

行政协议中的行政优益权及其规制探析

易欢欢

贵州大学法学院, 贵州 贵阳

收稿日期: 2023年3月27日; 录用日期: 2023年4月11日; 发布日期: 2023年5月30日

摘要

行政协议是一种新型政府管理方式, 兼具行政性和协议性。行政优益权是行政协议中的重要内容, 由行政机关单方享有。为了解决现实中存在的行政机关不规范行使行政优益权的问题、为了保证行政协议价值的实现、为了平衡公共利益与私人利益以及加强法治政府和诚信政府的建设, 有必要对行政优益权进行规制。目前, 对行政优益权的规制存在着缺乏系统全面的行政优益权规范依据、行权程序不健全、协议相对人的事后救济路径窄等问题。针对这些问题, 建议建立健全行政优益权的实体和程序制度, 拓宽协议相对人的救济路径, 以实现行政优益权的规制, 更加高效地实现行政管理目的。

关键词

行政协议, 行政优益权, 依法行政, 法律规制

Analysis of the Administrative Preferential Rights and Its Regulation in Administrative Agreements

Huanhuan Yi

School of Law, Guizhou University, Guiyang Guizhou

Received: Mar. 27th, 2023; accepted: Apr. 11th, 2023; published: May 30th, 2023

Abstract

Administrative agreement is a new form of government management that combines administrative and contractual characteristics. Administrative preferential rights are an important aspect of administrative agreements and are exclusively enjoyed by administrative authorities. To address issues where administrative authorities do not exercise administrative preferential rights properly, to ensure the realization of the value of administrative agreements, to balance public interests and

private interests, and to strengthen the construction of a rule of law and honest government, it is necessary to regulate administrative preferential rights. Currently, there are problems with the lack of a comprehensive and systematic regulatory basis for administrative preferential rights, incomplete execution procedures, and limited post-remedy options for counterparties to agreements. To address these issues, it is recommended to establish and improve the entity and procedural systems for administrative preferential rights, in order to realize the regulation of administrative preferential rights and achieve the administrative management goals more efficiently.

Keywords

Administrative Agreement, Administrative Preferential Rights, Administration in Accordance with the Law, Legal Regulation

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

行政协议，也称行政契约、行政合同，是在市场经济快速发展和政府职能不断扩张的背景下出现的一种新型政府管理方式，即通过协议实现行政管理目的。与行政处罚、行政命令、行政强制等传统的刚性管理方式相比，具有柔性特征的行政协议在释放社会闲置资本潜力、提升相对人认可度和支持度以及有效实现公共服务目的等方面更具优势。从行政机关与行政相对人的关系来讲，行政协议的出现是对二者关系的重新构造，一方面，行政机关的行政管理方式从传统单一的指令性模式转向了包含“公私协作”方式的二元模式，另一方面，行政相对人也从被权力支配的地位转向了与行政机关协商合作的相对平等地位。目前，中国行政法学界在行政协议的理论研究和法院在行政协议的司法实践中基本形成了一个共识，即行政主体在行政协议中具有优益权，这是行政协议区别于民事合同的显著特征。行政优益权贯穿于行政协议的订立、履行和协议目的实现过程中，并产生着重要影响，行政优益权能否合法合理地行使，关系着法治政府和诚信政府的建设，关系着国家治理方式的现代化和法治化，因此，有必要分析行政优益权及其规制路径。

2. 行政协议优益权概述

2.1. 行政优益权的内涵及行使界限

关于我国行政优益权的内涵，目前法律并无明确规定。通常认为，行政优益权是指，在行政协议中，行政机关为了更圆满地实现行政管理目的以及更充分地维护社会公共利益而享有的职务上或物质上的优先和受益资格。许多学者受法国行政协议优益权制度的影响¹，将行政优益权等同于特权，甚至过度拔高优益权的“特权性”，这在一定程度上“导致了行政机关的误会，以为自己在行政协议中真是与相对人地位不平等的‘老大’”[1]。需要注意的是，行政优益权是权力，也是职责，权力表明优益权具有命令性、强制性等特性，职责表明行政机关在符合优益权行使的条件下应当主动履行行使优益权的责任。作为一种权力，行政优益权的行使需要有界限，因为“有权力的人们使用权力一直到遇有界限的地方才休

¹王名扬教授在介绍行政协议“原产地”的法国行政优益权制度时，将其界定为行政主体享有的“单方特权”，并详细介绍了法国行政主体在履行行政合同时享有的五项特权，即“要求对方当事人本人履行义务权”、“对合同履行的指挥权”、“单方变更合同标的权”、“单方解除合同权”以及“制裁权”。

止”[2]。界限大致包含两个方面，一是以公共利益的维护为必要前提，即行政主体要坚定的“代言”和“捍卫”社会公共利益，其行使优益权的目的不是一己私欲，而是为了更好的实现行政管理和公共服务的目标；二是非必要不得行使优益权，行政协议的协议性表明作为协议一方的行政机关具有全面履行协议的义务，优益权的行使可能给协议相对方的切身利益造成巨大损害，也会降低潜在协议相对方的积极性和安全感，从而折损行政协议的效用，因此，行政机关只能在其他途径都不能避免公共利益受到损害的情况下才能行使优益权。

2.2. 行政优益权的内容

厘定行政优益权的内容十分必要，关系着行政机关行使行政优益权的条件和类型。目前行政法学界认同的行政优益权表现形式概括起来包括五种，含括在协议签订前和履行过程中两个阶段，分别是协议签订前的协议发起权和选择协议相对人的权利，协议履行过程中的监督指导权、单方面变更协议内容权、制裁权、单方解除协议权。有的学者还根据司法实践中出现有关争议的多少，将行政优益权划分为广义的行政优益权和狭义的行政优益权，狭义的行政优益权只包括行政机关的单方处理权，即变更和解除权[3]。笔者认为，前述六项权力并不是都适合纳入行政优益权的范围，需要进行进一步的解读。第一，缔约阶段的协议发起权和协议相对人选择权不是行政优益权。行政机关订立行政协议的过程同民事合同一样，包括邀约邀请、邀约、承诺等，在这个过程中，行政机关同民事主体一样具有自主选择权，同时也要受到相关缔约法律规则和公平公正公开等原则的限制。也就是说，在合意形成的过程中，行政机关并不具备任何特权，哪怕其缔约的动因是公共利益。第二，协议履行过程中的监督指导权和制裁权不宜认定为行政优益权。有的学者将这两种权力认定为天然的行政优益权，理由是行政主体能够在行政协议的履行过程中单方、强制性地行使这种不平等权力，本身就符合行政优益权的特征。但是笔者认为，这两种权力是特定法律授权给行政机关的，是行政机关的职责所在，行政机关应当依据法律的规定行使监督指导权和制裁权，哪怕行政协议不存在。简言之，该权力的行使事关行政机关的职责，与行政协议中的优益权没有关联。第三，应当根据具体情况认定行政机关的单方变更权和解除权是否为行政优益权。行政协议具有协议性，适用民事合同法律规则。根据民法典的规定，民事合同的变更需要当事人协商一致；民事合同的解除可以依据约定，也可以由双方当事人行使法定解除权而解除。²这种变更权和解除权是行政协议双方都具有的行政合同权利，因此，行政机关依据法律规定行使变更权和解除权，此时行政机关行使的是合同权利，与行政优益权无涉。只有在不具备法定变更和解除条件的情况下，行政机关单方变更或解除协议才有可能涉及行政优益权的行使。此时需要区分行政机关是合法使用行政优益权还是滥用行政优益权，二者产生的法律后果不同，若是合法使用优益权，则相对人可以请求行政机关就其受到的损害予以补偿，若是滥用优益权，则属于违约行为，相对人可以请求其承担违约责任。总之，必须根据具体情况来判断行政优益权的内容范围。

2.3. 行政优益权何以存在

行政优益权是否应当存在于行政协议中是学界长期存在的一个极具争议的问题。反对的学者往往从行政优益权不符合契约精神和契约规则，可能造成相对人信赖利益的损失和潜在相对人的不安全感，可能破坏行政协议制度、阻碍对法治政府和诚信政府的建设等方面论述行政优益权存在的弊端。而认同的学者则多是从公共利益维护的角度和行政优益权所具有的优势来分析行政优益权存在的必要性。笔者认为，行政机关应当享有行政优益权。一方面，在一般的民事合同中，双方当事人都是追求个人利益，当一方当事人违约时，另一方当事人可以采取协商、调解、仲裁、诉讼等途径挽回损失。但是在行政协议

² 参见《民法典》第五百四十三条、第五百六十二条和第五百六十三条。

中,行政主体所需要保障的是社会公共利益,公共利益一旦受损,具有难以恢复和恢复成本高昂的特点,因此,必须赋予作为“掌舵人”的行政主体以特殊权利去掌控正确方向,防止偏离维护公共利益的正确“航道”。另一方面,在行政协议的履行过程中,难免会出现一些在订约时不可预料的、可能对公共利益造成重大影响的因素,为了避免这些因素对协议履行的目的造成无法挽救的损失,需要行政主体拥有一些特殊权力来控制风险,这种要求给与了行政协议中行政优益权存在的合理空间。而且从某种程度上来说,协议的签订如同法律的规定一样,在签好的那一刻就已经过时了,而社会是在发展的,公共服务的需求也可能会发生变化,为了保障公共服务的持续性和质量,为了在公共服务需求发生变化时行政机关不至于约束于一纸合同之中而无法作为,有必要赋予行政主体根据客观情形的变化进行适时地调整的权力。

3. 行政协议优益权规制的必要性

3.1. 解决行政优益权不规范行使问题的需要

从控权的角度来看,行政优益权是一种权力,权力若不规范运行,就有失控的风险,目前实践中大量存在着的行政机关滥用行政优益权而产生的行政协议纠纷就是很好的证明。现实中主要表现为行政机关在房屋征收补偿协议、政府特许经营协议、自然资源使用权出让协议、PPP协议等协议中随意利用维护公共利益的理由变更或解除协议,造成了协议相对方签订协议的目的无法实现,并且使其利益造成了不合理的减损。例如在何某某诉贵州贵安新区马场镇人民政府等行政协议案³中,何某某与马场镇人民政府签订了有关配合搬迁给与奖励的行政协议,但是马场镇人民政府为了减少给付奖励款,便以维护公共利益为由单方解除与何某某的协议,造成何某某预期利益的不合理损失。解决这一现实问题的关键便是遏制行政优益权的随意行使,使其在法制轨道上规范运行。

3.2. 保证行政协议价值实现

行政协议双方的地位不具有实质的平等性,从协议的订立至协议的履行完毕,行政主体始终处于实质优势地位,若不对行政优益的行使加以规范,会使得行政协议存在的一个基本出发点——潜在相对人与行政机关立于相对平等地位来共同协商解决,遭到很大的挑战。对潜在协议相对人来说,行政相对人拥有过多的武器也会让潜在协议相对人担忧其中存在的潜在危机与不确定性,由此失去缔约的兴趣,最终导致行政协议的存在失去该有的意义和价值、失去行稳致远的基础。

3.3. 平衡公共利益与私人利益的需要

行政机关的缔约动因是公共利益,而民事主体则为实现其私人利益,协议双方依法、依约全面履行行政协议的最优结果是公共利益和私人利益的双重实现,即两种利益的完美平衡。而行政优益权的存在和使用则打破了这种平衡,需要在公共利益和私人利益冲突的情况下进行优先性评判和取舍。从利益的大小与利益辐射的范围来考虑,“公益”高于“私益”,“私益”服从“公益”便是最终的评价和取舍结果。也就是说,法律赋予行政机关行政优益权就是对两种利益权衡后的选择,若行政机关不规范使用,可能导致公共利益和私人利益的一方受损或双重受损,因此,规范行政优益权的行使就显得尤为重要。当行政机关合法、合理地行使行政优益权时,虽然这一优益权行使行为本身会对相对人的利益造成减损,但是可以采取利益失衡后的优化方案——协议相对人损失填补,使公共利益与私人利益重新趋于平衡。

3.4. 加强法治政府和诚信政府建设的需要

法治是现代国家治理的普遍方式,“庞大政府”的法治建设是国家法治建设的重点和主体,而行政

³ 参见(2019)黔04行初62号、(2019)黔行终1591号行政判决书。

法治的重心便是控权。行政协议的出现和推行是行政机关治理能力提升的一个重要体现，但不可否认的是，受国家治理传统的影响，行政协议的行政色彩十分浓厚，行政优益权的不规范行使使得行政协议的“行政性”经常压倒“协议性”，不仅对行政协议制度造成了破坏，也成为了法治政府建设的“拦路虎”。鉴于此，规制行政优益权的行使十分必要。

政府诚信是社会诚信的标杆和基石。行政机关随意使用行政优益权变更或解除行政协议的行为是不守信的表现，既是失信于相对人，亦是失信于社会，不仅损害了协议相对人的信赖利益，造成政府公信力的降低，更是冲击了良好营商环境的构建和诚信社会的建设。规制行政优益权的行使有利于提高行政机关的失信成本，推动诚信政府建设落到实处。

4. 现阶段我国行政协议优益权规制的不足

4.1. 立法缺失—缺乏系统全面的行政优益权规范依据

目前，我国没有对行政协议优益权作出系统性规定，缺乏系统全面的行政优益权规范依据。关于行政优益权的规定散见于法律、行政法规、部门规章和地方性法规等不同效力层级的法律文件之中，呈现出杂乱和分散的状态，如《行政诉讼法》第12条、《政府采购法》第50条、《土地管理法》第58条、《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第42条、《浙江省行政程序办法》第81条等都规定了政府在行政协议中享有的变更或解除权。这样的规范现状存在三个问题。首先，前述法律文件的调整对象和适用范围不同，只能适用于特定领域或特定地方，具有片面性的特点。行政优益权规范的分散性也可能导致同种行政优益权在不同规范中的规则标准不一致的情况出现，从而导致分歧和冲突，增加行政相对人在缔约时存在的潜在危机与不确定性。其次，前述法律文件尚缺乏行政优益权具体行使条件的规定，大多是一些原则性的规范，笼统地规定了政府享有何种优益权，这样概括且抽象的规定赋予了行政主体较大的自由裁量权，蕴含着权力滥用的危机。最后，前述法律文件多将“可能损害公共利益”、“因公共利益需要”作为行政主体行使行政优益权的条件，但是缺乏对“公共利益”的解释和界定范围，既存在着行政机关不当地将其自身利益、地方利益或财政利益界定为公共利益的风险，亦不利于解决多样化的现实问题。

4.2. 行政协议优益权行权的程序不健全

所谓行政优益权行权的程序，是指行政主体在行使优益权时所应当采取的系列行动、步骤或方法。行权程序的健全可以提高行政主体在行政协议上的负责任程度以及行政相对人对决策的接受度。然而，我国目前未制定行政程序法，缺乏高位阶的法律对行政优益权具体行使程序进行规定。就地方性法规来说，一些地方法程序法规仅规定了订立协议的程序而没有提及优益权行权的程序，如《江苏省行政程序法规》第八十二条规定了行政机关有权因“合同履行将严重损害国家利益或公共利益”而变更或解除合同，但对于政府行权时是否需要行政相对人作出合理解释、相对人是否可陈述申辩、是否可以听证等关键程序性问题均没有提及。无程序即无权利保障，优益权行权程序的缺失使得行政主体不能按照法定的步骤和方法来行权，可能导致权力的滥用，从而损害相对人合法权益。纵使相对人可以通过事后救济程序来补救自己的权益，但是其在救济程序中所付出的劳力和心力仍然无法得到补偿。另外，制定一套完备且可行的程序规则还可以在很大程度上避免行政主体消极行使优益权，从而更精准的维护公共利益。

4.3. 行政相对人缺乏多元化救济机制和渠道

在民事合同中，当事人的权益受到侵害时享有协商、调解、仲裁、诉讼等多元化的救济途径。然而在行政协议中，处于相对弱势一方的行政相对人的权益救济途径却十分有限。《最高人民法院关于审理

《行政协议案件若干问题的规定》第二十六条规定行政协议中约定的仲裁条款无效，即排除了仲裁纠纷化解机制。实践中存在用行政复议解决行政协议纠纷的做法，如最高人民法院发布的“某国际有限公司、湖北某高速公路有限公司诉湖北省荆州市人民政府、湖北省人民政府解除特许权协议及行政复议一案”中，湖北省政府便立案处理了某国际公司、某高速公路提起的行政复议案，但是目前尚无法律层面的规定。协议相对人只能求助于单一的诉讼方式，而行政诉讼方式的维权周期长、需要花费的成本高，应该作为行政相对人维权的最终手段而不是唯一手段。因此，需要构建多元化的纠纷解决机制，为相对人提供更多的救济途径和渠道，尽量将纠纷化解在诉讼之前，在节约救济成本的同时实现权益保障的最大化。

5. 行政协议优益权规制路径

5.1. 健全行政协议中行政优益权的实体制度

健全行政协议中行政优益权的实体制度，需要从三个方面来弥补立法的缺失，实现对行政优益权的立法控制。一是明确行政优益权的具体内容。目前我国关于行政协议优益权的规定较为分散，缺乏高位阶的法律来作出普遍性的规定，而行政优益权的具体内容越明确，在认定行政主体是否超越权限滥用优益权时的判断标准就会越明确^[4]。因此，笔者建议制定一部全国性的《行政协议法》，明确规定行政优益权的含义和具体内容，以便于全国统一适用，解决实践中关于行政协议优益权的普遍性问题。二是要明确和细化行政优益权的行使条件。目前我国大多数法律文件规定的行政优益权的启动条件是涉及“公共利益”，但是公共利益这一抽象名词的内涵和外延太广泛，为了减少由此带来的不必要损失和纠纷，需要规范公共利益的概念，具体可以采用概括式和列举式的方法予以细化。三是要加强对协议相对人的权利保障，通过赋予协议相对人保障性权利来监督行政协议优益权的行使。具体而言，法律应该赋予协议相对人知情权、陈述申辩权、补偿请求权等具体的权利来监督行政主体行使优益权，从而维护其自身利益，在一定程度上保证启动行政优益权决策的合法性。

5.2. 建立行政协议中行政优益权的程序制度

建立行政协议中行政优益权的程序制度有利于规范行政优益权的行使步骤和方法，有利于行政协议的顺利进行。目前我国没有全国性的统一行政程序法律，只有一些地方性法规制定了程序法，其中也只有极少数的地方性法规零星的、粗略的规定了行政协议优益权的行使程序，不够全面，并且适用范围有限。为了防止程序的缺失威胁正义和效率的实现，有必要建立程序制度来实现对行政协议优益权的规制。一方面，应当设立公开、告知和说明理由制度。公开是为了增加优益权行使的透明度，维护协议相对人的知情权，有效防止权力的扩张。行政主体应当对行使优益权的法律和事实依据进行公开，履行告知义务，并向相对人作出行权合理解释。同时，相对人也可以在知情的情况下进行陈述和申辩，有利于纠纷的及时解决。另一方面，应该建立听证制度。行政主体行使优益权是单方面的，无需协议相对人的同意，为了避免决策的失误给协议相对人造成重大利益损失，应当赋予协议相对人在维护其权益时向行政主体陈述事实和申辩的权利，故有必要建立听证制度，根据优益权的不同内容反映的对相对人权益的影响程度来决定行政主体“应该”还是“可以”组织听证。

5.3. 拓宽协议相对人的事后救济渠道

行政协议进入行政复议，是行政复议适应新时代要求发挥化解行政争议主渠道作用的内在要求与必然趋势。

建立和完善行政协议中优益权的实体和程序制度，可以说是对因行政优益权的行使而发生纠纷情形的“事前预防”和“事中控制”，从很大程度上对行政协议优益权进行了规制。但是在纠纷发生后，如

何救济行政协议中因权利的失衡给协议相对人带来的利益损失，是一个值得关注的问题。笔者认为，可以从两个方面切入。一方面，要健全目前的诉讼救济路径，如完善司法审查的标准，对行政协议优益权行使的合法性和合理性进行审查；明确举证责任的划定；合理确定赔偿和补偿方案等。另一方面，要扩充非诉救济途径，如行政复议、行政裁决、调解和仲裁等。相对人可以根据自己利益的受损情况和预备的维权成本来选择维权方式，有利于减少协议相对人的二次损失。同时，赋予协议相对人维护其权益时与行政主体“平等对话”的权利，也有助于化解协议双方的矛盾，使纠纷得到更快速、更柔和地解决。

参考文献

- [1] 胡建淼. 对行政机关在行政协议中优益权的重新解读[J]. 法学, 2022(8): 41-51.
- [2] 孟德斯鸠. 论法的精神[M]. 北京: 商务印书馆, 1982: 154.
- [3] 张榆. 行政优益权的理论基础与行使规则探析[J]. 法律适用, 2022(3): 111-120.
- [4] 李颖轶. 法国行政合同优益权重述[J]. 求是学刊, 2015, 42(4): 97-102.