

# 行政协议中行政性与合同性的关系

## 从司法审查中争议类型角度的观察

朱 芒\*

**摘要** 解读行政诉讼法上的“协议”概念及其内部行政性与合同性的关系,应当以行政诉讼程序法本身为基点,坚守合法性审查的本质属性。这个角度的探究首先可以从类型化出发,将协议与行政行为的关系分为两大类:作为行政行为对象的协议与作为行政行为本身的协议;后者再继续分为涉及意思表示的合法性争议和确定性争议,由此将讨论集中于该类型争议范围内。在此基础上,通过分析采用单纯行政角度审查的判例“超宇公司案”,可整理出行政裁量中行政职权范围与合同意思表示自由之间关系的法解释框架,继而用此框架分析旧法中采用“行政合同”案由的判例(起点)和新法最近期判例(现状)中司法判断的结构状态,以验证该框架的适用性。通过归纳判例经验并结合法定有名协议中行政部分的特性与司法审查的关系,可建立起行政综合性法律解释框架,将协议中行政主体方的意思表示(合同性)部分转换为行政裁量中效果选择行为,从而将其纳入行政诉讼法的约束框架。

**关键词** 行政协议 司法审查 行政裁量 行政诉讼 法解释学

### 一、引论:研究行政协议合同性与行政性之关系的基本进路

《行政诉讼法》2014年修正时,增加了第12条第1款第11项,规定人民法院受理“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的”诉讼请求。由此行政法学认为行政协议已被纳入了“受案范围”,成为司法审查的

\* 上海交通大学凯原法学院教授。

对象。<sup>〔1〕</sup>

兼具“行政性”与“合同性”是学术界和实务界对行政协议特性的共同认识。<sup>〔2〕</sup>作为行政法中的一种行为形式,行政协议似乎理所当然应同时具备这两个属性,但问题在于这两个属性之间究竟是或应该是什么关系?具体而言,在我国《行政诉讼法》的司法审查程序中,行政协议中的这两种关系会呈现出怎样的结构?本文将从我国《行政诉讼法》运行的角度,解读相关判例中呈现的现象,通过对相应争议进行类型化,尝试建立对该问题的法解释框架。

本文将采用以下方式展开分析:

#### 1. 角度:现行《行政诉讼法》中司法审查路径

在研究行政协议方面,常见的是采实体法路径,即从概念定义出发,明确行政协议之后再分析如何审理。<sup>〔3〕</sup>由于我国实定行政法系统的总则(通则)层面没有行政协议(诸如《德国联邦行政程序法》第54条规定的“行政合同”)那样的法律概念,在欠缺明示的具体解释对象和尚少解释论成果积蓄的基础上,相关研究总体上趋向于立法论(或混同有解释学内容的立法论)或者学理建构。而目前作为实定法的《行政诉讼法》中已经存在“协议”概念,则需要从行政诉讼自身的本质性作用,即司法的合法性审查的角度去确定该概念的构成方式。

因此,本文采用司法程序的角度,着眼于判例中司法对第11项行政协议的认识,回避从学说理论或实体法学的角度讨论行政协议的特性以及识别性方法问题。这里之所以强调“第11项行政协议”,正是为了凸显本文的着力点在于对现行实定法的解释作业之处。当然,这也是为进一步探讨我国行政诉讼制度运行过程中自身能形成怎样的规则和理论设定一个基础。

#### 2. 范围:合法性审查

本文以实定行政诉讼法为研究视角,这意味着遵从第6条设定的“对行政行为是否合法进行审查”的要求。<sup>〔4〕</sup>这是行政诉讼中司法权运行的最本质属性。<sup>〔5〕</sup>在审查行政协议时,也

〔1〕 例如应松年主编:《〈中华人民共和国行政诉讼法〉修改条文释义与点评》,人民法院出版社2015年版,第33页(“十、行政协议(行政契约)”部分,余凌云撰写);《行政法与行政诉讼法学》编写组:《行政法与行政诉讼法学》(第二版),高等教育出版社2018年版,第339页;胡建森:《行政诉讼法》,法律出版社2019年版,第115—116页。

〔2〕 例如姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》(第七版),北京大学出版社、高等教育出版社2019年版,第309—312页(江必新撰写)。近期判例如“濮阳市华龙区华隆天然气有限公司因濮阳华润燃气有限公司诉河南省濮阳市城市管理局、河南省濮阳市人民政府确认行政协议无效再审案”,《最高人民法院公报》2022年第5期。该案“裁判摘要”部分就强调“该协议兼具‘行政性’和‘合同性’”。

〔3〕 目前这类文献很多,较集中的文献整理参见刘飞:“行政协议的识别方式——以‘永佳纸业案’为例的考察”,《中外法学》2023年第3期,第595页。刘飞:“行政协议诉讼的制度建构”,《法学研究》2019年第3期,第37—38页,该文概括了诸多学者观点。另最近的文献参见陈洁:“解释作为行政协议效力判断的前提——从预征收补偿协议效力的判断切入”,《华东政法大学学报》2023年第3期,第152—168页。

〔4〕 对新旧《行政诉讼法》中司法审查对象“具体行政行为”或“行政行为”存在着多种解读,涉及到概念中是否包含行政协议(行政合同),与此有关的最新归纳性文献参见刘飞:“行政协议与单方行为的界分”,《中国法学》2023年第2期,第73—77页。本文的分析非实体法角度,因此暂且从最宽泛角度观察相关实定法概念。

〔5〕 新法与旧法相比,在第1条目的条款中增加了一些文字,如“解决行政争议”,在相当程度上可以理解为立法者增加了该法律的目的。但是需要注意的是,目的实现本身也是受到其所载具体法律整体的约束。具体而言,如何“解决行政争议”依然必须通过第6条规定的合法性审查条款实现,该目的条款设定本身不会允许从法外寻找路径去实现该法律的目的。

无法脱离这项法律规范的要求,因而“合同性”也只能在合法性审查和判决的形式之中呈现。由于被告恒定为行政主体,因此,无论协议双方主体各自的意思表示为何,最终司法审查所要判断的,只能是责任归属于行政主体方行政行为的相关内容。

### 3. 对象:判例

修正后的《行政诉讼法》自2015年5月1日起施行后(以下部分修正前的称为“旧法”,修正后的称为“新法”),最高人民法院围绕着第11项行政协议发布了诸多案例。<sup>〔6〕</sup> 本文在将第11项行政协议规定中审查对象类型化(作为行政行为对象的协议与作为行政行为本身的协议)的基础上,通过分析初次采用单纯行政角度审查的判例“超宇公司案”,整理出行政裁量中行政权的职权范围与合同意思表示自由之间关系的法解释框架,以此分析旧法中采用“行政合同”案由的判例(起点)和新法最近期判例(现状)中司法判断的结构状态,用以验证该框架的适用性。在明确了司法审查实际运行状况后,本文从我国行政诉讼法的实定法拘束范围出发,通过行政裁量视角将合同性吸收至行政性中,尝试建立起司法审查中行政综合性的法律解释框架。

## 二、行政协议争议的两个类型:行为对象与行为本身

如果仅仅着眼于第11项在文意层面上的表述方式,其实可以解读出行政协议与行政行为的多种关系,未必能当然地得出行政协议本身就是被诉行政行为的结论。

### (一)第Ⅰ类型的行政协议争议:对行政协议的行政行为

从第11项的内容看,“不依法履行……协议”等被诉的行政行为,是外在于行政协议的,是对行政协议作出的行政行为,而不是行政协议本身。支撑此判断的理由如下:

#### 1. 行政诉讼制度的本质性核心

第12条规定的是司法权可以审查的“行政行为”范围,第11项确定的是其中的一个类型。这条规定的前提是,无论是旧法还是新法,“行政行为”是在行政诉讼中受司法权审查的对象(旧法第5条、新法第6条)。这是《行政诉讼法》所建立的法规范框架的核心所在。

#### 2. 被诉行政行为与行政协议的关系

第11项中规定的行政行为,是“不依法履行、未按照约定履行或者违法变更、解除”行政协议的行政行为。从文意结构整体来看,该项所设定的被审查对象,是针对协议所作的行政行为,并不是行政协议本身。这些行政行为从外部作用于已经存在的行政协议,而不是存在于行

〔6〕 从数量的角度来看行政法的判例,可以说至今为止最高人民法院公布最多的是行政协议方面的判例。除了指导性案例以及《最高人民法院公报》上陆续刊载的典型案外,最高人民法院还专门公布了三批这方面的案例,即2019年12月10日《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》所附10个参考案例;2021年5月11日《最高人民法院发布行政协议典型案例》共10个案例;2022年4月20日最高人民法院发布第二批行政协议诉讼典型案例共10个案例。此外再如最高人民法院行政审判庭编著:《行政协议典型案例:裁判规则与评析》,人民法院出版社2021年版。有关中国法中判例的定义,参见朱芒:“论指导性案例的内容构成”,《中国社会科学》2017年第4期,第109—127页。

政协议之内涉及到意思表示的行为。第 11 项的法规范意义之一是将这些行政行为也纳入司法审查的对象范围之内。因此,这一类型的行政协议争议中的行政行为,本质上还是单方属性,没有改变与第 12 条其他各项在行政行为方面的既有定义,因而也未必要重新看待司法审查所需遵照的法规范要求。<sup>〔7〕</sup>当然需要注意的是,行政行为主体和相应行政协议中缔约的行政主体方,会是同一行政机关,尽管其分属不同的法律关系。

### 3.“约定”与行政协议的关系

第 11 项中“未按照约定履行”的不作为也属于法定的可诉行政行为。这里,因“约定”在行政诉讼争议中的内容不同,以及与“不履行”不作为行政行为之间的关系不同,或许会导致行政行为不尽相同的定位,其关键在于“未按照约定履行”的争议内容是否触及到了行政协议的意思表示部分。

如果被诉的仅仅是“不履行”行政行为本身,那么其本质上还是属于外在于行政协议的“对行政协议的行政行为”。在对其司法审查时,对行政诉讼中司法审查属性应限定在对行政行为合法性审查之处。那么,这里“未按照约定履行”而被诉的行政行为,其最终效力是否该撤销或无效,还是要从是否合法的法规范的要求予以判断,约定本身并不必然导致被诉行政行为是否合法的判断结果。

如果被诉的行政协议涉及到“约定”本身的争议,即涉及到“约定”内容是否存在或是否真实,以及约定内容是否合法,司法审查面对的,就不同于作为行政行为对象的行政协议,而是进入到行政协议内容,涉及到意思表示方面。有关“未按照约定履行”的争议,关键之处不在“履行”而集中于“约定”方面,在于“约定”是否合法的争议。最高人民法院指导案例 76 号——“萍乡市亚鹏房地产开发有限公司诉萍乡市国土资源局不履行行政协议案”就呈现出在法律与协议约定的关系之中,根据法律作出的具有法律效力的城市控制性详细规划——《国有土地使用权出让合同》中约定的内容——被诉行政行为三层关系之间,标志着约定内容的行政行为须服从城市规划中法规范要求的规范结构。<sup>〔8〕</sup>这样,就出现了有关行政协议争议的另一个类型。本文将此类不同于第 I 类型的行政协议争议称之为第 II 类型的行政协议争议。

#### (二)第 II 类型的行政协议争议:作为行政协议的行政行为

除了上述理解之外,几乎在新法施行的同时,还存在着将行政协议本身的内容(涉及到协

---

〔7〕 有学者已认识到将第 11 项规定中的行政行为理所当然地归入行政协议的认识会引起的法解释上的混乱,指出如“《协议解释》将单方变更、解除行政协议定位至传统意义上的行政行为,或许正是与现行行政诉讼制度的一种妥协”。参见韩宁:“行政协议中的情势变更——与严益州博士商榷”,《南大法学》2020 年第 4 期,第 79 页。

〔8〕 严格而言,指导案例 76 号呈现的,是对土地管理行政机关颁发的《国有土地使用证》(行政行为)不服而提起的行政诉讼,要求该证书上记载的土地用途变更为与《国有土地使用权出让合同》中的用途一致。法院依据(规划行政机关提供的)相应宗地的控制性详细规划的规定,判决变更为与规划一致的土地用途。这里表现为以合法的城市规划内容判断颁发的《国有土地使用证》内容是否合法的合法性审查方式。另外,由于土地用途是属于依据法定的城市规划予以确定,因此,《国有土地使用权出让合同》本身不能通过约定改变土地用途。

议主体意思表示)作为司法审查对象的主张。这种主张认为,第11项中的行政行为本身就是行政协议。这样,就产生了针对“作为行政协议的行政行为”是否合法的行政诉讼,本文将之称为第Ⅱ类型的行政协议争议。

第Ⅱ类型的行政协议诉争议之所以存在于第11项的规定之中,除了上述有关“约定”可能的解释方向之外,还因最高人民法院的一系列司法解释文件所设置的相应规范内容,扩展了对第11项内容的文意表述,使行政协议作为司法审查对象的行政行为本身。这样,有关行政协议的争议就由外部转为内部。

### 1. 司法解释文件的内容设置

新法施行之后,最高人民法院先后发布了两份司法解释文件(“法释〔2015〕9号”和“法释〔2019〕17号”),以直接规范第11项规定的内容。这些司法解释文件对第11项的内容细化时,逐渐将行政行为概念从上述既有的范围扩展至行政行为之内部意思表示方面。这两份司法解释文件的相关主要内容与作用如下。

第一份司法解释文件:“法释〔2015〕9号”(《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》)。<sup>〔9〕</sup>该司法解释文件的第14、15条在解释细化新法有关行政协议的规定时,直接设置了行政协议主体间意思表示方面的规定。如第14条规定在“在适用行政法律规范的同时,可以适用不违反行政法和行政诉讼法强制性规定的民事法律规范”,这里可以理解为适用民事法律规范目的在于解决其中双方意思表示方面的纠纷。第15条第1款“原告主张被告不依法履行、未按照约定履行协议或者单方变更、解除协议违法,理由成立的,人民法院可以根据原告的诉讼请求判决确认协议有效……”中“未按照约定履行协议”的内容,显而易见地表现出司法权直接针对了协议本身,而非外在的,作用于行政协议的行政行为。

第二份司法解释文件:“法释〔2019〕17号”(《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》)。<sup>〔10〕</sup>该司法解释文件大量涉及到行政协议主体间意思表示方面的事项,例如,第9条列举出的“有具体的诉讼请求”中第4项“请求判决行政机关依法或者按照约定订立行政协议”;第5项“请求判决撤销、解除行政协议”。显然,这几项规定中被请求司法审查的事项,已经不同第Ⅰ类型中将行政协议作为行为对象的行政行为,而是行政协议的内容本身,司法审查须具体涉及到行政协议本身内在的主体间意思表示是否有效的问题。与上述第Ⅰ类型的行政协议争议集中于“文意”方面相比较可以看到,司法解释文件内容扩大了法院司法审查的范围。

### 2. 承接立法主张的法解释论

其实在有关行政诉讼法的修法(立法)过程中,最高人民法院就提出了司法在行政诉讼阶段介入行政协议双方主体间意思表示而产生的纠纷的制度设计主张。从可查阅到的有限的立

〔9〕 这是新法即将施行(2015年5月1日)之前,2015年4月20日最高人民法院审判委员会第1648次会议通过的最高人民法院司法解释文件。

〔10〕 这是2019年11月12日最高人民法院审判委员会第1781次会议通过,自2020年1月1日起施行司法解释文件,且优先适用于上述法释〔2015〕9号。

法资料可以看到,最高人民法院最早提出了将行政协议(行政合同)纳入行政诉讼受案范围,且将行政协议本身设定为司法审查对象的主张。有关《行政诉讼法》修改的《最高人民法院修改建议稿(一)》的“受案范围”中就有“请求解决行政合同争议”的明确表述(第11条第1款第7项),且与其他各类单方性的行政行为相并列。与此对应,在“第一审普通程序”的部分设定的判决是,“被告不履行行政合同约定义务的,人民法院可以依照《中华人民共和国合同法》等相关法律规定作出相应判决。被告作出的与前述合同有关的单方决定违法或者不履行法定职责的,人民法院可以判决撤销、确认违法或者责令被告驳回被告在一定期限内履行法定职责”(第83条)。<sup>[11]</sup> 这里尤其从第83条第一句的规定内容可以看出,最高人民法院当初的制度设计中有着将行政合同之诉与(单方性)行政行为并列为两种类型的设想。由此可以看到,现在司法解释文件中的规范内容的逻辑进路,自立法论起至新法实施后的解释论都具有有一致性。

如再向前追溯到旧法时代,同样可以看到最高人民法院一直都在努力通过法律解释的方式扩展行政诉讼法的适用范围。《最高人民法院关于规范行政案件案由的通知》(2004年1月14日),明确将“行政合同”列为27种“行政行为的种类”中的一种。这种案由设置方式可以反映出把作为合同内容的意思表示也归入被诉对象“具体行政行为”之内的法解释主张。如同在新法实施之后将新法行政协议中的“约定”内容本身的争议纳入行政诉讼的司法审查范围之内那样,最高人民法院保持着前后一致的法解释倾向。

不过需要关注到的是,案由“行政合同”相关的诉讼案件中包含的,不只有作为行政协议的行政行为一种争议种类。从该通知对“不作为类案件的案由”例示的“诉XX(行政主体)不履行行政合同义务”的表现形式看,对“履行”的理解也如上面提到的情况相同,至少可能存在着两种争议情况。一种是如上述第I种类的争议类型中提到的那种不履行这种不作为行政行为本身,以及协议内容中不存在意思表示部分争议的“对行政协议的行政行为”。与新法规定的受案范围相比,旧法进入“行政合同”案由类型的行政诉讼案件非常狭窄,且“行政合同案件往往是因行政机关单方面变更或撤销合同而发生的,人民法院从而将其转化为‘单方行政行为’或者说‘权力性行政行为’而加以审理”。<sup>[12]</sup> 其实这类“单方面变更或撤销合同”的被诉行政行为,无疑可以归类到上述对行政协议的行政行为之内,而不涉及合同中双方的意思表示。

### 3. 承接方式:“未按照约定履行”中关于“约定”的争议及其法解释路径

上述有关行政协议中的争议,处理上述不涉及协议内容即双方主体意思表示部分的“对行政协议的行政行为”之外,触及到“约定”的,进入了意思表示是否合法,或者意思表示是否存在乃至意思表示究竟为何的争议时,第11项有关行政协议的行政争议,就进入了另一个类型。

[11] 参见江必新、邵长茂、方颀琳编著:《行政诉讼法修改资料汇纂》,中国法制出版社2015年版,第33、245页。

[12] 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66页。由于该论文的内容归纳的时间点正是在新法颁布之前,且其也是2013年海峡两岸行政法学术研讨会交流论文,因此可以认为该文归纳了旧法施行中有关行政合同方面的基本状况。

严格而言,如果诉讼中的争议仅仅集中于这个类型的事项的话,其本质上与民事诉讼所涉案件需要解决的纠纷并没有本质性区别。但是,正如本文后面第三部分判例“郑义财案”所展现出来的那样,在行政诉讼中,诉请或者判决实质上指向的是第 11 项规定的履行协议,那么有关这个类型的协议争议就构成了履行协议的前提,即司法需要解决或者判断的是行政协议中意思表示是否存在或确定内容是什么,此后才可审查不履行的不作为行政行为是否合法。

### (三)观察框架:行政协议争议的类型

为便于对有关判例展开分析,这里对本文前述内容中涉及的第 11 项规定行政协议争议的种类,做一个简略化的归纳,形成一个观察框架。

#### 1. 第 I 类型的行政协议争议

这是指行政诉讼中“对行政协议的行政行为”而展开的司法审查,其针对“不依法履行、未按照约定履行或者违法变更、解除”行政协议的行政行为,是外在于行政协议的行政行为。因此,这个类型的行政协议争议不涉及到协议内容中的意思表示,属于传统的单方性角度定义的行政行为。严格而言,这类争议中的司法审查不涉及到“合同性”问题。

#### 2. 第 II 类型的行政协议争议

这类行政争议涉及到行政协议内容的意思表示部分,因为争议涉及到的是“作为行政协议的行政行为”。因有关意思表示方面的争议不同,对此类型可以进一步分为两个次级类型:第 II-1 类型的行政协议争议和第 II-2 类型的行政协议争议。①第 II-1 类型的行政协议争议,其争议涉及到意思表示是否合法的司法审查问题。严格而言,这类争议才真正涉及到行政协议中的“合同性”问题。②第 II-2 类型的行政争议,其争议集中在意思表示是否存在或内容是什么方面。司法介入的重点在于解决这类纠纷而非合法性审查,此与民事诉讼有着相同之处。但是,当这类争议是作为协议不履行(不作为)的前提性纠纷而发生,且诉讼请求又关涉到履行协议时,就会与上述第 I 类型或者第 II-1 类型的行政协议争议相关联。

从上面的分类可以看到,第 II-1 类型(包括第 II-2 类型中可归入该类型)的行政协议争议兼具了行政合法性的争议和行政主体方意思表示的争议,属于严格意义上(或狭义)的行政协议争议。下文将集中考察这个类型的内部结构。

## 三、判例中的一个解释框架:意思表示、裁量以及与行政行为的关系

新法实施之后,最高人民法院发布了法释〔2019〕17 号司法解释文件。该司法解释文件发布之后不久,最高人民法院对“株洲市超宇实业有限责任公司诉湖南省株洲市人民政府、湖南省人民政府房屋征收补偿决定案”(以下简称为“超宇公司案”)作出判决。<sup>〔13〕</sup>

“超宇公司案”判决在司法审查权与新法的相应规定,乃至相关民事法律规范之间的关系方面,有两处值得关注。其一,案件中的被诉行政行为是行政协议。原告诉讼请求的是履行行政协议中约定的内容,属于典型的第 II 类型的行政协议争议。其二,裁判文书中,最高人民法

〔13〕 最高人民法院(2019)行再 4 号行政判决书。

院使用行政法的理论将合同性内容吸纳到行政过程之中,建构了对行政协议与对单方属性的行政行为统一适用的司法审查框架。

### (一)“超宇公司案”的事实与裁判

#### 1. 案件事实概要

2013年7月,因建设长株潭城际铁路需要,湖南省株洲市人民政府(被告、被上诉人、再审申请人,以下简称“株洲市政府”)发布(2013)第17号《国有土地上房屋征收决定》和《征补方案》。株洲市超宇实业有限责任公司(原告、上诉人、被申请人,以下简称“超宇公司”)拥有的1546.6平方米使用权土地中的72.5平方米房屋位于征地红线范围内。2014年4月,荷塘区指挥部与超宇公司签订《框架协议》,内容为整体征收,一次性货币补偿,2014年5月31日前签订正式的《征补安置协议书》。2014年5月23日,超宇公司搬迁腾空72.5平方米房屋并交付。相应房屋于同日被拆除,但双方未在协议约定期限内达成征补协议。

超宇公司要求重新选定评估机构评估作出补偿决定未成后,遂于11月2日起诉株洲市政府,要求其作出征补决定。2016年11月23日,一审判决责令株洲市政府在判决生效后60日内对超宇公司作出征补决定。次年1月23日株洲市政府作出1号征补决定,主要内容为:①红线范围内的72.5平方米一次性货币补偿;②红线范围内未经登记建筑作为合法建筑予以补偿。超宇公司申请复议,但复议决定为维持。

超宇公司提起行政诉讼,请求撤销1号征补决定和相关复议决定。一审株洲中院驳回诉讼请求。二审湖南省高院判决撤销一审判决、撤销1号征补决定、撤销复议决定、责令株洲市政府重新作出征收补偿决定。该判决的内容要点为:①超宇公司已经履行了《框架协议》,但株洲市政府未能签署征补安置协议且未提出正当理由,违反信赖利益保护原则;②株洲市政府已知超宇公司的整体征收请求和《框架协议》内容,故应当考虑其请求作出公平处理,但没有考虑上述应当考虑的因素,明显不当。

株洲市政府申请再审。2019年2月28日最高人民法院作出(2019)最高法行再4号判决。

#### 2. 判决要点

最高人民法院的判决主要内容如下。

(1)《框架协议》属于(行政主体)在征收实施过程中作出的承诺,对征收双方均具有拘束力,在签订补偿协议或者作出补偿决定时应当对其中合法有效的约定予以采纳。

(2)行政机关作出的行政允诺、行政协议等行为必须建立在依法行政的前提下,即行政机关作出的允诺或达成的协议必须在其具有裁量权的处置范围内,且不违反法律的强制性规定,不会损害国家利益、社会公共利益。在国有土地上房屋征收过程中,征收补偿的款项均来源于公共财政,对征收补偿款不进行合理控制必然会对社会公共利益造成不利影响。

(3)行政机关在组织实施征收与补偿工作时,必须遵守《征补条例》等法律、法规的规定,符合征收决定及房屋征收补偿安置方案的要求,对被征收人给予公平补偿。行政机关违反《征补条例》等法律、法规,超出征收决定的范围或者房屋征收补偿安置方案确定的补偿标准,作出的相关承诺、签订的补偿协议或者作出的补偿决定,人民法院应当作出否定的评价,不



予支持。

(4)不能将信赖利益保护原则置于依法行政之前,无原则的以牺牲社会公共利益来强调政府对所作承诺的遵守。确因国家利益、公共利益或者其他法定事由改变政府承诺的,行政机关可以依法补偿财产损失。

(5)超宇公司仅有72.5平方米房屋及土地在征收红线范围之内,对该部分的征收亦不影响其对剩余土地的使用。因此,《框架协议》约定对超宇公司实施整体征收,超出该次征收的红线范围,不符合《征补条例》的规定,缺乏法律依据,不具有法律效力,对株洲市政府作出补偿决定不产生拘束力。

## (二)判例中的法解释框架:作为裁量的意思表示

### 1. 判例面对的问题及其意义

如本文第一部分所述,在实定法要求的行政行为合法性审查之中,如何、以什么方式、在多大范围内对行政协议中具有民事属性的“合同性”部分内容(具有民法属性的各方主体的意思表示)进行合法性审查,是裁判中的关键所在。由此进一步引出的问题是,“行政行为”概念会在相应的司法审查状态中发生怎样的变化。

### 2. 判例中呈现的司法审查框架

#### (1)司法审查的对象

正如“事实概要”的部分所示,此判决首先表述了所审查的对象与通常定义的单方法律行为属性的行政行为不同,是《框架协议》中的承诺,即被审查的不是作为行政行为整体的行政协议,而只是其中行政主体方的行为部分,并不触及到双方意思表示一致内容中的其他部分。这里需要注意的是,该判例中的“承诺”是最终已经固定在生效行政协议中的意思表示行为,已经具有了法律效力,对征收双方均由有拘束力,后续签订补偿协议和作出补偿决定都必须受其效力的约束。这正是《框架协议》中的承诺须成为司法审查对象的原因。

#### (2)行政主体方意思表示与“裁量权”

行政协议首先是合同,是双方通过交涉而最终达到意思表示一致而成立的法律行为,因此在双方的相互交涉过程中,各方的意思表示本身具有自由性。但是该判例指出,行政主体方最终确定且生效的意思表示,即“作出的允诺或达成的协议必须在其具有裁量权的处置范围之内”。这里,判例使用行政“裁量权”概念,首先意味着其从行政法学的角度将行政主体方的意思表示过程定位在行政权的法律适用过程之内,接受依法行政的约束。其中具体征补的行政活动涉及到使用“公共财政”的活动,需要服从相关的法律制度,如《征补条例》中的规定,包括依据该法制作的《安置方案》。如果行政主体方的承诺超越征收决定的范围或者安置方案决定,就会构成行政违法。其次,裁量本身允许行政主体基于行政主体自身的意欲和认识,在作出行为效果选择上具有一定的自由空间,而非机械僵硬地适用法条规定。使用裁量的角度处理在法规范允许的范围之内的行为自由的方法,使得其与合同主体在意思表示方面的自由度具有相同属性,也因此将相关合法性的判断转换为在法规范允许范围之内的(行为效果选择)契约自由。再次,行政主体方的意思表示自由必须以法律的强制性规定为限制边界,而这种限制边界的设定源自实定法,属于维护国家和社会公共利益的公法制度。

### (3) 裁量权解释框架的内部结构: 意思表示自由—公共限制边界

综合上述(1)与(2)的内容,可以看出,判例既然将行政主体方的意思表示定位为行政的裁量,那么也就意味着裁量本身需要接受法规范的制约。这种行政裁量所具有的自由度与对其的法规范限制之间的关系,将行政协议中的“合同性”与“行政性”统合至司法审查之下,可以归纳成一般性判断框架:“意思表示自由—公共限制边界”。

在这个框架中,行政主体方在作出缔结协议意思表示的自由度方面,在法律原理上与民法中的合同主体的属性上具有相同性,均可以纳入到契约自由之中去认识。这是行政协议“合同性”的基本表现。但是另一方面,由于行政主体方代表着公益实现行政任务目的,其相关的意思表示自由又必须受到宪法以及一系列具体法律规范的制约,即作为“行政性”表现的行政权运行本身须接受依法行政的制约。这也构成了行政法中具有公法属性的行政协议中所谓“行政性”和“合同性”的基本关系结构。在这样的前提下,行政主体方“合同性”中的意思表示自由转化为行政裁量中的行为效果选择(作为裁量的意思表示),从而在我国现行实体法体系中,将“合同性”事项也纳入了司法可审查的范围之内。

### (4) 合法性判断的基础

由于行政协议是双方意思表示一致的结果,因此,当既有的如承诺等意思表示内容逾越出法定的公共限制边界,那就会引出一个问题:究竟应基于合同法上“合约性”的规定承认该意思表示结果的有效性还是基于设置了法定公共限制边界的实定法规定,确定超出相应边界的意思表示内容无效?

结合该判例中“意思表示自由—公共限制边界”合法性判断框架的内容可见,该判例承认的规范是超出公共限制边界的行政主体意思表示内容不产生法律效力,即合法性的判断优于合约性,因此该判决指出了“不能将信赖利益保护原则置于依法行政之前,无原则的以牺牲社会公共利益来强调政府对所作承诺的遵守”的结论。但是,对于相应的利益损失,本判决指出因合法的承诺的改变而遭受的损失,可以依法获得补偿。这里是否意味着也可作出反向解释,当违法的承诺被改变(纠正)时,则并不产生国家赔偿。

在上述两个前提之下,可以从该判例的内容中归纳出:当司法对行政协议是否违法进行审查时,其审查的具体对象为《框架协议》中行政主体方作出的意思表示行为(如承诺),所适用的合法性判断框架是“意思表示自由—公共限制边界”。因此,就该判例的诉讼内容而言,行政协议《框架协议》之中无论行政主体作出的给予原告补偿的承诺内容为何(如整体征收),都必须接受《征补条例》的约束。当承诺的征收范围超出法定的征收红线范围时,相应部分的承诺因缺乏法律依据而不产生法律效力,因而对补偿决定不产生拘束。

## 四、检证:解释框架对既有判例的适用性

针对第Ⅱ-1类型的行政争议,上述部分判例采用的“作为裁量的意思表示”司法审查法解释框架,是否可以脱离个案而成为一般性的分析工具,则需要对同类判例进行对比检证。

本部分选定三个判例作为检验对象:旧法时代的“郑义财案”判决以及适用新法的判例“华隆案”判决和“中孚案”判决,相关理由见下面讨论相应判例的部分。需要说明的是,判例“超宇公司案”在表述形式上就直接使用了行政法学的用语,但是,每个案件的表述形式并非一致。因此,分析其他裁判例中使用的司法判断方法时,着眼的是其内在的逻辑和框架,而不拘泥于文书表述的文字形式。

### (一)旧法中案由为“行政合同”的判例

行政诉讼中行政协议的明文概念虽然出现在新法之中,但在此之前,最高人民法院就尝试将这类行政活动纳入司法审查范围。2004 年 1 月 14 日最高人民法院发布《关于规范行政案件案由的通知》,确定了 27 种行政行为的种类,其中有一类型为“行政合同”。最高人民法院行政审判庭发布的案例“行政机关应依法履行土地征收补偿合同约定的义务——郑义财等 243 户村民诉汕尾市国土资源局土地行政合同纠纷案”(以下简称“郑义财案”),就属于案由为“行政合同”的判例。该案的“裁判要旨”指出:“人民政府土地行政主管部门与被征用土地农村集体经济组织签订的土地征收补偿合同是行政合同,由此引起的纠纷属于人民法院行政诉讼的受案范围。行政机关未按照合同约定履行义务的,人民法院可以判决其依法履行。”<sup>〔14〕</sup>从该处表述的内容来看,其与新法第 11 项对行政协议制度的要求完全相同。

#### 1. 案件概要与问题表现

郑义财等村民(原告、上诉人)所属村与国土局(被告、被上诉人)签订的《征地协议书》确定了有关土地为特定项目的建设用地,继而签订《征地补充协议》以明确约定留成用地指标比例和相应用地面积以及相关补偿事项。此后,国土局向村民所属村发出《承诺》,就《征地补充协议》相关的事项,作出了六点承诺。后因国土局的承诺内容与村民间产生争议之故,村民提起行政诉讼,请求判令国土局履行《征地补充协议》和《承诺》中约定的内容。

该案件的行政诉讼的内容中,原告多个请求尽管最终都归结到判令被告履行承诺的义务,但归纳起来,涉及到以下两个提出路径。第一路径由两个步骤组成。第①步提出的是确认行政主体方意思表示的请求。例如对于“集体所有的青苗、附着物及建筑物等,在现场清点核算后根据时期情况给予 10 万元以上的补偿”的承诺,究竟是“保证对村集体的财产损失补偿在 10 万元以上”还是“另行增加 10 万元”,原被告间存在争议;再如“征地补充协议中的留成用地面积 60 亩”是否已经包括了承诺增加的 10 亩在内。这些争议涉及的是意思表示是否存在或内容是什么的纠纷解决问题,本质上与民诉无异,无关合法性审查,该归类于第 II-2 类型的行政协议争议。第一步确认完成之后才是判断是否应该履行承诺的第②步的争议,诉讼才进入到不履行相应义务(不作为的行政行为)是否违反约定(违法)的司法审查阶段。第②步的争议可归入第 II-1 类型的行政协议争议,而第①步的纠纷解决在整个诉讼过程中只是第②步最终合法性审查的前提。

〔14〕 中华人民共和国最高人民法院行政审判庭编:《中国行政审判案例(第 3 卷)》,中国法制出版社 2013 年版,第 105—110 页。

案件中第二路径需要司法权直接判断不履行是否违约或违法。由于既有宅基地已无法满足原告村民所在村的住房需求,故行政主体在2007年根据《广东省实施〈中华人民共和国土地管理法〉办法》作出留用地上安排村民宅基地的承诺。但在2009年省政府颁布《广东省征收农村集体经济土地留用地挂历办法(试行)》,严禁将留用地分配到本村村民。这样,争点就集中于2007年的协议承诺是否合法和是否该履行的问题。这样诉讼的核心争议焦点就只是履行约定的义务是否违法,在分类上无疑应归入第Ⅱ-1类型的行政协议争议。

## 2. 争议的结构:第Ⅱ-1类型争议与司法审查的关系

上述案件中提到,第一路径的审理事项中第①步是约定内容存在的争议,即解决第Ⅱ-2类型的行政协议争议。<sup>〔15〕</sup>对此争议,无论一审还是二审法院所采取的方式,与民事诉讼中司法权的运行方式并无差别。例如在通过事实推断等方法确定承诺内容的真实意思(如判断是否“另行增加10万元”和是否在60亩之中“已经包括了承诺增加的10亩在内”等)。但是,必须注意到其中的两点。首先,这些意思表示的内容均属于应履行的法定义务的内容。具体而言,该案件中行政主体所应履行的是土地征收相关法律制度<sup>〔16〕</sup>上的法定义务,行政合同的内容则是将法定义务在特定项目之中予以具体化。其中行政主体方的意思表示自由度被限制在土地征收法律制度范围之内,成为履行相应土地征收法律制度中法定义务的行政活动。也正因为行政诉讼法律制度要求如此,诉讼中解决有关行政主体真实意思表示究竟为何的争议,其相关事项也是在确定相关的意思表示自由是在具体的合法前提之下。其次,确定承诺内容的真实意思本身固然可以采用解决纠纷(与民诉相同)的诉讼方式,但是,第Ⅱ-2类型的行政协议争议确定真实意思的目的,终究在于审查不履行义务的不作为是否合法,后者还是第Ⅱ-1类型的行政协议争议。可见这是个双阶结构的行为。

第二路径的审理事项涉及到承诺是否违法的问题,这直接与行政诉讼的司法审查作用相契合。原被告双方对于《承诺》中约定的义务内容本身不存在争议,需要司法判定的是该约定义务是否合法以及应该履行。具体的争点集中于,约定的义务(行政主体在2007年根据《广东省实施〈中华人民共和国土地管理法〉办法》的有关规定作出安排村民宅基地的承诺)成立于禁止性规定(2009年省政府颁布《广东省征收农村集体经济土地留用地管理办法(试行)》)发布之前的,是否受该禁止性规定的约束。对此,二审法院认为:“由于被上述人作出的该项承诺是在2007年,根据法不溯及既往的原则,针对新地村的个案情况,从维护政府职能部门的诚信度处罚,被上诉人应履行《承诺》的该项义务。”这里可以观察到的是,法院认为先行承诺的义务不受后期禁止性规定拘束,不履行则构成违法,因而应该履行。因此,司法审查的对象为2007年

〔15〕 就一般情况而言,这项争议还可以进一步细分为是否存在约定义务以及该约定是否已经履行方面(阶段)的问题。由于原告的诉请没有涉及到前一个争议,因此本文对此不作区分。

〔16〕 “郑义财案”一审判决时间为2009年,二审判决为2010年,此时应该适用的土地征收法律为2004年修正的《土地管理法》和相应的《土地管理法实施条例》以及广东省当时的地方性法规《广东省实施〈中华人民共和国土地管理法〉办法》。案件所涉的有关征收补偿合同中约定的行政主体的义务,均属于这些法律制度中相应义务规范的具体化。

行政合同中的承诺义务,该项诉讼争议可以归入是第 II -1 类型之中。

## (二)新法中近期的判例

与旧法的形式表现不同,新法自 2015 年施行起将行政协议明文导入了行政诉讼法律制度。就最近的判例情况而言,2022—2023 年两年间刊登于《最高人民法院公报》上的行政法判例中,有两件涉及到行政协议。这两件分别是“濮阳市华龙区华隆天然气有限公司因濮阳华润燃气有限公司诉河南省濮阳市城市管理局、河南省濮阳市人民政府确认行政协议无效再审案”(以下简称“华隆案”)<sup>[17]</sup>和“灌云中孚环保科技有限公司诉灌云县人民政府等撤销政府特许经营协议纠纷案”(以下简称“中孚案”)。<sup>[18]</sup>如果说旧法时代的“郑义财案”判决内容意味着旧法时代司法审查面对默示“行政合同”采取的判断方式,那么这两个判例的规范性内容表述则代表着相关法制度的新发展。

### 1. 案件概要与问题表现

#### (1)“华隆案”概要

管道煤气特许经营协议兼具“行政性”和“合同性”,这是判例“华隆案”判决“裁判摘要”所强调的。该案件中,华隆公司(一审第三人、上诉人、再审申请人)与城管局(被告、上诉人)签订了城市管道燃气特许经营协议(以下简称《华隆协议》)。华润公司(原告、上诉人、再审被申请人)认为该协议与此前其和市政府(被告)签订的管道煤气特许经营协议(以下简称《华润协议》)中议定的经营区域部分重叠,因此请求法院确认这份后签的《华隆协议》无效。一审判定《华隆协议》中相应条款违法;二审确认该协议无效。最高人民法院经再审查认为,《华润协议》的“约定并没有明确的地理四至”,因此该协议虽签订的时间早于《华隆协议》,但因“不能证明被诉协议与该经营区域部分重叠,也不能证明华润公司的合法权益受到侵害”,因此认为华润公司的主张不能成立而驳回其诉讼请求。

#### (2)“中孚案”的概要

“中孚案”涉及到的同样是公用事业特许经营行政行为方面的争议。

2011 年县政府(被告、被上诉人)与中孚公司(原告、上诉人)签订城市生活垃圾处理工程项目合作建设经营协议(以下简称《中孚协议》),授予该公司特许经营权。2015 年,该县政府与光大公司(被告、被上诉人)签订生活垃圾焚烧热电联供厂 BOO 项目特许经营协议(以下简称《光大协议》),授予该公司垃圾焚烧发电特许经营权。2018 年中孚公司知悉两份协议项目在生活中垃圾的收运和处理范围存在重合,认为县政府违反《中孚协议》,请求法院确认县政府授予光大公司特许经营权的行为违法并予以撤销。

#### (3)判例中问题表现的共同点

上述两个都涉及到第 11 项行政协议。进一步讨论案件中“政府特许经营协议”在诉讼中的问题时,可以观察到,诉讼请求与司法审查的对象之间,存在如下关系。其一,被诉行政协议

[17] 刊登于《最高人民法院公报》2022 年第 5 期,最高人民法院(2020)行再 509 号行政判决书。

[18] 刊登于《最高人民法院公报》2023 年第 11 期,江苏省高级人民法院(2020)苏行终 638 号民事判决书。

与授予特许经营权行为的关系。两个案件中的具体诉讼请求不同：“华隆案”中原告诉请的是确认被诉行政协议无效，“中孚案”的原告（上诉人）直接请求的是撤销县政府授予光大公司特许经营权的行为，而非行政协议。但是，两份行政协议都是作为记载着“授予特许经营权”的行政行为的证据材料，自身并没有成为直接的诉讼标的。从两者间的关系看，由于该授权行政行为内容记载于行政协议之中，构成该行政协议的一部分，因此，该授权行政行为是否合法，将影响行政协议的效力。这意味着，对协议中一部分与行政权相关内容的审查，涉及到该行政协议整体的效力。

其次，诉讼请求中的无效确认或撤销与协议履行。与上述诉请相关的是，被诉的均为第三人与被告行政主体之间的行政协议（以下简称“第三人协议”）。因第三人协议侵害了自身与被告行政主体方之间的行政协议（以下简称“自身协议”）中自身的权益（如地理位置或内容“重合”）才提起诉讼。由于诉讼的目的在于排除这种侵害，从而使自身协议能够履行，所以，诉请审查的行政行为，实质上是“行政机关不依法履行、未按照约定履行”属于自身协议的“政府特许经营协议”。

## 2. 争议的结构：争议类型与司法审查的关系

### （1）争议类型：第Ⅱ-1类型

上一部分归纳了这两个判例中两对关系的共同点，从中可以看出，由于争议实质指向自身协议能够依照约定履行，因此，判例中的行政协议诉讼争议，应归于第Ⅱ类之中。进一步而言，由于争议内容不涉及到行政协议中意思表示是否存在或真实，因此，这两个判例可以归入第Ⅱ-1类型的行政协议争议类型。在这两个判例中，司法审查涉及到的只是妨碍自身协议履行的原因—第三人协议的效力问题。这样，关注重点就集中于第三人协议中的哪部分（或所有部分）意思表示基于什么理由要接受司法审查。

从这几个判例中可以看到，法院始终将行政协议中的一部分从整体中区分出来，把该特定部分作为集中审查的对象，以确定其是否合法。

### （2）审查的范围：行政主体方意思表示部分

在“华隆案”中，司法审查针对的是作为第三人协议的《华隆协议》中有关“特许经营权”的事项，如经营范围等。特许经营权本身是属于政府在运营市政公用事业中承担的职责，是给付行政中重要的部分。该判决指出，涉诉的行政协议是“根据《建设部关于印发〈关于加快市政公用行业市场化进程的意见〉的通知》中‘城市市政公用行业主管部门代表城市政府与被授予特许经营权的企业签订特许经营合同’的规定”而签订的，这意味着私人方通过行政协议获得了行政主体授予的特许经营权。这意味着原本行政主体承担着经营市政公用产品或服务的行政活动，经与私人缔结授予行政协议，从而由私人替代行政主体从事同样的行政任务。行政诉讼中接受司法审查的，正是行政主体方有关授权这部分内容的意思表示。

在“中孚案”中，行政协议与司法审查之间也表现出与“华隆案”同样的结构关系。“中孚案”审查的事项，集中于第三人协议关联的特许经营权方面。该案的二审判决指出，行政协议中的“行政性”的特征，决定了行政主体方缔约行为具有履行公共职能属性，因此应遵守依法行

政为基本原则。该判决接着指出,这里的依法行政表现在缔结行政协议前应当履行“先契约义务”。所谓的先契约义务是指在行政协议缔结之前,行政主体“应依法行使行政协议缔约人的选择、协议的内容等符合为保障和实现公共利益而制定的相关法律法规的规定”。具体而言,法院认为,这项义务产生于实定法《基础设施和公用事业特许经营管理办法》第 3 条,属于“法律规范的强制要求”,因此该“先契约义务”“并不受行政协议是否成立或生效的任何影响,行政机关也不得因非法定因素而排除或放弃履行”。由此可见,这项“先契约义务”是独立于行政协议之外的行政活动承担的责任。<sup>[19]</sup>但同时,在行政主体与经“先契约义务”选定的私人意思表示一致之时,这项已经完成的义务也因此而进入到行政协议之中,构成行政协议内容的一部分。而司法审查针对的正是这项行政活动,被诉行政协议因未有证据证明履行了该项义务而无效。

“华隆案”和“中孚案”这两个判例共性在于,司法权在涉及第 11 项行政协议的诉讼中,审查对象当然是行政协议,但又不是行政协议整体内容,而是行政协议中居于行政主体方所作的意思表示部分。在实定法上,这个部分内容有时属于独立于行政协议之外的行政主体的行为,这也是强化其须通过司法审查判断合法性的根据。近期的判例也有这方面的反映。如“余姚市甬兴气体分滤厂与余姚市住房和城乡建设局燃气经营许可纠纷案”<sup>[20]</sup>中,法院审查的被诉行政行为是针对原告核发瓶装煤气经营许可证的申请,行政机关作出的是单方行政行为——《不予行政许可决定书》。案中的行政行为与上述两项判例中构成行政协议一部分的特许经营权内容在属性和作用上基本相同,由此也说明,在行政协议中,司法审查针对的只是其内容中有关行政活动合法性部分。<sup>[21]</sup>

## 五、司法审查范围与行政统合解释框架中的合同性

### (一)行政主体方的合同自由与法规范限制

#### 1. 作为前提的合同自由

行政协议首先是协议,即合同或契约,<sup>[22]</sup>其最基本的特征为平等缔约双方主体意思表示一致。因此,在讨论行政协议各方面的事项时,合同自由是学理和制度性前提。在以市场经济

[19] 这项判决中的“先契约义务”与民法理论中的同名概念并不全然相同。关于民法中的“先合同义务”,参见韩世远:《合同法总论》(第四版),法律出版社 2018 年版,第 56 页。

[20] 刊登于《最高人民法院公报》2022 年第 2 期,其中涉及到的二审裁判文书为浙江省高级人民法院(2020)浙行申 683 号行政裁定书。

[21] 该案件涉及到的核发“瓶装燃气经营许可证”的行政行为是(一般)许可还是特许,或许仅就所依据的实定法《城镇燃气不便利条例》和《宁波市燃气管理条例》还难以定性,判断的关键点还在于究竟涉及到的解除对营业自由的限制还是授予从事公共服务的资格。但是,仅就该核发许可证的行政行为受到法定规划的限制以及因存在数量限制而具有了垄断性来看,至少在功能上与特许具有相同的法律管理作用。

[22] 有关我国的法学和法律制度中合同、契约以及协议这些用语之间的异同以及变化的历史原因,参见韩世远,见前注[19],第 2—3 页。

为基础的法律制度中,合同自由作为一项法律原则,表现为当事人有缔约自主决定权;对于已经缔结的合同,无论是合同的内容还是合同的执行,都不受来自于合同关系之外的任何人的干涉和制约。因此,不受强制或者干涉是合同自由的基本要义。<sup>〔23〕</sup>《民法典》第5条体现了该项原则。<sup>〔24〕</sup>作为一项法律原则,合同自由不仅作用于民法领域,也具有保障宪法上基本权利的作用。<sup>〔25〕</sup>

尽管合同自由居于基础原则地位,但其内容在现代社会不断变迁。从古典合同法至现代合同法的发展过程也是合同自由受到限制的过程,其中除了民法和商法自身内在的变革压力之外,与公法乃至行政法有关的变化,尤其是行政权行使进入合同,对合同自由的影响不容忽视。<sup>〔26〕</sup>第11项行政协议之所以被列入司法审查的范围,正是反映了行政主体作为合同的主体时,在合同形成过程所享有的合同自由,即意思表示自由需要受到法规范的限制。由此,在第11项的协议中,行政主体方所享有的意思表示自由与对此自由的法规范限制则统合在行政主体的行为之中。

## 2. 有名协议中的行政性

第11项行政协议是须受司法审查的合同,那么,协议中须由司法作出合法性判断的行政部分,究竟以怎样的方式存在其中?这是接下来需要讨论的问题。

在第11项中,法律明文列举出的行政协议(有名协议)是“政府特许经营协议、土地房屋征收补偿协议”两个类型。但是,其后的“等”字意味着这两项属于不完全列举,需要从列举的有名协议所具的共性中推导出可适用于其他合同的共性事项。<sup>〔27〕</sup>尽管最高人民法院“法释〔2019〕17号”第2条将“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”和符合该司法解释文件第1条“规定的政府与社会资本合作协议”也列入了明示事项之中,但这种从实体法定义角度扩展外延的定义方式无法直接明确相应协议为何须适用于司法审查程序,故还需回到法律本身规定的有名协议去寻找共性之处。上文第二、三部分分析的判例,正好属于相应类型的有名协议。

### (1) 土地房屋征收补偿协议

土地房屋征收补偿协议(征补协议)的客体是特定的农民集体所有的土地或国有土地上的

〔23〕 有关契约自由的研究文献数量极多,但在最基本层上的认识基本相同。参见江登琴:《契约自由的宪法基础研究》,北京大学出版社2011年版,第48—49页。民法领域中基本相同的表述参见韩世远,见前注〔19〕,第34—35页。

〔24〕 从法律制度发展过程来看,《民法典》之前的《民法通则》第3、4条以及此后的《民法总则》第5条和《合同法》第4条都有相同的规定。

〔25〕 参见江登琴,见前注〔23〕,第82—83页。

〔26〕 有关契约自由原则的兴衰及其变革方面,导引性文献参见韩世远,见前注〔19〕,第30—36、46—47页;(日)内田贵:《契约的时代》,宋健译,商务印书馆2023年版,第4—11页。

〔27〕 指导案例第6号判断旧《行政处罚法》第42条中列举的听证事项与“等”字之间的关系时采用了类比推导方法。此前2004年最高人民法院《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》(法〔2004〕第96号)也主张“概括的情形应为与列举事项类似的事项”。



房屋，<sup>〔28〕</sup>协议涉及到的内容是这些特定的土地或房屋与相对应的金额或实物之间的交换，以及交换的方式、期限等一系列事项。所谓土地房屋征收补偿协议就是双方当事人就这些内容事项达成意思表示一致的法律行为。如该类协议的构成内容仅此为止，那么其与作为经典合同类型的买卖合同在形式上并无二致。但是，由于征补协议的前提是行政权对土地或房屋的强制取得，因此在协议之前由行政主体单方设置了适用于协议的前提条件，如征收决定、征收方案、公告等。<sup>〔29〕</sup>简言之，这些强制性前提条件，是行政主体针对具体的征收事项，将征收法规的相应条款对应具体征收事项的具体化内容，因此，在缔结征补协议的过程中，行政主体方寻求与被征收人可以达成缔约法律效果的意思表示（要约或承诺），在法律上必然受制于这些强制性前提条件，或者说其享有的合同自由只存在于相应的强制性前提条件之内。与此相对的被征收主体方的意思表示，尽管并不受制于这些前提条件，但能够被行政主体方接受的范围也只能在该限制范围之内。可见征补协议自身就是在法定强制的范围之内表现意思自由的一种制度类型。其中行政主体方欲以达成征收目的的各种意思表示，均只能在此前提条件的范围之内，这与行为效果裁量中行政主体的在法定框架之中对行为效果的选择具有同构性。<sup>〔30〕</sup>

## （2）政府特许经营协议

政府特许经营协议的出现，则是运用合同方式替代行政主体的单方行为行为以实现行政目的的制度。从合同的发展历史来看，这类合同已经与经典的买卖合同具有了本质性的不同，其不是如经典合同那样建立在合同主体之间单项交易的基础之上，而是以政府提供公共服务为约定内容。从本文第三部分中判例涉及到的内容看，无论是“华隆案”还是“中孚案”，这类行政协议将原本属于政府履行公共服务的责任授权市场主体承担，是行政主体方以法规范为根据，通过授权内容的意思表示，将原本属于行政主体自身的公共服务等责任转移至社会私主体。就一般意义而言，这类合同的出现是现代行政法与民法发展的共同成果，将“过去以来一直由公权力主体来提供的公共服务开始转换成有私权契约关系来提供”。<sup>〔31〕</sup>

政府特许经营协议以合同的方式替代了原本由行政主体单方作出的提供公共服务以及与此相关的行政活动，而这些公共服务或相关的行政活动，在广义的行政许可范围内，属于行政

〔28〕 相关征收的客体由《土地管理法》第 45 条第 1 款、《国有土地上房屋征收与补偿条例》第 25 条第 1 款所规定。

〔29〕 因征收农民集体所有的土地与征收国有土地上房屋各自适用的法规范不同（《土地管理法》、《国有土地上房屋征收与补偿条例》及其各自下位的实施性法规和规章），在相应的行政主体单方设置了适用于协议的前提条件也有不同，如土地征收方面的明文规定中没有如房屋征收程序中的征收决定，当然从法解释的角度也可理解为公告之中包含着征收决定的内容。因本文并不深入分析征收法律制度中的具体事项，

〔30〕 有关行为效果裁量方面的讨论参见王贵松：《行政裁量的构造与审查》，中国人民大学出版社 2016 年版，第 40、44、47 页。

〔31〕 参见内田贵，见前注〔26〕，第 iv 页。

特许行为。<sup>〔32〕</sup> 上部分讨论的“华隆案”和“中孚案”判例中,城市管道燃气提供和垃圾焚烧处理均属于这类行政行为。

正是因为特许经营权协议替代了行政特许行为,因此原本行政权的单方属性在授权的范围之内也就转化为行政协议在公益上的独占性或排他性。<sup>〔33〕</sup> 这里,当两个同样类型的特许经营协议之间产生冲突或存在对抗关系时,由于公益的独占性而产生的先到的先得规则的作用,先在的行政协议的内容,即该协议依法形成的内容成为排除后入者的规范,或者说保障特许经营权的法规范制度,经先在的行政协议内容具体化之后,在特定适用范围之内构成了限制后入的行政协议的公共限制。后入的行政协议形成过程中,行政主体方的意思表示的自由度必须以先在协议内容中的公共限制为法规范边界。

## (二)行政统合解释框架:意思表示自由与裁量的转换

### 1. 行政协议与被审查范围的确定

上面部分对有名协议内部结构的分析,并不是回到实体法角度去观察,而是想强调这两种行政协议的内部结构与判例“超宇公司案”中的解释框架之间的适合程度,以及需要关注到整体的行政协议中,受到司法审查的只是其中行政活动的部分。

我国的司法权对行政协议进行合法性审查时,其范围和内容的均受限于《行政诉讼法》制度的规范。从诉讼程序法而非实体法的角度来看,第 11 项行政协议概念也应在此法规范的框架内进行解释。

由于《行政诉讼法》的本质属性是通过司法审查判断行政行为是否合法,因此从解释论的角度看,无论旧法和新法中的法律概念“具体行政行为”和“行政行为”内容是否兼容单方性和双方性,接受司法审查的范围只是其中的行政活动部分。<sup>〔34〕</sup>

由于单方行政行为中的意思表示均由行政主体作出,并不涉及到行政相对人以及其他第三人的意思表示,因此司法审查涉及到的自然是行政行为的内容整体。但与此不同的是,在采用合同行为形式的行政活动中,法律效力的产生(成立和生效)须由合同双方主体意思表示达成一致。<sup>〔35〕</sup> 因此,如果相应的合同进入“受案范围”接受司法审查时,同样也是其中的行政活

〔32〕 特许在学理上是指对行政主体对社会主体的私人设定其原本没有的权利或权利能力的行为,与许可具有的解除一般禁止的行政行为相区别。至今国内直接就特许,尤其是特许与通常所称的行政许可之间关系的研究文献并不多,以自有或权利是否原本存在为基础的分类参见朱芒:“日本的行政许可——基本理论与制度”,《中外法学》1999年第4期,第102—110页。此文虽以日本为分析对象,但在一般学理上的分类方法对于我国的理论建设也具意义,参见王贵松:《中国行政法学说史》,中国人民大学出版社2023年版,第332—333页。《行政许可法》第12条中规定的“需要赋予特定权利的事项”应该理解为我国实定法上的特许规定。

〔33〕 我国目前颁布的特许经营协议范本,内容中都明确了排他性,法理原因就在于此。例如国家发改委制定并公布的《政府和社会资本合作项目特许经营协议(编制)范本(2024年试行版)》就明确特许经营权的排他性,目的在于能避免外部侵害特许经营权的情形出现。

〔34〕 关于对“具体行政行为”“行政行为”法律概念的多种认识观点,最近的归纳性文献参见刘飞,见前注〔4〕,第73—75页。

〔35〕 《民法典》第134条第1款、第502条第1款前句规定。

动是否合法接受判断。由于合同中只有行政方的意思表示具有行政活动的属性,司法审查也相应地以此意思表示的内容为边界设定审查范围。

受制于这样的制度性前提,接受司法审查的是协议中已经固定了的行政主体方所作要约或承诺的行为,而非行政协议整体。由于司法所审查的是行政行为是否合法,行政协议中的行政主体方的意思表示也须转换为行政裁量中行为效果的表现形式,由此统合在行政行为的框架之中,合法性审查的判断框架“意思表示自由—公共限制”也可转化为对行政裁量(尤其是效果裁量)中行政行为的自由度与相应边界范围、目的等方面的限制之间关系的判断。当然,与单方性的行政行为相区别的是,受到司法审查的只是作为行政行为的协议中的一个部分(要约或承诺),其本身并不因此构成一个独立的法律行为。<sup>[36]</sup> 通过对该部分行政活动内容是否合法的判断,最终裁判行政协议的效力。

因此,在认识行政协议中行政性与合同性的关系这个问题时,需要在我国行政诉讼法的行政行为合法性审查的司法框架中,针对处于第Ⅱ-1类型争议中的第11项行政协议,将合同性内容统合至行政的解释框架之内,即将意思表示自由转换为行政裁量中的行为效果选择行为,以适合司法审查的要件要求。总而言之,行政协议的合同性须置于行政性之内,才能适合司法审查。

## 2. 行政诉讼法上的“协议”定义角度:须受司法审查的合同

上述的论证结果还引出的一个问题是:从行政诉讼法(而非实体法)的角度,该如何定义行政协议?

从行政统合解释框架的视角看,第11项的行政协议应该是先对行政主体方的意思表示进行司法审查判断是否合法后,才能裁判是否应该消灭效力的合同。从便于讨论的角度可概括为:须受司法审查的合同才是(第11项的)行政协议。<sup>[37]</sup>

从行政诉讼法本质属性对行政协议的定义,可进一步延伸出以下两点内容。

首先,并非权利义务涉及行政的都属于行政协议。须受司法审查的合同才是行政协议这一定义角度,与从实体法上或者从学理建构方面对行政协议的定义角度存在着不同之处。在具有行政内容的合同中存在着无须接受司法审查的合同,诸如水电煤等公用事业协议,是私人主体接受行政主体的特许经营权授权之后,再以民事主体的地位与市民缔结的提供公共服务的合同,属于替代政府提供服务的方式。这种具有行政属性的协议尽管不属于市场交易性的

[36] 从实体法角度分类会有所不同。参见刘飞,见前注[4],第75—76、77—81页。其中有关于“分立+拆分说”以及对“拆分公式”质疑部分的论述。

[37] 从实体法角度研究识别定义的文献中,刘飞的“行政触动”主张因论证特定要件问题,一定程度上关注到了实体概念与司法审查的对应性。参见刘飞:“行政协议的识别方式——以‘永佳纸业案’为例的考察”,《中外法学》2023年第3期,第586—604页。

合同，<sup>〔38〕</sup>但发生相应争议时因无需判断其中的行政活动合法性而通常适用民事诉讼制度，因而不归入第 11 项的行政协议范围中。同样无法简单归入的事例如，新法颁布之后最高人民法院发布的司法解释文件“法释〔2015〕9 号”第 11 条表述行政协议为“行政机关……订立的具有行政法上权利义务内容的协议”，但从实体的角度仍然无法明确“行政法上的权利义务”的内涵外延，围绕最高人民法院发布的“永佳纸业案”中此概念的争议，正说明了这一识别进路的困难所在。<sup>〔39〕</sup>

其次，严格意义上(狭义)的行政协议，是第 II-1 类型争议中的行政协议。从本文第二部分讨论的第 11 项行政协议的争议类型来看，真正需要接受司法审查的具有合同性内容即涉及到意思表示的，是第 II-1 类型争议中的行政协议。司法权通过这一类型的争议，塑造了不同于实体法上的行政协议或行政合同的认识角度。

因此，从诉讼法的角度，可以将第 11 项的行政协议争议，限缩至第 II-1 这一类型之内理解。这类行政协议构成严格意义上或狭义的行政协议概念。该项中与此狭义的行政协议不同的其他争议类型中，司法审查并不触及到协议中的意思表示部分。第 I 类型争议中，协议只是行政行为对象，被诉的是外在于行政协议的行政行为，因此此类争议解决与合同性无关；第 II-2 类型争议尽管涉及到行政协议主体间意思表示争议，但这类争议与民事诉讼中的纠纷解决(非合法性审查)在属性上并无二致，只有合同性而无关行政性，且基本上处于(实际)请求协议履行之诉中前段的纠纷事实确认阶段。

## 六、结论：解释论的局限与立法论的可能

本文上面部分从行政诉讼法之解释的角度，对第 11 项行政协议中行政性与合同性之间的关系进行分析，通过整理判例“超宇公司案”提出的裁量的判断方式，提出了将合同性统合至行政性之中予以司法审查的解释路径。这样的法解释框架可以保持司法的合法性审查在现有实定法框架之内逻辑的一致性，但同时也会因此限制行政合同的其他争议进入行政诉讼之中。毕竟，合法性审查不能涵盖处理合法性审查之外的其他问题，而其他诉讼程序制度又无法有效解决整理的各种问题。因此，本文的分析结论只能说是不同于既有角度研究行政协议的出发点，法解释框架本身以及由此而展开的具体空间应该非常宽广。

与此同时，实体层面的学理建构探索以及立法论层面的讨论已经有了相当的积累，<sup>〔40〕</sup>从

〔38〕 这类合同也可被归入行政协议，王利明认为“应以非市场行为性作为识别行政协议的关键要素”。参见王利明：“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，第 11 页。

〔39〕 有关文献整理参见刘飞，见前注〔37〕，第 598 页。其中分析了陈天昊、宋华琳、郭一君以及凌维慈等人的论文。

〔40〕 最近的文献例如刘飞：“行政协议诉讼的制度建构”，《法学研究》2019 年第 3 期，第 32—47 页；陈天昊：“行政协议合法性审查机制的构建”，《法学》2020 年第 12 期，第 159—175 页。

制度建设的角度观察,能够解决行政争议的诉讼制度并非只有我们目前实定行政诉讼法上的种类——(广义的)撤销诉讼。从立法例来看,诸如日本行政诉讼法上的实质性当事人诉讼和争点诉讼<sup>[41]</sup>就值得纳入我国行政协议学理研究的视野。

---

**Abstract:** To interpret the concept of “agreement” in administrative litigation law and its relationship between administrative and contractual aspects, it’s essential to base the analysis on the nature of legality review within administrative litigation procedures. This exploration starts by categorizing agreements into two main types and three subtypes: agreements as objects of administrative actions and agreements as administrative actions themselves. The latter can be further divided into legitimacy disputes involving intent and certainty disputes, narrowing the focus to this type of controversy. Building on this, by analyzing cases like the “Chao Yu Company Case”, which uses a purely administrative review perspective, a legal interpretative framework can be developed to outline the relationship between the scope of administrative discretion and contractual freedom. This framework is then applied to analyze case law under old laws involving “administrative contracts” and recent cases under new laws, validating the framework’s applicability. By synthesizing case law practices and considering the characteristics of the administrative aspects within statutory agreements, a cohesive legal interpretative framework is established. This framework translates the administrative agency’s intent (contractual) aspects within agreements into administrative discretionary actions subject to administrative litigation law’s constraints.

**Key Words:** Administrative Contracts; Judicial Review; Administrative Discretion; Administrative Litigation; Legal Interpretation

---

(责任编辑:王锡梓)

---

[41] 参见日本《行政事件诉讼法》第 4、45 条。