

台湾地区行政契约理论之梳理

于立深*

摘要 在我国台湾地区,学者对行政契约理论研究保持了持久的历史连贯性思考,研究成果颇丰。对公权力领域何以存在契约,行政契约与行政处分、行政协定及私法契约的区分标准,行政契约的类型化和有名化构建,契约在现代公私合作中的法政策工具化运用,行政契约纠纷的法律适用和一般公法给付诉讼等问题,均做出了系统的理论解析,其成果影响了本地的行政契约行政执法和司法实践。我国台湾地区行政契约理论、制度与其自身的公法及私法体系之间,具有外国法源上的一致性,部门法之间也有内部协调性,这也为我国大陆地区的行政协议理论、制度如何形成一个自身自治的体系,提供了知识经验。

关键词 行政契约 私法契约 公权力 行政行为 行政诉讼

“行政契约”是德国、法国所代表的大陆法系之行政法的一个重要范畴。20世纪初,我国亦将行政契约概念写入教科书。1949年后,我国大陆地区中断了先前的行政法学脉络,1978年后重新续接行政契约观念和概念。1983年出版的统编行政法学教科书认为行政契约是“双方当事人为达某些不同的目的而互为意思表示,因其一致而成立的行政行为。”〔1〕虽然实务中行政契约案例不断涌现,但是直至2014年《行政诉讼法》修订时才首次以基础法律形式正式确立行政协议(契约)制度。

近40年来,有关行政契约的理论和制度备受争议,笔者觉得有必要梳理我国台湾地区的行政契约理论资源,这对厘清我国行政协议自身的理论和制度要点,纵深而连贯地认识中国行政契

* 东南大学法学院教授。本文系国家社科基金项目“行政相对人违法行为研究”(项目编号:14BFX147)、司法部项目“行政过程中的法定程序与正当程序研究”(项目编号:16SFB2016)以及吉林大学廉政建设专题“政府责任清单制度和究责机制研究”(项目编号:2016LZZ003)阶段性成果。

〔1〕 王珉灿主编:《行政法概要》,法律出版社1983年版,第99页。

约法文化具有特别的意义。基于行政契约理论素材的历史事实和学术的历史连续性,本文将我国1949年之前的行政契约理论研究,放入我国台湾地区行政契约研究之中,以期较完整地展示我国行政契约理论研究的百年知识脉络,增加契约研究的历史纵深感和思考的连续性。

一、公权力领域何以存在契约?

钟赓言所著《行政法总论》于1927年出版,系中国第一部本土化的行政法教科书,对“公法契约”有所解释和探讨。^{〔2〕}行政契约理论的首要问题是:在对等人格者的私法领域之外即公法领域,何以有行政契约?行政契约在行政管理领域的权力—服从关系中存在的可能性及理由为何?此种诘问在我国延宕有超百年的历史。

“公法契约”概念最早由德国行政法学奠基人奥拓·迈耶提出。他在1888年《关于公法契约的学说》一文中极力反对公法契约的存在,主要理由是:契约以当事人处于对等地位时的合意为要件,而公法关系是国家与人民的不对等权力关系,公法关系与契约概念互不相容。^{〔3〕}自此,反对行政契约存在的理由主要有二:①该缔“约”主体不具有人格对等的独立地位;②公法关系恒为权力关系,国家与人民之间是强制与服从关系,不存在契约合意,行政机关只能采取单方行为。1924年,有学者提出“双方行政处分”概念,以此修正奥拓·迈耶以行政处分为中心从而排除行政契约的旧理念。在1936年,符腾堡州行政法典草案采纳了行政契约概念。第二次世界大战后,德国行政法著作原则上都承认行政契约作为一种法律制度。^{〔4〕}自1976年《联邦德国行政程序法》专列公法契约章节后,行政契约的存在取得了通说地位。当代德国学者认为:行政契约立足于不同的“行政权”属性的变迁,传统的行政权居于统治权地位,行政契约与平等理念冲突。二战之后,国家与公民关系发生变化,行政权变成了法律之下的权力,公民地位和权利得到宪法保护。^{〔5〕}这是行政契约存在的根本前提。

19世纪下叶,诸国适逢从警察国家的专制主义向民主法治国家过渡之中,对行政契约认知尚存商榷之地。行政契约主张者认为,契约是私法、公法和国际公法中的共通观念,契约虽然主属私法,但非私法所特有,例如诉讼管辖协议。国家权力须在法定范围行使,法之外无权强制人民服从。^{〔6〕}基于现代自由权观念,国家与人民之间存在对等地位和对等关系,绝非所有公法领域都是强制和服从。公法关系未必尽为权力关系,也有对等关系。虽然行政契约立法和实例甚少,但是“理论上并非不能承认”。^{〔7〕}我国台湾地区行政契约制度构建的转折点发生在1993年,时任“司法院”通过法律解释呼吁立法机关对公法契约的基本规范应“尽速立

〔2〕 参见钟赓言:《行政法讲义》,王贵松、徐强、罗潇点校,法律出版社2015年版,第94—98页。在德国、日本及我国早期的行政法著述中,“公法契约”与“行政契约”两个术语被等同使用,而在今天,前者实际上包容了后者。

〔3〕 参见翁岳生:《行政法与现代法治国家》,台北中亨公司1982年版,第24页。

〔4〕 参见吴庚:《行政法之理论与实用》,中国人民大学出版社2005年版,第110页。

〔5〕 参见(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。

〔6〕 参见白鹏飞:《行政法大纲》,北平好望书店1935年版,第64—67页。

〔7〕 范扬:《行政法总论》,上海商务印书馆1935年版,第272页。

法,妥为订定”。〔8〕之后,1998年修订的“行政诉讼法”允许对“公法上的契约”采用给付之诉。〔9〕1999年颁布的“行政程序法”最终明确了行政契约概念和制度规则。

公权力领域何以存在契约?在历史上,行政契约论者的不同主张理由也适用于当下中国,总结如下:

其一,权力关系和地位对等,不是判定行政契约存在与否的理由。自由权是行政契约存在的前提。现代公法关系未必都是权力关系,也有对等关系。〔10〕“人民于一定范围内,有不受国家侵犯之自由权,在此自由权内,国家与人民之关系,已非权力服从之关系……,即不得反人民意思,而使负担义务,盖在此范围内,人民有离国家独立之地位也,故于此范围内,欲与人民设定公法关系,常须相对人之承诺,而公法上之契约,故此生焉。”〔11〕平等或对等非是建构行政契约时所需纠结的核心,那种认为国家与人民之间是不对等关系,从而不能成立行政契约的主张,“殊为不妥”。〔12〕不对等关系中,因双方合意而发生一定法律效果的实例很多,如相对于强制征兵的自愿兵役征集。

其二,行政管理领域并非都是权力服从关系。行政法关系全属权力关系的见解“系属以帝国为对象之谬说”,现代国家因为职权受法律支配和有促进社会福利的目的,行政法关系受法定权利和义务范围的限制,已无绝对服从或绝对权力关系。尤其是欧陆经济法或社会法的出现,官商合办或公营的私经济行为已经成为普遍现象,例如行政机构的招商承办或认包不再是命令服从为内容的权力关系,而是对等关系。〔13〕

其三,契约自由与依法行政具有兼容性。非议行政契约存在的理由,受制旧时代的帝政体制下的官民关系,认为作为行政法基本原则的依法行政与契约自由观念抵牾,行政机关亦无缔约自由可言。〔14〕在20世纪九十年代尚有我国台湾地区法官认为,当事人地位平等是契约法的基本原则,行政契约与民主法治国家的依法行政原则相抵触,如果容许,则回归封建专制和人治时代,行政契约将“行政机关立于上位,人民置于下位之说法,在君主专制时代固无不可,但在民主法治盛行之今天,当非所宜…”〔15〕依法行政的羁束性与契约的自由性之间究是否存在矛盾,吴庚先生认为国家与人民地位不同,并不影响当事人缔约的平等身份,国家与人民的意思表示具有同值性;行政契约中行政主体优越权、意思表示公定力主张,与契约概念抵触,导致行政契约与行政处分之间的区分模糊不清;在缔约自由和内容自由上,行政契约可以不受与行政处分相同的法律原则支配,但行政契约不得与法律规定抵触。行政机关选择契约作为

〔8〕 参见我国台湾地区“司法院”“大法官”释字第324号之《解释文》(1993年7月16日)。

〔9〕 参见我国台湾地区“行政诉讼法”(1998年)第8条:“人民与中央或地方机关间,因公法上原因发生财产上之给付或请求作成行政处分以外之其它非财产上之给付,得提起给付诉讼。因公法上契约发生之给付,亦同。”

〔10〕 参见左滢生:《行政法概要》,三民书局1977年版,第101页。

〔11〕 赵琛:《行政法总论》,北平会文堂新记书局1946年版,第234页。

〔12〕 参见林纪东编著:《中国行政法总论》,中正书局1947年版,第148页。

〔13〕 参见马君硕:《中国行政法总论》,商务印书馆1947年版,第61—62页。

〔14〕 吴庚,见前注〔4〕,第264页。

〔15〕 参见我国台湾地区“司法院”“大法官”释字第324号之“大法官”李志鹏《不同意见书》(1993年7月16日)。

行政行为方式时,不发生法律保留问题。^[16]

其四,行政契约是给付行政与合作国家推进的有效工具。自20世纪三十年代,学者们开始从给付行政目标实现角度,探讨行政契约的存在和扩张。至八十年代,经济社会关系发生变化后,又开始探讨混合契约,例如反垄断和解契约。进入21世纪,则从民营化角度论述行政契约的作用。行政契约被作为“合作国家”思潮下促进公私伙伴关系,实现行政任务的一种新工具。^[17]行政契约被置于较宏观的法政策层面予以解读。一方面公共服务的民营化几乎出自契约,主要方式是委托外包,契约是推定民营化的方式之一。^[18]契约作为促进合作式行政的机制,强化了行政与人民之间的对话沟通机能,达到官民合作、建构共识与行政决定可接受性的目的。^[19]另一方面借助民间团体或私人之专业力量完成行政事务,将公权力移转给私人,委托行使公权力,私人被视为“行政助手”。^[20]行政契约被作为一种有用的合作行政的法政策手段,“象征着国家与人民地位关系的重大位移,它的出现表示出人民确实能够成为国家的伙伴。”^[21]契约作用表现为:保护了契约当事人、利害关系人权益以及人民的参与机会;补充甚至取代传统的高权行政行为;能解决大型复杂问题和非常态的法律关系;塑造亲民行政,提升人民地位。^[22]

可以看出,在行政契约何以存在上,呈现出截然不同的时代主张。在警察国家的威权时代,人们看到了权力之下的行政契约意志自由的可能性。在法治国家和福利时代,人们看到了行政契约的独特工具性——在实现行政任务时对公私关系的调和功能,对经济效率和福利供给提高的良好作用。这些作为行政契约存在背景的法政策性要素,在当今的中国都发生着。

二、行政契约与行政处分、行政协定、私法契约的界限

行政契约作为一种独立的行政行为和法律制度类型,与行政处分、行政协定、私法契约有何界限,是需要关注和回答的基础性问题之一。

(一)合意是行政契约与行政处分的界碑

行政契约与行政处分是并列关系,所适用的法律原则和行为效力理论不同。秉承德日行政法传统的台湾学者认为“行政行为”是行政机关的公法上行为,包括行政命令、行政处分及公法契约等在内。学术和立法确立的通说认为,行政处分是行政机关就具体事件所为公法上单

[16] 参见吴庚:“行政契约之基本问题”,《台大法学论丛》1989年第2期,第132页。

[17] 参见江嘉琪:“我国台湾地区行政契约法制之建构与发展”,《行政法学研究》2014年第1期,第80页。

[18] 参见许宗力:“论行政任务的民营化”,《当代公法新论(中)》,元照出版公司2002年版,第587、600—601页。

[19] 参见李建良:“公法契约与私法契约之区别问题”,载台湾行政法学会主编:《行政契约与新行政法》,元照出版公司2002年版,第167页。

[20] 参见董保城:《法治与权利救济》,元照出版公司2006年版,第100—102页。

[21] 林明锵:《行政契约法研究》,翰芦图书出版公司2006年版,第58页。

[22] 参见翁岳生编:《行政法》(上册),中国法制出版社2009年版,第745—747页。

方的意思表示而发生法律效果的行为。^[23] 行政处分强调行为的高权性、单方性,不受相对人意思所拘束;强调依法行政原则。所谓的行政行为效力理论仅适用于行政处分,而不适用于行政契约。

行政契约与行政处分的最本质界分在于是否有合意。合意是行政契约赖以存续的基点。合意作为契约的核心要素,也是划分行政契约与其他公法关系(行政行为)的界限。凡缺乏合意基础的行政行为,可能是一种行政处分或公法之债,如我国台湾地区的土地征收协议、劳工契约、行政奖励等不被认为是真正的行政契约。

合意也是确立依约行政与依法行政的界限。在行政契约中,有直接依据普遍性法律规范而确立的内容,这部分内容不属于契约自由的合意。行政契约中直接规定的罚则,它们无须相对人同意或者不以行为人为规范对象,是单方行政制裁。^[24] 特许经营合约与行政事务委托契约中涉及第三人利益的条款,也不被视为针对第三人的契约关系,它们是抽象的“命令条款”。

行政契约与“附和行政行为”也不同,后者是一种行政处分。行政契约经常作为行政处分的替代性方式,它与行政处分的核心区别在于是否与相对人之间共同接受协商一致的意思表示这一法律行为的约束。如果相对人只能非实质地影响行政行为的内容,而法律关系内容不是行政主体与相对人之间的共同合意确定的,即契约的权利义务内容不是根据一致意思表示确立的,则此种行政行为实际上是一种“附和行政行为”。附和之下,相对人处于附属地位,行政行为内容缺乏合意基础。^[25] 行政机关在契约中的意思表示是要约,不是处分意思;相对人同意协力的行政处分,仅有单方意思。^[26] 公务员的职务任用行为、行政机关要求公民签署的志愿书、切结书、保证书的行为,都不是调整当事人之间的主观权利义务关系的行政契约,而是直接适用法律规范的法律行为,前者任官行为中没有意思表示的合致,后者只是须申请的行政处分。^[27] 上述须相对人参与的决定、附和的行政行为及承诺等环节的行政行为,仍属单方行政行为。^[28]

合意的标准为何? 构成行政契约的要素之一是意思表示的合意,但是对于多大程度的合意才算“合意”,理解不同。有学者认为“附和契约”也是行政契约的常态,当事人一方在契约缔结和履行过程中处于弱势的不平等的地位,较少有协议的空间。^[29] 此种“附和契约”,只要弱

[23] 翁岳生,见前注[3],第8页。我国台湾地区“行政程序法”(1999年)第92条规定:“本法所称行政处分,系指行政机关就公法上具体事件所为之决定或其它公权力措施而对外直接发生法律效力之单方行政行为。前项决定或措施之相对人虽非特定,而依一般性特征可得确定其范围者,为一般处分,适用本法有关行政处分之规定。有关公物之设定、变更、废止或其一般使用者,亦同。”

[24] 参见陈淳文:《论公法上之单方行政行为与行政契约》,《当代公法新论(中)》,元照出版公司2002年版,第92、94页。

[25] 参见(德)沃尔夫等:《行政法》(第2卷),高家伟译,商务印书馆2002年版,第150—151页。

[26] 翁岳生,见前注[22],第717页。

[27] 陈淳文,见前注[24],第104—106页。

[28] 参见陈新民:《中国行政法学原理》,中国政法大学出版社2002年版,第177—178页。

[29] 附和契约是法国合同法上概念,是指“当事人一方预定契约之条款,而由需要订约之他方,依照该项预定条款签订之契约”,多为工商企业的经济强者与经济弱者之间的契约。我国台湾地区现行“民法”第247—1条规定了附和契约显失公平的无效条件。参见曾品杰:《附和契约与定型化契约之基本问题》,《东海大学法学研究》2016年第25期,第48页。

势当事人不签署,契约即不成立。反之,签署行为仍具双方性。此时,当事人双方地位不平等所签订的契约,至多是“不平等契约”,但仍属契约,不会因不平等而变成单方行为。^[30]这种见解是对契约合意的最“变态”的理解,将契约同意权转换为否决权。如果不否决该契约,即视为契约合意客观存在。

(二)行政契约与行政协定的合意属性不同

在20世纪初的原始认识中,行政法上的合意行为包括了公法契约与协议行为。^[31]行政契约与行政协定究竟是两种不同的制度,还是均属契约行为?百年来争执不断。问题的症结在于如何辨别合意的类型。

契约合意有两大类型:第一种是意思相反而达成的合意,即合致。第二种是意思相同的合意,即共同合意(共同意志)。依前者,行政契约由当事人之间利益相反的意思合致才能达成。行政契约中的意思表示,“客观上有同一内容,主观上互具反对之意义…”^[32]在契约中,当事人的利害相反,一方享有权利,他方负有义务。他们有独立利益,为自己目的而为意思表示,达成“权义交换之约”。^[33]行政主体之间若缔结利害相反的互为请求的协议,也属于行政契约。

依后者,行政协定不属于契约,因其所发生的法律效果来自于共同合意。行政协定是本真意义上的“合同行为”或“协和行为”,其特点是当事人数目多,依共同目的结合而成的意思表示,发生了单一法律效果。在这里,多数当事人的意思是平行的同一的,达成“公共的目的”,其利害完全一致,是共同的并行的。^[34]正是因为这些秉性,行政协定甚至不被认为是双方行为,从行政主体角度看是单一意思造成的单独行为。^[35]

行政协定,最初称“公法协定”,又谓“行政合同”,是行政主体相互间的共同目的的合意,^[36]如乡镇联合之订立;行政客体相互间之合同行为,如市县参议员、自治议员之选举。行政协定也被谓之“集合行为”或“共同行为”,实例有议决、选举、团体设立行为等。行政协定在合意属性、缔结主体和调整事项对象上,均具有特殊性,其范围包括委托执行、共同管理公物、行政参与、设定特殊机构、变更行政主体的管辖范围等。^[37]行政协定不属契约,是因其达成的共同目的是“同向意思表示”的合同行为,或者行政机关之间就行政事务、权限及责任达成特别的协议。在我国台湾地区,同向意思表示的行政协定属于“行政诉讼法”上的公法契约之一种,也有履行请求的基础,得提起给付诉讼。^[38]在我国大陆,行政机关相互间为履行职责创设的区域合作协议,体现了“有关地方政府的联合意志,具有契约的特点。”^[39]但是,它们是否属于行政契约,可否适用《行政诉讼法》上的行政协议条款,均存争议。

[30] 陈淳文,见前注[24],第102—103页。

[31] 参见陈新民:“我国公法学的启蒙者——论钟庚言的公法学著作”,法治斌教授纪念论文集编辑委员会:《法治与现代行政法学》,元照出版公司2004年版,第118页。

[32] 林纪东,见前注[12],第153页。

[33] 赵琛,见前注[11],第231页。

[34] 白鹏飞,见前注[6],第71页。

[35] 赵琛,见前注[11],第232页。

[36] 范扬,见前注[7],第274页;或参见管欧:《行政法概要》,三民书局1982年版,第153页。

[37] 参见黄巽:《行政法总论》,三民书局1992年版,第131页。

[38] 参见陈敏:《行政法总论》,新学林出版公司2007年版,第615—616页。

[39] 参见叶必丰:“区域合作协议的法律效力”,《法学家》2014年第6期,第1—2页。

(三)行政契约与私法契约区分的标准

1.多元化的要素区分

从方法论上看,要点区分与要素区分是两套识别标准。要点区分是特点和特征区分,既包括粗枝大叶式的特征观察,也包括细梢末节式的特点描述。行政契约与私法契约在缔约自由、内容形成自由、生效要件、责任要件以及争讼途径上有着重大差异,这些都可以视为划分两者区别的要点范围。在早期的研究中,认为在自由程度上,私法契约以自由契约为原则,公法契约则不自由;公法是强行法,私法是任意法,行政契约多带有服从契约的特点。^[40]这也属于要点式的区分标准。

凡契约,必须包括两个要素:①意思表示的合致。意思合致是行政契约成立的特别要件,而非充要条件;②发生主观权利义务的法律效果。行政契约论者在深化研究中逐渐确立了要素标准,归纳和窄化了分散的多元的要点内容。行政契约的要素有三:当事人的意思表示;双方意思一致而成立的法律行为;发生行政法(公法)上的效果。这三项要素足以影响行政契约的本质。

行政契约与私法契约的界分,是以发生公法或私法上权利义务变动的效果为标准,判断的基本原则是:以契约标的(公法关系与私法关系)为基准,辅以契约目的(公目的与私目的)标准。吴庚先生开列的行政契约综合判断标准有:①协议的一方是行政机关;②协议的内容是行政机关一方负有做成行政处分或高权的事实行为的义务;③执行法规规定原本应做成行政处分,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的条款的,即行政机关享有特权或优势之约定。^[41]

依我国台湾地区通说,行政契约系指以行政法上的法律关系为契约标的(内容),发生、变更或消灭行政法上权利或义务的合意。林明锵对此提出三个疑问:①何谓行政法上的法律关系?是否有更下位更具体的判断标准?②缔约主体是否必须有一方是行政主体?是否可在私人间成立行政契约?③对行政契约或私法契约的定性或判断,应就契约内容逐条决定或通判整体观察?他认为我国台湾地区和德国在区分行政契约与私法契约时,都坚持“契约标的理论”,即涉案个别契约的基础事实内容及契约所追求之目的。^[42]例如,土地征收契约中的补偿价金合意,契约标的是价金支付及土地所有权转移,但契约目的在于避免正式征收程序的启动,节约成本,助推公共建设,并非单纯私益目的,应属行政契约。

在行政契约与私法契约识别中,意思表示被从目的和后果属性的设定或推定上,加以判断。如果意思合意旨在执行特定公法规范,则合意是行政契约;即使合意不是执行特定公法规范,但合意引起了公法效果,也属行政契约;合意引发了私法效果,则是私法契约。如果合意所涉及的事项属于公法范围,则合意是行政契约。行政机关所施行的行为原则上都是公法行为,仅在例外情形下才是私法行为;行政机关与特定人民间的合意,通常推断为行政契约,仅在在

[40] 白鹏飞,见前注[6],第69—70页。

[41] 吴庚,见前注[4],第269—270页。或者参见我国台湾地区“司法院”“大法官”释字第533号之“大法官”吴庚《协同意见书》(2001年11月16日)。

[42] 翁岳生,见前注[22],第714—718页。

明确证据时才视合意为私法契约。^{〔43〕}

2.一元化标准的尝试

在我国台湾地区,“公法契约区分标准不仅在理论上分然杂陈,实务上行政机关与法院的论据理由,亦存有不少差异。”^{〔44〕}行政契约与私法契约身份的识别苦恼,是由公私法二元框架迷思造成的。李建良认为寻求一个“前后一致、明确可行”的行政契约判断标准颇为困难,他辩驳了公法契约与私法契约的各种区别标准——契约主体说、契约标的说(包括规范事实理论、特别法理论、契约目的理论、^{〔45〕}行政任务理论、规范拟制理论、整体性质及重心理论)^{〔46〕}之后,试图寻找一份“较不具争议案型之判别清单”。他起初认为,契约的法律性质应取决于客观标准,可以不问当事人的主观意念、认知或契约的外观。客观上属于公法契约的事项,即使当事人以私法契约缔结,仍属公法性质。李建良从契约标的所调整的事实、权利义务的公法属性,开列了一份行政契约的判别清单:①公法规范明文授权行政机关缔结契约,或者公法对于契约的内容予以详细规定的,如德国建设法典设定的征收契约;②替代公权力行为(特别是行政处分)的契约,如征收契约替代征收处分;③以公法行为作为义务内容的契约,如公费学生服务国家的契约;④契约所定义务仅能由行政机关做出的契约,如都市计划的协议;⑤契约当事人的公法上权利或义务,经由契约予以形成或改变的,如建筑特许契约中的建筑权利是由行政机关核发的。^{〔47〕}上述契约识别标准,是客观的公法性关联标准。

李建良不断检讨自己的观点,重新寻找“清晰而无误地切分契约的公私性别”的标准,他在多年后转而主张:契约识别的脱困之道是扬弃“契约属性客观说”的僵硬观念,应考虑当事人的主观意思,特别是在给付行政领域,行政机关可以选择公法、私法形式完成公共任务,即裁量决定以公法方式还是私法方式形成法律关系。所缔结契约属于私法契约还是公法契约,直接取决于当事人的主观意思。此种依据主观标准来判断契约属性的学术观点,补充了只能依据客观标准即约定事项的客观属性来判断契约属性的学说不足,行政机关有无选择行为形式的自由,不必都交由法律或法院来决定。^{〔48〕}

寻找公私两种契约的单一识别标准是否可能?从前面的梳理中可以看出,吴庚和李建良

〔43〕 黄巽,见前注〔37〕,第127—128页。黄先生后来主要以契约与公法规定的关联性、契约所定权利义务性质,作为区分行政契约与私法契约的标准。亦参见黄巽:《行政法总论》(修订版),三民书局2009年版,第120页。

〔44〕 林家祺:“第三章 BOT 契约的法律性质”,载谢哲胜主编:《BOT 契约法律与政策》,元照出版公司2015年版,第84页。

〔45〕 李建良认为,契约的公益目的或者私益目的,不能模糊或扩大解释。契约目的是指个别或特别的行政目的,须核实行政机关缔约背后的公益任务的特殊性,因为行政任务本身没有纯粹的“私益目的”可言。公益目的的认定如果无限上纲,则行政私法契约的存在空间没有了。参见李建良:“行政契约与私法契约区分的新思维”,《月旦法学杂志》2008年第6期,第310—311页。

〔46〕 类似的总结,还有张文郁对行政契约与私法契约区别标准学说的逐一辩驳,包括旧主体说、当事人主观意思说、从属说、利益说、契约标的说(此通说细化为法律效果说、事实说)、任务说、契约目的或事物整体关联说、新主体说(实为高权主体),等等。参见张文郁:《权利与救济——以行政诉讼为中心》,元照出版公司2005年版,第316—327页。

〔47〕 李建良,见前注〔19〕,第174—185页。

〔48〕 李建良,见前注〔45〕,第318—321页。

尽力建立了契约识别的省思和脱困之道,前者强调契约标的(内容)的事物关联的客观性,后者强调当事人对契约形式选择的主观性,这是一条从“唯物主义”到“唯心主义”的路径。综合来看,我国台湾地区行政契约的要素标准,以德国知识为蓝本,实质也是一个多元的综合标准。法律效果、契约标的、契约内容、意思目的以及整体性判断,有时实为同语反复、循环概念和重复解释。虽有消极者主张透过立法途径直接“将一切契约,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,都一律划定为公法契约。”^[49]但遭到批评。我国台湾地区行政契约理论已经明确排除了利用国库的买卖、租赁行为,认为其属于私法契约。^[50]行政契约的核心问题仍是判定何者为“公”,是公权力、公共任务、公务事项还是公共财务才是“公”,只能采取个案逐一审查方式。大道至简的单一判断标准则是“公权力的使用”。^[51]契约标的不涉及明显的公权力措施时,当事人有契约或公私形式的选择权和主张权。

三、行政契约的类型化过程

时至今日,中国行政法学术史上曾经热烈探讨过的行政契约类型多数不复存在。特别是创制了行政诉讼和行政程序法典之后,行政契约类型也逐渐抽象化,但是我国台湾地区仍未完成行政契约法定化和有名化进程。随着经济社会发展,契约的法政策工具地位被强化,行政契约出现了新的适用实例(并非严格意义上的契约类型)以及公私契约混合形态,这也为行政法和诉讼管辖带来了困难。

(一)行政契约分类的实例化

现代意义的行政契约形态先于其概念的提出。早在1814—1817年间,德意志联邦与天主教会缔结了教约,规定了教会与国家关系。^[52]一国之中的公法契约包括宪法契约、教约、行政契约、行政协定。^[53]20世纪上半叶之前,曾用“公法契约”指代行政契约。

我国学者对行政契约类型的探讨,在较长时间内处于举例阶段。经常争议的行政契约实例有:取得他国国籍的归化行为、官吏任命、议员或市长选举及其承诺、国立学校的入学许可及志愿、公企业的特许,以及呈请、制定归国后服务年限及职务的外国留学派遣及承诺等。^[54]及至今日,上述契约多半被认为属于附和行政处分。公务员的勤务关系在早期被视为行政契约,后来又认为它与公立学校、公立医院等营造物的利用关系,都属于民法上的契约关系。^[55]

行政契约分类的实例化列举方式,显示了契约理论研究的初级化特点,这是归纳法研究契约类型的前奏。更多的举例认为,行政契约类型包括:①国家基于特别权力关系设定的契约,

[49] 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”,载杨解君主编:《行政契约与政府信息公开》,东南大学出版社2002年版,第66页。

[50] 陈新民,见前注[28],第176—177页。

[51] 参见于立深:“行政协议司法判断的核心标准:公权力的作用”,《行政法学研究》2017年第2期,第45页。

[52] 吴庚,见前注[16],第108页。

[53] 黄巽,见前注[37],第126页。

[54] 白鹏飞,见前注[6],第66—67页。

[55] 翁岳生,见前注[3],第149页。

如公企业特许、公营造物利用关系的设定；②公用负担契约，是人民基于自愿对公共事业的经济负担的承诺，如附负担赠与行政契约（公共捐助契约）、地上权之设定契约、公法上公物承揽契约等；③基于协议的土地收用；④基于协议之公法上损失补偿；⑤公法上设定公法负担的补助契约。⑥行政事务委托合意。^{〔56〕}

行政契约的实例化研究，迄今仍是我国台湾地区行政契约实务应用分析的学术特色。根据现行法制，吴庚所举行政契约范例达七种：税法上的行政契约、委托行使公权力的协议、行政主体间有关营造物或公物的协议、诉讼法上的保证关系、损失补偿或损害赔偿协议、公法上的金钱给付抵销关系、社会保险关系契约等。^{〔57〕}林明锵逐一分析的契约类型有：征收契约、开发契约、停车场代金契约、计划契约、地方自治事项行政契约、雇（聘）用契约、奖助学金契约、社会保险契约、税务契约、环保契约及其他行政契约，并分析了这些契约的内容要点、法律渊源支持等。^{〔58〕}

（二）行政契约分类的抽象化

行政契约脱离低级的举例而迈向抽象化的分类发展，在于确立了高度概括性的分类标准：

1. 以当事人为标准的早期划分方式

以当事人为标准，早期将行政契约划分为：①行政客体相互间契约，即人民相互间的契约，如土地所有人与举办事业人在国家征收委员会决定之前缔结的协议；②行政主体相互间契约，即国家与自治团体及自治团体相互间之行政契约；③行政主体与客体间契约，即国家与人民之间的契约，如公企业特许、公物占有权特许。^{〔59〕}

2. 以权利关系状态为标准确立的“模范契约”

较固定的“模范契约”有隶属关系契约与平等关系契约、和解契约与双务契约（交换契约）。不对等契约也叫隶属契约，对等契约也叫同位契约。也有人使用其他语言表述说：行政主体与私人间所缔结的契约包括隶（从）属关系契约或垂直契约，行政主体之间所缔结的契约是平等关系契约或水平契约。^{〔60〕}

所谓隶属就是不对等，平等也就是对等。我国学者很早就提出“服从契约”概念，即公法契约“多为带有服从契约之性质”，“服从契约者，设定特别之权力关系之契约也。”^{〔61〕}服从契约就是不对等关系契约，是国家与人民之间为不对等关系中因双方合意而发生一定的法律效果。早期认为征集自愿兵协议属于服从契约。

不对等契约与对等契约界分的标准，是契约当事人之间是否存在隶属关系。“不对等”是指身份的不对等，不是所缔约的内容不对等。不对等契约主要是依照国家法律规定产生，当事人之间的法定合同内容已无商酌余地，只是接受及何时接受的问题。^{〔62〕}隶属关系契约的例证有纳税人担保契约、公法债务抵销契约、公费医科学生服务义务协议、委托私人行使公权力

〔56〕 林纪东，见前注〔12〕，第151—153页。

〔57〕 吴庚，见前注〔4〕，第281—284页。

〔58〕 翁岳生，见前注〔22〕，第728—744页。以及林明锵，见前注〔21〕，第236、269—278页。

〔59〕 范扬，见前注〔7〕，第272—273页。

〔60〕 吴庚，见前注〔4〕，第272、263—264页。

〔61〕 白鹏飞，见前注〔6〕，第70页。

〔62〕 陈新民，见前注〔28〕，第179页。

协议、都市规划补偿或赔偿协议、非都市公共设施用地捐地协议,等等。〔63〕

只要无法律规范予以禁止,行政机关可以选用不对等契约来做成行为。不对等契约不得与法律优先、法律保留原则相抵触,其所约定的人民义务以法定义务为限,不得超过行政职权和公共任务的必要性和关联性。违法的不对等契约之表现包括:①违背法律优先原则或者法律保留原则,或者违反法定义务或合理义务的规定;②无确定的事实状况或法律状况而共谋缔结的调解契约;③人民并未让步之际共谋签订的调解契约;④违背民法的有关契约无效的一般法律原则。不对等契约的缔约双方都有权依据情势变更原则主动终止契约关系。〔64〕

在对等关系契约中,当事人双方意思有对等力量,与私法契约相同。〔65〕在对等契约中,行政主体所享有的权利或承担的义务,不得逾越其权利能力的范围;其内容也不得违背法律优先的原则;其内容有双务的也有单务的。〔66〕行政契约论者并非公然主张不平等契约,只是在他们看来,平等并不是契约的核心要素。权力关系和地位对等不是判定行政契约存在与否的理由,现代公法关系未必都是权力关系,也有对等关系。〔67〕

3.以契约缔结是否造成权利变动,分为处置契约与负担契约

处置契约多半为单务合同,订定后产生直接的权利变动,如建筑机关与人民缔结的解除限制建设的合同,即产生形成性的法律效果。负担契约,是权利义务关系并不因为契约缔结而产生变动而有赖于缔约人后续的履约行为,此种契约以双务合同为主,双方负有给付的义务,有请求他方履行给付义务的权利,即作为或不作为的权利。〔68〕

(三)行政程序法确认的行政契约类型

在20世纪前半叶,行政契约研究尚处于实例枚举阶段,并非构成相对固定的标准化的契约类型,晚近才通过立法创制了有名契约,完成了从实例到类型的升华。其中,德法两国首开行政契约类型法定化的先例。〔69〕我国台湾地区现行“行政程序法”确认了两种行政契约类型:和解契约与双务契约(交换契约)。在立法之前,有学者主张从内容上看,行政契约也可以

〔63〕 陈敏,见前注〔38〕,第576—578页。

〔64〕 黄巽,见前注〔37〕,第129—130页。

〔65〕 林纪东,见前注〔12〕,149页。

〔66〕 黄巽,见前注〔37〕,第131页。

〔67〕 左潞生,见前注〔10〕,第101页。

〔68〕 陈新民,见前注〔28〕,第180页。类似的分类,陈敏使用了处分契约和义务契约两个术语,林明锵使用了处分契约和负担契约两个术语。分别参见陈敏,见前注〔38〕,第578—579页;翁岳生,见前注〔22〕,第727页。

〔69〕 除德国通过法律规范直接创设契约属性和类型之外,法国立法者也通过两种方式预先决定了契约的属性,一种是将某种契约直接定性为行政契约或私法契约,一种是规定某种契约所引起的争议由何种法院予以管辖,它们均属“法定行政契约”。但是,“法定契约”仍有个案适用的歧义困扰。法国行政契约的形式要件是至少有一缔约人是公法人,实质要件是契约标的须涉及公共服务事项或契约内含有私法契约中所不易见的特殊条款。法国的法定行政契约类型有:公共工程契约、公用公产占用契约、其他法定行政契约(如政府公债的认购、职业军人的招募聘用、国有不动产的买卖等)。某些公法人缔结的契约,被立法者法定为私法契约,如部队的伙食外包;公有私产占用、买卖、租赁契约,以及不具有公务员资格的雇用或聘任人员的雇佣契约等。参见陈淳文:“公法契约与私法契约之划分——法国法制概述”,载台湾行政法学会主编:《行政契约与新行政法》,元照出版公司2002年初版,第135—144页。

分为调解契约和双务契约。^{〔70〕}我国台湾地区的行政契约立法吸收了德日成果,保留了中国行政法学术史上的某些行政契约类型。

和解契约与双务契约,是隶属契约的下位概念。和解契约成立的前提条件是:①客观上存在事实或法律状态不明确;②不明确状态不能或需费甚巨才能排除;③契约的缔结须能有效实现行政目的;④双方互相让步,不得仅一方让步。^{〔71〕}我国台湾地区“行政程序法”第136条规定“经依职权调查仍不能确定者”,始能缔结和解契约。此种由双方让步所订立的契约,不同于行政诉讼法上的“和解契约”。行政法学说起初否认和解契约,认为它与公益原则、依法行政原则相抵触,而后的法治原理逐渐认为和解契约也符合法治国家原则和依法行政的要求。^{〔72〕}

双务契约,是当事人互负给付义务的行政契约。双务契约须遵守的要件:①相对人的给付须有助于行政任务的履行,须有益于公共利益;②相对人的给付须符合比例原则即适当,不能过度;③行政机关的给付须相当,不能假公济私,违反平等权;④相对人的对待给付和行政机关依契约的给付,须具有事实上正当及合理的关联。^{〔73〕}

(四)法政策工具化的混合契约形态

早在1947年,马君硕枚举了法院的两例判决,一是某商人与江苏省教育经费管理处之间的牙税认包违约纠纷,二是黄肇成与江苏省太湖清理处因湖田所有权的争执,法院皆以私法契约对待。^{〔74〕}这两例判决深受经济法和社会法思想影响,将公私之间的税捐、公产纠纷视为民事契约,依民事诉讼程序处理。迄今,税捐承包、劳工保险契约等“明显”具有公法性质的行政契约,也被法院归结为私法契约。^{〔75〕}

江嘉琪援引德国学者 Apelt 在1920年发表的《行政契约》专论,指出混合法律关系就是公法要从私法领域脱离的改变过程中的形式。六十年代,德国典型混合契约是电厂特许契约。混合契约特征有:①至少由一个公法与一个私法的契约标的组成,行政机关一方的给付是公法性质的,人民作为他方的对待给付是私法性质的;②各标的具有独立性,彼此可分;③标的之间有密切的实际关联,即标的间的关联性使其彼此相互具有依赖性。所谓“关联”,可能是共同目的,或者有事实上或者法律上的关联;④契约单一性。是否是单一契约,原则上以当事人的意思为主。混合契约在实务上的类型主要有:能源经济特许契约、土地买卖与开发代金免除契约、当地住民模式、厂商进驻契约、奖助学金契约等。^{〔76〕}

混合契约多属于诱导行政的契约。原由国家负担的公共服务、公共工程规划、兴建与管理内容的契约,以民营化的方式诱导民间资本进入传统由国家给付的公共产品生产维修领域,或

〔70〕 黄巽,见前注〔37〕,第127页。

〔71〕 翁岳生,见前注〔22〕,第722页。

〔72〕 参见张文郁:“行政法上之和解契约”,载法治斌教授纪念论文集编辑委员会主编:《法治与现代行政法学——法治斌教授纪念论文集》,元照出版公司2004年版,第598页。

〔73〕 陈新民,见前注〔28〕,第181—182页。

〔74〕 马君硕,见前注〔13〕,第62—63页。

〔75〕 吴庚,见前注〔4〕,第280页。

〔76〕 参见江嘉琪:“公私法混合契约初探——德国法之观察”,《中原财经法学》2002年第9期,第89—94、100页。

者应对产业升级,提升国家或地区的竞争力。^[77]在法律适用上,混合契约导致其公法契约部分适用行政程序法,私法契约部分适用民法。通过契约的“整体特征”,来判断公私混合契约的诉讼类型管辖,即以权利义务的公私法比重来确立民事诉讼还是行政诉讼管辖,这些主张凸显了契约类型确立的司法政策性。

四、行政契约纠纷的诉讼救济

解决行政契约争执的途径,行政诉讼渠道之外,尚有订约机关的上级监督机关的裁决、特定仲裁机构的处理、利用行政处分程序予以处理等方式。^[78]我国台湾地区关于行政契约的可仲裁性,探讨甚少。比照仲裁法和行政诉讼法上的和解制度,行政契约可否仲裁,取决于契约内容的可和解性,行政机关对契约标的是否具有处分权,以及契约和解内容不得违反公共利益。^[79]行政契约诉讼救济涉及如下五个核心问题。

(一)行政契约纠纷的法律适用

行政契约的合法要件、瑕疵形态、履行终止的判断,除了有行政法上的特别规定和法律原则须遵守之外,可以准用民法上关于契约行为的一般规定。^[80]契约自由原则在行政契约中适用时的主要法律限制有:①由于行政机关权限法定,故民法上的善意第三人、表见代理等理论不适用于行政契约;^[81]②指向履行不能或不可抗力情势变更原则,是缔约当事人共有的权利。依我国台湾地区“行政程序法”,当作为契约基础的法律或者事实关系,在缔约后发生重大变更,以至于无法履约时,行政机关或缔约相对人均可以要求对契约内容予以变更或终止(解除)。^[82]但是,缔约相对人是人民时,行政机关为维护公益,在补偿相对人损失后,可命令其继续履行原约定义务;③行政机关单方变更权受到限制。只有为了避免公共利益遭受重大危害且在补偿损失后,行政机关才可以单方调整或终止(解除)契约。我国台湾地区的行政机关单方变更权规定,兼采了法国和德国法制,既强调行政权所代表的公益性,也注重人民权利的保护。单方变更权(包括解除权/终止权)专指行政主体所独享的权利,不包括前文所述情势变更情形下的缔约双方共有的调整或解除原始契约的权利,而是特指常态情形下的行政机关的单方变更权。^[83]

(二)行政契约是否属于行政诉讼受案范围?

我国在较长的时期内,当事人解除“行政契约”所产生的金钱返还纠纷,被认为“属于私法

[77] 参见陈爱娥:“行政上所运用契约之法律归属”,载台湾行政法学会主编:《行政契约与新行政法》,元照出版公司2002年版,第105页。

[78] 吴庚,见前注[4],第284页。

[79] 林明锵,见前注[21],第278页。

[80] 陈新民,见前注[28],第185—186页。

[81] 吴庚,见前注[4],第273页。

[82] 陈敏,见前注[38],第602页。

[83] 参见陈淳文:“论行政契约法上之单方变更权——以德、法法制之比较为中心”,《台大法学论丛》2005年第2期,第217页,脚注8。

上关系,得为民事诉讼之标的。”〔84〕除此之外,违反行政契约的行为,不能以民事诉讼手段请求救济,学说上主张采取诉愿或行政诉讼方式或向有监督权的官署请求予以监督。在1981年的一次讨论中,翁岳生说我国台湾地区的公法契约纠纷尚无司法救济途径。〔85〕1975年修订的我国台湾地区“行政诉讼法”的受案范围只能是“人民因各级行政机关的违法行政处分”。公法契约因为不属于行政处分,因此缺乏法律救济渠道,这造成公法契约、公法不当得利和无因管理以及税捐债权关系,处于民事诉讼和行政诉讼“两不管”的真空地带。〔86〕1998年新订的“行政诉讼法”对旧法予以全盘改革,修正了以行政处分为中心的行政裁判权、以撤销诉讼为主要诉讼类型的旧制度。新法将更多行政活动方式纳入了新的诉讼类型之中,包括行政契约在内的更多的公法争议可以提起行政诉讼。

(三)行政契约当事人的诉讼角色地位

在我国台湾地区,学说和理念上并没有行政机关恒为被告、相对人恒为原告的原则,只是新“行政诉讼法”在2000年7月1日实施之前,旧法只规定了单一撤销诉讼(抗告诉讼)类型,因此表面看来就只能“民告官”而已。依据“行政诉讼法”第8条,行政契约之诉属于一般给付诉讼,如果相对人违反行政契约,行政机关可以对其提起行政诉讼,要求返还公费。我国大陆地区的行政协议纠纷只能由相对人提起行政行为违法之诉的假定,实为“民告官”理念和规则的误导,其根源在于单一的抗告诉讼类型存在所造成的理念和制度假象。

一般给付诉讼属于当事人诉讼,并非以直接攻击公权力行为为目的,它是对等行政机关与相对的人民之间彼此相互涉及到公法上权利义务关系的诉讼,既可以由相对人对行政机关提起公法给付,也可以由行政机关对相对人请求公法给付。〔87〕简言之,一般给付诉讼的原告并非限于作为相对人的人民,公法人或行政机关与人民地位相同,得为原告,诉请人民或其他行政主体、机关履行公法上的金钱给付义务,但是实务上仍以行政机关为被告居多。〔88〕撤销诉讼中,被告没有反诉权,而公法给付之诉立于非权力服从,允许行政机关反诉。

(四)行政契约可否作为行政强制执行的执行名义或根据?

在我国台湾地区,作为缔约方的人民不予履行行政契约的,行政机关不得以行政契约作为行政执行的名义或根据,即不可能启动类似于我国大陆地区的非诉行政案件执行程序。我国台湾地区“行政程序法”第148条规定了行政契约的自愿强制执行制度,即“行政契约约定自愿接受执行时,债务人不为给付时,债权人得以该契约为强制执行之执行名义”。也就是说,需要缔约双方同意才能由当事人申请法院予以强制执行行政契约。缔约当事人约定自愿接受执行制度,这属于一种特殊执行,缔约人“并非放弃实质异议权或对方可不予遵守既有的程序规定。”〔89〕

〔84〕 范扬,见前注〔7〕,第274页。

〔85〕 参见翁岳生:《法治国家之行政法与司法》,元照出版公司2008年版,第183页。

〔86〕 参见陈训敬:“台湾行政诉讼制度浅论”,《福建论坛》1990年第4期,第56页。

〔87〕 参见翁岳生:《行政诉讼法逐条释义》,五南图书出版公司2002年版,第124页。

〔88〕 参见李建良等:《行政法入门》,元照出版公司2000年版,第554—555页。

〔89〕 参见江嘉琪:“论行政契约自愿接受执行之约定”,《中原财经法学》2004年第12期,第28—37页。

我国台湾地区的行政法理论、制度与德国出于一辙,行政处分不等于行政行为。^{〔90〕}行政处分、行政契约、行政立法、行政规则、行政指导、行政计划、公营造物的利用、行政陈情是并列的。“行政程序法”上所讲的行政处分效力内容,并非适用于全部行政行为,这与《德国联邦行政程序法》第三章界定的行政行为效力制度是一致的。大陆法系的行政行为效力理论只适用于行政处分领域,而非包括行政契约、行政指导、行政规划和政府信息公开以及其他事实行为。也就是说,行政契约的效力问题并不适用于一般行政行为的效力理论。行政契约本身不具有执行的自助力,它需要法院判断其法律效力。所谓行政强制执行的根据是行政行为,通常是指不可撤销的命令性行政行为或行政合同的即时执行约定。^{〔91〕}具有处分性质的最狭义的行政行为,是独立的执行名义,当行政机关要求公民给付时,无需提起给付之诉。

行政契约的执行与行政处分的执行途径不同。如果没有法院以诉讼途径介入,行政机关不得依据“行政执行法”自行对行政契约予以执行。原则上,行政契约的执行与私法契约的执行无异,债务人不履约的,债权人只能通过诉讼途径向行政法院提起给付诉讼,胜诉后取得执行力或执行名义,再向法院申请行政诉讼强制执行程序。在行政契约义务的履行上,无法院诉讼时,如果行政机关自己采取措施,就会产生契约不平等,有违契约的对等性和利益协调原则,因此行政机关对于公民的契约义务也只能通过诉讼机制加以实现。^{〔92〕}

(五)混合契约的双阶段救济理论检讨

受大陆法系公私二元司法体制的影响,我国台湾地区的契约救济首先须辨别行政契约还是私法契约,而在公私混合契约中,有时又需分辨出行政处分行为和私法行为(或曰国库行为、私经济行为),实务中主要涉及 BOT 契约和政府采购契约的法律性质判断和救济方式选择。

依据我国台湾地区“奖励民间参与交通建设条例”“促进民间参与公共建设法”“都市计划法”“促进产业升级条例”“大众捷运法”“农业发展条例”等,开发主体(原则上是乡镇市等公权力主体)与私人企业之间就开发某特定区域所成立的契约,一般由私企负担开发费用,并于一定时期后将公共设施所有权移转给公权力主体,私企因契约获得土地使用特权等收益。^{〔93〕}此类“开发契约”即为 BOT 模式。

BOT 机制在处理政府与民间参与公共建设事务时,包括申请审核程序和官民签订建构营运契约(投资契约)两个阶段。传统上一直认为依据公司法设立的民间机构(公司或私法人)与政府机关签订的参与公共建设的投资契约,属于私法契约。但是,“台湾高等行政法院”2005年度停字第 122 号裁定高速公路电子收费系统建置及营运契约为行政契约,非私法契约,参与厂商因此担心 BOT 法律上的风险。BOT 投资契约是行政契约还是私法契约,两种契约属性争执牵扯到当事人地位的平等、议约能力、公益与私益平衡诸问题。主张 BOT 投资契约是行政契约论者,主要是从公益优先原则、情势变更原则所生单方变更契约权、行使公权力之损失补偿明文规定,以及政府发动强制接管的效力等因素出发,认定 BOT 投资契约是行政契约。

〔90〕 我国台湾地区的“行政处分”概念与《德国联邦行政程序法》上的“行政行为”概念是一致的。《联邦德国行政程序法》第 35 条界定“行政行为是行政机关为规范公法领域的个别情况采取的具有直接对外效力的处分、决定或其它官方措施。”

〔91〕 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 481 页。

〔92〕 平特纳,见前注〔5〕,第 151—152 页。

〔93〕 林明锵,见前注〔21〕,第 236、269 页。

支持者担心认定 BOT 投资契约为私法契约,其私法自由原则将导致公共建设脱离政府管控,侵害全民利益。前述争议的高速公路税费征收是典型的公权力行为,是国家保留事项。反对者认为 BOT 投资契约是私法契约,这符合“促进民间参与公共建设法”的代议制国民主权的立法目的和公私合作中公权力放松管制的宽松政策目标。^[94]若 BOT 合作中极大化地追求公益并赋予行政特权,则 BOT 投资契约就不是双方合意的契约关系了。林家祺认为无需纠结在投资契约的性质上,应转而改进和完善 BOT 契约条款之设计,促使私人组织落实公共价值和公众利益,同时强化行政组织对 BOT 契约的法律监管机制,兼顾私人权益和投资意愿。^[95]

政府对公共建设采取公办民营的 BOT 特许契约模式,缔约的民间机构经常力争将其定为“私法契约”,并由此采用商务仲裁方式而避免讨厌的行政救济途径来解决争议。但是,契约中的强制接管或强制收买属于行政处分,资金预算涉及审计检查和议会监督。这些都表明现代契约适用法律规范时的混合性和复杂性,不可能有公法或私法规则的全然排他性适用。无论何种契约形态分类,行政权均得依法进行干预,均应遵守依法行政、合理赔偿和符合比例原则。即使 BOT 投资契约定性为私法契约,也涉及特许撤销、强制接管、强制收买或费率限制等,因此核心问题是行政权滥用的禁止。^[96]

与 BOT 公共工程的公办民营的“开发性”不同,政府采购的主旨在于“购买”,是指政府机关、公立学校、公营事业对厂商工程之定作、财物之买受、定制、承租及劳务之委任或雇佣等。我国台湾地区在 1998 年制定“政府采购法”时受到德国国库理论(私经济理论)和美国的公共契约制度的影响。与美国公共契约相似,我国台湾地区的政府采购实际上也被分为两个部分:①授权规范,即授权政府机关可以进行物品或服务采购;②手段规范,即如何获取物品或服务的手段,包括招标、投标、审标、决标的阶段流程和契约标准化条款。前者授权规范无疑是公法性质的,后者手段规范也有公法因素。在决标争议和履约争议分殊中,实际上是救济途径的分化,有学者主张二者应该采取同一救济途径。^[97]不宜对招标争议(招标、审标、开标、决标)采取行政诉讼,对履约争议(狭义履约、验收争议)采取民事调解、仲裁或诉讼。然而,实务情况是,我国台湾地区在“政府采购法”1999 年施行前,采取民事诉讼或仲裁。施行后,采取双阶段理论,采购契约成立前行为是公法性质的行政诉讼,采购契约成立后是私法性质的民事诉讼,以契约成立划分诉讼途径。^[98]

我国台湾地区政府采购究属公权力行政还是私经济行为?最初立法模糊,采取了调和意

[94] 参见我国台湾地区“促进民间参与公共建设法”(2015 年最新修订)第 12 条“主办机关与民间机构之权利义务,除本法另有规定外,依投资契约之约定;契约无约定者,适用民事法相关之规定。投资契约之订定,应以维护公共利益及公平合理为原则;其履行,应依诚实及信用之方法。”本条实际上是契约救济途径的选择权,但是,我国台湾地区学术界经常由此契约救济途径倒推契约形态,即认为立法者默示 BOT 投资契约是私法契约,至少赋权当事人可以选择契约形态和属性。

[95] 林家祺,见前注[44],第 54—86 页。

[96] 参见黄茂荣:《债法各论》(第 1 册),中国政法大学出版社 2004 年版,第 371—372 页。

[97] 参见汤德宗、简资修:《美国公共契约法制之研究》,“行政院研究发展考核委员会”1993 年编印,第 16、336、394—395 页。

[98] 参见林家祺:“政府采购诉讼事件行政法院与普通法院审判权之界限”,《月旦法学杂志》2006 年第 6 期,第 91、98 页。

见,“以政府采购契约关系成立与否为界,无契约关系时,为公法事件,契约成立后则为私法事件;立法意旨隐含‘政府采购系双阶行为’之概念。”^[99]但是,政府采购是受否适用双阶段理论,备受学术和实务争议。双阶段理论原初本意是针对行政补助行为,并非恰当适用于政府采购,它是德国学者和判例在1950年代提出的,彼时是担心“行政遁入私法”造成政府的私经济行政逃避监督。双阶段理论解决了国库行为仍部分受公法原理拘束的行政诉讼救济问题。^[100]

总结说来,双阶段理论撕裂了政府贷款、采购等契约的法律关系的完整性,并非可取。政府采购的第一阶招标程序和行为,是行政处分行为,实际上是私法上的承诺。如果不拘泥政府采购的公私法性质,完全可以依照政府采购法律规范,通过行政和司法审查机制,解决实务纠纷。^[101]如果将政府采购看作一个整体契约行为,则分为缔约前行为、达成契约、履约行为。无论将其视为民事契约或行政契约,只要遵循契约自由选择 and 依法行政原则,并接受法律规范的限制,则生活实务问题可以得到解决。如果将政府采购法律性质定性为“私经济行为”,决标或甄选阶段争议视为公法争议,可仅对招投标争议采用行政异议申诉制度。至于政府采购争议中存在的缔约过失理论应用问题,在契约尚未缔结时,可否主张缔约过失损害赔偿,司法实务理解不一。“最高行政法院”判例否决了缔约过失主张,民事法院和地方法院则态度不定,但倾向于肯定寻求民事上的缔约过失请求救济。^[102]

五、结 论

除却行政契约的行政和司法实务另文总结,本文立足于我国台湾地区行政契约的理论梳理,感知台湾学者对行政契约的学术关注和所倾注的研究心血,对其颇丰的行政契约理论研究特点,略作如下概述:

其一,保持了行政契约研究的继承性和历史连贯性思考。我国台湾地区行政契约理论秉承大陆法系的知识和制度传统,并对20世纪初的行政契约理论和制度予以延续,具有重要的知识整理和契约法制建设的参酌意义。

其二,对域外行政契约法理论和法制成果的吸收,已经达到了相当水准,虽然以德国为对比、借鉴最多,但是陈淳文等人对法国行政契约知识的梳理,尤其值得关注。我国台湾地区学界起初对英美政府契约关注甚少,基本忽略了英美规制契约的研究,但后续的契约研究建立起了与合作国家、民营化的勾连关系。

其三,对行政契约和私法契约之间区分标准的探讨,虽然定一尊者尚未出现,但众多的论述大体澄清了公法契约与私法契约识别的困难,司法实务建立了“一案一议”的行政契约和私法契约辨识模式。

其四,虽努力整理行政契约实务,但行政契约类型化和有名化进程尚未完成,仍然面临着

[99] 参见张祥晖:“政府采购法修法后之问题探讨”,《台湾本土法学杂志》2003年第47期,第7页。

[100] 参见李旭铭:“采购行为与双阶理论(上)”,《法令月刊》2003年第5期,第45页。

[101] 同上注,第46—55页。

[102] 参见程明修:“政府采购法与文化艺术奖助条例拼凑之三阶理论”,《台湾法学杂志》2015年第279期,第83页。

如何处理行政契约的事实样态与学术的精细梳理、立法的细致规范的关系难题。

其五,对中国行政契约史程进行“知识考古学”分析,可以发现任何国度的行政契约理论和制度都具有本民族性和地方性。英美国家并没有“行政契约”,其“政府契约”术语和制度与大陆法系的行政契约不尽相同。法国和德国的行政契约也不一样。我国台湾地区经验表明,应该建立起与自身公法及私法体系相一致的行政契约理论和制度体系。首先是法源的一致性,通常公法与私法应该借鉴、移植相同的法系。我国台湾地区公法与私法都以德国法为蓝本。其次,自身法体系中,公法与私法应该划分协调。在起草“政府采购法”时,美国曾经是我国台湾地区的参照蓝本,有人主张政府采购契约属于行政契约,但最终归于民法,实与其公私法自身一致性的法系纯正要求有关。我国大陆地区的行政契约理论和制度,有必要区分自己的法系渊源,使行政契约与民事契约理论及制度保持一致的外国法的法系渊源,不能民事契约的法系渊源是德国的,而行政契约的法系渊源却是法国的。每一个国家或地区的行政契约与民事契约,在本区域都形成了一个自身自洽的体系性思考和分类建构。行政契约理论与法律制度的冲蚀抵牾,其实是背后法源法系的移植、借鉴的混乱。

Abstract: In our country's Taiwan region, scholars have accumulated much experience in the study of administrative contract theories. Their research focuses on such questions as why there is a contract in the field of public power; the different criteria for administrative contracts and administrative adjudication, administrative agreements and private contracts; types of administrative contracts and named construction; the application of contract as a policy tool in modern public-private partnership; legal application in administrative contract disputes and the performance of public law litigation and so on. These academic discussions have influenced the local administrative enforcement and judicial practice of administrative contract in Taiwan. The theory and system of administrative contracts in the Taiwan region are consistent with their own public and private law systems, and they have consistency with the source of foreign law. There is also internal coordination between the special laws. The Taiwanese experience in this area provides knowledge and experience for how mainland China can form consistent and systematic thinking and classification on the theory and system of administrative agreements.

Key Words: Administrative Contract; Private Contract; Public Power; Administrative Action; Administrative Litigation

(学术编辑:彭 鐸)

(技术编辑:马 超)