

行政协议认定的德国经验和比较借鉴

张 政

上海大学, 上海

收稿日期: 2022年9月19日; 录用日期: 2022年9月28日; 发布日期: 2022年11月7日

摘 要

2014年《行政诉讼法》修改, 行政协议正式纳入到法律体系中来, 尽管出台《行政协议司法解释》, 但在判断是否某一契约是属于行政协议, 还是民事合同, 理论和实务上均未形成统一的共识。再观, 德国行政契约法已经诞生数十年之久, 于大陆受到争议而较少为学者深入研究之理由有二: 其一为: 私法上契约概念肇基于二个地位平等权利主体之合意, 而在公法关系中几乎皆属权力支配关系, 当事人彼此关系并不平等, 从而“合意”无法产生。其二为: 私法上“契约自由”为数千年来根深蒂固之基本原则; 而在公法上则强调“依法行政原则”, 两者本质上不易调和。深入比较研究德国地区制度经验, 对处于起步阶段、有蓬勃发展之势的大陆行政协议制度的深化和完善具有借鉴意义。

关键词

行政协议, 契约, 德国经验, 认定标准

The German Experience of Administrative Agreement Recognition and Comparative Reference

Zheng Zhang

Shanghai University, Shanghai

Received: Sep. 19th, 2022; accepted: Sep. 28th, 2022; published: Nov. 7th, 2022

Abstract

In 2014, the Administrative Procedure Law was amended, and administrative agreements were formally incorporated into the legal system. Despite the introduction of the Judicial Interpretation

文章引用: 张政. 行政协议认定的德国经验和比较借鉴[J]. 法学, 2022, 10(6): 977-981.

DOI: 10.12677/ojls.2022.106129

of Administrative Agreements, there is no unified consensus in theory and practice on whether a contract is an administrative agreement or a civil contract. In addition, the German administrative contract law has been born for decades, but it is controversial and less studied by scholars in mainland China for two reasons: one is that the concept of contract in private law is based on the agreement of two subjects with equal status and rights, while in public law relations are almost always power domination relations, and the parties are not equal to each other, thus “agreement” cannot be generated. The second is that the private law concept of “contract” is based on the agreement of two subjects with equal status and rights. Secondly, in private law, “freedom of contract” is a fundamental principle that has been deeply rooted for thousands of years, while in public law, “the principle of administration according to law” is emphasized. In-depth comparative study of the regional German system experience is of great significance to the deepening and improvement of the mainland administrative agreement system, which is in its initial stage and has a vigorous development.

Keywords

Administrative Agreement, Contract, German Experience

Copyright © 2022 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. 德国地区行政契约认定制度简述

德国行政程序法第五十四条第一句规定为“公法上法律关系得以契约设定、变更或消灭之(公法契约)”。此条款并未从正面规定行政协议的实质要件,加以任何谓“公法上法律关系”尚不明朗,就造成了其与私法契约区别上的困扰。

区别行政契约和私法契约,德国学说和判例的标准系“契约标的理论”。具体来说就是判断案件是属于民事行为而由民事法院管辖,还是属于行政行为而由行政法院管辖,由契约标的内容为定。

这里的契约标的或者内容系指涉案个别契约之基础事实内容及契约所追求之目的而言。第一,契约标的即指,需考量其权利义务是否受公法规范的约束。如果受公法的约束,则该契约属于行政契约,若不受公法的规范,则属于民事契约。例如,具备下列情形之一的,行政契约成立:1) 目的是执行公法规范(如《建设法典》第 110 条的所谓征收程序中的协议);2) 包含有做出行政处分或者其他主权性职务行为的义务(如颁发建设许可);3) 针对公民的公法上的权利义务[1]。第二,如若发生契约标的不明的情形,应当引用其他判断标准。德国裁判实践中,将契约目的作为一般的辅助标准。如果公民履行金钱给付或者作为义务是为了追求公权力机关依法履行其职责,达到公民的期待水平,则属于行政契约。故,“契约标的理论”并非仅仅以契约载明之实施内容为限度,而是结合契约追求之目的,进行个案的断定。

行政契约在实务中的应用上,并非只面临由何种法院管辖的问题,还存在与行政处分产生混淆。理论上,行政契约须双方或者多方意思表示一致而成立,并且仅当各方同意后,合意内容方存在;行政处分,仅由行政主体的单方意思即可产生法律效果,无论相对人同意与否,均可生效[2]。换言之,如果行政机关的意思表示属于要约意思,则是行政契约;如果行政机关的意思表示属于处分意思,则是行政处分。虽然理论上存有此清晰的界限,但是德国实务上区分并不便捷,所以实务上系以最后做成之书面,系由行政机关单方签署或是由双方共同签署而定。单方签署者,为行政处分;双方签署者,为行政契约。

德国实务上,使用行政契约或非正式契约之情形相当频繁,给付行政、干预行政以及裁量性行政行为中,也常常窥得其身影[3]。

2. 大陆地区行政协议认定制度简述

“行政诉讼法适用解释”第11条第1款将行政协议定义为:“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。”该定义较为符合学界主流观点¹。

最高人民法院的司法解释明确了行政协议的定义,并表明了其五方面基本的特征,主体(行政机关及相对人)、职责(法定职责)、目的(维护公益或者公共管理职能)、意思表示(共同协商)、内容(行政法规范的权利义务)[4]。

从上述条款可以看出,行政协议必须是由行政机关行使职权订立的协议。也就是说,当一份协议发生争议时,对其属于行政纠纷,还是民事纠纷的判断,法院需要审查合同订立之初,行政机关是不是依法履行职权的行为并且具有社会公共利益的目的。行政主体若是为了实现公共利益最大化与其他主体签订的协议,属于行政协议;若是行政主体以特殊法人的身份来实现民事上权利义务的协议,则属于民事协议[5]。值得注意的是,此种审查不关涉协议的效力,仅仅是用于判断“谁来管”。

从我国的理论、实践来看,发展出多种行政协议认定的标准,如主体说、目的说、标的说、权力说、综合说。最高人民法院的案件裁决中赞同将公共利益的目的作为认定标准。例如,“濮阳市华龙区华隆天然气有限公司与河南省濮阳市城市管理局、河南省濮阳市人民政府等其他再审审查判决书”²中,最高人民法院认为,是否为了实现行政管理及提供社会公共服务的需要,不仅是认定行政协议的标准,而且也是行政优益权的行使条件。

将实现公共利益作为区分行政协议与民事协议的认定标准并不妥当,主要有以下两点理由:

我国立法并未在条文中明确公共利益是行政协议的认定标准,若将其作为判定标准,基于公共利益系不确定法律概念,将导致行政协议范围的泛化,混淆行政协议和民事合同的界限。总结制度设计之初的规定,旧《行政诉讼法司法解释》、新《行政诉讼法司法解释》和《行政协议规定》中,公共利益作为行政协议的认定标准从未在三部法律规范中明文形式出现。可见公共利益自始未在法律层面作为标准出现。如,就行政机关所订立的建筑施工合同、房屋修缮合同,明显与行政机关的行使职权没有关联,但是却涉及到公共利益,不免让人心生疑问,对原本性质清晰的民事合同产生困惑?

第二,公共利益在各地的法院并没有统一的标准,极大程度上取决于法官的“自由心证”。若以公共利益作为界定标准,那么将会产生“同案不同判”,影响司法裁判的统一。例如,在“绍兴市国土资源局诉绍兴金帝商业发展有限公司建设用地使用权出让合同纠纷案”³中,再审法院认为:“绍兴市国土资源局作为国有土地管理和监督机关,为实现公共利益,在其职权范围内与金帝公司签订案涉《国有建设用地使用权出让合同》,合同以行政法上之权利义务为内容,故理当认定为行政协议”。而在“营口德润置业有限公司与营口市自然资源局、营口市西市区人民政府建设用地使用权出让合同纠纷案”⁴中,法院则认为:其双方当事人地位平等、权利义务对等、意思表示自治、利益交换有偿。故双方就涉案土地出让签订的合同是民事合同、其双方因涉案合同产生的争议是民事争议、故本案为民事纠纷,属于民事案件受案范围。以上两个案例证实了公共利益作为标准,带来的不稳定的、模糊的司法裁判

¹例如,学界一般将行政合同定义为:“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具有行政法上权利义务内容的协议。”参见姜明安主编:《行政程序法典化研究》,法律出版社2016年版,第302页。

²参见中华人民共和国最高人民法院(2020)最高法行再509号。

³参见浙江省高级人民法院(2017)浙民申1569号民事裁定书。

⁴参见辽宁省高级人民法院(2019)辽民初35号民事判决书。

结果。

3. 大陆和德国行政协议认定制度的比较

3.1. 涵义上

大陆对于行政协议的界定，司法解释给予了明确、正面的定义，从五个要素展开，其便于法院在实践中根据构成要件进行界定，方便快捷。其缺点在于容易固化受案范围，灵活性降低。造成一些案件的认定困难，互相扯皮。

德国之定义，更为笼统和抽象，尤其是公法上的法律关系一表述，它的涵义是什么以及是否存在更下位更具体之判断标准，也让人心生疑问。其优点在于，受案范围可以得到拓展，但是若在合理的界限进行扩大，也要要求法官具备更为高素质的水准，以免打破司法统一的秩序。缺点集中于协议认定结果不一，类似协议或认定位行政协议，或认定为民事合同，扰乱行政协议制度的正常运行。

3.2. 标准上

大陆立法上的标准主要是“是否履行职责”，因此，在行政机关的职权范围之内，无论其有没有资格订立协议，只要不违反法律的强制性规定，与其他的法人、组织、第三人订立的协议就属于行政协议；对于行政机关超出职责范围的事项签订的协议，便不能认定其为行政协议^[6]，但是履行职责具有较大的解释空间，这也是学术上、实践中，认定标准一直不统一的缘由。

德国对行政协议的认定主要是基于“契约标的”理论，依据的是行政法上的权利义务关系，并辅以契约订立时追求的目的，对案件进行判断。

行政机关履行职责的追求在于什么？在于公共建设和实现行政管理目标，而德国的“契约标的”理论与我国的标准恰恰是一个实质意义上的，一个形式意义上的。实质意义上的标准可以发挥更为直接的效果，减少二次验证的成本，实现效率价值。

4. 德国行政协议认定对我国的借鉴和启示

4.1. 引入契约标的理论

为了解决我国行政协议认定标准不统一，不成体系化，导致各地司法判决混乱，应该以法律明文规定行政协议的认定标准。契约标的理论不仅在德国作为通说，运用于行政协议中，台湾地区实务和学说上亦采纳此理论。例如，法律基础说、法律效力和内容说、契约标的和目的说，虽用语有差距，但皆以“契约标的”为基础。

法院确定行政协议案件管辖问题时，先审查双方之权利义务是否受行政法律规范的约束，如若经审查认为权利义务关系模糊，则以其订立时是否具有实现公共利益的目的判断之。诸如主体资格标准、内容标准、单一目的标准、非市场行为性标准均可作为参照标准，其与“契约标的”成表里之关系。当然，除了认清协议标的理论“是什么”的前提下，也要探讨“怎么样”将其纳入到现有的法律体系中来，可以通过以下两种途径：

1) 通过立法解释、司法解释形式确立认定标准。立法解释，具有与法律相同的效力位阶，司法解释效力低于立法解释。以立法解释、司法解释的法规范效力，形成统一的制度设计，既健全了行政协议制度的细节、完善了制度体系，也增强了司法信任度，相同案件相同审判。

2) 以最高法指导性案例的方式确定。最高法指导性案例，作为一种价值取向，具有示范指导意义。其代表了国家对热点问题的态度，让司法公正与社会共同发展。尽管我国不属于判例法国家，但是指导性案例因其不可替代的作用，正逐步发挥其对各级法官指导、约束的效用。

引入该理论,有助于各级法院构建统一的体系,以订立协议的标的内容和目的进行判定,改正公共利益的界定方式,促进行政协议问题的合理解决,反馈行政协议在现在社会管理中发挥的良好效能。

4.2. 区分于其他行政行为

行政处分和行政协议的相似性,容易在行政协议制度不健全的初期,造成实务中的错误或者模糊认定。有些行政处分以行政协议的形式进行伪装,表面上打着平等协商的主体关系,实际上却是行政机关单方面的“强权”,未使人民的利益免于损失,在进行行政协议与民事合同进行辨析的时候,还应考虑到其他行政行为的“变种”。

5. 结语

中国行政协议制度较其他国家或者地区起步晚,还需要许多时间成长和进步。因此,对我国法治建设最高效的就是,吸收和借鉴外国的成熟经验。但是吸收和借鉴的前提是,植根于中国的国情,结合中国的传统法律、道德。体现在行政协议认定标准上,则是引入“契约标的”,辅之以公共利益目的。法律往往是与政治密不可分,行政协议制度不光是一个单纯的法律问题,还涉及与政治权力的界限问题。最终实现制度发挥设计之初的目的,不光要严谨、理性的制度构造,更要社会各个层面的合作。

参考文献

- [1] (德)哈特穆特·毛雷尔. 行政法学总论[M]. 高家伟, 译. 北京: 法律出版社, 2000.
- [2] 翁岳. 行政法[M]. 北京: 中国法制出版社, 2009: 717.
- [3] 翁岳生. 行政法[M]. 北京: 中国法制出版社, 2009: 728.
- [4] 梁凤云. 行政协议的界定标准——以行政协议司法解释第 1 条规定为参照[J]. 行政法学研究, 2020(5): 3-12.
- [5] 王海峰. 试论行政协议的边界[J]. 行政法学研究, 2020(5): 24-36.
- [6] 王瑛. 行政协议认定标准探讨[J]. 法商研究, 2021, 38(3): 160-174.