

“十五”国家重点图书出版规划

法律科学文库

总主编 曾宪义

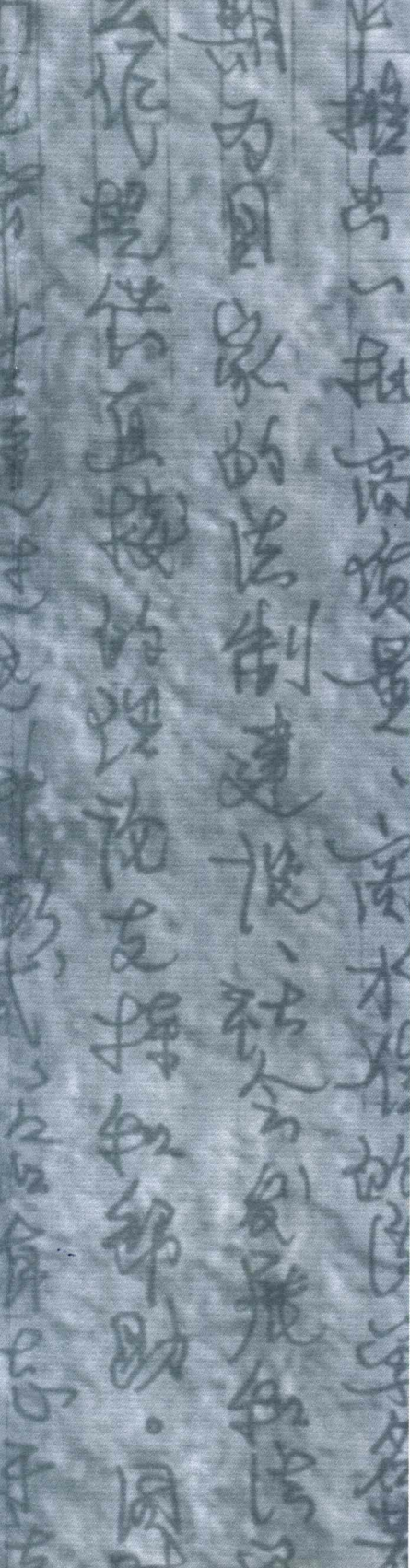
行政 契约论

(第二版)

余凌云 著

Administrative Contract
Treatise

 中国人民大学出版社



行政 契约论 (第二版)

余凌云 著

Administrative Contract
Treatise

 中国人民大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

行政契约论 / 余凌云著. 2 版.

北京: 中国人民大学出版社, 2006

(“十五”国家重点图书出版规划 法律科学文库 / 曾宪义总主编)

ISBN 7-300-07114-7

I. 行…

II. 余…

III. 行政法: 契约法-研究

IV. ①D912.104②D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 015808 号

“十五”国家重点图书出版规划

法律科学文库

总主编 曾宪义

行政契约论 (第二版)

余凌云 著

出版发行	中国人民大学出版社		
社 址	北京中关村大街 31 号	邮政编码	100080
电 话	010-62511242 (总编室)	010-62511239 (出版部)	
	010-82501766 (邮购部)	010-62514148 (门市部)	
	010-62515195 (发行公司)	010-62515275 (盗版举报)	
网 址	http://www.crup.com.cn		
	http://www.ttrnet.com (人大教研网)		
经 销	新华书店		
刷 印	三河市新世纪印务有限公司	版 次	2000 年 9 月第 1 版
开 本	720×965 毫米 1/16		2006 年 3 月第 2 版
印 张	23.75 插页 2	印 次	2006 年 3 月第 1 次印刷
字 数	376 000	定 价	35.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

法律科学文库

编委会

总主编
曾宪义

副总主编

赵秉志 (常务) 王利明 史际春 刘 志

编委

(以姓氏笔画为序)

王利明	史际春	吕世伦	孙国华	江 伟
刘文华	刘 志	刘春田	许崇德	杨大文
杨春洗	陈光中	何家弘	郑成思	赵中孚
赵秉志	高铭暄	郭燕红	曾宪义	程荣斌

二版修订中的所有研究工作得到了教育部优秀青年教师资助计划项目“契约规制的理论与实践”（2003—2005）的资助，本书的增补内容是该项目的最终研究成果。特此致谢。



总 序

曾宪义

“健全的法律制度是现代社会的基石”，这一论断不仅已为人类社会的历史发展所证明，而且也越来越成为人们的共识。在人类历史上，建立一套完善的法律体制，依靠法治而促进社会发展、推动文明进步的例证，可以说俯拾即是。而翻开古今中外东西各民族的历史，完全摒弃法律制度而能够保持国家昌隆、社会繁荣进步的例子，却是绝难寻觅。盖因在摆脱了原始和蒙昧以后，人类社会开始以一种“重力加速度”飞速发展，人的心智日渐开放，人们的利益和追求也日益多元化。面对日益纷纭复杂的社会，“秩序”的建立和维持就成为一种必然的结果。而在建立和维持一定秩序的各种可选择方案（暴力的、伦理的、宗教的和制度的）中，制定一套法律制度，并以国家的名义予以实施、推行，无疑是一种最为简捷明快、也是最为有效的方式。随着历史的演进、社会的发展和文明的进步，作为人类重

要精神成果的法律制度,也在不断嬗变演进,不断提升自身的境界,逐渐成为维持一定社会秩序、支撑社会架构的重要支柱。17世纪以后,数次发生的工业革命和技术革命,特别是20世纪中叶发生的电子讯息革命,给人类社会带来了天翻地覆的变化,不仅直接改变了讯息交换的规模和速度,而且彻底改变了人们的生活方式和思维方式,使人类生活进入了更为复杂和多元的全新境界。在这种背景下,宗教、道德等维系社会人心的传统方式,在新的形势面前越来越显得力不从心。而理想和实际的选择,似乎是透过建立一套理性和完善的法律体制,给多元化社会中的人们提供一套合理而可行的共同的行为规则,在保障社会共同利益的前提下,给社会成员提供一定的发挥个性的自由空间。这样,既能维持社会整体的大原则、维持社会秩序的基本和谐和稳定,又能在此基础上充分保障个人的自由和个性,发挥每一个社会成员的创造力,促进社会文明的进步。惟有如此,方能达到稳定与发展、整体与个人、精神文明与物质进步皆能并行不悖的目的。正因为如此,近代以来的数百年间,在东西方各主要国家里,伴随着社会变革的大潮,法律改革的运动也一直呈方兴未艾之势。

中国是一个具有悠久历史和灿烂文化的国度。在数千年传承不辍的中国传统文化中,尚法、重法的精神也一直占有重要的位置。但由于古代社会法律文化的精神旨趣与现代社会有很大的不同,内容博大、义理精微的中国传统法律体系无法与近现代社会观念相融,故而在19世纪中叶,随着西方列强对中国的侵略,绵延了数千年的中国古代法律制度最终解体,中国的法制也由此开始了极其艰难的现代化的过程。如果以20世纪初叶清代的变法修律为起点的话,中国近代以来的法制变革活动已经进行了近一个世纪。在这将近百年的时间里,中国社会一直充斥着各种矛盾和斗争,道路选择、主义争执、民族救亡以及路线斗争等等,使整个中国一直处于一种骚动和不安之中。从某种意义上说,社会变革在理论上会给法制的变革提供一定的机遇,但长期的社会骚动和过于频繁的政治剧变,在客观上确实曾给法制变革工作带来过很大的影响。所以,尽管曾经有过许多的机遇,无数的仁人志士也为此付出了无穷的心力,中国近百年的法制重建的历程仍是步履维艰。直至20世纪70年代末期,“文化大革命”的十年动乱宣告结束,中国人开始用理性的目光重新审视自身和周围的世界,用更加冷静和理智的头脑去思考和选择自己的发展道路,中国由此进入了具有非凡历史意义的改革开放时期。这种由经济改革带动的全方位民族复

兴运动，也给蹉跎了近一个世纪的中国法制变革带来了前所未有的机遇和无限的发展空间。

应该说，自1978年中国共产党十一届三中全会以后的20年，是中国历史上社会变化最大、也最为深刻的20年。在过去20年中，中国人民高举邓小平理论伟大旗帜，摆脱了“左”的思想的束缚，在政治、经济、文化各个领域进行全方位的改革，并取得了令世人瞩目的成就，使中国成为世界上最有希望、最为生机勃勃的地区。中国新时期的民主法制建设，也在这一时期内取得了令人惊喜的成就。在改革开放的初期，长期以来给法制建设带来巨大危害的法律虚无主义即得到根除，“加强社会主义民主，健全社会主义法制”成为一个时期内国家政治生活的重要内容。经过近二十年的努力，到90年代中期，中国法制建设的总体面貌发生了根本性的变化。从立法上看，我们的立法意识、立法技术、立法水平和立法的规模都有了大幅度的提高。从司法上看，一套以保障公民基本权利、实现司法公正为中心的现代司法诉讼体制已经初步建立，并在不断完善之中。更为可喜的是，经过近二十年的潜移默化，中国民众的法律意识、法制观念已有了普遍的增强，党的十五大确定的“依法治国”、“建设社会主义法治国家”的治国方略，已经成为全民的普遍共识和共同要求。这种观念的转变，为中国当前法制建设进一步完善和真正以依法治国目标的实现提供了最为有力的思想保证。

众所周知，法律的进步和法制的完善，一方面取决于社会的客观条件和客观需要，另一方面则取决于法学研究和法学教育的发展状况。法律是一门专业性、技术性很强，同时也极具复杂性的社会科学。法律整体水平的提升，有赖于法学研究水平的提高，有赖于一批法律专家，包括法学家、法律工作者的不断努力。而国家法制总体水平的提升，也有赖于法学教育和法学人才培养的规模和质量。总而言之，社会发展的客观需要、法学研究、法学教育等几个环节是相互关联、相互促进和相互影响的。在改革开放的20年中，随着国家和社会的进步，中国的法学研究和法学教育也有了巨大的发展。经过20年的努力，中国法学界基本上清除了“左”的思想的影响，迅速完成了法学学科的总体布局和各分支学科的学科基本建设，并适应国家建设和社会发展的需要，针对法制建设的具体问题进行深入的学术研究，为国家的立法和司法工作提供了许多理论支持和制度上的建议。同时，新时期的法学教育工作也成就斐然。通过不断深入的法学

教育体制改革,当前我国法学人才培养的规模和质量都有了快速的提升。一大批用新思想、新体制培养出来的新型法学人才已经成为中国法制建设的中坚,这也为中国法制建设的进一步发展提供了充足和雄厚的人才准备。从某种意义上说,在过去20年中,法学界的努力,对于中国新时期法制建设的进步,贡献甚巨。其中,法学研究工作在全民法律观念的转变、立法水平和立法效率的提升、司法制度的进一步完善等方面所发挥的积极作用,也是非常明显的。

法律是建立在经济基础之上的上层建筑,以法律制度为研究对象的法学也就成为一个实践性和针对性极强的学科。社会的发展变化,势必要对法律提出新的要求,同时也将这种新的要求反映到法学研究中来。就中国而言,经过近二十年的奋斗,改革开放的第一阶段目标已顺利实现。但随着改革的逐步深入,国家和社会的一些深层次的问题也开始显现出来,如全民道德价值的更新和重建,市场经济秩序的真正建立,国有企业制度的改革,政治体制的完善等等。同以往改革中所遇到的问题相比,这些问题往往更为复杂,牵涉面更广,解决问题的难度也更大。而且,除了观念的更新和政策的确定外,这些复杂问题的解决,最终都归结到法律制度上来。因此,一些有识之士提出,当前中国面临的难题或是急务在于两个方面:其一,凝聚民族精神,建立符合新时代要求的民族道德价值,以为全社会提供一个基本价值标准和生活方向;其二,设计出一套符合中国国情和现代社会精神的“良法美制”,以为全社会提供一系列全面、具体、明确而且合理的行为规则,将各种社会行为纳入一个有序而且高效率的轨道。实际上,如果考虑到特殊的历史文化和现实情况,我们会认识到,在当前的中国,制度的建立,亦即一套“良法美制”的建立,更应该是当务之急。建立一套完善、合理的法律体制,当然是一项极为庞大的社会工程。而其中的基础性工作,即理论的论证、框架的设计和实施中的纠偏等,都有赖于法学研究的进一步深入。这就对我国法学研究、法学教育机构和广大法律理论工作者提出了更高的要求。

中国人民大学法学院建立于1950年,是新中国诞生以后创办的第一所正规高等法学教育机构。在其成立的近半个世纪的岁月里,中国人民大学法学院以其雄厚的学术力量、严谨求实的学风、高水平的教学质量以及极为丰硕的学术研究成果,在全国法学研究和法学教育领域中处于领先行列,并已跻身于世界著名法学院之林。长期以来,中国人民大学法学院的

法学家们一直以国家法学的昌隆为己任，在自己的研究领域中辛勤耕耘，撰写出版了大量的法学论著，为各个时期的法学研究和法制建设作出了突出的贡献。

鉴于当前我国法学研究所面临的新的形势，为适应国家和社会发展对法学工作提出的新要求，中国人民大学法学院和中国人民大学出版社经过研究协商，决定由中国人民大学出版社出版这套“法律科学文库”，陆续出版一大批能全面反映和代表中国人民大学法学院乃至全国法学领域高品位、高水平的学术著作。这套“法律科学文库”是一个开放型的、长期的学术出版计划，以中国人民大学法学院一批声望卓著的资深教授和著名中青年法学家为主体，并聘请其他法学研究、教学机构的著名法学家参加，组成一个严格的评审机构，每年挑选若干部具有国内高水平和有较高出版价值的法学专著，由中国人民大学出版社精心组织出版，以达到集中地出版法学精品著作、产生规模效益和名著效果的目的。

“法律科学文库”的编辑出版，是一件长期的工作。我们设想，借出版“文库”这一机会，集中推出一批高质量、高水准的法学名著，以期为国家的法制建设、社会发展和法学研究工作提供直接的理论支持和帮助。同时，我们也希望通过这种形式，给有志于法学研究的专家学者特别是中青年学者提供一个发表优秀作品的园地，从而培养出中国新时期一流的法学家。我们期望并相信，通过各方面的共同努力，力争经过若干年，“法律科学文库”能不间断地推出一流法学著作，成为中国法学研究领域中的权威性论坛和法学著作精品库。

1999年9月



序

许崇德*

近年来，我国行政法理论研究有了长足的发展，从行政法的基础理论到行政处罚等具体行政行为形态乃至行政复议、行政诉讼，都有重大的理论突破。而且，可以非常明显地感觉到行政法理论研究正在对行政立法和行政执法发挥着越来越大的影响与作用。人们在继续深入研究传统行政法的规制手段的同时，也越来越关注那些日益对人们日常生活发生着不容忽视的影响的非权力行政问题，特别是行政指导、行政规划和行政合同问题。但总体来说，与对传统行政手段的研究相比，我们对后三种

* 许崇德系中国人民大学法学院教授，博士生导师，中国法学会理事，中国宪法学研究会名誉会长，北京市宪法学研究会副会长，最高人民检察院专家咨询委员会委员，民建中央特邀顾问。原香港暨澳门特别行政区基本法起草委员会委员，原香港暨澳门特别行政区筹委会委员。

行政形态的研究仍然是不深入的。但这三种行政方式恰恰在现代行政法上运用的广度和频度逐渐提高,我们只要稍微留意一下现在很多行政机关的日常工作情况,就不难发现与相对人签订各式各样的“责任书”已经在其工作中占有很大的比重。但由于相关理论的研究相对滞后,使得实践不能得到健康良性的发展,很多实践和立法问题得不到很好的解决。因此,加紧对行政合同等新型行政手段的理论研究,就显得颇为迫切。

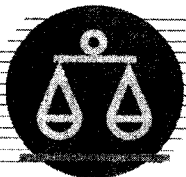
余凌云同志在我指导下攻读博士学位期间,曾向我谈起想做这方面的研究,我是非常支持的。我向来主张研究生就是要研究问题、解决问题的。他选择这个目前行政法理论研究上还非常薄弱而且又是非常前沿性的课题来研究,这是非常值得赞赏的。当然,要解决这个问题,难度也很大,极具挑战性,而且是需要一定勇气的。因为当时有关这方面的理论资料是比较少的,特别是尽管实践中不断有运用的实例,但却很少有相关的文章介绍。余凌云同志不畏艰难,经过近一年时间的精雕细琢、反复揣摩,娴熟运用比较方法,广征博引,终于完成了其博士论文“行政契约论”。本书的第一编“理论构建”基本上就是在其博士论文的基础上进一步扩充而成的。文中对行政契约的概念、行政契约与依法行政理念的调和、民法规律和原理在行政契约中的援用、行政契约的实体权利义务的配置以及程序规范、对行政契约的救济制度等基本理论问题作了较为深入细致的探讨,建立了有关行政契约理论的基本框架,其中有不少真知灼见。在他的博士论文答辩中,受到了答辩委员会成员和评议专家的一致好评。工作之后,余凌云同志并没有停止对行政契约理论的思考,而是更加深入到对具体行政契约形态的研究当中,这方面的研究成果就构成了本书的第二编“实例研究”。

余凌云同志经过几年的努力,完成了这本有关行政契约问题的专著。据我所知,目前国内系统地研究行政契约的专著尚不多见,这一研究成果的问世,不仅具有重要的学术价值,而且对于完善我国行政契约制度也有一定的实用价值。当然,对这个新领域的研究,不可避免地会受到主客观条件的限制,书中还有很多问题没有来得及研究,而且对于其中的有些观点,也可能学者会有不同的看法。这些都有待于进一步完善和思考。

余凌云同志近年来致力于行政契约的理论研究,已经取得了初步的研

究成果。值此新著出版之际，作为导师，我感到由衷的高兴。我愿意把这一成果推荐给学术界和广大读者，并希望今后有更多的行政契约研究著作问世。

1999 年 12 月 22 日



序

皮纯协*

当代行政法与传统行政法有着很大的不同，随着经济的发展，民主的发扬，福利国家的产生，行政法由专制的工具到管理的手段、再发展到对行政权的控制和对公民合法权益的维护与保障，在行政法领域出现了许多新的制度，行政合同就是现代行政法发展中出现的一个很重要的行政手段，也是行政法理论上一个非常值得研究而又难度较大的课题。这是因为这种行政手段与传统上我们所习惯使用的行政处罚等手段在法律效力发生的基础上是非常不同的，是介于行政行为与民事合同之间的一种非常特殊的形态，而且其中的具体形态又跨度很大，种类繁多。余凌云同志知难而进，选择

* 皮纯协系中国人民大学法学院教授，博士生导师组成员，中国行政法学会研究会副会长，全国人大法工委行政立法组成员，北京市及河北省人大常委会法制顾问。

了这一课题作为博士论文的选题,并作了大量细致的收集资料与研究工作,对行政合同的概念、功能、分类,行政合同与依法行政的关系,民法原理在行政合同中的运用范围,行政合同中的实体与程序内容以及有关行政合同的救济等问题都作了较为深入的研究,在很多方面提出了自己的见解,很有独创性,理论上有一定突破,可以说,他在这方面的研究填补了行政法学在行政合同理论研究方面的一大空白,也将会对我国目前行政机关广泛运用行政合同的实践产生一定的影响和作用,对于行政合同的立法也有一定的参考价值。我认为该书的特点是:

第一,全面系统,资料翔实,观点明确,注意运用比较的方法和从比较的观点来阐明问题。特别是书中所引用的大量外文资料,很多都是来自第一手的资料。

第二,当前行政法理论研究中出现了向纵深发展的可喜的现象,出现了一批很有学术价值和研究力度的著述,余凌云同志撰写的这本书也可以算是其中的一部。他在研究中不拘泥于现有的研究成果,而是敢于向难题和现有的结论提出挑战,在很多方面都颇有突破和新意,比如,在以往的行政法理论上多认为行政合同是行政机关与相对人处于平等地位签订的协议,但余凌云同志却通过翔实的论证得出行政合同与民事合同之间的不同之处恰恰在于行政合同是在处于不对等地位的行政机关与相对人之间形成的。又比如,现在我们一般都认为行政复议和行政诉讼完全可以解决行政合同纠纷,但余凌云同志却从行政合同与具体行政行为的区别入手,从行政复议和行政诉讼制度的构造着眼,提出当前的行政复议和行政诉讼构造不适合于解决行政合同的需要、必须进行相应的制度改造的见解。

第三,不仅仅满足从抽象的、宏观的角度对行政合同进行研究,而且开始注意结合实践中出现的个案进行研究,这么深入地专门对特定的行政合同具体形态进行有针对性的个案研究,在行政法相关领域的研究中算是比较早的,而且作这样的研究对于加深我们对行政合同特征的了解,对于加强理论对实践的关注,指导实践的发展,也是非常有意义的。

自从余凌云同志 1991 年来到中国人民大学法学院宪法与行政法教研室学习起,就勤奋刻苦,笔耕不辍,而且治学态度严谨,在学习期间就已经在《法学研究》等刊物上发表了多篇学术论文。1997 年博士毕业后分配到公安大学法律系工作,教学效果和科研成果都比较突出,受到师生的

好评。我是一直看着他成长的，作为他的导师，看到余凌云同志这几年在行政法界逐渐脱颖而出、成为一位非常有前途的青年学者，我感到很欣慰。希望他今后继续努力，“百尺竿头，更进一步”。故作以上数语为序。

1999年12月22日



二版自序

《行政契约论》出版之后，于2005年初获得了首届中国青年法律学术奖（法鼎奖）之银鼎奖，这对我无疑是一个巨大的鼓舞，我也衷心感谢各位评委专家和广大读者、同行、老师、朋友的支持和鼓励。2003年我回国之后申请下来一个教育部优秀青年教师资助计划项目“契约规制的理论与实践”（2003—2005），想就此进一步研究行政契约问题。思虑再三，感到行政契约理论进一步推进的方向应该有两个：

一是解决行政契约能否进入行政诉讼以及如何审查问题。这个问题实际上又会牵扯到整个行政契约理论，特别是行政契约概念能否成立等问题。假如行政契约纠纷能够从司法审查或者行政诉讼角度解决，我们能够论证这种解