

行政合同救济制度研究 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__E8_A1_8C_](https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E8_A1_8C_E6_94_BF_E5_90_88_E5_c122_484701.htm)

[E6_94_BF_E5_90_88_E5_c122_484701.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E8_A1_8C_E6_94_BF_E5_90_88_E5_c122_484701.htm) 前言 行政合同理论源于西方，是西方行政法理论的重要组成部分，尤其在有着严格公私法区分的法国，行政合同理论与实践均很发达，有着完整的行政合同法律制度和系统的行政合同理论。而在我国，行政合同出现的比较晚，是改革开放之后的事。随着经济体制的改革和政府职能的转变，行政合同作为一种新型行政管理手段，被广泛应用于社会生活领域。但是有关行政合同的理论研究相对滞后，比如关于行政合同的存在、性质、救济规则等理论问题仍一直存在争议，同时有关行政合同立法也处于空白状态，以致行政合同在实践环节中出现的诸多问题得不到完善解决。因此，明确行政合同救济途径以维护合同当事人的合法权益，是行政法目前亟需解决的问题。笔者通过以下文章对行政合同救济做一些粗浅的探讨。 一、行政合同概述 （一）、行政合同的概念及特征 行政合同的定义，我国法律至今未明确规定，理论界也没有统一的认识。本文所指行政合同仅为行政主体为行使行政管理职能，实现特定的行政管理目标，与公民、法人或其他组织意思表示一致所达成的协议。行政合同，作为一种新的制度形式，具有不同于传统行政行为、民事合同的特殊内涵，兼具行政与合同双重属性。行政合同首先是一种合同，具有合同的一般特征，它必须以双方当事人意思表示一致为成立要件。行政合同的签订是双方行为，行政主体没有强制相对人必须接受合同的权力，行政合同的效力来源于双方当事人的意思表示一致

，而非行政主体的单方意思表示。这正是行政合同不同于单方具体行政行为的区别所在。另外，行政合同又不同于调整私益之间关系的民事合同，其当事人必有一方为行政主体，而且行政主体签订合同的目的是为了执行公务、实现特定的国家行政管理目标。为了公共利益的实现，在行政合同的履行、变更或解除中，法律赋予行政主体种种行政优益权。当然，行政主体行使行政优益权也有着严格的限制。（二）、行政合同的性质 行政合同的法律性质，理论界也没有明确统一的认识。有学者认为：行政合同属于行政法律关系，行政合同制度是行政法律制度。[1]民法学者中一致认为行政合同是民事合同的一种，是特殊的民事合同。[2]总体而言，学者们均认为行政合同兼具行政性与合同性双重特征。因此，笔者认为笼统性地把行政合同归为公法性质或私法性质的，都不能全面反映行政合同的双重特性，对一方面的强调和对另一方面的忽视都有使行政合同滑向行政命令或民事合同的危险。笔者认为，行政合同的性质取决于合同内部法律关系的性质。在一层法律关系当中，法律关系当事人只有一种身份。而行政主体在行政合同中具有双重身份，因此，行政合同不同于一般的合同，其包含了两层法律关系。第一层是行政主体以合同当事人身份与相对人共同协商明确各自权利义务而形成的法律关系；第二层性是行政主体以行政优益权行使者身份行使行政优益权过程中，与相对人之间形成法律关系。行政主体在行政合同中的双重地位并不是并行的，而是有层次的。在一般情况下，行政主体只以合同当事人身份出现，依据合同中的规定行使权利、履行义务。只有在特殊情况下，以当事人身份运用权利方式无法及时有效地维护公共利

益、实现公务目的的时候，作为公共利益的判断者和维护者，行政主体以优益权行使者身份依法及合同约定运用优益权干预合同。所以，合同当事人身份是行政主体在行政合同中的主要身份。[3]这也符合行政主体放弃权力性行为方式而以合同方式实施行政事务的初衷。因此，第一层法律关系是行政合同中的基础法律关系，而第二层法律关系是在第一层法律关系之上，为保证第一层法律关系中的权利义务的正确履行而设立。在第一层法律关系当中，会出现两种情况：（1）合同双方就合同事项本来就有行政法上的权利义务，即行政合同是以业已存在的行政法律关系为基础而建立的。既然合同双方就合同事项本来就有行政法上的权利义务，那么合同相对方必然是依据行政法律法规所指向的特定的人，行政主体没有选择合同相对方的权利。我们暂且称这类行政合同为“相对方特定的行政合同”。虽说行政主体对这类合同事项采用合同的方式而非权力性行为方式进行管理，但合同中的根本性权利义务还是行政主体依职权根据法律设定的，相对人只有在认为行政主体行为合法的基础上，在法律法规允许的范围内，与行政主体就合同的具体性的权利义务进行协商。比如说计划生育合同，只有在一对夫妻生育一胎的前提下，双方就具体权利义务达成协议；公共征用合同，相对方只有在接受被征收的基础上，就补偿方式、补偿数额与行政主体进行协商。若相对方认为行政主体征收行为违法，那么就不会与行政主体签订合同。这类合同的签订正如联邦德国行政程序法（根据1998年5月1日颁布文本翻译）第54条规定：行政机关尤其可以与拟作出行政行为的相对人，以签订公法合同代替行政行为的作出。[4]这类行政合同内容上是行政

法上的权利义务，属于行政法律关系。但因其具体权利义务是由行政主体与相对人平等协商而成，故与一般的行政法律关系又不完全相同；（2）合同双方当事人就合同事项本没有行政法上的权利义务，行政主体在法律法规允许范围内通过与公民、法人或其他组织签订合同的方式以达行政管理目的。那么这种情况下，合同双方当事人之间是行政法律关系还是民事法律关系呢？根据杨海坤教授所说：行政法律关系的内容是指行政法律法规所设定的权利义务。[5]而在这类行政合同的基础法律关系中，双方权利义务并非是由行政法直接设定的，而是合同双方平等协商、意思自治的产物。行政主体可以依据法律规定选择合同另一方，而作为合同另一方的相对人也可以拒绝与行政主体合作。我们暂且将这类行政合同称为“相对方不特定的行政合同”。比如，在国有工业企业承包合同中，作为发包方的政府有关部门在招标中，有权选择哪些相对人参加，最后行政主体可在其自由裁量权范围内选择最适合的合作方，相对人也可以拒绝合作。这类行政合同中若不存在行政优益权，就等同于行政主体签订的民事合同。因此，在这类行政合同的第一层法律关系里面，合同双方当事人之间存在的是民事法律关系。相对方愿意接受行政主体享有行政优益权并积极参与这类合同，主要是因为商业利益以及法律规定相对人除了获得报酬外还享有各种优惠和照顾的权利。根据第一层法律关系的两种不同情况我们已将行政合同分成两类，即相对方特定的行政合同与相对方不特定的行政合同。最简单的区分方法就是看行政主体是否可以选择合同相对方，若双方之间本就合同事项有行政法上权利义务，那依据法律规定合同相对方应是特定的人，而另一

种情况可由行政主体依法选择。第二层法律关系中，行政主体享有的行政优益权，虽然是在双方约定基础上产生的，但从其行使的方式和产生的效果上看，更接近单方行政行为。[6]也有学者认为行政优益权本质上就是行政权，依优益权作出的行为就是具体行政行为，产生行政法上的法律效果。但是行政优益权行为毕竟不同于行政主体依职权作出的单方行政行为，不应将其从完整的契约当中分离出来单独作为单方行政行为处理。[7]也有学者主张将其视为具体行政行为，笔者表示赞同。对于行政优益权应通过行政法律明确规定，包括优益权的内容、行使条件及行使应受到的法律限制。行政相对方签订合同就意味着接受法律上的这一规定，行政优益权成为合同权利义务的一部分。目前司法实践也是将其视为具体行政行为处理的。因此这第二层法律关系应属于行政法律关系。总体来说，行政合同可以引起行政法律关系，也可以引起民事法律关系。其性质应依具体情况而定。

二、我国行政合同救济制度的现状及适用现行法律救济程序存在的问题

（一）、我国行政合同救济制度的现状 在我国公法学不发达，受传统私法学观念的影响，行政合同在法学界没有得到人们的普遍认同及立法者的确认，尽管行政合同作为一种新型的管理方式渐渐为行政法学界所接受，但有些从事民法的及经济法研究的学者对行政合同是否存在仍存有非议。行政合同仍主要是一个法学的概念，而非法律概念。目前对行政合同的救济也没有明确统一的法律规定。由于行政合同具有双重性质，在行政合同发生争议时，如何实施救济是目前司法实践的一个难题。理论界对行政合同的性质没有明确的认识，立法上也没有明确的规定，现行的民事救济程序和行

行政救济程序都无法单独解决所有的行政合同的纠纷，导致司法实践中对行政合同的法律适用没有明确的标准。同类型的行政合同纠纷可能被作为民事纠纷，也可能被作为行政纠纷来处理。目前，行政合同纠纷一般按民法规则、民事诉讼程序进行审理。[8]对行政主体根据行政优益权作出的变更、解除合同等行为，又有时被作为行政侵权案进行司法审查。

1999年11月24日通过的《最高人民法院关于 中华人民共和国行政诉讼法 若干问题的解释》将“具体行政行为”解释为“具有国家行政职权的机关和组织及其工作人员的行政行为”，与之前的解释比较可以看出这一解释的用意是将具体行政行为从仅指行政主体的单方行为扩展到双方行为，也有学者根据这一规定将行政合同归为一种可诉的双方具体行政行为。[9]得出这样的结论的原因在于学界未区分行政合同与行政合同行为。理论界有不少学者将行政合同理解为一种行政行为，如：王连昌认为“行政合同是双方的具体行政行为，是为了实现国家行政管理目标，由行政法律关系双方当事人，在法律法规允许的范围内，意思表示一致而成立的行政行为。”[10]任中杰认为“行政合同是为了实现行政管理目标，行政机关与公民、法人或其他组织相互协商，在意思表示一致的基础上达成协议，并以行政强制力保证协议履行的行为。”[11]这些行政合同的定义归纳出的结果是：行政合同是...的行为。这在语义上是明显讲不通的。只能说行政合同行为是否为行政行为，而行政合同不论它是什么性质，它总是一种类型的合同，行政合同不可能归为一种行为。由此，笔者认为，“具体行政行为”概念的更改并没有将行政合同的纠纷归入行政救济范畴。另外，法律对行政合同没有统一

的系统的规定，一些相关的文件之间乃至单个规范性法律文件不同条款之间存在着诸多的矛盾，使得司法实践中行政诉讼的诉讼救济成为纷繁复杂的乱局。典型的就是农村土地承包合同。我国1999年10月1日起试行的《行政复议法》第6条第2款规定：认为行政机关变更或废止农村承包合同侵犯其合法权益，公民，法人或其他组织可以根据本法提起行政复议。2000年3月10日公布实施的《最高人民法院关于执行 中华人民共和国行政诉讼法 的若干问题的解释》第16条规定：农村土地承包人等土地使用权人对行政机关处分其使用的农村集体所有土地的行为不服，可以自己的名义提起诉讼。

但2002年8月29日第九届全国人民代表大会委员会第26次会议通过的《中华人民共和国农村土地承包法》第53条规定：任何组织和个人侵害承包方的土地承包经营权的，应当承担民事责任。那么行政主体侵害承包方的土地承包经营权的，应当承担民事责任还是行政责任还是二者兼有呢？这些规定的不系统、不清晰使得实践中的有些纠纷有时作为民事案件有时作为行政案件处理，导致实践中法律适用的混乱。（二）

、行政合同纠纷适用现行法律救济程序存在的问题 第一、行政合同救济与我国现行行政诉讼模式间的冲突 1、受案范围上，没有明确的将行政合同纳入行政诉讼范畴。法律上没有说行政合同就是具体行政的行为，法学界也没有统一的认识，不应单凭“具体行政行为”的概念，就将行政合同不清不白的纳入行政诉讼。 2、我国的现行行政救济制度是为相对人提供的单向救济制度。行政主体只能作为被告，没有提起行政诉讼的法定权利，无法主动寻求救济。有学者认为行政主体不存在需要通过司法途径救济的情况，因为行政主体在

行政合同的各个阶段一直处于主导和支配的地位，拥有诸多的法定特权，在对方违约时，其通过自力救济就可以达到促使合同相对方履行合同义务的目的。笔者认为，行政主体虽然享有种种特权，但其使用也有严格的限制，非法律规定的特殊情况下，行政主体应该以合同当事人的身份运用权利方式寻求救济，以维护公共利益。这样既防止行政主体权力滥用，也体现了行政合同的合同性。

3、现行的行政救济着重于对具体行政行为的合法性审查，无法解决合同双方因违约事项引起的纠纷。

4、诉讼规则上，现行行政诉讼规则不能满足行政合同特性的要求，比如说，在举证责任上就双方协商部分，相对人认为行政主体违约的，由行政主体负举证是明显不公平的，应该适用民事诉讼中的“谁主张、谁举证”规则。再比如，行政案件是不适用调解的，而行政合同案件毕竟不同于别的行政案件，就法律法规允许协商部分应由法院组织调解。

第二、行政合同纠纷通过我国现行的民事救济渠道救济存在的问题

行政合同纠纷的产生往往是因为行政相对方不服行政主体依行政优益权作出的行为，而行政优益权行为具有具体行政行为的特征，将其视为具体行政行为由行政法予以调整比适用民法更为恰当。另外，签订行政合同双方本就合同事项有行政法上权利义务，也不宜通过民事途径予以救济。行政合同的双重属性导致行政合同纠纷出现两种不同的法律责任，既然单独适用行政救济程序或民事救济程序都无法解决行政合同纠纷的救济问题，那么应该建立适合于行政合同的特别规则，考虑行政和民事并用的双重救济模式。

三、对我国行政合同救济制度的构想

行政合同作为一种新型的行政活动方式，目前已广泛应用于行政管理领域，随

之产生了各类行政合同纠纷，从法律上明确其地位及救济方式已为必要。我国目前没有行政程序法，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规定。笔者认为，当前应就行政合同制度制定单行法规，一来使行政合同救济有法可依，二来也有利于行政合同制度的修补与完善。在文章的第一部分笔者已将行政合同分成两类，即“相对方特定的行政合同”与“相对方不特定的行政合同”。现就这两类合同案件纠纷如何适用法律结合案例作详细阐述。案例1：佟文功等不服辽阳市宏伟区城市建设局变更行政合同案[12] 案情简介：原告佟文功等十人均是辽阳市宏伟区原延边街路边临时商亭业主。1994年9月延边街临时商亭动迁时，原告十人分别与受辽阳石油化纤公司委托的被告宏伟区城市建设局签订了临时商亭动迁协议书。协议书中规定：“动迁业主可优先租用或购买建在原延边街的商业住宅，购买位置可按原批准位置就近选择；按动迁面积购买时可优惠社会价格的5%-10%。”协议签订后，十名原告在协议规定时限内拆迁了各自的商亭。新建门面房竣工后，原告按协议请求购买商业门市房时，被告告知原告其没有出售该门市房的资格，不能履行协议中关于原告购买商业门市房的条款，但被告可优惠租房。原告认为被告违反合同约定，请求法院判令被告按协议约定的条款卖房，并要求宏伟区城市建设局赔偿经济损失。本案中的行政合同为“相对方特定的行政合同”。相对人认为行政主体违约向法院请求判令行政机关履行合同义务，并请求违约赔偿。编写人由风认为本案是相对人不服行政主体单方变更行政合同的行为，并要求行政赔偿的行政合同诉讼。她认为被告告知原告其不能履行协议中有关买卖房屋的条款，是被告

变更行政合同的行为。笔者不认同她的观点。若行政主体因公共利益需要单方变更行政合同的，应当通知相对方并说明理由，而本案中被告只是告知原告其不能履行合同部分条款，并未通知原告其单方变更了行政合同。被告的行为明显是违约行为，原告的赔偿请求也是依据被告违约而要求的经济赔偿。

案例2：山东烟台市国土资源局与山东烟台长城科贸（集团）公司等土地行政处罚决定纠纷上诉案[13] 案情简介：1992年9月13日，被上诉人山东烟台长城科贸（集团）公司（简称长城公司）在山东烟台市城乡建设委员会牵头组织的综合开发建设公开招标活动中，取得了开发招标地幅的资格。1992年9月23日，长城公司与上诉人山东烟台市国土资源局（简称国土局）签订《国有土地使用权有偿出让合同书》。合同约定：甲方（国土局）向乙方（长城公司）提供的土地条件为“五通一平”；土地达到“五通一平”时，乙方向甲方交纳全部土地出让金，甲方收到乙方支付的全部出让金后10天内，依照规定办理土地登记手续，核发《国有土地使用证》，乙方在取得该地幅《国有土地使用证》之日起27个月内完成全部规划建设工程等内容。1994年3月17日国土局向长城公司核发了《国有土地使用证》，在此之后长城公司曾多次要求烟台市建委尽快办理地幅交接工作。1998年4月1日，受让土地才全部交付完毕。1999年6月30日，国土局作出《土地违法案件行政处罚决定书》，以长城公司未在合同约定的期限（国土局以核发《国有土地使用证》之日为期限起始日）内完成工程建设为由，决定无偿收回该公司受让的国有土地使用权。长城公司对处罚不服，并以土地局延迟交付土地严重违约为由，要求土地局承担违约赔偿责任。本案中的

行政合同为“相对方不特定的行政合同”。相对方不服行政主体依行政优益权（制裁权）作出的行政处罚决定，同时相对方认为行政主体严重违反合同，要求判令行政主体承担因其违约给相对方造成的一切损失。（一）、两类行政合同适用相同规则的情况

1、行政合同争议因合同的无效、撤消、解除产生的对行政合同无效、撤消、解除上的争议根据行政合同基础法律关系的性质决定通过行政诉讼还是民事诉讼解决。在审理规则上适用统一规定。行政合同除了要符合民事合同的效力要件外，还要遵循行政合同特有的规定。法律应就行政合同的无效情形作出明确规定，当行政合同具有下列情形的应当确认合同无效：合同当事人不具备法律法规规定的缔约能力的；违反法律法规对行政合同的形式所作的强制性规定的；违反法律法规对行政合同的订立形式所作的强制性规定的；以欺诈、胁迫手段或乘人之危而订立，且损害国家利益的；严重违背行政机关的法定职责或侵害国家利益、社会公共利益的；明知合同的履行会侵害他人的合法权益，订立时却未征得他人同意的；依法应经其他机关核准、同意或会通办理，但未履行该程序，事后又未补正的；违反法律法规的强制性规定的其他情形。[14]应特别注意的是，行政合同作为一种合同，其纠纷审查的起点是合同的效力。只有在确认合同合法有效的情况下，再对合同双方当事人在合同存续过程中的行为进行审查。因为行政合同的行政性，为了更好的保障公共利益，人民法院在审理各类行政合同案件时，确认合同无效的，应对合同作出无效判决，且不受原告诉讼请求的限制。合同部分条款无效的，无效部分予以撤消。例如：案例1中，法院在审查行政合同合法性时，查明合同是

因规划管理目的而设定的，双方自愿签订，合同应视为有效。但行政主体无权买卖房屋，那么其越权签订的有关房屋买卖的条款应为无效条款。因此，法院撤消了被告越权签订的关于买卖房屋的条款，协议其余条款有效，继续履行。行政合同的撤消原则上适用民法规定。但考虑到行政合同不同于民事合同的特殊性，基于公益优先原则，在撤消行政合同将导致公共利益重大损失的情况下，人民法院可以不予撤消，但是应补偿相对人因继续履行合同而遭受的损失。行政合同的变更准用民法规定。当事人请求变更的，在不违法、不损害公共利益及他人合法权益的情况下，人民法院不得判决撤消。行政合同的解除准用合同法第九十三条、九十四条的规定。在行政合同中，为维护公共利益，行政合同的解除权一般由行政主体单方行使。如果行政相对方想解除合同的，只能先向行政机关提出，由行政机关决定。行政机关不同意解除的，行政相对方才可向人民法院提起诉讼。合同无效或被撤消后的法律责任准用合同法第五十七、五十八条的规定。合同解除的，准用合同法九十七条规定。行政主体越权签订合同的，导致合同无效的应对善意相对方承担赔偿责任。

2、行政合同争议因行政主体行使优益权而产生的

(1)、行政相对人认为行政主体依优益权做出的行为违法的，可以申请行政复议或直接提起行政诉讼。要求行政赔偿的，可在申请复议时以及提起行政诉讼是一并提出，也可以根据《国家赔偿法》的规定单独提起行政赔偿诉讼。前面已经陈述过，优益权并不是行政主体依据法律直接得来的权利，法律里面直接规定的优益权是一种虚权，只有行政主体与相对方签订合同成立，优益权才会变成一种实质性权利。因此审查机关在受

理这类案件后，应先就行政合同的效力进行审查。在合同合法有效的情况下，再对行政主体的优益权行为是否违法进行审查。如：案例2，法院审理查明：按合同中完成建设工期为27个月的约定，工程建设完成时间应为2000年6月。因此，法院判决撤销烟台市土地局1999年6月30日作出的无偿收回出让土地的处罚决定。若因行政主体的违法处罚致使相对方合法权益受损的，可要求行政赔偿。本案中相对人要求的非是行政赔偿，而是违约赔偿，因没有证据证明行政主体违约，因此该请求被法院驳回。

(2)、行政相对方认为行政主体合法行使优益权，但是特权行为使无过错相对方的合法权益遭受特别损失的，行政相对方依法要求补偿的行政合同上的这种补偿属于行政补偿范畴。我国目前关于行政补偿的原则没有一个统一的规定，立法比较分散，补偿范围上残缺不全。关于行政补偿的程序，国家的立法也几无规定。[15]关于行政合同上行政补偿争议，有学者认为，应先由合同双方协商，协商不成的通过行政调解、行政裁决等行政程序解决。若行政主体拒绝有关请求，双方就补偿价额或补偿方式未能达成一致的，或相对人不服行政主体单方作出的决定、裁决，应保障相对人在穷尽行政程序后，提起行政诉讼的权利。也有学者认为行政主体不给予补偿的，就是侵犯了相对人的财产权，可以纳入行政复议及行政诉讼范畴。笔者认为，随着行政合同的广泛应用，这类补偿案件也会越来越多，都通过行政复议或诉讼解决会耗费大量司法成本，解决其最好的方式应该是通过国家统一立法制定统一的补偿标准、补偿规则，以从根本上减少补偿争议。事后再通过行政救济程序以确保行政相对人获得补偿的权利。

（二）、两类行政合同适用不

同规则的情况 1、合同主体不按合同约定履行义务的 (1)、以业已存在的行政法律关系为基础而形成的行政合同，即相对方特定的行政合同，其违约救济规则：原则上适用行政诉讼规则，援用部分民事诉讼规则 在这类争议中，行政主体应为恒定被告。对这类行政合同事项行政主体可以依职对相对人作出权力性行为，也可以通过合同方式处理。若行政主体选择通过合同方式处理的，应赋予行政主体在相对人违约时的强制执行权，以提高行政管理效率。虽然这类争议因违约而起，但当事人之间约定的毕竟是行政法上的权利义务，应将其纳入行政司法范畴。这样也有利于防止行政主体为了躲避权力性行为的审查而选择通过合同方式侵害相对人合法利益。行政合同不同于其他单方行政行为，法院在审查的时候应遵循以下规则：（1）确立合法性审查与合理性审查并重的审查原则。合法性审查包括a、对行政合同主体的审查。行政主体合法，要求行政主体的签订资格以及权限合法。行政相对人合法，要求行政相对人资格符合行政法律法规的规定以及合同法的规定；b、审查行政合同是否符合法定程序；c、审查行政合同的内容是否合法。合理性审查主要是考虑经济利益平衡，既要维护公共利益也要维护私人利益；(2)在审查依据上,行政合同的审理除了依据法律法规、参照规章及其他规范性文件外，合法有效的行政合同本身也是法院审理案件的依据。这样既体现了依法行政原则的精神，有体现了行政合同的合同性；(3)举证责任上,行政相对人认为行政主体违约的，负举证责任。在审理过程中，法院认为行政合同根本性权利义务违法的，可以要求行政主体对合同根本性权利义务的合法性加以证明。如：公用征收合同，法院认为行政主体征

收行为违法的，应要求行政主体证明其合法；（4）引入调解制度。我国行政诉讼法第五十条规定，人民法院审理行政案件，不适用调解。但行政合同毕竟与行政命令有很大区别，是双方合意的结果。因此，合法、自愿的前提下，在违约责任、赔偿等方面应允许双方调解；（5）判决形式上，合同无效的，判决合同无效；合同合法有效的，法院根据当事人请求作出类似民事诉讼的判决。如：案例1中，由于被告过错导致违约的，参照我国《民法通则》规定，公民、法人违反合同或者不履行其他义务的，应承担民事责任，故被告应承担一定的赔偿责任。（2）、相对方不特定的行政合同，合同双方违约的救济规则：原则上适用民事救济规则，并加以特殊的行政诉讼规则 双方当事人不按合同约定履行义务的，应先由双方当事人协商解决，协商不成，通过民事救济途径解决。但在纠纷处理过程中，出于公益优先的考虑，不停止合同的履行。在继续履行会使公共利益受损或停止履行暂不影响公共利益的情况下，可由双方当事人申请法院裁决是否停止履行。例如，公共工程承包合同中，工程完工后，行政主体拖欠工程款的情况，相对人可就依行政主体违约诉之民事庭。案例2中，一审法院认为，相对方认为行政主体违约并提出违约赔偿的诉讼请求，不属于行政诉讼，相对方可另行起诉。二审法院认为，土地使用者认为土地管理部门违反合同约定并请求赔偿的，符合我国行政诉讼法的有关规定。至于那条规定未明确指出。笔者更赞同一审法院的观点，在相对方不特定的行政合同中，就合同具体事项违约的，应承担的是民事责任，不属于行政诉讼范畴。有学者认为通过民事救济途径解决这类纠纷，不利于监督行政主体依法履行职责。笔者认

为，这其实是不相干的事情，合同当事人之间适用民法规则，并不意味着行政法上对行政主体签订合同没有规定，或其不受法律及公众的监督。法律上对行政主体签订合同程序有严格的规定；利害关系人认为行政主体违法选择合同另一方的，或选择的另一方不是最有利于公共利益的，可以通过行政途径追究行政主体法律责任；行政主体不管以什么方式实现行政管理目的，对于公共利益的享有者来说，行政主体的行为只要影响公共利益的就要接受所有公共利益享有者的监督，认为行政主体行为不利于公共利益的，都可以到指定机关提出控告。

2、行政主体既违约又有特权侵权行为的，相对人提起行政诉讼的

(1)、相对方特定的行政合同出现以上纠纷的，由行政法庭一并审理。审查合同合法有效后，就违约及特权侵权依上述不同规则进行审查。目前实践中还未出现过此类案例。

(2)、相对方不特定的行政合同出现以上纠纷的，相对人可以提起行政附带民事诉讼，由行政法院依不同规则一并审理。这样既节约资源，也提高了审判效率。例如：案例2中，既存在相对方不服行政主体依行政优益权作出行政处罚的情形，又同时存在相对方认为行政主体违约的情形。相对方可以就这两类纠纷分别诉诸行政法庭和民事法庭。但是考虑司法成本以及纠纷解决的效率，将其纳入行政附带民事诉讼范畴则更为简便、快捷、有效。案例2中二审法院实际上也是这样做的，一方面对于行政主体的行政处罚予以撤消，另一方面对于相对方提出行政主体迟延履行义务违反合同约定应承担赔偿责任的请求，法院认为缺乏事实依据（双方未约定交付土地的具体日期），判决驳回请求。

结语 行政合同促进了行政民主化，提高了行政效率，是现代政府不可缺

少的重要行政手段，十几年来行政合同作为行政法研究的热点之一，学术界从理论及实践层面上对其进行了大量探索，并取得了许多有效成果，然而，理论界目前就行政合同相关问题的争议仍比较大，深入研究是学界今后继续努力的方向。希望有朝一日，学者们的辛劳能带来丰硕的立法成果??

《行政合同法》。参考文献：著作类：[1] 余凌云著《行政契约论》，中国人民大学出版社，2000年9月第1版 [2] 应松年主编《当代中国行政法》，中国方正出版社，2005年1月第1版 [3] 杨海坤主编《跨入21世纪的中国行政法》，中国人事出版社，2000年5月第1版 [4] 胡建淼著《行政法学》，法律出版社，1998年1月第1版 [5] 杨海坤 主编《中国行政法基础理论》，中国人事出版社，2000年5月第1版 [6] 胡锦光 杨建顺 李元起著《行政法专题研究》，中国人民大学出版社，1998年9月第1版 [7] 刘莘著《行政法热点问题》，中国方正出版社，2001年5月第1版 [8] 应松年 主编《比较行政程序法》，中国法制出版社，1998版 [9] 王克稳著《经济行政法基本论》，北京大学出版社，2004年4月第1版 [10] [德]平特纳著 朱林译《德国普通行政法》，中国政法大学出版社，1999年1月第1版 [11] 罗豪才著《行政法》，北京大学出版社，1996年12月第1版 [12] 王连昌 主编《行政法学》，北京政法大学出版社，1999年8月修订版 论文类：[13] 湖北高院课题组《行政合同司法审查若干问题思考》，中国民商法律网，2004年12月30日 [14] 徐东《行政合同若干理论问题研究》，<http://www.chinalaw.gov.cn> [15] 张庆彬 肖念华《国外行政合同制度研究》，宪法与行政法，2005年第2期，第79页 [16] 高正文《立法刍议》，宪法与行政法，2002年第3期，第34页（本文荣获2006苏州律师发

展论坛论文二等奖。评委会对该文的评点如下：这篇论文指出了行政合同在当今中国社会经济生活中的普遍运用，深刻地分析了行政合同较普通民商事合同的特殊性，行政合同包含了两层法律关系，第一层是行政主体以合同当事人身份与相对人共同协商明确各自权利义务而形成的法律关系；第二层是行政主体以行政优益权行使者身份行使行政优益权过程中，与相对人之间形成法律关系。行政主体在行政合同中的双重地位并不是并行的，而是有层次的。基于行政合同的特殊性和在社会生活中普遍适用，作者建议中国应尽快加快对行政合同的立法，确定对行政合同的法律救济。评委会一致认为：该篇论文对行政合同的特殊性予以了严密而富有逻辑的分析，这种审慎的思考是司法实践的一种有益的尝试。因此，授予该论文二等奖。）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