

中国行政合同法律制度： 体系、内容及其构建

江必新^{*}

摘 要 中国行政合同法律制度宜尽速构建的原因和根据在于：①行政合同在实践中客观、长期、普遍存在；②行政合同具有为现代行政所必需之独特功能；③法制缺位限制了行政合同的发展及其功能的发挥；④理论争议不是拒绝或推迟建立行政合同法律制度的理由。中国行政合同的建制应选择公法模式。在公法模式下，一个较完整的行政合同法律制度体系包括主体制度、权利制度、行为制度、责任制度和救济制度五个方面。

关 键 词 行政合同 法律制度 体系 内容 构建

在人类管理公共事务的历史上，先后有两种制度发挥了神奇的作用，一个是程序，一个是契约。程序的运用推开了法治文明的大门，实现了驯服统治者、把权力晒在阳光下的梦想，人类自此可以与恣意和专横的人治相揖别；〔1〕契约的运用则使人类找到了通往善治的阶梯，实现了治理方式的刚柔并举，使公民有序参与政治、〔2〕人人皆享治权在技术上成为可能，并可藉此破解“主仆关系”名实难符的千古难题。抉微钩沉，契约的观念与实践在人类社会发展的

^{*} 最高人民法院副院长，中南大学教授。本文系国家社科基金项目《预防腐败与〈行政程序法〉立法研究》（11BFX101）的阶段性研究成果。

〔1〕 “正是程序决定了法治与恣意的人治之间的基本区别。”美国大法官 William O. Douglas 的法谚可资佐证。“Justice William O. Douglas’s Comment in Joint Anti-Fascist Refugee Comm. v. McGrath”, See *United States Supreme Court Reports* (95 Law. Ed. Oct. 1950 Term), The Lawyers Co-operative Publishing Company, 1951, p. 858.

〔2〕 中共十七大报告指出：“坚持国家一切权力属于人民，从各个层次、各个领域扩大公民有序政治参与，最广泛的动员和组织人民依法管理国家事务和社会事务，管理经济和文化事业”，并将“扩大社会主义民主，更好保障人民权益和社会公平正义，公民政治参与有序扩大”明确作为实现全面建设小康社会奋斗目标的新要求之一。

各个阶段、领域和层面都可或清晰或隐约地呈现,实可作为认识人类生活样法〔3〕的一个重要面向,亦可作为穿越政治理论迷宫的一种理性力量。由契〔4〕而治,行政合同〔5〕是最为典型的实践形态。本文聚焦于此,拟以契约理念为据分析中国行政合同法律制度宜尽速建立的原因、根据、体系、内容和方式。

一、构建中国行政合同法律制度的原因和根据

行政合同是设立、变更、终止行政法律关系的合意。〔6〕行政合同法律制度是运用法律规范调整行政合同关系所形成的各种制度的总称。构建中国行政合同法律制度,首先要清除认同上的障碍,包括实践认同、理论认同和立法认同三个方面。现在看来,实践层面早已不排斥通过行政合同手段达成行政目的,理论上也可找到行政合同的生存空间,因此重点应放在通过实务素材的归纳整理和理论层面的缜密论证推进立法认同与法制确立。笔者认为,宜尽速构建中国行政合同法律制度的原因和根据在于:

(一)行政合同在实践中客观、长期、普遍存在

首先,行政合同在实践中客观存在。随着单方行政向契约化行政的转变,难以为私法原理和规范所调整的行政合同在行政管理中的实际应用已是不争的事实。例如,为推行计划生育基本国策,实践中运用了计划生育合同,成为“加强计划生育管理与服务工作的一项有效措施。”〔7〕又如,我国市政公用事业市场化进程中,主管部门通过与获得特许经营权的企业签订特许经营协议,“构建起了一个既鼓励私人投资又能维护公共利益的公私伙伴关系”。〔8〕类似的例子不胜枚举。可以说,通过行政合同达成行政目的,已经成为现代社会中行政主体不可不运用的一种法律手段。在制定《合同法》的过程中,部分学者对“中国现实中有没有行政合同”〔9〕提出了质疑,但客观来讲,那场争论的焦点是行政合同的性质和范围应当如何认识,以及“是否要由合同法调整”〔10〕的问题,而不是行政合同在客观上是否存在的问题。对部分学

〔3〕 梁漱溟先生说:“文化非别的,乃是人类生活的样法。”参见梁漱溟:《东西文化及其哲学》,商务印书馆1922年版,页24。

〔4〕 《说文解字》:“契,大约也。”《汉书》颜师古注:“约,要也,谓言契也。”

〔5〕 严格来讲,行政合同与行政契约是不完全相同的两个概念,但本文为论述方便,依学界通常做法,不作区分。

〔6〕 包括合意的表现形式。

〔7〕 张维庆(国家计生委主任):《关于规范计划生育合同管理的讲话》,2002年8月7日国家计划生育委员会办公厅转发。

〔8〕 宋华琳:“市政公用事业特许经营中的退出机制”,载余凌云主编:《全球时代下的行政契约》,清华大学出版社1998年版,页56。

〔9〕 梁慧星:“讨论合同法征求意见稿专家会议上的争论”,《法学前沿》第二辑,法律出版社1998年版。

〔10〕 王利明:“合同的概念与合同法的规范对象”,《法学前沿》第二辑,法律出版社1998年版。

者心中关于行政合同的“巨大问号”,^{〔11〕}现实已经给出了最雄辩的回答。

其次,行政合同在实践中长期存在。行政合同与民事合同的胶着状态导致我们难以精确锁定行政合同究竟滥觞于何时、何处。^{〔12〕}但一般认为,行政合同是我国改革开放的产物。^{〔13〕}中共十一届三中全会之后,在农村,农民通过行政合同获得了土地使用权,开创了农村生产经营承包责任制,实现了农业领域的巨大变革。中共十三大进一步明确提出:“无论哪种经营责任制,都要运用法律手段,以契约形式确定国家与企业、企业所有者与企业经营者之间的责权利关系。”从而把行政合同的实践扩展到工业、商业、交通运输、外贸、基建等其他领域。^{〔14〕}作为民主化与市场化两大潮流交互作用的产物,行政合同因具有与现代政府相契合的品格,得以在行政实践领域长期存在。

最后,行政合同在实践中普遍存在。行政合同的普遍性表现在:第一,它普遍存在于行政管理的各个领域,包括政府特许经营领域,国有土地使用权出让领域,国有资产承包经营、出售或者出租领域,政府采购领域,政策信贷领域,行政机关委托的科研、咨询领域等;第二,它已经发展出丰富多样的形态,包括行政协作合同、行政录用合同、公务执行合同、行政委托合同、特许经营合同、行政给付合同、行政捐赠合同、行政和解合同、征用征收补偿合同、损害赔偿合同、公务悬赏合同、公房租赁合同等;第三,它仍处于快速扩展的进程中。随着民主行政、给付行政的推进,行政合同的应用空间越来越大。而且,治安承包合同之类的行政合同的出现,表明行政合同正向传统认为不宜使用行政合同的领域(如干预行政领域)渗透。行政合同的普遍性意味着它已经成为一种常态性的行政行为,^{〔15〕}在行政实务中逐渐占有一席之地。

(二)行政合同具有为现代行政所必需之独特功能

行政法律关系的设立、变更、消灭,可以通过两种方式实现:一是基于法律规定;二是经由意思表示。经由意思表示设立、变更、消灭行政法律关系的情况,又可两分:一是行政主体以其单方意思表示设立、变更、消灭行政法律关系;二是行政法主体以各方一致的意思表示设立、变更、消灭行政法律关系。行政合同的本质,就是以一致的意思表示设立、变更、消灭行政法上的权利义务关系。

基于这个本质,行政合同所具有的功能可以概括为十个方面:①设权功能。即通过行政合同创设当事人的权利义务。法谚曰:“契约即当事人之间的法律。”法律具有设权功能,行政合

〔11〕 余凌云教授认为这是学者们“身处其境,却似在梦寐之中,不敢确认这个实在,更不敢触摸这个实在!”余凌云主编,见前注〔8〕,页2。

〔12〕 这是学界没有论及行政合同起源问题的根本原因。

〔13〕 参见应松年主编:《行政行为法——中国行政法制建设的理论与实践》,人民出版社1993年版,页594;刘莘:“行政合同刍议”,《中国法学》,1995年第5期;孙笑侠:“契约下的行政”,《比较法研究》1997年第3期;余凌云:《行政契约论》,中国人民大学出版社2000年版,页3—4。至于计划体制下,根据指令性计划签订的经济合同是否属于行政合同的范围,争议较大。应松年主编,同上注,页591。

〔14〕 应松年主编,见前注〔13〕,页594。

〔15〕 Val. Hoffmann—Riem/Schmidt—Aßmann (Hrsg.), Konflikt—Bewältigung durch Verhandlungen, 1990, S. 5.

同在一定限度内有与之相同的功能。^{〔16〕} ②保障功能。^{〔17〕} 即通过行政合同保护当事人及其他利害关系人权益。行政合同为当事人参与作出行政行为提供了机会,当行政相对人参与作出最终决定的过程受到保障时,其结果自然比未经行政相对人参与的行政行为更能保护其权益。③控权功能。即通过行政合同控制政府权力的设定、运行及扩张。控权功能主要体现在行政合同要求政府平等对待相对人、尊重相对人意志、重视相对人的权利,要求政府有信用和责任感。^{〔18〕} ④调和功能。即通过行政合同调和当事人之间的冲突。行政合同的内容较具弹性,更容易取得各方当事人需求的最大公约数,进而能调和利益冲突,降低达成行政目的的成本。⑤组织功能。即通过行政合同形成行政机构之间的协调关系。被称为当代政府主要构筑物的合同,是联系传统政府框架中互不协调部分的主要介质和填补国家机构漏洞的重要成分。^{〔19〕} ⑥替补功能。即通过行政合同替代或补充行政决定。由于行政合同也是达成行政目的的手段之一,行政主体在履行公务时多了一个可供选择的利器。⑦规范功能。即通过约定了当事人权利义务的行政合同的法律效力规制和约束当事人的行为。行政合同是当事人之间的“法律”,意味着行政合同具有相当于法律的效力,用以羁束和规范当事人的行为。⑧动员功能。即通过行政合同动员私人以其力量和资源协同行政主体达成行政目的。该功能使行政主体可以利用私人的力量和资源,而非仅仅其自身的力量和资源为大众创造福祉。⑨参与功能。即通过行政合同使行政相对人和其他利害关系人得以参与公共事务。行政合同的订立、履行需要行政主体与行政相对人以“等值”的意思表示就有关公务进行协商、谈判、订立方案、执行,这个互动的过程,也即行政相对人参与从事公务的过程。⑩效率功能。即通过行政合同提高政府活动的效率。一般认为行政决定的优势是效率,行政合同的优势是民主。实际上,行政合同在订立环节的优势是民主,在执行环节的优势是效率,总体上兼具民主与效率两种价值。

前述功能决定了行政合同是宣示现代行政理念^{〔20〕}不可或缺的重要载体,是推行现代行政政策不可或缺的基础平台,是管理现代行政事务不可或缺的基本方式,一言蔽之,是现代行政不可或缺的法律手段。^{〔21〕}

〔16〕 行政决定则因受制于“无法律即无行政”原则而在该功能上有所逊色。

〔17〕 Vgl. *Schmahl*, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag: Ein Weg zur Bürgernähe*, VR1984, S. 308ff..

〔18〕 孙笑侠教授认为,行政合同的本质,既是政府用来加强经济干预的手段,又是公民对政府权力进行限制的方式。孙笑侠,见前注〔13〕。

〔19〕 参见于安:《降低政府规制——经济全球化时代的行政法》,法律出版社2003年版,页138;王克稳:《政府合同研究》,苏州大学出版社2007年版,页25。

〔20〕 杨解君教授认为行政合同所能承载的理念包括平等理念、自由意志理念、诚信理念、义务责任理念以及和解理念,这几方面可以总称为契约理念。参见杨解君:《中国大陆行政法的革命——契约理念的确立及其展开》,元照出版公司2009年版。

〔21〕 根据德国和我国台湾地区的经验,凡属于复杂、非典型的案件,须倚重当事人知识与经验之领域,须取得当事人之协助或配合以完成执行之领域,及具有不同法律关系之领域,宜以行政合同为之。参见黄锦堂:“行政契约法主要适用问题之研究”,载台湾行政法学会主编:《行政契约法与新行政法》,元照出版公司2002年版,页33—34。

(三) 法制缺位限制了行政合同的发展及其功能的发挥

法制缺位的主要表现是:第一,立法机关尚未明确接受和使用“行政合同”这个概念,也未就与行政合同概念相对应的内容和问题进行系统立法;第二,行政合同应当适用的基本规则,在立法层面付之阙如;第三,对特定类型的行政合同(如国有土地出让、转让合同,政府采购合同)的立法,规范密度较低,关键问题语焉不详。

法制缺位已经成为影响行政合同自身发展及其功能发挥的瓶颈。首先,法制缺位使行政合同欠缺发展之基本条件。作为契约性要素和权力性要素的融合体以及私法与公法嫁接的成果,行政合同是原有制度体系中的不稳定因素和变革力量,“可能会产生诸多的变异”。〔22〕 如果不通过法制给其一个应有的名分,受到既存法制(如《行政诉讼法》、《政府采购法》)挤压的行政合同,只能作为行政创新实验在极小范围内存在,难以名正言顺地推广和持续应用,勉强为之将被视为违法。〔23〕 其次,法制缺位使行政合同的价值和作用无从施展。根据我国台湾地区的经验,“行政契约作为一种达成行政目的之手段,其功能之发挥,既需有学理上的论证、观念上的突破,亦需有立法上的建制”。缺少法制支持,行政合同在运作中往往“遁入私法”,损及公共利益和人民个体之利益。再次,法制缺位使行政合同的风险和弊端无法避免。行政合同不仅有正面价值和优势,也伴生着相应的风险和弊端。在日本应用行政合同的历史上,就曾出现“行政主体廉价出卖行政权”〔24〕的现象;而美国的实践证明,行政合同的广泛应用在某些情形下“会导致可怕的后果”,“使得政府能够通过委任逃避宪法审查”。〔25〕 这是因为,在制度缺位的情况下,行政合同的使用者就能通过合意违反或逃避法律规定,将直接当事人的满意凌驾于公益之上,谋取私利或转嫁公共责任,损害公共利益或第三人利益。〔26〕 最后,法制缺位阻碍了关联问题的妥当解决。制度之间具有相关性,行政合同制度缺失,负面作用也将殃及关联问题。例如《国有土地上房屋征收与补偿条例》第 25 条〔27〕规定的公用征收补偿协议是典型的行政合同,应适用公法规则。但按照现行行政诉讼制度,行政案件原被告两造恒定,尚无法

〔22〕 余凌云:“对行政契约的三点感悟”,载余凌云主编,见前注〔8〕,页 5。

〔23〕 由此导致不乏契约观念的张扬和契约政策工作的不断尝试,但是作为一种持续应用和可予司法审查的契约制度却是罕见的。

〔24〕 (日)南博方:《日本行政法》,杨建顺译,中国人民大学出版社 1988 年版,页 64。

〔25〕 (美)朱迪·弗里曼:“契约国家”,载(美)朱迪·弗里曼:《合作治理与新行政法》,毕洪海、陈标冲译,商务印书馆 2010 年版,页 494。

〔26〕 这种情况,在我国目前也现实存在,例如“由于深受国家改革开放方针和形象的影响,已经发生的水务、道路桥梁建设等合作型特许经营合同纠纷,极大地危及了国家利益的安全性,然而沿用的是民事合同制度的纠纷处理方式和思维观念,这是造成危及国家利益安定性的一个主因。”于立深:“中国行政合同制度的实践与发展——透过行政合同判例和法律文书的观察”,载余凌云主编,见前注〔8〕,页 41。

〔27〕 该条规定:“房屋征收部门与被征收人依照本条例的规定,就补偿方式、补偿金额和支付期限、用于产权调换房屋的地点和面积、搬迁费、临时安置费或者周转用房、停产停业损失、搬迁期限、过渡方式和过渡期限等事项,订立补偿协议。补偿协议订立后,一方当事人不履行补偿协议约定的义务的,另一方当事人可以依法提起诉讼。”

容纳“官告民”案件,且不能为法院所“完全管辖”,这必然会影响公用征收有关问题的解决。^{〔28〕}

(四)理论争议不是拒绝或推迟建立行政合同法律制度的理由

立法需要理论上做充分准备,但并不要求达成理论共识(即便是基本共识)。理论共识与法制构建之间是互促关系而非先后关系,不能以一方作为另一方的前提。从经验来看,理论争议较大的问题,有时恰恰需要立法建制来结束或减少争议。在德国,对于能否以合同方式形成行政法律关系的争论一直持续到1976年《行政程序法》的公布实施,即为适例。^{〔29〕}就德国行政合同立法而言,需汲取的教训则是,“德国联邦行政程序法立法时对行政合同之相关规定,不但呈现片段之情形,且留下许多解释上和立法政策上之疑问,而且自宪法角度言,亦不无缺失。此均为可理解之现象,盖立法当时或甚至更早以前,行政法学毕竟较为封闭,集中讨论行政契约之合法性,而未进一步讨论其‘形成性’,尤其行政合同如何进一步形成有关之议题”。^{〔30〕}因此,两个方面都要强调:一是不能因有关问题尚无定论而拒绝或推迟立法;二是不能因有证成行政合同的现实任务而忽略制度的内在构造。

二、中国行政合同建制模式之选择

公私法二分是中国法律体系事实上所使用的一项法律技术。行政合同作为行政性要素与契约性要素的融合体,如何嵌入以公私法二分为基础的法秩序,是一个为获得相应便利而不得不承受的负担。归纳起来,可供选择的解决方案有三种:一是私法模式,即通过私法规则调整行政合同关系;二是公法模式,即通过公法规则调整行政合同关系;三是拆分模式,即拆分行政合同中的行政性要素与契约性要素,用公法规则调整其中的行政性要素,用私法规则调整其中的契约性要素。中国行政合同的建制应选择公法模式,理由如下:

第一,行政合同关系本质上是一种应由公法规则调整的行政关系。从所处领域看,

〔28〕 关于《国有土地上房屋征收与补偿条例》第25条中规定的“补偿协议”,有人认为属于民事合同,主要有两个理由:一是“行政合同”的提法没有法律依据;二是如果认定属于行政合同,“官告民”的纠纷在现有制度框架下解决不了。实际上,这两个理由都不能成立。“行政合同”虽然还不是一个法律用语,但国务院和最高人民法院的正式文件里都已经使用了这个概念。另外,因为没有配套救济制度就不承认其法律属性,是逻辑上的本末倒置。笔者认为,首先要承认其行政合同属性,并据此推动行政诉讼相关制度的改革。在改革前,仍可通过“民告官”模式消化大部分纠纷(即行政主体如欲救济其权利,可在法律允许的情况下通过其公权力行为而“自力救济”,从而把相关纠纷消解在既有的“民告官”模式中)。

〔29〕 当然,在德国,即便在相关法律规范已经存在数十年之久的今日,仍有部分学者提出对行政合同的怀疑,认为行政合同与民事合同无区分之必要。但这种意见已经日益式微。参见 Gunter Püttner, Wider den Öffentlichen-rechtlichen Vertrag Zwischen Staat und Bürger, DVBl 1982, S.122ff.

〔30〕 黄锦堂:“行政契约法主要适用问题之研究”,载台湾行政法学会主编,见前注〔21〕,页16。

行政合同发生在行政管理关系中,而非民商事领域;从活动目的看,行政合同的使用是为了增进社会福祉,而非增进个人利益(即便事实上可能确实增进了个人利益);从法律属性看,行政合同是一种可以取代或补充行政决定的法律行为,而非民事法律行为;从行为内容看,行政合同是直接执行公务的活动,而非单纯私人间事务之处置。据此可以判定,行政合同关系的本质是行政关系,而非民商事关系,应由公法规则调整。尽管行政合同中既含行政性要素,又含契约性要素,但细研之,契约只是形式和手段,行政才是实体和目的。所以,对行政合同而言,行政性是第一位的特征,契约性是第二位的特征。通过公法规则调整行政合同关系,抓住了问题的实质,反之则舍本逐末。

第二,公法模式相对于其他两种模式而言具有比较优势。与私法模式相比,公法模式的优势主要体现在两个方面:一是更能胜任监督权力、^[31]保障权利、平衡公私利益的任务。法律调整行政合同关系的活动是一个监督权力、保障权利、平衡公私利益^[32]的过程,公法规则对此更能胜任。尤其是我国尚处于依法治国的初级阶段,无关之行政权力擅自进入行政合同的情况并不罕见,通过行政合同损害人民权利的情况并不罕见,以“不正当连结”破坏对价给付之相当性原则的情况并不罕见,需要通过公法规则来监督公权力,保障私权利,平衡公私利益,而私法规则因欠缺相应的机制而力有不逮。二是更适合一并调整交织了公私要素的行政合同问题。在私法模式中,基于行政行为所具有的既决力,^[33]私法规则对行政合同的调整仅限于审查其无效性,此外则应予以尊重,从而使行政主体立于受特别保护的状态,过度加剧权利配置的倾斜性。而行政诉讼的权利倾斜性配置与行政程序恰好反向,可确保权利义务结构和格局总体上的平衡。通过行政诉讼处理行政合同纠纷的方式是在审查行政行为合法性的同时,一并解决与之有着内在关系的行政合同纠纷。^[34]简言之,对于融合了行政性和契约性两种要素的行政合同而言,其纠纷在公法框架内能够完全解决,在私法框架内只能部分解决。拆分模式是将行政合同的契约性要素与行政性要素剥离开,与契约性要素有关的问题由私法调整,与行政性要素有关的问题由公法调整。这种做法虽可看做一种将行政合同嵌入我国现行法律制度的努力,但是,行政合同是契约性要素与行政性要素的融合,而非简单拼加。从一个有机体中剥离出行政性要素或契约性要素,难以想象。这种削足适履的处理模式,无疑在解决

[31] 如前文提到的相互串通损害公共利益的情形。

[32] 在所有的政府合同中,都需要在公共利益——即正当使用纳税人所纳税款和确保公法政府合同制度的正当性(integrity)——与政府订立合同的另一方当事人之间的利益之间做出平衡。参见(美)Daniel J. Mitterhoff:“建构政府合同制度——以美国模式为例”,杨伟东、刘秀华译,《行政法学研究》2000年第4期。

[33] 既决力系指行政主体对有关事项作出决定后,应得到尊重,并以其作为裁决的事实要件,行政主体在后续程序中不得予以规避或为实质变更,其他主体不得作出与之相左或相冲突的决定或裁判。既决力包括跨程序拘束力、构成要件效力以及特定情形下的确认效力。

[34] 根据《若干解释》第97条的规定,人民法院审理行政案件,除依照《行政诉讼法》和本解释外,可以参照民事诉讼的有关规定。这为通过行政诉讼一并解决行政合同纠纷提供了程序保障。

了部分问题的同时引发了更多的问题，^{〔35〕}在简单化处理的同时使问题变得更加复杂，不宜提倡。

第三，反对使用公法模式调整行政合同关系的理由并不成立。反对的理由归纳起来主要有：其一，合同是专属于私法的法律技术；其二，私法模式更有利于保障人民个体之权益；其三，现行行政程序、行政救济制度与公法模式不相兼容。这三个理由都不能成立。首先，合同并不专属于私法。“契约不仅是私法的法律形态，而且也是公法的法律形态。”^{〔36〕}合同本质上是一种交换，它既可能是经济利益的交换，也可能是政治、社会或其他方面利益的交换，因此既可能被私法所调整，也可能被公法所调整。那种认为私法对合同具有独占性的观点，没有可靠依据。其次，公法模式而非私法模式更有利于保障人民个体之权益。与私法模式相比，公法模式不仅保护合同当事人的权益，而且保护第三人的合法权益；不仅保护经济性、人身性权益，而且保护行政性、政治性、社会性权益；不仅保护人民眼前利益，而且保护其长远利益、根本利益；不仅保护现实利益，而且保护“信赖利益”。据此，从保护的充分性上看，公法模式高于私法模式的保护程度。最后，因现行制度与公法模式不相容而否定公法模式无异于因噎废食。我国行政合同法律制度还没有建立起来，因此，对有关问题的讨论应站在立法的角度上看，考虑的应该是如何填补、修改、完善有关法律制度，而不能止步于现行制度的障碍面前。

第四，通过公法模式调整行政合同关系是我国行政和司法实践所采行的一般做法。在行政实务中，行政合同被国务院正式文件列为与行政规划、行政指导、行政许可等行政行为相并列的行为，^{〔37〕}在某些地方行政程序立法（例如《湖南省行政程序规定》）中甚至予以明确规定。在司法实践中，最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》事实上采用了广义上的行政行为概念，^{〔38〕}将双方行为也纳入其范畴，进而将行政合同纠纷案件纳入行政审判管辖范畴。2004年最高人民法院发布《关于规范行政案件案由的通知》，将“行政合同”明确列为一类行政案由。《最高人民法院公报》2007年第4期刊登“大庆市振富房地产开发有限公司与大庆市人民政府债务纠纷案”，该案从民事合同与行政合同的区分角度，进一步明确了行政合同应受公法调整的裁判规则。

第五，通过公法模式调整行政合同关系是大陆法系国家较为通行的做法。德、法、日

〔35〕 “行政契约中的其他行为怎么办？尤其是那些与行政机关变更或废止契约的行为有着内在关联的行为，在诉讼中是否一并审查？要是审查，就很可能审查到契约当事人是否存在先行违约的问题，这是否妥当？等等。”余凌云：“论对行政契约的司法审查”，《浙江学刊》2006年第1期。

〔36〕 （德）赫费：《政治的正义性》，庞学铨、李张林译，上海译文出版社1998年版，页388。

〔37〕 2004年3月22日国务院发布《全面推进依法行政实施纲要》，要求“充分发挥行政规划、行政指导、行政合同等方式的作用”。2004年6月28日，温家宝总理在《全面推进依法行政 努力建设法治政府》电视电话会议中再次重申：“对不需要行政许可但需要政府管理的事项，要强化间接管理和事后监督，充分发挥行政规划、行政指导、行政合同的作用。”

〔38〕 参见其第1条的规定。

本等国莫不如此。即便在非大陆法系的英国,虽然由普通法院审理行政合同案件,但法院在审理时也要根据行政合同是否涉及管理或公共规制来确定是否适用司法审查。^[39]

三、中国行政合同法律制度的体系和内容

中国行政法制孕育自以德国行政法鼻祖 Otto Mayer 的学说为蓝本的大陆法系传统行政法理论。因缺乏实务经验,以及未参考该理论体系的后续发展(尤其是其中去高权化部分),在构建时仍坚守行政法律关系属于权力关系,国家意思恒居单方支配地位等观点,认为“国家不得与私人订立合同”,^[40]以至于其制度安排与结构不能因应社会需求——特别是在当今所谓“官”民合作关系时代——从而有法制革故鼎新以兼容行政合同法律制度的任务。

笔者认为,一个较完整的行政合同法律制度体系,包括主体制度、权利制度、行为制度、责任制度和救济制度五个方面。

(一)主体制度

主体是第一要素,对主体的设计关涉整个制度的塑造。行政合同的主体制度由主体类型、主体资格和主体法律地位三个方面的内容构成。

其一,主体类型制度。行政合同可能有两个或多个当事人,但作为基础关系的始终是双方主体,可以归纳为行政主体与行政主体、行政主体与行政相对人、非行政主体与非行政主体三种类型:

第一,行政主体与行政主体。^[41]又可分为两种情况:一是无隶属关系的行政主体。无隶属关系的行政主体之间,为达成行政管理目的,可缔结行政事务合同、行政协助合同、行政边界协议、行政执法协作合同等。二是有隶属关系的行政主体之间。隶属关系意味着下级行政主体所具有的独立主体资格的克减(甚至在某些情况下的丧失),但这是

[39] Cf. P. P. Draig, *Administrative Law*, Sweet & Maxwell, 1994, pp. 567—568.

[40] Mayer, Zur Lehre vom öffentlich — rechtlichen Verträge, AOEV 3, S. 42 (1888), zitiert nach Cathrin Correll, Problemreiche und Möglichkeiten des öffentlich — rechtlichen Vertrags, DOE 1998, S 363 (366).

[41] 需要注意的是,行政机关或授权组织作为行政相对人与行政主体缔结的行政合同,属于行政主体与行政相对人之间缔结的行政合同,而不是行政主体与行政主体缔结的行政合同。此外,有一种观点认为,行政主体之间的合同不是行政合同,而是行政协定(参见应松年:《依法行政十讲》,中央文献出版社 2002 年版,页 118—119)。理由主要有两点:一是它不适用行政优益权并且不宜由法院管辖(刘莘,见前注[13]);二是行政法学主要研究行政主体与行政相对人之间的权利义务关系,而行政主体之间的协议基本上不涉及或不直接涉及相对人的权利义务(参见应松年、杨伟东编:《中国行政法学 20 年研究报告》,中国政法大学出版社 2008 年版,页 477)。这个观点是否正确?笔者认为,不能以对错来认定,关键在于行政合同如何界定。按照通说,行政合同是以合同的形式形成行政法上的权利义务关系,自然可以涵盖行政协定。行政优益权是部分(而非全部)行政合同所具有的特征,不能反过来作为识别行政合同的标尺。

相对的,由于上下级行政主体之间客观上存在着分权^[42],即便被隶属的行政主体也有相对独立的主体资格,可以为相对独立的意思表示,因此也有与上级行政主体缔结行政合同的空间。^[43]

第二,行政主体与行政相对人。也可分为两种情况:一是内部行政领域的行政主体与其所属的公务人员之间的行政合同;二是外部行政领域的行政主体与行政相对人之间的行政合同。对行政合同总体上持否定态度的我国部分民法学者,认为“行政合同的双方当事人必须是行政机关或者被授予行政权的团体(如中介机构、行业协会)”^[44],因此,行政主体与行政相对人之间不能缔结行政合同。这种观点主要是基于“行政主体与行政相对人只能缔结私法合同”的成见,未见有科学论据作为支撑。

第三,非行政主体与非行政主体。有两种针锋相对的观点:通说认为行政合同的当事人中,至少有一方是行政主体;而另一种观点则认为,非行政主体之间也能成立行政合同。孰是孰非,难下定论——即便在行政合同制度相对发达的德、法等国对此亦不无疑问。^[45]笔者认为,可从两个层面讨论:一是在现实层面上,我国行政主体包括行政机关和法律、法规、规章授权的组织,行政合同作为形成行政法上权利义务关系的合意,当然可由行政机关和法律、法规、规章授权的组织以外的具有公共事务管理职能的其他主体

[42] 《中华人民共和国宪法》第107条第1款规定:“县级以上地方各级人民政府依照法律规定的权限,管理本行政区域内的经济、教育、科学、文化、卫生、体育事业、城乡建设事业和财政、民政、公安、民族事务、司法行政、监察、计划生育等行政工作。”《中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》第55条第3款规定:“地方各级人民政府必须依法行使行政职权。”根据上述规定,法律、行政法规明确赋予地方人民政府的职权,县级以上地方各级人大及其常委会、县级以上地方各级人民政府不得擅自改变。这一点也为《全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会关于上级人大或政府是否有权将下级行政机关的职权上收的答复》所重申。

[43] 有一种源于法国的观点(在我国也有人主张)认为,一个公法人不能同时表达两种意思,将同属于一个公法人的机关间合意视为行政契约无异于承认有所谓自己与自己缔结的“单人契约”(B. Delcros, L'unité de la personnalité juridique de l'Etat, Paris, L.G.D.J., 1976, p.83 et s., cité par L. Richer, op. cit., p.11.).然而,这种严格立场与行政实务之发展不尽相符。学者亦指出将缔约能力与法律人格连结在一起,无疑是受到私法上“行为能力”概念的影响,在公法范畴里,应当由“权限”概念作为最重要的概念。换言之,只要享有法定权限,即可在权限范围内表达意思,缔结行政合同。参见陈淳文:“公法契约与私法契约之划分”,载台湾行政法学会主编,见前注[21],页148。

[44] 梁慧星:“中国统一合同法的起草”,《民商法论丛》第9卷,法律出版社1997年版,页29—30。

[45] 德国实务中承认私人间行政合同的情况,比如根据《建设法典》第110条的规定,需用土地人(私人)与拟被征收土地的所有人,在征收机关的组织下,就土地征收事项达成协议;又如根据《德国水利法》第95条的规定:“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,发生公法效力。”(有关争议请参阅 *Alfons Gern, Dertrag zwischen Praten über öffentlichlich Berechtigungen und Verpflichtungen*, 1977, passim.)在法国,根据王名扬先生的介绍,例外情况下,非行政主体之间也可成立行政合同,例如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,私人作为公法人的代理人和其他私人所签订的契约(参见王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社1988年版,页185)。

缔结,从而形成非行政主体之间的行政合同。〔46〕二是着眼未来,假设通过行政主体理论的发展将具有公共事务管理职能的其他主体纳入其范畴,那么,非行政主体之间还能缔结行政合同吗?应该说,原则上是不行的,但也不是没有例外。例外情形可分为形式上的非行政主体之间的行政合同和实质上的非行政主体之间的行政合同两类。形式上的非行政主体之间的行政合同又有两种情况:一种是非行政主体作为行政主体的代表与另一非行政主体缔结的合同;〔47〕另一种是订立行政合同的非行政主体并非真正的非行政主体,其“伪装”、“化身”、“傀儡”的状态具有极高的透明度,以至于常人一望便知其所为行为应直接归属于其背后的真正主角,即行政主体。〔48〕实质上的非行政主体之间的行政合同出现在所涉及事务具有极高的行政性的领域。〔49〕只要合同涉及该领域,不论其当事人是否有行政主体,都认为属于行政合同。〔50〕

其二,主体资格制度。主体资格是指行政合同主体需要具备的条件,凡具备所需条件者,为适格主体。行政主体作为行政合同主体需要满足的条件是:①行政合同中权利义务所涉事务属于行政主体的管辖范围。民事合同当事人超出经营范围所订立的合同原则上有效;〔51〕与此不同,超越事务管辖范围缔结的行政合同原则上无效。②行政主体对所涉事项拥有裁量空间,或所谓“处置余地”。只有拥有裁量空间的行政主体其活动才有可选择性,当裁量空间被压缩至零,行政活动不再具有可选择性,就失去了缔结行政合同的资格。行政相对人作为行政合同主体需要满足的条件是:①具有行政法上的权利能力和行为能力。权利能力是成为权利和义务载体的能力,行为能力是能够以自己的行为依法行使权利和承担义务的能力。②符合法律规定和行政主体依法确定的其他条件。

其三,主体法律地位制度。行政合同主体法律地位是行政合同当事人在法律所规范的行政合同关系中所处的位置,它用来表示权利和义务的相应程度。一种观点认为,行政合同存在于行政管理领域,其性质属于一种行政关系,双方的权利义务并不对等,因此双方的地位也无平等可言。甚至有学者认为,双方当事人主体地位是否平等是区分行政合同与民事合同的重要标准。另一种观点认为,〔52〕合同的本质是合意,而合意的基础是双方

〔46〕 例如社会行政主体缔结的行政合同。

〔47〕 法国称之为“委任契约”(le contrat de Mandat)。

〔48〕 Chen chwen—Wen les situations transparentes en droit administratiffrançais, Lille, Presses Universitaires du Septentrion 2001, pp.179 et ss.

〔49〕 在法国,称为“国家的本质性任务”领域。目前判例所承认的国家的本质性任务领域仍围绕在有关国有道路的工程合同上。

〔50〕 但需注意的一点是,就高度规制性行政业务之核心事项,一般认为不得成为行政合同的适用范围。

〔51〕 最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》第10条规定:“当事人超越经营范围订立合同,人民法院不因此认定合同无效。但违反国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营规定的除外。”

〔52〕 王克稳,见前注〔19〕,页32。

法律地位的平等。如果法律地位不平等,一方就能将自己的意志强加给另一方的情况,这是强制而非合同。严格来说,这两种观点都有失偏颇。行政合同可分为对等行政合同^[53]和不对等行政合同^[54]两种类型,不同类型行政合同其权利义务的相应程度不同,法律地位也因此而不同。前述两种观点明显针对的只是不对等行政合同。单就此而言,近年来在行政合同制度较为发达的法国以及其他一些西方国家确实出现了平等化的思潮和势头,但“平等化”倾向不等于普遍的“平等”,不足以据此主张不对等行政合同主体的法律地位应完全平等。况且行政合同只是达成行政合同、实现公共利益的一种手段,主体双方完全平等的法律地位虽值称道和向往,但在行政管理领域里往往无助于甚至有碍于行政目的和公共利益的实现。因此,笔者主张,在不对等行政合同中,应当容许行政主体与行政相对人之间根据公益重要程度等因素保持一种符合比例原则(必要的、适当的、相称的)的不对等法律地位的状态。

(二)权利制度

权利制度的作用在于配置权利。权利配置有两种方式:^[55]一种是制度化的方式或规则的方式;另一种是衡平的方式或个案的方式。相比之下,后一种方式较为不重视规则的一般性,过多受具体案件中具体事实的左右,因此不容易产生一般的、确定的法律上的权利概念和权利预期;而制度化的权利配置能够“以合乎情理的确定性证实一种预见”^[56],因此为当前中国行政合同实践所急需。

行政合同权利制度的核心问题是为主体配置权利。^[57]对等行政合同因当事人双方实力相当,其目标亦为同向,不需特别之配置。而就不对等行政合同的权利配置来说,一方面要考虑如何将行政相对人的目标加总为行政主体的目标,调动行政相对人的积极性,使行政主体的目标通过行政相对人的行为而实现,因此有必要在二者之间配置契约性的权利义务,以经济平衡为原则满足行政相对人的功利性需求,经此而增进公共福祉;另一方面,还要考虑如何确保行政合同所预期的特定行政目的的实现,并避免不对等行政合同所可能发生的种种弊端,如“出卖公权力”或利用公权力欺压行政合同相对人,因此有必要在二者之间配置行政性的权利义务,使行政主体在行政合同中具有主导性,同时受行政程序法之约束。^[58]行政主体作为合同当事人与公共事务管理职能承担者两种身份的混合,以及相应产生的契约性权利与行政性

[53] 主要在不具有隶属关系的行政主体之间签订。

[54] 德国和我国台湾地区称之为“隶属契约”。

[55] 参见苏力:“‘秋菊打官司’案、邱氏鼠药案和言论自由”,《法学研究》1996年第3期。

[56] See Benjamin Nathan Cardozo, *Selected Writings of Benjamin Nathan Cardozo*, Fallon Publication, 1974, p. 52.

[57] 哈佛法学院朱迪·弗里曼(Jody Freeman)教授指出:“契约的兴起与其说是昭示了政府的撤退,还不如说是国家在治理中的角色的重新配置。”弗里曼,见前注[25],页497。

[58] 一般认为这只是大陆法系的特色,实际上这种认识并不准确。例如在美国,政府采购合同虽然与商业合同具有明显的相似性,但在许多方面也具有明显的特殊性,比如允许任意终止合同、当政府违约时限制私人承包商可以获得救济措施等。

权利的交融,使不对等行政合同总体呈现出权利倾斜性配置之格局。〔59〕

契约性权利主要表现为:①对是否订立行政合同以及合同具体内容等有一定的选择权。〔60〕②行政相对人有根据其给付获得相应对价的权利、要求行政主体兑现承诺(如优惠政策)的权利,行政主体有根据合同要求相对人为或不为一定行为的权利。③因出现不可预见的重大情势变更,如依原约定显失公平,当事人一方可请求对方适当调整合同内容;如不能调整,有权终止合同。

对行政主体而言,其行政性权利包括:①对行政合同的履行有权进行指挥、检查和监督。〔61〕②在符合合同目的及维持经济平衡前提下有权单方变更给付内容。③为防止或免除对公共利益之重大损失,经适当说明理由并支付合理补偿,有权单方解除合同。④当出现不可预见的重大情势变更,如相对人依原约定显失公平,行政主体为维护公益,有权在补偿相对人损失后,命其继续履行原约定义务。⑤对不履行行政合同义务的相对人,可依法强制执行并科以处罚。⑥在行政合同内容不明确或存在分歧的情况下,有权进行解释。对行政相对人而言,其行政性权利包括:①行政参与权。②知情权,尤其有权要求行政主体对其单方变更、解除合同的行为说明理由。③陈述申辩权,尤其有权要求在行政决定影响其重要权益时举行听证。④有权获得必要的指导与协助。⑤有权要求保障其权利及信赖利益。⑥因维护公益或行政主体在行政合同关系外行使与行政合同有直接必要之关联的公权力,导致行政相对人在履行义务时显增费用或受其他不可预期的损失,有权要求行政主体补偿其损失。⑦有申请行政复议及提起行政诉讼的权利。⑧当行政主体违法行为侵犯其权利,有权获得赔偿。

(三)行为制度

行政合同是一种双方行政法律行为,与民事法律行为以及单方行政法律行为相比,对其研究尚为短板。行政合同行为制度主要包括行为成立、行为生效、行为有效、行为效力、行为消灭等方面的内容。

行政合同行为的成立是指行政合同符合一定条件即视为客观存在或具备行政合同质的规定性,它意味着行政合同订立过程的完成。行政合同行为因应不同类型而有竞争缔约、强制契约、协商缔约等订立方式之分(例如行政和解合同应以协商而非其他方式缔结),须遵循告知、听证、确认、签订、说明理由等程序性制度。行政合同行为的成立要件有一般和特殊两个方面的内容。仅就一般要件来说,包括以下几项:①主体要件,即除有法律许可之特殊情形外至少有一方缔约者为行政主体。〔62〕②标的要件,即具有涉及行政事务的标的(物或行为)。③内

〔59〕 为保障公益,在不对等行政合同中进行权利倾斜性配置是必要的,但应以必要为限。是否必要,要以比例原则为标尺。

〔60〕 “须经相对人同意的行政行为”是否属于行政合同?这类行为虽然行政相对人无选择内容的权利,但对是否作出该行为具有决定权,其意思表示在此时是与行政主体“等值”的,因此可应认定为行政合同之一种。

〔61〕 但不得对当事人履行合同造成妨碍。参见《湖南省行政程序规定》第97条。

〔62〕 私人之间成立行政合同仅为特例。

容要件,即具有执行公务的内容。④目的要件,即具有创设行政法上权利义务关系的效果意思。⑤意思表示要件,即具有一致的意思表示。⑥形式要件,即具有固定合意之载体。不具备成立要件的行政合同行为被称为行政合同行为不存在或假行政合同行为、非行政合同行为。

行政合同行为的生效是指已经成立的行政合同行为在符合特定条件时开始产生全部或部分法律效力。行政合同行为的生效容易与行政合同行为的有效混淆在一起,区分二者的要点是:生效是程序上的概念,有效是对实体的判断;生效是一个过程,有效则是一种状态;生效侧重于事实判断,有效侧重于法律价值判断;生效指向行政合同行为发生法律效力的时间问题,有效指向价值考量后的定性问题;生效的对应概念是不生效,有效的对应概念是无效。行政合同行为生效后,也会因不具备有效要件,依具体情形而溯及既往或非溯及既往地失去全部或部分效力。行政合同行为的生效要件包括:①前提要件,即行政合同行为业已成立。②形式要件,即行政合同当事人签字或者盖章。③特殊要件,即行政合同附款所设定的延缓条件成就或始期届至;行政合同损及第三人权利的,得到第三人书面同意;行政合同的订立需其他行政主体的批准、同意或会同办理的,已经取得批准或同意。^{〔63〕}④消极要件,即行政合同行为无明显且重大违法之情形。

行政合同行为的有效是指对已经成立的行政合同行为认可其对相关人具有相当于法律的效力。^{〔64〕}行政合同行为的有效要件包括:①主体要件,即主体适格。^{〔65〕}②标的要件,即标的确定并具有履行的可能性。③内容要件,即内容不违反法律及公共利益。④意思表示要件,即意思表示自愿真实。⑤程序要件,即符合法律规定的程序。⑥形式要件,即符合法律规定的形式。^{〔66〕}

依法成立的行政合同,对当事人具有法律约束力,当事人不得擅自变更或解除合同;行政合同生效后,当事人应当按照约定履行自己的义务。由此可将行政合同行为的效力分为行政合同行为成立后的法律约束力与行政合同行为生效后的合同效力。行政合同行为成立后的法律约束力主要包括:①存续力,即行政合同行为一经成立,非有法律上之原因,得以不可争议地以及不可变更地持续存在。②既决力,即行政合同行为成立后,所有主体都应当尊重,并以其作为其活动的事实要件,行政主体在后续程序中不得予以规避或为实质变更,其他主体不得作出与之相左或相冲突的行为。③协作力,即在行政合同行为成立但未生效的情况下,当事人负有促使其生效的义务,而不能消极作为或阻碍其生效。行政合同行为生效后的合同效力主要

〔63〕 特殊要件为不完全列举。

〔64〕 行政合同行为的有效与行政合同行为的合法是不同的两个概念,合法性只是效力判断的一个基准而非全部基准,是进行判断的重要条件而非充分条件,效力判断并非一个在合法性与效力之间进行简单比照的过程。

〔65〕 具体内容参见前文“主体资格制度”部分。

〔66〕 在制定行政程序法典的国家和地区,一般都规定行政合同的订立以书面形式为原则,以法定的其他形式为例外。如《德国行政程序法》第57条,《葡萄牙行政程序法》(1996年)第148条,我国台湾地区《行政程序法》第139条,《湖南省行政程序规定》第95条。

包括:①请求力,即当事人根据法律规定或约定直接向对方请求为或不为一定行为的效力。②实现力,即强制义务人履行合同以实现行政合同目标与内容的效力,该效力是当事人经合意将行政合同交付执行而获得的,^[67]但依法律规定或所涉事项之性质(如行政合同之履行直接关系到公众不可或缺之公共物品的供给时)得由行政机关直接行使强制执行权的不在此限。

行政合同行为的消灭是指行政合同行为因效力的终止而使其在法律上不复存在。行政合同行为消灭的情形包括:①因无效而消灭,即存在严重且明显瑕疵^[68]的行政合同行为因自始无效,经有权主体宣告或当事人直接“无视”而消灭。^[69]②因撤销而消灭,即存在瑕疵的行政合同行为因存在瑕疵,经有权主体撤销而消灭。③因解除而消灭,即已经生效但未消灭的行政合同,可基于当事人单方或双方一致的意思表示而解除,从而消灭。^[70]④因实现而消灭,即无瑕疵或有瑕疵但未被撤销的行政合同行为因内容得以实现或付款期限届满、付款条件满足而自然失效。

(四)责任制度

责任制度规范的是因违反行政合同的约定义务、附随义务以及法定义务而强制行为人为人承受的法律负担,它与权利制度、行为制度并立为行政合同法制之本体性制度,但也最易被忽视。行政合同责任在内容上由义务、归责和负担三部分组成,在结构上是顺次构成的立体关系。

行政合同责任根据不同标准可分为多种类型:①根据承担责任主体之不同,可分为行政主体责任与行政相对人责任。②根据责任准据之不同,可分为违法责任与违约责任。③根据责任性质之不同,可分为缔约责任、行政合同无效责任、有效行政合同的违约责任、行政合同中的侵权责任、后行政合同责任。④根据所适用法律之不同,可分为民事责任、行政责任和刑事责任。

严格地说,不同类型的行政合同责任,其归责原则、负担内容和责任构成大相径庭,

[67] 《德国行政程序法》第61条规定:“契约当事人得于第54条第2句所称之公法契约中订明,自愿接受立即强制执行。上述情形,官署应有官署长官、其一般代理人或由具有法官资格或具有《德国法官法》第110条第1句要件之公职人员代表之。”关于专业监督机关许可或同意之要求因过于严格,在德国已经被修改为专业监督机关之许可,只限于行政机关也自愿接受立即执行之情形。

[68] 有人将此总结为11种情形,可资参考。具体为:①行政主体与无行为能力的公民个人缔结契约的。②行政机关逾越事务管辖权或专属管辖权而缔结契约的。③行政主体与不具备行政法规范所规定的特别条件或资格的私人缔结契约的。④行政机关以欺诈、胁迫方式缔结契约的。⑤行政机关与私人恶意串通缔结契约的。⑥契约内容对任何人均属不能实现的。⑦契约之履行构成犯罪的。⑧契约内容违背公序良俗的。⑨契约形式不符合行政法特别规定的。⑩契约方式之采用违反明确的禁止性规定的;⑪契约具有其他明显且重大违法情形的(蔺耀昌:《行政契约效力研究》,法律出版社2010年版,页119)。

[69] 无效行政合同行为已经成立,也即完成了从无到有的过程,因此也有消灭问题。

[70] 单方解除的条件有:①因不可抗力致使行政合同不能履行的。②因法律法规的变更而使行政合同无法履行的。③契约当事人主观违约的。④为维护紧迫的公共利益而必须解除契约的。⑤法律法规规定的其他条件(蔺耀昌,见前注[68],页167)。

不宜笼而统之地概括。限于篇幅,本文仅对行政主体的违约责任、侵权责任、公平责任和担保责任做一分析。第一,违约责任。违约责任的构成要件是:①存在违约的事实。②对违约存在过错。③违约损及对方合法利益。行政主体承担违约责任的方式包括继续履行、解除合同、赔偿损失等。第二,侵权责任。侵权责任的构成要件是:①行使了公权力。②公权力的行使具有违法情形。③相对方合法利益受损。④违法行使公权力行为与损害结果之间具有因果关系。行政主体承担侵权责任的方式包括停止侵权、返还财产、恢复原状、金钱赔偿、消除影响、恢复名誉、赔礼道歉等。第三,公平责任。公平责任的构成要件是:①履行合同中发生了不可预见的情形。②行政相对人因不可预见的情形遭受重大经济损失。③相对人所受之损失不可归责于双方当事人。^[71]第四,担保责任。担保责任的设置是为了防止行政主体通过行政合同转嫁其责任,内容主要包括:①给付不中断的担保责任。②维护与促进竞争的担保责任。③持续性的合理价格与一定给付质量的担保责任。④权利保障义务及国家赔偿责任的承担。^[72]

(五)救济制度

救济制度的作用在于实现权利、落实责任、化解纠纷,它包括非诉救济和诉讼救济两方面的内容,^[73]其中处于主体地位的是行政仲裁制度、行政复议制度和行政诉讼制度。

行政仲裁主要适用于内部行政领域的行政合同纠纷,适例为行政聘任合同所产生的争议,可根据《公务员法》第100条、《劳动人事争议仲裁办案规则》第2条的规定向人事争议仲裁委员会申请仲裁。^[74]行政复议和行政诉讼主要适用于外部行政领域的行政合同纠纷。内部行政领域行政合同纠纷,涉及相对人重要权益的,也应逐渐突破“特别权力关系”的理论,允许相对人通过行政复议和行政诉讼等途径寻求救济。^[75]

[71] 王克稳,见前注[19],页159—174。

[72] 参见许宗力:“论行政任务的民营化”,载《当代公法新论》(中),元照出版公司2002年版,页606以下。

[73] 我国台湾地区学理上早有“行政契约”的概念,但因实务上缺乏救济途径,而遁入私法。直至2001年《行政程序法》施行以来,行政契约才能普遍适用于各个行政领域。

[74] 《公务员法》第100条规定:“国家建立人事争议仲裁制度。人事争议仲裁应当根据合法、公正、及时处理的原则,依法维护争议双方的合法权益。人事争议仲裁委员会根据需要设立。人事争议仲裁委员会由公务员主管部门的代表、聘用机关的代表、聘任制公务员的代表以及法律专家组成。聘任制公务员与所在机关之间因履行聘任合同发生争议的,可以自争议发生之日起六十日内向人事争议仲裁委员会申请仲裁。当事人对仲裁裁决不服的,可以自接到仲裁裁决书之日起十五日内向人民法院提起诉讼。仲裁裁决生效后,一方当事人不履行的,另一方当事人可以申请人民法院执行。”人力资源和社会保障部《劳动人事争议仲裁办案规则》第2条第(二)项的规定,“实施公务员法的机关与聘任制公务员之间、参照公务员法管理的机关(单位)与聘任工作人员之间因履行聘任合同发生的争议”由仲裁委员会仲裁。

[75] 关于内部行政合同的救济问题,可参见关保英:“论内部行政合同”,《比较法研究》2007年第6期。

四、中国行政合同建制之展望(代结语)

即便再不敏感的学者,似乎都能留意到行政法正在全球范围内发生一场结构性的变革。英国学者宣称:“在一个混合式行政的时代,在一个对公权力和私权利的创造性相互作用极其依赖的时代,合同乃行政法之核心。”^{〔76〕}中国学者认为,新行政法的特征是“公中有私、私中有公”。^{〔77〕}行政合同之建制,既是因应这个变革的行动,也是革故鼎新的结果。而经此推动治理方式之改良,政府角色之校正,公共福祉之增进,亦非不能设想。

在成文法国家,由司法机关创制法律解释性规则以“弥合法律织物的漏洞”、“熨平法律织物的褶皱”固然作用甚巨,但正如新分析实证主义法学创始人哈特在分析法律的概念时所归纳的,法律是“原生规则”(primary rules)和“派生规则”(secondary rules)的结合,后者虽仰赖司法,但前者则倚仗立法。对于我国行政合同立法来说,社会需求明显而巨大,实务和理论准备工作亦颇有基础,时机已经成熟,宜尽速开展。首选方案是在统一的行政程序法典中就行政合同的有关规则与其他行政行为一并规定。但虑及行政程序法典的出台尚无时间表,加之立法机关对行政合同某些问题或仍存疑,作为次选方案,可由国务院制定《行政合同条例》,先行先试,以观后效。而与之关联之行政复议、行政诉讼等制度亦有相应修订之必要,以无碍于行政合同法律制度的形成。^{〔78〕}

(责任编辑:章永乐)

〔76〕 (英)卡罗尔·哈洛、理查德·罗林斯:《法律与行政》,杨伟东等译,商务印书馆 2005 年版,页 554。

〔77〕 弗里曼,见前注〔25〕,页 5。

〔78〕 包括确立人民法院在行政合同案件审判中的完全管辖权,允许行政主体起诉,允许调解之适用,修订“行政机关负举证责任”的规则,丰富裁判方式等等。