

论行政协议的范围

——兼评《关于审理行政协议案件若干问题的规定》

第 1 条、第 2 条

王利明

内容提要:最高人民法院近期颁布了《关于审理行政协议案件若干问题的规定》,该司法解释界定了行政协议的概念和范围。从具体内容来看,解释对行政协议的概念界定过于模糊和宽泛,不当扩张了行政协议的范围,主体标准、目的标准和行政法上的权利义务关系等标准均难以成为行政协议的认定标准,应以非市场行为性作为识别行政协议的关键要素。同时,该解释所列举的矿业权等国有自然资源使用权出让协议以及政府投资的保障性住房的租赁、买卖等协议本质上属于市场行为,应为民事合同的范畴。该解释扩张了行政协议的范围,不符合行政协议非市场行为性的本质属性,不符合物权法等相关立法的规定,也不利于相关纠纷的解决。因此,应从合同法规则的可适用性、交易安全与交易效率以及维护契约严肃性等角度再行考量行政协议的概念与范围,以更好地实现行政协议的应有功能与作用,充分保障各方主体的合法权益。

关键词:行政协议 民事合同 行政优益权 公共利益

王利明,中国人民大学法学院教授,中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员。

一 问题的提出

近年来,全国各地人民法院受理的行政诉讼案件大幅增长,据统计,2016年全国法院共审结行政案件 327429 件,同比上升 20%,结案率为 84.63%,同比上升 0.67 个百分点。^[1]

[1] 参见《最高法通报民官案件审理情况 行政机关败诉率升高》,中国新闻网(2017-06-13),<http://www.chinanews.com/gn/2017/06-13/8249332.shtml>,最近访问日期[2019-12-20]。

各类行政诉讼案件中,有相当一部分属于行政协议案件,在中国裁判文书网中以“行政协议”“行政合同”为主题词进行检索,共可检索出 45487 份裁判文书,“行政合同”也是“行政行为”之下的独立的诉讼案由。但是在法律上究竟何为行政协议,其与民事合同的区别何在,对此类合同究竟应当适用何种法律规定,这些问题一直存在较大争议。关于行政协议的类型,有学者对司法实践中的相关判例进行实证分析后,发现实践中认定的行政协议的范围十分宽泛。^[2] 也有学者认为,凡是政府参与订立的协议,几乎都可以纳入行政协议的范畴。^[3] 由于对行政协议的认定标准本身存在严重的争议,在实践中出现了不当扩大行政协议适用范围的现象,一定程度上影响了交易安全与交易秩序。^[4] 正是因为学界与司法实践对行政协议范围的认识不一致,因此,迫切需要准确界定行政协议的内涵和范围。

为适应这一需要,2019 年 11 月 27 日,最高人民法院颁布了《关于审理行政协议案件若干问题的规定》(下称“《解释》”),该司法解释第 1 条对行政协议的概念进行了界定,即行政协议是“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”。同时,第 2 条对行政协议的类型进行了具体列举,对于实践中认定行政协议的范围具有重要的指导意义。但从《解释》的具体规定来看,其对行政协议概念的界定并不清晰,所列举的行政协议的范围也较为宽泛,这将使许多本应纳入民事合同范围的协议(如国有建设用地使用权出让协议、政府投资的保障性住房的租赁、买卖等协议)被纳入行政协议的范畴。这些合同并不符合行政协议的本质属性,将其作为行政协议容易导致行政权力对合同自由进行不当干预,损害相对人的利益,也不利于相关协议纠纷的解决。现实中,过度扩张行政协议的范围,导致一些行政机关打着公共利益的名义任意解除合同、单方违约,并拒不承担民事责任,严重破坏了合同严守原则,有害于交易安全和交易秩序。有鉴于此,笔者拟针对行政协议的范围,就《解释》的相关规定谈一点粗浅的看法。

二 《解释》认定标准的模糊性将不当扩张行政协议的范围

所谓行政协议的范围,是指哪些协议应当纳入行政协议的范畴,显然,行政协议范围的界定是以行政协议的概念为基础和前提的。协议又称为“契约”(英文称“Contract”,法文称“Contrat”或“Pacte”,德文称“Vertrag”或“Kontrakt”),特指当事人意思表示的合意。

[2] 大体包括如下类型: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。参见陈天昊:《行政协议的识别与边界》,《中国法学》2019 年第 1 期,第 142 页。

[3] 按照此种观点,行政协议主要包括了如下几种类型:一是替代行政处罚、行政许可等行政行为的协议,包括国家征收、征用私人财产的协议;政府特许经营协议;国有土地出让合同等国有自然资源使用权出让协议;行政和解协议等。二是合作性的行政协议,包括国有财产出让、出租、公私合作协议、政府采购协议等。参见杨科雄:《试论行政协议的识别标准》,《中国法律评论》2017 年第 1 期,第 65 页。

[4] 参见崔建远:《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 23 - 29 页。

“合同”一词传统上是指民事合同,但自 19 世纪末以来,合同概念开始运用于行政法领域中,并产生了行政协议的概念。从比较法上来看,迄今为止各国并没有就行政协议的概念和认定标准达成共识,例如,德国学者毛雷尔教授(Hart Maurer)指出,整体而言,行政协议的认定标准较为模糊,有必要以立法的方式明确规定行政协议的判断标准。^[5]

《解释》第 1 条对行政协议的概念作出了规定。依据该条规定,行政协议是行政机关实现行政管理或公共服务的目标,与其他主体(包括公民、法人或其他组织)订立的、具有行政法上的权利义务内容的协议,按照该司法解释起草者的观点,在依据该条认定某一协议是否属于行政协议时,主要应从如下几个方面予以判断:一是主体要素,即协议的一方当事人应当是行政机关;二是目的要素,即行政机关订立行政协议应当是为了实现公共服务或者行政管理目标;三是内容要素,即协议的内容必须具有行政法上的权利义务内容;四是协议应当由双方协商一致。^[6]从第 1 条所规定的行政协议的概念及其认定标准出发,第 2 条具体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、买卖等协议以及政府与社会资本合作协议等行政协议类型。显然,第 1 条关于行政协议认定标准的模糊性,导致第 2 条所列举的行政协议的类型和范围较为宽泛,将一些民事合同也纳入到行政协议的范畴。尤其是第 2 条中使用了“其他行政协议”这一兜底条款,使行政协议的范围具有开放性。在根据同类解释规则确定该条所规定的“其他行政协议”的内涵时,只要是与该条所列举的前述协议具有同质性,即可以纳入行政协议的范畴,这就可能极大地扩张行政协议的范围。所以,探讨行政协议的认定标准,首先应当准确界定行政协议的概念。

(一)主体标准无法准确界定行政协议的概念

在《解释》颁行前,我国有学者主张,区分行政协议与民事合同,首先要看一方合同当事人是否为行政机关,原则上只有行政机关才能成为行政协议的缔约主体,^[7]凡是政府参与作为一方的协议都是行政协议。行政协议是行政机关作为一方当事人所订立的,而且在行政协议中,行政机关是以国家权力主体的身份出现的。也就是说,行政机关在行使公权力时与人民之间保持了一种合作关系,选择了一种契约的方式,从而尽量避免一种国家高权的单方命令。^[8]从比较法上来看,也有一些学者认为,凡立于上下秩序之高权关系缔结的合同,均为行政合同。^[9]行政协议的一方当事人必须是行政机关,如果双方均不是行政机关,则不能构成行政协议,因此,要成立行政协议,具有优势地位的行政主体是不可缺少的。^[10]在我国司法实践中,有的法院也采取了此种立场。例如,在 2017 年河南

[5] 转引自“台湾行政法学会”主编:《行政契约与新行政法》,我国台湾地区台北元照出版公司 2002 年版,第 5-16 页。

[6] 参见“最高法发布审理行政协议案件的司法解释”,<http://baijiahao.baidu.com/s?id=1652517542089028574&wfr=spider&for=pc>,最近访问时间[2019-12-16]。

[7] 参见麻锦亮:《纠缠在行政性与协议性之间的行政协议》,《中国法律评论》2017 年第 1 期,第 56 页。

[8] Dirk Ehlers, in: Friedrich Schoch/Eberhard Schmidt-Assmann/Rainer Pietzner (Hg.), *Verwaltungsgerichtsordnung*, Band I, 1998, § 2 Rn. 33.

[9] 参见李建良主编:《行政契约之发展现况与前景》,我国台湾地区“中央研究院”法律学研究所 2016 年版,第 12 页。

[10] 参见杨科雄:《试论行政协议的识别标准》,《中国法律评论》2017 年第 1 期,第 65 页。

太康县案件中,最高人民法院指出,该案中所争议的征用土地合同的各方主体均非行政机关,实际上不符合行政合同的基本要素。^[11]

笔者认为,主体标准难以成为行政协议的认定标准,不宜将行政机关参与订立的协议都认定为行政协议,主要理由在于:一方面,其与《民法总则》关于国家机关法人作为特殊民事主体的规定是相矛盾的。行政机关的身份具有多重性,在不同的法律关系中,其具有不同的主体地位和身份。在行政机关行使行政职权时,其与行政相对人是单向度的行政管理关系,而在行政机关参与民事活动时,则其与对方当事人形成平等的民事主体关系。例如,政府机关经常需要采购文具等办公用品、建造和修缮房屋、签订用工合同、购买食品等,在这些法律关系中,政府显然不是公权力的执掌者、行政管理者,而是以与对方当事人完全平等的民事主体的身份参与民事活动,不能享有任何行政优益权。既然《民法总则》第 97 条、第 98 条承认国家机关可以成为民事主体,则其就可以民事主体的身份参与民事活动,其中包括与其他民事主体订立民事合同,这些合同都受合同法调整。因此,不宜将行政机关参与订立的合同一概认定为行政协议。另一方面,如果将这些本属于民事合同的合同关系均纳入行政协议的范畴,并承认政府在这些协议中享有行政优益权(如单方定价权、单方变更合同的权利、单方解除合同的权利、监督权以及惩罚权等),将导致合同能否有效以及能否履行等完全取决于政府的意愿,显然难以有效保障相对人的合法权益,也极不利于合同的严守。例如,土地使用权出让合同成立后,因政府换届导致“新官不理旧账”,随意否定合同效力,如果将此类合同认定为行政协议,将可能为政府拒绝履行合同提供依据。

当然,如果政府是以行政管理者的身份订立有关行政权行使的合同,如行政监管合同、税收征管合同等,这些合同只不过是行政机关行使职权,从事行政行为的表现方式,而并不具有交易的属性,因而不宜归入民事合同的范畴,可以通过制定单行行政法规的方式予以调整。但是,在此种情形下,主要应根据协议的内容界定其性质,而不是根据其主体身份予以判断。

(二) 目的标准难以成为行政协议的认定标准

目的标准是比较法上较为流行的一种观点,例如,德国学者泰廷格(Peter Tettinger)认为,行政协议本质上还是以民事合同的方式而为之,只不过因为涉及规费等计算,必须要有公共性的考量,其实就是要考虑公益性的问题。^[12] 在法国,公共利益标准极为流行,并以此作为判断行政协议的重要标准,基于这一原因,法国法承认作为契约主体一方的行政机关享有相对强势地片面变更甚至解除契约的权利,这也是法国行政契约法制的重要特征之一。^[13] 关于公共利益的认定标准,法国法采“公共服务”说,即只要是为了公共服务目的而订立的协议,都是行政协议。

我国也有观点认为,行政协议应当具有实现社会公共利益或者行政管理目标的目的,

[11] 中华人民共和国最高人民法院行政裁定书,(2017)最高法行申 502 号。

[12] Peter Tettinger, Die rechtliche Ausgestaltung von Public Private Partnership, DOEV 1996, S. 769.

[13] 参见李颖轶:《论法国行政合同优益权的成因》,《复旦学报(社会科学版)》2015 年第 6 期,第 160 页。

否则不应纳入行政协议的范畴。^[14] 也有观点认为,认定行政协议,要看该协议的目的是否是为了公共利益目的而订立。只有行政机关为了公共利益目的订立的协议才是行政协议,而行政机关为了自身需要而签订的协议则不属于行政协议。在判断行政协议是否是为了公共利益而订立时,只要协议中出现了行政机关享有行政优益权的条款,多数就可以推定其具有公共利益目的。^[15] 在我国司法实践相关案件中,最高人民法院也采取了此种立场。例如,在“黄某某、贵州省铜仁市碧江区人民政府房屋征收补偿协议纠纷案”中,最高人民法院认为,一般而言,民事合同主体签订合同主要是为了自身利益,而行政机关签订行政协议却主要是为实现公共利益或者行政管理目标。不仅签订协议本身是实现公共利益或者行政管理目标的方式,而且在履行协议过程中,行政机关也可根据合同签订目的而单方变更、解除协议,甚至可依法单方作出行政强制或行政处罚。^[16] 在该案中,最高人民法院认为,以实现公共利益为目的不仅是认定行政协议的标准,也是认定行政机关是否享有行政优益权的标准。再回到《解释》,从第1条的规定来看,“实现行政管理或者公共服务目标”是认定行政协议的重要标准,这实际上是采纳了公共利益标准。

笔者认为,行政机关订立行政协议虽然有“实现行政管理或者公共服务目标”的目的,但不宜以此作为行政协议的认定标准,主要基于如下理由。

一方面,以是否为实现公共利益作为行政协议的认定标准,可能会不当扩张行政协议的范围,导致大量的民事合同被认定为行政协议。公共利益是一个内涵极为宽泛的概念,国有企业以国有财产为基础所从事的交易,一定程度上都具有公共利益的属性,将其认定为行政协议,显然是不妥当的。即使就行政机关订立的各类合同而言,如建筑施工合同、办公设备采购合同、用工合同、租房合同等,这些合同本质上都是为了保障行政机关的办公条件,以维持行政机关的正常运作,为政府行使权力创造物质条件,从而保障行政机关行政权的正当行使,都有利于“实现行政管理或者公共服务目标”,从而在一定程度上也体现了公共利益。就土地使用权出让合同等而言,其也有利于增进社会整体利益,改善环境和城市面貌,也体现了公共利益。可见,以是否为“实现行政管理或者公共服务目标”作为行政协议的认定标准,根本无法准确限定行政协议的范围,也无法将行政协议与民事合同相区分,可能导致大量的民事合同被不当认定为行政协议,影响交易安全与交易秩序。

另一方面,“行政管理或者公共服务目标”的内涵较为宽泛,外延也非常模糊,几乎接近公共利益的内涵,这显然难以为行政协议的认定提供明确、具体的认定标准。在法律解释学上,公共利益在性质上属于不确定概念,其在内涵和外延上都具有广泛、不确定性的特点,^[17] 因此,以是否为实现公共利益作为行政协议的认定标准,完全交由法官自由裁量、自行确定,这显然也给予法官过大的自由裁量权。

[14] 参见杨解君、陈咏梅:《中国大陆行政合同的纠纷解决:现状、问题与路径选择》,《行政法学研究》2014年第1期,第62页。

[15] 参见麻锦亮:《纠缠在行政性与协议性之间的行政协议》,《中国法律评论》2017年第1期,第57页。

[16] 参见中华人民共和国最高人民法院行政裁定书,(2017)最高法行申4588号。

[17] 参见王利明著:《法律解释学导论——以民法为视角》,法律出版社2009年版,第423页。

从实践来看,以公共利益为由,单方解除合同的行为经常出现,因此在不少案例中,法院都认为,行政机关不得以行使行政优益权、维护公共利益为由,单方解除合同。^[18]这也从反面表明,不宜简单地以是否具有“实现行政管理或者公共服务目标”作为行政协议的判断标准。

(三)是否具有行政法上的权利义务内容难以判断

从《解释》第 1 条规定来看,认定某一协议是否属于行政协议时,还需要判断该协议是否“具有行政法上权利义务内容”。相对于前述主体标准和目的标准,内容标准相对具体,能够为行政协议的认定提供更为明确的标准。但问题在于,何为行政法上的权利义务内容,该条并没有作出规定。在司法实践中,有的法院提出了一些行政法上权利义务的判断标准,例如,在“四川省大英县人民政府、大英县永佳纸业有限公司乡政府行政协议纠纷案”中,法院认为,对于行政法上的权利义务,大致可从三方面进行判断:主要包括是否行使行政职权、履行行政职责;是否为实现公共利益或者行政管理目标;以及法律上或者在协议之中是否规定了行政机关的行政优益权。其中,行使行政职权、履行行政职责以及行政机关具有行政优益权构成了行政协议标的及内容,而是否属于上述标的及内容无法判断时,还可以结合“实现公共利益或者行政管理目标”这一目的要素进行判断。^[19]

笔者认为,行政法上的权利义务关系的内涵较为宽泛,无法成为识别行政协议的判断标准,主要理由在于以下三方面。

第一,查找我国现行法律规定,对行政协议中行政机关优益权的规定极少,也就是说,根据现行法律规定,行政机关无法普遍享有行政优益权。所谓行政优益权,是指国家为维护公共利益,保障行政主体职权的行使而赋予其职权上的优益条件或者资格,如单方变更、解除协议的权利以及制裁权等。^[20]行政协议往往与行政优益权联系在一起,从比较法上看,在行政协议中,行政机关往往享有单方变更、解除协议的行政优益权,也就是说,只要政府机关出于实现政府利益的目的,而且政府机关在作出终止合同的决定时是出于善意的,其就可以随时变更或者终止合同,这类似于法国法上的行政优益权。^[21]但我国现行立法并没有明确使用这一概念,在现行立法中也极少对此作出规定。《城镇国有土地使用权出让和转让暂行规定》第 17 条规定,土地使用人应按照土地使用权出让合同和城市规划,对土地进行开发、利用和经营。未按照合同规定的期限和条件对土地进行开发、利用的,相关部门有权予以纠正、警告、罚款以及无偿收回土地使用权等。如果将该条中的“无偿收回”解释为提前解除合同,则可以将其解释为行政优益权,但我国现行立法中的此类规定极少。严格地说,在国有土地转让中出现行政优益权的规定,主要是因为国

[18] 参见“安丘市人民政府与潍坊讯驰置业发展有限公司行政纠纷案”,最高人民法院(2017)最高法行申 7679 号行政裁定书;“齐齐哈尔市龙沙区人民政府、赵臣友行政纠纷案”,黑龙江省高级人民法院(2018)黑行终 400 号行政判决书;“石永文、关岭布依族苗族自治县人民政府行政纠纷案”,贵州省高级人民法院(2019)黔行终 448 号行政判决书。

[19] 参见最高人民法院(2017)最高法行申 195 号行政裁定书。

[20] 参见崔建远:《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 22 页;张鲁萍:《行政协议优益权行使的司法审查——基于对部分司法判决书的实证分析》,《西南政法大学学报》2018 年第 5 期,第 4 页。

[21] 参见常江:《美国政府购买服务制度及其启示》,《政治与法律》2014 年第 1 期,第 158 页。

有土地管理部门具有双重身份而决定的,其既代表国家行使国有土地使用权,同时其也是法律规定的国有土地管理人,当其行使行政优益权时,其是以国有土地管理人的身份出现的。但这也不能否认,当其以民事主体身份签订合同时,该合同是民事合同属性。

第二,即使法律规定了行政机关在一定条件下享有变更、解除合同的权利,同时法律也要求此类协议的签订和履行应当遵循民法的平等、自愿、有偿等原则。这也意味着,不能仅从行政机关是否享有变更、解除合同的权利而认定该协议是否为行政协议。例如,《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第11条规定了土地使用权出让合同订立时所遵循的原则和主体要求。依据该条规定,国家土地管理部门作为合同当事人,由于其与对方订立的合同本质上仍然是民事合同,因此双方法律地位是完全平等的,应遵循平等、自愿、等价有偿等原则。因此,即便在法律规定了行政优益权的情形下,一些法院也认为,行政机关不得以行使行政优益权为由随意解除合同,而必须出于维护社会公共利益等目的,否则应当尊重合同的效力,严守合同。^[22]

第三,行政法上的权利义务并不等同于行政权的具体行使。行政法上的权利义务关系是比较宽泛的概念,其既包括行政机关与行政相对人在行政活动中所形成的权利义务关系,也包括在行政救济与行政监督等方面所产生的权利义务关系。有学者认为,在行政协议的订立、履行以及终止等过程中,会有大量的行政法上的权利、义务穿插于其中。^[23]如果某协议只是涉及行政机关与相对人的权利义务关系,而不涉及行政权的行使,则不应当将其认定为行政协议。

由于行政法上的权利义务关系较为宽泛,难以为行政协议的判断提供明确标准,因此,从前述案例可以看出,法院在认定某协议是否包含行政法上的权利义务关系时,还需要结合该协议是否涉及社会公共利益来考量,这实际上是混淆了内容标准与前述目的标准。事实上,除典型的民事合同外,行政机关参与订立的合同关系,很难完全排除其包含一定的行政法上的权利义务关系。这也意味着,以协议是否包含行政法上的权利义务关系作为行政协议的判断标准,无法明确判断其是否构成行政协议,从而可能不当扩张行政协议的范围。

(四) 行政协议识别的关键因素:非市场行为性

合同作为当事人之间产生、变更、消灭民事法律关系的协议,本质上是一种交易的产物,正如马克思所指出的,这种通过交换和在交换中才产生的实际关系,后来获得了契约这样的法律形式。^[24]行政协议不同于一般的民事合同之处就在于,其本质上不是一种交易的产物,而具有非市场性,这也是其应与一般民事合同相区别,而需要在法律上单独规定的原因所在。

[22] 参见“贵州省关岭布依族苗族自治县人民政府、唐仕国行政纠纷案”,最高人民法院(2018)最高法行申8980号行政裁定书。

[23] 参见韩宁:《行政协议判断标准之重构——以“行政法上权利义务”为核心》,《华东政法大学学报》2017年第1期,第83页。

[24] 参见中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局编译:《马克思恩格斯全集》(第19卷),人民出版社1963年版,第422-423页。

笔者认为,行政协议与民事合同最大的区别在于,当行政机关以公权力行使者的身份与相对人订立合同时,其本质上并不是一种市场交易行为,而仍然是一种行政权的行使方式。例如,就政府特许经营协议而言,其本质上是政府行使行政权的一种方式;再如,就土地、房屋等征收征用补偿协议而言,其属于政府行使征收权、征用权的必要环节,是政府征收权、征用权的组成部分。此类协议虽然也披上了协议的外衣,在当事人之间形成了一种看似平等的法律关系,但其并不是按照等价交易的方式进行的市场交易行为,而是行政权的行使方式,是一种替代行政行为,无法完全适用民法的等价交换、公平等原则。一般而言,行政机关订立行政协议是为了实现某种特定的社会管理目标,正如马克思所指出的,“行政是国家的组织活动”。^[25] 这正确地揭示了行政活动的性质,说明它最直接地体现着国家职能的行使。正是因为其本质上是一种非市场行为,而仍然是以实现行政目标为订约目的,因此,政府一方基于行政目标实现的现实需要,而享有单方定价权、选择合同相对人的权利、合同解除权、违约惩罚权等。

如果行政机关虽然也在一定程度上以追求公益为目的而订立协议,但如果该协议本质上是一种市场行为,当事人按照等价交换的原则进行交易,并遵循市场的基本法则,任何一方都不享有优先于另一方的权利,任何一方违反合同,都应当承担民事责任,则此种协议在性质上应当属于民事合同。也就是说,在市场关系中,各类交易无论是发生在自然人之间、自然人与法人之间、还是法人与法人之间,无论此种交易关系的客体是国家和集体所有的财产,还是个人财产,只要发生在平等主体之间的交易关系,均应属于民事合同范畴,应受合同法调整,并遵循合同法的基本原则和准则,不存在一方凌驾于另一方或优越于另一方的情况。恰是基于双方法律地位的平等,双方当事人才能得以享有平等协商的权利和空间,更为重要的是,一方无权对另一方发出强制性命令或指示。此类协议中,当事人应当依法享有充分的合同自由,当事人所享有的合同自由越充分,市场主体的能动性和自主性越强,则交易将越活跃,市场也将随之得到发展,社会财富也将因此而增长。所以,合同自由是市场经济条件下交易关系发展的基础和必备条件。

非市场行为性标准符合行政协议替代行政行为的性质。行政协议在性质上属于替代行政行为,行政协议本质上是行政机关行使行政职权的一种方式,^[26] 是行政机关履行职责的一种手段和方式,^[27] 具有非市场行为性。“行政合同是直接执行公务的活动,而非单纯私人间事务之处置”,^[28] 其内容是设定行政权利义务关系。毛雷尔认为,如果行政机关的行为是依据特定的法律规定而实施的,则应当依据该法律规定确定该行为的性质,在缺乏法律规定时,则应当依据该行为的所处的体系脉络以及该行为的目标确定该行为的性质。^[29] 易普森(Joerg Ipsen)和科赫(Thorsten Koch)认为,行政协议本质上是行政机关所

[25] 中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局编译:《马克思恩格斯全集》(第1卷),人民出版社1956年版,第479页。

[26] 参见崔建远:《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。

[27] 参见刘莘:《行政合同刍议》,《中国法学》1995年第5期,第70页。

[28] 江必新:《中国行政合同法律制度:体系、内容及其构建》,《中外法学》2012年第6期,第1165页。

[29] Hart Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl., 1999, § 3 Rn. 21.

采取的行政行为,只不过该行政行为采取的是一种合同的方式。由于行政协议在外观上表现为行政机关因行使行政权而订立的协议,因此,我国有学者认为,行政协议本质上属于行政行为。^[30] 例如,政府就授予特许经营权与申请人达成合意,授权行为本身就体现为一种行政行为。在某些情形下,行政协议的内容即表现为替代行政行为。例如,行政机关原本要作出行政处罚,作为对行政行为的替代,行政机关也可以与相对人达成和解协议,订立该和解协议本质上也是行政机关行使职权的体现,而不是一种市场活动。

非市场行为性标准符合我国现行法律的规定。一方面,此种标准可与《民法总则》第97条的规定保持一致。根据该条规定,行政机关作为机关法人,可以“从事为履行职能所需要的民事活动”,也就是说,在行政机关以机关法人的身份从事为履行职能所需要的民事活动时,其所订立的协议应当属于民事合同。按照反面解释规则,如果行政机关所从事的并非民事活动,而是从事为履行职能所需要的行政活动,则属于非市场活动,不应当属于民事合同,而应当属于行政协议的范畴。问题在于,何为“从事为履行职能所需要的民事活动”?一般认为,行政机关所从事的民事活动的范围是受到限制的,即应当是指为了更好地履行其行政职能而有必要从事房屋建造和修缮、办公用品采购、购买食品等必要的民事活动,但不得从事经营性的活动以及设立担保等与其履行行政职能无关的活动,^[31] 此类民事活动本质上是一种市场行为。可见,在行政机关从事市场活动时,其所订立的协议应当属于民事合同,行政机关在从事行政活动过程中所订立的协议,则应当属于行政协议。另一方面,此种标准也符合《行政诉讼法》的规定,从该法第12条第1款第11项的规定来看,其虽然没有明确界定行政协议的内涵和判断标准,但从所列举的政府特许经营协议、土地房屋征收补偿协议来看,其本质上是行政机关行使行政审批权、征收权等行政职权的一种方式。在此类协议中,行政机关并不是按照等价交换的原则而订立合同,其本质上是一种非市场行为。在我国司法实践中,法院也认为,行政机关订立行政协议并不是从事市场交易行为,而是行使行政职权的重要方式。例如,在“香港斯托尔实业(集团)有限公司案”中,法院对涉案协议中可解释为“行政法上的权利义务内容”等进行了列举,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相关行政职权内容,法院认为,这些权利义务虽然有部分民事权利义务性质,但更多约定涉及相关政府部门的行政职权,并且受相关行政法律规范调整,具有明显的行政法上的权利义务特征。^[32]

可见,对行政机关作为一方当事人而订立的协议而言,应当以其是否具有非市场行为性作为判断其是否属于行政协议的标准,也就是说,如果该协议具有非市场行为性,则应当属于行政协议,反之,则应当属于民事合同。据此,行政机关以主体身份所订立的合同主要可以分为如下两类:一是行政机关以机关法人的身份与其他主体之间订立的民事合同,此类合同在内容上完全是民事权利义务关系。例如,行政机关与其他法人和自然人之间订立的建筑施工合同、办公设备修缮合同、物业服务合同等。在这一类合同中,虽然有

[30] 参见杨临宏:《行政协定刍议》,《行政法学研究》1998年第1期,第1-4页。

[31] 李昊、邓辉:《我国〈民法总则〉组织类民事主体制度的释评》,《法律适用》2017年第13期,第58页。

[32] 参见中华人民共和国最高人民法院(2017)最高法行再99号行政裁定书。

行政机关参与,但行政机关的身份与一般的民事主体并无差异,此类合同本质上是行政机关所从事的一种市场行为。二是行政机关以行政管理主体身份订立的、以行政权力行使为内容的合同,此类协议在性质上属于行政协议。行政协议具有不同于民事合同的特殊性,其是行政机关行使行政职权的一种替代方式,而非一种市场行为。前一种合同属于民事合同的范畴,而后一种协议则属于行政协议的范畴。就《解释》第 2 条所规定的政府特许经营协议,土地、房屋等征收征用补偿协议而言,应当属于前述第二种协议类型,该条所规定的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,则应当属于前述第一种类型的合同关系,即民事合同。

需要指出的是,《解释》第 2 条在列举行政协议的类型时,还采用了“其他行政协议”这一兜底表述,保持了行政协议类型范围的开放性,司法实践中在判断某种协议是否属于行政协议时,需要对该兜底规定进行解释。从《解释》第 1 条的规定来看,其关于行政协议概念的界定较为模糊,如果通过该条规定解释第 2 条中的兜底规定,显然过于宽泛,不利于限定行政协议的范围。笔者认为,应当按照非市场行为性的标准对其进行解释,也就是说,如果某协议本质上是行政机关行使职权的一种方式,并非一种市场交易行为,则可以将其认定为行政协议,否则,一般应当将其认定为民事合同。

三 《解释》过度扩张行政协议范围可能引发的问题

应当看到,行政协议是 19 世纪末、20 世纪以来产生的概念,在这一时期,由于国家干预经济的加强,传统的私法中渗入了公法因素,出现了私法公法化的现象,公法中的义务介入到私法领域中去,对民事权利构成了一定限制,有学者认为,公法和私法已发生部分融合,也不应再区分公法与私法,民法即私法的观点已难成立。^[33] 行政协议事实上就是以私法的工具实现公法的目标,行政协议本质上仍然是基于私法而形成的制度安排。从比较法上看,两大法系都承认了行政协议的概念,注重通过采用包括行政协议在内的多种方式实现行政目标,而且两大法系也都强化了对行政协议的管理,对行政协议的管理甚至已经成为政府购买公共服务的核心内容。当然,两大法系在行政协议的调整方面也存在一定区别,大陆法系更加注重行政优益权的设定,而美国法就行政协议设置了许多特殊的规则,更加注重通过诉讼方式解决行政协议纠纷。

行政协议的产生与发展,使行政法具有了独特的功能。沃勒拉斯(Maximilian Wallerath)认为,行政协议制度的产生实际上是行政现代化的手段之一,涉及近几十年来西方社会所推行的公共行政改革。^[34] 具体而言,一是缓和强制性的功能。行政协议有利于缓和单方行政行为的强制性,更好地实现行政目标。行政行为的单方性、强制性可能造成民众消极的不合作,并不利于相关行政事务的开展,而借助行政协议制度,则可以有效缓解行

[33] 参见陈卫佐著:《德国民法总论》,法律出版社 2007 年版,第 12 页。

[34] Maximilian Wallerath, *Kontraktmanagement und Zielvereinbarungen als Instrumente der Verwaltungsmodernisierung*, DOEV 1997, S. 57 ff.

政行为单方性、强制性所带来的问题,尤其是在相关行政事务需要民众协力配合的情形,如土地征收、环保等情形,行政协议更有利于行政活动目标的实现。二是吸收相对人充分参与功能。在行政协议中,行政相对人可以积极参与到行政协议内容的确定之中,从而充分表达自己的意见与主张,因此相较于单方行政行为而言,相对人的权益可以获得更多保护,行政机关的权力可以得到有效的限制。^[35] 三是体现行政相对人意愿的功能。在许多领域,单方的行政行为越来越多地被行政协议所取代,这也对行政管理的方式产生了一定的影响,传统的行政管理方式主要是行政命令,而行政机关现在则越来越多地与行政相对人之间通过协议的方式进行合作。^[36] 四是平衡各方利益的功能。通过行政协议的方式,行政机关与行政相对人之间都可以参与到行政行为之中,行政征收的补偿协议最充分地反映了行政协议的这一功能,在征收协议的内容确定中,各方当事人的参与保证了各方利益得到更为平衡地实现。正如毛雷尔所指出的,当今社会生活复杂,造成“不只人民依赖行政,行政亦依赖人民”的结果,行政协议能够应对复杂的社会生活,提供多种不同的解决方案,从而有效平衡各方利益,从而达成各方都满意的最适合的解决方案。^[37] 五是组织协调功能。通过行政协议,行政机关内部的权利行使范围和权责可以获得明晰,也可以加强不同行政机关的工作沟通与联系,从而在行政机关内部发挥组织协调的功能,确保行政效率的提升。^[38]

行政协议的产生表明,现代法大量出现了从强制法向任意法的发展,这就是契约精神的体现。^[39] 从某种意义上说,行政协议的发展实际上是政府职能转化以及政府权力行使方式的改变。这就是说,从“全能政府”向“有限政府”转化,政府权力行使中需要充分考虑行政相对人意愿因素。因此,在现代社会,政府越来越多地注重采用行政合同的方式来行使行政权力,^[40] 其不仅适用于行政机关内部以及行政机关之间,而且也大量适用于行政机关与个人之间。^[41] 当然,行政协议虽然是行政机关与相对人所达成的协议,但由于行政机关订立行政协议并不是一种市场行为,因此,协议双方当事人的关系并不是民事权利义务关系,而是行政上的权利义务。行政协议概念的产生,也使得行政手段更为多元化,行政也不再仅仅是一种消极行政,而转化为一种给付行政,这在客观上也要求行政机关采用更为多元化的方式和手段实现其行政目标。

在我国,从提高行政效率,实现社会治理方式的多元化,更好地实现治理等目的出发,确有必要在法律上确认行政协议的概念,并对其进行规范。然而,上述功能的发挥是对行政协议进行准确定位为前提的,如果不当扩张行政协议的范围,将可能为行政权不当介入市场交易提供制度空间,影响交易安全与交易秩序,并引发法律关系的紊乱,难以有效发挥行政协议的功能。从《解释》第1条、第2条可以看出,其所规定的行政协议认定标准

[35] 参见江必新:《中国行政合同法律制度:体系、内容及其构建》,《中外法学》2012年第6期,第1162页。

[36] 参见姜明安著:《行政法》,北京大学出版社2017年版,第43页。

[37] Hart Maurer, Der Verwaltungsvertrag-Probleme und Moeglichkeiten, DVB I, 1989, S. 805.

[38] 参见江必新:《中国行政合同法律制度:体系、内容及其构建》,《中外法学》2012年第6期,第1162页。

[39] [日]星野英一著:《私法中的人》,王闯译,中国法制出版社2004年版,第5-8页。

[40] 参见江必新:《中国行政合同法律制度:体系、内容及其构建》,《中外法学》2012年第6期,第1161-1162页。

[41] 参见杨解君编:《法国行政合同》,复旦大学出版社2009年版,前言第2页。

较为模糊,并扩张了行政协议的范围,此种做法并不符合行政协议的本质属性,也不利于相关协议纠纷的解决,具体包括以下理由。

(一) 扩张行政协议的范围并不符合行政协议的本质属性

行政协议本质上是一种非市场行为,相对人在与行政机关达成协议时,也并不是为了进行完全公平的、等价有偿的市场交易,因此,在确定行政协议的范围时,不应当将一些原本属于自愿交易的民事合同纳入其中,否则就混淆了行政法律关系与民事法律关系。

行政协议与民事合同不同,民事合同是当事人私法自治的工具,这也意味着,只要不违反法律的强制性规定以及公序良俗,当事人原则上可以按照自己的意愿选择合同相对人,可以自由约定合同的内容,选择合同的订立方式。而行政协议虽然也包含一定的私法自治的因素,但其本质上是一种替代行政行为,是行政权力行使的一种方式,因此,其本质上是行政法律关系。例如,在法国法中,虽然行政协议也被冠以协议之名,但其在产生之初只是被视为一种实现良好公共服务的合作机制,而没有被当作一种意思自治的工具,行政协议也有独立的法律规则,其不同于私法规则;而且由于行政协议中同时包含客观要素与主观要素,行政机关可以单方变更行政协议的客观内容。^[42] 也就是说,只要某个协议被认定为行政协议,不论当事人是否在协议中约定了行政优益权,行政机关均享有行政优益权。^[43] 由于行政协议是行政权力行使的一种方式,如果扩张行政协议的范围,则可能会将一些本来属于传统民事合同的协议不当纳入行政协议的范畴,这也不符合行政协议的本质属性。

从《解释》第 2 条的规定来看,其将国有自然资源使用权出让协议以及政府投资的保障性住房的租赁、买卖等协议也纳入行政协议的范畴,但事实上,此类协议本质上是当事人之间的自愿交易,是一种市场行为,应当属于民事合同,不宜将其纳入行政协议的范畴。

(二) 扩张行政协议的范围并不符合国有土地及其他自然资源制度改革的目标

我国在公有制的基础上发展市场经济,是人类历史上前所未有的的一项创举,“土地是财富之母”,要发展市场经济,就必须使土地等重要的自然资源进入市场,这就需要建立和完善国有土地等自然资源有偿使用制度,以充分发挥土地等国有自然资源的经济效用。我国自然资源改革的重要目标是充分发挥全民所有的自然资源的效用,改革的方向是建立自然资源市场体系,发挥市场在资源配置中的决定性作用,并在明确自然资源权属的前提下,扩大自然资源有偿使用制度的范围,构建完善的自然资源市场配置制度。可见,我国自然资源改革的总体目标是发挥市场在自然资源配置中的作用,而不是要使政府在自然资源配置中发挥决定性作用,因此,对国有自然资源使用权出让协议而言,核心应当是将其定位为一种市场行为,而不是一种行政管理手段。既然是市场行为,就应当属于民事合同的范畴。而按照《解释》第 2 条的规定,矿业权等国有自然资源使用权出让协议在性质上属于行政协议,这显然是将国有自然资源使用权出让行为界定为一种为“实现行政管理或者公共服务目标”的行政行为,这显然不符合我国国有土地等自然资源制度改革

[42] 参见陈天昊:《在公共服务与市场竞争之间——法国行政合同制度的起源与流变》,《中外法学》2015 年第 6 期,第 1645 页。

[43] 参见杨解君编:《法国行政合同》,复旦大学出版社 2009 年版,第 13 页。

的目标和方向。

笔者认为,国有土地使用权等自然资源出让合同确实具有行政因素,比如在发生争议时国家土地管理部门作为出让方可以直接依据法律规定对受让方实施行政制裁;同时,在合同订立后,出让方有权监督受让人依据合同规定的目的使用土地等。但国有土地使用权出让合同仍然是民事合同而非行政合同,主要理由在于:一方面,过分强调土地管理部门在出让国有土地使用权过程中的主权者身份,势必会混淆土地出让与划拨之间的关系,也不能充分发挥出让合同在国有土地管理中的作用。从单纯行政划拨方式转向出让等方式,是有效、合理地利用土地并促进市场经济发展的重要步骤。而土地使用权出让不同于行政划拨,在于前一种关系中,国家土地管理部门不是以行政管理者而是以合同当事人的身份出现的。当然,在土地使用权出让以后,国家仍然有权监督土地的使用情况。但这些权利乃是土地所有权的体现,而并不是行政权力的运用。另一方面,国家土地管理部门收取土地出让金的行为本质上也不是行政管理手段,出让金事实上是土地使用权作为一种商品的价格。如果将土地出让金视为一种管理手段,其数额完全由土地管理部门来决定,则根本不可能真正实现土地使用权制度的改革。相应地,土地使用权也不可能真正进入市场进行交易,也无法发挥土地的效益,国家也难以通过转让获取应有收益,甚至有可能会助长管理部门的腐败行为。总之,土地使用权合同并非行政合同,而是民事合同。

(三) 扩张行政协议的范围并不利于相关协议纠纷的解决

在行政机关一方违反行政协议时,相对人尚可以通过行政诉讼的方式主张权利,但如果行政相对人违反协议,则行政机关很难通过行政诉讼程序对相对人提起诉讼。从《行政诉讼法》第12条的规定来看,行政诉讼的受案范围仅限于行政相对人对行政机关行政行为所提起的诉讼,行政机关不能对行政相对人提起行政诉讼。而且从该条第1款第11项规定来看,即便就行政协议纠纷而言,能够提起行政诉讼的也仅限于公民、法人和其他组织一方。《解释》也采取了此种立场,依据第4条和第6条的规定,在当事人就行政协议发生纠纷后,公民、法人或其他组织可以原告的身份提起行政诉讼,而作为被告的行政机关不得就行政协议提起反诉,这实际上也是将能够提起行政诉讼的主体限于公民、法人和其他组织一方。因此,通过行政诉讼程序解决行政协议纠纷,将难以解决所有类型的行政协议纠纷。例如,在国有土地使用权出让中,经常发生受让土地使用权的一方迟延履行,或者未按照合同约定使用国有土地,出现这些纠纷时,传统上都是将其作为民事合同解决。例如,在“农安县国土资源局诉农安县明佳房地产开发有限公司建设用地使用权出让合同纠纷案”中,法院认为,“原、被告在平等自愿基础上签订《国有建设用地使用权出让合同》,不违反法律规定,合同合法有效。原告已依约履行合同约定交付土地的义务,被告未完全履行合同约定履行支付土地出让金义务,已构成违约,应承担违约责任”。^[44] 而一旦将该协议作为行政协议,这就在法律上遇到障碍,国有土地出让一方无法在法院提起诉讼,这将导致这些合同纠纷发生后,如果行政机关无法以原告身份起诉,则难以通过诉讼解决纠纷,甚至可能鼓励相对方违约。

[44] 参见吉林省农安县人民法院(2018)吉0122民初1707号民事判决书。

四 《解释》列举的部分行政协议并没有超出民事合同的范畴

在传统的公私法二元区分的模式下,从理论上区分民事合同与行政协议是相对容易的,但现代社会,随着行政权行使方式的多样化,特别是大量借助了行政协议的方式,合同作为一种法律工具,其不仅适用于私法领域,同时也成为一种越来越重要的行政权行使方式,^[45]这在一定程度上导致了公法与私法界限的模糊。甚至有学者认为,行政协议与一般的民事合同之间并没有本质区别。^[46]尽管如此,笔者认为,凡是反映市场交易行为、以确定民事权利和义务为内容的协议,均可纳入民事合同的范畴。至于行政法、劳动法、国际法等法律中的合同,虽然名为合同,但由于其并非市场行为的表现形式,因此本质上并不是民事合同。民事合同是平等主体之间订立的有关民事权利义务关系的协议,遵循私法自治原则,而行政协议是行政机关依法行使职权所缔结的协议,应当遵循依法行政原则。

只有在区分民事合同与行政协议的基础上,才能准确界定行政协议的范畴。关于行政协议的具体类型,《解释》第 2 条规定:“公民、法人或者其他组织就下列行政协议提起行政诉讼的,人民法院应当依法受理:(一)政府特许经营协议;(二)土地、房屋等征收征用补偿协议;(三)矿业权等国有自然资源使用权出让协议;(四)政府投资的保障性住房的租赁、买卖等协议;(五)符合本规定第一条规定的政府与社会资本合作协议;(六)其他行政协议。”从该条规定来看,其虽然列举了多种行政协议类型,但其中的部分协议类型如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,并没有超出民事合同的范畴,其在性质上仍然属于民事合同。这首先是因为,此类协议在性质上是一种市场行为,是一种交易关系,不宜将其纳入行政协议的范畴,正是因为此类协议是一种交易关系,其与作为非交易关系的行政协议的区别表现在如下方面。

(一) 当事人的地位具有平等性

行政机关在与相对人订立此类协议时,其与相对人的法律地位是平等的,这也意味着当事人是按照平等、自愿、等价有偿的原则进行交易,符合民事合同的本质特征。在此类交易中,行政机关订立协议的行为并不是履行行政职责的行为,而是一种市场行为,此类协议也应当属于民事合同,合同法有关平等原则及合同成立、生效、变更、违约责任等相关规则,也都应当可以适用于此类协议。这显然是与行政协议相区别的。行政协议是合同概念在公法领域运用的结果,其虽然名义上是合同,但本质上并不是一种市场行为,行政机关订立协议的行为本质上是行使行政职权的一种方式,这也意味着,在行政协议中,当事人的法律地位并不是完全平等的。例如,在政府特许经营协议中,受许人取得相关的权利需要经过政府的审批,而且应当受政府的监督,很难说在此类协议中当事人的法律地位是完全平等的。再如,就征收补偿协议而言,行政机关作出征收决定,这是其行使行政权的体现,行政机关在作出征收决定以后,需要对相对人进行补偿,行政机关在与相对人达

[45] 参见杨解君编:《法国行政合同》,复旦大学出版社 2009 年版,前言第 1 页。

[46] Vgl. Gunter Puettner, Wider den oeffentliche-rechtlichen Vertrag zwischen Staat und Buerger, DVB I 1982, S. 122 ff.

成补偿协议时,虽然也需要尊重相对人的意愿,但征收补偿协议是行政机关征收行为的组成部分,很难将其认定为平等主体的当事人之间的关系。

需要探讨的是,根据有关法律的规定,在国有土地使用权出让合同中,行政机关享有监督权。例如,在国有土地使用权人不按法律规定或合同约定使用土地时,国家可以给予警告甚至无偿收回土地,这是否意味着合同双方当事人的地位不平等?笔者认为,在此类合同中,行政机关一方享有监督权并不影响该合同的民事合同属性,如前所述,在国有土地使用权出让合同中,行政机关一方的身份具有双重性,其既代表国家行使国有土地使用权,此时其与相对人是平等的民事主体,所签订的国有土地使用权出让合同也是民事合同;同时,行政机关也是国有土地的管理者,其依法所享有的监督权、提前收回土地权等,是其依据国有土地管理者身份所享有的权力,并不影响国有土地使用权出让合同本质上是民事合同的属性。

(二)符合物权法等相关立法的规定

我国《物权法》等法律已经明确规定,国有土地等自然资源使用权出让合同在性质上属于民事合同,该法第137条第1款规定,“设立建设用地使用权,可以采取出让或者划拨等方式”。显然,《物权法》已经对国有建设用地使用权出让合同作出了规定,该法第138条要求采取招标、拍卖、协议等出让方式设立建设用地使用权的,当事人应当采取书面形式订立建设用地使用权出让合同,该条第2款还具体规定了国有建设用地使用权出让合同通常应包括的条款。该法第123条规定,“依法取得的探矿权、采矿权、取水权和使用水域、滩涂从事养殖、捕捞的权利受法律保护。”依据上述规定,有关矿业权等国有自然资源使用权出让协议应当属于民事合同。

应当看到,行政协议的订立、履行、终止等涉及行为合法性的问题,也就是说,行政行为的合法性将直接影响行政协议的效力、履行等。有观点认为,“如果将国有资源的出让行为纳入民事合同来调整,实际上将事实行政管理权的行为演变为一种当事人意思自治的民事法律行为,将国有资产的管理人与所有人的职能高度混同,逃避了国有资产在合同自由的掩盖下悄悄流失,同时也会加剧腐败丛生、土地市场混乱之局面。”^[47]按照这一观点,扩大行政协议的范围有利于审查行政协议中官员是否有受贿行为,一旦存在此类行为,就应当将其作为无效合同对待。笔者认为,对此不可一概而论。一方面,在行政机关工作人员存在不法行为时,应当区分该行为的对内效力与对外效力,行政机关人员实施不法行为时,其对内虽然应当承担行政责任,但不能当然将行政机关人员的违法行为等同于行政机关的行为违法,因为行政机关行为具有很强的程序性特点,在行政机关行为符合法定程序的情形下,仅因个别工作人员的行为违法就认定行政协议无效,也不利于保护相对人的合理信赖。因此,行政机关人员个人违法并不当然导致行政协议无效。同时,行政机关人员是否违法,法院也难以直接认定,而应当由相关部门进行调查。另一方面,在行政合同中,确实存在行政机关人员因为腐败收受贿赂、利益输送等而压低国有资产价格,贱卖高买造成国有资产流失等情况,但能否一概认定此类合同无效呢?笔者认为,这要看该

[47] 贺小荣:《行政协议的创设与国家治理方式的转型》,《中国法律评论》2017年第1期,第33页。

协议是否存在合同效力瑕疵的原因,如果合同的订立确实是显失公平,就可以根据民法关于显失公平的规定变更或者撤销合同,这也可以阻止国有资产的流失,但不能因为只要出现腐败,就否定合同的效力。此外,在行政机关人员违法时,一概认定行政协议无效也是难以成立的,因为行政机关在订立合同时,也会有内部的决策机制和追责机制,不能把内部决策失灵的后果由相对人承担,否则可能导致交易安全和交易秩序的损害。从实践来看,许多合同都是因为政府认为存在腐败行为而否定合同的效力。

当然,笔者认为,不能一概以行政行为不合法为由否定行政协议的效力,但行政行为的合法性也会对行政协议的效力产生一定影响。依据《解释》第 10 条、第 11 条的规定,行政机关对自己行政行为的合法性负有举证责任,法院在审理行政协议案件时,也需要对行政行为的合法性进行审查。可见,行政行为的合法性将影响行政协议的效力,也就是说,如果行政机关在订立行政协议的权限、程序等方面存在瑕疵,将会影响行政协议的效力,因此,扩大行政协议的范围,将使大量行政机关参与订立的协议的效力处于不确定状态,这势必影响交易安全与交易效率。

(三) 合同法规则的可适用性

《解释》第 2 条所列举的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、买卖等协议的订立、价款、履行以及纠纷解决等方面,均应当适用合同法的相关规则,这显然不同于行政协议,具体分析如下。

一是就合同的订立而言,即使行政协议可能通过招投标等方式进行,但是最终仍要经过要约承诺等过程才能被订立。根据《城市房地产管理法》第 12 条的规定,土地使用权的出让,可以采取拍卖、招标或协议的方式。而在采取拍卖、招标的方式下,实际上就是要运用公开竞价的方法将土地使用权转让给他人。在这些活动中,国家土地管理部门当然应以民事主体的身份出现,否则,拍卖、招标等活动根本不可能进行。

二是合同价款等必须由当事人协商确定。例如,建设用地使用权的出让条款,不能由政府一方单独确定,而需要通过市场竞价的方式确定出让金数额。

三是合同的变更和解除必须由当事人达成合意,任何一方在欠缺法律依据和合同约定的情况下,不得变更或解除合同。而在行政协议中,却往往赋予行政机关单方变更或解除协议的权利,这种权利在民事合同中,除非经由当事人约定,一般并不存在。

四是履行抗辩权的适用。如果作为政府一方拒不履行合同中的主给付义务,且双方的给付没有先后顺序,那么合同另一方当事人可以行使同时履行抗辩权,如果履行义务具有先后顺序,则双方均可以行使先履行抗辩权或后履行抗辩权。

五是违约责任的承担。在行政协议中,作为行政主体,行政机关一方享有单方的惩罚权,但是作为民事合同,当事人只能依据合同法的规定,请求对方承担相应的违约责任。一旦作为合同一方当事人的行政机关违约,相对人就可以请求其承担违约责任。

六是关于纠纷的解决方式。就此类合同纠纷的解决而言,相对人在与行政机关订立协议时,如果能够就协议的内容等作出约定,其原则上也应当可以与行政机关约定纠纷解决的方式。如果将其界定为行政协议,则当事人可能无法选择纠纷解决的方式。而对民事合同而言,当事人可以通过诉讼的方式解决,也可以通过仲裁的方式解决。因此,将此

类合同界定为民事合同,也更有利于尊重当事人在合同订立、履行以及纠纷解决等方面的合同自由,更符合私法自治原则。

(四) 维护契约严肃性

合同严守是交易秩序的基本保障。如果将此类协议界定为民事合同,有利于维护契约的神圣性,督促当事人按照约定履行协议。一方面,如前所述,行政协议是与行政优益权联系在一起的,如果扩张行政优益权的适用范围,允许行政机关单方变更或者解除合同,则会影响合同关系的稳定,不利于维护契约的神圣性。从实践来看,政府违反行政协议的现象时有发生,如“新官不认旧账”、因政府换届导致违约等,一些政府甚至以行使行政优益权为由,单方面变更、解除合同,又不能给予合同另一方足够的补偿,这显然不利于保护相对人的利益。^[48] 另一方面,如果将上述协议都认定为行政协议,则在行政机关一方违反协议时,相对人能否获得救济,还取决于相关行政行为是否具有合法性。关于行政协议中行政行为合法性的证明,《解释》第10条第1款规定,行政机关作为被告,应对自己是否具有法定职权、是否履行法定程序与法定职责,以及是否就行政协议的订立、履行、变更和解除等行为具有合法性等承担举证责任。从该条规定来看,行政行为的合法性虽然由行政机关证明,但行政机关证明其行为的合法性通常并不存在较大困难,这也意味着,在行政机关变更、解除行政协议时,相对人可能难以获得救济。而如果将上述协议解释为民事合同,就不存在行政行为合法性的认定问题。只要行政机关一方违约,除非存在法定或约定的免责事由,否则,相对人均可以主张违约责任,这更有利于维护合同的严肃性。还应当看到,国有土地使用权出让等合同涉及到物权的设定取得问题,已经为我国《物权法》明确规定。例如,在建设用地使用权的出让等合同中,当事人签订合同的目的在于设定或变动民法上的物权,因而,其发生的法律效果也体现为私法上的效果。依据《物权法》第15条的规定,即便在当事人没有办理登记的情形下,也不应当影响合同的效力,只是没有发生物权变动,这也是为了维持合同的效力。因此,依据《物权法》等法律的规定,应当将国有土地等自然资源使用权出让合同归入民事合同的范畴,这也有利于维护合同的严肃性。

可见,行政协议注重了公共利益的重要性,但是往往忽视了交易安全。事实上,交易安全本身也是公共利益,维持契约的神圣性、维护交易安全等,本身也是公共利益的体现。交易安全包括动的安全和静的安全,这种动的安全在现代交易中更为重要。如果政府订立的这些协议都可能被随时终止,则相对人可能不愿意继续同政府签订协议,这也会使国有资产的保值增值变得更为困难,长远来看,对国有资产的增加更为不利。而将上述协议界定为民事合同,则有利于维持当事人之间契约关系的神圣性,因为依据《合同法》的规定,当事人应当严格按照约定履行合同,除当事人另有约定外,合同解除的事由都是法定的,任何一方当事人不得随意变更或者解除合同,这就有利于维护契约的神圣性,有利于防止行政机关违约,从而解决实践中出现的“新官不理旧账”等问题,保护当事人的合理预期与交易安全。

[48] 参见“王明平、关岭布依族苗族自治县人民政府行政纠纷案”,贵州省高级人民法院(2019)黔行终441号行政判决书。

五 结 语

十九届四中全会决定指出,实现国家治理能力与治理体系现代化,需要“充分发挥市场在资源配置中的决定性作用”。政府为了实现国家治理目标、经济政策等,维护社会主义市场经济的稳定,在一定情形下也有必要对市场行为进行必要的介入,但这种干预的方式并不当然体现为单向度的行政权的方式,还可以通过与市场主体达成协议的方式予以实现。行政协议是公私法交叉的产物,行政协议纠纷也是新型的法律问题。但行政协议本质上是行政机关履行行政职责的一种方式,并不是一种市场行为,应当明确限定其适用范围。《解释》虽然界定了行政协议的概念,对于解决实践中的纠纷具有一定的意义,但其关于行政协议概念的界定并不清晰,无法有效限定行政协议的范围,同时,关于行政协议类型的列举也不当扩大了行政协议的范围,应当予以进一步完善。

[本文为作者主持的 2018 年度国家社会科学基金重大项目“人格权保护立法研究”(18ZDA143)的研究成果。]

[**Abstract**] The Supreme People's Court recently promulgated the *Provisions on Several Issues Concerning the Trial of Administrative Agreement Cases*, which explain the concept and specific scope of administrative agreements. But the specific content of the Provisions shows that this judicial interpretation gives too vague and broad definition to, and inappropriately expanded the scope of, administrative agreements. As a result, it is difficult for such standards as subject standards, objective standards and rights and obligations in administrative law to be applied in the identification of administrative agreements. Non-market behaviors should be taken as the key element of administrative agreement identification. In fact, agreements on the transfer of mining right, the right to the use of other state-owned natural resource, and government-invested affordable housing leases are essentially market behaviors and should belong to the category of civil contracts. The expansion of the scope of administrative agreements by the interpretation is neither in conformity with the non-market behavioral nature of administrative agreements or the relevant laws and regulations, nor conducive to the settlement of related agreement disputes. Therefore, the concept and scope of administrative agreements should be reconsidered from the perspectives of applicability of rules of contract law, transaction safety and transaction efficiency, and maintenance of the seriousness of contracts, in order to better realize the due functions and role of administrative agreements and fully protect the rights of all parties to administrative contracts.

(责任编辑:姚 佳)