

中國契約行政的法治保障評述與建議

姬朝遠*

借助行政合同，吸納社會資源參與公共產品的供給，解決公共資源緊缺與社會需求之間的矛盾，是當代世界各國公共行政的普遍做法。契約行政是當代公共行政的最顯著特徵。美國學者 Jody Freeman 甚至提出契約治理(contracting governance)及契約國家(contracting states)的理念。¹ Helen Sullivan 和 Chris Skelcher 在《工作無疆界》(2002 年版)中指出，英國政府在地方和地區層面發展了超過 5,500 個公私合營項目，直接投入近 43 億英鎊。² 德國建設法中的徵收契約、開發契約、停車場代金契約、計劃契約以及地方自治法、公務員及教育法、社會法、租稅法、環保法等，多個部門法中規定了行政契約。³

當代中國，契約行政不僅是加快市場經濟建設、提升公共管理效能的有效途徑，而且也是鼓勵民眾廣泛參與國家和社會事務管理、發揚社會主義民主的重要手段之一。目前，中國城市基礎設施建設、房地產開發、重大公共工程建設、城市拆遷、土地徵收、企業改制、計劃生育、環境污染、市場管理等方面已經存在着大量的行政合同。與此同時，實踐中出現的違法招標、違法拆遷、隨意立法、司法不力、惡性上訪、暴力對抗等現象說明，中國契約行政法治保障存在一定問題。有必要從立法、執法和司法等環節逐步健全。

一、中國契約行政法治化歷程

1950 年代計劃經濟時期推行的“統購統銷”措施，可謂新中國契約行政之開端。1988 年、1993 年、1999 年、2004 年憲法的四次修改，為中國契約行政提供了憲法依據。⁴ 伴隨着社會主義法律體系的建立，中國契約行政逐漸步入法治化歷程。

《中華人民共和國拍賣法》；《中華人民共和國招標投標法》；《中華人民共和國政府採購法》；《中華人民共和國中外合作經營企業法》以及《中華人民共和國公務員法》的聘任合同；《治安管理處罰法》；《稅收徵收管理法》中的行政擔保合同制度；《清潔生產促進法》中污染物排放協議；建設部《廉租住房保障辦法》中的廉租住房租賃合同；國家計劃生育委員會《流動人口計劃生育管理和服務工作若干規定》中的計劃生育合同；國務院《國有土地上房屋徵收與補償條例》中的房屋徵收補償協議等規範，為中國契約行政提供了法律依據。

司法救濟方面，1989 年 4 月 4 日第七屆全國人民代表大會第二次會議通過了《中華人民共和國行

* 澳門理工學院一國兩制研究中心副教授

政訴訟法》。但是這部行政訴訟法典並沒有將行政合同納入。2014年《中華人民共和國行政訴訟法》的修訂、2015年《最高人民法院關於適用〈中華人民共和國行政訴訟法〉若干問題的解釋》，才將“行政協議”納入行政訴訟。⁵

2014年之前的二十餘年中，行政合同糾紛司法救濟，有的地方採用民事訴訟程序解決，有的地方採用行政訴訟程序解決。以國有土地使用權出讓合同為例，《最高人民法院關於審理涉及國有土地使用權合同糾紛案件適用法律問題的解釋》(法釋[2005]5號)將國有土地使用權出讓、轉讓等產生的糾紛，規定在民事訴訟的受案範圍之內。⁶《最高人民法院關於修改〈民事案件案由規定〉的決定》(法[2011]41號)，將土地承包經營權糾紛、建設用地使用權糾紛、宅基地使用權糾紛、地役權糾紛納入民事案件管轄範圍。⁷與此同時，有法院將國有土地使用權出讓合同納入行政訴訟範圍。例如，2006年廣東省佛山市中級人民法院子興地產案[(2006)佛中法行終字第107號]二審判決指出：“國土部門代表國家以土地所有者的身份與土地使用人簽訂土地出讓合同，是國家實現對土地行政管理的一種方式，雖然土地出讓合同遵循平等、自願、有償的原則，但其以實現公共利益和行政管理需要為目的，且雙方當事人權利義務的約定有別於民事合同，土地出讓合同屬於行政合同範疇。”⁸

目前，中國社會主義法律體系正處於不斷完善之中。關於行政合同規範的創制、及其因應時變的修正和解釋，揭示了中國契約行政法治保障不斷完善的歷史進程。

二、中國契約行政存在的若干法治問題

(一) 立法層面

1. 行政合同的識別標準不明確

根據法釋[2015]9號《最高人民法院關於適用〈中華人民共和國行政訴訟法〉若干問題的解釋》第11條，行政合同是指行政機關為實現公共利益或者行政管理目標，在法定職責範圍內，與公民、法人或者其他組織協商訂立的具有行政法上權利義務內容的協議。其中，“公共利益”、“行政管理目標”有待進一步明確。

中國目前行政主體參與的合同大致分為四種情形：(1)私法領域使用合同的情形。主要適用於行政機關在招商引資、建設發展地方經濟過程中。例如，連五洲公司與梁山縣政府簽訂《水泊梁山風景名勝區開發經營協議書》約定，梁山縣境內1.2萬畝的水泊梁山風景名勝區由連五洲公司開發經營，期限50年；(2)行政管理領域適用合同的情形。如公安機關採用的“執法目標責任書”、“治安處罰上的擔保協議”、“消防安全責任書”、“夜間攤點治安責任書”、“關於轄區娛樂場所管理責任書”，以及其他行政機關與有關單位簽訂“承諾書”等；(3)行政機關之間使用行政合同的情形。例如贛州市定南縣土地管理局和龍南縣土地管理局簽訂的一份《協議書》約定：龍南縣土地管理局在2002年9月6日之前付清定南縣征地費與其他規費51萬元，定南縣土地管理局收到51萬元費用後負責處理被征土地有關事項及各方關係⁹；(4)行政機關內部人事招聘使用行政合同的情形，例如，《中華人民共和國公務員法》對公務員的“職位聘任”做出了規範。¹⁰

結合“行政協議”定義，這些合同都成了“行政合同”，因為從較寬泛的意義理解，這些合同目的都在於落實“行政管理目標”，具有“公共利益”的性質。

2. 對行政合同行為缺乏統一的立法規制

1946年美國《聯邦行政程序法》(*Administrative Procedure Act*)¹¹，為戰後各國正當行政程序立法樹立了典範。聯邦德國1976年通過《聯邦行政程序法》，規制了行政機關在行政處分、行政契約、行政計劃方面應遵循的程序。¹²《葡萄牙行政程序法典》對行政合同專門進行了規制。¹³法國憲法雖然沒有“正當程序條款”，但法院創造了類似英國“自然正義法則”的“防禦權”，凡剝奪既存權利，應給予當事人適當的防禦機會。¹⁴而且法國2004年《公共合同法典》是當代契約行政領域行政合同統一立法的範例。¹⁵

中國既沒有統一的《行政程序法典》，更沒有統一的《公共合同法典》。《中華人民共和國合同法》僅僅限於民事合同。作為民事法律的有機組成部分，《中華人民共和國物權法》規制了土地承包經營權(第11章)、建設用地使用權(第12章)、宅基地使用權(第13章)、地役權(第14章)，土地使用權出讓協議糾紛又被納入行政訴訟司法救濟範圍。地方雖然已經出現行政程序專門立法，但其中的衝突和差異又不可避免。例如，2008年10月1日起施行的《湖南省行政程序規定》、2015年3月1日起施行的《江蘇省行政程序規定》將行政合同納入，而2012年1月1日起施行的《山東省行政程序規定》就沒有將行政合同納入。同樣是對“行政合同”做出規制，各自的立法文本表述又存在差別。

中國從中央到地方存在着多層級、垂直型決策架構。同一行政層級內，又存在黨委和政府雙層決策機制。統一的行政程序法缺位，統一的公共合同法缺位，難以確保地方決策程序的協調、統一和正當性。

3. 對抽象行為缺乏常態化的立法監督

雖然《中華人民共和國立法法》、《規章制定程序條例》對行政法規、地方性法規、自治條例和單行條例、規章的立法和監督做了規制。但在契約行政過程中，最為常見並大量存在的執行依據則是規章之下的地方政府“紅頭文件”或者“土政策”。這方面的負面案例時有發生：2009年，四川遂寧市船山區文成社區低保戶、80歲老人吳玉華領取低保金時，被告知“不買彩票，就不給發錢”¹⁶；2012年，北京市政市容委發佈《北京市主要行業公廁管理服務工作標準》規定，公廁蒼蠅不超過兩隻。2013年6月武漢市政府提出“除四害”要求：2000米街道上的鼠跡不能超過5處；找人在建築工地光着小腿靜坐30分鐘，僅限被蚊子咬一個包¹⁷；2014年8月，江西贛州章貢區沙河鎮發佈有文號的紅頭文件稱，該鎮近期不少幹部反映機關食堂飯菜放肉少，文件中寫到“尤其是8月8日中午的杏鮑菇炒肉幾乎沒有吃到肉”，決定對食堂管理人員及廚師等通報批評並罰款。¹⁸《公安縣2013年煙草工作考核辦法》規定，全縣捲煙銷售必須達到25,100箱，這任務被下分到各鄉鎮，相當於每人每年要抽60包煙。¹⁹湖北漢川市政府辦公室曾發出“紅頭文件”，要求以後全市的公務招待都用小糊塗仙系列酒。要完成市政府辦公室下達的兩萬多元“喝酒任務”，一年中，除去法定休息日，鎮政府平均每天要喝3瓶酒。²⁰

這些案例中，彩票供應商、煙酒供應商、飲食供應商、環境衛生服務供應商均無法在常態的法治環境下，進入契約行政領域。

(二) 執法層面

1. 地方保護主義的阻撓

地方保護主義與中國現有的地方財稅包乾體制、地方發展的競爭機制、官員升遷的政績機制具有

密切關係，在一定時期內很難根除。毋庸置疑，地方保護主義是契約行政的一大障礙。其中，契約行政的濫用最為典型。例如，湖南省曾經出台的《酒類管理辦法》中規定“外省啤酒進入湖南市場銷售，需再加貼每件(箱)1元的質量檢驗標識”，行政設置外地啤酒的銷售“壁壘”。2006年雪花啤酒在四川、黑龍江、廣西等地相繼遭遇“暴力阻擊”，當地政府及其所屬部門通過非法限制經營者的正當廣告宣傳活動，設置行政壁壘，阻撓和變相限制外地啤酒進入本地市場。再如，舟曲縣政府通過招商引資手段授予企業大肆上馬的水電工程，造成嚴重植被破壞，水土流失，河床乾涸，農房裂縫，農田塌陷，引發了舟曲特大泥石流災害，傷亡慘重。²¹

2. 多層級行政體制干擾

根據《中華人民共和國憲法》第30條，中國行政區域劃分為：全國分為省、自治區、直轄市；省、自治區分為自治州、縣、自治縣、市；縣、自治縣分為鄉、民族鄉、鎮。也就是說，在中國中央統一領導的行政體制內，存在中央機關—各省/自治區/直轄市—地級市、縣/縣級市—鄉/鎮五個行政層級。相應地，國家行政權力從中央到地方存在五個層級。根據行政權的上下從屬原則，一個基層行政部門要同時受到上面五級行政機關的“領導”，這樣的結果給地方政府部門工作自主性、積極性造成了不應有的體制障礙。特別是在重大公共工程建設中，一些上級領導更善於指指點點，從中作梗。利用領導職權，在重大建設項目的招標投標中大搞非法利益輸送的典型案例時有發生。

3. 中央行政監察的缺失

設置專門的中央行政監察機構，對地方開展直接的、常態化的巡視監察，維護國家管治的統一和效能，是中國的治理傳統和基本經驗。中央監察制度自戰國開始，秦、漢、唐中央設御史台；明清時改設都察院。孫中山主張監察權是對百官彈劾糾舉、實施監督的權力。南京國民政府設監察院，負責彈劾、審計之責。²²

與民國憲法推行省、縣兩級地方自治不同，多層級行政架構是中國目前治理體制的主要特徵之一，中央集中統一的監察監督更顯得須臾不可缺。地方存在着成千上萬個決策機構，決策重點首先考慮的是地方利益，而不是全國利益，因為任何地方不可能十分熟悉全國的情勢，他們只能因地制宜履行法定職責。此情勢下，如果缺乏中央集中統一的行政監察常態機制，或者中央常態化行政監察機制運作不暢。上下直轄式的地方管理體制有可能給一些腐敗分子利用行政指令編織地方關係網、以權謀私、拉幫結派、大搞地方保護、對抗中央以可乘之機。

(三) 司法層面

1. 人民法院不得審查規章以上的立法

法國行政訴訟包括撤銷法規訴訟和全權裁判訴訟兩大類案件。²³ 德國行政訴訟中，規範審查客體是州法律之下的法律規範。²⁴

中國行政訴訟只能審查規章之下的規範性文件。而且行政訴訟中法院審查認為這些規範性文件不合法的，不作為認定行政行為合法的依據，並向制定機關提出處理建議，不能直接撤銷。²⁵ 中國的行政立法主體多元，包括國務院、國務院各部委、中國人民銀行、審計署和具有行政管理職能的直屬機構，以及省、自治區、直轄市和設區的市、自治州的人民政府。²⁶ 如果人民法院不能立足具體案件，對這些行政立法進行司法審查，有可能導致行政訴訟淪為不正當的地方利益或部門利益的維護工具。

中國特色社會主義法律體系的建立和完善是最高立法機關的憲法職能。但並不能說明人民法院就

不可以結合具體的案情，對立法進行審查，搞絕對的“權力分立”。(1)中國政權機關的“人民”性決定了公權力機關共同的歷史使命和責任擔當。人民法院有職責依據憲法，結合具體的事務，對有關法律規範性文件進行審查，維護社會主義法制統一。(2)一些規範性文件，單單從字面含義中，看不出有甚麼破綻，但一旦有具體案件發生，問題可能就暴露出來，這個時候，就有必要借助於司法審判進行糾正，從而促進科學立法；(3)司法機關相對於立法機關而言，通過嚴格的司法程序作出的決定更具有科學性和說服力。

2. 人民法院一般只作合法性審查

中國的行政訴訟中，對於行政合同司法救濟片面做合法性審查，缺陷是明顯的：

(1) 行政合同的“契約性”、“雙務性”與一般行政行為的“執行性”、“單方性”明顯不同。有必要依據民法平等互利、誠實信用之“契約精神”，將合理性納入到行政合同糾紛的司法救濟過程中，促進行政合同中行政主體切實履行誠信義務，確保雙方權利與義務的對等和平衡，強化行政合同的另一方對行政主體的信任。

(2) 資本的特性使市場交易的合理性一面存在着較大風險。資本只要有 10%的利潤，就會到處被人使用；有 20%，就會活潑起來；有 50%的利潤，就會引起積極的冒險；有 100%，就會使人不顧一切法律；有 300%，就會使人不怕犯罪，甚至不怕絞首的危險。如果動亂和紛爭會帶來利潤，它就會鼓勵它們。²⁷ 中國地方建設中，也不時出現這種苗頭。例如，2014 年 12 月，河南省南陽市一處房地產建設中，組織十多名愛滋病感染者組建拆遷隊，對小區居民進行威脅拆遷，並揚言誰不搬遷就感染誰。²⁸

(3) 行政合同中的行政機關一方往往處於決策優勢和監督強勢狀態。行政合同司法救濟中，法院不主動審查，當事人一方對不合理對待甚至可能處於不知悉狀態。這幾年，涉及到土地使用權出讓合同、拆遷合同等方面的大量上訪，往往不是合法性問題，更多的則是合理性方面出了問題。以城市國有土地使用權出讓合同為例，一般情況下，居民對土地使用權出賣後的市場效益並不知悉，往往以較低的價位出售，在有些地方集中開發後的土地使用權效益呈指數增長，這樣的懸殊顯然對作為合同另一方的居民是不公平的。如果司法審查過程中，專注於合法性的判斷，很難公正評定並合理補償合同另一方的利益損失。

(4) 一些涉及到高新技術或者不能公開招標的行政合同中，政府一方也有可能成為“冤大頭”。進行合理性審查，有助於預防暗箱操作、不當利益輸送，避免公共財政的不必要浪費。

3. 行政機關不能主動提起行政訴訟

法國行政訴訟中的“先合同緊急訴訟”、“合同緊急訴訟”，由與合同的簽訂有利害關係、且可能因為公開透明與強制競爭義務的違反而被傷害的主體或者由“國家在地方行政區的代表及中央政府提起”。涉及金額較大的行政合同的解除，行政主體必須起訴至行政法院由行政法官判決解除。²⁹ 在德國，行政相對人與國家之間的爭議，鄉鎮之間、鄉鎮與上級行政機關之間、邦與邦之間、邦與聯邦之間所有關於公法上的爭議，彼此之間有權提起行政訴訟。³⁰ 當事人還可以提起反訴。³¹

在中國，行政主體不能作為原告提起行政訴訟。行政訴訟被片面理解為民告官的制度。官沒有必要告民，因為公權力自身具備強制執行的權力和手段。然而，契約語境下的公權力未必就是強者，更為危險的是，如果行政合同中的公權力強者形象一旦形成共識，契約行政就失去了其本來的意義。

事實上，除了《中華人民共和國行政強制法》(2011 年)規制行政強制權外，由於中國高度統一的

警察體制，行政強制權在一般行政機關公務過程中顯得無能為力。《公安部關於嚴禁越權干預經濟糾紛的通知》(1989年)規定，對經濟糾紛問題，公安機關不得干預。《公安部關於嚴禁公安機關插手經濟糾紛違法抓人的通知》(1992年)規定，凡屬債務、合同等經濟糾紛，公安機關絕對不得介入。《公安部關於公安機關不得非法越權干預經濟糾紛案件處理的通知》(1995年)對公安機關插手經濟糾紛做出了更嚴格的規定。

此外，從法治國家角度看，任何人不得擔任自己案件的法官。行政機關在行政合同過程中具有裁斷權和直接執行權，就有可能將行政合同等同於行政強制，或者行政命令。

三、對中國契約行政法治保障的建議

為了給契約行政營造高質素的法治環境，也為了維護法制的統一，促進社會主義法治全面建成。可以考慮從以下幾個方面進行改革：第一，立法方面創制全國性的行政合同法或者行政程序法，對於行政合同的識別、對行政合同的主體要求、目的限定，對行政合同中行政主體一方職權與職責的界定、合同另一方權利義務的設定，相關決策秩序、司法救濟等環節，做出明確的規範。第二，執法方面建立中央統一的、常態化的行政監察機制。第三，司法方面循序漸進地賦予人民法院對立法的司法審查權，賦予行政主體起訴權，賦予司法機關合理性審查權。第四，司法救濟模式方面，當前中國行政合同法制不健全的情況下，允許行政合同雙方選擇糾紛救濟方式，一是因為關於行政合同糾紛 2015 年新的司法解釋之前，中國國有土地使用權出讓合同糾紛的司法救濟實踐中，就存在着民事訴訟救濟的司法實踐，二是也可以參考其他國家的做法來進行司法救濟，比如日本的行政契約不受行政程序法調整，已經開始使用民事訴訟程序為行政合同提供司法救濟³²，在法國，出於推行政務的需要，政府部門與《法國民法典》界定和管理的個人簽訂私法契約，一般通過私法救濟，但公法人表示同意的方式和權限應遵循公法準則的除外³³，英美法系國家沒有區分行政訴訟和民事訴訟，行政契約引起的訴訟，與民事案件和刑事案件一樣，採取普通法訴訟程序。

註釋：

- ¹ 陳軍：《衝擊與發展：契約行政與依法行政關係之檢視——透過公私合作視角考察》，載於《華南理工大學學報》(社會科學版)，2015年第2期，第65頁。
- ² 吳愛明主編：《地方政府學》，武漢：武漢大學出版社，2009年，第512頁。
- ³ 翁岳生編：《行政法》，北京：中國法治出版社，2002年，第760-776頁。
- ⁴ 1988年修改後的《中華人民共和國憲法》第10、11條規定，土地的使用權可以依照法律的規定轉讓。國家允許私營經濟在法律規定的範圍內存在和發展。私營經濟是社會主義公有制經濟的補充。開啟了中國當代契約行政的序幕。
- ⁵ 2014年修訂的《中華人民共和國行政訴訟法》第12條第1款第(11)項：公民、法人或者其他組織認為行政

機關不依法履行、未按照約定履行或者違法變更、解除政府特許經營協議、土地房屋徵收補償協議等協議的，可以提起行政訴訟。法釋[2015]9號《最高人民法院關於適用〈中華人民共和國行政訴訟法〉若干問題的解釋》第11條明確了行政合同的定義：行政機關為實現公共利益或者行政管理目標，在法定職責範圍內，與公民、法人或者其他組織協商訂立的具有行政法上權利義務內容的協議，屬於《中華人民共和國行政訴訟法》第12條第1款第(11)項規定的行政協議。公民、法人或者其他組織就政府特許經營協議；土地、房屋等徵收徵用補償協議；其他行政協議提起行政訴訟的，人民法院應當依法受理。

- 6 楊解君、陳詠梅：《中國大陸行政合同的糾紛解決：現狀、問題與路徑選擇》，載於《行政法學研究》，2014年第1期，第65頁。
- 7 同上註，第65-66頁。
- 8 葉必豐：《行政合同的司法探索及其態度》，載於《法學評論》，2014年第1期，第72頁。
- 9 李國清、姚晨奕：《上訪“專業戶”，改行一年贏了80多萬土地官司》，載於《人民法院報》，2007年1月5日。
- 10 楊小君：《契約對行政職權法定原則的影響及其正當規則》，載於《中國法學》，2007年第5期，第76-77頁。
- 11 王名揚：《美國行政法》，北京：北京大學出版社，2016年，第829-847頁。
- 12 同註3，第986頁。
- 13 胡建森主編：《中外行政法規分解與比較》，北京：法律出版社，2004年，第1370頁。
- 14 同註3，第1075-1076頁。
- 15 [法]讓·里韋羅、讓·瓦利納著，羅豪才主編：《法國行政法》，北京：商務印書館，2008年，第365-567頁。
- 16 《要領低保先買彩票》，載於《新華每日電訊》，2009年11月16日，第4版。
- 17 《那些奇葩的紅頭文件》，載於《文摘週刊》，2016年10月6日。
- 18 《那些奇葩的“紅頭文件”》，載於《新京報》，2015年03月10日，第A07版。
- 19 《湖北公安縣再曝紅頭文件攤派賣煙，“縣民”人均60包》，載於《新華每日電訊》，2013年10月30日。
- 20 同註18。
- 21 王芳、蕭文聖、周敏倩：《論地方保護主義的隱性腐敗性——基於利益攸關視角》，載於《陝西行政學院學報》，2016年第1期，第30頁。
- 22 任進：《憲法視域下的國家監察體制改革》，載於《行政管理與改革》，2017年第3期，第25頁。
- 23 同註15，第783-784頁
- 24 應松年主編：《英美法德日五國行政法》，北京：中國政法大學出版社，2015年，第218頁。
- 25 《中華人民共和國行政訴訟法》第53條、第53條、第64條。
- 26 姜明安主編：《行政法與行政訴訟法》，北京：北京大學出版社、高等教育出版社，2015年，第160頁。
- 27 鄧寧格：《工會與罷工》，第36頁，轉載於馬克思：《資本論》第一卷，北京：人民出版社，1958年，第839頁。
- 28 《“艾滋病拆遷隊”是拆遷至上的毒瘤》，載於《生活新報》，2014年12月22日。
- 29 同註24，第176-180頁。
- 30 黃先雄：《論德國行政訴訟中司法權的邊界》，載於《行政與法》，2013年第1期，第80頁。
- 31 同註24，第230頁。
- 32 例如，基於日本的《水道法》第15條第1款作出拒絕供水決定進行供水方面的地位確認案件的民事訴訟；

對於公害防止協定相關的事業者不履行義務提起的要求停止事業者的土地使用的民事訴訟等。見市橋克哉、榊原秀訓、木多潼夫、平田和一：《日本現行行政法》，田林、錢蓓蓓、李龍賢譯，北京：法律出版社，2017年，第173、176頁。

³³ 同註15，第365-367頁。