

行政协议认定标准探讨

王 瑛^{*}

摘 要:行政协议与民事合同在效力、法律适用以及纠纷解决方式等方面均存在差别,实践中行政协议的认定标准并不统一,而且存在将行政协议适用范围扩大的趋势。行政协议作为行政机关行使职权的一种方式,在性质上属于替代行政行为,行政机关订立协议是否为了行使职权应成为认定行政协议的标准,但不宜将行政机关订立行政协议的职权限于法律明确规定的情形。在判断行政机关是否为行使职权而订立协议时,应当以协议事项为基础;对其职权范围内的事项,不论是否有订约权限,只要法律没有就该事项明确禁止行政机关订立行政协议,所订立的协议都属于行政协议;对其职权范围之外的事项,行政机关所订立的协议不属于行政协议。

关键词:行政协议 民事合同 认定标准 行政职权 行政优益权

一、问题的提出

“萍乡市亚鹏房地产开发有限公司诉萍乡市国土资源局不予更正土地用途登记案”^①(以下简称“亚鹏公司案”)为最高人民法院发布的人民法院 2015 年度十大经济行政典型案例,并被作为“涉及行政协议的典型案例”。基本案情是:被告萍乡市国土资源局(以下简称“市国土局”)与原告萍乡市亚鹏房地产开发有限公司(以下简称“亚鹏公司”)签订国有土地使用权出让合同。合同约定,原告为受让人,被告为出让人;被告出让给原告的宗地之用途为商住综合用地。原告按照国有土地权出让合同约定向市政府的财政部门缴清受让金。被告向原告颁发的土地使用证载明“地类(用途)为工业”。原告诉诸法院,要求被告按照所签署的国有土地使用权出让合同的约定将土地证地类由“工业”更正为“商住综合”。

本案的争议焦点在于,市国土局是否为适格被告。该案中,原告亚鹏公司所请求的是对业已作出国有土地使用权登记的其中一项,即土地用途项的登记予以更正。根据《土地登记办法》第

^{*} 中央民族大学法学院副教授

基金项目:国家社会科学基金项目(20BFX014)

^① 参见江西省萍乡市中级人民法院(2014)萍行终字第 10 号行政判决书。

3、58 条的规定,土地更正登记是土地登记的一种情况。据此,市国土局具有土地更正登记的法定职责。在此需要进一步讨论的是,该案涉及国有土地使用权出让合同的纠纷,此类合同是否属于行政协议?对此,一审、二审法院均将该案作为行政案件审理,并未提及出让合同的性质。主审法官认为“当事人提出的诉讼请求是责令行政机关履行法律职责”,^①当事人也未对合同纠纷性质提出异议,法官只须围绕当事人的诉求作出审查,并不需要对出让合同的法律属性加以考证。问题在于,行政机关没有按照合同约定的方式行使行政权,是否可以要求行政机关承担合同责任?有学者认为,“行政协议和民事合同的划分,主要目的不在于划分本身,而在于解决不同审判庭的协议案件管辖权限,防止权限冲突,避免因做法不一导致同类案件做不同处理,则问题似乎可以归结为谁能更好地对协议纠纷进行审查”。^②这就提出了行政协议认定标准的问题。

二、明确行政协议认定标准的必要性

最高人民法院发布第 15 批指导性案例也收录了“亚鹏公司案”(编号为 76 号)。^③法院生效判决认为,“行政协议是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”。这是最高人民法院对行政协议的正式解释,可以作为指导案例对各级法官审理此类案件提供参照标准。行政协议是现代行政法上十分重要的概念,从实践来看,行政协议在我国的适用范围也越来越广泛。最高人民法院于 2019 年 11 月 12 日颁布了《关于审理行政协议案件若干问题的规定》(法释〔2019〕17 号)(以下简称《行政协议规定》),《行政协议规定》第 1 条对行政协议的概念作出了规定,第 2 条列举了行政协议的类型包括政府特许经营协议、政府采购合同、土地房屋征收补偿协议和国有土地使用权出让协议等。在许多领域,单方行政行为越来越多地被行政协议所取代,这也对行政行为的方式产生了一定影响:由行政机关单方向行政相对人发布行政命令是传统的行政行为的表现方式,随着行政机关更多地参与市场经济活动,行政机关与行政相对人越来越多地合作,其主要方式就是通过订立协议。^④这就产生了“不只人民依赖行政,行政亦依赖人民”的现象。^⑤可以说,合同作为一种法律工具,不仅存在于私法关系中,在公法领域的适用范围也越来越广泛,行政协议已经成为一种重要的行政行为方式。^⑥

关于行政协议的适用,有学者认为,行政机关的社会角色具有多重性,其并非在所有情形下都是行政主体,为防止行政协议认定的泛化,应当严格限制行政协议的适用范围,这也是督促依法行政、防止公权力膨胀的重要途径。^⑦行政机关签订行政协议并不能仅考虑其行政职责权限的实现,还需要结合行政法上权利义务内容,否则行政协议所具有的可能更多是形式意义,而非

① 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。

② 陈无风:《行政协议诉讼:现状与展望》,《清华法学》2015 年第 4 期。

③ 参见江西省萍乡市中级人民法院(2014)萍行终字第 10 号行政判决书。最高人民法院指导案例 76 号不履行行政协议案。

④ 参见姜明安:《行政法》,北京大学出版社 2017 年版,第 43 页。

⑤ Vgl. Hart Maurer, Der Verwaltungsvertrag—Probleme und Möglichkeiten, DVB I. 1989, S.805.

⑥ 参见杨解君编:《法国行政合同》,复旦大学出版社 2009 年版,前言第 1 页。

⑦ 参见崔建远:《行政合同族的边界及其确定根据》,《环球法律评论》2017 年第 4 期。

实质意义。《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)规定行政机关作为机关法人可以成为民事主体,在这种身份下可以参与民事活动,其与其他民事主体订立的民事合同,也属于合同法调整范畴。可见,行政机关参与订立的协议并不仅仅限于行政协议,与之订立协议的主体也可以是其他民事主体,所订立的协议是民事合同。问题在于,如何对行政机关签订的协议进行类型化区分,这也关乎行政机关履职中的职责。从实现目的角度,行政协议旨在通过行政管理最大化实现社会公共利益,以行政法上的权利义务作为其主要内容。^① 因此,虽然都是行政机关作为一方主体订立的合同,但民事合同与行政协议存在重要区别,两者在合同效力、违约救济方式、诉讼程序等方面均存在差异。^②

“亚鹏公司案”的生效判决中认为,“当出现争议时,双方当事人对合同中有关条款产生不同理解时,行政机关不得随意作出不利于行政相对人的解释,行政机关在职权范围内对行政协议约定的条款进行的解释,对协议双方具有法律约束力,人民法院经过审查,根据实际情况,可以作为审查行政协议的依据”。这体现了法院对行政协议的审查不同于民事合同的路径,从本质上看,行政协议的判断标准与民事合同存在很大差异,当事人的救济途径也不同。《行政协议规定》第27条第2款也明确规定行政协议案件的审理可以参照适用民事规范中有关民事合同的规定,对法律适用提出了新的课题和要求。一方面,《中华人民共和国行政诉讼法》(以下简称《行政诉讼法》)及其司法解释从行政规制的角度对民事规范作出一定修正和限制。例如,就协议的解除条件而言,相较于《民法典》中的解除权规则,《行政协议规定》第17条规定“原告请求解除行政协议,人民法院认为符合约定或者法定解除情形且不损害国家利益、社会公共利益和他人合法权益的,可以判决解除该协议”。法院认定的条件包括约定或法定解除情形,同时作出一定的限制即“不损害国家利益、社会公益和他人合法权益”。^③ 另一方面,是民事规范与行政规范之间的冲突。《民法典》颁布后,《行政诉讼法》及其司法解释对民事规范的多处规定与《民法典》的规定相冲突。例如,关于法律行为无效的情形,《行政诉讼法》第75条确立了无效的行政诉讼判决种类,《行政协议规定》第12条也相应规定了行政协议的无效情形,而《民法典》第153条第1款却规定行为无效的强制性规定限于违反法律和行政法规的民事法律行为,《民法典》第132条规定不得滥用民事权利。也就是说,导致民事合同无效的情形,不包括影响到国家利益、社会公益或者他人权益,或者违反公序良俗(《民法典》第153条第2款),同样,对于违反其他位阶法律的强制性规定也不必然导致合同失去效力。而按照《行政诉讼法》第75条的规定,“重大且明显违法”的行政行为无效,此处并未明确“违法”一词所指向的法律位阶,在解释上不应限于法律和行政法规。而且《行政诉讼法》第75条、《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》第99条均将“重大且明显违法”作为判定行政协议是否具有效力的条件,却并未明确“违法”一词所指向的法律位阶。显然,就文义解释而言行政协议的无效内容不应限于法律和行政法规。根据《行政诉讼法》审理有关行政协议效力的案件时,不仅包括法律法规,如《行政诉讼法》第63

① 参见杨科雄:《试论行政协议的识别标准》,《中国法律评论》2017年第1期。

② 就民事合同而言,按照合同相对性原则,合同仅在当事人之间发生效力,原则上无法对第三人产生拘束力;而对行政协议而言,其同时包含客观要素与主观合同内容,可能会对协议关系之外的第三人产生法律效果。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。例如,在行政协议履行过程中,可能涉及相关公共服务的使用者。

③ 王洪亮:《论民法典规范准用于行政协议》,《行政管理改革》2020年第2期。

条明确规定行政案件的审理可以参照规章。因此,违反规章等相应规范性文件行政协议的行政协议也可能归于无效。^①由此可见,随着《行政协议规定》和《民法典》的相继出台,属于行政机关与其他民事主体订立民事合同的,由此产生的纠纷应当适用《民法典》的相关规定;属于行政机关为行使行政职权而订立行政协议的,由此产生的纠纷则应当适用《行政诉讼法》《行政协议规定》等行政法律规范,同时按照规定参照适用相关的民事规范。因此,明确划分民事合同和行政协议的界限,才能正确认定行政协议,对于正确适用法律解决纠纷具有重大意义。

但是,行政协议一方面具有行政管理的色彩,另一方面又具有公私合意这一强烈的合同色彩,给实践中准确认定行政协议带来一定困难。实践中出现了不当扩大行政协议适用范围的现象,对正常的市场交易秩序产生了不良影响。^②对行政机关参与订立的合同关系而言,如何判断其究竟属于行政协议抑或民事合同?换言之,应当依据何种标准认定行政协议?《行政诉讼法》第12条规定了行政诉讼的受案范围,该条第11项针对“政府特许经营协议”等协议的行政合同之诉,认定行政机关的行为标准为“不依法履行、未按照约定履行或者违法变更、解除”,并保持了行政协议范围的开放性,但其并没有对行政协议的内涵和认定标准作出规定,这就难以为行政协议的认定提供明确的标准。2015年修订的《行政诉讼法》将行政协议纳入行政诉讼的受案范围,最高人民法院于2015年颁行的《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》(法释〔2015〕9号)(以下简称“旧《行政诉讼法司法解释》”)第11条对行政协议作出了规定,并且列出了认定行政协议的标准,即“为实现公共利益或者行政管理目标”“法定职责范围内”以及“具有行政法上权利义务内容”,对司法实践中认定行政协议的效力具有重要的指导作用。同时,结合《行政诉讼法》第12条第1款第11项规定的行政诉讼的受案范围,进一步明确将政府特许经营协议等认定为行政协议。针对行政协议案件的审理,司法解释配合行政诉讼法的实施制定,还不足以满足司法实践的需要。2018年最高人民法院颁行的《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》(法释〔2018〕1号)(以下简称“新《行政诉讼法司法解释》”)废止了前述司法解释,而且该司法解释并没有对行政协议的判断条件作出规定,导致这一时期行政协议的判定十分模糊。2019年最高人民法院颁行的《行政协议规定》再次聚焦行政协议的认定问题。《行政协议规定》第1条明确了行政协议的内涵,基本延续了旧《行政诉讼法司法解释》第11条的规定,行政协议包括“主体要素”“目的要素”“内容要素”“意思要素”等4个要素,进一步明确行政协议与民事合同之间的区别。只是表述上将“为实现公共利益或者行政管理目标”改为“为了实现行政管理或者公共服务目标”。同时,增加了行政协议的类型范围,《行政协议规定》第2条采取列举的方式,在政府特许经营、土地房屋征收补偿协议的基础上,规定矿业权等国有自然资源使用权出让协议、政府投资的保障性住房的租赁、买卖等协议以及符合《行政协议规定》第1条规定的政府与社会资本合作协议等都归属于行政协议。《行政协议规定》还设置兜底条款,继续保持行政协议范围的开放性。此外,《行政协议规定》第3条明确行政机关之间因公务协助等事由而订立的协议和行政机关与其工作人员订立的劳动人事协议不属于行政诉讼的受案范围,这对于准确认定行政协议并在此基础上区分行政协议与民事合同具有重要意义。

由此可见,《行政协议规定》的出台将行政协议的判断条件进一步具体化,值得肯定,但同时

① 参见王敬波:《司法认定无效行政协议的标准》,《中国法学》2019年第3期。

② 参见崔建远:《行政合同族的边界及其确定根据》,《环球法律评论》2017年第4期。

也对行政法和民法的协调与适用提出新挑战。基于现行法对行政协议的开放性规定,为避免实践中不当扩大行政协议的适用范围,正确适用行政法规范和民事法规范认定合同当事人的权利义务关系,协调《行政诉讼法》《行政协议规定》等行政法规范与《民法典》的冲突,有必要对行政协议的认定标准进行进一步探讨,以有效区分行政协议与民事合同,确定相应的纠纷解决方式,并助益行政协议的立法完善。

三、行政协议认定标准的主要观点及反思

(一)行政协议认定标准的主要观点

行政诉讼和民事诉讼解决的争议对象不同,决定了两个审判庭的业务分工应当有明确界限。在一份合同关系中同时存在行政性质与民商法律关系的属性的情况下,学界一直在研究区分行政合同与民事合同的精细化标准。“而理论上所说的标的论或所欲设定的法律关系说,大约因为较复杂,难以判断,因而在司法实践中适用很少。法官更愿意运用直截了当、清晰易辨的方式来甄别合同性质。”^①关于行政协议的判断标准,学界就协议一方主体原则上限于行政机关并无太大争议。^②但由于行政机关在社会生活中扮演着多重角色,公众社会治理参与权和公共资源分享权也发生了重大变革,因此,行政机关参与到市场经济活动中作为一方当事人,并不能当然认定相关协议属于行政协议,还需要结合其他因素予以判断。^③有学者梳理行政合同案件发现,司法实务中对行政合同与民事合同的判断标准,都遵循以合同内容来判断合同性质的思考方式。有无行政优益权、合同中约定的权利义务属于典型的行政行为还是民事行为是两者共同考量的因素。目的论、合同主体之间的关系成为广泛使用的判断标准。^④显然,除主体因素外,关于行政协议还需要结合以下标准予以认定,主要包括:

1.内容标准,即具有行政法上的权利义务内容是协议具备行政性的基础,也就是以设立、变更、终止行政法律关系为内容。^⑤为此有学者主张,通过意思表示的方式达成设立、变更、终止行政法律关系的合意是行政协议的本质特性。^⑥按照此种观点,某一合同关系是否以行政法律关系为内容是判断其是否为行政协议的核心标准。

2.目的标准,即以协议的目的是否以实现行政管理的目标或者实现公共服务目标作为认定行政协议的标准。按照此标准,行政机关签署的协议范畴仅限于其履行行政职责,至于行政机关为了自身运行需要而签订协议,应排除在行政协议之外。行政机关为实现公共利益之目的而参

① 陈无风:《行政协议诉讼:现状与展望》,《清华法学》2015年第4期。

② 参见麻锦亮:《纠缠在行政性与协议性之间的行政协议》,《中国法律评论》2017年第1期。

③ 参见崔建远:《行政合同族的边界及其确定根据》,《环球法律评论》2017年第4期。

④ 参见陈无风:《行政协议诉讼:现状与展望》,《清华法学》2015年第4期。

⑤ 《关于审理行政协议案件若干问题的规定》第1条规定:“行政机关为了实现行政管理或者公共服务目标,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,属于行政诉讼法第12条第1款第11项规定的行政协议。”

⑥ 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。

与市场经济活动,作为当事人签署的协议属于行政协议。^① 公益性是行政协议最为突出的特征,行政机关在选择以协议方式处理土地房屋征收、国有自然资源出让等行政事务时,应当以实现公共利益作为协议目的。在认定某个协议是否为行政协议时,应该看该协议是否具有公益性,至于更进一步判断就需要借鉴英美法上的“近因理论”和法国法上的“直接执行公务说”,即行政机关签署该协议之目的距离行政机关履行的行政管理职能的远近,如果行政机关只是为了自身机构运行的需要而签订协议,则应当略去其行政管理职能和公益性因素,认定该协议属于民事合同;反之,则应当认定该协议属于行政协议。^② 除此之外,实现公共利益作为判断行政协议的标准,还要综合参考协议中行政优益权条款以及行政机关具体的行政职责等相关因素。^③ 例如,《行政协议规定》第3条第2项规定的行政机关与其工作人员订立的劳动人事协议,即属于行政机关为了自身用人需要而签订的协议,不应纳入行政协议的范围。

3.行政优益权标准。有学者主张,行政协议与民事合同最根本的区别在于行政机关履行行政协议时是否享有行政优益权,同样司法机关在处理行政协议纠纷中,首先需要审查行政机关享有行政优益权的合法性,这是行政协议案件司法审查的重点。^④ 该主张将行政合同的本质特征确认为行政机关享有行政优益权,行政机关签订行政合同的目的仅限于为了实施行政管理,是否享有行政优益权因而成为辨别行政协议的标准。^⑤

4.国家权力主体资格标准。此种观点认为,对行政协议而言,行政机关是以国家权力主体的身份出现的,是行政机关为避免国家高权的单方命令而选择通过契约方式与人民之间保持一种合作关系。^⑥ 德国司法实务界一般认为,凡行政机关与协议相对人以上下秩序之高权关系而缔结的协议,为行政协议。^⑦

5.非市场行为性标准。此种主张认为,如果行政机关与行政相对人签订协议的基础是行使行政职权,即行政协议在性质上属于替代行政行为,是行政机关履行职责的一种手段和方式,具有非市场行为性。^⑧ 例如,政府投资的保障性住房的租赁协议,政府的保障性承诺本身就表现为一种行政行为。相应而言,替代行政行为还可以从行政协议的内容反映出来。例如,监管部门在履行监管职责时,将其原本要作出的行政处罚,作为对行政行为的替代,行政机关也可以与行政相对人达成和解协议,中国证券监督管理委员会(以下简称中国证监会)依据《行政和解试点实施办法》与行政相对人签订和解协议本质上就是行使行政职权的体现,并非参与的市场活动。《民法典》第97条规定行政机关作为机关法人,可以“从事为履行职能所需要的民事活动”,但并未论

① 参见杨解君、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。

② 参见杨良宜:《损失赔偿与救济》,法律出版社2013年版,第230~232页;王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社1988年版,第187~188页。

③ 参见麻锦亮:《纠缠在行政性与协议性之间的行政协议》,《中国法律评论》2017年第1期。

④ 参见曾哲、韩锦霞:《我国行政合同司法审查的实践梳理及完善路径》,《江西社会科学》2016年第6期。

⑤ 参见应松年主编:《行政法学新论》,中国方正出版社2004年版,第241~242页。

⑥ Vgl. Dirk Ehlers, in: Friedrich Schoch/Eberhard Schmidt-Assmann/Rainer Pietzner (Hg.), Verwaltungsgerichtsordnung, Band I, 1998, § 2 Rn.33.

⑦ 参见李建良主编:《行政契约之发展现况与前景》,台湾“中央研究院”法律学研究所2016年版,第12页。

⑧ 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》,《环球法律评论》2020年第1期。

释活动范围。行政机关所从事的民事活动的范围是受到限制的,应当是为了更好维系机关良好运行而有必要从事的民事活动,并与其履行行政职能密切相关。同时,从《行政诉讼法》第12条第1款第11项和《行政协议规定》第1条的规定来看,界定行政协议的内容和判定标准本质上是行政机关行使行政职权的一种方式。因此,该主张将行政机关以主体身份所订立的合同归类为两种:一是内容上完全是民事权利义务关系的民事合同;二是以行政权力行使为内容的行政协议。^①

此外,还有观点主张,在判断某协议是否为行政协议时,应当综合如下因素予以判断:一是行政机关订立协议是否为了行使行政职权;二是行政机关实现行政管理的目标或者实现社会公共利益是否为该协议的核心内容;三是行政机关在协议中是否依法设置行政优益权条款,并依法或依据协议约定享有行政优益权。^②

(二)对现有认定标准的反思

上述观点从不同角度对行政协议的认定标准进行了探讨,从解释论的角度都具有一定的合理性:行政协议以行政法上的权利义务关系为内容,这一点上有别于民事合同;行政协议与民事合同之目的不同,行政协议与行政机关的行政职权存在必然的关联,一般都是以实现公共利益为目标;行政机关享有行政优益权,也符合行政协议的特殊性。但也都存在不足之处,具体而言:

1. 行政法律关系的内涵较为宽泛,难以为行政协议的认定提供明确的标准。关于何为行政法律关系,学界观点并不一致,目前仍未形成共识,这就难以为行政协议的认定提供明确的标准。^③ 随着现代社会服务行政、给付行政等理念的发展和不断体现,多元化行政手段得到广泛运用,行政主体与行政相对人的义务来源已经多元化,传统上将行政法律关系仅限于因行政权力行使而形成的行政主体与行政相对人之间的关系出现断裂,行政法律关系并不能仅限于法律规定的范围。^④ 除此之外,行政机关行使行政行为所产生的监督、救济行为中也包含诸多权利义务关系。因此,在行政协议的履行过程中,可能穿插诸多行政上的权利义务关系,可能对于判断行政协议的性质带来不确定性。还应当看到,按照《行政协议规定》第1条界定行政协议的内涵,明确行政协议应当具有行政法上的权利义务内容,但也需要从协议内容上与民事合同相区别。在行政机关参与订立的协议中,可能存在行政法上的权利义务关系与民法上权利义务关系重叠与交叉的现象,这也会给该协议性质的认定带来一定困难。有学者认为,在某一合同关系兼具行政属性与民事属性时,应当看哪种属性发挥主导作用,并进而认定其性质。^⑤ 此种观点有一定的合理性,而且在某一协议的行政属性明显强于或者弱于其民事属性时,此种判断方法可能有利于准确认定该协议的性质,但在某一协议的行政属性与民事属性的强弱关系并不十分突出时,运用此种方法认定相关协议的性质就会面临困难。

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》,《环球法律评论》2020年第1期。

② 参见杨科雄:《试论行政协议的识别标准》,《中国法律评论》2017年第1期;叶必丰:《行政合同的司法探索及其态度》,《法学评论》2014年第1期。

③ 关于行政法律关系概念的不同观点,参见杨海坤、章志远:《行政法律关系基本理论问题探析》,《河南省政法管理干部学院学报》2004年第1期。

④ 参见杨解君:《行政法上的义务责任体系及其阐释》,《政法论坛》2005年第5期。

⑤ 参见崔建远:《行政合同之我见》,《河南省政法管理干部学院学报》2004年第1期。

2.以协议的目的是否以实现行政管理目标或者实现公共服务目标作为认定行政协议的标准也有失妥当。从我国司法实践来看,许多法院都将是否为实现公共利益作为行政协议的认定标准。例如,在“黄某某、贵州省铜仁市碧江区人民政府房屋征收补偿协议纠纷案”^①中,最高人民法院认为,是否为实现公共利益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。笔者认为,行政协议有利于克服单向度行政管理方式的“刚性”,的确有利于实现行政行为的目标、实现公共利益,但以是否为实现公共利益作为行政协议的认定标准并不妥当,主要理由在于:

一方面,我国现行立法并没有将是否为实现公共利益作为行政协议的认定标准,若以此作为行政协议的认定标准,可能导致行政协议适用范围的泛化。我国有关行政协议的规定主要存在于旧《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,从这三部法律规范的规定来看,均未将实现公共利益作为行政协议的认定标准:旧《行政诉讼法司法解释》虽有规定,但该司法解释已经失效;新《行政诉讼法司法解释》仅在第68条提及行政协议这一概念,但并没有规定行政协议的认定标准;《行政协议规定》第2条在政府特许经营、土地房屋征收补偿协议这两种典型行政协议类型的基础上增加了矿业权等国有自然资源使用权出让协议、政府投资的保障性住房的租赁、买卖等协议和符合《行政协议规定》第1条规定的政府与社会资本合作协议,虽然这5类协议都是行政机关管理公共事务的方式,但并不能等同于将实现公共利益作为行政协议的目标。此外,《行政协议规定》第1条明确了行政协议的概念,但未采纳旧《行政诉讼法司法解释》第11条中的“公共利益目标”,而是修正为“公共服务目标”。将实现公共利益作为行政协议的认定标准,可能不当扩张行政协议的适用范围,混淆民事合同与行政协议的边界。例如,行政机关为了增进社会整体利益、改善城市面貌,将政府特许经营、土地房屋征收补偿协议等认定为行政协议争议较小,但就行政机关所订立的建筑施工合同、房屋修缮合同甚至保洁合同等合同关系而言,显然与行政机关行使职权无关,行政机关是以机关法人这一民事主体的身份订立合同,此类合同属于民事合同。

另一方面,以实现公共利益作为行政协议的认定标准,难以为行政协议的认定提供明确的标准,可能导致“同案不同判”,影响司法裁判的统一。例如,国有建设用地使用权的出让使国家获得受让人支付的出让金,也有利于充分发挥土地的经济效用,因此也涉及公共利益。^②但以是否为实现公共利益作为认定国有建设用地使用权合同性质的标准,则可能导致司法裁判的不统一。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“集贤县国土资源局与集贤县福泰房地产开发有限责任公司合同纠纷上诉案”^④中,法院则认为:该合同是双方基于平等地位在达成合意后订立的,两者在该合同关系中属于平等的民事主体,而且我国现行司法解释并没有将该类合同规定为行政协议,因此该合同属于民事合同。上述两个案件均为国有建设用地使用权出让合同纠纷,均涉及公共

① 参见中华人民共和国最高人民法院(2017)最高法行申4588号行政裁定书。

② 参见王利明:《物权法研究》(下卷),中国人民大学出版社2013年版,第857页。

③ 参见浙江省高级人民法院(2017)浙民申1569号民事裁定书。

④ 参见黑龙江省高级人民法院(2017)黑民辖终70号民事裁定书。

利益,但两个法院对合同性质的认识却截然相反。这也表明,内涵模糊、宽泛的公共利益概念难以以为行政协议的认定提供明确的标准。

3.以行政机关是否享有行政优益权作为行政协议的认定标准,实际上颠倒了行政协议与行政优益权的关系。行政优益权的概念源于法国,自20世纪80年代末引入我国,但目前尚未在法律条文中得到承认,而是更多地以合同条款存在于行政协议中,只有个别规定分散于单行法律法规中。^①即便在法国,行政机关是否享有行政优益权也并非行政协议的认定标准,在法国法上,行政协议的认定除一方原则上应当是公法人外,还需要具备另外一项条件,即法律明确规定该协议为行政协议,或者依据司法判例认定某协议是否为行政协议,司法判例在认定某协议是否为行政协议时,一般是看该协议是否有超越普通法范畴的条款或者具有公共服务的目的。^②同时,某协议一旦被认定为行政协议,行政机关就当然地可以享有行政优益权,就算在协议中当事人并未就此做出相应的约定。^③相反,在某协议被认定为行政协议后,行政机关在协议规定的事项上才享有行政优益权,因此,行政机关签署的协议性质上属于行政协议是其享有行政优益权的前提,以行政机关是否享有行政优益权作为行政协议的认定标准,颠倒了两者的逻辑关系。在司法实践中,有法官认为,行政主体对行政协议享有行政优益权,即签订协议选择权、履行过程指挥权、单方解除协议权、违约行为制裁权。只要在协议中规定或者实际享有行政优益权,就是“具有行政法上权利义务内容”。但在认定行政协议时,还应当将合同签订的全过程以及各个环节的行为一并考虑,看其是否具备行政法元素。^④有学者对行政优益权的行使条件进行了总结,认为行政优益权的行使应当基于公共利益的需要,行政机关应当充分履行告知义务,行使程序应当规范,行使应当符合比例原则等。^⑤这也表明,行政机关并非在所有的行政协议中均享有行政优益权,以行政优益权的有无作为认定行政协议的标准并不妥当。

4.国家权力主体资格标准只是描述了行政协议的特征,难以成为行政协议的认定标准。此种观点将行政机关是否以国家权力主体身份出现作为行政协议的认定标准,即在行政协议中,行政机关以国家权力主体身份出现。反之,在民事合同中,行政机关是作为与公民、法人地位平等的民事主体出现。但此种观点只是对行政机关在不同协议中身份关系的一种客观描述,无法为行政协议的认定提供明确的判断标准。

5.具有非市场行为性比较准确地概括了行政协议的特征,将其作为认定行政协议的标准具有一定的合理性,因为行政协议在性质上属于替代行政行为的措施,而行政行为本身具有非市场性的特点,故具有非市场性是行政协议的本质属性。行政协议所具有的非市场性的特点,也是行政优益权的理论基础。但将具有非市场行为性作为行政协议的认定标准,也可能存在一定的问题:一方面行政机关也可以成为民事主体,可以广泛从事市场交易,而市场交易纷繁复杂,对于行政机关参与订立的协议而言,哪些具有市场行为性,哪些不具有市场行为性,往往难以判断,因此,此种标准并不能为行政协议的认定提供明确的标准;另一方面,行政协议本身具有合意的特

① 参见李颖轶:《法国行政合同优益权重述》,《求是学刊》2015年第4期。

② 参见杨解君编:《法国行政合同》,复旦大学出版社2009年版,第9~10页。

③ 参见王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社1988年版,第196页。

④ 参见李福忠:《新行政诉讼法确立的行政协议诉讼制度初探》,《山东审判》2015年第4期。

⑤ 参见何彤文、刘慧娟:《行政优益权行使的合法性审查》,《人民司法》(案例)2015年第22期。

点,行政机关在与相对人订立行政协议时,当事人之间并不是单向度的管理与被管理关系,而是一种平等协商、达成合意的关系,这与民事合同中当事人之间的关系十分相似,与市场行为的差别也不大,因此,将具有市场行为性作为行政协议的认定标准,可能难以有效区分行政协议与民事合同。

6.借鉴英美法上的“近因理论”和法国法上的“直接执行公务说”认定行政协议具有一定的合理性。因为随着现代行政方式的日益多样化,某一协议可能同时包含行政法上的内容与民事关系的内容,借助“近因理论”有利于准确判断相关协议的性质,避免不当扩张行政协议的适用范围。但此种判断标准在认定行政协议时也存在模糊之处,即在判断某项协议的性质时,如何判断其与行政机关履行行政职能关系是否遥远?就具体的协议而言,究竟是行政管理职能色彩更为浓厚,还是更能体现市场价值规律,可能难以判断。以“建设—经营—转让”(BOT)协议为例,其一方面体现政府建设基础设施的行政管理职能,另一方面体现市场交易的特点,此时按照“近因理论”即难以判断该协议的性质,从而导致行政协议适用范围的扩大。

《行政协议规定》第1条摒弃了旧《行政诉讼法司法解释》第11条中的公共利益标准,采纳了“公共服务”的概念,将“公共服务”和“行政管理”作为行政协议的目的标准,这一进步值得肯定,也突出了行政机关的社会治理与公共服务职能。公共服务(service public)概念产生于19世纪末期,由法国学者狄骥等人创设,法国最高行政法院将公共服务作为行政协议的识别标准之一。^①狄骥认为,政府的主要经济职能是提供公共服务。但公共服务领域的事务十分繁杂,国家难以完全负担,这就需要行政机关与私人通过协议的方式进行合作,政府与民间的社会服务机构签订协议购买公共服务协议即属此类。因此,公共服务理论也在一定程度上推动了国家角色向合作国家的转化,行政机关为实现公共服务目的而签订的协议是行政协议的重要组成部分。^②但何为公共服务?我国现行法对此并没有明确的界分,因此不宜将其作为单一的认定标准。此外,随着行政方式日益多元化,行政机关采用行政协议履行职能的现象越来越普遍,如果某协议看似与行政机关履行行政职能的关系较为遥远,主要体现市场交易规律,但如果行政机关订立该协议的目的是为了履行行政职权,此时将其认定为民事合同是否妥当也不无疑问。

四、行政协议认定标准的应然定位

(一)应以行政机关是否为行使职权而订立协议作为行政协议的认定标准

有观点认为,行政协议与民事合同并不存在本质差别,两者都是合意的产物。^③但行政协议在性质上不同于民事合同,其产生与发展是行政方式多元化的产物,其实质上是行政机关为行使其职权的一种方式。^④为此,有学者主张在认定行政协议时,应当强调两个方面:一是行政机关是否“在行使职权过程中”;二是是否“因行使行政职权”而订立协议。^⑤此种观点值得赞同。行

① 参见杨科雄:《试论行政协议的识别标准》,《中国法律评论》2017年第1期。

② Vgl. CH. Guettier, *Groît des contracts administratifs*, PUF 2004, p.1.

③ 参见杨解君编:《法国行政合同》,复旦大学出版社2009年版,前言第3页。

④ 参见王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社1988年版,第187~188页。

⑤ 参见沈福俊:《司法解释中行政协议定义论析——以改造“法定职责范围内”的表述为中心》,《法学》2017年第10期。

政机关是否为行使职权而订立协议既是行政协议区别于民事合同的重要特点,也是行政协议的认定标准。也就是说,如果行政机关是为了行使职权而订立协议,则该协议应当属于行政协议;反之,则不属于行政协议。之所以采取此种标准,主要是基于如下理由:

第一,这是由行政协议替代行政行为的性质决定的。行政协议是为了克服单向度行政管理方式的弊端而产生的。严格地说,作为最为重要的行政行为方式,单向度的行政管理方式与合同方式在一定程度上是相冲突的,但单向度的行政管理方式难以有效应对纷繁复杂的社会生活,可能存在失灵的情况,这就需要借助多样化的行政方式,充分发挥各类社会主体在社会治理中的作用,其中就包括行政协议。^①显然,行政合同签署的动机并非为了处置私人间的事务,其主要目标是为了执行公务,为了公众利益。^②“行政合同以履行行政职责为目的,是行政机关履行职责的一种手段、方式。”^③也就是说,只有享有相应的职权,行政机关才能订立行政协议。

第二,从我国现行立法来看,只有行政机关为行使行政职权而订立的协议才能归入行政协议的范畴。《行政协议规定》第 1、2 条规定了行政诉讼的受案范围。其中,第 1 条将“公共服务”和“行政管理”作为行政协议的目的标准,突出了行政机关的社会治理和公共服务职能;第 2 条列举了政府特许经营协议、土地房屋等征收补偿协议、矿业权等国有自然资源使用权出让协议、政府投资的保障性住房租赁和买卖协议、政府与社会资本合作协议等行政协议,属于行政诉讼的受案范围。该条新增了 3 类实践中常见的行政协议类型,对于行政协议的认定具有重要指导意义。在具体列举行政协议的类型时,该条同时采用了“其他行政协议”这一兜底规定。笔者认为,可以借助同类解释规则确定这一兜底规定的内涵,进而确定行政协议的认定标准。所谓同类解释规则,是指如果法律上列举了具体的人或物,并将其归入“一般性的类别”,则该“一般性的类别”应当与具体列举的人或物属于同一类型。^④《行政协议规定》第 2 条所列举的 5 类行政协议有一个共同点,即都属于行政机关依法行使行政职权的行为:关于政府特许经营协议,《市政公用事业特许经营管理办法》对行政机关订立政府特许经营协议的程序、解除、终止程序以及主管部门的监督、管理职责等内容作出了规定;关于土地房屋征收补偿协议,《国有土地上房屋征收与补偿条例》也对其具体规则作出了规定,^⑤从中可以看出,该类协议的目的在于缓和单方补偿决定的“刚性”,在无法达成补偿协议时,行政机关再作出补偿决定,其本质上是一种替代行政行为方式;关于矿业权等国有自然资源使用权出让协议,以矿业权为例,《自然资源部关于推进矿产资源管理改革若干事项的意见(试行)》(自然资规〔2019〕7 号)对可订立协议的事项范围进行了严格地限制,并明确规定自然资源主管部门行使该项职权应受同级人民政府监督;关于政府投资的保障性住房的租赁、买卖等协议,一些地方立法如 2020 年修正的《深圳市保障性住房条例》对协议的订立、变更、续期和解除等进行了规定;关于政府与社会资本合作协议,《国务院关于创新重点领域投融资机制鼓励社会投资的指导意见》明确要求要建立健全政府和社会资本合作(PPP)机制,完善合同设计。这些规定表明,以上 5 类协议的订立是相关部门行使行政职权的一种方式。因此,

① 参见杨解君编:《法国行政合同》,复旦大学出版社 2009 年版,第 3 页。

② 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。

③ 刘莘:《行政合同刍议》,《中国法学》1995 年第 5 期。

④ 参见王利明:《法学方法论》,中国人民大学出版社 2012 年版,第 395 页。

⑤ 《国有土地上房屋征收与补偿条例》第 26 条第 1 款规定:“如果房屋征收部门无法与被征收人达成补偿协议的,则房屋征收部门可以报请相关人民政府作出补偿决定。”

在确定《行政协议规定》第2条第6项“其他行政协议”的内涵时,按照同类解释规则,应当将其解释为行政机关为行使行政职权而订立的协议。

第三,有利于明确区分行政协议与民事合同,防止行政协议适用范围的不当扩张。对行政协议而言,其虽然具有合同的部分特点,但一般认为其行政性要强于协议性,更多适用行政法律规范。例如,行政机关享有的行政优益权造成协议双方合同地位悬殊,必然导致违约时对相对人权益保护不利。因此,为了保护交易安全,应当对行政协议的适用范围进行一定限制,以有效防止行政机关不当利用其行政职权损害相对人的利益,危及交易安全。而将行政协议限定为行政机关为履行行政职权而订立的协议,则可以有效区分行政协议与民事合同,并对行政协议的适用范围进行必要的限制:在行政机关以机关法人的身份活动时,按照“法不禁止即可为”的私法自治精神,行政机关无论出于何种目的,都可订立各类民事合同;而在行政机关为履行职责而订立协议时,按照“法无授权不可为”原则的要求,只有行政机关享有相应的行政职权,该协议才能被认定为行政协议,否则原则上应当属于民事合同。这一标准既可以有效区分行政协议与民事合同,又可以借助职权法定原则对行政协议的适用范围进行必要限制,防止行政权不当扩张。

(二)行政机关订立行政协议的职权不应限于法定情形

将行政机关是否为履行行政职权而订立协议作为行政协议的认定标准,意味着在因该协议发生纠纷后,判断该纠纷究竟属于民事合同纠纷还是行政协议纠纷,法院在受理案件时首先需要对该行政机关订立该协议是否是为了履行行政职权进行审查,以确定案件的管辖。此种审查是一种积极审查,法院应当依职权进行,无论当事人是否申请。当然,此种审查只是为了确定协议是否属于行政协议,并不对该协议的效力进行判断。因此,法院在受理案件时只须审查行政机关订立协议是否有行使行政职权的目的和外观即可。

一般而言,行政机关对外行使职权的资格取决于其是否享有行政权能和行政权限,这也决定了行政机关能否实施行政行为,以及在多大范围内行使行政行为。^①行政职权的来源是多元的,既可以源自法律对行政机关行政职能的设置,也可以源自上级机关的授权。为此,有学者指出,对行政处罚等较为常见的行政领域而言,行政机关能否实施相关的行政行为有严格的法律规范作为判断依据,其行政职权的来源是单向的,在法律没有规定的情形下,行政机关不能作出行政行为。^②但问题在于,我国法律并未明确对行政机关订立行政协议的权限作出一般性规定。对于行政机关所订立的协议而言,如何判断其是否具有行使行政职责的外观?在法律已经对行政机关订立行政协议的职权作出规定的情形下,认定该协议的性质相对容易判断。但在相关立法未作出明确规定时,行政机关所订立的协议是否属于行政协议?还有的规范明确限定了行政协议的适用范围,如2017年颁行的《蚌埠市行政程序规定》第59条就列举了行政协议适用的事项,^③依据该条规定,行政协议仅适用于明确列举的事项;该规定第9项虽然使用兜底性规定,但

① 参见章剑生:《现代行政法总论》,法律出版社2014年版,第284页。

② 参见陈无风:《司法审查图景中行政协议主体的适格》,《中国法学》2018年第2期。

③ 《蚌埠市行政程序规定》第59条第2款规定:“行政合同主要适用于下列事项:(一)政府特许经营;(二)国有自然资源使用权出让;(三)国有资产承包经营、出售或者租赁;(四)政府采购;(五)政府与社会资本合作项目;(六)政策性贷款;(七)行政机关委托的科研、咨询;(八)行政机关与企业、高校的战略合作;(九)法律、法规、规章规定可以订立行政合同的其他事项。”

将行政协议的适用范围进行了限定。^①对规定事项之外的事务,即便属于行政机关的职权范围,行政机关也不享有订立行政协议的权限。^②此种情况下,行政机关订立协议的行为是否还属于为行使职权而订立的协议?所订立的协议是否属于行政协议?能否依据法律保留原则,认定只有在规定行政机关订约权的情形下,行政机关才能订立相关的行政协议?

对此有学者认为,行政机关订立行政协议的目的是为了行使职权,该行政机关的行为当然是属于行使职权的行为,因为并不存在“本质上不准缔结契约”的行政领域,行政协议可以广泛适用于各个行政领域。^③显然,行政机关通过协议的方式行使职权,即使法律没有明确规定,行政机关原则上也享有选择行政行为方式的自由及订立协议的权利。笔者赞同此种观点,即不应将行政机关订立行政协议的职权限于法律明确规定的情形,也就是说,在判断行政机关是否属于为行使职权而订立行政协议时,不以法律明确授权为必要。主要理由在于:一方面,为了充分发挥行政协议的正当作用,不应过于严苛限制行政机关订立行政协议的权限。从行政法的发展趋势来看,行政协议作为公私合作的纽带,在行政事务的执行方面具有单方行政行为所不具有的优点。^④例如,中国证监会作为资本市场的监管机构,依据《行政和解试点实施办法》第26条第1款的规定可以与行政相对人签署行政和解协议,就行政相对人涉嫌违法行为进行整改以及消除、减轻涉嫌违法行为所造成危害后果的具体措施作出约定。相较于行政处罚措施而言,此种和解协议更有利于行政相对人根据自身情况采取相应措施,具有很强的“能动性”和“柔性”,能够起到更好的执法效果。而将行政机关订立行政协议的职权限于法律明确规定的情形,则可能不当限制行政协议功能的发挥。^⑤另一方面,适当放宽行政机关订立行政协议的权限,并不会不当扩大行政协议的适用范围。关于行政协议的适用,学者普遍的担忧在于,一旦放宽行政机关订立行政协议的权限,放宽行政协议的认定标准,将会不当挤压民事合同的适用空间,危及交易安全。^⑥但事实上,即便承认行政机关在行使职权时享有订立行政协议的自由,由于行政协议性质上属于替代行政行为,按照“法无授权不可为原则”的要求,行政机关订立行政协议的目的始终以履行职权为核心,仍然应当在法定的职权范围内实施。从这种意义上说,行政机关的法定职权范围即对行政机关订立行政协议的权限构成天然限制,从而避免行政协议适用范围的不当扩大。

当然,承认行政机关在法定职权范围内享有行政方式选择的自由,并不意味着行政机关可以一概通过行政协议的方式行使其行政职权,如果法律在某些情形下明确禁止行政机关订立行政协议,则行政机关无权订立行政协议。

① 此外,《兰州市行政程序规定》《汕头市行政程序规定》等地方政府规章也作出了类似规定。

② 此种明确限定行政协议适用范围的立法模式虽然有利于明确行政协议的适用范围,为行政协议效力的认定提供明确标准,但此种封闭式的列举方式难免会挂一漏万,不当限制行政协议功能的发挥。参见郑秀丽:《行政协议过程研究》,法律出版社2016年版,第71页。

③ 参见林明锵:《行政契约法研究》,台湾翰芦图书出版有限公司2006年版,第37页。当然,也有观点认为,并非所有行政职权范围内的事项都可以借助行政协议处理,对税务行政领域等受依法行政原理强烈支配的领域而言,原则上不能适用行政协议。参见郑秀丽:《行政协议过程研究》,法律出版社2016年版,第70页。

④ 参见石佑启、杨治坤:《中国政府治理的法治路径》,《中国社会科学》2018年第1期。

⑤ 参见陈无风:《司法审查图景中行政协议主体的适格》,《中国法学》2018年第2期。

⑥ 参见崔建远:《行政合同族的边界及其确定根据》,《环球法律评论》2017年第4期。

五、行政机关为行使职权而订立协议的具体判准

（一）行政机关为行使职权而订立协议的主张及评述

在明确了行政机关在一定程度上享有订立行政协议的自由后,进而如何具体判断行政机关是否为行使职权而订立协议?对此大致有如下判断标准:一是目的标准,即以行政机关是否具有行使行政职权的目的作为判断标准;二是主体标准,即以协议主体是否为行政机关作为认定该协议是否为行政协议的标准;三是程序标准,即以行政机关是否依据行政程序订立协议作为判断标准;四是内容标准,即以协议的内容是否具有行政管理色彩作为判断标准;五是订立协议的行为特征标准,即如果行政机关签署协议时遵循了平等、自愿、有偿等原则,则应将其认定为民事合同,反之,则应当将其认定为行政协议。^①

上述标准对于准确认定行政协议具有重要的参考意义,但也都存在一定的不足:首先,行政机关的社会角色具有多元性,不宜认定行政机关订立协议的行为均属于行使职权的行为。其次,行政机关在订立协议时是否具有行使行政职权的目的往往难以判断,不宜作为行政机关行使职权的认定标准。再次,订立协议的程序只是协议订立的方式,基于特殊的法政策考虑,法律对民事合同和行政协议都可能规定严格的订立程序,因此,协议订立的程序难以成为认定行政机关行使职权的标准。最后,协议内容和订立协议的行为特征也难以成为判断行政机关行使职权的标准。因为随着协商行政的发展,合同在行政法领域的适用范围也将不断扩展,合同作为一种法律工具,不仅存在于私法关系中,在公法领域的适用范围也越来越广泛,行政协议已经成为一种重要的行政行为方式,行政协议的订立同样遵循平等、公平、自愿、有偿等原则,因此很难依据协议的内容和订立协议的行为认定行政协议。^②

（二）以协议事项为基础认定行政机关行使职权的行为

笔者认为,在判断行政机关是否为行使职权而订立协议时,应当以协议事项为基础加以判断,即以协议事项是否在行政职权范围内为判断标准。之所以采用此种标准,主要理由是:一方面,如前所述,行政机关订立行政协议的职权不应限于法律明确规定的情形,行政机关享有选择行政行为方式的自由,凡行使职权的事项原则上都可以通过订立行政协议的方式予以处理。因此,在行政机关就职权范围内的事项与相对人达成协议时,可以初步推定行政机关是以订立协议的方式行使职权;另一方面,行政机关就职权范围内的事项与相对人订立协议时,其往往不会再采用其他行政方式处理同一事项。对职权范围内的事项,一旦行政机关与相对人达成协议,即可认定行政机关是以订立协议的方式行使职权。例如,就证券监管领域的行政和解协议而言,依据《行政和解试点实施办法》第26条的规定,一旦中国证监会与行政相对人达成协议,则一般不会再给予行政相对人其他处罚措施。再如,依据《国有土地上房屋征收与补偿条例》第26条第1款的规定,如果房屋征收部门与被征收人能够根据法律规定的要求达成补偿协议,则房屋征收部门不会再单方作出补偿决定。

^① 参见宋志红:《民事合同抑或行政合同——论国有土地使用权出让合同的纯化》,《中国土地科学》2007年第3期;杨科雄:《国有土地使用权出让合同属于行政协议》,《人民法院报》2017年2月8日。

^② 参见杨解君编:《法国行政合同》,复旦大学出版社2009年版,前言第1页。

以协议事项为基础来判断行政机关是否为行使职权而订立协议,具体标准是:(1)如果协议事项属于行政机关职权范围内,只要法律未明确禁止行政机关就该事项订立行政协议,原则上即认定行政机关是为行使职权而订立协议,享有订立行政协议的自由,所订立的协议属于行政协议。(2)如果协议事项超出行政机关的职权范围,此种情形既可能表现为协议事项不属于行政机关职权范围内的事项,也可能表现为某一行政机关与行政相对人订立协议所约定的事项属于其他行政机关职权范围内的事项。例如,有权进行国有土地上房屋征收的机关是房屋征收部门,其他行政机关(如工商部门、税务部门等)即不享有该行政权限。再如,在县人民政府进行房屋拆迁时,镇人民政府并不享有与被拆迁人签订补偿安置协议的职权,此时镇人民政府未经授权与被拆迁人签订补偿安置协议即属于协议事项超出其职权范围的情形。^①一些学者认为,此时应当区分行政协议的性质和效力,行政协议即便被宣告无效,性质上仍属于行政协议。^②此种观点具有一定的合理性,从我国司法实践来看,有的法院也持此种立场。例如,在“吴某某与弋阳县弋江镇人民政府行政合同纠纷案”^③中,法院认为,行政机关只能在其权限范围内订立行政协议,超越职权范围则协议无效,本案中房屋拆迁的主体单位是弋阳县人民政府,弋阳县弋江镇人民政府并不是本案房屋拆迁的主体单位,其与被拆迁人订立协议的行为超出职权范围,应当属于无效行政协议。但笔者认为,如果协议事项不属于某行政机关的职权范围,行政机关并无相应的行政管理职权,此时,即便行政机关与相对人达成协议,也难以将其认定为行政协议,否则将有违行政协议替代行政行为的属性。理由在于,成立行政协议的基本前提是一方当事人是行政机关,而行政机关的社会角色具有多重性,其并非永远处于行政法律关系之中,只有在行使国家行政权实施行政行为时,其才能成为行政主体,^④而这又取决于其是否有行政权能和行政权限。^⑤故而,这也决定了行政机关能否实施行政行为以及在多大范围内行使行政行为。因此,对行政机关职权范围之外的事项,行政机关并不具有处理该事项的行政主体资格,其与相对人就该事项所订立的协议也不应当属于行政协议。此种情形可以视为行政机关以机关法人的身份活动,是一般的民事主体。在前述案件中,房屋拆迁的主体单位是弋阳县人民政府,就拆迁补偿事项而言,弋阳县弋江镇人民政府并不是适格的行政主体,因此其订立拆迁补偿协议也不属于行政协议。

责任编辑 谭冰霖

① 参见江西省上饶市中级人民法院(2017)赣 11 行终 26 号行政判决书。

② 参见麻锦亮:《纠缠在行政性与协议性之间的行政协议》,《中国法律评论》2017 年第 1 期;沈福俊:《司法解释中行政协议定义论析——以改造“法定职责范围内”的表述为中心》,《法学》2017 年第 10 期。

③ 参见江西省上饶市中级人民法院(2017)赣 11 行终 26 号行政判决书。

④ 参见胡建森主编:《行政法学》,复旦大学出版社 2003 年版,第 161 页。

⑤ 此种权限既可以来源于法律对行政机关行政职能的设置,又可以来源于上级机关的授权。