

论行政协议的订立

韩宁¹

【摘要】：《协议解释》中“订立”一词包含四种语义，分别为作为单方行为的订立行为、行政协议订立纠纷、合意订立过程和行政协议的成立。在行政协议诉讼中，订立行为可根据不同情形分别被界定为行政法律行为或行政事实行为，因订立行为产生的纠纷和因行政协议本身产生的纠纷共同构成行政协议订立纠纷。在行政过程的视角下，行政协议的合意订立过程采取要约承诺的方式，合同法上有关成立地点、成立时间的规定可适用于行政协议的成立。行政协议订立的行政性面向主要体现于对订立行为的合法性审查，协议性面向主要体现于合意订立过程，需溯源至民事合同订立的相关规则。

【关键词】：订立行为 行政协议订立纠纷 合意订立过程 行政协议的成立

一、问题的提出

2014年修改的《行政诉讼法》对行政行为的内涵进行了扩充，将行政协议争议纳入了行政诉讼受案范围。¹然而，语词上的改动并不意味着为具体行政行为“量身定做”的行政诉讼制度可以平移至行政协议诉讼中。在《行政诉讼法》《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《协议解释》）的规范体系内，行政性与协议性的“不兼容”时常显现，在行政协议订立行为与行政协议效力的关系上表现得尤为明显。例如，在“安吉展鹏金属精密铸造厂诉安吉县人民政府搬迁行政协议案”（以下简称“安吉展鹏案”）中，浙江省高级人民法院提出了“双重审查双重裁判原则”，认为“在对行政协议案件进行审理的过程中，不仅需要审查行政机关缔结、履行行政协议等行为的合法性，还要同时考察行政协议法律关系是否成立、有效”²。该案的裁判思路确实能从一定程度上缓解合法性审查与合约性审查之间的紧张关系，但又引出了新的问题。在民法语境下，合同的订立是双方意思表示一致的交互过程，切换到行政协议的视野下，何以能“剥离”出仅聚焦于行政机关一侧的订立行为？民事合同订立的相关规范在多大程度上能被行政协议所吸收？在行政行为中心主义的行政诉讼制度中，行政协议订立的行政性面向与协议性面向应当如何调和？为回答上述问题，本文拟以订立行为为切入点，分别从行政诉讼、行政过程的视角对已有的规范、学说与司法实践进行整理、研判，在教义学的框架内厘清行政协议订立的内涵，并试图对行政协议订立议题中行政性、协议性的“构成比例”做出妥善的安排。

二、行政协议诉讼视角下的订立：从“订立行为”到“订立纠纷”

《协议解释》第10条第1款、第11条第1款均将订立定位至“订立行为”，并将合法性审查原则、举证分配规则辐射至订立行为之上。³在行政协议的语境中，订立行为何以能够具有独立的、类似于单方行为的地位？下文将以上述条文为切入点，从订立行为的定性出发，对行政协议诉讼语境中的订立做出初步检视。

（一）行政法律行为抑或行政事实行为

《协议解释》出台后，最高人民法院行政审判庭（以下简称“最高院行政庭”）提出了“行政优益权行为”的概念，将订立、

¹作者简介：韩宁，浙江杭州人，浙江工商大学法学院副教授，2016年6月于浙江大学光华法学院获法学博士学位。主要研究领域为行政法、行政诉讼法、行政协议。于《法学》《华东政法大学学报》《行政法学研究》《浙江学刊》《东方法学》《交大法学》《南大法学》《法治研究》等期刊发表论文十余篇，其中多篇获人大复印资料《宪法学、行政法学》全文转载。主持国家社会科学基金青年项目一项。兼任中国行政法学会研究会行政判例专业委员会委员、浙江省法学会案例法学研究会副秘书长。

基金项目：国家社科基金青年项目“政府合同管理立法研究”（18CFX025）的阶段性成果。

履行也纳入了优益权行使的范围。⁴《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定理解与适用》(以下简称《理解与适用》)一书将“被告订立、履行、变更、解除行政协议的行为”称为“行政机关高权性事项”“行政机关权力性行为”,以示与“协议性事项”之区别。⁵上述观点与《协议解释》第10条第1款、第11条第1款的规定一脉相承,容易使人得出订立行为属于行政法律行为之结论。《理解与适用》也指出:“行政主体与行政相对人订立行政协议,这是行政协议的开始,是对外发生法律效力行政行为。”⁶本文将这种观点称为“行政法律行为说”。然而,最高院行政庭副庭长梁风云撰写的《行政协议司法解释释义》一书却对订立行为有着不同的看法,指出“行政协议的订立行为一般属于行政事实行为,不属于行政法律行为”。⁷本文称其为“行政事实行为说”。⁸

“行政法律行为说”与“行政事实行为说”确实具有一定的共性。例如,两者均认可订立行为属于“行政机关高权性事项”“行政机关权力性行为”。又如,在可诉性上,两者也不存在实质分歧。《〈中华人民共和国行政诉讼法〉解读与适用》一书指出:“行政行为包括行政机关签订、履行有关协议的行为”,“行政行为还包括学理上所说的‘事实行为’……只要事实行为造成公民合法权益侵害,就具有可诉性”。⁹既然《行政诉讼法》认为行政行为同时包含了行政法律行为与行政事实行为,那么无论将订立行为界定为行政法律行为还是行政事实行为,均不会在司法救济的入口端形成障碍,况且《协议解释》第10条第1款、第11条第1款仅使用了“行为”的表述,存在解释的空间。但是,在裁判方式上,“行政法律行为说”可能无法与《协议解释》兼容。其原因在于,《协议解释》第9条列举了“撤销行政机关变更、解除行政协议的行政行为”的诉讼请求,且在第16条规定了针对变更、解除行为的撤销判决,¹⁰然而,根据《协议解释》第10条第1款、第11条第1款的规定,订立行为与变更、解除行为均属行政优益权行为,但《协议解释》第16条并未针对订立行为设置撤销判决。这一“遗漏”为“行政事实行为说”留下了适用的空间,毕竟“因行政事实行为没有如行政决定那样的法效力,在行政法学的通说中,法院不能对其适用撤销判决”¹¹。

此外,对《协议解释》第9条中“请求行政机关依法或者按照约定订立行政协议”之诉讼请求进行剖析,也能发现其与两种学说之间的关联。前文对订立行为的探讨乃是建立在行政协议已经存在的基础之上,但该项诉请适用于行政协议尚未存在的情形,至于原告请求订立行政协议的请求权基础,则被转致为“依法”或者“按照约定”。¹²值得注意的是,《协议解释》并没有针对该诉请规定相应的裁判方式,《理解与适用》一书也仅笼统指出,“在针对本项缔约之诉的处理方面,认为原告起诉理据成立的,人民法院作出‘行政机关依法或者按照约定订立行政协议’判决是直接的回应方式,认为原告的起诉理据不足可判决驳回其诉讼请求”¹³。对此,梁风云提出了较为独到的见解:“在特定的情形下,行政机关具有与中标人、竞得人签订行政协议的义务。这一义务属于行政诉讼法关于法定职责的范围……这一义务可以通过要求行政机关订立协议的诉讼请求、人民法院判决订立行政协议来实现。”¹⁴基于此,笔者认为,如果已有法律规范规定了行政机关具有订立行政协议的法定职责,那么判决订立协议即是判决履行法定职责,也可以推导出后续的订立行为具有行政法律行为之属性。与此相对应,若法院判决依照约定订立行政协议,那么将后续的订立行为界定为行政事实行为较为妥当。

(二)因订立行为产生的纠纷还是更广义的订立纠纷

除了订立行为外,《协议解释》第4条提出了“因行政协议的订立、履行、变更、终止等发生纠纷”,即行政协议订立纠纷的概念。在传统行政诉讼的语境下,因某一行政行为产生的争议意指对该行政行为不服。那么,因行政协议订立发生的纠纷,是否也仅包括对订立行为不服的情形呢?

《理解与适用》和《行政协议司法解释释义》都对行政协议订立纠纷的类型进行了列举。《理解与适用》认为,订立纠纷同时包括了对订立行为的不服和对作为订立结果的行政协议的不服,指出订立纠纷的具体类型包括:“因签订行政协议发生争议,行政相对人认为行政主体强制要求订立行政协议的行为违法或者认为行政协议内容违反法律、法规、规章等法律禁止性规定,侵害其合法权益,可以请求法院判决撤销该行政协议,或者确认该行政协议违法、无效;行政相对人认为订立行政协议所依据的规范性文件违法,可以请求法院对该规范性文件进行附带审查;行政相对人认为行政协议符合法律、法规、规章规定以及协议约定,可以请求法院确认行政协议合法、有效。”¹⁵《行政协议司法解释释义》对订立纠纷的列举遵循了同样的思路,不仅包括因订立行为引起的争议(“利害关系人认为行政协议当事人订立行政协议的行为侵害自身权益”)和针对行政协议本身效力提出的

争议(“行政协议相对人认为行政机关强迫订立行政协议”),还包括“行政协议相对人或者利害关系人应当订立协议而不订立协议”,似将订立纠纷的提出主体扩张至行政机关一侧。¹⁵

由此可见,因行政协议订立产生的纠纷并不局限于因订立行为引起的争议,还包括因行政协议本身引起的争议。在司法实践中,部分法院甚至更进一步,将订立行为与行政协议本身进行了高度关联。例如,在“苏小康诉唐县政府等集体土地征收补偿订立行政协议行为案”中,最高人民法院指出:“当事人请求确认行政协议无效,实质是对订立行政协议行为不服提起行政诉讼。”¹⁶又如,在“金志晓、永嘉县人民政府黄田街道办事处其他行政管理纠纷案”中,浙江省温州市中级人民法院指出:“被上诉人与上诉人签订协议行为被协议本身所吸收,应当视为一个整体,上诉人主张被上诉人在签订协议过程中存在的违法行为亦可在安置补偿协议案件中一并予以审查,且对原告的权利义务产生实际影响的是行政协议所约定的权利义务内容,割裂两者之间的统一性,将行政协议拆分成签订行为和协议本身,不具有诉的利益。”¹⁷虽然上述两案的裁判理由在连结订立行为与协议本身时采取了相异的论证路径,但均认为应在宏观的维度上界定订立纠纷。从另一个角度来看,履行、变更、终止行政协议的逻辑前提即是行政协议业已存在,将订立纠纷拉伸至对行政协议本身产生的争议,也可以在逻辑上将订立纠纷与因履行、变更、终止引发的纠纷相并列,进而形成行政协议纠纷外延列举上的闭环。

(三)小结

通过上文的探讨可以发现,在《协议解释》的框架中检视行政协议的订立,不可避免地受到了行政行为中心主义的影响。¹⁸鉴于《协议解释》第10条第1款规定、第11条第1款规定将订立定位至“行为”,故必须要回答订立行为究竟是属于行政法律行为还是行政事实行为这一问题,毕竟其定性直接关系到后续裁判方式的选取。所幸的是,虽然学说上仍然存有分歧,但是从司法救济的实效来看,两种学说并不会形成本质的差别。与此同时,订立行为并不能独立于行政协议本身存在,故不能孤立地审视订立行为本身,而需要在行政协议诉讼的视野中统合两者。行政协议订立纠纷的概念完成了这一任务,同时涵盖了因订立行为产生的纠纷和因行政协议本身产生的纠纷,行政协议纠纷外延的列举得以周延。毋宁说,由订立行为切入后拓展至订立纠纷,行政协议订立的内涵获得了较为充分的阐释,不仅能与现有的行政诉讼制度相契合,还能有效兼顾行政协议的特性。

三、行政协议合意订立过程的检视:以要约承诺为线索

如果说将订立行为独立出行政协议是对行政行为中心主义的妥协,那么此种“曲线救国”的路径显然会与行政协议的协议性产生龃龉。根据《协议解释》第10条第1款、第11条第1款的规定,订立行为由行政机关作出,在司法审查的视野中只存在行政机关一方。然而,行政协议由行政机关与协议相对人协商订立,对订立行为进行单独检视,是否意味着行政机关通过订立行为作出的意思表示可以与相对人的意思表示完全切割开来?¹⁹要解决这一问题,我们需要将观察视角前移,回溯至行政协议的合意订立过程。

(一)隐匿于“协商订立”的合意订立过程

《协议解释》第1条保留了《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》第11条第1款中“与公民、法人或者其他组织协商订立”的表述。²⁰最高院行政庭在对《协议解释》第1条进行解读时指出,意思要素是行政协议的四个要素之一,协议双方当事人必须协商一致。²¹显然,上述论点侧重于“协商”,而未对“订立”予以单独的关照。²²学界在探讨行政协议的判定标准时也基本采取了相同的进路,如陈天昊指出,“根据既有裁判,‘协商订立’应不囿于事实层面的‘协商行为’,而意指法律层面的‘双方意思表示一致’”²³,又如程琥指出,“行政协议双方当事人订立行政协议应当协商一致,有真实意思表示”²⁴。

无独有偶,现有地方行政程序规定中的行政协议定义条款也采取了类似的表达。第一种如《浙江省行政程序办法》第80条第1款,采取了“协商订立”的表述。²⁵第二种如《江苏省行政程序规定》第77条第1款,直接点出“经双方意思表示一致达

成”。²⁶与《协议解释》第1条相同,上述两种表述也都将“订立”“达成”附着在“协商”“经双方意思表示一致”所代表的意思想素之后。

上述行政协议定义条款中之所以出现意思想素,其首要作用自然是为了与单方行政行为相区别。但与此同时,“协商订立”“经双方意思表示一致”又不可避免地呈现出了合意的成分。目前学理上对行政协议意思想素的探讨基本是为了行政协议识别标准服务,故尚未真正触及隐藏在协商订立背后的合意过程。要让这一合意过程“显形”,需要我们回到民事合同的语境下追根溯源。

(二)行政协议的订立方式:要约承诺

民法上论及合同的订立,绕不开要约、承诺及意思表示。²⁷必须承认,虽然行政协议脱胎自民事合同,但在与民事合同“划清界线”的过程中,行政协议不得不刻意撇除要约承诺等民法意味浓厚的要素。这或许是大多数的定义条款均止步于“协商”,而只有极少数敢于直接点明“意思表示一致”的原因。值得注意的是,要约、承诺及意思表示在行政协议规范层面上的缺位并不意味着理论视野中的空白。例如,余凌云指出:“要约与承诺为合意的两个基本环节,为行政契约所必需,民法上有关要约与承诺的到达、生效或变更等规定原则上也适用于行政契约。”²⁸又如,施建辉指出:“行政契约的缔结方式则是指契约当事人在缔约过程中意思表示的方法,即要约和承诺的表达方法。”²⁹上述两位论者均径直将合同法中要约承诺的相关规则引入了行政协议,与民法上对民事合同订立的论述基本一致。³⁰

实际上,“要约承诺说”对应的乃是行政协议的订立方式。经梳理,几乎所有的地方行政程序规定都涉及行政协议的订立方式,具体可以分为三类:(1)一般采用招标、拍卖等方式,法律、法规、规章另有规定从其规定;³¹(2)特定领域必须采用招标、拍卖等公开竞争方式,法律、法规、规章另有规定从其规定;³²(3)在“一般采用招标、拍卖,法律、法规、规章另有规定从其规定”的基础上,直接规定特定情形下可以直接磋商订立行政协议。³³可见,无论是常见的招标、拍卖方式,还是特定情形下直接磋商的方式,实际上都遵循了要约承诺的“套路”。王利明也曾指出:“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。”³⁴由是观之,在订立方式上,行政协议与民事合同并无本质的分歧。

(三)从“订立”到“成立”

然而,引入民法上有关要约承诺的相关规则,仅能在订立方式上对行政协议的订立做出注解,行政协议合意订立过程何时、何地终结,终结后又会产生怎么样的后果,尚无法通过要约承诺的相关规则进行解释。这就涉及行政协议成立的问题。《协议解释》与地方行政程序规定有关行政协议的部分并未直接出现“成立”的字样,但《协议解释》第7条中的“协议订立地”以及第28条中的“2015年5月1日前/后订立”,与民事合同语境中的成立关联甚密。

民事合同的订立与成立既有联系,也有区别。“合同的订立,是指两个或两个以上的当事人为意思表示、达成合意最终成立合同的过程。合同的成立,则是指经由上述订立过程而形成合同的结果,它不是一个动态过程,而是一个静态状态或者一个时间流的横断面……如果把合同比作一个有机体,合同的订立是描述该有机体的孕育过程,合同的成立则是指代该有机体的诞生。”³⁵与此同时,民事合同的成立时间和成立地点,正是合同成立在时间、空间上的直接体现。目前,已有法院在审理行政协议案件时适用了合同法上有关合同成立时间的规则。³⁶例如,在“刘明英、刘明珍诉四川省泸定县国土资源局征地补偿协议纠纷案”中,四川省高级人民法院指出:“根据《中华人民共和国合同法》第三十七条‘采用合同书形式订立合同,在签字或者盖章之前,当事人一方已经履行主要义务,对方接受的,该合同成立’的规定,《补偿协议》成立有效。”³⁷又如,在“俞朝晖诉浙江省仙居县人民政府及第三人仙居县汽车保修机械厂破产清算组行政协议纠纷案”中,浙江省高级人民法院指出:“本案各方当事人确实未在同一份协议书上签字盖章,但俞朝晖承认已在自己持有的协议书上签字,且已根据涉案《协议书》的约定领取了职工安置费。因此,应当认定涉案协议成立。”³⁸

可见,《协议解释》第28条中“2015年5月1日前/后订立”指向的正是协议成立时间,进而推之,第7条中的“协议订立地”指向的也应是协议成立地点。只要认可要约承诺之订立方式在行政协议中的适用,民事合同成立时间、成立地点的相关规则也都可以被参照适用。³⁹必须指出的是,此种参照适用是极有必要的,因为协议成立地点涉及行政协议案件的地域管辖,成立时间又决定了案件适用法律规范的选取。毋宁说,就成立时间、成立地点而言,行政协议和民事合同并不存在质的差别。

(四)小结

综上所述,《协议解释》第1条中的“协商订立”指向合意订立的过程,地方法程序规定对合意订立过程的具体形式,也就是行政协议的订立方式做出了安排。合意订立过程的完结意味着行政协议的成立,能同时在空间和时间上留下痕迹,合同法上有关成立地点和成立时间之规定可以在行政协议诉讼中参照适用。至此,订立行为、合意订立过程与行政协议之间的紧密关系也得以呈现:订立行为之所以从合意订立过程中“剥离”出来,乃是为了应对行政行为中心主义要求的合法性审查;作为订立结果的行政协议本身即凝结了协议订立双方的意思表示,能倒推出合意订立过程与订立行为的存在。承接上文未竟的探讨,之所以《协议解释》第16条没有针对订立行为设置撤销判决,可能并不是因为其行政事实行为的定性,而可能是考虑到一旦判决撤销了订立行为,作为订立结果的行政协议即成为无本之木、无源之水。

在行政诉讼的视角下考察订立行为与订立纠纷,不免有一种“只见树木,不见森林”的孤立色彩。相较而言,“要约承诺说”着眼于行政协议的订立方式,能充分彰显协议订立过程中双方的“你来我往”。最高院行政庭曾指出:“行政协议也是一种合同,应当体现平等、自愿、协商、合意等合同制度的一般特征。”⁴⁰然而,在《行政诉讼法》《协议解释》作为行政协议主体规范的前提下,合意订立过程中平等、自愿、协商、合意的动态特质被刻意弱化了,需要在静态的审判视角中倒推、还原,经由行政程序规范桥接后方能显现。

四、行政协议订立的解释进路与反思

在不同观察视角下,行政协议的订立被赋予了不同的内涵,对《协议解释》中涉及订立的条文也应进行不同的解读。下文将从体系解释的视角对行政协议订立的内涵进行整合,并在此基础上对行政协议订立中行政性、协议性的“分配情况”做出描摹。

(一)“订立”语义的析分

通过上文的考察,《协议解释》全文中“订立”一词实际上包含了四种语义:(1)作为单方行为的订立行为;(2)行政协议订立纠纷;(3)合意订立过程,即行政协议的订立方式;(4)行政协议的成立,即合意订立过程的终结。其中,前两种语义以作为单方行为的订立行为为中心,后两种语义则基于合意订立过程展开。上述四种语义的逻辑关系如图1所示。

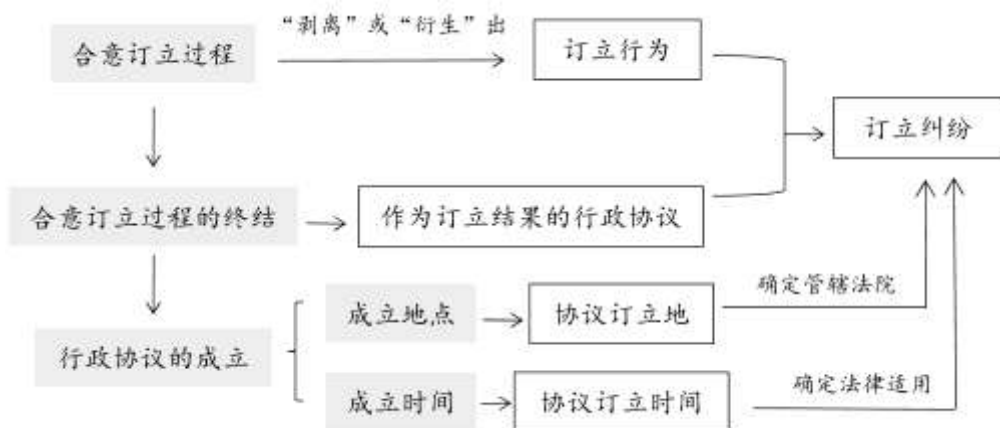


图 1 “订立”四种语义的逻辑关系

进而，表 1 对《协议解释》中涉及订立的条文进行了罗列，并对每条中订立的语义进行了界定。

表 1《协议解释》涉及“订立”条文的语义内涵

《协议解释》中涉及订立的条文		订立的语义
第 1 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。	合意订立过程
第 4 条	因行政协议的订立、履行、变更、终止等发生纠纷，公民、法人或者其他组织作为原告，以行政机关为被告提起行政诉讼的，人民法院应当依法受理。	订立纠纷
	因行政机关委托的组织订立的行政协议发生纠纷的，委托的行政机关是被告。	合意订立过程
第 5 条	下列与行政协议有利害关系的公民、法人或者其他组织提起行政诉讼的，人民法院应当依法受理：(1) 参与招标、拍卖、挂牌等竞争性活动，认为行政机关应当依法与其订立行政协议但行政机关拒绝订立，或者认为行政机关与他人订立行政协议损害其合法权益的公民、法人或者其他组织；	订立行为
	(3) 其他认为行政协议的订立、履行、变更、终止等行为损害其合法权益的公民、法人或者其他组织。	订立行为
第 6 条	人民法院受理行政协议案件后，被告就该协议的订立、履行、变更、终止等提起反诉的，人民法院不予准许。	合意订立过程【注文 41】
第 7 条	当事人书面协议约定选择被告所在地、原告所在地、协议履行地、协议订立地、标的物所在地等与争议有实际联系地点的人民法院管辖的，人民法院从其约定，但违反级别管辖和专属管辖的除外。	成立
第 9 条	在行政协议案件中，行政诉讼法第四十九条第三项规定的“有具体的诉讼请求”是指：(4) 请求判决行政机关依法或者按照约定订立行政协议；	订立行为
	(7) 其他有关行政协议的订立、履行、变更、终止等诉讼请求。	订立纠纷
第 10 条第 1 款	被告对于自己具有法定职权、履行法定程序、履行相应法定职责以及订立、履行、变更、解除行政协议等行为的合法性承担举证责任。	订立行为
第 11 条第 1 款	人民法院审理行政协议案件，应当对被告订立、履行、变更、解除行政协议的行为是否具有法定职权、是否滥用职权、适用法律法规是否正确、是否遵守法定程序、是否明显不当、是否履行相应法定职责进行合法性审查。	订立行为
第 28 条	2015 年 5 月 1 日后订立的行政协议发生纠纷的，适用行政诉讼法及本规定。2015 年 5 月 1 日前订立的行政协议发生纠纷的，适用当时的法律、行政法规及司法解释。	成立

对不同条文中的订立赋予相应的语义内涵，可以在最大程度上确保《协议解释》各条文间的逻辑自洽。这也要求我们在论及

行政协议订立相关议题时，务必要首先明确论者究竟是在哪一层语义上对行政协议的订立展开讨论，以免产生讨论重心的失焦。

（二）行政性、协议性的分野与融合

结合上文的探讨，在论及行政协议订立议题时，行政性与协议性均有不同程度的体现，且各有侧重。行政协议订立的行政性面向主要体现为行政诉讼语境下的合法性审查，协议性面向则体现于合意订立过程，故需溯源至民事合同订立的相关规范。在某种程度上，订立一词打通了行政诉讼视角下静态的订立行为与行政过程视角下动态的合意订立过程，有机融合了行政协议订立中的行政性成分与协议性成分，使两者互为表里、相辅相成。

首先，在地方行政程序规定中，行政协议订立的原则、方式和形式对合意订立过程做出了具体的安排，同时也是对行政机关一方的合法性约束。⁴¹例如，维护公益原则、公开竞争原则和自愿原则为合意订立过程中可协商的自由度划定了边界，行政机关不能打着平等、自愿、协商、合意的旗号，使行政协议的订立活动完全“遁入私法”。⁴²又如，根据与公共利益的关联程度，不同类型的行政协议被分别规定采取招标、拍卖或直接磋商等不同的订立方式。再如，行政协议原则上采书面订立的形式，合同法中口头订立的相关规定目前尚不具备参照适用的空间。⁴³

其次，订立行为的合法性评价和行政协议的效力性评价可以同时存在。正如在“安吉展鹏案”中，订立行为被确认违法，但协议的效力得以保留。作为单方行为，订立行为的合法性审查聚焦于行政机关一方行使职权的合法性，自然需要“高标准严要求”。与此相对应，对于协议效力的考量就不能仅仅关注行政机关一方，需要落脚至双方参与的合意订立过程，方能体现对意思表示一致的尊重。

最后，在行政协议订立的议题中，行政性与协议性各自向对方的“妥协”也是显而易见的。例如，与民事审判直接着眼于合同效力相比，行政协议案件审理过程中还要对订立行为的合法性进行审查，以回应行政诉讼“监督行政机关依法行使职权”的目的。浙江省高级人民法院即指出，在行政协议案件中，人民法院不仅仅在行政机关单方变更、解除行政协议时予以监督，对行政机关签订、履行等行为都应进行全程监督。这种监督充分体现了行政诉讼法将行政协议纳入受案范围的核心价值，是行政协议诉讼异于民事诉讼的显著特点。⁴⁴毋宁说，这是协议性向行政性的妥协。又如，即使订立行为具有单方行为之特质，但根据《协议解释》的规定，对订立行为不可适用撤销判决。由于订立行为与作为订立结果的行政协议高度粘连，有“牵一发而动全身”之效，故对于订立行为也不能完全照搬适用传统行政行为的裁判规则。这又不啻为行政性向协议性妥协的例证。

五、结语

修改后的《行政诉讼法》对行政行为进行了扩容，但对于行政协议制度来说，这一作业是不彻底的。“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。”⁴⁵

《协议解释》提出行政优益权行为的概念并确立对行政优益权行为的合法性审查原则，只是暂时地、部分地缓解了《行政诉讼法》与《协议解释》之间的紧张关系。⁴⁶在其他的类似议题中，行政性与协议性之间的紧张关系仍然存在。本文以两种检讨路径为线索，对行政协议订立的内涵进行了多层次的析分与阐释，行政协议订立议题中的行政性、协议性成分得以各自呈现。除行政协议订立外，其他源自民事合同的制度如何在行政协议语境下进行适配，如何结合行政协议的特点对这些议题中行政性与协议性进行精准的切分，无疑是今后行政协议研究中重要的课题。

注释：

1 需要特别指出的是，笔者赞同刘飞“借助‘行政争议’而非‘行政行为’界定行政诉讼受案范围”的观点，认为行政协议诉讼的程序标的应为行政协议争议，而非行政协议本身；参见刘飞：《行政协议诉讼的制度构建》，《法学研究》2019年第3期。

《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)也采用了行政协议争议的表述。

2 危辉星：《行政协议案件司法审查相关问题探析——安吉展鹏金属精密铸造厂诉安吉县人民政府搬迁行政协议案》，《法律适用·司法案例》2018年第24期。本案为2019年最高人民法院发布的行政协议案件典型案例之一。

3 “《行政协议司法解释》第11条坚持对被诉行政行为合法性进行审查,明确规定,人民法院审理行政协议案件,应当根据行政诉讼法第七十条的规定对被告订立、履行、变更、解除行政协议的行为是否具有法定职权、是否滥用职权、适用法律法规是否正确、是否遵守法定程序、是否明显不当、是否履行相应法定职责进行合法性审查。”黄永维、梁凤云、杨科雄：《〈关于审理行政协议案件若干问题的规定〉的理解与适用》，《人民司法》2020年第4期。

4 参见黄永维、梁凤云、杨科雄：《〈关于审理行政协议案件若干问题的规定〉的理解与适用》，《人民司法》2020年第4期。在此之前,单方变更、解除通常被认为是行政机关行使行政优益权的主要方式,《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》(法释[2015]9号)第15条第3款仅规定了“被告因公共利益需要或者其他法定理由单方变更、解除协议,给原告造成损失的,判决被告予以补偿”。

5 参见最高人民法院行政审判庭编：《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定理解与适用》，人民法院出版社,2020年,第156-158页。

6 最高人民法院行政审判庭编：《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定理解与适用》，第65页。

7 梁凤云：《行政协议司法解释讲义》，人民法院出版社,2020年,第58页。

8 可惜的是,目前学理上对事实行为的界定标准仍然没有形成通说,梁凤云在得出上述结论后也没有进行进一步的论证。根据王锴的整理,我国学者对行政事实行为的定义可以分为“法律效力说”“目的说”“确定权利义务说”和“物理活动说”四种,法院认定事实行为的标准则包括“强制力标准”“确定权利义务标准”“影响权利义务标准”“直接认定”四种。总体而言,从目前理论和实务来看,关于行政事实行为的判断标准还存在争议和模糊之处。参见王锴：《论行政事实行为的界定》，《法学家》2018年第4期。

9 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,第7页。

10 《协议解释》第9条规定：“在行政协议案件中,行政诉讼法第四十九条第三项规定的‘有具体的诉讼请求’是指：(1)请求判决撤销行政机关变更、解除行政协议的行政行为,或者确认该行政行为违法……”《协议解释》第16条第2款规定：“被告变更、解除行政协议的行政行为存在行政诉讼法第七十条规定情形的,人民法院判决撤销或者部分撤销,并可以责令被告重新作出行政行为。”

11 章剑生：《行政不动产登记行为的性质及其效力》，《行政法学研究》2019年第5期。当然,这一推论也存在另外的情形,毕竟行政法律行为也可能在特定情形中被适用确认违法判决。

12 例如,《国有土地上房屋征收与补偿条例》第25条“房屋征收部门与被征收人依照本条例的规定,就补偿方式、补偿金额和支付期限、用于产权调换房屋的地点和面积、搬迁费、临时安置费或者周转用房、停产停业损失、搬迁期限、过渡方式和过渡期限等事项,订立补偿协议”之规定,即为“可依之法”。又如,《招标投标挂牌出让国有建设用地使用权规定》第20条“中标通知书或者成交确认书应当包括出让人和中标人或者竞得人的名称,出让标的,成交时间、地点、价款以及签订国有建设用地使用权出让合同的时间、地点等内容。中标通知书或者成交确认书对出让人和中标人或者竞得人具有法律效力”和第21条“中标人、

竞得人应当按照中标通知书或者成交确认书约定的时间,与出让人签订国有建设用地使用权出让合同”之规定,即为“可按之约定”。

13 最高人民法院行政审判庭编:《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定理解与适用》,第 130、65-66 页。

14 梁风云:《行政协议司法解释讲义》,第 59-60 页。

15 梁风云:《行政协议司法解释讲义》,第 58 页。笔者猜想这有可能是笔误,将“行政协议相对人或者利害关系人认为行政机关应当订立协议而不订立协议”误写为“行政协议相对人或者利害关系人应当订立协议而不订立协议”。

16 最高人民法院(2020)最高法行申 9650 号行政裁定书。

17 浙江省温州市中级人民法院(2020)浙 03 行终 522 号行政裁定书。

18 由于我国尚未制定行政程序法,《行政诉讼法》《协议解释》承担了将行政协议升格为规范概念的任务。然而,《行政诉讼法》将具体行政行为升格为行政行为也并不能即刻改变行政诉讼制度从整体上呈现出的(具体)行政行为中心主义。

19 需要特别指出的是,倘若将订立行为界定为事实行为,那么其无法包含行政机关的意思表示,在逻辑上又会出现不自洽的情形。如章剑生指出:“与行政决定不同的是,行政事实行为的法律效果并不取决于行政机关的‘意思表示’,而是相关法规范的事先规定。”章剑生:《行政不动产登记行为的性质及其效力》,《行政法学研究》2019 年第 5 期。

20 《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》第 11 条第 1 款规定:“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,属于行政诉讼法第十二条第一款第十项规定的行政协议。”《协议解释》第 1 条将“公共利益”改为“实现行政管理或者公共服务目标”,并删除了“在法定职责范围内”。

21 参见最高人民法院行政审判庭编:《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定理解与适用》,第 5 页。

22 但是,若要追问究竟何谓协商,协商由哪些因素构成,最高院行政庭也未给出明确的解读。在最高人民法院发布的 10 起行政协议典型案例中,“大英县永佳纸业有限公司诉四川省大英县人民政府不履行行政协议案”的裁判要旨指出,界定行政协议有以下四个方面要素:一是主体要素,即必须一方当事人为行政机关,另一方为行政相对人;二是目的要素,即必须是为了实现行政管理或者公共服务目标;三是内容要素,协议内容必须具有行政法上的权利义务内容;四是意思要素,即协议双方当事人必须协商一致。在此基础上,行政协议的识别可以从以下两方面进行:一是形式标准,即是否发生于履职的行政机关与行政相对人之间并协商一致;二是实质标准,即协议的标的及内容有行政法上的权利义务,该权利义务取决于是否行使行政职权、履行行政职责,是否为实现行政管理目标和公共服务,行政机关是否具有优益权。可惜的是,究竟可谓“协商一致”,也并未见进一步的论述。

23 陈天昊:《行政协议的识别与边界》,《中国法学》2019 年第 1 期。

24 程琥:《审理行政协议案件若干疑难问题研究》,《法律适用》2016 年第 12 期。

25 《浙江省行政程序办法》第 80 条第 1 款规定:“行政机关为实现公共利益或者行政管理目的,可以在法定职责范围内,与公民、法人或者其他组织协商订立行政协议。”

26 《江苏省行政程序规定》第 77 条第 1 款规定：“本规定所称行政合同,是指行政机关为了维护公共利益,实现行政管理目的,与公民、法人和其他组织之间,经双方意思表示一致达成的协议。”《蚌埠市行政程序规定》第 59 条第 1 款较为特殊,采取了“经协商达成一致”的表述:“本规定所称行政合同,是指行政机关为了维护公共利益,实现行政管理目的,与公民、法人或者其他组织经协商达成一致的协议。”

27 目前,行政法学界对行政法上意思表示的讨论也不多见,相关论著可参见李建良:《论行政法上之意思表示》,载廖义男教授祝寿论文集编辑委员会主编:《新世纪经济法制之建构与挑战——廖义男教授六秩诞辰祝寿论文集》,台北:元照出版公司,2002 年,第 228-252 页;王学辉:《行政法意思表示理论的建构》,《当代法学》2018 年第 5 期。

28 余凌云:《行政契约论》(第二版),中国人民大学出版社,2006 年,第 82 页。

29 施建辉:《论行政契约的形式与缔结方式》,《东南大学学报》(哲学社会科学版)2008 年第 1 期。在另一部著作中,施建辉又指出:“行政契约的缔结又称‘缔约’,是指行政主体和相对人之间为了建立具体的行政契约关系,通过交互进行的意思表示以期达成一致而形成合意的过程。行政契约是行政主体与相对人合意之结果,然双方当事人之间如何合意,意思表示一致的形式怎样,以及在合意中需要遵循何种规范,均关系到行政契约的缔结问题。”施建辉:《行政契约缔结论》,法律出版社,2011 年,第 16-17 页。

30 “合同的订立,是指两个或两个以上的当事人为意思表示、达成合意最终成立合同的过程。”韩世远:《合同法总论》(第四版),法律出版社,2018 年,第 125 页。

31 如《江苏省行政程序规定》第 78 条第 2 款、第 3 款,《湖南省行政程序规定》第 94 条第 2 款、第 3 款,以及《宁夏回族自治区行政程序规定》第 64 条。

32 如《海口市行政程序规定》第 81 条第 2 款、第 3 款。

33 如《山东省行政程序规定》第 101 条第 2 款,《兰州市行政程序规定》第 77 条第 2 款,以及《蚌埠市行政程序规定》第 60 条第 2 款。

34 王利明:《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》,《环球法律评论》2020 年第 1 期。

35 韩世远:《合同法总论》(第四版),第 125 页。

36 《民法典》第 483 条规定:“承诺生效时合同成立,但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”第 490 条规定:“当事人采用合同书形式订立合同的,自当事人均签名、盖章或者按指印时合同成立。法律、行政法规规定或者当事人约定合同应当采用书面形式订立,当事人未采用书面形式但是一方已经履行主要义务,对方接受时,该合同成立。”《合同法》(已失效)第 25 条规定:“承诺生效时合同成立。”第 32 条规定:“当事人采用合同书形式订立合同的,自双方当事人签字或者盖章时合同成立。”第 36 条规定:“法律、行政法规规定或者当事人约定采用书面形式订立合同,当事人未采用书面形式但一方已经履行主要义务,对方接受的,该合同成立。”第 37 条规定:“采用合同书形式订立合同,在签字或者盖章之前,当事人一方已经履行主要义务,对方接受的,该合同成立。”

37 四川省高级人民法院(2018)川行申 29 号行政裁定书。

38 浙江省高级人民法院(2018)浙行终 690 号行政判决书。

39《协议解释》第 27 条第 2 款规定:“人民法院审理行政协议案件,可以参照适用民事法律规范关于民事合同的相关规定。”因此,根据《协议解释》第 7 条确定行政协议订立地点时,也可以参照适用《民法典》第 492 条第 1 款“承诺生效的地点为合同成立的地点”、第 493 条“当事人采用合同书形式订立合同的,最后签名、盖章或者按指印的地点为合同成立的地点,但是当事人另有约定的除外”的规定。《合同法》(已失效)第 34 条规定:“承诺生效的地点为合同成立的地点。”第 35 条规定:“当事人采用合同书形式订立合同的,双方当事人签字或者盖章的地点为合同成立的地点。”值得探讨的是,《民法典》第 493 条与《合同法》第 35 条相比,增加了“但是当事人另有约定的除外”的例外规定。这一新增的例外规定是否也同样能适用于行政协议呢?可以想见,倘若行政协议当事人可以约定行政协议成立的地点,且可以依据《协议解释》第 7 条的规定选择协议订立地的法院管辖,那行政诉讼管辖制度会被完全架空。最高院行政庭指出:“‘与争议有实际联系的地点’是对选择管辖法院范围进行的必要限制,当事人不可以协议选择与争议没有实际联系地点的法院。如果当事人选择了与争议没有实际联系地点的法院,则该选择无效。”参见最高人民法院行政审判庭编:《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定理解与适用》,第 101-102 页。因此,《协议解释》第 7 条中“与争议有实际联系地点”的规定将会起到“安全阀”的作用。

40 最高人民法院行政审判庭编:《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定理解与适用》,第 32 页。

41《协议解释》第 6 条中“订立”的含义认定较为特殊。在民事合同纠纷案件中,被告完全可以对合同的订立、履行、变更、终止等提起反诉。然而,由于行政协议诉讼仍属于行政诉讼的范畴,故被告不能在行政协议诉讼中提起任何类型的反诉。因此,本条中“订立”的含义究竟是什么,实质上已无需进一步考察。“《行政协议司法解释》中没有规定反诉的具体适用程序,如有例外情形存在,则需要根据第 27 条的准用规范适用民事诉讼反诉制度的相关规定。但是,因诉讼性质上存在的差异,适用民事诉讼规则会造成程序功能的错位。例如,民事诉讼法中涉及反诉的调解程序、诉讼代理人的特别授权等规定与行政诉讼法上的规则存在冲突。因此,《行政协议司法解释》中的反诉条款虽然形式上属于限制性规范,但实质上是排除性规范,即在行政协议诉讼中完全排除了被告的反诉权。”马立群:《行政诉讼反诉制度的诉讼构造及创设路径》,《交大法学》2020 年第 4 期。

42 虽然目前地方行政程序规定的位阶较低,但也可能成为订立行为合法性审查的依据。

43 行政协议订立的原则大致可以分为两类。第一类表述为“订立行政合同应当遵循竞争原则和公开原则”,如《湖南省行政程序规定》第 94 条第 1 款、《汕头市行政程序规定》第 86 条第 1 款及《西安市行政程序规定》第 88 条。第二类表述为“订立行政合同应当遵循维护公益(公共利益)、公开竞争和自愿原则”,如《江苏省行政程序规定》第 78 条第 1 款、《山东省行政程序规定》第 101 条第 1 款及《蚌埠市行政程序规定》第 60 条第 1 款。

44 地方行政程序规定对行政协议订立形式的规定均较为简略,可分为两类。第一类直接表述为“应当以书面形式签订”,没有例外规定,如《湖南省行政程序规定》第 95 条、《汕头市行政程序规定》第 87 条、《西安市行政程序规定》第 89 条。第二类表述为“应当以书面形式签订,但是法律、法规另有规定的除外”,即设置了“法律、法规另有规定”的例外情形,如《江苏省行政程序规定》第 79 条、《山东省行政程序规定》第 102 条第 1 款、《兰州市行政程序规定》第 78 条。碍于能力所限,笔者尚未检索到明确规定行政协议可以以书面形式以外形式签订的法律规范,但笔者观察到,最高人民法院的判例已经呈现出相应的倾向。在“姜家娜诉蚌埠高新技术产业开发区管理委员会行政协议案”中,最高人民法院指出:“口头形式的合同一般也只适用于标的数额不大、内容不复杂而且能即时清结的合同关系……在本案,再审申请人所称的口头协议标的数额高达 150 万元之巨,似乎就不宜以口头形式订立。”虽然本案中最高人民法院认定再审申请人主张“本案应适用《合同法》对口头协议进行审理”的理由不能成立,但其裁判理由至少肯认了在特定情形下采用口头形式订立行政协议的可能性;参见最高人民法院(2018)最高法行申 2032 号行政裁定书。

45 参见危辉星:《行政协议案件司法审查相关问题探析——安吉展鹏金属精密铸造厂诉安吉县人民政府搬迁行政协议案》,

《法律适用·司法案例》2018 年第 24 期。

46 刘飞：《行政协议诉讼的制度构建》，《法学研究》2019 年第 3 期。

47 在《行政诉讼法》修改前，法院即采取了“剥离”的方法，使行政协议争议纳入行政诉讼受案范围。刘飞指出：“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。”刘飞：《行政协议诉讼的制度构建》，《法学研究》2019 年第 3 期。