

行政合同性质及类型初探*

安玉磊,王志峰

(苏州大学 法学院 江苏 苏州 215021)

摘要 行政合同的基本要素有二:一、行政性 二、契约性。行政性和契约性的良性互动是行政合同的生命意义之所在。行政合同旺盛的生命力决定了其必然存在于广泛的行政管理领域。对行政合同的类型化研究有利于我们认识行政合同并针对其不同特点加以规范和控制。

关键词 行政合同;行政性;契约性;范围;类型化

中图分类号 :DF31 **文献标识码** :A **文章编号** :1671-532X(2004)03-0031-04

一、行政合同的性质定位

行政合同是现代行政管理理念与契约理念相互碰撞而产生的一种新型的行政管理手段。是私法理念中蕴涵着对人的尊重、对人独立主体的承认、注重合作诚信守诺的意识在追求政府与公民对公共利益共同合作,实现双方最佳状态的现代行政管理活动中的体现。但是由于文化传统和法律制度的差异,世界各国对其认识均不相同。在以德、法为代表的大陆法系国家,由于有公法和私法的划分及行政法院系统的存在,行政机关可以签订私法上的合同与公法上的合同。而英、美等普通法国家虽然无“行政合同”的概念,但也承认带有“公法因素”的合同应适用特别规则。

我国在党的十三次代表大会明确提出以合同方式确定国家与企业之间的责、权、利关系,才为提出和研究行政合同确定了基本方向。由于理论上的不成熟,无法满足实践的需要。有的行政机关借行政合同之名,行行政决定之实。有的行政机关将民事合同与行政合同相混淆。如何界定行政合同,是行政法学界亟待解决的问题。

目前对行政合同的界定的争论主要集中在是采用形式标准还是实质标准上。

其一,在形式标准上,即主体说:大多数学者认为行政主体可以和其他行政主体或相对人缔结行政合同^[1]。也有学者认为只在行政主体和相对

人之间存在缔约的可能性,从而将行政机关之间签订的合同排斥在行政合同范畴之外,而另称行政协定。其理由是行政机关之间的合同不适用行政优先权原则,且不宜由法院主管^[2]。其二,实质标准,即目的说:以实施行政管理为目标。笔者认为,作为一种行政管理手段与传统的行政行为相区别的分水岭在与行政主体和相对人之间在充分协商的基础上达成权利义务的一致性的合意,体现了契约自由的精神。而行政合同与一般民事合同从形式上确定即可。但行政合同与政府的一般商业行为相区别仅从行政目的为标准还是存在问题。因为,行政机关在一定情况下也可能通过纯粹的民事合同方式达到行政目的,这时就不受行政法的特别保障和约束。比如,行政机关为履行公务而订立的采购小数额办公用品的购销合同。因此,单纯以“行政目的”为标准是有缺陷的。

笔者认为,行政合同的基本要素有二,一是行政性,二是契约性。将行政性和契约性作为行政合同基本要素,便于进一步剖析行政合同中权利因素与契约精神是良性互动关系,从而揭示行政合同的本质。

1、行政性。行政合同引入的意旨既是运用这一灵活和适度弹性的新型管理手段来促使行政管理的高效、民主、科学,故将行政性作为行政合同的基本要素之一。行政性还说明了无论行政合同外在形式如何变化,其内在的实质精神不会变更。

* 收稿日期 2003-12-22

作者简介:安玉磊(1976-),男,江苏徐州人,苏州大学硕士生,研究方向:行政法。
万方数据

行政合同的行政主要体现在以下几个方面：

(1)行政合同的双方当事人中必有一方是行政主体,这是不可或缺的形式要件。

(2)行政合同的目的在于公务的实施,即应以执行公共事物增进公共利益为直接目的。它的内容涉及到国家和社会公共事务。

(3)行政主体在行政合同的履行过程中享有一定的特权。行政主体特权表现为:对行政合同履行的监督指挥、单方面变更或解除权、对不履行或履行的制裁权。例如台湾“行政程序法”第144条规定:“行政契约一方为人民者,行政机关得就相对人契约之履行,依书面约定方式,为必要之指导或协助。”该条指出行政机关在行政合同享有指导、监督的特权。第148条第一项规定:“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执行名义。”此条的规定,允许契约当事人得于行政缔结之初,即约定自愿接受“强制执行”来赋予行政契约类似行政处分之执行。所以,笔者认为,契约精神在公法领域中的介入,仅是弱化行政行为的单向性、命令性,强调行政主体与相对人的沟通与合作并不能改变行政权本质特点。

2、契约性。正如梅因爵士所总结的那样:“迄今为止,所有的运动,都是一个从‘身份到契约的运动’。”^[3]契约自由的私法原则,也就扩展到公法领域。现代合同的发展也为公法领域形成契约关系,提供了合意的基础。日本著名学者美浓部达吉认为,在公法领域也存在合意的可能。甚至认为,即便国家处于优越意思地位时,也不例外。也就是,即使在权利与服从的关系下,也不意味着一味地通过命令强制手段来形成公法关系,原则上也不排斥可以通过契约方式来形成公法关系^[4]。德国《联邦行政程序法》第54条后段规定:“行政官署应该尽可能的以订立合同方式取代给予行政决定”。德国行政法上也存在行政机关与相对人居于事实上不平等地位而订立的“隶属契约”。出于对契约当事人地位事实上的不对等,很可能对契约带来影响的担忧。所以,德国行政程序法特别从契约的内容禁止以及程序上的规范等方面,来防范可能造成的问题。所以,契约合意的实现,实际上并不存在双方法律地位的拟制平等,而在于法律对缔约内容事先限定及程序上的规范。吴庚博士所言:“因双方意思一致而成立之法律行为,并非所谓参与契约之当事人法律地位全盘对等,非所谓在一切法律关系上之对等,乃系指契约之特定法律关系而言,双方意思表示具有相同价值,而有别于一方命令其他方服从之关系”^[5]。

至此,我们可以得出行政合同的两个要素是有层次的。行政性是第一层次的,契约性是第二层次的。行政性揭示的是行政合同中的权力因素的主导作用。表明行政合同制度是为行政管理服务的。因而是根本性的地位和作用。契约性则充分显示了行政合同制度与一般传统手段相区别的特色。但是,契约性作为基本要素之一,其地位却不能与行政性相对等,它是从属要素。

所以,笔者认为,行政合同是指以行政主体一方为当事人的发生、变更、或消灭行政法律关系的合意。

二、行政合同容许性

行政合同容许性问题,即行政合同形式上成立要件问题(行政合同存在的范围)。在各国的立法实践中,关于行政合同存在的容许性的争议主要集中在行政机关行使缔约权是必须由法律授权,还是即使法律无明文规定也可行使。如英国1972年地方政府法第111条规定,地方行政机关有权实施任何能推进配合或有助于其履行职责行为。英国行政法理论系判例将该规定解释为赋予行政机关签订契约的一般广泛的权限。德国行政程序法第54条规定,公法上的法律关系,得以契约设定、变更或废止之,但法律另有规定,不在此限。我们可以得知,在这些国家行政机关有广泛的缔约权,而无需每项契约都获得授权。而台湾行政程序法第153条规定,公法上法律关系得以契约设立、变更或消灭之,但依其性质或法令不得缔约者不在此限。我国行政程序法草案第159条规定,行政合同主要适用以下领域,但法律、法规禁止签订行政合同或法律关系性质不宜订立行政合同的除外。通过上述法令我们可以得之,英、德两国对行政合同规定较宽,而我国对此则规定较窄。笔者认为,行政合同存在范围,除违反法令之禁止规定外,原则上不存在“性质上之限制”,行政合同不仅存在干预行政领域,也存在给付领域中。如果在行政合同性质上的限定许可范围,一方面“性质”系不确定法律概念,而易使行政合同动辄不成立,影响合同的安定性及契约当事人的信赖,另一方面也将造成行政合同在实务中的潜在负面效应,行政机关和当事人无法猜测其性质上是否

许可订立行政合同,进而排斥行政合同使用而影响合同的发展。

行政合同在行政实务中的广泛应用,许多国家单方面、高权性行政行为,甚至被合意性之行政合同或非正式双方协议所取代之。所以,这个时代中,行政契约以处于与行政处分相互竞争的阶段,而成为一种常态之行政行为^[6]。今后,行政合同无疑将成为行政管理领域主要行政手段之一。而且,现代法治理念追求的是有限政府、平等、和对人的尊重。因此,在法治的框架下行政契约因具有立法上的不完备或其他场合下作为实现政府政策目标的手段而替代立法并能防止法律纷争的发生,且并能适当地考虑个案的特殊性等诸多特点,而被广泛运用,借此来形成个人和国家之间新型合作关系,并能改变公共服务机制。所以,在干预行政领域中应有法律、法规的明确规定,而在给付领域中只要有组织规范或一般法律原则的规定就可以了。

三、行政合同类型初探

分类是科学研究的基本方法之一,但我们面对的事物纷繁芜杂时,常需借助于分类的方法加以把握,行政合同就是这样的领域。行政机关对行政合同手段的运用本身就是一种创造性的活动,是行政机关根据行政需要进行判断和选择的结果。因此,对层出不穷的行政合同实践,要想穷尽所有的契约形式是不可能的。其中更为重要的是我们借助类型化的条理分析将不同类型的行政合同加以规范。依据不同的标准,可以对行政规范作不同的分类。分类的标准不同,其意义大小也不同。

1、外国有关行政合同的分类

在美国,根据合同中规定为政府提供货物或劳务的当事人赔偿方式的不同,分为选定价格和偿还成本两种基本类型。选定价格合同是指双方在签订合同时就确定价格,在合同存续期间,除特殊情况不得修改。偿还成本合同是指政府同意偿付当事人在履行合同过程中产生的所有允许的及划归的成本的一类合同。在此类合同中,政府为保证成本的合理性,要对合同的履行予以控制管理。上述合同分类反映了政府和当事人缔结合同所承担的风险及政府对合同监管的力度不同。美国行政法也从政府获得标的种类为标准

分为:供应合同、劳务合同和建筑合同。

法国学者根据标的物的性质不同将行政合同划分为:公务特许经营、公共采购合同。公共特许经营是指行政机关将公务特许个人行使而签订的合同。比如,地方行政区与自来水公司签订的有关特许后者在该区域内供应自来水合同。而公共采购合同是指为公务提供特定物品或服务的合同。如,公共工程供应、劳务合同。由于两者的性质不同,对其订立程序上的要求也不一样,在特许经营合同中行政机关可以自由选择合作者;而在公共采购合同中,应按照公共采购法进行竞争。

在葡萄牙,程序法并没有对实务中的行政合同进行分类,列举了几种常见的合同:公共工程承包合同、公共工程特许经营合同、公共事业特许经营合同、共产的开发合同、共产的专用合同、博采经营特许经营合同、继续供应合同、直接为公益提供服务的合同等。

2、我国行政合同分类

我国还没有行政合同立法,行政合同到底有哪些种类和方式,尚无统一的说法。从行政合同的概念、特质分析,我国现实存在的行政合同包括以下几种样态:

公职合同;买卖出卖合同包括粮食订购合同、国家订货合同、国有不动产出卖合同、国有土地使用权出让合同等。承包租赁合同包括农村土地承包合同、国有工业企业承包合同、国有小型工业企业租赁经营合同、公共工程承包合同等。公共工程承包合同;公益捐赠合同;专业行政管理合同包括环境管理合同、文化管理合同、交通管理合同、计划生育合同、治安承诺合同等。

我国学者依据双方当事人的性质、数量和关系,合同的内容,合同基于行政关系的范围等标准对行政合同分类。(1)即以行政关系为标准,可分为内部合同和外部合同。内部合同是指行政机关与行政机关或内部公务员之间签订的合同。(2)按契约的内容不同,可分为承包合同、转让合同和委托合同。承包合同是指个人或组织承揽某些行政事物的合同;转让合同是指合同当事人转让财产所有权或使用权的合同;委托合同是指行政机关将自己的某些事物交给另一行政机关或个人、组织办理的合同。(3)根据当事人的行政或主体的不同,行政合同可分为行政机关间的合同和行政机关与个人组织之间的合同。

笔者认为,以上见解对契约的分类理解,仅停

留在从不同角度和侧面揭示行政合同的外延特征上,确没有认识到分类的根本意义应在于从法律上针对不同种类行政合同的特点分别加以规范,以保证行政合同的良性运行。我们还可以从将行政合同分为以下种类(1)实施行政合同目的为标准将行政合同分为限制性行政合同和协作性行政合同。限制性行政合同指行政主体为了公共利益的目的,限制一定相对人为或不为一定行为的合同,如博彩经营特许经营合同。协助性行政合同,又称鼓励性行政合同,是指为了公共利益鼓励相对人从事一定行为目的的合同,如公共捐助合同。(2)根据运用行政合同领域不同,可以分为规制类行政合同和服务类行政合同。规制类行政合同指行政主体以专业管理为手段实现行政目的的合同,如工业管理行政合同、农业管理行政合同等。服务类行政合同指行政主体以提供服务而实现行政目的,与相对人订立的合同。随着给付行政、环境行政等概念的提出,政府为了维持整体经济发展、保护生态环境,为整个社会提供福祉等服务性职能随之产生了。“政府已不再是主宰社会的‘主人’,而是服务于社会的‘仆人’,政府的主仆角色发生了根本性的变换。^[7]这类合同如救灾安置合同、环境管理合同等。(3)根据合同是否具有给付内容,可分为给付性行政合同和非给付性行政合同。给付性行政合同指具有金钱给付内容的合同。如行政救济合同、行政征收合同、国有土地使用权出让合同等。非给付性行政合同指不具有金钱给付内容的合同。这类合同是纯管理性合同,如文化管理合同、计划生育合同等。(4)根据功能不同可分为产权合同与市场导向合同。这是我国参考文献:

- [1] 罗豪才.行政法学[M].北京:中国政法大学出版社,1998.
- [2] 刘莘.行政合同刍议[J].中国法学,1995(5):67-73.
- [3] 亨利·梅因.古代法[M].沈景一译.北京:商务印书馆,1959.
- [4] 余凌云.行政契约论[M].北京:人民出版社,2000.
- [5] 吴庚.行政法之理论与实用[M].台北:三民书局,1996.
- [6] 翁岳生.行政法[M].北京:中国法制出版社,2000.
- [7] 蒋先福.契约文明:法治文明的源与流[M].上海:人民出版社,1999.

on the quality of administrative contracts and category

AN Yu-lei ,WANG Zhi-feng

(wang jian law school ,suzhou univisty ,suzhou 215006 China)

Abstract administrative contracts have two elements :one is administrative quality ,the other is contractual quality . fluent movement between administrative quality and contractual quality is the life of the administrative contracts . the blooming life of the administrative contracts determine it exists in the extensive administrative region . the research on the category will contribute to understanding and controlling it .

Keywords administrative contracts ; administrative quality ; contractual quality ; scope ; category

有的一类行政合同划分形式,与我国当前认为目前有关国企改革进入攻坚阶段,在保证政企分离、政资分离方面行政合同将发挥主要作用。在当前我国市场经济正在深入发展并逐步完善的形式下,宏观调控为行政机关调控市场的主要手段。行政机关将借助市场提供公共产品,并且以合同形式改进服务质量、促进市场的良性运行。所以,这类合同将成为行政合同发展的主流。

笔者认为,行政合同根据双方当事人地位的不同分为对等合同和不对等合同。其实并没有达到我们要分类的初衷。对等合同也即行政机关内部关于公务协助的合同。行政主体之间地位平等完全可以通过协商解决。我们关注的重点是如何规制不对等合同,防止行政机关恣意保障相对人的合法权益。我们根据合同订立的方式不同可分为以公开招标方式订立的合同、以直接磋商的方式订立的合同和法律、法规规定的其他方式订立的合同。行政合同应该以招标的方式订立合同。但法律、法规规定用直接磋商方式订立的合同,行政机关才可以使用此方式。如,行政机关委托的科研合同、招标没有确定中标人的合同、情况紧急需要尽快确定中标人的合同、保密合同、专利或其他专有权利的合同。对于此类合同我们应以特别程序加以控制。另外我们根据行政主体和当事人追求的目的是否一致分为通向行政合同与方向行政合同。通向行政合同如,消防安全责任书、计划剩余合同等;方向行政合同如,公共工程承包合同。基于行政主体与相对人的目的不同,行政机关在引导和指挥行政合同朝行政预期的目的方向发展,因此,在实体权利配置上就有所不同。