

政府招商引资协议法律性质研究

——以司法裁判为素材

张高歌

苏州大学王健法学院, 江苏 苏州

收稿日期: 2023年5月30日; 录用日期: 2023年7月12日; 发布日期: 2023年7月21日

摘要

作为地方招商引资的重要方式, 招商引资协议在深化改革、扩大开放的背景下得到了更为广泛的应用, 协议引发的纠纷也有所增多, 在对协议进行司法审查的过程中, 首要任务是明确协议的法律性质。关于招商引资协议的法律性质, 学界和实务界存在民事合同说、行政协议说和合同类型化处理说等的争议, 对协议性质的不同认定将对诉讼程序和双方实体权利义务产生影响, 关系到案件的最终裁判结果, 具有重要意义。本文拟通过对司法实践案例进行分析, 结合法院认定协议性质的裁判思路, 总结实务中的争议焦点, 通过对争议焦点的讨论明确协议性质。

关键词

政府, 招商引资, 政府招商引资协议, 行政协议, 法律性质

Research on the Legal Nature of Government Investment Promotion Agreement

—Using Judicial Judgment as Material

Gaoge Zhang

Kenneth Wang School of Law, Soochow University, Suzhou Jiangsu

Received: May 30th, 2023; accepted: Jul. 12th, 2023; published: Jul. 21st, 2023

Abstract

As an important way of local investment promotion, investment promotion agreements have been widely applied in the context of deepening reform and expanding opening up, and disputes arising from agreements have also increased. In the process of judicial review of agreements, the primary

task is to clarify the legal nature of the agreements. There are controversies in the academic and practical fields regarding the legal nature of investment promotion agreements, such as the theory of civil contracts, administrative agreements, and the theory of contract categorization. Different determinations of the nature of agreements will have an impact on litigation procedures and the rights and obligations of both parties, and are related to the final verdict of the case, which is of great significance. This article intends to analyze judicial practice cases and combine the court's judgment approach of determining the nature of agreements, summarize the focus of disputes in practice, and clarify the nature of agreements through discussion of the focus of disputes.

Keywords

Government, Investment Promotion, Government Investment Promotion Agreement, Administrative Agreement, Legal Nature

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

随着改革开放的深化，招商引资作为增加地方财政收入、促进地区经济发展和基础设施建设的重要方式得到了广泛应用。政府与投资方向往往通过签订招商引资协议来明确双方权利义务关系、固定招商引资成果，实践中因招商引资协议引发的纠纷数量增多。在对政府招商引资协议(以下简称“招商引资协议”)引发的争议进行司法审查的过程中，协议性质的认定成为需要解决的首要问题。

自2014年《行政诉讼法》立法层面肯定“行政协议”的概念，并将其引发的纠纷纳入行政诉讼受案范围以来，行政协议与民事合同的界分就成为了法学领域的重要话题。2019年，最高人民法院印发《关于审理行政协议案件若干问题的规定》(以下简称“行政协议规定”)以促进法院依法公正、及时审理行政协议案件，表明行政协议在实践中存在较多争议、引发了较多关注。协议性质的认定不仅将影响诉讼程序的选择，而且可能影响对协议双方实体权利义务的判定等，最终影响案件的实体审理结果。

对招商引资协议的性质的讨论具有理论价值和现实意义。当前行政协议判定主要依据《行政协议规定》第1条提出的行政协议的概念，但这一规定过于笼统和抽象，引发了学界的讨论和实践中的纠结。以招商引资协议为样本探讨协议性质，有利于民事合同与行政协议界定标准认识的深化。此外，行政协议与民事合同在特征及制度设计上存在差别，对协议性质的不同认定不仅将影响诉讼程序选择、诉讼时效等程序问题，更重要的是将影响协议的审查标准、审查范围等实体问题。将行政协议认定为民事合同将使得协议逸出行政法的规制框架，不利于对政府权力的监督控制。考虑到行政机关事实上的优势地位，行政诉讼在制度设计时课予行政机关更多的程序义务，将行政协议认定为民事合同，将减损投资方本应有的程序权利，不利于其权益保障。反之，将民事合同认定为行政协议，则要承认行政机关享有行政优益权，或将对相对人权利保障不利。此外，出于法安定性的考量，法律及相关司法解释为行政行为无效设立了相对于民事行为更高的标准，将行政协议认定为民事合同，法的安定性将无从保障。

概言之，对招商引资协议性质的探讨在深化改革、扩大开放的背景之下正逢其时、恰逢其势，具有较高的理论价值和现实意义。

2. 政府招商引资协议性质研究现状

当前关于招商引资协议性质的讨论和研究仍然处于初期阶段，学界及实务界均未就招商引资协议的

法律性质形成一致观点，目前主要存在行政协议说、民事合同说以及合同类型化处理说的争论。

行政协议说从招商引资协议的主体、目的、内容等方面综合分析，认为其在性质上应为行政协议。需要指出的是，该观点内部又有分歧，部分法院认为该类协议属于《行政协议规定》第2条第(五)项之政府与社会资本合作协议。实际上，根据《国务院办公厅转发财政部发展改革委人民银行关于在公共服务领域推广政府和社会资本合作模式指导意见的通知》，政府与社会资本合作(Public-Private Partnership, PPP)，作为法律上的专门概念，是指政府采取竞争方式选择具有投资、运营管理能力的社会资本，双方平等协商订立合同，由社会资本提供公共服务，政府依据公共服务绩效评价结果向社会资本支付相应对价的新型公共服务方式。据此，政府与社会资本合作，发生在基础设施和公共服务领域，而招商引资不限于此种领域。此外，招商引资协议并无社会资本提供公共服务及政府向社会资本支付对价的约定。因此，招商引资协议并非法律意义上的政府与社会资本合作协议。另有学者提出，招商引资协议非为法定的可诉行政协议类型，属于《行政协议规定》第2条中所称的“其他行政协议”[1]。

民事合同说认为，招商引资协议内容杂糅，仅因合同中具有行政因素就将其认定为行政协议并不妥当，指出在此类合同中对等的权利义务关系占据重要位置、比重，属于民事合同[2]。

合同类型化处理说主张，既不能因招商引资合同相对一方为行政机关而一概将其认定为行政协议，也不能因其中具有等价有偿内容而一概认定为民事合同，应当结合合同内容进行具体判断¹。合同类型化处理的主张本身不存在问题，但其并未指明应如何结合合同内容判断合同性质，即使是行政协议说和民事合同说也并非将以单一要素作为协议性质划分的唯一标准。据此，该种主张看似合理但并未切中肯綮。

3. 政府招商引资协议性质认定问题成因

3.1. 立法及司法解释未能明确协议性质

招商引资协议并非法律明文规定的产物，而是我国改革实践发展的产物，当前我国立法尚未就招商引资协议的内涵及外延进行界定，而概念范围的确定是进行其他研究的基础和前提。

作为常用的定义方法，“属 + 种差”定义法能为招商引资协议概念范畴的确定提供启发。招商引资协议的属概念为“协议”，协议即“合意”，是双方意思表示一致而达成的一种契约[3]。招商引资协议作为一种协议类型，自然符合协议的一般特征，是双方当事人意思表示一致的结果。招商引资协议这一“种”与其他类型协议的“差”主要体现在协议主体、协议内容以及协议的签订目的等方面。

从协议主体来看，招商引资协议系行政机关与投资者签订的协议，区别于一般协议，其一方主体恒为行政机关；从协议内容来看，虽然在实践中招商引资协议规定的双方权利义务内容较为庞杂，但基本都包含了政府为投资方提供优惠的土地及税收政策、协助办理相关审批登记手续等内容，而投资方则需要按照协议的约定将工商、税务关系迁入地方，完成相应的投资额度并接受地方政府或开发区管委会的监督和管理；从签订协议的目的来看，投资方签订协议的目的大多与一般商事主体无异，主要是为了追求经济利益，区别在于地方政府签订招商引资协议的目的在于吸引投资，增加税收等。

据此，本文所称的招商引资协议，是指地方政府为促进地方经济发展和基础设施建设，为投资者提供税收、土地、资金等方面的优惠政策或者协助办理审批登记手续，与投资者协商一致达成的协议。不同于纯粹的土地使用权出让合同、建设工程施工合同等，招商引资协议内容具有复合性，仅具有单一要素的上述合同即使名为“招商引资协议”，仍然不属于本文讨论的招商引资协议的范畴²，而是作为民法上的有名合同类型受到民事相关法的调整和规制。

¹ 山东省滨州市中级人民法院(2018)鲁16民初37号民事裁定书。

² 江苏省高级人民法院(2018)苏民终371号民事判决书。

此外，行政诉讼法及司法解释未能给出明确的协议性质的界分标准，相关文件虽然列举了实践中常见的行政协议的类型，但这种列举毕竟有限，招商引资协议并非现行法上的有名合同类型，相关法律规范的缺失使得司法实践中关于协议性质的认定争议较大。另外，《行政协议规定》第1条虽然列举了行政协议的主体要素、内容要素、意思要素以及目的要素，这一关于行政协议概念的规定也成为实践中认定协议性质的重要标准，但也引发了公共利益概念宽泛、行政管理或者公共服务目标外延模糊等质疑，关于协议性质界分标准这一基础问题的争议，也导致了协议性质认定的困难。

3.2. 政府在招商引资活动中的多重角色性

招商引资协议作为地方政府与投资者签订的约定双方权利义务的协议，合同的一方主体必然是行政机关。在招商引资活动中，政府既有可能作为招纳与引进的中间人为招商引资提供政策扶持，也可能直接作为民商事活动的参与者，政府的多重角色性导致实践中招商引资协议内容的复杂性，进而引发了该类协议性质认定的争议。

3.3. 政府招商引资协议内容的杂糅性

招商引资协议性质认定困难的另一个重要原因在于协议内容的复杂性，协议中往往既存在双方平等协商形成的民事合意内容，也存在政府依照行政管理权限决定给予投资方政策优惠以及协助进行行政审批和登记等具有行政色彩的部分^[1]，一定程度上导致了协议性质认定的困难性。

4. 政府招商引资协议性质认定的司法裁判现状

4.1. 实证材料来源及基本情况统计

为了收集司法实践中法院关于招商引资协议性质认定的观点及思路，笔者在“中国裁判文书网”中以“招商引资协议”和“招商引资合同”为关键词，检索新《行政诉讼法》实施以来2015~2022年间最高人民法院、各地高级人民法院以及中级人民法院作出的判决、裁定(因2023年尚未结束，其数据不具有统计学上的意义，本文未将其纳入检索范围)，对得到的文书进行筛选，将其中不涉及协议性质争议以及重复的判决、裁定剔除，最终得出有效的样本文书109篇，作为本文写作的主要实证材料来源。

在本文选取的109篇裁判文书中，中级以上法院将招商引资协议定性为行政协议的有72篇、民事合同32篇，此外有5篇认为协议兼具民事和行政属性，未对协议性质予以明确。据此，我国法院在审理招商引资协议相关案件的过程中，关于协议定性主要存在行政协议和民事合同两种观点，有过半数的样本文书将协议定性为行政协议(见表1)。

Table 1. The overall status of the sample documents in determining the nature of the agreement

表 1. 样本文书协议性质认定总体状况

| | 样本总数 | 行政协议 | 民事合同 | 兼具民事和行政属性 |
|--------|------|------|------|-----------|
| 文书数量/篇 | 109 | 72 | 32 | 5 |

从协议性质认定的法院层级分布来看，样本案例广泛分布于各级法院，这表明关于协议性质认定的争议广泛存在。其中中级人民法院作出的裁判文书数量占比近80%，而最高人民法院和高级人民法院的文书数量相对较少，一方面是由于法院的职责定位不同，低层级人民法院承担了更多审判职能，另一方面，中级人民法院作为二审法院出现反映了招商引资协议引发的纠纷上诉率高、争议较大的状况(见表2)。

Table 2. Distribution of court levels for determining the nature of sample document agreements**表 2.** 样本文书协议性质认定法院层级分布

| 法院层级 | 最高人民法院 | 高级人民法院 | 最高人民法院 |
|--------|--------|--------|--------|
| 文本数量/篇 | 8 | 14 | 87 |

表 3 展示了我国法院审理的关于协议性质认定案件的时间分布状况。总体而言，讨论招商引资协议性质问题的裁判文书的数量呈现增长态势。一方面是随着改革开放的深化，政府招商引资工作卓有成效，在此背景下，招商引资协议引发的纠纷数量有所增加，由此引发对协议性质的探讨。另一方面是随着新《行政诉讼法》颁行，学界和实务界对行政协议的研究和理解不断深化，招商引资协议性质认定问题获得了更为广泛的关注和讨论。从表 3 展示的数据来看，虽然法院总体上更倾向于将协议定性为行政协议，但尚未达成一致观点。

Table 3. Time distribution for determining the nature of sample document agreements determination**表 3.** 样本文书协议性质认定时间分布

| 年份 | 2022 | 2021 | 2020 | 2019 | 2018 | 2017 | 2016 | 2015 |
|--------|------|------|------|------|------|------|------|------|
| 文书总数/篇 | 2 | 10 | 35 | 32 | 14 | 12 | 1 | 3 |
| 行政协议/篇 | 1 | 7 | 20 | 22 | 8 | 11 | 1 | 1 |
| 民事合同/篇 | 1 | 3 | 14 | 6 | 6 | 1 | 0 | 2 |
| 其他/篇 | 0 | 0 | 1 | 4 | 0 | 0 | 0 | 0 |

通过对样本文书基本情况的统计不难看出，实务中招商引资协议性质争议较大，亟待共识的达成。

4.2. 政府招商引资协议性质认定的司法裁判标准

结合样本文书来看，虽然法院对招商引资协议性质认定的裁判思路各异，但本质都是综合各类标准判断协议性质，笔者拟对实务中招商引资协议性质认定的标准进行总结，以期获得关于司法实践中协议定性思路的较为完整的认识。

4.2.1. 法院认定政府招商引资协议为行政协议的裁判标准

1) 协议主体

实践中招商引资协议的一方主体为具有行政职权、履行行政职责的机关或组织，一般是地方政府或者开发区管委会。在不少样本文书中，法院据此指出招商引资协议符合行政协议的主体要素³，并最终作出案涉协议为行政协议的判断。

2) 协议内容

因协议是当事双方协商一致的结果，实践中招商引资协议的内容也各不相同。但影响协议性质的主要内容实际上是协议中约定的双方的权利义务，其中政府一方的权利义务与一般合同的区别较大。结合样本文书来看，法院更为关注招商引资协议中约定的包括土地、税收优惠以及协助办理审批登记手续在内的各类招商政策。认为政府的此类行为处分了行政职权，具有行政法上的权利义务特征，符合行政协议的内容要素⁴。

³ 江苏省南通市中级人民法院(2019)苏 06 行终 95 号行政判决书。

⁴ 四川省自贡市中级人民法院(2018)川 03 行终 53 号行政判决书。

3) 协议目的

协议目的是双方通过协议的签订和履行所期望达到的状态。《行政协议规定》中明确了行政协议的目的要素，不少法院也将协议目的作为协议性质认定的重要标准。实践中，双方订立协议时往往也会指明协议目的，在黄山市龙徽投资置业有限公司、休宁县投资促进局合同纠纷案中，当事人签订的协议中明确“为了加快休宁县城区建设步伐，提高中国休闲养生之都市品味，发展精深加工业，促进地方经济发展……达成如下协议”⁵，法院据此判定案涉协议符合行政协议的目的要素。即使协议中并未直接写明协议目的，法院也往往结合协议内容对协议目的进行识别，作为判定协议性质的重要参考。

需要指出的是，在部分文书中，法院并未结合协议的具体内容对协议性质进行论证和说明，仅仅是引用了《行政协议规定》第1条的内容，直接判定了案涉协议的性质⁶。

4.2.2. 法院认定政府招商引资协议为民事合同的裁判标准

1) 协议主体地位

部分裁判文书中法院指出，协议一方虽然为行政机关，但协议双方不存在行政管理关系⁷，由此认定案涉协议属于民事合同。但笔者认为，以协议签订时是否存在行政隶或管理关系为标准，稍显形式和僵硬。关于协议主体地位这一标准，正确的理解应当是双方签订协议时不处于完全平等的地位，协议主体地位的判断应当结合具体的协议内容尤其是双方的权利义务关系进行。

2) 协议签订过程

部分法院在判决中指出，从协议的签订过程来看，协议是双方反复磋商、谈判、博弈的结果，缔约双方地位平等，在很大程度上体现了私法自治⁸，从而认定此类协议属于民事合同。针对此种观点，笔者认为，行政协议作为一种新型管理模式，与“命令——服从”的政府传统管理模式不同，其权力色彩较弱，而民主色彩较浓。行政协议在很大程度上共享民事行为的特征，协议的订立同样应当尊重当事人的意愿。因此，充分的缔约磋商并不是民事合同区别于行政协议的特征，至于双方的缔约地位是否平等，如前所述，需要结合协议内容作具体判断。

3) 协议内容

协议内容是法院认定协议性质的主要参考。实践中招商引资协议的内容主要是涉及双方的权利义务以及违约责任和救济途径等。在宝应县经济开发区管理委员会与扬州亿丰置业发展有限公司、宝应县开发投资有限公司合同纠纷案⁹中，二审法院从协议内容出发，指出协议约定的招商优惠政策并非行政机关职能范围，最终作出案件属于民事诉讼受案范围的判断。此外，也有法院将行政优益权作为识别协议性质的重要标准，认为协议中没有关于政府享有行政优益权的约定¹⁰，符合等价有偿原则，属于民事合同。

4.2.3. 法院对协议性质作出其他认定的裁判思路

在部分文书中，法院因案涉协议中有关民事权利义务的约定与行政权利义务的约定相互交织、难以完全分离，作出案涉协议“兼具民事和行政属性”的判断，认为当事人对救济途径拥有选择权。这看似是一种折中的做法，但实际上回避对协议进行明确性的做法不仅无法避免争议，反而增强了裁判的不确定性。笔者认为，“兼具民事和行政属性”正是行政协议区别于民事合同的重要特征，法院作出此种

⁵安徽省黄山市中级人民法院(2020)皖10民终472号民事判决书。

⁶山东省济南市中级人民法院(2021)鲁01民终2785号民事判决书。

⁷最高人民法院(2020)最高法民终953号民事判决书。

⁸安徽省高级人民法院(2019)皖民终549号民事判决书。

⁹江苏省扬州市中级人民法院(2020)苏10民终1588号民事判决书。

¹⁰最高人民法院(2020)最高法民终953号民事判决书。

判断实质上是肯认了案涉协议的行政协议属性。

4.2.4. 招商引资协议性质认定司法裁判思路总结

结合以上对实务中关于招商引资协议认定的裁判标准和思路的分析,不难看出,虽然法院判断协议性质的思路存在差异,但本质都是以《行政协议规定》第1条行政协议的定义为基准,抽象出行政协议应当具备的要素,对照各种要素对协议性质进行判断。

一般而言,对协议的主体要素及意思要素仅需进行形式上的审查,目的要素和内容要素则是需要综合考量的实质标准。实践中招商引资协议均发生在具有行政职权的行政机关与一般商事主体之间,是行政机关与投资者缔约磋商后意思表示一致的结果,形式上符合行政协议的标准。

此外,还要结合协议目的和内容进行实质判断。从协议目的上看,实践中招商引资协议往往指明协议签订目的,即使没有直接写明协议目的,结合协议中约定的投资方需完成一定的投资额度目标、将工商税务关系迁入地方等内容也不难作出该类协议签订是出于引入资金、增加地方税收收入、带动地方经济发展等目的的判断。据此,招商引资协议符合行政协议的目的要素。至于行政协议的内容要素,也即是否具有行政法上权利义务内容,有观点指出可以从是否行使了行政职权、是否为实现行政管理目标或公共利益以及是否存在法定或约定的行政机关的优益权几个方面进行判断,其中行政职权的行使是更为本质的要素^[4]。协议内容要素的判断复杂于上述其他要素,也是实务中争议较大的问题。

4.3. 法院司法立场评价

4.3.1. 裁判标准不统一

结合样本案例可以看出,协议内容是法院判断协议性质的重要参考。但实践中招商引资协议的内容各不相同,这给裁判标准的统一带来了困难,即便是内容相似的招商引资协议,不同地区、不同层级的法院的认定结果也存在差异。在玉林市玉东新区管理委员会与玉林市星龙置业有限公司、玉林市红星美凯龙置业有限公司合同纠纷案中,针对合同中约定的招商引资政策的性质,一审与二审法院作出了截然不同的判断,一审法院认为协议中关于优惠政策以及提供报批登记等便利条件的约定属于行政机关依法行使行政职权的范畴,二审法院则认为该种约定属于合同的履行行为,并非行政管理事项,从而对案涉协议性质作出了不同的认定。裁判标准的不统一必然导致“类案不同判”现象的出现,严重损害了司法权威。

4.3.2. 存在性质认定模糊的问题

实践中存在刻意回避对案涉协议的性质作出明确认定的情形。上文已经列举了部分文书仅指出案涉协议兼具行政和民事属性,而不对协议性质进行明确的问题。在宝应县经济开发区管理委员会与扬州亿丰置业发展有限公司、宝应县开发投资有限公司合同纠纷案中,一审法院的裁判文书中甚至出现了“……故本案属于民事法律关系所涉权利义务内容。且即使协议所涉内容属行政职权事项,从本案具体情况而言,案涉投资开发协议有关民事权利义务的约定与行政权利义务的约定相互交织、难以完全分离……”¹¹的表述。对协议性质的认定模糊也将影响争议的有效解决。

4.3.3. 论证说理不充分

部分案例中,法院并未结合协议内容等进行具体分析,仅仅引用法律条文,不对条文含义以及对案件的可适用性作出解释,直接得出案涉协议属于行政协议的结论,在《行政诉讼法》及相关司法解释未明确将招商引资协议列举为行政协议类型,且学界与实务界关于协议性质尚存较大争议的情况下,说服力不足。

¹¹江苏省扬州市中级人民法院(2020)苏10民终1588号民事判决书。

5. 政府招商引资协议性质厘清

结合以上对法院认定协议性质的裁判思路的分析不难看出,目前实务界对招商引资协议符合行政协议的形式要件并无过多争议,主要困难在于对协议内容的综合判断。法院的主要纠结在于对协议中关于招商政策以及协助办理报批登记事项的约定,也即合同中关于行政机关义务的约定是否属于行政机关“行政职权”的范畴。

所谓“行政职权”,笔者认为,是指“行政职责”和“行政权限”。正如王名扬教授指出的:“行政机关必须对于某件事有进行处理和决定的权力,然后才能作出各种不同的具体处理和决定。”判断某一事项是否属于行政机关的行政职权范畴,首先应明确该事项是否属于行政机关的职责范围,此外还需判断针对这一事项的具体管理方法是否是行政机关有权采取的[5]。具体到招商引资协议,要判断其中关于政府义务的约定是否属于行政职权的范畴,首先应当明确其是否属于地方政府或者开发区管委会的职责范围,然后判断行政机关是否有权采取此种方式进行招商引资。

传统观点认为行政职责是指法律、法规为行政机关设定的工作任务,但严格来说,这一观点所称的是政府的“法定职责”范畴,随着现代行政法的发展,行政管理手段逐步多元化,行政职责的来源也不再仅限于法律、法规规定,除法定职责外,政府职责还可能由行政协议等合意或政府的先行行为引发[6]。据此,政府在协议中与投资者就招商引资中政府一方义务进行的约定也属于政府行政职责的范畴。

至于政府是否有相应的行政权限,则需要结合合同内容进行具体判断。实践中招商引资协议约定的招商政策主要包括税收优惠和土地出让金的减让。招商引资协议中约定的税收优惠一般指企业所得税的优惠,根据《国务院关于明确中央与地方所得税收入分享比例的通知》(国发〔2003〕26号),该类税收作为央地共享税,由中央与地方政府按照一定比例分享。此外,对一些国家支持的行业,企业的全部所得税可以享受“三免三减半”的税收优惠。据此,地方政府有权在其处分范围内设定税收优惠政策,若超出其处分权限作出税收减让约定,可能因违反法律法规规定而无效。另外,土地出让金的优惠也是地方政府有权处置的范畴,土地出让金也即土地使用权的交易价格,而地方政府在土地出让方面享有较高的自主权,有权作出土地出让金优惠承诺。关于协助各类登记报批手续,则需要考察地方政府在投资者与相关主管部门之间扮演了怎样的角色。在招商引资过程中,投资者大多非为本地企业,对本地情况不甚了解,与企业相比,地方政府更加熟悉各机关的工作流程等,此种情形下,由地方政府作为协助办理审批登记手续的“中介”确实是简单高效的做法。需要注意的是,由于职能的特殊性,我国市场监管部门、税务部门多实行垂直管理,地方政府并不直接参与其行政执法工作,两者相对独立、各负其责,但实践中地方政府与工商、税务部门的关系可能存在暧昧,地方政府若通过此种方式使投资方在登记报批事项上获得优待,其合法性就成为了值得讨论的问题。此外,招商引资协议中往往约定政府“协助”办理登记报批事项,部分法院将这种“协助”认定为协议的履行行为,而协议的履行行为并不会影响协议的性质,从这一思路出发,在判断协议性质的过程可以忽略此类约定,综合其他内容对协议性质进行认定。

部分法院指出地方政府协调投资方办理手续并非行使行政职权的行为,而是协助其履行合同,非行政管理事项¹²。前文已述,行政机关的协调属于协议的履行行为,而协议履行行为并不会影响协议性质。有法院认为从协议内容看,案涉协议是依据民事合同一般应具备的主要条款做出的,因此不属于行政法上的权利义务¹³。这种不结合合同具体内容进行的判断显然是僵化的,行政协议概念提出较为晚近,立法也尚不完备,因其与民事合同的亲缘性,实务中参考民事合同主要条款确定行政协议内容的做法较为常见,以此认定协议性质不足为据。

¹²最高人民法院(2020)最高法民终352号民事判决书。

¹³河北省衡水市中级人民法院(2020)冀11民终1599号民事判决书。

概言之，招商引资协议中约定的各类优惠和便利，属于政府行政职权的范畴，而协议中的此种约定构成了招商引资协议的主要内容，从内容层面看，符合行政协议的要求。

综上，招商引资协议符合行政协议的形式要件，对其主要内容进行分析判断，其也符合行政协议的实质要件。因此，应当将招商引资协议定位为行政协议，在行政法的框架下进行调整和规制。

参考文献

- [1] 戴未茗. 政府招商引资协议性质辨析[J]. 理论观察, 2019(10): 100-103.
- [2] 崔建远. 行政合同族的边界及其确定根据[J]. 环球法律评论, 2017(4): 21-32.
- [3] 韩世远. 合同法总论[M]. 北京: 法律出版社, 2018: 3.
- [4] 杨科雄. 试论行政协议的识别标准[J]. 中国法律评论, 2017(1): 61-65.
- [5] 高家伟. 论行政职权[J]. 行政法学研究, 1996(3): 11-17.
- [6] 刘洋. 行政机关法定职责的主要来源及具体适用[N]. 检察日报, 2021-04-01(7).