

对行政合同中契约自由原则的探讨

王 平

(河海大学 法律系 江苏 南京 210098)

摘 要 建立在合同当事人平等基础上的契约自由是私法合同的一个原则。在不平等当事人之间的行政合同同样应该贯彻契约自由原则。通过分析契约自由在行政合同中所表现出的特点,笔者认为,由于行政合同是行政主体履行行政职能的合同,其根本目的是要实现公共利益。因此,行政合同中的契约自由是保障公共利益得以实现的有限的契约自由。

关键词 行政合同;契约自由;公共利益;有限自由

中图分类号:D922.1

文献标识码:A

文章编号:1671-4970(2007)01-0018-04

行政合同是指行政主体为实现特定的行政目的,与公民、法人或其他组织意思表示一致而订立的合同。在这里应排除行政主体间为履行行政职能而签订的合同,如政府间为解决边界的争端所达成的合同,这类合同被一些学者称之为“行政协议”,不属于行政合同。因为“这类协议不具有行政合同的典型特征即行政优益权”,而且这种“不涉及相对人的纯粹行政事项内容的协议,也不宜由人民法院主管^[1]”。

行政合同的本质是行政主体同相对人协商达成一致的方式实施行政行为。要达成合同当事人的双方合意,建立在当事人平等和意思自治基础上的契约自由就不可或缺。然而行政行为所要遵循的一个基本原则是依法行政原则,不允许超越法律规则行事,而且行政合同中行政权的存在也决定了合同当事人不会是完全对等的存在,这和民事合同有着明显的不同。由此产生一个问题:行政合同中是否存在契约自由?如有契约自由,那么因为行政合同中行政权的存在,行政合同中的契约自由又表现出什么特点呢?本文将对此试作如下探讨。

一、契约自由应成为行政合同中的一个基本原则

所谓契约自由是指契约当事人是否有订立契约的自由、和谁订立契约的自由以及有决定契约内容的自由。契约自由早在罗马法上就得到体现,但并没有成为一个基本原则。直到1804年才由《法国民法典》确立了这一原则^[2]。契约自由原则在近代西方国家民法中得以确立,其思想源于亚当·斯密的自由经济主义和近

代西方的理性哲学。前者强调每个人在平等的地位上进行自由竞争,能最大程度地发挥个人的主观能动性从而促进个人的发展和国家的繁荣。后者强调人生而平等自由,每个人都有自己的意志自由,这种意志自由是每个人行为的基础,只有建立在自己意志自由的基础上才能视为遵守义务并承担可能的责任。由此可见,双方当事人地位上的平等和自由意志的表达是契约自由的保障。尽管行政合同中存在着如上所述的合同当事人不对等和必须依法行政的情况,但是,基于以下原因,行政合同仍然必须贯彻契约自由原则。

1. 公共利益和个人利益存在着一致性

行政管理的根本目的在于公共利益的实现,而公共利益是来源于个人利益,是让渡的个人利益的集合,公益的实现能为私益主体创造更好的发展私益的条件,公共利益和个人利益具有一致性,这就决定了行政主体和相对方具备合意的条件,具有合作的基础。因此,尽管行政主体和行政相对人在合同中处于不对等的地位也能通过协商以契约的方式实施行政行为。

2. 行政手段的改变

现代行政理念早已从秩序行政转变成福利行政,行政主体更多的通过授益性行政行为来达成行政目的,这当然不用通过命令和强制的方式为之。即使是负担性行政行为也可以通过某种激励机制即给予相对人一定利益以达到让相对人积极主动地履行行政法上的义务;行政法的这种激励机制,是横亘于行政主体和相对方之间的一座‘桥’,为公益主体和私益主体之间的沟通与合作提供条件^[3]。因此,即使是合同当事人不平等也存在合意的基础。

3. 契约自由在行政合同中所占的空间

行政合同是以合同的形式实现公共利益,为了公共利益的实现,行政主体必须有行政优益权。这当然不能由合同当事人的意思自治。但是行政优益权只是限定在维护公共利益这个目标上。况且,合同的单方变更和解除权只有是在出现了可以变更和解除合同的情形时才会行使。因此,行政合同中意思不自治的因素只占合同中的很小的空间,除此之外的绝大部分是可以允许意思自治的空间。

4. 行政合同的互动性

行政合同比传统的行政命令手段更能提高行政效率,而且适用范围越来越广。其根本原因在于行政合同改变了过去单方行政的模式,不但提供了让双方当事人充分表达其意志的“对话空间”,而且注重相对人的利益诉求,从而在提高相对人参与行政管理的积极性的同时实现了“官”“民”之间的良性互动,并且在这个过程中行政主体也充分利用了相对人的经验和知识,以最大限度地实现行政预期。这就有必要让行政相对人有充分表达其意志的自由。

5. 行政合同的合意性

行政合同虽然有行政性,但是从合同的权利义务上看行政性只是体现在合同的行政目的性或公益性上。合同性是行政合同的共性,同样要遵循合同的一般原理,契约自由原则当然也应是行政合同的应有之义。否则,难以真正实现合同双方的合意。

6. 行政合同的博弈性

行政合同的订立过程也是个公共利益和个人利益的博弈过程。行政主体要通过合同的形式获得公共利益的最大化,而行政相对人作为私益的追求者同样要求其利益的最大化。最终行政合同的成立则是双方利益的妥协,在实现了公共利益的基础上相对人的私益也得以实现,合同双方在一个平衡点上实现了双方利益的最大化。如果没有一个贯穿始终的自由表达当事人意志的空间,很难想象能实现双方的合同目的。

总之,行政合同要达到合意就必须贯彻契约自由原则。但是,正如 E·博登海默所论述的:“公共利益意味着在分配和行使个人权利时是决不可以超越的外部界限”^[4]。这在以实现公共利益为己任的行政合同中更是如此。

二、契约自由原则在行政合同中的特点

1. 关于缔约权限的问题

由于依法行政是行政法的一个原则,在行政合同的缔约权上则表现为以合同方式实施行政职能是否需要法律的明确规定。学界有如下两种观点:一是认为行政主体的缔约权必须有法律的明确规定。二是认为

只要法律没有明确的禁止就可以采用行政合同的方式实施行政职能。对此问题,如果从考虑行政合同出现的背景和更大程度上发挥其作用来考量应该是以第二种建议为佳。理由如下:行政合同的出现是以福利行政、民主行政等行政新理念为背景而产生的新的实施行政职能的途径。随着公民市场主体地位的确立,公民要求政府的作用不仅仅是担当“守夜人”的角色,而是要以积极的姿态去促进公民的福利。而市场经济中公共利益取向的多元化以及市场经济的变化之快使得传统的高权行政难以满足公民对政府的这一要求。基于此,行政合同、行政指导等一些开放性的行政方式以传统的行政命令和强制方式难以比拟的适时性和机动性在许多领域得以大量应用,同时也调动了行政相对方参与行政的积极性,促进了行政效率的提高。如果只有法律的明确规定才能运用行政合同处理行政事务,那么,法律的刚性规定必然会对行政合同的适时性和机动性产生约束,损害了行政效率。再者,“法有尽而事无穷”,法律不可能穷尽社会上所有的需要规范的事项,在面临这种情况时赋予行政主体是否采用行政合同处理具体行政事务的自由裁量权,则可避免“于法无据”的尴尬。因此,1976 年的德国《行政程序法》第 4 章第 54 条规定:“公法领域的法律关系,可以以合同建立、变更和解除,但是以法律没有相反的规定为限。行政机关尤其可以与行政行为的相对人缔结行政合同,以代替采取选择行为”^[5]。

2. 关于行政合同的发起权

合同是一个从要约到履行完毕的这么一个动态的过程,行政合同也不例外。因此,我们不仅要考察行政合同履行过程中的契约自由的表现,而且有必要考察在行政合同订立前的契约自由的表现。行政合同要约阶段的契约自由的表现在于发起权。“行政合同的要约发起人只能是行政主体方,这是行政行为的本质要求,也是行政合同目标的行政性所决定的。行政职能的实现方式、行政合同的适用事项、可协商的内容、是否准用行政合同等都只能由行政主体依职权作出,而不取决于相对方意志”^[6]。所谓“发起”是指倡议、发动之意,从合同法来理解是指要约之意,也就是一种希望和他人订立合同的意思表示。这和行政主体在订立行政合同中的主导权有着明显的不同。行政主体在行政合同中的主导权是指行政主体有是否采用行政合同处理行政事务的权力以及确定合同目的和对合同的变更或解除权等这些权力,行政合同的公益性决定了行政主体拥有对行政合同的主导权以确保行政主体通过行政合同的方式所希望达到的预期。因此,行政主体有权决定是否采用行政合同、有权决定行政合同的适用事项、可协商的内容等。但是,这并不妨碍行政相对方

拥有提出订立行政契约的意思表示。而且在法律或法规中明确赋予行政相对人的发起权,至少具有如下两个意义:①传统行政法要么认为行政相对人只是处于被管理的地位,在行政权的作用下只能是被动地接受和服从,行政相对人也只是消极的履行行政义务。要么就是把行政相对人的权利视为对行政权的制衡而存在,没有真正认识行政相对人的利益取向和行政主体的利益取向具有一致性。其实“行政权来源于公民权利,从根本目的上也服务于公民权利”,所以“行政相对人是行政主体的合作力量”;^[6]公民权利可以渗透到行政权力的运行过程中,形成对合法行政权力行使的保障和帮助机制,或者说在合法状态下高效运行的机制。从行政法上讲,这对于有效实现依法行政才具有更重要的、本源性的意义^[7]。现代行政法理念也认为公民是行政的伙伴,政府通过多种渠道扩大公民参与行政的机会,在这个过程中行政相对人的一些经验或知识也能有助于行政行为顺利且高效地实施。赋予公民行政合同的发起权可以改变传统观念上的行政权只能是由上而下的运作模式,符合新的行政法理念。同时提供了公民参与行政管理的一个途径,从制度上确认和保障了公民参与行政管理的权利,从而充分地调动了公民参与行政管理的积极性。②在行政主体与行政相对人签订的行政合同中由于合同双方当事人处于不对等的地位。因此,有必要通过正当程序对行政权进行制约以避免行政权走向恣意,从而实现合同双方的真正合意。而前已述及,行政主体有权使用自由裁量权决定是否采用行政合同。在现实中不排除一些行政主体迷恋行政权力的居高临下或维护部门利益的原因对应该采用行政合同的而直接以行政命令替代。在这种情况下,法律可以规定行政相对人的发起权。当行政相对人提出合同要约后,如果行政主体不采用行政合同而是通过行政命令的方式实施行政行为,则行政主体必须对此作出合理解释。否则,需采用合同形式为之。这就在一定程度上避免了行政主体滥用自由裁量权。因此,不管是行政主体还是行政相对人都有提出签订行政合同的自由。

3. 选择契约对象的自由

由于行政合同是以合同形式实施行政职能,而一个行政职权只能由一个行政主体拥有。因此,行政相对人并没有选择契约对象的自由。至于行政主体的选择契约对象的自由则应以行政合同处理的具体问题作具体分析。如行政主体以行政合同方式代替行政决定以达成某种社会公共秩序如“门前三包”这种卫生行政合同,还有经常报道的目标管理责任制合同,这些都是针对特定的行政管理事项和特定的相对人签订的行政合同,行政主体也没有选择契约对象的自由。但是,在

国家为实现其经济管理职能或举行公共工程的建设等这些能通过市场机制实现公共利益最大化的行政领域中,行政主体就必须有选择契约对象的自由。因为市场机制的核心在于竞争,这就决定了必须引入招标、拍卖等竞争机制以选择出最适合实现合同目的的合同相对方,才能很好的实现公共利益最大化。

4. 对决定行政合同内容自由的考察

行政机关在不违反法律法规的前提下,享有订立合同的自由,但对合同的内容并没有太大的自由。具体说来,行政合同中的内容自由表现出如下特点:①由于行政合同是行政主体运用合同的方式履行行政职能。因此,以行政合同的方式实施的应该是在行政职权范围内的事项,不能超出行政机关的职权范围之外。否则,将适用越权无效之规则。②行政合同的内容自由涉及的另一问题是和依法行政原则冲突的问题。实践中有两种情况:第一种是行政合同约定的内容没有法律的规定,从而形成行政权的活动范围的扩大。第二种是行政主体为适应具体情况而以合同方式处理行政事务,但是内容不符合法律的规定。对于第二种情况而言,违反法律的合同内容当属无效,否则将损害了法的权威性致使法将不法。至于第一种情况则应视为是有效的约定。行政合同之所以会被行政机关在实践中大量应用,而且在行政管理的活动中起着很好的效果,说明行政合同是符合现代行政法理念和现实的社会发展的,其原因正是由于行政合同具有灵活性和替代立法规制的不足的优点。如果合同约定的内容只能是法律的规定,那么行政合同也是徒具合同的外表,和行政命令没有多少区别。因此,我们不能追求形式上的依法行政,这样只会制约行政合同在理论上的深入和实践上的运用,不利于实现行政合同的真正作用。只要行政合同的约定能符合行政目的,能在比例原则的基础上实现公共利益的最大化,那么这种约定就应认定有效。当然,行政合同作为行政管理的一种新的途径,为了使其更好地发挥其应有的作用,通过法律对合同内容进行规范化是有必要的,正如有学者认为的“我更愿意将上述过程理解为是一种依法行政和行政契约的互动适应过程,是保持行政契约的机动性和约束行政契约的随意性之间的一种互动关系,并达到一种互动的平衡”^[8]。③行政合同内容自由的约束除了以上两种情况外还必须考虑以下问题:《合同法》第五十二条规定的合同无效的情形和行政决定无效的情形。私法规则在解决行政合同纠纷的适用性在大部分国家的行政法学界和实务中已经得到认可,只要合同法第五十二条的规定与依法行政理念以及行政目的性不冲突的都应成为合同内容自由的界限。至于行政决定无效的情形也应当适用于行政合同无效的情形,这

是因为“行政合同可以取代行政决定”“行政机关可以利用订立行政合同的方式,将无效的行政决定转换为合法的行政合同,形成“遁入行政合同”的现象^[9]。

5. 行政合同的形式自由

行政合同只能采用书面合同为主,这是行政合同的性质决定的。这是因为 ①行政合同虽然是建立在合意基础上,但是却包含着行政权的运用,是实现行政职能的一种方式。行政强制是行政合同的后盾。因此,为更好地控制行政权以实现真正的合意和促进合同双方的理性选择有必要实行严格的要式主义要求。②行政合同的公共利益性决定了必需利用书面形式,这也是行政公开原则和满足行政相对人和其他利益相关人的了解权以及批评建议权的具体要求。③很多的行政合同是标的很大、法律关系很复杂的合同如:公共工程承包合同,有的是履行期限很长、对相对人的权利义务会有重大影响的合同如:土地承包合同,书面形式能使得这些合同的内容具有确定性和利于保护合同交易的安全,同时也有利于保全证据,便于司法审查。当然,也不排除对那些能即时履行的行政事务以口头合同的方式确定。

6. 变更和解除合同的自由

最能体现行政优益权之处就是行政主体享有单方变更和解除合同权。但是,行政主体的变更和解除合同权要受到如下的限制:①行政主体在行政合同中享有单方变更和解除合同权的理由只能是公共利益。当出现情势变更或合同的履行将损害公共利益时,行政主体可以单方变更合同的履行方式或标的以达成合同的目的。当变更合同还是不能保证合同的目的实现时,行政主体可以单方解除合同,以确保公共利益不致损害。②行政主体享有的单方变更和解除合同的自由是来源于法律的授权而不是合同的约定。因为对这种单方变更和解除合同的权力,合同相对方从其个人利益出发基于理性选择是不会同意的,更何况行政主体行使了这种单方的变更和解除权只是给予相对方补偿,而不是赔偿。因此,行政合同中约定的行政主体的单方变更和解除合同权表面上看是双方协商的结果,实际上是以行政强制力为后盾的。这也就是即使合同中没有约定,行政主体在面临着合同的履行和公共利益发生冲突时也可以单方行使变更和解除合同的权力,以维护公共利益的原因。例如根据《城市房地产管理法》第十九条规定的国家在特殊情况下,根据公共利益的需要可以依照法律程序提前收回,并根据土地使用者使用土地的实际年限和开发土地的实际情况给予相应的补偿。因此,即使在土地出让合同中没有对这种情况的约定,也同样可以依据这条规定收回土地使

用权。③对于合同的履行是否会损害公共利益,不能由行政主体自己说了算,否则就违反了“自己不能作自己的法官”这一原则,而应由法院进行判定。此外,行政主体在行使这种行政优益权时必须符合比例原则,采取以使相对人损失最少的方式为之。在行使该权力时还必需举行听证程序。

三、结 语

从行政合同中契约自由原则的特点可以看出:行政合同中因为行政权的存在,契约自由受到很大的约束,而行政权都是为维护和实现公共利益而配置的。因此,契约自由是以公共利益为界限的、保障公共利益得以实现的契约自由。一旦契约自由和公共利益发生冲突时契约自由将让位于公共利益的实现。因此,可以说行政合同契约自由是合行政目的性的有限的自由。

参考文献:

- [1] 刘莘.行政合同刍议[J].中国法学,1995,(5):4.
- [2] 王家福.民法债权[M].北京:法律出版社,1991:266.
- [3] 宋功德.行政法哲学[M].北京:法律出版社,2000:406.
- [4] E·博登海默.法理学:法律哲学与法律方法[M].邓正来译.北京:中国政法大学出版社,2004:324.
- [5] 应松年.外国行政程序法汇编[M].北京:中国法制出版社,2004:103.
- [6] 钱水苗.环境行政合同[J].法学评论,2004,(5):96.
- [7] 方世荣.论行政相对人[M].北京:中国政法大学出版社,2005:177.
- [8] 余凌云.行政契约论[M].北京:中国人民大学出版社,2006:87.
- [9] 陈新民.中国行政法学原理[M].北京:中国政法大学出版社,2002:186.

