

论行政协议变更解除权的 性质与类型

章 程*

摘 要 《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》明确了基于行政优益权的变更解除权,并以此为中心设置了相应的诉讼请求和判决类型。但行政优益权的规定在本身要件不明的同时,还缺少从协议性出发观察变更解除类型的视角,此种规定方式不仅可能导致司法实践中协议的自治性受到不当限制,也会形成公益保护的漏洞。欲矫正此一偏误,须完整构建行政协议变更解除权体系,区分不同的类型和层次,适用相应法域的实体法与诉讼法规范。

关键词 行政协议 单方变更解除 行政优益权 情势变更 诉讼类型

一、问题的提出

伴随着《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》(法释[2019]17号,以下简称《协议解释》)的起草,行政协议的变更解除权逐渐成为学界关注的焦点。^{〔1〕}《协议解释》第16条明确规定,在可能严重损害国家利益、社会公共利益的情形下,被告可以作出变更、解除协议的行政行为,同时规定,若该行为合法,法院应“判决被告予以补偿”。一如《协议解释》

* 浙江大学光华法学院讲师。

〔1〕 晚近的讨论中,支持行政优益权并且援引法国行政优益权的理论与实践来证成行政机关的变更解除权的,可参见陈天昊:“行政协议中的平等原则——比较法视野下民法、行政法透视研究”,《中外法学》2019年第1期,第273—277页;反对行政优益权,主张以民事法理及控权论统合行政机关的变更解除权的观点,可参见严益州:“论行政合同上的情势变更——基于控权论立场”,《中外法学》2019年第6期,第1515—1538页。需要注意的是,两者的观点都成文于法释[2019]17号施行前,并非解释论上的探讨。

发布会上起草者的说明,此条的学理基础正在于行政机关的行政优益权。^{〔2〕}

与此条相关,《协议解释》第25条规定:“对行政机关变更、解除行政协议等行政行为提起诉讼的,起诉期限依照行政诉讼法及司法解释确定”。相较于协议履行的诉讼时效参照民事法律规范确定,此规定从诉讼期间的角度体系性地强调了基于行政优益权的变更解除权与在民事合同语境下的变更解除权有所不同。

但行政机关的变更解除权并不一定仅限于以行政优益权这一法理作为基础,^{〔3〕}按《协议解释》第27条第2款的规定,行政机关可以参照关于民事合同的规定享有其它变更解除的权利。^{〔4〕}不同类型的变更解除权在“行政性”和“协议性”上各有侧重,理应适用不同的规范,而《协议解释》的相关规范却并未明确区分各种类型加以规定,一旦将来在司法实践中适用,恐怕不无疑义。一个聚讼已久的问题是:基于行政优益权的变更解除权,其构成要件为何?与基于情势变更的变更解除权在构成要件上有何区别?与民事合同中的变更解除权是否有共通的法理,还是自有其独立的法理?^{〔5〕}若其有独立的法理,则应有何种要件构成以保证此种行政优益权行使的规范性和可预见性?^{〔6〕}

除了实体法上要件构成和法律效果的可能差异之外,由于行政协议兼具行政性和协议性,诉讼过程中还必须处理《协议解释》所规定的诉讼请求与参照《民法典》可能提起的诉讼请求之间的协调问题。例如,参照《民法典》第565条(原《合同法》第96条),在一方行使解除权时,相对方可行使异议权,提起确认解除权不成立之诉,但若按《协议解释》第16条的规定,原告提起的便是撤销行政行为的形成之诉,这两者在行政协议的变更、解除

〔2〕 参见“推进诚信政府法治政府建设最高法发布审理行政协议案件司法解释”,载最高人民法院网站, <http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-208191.html>,最后访问日期:2020年3月2日。

〔3〕 我国早期介绍法国法上单方变更解除权之时,用的是法文直译行政特权的概念,参见王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社1988年版,第195-197页。较早用行政优益权表述单方变更权的,参见刘莘:“行政合同刍议”,《中国法学》1995年第5期,第71页。

〔4〕 司法实践不但认可行政机关参照民事法律享有解除权,而且认为此种解除权有优先适用性,参见湖北草本工房饮料有限公司、荆州经济技术开发区管理委员会经贸行政管理(内贸、外贸)再审审查与审判监督案,最高人民法院(2017)最高法行申3564号行政裁定书。相关评释参见郭一君、宣建新:“合同权利在行政协议中的适用”,《人民司法》2019年第19期,第97-101页。

〔5〕 我国以往关于行政协议中行政优益权的讨论,参见罗豪才、湛中乐主编:《行政法学》,北京大学出版社2016年版,第281、290-291页;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1746-1749页。但在这些讨论中,论者往往只述其法理,并无明确的构成要件。

〔6〕 实务界对行政优益权的忧心,正在于其要件构成不明确,让行政协议相对人缺乏最起码的预见性,难以事前规避。《协议解释》将政府与社会资本合作协议(PPP)也纳入行政协议范畴,就引起了财经界和法学界两方面很大的反弹。参见邓峰:“行政协议司法解释搅动十亿PPP市场”,载民主与法制网, <http://www.mzyfz.com/cms/yifaxingzheng/fazhigongzuo/gongzuodongtai/html/1459/2019-12-18/content-1413686.html>,最后访问日期:2020年3月2日;贾康:“将PPP合同定性为‘行政协议’,将颠覆PPP的创新根基”,载《财经》客户端, https://news.caijingmobile.com/article/detail/408450?source_id=40,最后访问日期:2020年3月2日。

诉讼中应如何界分?〔7〕在基于行政优益权的变更、解除时,是否允许原告自由选择诉讼类型?可以看出,基于行政优益权的变更解除权是否自有其独立的法理这一问题,不但关系到变更解除权的要件构成,也关系到诉讼类型、诉讼请求的确定、审理范围甚至判决类型等。以上一系列问题如果在理论上不能得到澄清,必将成为司法实践的乱源。

上述问题的关键,都在于厘清行政协议解除权的民事法理与行政法理,本文以此作为起点,探讨民事合同解除的法理在多大程度上可以解释行政协议解除权;在此基础上,分析现行司法解释下行政协议解除权的体系结构;最后,从解释论角度将行政协议解除中的协议性部分与行政性部分区别辨析,解决行政协议变更解除诉讼中诉讼类型、诉讼请求、审理范围以及判决类型等问题。

二、行政协议变更解除权的体系构成

(一)民事合同的变更解除体系及法理基础

1.民事合同的解除体系及法理基础

在我国的民事法律规范中,首先可以从单方行为或双方行为的角度将解除进行分类:以单方行为的方式为解除,即解除权的行使;以双方行为的方式为解除,即合意解除。合意解除是在以后的合同解除在先的合同,其要件及效果与解除权行使差异甚大,故在民法理论中一般不会将合意解除放入解除权行使的理论体系一体考虑。〔8〕《协议解释》第16条规定的文意显然也仅限于一方行使解除权的情形。

解除权行使一般可按是否需以诉讼方式作出,分为裁判解除与非裁判解除。我国《民法典》中所规定的解除大多不必经由诉讼方式为之,裁判解除仅见于第533条的情势变更〔9〕与

〔7〕 行政行为本身有广义狭义之分,不同定义方式会导致是否包含行政协议。本文从解释论立场出发,从《协议解释》的用语,将行政行为限于单方高权行为。

〔8〕 比如日本学者就多采此种见解。与我国原《合同法》将合意解除与解除权行使统一规定的立法模式不同,日本民法在解除部分仅仅规定了解除权的行使,因此从形式到实质,多数学者都主张不必在同一理论体系内探讨两者。参见(日)我妻荣:《債權各論(上卷)》,岩波书店1954年版,第129页;(日)山本敬三:《民法講義 IV-1 契約》,有斐阁2005年版,第152页。

〔9〕 此条原为《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》(法释〔2009〕5号,以下简称《合同法司法解释二》)第26条。准确地说,情势变更的效果不完全只有法院的变更或解除,根据最高人民法院《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》(法发〔2009〕40号)第一部分第四点,“在诉讼过程中,人民法院要积极引导当事人重新协商,改订合同;重新协商不成的,争取调解解决”,指出了促进当事人之间通过再协商来改订合同的这一方向,但由于并未将再协商义务化,与比较法上的当事人再协商义务仍有差距。参见韩世远:《合同法总论》,法律出版社2018年版,第507—511页。但因情势变更规则适用与否必须由省高院审核决定,因此裁判解除或变更在司法实务中其实并不多见。参见最高人民法院《关于正确适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)服务党和国家的工作大局的通知》(法发〔2009〕165号)第二部分。

第580条第2款履行请求权排除致使不能实现合同目的的情形。^{〔10〕}

从解除效果的角度来看,《民法典》上规定的解除可以分为非继续性合同的解除与继续性合同的解除。相较于非继续性合同的解除,继续性合同的解除效果仅向将来发生,并无返还清算等问题,因此德国、日本和我国台湾地区皆以不同法律用语名之(Kündigung、解约告知、终止)。^{〔11〕}二者项下均可根据解除权行使要件是否意定,再细分为约定解除和法定解除,约定解除的要件由合同当事人合意确定,^{〔12〕}而法定解除的要件则主要以“合同目的无法实现”为核心,分置于《民法典》第563条第1至4项(原《合同法》第94条第1至4项)。^{〔13〕}

继续性合同的解除规定散见于租赁合同(《民法典》第716条第2款,原《合同法》第224条第2款)、承揽合同(《民法典》第787条,原《合同法》第268条)、委托合同(《民法典》第933条,原《合同法》第410条)等典型合同的条文中。同时,在继续性合同的各种法定解除中,还存在一种特别的任意解除权(《民法典》第787条、第933条),其无需考虑合同目的能否实现等因素,当事人可无条件解除,但需要赔偿相对人相应的损失,此一解除权在规范上可归于《民法典》第563条第5项(原《合同法》第94条第5项)“法律规定的其他情形”之中。^{〔14〕}

2. 民事合同的变更体系及法理基础

民事合同解除规范基本如上所述。变更规范在我国民事立法中素有渊源,最早见于《民法通则》,为重大误解的法律效果之一,在原《合同法》中,变更扩大其适用范围,与撤销并列,共同作为欺诈、胁迫等所有意思表示瑕疵可选择的法律效果。但因《民法总则》将其此制废除,目前

〔10〕 该款规定于民法典编纂最后阶段加入,在草案中曾作为“违约方解除权”在法定解除中规定,但正式条文移至此处之后,其法理基础研究竟定位为违约方解除权、继续性合同终止,甚至是否应予规定在民法学界目前均争议甚大,故行政协议参照适用此款解除的情形则更难定位,因此对此问题下文暂不涉及,乞容另文讨论。相关讨论概况参见石佳友、高郦梅:“违约方申请解除合同权:争议与回应”,《比较法研究》2019年第6期,第36—52页。

〔11〕 二者进一步区别以及在我国《民法典》中的体现,参见王文军:“论继续性合同的解除”,《法商研究》2019年第2期,第159—169页。从立法论的角度,王文认为继续性合同的解除还需效德国法增加重大理由解除一项,单纯“合同目的不能实现”的法定事由无法涵盖继续性合同解除的全部情形。

〔12〕 《适用解释》和《协议解释》起草者似乎对约定解除和合意解除的含义或用语也有所混淆,认为约定解除不必通过诉讼。参见梁凤云:“行政协议案件适用合同法问题”,《中国法律评论》2017年第1期,第53页。

〔13〕 合同法定解除的要件是以“合同目的无法实现”为中心,还是需要也考虑归责事由,在民法学界本身不无争议。我国承袭《联合国货物销售合同公约》(CISG)的立法,特别是原《合同法》第94条第1项已将因不可抗力的解除都涵盖在内,不以相对人有归责事由为要件,此点并无疑问,但解除权人是否需要无归责事由,在民法典编纂过程中就有过激烈的争论。参见韩世远:“继续性合同的解除:违约方解除抑或重大事由解除”,《中外法学》2020年第1期,第104—127页。

〔14〕 当然,原《合同法》及其司法解释的上述解除规定也未必是封闭系统,原《合同法》第94条第5项以“法律规定的其他情形”兜底,不排除特别法可以规定非合同目的无法实现的解除权。如《旅游法》第66条第3项,即属此种情形,旅游者有违反社会公德的行为未必会造成合同目的无法实现,但《旅游法》通过这种对旅行社解除权的赋予,显然是希望通过借助私法的手段实现一定的公益目的。

变更规则已不见于民事一般法律之中。^[15] 承上所述,目前仅有上文提及的《合同法司法解释二》在第 26 条中将变更与解除并列,作为情势变更的法律效果,且二者均须以裁判为之。

在民事一般法之外,《旅游法》《电子商务法》等特别民法,^[16]分别赋予了旅行社和电子商务平台以单方变更权,背后法理也各有不同。前者主要在于旅行过程中情况多变,而旅行社作为专业人士对相关情事有更善之判断力;^[17]而后者则在于一方面平台服务格式化、规则化,另一方面网络交易变化又相对迅速,使得一一协商的变更成本过高,不合业界习惯与经济效率考量。^[18]但无论何者,一般都认为其在变更原因是否可预见等方面上与情势变更不同,属于特别合同的变更权,故而尚无法一般法化。与此相应,在赋予一方单方变更权的同时,《旅游法》与《电子商务法》也均赋予另一方以解除合同退出交易的权利,以免私法自治因单方变更权的行使遭受过大威胁。当然,对于行政协议而言,即使按《协议解释》第 27 条参照适用民事规范,理论上也应无可能涉及到这两种特殊的变更权。

此外还需要注意的是,在委托合同、承揽合同、运输合同等服务合同中,委托人、定作人、托运人等接受服务一方在服务提供范围内尚有指示的权限。此种指示也可能会变动既定的债务内容,若因指示增加服务提供方损失或费用的,应当赔偿损失、支付费用。^[19]但此处指示的性质仅是事实行为,而变更权的行使则法律行为,性质根本不同。在前者,服务提供方遵循的指示还是服务合同意定内容的一部分,而变更权的行使则将带来服务合同内容的改变。同时,这里的指示所带来的债务内容变动与情势变更的区别也甚为明显,情势变更涉及不可预见的缔约基础的改变,而指示则均是在原缔约基础之上为之。因此,指示与变更权行使二者不能混淆,不能因服务合同中普遍存在指示就认为服务合同中即有单方变更权。

[15] 我国法上变更制度的梳理,参见聂卫锋:“《民法总则》变更权之殇——兼论中国法律发展的自主性问题”,《法学家》2018 年第 6 期,第 122—134 页。

[16] 《旅游法》第 67 条规定:“因不可抗力或者旅行社、履行辅助人已尽合理注意义务仍不能避免的事件,影响旅游行程的,按照下列情形处理:(一)合同不能继续履行的,旅行社和旅游者均可以解除合同。合同不能完全履行的,旅行社经向旅游者作出说明,可以在合理范围内变更合同;旅游者不同意变更的,可以解除合同。”《电子商务法》第 34 条规定:“电子商务平台经营者修改平台服务协议和交易规则,应当在其首页显著位置公开征求意见,采取合理措施确保有关各方能够及时充分表达意见。修改内容应当至少在实施前七日子以公示。平台内经营者不接受修改内容,要求退出平台的,电子商务平台经营者不得阻止,并按照修改前的服务协议和交易规则承担相关责任。”

[17] 参见吕双全:“旅游合同中单方变更权的法理构造”,《旅游学刊》2018 年第 5 期,第 106—107 页。

[18] 参见电子商务法起草组编著:《中华人民共和国电子商务法条文研析与适用指引》,中国法制出版社 2018 年版,第 127 页;王红霞、孙寒宁:“电子商务平台单方变更合同的法律规制——兼论《电子商务法》第 34 条之局限”,《湖南大学学报(社会科学版)》2019 年第 1 期,第 137—144 页。

[19] 比如,定作人中途变更工作要求给承揽人造成损失的,应当赔偿损失(《民法典》第 777 条,原《合同法》第 258 条);发包人变更计划等而导致勘察、设计费用增加的,应当增付费用(《民法典》第 805 条,原《合同法》第 285 条);承运人服务标准变更与运输价款之间的关系(《民法典》第 821 条,原《合同法》第 300 条)、托运人变更收货地点等给承运人造成损失时的赔偿(《民法典》第 829 条,原《合同法》第 308 条);委托合同中也规定了受托人应依委托人指示处理事务,但在紧急情况等特定例外情形下也可以未经同意而变更指示(《民法典》第 922 条,原《合同法》第 399 条)。

综上所述,原《合同法》及其司法解释中的单方解除权行使存在多种类型,因其是否为继续性合同、合同的类型、法定与否、是否需通过诉讼行使等各有不同,而变更在一般民法层面上仅有一种,见下图:

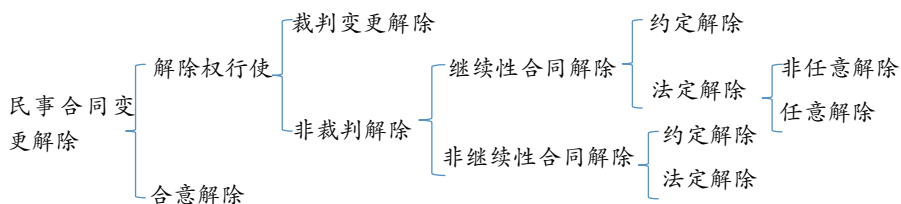


图1 民事合同变更解除体系

(二) 单方变更解除权的规范性质

1. 公益维护的立法原意

我国行政协议单方变更、解除权的要件规定,最早见于2015年颁布的《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》(法释〔2015〕9号,以下简称《适用解释》)第15条第3款,“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”。其中,单方变更、解除协议的要件被规定为“因公共利益需要或者其他法定理由”。在此之前,法院或有援引行政优益权进行判断者,但因抽象规范层面没有规定,判决结果和说理也都并不统一。^[20]

从将变更与解除并列,明确规定补偿、因公共利益需要这些特征来看,如爬梳一下比较法,《适用解释》的这一规定并非自德国而来,而应是有着法国制度中行政优益权的深刻影响。^[21]但除“公共利益需要”之外,此条还规定了“其他法定理由”。参考起草机关的释义书,“其他法定理由”包括法律、法规、规章的修改或废止,或者政策重大调整等情形。然而,在释义书举以为例的《上海市城市基础设施特许经营管理办法》的相关条文中,仍明文规定了“公共利益需要”。换言之,“其他法定事由”本质上还是其他法定的公共利益。因此,此处的“公共利益需要或者其他法定事由”,或者前后均指“法定公共利益”,或者前半段的“公共利益需要”本就不限于法定,以与后半段需要“其他法定事由”的公共利益相对应,若果真如此,则仅规定“公共利益

[20] 《适用解释》之前相关裁判立场的整理,参见沈广明:“行政协议单方变更或解除权行使条件的司法认定”,《行政法学研究》2018年第3期,第123页。

[21] 早期我国学者的介绍常不区分两国关于解除、变更的差别,如杜承铭、徐凤霞:“关于行政合同单方变更与解除”,《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2008年第6期,第809页。事实上,德国《行政程序法》仅有解除,未有变更的规定,且并未明文规定补偿,但学说认为应当补偿。参见许宗力:“行政契约法概要”,载翁岳生主编:《行政程序法之研究》,台湾经建会1990年版,第316页。关于行政协议法德制度内容的基本区别,参见陈淳文:“论行政契约上之单方变更权——以德、法法制比较为中心”,《台大法学论丛》第34卷第2期(2005年),第217—224页。

需要”即可。不论是哪种理解,都存在文字逻辑上的问题。^[22] 由此可知,《适用解释》的明文规定虽为行政机关的单方变更解除权提供了条文依据,但“公共利益需要或者其他法定事由”这一表述本身却制造了诸多混乱。^[23]

不知是否因此之故,在《协议解释》中,舍弃了“其他法定理由”的表述,而重新规定为“可能出现严重损害国家利益、社会公共利益的情形”,^[24] 如此,在文意上就将基于行政优益权的变更、解除权单纯化,明确限定于涉及公共利益的情形方可行使。

2. 与情势变更作为不同模式

对比民事合同的解除体系,行政协议的变更、解除均系单方行为,而与合意解除无关。那么,此种变更或解除与民事合同的解除权规范之间究竟存在何种关系?

起草机关在发布该解释时,明确指出此处的法理基础就在行政优益权,但并未说明其与民事法理之间的差异。就学理来看,有学者认为单方变更解除权的法理基础在于情势变更与公共利益两方面,^[25] 有学者则从否定行政优益权特殊性的角度,认为行政机关所行使的单方变更、解除权实际上应属情势变更法理辐射的范围。^[26] 换言之,公益需要可以为情势变更所涵盖,仅因现行法下行政机关无法作为原告,才需要将此种权利变为可以不经诉讼而行使。但此处最不容忽视的一点是,若依民法上的情势变更法理,在变更或解除行政协议之后,绝不会发生对相对人进行补偿的情形。而即使是行使委托合同、承揽合同等项下的任意解除权,解除权人对相对人所作的也是赔偿而非补偿。^[27]

此中之理显而易见,情势变更的原因在双方在缔约时不可预见,而情势变更本身也不可归责于双方,此时若让无可归责性的当事人一方赔偿,不符合损害赔偿法的基本归责原理。^[28] 退一步讲,即便不考虑归责事由,让行政机关作出补偿至少应符合因果关系的要求,也就是相对人的损失由行政机关的行为造成,否则岂非行政机关在任何情形下,只要变更解除——包括因相对人违约而法定解除、约定解除等情形——行政机关均需补偿?

[22] 也有学者指出,这里存在另外一种解释方法,也即此处“其他法定理由”当作为引致规范,用以将民法上的变更、解除规范引入行政协议。但如若是引致规范,按民法学理,变更、解除权人不需要对相对人为补偿——即使是在民法较为特殊的任意解除权情形中,解除权人对相对人作出的也是赔偿而非补偿。而且,按照《适用解释》第14条的规定,法院此时完全可以直接适用民事规范,无需再通过这里的法定事由来引致,因此,“其他法定理由”在理论上很难作为引致规范而成立。引致规范的主张,参见沈广明,见前注[20],第123—124页。

[23] 参见江必新、梁风云:《最高人民法院新行政诉讼法司法解释理解与适用》,人民法院出版社2015年版,第162—163页。

[24] 就条文来看,这一表述与德国和我国台湾地区“行政程序法”的“为防止或除去对公益之重大危害”相似,与《适用解释》的“因公共利益需要”相比,《协议解释》文意上似乎更为强调消极防止危及公益的侧面,而对积极实现公益则未有着墨。

[25] 参见韩宁:“行政协议行为司法审查规则研究”,《浙江学刊》2018年第3期,第27页。

[26] 参见严益州,见前注[1],第1515—1518页。

[27] 我国民法上补偿的不同类型整理,参见王轶:“作为债之独立类型的法定补偿义务”,《法学研究》2014年第2期,第116—130页。

[28] 有关情势变更的其他要件构成和法律效果,参见韩世远,见前注[9],第504—507、512—516页。

与此相对,在基于行政优益权的单方变更解除权的情形下,公益需要的变化未必是不可预见的,相反,在很多情况下,公益需要将会不断变化这一前提本就为行政协议当事人双方所明确认知。进而言之,公益需要本身即使有可能归责于行政机关,也不妨行政机关基于公益需要作出单方的解除变更。比如,行政机关与相对人签订行政协议后,又在自身的权限范围内起草或修改行政规范性文件,导致公益需要改变。此种情况虽因可归责于行政机关自身,在理论上恐难纳入情势变更的范畴,但并不妨行政机关行使行政优益权进行变更解除。

在“刘树清诉贵州省铜仁市碧江区人民政府案”中,最高人民法院认为铜仁市政府重新制定了市域城镇体系规划和城市总体规划,导致被告碧江区政府无法履行《房屋搬迁补偿安置协议书》,因此碧江区政府可以主张情势变更。^[29]如果把案情稍加改变,制定或修改该规范性文件的主体就是被告碧江区政府,则此时碧江区政府作为行政协议当事人,就不符合情势变更中不可归责性的需要,因此不得主张情势变更。但如果基于公共利益,碧江区政府制定或修改该规范性文件本身确有需要,难道就因为其同时是行政协议的当事人,原告就可以令碧江区政府不顾此规范性文件的存在,即使有损公共利益也必须继续履行行政协议吗?这种情况下,显然应该认可行政机关有基于行政优益权的单方变更解除权——若规范上没有变更权,那么至少要似德国《行政程序法》认可行政机关有解除权来摆脱违反公共利益的公司——并给予补偿,以维护公共利益。至于被告行政机关若制定、修改行政规范性文件本身并非基于公共利益,而是为了逃避相关行政协议的义务,则应该处理的是作为前提的抽象行政行为,^[30]不能与下一步的是否可行使行政优益权混而论之,则属当然之理。^[31]

因此,“情势变更一无补偿”与“行政优益权一补偿”是两个模式,两者均可能连接到公共利益的需要,情势变更情形下行政机关不可预见也无不可归责性,因此变更或解除行政协议,相对人或有损失也非变更解除行为所造成,因此不发生补偿或赔偿。但行政优益权即使当事人可预见或可归责仍可基于公益需要行使变更或解除权,故而相应地,对相对人因此造成的损失有补偿问题。二者都是为了公益的需要,没有谁替代谁的问题,相反,只有这两种模式相互协作,才能保证行政协议的履行过程中公共利益可以完整地实现无虞。

3. 形成之诉的功能补位

不过,区分出这两种模式,并不意味着问题就到此结束。解释论上至少还不得不去厘清的是:如果认为《协议解释》第16条采“行政优益权一补偿”模式,那么“情势变更一无补偿”的情形如何可以从相关规范中解释得出?如上所述,毕竟只有两者合璧,才能完整实现公共利益的保护。如果按照《协议解释》第27条的规定,行政机关参照民事合同中情势变更的规范需要提起诉讼,但按我国《行政诉讼法》第2条的规定,行政机关不可能作为原告提起诉讼,由此便可

[29] 参见刘树清、贵州省铜仁市碧江区人民政府再审查与审判监督案,最高人民法院(2017)最高法行申4590号行政裁定书。

[30] 参见刘松山:“违法行政规范性文件之责任追究”,《法学研究》2002年第4期,第39页。

[31] 严益州也认为此种情形不能认定为情势变更,但同时主张不应有行政优益权的存在。但是在行政协议中若不存在行政优益权,则公益在此种情形下受损,故若既不属情势变更又无行政优益权之行使,其实现就会产生救济漏洞。相反,若存在行政优益权,私益即使因行政优益权行使受损,尚有补偿这一救济手段。若为保护私益一概否定必要的公益,控权难免有矫枉过正之嫌。其观点参见严益州,见前注[1],第1522页。

能造成行政协议履行中公益保护的巨大漏洞。

其实,只要对《协议解释》第16条第1款“给原告造成损失的,判决被告予以补偿”进行反向解释,就可以得出“情势变更一无补偿”这一模式。也就是说,此款规定在被告因公共利益变更、解除协议时,给原告造成损失需赔偿,那么原告的损失若不可归因于变更、解除协议这一行为,就无需补偿。如此,此款的反向解释就可以涵盖所有不需补偿,但仍可基于公共利益变更解除协议的情形。但按《协议解释》第27条第2款“参照适用民事法律规范关于民事合同的相关规定”,在其他约定解除、法定解除的情形,行政机关本可参照《民法典》规范行使解除权,自不需要对此款进行反向解释。仅在上述情势变更的情形,变更解除既无法参照民事合同规范,又无法归于此款的正向文意,故而方有反向解释的必要。因而,此时可再按《协议解释》第27条第2款“参照适用民事法律规范关于民事合同的相关规定”对情势变更作要件参照,^[32]而仅产生变更、解除但无补偿的法律效果,则可按照第16条第1款的反向解释得出。

进而言之,因行政机关无法作为原告提起诉讼而致公益缺席的情形,不仅在情势变更时存在,在行政机关因意思表示瑕疵而缔约的情形下也存在,而行政机关同样无法作为原告提起撤销合同的形成之诉。既然上述的反向解释可以将情势变更包含在内,那功能上应该也可以行政机关撤销行政协议纳入其中,让撤销权的行使可以脱诉讼化,否则同样容易造成救济漏洞,也将纵容相对人的机会主义行为。^[33]因此,此处不妨容许行政机关以变更解除之名,行撤销之实,如此也符合本条维护公共利益之需的意旨。至于具体构成要件,当然也应参照适用民事合同中撤销的要件。^[34]事实上,在司法实践中,也已有法院以此为由进行判决。^[35]

[32] 法学方法上准用(我国法上采“参照适用”这一用语)本身存在多种情形,有可能构成要件与法律效果都准用,也有可能仅准用某一条的法律效果,《协议解释》第27条第2款本身是概括准用,并不限制准用的方式,自然可以视情形仅准用情势变更的构成要件。参见黄茂荣:《法学方法与现代民法》,法律出版社2007年版,第174—179页。

[33] 行政机关无法提起诉讼,甚至导致作为相对人的原告在民事规范中本可在诉讼外所为的解除在此也必须以诉讼方式为之,用法院判决的形式确定解除的最终效力。如《协议解释》第17条就规定,“原告请求解除行政协议,人民法院认为符合约定或者法定解除情形且不损害国家利益、社会公共利益和他人合法权益的,可以判决解除该协议”。是否需要有此规定,也不无疑问。因为符合约定或法定解除情形则不会存在损害国家利益等情况,否则行政协议至少在解除权这部分本身会因违反公序良俗或强制性规定而无效,解除权自然不成立。

[34] 此处或有观点认为,由于行政机关本身就是为了公共利益而签订行政协议,在诸如相对人欺诈、胁迫行政机关导致其签订违反公共利益的协议的情形下,法院可以直接依《协议解释》第12条第2款“人民法院可以适用民事法律规范确认行政协议无效”,参照适用《民法总则》第153条,确认协议因违反公序良俗或强制性规定无效。换言之,真正需要用《协议解释》第16条第1款反向解释的,只有重大误解。但需要注意的是,即使是无效之诉也需要有人提起,法院才能应诉而判,但行政机关在此同样无法提起无效之诉,因此这里仍然是公益保护漏洞。当然,行政机关尽管可以以变更解除之名,行撤销之实,但仍然因为此处法律效果来自《协议解释》第16条第1款的反向解释,所以无法请求信赖利益的损害赔偿。此一漏洞与针对行政机关的侵权行为无法请求损害赔偿一样,在目前《行政诉讼法》架构下似无填补之法。

[35] “2018年度广东法院行政诉讼十大典型案例:郑某强诉紫金县紫城镇人民政府行政协议纠纷”,载中国法院网,<https://www.chinacourt.org/article/detail/2019/09/id/4483381.shtml>,最后访问日期:2020年3月2日。

4. 行政优益权行使的要件与效果

另一方面,对行政优益权的质疑仍然存在。变更解除权的构成要件和法律效果都是被质疑的对象:作为要件的公共利益如何界定?作为效果的补偿而非赔偿,对相对人来说又是否足够?

要厘清这两点,就不得不回溯这一立法的历史源流。就比较法而言,我国基于行政优益权的变更、解除权从表述上看与我国台湾地区“行政程序法”第146条第1款的规定最为相似,而我国台湾地区的此项立法可以说是混成德法。^[36]德国《行政程序法》第60条仅规定了“为防止或除去对公益之重大危害”而解除合同,换言之,也就是无法正向地为公益需要而去变更合同;同时,德国法此条中解除的用语是Kündigung,对应于我国的语境,也就是仅限于对未来生效的继续性合同的解除。^[37]我国台湾地区“行政程序法”第146条第1款虽效法法国,规定了变更、解除权,但“为防止或除去对公益之重大危害”的用语仍从德国,解除的表述所使用的也仍是专用于继续性合同的“终止”。另外,即使是完全袭自德国《行政程序法》第60条第1款前段的我国台湾地区“行政程序法”第147条第1款规定的情势变更,也是仅限于继续性合同的变更(Anpassung)或解除(Kündigung)。换言之,无论是仿照民法情势变更而来的变更解除权还是情势变更之外基于行政优益权的变更或解除权,从比较法源流来看都非常清楚地限于继续性合同。^[38]

当然,正如已有台湾地区学者指出的一样,德法行政协议的理念与范围都相当不同。德国普遍肯定行政协议与公权力行使相关,且通说认为法无明文禁止,行政主体即有手段选择的自由,但公权力的行使本多属于行政决定的做成,故相关事务并不具有继续性,不会因改由合同形式为之而变得有继续性。而依公权力行使的标准,涉及公共服务的继续性合同反不在行政协议之列。^[39]所以按德国《行政程序法》第60条第1款解除仅适用于继续性合同的意旨,多数情况下非继续性行政合同并无单方解除权的行使空间。但法国通说认为原则上只要有一方缔约人是公法人,且协议涉及公共服务事项或含有公权力性质的普通法外条款时,即属行政协

[36] 对我国台湾地区“行政程序法”第146条第1款的母法分析,参见林明锵:“行政契约法论——以德国行政程序法为中心试评法务部行政程序法民国八十三年四月草案”,《台大法学论丛》第42卷第1期(2013年),第31页。

[37] 参见陈敏:《行政法》,2011年自版发行,第596页。

[38] 同上注,第597页。在此还要说明的一点是,德国《行政程序法》和我国台湾地区“行政程序法”立法之时,其民法典中均尚未有情势变更的规定,情势变更其在民法中尚处于判例法理,因此两部法律均并未采准用民法的法技术。另一方面,德国和我国台湾地区在修法后,情势变更规定虽然和我国大陆地区一样于继续性合同或非继续性合同均有适用,但德国民法规定情势变更的第313条第3款在用语上仍特意用不同句区分了继续性合同的解除(终止)与非继续性合同的解除,而我国台湾地区规定情势变更的第227条之2的条文上则只有变更、并无解除的效果。因此,《协议解释》中概括准用的第27条第2款虽然能够解决行政协议的情势变更,但会不会和基于行政优益权的变更解除权一样,因为准用民事规范而让所有继续性和非继续性的行政协议均能情势变更,不无疑问。

[39] 德国通说认为地方自治团体与私人签订的供水供电供气合同属于私法合同,参见许宗力:“双方行政行为——以非正式协商、协定与行政契约为中心”,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——廖义男教授六秩祝寿论文集》,元照出版公司2002年版,第279页。

议。而且,事实上在法国行政协议主要限于四种继续性合同:公共工程承揽合同、公共服务委托经营合同、公用公产占用合同及公法上的雇佣合同。但是由于民法的雇佣合同中,行政机关也可以指挥受雇人,并不需要借助行政法上特别的单方变更解除权,因此原则上在法国单方变更解除权都是在公共工程承揽合同和公共服务委托经营合同之中。^{〔40〕}

综上可知,从母法源流来看,基于行政优益权的变更解除权对应的是提供公共服务的继续性行政协议,并非可以适用于所有行政协议。只不过刚好因为我国在法律术语上一向不区分继续性合同的解除与非继续性合同的解除,最后才在文意上导致所有行政协议都可单方变更解除的“假象”。换言之,除非有特别的理由可以反驳上述立法源流的法理,否则我国行政协议中行政优益权的行使范围也应限缩至提供公共服务的继续性行政协议。^{〔41〕}

顺着行政机关以行政协议组织公共服务的逻辑,即使在继续性协议中,根据法国行政协议的相关法理,不仅变更本身必须以公共服务存在新状况为前提,基于公共利益需要变更的对象也只能限于公共服务组织条款,而不得碰触价格等经济性条款,且财政需要并不在公共利益需要之列。^{〔42〕}正是由于爬梳立法源流,变更解除权应仅适用于继续性合同,而财政需要又并非可以变更解除的理由,所以学者对于在国有土地使用权出让合同此类非继续性行政协议中行使变更解除权的担心,从法理上看本就不必存在,故以此为由对行政优益权的种种质疑,也自然不能成立。^{〔43〕}

除此之外,作为单方变更解除权的效果,行政机关必须对相对人进行全额补偿,补偿范围包括直接损失及预期收入损失,以重建行政协议的“经济平衡”。由此可见,无论是变更还是解除,补偿与赔偿的唯一不同仅在于,前者出于合法行为,行政机关行使行政优益权行使范围是限定的,而且相应的补偿也并不会导致相对人救济不足。^{〔44〕}

5. 行政协议变更解除权的体系

综上所述,《协议解释》第16条第1款可以解释出三种单方变更、解除的情形:第一种情形是按立法源流,将其解释为基于行政优益权的变更、解除,此时适用范围仅限于继续性合同,相应地需要对相对人的损失进行全额补偿;第二种情形是基于对第16条1款的反向解释,并按

〔40〕 参见陈淳文,见前注〔21〕,第231—239页。

〔41〕 从起草过程来看,《适用解释》的起草者似乎并没有清晰地意识到法国的变更解除权与行政协议是否具有公共服务性的关系。因为虽然在《适用解释》最终的版本中第1条的定义条款是“行政机关为了实现行政管理或者公共服务目标”,但是在笔者所见的第十八稿草案中的表述却仅有“为了实现行政管理”,只在第2条的行政协议种类中规定了“政府购买公共服务协议”,终定版显然将行政协议的范围拓得更宽,但变更解除权的规定并无改变。

〔42〕 参见陈淳文,见前注〔21〕,第242页;陈天昊,见前注〔1〕,第276页。

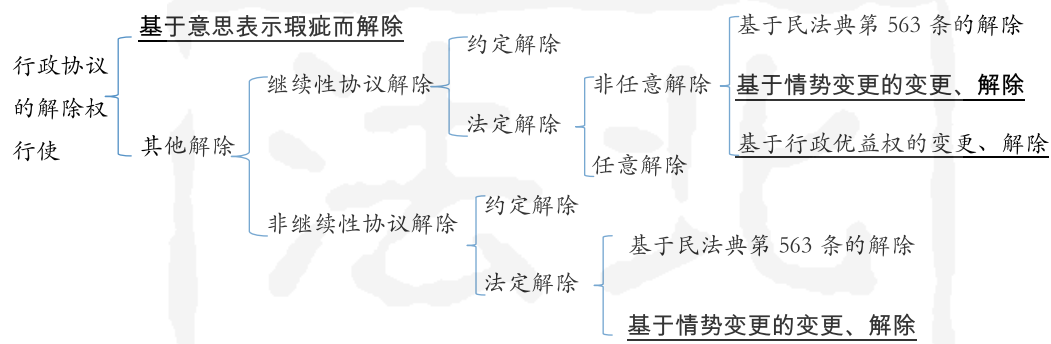
〔43〕 实践中已存在这样错用的案例,如海南省高级人民法院(2016)琼行终442号行政判决书,也引发了学者的质疑,参见崔建远:“行政合同族的边界及其确定根据”,《环球法律评论》2017年第4期,第29页。当然,按《协议解释》,国有土地使用权出让合同并未明文规定在内,其本身是否行政协议也并非没有争议的空间。

〔44〕 参见陈淳文,见前注〔21〕,第243页;陈天昊,见前注〔1〕,第277页。两位作者在介绍法国制度时,皆着意强调“完整补偿”,陈天昊甚至直接摒弃中文世界习惯的合法行为补偿的用法,而用了全额赔偿的概念来强调此处补偿的本质与其他合法行政行为补偿的不同。

第27条第2款参照适用情势变更的要件,将基于情势变更的变更、解除纳入此条,此时变更、解除不会造成相对人损失,因此也无需补偿;第三种情形需要同时反向解释第16条1款并结合第27条第2款参照适用意思表示瑕疵的要件,将基于意思表示瑕疵的撤销解释进此条,此时行政机关作为解除权人同样不会造成相对人损失。后两种情形本分属民事合同解除与撤销的法理,但因情势变更与撤销在民事合同中仅能通过形成之诉来行使,而行政机关无法作为原告提起诉讼请求,故以变形方式解释于第16条第1款文意之下。^[45]

除此以外,行政协议原本也可按照《协议解释》第27条第2款,脱离第16条1款直接参照适用民事合同的规范,因此民事合同中的无需通过诉讼来行使的解除权,行政机关也可行使。

综上所述,与民事合同解除体系不同,行政协议的解除体系可见下图:



(表中划线部分由司法解释第16条第1款反向解释而得出)

图2 行政协议解除权体系

三、变更解除的诉讼类型与规范适用

(一)两种诉讼的区分与融合

行政协议虽被纳入行政诉讼的审理范围,但本质上具有行政性和协议性的双重属性。就其行政性部分,也即其中的行政行为而言,原则上应以行政诉讼法理审理之,而就协议性部分而言,则原则上应以民事诉讼法理审理之。

按照行政诉讼的法理,无论原告诉讼请求为何,法院需对行政行为的合法性进行全面审查,这也正是《协议解释》第11条第1款的规范意旨。而按照民事诉讼法理,除却法律行为无

[45] 当然,对于情势变更和意思表示瑕疵这两种情况下的制度漏洞填补,还有另一种可能是适用《协议解释》第24条第2款的规定:“法律、行政法规规定行政机关对行政协议享有监督协议履行的职权,公民、法人或者其他组织未按照约定履行义务,经催告后不履行,行政机关可以依法作出处理决定。”让行政机关直接作出行政行为以实现变更、解除或者撤销的效果,但此处监督权仍需法律、行政法规的规定,于公益保护未尽完全。

效等涉及公共利益的特别情形法院可以依职权主动审理外,通常法院仅能在当事人诉讼请求的范围内审理案件并作出相应判决。^[46]因此,《协议解释》第11条第2款的规定,“原告认为被告未依法或者未按照约定履行行政协议的,人民法院应当针对其诉讼请求,对被告是否具有相应义务或者履行相应义务等进行审查”,可以看作是与《协议解释》第9条第2项诉讼请求相对应的例示性规定。事实上,原告提出任何第9条第7项“有关行政协议的订立、履行、变更、终止等”与行政行为合法性无关的诉讼请求,本质上都可认为是民事诉讼,法院对于此部分通常只能依诉讼请求进行审理并作出判决。

因此,在行政诉讼中,若原告的诉讼请求仅涉及行政行为合法性,也即行政性部分,则法院不应审理或判决协议性部分;而若原告诉讼请求仅涉及协议性部分,则法院除应依职权审查行政行为合法性和协议是否因违反公序良俗无效之外,仅能依诉讼请求审查并作出判决;若原告诉讼请求兼涉行政性和协议性部分,也要分清两者,对前者应全面审查,对后者仅能依诉讼请求为之。

从这个角度来看,《协议解释》第9条的各项诉讼请求中,有些是单纯涉及协议性的诉讼请求,如第5项“请求判决撤销、解除行政协议”,有些显然归于单纯涉及行政合法性的诉讼请求,如第1项“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”。但是也有一些诉讼请求的性质并不明确,如第3项“请求判决确认行政协议的效力”。若相对人提起确认为协议无效之诉,则需要进一步确定起诉无效的原因:如果产生争议的是行政行为的效力,那么无论是关于哪一点的合法性,法院都应对行政行为的合法性进行全面审查;如果产生争议的是行政协议是否因未获同意权人同意而无效,那么法院只能依诉讼请求为审判和裁判,其本质上与民事诉讼请求无异,若按民事诉讼法理,由于确认有效的诉讼请求是没有确认利益的,^[47]因此只可能存在确认无效的请求与判决。前者为形成之诉,后者为确认之诉,第9条第3项不区分行政行为与合意两者,将民行两种不同的诉讼请求混杂在一起,恐怕将来会导致诉不应审、审不应判的难题。为了解决这个问题,就必须从两种诉讼区分与融合的角度,对《协议解释》第9条的各项诉讼请求进行重新整理。

(二)变更解除的诉讼类型

1. 两种不同的诉讼类型

以上诉讼请求混合的问题,在变更解除诉讼中固然不存在,第9条第2项规定的“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”显然只是争议行政行为的合法性。但问题在于,若按《适用解释》第27条第2款参照《民法典》第565条,则原告对解除有异议的,也可以提起确认之诉确认解除权是否成立,这其中任一诉讼请求成立,行

[46] 参见张卫平:《民事诉讼法》,法律出版社2019年版,第48页。

[47] 关于确认之诉中确认利益的讨论,参见曹志勋:“论我国法上确认之诉的认定”,《法学》2018年第11期,第47—55页。

政机关的变更解除即失其效力。^[48]也就是说,这里依行政协议的行政性与协议性发生的两个诉讼请求,有可能产生竞合。对当事人和法院而言,此处竞合就会产生一系列的问题:这两个诉讼请求关系如何,是否可以同时提起?若当事人仅提起其中一个诉讼请求,法院应当如何确定审理范围?相应地,法院应该作出何种判决?诉讼期间到底应从行政诉讼的起诉期限还是民事诉讼的诉讼时效?

欲解决这一系列的问题,首先还是要回到上文整理的行政协议解除权体系。事实上,真正异于民事合同解除权为行政机关所特有的,只有基于行政优益权的变更解除权一种,其余本质上均为民事合同本有之制度,不论法定或是意定,解除权都可以解释为当事人合意。^[49]而无论是何种解除或变更的行为,均由行政机关依法作出,因此行政机关作出的解除变更也属于行政行为。但如果将变更解除权区分成立和行使两个层面,就可以看到,基于行政优益权的变更解除权不但需要在成立要件上符合合法性要求,在行使上也有其合法性要求。而与此相对,比照民事合同而来的其它解除权在成立要件上仅有契约性而无合法性问题,合法性审查仅应于解除权行使这一行政行为。

由上可推知,原告对于行政机关的任何变更解除权的行使都可提起撤销这一行政行为的形成之诉。但在对基于行政优益权的解除变更行为提起诉讼时,法院要对解除权的成立和行使均进行合法性审查,而若原告是对非基于行政优益权的解除变更行为提起诉讼,则法院的合法性审查仅限于解除权的行使,不及于解除权的成立。解除权成立与否本质上是协议性而非行政性问题,原告有异议的,仍然需要提出确认合同关系存在的积极确认之诉。^[50]

2. 诉讼类型的竞合与统合

在此基础上,可对上述一系列问题逐一进行分析。

首先,原告是否可以同时提起撤销变更解除行为之诉和合同关系存在的确认之诉?在此,需要区分三种情况进行讨论。第一种情况,基于行政优益权的变更解除的情形,变更解除权属于行政机关的特权,因此其是否成立并不能参照适用《民法典》第565条,原告仅能提起撤销变更解除行为之诉,法官需对行政行为的合法性进行全面审查。第二种情况,基于一般性的约定解除、法定解除的情形,解除权的成立只关乎契约性为题,与行政行为合法性无关,此时若行政机关行使解除权,自然应参照适用《民法典》第565条以使原告能通过确认之诉最终确认解除效力。同时,如果对解除权行使过程中是否符合法定程序等合法性问题有争议,原告当然也可以提起撤销行政行为的形成之诉。换言之,在这种情况下,两个诉讼请求可以同时提出。第三

[48] 关于合同解除异议权的性质争议与定性,参见贺剑:“合同解除异议制度研究”,《中外法学》2013年第3期,第583—597页。

[49] 法定意定的多重含义,参见苏永钦:“私法自治中的国家强制”,载苏永钦著:《走入新世纪的私法自治》,元照出版公司2002年版,第17—18页。

[50] 从变更解除权成立和行使的角度来说,行政行为的部分应该对其“控权”,而协议性的部分则应该尊重双方合意,这两部分的区分很明显。严益州主张把对行政行为的“控权”理论用于本质属于合意部分的解除权成立的控制上,将会导致两种法理的混同,最终导致对相对人的过度保护,其本质可能是过度的父权主义对协议自由的侵蚀。参见严益州,见前注[1],第1511—1530页。

种情况,基于意思表示瑕疵解除、基于情势变更解除的情形,此时在民事规范中,前者本属撤销的形成诉权、后者亦属于变更解除的形成诉权,本为诉讼所及,相对人自无提起确认之诉的必要。但若依《协议解释》第16条第1款反向解释将此二项制度纳于行政机关变更解除权项下,则也应参照适用《民法典》第565条,让原告能通过确认之诉最终确认解除效力。与第二种情况相同,这种情况下两个诉讼请求也可以同时提出。

其次是诉讼的期间限制问题。按《协议解释》第25条的规定,“公民、法人或者其他组织对行政机关不依法履行、未按照约定履行行政协议提起诉讼的,诉讼时效参照民事法律规范确定;对行政机关变更、解除行政协议等行政行为提起诉讼的,起诉期限依照行政诉讼法及其司法解释确定”。从中可以看出,前者属于行政协议中协议性的部分,后者则属于行政性的部分,因此各由其性质适用相应的期间限制规定。如果严格以此标准作两分,那么在变更解除诉讼中,原告若提起撤销变更解除的行政行为之诉,无论此变更解除是否基于行政优益权的行使,均应从行政诉讼法的起诉期限;但若原告提的是合同关系存在与否的确认之诉,则应从民事法律确定。确认之诉因不涉及请求权行使,故本无诉讼时效,但为迅速安定法律关系,按《合同法司法解释二》第24条的规定,异议权人必须在三个月内起诉。也就是说,如果严格区分行政协议的协议性部分和行政性部分,即使是行政机关变更、解除行政协议,也应区分当事人的诉讼请求,并非完全适用行政诉讼法的起诉期限。^[51]需要说明的是,起诉期限与异议期间的差异,不仅是期间长短的问题,而且也会影响到法院的裁判是以判决或裁定的形式作出。按《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》(法释〔2018〕1号)第62条的规定,若已立案但超过起诉期间应裁定驳回起诉,可见起诉期间是程序性问题,而按《合同法司法解释二》第24条的规定,“不予支持”的表述显然说明异议期间是实体问题,若超过异议期间法院应判决驳回诉讼请求。^[52]

一旦进入诉讼,随之而来的便是审理范围的问题。在基于行政优益权的变更解除的情形之下,原告即使仅提出撤销变更解除权行使这一行政行为的形成之诉,法院也应当对行政协议订立、履行、变更、解除中行政行为的合法性问题进行全面审查。同样,在其他解除权行使的情形中,原告若提出撤销变更解除这一行政行为的形成之诉,法院仍应

[51] 当然,此处解释上的一个障碍是《协议解释》第25条前段并没有“等”字,也就是在文意上是限定列举,因此,是否有解释空间不无疑问。但是同样这一条的后段也没有“等”字,如果对前段和后段均进行严格的文义解释,诉讼中必然存在有些诉讼请求均不能被纳入前前后后段文义的真空地带。故本文还是采前后段分别是协议性与行政性的理解。

[52] 当然,对起诉期间的性质并不是没有立法论上的质疑,参见张弘:“行政诉讼起诉期间研究”,《法学》2004年第2期,第38—39页。从我国的行政诉讼法脱身于民事诉讼法的历史来看,无论是哪种诉讼类型,行政诉讼起诉期间至今被认为是程序问题,而民事诉讼已区别请求权诉讼时效、形成权除斥期间等进行实体层面规定,可见起诉期间的程序法定性应该是历史错位。时至今日,民事诉讼中仅有《民事诉讼法》第124条仍有起诉期间的规定:“(六)依照法律规定,在一定期限内不得起诉的案件,在不得起诉的期限内起诉的,不予受理;(七)判决不准离婚和调解和好的离婚案件,判决、调解维持收养关系的案件,没有新情况、新理由,原告在六个月内又起诉的,不予受理。”但“不予受理”的表述也表明其完全是程序问题。

对行政机关行政行为的合法性问题进行全面审查。但是如果在上述后两种情形下,原告仅提出的是确认之诉——此时无论是否提起撤销行政行为的形成之诉——法院均要对行政行为的合法性问题进行全面审查,同时针对原告的确认之诉,对合同关系是否存在参照民事规范进行审理。

与此相伴的还有诉讼法适用的问题。《协议解释》第27条第1款规定,“人民法院审理行政协议案件,应当适用行政诉讼法的规定;行政诉讼法没有规定的,参照适用民事诉讼法的规定”。此处关键的问题在于,什么是“行政诉讼法没有规定的”?《行政诉讼法》中关于诉讼参加人、证据、诉讼程序均有规定,因此,倘若认为后段是但书,而严格解释的话,那《民事诉讼法》几乎就没有适用的空间了。^[53]但如果真是不涉任何合法性、仅涉协议性的问题,这种严格解释就只是削足适履,把本来不容易搞清楚的实体关系又在诉讼中混搭在一起。因此,按与上文一致的逻辑推演,对此条比较合理的解释是行政性的部分适用行政诉讼法,协议性的部分参照民事诉讼法。故在行政协议变更解除的情况下,基于行政优益权的变更解除均应适用行政诉讼法的规定,而其他变更解除权中,如果是撤销行政行为的形成之诉,自然也适用行政诉讼法的规定,如果是合同关系存否的确认之诉,则还是回到民事诉讼法的规定。如此方能各得其所。

最后也是最为复杂的,是判决类型与既判力的问题。通常情况下,判决内容应与诉讼请求相对应,原告若依民事规范提起确认之诉,则法院应该判其所诉,仅认定解除权是否成立,判决的既判力也仅及于此,而不能对涉及协议性的其它问题作出审理和判决。而若原告仅依行政法规范提起撤销变更解除的行政行为之诉,则法院不得对仅涉及协议性的其他问题进行审理和判决。在撤销变更解除行为之后,行政协议相当于没有变更或解除,也即恢复到原有状态。此时可先概分为两种情形:第一种情形,被撤销的是非基于行政优益权的变更解除,也就是说,仅变更解除权行使本身因《行政诉讼法》第70条而被撤销,但是否符合变更解除的成立要件并未进行审理,换言之,此时行政机关是否有变更解除权这一基础都尚未确定,法院自然不能责令其重新作出行政行为。第二种情形,被撤销的是基于行政优益权的变更解除,此时又可以细分出两种可能。若本无公共利益需要但行政机关作出了变更解除,则法院不必责令行政机关重新作出行政行为,仅在有公共利益需要,但行政机关作出的变更解除按《行政诉讼法》第70条被判定违法或不当这一种情形下,法院可以责令行政机关重新作出行政行为。^[54]说到底,重作行政行为的前提,是必须存在重作的法律依据,即应该回归到《协议解释》第16条第1款

[53] 特别是在单方变更解除权中,从实体到程序优先适用行政法规范似乎是起草机关的一贯主张,但对为何可以优先适用,而不是区分适用,起草者似乎也语焉不详。参见梁风云:“行政协议案件的审理和判决规则”,《国家检察官学院学报》2015年第4期,第33—36页。

[54] 有学者从民事法理出发,认为如果行政机关没有解除权,原则上不发生解除效果,原告不需要有撤销的权利。而且解除权不成立,行政协议继续存在,当然要继续履行,故而没有必要规定重新作出行政行为。在笔者看来,这种观点恰恰是没有细致区分解除权的类型及层次,单纯将民事法理移植到行政协议的结果,与《协议解释》第16条将对行政行为的规定移植到行政协议,可以说是犯了相同的错误。参见王洪亮:“论民法典规范准用于行政协议”,《行政管理改革》2020年第2期,第26页。

的规定,因公共利益的需要行使变更解除权。其他情况下的解除变更,并无公共利益需要,自然也就没有判决重作行政行为的必要。^{〔55〕}

以上区分,可以简表归纳如下:

表 1 行政协议变更解除权的诉讼类型及其区分影响

权利性质		诉讼类型	可否同时提起诉讼	诉讼期间	审理范围	程序适用	判决类型/内容	
基于行政优益权的变更解除权		形成之诉	不可与确认之诉同时提起	起诉期限 程序裁定	就行政行为合法性全面审查	行政诉讼	有公益需要	可撤销并责令重新作出行政行为
							无公益需要	可撤销,不可责令重新作出行政行为
非基于行政优益权的变更解除权	解除行使	形成之诉	可与确认之诉同时提起	起诉期限 程序裁定	就行政行为合法性全面审查	行政诉讼	可撤销,不可责令重新作出行政行为	
	解除成立	确认之诉	可与形成之诉同时提起	异议期间 实体判决	就行政行为合法性全面审查 解除权成立与否应诉讼请求审理	民事诉讼法	确认合同关系存否	

3. 给付判决何时作出

除了上述形成之诉和确认之诉外,《协议解释》第 16 条第 3 款还规定了给付判决“被告变更、解除行政协议的行政行为违法,人民法院可以依据行政诉讼法第七十八条的规定判决被告

〔55〕 参见章剑生:“判决重作具体行政行为”,《法学研究》1996 年第 6 期,第 27 页。

继续履行协议、采取补救措施”。此条文本身是承袭《行政诉讼法》第78条,无可非议,但是《行政诉讼法》第78条规定的也是“可以”而非“应当”判决,在何种情况下“可以”,何种情况下不必如此判决呢?

这里还是要回到两种诉讼请求的区分,“继续履行协议、采取补救措施”本属行政协议的合意性内容,故只有原告提出相应的诉讼请求,法院对实体权利义务关系进行审理之后,才能进行判决。若原告仅提出撤销行政协议,而不要求继续履行,那么,考虑到行政机关的继续履行在多数情形下仅是支付对价,并不涉及公共利益,因此,法院不能超出原告的诉讼请求作出判决。换言之,对此需原告不仅提出撤销变更解除之行政行为的诉讼请求,还需要同时有“继续履行协议、采取补救措施”的诉讼请求,法院才“可以”应其所诉进行审理和判决。否则,不审而判将违悖民事诉讼的基本法理。

四、结论:打通行政协议的任督二脉

正如《协议解释》发布之际起草机关所介绍的,《协议解释》基本将行政优益权的行使等同于单方变更解除行政协议的行政行为,着重强调此种行为“行政性”的侧面。但变更解除权本就是民事合同的既有制度,实际上在行政协议中也存在大量的“协议性”的变更解除。然而,由于《协议解释》的相关规定均以基于行政优益权的变更解除为核心设置,从诉讼请求到判决类型,均未考虑到行政协议解除权的不同类型和内部结构。

这样的安排中,应规定而未规定者导致了公益流失——行政机关在基于意思表示的撤销、基于情势变更的变更解除等方面救济无门,而应区分而未区分者则倾轧了意思自治——若司法实践中对所有的变更解除权均以现行司法解释侧重“行政性”的相关条文为据,恐怕会发生许多判非所诉、不审而判的情况。这对本欲以意思自治来实现公共利益的行政协议制度,无疑是一个双输的局面。在笔者看来,要避免此种双输的风险,就必须厘清行政协议解除权的体系。首先要对现行司法解释规范进行再解释,以填补基于意思表示的撤销、基于情势变更的变更解除的制度漏洞。其次要区分基于行政优益权的变更解除和基于协议自治的变更解除,对后者再细分解除变更权成立要件与权利行使的行政行为,并对解除变更权成立要件以民事实体法理与诉讼法理解析之。如此才能消除现行司法解释单纯强调变更解除权“行政性”的制度流弊。

事实上,“行政性”与“协议性”的纠缠贯穿《协议解释》的始终。也许因为起草机关是行政庭,司法解释在很多情况下都直接将《行政诉讼法》中的“行政行为”简单置换成“行政协议”,导致了本应平衡两者的行政协议在多数情况下均偏于“行政性”一端。如第12条第3项“行政协议无效的原因在一审法庭辩论终结前消除的,人民法院可以确认行政协议有效”这一规定,显然混淆了行政行为的效力与行政协议的效力,行政诉讼对行政行为合法性进行全面审查,而协议的内容是否有效还有其他诸多因素,因此法院最多只能判决行政行为而非行政协议有效。又如第22条,“原告以被告违约为由请求人民法院判令其承担违约责任,……,因被告的行为

造成行政协议无效的,人民法院可以依法判决被告承担赔偿责任”,因被告行为造成协议无效所应承担的未必就是违约责任,也有可能是无效后按民事法理进行的信赖利益赔偿,如果是此种情况,还是要回到基本的民事诉讼法理中审查原告的诉讼请求,不能够不诉而判。如是种种,不一而足。

与此一结构性的大哉问相比,我国行政协议将行政优益权的变更解除从继续性合同扩张到所有合同,尽管也可能导致实务流弊,但在法技术上,也不过仅需做个文意限缩的小手术罢了。说到底,只有打通“行政性”与“协议性”的任督二脉,这部历经二十多稿修改辛苦出台的司法解释,才能真正达致神形兼备,用恰如其分的意思自治来解决公共治理的更多问题。

Abstract: In the “Provisions of the Supreme People’s Court on Several Issues Concerning the Trial of Administrative Agreement Cases”, the Supreme Court clarifies the right to unilaterally change and terminate administrative agreements, which is based on the administrative privileges, and constructs corresponding claims and judicial judgments. However, the constitutive requirements of administrative privileges remain unclear and a consideration of agreement nature to observe the types of change and termination is absent. That may cause not only improper restrictions on agreement autonomy in judicial proceedings, but also loopholes in protecting public interests. To correct the deviation, the legislator needs to construct a comprehensive system of modification and rescission rights in administrative agreements, consisting of a clearer categorization of types and levels, to apply substantive and procedural rules of corresponding jurisdictions.

Key Words: Administrative Agreements; Unilateral Change and Termination; Administrative Privileges; Circumstance Change; Litigation Category

(责任编辑:彭 鐸)