

# 域外行政合同研究述评：从行政法的角度

李霞

**提 要** | 行政合同作为公法与私法嫁接的产物、契约性要素和权力性要素的融合体,兼具行政价值意义和合同价值精神。它逾越了传统理论设立的藩篱,使原本相斥的两个范畴渐行渐近。随着行政合同制度的兴起和发展,域外行政合同理论正趋于成熟。在大陆法系国家和地区,行政合同研究已经摆脱了“适法性”的阴影,呈现出更加系统和细化的趋势;素有“公私法不分”传统的普通法系国家,对政府合同的规制也已从普通法本位逐渐向特别规范转变。域外的行政合同研究成果,对于我国行政合同理论和制度的发展和完善具有较强的推动效力。

**关键词** | 行政合同 公法 私法

**中图分类号** | D912.1

**作者信息** | 女,1979年生,博士,中国社会科学院法学研究所助理研究员,100720。

## 一、引 言

合同作为“整个文明的产物”,本无所谓公私。尽管历史上公私法的二元划分使合同制度出现分野,合同渐被民法学者视为私法之“独占物”<sup>①</sup>,但事实上,合同一直以来亦是公法上的概念。“契约”常被用于各种政治哲学与法学的辩论,政治哲学先贤们运用“社会契约”的观点,来正当化政治社会的存在;<sup>②</sup>约翰·罗尔斯的《正义论》,通过契约的观点建构起正义的原则;<sup>③</sup>麦克尼尔突破了古典和新古典合同理念的片面和局限,其“新社会契约论”中的“关系契约”以交换为基础,“覆盖整个世界”。<sup>④</sup> 合同法作为法律中最为古老且最为重要的组成部分,在公元前1762年颁布的《汉谟拉比法典》和中国古代民法中早已有之,19世纪的民法典编纂更将其作为重要内容。如果说20世纪以前的合同法可被视作一个统一的抽象理论体系,20世纪以后,这个体系在许多方面发生了重大变化,既有界限不断被突破,大量新的合同

类型涌现——行政合同就是其中一类。从行政法角度观之,行政合同作为一种非权力性的行政活动方式,是一种治理方式的创新,体

① 《法学研究》编辑部编著:《新中国民法学研究综述》,中国社会科学出版社,1990年,第413页。

② 参见[英]霍布斯:《利维坦》,黎思复、黎廷弼译,商务印书馆,1985年,第131~132页;[英]洛克:《政府论》(下篇),叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆,1964年,第59~62页。

③ 参见[美]约翰·罗尔斯:《正义论》,何怀宏等译,中国社会科学出版社,2009年,第42~43页。相关评述参见Jesse H. Choper, John C. Coffee & Ronald J. Gilson, *Cases and Materials on Corporations*, Aspen Publishers, 2000, pp. 33-34。也有学者认为,政治哲学场域中的“契约”并非真实契约(real contracts),而只是借用了契约的概念。他们质疑,对于社会契约而言,即使当初真有过一个全体人民同意的契约,它如何能约束他们之子孙后代?参见Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard University Press, 1991, pp. 15-16。

④ 参见[美]麦克尼尔:《新社会契约论——关于现代契约关系的探讨》,雷喜宁、潘勤译,中国政法大学出版社,1994年。

现了现代行政管理民主化、灵活性的趋势,在实践中已起到促进行政的民主化、提高行政效率等作用,且越来越多地被用作调整和引导经济的工具。<sup>①</sup>而作为一种新的法律形态,它更包含着法律价值观的深刻变革。

本文所称的“域外”,是从“法域”的意义上言,系指大陆法系和普通法系具有代表性的国家,包括德国、法国、美国、英国,以及近年来行政合同制度和理论疾速发展的中国台湾地区。鉴于行政合同鲜明的“实务驱动性”,本文关于理论研究的描述将同时勾勒行政合同理论发展之背景——行政合同制度及其实践的演进路径。事实上,行政合同理论发展的轨迹,对应的正是行政合同制度兴起之历程——行政合同在现实世界中风生水起之时,亦是相关学术繁荣之机。而学术的繁盛,一方面表现为共识的逐渐达成,另一方面也表现为百家争鸣。

## 二、大陆法系国家:从“适法性”走向细化

传统的大陆法系法学理论认为,合同的原始意义与公法无关,合同上的当事人地位平等、意思自由、双方合意等要素在行政法领域几无存在的可能。加之传统行政法学所主张的是以维护秩序为主要任务、以命令—服从式的高权行政为主要方式的“秩序国家”理论,对于合同方式有着天然的排斥,因而“公法合同长期以来曾被视为一个自相矛盾的概念”。<sup>②</sup>

德国行政法学之父奥托·迈耶(Otto Mayer)就抱持着彻底的行政合同否定论。<sup>③</sup>迈耶教授的学说影响深远,以致时隔多年,“新行政法学的创始人”恩斯特·福斯特多夫(Ernst Forsthoff)仍认为,行政合同制度将使行政权的优越地位被“拟制平等化”地破坏。<sup>④</sup>很长一段时间,行政法上将行政分为高权行政和国库行政,前者的根据在于统治权,而后的根据在于财产权;<sup>⑤</sup>前者产生的是公法关系,后者则是私法关系。<sup>⑥</sup>这一学

说对德国行政合同法制的影晌极大,使得在德国行政合同的发展初期,许多学者不得不长期为其存在的正当性而战。<sup>⑦</sup>

随着现代国家的任务和作用的变迁,秩序国家逐步向“给付国家”转变,世界各国的行政合同实践实现飞跃,通说逐渐认可了行政合同的“适法性”。第二次世界大战后,行政合同作为一种行政行为的方式,被写入行政法学著作和教科书。1958年出版的三本德国行政法著作充分论证了行政合同的“适法性”,在理论上为行政合同确立了应有的地位。它们分别是伊姆鲍登(Imboden)的《行政法上的合同》、扎尔茨维德尔(Salzwedel)的《公法合同的适法性界限》和斯泰恩(Stern)的《论公法合同的理论基础》。学者们开始接受这样的观点:在一个公共行政主体与另一个公共行政主体或者行政相对人具有共同或互补的利益时,可以签订行政合同,并将行政合同视为单方措施的替代和补充,是处理具体事件的、兼具稳定性和灵活

<sup>①</sup> [法]古斯塔夫·佩泽尔:《法国行政法》,廖坤明、周洁译,国家行政学院出版社,2002年,第94~95页。

<sup>②</sup> [德]平特纳:《德国普通行政法》,朱林译,中国政法大学出版社,1999年,第147页。

<sup>③</sup> 参见 V. Schlette, Die Verwaltung als Vertragspartner, 2000, s. 29 - 30; 林明锵:《行政契约法论》,台湾大学《法学论丛》第24卷第1期。

<sup>④</sup> 参见林佳和:《国家、行政法与意识形态——Ernst Forsthoff的〈极权国家论〉与国家社会主义》,《辅仁法学》2003年第6期;吴庚:《行政法之理论与实用》,中国人民大学出版社,2005年,第264页。

<sup>⑤</sup> Terence Daintith, The Executive Power Today: Bargaining and Economic Control, in Jeffery Jowell & Dawn Oliver (eds.), *The Changing Constitution*, Clarendon Press, 1989, pp. 193 - 218.

<sup>⑥</sup> 吴庚:《行政法之理论与实用》,中国人民大学出版社,2005年,第16页。

<sup>⑦</sup> P. Worachet, *Die Entwicklung der Dogmatik des verwaltungsrechtlichen Vertrages*, Berlin 2000, Zugl. Gottingen, Univ. Diss., 1998, S. 19ff., 85ff.

性的替代性活动方式。<sup>①</sup> 1976年德国《联邦行政程序法》以专章纳入行政合同,使德国成为第一个在法律中确立行政合同制度的国家。但在当时,由于行政合同一章的起草主要受实务之需要的推动,理论上尚未达成统一。<sup>②</sup> 早期的讨论主要围绕《行政程序法》的释义,就行政合同的适用范畴、公法合同与私法合同的区分、合同的类型及合法性等问题展开;近十几年来,受公私合作的推动、2002年德国民法债编的修正、欧洲一体化所导致的行政法欧洲化的趋势等因素的影响,德国行政合同的适用空间再度拓宽,相关议题的深度与广度也有了拓展。<sup>③</sup> 此外,石荷州(Schleswig-Holstein)颁行的《公私合同促进法》要求,行政机关除非不能以行政合同完成行政任务,否则不以行政处分加以以规制,这一规定打破了将行政合同置于辅助地位的传统理念。<sup>④</sup>

法国作为“行政法母国”,开创了行政合同法理论。法国学者狄骥曾宣称:“一份契约就是一项无论在公法还是私法中都具有同样性质的法律行为;……国家就完全如那些受到契约约束的个人一样,受到其自己订立的契约的约束。”<sup>⑤</sup> 一百多年来,行政法院在一系列判例中确定了一套识别和适用于行政合同的标准。除判例外,行政合同法律体系主要由两类成文法构成:一类是从司法程序上规定行政合同归最高行政法院管辖,一类是综合性的规定。<sup>⑥</sup> 相应地,学理上对于行政合同的探讨也愈益重视,行政合同在教科书中通常被作为专门一节。需要说明的是,由于法国行政合同制度(甚至包括整个行政法的相关制度)以经由司法判例形成的法律规范内容作为主要内容,因而对于特定法律概念和体系的理解,存在一定程度的困难。

就欧盟层面而言,其本身经常缔结各式合同,也常以合同作为行政行为的方式来规范成员国的行为或以合同作为执行欧盟法令的工具。原则上,欧盟可以通过行政合同

的方式来履行其任务。同时,欧盟委员会在事实复杂而无法厘清,或者须付出显然不符合比例的代价才能厘清时,可以与成员国或利害关系人签订和解协议。尽管如此,欧盟法对于行政合同仍未确立相关的法律框架。支持欧盟层面存在行政合同或公法合同的概念的论点主要来自两方面:一是《欧洲联盟运作方式条约》第288条的规定。根据该规定,欧盟指令所致力达成的目标对成员国具有约束力,但成员国履行指令、达成目标的形式和方法,则交由其自行选择。<sup>⑦</sup> 而这些行为方式自然包含行政合同在内。二是《欧洲联盟运作方式条约》第272条的规定——基于欧盟缔结的公法合同或私法合同中的仲裁条款,欧洲法院享有裁判的权限。<sup>⑧</sup> 这一规定在学理上被作为论证欧盟存在公法合同的实在法的连接点。不过,欧盟法所理解的行政合同仍主要从不成文的法律原则中

① [德]汉斯·J·沃尔夫、奥托·巴霍夫、罗尔夫·斯托贝尔:《行政法》,高家伟译,商务印书馆,2002年,第147~148页。

② 参见翁岳生:《行政法与现代法治国家》,台湾大学法学丛书编辑委员会编辑,1979年,第221页;Immanuel Gebhardt:《德国行政程序法的背景和立法史》,网址:<http://www.docin.com/p-68149210.html>(最后访问时间:2014年7月12日)。

③ V. Schlette, Die Verwaltung als Vertragspartner, 2000, S. 253ff., S. 334f.

④ [德]哈特穆特·鲍尔:《德国行政法上行政契约发展面面观》,李建良译,《台湾法学杂志》2012年总第203期,第88~89页。

⑤ [法]莱昂·狄骥:《公法的变迁》,郑戈、冷静译,辽海出版社、春风文艺出版社,1999年,第134页。

⑥ 参见张庆彬、肖念华:《国外行政合同制度之比较研究》,《北京市政法管理干部学院学报》2002年第3期,第54页。

⑦ 该条规定的内容与原《欧盟条约》第249条相同。

⑧ 该条规定的内容与原《欧盟条约》第238条相同。

推导。<sup>①</sup>同时,由于欧盟各成员国对行政合同的定位不尽相同,要建立一个于欧盟普遍适用的行政合同概念比较困难。近来有研究主张将欧盟的公法合同的内涵扩大为“所有欧盟机关参与缔结的合同”,但这样会导致合同涵盖的范围过于宽泛。<sup>②</sup>

在日本,尽管实践中行政合同的应用远不及行政指导,1993年的日本《行政程序法》也没有对行政合同作出一般性的规定,但“在现实和观念中,行政上的契约关系是广泛存在的”,<sup>③</sup>无论在理论学说还是司法判例中,“可以说已经不存在否定行政契约概念一般可能性的见解”。<sup>④</sup>田中二郎的观点作为通说被接受,他认为:公法关系中也存在非权力一服从的支配的关系……行政合同是以发生公法上的效果为目的,两个以上对等的当事人之间根据相反方向的意思表示一致而产生的公法行为。<sup>⑤</sup>大陆法系的其他国家,例如西班牙、葡萄牙、奥地利和意大利等,在吸收和借鉴的基础上,也呈现出行政合同的立法化倾向。<sup>⑥</sup>

总体而言,正如德国教授所总结的,大陆法系关于行政合同研究的“主要课题已不是行政契约原则上的适法性问题,而是行政契约理论的细化,特别是明确行政契约的合法要件、法律形式和违法后果,说明这些问题是行政契约在实践中得到有效适用的前提”;<sup>⑦</sup>而“在解决了行政契约的适法性问题后,一般研究的兴趣已转移到行政契约的细节问题上,尽管有数量颇丰的论文、判决以及对民法的借用,但主要问题在一定程度上尚未澄清或触及”。<sup>⑧</sup>

### 三、英美法系国家:由普通法本位 转向特别规范

英美作为典型的普通法系国家,素有公私法不分的法律传统,此一元论建基于对司法权之尊信和对行政权之疑惧的历史传统背景之下。在英美行政法中,仅有以普通法为本位的政府合同概念。基于政府与人民在法

院面前一律平等的预设,政府作为一方当事人所缔结的合同与私人之间缔结的合同适用相同规则。但为了调和政府在与私人缔约的过程中,同时扮演代表公共利益的管制者以及与私人协商的缔约者的两个不同角色,还是发展出了特殊的原则,赋予政府在合同关系中特殊的地位。

在英国1988年《地方政府法》颁布之前,仅有少数正式的国家立法或判例法用以裁决政府合同。始于20世纪80~90年代的私有化改革方案,使合同作为推行政府政策的手段渐受推崇。<sup>⑨</sup>1994年,特伦斯·丹提斯(Terence Daintith)教授对以合同替代立法规则的价值作出了较高评价,指出分配利益方式可运用诸如讨价还价和非正式协议等方式,这有助于对政策选择的短期尝试以及避免所必需的立法授权。<sup>⑩</sup>在目前比较流行的行政法教科书中,对政府合同通常都有专章

① 林明锵:《欧盟行政法:德国行政法总论之变革》,新学林,2009年,第136页。

② U. Stelkens, Ulrich & H. Schröder, EU Public Contracts-Contracts passed by EU Institutions in Administrative Matters, FÖV Discussion Papers Nr. 70, Speyer, 2012, S. 1f., 15ff. 网址: <http://192.124.238.248/fbpdf/dp-070.pdf>。(最后访问时间:2014年8月12日)

③ [日]盐野宏:《行政法》,杨建顺译,法律出版社,1999年,第136页。

④ 杨建顺:《日本行政法通论》,中国法制出版社,1998年,第515页。

⑤ 参见应松年主编:《行政程序法立法研究》,中国法制出版社,2001年,第442~443页。

⑥ 杨建顺,1998年,第516页。

⑦ [德]哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社,2000年,第361页。

⑧ [德]平特纳,1999年,第148页。

⑨ 参见 *R v. Lesisham LBC, ex parte Shell plc* [1988] 1 ALL ER 938。

⑩ 参见 Terence Daintith, *The Techniques of Government*, in J. Jowell and D. Oliver (eds.), *The Changing Constitution*, Oxford University Press, 1994。

讨论。<sup>①</sup> 英国的政府契约,有公法下的政府合同(Public Law of Government Contract)和私法下之政府合同(Private Law of Government Contract)之分,由于英国公、私法的分野不如大陆法系国家般泾渭分明,因而其区别的实质在于,合同相对方于执行公共职能时是否已取得公权力之身份,而必须接受司法审查。

英美的传统行政法是以司法审查为核心,加上行政机构、行政立法、行政裁决、政府信息公开等内容。后来兴起的规制实践的旨趣不是法治(rule of law),而是良治(good governance),也就是说不再以审视行政活动的合法性为中心,而更多探讨行政政策的妥当与否。在这种以实用性为导向的研究氛围中,政府合同在作为公共福利行政的方式和推行各种政策的有效方法<sup>②</sup>而得到广泛运用的同时,也点燃了学术界的研究热情。这股热情在20世纪50~60年代尤为高涨,突出表现为一系列著作和文章的密集出版,论题集中在法律规范、政府特权和法院判例所确立的规则等方面。学术界对于判例中确立的政府合同不同于民事合同的特别规则(例如英国佩奇案中法院所确立的“契约不能束缚行政机关的自由裁量权”)进行过激烈讨论,也推动了司法实践的发展。20世纪80年代中期开始,政府合同的纠纷解决(特别是替代性纠纷解决方式)开始成为政府合同的研究重点之一。学者已普遍意识到,政府不断通过合同形式外包其传统职能的做法,势必要求政府合同吸收公正、理性和问责等公法规范。<sup>③</sup>

在美国的政府合同法律制度中,涉及政府采购等公私服务的相关法制发展较为完备,在学术上一般被统称为“公共合同法”(Public Contract Law)或“政府合同法”(Government Contract Law);在文献上偶尔可见到“行政合同”一词的使用。总体而言,美国公共合同法的内容可分为两部分:其一是授权政府进行物品或服务采购的规定,主要是授权规范;其二是关于如何进行物品或服

务采购的规定,包括招标、投标、评标、决标等程序规范,以及格式化的合同条款等。第二次世界大战后,首先制定的规范美国政府与私人订立合同的法律,是1947年的《军事采购法》(Armed Services Procurement Act),该法规范的是国防部、陆军部等相关部门基于美国利益,为获得所需的物品或服务而与私人缔结的合同。1949年,国会通过了《联邦财产与行政服务法》(Federal Property and Administrative Services Act),目的在于规范国防部以外其他政府部门订约的程序与效力。由于这两部法律在实施中暴露出一些问题,国会遂于1984年通过了关于政府采购的两部改革法——《缔约竞争法》(Competition in Contracting Act)和《联邦采购政策办公室法》(the Office of Federal Policy Act)。

随着政府职能的扩张与管制形态的多元化,政府与私人之间的合同逐渐脱逸了公共采购法规范下的合同类型,发展出关于人民和政府就管制事项进行协商的管制合同(regulatory contract)。管制合同正是晚近理论发展之焦点所在。<sup>④</sup> 对于管制合同,有学者做了如下界定:“管制合同是指政府与受管制(或可能受管制)的私人之间订立的合同,政府在合同中承诺维持特定的管制规范,以换取私人投入资金或为一定之行为。”<sup>⑤</sup>但

<sup>①</sup> 例如,[英]彼得·莱兰、戈登·安东尼:《英国行政法教科书》,杨伟东译,北京大学出版社,2007年,第20章“合同与公共机关”。

<sup>②</sup> 参见 Peter L. Strauss, *An Introduction to Administrative Justice in the United States*, Carolina Academic Press, 1989, p. 285。

<sup>③</sup> 参见[美]朱迪·弗里曼:《合作治理与新行政法》,毕洪海、陈标冲译,商务出版社,2010年,第494页;Carol Harlow & Richard Rawlings, *Law and Administration*, Butterworths, 1997, pp. 250 - 251。

<sup>④</sup> 管制合同原为学术之用语,后为美国联邦最高法院所援用。

<sup>⑤</sup> David Dana & Susan P. Koniak, *Bargaining in the Shadow of Democracy*, 148 *University of Pennsylvania Law Review* 473, 480 (1999)。

不同学者之间就管制合同的定义并未达成共识,各采狭义与广义说。<sup>①</sup>丹提斯教授指出,管制是合同的本质,公共特许和政府采购是“通过合同进行管制”的两个典型。<sup>②</sup>1996年,美国联邦最高法院通过一个有关管制合同的引领性判例(leading case)——*United States v. Winstar*<sup>③</sup>,建立了关于管制合同的一项原则:政府与私人之间签订的管制合同对于政府具有有限度的法律上的拘束力。管制合同中私人就政府的违约行为,有权请求损害赔偿,但不得请求特定履行,以防止妨害政府管制权限的行使。

美国学者注意到,合同作为一种服务与福利供给和管制工具的兴起,会给合同的设计和救济带来巨大的压力。无论是公共合同还是管制型合同,都会带来公法尊重行政行为的观念与私法的契约解释原则之间的紧张关系,会给行政、司法和立法机关带来挑战。进而,在为维持统一适用(于政府合同和普通合同)的规则而努力,还是面对实现公益需求的压力而发展出适用于政府合同的特定规则的抉择问题上,美国学界曾经分歧颇大。代表前者的观点突出表现在1934年的 *Lynch v. United States* 案<sup>④</sup>中,美国联邦最高法院认为:“在美国[政府]进入合同关系时,其在合同中的权利与义务一般是由适用于私人之间合同的法律所界定的。”代表后者的观点,是在1949年 *Larson v. Domestic & Foreign Commerce Corp.* 案<sup>⑤</sup>中,美国联邦最高法院所认为的:“政府作为全民之代表,不能因原告提出涉及财产或合同权利的争议问题而停止其继续前进的步伐。”乔治·华盛顿大学的政府采购法专家乔舒亚·施瓦茨(Joshua I. Schwartz)教授认为,上述两种理念的冲突在今日的美国公共契约法制中继续存在,他称之为趋同主义(congruence)与例外主义(exceptionalism)之争。<sup>⑥</sup>

政府合同的法律适用问题同样也是英国行政法中的重要议题。法院在涉及政府合同的案件中仅适用私法上的合同规则所产生的

弊病已引起质疑。但就在普通法的基础上做怎样的变通的问题,学者们秉持不同的观点。有的学者走得更远,提出“必须建立新的公法机制,这一机制既可以解决公共机关行为的合法性问题,而且允许在一定的情况下给予当事人赔偿”,“其中一个方案是,[借鉴法国专门的行政法救济途径]建立更为专门性的救济途径……保障特定情况下缔约人的权益”。<sup>⑦</sup>有些则更趋保守,例如,英国学者强调行政合同的法规则应是公、私法的结合体,不应单独设立行政合同。<sup>⑧</sup>

同时,美国学者客观冷静地考评着合同作为行政和管制工具所具有的优势和危险。

① 采广义说者认为,在政府以特许的权利赋予私人经营公用事业(如电力、电信事业)且要求其履行一定义务之时,业者进入市场之时的管制结构即构成政府与业者之间的管制合同关系,而管制合同可以存在于任何的管制领域。参见 J. Gregory Sidak & Daniel F. Spulberg, *Deregulatory Takings and The Regulatory Contract: The Competitive Transformation of Network Industries in the United States*, Cambridge University Press, 1997, p. 109。另可参见[美]J. 格里高利·西达克、丹尼尔·F·史普博:《美国公用事业的竞争转型——放松管制与管制契约》,宋华琳、李鹤等译,上海人民出版社,2012年。反对如此广之定义的观点,参见 Herbert Hovenkamp, *Book Reviews: The Takings Clause and Improvident Regulatory Bargains*, 108 *Yale Law Journal* 801-834(1999)。

② Terence Daintith, *Regulation by Contract: The New Prerogative* (1979), in D. J. Galligan (ed.), *Administrative Law*, Dartmouth, 1992。

③ 518 U. S. 839, (1996)。

④ 292 U. S. 571, 581-582, (1934)。

⑤ 337 U. S. 682, 704(1949)。

⑥ 参见 Joshua I. Schwartz, *Public Contracts Specialization as a Rationale for the Court of Federal Claims*, 71 *George Washington Law Review* 864, 863-878 (2003)。

⑦ 参见[英]彼得·莱兰、戈登·安东尼:《英国行政法教科书》,杨伟东译,北京大学出版社,2007年,第556-557页。

⑧ 参见于安:《政府活动的合同革命》,《比较法研究》2003年第1期。

就危险而言,若合同被作为立法机关推卸职责和分散责任的手段,可能导致州的权力的严重削弱;从行政法的视角来看,政府合同可能会颠覆重要的公法规范,比如决策中的公共参与、理性、公平和归责等。就优势而言,在一个公与私不可避免要相互依赖的时代,合同提供了一种可能十分有效的治理工具与强大的归责机制。至少,政府合同的兴起会迫使法学家面对公法规范与私法合同原则之间不安的结合,而这一工程将“具有巨大的智识吸引力,会为未来的研究提供颇富希望的议程”。<sup>①</sup>

#### 四、中国台湾地区:步入行政合同的“显学时代”

中国台湾地区延续了大陆法系的行政合同理论和制度构筑脉络,“在所有论及行政契约之教科书中,无论为早年或新近出版者,尚无反对行政契约意见者”,<sup>②</sup>但“对于行政契约之论述较少着墨于其事务上适用范围及其功能”。<sup>③</sup>纵向来看,对于行政合同的研究,数年里进展迅猛。林明铨教授曾在2006年出版的《行政契约法研究》一书中写道,相较于其他的行政法领域,行政契约“属于一个较陌生也较少为学者所研究的行政行为”。<sup>④</sup>行政契约理论体系未能建立,导致了“公法遁入私法”之态势,同时,由于现行法律救济途径的结构未能给予行政契约应有的途径,使得实务上行政契约也不甚发达。<sup>⑤</sup>而2013年初的一次学术研讨会上,林明铨教授则高调表示,行政契约在台湾行政法中的地位已由乏人问津的“养子”地位迅速成长为炙手可热的“二掌柜”,仅次于行政处分,俨然现代版的“灰姑娘”,与行政处分形成了一种既“竞争”又“取代”的关系。<sup>⑥</sup>林教授进而将台湾行政契约的发展分为三个阶段,即由“司法院”大法官相关解释推动的“准备催生期”、行政程序法公布初期(“襁褓期”)和现今所处的“茁壮期”。林明铨教授也说,台湾地区“行政契约的显学时

代已来临”。<sup>⑦</sup>

台湾地区目前对于行政契约的研究已明显超越了教科书层面而深入细节问题进行细致讨论,如行政契约之瑕疵效果<sup>⑧</sup>、行政契约侵害第三人权利的契约类型<sup>⑨</sup>、行政契约的书面要件、行政契约的“不当联结禁止”原则、行政契约与行政处分或行政指导的并用问题<sup>⑩</sup>、行政合同是否可作为仲裁标的等。客观而言,不论是司法判例还是学界的讨论,对于这些细节问题尚处于“百家争鸣”的状态,仍未达成足够共识。

2000年7月1日开始施行的台湾地区(新)“行政诉讼法”将行政法院的审判权范围,从以行政处分为唯一对象扩大到“公法上之争议”。2001年1月1日开始施行的“行政程序法”更是正式将行政契约确立为

<sup>①</sup> 参见〔美〕朱迪·弗里曼,2010年,第570~573页。

<sup>②</sup> 吴庚,2005年,第277~278页。

<sup>③</sup> 翁岳生:《行政法》(下册),中国法制出版社,2002年,第747页。

<sup>④</sup> 林明铨:《行政契约法研究》,翰芦图书出版有限公司,2006年。

<sup>⑤</sup> 吴庚,2005年,第280页。

<sup>⑥</sup> 参见林明铨:《我国行政契约理论实务发展趋势——以全民健保医疗契约为例》,载台湾地区“行政法学会”主办“行政合同之法理变革与实务趋势学术研讨会”论文集,2013年1月19日。

<sup>⑦</sup> 林明铨:《行政契约法上实务问题之回顾》,《国立中正大学法学集刊》第18期,2005年。

<sup>⑧</sup> 参见詹镇荣:《行政合作契约下次效果之检讨与续造》,载台湾地区“中研院法律所”主办:“2012年行政管制与行政争讼”学术研讨会论文集,2012年11月24日。

<sup>⑨</sup> 参见程明修:《应经第三人同意始生效力之行政契约限于处分契约第三人负担契约》,《台湾法学杂志》第145期,2012年2月。

<sup>⑩</sup> 参见台湾地区“最高行政法院”2004年度裁字第1306号裁定书,以及林明铨:《行政契约与行政处分——评最高行政法院八十八年度判字第三八三七号判决》,《台大法学论丛》33卷第1期,2004年1月,第93~130页。

行政行为的类型之一。此外,还通过部门行政立法确认了行政契约的一些新类型,如区域合作契约<sup>①</sup>、示范奖励契约<sup>②</sup>、保险医疗给付费用总额之对等协议<sup>③</sup>等。这些新的合同类型,不仅具体落实了行政程序法对于行政契约的规定,也对行政程序法提出了挑战,并拓展了行政契约理论研究的深度和广度。近期的学术论文及博硕士学位论文多以实务中多见的行政合同类型为主题展开研究,主要包括全民健康保险契约、公共建设民间投资契约、跨域治理契约等。就台湾地区的司法裁判来说,十余年的司法裁判已经形成了一个发展趋势:行政法院对行政契约的审查密度表现出日趋严谨的态度。

## 五、余 论

放眼世界,行政合同正在全球化、民营化、管制改革和公私合作的背景下“攻城略地”,理论上对行政合同的研究已远远脱离“适法性”的层面而步入对具体而微的前沿问题的探讨和解决中。转视中国,行政合同

也已现实地成为行政的一种重要方式和手段。然而,法律学者对它的关注还比较初步,无法与这种日益彰显的事物之重要性及它所引发的理论和现实问题的深刻性相匹配。客观而言,法学界的冷漠、否定以至反对的声音仍在不断回响,行政合同迄今挣扎在“巨大的问号”的泥淖中。<sup>④</sup> 理论上的幼稚、困惑和分歧,导致了立法上的缺失和矛盾,进而引致了行政合同实践中的盲目和失范。不夸张地说,目前关于行政合同的理论、立法和实践呈现出一种“碎片式”存在,现实中存在的种种问题迟滞了行政合同的发展,影响了这一制度功能的发挥和价值的实现。随着民营化的推进、公私合作的兴起、服务型政府的建设、柔性行政渐入主流,行政合同又逢良机。这一次,机会不容再错失。行政法学界必须担负起责任。而深入考察和分析域外的理论研究和制度发展,当是其中必不可少的努力。

(责任编辑:高 媛)

※

※

※

① 参见台湾地区《地方制度法》(2010年2月3日颁布)第24条之1、3。

② 参见台湾地区《风力发电立案系统示范奖励办法》(2012年7月3日颁布)。

③ 见于台湾地区《全民健康保险法》(2002年7月17日颁布)第5条。

④ 余凌云:《它还是个问号吗?》,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,第1页。