行政协议法律制度的理论与实践

Theory and Practice of
Administrative Agreement Legal System

杨科雄　郭　雪　◎著

· 行政协议理论基础 ·

· 行政协议法律制度 ·

· 行政协议司法审查 ·

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

行政协议法律制度的理论与实践

本书依托《行政诉讼法》及相关司法解释，比较其他国家与地区的行政合同理论与制度，从宏观、中观与微观三个层面阐述行政协议的理论基础、行政协议的实体与程序制度，以及行政协议的司法审查与行政诉讼，对于深入研究行政协议法律制度、提高相关行政管理与司法审判水平极具参考价值。

专业权威 行政协议司法解释起草人专业解读

内容详实 涵盖行政协议理论基础、法律制度与司法审查三大方面，以历史溯源和比较分析等方法深度阐释其理论与实务问题

干货解读 厘清行政协议的理论基础与制度逻辑，提炼行政协议的实践经验，并从法律适用角度进行实务指导

中国法制出版社
官方微信

上架建议 法学著作·行政法

ISBN 978-7-5216-1569-2

9 787521 615692 >

定 价：88.00元

行政协议法律制度的理论与实践

Theory and Practice of
Administrative Agreement Legal System

杨科雄　郭 雪 ◎著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

行政协议法律制度的理论与实践 / 杨科雄，郭雪著 . —北京：中国法制出版社，2021.1

ISBN 978-7-5216-1569-2

Ⅰ. ①行… Ⅱ. ①杨… ②郭… Ⅲ. ①行政法—司法制度—研究—中国 Ⅳ. ① D922.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字（2020）第 269807 号

策划编辑：周琼妮（zqn-zqn@126.com）

责任编辑：周琼妮 秦智贤

封面设计：李 宁

行政协议法律制度的理论与实践

XINGZHENG XIEYI FALÜ ZHIDU DE LILUN YU SHIJIAN

著者 / 杨科雄 郭 雪

经销 / 新华书店

印刷 / 三河市紫恒印装有限公司

开本 / 710 毫米 × 1000 毫米 16 开

印张 / 25 字数 / 373 千

版次 / 2021 年 1 月第 1 版

2021 年 1 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5216-1569-2

定价：88.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真：010-66031119

网址：http://www.zgfzs.com

编辑部电话：010-66010406

市场营销部电话：010-66033393

邮购部电话：010-66033288

（如有印装质量问题，请与本社印务部联系调换。电话：010-66032926）

序 言

我们国家一直在提国家治理体系和治理能力的现代化。国家治理，最初可以更多或者更偏重于用强制力甚至暴力去实现其制度目标，但当国家治理到一定阶段时，不仅公共服务占据了最主要的地位（甚至最初的警察职能也可以视为国家提供公共服务的一种），而且完全依靠暴力统治，无法有效地进行国家治理。因此行政合同、行政指导等这些柔性的治理手段慢慢地开始出现，因为其越来越尊重行政相对人的意愿和利益，且治理成本具有相对优势，国家往往愿意用柔性方式来实施统治、管理、治理、服务，这是一种多元化的社会治理方式。其中协议是必然的选项之一，而且一直为大多数人所推崇。

从发展阶段角度上看，我国行政法及行政诉讼法的理论与实践还处在一个相对初级的阶段，那么，作为新型行政管理和公共服务方式的行政协议的理论与实践更是如此。我国行政法理论一般将行政行为分为单方行为和双方行为这两种。但在理论上，这种分法非常别扭。因为单方行为中行政机关占据主导和优势地位，其单方作出的职权行为是当之无愧的“行政行为”，而行政协议作为双方行为是以协商为前提，是行政机关和相对人意思表示一致的结果。也就是说，行政协议作为双方共同作出的行政法上的行为，与所谓的单方行政行为多有不同，行政法理论将其归入行政行为范畴确实有说不太清楚之处。在这种情况下，有一些学者提出行政相关行为的概念，以此来涵盖行政协议，又区别于传统的行政行为。因此，行政协议在理论上虽然一致认为兼具行政性和协议性，但是，何者为第一性，仁者见仁，智者见智，理

论上的阐释不清，在实践中更是困惑，导致许多问题争论不休。

我们认为，行政协议很多问题模糊不清，主要是因为没有理解其理论基础与制度逻辑。而理论基础与制度逻辑和其之后的实践选择是有密切关联的。从更广阔的视野来看，行政协议理论、制度与实践，至少包括三个方面，且对于行政协议相关思考也必须围绕这三个方面展开。

第一个方面是，行政协议的理论基础。从基础理论层面看，必须考虑行政协议为什么会出现？它和其他行政职权行为有何不同？它的存在必须具备哪些条件？行政协议具有研究价值的同时在实践中也起到重要作用的根本原因在于尊重当事人，当事人自愿履行，执法成本就会减少。但这其中也有一个问题：行政协议作为一个双方行为，其和单方行为是什么关系？什么情况下可以用行政协议或者行政合同的方式进行管理或者提供公共服务？选择了行政合同管理的，是否又可以采用单方行为予以取代？这些问题在实践中和理论上没有很好的阐释。并且，协议有公法协议和私法协议，作为行政机关可以用行政协议这种公法协议，也可以用民商法中的私法协议进行服务和管理，在这种情况下有没有法律依据上的要求？有没有相应的特殊标准进行区分？现在许多关于公行政受到私法规范的文章都在探讨如何区分政府或者行政机关的公法契约和私法契约，在什么条件下可以并存或者只能选择其中一个，以及如何区分公法协议与私法协议，目前都没有很好地阐释其中的原理和实践要求，而在理论上和制度治理上这些问题又必须首先回答。

第二个方面是，行政协议的实体及程序制度。它至少包括，什么是行政协议，行政协议有哪些种类，行政协议的缔约权限、程序及形式，行政协议的效力（成立与否，有效无效、可撤销、可变更、可解除、可执行），甚至是其违约责任和赔偿、补偿标准，以及它们之间的关系等行政协议的实体及程序制度。

第三个方面是，行政协议的司法审查或者行政诉讼。行政协议的司法审查或者行政诉讼，是从司法机关的角度去思考行政协议案件的审查和行政协议争议的解决。这些内容实际上是关于行政协议的相对独立和具体的司法制度。主要有以下考虑：针对这种特殊的行为，司法审查或者行政诉讼会不会

有一定的特殊性？行政协议诉讼具有哪些特有的与一般行政诉讼不同的审理原则与审理方式，受理与起诉，举证责任与法律适用（尤其是民商法律和行政法律如何协调适用），判决与裁定等。

2014 年修正的《行政诉讼法》将行政协议明确纳入行政诉讼的受案范围，开启了行政协议诉讼的新时代。《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》及《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》从行政诉讼角度对行政协议进行了专门的规定，极大地丰富了行政协议的实体和诉讼法律制度。本书依托《行政诉讼法》及相关司法解释、其他国家和地区的行政合同理论和制度，着力对上述三个方面（这三个方面恰好分别是从宏观、中观、微观三个层次）进行初步探讨。本书虽力求准确和科学，但因水平所限，不当之处，欢迎批评，欢迎斧正。

杨科雄　郭雪

2021 年春

目 录

CONTENTS

第一编　行政协议的理论基础

第一章　公共服务：行政法的基础 // 003

一、公行政的历史嬗变 // 003

二、公共服务的提出 // 006

三、公共服务与公共利益 // 010

第二章　公共服务的法哲学基础 // 017

一、法学的本体论 // 017

二、公共服务的认定：主观与客观之间 // 027

三、关系思维在行政协议中的运用 // 038

第三章　公行政是如何走向私法的 // 049

一、公行政与实现方式 // 049

二、行政私法现象的诞生 // 054

三、引进行政私法的意义 // 060

第四章　行政协议的制度逻辑 // 067

一、统一于公行政目的和私法手段之间的行政协议 // 067

二、平衡于公行政变迁与协议稳定性之间的行政协议 // 073

三、游离于公法与私法之间的行政协议 // 078

第二编　行政协议的法律制度

第五章　行政协议的定义与分类 // 089

第一节　行政协议的定义 // 089

一、行政协议的识别困境 // 089

二、行政协议识别标准的境外借鉴 // 091

三、我国行政协议的识别标准 // 096

第二节　行政协议的分类 // 102

一、法、德两国的行政合同分类 // 102

二、我国行政协议的分类 // 105

三、我国政府和社会资本合作协议 // 118

第六章　行政协议的有效与无效 // 125

第一节　行政协议的有效 // 125

一、行政协议的效力 // 125

二、行政协议的效力过程 // 130

三、行政协议的有效性和合法性 // 135

第二节　行政协议的无效 // 149

一、行政协议无效概况 // 149

二、适用行政法律认定行政协议无效 // 151

三、适用民事法律确认行政协议无效 // 154

四、是否存在行政协议独特的无效标准 // 158

五、认定行政协议无效的平衡审判理念 // 162

六、行政协议无效的其他问题 // 164

第七章　行政协议的调适与履行 // 166

第一节　行政协议的调适 // 166

一、境外的行政协议优益权 // 167

二、行政优益权的由来 // 172

三、行政优益权的行使条件 // 176

四、行政优益权需要说明的两个问题 // 179
第二节 行政协议的履行 // 186
一、行政协议履行的理论基础 // 186
二、行政相对人不履约时的可能救济途径 // 188
三、未来的发展方向：约定执行 // 197
第八章 行政协议的法律责任 // 200
一、缔约过失责任 // 201
二、行政补偿责任 // 203
三、违约责任 // 208

第三编 行政协议的司法审查

第九章 行政协议诉讼的特有制度 // 227
第一节 客观诉讼与主观诉讼 // 227
第二节 行为之诉与关系之诉 // 230
一、行政协议的行为之诉 // 231
二、行政协议的关系之诉 // 234
三、行为之诉与关系之诉的关系 // 236
第三节 审理行政协议案件的特有规则 // 238
一、处理好行政性和协议性之间的关系 // 238
二、处理好依法行政与契约自由的关系 // 239
三、处理好依法行政和契约安定性的关系 // 239
四、处理好行政灵活性和契约安定性的关系 // 241
五、处理好公益与私益、不同私益之间的关系 // 243
六、处理好“全面管辖原则”和“两分法”的关系 // 244
第四节 行政协议诉讼的前景展望 // 246

第十章　行政协议案件的受理 // 249

第一节　受案范围 // 249

一、概念维度 // 252

二、种类维度 // 253

三、时间维度 // 257

四、阶段维度 // 259

第二节　起诉条件 // 263

一、管辖制度 // 263

二、诉讼期限 // 272

三、诉讼费用 // 276

四、明确诉请 // 278

五、当事人 // 280

六、非行政协议当事人的原告主体资格 // 284

第十一章　行政协议案件的审理 // 297

第一节　行政协议案件的举证责任 // 297

一、行政协议案件的双举证规则 // 297

二、合法性问题的举证责任 // 299

三、契约性问题的举证责任 // 302

第二节　行政协议案件的审查规则 // 306

一、构建行政协议的双审查制度 // 306

二、对行政协议的合法性审查 // 308

三、对行政协议合法性审查的其他问题 // 312

四、对行政协议的契约性审查 // 316

五、合法性审查与契约性审查的关系 // 319

第三节　行政协议案件的法律适用 // 323

一、受公私法拘束的行政协议 // 323

二、构建行政协议案件的双适法规则 // 325

三、对行政法律规范的优先适用 // 329

四、对民事法律规范的适用 // 331

第十二章 行政协议案件的裁判 // 339

第一节 统一于客观判决和主观判决的裁判方法 // 339

一、行政裁判方法的运用 // 341

二、民事裁判方法的运用 // 342

第二节 不同阶段的行政协议案件裁判方法 // 345

第三节 行政协议诉讼中的法官权力及多元的处理方式 // 353

附录

最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定 // 359

《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》新闻发布稿 // 365

参考案例 // 375

后记 // 390

第一编

行政协议的理论基础

公共服务是当代行政法的基础，亦成为公共利益的当代新形态，必须对其从主观与客观之间、行政与法律之间、行政任务和行政手段之间进行全新的阐释。行政法的特殊性是公权力主体为实现公益而行使公权力或提供公务。故行政法的调整对象是公权力和公务。在这个意义上说，行政法是公法，当属无疑。公共服务取代公共权力意味着行政任务和行政手段在一定程度上的分离，公共服务作为当代的行政任务是可以以私法的形式实施的，而不仅仅是公法手段（行政行为），这一现象的出现，对公私法的研究、现代行政的发展和行政法学的重构具有特别重要的意义。“以私法方式来实现公共行政”的典型代表行政协议，对传统行政法的观念构成了前所未有的挑战。这一切都促使我们不得不对行政法的法律性质重新定位。行政法不仅属于公法，也可以适用私法，化

解了对行政法的法律性质由于采用私法方式而产生的困惑，必将有助于应对因公共行政的日益复杂而带来的行政手段多样化和因公法私法的渗透融合而带来的行政法律性质不明等问题，从而为传统行政法学向现代行政法学的转化提供了难得的机遇。

第一章

公共服务：行政法的基础

行政与法律的关系是行政法研究的基础问题，对这个问题的回答不但会直接影响到行政法体系的建构，甚至可能触及整个行政法的根基。行政法调整的范围（公行政）从公共权力转变为包括公权力的公共服务，不仅意味着行政法调整范围的扩大，也意味着行政任务和行政手段在一定程度上的分离，公共服务作为当代的行政任务是可以以私法形式实施的。由此，公共服务成为行政法的基础，亦成为公共利益的新形态，从而不得不启发我们从新的综合的认识论和本体论认识公共服务，从而重新构建行政与法律的关系。

一、公行政的历史嬗变

“国家的本质特征，是和人民大众分离的公共权力。”它是“从社会中产生但又自居于社会之上并且日益同社会脱离的力量”，是“表面上驾于社会之上的力量”。[①] 国家的产生是同处理公共事务和阶级矛盾密切联系的，因而也是和社会分工密切联系的。恩格斯在《反杜林论》中认为，“当社会总劳动所提供的产品除了满足社会全体成员最起码的生活需要以外只有少量剩余，因而劳动还占去社会大多数成员的全部或几乎全部时间的时候，这个社会就必然划分为阶级。在这个完全委身于劳动的大多数人之旁，形成了一个

① 《马克思恩格斯选集》（第4卷），人民出版社1995年版，第114页。所谓国家权力是一种公共权力，第一，是说它不是一种私人权力；第二，是说它是表面上驾于社会各阶级之上的“第三种力量”；第三，是说它是以管理社会公共事务为己任，或为基本特征的。见武步云著：《政府法制论纲》，陕西人民出版社1995年版，第58页。

脱离直接生产劳动的阶级，它从事于社会的公共事务：劳动管理、政务、司法、科学、艺术等”。[①] 这里讲的“社会的公共事务”，就是国家的一些职能，而且多数属于现在所讲的行政职能。国家从其开始产生的那天起，就是以管理社会公共事务为其基本特征和职能的。而且说明，这种公共权力机关，为了保证居民对它的“尊敬”，必须使用法律的手段。换句话说，行政权、行政职能，从一开始就是国家存在的基本象征。行政法产生的事实基础就是随着国家的产生、国家行政管理活动而形成的事实行政关系。[②]

在自由资本主义时代，人们崇尚“管得最少的政府就是最好的政府”的格言，政府的职能被严格限制在较小的范围之内。这时候的行政法是控权法。19 世纪末，人类社会已步入工业化时代，基于自由法治国家的理念，并且参酌当时行政机关及行政行为的实例经验，行政法学的理论与概念体系，已告完成。这种形态的法治国家里，规范可以侵犯人民财产及自由关系的法律，是形成宪法的重心所在，在集自由主义行政法之大成的学者奥托·迈耶等人的努力下，受到法律约束侵犯人民财产与自由的“行政处分”，也成为行政法的重心。[③]

但是，到了 19 世纪末 20 世纪初，资本主义进入垄断阶段后，没有强大的行政权的主动作为和积极行动，已经无法保持经济的健康发展、维系社会的秩序和国家的安定，社会迫切要求行政权积极介入经济和社会领域。[④] 由此，法治国由自由法治国进入社会法治国，甚至是行政的社会法治国（又叫行政国）。彼德·巴杜拉认为，行政法学能够十分顺利地由自由主义法治国

① ［德］恩格斯著：《反社林论》，吴黎平译，人民出版社 1961 年版，第 278 页。

② 武步云著：《政府法制论纲》，陕西人民出版社 1995 年版，第 55—58 页。

③ 陈新民：《行政法之任务——彼德·巴杜拉的“自由主义法治国与社会法治国中的行政法”》，载陈新民著：《公法学札记》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 95 页。本书中所言“行政处分”不同于我国法律中关于行政处分是国家行政机关在机关内部对公务员实施的一种惩戒性措施的定义，而是指德国和我国台湾地区关于“行政行为”的表述。例如，在德国，行政处分是指行政当局为处理公法领域的具体事务，作出发生直接外部法律效力的命令、决定或者其他高权措施。在我国台湾地区，行政处分是指行政机关就公法上具体事务所为之决定或其他公权力措施而对外直接发生法律效力之单方行政行为。

④ 江必新著：《行政法制的基本类型》，北京大学出版社 2005 年版，第 198—199 页。

家时代所孕育而成之理念体系，转用在社会法治国时，则必须将行政任务朝向危险防止、征税、服务及引导四个方向发展。在社会法治国中，虽然法律实证主义已在形成法律之前探究了行政的任务，但行政法并不等于这个法律形式的实证主义。行政行为并非仅仅是国家实践法律与权力目的之手段，而是应作为国家福利目的之工具，来满足社会之需求。在这种行政行为体系之中，传统上作为行政行为中心之行政处分制度，已丧失其绝对的重要性。在社会法治国时代，国家应负担各式各样之任务，传统自由主义法治国家时代受限于国家目的之单纯性而产生行政行为“单样化”——即只依靠行政处分，已不符合时代的需要。因此，行政行为之法律模式已退居为次要之角色，可由行政所欲追求之任务而来决定所使用之法律方式。①

所以，在社会法治国中，行政任务和行政手段一定程度的分离，导致了两方面的变化。一方面，社会法治国的行政，为了满足其提供指导与服务任务的需求，产生了新的法律形式。其中有些提供指导性计划及提供服务的行政，可以以私法的形式实施。另一方面，就外观而言，即使社会法治国家，行政处分还是最常使用的法律形式。不过作为新式行政工具而言，行政处分已经改变了其内涵，不再只是注重其外在的法律形式。至于在行政处分的概念方面，就整个行政法的理念而言，却仍未产生一个完整的行政处分之概念。② 总之，在社会法治国下，行政任务的急剧膨胀，导致国家职能的转变和行政活动的扩张，同时也引发了行政方式的重大变革。除传统意义上的干涉行政外，为人民提供给付、服务或其他利益的给付行政为适应国家职能的转变而大量出现，过去的行政偏重于侵害行为，但现在要实现宪法上的民生主义，也就是要加强给付行政。行政法不能只限于在干预行政的领域发展，而要朝向福利行政、给付行政的方向努力。③

---

① 陈新民：《行政法之任务——彼德·巴杜拉的“自由主义法治国与社会法治国中的行政法”》，载陈新民著：《公法学札记》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 105—106 页。

② 陈新民：《行政法之任务——彼德·巴杜拉的“自由主义法治国与社会法治国中的行政法”》，载陈新民著：《公法学札记》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 94—95 页。

③ 翁岳生：《法治行政之时代意义》，载翁岳生著：《法治国家之行政法与司法》，月旦出版公司 1994 年版，第 223 页。