

# 行政协议效力认定的公私法协同论

严益州\*

**摘要** 在行政协议效力认定的问题上,公法主导论暴露出局限性。该模式过度依赖行政行为规则的优先适用,忽略了民事法律行为规则的功能价值。这不仅削弱了法律适用的灵活性,而且低估了案件审理的复杂性。与之相对,公私法协同论以综合性视角解决这些问题,推动公法与私法的有效互动,满足行政性与契约性的动态特性,并实现不同规则之间的功能整合。在理论层面,它通过承认、利用和协调差异,建立行政行为规则和民事法律行为规则相互协作的基础结构。在实践层面,它提倡动态考察各审查模块中行政性和契约性的要素组合,深入探讨如何使不同规则形成交互支持秩序,以提高裁判质量和平衡不同利益。公私法协同论应当取代公法主导论,成为行政协议司法审查的主导思想,推进行政法学的现代化。

**关键词** 行政协议效力 公法主导论 公私法协同论

## 一、问题的提出

在审查行政协议的效力时,核心问题是如何确定行政行为规则与民事法律行为规则的关系。全国人大常委会法工委行政法室在解读《行政诉讼法》第12条第1款第11项时采取公法主导论的立场,指出“在实体法方面,应当优先适用有关法律、法规或者规章的特别规定,没有特别规定的,适用合同法”。〔1〕有法官将其总结为“行政法律规范优先适用规则”。〔2〕最高人民法院2019年颁布的《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》(以下简称

\* 复旦大学法学院讲师。本文系国家社科基金一般项目“法治政府建设视野中的无效行政行为认定研究”(项目编号:22BFX032)的阶段性研究成果。

〔1〕全国人大常委会法制工作委员会行政法室编著:《中华人民共和国行政诉讼法解读》,中国法制出版社2014年版,第45页。

〔2〕梁风云:“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,第35页。

《行政协议解释》)延续公法主导论的见解。在协议无效的问题上,《行政协议解释》第 12 条规定“合并适用既有规定,并明确适用次序,也就是说,应当优先适用我国《行政诉讼法》第 75 条,民法上的无效规定可以作为补充”,〔3〕同时“私法规则对行政合同的适用必须从行政法的角度作特别的考虑”。〔4〕在协议撤销的问题上,虽然《行政协议解释》第 14 条容许适用民事撤销事由,且并未明确规定是否适用《行政诉讼法》第 70 条,但是最高人民法院行政审判庭主张:“就行政法律规范和民事法律规范的适用而言,当然是优先适用行政法律规范……审理行政机关订立行政协议行为是否合法,应当按照行政诉讼法第七十条的规定……进行全面审查。”〔5〕

本文倡导公私法协调论,反对公法主导论。无论是行政行为规则,还是民事法律行为规则,均应成为行政协议效力评价的主体性标准。尽管这两种规则可能发生冲突,但是解决方法不应是简单地将公法规则置于私法规则之上,而是应根据瑕疵的具体情形,进行实质性的规则适用判断。为此,本文首先说明公法主导论的基本立场及其局限性,并解释选择公私法协调论的理由。随后,本文将深入探讨行政协议效力认定中公私法协调的理论构成和实践应用,旨在为行政行为规则与民事法律行为规则的恰当运用提供有益指导,确保瑕疵判断的妥当性。

## 二、行政协议效力认定中公私法关系的模式抉择

对于行政协议的效力认定,公法主导论目前是主流观点。本文将探讨公法主导论的基本立场和内在局限,并提出将公私法协调论作为更适宜的替代模式。

### (一)公法主导论的基本立场

公法主导论认为,行政行为规则应被整体确立为优先适用的规范,而民事法律行为的规则即使可以参照适用,也应受到行政行为规则的单向影响。目前,该关系模式呈现出行政行为规则的整体优先性和单向影响性两个面向:

就整体优先性而言,公法主导论强调行政协议的本质特征是行政性,因此行政行为规则占据主要地位,应整体优先适用。比如,江必新认为:“对行政合同而言,行政性是第一位的特征,契约性是第二位的特征。通过公法规则调整行政合同关系,抓住了问题的实质,反之则舍本逐末。”〔6〕郭修江认为:“行政性是其主要性质,协议性是其从属性质……人民法院判断行政协议的效力……应当优先适用行政诉讼法和行政实体法的相关规定,适用民事法律规范属于例外情形。”〔7〕卢护锋、王成明认为:“行政性是行政协议的首要属性……人民法院在审理行政

〔3〕 余凌云:“论行政协议无效”,《政治与法律》2020 年第 11 期,第 5 页。

〔4〕 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 184 页。

〔5〕 同上注,第 362、372 页。

〔6〕 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,第 1165 页。

〔7〕 郭修江:“行政协议的行政性及其司法审查”,《法律适用》2024 年第 6 期,第 52 页。

协议案件中,在实体法方面,应当优先适用行政法律规范。”〔8〕在司法实务中,法院亦表现出对行政行为规则整体优先性的支持。如在“王某某、陈某某案”中,最高人民法院指出:“行政协议的行政性优先于协议性、合法性优先于合约性,行政协议应当优先适用合法性原则。”〔9〕在“苏惊涛案”中,最高人民法院认为将行政协议“明确为行政诉讼受案范围,主要是基于其行政性特质,而非协议性……不是说行政协议既有行政性又有协议性,所以既可以适用行政法律规范,也可以适用民事法律规范……订立协议行为是否合法有效,应当依照行政诉讼法和相关行政实体法律规范进行审查判断,民事法律规范的适用仅仅是行政法和行政诉讼法没有相应规定情形下的一种补充适用”。〔10〕

就单向影响性而言,公法主导论表现为行政行为规则对民事法律行为规则单向限制和调整。该关系模式并不完全排斥在行政协议案件中适用民事法律行为规则,但认为其仅处于次要地位,只能作为公法规则的附属。比如,郭修江认为:“只有在行政诉讼法、行政实体法没有相应的规则可以适用时,在与行政法的基本原则不相抵触的前提下,才能适用民事法律规范判断行政协议效力。”〔11〕梁凤云认为,审查无效行政协议时,应完全适用《行政诉讼法》第75条,而“对适用民事法律规范合同无效规定的,也要注意行政诉讼的特征,把握只有达到‘重大且明显’违法标准的,才能确认行政协议无效”。〔12〕陈国栋认为,“行政协议的撤销……当然应该按照行政行为的维度来设计相应的撤销规则”,即使部分民事撤销事由(如显失公平)可以补充适用,也应受到“行政协议的公共性要素”的限制。〔13〕在司法实务中,法院亦表现出对行政行为规则单向影响性的支持。如在“潍坊讯驰案”中,最高人民法院认为:“对行政协议效力的判断首先应当适用行政诉讼法关于无效行政行为的规定。即依照……‘重大且明显违法’标准进行严格判定。脱离行政协议的行政行为属性,单纯援用民事法律合同无效事由条款否认行政行为的效力,动辄将双方经磋商达成合意的行政协议退回原点,既阻碍行政协议功能的发挥,又悖于协议订立之初的目的实现,也不利于协议相对人信赖利益的保护。”〔14〕

公法主导论实际将行政行为规则和民事法律行为规则的关系定位为属种关系,使行政协议的效力认定最终统合于公法的秩序理念。此种关系模式的出现,一方面是由于行政法学者因学科偏好而天然倾向于支持公法规则的主导地位,另一方面也因为行政法学者过分强调行

〔8〕 卢护锋、王成明:“行政协议纠纷司法审查规则探析”,《法治社会》2018年第2期,第79页。

〔9〕 《王某某、陈某某诉浙江省杭州市余杭区良渚街道办事处变更拆迁补偿安置协议案》,载中国法院网,<https://www.chinacourt.org/article/detail/2022/04/id/6643649.shtml>,最后访问日期:2024年10月20日。该案系最高人民法院2022年发布的行政协议案件典型案例。

〔10〕 苏惊涛、河北省唐县人民政府乡政府再审审查与审判监督案,最高人民法院行政裁定书,(2020)最高法行申9646号。

〔11〕 郭修江,见前注〔7〕,第65页。

〔12〕 梁凤云:《行政协议司法解释讲义》,人民法院出版社2020年版,第165页。

〔13〕 陈国栋:“行政机关对瑕疵行政协议的单方撤销权”,《政治与法律》2023年第8期,第153、160—161页。

〔14〕 安丘市人民政府与潍坊讯驰置业发展有限公司行政协议纠纷再审案,最高人民法院行政裁定书,(2017)最高法行申7679号。

政协议的行政性,认为只有优先适用行政行为规则,并使其制约准用的民事法律行为规则,才可以确保依法行政、防止公权力滥用、增进公共利益的实现。<sup>[15]</sup>在这种思维的影响下,民事法律行为规则更像是客串角色,并不足以成为行政协议司法审查的主体性标准。

## (二)公法主导论的内在局限

公法主导论将行政行为规则统一确立为判断行政协议效力的首要标准,使民事法律行为规则被动地接受制约。这种关系模式看似简洁清晰,实则存在严重缺陷,值得深入反思。

其一,固化行政行为规则的优先性。公法主导论认为,行政协议以行政性为主,故行政行为规则应整体优先适用。然而,如果将行政协议视为一个有机体,并将其逐层解剖,那么可以发现其各个器官含有行政性和契约性的要素比例并不相同,相应的规则适用顺序存在差异。一般而言,行政协议中契约性要素较多的部分应当优先适用民事法律行为规则。比如,私主体的缔约资格涉及依私人意愿达成合意的资格条件,缔约主体的意思表示涉及当事人的意思自主,所以二者明显含有更多的契约性要素,其原则上应优先适用民事行为能力规定、民事代理规定、民事意思表示规定等私法规则。即使是通常由行政行为规则主导的缔约内容审查,民事法律行为规则有时也能优先适用。举例言之,具有客观不能情形的缔约内容主要关系到债权人依约定获得的履行利益,其涉及的契约性要素原则上充足度更高。对此,法院不应优先适用2018年《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称《行政诉讼法司法解释》)第99条第3项的“客观上不可能实施”来认定协议无效,而应优先适用《民法典》第580条第1款第1项,将协议判定为有效。可见,判断主体不能僵化地认为行政协议的行政性要素一定多于契约性要素,而是应运用动态体系的视角,分析系争瑕疵所涉及要素的性质和多寡,并根据要素组合具体判断优先适用何种规则。公法主导论将行政行为规则恒定为优先性规则,忽略要素之间弹性组合的必要性,可能导致行政协议丧失契约属性,变相成为单方高权行为。

其二,削弱民事法律行为规则的细化功能。公法主导论强调公法规则对私法规则单向度影响,使民事法律行为规则只能被动接受行政行为规则的统合。事实上,即使行政行为规则在某些情形中可以优先适用,民事法律行为规则也能主动细化行政行为规则。如在前述“潍坊讯驰案”中,安丘市政府以未按照法定招投标程序选定建设单位以及所选单位不具备相应资质等级为由,主张其与潍坊讯驰公司缔结的行政协议因违反原《合同法》第52条第5项的“强制性规定”而无效。最高人民法院将《行政诉讼法》第75条确立为优先适用规范,令原《合同法》第52条第5项的适用受到重大且明显违法标准的限制,由此判定系争协议不构成无效。<sup>[16]</sup>问题在于,重大且明显违法标准具有高度抽象性,本身也需要借助民法规范来限定其内涵。对此,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》(以下简称《民法典合同编通则司法解释》)第16条第1款第1项规定,违反强制性规定但不影响合同效力的情形包含“强制性规定虽然旨在维护社会公共秩序,但是合同的实际履行对社会公共秩序造成的影响显著轻微,认定合同无效将导致案件处理结果有失公平公正”。该案中,判断主

[15] 参见吴芳:“论行政协议无效规则的公私法兼容统合”,《行政法学研究》2024年第6期,第141页。

[16] 参见前注[14]。

体在适用重大且明显违法标准时,可进一步援引该私法规则,个案考察安丘市政府违反法定招标投标程序的行为对公平竞争秩序的侵害程度。若实际负面后果显著轻微,系争协议可判定为有效。<sup>[17]</sup>可见,民法规范能够对《行政诉讼法》第75条反向发挥细化功能,确保法院对重大且明显违法标准的适用不会流于恣意。公法主导论过分突出行政行为规则单向影响性,结果只会忽略民事法律行为规则的细化功能,容易导致司法裁判缺乏确定性。

其三,遮蔽民事法律行为规则的矫正功能。除细化功能外,民事法律行为规则还可以主动发挥矫正功能,个案改变或修正行政行为规则的适用。我国已有司法裁判体现出私法规则的这一功能。以“安吉展鹏案”为例,已被撤销编制的临港管委会与展鹏铸造厂缔结《企业搬迁补偿协议书》,双方均已履行协议义务。之后,展鹏铸造厂诉请撤销协议。在诉讼过程中,安吉县政府追认了临港管委会的缔约行为。法院一方面认为临港管委会无权缔约,安吉县政府的追认不能改变该缔约行为的违法事实;另一方面认为补偿协议是双方基于真实意愿并已履行完毕,协议内容并未损害展鹏铸造厂的合法补偿权益,鉴于安吉县政府对该补偿协议进行了追认,协议效力应予保留。最终,法院判决系争协议“违法但有效”。<sup>[18]</sup>应当看到,临港管委会已被编制部门撤销,属于非法行政组织,因此其缔结的协议本应适用《行政诉讼法》第75条“不具有行政主体资格”的规定而构成无效。<sup>[19]</sup>不过,公主体的缔约资格涉及契约性要素,关系到当事人合意形成的资格条件。为了维护合意的拘束性,有必要引入民法上的追认规则,缓和行政行为规则的否定性效力评价。事实上,法院对于系争协议的效力审查,也的确参照适用了“《合同法》中代理的相关规定”。<sup>[20]</sup>可见,私法规则能够对公法规则反向产生矫正作用,使瑕疵认定结果符合实质正义。公法主导论固守行政行为规则的单向影响性,无法合理解释民事法律行为规则发挥矫正功能的原因,最终可能导致该功能被掩盖,使行政协议效力审查缺乏妥当性。

### (三)公私法协动论的路径提倡

要摒弃公法主导论,可以考虑采用公私法协动论作为替代。该模式主张行政行为规则和民事法律行为规则之间应建立对等互动关系。在审查行政协议效力时,公私法协动论反对先验地赋予某种规则绝对优先地位,主张在适用一种效力标准时,系争瑕疵应持续接受异质规则的检验。相较于公法主导论,公私法协动论更值得推广,它具备以下明显优势。

其一,适应公私法优先性的动态判断。在行政协议中,行政性要素和契约性要素呈现“或多或少”的状态,判断主体应通过分析不同要素的耦合比例,探求公正合理的规则适用结论。公私法协动论突破对单一要素的过度依赖,承认行政性与契约性之间存在动态平衡,即行政协

[17] 参见崔建远:《合同法总论(上卷)》,中国人民大学出版社2024年版,第588页。

[18] 参见《安吉展鹏金属精密铸造厂诉安吉县人民政府搬迁行政协议案》,载中国法院网, <https://www.chinacourt.org/article/detail/2019/12/id/4719318.shtml>,最后访问日期:2024年10月20日。该案系最高人民法院2019年发布的行政协议案件典型案例。

[19] 参见严益州:“无效行政行为中‘不具有行政主体资格’的认定”,《国家检察官学院学报》2024年第5期,第142页。

[20] 危辉星:“行政协议案件司法审查相关问题探析——安吉展鹏金属精密铸造厂诉安吉县人民政府搬迁行政协议案”,《法律适用(司法案例)》2018年第24期,第25页。

议中的各种要素并非孤立存在,需要在实践中通过相互作用来共同塑造法律效果。该关系模式要求全面评估具体案件涉及的关键要素,并根据要素的排列形态综合判断行政行为规则和民事法律行为规则的适用优先性。这种方法不仅揭示了行政协议的多元规制目的,而且通过灵活适用不同法域的规则来防止片面的效力判定。采用公私法协动论,可以适应行政协议中不断变化的要素组合,确保司法审查满足多维度的规制需求,实现法律效果的最优化选择。

其二,强化私法规则的主体价值。既然行政协议具有契约性特征,就应当广泛吸取私法规则的成熟经验,并在此基础上确立更合理的效力评价机制。这种开放性思维不仅不会消解公私法之间的界限,反而能够在尊重法域特性的基础上,建立一个更为有序、协调的瑕疵判定体系。公私法协动论不将民事法律行为规则一律置于行政行为规则的附庸地位,而是根据具体案件事实,评估私法规则对公法规则的支持作用。即使行政行为规则有时优先适用,民事法律行为规则也可以主动发挥细化功能和矫正功能。这种关系模式打破了行政行为规则的绝对统摄地位,促使其与民事法律行为规则持续对话与互动。通过增进相异规则之间的动态交流,公私法协动论不仅引导行政行为规则作出必要的让步和妥协,而且有效缓解不同法域间的冲突,真正实现行政协议效力评价的一致性。

其三,顺应行政法体系变革的时代潮流。我国行政法体系化已进入公私法深度融合阶段,过分强调行政协议的公法特殊性已无必要。现有的行政行为规则主要围绕单方高权行为来设计,而行政协议不同于单方高权行为,它是基于当事人共同意愿形成的法律行为,其效力高度依赖缔约双方的合意。因此,当下的任务应是如何让行政协议从以单方高权行为为核心的规则框架中解放出来,避免因效力规则的单一化而丧失其应有的制度功能。公私法协动论响应这一变革,主张以更加开放的视角来评价行政协议的效力。它强调规则的互补性而非对立性,认为若单一规则无法充分保护相关利益或价值,则应通过引入异质规则来优化法律适用。这种理念不但打破了僵化的思维定式,而且提升了法律的调控能力。公私法协动论契合我国行政法体系化的发展趋势,有望在行政协议理论实践中发挥更大作用。

综上,公私法协动论极具价值,应成为行政协议效力认定的理想关系模式。尽管如此,该模式的理论构成和实践应用仍需进一步明确和完善。就理论构成而言,需要阐明公法与私法的互动原理,探索如何在不同法域之间建立有效的沟通桥梁。实践应用层面,需要分析两种规则在实务中的关联互动机制,具体说明如何根据要素组合来确定规则适用。建立完整的学理框架和清晰的操作流程至关重要,这有助于公私法协动论在行政协议司法审查中巩固其优势,并在解决复杂问题时达到最佳效果。

### 三、行政协议效力认定中公私法协动的理论构成

确立系统的学理框架,可以为实务操作提供科学指导。本部分将从适用前提、核心逻辑和整合路径,阐明行政协议效力认定中公私法协动的理论构成。

#### (一)公私法协动论的适用前提:承认差异

公私法协动论首先需要回应的问题是,是否承认行政行为规则和民事法律行为规则之间

存在差异。行政协议兼具行政性和契约性,其效力认定规则亦耦合公法和私法。不过,无论两种规则如何复杂交织,公私法协动论首先从功能的角度承认二者的差异。

### 1. 行政行为规则的功能定位

行政行为规则受行政性要素的支配。行政性强调公权力行使和公共服务提供。行政行为最典型的类型是单方高权行为,其规则设计重点围绕行政性而展开,理由是公主体通过有组织地行使命令和控制权,可以更好地履行人民特别托付的行政任务。行政行为规则要求公主体不得享有行为自由和效果自主,而是令其从国家行为正当化要求出发,将抽象的宪法和法律不断具体化为执行性的权力行为。<sup>〔21〕</sup>正因如此,公主体行为所涉及的职权、依据、事实、程序等事项需被严格审查。即使公主体在裁量时具有意志因素,其行为也必须符合法律授权目的。<sup>〔22〕</sup>简言之,行政行为规则可被视为对公主体行为进行“编程调控”的规制模式。<sup>〔23〕</sup>

行政行为的无效标准和撤销标准取决于违法性程度。在其原本指向的单方高权行为中,公主体凭借优势地位履行公共任务、实现公共利益。为了保障行政的权威性与法秩序的安定性,单方高权行为适用有效推定性原理,即违法的单方高权行为原则上被推定为有效,具有存续力,非经法定撤销途径而不失效力。只有系争瑕疵逾越一般人的容忍极限,某些违法性程度极高的单方高权行为才可被认定为无效。<sup>〔24〕</sup>于是,行政行为无效标准和撤销标准之间形成“例外和一般”的关系,二者在行政行为合法性审查中共同发挥评价作用。在适用这两种标准时,需要判断公主体行为的违法性程度是否达到重大且明显的阈值。

行政行为规则的优点是通过对公主体行为的高密度管控,保障行政目的有效实现,防止公主体滥用优势地位。这种规则将公主体行为确立为规制中心,依托工序流程的标准化审查来实施监督和控制,保障行政活动的合法性和正当性。然而,它的弱点也相当明显。由于过分聚焦于公主体的权力行使,这种规则体系往往忽略了相对人意愿,其单向度的构造在处理当事人互动和多元利益交织的契约关系问题时显得刻板和僵硬。这不仅妨碍以契约形式表现出来的社会交往的灵活性,也不利于调和公权力监督和私主体保障之间的紧张关系。

### 2. 民事法律行为规则的功能定位

民事法律行为规则受契约性要素的支配。契约性强调的是当事人的自主性和合意的拘束性。当事人受合意的拘束实际上是受自己意思的拘束,因为对方的意思表示只有获得自己的同意才能产生拘束力。<sup>〔25〕</sup>民事法律行为最典型的类型是民事合同,其规则设计重点围绕契约性而展开,理由是“真正能将私法自治原则发挥淋漓尽致的,只有契约自由原则”。<sup>〔26〕</sup>民事法律行为规则维护私主体追求自身利益的行为理性,尊重私主体的自主选择,鼓励私主体之间

〔21〕 Vgl. Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., 2006, S. 287-288.

〔22〕 参见朱庆育:《民法总论》(第二版),北京大学出版社2016年版,第108页。

〔23〕 Vgl. Schmidt-Aßmann, (Fn. 21), S. 288.

〔24〕 参见严益州:“论无效行政行为的认定”,《法学家》2023年第2期,第161页。

〔25〕 参见杨代雄:《法律行为论》,北京大学出版社2021年版,第5页。

〔26〕 陈自强:《契约之成立与生效——契约法讲义I》,元照出版公司2018年版,第9页。

的竞争和合作。<sup>〔27〕</sup>当然,私主体的双方行为并非完全不受约束,而是需要受到效力规则的限制。民事法律行为规则采用“框架调控”的规制模式,即对私主体行为提供一个“基础水平”的框架秩序,允许当事人在框架内“自我形成其利益、自主表达其利益”。<sup>〔28〕</sup>一旦私主体行为逾越了框架,那么民事法律行为可能发生效力障碍。<sup>〔29〕</sup>

民事法律行为的无效标准和撤销标准立足于管制和自治的区分。以民事合同为观察对象,私法无效标准从外部视角为契约自由划定国家管制的界限,若生抵触则导致合同效力被彻底否定;私法撤销标准从内部视角支持契约自由的展开,若生抵触则应容留合同效力修复的可能性。正因如此,如果民事合同违反了强制性规定或公序良俗,那么这样的合同逾越了国家管制目的,应被认定为自始无效。反之,如果民事合同仅是因为欺诈或胁迫而损害当事人利益,那么基于对当事人意愿的尊重,应当给予受损方选择是否在一定期限内行使撤销合同的权利。<sup>〔30〕</sup>可见,民事法律行为的无效标准和撤销标准之间不是“例外和一般”的关系,二者属于相对独立的效力规则。在适用这两种标准时,需要从契约自由的内外视角分别加以把握。

民事法律行为规则通过对私主体行为的框架性约束,确保当事人意思得到充分实现,最大程度保障私主体的自主决定。这种规则致力于通过框架秩序对私主体行为进行规制,展现出对各种契约关系和复杂利益状态的适应性和灵活性。尽管如此,它也暴露出一些不可忽视的缺陷,尤其是它对当事人意愿的过度重视有时可能弱化对公权力的制约。在行政协议中,公主体因其事实优势地位,可能通过滥用私法规则而规避必要的公法拘束。这不仅有悖于行政协议制度本身所要维护的公共利益,而且会扭曲契约自由的本质,侵害协议相对人或第三人的个体利益。

## (二)公私法协调论的核心逻辑:利用差异

承认差异,是为了利用差异。公私法协调论认为,公法和私法采用不同的调控方式,满足不同的规制需求,故可以形成“交互支持秩序”(wechselseitige Auffangordnungen),即当某一规制需求无法通过一种法体制获得满足时,可通过另一种法体制的调控方式得以实现。<sup>〔31〕</sup>判断行政协议的效力,是公私法协调论的重要应用场景。充分利用行政行为规则和民事法律行为规则的差异,可以确保效力认定的妥当性。具体利用模式呈现两阶构造:

### 1. 一阶支持

一阶支持是指应优先适用原则上更具功能优势的规则,以满足较多要素的需要。无论是行政行为规则还是民事法律行为规则,均可根据要素比例发挥一阶支持作用。一阶支持的目的是在类案中建立相对稳定的适用次序,从而减少司法审查难度,维护法安定性。

行政行为规则对行政协议中行政性要素较多的组成部分具有审查上的功能优势,故可以

〔27〕 参见(德)海因·克茨:《德国合同法》(第2版),叶玮昱、张焕然译,中国人民大学出版社2022年版,第8—9页。

〔28〕 Vgl. Schmidt-Abmann, (Fn. 21), S. 285.

〔29〕 Vgl. Schmidt-Abmann, (Fn. 21), S. 285-286.

〔30〕 参见李宇:《民法总则要义:规范释论与判解集注》,法律出版社2017年版,第506—507页。

〔31〕 Vgl. Schmidt-Abmann, (Fn. 21), S. 65, 295.



提供一阶支持。以公主体缔约资格为例,此项审查内容一般具有显著的行政性要素,因为其涉及公主体的行政职权,所要实现的利益是职务行为公正性。对此,民事法律行为规则在规制效果上存在劣势,因为此种规则为了适应市场经济的灵活性和维护交易安全,大幅降低了对当事人缔约资格的审查强度。<sup>〔32〕</sup> 相比而言,行政行为规则更适宜审查公主体的缔约资格,因为此种规则立足于职权法定,要求公主体必须在特定事务、地域或级别的权限范围内进行专业运作。<sup>〔33〕</sup> 如果公主体的行为超出法律允许的目的范围,那么可能会发生行为撤销或无效的后果。在行政协议中,若参与缔约的公主体只是一般意义地欠缺法定职权,则应优先适用《行政诉讼法》第70条第4项的“超越职权”;若其严重欠缺法定职权,则应优先适用《行政诉讼法》第75条的“不具有行政主体资格”。<sup>〔34〕</sup>

民事法律行为规则对行政协议中契约性要素较多的组成部分具有审查上的功能优势,故可提供一阶支持。以意思表示为例,此项审查内容一般具有显著的契约性要素,往往涉及当事人的意思自主,主要指向表意人真实表达内心意愿的利益。对此,行政行为规则在规制效果上存在劣势,因为此种规则采用单向度的规范设计,无法充分考察双向意思联络对行政协议效力的影响。相比而言,民事法律行为规则更适宜审查当事人的意思表示瑕疵,因为此种规则整体考察当事人之间的意思协商过程,适应合意形成的体系构造。不仅如此,除通谋虚伪等少数情形外,私法一般不要求存在意思表示瑕疵的合同无效,而是赋予当事人依据自身意愿选择行使撤销权,从而使得权利状态在未发生不可逆转的损害前得到及时纠正。在处理复杂的行政协议案件时,私法的这一秩序理念可以促使当事人尽可能通过沟通协商来解决意思表示阶段的分歧,从而增加认定规则的制度弹性、整合多元利益诉求。总之,意思表示瑕疵的审查应优先适用《民法典》的规定。<sup>〔35〕</sup>

## 2. 二阶支持

二阶支持是指未被优先适用的规则在个案中可以对优先适用的规则产生反向影响。在行政协议中,行政性要素和契约性要素通常以弹性组合的方式呈现。因此,二阶支持规范可以建立在一阶支持规范之上,根据实际情况不仅具有细化功能,即具体化一阶支持规范的适用前提或法律效果,而且具有矫正功能,即在必要时限制或排除一阶支持规范的适用。强调二阶支持作用,是为了在个案中适度优化一阶支持作用,以维护法正义性。

在处理行政性要素占优的案件时,民事法律行为规则可以提供二阶支持。以公主体缔约资格为例,此项审查内容蕴含更多的行政性要素,但是契约性要素也不容忽视。尤其在行政机关通过代理人缔结行政协议的情形中,《行政诉讼法》第75条中“不具有行政主体资格”的规定仅笼统考察实施主体是否严重欠缺法定职权,并不能有效判断行政协议中当事人意愿对协议效力的影响。对此,民事代理规则可以为《行政诉讼法》第75条提供必要的二阶支持。代理制

〔32〕 参见杨代雄:《民法总论》,北京大学出版社2022年版,第162页。

〔33〕 参见周佑勇:《行政法基本原则研究》(第二版),法律出版社2019年版,第144—145页。

〔34〕 参见严益州,见前注〔19〕,第140页。

〔35〕 参见麻锦亮:“纠缠在行政性与协议性之间的行政协议”,《中国法律评论》2017年第1期,第60页。

度旨在拓展意思自主,防止过度的自己行为观念损害交易自由。<sup>[36]</sup>参照私法规则,可以将缔约公主体一方区分为代理人和被代理人。行政机构未经上级机关授权而擅自缔结行政协议的行为可被视为代理人超出职务代理权限的行为,其可参照适用被代理人追认规则,令无权代理中所欠缺的代理权在个案中得到补足。由此,民事代理规则发挥矫正功能,使得行政协议不会因主体资格瑕疵而被简单判定为无效。

在处理契约性要素占优的案件时,行政行为规则可以提供二阶支持。以意思表示为例,此项审查内容蕴含更多的契约性要素,但是行政性要素也扮演重要角色。民法上的意思表示瑕疵审查旨在保护当事人的意思自主,实践中可能令公主体借民法规则逸脱必要的公法约束。对此,可以将公主体的意思表示视为行政裁量,因为“裁量行为就是以发生行政法律效果为目的的意思表示行为”。<sup>[37]</sup>如果公主体实施欺诈或胁迫,且该行为在个案中构成重大且明显违法,那么《行政诉讼法司法解释》第99条第4项“其他重大且明显违法的情形”的规定可以产生矫正功能,令系争协议被例外判定为无效。此外,针对“通谋虚伪”等民事无效情形,行政裁量中的滥用职权加重审查标准可以发挥细化功能,<sup>[38]</sup>即辅助证立公主体存在故意非真意行为,降低“通谋虚伪”的认定难度。这表明,通过引入行政裁量规则的二阶支持作用,可以强化对公主体行为的监督,维护强弱不对等的当事人之间意思协商的透明性和公正性。

### (三)公私法协动论的整合路径:协调差异

在利用差异的同时,必须重视协调差异。行政行为规则和民事法律行为规则难免发生冲突,寻求整合路径至关重要。这不仅有助于公私法规则找到共同的作用点,而且能激发联动效应、增强法律评价的一致性。

#### 1. 审查模块的设定

为了缓解差异引起的冲突,有必要先设定审查模块,生成公私法交换信息的分层空间,令两种规则实现体系关联与功能互补。审查模块不是萃取纯化特定要素的“蒸馏瓶”,而更像是若干相对区隔的“沟通平台”。在构建各单元模块时,应将处理相同或相近问题的公私法规则组合起来,然后进行有针对性的交互验证。审查模块的设置可参考民事法律行为的有效要件和行政行为的合法要件。民事法律行为的有效要件包括当事人具有行为能力、意思表示真实、内容合法。行政行为的合法要件是指主体(职权)合法、内容合法、程序(形式)合法。综合两类要件,行政协议效力的审查模块可设定为缔约主体、意思表示、缔约内容和缔约程序。

其一,缔约主体。行政协议由公主体和私主体协商订立。双方当事人需具备一定的资格条件才能实现缔约目的。如果一方当事人欠缺缔约所需资格,那么缔结的协议可能发生法律效力障碍。由此,应将缔约主体作为单独的审查模块,考察涉及当事人资格条件的公私法规则。

其二,意思表示。虽然《行政协议解释》第1条采用“协商订立”而非“意思表示一致”的表

[36] 参见朱庆育,见前注[22],第328页。

[37] 周佑勇:“司法审查中的行政行为‘明显不当’标准”,《环球法律评论》2021年第3期,第33页。

[38] 关于行政裁量中的滥用职权加重审查标准,参见严益州,见前注[24],第170—171页。

述,但是契约性的内核在于当事人意思表示一致,<sup>[39]</sup>这决定了协议效力受意思表示瑕疵的影响。因此,应单独设定意思表示模块,专项审查相关的瑕疵。

其三,缔约内容。在行政协议中,缔约内容是指协议的权利义务。内容瑕疵是行政协议效力审查的重要对象,因此应将缔约内容设为单独的审查模块。同时,为了实现公私法的接轨,应区分内容违法和客观不能。

其四,缔约程序。行政协议的订立应当遵守法定程序。程序化的目的在于增强行政协议的透明性和公正性,保障利害关系人的知情权和参与权,矫正公主体的事实优势地位。<sup>[40]</sup>所以,应将缔约程序设为单独的审查模块,着重审查违反程序的情形。

审查模块应保持最大程度的开放性。这主要体现在两个方面:一是,审查模块的范围扩展,即原本不应纳入的情形因与模块具有相关性而被纳入。比如民法上的无权处分通常不影响债权债务关系,因此原本不涉及上述审查模块。然而在行政协议案件中,无权处分可能涉及行政机关对私主体缔约资格的事实认定错误,所以可将其纳入“缔约主体”模块中进行综合考察。二是,审查模块的边界流动,即公私法规则不必固定在某一特定的模块空间,而是可以根据实际需要各单元模块之间自由流动。比如,恶意串通在民法上属于违反公序良俗的特殊情形,通常应在“缔约内容”模块中被讨论。然而在行政协议案件中,恶意串通往往涉及招标投标程序中的串标情形,所以可以将其纳入“缔约程序”模块中进行整体判断。

## 2. 要素组合的权衡

在确定审查模块后,需要妥善思考行政行为规则和民事法律行为规则如何相互作用。依前述两阶利用模式,在各单元模块中,当行政性要素更多时,行政行为规则应作为一阶支持规范;当契约性要素更多时,应当将民事法律行为规则作为一阶支持规范。未被确立为一阶支持规范的异质规则可以作为二阶支持规范,并在个案中反向影响一阶支持规范的适用。按照要素比例而将性质相异的规则进行两阶化处理,可以实现功能信息的交换和效果选择的调适,有助于得出更为妥当的效力评价结论。

要判断审查模块中行政性要素和契约性要素的充足度,可通过利益衡量的方法分析各要素涉及的利益状态。要素比例不可量化,但可评估,因为每种要素均指向特定的秩序理念,其关联的具体利益可被比较权衡。行政性要素强调公权力行使和公共职能履行,涉及公权力意欲实现的公共利益、公权力维系自身正当性的制度利益以及公权力特别保护的个体利益。契约性要素侧重当事人的自主性和合意的拘束性,涉及契约自由和信赖保护所要实现的利益等。要判断各要素的组合形态,就应全面整理其涉及的相关利益,并进行综合判断。

在甄别一阶支持规范时,应侧重分析哪种要素指向的利益通常具有更高的保护优先性。比如,如果审查内容主要涉及与行政职权相关的利益,那么行政性要素的比例较高,行政行为

[39] Vgl. Hartmut Maurer/Christian Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl., 2020, § 14, Rn. 7.

[40] 参见严益州:“论行政合同上的情势变更——基于控权论立场”,《中外法学》2019年第6期,第1521、1529页。

规则应发挥一阶支持作用。相反,如果审查内容更多强调与意思协商相关的利益,那么契约性要素的比例较高,民事法律行为规则应发挥一阶支持作用。简言之,当某种要素所指向的利益通常更需保护时,应认定该要素的充足度较高,其对应的效力规则应当作为一阶支持规范。从法安定性角度来看,一阶支持规范之所以得以确立,是因为某种要素指向的利益更为重要,故需要在原则上优先适用其对应的规则,否则判断主体会陷入个案决疑的泥淖,无法实现行政协议效力认定的可预测性。

在适用二阶支持规范时,应具体考察充足度较低的要素在个案中所指向利益的保护必要性。一般而言,充足度较低的要素指向的利益可使二阶支持规范发挥细化功能,平衡不同要素所体现利益之间的紧张关系。同一单元模块中的利益状态可能在具体案件中发生变化,这可能增强某种要素的充足度。在特定情境下,这种充足度的个案增强可能使充足度原本较低的要素暂时超越充足度原本较高的要素,使二阶支持规范发挥矫正功能,必要时限制或排除一阶支持规范。从法正义性角度来看,二阶支持规范之所以得以证成,是因为充足度较低的要素指向的利益同样值得保护,并且保护的强度会随利益状态的变化而调整。因此,在行政协议的效力认定中,必须超越形式主义的规范适用,根据利益的动态结构来权衡要素的组合形态,促进行政行为规则和民事法律行为规则相互协作。

#### 四、行政协议效力认定中公私法协调的实践应用

理论构成必须服务于实践应用。接下来,本文将围绕缔约主体、意思表示、缔约内容和缔约程序这四个审查模块,分析行政行为规则与民事法律行为规则如何具体实现协调。

##### (一) 缔约主体

在缔约主体模块中,需要区分公主体和私主体的缔约资格瑕疵。这两种瑕疵涉及的行政性要素和契约性要素存在明显的充足度差异。

##### 1. 公主体的缔约资格瑕疵

(1) 一阶支持。公主体的缔约资格瑕疵原则上涉及更多的行政性要素,因为此类瑕疵主要牵涉公主体的行政职权,关系到公权力维系自身正当性的制度利益,特别是职务行为公正性。在现代社会,公主体受人民委托而行使权力,负有公正履行法定职权的义务。若以民事法律行为规则为一阶支持规范,则难以保障公主体的职务行为公正性。私法中,法人及其内部机构的缔约资格审查侧重考量交易自由和交易安全。法人超越目的范围缔结的民事合同原则上有效。如果行为人是法人的内部机构,那么其民事缔约行为适用职务代理规定,即法人对内部机构及其工作人员职权范围的限制,不得对抗善意相对人。<sup>[41]</sup> 相比而言,《行政诉讼法》第70条第4项的“超越职权”和第75条的“不具有行政主体资格”更适合作为一阶支持规范。根据公法规定,当公主体的行为超出组织法上的目的范围时,其缔约资格原则上会因侵害职务行为公正性而被否定,从而强化对公权力的约束。

[41] 参见王利明:《民法总则新论》,法律出版社2023年版,第306页。

(2)二阶支持。公主体的缔约资格瑕疵也涉及契约性要素,牵涉当事人合意形成的资格条件。行政行为规则一般不允许事后补正重大且明显瑕疵。<sup>[42]</sup>在行政协议中,民事代理规则可发挥二阶支持作用,修正这一限制。如在前述“安吉展鹏案”中,<sup>[43]</sup>由于临港管委会已被上级部门撤销,其越权缔结的协议原本构成“不具有行政主体资格”,应被认定为无效。不过,为了维护合意的拘束性,安吉县政府可以通过追认为扩展意思决定空间,减轻临港管委会的越权行为对职务行为公正性的影响。同时,协议相对方的权益未受实质损害,即便重新缔约,也不会带来更高的收益。<sup>[44]</sup>因此,民事代理规则通过发挥矫正功能,使“不具有行政主体资格”的行政协议不会一律被认定为无效。

## 2. 私主体的缔约资格瑕疵

(1)一阶支持。私主体的缔约资格瑕疵原则上涉及更多的契约性要素,因为此类瑕疵主要牵涉依私人意愿达成合意的资格条件,关系到意思能力欠缺者的利益、代理人和被代理人的利益、无处分权人和实际权利人的利益等。如果将行政行为规则确立为一阶支持规范,那么应当按照行政协议欠缺事实根据来处理。然而行政行为规则侧重审查公主体是否善尽调查义务,难以充分考察私主体的多元利益。相比而言,民事法律行为规则更适合优先判断私主体的缔约资格瑕疵。比如,在房屋征收补偿案件中,为了保护容易被欺骗的意思能力欠缺者,应依《民法典》第144条直接认定无行为能力人缔结的协议为无效。<sup>[45]</sup>在涉及相对人一方的“无权代理”和“无权处分”情形中,为了保护意思自主和交易安全,应依《民法典》第171条、172条及第597条,将狭义无权代理视为效力待定,将表见代理视为有效,将无权处分视为不影响协议效力。可见,民事法律行为规则发挥一阶支持作用,能够有效应对私主体的利益需求。

(2)二阶支持。私主体的缔约资格瑕疵也涉及行政性要素。以无权处分为例,《民法典》第597条关于合同有效的规定可以一般适用于无处分权人订立的行政协议,因为登记机关的审查程序可减轻无权处分后续引发的物权侵害问题。<sup>[46]</sup>不过,如果行政协议涉及不动产物权的原始取得,那么实际权利人的公法保护需求将更为突出,行政行为规则可作为二阶支持规范。比如,在“济南某建筑公司案”中,某建筑公司拥有案涉土地的地上物所有权,姬家庄村委会未经建筑公司同意即与土地储备中心签订《国有土地附着物补充合同》,导致该建筑公司的地上物被征收。<sup>[47]</sup>按照民法规则,姬家庄村委会的无权处分行为并不影响征收补偿协议的效力。然而,系争协议牵涉原始取得,即物权变动不以登记为公示手段,而是直接诉诸于征收

[42] 参见杨登峰:“程序违法行政行为的补正”,《法学研究》2009年第6期,第160页;陈敏:《行政法总论》(第九版),新学林出版有限公司2016年版,第426页。

[43] 参见前注[18]。

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

[45] 参见王利明:《合同法通则》,北京大学出版社2022年版,第214页。

[46] 参见张瑜:“无权处分共有房屋征收补偿协议的效力”,《人民司法》2020年第26期,第101页。

[47] 参见济南某建筑安装工程有限责任公司诉济南市历城区人民政府、济南市历城区华山街道姬家庄村民委员会行政协议案,济南铁路运输中级法院行政判决书,(2022)鲁71行终447号。该案被选入“人民法院案例库”,入库编号2023-12-3-018-002。

行为。征收部门可通过统一办理产权注销手续的方式消灭实际权利人的物权,所以系争协议成为保障实际权利人物权的关键,征收部门需承担更高的注意义务。<sup>[48]</sup> 在此种情形中,无权处分的行政协议可以根据公主体对权利归属事实认定错误的违法性程度,或依《行政诉讼法》第70条第1项的“主要证据不足”构成撤销,或依《行政诉讼法司法解释》第99条第4项构成无效。可见,行政行为规则通过个案修正民事无权处分规则的适用,可以切实维护实际权利人的利益。

## (二)意思表示

在意思表示模块中,需要区分意思表示不自由和意思与表示不一致。这两类瑕疵涉及的契约性要素普遍多于行政性要素。

### 1. 意思表示不自由

(1)一阶支持。意思表示不自由原则上涉及更多的契约性要素,因为此类瑕疵主要牵涉表意人的意思自主受到他人不正当干涉,关系到表意人真实表达内心意愿的利益。意思表示不自由事关当事人之间的双向意思联络,所以单向度的行政行为规则不宜成为一阶支持规范。以欺诈和胁迫为例,倘若优先适用公法,那么要么应从“滥用职权”的角度,审查公主体实施的欺诈或胁迫;要么应从“主要证据不足”的角度,通过审查公主体事实认定错误的途径间接审查私主体实施的欺诈或胁迫。若滥用职权或主要证据不足达到重大且明显的程度,则应适用《行政诉讼法司法解释》第99条第4项,判定行政协议无效。<sup>[49]</sup> 这种审查思路过于侧重公主体的行为,忽视了合意形成的全过程。相比而言,民事法律行为规则更适宜成为一阶支持规范。此种规则不仅考察行为人的双重故意,而且审查行为人的欺诈或胁迫行为和表意人意思表示之间的双层因果关系。<sup>[50]</sup> 此外,欺诈和胁迫直接影响表意人的选择自由,所以民法允许当事人进行意思协商,并由表意人自主决定是否撤销。可见,民事法律行为规则可以更深入审查缔约主体的真实意愿,有效保障当事人的意思自主。

(2)二阶支持。意思表示不自由也涉及行政性要素,因为公主体以行政裁量的方式作出意思表示,影响合义务裁量的制度利益与弱势相对人获得公法特殊保护的个体利益。以欺诈和胁迫为例,《民法典》的起草者认为应尊重权利人(包含国家)的选择权,故将这两种瑕疵的法律后果一律设定为可撤销。<sup>[51]</sup> 这种统一化思路无法满足行政协议的特殊需求,因为公主体和私主体之间事实地位不平等。比如,征收机关以故意伤害被征收人未成年子女身体的暴力手段,胁迫被征收人签订征收补偿协议。胁迫行为终止后,被征收人仍迫于公部门的优势地位,错过了撤销权行使期限。若按照私法规则将此种协议判定为有效,显然有违实质正义。从公法角度来看,征收机关执法人员主观恶性极深,其胁迫行为构成“重大且明显的滥用职权”,所以应将《行政诉讼法司法解释》第99条第4项作为二阶支持规范,以此个案矫正《民法典》第150条

[48] 参见张榆,见前注[46]。

[49] 参见严益州,见前注[24],第170—171页。

[50] 参见韩世远:《合同法总论》(第四版),法律出版社2018年版,第254—257、260—262页。

[51] 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典总则编理解与适用(下)》,人民法院出版社2020年版,第737、742页。

的适用,判定上述协议为无效。同理,对于公主体实施欺诈的情形,判断主体也应个案斟酌《行政诉讼法司法解释》第99条第4项的二阶支持作用,适当调整《民法典》第148条的适用。

## 2. 意思与表示不一致

(1)一阶支持。意思与表示不一致原则上涉及更多的契约性要素,因为此类瑕疵主要牵涉表意人的表示行为和效果意思不一致,关系到表意人真实表达内心意愿的利益。以通谋虚伪为例,若优先适用行政行为规则,则应援引《行政诉讼法司法解释》第99条第4项,考察公主体的虚伪行为是否构成“重大且明显的滥用职权”。然而,通谋虚伪涉及双方非真意的意思表示,判断主体应综合考察当事人就表示内容虚伪性所达成的合意,而“重大且明显的滥用职权”更适合审查公主体的单方意思。尤其在处理“阴阳合同”的问题上,行政行为规则难以精确判断“阳合同”和“阴合同”各自的效力。相比而言,《民法典》第146条更适合成为一阶支持规范。该私法规则将虚伪行为直接规定为无效,并要求对隐藏行为的效力进行个案判断,因为双方当事人都对虚假表示欠缺拘束意思,而隐藏行为既可能合法,又可能违法。<sup>[52]</sup>可见,民事法律行为规则在审查意思与表示不一致时更加精细,能够确保当事人的真实意思得到充分尊重。

(2)二阶支持。意思与表示不一致也涉及行政性要素。在“名为PPP、实为借贷”的案件中,某些行政机关可能以虚构政府购买服务协议的方式变相举债,恶化地方财政状况。<sup>[53]</sup>为了规避监管,行政机关与相对人之间有时仅存在一份协议文本,而非可明确区分“阳合同”和“阴合同”的两份协议文本。第三人在主张协议无效时,往往对通谋虚伪存在举证困难。<sup>[54]</sup>若要解决该问题,可以将行政行为规则确定为二阶支持规范。与私主体不同的是,公主体作出的意思表示含有行政性要素,属于行政裁量,故公主体应确保效果意思和表示行为均符合法律授权目的,并承担依法行使裁量权的证明责任。《行政诉讼法司法解释》第99条第4项可发挥细化功能,促使法院审查公主体是否故意以非真意的方式实施重大且明显的滥用职权行为。通过引入该公法规则的反向作用,可以在个案中实现举证责任倒置,<sup>[55]</sup>进而降低通谋虚伪的证明难度,增强对第三人利益和公共利益的保护。

## (三) 缔约内容

在缔约内容模块中,需要区分内容违法和客观不能。两类瑕疵涉及的行政性要素和契约性要素呈现显著的充足度差异。

### 1. 内容违法

(1)一阶支持。内容违法原则上涉及更多的行政性要素,因为此类瑕疵主要牵涉行政管理,关系到公共利益。《民法典》第153条第1款将强制性规定限于法律和行政法规,以遏制行

[52] 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典总则编解读》,中国法制出版社2020年版,第473—475页。

[53] 参见《财政部关于坚决制止地方以政府购买服务名义违法违规融资的通知》(财预[2017]87号)。

[54] 参见最高人民法院民事审判第二庭、研究室编著:《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》,人民法院出版社2023年,第180页。

[55] 《行政协议司法解释》第10条第1款规定:“被告对于自己具有法定职权、履行法定程序、履行相应法定职责以及订立、履行、变更、解除行政协议等行为的合法性承担举证责任。”

政管制的过度应用。<sup>[56]</sup>在民法中,将违反规章的合同判定为无效的情形属于例外现象。<sup>[57]</sup>相比而言,《行政诉讼法》第70条第2项“适用法律法规错误”和第75条“没有依据”的规定没有预设法源层级限制,更能满足行政性要素的需求。比如在“徐某某案”中,法院认为两套回迁安置房的约定严重突破以行政规范性文件为载体的安置补偿政策,应当视为系争约定“没有依据”,构成无效。<sup>[58]</sup>鉴于地区经济发展差异导致征收补偿标准“一城一策”,若不将低位阶的法源纳入行政协议效力依据,则当事人可以随意约定补偿金额,严重浪费公共资金。另外,我国民法奉行“违法合同的效力二分法”,即违反强制性规定的合同要么有效、要么无效。《行政诉讼法》第70条第2项突破了效力二分法的限制,使违反强制性规定的行政协议可以被认定为撤销,从而优化了公主体行为的制约机制。综上,行政行为规则发挥一阶支持作用,有助于落实行政管制目标,强化对公权力的监督。

(2)二阶支持。内容违法也涉及契约性要素,因为行政管制干预的权利义务关系源于当事人合意,影响协议相对人的个体利益。《行政诉讼法》第70条第2项和第75条侧重审查公主体行为的合法性,未充分考虑契约自由对协议效力的影响。对此,民事法律行为规则可进行优化。比如,为了平衡国家管制和契约自由的关系,《民法典合同编通则司法解释》第16条和第17条分别规定了违反强制性规定不影响合同效力的情形和违背公序良俗导致合同无效的情形,由此为一阶支持的行政行为规则设定必要的内在界限。为了维护实质契约自由,在判断行政协议的格式条款是否依《行政诉讼法》第75条的“没有依据”而构成无效时,可以进一步适用《民法典》第497条,考察提供格式条款的一方是否不合理地免除或者减轻其责任、加重对方责任、限制对方主要权利,或是排除对方主要权利。总之,民事法律行为规则发挥二阶支持作用,可以防止行政管制过分干预合意,增强对私主体的保障。

## 2. 客观不能

(1)一阶支持。客观不能原则上涉及更多的契约性要素,因为此类瑕疵主要牵涉当事人约定义务的不履行,关系到债权人依约定获得的履行利益。《行政诉讼法司法解释》第99条第3项规定“客观上不可能实施”的行政行为无效。该公法规则源自德国《联邦行政程序法》第44条第2款第4项的“客观事实不能”,而后者脱胎于罗马法谚“不能之事无义务”。<sup>[59]</sup>德国民法深受罗马法的影响,在2002年债法现代化之前长期坚持“自始不能合同无效”的立场。<sup>[60]</sup>与之不同,我国民法没有采用罗马法的教条,而是选择《联合国国际货物销售合同公约》的立

[56] 参见朱庆育主编:《中国民法典评注·条文选注(第1册)》,中国民主法制出版社2021年版,第37页。

[57] 参见饶国礼与江西省监狱管理局物资供应站等房屋租赁合同纠纷案,《最高人民法院公报》2022年第6期,第34页。

[58] 参见《徐某某诉安丘市人民政府房屋补偿安置协议案》,载中国法院网,<https://www.chinacourt.org/article/detail/2019/12/id/4719338.shtml>,最后访问日期:2024年10月20日。该案系最高人民法院2019年发布的行政协议案件典型案例。

[59] Vgl. Thomas Spitzlei, Nichtiges Verwaltungshandeln, 2022, S. 129.

[60] 参见韩世远,见前注[50],第524—527页。



场,将客观不能的合同统一规定为有效,按违约责任处理,<sup>[61]</sup>因为立法者希望“尽量采用反映现代市场经济客观规律的共同规则,并与国际公约和国际惯例协调一致”。<sup>[62]</sup>由于我国行政协议制度同样强调“强化产权保护”“保障民营经济和社会资本合作方的合法权益”“优化营商环境”,<sup>[63]</sup>所以《民法典》第580条第1款第1项理应成为一阶支持规范。

(2)二阶支持。客观不能也涉及行政性要素,因为此类瑕疵牵涉公主体的事实认定职责,影响公共利益。比如,征收补偿协议约定征收的房屋在缔约前已经灭失,相对人的给付义务构成客观不能。征收机关不顾此情形,继续全额支付补偿款,而相对人因有利可图,也主张维持协议效力。如果按照私法规则处理该案,那么除非当事人主动行使解除权,否则客观不能的协议继续有效。这种审查思路可能造成财政资金滥用,损害公共利益。对此,应将《行政诉讼法司法解释》第99条第3项确定为二阶支持规范,使《民法典》第580条第1款第1项在个案中被弹性调整。在行政法上,“客观上不可能实施”的表现形式之一是作为事实根据的标的物已不存在,以致于行政行为的内容绝对无法实施。<sup>[64]</sup>相对人房屋的实际存在是征收机关缔约行为最重要的事实根据。如果被征收的房屋在缔约前已经毁损,并且征收机关在知悉该情形后仍然坚持履行自身的金钱债务,那么行政性要素的充足度增强,系争协议可以因极度欠缺事实根据而适用行政法上的“客观上不可能实施”,构成无效。据此,相对人应承担不当得利返还义务。可见,《行政诉讼法司法解释》第99条第3项可以矫正民法客观不能规则的适用,平衡当事人利益和公共利益。

#### (四)缔约程序

在缔约程序这一审查模块中,需要区分程序瑕疵和形式瑕疵。两类瑕疵涉及的行政性要素一般多于契约性要素。

##### 1. 程序瑕疵

(1)一阶支持。程序瑕疵违法原则上涉及更多的行政性要素,因为此类瑕疵主要牵涉公权力行使的透明性和公正性,关系到私主体的程序利益。民事法律行为规则无法满足行政协议的程序化要求,因为民事法律行为的作出取决于当事人自主,而程序规定属于消极行为规范,即除非立法者明确设定程序,否则当事人可自由决定行为步骤。相比而言,行政行为规则更适合程序审查,因为公法将程序规定视为积极行为规范,要求公主体在法律明定程序之外,也应遵循正当程序。比如,在“凤冈某工贸公司案”中,虽然法律没有明确赋予作为出租人的协议第三人陈述申辩权,但是法院主张“凤冈县政府在未通知某工贸公司参与并听取其意见的情况下,直接与周某某订立《安置协议》,亦违反正当程序”,因此判决撤销《安置协议》。<sup>[65]</sup>一般情况下,具

[61] 参见韩世远,见前注[50],第528—529页。

[62] 梁慧星:《民法学说判例与立法研究(二)》,国家行政学院出版社1999年版,第121页。

[63] 最高人民法院行政审判庭,见前注[4],第4—5页。

[64] 参见严益州,见前注[24],第169页。

[65] 《凤冈县某工贸有限责任公司诉贵州省凤冈县人民政府请求撤销补偿安置协议案》,载中国法院网,<https://www.chinacourt.org/article/detail/2022/04/id/6643649.shtml>,最后访问日期:2024年10月20日。该案系最高人民法院2022年发布的行政协议案件典型案例。

有程序瑕疵的行政协议依《行政诉讼法》第70条第3项“违反法定程序”的规定,构成撤销;若其达到重大且明显违法,则依《行政诉讼法司法解释》第99条第4项,构成无效。总之,行政行为规则发挥一阶支持作用,有助于加强对公权力的约束,更好地保护利害关系人的程序利益。

(2)二阶支持。程序瑕疵也涉及契约性要素,因为此类瑕疵影响当事人合意的自愿性和真实性。为了避免程序审查过度干涉交易自由,民事法律行为规则应成为二阶支持规范。比如,《民法典》第154条“恶意串通”的规定可以辅助判断以串通投标的方式缔结的行政协议是否构成“重大且明显的违反法定程序”。援引私法规则,可以首先考察当事人是否明知且故意加害他人,其次考察是否存在意思联络以及共同实施串标行为,最后考察串标行为是否损害国家、集体或第三人合法权益。<sup>[66]</sup>又比如,《民法典》第502条规定未经批准的合同构成未生效,报批义务条款独立生效。《行政协议解释》第13条基本吸收了民法观点,将未履行批准程序的情形从无效事由中剔除。<sup>[67]</sup>可见,民事法律行为规则发挥细化功能,有助于准确界定程序瑕疵后果,减少程序审查对当事人合意的不必要干预。

## 2. 形式瑕疵

(1)一阶支持。形式瑕疵违法原则上涉及更多的行政性要素,因为此类瑕疵属于广义的行政程序瑕疵,<sup>[68]</sup>事关公权力行使的透明性和公正性。我国民法采用形式自由原则,通常不要求合同采取书面形式,并且规定若法律或行政法规要求的书面形式未获满足,则合同原则上不成立。这一私法规则不适合在行政协议形式瑕疵案件中优先适用。行政协议要式规定的法源不应仅限于法律和行政法规,因为其事关公权力的约束和交涉能力较弱之相对人的保障。同时,2014年修改的《行政诉讼法》未设立确认不成立判决或一般确认判决,导致协议不成立的情形难以涵摄现有的行政诉讼判决类型。相比而言,行政行为规则不排斥口头形式,并将地方性法规和规章等层级的要式规定作为效力评价依据。<sup>[69]</sup>法院可以将缺乏法定形式要件的行政协议判定为“违反法定程序”,并根据形式瑕疵的违法性程度,具体作出撤销判决或确认无效判决。因此,行政行为规则应当发挥一阶支持作用,增强对形式瑕疵的审查力度。

(2)二阶支持。形式瑕疵违法也涉及契约性要素,因为此类瑕疵关系到当事人合意的拘束性。在缔约双方实质合意已达成的情况下,判断主体不应仅因缺乏法定书面形式而机械地判定行政协议撤销或无效。对此,民事法律行为规则可以成为二阶支持规范。比如,《民法典》第490条第2款规定:“法律、行政法规规定或者当事人约定合同应当采用书面形式订立,当事人未采用书面形式但是一方已经履行主要义务,对方接受时,该合同成立。”在“四平火炬公司案”中,法院采用上述私法规则,认为梨树县政府与火炬公司尽管没有签订书面行政协议,但是“火炬公司已经履行主要义务,梨树县政府接受并履行了部分义务,故梨树县政府与火炬公司就梨树镇永乐小区回迁安置住房建设以及相关招商引资优惠政策达成了合意……根据协议内容判

[66] 参见王利明,见前注[41],第487—488页。

[67] 参见最高人民法院行政审判庭,见前注[4],第190—191页。

[68] 参见汤德宗:《行政程序法论》,元照出版公司2003年版,第89页。

[69] 参见何海波:《行政诉讼法》(第3版),法律出版社2022年版,第380页。

决梨树县政府履行相关义务并无不当”。〔70〕可见,民事法律行为规则发挥矫正功能,可以有效平衡程序正义与实体正义,使裁判结果更适应社会交往的多样性。

## 五、结 语

行政协议的效力认定,应采纳公私法协同论,摒弃公法主导论。虽然公法主导论占据主流地位,但是其局限性日益凸显。此模式过度依赖行政行为规则的优先适用,忽略了民事法律行为规则的功能价值。这不仅削弱了法律适用的灵活性,而且低估了案件审理的复杂性。与之相对,公私法协同论以综合性视角解决这些问题。该模式通过承认、利用和协调公私法规则的差异,促使法官充分权衡行政性要素与契约性要素,并妥善运用行政行为规则和民事法律行为规则。这种思考方法不仅能够提高裁判质量,而且可以平衡不同利益。公私法协同论在理论上具有科学性,在实践中具有可行性。展望未来,它应成为行政协议司法审查的主导思想。这一转变是对现代法律关系复杂性的重要回应,也是推动行政法学朝更开放、更多元和更动态方向发展的关键步骤。

**Abstract:** Regarding the issue of determining the validity of administrative contracts, the public law-dominant theory reveals its limitations. This approach overly relies on the preferential application of administrative law rules, neglecting the functional value of civil legal rules. The result not only weakens the flexibility of legal application but also underestimates the complexity of case adjudication. In contrast, the theory of public-private law synergy addresses these issues from a comprehensive perspective, promoting effective interaction between public and private law to accommodate the dynamic nature of administrative and contractual elements, and to achieve functional integration between different sets of rules. At the theoretical level, it establishes a foundational structure for collaboration between administrative and civil legal rules by recognizing, utilizing, and coordinating their differences. At the practical level, it advocates for a dynamic examination of the combination of administrative and contractual elements in various review modules, delving into how different rules can form an interactive and supportive order to improve adjudication quality and balance competing interests. The theory of public-private law synergy should replace the public law-dominant theory as the guiding principle for judicial review of administrative contracts, thereby advancing the modernization of administrative law.

**Key Words:** Validity of Administrative Contracts; Public Law Dominance Theory; Public-Private Law Synergy Theory

(责任编辑:彭 鎔)

〔70〕 吉林省梨树县人民政府、四平市火炬置业有限公司再审审查与审判监督案,最高人民法院行政裁定书,(2020)最高法行申 15359 号。