

论行政协议中的行政优益权

余凌云*

内容提要 由于民事履约机制力有不逮,难以确保行政协议按质按期按量完成,需要赋予行政机关行政优益权。这本质上是行政机关履行法定职责、依法行政的要求,旨在解决行政机关以行政协议履行具体行政职责方式与行政机关对社会公众的普遍行政职责之间的冲突。从这个底层逻辑出发,不仅能够摆正行政优益权与行政协议之间的关系,也能够理解和澄清其与民法规定之间的替代关系。为防止行政优益权滥用,法院应当对行政机关行使行政优益权的合法性,按照“案涉行政协议具有行政优益权的合法性—行政优益权行使的合法性—是否辅以合理补偿”顺序进行严格审查。

关键词 行政协议 行政优益权 法律控制

DOI:10.14111/j.cnki.zgfx.2025.04.005

目 次

- 一、问题的提出
- 二、行政优益权理论的形成
- 三、行政优益权的正当性
- 四、行政优益权与行政协议的关系
- 五、行政优益权与民法相关规定的关系
- 六、对行政优益权的规范与控制
- 七、结语

* 清华大学法学院教授。本文中德国文献由华东师范大学法学院副教授李颖轶、德国海德堡大学法学院徐安妮提供译文,在此致谢。

一、问题的提出

在行政协议（亦称“行政合同”“行政契约”）理论中，行政优益权早期也被称为特权、主导性权利、行政优先权，是指行政机关在履行行政协议过程中具有的超越民法规则的特权。尽管学术上对其具体权利形态、种类的归纳略有不同，但在行政审判实践中比较关注的是行政优益权中行政机关的解释权、监督指导权、基于公共利益的单方变更解除权以及作为制裁的单方解除权。其本质不仅“在于调和协议约定的安定性与公益需求的可变性之间的矛盾”^①，更是为了解决行政协议拘束力与行政机关履行法定职责之间的矛盾。

行政优益权似乎已被当作行政协议的基本特征看待。在司法实践中，不少法官将行政优益权作为判断行政协议的最重要甚至唯一标准。^②这看似已成定论，但因理论上的诸多问题未真正证成，包括为什么要有行政优益权；是否不论何种行政协议，都具有行政优益权；行政优益权与民法规定的情势变更、不可抗力及法定解除等民法规定间是什么关系；如何防止行政优益权的滥用，以致于在实践中行政机关随意行使解释权、滥用单方变更解除权等情形时有发生，社会资本方对行政协议履行也难以预料、无所适从。

为了更有针对性地回应上述问题，作为讨论的前提，有必要先梳理我国行政协议的发展演变过程，对行政优益权的基本分布进行整理，从而锁定真正与行政优益权有关且值得研究的行政协议类型。当前理论与实践之所以纷乱如麻、莫衷一是，很大原因就是未作分类甄别，以致于无的放矢、张冠李戴。

我国行政契约的产生与责任制思想的出现和向行政管理领域的渗透，以及经济体制由计划经济向市场经济转轨而引发政府职能和管理手段变化有关。^③比如，行政机关签订的行政管理领域的计划生育合同、移民和房屋拆迁合同、教委培培合同，以及经济领域中的农村土地承包合同、全民所有制企业承包经营责任制合同、公共工程合同。^④特别是在由计划经济、商品经济发展到市场经济过程中，作为执行国家经济任务与经济计划安排的行政手段，经济合同逐渐成为早期行政合同的一种主要形态，比如，粮食订购合同、指令性合同。这些合同形态后来也发生了流变。

实行改革开放和发展社会主义市场经济之后，在“有为政府”和“有效市场”的加持下，形成了“市场双重竞争”，既有“在产业经济领域存在以企业为主体的市场竞争”，也有“在城市经济领域存在以政府为主体的市场竞争”。^⑤各地政府广泛设立经济开发区，积极推动城镇化进程、旧城（村）改造、自然资源开发利用、市政公用事业改革等方

① 陈天昊：《行政协议变更、解除制度的整合与完善》，载《中国法学》2022年第1期，第162页。

② 参见“四川省大英县人民政府诉大英县永佳纸业有限公司等不履行行政协议纠纷再审案”，最高人民法院（2017）最高法行申195号行政裁定书。

③ 参见余凌云：《论行政法领域中存在契约关系的可能性》，载《法学家》1998年第2期，第50页。

④ 参见牛太升：《行政合同及其诉讼地位探讨》，载《中国法学》1992年第3期，第58-59页。

⑤ 参见陈云贤：《中国特色社会主义市场经济：有为政府+有效市场》，载《经济研究》2019年第1期，第17页。

面工作,行政协议作为常见的运作方式在其中发挥着重要作用。与此同时,政府也在不断更新执法理念,改变行政管理方式,积极推行包括行政合同在内的非强制手段。

根据适用目标、内容与领域,行政协议大致可以分为行政规制型行政协议和经济合作型行政协议两大类。(1)在秩序行政领域,行政机关不断更新执法理念,改变行政权行使方式,积极推进公众参与和商谈式民主,大量运用行政契约的方式来替代行政行为,比如治安承诺协议、息诉息访协议、执行和解协议等,这近似德国法上的隶属契约与和解契约,也就是仅为行政法律关系的“纯粹契约”“假契约”。这类行政协议可归为行政规制型行政协议。(2)在给付行政、服务行政、经济开发领域,政府通过引入社会资本,采用外包、民营化、公私合作方式,不断推进经济技术开发、公共设施建设、公用事业建设与经营、自然资源利用以及城市建设与城市化进程等。行政机关与社会资本方签订的公私合作协议属于经济合作型行政协议,包括政府特许经营协议、土地房屋征收补偿协议、自然资源使用权出让协议、公租房合同、政府与社会资本合作协议等。这近似法国的公共采购合同和公共服务委托。这类行政协议大多是公私关系交织混杂的“混合契约”,在2014年公布的《行政诉讼法》认可行政协议之前,其曾被当作民事合同在民事审判庭审理;之后,又被识别为行政协议,转由行政庭审理。

笔者认为,行政规制型行政协议原本就是在高权行政下用以替代行政行为的方式,近似德国法规定的行政契约,^⑥原则上没有行政优益权。理由是,对于此类事项,行政机关既可以选择做出行政行为,也可以考虑与相对人签订行政契约。行政行为与行政契约是“相互竞争的两种行政行为之形式”^⑦。行政契约本身就是对单方行政行为的否认。如果在履行过程中又回到单方行政行为的路径,那么,当初就根本不该采用双方合意方式。根据“两种行为并行禁止原则”,不允许在行政行为与行政协议之间来回跳跃。

行政优益权仅存在于经济合作型行政协议中。究其原因,第一,对于这类事项,需要引入社会资本,加强与社会资本方合作。行政机关根本无法直接通过行政行为方式,以单方意思表示实现合作意图,而只能与社会资本方协商,采用行政协议方式。“行政契约鲜少代替单方行为作为提供人民给付(更遑论干预人民权利)的手段,而是结合私部门

^⑥ 在德国,行政契约是高权行政的替代方式,原则上也没有特权。为防止规避法律,行政机关也不能通过合同约定获取缺乏的行政权限。这体现了德国行政契约理论所强调的当事人地位平等的观念。不过,《德国联邦行政程序法》第60条第1款第2句赋予行政机关额外的特别解约权,以防止或消除对公共利益的重大损害。但要赔偿相对人损失。在行使该权之前,应优先考虑可能且合理的合同调整。之所以不考虑单方变更,是因德国行政契约“常常是属行政决定之作成而不具继续性质”,而变更权“仅存于继续性契约中”。但在实践上,特别解约权几乎不用,法院判决也屈指可数。Vgl. Jochen Rozek, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, 5. Aufl., 2024, VwVfG § 54 Rn. 112 ff; Wolf Friedrich Spieth/Niclas Hellermann, in: BeckOK VwVfG, 66. Aufl., 2025, VwVfG § 60 Rn. 24; Thorsten Siegel, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 10. Aufl., 2022, VwVfG § 60 Rn. 40 ff; Frauke Brosius-Gersdorf/Johann Remé, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, 5. Aufl., 2024, VwVfG § 60 Rn. 79; 陈淳文:《论行政契约法上之单方变更权——以德、法法制之比较为中心》,载《台大法学论丛》第34卷第2期(2005年),第237页。

^⑦ 前注^⑥,陈淳文,第230页。

以共同达成公共服务使命的工具”^⑧,这就意味着合同履行结果不仅仅掌握在行政机关手中,在一定程度上也取决于另一方当事人^⑨。而行政协议又用于行政目的,这就必须揉入行政机关的单方意志,由行政机关主导。第二,经济合作型行政协议中不少合同形态,比如市政公用事业特许经营协议、政府购买公共服务合同、重大公共工程建设合同等,意在提供公共服务。由于公共服务具有持续性、可变性和平等性特征,而民法履约机制又对其难以有效保证,因此,经济合作型行政协议中具有行政优益权也较为常见。

在我国,法治政府建设中,必须厘清政府与市场、政府与社会的关系,推动有效市场和有为政府更好结合,当下立法与行政审判实践更加关注经济合作型行政协议。本文在梳理行政优益权理论形成过程的基础上,分别就行政优益权的正当性基础、在行政协议中的配比、与民法相关规定的关系、规范行使条件和程序以及合法性审查等方面展开分析,并回答上述理论和实践中提出的问题,希冀能够尽快平息有关理论纷争。

二、行政优益权理论的形成

行政协议理论中何时开始采用“行政优益权”术语?其理论来源是什么?发生了什么变化?这是展开对行政优益权深入检讨的基础。

(一) 理论来源

追根溯源,我国学者在开始关注和研究行政合同、行政契约之初,就认为其具有特权,有关理论构造出自王名扬先生的《法国行政法》。之后,学者们对行政合同、行政契约特权的论述大同小异,且“无原则性分歧”^⑩,只是结合我国的法律规定作了进一步的阐发^⑪。

王名扬先生在《法国行政法》一书中采用“特权”措辞。^⑫之后相当长时间内,多数学者都援用这个术语。“行政优益权”一词最早出自张焕光、胡建森合著的《行政法学基本原理》。^⑬但有学者指出,“此处的行政优益权和当时所称的行政合同并没有直接的关联”^⑭,“在行政协议中反复强调‘行政优益权’”“实在让人费解”^⑮。同在1989年出版的由罗豪才主编的《行政法学》中,使用了“行政优先权”,而非“行政优益权”。^⑯自20世纪90年代后,越来越多的文献、行政判决书,乃至最高人民法院发布的行政协议典

⑧ 王必芳:《论法国行政契约的特点——从台湾行政程序法行政契约章的立法设计谈起》,载《台北大学法学论丛》第102期(2017年),第108页。

⑨ See Jean-Bernard Auby, *Comparative Approaches to the Rise of Contract in the Public Sphere*, Public Law, Vol.1:40, p.53 (2007).

⑩ 许崇德、皮纯协主编:《新中国行政法学研究综述(1949—1990)》,法律出版社1991年版,第476-480页。

⑪ 参见张树义:《行政合同》,中国政法大学出版社1994年版,第124-133页。

⑫ 参见王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社1997年版,第194-195页。

⑬ 参见张焕光、胡建森:《行政法学基本原理》,劳动人事出版社1989年版,第125-127页。

⑭ 韩宁:《行政协议中的情势变更——与严益州博士商榷》,载《南大法学》2020年第4期,第64页。

⑮ 胡建森:《对行政机关在行政协议中优益权的重新解读》,载《法学》2022年第8期,第47页。

⑯ 参见罗豪才主编:《行政法学》,中国政法大学出版社1989年版,第228页。

型案例中采用了“行政优益权”术语。但这一术语并未在立法、司法解释当中出现。

早在20世纪90年代,我国学者就形成了以下共识:第一,行政优益权归属于行政协议中行政机关一方,而非协议相对人。第二,行政优益权是就行政协议整体而言,是为了保障协议履行不偏离公共利益、防范履约中的公共利益风险。行政机关以此手段督促协议相对人履行合同义务,而非用于保证行政机关自身兑现其合同义务。第三,行政机关行使行政优益权的行为就是行政行为。究其根源,行政优益权的形成受到了我国经济合同特征和法国行政优益权理论的影响。

1. 我国经济合同固有特征的沉淀

早期行政合同理论从经济合同实践中汲取了不少元素。行政合同特别强调行政机关与相对人之间“地位不平等”,是“领导和服从关系”。^{①⑦}“当事人双方的法律地位不平等”^{①⑧}是行政合同与民事合同相区别的基本特点。行政合同是执行公务的方式,行政机关“具有意思表示先定力的特权”^{①⑨}。“当发现行政合同在内容上有法定的瑕疵时,作为行使国家行政权的一方可以单方面的意思表示撤销该合同,而其相对人则不具有这种权利。”^{②⑩}

随着社会主义市场经济的建立和完善,尤其是1999年《合同法》之后,经济法学者在理论上努力断开经济合同与行政合同之间的历史关联。^{②⑪}计划经济下经济合同具有的一些特权(比如,受到计划管理的公有制企业必须按照指令性计划签订合同,行政机关有权全面监督合同实际履行、因计划改变而变更解除合同),也逐渐被扬弃,其中的合理元素被淬炼到行政优益权之中。

2. 对法国行政优益权理论的批判吸收

我国行政契约理论糅合了德法元素,行政优益权更是直接受到法国的影响,不过,我国并没有完全接受法国公共服务理论和所有行政优益权种类。

(1) 我国没有完全接受法国公共服务理论。法国行政合同的行政优益权建立在公共服务之上。依据公共服务的持续性、可变性,行政机关具有监督权、单方变更解除权、制裁权等。“合同约定性在‘公共服务’面前必须作出让步,允许行政合同自始至终都穿插有约定之外的足以打破合同既定约束力的行政优益权随时对其进行校正和调整,以重新适应或继续维持公共服务。”“这彻底挑战了普通合同制度的守诺、禁反言等核心价值。”^{②⑫}法国单凭“公共服务目的”就断定合同具有行政合同属性,甚至“将完全与公权力无涉的公共服务契约视为是行政契约”,但许多公共服务契约,比如有关水、电、瓦斯供应的公共服务之委托经营契约,在委托内容中不直接涉及公权力之行使。法国各类常见

^{①⑦} 参见前注^{①⑥},罗豪才主编书,第228页。

^{①⑧} 叶必丰:《行政合同的司法探索及其态度》,载《法学评论》2014年第1期,第69页。

^{①⑨} 何军:《关于行政合同的思考》,载《河北法学》1989年第4期,第20页。

^{②⑩} 陈泉生:《论行政合同》,载《上海大学学报(社会科学版)》1991年第5期,第77-78页。

^{②⑪} 参见史际春、邓峰:《合同的异化与异化的合同——关于经济合同的重新定位》,载《法学研究》1997年第3期,第52页。

^{②⑫} 李颖轶:《论法国行政合同优益权的成因》,载《复旦学报(社会科学版)》2015年第6期,第160-161、163页。

的行政合同,“其实反而与私法契约较为相近”,“都是私法上之有名契约的翻版”。^{②③}而这些合同在我国很多不被认可为是行政合同。

究其原因,法国的公共服务标准过于宽泛,对公共行政的识别过于宽松。更关键的是,其与德国法上公法与私法之划分不尽相同。而我国深受德国法影响,对公私法划分的理解更接近德国法,与法国的公共服务标准不尽一致。我国实际上引入的是更好识别、更有说服力的德国行政契约理论所强调的“契约标的(内容)说”。法国法上的公共服务理论则被我国的行政法学者巧妙回避了,没有对我国产生实质影响。

公法与私法划分以及二元制度构建的基本理论预设就是,公法争议应由公法途径解决,私法纠纷应依私法方式消弭。上述方式解决纠纷的效率最高、效果最佳。这是产生行政合同以及必须区分民事合同和行政合同的基础。但是,“在公法与私法契约区分时,多不直接援引公法与私法之区分标准,而系就契约之特性,另觅判断之尺度”^{②④}。究其原因:第一,行政机关不“以高权主体之地位参与契约之缔结”^{②⑤},签订行政契约的双方地位平等。第二,行政契约不是直接行使公权力的结果。理论上找到行政契约的判断尺度就是“契约标的(内容)说”。“契约标的或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”^{②⑥},“若契约内承担之义务或契约内所为之处置、契约所设定或与之紧密结合之法律效果属于公法,即可认为契约标的为公法性质”^{②⑦}。民法学者、经济法学学者与行政法学者之间、甚至行政法学者之间围绕着行政合同的诸多争辩,就是因为没有回到公法与私法划分及二元制度结构的基本价值上,且受德法理论交织影响,又没有澄清德法理论差异,因而无法形成共识。

(2)我国没有全盘接受法国行政优益权种类。法国行政合同中行政优益权包括监督指导权、单方修改权、单方终止权、制裁权(制裁方式包括撤销合同、代为履行和金钱罚款)等四大类。^{②⑧}我国既没有仿效法国行政合同的金钱制裁,而是适用合同法上的违约金、损害赔偿;也没有模仿法国行政合同的强制执行权(如代执行)和约定强制执行,^{②⑨}而是通过单方解除合同重新依法选定第三人来继续完成行政协议。究其原因,我国的现实基础和历史情境不同于法国的行政司法和普通司法绝对分立的“司法二元主义”,因而行政合同也就没有必要完全脱离合同法制度而独立发展。^{③⑩}

^{②③} 参见前注⑥,陈淳文文,第231、236、246页。

^{②④} 江嘉琪:《公私法混合契约初探——德国法之观察》,载《中原财经法学》2002年第9期,第68页。

^{②⑤} 林明锵:《行政契约法论——以德国行政契约法为中心试评法务部行政程序法九十四年四月草案》,载《台大法学论丛》第24卷第1期,第147页。

^{②⑥} 前注②⑤,林明锵文,第147页。

^{②⑦} 前注②④,江嘉琪文,第68、71页。

^{②⑧} 参见前注②②,李颖轶文,第157页。

^{②⑨} 参见“南通市崇川区城市管理行政执法局诉王善俊等行政强制纠纷案”,江苏省南通市中级人民法院(2018)苏06行终111号行政判决书。

^{③⑩} 参见前注②②,李颖轶文,第157页。

（二）有关理论争议

目前,我国有关行政优益权的研究大致集中在三个方面:一是继续引介与评述法国、德国相关理论,以接续与弥补早期理论发展过程中资讯不足,正本清源、析疑匡谬,并及时捕捉和跟进德法理论前沿动态;二是努力澄清行政优益权与民法相关规定之间的关系;三是进一步思考行政优益权的行使条件、程序和司法审查。

然而,当下理论争议,甚至是根本性分歧依然存在。第一,对于行政优益权,仍然存在“肯定说”“否定说”之分。^{③①}其中,“肯定说”又可以进一步分为行政优益权处于“法律规定或者合同约定框架之外”和行政优益权处于“法律规定或者合同约定框架之内”两种见解。^{③②}第二,行政优益权与民法相关规定之间的关系依然模糊不清、聚讼不已,有观点主张两者构成竞合并存关系,认为“任何一方都无法完全吸纳另一方”^{③③},但“行政优益权应当后位适用,且需限制适用范围”^{③④};也有观点主张是补充关系,“没有谁替代谁的问题”^{③⑤},应当“遵循不同的行使规则”^{③⑥};等等。第三,行政优益权的行使条件仍然悬而未决。在理论上“衡量行政优益权行使合法与否以公益为重要标准”,然而,“法院几乎不从规范层面判定行政优益权的行使是否基于公益的考量,亦不去衡量公共利益与个人利益间的权重;通常情形下,只要行政机关主张其行为是基于公益,人民法院一般都对其予以尊重”^{③⑦}。概而言之,当前理论争议主要集中在行政优益权有无必要、行政优益权的存在范围、行政优益权与民法规定的关系以及其行使条件与控制等方面。

三、行政优益权的正当性

为什么行政机关在行政协议中应当享有行政优益权?对此问题的回答,不仅能够夯实行政优益权的正当性基础,而且能够更深刻地领会其在行政协议中应有之地位、与民法规定之关系以及行政优益权合法性审查的基本方向与关注重点。之所以认可行政优益权,从表层看,是担心民法履约机制力有不逮;而从深层次看,是基于实现公共利益的需要。这些其实都可以归结为行政机关依法履行行政职责的要求,换言之,行政优益权的正当性根植于依法行政。

（一）民事履约机制力有不逮

在行政法上,行政机关完全可能利用民事合同实现行政任务。而“通过私法完成行政任务”在德国法上早已有之,并且不少德国行政法教科书中都有介绍行政私法的内容。

^{③①} 参见严益州:《论行政合同上的情势变更——基于控权论立场》,载《中外法学》2019年第6期,第1529页。

^{③②} 参见前注^{③①},胡建淼文,第51页。

^{③③} 前注^{③①},陈天昊文,第180页。

^{③④} 郑志行:《行政协议解除权的竞合与处置》,载《华东政法大学学报》2025年第1期,第176页。

^{③⑤} 章程:《论行政协议变更解除权的性质与类型》,载《中外法学》2021年第2期,第465页。

^{③⑥} 翟冬:《行政协议单方变更解除行为的司法审查》,载《行政法学研究》2022年第3期,第81页。

^{③⑦} 张鲁萍:《行政协议优益权行使的司法审查——基于对部分司法判决书的实证分析》,载《西南政法大学学报》2018年第5期,第6页。

只要行政机关不违反公法规范与法律基本原则,特别是法律没有对行政机关执行方式有明确规定或者禁止性规定,行政机关就有“行为方式上的选择自由”(Formwahrfreiheit/Wahlfreiheit der Verwaltung)和“法律无保留的选择适用裁量”(rechtsvorbehaltloses Gebrauchsauswahlermessen)。“在不违反禁止性规定的前提下,行政机关可以选择以公法或私法方式完成行政任务。”^{③⑧}甚至还有学者认为,“行政机关基于比例原则的考量,在特定情况下有义务优先采用私法合同方式来完成行政任务”^{③⑨}。

在我国,虽然行政法教科书中很少专门引介行政私法,但行政实践却不乏其例。为了规范行政机关签订的大量民事合同,地方政府将行政机关作为一方签订的所有合同都纳入法制审核范围,对此,学界引入英美法上的政府合同概念,将之统称为政府合同合法性审查。而目前为数不多的理论研究均深受德国法影响,但几乎为复述且似乎语焉不详,其实际上将行政私法分为两类:一是行政机关纯粹援用私法手段,有关法律行为完全适用私法;二是行政机关援用私法手段,但是,“并非完全享受私法自治,而受有若干公法上之限制或拘束”^{④①}。有学者进一步提出了“行政私法合同”的概念,此类合同“兼具民法上权利义务和行政法上权利义务”^{④②}。

那么,行政机关为何会放弃民事合同,而选择行政协议?除了涉及行政内容需要依法行政之外,很大原因是市场经济不够成熟,行政相对人诚信度不够,民法履约规则、原理与机制不足以确保行政任务的实现,因而需要引入特别规则、原理与机制。如果市场经济充分发展,行政机关、行政相对人都一诺千金,即便偶有违约,民事惩戒机制也足以保证合同追求的行政任务实现,那么,行政优益权也会相应减少直至消失。但这在当下是很难完全企及的理想状态。

详言之,民事合同追求的主要是经济利益。一方违约时,通过违约金、损失赔偿就能满足另一方当事人的损失补偿需求。但行政协议关涉行政目的,更重视合同的适当、完全、及时履行,“不能完全如私合同一样,只有事后的私法救济手段”^{④③}。通过合同实现的行政任务越重要、与国计民生关系越重大,行政机关越不敢掉以轻心,倾向于对民事确保合同履行的机制、手段作全面评估,若感到力不所及,就必会引入公法机制加以补足。“行政合同的制裁制度不适用关于私法合同的制裁规则,因为私法合同的制裁规则不能达到行政合同目的。行政机关行使制裁的目的,不仅是处罚违反合同的当事人,主要是保证公务的实施。”^{④④}行政合同之所以可以有特权,是“由于行政合同中混有客观要素”,而客观要素是“根源于行政合同制度本身存在之目的,即保证公共服务之良好运作”,所以,

^{③⑧} Walter Krebs, Konsensuales Verwaltungshandeln im Staedtdbaurecht, DOeV 1989, S. 969 ff.

^{③⑨} Walter Krebs (Fn. 38), S. 969.

^{④①} Hans J. Wolff/O. Bachof, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl., 1974, § 23 II b, 转引自刘宗德:《行政私法》,载我国台湾地区行政法学会主编:《行政法争议问题研究》(上),五南图书出版有限公司 2001 年版,第 230 页。

^{④②} 邹焕聪:《行政私法理论在合同制度中的展开——论行政私法合同的内涵、性质与界分》,载《现代法学》2010 年第 3 期,第 4 页。

^{④③} 刘莘:《中国行政法》,中国法制出版社 2016 年版,第 244 页。

^{④④} 前注^{④②},王名扬书,第 196-197 页。

允许行政机关突破双方签订合同时所达成的合意。^④

行政机关基于这些特别规则而享有的权利,就是行政优益权,其“在性质上和民商合同当事人所自由约定的权利和义务不同”^⑤。行政法以公共利益为本位,行政优益权也以公共利益为根本。行政优益权是为确保行政契约所预期的特定行政目的的实现。因此,行政优益权是无法用民法原理解释的。

(二) 公共利益需要

在我国,通说认为行政优益权是基于公共利益。“行政机关在行政协议中的优益权之所以在一定范围内和一定程度上得到承认,与社会契约论和公共利益理论明显有关。”^⑥这构成了行政优益权的理论基础。

在《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(法释〔2018〕1号)实施之前,公共利益需要只是行政审判中采用的一种学理依据,在该解释实施后则上升为一种法规范依据。^⑦《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》(法释〔2019〕17号)第16条采用了“可能出现严重损害国家利益、社会公共利益的情形”的表述。行政法官在一些判决中抽象地提出,行政优益权的行使应当满足以下条件:第一,基于公共利益需要,或者“由于实现公共利益或者行政管理目标的需要或者法律政策的重大调整”^⑧,以及“协议基础事实发生变化”^⑨。第二,“履行协议会给国家利益或者社会公共利益带来重大损失”^⑩。但是,对于是否要审查公共利益是否存在并可能受损的问题,法官却态度不一。有的法官会进行审查,例如,“先通过寻找关联法规范,借‘规范之手’解释个案中可能存在什么样的公共利益(即公共利益的初步类型化),再判断个案中出现的情形是否符合前述已类型化的公共利益需要”^⑪;而且还会要求行政机关提供证据证明“履行本案协议将对国家利益或者公共利益造成重大损失”^⑫。有的法官不审查公共利益是否受到损害,而是考量单方变更解除是否为行政机关履行法定职责所必需。^⑬

然而,像以往经验反复告诫我们的那样,以公共利益作为行政优益权的核心标准,恐怕不易把握。一方面,不同行政协议所涉公共利益亦不同质,需要根据立法目的、运用社

④ 参见陈天昊:《在公共服务与市场竞争之间:法国行政合同制度的起源与流变》,载《中外法学》2015年第6期,第1644-1645页。

⑤ 前注⑫,王名扬书,第196页。

⑥ 前注⑮,胡建淼文,第44页。

⑦ 参见沈广明:《行政协议单方变更或解除权行使条件的司法认定》,载《行政法学研究》2018年第3期,第124页。

⑧ “何胜洪诉贵州省铜仁市碧江区人民政府等房屋征收补偿协议纠纷再审案”,最高人民法院(2017)最高法行申4591号行政裁定书。

⑨ “贵州省关岭布依族苗族自治县人民政府诉唐仕国房屋征收补偿协议纠纷再审案”,最高人民法院(2018)最高法行申8980号行政裁定书。

⑩ “王根芳等诉金华市人民政府补偿安置案”,浙江省高级人民法院(2019)浙行终915号行政判决书。

⑪ 前注④,沈广明文,第126页。

⑫ “黔西县绿化乡追梦养殖场诉贵州省黔西县人民政府等房屋征收补偿协议纠纷再审案”,最高人民法院(2018)最高法行申9005号行政裁定书。

⑬ 参见“北京国润水清环境工程有限公司诉广西壮族自治区钦州市人民政府变更特许经营协议再审案”,最高人民法院(2017)最高法行申3787号行政裁定书。

会公认或可探知的客观价值、公平正义等观念对其进行填补充实,不易统一性释明,^{⑤4}而且“部分法院确实会对公共利益作出不恰当的扩张解释。”^{⑤5}另一方面,“公共利益原则上不具有优先性”^{⑤6},并非只要公共利益与个人利益发生冲突、公共利益受到威胁或侵害,行政机关就可以行使优益权。行政机关还必须进行利益衡量,而这又必须以释明公共利益为前提,从而进入了不易解脱的困境循环。

(三) 根源于依法行政要求

当进一步追问为何会担心民事履约机制、为何要审查公共利益是否存在并受到损害时,就会发现,行政优益权的行使,公共利益只是表征,实际上是为了履行法定职责。行政优益权的正当性,可以从抽象的公共利益转为更加具象的依法行政原理来解释。正当性解释也从表层的民法履约机制不敷使用,转为深层次的是为了解决行政机关履行法定职责与行政协议拘束力之间的内在冲突。这不但解释了经济合作型行政协议中双方行为与单方行为可以并行不悖,不像行政行为替代型行政协议那样受到“两种行为并行禁止原则”的约束,而且,法院也不必对公共利益进行审查,而是判断行政机关行使行政优益权是否是履行法定职责的需要。

实现上述正当性基础转换的底层逻辑是,行政协议是行政机关履行具体行政职责的方式,与此同时,行政机关还负有对社会公众的普遍行政职责。当行政协议拘束力与普遍行政职责发生冲突时,由于履行普遍行政职责是依法行政要求,因而行政机关可不受行政协议拘束。第一,行政协议指向的标的是公共服务或者行政任务,本质上属于行政机关应当履行的特定的、具体的行政职责。比如,不间断地为居民供水、供电等公共服务属于给付行政,其本质上是政府职责。市政公用事业特许经营合同就是行政机关履行具体行政职责的具体方式与手段。第二,立法机关为实现公共利益依法赋予行政机关的行政职责,是针对整个社会的普遍义务与职责。这种普遍行政责任不因行政机关与当事人签订的行政协议而消失,也不受行政协议拘束。否则,行政机关就会凌驾于立法机关之上,通过与第三人之间的合意,随意改变立法规定的普遍行政职责要求。因此,行政机关不仅“在合同签订、履行过程中不得约定、实施与其行政管理职责相冲突的行为”^{⑤7},而且,行政机关在履行普遍行政职责过程中,如果与行政协议拘束力发生矛盾,行政机关必须首先依法履行普遍行政职责,通过享有并行使行政优益权,从“契约必须严守”中合法地解脱出来,然后再通过经济平衡原则来实现合同利益平衡。概言之,行政优益权实际上是行政机关为了依法履行行政职责而外化出来的合同权利。

在比较法上,英国法也承认,行政机关不能因合同限制其行使法律赋予的行政裁量

^{⑤4} 参见前注^{③6},翟冬文,第80页。

^{⑤5} 前注^{①4},韩宁文,第72页。

^{⑤6} 前注^{③1},严益州文,第1517页。

^{⑤7} “漳浦中环天川环保水务有限公司诉漳浦县环境保护局、漳浦县赤湖镇人民政府等侵权责任纠纷申诉案”,最高人民法院(2015)民申3013号民事裁定书。

的权力或义务。^{⑤⑧}判例法的主要原则是:第一,行政机关不允许通过合同放弃法律、规章或者普通法赋予的,或者为了保护公共利益而获取的任何法律权力;第二,行政机关不得通过合同承诺拘束其裁量权。^{⑤⑨}法国行政优益权理论也持同样看法。其分析的逻辑是,国家并不因委托民间经营公共服务事项而卸责。如果公共服务事项之需求有所增加,“身为公共服务之最原始亦为最终负责主体的国家,自然有权介入,要求特许经营人提升其给付内容,如此方能满足公共利益之需求,达成行政主体所应尽之义务”^{⑥⑩}。比如,“法国电车公司案”中,行政机关单方调整合同内容,增加公共电车班次和加挂车厢数,“乃是源自于以维护交通秩序与安全为目的的‘警察权’”,以及“行政主体基于法律授权所享有的‘规范制定权’”。^{⑥⑪}行政机关并不因将电车事业委托民间经营,就失去了对公共服务事项的组织权(亦即规范制定权、行政命令权)以及管制权。行政权不得以契约方式让渡。“行政任务及为完成此任务所配置的行政权不是行政主体得以自由处分的主观权利,而是其不可规避的客观法定义务。不论公共服务事项的经营运作方式为何,它永远是在行政机关的义务范围内。故而行政契约上行政机关所享有的监督权、制裁权及变更权等,皆是基于行政机关才是最初及最终的义务主体之身份而产生。”^{⑥⑫}只不过因为后来法国最高行政法院判决直接承认了行政机关具有单方变更权,使其“无须援引契约关系之外的其他实体法规范作为其权利基础”^{⑥⑬},才荫蔽了行政优益权与依法行政之间本应具有的内关联性。事实上,行政机关是否可以通过合同限制其权限,与相应行政法能否接受行政机关可以单方修改其签订的合同之间存在直接联系。^{⑥⑭}

需要强调的是,承认行政优益权,并没有实质打破合同平衡。第一,这并不意味着相对人与行政机关签订行政协议是不稳定、不安全的。行政合同明显一边倒的性质要求对协议相对人提供特别保护。当依法行政要求胜出之后,依据经济平衡原则,行政机关有义务根据协议相对人的要求,通过合理补偿或者采取补救措施,恢复合同的平衡,^{⑥⑮}使协议相对人能够获得如同合同已经完全履行的预期利益。第二,这也没有否定行政协议的合意性。从协议相对人角度看,无论是法律已有规定,还是在行政协议谈判时,他对行政机关具有行政优益权一清二楚,因行政优益权与协议相对人预期获得的合同利益形成可接受的对价,所以相对人才明示或默示接受其为行政协议必不可少的内容。换言之,双方意思表示具有同值性,行政机关行使行政优益权并非突破了行政协议约定、将自己的意志强加给另一方,而是双方早已议定的内容,也属于合同行为。只不过行政优益权行使起来更近似单方行政行为,与民法上的合同行为不同而已。第三,从合同平等角度看,

^{⑤⑧} See L. Neville Brown & John S. Bell, *French Administrative Law*, Oxford University Press, 1998, p.207-208.

^{⑤⑨} See Jean-Bernard Auby, *supra* note 9, 52.

^{⑥⑩} 前注^⑥,陈淳文文,第226页。

^{⑥⑪} 前注^⑥,陈淳文文,第226页。

^{⑥⑫} 前注^⑥,陈淳文文,第226页。

^{⑥⑬} 前注^⑥,陈淳文文,第224页。

^{⑥⑭} See Jean-Bernard Auby, *supra* note 9, 53.

^{⑥⑮} See L. Neville Brown & John S. Bell, *supra* note 58, 206.

“优益权的存在本身就意味着合同约束力的削弱”^{⑥⑥},行政优益权超越了民法规则,也意味着超出了地位平等主体之间可以接受的限度。这似乎是对协议相对人不利,但协议相对人之所以还会同意,是因为行政协议能够为协议相对人带来更大经济利益。接受行政优益权尽管不是强制性的,却是行政协议签订的必要条件。对于相对人而言,要么接受,要么放弃。行政优益权也不会因为协议相对人同意而失去公法属性,变成民事权利。第四,为了防止行政机关利用其谈判优势不当搭附或者不当联结,以及为了有效抑制行政机关滥用行政优益权,行政优益权要接受公法上较私法而言更加严格的合法性审查,采用“与行政行为同样的司法审查强度”^{⑥⑦}。

四、行政优益权与行政协议的关系

行政机关在行政协议中享有行政优益权,是否只要是行政协议,都天然具有行政优益权呢?既无需法律规定,也不要事先约定?对此,需要厘清的是,行政协议不是都具有行政优益权,即使需要,也应当恰如其分。

(一) 行政优益权不是当然的权力

王名扬先生在引介法国行政合同时指出,“在公共利益所需要的范围内,行政主体对合同的履行必须具有特权”^{⑥⑧}。不论合同有无规定,行政主体都当然具有这种权力。这种权力通常不是由合同保留给行政机关的,而是源自行政法的一般原则。^{⑥⑨}法国最高行政法院认为,即便合同中没有规定,行政机关仍然具有这种权力。^{⑦⑩}“这种权力属于公共秩序范畴,行政合同中放弃这种权力的条款无效。”^{⑦⑪}受此影响,我国早期的行政契约理论也认为,行政协议天生就具有行政优益权。这种观念至今依然存在。

在行政审判实践中,有法官同样认为,行政优益权是行政协议与生俱来的权利,“行政优益权是行政机关在《合同法》的框架之外作出的单方处置”^{⑦⑫},无需法律规定或者合同约定。“在履行协议过程中,行政机关可以根据实现公共利益或者行政管理目标的需要单方变更、解除协议”^{⑦⑬},这是行政协议必然包含的内容,即“必须贯彻行政优益性原

^{⑥⑥} 李颖轶:《优益权的另一面:论法国行政合同相对人保护制度》,载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2020年第2期,第87页。

^{⑥⑦} 前注①④,韩宁文,第75页。

^{⑥⑧} 前注①②,王名扬书,第195页。

^{⑥⑨} See L. Neville Brown & John S. Bell, *supra* note 58, 206.

^{⑦⑩} 参见前注①②,王名扬书,第196页。

^{⑦⑪} 前注①②,王名扬书,第196页。

^{⑦⑫} “湖北草本工房饮料有限公司诉荆州经济技术开发区管理委员会等行政协议纠纷再审案”,最高人民法院(2017)最高法行申3564号行政裁定书。

^{⑦⑬} 前注①⑧,“何胜洪诉贵州省铜仁市碧江区人民政府等房屋征收补偿协议纠纷再审案”,最高人民法院(2017)最高法行申4591号行政裁定书。

则”^{⑦④}。法官也会努力地从双方关于不可抗力约定中推导出行政机关具有情势变更的单方变更解除权。^{⑦⑤}但是,不认同此观点的法官主张,“必须依照法律或合同约定的条件解除,不得随意单方解除”。^{⑦⑥}

我国实行改革开放、发展市场经济之后,市场经济的成熟度、相对人诚信守约的自觉性、民事履约机制的完善程度,行政协议的形成演变过程以及当下立法和实践关注的行政协议形态,与法国不完全相同。这决定了我国不可能无条件地全盘接受上述法国行政合同理论,也不宜像法国那样,直接依据判例法,将行政优益权作为行政协议的普适性特权。第一,法国之所以认为行政优益权不可以放弃,也不取决于双方是否已有约定,是因为行政合同是“政府为了‘公共服务’和‘经济干预’的行政目的而采取的一种方式手段”,行政优益权是基于公共服务而非合同而产生的,本质上是“来自法律全权(plein droit)的行政权力”^{⑦⑦}。行政合同没有约定,“并不意味着政府放弃了其依法享有的行政权力”^{⑦⑧}。在我国,行政协议的目的虽也是“为了实现行政管理或者公共服务目标”,但不太可能基于这种公共利益目的直接产生行政权力。第二,由于行政优益权不是单纯的程序权利,实际上是对协议相对人权利义务作出具有法律效果的处分,对行政协议的履行产生实质影响。这种裁判实际已属于“法官造法”的范畴,而我国无法像法国那样,将行政优益权的依据诉诸判例法。从《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》(法释〔2019〕17号)第16条规定中很难读出,法院可直接认可行政机关具有单方变更解除权。因为该规定第11条要求法院应当审查行政机关单方变更解除行为是否具有法定职权。可见,第16条适用的前提应当是,单方变更解除权已由法律规定或者合同约定。最高人民法院法官在阐释第16条时,也强调“并非赋予行政机关优益权”^{⑦⑨}。第三,行政协议以行政权处分为对价或者与行政权有关,但行政权不受行政协议拘束,并不意味着行政机关自然而然就获得了行政优益权。因为,行政机关作出对未来行政权处分的行政承诺,事先应当作过审慎的合法性审查。根据依法行政和诚实信用,在行政协议履行的生命周期里,行政承诺应当具有相当的稳定性。即使行政机关想改变行政承诺,也会受制于严格的合法性审查。

因此,为保证行政协议的稳定性、行政机关享有行政优益权的正当性,以及协议相对人的可预期性,应当完全由法律来规定行政优益权。但在当下,因缺少行政协议的基本法规定,只有分散的单行法律规定,比较实事求是的方法应当是,法律规定行政优益权的,从其规定;法律没有规定的,应当由合同约定;既无法律规定、又无合同约定,只有在极

⑦④ 前注⑦②,“湖北草本工房饮料有限公司诉荆州经济技术开发区管理委员会等行政协议纠纷再审案”,最高人民法院(2017)最高法行申3564号行政裁定书。

⑦⑤ 参见“北京千方某某股份有限公司等诉郑州市交通运输局等行政合同及行政赔偿纠纷案”,河南省郑州市中级人民法院(2023)豫01行终1004号行政判决书。

⑦⑥ 参见前注⑦⑧,叶必丰文,第73页。

⑦⑦ 前注⑦②,李颖轶文,第98页。

⑦⑧ 前注⑦②,李颖轶文,第98页。

⑦⑨ 梁风云:《行政协议司法解释讲义》,人民法院出版社2020年版,第14页。

其例外情况下,可以认可行政机关具有行政优益权。

(二) 行政优益权的配置应当恰如其分

经济合作型的行政协议之合同预期目标、行政约定的内容和特征及其与民事约定各占比重、义务主体及其主次地位纷繁复杂,决定了“行政性”不仅体现为行政优益权。换言之,行政优益权并不是判断行政协议是否具有行政权利义务内容的唯一标准。对于经济合作型行政协议是否必须写入行政优益权的问题,关键是要评估行政协议对国计民生的重要性、民法履约机制的担保效力,尤其是,是否为行政机关履行法定职责所必需。经济合作型行政协议也因此可以分为两类:一类是不具有行政优益权的行政协议。另一类是具有行政优益权的行政协议。

(1) 不具有行政优益权的行政协议。像很多 PPP 协议本身就是民事合同,只因社会资本方要求将行政机关的行政承诺,比如减免税、提供“净地”、调整规划、改变用地性质等,也写入合同,作为社会资本方同意投资的对价,才被识别为行政协议。合同中的行政承诺设定了行政机关的行政义务。如果行政承诺符合法律规定,是行政机关依法对其行政权力作出的未来处分,且没有因法律发生变化而需要改变、合同履行仅涉及行政承诺的兑现,行政机关一方就应当诚信践行所设定的行政义务。若行政机关违约、不履行上述行政义务,可以通过行政法上履行法定职责机制实现。由于行政优益权是用于保证协议相对人履行合同义务,而不是督促行政机关履行合同义务,这类合同文本就无需写入行政优益权。

(2) 具有行政优益权的行政协议。此类行政协议分两种情形:其一,对于特定种类的合同,法律已经规定了行政优益权。这说明立法者在立法时已经经过审慎评估,认为民事制裁机制不足以保证协议相对人履行义务,需要引入行政优益权。其二,法律虽然没有规定行政优益权,但是,行政机关根据行政协议的种类、行政目标要求、涉及公共利益大小、对违约的容忍度、民法规定是否够用等因素决定需要行政优益权,并在行政协议中与协议相对人事先约定。

由于行政协议种类不同,需求不一,对行政优益权的要求也不是整齐划一。行政优益权及其种类应当以满足行政任务为必要,符合比例原则要求,禁止不当搭附(不当联结)。在法国,也不坚持所有行政协议具有一样的行政优益权。比如,对于公共服务特许经营协议、公共工程采购合同,因其合同标的都与公共服务存在十分密切的联系,法律授予行政机关对合同履行有指挥和监督的权力。至于其他行政合同是否也应当有此特权,法国最高行政法院的判例则未给出明确的答复。^⑧

五、行政优益权与民法相关规定的关系

由于当下对行政优益权的混乱认识,法律又没有明确规定其适用条件,理论上认可

^⑧ 参见前注^④,陈天昊文,第1655页。

的适用条件与民法规定的情势变更、不可抗力多有重合,行政优益权与民法规定的关系就变得扑朔迷离,在适用上是优位关系、竞合关系还是各自分别适用还需进一步澄清。从上述行政优益权的形成机理看:第一,行政优益权超越了民法规定;第二,在行政协议全面履行上,行政优益权能够解决民法规定力所不逮。行政机关在行政协议中享有的解释权、基于公共利益的单方变更解除权和作为制裁的单方解除权,与民法关于合同解释、不可抗力、法定解除等规定不可能存在竞合关系,而应当是全面替代关系。

(一) 与民法有关合同解释规定的关系

行政机关之所以需要行政优益权,尤其是解释权,就是为了保证具有行政优益权的行政协议能够适当、及时履行。对有争议的条款,行政机关就应当有权按照行政协议目的与公共利益需要进行解释,这样才可以避免旷日持久的磋商、仲裁或者诉讼。因此,对于具有行政优益权中的解释权的行政协议不适用《民法典》第142条第1款、第466条、第510条、第511条关于争议条款的解释,以及第498条有关格式条款争议的规定。

(二) 与情势变更、不可抗力之关系

在法国行政合同理论上,行政优益权不适用于情势变更、不可抗力。因国家法律政策的变化、非行政协议一方的行政机关作出的决定或者不可抗力导致行政协议履行不能,不是行政优益权行使的条件。但是,我国有学者并未区分,将情势变更、不可抗力作为单方变更解除的情境,并以公共利益为根本理由,将其表述为:国家法律、政策或者计划发生变化,行政协议无法继续履行,为了公共利益需要,行政机关就有权单方变更解除。^⑧也就是将其解释为基于公共利益的单方变更解除权。

在行政审判中,当发生不可抗力、情势变更时,是适用《民法典》第533条、第563条第1款第1项,还是行使作为行政优益权的单方变更解除权?法官一般倾向行政优益权。“在行政协议履行过程中如果发生不可抗力,或者法律、法规及政策调整等客观原因导致合同无法履行时,行政机关出于公共利益的需要,有单方变更或解除合同的权力,不承担违约责任。”^⑨而不是按照《民法典》第533条、第563条第1款第1项关于情势变更、不可抗力规定,查明合同的基础条件是否发生了当事人在订立合同时无法预见的、不属于商业风险的重大变化,继续履行合同是否将对一方当事人明显不公平,或者是否出现了不可抗力,致使不能实现合同目的。

之所以优先适用基于公共利益的单方变更解除权,是因为:首先,无论是法官还是行政机关,关注的都是合同继续履行是否会严重损害国家利益、社会公共利益,是否为履行法定职责所要求,而不是继续履行合同对于当事人一方明显不公平,或者不能实现合同目的。如果基于公共利益要求合同继续履行,行政机关可以给予协议相对人经济补偿或者调整合同目的,要求协议相对人继续履行合同,以避免明显不公平。这更符合行

^⑧ 参见前注^{①⑥},罗豪才主编书,第233页。

^⑨ “福建某某实业有限公司诉宁德市蕉城区自然资源局等行政合同纠纷案”,福建省高级人民法院(2023)闽行终28号行政判决书。

政协议的特性与功能。其次,行政机关单方决定就能发生法律效力,无需申请法院裁决。也就是采用单纯形成权而非诉讼形成权。民法上之所以采用形成诉权模式,是“确保结果的妥当”,“有了裁判者的介入,可以根据公平原则,形成新的权利义务关系,并保障公平性和妥当性”。^{⑧3}但是,行政机关采取单纯形成权,不仅行政效率高,有利于实现公共利益,而且,其本身就要受到法院的合法性审查,不必过于担心会被滥用或者内容不公平。最后,补偿要求不同。就民事合同而言,“情势变更的原因在双方在缔约时不可预见,而情势变更本身也不可归责于双方,此时若让无可归责性的当事人一方赔偿,不符合损害赔偿法的基本归责原理”^{⑧4}。也“不存在一方当事人补偿另一方当事人”,但“行政协议要求行政机关依法对协议相对人予以补偿,可以更好地保障协议相对人的合法权益”^{⑧5}。

(三) 与民法规定的其他法定解除之关系

行政机关可以不必等待《民法典》第563条规定的预期违约、迟延履行主要债务、根本违约等条件成就,而是基于公共利益需要和履行法定职责要求,就可以行使单方变更解除权,且单方决定即发生法律效力。^{⑧6}这是行政优益权范畴中的作为制裁的单方解除。与民法规定相比,其解除时间大为提前,条件较为宽松,执行效率也更高。但是,这不意味着在合同履行过程中,仅因协议相对人任何违约,行政机关就可以随时单方解除,而应当是协议相对人严重违约,且已经达到合同履行已经无法继续耽搁下去的时间节点。

六、对行政优益权的规范与控制

当前行政协议理论与实践面临的重大问题,就是如何有效控制和规范行政优益权。对此,应当通过严格适用条件、引入经济平衡原则、规范程序以及实行合法性审查来实现。

(一) 严格适用条件

从总体要求上,行政优益权的行使不仅要合法、遵守正当程序、符合合理性原则和比例原则,还必须符合每种行政优益权的具体适用条件。

1. 解释权。解释权主要适用于以下情形:第一,对于具有行政优益权的行政协议,为保证行政协议如期履行,行政机关有权对协议条款进行解释;第二,对于国家安全、公共安全、国民经济和社会发展规划有重大影响的军事研发采购合同、重大公共工程合同等协议,为了保持行政协议稳定性,以及确保与先进的科学技术、材料、工艺发展同步,军队、行政机关可以在不需要单方变更的限度内,直接针对有关合同条款,行使属于行政优益权的解释权。这是一种替代单方变更的解释行为。

针对解释权的行使,法院已经通过裁判形成了如下要求,包括:第一,对于争议内

^{⑧3} 参见韩世远:《合同法总论》(第4版),法律出版社2018年版,第517页。

^{⑧4} 前注^{⑧3},章程文,第471页。

^{⑧5} 参见《最高人民法院发布第二批行政协议诉讼典型案例》,载最高人民法院网站, <https://www.court.gov.cn/zixun/xiangqing/355511.html>, 2024年12月19日访问。

^{⑧6} 参见前注^{⑧5},《最高人民法院发布第二批行政协议诉讼典型案例》。

容,行政法有规定的,适用行政法规定。应当按照“职权法定”确定负责解释的行政机关。“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。”^{⑧7}行政法没有规定的,适用民法规定。第二,对关键内容的解释,不得“在无其他证据佐证的情况下,任意行使解释权”^{⑧8}。

2. 监督指导权。监督指导权原则上仅适用于重大公共工程合同、市政公用事业特许经营合同。究其原因,第一,这类合同的标的是提供公共服务、建设公共设施,为保证公共服务、公共设施的质量,公共设施能够按期完成并投入使用,以及公共服务的稳定性、持续性,需要加强事中监督。第二,这类合同基本采用外包、特许经营等公私合作方式。社会资本方有逐利本能,会追求自身利益最大化,不惜降低成本而忽视公共利益,^{⑧9}因而有必要加强监督。第三,民事合同的事后验收、制裁机制,缓不济急,难以保证行政协议保质保量按期完成,必须加强对行政协议履行过程的监督。

行政机关行使监督指导权不得影响当事人的正常生产经营,不得对当事人履行合同造成妨碍。行政机关发现协议相对人不适当履行合同的,有权及时纠正。因协议相对人有过错,改正付出的额外成本,不适用经济平衡原则。

3. 基于公共利益需要的单方变更解除权。单方变更解除权适用于以下情形:第一,行政协议履行过程中,行政协议一方的行政机关为了履行法定职责,与行政协议的约定发生冲突的,可以不受行政协议约束,单方直接变更解除与法定职责相冲突的约定。这虽然不符合情势变更中不可归责性的需要,“但并不妨行政机关行使行政优益权进行变更解除”^{⑧9}。为了防止行政机关逃避履行行政协议义务,其履行法定职责行为要接受合法性审查。第二,法律、政策或者计划发生改变,行政协议一方的行政机关,作为下级执行机关,虽不可预见、也不可归责,但应当确保行政协议履行不违反法律、政策和计划,可以单方变更解除有冲突的约定。^{⑧1}但是,“必须满足合同签订时无法预见,不可归责于双方当事人等情形,人民法院应当结合具体情况严格进行合法性审查”^{⑧2}。第三,出现情势变更、不可抗力等协议当事人无法事先合理预见、也无法避免的风险,比如自然灾害、经济环境变化、战争爆发等异常情况,如果继续履行合同对于行政协议任何一方明显不公平,或者致使合同目的无法实现,那么,行政机关从法定职责出发,应当首先判断行政协议是否需要继续履行,如果仍有履行必要,就要及时采取校正措施,并继续履行行政协议。否则,就应当解除行政协议。

⑧7 “萍乡市亚鹏房地产开发有限公司诉萍乡市国土资源局不履行行政协议案”,江西省萍乡市中级人民法院(2014)萍行终10号行政判决书。

⑧8 “崔龙书诉丰县人民政府行政允诺案”,载《最高人民法院公报》2017年第11期,第47页。

⑧9 参见前注③7,张鲁萍文,第4页。

⑧0 前注③5,章程文,第472页。

⑧1 参见前注④8,“何胜洪诉贵州省铜仁市碧江区人民政府等房屋征收补偿协议纠纷再审案”,最高人民法院(2017)最高法行申4591号行政裁定书。

⑧2 前注⑧2,“福建某某实业有限公司诉宁德市蕉城区自然资源局等行政合同纠纷案”,福建省高级人民法院(2023)闽行终28号行政判决书。

4. 作为制裁的单方解除。当协议相对人严重违约、经催告仍不履约时,因为行政任务刻不容缓,必须按期完成,行政机关可以不必等待民法规定的法定解除条件成就,在达到合同履行必需时间节点时,即可以提前单方解除行政协议。行政机关单方解除之后,协议相对人不再履行合同,由行政机关通过招投标等方式重新选定的第三人继续履行合同,以保证按期完成。

考虑到协议相对人违约尚未达到民法规定的法定解除程度,且协议相对人“在前期建设中进行了大额投资和建设,因而整体上仍存在利益需要返还的可能”,行政机关应当“妥善处理好后续审计、补偿事宜”。^{⑨3} 具体而言,对于协议相对人已经投入完成的部分,要补偿其实际投入的损失,^{⑨4} 如履行协议产生的必要费用^{⑨5} 等,但是不包括预期利益。实际操作中,可以由行政机关、协议相对人与第三人共同协商补偿和善后事宜的具体实施方案。“协议相对人因自身原因导致行政协议被解除,依法应当承担违约责任。”^{⑨6}

(二) 引入经济平衡原则

行政机关的单方解释,以及在指挥监督过程中要求无过错的当事人返工重做,还有基于公共利益的单方变更解除,这些尽管都是正当履行行政机关职责,却会让对方付出超出原来合同预算的额外代价,而当事人却可能毫无过错。“行政机关行使行政优益权的行为合法并不必然免除其补偿责任,行政机关应对给行政协议利害关系人造成的损失予以补偿”^{⑨7},以实现公共负担平等。行政机关承担责任的基础不能归于违约——行政机关合法行使行政优益权,不存在过错,也不具有可苛责事由,不承担违约责任。对协议相对人造成的损失,不能以违约金、损害赔偿方式弥补。行政机关填补当事人特别牺牲的义务,本质上是行政补偿。

那么,补偿的范围、程度多大? 标准和方式是什么? 有的法官坚持与国家赔偿一样的立场,“行政机关应对行政协议利害关系人实际已遭受的损失进行补偿”,不支持“扩大至预期利益”。^{⑨8} 也有的法官同意适度扩大。^{⑨9} 国家赔偿法仅规定了行政侵权责任,没有规定行政协议赔偿补偿责任。参照国家赔偿,仅赔偿直接损失,不考虑预期利益,是引发相关诸多争议的根本原因。行政协议的经济平衡,是双方均无过错,因合同无法继续履行而产生的责任,可以按照民法上关于合同变更、解除且双方均无过错的赔偿规定。原则

^{⑨3} 参见前注^{⑧5},《最高人民法院发布第二批行政协议诉讼典型案例》。

^{⑨4} 参见“凭祥市桂鸿环保科技有限公司诉广西壮族自治区凭祥市人民政府特许经营行政许可再审案”,最高人民法院(2020)最高法行申3732号行政裁定书。

^{⑨5} 参见“北京某某文化投资有限公司诉昌邑市人民政府等行政协议纠纷案”,山东省高级人民法院(2023)鲁行终410号行政判决书。

^{⑨6} 前注^{⑧5},《最高人民法院发布第二批行政协议诉讼典型案例》。

^{⑨7} 前注^{⑦5},“北京千方某某股份有限公司等诉郑州市交通运输局等行政合同及行政赔偿纠纷案”,河南省郑州市中级人民法院(2023)豫01行终1004号行政判决书。

^{⑨8} 参见前注^{⑦5},“北京千方某某股份有限公司等诉郑州市交通运输局等行政合同及行政赔偿纠纷案”,河南省郑州市中级人民法院(2023)豫01行终1004号行政判决书。

^{⑨9} 参见前注^{④8},“何胜洪诉贵州省铜仁市碧江区人民政府等房屋征收补偿协议纠纷再审案”,最高人民法院(2017)最高法行申4591号行政裁定书。

上适用“填平原则”,使守约方可以恢复到如果债务得以按约适当履行时的状态。至少不应该让协议相对人贴钱不赚,合同经济目标完全落空,独自承受特别牺牲。具体而言,第一,因行政机关合法行使解释权、监督指导权、变更权,使协议相对人事实上承担了新的义务,或者因原合同无法继续履行而遭受损失,行政机关应当支付协议相对人履行新义务的对价或者补偿相应损失。第二,行政机关基于公共利益单方解除合同,造成对方损失的,补偿应当相当于因违约所造成的损失,包括合同履行后可以获得的利益。但是,不得超过行政机关订立合同时预见到或者应当预见到的因合同解除可能造成的损失。

(三) 规范程序

行政机关在行使行政优益权之前,如果行政任务不紧迫,应当采用“协商先行原则”,与协议相对人先行协商,并争取达成合意,以减缓行政优益权对“合同必须遵守原则”造成的冲击。^⑩协商的内容视行政优益权种类而不同,大致包括行使行政优益权的必要性、对争议条款的理解、需要调整的合同内容与方式、对协议相对人协力要求、可以采取的补救措施,以及对协议相对人造成损失的补偿方案等。协商次数与时间以不影响行政任务及时实现为前提。但是,如果协商会导致行政成本激增、严重影响行政效率、引发社会稳定风险等,行政机关也可以不经协商,直接行使行政优益权。^⑪

协商不成,行政机关可以单方解释有争议的条款,或者单方变更解除行政协议。上述单方决定近似行政行为,应说明理由,并保障协议相对人的陈述、申辩权利,必要时可以听证。上述单方决定一经送达,就直接发生效力,“不必征得合同相对方的同意”,“不必经过双方的意思合致”。^⑫协议相对人不服,可以申请行政复议、行政诉讼。

(四) 对行政优益权的合法性审查

对于行政优益权,有法官提出了基本审查路径。“首先,必须是为了防止或除去对于公共利益的重大危害;其次,当作出单方调整或者单方解除时,应当对公共利益的具体情形作出释明;再次,单方调整须符合比例原则,将由此带来的副作用降到最低;最后,应当对相对人由此造成的损失依法或者依约给予相应补偿。”^⑬对此,笔者基本赞成。但这仅是对已经合法具有行政优益权的审查策略。而且,以公共利益而非履行行政职责为审查中心,审查难度之大,可以想见。其实,行政机关是否具有行政优益权、配比是否适当、是否为履行法定职责需要、适用条件是否成就、程序是否正当,都应当属于审查范围。

在笔者看来,审查的基本路径应当是:“案涉行政协议具有行政优益权的合法性—行政优益权行使的合法性—是否辅以合理补偿”。具体而言:

^⑩ 参见前注⑥,陈淳文,第244页。

^⑪ 参见“孙玉敏、顾泽兵诉丹江口市人民政府、丹江口市三官殿办事处房屋拆迁安置补偿协议纠纷案”,湖北省丹江口市中级人民法院(2016)鄂03行初6号行政判决书。

^⑫ 参见前注⑦,“湖北草本工房饮料有限公司诉荆州经济技术开发区管理委员会等行政协议纠纷再审案”,最高人民法院(2017)最高法行申3564号行政裁定书。

^⑬ 前注⑦,“湖北草本工房饮料有限公司诉荆州经济技术开发区管理委员会等行政协议纠纷再审案”,最高人民法院(2017)最高法行申3564号行政裁定书。

第一,审查案涉行政协议具有行政优益权的合法性,非必要不享有。行政优益权原则上应当有法律规定或者合同约定。对于行政机关与协议相对人约定的行政优益权,法院应当根据该行政协议的行政任务重要性、迫切性、民法履约机制的充分性等,审查行政优益权是否必要、配比是否符合比例。如果配比失当,应当进一步审查是否是合同双方当事人的真实意思表示、是否显失公平。若非真实意思表示、显失公平,或者违反行政法上“不当搭附禁止原则”,约定无效。

第二,审查行政优益权行使的合法性,非必须不行使。首先,行政机关行使行政优益权,单方意思表示就能发生法律效力。可以按照单方行政行为的合法性审查方式进行审查。行政优益权应当符合法律规定或者合同约定的条件,为履行法定职责所必需,且程序正当,符合合理性原则和比例原则,不得滥用裁量,也不能明显不当。其次,行政机关对行使行政优益权的合法性负有举证责任,法院应当综合各方面因素进行审查。如果不符合法律规定或者合同约定的条件与程序,行政机关就属于违法行使行政优益权,构成违约。最后,行政机关履行法定职责,执行法律、政策和计划,必须严格依法行政,且只能变更与其行政职责相冲突的合同约定,不能任意扩大变更协议中其他与之无关的内容。因规范性文件而引发单方变更解除,协议相对人可以要求附带审查,法院也应当对规范性文件进行合法性审查。

第三,审查行政优益权是否与经济平衡原则一并行行使,不补偿不使用。如果行政优益权通过了上述两层合法性审查,且行政机关与协议相对人已达成补偿方案,或者行政机关已明确表示将补偿协议相对人的损失,法院才可以认可行政优益权行使合法有效。否则,应当撤销行政优益权行使行为。协议相对人对行政优益权的行使而增加其义务不满,不愿继续履行行政协议,可以要求法院终止行政协议。

对于行政机关违法变更解除,应当撤销,责令继续履行,采取补救措施,造成协议相对人损失的,应当赔偿,但是不适用国家赔偿法。合同约定的行政优益权是基于合同而产生的权利,违法行使也只能归于合同责任。对于法律规定的行政优益权,为何也不适用国家赔偿法?理由在于:第一,法律规定的行政优益权,仍然属于行政协议中行政机关一方享有的合同权利;第二,国家赔偿法仅规定了行政侵权责任,没有规定行政协议违约责任。单方变更解除尽管具有单方行为的特点与效果,但仍然是合同行为。行政机关违法单方变更解除,构成违约,应当按照民法典关于合同违约规定处理。

七、结 语

我国行政协议有着独特发展路径,行政优益权更是受到法国法而非德国法的直接影响。行政机关之所以需要行政优益权,本质上是行政机关履行法定职责、依法行政的要求。行政优益权的配置取决于行政协议的种类、行政任务的性质与特点、行政目标差异、涉及公共利益大小、民法规定是否够用等因素。单行法对特定行政协议的行政优益权已

有规定的,因经过民主正当性考量,行政机关不得随意增减,必须严格依法行使。单行法没有规定的,行政机关应当与协议相对人事先在行政协议中约定各种行政优益权的适用条件、程序,要同步落实经济平衡原则。行政机关要做到非必要不享有、非必须不行使、不补偿不使用。

Abstract: The reason why administrative agencies need administrative advantage rights is that the civil performance mechanism is not strong enough to ensure that administrative contracts are completed on time and in quantity according to quality. Essentially, it is the requirement for administrative agencies to fulfill their statutory duties and lead the performance of contracts in accordance with the law, in order to resolve the conflict between the specific administrative duties performed by administrative agencies through administrative contracts and their general administrative duties to the public. Starting from this underlying logic, it is not difficult for us to understand and clarify the substitution relationship between administrative advantage rights and relevant provisions of civil law, but also to rectify its relationship with administrative contracts. In order to prevent the abuse of administrative advantage rights, the court should conduct a strict review of the legality of the exercise of administrative advantage rights by administrative agencies, based on the order of ‘legality of administrative advantage rights in the administrative contract involved in the case — legality of the exercise of administrative advantage rights — whether it is supplemented by reasonable compensation’.

(责任编辑: 唐月洁)