● 法 学

民事合同与行政合同之比较及启示

王 平

(武汉大学 法学院,湖北 武汉 430072)

作者简介]王 平(1963-),男,湖北宜昌人,武汉大学法学院法律学系博士生,主要从事民商法研究。

摘 要]我国行政合同的发生始于 1978 年,随着改革开放事业的不断深入而日趋完善。行政合同是国家对市场经济进行民主管理的最佳方式,行政合同制度的基础在于公益和公平,行政合同纠纷的法律救济途径应是行政复议和行政诉讼,行政合同立法的理想模式是制定单行行政法规。

关键词]民事合同;行政合同;比较

中图分类号]DF 5 **文献标识码**]A **文章编号**]1000-5374(2000)03-0356-05

一、我国行政合同的发生、发展和现状

政府可以作为当事人签订合同,由来已久。在我国宋代,曾出现过私人向官府承包经营酒坊、河渡、商税场和盐井的“买扑”,即私人将课利或买价数额,以书面形式递交给官府,要求承买酒坊、河渡或承买承佃官田,经官府选择确认后,发包给报价最高的人,类似于现在政府招标。近代中国在国民党统治时期,由于西方给付行政、福利国家等观念的影响以及出于官商勾结或加强统治的需要,也曾出现过行政契约。但以上所述只不过是特定时代背景下社会生活中的偶然现象,由于当时社会经济状况和法治环境所限,官府或政府不可能就此类合同形成制度并自觉加以应用。在普通法系国家,政府签订的此类合同原则上适用合同法的一般规则,但也受一些特殊规则的支配;而在大陆法系国家,此类合同完全受私法管辖,行政法规将其排斥在视野范围之外。伴随着民主思潮的激荡,福利国家给付行政等新型国家目的观的出现,行政作用不再限于 19 世纪秩序国家所确立的维护社会公共秩序以及确保财政收入的消极秩序行政作用,而向积极整备环境、经济等秩序行政方面,以及社会保障、公共役务的供给、资金补助行政等给付行政方面扩展,为达到上述行政目的,就存

在着使用多种多样的手段的倾向。在这种背景下,行政合同作为一种替代原来以命令强制为特征的行政行为的更温和、更富有弹性的手段在各国孕育而生。

我国行政合同的真正产生,始于 1978 年年底党的十一届三中全会以来所进行的经济体制改革。经济体制改革前,政府对经济的管理,主要以指令性计划或行政命令的方式进行,无需征得相对一方的同意或认可。党的十一届三中全会上提出建立农业联产承包责任制,废除“队为基础,三级所为”的农业经济核算体系,即农民通过与政府签订行政合同获得土地的使用权,在承包期限内获得一定的经营自主权,其收益直接与劳动成果挂钩。实践证明,通过以行政合同代替行政命令或指令性计划,极大地调动了农民的生产积极性,农村经济发生了举世瞩目的变化。1985 年 1 月 1 日,中共中央国务院又发布了《关于进一步活跃农村经济的十项政策》,规定“粮食、棉花取消统购,改为合同定购。”有学者认为,随着土地承包合同与农业订购合同工的出现和相关制度的建立,在农业领域国家管理的方式上,行政合同管理已经占据了主导地位^[1](第 3 页)。

农村经济体制改革中行政合同的广泛运用和巨大成功,为随后在城市进行的经济体制改革提供了可资借鉴的经验。党的十三大明确指出“无论实行哪

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”。这实际上为城市经济体制改革中运用行政合同提供了基本依据。1988年行 2月 27日国务院发布了《全民所有制工业企业承包经营责任制暂行条例》,同年 5月 18日国务院又发布了《全民所有制小型工业企业租赁经营暂行条例》,由此,行政合同开始运用于国有企业,而运用范围涉及工业、商业、外贸、交通运输、城乡建设等领域。1990年 5月 19日国务院发布了《中华人民共和国城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》,次日,国务院又发布了《外商投资成片开发经营土地暂行条例》,国家对土地使用权的管理开始从行政划拨部分地转变为行政合同管理方式。

时至今日,我国已经有了行政合同制度。但是这一制度还很不完善,存在着一些急需解决的问题: 1. 理论和立法滞后,在理论上没有一个占主导地位并为大多数人所接受和赞同的对“行政合同”的界定,在立法上我国不仅无统一的行政合同法,而且在相关的法律法规中并无“行政合同”的表述; 2. 没有确立区分行政合同与民事合同、经济合同的标准; 3. 在理论上和实践中尚未确定行政合同的基本原则; 4. 行政合同纠纷的法律救济不完善。对这些问题,笔者以为,由于行政合同实际上是由民事合同发展而来,民法和合同法的基本原理应该可以在行政合同中得到援用,在符合行政法治的前提下,将上述原理运用于行政合同所形成的行政法律关系之中,从各方面特别是在合同理论以及实务两方面将行政合同与民事合同进行比较,应可以得到有益的启示和解决问题的方法。

二、民事合同与行政合同之比较

(一)行政合同与民事合同相比较,行政合同具有以下特征:

1. 行政合同当事人中必须至少有一方是行政主体。一般情况下在行政合同中,一方是从事行政管理、执行公务的行政主体,另一方是行政管理相对人,且行政主体处于主导地位并享有一定的行政特权。在特殊的行政合同中,如区域间行政协助、协作合同、行政管理目标责任制合同等,签约双方都是行政主体,双方相对而言,均不享有行政特权。

2. 行政合同的内容是为了公共利益而执行公务,具有公益性。行政合同是为履行公法上的权利和义务而签订的,如果合同内容只涉及私法上的权利与义务,则应视为民事合同。由于行政合同的公益性

决定其内容必须符合法律、法规的规定,双方都无完全的自由处分权。而民事合同不然,根据新合同法第五十二条的规定,只要民事合同不违反法律、行政法规的强制性规定,就应合法有效。在这一点,两者有较大的区别。

3. 行政合同以双方意思表示一致为前提。行政合同属于双方行政行为,双方的行政行为须以双方意思表示一致为前提。当然,双方意思表示一致并不等于双方追求的目的相同,行政主体签订行政合同的目的是为了执行公务,行政管理相对方则是为了营利。

4. 在行政合同的履行、变更或解除中,行政主体享有行政优益权,但优益权的行使,要受公平、合理、合法等原则的支配,行政主体非因行政管理相对人的过错而变更或解除合同,给相对人造成财产损失的,应予以补偿。

5. 行政合同受特殊法律规范调整,实行特定管辖。行政合同的内容除少部分受民法调整外,总体上是受行政法调整的,行政合同纠纷通常通过行政法的救济途径解决。在我国目前尚未建立完善的行政合同法律制度,其纠纷的处理途径尚未明确,笔者认为,根据行政法原理,应最终通过行政审判解决。

(二)行政合同与民事合同相比,两者的合同原理存在着较大的区别,民法中的契约自由原则虽不能完全适用于行政合同,但对确立行政合同的基本原则却具有十分重要的借鉴作用:

1. 行政权的存在,行使必须依据法律,符合法律,不得与法律相抵触,这是合法性原则的主要内容。我们强调依法行政并非一味地限制行政活动。事实上,现代行政可以分为两类:一类是行政主体单方面的行为对相对方的权利义务产生直接影响,如行政命令、行政处罚、行政强制措施等;另一类是行政主体单方面的行为对相对方的权利义务不产生直接影响,如行政合同、行政指导、行政咨询、行政建议等。“依法行政”对这两类行政的要求是不同的。前一类行政,应受到严格的法律制约,“没有法律规范就没有行政”,我们称之为消极行政。而对后一类行政,则要求行政机关在法定权限内积极作为,“法无明文禁止,即可作为”,我们称之为“积极行政”或“服务行政”。签订并履行行政合同是积极行政中行政主体行政行为的重要内容,在市场经济条件下应进一步拓展其范围,提高质量。笔者认为,合同主体在不同宪法、法律相抵触,遵守法定权限和程序的前提下,行政合同仍适用民法中的契约自由原则,这样实际上就是“契约有限自由原则”。私法自治原则是

近代资产阶级个人主义思想在私法领域中的体现其基本精神是:当事人依照自己的理性判断去参与社会经济活动,由此所产生的权利义务关系,国家直接承认其效力,而不予以干预或限制。在商品经济生活中,私法自治的主要体现就是契约自由,因而一些著述中经常把契约自由列为近代民法的基本原则之一。合同自由原则促进了自由经济的发达。“世界各国民法发展的趋势已经表明民法的私法公法化已成为当今民法发展的一大潮流”^[2](第 2 页),契约自由原则已不适应市场经济的发展,应予改进。故我国的合同法第四条规定:“当事人依法享有自愿订立合同的权利,任何单位和个人不得非法干预”。我国的合同法实行的是“自由原则”,实际上是“有限自由”原则,是适应时代的发展和民法的变化的。“自愿”即“有限的自由”,如前所述签订行政合同以守法和符合公益为限,双方有偿,强调公平自愿。具有“有限的自由”,但签约双方必须自愿,行政主体不能强迫相对人或滥用权力,因此新合同法的“自愿原则”是可以适用行政合同的。

2. 行政行为的内容要客观、适度、合乎理性,即行政合理性原则,是行政法治原则的另一个重要组成部分。合理性原则产生的主要原因是由于行政自由裁量权的存在。自由裁量权是指在法律规定的条件下,行政机关根据其合理的判断,决定作为或者不作为,以及如何作为的权力。基于社会、政治、经济和文化发展的需要,承认和保护行政自由裁量权十分必要,但是也必须看到行政自由裁量权也有被滥用的可能,应当对自由裁量权的行使加以控制。合理性原则作为一个普遍适用的行政法基本原则,有一些具体的内容:(1) 行政行为应符合立法目的;(2) 行政行为应建立在正当考虑的基础上,不得考虑不相关因素;(3) 平等适用法律规范,不得对相同事实给予不同对待;(4) 符合自然规律,如符合法律规定的“合理采伐森林”、“合理利用土地”等;(5) 符合社会道德,如职业道德、社会公德等。显然,遵循合理性原则对行政合同的缔结、履行、变更和解除是十分重要的。

3. 应急性原则是指在某些特殊紧急情况下,出于国家安全、社会秩序和公共利益的需要,行政主体可以采取没有法律依据或与法律相抵触的措施。这一原则也是行政法治原则的重要内容。一般而言,行政应急性权力的行使应符合以下几个条件:(1) 存在明确无误的紧急危险;(2) 非法定机关行使了紧急权力,事后应由有权机关予以确认;(3) 行政机关作出应急行为应受有权机关的监督;(4) 应急权力

的行使应该适当,应将负面损害控制在最小的程度和范围内。从广义上讲,行政应急性原则是合法性原则和合理性原则的非常原则,应急性原则并没有脱离行政法治原则。就行政合同而言,行政主体运用应急性原则及急权力,必然引发合同责任的免除。在新合同法中,与此相对应的是有关不可抗力(或合同目的落空)的规定。作为合同责任免责事由的不是抗力则指合同成立后所发生的、当事人无法预见、无法抗拒、不能克服、不能避免,并导致合同债的不履行的客观情况。《法国民法典》第 1148 条规定:“如债务人系由于不可抗力或事变而未履行给付或作为的债务,或违反约定从事禁止的行为时,不发生损害赔偿的责任”。英美法系中没有不可抗力的用语,但在其“合同目的落空”原则中包含着不可抗力的内容。《美国合同法重述》288 条规定:“凡以任何一方面应得某种预定的目标、效力的假设的可能性作为对方订立合同的基础时,如这种目标或效力已经落空或肯定会落空,对这种落空没有过失而受落空损害的一方,得解除其履行合同的义务”。显然,民法中不可抗力原则或合同目的落空原则,对于正确界定紧急危险、确认应急权力以及划分行政合同责任,都具有很好的借鉴作用。

三、比较后的启示

(一) 行政合同是国家对市场经济进行民主管理的最佳方式

目前,中国经济的发展很大程度上源于政府的推动,保护和管理“市场经济就是法治经济”已深入人心。问题不在于政府是否应干预经济、管理经济,而在于应以何种方式和手段来干预和管理经济。问题的实质在于市场经济中政府权力与市场主体权利之间如何通过法律来加以界分和规范,以平衡权力和权利;问题的实质还在于国家应通过何种媒介来结合和强化权力和权利,以同时提高行政效率和经济效率,促进整个社会的进步。市场经济作为以价值增值为天性,以市场机制配置社会资源的经济体制,首先必须通过市场经济主体大量的微观活动来实现。因此,市场经济主体必然要求具有充分而又独立的权利、自由,要求不受人为的限制和干预,要求有公正的市场规则和完善的法律救济制度。其次,市场经济又带有自发性,市场经济主体出于追求物质利益的本能而自发的活动,不可避免地带有经济活动的盲目性,如果没有政府强有力的控制来克服市场经济自身的弱点,市场的基本秩序将无法形成,经济将不能健康发展,公共利益将得不到保障,最终市场

经济主体的权利与自由会失去依托。在这种情况下就要求法律能促使和保证政府对市场经济实施民主化管理,即既保证政府有足够的权力资源驾驭市场,又不至于压制经济主体的自主性。很显然,行政合同是政府对市场经济实行民主化管理的最佳方式。因为,行政合同是一种双务行为,基于保证公共利益的需要,赋予行政机关有合同之优益权,同时,又由于合同的公平对等精神,在行政合同中相对人即经济主体的经济权利并未受到限制和损害。与此同时,行政合同的缔结双方均负有履行合同,达到合同目的的责任,此目的对经济主体而言,是一定的经济效益,对行政主体而言是相应的行政管理目标。

(二) 行政合同制度的基础在于公益和公平

现代行政是为适应国家社会的需要具体实施公共政策的过程及行为,是通过认定具体事实,解释运用法律,整体上统一实施公共政策的作用。尽管对现代行政存在着多种界定和学说,但均强调行政的公益性。行政合同属于行政行为,其本质特征或基础也在于公益性,因为签订行政合同的目的是为了执行公务,达到公益目的;识别行政合同的标准也在于行政主体是否为直接执行公务或合同是否包括私法以外的规则。正是由于行政合同的公益性,衍生出了行政主体在履行合同中的优益权,即出于公共利益的需要,行政主体保留和享有在行政合同履行过程中的某些特权,如履行合同的监督、指挥权,单方变更合同权,对违反合同相对人的制裁权等。也正是基于行政合同的公益性,相对人一旦签订行政合同,一般就认为相对人已默认了行政主体对履行行政合同所享有的优益权,尽管相对人签约的目的是为了自己营利。合同实践中,在某些国家,合同双方可以将行政优益权明示于合同中。而在行政合同法律理论比较发达的国家如法国,行政机关则无需合同规定而自然具有上述权力。相对方只要签订的是行政合同,即使在具体的合同中未规定行政特权条款,也应视为其已就上述内容与行政机关协商一致。

行政合同尽管不同于经济合同、民事合同、商事合同,但其仍不失为合同一种,具有其它合同所具有的共性,符合合同的一般特征。合同一经产生就与自愿、平等、对价等结下不解之缘,行政合同亦不可能背离合同的原始意义,也要以公平为本。所谓公平是指以利益均衡作为价值判断标准来调整合同主体之间的物质利益关系,确定相互之间的权利义务的要求。有的学者认为,民法中的公平原则包含了平等原则、自愿原则、等价原则和侵权行为的公平责任原则。笔者以为,因为“公平”可以涵盖和体现行政法中

合理性原则和民法中的公平原则,“公平”应成为行政合同制度的基础。具体而言,“公平”包括以下内容:(1)在订立合同时,应以双方意思表示一致为前提,行政主体不得滥用权力;(2)合同内容上应强调利益均衡即一方给付与对方给付之间的等值、对等性;(3)要以社会公认的价值观、是非观作为衡量标准来确定风险的合理分配和违约责任;(4)行政主体履约过程中行使行政优益权是有条件的,要受公平、合理、合法等原则的支配,要有直接的、实质性的公益性之必要;(5)一方给另一方造成损害,应以得到同等价值的补偿和追究为原则。总之,以“公平”为准则,可以较好地预防、解决、救济行政合同纠纷。

(三) 行政合同纠纷的法律救济途径应是行政复议和行政诉讼

行政合同作为一种行政行为,应受行政法所调整,故一旦出现行政合同纠纷,相应的法律救济就是行政法的救济方式,如行政仲裁、行政复议和行政诉讼。但除了农村承包合同等极少数行政合同适用行政仲裁这种双向性救济外,行政复议和行政诉讼这两种救济制度都已被设计成单向性的救济方式,即这两种制度只解决因行政主体单方意思表示而成立的具体行政行为,行政主体是不能成为复议中的申请人或诉讼中的原告。行政合同是在双方合意的前提下成立的,尽管行政主体在缔结与履行中拥有一定的优益权,但优益权的行使要受到的限制,行政主体的预期不能完全通过单方意思表示直接在相对方身上实现,要求解决争议的也有可能是行政主体。因此,行政主体也存在着要求行政复议机关或法院查清事实,适用法律作出裁决以迫使相对人履行合同义务的要求。所以,国家应重新界定具体行政行为,把行政合同纳入具体行政行为的范围,修改相关的法律,变行政复议和行政诉讼单向性救济结构为双方向救济结构,真正把日益增多的行政合同纠纷的解决和救济纳入法治的轨道。

(四) 行政合同立法的理想模式是制定单行行政法规

在我国的社会生活中,存在着大量的行政合同已是不争的事实。目前的状况是实践先行,理论立法滞后,故急需对我国行政合同制度加以确立和规范。其理由如下:(1)统一合同法的立法原意对合同的界定基本上采取的是债权合同的概念(还包括部分物权),大体上与多数国家民事立法的合同概念相一致。这样的合同概念,体现了民商合一的原则,但并不包揽行政性质合同和人身性质的合同等。“由于合同法只是规范反映交易关系的民事合同,而反映行

政关系的行政合同、劳动关系的合同等,即使在名称上称为合同,因其不是对交易关系的反映,因此,不应属于合同法所称的合同范畴……不以反映交易关系的协议,因不受合同法规调整,可以通过制订单行行政法规的方式予以调整”^[3](第 6 页)。(2) 行政合同多以行政主体与相对人地位不对等为特征,以保障公共利益为优先考虑,这与整个合同法建立在当事人地位平等基础上,并以平等地保护合同当事人合法权益为首要和直接的立法目的不同,那么反映到具体制度的构建上也必然不同。因此,不宜将这两个理论基础不同的合同制度统一规定于一部合同法中。(3) 对行政合同和民事合同的法律救济途径不同,行政合同本质上是一种行政行为,除了协商、调解外,主要的救济方法应是行政复议,特殊的行政仲裁以及行政诉讼,解决合同纠纷所适用的是公法。如果把行政合同硬性混于新合同法中,那么统一的合同法将规定几种不同性质的法律救济,私法和公法混于一体,显然自相矛盾。(4) 由于现代行政将越来越侧重于行政合同的运用,行政合同的种类将日益增多,由于共同的理论基础和特征,就行政合同制定统一的、前瞻性的、指导性的规范是可行的,也是科学的,如果每出现一种行政合同立一个法,不仅

将使法律数量激增,增加立法成本,也易导致各法之间在规范上的分歧和矛盾。(5) 就目前的实际情况,我国行政合同立法不可能像德国那样在行政程序法中设专章就行政合同作出具体规定。首先,我国目前没有行政程序法;其次,即使将来制定行政程序法,但是把实体法性质的行政合同纳入程序法中加以规范,肯定会引起争论,难以实现。如果就行政合同制度单行行政法规,则符合我国行政法中将实体法和程序法关联规定于一法之中的法制传统,同时又为行政合同法律制度的修改、补充和完善留下了余地和空间。

参 考 文 献

- [1] 张树义. 行政合同 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1994.
- [2] 余能斌, 马俊驹. 现代民法学 [M]. 武汉: 武汉大学出版社, 1995.
- [3] 王利明. 合同的概念与合同的规范对象 [J]. 法学前沿, 1998, (2).

(责任编辑 车 英)

Civil Contracts & Administrative Contracts Comparative Study

WANG Ping

(Wuhan University Law School, Wuhan 430072, Hubei, China)

Biography WANG Ping (1963-), male, Doctoral candidate, Wuhan University Law School, majoring in civil commercial law.

Abstract Administrative contracts in China started 1978. They are the best way of the state democratic management to the market economy on the base of justice and equality.

Key words civil contract; administrative contract; comparative study