

行政协议诉讼的制度构建

刘 飞 *

内容提要：我国行政诉讼制度系以“对具体行政行为是否合法进行审查”为中心构建的，行政协议引发的争议原本难以进入受案范围。通过将行政协议拆分为“行政行为”和“其他协议行为”两个部分，行政协议中的“行政行为”部分得以进入行政诉讼。此种做法尽管在某种程度上有助于争议的部分解决，却无法得到行政法学的支撑。行政协议与行政行为同为行政机关的活动方式，二者之间应是并列关系。认清行政协议与行政行为的关系定位，是构建行政协议诉讼制度的关键性前提。我国尚未有实体法对行政协议及其制度构建作出明确规定。先期对行政诉讼制度加以调整，借助“行政争议”而非“行政行为”界定行政诉讼受案范围，有助于缓解当下制度设计与学理之间的紧张关系，为未来行政协议诉讼制度的构建提供必要的制度空间。

关键词：行政协议 行政行为 行政诉讼受案范围 行政协议诉讼

引 言

2014年修改通过的《中华人民共和国行政诉讼法》第12条第1款第11项规定，公民、法人或者其他组织认为“行政机关不依法履行、未按照约定履行或者违法变更、解除政府特许经营协议、土地房屋征收补偿协议等协议”而提起诉讼，由人民法院受理。这是我国行政诉讼法首次对行政协议诉讼作出明确规定。参与该次修法工作的学者认为，行政协议诉讼乃是新增内容。^{〔1〕}对于此项变化，行政法学界普遍乐见其成，称之为“确属难得”^{〔2〕}“非常来之不易的重大突破”。^{〔3〕}与此同时，民商法学界的质疑声则不绝于耳。实际上，行

* 中国政法大学中欧法学院教授。

本文受到教育部“新世纪优秀人才支持计划”资助，同时也是“中国政法大学钱端升杰出学者支持计划”资助项目（DSJCXZ180302）的研究成果。

〔1〕 参见袁杰主编：《中华人民共和国行政诉讼法解读》，中国法制出版社2014年版，第43页。

〔2〕 何海波：《一次修法能有多少进步——2014年〈中华人民共和国行政诉讼法〉修改回顾》，《清华大学学报（哲学社会科学版）》2018年第3期，第37页。

〔3〕 李广宇：《新行政诉讼法司法解释读本》，法律出版社2015年版，第206页。

政协议诉讼制度具体应当如何建构的问题，在行政法学界内也尚未形成基本共识。诸如行政协议的判断标准与成立要件、审查对象应如何界定、应否设定特别的起诉期限、应否适用特别举证规则、应否设置特别的判决方式、应否构建双向性诉讼制度、如何认定协议无效等重大问题，在行政法学者中仍争议不断。此种情形下，期望各方形成基本共识，似乎还为时尚早。

行政协议诉讼同其他类型行政诉讼的根本不同在于，其不仅涉及行政机关履行行政职权的行为是否合法与合理，还涉及行政机关在行政协议缔结、履行、变更、解除过程中的其他行为以及行政相对人行为的合法性与合理性等问题。套用学界更为常见的说法，传统的行政诉讼制度系聚焦于具体行政行为这一行政性决定的合法性审查而设置的，而行政协议兼具行政性与合同性。^{〔4〕}在其他诉讼类型中，形成争议的源点与法院审查的对象都限于行政机关的行政行为。行政协议诉讼不仅涉及行政机关履行职务的行为，还涉及行政机关的履行协议行为以及行政相对人的行为。于是，行政协议被纳入受案范围后，究竟应当如何定位行政行为与行政协议之间的关系、如何看待和处理行政机关履行协议的行为以及相对人的行为、如何设置适合于审查行政协议争议的诉讼制度等，成为进一步构建行政协议诉讼制度的前提问题。展开来看，相关问题又可进一步细分：行政协议究竟是如何进入行政诉讼的？当前行政诉讼法是如何定位行政行为与行政协议之间关系的？对行政协议诉讼作出规定是否意味着对民事诉讼的完全排除？行政诉讼法是否基于行政协议诉讼的特殊性而为之设置了专门的诉讼制度？只有澄清这些疑问，才有可能建构行政协议诉讼制度。

一、行政协议进入诉讼之途

“行政协议”被写入行政诉讼法之前，学界用以指称行政协议概念的表述形式不一而足，以“行政合同”“行政契约”最为常见，“公法合同”“公法契约”“行政协议”“政府合同”“行政机关合同”等也间或见于文献之中。在这些表述形式里，“行政合同”的接受度最高，不仅被学界广泛采用，也在官方文件中较常出现。有学者指出，在修改行政诉讼法的过程中，由于行政合同一词十分敏感，为避免引发过多争议，立法回避了行政合同的概念而采用了行政协议的表述，行政协议实质就是行政合同。^{〔5〕}这在一定程度上道出了修法者使用“行政协议”而非“行政合同”的具体原因。实际上，不论制度文本中采用哪个概念，学者们对其具体内涵的看法都可能有所不同。本文不对相关学理概念之间的差别作具体评析，而是直接基于现行行政诉讼法有关行政协议的规定展开论述。在探讨学理问题之时，对于学者观点或论述的引用，本文保留被引者的表达方式。

有学者认为，行政协议被纳入行政诉讼受案范围，“在一定意义上也得益于对具体行政行为概念的放弃，从而扫清了双方行政行为登堂入室的法律障碍”。^{〔6〕}此种观点虽有其学理意义，却经不起仔细推敲。删去“具体”二字后，“行政行为”的范围虽在理论上应当有所扩容，但其实质内容仍与原“具体行政行为”基本相当，并不能涵盖抽象行政行为、行

〔4〕 参见应松年主编：《行政法学新论》，中国方正出版社1998年版，第345页。

〔5〕 江必新主编：《中华人民共和国行政诉讼法及司法解释条文理解与适用》，人民法院出版社2015年版，第97页。

〔6〕 李广宇：《新行政诉讼法逐条注释》上册，法律出版社2015年版，第101页。

政计划、事实行为等行政机关的其他活动方式。^{〔7〕} 如果认为行政协议属于可诉的行政行为,那么其内涵也应被限定为“行政机关针对特定的、具体的事项对外作出的能够产生法律效果的行为”。^{〔8〕} 对于行政协议与行政行为之间的关系,司法裁判中不乏有法官认为行政协议“既是一种行政行为,具有行政行为的属性,又是一种合同,体现合同制度的一般特征”。^{〔9〕} 在有关行政协议的争议中,行政相对人往往指责行政机关在行政程序中未给予其陈述、申辩的机会,进而向法院诉称行政机关程序违法。^{〔10〕} 这表明,行政相对人倾向于认为行政机关在行政协议项下的行为系应当遵守相关程序规定的行政行为。

实际上,以“行政行为”取代“具体行政行为”并非始自2014年修法。1989年行政诉讼法颁行之初,由于学术界与实务界尚未普遍认识到行政协议的作用,仅允许单方行为进入行政诉讼。反映这一认识的标志性文件是最高人民法院于1991年6月11日发布的《关于贯彻执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的意见(试行)》(以下简称“行政诉讼法贯彻意见”),其第1条把具体行政行为限定为单方行为。作为取代“行政诉讼法贯彻意见”的司法解释,《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》(以下简称“行政诉讼法执行解释”)第1条采用了“行政行为”的表述,在删去“具体”二字的同时,不再将其限定为单方行为,以表明行政合同纠纷属于行政诉讼的受案范围。^{〔11〕} 尽管1989年行政诉讼法并未对行政协议作出规定,基于“行政诉讼法执行解释”,行政协议中的部分内容也得以被纳入行政诉讼受案范围。结合该法中的明确规定,凡属具体行政行为即可被纳入行政诉讼受案范围,不论其是否发生在行政协议的缔结、履行、变更、解除过程中。这即是说,对于兼具行政性内容与协议性内容的行政协议来说,行政机关就行政性内容作出的决定被视为行政行为并纳入受案范围,对于其他协议性内容则不作此种处理。这一做法反映了当时学界较为一致的看法,即认为行政合同行为属于行政机关具体行政行为中的一种。^{〔12〕} 沿此思路前推,势必可以得出这样的结论:即便没有“行政诉讼法执行解释”对于行政诉讼受案范围的恢复性解释,行政诉讼法也为法院受理行政合同提供了充分的法律依据。^{〔13〕} 因为,依据1989年行政诉讼法第11条第1款第8项,只要相对人认为行政机关侵犯了其人身权、财产权并提起诉讼,相关诉讼即属于人民法院行政诉讼受案范围。即便是在“行政诉讼法贯彻意见”将具体行政行为限定为单方行为的时期,只要认可行政协议框架内存有具体行政行为的一席之地,行政协议依然可以进入行政诉讼。

〔7〕 相关讨论参见闫尔宝:《论作为行政诉讼法基础概念的“行政行为”》,《华东政法大学学报》2015年第2期,第55页;王万华:《新行政诉讼法中“行政行为”辨析——兼论我国应加快制定行政程序法》,《国家检察官学院学报》2015年第4期,第3页;朱芒:《概括主义的行政诉讼“受案范围”——一种法解释路径的备忘录》,《华东政法大学学报》2015年第6期,第69页。

〔8〕 梁风云:《行政诉讼法司法解释讲义》,人民法院出版社2018年版,第5页。

〔9〕 见范凯因诉太和县城关镇人民政府、太和县人民政府行政协议案,最高人民法院(2017)最高法行申2289号行政裁定书。

〔10〕 见湖北草本工房饮料有限公司诉荆州经济技术开发区管理委员会、荆州市人民政府行政协议纠纷案,最高人民法院(2017)最高法行申3564号行政裁定书。

〔11〕 参见江必新主编:《中国行政诉讼制度的完善:行政诉讼法修改问题实务研究》,法律出版社2005年版,第71页。

〔12〕 参见张树义:《行政合同》,中国政法大学出版社1994年版,第160页。另有相同观点,参见王连昌主编:《行政法学》,中国政法大学出版社1994年版,第255页。

〔13〕 参见江必新、梁风云:《行政诉讼法理论与实务》,法律出版社2016年版,第318页。

如此看来,2014年修法时明文写入“行政协议”,不过是对此前行政诉讼法实施过程中已经存在的制度安排进行再度确认。只不过,修法者将原法框架下不能被直接认定为具体行政行为的“不依法履行”“未按照约定履行”等所谓履行协议行为纳入了行政诉讼受案范围,^[14]使得修法后的相关规定看上去好像是新的内容。

上述分析足以揭示出行政协议进入行政诉讼的基本途径:首先通过“行政诉讼法执行解释”把行政协议中的具体行政行为部分纳入受案范围,然后修改行政诉讼法,在对“协议”作出明确规定并删去“具体”二字的同时,把行政机关的履行协议行为也纳入受案范围。从形式上看,行政协议进入行政诉讼受案范围的过程,始于“行政诉讼法执行解释”对于行政协议中具体行政行为部分的容纳,基本完成于行政诉讼法对于“协议”作出明确规定。这一过程又可具体分为四个阶段:首先是行政协议未能实际进入诉讼的阶段。尽管1989年行政诉讼法的明文规定并未完全排斥行政协议,但早期司法实践中的认知局限使得行政协议无法实际进入诉讼。第二个阶段是经由“行政诉讼法执行解释”对“行政诉讼法贯彻意见”的修正,行政协议中被认定为具体行政行为的部分可以进入行政诉讼。第三个阶段是通过2014年修改行政诉讼法,在对行政协议作出明确规定的同时,把此前无法被直接认定为具体行政行为的“不依法履行”“未按照约定履行”等纳入了行政诉讼受案范围。从《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》(以下简称“行政诉讼法适用解释”)中还可以看出,^[15]最高人民法院致力于对行政协议作扩大解释,将法律文本中语义不明的“其他协议”亦纳入了受案范围。第四个阶段为最高人民法院出台专门的行政协议司法解释阶段。可以预期,行政协议诉讼制度将在该阶段得到进一步规范化,但受限于现有制度框架,新的司法解释也只能依循现有路径作出力所能及的规范化努力。

厘清行政协议进入行政诉讼的整个进程后,不难发现,这实际上是一个行政协议被逐块拆分、各部分次第进入行政诉讼受案范围的过程。正如邢鸿飞所言,能否就行政契约纠纷提起行政诉讼,关键在于行政契约是否属于行政诉讼受案范围内的行政行为。^[16]通过立法与司法之间的交互努力,行政协议范畴之内越来越多的部分被拆分开来并相继纳入行政诉讼受案范围。这一做法看似合理,也的确能够解决一些司法实践问题,故学界一般持认同态度。然而,在此过程中,有一个关键问题始终未能得到解答:行政协议的缔结、履行、变更、解除作为一个完整过程不可分割,其能否被拟定为一个可以被随意拆分并且随着行政诉讼司法实践的变迁而不断变换的对象?具体而言,在2014年修改行政诉讼法之前,应否以及如何从行政协议中拆分出类似于具体行政行为的部分并将该部分率先纳入行政诉讼受案范围?在行政协议进入受案范围后,行政诉讼法还应当设置哪些诉讼程序来适应行政协议诉讼的审查?原本未能纳入行政诉讼的不依法履行、未按照约定履行等履行协议行为能否完全进入行政诉讼?从深层来看,这些疑问共同指向的核心问题可以归结为:当前行

[14] 有关“不依法履行”与“未按照约定履行”之间的关系问题,参见江必新、梁风云:《新行政诉讼法司法解释理解与适用》,中国法制出版社2015年版,第143页。实际上,有关行政机关“违法变更、解除”行为与“不依法履行、未按照约定履行”之间的关系问题,行政诉讼法与“行政诉讼法适用解释”均未交代清楚。

[15] 尽管“行政诉讼法适用解释”已于2017年11月13日被最高人民法院审判委员会第1726次会议通过的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》废止,由于后者并未对行政协议作出解释,故“行政诉讼法适用解释”中有关行政协议的内容仍为当前司法裁判与学术研究的重要依据。

[16] 参见邢鸿飞:《行政契约》,载应松年主编:《当代中国行政法》第5卷,人民出版社2018年版,第1756页。

政诉讼法是如何定位行政行为与行政协议之间关系的?解答这一问题,不仅对于评判行政协议进入行政诉讼的具体路径具有基础性意义,也能为行政协议诉讼制度的未来构建带来启发。

二、行政行为与行政协议的关系定位

“行政诉讼法适用解释”第11条第1款将行政协议定义为:“行政机关为实现公共利益或者行政管理目标,在法定职责范围内,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。”该定义颇为符合学界主流观点。^[17]对于行政协议与行政行为之间关系的定位,行政诉讼法与“行政诉讼法适用解释”均未予置评。基于行政诉讼法第12条第1款第11项,有关行政行为与行政协议之间的关系,至少存在以下两种解读方式:

其一,认为它们是从属关系,即行政协议从属于行政行为。根据行政诉讼法第2条第1款的规定,行政诉讼的诉讼对象被设定为行政行为,行政协议自然不应置身其外。例如,李霞认为,行政合同是行政行为的一种形式。^[18]黄学贤认为,行政协议毋庸置疑具备行政行为属性,是一种特殊的行政行为。^[19]沈福俊认为,尽管行政协议具有合同属性,整体上仍然属于行政行为范畴。^[20]王学辉认为,行政协议本质上属于行政行为中的双方行政行为,其准确的概念应为协议性行政行为或行政协议行为。^[21]法官也普遍认同这种观点。例如,程琥认为,行政协议仍然属于行政行为的一种类型。^[22]最高人民法院也曾在裁判中作出过明确表述:“行政协议虽以合同的面貌出现,但说到底还是一种行政行为。”^[23]

其二,认为它们是部分包容关系,即行政协议可以是行政行为,也可以是行政行为之外的其他行为。例如,参与2014年修法工作的学者认为,行政诉讼法对行政协议作出明确规定的原因是:“考虑到此类争议中往往伴随着就行政行为引起的争议,将其纳入行政诉讼受案范围,有利于争议的一并解决。”^[24]此种解读背后隐含的信息是:行政协议并非行政行为,为有利于争议的解决才将其纳入行政诉讼受案范围。2014年修法之后,最高人民法院也在有关文件中对行政协议与行政行为的关系作了类似判断,认为与协议相关的拍卖公告、签署成交确认书等行为也属于行政行为,应当纳入行政诉讼受案范围,除此之外的其

[17] 例如,学界一般将行政合同定义为:“行政机关为了实现行政管理目的,与公民、法人或者其他组织之间,经双方意思表示一致所达成具有行政法上权利义务内容的协议。”参见姜明安主编:《行政程序法典化研究》,法律出版社2016年版,第302页。

[18] 参见李霞:《行政合同研究——以公私合作为背景》,社会科学文献出版社2015年版,第121页。

[19] 参见黄学贤:《行政协议司法审查的理论研究与实践发展》,《上海政法学院学报》2018年第5期,第109页。

[20] 参见沈福俊:《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》,《法学》2017年第10期,第97页。

[21] 参见王学辉、邓稀文:《也谈行政协议族的边界及其判断标准》,《学习论坛》2019年第1期,第82页。

[22] 参见程琥:《行政协议案件判决方式研究》,《行政法学研究》2018年第5期,第79页。

[23] 见陈前生、张荣平诉安徽省金寨县人民政府房屋征收补偿协议案,最高人民法院(2016)最高法行申2719号行政裁定书。类似表述还可见于韩甲文诉黑龙江省肇源县人民政府行政协议案,最高人民法院(2016)最高法行申45号行政判决书;孙晓刚等诉黑龙江省鸡西市人民政府、鸡西市土地收购储备中心土地收储补偿协议及行政赔偿案,最高人民法院(2016)最高法行申1589号行政裁定书。

[24] 前引[1],袁杰主编书,第44页。

他争议则不属于行政行为，应作为民事案件受理。^[25]

上述观点均是基于行政诉讼法中的具体规定对行政行为与行政协议之关系作出的评判，它们之间的区别仅在对行政协议的范围界定稍有不同：前者认为行政协议是行政行为的亚类型，后者认为行政协议的内容有可能部分超出行政行为。在“行政协议”被明文写入行政诉讼法后，前者基本成为学界通说。然而，行政协议毕竟是行政性内容与协议性内容交织而成的，可否将行政性内容单独拆分出来进行合法性审查，颇为值得怀疑。余凌云认为，如果双方行政行为能够分解为单方行为，那么在行政诉讼制度中增入行政契约案件的建议也就没有什么意义了，不能将两者混为一谈，更不能在复议或诉讼中根据需要将行政契约行为分解为单方行为。^[26] 于立深也曾提出，我国行政诉讼法及其司法解释有混淆行政处理行为与行政合同界限之虞，在制度设计上倾向于以单方行政行为视角解决行政协议纠纷。^[27] 笔者认为，诉讼制度应以实体法律争议的解决为核心任务，制度构建应当基于实体法律关系的解构需求，不能反过来期望实体法律关系去适应诉讼制度的构建。倘若暂且抛开法律文本中作为法律概念的行政协议，回溯到实体行政法的视野中看待行政协议与行政行为的关系，就会发现上述两种观点均无法在学理上找到支撑。

如果可以把行政协议项下行政机关与相对人双方的合意拆分开来，分为行政机关单方决定与相对人一方的行为，则任一行政协议均可被拆分为行政行为部分与其他协议行为部分。笔者将这一假定称为拆分公式，即“行政协议 = 行政行为 + 其他协议行为”。在当前行政协议诉讼的制度构建中，此拆分公式的意义不言而喻。行政协议正是经由这一路径逐步进入行政诉讼的。对于行政法官来说，似乎非依据此公式就无法接纳协议进入诉讼。例如，郭修江认为，行政审判的第一要务是明确被诉行政行为，否则就谈不上后续的起诉条件等其他问题。^[28] 然而，此公式忽视了有关行政协议的根本性内容，即“行政契约双方之意思表示具有相同价值，而非一方命令他方服从之关系”。^[29] 即便可以从行政协议双方共同形成的意思表示中拆分出行政机关一方的意思表示，也不应视之为行政机关单方作出的意思表示。换言之，不应当从行政性与民事性交织在一起的行政协议中拆分出一个行政性部分并视之为行政行为，而将其他部分另行处理，正如民事法律关系中的单方行为与合同行为并非仅有形式差异，不能把民事合同行为拆分为缔约双方各自的单方行为并予以分别处理一样。原国务院法制办曾于2017年答复交通运输部，明确认为政府特许经营协议等协议争议不属于行政复议法第6条规定的行政复议受案范围，这实际上就是认定“政府特许经营协议等协议”并非具体行政行为。^[30]

行政机关作为行政协议的一方当事人，其法定职权范围是既定的、不可协商让渡的。

[25] 见《最高人民法院关于土地管理部门出让国有土地使用权之前的拍卖行为以及与之相关的拍卖公告等行为的答复》（〔2009〕行他字第55号）；《最高人民法院行政审判庭关于拍卖出让国有建设用地使用权的土地行政主管部门与竞得人签署成交确认书行为的性质问题请示的答复》（〔2010〕行他字第191号）。

[26] 参见余凌云：《论行政契约的救济制度》，《法学研究》1998年第2期，第131页。

[27] 参见于立深：《行政协议司法判断的核心标准：公权力的作用》，《行政法学研究》2017年第2期，第43页。

[28] 参见郭修江：《监督权力保护权利实质化解行政争议——以行政诉讼法立法目的为导向的行政案件审判思路》，《法律适用》2017年第23期，第9页。

[29] 廖宏明：《行政契约之研究》，台湾1995年印行，第28页。

[30] 见《国务院法制办公室对〈交通运输部关于政府特许经营协议等引起的行政协议争议是否属于行政复议受理范围的函〉的复函》（国法秘复函〔2017〕866号）。

在此合法性框架内，协议双方在具体权利义务关系上存在协商余地，可以形成不触动合法性边界的合意性内容。行政机关可以在其权限范围内与相对人一方商定诸如对价、具体履行方式等权利义务条款，其实体内容虽然仍在既定的法定职权与行政合法性框架内，具体条款却是经双方协商形成的。如果不能依据法定职权与合法性框架所设定的规范性内容判断协议所设定的权利义务条款的合法性，则难免有“遁入私法”以逃避公法规制之嫌。但是，如果仅仅以此为准据处理行政协议项下的权利义务关系，行政协议可能具备的基本功能也就完全丧失了。不仅如此，基于对行政行为合法性审查的需求来判断相对人一方的意思表示，在逻辑上也难以成立。正如刘莘多年前曾指出的：“就另一方当事人而言，当然他们签订行政合同的目的可以与行政机关不同。唯其如此，行政合同才称为合同，而不是命令。”^[31]因此，即便可以依据上述公式拆分行政协议，也不应对各部分的权利义务关系分别依据不同属性的规范作出判断。质言之，上述拆分公式是否具备成立的基本理由，颇为值得怀疑。

德国联邦行政程序法第54条规定：“行政机关尤其可以与具体行政行为的相对人缔结公法合同，以取代具体行政行为的作出。”从该句的字面表述与规范目的来看，公法合同是取代具体行政决定的行为方式。但学理上的通说认为，公法合同是与行政规章、具体行政行为相并列的行政活动方式。^[32]基于行政机关可以自由选择行为方式的原则，行政机关可以自主决定在特定情境下作出行政决定抑或签订公法合同。^[33]只要是行政机关可以作出单方行政决定之处，原则上就可以公法合同代替行政决定的作出，除非法律明确禁止合同的适用。对于具体行政行为与公法合同之间的关系，通说认为二者为同等重要的行为方式。^[34]毛雷尔认为：“两者的唯一的但也影响重大的区别在于形成的种类和方式不同。行政行为是行政机关单方面作出的，而行政合同是行政机关与公民协商一致作出的。”^[35]鲍尔进一步提出，公法合同与行政行为是完全相反的规范观念，也是针锋相对的行政文化，前者为双方合意，后者为命令。^[36]如果行政机关选择采用公法合同，其就不能再通过作出具体行政行为来实现公法合同约定的内容。因为，既然行政机关通过签订公法合同的方式置身于平等关系之中，其在实现由此而形成的请求权时也应受限于这一关系。^[37]施勒特更具体指出，行政机关与相对人缔结公法合同后，在该合同约定的范围内不得再作出非合意性行为，不仅不能以具体行政行为的方式实现合同约定的请求权，也不能以之实现因履约不能而形成的其他请求权。^[38]此外，还有学者提到，公法合同中并不包含高权性措施，甚至，行政机关并不能在公法合同中“采取”措施，而只能与相对人“约定”措施。^[39]质言之，即便公

[31] 刘莘：《行政合同刍议》，《中国法学》1995年第5期，第71页。

[32] Ipsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2000, Rn. 789, S. 229.

[33] Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 19. Aufl. 2018, Einf I, Rn. 44 ff., S. 27 f.

[34] Schoch/Schneider/Bier/Ehlers/Schneider, 33. EL Juni 2017, VwGO § 40 Rn. 338, S. 158.

[35] [德]毛雷尔：《行政法学总论》，高家伟译，法律出版社2002年版，第357页。

[36] Bauer, Verwaltungsverträge, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Assmann/Vosskuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, II § 36 Rn. 74., S. 1214.

[37] Erbguth, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Grundzügen des Verwaltungsprozessrechts, 2. Aufl. 2007, § 14 Rn. 7, S. 134; Gurlit in Erichsen/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2005, § 33 Rn. 1, S. 732. Ferner BVerwGE 50, 171, 173 ff.

[38] Schlette, Die Verwaltung als Vertragspartner, 2000, S. 587.

[39] Werner, Allgemeine Fehlerfolgenlehre fuer den Verwaltungsvertrag. Unter besonderer Beruecksichtigung der Entwicklung der Rechtsprechung, 1. Aufl. 2008, S. 52.

法合同系依据联邦行政程序法第 54 条为“取代具体行政行为”而作出，行政机关在履行公法合同的过程中，亦不能再度回复到有权作出原被取代的具体行政行为的状态，不再有权通过单方决定实现其行政目的。

我国台湾地区行政诉讼制度发展之初，由于仅有针对行政处分的救济途径，行政契约争议处于无法律救济途径的状态，以至于形成“非行政处分即为私法契约”之传统观念。^[40] 早期文献倾向于认为，由于行政契约双方当事人地位不相对等，行政机关基于法律规定享有较为优越的单方撤销权与解除权。^[41] 经行政程序法明确规定后，行政契约方才“与行政处分之地位完全相当”。^[42] 在此发展进程中，未见学界形成过从行政契约中拆分出行政行为的设想。对于行政机关是否可以同时适用行政契约与行政行为两种行为方式的问题，晚近学界亦普遍持否定态度，形成了所谓行政机关“两种行为并行禁止原则”。例如，林锡尧认为，行政契约与行政处分两种行为形式之间相互排斥，“行政机关就同一规律标的不得同时作出两种行为”。^[43] 林明锵亦表示：“行政机关既然选择以行政契约之方式来构架当事人间之法律关系，即同时宣示着其专以契约方式来解决彼此间之法律问题，亦‘默示’放弃以处分单方之法律形式来发生、变更或消灭彼此间之权利义务关系。”^[44]

我国早有学者指出，行政合同领域十分混乱，“应该采用合同的却以单方面的行政命令行事，或者是在采用行政合同方式的同时还掺杂着单方面的行政命令，或者是虽然以行政合同的方式实施公务，但并不遵循行政合同的规则”。^[45] 2014 年修法后，最高人民法院也曾在裁判文书中指出，行政机关在缔结协议后，应避免再以单方行政行为径令协议相对方无条件接受权利义务变动；如果出尔反尔，不仅显失公平，亦违背双方以行政协议而非单方行政行为来形塑当事人之间法律关系的合意基础。^[46] 笔者认为，拆分公式之所以形成，固然与克服行政诉讼制度局限的努力有关，但学界未能厘清行政协议与行政行为二者之间的应然关系，也是一方面原因。当然，在现有行政诉讼制度框架内，从行政协议中拆分出行政行为进行合法性审查，作为权宜之计无可厚非。这一经由立法者与司法机关交互努力而形成的发展路径，具有不可否认的意义。但着眼于未来行政协议诉讼制度的构建，应当意识到拆分公式是无法成立的。相应地，拆分行行政协议后，以两种不同的诉讼模式来对不同部分加以处理的策略，亦不具有正当性。

行政协议与行政行为之间究竟是何关系，本是一个应由实体法作出明确规定与解释的问题。行政诉讼法既未对行政协议进行明确定义，亦未就行政协议与行政行为之间的关系作出交代，或许是立法者为避免该法逾越应有本位而有意为之。例如，在德国或我国台湾地区，有关行政协议的实体规范均由行政程序法提供。在德国，迈耶所谓“公法合同完全不

[40] 参见张家洋：《行政法》，台湾三民书局 2002 年版，第 525 页。

[41] 参见林纪东：《行政法》，台湾三民书局 1977 年版，第 360 页以下。

[42] 吴庚、盛子龙：《行政法之理论与实用》，台湾三民书局 2017 年版，第 402 页。

[43] 林锡尧：《行政法要义》，台湾元照出版公司 2016 年版，第 466 页。

[44] 林明锵：《行政契约与行政处分》，载林明锵：《行政契约法研究》，台湾翰庐图书出版有限公司 2006 年版，第 167 页。

[45] 张尚鷖主编：《走出低谷的中国行政法学——中国行政法学综述与评价》，中国政法大学出版社 1991 年版，第 706 页以下。

[46] 前引〔10〕。

可想象”的论断所留下的“长长的阴影”，被1976年颁布的联邦行政程序法一扫而空。^[47] 相较而言，我国有关行政协议的学理积淀与实体法上的规范较为薄弱，行政协议诉讼制度的构建不得不依循行政诉讼制度的原有路径进行。然而，诉讼法的基本规范目的毕竟与实体法不同，其功能在于为争议的司法解决提供程序规范，附带对相关实体权利义务的构造确定界分标准。实体法则聚焦于权利义务划分，同时还对将来如何处置争议作出预设性的制度安排。若实体规范缺位，诉讼制度得以依循其既有路径尽力弥补实体规范之不足，但诉讼法终究不能逾越其作为程序规范之本位，对行政协议制度作出基本安排的任务，还有待未来的实体法承担。至于究竟要依靠行政程序法还是行政协议法修补上述规范缺陷，则是无关宏旨的问题。

要重新定位行政行为与行政协议之间的关系，还需要对是否可以并用两种行政活动方式的问题作出回答。笔者认为，从行政协议中拆分出行政行为的做法应被抛弃，但在二者是否可以并用的问题上可持开放态度。德国学界主流观点认为，仅有在法律例外地作出了明确规定或者合同中约定了行政机关有权依法作出具体行政行为的情况下，才允许行政机关通过具体行政行为来实现契约项下的请求权。^[48] 我国台湾地区学界持相同观点。例如，罗传贤认为：“行政机关如选择与相对人缔结行政契约，则在行政契约法律关系中，除非法律另有规定或当事人另有约定，行政机关即无再以行政处分作为行使其行政契约上权利之手段之余地。”^[49] 笔者认为，至少在法定条件具备时，应允许行政机关在行政协议的约定范围外另行作出行政行为。行政机关与相对人之间形成行政协议法律关系后，并不必然因之丧失对相关事务的法定管理权。在协议履行不能或无法基于协议约定解决问题时，基于行政需求与法规规定，行政机关仍然有权作出单方处置。行政机关此时作出的行为不再是协议项下的履行协议行为，亦非从行政协议中拆分出来的具有行政性内容的部分，而是基于法定权限另行作出的职务行为。

三、行政协议纠纷的救济途径之争

行政协议纠纷究竟应当通过行政诉讼还是民事诉讼解决，学界对此一直争议不断。在2014年修改行政诉讼法前，司法实践中的做法并不统一。^[50] 诸如因拆迁补偿协议、政府采购协议、政府特许经营协议、国有自然资源使用权出让协议等产生的争议，由于法律层面没有明确救济途径，多数情况会被当作民事诉讼处理，亦有被作为行政案件受理的情况，各地法院做法不一。尽管如此，行政协议诉讼的争议性质基本可被确定：针对行政机关单方面行为提起的诉讼，法院将其作为行政案件受理；对于其他合同纠纷，法院将其作为民事案件受理。例如，对于拆迁补偿争议案件，行政庭审理当事人因对拆迁决定等行政行为不服而提起的诉讼，其他民事性的拆迁补偿争议则由民庭审理。此种争议解决方式可被称为行政诉讼与民事诉讼的并行模式。

[47] 前引[36]，Bauer文，第1162页以下。

[48] Fehling/Kastner (Hrsg.), Handkommentar Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2010, VwVfG § 54 Rn. 85, S. 759.

[49] 罗传贤：《行政程序法论——兼论听证与公听会制度》，台湾五南图书出版公司2017年版，第240页。

[50] 参见郑春燕：《大陆行政合同的审查现状与困境》，《浙江社会科学》2014年第11期，第114页。

2014年修改行政诉讼法后，并行模式是否发生了变化？行政法学者们一般认为：法律首次将行政协议明确列入行政诉讼的受案范围，表明此前经由民事诉讼解决的部分行政协议争议如今当被纳入行政诉讼的受案范围。^[51]然而，将行政协议明确列入行政诉讼的受案范围，是否必然意味着对民事诉讼、仲裁等其他争议解决方式的排除？笔者认为，这一问题还值得进一步研究。至少，从法律文本的字面上解读，以下三种模式均有可能符合立法者的意图：

其一，延续并行模式。修改后的行政诉讼法仅明确规定行政协议在行政诉讼受案范围内，并未同时明文排除民事诉讼的管辖权，并行模式有可能继续存在。当然，即便立法者选取的是并行模式，针对行政协议作出明文规定也并非没有意义，其至少使得并行模式得以适用于所有行政协议争议，各地法院不再可以各行其是。仅从诉讼制度的构建与发展来看，即便是延续并行模式，也称得上是诉讼制度的发展和推进。然而，延续并行模式的弊端也非常明显。同一行政协议项下的不同争议需在拆分后分别按照不同方式处理，不仅可能带来诉讼程序上的拖沓，还可能造成不同裁判结果之间的矛盾冲突，影响争议的实质解决。

其二，采用竞争模式，即受诉法院基于行政协议在整体上的法律属性具体确定诉讼途径。持这种观点的学者认为，行政协议一般同时涉及行政与民事两种法律关系，两者各自占据的重要性在个案中可能有所不同，应当根据个案具体情况确定诉讼途径。如果当事人仅针对其中的行政履职行为提起诉讼，应为传统意义上的行政诉讼。同理，也可能存在典型意义上的民事争议。在行政争议与民事争议相互交织的情况下，应基于不同性质的法律关系在合同中所占比重来确定合同的基本属性。例如，崔建远认为，应基于行政主体的某些特别权力在整个合同中所占比重高低确定合同的基本属性。^[52]茅铭晨认为，核心内容是行政法上权利义务的协议才属于行政协议。^[53]于安认为，PPP合同可以通过民事诉讼与仲裁解决。^[54]喻文光认为，在政府特许经营协议的争议解决中，涉及行政权行使的部分争议适用行政诉讼，有关私法性质的争议可采用民事诉讼，并且不排除仲裁救济途径。^[55]2014年修改了行政诉讼法后，最高人民法院也在裁判中采纳过竞争模式的观点。^[56]竞争模式的优点在于，确定诉讼途径时能最大程度地考虑实体争议的属性；缺点在于，需要基于个案中具体体现出的争议的总体状况确定诉讼途径，这需要法院在案件受理阶段即对争议的整体状况有清晰的把握，难度较大。不仅如此，由于竞争模式需要基于个案具体情况确定诉讼途径，难以在制度上形成确定的救济途径分配规则，不利于争议的有效解决。此外，采用竞争模式还将面临一个难以解决的问题：如果案件主要涉及民事争议，法院能否在民事诉讼中对居于次要地位的行政争议部分作出裁判？

[51] 参见梁风云：《公私合作协议的公法属性及其法律救济》，《中国法律评论》2018年第4期，第183页。

[52] 参见崔建远：《行政合同之我见》，《河南省政法管理干部学院学报》2004年第1期，第101页；崔建远：《行政合同族的边界及其确定根据》，《环球法律评论》2017年第4期，第24页以下。

[53] 参见茅铭晨：《行政协议范围研究》，《政府法制研究》2018年第1期，第31页。

[54] 参见于安：《我国实行PPP制度的基本法律问题》，《国家检察官学院学报》2017年第2期，第94页。

[55] 参见喻文光：《PPP立法中的八大重点问题探讨》，《中国政府采购》2017年第9期，第61页。

[56] 见香港斯托尔实业（集团）有限公司诉泰州市海陵区人民政府等招商引资协议案，最高人民法院（2017）最高法行再99号行政裁定书。

其三,采用行政诉讼模式。不少学者认为,行政诉讼法对行政协议作出明文规定,意味着把行政协议项下的所有争议均纳入行政诉讼范围进行审理。^[57]这一判断最为符合行政法学界通说。德国学者一般主张公法合同争议必须诉至行政法院。^[58]我国台湾学者陈新民认为,行政契约争议属于行政争讼案件,应由行政法院裁判。^[59]然而,行政协议被写入行政诉讼法并不能改变协议诉讼中民事关系与行政关系交织在一起的状况。完全可以设想的是:有的争议涉及民事权利义务内容较多,有的争议涉及行政法律关系较多。行政诉讼法毕竟仅对行政协议作了肯定性表述,并未明示排除其他争议解决方式。把所有相关民事争议均纳入行政诉讼的受案范围,也并非行政诉讼法所具有的权能。行政诉讼法与民事诉讼法同为诉讼程序性法律,至少从法律规范的位阶等级上来看,前者并不具有以其默示性规定排斥后者原有受案范围的效力。因此,行政诉讼模式虽符合行政法学界通说,成文规范上的依据仍然稍显不足。

上述三种模式各有利弊,即便考察现有成文规范的制度内涵,也难以鉴别哪种模式更为符合立法本意。这种状况形成的根源在于,立法者对于行政行为与行政协议的关系定位缺乏清晰认知。基于学理上的研判,结合行政诉讼法第1条中设定的解决行政争议这一目标,延续并行模式为下选方案。同一行政协议引起的争议分别通过民事诉讼与行政诉讼两种途径解决,不仅在实体法层面无法找到学理依据,也极易导致程序拖沓与裁判不一致。竞争模式为中选方案,该模式看似最为符合行政协议争议的基本特征,但在司法实践中难以形成可操作的划分标准。行政诉讼模式应为上选方案,行政诉讼不仅可以解决行政争议,还有权一并解决相关民事争议。^[60]问题在于,行政诉讼模式恰恰是民商法学界最不能接受的选项。就现有诉讼救济途径来说,无论选择行政诉讼还是民事诉讼,对于兼具行政性与协议性的行政协议来说似乎都不理想。如果采用行政诉讼方式,可能不利于协议性内容的诉讼解决,也难以与仲裁制度相衔接。如果采用民事诉讼方式,虽解决协议性纠纷不成问题,但民事法庭无法对行政行为的合法性进行审查,难以解决因行政性内容引发的争议。因此,要厘清行政协议的救济途径,就近期来讲,有待最高人民法院出台专门司法解释;从长远来看,最佳方案仍是由立法者直接作出决断。

德国学界曾有通说认为,不必对行政合同的性质作统一判断,应承认同时具备两种属性的混合合同的存在,并分别基于不同部分的法律属性确定救济途径。^[61]此种看法早已被学界抛弃。现行通说认为,不应把同时具备公私法内容的“混合合同”划分为公法与私法两个部分并分别依据不同规范作出不同处理,而应基于合同标的的目的与整体属性作出判断,此即所谓的“统一判断原则”。^[62]德国法院组织法第17条第2款规定,受理法院对法律争议所涉及的所有法律问题作出裁判。司法判例与多数学者的观点比上述成文规范更进

[57] 参见郭修江:《行政协议案件审理规则——对行政诉讼法及其适用解释关于行政协议案件规定的理解》,《法律适用》2016年第12期,第45页以下。

[58] Bull/Mehde, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, 8. Aufl. 2009, Rn. 875, S. 366.

[59] 参见陈新民:《行政法学总论》,台湾三民书局2005年版,第389页。

[60] 当然,行政诉讼法(2017年修正)第61条第1款规定的“一并解决相关民事争议”的适用范围是否可以覆盖全部行政协议,还有待于澄清。尽管如此,在行政诉讼中解决相关民事争议已被成文规范明确肯认。

[61] Achterberg, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1986, § 21 Rn. 260, S. 492.

[62] 前引[33], Kopp/Ramsauer书,第1387页。

一步。索丹认为：“只要合同中存在有唯一一项公法规范对象，就足以将其认定为公法合同，否则高权主体一方就有可能逃逸于更为严格的公法规范之外；除非公法规范对象仅仅具有不重要的意义，例如仅仅构成一个附带性约定。”〔63〕该判断标准已经成为学界确定合同属性的通说，亦被称为“主导性理论”。〔64〕派纳进一步指出，在存疑的情况下，应将具备私法要素的契约在整体上视为公法合同。〔65〕以此为依据确定合同的公法属性后，则该公法合同项下的所有争议都会被提交行政法院审理。就个案而言，诉讼基于合同的哪部分提起，对于区分法律救济途径来说，不具有决定意义。〔66〕即便公法合同双方当事人争议的内容仅涉及合同中的民事关系部分，具有管辖权的仍然是行政法院。由此可见，基于“主导性理论”来确定救济途径，能够避免并行模式或竞争模式可能带来的弊端。

我国现行诉讼制度仅承认行政诉讼中可以审理民事争议，并未同时赋予民事法官对行政事项的裁判权，从诉讼便利原则与有效解决争议的需求看，行政诉讼模式应为当下首选。正如王旭军法官所言：“对于融合了行政性和契约性两种要素的行政合同而言，其纠纷在公法框架内能够完全解决，在私法框架内只能部分解决。”〔67〕质言之，行政协议诉讼应采用行政诉讼模式。至于应当将何种范围与程度的协议纠纷纳入行政诉讼受案范围，还需要立法者作出更为明确的制度安排。毕竟，我国并无专门的行政法院，所谓行政协议诉讼的救济途径之争，不过是法院内部民事审判庭与行政审判庭之间的分工问题。如果立法者决定作出相应调整，其制度性障碍应当不会太高。

四、行政协议诉讼的制度构建

1989年制定行政诉讼法之时，行政协议没有被明文纳入受案范围。其首要原因可能在于，当时的立法者对行政协议制度认识不足。这一点其实无可厚非。该时期的立法任务在于围绕具体行政行为建立行政诉讼制度，无暇顾及在学理上本就不甚清晰、在实践中也较少应用的行政协议。具体行政行为这一审查对象的设定，符合当时行政诉讼的实践需求。德国学者巴霍夫曾有名言：“没有具体行政行为，就没有法律保护。”〔68〕这一表述也基本适用于我国1989年通过的行政诉讼法。在该阶段，我国台湾地区行政诉讼制度的发展状况也基本相同。只不过，在其“传统以行政处分为中心之法律救济途径之结构”时期，学界一致认为“行政契约所引起之争议，并不合诉愿法及行政诉讼法提起救济之要件”，导致行政契约所引起的争议解决“自然难有进展”。〔69〕

相对来说，我国行政协议诉讼制度的构建是另辟蹊径。最高人民法院通过“行政诉讼法执行解释”改变了原“行政诉讼法贯彻意见”所确定的“单方决定”后，未能进一步撼

〔63〕 Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung Grosskommentar, 2. Aufl. 2006., § 40 Rn. 399, S. 445.

〔64〕 Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2016, § 11 Rn. 786, S. 286.

〔65〕 Peine, Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 2011, Rn. 794, S. 194.

〔66〕 前引〔64〕, Detterbeck书, 第305页。

〔67〕 王旭军：《行政合同司法审查》，法律出版社2013年版，第116页以下。

〔68〕 Bachof, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL 30 (1972), S. 195, 231.

〔69〕 李震山：《行政法导论》，台湾三民书局2005年版，第352页。

动以具体行政行为为审查对象的制度定位。至少在2014年修改行政诉讼法前,司法实践通常都会把行政合同当作民事合同审理。叶必丰曾言:“对行政主体单方面变更、解除行政合同引起的纠纷,也并没有按行政合同纠纷来审理,而是将该单方行为作为行政决定来进行司法审查的。”^[70]然而,行政诉讼法既然已经对行政协议诉讼作出规定,将审查对象继续限于行政行为就会遇到障碍。当前的核心问题是:原本聚焦于审查具体行政行为合法性的行政诉讼制度,是否为行政协议诉讼的构建提供了必要的制度基础?在行政诉讼法的首次修订过程中,尽管早有人提出相关建议,但修正草案一审稿与二审稿均未写入行政协议,目前有关行政协议的两个条文是在最后一次审议时加入的。与修改后的行政诉讼法同日施行的“行政诉讼法适用解释”,还对行政协议的定义、起诉期限、管辖法院、法律依据、判决方式与诉讼费用等作出了调整性规定。整体上说,从行政诉讼法到“行政诉讼法适用解释”均遵循拆分公式,聚焦于对行政协议中的所谓行政行为部分进行审查。由于行政协议本身并非行政行为的亚类型,尽管存在制度上的调整,却未能真正构建起适应于审查行政协议的诉讼制度。“对有关行政协议诉讼的法律规定,行政诉讼法除在第2章‘受案范围’和第7章‘审理和判决’有相应规定外,对起诉方式、举证责任、诉讼时效、判决方式等,均付之阙如。”^[71]对此,章志远认为,目前按照行政处理思维对待行政协议之诉的做法无疑只是一种权宜之计。^[72]虽然可以期望最高人民法院出台专门的司法解释,但受限于现有法律制度框架,行政协议诉讼制度构建过程中已然存在的路径矛盾与不可融洽之处并不会随着司法解释的出台而自然消解。

德国通过联邦行政程序法对公法合同作出特别规定,但在其行政法院法中并未设置专门适用于公法合同的特别程序。^[73]以德国的立法实践作为参考,我国目前似乎需要一部行政程序法来对行政协议的构造作出实体性规定,而并不需要在行政诉讼法中设置专门程序。然而,这一简单推论无法成立。德国现行行政法院法采用的基本规范模式是:以针对具体行政行为的撤销之诉与义务之诉为特别诉讼类型。由于公法合同并非从属于具体行政行为,该法中特别适用于具体行政行为的撤销之诉与义务之诉等诉讼类型,并不能适用于公法合同。虽然德国行政法院法在形式上并未为公法合同设置专门的诉讼程序,但其通过否定性排除对相关诉讼制度作出了安排。与此相反,我国行政诉讼法仍然是以行政行为为中心设置的,如果不适用有关行政行为的诉讼程序,行政协议诉讼将会无程序性规范可用。为此,行政诉讼法应对行政协议诉讼作出特别规定。当然,仅有行政诉讼法还不足以发挥实体法的应有功能。正如李广宇所指出的:“行政诉讼法虽然谨慎地引入了行政协议诉讼,但相关实体法、程序法均极不备,实务上较少经验总结,理论上亦缺乏系统研究。”^[74]在此情势之下,构建行政协议诉讼制度尤显重要。当前,我国有关行政协议的实体法律规范缺位,行政协议诉讼制度的构建尽管面临诸多障碍,但仍应持续推进。诸如行政协议的定义、适用范围、成立要件、效力内容与效力变动制度等,需要借助实体法规范确立。上述实体内

[70] 叶必丰:《行政法与行政诉讼法》,高等教育出版社2007年版,第150页以下。

[71] 耿宝建、殷勤:《行政协议的判定与协议类行政案件的审理理念》,《法律适用》2018年第17期,第130页。

[72] 参见章志远:《新〈行政诉讼法〉实施对行政行为理论的发展》,《政治与法律》2016年第1期,第7页。

[73] Ress, Handlungsformen der Verwaltung und Rechtsschutz in der Bundesrepublik Deutschland, in: Ress (Gesamtredaktion), Entwicklungstendenzen im Verwaltungsverfahren und in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 8.

[74] 李广宇:《新行政诉讼法逐条注释》下册,法律出版社2015年版,第671页。

容之外，诉讼制度中亦有许多可以推进的制度空间。其中，下述四方面为当务之急：

其一，确立行政争议为审查对象。现行行政诉讼法仍然聚焦于对行政行为是否合法进行审查。启动行政诉讼救济途径的首要步骤在于定位行政行为。要对兼具行政性与协议性双重属性的行政协议进行审查，必然需要将其行政性内容中的行政机关履职行为拆分出来。如前所述，无论是基于学理还是从诉讼制度构建的角度，拆分公式都应被尽早否弃。首先，即便可以拆分出来一个行政行为，现行诉讼制度仅能对其是否合法进行审查，对行政机关在合法性框架内的协议行为是否适当以及相关权利义务分配是否合理等问题难以作出判断。其次，对于行政机关在行政行为之外的履行协议行为以及行政相对人的行为，由于其既非行政行为亦不仅仅涉及合法性问题，法院必须作出不同于行政行为的另行处理，从而形成对同一争议中的不同部分给予不同救济的情况。出现这一情况的根本原因在于，我国行政诉讼的审查对象被严格限定为行政行为，而形成行政争议的原因多种多样，既可能是行政机关的行为，也可能是相对人的行为，甚至还可能是其他民事行为或者纠纷。应用拆分公式虽在一时之际或能取得一定成效，终究难以突破固有的制度性障碍。至少就制度构建而言，应当解除对受案范围的严格限定，将行政争议完整纳入行政诉讼受案范围。德国法上不论行政机关行为的具体形式如何，原则上，所有非宪法性公法争议都在司法审查的范围之内。正如胡芬所认为的，行政诉讼中对于具体行政行为是否存在的问题，“既不需予争执，亦不具有决定性”。^[75]我国台湾地区的行政诉讼法亦于1998年借修法之机改采“有权利即有救济”的观点，确定行政诉讼审判权的范围及于所有公法上之争议。^[76]当前，尽管我国行政诉讼法第1条中存在“解决行政争议”的表述，但诉讼受案范围仍局限于行政行为，使得行政行为之外引发的行政争议难以进入行政诉讼。这种状况早已不适应我国行政诉讼实践的发展。对此，学界不仅多有批评，也早有学者建议应以行政争议为标准确定行政诉讼受案范围。^[77]笔者认为，行政协议诉讼的制度构建还有待于行政诉讼制度的进一步调整。扩大行政诉讼受案范围并使之容纳所有行政争议，应是调整的首要步骤。

其二，构建双向性诉讼制度。传统上的行政争议一般由行政机关的违法行为引起，由于行政机关可以通过依法作出行政决定来实现其意志，不需要司法机关的救济，由此形成了“民告官”式的单向诉讼制度。行政协议是双方行为，行政机关至少在协议框架内无法以单方行为实现其请求权，在争议发生后同样需要救济手段。然而，受限于民告官模式，2014年修改后的行政诉讼法在赋予相对人行政协议诉讼原告资格时，却对行政机关一方的权益保障问题不予置评；仅对行政机关一方不履行协议的情形作出了规定，却不对相对人一方不履行协议的问题加以解决。^[78]在现有制度框架下，行政机关如欲实现协议内容，向法院申请非诉执行似是唯一可能的选项。然而，如果双方同时都需要寻求法院的司法保护，法院必须同时启动两个不同的程序，即相对人提起的行政协议诉讼程序与行政机关启动的非诉执行程序。如此一来，不仅会在程序上造成不必要的繁复与拖沓，也有可能形成不同

[75] Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 9. Aufl. 2013, § 10, Rn. 8, S. 140.

[76] 参见翁岳生主编：《行政诉讼法逐条释义》，台湾五南图书出版公司2018年版，第27页以下。

[77] 参见马怀德主编：《司法改革与行政诉讼制度的完善——〈行政诉讼法〉修改建议稿及理由说明书》，中国政法大学出版社2004年版，第114页。

[78] 全国人大常委会法制工作委员会行政法室编：《中华人民共和国行政诉讼法解读与适用》，法律出版社2015年版，第33页。

的处置结果。正如马永欣所言：“在行政合同争议中要求解决争议的一方不一定就是行政管理相对人，也可能是行政机关，而行政机关并不是在任何情况下都可以通过行使其单方的职权就能实现其权利的，因此，这种单向性救济的制度实际上剥夺了行政机关寻求救济的权利。”〔79〕司法实践亦表明，在行政相对人违约的案例当中，行政机关确有作为原告请求法院司法救济的需要。〔80〕当然，构建双向性诉讼结构会面临各种争议，学者们往往担心其与行政诉讼法的性质不符合，与行政诉讼法的规定也不适应。〔81〕笔者认为，相比于开创行政诉讼制度时面临的困难，这些障碍都不值一提。既然立法者选择将行政协议诉讼写入行政诉讼法，相应地为其确立不同于对“行政行为是否合法进行审查”的双向性诉讼制度，就应当成为一种必然选择。

其三，构建行政协议给付诉讼。行政协议诉讼中的争议主要表现为协议双方的权利义务争议，其不仅可能涉及协议履行过程中各方行为的合法性问题，更有可能涉及协议约定条款的履行、违约责任的认定、合同变更、补偿、价款支付等，这些都不是从行政协议中拆分出行政行为并对其是否合法进行审查即可解决的问题。实际上，行政协议诉讼中的双方当事人可能完全不在意行政行为是否合法。合法性审查仅能解决行政行为是否符合法定边界的问题，但协议性争议主要涉及权利义务关系的判断，需要法院以给付诉讼的方式作出实体判决。对此，现有行政诉讼体制仍以撤销诉讼为核心、围绕对行政行为的合法性作出司法判断的裁判方式，在实践当中难以敷用。

其四，构建行政协议执行制度。关于行政协议的执行，学界较有代表性的观点认为，行政主体可依职权行使强制执行权，以体现行政契约中的公益优先原则。〔82〕然而，行政协议之所以有别于行政行为，恰在于行政机关与相对人之间是平等关系。行政机关不应通过单方决定的方式实现请求权，除非协议中明确约定了相对人应当接受行政机关的强制执行，〔83〕否则，行政机关既可以基于平等地位与相对人签订协议，又可以作出高权性的单方决定，在行政协议与行政行为两种行为方式之间任意转换，将使相对人处于更为不利的法律地位，使得行政协议制度丧失其根本的存在价值。德国联邦行政程序法第61条第1款规定，当事人可以约定接受公法合同项下的立即执行。仅在存有该执行约定的情况下，行政机关才可以自行执行其合同请求权。否则，行政机关只能向行政法院提起诉讼。当前，我国的行政诉讼法中并不存在专门适用于行政协议的执行规定，实践中仍要适用原有的基于行政行为特征设计的执行制度，这一状况亟待改变。当然，行政协议执行制度的构建，亦需双向性诉讼制度、给付诉讼制度的同步配合。

行政协议在近年来越发受到关注，主要是因为其在原本仅表现为纵向管理与服从关系的行政管理活动中引入了以平等协商、双方意思表示一致为标志的合同关系。在此新型理

〔79〕 马永欣：《完善行政合同司法救济制度的构想》，载 InWEnt 德国国际继续教育与发展协会、最高人民法院行政审判庭、国家法官学院编：《中德行政法与行政诉讼法实务指南——中国行政法官实践手册》，中国法制出版社 2008 年版，第 199 页。

〔80〕 在这方面，登封市国土资源局要求登封市某某开发有限公司履行行政合同案〔（2012）登行初字第 52 号〕是为数不多的能够进入诉讼程序的案例。

〔81〕 前引〔78〕，全国人大常委会法制工作委员会行政法室编书，第 33 页。

〔82〕 参见步兵：《行政契约履行研究》，法律出版社 2011 年版，第 88 页。

〔83〕 Wuerntenberger/Heckmann, Verwaltungsprozessrecht, 4. Aufl. 2018, Rn. 911, S. 360.

念主导下，行政主体与行政相对人不同的利益诉求得到了双向度的调整。行政机关不再仅以单方命令的方式进行管理，相对人一方的意志得到了空前尊重，双方优势得以充分发挥与互补，政府与社会的合作关系得以形成。由于“人民不再是行政决定的客体，而是共同参与形成者”，行政协议因之成为“合作国家与参与国家之典范”。^[84]我国当下尚未有实体法对行政协议及其制度构建作出明确规定，先期进行诉讼制度的建构，可能会在一定程度上倒逼实体法规范的完善。行政诉讼制度应如何处理行政协议诉讼的构建问题，首要取决于对行政行为与行政协议之关系的判断。我国行政诉讼制度仍将行政行为作为诉讼标的，这一定位无法满足行政协议诉讼制度构建的需求。如果说在行政协议被明文写入行政诉讼法前，行政协议争议因被视同民事争议加以处理而得以“遁入私法”，那么，经由拆分公式把行政协议部分视为行政行为的做法，则是把兼具行政性与协议性的行政协议极端公法化了。要从根本上改变这一状况，还需寄望于行政程序法或行政协议法的早日出台。

Abstract: According to the theory of administrative law and the current administrative substantive law in China, the Chinese administrative litigation system is based on the legitimacy-oriented review of specific administrative acts. As a result, administrative disputes arising from administrative agreements cannot be covered by the scope of accepting cases of administrative litigation. In order for an administrative agreement to enter into administrative litigation, an administrative act must be extracted from the administrative agreement. By dividing an administrative agreement into “administrative act” and “other acts of agreement”, the administrative act arising therefrom can be covered by the scope of accepting cases of administrative litigation. This approach can contribute to dispute resolution to a certain extent, but cannot be supported by the theory of administrative law. In fact, an administrative agreement, which is an administrative activity similar to a specific administrative act, should be parallel with a specific administrative act. The precondition of establishing the administrative agreement litigation system is to clarify the relationship between administrative act and administrative agreement. Under the current Chinese legal system, there is still no substantial law providing for administrative agreement or its institutional construction. In order to establish an administrative agreement litigation system, China should first adjust the administrative litigation system and define the scope of administrative litigation by “administrative dispute” instead of “administrative act”, so as to ease the tension between administrative litigation system and administrative litigation theory, and create an institutional space for the establishment of the system in the future.

Key Words: administrative agreement, administrative act, scope of administrative litigation, administrative agreement litigation

[84] [德] Ziekow:《行政契约之发展现状与前景》，载李建良主编：《2012 行政管制与行政争讼》，台湾新学林出版股份有限公司 2016 年版，第 126 页。