

试论公法合同的契约基础

——以公法与私法的关系为中心

方 昀 曾祥生

[摘 要] 合同机制亦可运用于公法领域,并受到法律较为严格的约束。当公法缺乏相应规定时,可类推适用私法规范处理公法合同相关问题。作为公法与私法融合的产物,公法合同对传统的公法与私法划分的二元结构造成冲击,在坚持公法与私法分立的基本框架之下,应对公法与私法之间的严格区分进行修正。

[关键词] 公法合同;公法;私法

[中图分类号] DF21 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2009)02-0187-05

在传统观念中,合同制度专属于私法领域,“公法”与“合同”似乎风马牛不相及。然而,随着各种行政合同在行政实务中的频繁运用以及辩诉交易、刑事和解等刑事合同在司法实践中的逐步采纳,公法合同的存在已是一个不争的事实。

较之于已有数千年历史的私法合同,公法合同尚属于新生事物,如何对其进行解读和规制,既有赖于立法者、司法者的智慧,也需要理论界深入细致的研究。本文试以公法与私法的关系为中心对公法合同相关问题作一分析。

一、问题的提出

公法与私法的划分源于罗马法。近代以来,以法国、德国为代表的大陆法系国家在法典化的过程中正式确立了公法与私法分际的基本格局,公法规范权力运行,私法调整权利行使,公法对应于政治国家,私法适用于市民社会,二者如楚河汉界,泾渭分明,各司其职。不过,人们很快便发现,这种纯粹的、绝对的、封闭的公法与私法的划分仅仅是一种理想状态,在现实生活中,公法与私法常常是相互勾连、相互渗透、相互交叉,呈现给世人的是一幅错综复杂、犬牙交错的图景。尤其是进入 20 世纪后,随着社会经济生活的发展,公法与私法融合的趋势更显明朗,形形色色的“私法公法化”现象和“公法私法化”现象层出不穷。其中,作为私法中的契约精神与公法相嫁接的一个产物,公法合同的出现与发展颇为引人注目。

所谓公法合同,又称公法契约,一般可以理解为当事人之间设立、变更、终止公法法律关系的协议。目前,公法合同主要存在于行政法领域和刑事法领域。

随着政府职能的转变(从秩序国家到福利国家)以及行政理念的更新(从权力行政到服务行政),行政合同以其富有弹性和灵活性的特点受到西方各国的青睐,在行政实务中逐渐占有一席之地,成为国家机关一种重要的行政管理手段,不少国家已在行政程序法典中对其予以专门规定(如 1976 年的《德国行政程序法》、1991 年的《葡萄牙行政程序法》、1999 年的《希腊行政程序法》等)。就我国而言,行政合同的运用也十分频繁,行政委托合同、土地征收合同、资源环境保护合同等在实践中屡见不鲜。不过,在立

法层面,当前我国只是零星地对若干具体类型的行政合同有所规定,统一的行政合同法尚付之阙如。

刑事法领域严格贯彻罪行法定主义,原则上排斥合同的运用,但也有极少数例外,这便是辩诉交易(Plea Bargaining)与刑事和解(Victim-Offender Mediation)。辩诉交易是指检察机关与被告人通过谈判,达成协议,被告人以进行有罪答辩为条件换取刑事责任的减轻或免除。刑事和解是指刑事案件的被告人与被害人经过磋商,形成合意,被告人以赔礼道歉或金钱赔偿等为条件,取得被害人的谅解,从而得以减轻或免除刑事责任。辩诉交易、刑事和解本是盛行于英美法系的司法制度,但近些年来,它们漂洋过海,逐渐在大陆法系生根发芽,即便是尚未接纳这两项制度的国家,也展开了十分广泛的讨论。在我国,辩诉交易、刑事和解近来渐成学界研究的热点,一些地方的司法机关也开始尝试运用它们处理刑事案件,只是由于争议性较大,立法上还未明确予以认可。

作为公法与私法融合的产物,公法合同自诞生以来,已取得蓬勃发展,成为公法领域一项重要制度。公法合同所带来的影响,可从两方面加以观察:一方面,它丰富了国家机关管理公共事务的手段,提升了公民对公共事务的参与程度,而另一方面,它又对大陆法系既有的公法与私法划分的基本格局造成了一定程度的冲击,对某些关于公法与私法关系的经典论断提出了挑战。

(一)公法关系一定是“支配——服从”关系吗?

一般认为,私法以平等自由之私法自治为其原理,公法则以上下服从关系为其指导原理^[1](第 24 页)。不过就公法合同而言,它虽属于公法关系,但双方当事人却是通过协商、讨论、妥协、让步,最终达成协议,从而确定相互间的法律关系。在公法合同关系中,享有公权力的国家机关不可能单方面、强制性决定合同的内容,而不享有公权力的公民也不再是被动的接受、消极的服从,他们的意志与国家机关的意志具有同等的价值。

(二)权力不容交易吗?

在传统观念中,权力代表着公共利益,应当严格依法行使,不能成为交易的筹码。然而在某些公法合同中,合同当事人就有关权力问题进行磋商,最后双方作出妥协,从而形成合意。比如在辩诉交易中,检察机关以撤销指控、降格指控或要求法官从轻判处刑罚为条件,换取被告人的有罪答辩,检察机关其实是就定罪与量刑问题与犯罪嫌疑人讨价还价,是对国家司法权的处置。

(三)公法关系不可能发生在私人之间吗?

通常来说,公法关系中至少有一方当事人是掌握公权力者^[2](第 6 页),公法关系不可能发生在私人之间。然而,我们看到私人之间也可以订立公法合同,成立公法关系,刑事和解便是如此。在刑事和解中,犯罪嫌疑人以承担更多的民事责任为代价(如赔礼道歉、损害赔偿),获取被害人的宽恕、谅解,从而减轻或免除其刑事责任,它实际上是赋予被害人和犯罪嫌疑人“在犯罪处置上的某种实体决定权”^[3](第 108 页)。可见,刑事和解与犯罪嫌疑人和被害人就犯罪问题进行“私了”十分类似。

(四)公法关系不能适用私法规范吗?

在传统观念中,公法与私法之间壁垒森严、相互隔绝,公法关系适用公法,私法关系适用私法。但是,根据上文的分析,当公法没有规定时,可以准用私法规范处理公法合同有关问题,质言之,私法规范具有一定的公法效力。

二、公法合同的兴起:公法私法化的产物

在一般意义上来说,公法在禀性上与合同制度有所冲突:一方面,公法关系多为权力支配关系,当事人地位不平等,“合意”难以产生;另一方面,公法调整权力的运行,强调法律优先原则与法律保留原则,这与合同自由原则难以调和。正是基于这两方面的理由,传统观念否认国家机关与私人订立公法合同的可能及必要^[4](第 745 页)。之所以行政合同在欧洲国家(尤其是德语地区)经历从否认到接受、从“授权说”(该说认为除非有法律的明文规定,否则行政机关不得以合同方式处理行政事务)到“除外说”(该说认为除非有法律的明文规定,否则行政机关有权以合同方式处理行政事务)的艰难历程,之所以辩诉

交易、刑事合同在不少大陆法系国家甚至是英美法系国家饱受批判和质疑,也均与这两方面的因素息息相关。

上述否定公法合同的两点理由看似颇有道理,实则不无进一步推敲、检讨的余地。其一,依照现代民主法治国家的观念,公民并非属民,更不是国家机关的仆从,他们也有权参与处理公共事务,可以就有关事宜与国家机关展开对话,双方能够进行平等协商与合作。倘若仅以当事人地位不平等为由,否定公法合同存在的可能性显然已经不合时宜;其二,国家机关固然要严格依法行使权力,但是否就意味着权力绝对不容交易呢?对此问题应作具体分析。权力运行必然承载着公共利益,如果国家机关让渡手中的权力去换取本单位或本单位工作人员的私利,自然国法不容。但是倘若国家机关让渡手中的权力是为了更好的保障和实现公共利益,那就应另当别论,可以而且应当得到法律的允许,这也恰恰是典型的公法合同(涉及到公权力的让渡)的正当性所在。例如检察官基于节省司法资源、提高司法效率、增强判决结果的可预见性等目的而与犯罪嫌疑人达成辩诉交易,就可能得到法律的认可。如此看来,“公法”与“合同”并非水火不容,合同机制在一定范围内也可适用于公法领域。

虽则公法领域也有合同的存在,但合同在公法中的地位与在私法中的地位不能等量齐观。在私法领域,合同的运用极其广泛,它是民事法律行为最主要、最典型、最基本的形式,是私人之间形成具体民事法律关系的常规手段,是践行“意思自治”这一民法基本原则的基本工具;而公法领域的行为,以国家机关的单方行为最为常见、最为重要,至于公法合同这种双方行为,尽管已逐渐谋得合法地位,但毕竟是刚刚崭露头角,尚在继续成长、不断摸索,虽然其发展潜力可能未可限量,但坦率地说,公法合同在当前更像是诸多公法行为中的“点缀”和“调料”。

合同就意味着某种程度的合同自由,公法合同也不例外,对于是否订立合同、采纳何种合同形式、如何确定合同内容等,当事人均享有一定的自主权。但当事人在公法合同中享有的自由与在私法合同中享有的自由不可同日而语。私法合同主要涉及私权利,当事人可自由处分,买卖也好、互易也好、赠与也好……皆是悉听尊便;公法合同与权力运行、公共利益紧密相关,为了防止国家机关假借合同之名滥用公权力或背弃公权力,公法合同的内容受到法律严格的限制,当事人的行为受到严格的约束,合同自由的空间十分狭小。

三、公法合同的规制:以私法精神为主导

私法中合同制度十分发达,业已形成一整套较为成熟、完备的规则体系。与之相对,公法合同可谓“出道未久”,理论研究不够深入、实际案例比较匮乏,有关公法合同的立法也就只好因陋就简,不仅条文不多,而且略显零散,尚不足以应对纷繁复杂的实际生活的需求。在此背景下,对于公法合同的某些事项,当公法缺乏相应规定时,能否适用私法规范加以处理,便成为一个问题。

首先需要指出的是,英美法系对该问题的处理颇为直接。英美法系没有公法与私法划分的传统,也无所谓公法合同与私法合同的截然区分,即便是国家机关与私人之间签署的合同原则上仍然要适用普通合同法规则^[5](第106页),当然这并不排除对此类合同设置某些特殊的规则^[6](第485页)。

在大陆法系,回答这一问题就略为复杂。“从现实观点而言,大陆法系国家其法制之基本架构,既仍建立在公法与私法二元化基础上”^[7](第20页)。对于公法合同这种公法关系,能否运用私法规范予以规制,存在截然对立的两种主张:(1)否定说。该说认为公法关系与私法关系存在质的区别,不具有相似性,处理公法关系不得援用私法之规定。德国传统行政法学的代表人物 Otto Mayer 即持此种观点^[7](第24页)。(2)肯定说。该说认为,在某些场合,可以适用私法规范处理公法合同相关问题。具体而言,又包括两种情形:一是以类推的方式加以适用。类推适用的前提是公法存在漏洞,私法已有相关规定,待处理的公法关系与私法规定的法律关系存在相似性;一是直接适用。所谓直接适用,是指某些规范(如诚实信用、公序良俗等法律原则)虽然规定于私法之中,其实并不专属于私法,而是公法与私法共同的规范,可以直接适用于公法领域^[8](第50页)。

目前,“肯定说”在大陆法系居于通说地位。在行政合同领域,一些国家(地区)已在立法中对此明确加以认可。如我国台湾地区行政程序法第 149 条规定:“行政契约,本法未规定者,准用民法相关之规定”。在刑事合同领域,由于缺乏总则性规定,只有若干针对辩诉交易、刑事和解的具体规则,因此对于能否适用私法规范规制刑事合同立法中并未予以明确,但在司法实践中,类推适用私法规范以弥补有关刑事合同的法律漏洞也十分自然。

之所以大陆法系奉行“拿来主义”,在立法和实务中允许以私法规范处理有关公法合同的问题,主要是基于一种实用主义的考虑。如果囿于公法与私法区分的门户之见,试图完全抛开私法中十分成熟的合同法规则,刻意求新求异,另起炉灶构建一整套独特的适用于公法合同的原理、体系和规则,恐怕既无必要,也不可能。再者公法合同是私法中的契约文化向公法领域渗透的结果,是借用私法中的合同机制处理公共事务的产物。公法合同与私法合同在诸多方面相同或相似,甚至可以说私法合同是公法合同的原型和母本,利用私法规范处理公法领域中有关公法合同的法律漏洞顺理成章。

四、结语——公法与私法的法律关系区分与超越

“大陆法系之整体法制,实际上系架构于公法与私法之区分,各种法律制度及规定,在公法及私法内有不同之处置与效力”^[9](第 38 页)。但自 20 世纪以来,政府的角色发生了显著的变化,传统的政治国家与市民社会的二分法也逐渐模糊,出现了诸如公法合同之类的公法与私法融合的现象。在此背景下,对于如何评估公法与私法的二元划分存在不同的解读。

一种意见认为应坚持公法与私法的划分。该说认为尽管有融合、有交叉,但公法与私法划分的基本格局未变,公法与私法划分的重要价值犹存^[10](第 146 页)。这种认识相对比较稳妥,也易于为人们所接受,欧陆各国以及我国台湾地区一般采取如是态度。正如有学者所言:“在大陆法系,私法和公法之间的区别正如赤道将整个法学领域分成两个半球一样”^[11](第 147 页)。

另一种意见认为应超越公法与私法的划分。该说认为,法律体系是一个统一体,不应人为地分为公、私两端。“公私领域是无法如楚河汉界,泾渭分明的,强加划分犹如在水面上划出一道分割线般无意义”^[12](第 30 页)。此种主张虽尚未成为通说,但依然不乏追随者,例如,日本属于大陆法系国家,起初也是以公私法二元论作为法体系的思想基础,但二战后受到美国影响,对公法与私法的划分展开了诸多批判,尤其是在行政法领域,曾经被奉为权威的行政公法理论逐步失去了昔日的光环,被其他各种学说取而代之^[12](第 28 页)。

从 19 世纪正式确立公法与私法二元划分的体制,到 20 世纪出现公法与私法融合的趋势,公法与私法划分受到诸多挑战,在以法国、德国为代表的“原生型”法制国家中是一个自然而然、合乎规律的演化过程。反观我国,则属于典型的“继受型”法制,面临的局面则更为错综复杂:一方面,受到建国后长期否认公法与私法划分的影响,诸多有关公法与私法关系的基本范畴、基本理念尚未完全确立,公法与私法之间的关系至今尚未完全理清,需要继续“补课”和“启蒙”;另一方面,公法与私法分立的封闭性、僵化性逐渐显露,公法与私法融合的趋势更显明朗,对公法与私法二元划分的基本格局进行检讨已势在必行。如果强调前者,我们就应沐浴“欧风”,尊奉经典,重塑传统,在我国确立公、私划分的基本格局;如果强调后者,我们理当浸润“美雨”,转变观念,推陈出新,对公法与私法作统一的把握。何去何从,的确需要兼权尚计。

考虑到我国的大陆法系传统,考虑到宪法、行政法、刑法等部门法与民法确实存在显著的区别,考虑到“公法”、“私法”这两个基本范畴丰富的说明价值,公法与私法的划分在一定程度上还有继续存在的余地,本文认为,在现阶段的我国,对公法与私法律关系的认知,重点需要把握以下二点:(1)从法律观念上来说,一是要淡化公法与私法的对立,无须乎进行学术“圈地”,热衷于划分公法、私法各自的“势力范围”,也不必强分优劣高下,过多讨论所谓的“公法优位”或“私法优位”;二是要注重公法与私法的融合,公法中可以容纳自由、平等精神,私法中也不妨有些强制和服从。(2)从法律适用上来说,“任何法律均

以维持社会生活之秩序为共同目的,故对于其生活关系适用法规时,不应拘泥于公法或私法之区别,而应以能对所生问题发现最适当的法规为必要”^[1](第25页),日本学者四宫和夫也建议“要使法规适用于某一生活关系,应寻求最适于解决问题的法规,而不是区分公法、私法”^[13](第4页)。质言之,应抛弃那种首先将具体法律关系定性为公法关系或私法关系,再决定适用相应的法律的机械作法。

[参 考 文 献]

- [1] 刘得宽:《法学入门》,北京:中国政法大学出版社2006年版。
- [2] 王利明、杨立新、王 轶、程 啸:《民法学》,北京:法律出版社2005年版。
- [3] 黄京平、甄 贞、刘凤岭:《和谐社会构建中的刑事和解》,载《中国刑事法杂志》2006年第5期。
- [4] 翁岳生:《行政法》(下),北京:中国法制出版社2002年版。
- [5] 余凌云:《行政契约论》,北京:中国人民大学出版社2000年版。
- [6] 张 越:《英国行政法》,北京:中国政法大学出版社2004年版。
- [7] 吴 庚:《行政法之理论与实用》,北京:中国人民大学出版社2005年版。
- [8] [德]哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,北京:法律出版社2000年版。
- [9] 陈 敏:《行政法总论》,台北:三民书局2004年版。
- [10] 袁曙宏、宋功德:《统一公法学原论》下卷,北京:中国人民大学出版社2005年版。
- [11] [德]于尔根·巴泽多:《欧洲私法基础》,金振豹译,载《比较法研究》2006年第4期。
- [12] 李震山:《行政法导论》,台北:三民书局1997年版。
- [13] [日]四宫和夫:《日本民法总则》,唐晖、钱孟珊译,台北:五南图书出版公司1995年版。

(责任编辑 车 英)

On Contract Base of Public Law Contract: Around the Relationship of Public & Private Law

Fang Yun¹, Zeng Xiangsheng²

(1. Wuhan University Law School, Wuhan 430072, Hubei, China;

2. Research Center for Law & Economic Development, Guangd Business College)

Abstract: The contract system can also be used in the area of public law, just under stricter legal restraint. For the sake of convenience, when the public law is lack of relevant stipulation, we can apply the private rules by analogy to handle issues related to public law contract. As the hybrid product of public and private law integration, public law contract caused some extent of impact on the traditional dichotomy of public and private law delineation. Therefore, without prejudice to the basic structure of distinguishing public and private law, we should alleviate and modify the strict separation between public and private law.

Key words: public law contract; public law; private law