

优秀论文:试论行政合同的救济制度 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E4_BC_98_E7_A7_80_E8_AE_BA_E6_c122_484463.htm 对行政合同概念的界定，目前理论界仍有不同的意见。本文以行政主体与相对人之间签订的行政合同为主要研究对象，特指行政主体以实施行政管理为目的，与行政相对一方就有关事项协商一致而达成的协议，不包括行政机关之间签订的合同。行政合同，是现代行政法中合意、协商等行政民主精神的具体体现。尽管它的法律地位仍不明确，但在行政实践中已有大量的行政合同运用于我们的行政管理，可以说，行政合同的产生是行政法从专制的工具向管理的手段、再向对行政权力的控制和对公民合法权益维护的发展结果，也是民主理念下建立起来的一种替代高权行政的更加柔和并富有弹性的行政管理手段。然而，我国行政法至今未对行政合同独立的法律地位予以确认，相关的行政合同的法律制度包括合同的成立、合同的效力、违约的责任、纠纷的处理等制度也尚未建立起来。由于行政合同既具有行政的强制性，也具有民事特征的合意性，对行政合同纠纷的处理，就有别于一般的行政行为 and 一般的民事行为。这也使合同发生纠纷时，当事双方往往处于一种法律的窘况，不知循何种法律途径去寻求救济。因此，很有必要通过对行政合同特殊性和现有救济制度存在的问题的研究，探求解决思路。

一、行政合同具有行政性和民事性的双重特征 合同，亦称契约，原本是私法的范畴，将其移植到行政法领域的结果，就使行政合同具有了它有别于一般具体行政行为 and 一般民事行为的特殊性，成为一种“混合性合

同”，其特殊性主要体现在两方面：一是在主体地位不对等的前提下，达成双方协商一致的合意；二是合同虽具有公益性的内容，但却以私法上的契约形式存在。地位平等是民事合同有效成立的前提，而行政合同中的主体一方是行政主体（主要是行政机关），它具有国家强制力作保障的行政管理权力；合同的另一方，则是行政管理的相对人，需要服从行政主体的管理。在合同订立时，行政主体为了推行行政政策和国家管理的目标，就必须要在合同订立中的主导地位 and 优势地位。合同中权利义务的配置也必然是向行政主体倾斜，民事契约中的平等原则，在行政合同中是不适用的。主体的不对等还体现在行政主体对合同的履行具有行政法上的监督权力和变更、解除合同上的优益权，如对《国有土地使用权出让合同》的履行，作为合同一方的出让人可以土地管理部门的身份对受让人依照出让合同开发利用土地的行为行使监督管理权。地位的不对等并不没有排斥彼此间自由合意实现的可能性，行政合同毕竟不是单向性的行政行为，尽管它突破了民事契约当事人地位平等原则，但它仍须以管理者与被管理者双方共同协商一致为前提。行政合同不象具体行政行为那样建立在单方权威和服从关系上，行政主体没有强制相对人必须接受合同的权力，合同法律效力的产生是取决于双方当事人意思表示的一致，而非行政主体的单方意思表示。具有公益性，也是行政合同与民事合同的主要区别点。行政合同是为实现行政目的而设定，在传统行政法理论中，它属于公法的范畴，不少学者认为它也是一种行政行为，因为它所具有的公益性已决定了合同的根本属性。但由于存在一定给付内容的对价关系，混杂着一定的民事权利义务，必

须以契约这种“私法”上的形式存在。行政合同在援用契约这种私法形式时，也必然要援用相关的民法原理，如合同的要约与承诺、契约自由、缔结契约的行为能力、代理、合同的效力、不可抗力等等。这些民法规则在行政合同中的大量援用，使这些合同的“私法”味道更为浓厚，民事性质更为明显，行政和民事的混合特性更为突出。

二、我国现行的行政合同救济制度存在的主要问题

行政合同所具有的双重特性，使行政合同出现争议时，如何实施救济，成为一个极具争议的问题。实践中，单纯适用行政或民事的救济程序，都无法解决行政合同这种混合合同所具有的所有问题。不少行政法学家主张行政合同属于行政行为，其所产生的纠纷只能通过行政复议和行政诉讼的行政救济的途径解决。更有学者认为：“在行政契约纠纷进行司法救济上，则应肯定行政诉讼制度是唯一的司法救济途径，这是我国根据法律关系性质而区别救济途径的制度下，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。”（参见余凌云：《行政契约论》184页）这种根据法律关系性质区别救济途径的观点是符合我国传统的法律救济理论的，但本人仍然认为这些观点过重地强调了行政合同的行政特性而忽视合同的民事权利义务关系和行政合同违约中存在的民事法律责任承担问题。排斥民事救济途径，单用行政复议和行政诉讼制度是无法满足解决行政合同纠纷需要的，因为围绕权力支配关系而建立的我国现行行政救济制度并没有给行政合同留下空间，它只是一种为相对人提供的单向救济的制度：（1）诉讼的提起和举证责任的分配，不利于作为合同一方的行政主体寻求救济。首先，行政主体没有提起行政复议和诉讼的法定权利，

无法主动寻求救济；其次，当相对人提起请求赔偿的诉讼时，举证责任完全在行政机关一方，责任分配明显不公平；（2）无法通过行政复议和行政诉讼来确认和追究行政相对人的民事赔偿责任，因为行政救济程序只着重于对具体行政行为的合法性审查而缺乏对相对人的民事责任确认的机制；（3）行政法对单向性行政行为的程序要求极其严格，通过行政复议和行政诉讼处理行政合同纠纷时，也必然要进行同样的行政程序合法性审查，这也使行政主体在复议和诉讼中处于不公平的劣势。可以认为，现行行政救济制度的单向性构造不能满足行政合同救济的需要。适用民事救济程序，同样不能解决行政合同出现的纠纷。一般的民事纠纷，可以通过仲裁和民事诉讼的方式寻求救济。但对于行政合同，这两种救济方式就显得无能为力。仲裁救济，是一种适用于解决平等主体之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷的救济方式。行政合同不是平等民事主体之间的合同，因此，此类合同的纠纷显然不在《仲裁法》的适用范围之内。而且，仲裁机构是个解决民事纠纷的民间组织。如果允许民间组织对国家行政管理机关的活动进行裁决，实质是允许民间组织对公权力进行干预，这不利于公共利益的实现。适用民事诉讼程序，同样不能彻底解决行政合同出现的纠纷。行政合同的纠纷，归根到底仍是行政性纠纷，而且，产生纠纷的原因和形式往往是作为合同一方的行政主体对合同的履行施加了行政强制权，甚至是行政处罚权，一旦涉及行政行为，必须适用行政法予以调整，其纠纷就不是民事诉讼程序所能解决的。既然行政合同具有的双重性使行政救济程序和民事救济程序均无法独立解决合同的救济问题，这就必须在现行救济制度下考虑

行政和民事并用的双重救济途径。尽管循行政或民事的途径对行政合同实施救济均有不合理之处。三、行政合同的责任制度对合同救济方式的选择具有决定性的影响 行政合同具有的行政和民事双重性，使其在违约责任上也具有双重性。而不同的法律责任承担方式，也给人们在现行法律制度下的司法实践中提供了一个选择救济途径的可行标准。与民事合同比较起来，行政合同的违约，既要承担民事赔偿责任，还要承担行政法律责任。而且，在承担违约责任上，当事双方是不对等的：行政主体违约，一般只须承担民事赔偿责任；行政相对人违约，则以承担行政法律责任为主，其次才是民事赔偿责任。基于行政合同所具有的公益性，行政机关为确保行政目的实现，对合同的履行具有监督和指导的权力，同时对不履行合同义务的相对一方具有强制执行权，并可施之以行政处罚。如《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》第十七条规定：“未按合同规定的期限和条件开发、利用土地的，市、县人民政府土地管理部门应当予以纠正，并根据情节可以给予警告、罚款直至无偿收回土地使用权的处罚。”这是典型的行政合同违约须承担行政处罚责任的规定。在行政法中，追究行政法律责任的方式是行政处罚，由相对人承担赔偿责任，显然不属行政法律责任的范畴，如《城镇房地产管理法》第十五条的规定：“土地使用者未按照出让合同约定支付土地使用权出让金的，土地管理部门有权解除合同，并可以请求违约赔偿。”这种情况下，相对人承担的应该是一种民事赔偿责任，而非行政法律责任。从对立法习惯用语的理解上，“请求”一词的使用也可以理解为行政机关不能通过行政强制力的行使来强令相对人作出赔偿

，只能通过协商或向法院提出赔偿请求，由法院进行判决。同样，行政机关违约，也要承担赔偿责任，如《城镇房地产管理法》第十六条规定：“土地管理部门未按照出让合同约定提供出让的土地的，土地使用者有权解除合同，由土地管理部门返还土地使用权出让金，土地使用者并可以请求违约赔偿。”这种赔偿，不能认为是一种国家赔偿，因为按照《国家赔偿法》的规定，国家赔偿是有归责条件的，包括：行政行为具有违法性和损害结果的事实存在。但行政合同的违约赔偿不需要满足这两个条件，显然属于民事赔偿的范围。另一方面，行政机关更无法承担行政处罚这种行政法律责任。可见，在行政合同的违约中，确实存在民事法律责任的承担问题。既然行政合同的责任制度具有双重性，在救济制度上，就必须适用与之相适应的行政和民事并用的救济途径。据此，本人认为，行政合同的救济，应根据责任方式的不同，而实行不同的救济方式：（1）行政主体在处理合同纠纷时，实施了强制性的行政手段，使合同的相对方承担了行政法律责任的，就必须通过行政复议和行政诉讼的途径实施救济；（2）行政主体并未运用行政强制力追究相对人的行政法律责任，而是请求经济赔偿责任的，或相对人对行政主体提出违约赔偿请求的，则应通过民事诉讼的途径解决。问题在于，行政合同的纠纷中出现了同时承担两种法律责任的情况时要分别两种途径实施救济，仍具有不合理性。这只能通过改革现有行政合同的救济制度予以解决。

四、对行政合同救济制度改革的基本构想

随着我国经济体制改革的深化，政府职能和观念的进一步转变，行政合同作为一种有效的行政管理手段，必然会在经济管理领域以及行政管理中得到更广泛的

运用。行政合同法律地位及救济制度的不明确，将使大量的行政合同关系处于不规范状态，合同出现的纠纷无法得到圆满的解决。这是立法者必须正视的问题。既然行政合同不论循行政诉讼或民事诉讼，均有不合理之处。就必须针对行政合同的特性重新构建独立的行政合同救济制度，以适应市场经济体制改革进程的需要。构建独立的行政合同救济制度，仍应根据我国以法律关系性质区别救济途径的理论，以行政救济制度作为构建行政合同特殊救济制度的基础，着重对现行行政救济制度中的单向性构造予以调整，建立双向性的救济结构。具体构建方式是：（1）明确将行政合同与具体行政行为并列纳入行政诉讼的受案范围。事实上，我国现行的《行政诉讼法》并未排斥双方的行为，行政合同的纠纷已可以纳入行政诉讼的受案范围。最高人民法院在1991年颁布的《关于贯彻执行 中华人民共和国行政诉讼法 若干问题的意见（试行）》中，将“具体行政行为”定义为行政机关、法律法规授权的组织以及行政机关所委托的工作人员所实施的单方行为。这一定义排除了类似行政合同之类的双方行为进入行政诉讼受案范围的可能性。但这与《行政诉讼法》的规定是不相符合的。1999年的《关于执行 中华人民共和国行政诉讼法 若干问题的解释》对此进行了修正，取消了对单方行为的限定，恢复了《行政诉讼法》所规定受案范围。但要将行政合同的纠纷，包括其中涉及民事性质的纠纷，全面纳入行政诉讼的受案范围，仍需有专门的立法和司法解释给予更加明确的支持。（2）在行政诉讼的基本原则继续适用的基础上，引入民事救济的基本规则，构建双向性的救济结构。对涉及行政合同的诉讼，有范围、有限度地引入民事

救济的规则，包括：第一、在诉讼权利方面，增加行政机关提起诉讼和提出反诉的权利，将行政诉讼的单向性结构改造为双向性结构，但其适用范围应限制在涉及行政合同的行政诉讼；第二、在适用调解原则方面，改变行政诉讼不适用调解的规定，允许审判机关在行政诉讼中通过调解方式解决合同纠纷，但其适用范围应限制在涉及民事性利益的行政合同纠纷；第三、在合同效力的确认方面，增加合同效力确认之诉，对合同订立中的意思表示问题，适用《合同法》的有关规定；第四、在违约处理方面，增加违约责任处理的内容，使审判机关可对合同履行和违约赔偿问题予以审理和判决；第五、在举证责任方面，修订行政诉讼中的举证责任规则，对违约问题适用“谁主张、谁举证”的原则，但涉及合同的合法性问题和行政机关实施强制措施以及行政处罚的问题时，则仍由行政机关负责举证。此外，应当特别注意的是，在对行政救济进行改造时，须维护行政救济基本原则在救济制度中的主导地位，对诉讼案件审理的重点仍应是以行政法为依据对行政机关的行为进行合法性审查，这样才能使救济制度与行政合同的根本特性相适应。如果不考虑行政救济自身的特殊意义，使主体与审查内容都与民事救济一样的话，那还不如对民事救济进行改造，这样更为简单和方便。（3）明确界定行政复议的管辖范围，不改变现行行政复议的基本制度和原则，涉及民事性质的合同纠纷不列入行政复议的管辖范围。对涉及行政合同的行政复议，其复议范围可具体限定在以下两方面：一是对行政合同订立的合法性进行审查，审查的内容应包括实体和程序两方面；二是行政机关在监督行政合同的履行中实施了行政强制措施和行政处罚而引起纠

纷，由复议机关将此类行为视作一般具体行政行为，并根据现行《行政复议法》规定的原则和方式进行复议审查。 主要参考文献： 1、余凌云著《行政契约论》，中国人民大学出版社2000年版。 2、刘恒著《行政救济制度研究》，法律出版社1998年版。 3、宋梁凤：《关于行政合同若干问题的探讨》，行政法学研究，1994年第1期。 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com