

## 法律评论

法律

期数 P1/2020 - 2020 年 1 月 19 日

作者:

马骋

roma@qinlilegal.com

匡燕彬

kerkuang@qinlilegal.com

如欲垂询更多信息, 请联络  
上海勤理律师事务所专业人士:

叶伟文

资深全球顾问

patyipqinli@qinlilegal.com

陈朕

codychen@qinlilegal.com

费亚力

alexfscher@qinlilegal.com

贾维恒

weihengjia@qinlilegal.com

陆易

cllu@qinlilegal.com

马骋

roma@qinlilegal.com

宋姣琳

jolsong@qinlilegal.com

葛向阳

xyge@qinlilegal.com

韩桢

zhenhan@qinlilegal.com

刘萍

liuping@qinlilegal.com

### 关于行政协议司法解释几个问题的思考

最高人民法院(“最高法院”)于 2019 年 11 月 27 日发布的《关于审理行政协议案件若干问题的规定》(以下简称“《行政协议司法解释》”), 于 2020 年 1 月 1 日起施行。该司法解释从行政协议的主体要素(行政机关为一方当事人)、目的要素(为实现行政管理或者公共服务目标)、内容要素(具有行政法上的权利义务内容)及意思要素(协议当事人必须协商一致)几个方面进一步明确了“行政协议”的定义, 拟由此厘清通过行政诉讼解决的行政协议纠纷与通过民事诉讼解决的民事协议纠纷的界限, 为法院审理行政协议纠纷案件提供更为确切的审判依据。该司法解释强调行政机关与相对人之间的平等自愿和诚实守信, 注重保障行政相对人的合法权益, 以及政府应践信守诺等基本原则, 对推动建立法治、诚信政府、优化营商环境必将起到重要的作用。

本文中, 我们拟结合《行政协议司法解释》的内容, 就日常工作中关注或实践中经历的一些与行政协议相关的难点问题做进一步分析。

#### 一、关于行政协议因违法而无效的问题 —— 招商引资协议

《行政协议司法解释》第十二条规定, “行政协议存在行政诉讼法第七十五条规定的重大且明显违法情形的, 人民法院应当确认行政协议无效。人民法院可以适用民事法律规范确认行政协议无效”。同时, 结合《中华人民共和国合同法》第五十二条的规定, “违反法律、行政法规的强制性规定”的合同应被认定为无效。在此值得关注的是, 导致行政协议无效的“重大且明显”的违法情形如何理解和适用? 在此问题上, 引发争议比较多的可能是地方政府在招商引资合同中承诺给予的地方优惠政策、财政补贴政策是否有效的问题。

国务院于 2014 年 11 月 27 日发布实施的《国务院关于清理规范税收等优惠政策的通知》（国发[2014]62 号）曾要求地方政府限期全面清理其擅自制定的优惠政策或签订的招商引资合作协议中的优惠条款。此后，国务院又于 2015 年 05 月 10 日发布了《国务院关于税收等优惠政策相关事项的通知》（国发[2015]25 号）（以下简称“国务院《通知》”），规定各地区、各部门已经出台的优惠政策，有规定期限的，按规定期限执行；没有规定期限又确需调整的，由地方政府和相关部门设立过渡期，在过渡期内继续执行。各地与企业已签订合同中的优惠政策，继续有效；对已兑现的部分，不溯及既往。今后制定出台新的优惠政策，涉及税收或中央批准设立的非税收入的，应报国务院批准后执行；安排支出一般不得与企业缴纳的税收或非税收入挂钩。国发[2014]62 号文规定的专项清理工作，待今后另行部署后再进行。

过去几年间，已经出现一些因地方政府不再兑现其曾向投资企业承诺的优惠或补贴政策而引发投资企业的诉讼。在部分案例中，主审法院援引《中华人民共和国税收征收管理法》（以下简称“《税收征管法》”）第三条，即：“税收的开征、停征以及减税、免税、退税、补税，依照法律的规定执行……任何机关、单位和个人不得违反法律、行政法规的规定，擅自作出税收开征、停征以及减税、免税、退税、补税和其他同税收法律、行政法规相抵触的决定”，认为招商引资协议中的税收优惠条款违反法律强制性规定，属于无效条款，企业无权要求地方政府强制履行。

然而，在《行政协议司法解释》出台前，我们已注意到最高人民法院的裁判倾向于承认优惠条款约定的有效性，其中以**潍坊讯驰置业发展有限公司（以下简称“讯驰公司”）诉安丘市人民政府行政再审案**（(2017)最高法行申 7679 号，裁判日期 2019 年 05 月 22 日）为典型代表，最高法院在该案再审裁定书中认定：“合同书第四条第 2 项是关于免收土地契税、土地增值税、土地使用税的约定，该约定是安丘市政府以税收优惠的形式为讯驰公司道路建设进行的补偿，具有合同对价性质，且意思表示真实。国务院《通知》第三条规定：各地与企业已签订合同中的优惠政策，继续有效；对已兑现的部分，不溯及既往。安丘市政府的税收优惠约定条款符合上述规定，应为有效约定。一审法院认为合同书第四条第 2 项约定超越了安丘市政府的法定权限，违反了《税收征管法》的强制性规定，缺乏充分依据。”最高法院同时在该案裁定书中郑重强调了政府诚实守信、保护行政相对人信赖利益的重要性，认为非因公共利益需要或国家法律政策发生重大调整，行政机关不得行使行政优益权单方变更、解除合同。而且特别指出政府在地方建设开发和招商引资领域的优惠政策应有持续性和连贯性，以便为民营企业营造优良的营商环境，切实保护行政协议相对人的信赖利益及其他合法权益。

上述案件体现的价值取向与最高法院在制定《行政协议司法解释》时明确的几个基本原则完全一致，这些原则传递出一个信号，即人民法院在认定行政协议效力时，为实现政府践信守诺的原则，只要协议条款不是重大且明显地违反法律、行政法规，法院应更倾向于维持协议的有效性，以敦促行政机关履行自己的协议义务。

不过，我们还是希望提醒作为行政相对人的企业，在与地方政府达成招商引资条件时，一方面应当尽可能的订立书面协议；另一方面，也应当对协议违法无效的风险具有警觉性，应尽可能在协议条款设定时避免产生违法歧义。譬如在以上提到的涉及税收优惠政策的约定上，根据《税收征管法》，地方政府确无权力作出税收的减免决定，同时根据国务院《通知》的规定，“政府安排支出一般不得与企业缴纳的税收或非税收入挂钩”，故在行政协议中约定的奖励或优惠条款，不应属于减免税性质、也不宜表述为与企业的纳税金额挂钩，以免造成违反《税收征管法》而被认定无效的风险。

## 二、再谈 PPP 合同的定性及仲裁问题

鉴于《行政协议司法解释》比较明确地将具有行政法上权利义务内容的政府与社会资本合作协议，即一般通称的 PPP (public-private partnership) 合同归入行政协议的范畴，该司法解释发布后，就 PPP 合同的定性以及能否选择仲裁作为争议解决方式的问题引起了广泛的社会热议。我们想在此就这两个问题再分别补充一点值得关注和思考的内容。

### 1. 行政机关不是签约当事人的协议定性及被告认定

根据《行政协议司法解释》中对行政协议的定义，即“行政机关为了实现行政管理或者公共服务目标，与公民、法人或其他组织协商订立的具有行政法上权利义务内容的协议”。从主体要求上看，订立行政协议的一方当事人应为行政机关。但实践中，尽管地方政府是 PPP 项目的主导方，但政府部门（包括开发区管委会）可能并不直接与社会资本一方签署 PPP 合同，而是指定其控制的一家国有企业与社会资本签约。从合同表面上看，签约双方均是平等自愿达成约定的商事主体，其协议更像是民事合同、而非行政合同。在此情况下，双方针对合同的效力、履行、变更或解除产生争议时，到底应按照民事合同提起民事诉讼，还是按照行政协议提起行政诉讼？以及，行政诉讼的责任主体到底是背后的地方政府还是签署协议的国有企业？《行政协议司法解释》并未解决对该等合同的定性问题。

我们注意到《行政协议司法解释》出台前的一起案例，在海南中东集团有限公司（以下简称“中东集团”）、茂名市公路建设有限公司（以下简称“茂名公路公司”）诉被告遂溪县人民政府、第三人遂溪县水生态投资开发有限公司（以下简称“水生态公司”）、遂溪县新区建设开发有限公司行政协议（（2018）粤 08 行初 395 号）一案中，遂溪县人民政府采用 PPP 模式对该县西溪河一河两岸进行综合整治开发，与当地国有独资公司水生态公司签订《政府投资建设项目委托代建协议》，授权水生态公司实施“一河两岸土地整治项目”。水生态公司遂通过公开招标的方式选定中东集团与茂名公路公司作为联合体为整治项目的社会资本运营方，并与中东集团和茂名公路公司签订《项目合同书》。后因水生态公司发现中东集团和茂名公路公司在投标过程中提供虚假的银行保函等不实资料，且拒绝整改，故通知两公司终止履行《项目合同书》。中东集团和茂名公路公司提起行政诉讼，请求确认“终止履行合同通知书”无效，并将被告确定为遂溪县人民政府，将水生态公司列为第三人。

在本案中，遂溪县人民政府认为涉案 PPP 项目合同属于平等民事主体之间签订的民事合同，且县政府不是本案的适格被告。而广东省湛江市中级人民法院在审理后认为，第一，涉案《项目合同书》的签订是为了实现社会公共利益需要，符合行政协议的目的要素。第二，水生态公司作为国有独资公司，不具有行政规划、许可、特许经营等行政职权，其有关行政管理权能是基于被告遂溪县人民政府的授权而获得，协议权利义务的最终承担者系遂溪县人民政府，符合行政协议的形式特征。第三，《项目合同书》主要涉及市政公共设施的建设，具有公益性，且不少项目属于特许经营范围，需要获得政府审批或需要政府配合办理相关审批手续才可进行，合同中约定的内容不是普通民事主体可以履行的民事义务，水生态公司作为政府的代建方，合同施行过程中行使了部分行政公权利，处于支配和主导地位，是行政优益权的体现。故综合以上三点，认定涉案《项目合同书》为行政协议，遂溪县人民政府是适格被告。

湛江市中级人民法院对于本案行政协议的定性分析与《行政协议司法解释》中的定义大致吻合，但还有一些问题尚未得到清晰的答案，而这些问题对于协议的定性以及将来法院对案件如何受理、执行具有较大的影响：

- 1) 若行政机关与国有企业之间并不存在如上述案例中《政府投资建设项目委托代建协议》的书面委托协议，能否直接认定国有企业系受行政机关委托、代表行政机关签署的行政协议？
- 2) 如果将国有企业视为是受行政机关委托而作出具体行政行为的组织，协议权利义务的最终承担者是作为委托人的行政机关，那么签署行政协议的国有企业是否有任何合同权利及义务？如果国有企业或政府机关是违约方的话，国有企业名下的财产能否被保全和强制执行？
- 3) 依据《行政协议司法解释》第二十四条，在行政协议中，行政机关一方的救济方式不是提起诉讼，而是可以作出要求相对人履行协议的书面决定，相对人拒绝履行又未申请行政复议或者提起行政诉讼的，行政机关可以向人民法院申请强制执行。然而国有企业毕竟不是行政机关，当社会资本违约时，国有企业背后的政府机关能否径行作出要求相对人履行义务的行政决定？以及是否需要（或者是否可以）由国有企业提起诉讼？
- 4) 反过来，如果认定国有企业签署的 PPP 合同不是行政协议、而是民事合同，可能会导致内容完全相同的合同，仅仅因签约主体的不同而导致定性、救济方式和诉讼流程均不同。这种区别对待要不要调整？
- 5) 实际上，在上述案例中，针对同一份《项目合同书》，水生态公司与中东集团/茂名公路公司分别提出了民事诉讼和行政诉讼，结果被不同的法院分别受理。针对同一份合同，在合同性质定性不清的情况下，民事诉讼与行政诉讼交叉并行，可能会出现互相冲突的结果。

因此，针对这种非行政机关直接签署的 PPP 合同、或者类似具有公益性质的合同，到底应当按照民事合同还是行政协议来处理，还有待在司法实践中形成统一认识。

## 2. 仲裁能否成为 PPP 合同的救济方式？

《行政协议司法解释》第二十六条规定：“行政协议约定仲裁条款的，人民法院应当确认该条款无效”，由此，如果 PPP 合同被认定为是行政协议，则貌似得出一个结论：PPP 合同纠纷的仲裁解决方式被排除了。

实践中，社会资本在此类合作项目中通常更倾向于选择仲裁的方式以解决与政府之间协议纠纷。在此暂抛开是否适宜采取“一刀切”的思维方式把 PPP 合同统统归为行政协议的问题，仅就行政协议的救济方式而言，《行政协议司法解释》第二十六条其实有一个“但书”条款，即：“行政协议约定仲裁条款的，人民法院应当确认该条款无效，但法律、行政法规或者我国缔结、参加的国际条约另有规定的除外。”

首先，我们注意到国务院 2017 年发布的关于《基础设施和公共服务领域政府和社会资本合作条例（征求意见稿）》（以下简称“《合作条例》”）第四十条规定，“因合作项目协议履行发生的争议，可以依法申请仲裁或者向人民法院提起诉讼。”如该条款在《合作条例》出台后仍予保留，鉴于《合作条例》属于行政法规，则基础设施和公共服务领域的 PPP 合同可因“行政法规另有规定”，而能够选择通过仲裁解决协议纠纷。

其次，对于外国投资者与中国地方政府签署的 PPP 协议，如果该投资者来自于与我国缔结条约的国家，且条约中具有仲裁解决争端的约定，则该外国投资者依然可以采用仲裁模式解决 PPP 协议的争议。譬如：我国与东盟之间签订的《中华人民共和国政府与东南亚国家联盟成员国政府全面经济合作框架协议投资协议》第十四条“缔约方与投资者

间争端解决”的第四款即约定投资者可选择将争端提交争端缔约方法院、或提交国际投资争端解决中心或其它争端所涉方同意的仲裁机构仲裁的较为灵活的救济方式。

由此可见,《行政协议司法解释》并未把 PPP 合同仲裁解决的门完全锁死,而是通过“但书”的方式为诉诸仲裁的可能性预留了空间,当然国内 PPP 合同的仲裁解决也有赖于《合作条例》等拟议中的行政法规尽快落地。

### 三、关于第三人作为原告请求撤销行政协议

《行政协议司法解释》第五条规定行政协议诉讼原告资格不局限于民事合同的相对性原则,除行政协议当事人之外,认为行政协议的订立、履行、变更、终止等行为损害其合法权益的公民、法人或者其他组织等利害关系人,也可以提起行政诉讼。另根据《行政协议司法解释》第九条,在行政协议纠纷案件中,当事人可以提出的具体诉讼请求之一为:请求判决撤销、解除行政协议。由此可知,与行政协议有利害关系的第三人,针对行政协议提起行政诉讼,应有权请求撤销、解除行政协议。

我们曾被咨询过一个比较特殊的涉税行政协议——预约定价协议(Advance Pricing Agreement, "APA")的问题。所谓预约定价协议,是指税务行政机关为了实现税收征收管理职能,应纳税企业的要求,就企业将要实施的关联交易的定价原则和计算方法,事先进行协商确定的协议。我们认为预约定价协议应当属于行政协议的性质。

预约定价协议有可能对第三人(例如纳税人的股东)产生利益影响。我们被咨询问题是:某公司小股东认为,公司在大股东(即控股股东)操纵下进行的关联交易影响了公司的正常收益,而公司在大股东控制下与税务机关达成预约定价协议以证明其关联交易定价的合理性,小股东对此并不认可,对此小股东有何救济方法?

实践中,存在小股东认为控股股东操纵的公司与关联公司之间的关联交易损害公司及其他股东利益的情形。在民事救济途径上,小股东可以基于《中华人民共和国公司法》(以下简称“《公司法》”)第二十一条规定及《最高人民法院关于适用<中华人民共和国公司法>若干问题的规定(五)》第一条提起股东代表诉讼,即:对于“关联交易损害公司利益,原告公司依据公司法第二十一条规定请求控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员赔偿所造成的损失……公司没有提起诉讼的,符合公司法第一百五十一条第一款规定条件的股东,可以依据公司法第一百五十一条第二款、第三款规定向人民法院提起诉讼。”

《行政协议司法解释》第十四条规定,“原告认为行政协议存在胁迫、欺诈、重大误解、显失公平等情形而请求撤销,人民法院经审理认为符合法律规定可撤销情形的,可以依法判决撤销该协议。”在此,“原告”的概念是包含利害关系人的。但是小股东能否作为一个直接的利害关系人提起撤销预约定价协议的行政诉讼?

由《公司法》第二十一条之规定以及众多与公司有关的纠纷案件判例可知,民事审判的法官倾向于认为,控股股东通过关联交易损害的是公司利益,虽然小股东的收益权会因公司收入降低而受损,但属于间接损失,因此小股东起诉要求大股东赔偿,是股东代表诉讼,即小股东代表公司主张赔偿,而不是直接主张自己的利益受损。如果遵循同一逻辑,则本案中的小股东似乎不属于《行政协议司法解释》第十四条所规定的“行政协议的订立、履行、变更、终止等行为损害其合法权益的”利害关系人。但也要认识到,行政法上利害关系人的判断标准未必与民商事法律相同。

当然,关联公司之间的转移定价分析是专业性极强的税务问题,小股东要证明公司签署的预约定价协议显失公平,在举证上会相当困难,但这是进一步的具体技术问题,并非诉权问题。如果这类较为“尖端”的案件将来能进入到行政诉讼程序,无疑会使《行政协议司法解释》的理解和适用更加丰富。

以上是我们结合以往实践经验，并参照目前的既有判例，对行政协议纠纷案件可能涉及的相关问题提出的进一步的探讨和分析，希望为拓展《行政协议司法解释》的理解和适用提供更多思路。我们也相信，人民法院在《行政协议司法解释》指引下的审判实践也必然会为行政协议纠纷案件的处理探索出更多的可能性。

本文由上海勤理律师事务所为本所中国大陆及香港之客户及员工编制，内容只供信息提示与参考之用，并不代表本所对相关事项的全部理解，也不构成任何法律建议。在您就本文中涉及的事项做出商业决策前，请务必咨询合格的专业顾问。如欲垂询有关本文的资料或其它意见，请联络：

**叶伟文**

资深全球顾问  
patyipqinli@qinlilegal.com

**陈朕**

codychen@qinlilegal.com

**陆易**

cllu@qinlilegal.com

**葛向阳**

xyge@qinlilegal.com

**费亚力**

alexfischer@qinlilegal.com

**马骋**

roma@qinlilegal.com

**韩桢**

zhenhan@qinlilegal.com

**贾维恒**

weihengjia@qinlilegal.com

**宋姣琳**

jolsong@qinlilegal.com

**刘萍**

liuping@qinlilegal.com

**关于上海勤理律师事务所**

上海勤理律师事务所是 Deloitte Legal 全球网络成员。上海勤理律师事务所编制、发布了本《法律评论》系列刊物，对较为常见的法律问题以及最新进展进行介绍与评论。上海勤理律师事务所定期与政府部门及权威机关就新近出现的法律问题及相关发展进行沟通及商议，并针对相关问题撰写深入评析，提供专业意见。如欲垂询，请联络：

**上海勤理律师事务所**

中国上海市延安东路 222 号  
外滩中心 15 楼第 5 单元  
邮政编码：200002  
电话：+86 21 6141 1718  
传真：+86 21 6335 0003  
www.qinlilegal.com

上海勤理律师事务所是 Deloitte Legal 全球网络成员。

如欲索取本文的电子版或更改收件人信息，请电邮至 [inquiries@qinlilegal.com](mailto:inquiries@qinlilegal.com) 或传真至 +86 21 6335 0003。

本文件中所含乃一般性信息，故此，并不构成上海勤理律师事务所（商号：“勤理”）、其人员及代理人提供任何专业建议或服务。在做出任何可能影响自身、自身财务或业务的决策或采取任何相关行动前，请咨询合资格的专业顾问。本文件中所含资料及信息乃以其原貌提供，上海勤理律师事务所并未对该等文件所含资料或信息做出明示或暗示的陈述或保证。在不限制上述规定的前提下，上海勤理律师事务所不保证该等文件所含资料或信息没有错误或达到了任何特定的实施或质量标准。上海勤理律师事务所明确否认所有暗示的或其它保证，包括但不限于适销性、所有权、适合特定目的、不侵权、兼容性、安全性和准确性的保证。上海勤理律师事务所、其人员及代理人不对任何方提起的或其产生的由于其依赖本文件所致的或与本文件相关的任何损失或索赔承担责任。

上海勤理律师事务所是 Deloitte Legal 全球网络成员。

© 2020 上海勤理律师事务所 版权所有 保留一切权利