

## 行政机关变更解除行政协议的司法审查

张青波\*

---

**内容提要：**司法解释未明确行政机关变更解除行政协议的标准及裁判事由。行政机关行使优益权变更、解除行政协议，限于依据法律、法规、规章之规定，或为避免严重损害国家利益、社会公共利益。社会公共利益可具体化为明确规定的公共利益和由不特定多数人皆可分享的利益。行政机关可变更之协议应为其内容涉及公共服务之提供者。基于优益权变更、解除行政协议应遵守比例原则和协商、说理程序步骤，并补偿损失。行政机关可依民法规定，根据合同的法定解除权或情势变更而变更、解除行政协议。如果行政机关违法变更、解除行政协议，法院应分别以违反法定程序、适用法律法规错误、主要证据不足或明显不当为由予以撤销。

**关键词：**行政协议 行政诉讼 优益权

---

### 一、问题的提出

2014年修改后的《行政诉讼法》在国家立法层面正式承认了行政协议，2019年12月颁布的《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》（简称《行政协议规定》）对行政协议案件司法审查做出了专门规定。《行政协议规定》第11条第1款规定：“人民法院审理行政协议案件，应当对被告订立、履行、变更、解除行政协议的行为是否具有法定职权、是否滥用职权、适用法律法规是否正确、是否遵守法定程序、是否明显不当、是否履行相应法定职责进行合法性审查。”第16条又承接《行政诉讼法》第78条而规定：在履行协议过程中，被告变更、解除协议，原告请求撤销，变更、解除行为合法，法院判决驳回诉讼请求；给原告造成损失的，判决被告补偿。变更、解除行为违法，判决撤销。

\* 张青波，中南财经政法大学法学院副教授。

本文为国家社科基金后期资助项目“行政协议案件司法审查研究”（19FFXB063）的阶段性成果。

《行政协议规定》第11条第1款不仅针对变更、解除协议，还涵括了订立、履行行政协议的行为，而第16条显然是专门针对变更、解除协议所设定的。就此而言，第16条构成相对第11条的特别规则，应先于第11条审查变更、解除协议的合法性，第11条对第16条则应发挥拾遗补缺的作用。不过，就变更、解除协议来说，第11条其实并未比第16条规定更多的审查要件。第11条第1款所列的审查要件中“是否履行相应法定职责”为第16条指示适用的《行政诉讼法》第70条列举的撤销情形所无。在行政法学界，早就存在职权规范隐含相应行政职责的观点。<sup>〔1〕</sup>如果说就变更、解除行为而言，司法解释没有必要重复规定同一个审查要件，那么第11条第1款中“是否履行相应法定职责”应是针对行政机关未订立行政协议导致当事人诉请法院依《行政诉讼法》第72条判决被告履行法定职责、订立协议而言的。在被告业已签订了行政协议的情况下，法院所要审查的应是被告是否具有法定职权（即有无超越职权）和有无《行政诉讼法》第70条中的其他违法情形，不必对是否履行法定职责再费周折。如此理解《行政协议规定》第11条第1款，则以优益权单方变更、解除协议的司法审查依据就集中由第16条所规定。

这样看来，优益权的行使条件取决于第16条中的“可能出现严重损害国家利益、社会公共利益的情形”，对此应如何理解？行政机关究竟在何种情形下得行使单方变更、解除协议的优益权？进一步来说，如何将《行政协议规定》列举的主要证据不足、适用法律法规错误、违反法定程序、超越职权、滥用职权乃至明显不当作为行政优益权纠纷案件的裁判事由？这些事由又各自针对何种具体情形？与此同时，按照《行政协议规定》第27条第2款，参照民法规范，行政机关和相对人双方也皆有权在一定情形下变更、解除协议。那么，法院应当如何判断行政机关按照民法变更、解除协议是否合法？尤其是为了避免将源于合同法的变更、解除混淆于行政优益权，更有必要澄清两者的差别。本文拟根据相关法律规范、判例和学理，探讨行政机关变更、解除行政协议的实体情形、依循规则和程序条件，并释明法院针对各种违法行为之裁判事由，以利司法审查的合理开展和统一推行。

## 二、实体和程序的统一：行使优益权变更解除行政协议的标准

《行政协议规定》将行政机关单方变更、解除行政协议，明确作为行政行为，该行为自然应受行政程序规制。事实上，学理和实践都颇为重视其程序合法性。<sup>〔2〕</sup>然而，程序既不能保证结果是不可错误的，也不能保证结果是意义明确、准时出现的。<sup>〔3〕</sup>因而，纯粹靠双方在程序中的博弈很难实现对行政权的控制。<sup>〔4〕</sup>程序权利仅具有有限的功效，私人必须在单纯的程序权利外获得更加坚实的保障。<sup>〔5〕</sup>那么，为了合理控制行政机关变更、解除行政协议之优益权，司法审查不应考虑程序机制，还必须重视实体规范。

〔1〕 参见朱新力：《论行政不作为违法》，载《法学研究》1998年第2期。

〔2〕 参见韩宁：《行政协议行为司法审查规则研究》，载《浙江学刊》2018年第3期。

〔3〕 参见〔德〕于尔根·哈贝马斯：《在事实与规范之间——关于法律和民主法治国的商谈理论》，童世骏译，三联书店2003年版，第582页。

〔4〕 参见余凌云：《行政法讲义》，清华大学出版社2014年版，第80页。

〔5〕 参见李洪雷：《行政法释义学：行政法学的更新》，中国人民大学出版社2014年版，第331页。

### （一）行政机关单方变更解除行政协议的事由

行政机关变更、解除行政协议的优益权，可谓悬在相对人头上的一把达摩克利斯之剑，实践中往往因为行政机关行政优益权的不当或违法行使引发诉讼。<sup>〔6〕</sup>那么，如何把握单方变更、解除协议之优益权的事由，才能既允许行政机关行使这一权力以保护公共利益，又能防范行政机关对其的滥用呢？

纵向来看，《行政协议规定》第16条虽然摒除了2015年颁布、现已失效的《最高人民法院关于适用〈行政诉讼法〉若干问题的解释》（简称“2015解释”）第15条第3款中的“其他法定理由”，但并不意味着专门的立法规定不能作为优益权的行使依据，如最高人民法院在“2015解释”失效后仍承认，行使行政优益权可出于其他法定事由。<sup>〔7〕</sup>综合而言，行政机关以优益权变更、解除行政协议的事由应为：

#### 1. 依据法律法规、参照规章

依《行政诉讼法》第63条第1款，法院依据法律法规审理行政协议案件。按照《立法法》第80条第2款、第82条第6款，规章不得独立设定负担性规范。就此而言，规章本不得作为行使单方变更解除权从而导致相对人权利缩减的法律依据。但是另一方面，实践中规章规定行政协议单方变更、解除的事由并不鲜见，<sup>〔8〕</sup>完全否认规章中对行政机关单方变更解除行政协议之规定恐不现实。若规章并未抵触上位阶立法，可由法院依《行政诉讼法》第63条第3款参照。况且，规章所规定的单方变更解除条件更未必能称得上过分宽泛而构成对相对人的过大威胁。而对于行政协议这种新型行政行为，有相应的规范至少强于没有规范。因而应承认规章能够作为变更解除权的参照规范。

进而言之，应否承认规章以下的规范性文件作为单方变更解除权的参照规范？沈广明认为，对行政协议的单方变更解除权的行使条件限制过于苛刻，容易降低行政效率，浪费行政资源，因而公共利益或其他变更解除事由，应该是法律、法规、规章、规范性文件所规定的公共利益需要或其他理由。<sup>〔9〕</sup>然而，行政机关基于法律、法规、规章之规定单方变更解除行政协议的条件未必能称得上过于苛刻。如果任由规范性文件规定这种事由，恐将导致行政机关自我编程或诉诸上级来决定协议的变更解除，“看人下菜碟”地在行政协议签订前后出台规范性文件，豁免自己的协议义务，减损相对人的权益。<sup>〔10〕</sup>若要求法院对规范性文件予以参照，形同放弃对单方变更、解除合法性的审查。就此而言，规范之位阶仍以规章以上为宜。<sup>〔11〕</sup>

对此，司法实践中有其适例。在张素兰诉漳平市教育局不履行教育行政合同案中，法院指出，漳平市教育局仅凭漳平市政府发布的规范性文件，单方变更合同约定违法无效。<sup>〔12〕</sup>而在最

〔6〕 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》，载《江西社会科学》2016年第6期。

〔7〕 参见最高人民法院（2018）最高法行申3008号行政裁定书。

〔8〕 如《市政公用事业特许经营管理办法》第18条、《基础设施和公用事业特许经营管理办法》第36、38条。

〔9〕 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。

〔10〕 参见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229页。

〔11〕 参见梁风云：《行政协议案件适用合同法的问题》，载《中国法律评论》2017年第1期。

〔12〕 参见福建省龙岩市中级人民法院（2002）岩行终字第68号行政判决书。

高人民法院发布的“崔某某诉徐州市丰县人民政府招商引资案”中，法院也认为规范性文件对当时承诺的界定，是对优益权的滥用，表明规范性文件不宜作为优益权的行使依据。

因而，只有法律、法规、规章可以作为变更、解除行政协议的依据或参照规范，否则不啻承认行政机关可借出台规范性文件而轻易课予相对人义务。

## 2. 为了避免严重损害国家利益或社会公共利益

《行政协议规定》第16条<sup>[13]</sup>中“严重损害国家利益或社会公共利益”属于不确定的法律概念。不确定法律概念虽然难以通过文义解释、体系解释加以界定，但仍应按照解释方法，并参考规范目的而努力澄清，不得过早放弃证成工作并遁入主观评价。<sup>[14]</sup> 查阅各种辞典，所谓“利益”，通常理解为好处。而“严重损害”则为程度大、影响深的减少、丧失等消极不利后果。相比之下，在法学语境中迭生争议的却是何为国家、社会公共之利益。

首先，国家利益应作为国家代表公民享有的社会公共利益。沃尔夫等将公共利益区分为一般公共利益与特殊公共利益：前者包括国家所表达或阐明的公共大众利益以及经正确认识的国家共同体的利益，后者是特定地方或国家之内各种共同体的利益以及具有国家或大众意义的利益或作为公共机构的任务予以保护的个别成员的利益。<sup>[15]</sup> 可见，国家利益可以理解为公共利益的下位概念，乃是由整个国家代表所有公民所享有的一种公共利益，它与作为国家成员的每个公民之利益息息相关，如国防利益，外交利益，国有资产占有、使用、收益等方面的利益。作为处理公共事务的一种组织形式，国家本身就是为了实现一定的重要目标而存在。<sup>[16]</sup> 因此，严格来说，国家并无完全独立于社会公共利益之外的利益，而能够正当化行政优益权之行使的国家利益，更应具备公共性。不过，既然《行政协议规定》承袭《行政诉讼法》第74条第1款第1项等立法规定，将国家利益独立于社会公共利益之外，则应将国家利益这种特殊的社会公共利益与其他社会公共利益相提并论，并列作为优益权的行使依据。

其次，社会公共利益应予类型化。如果说国家利益是国家作为直接主体的社会公共利益，那么就明确社会公共利益的内涵。在司法实践中，法院往往援用社会公共利益，或者将国家利益和社会公共利益一并作为裁判标准，很少单纯依据国家利益，<sup>[17]</sup> 这更彰显了社会公共利益的重要性。结合学说和实务，社会公共利益可以分为两个类型。

第一，法律、法规、规章及规范性文件所规定的公共利益需要。<sup>[18]</sup> 在判断何者为应追寻之公益时，应主要以法律为认定标准。<sup>[19]</sup> 故此，公共利益首先是由法律、法规、规章或合法有效的规范性文件之规则或其蕴含之原则承认、保护的利益。比如《宪法》第37、13条对个人人身自由和私有财产的尊重与保护；《传染病防治法》第1条所保障的人体健康和公共卫生；《招标投标

[13] 在法律、法规、规章对行政机关单方变更、解除协议有所规定时，行政机关应按此规定，不宜再援用《行政协议规定》第16条，既可避免法律、法规、规章相应规定丧失意义，又可防止两方面规定抵牾时无所适从。

[14] Hans Peter Bull/Veith Mehde, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, Heidelberg 2009, S. 241-244.

[15] 参见〔德〕汉斯·J·沃尔夫、奥托·巴霍夫、罗尔夫·施托贝尔：《行政法》（第一卷），高家伟译，商务印书馆2002年版，第326-329页。

[16] 参见〔德〕莱因荷德·齐佩利乌斯：《法哲学》，金振豹译，北京大学出版社2013年版，第226页。

[17] 参见最高人民法院（2017）最高法行申8519号行政裁定书；最高人民法院（2015）行监字第881号行政裁定书。

[18] 参见前引〔9〕，沈广明文。

[19] 参见陈敏：《行政法总论》，新学林出版股份有限公司2013年版，第7页。

标法》第3条第1款第1项规定的大型基础设施、公用事业；《土地管理法》第45条第1款、《国有土地上房屋征收与补偿条例》第8条所列举的各种事项；《环境保护法》等环境立法所体现之环境保护原则要求予以保护的大气、土壤、水等环境介质。

第二，在不能找到法律规则或原则的依据时，公共利益不能等同于某个群体、部分社会成员的利益，而应当是属于整个国家或特定地方不特定多数人、由社会成员皆可分享的利益，典型如公共安全的保障、政府职能的正常履行、文化教育的发展、为贫困人群提供的物质帮助等。如最高人民法院认为，社会公共利益为社会全部或者部分成员所享有的利益，强调利益享有者的公共性，受益范围一般是不特定多数人。<sup>〔20〕</sup>王海峰法官也认为，行政协议目的语境下的公共利益，只能是全民共享的公共资源和公共秩序。<sup>〔21〕</sup>

## （二）变更行政协议仅限提供公共服务者

对单方的变更权与解除权，还有必要加以区分并考虑其各自不同的成立前提和行使范围。因为行政机关对某一协议能否单方行使变更权，对相对人的权益其实有着不容小觑的影响。盖解除权只是单纯地卸除缔约人的原始契约义务，并未增加任何新负担，故与变更契约内容显有不同，解除权对原始契约关系所造成的伤害不如变更权。所以契约解除权在一般私法契约中亦十分常见，非属公法范畴专有。<sup>〔22〕</sup>况且，如果说相对人在缔结行政协议时多少可能考虑到行政机关行使优益权而解除协议所产生的法律后果，那么相对人对于行政机关如何变更协议、如何调整法律关系则根本无从预计。因而变更协议对相对人预期的损害也会更大。

在比较法上，法国的政府在行政合同履行过程中享有的优益权，完全是基于公共服务原则。行政机关的单方变更和解除权，其实都渊源于行政机关自然享有的组织公共服务的权力。为始终良好地组织公共服务，行政机关应可单方变更协议中约定的公共服务组织条款。<sup>〔23〕</sup>行政机关很难在成为“协议当事人”后便完全抛弃“公共事务管理者”身份，须在必要时运用公法人权力，强制相对人进行承诺外的给付。<sup>〔24〕</sup>而相对人则不能中断公共服务的提供，只能承担意外增加的义务。<sup>〔25〕</sup>与德国法相比，法国传统的行政契约之内容原则上并不直接涉及公权力之行使，反而与私法契约较为相近。因此，主要是继续性契约构成了单方变更权最主要的适用场域。非继续性契约则只有契约解除的问题，无契约之变更或终止等问题。如德国法上常见的行政契约，因涉及直接行使公权力之事项，属行政决定之作成而不具继续性质，无单方变更权之适用机会。相反，如果行政契约之运用大多数仍与公权力之行使相联结，则法国法上之单方变更权即使使用的机会未必很多，仍然令人担忧。若摆脱“公权力”之束缚，而改以“公共服务”或“公共利益（公共照顾）之需求程度”之高低作为行政契约之界定指标，则在此领域中存有单方变更权，不仅不会

〔20〕 参见最高人民法院（2016）最高法行再2号行政裁定书。

〔21〕 参见王海峰：《试论行政协议的边界》，载《行政法学研究》2020年第5期。

〔22〕 参见陈淳文：《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《台湾大学法学论丛》2004年第2期。

〔23〕 参见陈天昊：《行政协议中的平等原则：比较法视野下民法、行政法交叉透视研究》，载《中外法学》2019年第1期。

〔24〕 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。

〔25〕 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。

阻碍行政契约之普遍运用，而且还是必需的制度设计。<sup>〔26〕</sup>

章程主张优益权应限于提供公共服务的继续性行政协议，并提出，国有土地使用权出让合同即便是行政协议，行政机关也不能行使变更、解除的优益权。<sup>〔27〕</sup>但是，如果无涉公共服务之非继续性行政协议并无优益权存在的余地，那么德国《联邦行政程序法》第60条第1款所设之单方解除权岂非多余？况且，若果真如此，《行政协议规定》第2条所列举的行政协议中，就只有特许经营协议、政府与社会资本合作协议可能存在优益权，行政机关将不能在其他行政协议中主张优益权以维护公共利益，比如不能以规划变更为由主张变更、解除协议。这恐怕不是一个合理的结论。<sup>〔28〕</sup>

其实，公共服务作为行政协议的内容，所应决定的并非优益权之有无，而是优益权的大小。保障性住房租赁买卖协议、土地房屋征收补偿协议、自然资源使用权出让协议，不宜由行政机关以优益权变更。因为它们并非是为了提供公共服务，与公共服务并无直接关系：土地房屋征补协议是为了柔性执法、促动相对人的配合，在行政机关与相对人达不成协议时，行政机关即可转而作出具体行政行为。比如房屋征收部门若与被征收人在签约期限内达不成补偿协议时，可作出补偿决定。再如自然资源使用权出让协议是为了优化自然资源使用效率、规范自然资源开采利用而签订，其签订是开采资源之行政许可（自然资源所有权、使用权登记）的前置程序。<sup>〔29〕</sup>而保障性住房租赁买卖协议，即便具有扶助弱势群体的公共服务目的，但从《廉租住房保障办法》第21条来看，作为协议必备内容的有停止发放补贴或配租之解除协议情形或调整租金之变更协议情形，这类协议应无出于公共利益需要而由行政机关在约定外单方变更协议之必要。如果将“行政法上的权利义务”作为判断行政协议的核心标准，<sup>〔30〕</sup>那么这三类行政协议倒是颇为契合德国《联邦行政程序法》第54条所规定以公法关系为内容的行政契约，与法国主要的行政契约<sup>〔31〕</sup>迥然有间。故此，将不直接涉及公共服务的这三类协议一并纳入行政机关可以单方予以变更的范围，至少不能以确保公共服务作为正当理由。

司法实践也可印证征收补偿协议并不需要行使变更的优益权。在多个征收补偿协议案件中，<sup>〔32〕</sup>行政机关解除或部分解除协议是因为不具备签约资格的相对人虚构、隐瞒事实或者由于行政机关工作失误导致与不具备签约资格的相对人签约，行政机关提出为避免公共利益损失而解除。最高人民法院于征收补偿协议的裁判中也主张，变更权应基于相对人欺诈、胁迫、不正确或不完整陈述，以及协议显失公平等情形。<sup>〔33〕</sup>但在协议存在这些违法瑕疵时，行政机关其实不必诉诸优益

〔26〕 参见前引〔22〕，陈淳文。

〔27〕 参见章程：《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。

〔28〕 司法实践中，法院多将规划变更作为行政机关出于公共利益需要而对征收补偿或招商引资协议行使优益权的正当事由。参见最高人民法院（2017）最高法行申4587—4595号行政裁定书；最高人民法院（2020）最高法行申3928号行政裁定书；辽宁省朝阳市中级人民法院（2018）辽13行终63号行政判决书。

〔29〕 参见《矿业权交易规则》第26条、《矿产资源开采登记管理办法》第6条、《最高人民法院行政审判庭关于行政机关颁发自然资源所有权或者使用权证的行为是否属于确认行政行为问题的答复》。

〔30〕 参见韩宁：《行政协议判断标准之重构》，载《华东政法大学学报》2017年第1期。

〔31〕 参见〔法〕让·里瓦罗/让·瓦利纳：《法国行政法》，鲁仁译，商务印书馆2008年版，第544—546页。

〔32〕 参见安徽省高级人民法院（2016）皖行终753号行政判决书；安徽省淮南市中级人民法院（2017）皖04行终61号行政判决书；湖南省永州市中级人民法院（2018）湘11行终4号行政判决书。

〔33〕 最高人民法院（2018）最高法行申8980号行政裁定书；最高人民法院（2018）最高法行申9010号行政裁定书。

权。行政机关可于履约过程中，根据《民法典》第153条之规定，以行政协议违反法律、行政法规的强制性规定<sup>〔34〕</sup>或违背公序良俗为由，主张协议无效或部分无效，不予履行并要求相对人返还给付。<sup>〔35〕</sup>相对人不服即可诉诸法院。这种做法在司法实践中亦为法院认可。<sup>〔36〕</sup>

综上，对于不涉及公共服务、带有较强公权力色彩（如替代具体行政行为）的行政协议，除了法律、法规、规章赋予行政机关的单方变更权，行政机关在这些协议中既没有理由、也没有必要行使变更权。比如德国法上只承认行政机关对行政契约的单方解除权，并不碍公共利益需要。因此，在这类协议中，行政机关不应基于公共利益单方行使对协议的变更权，由此，方可确保相对人不会被迫履行自身未承诺的义务，实现公共利益与相对人权益的平衡。相反，对于提供公共服务的特许经营协议、政府与社会资本合作协议等，则不应排除行政机关基于国家或公共利益对协议的单方变更或解除。

### （三）比例原则的制约

具备前述事由尚不足以表明行政优益权行为即为实体合法。我国台湾地区“行政程序法”第146条第1款对于行政机关单方调整或终止隶属契约的权力，要求其行使须于必要范围内。这提示行政机关行使变更或解除行政协议的权力应遵循比例原则的要求。梅杨认为，行政机关决定变更、解除行政协议乃至如何变更等问题时，皆涉及裁量合理性的问题，应符合比例原则。<sup>〔37〕</sup>因而，具有前述变更、解除事由只是判断行政机关之单方变更、解除是否合法的必要条件，还需考虑比例原则。现代行政法不能偏执于个人利益、集体利益与全社会的公共利益中的某一者，而是应当追求各种利益的各得其所与相互协洽，避免无谓的浪费或牺牲。由于缺乏一个由所有法益及法价值构成的确定阶层秩序，以便像读取图表一样获得结论，就必须采取在个案中的法益衡量方法。<sup>〔38〕</sup>对各种利益，不能脱离个案情境抽象预定何者优先、何者退后，而是必须根据个案的实际情况考量。即使为了实现某种利益而必须牺牲其他利益，也要促使各种利益能够尽可能兼容并存，实现整个社会各种利益的最优化。只有为了实现更有价值的利益，牺牲某种利益才有正当性。行政机关在变更、解除行政协议时，应当依循比例原则，确保变更、解除协议确实能够有助于公共利益，对缔约相对人不构成不必要的损害，并且不得为了分量较小的公共利益而牺牲分量较大的相对人利益。

对此，司法实践中不乏例证。如在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案中，最高人民法院曾指出，行政优益权须符合比例原则，将副作用降到最低。<sup>〔39〕</sup>在另一个案例中，最高人民法院认为，仅以多支出补偿款就认定政府可单方变更协议，对相对人不公，他有值得保护的信赖利益。<sup>〔40〕</sup>后一个案例虽未明确提到比例原则，但却意味着，行政机关不应

〔34〕 强制性规定是保护具有一定重要性的公益或私益的规范。参见江必新：《行政协议的司法审查》，载《人民司法（应用）》2016年第34期。

〔35〕 章程反对在此参照《民法典》第153条，理由是行政机关无法提起无效之诉。参见前引〔27〕，章程文。但不能提起诉讼，不意味着不可以协议无效为由拒绝履约。

〔36〕 参见辽宁省沈阳市中级人民法院（2018）辽01行终58号行政判决书。

〔37〕 参见梅杨：《比例原则的适用范围与限度》，载《法学研究》2020年第2期。

〔38〕 参见〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第279页。

〔39〕 参见最高人民法院（2017）最高法行申3564号行政裁定书。

〔40〕 参见最高人民法院（2018）最高法行申8980号行政裁定书。

以避免多支出补偿款有利于公共利益,即可要求相对人无条件地牺牲其信赖利益。毋宁说,只有在借由单方变更协议所能实现的公共利益,明显大于相对人不得不牺牲的个人权益时,行政机关方得单方变更行政协议,即变更权必须符合比例原则中的均衡性要求。哈贝马斯认为,利益或价值的权衡如果缺少合理的排序标准,就只能或者是任意进行的,或者是根据熟悉的标准和序列而非反思地进行的。<sup>[41]</sup>因此,在适用比例原则中的均衡性要求时,应当尽可能参考和援用包括上述判例在内的相关判例所形成的既有客观标准。

#### (四) 单方变更解除行政协议的程序要求

优益权行为还须符合正当程序的要求。杨解君主张以听证、信息公开、说明理由、回避、教示等程序防止行政机关于行政协议中滥用权力。<sup>[42]</sup>但是,过于繁杂的程序也会过度影响行政效率。因而,程序应主要有两个方面:

第一,协商沟通。行政机关基于公共利益必须行使单方变更权时,原则上应先行与其缔约伙伴沟通协商。若非时间异常紧迫,行政机关断无径行行使该权,不顾缔约伙伴反应的道理。<sup>[43]</sup>此即行政机关所负之再交涉义务。<sup>[44]</sup>也只有通过协商沟通,才能确保行政机关听取相对人的陈述、申辩,择取最适当的措施。最高人民法院于裁判中强调,行使行政优益权应履行正当程序,保障相对人的陈述、申辩等程序权利,充分听取其意见,否则为明显违正当程序原则、程序严重违法。<sup>[45]</sup>地方也有法院于裁判中主张协商之必要性。<sup>[46]</sup>

第二,说明理由。行政机关必须充分论证公共利益存在被侵害之虞,方可正当化其优益权之行使。<sup>[47]</sup>为此,宜仿效德国《联邦行政程序法》第60条第2款和我国台湾地区“行政程序法”第146条第3项,要求行政机关以书面方式对相对人叙明其变更、解除协议的理由,以促使行政机关反省其单方变更、解除协议是否具备正当性,并便于法院事后审查。这只不过是将被告诉讼中依《行政协议规定》第10条第1款承担的举证责任予以提前而已。在前引湖北草本工房案中,最高人民法院亦持此立场。而贵州省高级人民法院也主张,行政机关单方变更解除行政协议,应释明并以证据证实公共利益的具体情形。<sup>[48]</sup>

#### (五) 补偿损失

在法国,根据最高行政法院的判例,对于单方变更或解除给相对人造成的损失,必须全额赔偿,包括合同相对人所承受之直接损失及预期收入的损失。这种赔偿构成了再平衡机制,以弥合打破合同既有承诺的调适行为所导致的合同关系失衡,维持合作关系的稳定。<sup>[49]</sup>借由全额赔偿,方可维护契约的经济平衡,保护相对人在缔约时对成本及收益的预期。当事人还可约定赔偿的计

[41] 参见前引 [3], 哈贝马斯书, 第 320 页。

[42] 参见杨解君:《中国行政法的变革之道——契约理念的确立及其展开》, 清华大学出版社 2011 年版, 第 174 页。

[43] 参见前引 [22], 陈淳文。

[44] 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。

[45] 参见最高人民法院(2018)最高法行申 3007、3008、3009 号行政裁定书; 最高人民法院(2018)最高法行申 8913 号行政裁定书。

[46] 参见广东省湛江市中级人民法院(2018)粤 08 行初 395 号行政判决书。

[47] 参见李颖轶:《法国行政合同优益权重述》, 载《求是学刊》2015 年第 4 期。

[48] 参见贵州省高级人民法院(2019)黔行终 451 号行政判决书。

[49] 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。

算方法，甚至约定金额可以超过相对人的实际损失〔50〕。此即“契约财务平衡原则”〔51〕。就此而言，无过错相对人不能因为合法行政行为蒙受不利。〔52〕无论如何，完整补偿才能既让行政机关审慎行使优益权，也让相对人不致惮于缔约。〔53〕

同样，在我国，行政机关行使优益权也应补偿相对人损失，借以缓和优益权可能引发的争讼。《行政协议规定》第16条第1款对此亦有规定。对补偿数额，有约定的按照约定，没有约定的适用民法规范，而不是按照较低的国家赔偿标准。〔54〕单方变更、解除行政协议，等同于一种违约行为。应充分赔偿，〔55〕综合考虑相对人的实际损失、预期利益、有无存在过错等因素判定〔56〕。按照《民法典》第584条，补偿额度应是协议主体在签订合同时能预料的解除或变更协议产生的损失。〔57〕这种观点也获得了司法实践的认同。〔58〕

### 三、重在事由：依据民法变更解除行政协议的条件

基于行政协议对民法之援用，行政机关可依民法变更、解除行政协议。如何看待行政机关依优益权与依据民法变更解除协议之间的关系？在很多情形下，行政机关其实并无必要诉诸优益权，完全可以援用民法来变更、解除协议。在湖北草本工房案中，最高人民法院即提出，如相对人违约，行政机关可依民法采取措施，无行使优益权的必要。不过，也有法院在判断合同法规定之解约事由成立后又进一步审查优益权能否支持解除协议，〔59〕似乎多此一举。但也不乏法院对此有清晰的认识。如在宁波高登控股有限公司与泗阳县人民政府土地行政管理案、深圳华腾生物医疗电子科技有限公司诉江西进贤经济开发区管理委员会案中，法院均认为被诉解约行为并非优益权之行使。〔60〕

#### （一）基于民法变更解除行政协议的事由

参考司法实践，行政机关可诉诸民法相关规范变更、解除协议的情形为：

第一，根据合同的法定解除权解除协议。行政机关或相对人均可根据《民法典》第563条规定的4种情形，解除合同。〔61〕相对人对行政机关解除协议不服的，可按照《民法典》第565条第1款，请求法院确认解除的效力。

〔50〕 参见前引〔23〕，陈天昊文。

〔51〕 前引〔22〕，陈淳文文，第243页。

〔52〕 参见前引〔47〕，李颖轶文。

〔53〕 参见前引〔22〕，陈淳文文。

〔54〕 参见前引〔11〕，梁风云文；前引〔10〕，最高人民法院行政审判庭编著书，第231页。

〔55〕 参见黄永维、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。

〔56〕 参见南京铁路运输法院课题组：《行政协议案件判决方式研究》，载《法律适用》2019年第2期。

〔57〕 参见前引〔34〕，江必新文。

〔58〕 参见最高人民法院（2018）最高法行申154号行政裁定书；辽宁省鞍山市中级人民法院（2018）辽03行终122号行政判决书。

〔59〕 参见广东省湛江市中级人民法院（2018）粤08行初395号行政判决书。

〔60〕 参见最高人民法院（2017）最高法行申8467号行政裁定书；南昌铁路运输法院（2018）赣7101行初686号行政判决书。

〔61〕 参见前引〔11〕，梁风云文；最高人民法院（2016）最高法行申2513号行政裁定书；最高人民法院（2018）最高法行申6335号行政裁定书。

第二，基于缔约后的情势变更。《民法典》第533条对情势变更作出了规定，允许行政协议适用民法规范，则行政机关可基于情势变更而变更、解除协议。虽然行政机关不能为此向法院提起诉讼，但《行政协议规定》既然规定的是“参照适用民事法律规范”，就应避免不合时宜的等量齐观。<sup>〔62〕</sup>因此，行政机关得于诉讼外主张情势变更而对行政协议予以变更、解除。司法实践中的确存在持肯定态度的判例，<sup>〔63〕</sup>也不乏令人信服的理由：情势变更可能导致显失公平，须防止公益损失<sup>〔64〕</sup>。

于此又会涉及行政机关根据优益权变更解除与依据民法规范变更解除之间的关系问题：如果说行政机关基于情势变更而主张单方变更、解除行政协议的理由无外仍是避免公共利益损失，那么这与履约过程中为避免严重损害国家利益或社会公共利益而行使优益权之情形究竟有无区别呢？

在《行政协议规定》颁布前，司法实践认为二者不分轩輊。如最高人民法院的不少裁判主张，优益权的行使应在国家法律政策、协议基础事实发生重大变化之时。<sup>〔65〕</sup>蔡小雪撰文认为，因情势变更，行政机关可对行政协议行使行政优益权。<sup>〔66〕</sup>严益州也指出，我国行政法所主张的情势变更制度是一种以行政优益权为基础的特殊制度。<sup>〔67〕</sup>但在《行政协议规定》生效后，由于情势变更而变更、解除协议和避免严重损害公益之优益权，就不容混为一谈了。

首先，若两者可等量齐观，则《行政协议规定》第16条第1款之规定就略显多余了：行政机关大可凭借对情势变更的援引，主张变更、解除协议确保公共利益。但是，只有规范环境的演变导致在今天适用法律会造成全无目的、全无意义的结果时，才可不再适用法律。<sup>〔68〕</sup>因此，不能将甫一生效的《行政协议规定》第16条第1款解释为并无独立存在的价值。

其次，就比较法言之，在毛雷尔看来，所有法律行为都会涉及在行为做出后，如果其所依据的事实或法律状况发生变化，会产生何种法律效果的问题。对于行政契约，决定性的条款是德国《联邦行政程序法》第60条第1款第1句，即“如果对于确定契约内容具有决定性的状况，自缔约后发生了根本变化，以至于不可期待缔约一方坚持最初的契约条款，那么该方可要求契约内容适应变化的状况，或者只要适应不可能或对一方是不可期待的，则可解除契约”。要求变更契约的请求权，针对缔约对方提出，通过双方协商一致行使，必要时也可通过给付之诉实施。而发挥辅助作用的解除契约，则是一个单方的意思表示，自其到达对方时生效。与第60条第1款第1句规定的辅助解除不同的是第2句所规定的特别解除之优益权，即“行政机关可解除契约，以预防或消除对公益的重大损害”。在行政机关据此解除契约后，应类推适用第49条第6款对相对人予以赔偿。<sup>〔69〕</sup>德国法对两者分别设置了不同规范，表明两者的根据有所不同。

〔62〕 参见前引〔38〕，拉伦茨书，第141页。

〔63〕 参见贵州省黔南布依族苗族自治州中级人民法院（2018）黔27行终212号行政判决书。

〔64〕 参见前引〔34〕，江必新文。

〔65〕 参见最高人民法院（2017）最高法行申7679号行政裁定书；最高人民法院（2017）最高法行申4595号行政裁定书；最高人民法院（2018）最高法行申9005号行政裁定书；最高人民法院（2018）最高法行申8980号行政裁定书。

〔66〕 参见蔡小雪：《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。

〔67〕 参见前引〔44〕，严益州文。

〔68〕 参见前引〔38〕，拉伦茨书，第225-226页。

〔69〕 Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, Muenchen 2011, S. 414 f.

再次，基于情势变更对行政协议的变更解除，与行政机关为避免公益受严重损害而行使的优益权有着判然不同的功能。前者试图确保协议公平性和达成当事人目的，因而缔约双方皆可主张，只不过对于作为缔约方的行政机关，达成其目的不过就是实现特定公益；而后者则力图彰显作为一类行政活动的行政协议不能导致公益的严重损害，故此只能由作为公益担保人之行政机关单方行使。

最后，在具体行使条件上，区隔也有其必要。避免严重损害公益之优益权的实体情形如前所述，而成立情势变更，则要求在合同成立后，合同的基础条件发生了缔约时无法预见又不属于商业风险的重大变化，导致继续履行对一方明显不公。这种变化，如古里特所言——“由于行政契约的对象易受法律改变和事实变化的影响，要根据《联邦行政程序法》第60条第1款第1句来衡量”<sup>〔70〕</sup>——既可能是法律规范的变动，也可能是客观事实的变化。在行政机关基于情势变更主张变更、解除协议时，由于情势变更而履行原约定将导致协议目的即公共利益不能得到实现即为已足，不必要求此时履行协议势必严重损害公益，正如相对人若以情势变更主张变更、解除协议时，也只需要申述其缔约时的目的将无从实现，无须说明对其是否会产生严重损害。况且，行政机关主张单方变更、解除之优益权的情形，未必如情势变更般于缔约时不可预见，比如导致原协议不能继续履行的规划变更，就很难说是无法预见的变化。

总之，基于情势变更而变更、解除行政协议，并非优益权行为。相对人可因情势变更而诉请法院判决变更、解除行政协议，行政机关则可单方做出非属行政行为之变更、解除协议的公法意思表示。<sup>〔71〕</sup> 相对人对此不服时，即可诉诸法院以资救济，法院于审判时应根据《行政协议规定》第27条第1款参照《民事诉讼法》第64条第1款规定的“谁主张、谁举证”规则，要求主张情势变更的行政机关承担举证责任，足以化解对此可能滥用的顾虑。

## （二）依民法变更解除行政协议无须遵守其他要求

陈敏指出，在行政机关与人民之行政契约法律关系中，若双方皆可能行使解除权，则解除之表示，为公法上之意思表示，并非行使公权力。<sup>〔72〕</sup> 那么，行政机关行使民事权利时似不应再受制于前述制约公权力的比例原则、程序规则和补偿要求。<sup>〔73〕</sup> 但另一方面，学说上公认，行政事项进入私法范围，不受公法原则之支配势必损害法治国家之基础。<sup>〔74〕</sup> 为了防止行政机关“遁入私法”而规避公法约束，必须要求行政机关在以私法方式活动时，不能摆脱宪法基本权利、管辖规定和行政法原则的制约。<sup>〔75〕</sup> 那么，行政机关此时应否遵守约束优益权的那些其他要求呢？

严格来说，行政机关签订、履行行政协议并非以私法方式活动，只不过由于行政法规范力所不逮而不得不援用民法规范，不能混同于行政私法活动而要求其遵循行政法原则。实际上，在行政机关依据民法变更、解除行政协议时，不必虑及前述比例原则和正当程序，自民法规范中也能

〔70〕 Elke Gurlit, Verwaltungsrechtlicher Vertrag und andere verwaltungsrechtliche Sonderverbindungen, in: Dirk Ehlers/Hermann Puender (Hg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, Berlin/Boston 2016, S. 765 f.

〔71〕 参见前引〔19〕，陈敏书，第608页；前引〔27〕，章程文。

〔72〕 参见前引〔19〕，陈敏书，第316页。

〔73〕 参见闫尔宝：《行政机关单方解约权的行使与救济检讨》，载《行政法学研究》2020年第5期。

〔74〕 参见吴庚：《行政契约之基本问题》，载《台湾大学法学论丛》1978年第2期。

〔75〕 参见前引〔69〕，Maurer书，第49-53页。

推导出与其相当之界限。首先,民事主体变更、解除合同时,其范围应有合适限度,但这并非基于比例原则所致,而是因受制于《民法典》第563、633条所规定之“不能实现合同目的”,故不得对其目的尚能实现之合同标的主张变更、解除。可见,此乃民法规则而非比例原则之要求。在由于相应合同目的不能实现而为了保护自身权益不得不变更、解除合同时,也无从谈起服从狭义比例原则的均衡性要求以进行利益权衡。其次,民事主体依民法之不可抗力、情势变更等事由变更、解除合同时,皆负有源自诚信原则的附随义务,应实施通知、提供证据乃至再交涉等行为,<sup>[76]</sup>《民法典》第533条甚至明确要求与对方协商。此于行政机关自无不同,但却与正当程序无关。最后,在民法上更无补偿对方损失之说,对行政机关亦无理由如此要求,何况《民法典》第563条所针对的情形中不乏对方违约所致者。<sup>[77]</sup>

#### 四、如何撤销:裁判事由的具体运用

在根据上文所述之标准认定行政机关变更、解除行政协议违法后,法院应如何裁判?根据《行政协议规定》第16条第2款,法院应做出撤销判决。行政机关依据民法变更、解除行政协议,虽在性质上不属于行政行为,而是公法意思表示,但鉴于这类行为由行政机关所为,亦可参照《行政诉讼法》的规定。那么,行政机关违法变更、解除行政协议的不同情形又如何对应《行政诉讼法》第70条规定的各种裁判事由呢?

第一,行政机关行使优益权,未遵循协商沟通、说明理由的必要程序步骤,法院应以程序违法为由判决撤销。

第二,行政机关变更、解除协议所提出的事由不符合法律、法规、规章规定或不是为避免国家利益、社会公共利益严重损害的,乃至行政机关变更协议并非出于确保公共服务的目的,或者不符合《民法典》第563条规定事由或情势变更事由,法院应以适用法律法规错误为由撤销变更、解除协议的行为。

第三,根据《行政协议规定》第10条第1款,被告对于自己变更、解除行政协议等行为的合法性承担举证责任。因而,行政机关若不能提供适足证据证明存在必须行使优益权或者依民法变更、解除协议的客观事实,法院应以主要证据不足为由撤销变更、解除协议的行为。<sup>[78]</sup>

第四,行政机关能够证明存在需行使优益权的客观事实,同时该事实符合优益权之行使前提时,变更、解除行政协议尚须符合比例原则而适合、必要且均衡,否则法院应以明显不当为由撤销变更、解除协议的行为。因为明显不当涉及的是对行政行为实体裁量问题的审查标准,涉及行政机关对法定多重处理方式的裁量选择。<sup>[79]</sup>

第五,超越职权的裁判事由,于此却并无用武之地。行政机关缔结行政合同应当符合法定权

[76] 参见韩世远:《合同法总论》,法律出版社2018年版,第486、510页。

[77] 参见前引[27],章程文。

[78] 参见贵州省高级人民法院(2020)黔行终288号行政判决书。

[79] 参见何海波:《论行政行为的“明显不当”》,载《法学研究》2016年第3期。

限。<sup>〔80〕</sup>法官也多认为，行政合同合法有效的前提是行政机关必须有相应的法定职权，法定职责范围外签订的行政协议可以迳行确认无效。<sup>〔81〕</sup>因而，若行政机关所订协议并未因为超越职权而无效，行政机关行使优益权自无超越职权之可能。换言之，凡有缔约职权的行政机关，自然有变更、解除的职权。

第六，行政优益权的行使即便带有不当目的，也不大可能构成滥用职权。滥用职权是行政机关关于其职权范围内，基于不正当动机，以合法行为掩盖其非法意图所实施的行为。为使这种带有鲜明主观色彩的审查标准客观化，应审酌行政机关就相关对立利益有无适度衡量，以及若未适用裁量基准和指导案例时有无正当理由。<sup>〔82〕</sup>然而，若行政机关行使优益权时权衡失当，据不重要的公益而严重损害相对人权益，乃是违反比例原则而构成明显不当的违法。至于行政机关行使优益权的行为若无视行政先例或未遵循裁量基准，也应作为明显不当予以撤销。<sup>〔83〕</sup>况且就行政协议这一新型行政行为中优益权之行使，还鲜见裁量基准和指导案例。这意味着，至少对优益权的行使，行政机关并无滥用职权可言。超越职权和滥用职权之不予适用，凸显了法院审查单方变更、解除行政协议与审查具体行政行为有所不同。

此外，需要补充说明的是，若行政机关基于优益权或民法规范变更、解除协议违法而被法院撤销的，法院可按照《行政协议规定》第16条第3款、《民法典》第577条，判决被告继续履行协议、采取补救措施，造成原告损失的，还应判决赔偿损失。但在违反民法规范的情形，应以原告提出相应的诉讼请求为前提。<sup>〔84〕</sup>行政机关优益权行为合法但给原告造成损失的，也应判决补偿损失。

## 五、结 语

陈天昊认为，若希望确保相对人权益免于公权力威胁，宜限缩行政协议的边界。但若要让通过此类协议提供的公共服务得到行政机关的根本保障，则难免将此类协议纳入行政协议之中。因而，作为公共利益与私人权益二者平衡结果的行政协议边界，必然呈现出流变性与开放性。<sup>〔85〕</sup>由此不难理解民法学者对行政协议经久不绝的怀疑。如王利明认为行政协议范围之扩张将导致行政机关任意解除合同，有害交易安全和秩序。<sup>〔86〕</sup>崔建远力主为了将行政权力关进制度的笼子，将国有土地使用权出让合同等合同不视为行政合同而作为民事合同。<sup>〔87〕</sup>然而，这些见解却不尽符合《行政协议规定》第2条对行政协议外延的划定。如果能够假定在我国当下，行政协议在客

〔80〕 参见叶必丰：《行政合同的司法探索及其态度》，载《法学评论》2014年第1期。

〔81〕 参见倪志凤：《教育行政协议中免费师范生的配合与协助义务——黄某诉江苏省教育厅教育行政协议案》，载《法律适用》2017年第4期；李广宇：《新行政诉讼法司法解释读本》，法律出版社2015年版，第268页。

〔82〕 参见周佑勇：《司法审查中的滥用职权标准》，载《法学研究》2020年第1期。

〔83〕 参见前引〔79〕，何海波文。

〔84〕 参见前引〔27〕，章程文。

〔85〕 参见前引〔24〕，陈天昊文。

〔86〕 参见王利明：《论行政协议的范围》，载《环球法律评论》2020年第1期。

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

观上有其存在必要，行政机关于履约中变更、解除行政协议有其必要，那么关键的问题就不在于行政协议之外延大小，而是对行政优益权之合理控制。限定优益权的发动前提，同时明确行政机关援用民法变更解除行政协议的事由，不仅有助于法院开展司法审查，有效解决行政协议纠纷，而且还能让相对人获得较为稳定的规范期待、较为可靠的权益保障和较为有效的救济渠道。否则，相对人将视行政协议为畏途，遑论让行政协议担当推进治理现代化和公共服务改革之重任。

依据既有见解和司法实践，行政机关单方变更、解除行政协议应依据法律、法规、规章之规定，或者是为了避免严重损害国家利益或社会公共利益。为了防止后一事由的滥用，国家利益应为国家代表公民享有的社会公共利益，而社会公共利益则或者源于法律、法规、规章之规定，或者为由不特定多数人共享之利益。鉴于单方变更协议对相对人意思之过度凌驾，应将其限于提供公共服务的行政协议之中。另外，优益权行为尚须符合比例原则并遵循协商、说理的程序步骤，并应对相对人的损失予以补偿。同时，基于行政协议的合同性质及其对民法规范的援用，在行政法不敷使用时，如同相对人一样，行政机关既可根据合同的法定解除权主张解除协议，又可基于情势变更要求变更、解除协议。在行政机关变更、解除协议违法时，法院应分别以违反法定程序、适用法律法规错误、主要证据不足或明显不当为由予以撤销。

---

**Abstract:** The judicial interpretation of administrative agreement by the Supreme People's Court does not clarify the standard with which the administrative organ changes or cancels administrative agreement and the corresponding cause for judgment. The administrative organs should exercise the privileges above according to the authorization by laws, administrative rules and regulations or to avoid serious damage to the national interests and social public interests which should be defined as public interests listed in legal norms or the interests that can be shared by members of the society. The agreement that can be changed by the administrative authority shall be those whose content involves public service. Based on the principle of proportionality, the procedure of negotiation and reasoning should be followed and the loss should be compensated. According to the civil law, the administrative organ can change or cancel the agreement according to the legal right to cancel the contract or the change of circumstances. When the administrative organ changes or cancels the administrative agreement illegally, the court should revoke it on the grounds of violating the legal procedures, applying the laws and regulations wrongly, insufficient evidences or obviously improper.

**Key Words:** administrative agreement, administrative litigation, privilege

---

(责任编辑: 刘 权 赵建蕊)