

# 行政合同特权探析<sup>\*</sup>

朱晓青 李晓光

(苏州大学 法学院 江苏 苏州 215021)

**摘 要:**行政合同特权是行政合同的一个重要内容,它基于行政合同的行政性以及公共利益优位理念而产生。无论是国外还是国内,理论抑或实践,行政合同特权都是现实存在的。平衡行政合同特权,回归“合同”性质是行政合同特权与契约精神碰撞与协调的归宿。深入研究行政合同特权理论对我国行政合同制度的构建以及行政合同立法都有重要的理论和现实意义。

**关键词:**行政合同;特权;行政性;行政主体;契约精神;私法原则

**中图分类号:** F23.6

**文献标识码:** A

**文章编号:** 1008-509X(2003)01-0013-05

随着现代国家职能的转变以及国民对行政管理的民主化、行政非权力化的期望,行政合同作为一种新型行政管理方式已被广泛应用。目前,行政合同在我国实践中已普遍存在,但在法律上未有一个明确的规定,理论上还有很多不成熟的地方,需要行政法学者们更多的关照。几乎每一个细节的研究都会对我国行政合同理论的丰富和发展有着很大的影响,笔者也基于这个信念,从小处着手,对行政合同特权作一初探。

## 一、行政合同特权产生的基础及内涵界定

### (一)行政合同特权产生的基础

1、行政合同的“行政性”。行政合同之所以有别于民事合同,在于它的“行政性”。行政机关与相对方订立行政合同的目的是出于行政管理履行职责的需要,它的出发点和最终目标都是围绕行政管理目的能否实现而进行的。可以说,行政职权构成了行政合同产生的直接“源泉”<sup>[1]</sup>,而行政职权行使的特征就是其单向性、强制性,行政机关居于优势地位,拥有更多的权力。行政合同的出现,或说契约精神在公法领域的介入,仅仅是弱化行政行为的单向性、命令性,强化行政主体与相对方的沟通与合作,并不能根本改变行政权的本质特点,要知道行政合同不是要求行政主体放弃行

政权,而只是换了一种方式罢了,虽然在某种程度上,权力的行使要通过“合意”的方式,但从行政主体方面讲,“合意”只是一种手段,是实现行政目的的形式。可以说,行政合同从订立到履行过程中始终是以行政权的存在为前提的,行政机关始终处于主动支配的地位,在合同中行政权的性质并未改变,仍然是一种强制性的权力,“合意”不过是一种“外壳”而已<sup>[2]</sup>。因而行政合同中行政权的存在,性质未改变,那么行政主体拥有单方面的特权也就是理所当然的了。

2、公共利益优位理念的存在。行政合同的订立实施的初衷显然不是为了增进某个个体的个人利益,而是为了实现行政目的,实现公共利益。因此即使在双方“合意”的基础上,公共利益与个人利益也必然会发生冲突,此时的解决是完全通过私法规则还是赋予行政主体以特权,通过行政权强制性来解决呢?有的学者认为:“假如行政合同完全适用私法规则……那么我们可以想象,具有自利化倾向的‘经济人’,在合同中会怎样地追逐个体利益而置公共的利益于不顾”<sup>[3]</sup>。显然私法规则并不能必然地规制行政合同目的的背离。在公共利益优位理念支配下的现代国家是不允许存在这种情况的,唯一的出路,给予行政主体以特权,给私法规则以公法内涵,即特权下的“自治”。

<sup>\*</sup> 收稿日期 2003-02-12

作者简介 朱晓青(1978-),女,江苏盐城人,法理学硕士研究生,主要从事法学研究。  
万方数据

## （二）行政合同特权的内涵界定

前面对行政合同特权产生的现实基础进行分析,旨在更加全面地认识行政合同特权。那么什么是行政合同的特权呢?目前有关特权的定义还没有一个权威的说法,但我们根据行政合同自身的特性以及行政权在行政合同中的重要地位,可以看出行政合同特权有以下几个特征:(1)行政合同特权只能由行政主体独自享有,这里的行政主体既可指行政机关,也包括法律法规授权的组织;(2)行政合同特权不受合同合意的约束;(3)行政合同特权的行使不是随意的,不受限制的,而是以实现公共利益为目的;(4)行政合同特权不仅仅是通过行政合同条款由双方约定的,更多的是由行政法直接规定的;(5)行政合同特权在本质上是一种强制性权力,是单方的,不以相对人的同意为限。根据这些特征,我们可以试着给行政合同特权下个定义:为实现公共利益之目的,贯穿行政合同始终的,基于法律的规定或由行政合同条款规定,由合同当事人一方行政主体独自享有的对合同单方行使公权力的强制性权力。

## 二、行政合同特权的国内外考察

### （一）国外行政法对行政合同特权的有关规定

1、大陆法系国家。在大陆法系国家,有关行政合同特权的规定是比较完备的。其中有代表性的是法国、德国、日本等国。总结起来,这些国家行政法对行政合同特权的规定主要有:(1)基于合同当事人必须得到政府信任,行政主体享有选择合同相对一方并要求其履行义务权;(2)基于行政主体是公共利益的判断者,享有对合同的指挥权,包括对合同履行的监督控制权和具体执行措施指挥权;(3)出于公共利益需要以补偿对方为前提的单方变更合同权;(4)因情势变更,以补偿对方为前提的单方解约权;(5)对相对一方当事人违反合同的制裁权,这种制裁权包括金钱制裁,强制手段(如代执行)解除合同(当事人有严重过错,不给当事人任何补偿)。

2、普通法系国家。在普通法系国家也承认行政合同特权的存在。英国人将行政合同看作民事行为,但是当这项行为与政府的公共利益目的冲突时,他们仍然“迁就”于行政机关。1921年高等法院王座分院在对安斐特莱特(Amphitrite)案件判决中宣布该合同无效,从而得出“契约不能束缚行政机关自由裁量权”的结论<sup>[12]</sup>。美国将行政合同

称为政府合同,并且认为:“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合同制度的正当性——与政府订立合同的另一方当事人的利益之间做出平衡。”美国政府合同中也有规定,政府享有随时终止合同的特殊权力,即政府认为终止合同是“为政府利益”时有权随时终止合同。此类终止称为“便利政府终止”(Termination for the convenience of the Government)。法律并没有对政府为证明终止是为政府利益具体规定特殊要求,只要求政府作此决定时表现为诚意,但对此政府享有广泛的裁量权,甚至到了如此地步:即如果能够在其他地方获得价格更便宜的物品和服务,就允许政府终止合同,甚至政府也违约,它也可因便利政府而终止合同,除政府之外其他任何合同当事人都不享有此项特殊权利<sup>[14]</sup>。

### （二）我国行政合同特权的考察

在我国,尽管行政合同作为一种新型的行政管理手段已在行政领域广泛运用,但在我国立法上依然是一片空白,甚至连“行政合同”一词在立法上都没有确认过。综观我国行政合同的状况,主要集中在理论和实践两方面,因而要考察我国行政合同特权,从立法层次是不可行的,笔者试着从行政法学理论和实践两方面着手。

#### 1、我国行政法学者对行政合同特权理论上的思考

在我国,大多数学者都承认行政合同中行政性的存在,都认为应该赋予行政机关以特权,以便于公共利益的实现,并对行政合同特权的具体内容都作了详细的探讨。归纳起来,行政合同特权有:(1)行政主体单方面选择行政相对人而与之签订行政合同,即选择权;(2)在合同履行过程中享有指挥权或监督权;(3)根据公共利益的需要,在情势变更时可单方面变更或解除合同;(4)享有对相对方的制裁权。

#### 2、行政合同特权在我国实践中的体现

我国目前被视为行政合同的实践合同有:国有土地使用权出让合同,全民所有制工业企业承包租赁合同,国家订货合同,粮食订购合同,公共工程建筑合同,行政协作合同,行政委托合同,土地征用合同,农民负担合同,计划生育合同,行政捐赠合同等。如在土地使用权转让合同中,作为合同一方当事人的政府部门有权监督对方当事人如约使用土地,并在同意对方变更土地使用用途

后有权调整土地出让金。有关政府部门在对方两年期满未动工的情况下,可以无偿收回土地<sup>[5]</sup>。在粮食订购合同中,行政机关单方决定粮价、质量等级,没有给农户讨价还价的余地。同样在实践中还有国家订货合同、公共工程承揽合同等都在不同程度上给予行政机关一定的特权。显然行政合同特权在我国实践中已有体现。

### 三、“合同”性质的回归——行政合同特权与契约精神的碰撞与协调

通过前面的分析可以看出,在国内外,行政合同特权都以不同的形式存在着。但行政合同不仅仅只有“特权”,即它的“行政性”,还有“合同性”,行政合同的特色就是“行政性”与“合同性”的统一,也即权力因素与契约精神的交织与融合,如何协调平衡它们的关系,是行政特权优位还是契约精神优位,这直接关系到行政合同的本质归属,也是研究行政合同特权的一个重要内容。

#### (一) 行政特权与契约精神的良性互动

在行政合同中,行政主体一方面拥有高高在上的行政特权,另一方面又根据契约精神的约束而与相对方协商,力求与相对方达成共识,以期实现行政目的,也即行政主体不时地在行政特权与契约精神之间权衡。因此,行政主体对待行政特权与契约精神的态度直接关系到行政合同的本质属性的归宿。如果赋予行政主体以更多更大的特权,由于权力的天然扩展性,必然导致行政合同等同于行政命令,如果彻底抛弃特权,完全由契约精神中的私法原则来指导行政合同,无疑行政目的的实现要大打折扣。显然行政合同是假设在这样一个基础上的:行政主体能够客观公正地行使其特权,行政相对人与行政主体能最大限度地贯彻契约精神。也就是说,行政特权与契约精神的理想关系模式应该是一个良性互动的关系。这种良性互动关系表现在:行政合同是公权力行使的一种方式,从根本上说是为行政权服务的,其中的行政特权在某种程度上具有基础性的地位,行政主体往往通过对相对人一方施加不平等地位的特权左右着契约精神的发挥,让契约精神始终走在为实现行政目的的轨道上,使相对人时刻注意到他所履行的合同不仅仅是为其个体利益,同时也是在实现社会的公共利益,当然契约精神不仅仅是被动的,它以相对一方自由表达意志对行政公权力予以同意或认可,从而影响到行政特权的权威,万方数据

也是使行政合同区别于行政命令等其他行政管理手段的最显著的标志。当然,作为“良性”的互动关系,即行政特权与契约精神二者在相互影响的过程中不是消极的影响与被影响的关系,而是一种能动的积极的适应过程。行政特权对契约精神的适应就表现为行政主体在行政合同中的行政活动带有弹性或妥协性以及相对人在行政合同中的自由选择性,契约精神对行政权力的适应则表现为契约作用的发挥以不损害行政主体的特权或优益权为限,而且必须适合公共事务的执行以增进公共利益,而不是追求相反的一面,即私人利益的最大化<sup>[6]</sup>。基于以上分析,笔者以为行政特权与契约精神保持一个良性互动的关系是合乎行政合同的本质要求的。

#### (二) 私法原则的契入——合同性质的回归

行政合同的本质要求是使行政权力与契约精神保持一个良性互动的关系。但行政特权的天然扩展性必然在个案中排斥契约精神的存在,特别是在一个“行政权本位”的国家,奉行行政高权行为理论,很容易将行政合同异化为行政命令,再由于契约精神难以把握性,使得“在行政法领域,合同仅保留其外壳”<sup>[7] (p.258)</sup>。因而笔者认为,在行政合同领域,必须要引进具体的私法原则,以期达到行政特权与契约精神的平衡与互动,也使行政合同成为名副其实的“合同”,这在西方大陆法系国家已有很好的立法实践。

1、公序良俗原则。在现代民主中,由个人之契约自由进入社会之契约自由,合同必须尊重善良风俗,违反善良风俗而订立的合同是无效合同。在行政合同中,这一原则也应该得到使用。如德国《联邦行政程序法》第44条第2款第6项规定,违反善良风俗的行政行为无效,我国台湾地区《行政程序法》(1999年通过)第141条也有类似规定。

2、信守约定原则。这一原则开始仅存在于民事合同中,后来,这一原则在公法中也成了一项重要原则。在西方国家的行政合同制度中,信守合同、忠实履行契约是一项重要的原则。行政合同双方当事人必须按合同的具体规定履行义务,当事人的合同义务只有在不可抗力的情况下才能免除<sup>[8] (p.195)</sup>。行政机关而不能以特权无故解除合同,如违约必须承担赔偿责任。

3、情势变更原则。情势变更是合同变更或终止的条件之一。根据情势变更原则,当出现情势变更时,合同一方当事人可以情势变更为由直接

向法院提出变更或终止合同的请求。在行政合同中,情势变更原则也同样得到适用。这里特别要强调的是,不是行政机关单方拥有情势变更权,而是双方当事人都可以根据情势变更拥有调整契约内容及请求解除契约的权利,当然行政主体为重大公益之理由可以拥有较大的变更或解除合同的权力。

4、诚实信用原则。这是民法中最为显著的一个原则,同样这一原则并非私法所特有,而也适用于公法领域。特别在行政合同中,双方基于互相信赖有了合意的基础,因而双方也应本着诚实信用原则,不得进行欺诈、威胁、逼迫,忠实地履行双方的义务,也是避免过度使用行政主体特权的一个途径,如果双方各尽其责,自然无须大量使用行政主体特权,这也能有效防止特权与契约合意的冲突。

私法原则的契入能有效淡化行政特权的色彩,也使行政合同中权力因素与契约精神形成了一种理念上的平衡。当然,行政特权与契约精神这两个不同质的碰撞是难免的,特别是在行政合同个案中尤其突出。我们不能奢求他们的完美统一,只要在某种程度上实现公共利益与个人利益相对平衡即可。当然,这需要通过立法对行政合同特权作一完善规定。

#### 四、行政合同特权的立法规制

行政合同立法在我国还是一片空白,但立法的趋势是显而易见的,在这里,笔者对立法中有关行政合同特权的规定提几点建议,认为应从以下三个方面考虑。

(一)行政合同特权内容限制。1、行政合同当事人选择权的限制。行政合同中行政主体拥有选择权,而行政相对方只有被选择权,这是行政合同特权的体现。为了防止行政主体在缔结合同时营私舞弊,必须予以限制。我国在行政合同立法时也应相对方的资格、选择方式、程序作一规定。2、行政合同内容的限制。行政合同缔结时,其内容是由双方协商而定,但由于合同内容是公共利益的反映,而行政主体是公共利益的代表者,知道该合同实现的公共利益是什么,因而在订立合同时,行政主体的意志往往左右着合同的具体内容。笔者以为,这种特权也应予以限制,合同内容应以该行政主体的法定权限及相关法律规定,而不能由其来决定一切。3、行政合同终止权的限制。行政

机关享有单方面的解约权,这是行政合同特权的主要内容,但这种特权也必须受到严格的限制,行政机关只有为特别重大公益事由时,才拥有调整合同内容及终止合同的权利。因此我国行政合同立法应对行政机关终止权的行使作一详细规定,如条件、方法、步骤等等。

(二)行政合同特权行使程序。1、选择当事人应坚持公开招标投标程序。笔者认为在选择相对人特别在涉及重大公共利益时都适用公开招标投标程序,个别不适用情况下,也应坚持公开原则,增加行政机关行政合同签订前期的透明度,这种公开竞争制度有利于实现行政合同的目的。2、说明理由和告知程序。行政主体享有对相对人的变更合同权、制裁权,而这些权力都是由行政主体单方向行使的,无须征得相对人的同意,因而在行使这些权力时,应当以书面或口头形式告知当事人,给予其一定合理期限从而有申请补救的机会,同时无论在变更解除合同,还是制裁时,都要向行政相对方说明理由。3、听证程序。行政主体无论是变更解除合同,还是制裁相对方,如果涉及重大公共利益或者对相对方利益有重大影响时,都应举行公共听证,给对方申请的机会,听取相对方当事人的意见。

(三)行政合同特权救济途径。行政合同特权在行使过程中对行政相对人权益的损害,必须予以救济。笔者认为可以在立法中赋予行政相对人寻求行政复议、行政诉讼等救济途径,同时予以国家赔偿。

#### 五、结语

行政合同的特权作为行政合同的特色内容之一,对其的研究无论是对我国行政合同制度理论的发展,还是对整个行政法的发展都是有重大意义的。

(一)有利于民事合同与行政合同的划分。由于我国没有一套完善的行政合同制度,实践中也“有实无名”,因而对于民事合同与行政合同的划分存在许多争议,如对国有土地使用权合同就有学者认为是民事合同<sup>[9]</sup>。对于民事合同与行政合同的划分标准也不一:有主体说、目的说、契约标的说、手段说、法律基础说等<sup>[10]</sup>。以上标准都有自己的理由,但都不够全面。如果从行政合同特权方面探讨,可能会有新的认识,从特权理论我们可以兼顾以上几种说法,如主体说(特权主体即行

政主体),目的说(公共利益),手段说(特权行使的行政手段),法律基础说(特权形成的行政法律关系)等,因而较之以上任何单一说法都要全面。

(二)为行政合同纠纷解决提供理论和法律依据。行政合同纠纷的解决救济目前还缺少充分的理论和法律支持,很多情况下都是相对人屈服于行政权的权威而放弃法律救济的途径。行政合同特权理论涉及到救济问题,也即纠纷解决途径问题,这也是行政合同的核心问题,可以为行政合同

纠纷的解决提供理论依据和法律依据。

(三)为行政合同立法作准备。行政合同特权内容是行政合同制度的重要组成部分。根据国外的经验以及我国实践行政合同的发展,行政合同立法只是迟早的问题,因而作为理论应为立法做充分的准备。鉴于行政合同特权的重要地位,我国无论是对行政合同单一立法,还是制定统一的合同法,都离不开对行政合同特权的规定。那么对行政合同特权理论研究,显然是有重大意义的。

参考文献：

[1] 杨小君.论行政合同的特征、法律性质[J].行政法学研究,1998(2):16-20.  
[2] 吉龙华 杨红英.试论行政合同的法律性质与相对人的权利救济[J].行政与法,2002(1):27-30.  
[3] 孙笑侠.契约下的行政——从行政合同本质到现代行政法功能的再解释[J].比较法研究,1997(3):319-324.  
[4][美]Daniel·J·Mitterhoff.建构政府合同制度——以美国模式为例[J].杨伟东,刘秀华译.行政法学研究,2000(4):37-94.  
[5] 中华人民共和国城市房地产管理法[Z].中华人民共和国主席令第29号.1994年7月5日第八届全国人民代表大会常务委员会第八次会议通过.  
[6] 杨勇萍 李继征.从命令行政到契约行政[J].行政法学研究,2000(1):6-9.  
[7] 王连昌.行政法学[M].北京:中国政法大学出版社,1994.  
[8] 王名扬.法国行政法[M].北京:中国政法大学出版社,1989.  
[9] 郑艳.私法原则在行政合同制度中的适用与超越[J].行政法学研究,2000(4):40-46.  
[10] 王克稳.论行政合同与民事合同的分离[J].行政法学研究,1997(4):16-20.

A Study on Privilege of Administrative Contract

ZHU Xiao-qing ,LI Xiao-guang

( Law school of Suzhou University ,Jiangsu Suzhou 215021 ,China )

**Abstract** :Privilege of administrative contract is an important component of administrative contract , which basic theory is administrative character and concept on priority of public interest. Privilege of administrative contract is realistic in domestic or overseas , theory or practice. To balance privilege of administrative contract and return nature of contract is a destination of conflicting and harmonizing between privilege of administrative contract and spirit of contract. Thorough studying on privilege of administrative contract is helpful for establishing system of administrative contract and legislation of administrative contract.

**Keywords** :privilege of administrative contract ; administrative character ; spirit of contract ; private law principle ; subject of administration