

# 行政协议中的附随义务

陈天昊<sup>1</sup>

**【摘要】**：《行政诉讼法》及《行政协议司法解释》并未明确规定行政协议中的履行义务如何构成，从最高人民法院的系列判例可以看到，在行政协议之下行政主体不仅应负担协议约定的“主给付义务”，而且应负担协议未约定的“附随义务”。此“附随义务”，既包括《民法典》及原《合同法》基于诚实信用原则规定的“一般附随义务”，还应涵括基于行政主体公共职责的“特别附随义务”，即在特殊情形下，行政机关必须启动特定行政职权为协议外第三人的合法权益提供保护。将“特别附随义务”纳入行政协议的履行义务范畴，有利于督促政府在缔结、履行行政协议时自觉考虑可能受其影响的协议外第三人的合法权益。

**【关键词】**：行政协议 行政诉讼 履约制度 附随义务

在我国，行政协议争议进入行政诉讼制度经历了多个发展阶段，其中最为关键的节点便是2015年《行政诉讼法》修订将行政主体的履约争议纳入行政诉讼受案范围。<sup>1</sup>2019年12月10日最高人民法院发布《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》），该司法解释进一步通过第18条至第20条为人民法院审理行政协议的履约争议提供了规范支撑，从而在一定程度上缓解了行政协议实体法律制度供给不足的情况。<sup>2</sup>然而，司法解释的上述条文似仍有不甚清晰之处：在民事合同中，合同当事人的履约义务乃由“主给付义务”与“附随义务”一并构成，<sup>3</sup>而根据部分最高人民法院行政庭法官的解读，行政协议之下的“履约义务”又似乎被预设为行政主体通过协议明确约定之“主给付义务”。<sup>4</sup>由此，在行政协议之下，协议当事人是否应当负担协议约定之“主给付义务”之外的其他行为义务，即所谓“附随义务”，便成为我国行政协议履约制度的一个规范“缺口”。

2018年12月6日，最高人民法院对“汪某某与龙游县人民政府国有土地上房屋收购案”<sup>5</sup>（以下简称“汪某某案”）作出最终裁定。值得注意的是，在该案裁定书中，最高人民法院首次详细辨析了行政协议中的“附随义务”概念，并借助该概念最终实质性化解了纠纷。无论是2015年《行政诉讼法》抑或2019年《行政协议司法解释》皆未对行政协议之下的“附随义务”制度进行规定，该案中的“附随义务”制度应属最高人民法院行政庭法官在审判实践中的“创造”，这便使得本案具有了独特的价值，为我们反思行政协议之下的“附随义务”概念，补足《行政协议司法解释》的上述规范“缺口”提供了契机。

那么，在“汪某某案”中，行政庭法官是如何具体运用“附随义务”概念的？此“附随义务”概念又被赋予了何种特定的制度内涵？特别值得思考的是，根据《行政协议司法解释》第27条之规定，原《合同法》第60条及《民法典》第509条关于民事合同“附随义务”的有关条款亦应能够被适用于行政协议，那么本案中行政庭法官所发展出来的“附随义务”制度，又如何与民事合同中的“附随义务”制度相整合？下面，本文将以“汪某某与龙游县人民政府国有土地上房屋收购案”为具体切口，依次分析上述系列问题，以期丰富和完善行政协议实体法律制度。在展开具体分析之前，本文将首先简述“汪某某案”的基本案情与法官的裁判逻辑。

<sup>1</sup>**作者简介**：陈天昊，清华大学公共管理学院副教授，兼任清华大学法学院副教授，清华大学仲英青年学者。2017年于法国波尔多大学法学院获公法学博士学位。兼任中国人民大学宪法与行政法治研究中心比较行政法研究所研究员、中国政法大学检察公益诉讼研究基地副研究员、武汉大学网络治理研究院、科技创新与法治研究中心学术委员、法国波尔多大学宪法、自由与国家比较研究中心联席研究员、法国Henri Capitant协会中国分部副秘书长。在RFDA、《中国法学》《中外法学》《比较法研究》《法学》等中外核心期刊发表多篇论文。主持国家社科基金青年项目、清华大学自主科研人才支持专项项目等课题。获得应松年行政法学优秀成果奖、董必武青年法学成果奖提名奖，清华大学法学院兼职副教授，北京100084

**基金项目**：清华大学自主科研计划“行政协议效力争议审判实践研究”（2019THZWLJ07）成果

## 一、案情概要与裁判逻辑

2015年6月9日,龙游县城市投资发展公司(以下简称龙游城投公司)与龙游县旧城改造征收指挥部办公室(以下简称龙游旧改办)签订《委托书》,由龙游城投公司委托龙游旧改办实施龙游县大南门历史文化街区保护项目国有土地上房屋收购项目。2015年12月9日,龙游城投公司发布公告,公告该公司作为收购单位,并明确龙游旧改办为委托收购实施单位及收购时间、大南门房屋收购项目实施方案等。汪某某的房屋位于收购范围内,但其未与龙游县政府签订房屋收购协议,其房屋也未被拆除。2016年9月27日,汪某某楼上住户均已签订收购合同,被收购房屋腾空交付房屋拆除单位。此后,龙游县房屋征收管理办公室(以下简称龙游征管办)委托的房屋拆除公司开始破坏性拆除汪某某楼上以及周边住户已被收购的房屋,对汪某某房屋的居住以及经商环境已经造成严重影响。汪某某对此不满,遂以龙游县政府为被告提起行政诉讼,请求法院:1.确认被告以收购代替征收的行政行为违法;2.判令被告按行政征收的法律规定依法进行征收。

面对上述争议,最高人民法院首先对涉案房屋收购合同的法律属性进行了辨析。其指出,本案纠纷“系龙游县政府在旧城改造过程中,为实现公共利益和行政管理目标,以委托国有公司‘收购’来代替应当依法进行的‘征收’而引发”,“此种收购本身属于政府征收职能的委托,并服务和服从于旧城改造这一公共利益需要,因而此种收购协议也即具有了行政协议的属性”。

随后,最高人民法院进一步指出,由于汪某某与城投公司“未能最终形成一致,已经终止了收购程序”,基于《物权法》的规定,“汪某某在收购方未能满足其收购要求的情况下,依法有权自愿选择不出售其房屋”。然而征管办及其委托的拆迁公司“破坏性拆除汪某某楼上以及周边住户已被收购的房屋,对汪某某房屋的居住以及经商环境已经造成严重影响”。由此,行政主体对行政协议(收购合同)的履行行为侵犯了汪某某对其房屋所享有的物权,“此种侵权也即构成行政侵权”。

最后,最高人民法院认为,由于当地“正在进行成片的拆除改造”,汪某某“从事的商业经营活动实际上已经停止”,并且“龙游征管办委托的房屋拆除公司实施的破坏性拆除行为,既严重影响汪某某房屋的安全性、舒适性,也造成房屋周围居住环境与商业功能基本丧失”。基于上述考虑,最高人民法院便提出,行政主体缔结并履行行政协议(收购协议)的先行行为导致“对汪某某房屋进行征收并补偿的附随义务或者赔偿房屋价值的附随义务”,并据此认定“龙游县政府在与汪某某未能就收购问题签署收购协议的情况下,应当及时启动征收程序”。由此,行政庭法官便直接回应了汪某某的诉求,要求行政机关启动房屋征收程序以保障汪某某能够获得公正补偿。不难发现,上述论证逻辑的关键,乃在于行政庭法官对龙游县政府科以所谓的“附随义务”,正是基于此“附随义务”,特定行政职权才得以启动。那么,何谓“附随义务”?其又具体指向何种法律制度?

## 二、行政审判中的“附随义务”

### (一)制度功能

依据本案说理部分,“附随义务”概念的制度功能乃在于将行政机关在行政协议法律关系下的履约侵权行为(对汪某某周边住户房屋的拆除行为)与行政机关对特定职权的启动(要求行政机关进行征收并补偿)相互衔接,使得二者之间能够自然过渡。要知道,这样的自然过渡在我国现行的法律制度框架下并非理所当然。首先,就房屋征收补偿程序而言,根据《国有土地上房屋征收与补偿条例》第8条的规定,对汪某某房屋是否予以征收,应由市、县级人民政府决定。换言之,是否启动征收程序应属于地方政府自由裁量之范围,相关法律规定仅对该裁量权的行使设定了实体和程序方面的限制,<sup>6</sup>而从未科以地方政府在某种情况下必须启动征收补偿程序的义务。也正因为如此,在本案的一审、二审中,下级法院行政庭法官就曾指出:“是否启动征收程序需由相关职能部门结合具体情形依法确定,法院不宜直接判令履行。”

其次,就国家赔偿程序而言,根据《国家赔偿法》第4条的规定,对于行政机关及其工作人员在行使职权时存在“造成财产损害的其他违法行为”,“受害人有取得赔偿的权利”。可见此处仍应适用违法归责原则,<sup>7</sup>这就意味着,若汪某某希望申请国家赔偿,便需要首先依照法定程序确认龙游县政府的拆除行为违法。<sup>8</sup>依据《国家赔偿法》第9条的规定,汪某某既可以向龙游

县政府提出申请，由其确认自己的行为违法并给予赔偿，也可以通过行政诉讼、行政复议的方式确认拆除行为违法，并“一并提出”赔偿请求。在本案裁定书中，最高人民法院行政庭法官已首先确认了该拆除行为违法：“由于旧城改造项目系政府推动实施，相关拆除工作也系政府职能部门委托实施，此种侵权也即构成行政侵权。”然而问题在于，汪某某在本案中并未“一并提出”赔偿请求，这就意味着，若希望获得国家赔偿，依据《国家赔偿法》的规定，其只有在该裁定书作出之后再向龙游县政府提出申请，由后者作出赔偿决定。若对龙游县政府的赔偿决定不满，依据《国家赔偿法》第14条的规定，汪某某“可以自赔偿义务机关作出赔偿或者不予赔偿决定之日起三个月内，向人民法院提起诉讼”。即便最高人民法院近期发布的《行政法官专业会议纪要（一）》对求偿程序予以简化，<sup>9</sup>汪某某获得赔偿仍需在本案诉讼程序之外另行启动行政赔偿诉讼程序。

而通过引入“附随义务”概念，最高人民法院行政庭法官便绕过了前述繁琐的法定程序，其指出：“龙游县政府与相关单位因其先行行为，也即因此而负有依法征收补偿或者赔偿的附随义务；汪某某依法具有选择征收补偿程序或者侵权赔偿程序的权利。”汪某某在本案中明确提出了“判令龙游县政府按行政征收的法律规定依法进行征收工作”的诉讼请求，可推知汪某某乃“选择征收补偿程序”作为责任的承担方式，因此行政庭法官得出结论，龙游县政府“应当及时启动征收程序”，从而直接满足原告的诉讼请求。

由此可见，借助“附随义务”概念，行政庭法官得以绕过现行法律制度框架下繁琐的法定程序，直接衔接行政机关在行政协议法律关系下的履约侵权行为与行政机关对特定职权的启动，使得原告的诉讼请求得到直接满足，所需条件仅为原告应在提起诉讼时对存在竞合的可启动职权做出明确选择。这便构成了本案中行政庭法官所运用之“附随义务”概念所指涉的具体制度内涵。

## （二）适用条件

值得思考的是，行政庭法官对“附随义务”制度的适用，是否会导致旨在规范相关职权行使的法定程序约束出现过度减损？对此问题的回答，决定着行政庭法官适用此“附随义务”制度的边界条件。

就启动国家赔偿程序而言，如前所述，在既有的国家赔偿法律制度框架之下，行政庭法官本就可以在行政诉讼中一并解决赔偿争议，限制条件仅在于，原告在原则上应当将关于赔偿的诉讼请求与确认违法的诉讼请求向人民法院一并提出。当然，依据2018年《行政诉讼法司法解释》第95条之规定，即便在案件审理过程中，经过人民法院释明，原告亦可以提出“一并解决行政赔偿争议”的请求，只不过依据《审理行政赔偿案件若干问题的规定》第23条的规定，行政诉讼程序启动后原告提起行政赔偿请求的，应当在“人民法院一审庭审结束前”提出。<sup>10</sup>所以，若行政庭法官希望在行政诉讼时一并解决赔偿争议，法定的最低程序要求乃是经过释明后由原告至迟在一审庭审结束前明确提出该请求。而这又恰与本案中行政庭法官在启动“附随义务”时要求原告对存在竞合的法律责任作出明确选择的要件设置相契合。因此，只要原告能够在一审庭审结束前明确选择要求行政机关承担国家赔偿的“附随义务”，那么行政庭法官启动此“附随义务”就不会造成国家赔偿法定程序的任何减损。

关键的难题其实在于如何要求行政机关启动房屋征收补偿程序。如前所述，依据《国有土地上房屋征收与补偿条例》之规定，是否启动该程序完全属于行政机关自由裁量之范围，行政庭法官运用“附随义务”概念认定龙游县政府“应当及时启动征收程序”，实乃人民法院介入行政机关之裁量范围而代之作出裁量决定，显然违背了司法权应保持谦抑的惯例，这也是下级法院在一审及二审阶段皆裁定驳回该诉讼请求的原因。那么，在本案再审阶段，最高人民法院行政庭法官又是基于何种理由最终科以行政机关启动房屋征收补偿程序的“附随义务”呢？就此问题，需要将下面两段论述结合考虑：

由于龙游县政府已经收购了该街区的绝大部分房屋并正在进行成片的拆除改造，汪某某户的居住环境和经营环境已经因为涉案收购和拆除行为发生了巨大变化，其所从事的商业经营活动实际上已经停止；特别是龙游征管办委托的房屋拆除公司实施的破坏性拆除行为，既严重影响汪某某房屋的安全性、舒适性，也造成房屋周围居住环境与商业功能基本丧失。

---

在现行法律制度缺乏强制性收购规定的前提下，对旧城改造中未达成收购协议的房屋的拆除，只能通过《国有土地上房屋征收与补偿条例》规定的征收程序来解决。综上，龙游县政府在与汪某某未能就收购问题签署收购协议的情况下，应当及时启动征收程序。

整合如上两段论述，我们可以提炼如下论证逻辑：在完成旧城改造的公共目标之下，龙游县政府对汪某某居住地附近房屋进行了成片拆除，导致周边居住环境、商业功能基本丧失，这便意味着，继续保留汪某某房屋的必要性和可能性其实已经不复存在。若无法再继续保留汪某某的房屋，那么龙游县政府所能做的，便或是对其房屋进行收购并拆除，或是启动房屋征收补偿程序。然而，由于汪某某始终拒绝龙游县政府的收购请求，且我国“现行法律制度缺乏强制性收购规定”，因此龙游县政府便只能启动房屋征收补偿程序。一言以蔽之，在行政庭法官看来，本案情况下龙游县政府针对汪某某房屋的自由裁量权已经“缩限至零”，启动房屋征收补偿程序乃唯一的选项。

将上述论证逻辑置于整体的裁判文书论证脉络中，我们便可尝试提炼行政庭法官适用“附随义务”制度的三方面条件：

第一，必须存在权利救济的必要性。

本案中，行政机关对周边住房的拆除行为对汪某某的房屋造成严重影响，汪某某房屋财产权的使用价值与交换价值皆受到极大贬损。而依据《物权法》之规定，“汪某某在收购方未能满足其收购要求的情况下，依法有权自愿选择不出售其房屋”，因此，汪某某的权利减损显然属于遭受不法侵害所致，因而提供法律上的救济殊为必要。

第二，必须存在职责实现的正当性。

若仅存在权利救济的必要性，并不足以使行政机关启动征收补偿程序的裁量权“缩限至零”，因为尚存在其他权利救济的方式。比如，在绝大多数的行政侵权案件中，皆以国家赔偿的方式对经济损害予以弥补，而本案之所以能最终要求地方政府启动房屋征收补偿程序，其特殊性在于龙游县政府的收购行为及拆除行为本就旨在实现国有土地上房屋征收的职责。最高人民法院行政庭法官就曾指出：“根据一、二审法院查明的事实，可以看出本案‘征购’纠纷，并非因行政机关或者国有公司收购个别房屋引发，而系龙游县政府在旧城改造过程中，为实现公共利益和行政管理目标，以委托国有公司‘收购’来代替应当依法进行的‘征收’而引发……此种收购本身属于政府征收职能的委托，并服务和服从于旧城改造这一公共利益需要。”因此，人民法院要求行政机关启动房屋征收补偿程序对汪某某的房屋进行依法征收，这不仅实现了对汪某某权利的救济，亦恰与行政机关在本案中所负担之征收职责相符合，如此人民法院才得以科以行政机关特定处置义务。

第三，必须存在职权选择的缩限性。

行政机关实现特定职责的手段与方式，并不始终具有唯一性，若行政机关根据个案情形还可以采用其他方式实现法定职责，人民法院亦不宜要求其选择特定的实现方式。如在“宁都县人民政府、宁都县土地收购储备中心土地收购争议案”中，宁都县土地收购储备中心与江西金龙塑业有限公司签订《国有土地使用权收回及房屋收购合同》，对江西金龙塑业有限公司位于七里科技工业园区的国有土地使用权及地上建筑物和其他附属设施进行收购。该收购协议导致宁都县梅川供水有限公司失去了园区唯一的供水客户，于是其便提起行政诉讼请求确认宁都县人民政府、宁都县土地收购储备中心只征收江西金龙塑业有限公司资产，不征收宁都县梅川供水有限公司资产的行政行为违法，同时判令赔偿经济损失。最高人民法院行政庭审理后认为：“宁都县人民政府对江西金龙塑业有限公司进行整体收回和收购的行为已对宁都县梅川供水有限公司的经营权益产生了不利影响。因此，……宁都县人民政府应当依法予以受理并及时作出处理。”<sup>11</sup>此处，最高人民法院行政庭法官并未明确要求宁都县政府采取何种特定的措施对原告进行救济，而仅概括地要求其受理后及时作出处理。将此案与“汪某某案”进行对比，“汪某某案”的特殊性就主要体现在如下表述中：“在现行法律制度缺乏强制性收购规定的前提下，对旧城改造中未达成收购协议的房屋的拆除，只能通过《国有土地上房屋征收与补偿条例》规定的征收程序来解决。”换言之，正是由于在本案中行政机关实现特定职责的手

段在现有的法律框架下存在明显的缩限性，才驱使最高人民法院行政庭法官对行政机关科以特定的作为义务。

总之，在同时满足上述三方面条件的情况下，本案中的最高人民法院行政庭法官得以引入“附随义务”概念，将行政机关在行政协议法律关系下的履约侵权行为与行政机关对特定职权的启动相衔接，明确要求龙游县政府对原告汪某某的房屋依法进行征收并予以补偿，从而一并实现了保障公民权利、实现公共职责、减轻当事人诉累的多重目标，最终达成了本案行政争议的实质性化解。

### 三、民事合同“附随义务”的参照适用

需要注意的是，依据 2019 年《行政协议司法解释》第 27 条，行政庭法官“可以参照民事法律规范关于民事合同的相关规定”。因此，原《合同法》第 60 条及《民法典》第 509 条所规定之民事合同“附随义务”制度亦应可被行政庭法官适用于行政协议。这也得到了“黄某与江苏省教育厅教育行政协议纠纷案”的佐证。在该案中，最高人民法院行政庭法官便已明确引用了原《合同法》第 60 条之规定，认定行政协议相对人对行政机关进行配合和协助的义务乃构成其负担的附随义务，此便显然属于民事合同“附随义务”中的“从给付义务”，即“遵循诚实信用原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务”。<sup>12</sup>

那么，值得进一步思考的是，最高人民法院行政庭法官在“汪某某案”中对“附随义务”概念的运用，与民事合同“附随义务”制度是否存在重叠?换言之，在民事合同制度亦可参照适用于行政协议的背景之下，“汪某某案”中行政庭法官对附随义务的“创造”是否还有必要?若两项制度确有不同，那么此两项制度又应当如何在行政协议法律框架下协调并存?

#### (一)制度差异

在民事合同法律制度中，“附随义务”被视为“同主给付义务相对称的概念”，<sup>13</sup>乃是在合同约定的主给付义务之外“附加的行为义务”。<sup>14</sup>其可被进一步区分为“从给付义务”与“保护义务”：所谓“从给付义务”，乃指旨在“辅助实现债权人之给付利益的义务”；所谓“保护义务”，则指为了“避免侵害债权人之人身或财产上的固有利益或完整性利益的义务”。<sup>14</sup>需要注意的是，民事合同附随义务下的“保护义务”，其所覆盖的对象并不局限于合同当事人，而亦可能突破合同的相对性为合同外的第三人提供保护，此被称为“附保护第三人作用之契约”制度。<sup>15</sup>

以房屋租赁合同为例，宾馆与旅客之间订立房屋租赁合同，对宾馆而言，其“主给付义务”便是向旅客提供住宿服务，相关“从给付义务”便是为旅客提供必须的生活用品，以便利其居住，而宾馆对旅客的“保护义务”，便是确保后者在租赁房屋内的人身、财产安全。如在公报案例“王利毅、张丽霞诉上海银河宾馆赔偿纠纷案”中，民事法官就曾指出：“根据住宿合同的性质、目的和行业习惯，避免旅客人身、财产受到侵害，就成为此类合同的附随义务”，并且“住宿合同一经成立，无论宾馆是否向旅客出具口头的或者书面的安全保护或承诺，合同的附随义务都随之产生并客观存在”，具体而言，宾馆“必须切实采取有效的安全防范措施，认真履行最谨慎之注意义务，在自己的能力及范围内最大限度地保护旅客不受非法侵害。”<sup>16</sup>而所谓“附保护第三人作用之契约”制度，则意味着宾馆的保护义务不仅及于与其签订租赁合同的旅客，而亦扩展至与该旅客一同入住的亲属。如在德国司法实践中，被告(房东)将染有肺病病毒的房屋未经彻底消毒即出租给他人，致承租人的亲属染上肺病，被认为应依租赁合同负赔偿责任。<sup>17</sup>此时，房东对承租人所负担之保护义务便延伸适用于第三人，为该第三人提供基于合同关系的保护。民事合同中“主给付义务”与“附随义务”，以及“附随义务”中的“从给付义务”“保护义务”及“附保护第三人作用之契约”制度之间的关系可见图 1:

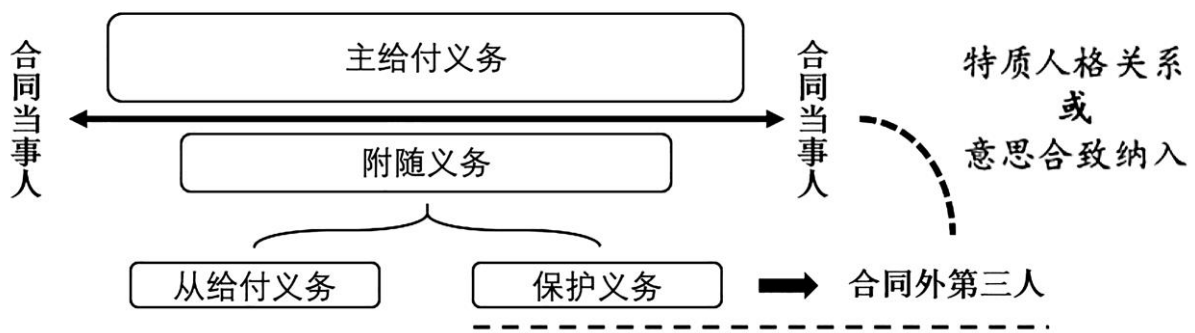


图1 民事合同义务关系图

若将上述民事合同中的“附随义务”视为“一般附随义务”，将行政庭法官在“汪某某案”中所发展出的“附随义务”称为“特别附随义务”，细致比较之后可以看到，两项制度存在显著差异。

### 1. 适用范围

此两项制度的差异首先体现在适用范围上。根据民事合同理论，“一般附随义务”乃以双方当事人于合同关系下所形成的事实层面之特殊信赖为基础，<sup>18</sup>正是由于存在这样的特殊信赖关系，债务人才得以依据诚实信用原则主张债权人应承担合同约定之主给付义务之外的“附加的行为义务”。这也就决定了，“一般附随义务”所能扩展的适用范围应以双方当事人所可能形成的特殊信赖为边界。正是因此，在“一般附随义务”下的“附保护第三人作用之契约”制度，虽然能扩展至合同关系外的第三人，但其所能纳入保护的主体，也仅限于与债务人具有特质人格关系<sup>19</sup>或与债权人达成默示合意<sup>20</sup>予以保护的第三人。换言之，其适用范围的边界乃以与当事人之间存在某种人身或意思上的主观联系为限，以避免“债务人因不确定数量的第三人被纳入债之关系，将面临难以估量的责任风险”。<sup>20</sup>

对于上述适用范围的边界，可以“汪某某案”之案情为例说明。假设龙游县政府与汪某某的邻居A缔结了“收购合同”，若A的亲属B由于身体残疾在A的房屋中居住且无法及时撤出，龙游县政府却不顾这一事实仍坚持行使债权对房屋进行拆除，进而对B的人身、财产造成伤害。在此情况下，依据民事合同“附保护第三人作用之契约”制度，B便完全可以主张龙游县政府违背了“收购合同”之附随义务中的“保护义务”，进而要求龙游县政府承担违约赔偿责任。然而，由于汪某某与该邻居A之间既无上述之特质人格关系亦不存在任何意思上的主观联系，因此，民事合同中的“附保护第三人作用之契约”制度也就无法为汪某某提供保护，换言之，龙游县政府与邻居A基于合同关系所形成的“保护义务”，无法外溢至汪某某。

而在“汪某某案”中，行政庭法官运用“附随义务”概念为“汪某某”提供了保护，此便突显了其适用范围与民事合同“附随义务”制度适用范围的不同。具体而言，该案中之“特别附随义务”的适用范围，并不以与当事人之间存在某种人身或意思上的主观联系为限，而乃以双方当事人订立的行政协议关系背后的公共职责为基础。

申言之，行政协议在本质上乃构成行政机关实现“行政管理或者公共服务目标”的手段，而“特别附随义务”则是完成该公共职责目标的进一步延伸，因此其适用范围的边界自然应以行政协议中作为当事人的行政机关之职责范围为限，此亦体现于前述之“特别附随义务”适用条件中的“职责实现的正当性”这一要件。在“汪某某案”中，汪某某虽与“收购合同”的当事人A并无任何主观联系，但其房屋却处于龙游县政府实施旧城改造的范围之内，这便使得龙游县政府有义务采取必要措施对其房屋进行处置。此种逻辑在前引之“宁都县人民政府、宁都县土地收购储备中心土地收购争议案”中亦得到验证。在该案中，对于宁都县梅川供水有限公司的赔偿请求，宁都县人民政府之所以负担了“依法予以受理并及时处理”的附随义务，<sup>21</sup>究其根本，也是因为宁都县梅川供水有限公司从事的经营活动在宁都县人民政府的辖区范围之内，这使得后者对前者的经营行为具有实施

---

管理并提供服务的职责。因此，“特别附随义务”的适用范围具有明显的客观属性。“一般附随义务”根据与当事人的主观联系而划定边界，而“特别附随义务”乃是以作为当事人的行政机关之法定职责确定适用范围，乃是行政机关公共职责之客观法秩序的具体化。

## 2. 制度目标

上述适用范围上的区别其实根源于二者在制度目标上的差异。在民法学者看来，“一般附随义务”旨在“保障进入债务关系领域之相关主体的完整性利益”。<sup>22</sup>换言之，不仅通过科以当事人从给付义务以确保给付利益的充分实现，还对当事人科以保护义务以确保进入协议关系的当事人以及与当事人存在主观联系的第三人的固有利益不受债务关系的“伴随损害”。<sup>23</sup>因此，“一般附随义务”制度所保障的对象，无论是给付利益亦或固有利益，都属于当事人或第三人的私人权益，其制度目标便是对受到损害的私人权益予以恢复和填补。

而“特别附随义务”则以恰当平衡行政机关之公共职责的实现与对相关利害关系人之合法权益的保障为目标。要知道，行政机关缔结行政协议本就旨在实现“行政管理或者公共服务”之目标，而行政机关履行行政协议的先行行为导致了协议外第三人的利益损害，此时依据平衡论的要求，公共目标的实现不能以侵害公民合法权益为代价，<sup>24</sup>因此便需通过科以行政机关给予国家赔偿或启动征收补偿程序的义务，实现行政机关之公共目标与利害关系人合法权益的再平衡。如在本案中，最高人民法院行政庭法官一方面明确要求“应当及时启动征收程序”，从而推动龙游县政府继续推进旧城改造公共职责之实现；另一方面也对启动房屋征收补偿程序后的赔偿标准予以明确，<sup>25</sup>以求尽可能填补公共职责实现给利害关系人造成的损失。唯有通过上述的协同努力，既推动公共职责之实现，又保障利害关系人之合法权益不因公共职责之实现而蒙受损失，行政协议所肩负的“行政管理或公共服务”目标才能被视为得到完满的实现。

## 3. 实现方式

由于二者在制度目标上存在显著差异，“特别附随义务”相比于“一般附随义务”在实现方式上更加多元。“一般附随义务”所引发的法律责任主要表现为损害赔偿，一般认为这已足以填补受害人的利益减损，民法学者就此提出的争议焦点，也主要在于违反一般附随义务是否能够导致合同关系的解除，<sup>26</sup>以及在何种情况下应该由侵权责任而非违约责任来填补受损的保护利益。<sup>27</sup>但无论上述哪一种实现方式，都始终围绕当事人私人权益所受损害如何得到更为完整的填补与恢复来展开。

而“特别附随义务”之内容则不局限于对受害人承受之损害予以赔偿，还包含要求行政机关对特定职权的启动。比如，在本案中要求龙游县政府启动房屋征收补偿程序，这其实是要求行政机关启动特定行政职权以通过积极能动的方式完成公共职责实现过程中公共利益与私人权益的恰当平衡。还比如，在“宁都县人民政府、宁都县土地收购储备中心土地收购争议案”中，最高人民法院行政庭判决要求其“依法予以受理并及时处理”，这同样也是要求宁都县政府采取积极措施在收回国有土地、实现国有土地优化利用与维护特定利害关系人之信赖利益之间进行恰当平衡，而具体选择何种职权手段则交由行政机关根据个案情形依法裁量决定。总之，区别于“一般附随义务”，“特别附随义务”的实现方式主要表现为行政机关以积极能动的方式启动特定行政职权，因为只有如此才可能在推动公共职责实现所引发的复杂利益环境中达成公共利益与私人权益的恰当平衡。

既然两项制度确实存在差异，且特别附随义务之制度亦有助于实现保障公民权利、实现公共职责及减轻当事人诉累的多重目标，这便能够证成该项制度存在的必要。然而，还需进一步思考的是，其在行政协议法律框架下应如何与一般附随义务之制度相互协调。

### (二) 协调整合

#### 1. 理论基础

源于民事法律规范的“一般附随义务”与行政庭法官所采纳之“特别附随义务”，在行政协议框架下能够并存，其理论根据应在于行政协议所兼有的“契约性”与“行政性”。

早已有学者指出，行政协议乃是“行政性要素与契约性要素的融合体”。<sup>28</sup>基于行政协议所具有的“契约性”，其与民事合同一样皆属于双方当事人意思表示达成一致的法律构造，<sup>29</sup>并且在行政主体与行政协议相对人的合作之中同样会建立事实层面的“特别结合关系”，<sup>30</sup>从而应依诚实信用原则要求作为协议当事人的行政主体承担与民事合同当事人同等的“一般附随义务”。前引之“黄某与江苏省教育厅教育行政协议纠纷案”就佐证了这一点。<sup>31</sup>

而由于行政协议同时还具有“行政性”，行政协议之目的在于实现“行政管理或者公共服务”的目标，因此行政主体在行政协议中亦兼有了“公共事务管理者”之身份，<sup>32</sup>那么当其缔结及履行行政协议之行为对协议关系外第三人之权益造成侵害时，只要该第三人仍处于行政主体之公共职责所覆盖的范围之内，该行政主体便亦应对该第三人所承受之权益侵害负担某种特别义务，这在本案中就被最高人民法院行政庭法官提炼为行政主体承担之“特别附随义务”。

在行政协议框架下协调此二者，关键应在于进一步划清彼此的适用界线，在二者可能存在竞合的情形，明确彼此适用的优先等级。而对此优先等级的判断，则应以行政协议框架下“行政性”与“契约性”这二者之间的整体优先关系为基础。就法国行政协议制度的实践经验而言，协调“行政性”与“契约性”的主要方式，在20世纪初法国行政协议制度初创之时，乃表现为以尊重行政主体对公共利益实现路径的垄断判断权为前提的“调适一再平衡”机制；<sup>33</sup>而进入21世纪，为了应对经济全球化的挑战，更好地激励市场主体参与公共服务的提供，上述平衡机制转而突出行政协议中的“契约性”，即“行政合同制度更加强调当事人对合同承诺的尊重，通过加强合同承诺本身的安定性来优化合作关系”，<sup>33</sup>而“行政性”则退居补充角色。上述基本逻辑的转变提示我们，当前在我国行政协议框架下整合“一般附随义务”与“特别附随义务”，亦应以“契约性”优先于“行政性”、“行政性”补充“契约性”为指导原则，以充分发挥行政协议下双方当事人的主观能动作用，更好地激发市场主体之力量推动公共职责的实现。

## 2. 制度整合

将上述指导原则与本案最高人民法院行政庭法官的处置方式相结合，本文提炼如下三点制度内容，以作为“一般附随义务”与“特别附随义务”在制度层面进行整合的可尝试路径。

(1)以协议关系为中介，协调“一般附随义务”制度与“特别附随义务”制度的适用范围。行政机关承担“特别附随义务”，究其本质，其实是协议关系中的行政主体以“公共事务管理者”身份“出场”，正是因此，如前所述，“特别附随义务”保护第三人范围的最远边界应以行政主体之公共职责范围为限。而随之可能被提出的问题便是，在协议法律关系内部，协议相对人能否同样主张行政主体作为“公共事务管理者”之身份要求行政主体对协议相对人负担协议约定义务之外的“附加的行为义务”？

其实在法国行政协议制度中便存在类似的制度。法国最高行政法院于1916年3月30日作出的“波尔多照明总公司(Compagnie générale d'éclairage de bordeaux)”判例构建了“不可预见理论(Théorie de l'imprévision)”。该理论认为：“由于合同当事人所不能预见的事件，导致合同暂时性的不能按照既有承诺的条件继续履行。但公共服务必须得到保障，因而相关合同仍然应该存续。此时公共服务之正常运作所必要的负担已经超越了(合同当事人)所有可能的预估或对合同条款进行合理解释的上限，对于此负担，行政机关当事人，作为公权力机关，即应该承担。”<sup>34</sup>简言之，为了保障公共责任的持续实现，在由于不可预见之事由导致协议相对人无法承担的经济压力时，行政主体应当对协议当事人承担协议约定义务之外的支付义务，以维持公共服务的持续提供，此可被视为“特别附随义务”向协议关系内部的延伸。

然而，此项制度在我国能否嵌入“特别附随义务”尚值得商榷。首先，考虑到“汪某某案”中行政庭法官所适用之“特别附随义务”制度并未针对协议关系的当事人，而仅针对协议关系外的第三人，因此本案判例无法为“特别附随义务”延伸至协议

法律关系之内提供支撑。其次，此种情形其实可纳入合同法中的“情事变更”制度，二者皆指向当事人不能预见、不能避免且导致履行成本畸高的客观事变，<sup>35</sup>行政庭法官在未来可直接引据《民法典》关于“情事变更”制度的规定，因此也就不必再将其纳入“特别附随义务”制度的调整范围。再次，将“特别附随义务”隔离在协议法律关系之外，这亦可突显在协议法律关系之下优先尊重行政协议之“契约性”的原则，除非绝对必要，行政主体应服从于合同法的一般规则，而不宜以“公共事务管理者”之身份在协议法律关系内随意“出场”。<sup>36</sup>

综合上述考虑，本文建议，应以协议关系为中介协调“一般附随义务”制度与“特别附随义务”制度的适用范围。申言之，协议当事人以及与之存在人格或意思上主观联系的第三人，皆作为协议关系之内的利害关系人，若其给付利益无法得到完全实现或其固有利益受到债权人侵害，便可以依据民事《合同法》第60条之规定基于“一般附随义务”制度主张债权人应承担违约责任。对于处于协议关系之外的第三人，只要其尚处于行政主体公共职责范围之内，当其固有利益受到行政主体缔结、履行行政协议之行为侵害时，其便可以向行政庭法官主张要求行政主体对其承担“特别附随义务”，这便包括要求行政主体通过启动特定行政职权施与救济。具体而言，在《行政协议司法解释》的规范框架下，原告便可依司法解释第9条第2款第(二)项“请求判决行政机关依法履行或者按照行政协议约定履行义务”提起行政诉讼；人民法院可依第11条第1款之规定对行政机关“是否履行相应法定职责进行合法性审查”。

(2)在协议关系之外确定“特别附随义务”之内容时，应尊重行政主体的主观能动性，优先由双方协商确定，而法院确定仅为例外。行政协议区别于传统高权行为之处在于，双方当事人对于如何实现行政管理或公共服务之目标享有发挥主观能动性之空间。<sup>37</sup>因此，当行政主体缔结、履行行政协议之行为侵害第三人合法权益时，考虑到此类行为仍属于行政主体发挥主观能动性实现公共职责之行为的延伸，不宜由行政庭法官直接判决明确，而宜继续维持行政主体处置此类延伸事务的能动空间，换言之，应优先由行政主体与受害第三人协商确定附随义务之内容。

具体而言，这便要求：应首先由行政主体与受害第三人通过协商的方式确定赔偿金额。如在“汪某某案”中，行政庭法官在认定龙游县政府“应当及时启动征收程序”的义务之前，就曾尝试在法院主持下让双方就赔偿金额进行调解而未成功，这便是为何在裁定书中行政庭法官亦督促“汪某某也应当理性评估房屋实际价格，尽可能通过协议方式解决本案的一系列问题”。只有在通过协商赔偿无法实质性化解纠纷的情况下，才能由行政庭法官以裁判的方式直接科以行政主体某种“附随义务”。此时，行政庭法官亦应适用前述权利救济的必要性、职责实现的正当性、职权选择的局限性的分析框架，选择应科以何种内容的“附随义务”。概言之，应首先考虑通过国家赔偿的方式弥补受害第三人的合法权益；若赔偿方式不足以实质性化解纠纷，便应在尊重行政机关主观能动性的原则下优先科以行政机关概括的处置义务；只有当行政机关之职权选择确实存在明显局限性时，才可如“汪某某案”中那样科以行政机关特定处置义务。当行政机关的多种作为义务存在竞合时，则应由原告自行选择以何种方式实现附随义务，《行政协议司法解释》第19条之“结合原告诉讼请求”的用语便为此提供了规范依据。

(3)行政庭法官科以“特别附随义务”时，应当综合平衡对前端协议关系稳定性的维护与对后端受害当事人合法权益的保护。究其原因，乃在于无论是行政主体的前端行政协议行为，还是负担“特别附随义务”的后端行为，在本质上都隶属于行政主体实现行政管理或公共服务目标的整体行政活动(在“汪某某案”中就表现为龙游县政府进行旧城改造的整体行政活动)。因此，行政庭法官在确定后端之“特别附随义务”之内容时，既要能够充分保护受害当事人的合法权益，还要注意确保行政机关的公共职责最终能够良好实现。要知道，“行政协议的公益性决定了其对协议的稳定性和公共服务的可持续性的要求较高”<sup>38</sup>，这便要求该“特别附随义务”的内容确定不能对前端协议关系的稳定性造成严重冲击。

比如在“汪某某案”中，一方面，最高人民法院行政庭法官在回应汪某某提出“确认龙游县政府以收购代替征收的行政行为违法”的诉讼请求时，并没有遵循严格的法律逻辑认定已经缔结的收购合同违法无效，而是指出“不宜完全否定此种‘收购’模式的合法性”；但另一方面，针对汪某某提出的要求“龙游县政府按行政征收的法律规定依法进行征收工作”的诉讼请求，最高人民法院行政庭法官又给予了明确的支持，认定“应当及时启动征收程序”。此种不够贯通的裁判思路，究其本质，便是行政庭法官在确定行政机关之“特别附随义务”时基于公共职责良好实现的最终目的将前端协议关系的稳定性纳入了综合考虑，刻

意地将此“特别附随义务”所预设的“收购”模式合法性不足的判断，与前端全部收购合同的效力问题相隔离，目的便在于既为汪某某提供充分的权利救济，又维持既已达成之收购合同关系的稳定性，从而避免由于确认合同违法无效导致旧城改造工作全部推倒重来。

总之，行政机关缔结行政协议，归根到底，乃旨在确保“行政管理或者公共服务目标”的良好实现。因此，行政庭法官在明确“特别附随义务”之内容时，自然应当将对后端受害当事人合法权益的保护与对前端协议关系稳定性的维护进行综合平衡。毕竟，行政机关公共职责的良好实现，最终仍需依靠已经缔结之行政协议的稳定履行来完成。

## 四、结语

2019年12月10日最高人民法院正式发布的《行政协议司法解释》为人民法院在未来审理行政协议案件提供了基本指引，然而也应认识到，该司法解释的具体内容仍存在模糊之处，需要通过最高人民法院重要判例的细致分析予以丰富和完善。本文便通过对最高人民法院“汪某某与龙游县人民政府国有土地上房屋征收行政纠纷案”及相关案例的具体分析，得出结论认为，行政协议之下行政主体之履行义务并不应局限于“主给付义务”，而亦应涵括未明确约定的“附随义务”。

对于“附随义务”之构成。一方面，结合原《合同法》第60条及《民法典》第509条之规定，应包含民事合同中基于诚实信用原则而产生的“一般附随义务”，该义务可进一步细分为“从给付义务”与“保护义务”，此时行政协议中的行政主体与普通民事合同当事人并无根本区别。另一方面，不仅如此，考虑到行政主体在行政协议之下所兼有的“公共事务管理者”之身份，区别于普通民事合同当事人，行政主体还应当负担所谓的“特别附随义务”，即对处于行政协议关系之外但尚处于行政主体公共职责范围之内的第三人之固有利益予以保护的义务。此“特别附随义务”乃基于行政主体之公共职责而产生，因而能够将更为广泛的第三人之固有利益纳入保护，并且人民法院在必要时可以要求行政主体启动特定行政职权提供上述保护，以通过积极能动的方式恰当平衡行政主体之公共职责的实现与对相关利害关系人之合法权益的保护。

简言之，在行政协议之下，“一般附随义务”与“特别附随义务”应共同构成行政协议中的“附随义务”，而“附随义务”应进一步与“主给付义务”相结合共同构成行政协议中行政主体所负担之完整的合同义务。基于《行政协议司法解释》构建行政协议履约制度时，我们应当采纳上述对合同义务的完整理解，唯有如此，政府在与市场主体的合作中所实施的行政协议行为才能够得到更为全面的规范。特别是当政府在缔结协议、履行承诺之时，应当自觉考虑可能受到协议缔结及履行影响的第三人之合法权益，从而引导政府在对多元利益进行综合平衡的过程中稳步推进公共职责之实现。

作者图片



**注释:**

1 参见刘飞:《行政协议诉讼的制度构建》,《法学研究》2019年第3期。

2 “在民事合同制度之外并未建立起行政合同法律制度”,这是我国行政协议法发展滞后的重要原因。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》,《国家检察官学院学报》2015年第7期。

3 参见王洪亮:《债法总论》,北京大学出版社,2016年,第22页。

4 如梁凤云法官在阐释履约判决时就曾指出:“一般情况下,为了维护公共利益,法院应当尽可能保证行政协议的有效性,尽可能使行政协议得到继续履行。因此,继续履行是首先要考虑的违约承担方式。”梁凤云:《行政协议案件的审理和判决规则》,《国家检察官学院学报》2015年第4期。

5 案号:(2018)最高法行申2624号。

6 《国有土地上房屋征收与补偿条例》第8条、第9条。

7 参见江必新:《适用修改后的〈国家赔偿法〉应当着重把握的若干问题》,《法律适用》2011年第6期。

8 新《国家赔偿法》并未取消“确认违法”的程序,参见江必新:《适用修改后的〈国家赔偿法〉应当着重把握的若干问题》,《法律适用》2011年第6期。

9 最高人民法院于近期公布的《行政法官专业会议纪要(一)》中对上述规则有微调,即若当事人未在行政诉讼时一并提出赔偿请求,在行政行为被确认违法之后,无需再请求行政机关先行处理,便有权直接向人民法院提起行政赔偿诉讼。

10 最高人民法院行政审判庭:《最高人民法院行政诉讼法司法解释理解与适用》(上),人民法院出版社,2018年,第442页。

11 案号:(2017)最高法行申8090号。

12 案号:(2016)最高法行申1991号。该案中,最高人民法院行政庭法官就已明确引用了《合同法》第60条关于民事合同“附随义务”之规定处置行政协议争议,行政庭法官指出作为协议的丙方,江苏省教育厅负有安排免费师范毕业生到中小学任教、确保其有编有岗的义务,但该义务的履行需要黄某的配合和协助,若因黄某的不配合导致协议目的未能实现,不能认定江苏省教育厅未履行《协议书》的约定。

13 参见李昊:《德国新债法中附随义务的构造》,《环球法律评论》2009年第5期。

14 参见王洪亮:《债法总论》,第23、23页。

15 参见韩世远:《合同法总论》(第三版),法律出版社,2011年,第250-253页。

16 参见“王利毅、张丽霞诉上海银河宾馆赔偿纠纷案”,《中华人民共和国最高人民法院公报》2001年第2期。

---

17 参见张家勇：《论合同保护第三人的路径选择》，《法律科学》2016年第1期。

18 参见李昊：《德国新债法中附随义务的构造》，《环球法律评论》2009年第5期。

19 参见邵建东：《论德国民法中附保护第三人效力的合同》，《中外法学》1994年第2期。

20 参见张家勇：《论合同保护第三人的路径选择》，《法律科学》2016年第1期。

21 案号：(2017)最高法行申8090号。

22 参见刘毅强：《附随义务侵害与合同解除问题研究——以德国民法典第324条为参照》，《东方法学》2012年第3期。

23 参见李昊：《德国新债法中附随义务的构造》，《环球法律评论》2009年第5期。

24 参见罗豪才：《行政法之语义与意义分析》，《法制与社会发展》1995年第4期。

25 “如汪某某房屋2018年度市场评估价因周边环境的巨大变化而受到影响，则龙游县政府应当以2016年启动收购以来的市场评估价就高确定标准。同时，对于因不恰当拆除本身造成的损失赔偿问题，龙游县政府在作出补偿决定时，应当一并予以考虑。”

26 参见刘毅强：《附随义务侵害与合同解除问题研究——以德国民法典第324条为参照》，《东方法学》2012年第3期。

27 参见王利明：《侵权责任法与合同法的界分——以侵权责任法的扩张为视野》，《中国法学》2011年第3期；张家勇：《论统一民事责任制度的建构——基于责任融合的“后果模式”》，《中国社会科学》2015年第8期；谢鸿飞：《违约责任与侵权责任竞合理论的再构成》，《环球法律评论》2014年第6期；邱雪梅：《试论民法中的保护义务——“两分法”民事责任体系之反思》，《环球法律评论》2007年第5期。

28 参见江必新：《中国行政合同法律制度：体系、内容及其构建》，《中外法学》2012年第6期。

29 最高人民法院在相关案例中曾要求行政协议双方当事人意思表示需达成一致，“意思要素是指行政主体与行政相对人签订行政协议必须经过协商，意思表示一致”。参见“四川大英县”案件，案号：(2017)最高法行申195号。

30 参见王洪亮：《债法总论》，第23页。

31 案号：(2016)最高法行申1991号。

32 参见陈天昊：《行政协议的识别与边界》，《中国法学》2019年第1期。

33 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》，《中外法学》2015年第6期。

34 M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative, 19e édition, Dalloz 201 p.185.

35 法国行政协议制度中的“不可预见”理论与民事合同中的“情势变更”制度本就存在紧密的联系，有民法学者就曾指

---

出：“(在法国民法中)艰难情势却未被民法或商法所接受。著名的‘不可预见’理论,即允许在情事变更的情况下变更合同的理论,也只适用于行政合同。”韩世远:《合同法总论》(第三版),第381页。关于二者之间的紧密联系,亦可参见尹田:《法国民法上合同的司法变更原则》,《外国法译评》1995年第4期。

36 参见陈天昊:《行政协议的识别与边界》,《中国法学》2019年第1期。

37 这在法国行政协议法律制度之下便表现为行政主体在行政协议中所享有的“合同自由”。参见 Nil SYMCHÜWICZ, Philippe PRÜÜT, *Partenariats Public—privé et Montages Contractuels Complexes* 3eme édition, Le Moniteur 2012, p. 86.

38 王敬波:《司法认定无效行政协议的标准》,《中国法学》2019年第3期。