

论行政契约的救济制度

余凌云*

从西方国家的法律救济模式看,对行政契约纠纷的解决主要是通过行政法上的救济方式,具体制度表现为协商、仲裁或行政机关内部裁决等司法外解决方法或者诉诸司法途径。在普通法国家,如英国,在不区别公法(public law)和私法(private law)争议的救济管辖体制下,政府合同纠纷统由普通法院审理,但法院在审理案件时,适用王权诉讼法(the Crown Proceedings Act 1947),并根据行政机关签订合同时所执行的任务是否涉及管理或公共规制的方式来确定是否适用司法审查。^[1]在法国行政法上,将行政机关为履行公职(service public)所行使的行政活动视为广义的公共管理行为,为该管理行为所缔结的契约被解为公法上的行政契约(contract administration),^[2]由此产生的争讼通过行政诉讼解决。

在我国,行政法学者对行政契约纠纷的解决亦倾向通过行政复议和行政诉讼途径。^[3]笔者也赞同通过行政法上的救济方式来处理行政契约纠纷,这是因为行政契约是行政机关在公共管理作用的领域为推行行政政策、实现行政目的而采用的行政手段,在契约中双方当事人形成的主要是行政法上的权利义务关系,这种权利义务关系与民法上的权利义务关系迥然不同,其基本特征表述为:对于行政主体而言,权力(利)和义务具有同一性,也就是权力(利)和义务是合二为一的,在表现为权力(利)的同时,也表现为义务,且这种权利义务是不能放弃或免除的,比如,在土地使用权出让合同中,政府对土地使用者是否按合同规定的期限和条件开发、利用和经营土地有权进行监督,^[4]这种政府权力之中也包含了义务,因而必须行使。这和民法上权利人可以放弃行使权利,义务人可以因权利人免除其义务的意思表示而免除义务不一样;对于行政主体和相对一方而言,权力(利)义务具有相对性,也就是一方表现为权力(利),另一方则表现为义务。因此,对这种关系的调整必须适用行政法,对由此产生的争议也应循行政救济途径解决。

但由于我国在对行政契约的救济制度上受到民法与经济法理论的影响较大,且对行政契约纠纷的特点关注不够,因而在救济制度建设上存在着诸多缺失,再加上我国近年来行政管理

* 中国人民公安大学法律系讲师,行政法学博士。

[1] p. p. Craig, *Administrative Law*, Sweet & Maxwell, 1994, pp. 567, 568.

[2] 参见成田赖明:《行政私法》,周宗宪译,载台湾《法律评论》第60卷第1、2期合刊。

[3] 参见应松年主编:《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624页以下。

[4] 《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第1、6、11、17条。

体制的变革,导致原有救济制度的被取消,故有必要以行政契约特征为考量,对现有救济制度进行反思与重构。

一、司法外救济制度

西方国家在解决政府合同纠纷方面的制度运作表明,通过司法外途径(协商、仲裁或行政机关内部裁决)消除由于契约缔结或履行产生争议往往是比较成功的。英国尽管王权诉讼法确定了更加简化和现代化的诉讼程序,使所有涉及中央政府合同责任的诉讼均可循该法确定的标准诉讼程序以适格的政府部门或者检察总长(Attorney-General)为被告提起,^[5]但在实际运作中,因政府合同引起的纠纷几乎很少诉诸法院,通常是由政府和当事人通过非正式谈判(informal negotiation)或者仲裁(arbitration)解决。^[6]彼得·坎恩(Peter Cane)对这种现象分析的结论是,政府与相对人间多为互利的长期合作关系,而非一次性商业交易,如果诉诸法院,则常被视为不适当且易产生副效应。^[7]在澳大利亚政府合同实践中,因违约或与合同履行有关的其他争议而导致的诉讼也相当少见,杜根(C. M. Doogan)将其中原因归纳为两个方面,一是政府合同条款的精确和细致使双方当事人对政府要求不易产生模糊认识;二是在实际运作中创建了独立的仲裁制度,作为解决政府与当事人间纠纷或异议的有效工具。^[8]美国对政府合同纠纷处理的运作机制中,行政机关内设立合同申诉委员会(a board of contract appeals)也起到很大的作用。^[9]西方国家契约救济制度实际运作中的共同感受,从某种意义上说,揭示了行政契约本身的特性与司法外救济制度具有更大程度上的契合。我们从中汲取的启示就是要重视以行政契约特性为考量对司法外救济制度的构建。

我国在解决行政契约纠纷的法律制度的建设中也同样比较强调通过协商、仲裁与行政机关内部裁决解决争议,这一倾向我们可以从最高人民法院对审理农村承包合同纠纷的司法解

[5] 英国政府合同救济制度在历史上存在着一个演变过程,早先中央政府(the Crown,也有人译成“英王”)违约责任是通过古老的权利请愿程序(procedure of petition of right)解决的,此外,在一些特别情况下成文法还提供其他的救济方式。比如,1919年运输部法(the Ministry of transport Act)明确规定了运输大臣的合同责任,允许当事人诉诸普通诉讼。但1947年王权诉讼法废除了上述救济,规定了统一的救济程序。详见 H. W. R. Wade & C. F. Forsyth, *Administrative Law*, Clarendon Press, Oxford, 1994, p. 832.

[6] 纠纷处理的资料来源于 Turpin, *Government Procurement and Contracts*, 221-6. 转引自 Peter Cane, *An Introduction to Administrative Law*, Clarendon Press, Oxford, 1992, pp. 263, 264. 另见 Brian Thompson, *Constitutional & Administrative Law*, Blackstone Press Ltd., 1993, P. 401.

[7] Peter Cane 的分析见前引 [6], 同页。

[8] C. M. Doogan, *Commonwealth Administrative Law*, Australian Government Publishing Service Canberra, 1984, pp. 61, 62.

[9] 在美国,政府合同纠纷通常由行政机关一位特别合同执行官员(a special contracting officer)来裁决,对该裁决不服,可向行政机关内的合同申诉委员会(a board of contract appeals)或者赔偿法院(the Claims Court)(限于金钱赔偿诉讼(a suit for monetary damages)申诉,如仍不满意,可向联邦巡回上诉法院(the Court of Appeals for the Federal Circuit)上诉。参见 Peter L. Strauss, *An Introduction to Administrative Justice in the United States*, Carolina Academic Press, 1989, P. 285.

释以及关于国有企业承包(租赁)经营合同的立法条文中得到证实。^[00]但由于在考虑司法外救济制度时对行政契约特性认识不足,再加上原有仲裁制度的改革,因此,有必要对我国行政契约的司法外解决方式进行重新审视与构建。

协商或者由政府出面调处,作为非制度化的解决方法,应当得到肯定,由双方当事人通过非正式的谈判与意见交流来消弥彼此对契约条款理解的差异以及有关纷争,是诸种解决方法中成本最低且效益最高的解决方式,在我国传统文化背景下对于处理当事人彼此间存在隶属关系的契约争议极具价值。

随着我国仲裁制度的改革,在原来的行政管理体制下设置的解决国有企业承包(租赁)合同的行政机关内部的仲裁机构(如工商行政管理机关内设立合同纠纷仲裁委员会)纷纷被撤销,依据仲裁法重新组建的仲裁机构,性质转变为民间组织,而行政机关与所属机构或人员或者相对人缔结的行政契约争议涉及行政法上权利义务的争执,这种权利属性的属性从根本上排斥民间仲裁的可能性,因此,不宜借助此类仲裁体系作为行政契约的救济方式,对此仲裁法也予以肯定。^[01]

但上述仲裁制度的变革并不否定仲裁作为解决纷争的有效方法不能运用于行政契约之中,值得注意的是,目前为解决特定行政契约纠纷,行政机关在行政体系内部专门设立了仲裁机构,比如,人事部成立了人事仲裁公正厅,受理因履行聘任合同或聘用合同发生的争议。^[02]这种模式对于解决行政契约,特别是行政机关之间、行政机关与所属下级行政机关及公务员之间缔结的行政契约的纠纷具有较强的示范与借鉴作用,落实在制度设计上就是能否考虑在行政机关体系内设立专门的具有一定独立地位的仲裁机构。

尽管我国有的学者研究行政契约救济后得出的结论是运用非讼形式解决行政契约纠纷的出路是行政复议制度,^[03]在行政实践中也存在运用行政复议解决农村经济承包合同案件的实例,^[04]但笔者对目前行政复议制度能否受理行政契约案件表示怀疑,理由是:第一,从行政复议条例第2条及最高人民法院对具体行政行为的司法解释必然得出行政契约不属于行政复议的范围。^[05]赞成行政契约纠纷可以通过行政复议解决的学者多以行政复议条例第9条第3项关于“行政机关侵犯法律、法规规定的经营自主权的”规定作为法律依据,但却忽略了关键点,法条中所指的行政机关侵犯经营自主权的外在表现行为应为单方具体行政行为,但单方行政行为与双方行政行为(行政契约)在发生法律效力上是不同的,前者以行政机关单方意思表示为已足,而后者必须双方合意,在此基础实施的行为及引起的纠纷也是不尽相同的,因而行政机关单方侵犯经营自主权行为和行政契约中行政机关违约行为发生的基础是不一样的。对

[00] 最高人民法院在“关于审理农村承包合同纠纷案件若干问题的意见”(1986年4月14日)中要求在处理农村承包合同纠纷中应当发挥有关农村基层组织以及承包合同管理部门的调处作用。《全民所有制工业企业承包经营责任制暂行条例》第21条、《全民所有制小型工业企业租赁经营暂行条例》第22条均规定合同发生纠纷后,双方应当协商解决,协商不成的,可申请仲裁。

[01] 见《仲裁法》第3条第2项。

[02] 见《经济日报》1997年1月8日报道。

[03] 观点及对观点的论证见前引[6],应松年主编书,第628页以下。

[04] 张志华:《南漳县政府授权政府法制机构严肃查处村级行政组织单方面撕毁经济承包合同案件》,《行政法制》1996年第3期。

[05] 根据最高人民法院的司法解释,具体行政行为是指行政机关针对特定相对人实施的单方行政行为。

于单方行政行为与双方行政行为应存在区别这一命题的论证,我们还可以借助我国台湾学者对行政诉讼制度改革相关意见为佐证。在台湾,作为行政诉讼的审查对象的行政处分在本质特征上与大陆最高人民法院解释的具体行政行为基本相同。^[6]台湾学者批评行政诉讼法对法院裁判权范围规定过窄,建议增加对行政契约的裁决权,也就是将行政契约与行政处分并列规定在行政诉讼法中。^[7]从这个建议中也反映出台湾学者亦认识到单方行政行为与双方行政行为有着原则的不同。这个问题也可以反过来推,如果双方行政行为能够分解为单方行为,那么在行政诉讼制度中增入行政契约案件的建议也就没有什么意义了。因此,不能将两者混为一谈,更不能在复议或诉讼中根据需要 will 将行政契约行为分解为单方行为。另一方面,从上述条款适用的范围来讲,也无法揽括所有的行政契约纠纷。因为行政契约的内容决非仅限于经济内容,还可能包括纯粹行政事务,比如消防协议,治安责任书,等等,对后者发生的纠纷,就不可能适用上述条款来解决。第二,即使我们可以通过修改最高人民法院上述司法解释,将具体行政行为扩大解释为包括单方行政行为与双方行政行为,以消除最高人民法院对具体行政行为的司法解释所造成的障碍,但从制度契合上讲,现行行政复议制度仍然不完全适合于解决行政契约纠纷。行政复议制度的设计主要是从保障相对人权益角度出发的,反映在启动复议机制上就是只允许相对人提出复议申请,在复议裁决的基础上就是只审查行政机关的具体行政行为,在复议裁决的结果上就是针对行政机关作出处理决定。而在行政契约中,行政机关尽管在契约缔结与履行中拥有主导性权利,但这些权利的行使要受到公共利益必需原则的限制,不是在任何时间与场所都能行使的,因此,行政机关的预期不能完全通过单方意思表示直接在相对一方身上实现。正因如此,在纠纷中要求解决争执(比如在赔偿问题上)的一方不一定就是相对一方,也可能是行政机关。这就要求法律提供一个可供双方都能主动申请解决问题的场所与制度,而且解决问题的基础应建立在对双方行为的审查上,处理结论也是针对双方中违约一方(既可能是相对一方,也可能是行政机关)作出,因此,现行行政复议制度的单向性救济模式不能适应解决行政契约纠纷的要求。

为了使行政复议制度更加适合于解决行政契约纠纷的要求,就必须对行政复议条例作相应的修改,制定解决行政契约纠纷的特别规则,^[8]也就是在行政复议制度的单向性救济结构中建立专门解决行政契约纠纷的双向性救济结构,将绝大多数行政契约纠纷都纳入行政复议救济范围。在这里,需要说明的是,并非所有在行政契约缔结与履行过程中发生的争执,都适用特别规则来处理,特别规则只适用于解决基于双方约定权利义务基础上所产生的纠纷,比如,违约赔偿,单方变更契约等。对于在契约缔结与履行过程中,行政机关单方行使行政权所导致的争议,比如,对违约构成违法的相对一方处以行政处罚,对中标者的确定等,就应通过常规的复议规则处理。

由于存在行政复议和行政仲裁两种救济方式,就必然要解决这两种救济方式各自的管辖范围问题。笔者感到,在两者的管辖分工上,行政仲裁主要适用于解决行政机关间及行政机关与所属下级机构或公务员间缔结的特定种类的行政契约纠纷,而绝大部分的行政契约纠纷还

[6] 具体分析详见余凌云:《两岸行政复议受案范围比较》,载《台湾法研究学刊》1992年第6期。

[7] 翁岳生:《行政诉讼制度现代化之研究》,台湾大学法学丛书编委员会编辑:《行政法与现代法治国家》,1979年版。

[8] 由于这些特别规则的构建要求与行政诉讼中的特别规则内容基本相同,因此,笔者将在行政诉讼制度修改中一并加以讨论。

必须通过行政复议方式解决,至于具体管辖的界分,则主要是在以往制度累积的基础上通过行政政策与立法来确定。

正是基于上述认识,笔者感到今后司法外救济制度建设重点应是尽快建立行政仲裁制度,修改行政复议条例,形成以行政复议为主要救济方式、以行政仲裁为解决特定行政契约纠纷的制度模式。

二、行政诉讼制度

正如政府合同研究的先驱人物特滨(Turpin)所担心的那样,如果合同纠纷的处理不诉诸第三人裁决,则存在着因当事人间讨价还价能力的不平等而使结果发生扭曲的危险。^[9]因此,西方国家在行政契约救济制度设计上坚持司法救济最终原则。在行政契约制度最为发达的法国,行政契约作为双方行政行为(bilateral acts),可导致通过向行政法院提起完全管辖之诉(pleine juridiction)请求赔偿救济,对于可以和行政契约分离的行为,如上级行政机关对行政契约的批准行为,则允许提起越权之诉(recours pour excès de pouvoir)。^[20]

我国学者研究行政契约司法救济制度的结论多倾向将行政契约案件纳入行政诉讼范畴。^[21]对此,笔者亦表示赞同。由行政诉讼统筹解决行政法上纠纷,是因为在我国要区别个案所涉的法律关系的性质而循不同的救济途径解决争议的制度下,行政契约作为行政法上的争议从性质上排斥其他司法救济途径的结果。

但从目前司法审判制度的运作上看,在处理行政契约纠纷时,还存在着法院管辖疏漏、体制不顺以及行政诉讼保障等问题,最高人民法院的有关司法解释表明法院对行政契约的管辖存在着疏漏,例如,对于国有企业承包合同中的企业经营者因政府有关部门免除或变更其厂长(经理)职务而引起的纠纷,司法解释认为属于人事任免争议,法院不予受理;^[22]在管辖体制上也存在不顺,比如,将农村承包合同纠纷案件划入经济庭管辖。^[23]有的学者认为随着行政诉讼法的生效,已将侵犯经营自主权案件划归行政庭管辖,且法条中关于侵犯经营自主权的规定涵盖了承包条例、租赁条例中规定的经营自主权,而且可推及其他种类的行政契约案件,因而上述问题已完全解决。^[24]笔者却以为这些问题仍没有彻底解决,与前述行政复议所遇到的问题一样,行政诉讼将行政契约纳入救济范畴也存在着最高人民法院对具体行政行为司法解释的障碍,因此,解决上述管辖疏漏、体制不顺以及建立对行政契约的行政诉讼救济制度的关键一步就变成修正最高人民法院的司法解释,将具体行政行为解释为行政主体针对特定相对人就

[9] Turpin, *Government Procurement and Contracts*, 236-9. 转引自 Peter Cane, *An Introduction to Administrative Law*, P. 264.

[20] 王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社1989年版,第651页; John Bell & Neville Brown, *French Administrative Law*, Oxford University Press Inc., 1993, P. 193.

[21] 这方面的论文与专论较多,如许崇德、皮纯协主编:《新中国行政法学研究综述(1949—1990)》,法律出版社1991年版,第487页。

[22] 见最高人民法院关于企业经营者依企业承包经营合同要求保护其合法权益的起诉人民法院应否受理的批复”(法(经)复(1991)4号)。

[23] 见最高人民法院“关于加强经济审判工作的通知”(法(研)发(1985)28号)。

[24] 参见前引[6],应松年主编书,第627页。

特定事项作出的有关其权利义务的行为,从而将行政契约案件纳入行政诉讼救济范围。

要想彻底完成将行政契约纳入行政诉讼范畴的设想,还必须针对行政契约的特点对审判的规则及具体制度进行相应的增补与重构。有的学者也隐约地意识到行政诉讼的规则不能完全适用于行政契约救济上,并作了初步的探讨。^[25]之所以要对行政诉讼制度作改造,是因为行政诉讼制度构建时对行政契约制度的特性认识并不充分,在制度设计上表现为以审查行政机关具体行政行为、救济相对人合法权益为唯一目标的单向性构造模式。而我们所要构筑的行政契约制度框架是以行政程序保障处于不对等地位的双方当事人之间平等协商的实现,以保证契约所预期的特定行政目的实现为目标的实体权利义务配置的制度模式。在这种制度框架中,除了出于公共利益必需,行政机关可以主动实施单方解除或变更等权力外,对于合同履行中的其他一些问题,行政机关不能以自己的单方意志强加给相对一方,比如,在相对一方违约时,对赔偿金的确定,行政机关只能求助于法院裁决。因此,这就必须突破行政诉讼制度中只允许相对人起诉的规则,也应当赋予行政机关相应的起诉权;在审理行政契约案件时,也就存在根据原告的诉讼请求而对有关双方的行为进行审查,而不是仅对行政机关一方行为的审查;在举证责任分配上,除行政机关行使契约主导性权利时应负主要举证责任外,在一般情形下,应适用“谁主张,谁举证”原则;在诉讼中对非法律强行性规定的契约内容的履行纠纷可以进行调解;在诉讼中原则上不停止契约的履行。但是,如果不损及公共利益,也可以暂时停止履行契约;在裁决的形式上对于行政机关行使主导性权利行为以及不履约行为可以运用行政诉讼中的维持、撤销、责令履行职责等判决形式,同时还要针对行政契约纠纷中的效力的确认以及违约责任的处理作出相应的判决。因此,为适应解决行政契约纠纷的要求,就必须在原有单向性构造的行政诉讼制度框架中针对行政契约特点建立专门适用于解决行政契约纠纷的双向性构造的诉讼结构,反映在具体制度与规则的构建上就是在行政诉讼中专门规定解决行政契约纠纷的特别规则,包括允许行政机关起诉的条件、调解原则、举证责任、确认契约效力以及对违约责任处理的判决形式等。

[25] 张树义:《行政合同》,中国政法大学出版社1994年版,第175页以下。