

我国公务员聘任合同研究

——述评、比较、判断及启示

张宏伟

内容提要 聘任合同是对聘任制公务员实施依法管理和合同治理的重要依据。在当前国内正在开展聘任制管理试点的现实背景下,经济学、法学、管理学等学科对公务员聘任合同的概念化和操作化定义各有侧重。学界有关公务员聘任合同归属于行政合同、劳动合同、混合合同的讨论深刻影响着合同争议处理的思路和策略。在依法治国的背景下,通过对学者观点的述评以及国外相关理论与实践的比较,构建聘任合同的判断标准,将有益于完善聘任制度,并对我国公务员聘任制改革试点提供政策启示。

关键词 公务员 聘任合同 述评 比较研究 判断标准

张宏伟,江苏省公务员局副局长研究员 210008

一、公务员聘任合同的背景和研究意义

公务员职位聘任制是公务员法的规定事项和干部人事制度的重要内容,是指国家机关根据工作需要,经省级以上公务员主管部门批准,对不涉及国家秘密的专业性较强的职位和辅助性职位,按照平等自愿、协商一致的原则以合同的方式聘用的制度。我国《公务员法》在“职位聘任”一章中规定了公务员聘任制的选聘办法、聘任合同签订和履行、聘任制公务员的管理以及人事争议处理办法等内容。在《公务员法》出台之前,我国许多地方政府因为行政管理的需要,已经以“政府雇员”、“首席科学技术顾问”、“高级雇员”、“特殊岗位公务员”、“机关事业单位雇员”等形式进行类似于公务员聘任制的尝试。而在《公务员法》出台之后,2007年深圳最早试水公务员聘任制改革,并配套进行分类管理制度的改革。目前,上海、北京、江苏、湖北、河南、四川、广西等10多个省(区、市)陆续开展了试点,但除了深圳市实施行政机关新进人员全员聘任制外,其他各地聘任的规模均很小,每次招聘一般在10人以下。由此可见,虽然《公务员法》出台已有数年,但公务员聘任制在我国却仍然处在一种探索的阶段,同时,在之前的实践过程中已经显露出一些问题;而且,由于相关法律法规的缺位,这些产生的问题尚未表面化,尤其是在公务员聘任制的核心——聘任合同的运行机制等方面,体现的更加明显。随着公务员聘任制的逐步推广,聘任合同中存在的问题必须予以重视,其研究在实体法上及诉讼法上均

有现实意义。

聘任合同中存在的最为表面化的问题在于发生合同纠纷时,如何正确的选取诉讼途径。《公务员法》第一百条对聘用合同争议的解决途径作了规定,但对于聘任制公务员对仲裁裁决不服而向人民法院提起诉讼的性质却未有明确。而依据我国诉讼法律的规定,民事诉讼与行政诉讼分属不同性质的诉讼,适用的诉讼法律也有所不同;虽然《行政诉讼法》中将国家机关对国家机关工作人员的奖惩、任免等决定排除在行政诉讼的受案范围之外,但公务员聘用合同本身所具有的与雇佣合同、劳动合同等民事合同不同的特征,令我们不能一概将之视为民事性质的合同而予以处理。具体的说,聘用合同虽然是双方意思表示一致的体现,但其中往往会包含一些法定的条款,而这些条款可能是民事合同中违背平等原则而无效的条款、不可能出现的条款、不常见的条款或是具有强烈行政性色彩的条款等。对于此种情形,如果适用《合同法》或《劳动合同法》的规定,将会产生对聘任合同原意的误读,并对双方当事人合法权益造成侵害。

基于诉讼途径选取问题的提出,自然地在实体法上会提出更进一步的问题,即聘用合同的法律性质问题。一般而言,合同是双方当事人意思表示一致的一种私法领域的法律制度。在公共行政领域引入合同制度,以维护与增进公共利益,实现行政管理的目标,在我国尚属新兴事物。虽然已有相关案例证明,法院将国家机关作为当事人签订的某些类型的合同纠纷归入行政诉讼的案由,但行政合同的概念并未为法律所承认,亦不存在相关的专门规定或司法解释。因而,是否将公务员聘任合同的性质确认为行政合同,更确切的说,行政合同的内涵和外延是什么?或者说行政合同与民事合同之间的界限如何?这些均为实践中的棘手问题,有待厘清。而且,从各地实践看,简单地将公务员聘任合同归于民事合同或行政合同也似有不妥,事实上聘任制公务员的工作内容、职务等都会对聘任合同性质的认定产生影响。即使某一公务员聘任合同被定性为行政合同,但并不意味着合同中所有的权利义务关系都属于公法性质,从而引发所谓“混合合同”存在可能性的问题。

此外,聘任制公务员的管理问题亦值得关注。《公务员法》第九十九条规定,行政机关依据公务员法和聘任合同对所聘公务员进行管理。这就是说,虽然聘任合同是国家机关与聘任制公务员意思表示一致的结果,但国家机关仍可直接依据公务员法对聘任合同约定的管理行为予以修正,甚至是作出超出聘任合同约定的权利义务关系范围的管理行为,甚至是与约定相反的管理行为,而不需要征得聘任制公务员的同意。然而依据聘任制公务员的工作内容、职务等的不同,如果对聘任合同的性质进行区别化的认定,是否应当一概赋予国家机关在未与聘任制公务员达成合意的情况下直接依法变更或解除的权利,或者说,国家机关在何种情形下得因情事变更原则依法片面调整、变更聘任合同的内容或解除合同?

针对以上提出的问题,本文首先对我国学界关于公务员聘任合同的研究进行综述,探讨其利弊得失。其次,借鉴国外学说与实务,尝试提出相关见解。最后,结合我国目前公务员聘任制试点的实践情况,提出判断标准和政策建议。

二、公务员职位聘任合同的研究现状

近年来,公务员聘任制逐渐成为学界研究的热点。论者主要集中在政治学、管理学、经济学等领域,论述中虽涉及公务员聘任制的法律制度设计,但较少专门从法学角度进行探讨。就目前的研究来看,关于公务员聘任合同,存在以下几种观点。

1. 公务员聘任合同系属劳动合同的观点。2004年国家公务员管理部门在《关于〈中华人民共和国公务员法(草案)〉的说明》中指出,聘任制公务员与机关的关系实质是劳动合同关系,聘任制公务员

人事争议仲裁的原则、人事争议仲裁委员会的组成和人事争议仲裁程序亦参照劳动争议仲裁予以规定。而依据《劳动合同法》第二条第二款的规定,国家机关、事业单位、社会团体和与其建立劳动关系的劳动者,订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同,依照本法执行。而且,从《公务员法》颁布实施前我国政府雇员制的实践来看,如果去除对公务员身份的“纠缠”,那么通过签订合同的形式,以取得国家机关需求的专业性、技术性或辅助性的人力资源,应属于典型的行政上的辅助行为,所订立的合同应属于私法性质的劳动合同^[1]。据此,似可将公务员聘任合同的性质认定为是劳动合同。这种观点最为可贵之处在于,明确了公务员聘任制与公务员选任制、委任制性质上的不同。也即公务员聘任合同虽具有显著的公法特征,但以公务员聘任合同形式对双方当事人权利义务关系进行规定,其本身就已经被注入了浓厚的私法色彩。

2. 公务员聘任合同系属行政合同的观点。从上世纪九十年代末以来,我国法学学者已经开始着眼于行政合同的研究,但作为《公务员法》颁布以后才产生的新兴事物,公务员聘任合同被归入行政合同的范畴仍然只是一种理论上的探讨。持该观点的学者认为,如果权力机关在承担社会福利和国家使命时,继续使用合同工具来代替法律规范,那么这样的合同便具有了某种准公共性质^[2]。从公务员聘任合同的形式特征和实质特征来看,公务员聘任合同的当事人分别是国家机关与聘任制公务员,签订聘任合同的内容和目的是为了履行行政职责或者说公共事务管理职责;在聘任合同的履行、变更或解除中,原则是平等自愿、协商一致,但国家机关享有主导性权利,当用人机关依法规定的解除聘任合同的条件出现或者精简机构、人员而解除合同的,只要国家需要,合同就可以解除^[3]。由此可见,公务员聘任合同所涉内容是公法上的权利义务,其法律依据是《公务员法》,合同目的是履行行政管理职责,属于公共利益的范畴,应当属于典型的行政合同^[4]。也有学者认为,聘任合同既然是合同,就具有一般意义上的合同的特点,但它不同于一般的民事、经济合同,虽与劳动合同相似,但也不属于劳动合同,而是属于一种人事行政合同。原因在于,目前理论界和实务界普遍承认的行政合同的外延为国有土地使用权出让合同、全民所有制工业企业和公共工程承包合同、国家订购和政府采购合同、公用征收补偿合同、国家科研合同以及计划生育合同等。而公务员聘任合同不单单是普通的行政合同,具有强烈的“人事关系”属性,故称之为人事行政合同^[5]。

3. 公务员聘任合同系属混合合同的观点。所谓混合合同,指的是合同中有部分条款为私法性质,还有部分条款则为公法性质。那么对于混合合同,究竟应当受私法调整,还是受公法调整,以及如何对其定性,就产生了不同的理解。有学者提出,公务员聘任合同即使能够定性为行政合同,也并不表示合同中规定的所有的权利义务关系都属于公法性质,因而有混合合同存在的可能性^[6]。而且,法律对于聘任制公务员的规定明显不同于选任制和委任制公务员,所设人事争议仲裁制度则类似于劳动争议仲裁,因而应当由公法和私法共同调整^[7]。但也有学者则认为,公务员聘任合同,尤其是不涉及第三人的合同中有明显不属于行政法调整的条款,因而不能确认其为行政合同,而应准用民法的条款予以调整。这是因为,部分学者也许认为,从我国《公务员法》对聘任制公务员职位的规定来看,聘任制

[1]杨东升:《我国政府雇员制立法探微》(下),〔丹东〕《辽东学院学报》(社会科学版)2010年第4期。

[2]哈贝马斯:《公共领域的结构转型》,曹卫东译,〔上海〕学林出版社1999年版,第179页。

[3]张伯林:《中华人民共和国公务员法释义》,〔北京〕中国人事出版社2005年版,第216页。

[4]姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》,〔北京〕法律出版社2006年版,第238页。

[5]徐银华、石佑启、杨勇萍:《公务员法新论》,北京大学出版社2005年版,第164页。

[6]余凌云:《行政契约论》,〔北京〕中国人民大学出版社2006年版,第29页。

[7]林艳玉:《公务员聘任合同的性质及其诉讼》,〔武汉〕《湖北行政学院学报》2006年第5期。

公务员仅限专业性较强的职位和辅助性职位,从事的是非权力性事务,不能因其由公务员法规定而直接确定其行政合同的性质;也正因为其受公务员法调整,因此,不单纯是私法性质的合同,但对于公务员聘任合同中权利义务关系的调整,则应可准用私法的相关规定。

4. 相关讨论。检视上述三种观点,主要是从公务员聘任合同的内容角度予以观察,分别将其归入私法合同、公法合同或公私法混合合同的范畴。三种观点各有其理据,但都未能为其结论提供充足的证明力,而需要更加深入的探讨。首先,纯粹的劳动合同说忽视了聘任制公务员具备一些普通劳动者所没有的特性,而公务员聘任合同中可能存在明显违反双方合意和平等原则的内容,令我们不能简单的将公务员聘任合同界定为纯粹私法性质的劳动合同。其次,行政合同说强调公务员聘任合同订立的目的是公共利益,是为了实现特定的国家行政管理目标。该观点的缺陷在于,如果不能恰当地定义何谓公共利益,那么就只是问题转换,失之空泛;而且,《公务员法》规定的聘任制公务员所涉及的职位相当有限,专业技术类与辅助类职位是否能够直接行使行政职权,作出具体行政行为,亦存在疑问,因而仍需证明公务员聘任合同的公共利益性。最后,即使承认混合合同存在的可能性,公务员聘任合同条款的法律效果也不能单独地进行观察,而应作整体判断,否则,在纠纷解决途径的选择以及法律依据等方面易于产生混乱。那么,有关混合合同的观点的论证就转化为对前两种观点的分别论证。事实上,如果基于公法优先性和特别条款优于一般条款的考虑,则只要含有公法性质的条款,就应当一律认定为是行政合同。

需要注意的是,对于聘任合同的一方主体为国家机关,学者则不过多重视。原因在于,主体因素虽然清晰可辨,但过于形式化。也即合同的一方为公法上的行政主体,虽是持行政合同论的学者所坚持的能够证明公务员聘任合同系属行政合同的重要形式要件,但并不意味着国家机关作为一方当事人所缔结的合同必然是公法性质的合同,而遭到《劳动合同法》第二条第二款规定的驳斥。基于类似的原因,持劳动合同论的学者亦不能将主体因素作为界定公务员聘任合同性质的主要标准。

三、国外理论与实务的比较观察

国外的聘任制公务员有的称呼为政府雇员或政府临时雇员等。从国外聘任制公务员的实践来看,不同国家或地区聘任制公务员占公务员职位总数的比例有较大区别,并没有一定之规。即使是相同法系的国家之间,聘任制公务员的任职情况也不一样^[1]。例如,英国聘任制公务员的比例为80%左右,同属英美法系的美国聘任制公务员的比例则约15%;德国聘任制公务员的比例为70%左右,而同属大陆法系的日本聘任制公务员的比例则只有约12%^[2]。但总的来说,聘任制公务员的任职范围一般是临时性、辅助性或高技术性的岗位。如美国聘任制公务员的适用情形包括为完成高峰期的工作量、填充那些将来拨款可能有问题的职位、临时填补终身职位以及有可能被外包的职位等,而德国聘任制公务员则主要适用于临时性工作、中短期项目、高技术岗位等^[3]。但即便在任职范围上有所类似,不同法系国家对聘任制公务员的合同管理却存在很大的不同。在英美法系国家,国家机关作为一方当事

[1]此处所谓聘任制公务员与各国实践中的表述有差别,如美国实行的政府雇员制,其政府雇员即相当于公务员,而与聘任制公务员相似的概念则是临时或兼职雇员。为防止出现概念混淆,方便比较,而以常任制公务员与聘任制公务员来统一表述。但此种表述并不意味着只有聘任制公务员通过合同进行管理,而只是从职位相似性上进行分类。

[2]参见克里斯托福·德姆克等:《欧盟25国公务员制度》,宋世明等译,〔北京〕国家行政学院出版社2005年版,第86-89页;吴志华:《美国公务员制度的改革与转型》,上海交通大学出版社2006年版,第93-96页;张俊生:《中外公务员制度比较》,〔北京〕中国劳动社会保障出版社2008年版,第66页;金判锡:“日韩公务员制度改革研究”,载《国家行政学院学报》2003年第2期。

[3]刘厚金:《中外公务员制度概论》,北京大学出版社2010年版,第109页。

人与私人签订的合同被统称为政府合同。由于采取的是统一的诉讼途径,实行“同一法院同一法”,因此不区分行政诉讼或是民事诉讼,而是由法院在个案中根据政府合同是否具备一定的形式要件和实质要件来对合同的性质予以判定^[1]。法院判断的法律依据原则上是一般的普通法规则,但也不排除适用判例法和专门法所创设的行政法上的特别规则^[2]。与英美法系国家不同的是,大陆法系国家强调公、私法的划分,合同性质的不同直接体现为法律依据、诉讼途径以及诉讼程序的不同,因而区分行政合同与民事合同就成为必须完成的任务,因而也形成各种学说。依据各学说的核心观点,以下将从合同主体与合同内容两个方面进行论述。

1. 合同主体理论

合同主体理论认为,合同性质的判断,应当主要从合同法律关系主体角度予以考察。合同主体理论最初的观点来自于公法与私法的主体判别标准,即所调整的法律关系的一方为国家机关则为公法,而所调整的法律关系的主体均非国家机关则为私法,又被称为“旧主体说”^[3]。旧主体说认为,合同主体的一方是国家机关,那么该合同就属于行政合同;如果合同双方当事人都属于私人,则该合同才能被定性为民事合同。旧主体说过于强调形式,而未给国家机关缔结民事合同留下空间,而遭到多数学者的批评,亦不为立法和司法实践所接受^[4]。因此,有学者对旧主体说进行了一定的修正。

第一种修正的观点同时从合同主体和合同内容两方面进入,认为如果合同当事人的一方为国家机关,且有关合同的内容涉及公法上的规定,则认定该合同为行政合同。这种观点强调,对于公法所规定的事项,国家机关不得缔结私法合同^[5],但并不排斥国家机关以平等民事主体的身份与私人订立合同。该观点在一定程度上为法国的法律实践所接受。在法国,国家机关作为一方当事人的合同性质的判断,首先应由立法者以成文法的形式预先决定。立法者可以直接确定合同的性质,也可以确定合同争议的诉讼途径,从而间接确定合同的性质。申言之,法律条文中可以规定将某种合同直接定性为行政合同或民事合同,亦可规定某种合同所产生的争议由行政法院或普通法院所管辖^[6]。据此,在法国的成文法中,已经被明确为行政合同的合同类型包括公共工程承包合同、公共工程捐助合同、公务特许经营、独占使用共用公产合同、职业军人的聘用合同、出卖国有不动产合同等国家机关签订的合同,而法定的民事合同则包括部队伙食外包合同、公有私产^[7]的处分合同以及不具有公务员资格的聘任人员的雇佣合同等。需要注意的是,具有公务员资格的聘任人员的聘任合同并不在法定行政合同或法定民事合同的范围内。事实上,以成文法的方式直接定义合同的性质不可能穷尽所有行政合同的类型,法律语言的简明性也使得其在个案的适用上可能会产生疑义,因此很多情况下仍要通过行政合同的判断标准来予以明确。

法国司法实践中以判例的形式提出了行政合同的划分细则,认为行政合同应同时具备形式要件和实质要件。形式要件是合同的当事人中至少有一方是国家机关,而实质要件是合同必须涉及公共

[1]杨欣:《论行政合同与民事合同的区分标准》,〔北京〕《行政法教学研究》2004年第3期。

[2]朱新力:《行政合同的基本特性》,〔杭州〕《浙江大学学报》(人文社会科学版)2002年第2期。

[3]林明锵:《评论“三军委制协议书”》,《台湾本土法学杂志》2000年8月,总第13期;南博方:《行政法》,杨建顺译,〔北京〕中国人民大学出版社2009年版,第62页。

[4]Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12 Auflage, C. H. Beck, 1999, §14 Rn. 10.

[5]Christian Pestalozza, “Formenmissbrauch” des Staates: Zu Figur und Folgen des “Rechtsmissbrauchs” und ihrer Anwendung auf staatliches Verhalten, C.H. Beck, 1973, S. 181.

[6]王名扬:《法国行政法》,北京大学出版社2007年版,第179页。

[7]公有私产指的是公产中不供大众直接使用或不作为特定公共服务事项而特别使用的部分。

事务的直接执行或是包含私法以外的规则^[1]。对于法国的判断标准,有几点需要特别予以说明。首先,行政合同原则上应当是国家机关参与缔结的合同,但在例外的情况下,私人之间订立的合同也能够被认为是行政合同。此种例外情形主要指的是判例所形成的三种合同类型,即国家机关的代表缔结的合同、不具有独立意思表示的私人作为国家机关的“傀儡”^[2]缔结的合同以及涉及“国家本质性任务”领域内缔结的合同。其次,国家机关的所有行为都在于执行公共行政事务,即使以平等主体的身份订立民事合同也不例外。因而判例上进一步要求,必须是合同内容涉及公共事务的直接执行,方能被认定为是行政合同。公共事务的直接执行主要发生在三种情况:一是合同的当事人直接执行一项公务事项;二是通过合同,使对方当事人得以直接参与公共事务的运作;三是合同构成执行公务的一种方式,即订立合同的行为本身就是执行公务的行为。最后,私法以外的规则指的是在公、私法分立的二元论背景下,合同条款中异于一般民事合同的内容,即民事合同中的违法条款、不可能出现的条款或是以法定的公法规则为背景而订立的条款。基于公法规则的优先性,一旦出现一项私法外规则,就足以使整个合同被排除出民事合同的范围之外,而只能被认定为是行政合同^[3]。

第二种修正的观点认为,如果国家机关以公法上特别法主体的身份缔结合同,那么该合同就应当被界定为是行政合同^[4]。这种观点认为,即使是国家机关,如果其以民事主体的身份与私人订立合同,特别是所适用的法律规定对任何人都能适用时,则该合同应界定为民事合同;如果国家机关在法定的职权范围内执行公共事务,其行为就具有公法的性质,而因此所签订的合同,就属于行政合同^[5]。该观点的立论关键在于如何定义公法上特别法主体的概念,或者说,在何种情况下,国家机关能够以公法上特别法主体的身份开展活动。如果这一立论依据得不到澄清,则有陷入循环论证之虞。对此有学者提出,法定的以国家权力主体的资格出现的国家机关以及以国家为后盾而设立的组织^[6],除非涉及行政上的辅助行为、管理财产的行为或行政上的营利行为等明显属于私法范畴的行为^[7],否则都应当认为系属公法上特别法主体。但也有学者批评,这种观点不能仅依据法律归属主体来定义公法上特别法主体,仍然需要结合其他实质标准才能确定,而此种实质标准通常取向于行政任务的性质,即是否直接实现或间接有助于公共目的的达成^[8]。可见,国家机关与私人订立的合同是否具有行政合同的性质必须从现代国家行政任务的角度予以认定。这种观点应用于公务员聘任合同性质判断的难点则在于,国家机关与私人订立的聘任合同是否属于行政任务中受特别法支配的范畴,而非一种以取得执行行政任务所必须的人力、物力为目的的行政辅助行为。对此有学者指出,作为公权力主体的特别法,公法应该只在必要的范围内才排斥私法的适用可能性^[9],因而在法无明文的情况下,不能直接认定国家机关是以国家权力主体的资格出现,而应当考察国家机关

[1]李昭:《德法行政合同制度之比较》,〔石家庄〕《河北法学》2004年第3期。

[2]Chen Chwen-Wen, Les situations transparentes en droit administratif français, Lille, Presses Universitaires du Septentrion 2001, pp.179 et ss.

[3]G. Vedel et P. Delvolvé, Droit administrative, op. cit., tome 1, p. 390.

[4]Alfons Gern, Der Vertrag zwischen Privaten über öffentliche Berechtigungen und Verpflichtungen, Duncker und Humblot, 1977, S. 45.

[5]Alfons Gern, Neue Aspekte der Abgrenzung des öffentlich-rechtlichen Vertrags vom privatrechtlichen Vertrag, VerwArch 70, 1979, S. 219-230.

[6]Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12 Auflage, C. H. Beck, 1999, §3 Rn. 18.

[7]Dirk Ehlers, in: Hans-Uwe Erichsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11 Auflage, 1998, §2 Rn. 27-28.

[8]Arno Scherzberg, Grundfragen des verwaltungsrechtlichen Vertrages, Juristische Schulung, 1992.

[9]Klaus Lange, Die Abgrenzung von öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Vertrag, Juristische Schulung, 1982.

的行为是否有应用特别法来调整的必要。

2. 合同内容理论

合同内容理论主张,行政合同是设定、变更或消灭公法上法律关系的合同。这种理论目前在德国及受德国影响的国家和地区较为流行,渐成为学界及实务界的通说。合同内容理论中,对于如何通过合同内容的认定而明确合同的性质,学者不同的代表性观点如下:

(1) 法律效果说

该观点以合同的法律效果作为判断合同系属行政合同或民事合同的依据,认为行政合同是以公法上的效果发生为目的,使双方当事人间的意思表示达到一致,而后成立的公法行为^[1]。反之,如果合同以私法上的法律关系为其法律效果,则为民事合同。法律效果说的立论基础在于,合同所构成的权利义务关系,如果不能归属于任何人,而只能由公法上的特别法主体来承担,那么该合同就应当界定为行政合同。合同是否形成公法上的效果,应探求相关法律规定的意旨。据此,法律效果说可谓与合同主体理论中第二种修正观点系属一体两面,一者偏向合同主体,另一者则偏向合同内容。如果单从法律效果来看,行政法律关系与民事法律关系质完全不同,因此行政合同与民事合同之间存在本质分别;但如果以法律效果为标准来判别合同的性质,则未必能够取得逻辑上的妥适性。有学者指出,在逻辑上应当是合同的性质决定法律效果的性质,如果以法律效果的性质来决定合同的性质,则会导致逻辑的颠倒^[2]。而且,法律行为的性质与其效果的性质也不一定保持一致^[3],行政行为同样能发生私法性质的效果,二者之间的联结并不那么紧密。

(2) 规范事实说与规范拟制说

规范事实说的提出,一定程度上是为了弥补法律效果说的逻辑漏洞。该观点认为,合同的性质取决于当事人以合同规范或约定的事实,而不是合同事实适用法律后所产生的法律效果。如果合同事实所适用的法律规范是专门以国家或由国家设立的公权力主体为适用对象的公法,那么该合同即属行政合同;反之,如果合同事实适用的是可适用于所有权利主体的法律规范,那么合同的性质应为民事合同。依据规范事实说,合同性质判断的必要条件是存在规范该合同事实的公法法规,如果该法规存在,则可认定该合同系属行政合同。据此,亦可看出规范事实说的缺陷在于,如果无任何事先存在的法律对合同内容的事实予以规范,则该观点即无适用的空间。对此,有学者提出规范拟制说进行补充,认为合同性质的判断应假设该合同的事实能否以公法的方式予以规定,如果可以,则该合同属于行政合同,反之则属民事合同^[4]。其实际理解为,将合同的条款假设成法律规定,再依据公、私法判别标准对拟制的法律规定进行定性,从而确定合同的性质。虽然规范拟制说不依靠现有的法律规定,但仍然需要对拟制出的法律规定进行公、私法性质的判断,而由于公、私法的区别本身尚无确定的标准,因此该观点也遭致了许多学者的批评^[5]。由此可见,规范事实说与规范拟制说还面临着一个根本的问题,即两种观点俱着眼于合同事实,合同事实本身并不具有公法或私法的属性,而对合同事实的评价却不得不求助于适用的法律规定的属性,所以从本质上来看,只是将合同性质的判断转化为法律性质的判断。

[1]和田英夫:《现代行政法》,倪健民、潘世圣译,〔北京〕中国广播电视出版社1993年版,第211页。

[2][5]Volker Schlette, Die Verwaltung als Vertragspartner: Empirie und Dogmatik verwaltungsrechtlicher Vereinbarungen zwischen Behörde und Bürger, Mohr Siebeck, 2000, S.117, S.119.

[3]Christian Schimpf, Der verwaltungsrechtliche Vertrag unter besonderer Berücksichtigung seiner Rechtswidrigkeit, Duncker und Humblot, 1982, S. 60.

[4]Arno Scherzberg, Grundfragen des verwaltungsrechtlichen Vertrages, Juristische Schulung, 1992.

(3)行政任务说

行政任务说形成的判断标准是合同内容是否直接或间接履行公法上的任务^[1]。该观点认为,如果合同的内容是国家机关对于合同相对人履行公共行政任务,且该行为明显不能以私法方式履行,则该合同应属于行政合同;反之,如果该合同的内容与公法上的任务无关,则属民事合同^[2]。然而,由于行政任务的概念过于宽泛,国家机关的一切行为都是在直接或间接的执行法律负担的行政任务,其亦可以私法方式执行行政任务,如国家机关购买办公用品也是为了执行行政任务,因此,该观点不具法律实践上的可操作性。有学者提出补充的观点,认为内容为直接执行行政任务的合同系属行政合同,间接有助于行政任务执行的合同则仍属于民事合同^[3]。

此外,还有整体性质说,其实质是综合以上诸观点,对于合同的整体关联性予以观察,并判断合同性质。但该观点较为抽象,在实际运用中仍需回到前述观点的标准。

3. 相关讨论

从上述合同主体理论的观点来看,仅从主体角度来判别国家机关缔结合同的性质是不现实的,也须依靠合同内容的要素予以认定。第一种修正观点虽强调主体作为形式要件,但判别合同性质的关键却在于实质要件;第二种修正观点表面上将主体作为主要的判别标准,但在具体的认定中,仍需判断主体是否依据公法的规定而以公法上主体的身份出现,而这已经在很大程度上削弱了合同主体理论的重要性。此外,该理论还承认,即使合同的双方当事人都不是国家机关,两个私人之间也能够订立行政合同。虽然此种例外情形需要受到极大的限制,但却意味着合同主体理论的突破。

而在合同内容理论方面,各种观点在理论上虽难以自圆其说,但并不妨碍实践运用的价值。例如,德国《行政程序法》第五十四条的规定被普遍认为是支持了法律效果说的观点,而德国联邦社会法院与法国相关判例中则对行政任务说表示了赞同^[4]。然而,由于合同的重心在于合同产生的权利义务关系,因而从合同内容理论的各种观点看,虽然关注的角度有所不同,但最终仍需对合同的权利义务关系以及其归属的主体进行判断。法律效果说针对的就是合同法律关系的性质;规范事实说与规范拟制说虽以事实为切入点,但相同事实适用不同性质的法律将产生不同的法律效果,如果要以事实为基础判断合同的法律性质,则不得不回到对适用法律的考察;行政任务说的立论基础在于公权力主体的行为性质,预先设定了行政任务的归属主体;整体性质说则是一种综合考察的观点,常作为补充性的判断标准。据此,国外理论与实践最重要的经验就是,合同性质判断的标准应当从主体和内容两方面共同切入,而对于合同的主体,不能仅从形式上予以判别,更应当结合内容方面的实质标准。

四、公务员聘任合同性质判定标准的构建

1. 基本出发点

虽然上文对国外理论与实践的比较为我国公务员聘任合同性质的判断提供了相当丰富的材料,然而在我国法制背景下,对公务员聘任合同的相关法律问题进行研究,所面临的与国外关于行政合

[1]Wolfgang Bosse, Der subordinationsrechtliche Verwaltungsvertrag als Handlungsform öffentlicher Verwaltung, Duncker & Humblot, 1974, S. 28.

[2]Hans-Joachim Knack, Verwaltungsverfahrensgesetz, 6 Auflage, 1998, §54 Rn. 2.

[3]Bertram Schulin, Der öffentlich-rechtliche Vertrag vor einer Bewährungsprobe- Das Problem der Leistungserbringungsverträge im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, JZ, 1986.

[4]Volker Neumann, Dogmatische und prinzipiengeleitete Argumente bei der Abgrenzung von Verwaltungsverträgen- Zur Rechtsnatur der Pflegevereinbarungen im Sozialhilferecht, Die öffentliche Verwaltung, 1992.

同立法和理论研究情况不同的是,行政合同的概念尚未被我国的立法接受和使用,行政合同应当适用的基本规则也未予以明确。这一缺位是公务员聘任合同性质判定的障碍。其原因在于,合同的外观形式传统上与行政法领域的公权力主体存在一定的距离,在缺乏相应的法制基础的情况下,二者的结合难免会产生“诸多的变异”^[1]。尤其对于公务员聘任合同而言,如果合同的定性产生错误,将本应由行政法规制的合同交由合同法或劳动合同法等私法调整,就使得合同的当事人通过合意违反或逃避法律规定成为可能,从而谋取私利或转嫁公共责任,造成公共利益或第三人利益的受损^[2];反之,则会造成公权力的不当扩张,损害合同相对人的利益。在这种情况下,判断公务员聘任合同的性质只能首先从聘任合同本身的特征出发,并以此为基础,针对具体实践,选择较为妥适的学说作为判断标准。

依据《公务员法》的规定,公务员聘任制的范围是不涉及国家秘密的专业性较强的职位和辅助性职位,合同签订的原则是平等自愿、协商一致,合同的双方是国家机关与聘任制公务员,合同的内容包括合同期限、职位及其职责要求、工资、福利、保险待遇、违约责任等条款。公务员法和中央公务员主管部门印发的《聘任制公务员管理试点办法》(2011)规定,聘任制公务员使用国家行政编制、依法履行公职,具有公务员身份,由机关依据公务员法和聘任合同对其进行管理。因此,在进行性质的判定之前,以下几点表象需予以明确。第一,聘任制公务员所具有的公务员身份决定了其性质与不具有公务员身份的政府雇员是截然不同的。公务员是依法履行公职、纳入国家行政编制、由国家财政负担工资福利的工作人员。聘任制公务员纳入国家行政编制、由国家财政负担工资福利,而不具有公务员身份的政府雇员则不能担任行政职务,不纳入行政编制。一般认为,雇佣政府雇员的行为是一种行政上的辅助行为,不具有公务员身份的政府雇员的与国家机关订立的雇佣合同的性质系属私法性质的劳动合同,而公务员聘任合同的性质应与之有所差别。这虽然不能直接推导出公务员聘任合同系属行政合同的结论,但也有助于合同性质的确定。第二,公务员聘任合同适用的法律是《公务员法》。《公务员法》对聘任合同的主体、内容、纠纷解决方式等方面作了规定。相对于《合同法》与《劳动合同法》等法律,《公务员法》对公务员聘任合同的规定应属特别法的规定。但需注意的是,《公务员法》并未直接明确聘任合同的性质,亦不能因聘任合同适用《公务员法》而当然的确定其性质不属于民事合同。这是因为,同一部法律中可能既包括公法的规定,也包括私法的规定。而大多数公法规定是同时以国家与私人作为其规范的对象,其中有些法条虽然指向的是公权力主体,但也可能专门指其作为私权主体的性质。而且,《公务员法》规定因公务员聘任合同所产生的人事争议可向法院提起诉讼,但《行政诉讼法》则将行政机关对行政机关工作人员的奖惩、任免等决定排除在受案范围之外,亦说明了这一点。第三,专业性较强的职位与辅助性职位的职位分类不具有合同定性上的意义。聘任制公务员的职位范围仅是国家机关因工作需要而设定的,与一般公务员法定的职位类别存在区别。例如,聘任制公务员中的专业性较强的职位与一般公务员中承担专业技术职责的职位虽然采用了相似的用语,但依据《公务员法》第十五条和第三十八条第一款的规定,委任制公务员中从事专业技术性质工作的职位反映在职务上有明确的职务名称,或是领导职务或是非领导职务,而各地试点实践中专业性较强的聘任制公务员职位却不纳入公务员职务的序列,职位和职务名称多种多样,没有得以规范。正是因为如此,聘任制公务员的职位类别仅仅是工作内容上的划分,且其外延并不是法定的。根据立法者的原意和实践者的理解,专业性较强的职位范围包括金融、财会、法律、信息技术等方面,意在满足机关对较高层次专业技术人才的需要;辅助性职位范围则包括书记员、资料管理员、数据录人员和勤杂事务等

[1]余凌云主编:《全球时代下的行政契约》,[北京]清华大学出版社2010年版,第5页。

[2]江必新:《中国行政合同法律制度:体系、内容及其构建》,[北京]《中外法学》2012年第6期。

方面。由此亦可见,聘任制公务员的职位类别是对相似工作内容、难度的归类,而自上文所述之各种观点来看,此种分类显然不能够作为合同性质的判别标准。

2. 具体的判别标准

本文所欲构建的公务员聘任合同性质的判断标准,应从客观上予以判别,至于合同主体的主观意思表示与对合同的认识等主观方面的因素,则不在考察的范围之内^[1]。也即如果客观上的标准判定合同系属行政合同抑或是民事合同,那么合同的性质不会因双方当事人的合意而有所改变。由于公务员聘任合同在主体方面的特殊性,其必然是国家机关与私人签订的合同,因此从客观上对合同性质进行判断,主要依据的是以聘任合同的内容为切入点的判别标准。这种判别标准原则上应取决于合同是否以公法上应予规范的事实为标的^[2],但根据不同的观察角度,所选取的观察对象则有所不同。公务员聘任合同的内容一般包括任职期限、聘任职位和工作职责要求、双方权利和义务、工作条件和纪律、工作时间和休息休假、工资福利和社会保障、聘任合同的变更、解除和终止条件、违约责任以及纠纷解决途径等方面。依照合同事实认定的确定程度、判别标准的难易程度与可能产生的争议程度,笔者建议从以下步骤来判定公务员聘任合同的法律归属。

首先,应以聘任合同的内容是否直接涉及行政任务来进行判别。国家机关与私人所缔结的公务员聘任合同中必须对聘任制公务员的职位和工作职责要求进行详细的规定,这既是合同订立的具体目的,也是合同所载之双方权利义务关系的基础。如果聘任制公务员在职位和工作职责中涉及行政任务的直接执行,那么该聘任合同应当认定为是行政合同;反之,则应认定为是劳动合同。前述《公务员法》规定的专业性较强的职位与辅助性职位的职位分类不具有合同定性上的意义。但显而易见的一点是,如果出现一种极端情形:即辅助性职位不涉及行政任务的直接执行,而是一种典型的行政上的辅助行为,据此所订立的合同应属于私法性质。在这一意义上,辅助性职位的公务员聘任合同的内容与一般用人单位和劳动者签订的劳动合同的内容并无本质上的差别,辅助性职位所需履行的工作职责亦不具有行政性,而是体现较强的事务性色彩。如果将辅助性职位的聘任合同归入行政合同的范畴,由于行政合同相较于劳动合同赋予了国家机关以更多的特权,那么势必使辅助性职位的聘任制公务员的权利受到更多不必要的限制,亦加大了国家机关对其进行管理的成本。同理,对于专业性较强的职位则应当进行具体的区分,即对于不直接执行行政任务的专业性较强的职位,如信息管理、网络安全维护等岗位,应订立劳动合同取向的聘任合同;而对于直接执行行政任务的专业性较强的职位,则应当订立行政合同取向的聘任合同。

其次,对于专业性较强的职位,如果不能确定其是否与行政任务的直接执行相关,可从公务员聘任合同所载之双方权利义务关系的角度予以判别。如果合同约定的权利义务关系是由公法调整的,则属行政合同;反之,则属于劳动合同。一种情况是,如果公务员聘任合同所赋予聘任制公务员的权利仅能由公法规制,或是合同确定的国家机关的义务仅能由其以公权力主体的身份来承担,那么该合同应认定为是行政合同。例如,行政执法机关与法律专业人才订立公务员聘任合同,如果合同中涉及聘任制公务员申领行政执法证的相关内容,由于此种行为是仅限于特定的公权力主体所为的公法行为,因此该合同应认定为行政合同。另一种情况是,如果聘任合同赋予国家机关以广泛的保障合同履行和终止的特权,从而使合同双方当事人的权利义务关系体现出明显的不对等,则该合同应定性为行政合同。据现有的法律实践来看,国家机关基于公共利益的目的,可以在行政合同中享有公权力性质

[1]Volker Schlette, Die Verwaltung als Vertragspartner: Empirie und Dogmatik verwaltungsrechtlicher Vereinbarungen zwischen Beh?rde und B?rger, Mohr Siebeck, 2000, S. 112.

[2]Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12 Auflage, C. H. Beck, 1999, §14 Rn. 11.

的特权。虽然在不同国家,该特权的范围有所差别,但一般认为,为防止或去除对公共利益造成重大危害的结果,国家机关得在必要范围内单方面变更合同的内容或解除合同;相对的,如果该结果不是因聘任制公务员的行为而造成,其应享有要求补偿的权利。对这种特权的规范即为不同于普通合同的行政合同特别规则。

最后,推定原则的适用。对于明显不属于民事性质合同的公务员聘任合同,如果难以用上述判别标准来确定其法律归属,则应推定其为行政合同。国家机关与私人缔结的公务员聘任合同,原则上都是为了实现公共利益的目的。为防止合同双方以合意的形式损害公共利益和第三人利益,当遇到难以判别合同性质时,应当推定为行政合同。

五、聘任合同性质对当前我国公务员聘任制改革试点的政策启示

1. 合同诉讼途径的选择

在明确公务员聘任合同性质的基础上,回到本文开头的问题。公务员聘任合同性质的法律归属问题如能得以解决,则为公务员聘任合同纠纷诉讼途径的解决铺平了道路。从目前纠纷解决的顺序来看,《公务员法》规定,聘任制公务员与所在机关之间因履行聘任合同发生争议的,可向人事争议仲裁委员会申请仲裁,人事争议仲裁委员会由公务员主管部门的代表、聘用机关的代表、聘任制公务员的代表以及法律专家组成;当事人对仲裁裁决不服的,可向人民法院提起诉讼。《劳动人事争议仲裁办案规则》与《人事争议处理规定》中都规定,实施公务员法的机关与聘任制公务员之间因履行聘任合同发生的争议应由其调整。从这些法律规定来看,公务员聘任合同纠纷人事仲裁的性质系属行政仲裁^[1]。然而,这些法律法规都回避了对当事人对仲裁裁决不服后提起诉讼性质的明确。虽然根据《行政诉讼法》和《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》的规定,行政机关对行政机关工作人员的奖惩、任免等决定不在行政诉讼的受案范围之内,调解行为以及法律规定的仲裁行为亦是如此,从而将公务员聘任合同的纠纷定义为非行政诉讼。立法者的目的在于保障国家机关作为合同当事人的诉权,以及平等的对待国家机关与聘任制公务员,但事实上这种模糊的取向反而会造成聘任制公务员无法正常行使诉权来保障自己的合法权益;即使能够进入诉讼阶段,以民事合同的一般规则来审查可能具有明显不平等条款的公务员聘任合同,亦会造成国家机关的利益受损,从而影响公共利益目的的实现。因此本文认为,基于上文所述之公务员聘任合同性质的判别标准,应当区分对待不同性质的聘任合同诉讼途径的选取。即对于行政合同性质的公务员聘任合同,应当赋予当事人提起行政诉讼的权利;而对于劳动合同性质的公务员聘任合同,应当循民事诉讼的途径以解决纠纷。

2. 合同特权的边界

另一需要解决的问题在于,不同性质的公务员聘任合同中国家机关享有何种程度的特权。首先,对于劳动合同性质的公务员聘任合同,缔结合同的双方当事人处于完全平等的地位,该合同的内容与一般用人单位和劳动者缔结的劳动合同应无差别。其次,对于行政合同性质的公务员聘任合同,因其涉及行政任务的直接执行,或是合同所载的权利义务关系应由公法进行调整,为保障行政活动领域公共利益的优先实现和防止合同的订立、履行给公共利益、第三人合法权益带来重大损害,国家机关应当享有一定程度的特权。从国外行政合同的法律实践来看,国家机关能够享有的特权主要包括三种类型。第一种类型是国家机关在合同相对人不愿履行义务时,自行实施强制执行的程序;第二种类型

[1]此种观点在学界已是通说,但在实务界尚未予以明确。参见江必新:《中国行政合同法律制度:体系、内容及其构建》,〔北京〕《中外法学》2012年第6期。

是国家机关享有的单方行为权,包括合同履行的监督权、不履行或未按约定履行的制裁权、合同内容的单方变更权以及单方解除合同权等;第三种类型是国家机关可基于公共利益的理由,限制合同相对人享有一般民事合同中可享有的权利。需要注意的是,在不同的国家,特权的范围有所差别,且不是每一种行政合同中,国家机关都能够享有全部的特权。此外,在法国,这些特权即使没有在合同中约定或法律规定,国家机关也当然享有;而在英国,这些特别权力只有在具体合同中有约定,国家机关才能享有^[1]。据此,行政合同性质的公务员聘任合同中国家机关能够享有的特权应当视该合同内容中行政任务的重要程度与国家机关以公权力主体身份负担义务的程度等具体情况的需要,在合同中分别予以明确。

由此可见,如果能够准确的定性公务员聘任合同,那么由聘任合同所产生的纠纷大都在订立合同时就可以预先排除,从而显示出公务员聘任合同的合理性。即使必须采用诉讼的方式来解决公务员聘任合同管理中纠纷,一个明确的诉讼途径的选择也会极大的减少纠纷解决的成本。换言之,公务员聘任合同性质的确定将使得由合同所产生的权利义务关系不再处于无法律规范的状态,且这些权利义务的实现与履行亦有完善的救济制度。

综上,在我国的现实背景下,须在全面深化改革和依法治国的框架下研究聘任制管理试点的有关技术问题,不能照搬西方做法,而应有所借鉴。对于公务员聘任合同性质的理解,在实践中有如下政策启示:其一,契约理念的引领。聘任制管理试点中,聘任制公务员与聘任机关订立聘任合同使得契约精神得以彰显,无论是哪一种合同类型,对于聘任双方关系的认知均有所深化,至少可以改变传统用人单位和员工之间的人身依附关系,而试图建立一种新型人事关系。其二,合同角色的廓清。行政合同、劳动合同抑或混合合同,不同的视角都指向一个中心目标——合同职责。这无疑会强化聘任机关服务公共利益的组织角色,同时对聘任制公务员而言,其履行合同职责的多样性角色也得以强化,聘任制公务员不单是“经济人”,在合同框架下,也须践行宗旨意识,履行好“公共人”的职责使命。其三,合同纠纷的务实处置。聘任合同性质的厘清,对合同纠纷的处置有一种直接效应,即在订立合同的初始,围绕和谐劳动关系的构建,聘任双方就将就可能出现纠纷预设处置渠道,因而产生一种反向的调处机制,其直接的效果是,上述预期的劳动关系障碍根本就不会产生。当然,即使相关的合同纠纷已经超出“双边治理”的范畴,需要辅助“第三方”调解仲裁解决,有关聘任合同的定性也将促进聘任双方快速提出纠纷解决路径,从而实现“交易”成本的最小化。

〔责任编辑:史拴拴〕

[1]朱新力:《行政合同的基本特性》,〔杭州〕《浙江大学学报》(人文社会科学版)2002年第2期。