

# 行政协议的法律适用问题研究

潘佳康

西安工程大学人文社会科学学院, 陕西 西安

收稿日期: 2023年12月5日; 录用日期: 2023年12月25日; 发布日期: 2024年2月29日

## 摘要

《行政诉讼法》的颁布, 标志着我国行政协议正式进入行政诉讼范围。《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》全面实施, 但是仍然存在诸多的现实问题, 对行政协议法律适用问题进一步研讨, 有助于理清行政协议的法律适用规则, 能理顺政府与市场的关系, 同时也能明晰国家治理与私人自治的边界。本文主要讨论行政协议的法律适用问题, 了解行政协议的基础概念, 分析行政协议的特点, 探讨行政协议的法律适用问题研究意义, 查阅文献及资料, 明确国内行政协议相关的研究现状, 总结与本课题研究的相关问题; 对比域外有关的法律制度, 分析已有法律适用模式并从中得出启示, 结合已经总结出的行政协议适用相关问题, 对国内行政协议的法律适用问题进行探讨分析, 行政协议因其特殊性, 应该针对不同的情形, 采取适用单一行政法或者行政法和民法相结合的方式。

## 关键词

行政协议, 法律适用, 行政诉讼

# Research on Legal Application of Administrative Agreement

Jiakang Pan

College of Humanities and Social Sciences, Xi'an Polytechnic University, Xi'an Shaanxi

Received: Dec. 5<sup>th</sup>, 2023; accepted: Dec. 25<sup>th</sup>, 2023; published: Feb. 29<sup>th</sup>, 2024

## Abstract

The promulgation of Administrative Procedure Law marks the formal entry of administrative agreement into the scope of administrative litigation. The Provisions of the Supreme People's Court on Several Issues Concerning the Trial of Administrative Agreement Cases have been fully implemented, but there are still many practical problems. Further research on law in administrative agreements will help law application rule of some administrative agreements. It can straight-

ten out the relationship between the government and the market, and at the same time clarify the boundary between state governance and private autonomy. This paper mainly discusses the legal application of administrative agreement, understands the basic concept of administrative agreement, analyzes the characteristics of administrative agreement, discusses the significance of the research on the legal application of administrative agreement, consults literature and materials, clarifies the research status of domestic administrative agreement, and summarizes the related issues of this topic. By comparing the relevant foreign legal systems, this paper analyzes the existing legal application models and draws inspiration from them, and discusses and analyzes the legal application of domestic administrative agreements in combination with the summarized application of administrative agreements. Due to its particularity, administrative agreements should be applied in a single administrative law or a combination of administrative law and civil law in different situations.

## Keywords

Administrative Agreement, Application of Law, Administrative Litigation

Copyright © 2024 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. 行政协议概述

### 1.1. 行政协议概念

行政协议也称为行政合同和行政契约。行政协议司法解释第一条规定，行政机关的宗旨是行政管理或者公共服务。人民与法人或者其他组织就行政法上的权利义务达成的协议为本法第十二条第一款规定的行政协议[1]。行政协议的一方当事人虽然必须是行政机关，但仍是当事人意思自治的结果。由于行政协议的目的是执行行政计划而不追求私人经济利益，因此执行行政协议和履行行政职责的关键是维护公共利益。它们之间存在不平等以及主体的特殊性，要求法律的执行者必须慎重解决行政协议中的法律适用问题。

### 1.2. 行政协议特别之处

#### 1.2.1. 行政性

行政机关通过行政协议行使行政权力是区别行政协议与民事合同的主要特征。行政性质的具体表现有一方当事人必须是行政机关或者说在主体上有明显的行政性质；行政权力义务是行政协议的客体，行政协议是以权利义务为内容；最后在上一节行政协议的概念中提到的行政协议的目的是实现行政管理或者公共服务的目标，具有行政性的目的[2]。

#### 1.2.2. 契约性

契约性即意思自治，行政协议符合合同的相对性原理，行政协议必须由双方协商签署，行政机关必须尊重行政相对人的真实意思而且不得以任何方式强迫相对人订立行政协议。双方可以就协议内容进行公平的协商确定权利义务关系。签订协议需要双方受协议的约束，按协议履行责任承担义务。

#### 1.2.3. 法定性

首先是内容的合法性。行政机关订立的协议的目的必须合法的协议的当事人必须遵守法律有主体资格，协议的内容不得违反法律和法规的禁止性规定[3]。其次是程序的合法性。行政协议的订立与谈判、

变更和解除等都要遵守法定的程序。内容上的法定性和程序上的法定性共同决定了行政协议的法定性。

### 1.3. 研究意义

#### 1.3.1. 立法方面

《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》已经实施，关于行政协议的问题学术界仍然存在很多舆论。行政协议虽系公私法融合的产物，可本质仍属于行政行为。例如，政府投资的保障性住房的租赁、买卖、矿业权等国有自然资源使用权出让协议等协议在形式上与民事合同有相似性，但由于行政性、公益性在其间发挥了主要作用，就使得这类协议不能完全由民事法律来调整。研究行政协议的法律适用问题，可以更好地完善法律体系。

#### 1.3.2. 实践方面

从实践方面来看，在整个行政审判界，基本上已经快把行政协议案件当成民事案件来进行审理，这无疑忽视了行政协议的行政性特点，而且不利于公共目的的实现。

因此，研究行政协议的相关问题，解决行政协议的法律适用问题，对于各级法院正确审理和裁决行政协议争议案件具有重要作用，而且厘清思路，对推动各级政府机关依法行政，正确运用行政协议管理经济社会，提高政府治理能力，在与行政机关签订行政协议的过程中，保护作为行政协议当事人的公民、法人组织或者其他组织的合法权益也具有重要意义[4]。

## 2. 行政协议的法律适用现状及问题

### 2.1. 行政协议的立法现状及问题

#### 2.1.1. 行政诉讼法中行政协议法律适用问题规定缺位

《行政诉讼法》规定，人民法院依照法律、行政法规和地方性法规的规定审理行政案件，发生在行政区域内的行政案件适用地方性法律。人民法院审理民族自治地方的行政案件，行政案件以民族自治地方的自治条例和单行条例为依据。人民法院根据条例和法律的不同地位和依据规定审理行政案件。人民法院在制定规则时能判断规则的规定合法有效性同时应适用合法有效的规则。在过去人民法院审理行政案件主要针对行政行为比如单方面行政诉讼的合法性指令性动作审查，所以适用的规范性文件主要是行政法规[5]。

人民法院受理行政协议案件后审理纠纷的依据在何时下可以援引民法规则和必须排除适用普通合同法规则而适用行政法规则，这是实践中必须面对的行政审判问题。最近有法院按照民事合同的规则处理但是有的却按照行政法规的规定处理。各地做法不一理论界更是不一致。一般认为《行政诉讼法》的规定，所以法院在审查行政协议纠纷时要审查其合同和审查其合法性。其合法性取决于相关的行政法规和规章，以合理地担心法定变更和撤销符合民法典的规定[6]。需要指出的是，下级规范性文件是否可以授权行政机关单方面取消或者变更涉及合法性的协议，合同需要相关实体法研究和规定。由于涉及当事人的合法权益，规则之外的规范性文件原则上不应限制当事人的合法权益。应该采用什么样的规则和方法来解决行政合同纠纷，无论是民事规则还是公法规则，这是对行政合同概念是否成立的争论做法并延续到司法审查阶段的法律适用问题。申请依据的混乱也直接导致了行政协议司法救济的非常混杂[7]。

#### 2.1.2. 行政协议司法解释规定笼统

行政协议司法解释为行政协议案件审理提供了指导，但关于法律适用问题的规定依然笼统[8]。

司法解释第二十七条规定，人民法院审理行政协议等适用行政诉讼法的规定。行政诉讼法不需要参照适用的民事诉讼法。人民法院行政协议案件可以参照适用。民事法律、法规对民事合同的有关规定。

民法和行政法在司法解释中的规定，建议行政协议案件可以适用双重法律。但对具体的问题并没有做出详细的规定，特别是实体法的适用方面，如行政协议的效力问题，期限与时效，赔偿问题等问题，这无疑给司法实践带来了困难。

## 2.2. 行政协议司法实践中的现状及问题

行政协议法律适用问题之争的实质还是性质之争，我们不得不面对实践中行政要素的识别困境。

行政协议相对于民事合同来说主要区别可以分为五个方面的要素：目的要素：主体要素、职责要素、意思要素、内容要素[9]。

这个定义在司法实践的过程中发挥了极大的作用，为行政协议法律制度和司法救济的发展奠定了坚实的基础[10]。但是，这五要素也存在以下三个方面的问题：第一方面是关系不明。这五要素需要同时具备或者只需具备其中任何之一即构成行政协议，存在争议。如要同时具备这五要素，如此苛刻的要素要求下，行政协议还能剩下多少？可能会将一些本来属于行政协议的案件不当排除出受案范围：如只需具备其中任何之一则有行政协议泛化之嫌，将些民事协议划入行政诉讼。第二方面是概念不准。法定职责要素要求行政机关必须依法定职责签订行政协议，这实际上混淆了行政协议的合法性要件和成立性要件，如一些街道乡镇为招商引资签订具有用地、财税等内容条款的合同是违法的，它是否属于行政协议就会存有争议：“行政机关”或者“行政主体”要素无法说明政府出资设立的国资公司以自己名义与有关企业签订购买关闭污染企业补偿协议的性质。第三方面是内容不清。其中任一要素的判断在实践中均可能产生识别上的困难，公共利益、行政管理目标或者行政法上的权利义务[11]，都属于不确定的法律概念，如果说处于产业升级或者环保需要签订协议尚可属于上述情形，那么有的乡镇街道为维稳需要，在特殊时期与信访人签订息诉罢访协议是否符合上述要素，则无不争议。

## 3. 域外行政协议的法律适用制度及启示

### 3.1. 域外行政协议的法律适用制度

#### 3.1.1. 私法优先模式

在普通法体系中公法和私法没有具体的区分。但是合同是在政府和私人之间订立的则相同的法律规范将可以使用。该学说的主要依据是行政机关以合同形式实现了行政管理职能的目的，应当遵守一般合同法的规范。如果行政机关以公共利益为基石，享有合同的特殊权力，则需要在合同条款中作出较为明确的规定[12]。英国著名法学家戴雪说，法治意味着每个人都受普通法院的法律管辖，不允许任何人凌驾于法律之上。戴雪甚至指出，法国行政官员受普通法之外的特殊法律约束，这是非法治理的一种表现。在英国，推行政策常见手段就是凭借合同，例如发展计划、社会政策以及执行工资政策等[13]。事实上，20世纪初，英美学者一直反对行政法作为一个独立的法律部门的存在。因此，从理论上讲，在英美法系中，行政合同和民事合同适用的法律规则相同。一位美国教授认为，如果按照私人合同的规则机械地处理具有公共属性的合同，可能会陷入极大的危险[14]。因此，在实践中，对于行政合同，原则上适用私法规则，但不排除适用公法。

#### 3.1.2. 行政法优先模式

德国行政协议法律适用优先适用行政法，适用民法进行补充。

在20世纪60年代，德国联邦行政法院在某一个建设费用的判决中，在普通法体系中公法和私法没有具体的区分。但是合同是在政府和私人之间订立的则相同的法律规范将可以使用。该学说的主要依据是行政机关以合同形式实现了行政管理职能的目的所以应当遵守一般合同法的规范。如果行政机关以公

共利益为基石并享有合同的特殊权力需要在合同条款中作出相对明确的规定[15]。英国著名法学家戴雪表示法治意味着每个人都受普通法院法律的管辖任何人都要服从甚至指出法国行政官员受制于特别法，这是非法治理的一种法律规范。

### 3.2. 域外行政协议启示

在法国以及欧盟国家，行政协议的法律适用都采用行政法模式，行政协议案件的审查和判决主要依据行政法规。为保证行政协议的法律优益性，实现公共利益，应适用行政法模式。而且我国是社会主义国家，具有集中力量办大事的制度优势，行政协议案件适用行政法可以更好的节约公共资源，实现公共目的。

中国的行政协议制度处于发展初期。一般是可以模仿德国模式，这适用民事法律法规但是社会经济的发展 and 行政协议制度的完善，中国应形成自己行政协议的制度从而采用行政法模式。

## 4. 行政协议的建议及适用问题的建议

行政协议是双方协商意见一致的结果，也是完成行政管理职责需要的结果，因此，在审理行政协议时，一定要保持清醒。民事审判是不能回避的。

### 4.1. 行政协议中优先适用民事法律规范的情形

中国台湾一些法官认为英美合同法没有他们所谓的公私合同之分。无论公法合同还是私法合同都适用相同的原则[16]。

#### 4.1.1. 优先适用民事法律

行政协议的生效、无效等行政协议效力的审查适用民事法律规范[17]。

我国目前对这个协议审查规则的研究还处于起步阶段，没有像法国那样形成自成行政协议的体系。这里需要强调两个重点问题，一是非法行政协议的效力问题。对于民事合同违法不一定是无效的行政协议也应当如此。如果将行政协议视为行政行为违法的行政协议只有无效或可撤销的结果，无论哪种结果都会导致不稳定或者不好的局面出现。从最高人民法院《行政协议解释》的规定来看虽然规定行政机关对行政协议的签订和履行的合法性承担举证责任但并未规定违法必须撤销或确认无效。也就是说《行政协议解释》虽然强调了行政协议的合法性但并未确定违法的行政协议无效或者应当撤销等[18]。第二，无效行政行为规定可能不都适用于现行行政协议[19]。行政行为有重大、明显违法行为的无效。书本理论上来说这个具有重大意义且明显违法的行政协议被认定为无效是合理的。行政协议中的行政行为主体不具备行政主体资格的则该行政行为无效。但是，对于行政协议不具备行政机关资格的行政机关签订临时代理机构或者派遣代理机构的应当视为委托代理人，而不是不能简单认定行政机关的行为无效。行政协议的效力以行政委托的具体事实为准。

在行政协议缺乏实体性法律规范和程序性法律规范的情况下行政法基本原则不仅可以填补法律漏洞，还可以指导法律的解释选择和适用。行政法的基本原则是行政法的原始规定，其范围涵盖行政法的各个方面。行政协议作为行政活动的一种手段，可能真的离不开基本原则的约束[20]。行政协议的行政机关、公民、法人或者其他组织协商达成的协议。以比例原则为例，既然选择了合同方式行，政机关如果能够通过合同法的手段达到管理目的，就不能利用行政特权单方面变更或者解除合同。这符合相称性原则的要求，如果需要采取行动其手段应尽量弱化而且不能轻率使用严格手段。在瑞典曾有学者专门研究了行政法基本原则在政府合同案件审理中的适用[21]。

#### 4.1.2. 辅之适用行政法律的规范

在审查行政协议效力时，适用行政法的基本原则限制行政协议的效力和撤销。主要原因是：法律优

先原则的适用范围有限信托保护原则的补充限制。按照法律优先原则的要求，必须确保行政机关的行政行为符合法律规范，不得违反法律规范，否则主管机关将撤销违法行为。行政协议的选择不应受法律保留原则的限制。相比之下，只要法律不禁止，我们的行政机关可以通过行政协议来限制和处理。但是，如果法律禁止使用协议，行政机关仍然使用行政协议，违反了法律优先原则。行政协议没有意义，是无效协议。除此之外，比例原则在行政协议中也可以适用，比例原则作为行政法中非常重要的一项原则，要求行政机关在制定行政协议的时候要与行政相对人的意愿相符合，不能超出行政协议的目的，更不能从不平等的地位出发，借助行政机关的强制性，去强迫行政相对人，胁迫个人去获取不正当的利益，当协议变更或者终止时我们行政机关不得以公共利益为由启动行政特权，应该遵循合同意愿，优先选择协商模式。程序正当原则也是行政法中的一项重要基本原则，这就要求行政机关在和行政相对人意见不一致，或者因为公共利益而要变更行政协议的，行政机关应该按照法定程序进行，尽可能听取行政相对人的意见，并且要说明理由和原因。

#### 4.2. 行政协议中适用行政诉讼法情形

《行政诉讼法》适用于当事人的资格和单方面变更、或者撤销行政协议。在行政协议案件的审理中，部分问题基本属于纯行政问题，适用《行政诉讼法》。就行政诉讼当事人而言，应当根据合同的关联性和行政法主体的理论，确定原告的资格，适用行政诉讼法规定的利益。符合条件的被告人，适用行政诉讼法的规定。

#### 4.3. 行政协议中分别适用民法和行政法的情形

行政协议在诉讼时效与合同履行、责任等方面适用哪种法律，我们必须考虑到民事审判中法官适用行政法的难度极大。行政机关行使行政特权的单方面行政行为尤为频繁。对于这些行政行为，正是由于行政行为的跨程序效应，应当暂停民事审判，直到当事人明确提起行政诉讼后，才能继续进行民事审判[22]。相关行政行为和行政协议可以在行政审判中一起审查和判断。例如，行政机关基于公共利益的目的，单方面作出终止行政协议的决定。对于民事审判只有当事人可以通过行政诉讼撤销行政机关单方面解散的决定才可以向行政机关提起诉讼，要求行政机关履行协议。但是，在行政诉讼的审理中，可以同时提起上述两项诉讼，要求大家共同解决。因此，法院在审理行政协议案件时，可以根据审理问题确定具体的法律适用规则。例如，在期限问题上，适用行政诉讼法规定的诉讼期限还是适用民法规定的诉讼期限，要根据争议的具体情况来确定。如果要审查协议的执行情况，应选择民法规定的限制条件。如果行政机构的行使优惠权利需要相应审查，则应选中行政诉讼法中规定的起诉期。行政协议的内容主要适用于民法的规定；合同责任可适用《民法典》合同或《国家赔偿法》的规定[23]。

### 5. 结语

行政协议的案件在近些年频发，引起了学界的广泛关注和讨论，不同的学者因为所处的环境和接受的教育不同，对行政协议案件的法律适用有着不同的见解，

行政学界认可行政协议，并且出台相关法律解释对其进行研究，认为其属于行政法研究的范畴，而民法学界有些学者则认为行政协议也是一个合同，完全用合同的原理也可以解释，不管学界的探讨有多么激烈，但法庭审判实践中行政协议案件的法律适用亟待解决的主要问题之一。行政协议由于其性质的特殊性，兼具行政性和合同性的特点，要求我们在处理行政协议案件时必须慎之又慎，因其一方是行政机关，行政机关的行为具有强制性，如果处理不好，则会引起公众对法律的不满，对行政机关的不满，从而影响政府的公信力，不利于法治政府的建设。行政机关订立的协议的目的必须合法的协议的当事人必须遵守法律有主体资格，协议的内容不得违反法律和法规的禁止性规定。程序的合法性十分重要，行

行政协议的订立与谈判、变更和解除等都要遵守法定的程序。内容上的法定性和程序上的法定性共同决定了行政协议的法定性。确实, 这是在不违反行政法的前提下进行的, 使行政协议的法律适用更加完整有效。既节省了司法审判的资源, 又有效地处理了相关问题。从本质上讲, 行政协议纠纷和矛盾可以得到有效平衡。并维护各方利益, 切实维护社会公共利益, 从而达到缔结行政协议的目的[24]。

## 参考文献

- [1] 熊勇先. 论行政机关变更、解除权的行使规则——基于司法裁判立场的考察[J]. 政治与法律, 2020(12): 84-94.
- [2] 郑少泽. 行政协议中行政相对人的信赖利益保护[J]. 法制与社会, 2020(8): 123-124.
- [3] 林劲标. 特许经营权重复许可的效力认定及归责[J]. 人民司法, 2020(8): 95-98.
- [4] 杨芳. 行政协议案件的司法审查[D]: [硕士学位论文]. 南昌: 江西财经大学, 2019.
- [5] 王楠. 行政合同基本理论问题探析——基于《德国行政法》比较视角[J]. 新经济, 2019(10): 43-47.
- [6] 王敬波. 司法认定无效行政协议的标准[J]. 中国法学, 2019(3): 64-83.
- [7] 黄学贤. 行政协议司法审查的理论研究与实践发展[J]. 上海政法学院学报(法治论丛), 2018, 33(5): 102-116.
- [8] 王逸仙. 论行政协议的司法认定标准[D]: [硕士学位论文]. 上海: 上海师范大学, 2018.
- [9] 李滕. 行政协议优益权规制研究[D]: [硕士学位论文]. 蚌埠: 安徽财经大学, 2018.
- [10] 杨尚波. 行政协议诉讼举证责任分配研究[D]: [硕士学位论文]. 重庆: 西南政法大学, 2018.
- [11] 沈福俊. 司法解释中行政协议定义论析——以改造“法定职责范围内”的表述为中心[J]. 法学, 2017(10): 90-99.
- [12] 赵东旭. 论行政合同司法救济的完善[J]. 梧州学院学报, 2017, 27(5): 32-35.
- [13] 于立深. 行政协议司法判断的核心标准: 公权力的作用[J]. 行政法学研究, 2017(2): 36-53.
- [14] Frenzen, D. (1968) The Administrative Contact in the United States. *The George Washington Law Review*, 37, 270-292.
- [15] 梁凤云. 行政协议案件适用合同法的问题[J]. 中国法律评论, 2017(1): 51-55.
- [16] 牛佩伟. 审理行政协议案件对民事法律规范的适用问题探讨[J]. 法制与社会, 2016(18): 121-122.
- [17] 曾哲, 韩锦霞. 我国行政合同司法审查的实践梳理及完善路径[J]. 江西社会科学, 2016, 36(6): 172-178.
- [18] 吴宇龙. 论规范性文件审查的相对独立性[J]. 人民司法(应用), 2016(10): 99-103.
- [19] 陈军. 冲击与发展: 契约行政与依法行政关系之检视——透过公私合作视角考察[J]. 华南理工大学学报(社会科学版), 2015, 17(2): 62-68.
- [20] 韩津和, 杨西虎. 行政合同的法律适用之模式选择[J]. 法律适用, 2014(3): 85-90.
- [21] HeinOnline (2013) Contracts as Public Law at the Intersection of Globalization and Privatization: A Vulnerability and the Human Condition Initiative Workshop. Emory University, Atlanta.
- [22] 来利明. 行政法基本原则之法理学分析[J]. 群文天地, 2011(18): 243-244.
- [23] 张素华. 论行政不作为侵权的责任承担——以三鹿奶粉事件为中心的研究[J]. 法学评论, 2010, 28(2): 141-146.
- [24] 余凌云. 论对行政契约的司法审查[J]. 浙江学刊, 2006(1): 139-144.