

论行政协议的司法审查

余凌云*

内容提要 当前有关行政协议的学术争议,主要集中在公法与私法交织的界面上的合同形态是否属于行政协议,这类合同形态明显间杂着公法关系与私法关系,不宜做完全公法意义上的解读,而应当引入行政契约上的“混合契约”概念。对于有关纠纷,原则上应当通过行政诉讼附带民事诉讼,区分纠纷属性,循着不同救济路径分别处理。

关键词 行政协议 混合契约 司法审查

DOI:10.14111/j.cnki.zgfx.2020.05.004

引言

行政协议(也称行政契约、行政合同)纠纷应当如何审理,这是行政法理论和行政审判实践必须回应、却又很难释明的重要课题。在这个问题上,学者、法官之中意见分歧不小。关注已久的行政协议司法解释,历时三载,增删数十次,也因上述不同认知的角力,迁延顾望、迟疑不决。2019年12月10日发布的《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》,非但没有平息争议,反而引发了新一轮的质疑。^①

究其原因,首先,行政法学界内部声音嘈杂,对行政协议观点不一,对司法解释的拟定和解读也就有着不同立场。其次,民法学者也存在着某些“误读”,诱因很大程度上也来自行政法学者自己的表述。如,“行政协议是行政机关行使职权的一种方式”,是“立于上下秩序之高权关系缔结的合同”“不具有交易的属性”。这种源自德国的理论被民法学者进一步解读,于是,很自然地出现了二分法,属于市场交易行为的,是民事合同,只形成民事关系;符合“非市场”行为或标准的,是行政协议,形成的完全是行政权利义务关系。^②两者非此即彼。

可以说,迄今有关英美政府合同、法德行政契约的研究,可供我们直接引入的不多。

* 清华大学法学院教授。

① 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》,载《环球法律评论》2020年第1期;邓峰:《PPP市场面临法律危机?》,载《中国招标》2020年第1期;贾康:《PPP合同定性为“行政协议”将颠覆PPP创新根基》,载《中国招标》2020年第1期。

② 参见前注①,王利明文,第12-14页。

在法国,行政机关签订的合同,至少绝大部分适用一个特别规则体系(a corpus of special rules),这些规则构成了“行政合同”法(the law of “administrative contracts”)。这类合同迥异于普通合同(ordinary contract),具有特殊法律性质。在德国,行政机关签订的合同长久以来都视为私法合同,因为在德国传统观念中,合同不属于国家有权采用的特殊法律手段范畴。即便如此,最终在行政法上也承认,国家签订的一些合同属于“公法契约”(public law contract),这一类别在传统上相当有限。比如,不包括公共采购合同。普通法上,政府合同(government contract)不具有特殊法律性质,适用与私人之间合同一样的规则、程序和救济。但是,为应对外包(contracting out)骤然扩张,也就是行政机关通过合同将部分职责外部化,为了防止行政机关与相对方通过合同妨碍公法价值,学术上已开展讨论是否最好还是构建行政合同的特殊场域。^③实际上有些政府合同已开始适用一些特殊规则。英美法德各个国家之所以各有不同,这不仅有法律传统、制度的差异,还有市场的成熟度、信用体系的完备程度以及民法规范的有效性等诸多因素的影响。那么,我们讨论的行政契约到底对标哪一个呢?更为关键的是,我们关注的行政契约形态、种类与范围是否和上述国家一致呢?这在援用前述国家有关理论来解构我国契约实践时必须时刻警醒。否则,不免无的放矢、不着边际。即便是对这些国家的公共契约(public contract)研究,有关文献也远远没有深入到法院的审查技术、法律适用、判决执行等细微层面,更缺乏从中国问题意识出发,对有关判例的比对分析。因此,所有相关讨论都不免雾里看花,说服力不够。

当下理论取得的进展是,民法学者已经接受了行政契约,除了对“纯粹契约”(形成的完全是公法关系的行政契约,如治安责任承诺协议)不持疑义(因而在本文中也不再讨论这类行政协议),对一些“混合契约”也做出了些许让步,认可了行政诉讼法列举的有名行政协议,但是,争执的场域依然是我们所说的“混合契约”,^④尤其是司法解释增补进来的一些合同形态,它们算是行政协议?还是民事合同?或者各退一步,属于夹杂着民事与行政约定的混合型?在本文中,笔者之所以要特别提出“混合契约”这一分类,

^③ See Jean-Bernard Auby, *Comparative Approaches to the Rise of Contract in the Public Sphere*, Public Law, Spring: 40, p46-48, 56(2007). 在英国,政府合同是否应当适用公法,存在“否定说”和“肯定说”。Allison 和 Oliver 就持“否定说”,认为,“政府合同应当继续仅受私法规范,或者至少主要由私法来调整。这可以避免将公法与私法划分带入合同领域,因为,众所周知,决定何时适用特别公法规则是非常麻烦的”。Harlow 也认为,完全适用私法,能更好地保护合同当事人。See A. C. L. Davies, *Accountability: a Public Law Analysis of Government Contract*, Oxford University Press, 2001, p.12. Davies 主张“肯定说”,“正是因为政府合同代表公民利益,执行特殊任务,享有特殊权力,所以,需要公法规则,以要求政府对公民负责,促进合同活动,以及保护合同当事人”。See A. C. L. Davies, *The Public Law of Government Contracts*, Oxford University Press, 2008, p.83. 在美国,有的学者也认为,一些政府合同近似行政合同,一般合同法规则不能完全适用。“如果私人合同不适合所加入的一些任务,常识表明,无论是为了将政府与供应商的关系建立在一个更为稳固的基础上,还是出于对合同在整个社会中的地位的关注,都需要寻找更适合这项工作的法律原则”。“在数量有限的合同中,有必要建立行政合同制度,以体现政府的优越性,以及满足政府灵活性的需求”。See Donald Frenzen, *The Administrative Contract in the United States* George Washington Law Review, Vol.37:270, p.281, 286(1968).

^④ 行政契约包括“纯粹契约”“混合契约”和“假契约”三种类型。参见余凌云:《行政契约论》,中国人民大学出版社2000年版,第38-40页。

这涉及到要区分有关纠纷的属性,分别适用不同性质的法律和程序。或许这种建议可以进一步舒缓民法学者与行政法学者之间的紧张关系,不再过多地执拗于“混合契约”应该贴上什么标签,怎么归类,而是一起关注有关纠纷如何妥善解决。

本文首先对两种理论认识作批判性分析,论证唯有按照“合同说”的理路才能真正解决行政协议纠纷。其次,随着实践发展,行政诉讼结构也不断变迁。那么,为了解决行政协议纠纷,行政诉讼结构作了哪些度身定做,适应变化呢?最后,重点论证,在公法与私法交织的界面上,应当引入“混合契约”概念。对于有关纠纷,原则上应当通过行政诉讼附带民事诉讼,区分纠纷属性,循着不同救济路径分别处理。

一、“行为说”与“合同说”

《中华人民共和国行政诉讼法》(以下简称《行政诉讼法》)(2017年)第12条第1款第11项明确规定,“认为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”,属于行政诉讼受案范围。从立法表述方式上看,这似乎是延续了《行政复议法》(1999年)第6条第6项“认为行政机关变更或者废止农业承包合同,侵犯其合法权益的”立法技术。这或许是为了与《行政诉讼法》(2017年)第2条和第6条表里一致。《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》(2019年)在起草思路,也基本上是针对行政机关单方决定,阐释应当如何受理、审查和判决。从学术研究看,对于行政契约纠纷的解决,行政法学者大致有“行为说”“合同说”两种不同审理思路。对《行政诉讼法》第12条第1款第11项的规定,就有着相应的两种不同解读。

(一)“行为说”

“行为说”主张将行政契约作为行政行为的一种类型,而不是“合同的一种”,人为地将双方行为分解为我们熟悉的单方行为,采用我们擅长的与单方行为一样的方式处理。如若不然,便会“陷入按照民事诉讼法的思维模式、合同纠纷的审查方式、民事诉讼法的裁判规则,去审理和裁判行政协议案件”^⑤。

从表面上看,“行为说”似乎更契合上述立法路数。它也并非空穴来风,以往对行政契约的行政审判也有类似处理,似乎走得更远,出现了单方行政行为的审查模式,就是以公法的视角,将行政契约中的公法纠纷抽出,挑出有关行政权、行政优益权行使,仿效

^⑤ 郭修江:《行政协议案件审理规则——对〈行政诉讼法〉及其适用解释关于行政协议案件规定的理解》,载《法律适用》2016年第12期,第46页。

单方行政行为,做部分有针对性的处理。^⑥ 最高人民法院行政庭的两次答复也持相同观点。^⑦ 一些法官和学者也认为,行政协议是一个系列行政行为,本质上是“协议性行政行为”^⑧。这似乎化繁入简,让问题迎刃而解,“将行政协议分解为若干独立的行政行为,按照行政诉讼的规则去审理、判决行政协议纠纷案件,也就没有多少困难了”^⑨。

这种解决行政契约的思维方式,在《行政诉讼法》修改之前还能获得些许理解,可以赞许为法官在传统单向性诉讼结构下的进取与努力,但《行政诉讼法》修改之后,仍然依恋上述审查路径,却不足取。一方面,它带来了意想不到的结果,无意之中迎合了民商法学者的主张,就是合同纠纷中涉及行政纠纷的,完全可以切割出来,单独依照行政救济途径处理,那么也就没有必要另外成就行政协议概念了。另一方面,《行政诉讼法》(2014年)第12条第1款第11项的增补,也就“不过是对此前行政诉讼法实施过程中已经存在的制度安排进行再度确认”^⑩,谈不上巨大进步,无需额手相庆。

在学理上,因为行政契约的介入,有着“单方行政行为”与“双方行政行为”的划分。这种分类源自《行政法概要》中王名扬先生执笔的行政行为一章。王名扬先生是在“行政权作用”(“国家行政机关实施行政管理活动”)的意义上使用“行政行为”。其中,对行政行为的分类提到了单方行为和双(多)方行为,并从法律效果的发生加以区分,行政机关单方意见就发生法律效力,是单方行为,包括依申请的行为;需要双方或者多方同意才能发生法律效力,是双(多)方行为。他还特别指出,“协议的行为就是多边的”,例举了行政契约。^⑪ 尽管寥寥数语,言之不详,王名扬先生还是深刻洞悉了单方行为与双方行为的根本差别在于发生法律效力意思表示不同。也就是行政契约是双

⑥ 如在“王保明与扬中市八桥镇人民政府不履行法定职责二审行政判决书”中,“上诉人要求增加审查双方签订的转让协议的性质,即是属于行政协议还是民事协议”,二审法院认为,“由于上诉人在一审中的诉讼请求是判令被上诉人为上诉人办理国有土地使用权转让的法定职责,故对上诉人提出的增加审查上述部分内容的请求,本案不予理涉”。参见江苏省镇江市中级人民法院(2015)镇行终00152号行政判决书。实践中还存在着另一种拆解方式,也就是撇开合同的属性不论,仅识别争议的属性,如果属于民事争议,就按照民事诉讼处理,比如,在“北京北方电联电力工程有限责任公司等与乌鲁木齐市交通运输局合同纠纷管辖权异议上诉案”中,法院认为,“有关回购原因的行政行为与回购争议本身相互独立,北方公司对终止《BOT协议》之前的相关行政行为并无异议。根据北方公司诉讼请求及一审查明的事实,双方争议的回购款依据问题,不涉及具体行政行为,北方公司本案亦未针对具体行政行为提出相关请求。故本案不属于行政诉讼受案范围”,“各方当事人在回购款的支付问题上,处于平等的法律地位,不能排除民事法律规范的适用。北方公司起诉符合民事诉讼法关于受理条件的规定,应予受理”。参见最高人民法院(2014)民二终40号民事裁定书。

⑦ 《最高人民法院关于土地管理部门出让国有土地使用权之前的拍卖行为以及与之相关的拍卖公告等行性质的答复》([2009]行他字第55号)指出:“土地管理部门出让国有土地使用权之前的拍卖行为以及与之相关的拍卖公告等行为属于行政行为。”《最高人民法院行政审判庭关于拍卖出让国有建设用地使用权的土地行政主管部门与竞得人签署成交确认书行为的性质问题请示的答复》([2010]行他字第191号)又进一步指出:“土地行政主管部门通过拍卖出让国有建设用地使用权,与竞得人签署成交确认书的行为,属于具体行政行为。当事人不服提起行政诉讼的,人民法院应当依法受理。”

⑧ 王学辉:《行政何以协议:一个概念的检讨与澄清》,载《求索》2018年第2期,第118页。

⑨ 前注⑤,郭修江文,第46页。

⑩ 刘飞:《行政协议诉讼的制度构建》,载《法学研究》2019年第3期,第35页。

⑪ 参见王珉灿主编:《行政法概要》,法律出版社1983年版,第97-100页。

方合意成立,原则上任何一方无法通过单方意思表示随意改变或者撤销。

然而,“行为说”却彻底摧毁了这一认知,从根本上否定了行政行为与行政契约、单方行为与双方行为之间的理论划分。而且故意忽视它们在法律效果上的不同形成机理,人为地将合同约定的行政权行使和合同纠纷之间切割开来,尽管能够解决一些纠纷,但是这种碎片式的、而不是整体地解决协议纠纷的审理方式,在不少纠纷处理上,仍然不免捉襟见肘、左支右绌,救济效果也差强人意,无法实质化解纠纷。

第一,无法将所有合同纠纷都拆解成单方行为。在行政契约中,尤其是“混合契约”中,像行政机关通过行政优益权或者行政权的行使而能够单方实现法律状态改变的,应该不多见,是例外,不是常态。这意味着绝大多数行政契约纠纷必须通过双方协商或法院解决。

第二,拆解出来的行政权行使违法,从逻辑上讲就只能产生行政赔偿。而行政赔偿是抚慰性的、不充分,远不如将行政权行使违法作为行政机关违约的情形,按照违约赔偿,使当事人获得更充沛救济。而且实践上如果不存在损害,比如当事人在行政机关单方决定收回土地之前并没有开发,也就不发生行政赔偿问题。但是如果将行政机关违法收回土地视为违约行为,则存在违约责任。

第三,行政机关为何不依照合同约定行使行政权,有时可能涉及当事人行为不当或者不遵守合同在前。法院不能无视这些问题,必须一并进行审查,作出综合判断。这种双向审查方式,显然不同于对行政行为的单向性审查。

第四,仅解决拆解出来的单方行为是否合法还远远不够,必须进一步解决合同是否有效、应否继续履行。合同缔结之后,行政机关应当怎样行使行政权,不仅要遵循依法行政原则,也要受合同拘束。如果依法行政要求与合同约定发生冲突时,应当让依法行政胜出,然后再解决合同责任。所以,在这类纠纷中法院不能仅微观地解决行政权行使的合法性判断问题,还必须回答合同是否有效,是否还必须继续履行下去,以及有关的违约责任。

(二)“合同说”

《行政诉讼法》(2014年)修改之后,不少法官便对“行为说”的审查思路提出质疑,认为在违约、赔偿等事项上会产生一系列问题,并肯定“行政协议并不是国家赔偿法的调整对象”^⑫。主张以法律关系为中心的合同纠纷审查方式,^⑬“确认协议有效后,审查的重心应当转移到合约性审查或者说是违约性审查,即双方行为是否符合行政协议关于权利义务的约定”^⑭,这显然是一种双向性的审查路径。支持将行政协议的所有纠纷均

^⑫ 江必新:《行政协议的司法审查》,载《人民司法·应用》2016年第34期,第13页。

^⑬ 参见耿宝建、殷勤:《行政协议的判定与协议类行政案件的审理理念》,载《法律适用》2018年第17期,第133页。

^⑭ 宋海东:《新行政诉讼法语境下行政协议若干问题探析——以类型化诉讼为视角》,载《山东法官培训学院学报(山东审判)》2015年第6期,第40页。

纳入行政诉讼的受案范围。^⑮

“合同说”是将行政协议本质上看作是一种合同,有关争议应按照合同纠纷的模式来解决。至于合同的形态,又有“完全公法意义的合同”“混合契约”两种不同解释。对合同的完全公法意义解读,就是将行政协议中形成的所有关系都作为公法关系,完全通过行政诉讼解决。主张对于行政诉讼法有关行政协议的规定,“应结合原告围绕协议的效力、协议的履行、协议的变更解除、协议的责任承担等提出的相应诉讼请求,对上述规定作扩大解释,尽量使其容许于行政诉讼,并防止同一性质的协议争议由行政和民事诉讼途径分别处理,出现行政裁判和民事裁判不一致的情形”^⑯。这与笔者主张的“混合契约”之间有着视角、态度和处理上的差别。“混合契约”承认公法关系与私法关系兼有混杂,对于不同属性的争议,在行政诉讼附带民事诉讼的平台上,仍然按照不同诉讼途径解决。^⑰

对于上述第12条第1款第11项的立法表述,一些学者、法官十分纠结,并推定立法者对行政协议的引进还是采用单向性诉讼结构下的“行为审”,批评司法解释采用“行政协议”术语没有忠实遵循立法规定。本人却不以为然。首先,立法上虽然仅出现了“协议”,但是,从立法修改过程的讨论,^⑱以及结合《行政诉讼法》(2014年)第2条、第6条规定,立法机关规定的“协议”就是指“行政协议”。其次,这种以行政机关为主体的表述形式是不突破“民告官”的结果。再次,立法者依然使用的是“等协议”,而非“等行为”,是将行政协议作为“双方行为”整体地引入行政诉讼结构之中,并针对这一特殊行为形态做相应的审查姿态与技术调整。最后,行政机关“违法变更、解除”是对行政优益权的行使,具有行政性。行政机关“不依法履行、未按照约定履行”可能涉及行政权力行使,也可能未必。但都不可能不对双方争执进行双向性审查。

其实细读《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》(2019年)不难发现“合同说”的迹象与佐证。比如,第7条规定,对于原告请求解除行政协议,法院完全是按照合同是否符合约定或者法定解除情形来审查,应该是一种双向式审查,而不是单审行政机关一方的行为。第10条第3款规定,对行政协议是否履行发生争议的,由负有履行义务的当事人承担举证责任,也不是仅对行政机关的单向性审查。第19、21、22条在措词上都使用了“赔偿”“补偿”,而不是“行为说”使用的“行政赔偿”“行政补偿”。因为后者是对于单方行政行为而言的,而合同行为只产生合同责任。第14条关于原告提出的撤销请求,从其中规定的撤销事由看,也是《合同法》(1999年)第54条、

^⑮ 在“蒋大玉等诉重庆高新技术产业开发区管理委员会行政协议纠纷再审案”中,最高人民法院行政法官主张,“除《中华人民共和国民事诉讼法》第十二条第一款第(十一)项所列举的四种行政协议争议外,还包括协议订立时的缔约过失,协议成立与否,协议有效无效,撤销、终止行政协议,请求继续履行行政协议、采取相应的补救措施、承担赔偿责任和补偿责任以及行政机关监督、指挥、解释等行为产生的行政争议”。参见最高人民法院(2017)最高法行再49号行政裁定书。

^⑯ 前注^⑬,耿宝建、殷勤文,第128页。

^⑰ 参见前注^④,余凌云书,第42-43页。

^⑱ 2014年7月,在行政诉讼法修改草案提交三审之前,全国人大法工委行政法室召开行政合同专题座谈会。

民法典第147条至第151条规定的理由,而不是《行政诉讼法》(2017年)第70条规定的情形。第18、20条也是“采取复述民事合同法规则的方式”^{①9}。

对于行政协议,尤其是“混合契约”纠纷的解决,基本适用合同法。只是针对行政协议在签订、履行过程中发生的局部个别的行政争议,采取公法方式进行“外科手术式”精准“治疗”。如果有关行政争议表现为单方权力行使,也不排除可以采用“行为说”的切片式审查技术。^{②0}但是之后仍然还是放回到合同中,按照合同原理和规律处理,除非行政法要求适用的一些特殊规则,比如,合法的单方变更或解除不算违约,“因为对公共权力的合法行使,不应视为受谴责之事”^{②1}。因此,在“合同说”视野里,不可能出现行政机关违法行使行政权而产生的行政赔偿,而是合同的违约赔偿责任。这种技术操作使得救济效果丝毫不亚于民事救济,譬如,赔偿的范围可以不限于国家赔偿的直接损失,还可以包括合同法上的可得利益损失。^{②2}也正因如此,《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》(2019年)第19、20、21、22条都没有特别规定的必要,完全可以按照合同法执行。

二、诉讼结构中的行政协议

当下的学术争论,在你来我往的学术推手中频频提及的行政协议与“行政行为”,可能都存在着指称错位和理解差异。民法学者对行政协议范围扩张的批判,很大程度上是在质疑行政诉讼解决行政协议纠纷的制度能力。因此,有必要正本清源,从行政诉讼解决纠纷的机理发展谈起。行政诉讼的结构与解决纠纷的机理不是一成不变的。行政行为范畴在不断变化,行政诉讼结构与机理也随形就势,不断变迁乃至突变。

^{①9} 王洪亮:《论民法典规范准用于行政协议》,载《行政管理改革》2020年第2期,第21页。

^{②0} 对单方行为的切片式审查技术,参见韩宁:《行政协议行为司法审查规则研究》,载《浙江学刊》2018年第3期,第27-29页。

^{②1} A. C. L. Davies, *The Public Law of Government Contracts*, Oxford University Press, 2008, p.185. 笔者认为,上述司法解释中最重要、也最有特色的规定,是第16条对行政机关单方变更或者解除行政协议的规定,也是民法学者抵触和质疑的权利形态。从形式上看,单方变更或解除是行政优益权的行使,实质是依法行政与合同约定之间发生了内在冲突,行政机关必须首先遵守依法行政的要求,然后再解决合同责任问题。对于合法的单方解除或变更,由于不存在违法,也就谈不上违约责任,但是,为保障相对人的合法利益,行政机关必须恪守“经济平衡原则”,积极采取补偿、补救措施。从救济方式上看,这显然与合同法迥异。在民法学者看来,行政机关即便是合法变更、解除行政协议,也应当视为违约,也要承担违约责任。但是,从救济效果上看,公法与私法异曲同工、不相上下。从救济方式的多样化与灵活性上看,公法更胜于私法。

^{②2} 在“再审申请人鄂州市泓元置业发展有限公司诉湖北省葛店经济技术开发区管理委员会行政协议案”中,最高人民法院行政法官认定,“在再审申请人泓元公司已履行案涉协议约定义务的情况下,再审被申请人对协议约定的7亩土地逾期十多年未交付给再审申请人,也未按照协议约定履行相关规划义务,已构成严重的违约行为”。然后,行政法官直接根据《中华人民共和国合同法》第112条及第113条第1款之规定,指出,“尽管一、二审法院已经判决再审被申请人继续履行案涉协议约定的义务,但毕竟再审被申请人逾期十多年未将置换土地交付给再审申请人使用,即便本案二审判决后再被申请人将置换土地交付给再审申请人,也仅仅是履行了协议约定的义务,并不能弥补再审申请人在这十多年多因无法使用该置换土地而失去的经济利益”,因此,行政机关因其违约行为应当赔偿协议相对人协议履行后的可得利益。参见最高人民法院(2018)最高法行申154号行政裁定书。

行政诉讼虽从民事诉讼之中脱胎而来,但从开初的设计上就与民事诉讼不同。在私法上,是“对双方当事人之间发生的事实上的纠纷加以法律构成,对如此构成的法律纠纷以符合其形态的准则加以处理”。就私法而言,“虽然它同时也是调整当事人行动的规范,但就其主要性格而言”,“是纠纷解决规范”。“私法秩序的保障被压倒性地作为法院的任务,法院被视为最适于解决纠纷的中立机关。”^{②③}而行政诉讼“于历史沿革上并非因‘纷争解决’此一前法律性格之要求而生,而系基于对行政之适法性控制与对贯彻人民权利保护之要求而生”^{②④}。

因此,《行政诉讼法》(1989年)是以审查单方行为为对象而构建起来的,专为解决行政行为的合法性审查而设计。《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的意见(试行)》(1991年,已失效)对“具体行政行为”还特意作出解释,强调单方性。也就是,行政行为是指行政机关单方意思表示就能发生法律效力,这是传统的、现在看来属于狭义的行政行为概念。《行政诉讼法》(1989年)第11条列举的行政行为形态也无一例外。

解决纠纷的机理是,如果行政行为违法,并对相对人的合法权益产生妨害,相对人可以诉诸法院。法院只要通过对行政行为的合法性审查,撤销违法的行政行为,那么,加诸其合法权益上的妨害就能够排除,权利状态便能够恢复原状,纠纷也随之化解。“法院所依据的规范一般就是与纠纷的存在的存否无关地拘束着作出行政行为之行政机关的行政秩序规范本身”。^{②⑤}所以,主观之诉是表象,行政诉讼本质上是客观之诉,是为了维护客观法秩序。诉的利益与主观公权利仅是因为法院资源有限而不得不构筑的限制性措施,从而将主观之诉与客观之诉统合成一体两面。《行政诉讼法》(1989年)的总体设计也大致符合上述诉讼原理。

然而,之后的实践,由于法院锐意进取,不断拉张行政诉讼范围,一些非典型的行政行为也进入了法官的视野。大致可以分为,一是责任认定,如道路交通事故责任认定、火灾原因及火灾事故责任认定、工伤认定、地质灾害责任认定等,这类行为都没有对当事人的权利义务作出法律上的处分。二是行政确认,包括发放结婚证、房产证等,法律效果在私法上已经发生,行政机关只是用国家公信力确认已有的法律状态。三是行政裁决,如行政机关对专利侵权、房屋拆迁安置补偿、滩涂水源林木权属等民事纠纷的居中裁决,有关民事争议只能适用私法解决。这些非典型的行政行为在法律效果上与传统行政行为不同,但至少在公权力性和单方性上却是一致的。为适应上述变化,《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》(2000年,已废止)第1条干脆删除了“具体”,改为“行政行为”。这意味着已经从传统行政行为上发生了移动,拉张了概念外延。

^{②③} [日]小早川光郎:《行政诉讼的构造分析》,王天华译,中国政法大学出版社2014年版,第33页。

^{②④} 翁岳生主编:《行政法》,中国法制出版社2002年版,第1311页。

^{②⑤} 参见前注^{②③},小早川光郎书,第34页。

对于非典型的行政行为,还勉强可以通过判决撤销、重新作出责任认定来解决。但是,对于行政确认、行政裁决,通过上述行政诉讼结构就无法妥帖应对,因为仅是撤销违法的行政确认、行政裁决,民事争议犹在,并不能真正解决纠纷。要想实质性化解纠纷,就必须加入新的诉讼机制。《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》(2000年)第61条增加规定了民行交叉,“被告对平等主体之间民事争议所作的裁决违法,民事争议当事人要求人民法院一并解决相关民事争议的,人民法院可以一并审理”。《行政诉讼法》(2014年)第61条继续扩大了民行交叉的范围,规定“在涉及行政许可、登记、征收、征用和行政机关对民事争议所作的裁决的行政诉讼中,当事人申请一并解决相关民事争议的,人民法院可以一并审理”。与此同时,作为制度操作的平台,行政诉讼附带民事诉讼的创制性平台也孕育而生。

在行政诉讼初创之际,行政契约因为实践不普遍,理论不成熟,未引起立法者关注。随着行政契约实践的不断深入,运用领域的逐渐拓展,面对频发的纠纷,便有了诉讼需求。但是由于《行政诉讼法》长期不改,只能以行政行为为审查对象。欲将行政契约纳入行政诉讼,也必须将其塞入行政行为的范畴之中。所以不少学者和法官主张,行政契约属于“双方行政行为”,是行政行为的一个亚种。这是继“具体行政行为”脱变为“行政行为”之后的又一次实质性拉伸,行政行为由单方扩展到双方。立法者、法官和学者都清醒地意识到行政协议不同于传统行政行为,也与非典型行政行为迥异,是双方合意行为,是一种全新的行为类型。应当建立专门适用于解决行政契约纠纷的双向性构造的诉讼结构,包括双向性审查结构、允许行政机关起诉的条件、反诉权、举证责任、确认契约效力以及对违约责任处理的判决形式等。

《行政诉讼法》(2014年)除了第12条受案范围、第61条民行交叉外,还专为行政协议量身定制了第78条。这些还远远不够。《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》(2019年)进一步规定行政协议的判断标准;臚列若干有名行政协议;列举与行政协议有利害关系的具体情形;照抄民事诉讼上的“协议管辖”,为行政协议当事人提供更多、更灵活的管辖;明确对行政优益权的审查方式,引入了“经济平衡原则”;适度修补行政机关原告资格不明之缺陷;规定了行政协议无效的法律适用;原则上不得仲裁,等等。这些规定都是程序性的,“主要局限在法院审判规则、救济手段以及程序审查方面,总体来讲,是谨慎、健康、有益的,没有实质上突破宪法秩序下的法院角色与功能”^{②6}。当然,上述解释也引发了不少争议。但这些解释至少在认可双向性审查、公法与私法混搭的法律适用、双方举证以及引入单方变更的行政法理上取得了不小的进步,使法院的审理操作更贴近双方行为的特征。或许,我们可以考虑放弃完全公法意义上的解释,转移到“混合契约”立场做一定的修正,有关争议可能还会进一步迎刃而解。

严格地说,迄今尚未解决的是行政机关的原告资格与反诉权,这只能通过立法规定,无疑也是对行政诉讼基本结构的重大突破。究其原因,《行政诉讼法》在2014年修改

^{②6} 余凌云:《法院如何发展行政法》,载《中国社会科学》2008年第1期,第99页。

过程中,最初都因意见分歧较大而搁置讨论行政契约,直至“三审稿”,才匆忙写入行政协议,遗留了行政机关原告资格以及反诉权没有规定。这不能不说是一个立法遗憾。从理论上讲,行政协议是双方合意的产物。除非行政机关行使行政优益权或者约定的行政权,可以通过单方意思表示发生法律效力,否则,行政机关必须与相对人协商一致,才能形成、变更或者废止法律关系。因此,在行政协议纠纷解决上,行政机关也有充当原告、反诉的需求和可能。

如何填补上述法律漏洞?通过司法解释的操作空间十分有限。《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》(2019年)第6条只能接受行政机关不得反诉。第24条又试图给出行政机关无原告资格下的应对方法,也就是区分两种情形,一种是行政机关具有行政优益权或者约定的行政权。这意味着行政机关单方意思表示就可以发生法律效力。相对人如果不服,可以提起行政诉讼。另一种是除上述情形外,行政机关可以先作出行政决定,要求相对人履行协议义务。如果相对人仍然拒不履行,行政机关可以申请非诉执行。在笔者看来,后一步颇有疑问,似乎混淆了行政机关在行政协议中的角色。“行政契约有效成立之后,它不具有行政法上的公定力和执行力。”^⑲

实际上,行政机关作为原告的需求是十分有限的。首先,对于“混合契约”,其间夹杂着大量的民事约定,只要我们鉴别出发生的争议中没有公法因素,就可以适用民法、合同法,行政机关作原告也顺理成章。譬如,在国有土地出让合同中,行政机关已依约履行交付土地的义务,而相对人未完全履行合同约定的支付土地出让金义务,这一纠纷就不具有公法因素,行政机关完全可以通过民事诉讼要求相对人履约。其次,行政机关能够通过行使行政优益权或者行政权来解决的,也没有必要充当原告,因为这些权力还是具有与单方行政行为近似或者相同的特性。最后,对于其他公法约定产生的纠纷,考虑到相对人和行政机关之间的长期依存关系,以及行政机关也有一定的制衡手段,行政机关即使不做原告,也还是能够通过协商、约谈等方式解决矛盾。英国的经验也是如此,有关政府合同的诉讼是罕见的(rare),政府和当事人一般都乐意通过谈判或者仲裁解决纠纷。这有助于事后尽快修复双方关系。^⑳

三、引入“混合契约”概念

有不少民法学者和行政法学者认为,行政协议和民事合同分属公法与私法,非此即彼。对于以往在私法上处理的合同形态,因其中的公法因素而重新识别为行政协议,即便行政法伸出橄榄枝,认可其中不需要适用公法的关系仍然可以参照适用私法,也无法获得民法学者的认同;参照适用的情形与范围,也容易引发不小的争议。这就是当前问题的症结。

^⑲ 于立深:《行政契约履行争议适用〈行政诉讼法〉第97条之探讨》,载《中国法学》2019年第4期,第217页。

^⑳ See A. C. L. Davies, *Accountability: A Public Law Analysis of Government Contract*, Oxford University Press, 2001, p.12.

其实,行政契约是介于公权力与合意之间的一种特殊形态。在私法合同和公法契约之间一定存在着过渡形态或者中间灰色地带。合同形成的是公法关系,还是间杂着私法关系,完全由双方协商决定。在私法关系上加入了公法关系,无论成分多少,都是“混合契约”。承认这一混杂形态,可以找到公法与私法和解的最大公约数,才能论证行政协议的合理性。因为如果公法问题可以采用私法方法解决,也就没有必要划分公法与私法,反之亦然。

(一)对“混合契约”作完全公法意义上的解读?

从司法解释看,似乎没有接受“混合契约”概念,而是将胪列的行政协议都被视为行政法上的协议,也就是说,除了其中的行政法上权利义务关系,其他与民事合同上的相同或者相似的法律关系也识别为行政法上的法律关系,适用“民法原理在行政法上的援用”学说,对后者“参照适用民事法律规范”。^⑳这类案件也完全纳入行政诉讼审理,只是针对由民事关系转换而来的公法关系上出现的纠纷,在诉讼程序规则上可以“参照适用”民事诉讼法。

据说德国行政法在早期也承认“混合合同”。但“已被学界抛弃”。“现行通说认为,不应把同时具备公私法内容的‘混合合同’划分为公法与私法两个部分并分别依据不同规范作出不同处理,而应基于合同标的的目的与整体属性作出判断,此即所谓的‘统一判断原则’”。“只要合同中存在有唯一一项公法规范对象,就足以将其认定为公法合同,否则高权主体一方就有可能逃逸于更为严格的公法规范之外”,该标准也被称为“主导性理论”。“德国法院组织法第17条第2款规定,受理法院对法律争议所涉及的所有法律问题作出裁判。”^㉑

笔者认为,上述理论只是对合同的整体性质的判断。我们要引入的“混合契约”范畴也是行政协议的一种类型,而非民事合同,这与上述德国认识没有根本分歧。只不过“混合契约”不认可协议形成的所有关系均为公法关系,之所以划归行政庭审理,是因为行政诉讼可以“一并解决民事争议”。但是对于我们关注的问题,上述理论研究却语焉不详,或根本没有触及。比如,在德国,“混合合同”具体是什么形态?有哪些种类?它们被识别为行政契约、划归行政法院审理之后,在具体审查上是否还要区分或者实质上区分争议性质,并分别适用(援用)私法和公法解决?德国行政诉讼程序是否适合解决本质上为民事争议的纠纷?是否有针对性的特殊诉讼制度构造?对于实质上的民事争议,行政法院是作出行政判决还是民事判决?我们依然知之甚少。所以不能简单地依据德国的经验去否定“混合契约”。

^⑳ 《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》(2019年)中明文涉及这类情形的共计三处,包括第18、25、27条。其中,第27条是一般性条款。“参照适用”也可以理解为“类推适用”,其中可能会有变通。但在合同无效上又认可了公法与私法具有共同法理,第12条第2款又是“可以适用民事法律规范”,也就是可以“直接适用”。那么,为什么会有如此不同呢?实在令人费解。民法学者王洪亮教授也敏锐地察觉到这一问题,并指出“这里的适用应该改为准用”。参见前注^⑱,王洪亮文,第20页。

^㉑ 前注^⑱,刘飞文,第42-43页。

在我国,这种完全归属行政法领域的行政协议,对于民法学者来说,就是一个陌生的事物,而寥寥数条的司法解释根本无法解释民法学者接踵而来的不断质疑。在合同法上,除非法定或者约定的免责事由,当事人都可以要求其承担违约责任。如果行政机关违约行为是合法的,当事人可以要求其承担违约责任吗?更进一步,是否可以要求可预期利益的赔偿?等等。尤其是那些原先按照民事合同处理的协议,审查的重点怎么就变成了合法性审查,而不是有效性审查?这的确让民法学者疑惑不解。

其实这都是不加鉴别的结果。对于行政协议,合法性审查仅针对其中的公法约定,不加鉴别的一概适用,就是无的放矢。这是因为,行政机关不能拘泥于已有的合同而放弃未来的行政权力行使,否则,行政机关就变成了立法机关,可以通过合同自我授权。因此,在公法约定上,依法行政原则优于当事人意思自治。但是行政协议上的约定并非都具有公法元素,尤其是那些原先被视为民事合同的“混合契约”,对于没有公法元素的民事约定,仍然应当适用当事人意思自治。

从根本上讲,这里存在的分歧是不同进路,一个是作完全公法意义上的解析,将行政协议中形成的所有法律关系均视为公法关系,另一个是“混合契约”的解读,将这类合同视为私法与公法关系混杂的集合体。无论哪种进路,在面临问题、解决思路及处理手法上没有本质差别。首先,都必须鉴别争议的本质属性,将其中真正的公法约定挑出来,仅对其中行政纠纷进行合法性审查,适用公法处理,遵从依法行政原则优于当事人意思自治。其次,对于那些本质上为民事关系的争议,无论是否转化为公法关系,都要“参照”或者适用私法解决。最后,在解决了行政协议中行政机关行使行政权或行政优益权的合法性之后,仍然将其放回合同之中展开后续的作业处理,对于行政权或行政优益权行使违法,视为违约,按照合同违约责任处理。除非有关合法性审查会对合同有效性或者合同责任产生不一样的影响,便会产生与合同法不同的特殊处理规则。合法的单方变更不产生违约,而是采用“经济平衡原则”解决行政机关的责任问题。

笔者更倾向认同“混合契约”。第一,在完全公法意义下的解读中,对于相同或近似私法关系的争议,虽然形式上认为是行政争议,但是解决这些争议还要做实质鉴别,参照适用私法规则。尽管有着一般性的民法援用规定,如《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》(2019年)第27条,但在实际操作上还必须不断答疑解惑。莫不如直接承认其为私法关系,直接适用民法。第二,在解决这类争议上,行政诉讼是否比民事诉讼有优势?也不无疑问。当然,在将这些争议解读为公法争议之后,也可以“参照适用民事诉讼法的规定”,让行政诉讼实质脱变为民事诉讼,审理结果或许也与民事诉讼并无二致。但是,仍有力所不逮,比如,在民事关系转性而来的内容上发生争议,原先按照民事合同处理,行政机关当然有原告资格、可以反诉,现在按照行政案件处理,行政机关还有起诉资格、反诉权吗?即便可以,要解释清楚也还需多费口舌、大费周章,将原本简单明了的问题复杂化。第三,能够有效化解有关仲裁之争,划清了仲裁的适用边际。对于“混合契约”中发生的纠纷,如果仅仅只是民事争议,公法约定实际上处于“沉睡”状态;或者发生的争议尽管涉及公法与私法,但是完全可以分割处理,那么对于有关民

事争议没有理由否定仲裁。如果纠纷涉及行政协议中的行政法上权利义务则不能仲裁。延伸一步,如果在一个合同纠纷中交织着行政争议与民事争议,从技术上无法分割处理,也不适宜申请仲裁。第四,或许在解决纠纷的效果上,两个路径都会殊途同归。但在消除民法学者的困惑上,后一条路径是民法学者更熟悉和易于接受的,来自民法学者的很多诘问也就不成其为问题了。

(二) 民法学者的态度

从现有民法学者的研究看,他们能够接受的行政协议,是区分了市场行为与非市场行为,主张行政协议仅存活在非市场行为,“在性质上属于替代行政行为”,“本质上是行政机关行使行政职权的一种方式”。按照这种认识,“行政机关订立行政协议并不是一种市场行为”,“协议双方当事人的关系并不是民事权利义务关系,而是行政上的权利义务”。^①所以“混合契约”根本不存在,要么是行政协议,要么是民事合同。

出于上述理论见解,他们认可了《行政诉讼法》(2014年)第12条第1款第11项的两种有名行政协议,并解释道,政府特许经营协议是行政机关行使许可权的一种方式,土地、房屋等征收征用补偿协议“属于政府行使征收权、征用权的必要环节,是政府征收权、征用权的组成部分”^②。但却不接受《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》(2019年)增补进来的有名行政协议。实际上上述无论哪一种有名行政协议,都混杂着公法关系与私法关系。

或许民法学者从行政法文献上解读出来的很多行政契约是秩序行政上的行政行为替代方式。譬如,治安管理处罚上基于担保人和保证金规定而签订的担保协议。在秩序行政范畴,非市场行为性标准是可以成立的。然而随着给付行政、福利国家的迅猛发展,“行政并非仅系国家实践法律与权力目的之手段,而是应作为国家福利目的之工具,来满足社会之需要”^③。行政协议的大量涌现恰好是因为给付行政的迅猛发展,比如,市政基础设施建设从本质上讲,就是政府的一项重要职责。政府履行有关职责的方式,既可以亲力亲为,也可以公私合作;既可以采用民事合同,也可以创造出与私法手段交织结合的新的形式与手段。“给付行政不拘泥于给付形式的公法或私法形态,法理上赋予了其形式选择自由的空间。这要求从目的导向来解释给付行政,而并不能简单地采取形式判断标准。进而,通过私法同样可能实现给付行政的目的。例如,通过私法契约来实现公共设施的提供,这便模糊了原有的公法与私法边界,出现了越来越多的混合行为。”^④在给付行政领域,之所以会有行政协议,特别是私法关系与公法关系交织的混杂形态,就是完全采用民事合同不足以实现公法目的,所以必须适用一些超出私法原理的特别规则。这是因为,“自由民主理论假设,个人与国家、国家与社会之间存在着不可分割的关系。这些关系使国家即便处于合同关系之中也要承担强制性义务,它必须对个人自治持续给与

^① 参见前注①,王利明文,第12、15页。

^② 前注①,王利明文,第12页。

^③ 周弘:《福利国家向何处去》,社会科学文献出版社2006年版,第1页。

^④ 胡敏洁:《给付行政范畴的中国生成》,载《中国法学》2013年第2期,第41-42页。

关切和尊重,它也必须寻求发现公共利益并采取行动”。“在某种程度上,私法模式不能容纳自由民主理论的核心部分,这使得它不适合界定国家责任的任务。”^⑤

可见民法学者与行政法学者的根本分歧在于民法学者是以市场行为和非市场行为为划分标准,行政法学者是以具有行政法上权利义务内容为识别标准。这两种不同方法运用到市场领域,对既存合同进行识别时,归类上就会出现交叉,便会见仁见智、称雨道晴。对PPP和自然资源开发利用上的合同形态,民法学者认为是民事合同,行政法学者主张是行政协议。于是,各说各话,不易达成共识。

在公法与私法交叉范围内形成的合同形态,原先按照民事合同来处理,现今归类为行政协议,变成非此即彼。这已让民法学者错愕。如果再进一步作完全公法意义上的解读,认为形成的合同关系均为公法关系,只是对那些与民法关系相同或者相近的关系援用民法原理来调整,也就是“参照适用”民事法律规范。这更让民法学者费解。

在笔者看来,更务实、更有说服力的态度,应当承认它们是“混合契约”,是民事关系与行政关系兼而有之的混合体。最高人民法院民事法官在“京环公司股权纠纷案”中也认可,“行政合同本身并不必然排斥民事权益约定或部分内容需民事权利义务规则处理的可能”^⑥。最高人民法院行政法官在“香港斯托尔实业(集团)有限公司诉泰州市人民政府、泰州市海陵区人民政府、江苏泰州海陵工业园区管理委员会招商引资协议案”中也承认,“协议内容除包括相关民事权利义务约定外,还包括大量难以与协议相分离的行政权利义务约定”^⑦。这类“混合契约”中含有公法关系、公法内容,是能够鉴别出来的,民法学者对此也不否认。这些公法关系上发生的争议,应当通过行政救济途径、适用行政法来解决。如果仍然固执地坚持按照民事合同、适用民事法律规范处理,显然根本违背了公法与私法二元划分的法治基础,也抹灭了行政诉讼与民事诉讼的功用划分之必要。

(三)“混合契约”是“谈出来的”

作为“双方行为”,相对人是否同意签订行政协议具有完全的意思自治,行政机关也无法像“单方行为”那样通过单方意思表示就产生法律效力,无法施加权力性作用。可以说,行政协议是双方作为彼此独立的法律人格互相对等地“谈出来的”,不是或者不完全是命令与服从结构下的产物。比如,某人将具有百年历史的祖传大宅象征性卖给政府,原本是私法上的房屋买卖合同,却加入了公法内容,双方约定,政府应当将大宅申报为文物,按照文物保护单位管理。生成“混合契约”不仅是可能的,也绝对不是主观臆想的。“混合契约”的出现,是政府与相对人共同设计出来的一项最伟大的发明。

至于行政职责与行政权力的行使能否成为约定内容,民事法官和行政法官似乎存在着分歧。在“崂山国土局与南太置业公司国有土地使用权出让合同纠纷案”中,最高人民法院民事法官从民事合同角度解读《国有土地使用权出让合同》,认为,“政府机关

^⑤ Shannon Kathleen O'Byrne, *Public Power and Private Obligation: An Analysis of the Government Contract* Dalhousie Law Journal, Vol.14:485, p.518(1992).

^⑥ 最高人民法院(2016)最高法民再234号民事判决书。

^⑦ 最高人民法院(2017)最高法行再99号行政裁定书。

对有关事项或者合同审批或者批准的权限和职责,源于法律和行政法规的规定,不属于当事人约定的范畴。当事人将上述权限和职责约定为合同所附条件,不符合法律规定”。“当事人将法律和行政法规没有规定的政府机关对有关事项或者合同的审批权或者批准权约定为合同所附条件,同样不符合法律规定。”^{③⑧}但是,最高人民法院行政法官在“香港斯托尔实业(集团)有限公司诉泰州市人民政府、泰州市海陵区人民政府、江苏泰州海陵工业园区管理委员会招商引资协议案”中丝毫不否定双方当事人可以作类似约定,“这些权利义务虽有部分民事权利义务性质,但更多约定涉及地方政府不同职能部门的行政职权,分别受多部行政法律规范调整,具有明显的行政法上的权利义务特征。而事实上,此类约定也系海陵工业园管委会代表海陵区政府进行的行政允诺”^{③⑨},并且强调公法约定的合法性更适宜通过行政诉讼审查,“与民事诉讼程序相比,行政诉讼程序更有利于全面审查协议中有关税收承诺、土地出让价款承诺、行政许可承诺等诸项涉及行政法律规范之适用条款的合法性与合约性;而协议包含的工商、质监、房管、建设、交通等多个行政许可审批事项的约定,适用行政诉讼程序审理也更为适宜”^{④⑩}。

公法约定,一方面可能是来自行政机关的要求,不加入有关公法约定,不足以保证行政协议的公共服务或者行政管理目标的实现。另一方面也很可能是出自相对人单方的强烈期许,并作为合同成就的对价,要求行政机关必须承诺。无论哪一方主动提议,还是双方皆有意愿,都必须双方形成合意,且必须符合合同法规定和依法行政要求。公法约定的形成与实施,是受到依法行政的优先拘束,可能会给行政协议带来一定风险,但是也可以通过行政协议特殊规则加以管控和化解,如事前的合法性审查,以及单方变更的责任机制。也正因合同出现了公法约定,具有了行政法上权利义务内容,也就由民事合同嬗变为行政协议,形成“混合契约”。

实际上,政府和相对人对于签订什么样的合同心中有数。在一些合同中,他们也完全可以选择不作公法约定,^{④⑪}比如,在上述案件中双方反向约定,如果政府没有将百年大宅认定为文物保护单位,当事人有权解除合同。这种约定就没有公法元素。或许,就相对人投资逐利而言,相较于后一种对消极后果的约定,恐怕相对人更乐意选择要求行政机关的积极作为或者承诺处分,这更符合相对人实现合同目的。

四、从法律关系出发的区别审查

从理论上讲,“混合契约”可能发生的纠纷包括:(1)纯粹为民事争议;(2)纯粹

^{③⑧} 最高人民法院(2004)民一终106号民事判决书。

^{③⑨} 前注^{③⑦},(2017)最高法行再99号行政裁定书。

^{④⑩} 前注^{③⑦},(2017)最高法行再99号行政裁定书。

^{④⑪} 在法国,政府签订的合同究竟是什么属性,尽管最终还是由法院说了算,但是,政府对于签订什么样的合同是了然于胸的,它完全可以在合同中不涉及让相对人提供公共服务,或者避免自己享有特殊权力,从而签订一个普通私法合同。

See A. C. L. Davies, *supra* note 21, 55.

为行政争议；(3)既有民事争议,也有行政争议。它们之间的关系又可以进一步分为,一是彼此可以切割,分别处理。两者之间或许存在着解决次序,“先民后行”或者“先行后民”,也许没有处理次序。二是彼此交织,需要一并处理。

如前所述,国有土地出让合同、矿业权出让协议、征收补偿协议等有名行政协议,实质上是“混合契约”,当它们纳入行政诉讼受案范围之后,我们马上面临一些必须回答的重要问题,行政协议纠纷是否意味着整体编入行政案由?是否全部划归行政庭审理?尤其是行政协议中发生的争议纯粹是民事争议,是否也要诉诸行政庭?还是在立案阶段就鉴别分流?如果不分流,如何审理?

(一) 行政诉讼与民事诉讼应当各安其位、各尽所长

“混合契约”中公法关系与私法关系的交织并存,“这并不否认在那些明显应属于公法或者私法调整的领域内公法或者私法各自相对的优势地位,毕竟外来的渗透不能也不应抹杀内在本性”^④。因此,不能笼统地认可在解决行政协议纠纷上行政诉讼与民事诉讼具有竞争性,“民事协议可能交由行政审判庭审理,行政协议也可能交由民事审判庭审理。区分民事协议与行政协议、民事诉讼与行政诉讼,更多应考虑审判的便利性、纠纷解决的有效性、裁判结果的权威性以及上下级法院间裁判标准的一致性,也应考虑何种诉讼更有利于对行政权力的监督和公共利益的维护”^⑤。行政诉讼是为解决行政争议而构建,民事诉讼结构更适合解决民事争议。对于不同性质争议的解决,最好还是通过各自的诉讼程序。因此,行政协议中发生争议的不同属性,决定了不同诉讼的选择。

当然,笔者也不否认,在公法与私法交叉的合同领域,由于私法的公法化,私法已有很大的伸展力和融合力,不少带有公法因素的问题在私法上已能很好解决,与依法行政要求也不抵牾。但是,公法纠纷也无法全部转换为私法争议来处理。能否采用“转换技术”,归根结底还要取决于救济的充分有效,并符合依法行政要求。

在“安徽通德房地产开发有限公司与蚌埠市国土资源局土地租赁合同纠纷案”中,蚌埠市国土资源局根据《土地管理法》第58条第1款第1项规定,作出提前收回国有土地使用权决定。因双方对补偿金额无法达成一致,通德房地产开发有限公司遂提起民事诉讼。最高人民法院民事法官将上述行政决定转换成民事行为看待,“根据土地租赁协议,国土资源局应将案涉土地出租给通德房产公司使用,国土资源局作出决定收回土地,系解除土地租赁协议行为”^⑥。由于双方对上述行政决定没有异议,法院也不加诘问。或许,从民事诉讼上的“不告不理”看,“民不告,官不究”,民事法官仅需回应双方当事人争执的补偿问题,不及其余,这也无可厚非。

但是,如果按照行政协议的审理思路,在行政法官看来,国土资源局提前收回土地决定是否合法,是解决合理补偿的前提与基础。即便双方当事人对上述行政决定不持异

^④ 郭明瑞、于宏伟:《论公法与私法的划分及其对我国民法的启示》,载《环球法律评论》2006年第4期,第427页。

^⑤ 前注^④,(2017)最高法行再99号行政裁定书。

^⑥ 最高人民法院(2016)最高法民终638号民事裁定书。

议,法院也不会默认或者推定该决定合法,法院有义务审查该决定的合法性。因为“行政诉讼所涉之事件,恒攸关公益及行政是否依法行政,因此,在事实之掌握方面,务求其符合‘实质之真实’,而非以当事人不争执即可”^{④5}。也就是说,在行政诉讼上法院的审查不完全受制于原告的诉讼请求与理由。“行政诉讼惟置重于以维持行政事件法规正当适用为目的之性质,故亦有国家依行政裁判所之职权而可出于当事人请求范围外以为审理,或得变更系争之处分,与原告以不利益者。行政诉讼,非以保护个人权利为主要之目的,乃以判断宣告公益事件何为正法为其目的者也,是故不拘于当事人之声明,而从裁判所自身之见地,以宣告关于系争事件之正法”^{④6}。

如果提前收回决定是违法的,法院应当撤销。如果提前收回决定是合法的,双方又同意解除租赁合同,有关补偿问题的确不具有公法因素,属于民事争议,也如最高人民法院民事法官所说,通过民事诉讼解决,“既能审理地上构筑物的补偿,还能审理通德房产公司的其他诉讼主张,更符合通德房产公司诉讼的本意。此外,民事诉讼亦能够充分考虑国土资源局的权利,基于公共利益解除土地租赁协议的补偿与违约解除土地租赁协议的补偿应有区别”^{④7}。而在行政诉讼上又有行政交叉、附带民事诉讼,能够在这个平台上从审查上述行政决定的合法性就手转为对补偿问题的民事审理。因此,采用行政协议的审理思路,显然更有利于保护通德房地产开发有限公司的利益。

(二) 不宜在立案阶段就作实质识别与分流

从当下民事法官的审理实践看,不论是否为行政协议,只要发生的纠纷是民事争议,就直接按照民事诉讼案件审理。最高人民法院民事法官在“北京北方电联电力工程有限责任公司与乌鲁木齐市交通运输局其他合同纠纷案”中不否认在一个合同中存在着两种不同性质的法律关系,而且认为,在解决争议时必须首先判断争议的实质性质,并根据不同性质的争议适用不同的诉讼程序解决。对于这个“混合契约”,新疆维吾尔自治区高级人民法院民事法官从合同目的以及行政优益权角度裁定,上述“协议书不属于民事法律关系中的合同”,“协议书所产生的诉讼应当属于行政诉讼而不属于民事诉讼”。但是,这一判断并没有得到最高人民法院民事法官的支持。^{④8}本案争议的要点是按照什么标准回购,是依据评估机构的意见,还是通过司法鉴定。这个争执中的确没有公法因素,是纯粹的民事纠纷,可以通过民事诉讼解决。也就是说,在民事法官看来,只要能够辨析协议发生的具体纠纷纯属民事属性,就可以在立案阶段直接划归民事庭审理。在“京环公司股权纠纷案”中,最高人民法院民事法官也持相同处理意见。在肯定涉案“特许经营权合同”为行政协议的同时,认定具体纠纷“涉及讼争合同履行过程中特定款项的权益归属,性质上应属于双方当事人间民事权利义务的约定”^{④9},便直接按照民事

^{④5} 蔡志方:《行政救济新论》,台湾地区元照出版社2000年版,第108页。

^{④6} [日]美浓部达吉:《行政裁判法》,邓定人译,中国政法大学出版社2005年版,第155页。

^{④7} 前注^{④4}, (2016)最高法民终638号民事裁定书。

^{④8} 参见前注^{④6}, (2014)民二终40号民事裁定书。

^{④9} 前注^{④6}, (2016)最高法民再234号民事判决书。

案件处理。

本人不认同该案中民事法官的作法,这必然会要求法院在立案阶段就对纠纷进行实质审查。在笔者看来,不论是“有名行政协议”还是“无名行政协议”,只要识别出一个合同具有行政法上权利义务内容,就应当认定为行政协议,也应当先按照行政案件立案。至于发生的具体争议是民事的还是行政的,抑或兼而有之,所有这些都是需要进入实质审查才能确定。

(三) 应当以行政诉讼附带民事诉讼为平台

民事关系与行政关系交叉现象,在行政法上已不鲜见。行政机关在作出许可、登记、征收、征用、裁决时,都存在着基础民事法律关系,实践上“原告往往对基础民事法律关系和被诉行政行为的合法性同时提出质疑,诉请法院撤销被诉行政行为”,而“基础民事法律关系与被诉行政行为的合法性及效力密切相关”,“不对当事人的民事争议一并处理”^⑤,就不能实质解决纠纷。因此,在行政诉讼上就随之诞生了“行民交叉”审理制度。它可以避免以往在程序上必须“先民后行”“先行后民”的次序选择难题,也不再出现因不同法院分别审理行政案件和民事案件所带来的司法判断差异,以及在民事诉讼上将有关行政行为仅当做证据而与行政行为效力之间出现的龃龉。

关于行民交叉,最早见于《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》(2000年)第61条关于行政裁决的规定,很简略地规定法院可以“一并解决相关民事争议”。2009年发布的《最高人民法院关于当前形势下做好行政审判工作的若干意见》鼓励在行政裁决、行政确权、行政处理、颁发权属证书等中一并解决民事争议。在《最高人民法院关于审理行政许可案件若干问题的意见》(2010年)中又推广适用到行政许可案件。《行政诉讼法》(2014年)第61条规定基本认可了已有实践,并进一步明确了行民交叉受案范围。《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》(2018年)用了8个条文详细解释了“相关民事争议的一并审理”。

在行政诉讼中,对于一并要求解决的民事争议,(1)原则上单独立案;(2)行政争议与民事争议分别裁判;(3)民事部分按照民事案件收取诉讼费用;(4)对民事争议的审理,适用民事法律规范。也就是说,相关民事争议是放到行政诉讼上一并审理,但仍作为民事案件审理,适用民法和民事诉讼法。这种诉讼程序,理论上称之为“行政诉讼附带民事诉讼”“行政附带民事诉讼”。

行政协议纠纷有行民交叉现象,但情况更为复杂。我们已付诸实践的行民交叉、行政诉讼附带民事诉讼或许最初不是为行政协议量身打造的,但是毕竟是认可了在这一平台上可以同时解决行政争议和民事争议。以往行民交叉的审判实践已经积累了不少经验,尽管行政协议与行民交叉稍有不同,比如,行政协议中民事争议也是发生在行政机关与相对人之间,而以往一并解决的民事争议却始终是在相对人之间,不涉及行政机关在民事诉讼中充当原告问题,但这不妨碍我们可以在此基础上进一步丰富发展,为行

^⑤ 危辉星:《行政附带民事诉讼制度的若干理论与实务问题》,载《法律适用》2012年第2期,第29页。

政协议定制有关审查技术。具体而言,行政协议纠纷进入行政诉讼后,如果行政协议中只存在民事争议或者行政争议,可以分别立案,通过民事诉讼、行政诉讼,作出民事判决、行政判决。对于民事争议与行政争议交织一起的,无论在技术上能否分割,都是通过行政诉讼附带民事诉讼进行审判,通过争议性质的鉴别,分别适用行政法和行政诉讼法、民法和民事诉讼法,作出一个裁判。

(四) 行政法官对公法因素的体察更敏锐

对于合同中是否具有“行政法上权利义务内容”或者公法因素的判断,是审理行政协议纠纷案件的难点。无论是对行政协议作完全公法解读还是引入“混合契约”概念都根本无法回避。因为这部分约定发生争议必须适用公法规则,或者说有别于私法的特别规则。由于行政法上已有长期的理论研究,司法实践也有30多年的行政审判经验,在这方面还是能够比较敏锐地鉴别出来,擅长行政审判的行政法官比民事法官更有优势。

例如“河南新陵公路建设投资有限公司诉辉县市人民政府合同纠纷案”,该案约定了辉县市政府的义务是协助乙方办理项目投资、建设、经营等相关手续,也就是协助办理有关土地使用、规划、施工、验收等审批手续,这显然是公法约定。最高人民法院民事法官却坚持认为,“本案合同并未仅就行政审批或行政许可事项本身进行约定,合同涉及的相关行政审批和行政许可等其他内容,为合同履行行为之一,属于合同的组成部分,不能决定案涉合同的性质”^①。而新陵公司认为,这些约定是实现合同目的的重要保证。本案纠纷也正是因为“辉县市政府没有履行‘路段两端的接线等相关问题的协调工作’,致使新陵公司所修路桥为断头路,无法通行,致使新陵公司的合同目的不能实现”。^②对于政府是否履行协调工作或者协调是否实现预期,法院不能简单地作事实判断,便判定政府违约。法院应当进一步审查双方约定的合法性,政府承诺协助办理手续是否超出了行政机关的权限范围,是否构成无效。

结 论

总之,不论行政诉讼法上是如何表述行政协议的,都应当将行政协议作为一种合同来审查,而不是当作一种可以拆分成类似单方行为的对象来归入传统的司法审查。当下引发诸多争执的行政协议是“混合契约”,实际上混杂着民事关系和行政关系,行政诉讼法和有关司法解释列举的有名行政协议都概莫能外。

对于这类合同形态,在技术上有两种处理路径,一个进路是作完全公法意义上的解读,人为地将其全部归为公法性质的行政协议,不承认其中事实上形成的民事关系,而是一律识别为公法关系。除了行政关系产生的纠纷必须通过行政诉讼适用行政法解决之

^① 最高人民法院(2015)民一终244号民事裁定书。

^② 前注^①, (2015)民一终244号民事裁定书。

外,对于本质上为民事关系而被视为公法关系之上产生的纠纷,参照民事法律规范解决,在诉讼程序上也参照民事诉讼法规定操作。另外一个进路是引入“混合契约”概念,承认这类行政协议是民事关系与行政关系的混合体或者组合形态,区别不同性质的法律关系,在行政诉讼附带民事诉讼平台上,分别适用行政诉讼和行政法、民事诉讼与民法、合同法解决。无论上述哪一种方法,技术路径本质相同,对很多问题的处理效果估计也不相上下,根本差别在于是否将民事关系转为公法关系之后采用参照适用民事法律规范方法解决。但是,后一种方法在操作上更加简单明了,也跳过了一些棘手难题,比如,公法关系能否适用仲裁,容易为民法学者理解与接受,无需大费周章。所以,笔者倾向后一种路径。

对“混合契约”纠纷的解决,首先,必须鉴别纠纷的属性,遵循不同程序与法律解决。行政诉讼与民事诉讼、行政法和民法各司其职,各尽其责。其次,对行政争议采取“外科手术”式的司法审查,对行政机关公法行为的合法性作出判决,然后,原则上仍然要放回合同之中,判断其对合同履行的影响,以及行政机关应当承担的相应合同责任。

因此,行政协议研究的根本任务有二,一是找到公法因素的识别技术与标准,从“混合契约”中把剔出公法因素。二是在解决公法因素的合法性及其处理之后,进一步判断其对合同效力及履行等是否会产生与合同法不一样的特殊影响或效果,进而决定是否要形成特殊规则予以特别规范。有关行政协议的立法与司法解释就是全面归纳和总结这些提炼出来的特殊规则。或许,对于民法学者和行政法学者来说,上述建议能让我们更快地形成共识,趟过这片理论“泥潭”。

Abstract: At present, the academic disputes about administrative contracts mainly focus on whether the specific contract formed on the interface of public law and private law belongs to administrative contracts. This kind of contract involves the relationship of both public law and private law, so it is not suitable to interpret in the sense of complete public law. It is necessary to introduce the concept of ‘mixed contract’ which is of course a kind of administrative contract. In principle, in order to solve the relevant disputes involving mixed contract, we should distinguish the nature of disputes and deal with them according to different relief paths through administrative litigation with civil litigation.

(责任编辑:吴 蕾)