

# 行政契约履行争议适用《行政诉讼法》 第97条之探讨

于立深\*

---

**内容提要** 在行政契约履行救济渠道上,我国行政机关因为受限于原告被告角色恒定性的立法预设,无法提起契约之诉。因此《行政诉讼法》上的非诉行政案件强制执行制度被作为关注的焦点和方向。行政契约不属于传统行政行为范畴,行政行为效力理论不及于其,以契约本身作为执行根据不合乎行政法治理念。依法成立的民事契约也不具有强制执行力,行政契约的强制执行亦无普遍的契约法理基础。为有效解决行政契约履行争议,除了恢复行政机关的契约诉讼原告资格和诉权之外,契约当事人的自我约定强制执行制度、与行政优益权相匹配的其他法定处理权等,可以作为破局的尝试。但是,这些制度设计也可能消解行政契约的合意性、平等性,不仅应该使其法定化而且力求慎用。

**关键词** 行政契约 《行政诉讼法》第97条 行政行为 强制执行 契约裁决

---

2014年修订的《中华人民共和国行政诉讼法》(以下简称“2014年新法”)将行政契约列入受案范围,但是在行政契约履行纠纷的诉权设计上,具有片面性,带来了新的诉讼问题。即为了维持“民告官”的原被告诉讼角色恒定性之预设理念,行政诉讼法只确认了行政契约的一方当事人——行政相对人的原告资格和相应诉权,它可以原告身份向法院请求解决行政契约争议。具体的诉之利益包括:行政机关不依法履行契约、未按照约定履行契约、单方变更契约、单方解除契约等。

产生行政契约履行纠纷时,行政机关没有原告资格,这是法院在行政契约列入行政诉讼受案范围后所面临的新的司法难题。为消解这一制度设计的功能性缺陷,人们转而探讨:相对人作为契约当事人不履约时,行政机关可否直接适用行政强制执行制度?即适用2014年新法第97条。<sup>①</sup>这其中主要的法律障碍是:如何理解行政行为?行政契约属于何种行政行为才可以将其作为执行根据提起非诉行政案件执行?如果行政

---

\* 东南大学法学院教授,博士生导师。本文系司法部项目“行政过程中的法定程序与正当程序研究”(项目批准号:16SFB2016)之阶段性成果,亦受江苏高校区域法治发展协同创新中心资助。

① 2014年《行政诉讼法》第97条规定:“公民、法人或者其他组织对行政行为在法定期限内不提起诉讼又不履行的,行政机关可以申请人民法院强制执行,或者依法强制执行。”

契约不属于具有公定力和执行力的行政行为,是否应该更新行政诉讼原告资格制度?

## 一、行政契约是否属于行政行为

在固化的常识观念上,“行政契约是否属于行政行为”这一诘问,可能没有意义。可是恰恰相反,行政契约与行政行为之间的关系需要澄清。行政契约是属于广义的还是狭义的行政行为?属于何种行政行为?我们仍有必要进行重新理解和厘清。

“行政行为”及其衍生或者相邻的术语、概念,不是纯粹的学术语言,它们经常在学术范畴与立法语言中交叉使用,在含义和范围上可能相互抵牾。中国行政法面临着重新概念化和体系化,并且急于消除理念、理论、制度和事实认定上的诸多疑难杂症的艰难时刻。2014年新法虽然是行政诉讼立法史上的一个高光时刻,但从其法概念、法规则体系和内在逻辑上看,仍存有诸多较混乱的语言语义之间相互矛盾的制度设计,并且背后支配的行政行为效力理论有被误用之虞。

2014年新法取消了1989年《行政诉讼法》(以下简称“1989年旧法”)中的“具体行政行为”术语中的“具体”二字,均用“行政行为”替换,使行政诉讼法的受案范围加入了非权力行政活动形式,同时对规范性文件附带司法审查提供了依据。简单地取消“具体”二字,这看似最风平浪静和最富有建设意义的立法修正,其实隐藏着暗流涌动,它搅起了行政法概念和理论的涟漪甚至是骇浪,实际上使行政诉讼法变得更复杂了。“行政行为”的含义和范围理解混乱也导致立法原意与行政法学既有基础理论和知识结构上的冲突。

### (一) 行政行为的本真含义

“行政行为”的本意是指具体的单方处理行为。其术语之内涵和外延的完备,是随着人们对行政活动手段和方式的复杂性认知的丰富而不断补充完整的。我国行政法一开始也坚持这样的原初理解。例如,较早的司法解释认为“具体行政行为”是指国家行政机关和行政机关工作人员、法律法规授权的组织、行政机关委托的组织或者个人在行政管理活动中行使行政职权,针对特定的公民、法人或者其他组织,就特定的具体事项,作出的有关该公民、法人或者其他组织权利义务的单方行为。<sup>②</sup>这与大陆法系对“行政行为”的普遍理解是一致的。

2000年《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》取消了“具体行政行为”字样,首次使用“行政行为”术语。<sup>③</sup>有法官认为旧的司法解释将具体行政行为界定为单方性,导致行政契约被排除受案范围。该司法解释颁布后,行

② 参见最高人民法院印发《关于贯彻执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释(试行)》的通知(1991年6月1日法(1991)19号)。

③ 2000年司法解释率先用“行政行为”替代了“具体行政行为”,规定“公民、法人或者其他组织对具有国家行政职权的机关和组织及其工作人员的行政行为不服,依法提起诉讼的,属于人民法院行政诉讼的受案范围。”参见《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》(法释(2000)8号)。

政契约可诉性的法律障碍被彻底清除了。<sup>④</sup> 这种见解值得商榷。需要辨明的关键问题是:究竟在广义上还是狭义上使用“行政行为”概念?最狭义的行政行为就是我国传统行政法中常用的“行政处分”,系指行政机关对具体事件所为,对特定人或可确定的多数人发生公法上效果之单方行政行为。<sup>⑤</sup> 此时行政处分等同于行政行为。“实务上,行政处分概念与学术上之行政行为,同其意义。”<sup>⑥</sup> 照此理解,行政契约显然不属于具有单方权力属性的传统行政行为之范畴,其可诉性有其独立的法理和制度依据,并不取决于其是否属于行政行为的身份。

从字面上看,1989年旧法与2014年新法中的“具体行政行为”和“行政行为”两个术语的替换使用,只是区分了抽象行政行为是否包含在行政诉讼受案范围之内。2014年新法之立法本意排除了行政规范创制行为的可诉性,这与大陆法系“行政行为”概念不包含抽象立法创制行为是一致的,故增减“具体”二字无实际意义。前述行政处分只是行政行为的最传统和最常见方式,随着行政活动的方式和手段不断扩张,行政契约被列入行政行为范围之内。但是,不是所有的行政行为都具有权力性和公法上的可执行力。行政行为本真含义是一种自身就具有国家强制执行力的处理性行为,显然行政契约不属于此列。

## (二) 行政契约不是行政机关“作出”的自己行为

1988年《行政诉讼法》(草案)中有15处使用了“具体行政行为”术语,指称行政机关(含复议机关)主动作出行政行为的“作出”术语,计11处。1989年旧法中共有36处使用了“具体行政行为”术语,“作出”术语计14处。2014年新法中有63处使用“行政行为”术语,“作出”术语计23处。在2018年最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》(以下简称2018年“行诉解释”)中,指称行政机关(含复议机关)主动作出行政行为的“作出”术语,计52处之多。

我国台湾地区2015年“行政程序法”上,使用“行政行为”术语计11处,“行政处分”计86处,“作成”计34处。2014年“行政诉讼法”中,没有“行政行为”术语,“行政处分”计27处,“作成”计7处。2010年“行政执行法”中,“行政处分”术语计8处,“行政行为”0个,“作成”0个。上述立法的一般表述是:为达成行政目的,作成行政处分、缔结行政契约、订定法规命令与行政规则、确定行政计划、实施行政指导及处理陈情、发现事实(针对调查)等行为。

按照最朴素的语言理解,指称行政机关“作出”与“作成”术语是同义的,本意都是单方性处理的意思。从中可以看出我国《行政诉讼法》上的具体行政行为或者行政行为,均指行政机关的单方处理决定,本意上亦排除双方合意行为的。2018年“行诉解释”在第156-157条中有“行政机关申请人民法院强制执行其行政行为”表述。“其行政

④ 参见王振清主编《行政诉讼前沿实务问题研究:问题·思考·探索》,中国方正出版社2004年版,第122页。

⑤ 参见翁岳生《行政法与现代法治国家》,台湾中亨有限公司1982年版,第36页。

⑥ 前引⑤,翁岳生书,第6页。

行为”意思这是行政机关自己的行为。<sup>⑦</sup>问题是:行政契约原本是行政机关和相对人在内的当事人之间共同作出的合意选择,何以变成了行政机关自己的行为?这似乎表明2014年新法的整个体系仍是在一种单方行政行为理念支配下运转的,其立法语言和思维无时不刻地潜藏和渗透着传统的行政行为观念。

行政契约不是行政机关“作出”的,行政契约也不是行政机关自己的行为。严格地说,行政契约的私方当事人也不能叫“行政行为的相对人”。<sup>⑧</sup>行政契约与传统单方处理行政行为混同于一部法典中进行立法时,应该根据行政行为类型,分类创制法律条文,不宜包裹式的含混立法。如果行政行为、行政契约、规范性文件三者并列关系排列,则“行政行为”一般专指单方的具体处理行为。立法者和法律适用者不应忽略每种行政行为各自的语境和意象。在我国行政诉讼法及其司法解释的现有逻辑思维和结构中,行政契约被视为行政机关自己作出的行为,此违背了契约合意的本质。

### (三) 行政行为与行政决定的等值性

1988年《行政诉讼法》(草案)规定:行政机关可以根据“行政决定”,申请行政强制执行<sup>⑨</sup>。2011年制定的《行政强制法》中有14处使用了“行政决定”二字,它们可以作为强制执行的根据。<sup>⑩</sup>2014年《行政诉讼法》规定可申请强制执行的根据是“行政行为”。那么,行政行为和行政决定分别作为强制执行的根据,它们是等值的抑或有差异性?行政契约属于行政行为还是行政决定?

仔细分析《行政诉讼法》及其司法解释与《行政强制法》上的具体规定,显见的结论是:行政行为与行政决定并无本质区别,二者都是行政机关“作出”的自己行为;作为强制执行根据的行政行为或者行政决定,均须具备法定的有效的执行效力<sup>⑪</sup>,此处的效力不是指法律关系成立和生效的法律效果,而是可以借助公权力进行的国家强制力。从立法语言和本意上推论,行政契约既不属于《行政诉讼法》上具有执行效力的行政行为,也不属于《行政强制法》上具有执行效力的行政决定。究其本质,行政契约只是一种非权力性质的合意行政行为,其本身不具有行政法上的公定力和可执行力。

两部立法中两种概念的表述殊途同归,何以不用一个概念?这里可能有立法语言的语感考量和行政强制执行行为本质属性的思索。在法典体系的整体语感上,《行政诉讼法》是司法视角,“行政行为”接受司法审查,将其作为强制执行的根据,具有语言上

<sup>⑦</sup> “其行政行为”的词组表述,在2018年“行诉解释”第3、160条中尚有“申请执行其行政行为”的两处规定。

<sup>⑧</sup> 2014年《行政诉讼法》第25条规定,“行政行为的相对人以及其他与行政行为有利害关系的公民、法人或者其他组织,有权提起诉讼。”笔者认为,行政契约中应使用“当事人”或“缔约人”概念,“相对人”明显是单方的行政管理概念。

<sup>⑨</sup> 参见1988年《中华人民共和国行政诉讼法》(草案)第8条规定,“公民、组织在法定期间内不提起行政诉讼,又不履行行政机关的决定,行政机关可以依照法律规定申请人民法院强制执行。”载《人民日报》1988年11月10日第4版。

<sup>⑩</sup> 参见《行政强制法》第53条规定,“当事人在法定期限内不申请行政复议或者提起行政诉讼,又不履行行政决定的,没有行政强制执行权的行政机关可以自期限届满之日起三个月内,依照本章规定申请人民法院强制执行。”

<sup>⑪</sup> 2018年“行诉解释”第155条第2项解释说:申请执行的行政行为应该“已经生效并具有可执行内容。”《行政强制法》第57条则规定:行政机关申请强制执行的行政决定,应“具备法定执行效力”。

的自然衔接性。《行政强制法》是行政视角,将“行政决定”作为强制执行的根据,更彰显行政行为的主动性和单方性。例如,对疫病家禽扑杀是执行行为,扑杀执行行为的主体是行政机关,扑杀行政决定的履行主体则是相对人或利害关系人。通读《行政强制法》第34条和第37条,如果“行政决定”包括了行政强制执行行为,语感不顺制度上的逻辑矛盾陡然而生。<sup>⑫</sup>从语法逻辑上说,《行政强制法》中不宜出现行政行为术语。

行政决定和行政行为在使用上的语感差异性,本源上是由“行政强制执行行为”带来的。如果把《行政强制法》上的所有“行政决定”字样都替换成“行政行为”,不仅语感上不畅,而且本意全都凌乱了。在泛义之下,行政强制措施行为和行政强制执行行为都被视为具体行政行为的种类。从字面意思上看,行政诉讼法与行政强制法上可申请非诉强制执行的行为或者决定,也应该包含“行政强制执行行为”的执行。但是,“行政强制执行行为”本身是否属于行政行为,存在争议。

按照大陆法系的一般理解,行政强制执行行为不是行政行为,它们本身并没有新的权利义务关系产生,也就不具有可复议性和可诉性。《行政诉讼法》和《行政强制法》是两部杂糅了泛化行政行为定义和分类的中国特色立法,它们把本不属于行政行为的行政执行行为也视为一种“行政行为”,理所当然这也是一种“行政决定”。由此带来的法律障碍是:行政强制执行行为可以被申请执行吗?可以被作为执行根据吗?两部立法在语感上的逻辑矛盾,恰恰说明行政强制执行行为不是一种行政行为。再用前文“扑杀”例子来说,“扑杀”行为或者决定,是不能再被执行了或者不能作为执行根据了,因为它本身就是一种执行行为。从这一点上说,《行政强制法》上的执行根据和“行政决定”不仅排除了行政契约,而且排除了执行行为自身,即“行政决定”不包含行政强制执行行为。

#### (四) 行政争议与行政行为的不当混同

我国《行政诉讼法》采取了受案范围列举法,司法解释一方面通过对行为行为不断地琐碎地分类,尽可能扩大法益的司法保护范围;另一方面不当的分类恰恰排除了大量行政行为的可诉性。因此,2014年新法用“行政案件”和“行政争议”作为受案范围,试图化解“行政行为”既有概念的张力不足,将行政诉讼法界定为解决行政争议和审理行政案件的法律,将“行政行为”视为发生行政争议的法律事实。这种立法努力符合世界多数国家的立法模式。大陆法系行政诉讼的可诉对象并不是“行政行为”,而是除宪法纠纷之外的“公法争议”。行政契约属于“公法争议”而不属于传统的“行政行为”。

“行政案件”或“行政争议”都是司法角度的语言表达,起诉权也是针对行政案件或者行政争议的权利。从语感上看,2014年新法对行政契约法益的司法保护,仍然明显是契约之外的侵权法上的术语和思维方式表达(第2条的表述是十足的“行政侵权法”意蕴)。不是指向契约之内的违约,不是违约责任的承担,而是针对契约之外的违法行为

<sup>⑫</sup> 参见《行政强制法》第34条“行政机关依法作出行政决定后,当事人在行政机关决定的期限内不履行义务的,具有行政强制执行权的行政机关依照本章规定强制执行。”第37条“经催告,当事人逾期仍不履行行政决定,且无正当理由的,行政机关可以作出强制执行决定。”

所采取的侵权法上的权利救济模式。“行政争议”术语被寄予厚望,但在行政行为泛化的行政诉讼法典中,其“存在感”依然不强。从1988年《行政诉讼法》草案到2014年新法,我国学术和立法很大程度上泛化了行政行为的内涵和范围,由此导致了行政契约与行政行为、行政契约与强制执行行为、行政行为与强制执行行为的内涵与边界的混乱,直接造成了行政诉讼法和行政强制法上适用行政契约与否的法理和制度混乱。

## 二、行政契约法律效力的判断权归属

从行政行为本意上看,行政契约不属于传统单方处理行政行为的范畴。行政行为执行力是指来源于国家的强制实施力量,行政契约本身不具有强制的可执行力。如果换成契约视角看,依法成立的民事契约本身是否有公法上的强制执行力值得究问。如果民事契约本身不能作为民事诉讼的执行根据,那是否意味着行政契约也不可以作为行政强制执行的根据?民事诉讼执行与行政强制执行本质都是公权力执行,它们可否以契约本身作为执行根据,应该有相同的法理。

### (一) 民事契约法律效力的判断权归属

#### 1. 两种法律效力的理解

根据《合同法》第8条,依法成立的契约,对当事人具有法律约束力,受法律保护。这里的“法律约束力”是指法律效力,不是指执行力。<sup>⑬</sup>法律效果、法律约束力、法律效力这三者的含义经常等同,有时它们又指向不同的概念和制度。例如《仲裁法》第57条“裁决书自作出之日起发生法律效力”,这里的“法律效力”既是指法律约束力,也是指公权力上的强制执行力。大致可以说,私法上的“效力”一词指称法律关系的产生、生效,意指形成法律上的权利义务关系效果。公法(诉讼法和行政法)上的“效力”一词指称国家的行政或者司法的强制执行力。<sup>⑭</sup>

按照民法理念,契约成立与契约争议是两个问题。契约成立和有效,表明当事人之间的法律关系形成了,它只产生了法律约束力。法律约束力和法律执行力是两个概念和两套制度。契约的约束力,是指产生了法律上的权利义务关系的效果。契约的执行

<sup>⑬</sup> 2017年《民法总则》中使用了“效力”和“法律约束力”两个术语。第119条规定“依法成立的合同,对当事人具有法律约束力。”第六章第三节“民事法律行为的效力”中的效力指的是有效、无效和可撤销等效力状态。民法学者将契约的法律约束力和法律效力等同对待。梁慧星在早年认为,契约的法律效力主要表现为对内约束、对外约束和违约的法律责任,都是指法律约束力而言的。参见梁慧星《经济合同的法律效力》,载《法学评论》1984年第3期。有民法学者指出,合同效力又称合同的法律效力,“是指法律赋予依法成立的合同具有拘束当事人各方乃至第三人的强制力。”参见崔建远、吴光荣《中国法语境下的合同效力:理论与实践》,载《法律适用》2012年第7期。笔者认为这里的“强制力”也并非指民事契约具有公法上的强制执行力。

<sup>⑭</sup> 澳门特别行政区《行政程序法典》第110条、第136条界定了行政行为、行政行为的效力和执行力三个概念。“行政行为”系指行政当局之机关之决定,其目的为在一个别具体情况中,依据公法之规定产生法律效果。“执行力”是指行政行为在产生效力后即具有执行力。对于因一行政行为而产生之义务及限制,行政当局得强制要求履行该等义务及遵守该等限制而无须事先求助于法院,但该要求必须以法律容许之方式及方法为之。

力是另一种意义上的“法律效力”问题,本质上是公权力对私权利利益的强制实施。法律约束力(法律效力)和法律的执行力的法理基础不同。生效的契约本身,不能以自身作为公法上执行的根据。生效的民事契约并未产生直接的司法执行力基础。凡是争议的契约必须经过和解或调解,或者仲裁,或者法院裁判程序之后,依据产生法律效力的法律文书,才具有国家性质的司法执行力,即获得法律执行力。经由公证法、仲裁法或民事诉讼法,契约争议的裁判文书才是直接申请民事强制执行的根据。简言之,成立、生效的契约自身不是申请强制司法执行的根据,只有经过自我同意的纠纷协商,或者仲裁裁决,或法院裁判,才可以作为司法强制执行的根据。

## 2. 民事契约争议的判断权

契约成立的根据与契约强制履行的根据是不同的。契约成立的要件和条件,只是契约成立的标志,执行力才是契约作为强制执行的正当根据。契约具备了确定的法律约束力,也只是具有执行的可能性。在确认契约是否具有执行力之前,必须先确定契约争议的判断权。契约履行发生了争议,意味着原有契约效力发生了动摇。无论是公法契约抑或私法契约效力的判断权,都属于第三方独立的法律权威,不能由某一缔约当事人自己决定契约效力的属性和权益归属。

民事契约的履行之争必涉及契约的效力问题,其判断权不归属于缔约当事人。民事契约即便成立、生效并予以实施了,一旦发生了履行纠纷,当事人任何一方都无权确认该契约的属性、权利状态及利益归属。在采取和解、调解、民事诉讼或仲裁程序之外,民事契约不可以采取其他自力自助的自我执行方式促成契约争议的解决。在国家公力救济之外,契约当事人不被允许对争执民事契约进行自我执行,这是对私力救济的限制。在违约方不履约时,由法院强制违约方继续履行契约债务的契约责任方式,是强制实现契约履行,这仅仅是契约履行的补救方法。<sup>⑮</sup>可见,契约履行应慎用司法强制执行方法,以契约本身作为执行根据于法于理无据。

## (二) 早期的契约强制执行情况分析

无论是行政契约还是民事契约,在中国都经历过公私权力(利)纠缠的历史过程。是否有执行案例将契约本身作为了强制执行的直接根据?这有必要做制度史上的梳理。

首先是工商机关确认经济合同无效的决定可否强制执行?1981年《经济合同法》及其后的《技术合同法》上,工商机关作为合同管理机关被赋予无效合同的确认权。最高人民法院起初禁止以此种工商确认作为司法执行的根据,认为“当事人申请法院强制执行工商行政管理部门制作的无效经济合同确认书的,因缺少法律依据,法院不予受理。”<sup>⑯</sup>在后来的司法答复中认为“工商行政管理机关确认经济合同无效,并对当事人财产纠纷作出处理决定后,当事人一方逾期既不起诉,又不履行的,依据《行政诉讼法》第

<sup>⑮</sup> 参见崔建远《合同责任研究》,吉林大学出版社1992年版,第169页。

<sup>⑯</sup> 参见《最高人民法院关于工商行政管理部门在无效经济合同确认书中对经济纠纷做出处理后人民法院是否接受申请据以执行问题的批复》(1990年11月17日法(经)复(1990)18号)。

六十六条规定,工商行政管理机关可以申请法院强制执行。但作为纠纷一方当事人据此向法院申请强制执行的,因缺少法律根据,法院不予受理。”<sup>①⑦</sup>最高人民法院显然做了区隔:行政机关对民事契约效力的行政确认,可以作为司法强制执行的根据;契约当事人则不可以此作为执行的根据。这些司法解释已经失效了,但是若行政契约效力本身坚持由行政机关自我确认的话,就仍有走向行政主导的“契约死亡”的老路。

其次是拆迁补偿安置协议(以下简称“拆迁协议”)的强制执行力。1991年实施的《城市房屋拆迁管理条例》中,拆迁人是取得房屋拆迁许可证的建设单位或者个人,被拆迁人是被拆除房屋及其附属物的所有人(包括代管人、国有房屋及其附属物的管理人)和使用人。拆迁人与被拆迁人之间实际是民事关系<sup>①⑧</sup>,他们须在房屋拆迁政府主管部门的监管下,被强制性地就补偿、安置等问题缔结书面协议;缔约不成的,则须接受行政裁决。被拆迁人违反协议,拒绝腾退周转房的,可以对其予以警告、责令限期退还周转房并可处以罚款。这些罚则的设定是对“拆迁协议”违约的行政处罚,这表明合法成立、生效的“拆迁协议”实质上具有行政强制的执行力,否则不履约将被予以处罚。

2001年实施的《城市房屋拆迁管理条例》规定:拆迁补偿安置协议订立后,被拆迁人或者房屋承租人在搬迁期限内拒绝搬迁的,拆迁人可以依法向仲裁委员会申请仲裁,也可以依法向法院起诉。诉讼期间,拆迁人可以依法申请法院先予执行(第15条)。这意味着,在“拆迁协议”的法律效力经正式司法程序确认之前,法院已经确定了“拆迁协议”具有直接的司法执行力,实际上消解了契约效力认定应该先于司法执行力确认之规定的积极功能。在2011年之前,“拆迁协议”可以被先予执行,而其权利义务关系的争议并未经由必要的正式的救济渠道予以确定。同时,这种先予执行安排,也超越了《民事诉讼法》上的先予执行范围和条件的规定。“拆迁协议”争议不应属于民事诉讼先予执行的范围,该契约争议也不符合先予执行事项须“当事人之间权利义务关系”明确原则。

再次是房屋征收与补偿协议的强制执行力。2011年实施的《国有土地上房屋征收与补偿条例》规定,房屋征收部门与被征收人依法就补偿方式、金额和支付期限、用于产权调换房屋的地点和面积、搬迁费、临时安置费或者周转用房、停产停业损失、搬迁期限、过渡方式和过渡期限等事项,得订立补偿协议。协议订立后,一方当事人不履行补偿协议约定义务的,另一方当事人可以依法提起诉讼(第25条)。从语词和体系性的法律解释角度上看,“征收补偿协议”是一个民事契约,其履行争议可以提起民事诉讼,房屋征收部门也具有原告资格。同时,征收补偿协议不能直接作为民事诉讼执行的根据。民事诉讼的执行根据只能是司法裁判或者法定的公证、仲裁文书。只有征收补偿决定

<sup>①⑦</sup> 最高人民法院《关于经工商行政管理机关确认经济合同无效,并对财产纠纷作出处理决定后当事人一方逾期既不起诉又不履行的,对方当事人可否申请人民法院强制执行问题的复函》(1993年1月17日法函(1993)2号)。

<sup>①⑧</sup> 参见最高人民法院《关于受理房屋拆迁、补偿、安置等案件问题的批复》(法复(1996)12号)答复“拆迁人与被拆迁人因房屋补偿、安置等问题发生争议,或者双方当事人达成协议后,一方或者双方当事人反悔,未经行政机关裁决,仅就房屋补偿、安置等问题,依法向人民法院提起诉讼的,人民法院应当作为民事案件受理。”

可以被依法申请行政复议或提起行政诉讼。2014年新《行政诉讼法》将土地房屋征收补偿协议的法律关系属性,从民事关系变成行政法律关系,但仍然不能以该类“补偿协议”作为行政强制执行的根据,房屋征收部门也不具有行政诉讼原告资格,行政契约争议不属于行政诉讼法先予执行的范围。

以上三种纠缠了公权与私权的具有代表性的契约形态,有的在历史进程中消失了;有的则有复苏的可能;有的则继续以不履行就予以行政处罚的“外挂”方式起到实质强制执行的功效。例如,在契约关系之外,《政府采购法》确立了对供应商的违法罚款制度(第71-72条),《土地管理法》确立了土地使用权收回、缴纳闲置费、违法罚款制度(第37、80条)。如果行政机关以自我确认的方式变相地以契约本身作为强制执行的根据,有违法理,亦须警惕。我国“拆迁协议”在1991年被附加了不履约的行政处罚制度、在2001年被附加了司法上先予执行制度、2011年则转向民事诉讼机制解决履约纠纷、2014年又被定位为“行政协议”。这些法律制度的设立或取消历史表明,在不同的法理之下,具有行政权因素的契约之履行机制处在不断的制度试错中,不合法不合理制度的设计需要较长时间才能被重新校正过来。

### (三) 行政契约争议的判断权不属于当事人

综合《合同法》及其司法解释,指向契约有效、无效和可撤销的法律效力,其本质上是契约的法律约束力,不是公法上的强制执行力。在解决契约争议的过程中,具有法律效力的契约并不能作为公权力强制执行的根据。民事契约的执行力只能在契约效力获得司法或准司法机关确认后,通过司法文书的方式获得。与此相似,行政契约本身也不应该构成公法上的执行根据,其与民事契约所根基的普遍契约原理行政行为执行力理论保持一致。

行政契约争执的判断权是否属于作为缔约方的行政机关,在行政程序法上,行政契约的裁判权是否可由一方主体单方垄断,需要论证。我国非诉行政强制执行的启动主体是行政机关,强制执行申请针对的是有效合法且具有可执行力的行政行为。行政契约本身并非是可欲强制执行的根据。

按照民事契约原理分析,实际上并没有“契约执行”的概念。民事契约本身不具有直接的公法强制执行力。“契约裁决”这个环节是解决契约效力争议的必经步骤。契约执行与契约裁决具有不同性质。契约裁决旨在对契约争议属性和内容做合法合理的判断。“契约执行”是以契约为直接的执行根据,进行公法上的非诉强制执行。此种非诉案件的“契约执行”尽管可能采取司法上的实质审查形式,却不是“执行之诉”,行政机关获得的仍然不是起诉权,行政机关仍然是以执行权的名义实现自己的利益。

基于公权力的有限性和分工理论,“行政契约裁决”和“行政契约执行”也应该分属于不同的第三方法律权威。行政契约本身不构成行政或司法强制执行权的根据,必须对行政契约效力的有效性先行进行第三方独立判断,之后依据权威裁决进行公法上的强制执行。1989年旧法和2014年新法以及若干司法解释上,均未以行政契约本身作为强制执行的根据,行政契约不是它们所说的行政行为或者行政决定。行政契约本身一

旦发生争议,其效力的正当性基础就遭到了破坏,必须由法院或者公证、仲裁等准司法机构予以重新决断。行政契约生效只产生了相对性效力,执行力则是一种国家司法效力。契约履行争议首先是契约效力之争。自身尚存效力争议的契约,不能作为执行根据。缔约一方的行政机关也不能对契约效力进行自我裁断,需要由独立的第三方法律权威来裁断这种异议的正当性及如何处置纷争。除非当事人和解,缔约当事人、第三方法律权威不能依据争议的契约作为执行依据。有争议的行政契约,犹如存在异议的民事行为,不能自我决断其法律效力,更不能自我强制执行。

#### (四) 行政行为效力理论不及于行政契约

##### 1. 行政行为独立于行政契约

在德、日等大陆法系国家(地区),行政行为与法规命令、行政契约、内部行为、行政指导、行政计划、事实行为是处于同一位阶的概念。<sup>①</sup> 遍查我国台湾地区、澳门特别行政区及日本和德国所代表的行政行为效力理论,并不针对行政契约(公法契约)。最狭义的行政行为是指行政处分,是行政机关就公法上具体事件所为之决定或其他公权力措施而对外直接发生法律效力之单方行政行为。在1998年以前的我国台湾地区“行政诉讼法”中,公法契约因为不属于行政处分,因此缺乏法律救济渠道。<sup>②</sup> 行政行为包括了行政处分、行政立法、行政契约、行政指导、行政计划、公营造物的利用、行政事实行为。在我国台湾地区现行“行政程序法”编排结构上,行政处分与行政契约各设一章,相互区隔。行政行为效力之内容被列入第二章“行政处分”第三节“行政处分之效力”之中,包括生效、无效、瑕疵确认、补正和撤销等。

澳门特别行政区1999年《行政程序法典》第四部分“行政活动”涵盖了规章、行政行为和行政契约三类内容,行政行为效力内容不及于行政契约。所谓“行政行为系指行政当局之机关之决定,其目的为在一个别具体情况中,依据公法之规定产生法律效果”(第110条)。行政行为在产生效力后即具有执行力(第136条)。

在日本,狭义上的行政行为是指行政机关就具体事件所为公法上单方行为,公法契约与合同行为排除在行政行为概念之外。行政行为具有公权力性质和单方性,与行政契约等非权力性质的行政行为形式相对。行政行为与行政处分内核成分一致。制定行政规范、行政行为、行政强制执行、即时强制属于权力性行政活动,行政规划、行政契约、行政指导、信息公开,属于非权力性的辅助性的行政活动。行政契约有别于单方面权利性支配的行政行为。<sup>③</sup> 在《日本行政程序法》上,行政处分与行政行为基本上是同义词,都是公权力处理行为(第2条)。

在德国,法规命令、行政契约、事实行为、计划、行政私法行为等也叫做“行政活动的其他形式”,与“行政行为”并列。行政行为因为包括了命令性或禁止性内容,可供执

<sup>①</sup> 参见章志远《行政行为效力论》,中国人事出版社2003年版,第9页。

<sup>②</sup> 参见翁岳生《法治国家之行政法与司法》(增订新版),台湾元照出版有限公司2009年版,第183页。

<sup>③</sup> 参见应松年主编《外国行政法丛书:四国行政法》,中国政法大学出版社2005年版,第274页。

行。<sup>②</sup>在1976年《联邦德国行政程序法》编排结构上,第三章“行政行为”与第四章“公法合同”构成排斥的不相容关系,即行政行为与行政契约并列。行政行为是指行政机关为规范公法领域的个别情况采取的具有直接对外效力的处分、决定或其他官方措施(第35条)。

## 2. 行政行为效力理论不适用于行政契约

前文表明,至少在大陆法系国家,行政契约本身不属于(传统)行政行为,也就不能适用行政行为效力理论作为行政契约被强制执行的根据。行政契约只有成立、生效、无效、可撤销的效力理论,这不同于传统行政行为的效力理论。行政契约有效成立之后,它不具有行政法上的公定力和执行力。行政契约虽然是行政行为的一种,但是大陆法系在类型上区别了行政处分与行政契约。所谓效力理论是指向具有单方效果和效力的行政处分或者传统行政行为,即行政契约并没有与行政处分(传统行政行为)相同的含义界定和效力理论。行政机关对传统行政行为具有单方的或者主动的判断权力、裁决权力,因此不需要运用诉讼程序来保护自己,但是在行政契约中,行政机关没有契约效力的单方判断权、单方裁决权和单方执行权。当缔约一方当事人违约时,行政机关不能运用一般行政权力,只能运用诉权来先行确认契约效力后,再以(准)司法机关的法律文书作为强制执行的根据。

强制执行力是相对人不履行行政行为上的义务时,行政机关不待法院的确定判决,逕行以行政行为作为执行名义,自行对义务人为强制执行,即赋予“国家自力救济的特权”<sup>③</sup>,也就是行政机关相对于债务人的特权。<sup>④</sup>传统行政行为的效力产生于行政权的单方性,但是行政契约有自己的效力理论,合意是产生约束力的基础。传统行政行为是行政法上的针对个别事件的具有外部法律效果的处理,是行政机关单方面作出的,行政契约则是行政机关与公民协商一致作出的。行政契约在外形、法律后果、合法要件、约束力、瑕疵后果、事实或法律状态发生变化时的废除以及可执行力等方面,与传统行政行为都不同。<sup>⑤</sup>行政机关基于行政契约的请求权不得以传统的行政行为方式确认,不得借助传统行政行为的公定力予以强制执行。

## 三、行政契约履行争议机制的设计更新

在2014年新法实施前,一直有人主张当事人不履行行政契约时,行政机关有权依据1989年旧法第66条规定向法院申请非诉行政强制执行,行政契约可以被法院作出撤销或继续履行判决。<sup>⑥</sup>新《行政诉讼法》实施后,仍有法官建议:公民、法人或者其他

<sup>②</sup> 参见前引<sup>①</sup>,应松年主编书,第195页。

<sup>③</sup> 翁岳生主编《行政法》,中国法制出版社2009年版,第661页。

<sup>④</sup> 参见[德]沃尔夫等《行政法》第2卷,高家伟译,商务印书馆2002年版,第291页。

<sup>⑤</sup> 参见[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357页。

<sup>⑥</sup> 参见前引<sup>④</sup>,王振清主编书,第138页。

组织对行政协议既不提起诉讼又不履行约定义务,行政机关可申请法院强制执行的,法院应当依法受理。法院依程序,应该进行听证并对协议的合法性、有效性以及双方履行约定义务等情况进行审查。经审查准予执行的,应当作出具有执行内容的裁定。<sup>②7</sup>

诸多人士之所以试图通过2014年新法第97条赋予行政机关以行政契约强制执行权,在于我国行政诉讼制度锁死了原被告的诉讼角色和诉权,并冠以恒定的诉讼法规律作为理念支撑。由此,行政契约履行的非诉强制执行几乎成为唯一可以选择的救济渠道。吊诡的是,非诉案件的强制执行权取决于执行根据的合法有效性,要求行政行为既有公定力、拘束力,又要有执行力。<sup>②8</sup>行政契约既不属于传统行政行为,一般行政行为效力理论也就不及于其。普遍的契约原理表明契约自身不能作为公权力执行的根据,契约争议的决断权也不属于缔约当事人。行政契约本身不能直接被作为执行的根据,即不具有司法上的可执行力。无处安置的行政契约争议,需要重新梳理和设计新的争议解决机制。

### (一) 契约当事人自我约定强制执行

按照中国现行法律,缔结行政契约的行政机关没有起诉权和反诉权。解决契约争议的制度更新的路径之一是借鉴大陆法系的行政契约自我约定的强制执行制度。如前所述,生效的行政契约本身并不包含行政机关对契约的自我强制执行权。这是因为强制执行权限来源于法定性或者约定性。行政契约具有平等性,行政机关固执地运用单方执行权将破坏契约合意,使契约死亡,重回传统行政行为单方解决问题的老路,有违契约履行的一般原理。

在大陆法系诸国(地区),行政机关除以行政行为作为执行根据外,得约定即时执行的行政契约作为执行根据。<sup>②9</sup>即行政契约中基于合意约定了契约的自愿执行条款,也可以采用行政强制执行的方式,否则不能直接以行政契约作为强制执行依据。《联邦德国行政程序法》第61条规定:行政契约订立人均可表示接受即时强制执行,只要经订约行政机关的业务主管机关批准,所接受的即时强制执行是有效的,缔约一方的行政机关得准用《联邦德国强制执行法》。我国台湾地区“行政程序法”第148条亦有相似规定,在行政契约约定自愿接受执行时,债务人不为给付时,债权人得以该契约为强制执行的执行根据。缔约一方的行政机关经主管机关或行政首长的认可,得准用行政诉讼法有关强制执行之规定。这种执行又叫“假执行”,目的是保证行政机关的财政利益。<sup>③0</sup>行政契约当事人经合意而设定的强制执行,是一种合意性的义务自我设定,并不是行政机关单方设置的行政法义务。而且,行政契约自我约定的强制执行条款,在性质上属于契约争议处理条款,独立于行政契约权利义务条款。契约权利义务条款发生履行争议时,除非和解,不允许当事人自我裁断和自助执行。

<sup>②7</sup> 参见李广宇《新行政诉讼法逐条注释》,法律出版社2015年版,第683页。

<sup>②8</sup> 参见杨小君《行政诉讼问题研究与制度改革》,中国人民公安大学出版社2007年版,第710页。

<sup>②9</sup> 参见前引<sup>②5</sup>,毛雷尔书,第481页。

<sup>③0</sup> 参见前引<sup>②9</sup>,沃尔夫等书,第163页。

## (二) 恢复行政机关的契约诉讼原告资格和诉权

如果行政机关不能采取自愿的即时执行条款解决行政契约履行纠纷,可以向法院提起给付之诉。早在1960年,《联邦德国行政法院法》已经向所有公法争议开放,允许就行政契约提起行政诉讼,行政机关也有反诉请求权。澳门特别行政区《行政程序法典》第173-175条规定,行政机关得依法采取仲裁方式,否则对行政契约条款有效性的争议只能向有管辖权的法院提起诉讼予以裁断;缔约相对人未履行给付义务的,行政机关须透过行政法院强制执行,法律另有规定者除外。澳门特别行政区《行政诉讼法典》第113-117条规定了行政契约之诉,内容包括契约解释、契约的有效性、契约的民事责任实际履行、契约执行等争议。契约之诉区别于契约形成及执行行为之诉。契约关系主体、法律上的利害关系人均可就契约有效、契约执行提起诉讼。我国台湾地区“行政诉讼法”于1998年修订后,亦允许行政机关就行政契约提起给付诉讼,并且在撤销诉讼及课予义务诉讼之外,行政机关有权提起反诉。

在大陆法系国家(地区),并没有行政机关被告角色恒定这一理念和制度,行政机关同样可以对相对人起诉。我国沿用大陆法系行政契约制度的台湾地区和澳门特别行政区,均允许行政机关采取行政诉讼机制对行政契约相对人提起争执契约之诉,这与祖国大陆奉行的原被告角色地位恒定理念不相一致。在公法之债的履行诉讼上,行政机关不能做原告,相对人不能做被告,这种规定及其背后的理念已经影响了行政契约争议的解决。

在行政契约诉讼的当事人资格上,行政机关与缔约相对人有同等的诉权地位,根源之一在于行政契约的平等性。行政机关与公民达成契约,彼此取得平等地位,履行契约就必须保持平等性;需要通过法院解决契约争议,不能通过行政行为的强制执行方式实现目的。<sup>⑪</sup> 契约当事人的平等地位排除了行政机关以契约违法为由单方面废除、解除或者撤回契约的权利。契约的履行或者遵守请求权应当通过行政法院保护。<sup>⑫</sup>

行政机关应该享有平等的诉权。我国坚持的原被告角色恒定理念导致行政契约之诉中行政机关不能作原告,相对人不能作被告之实际,有违《行政诉讼法》“当事人在行政诉讼中的法律地位平等”之条款的规定。原本之意,非诉案件的强制执行制度是作为被告恒定理念和没有执行权的行政机关的一种弥补,即没有强制执行权的行政机关可以申请法院强制执行,弥补了我国原有行政强制执行制度的漏洞。“在此基础上,行政机关才可以只当被告,使原告与被告的恒定性方得以保持。”<sup>⑬</sup>但是,行政契约本身不能作为非诉案件执行的根据,《行政诉讼法》又力拒行政机关提起诉讼的资格,这无疑锁死了契约争议的重要救济渠道,从而也无法真正解决行政争议和保护公共利益尤其是国家的财政利益。

⑪ 参见[德]埃贝哈特·施密特-阿斯曼著、乌尔海希·巴迪斯编《德国行政法读本》,于安等译,高等教育出版社2006年版,第203页。

⑫ 参见前引⑨,沃尔夫等书,第162页。

⑬ 应松年《行政诉讼新探——行政诉讼法实施一周年的思考》,载《政法论坛》1991年第5期。

### (三) 行政优益权匹配的法定处理权的导出

在行政契约履行争议中,行政机关不能以契约本身作为行政强制执行的根据,如果又无法采用仲裁或提起行政诉讼方式解决纠纷时,预设于契约中的自我约定强制执行或者根据行政优益权设计出一种单方的法定处理权,可能是我国目前可欲关注的方向和方式——在行政契约关系中,行政机关具有优越于相对人的多项契约权利,可以凭借特权自我实现契约目的。从司法策略上观察,虽然我国法官们认为赋予行政机关以原告资格和诉权是解决行政契约履行争议的理想模式,也认识到了行政契约作为执行根据的法理欠缺,但是,囿于“民告官”的立法预设,他们希望利用行政契约的特殊性,以行政处理的方式,转化出新的执行根据。例如,发出行政契约履行催告书,以此作为强制执行的根据。<sup>④</sup>可是,这种“催告行为”本质上是程序性的,不产生实体性法律关系,也就不具有执行力。<sup>⑤</sup>如果“催告行为”涉及了实体性问题,则意味着行政机关对行政契约争议进行了单方裁决,有违契约法理。

行政契约本质是一种行政行为的替代方式,权力在契约关系的强弱反映因行政契约的类型而异。在德国从属契约中,缔约时当事人一方的私人处于行政机关的从属地位,行政机关可以采取单方措施。从属合同的当事人可以同意或建议由自己立即履行或直接履行契约。在此条件下,不仅个人而且行政机关也必须同意履行契约。<sup>⑥</sup>至于类似于我国法官提出的行政契约履行催告书的适法性问题,德国学者相当警惕。他们认为契约性质本身不允许行政机关以行政行为方式确认或者执行其请求权,当然这并不排除行政机关依法通过行政行为追回违法提供的给付。<sup>⑦</sup>这意味着行政机关仍可以在契约之外,以相对人违法之名,进行单方行政处理。可是,行政契约上的给付请求权,以给付通知的方式作出,缺乏适法性。只有法定请求权,即不是契约上的请求权,才可以通过行政确认为予以具体化,并且由行政机关自己执行其法定给付请求权,但是这种做法的适法性也遭到秉持法律保留原则的观点的反对。<sup>⑧</sup>

我国行政契约理念以法国为蓝本,主张行政机关享有诸多行政特权即行政优益权,包括契约履行的指挥权、单方变更协议标的权、单方解除权、制裁权等等。<sup>⑨</sup>澳门特别行政区《行政程序法》第165-167条也规定了行政机关对契约的单方变更给付内容权、指挥履行给付方式权、基于公共利益的单方解约权、监察履行契约方式权、科处不履行契约的处罚权。但是,大陆法系国家在行政机关优益权上也有较大的差异性。德国强调

<sup>④</sup> 参见江必新、梁凤云《行政诉讼法理论与实务》第3版,法律出版社2016年版,第348页。

<sup>⑤</sup> 依据《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定(试行)》(法释〔1998〕15号),人民法院可执行的生效法律文书除了人民法院的判决、裁定、调解书,民事制裁决定及支付令外,还包括行政处罚决定、行政处理决定、我国仲裁机构作出的仲裁裁决和调解书、公证机关依法赋予强制执行效力的债权文书、法律规定由人民法院执行的其他法律文书。笔者认为,行政程序上的催告文书不是具有执行力的法律文书。

<sup>⑥</sup> 参见[印]赛夫《德国行政法:普通法的分析》,周伟译,山东人民出版社2006年版,第94、101页。

<sup>⑦</sup> 参见前引<sup>④</sup>,沃尔夫等书,第162页。

<sup>⑧</sup> 参见前引<sup>⑤</sup>,毛雷尔书,第232-233页。

<sup>⑨</sup> 参见王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社1988年版,第195-198页。

行政契约当事人的合意性,通常不得约定处罚和强制执行条款,行政机关不得享有单方面变更或解除契约的权力。<sup>⑩</sup>只有在行政契约履行时发生了情势变更,所依据的事实或法律消失了,对公共利益有重大不利时,才允许一方当事人变更或解除。<sup>⑪</sup>

秉承法国行政契约优益权理念,将带来两个问题:一是基于契约从属关系的权力特殊性所设计出的不平等条款,将违背平等意志的合意。我国行政契约的合意性本来就低,如果不能设计出匹配的经济财务平衡制度,错误地以为行政优益权是当然的权能,就将导致契约合意名存实亡,行政机关事实上有了单方强制执行权。从属契约的自愿履行与契约的权力特征有关,越是行政机关具有权力性质的契约,就越可能以自愿的名义被执行。

二是契约关系的法定性将会越来越突出,在另一个方向上进一步消解契约的合意性,造成行政契约与单方行政处理行为无法区分开来。旧的观点认为,行政契约的部分内容具有法定性,当事人无协商余地,行政机关总是处于主导地位,享有监督、制裁等行政优越权,无论是根据契约约定还是法定,行政机关总是能够通过行使行政权实现自身合法权益。<sup>⑫</sup>实践中,我国相当多涉及行政契约的立法中都规定了罚则,且罚则内容也被列入了行政契约文本条款之中。由是,行政机关既是缔约主体,又是自己执法裁判的处罚主体,这显然违反了平等和合意原则,这多少反映出行政优益权法定性的负效应。

优益权并非是行政机关的当然权力,行政契约目的的实现应该尽量避免特权的运用。行政契约手段之所以出现,本质上是因为公权力有所不能,行政机关无法运用纯粹强制性手段达成目的又不得不完成行政任务时,行政契约才应运而生。契约是一种关系合作。行政机关在行政任务面前可以有四种选择:不作为、亲力亲为、强制私人作为、与他人合作作为。契约方式是行政有“求”于民的结果,其权力手段理应受到法律限制和进行合法性评价。那种由所谓的契约优益权导出的法定行政处理权,一定是有限的,特别是契约合意之外的执法权,一定要顾及契约的平等合意和公权力的法定依据,包括运用新作出的行政行为来实现契约履行,都需谨慎。

## 结束语:冗余的和不足的制度设计之返璞归真

契约争议不能由缔约主体自行裁断其合法性和责任归属,契约执行须建立在契约获得执行力基础之上,此为契约履行的一般法理,行政契约本应概莫能外。可是,我国因为固守自己设套的原被告诉讼角色固化的理念,行政机关不得提起行政契约之诉,从而大大减少了契约履行争议的救济渠道的多样性。转而寻求非诉行政案件强制执行制度发挥作用,似亡羊补牢之举。但是,行政契约不属于具有公定力和执行力的传统行政

<sup>⑩</sup> 参见前引<sup>②</sup>,应松年主编书,第193页。

<sup>⑪</sup> 参见前引<sup>⑤</sup>,毛雷尔书,第381页。

<sup>⑫</sup> 参见前引<sup>④</sup>,王振清主编书,第130页。

行为或行政决定,无法以契约自身作为执行根据。承继法国蓝本的行政契约优益权理念,使中国行政机关在无法提起行政契约之诉和直接执行契约时,可能更加注重契约单方特权的设计,欲通过法定权力加大契约的实际履行和强制履行的效果,这种尝试将破坏行政契约的平等合意属性,最终消解行政契约替代传统行政行为的初始制度功能。

究其原因,是因为我国扭曲了一系列概念的本真含义,未能理喻这些概念从名实相符到名实分离的时代变迁过程,故对行政行为、行政决定、行政争议、行政契约、行政执行、行政诉讼制度的理解和设计有误。为了弥补行政诉讼原被告角色恒定制度的不足,叠床架屋,滋生了很多看似创新实则冗余的制度形态。行政契约履行援引非诉行政案件强制执行制度,实为罔顾基本法理。所设计的非诉案件执行实质审查机制,代替了对契约争议的裁断和执行两大环节,扭曲了行政强制执行的本质。契约效力在契约争议判断中是由仲裁或诉讼的裁判程序完成的,非诉案件执行的实质审查则合并了诉讼的裁判程序和执行程序,但是在名义上又不赋予行政机关以起诉权和反诉权,实际上肢解了行政法学的固有理论和基本理解,构造了充满相互矛盾的行政诉讼和行政执行制度。这种制度设计即有冗余的一面,又有匮乏的一面,其运行不利于行政法上的法益保护,需要新的合法合理的调整机制。

---

**Abstract:** In the performance of administrative contract on the remedy channel, Chinese administrative agency is unable to file a contractual lawsuit because it is limited by the legislative presupposition of the plaintiff-defendant constant role. Therefore, the compulsory execution of non-litigation administrative case on the Administrative Litigation Law is regarded as the focus of attention and direction. Administrative contract does not belong to the category of traditional administrative actions, theory of administrative act validity does not reach to it, and contract as the basis for execution does not match with the ideas of administrative rule of law. A civil contract formed according to law does not have enforceability, and there is no universal legal basis for the enforcement of administrative contracts. In order to resolve the implementation disputes of administrative contract, except recovering the plaintiff qualification and rights of sue on administrative agency, the contractual parties' self-enforcement agreement and their administrative adjudication matching the administrative privileges can be used as a kind of effective attempt. However, some institutions designs may also eliminate the equality and the meeting of administrative contract mind. The institution on self-enforcing and administrative privileges should be legalized and used as less as possible.

---

(责任编辑:吴 蕾)