

行政协议的识别方式

以“永佳纸业案”为例的考察

刘 飞*

摘 要 行政协议被纳入行政诉讼受案范围后,如何识别行政协议的问题引发了持续争论。在行政协议司法解释的基础上,最高法院通过典型案例“永佳纸业案”阐述了围绕“四个要素和两个标准”形成的识别方式。由于其中所采用的形式标准并不具有识别功能,实质标准缺乏实质内涵,对这些标准予以综合判断亦无助于行政协议识别方式的确立。因此,应大幅简化上述行政协议识别方式。具体而言:应排除不具有识别功能的形式标准,致力于以内容要素作为单一标准来识别行政协议。司法解释中规定的“具有行政法上权利义务内容”存在多种不同解释,应以协议内容是否“设定、变更或终止”行政法律关系作为识别行政协议的基本标准。识别过程中的关键区分点,则在于协议内容是否“触动行政权”。尽管从学理上笼统而言,行政协议可以具有“替代”行政决定的功能,个案中仍需具体指明协议内容如何“替代”行政决定或“触动行政权”,才可以最终确定其法律属性。

关键词 行政协议 识别标准 识别方式 触动说 替代行政决定

一、问题的提出

2014年11月1日修正通过的《中华人民共和国行政诉讼法》(下称“新行政诉讼法”)中,行政协议被纳入行政诉讼受案范围。由于法律条文中并未给出行政协议的明确定义,应如何

* 中国政法大学中欧法学院教授。本文系北京市社会科学基金重大项目“我国成文法体制下判例运用的理论与实践比较研究”(项目编号:19ZDA02)和“中国政法大学科研创新项目”(项目编号:19ZFG82006)的阶段性研究成果。

识别行政协议的问题,不仅引发了学界热议,亦在司法实践中造成了困惑。在《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》(下称《适用解释》)^{〔1〕}第11条第1款中,行政协议被界定为:“行政机关为实现公共利益或者行政管理目标,在法定职责范围内,与公民、法人或者其他组织协商订立的具有行政法上权利义务内容的协议”。此后,最高人民法院于2019年12月10日颁布《关于审理行政协议案件若干问题的规定》(下称《行政协议解释》),同时发布十件典型案例。^{〔2〕}由于行政协议为行政诉讼制度中“新增加的内容”,^{〔3〕}最高法院为之制定专门司法解释,应可视为修法之后的常规之举。然而在颁布司法解释的同时推出典型案例,却为近年来所鲜见,这实际上也在某种程度上反映了相关争议之激烈。2021年5月11日与2022年4月20日,最高法院继续发布两批典型案例。^{〔4〕}截止目前,最高法院已经发布三批共计三十件行政协议典型案例。

行政协议的根本特征在于行政性与协议性相互交织。如何识别行政协议的问题,仅凭抽象规范难以设定明确的界分标准,而是需要借助司法实践中形成的具体识别方式。即便成文规范中提供了明确规定,仍需经过司法实践的检验方能确立具体识别方式。正是在此情况下,基于典型案例所形成的“以案说法”方式,应可为行政协议的识别问题提供更为清晰的指引,典型案例正是因此而成为识别行政协议的重要依据。那么,可以从典型案例中提炼出何种审判思路、明确其起到何种指导作用,就成了首先应予考虑的问题。现有典型案例中,仅就对于行政协议识别方式具有的重要意义而言,首推“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”(下称“永佳纸业案”或“本案”)。^{〔5〕}在本案再审裁定中,最高法院就行

〔1〕 为配合“新行政诉讼法”的施行,最高法院审判委员会于2015年4月20日通过《适用解释》。该解释后被最高法院审判委员会于2017年11月13日通过的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》所取代。但由于后者并未对行政协议相关内容作出解释,因此至少在《关于审理行政协议案件若干问题的规定》出台之前,《适用解释》中有关行政协议的规范内容系行政诉讼中的重要依据。

〔2〕 该批案例在发布时曾被称为“参考案例”,参见黄永维:“《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》新闻发布稿”,最高人民法院行政审判庭编著:《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年版,第17页。后被列入最高法院官网中的“典型案例发布”栏目,改称为“行政协议典型案例”,载最高人民法院网站,<http://www.court.gov.cn/zixun-gengduo-104.html>,最后访问日期:2023年3月20日。

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

〔4〕 详见“最高人民法院发布行政协议典型案例”,载最高人民法院网站,<http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-301081.html>,最后访问时间:2023年3月20日;“最高人民法院发布第二批行政协议诉讼典型案例”,载最高人民法院网站,<https://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-355511.html>,最后访问日期:2023年3月20日。

〔5〕 详见最高人民法院行政裁定书,(2017)最高法行申195号。本案中,大英县政府根据县委形成的中共大英县委第23期《关于研究永佳纸业处置方案会议纪要》(以下简称《会议纪要》),安排永佳公司与回马镇政府分别为甲乙双方签订了《大英县永佳纸业有限公司资产转让协议书》(以下简称《资产转让协议书》或案涉协议)。协议约定永佳公司关停退出造纸行业,回马镇政府受让永佳公司资产并支付对价。双方部分履行协议后,因后续履行问题发生争议。永佳公司认为案涉协议为行政合同,大英县政府、回马镇政府认为其系民事合同。本案最后经最高法院作出再审裁定,支持原告方主张。

政协议识别方式作出了迄今为止最为详尽的系统阐述。在发布行政协议典型案例时,本案副标题上还被注明其典型意义为“行政协议的定义”。这在现有典型案例中系独一无二。因此,最高法院通过本案来具体阐述行政识别方式的意图,已不言而喻。在本案作为典型案例发布之后,一个由法律、司法解释与典型案例组成的行政协议识别方式体系已建构完成。那么,在现有成文规范与典型案例所建构的体系中,行政协议识别方式是否业已确立、还存在哪些问题、应如何进一步完善,正是本文所探讨核心问题。

二、现有识别方式中存在的问题

围绕如何识别行政协议,学界形成了多种多样的阐述,相关争议可谓历久弥新。^{〔6〕}新行政诉讼法颁布之后,不仅未能平息原有争议,相反却使得论争影响面进一步扩散至行政法学界之外。^{〔7〕}之所以如此,根本原因或许在于现有规范并未给出行政协议的明确定义。在此基础上,如果司法实践中能够确立识别标准,进而形成识别行政协议的基本方式,或许亦能解决行政协议的识别问题。那么,现有成文规范与司法实践中的基本现状如何呢?

(一)成文规范中的现状

基于实体性规范与诉讼程序规范的区分,可以更为清晰展现现有成文规范对于行政协议作出的规定。实体性规范中,目前可以说既缺乏行政协议明确定义,亦未确定识别标准与方式。具体而言,现有法律与行政法规均未对行政协议作出规定。在规章及以下的规范中,仅有一些地方行政程序规范形成了明确规定。例如具有代表性的《湖南省行政程序规定》将行政合同定义为:“行政机关为了实现行政管理目的,与公民、法人或者其他组织之间,经双方意思表示一致所达成的协议。”仅从其字面表述来看,不难发现这一定义过于宽泛,无法具体适用于识别行政协议。或许正因如此,该规定第93条第2款把“政府采购”亦明确列举为行政合同,与《政府采购法》中的具体规定构成冲突。^{〔8〕}整体而言,现有实体性规范中并未明确给出行政协议定义,这使得识别行政协议的任务,不得不主要交由诉讼程序规范来承担。

与实体性规范相比,诉讼程序规范作出了更多探索。尽管新行政诉讼法未给出行政协议明确定义,第12条第1款第11项已将之具体规定为“政府特许经营协议、土地房屋征收补偿

〔6〕“新行政诉讼法”出台之前的争议状况,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1159—1175页;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61—68页;陈无风:“行政协议诉讼:现状与展望”,《清华法学》2015年第4期,第94—108页。

〔7〕民法学界的代表性论文参见崔建远:“行政合同族的边界及其确定依据”,《环球法律评论》2017年第4期,第21—32页;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5—22页。

〔8〕《政府采购法(2002年)》第43条第1款规定:“政府采购合同适用合同法。采购人和供应商之间的权利和义务,应当按照平等、自愿的原则以合同方式约定。”在《湖南省行政程序规定》出台之后,后续制订的省级地方程序规定对之多有参照,但明确将“政府采购”列举为行政合同的仍为少数。

协议等协议”。作为新行政诉讼法出台后的首部配套司法解释,《适用解释》第 11 条第 1 款将行政协议的内涵确定为:行政机关“为实现公共利益或者行政管理目标”“在法定职责范围内”与行政相对人订立的“具有行政法上权利义务内容”的协议。第 11 条第 2 款还明确规定,除新行政诉讼法第 12 条列举的两类协议之外,“其他行政协议”亦在行政诉讼受案范围之列。^[9]此后发布的《行政协议解释》第 1 条中,增列了“矿业权等国有自然资源使用权出让协议”等协议。行政协议的内涵则被设定为“实现行政管理或者公共服务目标”与“具有行政法上权利义务内容”两项。相较于《适用解释》而言,《行政协议解释》中的规定更为具体。然而即便如此,该司法解释亦需要在第 2 条第 6 项将“其他行政协议”设定为兜底条款。正如有学者指出,此界定方式“碰到最大的问题是无法回答列举范围之外协议的定性与审查问题”。^[10]质言之,尽管诉讼程序规范中的规定更为具体,行政协议的识别问题仍未得到解决。何为“其他行政协议”的问题,无法仅凭抽象规范予以确定,仍取决于个案裁判作出的具体判断。

从新行政诉讼法到《适用解释》再到《行政协议解释》,不难看出最高法院致力于拓展行政协议内涵与外延的努力。正如有学者认为,与新行政诉讼法相比,《适用解释》对于行政协议作出了“一些扩展性解释和规定”。^[11]《行政协议解释》则实现了“行政庭管辖扩权”,^[12]体现了为“行政协议圈定范围的意图”。^[13]陈国栋还注意到,不乏有学者“大肆鼓吹,扩张行政协议的范围”,甚至于有些法官还“趁机在案件中将一些在立法上还未明确其属性的合同纳入行政协议的范围”。^[14]这些状况的形成,根源还是在于实体性规范的缺位,这使得本来应聚焦于争议解决的诉讼程序规范,需承担起原本应属于实体规范任务的识别功能。

(二) 司法实践中的现状

在永佳纸业案中,双方争议的焦点为案涉《资产转让协议书》的法律属性,即其为行政协议抑或民事合同的问题。最高法院在再审裁定中基于原《适用解释》认为,行政协议应当具备五个方面的要素,即主体要素、目的要素、职责要素、内容要素与意思要素。^[15]其中的内容要素,也即“标的及内容标准”,最高法院认为系识别行政协议的实质标准。其他四要素的作用,则体现为在作出判断时应予综合判断。在将本案作为典型案例发布时,最高法院把职责要素

[9] 参见程琥等著:《新行政诉讼法疑难问题解析与实务指引》,中国法制出版社 2019 年版,第 249—250 页。

[10] 赵德关:“行政协议纳入行政复议审查问题研究”,《行政法学研究》2021 年第 4 期,第 124 页。

[11] 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,第 38 页。

[12] 邓峰:“PPP 市场面临法律危机?”,《中国招标》2020 年第 1 期,第 56 页。

[13] 王海峰:“试论行政协议的边界”,《行政法学研究》2020 年第 5 期,第 25 页。

[14] 陈国栋:“行政合同行政性新论——兼与崔建远教授商榷”,《学术界》2018 年第 9 期,第 113 页。

[15] 见前注[5]。上述裁判观点系基于《适用解释》形成,反映了该司法解释的规范内容。相关系统阐述亦参见江必新、梁凤云:《最高人民法院新行政诉讼法司法解释理解与适用》,中国法制出版社 2015 年版,第 105—113 页。之后颁布的《行政协议解释》中,不再将职责要素涵盖其中,详见该司法解释第 1 条第 1 款。参见梁凤云:《行政协议解释讲义》,人民法院出版社 2020 年版,第 7—19 页。最高法院在发布典型案例时,已经根据司法解释作出了相应修改。本文此处的论述仍以再审裁定书中载明的内容为基础。

剔除在外,从而将识别标准体系整合为“四个要素和两个标准”。〔16〕对于最高法院在本案中阐述的识别方式,有学者称之为识别行政协议的“综合判断法”。〔17〕因本案再审裁定创造性地提出了有关行政协议识别标准与识别方式的一系列阐述,亦有学者称之为对行政协议判断标准的“体系再造”。〔18〕笔者认为,最高法院系统阐述的行政协议识别方式存在如下值得商榷之处:

1. 形式标准不具有识别功能

最高法院在本案认定的识别要素中,仅有内容要素被认定为实质标准,意思要素则被认定为形式标准。此二者之外的其他要素,本文称之为其他形式标准。基于这一区分方式,“四个要素”实际上被区分为三类不同的标准,即实质标准、形式标准与其他形式标准。相对于实质标准,后两种标准实际上均被视为形式标准。暂且撇开实质标准不谈,这些形式标准在识别过程中具体能够起到何种作用,颇为值得怀疑。例如就意思要素而言,由于民事合同亦应以双方意思表示一致为基础,因此其无法适用于区分行政协议与民事合同。其他形式标准中,主体要素要求行政协议的主体为“行政主体和行政相对人”,这实际上同样可以适用于行政法律关系中的其他所有活动方式,因此不能具有识别功能。目的要素的内容为“实现公共利益或者行政管理目标”,由于行政机关的所有行为均应符合该目标设定,因此目的要素亦难具备识别功能。〔19〕职责要素则因限制过于严格,已被最高法院在颁布《行政协议解释》时予以抛弃。〔20〕总体而言,上述形式标准均不具有识别行政协议的功能。

2. 实质标准缺乏实质内涵

基于最高法院表述的裁判观点,唯有内容要素构成识别行政协议的所谓实质标准。那么本案再审裁定中是否将内容要素阐释清楚,就成为了关键问题。最高法院在再审裁定中对内容要素作出的阐述为:“行使行政职权、履行行政职责及行政机关具有优益权构成了行政协议的标的及内容,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。”〔21〕

基于该阐述,可以将内容要素具体分解为三项内容:行使行政职权、履行行政职责;行政机关具有优益权;实现公共利益或者行政管理目标。如此解构内容要素,仍不无疑义。具体而言,所谓“行使行政职权、履行行政职责”,不过是对职责要素的重述。所谓“实现公共利益或者

〔16〕 详见最高法院官网中的“典型案例发布”栏目,载最高人民法院网站,<http://www.court.gov.cn/zixun-gengduo-104.html>,最后访问日期:2023年3月20日访问。

〔17〕 金诚轩:“行政协议纠纷的契约属性”,《行政法学研究》2021年第6期,第139页。

〔18〕 韩思阳:“行政协议判断标准的体系化——以司法裁判为中心的考察”,载沈岿主编:《行政法论丛》(第27卷),法律出版社2021年版,第62页。

〔19〕 对于目的要素,《行政协议解释》中不再采用“为实现公共利益”的表述,详见梁风云:“行政协议的界定标准——以行政协议解释第1条规定为参照”,《行政法学研究》2020年第5期,第6—8页。本文此处仍以再审裁定书中载明的内容为基础。

〔20〕 详见黄永维,见前注〔2〕,第12—13页。尽管如此,下文仍基于最高法院再审裁定对职权要素展开论述。

〔21〕 见前注〔5〕。

行政管理目标”，不过是表明应结合目的要素作出判断。除了对这两项形式要素予以重述之外，内容要素还涉及行政机关是否“具有优益权”。然而，对于案涉协议中行政机关是否“具有优益权”、具体涉及哪项优益权的问题，再审裁定中却并未予以正面回应。其原因或许在于，何为“优益权”的问题不仅成文规范中并未予以明确规定，迄今为止亦未在学界形成基本共识。正如张青波认为，行政优益权“很难作为行政协议之可靠判准”。^{〔22〕}亦有学者认为，行政优益权“只是行政机关履行法定职权的一种体现”，因此应包含在“法定职责标准”之中。^{〔23〕}

总体来说，最高法院一方面试图在形式标准与实质标准之间作出区分，以突出所谓实质标准的识别功能。另一方面却仅仅基于职责要素与目的要素等形式标准以及本身内涵模糊不清的行政优益权，来阐释何为实质标准。从其推论过程与认定结果而言，最高法院实际上并未能对实质标准作出具体解构，亦谈不上对其实质内涵予以清晰界定。依循这一阐释方式，所谓实质标准不仅未能具有实质性，甚至连区别于形式标准的初衷亦未能实现。

3. “综合判断法”欠缺明确性与可操作性

由于形式标准不具有识别功能且实质标准缺乏实质内涵，因此整体上行政协议的识别标准并未得以确立。尽管如此，司法实践将各项要素与标准汇集起来予以综合判断，似乎可以更为准确地识别协议的法律属性。然而，由于诸项形式要素不具备识别功能且实质标准缺乏实质内涵，予以综合判断实际上亦无助于行政协议的识别。不仅如此，即便暂且撇开前述识别标准中存在的问题不谈，所谓“综合判断法”本身亦欠缺应有的明确性与可操作性。具体应如何进行“综合判断”、如何区分各要素之间的不同重要性、如何体现形式标准与实质标准之间的差异等问题，均有待进一步明确。相反，在此综合权衡过程中，作为实质标准的内容要素原本可能具有的识别功能，还有可能变得更为不明确。正如有学者所指出的，上述所谓“综合判断法”的弊端之一在于：“实际上赋予法官较大自由裁量权，容易导致实践中标准不一。”^{〔24〕}正因行政协议识别方式未能真正形成，如何识别行政协议的问题，不得不需要更多借助于典型案例所展示的裁判规则，这或许也就是需要不断推出典型案例的内在动因之一。但由于上述问题的存在，司法裁判可能经过较长时期的经验累积，仍然难以形成较为清晰的识别方式。

从形成更为明晰的识别标准这一实践需求来看，司法实践应当致力于推进单一标准的形成。具体来说，可以考虑去除本来就不具有识别形式的形式标准，将实质标准即内容要素设定为单一标准。近期出版的论著中，不少学者亦倾向于支持采用单一标准。例如程琥认为：“行政协议与民事合同的最大差别即在于所确定的权利义务内容不同。”^{〔25〕}杨科雄认为，判断行政协议应主要依据“行政法上的权利(力)义务”。^{〔26〕}韩宁认为，行政协议的判断标注应以“行

〔22〕 张青波：“政府招商引资协议的司法审查”，《行政法学研究》2021年第6期，第117页。

〔23〕 韩思阳，见前注〔18〕，第71页。

〔24〕 详见杨靖文：“行政协议的识别标准与类型研究——从公权到公务标准的渐进”，《法律适用》2020年第14期，第123页。

〔25〕 程琥，见前注〔10〕，第37页。

〔26〕 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。

政法上权利义务”为核心。^{〔27〕}余凌云认为,“具有行政法上权利义务内容”应为“判断行政协议的最为根本的标准”。^{〔28〕}徐键认为,判断合同的法律属性时,“关键看它是否具有行政法上的权利义务内容”。^{〔29〕}

综上所述,尽管最高法院在本案中系统阐述了行政协议的识别方式,作出了难能可贵的努力。然而,由于本案所采用的形式标准不具有识别功能且实质标准缺乏实质内涵,进而在此基础上采用所谓“综合判断法”,使得本来就难以具有识别功能的上述标准所可能具有的作用变得更为不明确。因此,本案裁判体现出来的行政协议识别方式,貌似比现有成文规范中展示的规则更为具体,实则不仅未能在现有规范基础上有所推进,反而还引发了新的问题。为此,应排除不具有识别功能的所谓形式标准以及“综合判断法”,致力于以内容要素作为单一标准来识别行政协议。这也就是说,应对最高法院通过永佳纸业案所阐述的行政协议识别方式予以大幅简化。实际上,在现已颁布的典型案例中,并无其他案例中采用上述围绕“四个要素和两个标准”形成的识别方式。法官们多基于案涉协议的具体内容,直接对其法律性质作出判断。此情况亦从另一侧面表明,仅有内容要素才是识别行政协议的关键所在。

三、何为“具有行政法上权利义务内容”

以“具有行政法上权利义务内容”表述行政协议的内容,首先出现于《适用解释》,《行政协议解释》亦予以沿用。如前文所述,何为“具有行政法上权利义务内容”,既不应取决于本来就不具备识别功能的形式标准,亦无法求诸自身缺乏清晰轮廓的所谓行政优益权。那么,如何基于《行政协议解释》的这一明确规定来确定案涉协议的法律属性,就成为了首先应予解决的问题。尽管本案审理过程中所适用的司法解释应为《适用解释》,并非《行政协议解释》,但由于两司法解释的规范模式基本相同,因此本文仍以现行《行政协议解释》为依据展开分析。

基于司法解释对于有名协议作出的规定,首先应确认案涉协议是否属于《行政协议解释》第2条中列举的有名协议。四川省高级人民法院在二审判决中,曾将案由确定为“行政征收协议纠纷”。^{〔30〕}这实际上就是认为,案涉协议属于《行政诉讼法》第12条第1款第11项规定的“土地房屋征收补偿协议”。如果能够认定该协议为征收协议的话,应否将之识别为行政协议的问题,似乎也就迎刃而解了。然而,最高法院否定了二审法院的这一判断。尽管再审裁定中并未给出具体否定理由,但最高法院的判断似应更为准确,因为案涉协议所处理的并非征收事项。在行政征收补偿协议之外,该协议更不可能构成其他有名协议。因此,案涉协议并非司法解释确定的五类有名协议之一。将之识别为行政协议,唯一的可能性就是认定其属于《行政协

〔27〕 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72页。

〔28〕 余凌云:“行政协议的判断标准——以‘亚鹏公司案’为分析样本的展开”,《比较法研究》2019年第3期,第105页。

〔29〕 徐键:“功能主义视域下的行政协议”,《法学研究》2020年第6期,第101页。

〔30〕 详见四川省高级人民法院行政判决书,(2016)川行终634号。

议解释》第2条第6项规定的“其他行政协议”。结合司法解释第1、2条的规范内容,所谓“其他行政协议”指的应当是第2条列举的五类有名协议之外,符合第1条规定的行政协议。因此,确定案涉协议法律属性的问题,仍需回溯于司法解释第1条。如何阐释该条规定的“具有行政法上权利义务内容”,就成为了作出判断的核心依据。简言之,就是要看案涉协议是否“具有行政法上权利义务内容”。

(一)以“具有行政法上权利义务内容”为基本标准

仅从“具有行政法上权利义务内容”的字面表述出发,实际上无法形成确定判断,因为有可能存在不同的解释结果。最高法院曾在裁判中认为,只要协议内容“涉及”行政法上权利义务内容,即构成行政协议。^[31] 学界更为通行的观点,则以“设定、变更或终止”行政法律关系为标准。民法学者所设定的标准则通常限定更为严格,例如梁慧星认为行政合同“只能存在于行政权力作用领域”,从属于“行政法律关系”。^[32] 正是基于该标准,司法实践中“民事法官所认可的行政协议范围明显更为缩限”。^[33] 上述三种不同的阐述中,“涉及说”无疑为最宽泛的标准。由于行政机关签订的协议必然直接或间接“涉及”行政法上的权利义务内容,以此为行政协议的识别标准,无异于仅基于所谓主体要素作出识别。“权力说”则对于行政协议的范围限制过于严格,因为协议约定事项亦有可能并不限于“行政权力行使领域”。以此为标准,基本相当于仅以最高法院业已抛弃的职责要素为识别标准。与这两种表述方式相比,以“设定、变更或终止”行政法律关系为标准,向来在学界的接受程度更高。

实际上,我国学界早已倾向于将“设定、变更或终止行政法律关系”,确立为识别行政协议的基本标准。例如早期教材中,曾将之表述为“确立、变更或消灭相互权利和义务的协议”。^[34] 亦有学者认为,行政合同系行政主体“与相对人之间确定权利义务关系的协议”。^[35] 在我国台湾地区,学界普遍采用“设定、变更或废止行政法关系”之表述。^[36] 总体而言,以此基本标准描述行政协议的内容,可谓我国学界最为通行的学理阐述。从表述方式上来看,其应源自德国《行政程序法》第54条(公法合同的容许性):“公法领域的法律关系可以通过合同来设定、变更或终止(公法合同),法律规范另有规定的除外。行政机关尤其可以与具体行政行为的相对人缔结公法合同,以替代具体行政行为的作出。”

依据上述规定,德国学界通说认为,“设定、变更或终止行政法律关系”为行政合同的基本

[31] 参见最高人民法院行政判决书,(2017)最高法行再72号。另见李广宇、骆芳菲:“‘关于行政协议的认定标准与第三人效力’撰写的案例分析”,最高人民法院行政审判庭编著:《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年版,第425页。

[32] 参见梁慧星:“讨论合同法草案征求意见稿专家会议上的争论”,载《法学前沿》(第二辑),法律出版社1998年版,第55页。

[33] 陈天昊:“行政协议的识别与边界”,《中国法学》2019年第1期,第154页。

[34] 较早采用这一表述方式的例如有应松年主编:《行政法学教程》,中国政法大学出版社1988年版,第318页。

[35] 张树义:《行政合同》,中国政法大学出版社1994年版,第87页。

[36] 例如陈新民:《行政法学总论》(修订八版),台湾三民书局2005年版,第365—367页。

内涵。^[37] 这也就是说,如果不能引发行政法律关系的变化,即不能构成行政合同。^[38] 然而,在判断行政法律关系是否因公法合同而“设定、变更或终止”时,却难以直接以上述第54条为依据,因为该条为“高度抽象”的规范。^[39] 司法实践中所采用的具体区分标准,实际上来自于区分公私法争议的一般规则。^[40] 在此,占主导地位的为汉斯·J. 沃尔夫(Hans J. Wolff)提出的“经修正的主体理论”(modifizierte Subjektstheorie):以法律关系或行为所适用的规范为基础,如果私人亦可以相应享有权利与承担义务,则为私法关系。如果仅有国家及相应主体能够享有权利与承担义务,则构成公法关系。^[41] 结合上述第54条,合同标的内容是否设定、变更或终止行政法律关系,就成为了识别公法合同的标准,这就是所谓“标的理论”(Gegenstandstheorie)。^[42]

就此而言,我国行政法学理中为识别行政协议确立的“设定、变更或终止行政法律关系”这一基本标准,实际上类同于德国法上的“标的理论”。

(二)以“触动行政权”为关键区分点

即便学理上可以形成上述共识,具体应如何识别行政协议的问题,仍需寻求更具可操作性的适用标准。我国台湾地区学界曾致力于对此作出论述,例如张文郁指出“标的理论”的弱点在于“如何确定契约之标的”,并为之梳理出四种学说,即法律效果说、事实说、任务说、契约之目的或事务整体关联说。^[43] 李建良认为,以标的理论识别行政协议“仍嫌模糊笼统”“令人困惑”,因此需要“找出一个‘前后一贯、明确可行’之判断标准”。^[44] 林明昕认为,需要一个“在判断上至少比‘契约标的’更简单明了的标准”。^[45]

[37] 德国《行政程序法》中规定的“公法合同”可分为对等权合同(koordinationsrechtlicher Vertrag)与主从权合同(subordinationsrechtlicher Vertrag)两类。详见(德)毛雷尔:《行政法总论》,高家伟译,法律出版社2002年版,第348—354页。其中,主从权合同相当于我国行政诉讼法中规定的行政协议,本文亦限于在此意义上展开论述。

[38] 参见于安:《德国行政法》,清华大学出版社1999年版,第139页。

[39] Dirk Ehlers/Jens-Peter Schneider, in: Friedrich Schoch/Jens-Peter Schneider/Wolfgang Bier (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, 33 EL June 2017, § 40 Rn. 336.

[40] Heinz Joachim Bonk/Werner Neumann/Thorsten Siegel, in: Paul Stelkens/Heinz Joachim Bonk/Michael Sachs (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 9. Aufl. 2018, § 54 Rn. 54.

[41] Hans J. Wolff, Verwaltungsrecht I, 8. Aufl. 1971, § 22 II, S. 99 f.; Friedhelm Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl. 2019, § 11 Rn. 17.

[42] Carsten Tegethoff, in: Ferdinand O. Kopp/Ulrich Ramsauer (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 19. Aufl. 2018, § 54 Rn. 27 ff. “标的理论”亦为我国台湾地区识别行政协议的通说,参见林明锵:“行政契约法论——以德国行政契约法为中心试评法务部行政程序法民国八十三年四月草案”,载林明锵:《行政契约法研究》,台湾翰庐图书出版有限公司2006年版,第6—9页。

[43] 张文郁:“行政契约与私法契约之区别”,载台湾行政法学会主编:《行政契约与新行政法》,台湾元照出版公司2002年版,第416—420页。

[44] 李建良:“公法契约与私法契约之区别问题”,载台湾行政法学会主编:《行政契约与新行政法》,台湾元照出版公司2002年版,第181—182页。

[45] 参见林明昕:“行政契约法上实务问题之回顾——兼论公、私法契约之区别”,载林明昕:《公法学的开拓线——理论、实务与体系之建构》,台湾元照出版公司2006年版,第172页。

德国学界则基于“标的理论”形成了更为具体的阐述,大体而言可以分为两类观点。第一类观点为“主导说”,认为应基于合同的主导性内容来确定其法律属性,此即所谓“主导性理论”(Geprägetheorie)。^[46]持该观点的学者较多,卡斯滕·特格特霍夫(Carsten Tegethoff)可谓现阶段之典型代表。^[47]基于“主导说”,尽管合同带有部分公法因素在内,但如果其主导性内容为民事性条款,该合同亦应被识别为民事合同。另一类观点为“触动说”,例如福尔克尔·施勒特认为,行政合同的具体识别标准为合同内容是否“触动行政权”。具体而言,只要合同中包含有一个公法任务在内即构成行政合同,不必区分其是否构成合同的主导性内容。^[48]当前在德国学界中,“主导说”无疑居于通说地位,“触动说”的影响则较为微弱。

就我国现状而言,情况有所不同。在协议内容“触动行政权”的情况下仍有可能被定性为民事合同的观点,难以为当下我国行政法学界所接受。此外如果采“主导说”,不可避免会难以解决如何认定“主导性内容”的问题,形成界分上的困难。因此至少就当下情况来看,“主导说”难以为我国学界所采纳。相对而言,“触动说”则更为具体、明晰,不仅符合我国学界对于行政法领域的一般判断,亦适合于作为一种操作性更强的界分标准。基于上述考虑,本文暂且采用“触动说”作为具体认定“设定、变更或终止”的关键区分点。具体而言,只要构成“触动行政权”,无论“触动”系以何种方式、在何种程度上达成,无论其在结果上构成“设定”“变更”或“终止”中的何种作用,均构成行政协议。

我国新行政诉讼法与《行政协议解释》颁行之后,亦有不少学者致力于在此作出进一步阐述。例如于立深认为,应以“公权力的作用”作为判断行政协议的核心标准。^[49]王学辉、邓稀文认为,司法实务中应“更多考量行政协议中究竟包含行政法上的什么权利、应该履行行政法上的何种义务、权利义务的边界究竟何在。”^[50]民法学者中,王利明的观点具有典型意义,他认为“应以非市场行为性作为识别行政协议的关键要素”,即基于是否“市场交易行为”来作出判断。^[51]以上诸多观点虽然表述方式各不相同,指向的却是基本相同的核心问题:协议内容是否直接涉及公权力的适用。诸如“法律规定的行政权力”“公权力的作用”“非市场行为性”,系对此作出的正向阐述。“市场交易行为”系基于行政行为并非市场交易行为这一基本特征,作出的反向阐述。整体而言,两方面的阐述均致力于在现有规范体系之中,探寻“具有行政法上权利义务内容”应有的具体内涵。相互之间的区别,实际上仅在于作出评价的立场不同:前

[46] 参见刘飞:“行政协议诉讼的制度构建”,《法学研究》2019年第3期,第42—43页。

[47] Carsten Tegethoff, in: Ferdinand O. Kopp/Ulrich Ramsauer (Hrsg.), 19. Aufl. 2018, § 54 Rn. 32; Winfried Huck, in: Winfried Huck/Martin Müller, Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, § 54 Rn. 42.

[48] Volker Schlette, Die Verwaltung als Vertragspartner: Empirie und Dogmatik verwaltungsrechtlicher Vereinbarungen zwischen Behörde und Bürger, 2000, S. 138.

[49] 于立深:“行政协议司法判断的核心标准:公权力的作用”,《行政法学研究》2017年第2期,第45页。

[50] 王学辉、邓稀文:“也谈行政协议的范围”,《学习论坛》2021年第2期,第128页。

[51] 王利明,见前注[7],第11页。

者认为引发行政权变动方能构成行政协议,后者认为行政协议应超出于民事法律关系之外。不同阐述指向的核心,均为协议内容中是否体现了行政权的具体作用,从实质上而言即为协议内容是否“触动行政权”。实际上,最高法院在本案再审裁定中亦作过近似阐述:“是否行使行政职权、履行行政职责为本质要素,只要符合该要素,所涉协议即为行政协议。”^[52]只不过该阐述并未出现在官方发布的典型案例内容中,因此其重要性并未得到应有体现。

综上所述,由于“具有行政法上权利义务内容”可能形成不同解释,不应仅基于其字面表述来识别行政协议。协议内容是否设定、变更或终止行政法律关系,应成为识别行政协议的基本标准。更为具体的关键区分点,则在于协议内容是否“触动行政权”。简言之,只要协议内容“触动行政权”,即可认为其构成行政法律关系之“设定、变更或终止”,该协议即应被认定为行政协议。在此识别过程中,“四个要素和两个标准”体系中提及的诸项形式标准、以及所谓“综合判断法”,均应被排除在考虑范围之外。

四、协议内容如何“触动行政权”

在识别行政协议的过程中,协议内容究竟如何“触动行政权”,同样是一个需要予以明确回答的问题。如果不能对此作出具体认定,仅限于对“触动行政权”笼统作出认定,就难以在是否“触动行政权”之间作出明确界分,更遑论在此基础上真正确立行政协议识别方式。然而,对于协议内容究竟如何“触动行政权”的问题,现有论著中的探讨与梳理还不够充分,司法实践中则基本上未予重视。本案再审裁定中,最高法院明确认定本案事实构成为“订立协议替代行政决定”。^[53]这实际上就是认为,案涉协议因“替代”行政决定而“触动行政权”,从而应被识别为行政协议。然而,最高法院在作出上述认定的同时,并未具体阐明协议系如何“替代”行政决定。

行政机关之所以采用协议方式完成行政任务,实质原因之一在于协议可以具有“替代”行政决定的功能。典型的立法例如上述德国《行政程序法》第54条,即对此予以明文规定。我国台湾地区《行政程序法》第136、137条亦明确规定行政契约可“代替行政处分”。我国大陆地区现有成文规范中虽未对此作出明确规定,司法实践已予以肯认。^[54]学界亦不乏相同看法,例如应松年、朱维究早已论及,我国行政机关在经济管理领域“有许多已由单方行为转变为双方行为”的做法。^[55]姜明安将公法契约界定为“取代或补充公法单方行为”的协议。^[56]实务界亦形成了相同判断,例如耿宝建、殷勤认为,只要协议“以约定代替过去行政机关作出某个具体

[52] 见前注[5]。

[53] 见前注[5]。

[54] 见前注[2],第30页。

[55] 参见应松年、朱维究:《行政法学总论》,工人出版社1985年版,第262—263页。

[56] 姜明安:《宏观公法学导论》,法律出版社2021年版,第258页。

的行政行为”，即可认定为“包含行政法上的权利义务关系”。〔57〕赵德关认为，识别行政协议时应确认“行政机关与相对方之间存有基础性行政关系”，“行政协议有对应的具体行政行为”。〔58〕然而，对于协议究竟如何“触动行政权”或“替代”行政决定的问题，现有论著多语焉不详。此外还有一个相关的学理问题，现有论著亦未能予以澄清：行政协议的条款内容“触动行政权”的具体方式，是否仅限于“替代”行政决定这一种情形？例如杨科雄曾笼统指出，主从权合同在我国“主要包括替代行政行为的行政协议”。〔59〕然而，即便“替代”方式为主要方式，是否还有其他可能方式以及具体还有哪些可能性等问题，依然值得继续追问。当然，这些问题并非本文可以完全解决。为此，本文暂且仅限于围绕“替代”行政决定方式展开论述，这也是现有论著与典型案例均重点提及的可能方式。

我国台湾地区学者李建良曾研究过协议具体如何替代行政决定的问题，形成的结论为“行政契约=行政处分”。〔60〕然而，协议毕竟并非行政决定本身，其对行政决定形成的所谓“替代”作用，未必可以恰好覆盖后者的全部内容。基于个案中的特定事实构成，协议内容相对于行政决定形成全部或部分“替代”，均在可能范围之内。不仅如此，协议内容甚至有可能超出行政决定之外。那么，相对于行政决定而言，协议内容起到的究竟是全部抑或部分“替代”作用，个案中不可不予以详察。如系部分“替代”，协议对于行政决定的哪些部分形成“替代”作用，应作出具体阐述。尤其是协议所“替代”之部分，具体如何“触动行政权”，进而引发行政法律关系之“设定、变更或终止”，更是需要予以具体认定。对于这些问题的回答，不仅关涉行政协议的识别问题，亦与行政诉讼中的合法性审查具体如何进行密切相关。因为行政诉讼中进行合法性审查的前提，首先在于确定审查对象，即被“替代”的行政决定具体为何，否则无从进行合法性审查。质言之，协议究竟如何“替代”行政决定，需结合个案中的特定事实构成方可具体确定，不可笼统而言之。

具体到本案中，对于协议内容究竟如何“替代”行政决定的问题，可分为以下两部分进行考察：

（一）协议是否“替代”行政决定？

协议是否“替代”行政决定的问题，还可以进一步细分为：被协议所“替代”的行政决定具体为何？其是否具备合法性？协议相对于行政决定构成了何种“替代”作用，系全部抑或部分“替代”？仅就本案中的事实构成而言，或许无需如此递进追问。因为本案中是否存在一个被“替代”的行政决定，首先就值得怀疑。如果该行政决定本身就无法成立，则协议的“替代”作用并不具备存在的基础，后续追问也就毫无意义。

本案再审查定中，最高法院并未指明何为被“替代”的行政决定。之前的审级中，相关争议

〔57〕 耿宝建、殷勤：“行政协议的判定与协议类行政案件的审理理念”，《法律适用》2018年第17期，第127页。

〔58〕 赵德关，见前注〔10〕，第122页。

〔59〕 参见杨科雄，见前注〔26〕，第65页。

〔60〕 李建良：“台湾行政契约法的路径依赖？——比较行政法方法论的局部反思”，载李建良主编：《2012行政管制与行政争讼：行政契约之发展现况与前景》，2016年自版发行，第14页。

围绕案涉协议的法律属性展开,形成了针锋相对的意见。四川省高级法院在二审中,将案由确认为“行政征收协议纠纷”,大英县政府则坚称案涉协议为民事合同。^{〔61〕} 尽管两种观点截然相反,案涉协议的主体内容为民事性条款,应可成为定论。最高法院亦在再审裁定中明确认定,案涉协议的主体内容为民事条款,即其“在内容上主要涉及资产转让”。^{〔62〕} 在本案作为典型案例发布后,已经有学者对本案中的法律关系作出了分析。例如陈天昊认为,案涉协议中“并未发现包含任何民事主体依法无权自由处分的公法性权利(权力)义务”。^{〔63〕} 宋华琳、郭一君认为:“资产转让协议不属于以契约方式执行具体行政职权的情形。”^{〔64〕} 凌维慈认为,对于协议究竟如何“替代”行政决定,“是否具备所替代行政决定的职责职权”的问题,最高法院“并未从行为要件的角度严格论证”。^{〔65〕} 这也就是说,上述学者均认为案涉协议为民事合同,不应将之认定为行政协议,这些观点均与最高法院在本案中阐明的观点相左。笔者基于以下四点理由,进一步佐证学者们的上述判断:

其一,案涉协议的主体内容为资产转让事项,不在法定行政职权范围之内,无法成就行政决定。本案适用的《环境保护法》等法律中,并未规定行政机关可以通过资产购买方式来完成行政任务。既然如此,至少就协议主体内容而言,原则上应不会“触动行政权”,难以“设定、变更或终止”行政法律关系。德国法中,类似协议因缺乏与公法权利义务关系的紧密联系,常被认定为民事合同。因其并无明确规范基础,学者称之为“无法律的合同”(gesetzfreie Verträge)。^{〔66〕} 在此情况下,行政机关不应拥有实体法意义上的特权,否则应被视为违反基本法第3条规定的平等权。^{〔67〕} 亦有学者认为,只有在行政机关可以作出行政决定的情况下,才可以形成“替代”该决定的行政合同。^{〔68〕}

其二,本案在实体权利上的争议焦点为应否“履行后续付款义务”,无关公法意义上的行政职权如何行使的问题。相比较而言,民事合同关系中亦可形成相同的“付款义务”争议,这甚至还属于民事合同中的典型争议类型之一。再审裁定中认定的实体裁判内容如“应支付剩余‘转让费’及资金利息”,^{〔69〕} 本身即为民事规则的运用结果。不论整体上把案涉协议识别为行政协议抑或民事合同,均可形成这一实体裁判结果。亦正如我国台湾地区学者陈敏所述:“金钱

〔61〕 见前注〔30〕。

〔62〕 见前注〔5〕。

〔63〕 陈天昊,见前注〔33〕,第144页。

〔64〕 宋华琳、郭一君:“行政协议识别标准的再探讨”,《西北大学学报(哲学社会科学版)》2021年第3期,第115页。

〔65〕 凌维慈:“行政协议实质标准的判断方式——最高人民法院行政协议典型案例第1号评析”,《法律适用》2022年第1期,第181页。

〔66〕 Elke Gurlit, in: Hans-Uwe Erichsen/Dirk Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, § 30 Rn. 4.

〔67〕 Ulrich Stelkens, Verwaltungsprivatrecht, 2005, S. 774 ff., 787.

〔68〕 Jan Ziekow, Verwaltungsverfahrensgesetz, 4. Aufl. 2020, § 54 Rn. 32.

〔69〕 见前注〔5〕。

之给付或土地之转移等,在公法及私法内皆可能发生,并非必然为公法或私法之性质。”〔70〕倘若本案中负有付款义务的并非行政机关,而是另一民事主体,则双方争议内容以及案件裁判结果亦可与本案相同。

其三,从本案法律关系产生、形成与发展的过程来看,亦可认定案涉协议并不能“替代”行政决定。如果行政机关选择对相对人作出行政决定,通常是依据法定程序作出具体处置,并在必要的情况下予以相应补偿。本案中,尽管行政机关通过案涉协议获得资产所有权,然而后续的行政决定尚未作出,亦未在协议中对之形成具体约定。与直接作出行政处置的方式相比,本案中的行政机关为达成行政目标,实际上是意在将整个行为过程划分为两个阶段:前一阶段为标的物的购买,后一阶段才涉及对标的物作出行政处置。〔71〕就前一阶段即购买阶段来看,即便已经完成订立协议、偿付对价、交付标的物等整个过程,后一阶段的行政决定实际上仍旧尚未作出。这也就是说,原定可能作出的行政决定被案涉协议所“替代”的可能性,并不存在。正如凌维慈所认为的,从协议标的来看“作出行政决定的前提”并不具备。〔72〕

其四,案涉协议的法律属性应取决于协议内容,不应取决于协议订立者的主观意图,尤其不应仅凭行政机关的主观意图认定协议内容“替代”行政决定。正如我国台湾地区学者陈敏所言,识别契约性质时“原则上应就契约本身客观决定,当事人之主观见解并非标准”。〔73〕实际上,即便购买资产的原定目的在于后续作出行政决定,行政机关在完成购买行为之后,仍可能因情况变化或者法规变动而改变原定意图。因此,识别案涉协议的法律属性,应基于协议中的条款内容作出判断,不应取决于不具有确定性的主观意图,这正是本文前述所谓“标的理论”的意义所在。依据协议条款,资产出让方履约意味着相应对价的获得,行政机关履约意味着相应资产所有权的获得。即便双方均履约完毕,后续的行政决定仍尚未作出。正因如此,大英县政府一直到再审阶段都坚称,其“从未对永佳公司的资产按法定程序作出任何的征收决定,亦未作出责令停产或者关闭的决定”。〔74〕

综上所述,由于资产转让并非法定行政职权事项,行政机关无法在此形成行政决定,因此案涉协议不可能“替代”行政决定。形成《资产转让协议书》的本意,系以民事方式而非行政方式实现资产转让。对于后续可能作出的行政决定来说,案涉协议充其量只是作出了前期准备而已。

(二) 协议是否“触动行政权”?

如果可以认定协议“替代”行政决定,则“触动行政权”即已构成。然而就本案来说,正是由于情况并非如此,才需要进一步考察协议内容中是否另有“触动行政权”的条款存在。具体来说:即便行政机关的本意是以民事方式订立协议,倘若协议内容“触动行政权”,从结果上来看

〔70〕 陈敏:《行政法总论》,台湾新学林出版有限公司2016年第9版,第573页。

〔71〕 此划分并非以所谓双阶段理论为基础。Vgl. Ferdinand Wollenschläger, in Wolfgang Kahl/Markus Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts I. 2021, § 15 Rn. 11.

〔72〕 凌维慈,见前注〔65〕,第183页。

〔73〕 陈敏,见前注〔70〕,第572页。

〔74〕 见前注〔5〕。

其亦构成行政协议而非民事合同;相反,即便行政机关本意在于订立行政协议,如果约定条款完全体现为民事性内容,结果上形成的亦应为民事合同而非行政协议。因此,应以协议内容为基础来识别案涉协议的法律属性,不能以订立协议者的主观意图为转移。

由于案涉协议并不能“替代”行政决定,协议中是否包含有其他“触动行政权”的条款,就成为了识别行政协议过程中的关键问题。其中尤其值得关注的,是规定行政机关义务的合同条款。正如乌勒所认为的,行政机关合同义务的公法性决定了合同的整体法律特征。^[75] 就现有资料,笔者认为以下两项协议内容有可能“触动行政权”,分述如下:

1. 关于处置资产的约定

案涉协议双方约定的具体条款中,包含有“乙方如何处置永佳公司资产,甲方无权干涉”等约定。^[76] 然而,该条款包含的内容实际上可以归结为如下两点:其一,《资产转让协议书》仅涉及所有权意义上的“资产转让”,至于行政机关在“资产转让”之后应如何予以处置的问题,与转让方无关。其二,尽管行政机关受让资产的最终目的在于完成行政任务,但是在协议条款中,行政机关既未与对方明确约定其将如何处置受让资产,亦尚未实际作出具体处置决定。因此笔者认为,上述约定内容完全有可能形成于民事合同关系中。民事合同中受让方获得“资产转让”之后应如何处置的问题,亦通常与转让方无关。甚至于合同条款中是否载明此类约定内容,并不影响双方之间现有协议的形成。因此,上述条款尽管有可能“触动行政权”,从现有所及资料来看,尚不足予以认定。

2. 关于转交管理权的约定

案涉协议第四项约定内容为:“甲方于2013年8月10日前主动从公司撤出管理人员,将资产交乙方行使管理权。甲方若逾期没有撤出管理人员、关闭企业,乙方将强制依法关闭,由此造成的损失由甲方承担。”^[77] 基于民事合同意义上的“转让协议”来理解该项内容,在部分内容上似应可成立:如果转让得以完成,则相关资产即脱离原所有人控制,当然应由买受方“行使管理权”。尽管如此,上述“交乙方行使管理权”,“将强制依法关闭”等表述,似更应被认定为“触动行政权”的条款,因为民事合同中通常不会出现“行使管理权”与“强制依法”等表述。因此,基于本文所持“触动说”观点,可以认定上述约定内容已构成“触动行政权”,案涉协议应被识别为行政协议。

然而在此情况下,法官势必需要依据《行政协议解释》第11条第1款中的明确规定,对被告是否“具有法定职权”进行审查,进而引发新的合法性问题。就本案来说,由于行政机关方的签约主体为镇政府,并非《环境保护法》等法律所明确规定的执法主体,因此被告并不具有相应的法定职权,并非“行使管理权”的法定主体。只不过由于本案发生在《行政协议解释》颁布之前,因此最高法院在再审裁定中笼统认定案涉协议“实质上系大英县政府为履行环境保护治理法定职责”,以及“委托的行政机关是被告”,虽与《行政协议解释》中的具体规定并不相符,似乎

[75] Carl Hermann Ule/Hans-Werner Laubinger, *Verwaltungsverfahrenrecht*, 3. Aufl. 1986, S. 506 f.

[76] 见前注[5]。

[77] 见前注[5]。

亦无不可。尽管如此,再审查中虽认定“大英县政府通过回马镇政府与永佳公司订立案涉协议替代作出上述行政决定”,却对于行政决定内容具体为何,法律法规依据何在,决定是否合法等问题,既未作出具体认定,亦未予以合法性审查,有违于行政诉讼制度的基本任务。尤其对于本案的审理与裁判而言,针对上述行政决定进行合法性审查,毋宁正是行政诉讼区别于民事诉讼的核心制度内容所在。正如江必新、梁凤云认为:“法院审查行政协议争议,不仅要审查其合约性,更要审查其合法性。”〔78〕郭修江更为具体地强调,每一起行政案件“都要全方位贯彻执行合法性审查原则”。〔79〕亦有学者曾阐明:“如果不能依据法定职权与合法性框架所设定的规范性内容判断协议所设定的权利义务条款的合法性,则难免有‘遁入私法’以逃避公法规制之嫌。”〔80〕

问题是即便暂且撇开上述法定职权问题不谈,本案中无论法官基于合法性审查原则认为该条款系合法或违法,均可能置行政机关于更为尴尬的境地。倘若基于案情行政机关应作出“责令停业、关闭”等决定,其势必就应依法作出相应行政处理决定,不应抛开法定职权不予行使,转而付诸巨大的资金成本用于购买资产。在此情况下,本案进入诉讼阶段之后,法院首先应依照《行政协议解释》进行合法性审查,并在查明行政机关是否有权决定关闭永佳公司的基础上,再行作出相应裁判。〔81〕正如邢鸿飞所言,行政协议内容“不得超出行政主体法定的职权范围”。〔82〕蔡小雪亦认为,不论行政机关的行为系依据约定或依法作出,均应审查“是否符合相关法律规范的规定”。〔83〕然而,本案虽历经三级法院审理,法官们却均未对此合法性问题予以必要关注,更遑论作出相关具体认定。相反的情况下,倘若基于案情不能适用有关“责令停业、关闭”的规定,则即便在案涉协议履行不能的情况下,行政机关实际上依然无法依据第四项约定对该企业予以“强制依法关闭”,致使该项约定内容无法实现。因此,只要认定上述约定内容“触动行政权”,裁判中就不应当对其合法性问题视而不见。恰恰相反,由于行政诉讼的制度特征正是体现于此,法官无论如何都应当在裁判中对此作出充分说明与论证。当然,就本文所聚焦的行政协议识别方式问题来说,关键区分点仍在于协议条款是否“触动行政权”。至于该条款系以合法或违法方式“触动行政权”,虽然会对裁判结果造成直接影响,却并不影响行政协议的识别结果。

〔78〕 江必新等,见前注〔15〕,第142页。

〔79〕 郭修江:“监督权力保护权利实质化解行政争议——以行政诉讼立法目的为导向的行政案件审判思路”,《法律适用》2017年第23期,第9页。

〔80〕 刘飞,见前注〔46〕,第38页。

〔81〕 通说认定行政协议为行政行为方式之一,必须符合合法性原则的要求,《行政协议解释》第11条第1款规定:“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。”

〔82〕 邢鸿飞:“行政契约”,载应松年主编:《当代中国行政法》(第五卷),人民出版社2018年版,第1699页。

〔83〕 蔡小雪:《行政行为的合法性审查》,中国民主法制出版社2020年版,第234页。

(三) 案涉协议的法律属性

基于上述分析,笔者认为案涉协议在主体内容上构成民事合同,并非最高法院认定的“订立协议替代行政决定”。然而,基于本文所主张的“触动说”,尽管协议并未“替代”行政决定,在协议中包含有其他“触动行政权”条款时,亦应认定其为行政协议。因此,在识别行政协议的过程中,法官对于协议究竟如何“替代”行政决定以及具体如何“触动行政权”的问题,应当作出更为翔实的论证与阐释。然而,正是因为本案再审裁定仅对资产对价支付等民事性问题予以关注,未能聚焦于真正“触动行政权”的条款,导致本案在裁判结果上并未能区别于一般民事诉讼。

实际上,由于本案中的主体争议系围绕资产转让形成,不论将案涉协议认定为行政协议抑或民事合同,均不影响法官作出“应当按约定履行付款义务”这一实体裁判。与此同时,尽管再审裁定中认定案涉协议“实质上”系行政机关“履行环境保护治理法定职责”,^[84]却并未指明该法定职责的具体内容。正因如此,对于具有行政法意义的问题诸如被告是否具有法定职权,是否滥用职权,是否履行相应法定职责,适用法律法规是否正确等,再审裁定中均未予置评。因此,真正具有行政诉讼制度特征的合法性审查问题,反而被有意或无意地忽视了。如此做法,不仅有违于作为行政诉讼基本原则的合法性审查原则,亦违反了与本案同时发布的《行政协议解释》第11条第1款中的明文规定。^[85]

质言之,识别行政协议的过程中,不仅应对协议内容是否“触动行政权”作出判断,还应对其具体如何“触动行政权”作出阐释。唯有具体阐明协议内容究竟如何“触动行政权”,如何“替代”行政决定,才可以准确识别行政协议。与此同时,为执行行政诉讼中的合法性审查原则,亦需首先确定具体何为被“触动”或“替代”的行政决定。

五、结论与展望

作为“合作国家中的行为方式与法律形式”,^[86]合作行政中“协商一致的活动方式”,^[87]行政协议自上个世纪末期以来日益受到学界关注。我国新行政诉讼法颁行后,如何识别行政协议并界定其具体范围,引发了学界持续关注与讨论,相关争议影响所及已远超行政法学界之外。称之为新行政诉讼法颁布后最受学界关注的行政法学理争议,恐怕亦不为过。

尽管行政协议已经进入行政诉讼受案范围,但由于实体性规范的缺位,司法实践中的具体

[84] 见前注[5]。

[85] 《行政协议解释》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。”

[86] Walter Krebs, Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten, VVDStRL 52 (1992), S. 248, 253.

[87] Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsideoe, 2. Aufl. 2006, S. 341 ff.

做法在短时期内难以统一,学界的争议亦相较于修法之前更为激烈。有学者甚至认为:“只能以‘一案一议’的方式,建立具体合同关系法律属性的判断。”〔88〕通过典型案例来具体阐释行政协议的识别方式,未尝不是在此意义上进行的司法实践。然而在制度构建意义上而言,如何确立行政协议识别标准,进而形成可以普遍适用的识别方式,才是更为关键的问题。基于现有成文规范,辅以典型案例中的具体化表述来推进识别方式的形成,应是确定行政协议具体范围的必然途径。然而,在可称为行政协议识别方式首要典型案例的永佳纸业案中,尽管最高法院创造性地构建了以“四个要素和两个标准”为基础的“综合判断法”体系,但未能在形成识别方式上真正有所推进。本文认为,应排除不具有识别功能的形式标准,致力于以内容要素作为单一标准来识别行政协议。作为对内容要素作出的规范阐述,《行政协议解释》第1条中规定的“具有行政法上权利义务内容”具有不同宽泛程度的涵义,应以协议内容是否“设定、变更或终止”行政法律关系,作为识别行政协议的基本标准。更为具体的关键区分点,则在于协议内容是否“触动行政权”。具体而言,只要协议内容构成“触动行政权”,无论“触动”系以何种方式,在何种程度上达成,无论其在结果上构成“设定”“变更”或“终止”中的何种作用,均构成行政协议。在此基础上,协议内容究竟如何“触动行政权”的问题,应在司法裁判中予以明确。这不仅为识别行政协议所需,亦构成行政诉讼中执行合法性审查原则的基础。

本文以永佳纸业案为例进行考察,目的在于探讨行政协议的识别方式,并非意在评价法院裁判是否正确。由于笔者未能获取全部案件材料,尤其是并未得到案涉协议的全部文本与证据资料,因此并不具备对法院裁判予以置评的坚实基础。然而,本案毕竟为最高法院官方认定与发布的典型案例,结合现已公布的案件材料对其进行学理探讨,乃是实现典型案例“以案说法”功能的应有方式。为此,笔者基于所及资料,认为案涉协议系围绕资产转让事项形成,从其协议主体内容而言并非行政法意义上的职权处置事项,因此不应笼统将其识别为行政协议。然而,由于其中确有条款可能“触动行政权”,应将案涉协议整体上识别为行政协议,并对之进行合法性审查。尽管如此,案涉协议的主体内容毕竟为民事性条款,如果行政审判中未能具体指明“触动行政权”的条款并对之进行合法性审查,本案审理与裁判中难以真正体现出行政诉讼的应有制度特征。

行政协议的识别问题之所以为学界所关注,首要原因在于其对新行政诉讼法的实施具有重要意义。毕竟不同的识别结果决定着不同的诉讼解决方式,亦可能会影响到实体上的裁判内容。此外,行政协议的识别亦涉及行政法与民法的疆域划分,直至上溯于公私法之间的界分问题。为此,行政协议识别方式不仅需要得到行政法学的肯认,亦应致力于与民法学界形成共识。“遁入私法”与“极端公法化”之可能性,均应予以避免。由于行政协议兼具行政性与协议性内容,识别行政协议的关键区分点在于确认协议中是否存在行政性内容,即其是否“触动行政权”。否则,行政协议无法区别于民事合同,无需通过行政诉讼方式来解决争议。然而,当前展现于司法解释与典型案例中的识别方式,不仅未能取得民法学界的基本认同,即便在行政法学界之内亦争议不断。在此情况下,期望可以在短期内形成为各方所认同的识别方式,似乎

〔88〕 于立深,见前注〔49〕,第36页。

还为时尚早。从行政协议进入行政诉讼,到识别标准的确立与识别方式的形成,直至实体法中行政协议制度的完善,不仅需要司法实践中反复接受检验,亦需逐渐推进实体法中可以提供更多规范依据。在此过程中,实体性规范、诉讼程序规范、典型案例、学理研讨不断交互作用,共同致力于形成为各方所认可的识别方式。从这个意义上来说,本文所作出的梳理与探讨,能形成的不过是一个阶段性研究结论而已。

Abstract: After the revised Administrative Litigation Law incorporates administrative agreements into the scope of acceptance of cases, the issue of how to identify administrative agreements has caused continuous disputes. On the basis of the promulgated Judicial Interpretation for Administrative Agreement, the Supreme People's Court elaborated the identification method centered on "four elements and two criteria" through the leading case of "Yongjia Paper Company". Since the adopted formal criteria do not have the function of identification and the substantive criterion lacks substantive connotation, a comprehensive judgment of these criteria could not help to establish an identification method. Therefore, the existing identification method should be greatly simplified. Specifically, the formal criteria without identification function should be excluded and substantive criterion should be used as a single standard to identify administrative agreements. Since "content with rights and obligations under administrative law" stipulated in the Judicial Interpretation may have various connotations, whether the content of the agreement "sets, changes or terminates" an administrative legal relationship should be used as a basic criterion for identifying administrative agreements. The key distinguishing point in the identification process is whether the content of the agreement "touches the executive power", which is called "touching theory". Although generally speaking, an administrative agreement can function as a "substitute" for an administrative decision, it is still necessary to specifically determine how the content of the agreement becomes a "substitute" for an administrative decision or "touches the administrative power" in a case before its legal nature can be finally determined.

Key Words: Administrative Agreement; Identification Standard; Identification Method; Touching Theory; Substitute for Administrative Decision

(责任编辑:彭 鐸)