

行政合同的基本特性

朱新力

(浙江大学 法律系, 浙江 杭州 310028)

[摘要] 行政合同是行政主体为直接实现行政的目的或单纯为行政事务与他方订立的合同。在行政主体合同权利的限制、行政主体在合同中的特权、合同的瑕疵与救济方面, 行政合同均存在有别于普通合同的特性。这些特性意味着行政合同具备自身存在的理论基础和实践价值。

[关键词] 行政合同 权利限制 特权 公法救济

[中图分类号] D912.1 [文献标识码] A [文章编号] 1008-942X(2002)02-0016-09

一、问题的提出

《中华人民共和国合同法》^①终究没有给行政合同^②留下一席之地。该法第 2 条、第 3 条宣布: 本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。合同当事人的法律地位平等, 一方不得将自己的意志强加给对方。在统一《合同法》的起草过程中, 行政法学者曾强烈建议将行政合同纳入合同法的调整范围, 单列一章, 甚至一条也行^③。为了赢得行政合同在《合同法》中的一定地位, 中国法学会行政法研究会于 1997 年专门召开研讨会讨论这一主题^④。单方面的热情并未获得以私法学者为班底的《合同法》起草小组的认同, 颇具代表性的私法学者梁慧星教授即质疑: “什么是行政合同, 中国现实中有没有行政合同, 哪些属于行政合同? ……如果说有所谓的行政合同的话, 只能存在于行政权力使用领域, 属于行政法律关系。”^{[1] p. 55} 如此尴尬的局面迫使行政法学界必须拿出足够的“证据”证明学者孜孜追求的行政合同自身存在别具特色的理论。4 年之后的 2001 年 9 月 8 日至 9 日, 行政契约(包括政府采购)又一次成为在南京召开的第五届海峡两岸行政法学术研讨会的两个主题之一, 与会的两岸学者就行政契约法主要适用问题、行政契约中行政机关的特权、行政契约作为双方行政行为的特色、政府采购立法等问题展开了充分讨论^⑤。本文的写作希冀再一次证明行政合同具备自身独特的理论。

[收稿日期] 2001-09-30

[作者简介] 朱新力(1965-)男, 浙江桐庐人, 浙江大学法学院教授, 主要研究行政法学。

- ① 该法于 1999 年 3 月 15 日经第九届全国人民代表大会第二次会议审议通过, 自 1999 年 10 月 1 日起施行。
- ② 贺卫方在其《“契约”与“合同”的辨析》(载《法学研究》1992 年第 2 期)一文中认为, 中国古时, 合同只是契约的一种, 用合同代替契约是概念误导, 不利于术语的国际接轨。为方便讨论, 本文仍运用已约定俗成的合同即契约的概念。
- ③ 参见应松年《行政合同不可忽视》载《法制日报》1997 年 6 月 9 日第 1 版; 中国法学会行政法研究会《建议把行政合同列入合同法》载《法学研究动态》第 7 期。
- ④ 详见张步洪《中国行政法学前沿问题报告》, 第 45-69 页, 中国法制出版社 1999 年版。有意思的是, 讨论会上有行政法学者当面挑战: “请各位行政法学者举一个典型的行政合同例, 我不相信用民事合同原理不能解决?”此言一出, 当时在场的小组讨论成员竟然无人应战。我猜想, 无人应战是出于礼节, 而不是就范。笔者当时即在会场, 心里很不服气, 但因年少才浅, 不敢造次。进一步的证据是 20 世纪 90 年代之后的大陆行政法教科书中行政合同基本上处在单列一章的隆重地位。
- ⑤ 详见 2001 年海峡两岸行政法研讨会论文, 黄锦堂《行政契约法主要适用问题之研究》; 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》; 傅士诚《行政契约中行政机关特权的一般分析》; 杨解君《论契约在行政中的应用》; 于安《中国大陆的政府采购及其立法》等。

二、域外制度与理论的启示

运用合同方式管理国家事务是现代国家一个日见增长的现象,尽管行政主体有时不得不利用命令方式完成行政任务,但很多的时候,行政主体是用富有弹性的合同方式来代替生硬的命令完成行政任务,这样做既为迎合现代行政民主观念的更新——被管理方与管理方具有更趋平衡的地位,增加被管理方在行政中的参与民主,也为提高行政效益。主要基于历史的原因,两大法系在运用合同方式完成行政职能的发展过程中逐渐产生了两种理论及其处理对策。处英美法系首席代表地位的英国理论与实务认为^①:既然行政机关旨在利用合同实现行政职能,它就应该遵守一般合同法的规则,行政机关因为公共利益的需要如果要在合同中享有特别权力必须在合同条款中明确规定。尽管如此,行政机关在签订行政合同时仍受许多特别规则限制,在缔约的权力、缔约的程序、合同的内容、合同的效力等方面,行政机关有时享有普通合同当事人不享有的“特权”,有时又承担普通合同当事人无需承担的义务和责任。因此,英国至今仍未形成一套独特的,即完全不同或根本上有别于普通合同的行政合同理论和立法。根据王名扬教授的考证,造成此种局面主要缘于英国行政法的特点。由于革命时期主要受理公法诉讼的星法院因保护官吏特权而臭名昭著,造成英国人把特别的行政法庭(法院)当作行政机关专横权力的象征,相反,资产阶级革命时期普通法院与议会结合与国王斗争的光荣历史,使英国人相信普通法院才是公民自由与权利的保护神,是维持英国法治的最好工具。革命胜利之后,普通法院在英国取得了统一执掌司法权的地位,它管辖行政、民事和刑事三大诉讼,在受理行政诉讼案件时原则上适用一般的法律规则,当然这并不排除适用行政法上的特别规则。英国不成文法的比例很高,许多行政法上的特别规则都由判例产生,由于普通法院的上述特点,英国的判例始终未能造就出一套完整的行政合同理论。

与英美法系大相径庭,大陆法系许多国家有非常独特并内容饱满的行政合同理论。这种理论或产生于判例,或由立法作出明确规定。从合同的缔结到合同的变更与解除,从行政主体对合同单方的指挥权、强迫对方履行权到相对人一方获得补偿的特权,从行政合同的容许性到合同的无效等关系合同的方方面面,大陆法系代表国几乎都存在一套不同于普通合同(私法合同)的规则。更有特点的是,大陆法系国家通常有独立的行政法院系统,专门受理行政案件,行政机关签订的合同因内容的公、私法性质被归为公法合同和私法合同,其中因公法合同引起的争议受行政法院特别管辖,而行政法院又适用于不同于私法的自成体系的行政法律审理行政案件,行政合同的独特性因此获得大规模加强。在法国,行政合同的系统理论甚至主要依赖行政法院的判例产生。^②值得注意的是,总体上存在系统行政合同理论的大陆法系各国,因历史条件、社会环境、行政技术等因素的影响,在内容上并不一致,有些方面还存在巨大差别,法国和德国是其中的典型代表。

法国法与德国法最大的不同是,两国行政合同中,行政主体享有的特权差别极大。由于缔结行政合同意在满足公共利益的需要,法国行政法院的判例赋予行政主体一方广泛的保障合同履行和终止的特权。当然,这种特权又以维持对方当事人的经济利益为平衡点。德国法有同样的理由通过立法赋予行政主体一方特权,但此类特权并没有法国行政主体如此广泛。德国行政主体在行政

^① 在美国,行政合同不仅包括以政府在采购和劳务中为一方当事人的政府合同,更包括行政机关在行政管理中大量使用的以服务行政目的或解决行政纠纷的合同手段。美国的行政程序鼓励双方尽量采取协商方法解决问题。美国法中有所谓“替代性纠纷解决途径”就是一个广泛运用于纠纷解决的契约性行为。

^② 限于篇幅,这里省略讨论大陆法系行政合同独特理论产生的历史背景以及与行政法院之间的因果联系。有兴趣的读者可参阅下列书籍:王名扬《法国行政法》,中国政法大学出版社1989年版[印]赛夫(M. P. Singh)著,周伟译《德国行政法——普通法分析》,五南图书出版公司1991年版。

合同履行过程中,除拥有“为防止或消灭对公共福利的严重损害”^①单方撤销合同的特权外,它并不拥有法国行政主体对合同履行的单方指挥监督权、单方变更合同标的权、对对方当事人的直接制裁权,即使单方解约权,也受到比法国法更为严格的条件限制。有意思的是,葡萄牙行政程序法典把类似于法国行政合同中由判例创造的行政主体一方的特权几乎全部规定在它的第 180 条“行政当局的权力”中。^②这不是巧合,而是葡萄牙借鉴法国行政合同理论的结果。^③

要对上述两大法系不同的行政合同理论作出优劣评价并非易事,如果我们同意霍姆斯“法律的生命不在逻辑,而在经验”的名言,我们就不难发现,两大法系不同的处理态度有其深刻的历史背景和技术背景,虽然观念上虚构的英国法与法国法严重对立并不存在,但两大法系各自对行政合同的处理态度并非没有存在空间。不过,在学术讨论中,我们已经看到英国行政契约理论的某些缺陷和未定状态,而其中的大部分在大陆法系各国已有了成熟的解决方案。比如,如果撤销一个合同对防止或消除某种对社会一般福利的严重危害是必需的,在任何时候,德国和法国的行政机关一方都拥有单方面撤销合同的权力,这在法国由判例确立,在德国则由立法直接规定,但在普通法中,行政主体的这种权力之所以被承认,是根据行政的必要性、不容反悔、外交事务以及缔结合同的无拘束的自由裁量权等含糊不清的学说(2 [p. 130])。再比如,印度的赛夫(M. P. Singh)先生认为,要说明普通法在何种程度上引进德国行政合同的观念并非易事,但在规定国家在行政合同中行使特权的情况下,给对方当事人的补偿方面,普通法系还有很远的路要走(2 [p. 130])。再举一例,在英国,法律对合同的义务和行政机关法定的权力和义务发生抵触时,契约效力如何没有规定。曾有判例认为这是一个无效的契约,因为契约不能限制行政机关自由裁量权的行使,但这个原则适用范围并不明确,上议院的判例认为,这种情况下契约自始不成立没有法律根据,这一点表明,英国适用私法规则在公法合同中存在许多困难。更糟的是,如果此种情况下合同被确认无效,相对一方当事人的损失有可能得不到补偿,这不公平。正像王名扬教授评论的,在这种情况下,法国行政合同理论能兼顾双方利益,一方面承认行政主体不履行或单方变更合同的合法性;另一方面又承认对方因此造成的损失有取得赔偿的权利,这“正确地解决了公共机构在契约关系中双重地位的矛盾,远比英国理论更符合行政上的实际需要”^④。回过头来,我们不能不看到,英国意在最大限度保障契约自由和契约当事人地位平等原则,至少在理论上更有利于合同行政民主性的实现,它在经济性行政合同领域意义尤其深远。另一方面,由具体合同条款确立行政主体特权的做法虽然机械,但对不同种类的行政合同规定行政主体不同的特权则极富灵活性。相比之下,德国法更加技巧,行政程序法除规定一系列不同于普通合同的行政合同特别规则外,还专门为消除行政合同可能导致公共利益重大危害的隐患,赋予行政主体单方解约权。行政主体普遍的单方解约特权明显可以给公共利益提供最低限度的有效保障。再观法国法,判例在要求合同一方的行政主体遵守必要的限制外,另一方面又赋予国家(通过行政主体)对行政合同采取全面控制的特权,这样做虽能有效实现行政目的、完成行政任务,但也可能产生合同行政民主性减弱、国家财富不当流失的副作用。对正在进行行政合同法治建设的中国来说,以德国法为基础,兼收并蓄两大法系行政合同理论的某些优点恐为良策,笔者不同意国内许多学者全面照搬法国行政合同理论模式的倾向。

以上讨论获得的另一个结论是:无论英美法系,还是大陆法系都有行政合同理论,虽然理论各

① 1976 年颁布的《联邦德国行政程序法》第 60 条,目前该法仍适用于德国。

② 详见 1991 年 11 月 15 日颁布,经 1996 年 1 月 31 日修改的《葡萄牙行政程序法典》第 180 条,载《行政法学研究》1997 年第 1 期。

③ 法国行政法理论对欧洲大陆有十分巨大的影响。见 [英] L. Neville Brown Obe and John S. Bell, *French Administrative Law*, (Clarendon Press Oxford 1993), Ch10.

④ 详见王名扬著《英国行政法》,中国政法大学出版社 1987 年版。

有特色,但多少反映出行政合同概念存在的必要,与普通合同相比,行政合同的确有许多特殊性。那么,行政合同究竟有哪些独具特色的性格?笔者认为,行政合同是行政主体为直接实现行政的目的或单纯为行政事务与他方订立的合同^①。德国根据当事人地位是否平等,将行政合同分为对等合同和从属合同二类,而从属合同又分为和解合同和双务合同两种^②。中国传统行政合同理论仅注意行政合同种类,不注重行政合同类型分析。笔者认为,行政合同类型除可类推普通合同的种类划分外,还可以以合同权利义务的性质为标准进行划分。

如从相对人一方义务的法定性与否,可将行政主体与相对人之间订立的行政合同分为法定义务型和非法定义务型两类。^③再如,根据中国行政主体肩负广泛的经济性行政任务的特点,我们可以把行政合同分为经济性行政合同和非经济性行政合同。最近有学者受域外同类法律制度的启示,根据各个领域具体特点,把行政合同初步构想为下列三类:行政组织法上的合同,如政府雇员合同、政府采购合同、行政委托合同、行政机关内部责任书等;行政活动上的合同,主要适用于规制行政和给付行政领域,如许可管制中的契约、治安管理中的担保协议、房屋拆迁协议、奖励承诺、给付合同等;行政争议上的合同,指当行政机关与相对人发生争议时,为化解纠纷、降低成本、追求效率,以“和解”合同解决。^④

三、行政主体合同权利的限制

以往,中国学者通常把行政主体在合同中的特权作为讨论重点,实际上,行政主体在合同中的权利限制也是行政合同的重要特点,这种限制在缔结合同的权限、程序、形式等多方面都有表现。限制的根据主要是依法行政原理、比例行政原则和行政主体在行政合同中公共利益代表人的角色身份。具体而言,行政主体在合同中的权利限制主要表现为:

选择对方当事人的限制。普通合同中的契约自由原则包含着选择对方当事人的自由。但是,行政合同中由于行政主体一方是公共利益的代表人,为保证行政相对人在公平竞争的环境中获取国家的契约利益,防止行政主体在缔结合同时营私舞弊和浪费,各国法律或判例通常规定了选择合同对方当事人自由的限制。葡萄牙行政程序法典规定,除规范公共开支运用的法规或特别法中有保留外,行政合同的订立应先经过公开招标,行政主体应接受符合法律所定的一般要件的任何实体参与公开招标等^⑤。法国法律既规定招标、邀请发价和直接磋商是行政合同中行政主体选择对方当事人的主要方式,同时也规定某些合同特别运用的方式。在缔约的程序上,英国地方政府所制定的法规和财政部的规章常常规定某些合同特别运用的方式,如公共招标。在我国,由于人际关系网特别复杂,为防行政主体借合同之订立,营舞弊之实,确有必要由法律规定较为公平的选择对方当

① 有意思的是,我国台湾通说认为,行政可以缔结私法契约,也可以缔结公法契约。区分两者的实益是救济法院的选定和行政程序法是否适用。麻烦的是,像公立学校聘任老师等究竟属公法抑或私法契约,学术观点极其混乱,主要有法规主体法、修正的法规主体法和综合考察法。最近,许宗力教授主张,与其运用各种不易把握的特性,不如直接采用行为主体法,即一切契约,只要有行政机关参与为契约当事人者,无论有没有法规依据,都一律定为公法契约。因为,私法契约毕竟建立在私法自治基础上,国家不是基本权主体,不能主张自由发展的人格权,因而不能主张私法自治。再者,即使承认国家可以从事私法活动,也不能免于公法原理原则的拘束(详见许宗力《双方行政行为——以非正式协商、协定与行政契约为中心》,海峡两岸行政法学术研讨会(2001年,南京)论文)。

② 哈特穆特·毛雷尔认为,对等合同也可以再分为和解合同和双务合同两类。见[德]哈特穆特·毛雷尔著,高家伟译:《行政法学总论》,第355-357页,法律出版社2000年版。

③ 详见拙著《行政法基本原理》第213页,浙江大学出版社1995年版。台湾黄锦堂学者也有类似之分类。他说行政合同大约可分为两类,针对个案加以处置从而取代行政处分者为一类,另一类是援引私人参与履行行政任务者。见黄锦堂《行政契约法主要适用问题之研究》,海峡两岸行政法学术研讨会(2001年,南京)论文。

④ 参见杨解君《契约在行政中的应用》,海峡两岸第五届行政法学术研讨会(2001年,南京)论文。

⑤ 详见《葡萄牙行政程序法典》第182条和第183条,其译文载《行政法学研究》1997年第1期。

事人的方式,比如公开招标等。然而,由于行政合同种类多样、性质各异,规定一种或几种缔约方式难免会有削足适履之感,明智的方式是像葡萄牙一样规定可供选择的若干缔约方式,并规定选择缔约方式的原则。如果有必要,具体法律也可规定某类合同的法定缔约方式。为提高合同内容的实质正确性和妥当性,我国台湾行政程序法草案起草小组专门设计了行政合同订立前选择性听证和义务性听证两种公正程序,并规定缔结的行政合同若以代替行政处分为目的,而该处分依法原应举行听证的,行政主体有履行听证的义务^①。这种方案颇有民主气息,大陆行政程序法制定时不无参考价值。另外,法国法律在考虑行政主体缔约限制权的同时,也考虑到行政职务性质的复杂性(例如,有些合同当事人需得到政府特别信任)而特别规定,行政主体在一定条件下有选择当事人的自由。如招标方式中,行政机关若对中标企业不满意,可不批准此次招标而举行第二次招标。笔者认为,对法治传统较薄弱的中国来说,这种方案不可取。

合同方式的限制。为提高合同的安定性,德国行政程序法明确规定除法律规定了其他形式之外,行政合同必须采用书面形式。葡萄牙行政程序法第 185 条也有类似规定。法国法律虽没有如此统一的规定,但法律也要求用招标方式缔结合同必须采取书面形式,一定金额以上的直接磋商合同也必须采用书面形式。按惯例,书面形式已是法国行政合同订立方式的大趋势^②。由于行政合同关系公共利益,从增强行政法律关系的稳定性和明确性考虑,要求行政主体订立合同时除法律另有规定外采用书面形式实有必要。至于合同格式等其他内容最好留给具体法律根据某类行政合同的特点加以规定,或由实务总结。当然,如果违反合同书面原则即归于无效,又恐产生相应的副作用。对此,德国法院曾有判例认为,基于诚信原则,任何一方当事人均不得以欠缺书面格式为理由否定契约效力。也可采纳台湾学者许宗力的一种设计,即行政合同不遵守书面原则,只限于严重违法时才构成无效^③。

行政主体缔约权能限制。行政主体是否必须有正面的法律根据方能缔结行政合同?这是一个久有争议的问题^④。按照依法行政原理,即行政主体进行行政行为必须有明显的法律根据,并且不能违背法律及其精神,在无正面法律根据时,行政主体似乎无缔结行政合同的权能。但是,依法行政原理针对的是权力行政,订立行政合同并不需要行政主体动用行政权,所以坚持订立行政合同必须有直接法律根据未免太过于机械。现在,无论是英美法系国家,还是大陆法系国家多数倾向此种观念。用葡萄牙行政程序法典第 179 条的表述就是:“行政机关在实现其所属的法人的职责时,可订立行政合同,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。”事实上,法律很少正面禁止运用合同方式行政,依照某类行政的性质、目的和意义不适合缔约合同的(如行政处罚、行政强制措施等),行政主体就无权用合同方式进行行政,尤其是用行政合同方式代替行政权力行为

① 详见许宗力《行政契约法概要》,收录于台湾行政院经建会健全经社法规工作小组 1990 年出版的《行政程序法之研究》。当时草案在行政合同程序上的立法精神已被正式生效的《行政程序法》吸收。

② 大陆法系国家中,行政合同的书面原则与普通契约中的契约形式自由原则具有明显的差别特征。有关契约形式自由问题可参阅姚新华《契约自由论》,载《比较法研究》1997 年第 1 期。

③ 参见许宗力《双方行政行为——以非正式协商、协定与行政契约为中心》,海峡两岸行政法学术研讨会(2001 年,南京)论文。

④ 比如室井力主编的《日本现代行政法》即认为,关于行政契约是否需要法律依据,如果认为它不侵害或限制国民的权利自由,而且是非权力行政,以此为由一般断定行政契约不需要法律依据,这是不妥的。现代社会,非权力行政也应接受宪法、法律指导,是否要有法律依据因契约种类不同而有不同。(该书由吴微翻译,中国政法大学出版社 1995 年版)按照台湾吴庚大法官归纳,大陆法系通常以行政契约的容许性为标题讨论此问题,大约有两种学说:一为除外说,即法律有排除缔结行政契约之规定外,行政机关得选择行政契约行为行政作用的方式;一为授权说,即行政契约受容许性之范围,以法律有明文规定者为限,法律无明文时行政机关不得与人民缔约从属性行政契约。吴庚:《行政契约之基本问题》,载《台大法学论丛》1978 年 7 卷 2 期。

的领域^①。在无反面禁止缔结行政合同进行行政的情况下,行政主体缔结行政合同仍要受下列限制:其一是各行政主体都能在自身法定权限范围内订立行政合同,超越权限的行政合同是无效合同。这里的权限既包括事务管辖权、地域管辖权和层级管辖权,也包括法律对权限所作的其他限制。如许多法律规定,行政机关在作出某个决定前事先应获得上级或其他行政主体同意。其二是行政主体签订的合同不能违背现行法律。这里的法律既包括制定法,也包括习惯法和法的一般原则。比如诚实信用原则、平等对待原则等。这里的法律既包括实体法,也包括程序法。比如我国台湾行政程序法第138条即规定,行政合同当事人一方为人民时,依法应以甄选或其他竞争方式决定该当事人时,行政机关应事先公告当事人应具备的资格及决定程序。决定前,应给予参与竞争者表示意见的机会。其三是行政合同非经不利第三人同意不得订立^②。所谓不利第三人是指行政合同的订立将直接导致第三人法律上合法权益的不利影响。此为防止行政主体与对方当事人以订立合同的方式损害第三者。其四,合同不能限制行政主体法定的自由裁量权^③。其五,在美国甚至还有“不得不经审讯即禁止其继续这种合同”的限制^④。当然这对中国来说还存在一个怎样移植的问题。

四、行政主体在行政合同中的特权及其性质

所谓特权,是指在普通合同中当事人双方不可能享有的权力。法国行政法通过判例创造了行政主体最完整的特权,它包括(1)基于合同的对方当事人必须得到政府特别信任,行政主体否决合法招标权;(2)要求对方当事人本人履行合同义务权;(3)对合同履行的指挥权,包括对合同履行的监督控制权和具体执行措施的指挥权;(4)以补偿对方为前提的单方面变更合同标的权;(5)以补偿为前提的单方面解除合同权;(6)对对方当事人违反合同的制裁权,包括金钱制裁(违约金和损害赔偿)、强制手段(作用于当事人不履行义务时,由行政机关依职权采取措施实现合同所规定的义务)和无任何补偿地解除合同。更富特色的是,上述权力即使没有在合同中约定或法律明确规定,行政主体也当然享有。为弥补上述权力对契约自由原则和契约当事人权利义务对等原则的违反,法国行政法特别给予合同对方财政上的特殊顾惠,具体包括(1)行政主体为鼓励相对方确实履行契约义务,而赋予相对方在普通合同中不可能存在的特别待遇或支付酬金;(2)当行政主体在行使上述特权导致相对方负担增加时,对方当事人可获得统治者行为(也称“王之行为”)的补偿权;(3)

① 日本的和田英夫甚至断言“从理论上说,在以公权的发动为实体内容的行政作用领域中,行政契约是不可能成立的。”[日]和田英夫著,倪健民等译《现代行政法》,第214页,中国广播电视出版社1993年版。著名学者盐野宏分析,作为规制行政领域的公害防止协定,从历史上看,在公害法制不健全时,地方公共团体和企业缔结协定,以补充公害规制的欠缺;公害规制法健全后,作为对企业方面科处关于在制定法上没有规定的部分义务,或科处其内容比制定法的规定更为严厉的义务之手段而得以使用。在这种情况下,严格说违反了依法行政原理。但,也可以理解在这种情况下,不是行政对企业精神自由的限制,而是企业自我放弃部分活动的自由。另外,作为公害防止协定如有比法律规定更严的规则,并不能认为是通过契约创设公权力,其实效性只能通过民事方法解决。[日]盐野宏著,杨建顺译《行政法》,第138-140页,法律出版社1999年版。有关相对人同意造成法律约束松动的问题,毛雷尔总结出放弃的两个条件(1)有关法律地位本质上可以放弃(2)在具体案件中,放弃不违反不正当结合禁止。[德]哈特穆特·毛雷尔著,高家伟译《行政法学总论》第368页,法律出版社2000年版。

② 我国台湾行政程序法第104条规定,行政契约依约定内容履行将侵害第三人之权利者,应经第三人书面之同意,始生效力。对此,许宗力教授担心,实践中,像经济辅助契约,以第三人同意为契约生效要件,恐怕会使契约缔结人产生畏难情绪,因受辅助人的每一个竞争者都是权利受影响的第三人。见许宗力《双方行政行为——以非正式协商、协定与行政契约为中心》,海峡两岸行政法学术研讨会(2001年,南京)论文。

③ 这一限制由英国的“安菲特莱特案”判例确立,更早的判例可见1883年埃尔海港管理局诉奥斯瓦尔德案。该规则对各国行政合同中行政主体权力限制具有普遍意义。上述判例见松年等主编《中外行政诉案例选评》第214-216页和第225-227页,中国政法大学出版社1989年版。

④ 参见[美]伯纳德·施瓦茨著,徐炳译《行政法》第五章,群众出版社1986年版。

合同履行中如果发生双方当事人行为以外的不可预见的情况,对方当事人可获得不可预见情况的补偿权。这种不可预见情况既包括战争、自然灾害、货币贬值、经济危机等事实引起的经济风险,也包括合同双方当事人以外的其他行政主体的行为引起的损失,当然它不是一般的经济风波,也不是签订合同时双方可以预见的其他事实。英国没有像法国行政主体在行政合同中如此全面的特权,但是,出于实际的需要,政府部门有时会通过规定某些合同制定原则,甚至合同标准格式或条款,要求行政主体订立合同时遵守,这其中的有些条款或原则意在使政府取得某些特别权力,如政府单方变更权、单方解除权、对合同履行的指挥监督权等。值得注意的是,这些特别权力只有在具体合同中有规定,行政主体才能享有。德国是较早用法律建构行政合同制度的国家,从其行政程序法第四章“公法上的契约”的有关规定看,德国行政合同中行政主体一方法定的特权似乎只有一项,即行政主体为防止或除去对公共福利的重大损失,可以单方终止行政合同。仅此“特权”在当时还颇受反对,认为它违背了契约当事人地位平等原则。以上英国法、法国法和德国法规定的行政主体特权的差异表明(1)特权多寡是一国的立法政策选择,但因行政主体在行政合同中代表公共利益,不赋予其一定“特权”,而仅遵守一般合同规则恐难实现行政效益的最大化。(2)当今社会,公共利益常常具有超越个人利益的需要,为了在行政合同行为中保障公共利益,法国采用直接、普通授予行政主体全面特权的方式解决。英国一方面采用迂回的授权方式给行政主体以特权,即像政府干预普通合同一样抽象给予行政主体特权,另一方面又通过行政主体特权必须在具体合同中规定方可承认的方式实现当事人双方地位平等的合同原则。德国在充分利用普通合同实现行政目的的同时,迫不得已授予行政主体一方唯一的合同单方终止特权。对正走向市场经济轨道的中国来说,照搬法国理论,既可能导致传统体制中计划经济合同某些弊端的复发,也可能有损行政合同意在树立使传统的行政命令关系最大可能地转变成具有相当平等地位的行政伙伴关系的初衷。全面借鉴英国理论,尽管可以保证即使行政主体一方享有特权也需经过双方当事人合意的过滤(指只有合同已经规定的特权才能成为合法特权),但是如此机械又如何实现保障公共利益的灵活性?照抄德国理论虽能确保行政合同以普通合同为基础的本质,但仅有单方解约权对种类繁多的行政合同来说也存在如何保障公共利益优先性问题。基于行政合同种类的差异,基于德、法、英三国的实际经验,笔者认为,在我国对所有行政合同的行政主体一方授予一揽子法国式“特权”并不合适,在仿效德国法情势变更原则中双方均有解约要求权和行政主体一方为公共福利享有单方解约权(以给对方公平补偿为前提^①)的规定后,效仿英国法由具体法律根据合同种类和需要授予法国式的大小不一的行政主体特权(当然不必像英国法一样特权只有经具体合同规定才能成立)是合适的^②。这样做既可防止特权过多的漏洞,也能克服特权过少的弊端^③。

谈到特权,我们不能不考察它的性质。古典普通合同强调意思自治和契约自由,被拿破仑称为“不会被任何东西摧毁并永远存在的《法国民法典》中,契约自由被认为是民法的三大原则之一。但是,20世纪以来,尤其二战以后,完全体现当事人双方意愿的古典合同特征已无法招架日益增长的社会矛盾和困境,契约自由正变成弱肉强食的工具。为此,有识之士开始用契约正义理论解决传统契约危机,社会意志通过国家立法和司法实践逐渐侵入合同领域。合同义务像侵权行为义务一样,不再是原本的惟合同人意志,而是建立在公平观念和国家政策基础之上的义务,国家通过引入诚实信用原则,情势变更原则,强制缔约,规定定型化契约等立法、司法方式实现社会对契约的最大

① 这是德国学理与判例创造的,并非制定法的规定。

② 至于因特权引起的不可归责于相对方的特别损失应予补偿,乃属当然之理。限于篇幅,这里暂不展开论述。

③ 当然,特权的真正运用仍掌握在行政主体手中,立法只能在总量上控制。

干预^①。行政合同可谓是在此种社会干预基础之上以公共利益优先为口号的更深层次的社会干预。行政合同中行政主体的特权正是在此基础上产生的。它与普通合同中的国家干预有非常不同的性质,后者的干预是为调整契约自由带来的不公平性、低效率性和混乱秩序,前者的特权则是为实现行政活动领域公共利益的优先。对行政主体来说,一方面,为保证行政的民主化(有的行政合同是为克服行政命令的不民主性、提高相对人行政地位而进行的)和效益性(有些行政合同是因为行政本身必须用合同方式完成才具有最大效益),它应该遵守普通合同的规则;另一方面为实现行政作为一种管理的本性和保障公共利益的目的,它又必须享有特权来解决普通合同这种自由行为方式带来的缺憾,于是行政主体一面被授权进行合同性的行政活动,另一面又被授予特权来克服合同行政的局限,行政主体因此在行政合同行为中具有双重身份。仔细考察特权,我们不难发现,普通合同中也存在类似的国家权力,但它是司法机关作为公断人的身份行使的权力,现在这些权力被立法或判例直接授予行政主体,而行政主体表面上通常正好是行政合同的一方当事人。理解这些可以:(1)使作为行政合同一方当事人的行政主体充分认识自身双重角色,以免导致不良行政。(2)理解为什么特权可由非合同当事人的其他行政主体行使。(3)理解特权不是一种必须行使的权力,当普通合同方式执行行政任务未遇公共利益障碍时,特权不必出面。(4)使相对方当事人明了作为对手的行政主体的双重身份,从而作出合理的行为反映。(5)解决长期困扰学术界和实务关于行政合同行为是否是行政行为的争论^②。如果把行政定义为行政主体行使行政权的行为,行政合同行为中只有行政主体行使特权时的行为才属行政行为,否则行政合同行为只能是无权性的行政活动。(6)为法院审理行政合同纠纷案件提供明晰的理论和立法根据,即属于特权引起的纠纷应适用行政法规范解决,关系行政主体权限等本属行政法范围的问题也应适用行政法规范裁判,其他的内容则应适用普通合同规则解决。

五、行政合同的瑕疵与救济

瑕疵表现。行政合同的瑕疵就是行政合同违法,违法行政合同行为的判断根据及其效果在各国判例、立法和理论处理上并不一致。英美法系认为,既然行政合同适用一般契约法规则,其违法判断依据当然是一般契约法上的违法判断依据。但是,基于行政合同中一方当事人的行政主体身份,行政合同的无效和其他违法的判断根据有时仍来源于行政规则。政府合同不能限制行政自由裁量权的原则正是英国法院根据行政法原理通过判例创造的,可惜,英美法系并未发展出一个体系完整、内容全面的行政合同瑕疵理论。大陆法系国家通常由立法或判例确立行政合同违法理论。葡萄牙行政程序法典规定了三种行政合同违法情形^③。德国行政程序法则规定了属于无效行政合同的种类^④。笔者认为,基于行政合同公私法混合性质,基于行政合同有超越普通合同的限制与特权,行政合同违法主要有三类:一是普通合同中按照法律规定的违法,比如一方欠缺行为能力订立合同;二是行政合同特殊于普通合同的法定条件被违反而产生的违法,如违反合同必须书面订立的法律规定的合同行为;三是行政主体违法行使特权导致的违法行政行为。

瑕疵效果。瑕疵效果问题在学理上颇有争议,德国行政程序法采一元化主义,认为行政合同违

① 这种历史变化在各国都有体现,有兴趣的读者可参阅下列文章:姚新华《契约自由论》,载《比较法研究》1997年第1期;[美]罗纳德·皮斯顿《美国合同法的当前发展趋势》,载《外国法译评》1995年第1期;汪晨《日本契约法的现状与课题》,载《外国法译评》1995年第2期;尹田《法国民法上合同的司法变更原则》,载《外国法译评》1995年第4期等。

② 参见张永泉《行政合同行为是行政行为》,载《法学与实践》1992年第1期;田健《行政合同案件应适用行政诉讼程序》,载《行政审判疑难问题新论》,人民法院出版社1996年版。

③ 详见葡萄牙行政程序法典第185条。

④ 详见德国行政程序法第56条。

法在有效与无效之间,并无可撤销情形。此种立法政策曾遭学术界强烈反对,德国行政法院在实务中也不以瑕疵效果仅限无效一种的拘束,径直以行政处分的瑕疵效果理论取代一元论。笔者认为,无论普通合同,还是行政行为,它们违法的效果都不限于无效一种,因此瑕疵效果应根据上述瑕疵表现,追随普通合同和行政行为的瑕疵效果,细分为无效、可撤销、修正等多种形态。

救济。救济主要讨论行政合同纠纷应由何种法院以何种法律解决的问题。各国法律基本上都规定了法院对行政合同的审判管辖权。法国的行政合同纠纷是由行政法院依行政法上的原理进行审理的。日本把行政合同纠纷称为公法上的法律关系案件,适用行政案件诉讼法,由普通法院审理裁判。在德国,公法合同或行政合同属于行政法的内容,有关行政合同的争议受行政法院管辖。英美国家,虽形式上只有一套法院系统,但在行政合同案件中也考虑运用行政法上的特别规则作出裁判,如美国政府合同案件作为特许权案件一部分,应接受根据《联邦行政程序法》的规定进行的司法复审。在我国,理论界多数学者建议行政合同案件应由法院行政庭作为行政案件审理,其主要理论根据是行政合同是一种行政行为^①。但是,理论上的意见与最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》^②并不一致,该司法解释第 1 条有关具体行政行为是单方行为的规定似乎排除了行政合同案件适用行政诉讼法解决的可能性。笔者认为,由于行政合同中行政主体行使特权的行为属具体行政行为,所以最高法院司法解释并未排除行政合同中部分纠纷作为行政案件处理的可能性。行政合同中行政主体的行为可分解为权力行为和非权力行为的特点决定了行政合同纠纷归法院何种审判庭审理只能是一个立法政策选择问题,根据行政合同与普通合同有许多特征差异,尤其是行政主体一方拥有特权的特点,行政合同案件由法院行政庭根据行政诉讼法和民事诉讼法的相关规定审理最为合适,审理中的实体法依据应为相关的行政法规则和普通合同规则。这样归类的一个重要理由是:行政诉讼法多少脱胎于民事诉讼法,比起民事审判专家,行政审判专家更能把握行政合同的实质。

[参 考 文 献]

- [1] 梁慧星. 讨论合同法草案征求意见稿专家会上的争论 [A]. 法学前沿 第 2 辑 [C]. 北京: 法律出版社, 1998.
[2] 赛夫 (M. P. Singh). 德国行政法—普通法的分析 [M]. 台北: 五南图书出版公司, 1991.

[责任编辑 曾建林]

Basic Characteristics of the Administrative Contract

ZHU Xin-li

(Department of Law, Zhejiang University, Hangzhou 310028, China)

Abstract : An administrative contract is an agreement signed by an administrative body with other parties for direct administrative purposes or pure administrative affairs. It differs from an ordinary contract in its restrictions over and privileges for the administrative body as well as its allowance for contractual defects and remedies. These characteristics suggest the unique theoretical foundation and practical values of the administrative contract.

Key words : Key words : administrative contract ; restriction of rights ; privileges ; remedies in public law

① 这一理论的论证可参阅 张树义著《行政合同》的相关部分,中国政法大学出版社 1994 年版;田健《行政合同案件应适用行政诉讼程序》载《行政审判疑难问题新论》,人民法院出版社 1996 年版;余凌云《论行政契约的救济制度》《法学研究》1998 年第 2 期。

② 该《若干问题的意见》自 2000 年 3 月 10 日起已为《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》替换。新的司法解释对具体行政行为未作任何定义。