

## 导 言

传统行政法注重权力的运用与控制,与之相适应,学者们的研究关注点也多集中在行政权力的行使与控制问题上,以致传统行政法(学)仅以行政权力为主线而展开,凸现权力特色。在权力理念的引导下,行政法在强调行政权力应受限制的同时,也体现出了权力的不平等性、单方命令性、强制服从性等特点。在我国,由于历史、文化等多方面的原因,权力理念在行政法的舞台上一直扮演着主角,导致我国行政法历来偏爱权力、倚重强制,从而越来越表现出其与现代民主行政、公共行政以及人权保障的不相适应性。而源于私法的契约理念,则与权力理念形成鲜明的对照,蕴涵着人格独立、平等、自由意志、诚信与合作、义务与责任等现代人文精神,符合人们的利益追求和精神追求,也恰好与现代公共行政之民主行政、参与行政和公开行政的发展方向相一致。如果能将契约理念引入行政法之中,以契约之长弥补权力之短,会使行政法律制度趋于完善,行政手段趋于丰富,行政过程趋于民主,行政目的更易实现。因此,研究契约理念,探讨和论证行政法引入契约理念以及契约理念在行政法中的具体展开,不仅是在行政法理念方面的理论探索,而且也使本论题因适应现代行政和行政法的发展要求而具有了现实意义。如若能因此而引起专家学者、政府官员对行政法契约理念的关注,便是笔者之大幸了。在此,笔者简单解说一下写作本书的主客观考虑及基本写作思路和方法。

## 一、研究现状

在国内,行政法学者们的关注点主要集中在行政权力上,并从多种角度探讨了行政权力的运用与控制,却始终未跳出权力行政法的樊篱。在这种格局之下,人们多从制度设计和运行的角度来研究行政法,来自于理念视角的关注则较少。<sup>①</sup> 现今,行政契约的论著不断出现,但这些论著只是将行政契约作为一种次要的行政方式在看待,其研究不免带有一定的局限性,在探讨范围上也是限于行政契约方式与具体的操作规则,而有关契约的精神、价值和观念等则甚少涉足。从国外行政法学的研究现状来看,在大陆法系国家如法、德等国,行政契约理论研究颇为深入、广泛,但主要集中于行政契约这一具体行政方式的实践层面,理论研究的目的主要是为了解决行政契约操作中的问题;<sup>②</sup>在英美法系国家,契约在政府活动中应用广泛,但是由于受普通法的传统和实用主义哲学思想的影响,行政法研究所关注的也主要

---

<sup>①</sup> 在中国大陆,有关行政法理念的学术著作,恕笔者陋见,仅见2004年由山东人民出版社出版的《现代行政法的基本理念》(陈贵民)一书。该书作者主要探讨了法律控制行政权力和保障公民合法权益的理念。

<sup>②</sup> 以德国为例,在欧洲化、国际化、管制事务之不确定性与未来导向等背景下,当代德国行政法面临着一系列挑战,诸如行政的去管制化、私有化、精简化、电子化、效能、结果考虑、沟通、调控、治理等若干因应策略的提出,使得德国行政法也正经历着一场革新的过程,强调在科际整合下导引行政权而不是仅仅依靠法律。行政法革新既在一些个案和某些特别行政法中有所体现,在理论上也形成了一些具体研究成果,主要表现为已将若干次行政法革新研讨会议的成果汇编成册(由Eberhard Schmidt-Assmann与Wolfgang Hoffmann-Riem合编的十册“行政法革新”专论),形成了行政法革新之集大成。在这些成果中,亦不乏有关合作行政、沟通行政以及替代纠纷解决(ADR)方式之探讨。该情况介绍,由中国台湾地区“中央研究院”法律学研究所黄舒芃助理研究员于2008年12月23日提供。

是契约如何具体操作的问题。<sup>①</sup> 申言之,无论是大陆法系国家还是英美法系国家,尽管在行政法律制度上存在着(行政)契约化的趋势,但是从理论上探讨行政法中的契约精神、契约价值问题的研究却是付诸阙如,相关论著更是寥若晨星。<sup>②</sup> 正是基于国内外研究境况之考虑,本书试结合法理学、行政法学、民法学以及其他学科的研究成果,对行政法中的契约概念、原则、观念、精神、价值及其应用等问题进行研讨,以期抛砖引玉。

## 二、研究过程

笔者在研习行政法的过程中,对行政契约制度早有涉猎,2000年12月在第四届东亚行政法学会研讨会(台北)上,笔者曾建言将讨价还价的契约精神应用于行政处罚之中。但真正跳出行政契约方式而将行政与契约精神结合起来的研究,则是自2001年3月份以后的事情;及至同年9月,在海峡两岸行政法学术研讨会(南京)上,笔者作了题为“论契约在行政中的应用”的学术报告,开始正式涉及这一论题;后来在武汉大学李龙教授的指导下,在与武汉大学、东南大学多位博士和硕士研究生的共同研讨中,笔者逐渐理清了思路,确定了主题,制定了写作提纲,开始了艰难的创作,于2002年4月完成博士学位论文。之后又经历若干年的断断续续的修改和补充,直至出版。

---

<sup>①</sup> 在美国行政法中,与该主题相近的是有关美国行政法改革问题的探讨,寻求行政法之“非法律化”(行政机关的行政决策在取向上较为非法律性、在行政过程上较为非司法性),诸如探讨行政方式的多元化、管制方式的改变(以动机为基础的管制方式取代命令管制方式)、管制协商、以ADR取代行政裁决等。这方面的研究成果,如Keith Werhan, *Delegalizing Administrative law*, in: University. Illinois Law Review, 1996; Richard B Stewart, *Administrative Law in The Twenty-First Century*, New York University Law Review Volume78 Number2 May 2003。

<sup>②</sup> 不过,在公共行政学中,国外有关契约在公共管理中的引入、应用及成效等问题,最近多有论著出现。相关的中文译著,如,[英]简·莱恩:《新公共管理》,赵成根等译,北京,中国青年出版社,2004;[美]菲利普·库珀:《合同制治理——公共管理者面临的挑战与机遇》,竺干威译,上海,复旦大学出版社,2007。



### 三、研究目的

本书的研究目标,主要是论证行政法吸收契约理念及其所蕴涵的平等、自由、诚信、义务与责任、和解等理念的合理性,并探讨这些理念在行政法中的具体体现。通过与传统行政法中的权力理念相对照,引导出行政法的契约理念;通过契约理念的变迁,揭示我国行政法缺乏契约精神的深层次原因,并从中外历史经验中获取有益的启示;通过多学科视野的分析,阐明行政法契约理念确立的正当性理由;通过契约理念的构成,论述契约理念在行政法中的具体展开,而具体的平等、自由、诚信、义务与责任以及和解等理念的确立及其应用,则是拟解决的关键难题。

### 四、研究思路

契约,是一种普遍的社会现象,它已经广泛渗透到法学、社会学、神学、政治学、伦理学等多学科领域之中,行政法完全可以吸收和借鉴其他领域或学科的知识成果。从契约视野来考察行政法理念问题,无疑需要研究者具备多学科的背景知识,这实已大大超过笔者本人的学术知识范围。因而,笔者的研究触角就只限于契约理念在行政法中的引入与结合问题,研究思路则是围绕行政法理念而展开,其他学科成果的借鉴与吸收则主要置于伦理学与民法学范围内(当然这种研究也将不可避免地借鉴社会学、行政学和政治学等学科的知识)。这种触角和研究思路的限定,主要基于如下几点考虑。

其一,法是与伦理密切相联系的,它必须获得伦理道德的支撑。由于法存在着与伦理的联结关系,因而理论上对行政法的考察,就不能只采取法实证主义或纯粹分析主义的态度将法律与伦理相分离,而必须从伦理角度来探讨其正当性问题。仅有推理或纯粹的分析是不

够的,“它不能告诉我们走向何处:顶多只能告诉我们怎么样走法”<sup>①</sup>。行政法本身以及研究都需要有价值 and 理性的导引,而想要在价值上获得引导,就需转向伦理学以寻求支持。

其二,契约蕴涵着一系列伦理观念,把握契约理念也必然要与伦理相结合。契约与伦理的关系,从其发展历程和学理概括来看,除古希腊伊壁鸠鲁的功利契约论外,自霍布斯以来契约与伦理高度“互洽”:所谓正义就是全人类共有和应当享有的生存、自由、平等;就是只要你是一个人,法就应该给予你人格、人权、人能、人性的合理保障,它们在一切法中都具有同等的效果。<sup>②</sup>在罗尔斯那里,正义是契约下的正义,“契约的观念能扩大到多少是完整的一个伦理学体系的选择,即扩大到包括所有德性原则而不仅包括正义原则的体系的选择”<sup>③</sup>。契约与伦理的结合,是在古罗马至中世纪这一漫长的历史时期渐渐发生和完成的,开始是两种相互分离的潮流,后则慢慢地汇合,“内在的道德精神要求以法律的形式体现自身,而外在的法律义务则希求获得一种可靠的道德根据,这就是它们自身发展的逻辑”<sup>④</sup>。

其三,法学中与契约联系最密切的是民法学,且民法学对契约的研究源远流长,理论成果丰硕,我们可以从民法学中找到充分的契约法理资源。民法中的契约原则、规则、制度及其精神,行政法大可吸收和借鉴。

其四,行政法的理念及契约理念的引入问题,既是一个客观的话题,也是一个主观的议题,因而在研究中很难建构价值中立的理论体系。科学研究始终无法摆脱研究者本人的客观能力与主观考虑的局限。对这一议题的选择,即显现了笔者所持的价值取向及偏好。那

---

① [美]赫伯特·西蒙:《现代决策理论的基石》,杨砾、徐立译,109~110页,北京,北京经济学院出版社,1989。

② 江山:《广义综合契约论——寻找丢失的秩序》,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第6卷),268页,北京,法律出版社,1997。

③ [美]约翰·罗尔斯:《正义论》,何怀宏、何包钢、廖申白译,14页,北京,中国社会科学出版社,1988。

④ 何怀宏:《契约伦理与社会正义——罗尔斯正义论中的历史与理性》,27页,北京,中国人民大学出版社,1993。



么,在素材的选取和学科的兴趣点等方面,某种偏向会在所难免。

## 五、研究方法

本书主要采取了跨学科的“科际”综合分析方法、比较方法、理论与实务相结合的应用分析方法。在“科际”的综合分析方法上,既有行政法学、民法学和法理学的法学综合方法,也借用社会学、政治学、哲学、经济学、伦理学等学科的方法;在比较方法上,既有中外横向的比较研究,也有契约历史文化的纵向比较;在应用分析方法上,注意理论与实践相结合,使理论的分析能够针对中国的实际。<sup>①</sup>

当然,由于本书选取的论题没有先例可援,笔者在艰难写作的同时也感受到了双重的压力:一是本学科内没有现成数据或资料援引,没有相同哪怕是相近观点可资佐证;另则是可能被视为“奇谈怪论”而遭指责。但是,学术进步的可贵之处正在于探索和创新,在于探索中的错误可以为他人的研究提供批判的例证。借用王亚南先生的话说,由于我个人的学力及研究范围的限制,我对于这个新鲜的大题目,自不敢期待有了不起的贡献,但因为这是中国行政法学者应当踏入的新境界,至少也希望能由我的错误而引出真理。<sup>②</sup>

## 六、结构安排

本书旨在探讨:行政法契约理念与权力理念的整合、契约理念在行政法中的移植及其理由、契约理念历史的变迁及启示、契约平等理念、自由意志理念、诚信理念、义务责任理念等在行政法中的确立、创新与应用,最后还探讨了行政法中的和解理念——契约在行政纠纷领域的引入与适用问题。除引言和余论部分外,全书共分八章。

---

<sup>①</sup> 将理论上的识见与实务的现实加以联结,乃学术的任务。与实务相分割的理论是不完整的,而缺乏理论的实务则是盲目的。

<sup>②</sup> 参见王亚南:《中国官僚政治研究》,17页,北京,中国社会科学出版社,1981。

第一章为绪论,重点讨论选题的确定,引领全书。本章首先从概念入手,循着从理念到行政法理念、从契约到契约理念、从权力理念到契约理念这一思路,提出了塑造行政法理念的新观点——实现契约理念与权力理念的整合,以平等取代不平等、以契约来淡化或取代强制、以合意和单方意志的共存来削弱对行政单方性的强调、以守法和守约来避免将依法行政与依约行政相对立。最后,本章还从契约的视角提出行政法中应确立平等、自由意志、诚信、义务与责任以及和解理念。

第二章为“史”论,从历史的角度对中西契约理念的变迁作了简短透视。首先,笔者从文化渊源上对西方的契约理念进行了简单梳理,论证了契约从私法领域向公法领域的渗透。其次,通过对中国契约发展历程的回顾,挖掘了我国契约理念的缺失及其文化层面的原因。在梳理西方契约文化的历史时,笔者主要从古希腊文化和基督教文化两个方面进行了归纳,并按古罗马、中世纪、近代和现代的顺序梳理了契约理念的发展脉络;在论述契约向公法的渗透时,着重分析了契约观念对宪法(包括刑法)的影响和契约在西方国家行政法中的实际应用;在论证中国契约理念的缺失时,笔者指出这种缺失主要表现为概念范围有限、缺乏契约精神和缺乏契约的文化认同,其原因主要是中国传统社会中理性精神的缺失、主体独立意识的泯灭以及对利益的普遍漠视。最后,笔者认为,我们可从这种历史透视和比较中得到一些启示:我国行政法中应注重契约理念的植入、重视文化的培育和健全民主政治、适时进行行政法制的变革。

第三章为“理”论,着重论证了行政法引入契约理念的正当性理由。在明确行政法应当引入契约理念的前提下,本章从经济基础、政治基础和现实基础诸方面,分析了引入契约理念所应具备的制度因素和现实因素,然后从行政的开放性、行政相对人的独立性和参与性、利益的可交换性和背景的文化性等方面探讨了引入契约理念的条件。随后,笔者着重论证了将契约理念引入中国行政法的正当性理由。其一,从权力行政与现代公共行政目的的相悖、可能滋长敌对情绪或不守法意识以及增加行政成本、降低行政效率等方面,分析了权力手段在行政法制实践中的局限性;其二,论证了契约在行政法中的功能优

势,即具有顺应现代行政发展需要的应变功能,具有激励功能与降低行政成本功能,具有优化资源配置功能,有利于在行政法主体间建立相互依赖关系,有助于从根本上推动“依法行政”;其三,从现代公共行政发展方向的角度来说明在我国行政法中确立契约理念的必要性和明智性,简言之,现代公共行政的发展要求契约的加盟;其四,从行政法的时代精神、基本原则、调整对象、功能与作用以及行政法学学科发展等角度,多层面论证了行政法对契约理念的需求;其五,以英国、美国、法国、德国、日本和我国港、澳、台地区为例,论证了契约化行政的世界性潮流,指出契约在我国行政法中的引入是因应时势之需。其六,指出契约在行政领域中可能产生的弊端,提出我们面向现实的理性选择应是实现契约理念与权力理念、契约手段与权力手段的有机结合。

第四章为“平等”论,论述了行政法契约理念所蕴涵的平等精神。本章首先从我国行政法学界对平等问题的不同识见谈起,提出应积极而理性地面对行政法中的平等问题。接着,从人性出发,阐述人性尊严和人权保护在维护平等中的基础性作用,认为它们是行政法中平等理念的基础,论证了在行政法中确立平等精神的理由。最后阐述了行政法中平等理念的丰富内涵。在分析平等理念的基础时,笔者通过探究人性的起源,阐述了平等在法律上及法律实施中的意义,强调了平等的基础乃是维护人性尊严和保障人权。平等的概念、观念和原则的阐释构成了本章的重点。就平等原则而言,应具体包括同等对待原则和差别对待原则,这两个形似相反的原则一旦结合,平等的意义就会超越形式上的平等而达到实质上的平等。另外,本章还对平等理念在现代行政中的功能及其局限性作了分析。

第五章为“自由”论,论述了行政法的自由意志理念。本章首先从自由意志层面分析了契约自由理念与行政法相结合的问题,提出当代行政法应着力培育自由意志观念;接着分别从行政主体和行政相对人角度对行政法的自由意志理念展开分析;最后对行政主体与行政相对人双方之间的行政合意及其限制进行了阐述。在论证契约自由理念与行政法的结合时,在对契约自由进行界定的基础上,论证了契约自由与行政法相结合的原因,并指出二者最佳结合点在自由意志层面,

提出行政法的自由意志理念主要表现为行政主体的行政裁量自由、行政相对人的行政参与自由以及二者的合意；在明确自由意志理念的内容之后，就是对自由意志各层面的具体展开：①行政主体自由意志理念在行政法中的表现——行政自由裁量在行政法制实践中的应用；②行政相对人的行政参与的自由；③行政主体与行政相对人的自由合意。当然，任何自由都非绝对自由，自由本身意味着自由的限制，行政法中的自由同样应受限制，这种限制表现在对行政主体自由裁量的限制、行政相对人参与的限制以及二者“合意贫困化”现象的克服。

第六章为“诚信”论，论述了行政法契约理念所蕴涵的诚信精神。首先，从历史的角度介绍了中西方诚信理念的演进。在考察西方诚信理念的演进时，笔者从诚信与契约相伴生、自然法上的诚信脉络、诚信原则的成文化、公法上诚信的凸现等方面，对诚信理念作了较为全面的认识和把握。在论及诚信在中国的命运时，则主要围绕古代法律的成文记载和传统诚信文化的困境两方面展开。随后从现实的角度，检讨了中国行政法中诚信立法上的欠缺与行政实践中诚信观念的淡漠。然后，从公民与政府的主体地位、政府与人民的关系、行政法律规范的特性、诚信的伦理价值等方面，论证了诚信理念在我国行政法中全面确立的正当性理由。最后，对行政法上的诚信理念从概念、观念与原则等三个层次作了分析。笔者认为，诚信观念和诚信原则是诚信理念的基本内容。诚信观念，就是要明确诚信是行政法上的义务，行政机关必须要以善意方式行使行政权力；同时，还须确立诚信原则在行政法中的基础地位，使诚信原则在行政法律规范创制、行政主体、行政行为以及行政诉讼和行政赔偿等各领域中都应有所展现，让政府真正做到取信于民。在本章的结尾处，还论及了诚信理念在行政法中确立的积极意义。

第七章为“义务责任”论，论证了契约义务责任对法定义务与责任局限的弥补与填充。笔者首先指出我国现行行政法义务与责任理念方面存在诸多缺失，接着从契约的视角分析了契约义务与责任的含义，并认为其中包含了改良现行行政法义务与责任理念的科学因子，提出现代行政法义务与责任理念应是职权职责与契约义务责任的整

合。随后从概念、观念、原则等三个层次对行政法的义务与责任理念进行了详细的阐释。梳理了我国行政法学界对行政责任的不同见解，着重论述了行政主体的义务与责任意识，通过从立法设定到权力行使、从法定义务到约定义务等多层面的分析，提出了行政法的权力义务应遵循权力义务责任相统一、义务与责任相对应的原则。最后，针对我国行政法苛求法定义务与责任、忽视约定义务与责任、漠视诚信义务与责任的现实，从系统论的视角强调了行政法的义务责任体系应是法定义务与责任、约定义务与责任、诚信义务与责任的统一。

第八章为“和解”论，探讨了在行政纠纷中契约理念及契约化方式的引入与应用等问题。本章首先从一种比较的视角分析和评价了和解在西方国家及我国的历史命运和现状。随后多角度地阐释了和解理念在行政法中引入的正当性，提出了让正式纠纷解决机制兼融和解的基本主张；进而对和解的概念及类型作了简单分析；重点探讨了行政法上和解的纠纷解决机制创建及其应用。最后提出我国行政法的和解理念，应在继受传统文化和借鉴西方经验的基础上有所创新和超越，从而成就一种法治之下的和解。

## 七、创新之处

如果说需要自己给自己加上一顶创新帽子的话，那么，本书所探讨的论题和所主张的观点在相当大的程度上是具有创新性甚至原创性的。因为，将契约理念与权力理念相对照并将契约理念引入行政法之中，实现契约理念在公法和私法上的互通共享，在行政法学研究中尚是一个全新的领域。与选题的新颖相适应，本书在研究思路、学术观点上自然也有所突破和创见，如行政法中的人性尊严问题、行政主体与行政相对人的平等问题、行政参与中的“行政合意”问题、行政主体的诚信问题、行政争议的和解问题、行政法上义务与责任的扩充理解，等等。无论是否属于创新，创新之处可否成立，皆有赖于读者评说，希望这些不成熟的观点对读者能有所启迪，引出更多相关性的论著与学术主张以及实践探索。

# 第一章 绪论：行政法理念的塑造

## ——以契约理念为主线

虽然人大体上是由利益支配的，然而甚至利益本身以及所有人类事务又都完全受见解的左右。

——[英]戴维·休谟

当代中国行政法的革命性任务，即在于实现契约理念与权力理念的整合。

——笔者题记

当下之世，契约展现在我们面前的已不只是市场交换中的经济现象，它已成为一种普遍的文化现象。作为一种制度化、观念化、形式化的形态，它也出现在国家行政或公共管理中。从法律现象观之，契约已不再是传统私法上的专有概念，它早已跨越私法边界而进入公法领域，如许多国家和地区在立法和实践中就确立了在某些方面不同于私法契约的行政契约制度。作为一种法律理念(The Idea of Law)，契约意味着民主参与、平等互惠、友好合作、对话协商等，这正好与现代行政和行政法的价值目标相符合。而且，契约也不再限于法的概念形态，它在影响人们日常生活的同时还不断地渗透到政治、经济、社会及宗教和其他意识领域中，并作为一个通用的词汇被广泛使用，业已成为一种文化的征象。