

行政协议与单方行为的界分

刘 飞*

内容提要 对于应如何界分行政协议与单方行为的问题,学界在各时期形成的主导性观点有所不同,“分立说”构成其中的一条主线。尽管如此,现行规范中并未在行政协议与单方行为之间设定制度隔离。由于行政诉讼的审查对象所限,司法实践中需要从行政协议中拆分出来一个部分并拟制为单方行为,才能使相关争议进入行政诉讼。然而,所谓“拆分公式”不仅无法得到行政法学理支撑,亦无法在司法实践中形成制度化的适用模式。行政机关在确定活动方式时,应基于并行禁止原则在两种行为方式之间作出选择。订立行政协议后,行政机关应优先采用协议约定方式,仅在无法“按照约定”且为维护公共利益有所必要时,才可以另行依法作出单方行为。

关键词 行政协议 单方行为 拆分公式 并行禁止 协议优先

目 次

- 一、问题的提出
- 二、“分立说”及其演变
- 三、行政协议“拆分公式”质疑
- 四、并行禁止原则的适用
- 五、结语

* 中国政法大学中欧法学院教授。本文系 2019 年度国家社科基金重大项目“行政诉讼类型制度的构建研究”(项目批准号:19ZDA163)的阶段性成果。

一、问题的提出

2014年11月1日修正通过的《中华人民共和国行政诉讼法》(以下简称“新《行政诉讼法》”)第2条中,行政诉讼的审查对象被修正为“行政行为”,原法相关条文中作为限定词的“具体”二字不复存在。相应地,新《行政诉讼法》第12条第1款第11项明确将“协议”纳入行政诉讼受案范围。^①对于行政协议是否从属于“具体行政行为”的问题,学界看法并不统一,而新《行政诉讼法》明确规定行政协议属于“行政行为”的表现形式之一。

尽管如此,行政协议与“具体行政行为”以及“行政行为”之间构成何种关系,一直未形成共识。其中,前提性问题在于“具体行政行为”内涵不明。不少学者认为具体行政行为等同于单方行为,亦有学者认为具体行政行为包含行政协议在内。司法解释中一度将“具体行政行为”明文规定为“单方行为”,后来又弃用了此种表述。^②形成上述争议的根源,在于“行政行为”的概念欠缺清晰界定。相应地,对于我国行政诉讼制度中究竟应采用何种概念界定方式的问题,也一直未形成共识。基于不同的概念界定,还可以进一步给行政协议、单方行为等确定不同的定位。^③甚至有学者认为,我国学界使用的“行政行为”概念,已经“逐渐蜕变为一个无所不包、臃肿不堪、也近乎丧失了学术价值的‘概念鸡肋’”^④。由此,“行政协议”难以在“行政行为”概念体系中获得准确定位,甚至于还会引发新的概念混乱。从这个意义上来说,尽管此次修法将行政协议纳入受案范围,被认为系“重大的制度创新和立法突破”^⑤,但从行政行为概念体系上来看,此次修法不仅未能厘清原有问题,反而增添了新的争议内容。正因如此,于立深认为修法“很大程度上泛化了行政行为的内涵和范围”,并导致了行政契约与行政行为等概念“内涵与边界的混乱”。^⑥

行政行为概念体系中,学理上最为清晰的概念是“单方行为”,学界曾长期用以指代“具体行政行为”。^⑦只不过后来由于拓展受案范围的实际需求,使得单方行为似乎不

① 新《行政诉讼法》第12、78条中的规定为“协议”。“行政协议”一词首次出现在最高人民法院于2015年4月20日通过的《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》(以下简称《适用解释》)中。2019年12月10日,最高人民法院颁布《关于审理行政协议案件若干问题的规定》(以下简称《行政协议解释》)。

② 1991年6月11日颁布的最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释(试行)》(以下简称《试行解释》)第1条中,将“具体行政行为”规定为“单方行为”。后该司法解释被2000年3月8日颁布的《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》(以下简称《若干解释》)所取代,“单方行为”的表述亦被弃用。

③ 何海波对“行政行为的类型”作了梳理。参见何海波:《行政诉讼法》(第3版),法律出版社2022年版,第142-165页。

④ 赵宏:《行政法学的主观法体系》,中国法制出版社2021年版,第95页。

⑤ 程琥等:《新行政诉讼法疑难问题解析与实务指引》,中国法制出版社2019年版,第249页。

⑥ 参见于立深:《行政契约履行争议适用〈行政诉讼法〉第97条之探讨》,载《中国法学》2019年第4期,第212页。

⑦ 我国学界曾长期将具体行政行为称为“单方行为”,亦混同使用单方行政行为、行政处理行为、行政处置、行政命令、行政决定乃至于行政处分等表述方式。对于文献中的不同表述方式,本文在论述中均予以沿用。

再成为行政诉讼制度中的核心概念。然而,不论是否被贴上“具体行政行为”之标签,单方行为作为行政机关最为基本、最为常用的行为方式,始终在行政法学理体系中居于核心地位。早在民国时期,范扬即认为:“单方的行政行为,即广义的行政处分,系指行政主体,就具体事实,单方所为之一切法律的行为而言,不问事实的行为或精神的行为,皆得包括在内。”^⑧ 现今学界亦通常认为,我国行政诉讼制度原本就是围绕单方行为构建,因此,将行政协议纳入受案范围之后“存在比较大的制度供给缺失”。^⑨ 那么,在新《行政诉讼法》颁行之后,新被纳入受案范围的行政协议与原有单方行为之间构成何种关系,就成为一个难以回避的问题。如果说在此之前,还可以基于行政协议与单方行为之间的不同法律特征,限于在抽象学理的层面上对两种行为方式作出界分的话,在行政协议进入行政诉讼之后,如何基于现有规范来界分两种行为方式、进而确定二者各自应当适用的规范与制度,就成为司法实践中应予以解决的实际问题。此问题的解决,亦有助于“行政行为”等相关概念的澄清以及行政行为概念体系的构建。

本文聚焦于探讨如何界分行政协议与单方行为的问题。文中所称行政协议,指的是新《行政诉讼法》与《行政协议解释》中规定的行政协议,对应于德国《行政程序法》第54条第2句规定的主从权合同(subordinationsrechtlicher Vertrag)。单方行为指的是行政机关单方决定作出的具体行政行为,学理意义上基本等同于德国法中的具体行政行为。文章论述的核心学理问题为:行政协议与单方行为之间究竟应如何实现界分、二者之间应构成何种相互关系?至于行政协议、单方行为与行政行为、具体行政行为之间构成何种关系等问题,限于篇幅,不在本文探讨范围之内。

二、“分立说”及其演变

新《行政诉讼法》施行之后,行政协议与单方行为之间的界分问题不再停留于学理层面,而是直接成为如何适用规范的问题,亟待形成新的共识。为避免过多陷入细节性的辨识困难,笔者对教材中主导性观点进行了梳理,从中可见我国学界就行政协议与单方行为的界分问题在不同时期形成了三种主导性观点。

(一) 分立说

在我国行政法学发展初期,学界就注意到如何区分行政协议与单方行为的问题,并作出了清晰的学理判断。例如,在1983年出版的“高等学校法学试用教材”《行政法概要》中,“行政行为”被确定上位概念,行政契约与具体行政行为则被视为相互独立的下位概念。^⑩ 在这一“王名扬先生的行政行为分类等理论体系”^⑪ 中,行政契约被表述

⑧ 范扬:《行政法总论》,邹荣勘校,中国方正出版社2005年版,第166页。

⑨ 参见王万华:《新行政诉讼法中“行政行为”辨析——兼论我国应加快制定行政程序法》,载《国家检察官学院学报》2015年第4期,第11页。

⑩ 参见王珉灿主编:《行政法概要》,法律出版社1983年版,第97-133页,该部分执笔者为王名扬教授。

⑪ 叶必丰:《行政行为原理》,商务印书馆2019年版,第59页。

为“双方当事人为达某些不同的目的而互为意思表示,因其一致而成立的行政行为”^⑫。与之相对应的“单方面的行为”或“单方面的行政行为”,则被表述为“以行政机关的单方面决定而成立,无须相对人的同意者”。^⑬在该书中,单方行为亦被认为系“与行政契约不同”“对于具体事件所做的单方面的处理”的“具体行为”或“具体的行政行为”。^⑭这种明确区分行政协议与单方行为(具体行政行为)、二者共同以行政行为为上位概念的阐述方式,笔者称之为界分行政协议与单方行为的“分立说”。

尽管学界对上述较为宽泛的“行政行为”概念有过争议,然而仅就行政协议与单方行为的界分而言,“分立说”获得了普遍认可。例如,应松年、朱维究认为,“单方行为,就是行政机关单方面决定,无须相对人同意的一种行政行为”;行政合同即双方行为,则为“行政机关与相对一方,互相协商,经双方同意才得以采取的行政行为”。^⑮张树义认为:“行政合同首先是一种合同,而不是行政行为的典型代表形式:行政命令。”^⑯1991年颁布的《试行解释》第1条明确把具体行政行为解释为“单方行为”。“分立说”不仅符合大陆法系行政法传统学理^⑰,亦契合于新中国成立前形成的通说^⑱。在这一时期,“分立说”无疑系界分行政协议与单方行为的通说。

(二)具体行政行为分立说

1989年《行政诉讼法》颁行后,尤其在具体行政行为被《试行解释》明确规定为“单方行为”之后,学界的主导性观点却发生了变化。尽管“分立说”仍旧获得认可,但此时学界普遍认为行政协议与单方行为均从属于“具体行政行为”。^⑲亦有学者总结认为,“行政合同根本性质是具体行政行为”^⑳。也就是说,主导性观点不再认为“具体行政行为”应被限定为“单方行为”。与原有“分立说”相比,此种阐述仅是放宽了具体行政行为的内涵,认为它同时涵盖行政协议与单方行为。^㉑由于此种阐述系在具体行政行为范畴之内界分行政协议与单方行为,因此笔者称之为“具体行政行为分立说”。当然,如果可以暂且撇开在具体行政行为范围界定上的区别不谈,则以上两说均可被称为“分立说”,后者只不过是前者作出了部分修正。

学界的主导性观点为何从“分立说”转变为“具体行政行为分立说”,笔者迄今为止并未查阅到明确的学理解释,仅能推测主要是受到1989年《行政诉讼法》立法的影响。

^⑫ 前注^⑩,王珉灿主编书,第99页。

^⑬ 参见前注^⑩,王珉灿主编书,第99页。

^⑭ 参见前注^⑩,王珉灿主编书,第112页;王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社1989年版,第133页。

^⑮ 参见应松年、朱维究编著:《行政法学总论》,工人出版社1985年版,第262页。

^⑯ 张树义:《行政合同》,中国政法大学出版社1994年版,第91页。需要说明的是,张树义教授所称“行政命令”,就是本文所论述的单方行为。

^⑰ 参见〔德〕奥托·迈耶:《德国行政法》,刘飞译,何意志校,商务印书馆2021年版,第62-65页、第99页以下。

^⑱ 参见前注^⑧,范扬书,第166-172页(单方行为)、第193页(合同行为)。

^⑲ 参见王连昌主编:《行政法学》,中国政法大学出版社1994年版,第255页;应松年主编:《行政法学新论》,中国方正出版社1998年版,第190页;马怀德主编:《行政法学》,中国政法大学出版社2007年版,第111-112页、第278页。

^⑳ 杨海坤主编:《跨入21世纪的中国行政法学》,中国人事出版社2000年版,第401-404页。

^㉑ 参见前注^⑪,叶必丰书,第55-63页。

由于该法明确规定,只有“具体行政行为”才能被纳入受案范围,因此将行政协议认定为“具体行政行为”以进入诉讼,也就成为了必然之选。这就是何海波所总结的“扩大‘具体行政行为’外延的倾向”,也即“只要不属于抽象行政行为,都被纳入‘具体行政行为’”。^{②②} 毕竟行政协议并非抽象行为,而是如同单方行为一样“皆是行政机关对个别、具体事件所为具有对外效力的法律行为”^{②③},将之视为具体行政行为,似乎亦可成立。在“具体行政行为分立说”主导下,2000年颁布的《若干解释》中不再采用“单方行为”之表述。最高人民法院行政庭亦明确说明,具体行政行为不仅包括单方行为,亦包括双方行为在内。^{②④} 2004年发布的《最高人民法院关于规范行政案件案由的通知》中,亦明确将行政合同规定为“具体行政行为的种类”之一。

上述规范变动,使得原本最为清晰的“单方行为”概念不复存在。对此,学界作出的评价褒贬不一。例如,闫尔宝认为,此规范变迁使得“具体行政行为”以及“行政行为”概念“重新归于混沌状态”。^{②⑤} 对于行政协议与单方行为的界分而言,此阶段更为重要的变化在于司法实践中形成了拆分行政协议的做法,学界亦开始对此现象予以关注。例如,朱新力认为,“行政合同中行政主体的行为可分解为权力行为和非权力行为”,前者即“行政主体行使特权的行为属具体行政行为”。^{②⑥} 杨解君、陈咏梅注意到,由于与民事诉讼之间存在管辖争议,且“行政合同案件往往是因行政机关单方面变更或撤销合同而发生”,因此法院往往转化为“单方行政行为”进行审理。^{②⑦} 郑春燕认为,司法实践中已经出现了“民行分野”的做法。^{②⑧} 陈无风认为,修法之前就已经出现了“剥离行政合同行为和行政合同关系”以“解决对应审判庭的问题”。^{②⑨} 然而,尽管司法实践中逐渐形成了拆分行政协议的做法,“分立说”在此阶段并未发生根本动摇。有学者认为,行政合同系不同于“民事法律行为以及单方行政法律行为”的“双方行政法律行为”,从作为“一个有机体”的行政协议中“剥离出行政性要素或契约性要素”会引发更多问题,因而“不宜提倡”。^{③①}

(三) 分立+拆分说

新《行政诉讼法》施行之后,由于“具体行政行为”已不复存在,因此“具体行政行为分立说”难以独善其身。学界居于主导地位的观点,可以说仍以“分立说”为基础。

^{②②} 参见前注^③,何海波书,第119页。

^{②③} 江嘉琪:《我国台湾地区行政契约法制之建构与发展》,载《行政法学研究》2014年第1期,第86页。

^{②④} 参见最高人民法院行政审判庭编:《〈关于执行中华人民共和国行政诉讼法若干问题的解释〉释义》,中国城市出版社2000年版,第5页。

^{②⑤} 参见闫尔宝:《论作为行政诉讼法基础概念的“行政行为”》,载《华东政法大学学报》2015年第2期,第56页。

^{②⑥} 参见朱新力:《行政合同的基本特征》,载《浙江大学学报(人文社会科学版)》2002年第2期,第23页。

^{②⑦} 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》,载《行政法学研究》2014年第1期,第65-66页。

^{②⑧} 参见郑春燕:《大陆行政合同的审查现状与困境》,载《浙江社会科学》2014年第11期,第106页。

^{②⑨} 参见陈无风:《行政协议诉讼:现状与展望》,载《清华法学》2015年第4期,第108页。

^{③①} 参见江必新:《中国行政合同法律制度:体系、内容及其构建》,载《中外法学》2012年第6期,第1165-1166页、第1171页。

例如,在此期间,胡建森仍将行政合同认定为行政规定、行政决定之外的“特殊行政行为”之一。^{③①}姜明安认为,删去“具体”二字后的行政行为基本上仍是原“具体行政行为”,但行政协议却“并非严格意义上的行政行为”,因此当下行政诉讼受案范围之内“仍然是具体行政行为(或者是具体行政行为加行政协议)”。^{③②}邢鸿飞认为,行政协议为不同于其他“以强制性和单方一致性为基本特征”的行政行为。^{③③}

尽管如此,拆分行政协议的做法在司法实践中逐渐占据主导地位,并在2015年颁行的《适用解释》中首次得到明文肯认。该解释明确将行政协议争议拆分为民事争议与行政争议两部分,具体做法为:将行政协议争议区分为履行协议争议以及行政机关单方变更、解除协议争议两种,前者适用民事争议相关规定,后者适用行政争议相关规定。^{③④}依据该司法解释,行政协议与单方行为的关系可归结为所谓“拆分公式”,即“行政协议=单方行为+其他协议行为”。^{③⑤}2019年颁行的《行政协议解释》继续沿用此规范模式,作出了更为具体的拆分规定,涉及起诉期限、管辖法院、法律依据、判决方式与诉讼费用等制度。对行政协议作出的拆分,建立在行政协议与单方行为相分立的基础上,因此本文称之为“分立+拆分说”。简言之,所谓“分立+拆分说”,就是一方面将行政协议视为不同于单方行为的方式,另一方面又认为可以从行政协议中拆分出单方行为。对此,有学者认为,行政协议为“行政命令行为规范和民事合同行为规范的混合”^{③⑥}。亦有学者称之为“将行政机关在行政协议项下的意思表示和行为与相对方的意思表示和行为割裂开来,单独看待继而‘具体行政行为化’的倾向”^{③⑦}。

综上所述,三种学说基本勾勒出了学界对于行政协议与单方行为之间关系的判断,亦与我国行政诉讼制度的发展历程密切相关。如果可以认为“分立说”形成于学理推论的话,后两者则主要基于将行政协议纳入受案范围的现实需求而形成。从学理上而言,基于“分立说”形成的明确界分两种行为方式的观念,成为了确定行政协议与单方行为之间关系的一条主线。然而,在司法实践中,将行政协议纳入行政诉讼受案范围的现实需求占据了主导地位,形成了另一条主线。概言之,学界倾向于对二者予以清晰界分,司法实践中则不论行政诉讼审查对象被规定为“具体行政行为”抑或“行政行为”,均致力于将行政协议纳入受案范围之内。两相比较,“分立说”无疑更为契合于行政法学理体系。“具体行政行为分立说”与“分立+拆分说”是主要形成于我国行政诉讼司法实践中的本土理论。因此,如果说“分立说”构成学理阐述之基本模式的话,后两种学说

③① 参见胡建森:《行政法学》(第4版),法律出版社2015年版,第452页。

③② 参见姜明安:《行政诉讼法》(第3版),北京大学出版社2016年版,第148、161页。

③③ 参见邢鸿飞:《行政契约》,载应松年主编:《当代中国行政法》(第5卷),人民出版社2018年版,第1701页。

③④ 参见《适用解释》第12、15、16条。

③⑤ 参见刘飞:《行政协议诉讼的制度构建》,载《法学研究》2019年第3期,第37页。该文中将拆分公式表述为“行政协议=行政行为+其他协议行为”。其中的“行政行为”即为本文中所谓“单方行为”。

③⑥ 肖克:《行政协议行为的合法性审查》,载高家伟主编:《行政行为合法性审查类型化研究》,中国政法大学出版社2019年版,第300页。

③⑦ 赵德关:《行政协议纳入行政复议审查问题研究》,载《行政法学研究》2021年第4期,第128页。

则是立足于司法实践形成的演变形式。

新《行政诉讼法》及其配套司法解释颁行之后,行政协议与单方行为分别具有何种法律特征的问题,至少在抽象学理上而言已较为清晰。然而,行政协议与单方行为作为两种不同的行为方式,如何在法律制度上形成界分的问题,并未得到解决。尤其是“拆分公式”的适用,使得二者之间的界分问题似乎重新陷入了混沌之中。关键在于:基于“分立说”界分行政协议与单方行为之后,如果还可以从行政协议中拆分出来单方行为的话,意味着两种行为方式之间并未真正形成分立,而是在某种程度上构成一种相互包容关系。换言之,如果“拆分公式”可以成立的话,就意味着现有法律制度中并未为两种行为方式设定不同的法定条件,即二者之间未能在法律制度上形成隔离。在此情况下,行政机关仍可在两种行为方式之间进行任意切换,所谓“分立说”亦无法真正确立。因此,“拆分公式”究竟是否可以成立、如何基于该公式解构行政协议等问题,就成为横亘在行政协议与单方行为之间的未了公案,值得进一步追问。

三、行政协议“拆分公式”质疑

早在行政诉讼受案范围被限定于“具体行政行为”期间,司法实践中即已开始将行政协议中涉及的行政特权行为拆分出来,视之为单方行为并纳入受案范围。如,王振宇认为,单方终止合同、废除中标通知书、土地拍卖行为、竞拍之前的拍卖公告、中标确认书等“都是单方的处理行为”,“符合最严格的具体行政行为的标准”。^{③⑧}最高人民法院亦曾以批复形式,明确认可拆分行政协议的做法。^{③⑨}在新《行政诉讼法》颁行后唯一有关行政协议的指导案例(即“指导案例76号”)中,最高人民法院认为,尽管行政合同“呈现出柔合平易的特点”,但仍为“行政机关行使权力的方式”,其中的“行政机关合同解释行为”构成单方行为。^{④⑩}学界亦对此状况作出了学理判断,如,闫尔宝认为,新《行政诉讼法》并未改变以“单方行为”为审查对象的程序基本模式^{④⑪}。

新《行政诉讼法》及其司法解释对于“拆分公式”的规定,建立在上述司法实践的基础之上,只不过新《行政诉讼法》中仅提及行政协议的内容。《行政协议解释》则沿袭《适用解释》模式,为拆分之后的不同部分分别确定应适用的规范。然而,上述规范均系针对拆分结果作出规定,对于具体应如何拆分行政协议的问题,却未予明确。在新

^{③⑧} 参见王振宇:《行政诉讼制度研究》,中国人民大学出版社2012年版,第21页。

^{③⑨} 参见《最高人民法院关于土地拍卖行为以及相关行为性质的答复》(最高法〔2009〕行他字第55号)与《最高人民法院关于拍卖出让国有建设用地使用权的土地行政主管部门与竞得人签署成交确认书行为的性质问题请示的答复》(最高法〔2010〕行他字第191号)。上述批复认为,土地管理部门出让国有土地使用权之前的拍卖行为以及与之相关的拍卖公告、签署成交确认书等行为,属于受案范围之内具体行政行为。

^{④⑩} 参见郑红葛、石磊:《指导案例76号〈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〉的理解与参照——行政协议履行争议中行政机关合同解释行为的法律效力及司法审查》,载最高人民法院案例指导工作办公室编著:《中国案例指导》(总第5辑),法律出版社2017年版,第243-244页。

^{④⑪} 参见闫尔宝:《行政协议诉讼法定化的意义检讨》,载《学术论坛》2019年第5期,第40页。

《行政诉讼法》及其司法解释实施数年后,亦未见有裁判或论著阐明这一基本问题。具体应如何拆分行政协议的问题,至今仍然未获得解决。

《行政协议解释》中对于“拆分公式”作出的规定,对于应如何拆分行政协议的问题,留下了诸多亟待解决的疑问,具体可以归结为以下三个方面:

(一) 意思表示难以实现拆分

行政协议系经双方意思表示一致而形成,单方行为则由行政机关单方作出意思表示即可成立。两种行为方式在意思表示上的不同,构成界分行政协议与单方行为的关键。对此,早期统编教材表述为:“行政合同以双方当事人意思表示一致为成立要件,不能以行政命令强迫当事人签订行政合同。这正是行政合同不同于其他行政行为的区别所在。”^⑫

这一判断是基于“分立说”而形成的。其实质意义在于表明,如果没有相对人在意思表示上进行合作并达成“一致”,行政协议无法成立。因此,界分行政协议与单方行为的关键,在于意思表示上形成的区别。正如李霞认为:“‘合意’存在与否,是行政合同作为一种双方行政行为还是单方行政行为的最直接的判断标准。”^⑬问题在于:在订立行政协议之后,是否还可以将行政机关一方的意思表示拆分出来,视之为行政机关单方作出的意思表示?于立深亦对此提出过类似疑问:“行政契约原本是行政机关和相对人在内的当事人之间共同作出的合意选择,何以变成了行政机关自己的行为?”^⑭

笔者认为,双方意思表示一致之所以成立,核心要素在于“一致”之达成。在此基础上,各方的意思表示应相互依存,均以对方的配合与意思表示为基础。如果把双方达成一致的意思表示予以拆分,则不仅行政机关一方的意思表示不能单独成立,相对人的意思表示亦无法独自成立。因此,既不应把行政机关的意思表示拆分出来、拟制为一个单方意思表示,亦不应将相对人一方的意思表示拆分出来。相反,如果可以如此拆分意思表示的话,无异于认同行政机关可以在订立协议时与相对人平等协商,在达成协议之后又可置相对人的意思表示于不顾。这实质上就是纵容行政机关可以随时抛弃行政协议,转而采用单方行为方式。如此制度设置,无疑将致使行政协议制度丧失存在的基础。

除上述学理推论之外,拆分意思表示的做法亦无法获得实体法上的规范支持。我国现有法律与行政法规、规章等实体性规范中,并未对行政协议中的意思表示作出特别规定,因此拆分意思表示的做法并非来自于实体性规范。在此情况下,有关意思表示的制度应参照适用民事法律规范中的相关规定,而后者并不存在相类似的规定或做法。也就是说,“拆分公式”的适用,既无行政法律规范中的依据,亦无法从民事法律制度中寻求到可资参照的依据。质言之,“拆分公式”的适用并无任何学理基础与实体规范依据。

德国法上的通说认为,民事合同与行政合同均系经双方意思表示一致而达成。^⑮德国《行政程序法》中明确规定,行政机关可选择与相对人订立行政合同,亦可作出单方

^⑫ 罗豪才主编:《行政法学》,中国政法大学出版社1989年版,第228-229页。

^⑬ 李霞:《行政合同研究——以公私合作为背景》,社会科学文献出版社2015年版,第77页。

^⑭ 前注^⑥,于立深文,第210页。

^⑮ Vgl. Peine, Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 2011, Rn. 775.

行为即具体行政行为,但不能将二者予以混同。亦有学者认为,行政合同与具体行政行为从属于完全不同的规范理念,前者为双方合意,后者为命令。^{④6}对于行政机关在订立行政合同过程中作出的意思表示,无论其内容为肯定性抑或否定性表示,均应适用民法典关于意思表示的相关规定。^{④7}即便是行政机关对于签订合同作出的决定,亦不能构成单方行为。^{④8}质言之,双方形成一致的意思表示,不应亦无法被拆分为各方分别作出的意思表示。在此基础上,如果还要将各方的意思表示设定为具有不同法律属性,则无异于在歧路上又前行了一步。^{④9}

(二) 过程阶段难以实现拆分

《行政协议解释》第4、6条规定,因行政协议的“订立、履行、变更、终止等”发生纠纷,相对人应以行政机关为被告提起诉讼,被告方则“不准反诉”。因此,至少就字面表述而言,行政协议似乎应被拆分为“订立、履行、变更、终止等”单方行为。对此,郭修江的阐述最具有代表性,他认为:“行政协议并非是一个单一的行政行为,行政协议行为是由一系列行政行为共同组成的。签订行政协议是一个独立的行政行为,单方变更行政协议又是一个独立的行政行为,单方解除行政协议、不依法履行或者未按照约定履行行政协议义务,都属于一个个独立的行政行为。”^{⑤0}

从事行政审判的法官中,也有很多持类似观点。例如,蔡小雪认为行政协议案件的审查对象为“行政机关签订协议、不履行协议、变更或者解除协议等行为”^{⑤1}。梁凤云亦持相同判断。^{⑤2}然而,“订立、履行、变更、终止等”之表述,仅为描述行政协议从形成到发展、终结的动态过程,是否意味着应当依循这些过程阶段逐项拆分行政协议,目前还缺乏深入论证。更何况,行政协议有一个磋商、签订、履行、变更、解除、终止的发展过程。其中各阶段之中,或许又可以被进一步拆分为不同具体过程。例如,在履行阶段,仍有可能形成初步履行、部分履行、发生履行争议、磋商解决履行争议、履行完毕等具体过程,难以确定应如何在此进行拆分。如此适用“拆分公式”,即便在司法实务界亦存在不同看法。最高人民法院曾在裁判中明确提出,不应将新《行政诉讼法》中的上述表述认定为协议

^{④6} Vgl. Bauer, *Verwaltungsverträge*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Assmann/Voskuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts II*, 2007, § 36 Rn. 74.

^{④7} Vgl. Ule/Laubinger, *Verwaltungsverfahrenrecht*, 3. Aufl. 1986, § 69 S. 532 f.

^{④8} Vgl. Ehlers/Puender, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 15. Aufl. 2016, § 31 Rn. 2.

^{④9} 例如《行政协议解释》规定,对于行政协议的“订立、履行、变更、终止协议等行为”,行政机关作出的意思表示构成行政行为,相对人作出的意思表示构成民事行为。具体规定参见《行政协议解释》第5条、第6条、第9-11条。

^{⑤0} 郭修江:《行政协议案件审理规则——对〈行政诉讼法〉及其适用解释关于行政协议案件规定的理解》,载《法律适用》2016年第12期,第46页。

^{⑤1} 蔡小雪:《审理涉行政协议行为案件与审理民事合同纠纷案件的区别》,载《山东法官培训学院学报》2019年第4期,第123页。

^{⑤2} 参见梁凤云:《行政协议司法解释讲义》,人民法院出版社2020年版,第58-63页。

争议的四种情形。^{⑤③} 耿宝建、殷勤认为:“不宜把相应的争议逐一还原成行政行为争议,进而针对每个单独的行政行为,单独起诉、单独受理、单独审理。”^{⑤④} 亦有学者曾提出如下质疑:行政协议的缔结、履行、变更、解除作为一个完整过程不可分割,能否被拟定为一个可以被随意拆分并且随着行政诉讼司法实践的变迁而不断变换的对象?^{⑤⑤}

不仅如此,对于从一个行政协议究竟可以拆分出来多少个单方行为的问题,司法解释中并未具体规定。由于无法确定协议“订立、履行、变更、终止等”过程必须遵循统一模式,期间完全有可能形成部分履行、变更合同、后继进一步协商并订立补充协议等中间阶段,而不可能如同单方行为一样沿袭基本相同的标准化流程。易言之,“订立、履行、变更、终止等”明文规定的过程阶段,均有可能经历一段时间长短不等的情况变动、乃至后续互动,才得以完成。每一过程阶段本身或许又可以被拆分为不确定多个细分阶段,从而可以拟制出来更多的单方行为。因此,至少从理论上而言,无法确定可以从一个行政协议中拆分出来多少个单方行为。此外,《行政协议解释》第4条中规定的“等”字,似乎默示了在上述明文规定的过程阶段之外,还有可能拆分出来更多其他未予明文规定的过程阶段,并视之为一个独立的单方行为。例如“指导案例76号”中涉及的“行政机关合同解释行为”^{⑤⑥},即属于此类“等”外之过程阶段。质言之,就现有规定与典型案例中呈现出来的基本状况而言,具体应如何适用“拆分公式”的问题,并无一定之规。具体来看,一方面,对于可从行政协议中拆分出来多少个单方行为的问题,完全无法予以估计;另一方面,由于相对人可以随时在协议履行过程中提起行政诉讼,意味着“拆分公式”的适用可以随时开始、随时变更、随时中止,此情况进一步加大了拆分结果的不可预知性。

基于上述分析,笔者认为以过程阶段来拆分行行政协议,无法形成具有确定性的拆分方式,更不可能形成制度化的适用模式。

(三) 审查对象难以实现拆分

除意思表示与过程阶段之外,行政诉讼的审查对象亦难以实现拆分。基于“拆分公式”的适用,法院的审查对象亦应受限于拆分出来的单方行为,否则的话“拆分公式”也就失去了存在的意义。如前文所述,不论就意思表示抑或过程阶段而言,均无法支持“拆分公式”的制度化适用。即便可以对行政协议作出拆分,法院的审查对象实际上亦无法受到相应限定。原因在于,行政诉讼中不应仅审查被诉部分,而是应依据新《行政诉讼法》第6条进行全面审查,即对于行政协议亦“应当按照一般行政行为进行全面审

^{⑤③} 参见“蒋大玉等诉重庆高新技术产业开发区管理委员会行政协议纠纷再审案”,最高人民法院(2017)最高法行再49号行政裁定书。该裁定认为,除新行政诉讼法中规定的情形外,行政协议争议“还包括协议订立时的缔约过失,协议成立与否,协议有效无效,撤销、终止行政协议,请求继续履行行政协议、采取相应的补救措施、承担赔偿责任和补偿责任以及行政机关监督、指挥、解释等行为产生的行政争议”。该案亦被收录为典型案例。参见最高人民法院行政审判庭编:《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定理解与适用》,人民法院出版社2020年版,第413-414页。

^{⑤④} 耿宝建、殷勤:《行政协议的判定与协议类行政案件的审理理念》,载《法律适用》2018年第17期,第135页。

^{⑤⑤} 参见前注^{⑤③},刘飞文,第35页。

^{⑤⑥} 参见前注^{⑤④},郑红葛、石磊文,第243-244页。

查”^{⑤7}。薛刚凌曾指出,此为我国行政诉讼制度中存在的“主观诉讼、客观构造”之现状。^{⑤8}最高人民法院行政审判庭亦曾表示,审理行政协议案件应进行“全面的合法性审查”,“不受原告诉讼请求的限制”。^{⑤9}不仅如此,新《行政诉讼法》第87条还明确规定,即便是在二审程序中,法院仍应对被诉行政行为“进行全面审查”。在这样的制度设置下,即便当事人仅针对行政机关某个“过程阶段”起诉,法院亦应对行政协议整体上是否合法进行审查,因为行政机关违法行为可能存在于其他过程阶段之中。从宏观制度方面而言,是为了实现行政诉讼对行政权进行合法性审查的制度目标。从微观方面而言,是因为相对人的主观判断有可能与实际案情不符,因此司法审查权不应受请求范围的限制。质言之,“拆分公式”无法适用于拆分法院的审查对象。尤其相对于行政诉讼制度中适用的合法性审查原则而言,拆分审查对象并无实际意义。

综上所述,无论基于意思表示抑或过程阶段,均无法支持“拆分公式”的制度化适用。即便假定可以从行政协议中拆分出单方行为,亦无法如此限定法院的审查对象。所谓“拆分公式”不仅在司法实践中难以得以实现,就比较法而言,也无先例可循。^{⑥0}因此,既然“拆分公式”无法成立,那么对行政协议与单方行为作出界分,还是应回归到“分立说”的立场上来。

四、并行禁止原则的适用

尽管《行政协议解释》在司法实践中影响甚巨,“分立说”所具有的学理意义却并未被学界所否认。余凌云认为,行政协议与单方行为应分别适用不同的法律制度,既不应予以混同,亦不认可“拆分公式”。^{⑥1}在我国台湾地区,学界似乎亦尚未在此问题上形成共识。如,刘宗德曾提出过“行政处分与行政契约两者是否能够合并使用”^{⑥2}的问题,蔡秀卿亦曾追问:“两者究竟属于何种关系?竞和并行(选择)关系?优劣补充关系或其他?”^{⑥3}

新《行政诉讼法》颁行后,不少行政法学者倾向于强调行政协议的行政性,《行政协议解释》则明确规定行政机关可以单方行为方式介入行政协议。对于在两种行为方式之间如何形成制度隔离的问题,学界与实务界均未予以足够重视。正因如此,行政机关实际上可以在两种行为方式之间进行切换,似乎并未受到明确限制。然而,行政协议

^{⑤7} 黄永维、梁风云、杨科雄:《行政协议司法解释的若干重要制度创新》,载《法律适用》2020年第1期,第35页。

^{⑤8} 参见薛刚凌:《行政诉讼法修订基本问题之思考》,载《中国法学》2014年第3期,第243页。

^{⑤9} 参见前注^{⑤3},最高人民法院行政审判庭编书,第7页。

^{⑥0} 有学者认为《行政协议解释》借鉴了德国经验。但笔者认为至少就其中有关“拆分公式”的规定而言,与德国经验之间并无关联。参见范奇:《行政协议制度创制的路径依赖与矫正》,载《行政法学研究》2021年第6期,第149页。

^{⑥1} 参见余凌云:《行政契约论》(第3版),清华大学出版社2022年版,第248页。

^{⑥2} 刘宗德:《制度设计型行政法学》,元照出版公司2009年版,第22页。

^{⑥3} 蔡秀卿:《行政契约》,载“台湾行政法学会”主编:《行政法争议问题研究》(上册),五南图书出版公司2000年版,第528页。

毕竟为单方行为之外的另一种行为方式,如果可以从行政协议中拆分出来单方行为,则不仅“分立说”难以成立,行政协议制度本身存在的独立价值亦会受到怀疑。此外,如果单方行为可以不受限制地适用于行政协议之中,亦表明订立行政协议时所达成之“双方意思表示一致”,可以被行政机关以单方意思表示所取代。因此,应在行政协议与单方行为之间作出更为清晰的界分,而不应使两种行为方式趋于混同。质言之,就是应致力于在两种行为方式之间建构法律上的隔离制度。

(一) 并行禁止原则

适用在行政协议与单方行为之间的所谓并行禁止原则,指的是行政机关原则上应在两种行为方式之间选择其中之一,而不能同时并用两种方式。德国通说认为:“对于同一对象,可以通过合同或者具体行政行为予以规范,而不可同时并用两种方式予以规范。”^{⑥4}我国台湾地区学界亦持相同看法。例如,有学者认为:“行政契约与行政处分系相互排除的行为形式,行政机关选择契约形式后,基于行政自我拘束之原则,必须受到此项决定之拘束。”^{⑥5}相应地,我国台湾地区行政诉讼制度中为两种行为方式提供了不同的诉讼类型:撤销诉讼与一般给付诉讼。^{⑥6}

从应然的层面而言,如何区分行政协议与单方行为的问题,首先应由实体规范予以解决。例如,德国《行政程序法》第9条规定,行政机关或者选择“作出单方行为(Erlass des Verwaltungsaktes)”,或者“订立公法合同(Abschluss des öffentlich-rechtlichen Vertrags)”。至于两种行为方式的具体制度内容,则分别见于该法第三章(单方行为)与第四章(公法合同),二者之间即因上述不同规定而形成制度隔离,并不存在混同之虞。施密特·阿斯曼认为,不可通过适用单方高权行为的规则,来完成行政契约法的构建。二者之间应侧重于构成“彼此相互补充”关系,而不应“尽可能贴近彼此行为的可能性”。^{⑥7}施勒特则作出了更为详尽的阐述,他认为行政机关在两种行为方式之间仅能选择一种方式,即二者为行政机关应“严格二者中择一的活动方式(strikt alternative Handlungsformen)”^{⑥8}。不仅如此,一旦行政机关选择采用合同方式,即构成对其他非合意性行为方式的“全面禁止(eine umfassende Sperre)”^{⑥9}。质言之,行政机关只能在行政协议与单方行为之间选择一种方式,不可并用两种行为方式。

我国现有实体法规中,并未致力于在行政协议与单方行为之间构建制度隔离。《行政协议解释》明确规定,行政机关可在行政协议中作出单方行为,这使得二者之间的关系进一步偏离“分立说”。在此情况下,论述所谓并行禁止原则似乎不合时宜。然而即

^{⑥4} Ziekow, Verwaltungsverfahrensgesetz, 4. Aufl. 2020, § 54 Rn.8.

^{⑥5} 肖文生:《行政契约、行政契约与行政处分并用禁止、行政契约无效事由——评最高人民法院102年度判字第113号判决》,载《法令月刊》2015年第66卷第12期,第6页。

^{⑥6} 参见吴庚、张文郁:《行政争讼法论》(第9版),元照出版公司2018年版,第296、331页。

^{⑥7} 参见[德]施密特·阿斯曼:《秩序理念下的行政法体系建构》,林明锵等译,北京大学出版社2012年版,第321页。

^{⑥8} Schlette, Die Verwaltung als Vertragspartner: Empirie und Dogmatik verwaltungsrechtlicher Vereinbarungen zwischen Behörde und Bürger, 2000, S. 191.

^{⑥9} Schlette (Fn. 68), S. 587.

便如此,司法实践中仍在基于“分立说”作出努力。例如,在《行政协议解释》颁布之前,最高人民法院曾于2018年作出裁判,认为行政协议并非具体行政行为,不应进入行政复议范围。^{⑦⑩}在后续的一系列裁判中,多数认为不应将行政协议纳入复议受理范围。^{⑦⑪}从相关裁判的具体理由来看,行政协议进入行政复议的主要障碍为原国务院法制办作出的答复:“政府特许经营协议等协议争议不属于《中华人民共和国行政复议法》第六条规定的行政复议受案范围。”^{⑦⑫}笔者认为,这是对“拆分公式”作出的一种否定性判断,即最高人民法院对从行政协议中拆分出来单方行为,进而对之提起复议申请的做法,并不认同。当然,上述努力似乎难以具有持续性。至少在司法部公布的《行政复议法》新法草案中,已经采纳新《行政诉讼法》中有关行政协议的表述。^{⑦⑬}如果《行政复议法》如此修订,“拆分公式”将一体适用于行政复议制度。

笔者认为,诉讼程序规范的任务,应限于为实体法律关系中形成的争议提供解决程序,而不应在现有实体法规范之外,另行创制实体法意义上的规则。只不过由于现行实体规范中并未对行政协议作出规定,导致诉讼程序规范不得不在提供程序制度之外,还需要为行政协议的定义与界分等实体性内容提供规范,从而逾越了应有本位。正是在此情况下,司法实践中出于将行政协议纳入受案范围的实际需求,使得行政协议先后进入“具体行政行为”与“行政行为”的范畴之中。与此同时,由于行政诉讼制度以行政行为为审查对象,使得“拆分公式”的适用似乎成为了司法实践中的必然之选。然而,如果可以不受限制地从行政协议中拆分出来单方行为,意味着行政协议制度中所特有的诸如“意思表示一致”“平等协商”等要素,也就丧失了实质意义。对于行政机关而言,则不论双方协商形成的结果如何,实则最终均可通过单方行为的方式来实现其意愿。对于相对人而言,貌似在订立行政协议可以获得某种平等地位,实则由于行政机关可以在行政协议与单方行为之间任意切换,从而被置于更为不利的地位。如此安排,不啻于使原本应当兼具行政性与协议性的行政协议制度,走向仅偏重于行政性的极端公法化之路。

形成上述状况的主要原因,在于现有实体法与诉讼程序法所形成的规范体系中,未能在行政协议与单方行为之间形成制度隔离。为此,推进并行禁止原则的适用,并致力

^{⑦⑩} 例如,在最高人民法院认为:“根据《中华人民共和国行政复议法》第二条的规定,行政复议针对的是具体行政行为。这一规定将当事人经协商自愿签订的协议所产生的争议排除在行政复议范围之外。”参见最高人民法院(2018)最高法行申9449号行政裁定。

^{⑦⑪} 裁判文书网中近期持上述观点且作出了具体说理的行政裁定书有:最高人民法院(2019)最高法行申318号、最高人民法院(2019)最高法行申13485号、最高人民法院(2020)最高法行申532号、最高人民法院(2020)最高法行申3947号、最高人民法院(2020)最高法行申6850号、最高人民法院(2020)最高法行申7100号、最高人民法院(2020)最高法行申12645号、最高人民法院(2020)最高法行申12893号、最高人民法院(2020)最高法行申13635号、最高人民法院(2021)最高法行申271号等。认为协议争议属于复议受理范围的仅有最高人民法院(2019)最高法行申字第8145号行政裁定书。

^{⑦⑫} 《国务院法制办公室对〈交通运输部关于政府特许经营协议等引起的行政协议争议是否属于行政复议受理范围的函〉的复函》(国法秘复函〔2017〕866号)。

^{⑦⑬} 参见《中华人民共和国行政复议法(修订)》(征求意见稿),载司法部官方网站, <http://zqyj.chinalaw.gov.cn/readmore?listType=1&id=4060>, 2022年3月17日访问。

于在两种行为方式之间形成制度隔离,应成为努力的方向。就现阶段而言,尽管学理上尚待梳理,司法实践中已经在某种程度上开始适用并行禁止原则。

1. 协议替代单方行为

尽管并无明确规范依据,学界早已认为行政协议可以起到替代单方行为的作用。例如,江必新认为,“行政合同是一种可以取代或补充行政决定的法律行为”^{⑦④}。最高人民法院在发布的典型案例中,直接认定主体案件事实为“订立协议替代行政决定”,但并未附具认定理由。^{⑦⑤}就行政协议与单方行为的界分而言,“替代”意味着以协议方式取代单方行为。由于后者已被“替代”,因此不再能与前者并行存在,否则所谓“替代”就失去了存在的意义。

德国《行政程序法》第54条第2句规定:“行政机关尤其可以与具体行政行为的相对人缔结公法合同,以取代具体行政行为的作出。”基于此规定,通说认为行政合同的主要功能就在于替代具体行政行为。^{⑦⑥}从学理上而言,行政合同就是以行政机关与个人之间通过协商互动形成的合理性标准,取代行政机关自行依法形成合理性标准。^{⑦⑦}只不过原本由行政机关单方作出的决定,现在转变为由双方经“意思表示一致”而形成协议。亦有学者认为,行政协议系行政机关在单方行为之外作出的另一种选择(Alternativ zum Verwaltungsakt),二者应“具有同等价值且处于相同层级”^{⑦⑧}。在此情况下,由于单方行为已经被行政协议所替代,行政机关原则上应履行公法合同,不可并行作出单方行为。

我国行政诉讼司法实践中,虽然行政协议的“替代”功能已经得到肯认,对于“替代”之后的制度安排,则还付之阙如。从《行政协议解释》第10、11条等条文来看,行政机关可以在行政协议中并行采用单方行为的方式,只要具备“合法性”即可。行政协议中的具体约定,似乎并不能对单方行为的适用构成限制。对于相对人一方而言,即便持有“双方意思表示一致”订立的行政协议,亦无法阻止行政机关可以另行作出单方行为。也就是说,行政机关不仅能够以行政协议替代单方行为,亦可在此后决定以单方行为替代行政协议。这样的制度设置,仅仅突出了行政协议之行政性、忽视乃至无视其协议性,也在一定程度上纵容行政机关可以随时改变行为方式。因此,有民法学者甚至认为:“行政协议是对公法的变通,要比行政处分(Verwaltungsakt)更强烈,经常地违反平等对待原则。”^{⑦⑨}

2. 协议包含单方行为

更为特殊情况下,还存在一种协议包含单方行为的情形。典型的适用方式为:行政

^{⑦④} 前注^{③⑩},江必新文,第1164页。

^{⑦⑤} 参见前注^{③⑩},最高人民法院行政审判庭编书,第404页。

^{⑦⑥} Vgl. Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2021, § 11 Rn. 790.

^{⑦⑦} Vgl. Mueller, Verwaltungsverträge im Spannungsfeld von Recht, Politik und Wirtschaft. Eine systemtheoretische Analyse von Verträgen zwischen dem Gemeinwesen und Privaten mit Hinweisen auf die rechtsdogmatischen Konsequenzen, 1997, S. 200.

^{⑦⑧} Korte, in: Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht I, 13. Aufl. 2017, § 54 Rn. 20, Rn. 47.

^{⑦⑨} 王洪亮:《论民法典规范准用于行政协议》,载于《行政管理改革》2020年第2期,第20页。

机关与相对人经协商一致确定作出单方行为的具体条件,例如在约定条件达成后由行政机关作出建筑许可。^{⑧①}毛雷尔称之为“包含作出行政行为的义务”的行政合同。^{⑧②}亦有学者称之为“预备作出具体行政行为的合同(Verwaltungsaktvorbereitende Verträge)”^{⑧③}。由于作出单方行为必须符合法定条件,因此行政协议中为之约定的具体条件,实质上就是围绕行政裁量权形成的约定。从学理上来看,则为行政机关在行为方式上的一种选择裁量(Auswahlermessen)。^{⑧④}库尼西更为精确地称之为“基于事实构成所形成的裁量(ein an Sachgesichtspunkten ausgerichtetes Ermessen)”,以示与学界常用的“选择自由”相区别。^{⑧⑤}在我国台湾地区,学界亦称之为“(以)行政契约方式行使裁量权”。^{⑧⑥}在协议包含单方行为的情形下,单方行为本来就是协议中的约定内容,并非经由“拆分公式”的适用而拟制形成。因此,行政机关在此作出单方行为应被视为履约行为,系行政机关基于协议约定条款而作出的行为,不同于另行依法作出的单方决定。^{⑧⑦}基于这样的制度安排,行政机关在此仅能基于协议约定作出单方行为,而不应置协议于不顾、另行依法作出单方行为。也就是说,行政机关在此应遵循并行禁止原则,不能在两种行为方式之间进行任意切换。

《行政协议解释》中似乎对此种情形作出了规定,例如第9条第1项明确将行政机关“变更、解除行政协议”的行为规定为“行政行为”。对于其他诸如“订立、履行”等过程阶段,该司法解释并没有明确规定为“行政行为”。这一表述上的区别,笔者认为并非偶然为之。因为在《行政协议解释》第9条与第16条中,共有5处明确规定“变更、解除行政协议的行政行为”。第16条中还基于单方行为的规范模式,对于相应的违法赔偿、合法补偿责任作出了明确规定。除此之外,该司法解释中并无任何其他行为被明确定性为“行政行为”。正因如此,韩宁认为该司法解释将单方变更、解除行政协议的行为“定位至传统意义上的行政行为”^{⑧⑧}。如果确系如此,那么其实质意义就在于确认“变更、解除行政协议”系协议中包含的单方行为。当然,可以被包含于协议之中的单方行为,并不必然限于“变更、解除行政协议的行政行为”,其他单方行为亦有此可能。^{⑧⑨}上述规定仍未清晰界分行政协议与单方行为之间的关系,还需作出更为明确的规定。

^{⑧①} Vgl. Erichsen/Martens, in: Erichsen/Martens (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 1979, § 27 S. 237.

^{⑧②} 参见[德]哈特穆特·毛雷尔:《行政法总论》,高家伟译,法律出版社2002年版,第354页。

^{⑧③} Detterbeck (Fn. 76), § 11 Rn. 790.

^{⑧④} Vgl. Burmeister, Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten, VVDStRL 52 (1993), S. 190, 207 ff.

^{⑧⑤} Vgl. Kunig, Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten, DVBl. 1992, S. 1193 ff.

^{⑧⑥} 参见林依仁:《规范制订与行政契约》,载李建良主编:《2012行政管制与行政争讼》,新学林出版股份有限公司2016年版,第198页。

^{⑧⑦} Vgl. Ule/Laubinger (Fn. 47), § 72 S. 566 f.

^{⑧⑧} 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79页。

^{⑧⑨} 例如,在2021年发布的第一批行政协议典型案例中,最高人民法院认为,“张绍春诉重庆市綦江区新盛镇人民政府不履行土地复垦行政协议案”的典型意义为:相对人在行政协议诉讼中“提出的诉讼请求形式上可能属于传统的单方行政行为之诉”。参见《最高人民法院发布行政协议典型案例》,载最高人民法院网, <http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-301081.html>, 2022年4月20日访问。

（二）协议优先原则

并行禁止原则的基本意义,在于确定行政机关不得同时并用行政协议与单方行为两种行为方式。如果行政机关选择采用单方行为方式,由于并未同时与相对人就行政协议达成一致,因此行政机关此时仅可选择作出单方行为,无法并行采用行政协议方式。然而,行政机关在选择行政协议方式且与相对人订立行政协议之后,依法作出单方行为的职权并未同时灭失。在此情形下,行政机关似乎有可能同时采用两种行为方式。因此,行政机关在订立协议之后是否还可以作出单方行为,就成为了应予解决的问题。

从抽象可能性而言,此时行政机关无外乎有三种选择可能性:(1)协议约定优先;(2)另行依法作出单方决定优先;(3)行政机关可视情况决定何者优先。现行规范与司法解释中,并未对此给出明确适用规则。从《行政协议解释》中规定的内容来看,行政机关可以在两种行为方式之间作出选择。例如第9条、第11条等条文中将“依法”与“按照约定”相提并论,既未设置不同的适用标准,亦未明确相互之间的适用顺序。这意味着,上述规范并未在两种行为方式之间设置制度隔离,致使行政机关似乎既可以选择“依法”方式,亦可以选择“按照约定”方式,甚至于还可以在两种行为方式之间进行任意切换。而《行政协议解释》第4条规定,行政机关的“订立、履行、变更、终止等”行为,均可被提起行政诉讼。这似乎又意味着,行政机关可优先采用这些拟制的单方行为。质言之,《行政协议解释》中包含有上述三种可能性中的后两种在内,唯独没有采用协议优先的可能性。

然而,行政协议毕竟系经双方意思表示一致而形成,缔约双方原则上均应受到约定条款约束,这也是体现协议效力的应有之义。正如我国学界早期形成的阐述:“一旦订立了行政合同,双方都应遵守,发生争议可以通过有关途径获得解决和处理。”^⑧德国学界形成的基本判断为:在用尽协议方式之前不应允许行政机关解除协议、另行“依法”作出单方行为。^⑨否则无异于承认行政机关可以违背诚信原则。即便在已经用尽协议方式之后,行政机关也仅有在保护公共利益有所必要的情况下,才可以另行依法作出单方行为。这就是德国行政合同学理中形成的合同优先原则(Vorrang der Vertragserhaltung),其学理渊源则为严守契约原则(pacta sunt servanda)。^⑩亦如陈天昊所言,应“以严守契约为原则”,行政机关对协议作出单方行为“应仅构成例外”。^⑪由于行政机关仅在无法“按照约定”时才可以另行作出单方行为,因而为确定是否符合“按照约定”所设定的标准,就在两种行为方式之间构成了制度隔离。简言之,在可以“按照约定”时,应当优先选择约定方式;仅有在无法“按照约定”时,行政机关才可以另行作出单方行为。然

^⑧ 前注④,罗豪才主编书,第231页。

^⑨ Vgl. Ziekow, Verwaltungskooperationsrecht (Public Private Partnership). Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums des Innern, 2001, S. 54.

^⑩ Vgl. Gurlit in Erichsen/Ehlers (Fn. 48), § 33 Rn. 3.

^⑪ 参见陈天昊:《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160页。

而,无论特定情况下是否可以“按照约定”,行政机关均只能在两种行为方式之间选择其中之一,不能并行采用两种方式。也就是说,行政机关同样应遵循并行禁止原则。在此意义上而言,可以认为协议优先原则为并行禁止原则在协议订立之后的具体适用形式。

至于确定行政机关是否可以“按照约定”的具体标准,亦应源自于实体性法律规范。例如,在德国《行政程序法》中,“无法遵守合同(Unzumutbarkeit des Festhaltens am Vertrag)”即构成具体标准。^{⑨③}亦有学者在此表述为,仅在遵守协议会导致公共利益受到重大损害的情况下,才允许行政机关另行作出单方决定。^{⑨④}也就是说,应设定明确标准来区分“依法”与“按照约定”两种行为方式。总体而言,行政机关在两种行为方式之间作出选择时,应以并行禁止为原则。在订立行政协议之后,应以优先适用协议约定条款为原则。因此,并行禁止原则不仅适用于行政机关选择行为方式阶段,亦适用于订立行政协议之后的履行阶段。协议优先原则仅适用于订立行政协议之后的阶段,亦可视之为并行禁止原则在此阶段的具体适用规则。质言之,应基于并行禁止原则以及协议优先原则,致力于在行政协议与单方行为之间构成制度隔离,以实现两种行为方式之间的界分。

我国现有实体性法律规范中,并未对行政协议作出明确规定。在此情况下,尽可能多地参照适用民事法律中的合同制度与规范,本应成为一种现实选择。《行政协议解释》第27条第2款亦规定,审理行政协议案“可以参照适用民事法律规范关于民事合同的相关规定”。然而,从《行政协议解释》中的具体规定来看,在更大程度上采用的却是单方行为优先方式。基于该司法解释,行政机关在“订立、履行、变更、解除协议等”过程中,均可作出单方行为,不必受到协议约定的限制。如此设置,片面突出行政协议中的行政性,却忽视了其应有的协议性,不仅有违上述第27条的规定,亦不具备任何学理基础,亟待作出新的制度安排。值得注意的是,最高人民法院在司法实践中多倾向于支持协议优先原则的适用。例如,在2021年发布的第一批行政协议典型案例中,最高人民法院认为,“马诺诉黑龙江省齐齐哈尔市龙沙区人民政府不履行房屋征收补偿协议案”的典型意义是“行政协议订立后,未经对方同意,任何一方都不能单方变更协议”。^{⑨⑤}在2022年发布的第二批行政协议诉讼典型案例中,最高人民法院认为,“某停车管理有限责任公司诉北京市门头沟区城市管理委员会行政协议解除通知案”的典型意义是“(行政机关应)尽可能地维持行政协议的法律效力,仅在变更无法实现目的情形下选择解除行政协议”。^{⑨⑥}这些表述均体现了协议优先原则。

综上所述,基于“分立说”的基本立场,应适用并行禁止原则以及协议优先原则来实现行政协议与单方行为之间的界分。然而,由于新《行政诉讼法》与《行政协议解释》

^{⑨③} Vgl. Bonk/Neumann/Siegel, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 9. Aufl. 2018, § 60 Rn. 25.

^{⑨④} Vgl. Tegethoff, in: Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 19. Aufl. 2018, § 60 Rn. 3.

^{⑨⑤} 参见前注^{⑧⑧},《最高人民法院发布行政协议典型案例》。

^{⑨⑥} 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, <https://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-355511.html>, 2022年4月20日访问。

中实际采用“拆分公式”,并未在两种行为方式之间作出明确界分,后续规范还有进一步混同两种行为方式之虞。行政协议与单方行为毕竟为两种不同的行为方式,应对二者之间的关系作出更为清晰的定位,并在法律制度上予以有效隔离。具体而言,在两种行为方式均有可能时应以并行禁止为原则。在已经订立行政协议的情况下,应以协议优先为原则。只有在无法“按照约定”、且为维护公共利益而有所必要时,才允许行政机关另行依法作出单方行为。

五、结 语

行政协议与单方行为之间如何界分的问题,原本在我国行政法学理上颇为清晰。尤其是在确立“分立说”的早期阶段,学界对此形成的判断高度一致,并未出现不同的观点。然而,由于1989年《行政诉讼法》将受案范围限定于“具体行政行为”,为使行政协议争议进入行政诉讼受案范围之内,主导性观点演变为“具体行政行为分立说”,司法实践中更是逐渐出现拆分行政协议的做法。新《行政诉讼法》以及《行政协议解释》颁行之后,“拆分公式”得到明确肯认。因此,“分立说”系因进入受案范围的现实需求而转变为“具体行政行为分立说”,之后进一步发展成为“分立+拆一说”。

为使行政协议争议可以进入行政诉讼,将之视为行政行为的形式之一,有现实必要性。从一定意义上而言,这或许亦为行政协议进入行政诉讼所必须要付出的代价。然而,行政协议毕竟不同于单方行为,无论是基于意思表示抑或过程阶段,均难以形成制度化、具有可操作性的拆分方式。退而言之,即便暂且假设可以适用“拆分公式”,基于行政诉讼制度中的合法性审查原则,亦不应将审查对象仅限于拆分出来的某个部分。因此,“拆分公式”无法适用于司法实践。究其原因,仍在于“拆分公式”并不具备任何学理基础。

行政协议与单方行为毕竟为两种不同的行为方式,二者之间的相互关系仍应基于“分立说”来确定。从应然的角度而言,行政机关应基于并行禁止原则,在行政协议或单方行为之间选择一种方式,不能同时并用两种方式。该原则亦适用于行政协议“替代”或“包含”单方行为的特定情形。在行政协议订立之后,行政机关应以优先履行协议为原则。仅在无法“按照约定”、且为维护公共利益有所必要时,才可以另行依法作出单方行为。然而,由于我国现行规范中实际采用的是“拆分公式”,并不支持并行禁止原则以及协议优先原则的适用。后续相关规范如果延续这一规范路径的话,还有可能会导致两种行为方式进一步趋于混同。为此,亟待通过实体法律制度的构建,来实现两种行为方式之间的制度隔离。

我国行政诉讼制度原本围绕单方行为构建,因此,将行政协议纳入受案范围之后,必然需要在制度上进行相应调整。在此过程中,应以行政协议与单方行为之间的“分立说”为基本立足点,在适用并行禁止原则以及协议优先原则的基础上,致力于为行政协议争

议另行构建一套程序制度,而不应继续沿袭原有围绕单方行为形成的制度。如果说在《行政协议解释》颁布之前,司法实践中将行政协议视同民事合同的做法,使得行政协议可以逃逸于公法规制之外、得以“遁入私法”的话;那么时下诉讼制度中在某种程度上将行政协议视同为单方行为或认为可以从中拆分出单方行为的做法,无异直接转向了相反的另一方向,即将行政协议制度推向极端公法化之路。因此,如何界分行政协议与单方行为并在二者之间形成必要的制度隔离,是进一步构建行政协议法律制度所不可回避的核心问题。

Abstract: As for how to distinguish administrative agreement from the unilateral administrative act, academic circles have different dominant views in different periods, and ‘separation theory’ can be regarded as a common thread. However, there is no institutional separation between administrative agreements and unilateral acts in the current regulations. Due to the limitation of the examination object of administrative litigation, a certain part should be extracted from the administrative agreement and regarded as unilateral act in judicial practice, so as to make relevant disputes enter into administrative litigation. However, the so-called ‘split formula’ can not be supported by administrative law theory, nor can it form a systematic application mode in judicial practice. When determining the type of activity, the administrative organ should make a choice between administrative agreement and unilateral act based on the principle of parallel prohibition. After the conclusion of the administrative agreement, the administrative organ shall give priority to the manner stipulated in the agreement. Only when it cannot ‘follow the agreement’ and it is necessary to safeguard the public interest, can it take unilateral action separately according to law.

(责任编辑:强梅梅)