

浅析行政协议的识别

陆夏勤

宁波大学, 浙江 宁波
Email: lawyerhenry@163.com

收稿日期: 2021年3月29日; 录用日期: 2021年4月13日; 发布日期: 2021年5月7日

摘要

2019年12月10日,《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》出台,对行政协议诉讼制度作了专门规定。全文共29篇,从八个方面展示了重大制度创新。如何界定行政协议,判断其行政性质,并与民事合同等非行政协议相区别,是我国法学理论界和实务界关注的问题。本文通过分析行政协议的定义,阐释《行政协议司法解释》中规定的行政协议的四大特征,提出关于行政协议定义与受案范围的反思,进一步识别行政协议。

关键词

行政协议, 行政诉讼, 受案范围

On the Identification of Administrative Agreement

Xiaqin Lu

Ningbo University, Ningbo Zhejiang
Email: lawyerhenry@163.com

Received: Mar. 29th, 2021; accepted: Apr. 13th, 2021; published: May 7th, 2021

Abstract

On December 10, 2019, *The Provisions of the Supreme People's Court on Several Issues concerning the trial of administrative agreement cases* were issued, which made special provisions on the litigation system of administrative agreement. There are 29 articles in this paper, which show the major institutional innovation from eight aspects. How to define the administrative agreement, judge its administrative nature, and distinguish it from the non-administrative agreement such as civil contract, is a problem concerned by the theoretical and practical circles of law in China. By

analyzing the definition of administrative agreement, this paper explains the four characteristics of administrative agreement stipulated in the judicial interpretation of administrative agreement, and puts forward the reflection on the definition of administrative agreement and the scope of accepting cases, so as to further identify the administrative agreement.

Keywords

Administrative Agreement, Administrative Proceedings, The Scope of Reviewable

Copyright © 2021 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

行政协议作为一种新的国家治理方式，在行政实践中得到了广泛的应用。行政协议纠纷正式纳入人民法院受理行政诉讼的范围，这是行政诉讼法修改后的新规定。根据该法第十二条第一款第十一项规定，政府特许经营协议、土地房屋征收补偿协议等协议纠纷属于行政诉讼范围。2019年11月27日《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》(以下简称《行政协议司法解释》)通过，专门规定了行政协议诉讼制度。此次明确了行政协议案件的具体范围，突破了原《行政诉讼法》对行政协议的严格法律解释。实践中，协议行政案件的受理和审理存在诸多问题。一是如何确定协议是否为行政协议。明确行政协议的定义，能够明确行政诉讼中行政协议案件的具体范围，有效保护行政协议当事人的合法权益。

2. 学理上对行政协议的定义

(一) 我国学理上关于行政协议的定义

1) 中国大陆

我国学者对行政合同的许多定义和理论研究都是基于对国外“行政合同”的比较研究。行政法学界对行政协议的含义基本达成共识。虽然不同学者对行政协议的定义不同，但没有本质的区别。例如，“行政合同，是指行政机关以实施行政管理为目的，与行政相对人就有关事项经协商一致而成立的一种双方行为。它具有行政性、合意性和法定性”[1]。再如，“行政合同，是指行政主体为实现行政目的，而与另一方当事人就行政法上的权利和义务互为意思表示并达成合意的法律行为”[2]；“行政合同，是指行政主体和行政相对人以协商一致的方式，设立、变更或消灭行政法上的权利义务关系的合同”[3]。从以上学者的界定中可以看出：第一，行政协议是当事人双方的法律行为。行政协议必须有两个以上的法律主体，其中一个应当是行政机关。第二，行政协议的目的是实现其行政目的。正是由于行政管理目的的存在，才将行政活动的“行政性”引入行政协议。第三，行政协议的法律效力是行政法律关系的建立、变更或消灭。

2) 中国台湾地区

关于行政契约的判断标准，台湾台北市政府于2007年颁布了《行政契约判断标准》，提出了行政协议的两个认定标准：执行法律法规的公法性质和为实现行政目的。主要有五个判断步骤：协议一方的行政机关；协议内容包括行政机关的行政处罚或其他高权力行为；协议取代行政处罚；它涉及人民公法的权利义务，在协议中明显偏向行政机关。除第一项外，其他各项只要有上述五项内容之一时，即可视为行政协议。

(二) 域外关于行政协议的定义

通过以下对国外研究现状的介绍,我们可以得出这样一个看法绝大多数国家没有刻意对行政协议进行研究,他们更多的是关注行政合同或是行政契约。而这里的行政合同或是行政契约是不同于国内关于行政合同定义的主流观点的,它是包含行政协议在内的。

1) 英美国家

英美等国的行政法中都没有行政合同的概念。所有涉及政府作为一方的合同统称为“政府合同”。这是因为英美两国是典型的英美法系国家,所以一直存在公法与私法不分离的法律传统,导致行政合同和行政协议的概念在理论上的缺失。具体而言,政府合同包括两种形式:一种是政府与货物、机器或服务的制造商或供应商签订的合同。这种合同一般具有商事性质,但不同于商事合同,应适用政府规章和格式。这种合同类似于我们这里所说的行政协议。虽然理论上没有行政协议理论,但行政协议在现实生活中得到了广泛的应用,最典型的是美国的州际协议制度。

2) 法国

在法国,行政合同包括行政协议,成文法中没有行政协议和行政合同的具体含义。法国虽然区分了公法和私法,是典型的成文法国家,但其行政法主要以判例法为基础。它通过案例解释行政协议和合同,并适用不同于私法的规则。法院认为,第一,合同当事人之一必须是行政主体;第二,合同以履行公务为目的;第三,合同超越私法规范^[4]。因此,法院在确定行政合同时,必须包含一些双方都是行政主体的行政协议。法国行政法对行政协议的判断标准基于三个因素:一是协议一方是行政机关;二是协议的目的是执行公用事业的任务;三是协议的内容超越了英美法。一般来说,只要有前两项,就属于行政协议,第三项只作为辅助条款存在^[5]。判断行政协议属性的关键在于行政协议的目的。

3) 日本

田中教授认为,日本传统行政法学理论将行政合同分为公法合同和私法合同后确立的公法行为。公法合同是以公法效力为目的,使多元当事人之间的对立意思表示达到一致的公法合同。可见,在日本行政法学界,公法合同包括两种类型的协议,一种是行政主体与相对人达成公法效力的协议,另一种是行政主体签订公法效力协议。通过对国外上述研究现状的介绍,我们可以得出这样一种观点,即大多数国家并不是有意研究行政协议,而是更多地关注行政合同或行政契约。这里的行政合同不同于我国行政合同定义的主流观点,包括行政协议。

3. 行政协议要素分析

《行政协议司法解释》第一条,行政机关为了实现行政管理或者公共服务目标,与公民、法人或者其他组织协商订立的具有行政法上权利义务内容的协议,属于行政诉讼法第十二条第一款第十项规定的行政协议。根据这一规定,行政协议包括四个要件:第一是主体要件,即一方当事人必须是行政机关;第二是目的要件,即必须是为了实现行政管理或公共服务的目的;第三是内容要件,即协议的内容必须具有行政法上的权利义务;第四是意思要件,即双方必须通过协商达成协议。有人认为这是对行政协议内涵的规定,然而笔者认为这仅是指明了行政协议的四个特征,并非识别行政协议的标准。下面主要结合该解释分析行政协议的四大特征。

(一) 主体要素

主体要件是行政协议的基本要件。行政协议是行政主体与公民、法人或者其他组织等行政相对人签订的协议,即至少有一方当事人是行政主体。根据《行政协议司法解释》和《行政诉讼法》,行政主体解释为“行政机关”和“法律、法规、规章授权的组织”。行政机关委托的组织因不能以自己的名义实施行政管理,并承担法律后果,依法订立行政协议的,受委托组织的行为由受委托的行政机关承担法律

责任，受委托的组织签订行政协议时，相关的法律责任最终属于委托机关。因而受委托的组织不具备签订行政协议的主体资格，行政协议的相关法律后果和责任应属于被授权机关。

行政主体因其身份和权力而明显强于行政相对人，使行政协议得以围绕公共服务或行政管理展开。在司法实践中，法官往往从这一点出发来区分行政协议与一般民事合同。行政相对人不履行行政协议约定的义务，行政机关不能起诉行政相对人的，行政机关可以通过申请非诉讼执行或者自行执行的方式实现协议救济。但是，在特殊情况下，如果协议各方都是具有独立法人资格的行政主体，该怎么办？

（二）目的要素

根据行政协议的司法解释，行政机关订立行政协议的目的是为了实现公共服务或行政管理的目的。从文本意义上看，公共服务与行政管理目标是两个相互独立的概念。行政协议的设立只需要满足其中一个目的。在《行政协议司法解释》未出台前，已废除的 2015 年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》(下文简称《适用解释》)第十一条，将行政协议的目的解释为实现公共利益或者行政管理。从“公共利益”向“公共服务”转化的目的是使行政协议客观要素的判断更加准确。公共利益作为一个不确定的法律概念，很难从主观或实体的角度来明确界定。公共利益的范围很广，每个人对公共利益的理解都不尽相同，这给司法实践中的法官带来了困难，加剧了不确定性。正是由于公共利益本身的不确定性，定性行为不能完全概括公共利益的概念。

在当前的司法实践中，法院在审判过程中对具体案件的公益内涵进行了阐述，并逐渐形成了一定的审判方式。如在香港斯托尔实业有限公司诉江苏泰州海陵工业园区管理委员会招商引资协议一案中，最高人民法院根据《江苏省经济技术开发区管理条例》之规定确定，招商引资协议正是为了实现公共利益需要而签订。法院通过其宗旨确定公共利益的范围。首先，借助现有的行政法规来界定公共利益的范围是一种有效的方式。其次，法院在自由裁量权上采取比例原则，要求行政机关对公共利益的具体情况作出解释。笔者认为，对社会公共利益的判断应以私人利益为基础。行政机关不是为了满足和实现自己的特定利益，而是为了法律所保护的利益，可以将其判断为公共利益，从而扩大公共利益的认定范围。

法院还将以行政目的和行政职能作为判断公共利益的标准，来判断行政协议是否符合政府的行政目的。行政目的不是行政法上的一个概念。行政管理目标是指行政机关通过行政行为所期望达到的内容和结果。现实中，行政机关要实现的行政管理目标往往是根据行政管理的具体需要和具体情况来确定的，因此在规范层面上无法统一界定行政管理目标。法院在判决时往往根据案件的具体情况来界定。

这两个标准是相互独立的，只需要满足其中一个标准。通常不能用统一的标准来界定，往往需要行政机关或法院根据案件的具体情况予以解释。行政协议司法解释中的目的要件更有利于把握行政协议，减少司法实践中判断的不确定性。

（三）内容要素

内容要素即行政法上的权利义务内容。根据既有裁判，“行政法上的权利义务内容”既包括协议中行政主体所享有的行政职权，也包括协议中公民所享有的公法性权利。以 2017 年香港斯托尔实业(集团)有限公司案件为例，最高人民法院法官对涉案协议中的“行政法上的权利义务内容”进行了细致的列举，主要包括行政主体承诺的给予政策优惠、提供协助办理行政手续等行政职权，行政法官总结指出：“这些权利义务虽有部分民事权利义务性质，但更多约定涉及地方政府不同职能部门的行政职权，分别受多部行政法律规范调整，具有明显的行政法上的权利义务特征。”

但对于“内容要素”在识别行政协议时所具有的权重及内涵，最高人民法院民事庭与最高人民法院行政庭在裁量时存在着显著争议。具体而言，最高人民法院民事庭认为“内容要素”应构成识别行政协议的必要条件，并对“内容要素”之内涵采取了缩限性理解。民事庭法官会具体审查协议的内容是否包含了不能为民事法律制度所涵括的权利义务，以至于妨碍了民事庭法官依据民事法律制度对案件进行实

体处理。民事庭法官对协议属性的判断，主要根据协议内容是否包含了“行政职权”因素以及所包含的“行政职权”因素占据何种地位而决定。笔者认为，内容要素可以作为职责要素的延伸，只要涉案协议构成了行政主体履行行政职责的手段，那么其为了履行法定职责而约定的协议内容就可以通过推定的形式来确定其行政性。只有在行政机关有法定职权处分公共资源的情况下，公民通过行政协议获得的权利才是有效的。而行政机关的职权行使将佐证其存在行政法上的权利义务，即只要协议构成了行政主体履行行政职责的手段，那么其为了履行法定职责而约定的协议内容，就可以被自然推定为“行政法上的权利义务内容”。

(四) 意思要素

意思要素，即行政主体与行政相对人必须协商表达相同的意思。行政协议不仅是当事人协商一致的结果，也是履行行政职责的结果。这是行政和协议。虽然双方地位可能不平等，但协议需要谈判和协商。对其含义要素的理解，既要强调私法自治或“契约胜法”，也不能只强调依法行政或权力无效，而应综合考虑公共利益维护、私法主体利益保护、行政管理目标的实现、纠纷的有效解决等相关因素，以及相应的公私法规则，都应当适当地实施适当的“嫁接”。

首先，行政协议是一种合同，它必须体现合同制度的平等性、自愿性、协商性、约定性等一般特征。同时，行政协议是行政机关为实现行政管理目标而实施的一种行政行为，它还具有行政行为的法定权限、正当程序、体现行政利益权等属性。这些特点构成了行政协议与传统民事合同的重要区别。

4. 《行政协议司法解释》中识别行政协议进步之处

(一) 去除行政协议判定中“在法定职责范围内”的表述

“适用解释”中“法定职责范围内”的表述，极大地提高了将协议界定为行政协议的标准，使大量行政协议纠纷无法进入诉讼渠道，当事人权益得不到保护，带来了诸多问题对司法实践中审理行政协议相关案件的困惑。因此，最好的解决办法是在随后的立法中将这一要求从行政协议的定义中删除，这对保护当事人合法权益、提高行政诉讼效率、增强司法审判的可操作性都具有很大帮助^[6]。事实上，在司法实践中，也有法官对“法定职责范围内”作出灵活理解的案例，例如在韩甲文诉黑龙江省肇源县人民政府行政协议案中¹，最高人民法院认定该协议属于行政诉讼。主要原因是原告与行政机关签订了协议。实质上，为了保证社会的和谐发展，满足公共利益的需要，实现行政职能的真正实现，主要可以按照行政机关与信访人签订的协议中相应权限的属地主义相关原则，政府给付或者提供其他利益，信访人以利益停止信访，都属于可以提起诉讼的行政协议范畴。

笔者认为，由于《信访条例》没有赋予行政机关通过行政协议处理信访事项的权力，在司法实践中对“法定职责范围内”进行了变通，没有将其作为判断行政协议的必要条件，也就是说，本案中行政机关与另一方当事人签订的行政协议已经超越了法定权限，明显不符合“在法定职责范围内”的要求。但是，最高人民法院通过签订协议的目的和协议在行政法上的权利义务，找到了一条新的途径，将协议认定为行政协议，这无疑将“法定职责范围内”的要求置于了法律的高度。而此次行政协议司法解释直接删除了行政协议判决中“在法律职责范围内”的表述，是一个重大进步。

(二) 不再采用“公共利益”这一概念

在解释签订行政协议的目的时，“适用解释”采用了公共利益的概念。由于这一概念过于宽泛，在立法中使用这一术语无疑是危险的。公共利益是指非特定多数人的利益。公共利益的最大特点是其内容的不确定性，这也是其定义所导致的。正因为它代表了非特定多数人的利益，公共利益的内容也必然在不断变化。我们很难给它下一个准确的定义。笔者认为，在对行政协议的判断标准作出规定时，应慎重

¹最高人民法院(2016)最高法行申45号行政裁定。

使用公共利益的概念。更简单的方法是去掉公共利益目的表述，保留行政目的。另一种方法是对司法实践中涉及公共利益的行政协议案件进行总结和梳理，找出一些共性特征，进而对公共利益案件的处理方式进行一定程度的指导细化，以减少公共利益概念的抽象性和不稳定性。在本次行政协议司法解释中，去掉了“公共利益”的概念，取而代之的是“公共服务和行政管理目标”，这使得行政协议的认定更加具有确定性。

5. 对行政协议识别的思考

从2015年《行政诉讼法》修订生效至今，最高人民法院行政庭已经识别出下述各类无名行政协议：土地收储协议、国有土地使用权出让协议、自然资源开发协议、息诉息访协议、政府工程采购协议、教育委托培养协议、师范生免费教育协议、律师代理协议、购房安置协议、招商投资协议、和解协议、移民安置补偿协议、环保监督补偿协议、行政强制执行协议、行政合作协议[7]。然而需要注意的是，对上述无名行政协议的识别，都是在个案背景下完成的，因此并不能据此认为只要涉案协议属于上述抽象类型，就都自然应被视为行政协议。《行政协议司法解释》第二条，明确列举了政府特许经营协议、土地、房屋等征收征用补偿协议、矿业权等国有自然资源使用权出让协议、政府投资的保障性住房的租赁、买卖等协议、符合第一条规定的政府与社会资本合作协议为行政协议，同时，规定了行政协议类型的兜底条款。

《行政协议司法解释》第三条规定，因行政机关订立的下列协议提起诉讼的，不属于人民法院行政诉讼的受案范围：（一）行政机关之间因公务协助等事由而订立的协议；（二）行政机关与其工作人员订立的劳动人事协议。这两类容易协议，被明确排除在行政诉讼的受案范围之外。不少学者认为，这是因为这两种协议不符合行政协议的基本要素，不属于行政协议，因此不属于人民法院行政诉讼的范围。但笔者不得不认为，规范性规定只是将其排除在行政诉讼的范围之外，这并不意味着这两类协议不属于行政协议，也不可能等同。

有学者认为，在司法实践中，行政协议可以从主体的合法性、主体地位的不平等、行政责任的前提、行政主体的优先权、行政目的的目的等七个方面加以区分，行政法规范的适用，以及行政法中权利义务的存在[8]。然而，从行政审判和民事审判的角度来看，裁判往往以经验的方式否定或肯定其非行政约定。事实上，行政协议的承认不能仅仅从四个特征来判断。一劳永逸地解决了行政诉讼受案范围问题。所谓行政协议的界定，从法律解释的角度反映了行政协议的主要特征，但不能“自动”认定行政协议。同时，要注意区分作为概念性行政协议的受案范围和作为判断标准的行政协议。

6. 结语

任何制度从产生到发展再到完善，都不可能一蹴而就，是各种理论探讨和实践经验的结果，行政协议制度也不例外。笔者认为，随着我国行政协议诉讼制度的正式确立，对行政协议的界定标准的研究将会有更多的学者，地方法院也会在判决书中对各种行政协议进行界定，从而为理论研究提供第一手资料，有助于行政协议定义的完善。

参考文献

- [1] 姜明安. 行政法与行政诉讼法(第五版)[M]. 北京: 北京大学出版社, 2015: 318-321.
- [2] 杨解君. 行政法学[M]. 北京: 中国方正出版社, 2002: 346.
- [3] 叶必丰. 行政法学[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2003: 291.
- [4] 王名扬. 法国行政法[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1989: 179.
- [5] [法]让·里韦罗, 让·瓦利纳. 法国行政法[M]. 鲁仁, 译. 北京: 商务印书馆, 2008: 550.

- [6] 张祺炜, 金保阳. 行法定职责外行政协议的适法性[J]. 司法实践, 2018(9): 100-107.
- [7] 陈天昊. 行政协议的识别与边界[J]. 中国法学, 2019(1): 140-163.
- [8] 叶必丰. 行政合同的司法探索及其态度[J]. 法学评论, 2014(1): 66-74.