

新《行政诉讼法》下的行政合同诉讼

Administrative Contract Litigation in the Revised ADMINISTRATIVE PROCEDURE LAW

高俊杰

GAO Jun-jie

【摘要】 新《行政诉讼法》将“行政合同”纳入了司法审查的范围。法院应综合考虑合同主体、合同目标、合同内容和是否存在行政优益权来判断具体合同是否属于行政合同诉讼的受案范围，而不应局限于法律的列举规定。在现行法之下，行政机关不能就行政相对方不履行行政合同的行为提起行政诉讼，而第三人可针对行政合同提起撤销之诉或者变更之诉，但构建针对行政合同的公益诉讼制度颇为困难。对于行政合同有效性的审查应围绕行政机关订立行政合同的职权合法性、程序合法性和合同内容的合法性等要素进行，三者之顺位及其对行政合同效力的影响有所不同。行政合同诉讼不应成为解决行政合同纠纷的唯一机制，替代性纠纷解决机制不容忽视。

【关键词】 行政合同 受案范围 原告资格 有效性审查 替代性纠纷解决机制

【中图分类号】 DF31 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 2095-9206 (2016) 02-0079-15

Abstract: The revised Administrative Procedure Law brought administrative contract into judicial review. A contract dispute is administrative cases or not, lies on the parties, the objective and the content of a contract, and administrative prior rights, insuring the accepting cases wouldn't be limited to legal regulations. Now, an administrative organ couldn't bring a contract suit against the private, while an interested party could ask the court to void or to amend an administrative contract, and public interest litigation against an administrative contract needs more research. The validity of an administrative contract is decided by the authority of administrative organ, legal procedure, and the content of contract, but authority, legal procedure and content play different roles in it. Judicial review is not the only way to resolve administrative contract dispute, for ADR is more effective.

Key words: Administrative contract Accepting cases Due plaintiff Validity review ADR

【收稿日期】 2015-11-15

【作者简介】 高俊杰，女，1987年8月生，深圳大学法学院讲师，北京大学法学博士，主要研究方向为行政法学基础理论、教育行政法、公私合作法等。

新《行政诉讼法》和最高人民法院于2015年4月27日发布的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》(以下简称2015《司法解释》)初步构造出行政诉讼的基本框架。然而,受制于法律条文的原则性和抽象性,今后行政诉讼实践面临更多的课题。例如,除“政府特许经营协议、土地房屋征收补偿协议”之外的哪些行政合同属于2015《司法解释》中的“其他行政协议”?基于契约的平等性,行政机关可否就行政相对人不履行行政合同的行为提起诉讼?第三人是否具备行政诉讼的原告资格?与行政合同相关的公益诉讼该如何建构?以往立法规定或者实践中形成的处理行政合同纠纷的其他方式是否还有存在空间?行政合同的合法性审查和判决应注意哪些问题?上述诸多问题将在未来不断考验司法的智慧。本文在梳理行政诉讼载入立法进程的基础上,试图对上述问题提出一己之见,以期对我国行政诉讼之制度建构略尽绵薄之力,并求教于方家。

一、从司法探索到立法明定

1990年《行政诉讼法》将受案范围明确限定为单方职权性具体行政行为,行政合同作为双方行为,其引发的争议从而被排除在司法审查之外。囿于公私法二元划分的影响,行政机关为了实现行政管理目标与相对人一方签订的合同及其纠纷应如何定性成为一大难题。同一类型的纠纷,原告提起民事诉讼,法院认为是行政合同因而不属于民事诉讼受案范围的案件有之;^①原告提起行政诉讼,法院认为虽属于行政合同但应按

民事案件处理的亦有之。^②在新《行政诉讼法》公布实施之前,这一难题一直困扰着法院。详述如下:

(一) 从民事诉讼到行政诉讼的司法尝试

在1993年对江苏省高院做出的《关于适用〈市房屋拆迁管理条例〉十四条有关问题的复函》中,最高人民法院指出“在城市房屋拆迁过程中,拆迁人与被拆迁人对房屋拆迁补偿形式、补偿金额、安置用房面积、安置地点、搬迁过渡方式和过渡期限,经协商达不成协议发生的争执,属于平等民事主体之间的民事权益纠纷。”时隔三年之后,1996年7月24日,最高人民法院则通过新的批复对房屋拆迁案件中发生的纠纷作了一分为二的救济处理,指出:“一、公民、法人或者其他组织对人民政府或者城市房屋主管行政机关依职权作出的有关房屋拆迁‘补偿’安置等问题的裁决不服,依法向人民法院提起诉讼的,人民法院应当作为行政案件受理;二、拆迁人与被拆迁人因房屋补偿、安置等问题发生争议,或者双方当事人达成协议后,一方或者双方当事人反悔,未经行政机关裁决,仅就房屋补偿安置等问题,依法向人民法院提起诉讼的,人民法院应当作为民事案件受理。”^[3]这似乎表明最高法院开始注意到行政合同与民事合同的区分,而最高人民法院于2000年10月30日发布的《民事案件案由规定(试行)》则将带有行政职权管理因素的招标投标买卖纠纷、土地使用权出让合同纠纷、土地使用权转让合同纠纷、国有土地使用权租赁合同纠纷、房屋拆迁合同纠纷和供用电、水、气、热力合同纠纷等纳入到了民事案件范畴。

在笔者所搜集到的资料范围内,最高人民法

^① 例如,在佛山市顺德区伦教街常教社区北海股份合作社与佛山市顺德区伦教土地发展公司等土地使用权转让合同纠纷上诉案中,原告提起民事诉讼,法院指出:“被告伦教土地公司与原告签订的征地补偿协议实际上是代理被告伦教街道办事处在征用农村集体土地时所作补偿而签订的行政合同,即属于行政行为,原告与两被告之间存在行政法律关系。……原告提起民事诉讼,不符合《中华人民共和国民事诉讼法》规定的民事案件的受理条件,对其起诉依法应予以驳回,原告可另行循行政或行政诉讼的途径处理。”^[1]

^② 例如,在上诉人潘宝海与被上诉人沈阳市于洪区城乡建设管理局行政合同一案中,法院指出:“上诉人潘宝海起诉要求本案被上诉人按照双方签订的合同给付拆迁补偿款,因该合同业经本院[2004]沈民(2)房终字第882号民事裁定认定属于行政合同,而行政合同案件应作为民事案件处理,故上诉人潘宝海的请求事项不属于行政审判权限范围,按照《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第四十四条第一款第(一)项的规定,应裁定驳回起诉。”^[2]

院正式使用行政合同的概念肇始于2003年。2003年2月23日,前最高人民法院副院长李国光在全国法院行政审判工作会议上的讲话中指出,“随着行政管理方式的多样化和行政管理理念的变革,行政机关常常通过与行政相对人签订合同的方式,履行行政管理职能,形成大量的国有土地出让、国有资产租赁等独具特色的行政合同。这种以实现行政管理为目的的合同,不同于平等主体之间订立的以设定民事权利义务关系为目的的民事合同。在行政审判实践中,行政合同纠纷案件成为日益增多的新类型行政案件。”并要求“要对行政合同的类型、行政合同与民事合同的联系和区别、审理行政合同案件的法律适用及判决方式等问题,继续进行深入探索。从目前的情况看,在审理行政合同纠纷案件时,法律、法规对行政合同有特别规定的,应当优先适用特别规定;没有特别规定的,可以根据案件的具体情况,参照合同法的相应规定,并对实体处理方式积极的尝试,及时总结审判经验。”^[4]随后,最高人民法院发布《关于规范行政案件案由的通知》,明确“诉××(行政主体)不履行行政合同义务”构成行政不作为案件,同时明确了“行政合同”是27种“行政行为”的一种。^[5]

最高人民法院虽然意识到行政合同与民事合同的不同,但是在具体合同的属性判断问题上则显得“心有余而力不足”。以国有土地使用权出让合同为例。2004年8月18日,最高人民法院就某法制办提出的国土资源部门解除国有土地使用权有偿出让合同属于民事争议还是属于行政争议的问题,向全国人大法工委进行了请示,2004年9月22日全国人大法工委答复称:“……在国有土地使用权出让合同履行过程中,土地管理部门解除出让合同,是代表国家行使国有土地所有权,追究合同另一方的违约责任,不是行使行政管理权,由此产生的争议应属于民事争议。……现行法律中没有关于行政合同的规定。在国有土地使用权出让合同履行过程中,因土地管理部门

解除国有土地使用权出让合同发生的争议,宜作为民事争议处理。”^[6]随后不久,最高人民法院先后发布两个司法解释,将国有土地使用权合同纠纷和农村土地承包纠纷界定为民事纠纷。^①2007年我国出台《物权法》,国有土地使用权出让合同和集体土地承包经营合同被载入如此重要的一部民事法律,似有将该两类合同列入民事行为范畴之嫌。^②

(二) 从司法摇摆到立法确认的华丽转身

2008年,《湖南省行政程序规定》第93条首次在立法上界定了行政合同的概念,即“行政机关为了实现行政管理目的,与公民、法人或者其他组织之间,经双方意思表示一致所达成的协议”,包括但不限于政府特许经营;国有土地使用权出让;国有资产承包经营、出售或者出租;政府采购;政策信贷;行政机关委托的科研、咨询等合同。此后,《山东省行政程序规定》、《江苏省行政程序规定》、《汕头市行政程序规定》等地方立法都做出了类似规定。这些规定改变了以往诸多立法和司法认定,但地方规章法律效力层级低的特性决定了其在司法适用中处于窘境。许是受地方立法之影响,2009年最高人民法院就四川省高级人民法院《关于土地管理部门出让国有土地使用权以及与之相关的拍卖、拍卖公告等行为性质的请示》答复称“土地管理部门出让国有土地使用权之前的拍卖行为以及与之相关的拍卖公告等行为属于行政行为,当事人不服提起行政诉讼的,人民法院应当依法受理。”^[7]随后,2010年最高人民法院行政审判庭就山东省高级人民法院《关于国有土地使用权拍卖后土地管理部门与竞得人签署的成交确认书行为的性质问题的请示》答复称“土地行政主管部门通过拍卖出让国有建设用地使用权,与竞得人签署成交确认书的行为,属于具体行政行为。当事人不服提起行政诉讼的,人民法院应当依法受理。”^[8]

颇为吊诡的是,最高人民法院于2011年新修改发布的《民事案件案由规定》仍然将包括房

① 详见《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》(法释[2005]5号);《最高人民法院关于审理涉及农村土地承包纠纷案件适用法律问题的解释》(法释[2005]6号)。

② 详见《中华人民共和国物权法》第11章和12章关于土地承包经营权和建设用地使用权的规定。

屋拆迁安置补偿合同纠纷、建设用地使用权合同纠纷、土地承包经营权纠纷、农村土地承包合同纠纷、特许经营合同纠纷、公务员聘用合同争议、公共建设工程合同纠纷、公共服务合同纠纷等行政法学界通认为属于行政合同纠纷的事项纳入了民事诉讼范畴。^①由此可见,最高人民法院内部在对于行政合同的态度上存在较大分歧,这无疑将导致同类行为在行政诉讼与民事诉讼之间的冲突。这种冲突亟需立法对行政合同争议的性质予以明定。

在行政诉讼法修改的过程中,经过几番探讨,新《行政诉讼法》最终将行政合同争议纳入了行政诉讼的受案范围。新《行政诉讼法》第12条第1款第11项对行政合同的受案范围做出规定,第78条则对判决形式做出要求。2015年4月27日,最高人民法院公布与新法相配套的2015《司法解释》,其11-16条则进一步细化了行政合同诉讼的受案范围、诉讼时效、管辖、法律适用、判决形式和诉讼费用等问题。上述条文初步构造出行政合同诉讼的基本框架。

笔者认为,将行政合同纠纷纳入司法审查的范围是大势所趋:第一,在服务型政府的理念不断深入人心、政府向社会购买公共服务不断推进、政府治理方式不断趋于柔性化等多重因素的裹挟下,合作行政已成为一种“新常态”,而“合作行政的参与方式主要是契约治理形式”^[9]。第二,截至2015年6月3日,笔者在北大法宝司法案例库行政案件项下选择“行政合同”作为检索项,共有349条记录,在其中的文书性质中选择“判决书”并在结果中检索,则有152条记录。囿于检索方法的限制,该数据不包括当事人以民事合同为由提起诉讼,法院却以案件属于行政诉讼受案范围为由驳回起诉的案件。这表明通过行政诉讼处理行政合同纠纷在实践中已不是什么新鲜事,其经验需立法加以固化。第三,行政学者对行政合同理论不断加以丰富完善和为呼吁以行政救济方式解决行政合同纠纷所做的不懈努力,亦不容忽视。

二、行政合同诉讼的受案范围

根据新《行政诉讼法》第12条第1款第11项,“认为行政机关不依法履行、未按照约定履行或者违法变更、解除政府特许经营协议、土地房屋征收补偿协议等协议的”可以提起行政诉讼。2015《司法解释》第11条则进一步明确行政合同诉讼的受案范围指向“行政机关为实现公共利益或者行政管理目标,在法定职责范围内,与公民、法人或者其他组织协商订立的具有行政法上权利义务内容的协议”,包括但不限于政府特许经营协议和土地房屋征收补偿协议。根据这一界定,纳入行政诉讼受案范围的行政合同需具备三个基本要件:第一,合同主体双方的恒定性;第二,以实现公共利益或者行政管理为目标;第三,以设定、变更或消灭行政法上权利义务为内容。此外,从司法实践看,判断行政机关作为一方主体签订的合同是否应受行政法规范的调整,法院还会考虑行政机关是否在合同中享有行政优益权。具体而言:

第一,合同主体双方恒定,即一方为行政机关(对立法做体系解释,还应当包括被授权组织),另一方为公民、法人或者其他组织,这是识别行政合同的基础条件。这里需明确三个问题:其一,鉴于行政主体兼具民事主体的性质,当合同一方为行政主体而另一方为私人主体时,仅说明合同具备了成为行政合同的可能性,而不能因此就被断定为行政合同,行政主体基于平等地位与公民、法人或者其他组织签订的合同不属于行政合同。例如,在江西省彭泽县交通局等与彭泽县物资平安汽车运输有限公司联营合同纠纷上诉案中,法院认为上诉人交通局与被上诉人平安公司签订《合作协议》的目的是“以平等的民事主体身份参与‘合作’,享受收取管理费的权利,并以其用自身的行政管理职权保障平安公司的正常营运为义务,……双方在合同中的法律地位完全平等,所以该《合作协议》不属于行政合同,而是属于民事合同”^[10]。其二,不同区域的

^① 详见《最高人民法院民事案件案由规定》(法[2011]41号)。

地方政府之间、不同政府部门之间为了实现区域合作、部门合作而签订的政府间协议，因其双方主体均为行政机关而不是行政合同诉讼的受理对象，这类纠纷目前主要依靠政府间协商或上级政府协调等方式处理；其三，随着公共服务由政府向非政府主体转移，“私人间缔结行政契约之可能性”^[11-12]成为亟待探讨的问题，而这显然在现行法下还不能被纳入到行政合同诉讼的受案范围。

第二，行政合同以实现公共利益或者行政管理为目标。这是大陆法系各国判断行政合同时通用的准则。例如，在德国行政法教科书上，最常讨论的案例是由公安局与法人订定协助勤务的契约，例如拖吊违规车辆的契约。公安局负有支付拖吊公司每辆汽车拖吊费义务，拖吊公司则负有听从公安局指示拖吊的义务，以此拖吊契约之目的以及契约之整体特征来看，此契约乃公安机关限于人手及设备不足，而与民间业者缔结一个协助公安执法、拖吊违规车辆的私法契约。此时，民间业者是居于行政机关私法聘雇的“助手”的地位，并非获得授权执行行政的公权力（拖吊权力）；相反，公安机关与被拖吊车辆的车主之间是公法关系。^[13]再如，台湾地区的台湾大法官释字第533号认为，“中央健康保险局”与各医事服务机构缔结全民健康保险特约医事服务机构合约“以达促进国民健康、增进公共利益之行政目的”，故此项合约具有行政契约之性质。^[14]在我国司法判例中，法院也常依此来判断合同纠纷的性质，例如在江西省彭泽县交通局等与彭泽县物资平安汽车运输有限公司联营合同纠纷上诉案中，法院认为“行政机关或法律法规授权的组织订立行政合同的直接目的是为了履行行政职能……这是行政合同区别于民事合同、经济合同的主要特点。”^[10]在佛山市顺德区伦教街常教社区北海股份合作社与佛山市顺德区伦教土地发展公司等土地使用权转让合同纠纷上诉案中，法院指出：“行政合同与民事合同最根本的区别在于：行政主体签订的行政合同的目的在于实施国家行政管理目标，合同内容属于涉及国家和社会的公共事务等社会公益性内容，而民事合同则没有这方面的功能和内容。”^[1]

第三，行政合同以设定、变更或消灭行政法上权利义务为内容。根据这一标准，如果合同的

内容仅限于私法的民事关系，例如买卖、租赁，原则上只要不涉及公权力的行使，即可定位为私法合同；如果涉及公权力的行使，其标的属于行政法关系的产生、变动或消失时，则该契约属于行政合同。^[15]吴庚在总结台湾地区实践经验的基础上，认为行政机关与私人缔结之契约在内容上有如下四者之一时，即认定其为行政契约：“（一）因执行公法法规，行政机关本应作为行政处分，以契约代替；（二）约定之内容系行政机关负有作出行政处分或其他公权力措施之义务者；（三）约定内容涉及人民公法上权益或者义务者；（四）约定事项中列有显然偏袒行政机关一方或使其取得较人民一方优势之地位者。”^[16]例如，在葛国清与于都县水务局自然资源使用权纠纷案中，葛国清认为，“双方的权利与义务对等，且在签订该合同后双方当事人之间也不存在行政隶属关系及管理关系”，因此，《于都县河道采砂权拍卖转让合同》不属于行政合同。法院则认为，水务局为规范河道采砂秩序，以拍卖的形式将指定河段的采砂权授予竞价成交的葛国清，二者之间存在行政法上管理与被管理关系。双方之间签订的《于都县河道采砂拍卖转让合同》以水务局“履行行政管理职责为主要义务，双方当事人不是平等的民事主体，该合同属行政合同”^[17]。

第四，行政机关在行政合同中享有行政优益权，对合同履行行使指挥权和监督权。这一要素没有在2015《司法解释》中明确体现出来，但却是司法实践的常用标准。例如，在东营市国土资源局开发区分局与山东华林纸业有限责任公司土地行政合同纠纷上诉案中，法院指出：“在合同签订后，依照法律规定，作为出让方的政府仍然有对受让方使用土地情况的监督权及受让方存在违法情形或违反合同情形时的制裁权。因此，国有土地使用权出让是由行政机关通过行政权来实现的，是土地所有者处置土地的一种方式，……该合同属于行政合同。”^[18]再如，在徐小平诉重庆市涪陵国土局与第三人重庆市涪陵区国家建设统一征地办公室房屋征收行政补偿安置合同纠纷一案中，法院指出：“涪陵国土局作为行政主体，在涉案《安置协议书》签订、履行中处于主导地位，享有行政优益权，负有核实徐小平是否属于住房安置对象、预先制定协议主要内容、向徐小

平发出邀约等职权”，而徐小平作为相对方，“是该行政合同的承诺方，仅享有部分合同当事人的权利，其权利的行使相对受到更多的限制”^[19]。

依照上述四个标准，现行立法（包括法律、行政法规或规章）已经明确规定的行政合同有：（1）在法律层面上，有政府采购合同、土地承包经营协议、公务员聘任合同、纳税担保合同、强制执行协议、节能减排协议等；（2）在行政法规层面上，有全民所有制工业企业承包经营协议、全民所有制小型工业企业租赁经营协议、国有土地上房屋征收与补偿合同等；（3）在规章层面则更多，如教育委托培养合同、计划生育合同、关联企业间业务往来预约定价的税收管理协议、水权转让协议、租赁住房补贴协议或廉租住房租赁合同、基础设施和公用事业特许经营协议等。详见下表：

合同名称	法律依据
政府采购合同	《政府采购法》（2003）第五章
土地承包合同	《农村土地承包法》（2003）第二章第三节； 《土地管理法》（2004）第14条和第15条
公务员聘任合同	《公务员法》（2005）第97条
纳税担保合同	《税收征收管理法》（2005）第38条
强制执行协议	《行政强制法》第42条
节能减排合同	《清洁生产促进法》（2012）第28条
全民所有制工业企业承包经营	《全民所有制工业企业承包经营责任制暂行条例》
全民所有制小型工业企业租赁经营	《全民所有制小型工业企业租赁经营暂行条例》（1988）
国有土地房屋征收与补偿合同	《国有土地上房屋征收与补偿条例》（2011）
教育委托合同	国家计委、教育部、财政部《高等学校接受委托培养学生的试行办法》（1984）
计划生育合同	国家人口和计划生育委员会《流动人口计划生育管理和服务工作若干规定》（2003）
关联企业间业务往来预约定价的税收管理协议	国家税务总局《关联企业间业务往来预约定价实施规则（试行）》（2004）

此外，对于行政活动经常使用的各类目标责任书、行政奖励等作为替代行政处理手段的行政合同纠纷应否被纳入到行政诉讼的受案范围，实践中存在差异。较早的案例表明，法院倾向于于此作为民事法律关系来处理，如张新宇、张珊诉河北省曲阳县政府招商引资协议纠纷案^[20]和鲁瑞庚诉辽宁省东港市公安悬赏广告案^[21]。晚近则出现了将其作为行政纠纷处理的案例，例如，在芮川根诉嘉兴市人民政府合同义务案中，法院认为“本案原告的诉请是要求被告履行行政奖励合同义务，行政合同因一方当事人是行政机关，其履约行为具有行政法意义上具体行政行为特点”^[22]；再如，常胜强诉延津县人民政府、延津县工业经济发展局行政合同一案中，法院认为，“本案目标责任书是延津县人民政府及其职能部门为了实现对企业的行政管理目标，所采取的一种行政管理行为。……它直接反映了行政机关与相对人之间一种行政管理关系”，因此，“常胜强对该行政管理行为提起诉讼，人民法院作为行政诉讼案件受理符合行政诉讼法受案规定”^[23]。笔者认为，这类合同是行政机关以设立、变更或者消灭公法上法律关系为目的与相对人签订的，旨在实现行政管理目标，因而具有行政合同的典型特征，不应将其排除在行政诉讼受案范围之外。

三、行政合同诉讼的原告资格

根据新《行政诉讼法》第12条第1款第11项，法院受理公民、法人或者其他组织“认为行政机关不依法履行、未按照约定履行或者违法变更、解除政府特许经营协议、土地房屋征收补偿协议等协议”提起的诉讼。依文法构造，该规定将行政合同诉讼之原告限定为作为合同一方当事人的公民、法人或者其他组织，将被告则限定为作为合同另一方法定机关的行政机关。如此一来，行政合同诉讼的原告资格便产生三个亟需探讨的问题：第一，行政主体可否基于合同的平等性和相对性就行政相对方违约提起诉讼？第二，如果行政合同的签订和履行存在侵害第三方利益的情形，利害关系第三人能否提起行政诉讼请求撤销或者变更该行政合同？第三，行政合同的目的是为了公共利益或者行政管理目标，如果行政

合同的签订和履行存在公私共谋以损害公共利益之情形,与行政合同有关的公益诉讼如何进行?

(一) 行政主体的原告资格

在普通法系国家,政府部门和私人主体统一适用普通法,任何一方违反契约,另一方都可以提起诉讼,“找不到什么理由认为,当立法机关要通过建造一座桥梁、一条收费公路或者任何公用设施来促进公共利益时,它所颁发的特许状,去适用不同于支配私人之间契约的规则。”^①在大陆法系国家,私人主体一方不履行行政契约,政府部门能否作为原告提起行政诉讼并非完全一致。在法国,政府对私人一方履约错误享有制裁权,一般无需借助于法院,但政府部门无权宣布废除公用事业特许经营协议,只能提请法官处理。^[24]在德国,“行政机关无权以行政行为方式确认或者强制实现其合同请求权。如果合同当事人拒不履行约定的给付义务,行政机关只能向行政法院起诉”^[25]。

就我国司法实践看,截至2015年5月3日,笔者在北大法宝司法案例库仅查询到一例“官告民”的行政合同诉讼案件,即2012年河南省登封市人民法院裁判的登封市国土资源局要求某开发有限公司履行行政合同案件。^②^[26]就立法而言,在我国行政诉讼法修订过程中,对于行政主体能否作为行政合同诉讼的原告存在争议。一种观点认为,随着行政契约日益朝着民主化和平等化的趋势发展,行政契约作为合意的产物不具有像行政行为那样的强制力。在行政契约的运作及其纠纷的解决中,行政机关自身的解决纠纷能力有限,必须依靠法院的力量来推动行政契约纠纷的解决和行政契约的履行。^[27]另一种观点则认为,行政诉讼的目的是监督政府权力,保障公民合法权益。如果允许行政机关通过行政诉讼起诉行政相对人,将使相对人在行政管理中处于更加不利的地位。同时,政府享有行政优益权,如果认为行政相对人所从事的活动违法或者违反行政合同,可以径行依据法律规定或者合同约定对行政

相对人施加行政制裁,如罚款、责令停产停业、撤销特许经营权等,无需求助于法院。争论最终的结果则是再次强调了行政合同诉讼只能是“民告官”,不允许“官告民”。^[28]

因此,在现行法之下,行政机关不能就行政相对方不履行行政合同的行为提起行政诉讼,且行政合同的行政性也决定了其同样不能提起民事诉讼,行政机关只能凭借行政优益权实现督促行政相对人一方履行协议的目的。行政机关在行政合同履行中享有行政优益权得到普遍认可,即便是英美法系国家,对于政府契约也开始注重“实际操作上不得不迁就公共利益的要求,在某些事项上赋予公共机构私人所无的特权或抗辩”^③。一般而言,行政机关享有的优益权包括对合同履行的指挥和监督权、单方面变更和解除合同的权力、对私人一方不履行合同的制裁权等。在行政机关是否具有强制执行权这一问题上,各国做法有所不同。法国被认为是赋予行政主体的特权最为完整和全面的国家,法国允许行政机关在私人主体有重大过失或者在紧急情况下履行不能时,采取代履行方式履行特许经营协议,以确保公共服务不因此而中断。^[29]德国则认为,除非当事人在行政契约订立过程中自行约定自愿接受行政主体对契约的即时执行,否则行政主体无权自行强制实现其契约请求权,只能借助法院的判决来对行政契约予以强制执行。^{[25](P232,381-382)}

在我国,《行政诉讼法》第97条规定:“公民、法人或者其他组织对行政行为在法定期间不提起诉讼又不履行的,行政机关可以申请人民法院强制执行,或者依法强制执行。”那么,行政机关可否依据该条迫使私人一方履行行政合同?根据最高人民法院《关于人民法院执行工作若干问题的规定(试行)》(法释[1998]15号),非诉执行仅限于“行政处罚决定、行政处理决定”,因此行政合同是否可以作为法院非诉执行的标的则有待于最高人民法院的进一步解释与规

① 转引自[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》,宋华琳等译,上海人民出版社2012年版,第129-133页。

② 该案颇值得玩味的是,作为被告的开发公司在案件审理中提出了反诉,法院在行政案件审理中一并审理了该反诉。

③ 转引自步兵:《行政契约中的特权及其控制》,载《东南大学学报(哲学社会科学版)》,2006年第5期,第55页。

范。应当肯定的是,私人主体一方违反公共服务约定致使服务有中断之虞时,政府应享有采取代履行措施的权力,即自行或临时委托第三方继续履行公共服务,以确保人民权益不受减损。

(二) 第三人的原告资格

新《行政诉讼法》第25条在原告资格判定方面采利害关系标准,意味着只要与相应的行政行为有利害关系,便可以提起行政诉讼。同时,2015《司法解释》第11条第2款在文意表述和文法构造上皆不同于新《行政诉讼法》第12条第1款第11项,即“公民、法人或者其他组织就下列行政协议提起行政诉讼的,人民法院应当依法受理:……”,从而为合同外第三人针对行政合同提起诉讼释放了空间。两相结合来看,如果行政合同的签订或者履行侵害了当事人以外的第三人的利益,则该第三人有权提起行政诉讼。问题是如何认定第三人与行政合同存在“利害关系”?笔者认为,至少存在以下几种情形:

第一,侵害第三人已经实际享有的排他性权利。具体而言,行政机关尚未依法取消第三人已经实际享有的某一排他性权利,便通过行政合同将该权利再次授予行政相对人,如全民所有制工业企业承包经营或租赁经营权、国有土地使用权、农村土地承包经营权、基础设施和公用事业的特许经营权等。在这种情况下,第三人有权就该合同提起撤销之诉,以保护自身合法权益。例如,在益民公司诉周口市政府等行政违法案中,鉴于原周口地区建设局已于2000年7月以审批方式授予益民公司管道燃气专营权,周口市政府和周口市人民政府于2003年6月通过招标确定了亿星公司对周口市天然气管网项目的独家经营权,则直接与益民公司的燃气经营权冲突。因此,法院认定“如果被诉行政行为成立或产生法律效果,益民公司对天然气的经营权就不能行使。所以,益民公司与被诉行政行为有法律上的利害关系,具备本案原告主体资格”^[30]。再如,在平森林诉义马市交通运输局行政许可纠纷案中,二审法院以“义马市交通局与义马市万畅公共交通有限责任公司签订义马城市公交经营权转让协议后,终止了平森林的营运资格,侵犯了平森林的营运权益”^[31]为由肯定平森林依法享有诉权。值得注意的是,如果第三人的排他性权利亦

是通过行政合同获得的,则其可以同时就两份合同分别提起违约之诉和撤销之诉。

第二,在涉及土地利用、规划许可的行政合同中,侵害第三人的相邻权。2000年《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第13条第1项赋予了相邻权人就具体行政行为提起行政诉讼的资格。“在政府作为国有土地所有权行使者出让国有土地使用权之后,基于国有土地使用权和房屋所有权的私有权益大量出现。在大量既有权益存在的背景下,新的土地开发行为可能触发日照、通风、噪音、振动等相邻关系问题。”^[32]因此,实践中行政合同行为侵害相邻权的情形也比比皆是,亦应允许相邻权人就行政合同提起行政诉讼。例如,北京地铁四号线因在北京大学东门附近地下通过,其噪音和震动导致北京大学东门附近的生物科技楼内的许多精密仪器无法正常使用。再如,厦门、漳州等地因PX项目选址引发的群体性事件,其实质就是国有土地使用权出让所引发的相邻关系争议。实践表明,行政审判中对于涉及公众卫生、健康的建设工程规划许可类案件,原告资格总体上呈放宽趋势,并不局限于物权法所界定的通行、采光、排水等权利。例如在张爱东诉辽阳市宏伟区规划和国土资源局及第三人辽阳市宏伟区人民政府公厕建筑规划许可案中,法院受理了原告以被告在其住房对面建设公共厕所影响其生活上的利益为由提起的诉讼。^[33]再如,在沈希贤等诉北京市规划委员会颁发建设工程规划许可证纠纷案中,因第三人所建动物试验室将污染周围环境,法院以“实验室与原告的住宅楼之间未达到规定的距离要求”为由撤销了北京市规划委员会向第三人颁发的《建设工程规划许可证》。^[34-35]

第三,在竞争性缔约的过程中,侵害第三人的公平竞争权。2000年《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第13条第1项规定,认为具体行政行为为侵害其公平竞争权的,利害关系人可以提起行政诉讼。在现行制度下,无论是政府采购、土地使用权出让、特许经营权的授予等都是通过招投标这种竞争性缔约的方式实现的。在这一过程中,所有竞标人之间存在利益竞争和排斥,亦应允许其

对作为竞标结果载体的行政合同提出异议诉讼。我国台湾地区“最高行政法院”于2006年高速公路电子收费系统(ETC)征求民间参与建设与运营一案的判决中指出:“……评定‘最优申请人’的决定,对其他参与竞争之申请人产生排斥的效果,亦即其他申请人将因而失去与政府签订特许投资与建设及营运契约之机会,形同未获准授予签约之权利,乃对于权利及法律上利益之消极损害,其虽非该‘评定最优申请人’决定之相对人,但为该决定效力所及……自得提起撤销诉讼以资救济。”^[36]台湾地区学者将此称为竞争者的“无歧视程序形成请求权”或“平等对待请求权”,其目的仅在于请求法院判决行政机关采取积极措施消除其恶意扭曲竞争所造成的不良后果,而非请求判决给予自己特许经营权。^{[36](P333)}大陆地区亦有相关案例,如李玉光等诉惠州市国土资源局招标行政行为案中,法院受理了当事人以“招标行为不公正、公平”为由,请求确认惠州市国土资源局的采砂权招标行政行为无效,并撤销本次招标的中标结果。^[37]

从广义上讲,对公平竞争权的侵害还包括侵害第三人在竞争性缔约中的优先权。公平对待是竞争性缔约应首要坚持的原则,但公平对待不是简单的等同对待,法律允许政府部门在选择缔约对象时优先考虑那些与其立约更有利于公共利益的主体。^[38]例如,在授予公用事业特许经营权时,有的地方性法规要求有相应从业经历和业绩良好的企业在同等条件下可优先取得特许经营权^①,或者原特许经营权人享有优先权^②。

(三) 公益诉讼的原告资格

“政府总是代表公共利益”这一观点受到了公共选择理论的挑战。“公共选择理论假定私人

利益都是寻租者,致力于以牺牲更大的公共利益为代价追求自身的利益。”^[39]“公共选择”理论创始人詹姆斯·布坎南坦言,“就公共利益来说,我们认为根本就不存在公共利益这种东西。……既然独立的个人有其自身利益,那么,公共利益之说在我看来就是无稽之谈了”^[40]。既然政府是由追求自身效用最大化的“经济人”——政府官员组成,就难免会为了个人利益或部门利益而牺牲公共利益。就行政合同而言,私人主体几乎参与到政策制定和实施的所有环节,从而大大增加了利益寻租的概率,政府部门的工作人员为了追求个人或部门的政治利益或经济利益而与私人共谋损害公共利益的现象不足为奇。

笔者认为,尽管根据《合同法》的相关规定,行政合同损害国家利益、公共利益的,恶意串通损害第三人利益的,以及以合法形式掩盖非法目的等皆属无效,但我国公益诉讼尚不成熟,将此类行为纳入到司法监督的范畴显得颇为棘手。一则,如何发现并举证公私共谋的存在?究竟是原告对存在公私共谋负证明责任还是被告对不存在公私共谋负举证责任?证明标准为何?在现行法律之下,没有具体的诉讼请求和事实依据,法院不予受理。二则,现行法律将原告资格限定为“利害关系”,而无论是国有资产流失还是环境污染,几乎没有主体蒙受直接的利益损失,这也是近年来实践中公益诉讼输多赢少、屡战屡败的原因。第三,即使授予公民、法人或其他组织提起诉讼的权利,但是也不能不考虑“个体理性导致集体非理性”的状况,因为“个体寻求救济的成本高昂而收益低微,所以每一个受害者都企图在其他受害者寻求救济的努力中搭便车,而且相当理性地拒绝提起诉讼”^[41]。当今之计,只有通过行政合同签订和履行过程中的政府

① 例如,《山西省市政公用事业特许经营管理条例》第35条:“特许经营期满前6个月,市政公用事业主管部门应当按照本条例的规定制定方案,组织对特许经营项目进行招标,选择新的特许经营者;在同等条件下,优先选择有相应从业经历和业绩良好的企业。”

② 例如,《贵州省市政公用事业特许经营管理条例》第23条:“特许经营协议期限届满时,特许经营权授权主体应当按照本条例第十五条、第十六条的规定重新选择特许经营者。在同等条件下,原特许经营者依法享有优先权。”《青海省市市政公用事业特许经营管理条例》第22条:“特许经营期限届满,市政公用事业主管部门重新选择特许经营者时,在同等条件下,原特许经营者享有优先权。”《天津市市政公用事业特许经营管理办法》第12条:“特许经营期限届满前一年,市建设行政主管部门应当重新组织招标确定特许经营者。在同等条件下,原特许经营者优先获得特许经营权。”

信息公开来强化公众对行政合同的监督,并期待正在进行中的检察机关公益诉讼试点改革探索出有益经验将其纳入到司法监督之下。

四、行政合同之有效性审查

相较于行政机关单方职权行为的司法审查,行政合同诉讼的司法审查则显得复杂:不仅涉及行政合同中单方职权行为的审查,如单方变更或撤销合同、给予对方当事人行政处罚或单方采取其他行政处理措施等;而且还要对行政合同之有效性进行审查。前者之审查主要遵循新《行政诉讼法》第70条规定的六大要素,即证据、法律适用、正当程序、法定职权、是否滥用职权以及有无明显不当等,究其本质,仍没有超越行政法规范之适用,此不赘述。行政合同之有效性则不仅涉及到行政机关签订行政合同的行为是否有效,还涉及到行政合同的内容是否有效;既有行政法规范适用之问题,亦有民法规范适用之问题,是下文讨论的主要对象。笔者认为,行政机关订立行政合同的职权合法性、程序合法性和行政合同内容的合法性是行政合同有效性审查之重点要素,三者对于行政合同有效性的影响有所差异。申言如下:

(一) 职权合法性

行政机关订立行政行为应满足职权合法性,即根据事务管辖权、地域管辖权和级别管辖权等,行政机关具有订立相应行政合同的权限。例如,在郝春昌、陈桂英诉天津市宝坻区史各庄镇人民政府不履行计划生育服务合同中,法院在审查涉案合同的有效性时,主要考虑了被告的职权问题。法院认为,“根据《天津市计划生育条例》第四条规定,被告天津市宝坻区史各庄镇人民政府具有管理本行政区域内计划生育工作的法定职权”,进而判定“被告与本行政区域内公民郝春昌、陈桂英夫妻订立的《独生子女、双女结扎户养老保险协议书》,合法有效,双方应当履行。”^[42]本案中,是否“被告享有管理计划生育工作的法定职权”指向事务管辖权,而是否“与本行政区域内公民”订立相应合同则同时指向地域管辖权和级别管辖权。

对行政合同的有效性审查,应首先考虑行

政机关是否享有相应职权。“一个合法的行政行为,首先建立在行政机关有管辖权的基础上。如果行政机关对特定事务没有管辖权,那么行政行为必然被撤销,并且该行政机关没有必要也不能重新作出行政行为。”^[43]因此,如果行政机关根本没有订立相应行政合同的权力,则该合同就丧失了合法性基础。法院可以径行确认该合同无效,且可以出于节约司法资源的需要不再对程序合法性和内容合法性继续审查。

就广义而言,行政机关订立行政合同是否需要明确的法律依据也是职权合法性审查的内容。笔者认为,既然行政合同是在给付行政理念下作为单方行政行为的替代性手段出现的,其目的是弱化行政管理的权力因素、提高行政管理的可接受性,那么行政机关为达成社会管理目标与行政相对人签订合同应遵循“法不禁止即自由”的原则。例如,《葡萄牙行政程序法典》第179条就体现了这一宗旨,即“行政机关在实现其所属的法人的职责时,可以订立行政合同,但法律有相反规定或因拟建立的关系的性质而不允许,不在此限。”

(二) 程序合法性

行政机关订立行政行为需满足程序合法性,即行政机关在订立行政合同的过程中遵循了相关的法律程序。例如,《湖南省行政程序规定》第94条对订立行政合同的程序做出了原则性要求,即“应当遵循竞争原则和公开原则”,“一般采用公开招标、拍卖等方式。招标、拍卖适用《中华人民共和国招标投标法》、《中华人民共和国拍卖法》、《中华人民共和国政府采购法》等有关法律、法规、规章规定。”“法律、法规、规章对订立行政合同另有规定的,从其规定。”这一规定与国际上的普遍做法一致的,例如《葡萄牙行政程序法典》第183条也要求“除了规范公共开支运用的法规或者特别法中有关保留外,行政合同的订立应先经过公开招标”。从我国司法实践来看,利害关系人请求撤销行政合同多与合同订立的程序违法有关。例如,在益民公司诉周口市政府等行政违法案中,原告益民公司质疑的是行政机关的招投标程序^[30];而在李玉光等诉惠州市国土资源局出让河砂采矿权纠纷案,原告质疑最

多的也是被告的招投标程序^[37]。

单纯的程序违法并不意味着法院一定要确认该行政合同无效。首先,程序仅存在轻微瑕疵且对实体权益未产生实际影响的,出于行政管理效率的考量,可根据新《行政诉讼法》第74条第1款第2项做出确认合同违法的判决。其次,程序虽违法,但确认合同无效会给公共利益造成损害的,则根据新《行政诉讼法》第74条第1款第1项和第76条之规定,判决确认合同违法的同时判决行政机关采取相应的补救措施或向利害关系人承担赔偿责任。例如,益民公司诉周口市政府等行政违法案中,法院出于公共利益的保护仅确认招投标违法,同时判决被告给予益民公司相应赔偿。^[30]第三,程序虽违法,但该违法问题之产生不存在可归因于行政相对人的理由,此时如果确认无效将会给行政相对人造成重大损害,而继续履行该合同又不会损害公共利益,则法院应出于对行政相对人信赖利益的保护判决确认合同违法,同时判决行政机关采取相应的补救措施。

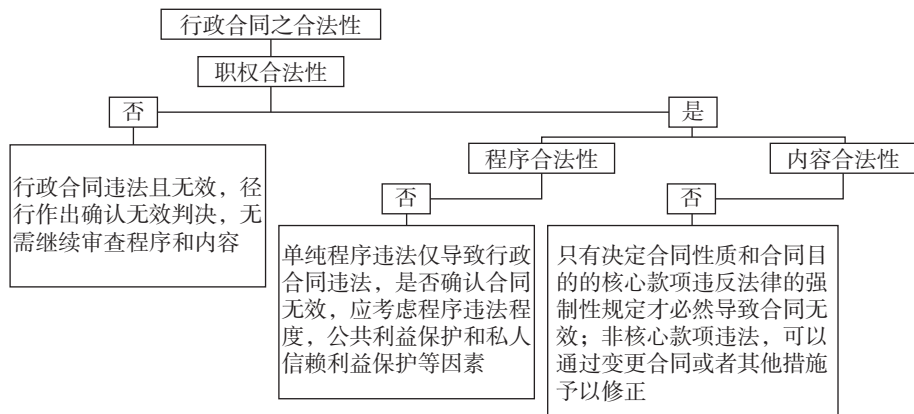
(三) 内容合法性

行政合同的实体内容应满足合法性,即行政合同之达成应是双方意思表示一致的结果,同时行政合同的内容本身也不存在民法规定的无效之情形。一方面,行政合同必须是行政机关和行政相对人在自愿、合意的基础上达成的,不存在欺诈、胁迫、显失公正或者重大误解等意思表示瑕疵,以防行政机关凭借强权迫使行政相对人与之立约,侵害行政相对人的合法权益。另一方面,行政合同的内容必须合法,既不存在违反法律强

制性规定的内容,也不存在行政机关与行政相对方共谋损害第三人合法权益、国家利益和社会公共利益的内容,以防止行政机关滥用自由裁量权做出于法不合、于理无据之行为。除此之外,对待给付是否适当亦应作为判断行政机关有无滥用自由裁量权的重要标准,例如,德国《联邦行政程序法》第56条明确要求行政合同的“对待给付按整体情况判断须为适当,并须与行政机关履行合同给付有实质联系”。

笔者认为,只有决定合同性质和合同目的的核心款项违反法律的强制性规定才必然导致合同无效。例如,在艾瑞克有限公司诉驻马店市广播电视局、驻马店市驿城区广播电视局等不履行合同案中,河南省高级人民法院认为涉案合同约定“有线电视传输覆盖网的产权、经营管理权,根据合同的约定在工程建设期满由深圳瀚光公司移交给驻马店广电局、驿城区广电局前,都归艾瑞克公司掌握”,违反了《河南省广播电视管理条例》第十条“广播电视、电视台由广播电视行政部门开办……其他任何单位和个人不得开办广播电视、电视台”和国务院《广播电视管理条例》第二十三条“区域性有线电视传输覆盖网,由县级以上地方人民政府广播电视行政部门设立和管理”的规定,判定合同解除。^[44]至于非核心款项违法,则可以通过变更合同或者其他补救措施予以修正。

综上所述,职权合法性、程序合法性和内容合法性在行政合同有效性审查中的顺位及其对于行政合同效力的影响可用下图表示:



尚需指出的是,行政合同的有效性性与行政合同诉讼的判决不存在必然联系。即便行政合同同时满足职权合法、程序合法和内容合法的要素,法院仍应综合考虑诉讼标的、当事人的诉讼请求、公共利益的需要、双方的履行能力和继续履行合同有无实际意义等要素根据《行政诉讼法》第78条和《司法解释》第15条做出相应判决:原告主张行政机关不依法履行、未按照约定履行协议或者单方变更、解除协议违法,理由成立的,人民法院可以根据原告的诉讼请求判决确认协议有效、判决被告继续履行协议,并明确继续履行的具体内容;被告无法继续履行或者继续履行已无实际意义的,判决被告采取相应的补救措施;给原告造成损失的,

判决被告予以赔偿;原告请求解除协议或者确认协议无效,理由成立的,判决解除协议或者确认协议无效,并根据合同法等相关法律规定做出处理;行政机关因公共利益需要或者其他法定理由单方变更、解除协议,给原告造成损失的,判决被告予以补偿。

五、替代性纠纷解决机制的适用

随着行政合同作为替代性行政处理方式越来越多被行政机关所采用,不少单行法律、法规或者规章在对此做出肯定的同时,也对具体领域的行政合同之纠纷规定了相应的解决方式。详见下表:

合同名称	纠纷解决途径	法律依据
政府采购合同	适用合同法	《政府采购法》第43条:“政府采购合同适用合同法”。
土地承包合同	协商	《农村土地承包经营纠纷调解仲裁法》第3条:“发生农村土地承包经营纠纷的,当事人可以自行和解”。
	行政调解; 行政仲裁; 直接起诉(性质不明)	《农村土地承包法》第51条:“因土地承包经营发生纠纷的,双方当事人可以通过协商解决,也可以请求村民委员会、乡(镇)人民政府等调解解决。当事人不愿协商、调解或者协商、调解不成的,可以向农村土地承包仲裁机构申请仲裁,也可以直接向人民法院起诉。”
	行政复议	《行政复议法》第6条:“有下列情形之一的,公民、法人或者其他组织可以依照本法申请行政复议:……(六)认为行政机关变更或者废止农业承包合同,侵犯其合法权益的;……”
公务员聘任合同	先行政仲裁 后行政诉讼	《公务员法》第100条:“聘任制公务员与所在机关之间因履行聘任合同发生争议的,可以自争议发生之日起六十日内向人事争议仲裁委员会申请仲裁。当事人对仲裁裁决不服的,可以自接到仲裁裁决书之日起十五日内向人民法院提起诉讼。”
全民所有制工业企业承包经营合同	协商; 行政仲裁后复议; 依照合同约定直接起诉(性质不明)	《全民所有制工业企业承包经营责任制暂行条例》第21条:“合同双方发生纠纷,应当协商解决。协商不成的,合同双方可以根据承包经营合同规定向国家工商行政管理机关申请仲裁;也可以根据承包经营合同规定直接向人民法院起诉。承包经营合同未规定纠纷处理办法,但当事人在合同订立后或发生纠纷时达成申请工商行政管理机关仲裁的书面协议的,由工商行政管理机关依法受理该仲裁案件。承包经营合同的任何一方当事人对仲裁机关的裁决不服,均可在接到裁决书之日起10日内向上一级仲裁机关申请复议。上一级仲裁机关作出的复议裁决,或逾期未申请复议发生法律效力仲裁决定的,均为终局裁决。”

续前表

合同名称	纠纷解决途径	法律依据
全民所有制小型工业企业租赁经营合同	协商; 行政调解; 仲裁后复议; 直接起诉 (性质不明)	《全民所有制小型工业企业租赁经营暂行条例》第 22 条:“租赁经营合同双方发生纠纷,应当协商解决。协商不成的,可以根据合同规定向工商行政管理机关申请调解或者仲裁。租赁经营合同任何一方对仲裁机关的仲裁决定不服的,可以在接到仲裁决定书之日起十日内向上一级仲裁机关申请复议。上一级仲裁机关作出的决定,即为终局裁决。逾期未申请复议,发生法律效力仲裁决定,即为终局裁决。 租赁经营合同任何一方可以根据租赁经营合同规定直接向人民法院起诉。”
国有土地上房屋征收与补偿合同	诉讼 (性质不明)	《国有土地上房屋征收与补偿条例》第 25 条规定:“房屋征收部门与被征收人依照本条例的规定,就补偿方式、补偿金额和支付期限、用于产权调换房屋的地点和面积、搬迁费、临时安置费或者周转用房、停产停业损失、搬迁期限、过渡方式和过渡期限等事项,订立补偿协议。补偿协议订立后,一方当事人不履行补偿协议约定的义务的,另一方当事人可以依法提起诉讼。”
廉租住房租赁合同	廉租住房租赁合同约定	《廉租住房保障办法》第 21 条:“廉租住房租赁合同应当明确下列内容:……(七)违约责任及争议解决办法,包括退回廉租住房、调整租金、依照有关法律法規规定处理等”。
基础设施和公用事业特许经营合同	协议约定	《基础设施和公用事业特许经营管理办法》第 17 条:“特许经营协议应当主要包括以下内容:……(十六)争议解决方式;……”
	协商	《基础设施和公用事业特许经营管理办法》第 49 条:“实施机构和特许经营者就特许经营协议履行发生争议的,应当协商解决。协商达成一致的,应当签订补充协议并遵照执行。”
	调解	《基础设施和公用事业特许经营管理办法》第 50 条:“实施机构和特许经营者就特许经营协议中的专业技术问题发生争议的,可以共同聘请专家或第三方机构进行调解。调解达成一致的,应当签订补充协议并遵照执行。”
	行政复议; 行政诉讼	《基础设施和公用事业特许经营管理办法》第 51 条:“特许经营者认为行政机关作出的具体行政行为侵犯其合法权益的,有陈述、申辩的权利,并可以依法提起行政复议或者行政诉讼。”

由上表可知,在行政合同的纠纷解决上,除诉讼方式外,尚有很多替代性的解决途径(如协商、调解、仲裁或者行政内部处理等)。同时,土地承包、全民所有制企业承包经营、国有土地上房屋征收与补偿等合同争议虽规定可通过诉讼方式解决,但是究竟系民事诉讼还是行政诉讼性质不明。至于政府采购合同因法律明确规定使用《合同法》,因而实践中政府采购合同纠纷采用民事途径解决的不在少数。那么,在新法明确了行政合同诉讼之后,当事人可否协议约定民事诉讼或者司法外途径解决相应纠纷呢?

对此,可以有两种不同的理解方式。第一种

即认为行政诉讼不应排斥协议约定的纠纷解决方式。一则协议本身具有意思自治的属性,当事人有权自主选择纠纷解决方式;二则行政诉讼法将其纳入受案范围的本意应是扩大当事人的救济途径,而非施以限缩;三则在政府采购、公用事业特许经营等纠纷中,当合同另一方为外国企业时,排斥仲裁,不符合国际商事仲裁的普遍做法。第二种则认为行政诉讼完全排斥仲裁或民事诉讼,因为行政合同纠纷的性质已经由行政诉讼法所确定,应通过行政途径解决,不得再采取民事诉讼或仲裁等民事争议解决方式,以防公法遁入私法,其中涉及到的民事问题,可由行政庭适

用民事法律规范处理。

从西方国家的经验看,行政合同纠纷也主要是通过替代性纠纷解决机制化解的,而且一般比较成功。例如,在英国,尽管《王权诉讼法》规定所有涉及中央政府合同责任的纠纷皆能够以适格的政府部门或者检察总长为被告提起诉讼,但是实践中行政合同引发的纠纷通常是由当事人与政府通过非正式谈判或仲裁解决的。美国则在行政机关内部设立合同申诉委员会专门处理行政合同纠纷。^{[27](P266)}即便是在尊崇公私二元分立的大陆法系国家,对于行政合同纠纷的解决也没有完全排斥行政诉讼外的途径。例如,法国虽强调“特许权授予者与授权经营者之间的争讼受行政法支配”^{[24](P485)}，“原则上禁止公法人进行仲裁,公共工程承包合同和供应合同例外,在得到有关机关批准之后,可以进行仲裁”^[29]。德国联邦最高法院在1986年的一个案例中,在对《行政法院法》第40条第2款有关公法合同的规定做解释时,也肯定了民事救济途径。^{[25](P382)}我国台湾地区也承认平等关系的行政契约可以由特定仲裁机构处理,既可以在契约中以特约条款加以规定,也可以在契约成立后由当事人另行约定。^[45]

笔者认为,在公私法二元划分的国家,行政合同纠纷的解决途径应如何选择,实质是价值取向问题:注重政府的公法责任和协议的行政性,则不允许采用私法的救济途径;注重协议的私法性和自治性,则允许多元的更为灵活的替代性纠

纷解决方式。但是从社会实际看,相较于与行政机关“对簿公堂”导致关系破裂,行政相对人更愿意采取更为柔和的方式来化解与行政机关之间的矛盾,从而与行政机关维持长期的良好合作关系,“谁都不愿意咬哺育自己的手”^{[27](P267)}。因此,法律不应忽视协商、调解、仲裁、行政内部处理等替代性纠纷解决机制在处理行政合同纠纷中的作用。

结语

“欲使行政合同引发的纠纷,能够在保障公共利益和平衡公私关系的前提下得到妥善的解决,进入行政诉讼管道应该是一项更优的选择。”^[46]新《行政诉讼法》及2015《司法解释》确立了行政合同的独立地位,并将其纳入行政诉讼的受案范围,从而在立法上统一规范了行政合同及其纠纷解决机制,被认为是此番行政诉讼法修改的亮点之一。行政合同既异于一般的民事合同,也有别于具体行政行为,法学研究应当构建其独立的、特殊的规则体系。囿于篇幅,笔者在法定的框架之下,仅探讨了行政合同诉讼的受案范围、原告资格、审查原则、与替代性纠纷解决机制的关系等问题,以供商榷。至于行政合同诉讼的举证责任、法律适用、判决方式、类型化等涉及行政合同规则的其他问题,容另文论述。

参考文献

- [1] 广东省佛山市中级人民法院民事裁定书(2006)佛中法民五终字第392号[Z].
- [2] 辽宁省沈阳市中级人民法院行政裁定书(2006)沈行终字第6号[Z].
- [3] 最高人民法院关于受理房屋拆迁、补偿、安置等案件问题的批复(1996年7月24日最高人民法院法复[1996]12号)[Z].
- [4] 最高人民法院副院长李国光在全国法院行政审判工作会议上的讲话——深入贯彻党的十六大精神,努力开创行政审判工作新局面为全面建设小康社会提供司法保障(2003年2月23日)[Z].
- [5] 最高人民法院关于规范行政案件案由的通知(法发[2004]2号)[Z].
- [6] 叶必丰.行政合同的司法探索及其态度[J].法学评论,2014(1):68.
- [7] 最高人民法院关于土地管理部门出让国有土地使用权之前的拍卖行为以及与之相关的拍卖公告等行为性质的答复([2009]行他字第55号)[Z].
- [8] 最高人民法院行政审判庭关于拍卖出让国有建设用地使用权的土地行政主管部门与竞得人签署成交确认书行为的性质问题请示的答复([2010]行他字第191号)[Z].
- [9] 于立深.多元行政任务下的行政机关自我规制[J].当代法学,2014(1):14.

- [10] 江西省高级人民法院民事判决书(2003)赣民一终字第72号[Z].
- [11] 李建良. 公法契约与私法契约之区别问题[M]//载台湾行政法学会. 行政契约与新行政法. 台北:元照出版公司,2002:178-179.
- [12] 陈敏. 行政法学总论[M]. 自刊,2004:571-572.
- [13] 陈新民. 中国行政法原理[M]. 北京:中国政法大学出版社,2002:177.
- [14] 李惠宗. 行政法要义[M]. 台北:元照出版社,2007:380.
- [15] 陈清秀. 委托经营法制及实务问题探讨[M]//当代公法新论(翁岳生教授七秩诞辰祝寿论文集)(中). 台北:元照出版公司,2002:639.
- [16] 李震山. 行政法导论[M]. 第7版. 台北:三民书局,2009:381.
- [17] 江西省高级人民法院民事裁定书(2008)赣中立终字第4号[Z].
- [18] 山东省东营市中级人民法院行政判决书(2005)东行终字第7号[Z].
- [19] 重庆市第三中级人民法院行政判决书(2011)渝三中法行终字第30号[Z].
- [20] 许海涛,梁文君. 奖金不兑现,河北某县政府赖账惹官司一输再输[N]. 中国青年报,2001-07-21.
- [21] 最高人民法院公报. 2003年第1期[Z].
- [22] 浙江省嘉兴市中级人民法院行政判决书(2009)浙嘉行初字第4号[Z].
- [23] 河南省高级人民法院行政判决书(2008)豫法行终字第00109号[Z].
- [24] [法] 让·里韦罗,让·瓦利纳. 法国行政法[M]. 鲁仁译. 北京:商务印书馆,2008:570-571,579.
- [25] [德] 哈特穆特·毛雷尔. 行政法学总论[M]. 高家伟译. 北京:法律出版社,2000:381.
- [26] 河南省登封市人民法院行政判决书(2012)登行初字第52号[Z].
- [27] 余凌云. 行政法学讲义[M]. 北京:清华大学出版社,2010:271.
- [28] 梁风云. 新行政诉讼法讲义[M]. 北京:人民法院出版社,2015:79.
- [29] 王名扬. 法国行政法[M]. 北京:北京大学出版社,2007:345.
- [30] 河南省高级人民法院行政判决书(2003)豫法行初字第1号[Z].
- [31] 河南省三门峡市中级人民法院行政裁定书(2010)三行终字第6号[Z].
- [32] 陈越峰. 城市空间利益的正当分配:从规划行政许可侵犯相邻权案切入[J]. 法学研究,2015(2):40.
- [33] 辽宁省辽阳市宏伟区人民法院行政判决书(2003)宏行初字第3号[Z].
- [34] 北京市西城区人民法院(2003)西行初字第41号[Z].
- [35] 北京市第一中级人民法院(2003)一中行终字第590号[Z].
- [36] 詹镇荣. 公私协力与行政合作[M]. 台北:新学林出版股份有限公司,2014:178.
- [37] 广东省惠州市中级人民法院行政判决书(2002)惠中法行终字第41号[Z].
- [38] 李冬. 竞争性缔约契约研究[M]. 北京:法律出版社,2015:111.
- [39] Jody Freeman. *Private Parties, Public functions and The New Administrative Law* [J]. *Administrative Law Review*, Vol. 52, 2000: 813.
- [40] 经济学消息报社. 追踪诺贝尔——诺贝尔经济学奖得主专访录[M]. 北京:中国计划出版社,1998:153.
- [41] Cass R. Sunstein. *After the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State* [M]. Harvard University Press, 1993: 49.
- [42] 天津市宝坻区人民法院行政判决书(2014)宝行初字第0013号[Z].
- [43] 何海波. 行政诉讼法[M]. 北京:法律出版社,2011:415.
- [44] 河南省高级人民法院民事判决书(2002)豫法民二初字第30号[Z].
- [45] 吴庚. 行政法之理论与实用[M]. 北京:中国政法大学出版社,2008:284.
- [46] 郑春燕. 大陆行政合同的审查现状与困境[J]. 浙江社会科学,2014(11):115.

(责任编辑:赵真 赵建蕊)