

论行政合同上的情势变更

基于控权论立场

严益州*

摘要 行政合同与民事合同的区别不在特权,而在控权。承认行政机关与私人一方在行政合同中事实不平等,非为强化这种不平等,而是为消除这种不平等。行政合同存在的价值,应是以控权为手段,矫正行政机关与私人一方的事实不平等,令契约精神真正得以实现。以控权论为立场,需重新检视行政合同上情势变更的适用条件与法律效果。就适用条件而言,应限制将行政规范性文件的变化视作引起情势变更的规则变化,对不可预见的判定应采用客观标准,不得因公共利益而放宽或取消对行政机关的不可归责性要求,更不得以公共利益为名将商业风险认定为情势变更。就法律效果而言,未来应让双方当事人统一适用形成诉权模式,并确立再交涉义务和强化要式主义。

关键词 行政合同 行政优益权 控权论

引言

行政合同本质是合同。当事人应按照约定履行自己的义务,不得擅自变更解除合同。然而,我国行政法界奉行以行政优益权为基础的情势变更制度,将行政机关与私人一方本就事实不平等的关系予以强化,令契约精神形同虚设。例如某些地方政府将土地价格上涨等同于公共利益受损,并以情势变更为借口,自行变更解除已经生效的《招商引资合同》,致使私人一方

* 南京大学法学院助理研究员。本文系2018年度教育部人文社会科学研究青年基金项目“私法形成性行政处理研究”(项目编号:18YJC820076)的研究成果。

的利益严重受损。^{〔1〕}必须明确的是,既然行政机关选择用合同的方式履行行政任务,就必须承认自己和私人一方法律地位平等,并忠实履行合同义务。虽然行政机关与私人一方无论在话语权力还是在政治资源上,均存在事实不平等,但是承认这种不平等,不代表接受这种不平等。行政合同存在的意义,不是为了创造特权,而是为了实现控权。肯定行政合同的价值,正是为了通过一系列公法上的特殊处理,消除行政机关与私人一方在行政合同法律关系中的事实不平等。这背后体现的是矫正正义,其目的是让行政机关与私人一方的实质地位趋近平等,使行政合同仍可以被称为合同,令私人一方仍可以信赖合意的约束力。基于此,本文以控权论为立场,对当前以行政优益权为基础的情势变更制度展开批判,并重新检视行政合同上情势变更的适用条件与法律效果。

一、定位错误:基于特权论的情势变更

(一)民法界对情势变更的审慎态度

情势变更的概念源自民法。需要注意的是,我国民法界对情势变更的态度非常审慎,民事立法者甚至一度将其舍弃。这与我国特殊的历史背景密切相关。在计划经济时代,国家高度管控社会经济生活,意思自治被完全否定。虽然彼时存在所谓的计划合同,但是当事人对合同义务的忠实履行并非出自当事人合意的约束力,而是基于国家计划的义务性。一旦国家计划发生变化,合同当然发生变更与解除的问题。此种计划变化是情势变更,解决方法是行政手段。^{〔2〕}1981年,我国出台以计划经济理论为指导思想的《经济合同法》,尝试在经济领域进行法制建设。这部法律将经济合同视作国家计划的具体执行形式与制定国家计划的重要依据,^{〔3〕}并在第27条第1款第4项规定了情势变更制度,即“凡发生下列情况之一者,允许变更或解除经济合同:……由于一方当事人虽无过失但无法防止的外因,致使经济合同无法履行”。^{〔4〕}可见,情势变更制度早已存在于我国计划经济制度之中,体现国家意志对经济活动的干预。

市场经济体制逐步建立后,具有计划经济色彩的情势变更制度与之发生龃龉。随着合同自由不断扩大与意思自治获得承认,当事人对合同义务的忠实履行不再基于国家计划的义务

〔1〕 浙江省高级人民法院(2017)浙行终1629号。应松年教授接受《人民日报》专访时指出:“有的地方在招商引资时给出政策承诺‘敲锣打鼓’,但项目上马后就搞地方保护。比较明显的是在土地出让,随着土地价值不断上升,有些地方出于利益驱动,以多种借口违约毁约,造成不良影响”。参见魏哲哲:“政府守信需严格制度建设(对话)——访中国法学会行政法学研究会名誉会长应松年”,载《人民日报》2016年12月07日,第17版。

〔2〕 参见梁慧星:“合同法上的情事变更问题”,《法学研究》1998年第6期,第38页。

〔3〕 参见杨景宇:“关于《中华人民共和国合同法修正案(草案)》的说明”,载徐瑞柏、汤树华主编:《经济审判实用全书》,中国经济出版社1995年版,第825页。

〔4〕 参见梁慧星,见前注〔2〕,第40页。

性,而是日益被认为出自当事人合意的约束力。在此背景下,1999年出台的《合同法》第8条将合同严守原则确立为《合同法》的基本原则之一,规定合同一旦成立,合同当事人便受合意的拘束,不得擅自变更解除合同。^{〔5〕}全国人大法律委员会也在《合同法草案征求意见稿》中设立了情势变更条款,但是考虑到“不少代表提出,根据现有的经验,对情势变更难以作出科学的界定,而且和商业风险的界限也难以划清,执行时更难以操作,实际上只有在非常特殊的情况下才能适用情势变更制度,现在在合同法中作出规定条件尚不成熟”,所以最终将情势变更条款从《合同法》中删除。^{〔6〕}很显然,以合意约束力为核心的合同严守原则与以外因为理由变更解除合同的情势变更制度在《合同法》起草时发生了冲突。当时的民事立法者更倾向于加强对合同严守原则的贯彻和对市场交易秩序的保护,因此对情势变更采取排斥的态度。

2008年全球金融危机爆发后,决策者对情势变更的态度有所缓和。为应对“我国经济运行中出现的问题和合同履行困难都可能转化为各类案件进入司法领域”的严峻形势,最高人民法院制定《合同法司法解释(二)》。该司法解释第26条纳入情势变更制度,规定“合同成立以后客观情况发生了当事人在订立合同时无法预见的、非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化,继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的,当事人请求人民法院变更或者解除合同的,人民法院应当根据公平原则,并结合案件的实际确定是否变更或者解除”。不过,最高人民法院特别强调,对于《合同法司法解释(二)》第26条必须“必须正确理解、慎重适用。如果根据案件的特殊情况,确需在个案中适用的,应当由高级人民法院审核。必要时应报请最高人民法院审核。”^{〔7〕}由此可见,最高人民法院即使因为国家经济形势变化而在民事合同领域中不得不纳入情势变更制度,也仍然对其持极为保守的立场。

(二)行政法界对情势变更的积极态度

与民法界所展现出的审慎保守不同,一直以来,我国行政法界对情势变更制度在行政合同上的适用持积极肯定的态度。2010年《大连市行政机关合同管理办法》第11条第3款^{〔8〕}、2013年《西安市行政程序规定》第94条^{〔9〕}与2014年《洛阳市政府合同监督管理办法》第12

〔5〕 参见韩世远:《合同法总论》,法律出版社2018年版,第58页。

〔6〕 全国人民代表大会常务委员会办公厅编:《全国人民代表大会常务委员会公报》1999年第2期,第157—158页。

〔7〕 《关于正确适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)服务党和国家的工作大局的通知》(法〔2009〕165号)。

〔8〕 《大连市行政机关合同管理办法》第11条第3款:“对于……发生不可抗力、情势变更或预期对方违约,行政机关应及时与对方协商解除合同,并立即采取合法有效的措施,制止危害行为的发生,必要时可依合同约定或法律规定提请仲裁机构或人民法院撤销或者解除合同。”

〔9〕 《西安市行政程序规定》第94条:“行政机关签订和履行行政合同……因客观情势变更,需要更改或者终止行政合同,因此给当事人和利害关系人造成损失的,行政机关应当补偿。”

条^[10]均明确承认情势变更制度对行政合同适用。^[11]目前中央层面尚未进行统一立法,但是各级法院已经通过参照适用《合同法司法解释(二)》第26条来处理行政合同上的情势变更问题。^[12]不过,2015年《行政诉讼法司法解释》第12条至第16条当中所谓行政机关“单方变更、解除协议”的表述,对行政合同上情势变更的法律效果进行了区分处理,即行政机关可自行变更与解除行政合同,私人一方则必须依《合同法司法解释(二)》第26条规定,诉请法院判决变更与解除。

问题在于,为什么我国行政法界对情势变更制度如此积极肯定?这是因为我国行政法界所主张的情势变更制度是一种以行政优益权为基础的特殊制度。之所以如此主张,是因为行政合同在我国理论与实务上处境尴尬。需知,在计划经济时代,民事合同(经济合同)曾与行政合同高度重合,比如企业依国家指令性计划签订的计划合同因为体现商品等价交换属性而被认定为民事合同(经济合同),^[13]也因为体现行政机关的权力意志而被认定为行政合同。^[14]但是,中国市场经济改革不仅令民事合同日益独立为当事人意思自治的行为机制,而且使得(民事)合同本身的国家主义色彩逐渐淡化。在强调主体平等与竞争开放的市场经济时代,体现国家权力意志的行政合同是否仍有存在的必要,便成为了问题。1999年《合同法》起草时,民法学者提出“中国现实中有没有行政合同”的疑问,^[15]其背后“更深层次的原因在于对计划体制下行政干预契约的恐惧心态”。^[16]更何况,行政机关在现代社会履行行政任务的方式本就不必局限于公法形式。出于提升行政效能或是稳定私人投资信心的需要,行政机关完全可以用民事合同的方式履行行政任务,比如政府与私人签订私法性质的工程采购合同,以履行公

[10] 《洛阳市政府合同监督管理办法》第12条:“发生情势变更、相对人资产经营状况变化影响履约能力等情况的,承办部门应当立即向法制机构通报;法制机构应根据具体情况指导承办部门正当行使权利,最大限度地保障合同行政主体的合法权益。”

[11] 《行政程序法专家建议稿(北大版)》第175条第2款规定,“合同订立所基于的客观情况在合同订立后发生重大变化,导致一方当事人不能继续履行原合同的,该当事人可以与对方当事人协商,变更原合同的内容。双方协商不成的,可通过仲裁或诉讼的途径解决。”建议稿第176条第1款第1项规定,“行政合同在订立后出现下列情形的,一方当事人可以要求解除合同:(一)合同订立所基于的客观情况在合同订立后发生重大变化,导致一方当事人不能继续履行原合同,且问题不能通过变更合同解决或者双方达不成变更合同的协议。”

[12] 如陕西省高级人民法院(2017)陕行终573号;伊通满族自治县人民法院(2016)吉0323行初10号案件等。

[13] 参见石少侠、陆德山主编:《中国民法经济法若干问题讨论综述》,吉林大学出版社1991年版,第547页。

[14] 参见陈兆德、沈林荣主编:《行政法原理》,南京大学出版社1990年版,第220—221页;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,第594页。

[15] 参见梁慧星:“论合同法征求意见稿专家会议上的争论”,《法学前沿》(第2辑),法律出版社1998年版,第55页。

[16] 于立深:“中国行政合同制度的实践与发展”,载余凌云主编:《全球时代下的行政契约》,清华大学出版社2010年版,第18页。

共工程建设任务。^{〔17〕} 与我国行政合同理论研究不足、制度疏漏实多的现状相比,民事合同的理论建构与规则设计已臻于成熟。既然如此,又何必画蛇添足,另设行政合同呢?

为了证明行政合同的存在是必要的,我国行政法界引入行政优益权理论。行政法界希望借由该理论的构建,促使“民法学者相信行政合同的确是民事合同完全不同的东西”。^{〔18〕} 依据行政优益权理论,行政机关在行政合同订立与履行过程中,应当享有有别于民事合同当事人的优益权(特权),比如单方变更解除权、行政强制权、行政处罚权、合同履行指挥权和监督权等。^{〔19〕} 之所以要赋予行政机关这些优益权,是因为行政合同是行政机关实现公共利益、履行行政管理职能的行为方式,其“应有特殊手段予以保障。不能完全如私合同一样,只有事后的私法救济手段”。^{〔20〕} 在具体区分行政合同和民事合同时,行政法界普遍将行政机关在情势变更情形下的单方变更解除权视作行政优益权的主要表现形式。^{〔21〕} 有的学者甚至提出,行政优益权“本身具有公权力所带有的强制性特质,它有别于民事合同中双方权利义务的对等关系,可以根据情势的变更随时行使,不以双方当事人的意志为转移。”^{〔22〕} 最高人民法院接受了行政法学者的观点,将情势变更与行政优益权相互绑定。在“刘树清诉贵州省铜仁市碧江区人民政府案”中,最高人民法院明确承认行政机关在情势变更情形下的单方变更解除权属于行政优益权,该权利旨在维护公共利益,是行政合同行政性的重要体现。^{〔23〕} 由此,我国行政法界发展出一条有趣的逻辑链:行政合同有别于民事合同 \Rightarrow 行政优益权是必要的 \Rightarrow 行政合同上的情势变更是必要的 \Rightarrow 行政合同上的情势变更有别于民事合同上的情势变更。换言之,行政法界之所以不像民法界那样对情势变更持谨慎保守的态度,原因在于希望借由一种以行政优益权为基础的特殊情势变更制度,证明行政合同与民事合同并不相同。

(三)情势变更与行政优益权绑定的谬误

很遗憾,将行政合同上的情势变更与行政优益权绑定,在出发点上就是错误的。行政优益权理论在学理上自相矛盾,不足为训。理由是:第一,行政优益权存在的正当性依据是行政机

〔17〕 Knack/Henneke, VwVfG, 10. Aufl., 2014, vor § 54, Rdn. 4; Burgi, Vergaberecht, 1. Aufl., 2016, S. 12 f.

〔18〕 胡宝岭:《行政合同争议司法审查研究》,中国政法大学出版社2015年版,第11页。

〔19〕 参见罗豪才、湛中乐主编:《行政法学》,北京大学出版社2016年版,第281页,第290—291页;周佑勇:《行政法原论》,北京大学出版社2018年版,第319页;邢鸿飞:“行政契约”,载应松年主编:《当代中国行政法》(第5卷),人民出版社2018年版,第1746—1749页。

〔20〕 刘莘:《中国行政法》,中国法制出版社2016年版,第244页。

〔21〕 参见韩津和、杨西虎:“行政合同的法律适用之模式选择”,《法律适用》2014年第3期,第89页;王宝明、刘莘主编:《行政法前沿问题研究》,当代世界出版社2002年版,第225页;李鹰:《行政主导型社会治理模式之逻辑与路径》,中国政法大学出版社2015年版,第61页。

〔22〕 李鹰,同上注,第61页。

〔23〕 最高人民法院(2017)最高法行申4590号。

关对公共利益的维护。^{〔24〕}问题在于,私人一方在履约过程中,往往也承担公共任务、践行公共利益。比如在政府特许经营协议中,社会资本方虽然有营利的动机,但它是公共服务的具体提供者,其履行合同义务的行为,就是在实现公共利益。既然如此,何以出让公共任务的行政机关有优益权,真正履行公共任务的私人一方就没有优益权呢?第二,合同的本质是合意,其要求合同当事人意思表示具有同值性,一方不得将自己的意志强加给另一方。但是在行政优益权的影响下,行政合同双方当事人在法律上的地位并不平等,行政机关处于支配和主导地位,私人一方仅居于次要和服从地位。^{〔25〕}正因如此,行政合同整体上往往体现的是行政机关的单方意思,意思表示的同值性无从谈起。也正因如此,有的法院将行政合同与行政处理混为一谈,认为行政合同一旦缔结,便具有公定力、确定力和执行力。^{〔26〕}不过,诚如吴庚教授所言:“就行政契约之订立而言,国家与人民之意思表示,实具同值性。殊不能一方面承认公权力主体与私人间因意思表示一致而成立契约,另一方面又认为国家或自治团体居于其公权力之优越地位,其意思具有公定力,否则将与契约之概念相抵触,导致行政契约与行政处分之区别,再度沦为模糊不清。”^{〔27〕}第三,既然行政机关决定采用合同的形式,就必须接受与私人一方在法律上地位平等。可是,行政机关一方面希望如同私人一方享有其所拥有的合同权利,另一方面又借由行政优益权,限制甚至消灭私人一方的合同权利,这无异于行政机关既当球员,又当裁判。如此任性,公平何在?^{〔28〕}

正因为行政优益权理论在学理上存在诸多矛盾之处,所以不应当将行政合同上的情势变更与行政优益权相互联结。依照行政优益权理论,行政机关享有的特权之一便是情势变更情形下的单方变更解除权。申言之,若发生情势变更,行政机关可自行变更与解除合同,而私人一方必须依《合同法司法解释(二)》第26条向法院诉请变更解除合同。问题在于,我国行政机关本就强势,其话语权力与政治资源全面优于私人一方,而行政优益权语境下的单方变更解除权,让强势的行政机关在合同履行过程中具有更为强势的地位。在这种制度设计下,行政机关可以绕过作为中立第三方的法院,根据自己的需要随意变更已经生效的合同条款,强迫私人一方接受新的合同义务,或是直接解除私人一方已经履行完约定义务的合同,令私人一方蒙受经济损失。让强者享有特权,让弱者服从特权,试问这种制度设计如何体现协商合作精神?采用这种制度设计,无非是新瓶装旧酒,让所谓的行政合同假“协商—合作”之名,行“命令—服从”之实,其结果令合同关系可基于行政机关的需要而被随时打破,私人一方也无法对行政合同的

〔24〕 Stelkens, “Pacta sunt servanda” im deutschen und französischen Verwaltungsvertragsrecht, DVBl 2012, S. 609(614).

〔25〕 陕西省高级人民法院(2017)陕民初89号;湖南省长沙市中级人民法院(2017)湘01民再83号;天祝藏族自治县人民法院(2017)甘0623民初1370号。

〔26〕 浙江省宁波市中级人民法院(2017)浙02行终434号;安徽省安庆市中级人民法院(2018)皖08行终36号;福建省三明市中级人民法院(2018)闽04行终6号。

〔27〕 吴庚:《行政法之理论与实用》(增订第八版),中国人民大学出版社2005年版,第278页。

〔28〕 参见李颖轶:《行政合同优益权研究》,华东师范大学2009年硕士论文,第15页。

履行形成稳定的预期。

更令人担心的是,行政优益权理论不仅容易使作为法律效果的变更解除被不当行使,而且容易使情势变更的适用条件被恣意认定。依据行政优益权理论,行政机关之所以在行政合同中具有特权,是因为公共利益的需要。^[29]这意味着在行政合同法律关系中,行政机关的法律地位高于私人一方,因为行政机关代表的公共利益优于私人一方代表的个体利益。此种夸大公共利益重要性的见解,容易在认定情势变更是否存在时,导致过度偏向行政机关的情形。尤其在行政规范性文件的变化是否引起情势变更、不可预见的判定是否采用客观标准、行政机关是否不可归责、商业风险是否存在等问题上,行政机关可能假公共利益之名,行违约之实。而行政优益权对公共利益重要性的夸大,也容易使行政机关的违约行为被正当化。比如,在现实生活中并不鲜见的是,某些地方政府在签订《国有土地使用权出让合同》时信誓旦旦,缔约后又往往以土地价格上涨或是自行调整规划为由主张情势变更,而部分法院则会以保护公共利益为名,作出支持行政机关的裁判。^[30]不仅如此,有的法院甚至会修正情势变更的适用条件,以便得出有利于行政机关的结论。例如,情势变更的适用条件之一是情势变更的发生不能归责于当事人,意即当事人不能对不利后果的发生具有过错,否则当事人应自行承担损失。^[31]但是在“陈光红诉芷江侗族自治县国土局案”中,芷江侗族自治县人民法院认为出于保护公共利益的必要,行政机关即使对案涉不利后果的发生存在过错,也应当允许其主张情势变更。^[32]

公共利益不应成为行政合同上的霸王条款,更不应成为行政机关逃避合同风险、破坏交易安全的借口。退一步讲,即使行政机关完全代表公共利益,私人一方仅仅代表个体利益,也不能推论出行政机关可以在行政合同中享有特权。既然行政机关选择用合同的方式履行行政任务,就必须承认自己和私人一方在法律地位上平等,并忠实履行合同义务。如果承认行政机关享有特权,那么就是否定合同双方当事人法律地位平等,其结果将令优势一方当事人可将自己的意志强加于另一方当事人。由此缔结的“合同”根本就不算是真正的合同,因为其谈不上存在合意,所体现的只是优势一方当事人的单方意思。正因为行政机关与私人一方的法律地位应当平等,二者各自代表的公共利益与个体利益的法律地位也应当平等。这意味着,在认定情势变更的问题上,不能夸大公共利益的重要性而弃合同严守于不顾。在行政合同中,公共利益原则上不具有优先性。^[33]承认情势变更的存在,必须是因不可归责于双方当事人的客观事

[29] Stelkens (Fn. 24), S. 614.

[30] 海南省高级人民法院(2016)琼行终442号。对地方政府借口规划调整而收回已经出让国有土地使用权的乱象,民法学者崔建远也深表忧虑,认为“于此场合,且不说用地者的预期化为泡影,就是其投入的资金及其融资的利息也难获赔偿”。参见崔建远:“行政合同族的边界及其确定根据”,《环球法律评论》2017年第4期,第29页。

[31] 参见韩世远,见前注[5],第506页。

[32] 芷江侗族自治县人民法院(2016)湘1228行初6号。

[33] Knack/Henneke (Fn. 17), § 60, Rdn. 31.

由发生重大变化而使合同基础动摇或者丧失,而绝对不应是仅仅为了保护行政机关所宣称的公共利益。无论是主张情势变更的行政机关,还是裁判情势变更的司法机关,均不能将行政处理中的支配服从关系置换至行政合同当中,更不能将其用于《合同法司法解释(二)》第26条的解释适用。在判定情势变更是否成立时,公共利益和私人利益必须被平等放置于天平的两端加以衡量。只有强行维持行政合同原有效力将导致公共利益与个体利益的关系发生严重失衡,并且一方当事人对不利后果的发生不可预见同时不具有过错,情势变更制度才可能被适用。在此,公共利益只是天平一端与个体利益地位相同的砝码,同等受到《合同法司法解释(二)》第26条规定的情势变更一般适用条件之检验。行政优益权理论对公共利益重要性的夸大理解,在情势变更制度中是不可以被接受的。

总而言之,行政合同上的情势变更制度必须与行政优益权理论切割。行政优益权理论不仅在学理上错漏百出,而且使情势变更的适用条件和法律效果被不当设定。需知,民法界认为情势变更更容易被滥用,不仅令合同无法严守,而且将危害市场交易秩序,所以对情势变更持谨慎保守的立场。民法界的这一态度,值得行政法界深思。行政合同本质上还是合同,合同严守是契约精神的集中体现,当事人应当按照约定履行合同义务,不得擅自变更或解除合同。即使适用情势变更制度,主张适用的一方当事人也必须极其审慎,否则合同约束力必将沦为形式。况且,行政机关的话语权力与政治资源显然全面优于私人一方,其在行政合同法律关系中本身就处于事实上的强势地位,对于情势变更的适用应当更加审慎。但是,行政优益权理论不仅赋予行政机关自行变更解除合同的特权,而且夸大公共利益的重要性,从而使私人一方的被动服从法定化,令强势的行政机关实际可以任意消灭私人一方的合同权利,其结果“极易形成行政机关之两手策略(一手为行政契约,一手为行政处分),造成人民之一造当事人极度之不利”。^[34]长此以往,人民何以相信国家?放弃行政优益权理论,重塑行政合同上情势变更的制度内涵与法律适用,应是当下迫切需要完成的任务。

二、理念革新:基于控权论的情势变更

(一)行政合同与民事合同的区别是控权而非特权

行政合同之所以不同于民事合同,不是因为特权,而是因为控权。承认行政机关与私人一方在话语权力与政治资源上的事实不平等,不是为了强化这种不平等,而是为了消除这种不平等。^[35]需知,虽然行政机关和私人一方在民事合同中形式上法律地位平等,但是这种平等由于官民权力反差而无法实质得以贯彻,故民事合同不足以制约行政机关滥用事实优势地位。比如民事合同讲求意思自治,合同当事人可自主决定合同内容,但是行政机关显然在缔约阶段

[34] 林明锵:“行政契约”,载翁岳生主编:《行政法》(上册),元照出版公司2006年版,第594页。

[35] Spannowsky, Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen, 1. Aufl., 1994, S. 203 ff., 217 ff., 232 ff.

更有谈判实力,其可以强迫私人一方额外约定与自己给付无正当合理关联的对待给付,令双方的给付并不等值(Ungleichgewichtig)。^[36]面对这一困境,以行政优益权理论为基础的行政合同不仅毫无作为,而且雪上加霜,试图将行政机关的事实优势地位予以强化。这使得行政机关更容易损害私人一方的合同权利。若要让契约精神真正在行政活动领域得以实现,令私人一方真正信赖行政机关的合同承诺,那么行政合同应以控权论为立场,通过公法上的特殊处理,约束行政权力,让行政机关与私人一方不仅维持法律地位平等,而且实质地位趋近平等。事实上,行政合同控权论并非学理层面的主观臆造,其在域外法制中已经得以实践。比如,德国法上存在替代行政处理的隶属合同,但是隶属合同中的“隶属”只是指当事人在公法合同之外的支配服从关系,^[37]行政机关与私人一方在公法合同中原则上法律地位平等,二者的意思表示具有同值性(Gleichwertig)。^[38]德国立法者不仅在隶属合同中没有赋予行政机关特权,^[39]而且在1973年《联邦行政程序法政府版草案说明》中明确提出,“较之于具体合同关系之外、具有平等地位的当事人缔结的合同,隶属合同应当受到更严格的法律约束”。^[40]与德国相比,奥地利对隶属合同的适用要求更加苛刻。德国法上的隶属合同仅有限度地适用法律保留原则,但是奥地利法上的隶属合同完全适用法律保留原则,合同内容与目的的设立必须有充分明确的法律授权,超越法律授权规范的合同约定不具有约束力。^[41]对于行政机关强势的今日中国,告别行政优益权,采用行政合同控权论思想,可谓极具现实意义。必须明确的是,行政合同本质是合同,控权是为了实现矫正正义,守护合同的基本价值。这方面应当践行的主要控权原则简述如下:

1. 法律优位原则

行政机关必须恪守法律优位原则,即行政机关的合同行为必须与法规范保持一致,不得抵触。需知,行政合同强调权力制约,其本质是“内容受约束的行政任务履行机制”。^[42]唯有法律给行政机关容留了处置余地,行政机关才可以缔结行政合同。行政合同的订立与履行应当依据法规范而为之,并时刻受到法规范的约束与控制。^[43]比如在“葛水根诉进化镇政府与平阳村委会案”中,案涉《征地农户住房安置协议》“允许葛水根在法定征地补偿标准之外,另以1500元/平方米价格购买150平方米安置房”,明显逾越原《土地管理法》第47条与《物权法》

[36] Bleckmann, Verfassungsrechtliche Probleme des Verwaltungsvertrages, NVwZ 1990, S. 601 (607).

[37] Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl., 2017, § 14, Rdn. 17.

[38] GmS—OGB NJW 1986, S. 2359 (2359); Peine, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl., 2014, S. 195.

[39] Athanasiadou, Der Verwaltungsvertrag im EU—Recht, 1. Aufl., 2014, S. 99.

[40] BT—Drs. 7/910, S. 80

[41] Glaser, Die Entwicklung des Europäischen Verwaltungsrechts aus der Perspektive der Handlungsformenlehre, 1. Aufl., 2013, S. 216 f.

[42] Bull/Mehde, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, 9. Aufl., 2015, S. 362.

[43] Bull/Mehde (Fn. 42), S. 361.

第42条规定的土地征收补偿范围,因而该行政合同应被认定为无效。^[44]

若行政机关以替代行政处理的方式缔结行政合同,则该行政合同受法律优位原则约束的强度会受不同情形影响。如果拟替代的行政处理属于羁束处理,那么行政合同仅是执行羁束处理所适用的法规范,合同内容以法规范所定为限,不能进行弹性约定。如果拟替代的行政处理属于裁量处理,那么行政机关在缔结行政合同时,可行使裁量权,以优化行政目的的实现。但行政机关裁量权的行使并非不受限制,仍应符合授权目的,并应遵守法律规定之裁量界限,不得发生裁量瑕疵(比如裁量怠惰、裁量逾越、裁量滥用)。^[45]

2. 法律保留原则

行政机关在特定情形中应当遵循法律保留原则,意即行政机关的所为非但不能抵触法律,而且必须事先具有法律依据。需要注意的是,奥地利行政法奉行完全保留原则(Totalvorbehalt),行政机关的任何行政合同行为必须事先获得法律上的授权。^[46]但是在行政合同领域过分强调事前立法,将极大限缩行政合同的存在空间,恐令行政机关利用民事合同滥用力量的问题更加无法解决。而且法律保留系积极的依法行政,其旨在保障私人权利免于国家的不当干预,但是私人一方既然参与缔结行政合同,就意味着其同意行政机关的行为对自身权利产生某些侵益效果,法律保留原则并无一般适用的必要。^[47]尽管如此,若行政机关的行政合同行为对私人一方产生极度不利的后果,则法律保留原则仍有例外适用的必要。在德国法上,如果行政机关以强制缔约的方式要求订立行政合同,那么强制缔约行为必须事先具有法律依据;^[48]如果私人一方承诺的给付义务包含放弃身体不受伤害权(Recht auf körperliche Unversehrtheit),那么行政机关缔结包含此种给付义务的合同行为也必须获得法律上的特别授权。^[49]在我国当前司法实践中,有的法院已经采用法律保留原则否定在行政合同中约定行政强制执行内容。比如在“王善俊诉崇川区城管局与新城桥街道办案”中,王善俊与新城桥街道办先后签订《保证书》与《市区便民修理亭使用管理协议书》,约定若王善俊未履行协议内容,新城桥街道办有权强制拆除案涉修车棚。但是一审法院认为,“我国现行法律法规并未赋予行政机关在相对人不履行行政协议情况下有直接依据行政协议实施行政强制执行的权力。‘法无授权不可为’,新城桥办与崇川城管局依据协议实施强制执行行为缺乏法律依据。”^[50]

3. 不当联结禁止原则

行政机关必须恪守不当联结禁止原则,即行政机关的给付与私人一方的给付应该相当,具

[44] 杭州市中级人民法院(2017)浙01行终944号。

[45] Knack/Henneke (Fn. 17), § 54, Rdn. 3 ff.

[46] Harald Eberhard, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, 1. Aufl., 2005, S. 300 ff.

[47] Knack/Henneke (Fn. 17), § 54, Rdn. 10.

[48] Höfling / Krings, Der verwaltungsrechtliche Vertrag: Begriff, Typologie, Fehlerlehre, JuS 2000, S. 625 (630).

[49] Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., 2015, S. 752.

[50] 南通市中级人民法院(2018)苏06行终111号

有正当合理的关联。所谓正当合理的关联是指给付与对待给付存在内在关联关系,并且若无相应的法律授权,行政机关的给付不得与额外的经济性对待给付挂钩。^[51] 比如,如果私人一方在进行商业开发时,负有修建停车场等附属设施的公法义务,但是修建停车场存在客观困难(比如土地价格过于高昂且取得不易),那么私人一方与行政机关可以缔结停车场豁免合同,即私人一方同意缴纳一定数额的金钱,行政机关同意豁免其修建停车场的公法义务。在此,若行政机关拟将私人一方缴纳的金钱用来修建或扩建城市公共停车场,以解决私人一方在商业开发过程中所面临的停车位不足的问题,则私人一方的金钱给付与行政机关的豁免行为存在正当合理的关联。若行政机关之所以豁免私人一方修建停车场的公法义务,是为了将私人一方缴纳的金钱用来修建青少年活动中心,以丰富青少年的文化生活,则私人一方的金钱给付与行政机关的豁免行为不存在正当合理的关联,该停车场豁免合同系属无效。^[52]

4. 正当程序原则、平等权原则、比例原则

行政机关必须恪守正当程序原则、平等权原则、禁止过度侵害原则等控权原则。就正当程序原则而言,行政合同应当采用书面形式;若行政合同可能侵害第三人利益,则该合同必须获得第三人的书面同意;若变更或解除行政合同,则一方当事人负有听取另一方当事人意见的再交涉义务。^[53] 就平等权原则而言,如果行政合同旨在替代行政处理的作出,那么行政机关不得对于相同事实予以差别对待,即行政机关若无正当理由,不得就相同事实,对某一私人作出行政处理,但与另一私人缔结行政合同。就比例原则而言,行政机关的给付与私人一方的给付必须均衡,行政机关的合同行为不能逾越所欲达成行政目的之必要限度,尤其不得借由其事实优势地位,压迫私人、勒索利益。^[54]

(二)控权论立场下情势变更的适用条件

控权论不是抽象层面的泛泛之谈,而是必须落实于具体问题的分析与解决。以行政合同上情势变更为例,目前其适用条件的认定,参照适用《合同法司法解释(二)》第26条的规定。^[55] 诚如前述,行政优益权理论夸大了公共利益的重要性,可能导致部分法院对于情势变更存在与否的判断,过分偏向行政机关。对此,有必要用控权论思想厘清情势变更的适用条件。

1. 限制认定行政规范性文件的变化

情势变更若要成立,需要行政合同所赖以为基础的客观情况发生重大变化。该客观情况

[51] BverwGE 111, 162 (169).

[52] Deterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl., 2015, S. 287 f.

[53] 我国法院目前普遍承认行政合同应当适用正当程序原则。相关判决如:浙江省高级人民法院(2017)浙行终1497号;贵州省高级人民法院(2017)黔行终492号;江苏省高级人民法院(2016)苏行再2号。

[54] Knack/Henneke (Fn. 17), § 54, Rdn. 30 f.

[55] 一般认为,合同法上情势变更的适用条件是:1. 客观情况发生重大变化;2. 客观情况的重大变化令原合同履行显失公平或合同目的不能实现;3. 客观情况的重大变化发生于合同成立之后、履行完毕之前;4. 客观情况的重大变化须当事人缔约时不可预见;5. 客观情况的重大变化须不可归责于当事人;6. 客观情况的重大变化须不属于不可抗力;7. 客观情况的重大变化须不属于商业风险。

不是合同内容本身,也不是纯粹的动机,而是合同当事人共同预想的、并构成合同本质基础的特定环境之存在或发生。^[56] 客观情况重大变化既包含自然环境改变、战争爆发、金融危机等事实变化,也包含法律、法规、规章制定、撤销与废止等规则变化。^[57]

问题在于,行政规范性文件的变化是否构成情势变更上的规则变化。如果行政机关制定行政规范性文件的目的是为了维护公共利益,那么从行政优益权的角度出发,似乎应当承认行政规范性文件的变化能够引发情势变更,行政机关有权据以变更解除行政合同。但是基于控权论立场,将行政规范性文件的变化认定为引起情势变更的规则变化,应当极其审慎。姑且不论我国许多行政规范性文件“看似出于维护公共利益、加强社会管理的需要,实则是强化和扩大行政权力,推进政府及其部门自身利益甚至表明个人政绩的需要”,^[58] 行政机关本身拥有制定行政规范性文件的主导权,而且行政规范性文件的制定程序相对便宜。若允许行政机关一边缔结行政合同,一边修改行政规范性文件,并据此主张情势变更,实在有悖诚实信用。^[59] 不过,目前我国行政合同上情势变更的重要事由是城乡土地规划变更,城乡土地规划通常以行政规范性文件的方式作出。^[60] 若完全排除行政规范性文件的变化,即完全排除城乡土地规划变更引发情势变更的可能,恐有矫枉过正之嫌。

因此,现阶段应当限制认定而非完全否定行政规范性文件的变化作为情势变更的合法事由。如果案涉行政规范性文件对不特定相对人创设权利义务,那么只有该行政规范性文件的制定机关并非行政合同当事人时,情势变更才可以被主张。比如在“刘树清诉贵州省铜仁市碧江区人民政府案”中,最高人民法院认为,铜仁市政府通过下发行政规范性文件的方式,调整和重新制定了市域城镇体系规划和城市总体规划,令碧江区政府已无法按照《房屋搬迁补偿安置协议书》的约定向刘树清等人交付安置宅基地,情势变更的情形已经发生。^[61] 在该案中,制定行政规范性文件的铜仁市政府并不是合同当事人,所以碧江区政府可以主张情势变更。但是,如果铜仁市政府是合同当事人,并且铜仁市政府通过制定行政规范性文件而变更土地利用规划,则其便不得以规划调整的名义主张情势变更,否则将被认定违背诚实信用原则。

与之同时,如果案涉行政规范性文件旨在对不特定相对人进行行政指导,不对其具有拘束力,那么不应当认定该行政规范性文件引发情势变更。最高人民法院在2016年的裁判中已对此予以认可,认为国务院办公厅下发的《关于金融支持经济结构调整和转型升级的指导意见》与辽宁银监局下发的《辽宁银监局办公室关于辖区内银行机构建立债权人委员会工作的指导意见》仅是旨在更好地发挥金融对经济结构调整和转型升级的支持作用,并不具体涉及对相关

[56] Bader/Ronellenfitsch, BeckOK VwVfG, 44. Edition, 2019, § 60, Rdn. 5

[57] Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG, 1. Auf., 2014, § 60, Rdn. 15 ff.; Knack/Henneke (Fn. 17), § 60, Rdn. 17 ff.

[58] 刘松山:“违法行政规范性文件之责任追究”,《法学研究》2002年第4期,第39页。

[59] Knack/Henneke (Fn. 17), § 60, Rdn. 18, 21.

[60] 最高人民法院(2017)最高法行申19号。

[61] 最高人民法院(2017)最高法行申4590号。

石油企业的支持措施,因此该文件并不引发情势变更。〔62〕

2. 不可预见的判定采用客观标准

客观情况的重大变化须合同当事人不可预见,否则当事人应自行承担客观情况的重大变化所引发的不利后果。对此,民法学上的争论是,不可预见的判定究竟应采用主观标准还是客观标准。有的学者主张采用主观标准,认为应以遭受不利益一方当事人的实际情况为准,理由是结果精确、贴近现实。〔63〕有的学者主张采用客观标准,认为应从一般理性人的角度进行判断,理由是简便易行、避免臆断。〔64〕

对于行政合同而言,如果强调公共利益至上,那么应当采用主观标准,着重探究行政机关在具体情形下的真实意思,确保行政机关所主张的公共利益能够充分得到保障。如果坚持控权论的立场,则应当采用客观标准,其目的在于防止行政机关滥用权力、恣意违约。比如地方政府招商引资时,“事前承诺、事后毁约”的现象频繁发生。〔65〕在“鄯安公司诉望江镇政府案”中,望江镇政府在《招商引资协议书》中已承诺给予鄯安公司税收优惠政策,事后又借口自身无法预见佳木斯市税收优惠政策废止,要求变更《招商引资协议书》,不再承担土地占用税。如果在该案中采用主观标准,着重探究行政机关的主观认知,那么行政机关必然坚称主观上无法预见税收政策变化,而私人一方也难以证明行政机关的主张不成立。倘若如此,行政机关可随意以主观上不可预见为由,不履行行政合同义务,其结果将导致私人一方的利益严重受损。值得肯定的是,佳木斯市郊区人民法院没有采用主观标准,而是依客观标准,认定望江镇政府对于新的税收优惠政策“并未履行告知义务,明确征求鄯安公司意见是否重新签订合同或解除合同,在2015年鄯安公司建厂时,望江镇政府也未制止,应视为对原合同的认可”,所以原税收优惠政策的废止并不构成情势变更,望江镇仍需依照原《招商引资协议书》履行合同义务。〔66〕采用客观标准,要求从一般理性人的角度判断是否可以预见客观情况发生变化,实际是引入第三方中立标准考察行政权力的行使,规范行政机关的行为,从而减少政府滥权违约的现象。

3. 不得放宽或取消对行政机关的不可归责性要求

客观情况的重大变化须不可归责于合同当事人,意即合同当事人不能控制与避免客观情况发生重大变化。如果客观情况的重大变化可以受合同当事人控制,则表明该当事人对情势变更具有过错,故而应自行承担损失。〔67〕在“石福生诉漠河县人民政府案”中,大兴安岭地区

〔62〕 最高人民法院(2016)最高法民终727号。

〔63〕 参见李永军:《合同法原理》,中国人民公安大学出版社1999年版,第537页;韩世远,见前注〔5〕,第506页。

〔64〕 参见李永军,同上注,第537页;侯国跃、邓平萍:“情事变更原则的司法适用——以《合同法司法解释(二)》第26条为中心”,《重庆行政(公共论坛)》2010年03期,第56页。

〔65〕 中国经济网:《地方招商引资频现违约“深改组”给民资撑腰》, <http://finance.china.com.cn/news/gnjj/20160929/3924699.shtml>, 最后访问日期:2019年11月10日。

〔66〕 佳木斯市郊区人民法院(2017)黑0811民初491号。

〔67〕 参见韩世远,见前注〔5〕,第506页。

中级人民法院认为,尽管“漠河县因林区停采人员外流严重,导致县城内的房价已大幅下降且存在大量空闲棚改房”,但是被告漠河县政府没有在合理的期限内履行支付补偿款的义务,坐视客观情况发生重大变化,对不利后果的产生应负有责任,因此不得主张情势变更。^[68]

问题在于,对行政机关而言,行政合同包含实现公共利益的价值取向。如果仅仅因为部分行政机关工作人员的失职,否定行政机关基于情势变更而变更解除行政合同的权利,是否会危及公共利益呢?换言之,出于维护公共利益的需要,是否应在情势变更案件中,对行政机关放宽或是取消不可归责性要求呢?事实上,我国某些法院的确认为,基于保护公共利益的必要,即使行政机关对不利后果的发生存在过错,也应当允许其主张情势变更。比如在“陈光红诉芷江侗族自治县国土局案”中,芷江侗族自治县人民法院认为,被告芷江县国土局因自身审查不严,将涉及公用通道及公共厕所的土地使用权错误划拨给了原告陈光红,但是芷江县国土局仍然可以主张情势变更,要求陈光红返还案涉土地。^[69] 本文认为,既然行政机关是以维护公共利益为己任,那么行政机关本身就应当拥有更高的注意义务,以确保公共利益不受损害。公共利益的存在,应当是提高行政机关的注意义务,而不是反过来降低行政机关的注意义务。同时诚如黄学贤教授所言,“民事主体的注意义务是按照社会大众、普通老百姓的标准来衡量的。但由于行政主体的专业水准、判断能力、防止妨害发生的能力要远远高于普通老百姓,因此,行政主体及其工作人员的注意义务应当是管理者标准或者‘水准’的注意义务,其程度要求显然应当比民法上的注意义务更高、更严格。”^[70] 可见在行政合同缔结与履行时,对行政机关的过错审查标准应当更严格。更何况,行政机关在行政合同法律关系具有事实优势地位,如果对行政机关放宽或是取消不可归责性要求,那么便是将因行政机关自身过错而产生的损失归由相对弱势的私人一方承担。这不仅对私人一方不公平,而且会助长政府违约现象的出现。因此在情势变更的问题上,尚不宜对行政机关放宽或是取消不可归责性要求。

4. 不得以公共利益为名将商业风险认定为情势变更

《合同法司法解释(二)》第26条明确将商业风险排除在情势变更之外。对于商业风险,合同当事人须自行承担,不得对此主张变更或解除合同。依据最高人民法院的见解,情势变更与商业风险的界分,需要参照合同约定,并从可预见性、归责性以及产生后果等方面进行分析。^[71] 在行政合同案件中,不利后果常与公共利益纠缠不清,这令情势变更与商业风险更加难以区分。以土地价格上涨为例,在“海南星华公司、海口星华公司诉文昌市政府、文昌市国土资源局案”中,被告文昌市政府主张:“1998年征收集体土地的补偿标准与2014年征收集体土地的补偿标准相差巨大,1999年出让合同约定的土地出让金与2014年该区域商住用地挂牌出让给的价格亦相差几十倍”,如果继续履行原《征用土地补偿协议书》与原《国有土地使用权

[68] 大兴安岭地区中级人民法院(2016)黑27民终258号。

[69] 芷江侗族自治县人民法院(2016)湘1228行初6号。

[70] 黄学贤:《行政法(学)的发展趋势探寻》,元照出版公司2012年版,第88页。

[71] 最高人民法院(2015)民二终字第236号。

出让合同》，将“损害农村集体的权益”和“导致国有资产严重流失”。因此，文昌市政府要求根据情势变更制度，解除案涉《国有土地使用权出让合同》。海南省高级人民法院的裁判认可了文昌市政府的主张。^{〔72〕} 该司法裁判值得商榷。诚如前述，公共利益并非霸王条款。在行政合同法律关系中，行政机关与私人一方的法律地位应当平等，二者分别代表的公共利益和个体利益的法律地位也应当平等。^{〔73〕} 承认双方利益法律地位平等，是为了让行政机关无法以公共利益优先为名，随意变更解除行政合同，从而维护合同严守原则。因此，对于行政合同上的情势变更，不能因为案涉事实涉及公共利益而将商业风险认定为情势变更，并一律让私人一方承担损失。各级法院在处理相关案件时，应着重审查行政机关对不利后果的发生，是否可以预见、是否存在过错。如果行政机关对不利后果的发生可以预见或存在过错，那么纵使存在涉及公共利益的市场价格波动，也应认定其属于商业风险，行政机关必须自行承担损失。^{〔74〕} 在上述案件中，海南星华公司与海口星华公司早在 1992 年便已缴交了土地出让金 640 万元。由于文昌市政府与文昌市国土资源局一系列的不作为，案涉土地不仅未能及时交付，而且其权属争议演变为历史遗留问题。^{〔75〕} 文昌市政府与文昌市国土资源局对本案不利后果的发生存在严重的过错，因此土地价格上涨应被视作商业风险，情势变更并不成立。

（三）控权论立场下情势变更的法律效果

若情势变更确实存在，则可能发生行政合同变更或解除的法律效果。诚如前述，2015 年《行诉法司法解释》第 12 条至第 16 条中所谓行政机关“单方变更、解除协议”的表述，对行政合同上情势变更的法律效果进行了区分处理，即行政机关可自行变更与解除行政合同，私人一方则必须依《合同法司法解释（二）》第 26 条规定，诉请法院判决变更与解除。之所以存在这一区分对待，是因为最高人民法院认为行政机关拥有行政优益权。^{〔76〕} 但是这种区分处理极易导致情势变更制度滥用，助长政府违约，所以必须被舍弃。正确的立场应是，以控权论为指导思想，重塑情势变更法律效果层面的相关规定，强化对行政机关事实优势地位的控制。

1. 以形成诉权模式替代单纯形成权模式

我国行政法界一直宣扬的行政机关单方变更解除权只是行政机关依单方意思自行变更解除合同的权利，意即单纯形成权。形成权是指依权利人单方意思表示使法律关系发生改变的权利，其区分为单纯形成权与形成诉权，前者是当事人以形成宣告的方式行使的形成权，后者是当事人通过法院判决的方式行使的形成权。在情势变更的情形中，私人一方诉请法院变更解除合同的权利是形成诉权，意即私人一方虽然可以依单方意思使法律关系发生改变，但是权利行使须借由司法途径予以实现。^{〔77〕} 换言之，我国行政法界所谓“单方变更解除权是行政优

〔72〕 海南省高级人民法院(2016)琼行终 442 号。

〔73〕 Knack/Henneke (Fn. 17), § 60, Rdn. 31.

〔74〕 Mann/Sennekamp/Uechritz (Fn.57), § 60, Rdn. 19.

〔75〕 海南省高级人民法院(2016)琼行终 442 号。

〔76〕 最高人民法院(2017)最高法行申 4590 号。

〔77〕 Medicus/Petersen, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl., 2016, S. 47 ff.

益权”的论述仅在概念上就是有问题。私人一方诉请法院变更解除合同的权利本质上也是作为形成权的单方变更解除权,只不过权利行使受到司法机关的限制而已。〔78〕

抛开概念错误,必须严肃面对的实质问题是:是否应当允许行政机关以单纯形成权模式实现合同的变更与解除呢?为此有必要回顾《合同法司法解释(二)》第26条的形成脉络。需知,《德国民法典》第313条采用的是单纯形成权模式,即允许主张情势变更的当事人依单方意思自行解除民事合同,不必向法院请求解除。〔79〕但是,我国最高人民法院在起草《合同法司法解释(二)》第26条时,没有复制《德国民法典》第313条的立法构造,而是选取了形成诉权模式。作出这样的法政策抉择,乃是贯彻我国《合同法》一直坚持的立场,即“在合同双方当事人利害冲突鲜明的场合,不是由双方当事人单方面形成法律关系,而是由法院或者仲裁机构裁判确定当事人之间的权利义务关系”。〔80〕形成权“相当于私法中的权力(Macht)”,〔81〕其行使不必得到相对人同意,相对人必须容忍形成权的“单方形成之力”侵入自身的权利范围。〔82〕这样的权利(力)极有可能被滥用。采用形成诉权模式,实际是希望借由法院的介入,约束合同当事人行使形成权的行为,确保权利行使结果的公平性和妥当性。〔83〕

由此可见,《合同法司法解释(二)》第26条隐含了某种意义的控权论思想,即在“权力”诱惑面前,当事人的意思自治不能被完全信任,应受到中立裁判者的规范与控制。这一思想与本文所倡导的行政合同控权论不谋而合。在我国,行政机关本身就处于极为强势地位。在行政合同的问题上,行政机关滥用行政权力的现象并不鲜见。控制行政权力、维护行政合同关系的稳定性,应当是我国行政合同法治化的首要目标。从控权论的角度来看,行政机关与私人一方拥有的合同变更权与解除权不存在区别对待的必要,双方均应依照《合同法司法解释(二)》第26条的规定,诉请法院变更与解除。需知,形成诉权体现的是对当事人单方形成法律关系的限制。由于形成权旨在改变法律关系,其往往涉及当事人之间激烈的利益冲突,而形成权人在利益驱动下难免会滥用形成权。为避免形成权恣意行使,应当对形成权行使的方式进行限制。形成诉权的出现,正是为了约束形成权的行使。在形成诉权模式下,一方当事人意欲单方形成的法律效果应当由作为中立第三方的法院裁判生效,法院在此成为强有力的监督者。〔84〕当然,若要实现这一目标,必须保证行政机关有权提起行政诉讼。不能否认的现实是,我国尚未建立“官告民”的行政诉讼模式,行政机关目前无法向法院诉请变更与解除行政合同。如果不承认行政

〔78〕 参见韩世远,见前注〔5〕,第516—517页。

〔79〕 Jauernig/Stadler, BGB, 17. Aufl., 2018, § 313, Rdn. 29.

〔80〕 韩世远,见前注〔5〕,第517页。

〔81〕 朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2016年版,第518页。

〔82〕 参见(德)卡尔·拉伦茨,曼弗瑞德·沃尔夫:“德国民法中的形成权”,孙宪忠译,《环球法律评论》2006年第4期,第491页。

〔83〕 参见韩世远,见前注〔5〕,第517页。

〔84〕 参见朱庆育,见前注〔81〕,第519页。

机关自行变更与解除行政合同的权利,那么无异于令行政机关丧失权利救济的可能,从而概况承受情势变更导致的一切不利后果。这也显然有违公平正义原则。因此,现阶段或许仍然有必要暂时允许行政机关自行变更与解除行政合同,但必须明确两点:第一,允许单纯形成权模式在一定时期内存在,只是应对行政诉讼法上“官告民”模式缺失的权宜之计,这与行政优益权毫无关联。第二,暂时允许不代表承认单纯形成权模式的实质正当性。未来必须全力推动《行政诉讼法》的修改,赋予行政机关提起行政诉讼的权利。一旦《行政诉讼法》作出相应修改,就必须立刻废除行政机关自行变更解除的权利,行政机关与私人一方一律应以形成诉权模式处理行政合同上的情势变更。

2. 确立再交涉义务

进一步的问题是,主张行政合同变更解除的行政机关是否负有再交涉义务。所谓再交涉义务,是指在情势变更发生后,受不利益当事人与另一方当事人就合同内容重新协商的义务。民法界对于再交涉义务存在与否的争议极大。支持者认为:“尽可能鼓励当事人重新谈判,有利于最大限度地维护合同关系的稳定,实现当事人之间的利益平衡”。^[85]反对者认为:“情势变更是法定的合同变更或解除事由。在法定事由确定发生的情况下,当事人的意思自治究竟还有多少效力值得怀疑……义务人应如何完成此项(再交涉)义务,实在难以规范”。^[86]《合同法司法解释(二)》第26条没有明确规定再交涉义务。在民事实务中,除少数中级法院与基层法院之外,绝大多数法院目前没有承认再交涉义务。^[87]

对行政合同而言,行政机关负有再交涉义务的矛盾之处在于,无论采用单纯形成权模式还是形成诉权模式,行政机关本质上都是依单方意思变更解除合同。既然如此,行政机关又何来与私人一方就合同内容再次交涉的义务呢?承认再交涉义务,不就是否定行政机关在合同变更解除上的单方意思吗?更何况,行政机关的单方变更解除权常与公共利益相联结。部分法院甚至认为,出于维护公共利益的需要,行政机关不必负有再交涉义务。比如在“孙玉敏、顾泽兵诉丹江口市人民政府、丹江口市三官殿办事处案”中,丹江口市中级人民法院同意征收机关以“拆迁户分散、人数众多,社会稳定风险较大”为由,用便利行政方式替代协商过程,意即征收机关不必与被拆迁人进行协商,可直接采用市政府领导共同会签批复的政府决策程序变更行政合同。^[88]可是,如果不明确行政机关的再交涉义务,那么行政机关便有权在不与私人一方协商的情形下,径自变更解除行政合同,其结果可能会增加合同纠纷,激化社会矛盾。尤其在土地房屋征收补偿合同变更解除的问题上,如果行政机关不与被拆迁人进行谈判协商,充分听

[85] 王利明:《合同法研究》(第2卷),中国人民大学出版社2011年版,第240页。

[86] 韩强:《民法解释与学说》,中国政法大学出版社2016年版,第124页。

[87] 笔者在聚法案例中,用“再交涉义务”“再交涉”“再交涉的义务”“情势变更”等关键词进行排列组合式搜索,只检索到两份承认再交涉义务的裁判文书:兰州市城关区人民法院(2017)甘0102民初6406号、宿迁市中级人民法院(2017)苏13民终2578号。

[88] 丹江口市中级人民法院(2016)鄂03行初6号。

取被拆迁人的意见,那么极有可能引发群体性事件,影响社会稳定。〔89〕

以控权论为立场,行政机关应当负有再交涉义务。在控权论的思维中,承认行政机关可依单方意思变更解除合同,不代表承认形成权行使不受限制。行政行为应当遵循正当程序原则,再交涉义务的确立则是践行正当程序原则的体现。法谚云,“正义不仅应得到实现,而且要以人们看得见的方式加以实现”。再交涉义务的存在正是为了确保行政合同变更解除的公正透明,防范形成权的恣意行使,维护相对人的合法权益。形成权行使的结果固然重要,但是形成权行使的过程同样不能轻视。充分保障相对人对形成权行使的知情权和参与权,并借此抑制行政机关对事实优势地位的滥用,正是行政合同区别于民事合同的特殊之处,也是行政合同赖以正当化的依据。不过,对于再交涉义务在行政合同中的具体适用,应注意的:第一,再交涉义务旨在保障形成权行使的程序正当性,令形成权人能够充分听取相对人的意见,因此再交涉义务不是结果义务,而是行为义务,意即不是强制当事人一定要达成新的合同或者达到某一特定的结果,而仅是要求当事人诚实信用地再交涉即可。〔90〕如果形成权人未履行再交涉义务,那么应认定合同变更解除构成违法,相对人可以请求继续履行原合同。如果原合同已经不能继续履行,那么相对人可向形成权人主张违约责任;第二,私人一方也应负有再交涉义务。诚然,行政合同中的再交涉义务主要用于控制行政机关的权力。但是如前所述,民法意义上的形成权也被民法界认为是可能被滥用的“权力”,所以《合同法司法解释(二)》第26条选取形成权模式,试图对形成权的行使进行约束。在行政合同法律关系中,私人一方并不比行政机关高尚,拥有“权力”的私人也存在恣意行使“权力”的可能。既然如此,便应当让行政合同双方当事人均负有再交涉义务,不必区分对待;第三,公共利益的存在,并不构成否定再交涉义务的理由。正是因为行政合同的变更解除可能涉及公共利益,所以行政机关必须极其审慎,对利害关系人的意见更应当充分听取,以确保形成权行使公平妥当。此外,虽然行政机关恪守再交涉义务表面上会暂时降低行政效率,但是其对合同变更解除的判断会更加理性,相对人对合同变更解除的接受度也会提升,从而降低诉讼纠纷产生的可能性。从长远来看,再交涉义务的确立,实际有助于提高行政效率,减少行政成本,更好地维护公共利益。

3. 强化要式主义

我国法律、法规目前没有明确规定行政合同的变更与解除应采用要式主义。回顾历史,1982年《经济合同法》不仅曾规定经济合同应当采用书面形式,而且规定变更或解除经济合同的通知或协议也应当采用书面形式,其原因是当时认为经济合同体现国家意志,其订立、变更与解除必须遵循严格的法定程序。〔91〕1999年《合同法》因应市场经济改革的需要,尽量淡化

〔89〕 法制网舆情监测中心2012年的统计报告指出,征地强拆是引发我国群体事件的主要原因,22.2%的群体性事件与征地强拆相关。http://www.legaldaily.com.cn/index_article/content/2013-01/05/content_4109610.htm?node=5954,最后访问日期:2019年11月10日。

〔90〕 参见韩世远,见前注〔5〕,第510页。

〔91〕 参见孙国华主编:《法学概论》,高等教育出版社1990年版,第268页。

国家意志色彩,允许合同签订、变更与解除的形式除法律、法规另有规定外,既可以采用书面形式,也可以采用口头形式。^[92]从意思自治的角度来看,民事合同的形式的确应被开放对待,否则无法体现当事人的意志独立与行为自主。

但是,行政合同不同于民事合同。从控权论的立场出发,行政合同的订立、变更与解除均采用要式主义。其理由是:行政机关与私人一方在行政合同中处于事实不平等的地位。一旦就合同订立和履行发生争议,姑且不论行政机关是否滥用最高人民法院明确承认的行政优益权,仅就其在政治动员与资源整合方面的能力而言,私人一方根本无法与之比拟。如果不采用要式主义,那么私人一方即使寻求法律救济,也可能会因举证不力而败诉。安徽省高级人民法院就认为:“行政诉讼法上的行政协议应当是要式行政行为,即协议当事人的意思表示必须具备法定方式才产生法律效果,而这种法定方式原则上应当是书面形式”。^[93]邢鸿飞教授也认为行政合同采用要式主义“能够明确细化程序参加者的各自要求,预先杜绝彼此可能产生纠纷的根源;而且一旦发生纠纷,也便于分清责任”。^[94]从比较法的角度来看,德国公法合同订立与终止均应当采用书面形式。需要注意的是,德国1963年《模范行政程序法草案》并不要求公法合同终止应当采用书面形式,但是1966年重新拟定的《模范行政程序法草案》第46条特别补充了公法合同终止应当采用书面形式的规定,其目的正是为了遏制行政机关恣意终止公法合同的乱象,保障私人一方的知情权。^[95]总之,在行政合同法律关系中强化要式主义,本质是为了控制行政权力,防止其异化与变质。在行政权力强势的今日中国,将要式主义贯彻于行政合同法律关系产生至消灭的全过程,有特殊的本土背景与现实意义。

三、结 语

情势变更若被滥用,不仅令合同无法严守,而且将危害市场交易秩序。民法界的审慎态度,应对行政法界产生启示。行政法界必须放弃行政优益权理论。这种理论不仅在学理上自相矛盾,而且在实践中极易导致情势变更制度滥用。行政合同本质是合同。无论是行政机关,还是私人一方,都必须遵循合同严守原则。情势变更制度“仅具有例外性及补充性”,^[96]绝不能被泛化适用,否则将加剧政府违约现象的发生。

不过,行政合同与民事合同仍然是两种不同的合同。二者区别不在特权,而在控权。行政合同存在的价值,应是通过控权手段,规范与控制行政机关的权力行使,防止其滥用

[92] 参见郝作成主编:《中华人民共和国合同法条文解释》,四川人民出版社1999年版,第28—30页。

[93] 安徽省高级人民法院(2016)皖行终560号。

[94] 邢鸿飞:“行政契约”,载应松年主编:《当代中国行政法》(第5卷),人民出版社2018年版,第1753页。

[95] 参见严益州:“德国《联邦行政程序法》的源起、论争与形成”,《环球法律评论》2018年第6期,第164—168页。

[96] 韩世远,见前注[5],第489页。

事实优势地位,从而确保行政机关与私人一方的地位在实质上趋近平等。以控权论为立场,必须重新检视行政合同上情势变更的适用条件与法律效果。就适用条件而言,应限制将行政规范性文件的变化视作引起情势变更的规则变化,对不可预见的判定应当采用客观标准,也不得因为公共利益而放宽或是取消对行政机关的不可归责性要求,更不得以公共利益为名将商业风险认定为情势变更。就法律效果而言,未来应让合同双方当事人统一适用形成诉权模式,并且应确立再交涉义务和强化要式主义。总之,控权论承认行政机关与私人一方在行政合同法律关系中存在事实不平等,但是承认不代表认同,更不代表同意用所谓的行政优益权理论强化这种事实不平等。

Abstract: An administrative contract is different from a civil contract because it controls the power of the authority instead of giving them extra privilege. Recognizing the de facto inequality between the authority and the citizen is not to reinforce the inequality, but to eliminate it. The value of an administrative contract is to adjust the de facto inequality between the authority and the citizen through the instrument of the power-control theory, and to honour the spirit of contract. Based on the power-control theory, the application conditions and the legal consequences of the change of circumstances in the administrative contract should be reviewed. With regard to the application conditions, the following suggestions should be adopted such as restraining the application that views a change in administrative normative documents as a cause of change of circumstances, evaluating the unpredictability from the objective criteria, the government accountability should not be reduced or exempted from due to the consideration of public interests, and public interests should not be the justification of taking business risk as the change of circumstances. In terms of the legal consequences, a model of giving the authority and the citizen the right to sue for reconstitution should be established, and the authority's obligation to renegotiate and the doctrine of standard formality should be emphasized.

Key Words: Administrative Contract; Administrative Prerogatives; Power-Control Theory

(责任编辑:彭 鐸)