意志自由就要受到比对方当事人更多的法律约束，包括权限约束、法律目的和基本原则约束以及其他实体和程序的约束等，即行政合同应与依法行政保持一致。这一点不同于民事合同中的意思自治，行政合同中的自由意志受到了更大程度的限制与约束。

（二）行政合同与行政行为

行政合同与行政行为（主要是具体行政行为），皆为实现行政职能的手段，它们都是针对特定事件所为的具有对外效果的行为。与具体行政行为（或者说单方的具体行政行为）相比，行政合同的特点在于：它是行政机关与行政相对人的双方合意行为，而具体行政行为则由行政机关单方面作出。基于这一基本差异，二者在合法要件、法律效果、违法后果、效力变化以及强制执行的可能性上，也有一定的区别。与事实行为相区别，行政合同是属于具有法律效果的法律行为。行政合同也不同于须同意的行政行为。须同意的行政行为，仍是单方行政行为，它是在行政机关作出行政行为后，只须征得当事人的同意即可发生效力，其特点在于避免强制行政相对人接受其无意愿的行政行为。同意是该类行政行为的合法性及有效性要件，而在行政合同中，当事人的同意则是行政合同成立的要件，如无行政相对人的同意则根本不能成立行政合同。

三、行政合同的作用

行政合同之所以能够迅猛发展，其在行政管理和社会生活中起到的作用是显而易见的。这也是行政合同在行政法中存在的理由。行政合同作为一种程序设施或工具设备，为行政主体和相对一方，甚至受合同影响的第三人，提供了理想的协调各方利益的场所和较广泛的选择可能性，使彼此约定的条款内容能够满足各种不同利害关系人的不同要求，使各自的利益均达到最大化，由此产生的结果方

① 陈敏：《行政法总论》，台湾地区1999年第2版，第520页。

案容易得到相对一方的认可和合作,并能有效地防止法律纷争的发生。^①

黑格尔认为,合同作为过程,解决了一个矛盾,即在达成合同之前,“我是而且始终是排除他人意志的独立的所有人”,“合同关系起着中介作用,使在绝对区分中的所有人达到意志同一。”^②也就是说合同包容了不同主体意志的统一性和差别性。“合同”一词“暗示必须按照所有各方都能接受的原则来划分利益才算恰当”,^③合同论既强调正义原则的公开性也强调政治原则的公开性。公法行为单方意志至上性及其强制性理论,沿袭的则是政治学上的方法论和阶级统治的观点,是一种事实而非法律关系状态的描述。法是一种价值,强制力应当被看作是一种过程性的和相对性的东西。经过法律程序的醇化,公权力将从绝对性权力向相对性权力转化。绝对性的公权力主体在程序约束下将变成具有平等意识的相对性权力主体。所谓的公权力的单方意志性及强制性,是从静态或者本体而言的。若从动态上看,公权力的真正实现必然要融入权力相对人的意思表示,尽管所融入的意思表示与私法合同主体的意思表示在层次和程度上有别。通过程序,权力相对人享有了契约化的“参与权”、“请求权”和“抗辩权”,虽然权力相对人不一定具有对公法法律关系的“形成权”,但能因此对抗公权力。在程序中,强制力因相对人的参与权、请求权和抗辩权而收敛了单方意志性,权力行使者与权力对象之间形成一种动态的依赖性平衡。^④“公法行为单方意志至上性”的结论,从根本上忽略了权利对权力的制约机制和人民主权原则。没有宪政宏观背景熏陶和支撑,公权力单方意志至上性将导致公权力行为的自然合理性及相对人服从律令的天然性,公权力的危险性是不言而喻的。

行政合同融合了契约精神和现代行政理念,具有丰富的价值蕴含,对于我国行政法治实践有着不可估量的积极意义:

1. 有利于扩大行政参与,实现行政民主化,在行政决策的形成以及推行过程中最大限度地融入相对人的意见,从而更好地保障相对人和公众的权益。行政合同的应用和普及对于行政机关更新观念,真正形成权力即责任、行政即服务的观念,树立政府“为人民服务”的形象具有积极意义。

2. 有利于提升行政相对人在行政中的地位,“在极高的程度上根本改变在现代法制国家里国家居高临下的优越地位,改变公民以前仅仅被作为行政客体的法

① 余凌云:《行政契约论》,中国人民大学出版社2000年版,第62页。

② [德]黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆1961年版,第80页。转引自梁慧星:《民法总论》,法律出版社1996年版,第81页。

③ [美]罗尔斯:《正义论》,何怀宏等译,中国社会科学出版社1988年版,第14页。

④ 于立深:“公法行为的契约化”,载 <http://www.gongfa.com/yulsgongfaqiuyuehua.htm>。

律地位。”^①在传统的行政中,行政机关往往将自己置于相对人的对立面,视权力为专属特权,视行政为对相对人的恩赐。而行政合同具有一系列特征的价值观念,如人性尊严、信用与合作、自治与自律、协商与沟通,这些对于传统行政文化向现代行政文化的转换有着积极的促进作用,尤其对于忽视个人尊严、带有强烈“官本位”色彩的我国传统行政文化更是有着痛针时弊的作用。^②

3. 弥补立法的不足,替代不必要的立法规制。行政合同的规范和广泛运用,以及相应的现代行政法价值理念日益为社会所接纳,将极大地促进我国法治文化的培育和法治社会的建构。

4. 有利于推动经济体制改革,促进市场经济体制的完善,防止行政对市场的不正当干预。

5. 与传统的单方行政行为相比,行政合同这种方式具有更大的“温情”色彩,可以减少行政活动的权力强度,有利于赢得行政相对人的支持与配合,提高行政效率,促进“官民”关系的改善。^③

第二节 关于行政合同的分类

各国具体国情以及法律文化传统的不同,行政合同的表现也存在较大的差异。在行政合同的分类上,各国不尽相同。例如,法德两国都有专门的行政合同制度,但两国对行政合同的分类却采取了不同的做法。在法国,行政合同的主要种类有:公共(采购)合同;公共服务委托管理合同;公务人员招聘合同;国家与地方政府间的合作合同等。^④在德国,《行政程序法》及学理对行政合同依据不同的标准作了较严格的合同种类划分。目前,在我国,尽管实践中存在着不同的行政合同形式,但尚无有关行政合同的类型划分,因而,我们可以借鉴德国关于行政合同的分类,将不同的行政合同形式作出类型划分。

一、行政合同的分类

根据不同的标准,行政合同可作出一些基本类型的划分:依当事人之间的关系,可分为“对等关系合同”(简称为对等合同)与“从属关系合同”(简称为从属合同);依合同标的,可区分为“义务合同”与“处分合同”;另外还有“和解合同”与

① 摘录于德国联邦行政法院的一个著名判决。转引自于安:《德国行政法》,清华大学出版社1999年版,第135页。

② 徐东:“行政合同若干理论问题研究”,载《政府法制研究》2002年第11期。

③ 杨解君:《行政法学》,中国方正出版社2002年版,第347页。

④ 杨解君编:《法国行政合同》,复旦大学出版社2008年版,第42~96页。

“双务合同”等特别合同。^①在我国,行政合同根据其适用的关系范围,还可划分为内部合同与外部合同两种类型。

(一)对等合同与从属合同

对等关系合同,简称“对等合同”,是指地位相同的当事人之间,尤其是具有权利能力的行政主体相互之间缔结的行政合同。在地位对等的当事人(行政主体)相互之间,无法通过单方行使行政权力的手段来规制彼此的法律关系,而把行政合同作为不可或缺的法律行为方式。因此,在有权利能力且地位对等的行政主体之间,可以缔结对等关系的行政合同。这一类合同,有两地的边界变更协议、共同设置或维护公共设施的协议、行政委托协议(包括行政主体相互之间的委托和行政主体与行政相对人之间的委托),等等。

从属关系合同,简称“从属合同”(或称隶属合同)^②,是指具有命令与服从关系的当事人之间即行政主体与公民或者特定下属企事业单位所缔结的合同。例如,纳税担保合同、抵消合同、支付补贴合同、补偿协议、赔偿协议,皆属此类合同。对于从属合同,应在程序上有较严格的控制,以防止行政机关出卖国家公权力。

(二)义务合同与处分合同

义务合同,又称负担合同,是指当事人一方或双方负有特定的给付义务,而另一方则有履行该给付义务请求权的合同。在这类合同中,常以单方措施为之。例如,当事人本负有清除污染物的义务,行政主体与其签订合同由当事人支付一定的排污费,即以金钱义务来替代其行为义务。

处分合同,又称处置合同,是指用以履行合同上、法律上或以其他方式设定的义务,直接引起权利变动的合同。例如,在德国建筑法中规定的用以替代征收的土地所有权转移合同。

(三)和解合同和双务合同^③

和解合同和双务合同,是两种特殊类型的合同,它们可能是对等合同也可能是从属合同。

和解合同,是为了消除合理判断中的事实或者法律问题的不确定状态,而经当事人双方相互让步所达成的协议。和解合同,须具备一定的条件:(1)事实和法律关系不确定;(2)该种不确定状态不能查明,或者非经重大支持不能查明;(3)须双方当事人互相退让,并可以取得一致。例如,印花税按书立合同确定,但

^① 陈敏:《行政法总论》,台湾地区1999年第2版,第526~536页;[德]哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第353~357页。

^② 也有人译为“主从合同”。由于在民法中有主合同与从合同之分,为避免误解本书不使用这一提法。

^③ 关于行政合同中是否存在单务合同一说,我们具体在本章第三节予以论述。

是对于依口头协议发生的买卖就难以确定印花税,在这种情况下应允许税务机关与纳税义务人根据若干情形具体商定税款额度。

双务合同,是指行政主体与行政相对人签订的互负给付义务的行政合同。双务合同须具备一定的条件:(1)应约定行政相对人给付的特定用途,即符合特定的公务目的;(2)行政相对人的给付须用以供缔约行政机关执行职务;(3)行政相对人与缔约行政机关的给付须有正当合理的关联(不当联结的禁止);(4)行政相对人与缔约行政机关的给付须相当(即符合比例原则)。

(四)内部合同与外部合同

根据行政关系的范围不同,可以将行政合同分为内部合同与外部合同。内部合同,是指行政机关与其所属机构或其工作人员之间签订的合同,如各种内部责任制合同。外部合同,是指行政机关与行政相对人之间签订的合同。在国外,对行政合同的理解一般只限于外部合同。

二、关于行政合同的形式

在现代各国的行政实践中,作为一种新的行政执法方式,行政合同已得到了广泛的应用。而且,行政合同有各种表现形式。在美国,政府合同根据不同的标准,可作如下分类:(1)根据对政府给相对人合同价款的计算和偿还方式的不同,政府合同可以分为选定价格合同和偿还成本合同两种基本类型。在选定价格合同中,合同价格是固定的,在合同存续期间,只在特殊情况下才可更改价格。所以,选定价格合同在实践中往往会发生这样一种情况,即因事先估计不足或履行不当而使合同当事人中的私人一方承担一定的风险责任。但对政府一方而言,价格选定合同可以将政府对合同的管理减少到最低,政府所承担的风险责任也最小;在偿还成本合同中,政府是根据相对人履行合同的实际成本支付费用的,故政府往往为了保证成本的合理性而要对合同的履行予以必要的控制和监管,以促使当事人尽可能高效地履行合同。(2)以缔约方式的不同,政府合同可以分为竞争性合同与非竞争性合同。(3)以合同标的的不同,政府合同可以分为供应合同、劳务合同和建筑合同。又如,葡萄牙《行政程序法》没有对行政合同作出类型划分,只是对它作了简单的列举。该法第178条第2款规定:“行政合同尤其包括下列合同:1.公共工程承揽合同;2.公共工程特许经营合同;3.公共事业特许经营合同;4.公产的开发合同;5.公产的专用合同;6.博彩经营特许经营合同;7.继续供应合同;8.为直接公益提供劳务的合同。”

在英美法系国家,由于奉行实用主义且不具有公私法划分的法制传统,他们不存在与私法合同相分立的、独特的行政合同法制。然而,这并不意味着英美法系国家不存在实质意义上的行政合同。英美法系国家把政府当局作为一方当事

人的合同,统称为“政府合同”。英美法系国家的“政府合同”这一概念,就包含了被大陆法系国家称为行政合同的那些合同。

在我国,无论人们是否主观上承认和接受行政合同,但在客观上存在着不同形式的行政合同。在我国行政管理实践中,根据有关法律的规定,正式的行政合同形式主要有:

1. 科研合同

该类行政合同是指行政机关与科研机构或人员为完成国家的技术开发项目(或其他科研项目)而缔结的行政合同。国务院《关于科学技术拨款管理的暂行规定》,要求国家重大科技项目普遍实行合同制。科研开发单位与行政委托单位(主持项目的行政部门)通过缔结行政合同确立双方的权利义务,使用项目经费。

2. 政府采购合同

政府采购是指采购人与供应商达成的具有法律效力的合同。我国《政府采购法》已对此有专门的规定。关于政府采购合同的性质,是属于行政合同还是民事合同一直存在着争议。在起草中,“起草组经认真研究认为,政府采购合同在本质上属于民事合同,但又具有不同于一般民事合同的特点,是一种特殊的民事合同。其特殊性表现在:首先,采购人为国家机关、事业单位和社会团体;其次,采购资金为财政性资金;再次,采购行为具有实现行政管理和公益的目的;最后,政府采购要遵循一定的法定程序,如招标投标程序、竞争性谈判、单一来源采购、询价等。”^①可以说,起草组充分认识到了政府采购合同的特点,这些特点则正是行政合同的特点所在,而起草者们却仍将它定性为民事合同,未免失之偏狭。在政府采购合同中,我们至少可以说,行政机关或者法律、法规授权的组织利用财政性资金而缔结的政府采购合同,在性质上属于行政合同。如果将政府采购合同完全定性为民事合同,这只能说是起草者们对行政合同的误解。^② 政府采购合同的缔结,应遵循《政府采购法》关于合同管理、合同履行、合同变更等的特别规定,同时也适用《合同法》的规定,但《政府采购法》的特别规定应具有优先适用性。

^① 朱少平主编:《〈中华人民共和国政府采购法〉〈中华人民共和国招标投标法〉条文释义与理解适用》,中国方正出版社2002年版,第168页。

^② 在他们看来,“在采购合同订立过程中,不涉及行政权力的行使,购销双方的法律地位是平等的”的合同就是民事合同。殊不知,行政合同既有涉及行政权力行使的合同,也有不涉及行政权力行使的合同;在行政合同中双方的法律地位也是平等的(只是有可能存在对等与不对等的情形)。行政合同与民事合同的区分在于是否具有公共目的(行政机关从事行政管理活动,既要借助入也要借助物。国家将公民吸收进政府的目的就在于通过公务人员具体实现行政职能,国家通过财政性资金购买的物品也是旨在通过物质手段实现行政职能)在于产生的法律效果。对于政府采购合同这类合同,不只法国而且德国也将它视为行政合同。即使在美国,也承认其特殊性,以特别法予以规范。