

契约对依法行政的影响

杨小君*

内容提要：契约对依法行政原则的影响，主要涉及是非评价标准、权力行使条件、新增契约义务、职权范围界定和责任承担等方面。契约存在于行政自由裁量内，契约影响依法行政的正当性规则主要有：约定标准高于法定标准，约定条款不抵触不排斥法定条件，约定义务不违反禁止性规定，约定责任不违反羁束性规定或不抵触法定职责。

关键词：契约 依法行政 自由裁量

现代社会中，行政机关无论是作为私法主体还是作为公法主体，都在不同程度地使用契约（合同、协议、责任状等）。行政机关使用契约对依法行政会有什么影响，这个问题可能让人觉得突兀和多余。罗马法“私人约定不能变更公法规定”的法谚，^{〔1〕}早就告诉人们契约对公法不会有影响。现代法学理论也认为，契约是行政裁量权之内或之下的当事人自治，^{〔2〕}应当不会出现影响依法行政原则的可能。但是，通过对行政机关使用契约事实的观察和分析，我认为这个结论值得研究。

一、依法行政的要求

依法行政，是对行政机关实施行政管理、行政执法的总要求，是行政法的基本原则。各国、各时期、不同学者对依法行政内涵的理解和归类虽然不尽相同，^{〔3〕}但其基本内容和核心思想是一致的，主要包括这样几点：一是法律才具有规范创设力，即行政机关制定的行政规范必须根源于法律，由法律创设，实行法律统治；二是法律优位，即法律对行政具有支配作用，行政必须从属于法律；三是法律保留，即行政行为不能对他人的基本权利进行限制，只能由法律进行限制规定；^{〔4〕}四是行政行为必须有法律依据。行政机关只能在法律授权范围内采取行动，凡是影响他人权利义务和自由的行为，均须有法律规定上的依据；^{〔5〕}五是行政行为必须符合法律规定。也就是说，要求行政机关的行为不仅要有法律依据，而且其行政行为的实施还要符合法律规定的方式、程序和目的。这既包括形式合法，也包括实质、目的合法；^{〔6〕}六是行政机关必须积极作为来保证法律的实

* 武汉大学宪法与行政法博士研究生。

〔1〕 转引自吴庚：《行政法之理论与实用》，台湾三民书局1996年版，第363页以下。

〔2〕 参见胡建森、蒋红珍：《论合意理念在行政领域中的渗透——基础、表现及其支撑系统》，《法学杂志》2004年第4期；张泽想：《论行政法的自由意志理念——法律下的行政自由裁量、参与及合意》，《中国法学》2003年第2期；秦宗文：《行政契约的契约基础》，《行政与法》2000年第4期。

〔3〕 参见周佑勇：《行政法基本原则研究》，武汉大学出版社2005年版。

〔4〕 〔德〕奥托·迈耶：《德国行政法》，刘飞译，商务印书馆2002年版，第70页；城仲模：《行政法之基础理论》，台湾三民书局1994年版，第5页；〔德〕哈特穆特·毛雷尔：《行政法学总论》，高家伟译，法律出版社2000年版，第103页。

〔5〕 〔英〕威廉·韦德：《行政法》，徐炳等译，中国大百科全书出版社1997年版，第43页。

〔6〕 〔法〕莫里斯·奥里乌：《行政法与公法摘要》上册，龚觅等译，辽海出版社、春风出版社1999年版，第541页。

施。如果行政机关应当作为而没有作为,在法律上也属于违法。所以,我国行政法学者们认为,“依法行政的基本内涵就是为了保障公民的权益和公共利益,要求一切国家作用应具有合法性,应当服从法。”〔7〕在这个原则之下,依法行政首先要求依宪法、法律而行政,法规和规章只有符合宪法、法律规定时,才能作为行政行为的依据;其次,要求行政机关“依法的明文规定行政”和“依法的原理、原则行政”,“依行政管理法的规定行政”,以及“对行政相对人依法实施管理”,〔8〕等等。

在我国法律制度中,依法行政的规定是明确和随处可见的。例如,行政许可法规定,行政机关实施行政许可,要“依照法定的权限、范围、条件和程序”进行。行政处罚法规定:“没有法定依据或者不遵守法定程序的,行政处罚无效”,行政处罚要“遵循公正、公开的原则”,“对违法行为给予行政处罚的规定必须公布;未经公布的,不得作为行政处罚的依据”。国务院在《关于全面推进依法行政的决定》中,向各级政府及其工作部门提出了“加强制度建设,严格行政执法,强化行政执法监督,依法办事的能力和水平不断提高”的要求。《全面推进依法行政实施纲要》结合我国实际,概括依法行政的基本原则为七个“必须”:必须坚持党的领导、人民当家作主和依法治国三者的有机统一;必须把维护最广大人民的根本利益作为政府工作的出发点;必须维护宪法权威,确保法制统一和政令畅通;必须把发展作为执政兴国的第一要务,坚持以人为本和全面、协调、可持续发展观,促进经济、社会和人的全面发展;必须把依法治国和以德治国有机结合起来,大力推进社会主义政治文明、精神文明建设;必须把推进依法行政与深化行政管理体制改革、转变政府职能有机结合起来,坚持开拓创新与循序渐进的统一,既要体现改革和创新的精神,又要有计划、有步骤地分类推进;必须把坚持依法行政与提高行政效率统一起来,做到既严格依法办事,又积极履行职责。并且,对现阶段和未来一段时间行政机关依法行政的基本要求,进一步细化为六个方面:合法行政,合理行政,程序正当,高效便民,诚实守信,权责统一。〔9〕

从上述理论原理和法律规定中,依法行政原则可以推导出与本文有关的几点结论,即对行政机关的行为依据要求、行为标准要求、履行职责要求、行为效力要求和责任承担要求等五个方面。

其一,行政机关的行为必须以立法为依据。由于行政权力来源于立法的设定和赋予,行政行为的权力根源、事项范围、手段措施等都是由立法设定和界定的,行政行为不能在立法授予的权力和事项范围外存在。所以,行政行为的实施必须有立法规定作为依据,没有立法的规定,行政机关不能作出行政行为。也就是说,行政职权的法定性决定了行政机关行为的法定性和依据性。因此,国务院《全面推进依法行政实施纲要》明确提出了“没有法律、法规、规章的规定,行政机关不得作出影响公民、法人和其他组织合法权益或者增加公民、法人和其他组织义务的决定”。

其二,行政机关的行为必须符合立法规定。立法规定是行政机关行为的是非标准,行政机关实施行政管理,应当依照法律、法规、规章的规定进行。无论是立法的原则还是立法的具体规定,作为执行立法的行政机关,其行为应当在形式上和实质上符合立法的要求和规定,不能违反、违背立法规定。即便是行政机关行使自由裁量权,也“应当符合法律目的,排除不相关因素的干扰”。〔10〕这里,不仅行政机关的具体行为要符合立法规定,而且其抽象行为也要符合立法要求,行政机关“制定行政法规、规章、规范性文件等制度建设符合宪法和法律规定的权限和程序”,〔11〕遵守下位法服从上位法的规则,确保法制统一。

其三,行政机关必须依法履行职责。这包括职责依据和履行职责手段两个方面的内容。就职责

〔7〕 应松年主编:《行政法与行政诉讼法学》,法律出版社2005年版,第30页。

〔8〕 姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社、高等教育出版社2005年版,第65页以下。

〔9〕 参见袁曙宏主编:《全面推进依法行政实施纲要读本》,法律出版社2004年版,第334页以下。

〔10〕 国务院《全面推行依法行政实施纲要》第5条。

〔11〕 国务院《全面推行依法行政实施纲要》第3条。

依据来讲,行政机关的职责,是立法设定的。行政机关“实施行政管理,应当遵守法定时限,积极履行法定职责,提高办事效率,提供优质服务,方便公民、法人和其他组织”。〔12〕另外,行政机关履行职责的手段和方式,也是立法规定的。按照依法行政的要求,行政机关不能自行创设执法履责手段,应当采用立法规定的手段积极履行职责。如土地管理法第83条规定,作出停止施工、自行拆除处罚决定的行政机关,对继续施工的单位和个人有权“制止”。虽然行政机关有“制止”继续施工的职责,如果行政机关不“制止”继续施工,就是不履行法定职责;但“制止”继续施工的手段和措施究竟是什么,必须依据立法的进一步明确规定。行政法的比例原则还要求,行政机关可以采取多种手段时,应当采用对当事人损害最小的手段,避免采用损害当事人权益的方式。

其四,行政机关的违法行为无效。行政机关的行为如果违反上述依据、是非标准、履责等要求,就构成行政违法。违法的行为,其效力在法律上是否定的。很多国家有无效行政行为与可撤销行政行为制度,我们迄今没有这样的制度区别。我们对行政违法行为,是通过程序上的确认不成立、确认无效、撤销行为、变更行为等方式来否定其效力的,最终使其归于无效。这比合同无效的规定更为严格,按合同法规定,只有违反法律、行政法规强制性规定的合同才是无效的,而行政机关行为的无效,则不仅限于违反法律、行政法规的强制性规定。

其五,行政机关依法承担责任。行政机关的行为如果违法侵害他人权益,不仅是行为效力的否定,而且也会产生法律责任。“行政机关违法或者不当行使职权,应当依法承担法律责任,实现权力和责任的统一。”〔13〕但违法的行政机关所承担的责任,是立法规定的责任,即所谓法定责任:首先是责任范围的法定,无论是行政复议、行政诉讼还是行政赔偿,其责任范围都是法律限定的,不是全面开放的责任范围。〔14〕其次,责任承担标准也主要是法定的,赔偿标准不完全是实际损害赔偿标准,法律也没有规定双方当事人之间可以协商调解处理赔偿事宜。除此外,责任承担的形式、种类、主体等,也都是法律规定的,行政机关不能自行处置这些内容。

二、契约对依法行政的影响

契约对依法行政原则是否影响?如果有,究竟是什么样的影响?我们从逻辑和事实两个方面进行分析研究。

其一,逻辑分析。全面推行依法行政,大力建设法治政府,是各级行政机关必须遵守的原则,也是行政机关工作的目标。同时,我们也提出了构建诚信政府的原则和目标。法治政府与诚信政府,二者的关系是什么?法治政府,是依法行政的政府,它要求行政机关的行为以法为据、以法为准;而诚信政府,是遵守承诺、契约的政府,它要求行政机关言而有信,其行为应当以约为据、以约为准。这样看来,以法为据的法治政府与以约为准的诚信政府,二者之间存在着逻辑上的一致,契约对行政机关依法行政应当有影响作用。

具体分析行为的逻辑结构,可能有助于认清这个问题。一个典型的行政行为,由三个部分构成:一是事实部分,即行政机关对客观事实的认定。其中包括证据、认定事实的方法、认定的事实等;二是对行为的判断部分,即行政机关依据法律规定对他人行为和事实的是非进行判断和评价。这就需要运用是非判断的标准(如法律规定),从法律上对行为和事实作出合法与违法(如处罚决定)、有责任与无责任(如责任事故认定书)、是否具备条件(如行政许可)等的判断,是运用规范

〔12〕 国务院《全面推行依法行政实施纲要》第5条。

〔13〕 国务院《全面推行依法行政实施纲要》第5条。

〔14〕 我国行政复议、行政诉讼、行政赔偿范围,并不包括所有的行政违法侵权行为,而只是部分行为,如抽象行政行为等就不在其范围内。

标准于行为的过程；三是结论部分，即行政机关对他人行为作出处理，或者作出最终的结论。这是在判断基础上的进一步处理，会直接涉及到他人的权利义务。总之，行政机关的行为是由事实认定、行为评价判断和处理结论这三部分构成的，除了不作为行为外，^[15]作为行为概莫例外。

在上述行为三结构内容中，至少有两部分内容与立法规定有直接的关系，那就是对行为和事实的判断评价和处理结论。首先，行政机关对行为和事实的判断评价，不是对客观行为的纯粹反映，而是对行为和事实的是非进行判断和评价。这需要有判断评价标准，这个是非判断评价标准，就是立法规定。依法行政，要体现在对行为、事实的是非判断评价标准方面，是立法规定而不是其他作为标准。如对申请许可条件是否具备的判断评价，就是依法对事实的判断评价。对非法占地的判断评价，就是依法对使用土地行为是非的判断评价。另外，就行政机关行为的处理结论而言，更是如此。处理结论完全是运用立法规定的过程，在这个过程中，行政机关依据立法规定的条件、具体种类形式等作出自己的行为，如作出罚款的结论，作出注销许可的结论，作出拆除建筑物的处理，等等。依法行政，也要体现在行政机关作出的处理结论上，行政机关应当依据立法规定而不是其他来作出具体的处理，或者得出最终的结论。总之，依法行政，包含了依法判断评价是非和依法作出处理、结论的要求。不按照法定标准判断评价是非，不按照法定标准作出处理、结论，就不是依法行政。也就是说，行政机关行为依据或者标准的唯一性（立法规定），是依法行政的逻辑结论。所谓以事实为根据，以法律为准绳，也反映了法律是唯一准绳的思想。

行政机关使用契约，带来了一个直接的结果：行政机关要遵守与对方当事人签订的契约。契约，是当事人之间的“法律”，具有约束力，当事人双方应当按照契约的约定实施行为，不能违背契约，也不能置契约于不顾，否则就是违约。因此，行政机关的行为，就有了另外一个依据——契约。契约也成为了行政机关判断评价行为和结论的依据。行政机关实施的行为，除了依据立法规定以外，还要依据契约，依法行政与依约行政并存。从理论上分析，契约的约定内容，与立法规定的标准可能是相同、一致的，也可能是不完全相同的，甚至可能是完全不同的。无论约定标准与法定标准在内容要求上是否相同、一致，在来源、效力、范围等方面，二者都是两个不同的标准体系。依法行政要求行政机关唯法是从，排除其他依据、标准，依约行政要求行政机关服从彼此的约定。因此从逻辑上说，行政机关使用契约，必然会限制、修正甚至一定程度地排斥依法行政要求的完全实现，从而影响依法行政原则。

其二，事实观察。仅仅从逻辑上分析行为构成、标准体系的不一致因素是不够的，还需要对行政机关使用契约的实践进行观察，看看契约是否实际影响依法行政以及如何影响依法行政。

情形之一，作为判断评价是非标准的契约对依法行政的影响。根据标准化法规定，有国家标准、行业标准、企业标准和国际标准。在环境保护实践中，就出现了契约标准。行政机关与排污单位签订契约，就污染物的排放权、排放标准、具体改进措施、责任承担、纠纷处理方式等约定双方的权利义务。这个契约标准，可以是法定标准的具体化，也可以高于法定标准。例如，企业可以根据自身能力，与行政机关协商，以某种污染物排放的大量缩减换取其他种类污染物排放的增加许可。又例如，行政机关通过招投标方式以契约明确企业因此而享有的排污权限，并在以后通过契约回购排污权，或者签订新的契约标准，提升环境品质。人们认为，这种契约“为政府、企业及居民之间提供了一个相互展现诚意与和谐沟通之机制，可有效防止公害发生及消弭公害纠纷，因此，受到许多国家和地区的认同”。^[16]而且，契约方式具有相互沟通、有效预防污染发生、补充法定标准

[15] 不作为行为（不包括行政机关对申请人申请的拒绝决定），只是法律上拟制的行为，事实上并没有实施行为。所以，不作为行为的内容结构，与作为行为的内容结构，是不完全相同的。

[16] 田红星：《试论契约在环境行政中的引入》，《湖北社会科学》2005年第6期。

不足和有效落实环保工作等方面的积极作用。^[17]

在上述情形中，法律规定可能就没有标准，或者是依据法律规定，企业排污行为并不违法，但是依据契约标准，可能违反约定的排污标准，构成超权限、超量排放污染，从而引起相应的法律责任和纠纷。行政机关对企业排放污染行为的是非判断评价，当然会根据契约约定的标准。在没有法定标准和高于法定标准的情况下，约定标准填补或者取代了法定标准，依法行政的原则最后落实到了依约行政的具体标准上。

情形之二，作为权力行使条件的契约条款对依法行政的影响。经市政府授权，市政管理局与外商签订《公用事业监管协议》，将本市四桥一隧道收费权转让给外商。该协议保证外商投资年固定回报率为18%。如果达不到这个固定回报率，外商可以向市政管理局提出增加车辆通行费收费标准申请。市政管理局在收到增加通行费申请后60日内，要么批准增加车辆通行费的申请，要么将不足固定回报率的差额部分直接存入外商的代理帐户内，并将该选择决定通知外商公司，等等。这样的契约条款意味着什么？意味着行政机关的权力行使要按照约定条件进行。

对车辆征收通行费，是由行政机关审批的，属于行政许可权事项范围。是否征收车辆通行费以及收取多少通行费等，是行政机关依照立法规定进行审批许可的。行政许可法第4条明确规定，行政机关实施行政许可，应当依照法定的条件和法定的程序进行。但是，在这个契约中，保证投资的固定回报率成为了前提，只要达不到这个数额，契约当事人就可以提出增加收费标准的要求，而行政机关则必须满足这个要求。这些约定条款，成了行政机关行使审批许可权的条件，法定条件被排斥在外，约定条件成了行政许可权如何行使的唯一根据。依法行政原则，包含有依法定条件行政的必然要求。如果行政机关不是依法定条件行政，而是依约定条件行政，或者法定条件与约定条件共存，那么依法行政原则事实上已经被限制、排斥了。

情形之三，作为行政机关义务产生根据的契约对依法行政的影响。按照职责法定原理，行政机关的义务职责应当根源于立法的规定，而不是其他。但契约对当事人双方权利义务约定的事实表明，契约也会给行政机关设定义务（职责）。这样，行政机关除了履行法定义务外，还必须履行约定义务。由于约定义务与法定义务在内容、来源上可能不同，约定义务会影响法定义务对行政机关的约束，从而影响依法行政在义务履行方面的要求。例如，福建省寿宁县教育委员会与杨某签订了一份《福建省学生与委托单位协议书》。双方约定：杨某向寿宁县教委或直接向学校交纳培养费，修完全部课程毕业后，由委培单位寿宁县教委负责分配工作，并保证杨某专业对口。杨某须服从工作分配，在见习期和服务期内不得提出工作调动要求。协议双方还对违约责任等进行了约定。后来，完成学业的杨某回到寿宁，要求县教委安排工作。县教委以财政困难、编制受限、国家教育体制改革发生重大变化、师范毕业生分配采用考试方式择优录用等为由，拒绝给杨某分配工作。杨某一纸诉状把县教委推上被告席，要求县教委按照合同履行义务，承担违约责任，赔偿经济损失。法院判决认为，该合同有国家政策和政府规范性文件为依据，是合法有效的。寿宁县教委与杨某双方的权利义务关系仅是依《协议书》而产生，受其约束。杨某已全面履行了《协议书》约定的义务，县教委应依法行政，取信于民，维护行政机关的社会公信力。县教委拒绝履行协议是违法的，故判决被告寿宁县教委履行双方签订的委培合同。^[18]法院在判决中特别指出，县教委的义务仅仅是依据契约设定产生的，不是法定义务。

情形之四，作为行政机关职权范围界定标准的契约对依法行政的影响。行政职责权限范围法定，这是依法行政的应有之义。任何一项行政职权，都有其适用的事项范围，没有事项范围的行政职权是不存在的。行政职权的适用对象和事项范围，也是立法确定的，行政机关是在立法确定的对

[17] 蔡守秋、郭红欣：《环境保护协定制度介评》，《重庆大学学报》社会科学版2005年第1期。

[18] 郑少华、叶永清、范希耀：《不履行委培合同引发行政诉讼》，中国法院网2002年9月10日。

象和事项范围内拥有和行使行政职权的,行政机关不能在法定的对象和事项范围外行使行政职权,也不能超出法定的对象和事项范围行使行政职权;否则,构成越权违法。

但实践中,行政机关的职责权限范围或者责任范围等,有时也采用契约形式确定下来。如对于公路两侧的违章建筑的处理,由公路局和城建委协商,在公路防护区内归公路局管辖,防护区以外归城建委管辖。这实际上是对两个相关机关管辖权的具体划分,是通过契约形式完成的。另外,行政机关之间对责任的承担范围,有时也通过契约形式明确。在一起土地纠纷案件中,赣州市委派人事局兰副局长与信访局等有关单位人员到定南县和龙南县进行调查和协调,促成了两县土地管理局签订了一份《协议书》。该《协议书》上写着:龙南县土地管理局在2002年9月6日之前付清定南县征地费与其它规费51万元,定南县土地管理局收到51万元费用后负责处理被征土地有关事项及各方关系;龙南县土地管理局必须责成上碗窑水电站在一个月内,对被征用土地水平线以上的土地附着物、建筑物及土地因水电站原因被淹造成损失作出相应的经济赔偿。^[19]这两个案例,前者是用契约界定行政机关之间的职责权限范围,后者是用契约划定行政机关之间的责任承担范围,都是根据约定标准划分各自的事项范围。

情形之五,作为行政机关责任承担标准的契约对依法行政的影响。按照依法行政的要求,行政机关不仅是依法行政,而且也是依法承担责任。按照现行法律规定,行政赔偿标准是法定标准,无论是人身损害赔偿还是财产损害赔偿等,都有明确的法定标准。^[20]但在行政赔偿实践中,当事人双方以契约方式对赔偿责任及其标准进行约定,却是较为普遍的事实。这样,实际赔偿标准可能高于法定标准,也可能低于法定标准。例如,依照法律规定,行政赔偿中是没有精神损害赔偿的,但实践中一些行政机关与受害人达成的赔偿协议,时有精神损害赔偿的内容,属于超出法定赔偿项目的约定赔偿项目。同样,在赔偿标准上,行政机关通过协商高于或者低于法定赔偿标准的事,也是经常发生的。而且,这些约定赔偿项目和标准,上级机关和法院一般也都认可其效力。

三、契约影响依法行政的正当规则

契约影响行政机关依法行政的实践是存在的,但这并不等于说,上述种种影响的形式、范围和程度都合法。契约应当在依法行政的合法空间内“生存”。在该合法空间内,契约影响依法行政才具有正当性、合法性。

契约的本质是当事人双方的合意,是当事人意思自治的结果。没有当事人的意思自治,不可能有合意一致的契约。但是,自治、合意、协商等,都应当有一个客观的前提,那就是双方尤其是行政机关要有可以自治、合意、协商的空间——当事人自己可以决定和选择的自由空间。作为私法主体的公民、法人或者其他组织,对自己的权利有决定和选择的自由空间,这是无争辩的事实,无须赘述。但是,作为职权法定的行政机关,这个自由空间又是什么呢?学者归结为行政裁量(权)。“行政主体的自由意志体现为行政裁量权。”^[21]“自由裁量行政的存在,为契约自由的移植提供了土壤。”^[22]“契约自由是整个契约理论的基石,合意是自由意志的合意,行政契约如果没有契约自由的精神,那么行政契约的存在也就成了问题。”^[23]的确,行政机关无论是进入私法领域还是在行政

[19] 李国清、姚晨奕:《上访“专业户”改行一年赢了80多万土地官司》,《人民法院报》2007年1月5日。

[20] 国家赔偿法第2条明确规定,国家机关和国家机关工作人员违法行使职权侵犯公民、法人和其他组织的合法权益造成损害的,受害人有“依照本法”取得国家赔偿的权利。这个“本法”规定,当然包括赔偿标准的规定。而且,第4章也具体规定出了各种损害情形的赔偿标准。

[21] 前引[2],胡建森等文。

[22] 前引[2],张泽想文。

[23] 前引[2],秦宗文文。

管理领域使用契约，他本身拥有行政职权这一基本事实是不会改变的。

契约自由的前提是行政机关有自由空间。从法理上讲，行政机关自己能够决定和选择（而不是法定）的合法空间，就是自由裁量权。所以，行政自由裁量权成为了行政机关使用契约的合法空间和正当性根据。如果契约的约定权超出行政机关自由裁量权范围，或者滥用自由裁量权，那约定就是违法的，这样的契约应当是无效的；如果约定是在行政机关的自由裁量权范围之内，那约定就是合法有效的。根据这一基本认识，契约影响依法行政的正当性规则主要应当有以下几条：

其一，契约标准可以严于、高于法定标准，但不能低于法定标准。在对行为、事实的是非判断评价标准方面，法律是最低限度标准和最起码要求，也就是我们常说的“底线”。“底线”是不能突破的，突破了就违法。契约的是非评价标准，同样也不能突破该“底线”。但法律并不禁止当事人协商确定“中线”和“高线”标准，甚至鼓励当事人采用高标准。^[24]所以，契约标准在法定标准之上，是符合立法意图的，是立法允许、鼓励的。因此，行政机关可以不按照法定最低标准来评价对方当事人行为的是非，而应当按照约定的更高标准评价是非，即在是非标准方面不依法定标准行政而依约定标准行政。

其二，契约条款可以将法定条件具体化，但不能抵触、排斥法定条件的适用。依法定条件行使行政职权，这是依法行政的核心要求，立法对行政的规范和制约，主要是通过法定权限、法定条件和法定程序来实现的。如果没有了法定条件，任由当事人自己约定条件，权力就会成为一匹脱缰的野马，脱离法治的轨道。所以，契约约定的行政机关行使权力的条件，只能在法定条件范围内才具有正当性。也就是说，契约可以将立法规定的条件具体化、特定化，在法定条件的自由裁量空间内细化该法定条件。当事人之间约定的条件，不能抵触法定条件的要求。例如，获得国有土地使用权是有法定条件规定的。虽然有土地出让合同，但合同约定的内容不能抵触法律对土地使用权的种种限制条件规定，如土地用途、土地使用权期限等法定条件的限制。当然，约定条件更不能排斥法定条件的适用。如果约定条件排斥法定条件的适用，这样的契约不具有正当性和合法性。象前面案例所示，提高车辆通行费收费标准，是有法定条件规定。但契约将固定回报率差额作为行政机关必须同意增加收费的唯一条件，只要达不到固定回报率，行政机关就必须同意涨价，完全排斥审批涨价的法定条件适用，实际上就是公权私化，是典型的违法。

其三，给行政机关设定义务的契约不能违反立法禁止性规定，行政机关的权力来源不能没有合法根据，但行政机关义务或职责的来源不一定是立法规定。行政机关义务的来源至少可以有三个方面：一是法定，即立法规定的义务；二是自定，包括行政机关的承诺和契约约定；^[25]三是行为定，即行政机关先前行为所产生的附随义务。^[26]可见，契约也是给行政机关设定义务的根据之一。行政法理论认为，行政机关要给他人设定义务或者限制他人的权利，须有法律根据，^[27]但行政机关要给自己设定义务，却不需要法律根据，行政自我约束规定，只要不违反法律禁止性规定，就是合法有效的。契约给行政机关设定义务，就属于行政自我约束性要求。所以，在前述教育委培案件中，县教委在契约中承担的“接受、安排”就业的义务，是县教委自愿的（自我约束），而该自愿

[24] 标准化法第6条规定：“国家鼓励企业制定严于国家标准或者行业标准的企业标准，在企业内部适用。”

[25] 行政机关将向社会公开承诺的做法，在行政实践中普遍存在。如首问责任制的承诺，比法定期限更短的自定期限内办结行政审批事项的承诺，接到报案后迅速到达案发现场的承诺，等等。这些程度的要求不是立法规定的，而是行政机关自己规定的。行政机关这些规定，如果仅仅是内部规定和内部实行，它不具备法律性质，但行政机关如果将这些自我约束性规定公开，对外作出承诺，就具有了约束力，成为了行政机关的义务或责任。不过，契约不是向社会的承诺，而是契约双方当事人的承诺，是当事人双方的彼此义务和责任，同样具有约束力。

[26] 如行政机关的行为致他人处于危险之中，行政机关就有消除危险和救助他人的义务了。置人于危险的先前行为，就产生了附随其后的救助义务。

[27] 国务院《全面推行依法行政实施纲要》第5条规定：“没有法律、法规、规章的规定，行政机关不得作出影响公民、法人和其他组织合法权益或者增加公民、法人和其他组织义务的决定。”

又没有违反法律、政策的禁止性规定,法院判定契约合法有效应当履行,我认为也是正确的。

其四,约定责任内容的契约,不能违反立法羁束性规定,或者抵触行政机关的法定职责。行政机关与对方当事人之间,由于行为违法或者侵权,可能引起法律纠纷,产生相应法律责任,如处罚、赔礼道歉、损失赔偿等。在责任承担问题上,应当给予行政机关更大的自由处理度,以更加柔性的方法和自由度化解纠纷、消除矛盾。但是,立法对于责任的规定,多有不同。如何看待立法规定自由度之内责任约定?我以为,一是对当事人行为的处罚责任,凡属于立法羁束性规定,行政机关就没有自由裁量权限,不能以契约形式自行协商处理。如土地管理法第73条规定,非法转让土地的,土地行政主管部门要没收违法所得。如果行政机关与当事人之间约定以罚款责任替代没收责任,这就是违反法律羁束性规定,应当认定该约定违法无效。二是对当事人处罚责任的实现,立法一般规定都是自行强制执行,或者是申请法院执行。无论是自行强制执行还是申请法院执行,都是行政处罚机关实现处罚责任的法定职责。实践中有的机关采用执行和解方式,通过达成契约来实现或者改变原来处罚责任的内容等。这种执行和解方式,缺乏立法规定的支持,并且,该契约抵触了行政机关自行强制执行或者申请强制执行的法定职责,应当属于无效契约。^[28]三是对行政机关承担责任,尤其是经济责任,虽然立法也有责任标准的规定,但我以为这个标准并不具有绝对的限制意义,而是一种“计算标准”或叫“计算公式”。只是表明如果按照法定标准责任,那么法定的计算标准就是立法规定的。立法的规定,并不等于非要按照法定计算标准承担责任,也就是说,并不排斥非法定契约标准的适用。从这个意义上说,立法对责任的规定,只有方法意义,没有限制作用。从对方当事人角度看,承担的责任程度和方式,是可以自行决定和选择的;从行政机关方面看,也同样是自行约定的。法律从来就没有要求对方当事人或者行政机关必须赔偿多少,赔偿数额问题不是法定职责的内容,属于自由裁量权事项。

综上所述,羁束行政没有行政者的自由,当然也就没有契约存在的可能。行政机关的契约,只有在自由行政范围内才具有合法性和正当性。但同时,在自由裁量范围内的契约,也就具有了约束行政机关自由裁量权的性质。契约约定当事人双方权利义务的具体内容,固化了裁量的自由,使原本的“多项选择”变成了唯一的结论。如果不承认契约具有固化或者约束自由裁量权的作用,就等于在实际上否认了行政机关使用契约的价值。行政受立法羁束的时候,没有契约;行政自由的时候,又不受契约的约束,这样的契约就不是真正的契约。所以,虽然契约自由还会受到公平原则、公共利益原则的限制,但契约束缚行政机关的自由裁量权,是契约的应有之义。

Abstract: The administrative contract mainly has the following impacts on the principle of legal administration: evaluation criteria, power - exercising criteria, duty - allocation criteria, power - province confining criteria and accountability - sharing criteria and so on. Contracts exist in the administrative discretion. Contracts improve the legitimacy of legal administration in the below aspects: agreed standard higher than legal standard; agreed provisions not against and non - exclusive of legally stipulated provisions; agreed obligations not against legally prohibitive provisions; agreed responsibility not conflicting with legal duties.

Keywords: contract, legal administration, discretion

[28] 在当前行政机关的执法责任制和问责制中,没有执行权的处罚机关,应当(而不是可以)向法院申请强制执行。如果没有向法院提出强制执行申请的,就是失职,属于行政问责的事项。可见,当为不为、当作不作,是明确的不履行法定职责的行为。