



行政契约效力研究



蔺耀昌◎著



XINGZHENG QIYUE
XIAOLI YANJIU



法律出版社
LAW PRESS·CHINA



行政契约效力研究



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

行政契约效力研究 / 蔺耀昌著. —北京: 法律出版社, 2010. 9

ISBN 978 - 7 - 5118 - 1236 - 0

I. ①行… II. ①蔺… III. ①行政法: 契约法—研究—中国 IV. ①D922. 104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 185562 号

行政契约效力研究

蔺耀昌 著

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 毫米 1/16

版本 2010 年 11 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 北京北苑印刷有限责任公司

印张 16.5 字数 295 千

印次 2010 年 11 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 - 5118 - 1236 - 0

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)

内容摘要

本著作以中国的行政契约实践为观察对象,立足于中国当下的法制资源,通过公私契约法的比较、不同法域行政契约法的比较,充分运用实证分析方法,全面系统地考察了有关行政契约、私法契约和单方行政法律行为的效力理论及法律规则,并以此为基础构建了行政契约的效力理论及规则。全书由七个部分组成:第一章导论;第二章行政契约的成立与瑕疵;第三章行政契约的生效及效力内容;第四章行政契约的无效;第五章行政契约的撤销;第六章行政契约的解除;第七章违反行政契约之责任。

前 言

行政契约业已被普遍地应用于中国的公共行政实践中。然而,用以调整和规范行政契约及其纠纷解决的法律供给却严重短缺,致使行政契约实践纷争不息。中国行政法学界有关行政契约的理论研究尚停留在要么从宏观上探讨行政契约理念及其在行政法中的确立,如余凌云著《行政契约论》(中国人民大学出版社2000年版)、杨解君著《中国大陆行政法的革命——契约理念的确立及其展开》(台湾元照出版有限公司2009年版),要么有选择地简单介绍域外的行政契约法制。真正立足于中国本土的法制资源,为构建中国特色的行政契约法制目的,从微观层面对行政契约的法律规则进行系统梳理和研究的论著,尚付阙如。

行政契约的效力规则,无疑是行政契约法体系的重要构成部分,也是中国未来创制行政契约法制时必须解决的重大课题。不过,令人遗憾的是,中国尚无人专门对此予以深入研究。无论是行政法教科书还是相关论著,对行政契约效力的讨论都是浅尝辄止,令人疑窦丛生。我对这一主题的发现和思考研究,始于2003年的“非典”期间。那时,我在武汉大学攻读宪法与行政法专业硕士学位。在“非典”疫情大暴发前,我因家事回到兰州,不曾想被“非典”困在兰州无法返回武汉。正值“非典”疫情肆虐、人心惶惶之际,导师杨解君教授来电催我速回武汉,参与湖北省高级人民法院委托的研究项目——研究起草人民法院审理行政契约案件的司法解释(试拟稿)。因恩师之眷顾,我有幸全面参与了该项目的研究工作。正是在此过程中,我才真正意识到行政契约效力问题的复杂性以及亟待澄清的诸多问题。对行政契约效力问题的资料收集整理和思考研究,也从那时起断断续续地持续至今。在此期间,我以“行政契约的撤销问题研究”为题完成了硕士研究生学位论文。其主要内容,分别以“论行政契约撤销制度的确立”(《江海学刊》2005年第5期)和“论行政契约撤销原因的确定”(《行政法学研究》2005年第3期)为题公开发表。

本著作以中国的行政契约实践为观察对象,立足于中国当下的法制资源,通过

公私契约法的比较、不同法域行政契约法的比较,充分运用实证分析方法,全面系统地考察了有关行政契约、私法契约和单方行政法律行为的效力理论及法律规则,并以此为基础构建了行政契约的效力理论及规则。全书由七个部分组成:

第一章(导论)对研究主题及一些关键性专业术语予以界定:一方面,通过理论考察和实例举证,梳理人们对行政契约的认知和应运现状,提出准确判别行政契约的合理策略;另一方面,通过对行政主体、单方行政法律行为等专业术语的再界定,指出并纠正中国行政法学界对行政契约主体的认知错误,避免读者对本书观点的误解。

第二章(行政契约的成立与瑕疵)首先从静态(行政契约的成立要件)和动态(行政契约的缔结程序)两个方面,探讨了行政契约发生效力的前提即行政契约是否成立。然后,从公私法比较的视角,分析考察了可能影响行政契约成立、生效及效力存续的各种瑕疵,为进一步展开行政契约的生效、无效、撤销和解除等问题提供支撑。

第三章(行政契约的生效及效力内容)主要讨论了行政契约的生效规则及行政契约生效后具有的公定力、确定力、拘束力和执行力。

第四章(行政契约的无效)以德国《行政程序法》和我国台湾地区“行政程序法”有关行政契约无效的规定为基点,通过比较分析私法契约的无效规则、单方行政法律行为的无效规则援用于行政契约的可能性,阐明了可致行政契约无效的各种瑕疵情形、行政契约无效的确认和行政契约无效的法律后果。

第五章(行政契约的撤销)基于德国、我国台湾地区采取“行政契约要么有效要么无效而无撤销状态”之立法政策,重点研讨了确立行政契约撤销制度的正当性、撤销行政契约的程序以及撤销行政契约的法律后果。

第六章(行政契约的解除)主要探讨了有效行政契约在履行过程中的解除问题,具体包括行政契约解除的方式、法定原因、法定程序和法律后果等。

第七章(违反行政契约之责任)主要讨论了违反行政契约的法律责任的构成要件、归责原则和责任形式。

本书的正式写作历时一年。因研究主题过于复杂、文献资料收集困难,特别是因本人智识有限,许多问题依然停留在“大胆设想”而难以“小心求证”之状态,其中的疏漏乃至错误肯定难免,还望方家同仁不吝赐教!

值此著作付梓之际,特向引领我走上学术之路的恩师杨解君教授、生我养我的父母、代我辛勤抚育幼儿的岳父岳母、全力承担养家糊口重任并支持我安心从事教育研究工作的妻子,以及所有曾经关心和帮助我成长的老师、朋友和兄弟姐妹们,表示诚挚的谢意!

蔺耀昌

2010年6月1日于南京

目 录

第一章 导论	1
第一节 行政契约的界定	2
一、关于行政契约概念的一般性考察	2
二、关于行政契约概念的共识	5
三、关于行政契约概念的分歧	6
四、关于行政契约概念的反思	8
第二节 行政契约的种类与实践	12
一、对等关系契约与隶属关系契约	12
二、负担契约与处分契约	21
三、和解契约与互易契约	22
四、有名行政契约与无名行政契约	28
第三节 行政契约的效力	30
一、行政契约效力的认知现状	30
二、行政契约效力的实践表现	31
三、立法上亟待明确的问题	36
第二章 行政契约的成立与瑕疵	39
第一节 行政契约的成立	39
一、行政契约的成立要件	39
二、缔结行政契约的要约与承诺	41
三、行政契约的缔结方式及程序	44
第二节 行政契约的瑕疵	54
一、私法契约的瑕疵	54
二、单方行政法律行为的瑕疵	60

三、公私法比较视野下行政契约的瑕疵	68
第三节 个案分析:广东某镇政府空白协议租地事件	74
第三章 行政契约的生效及效力内容	77
第一节 行政契约的生效	77
一、行政契约的生效要件	77
二、行政契约的生效时间	78
第二节 行政契约的效力内容	79
一、公私法上法律行为的效力比较	80
二、行政契约的公定力	84
三、行政契约的执行力	94
四、个案分析:陕西凤翔铅中毒事件所涉契约的效力	96
第四章 行政契约的无效	101
第一节 行政契约无效的法定情形	101
一、域外相关立法及启示	101
二、私法契约无效规则的援用	104
三、单方行政法律行为无效规则的借鉴	109
四、行政契约无效的特殊问题	111
五、结论:行政契约无效之情形	119
第二节 行政契约无效的法律后果	119
一、绝对无效与相对无效	119
二、全部无效与部分无效	120
三、当然无效与宣告无效	120
四、行政契约无效之责任	121
第三节 行政契约无效的个案分析	124
一、武汉 280 亩“毒地”退赔案	124
二、江西弋阳城管局拍卖占道经营权案	128
第五章 行政契约的撤销	133
第一节 行政契约撤销制度的确立	134
一、行政契约撤销的含义	134
二、行政契约撤销的理论及立法	136
三、抉择:确立行政契约撤销制度	138

第二节 行政契约撤销制度的内容	144
一、行政契约撤销权的配置	144
二、行政契约的撤销程序	154
三、行政契约撤销的法律后果	157
第三节 个案分析:深圳经济适用房骗购案	158
第六章 行政契约的解除	162
第一节 行政契约解除的种类	162
第二节 行政契约解除的条件	163
一、私法契约解除条件之借鉴	164
二、单方行政行为废止条件之参照	165
三、结论:行政契约解除的条件	167
第三节 行政契约的解除程序及后果	167
一、行政契约的协议解除程序	167
二、行政契约的单方解除程序	168
三、行政契约解除的法律后果	169
第四节 个案分析:郑细清诉仙游县教育局违约案	170
第七章 违反行政契约之责任	179
一、责任的构成要件	179
二、责任的归责原则	181
三、责任的法定形式	182
附录 1:中华人民共和国行政契约法(试拟稿)	185
附录 2:《泛珠三角九省区药品监督稽查合作协议》	209
附录 3:城市生活垃圾处理特许经营协议	212
附录 4:城市供水特许经营协议	228
主要参考文献	253

第一章 导 论

契约作为一种双方法律行为,发端并广泛应用于私法领域,是私法主体之间平等协商、互为意思表示一致而达成的合意,旨在设立、变更或消灭彼此间的法律关系。不过,契约并非私法之专利。在公法领域,契约亦获得普遍认可和运用。传统法学理论认为,在公法中,法律主体之间的关系更多的是一种支配关系。作为公法之重要组成部分的行政法尤其强调依法行政,带有强烈的命令和服从色彩,与契约之间存有不可调和的天然矛盾,以至于行政契约曾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和合作者、行政主体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,行政契约就不再是一个不合逻辑、自相矛盾的法律概念,^②而是契约理念与现代公共行政的契合,是契约理念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。正如德国学者哈特穆特·毛雷尔先生所言,“现代的主要课题不是行政契约原则上的适法性问题,而是行政契约理论的细化,特别是明确行政契约的合法要件、法律形式和违法后果,说明这些问题是行政契约在

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1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]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360页;于安:《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,中国政法大學出版社1999年版,第147页。

实践中得到有效适用的前提”,^①德国学者平特纳也认为,“在解决了行政契约的适法性问题后,一般研究的兴趣已转移到行政契约的细节问题上,尽管有数量颇丰的论文、判决以及对民法的借用,但主要问题在一定程度上尚未澄清或触及”。^②基于行政法治原则的要求,确立行政契约的效力规则,是行政契约在公共行政实践中得到有效应用的前提,也是亟待澄清的重大理论和实践课题。

第一节 行政契约的界定

一、关于行政契约概念的一般性考察

行政主体以契约方式实现行政目标之现象,在各国的公共行政实践中普遍存在。然而,两大法系为规范该等契约实践所构建的法制体系,却存在较大差异。英美法系国家以建基于私法之上的政府契约统辖之,大陆法系国家则以区分私法契约与行政契约为基础,构建了不同于私法契约的独特的行政契约法制。对于行政主体作为当事人的特定契约,则首先判别其属于私法契约还是行政契约,然后分别确定该契约受私法调整还是公法调整;确定因该契约引发的纠纷由普通法院依照民事诉讼程序管辖,还是由行政法院依照行政诉讼程序管辖。

法国、德国等大陆法系国家根据本国实际构建了区别于私法契约的行政契约法体系,行政契约也被视为大陆法系国家独特的法律概念。因此,有关行政契约概念的考察主要围绕法国、德国、日本等大陆法系国家或地区对行政契约的认知而展开。

在法国,尚没有任何法律明确定义行政契约这一概念。行政契约概念及其识别标准,主要由行政法院的判例确定。法国的行政机关可以通过协商,以意思表示一致即契约方式在行政机关和他人之间创设、变更或消灭某种权利义务关系。所有这些契约分为两类:一类是私法契约,受私法支配和由普通法院管辖;^③另一类是行政法上的契约,称为行政契约,受行政法支配和由行政法院管辖。一般而言,行政契约按如下标准识别:(1)法律明定为行政契约者,从法律规定。法国法律明定的行政契约有:公共工程承包契约、公共工程捐助契约、公务特许契约、独

① [德]哈特穆特·毛雷尔:《行政法总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第361页。

② [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148页。

③ “法国行政机关经常缔结和私人合同关系相同的合同,例如购买办公用品,租赁办公用房,出卖私法上的产品,保险行政财产等……私法合同除在合同签订权限及程序方面受行政法的支配以外,就合同本身而言,受私法支配和普通法院管辖。”王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社1988年版,第185页。

占使用共用公产契约、出卖国有不动产契约等。(2)行政机关与私人签订的直接执行公务的契约,是行政契约。主要分为两种情形:一是契约的当事人直接参加公务的执行如聘请教师的契约;二是契约本身即是执行公务的一种方式。(3)行政机关与私人签订的超越私法规则的契约是行政契约,如契约条款中规定了私法以外的规则或契约缔结制度超越一般私法范围。^①

在德国,1997年《行政程序法》第54条规定:“公法范畴的法律关系,可以通过合同设立、变更或消灭(公法合同),但以法规无相反规定者为限。行政机关尤其可以与拟作出行政行为的相对人,以签订合同代替行政行为的作出。”基此立法,德国学者毛雷尔将行政契约定义为“设立、变更或终止公法上法律关系的合同”,并且指出,行政契约具有以下特征:(1)“行政契约是双方互为意思表示而达成的合意”。这是行政契约与单方行政行为的主要区别。(2)“行政契约的客体为公法上的法律关系”。这是行政契约与私法契约的本质区别。(3)“行政契约之主体一方须为行政机关”。^②

在日本,尽管行政契约在实践中的应用远不及行政指导,1993年的日本《行政程序法》也没有给予行政契约应有的地位和作出一般性的规定。但是,日本学界普遍接受行政契约,并在理论研究上达到了一定的水平。盐野宏认为:“不论现行法制如何规定,在现实中和观念上,行政上的契约方式是广泛存在的。”^③在这一认识基础上,他将行政上的契约分为准备行政中的契约、给付行政中的契约、规制行政中的契约和行政主体间的契约四类。^④日本法学界的通说认为,“行政契约,是指以公法上的效果发生为目的,由复数的对等当事人之间的相反方向的意思一致而成立的公法行为”。^⑤行政契约有三个要素:以公法上效果的发生为目的、由对等当事人的意思一致成立、由相反方向的意思一致成立。^⑥

在葡萄牙,1996年《行政程序法》不仅明确定义了行政契约,而且列举了行政契约之种类。该法第178条规定:“行政合同为一合意,基此合意而设定、变更或消灭一行政法律关系。行政合同尤其包括下列合同:公共工程承揽合同、公共工程特许合同、公共事业特许合同、公产的开发合同、公产的专用合同、博采经营特许合同、继续供应合同和为直接公益提供劳务的合同。”^⑦我国澳门地区的行政程

① 王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社1988年版,第185页。

② [德]哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社1999年版,第348页。

③ [日]盐野宏:《行政法》,杨建顺译,法律出版社1999年版,第136页。

④ [日]盐野宏:《行政法》,杨建顺译,法律出版社1999年版,第136页。

⑤ 杨建顺:《日本行政法通论》,中国法制出版社1998年版,第509页。

⑥ 杨建顺:《日本行政法通论》,中国法制出版社1998年版,第509页。

⑦ 应松年主编:《外国行政程序法汇编》,中国法制出版社1999年版,第519页。

序法关于行政契约的规定与此完全相同。^①

在我国台湾地区,其“行政程序法”第135条规定:“公法上法律关系得以契约设定、变更或消灭之。”基于这一立法,行政契约在台湾理论界被界定为,“行政契约是以行政法上之法律关系为契约标的,而发生、变更或消灭行政法上的权利或义务的合意”,^②或行政契约是指两个以上之当事人,就公法上权利义务设定、变更或废止所订立之契约,^③或“行政契约,系二以上之法律主体,以设定、变更或消灭行政法律关系为目的,互为意思表示而合致成立的法律行为”。^④“行政契约之要素有三:(1)行政契约系法律行为:所谓法律行为系从民法移植而来之概念,指法律效果之发生,取决于当事人主观上之意愿而非基于客观上法律之规定;(2)行政契约系双方法律行为:因双方意思表示一致而成立之法律行为,并非谓参与契约之当事人法律地位全盘对等,亦非谓在一切法律关系上之对等,乃系指就成立契约之特定法律关系而言,双方意思表示具有相同价值,有别于一方命令他方服从之关系;(3)行政契约发生行政法上之效果:行政机关选择行政契约作为行为方式,性质上仍属公权力行政,而非私经济行政或国库行政,盖其适用规范及所生之效果均属公法性质,而非私法之故。”^⑤行政契约与私法契约的判别,可综合运用如下标准进行:“(1)协议之一方为行政机关。(2)协议之内容系行政机关之一方负有作成行政处分或高权的事实行为之义务。(3)执行法规规定原本应作成行政处分,而以协议代替。(4)涉及人民公法上权利义务关系。(5)约定事项中列有显然偏袒行政机关一方之条款者。”^⑥

在祖国大陆,行政法学者一般都肯认行政契约之客观存在。对行政契约的含义,也基本达成了共识。虽然不同的学者对行政契约定义的表述各异,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。它具有行政性、合意性和法定性。”^⑦或“行政契约,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”;^⑧“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

① 应松年主编:《外国行政程序法汇编》,中国法制出版社1999年版,第618页。

② 林明锵:“行政契约”,载翁岳生编:《行政法》,中国法制出版社2002年版,第509页。

③ 吴庚:《行政法之理论与实用》,三民书局1999年版,第389页。

④ 陈敏:《行政法总论》,新学林出版股份有限公司2004年版,第563页。

⑤ 吴庚:《行政法之理论与实用》,中国人民大学出版社2005年版,第269页。

⑥ 吴庚:《行政法之理论与实用》,中国人民大学出版社2005年版,第270页。

⑦ 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。

⑧ 杨解君:《行政法学》,中国方正出版社2002年版,第346页。

合同”。^①

二、关于行政契约概念的共识

基于大陆法系国家和地区行政契约概念的一般性考察,不难发现,就行政契约概念的界定,大陆法系国家和地区已经达成的共识主要有以下几个方面:

其一,行政主体可以以契约方式行政,除非法规有相反的禁止性规定。行政契约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。契约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。行政契约方式的运用,不受法律保留原则的严格拘束,即行政主体选择以契约方式达成行政目标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,行政契约之订立,仍受法律优先原则的拘束,即如果法规有明确的禁止性规定,行政主体就不得采用行政契约方式追求法定目标。对此,一些国家和地区的相关法律已经作出明确规定。例如,1997年联邦德国《行政程序法》第54条规定:“公法范畴的法律关系可以通过合同设立、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,以签订公法合同代替行政行为的作出。”^②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。”^③1996年葡萄牙《行政程序法》第179条规定:“行政机关在实现其所属的法人的职责时,可以订立行政合同,但法律有相反规定或因拟建立的关系的性质而不允许,不在此限。”^④

其二,行政契约的当事人一方须为行政主体,没有行政主体作为当事人的契约就不是行政契约。这一点在我国学者关于行政契约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契约,所以有行政主体作为当事人一方的契约并不必然是行政契约。因此,在一般情况下,行政主体作为契约当事人一方,只是某一契约为行政契约的必要条件,而非充分条件。

其三,行政主体订立行政契约的目的,在于实现法定的行政目标。行政主体订立契约的目的在于实现法定的行政目标,是行政契约的实质要件。换言之,依据目前学者对行政契约的解释,如果行政主体订立契约的目的并不是实现法定的行政目标,该契约就不可能被定性为行政契约。如果借鉴法国识别行政契约的标

① 叶必丰:《行政法学》,武汉大学出版社2003年版,第291页。

② 应松年主编:《外国行政程序法汇编》,中国法制出版社1999年版,第185页。

③ 黄昭元等主编:《综合小六法》,台湾新学林出版股份有限公司2006年版,第B~96页。

④ 应松年主编:《外国行政程序法汇编》,中国法制出版社1999年版,第519页。

准理论,行政契约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契约是行政契约。直接执行公务通常表现为两种形态:一是契约另一方当事人的主要契约义务是执行公务。例如,法国将国立学校教师聘任契约、国有森林管理机构委托私人培育森林而签订的契约定性为行政契约,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。^①二是契约本身即为执行公务之方式。例如,在法国,巴黎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契约,即被认为是行政契约。^②

其四,行政契约的法律效果是设立、变更或消灭行政法律关系。依据通说,行政主体既可以订立行政契约,也可以订立私法契约。两类契约在法律效果上的区别在于:私法契约以设立、变更或消灭私法上的权利义务关系为目的,而行政契约以设立、变更或消灭行政法律关系为目的。对此,德国和中国台湾地区的行政程序法都有规定。我国行政法学者叶必丰教授对行政契约的定义也体现了这一点。他认为:“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

三、关于行政契约概念的分歧

尽管学界就行政契约概念达成了许多共识,但迄今为止,何谓行政契约,仍然是迷雾一团。一方面,现实中层出不穷的行政机关缔结的契约究竟是行政契约还是私法契约,运用现有的理论不可能给出毫无争议的答案;另一方面,针对现有行政契约的定义,有学者已经提出了针锋相对的疑问,甚至有学者已断言:“要彻底干净地解决一切有关公私法契约分野的争议问题,根本是不可能的。”^④

中国台湾地区学者林明锵先生针对目前学界关于行政契约的定义,就提出了以下三个疑问:“第一,何谓公法上的法律关系?第二,缔结行政契约之主体是否必须一造为行政主体?是否可能于私人间成立行政契约?第三,定性或判断某一契约为行政契约还是私法契约时,应就契约内容逐条决定,还是通盘整体考察?”^⑤若仔细分析这三个疑问,就不难发现,其与前述学界就行政契约概念所达成的共识正可谓针锋相对。如果在理论上不能科学解答这三个疑问,那么,学界已就行政契约概念所达成的共识几乎就没有多大的说服力。坦率而言,要在理论

① 王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社1988年版,第185页。

② 王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社1988年版,第185页。

③ 叶必丰:《行政法学》,武汉大学出版社2003年版,第291页。

④ 转引自许宗力:“双方行政行为——以非正式协议、协定与行政契约为中心”,载杨解君主编:《行政契约与政府信息公开》,东南大学出版社2002年版,第63页。

⑤ 林明锵:“行政契约”,载翁岳生主编:《行政法》,中国法制出版社2002年版,第751页。

上准确阐明上述三个问题,与其说相当困难,倒不如直接说是不可能的。

何谓公法上的法律关系?若要阐明这一问题,就必须追溯到大陆法系国家有关公私法划分理论的历史传统和发展现状。关于公私法划分的理论,主要有利益说、主体说、隶属说三种。^①但这三种学说中的任何一种都存在缺陷,无法运用任何一种理论对现行的实在法进行毫无争议的划分。正如有学者所认为的那样,“即使到了今天,任何一种旨在用一种空洞的公式来描述公法与私法之间界限的尝试,都是徒劳无益的。”^②既然公私法的划分都存在较严重的分歧,那么要准确解释公法上的法律关系这一概念谈何容易?

行政契约之主体一方是否必须为行政主体,是否可能于私人间成立行政契约?对此,有学者明确指出,当法律授予私人可以决定公法上权利义务归属之处分权时,私人间可以缔结行政契约。^③德国 Nordrhein - Westfalen 的《水利法》第 95 条明确规定,“维护水道之义务,经高等水利机关之同意,得以协议之方式由他人承受,发生公法之效力”。^④此外,从法国的行政契约理论及法制中也可以获得一定的启迪。在法国,尽管原则上要求行政契约的主体一方必须为行政主体,但是也存在两个例外:一是公私合营公司与建筑企业签订的高速公路建筑契约和国有公路建筑契约是行政契约;二是私人作为公法人的代理人和其他私人所签订的契约。^⑤

确定某一契约是否为行政契约,应就契约之各条进行考察判定还是通盘决定?如果我们深入研究一下法学界关于政府采购契约究竟是行政契约还是私法契约的争论,就会发现这同样是一个不易回答的问题。

不仅林明锵先生提出的三个问题不易回答,而且中国台湾地区学者许宗力的一段论述更是耐人寻味:“与其让学界和实务界继续花费精力去钻研注定会徒劳无功的法规主体说、修正的法规主体说,乃至综合考察说,倒不如化繁为简,干脆透过立法途径或者直接采行为主体说,将一切契约,只要有行政机关参与为契约

① 利益说在罗马法中就已有人提及。根据利益说,判断一项法律关系或一条法律规范是属于公法还是属于私法,应以其涉及的是公共利益还是私人利益为准。隶属说认为,公法的根本特征在于调整隶属关系,而私法的根本特征在于调整平等关系。主体说是今天的通说。根据主体说,如果某个公权载体正是以公权载体的身份参与法律关系,则存在公法关系。参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社 2000 年版,第 11~12 页。

② [德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社 2000 年版,第 13 页。

③ 陈敏:《行政法总论》,台湾新学林出版股份有限公司 2004 年版,第 572 页。

④ 陈敏:《行政法总论》,台湾新学林出版股份有限公司 2004 年版,第 572 页。

⑤ 王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社 1988 年版,第 185 页。

当事人者,无论有没有法律依据,都一律划定为公法契约。”^①这一主张无疑受到了英美法系国家政府契约理论与实践的影响,也是从实用主义路径出发作出的选择。

然而,这一看似简便易行的选择,并没有解决问题,只是回避了私法契约与行政契约判别的复杂问题。从实际意义而言,区分行政契约与私法契约的根本原因在于,这两类契约存在一些本质的差异,因而需要发展或构建调整这两类契约的不同法律规则。如果行政契约与私法契约完全可以运用相同的法律规则进行调整,那么,区分行政契约与私法契约就完全成为无意义之事。英美法系国家的政府契约法制及实践已经给出了这一启示。在英美法系国家,没有大陆法系国家所谓的行政契约之术语,也不存在私法契约与行政契约区分之理论,而是将所有由行政机关与他人缔结的契约统称为政府契约。“原则上,政府契约适用普通契约法的规定,除非政府基于社会公共利益或契约妨碍政府正常执行职务,行使国会、警察、征收等权,否则,不能废除普通法原则。”^②此外,行政机关订立、撤销、变更、调整、解除契约的行为如果是行使行政职权的行为,则应受行政法规则的调整,合法权益受到该等行为影响的人,可以就这些行为寻求行政法救济。当然,这只是对英美法系国家政府契约法制的设计思路的描述,而不是说英美法系国家的政府契约法制非常完善。事实上,英美法系国家同样面临着如何构建政府契约法制的艰巨任务。因为实践已经表明,对一些特殊类型的政府契约完全适用普通法进行调整,存在诸多问题。

四、关于行政契约概念的反思

大陆法系国家和地区的行政法学者在阐释行政契约概念时,将主要精力投入到确立行政契约与私法契约的区分标准上。其根本原因有三:一是大陆法系国家公私法划分的理论传统;二是司法二元制的法制构造;三是行政主体既可以订立私法契约,又可以订立行政契约。正因为这样,一切由行政主体作为一方当事人的契约,在法学理论上或是司法实践中所面临的首要难题,就是判断该契约是私法契约还是行政契约。

在大陆法系国家,依据通说,区分行政契约与私法契约的重要意义在于:
(1)公私法契约的救济途径不同。因公法契约发生的争端由行政法院管辖,因私法契约发生的争端由普通法院管辖。(2)公私法契约的缔结程序不同。公法契

^① 许宗力:“双方行政行为——以非正式协商、协定与行政契约为中心”,载杨解君编:《行政契约与政府信息公开》,东南大学出版社2002年版,第63页。

^② 于安:“政府活动的合同革命”,载《比较法研究》2003年第1期。