

论和谐执法的契约之道

施建辉

(东南大学 法学院, 江苏 南京 210096)

[作者简介] 施建辉(1963-), 男, 江苏南通人, 东南大学法学院教授, 主要从事行政法学、民法学研究。

[摘要] 行政契约作为行政主体以契约方式实现行政目的的一种行政执法手段, 丰富了行政执法行为的方式, 促进了行政执法的人性化、柔性化, 对于和谐社会的构建具有重要作用。

[关键词] 和谐社会; 行政契约; 行政执法

[中图分类号] DF611 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2007)04-0532-04

社会主义和谐社会是民主法治、公平正义、诚信友爱、充满活力、安定有序、人与自然和谐相处的社会。其中, 民主法治处于支配地位, 起着关键作用。一个社会只有以健全的民主法治为根基, 和谐社会才有实现的可能。行政执法是行政法治的重心, 高度重视和逐步完善行政执法, 对于和谐社会的实现有着至关重要的影响。行政契约作为行政主体为实现特定的行政目的, 有效结合权力因素和契约精神, 避免单方公权力行为带来的行政恣意, 发挥行政相对方的积极主动性。行政契约在行政执法中的广泛采用, 对于促进行政执法的和谐化乃至和谐社会的建构, 都将大有助益。

一、契约手段丰富了行政执法的方式

传统行政执法方式强调行政主体对相对人的命令与支配, 表现出单方意志性和强制性的特点, 无视相对人的意志。但是, 行政权的强制作用不是万能的, 在原有的行政模式下, 相对人的主体性得不到尊重, 自由受到限制, 行政执法会因为一方有形或无形的抵制而加大行政主体与相对人之间的矛盾, 降低了行政权的功效。现代行政则是一种民主行政与参与行政, 允许相对人不同声音的存在, 鼓励相对人在行政程序中的参与。现代行政又是一种服务行政, 行政主体服务于民、服务于公益的宗旨得到确立。只有行政主体与相对人通力合作, 互相尊重, 方能达到共赢的目的。因此, 解决传统行政执法方式的种种弊病的办法, 在于革新和完善行政执法方式, 实现从强制行政向柔性行政的转变。

行政契约作为一种新型的行政执法方式出现, 也是由其自身优越性所决定的。契约的精神在于强调平等、尊重自由意志、注重协商与合作等, 而这些特质无疑与民主行政和服务行政的要求相一致。“现代民主行政, 强调公民参与的过程, 而契约是基于双方(或多方)主体地位平等的对话、协商和意思一致。因此, 从这一意义上来说, 契约的过程就是民主的过程, 它充分体现了民主的本质与特性, 是民主色彩的彰显; 现代行政是服务行政, 其最终目的在于为公民服务、为公共利益服务, 而契约通过平等协商、沟通对话等方式, 展现了公民参与、行政服务于民的色彩。”^[1] (第129页)可见, 契约的民主性与现代行政的民主要求高度趋同。同时, 它还有节约成本、提高行政效能的优越性。在行政契约中, 行政主体与相对人基于诚信实现契约目的, 从而降低了摩擦和抵触, 在行政目的的实现上扫清了很多障碍。正是为了适应

时代的需要,当代各国行政法融入了契约理念,如在行政执法活动中与公民协商、在行政程序中鼓励公民参与、在行政争讼中允许“和解”等,无不体现了契约精神的存在^[1](第130页)。

二、契约的平等理念促进了行政执法平等观的形成

行政契约中的平等理念,是法律面前人人平等原则的具体化。它要求行政契约的双方当事人具有平等的法律地位,不存在命令与被命令、管理与被管理的关系。尽管行政主体一方通常握有行政权力,但在订立和履行行政契约时,单方命令性的行政权力无疑将暂时失去效用,或者即使在行政契约中存在行政主体一方需要行使行政权力,这种权力的行使也必须平等的、无偏私的行使。

有人认为,行政契约关系与私法契约关系的不同,就在于行政契约关系中行政主体与行政相对人的地位不平等^[1](第132页)。被誉为德国行政法学之父的奥托·迈耶也曾经提出,国家与公民之间的契约在公法领域是不可能的,因为契约以法律主体间的平等地位为前提,公法关系则是根据国家的优越地位来确定的,国家不可能与公民处于平等的地位^[2](第133页)。而且,为维护公共利益的需要和保证公共目的的实现,行政主体在契约关系中须享有一些特权,特权的产生和行使必然在一定程度上排除了协商和意思自由,人们也往往据此得出结论,认为行政契约中行政主体的特权使之处于管理者的地位,与相对人的地位不可能平等。

在行政契约中,行政主体与行政相对人的平等是指双方都是平等的人格主体、相互平等对待、在法律适用上平等。“当事人的意思表示等值,公共行政主体的优越性不起作用,行政相对人也不是‘行政客体’,行政机关的优越地位变成了平等的合作伙伴身份。”^[3](第148页)“人们籍行政契约可以表征其为主体地位,立于‘相对平等’之地位,可与另一权利主体(行政机关)就其权利义务事项进行协商、谈判。”^[4](第779页)等等。需要明确的是,平等是个相对性的概念,它并不要求或证明所有人都享有同等数量、同样内容的权利,也不等同于完全的对价。“平等意味着:相同的事物应当得到相同的待遇,不同的事物应当得到相应的不同待遇……平等不是别的,正是合理的差别对待”^[5](第551页)。根据现代契约实践和契约法的现状,即使在私法契约中,绝对的对价制度实质上也已不再存在,只要是在人格独立并在意志自由的基础上作出的真实意思表示,那么双方即被视为平等。

(一)当事人地位平等

在当事人地位平等上,不仅是指行政契约关系成立后的法律地位平等,即使是在行政契约关系成立之前,双方磋商阶段,法律地位同样是平等的。而在行政契约目的实现后,产生后契约义务阶段,如保守秘密、后续保管等,双方的法律地位仍须平等。因此,双方才有谈判和磋商的可能性,双方当事人平等地订立行政契约和遵守行政契约,同等地受行政契约的约束,除了法律赋予一方所特有的特权之外,不得有不受法律和行政契约约束的特有权利(权利)和免责的权力(权利)。

(二)公平分配双方的权利义务

行政契约中的平等,还表现在行政契约中行政主体与相对人权利义务的分配上。通过权利义务的分配,确定与各自地位、角色相适应的权利义务,方可实现双方的真正平等和实质平等。通常来说,权利义务对等是契约协商后达致的结果,等价有偿等原则不仅是民事契约的一项传统性原则,也是行政契约的原则之一。但是,行政契约中的权利义务通常要遵循公平原则加以确定,并不意味着双方的权利义务完全对等。因为公共利益以及行政权力的因素,在行政契约内容的安排上,赋予行政主体某些特权是十分必要的。例如,法国行政契约立法在价值取向上注重公共利益保护,为了确保公共利益得到满足,规定行政主体对于契约的履行必须具有特权。但是,同样为了公共利益的需要,法国在承认行政主体特权的同时,也规定必须维持对方当事人的利益。反映在法律上,就是在行政契约中赋予了行政主体以行政特权和对方当事人取得补偿权等权利,以使得双方利益得到一定平衡。

三、契约自由精神强化了对行政执法相对人的保护

行政法治的实质在于对国家权力的控制和对相对人权利自由的保护。在权利与权力分立基础上,对权力的控制是以保障相对人自由的实现为宗旨的。以法治为核心的和谐社会是公民高度自由的社会,公民的合法权益通过维护其自由的方式得以实现。在和谐的社会状态中,人们享有各种自由,并通过法律将模糊的自由概念转化为诸如人身权利、政治权利、受教育权利、宗教信仰权利以及经济文化和社会权利等各种较为确定的公民权利。与此同时,和谐社会的行政主体应当充分保护相对人的自由,要使行政执法有利于和谐社会的构建,就必须使行政主体树立一切以人为中心的观念,保护相对人的自由和权利。

行政契约的运用正是自由精神的体现,行政契约强调的自由精神及其内涵,对于行政执法中保护相对人的各种权利,无疑具有重要的促进作用。在行政契约制度中,虽可能有行政权力或者公共利益掺杂其中,但契约自由原则将是调整行政契约的重要原则之一。在私法上,契约自由的含义相当广泛,可以归纳为 5 个方面内容:(1)缔结契约的自由。指双方当事人均有权选择是否缔结契约的自由,这种自由是决定契约内容等方面自由的前提。即使缔结契约的结果是使双方当事人受到了约束,也是当事人自由选择的结果。(2)选择相对人的自由。指当事人有权自由决定与何人订立契约。(3)决定契约内容的自由。指双方当事人有权决定怎样缔结契约具体条款的自由。即当事人有权通过其协商,改变法律的任意性规定。但是,契约的内容若违背了法律、法规的强行性规定和社会公共利益的要求,则将被宣告无效。(4)变更和解除契约的自由。指当事人有权通过协商,在契约成立以后变更契约的内容或解除契约。(5)选择契约方式的自由。指契约的形式由双方当事人自由选择。

契约自由是合意的前提,是达成有效的行政契约的前置性条件。但是,行政契约中的自由与私法契约中的契约自由却在外延上有着很大的不同,行政契约的自由将受到诸多的限制和约束。原因很简单,即依法行政原则的支配。依据依法行政原则,行政主体做出行政行为须依据法律优先和法律保留的原则进行,“法无明文规定不可为”。也正是基于此,行政法学者中多有反对行政契约自由的声音。无疑,依法行政原则的约束作用与契约自由确立的自由放任思想显得是如此的格格不入,如果仅考查行政契约的公法属性而不考虑其特殊性,得出行政契约不适用契约自由原则的结论是很正常的。然而,随着现代行政法治的发展,行政主体享有了更大的自由裁量权,在行政实践中发挥能动性、主动性,根据时势需要以及考量行政目的而选择适当的行政方式,包括通过与相对人协商达成合意,通过签订行政契约取代传统高权行政方式实现行政目的,不仅符合现代行政的要求,也契合了民主行政、服务行政、参与型行政的现代行政理念。何况,行政契约之所以被称为“契约”,在于其以行政主体及相对人的合意为基础,而合意是双方真实意思的表达,是种自由意志的双向的交流与沟通,这种合意只能以契约自由为前提的。否定契约自由原则适用于行政契约,必然会产生否定行政契约的后果。

事实上,绝对的契约自由是不存在的。在私法上,契约自由也不是绝对的,特别是 20 世纪以后,许多国家都通过立法以及法官的裁量对契约自由加以适当限制。行政主体在恒常状态下是行政权力的执掌者,若不对其自由原则加以限制,行政主体很可能借助行政权力来干涉行政契约的订立和履行,并在其中得到“寻租”带来的收益。为了保证行政契约的成立和生效,确保公共利益和私人利益的共赢,往往在行政主体的缔约权限、行政主体对缔约对象的选择、契约的内容、契约的形式等方面做出限制。但在相对人的自由和权利方面,则更多地体现为鼓励和保护。

四、契约的协商互动机制是提高行政执法效率的重要途径

和谐社会是公平正义的社会,协商与互动是实现公平正义的有效方式。构建和谐社会目标在行政管

理上的具体体现即为行政主体支持和保证公民在管理国家事务和社会事务中的参与权。政府要通过与公民平等沟通、共同协商、建立伙伴关系、确立共同目标等方式实现对公共事务的管理。“互动的必要途径便是行政相对人参与到行政程序之中，并有一系列的法律制度保障其参与权利的实现。”^[6]（第56页）

由协商形成互动，并最终达致互信，是行政契约成立的必然阶段，也是行政契约制度的必然安排。虽然行政契约的缔结过程中，契约的成立是在一个时点上瞬间完成的，但是要达到行政契约成立这一法律效果，则必须经历行政契约缔结的整个过程。行政契约缔结的过程，实际上就是一个行政主体与行政相对人从协商到一致的过程，即相互协商、讨价还价、相互妥协的过程。此过程中，双方意见得到沟通，利益得以平衡。通过协商，可以使得相对人对行政主体所欲推行的政策予以理解和支持，使可能发生冲突的公共利益和私人利益获得各方都满意的均衡方案。因此，协商制度在行政契约制度中占据着非常重要的位置，并成为调和特定行政目标实现所可能引发的各方利益冲突的有效设置。

理想状态下的行政契约缔结，就是行政契约一方当事人发出要约，另一方对其要约予以承诺，从而成立行政契约。尽管我们不能排除这种理想模式下行政契约缔结的可能性，但可以肯定的是，行政契约大多是经历要约、反要约、承诺等这样一个反复协商的讨价还价的漫长过程，这种协商和互动的可能性和基础就是行政契约主体的平等。

和谐社会必然是互动的，倘若离开互动，互不相干的社会成员就会犹如水与油的不容而无法形成一个有机的社会群体，所以协商和互动是和谐社会得以存续的重要前提。行政契约缔结和履行所要求的协商和互动，通过一种充分的、平等的发言机会，使相对人的人格受到尊重，从根本上改变了传统行政执法中双方对立的局面，从而拉近了双方的距离，使行政执法活动尽可能在一种和谐的氛围中进行，执法进程将变得更为顺利，行政执法的效率也就有了更加可靠的保证。

[参 考 文 献]

- [1] 杨解君. 从多维视角看契约理念在行政法中确立的正当性[J]. 江海学刊, 2003, (2).
- [2] 于 安. 德国行政法[M]. 北京: 清华大学出版社, 1999.
- [3] [美] 汉斯·J. 沃尔夫, 奥托·巴霍夫, 罗尔夫·施托贝尔. 行政法: 第二卷[M]. 北京: 商务印书馆, 2002.
- [4] 翁岳生. 行政法[M]. 北京: 中国法制出版社, 2002.
- [5] 胡建淼. 论公法原则[M]. 杭州: 浙江大学出版社, 2005.
- [6] 刘 莘, 李 燕. 现代行政法与和谐社会[J]. 国家行政学院学报, 2006, (6).

（责任编辑 车 英）

Contraction Way to Harmonic Execution

SHI Jianhui

(Southeast University Law School, Nanjing 210096, Jiangsu, China)

Biography: SHI Jianhui (1963-), male, Professor, Southeast University Law School, majoring in administration law.

Abstract: As a method of administrative law enforcement which is made use by administrative subjects, administrative contract enrich the mode of administrative law enforcement. Furthermore, administrative contract make administrative law enforcement suaver and more humanism, and it is very helpful in Building a harmonious society.

Key words: harmonious society; administrative contract; administrative law enforcement