

双向诉讼抑或单向诉讼？

——行政协议诉讼的模式选择

范 奇*

目次

- | | |
|--------------------|----------------------|
| 一、问题的提出 | 四、我国客观行政协议诉讼模式的兼容与调试 |
| 二、行政协议诉讼制度创制的主客观路径 | 五、结语 |
| 三、行政协议双向诉讼模式的本土拷问 | |

摘要 我国行政协议诉讼制度确立后,面临着解决行政协议内在的“双向”结构冲突与融合的问题。部分学者主张借鉴德式经验,构建整体双向诉讼制度,但这种诉讼结构与我国目前的行政诉讼结构存在冲突。从行政协议制度创设的路径模式上看,德国倾向于主观模式,法国则倾向于客观模式,主张借鉴德式经验实际也会与我国大量借鉴法国行政协议进行制度创设的事实相冲突。同时双向诉讼制度还会与我国行政诉讼的客观诉讼定位有所抵牾,以及存在“外源制约”等四个方面的困境。基于此,暂不宜将双向诉讼制度直接移植入法。可取的路径是,进一步完善我国的单向行政协议诉讼制度。我国已有的制度具有兼容性,能够对行政协议的合约审查和强制执行机制进行吸收与调试,利用行政协议判例的累积构建公法合同规则体系。

关键词 行政协议诉讼 创制 路径模式 双向诉讼 客观诉讼

一、问题的提出

2020年1月1日,《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》(下文简称《行政协议司法解释》)正式实施,但并未消除对行政协议判定标准及诉讼制度设计的争论,^[1]行政协议制

* 西南大学教师教育学院讲师、法学博士。本文系重庆市社会科学规划博士项目“比较法视域下国外师德失范处理的法治构造与借鉴研究”(项目编号:2023BS092)、重庆市社会科学规划英才计划项目“行政法视野下中国高校教师聘任改革的理论与制度研究”(项目编号:2022YC073)的阶段性成果。

[1] 参见郭雪、杨科雄:《行政协议判例精解与实务指引》,中国法制出版社2021年版,序言第1页;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》,载《环球法律评论》2020年第1期;王春业:《行政协议司法解释对PPP合作之影响分析》,载《法学杂志》2020年第6期。

度的结构要素及法理逻辑仍有待明确。行政协议诉讼应采取何种结构模式与制度路径选择,影响到行政协议制度的功能和范围,是当前不可回避的前沿课题。鉴于行政协议的“协议性”,较多观点支持构建一种整体双向诉讼模式。如刘飞教授提出“双向性诉讼制度是一种必然选择”〔2〕;王敬波教授认为需“创立不同于单方行政行为的审查规则”〔3〕;2018年5月的《行政协议司法解释》(征求意见稿)第7条中也曾讨论过是否导入行政协议反诉制度;〔4〕还有学者从“法律关系”视角讨论将协议争议整体纳入审查〔5〕等。

整体双向诉讼模式的核心要素与技术架构是,行政机关具有诉讼原告资格。但对于这个问题,全国人大常委会法工委的态度十分鲜明,我国行政协议诉讼的原告遵循恒定原则,“如果行政机关可以作原告,与行政诉讼法的性质不符合,与行政诉讼法的规定也不相适应”。〔6〕立法者的态度表明,目前行政协议诉讼的理论模式与实践脱节。脱节的发生机理为何?在宏观层面,双向诉讼可归结于何种制度模式或创设路径?脱节是否因为未完全考虑到我国的行政审判结构特色,及实践发展情况?在比较法层面,是否存在与之对应的路径选择?

法谚云:“法的生命在于经验。”基于上述问题意识,本文拟从具有“经验性”的社科法学视角,对行政协议诉讼创制的路径作考察。首先,明晰行政协议诉讼创制的主客观路径,并对路径特色及功能模式差异进行阐释;其次,明确我国行政诉讼制度的宪法基础及功能变迁,论证我国行政协议诉讼创制的客观模式定位,说明整体双向诉讼模式的困境;最后,阐释我国行政协议诉讼模式特色,并在此定位下实现制度本身的兼容性,适当调试并提出完善建议。

二、行政协议诉讼制度创制的主客观路径

(一) 何谓主客观路径

主观和客观是哲学上的对立概念,以是否依赖个体意志为主要区分标准。〔7〕主客观价值分类是公法制度比较研究的基本方法。如德国基本权利的双重性质,即是“Recht”(法)一分为二,“subjektives Recht”指向法的主观面向(主观权利),“objektives Recht”指向法的客观面向(客观法),两者核心差异是“是否赋予个人以请求权”。〔8〕在行政诉讼模式上,德国倾向于“保护个人主观公权利”的主观模式,法国则是“维护客观法秩序”的客观模式。〔9〕

主客观法的差异是:

首先,价值基础差异,主观法服从个体自主意志,以个体请求权为基础;客观法服从整体制度的客观安排,以制度发展目标为基础。其次,要素构造不同,主观法面向“个人—国家”双向结构,

〔2〕 刘飞:《行政协议诉讼的制度构建》,载《法学研究》2019年第3期,第46页。

〔3〕 王敬波:《行政协议助推行政诉讼构造变革》,载《中国社会科学报》2020年6月5日,第5版。

〔4〕 参见马立群:《行政诉讼反诉制度的诉讼构造及创设路径》,载《交大法学》2020年第4期,第108页。

〔5〕 参见陈天昊:《行政协议诉讼制度的构造与完善——从“行为说”和“关系说”的争论切入》,载《行政法学研究》2020年第5期。

〔6〕 最高人民法院行政审判庭编著:《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65页。

〔7〕 如马克斯·韦伯曾以实质合理性与形式合理性来辨析个体意志对法律的差异影响,参见苏国勋:《理性化及其限制》,商务印书馆2016年版,第214页。

〔8〕 张翔:《基本权利的双重性质》,载《法学研究》2005年第3期,第29页。

〔9〕 参见薛刚凌、杨欣:《论我国行政诉讼构造:“主观诉讼”抑或“客观诉讼”》,载《行政法学研究》2013年第4期,第30—31页。

以自由主义为教义;客观法面向“团体—个体—国家”多向结构,以社群主义为信义。再次,指向对象不同,主观法关注个体权利的侵害恢复;客观法对法规范涵盖的所有权利和利益都予以救济。复次,空间领域不同,主观法主要发生在谋求个体独立与自由的自由主义阶段;客观法发生于寻求个体解放与多元发展的社会主义阶段。最后,处理原则差异,主观法按照个体意志自由思路,比照私法自治原则进行处理,体现私法秩序的自发性特点;客观法遵循团体秩序维护思路,导入授权法定主义原则,体现公法秩序的建构性特征。

依据这种差异,可划分出行政协议诉讼创制的两种路径:

一种是主要满足市场互易行为的协议,围绕合意性与权利救济要素,基于制度结构的横向性与单向性特征,按照意思自治与权利优先原则,对协议约定内容与直接关联权利展开有限审查。另一种是主要发挥国家治理功能的协议,围绕法定性与秩序维护要素,基于制度结构的纵向性与整体性,遵循依法行政与公益至上原则,对协议规范内容与涵盖的所有权利和利益进行全面审查。

两者的差别详见表 1。

表 1 行政协议诉讼主观与客观路径差异

主要特征 \ 制度路径	主 观 路 径	客 观 路 径
价值基础	合意性与权利救济	法定性与秩序维护
要素构造	横向性与单向性	纵向性与整体性
权利对象	权利的约定性与直接性	权利的法定性与间接性
空间领域	市场互易性	国家治理性
处理原则	意思自治与权利优先	依法行政与公益至上

(二) 协议诉讼创制路径分野系制度本身逻辑所致

为何会出现两种诉讼路径分野呢?作为直接动因,这与行政协议制度自身的创设路径,及制度逻辑差异有关。以下以德法两国为例证,阐释这种创制差异。

我国台湾学者王必芳在对两国行政契约适用领域考察时发现,德法两国行政契约的适用领域几乎截然相反,导致二者功能迥异,法制安排也存在差异。^[10]通过历史与现实的考察,两国行政契约创制的主客观差异,主要表现在价值基础、要素构造与处理原则上。

其一,德国行政契约的首要价值取向和功能目标是,保护私权、实现契约平等。在严格依法行政时期行政契约不被容许,其担心会击垮传统“高权行政”秩序,侵害相对人权利,随着“拟制平等”理论的深化与制度完善,德国《联邦行政程序法》第四章确立了以隶属契约为根基的公法契约体制,隶属契约的核心功能是“强化意愿交流”^[11],提高相对人地位、凸显主体意志。

[10] 参见王必芳:《论法国行政契约的特点》,载《台大法学论丛》总第 102 期(2017 年),第 142—143 页。

[11] 徐键:《功能主义视域下的行政协议》,载《法学研究》2020 年第 6 期,第 105 页。

与之相比,法国行政契约以履行公共服务、维护公共秩序为设计出发点,围绕特定公共资源的合理配置,契约双方地位不平等不仅未成为制度设计时的阻碍或设立防弊机制的理由,反而构成了契约成立的前提和基础,^[12]契约双方皆受制于一种基于利益共同体的公共信赖或公共精神。

其二,德国隶属契约的内在逻辑是,舒缓科层行政紧张关系,吸收私法原则(平等、自治),“矮化”或“淡去”行政机关的主宰地位,以达致“拟制平等”,在结构要素上体现横向性与单向性特征。

而法国行政契约的原型——特许契约,在机理上被视为一种“契约规定的授权”^[13]。特定公共资源、公共利益以及其他国营或所有权利(力),经由契约方式授予给公民、企业(相对人),从而产生与行政主体“相似”的权力义务结构效应。^[14] 特许人与受许人之间的关系因“服务对象”的介入而具有多向性,在结构要素上呈现纵向性与整体性特征。

其三,在发生学上,德国行政契约是对私法契约的临摹与借鉴,引发制度内部权力结构从“公法→私法”的运动变迁,可归约为“公法私法化”,在行政效力层面,强调意思自治与权利优先,德国《联邦行政程序法》第59、62条均明确准用或补充适用民法典。

而法国特许契约构造了受许人“相似”的公法主体身份,将私人融入达成给付行政任务的公法组织结构中,实现社会组织(私人)公益性的“聚合”,内部行为结构的运动轨迹方向恰是“私法→公法”。特许人享有法定的监督、命令与形成权。

(三) 深层根源: 行政行为生成的价值与路径分歧

德法行政协议制度的路径分野,根源在于行政行为生成路径的分歧。

德国行政行为以“意思表示为中心”,“行政机关期望通过法律上的拘束力去塑造行政法律关系(Ein Verwaltungsrechtsverhaeltnis mit rechtlicher Verbindlichkeit gestaltet)”,^[15]行政机关“意欲发生法律效果”,“即使是羁束行为,行政机关通过行政行为而将法律规定予以具体化时,也绝非对法律机械化的重述,而是一种具有创造性的、能动性的、体现了行政的主管控制以及意思决定的过程”。^[16] 可见,德国学界借鉴民事行为意志中心理论,对行政行为的效力进行了建构,如民事效力瑕疵理论对行政行为违法性的判定、民事归责与赔偿理论的公法挪移现象、民事诉讼要件与规则的准用等。这种以表意为中心的路径,使得行政行为呈现出“明显的分散化、个体化和主观主义”特征,“行政行为的效果限于个体化的权利义务”,^[17]行政行为创设的目的与价值集中在行政主体的意志表达与个体权利救济的技术处理。

法国行政行为主要是行政机关活动的一种可支配法律手段,有形式行政行为、实质行政行为与功能行政行为之分。^[18] 遵循法国公共服务理念,弱化了对民事行为成熟的“意思表示”与“主观诉求”体系的借鉴动力。例如,实证主义代表——莱昂·狄骥(Leon Duguit)的社团理论,主张摧毁“个人自由底色和主观主义法律”的基础,狄骥多次表示个人自由并非道德、自然的,而是一种源自

[12] 见前注[10],王必芳文,第107页。

[13] [法]让·里韦罗、让·瓦利纳:《法国行政法》,鲁仁译,商务印书馆2008年版,第296页。

[14] 参见翟翌:《基于“相似性”本质的行政特许界定及其应用》,载《中国法学》2016年第1期。

[15] Vgl. Joern Ipsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, C.H.Beck, 2000, Rn.336.转引自赵宏:《法治国下的目的性创设——德国行政行为理论产生及功能的历史考察》,法律出版社2012年版,第118页。

[16] 同上注,第120页。

[17] 成协中:《行政行为概念生成的价值争论与路径选择》,载《法制与社会发展》2020年第1期,第157页。

[18] 参见王名扬:《法国行政法》,北京大学出版社2016年版,第105页。

完成社会任务及促进社会团结的义务,“‘义务的自由’概念要求政府‘促进所有个体在物质,智识,道德方面均处于能够自由发展其个体活动的条件中’”,迫使作为权力掌握者的政治集团与个体意志都臣服于基于公共服务义务的客观法,从而净化一切私法中的“主观因素”。^[19] 1922年伯纳德(Bonnard)“意思非自治理论”的提出,说明法国公法的基础已掉头转向客观主义。^[20] 法国行政行为的目的集中在,保障政府行为的合法性、维护良好公共秩序以及促进个人行为“共同的善”(bien commun)等方面。

通过知识性考察,初步说明德法两国行政行为创设存在路径差异,作为一种法治背景或底色思想,会对涵盖于其下的“协议行政行为”产生较大程度的“路径依赖”^[21]效应,驱使行政协议在惯行路径中不断演化。因此,路径差异是两国行政协议制度及诉讼模式分野的根源。

三、行政协议双向诉讼模式的本土拷问

1999年,我国《合同法》起草时,行政合同曾因“不平等性”结构而被拒。现今主流观点认为,构建具有“平等性”的双向诉讼模式是行政协议诉讼制度的出路。从“不平等性”到“平等性”,观念之反转表明,我国行政协议诉讼制度机理存在认识争议。双向诉讼模式借鉴了哪国路径?我国行政协议诉讼制度路径基础何在?现阶段行政诉讼制度及结构可否容许双向诉讼模式?本节欲解答这些问题。

(一) 树立靶心:双向诉讼主要以德式为借镜

1. 双向诉讼主要参照德国法制。例如,前述学者明确提道:“早在1960年,《联邦德国行政法院法》已经向所有公法争议开放,允许就行政契约提起行政诉讼,行政机关也有反诉请求权。”^[22] 《德国行政法院法》第89条第1款明确了反诉的提起情形:“只要反诉请求与起诉所主张的请求或另一方提出的防御措施相关。”^[23]学者多以这类德国给付之诉为跳板介绍反诉原理,从而引入行政协议诉讼原告资格和诉权的追问。

2. 双向诉讼的证立,多半是依据德式法治经验,通过揭示单向诉讼模式困境,由此得出双向模式的必要性。例如,学者认为相对人和行政机关在两个不同的程序中,会造成“繁复与拖沓”及“处置结果差异”。^[24]也有的针对行政机关不能提起行政诉讼救济的问题,对目前两种解决方案进行分析,得出建立对等关系的反向诉讼之必要的结论。^[25]还有的从合同的相对性与平等性出发,认为仅仅赋予相对人原告资格而禁止行政机关的反向诉讼,有违合同的对等理念。^[26]也有学者从诉讼争议解决实效以及公共利益维护出发,认为否定行政主体反诉权利不利于公益纠纷的解决,

[19] [德]迪特·格林(Dieter Grimm):《狄骥思想之德式解读》,王蔚译,载《交大法学》2018年第3期,第160—161页。

[20] R. Bonnard, La conception juridique de l'Etat, RD publ. 1922, p.55 - 56.转引自成协中:《行政行为概念生成的价值争论与路径选择》,载《法制与社会发展》2020年第1期,第162页。

[21] 参见[美]道格拉斯·C. 诺思:《经济史中的结构与变迁》,陈郁、罗华平等译,上海三联书店1991年版,第226—231页。

[22] 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219页。

[23] 何海波编:《中外行政诉讼法汇编》,商务印书馆2018年版,第702页。

[24] 见前注[2],刘飞文,第45—46页。

[25] 参见徐键:《相对人不履行行政协议的解决路径》,载《政治与法律》2020年第11期。

[26] 参见梁风云:《论行政合同诉讼的基本构造》,载姜明安主编:《行政法论丛》2012年第15卷,法律出版社2014年版。

转介强制执行程序徒增资源消耗,还可能碍于诉讼结构,无法采取财产保全措施限制“相对人逃避债务”行为,进而损害公共利益。^[27]另有学者认为,单向诉讼模式主要有两个方面的问题:一是效力争议方面,行政主体缺乏意思表示瑕疵的诉讼救济机会;二是履约争议方面,行政主体缺失通过诉讼督促相对人履约的途径。^[28]

3. 双向诉讼模式的理论基础是,德国的行政行为理论及公法请求权理论。德国行政行为理论把狭义行政行为与行政契约置于同一位阶,一旦缔结公法合同就不应再回到具体行政行为,来履行合同内容或实现行政目的。^[29]我国台湾地区亦存在“行政行为与行政契约的并行禁止”原则,^[30]说明传统行政行为的效力理论不及于行政契约行为。缺乏单方强制性使得行政机关不得凭借程序回转或借助行政行为公定力进行处理,恢复行政机关向法院提起争诉的诉权资格成为“返璞归真”之计。^[31]

综上,行政协议双向诉讼模式主要参照德式主观路径,但其与我国行政协议的创设路径存在裂缝。

(二) 路径衔接断裂:我国行政协议制度创设时主要以法式为蓝本

一开始,我们对行政契约的体系性认知,归功于王名扬《行政法概要》中对法国行政合同的介绍。行政优益权理论契合我国市场经济转型时期政府运用调控职能的客观需求,如《国有土地使用权出让和转让暂行条例》第17条规定的政府享有单方解除权,第24条规定的政府按时“收回权”。正如学者所言,20世纪末我国行政协议制度的建立主要以法国模式为蓝本,^[32]行政协议活跃于政府特许经营、土地房屋征收补偿等公共资源配置领域。

在具体内容层面:

第一,我国行政协议识别的首要核心标准是,“实现行政管理或者公共服务目标”,这直接移植于法国“目的标准”。“法国非常强调行政合同的公共服务特性,认为合同是政府为了‘公共服务’和‘经济干预’的行政目的而采取的一种方式手段。”^[33]

第二,在行政协议分类上,《行政协议司法解释》中对协议的列举深受法国“公务理论”的影响,法国行政合同无论是在适用领域还是在政府的积极能动性方面,都更能满足我国政府部门治理现代化的要求,“公法人掌握着一些与至高无上的共同利益相联系的特权,使之在法律地位上优于共同签约人”^[34],从而更具积极行政效果。

第三,在“合意要素”效果层面,客观路径(法式)否定合意要素,而我国法院也对“协商订立”构成行政协议成立的实质要件表示否认;^[35]在“合意要素”结果上,我国法院支持“不可预见理

[27] 参见黄先雄:《论行政协议诉讼嵌入后的法秩序困境及其消解》,载《法治社会》2021年第3期,第14页。

[28] 参见陈天昊:《行政协议诉讼制度的构造与完善——从“行为说”和“关系说”的争论切入》,载《行政法学研究》2020年第5期,第49页。

[29] Vgl. Schlette, Die Verwaltung als Vertragspartner, 2000, S.587.转引自前注[2],刘飞文,第38页。

[30] 参见林锡尧:《行政法要义》,元照出版公司2016年版,第466页;林明锵:《行政契约法研究》,翰芦图书出版有限公司2006年版,第166—167页。

[31] 见前注[22],于立深文,第217页。

[32] 参见于立深:《行政协议司法判断的核心标准:公权力的作用》,载《行政法学研究》2017年第2期,第39页。

[33] 李颖轶:《法国行政合同优益权重述》,载《求是学刊》2015年第4期,第98页。

[34] 见前注[13],让·里韦罗、让·瓦利纳书,第557页。

[35] 参见兰某某诉辽宁省抚顺市东洲区人民政府等征收补偿案,最高人民法院行政裁定书(2017)最高法行申2839号。

论”(法式),强化行政协议的存续力;^[36]在公益与私益价值定位上,明显借鉴法国以“公共服务目标”作为协议内容的调整动因,维护公共利益与保障私人权益两种宪法价值之间的张力明显。^[37]

第四,在规则设计上,《行政协议司法解释》第16条“经济平衡”要求,是法国“财务平衡”规则的体现。公务行政特许、行政优益权、资源的公共性以及市场平衡规则等理论与制度都深具法国特色。

法国行政合同理论对我国行政协议的创制影响颇深,若“闷头”扎进德式路径则会造成法制冲突。正如学者所言:“就像是同时采用规格不一的零件去拼凑一部汽车,有时候会造成该汽车行驶不顺畅或根本行不通。”^[38]除此之外,亦需要考虑我国的行政诉讼模式定位问题,若以主观行为路径拼接客观诉讼模式,会造成法制体系内部的“错列”与“断层”。

(三) 制度基础抵牾:我国行政诉讼倾向于客观诉讼

我国《行政诉讼法》第1条列举了三项诉讼目的,学界对此功能定位存在争议。笔者认为,现阶段行政诉讼可定位为客观诉讼,理由如下:

第一,规范层面上,我国《宪法》第41条第1款规定公民享有“批评和建议的权利”“提出申诉、控告或者检举的权利”,这是行政诉讼的宪法依据。该条的目的是对行政行为进行监督、维护良好的公共行政秩序,是一种客观诉讼功能,这种“客观宪法秩序塑造的功能”^[39]是由我国的权力格局所决定的。而我国《宪法》的基本原则以及人权保障等条款,亦具有解释与支撑行政诉讼客观模式定位的效力。^[40]我国的人权依靠使命型政党进行拓展,人权内在的集体性、发展性、综合性、协调性与可持续性^[41]决定了,它并非大陆法系的那种个体的、消极的主观公权利,行政诉讼制度承担着集体利益。

第二,功能层面上,2014年《行政诉讼法》修订,将“解决行政争议”置于立法目的之首,体现了司法的社会治理功能。^[42]司法需要回应维护国家整体安全、化解人民内部矛盾、促进社会正义实现、保障广大群众安居乐业这一执政党目标;需要提高“通过产出司法产品参与并实现国家治理”的能力,这成为“司法改革的新取向”,实现“让司法更能司法”;需要“对弱势群体的真切关怀、对社会公众朴素正义观的认同”。^[43]这些司法改革促使我国行政诉讼更加注重客观诉讼效果,促使其主动融入社会主义现代化治理的新格局中。

第三,历史变迁层面上,我国行政诉讼制度的诞生冲破几千年“官贵民贱”的封建思想观念,把

[36] 参见寿光中石油昆仑燃气有限公司诉寿光市人民政府、潍坊市人民政府解除政府特许经营协议案,山东省高级人民法院行政判决书(2017)鲁行终191号。

[37] 参见陈天昊:《行政协议的识别与边界》,载《中国法学》2019年第1期,第157—158页。

[38] 见前注[30],林明锵书,第42页。

[39] 邓刚宏:《论我国行政诉讼功能模式及其理论价值》,载《中国法学》2009年第5期,第60页。

[40] 成协中教授从人民主权原则、人民代表大会制度、民主集中制原则以及合宪性规定等方面做了较为细致的总结,参见成协中:《论我国行政诉讼的客观诉讼定位》,载《当代法学》2020年第2期,第80—82页。

[41] 参见中华人民共和国国务院办公厅:《中国共产党尊重和保障人权的伟大实践白皮书》,载中国政府网2021年6月24日,http://www.gov.cn/xinwen/2021-06/24/content_5620603.htm。

[42] 司法活动受制于社会发展阶段,应参与到社会转型时期各类纠纷问题的治理、积极形塑公共秩序,参见[美]本杰明·N.卡多佐:《法律的成长》,李红勃、李璐怡译,北京大学出版社2014年版,第12页。

[43] 章志远:《行政争议实质性解决的法理解读》,载《中国法学》2020年第6期,第134—135页。

权力关进笼子里。^[44] 当时的专家团队,如王名扬先生、朱维究教授、费宗祯法官以及立法界张友渔先生等,基本认同行政诉讼在制约权力、解决纠纷、促进安定团结等方面的功能。确立“维护与监督”行政机关行使职权目的即是基于这一背景。2014年《行政诉讼法》修订,确立立案登记制度、复议机关当被告制度、行政机关负责人出庭应诉制度等制度,2017年确立行政公益诉讼制度。上述修订本质上是对原有客观秩序功能的适时调整与结构深化。

(四) 外源制约: 构建双向协议诉讼模式的其他困境

除了与我国行政协议制度的路径衔接存在断裂,以及行政诉讼的客观诉讼定位抵牾等内生性矛盾外,双向诉讼模式还可能存在四个外源性困境:

其一,否定《行政诉讼法》的最新改革成果,造成频繁修法后果。2014年《行政诉讼法》修订历时之久、来之不易,不可轻言废弃。作为一个成文法系国家,法律的权威和效力在于它的安定性与有序性,频繁修法不仅徒增立法成本,也可能使得已稳定的社会秩序因法律规则的随机性与不确定性而陷入混沌。“民告官”是我国行政诉讼的根基,^[45]构建双向协议诉讼将动摇整个制度根基,无论是修法成本之巨或是朝令夕改的决策风险都足以打消此念头。立法者最终维持“民告官”的基本诉讼结构,说到底是在广大人民群众和立法决策者的时代选择,不宜仅凭理论层面的推敲轻易得出修法结论。

其二,忽视我国特殊的行政法律文化,引发“致命的自负”效应。我国“官本位”文化仍然存在。行政诉讼虽构建起“个人—国家”的对峙关系,但这种关系“也没有改变中国社会数千年历史积淀下来国家本位的底色”^[46]。因此,这样一种“民告官”的监督制度是历史的必要,在起诉规则、被告身份、举证规则及判决类型上都作了有利于原告的调整,努力平衡“斜坡上的跷跷板游戏”。倘若适用民事诉讼的双向平等规则,原先为平衡双方实力不平等所作的建构性努力将消失殆尽,行政机关事实上的支配力以及隐藏在公共利益与行政优益权之下的强制权、指挥权和监督权,都可能摧毁这单薄的“一纸之约”的效力,“官本位”文化实际会助推这一效果。反之,若双方完全处于实质平等地位,所签订的合同则不应认定为行政协议,而是民事合同。

其三,影响行政治理效能,间接损害社会整体利益。现代社会通过法律的社会控制,归根结底是行政权对秩序的维护,行政权的有效运作是良好秩序形成的基础。“我们不可轻易消减、克扣行政权,使行政机关面对失态的社会秩序有心无力”^[47],因而有学者提出行政效能作为我国行政法的基本原则。^[48]构建行政协议双向诉讼不免实质性地消解行政机关作为公益代表者的优益权地位,在相对人拒不履行行政协议义务时,通过绕道司法机关居中裁判再予执行,不仅徒增司法成本、影响行政效率、损害公共利益,而且削弱了行政权在公共秩序层面的控制力,不符合我国民主集中原则下的权力分工配合结构。

其四,误解我国行政法内在结构,混同民事与行政法界限。基于不平等结构,民法学者将行政契约视为“伪概念”^[49],为此,行政法学者试图通过双向诉讼模式来恢复双方地位的平等样态(形

[44] 参见何海波编:《行政法治奠基石: 1989年〈行政诉讼法〉史料荟萃》,法律出版社2019年版,第434页。

[45] 据江必新大法官回忆,导入行政协议也引发过建立“官告民”诉讼结构的讨论,但最后大家坚持认为“这个改动起来很麻烦”,先不动为好。见前注[44],何海波书,第502页。

[46] 章剑生:《作为介入和扩展私法自治领域的行政法》,载《当代法学》2021年第3期,第52页。

[47] 章剑生:《现代行政法总论》(第2版),法律出版社2019年版,第18页。

[48] 参见沈岿:《论行政法上的效能原则》,载《清华法学》2019年第4期。

[49] 参见阎磊:《行政契约批判》,知识产权出版社2011年版,第4章。

式平等结构)。但以“不平等”作为我国行政法的基础理论思想存在认识偏差:一方面,我国国家机关权力的目的是为人民服务,两者不存在实质的不平等,即使行政法律关系中存在某些权力义务上的不对称性,但在总体上“行政权(权限)与公民权(权利)是平衡的”^[50];另一方面,行政法治本质是一种“跷跷板”平衡游戏,公法主体享有权力也需要承担义务遵守规则,贸然改变一方地位反而会打破原先的平衡。事实上,行政关系也具有内在平等性,如在新行政法律关系学者看来,横向与纵向关系不是民事与行政关系的本质区别,两者的关键区分在于法律调整的顺位差异。民事关系具有交换性与初次性,行政关系具有调控性与二次性特征,当民法对私益冲突的调整“出现局限、力不从心或不合适时”,行政法作为“第二次调整利益的分配法”起到及时的备位效果。^[51]因此,主张构建具有平等性(形式)的双向诉讼模式,以消解主体双方的结构不平等,其出发点存在误解,结论自然也会存在某些偏差或问题。

四、我国客观行政协议诉讼模式的兼容与调试

前文指出的我国的客观行政协议诉讼模式,并非是指选择法国行政合同创制模式,而是着重表达我国行政合同创设时对法国模式借鉴较多,系基于我国行政诉讼客观模式倾向做的判断。但事实上,目前我国行政协议在功能上有所综合,涵盖了“德式”对行政处分的契约化改造和“法式”对私法合同的公法约束两种特征,因而我国行政协议诉讼制度具有一定的本土特色,是一种非纯正的客观模式。^[52]这种模式需要依靠当前行政法理论的演绎与发展,最终实现兼容及部分制度的调试修正,完成功能再造与目标的完善。

前述学者对双向诉讼的主张,其实是看到了目前行政协议诉讼制度的本质问题,即“客观诉讼”结构与双向行为之间的矛盾,实际是行政协议行为与传统行政行为的关系问题,影响到行政协议的效力安排、审查模式、执行模式及制度发展的走向。以下就这些问题进行澄清与阐释。

(一) 核心问题: 行政协议作为一种双层性混合行政行为

目前行政诉讼主要是围绕传统(狭义)行政行为的合法性展开,行政协议与传统行政行为的要素区分及效力关系成为核心问题。德国学者认为两者是并列行为,在同一法律关系中两种行为原则上并行禁止,因而协议行为不具有行政行为效力,需要突破单向诉讼结构。但是何谓“两种行为并行禁止”,相关表述中多以一种原则性的概念呈现,^[53]其内涵并不清晰,这就导致其在实践问题的处理过程中无法适用,典型例证是我国台湾地区聘任教师合同解聘的性质认定。

我国台湾地区教师合同属于一类行政契约,解聘行为究竟是行政处分抑或合意解除行为

^[50] 毕洪海:《行政法律关系性质的反思——基于公私法关系区分的考察》,载《北京社会科学》2017年第6期,第126页。

^[51] 黄宇骁:《行政法学总论阿基米德支点的选择》,载《法制与社会发展》2019年第6期,第152页。

^[52] 我国行政协议以“行政法上权利义务内容”为识别标准,既包括了“行政机关的权力与职责,也包括相对方的权利与义务”,因而是公益与私益的混合模式,参见黄先雄:《论“行政法上权利义务内容”的识别及其对协议性质的影响》,载《清华法学》2023年第3期,第21—38页;在行政协议创制的路径依赖上,我国行政协议也具有综合性,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146—156页。

^[53] 见前注[2],刘飞文;前注[22],于立深文;前注[30],林明锵书,第166—167页。

呢? 2009年7月,我国台湾地区“最高行政法院”第1次法官庭长联席会议讨论了教师解聘决定的法律性质,结论是“该决定系对外发生效果之单方面行政行为,具有行政处分之性质”^[54]。这种定性立即引发学界的反驳,理由是“行政契约关系是教师与学校间基于平等地位而订立的,若在此关系中允许行政机关以处分的方式变更契约内容或将契约效力消解,对契约相对人(尤其相对人为人民时)而言,殊为不公,并将造成法律关系之不确定性,即‘两种行为并行禁止原则’”^[55]。然而,利用并行禁止原则否定解聘的处分性质,则事实上承认了解聘是一种合意解除行为,即“解聘条款并非赋予学校监督权,基于行政契约不宜割裂的法理,解约应属于终止聘任契约之意思表示”^[56],但我国台湾地区“教师法”第14条的规定,具有明显的单方性、强制性与法定性等特征,解聘是行政优益权的体现。“并行禁止原则”能在理论层面成立,却无法有效解释和回避行政指挥与监督权存在的事实,一旦签订行政契约即不允许行政机关以任何形式的处分行为介入,也不符合行政权的基本特征与政府社会秩序维护功能的现实。因此,“并行禁止原则”也只是作为一种“攻击之术”,却未给出解聘行为为何,及如何纳入行政诉讼范围更为行之有效的答案。

这种困境发生的主要原因是,过度割裂行政行为的表现形式与本质目的之间的关联。2014年我国《行政诉讼法》修正,明确抛弃“抽象—具体”行政行为框架,行政行为的范围扩大。纳入行政法学视野的广义行政行为,早已超越传统权力行为的行政处分范畴,但不论是权力行为、非权力行为抑或事实行为都只是一种表现手段,本质目的是保护公共利益与维护公众秩序。出于这种需要,任何行政领域原则上都需要行政优益权之存在,只是采取的表现形式有差异,如权力行为采取的是命令,协议行为采取的是合意。但当不能达到公益保护或秩序维护之目的时,两者都会采取进一步的强制措施。只不过传统行为可将原始命令行为继续深化,而协议行为需要切换效力实现手段。在此,行政协议的结构逻辑具有层次性,由“初始合意效力+备位强制效力”两个递进的层次组成:“初始合意效力”强调行政权的民主性与合意性,是现代民主法治国家下威权行政转向平权行政的一种必然产物;“备位强制效力”强调行政权的兜底性与必要的强制性,是福利国家过渡到“规制国家”后担保行政方式的生动体现。

某种意义上,行政协议内在的机制原理与辅助原则、自我规制理念一致,行政机关作为合同的一方当事人,拥有一种备用而又不常用的次级或辅助性权力,通过协议进行合意立法在总体目标、组织事项、权利配置、行为程序、责任救济等方面,对相对人给予规则指引,促成相对人通过内部管理,在不抵触外部协议框架的规定下运用自身的组织和结构优势完成公共服务(行政)任务。因此,行政协议实际上拉长了传统行政行为的实现过程,类似一种多阶段行为,应将其视为一个总体,仍可被纳入以完成公共任务为目的的行政行为中。

(二) 审查模式: 合约性审查作为合法性审查的特殊形式

基于行政协议合意性效力特征,传统观点认为其突破了合法性审查框架。但这种主张混淆了民事合同与行政协议合约性审查的区别,“合约性审查在行政诉讼中,应当作为合法性审查的特殊形式而存在”^[57]。合法性审查是行政诉讼的基础,但合法性判断并不局限于传统法律保

[54] 葛克昌:《公立教师解聘等争诉之救济途径》,载《月旦裁判时报》第2期(2010年),第34页。

[55] 高点法学编辑委员会:《公立学校对其教师解聘、停聘或不续聘之法律性质及当事人之救济途径之择定》,载《判解集》第5期(2010年),第118页。

[56] 吴瑞哲:《公私立学校教师解聘、停聘或不续聘之法律性质与救济程序》,载《教育实践与研究》第1期(2014年),第110页。

[57] 张向东:《论行政协议司法审查的标准与方式》,载《政治与法律》2021年第7期,第157页。

留等范围及思维方式上,如是否以符合法律约定的方式做出行政行为同样是一个合法性问题。换言之,行政机关的“违约行为”也是行政权滥用的一种表现。作为一种特殊审查,其表现如下:

其一,合约性审查主要以《民法典》及相应的民事法律规则为依据,在审判准据法的适用上,会涉及私法与公法规范的选择问题。但从新行政法律关系视角看,作为“第一性的私法”与“作为第二性的公法”不存在本质冲突,两者是一种互补关系,可按照规避公法规范冲突,有利于保护公共利益及个人权益保障的标准结合适用,而不会出现合约性审查与合法性审查的断裂。

其二,在审查的深度上,合约性审查亦是对行政机关权力的合法、合理性进行审理,因此审查范围不局限于当事人的履约等请求,这是全面司法管辖原则的体现。例如,在“黎某宏诉韶关市人民政府、韶关市国土资源局行政补偿纠纷案”^[58]中,基于合同的相对性原则,韶关市国土局并非行政协议的主体,应该不能参与案件审理,但韶关市国土局就当事人补充协议的履行做出过《答复意见》,二审法院对此《答复意见》主动进行审查,并判决撤销,法院履行了全面审查义务。

其三,在审查逻辑上,行政协议的合约性审查也应进行公益衡量,如有学者提出“功能主义”审查进路,以合法性审查为底色、导入利益衡量原则,^[59]从而确立区别于民事合同的多重利益(国家、集体、第三人、当事人)平衡的公法审查路径。在行政协议效力的判定上,利益衡量原则亦发挥着重要作用,例如未给当事人造成实际损害的程序轻微瑕疵不影响行政协议的效力。

这种特殊的合约性审查,与之配合的一个重要措施是,丰富行政协议诉讼的判决类型。《行政协议司法解释》第9条确立了6种具体诉讼判决和一个兜底条款,未来需要进一步向三个方向完善:

第一,有序扩展给付判决的适用范围。判决继续履行行政协议是行政法上的第一性权利,继续履行既可以是“依约履行”,也可以是“依法履行”,具体需结合原告的实质诉求。法官对违约行为的审查不局限于诉求范围内,根据利益衡量原则,在查明事实的基础上法官可直接做出履行判决。

第二,适当拓宽变更判决的空间。传统行政诉讼法的变更判决适应范围仅限于行政处罚金额计算错误,对行政协议的审查较多时候会涉及合理性变更这类裁量权问题,若采取撤销判决容易引发程序上的烦琐与重复。在房屋征收补偿以及支付抚恤金、保险金等协议纠纷中,在查清事实的基础上,法官可直接采取变更判决,及时化解社会矛盾。

第三,完善撤销判决及无效判决的转换制度。《行政协议司法解释》第14条和第16条分别确立了可撤销的两种情形——私法路径(重大误解)与公法路径(行政优益权),但是两者之间可能存在功能交叉,导致要件悬置、逻辑混乱之弊端,需以“公共利益衡量标准”对两条路径进行整体式改造,^[60]减少两者之间的抵牾、实现融合互补。行政协议中存在公共与私人利益的交织,当原告选择的判决类型有损公共利益,但又不得不为侵犯公民权利的行政行为提供救济时,诉讼判决类型转换成为必要,因此判决类型的转换可不以当事人诉讼请求为前提,但在转换时需注意向原告释明,主动查明损害赔偿等问题。

[58] 参见郭雪、杨科雄:《行政协议判例精解与实务指引》,中国法制出版社2021年版,第56页。

[59] 参见陈天昊:《行政协议合法性审查机制的构建》,载《法学》2020年第12期,第171—173页。

[60] 参见张彧:《行政协议可撤销的判断标准及其修正》,载《政治与法律》2020年第11期。

（三）执行模式：区分两种违约行为的逻辑本质

基于行政协议合意性效力特征，传统观点认为行政相对人不履行协议时，行政机关只能提起反诉，而目前的单向诉讼模式会造成同一行政协议纠纷出现两个不同的解决途径或救济程序的局面，引发程序烦琐问题。实际上，这种主张过度强调了一体解决行政协议纠纷的成本优势，而未察觉到行政机关违约和相对人违约的本质差异。行政机关违约属于行政机关不履行职权行为，相对人对此不服是典型的行政救济问题，应按照行政诉讼的监督逻辑进行处理；相对人违约的实质是相对人不履行行政行为，是行政执法关系范畴，解决相对人不履行行政协议的问题既是行政机关履行行政职能的体现，也是快速解决社会矛盾、稳定社会秩序的需要，绕道司法机关居中裁判而后执行，未必能真正节约社会整体成本。

两种违约行为处理路径差异，是由我国国家权力的横向配置结构所决定。司法机关对行政职权的审查应遵守其固有边界，对行政机关裁量范围内的职权事项介入广度和深度都有限。如普通法系行政行为的成熟性与终局性往往是司法审查的前提条件，若行政机关有意采取下一步行动，受此行政行为影响的当事人，通常“无权要求司法机关对预期的或存在威胁的损害提供救济”，这既是发挥行政机关专业与效率优势，又是保障行政机关作为“行使特定职能的功能自治的实体”需要，还能为行政机关提供自我纠错的机会，减少当事人绕过行政程序提起诉讼的高昂成本。^{〔61〕}因此，同一行政协议纠纷中可能存在两种性质不同的行政行为，属于权力机关之间的分工配合问题（行政救济+行政执法），前一法律纠纷可依赖行政诉讼途径解决，后一法律行为未必会发生纠纷（正常的行政执法行为），即便产生纠纷也未必需要依靠行政诉讼途径予以解决。事实上，有学者从行政协议功能区分角度对这种逻辑进行了论述，即在隶属契约中，相对人不履行契约意味着其放弃合意之方式，行政机关可立即切换到传统“命令一服从”的具体行政行为模式，以便快速实现行政目的。^{〔62〕}

在规范层面，《行政协议司法解释》第24条确立了“要求其履行协议的决定”和“监督协议履行的处理决定”两类执行依据，是在肯定相对人违约属于执法关系领域的基础上，根据行政机关是否具有相应的执法权限而做出的进一步划分，不享有职权的或不具有强制执行权的依据《行政诉讼法》第97条进行非诉强制执行即可。过度强调与民事诉讼类似的对等性和执行的被动性，实质忽视了作为一种概括性与整体性的行政权，在社会治理中的积极性、形成性与强制性等功能。当然，这里面会涉及或延伸到一个深层次的理论问题，即非诉强制执行的依据是否只能是行政决定而非行政协议，^{〔63〕}在此基础上相对人一旦违约是否就需要做出一个可供非诉强制执行的决定？显然，《行政协议司法解释》第24条并未完全承认这种观点，其采取的表述是“协议内容具有可执行性的，行政机关可以向人民法院申请强制执行”，这意味着司法实务界

〔61〕 参见〔美〕理查德·J.皮尔斯：《行政法（第二卷）》（第5版），苏苗罕译，中国人民大学出版社2015年版，第935、937页。

〔62〕 当然针对学者提出的，在对等契约中不存在一个“可以回转的等级化行为模式”，因而就缺失了意志重新表达的平台，双方都享有平等的诉权的另一种观点，笔者给予保留，理由主要有两个方面：一是，学者提出的两类功能是以德、法两国法制为参照，但这种区分有一定的偏差，事实上德国隶属契约具有内在平等性特征，而法国给付领域的特许契约则是一种以行政优益权为中心的典型的不平等契约；二是，无论是何种契约功能模式都不会排斥行政机关的单方解除与制裁权，这是由行政权的本质决定的，如德、法两国行政契约都承认单方解除权的存在。具体参见徐键：《相对人不履行行政协议的解决路径》，载《政治与法律》2020年第11期，第20—21页。

〔63〕 这种观点参见前注〔22〕，于立深文，第207—222页。

将执行依据标准放宽至行政行为而非行政决定,除非其不具有可执行性。至于“单向诉讼+非诉执行”是否能解决当前实践问题,是一个更具挑战性的实务问题,需要以司法解释适用后大量的案例实践数据作为样本考察,进行进一步的调研分析与深入研究,不能仅仅停留在理论设想层面。

(四) 制度发展: 依托本土判例构建公法合同规则体系

虽然行政协议案件在审理上参照适用民法合同的规定,但基于行政协议制度及诉讼模式的客观价值取向,民法合同规则需要和公法的规则、原则乃至精神相融合,形成以公共行政为面向、行政法为底色的公法合同规则体系。^[64] 例如,从行政协议的范围界定看,依据公共行政的秩序行政、给付行政、风险行政及合作行政类型划分,可形成四种不同公共行政功能类型的协议,如隶属契约、特许契约、风险规制协议、公私合作协议等。行政法的扩展与发展是其产生与演变的内在动力,反之也助推行政法总论自身的变革。

从“个案—规范”分析框架中提炼出行为协议的合法性规则,是行政协议法制发展的重要途径,法国行政契约法制正是行政判例累积的结果。2021年5月11日,最高人民法院首次集中发布了行政协议10大典型案例,涉及行政协议在履行、变更、解除及无效等法律问题的适用,有利于形成指导全国各级人民法院的统一审理规则及裁判尺度。近期而言,可依托指导案例、典型案例及公报案例等具有规范性的本土案例,提炼出针对不同对象、不同领域的行政协议诉讼分论规则体系,包括行政协议的内容识别,行政协议在主体资格、权限范围、内容要素、程序合法等方面的要件标准,行政协议的效力存续力、瑕疵要件以及违法后果,行政协议的管辖规则、诉讼类型以及判决适用规则,行政协议执行力、仲裁及其参照民事审理规则等,以此弥补行政协议审理规则的空白。远期而言,可采取“公因式”归纳法对行政协议审理的分论规则进行法典式编排与体系化衔接协调,利用司法解释的高度抽象性、法律拘束力等优势,适时出台《行政协议司法解释》2.0、3.0版,以构建一部涵盖行政协议要件、层次分明、内在规则协调性较好与各章节逻辑流畅的行政协议领域法。

五、结 语

邓正来先生曾提示,在对域外国家法治模式借鉴时易产生结果导向主义,即目前各国可借鉴的法治制度已不是西方早先法制文明构建的方式,而是后天各种因西方路径的成功所引发的替代方案的梦想。^[65] 我们在移植域外法治制度进行知识再生产的过程中,不可忽视制度的本源以及对当下本土发展问题的关切,需要构建中国法学自主知识体系。行政协议是公法领域的一项发明,但也因“契约自由”与“社会秩序”之间的内在冲突使得协议制度的规则建构具有特殊性,进而影响到诉讼制度的创设。德法两国行政诉讼制度在模式上呈现主客观性差异,行政协议制度的创制也具有主客观路径差异,这决定了两国行政协议诉讼制度会存在主客观两种路径模式,其中德国系主观路径模式,与之相对应法国为客观路径模式。

我国在确立行政协议诉讼制度之后,学界逐渐形成了一种借鉴德式主观路径模式,构建整体双向诉讼制度的呼声。但是,这种主张不仅与我国行政协议制度创制的路径衔接存在断裂,也与

^[64] 参见李颖轶:《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93页。

^[65] 参见邓正来:《中国法学向何处去》(第2版),商务印书馆2011年版,第112页。

行政诉讼的客观模式有所抵牾,还可能存在“外源制约”等四个方面的困境。我国现阶段行政协议诉讼可定位为一种具有本土特色的客观诉讼模式,对目前“客观诉讼”结构模式存在的几个重点问题,需要进行理论澄清,并进行制度技术完善。近期而言,依托本土典型行政协议判例构建行政协议特殊的分论规则;远期而言,利用司法解释适时更新《行政协议司法解释》,形成一部具有分论意义的针对特殊领域的“行政协议法”。行政诉讼法制度只有体现时代特质、走中国式特色制度之路,才能真正地实现理论的原创性、保持制度的生命力。

Abstract After the establishment of China's administrative agreement litigation system, it is facing the problem of resolving the inherent “two-way” structural conflicts and integration of administrative agreements. Some scholars advocate drawing on the German experience to construct a comprehensive two-way litigation system, but this litigation structure conflicts with China's current administrative litigation structure. From the perspective of the path model for the establishment of the administrative agreement system, Germany tends to adopt a subjective model, while France tends to adopt an objective model. Advocating to draw on German experience actually conflicts with the fact that China extensively draws on French administrative agreements for system creation. At the same time, the two-way litigation system will also contradict the objective litigation positioning of administrative litigation in China, and there are four difficulties such as “external constraints”. Based on this, it is currently not appropriate to directly transplant the two-way litigation system into law. The recommended path is to further improve China's one-way administrative agreement litigation system. The existing system in China is compatible and can absorb and debug the contract review and compulsory execution mechanism of administrative agreements. By utilizing the accumulation of administrative agreement precedents, a system of public law contract rules can be constructed.

Keywords Administrative Agreement Litigation, Creation, Path Mode, Bilateral litigation, Objective Litigation

(责任编辑:黄宇骁)