

# 行政协议合法性与合约性司法审查规则

——结合行申2289号行政裁定

王尧磊

宁波大学, 浙江 宁波  
Email: 1030867968@qq.com

收稿日期: 2021年4月28日; 录用日期: 2021年5月31日; 发布日期: 2021年6月7日

## 摘要

对于行政协议的合法性与合约性的司法审查标准问题, 理论与实务界都仍存在较大的争议。根据行政协议自身所负载的功能, 在行政协议的司法审查标准上, 应当坚持合法性与合约性相结合, 合法性审查是合约性审查的前提和基础, 合约性审查在某种程度上是合法性审查的一种延伸。在具体案件审理过程中应当要分清两者的主次地位, 在司法审查涉及“行政性”的问题时, 主要适用行政法的规范来进行审查; 在体现“合同性”的问题上, 法院审理案件时可以有条件地优先适用约定和民事法律规范。两者在司法审查过程中, 不仅有主次地位之分, 并且有时又是相互交织的复杂关系。

## 关键词

行政协议, 合法性, 合约性

# Legality of Administrative Agreement and Rules of Judicial Review of Contract

—Combined with Xingshen No. 2289 Administrative Ruling

Yaolei Wang

Ningbo University, Ningbo Zhejiang  
Email: 1030867968@qq.com

Received: Apr. 28<sup>th</sup>, 2021; accepted: May 31<sup>st</sup>, 2021; published: Jun. 7<sup>th</sup>, 2021

## Abstract

There are still great disputes on the standard of judicial review of the legality and contractual na-

ture of administrative agreements in both theoretical and practical circles. According to the function of the administrative agreement itself, in the judicial review standard of the administrative agreement, we should adhere to the combination of legality and contract. The legality review is the premise and basis of the contract review, and the contract review is an extension of the legality review to some extent. In the process of trial of specific cases, we should distinguish the primary and secondary status of the two. When judicial review involves “administrative” issues, we should mainly apply the norms of administrative law to review; On the issue of “contractual nature”, the court can conditionally give priority to the application of agreement and civil legal norms when trying cases. In the process of judicial review, they not only have the primary and secondary status, but also sometimes are intertwined with each other.

## Keywords

Administrative Agreement, Legitimacy, Contractual

Copyright © 2021 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

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



Open Access

## 1. 引言

依照我国行政诉讼法总则中的有关规定，人民法院审理行政案件，主要是对行政行为的合法性进行审查。然而，2014年全修改后的诉讼法将行政协议纳入行政诉讼受案范围，并且在2019年专门颁布了《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》，其中规定了“变更或解除协议”“不依法履行协议”等可诉性情形，这意味着行政协议案件中合约性审查成为司法审查的一个重要内容。在谈及行政协议的特征时，大多数论者均会提出“行政协议兼具行政性与契约性”[1]，这表明行政协议与一般的行政行为不同，是行政机关与行政相对人达成“合意”的结果。但行政性与契约性在行政协议，尤其是行政协议审理中会有哪些具体的表现，并没有在法条或者司法解释中有具体规定。那么在案件审理的过程中，对行政协议的合法性与合约性到底应该如何审查，合法性审查与合约性审查的关系如何处理，都成为实务界与理论界亟需解答的问题。行政协议是这样一个矛盾的统一体。行政协议中行政性与契约性的对立统一的辩证关系，决定了在司法审查过程中合法性与合约性审查的关系。合法性审查与合约性审查是相互区别，但是又相互联系、相互渗透、相互贯通，在行政诉讼案件中两者的地位有主、次之分；在特定的案件审查条件下两者的主次地位是可以相互转换的。

## 2. 合法性与合约性审查中矛盾的统一性

与一般行政案件的合法性审查相比而言，行政协议合法性审查与其既具有共同性，同时又具有自身所独有的特点。这种特点与行政协议自身的“行政性”与“协议性”相统一的特征是一致的。合法性审查与合约性审查作为行政诉讼案件中司法审查的组成部分具有高度的一致性，正如矛盾对立统一规律中不能将矛盾双方排斥甚至对立，我们也不能将合法性与合约性审查割裂开来甚至对立起来。否则，就可能导致在行政诉讼案件中以行政审判之名而行民事诉讼之实，甚至导致在法律适用上的混乱。正因为如此，有学者在文章中为行政协议的“行政行为”性质正名[2]。

### (一) 两者相互依存，不可分割

与一般的普通行政诉讼不同，在行政协议案件中合法性审查与合约性审查有着相互依存、不可分割

的关系,这种关系就是体现了矛盾对立统一中的“统一性”或者“同一性”,这一点体现了行政协议案件所独有的特殊性。这种关系在司法审查中主要体现在:合法性审查是合约性审查的前提和基础,合约性审查在某种程度上是合法性审查的一种延伸。正如矛盾的“统一性”所蕴含的规律来看,合法性审查和合约性审查作为同一矛盾的两个方面共同体现着行政诉讼的内在本质和特殊规律。

第一,合法性与合约性审查具有一致性。在行政诉讼案件中,行政机关的违法行为往往伴随着违约行为,有时候行政机关的违约行为也是违法行为。那么在司法审查过程中,法院对于行政协议案件是否可以纳入受案范围的审查,不能仅仅局限于考虑行政协议的主体是否适格(其中行政协议的当事人是行政机关和行政相对人,而主体资格问题是人民法院考察行政协议是否合法的前提),也要对行政协议的“行政性”与“契约性”进行综合考量[3]。其中“行政性”指的是行政主体签订行政协议,应以直接执行公务并以设立、变更和终止行政法上的权利义务关系为目的。有些协议虽由行政主体与相对人签订甚至由行政主体相互签订契约的目的也与执行公务有关,但由于这类协议并不以直接执行公务为目的,仅仅与执行公务有某种间接关系,因而不具备“行政性”内容不能纳入行政协议诉讼。另外即使是行政协议纠纷,如果仅仅是由单纯的违约而引起的纠纷,完全可以作为民诉案件按照民法的有关规定处理。

第二,合法性与合约性审查的法律适用具有同一性。一般而言,行政协议的适用规则既取决于行政协议的行政性,又反映了行政协议的行政性。根据相关法律规范及其司法解释规定,在我国与案件相关的民事法律规范即可以适用于合法性审查,也还可以适用于合约性审查。其中在2015年最高人民法院关于适用《行政诉讼法》若干问题的解释,第十四条规定:人民法院审查行政机关是否依法履行、按照约定履行协议或者单方变更、解除协议是否合法,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;以及即将在2020年实施的最高人民法院《关于审理行政协议案件若干问题的规定》第27条规定: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。那么相应的,行政法规范对于合法性与合约性审查的适用也是肯定的,比如我国《政府采购法》第四十三条规定:“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”以及第七十九条规定:“政府采购当事人有本法第七十一条、第七十二条、第七十七条违法行为之一,给他人造成损失的,并应依照有关民事法律规定承担民事责任。”

行政协议直接执行公务的目的和行政诉讼以解决行政纠纷为目的的特点共同决定了在行政协议诉讼案件中民事法律的运用及合约性审查并不能孤立地进行,其中“行政性”的争议都必须运用行政法规范来解决,在没有相应行政法规定的前提下参照适用民事法律规范。正如我国行政诉讼法中所规定的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。也就是说适用民事法律规范的前提是不违反行政法的强制性规范。

第三,合法性审查与合约性审查次序之间具有关联性。行政协议的合法性审查与合约性审查虽然具有很大的区别,但是作为矛盾的两个方面不能将其完全对立起来,应当按次序进行审查判断。比如在我国有无签订契约的权限,也是针对行政契约的诉讼中首先须审查的问题[4]。另一方面,行政契约的内容还不得超出行政主体法定的职权范围。行政主体缔结行政契约跟行政主体采取其他行政行为一样,均受“越权无效”原则的支配,不能因行政契约的特殊性改变行政职权的法定性。同时,行政协议约定的内容合法是司法实践中的一个审查要件[5]。行政机关在裁量权范围内享有一定的自由,但是签订协议的内容按照《行政诉讼法》中规定及行政主体资格、权限,行政活动的内容等,在行政协议中都必须受到依法行政原则的约束。以上内容均是对行政协议合法性审查,即使在适用民事法律规范的情况下,仍然需要对行政协议的合法性首先进行审查,如果违反合同法中的强制性规范,比如恶意损害国家、集体或者第三人利益以及损害公共利益,那么合同无效。

## (二) 行政协议必须坚守法治原则实现法法衔接

行政协议“行政性”与“协议性”的统一性决定了行政诉讼中合法性审查与合约性审查的并存，同时也决定了民事法律规范与行政法律规范在司法审查中的并用。但是民事合同以产生变更终止债权债务关系为目的，双方当事人都是为了实现自身的利益；行政合同的目的是为实施行政管理，行政管理的目的是为了维护公共利益，而并不是为了行政主体的自身利益。由此可见，追求公共利益是行政法的目的，是行政法成为部门法的基础。两法目的不同，必须高度重视“法原则”在法法间的沟通与桥梁作用。行政必须依法运行，这是法治行政的基本要求。而“依约行政”是指协议在本质上是一种自我同意的相互强制和互相约束，此时的行政协议是与法律规范并行的规则，协议本身就是一种规则，也可以看成是一种法律规范，拘束着协议双方，行政主体按协议来行政。这一过程其实就有了依法行政的意蕴。在行政协议行为中并没有放松法律法规对行政主体行为的约束，“依法行政”与“依约行政”是行政主体在行政协议行为中必须坚守的两个法治原则，并且行政协议的缔结和履行不得违背依法行政原则、依约行政原则和正当程序。

## 3. 合法性与合约性审查相互区别，地位不一

根据辩证唯物主义矛盾观原理：矛盾中的两方面中，必有一方面是主要的，他方面是次要的。其主要的方面，即所谓矛盾起主导作用的方面。事物的性质，主要是由取得支配地位的矛盾的主要方面所规定的。那么合法性与合约性审查作为矛盾的两个方面，两者相互区分，且有主次地位之分。

### (一) 合约性与合法性审查的区别

在行政诉讼中，合法性审查是指法院审查行政主体的订立行为和履约行为，协议相对方的订立行为和履约行为是否符合法律规范。民事上的合约性前提是意思自治、平等理念，那么对合约性的审查一般指的是合同的签订是否符合当事人的意思自治，因为行政协议是一种双方行政行为，是行政主体与相对人意思表示一致的产物，行政协议的有效成立，必须以行政主体与相对人的合意为前提，这与那些只需行政主体单方面意思表示即可成立的行政行为完全不同。

合法性与合约性审查之间是相互区别的：第一，适用的法律规范不同。合法性审查的必须首先要适用行政法律规范，在不违反行政法律规范的前提下适用民事法律规范，合约性审查应体现“民事法律为主体”“优先适用合法约定”的法律适用原则<sup>[6]</sup>。第二，审查强度与范围不同。合法性审查主要包括主体的合法性、是否超越权限、内容的合法性、程序的合法性等，并且与传统行政案件相比，法院在审理司法审查的合法性审查强度在减弱，更加注意对私人权益的保障，且合法性审查主要在合同签订阶段，而在合同履行阶段的合同的违法性审查强度降低。合约性审查中主要审查行政协议双方当事人在订立行政协议时的意思表示是否真实、自愿。在遵从合法性、合约性审查次序的前提之下，对其强度进行具体的审查，做到明确次序、审查强度，形成良好的行政协议司法审查标准机制。

### (二) 合法性审查与合约性的审查次序

在行政协议诉讼中，矛盾的两个方面合法性审查与合约性审查不仅相区别，而且主次地位不一。司法审查中有关行政法规范适用的优先性，是由作为矛盾主要方面的合法性审查所决定的。那么相对应合约性审查作为矛盾的次要方面，就意味着有关民事法律规定和当事人约定适用具有从属性，在行政规范缺失的情况下承担补充责任。根据其中在2015年最高人民法院关于适用《行政诉讼法》若干问题的解释，第十四条规定：人民法院审查行政机关是否依法履行、按照约定履行协议或者单方变更、解除协议是否合法，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。在行政诉讼中，行政法的优先适用是基本原则，民事法规范以及当事人约定都不得与行政法强制性规范或者特别规范相抵触。

在特定条件下，合法性与合约性审查矛盾的主次方面可以相互转化。这个特定条件主要指的是，为了解决行政协议纠纷的实际需要，在不与有关行政法规规范相抵触的前提下，可以优先适用民事法律规范或者当事人约定。主要体现在以下几个方面：有关行政法规明确规定特定问题准用民事法规定；行政法规规定缺位；行政法规规定不明；有关争议主要体现“协议性”；当事人已经就某些问题达成了协议[7]。

#### 4. 合法性审查与合约性审查的相互交织

##### (一) 合法性审查与合约性审查的统一

行政协议中“契约性”指的是双方当事人按照一定程度的“意思自治”签订协议，并且源于合同契约精神的需求，行政协议双方当事人都应当遵守行政协议的规定。“行政性”角度来看，公共利益代表的价值又高于行政协议的合意。正因为行政协议兼具“行政性”与“契约性”，在司法审查的过程中更应该处理好合法性与合约性审查的关系。

根据解决上述问题需要，合理运用司法审查技术以及认识方法论等方式手段是有必要的。正如有学者概括的，行政协议具有行政性和契约性，那么行政协议是这样一个矛盾的统一体。那么马克思主义唯物辩证法对于解决司法审查面临的难题具有重要的指导意义。矛盾具有普遍性是马克思主义唯物辩证法的核心。列宁在研究哲学史后总结道：“可以把辩证法简要地确定为关于对立面的统一的学说。这样就会抓住辩证法的核心。”其中矛盾的对立统一规律是唯物辩证法的实质与核心，对立统一规律揭示了普遍联系的根本内容。对立统一规律中表示矛盾双方相互区别，但是矛盾着的对立面之间相互渗透、相互贯通，矛盾双方相互依存，互为条件，共处于一个统一体中。

##### (二) 合法性审查与合约性审查的交织

对立统一规律中表明对立统一关系有时还可以相互包含、相互交织，形成一种“你中有我、我中有你”的复杂关系。在行政协议案件中主要体现在，比如行政机关的不履行行政协议内容的行为既违反了有关行政法律规范的内容或其中蕴含的行政法原则，同时也违反了有关民事法律规范或民法原则；也就意味着该行为既是一种行政违法行为，同时又是一种民法上的违约行为。采用行政协议这种行政方式的初衷就是为了在保障公益优先的前提下，相互浇筑审查合法性与合约性，尽量实现公共利益与个人利益的双赢。因此行政协议应体现公共利益，协议在实现公共利益同时，兼顾私人利益，在法院审理案件中必须要合理平衡公共利益和私人利益。

#### 5. 行申 2289 号行政裁定案例分析

##### (一) 基本案情

在“范凯诉太和县城关镇人民政府等行政协议案”中，行政相对人以涉案的行政协议并不是其自愿签订，而是受胁迫签订为由提起诉讼，要求法院确认该协议无效。一审法院认为：原告提供的证据足以证明被诉协议系其真实意思表示，自愿签订，且协议亦不违反法律、行政法规的强制性规定。法院遂判决驳回原告诉讼请求。

安徽省高级人民法院二审认为：《行政诉讼法》第七十五条规定：“行政行为有实施主体不具有行政主体资格或者没有依据等重大且明显违法情形，原告申请确认行政行为无效的，人民法院判决确认无效。”本案中，签订补偿安置协议的主体是城关镇政府。根据《土地管理法》第四十六条规定，县级以上地方人民政府对征收土地工作负有组织实施之责。太和县政府作为组织实施征收土地主体，依照《太和县城市规划区内集体土地征收房屋拆迁补偿安置暂行办法(修订)》的相关规定，委托被征收土地范围内的城关镇政府具体实施，是太和县政府组织实施征收土地工作的具体方式，并不违反《土地管理法》的上述规定，故城关镇政府作为签订涉案补偿安置协议的一方具有行政主体资格。范凯认为城关镇政府不

具有签订协议主体资格的上诉理由不能成立，不予支持。

再审法院认为：本案属于一起请求确认行政协议无效的诉讼，与行政协议本身兼具行政性与合同性的复合性特点相匹配，这类诉讼充满行政和民事法律规范的交织适用。

## （二）案情分析

### 1. 合约性审查

行政协议中合约性的审查重点是意思表示是否真实。意思自治是契约最重要的原则，由此延伸至当事人双方的地位平等，不能强加一方意志于另一方意志之上。所以行政协议双方当事人，即行政主体和行政相对人在订立行政协议时的意思表示应当真实、自愿，如若发生违背当事人意愿的情形，该行政协议可被撤销。行政相对人以涉案的行政协议并不是其自愿签订，而是受胁迫签订为由提起诉讼，要求法院确认该协议无效。并且行政契约的目的是直接执行公务，行政协议的最根本目的也是为了实现公共利益，我们不能仅仅因为“协议”二字就改变对行政协议特性的认识。通过协议方式来完成行政任务仅仅是行政管理手段的改变，不能因此认为该行政管理方式马上就具有了民事属性。如果协议的订立与履行有悖于公共利益的实现和行政管理任务的达成，行政主体就应当对行政相对人的意思表示进行必要的限制。

在以上案件中法院根据《合同法》第五十二条第一项的规定，一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益，合同无效。根据原审查明的事实，再审申请人在签订被诉补偿安置协议之前，签订了助拆申请书以及被征收房屋村民人口信息登记表。法院认定签订补偿安置协议是其真实意思表示，其主张受胁迫签订被诉协议，依据不足。即使再审被申请人采取停电等方式给再审申请人造成了压力，在此情形下签订的协议亦不可能导致损害国家利益，因此并不符合《合同法》第五十二条第一项规定的无效情形。

### 2. 合法性审查

行政协议自身所具有的“行政性”和“契约性”，让它兼具了合法性与合约性审查。虽然合法性审查与合约性审查适用的法律规范不同，合法性审查的必须首先要适用行政法律规范，在不违反行政法律规范的前提下适用民事法律规范。但是合法性与合约性审查的法律适用具有同一性，根据相关法律规范及其司法解释规定，在我国与案件相关的民事法律规范即可以适用于合法性审查，也还可以适用于合约性审查。其中在2015年最高人民法院关于适用《行政诉讼法》若干问题的解释，第十四条规定：人民法院审查行政机关是否依法履行、按照约定履行协议或者单方变更、解除协议是否合法，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。因此二审法院在对该案的合法性进行审查时，共同适用了行政法律规范与民事法律规范。法院认为行政协议属于行政行为的一种，对行政协议效力的判断应当适用《行政诉讼法》关于无效行政行为的规定。《行政诉讼法》第七十五条规定：“行政行为有实施主体不具有行政主体资格或者没有依据等重大且明显违法情形，原告申请确认行政行为无效的，人民法院判决确认无效。”本案签订补偿安置协议的主体是某镇政府。其签订协议的行为属于受县政府委托实施的行为，具有合法性。本案不具备诉讼法规定的无效情形。我们还注意到二审法院裁判理由与一审法院的另一个不同之处：行政协议区别于一般的行政行为，兼具行政与合同的双重特征，对行政协议效力的判断可以适用相关民事法律规范的规定。往往在有些案件中行政机关的行政行为可能既违反了有关行政法律规范的内容或其中蕴含的行政法原则，同时也违反了有关民事法律规范或民法原则。再审法院为了对本案行政行为是一种行政违法行为，同时又是一种民法上的违约行为的可能性进行逐一排除，“交织”适用民事法律规范与行政法规范进行审查。

上述案例经历了一个从一审法院单纯运用行政法规范进行司法审查，到二审法院共同适用行政法规范与民事法律规范进行审查，再到再审法院主张“交织”适用民事法律规范与行政法规范进行审查的复

杂过程。在具体案件审理过程中在司法审查涉及“行政性”的问题时，主要适用行政法的规范来进行审查；在体现“合同性”的问题上，法院审理案件时可以有条件地优先适用约定和民事法律规范。同时也要认识到在司法审查过程中，合法性审查与合约性审查有时是相互交织的复杂关系。

### 参考文献

- [1] 罗豪才, 湛中乐. 行政法学[M]. 第4版. 北京: 北京大学出版社, 2016: 80-89.
- [2] 王学辉. 行政何以协议——一个概念的检讨与澄清[J]. 求索, 2018(2): 8-11.
- [3] 韩宁. 行政协议判断标准之重构[J]. 华东政法大学学报, 2017(1): 20-23.
- [4] 余凌云. 论对行政契约的司法审查[J]. 浙江学刊, 2006(1): 18-21.
- [5] 叶必丰. 行政合同的司法探索及其态度[J]. 法学评论, 2014(1): 44-48.
- [6] 张向东. 论行政协议合法性审查与合约性审查的关系[J]. 江苏社会科学, 2020(2): 40-45.
- [7] 江必新. 行政协议的司法审查[J]. 人民司法, 2016(34): 12-15.