

司法认定无效行政协议的标准

王敬波^{*}

内容提要 行政诉讼法明确将行政协议纳入受案范围。行政协议效力以及无效行政协议的认定涉及法院审理行政协议案件的法律适用。公私法规则在关于合同效力的价值取向上存在对极冲突,因此,无论是同时还是单独适用行政诉讼法或者民事法律,均无法搭建逻辑周延的行政协议的效力框架。与此同时,公法和私法在法律原则、法律规范等方面仍然存在相互融通并具备提取效力认定的公因式提供可能性。以违法作为无效的起点,无效行政协议的标准介于单方行政行为无效标准和民事合同无效标准之间。以列举形式在行政主体资格、私方合同当事人资格、协议内容、协议程序方面建构无效行政协议的标准,是解决理论和实践难题的出路。

关键词 行政协议 效力模型 无效标准

一、问题的提出

2014年修改的《中华人民共和国行政诉讼法》(以下简称《行政诉讼法》)明确将行政协议纳入行政诉讼受案范围。基于契约自由与依法律行政在本质上存在难以调和的矛盾,因此,行政协议无效将私法和公法规则之间的矛盾置于对级,从而成为行政协议诉讼中的难题。理论界一般认为行政协议无效的认定涉及两个可以类比的制度,一个是行政行为的无效,另一个是民事合同的无效。^①行政协议的本质是行政性,协议只是行政机关履行职责的一种形式,其作为公权力行政的属性并未因其形式的不同而改变,因此关于其效力问题适用公法规则似乎天经地义。行政协议的行政属性使之在无效的认定上需要以行政行为的无效条件为基础。因此有学者提出行政协议诉讼应当优先适用《行政诉讼法》关于无效行政行为的规定。^②但是行政协议毕竟不同于单方行政行

^{*} 中国政法大学法治政府研究院教授,博士生导师。本文系北京市习近平新时代中国特色社会主义思想研究中心“新时代中国特色社会主义法治体系建设的理论和实践研究”的阶段性成果(项目编号:18ZDL18),并受到中国政法大学钱端升杰出学者计划的支持。

^① 参见王贵松《行政协议无效的认定》,载《北京航空航天大学学报》2018年第5期。

^② 参见江必新《行政协议的司法审查》,载《人民司法》2016年第34期。

为,公私合作的趋势恰是行政协议得以产生并发展的背景,行政协议的合意过程和外在的合同形式,同样决定了合同相对性、契约自由等私法原则亦可应用于行政协议。行政协议也是一种合同,在判断行政协议无效时,有学者主张也可以准用民事合同的无效标准。^③理论上虽然普遍认同行政协议的法律适用不限于行政法律规范,民事法律规范同样适用。因此,行政协议的无效既不能完全等同于行政行为的无效,也无法因循民事合同无效的判断标准。理论上需要进一步研究的是公法和私法原则在无效行政协议的认定中是公法亦或私法优先的顺位选择还是在公法和私法之间寻找适合行政协议的特殊标准。

理论研究不足和成文法缺失造成司法实践中裁判规则游移不定。法院常用两套标准,同时或者单独适用《行政诉讼法》和《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)判断行政协议的效力,并未形成稳定的司法裁判规则。例如在“吴晴诉太和县城关镇人民政府补偿安置协议案件”中,安徽省高级人民法院认为“行政协议属于行政行为的一种,对行政协议效力的判断应当适用行政诉讼法关于无效行政行为的规定。行政协议区别于一般的行政行为,兼具行政与合同的双重特征,对行政协议效力的判断可以适用相关民事法律规范的规定。”^④法院在本案中采用的逻辑是既不存在《行政诉讼法》规定的“重大且明显违法情形”也不存在《合同法》规定的无效情形,因此判断涉案补偿安置协议有效。这种裁判逻辑并未意识到公法原则和私法原则在认定协议无效的条件上并非“非此即彼”的关系,二者在相当的范围内存在融通的可能性。在有的案件中,法院只适用《合同法》,并未考虑《行政诉讼法》的适用。例如,在“黄义华与湖南郴州市国土资源局房屋拆迁补偿协议案件”中,法院认为“郴州市征地拆迁事务中心与黄义华签订的《房屋拆迁补偿协议》《村民房屋拆迁及公寓楼安置货币化补偿协议》,系双方当事人的真实意思表示,内容没有违反法律、行政法规的强制性规定,属有效协议,双方当事人应当按照约定全面履行自己的义务”。^⑤法院在裁判中只引用了《合同法》第52条第5款,并没有适用《行政诉讼法》关于无效的规定进行效力的认定。而在另一起案件中,法院则只是隐晦地适用《行政诉讼法》,完全没有提及《合同法》。“倪某某诉彭州市致和镇政府房屋搬迁协议案件”中,法院认为“行政机关与公民签订的土地房屋搬迁补偿协议等协议具有与民事合同不同的属性,行政协议作为公共管理和服务的一种方式,带有鲜明的公权力特征,属于行政机关的一种行政行为。协议的签订不单要符合相关法律的规定,还需要具备一定的前提条件。就本案中的《房屋搬迁协议书》而言,除双方的合意外,还应具备签订《房屋搬迁协议书》的行政相对人所使用的土地被征收的前提条件。从彭州市国土资源局《关于违法征地查处和认定问题的说明》及现有的其他证据来看,原告所使用的土地并没有被依法征收。因此,被告与原告签订协议的前提条件不具备,

③ 参见陈无风《行政协议诉讼:现状与展望》,载《清华法学》2015年第4期。梁凤云《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。

④ 安徽省高级人民法院(2016)皖行终501号判决书。

⑤ 湖南省郴州市人民法院(2016)湘10行终122号判决书。

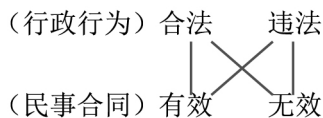
没有依据,双方所签订的协议为无效协议。”^⑥以上案件可以管窥法院在认定无效行政协议法律适用上的混乱。

本文意在论说公私法规则在无效行政协议认定中的适用逻辑,为通过制度建构方式明晰无效行政协议的认定标准提供理论框架和实现路径,并在协议主体、协议内容和协议订立程序等事由上探讨无效标准的具体适用。

二、无效行政协议的理论模型和实现路径

正是由于公私法元素并存于行政协议中,其差异的价值导向和构造模式造成行政协议适用规则的冲突,与此同时,这种冲突也提供了公私法规则在行政协议的场域中得以寻找共存的可能性。公法规则和私法规则针对协议无效问题上的冲突和融通至少可以在三个层面上展开。

“合法—无效”的概念模型可以作为第一个研究角度。从公法而言,依法行政原则衍生出“合法—违法”的概念模型,针对的是行政行为与现行法律的一致性。从私法来说,意思自治衍生出意思表示决定法律效果“有效—无效”的概念模型,当事人之间的意思表示可以决定双方之间的法律关系。行为的合法性与合同的有效性具有不同的价值导向。前者是从积极的意义上“符合法律的规定”,后者则是从消极意义上“不逾越法律对当事人意思自治的容忍”。行政行为具有确定力、拘束力、执行力,一经作出就推定其有效,除非达到法律规定的条件,才会被认定为无效。民事合同基于当事人意思自治,经过合意形成的协议当然有效,除非符合法律规定的可撤销或者无效条件。作为二者融合产物的行政协议,其效力模型至少在逻辑上存在“合法有效”“合法无效”“违法有效”“违法无效”四种可能性。如下图所示:



行政协议无效的情形缩略为两种情形“合法无效”和“违法无效”。合法的行政协议不存在无效的问题,而是“未生效”,或者说虽然行政协议是合法的,但是由于尚未达到条件而未发生法律效力。可见,无论是从行政行为的“合法——违法”模式还是从民事合同的“有效——无效”的构造模式出发,“违法”是归因“无效”的要件。对于已经生效的行政协议,导致其无效的事由进一步归因于“违法无效”,即违法是导致无效的必要条件,而非充分条件。基于上述逻辑,决定民事合同和行政合同无效的事由,皆可归因于违法。由此可见,虽然公私法有异,但是从立法模式上还是归于同样的道路,对于无效协议的认定,无论是从公法的角度还是私法的角度均以法律明确规定的情形确定。公

^⑥ 成都市青白江区人民法院(2016)川0113行初19号判决书。

私法之间效力模型的可融通为成文法体系中针对无效行政协议的认定标准具备相互包容的可能提供了前提条件。

公私法不同的法律原则可以作为分析的第二个角度。从法律适用的角度看,需要解决公私法规则的适用顺位和具体选择。理论上存在三种选择,公法规则优先,私法规则优先,或者从二者的共性原则为基础,面临冲突时再通过利益衡量确定。公私法原则虽有差异,但是二者并非泾渭分明,无论是公法规则还是私法规则,有些法律原则之间具有共同的价值导向,如民法的诚实信用原则和行政法的信赖保护原则,如果置于行政协议的场域中,都具有不得随意变更、解除行政协议的指向。再如,法的安定性也同样适用于公法和私法。

公私法适用于无效协议的成文法规范可以作为第三个角度。从成文法的条文分析,二者之间的可融通性在多个角度存在。《中华人民共和国民法总则》(以下简称《民法总则》)和《行政诉讼法》的条款具有兼容性。如从协议主体而言,《民法总则》第143条规定,具备下列条件的民事法律行为有效:(一)行为人具有相应的民事行为能力;……第144条规定:无民事行为能力人实施的民事法律行为无效。《行政诉讼法》第75条规定:行政行为有实施主体不具有行政主体资格……,原告申请确认行政行为无效的,人民法院判决确认无效。民法中强调合同主体的行为能力与行政法上注重行政主体适格,宽泛而言,都是强调协议当事人的缔约资格和权限。可见,无论是在公法还是私法规则中,缔约主体的资格和行为能力均被作为认定协议效力的条件之一。从合同内容看,无效合同是违反合同生效条件的合同类型,是指合同虽然成立,但因其违反法律、行政法规的强制性规定或社会公共利益而不发生法律效力。⑦合同是双方合意的结果,对其效力的否定是对双方签订并履行合同的共同意思表示的否定。公法原则上不能直接调整民事合同的内容,只能以外设的管道对行为人的行为进行效力评价。《合同法》中规定的无效条款就是公法介入的具体表现,第52条第5项更是公法介入私法的“转介条款”。⑧依据该规定,一些公法规范进入合同领域,从而影响合同的效力。无论是行政行为的无效条件还是民事合同的无效标准,公法规范都是判断的依据之一。《行政诉讼法》中规定重大且明显违法情形导致行政行为无效。“重大且明显违法”因其抽象和弹性的表述提供了较高级别的包容性,可以兼容《合同法》的规定。其中的损害国家利益、集体利益、社会公共利益应当属于《行政诉讼法》第75条规定的“重大且明显违法”的具体情形。由此可见,公私法规则在认定无效行政协议上并非必须做非此即彼的选择,通过最大限度地挖掘公法与私法规则的交叉点,在公法原则与私法原则之间实现融通。《合同法》中所提及的各项可能导致民事合同无效的事由均可以作为“重大且明显违法”的具体情形,不仅可以作为认定民事合同无效的事由,当然也可以作为认

⑦ 参见王利明《论无效合同的判断标准》,载《法律适用》2012年第7期。

⑧ 《合同法》第52条规定,有下列情形之一的,合同无效:(一)一方以欺诈、胁迫的手段订立合同,损害国家利益;(二)恶意串通,损害国家、集体或者第三人利益;(三)以合法形式掩盖非法目的;(四)损害社会公共利益;(五)违反法律、行政法规的强制性规定。

定行政协议无效的事由。

虽然如前所述,公私法在确定协议效力时,存在共通性,但是不可否认行政协议和民事协议在性质、功能等方面存在诸多差异。与民事合同相比,行政协议的订立和履行均有公共利益考量,较之只需要平衡当事人利益的民事合同,显然需要受到更多的强制性限定条件的约束。无论是认定行政协议有效还是无效,均需要进行公共利益之间、公共利益和私人利益之间的衡量,而不同于民事合同,主要考量的是合同当事人的私法利益之间、私人利益和公共利益之间的衡量。民事合同仅在限定范围内存在违法无效的标准,行政协议隐含的公共利益因素使得公法规则介入行政协议的空间大于民事合同,导致其无效的事由多于民事合同。因此,适用民事法律无效的行政协议当然无效,但是行政协议的无效事由并不限于此。德国《联邦行政程序法》第59条无效公法合同,其中第1款规定:相应适用有关民法典的规定出现无效合同的情形时,公法合同亦无效。^⑨

与单方行政行为相比,“合同性”使得行政协议比单方行政行为具有更多的自由空间。作为行政协议一方主体的当事人因其对行政权力行使的同意而产生对欠缺法定要件的允许,进而消减了因欠缺合法要件产生无效行为的可能性。“行政合同由于其合意性,其存续力应当比单方面作出的国家行为强。其理由不在瑕疵或者瑕疵后果层面,而是在相应的处理层面;因为行政合同借助公民同意而成立,可以包含在单方法律行为,特别是行政行为方面不适法的处理内容。行政合同的法律界限和瑕疵感染性因此要小一些,这一点——反过来看——也赋予其较强的存续力。”^⑩公法上对单方行政行为无效规则的确定处于变动之中,其边界随着“重大且明显”的标准处于变动之中。行政行为的瑕疵“重大”可能指向包括但不限于违反的法律规范的重要性、造成的损害后果的严重性等本质要件。瑕疵的“明显性”则以一般正常人或者平均理性人之判断为标准。作为行政协议对方当事人的公民、法人和其他组织,和一般正常人相比,其对于行政协议的订立有意思表示的能力,换言之,对于行政协议的订立以及合同条款,有表达意见的机会,对于明显易见的瑕疵无需特别调查即可发现并有机会纠正,对于“重大且明显”的瑕疵的允许边界要窄于普通人,对行政协议当事人是明显的,对普通人可能并不明显。因此,相对于行政协议而言,单方行政行为的无效边界会扩大。行政协议的无效是在合同绝对性原则和依法行政原则之间,综合考虑影响单方行政行为与民事合同效力的因素,一方面限缩了单方行政行为无效的原因,另一方面扩张了民事合同无效的原因。如下图所示,违法是无效的起点,根据违法情形的严重程度和明显性,公法介入民事合同、行政协议和单方行政行为的强度不同造成无效的边界差异。无效行政协议的标准介于单方行政行为无效标准和民事合同无效标准之间,虚线表示无效的边界并不清晰和确定,对协议订立所希望实现的公共利益、违法可能损害的公共利益,以及试图通过行政协议实现的私主体利益进行衡量的结果。

⑨ 德国技术合作公司、中国国家行政学院合编《联邦德国的宪法和行政法》,1999年,内部资料。

⑩ [德]哈特穆特·毛雷尔《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第379页。



我国现行法律体系中,无效行政协议的认定标准在实定法上主要有《行政诉讼法》第75条、《合同法》第52条、《民法总则》第144条规定,实现路径至少有以下四种选择:(1)优先适用《合同法》《民法总则》,再适用《行政诉讼法》。(2)优先适用《行政诉讼法》,再适用《合同法》《民法总则》。(3)并列适用《行政诉讼法》《合同法》《民法总则》。(4)创立无效行政协议的特殊规则。从上述分析可知,无效行政协议的认定标准不是选择法律适用顺位的结果,而是在单方行政行为和民事合同无效标准之间,创立独立的行政协议无效标准。正如日本学者田中二郎所言“公法上的契约以公法效果的发生为目的,其本身具有公共性质,因而,仅从当事人利益调整的角度规定的私法规定,不能原封不动地适用,必须从保护公共利益的角度予以特别的考虑。”^①以下分别从缔约主体、权限瑕疵、内容瑕疵、程序瑕疵等方面探讨建立无效行政协议的具体标准。

三、缔结主体资格及权限瑕疵

无论是行政协议还是民事合同,缔约双方的资格都是关涉合约法律效力的基础性条件。对于合同当事人来说,是否具有缔约资格直接影响协议的有效性。

(一) 行政主体一方的缔约资格

行政协议不同于民事合同的一个基本特点在于协议的当事人具有特殊性,其中一方主体恒定为行政机关,公民、法人和其他组织作为另一方。依据职权法定的基本原则,行政机关在依法行使职权时必须具有相应的主体资格。行政协议和单方行政行为一样,都是行政机关为实现行政管理目标进行的,只是选择的履职方式不同。行政机关为了达成公行政目的,适当地履行公行政的任务,可以选择适当的行政行为,乃至在法律所允许的范围内选择公私法不同法律属性的行为。^②行政机关首先在各种公法行政行为形式之间进行选择,基于不同的行政效率和目的,不同的行政任务需要,行政主体得在行政协议与行政处理之间选择最适合完成行政任务的行为形式。行政协议与单方行政行为都是行政机关对个别事件作出的具有对外效力的行政法规制手段。行政机关在选择何种方式达成行政任务目标的过程中具有较高程度的决定权。虽然行政机关和

^① 杨建顺《日本行政法通论》,中国法制出版社1998年版,第523页。

^② 参见程明修《行政法之行为与法律关系理论》,台湾地区新学林出版股份有限公司2005年版,第290页。

私方当事人都是合同当事人,但是在决定采取行政协议的方式并启动缔约的阶段,行政机关具有较强的主动性。在决定采取行政协议的方式履行行政职责,完成行政任务的第一阶段,在实施主体的资格认定上,单方行政行为和行政协议不应有所差异,因此以实施主体的资格作为认定行政行为效力标准的规则同样适用于行政协议的无效认定中,即作为行政机关的一方当事人必须是行政机关或者法律、法规授权进行行政管理的机构,不具有行政主体资格则其无权签署行政协议。这一问题的认定与单方行政行为无异。实践中,需要注意的是部分行政机关会采取设置单独的公司或者委托公司的形式代表政府签订协议,对于这种协议,应当根据签订协议中政府所起的作用进行认定,不宜简单地认为签署协议的不是行政机关,因此不认定为行政协议或者以其不具有行政主体资格,认定其签署的协议无效。如果协议的签订都是在政府的主导之下,协议的内容具有高度的行政性,名义上签订协议的公司是受政府的委托进行的,这种关系可以认定为委托关系,将其纳入行政协议的范畴。如果政府只是起到辅助作用,协议的内容也与行政关联不大,则认定为民事协议。

(二) 合同当事人的资格、资质

出于完成行政协议中行政管理目标的需要,主导行政协议的行政机关选择作为私主体的合同另一方当事人并非毫无限制。相反,较之普通的民事合同,只有具备法定条件的私方当事人才有资格签署行政协议,参与行政任务的履行。对于合同另一方当事人的资质,可能存在三种情形影响协议的效力:第一种是合同主体没有取得相应资质,第二种是主体超越相关资质,第三种是合同主体没有资质但是借用资质。《合同法》强调私法自治,并以促使双方合意履行为最高宗旨,因此对缔约主体权能存在瑕疵的容忍度要高于公法规则,允许追认,并不当然将缺乏资质或者超越资质的经营活动归为无效。尽管法律规定企业必须在核准登记的经营范围內从事经营活动,但规定属于示范性条款而非强制性条款。根据合同法的规定,违反法律法规强制性规定的合同才是无效合同。根据最高人民法院关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释(一)第10条规定:当事人超越经营范围订立合同,人民法院不因此认定合同无效。但违反国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营规定的除外。例如对于建筑类合同,《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第1条规定,建设工程施工合同具有下列情形之一的,应当根据合同法第52条第(五)项的规定,认定无效:(一)承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的;(二)没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的;(三)建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。最高人民法院之所以将该类合同归于无效,主要还是基于建筑合同具有的公共利益的考量。

从《合同法》的精神看,国家限制经营的、特许经营以及法律、行政法规禁止经营的,这些行业的市场准入资质,是对特定行业资质的保护,涉及的公共利益比较重大,市场准入资质本身超越服务对象选择的功能,一般认定为无效。对于行政协议,签订协议的目标是实现行政管理的目标,大多数合同都需要保持连续性,与公共利益密切相关,对

合同另一方当事人资格条件和能力要求更为严格,作为合同对方的公民、法人或者其他组织实现利益最大化的前提是要保障协议中所要实现的公共利益,这意味着参与行政协议的另一方当事人承担的责任要大于一般的民事合同。采取就高原则,可以更好地保障其公共利益的实现。禁止与缺乏资质的合同对象进行交易应当成为行政协议的基本原则。对于无民事行为能力人以及限制民事行为能力人缔结的行政协议,应认定为无效。

(三) 超越权限与追认的可能性

基于行政法上越权无效的基本原则,权限对于决定行政协议的效力具有重要影响。根据超越职权的程度不同可以分为多种情况:(1)超越法定权限幅度和限度的行为,是指行政机关具有某项事务的行政权限,可以行使某种行政行为,但是超越法律规定的该行为的幅度和限度。如行政机关可以行使处罚权,法定幅度是5000元至2万元,但是行政机关作出3万元的处罚决定。(2)超越地域管辖,以行政机关的空间管辖范围为准的,是指行政机关具有某项行政权限,可以做出某类行政行为,但是超越了法定的空间范围。例如,甲区市场监管局针对发生在乙区的违法行为进行了处罚。(3)超越层级管辖,是以行政机关的层级权限为标准的,行政机关享有某种行政权限,可以做出某类行政行为,但是超越了具有隶属管辖的上下级之间,或者授权机关和被授权机关之间管辖权的逾越。如县级政府批准征用三亩以上的土地。(4)超越行为种类。是按照法律规定的行为类型作为标准的,法律规定行政机关可以针对某些事项进行管理并进行行政处罚,但是行政机关进行了行政强制。(5)超越事务管辖权,是以行政机关的业务范围为基础,甲机关履行了乙机关的职权。(6)超越法律规定的行政机关的行政权能,行政机关享有某些事务的行政权限,但是行使了根本就不具有的行政权能,如公安机关吊销企业的营业执照。(7)行政机关超越行政权能的边界,行使了非行政性的权能。(8)行政机关超越国家机关的权能,行使了社会的权利或者个体的权利。以上情况,超越权限的边界不断向外扩展,前6种超越权限的情形还都在行政权力范畴之内,第7和第8种情形则已经超越了行政性和国家性的权限边界。行政机关出现权限瑕疵时,由于越权严重程度不一,对行政行为的稳定性和影响力不同,因此行政主体一方超越职权而对行政协议效力的影响不能简单以越权无效一概而论,而应区分不同情况的超越职权,并以法理上是否具有追认的可能性来进行具体判断。权能缺乏造成的协议瑕疵并不必然导致无效,如果通过有权者的追认获得补正,则违反权能签订的协议并不内在具有危害公共秩序的特质。从行政权限配置的原则看,追认可能存在于层级管辖、地域管辖和事务管辖等不同情况。《合同法》第51条规定:无处分权的人处分他人财产,经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的,该合同有效。无论是公法还是私法,对于超越权限或者无权处分的行为并非当然认为无效,如果可以通过追认等方式事后获得授权的行为,民事上倾向于被认定为有效。由此可见,无论公法还是私法规则,都认同存在权限追认的可能性。

第一种情形,没有行政职权或者超越行政事务管辖权。如果行政主体完全没有行

政事务管辖权,从行政权的法理原则上,不存在追认的可能性,则应认定为无效行政合同。

第二种情形,行政机关具有行政权,但是超越法律、法规明确规定的事务管辖权,或者违反有关专属管辖的规定而缔结的行政合同,是否必然导致无效,则应看是否存在追认的可能性。^⑬例如《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第6条规定:县级以上人民政府土地管理部门依法对土地使用权的出让、转让、出租、抵押、终止进行监督检查。第7条规定:土地使用权出让、转让、出租、抵押、终止及有关的地上建筑物、其他附着物的登记,由政府土地管理部门、房产管理部门依照法律和国务院的有关规定办理。根据该规定,县级以上人民政府土地管理部门负责土地使用权的出让事务。对于现实管理中部分地区开发区管委会签署的出让协议,《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》第2条规定:开发区管理委员会作为出让方与受让方订立的土地使用权出让合同,应当认定无效。本解释实施前,开发区管理委员会作为出让方与受让方订立的土地使用权出让合同,起诉前经市、县人民政府土地管理部门追认的,可以认定合同有效。行政法规明确规定的土地管理权限在土地部门,开发区管委会虽然也是行政机关,但是并不享有实施土地出让的法定权限。如果没有事后追认,其超越业务范围的缔约,则以无效论。

第三种情形,对于超越地域管辖权是否必然导致协议无效,因为行政机关的地域限制,通常情况下,不同地域间的行政机关之间的权限并不存在追认的可能性,因此,该协议应当被认定为无效。

第四种情形,对于层级性超越权限,上下级机关之间的超越职权的情形是否存在追认的可能性,可以作为法律依据的包括组织法和行业领域的专门法律。根据《中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》第59条:县级以上的地方各级人民政府行使下列职权:(十)办理上级国家行政机关交办的其他事项。依据该组织法的规定,下级行政机关可以承办上级行政机关交办的事项。因此,通常意义上,上级行政机关可以将其事务交给下级机关行使,因此理论上行政管辖权限可以在上下级机关之间移转,也就是说上级存在对下级机关行使其职权的行为进行追认的可能性,但是当这种权限下移违反法律的明确规定的专属权限时,则其无效,即如果法律规定超越权限即无效。例如《中华人民共和国土地管理法》第78条“无权批准征收、使用土地的单位或者个人非法批准占用土地的,超越批准权限非法批准占用土地的,不按照土地利用总体规划确定的用途批准用地的,或者违反法律规定的程序批准占用、征收土地的,其批准文件无效……”批准文件无效必然导致基于批准行为的协议无效。通过追认或者委托等形式取得权限,如下级超越上级的权限签署的协议,如果该权限是可以追认的,在法庭辩论结束前,获得具有权限的上级的批准,则可以视为完成追认程序,认定行政协议有效。如果不能通过追认或者委托等形式获得授权,可以认定无效。

^⑬ 参见汪中良《行政合同无效的法律适用》,载《上海政法学院学报(法治论丛)》2017年第2期。

第五种情形 行政机关超越行为种类签订行政协议,法律没有规定可以签订协议的形式履行职责,或者法律已经规定了行为方式,但是行政机关改变行为种类,以签署协议的形式替代行政行为。或者行政机关违反法律规定的情形签署协议。以行政和解协议为例,对于违反证券法律的行为,法律规定了行政处罚,但是由于调查成本高昂,证监会在国务院批准的情况下试点行政和解。^⑭如果行政机关将不得和解的事项签署了和解协议,是无效还是可撤销?对于该种情形,类似于行政机关超越权限进行的处罚等行为,应该属于可撤销的范围,而并不必然无效。《行政诉讼法》第70条和第75条,是相互关联的。行政职权是认定行政主体资格的基础性条件,因此,对于这两个条文需要结合在一起认识。无效前提是“不具有行政主体资格”,也就是从组织的性质上就不是行政机关或者没有来自法律、法规的特别授权,或者从事务、地域、层级等方面超越法律规定的职权范围,并在法理上不存在有权机关追认的可能性,即在一般意义上不享有行政管辖权,可以认定为无效。对于其他超越职权和滥用职权的行政行为,根据《行政诉讼法》第70条规定,行政行为超越职权的,人民法院可以判决撤销或者部分撤销,并判决被告重新作出行政行为。

四、行政协议的内容瑕疵

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。从私法角度看,对于合同内容的否定主要是基于严重违法或者违背公共利益。结合行政行为和民事合同的无效情形,可以看到从内容上否定行政协议效力主要的考量因素包括是否严重违法,是否以合法形式掩盖非法目的,是否损害国家利益、公共利益以及第三人合法权益,以及是否有悖社会公序良俗。

(一) 重大且明显违法 V. 违反法律、行政法规的强制性规定

《行政诉讼法》第75条将出现“重大且明显违法情形”作为判定行政行为无效的标准。《民法总则》与《合同法》则将“违反法律、行政法规的强制性规定”作为无效合同的依据。公法规则将违法的严重程度作为考量因素,而私法规则将法理规范的层级和性质作为标准。二者的法理基础和行为逻辑显然不同,行政行为的无效标准中的“违法”的“法”显然是泛义上的“法”,不同于民事法律中按照法律位阶,并不必然限于“法律和

^⑭ 中国证监会《行政和解试点实施办法》第6条规定:行政相对人涉嫌实施虚假陈述、内幕交易、操纵市场或者欺诈客户等违反证券期货法律、行政法规和相关监管规定的行为,案件符合下列情形的,可以适用行政和解程序:(一)中国证监会已经正式立案,且经过了必要调查程序,但案件事实或者法律关系尚难完全明确;(二)采取行政和解方式执法有利于实现监管目的,减少争议,稳定和明确市场预期,恢复市场秩序,保护投资者合法权益;(三)行政相对人愿意采取有效措施补偿因其涉嫌违法行为受到损失的投资者;(四)以行政和解方式结案不违反法律、行政法规的禁止性规定,不损害社会公共利益和他人合法权益。中国证监会派出机构负责查处的案件,试点期间不适用行政和解程序。第7条规定了不得和解的情形。案件有下列情形之一的,中国证监会不得与行政相对人进行行政和解:(一)行政相对人违法行为的事实清楚,证据充分,法律适用明确,依法应当给予行政处罚的;(二)行政相对人涉嫌犯罪,依法应当移送司法机关处理的;(三)中国证监会基于审慎监管原则认定不适宜行政和解的。

行政法规”。“重大且明显”也是一个相对不确定法律概念,并不比“强制性效力规定”更为明确。因此,较之民事合同的无效,行政行为的无效标准具有更高的包容度。在行政行为和民事合同的两个无效坐标之间,行政协议的无效应当处于哪个位置,至少应当考虑以下因素:

1. 违反的法律规范的层级是否限于法律和行政法规

根据法律位阶的不同,其对于行政协议效力的判断规则也有所差别。可将其分为法律、行政法规、地方性法规、行政规章、地方政府规章、规范性文件。《合同法》基于尊重意思自治原则,将无效的规范层级限于法律和行政法规,没有提及地方性法规、部门规章和地方政府规章。但是我们需要关注到行政协议的特殊性,很多特许经营等事务都是在地方性法规中规定的,而地方性法规是地方人大制定的,是体现地方特殊性和公共利益的主要立法形式,因此,将地方性法规完全排除在判断协议效力的依据之外,并不符合《中华人民共和国立法法》逐步扩大地方立法权的发展趋势。在“上诉人莱芜市国土资源局钢城分局因与被上诉人元柏军采矿权出让行政协议纠纷”一案中,法院认为“由于该涉案砂场位于生态功能保护区范围内,根据《山东省南水北调工程沿线区域水污染防治条例》第4章第38条的规定,在生态功能保护区内禁止采砂。被告采矿权的设定,有悖于该条例的规定,其设定采矿权的行为违法,采矿权出让合同应认定为无效合同。”^⑮法院在该案中适用了地方性法规,将违反地方性法规的出让合同认定为无效合同。从行政诉讼法的角度看,以法律、法规为依据,该法规亦包括地方性法规。在行政协议的效力认定中,应将地方性法规作为依据。综合来看,对于行政协议效力进行认定的法律依据应当包括法律、行政法规和地方性法规。

至于部门规章和地方政府规章,需要衡平的利益主要是合同的意思自治原则和公共利益的关系,现实中比较容易出现的情况是行政机关滥用立法权,造成行政协议另一方的损失。况且,行政诉讼中对于规章也是参照,并不当然作为依据。对于规章,则需要结合其立法目的和利益衡量再行判断。“驻马店艾瑞克多媒体宽带网络有限公司诉驻马店广播电视局合同案”^⑯中,法院认为,无论是《经济合同法》《合同法》规定的均是违反法律和行政法规的合同无效,违反行政规章的合同并不当然无效,故驻马店广电局依据《广播电视条例》外的相关规定和通知,主张本案合同无效的理由不能成立。法院在本案中并没有针对相关规章及其立法目的进行判断,而是从违反规章并不当然无效的角度得出结论,其判决理由值得商榷。在“巴菲特投资公司诉上海自来水投资建设公司股权转让纠纷案”^⑰中,法院认为,国资委、财政部制定实施的某《管理暂行办法》及上海市政府发布的某《管理办法》中规定了与涉案合同相关的内容。虽然上述规范性文件不是行政法规,但仍系依据国务院的授权对某《管理暂行条例》(行政法规)的实施所制

^⑮ 山东省莱芜市中级人民法院(2015)莱中行终第21号判决书。

^⑯ 河南省高级人民法院(2002)豫法民二初字第30号判决书。

^⑰ 上海市高级人民法院(2009)沪高民二(商)终字第22号判决书。

定的细则,符合其防止国有资产流失、避免国家利益、社会公共利益受损的原则。因此,违反上述规范性文件的规定损害了社会公共利益,根据《合同法》第52条第4项的规定,合同无效。在另一起“张云龙与百汇公司外汇买卖委托合同案”^⑮中,法院认为,涉案外汇买卖合同违反了中国人民银行颁布的《个人外汇管理办法》的规定以及中国现行外汇管理制度,因此,外汇买卖行为严重扰乱了我国市场经济管理秩序,损害了我国的国家利益。根据《合同法》第52条第4项的规定,合同无效。上述法院的裁判均承认规章甚至规范性文件具有维护社会公共利益的目的,由于《合同法》第52条第5项被限缩为效力性强制性规范后,一些争议案件所违反的法律规范不符合《合同法》第52条第5项的要求,但是法院仍然以第52条第4项违反社会公共利益的规定认定合同无效。在行政协议案件中,不能简单以法律规范的层级作为判断协议效力的标准,更不能以“违反行政规章的合同并不当然无效”作出协议有效的评判,而是应当具体分析法律规范的主旨、立法目的以及其中蕴含的国家利益和社会公共利益进行衡量,如果规章所确定的事项本就属于部门事务或者地方事务,上位阶的法律、行政法规并未作出规定,那就意味着在现行的法律规范体系中部门规章和地方政府规章是关于该事项的最高层级的法律规范,且该事项构成行政协议的重要条件,则宜将其作为效力判定的依据。

2. 法律规范的内容是否限于强制性规定

强制性规定本身就是公法进入私法的“管道”,带有公法的属性。“可认为非以为违法行为之法律行为为无效,不能达其立法目的者,为效力规定;可以认为仅在防止法律行为事实上之行为者,为取缔规定。”^⑯相对于民事协议趋向于严格限缩强制性规定为效力性规定,行政协议对于强制性规定的范围需要更为宽泛一些。现实中所谓强制性和管理性的区分并不清晰,需要再进一步判断成文法中关于强制性规定的立法目的和效力的语言表述。有些强制性规定的立法目的,就是以违反就必然带有否定其法律效力为目标,使得行政协议无效成为达成强制性规定蕴含的立法目的所必须的手段。如果法律、行政法规明确规定的禁止性行为,条文中表述为禁止性规定,并且明确说明违反该规定,协议无效,当然违反该规定即产生无效的法律后果。例如《中华人民共和国民用航空法》第130条规定:任何旨在免除本法规定的承运人责任或者降低本法规定的赔偿责任限额的条款,均属无效;但是,此种条款的无效,不影响整个航空运输合同的效力。类似这种直接指明效力的条款在我国现行法律制度体系中极其少见,绝大部分的法律条文中表述为“不得”等禁止性规定或者“应当、必须”等义务性规定,但是并没有规定法律效力或者违反的法律后果。对于这种情况,需要具体分析禁止性或者义务性规定的立法目的,并进行必要的利益衡量,才能进行效力判断。如果违反可能导致损害国家利益和社会公共利益的后果,也应当将其纳入行政协议无效的认定之中。例如《中华人民共和国物权法》第43条规定,“国家对耕地实行特殊保护,严格限制农用地转为

^⑮ 上海市高级人民法院(2009)沪高民四(商)终字第34号判决书。

^⑯ 史尚宽《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第330页。

建设用地,控制建设用地总量。不得违反法律规定的权限和程序征收集体所有的土地。”虽然法律并没有“违反即无效”的条文表述,但是从立法目的上,禁止耕地作为买卖和征收合同的标的,在于保障关系国计民生的粮食生产的安全,违反该规定的权限和程序签署的征收补偿协议当然无效。综合考虑法律规范层级、法律条款的内容、违反所产生的法律后果等因素分析,笔者试图进行如下结论,对于法律和行政法规、地方性法规中的禁止性规定,违反该规定即达成重大且明显之法律后果,因此违反即无效。对于授权性规定,则应具体区分实体性规定还是程序性规定,对于实体性规定,应将其作为效力标准,对于程序性规定,则应具体考量违反该程序可能造成的后果是否达到影响法律效力的程度,例如有些批准程序直接决定行政协议所依赖的行政行为的生效,因此该程序规定的违反就应作为效力标准。对于部门规章和地方政府规章,应区分对待。部门规章中的禁止性规定一般并不过多受制于地方利益,将其作为效力性规定。对于地方政府规章则不能一概而论,而应当区分是否属于地方专属事务,如果属于地方专属事务中的禁止性规定和义务性规定,可以作为效力认定标准。对于其他授权性规定,则不需要作为效力标准。规范性文件的层级不宜作为效力标准。

(二) 损害国家利益、集体利益或者社会公共利益

无论是行政行为,还是民事协议,利益衡量都是效力判断的一个重要标准,需要分析法律规定的义务性规定或者禁止性规定中的立法目的,协议的签订和履行带来的国家利益、集体利益或者社会公共利益,权衡不同利益的性质和协议的关联度等因素进行必要的利益衡量。最高人民法院印发《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》也提出,“人民法院应当综合法律法规的意旨,权衡相互冲突的权益,诸如权益的种类、交易安全以及其所规制的对象等,综合认定强制性规定的类型。如果强制性规范规制的是合同行为本身即只要该合同行为发生即绝对地损害国家利益或者社会公共利益的,人民法院应当认定合同无效。如果强制性规定规制的是当事人的‘市场准入’资格而非某种类型的合同行为,或者规制的是某种合同的履行行为而非某类合同行为,人民法院对于此类合同效力的认定,应当慎重把握,必要时应当征求相关立法部门的意见或者请示上级人民法院。”

从合同内容上看,否认合同的效力主要基于合同的恶劣程度以及与社会公共利益之间的关联程度。支持合同成立并履行的公共利益可以分为直接的公共利益和间接的公共利益。直接的公共利益来自于行政合同订立的目的,行政合同是行政机关为了实施行政管理,为履行行政职能而签订的,合同订立的目的中隐含着公共利益。必然与公共利益相关这是行政合同与民事合同不同的地方。合同的履行本身就是实现合同内在公共利益的途径。行政合同的间接的公共利益包括政府信誉,例如招商引资合同的签订和履行关涉本地营商环境,以及投资人的信赖利益等,这些是间接的公共利益。更加间接的公共利益则是行政协议所代表的新型行政行为的发展方向,公私合作以及共同治理也是公共利益。随意破坏行政协议当事人之间的合意,损害私人与政府合作的意愿,也是对公共利益的损害。并非只要出现了损害公共利益的情况,就必然否定合同的

效力。否定合同效力的公共政策以及公共利益应当是重大的和直接的,一些轻微关乎公共利益的政策不应成为否定合同效力的依据。

在“宿迁汇龙实业有限公司诉泗洪县人民政府、泗洪经济开发区管委会、泗洪县国土资源局要求履行合作协议”案^{②①}中,宿迁汇龙实业有限公司与泗洪开发区管委会订立合作协议,该协议载明:被告在两个月内向原告提交土地使用权证;原告的投资超过1000万元,应免缴土地出让金。原告要求被告履行合作协议,按照协议的约定向原告提供26.2亩土地的使用权证。一审法院认为,行政协议中关于公司投资超过1000万元,则免缴土地出让金的约定违反了《土地管理法》的强制性规定,属于无效条款。二审法院认为,上诉人汇龙公司与被上诉人泗洪开发区管委会签订的《合作协议书》中第三条约定的内容违反了《中华人民共和国土地管理法》的强制性规定,属无效条款。故上诉人汇龙公司要求根据《合作协议书》第三条约定取得26.2亩土地的国有土地使用权证无法法律依据,依法不予支持。从本案的裁判来看,两级法院均以《土地管理法》作为依据,否定协议的效力。^{②②}从本案中所蕴含的公共利益看,土地作为有限的自然资源,对其使用不仅具有一般财产的独占属性,还具有一定的社会性、公共性。出让行为通过合同这一私法方式进行,国家也从公法和私法角度对其予以限制和管理,通过履行合同实现社会公共利益。签订出让合同是行政机关代表国家行使土地所有权人的权利,在土地上设置用益物权,收取土地出让金目的在于促进国有土地的有偿使用,最大限度提高国有土地的价值,这是公共利益。招商引资可以促进当地经济发展,提高当地就业率等,也是公共利益。从公共利益的关联度看,国有土地的有偿使用的出让金直接体现土地价值,是直接的公共利益,招商引资可能带来的就业、经济繁荣等间接的公共利益,二者无法在同一层级互换,直接的公共利益更现实,也更重要。

(三) 以合法形式掩盖非法目的,损害第三人合法权益,损害合同对方的基本权利

《合同法》中规定“以合法形式掩盖非法目的”,该种情形在行政行为和行政协议中同样存在。“虽然法律没有强制为某一行为的规定,但法律却规定不得以不为此行为为对价进行交易。限制当事人的诉讼权利,限制婚姻的自由,以及限制贸易自由的合同就属于这一类型”。^{②③}在“上海弘正律师事务所诉中国船舶及海洋工程设计研究院服务合同案”^{②④}中,双方签订的代理协议中有“设计院如有调解、和解及终止代理等需要与弘正律师所协商一致,否则以约定律师费额补偿弘正律师所损失”。法院认为,律师为获取

^{②①} 江苏省高级人民法院(2016)苏行终1007号判决书。

^{②②} 《土地管理法》第2条:国家依法实行国有土地有偿使用制度。但是,国家在法律规定的范围内划拨国有土地使用权的除外。第54条规定“建设单位使用国有土地,应当以出让等有偿使用方式取得;但是,下列建设用地,经县级以上人民政府依法批准,可以以划拨方式取得:(一)国家机关用地和军事用地;(二)城市基础设施用地和公益事业用地;(三)国家重点扶持的能源、交通、水利等基础设施用地;(四)法律、行政法规规定的其他用地。”第55条第1款规定“以出让等有偿使用方式取得国有土地使用权的建设单位,按照国务院规定的标准和办法,缴纳土地使用权出让金等土地有偿使用费和其他费用后,方可使用土地。”

^{②③} 黄忠《比例原则下的无效合同判定之展开》,载《法制与社会发展》2012年第4期。

^{②④} 上海市第二中级人民法院(2009)沪二中民四(商)终字第450号判决书。

自身利益最大化限制当事人依法享有的诉讼权利之行为不受法律保护,上述约定是一种对设计院试图单方调解或和解时的违约责任条款,这些行为加重了当事人的诉讼风险,侵犯了委托人的自主处分权,不利于社会和谐,损害社会公共利益。根据《合同法》第52条第4项的规定,合同无效。具体到部分行政协议的认定上,以限制基本权利为内容的行政协议无效。在“韩甲文诉黑龙江省肇源县政府息诉罢访协议案中”^{②④},韩甲文以(2009)庆民再字第15号民事裁定裁定错误以及涉案土地权属不清,应当依法先行解决土地权属纠纷为由多次到市、省、国家等有关部门上访。肇源县政府组成工作组对韩甲文上访诉求进行调查。经双方共同协商签订《协议书》。协议书第二条要求韩甲文对处理“马场地”引发的矛盾纠纷过程中,各级政府机关、公安机关、审判机关及部门所做的一切公务行为,不再上访诉求,息诉罢访。法院在裁定中认定,韩甲文与肇源县政府签订的息诉罢访协议是行政协议,属于人民法院行政诉讼的受案范围,但以韩甲文超过法定起诉期限为由驳回其再审申请。该行政协议属于典型的息诉罢访协议,申诉救济权利是公民的基本权利,不能随意限制和剥夺。^{②⑤}“如果拆迁补偿协议约定政府的拆迁决定为终局行政行为,公民不得就此提起行政复议或者行政诉讼,此种约定实际上剥夺了公民寻求行政复议和行政诉讼的权利,因违反《行政复议法》和《行政诉讼法》而无效。”^{②⑥}

如果协议的履行仅保护个体利益,则不宜将其作为无效标准。在“张增林、张勇与北京门头沟政府征收办公室房屋征收补偿案”中,法院认为,如果合同继续履行,影响的仅仅是特定人的个别利益,则一般不构成效力性强制性归属。在法律适用中,违反法律、行政法规的强制规定须视具体案件而定,只有协议内容违反效力性强制规定的,才能判定为无效。而对于仅影响特定个人的利益一般不会被判定为无效,只有损害公共利益的条款才无效。^{②⑦}《物权法》第72条规定“业主对建筑物专有部分以外的共有部分,享有权利,承担义务;不得以放弃权利不履行义务。业主转让建筑物内的住宅、经营性用房,其对共有部分享有的共有和共同管理的权利一并转让。”

(四) 欺诈、胁迫或者恶意串通等虚假的意思表示

《民法总则》规定,意思表示真实是行为有效的条件之一。《民法总则》第146条规定“行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效”。第154条规定“行为人与相对人恶意串通,损害他人合法权益的民事法律行为无效”。对于意思表示不真实的情形主要有因欺诈、胁迫而作出的意思表示;被乘人之危而作出的意思表示以及因重大误解而作出的意思表示等。在私法规则中,并不将其当然认定为无效,也有可撤

^{②④} 最高人民法院(2016)行申45号裁定书。

^{②⑤} 认定息诉罢访协议的无效并非意味着纵容非法信访,对于信访的解决最终需要通过拓宽行政复议、行政诉讼等解决争议的法律途径,引导社会公众依法解决争议,而不是通过长期信访的方式寻求问题的解决,甚至以此为手段谋取不正当利益。

^{②⑥} 汪中良《行政合同无效认定的法律适用》,载《上海政法学院学报》2017年第2期。

^{②⑦} 参见北京市第一中级人民法院(2016)京01行终861号判决书。

销、可变更等情形。只有存在《合同法》第52条规定的情形时,才能被认定为无效。

行政行为具有单向性特征,行政主体在实施行政行为时具有单方意志性,不必与行政相对人协商或征得其同意,即可依法自主作出。行政行为对方的意思表示并不在认定行为效力考量范围之内。但行政协议的“合同性”属性决定了双方合意的必要性,是对行政行为单向性的突破,当事人的意思表示的真实性成为判断协议效力的标准。在公法规则中关于意思表示的规则并不明确,在对行政协议意思表示进行审查时,应适用私法中的法律规则作为依据。因行政协议的特殊性,理论上行政机关应具有公信力,在行使行政职权时应当遵守依法行政、诚实信用等基本原则,不应在行政协议的签订过程中存在欺诈、胁迫或乘人之危等情形。当然并不排除行政机关在实践中存在私法中的欺诈等意思表示,如果行政机关在意思表示存在不真实的情况下应认定行政协议无效。行政机关理论上被认为应当具有更高的洞察力和更多的信息渠道,被欺诈的可能性较小,但是实践中行政机关被信访人以进京信访为由进行胁迫等情况并不鲜见。如果行政机关宣称对方当事人在签订协议中存在欺诈、胁迫等行为,致使其在违背真实意思表示的情况下签订协议,行政机关应当对该欺诈、胁迫的存在承担更多的举证责任。

五、行政协议的程序瑕疵

无论是公法亦或私法,程序价值越来越受到重视。法律要求将行政程序作为行政职权合法的必要条件,将程序因素纳入实体权力的实现过程。^②行政协议所具有的合意性虽然在一定程度上加强合同双方意思表示一致的分量,但是并不能因此消减行政协议内在的行政属性。一方面,通过法定程序,保障行政权运用过程的公正性,避免滥用权力,造成国有资产和行政资源的浪费。另一方面,避免行政机关利用自身的优势侵害到另一方当事人的权益。《行政诉讼法》没有对行政协议签订程序作出规定,但如果法律中作出了特别规定,则应严格执行相关法律中的有关规定。从行政协议订立和履行过程中,比较多见的程序问题主要有外部程序和内部程序两类,前者如行政协议订立之初,选择协议对方当事人的程序没有经过招投标等法定程序。后者如法律规定协议的签订需要经过必要的民主议决程序,但是没有经过集体讨论等民主程序。再如,协议订立应当经过上级机关的批准,现实中没有经过上级批准。

(一) 协议的订立未经招投标等法定程序

行政协议的签订在选择对方当事人时,应当遵循公平竞争等程序。例如我国台湾地区《行政程序法》第138条规定:“行政契约当事人之一方为人民,依法应以甄选或其他竞争方式决定该当事人时,行政机关应事先公告应具之资格及决定之程序。决定前,并应予参与竞争者表示意见之机会。”第141条规定:违反138条规定的程序的,为无效合同。我国《招标投标法》第3、4、49条和《政府采购法》第26条均规定,选择行政协议

^② 参见马怀德《行政程序法的价值及立法意义》,载《政法论坛》2004年第5期。

的对象一般通过招投标等带有竞争性的程序。目前司法实践中,对于违反招投标程序的特许经营合同有的认定为无效。“南宁市中威管道燃气发展有限公司诉武鸣县政府、武鸣县住房和城乡建设规划局能源行政许可案”中,法院认为,“管道燃气特许经营权的授予应当通过法律规定的招投标等公平竞争的方式作出决定,本案中武鸣县政府采取的是政府常务会议的形式讨论决定,而未采取法律规定的招投标方式,违反了《行政许可法》的强制性规定。”^{②9}也有的案件中,法院判定有效。“武汉中石油昆仑燃气有限公司诉武汉市江夏区城市管理委员会能源管理行政合同案”中,被告主张的江夏区城乡建设局未经过招标、拍卖等公平竞争的方式签订《城市管道燃气经营协议》违反行政许可法的强制法规定,应属无效。法院认为,“《行政许可法》的规定首先是对行政机关的要求,行政相对人在特许经营准入模式上属于被动接收方,没有选择权。根据诚实信用原则,被告不能因为该协议未经过招标、拍卖方式而否定协议效力,该规定属于管理性强制条款。”^{③0}“田阳县新山新能燃气有限责任公司与平果华商清洁能源有限公司特许经营协议案”中,二审法院认为“上诉人主张被上诉人特许经营权的取得途径违法,可经过合法渠道由相关的行政机关审查处理,该协议未被撤销前具有法律效力,故平果华商清洁能源有限公司取得田阳区域内的管道燃气经营权是否经过招投标,并不影响该特许经营权的效力,其独占性和排他性仍受法律保护。”^{③1}上述两个案件中,都因为招投标程序引发关于特许经营权获得的合法性,以及特许经营协议的效力。法院却从不同的角度得出不同的结论。公平竞争是公共资源配置中的基本原则,也是公共利益的表现。招投标程序是法律明确规定的选择合同对象的程序,其目的在于保障协议缔结对象的选择上的公平竞争。没有经过招投标等公平竞争程序选择的缔约对象,存在损害国家利益和社会公共利益的可能性。通过程序的设置限制行政权力的滥用和随意行政,减少因为地位失衡给行政协议中作为公民、法人和其他组织一方地位的失衡。因此,对于未经法定的招投标程序的行政协议应认定为无效。

(二) 协议的订立未经民主决议等法定程序

我国《村民委员会组织法》第24条规定:涉及村民利益的下列事项,经村民会议讨论决定方可办理:……村集体经济项目的立项、承包方案;(六)宅基地的使用方案;(七)征地补偿费的使用、分配方案;(八)以借贷、租赁或者其他方式处分村集体财产;(九)村民会议认为应当由村民会议讨论决定的涉及村民利益的其他事项。村民会议可以授权村民代表会议讨论决定前款规定的事项。法律对讨论决定村集体经济组织财产和成员权益的事项另有规定的,依照其规定。在“海丰县海城镇莲花村民委员会柑洲坑村民小组诉海丰县海城镇政府、第三人信利半导体有限公司土地行政合同纠纷案”中,征地协议书的土地属于集体所有的土地,村民小组没有按照规定召开村民小组会议讨

^{②9} 南宁市中级人民法院(2014)南市行一初字第25号判决书。

^{③0} 湖北省武汉东湖新技术开发区人民法院(2015)鄂武东开行初字第00022号判决书。

^{③1} 广西壮族自治区高级人民法院(2015)桂行终字第21号判决书。

论决定涉及村民重大利益土地征用、补偿等事项,违反《村民委员会组织法》的强制性规定,确认行政协议无效。^②

(三) 协议未经批准程序或者批准行为无效

“合同的行政审批是公权力对经济生活的干预和管制,目的在于维护国家经济主权,保护国家利益和社会公共利益。”^③我国现行的行政管理中存在行政主管部门审批为合同的生效条件。正如崔建远教授所言,“若干合同以行政主管部门的审批为生效要件,有其深层的原因:是为了符合某些领域仍然实行计划管理的需要;是为了确保国家利益、战略安全,也是有序、有计划地开采能源的需要;是为了利用外商投资与国内产业结构调整、引进先进技术、加快国有企业改造、鼓励出口及地区布局优化,促进整个国民经济的持续快速健康发展;是为了鼓励和引导外资投向,吸引外商投资举办资金密集、技术密集以及对国民经济发展有较大作用的合资企业;是为了防止探矿权、采矿权移转给缺乏资质的受让人之手,避免自然资源的浪费,减低乃至减少矿难的发生。”^④未经审批合同的法律效力在民法学界争论颇多,并形成几种观点鲜明的不同学说。“合同无效说”认为《合同法》第44条第2款将行政审批作为合同的生效要件。未经审批的,合同应当被认定为无效。^⑤“合同未生效说”认为未经审批的合同属于未生效的合同,与有效合同的区别在于一部分条款有效,一部分条款尚未生效,已生效的部分以推动整个合同的完全生效而存在。^⑥“合同有效说”认为,审批的意义在于管控合同的履行,未经审批的合同,只是履行不能,而并非不生效。^⑦行政协议未经审批是否也与民事合同一样,陷入是否有效的争论呢?行政审批之于行政协议,究竟意义何在?需要回到行政协议的基本特点来看,和其他行政行为一样,行政机关签署行政协议也是基于行政权的运用,法律规范规定行政审批,通常是对于作为合同一方的行政机关而言的,从这个意义来说,签署行政协议的行政机关的行政权并不完整,必须经过有权机关审批之后,才能获得签署协议的完整的行政权。例如我国《土地管理法》规定征用土地需要经过批准,未经批准占用土地的,责令退还。无权批准的,超越批准权限非法批准占用土地的,不按照土地利用总体规划确定的用途批准用地的,或者违反法律规定的程序批准占用、征收土地的,其批准文件无效……^⑧和民事协议中的审批不同,行政协议中的批准本身就是行政权的组成部分,因此,未经批准的行政协议即使签署,也没有完成整个行政权的运行过程,属于尚未生效的协议,如果批准行为无效,则依附于批准的行政协议也无效。这里需要解决一个法律困境,在协议签订后至协议审批之前,该协议对于当事人没有拘

② 参见广东省海丰县人民法院(2014)汕海法行初3号判决书。

③ 马新彦《论民法对合同行政审批的立法态度》,载《中国法学》2016年第6期。

④ 崔建远《不得盲目扩张〈合同法〉第44条第2款的适用范围》,载《中外法学》2013年第6期。

⑤ 参见王玉飞、谢颖《涉外股权转让居间合同效力认定》,载《人民司法》2009年第24期。

⑥ 参见王轶《合同效力认定的若干问题》,载《国家检察官学院学报》2010年第5期。

⑦ 参见蔡立东《行政审批与权利转让合同的效力》,载《中国法学》2013年第1期。

⑧ 参见《中华人民共和国土地管理法》第76-78条。

束力,如果负有提请审批义务的当事人因未尽此义务也不承担任何责任,必将引起交易的秩序紊乱和信赖危机。对此,行政法上的信赖保护原则可以作为补充,协议签订后,当事人对于该协议即产生信赖利益,负有提请审批义务的一方需要积极履责,否则就是对信赖保护原则的背弃,亦应承担因此产生的法律责任。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》也采取的是这种思路,将该种义务界定为诚信义务。^{③⑨}在“黄洪军诉随县水利局合同纠纷案”^{④⑩}中,法院以《湖北省河道采砂管理办法》为依据,认为被告不能举证证明其编制的《随县采砂规划》经过人民政府批准,也没有提供本县可采区年度采砂实施方案等实体证据,因此仅凭未经政府批准的《随县河道采砂规划》确定本案所涉标段砂石方量为111万方,没有合法依据。符合《行政诉讼法》第75条的无效规定,因而行政协议无效。本案的裁判依据是《湖北省河道采砂管理办法》,属于地方政府规章,该规章中规定河道采砂实行规划制度。省管河道的采砂规划,报省人民政府批准。其他河道采砂规划,报同级人民政府批准,并报上一级人民政府水行政主管部门备案。河道采砂实施规划应经省级政府批准或者备案。^{④⑪}本案中作为行政协议根据的《随县河道采砂规划》没有经过政府批准。

程序违法并不必然导致行政协议被法院确认无效,对此,应区分不同情况区别对待。^{④⑫}在判断违反程序的行政协议是否有效时,应当衡量该程序违法的严重程度,对于法律、行政法规规定的程序,则可以考虑适用《合同法》第52条第5项的规定。例如我国《招标投标法》第3条规定“在中华人民共和国境内进行下列建设工程项目包括项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购,必须进行招标:(一)大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目;(二)全部或者部分使用国有资金投资或者国家融资的项目;(三)使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目。前款所列项目的具体范围和规模标准,由国务院发展计划部门会同国务院有关部门制订,报国务院批准。”从《招标投标法》的规定看,对于招投标程序的规定是非常严格的,法律使用的“必须”,说明招投标程序至关重要。该条第2款还规定“法律或者国务院对必须进行招标的其他项目的范围有规定的,依照其规定。”基于该款,国务院可以另行制定需要招标的项目,对于国务院另行制定的必须招标的项目,如果没有经过招标的程序,虽然该规定是国务院制定的,也应当作为协议无效的依据。因为通过《招标投标法》的转介,国务院的规定也具有等同的效力。如为轻微的程序瑕疵,没有对私方当事人、第三人或公共利益产生实质影响,则为维护行政协议的稳定性,不应判定为无效。如程序违法对相对人实体权益产生实质影响,符合“重大且明显”的无效认定标准时,适用利害衡量与价值衡量规则:若协议无效会导致公益明显受损,且法院衡量后发现受损的公益明显大于相对人的信赖利益,此时法院可根据《行政诉讼

^{③⑨} 参见该解释第8条。

^{④⑩} 湖北省随县人民法院(2016)鄂1321行初3号判决书。

^{④⑪} 参见《湖北省河道采砂管理办法》第6条规定。

^{④⑫} 参见易旺、郑谧《论无效行政协议的司法审查路径》,载《中国物价》2018年第1期。

法》第74条第1款第1项、第76条之规定,确认该行政协议违法,同时判令行政机关采取措施予以补救,并对相对人利益损失承担相应赔偿责任;若行政协议无效不会导致公益明显受损,则法院宜确认该行政协议无效。总之,对于行政协议的程序标准可以参照行政行为的程序标准进行判断,二者之间没有本质差异。

综合上述,行政协议的应用空间将随着公私合作的不断拓展而日益广泛应用于公共行政。我国现行《行政诉讼法》虽然将行政协议纳入受案范围,但是该法的总体构造仍然延循单方行政行为的格局设置,并无多少条文可以应用于行政协议。《合同法》等民事法律,则无法直接转用于行政协议。通过对于“重大且明显”进行法律解释虽然可以在一定程度上缓解诉讼问题,但是从实体法上为行政协议建立系统的法律规范才是最终的方向。

Abstract: The Administrative Procedure Law explicitly incorporates administrative agreements into the scope of administrative litigation. The validity of administrative agreement and the identification of invalid administrative agreement are involved in the legal application by court in judging administrative agreement cases. There is a conflict between public law and private law on the value orientation of contract effectiveness. Therefore, no matter whether the administrative procedure law or the civil law is applied simultaneously or separately, it is impossible to construct a validity framework for administrative agreement which is logically distributed. Meanwhile, in terms of legal principles and legal norms, the public law and private law still have mutual compatibility, and this provides a possibility to extracting the common factor of effectiveness affirmation. Regard illegality as the starting point of invalidity, the standard of invalid administrative agreement is between the unilateral administrative act invalidation standard and the civil contract invalidation standard. The way out to solve the theoretical and practical problems is to establish the standard of invalid administrative agreement by enumeration in terms of administrative subject qualification, private party qualification, agreement content, as well as agreement procedure.

(责任编辑:吴 蕾)