

A Study on the Judicial Review of Administrative Agreements

Yapeng Zhu

School of law, Ningbo University, Ningbo Zhejiang
Email: 2310037289@qq.com

Received: Dec. 5th, 2019; accepted: Dec. 24th, 2019; published: Dec. 31st, 2019

Abstract

Administrative agreement has the dual attributes of administration and contract, which makes it different in judicial review. As for the determination of administrative agreement, it is necessary to sort out the five elements formed in judicial practice to clarify the status and role of each element in the determination of administrative agreement; at the same time, taking whether the public power has played an effect should be taken as the essential criterion, the scope of accepting cases of judicial review of administrative agreements can be composed of positive and negative standards. On the one hand, the scope of accepting cases should not be limited to "government franchise agreement, land and housing acquisition compensation agreement", but all administrative agreements; on the other hand, several types of agreements, such as internal administrative agreements, are not included in the scope of accepting cases. In the judicial review of administrative agreements, the legality and contractual nature should be examined.

Keywords

Administrative Agreement, Judicial Review, Scope of accepting cases, Contractual Nature

行政协议司法审查若干问题研究

朱亚鹏

宁波大学法学院, 浙江 宁波
Email: 2310037289@qq.com

收稿日期: 2019年12月5日; 录用日期: 2019年12月24日; 发布日期: 2019年12月31日

摘要

行政协议具有行政性和契约性的双重属性, 这使其在司法审查中一直存在分歧。关于行政协议的判定难

下定论，宜将司法实践中形成的关于行政协议判定的五项要素进行梳理，明确各项要素在行政协议判定中的地位及作用；同时，以公权力是否发挥了效果作为本质性判定标准。行政协议司法审查的受案范围可以由正、反两方面的标准共同组成，一方面，其受案范围不应当限于“政府特许经营协议、土地房屋征收补偿协议”，而应当及于所有行政协议；另一方面，内部行政协议等几类协议不纳入受案范围。对行政协议进行司法审查时，应当对其进行合法性审查与合约性审查。

关键词

行政协议，司法审查，受案范围，契约性

Copyright © 2020 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

通过与行政管理相对方在平等协商基础上签订行政协议，以实现行政目标和公共利益是政府治理方式的重要变革。《行政诉讼法》(2014年修订)第12条和第78条中，明确了行政协议属于行政诉讼受案范围，并规定了行政协议诉讼判决方式。同时，《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》(以下简称《适用解释》)从第11条到第16条，对行政协议进行了界定，并给行政协议的司法审查大致指明了方向。然而，由于行政协议兼具行政性与契约性的双重特征，且目前尚无关于行政协议的统一规定，现行行政协议司法审查的规定，并不能为法院的相关实践提供完整而又具体的规制，也并没有终止有关理论争议。本文将从行政协议的判定、受案范围以及审查中的合法性审查、合理性审查三方面进行论述。

2. 行政协议的判定

法院对行政协议的识别，乃是基于《若干问题的解释》第11条第1款对行政协议的定义来完成的，即“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”。该定义包含了如下五项要素，第一，主体要素，即“行政机关”及“法律、法规、规章授权的组织”；第二，目的要素，即为“实现公共利益或者行政管理目标”，这也是行政机关在行政协议中之所以要享有行政优益权的重要原因和理论基础。维护公共利益或者实现行政管理目标始终贯穿于行政协议的签订、履行过程之中；第三，职责要素，即“在法定职责范围内”，如果行政机关订立行政协议不是为了履行其法定职责，那么该协议就不属于行政协议；第四，意思要素，即“与公民、法人或者其他组织协商订立”；第五，内容要素，即“具有行政法上权利义务内容”，行政协议是协议当事人双方形成行政法律关系，确定行政法上权利(力)义务。同时，对于行政协议的判定应当注意以下几点。

(一) 正面标准：五大要素在行政协议判定中的地位

1) 职责要素应当成为行政协议判定的首要考量^[1]。

对行政协议的判定，首要考虑的应当是涉案协议是否构成了履行行政职责的手段。前已述及，“职责要素”的内涵为：行政机关签订行政协议必须是行使行政职权、履行行政职责的一种方式。行政协议是行政机关在法定职责和权限范围内订立的，如果行政机关订立行政协议不是为了履行其法定职责，那

么该协议就不属于行政协议。

2) 主体要素承载职责要素

行政协议不仅应充当履行行政职责的手段,而且还必须构成某个行政主体履行行政职责的手段。倘若协议当事人与任何行政主体之间皆不存在直接或间接的联系,即便涉案协议构成了某项公共职责的履行手段,此协议也只能被视为某个社会主体承担公共职责的行为,而不能被视为行政协议。

3) 目的要素与职责要素搭配使用

“法定职责”这一概念本就意指行政主体应追求的具体公务目标,因而能够与“目的要素”所希望传达的“实现公共利益或者行政管理目标”之内涵相互叠加。而更为重要的是,“法定职责”概念更为缩限,乃是立法者对涉案行政主体所应追求的“公共利益或行政管理目标”的具象化,通过将二者搭配使用,涉案协议的目的公益性就不再停留于抽象层面,而更便于法院在审判实践中具体把握。

4) 目的要素作为内容要素之判断标准

行政协议的主要内容是行政法上的权利(力)义务。这一标准排除了行政机关基于自身民事权利义务而签订的协议。行政法上的权利(力)义务可从以下几个方面进行判断:一是是否行使行政职权;二是是否为实现行政管理目标或者公共利益;三是在协议里或者法律上是否规定了行政机关的优益权[2]。其中,行使行政职权和行政机关具有优益权构成了行政协议的标的,而是否属于行使行政职权或者行政机关是否具有行政优益权不好判断时,还可以结合“实现行政管理目标或者公共利益”这一公法目的判断是否为行政协议。

5) 意思要素并非指行政协议具有平等性

行政协议必须要有强制性的行政权作为后盾。行政权的存在注定了行政法律关系中双方的权利义务是不平等的,哪怕是行政协议行为中也没有例外。不管订立行政协议时双方是如何平等合意的,但行政机关要实现行政管理的目的、实现公共利益的初心未改,因而在行政协议平等的“外壳”之下,实质上仍是行政权力的隐性运行[3]。同时,应当注意的是,强调行政性是必要的,但在强调行政协议的行政性之时,也不应忽视行政协议和其他行政行为的区别,不是其行政性,而恰恰是其契约性。契约合意标准的意义有两点,其一,确认行政协议赖以存续的基点。民事合同与行政协议之间,其共性则是契约合意,契约合意是所有合同的特点,这种合同特性并非专属于民事合同,且行政协议的这种契约合意并非以平等为基础和前提的;其二,通过契约合意标准的确立,划分出行政协议与其它行政行为的界限。因此,不应忽视行政协议的契约性。

(二) 反面标准:以“公权力是否发挥了效果”作为本质性标准

如前所述,从正面看,行政协议的判断只能采取多元的综合标准,这一标准是肯定性的。在判断行政协议身份上,缔约主体、目的、内容、意思、职责等都成为识别的要素。在行政协议审查中,法院分别以主体的法定性、主体地位不平等、行政职责为前提、行政主体具有优益权、行政目标为合同目的、适用行政法规范、行政法上的权利义务等,作为行政协议之特征。如果采取删繁就简的辨识策略,如何判断行政协议,还存在一个反面的否定性评价标准,即以“公权力是否发挥了效果”作为本质性标准[4]。具体来讲,该本质性标准可以作如下理解:其一,行政协议行为本质上是单方行政处理行为的替代措施,即采取合同方式的行政行为,其实本可以采取行政处理方式的。行政协议通常是对行政处分或高权的事实行为的替代。其二,只有公权力发挥了法律效果,才会产生合同的行政性,即公法权利义务关系。

3. 行政协议的受案范围

同样的,行政协议司法审查的受案范围可以由正、反面规定共同构筑。

(一) 受案范围之正面界定

第一，行政协议行政诉讼的受案范围仅仅是《行政诉讼法》所规定的几种行政协议，还是所有的行政协议。根据《行政诉讼法》第12条之规定，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。由此可见，行政诉讼法在受案范围部分采用不完全列举立法例，仅明确政府特许经营协议、土地、房屋等征收征用补偿协议属于新行政诉讼法认可的行政协议类型。对该规定的“等”，是“等内”还是“等外”在理解上并不统一，如果是“等内”，人民法院仅受理政府特许经营协议、土地房屋征收补偿协议两类行政协议案件，且还只限于行政机关不依法履行、未按照约定履行或者违法变更、解除这两类行政协议，对其他行政协议案件不予受理；如果是“等外”，人民法院除依法受理政府特许经营协议、土地房屋征收补偿协议案件外，对其他行政协议案件也应当受理[5]。《适用解释》第11条第2款又规定：“公民、法人或者其他组织就下列行政协议提起行政诉讼的，人民法院应当依法受理：（一）政府特许经营协议；（二）土地、房屋等征收征用补偿协议；（三）其他行政协议。”该规定中的“其他行政协议”无疑扩大了行政协议行政诉讼的受案范围。因此，此处的“等”应当为“等外”，即不应当限于“政府特许经营协议、土地房屋征收补偿协议”，而应当及于所有行政协议。

第二，行政协议行政诉讼的受案范围仅仅是《行政诉讼法》所规定的情形，还是与行政协议有关的所有情形。由于引起行政协议纠纷的原因是多方面的，既可能是行政相对人认为行政机关“不依法履行、未按照约定履行或者违法变更、解除行政协议”，也可能是行政相对人认为行政协议不成立、无效、违法，或者根据情势变更原则，请求继续履行、撤销、变更或者解除协议等情形。因此，法院在确定行政协议案件受案范围时，就不应当拘泥于《行政诉讼法》文本所规定的“不依法履行、未按照约定履行或者违法变更、解除行政协议”4种情形，而应当及于因行政协议所产生的所有情形。

（二）受案范围之反面界定

尽管新行政诉讼法目前对行政协议采取不完全列举式立法例，但对行政协议司法审查的受案范围有如下几点可以明确：第一，应排除内部行政协议。比如行政协议中有些是不同行政主体之间为了行政协作等目的而签订的协议，可以称为区域行政协议。从实践来看，区域行政协议是指那些有关政府及行政主管部门为了顺应区域发展的趋势，在不同行政区域间协调行政目标、裁撤制度藩篱、缓解权力冲突等方面协商一致而签订的一系列合意性书面文件的总称。行政机关上下级之间签订的协议、行政机关和公务员之间的协议都属内部行政协议。行政诉讼法不将行政体系内部的行政争议纳入司法审查，因此内部行政协议不能纳入受案范围。第二，具备抽象性的战略协议应被排除。行政主体签订的战略协议往往具有前瞻性，同时也非常抽象，对具体的权利义务规定不明确，不直接产生行政法上法律关系的变动，因此不宜纳入行政协议司法审查的受案范围。第三，法律规定属于终局裁决的涉及行政协议的行政争议，不纳入受案范围。终局裁决即行政机关的裁决具有最终性，不能再进入司法程序予以救济。这与行政诉讼法对受案范围的既有规定保持一致。第四，关于国防、外交的协议应排除。行政诉讼历来不管辖国家行为，因为带有高度政治性[6]。

4. 行政协议的审查标准

审查标准是行政协议司法审查的核心，行政协议的审查标准主要是合法性、合理性以及契约性等标准如何适用于行政协议的审查[7]。行政协议具有行政性与契约性的双重属性，行政协议的行政性决定了法院在审理行政协议案件时，应当把行政协议案件作为行政案件的一种特殊类型进行合法性审查；而行政协议的契约性，决定了法院还需要考虑行政协议案件的契约性问题。从司法实践看，法院在审理行政协议案件时应当采用合法性与契约性相结合的审查标准。

(一) 行政协议的合法性审查

1) 形式上的合法性审查

第一，应审查缔约行政机关有无缔约的主体资格或权限^[8]。具有行政主体资格是作出合法具体行政行为的前提，但对于行政协议并无必要一定由行政主体签订。在实践中，代表行政机关缔结行政协议的一方，如行政主体的内设或派出机构，即便不具有行政主体资格，法院也会承认协议的效力。

第二，缔结程序的审查。行政程序是行政行为所经历的顺序、步骤和时限以及所采取的方式。程序合法是实体合法的保障，行政机关订立行政协议应当遵循相关的法律程序。对于法律、法规、规章规定订立行政协议必须履行相关程序的，如果协议双方当事人没有履行相关程序，则属于程序违法。为防止缔约各方串通故意规避法定程序、形式或一方伪装当时并不知悉违法，同时迫使缔约各方能够慎重其事、事后便于证明各方权利义务关系，应当严格要求行政协议的缔结必须遵守法律、法规、规章规定的程序和形式，违反法定程序、形式所缔结的行政协议原则上无效。不过，订约程序的微小瑕疵不影响合同的效力^[9]。

2) 内容上的合法性审查

行政协议约定的内容合法是司法实践中的一个审查要件。而对于合法性判断的依据是否包含行政法规以下的规范，司法实践中存在争议。一种观点是，行政主体进行行政协议行为时，不得违反法律、法规、规章、规范性文件各层级规范中的强制性规范。但是，在鼓励订立行政协议的大趋势下，维护行政协议的安定性、缩小无效行政协议的范围是法院审理行政协议案件时应秉持的价值取向。因此，“法”之外延不宜过宽，规范性文件应当排除在作为判断标准的“法”之外。

对于内容上的合法性，其具体包括以下三方面。第一，审查行政协议的签订和履行过程是否违法。法院在审查行政协议签订是否合法时，主要着重审查的是行政主体是否遵循相关授权，其与相对人签约时是否超越了其法律规定的行政权限。第二，审查行政协议的签订是否违背公共利益的需求。行政协议订立的目的就是为公共利益之目标，其签订的行政协议也必然不能损害公共利益，法院在进行司法审查时应审查行政协议的签订是否能实现公共利益。法院行使监督权不仅应在公共利益上，还应看行政协议中行政机关和行政相对人是否涉及到第三人，二者是否有串通损害第三人利益的行为。第三，审查行政主体在变更、解除行政协议时是否违反了法律规定。行政机关在履行行政协议时如果继续履行协议将会损害公共利益，则此行政协议应当被终止履行。但是实践中，行政机关有可能会滥用行政优益权，为了个体利益超越职权，损害相对人的合法权益。行政机关行使行政优益权不能以公共利益以外的理由不履行行政协议。

(二) 行政协议的合约性审查

合约性审查主要针对行政协议的契约性，重在解决行政协议的效力问题。缔约各方意思表示一致就是对行政协议进行司法审查的初始前提。协商一致是订立行政协议应当遵循的原则，因此，行政协议双方当事人订立行政协议应当协商一致，有真实意思表示。具体来讲，应当依照如下步骤根据相应民法规范加以审查：第一，出现《合同法》第 52 条所规定的：1) 一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；2) 恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；3) 以合法形式掩盖非法目的；或者 4) 损害社会公共利益的，协议无效。而第 52 条所规定的第 5 种情形，即违反法律、行政法规的强制性规定的，可以纳入前述合法性审查中。

另外，还应当对行政协议的合理性进行审查。行政协议除了合法性审查之外，也应当进行合理性审查。因为行政协议的意思表示大多是行政机关自由裁量权的体现，必须对此进行合理性审查才能防止行政机关以行政协议的“合法形式”滥用自由裁量权。

5. 结语

由于行政协议的行政性与契约性的双重属性,使其在司法实践中的纠纷解决机制一直存在分歧。《行政诉讼法》及其司法解释虽然对行政协议的纠纷解决机制有所规定,但《行政诉讼法》所采用的是列举式规定,因此不能涵盖司法实践中的各种问题。司法实践中对于行政协议的判定、受案范围、审查标准等问题均存在争议。目前较为可行的办法是,尽快制定行政协议的专门性司法解释,从而为行政协议案件的审理提供更为细化具体的规则,以便于行政协议的订立、履行,实现政府的柔性管理目标。

参考文献

- [1] 陈天昊. 行政协议的识别与边界[J]. 中国法学, 2019(1): 140-163.
- [2] 杨科雄. 论行政协议的识别标准[J]. 中国法律评论, 2017(1): 61-65.
- [3] 王学辉. 行政何以协议: 一个概念的检讨与澄清[J]. 求索, 2017(12): 118-128.
- [4] 程琥. 审理行政协议案件若干疑难问题研究[J]. 法律适用, 2016(12): 35-44.
- [5] 江必新. 行政协议的司法审查[J]. 人民司法(应用), 2016(34): 8-13
- [6] 张青波. 行政协议司法审查的思路[J]. 行政法学研究, 2019(1): 50-61.
- [7] 黄学贤. 行政协议司法审查的理论研究与实践发展[J]. 上海政法学院学报, 2018(5): 102-116.
- [8] 张青波. 行政协议司法审查的思路[J]. 行政法学研究, 2019(1): 54.
- [9] 陈无风. 行政协议诉讼: 现状与展望[J]. 清华法学, 2018(4): 94-108.