



#### 论文精粹

[法学理论](#)[部门法哲学](#)[学术书评](#)[法苑随笔](#)

您的位置>>首页>> 论文精粹 > 部门法哲学 > 阅读正文

> 论文精粹

搜索

## 杨解君:从多维视角看契约理念在行政法中确立的正当性

admin 发表于: 2008-06-08 10:31 点击: 633

内容提要: 行政的有效运行,是权力手段与种种非权力手段的灵活、综合应用,它需要有综合性的多种行政理念与法律理念的支持。契约作为手段更作为观念,其强大的渗透力越来越明显,它不仅在政治、经济、社会等众多领域光彩夺目,而且在行政管理活动中也表现出其特有的魅力。将契约理念引入我国行政法中,将不仅具有丰富行政手段、促进行政的民主化进程等现实意义,而且还将具有理论上的开创性,具有观念上的变革性。

关键词: 契约理念/行政法/民主行政

今天,行政的图画已不再是单色调的,而是多彩的;在通向人民权利保障的路途上,行政图画上所标明的并不只是权力一条途径,它展示在人们面前的是多条道路。行政的有效运行,是权力手段与种种非权力手段(其中主要是契约手段)的灵活、综合应用,它需要有综合性的多种行政理念与法律理念的支持。契约作为手段更作为观念,其强大的渗透力越来越明显,它不仅在政治、经济、社会等众多领域光彩夺目,而且在行政管理活动中也表现出其特有的魅力,与行政的结合越来越紧密。契约理念在我国行政法中的引入,应是我国行政法学界认真对待和讨论的重大的课题。这一课题,将不仅具有丰富行政手段、促进行政的民主化进程等现实意义,而且还将具有理论上的开创性,具有观念上的变革性。

### 一、契约理念确立的意义

契约理念与现代行政理念,不是异质的而是同质的,不是相互冲突的而是能够融合的。现代行政,是民主化的管理,是政府与公民之间卓有成效的合作,是有效的公共服务以及政府对法律和人权的尊重。现代行政追求的是“善治”(good governance),而“善治”的本质是政府与公民对公共生活的合作管理,是双方利益实现的最佳状态。契约理念则蕴含着对人格的尊重、对人独立主体的承认、对相互依赖的认可,它注重平等互利与互惠、双方的合作与合意、约定的对价、诚信守诺等理念。可见,二者在质上具有同一性。这种同一性,为二者的结合确立了可能性。

在行政法中确立契约理念,是为了提高行政管理效能,弥补行政权力手段在管理中的欠缺,以契约方式丰富行政的手段,以契约精神指引行政活动。契约与行政的结合,是现代行政管理的特色;契约理念与“有效行政”的要求相适应,与现代世界各国所进行的行政体制改革和“善治”的理念是一致的。契约理念的确立,就是将现代行政理念与契约理念相结合。二者的结合,是以契约之长弥补传统行政之短并适应现代行政之需。由于契约理念与现代行政理念具有同质性,它们的结合会结出丰硕的果实,从而使行政达到令政府与人民皆满意的效果。契约理念的确立,不仅具有对行政的积极作用,而且还将对行政法产生深远的意义:一方面,由于契约具有便利与易为人接受的特性,因而行政机关完全可以使行政法律规范通过契约的方式得以广泛宣传,使行政法律规范具体化,并获得行政相对人的承诺;另一方面,契约在行政法中的应用,也不仅仅具有手段上的意义,它将有助于契约理念深深植入行政法之中。契

约本质上所具有的平等观念、权利观念、自由意志观念(或自愿观念)、义务责任观念、诚实信用观念以及法律约束观念等，一旦在行政领域中扎下根来，行政法的人文精神将更加丰富和具有魅力，行政法必将因之而获得勃兴与发展。

因而，契约理念的确立，与其说是手段上的借用，不如说是管理上和制度上的革命，它将引发法律制度和观念的变革。由此，我们不仅要对契约及其所蕴含的理念有深刻的理解，对现代行政有一个清醒的把握与认识，而且还应为这种法律上和文化观念上的转变做好理论准备。

## 二、契约理念确立的正当理由

行政法需要契约理念，确有其正当、充足的理由，这些理由主要来自如下方面。

### (一) 权力手段的局限

传统行政，即只依靠行政权力手段而为的行政，它强调行政机关对公民的支配，强调行政主体一方的单方意志性，强调行政行为的强制性，而公民的意志却未能得到充分的重视。然而，如果仅仅依赖权力手段或在权力理念的作用下从事行政管理活动，则至少有以下一些局限或弊端：

#### 1. 与现代行政的内在精神相悖。

现代行政是民主行政、参与行政，在程序上强调公民的行政参与，其民主化的程度越来越高。在这样一个民主的时代，如果只采取权力方式来决策或作出行政决定，则有悖于行政的民主性，也与政府的角色和职责违背。它剥夺了行政相对人对自己事务的发言权，没能尊重行政相对人的参与权，使行政相对人感受不到其民主权利的真实存在，这不仅会降低行政活动的民主品质与行政质量，而且还会使行政决定在人们心目中失去其应有的权威性、认同度与支持率。

同时，权力型行政还与合作行政、服务行政的主旨相背离。现代行政，不是专制行政、强权行政，而是合作行政、服务行政。不仅人民依赖于行政，行政更依赖于人民。在政府与人民的关系中，政府离不开人民，离开了人民则政府也就不再是“人民政府”。政府与人民既是各自独立又相互依赖的合作伙伴关系，是朋友而不是敌人。因此，行政的效果取决于行政主体与行政相对人的关系，它依赖于行政相对人的合作与支持。同时，行政的宗旨就是服务于民、服务于公益。行政机关不是高高在上的官僚衙门，不是凌驾于人民之上的专制机器，二者之间的关系不是剥夺与敲诈的“油水”关系(从人民处捞取好处)，而是休戚与共的“鱼水”关系。行政机关应是人民的服务者，它应摆正自己的位置与角色，服务于民，而不能凭借权力压制甚至掠夺被管理者。

另一方面，权力型行政可能导致独断专横的个人专制。我国各级行政机关实行的是“首长负责制”。尽管强调民主集中制的原则，但事实上行政机关的大权往往集中于首长一身，几乎一切决定皆出自首长一人。如果其个人的品德、见识和领导能力与其职位不相匹配，那么，将不仅会导致领导者个人的专横武断，使行政机关组织体受到侵害，而且还会侵害到公民的权益和公共利益。

#### 2. 增加行政成本，降低行政效率。

主要或完全依靠行政权力手段来实现行政目的，就必然要扩充行政的组织 and 人员，增加相应的物质设备或手段，同时还须“加大执法力度”。一旦当事人不履行行政上的义务或稍有不服，就动用权力工具，势必加大行政成本，也降低了行政效率与绩效。如果动不动就凭借权力手段，对行政相对人“冷、横、硬、冲”、“不解释、不告知”、机械执法、方式简单粗暴，当事人的抵触情绪肯定会更大；而为了增强所谓行政管理的效果，行政机关又只能不断寻求更大、更多的权力，成本越来越大，有时可能会起一时之效，然而从长远看，则犹如通过吸食鸦片来治病一样，效率会越来越低，结果只会适得其反，形成高成本低效率的恶性循环。行政机关可以命令，公民却可不服从；行政机关可以动用强制工具，公民也可抵制。公民的非自愿行动，为行政机关行政目标的实现设置了障碍，使行政管理的成效大打折扣。

#### 3. 可能滋长敌对情绪或者不守法的意识。

如果只依靠单方的命令手段从事管理，就会导致可怕的恶果：一是不论公民是否认同和接受行政机关的决定，行政机关都强迫其服从，如此，就在政府与人民之间形成了一道冷漠甚至敌对的鸿沟，这种冲突关系最终可能演化为“以暴制暴”。如果民众普遍不服从，而政府又通过权力手段强力推行，那么行政就变成了“赤裸裸的专制”；二是如果民众普遍不服从，仅凭权力手段就无法实施法律和执行政治决定，法律就成了“白条”，法律和政府的权威也在这种“白条”中慢慢流失。其结果是人们对法律的情感越来越淡薄，法律的权威越来越受到蔑视并形成一种恶性循环。(注：参见《论契约在行政法中的引入》，《中国法学》2002年第2期。)

## (二) 契约的功能优势

与权力型行政方式的局限与弊端相反，契约如果与行政相结合，则正好可以弥补权力行政的缺陷。将契约引入行政法之中，具有如下功能上的优势：

### 1. 具有顺应现代行政发展的应变功能。

现代行政在范围上已不只限于秩序行政领域，给付行政领域、公产管理领域的存在及发展，无疑为契约在这些领域中的运用提供了广阔的空间和表演的舞台；现代民主行政，强调公民参与行政的过程，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。现代行政在法定的前提下具有裁量性、主动性、能动性，而契约不仅与“依法”具有相容性，而且作为一种非权力方式，更符合行政的这些特性。行政机关凭借契约手段，在行政相对人的参与和配合下，可以灵活应对行政管理过程中出现的各种复杂变化和难以预见的问题。

传统行政主要是借助单一权力手段的行政，单一的手段不仅不能适应现代民主和现代行政的要求，而且还给行政管理带来了呆板机械、陈陋不变的官僚保守氛围。人会因一只脚站立太久而僵硬，行政主体在管理中只采取单一的权力方式也会使其自身僵化。当人们面对新问题尤其是复杂的情况却无新的手段可供选择时，也就必然会难以应对新的情势，行政职能就难以实现。契约为行政管理提供了新的解决方法、新的替代方案、新的选择手段，行政机关可以借助契约更富弹性地作出裁量，这就如同睡觉变换姿势、吃饭变换口味一样的正常和必要，“这就像攀登高山的人为了恢复体力而后退一会儿，伸张不同部位的肌肉。”(注：[英]路德维希·维特根斯坦：《文化和价值》，黄正东、唐少杰译，清华大学出版社1987年版，第38页。)为了实现行政的目的和法律的目的，行政完全可以像人睡觉变换姿势一样，针对不同的情势要求而不断变换方式，从而使行政因能灵活应变而更加充满活力和富有成效。

### 2. 具有激励功能和降低行政成本功能。

契约可以与其他手段相结合从而构成激励机制。契约中的“激励契约”，是现代契约理论研究的一个重要领域。“所谓激励契约是指委托人采用一种激励机制以诱使代理人按照委托人的意愿行事的一种条款。”(注：[美]科斯·哈特、斯蒂格利茨等：《契约经济学》，李风圣主译，经济科学出版社1999年版，第16页。)激励契约不仅可适用于市场竞争，也可以运用于行政管理之中，它可以促进行政任务的完成与行政职能的积极实现。契约作为激励性的行政手段在实际中得以广泛运用而闻名于世的，是美国在电力事业部门中广泛实行的“社会契约制度或称成本调整契约”(Social Contract)。在这类契约中，行政机关与被规制者之间在修订收费时，就设备运转率、热效率、燃料费、外购电力价格、建设费等签订合同，如果能够实现比合同规定好的成绩，就给予奖励，否则给予处罚。(注：这一行政方式在美国各州公益行政部门中又各具特点、均有差别。例如，亚利桑那州的行政部门自1984年11月起要求该州公共服务公司改善其发电部门的设备运转率，就采取了如下具体的制度：首先以设备运转率60%~70%为基准，如果设备运转率在这个基准内则不给予特殊报酬，当设备运转率达到75%~85%时，则将由于提高设备运转率而节约的燃料费的50%作为报酬付给该公司(其余50%还原给消费者)。当设备运转率超过85%以上时，该公司便会得到由此节约的全部燃料费。相反，当设备运转率在50%~60%时，由此增加的燃料费的50%作为处罚由该公司负担。当设备运转率只达到35%~50%时，为此增加的燃料费的全部均由该公司负担。最后，当运转率未达到35%时，主管部门就要考虑重新估价这一基数。参见[日]植草益《微观规制经济学》，中国发展出版社1992年版，第159页。)

在行政关系中，行政机关和公民都要付出一定的成本，对行政机关一方来说是行政成本，对公民一方来说则是服从成本或合作成本。行政成本主要包括行政组织成本、行政决策成本、行政执行成本，(注：参见[德]柯武刚、史漫飞《制度经济学：社会秩序与公共政策》，韩朝华译，商务印书馆2001年版，第156页。)如果以权力为纽带带来组织行政资源却得不到公民的配合与服从，行政机关就不得不消耗更大的成本资源来迫使公民服从，行政决定的执行成本也会因缺少公民的主动配合而居高不下。契约的应用尽管也需要双方支付一定的交易成本，但与权力行政的成本相比，其消耗则低得多。契约是双方的合意，行政相对人会自觉遵从契约的约定，因为契约的内容本身也是其真实意志的表

达，对契约的遵守符合其自身的愿望和利益要求。这样，行政机关尽管也付出了缔约成本，但相对于强制服从成本而言，由于它获得了行政相对人的认同、自愿服从，从而节省了行政资源，降低了行政成本。可见，契约具有降低行政成本、提高行政效率的功能。契约下的行政，可以使行政活动更具效率性，能够减少或及时化解行政争议，使行政决定及时、有效地执行，从而避免时间与金钱、人力与物力的浪费，以最少的成本获取最佳的行政效益。

### 3. 具有资源配置的优化功能。

行政方式主要有三类：一是单方命令手段即行政权力方式，二是行政指导方式，三是契约方式。后两类方式皆属于非权力手段。单方命令手段和指导方式都是资源配置手段，但它们在资源配置上却存在较大的限制。单方命令手段正如前文所指陈的弊端一样，它要消耗更多的成本或者有可能无效益（得不到执行）。如果在单方决定作出后，为达到履行目的，再采取强制解决的办法，则只是行政主体一方的满意；倘若问题得不到解决或者决定不能执行，就会完全无效益。而行政指导成本虽低，却不具有法律拘束力，也无责任条款约束，其效力完全取决于被指导人的态度。

与单方命令和行政指导方式相比，契约（包括谈判、协商等）方式则是更为有效的资源配置手段。依据科斯的谈判理论：（1）自愿合作是实现效率的最佳途径，（2）但实际上存在着诸多阻碍自愿使用的因素，因此，（3）须克服阻碍谈判进行的因素以恢复效率。（4）在恢复效率的诸途径中，又以能够促进当事人自愿合作的安排为最佳。契约关系的连结就是每一方主体追求利益最大化的结果，即合作就是谈判参与人之间利益最大化的均衡。（注：参见魏建《理性选择理论与法经济学的发展》，《中国社会科学》2002年第1期。）契约意味着互动互助互惠，在内容上既有权利的享有也有义务与责任的承受。契约一旦运用于行政之中，它不仅有利于行政成本的降低，而且还具有义务与责任上的要求（契约必须被遵守），有助于责任行政的确立。契约可以让各方当事人最后达到能体现其各自利益的一致意见，取得利益上的“双赢”和多方效应（“帕累托最佳”）。契约是实现行政主体与行政相对人利益追求的最佳配置手段；通过契约实现的合作，是双方寻求交易成本最小化的路径。

### 4. 具有对良好合作关系的维系功能。

首先，契约的利用，有助于行政主体与行政相对人之间良好合作关系的建立。契约是双方的事情，它意味着至少必须在两方主体之间进行；契约意味着双方意志的参与和双方意见在某种程度上的一致。缺少了一方，契约关系就会不存在，没有意见的一致也就没有契约的成立。契约关系是种相互依赖、彼此合作的关系。因而，契约的应用，可以提升行政行为的可信度与可接受性，这样不仅可以避免许多潜在的冲突或争讼，而且可以改善行政主体与行政相对人的关系，使他们之间能建立起彼此合作、相互信赖的良性互动关系。

其次，契约也使行政主体与行政相对人的关系得以稳定和持续。契约一旦被应用于行政领域中，就必然涉及到两方（或多方）主体：行政主体与行政相对人、其他行政主体与行政相对人或者行政主体相互间的关系。而一旦缔约，一般来说，从达成协议一直到实现协议，都表明它们具有“契约关系”，双方将在契约的维系下保持持续、稳定的协作关系，从而有利于行政秩序、社会秩序的稳固化。而且，在行政关系中，行政主体与行政相对人之间的关系，不是那种“一锤子”的买卖，而是一种长期性的关系，双方可通过契约建立更加牢固、稳定与持久的关系。

### （三）现代行政的追求

对各国行政的运作历程，可作如下类型划分：一是权力行政，即单一性行政，它是只依靠权力进行的统治；二是多元化行政，即从权力行政到“治理”（governance）；三是良好行政，即从治理达到行政的最优：“善治”（good governance）。现代民主国家的行政，主要表现为多元与合作式的行政，同时也正追求着“善治”的目标。

现代行政，是对公共事物的管理，是一种“治理”，它与统治（government）不同，指的是一种由共同的目标支持的活动，这些管理活动的主体未必是政府，也非必须依靠国家的强制力量来实现；（注：参见俞可平主编《治理与善治》，社会科学出版社2000年版，第2页。）作为一种社会—控制体系，它指的是政府与民间、公共部门与私人部门之间的合作与互动；作为新公共管理，它主张将市场的激励机制和私人部门的管理手段引入政府的公共服务；作为自治组织网络，它指的是在信任与互利基础上的社会协调网络等。（注：参见[英]罗伯特·罗茨《新的治理》，木易编译，载俞可平主编《治理与善治》，第89～96页。）由此，可以说，行政管理并不只是国家权力问题，即并不是只能凭借权力手段才能解决的问题。除了权力手段外，它完全可以借助诸多非权力的手段以达到行政目标的实现。“办好事情的能力并不在于政府的权力，不在于政府下命令或运用其权威。政府可以动用新的工具和技术来控制 and 指引；而政府

的能力和 responsibility 均在于此。”(注: [英] 格里·斯托克: 《作为理论的治理: 五个论点》, 华夏风编译, 载俞可平主编《治理与善治》, 第34~35页。)可见, 现代行政的“治理”的要求与契约所体现的精神诸如自愿、合作、信任、互利等, 具有共通性与融合性。因而, 从现代行政的角度而言, 契约理念的引入, 完全是正当的。行政的“善治”目标则与契约的价值更为协调与统一。

“善治”强调的是民主化的管理, 是政府与公民之间的卓有成效的合作, 是有效的公共服务以及政府对法律和人权的尊重。“善治”的本质是政府与公民对公共生活的合作管理, “善治”的实现即公民与政府的合作成功与否, 关键在于公民能否参与行政管理。只有公民对行政管理的参与, 才能形成政府与公民共同认可的行政权威, 才能实现良好的行政秩序及社会秩序。由此可见, 行政的“善治”追求与契约的价值理念有着相同性与一致性。将二者统一起来, 既是现代行政的要求, 也是契约精神延伸的体现。

复杂和多元化的行政管理, 将使行政机关更加追求与公民的合作(而不是对抗)、与公民确立良好的稳定而长期的伙伴关系。行政机关只是合作的当事人一方, 它必须依赖其他主体(组织与公民)和其他社会资源, 在此情形下, 自上而下的发号施令以及强制的程度将因此而削弱, 权力的色彩将越来越淡化。

#### (四) 世界性的潮流与行政法的发展要求

##### 1. 世界性的潮流。

从比较参照的角度和“全球化”的时代背景来看, 契约在行政法中的确立, 已是一种世界性的潮流与必然的趋势。从各主要民主国家(无论是大陆法系国家还是英美法系国家)与我国台湾、香港和澳门地区的情形(注: 有关外国和我国台港澳地区契约在行政法中的应用情形, 笔者在《论契约在行政法中的引入》一文中已作介绍, 此处不予重述。)以及我国入世后的压力等多方面来看, 来自外部世界的压力已表明契约理念及契约手段在我国行政法中确立的必要与明智。

从比较的视角, 我们可以发现我国(大陆地区)行政法在契约理念和契约制度方面是空白。如果没有相应的制度、观念, 国与国之间以及我国国内不同地区的对话恐怕都会存在困难。如今, 经济的全球化正在推动世界各国政府在政治、法律上寻求更加密切的交流与合作, 国与国之间法律制度的协调日益成为国际间贸易、投资活动中的重要因素, 行政法已成为国际贸易与投资法律制度中的重要组成部分。上世纪90年代, 在中美日之间的一系列贸易双边协议中也含有重要的行政法内容, 日本政府甚至承诺修改其行政诉讼法。(注: 参见[美]恩斯特·盖尔霍恩、罗纳德·M·莱文《行政法》(英文版), 法律出版社2001年版, “前言”第3页。)我国也曾与美国多次达成市场准入备忘录, 这些都对法律制度带来一定的影响与冲击。不仅如此, 在WTO的一系列协议和中国入世议定书中, 行政法性质的规范居于突出的地位, 占有相当大的比例, 它要求我国政府的决定应遵循平等、公平合理、公开透明的原则等, WTO的贸易政策审查机制、争端解决机制包含了可以对我国法律、法规、规章及其他行政行为进行审查的内容。在此意义上, 可以说行政法已超越了国界。一国的行政行为, 很可能成为另一国政府或者商人关注的焦点, 也可能成为世贸组织所审查的对象。在这样一个全球化的背景下, 没有契约制度和契约理念的行政法, 不仅会与世界潮流不相适应, 而且还可能会与WTO规则要求的平等、公正合理、公开透明等理念相违背。

##### 2. 行政法的发展要求。

法是时代精神的体现, 法也应该体现时代的要求, 法只有与一国的经济、政治、社会和文化相契合, 与社会的

发展保持同步，它才具有生机与活力。作为规范行政的行政法，必然要与行政的变化及要求相适应。“每一种法律都产生于时代的需要，而时代是在不断地变更着的，因此法律也必须变更。”（注：[德]威廉·魏特林：《和谐与自由的保证》，孙则明译，商务印书馆1960年版，第79页。）正是为了适应时代的需要，当代各国行政法不仅有关于行政契约（或公法契约）的特别规定，而且还融入了契约理念，如管制中征得行政相对人同意、在行政管理活动中与公民协商、在行政程序中鼓励公民参与、在争议中允许“和解”等，无不体现了契约精神的存在。我国行政管理活动中，不仅有契约方式的实际存在，而且还有许多“非常态”的契约形式的存在，这些皆表明契约精神在行政法实践中的强劲渗透。行政法应因应这种要求，立起契约理念的旗帜。

从行政法的调整对象与方式来看，行政主体与行政相对人多重关系的现实，要求行政法调整方式多样化。行政关系既有因权力行使而形成的关系，也有因非权力方式特别是契约方式而形成的关系，与之相适应，行政法的权力调整方式也必须发生变化。行政法既要有权力调整方式也要有契约方式及其他非权力方式，它应具备公民权利、公共利益、民主自由、公正、责任等多元化的价值理念。在现代行政关系中，公民与政府的角色关系复杂：公民是公共服务的接受者，从这个角度要求政府提供服务；公民亦是公共服务的合伙人或参与者，其行为亦对公共服务的绩效产生影响；公民亦是公共服务的监督者，有责任监督政府的运作；同样，公民亦是纳税等义务的承担者。政府不仅是公共服务的提供者，也是管制者，负有保护公共利益和公民个人利益的实现。（注：参见张成福《公共行政的管理主义：反思与批判》，《中国人民大学学报》2001年第1期。）对这些多重性质的关系，行政法在内容和方式上必须有与其相应的体现与反映。

从行政法的基本原则来看，行政法的基本原则也要求契约手段的引入与契约理念的确立，否则，行政法的基本原则将不完整或者不能实现。行政法的基本原则主要有：法律优先与法律保留原则、职权法定与不得越权原则、比例原则、诚信原则、公正原则、公民权益保障原则。（注：参见杨解君、肖泽晟《行政法学》，法律出版社2000年版，第60页。）在这些基本原则中，几乎每个原则都与契约理念相关，其中，比例原则、诚信原则、公正原则表现得更为直接和明显。

比例原则要求：（1）适当性，即行政机关在作出行政决定时，面对多种可供选择的措施而必须择取确实能达到法律目的或行政目的之措施。如果契约手段有利于法律目的或行政目的的实现，行政机关应采取契约手段，否则就会与该原则的要求相违背。（2）必要性，即为达成目的而面对多种可能选择的手段时须采取最轻微的手段（或者最温和的手段）。应该说，在多种行政方式中，契约手段的特性就是温和。（3）衡量性原则（或称狭义的比例原则），即手段应按目的加以衡量，还应对行政成本加以考虑。一般来说，契约成本比其他手段的成本要低得多。

诚信原则在某种程度上就是对私法中契约诚信的移植；公正原则也具有与契约精神的同质性，契约意味着公正，契约要求双方主体的平等、要求权利义务的一致性与对价。行政法不仅在基本原则上要求确立契约理念，在具体规则上同样要求有契约理念及方式的应用，如行政契约方式、行政程序中的协商与征求公民意见等等。

从契约对行政法的作用来看，契约对行政法具有拾遗补缺的功能。这种功能主要表现为：立法上，可以弥补立法之不足；在争讼的解决上，可以使纷争以低廉的方式快速解决。在法律没有规定或者规定不具体的领域，行政主体可通过缔结行政上的契约从而形成行政法上的权利义务关系；或者实施比法律规定得更加严格的政策，以达到行政规制目的，并灵活地根据时势需要不断地调整政策取向，以弥补立法之不足而达到替代立法规制的效果。这也是行政契约作为行政手段所具有的突出功能，也是其弹性与机动性之所在，这种灵活性对于特殊的非常态行政案件的处理尤其具有价值。在西方国家，利用契约弥补立法不足、替代立法规制，不仅理论上的评价颇高，而且实例也很多。在我国，随着依法行政的推进，立法漏洞已逐渐明显，在这种情况下以契约弥补立法的不足，还可以起到避免执法实践漏洞与不到位的作用；在法律未作明确具体规定的领域，也可利用契约方式进行政策性的选择。（注：余凌云：《行政契约论》，中国人民大学出版社2000年版，第59～60页。）契约，不仅可以明确双方的权利义务而避免纠纷的发生，而且在发生行政争议时也可以通过合意来及时解决争议，从而起到弥补正式审判制度不足的作用。

从行政法的学科意义来看，契约理念的引入非同小可，“一个概念只有在它本身形成领域之外的其他领域中被其他研究者重新提出并被研究，这个概念才有意义。”（注：[法]克罗戴特·拉法耶：《组织社会学》，安延译，社会科学文献出版社2000年版，第107页。）契约理念的引入，可以拓宽我们的视野与思路，便于多视角多领域多层次地综合分析行政法的诸多现象，并将行政法的研究引向深入并形成新的研究方向。传统行政法理论对契约的忽略，是与行政的民主化进程、现代行政的时代特征和现实要求不相称的。大量行政事务通过契约手段得以解决，表明了契约在行政法中应用的可行性和现实性。与之相适应，应是行政法理论对契约理念的关注与重视。

### 三、面向现实的理性选择

当我们发现契约在行政和行政法中的巨大作用时，当我们意识到仅凭藉行政权力实施行政管理不可避免地存在弊端和欠缺时，当我们体验到契约的无穷魅力和明显优势时，我们完全有理由让契约摆脱“犹抱琵琶半遮面”的羞怯，促其大大方方地登上行政法（公领域和公法）实践和理论的舞台，一展风采。

但是，我们在积极引入契约手段和确立行政法契约理念的同时，也应意识到契约的局限性。任何事物皆有其利弊。契约在行政领域中的应用，也可能产生一些弊端，这些弊端主要有：其一，为当事人违法或“逃法”提供便利条件。由于契约是双方当事人的合意，在实践中双方就很有可能通过合意而违反法律的规定或规避法律的规定；其二，可能存在行政主体利用其优势地位压制行政相对人，从而使本来体现平等精神的契约只徒具契约的外壳而不具备契约的实质；其三，可能侵害公益或第三人利益。即双方通过“合谋”来达到“双赢”的目的，但却以损害公共利益或第三人利益为代价；其四，行政公务人员可以利用契约来谋取私利，从而给腐败分子提供温床。如行贿受贿也可说成是一种“契约”，然而此种契约是不能为法律所认可的，因为它“出卖公权力”，违背公序良俗，腐蚀人们的心灵，败坏社会公德。即便如此，这些弊端的存在，并不能作为否定契约理念在行政法中确立的理由，我们完全可以建立完善的契约制度，从法律上特别是程序上加以严格控制，尽可能地防止此类弊端的出现。

问题是，在契约理念引入行政法之后，我们在权力手段与契约手段、权力理念与契约理念之间如何进行理性的选择呢？强调契约理念在行政法中的确立，强调契约手段的应用，旨在加强行政机关与公民的合作，淡化行政的权力色彩。但是，淡化不是否定，契约的引入并不意味着行政权力没有必要。合作与契约，同样也存在着自身固有的局限性，它并不是包治百病的灵丹妙药。契约并不能完全取代国家享有的合法的行政权力，也不可能代替市场而自发地对大多数资源进行有效的配置。事实上，在行政管理活动中，权力手段与非权力手段都不可或缺。非权力手段是对权力手段的局限性的补充与完善，是对行政管理活动手段的充实与丰富。有效的行政管理活动，取决于二者的有机结合及其恰如其分的运用。在行政法中引入契约，不是企图否定行政权力，而是意在弥补行政权力的缺陷、淡化行政权力的色彩、丰富行政活动的手段，从而更加有效地实现行政职能。

“为了达到同一目标，可用多种方法。方法的选择，取决于社会对哲理的选择。”（注：[法]夏尔·德巴什：《行政科学》，葛智强、施雪华译，上海译文出版社2000年版，第1页。）笔者以为，在契约手段与权力手段、契约理念与权力理念之间，我们只能是二者的结合，或者更确切地说，是二者的有机结合。正如柏拉图在《法律篇》中所表述的，强制与劝说、“专制”与“民主”、智慧与同意的适当结合，在任何时候都是明智的政治制度的特征。（注：[美]列奥·施特劳斯、约瑟夫·克罗波西主编：《政治哲学史》（上册），河北人民出版社1993年版，第82页。）为与现代民主行政、人性尊严保持一致，在契约与权力两种理念恰当结合的基础上，我国行政法在未来的发展方向上必须顺应现代公共行政的发展趋势，在价值取向上更加倾向于契约，更加倾向于契约理念。





