

论行政协议的违法效果

徐 键*

摘要:行政协议作为行使行政权的一种方式,应受制于依法行政原则。行政协议的本质系行政主体和相对人共同参与作成的决定,不适用于针对单方高权之行政行为的合法性推定原理。其违法效果不可比照行政行为作无效和应予撤销的技术性分层。行政协议作为合意行政的行为形式,与法治主义的要求具有关联性。在容许性、合法性及法律效果分配等方面,行政协议不可迳行移用行政行为的合法性拘束及法效果理论。行政协议的合法性拘束,主要体现为对行政之合意的法律控制,并以行政之实质正当性的确保及公益的维护为聚焦点。订立的行政协议,如存在违反基本权利的拘束、滥用合意不法处分公权力,以及违法或严重不当损害社会公共利益的,构成对行政合法性拘束的违反,应属无效。

关键词:行政协议 违法效果 行为形式 无效

违法行政行为,根据违法程度,其法律效果原则上分为无效和应予撤销。其中,重大且明显违法的行政行为无效。行政协议是行使行政权的方式之一,应当遵从依法行政原则;如有违反,应作法律上的否定性评价。考虑到行政协议的合意性,在减轻行政规范之负担的角度上,可准用以意思自治为基础对当事人的自主决定予以认可或否定的民法规范。因此,《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《行政协议司法解释》)第12条申明,行政协议案件适用合法性审查的一般原则,其中重大且明显违法的协议无效;法院同时可以准用民法规范认定不法的协议无效。不过,对于一般违法且尚不属民法规范中不法无效情形的协议,是容许依职权撤销或争讼撤销以使其失去效力,还是认可其存续性,《行政协议司法解释》并未提供明确的指引,学理上也存在分歧。^①在实践中,为维系协议关系的稳定,人民法院往往认可一般违法的

* 上海财经大学法学院教授、博士生导师

基金项目:中央高校基本科研业务费专项资助项目(2020110830)

^① 参见陈思融:《论行政协议的法律效力状态》,《浙江学刊》2018年第5期;张彧:《行政协议可撤销的判断标准及其修正》,《政治与法律》2020年第11期。

行政协议有效。但当其侵害到第三人合法权益或社会公共利益时,人民法院又通常会认可通过撤销或解除的方式终止协议,从而加剧了行政协议违法效果规则的混乱。

行政协议是合意行政的典型样态,当事人的意思合致决定了行政意志的确定与表达。比照行政行为的合法性拘束及瑕疵理论认可违法行政协议的可撤销性,并不契合“意思合致”的特性,甚至会纵容行政机关借自我纠错权行毁约之实,影响行政协议的存续力,并损害相对人对行政的信赖。但是,若不认可这种可撤销性,则须从理论上证成符合行政协议“意思合致”特性的合法性拘束及法律效果规则,以使其在法律适合性与存续性之间形成合理的均衡。

一、司法视角下行政协议的违法效果

(一) 司法解释中的违法效果

行政协议的本质是行政性,应受制于依法行政原则。行政机关不能通过协议的方式扩大法定的活动空间。^①这也是修订的《中华人民共和国行政诉讼法》(以下简称《行政诉讼法》)将行政协议纠纷纳入受案范围的主要考虑。尽管学界对行政协议案件的合法性审查存有忧虑,但《行政协议司法解释》依然明确,该类案件的审理遵循合法性审查原则。人民法院应当对行政机关通过行政协议行使行政权的权限、依据、程序、合目的性等展开合法性审查。

作为行使行政权的形态,行政协议应当符合行政的形式合法性和实质合法性要件。不符合法律要件的行政协议,不应听任其违法性的存在而不予制裁。不过,违法行政协议的法律效果,却一直是理论及实践的争议点。德国早期的通说认为,行政协议原则上分为有效与无效两类,违法的行政协议无效。^②德国当下的通说及制度则认为,行政协议在违法时也可能有效,并且违法但有效的行政协议不像违法行政行为那样具有可争讼撤销性和可撤回性。^③而德国联邦行政法院倾向于认为,违法行政协议的法律效果不限于有效或无效,违法行政行为的不同效果,原则上也适用于行政协议。^④

在我国,制度及司法政策明确了行政协议案件适用合法性审查后,人民法院也不可避免地会面临行政协议违法后的法律效果问题。根据《行政协议司法解释》的规定,行政协议存有重大且明显违法的,或者具有民法规范中的不法无效情形的,无效;欠缺法定的程序性生效要件的,不生效。但对于一般违法的行政协议,其法律效果如何,该解释未提供指引。有学者认为,《行政协议司法解释》关于合法性审查原则及将“请求判决撤销、解除协议”列为“具体的诉讼请求”的规定,实际上创设了违法行政协议的可撤销制度。^⑤

不过,对《行政协议司法解释》作该种理解可能未必准确。理由是:(1)通过文义解释无法得出行政协议因违法而具有可争讼撤销性的结论。《行政协议司法解释》规定了重大且明显违法的无效、准用民法规范的无效、程序性生效要件欠缺的未生效及因意思瑕疵的可撤销等4种效力情

① 参见[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363页。

② 参见王贵松:《行政协议无效的认定》,《北京航空航天大学学报》(社会科学版)2018年第5期。

③ 参见[德]汉斯·J·沃尔夫等:《行政法》(第二卷),高家伟译,商务印书馆2014年版,第159页。

④ 参见吴庚:《行政法之理论与实用》,台湾地区三民书局2015年增订13版,第426页。

⑤ 参见张青波:《可撤销行政协议的价值与认定》,《法商研究》2022年第1期。

形,但并未规定行政协议因违法而可争讼撤销。因此,有关结论欠缺条款上的直接文义解释基础。(2)通过体系解释推导出的可争讼撤销限于协议有瑕疵的情形。《行政协议司法解释》第9条的规定区分了针对“变更、解除行政协议的行政行为”的可争讼撤销与针对“行政协议”的可争讼撤销;第10条的规定确认了被告对“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,原告对“撤销、解除行政协议”的事由承担举证责任。结合行政诉讼举证责任制度可以推断,《行政协议司法解释》第9条所指的行政协议的可争讼撤销,应限于准用民法规范之可撤销条款及民事诉讼法举证责任条款的可争讼撤销。(3)通过立法原意解释可以印证可争讼撤销限于行政协议有瑕疵的情形。《行政协议司法解释》的起草者指出,在行政协议案件中,“提起撤销之诉的条件主要限于存在胁迫、欺诈、重大误解、显失公平等因素”,^①并进一步认为,“行政机关在签订行政协议的过程中作出的行政行为违反了行政法律规范的情形,但没有达到‘重大且明显违法’的程度,法院可以维持行政协议的效力”。^②简言之,有瑕疵的行政协议,相对人可以准用民法规范争讼撤销;一般违法的行政协议,不否定其有效性,不具有可争讼撤销性。

总而言之,考虑到行政协议兼具行政性和合同性,一方面,在法律评判上不应放任其违法性而不顾;另一方面,又必须关照到行政协议相比于行政行为而言更应具有存续力。在缺乏行政实体法规定的情况下,《行政协议司法解释》未予认可违法行政协议的可撤销性,而是在有效或无效的两分架构下,通过是否构成行政行为的无效和法律行为的无效的双重审视,确定行政协议是否为法律秩序所认可,以最大限度地维系其存续力。

(二)司法实践中的违法效果

行政协议是以合意的方式形成具有拘束力的行政意志。相比单方高权之行政行为,有其特殊的权力运行逻辑及法律构造。在以行政行为为中心建构的行政诉讼制度框架下,如何在兼顾合约性审查的同时,展开对行政协议的合法性审查,是人民法院必须审慎面对的新课题。以合法性审查为着力点,司法实践中有关违法行政协议之法律效果的讨论,主要聚焦于两个争议点:一是行政协议无效的认定;二是违法但并非无效之行政协议的效力。

1. 行政协议无效的认定

在行政性的基本定位下,行政协议也具有合意性。因此,在与规约行政权行使的行政法规范相容的前提下,在审理行政协议案件时可以准用基于契约之先天特性所形成的民法规范。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》(已废止)第14条规定,审理行政协议案件,“在适用行政法律规范的同时,可以适用不违反行政法和行政诉讼法强制性规定的民事法律规范”。此后的《行政协议司法解释》第27条同样规定,“审理行政协议案件,可以参照适用民事法律规范关于民事合同的相关规定”。可见,司法实践在行政协议无效的认定上已经形成共识,即在适用《行政诉讼法》有关行政行为无效的规定的同时,参照适用民法规范有关合同无效的规定。^③在此思路下,针对行政协议无效的认定,司法实践从两个方面进行了探索,并形

^① 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132页。

^② 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188页。

^③ 参见最高人民法院(2017)最高法行申669号行政裁定书、最高人民法院(2018)最高法行申2129号行政裁定书、最高人民法院(2019)最高法行申8437号行政裁定书。

成了相关的裁判思路:

一是不法无效的民法规范并非无条件适用。司法实践中,人民法院往往通过平行适用行政行为 and 合同的无效条款,对行政协议展开无效认定。^① 如果“存在重大、明显违法,违反法律法规的强制性规定,损害国家利益、公共利益及他人合法权益”的情形,协议无效。^② 不过,公民法两种秩序的建构基础不同。行政法的核心领域是规约拥有特殊权限之高权主体的特殊职务法,^③ 以规范行政权的配置及运作为要旨。因此,依法行政原则要求行政权的行使不得违反“法律、行政法规的强制性规定”,同时要求对行政权的行使施以更高密度的规范。作为行使行政权的形态,行政协议在订立主体、权限、内容、程序等方面,普遍受制于“法律、行政法规的强制性规定”,因而更易产生法律瑕疵,触发民法规范中的不法无效条款。针对行政协议在适用民法规范无效条款时的这种特点,最高人民法院有裁判指出,不应“单纯援用民事法律合同无效事由条款否认行政协议的效力”,而须在考虑行政的目的实现性、相对人对行政的信赖及协议存续性的基础上,对协议是否无效作综合判定。^④ 最高人民法院另有裁判也指出,行政协议突出的是其行政性,民法规范在法律适用上属于补充规则。^⑤ 总之,考虑到行政性是行政协议的基本属性,在无效认定中,人民法院不能无条件地适用民法规范,而是“应当结合协议的签订目的、履行情况综合考量”。^⑥

二是公民法两种无效规定的适用应区分应用场景。通过平行并用公民法两种法制对行政协议是否无效进行认定,是司法实践的通行做法。但是,行政行为无效与合同无效的原理不尽相同。行政协议不是典型的行政行为,也不同于以意思自治为核心要素订立的民事合同。分别针对行政行为和民事合同所设计的无效规定,在行政协议无效的认定中不适宜作简单地叠加适用。最高人民法院的有关裁判已经意识到这一问题,因而没有直接采用两种法制中无效规定的平行并用思路,而是分别从协议的行政行为属性和民事合同属性两个维度出发,按照两种法制的无效认定方式,分别对协议是否无效展开论证说理。^⑦ 遗憾的是,该种裁判思路仅意识到两种无效标准直接平行并用可能未必妥当,因而在说理中做了技术性处理,但实际效果却并未体现出与平行并用思路的差异。有人民法院尝试从行政协议中分解出行政机关的订立、履行、变更、解除协议等行政行为,从而通过适用行政行为无效的规定对其进行认定;协议的内容则被认为体现了意思自治的内核,因而适用合同无效的规定对其进行认定。^⑧ 最高人民法院并没有采纳分解认定的思路。理由是,履行、变更、解除协议的行政行为与行政协议属不同范畴,不能混淆。^⑨ 最高人民法院也有裁判虽然未采取分解思路,但是对两种法制中的无效规定区分了应用的场景。其中,在

① 参见最高人民法院(2018)最高法行申 191 号行政裁定书。

② 参见最高人民法院(2019)最高法行申 6818 号行政裁定书。

③ 参见[德]施密特·阿斯曼:《秩序理念下的行政法体系建构》,林明锵等译,北京大学出版社 2012 年版,第 266 页。

④ 参见最高人民法院(2017)最高法行申 7679 号行政裁定书。

⑤ 参见最高人民法院(2020)最高法行申 8459 号行政裁定书。

⑥ 最高人民法院行政审判庭编著:《行政协议典型案例裁判规则与评析》,人民法院出版社 2021 年版,第 58 页。

⑦ 参见最高人民法院(2019)最高法行申 8005 号行政裁定书。

⑧ 参见广西壮族自治区高级人民法院(2020)桂行终 838 号行政判决书。

⑨ 参见最高人民法院(2020)最高法行申 8459 号行政裁定书。

订立场景中,人民法院适用行政行为无效的规定,从主体、权限、依据、程序等方面逐次展开认定;在内容场景中,人民法院则适用合同无效的规定对协议是否存在无效情形加以审视。^①

2.违法但并非无效之行政协议的效力

根据依法行政原则,行政行为若不能满足合法性要求,则原则上应予撤销。若行政协议案件同样适用行政行为的合法性拘束要求及违法效果规则,则除无效情形外,违法行政协议可以由行政机关依职权撤销或由相对人争讼撤销。在有关案件中,最高人民法院的裁判也间接认可了有关当事人可以就违法但尚不构成无效的行政协议依职权撤销或争讼撤销。^②但是,针对一般违法的行政协议可否依职权撤销或争讼撤销,人民法院总体上持否定态度。这主要基于以下3个方面的考虑:(1)因违法而撤销行政协议,与合同原理不相契合;(2)防止当事人以违法为由撤销或请求撤销行政协议,以此规避约定义务的履行;^③(3)基于维持法的安定性及协议的存续性之考量,应当综合权衡依法行政、信赖保护、意思自治及诚实信用等基本原则的适用,不宜简单地以行政协议违法为由予以撤销。^④

不过,考虑到第三人权益的保护、社会公共利益的保护及对特定行政违法性的否定,在一些情形中,人民法院也尝试形成可予撤销违法行政协议的裁判思路。第一,因违法致使第三人合法权益受到侵害的,有关当事人可依职权撤销或争讼撤销行政协议。实践中,基于对意思自治原理的遵从,订立行政协议的基础事实不清或错误的情形,往往不作为行政案件合法性审查中的“主要证据不足”。人民法院通常从合约性角度认定协议的效力,而回避合法性评价。^⑤但是,如果订立的行政协议因事实不清或事实认定错误致使第三人合法权益受到侵害的,人民法院一般都会认可该第三人可争讼撤销行政协议。^⑥基于第三人不应因协议违法而遭受利益损害,也应认可行政机关可依职权撤销该等行政协议。第二,因违法致使社会公共利益受到损害的,行政机关可基于行政优益权撤销(解除)行政协议。为恢复行政的合法性或合目的性,行政机关可撤销违法行政行为。^⑦在违法程度尚不构成重大且明显的情况下,当事人应当受行政协议拘束,这是司法实践的共识。不过,最高人民法院有裁判也指出,行政协议存在违法情形,且有维护社会公共利益的必要的,行政机关可以单方面变更解除,“这是……政府在履行该协议中行使行政优益权的表现”。^⑧在另一个由最高人民法院指令再审的案件中,再审人民法院也认为,继续履行违法行政协议将严重损害社会公共利益的,行政机关可变更解除协议;该等变更解除协议的行为,系行政机关基于行政优益权实施的自我纠错行为。^⑨第三,因相对人的过错致使行政协议违法的,行政机关可依职权撤销(解除)协议。维持一般违法的行政协议的效力,很大程度上是为了保护

① 参见最高人民法院(2019)最高法行申171号行政裁定书。

② 参见最高人民法院(2019)最高法行申6818号行政裁定书。

③ 参见最高人民法院(2018)最高法行申8980号行政裁定书。

④ 参见最高人民法院(2019)最高法行申13737号行政裁定书。

⑤ 参见最高人民法院(2017)最高法行申5946号行政裁定书、最高人民法院(2018)最高法行申10872号行政裁定书、最高人民法院(2020)最高法行申13544号行政裁定书。

⑥ 参见最高人民法院(2018)最高法行申1166号行政裁定书、吉林省高级人民法院(2017)吉行终271号行政判决书、重庆市第二中级人民法院(2021)渝02行终88号行政判决书。

⑦ 参见[日]盐野宏:《行政法总论》,杨建顺译,北京大学出版社2008年版,第113页。

⑧ 最高人民法院(2019)最高法行申749号行政裁定书。

⑨ 参见河南省高级人民法院(2020)豫行再37号行政判决书。

相对人对行政的信赖。在协议订立过程中,行政机关往往处于主导地位,^①在事实认定及法律适用上更具专业、信息、资源及能力优势,因而也负有更高的注意义务。但这并不意味着一概由行政机关承担因协议违法带来的不利后果。最高人民法院有裁判指出,行政机关原则上仅在法律政策和基础事实发生变化,继续履行会给社会公共利益带来重大损失的情形下,才能单方变更解除行政协议。但是,如果存在欺诈、胁迫等主要归责于相对人的情况的,行政机关也可以单方面变更解除。^② 最高人民法院在另一裁判中也指出,相对人通过恶意欺诈、胁迫或者对重要问题的不正确、不完整的陈述而促成一项具有违法性的行政协议订立的,行政机关可以单方面变更解除。^③

二、公私法上法律效果规则在行政协议中的适用性

(一)行政行为的违法效果

在法律效果上,行政行为的无效与应予撤销的区分是没有意义的,宣布撤销行政行为同样能实现宣告行政行为无效的效果。^④ 对违法行政行为作无效和应予撤销的效力否定模式的区分,主要是为了对行政行为的不发生效力作技术方法上的分层。这种分层是立法政策自由选择的产物。^⑤ 众所周知,行政行为是主权性法律适用行为,其权威源自于法律。为保护相对人基于该权威形成的对行政的信赖,并保证行政目的快速且确定的实现,法律赋予了行政行为“强制性地要求关系人承认其对法律关系作出的调整”的特权性效力。^⑥ 行政行为一经作出即产生合法性推定,以使其具有存续力。因此,在没有被有权的机关撤销前,行政行为的违法性不影响其预期发生的法律效果。

当然,行政行为的合法性推定,也必须关怀行政的实质正当性,考虑合法性推定的基础,并顾及相对人权利救济的均衡性。具体而言,第一,合法性推定须以不损害法律权威的实质正当为前提。基于对法律权威的遵从,行政机关拥有用以补充行政行为之强制执行性及合法性推定的特权,相对人必须服从。^⑦ 但对于严重违法的行政行为,或者内容的实现事实上不可能的行政行为,从一般的价值观念上理解,也不应强制要求相对人服从;同样也不应强制要求相对人只能通过行政复议、行政诉讼等撤销程序终止其效力。否则,特权的赋予将严重损及法律权威的实质正当性。第二,合法性推定须以行政之信赖的生成及法之安定性的维系为重要考量。确保相对人对法律执行之权威的信赖及法的安定性,是行政行为合法性推定的重要考虑因素。不过,如果行政行为的违法性达到无法指望任何人去承认其拘束力的明显程度,直接令其归于无效,不会有法

^① 参见最高人民法院(2019)最高法行申 6821 号行政裁定书。

^② 参见最高人民法院(2018)最高法行申 8980 号行政裁定书。

^③ 参见最高人民法院(2018)最高法行申 9010 号行政裁定书。

^④ 参见王贵松:《行政行为无效的认定》,《法学研究》2018 年第 6 期。

^⑤ 参见[葡]若泽·曼努埃尔·里贝罗·塞尔武罗·科雷亚:《行政法原理》,冯文庄译,法律出版社 2017 年版,第 196 页。

^⑥ 参见王天华:《行政行为公定力概念的源流》,《当代法学》2010 年第 3 期。

^⑦ 参见[葡]若泽·曼努埃尔·里贝罗·塞尔武罗·科雷亚:《行政法原理》,冯文庄译,法律出版社 2017 年版,第 196 页。

安定性的顾虑。^①此时,行政行为的合法性推定便不再具有意义,不应再要求他人受其拘束。第三,合法性推定须妥当处理违法性补正特权与私人权利保护之间的均衡。为维护法的安定性,防止由行政行为所形成的社会关系在趋于稳定后再发生重大变动,制度上为相对人的撤销请求权设定了期限。一旦超过该期限,行政行为的违法性视为被补正,相对人被视为接受了该行为的拘束。^②理论上,行政机关依职权撤销违法行政行为也应受期限限制。但对于“无法指望任何人去承认其拘束力”的严重违法的行政行为,显然不能因期限届满而视为违法性被补正。

(二)法律行为的瑕疵效果

在私法自治的领域内,适用“意志高于理性”的定理。^③法律行为因而被指涉为一种个体能够以意思自治的方式创造性地变动法律关系的行为。当然,意思表示和法律行为是两个有所区别的概念。意思表示是法律行为中的意思表示,但法律行为还可能包含当事人的意思表示以外的其他事件。因此,法律行为被理解为被法律秩序所认可的意思表示。进而,法律行为的效力,除源于意思自治的行使外,尚需法律秩序对其予以认可。不过,法律秩序的认可,不是指法律行为的效力源于法律,而是指法律可以在消极意义上对不当的意思自治施加必要的控制。法律行为的要旨依然在于,根据当事人意志发生相应法律效果,从而实现私法自治。^④意思表示有瑕疵的法律行为,因其表示的意思并非表意人真正希望的意思,表示的法律效果不能为意思自治所涵盖,故不能发生当事人所预期追求的法律效果。

不过,“作为形成法律关系的行为,意思表示不仅涉及表意人,而且也涉及其他人,它属于社会行为”。^⑤何况,“必须受治于己”,或者说自负责任,也是自由意义上私法自治的组成部分。^⑥因此,意思表示有瑕疵的法律行为,不能因其无法贯彻意思自治而自动无效。立法政策的选择需要以必要的价值判断为基础,具体权衡表意人及与其相关联的人的利益。具体而言,法律秩序需要在斟酌考虑意思表示瑕疵的轻重程度及法律所保护的利益性质的差异基础上,区分意思表示瑕疵的不同类型,进而确定法律行为的效力。其中,虚伪表示、恶意串通,因瑕疵程度严重,不能为意思自治所涵盖,故不发生表示的法律效果;意思表示错误、意思决定不自由等意思表示瑕疵情形,因主要涉及当事人的个别利益,故立法上不当地否定法律行为的效力,而是在满足一定构成要件的情况下赋予当事人依其意思在一定期限内自主决定是否维持法律行为的效力。

按照意思自治的精神,原则上法律应当认可法律行为的效力。只有在意思自治无法得到贯彻或涵盖的情况下,法律行为的预期效果才会受到影响。但法律行为除了会对当事人及利益关联人的利益产生影响外,有时也会涉及社会共同体的利益或不特定的人的利益。任何国家都不可能规定所有的法律行为都产生当事人追求的法律效力,因为民法虽然奉行私法自治,但是也必须要有各种自我设限的规则来协调自由。^⑦因此,为保护社会共同体赖以继续的基础价值及必要

^① 参见翁岳生编:《行政法》(上册),中国法制出版社2002年版,第678页。

^② 参见[葡]若泽·曼努埃尔·里贝罗·塞尔武罗·科雷亚:《行政法原理》,冯文庄译,法律出版社2017年版,第196~197页。

^③ 参见[德]维尔纳·弗卢梅:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2013年版,第7页。

^④ 参见朱庆育:《意思表示与法律行为》,《比较法研究》2004年第1期。

^⑤ [德]维尔纳·弗卢梅:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2013年版,第70页。

^⑥ 参见杨代雄:《法律行为制度中的积极信赖保护》,《中外法学》2015年第5期。

^⑦ 参见谢鸿飞:《论法律行为生效的“适法规范”》,《中国社会科学》2007年第6期。

秩序,国家也会基于维护社会生活秩序的责任,透过立法形成强制秩序及确认基本的社会道德准则,以此为意思自治设定界限,防止因其被滥用而给社会生活带来损害。

(三)在行政协议中的适用性审视

审视行政行为和法律行为的效力逻辑可以发现,导致行政行为无效的原因是:行为欠缺权威性服从基础;如推定其合法将严重损害主权性权威的正当化。导致法律行为无效的原因则是:行为根本性背离私法自治,或其内容违反禁令公德;如使其有效将严重违背社会共同体的价值准则。质言之,两种无效制度旨在从法律上否定危及政治国家的统治正当性和市民社会的长久连续性的行为。

行政协议是“政府在其通常的管辖范围内的意志表达”,^①即行政协议的底层逻辑呈现的又是一种公私双方的“共同决定”,其所表达的意志并不全然建基于行政权的优越性。因此,行政协议并不具备单方面权威性服从的基础,无法产生如同行政行为那样的先予服从的效力,也就难以对其作合法性的推定。事实上,除严重危及基本公共服务的提供等特定的情形外,行政协议的内容不能直接由行政机关强制实现,协议也不直接构成行政强制执行的依据。从这个意义上说,行政协议不能如同行政行为那样依其违法程度作法律效果上的技术性分层。考虑到行政协议是行使行政权的方式,法律上不能漠视其违法性。因此,违法行政协议似应归于无效。

然而,违法即无效的规则势必影响协议的存续力。行政协议尽管具有合意性,但该种合意性并不能将行政机关通过协议的方式行使的行政权“从(公法所关注的)管辖权和正当化秩序的必要性中解放出来”。^②因为行政机关在订约时的所谓自主决定,与私法领域的意思自治具有根本性区别,它属于一种始终应当顾及自己的公法义务的“权衡决定”。^③因此,公法在行政协议中的规范和控制能力并没有减弱。相比法律行为,行政协议受强制性规定拘束的密度更高。何况在民法规范的适用中,为了平衡自治与管制的关系,又通过形成“效力性规定”和“管理性规定”的区分规则,进一步压缩了不法无效的范围,强化了合同的存续力。两相对比可知,如果在行政协议中适用违法即无效的规则,考虑到其间合法性与合约性之平衡关系的脆弱性,“将使大量行政机关参与订立的协议的效力处于不确定状态,这势必影响交易安全与交易效率”。^④

违法行政协议因缺乏权威性服从基础,不能套用行政行为基于“主权规则的优先性”原理而形成的效力否定之技术性分层模式(无效—应予以撤销);又因行政协议并非私法上的意思自治行为,也不能套用法律行为基于“意志高于理性”原理的分类效力评价模式(无效—可撤销)。若行政协议遵从违法即无效的形式法治教条准则,则会因基于行政行为所形成的合法性拘束要求过于严苛,导致行政协议的无效原因过分宽泛。行政协议违法效果上面临的此种窘境,使我们有必要反思行政行为和法律行为两种法律效果规则的拼盘组合思路是否可适用于行政协议。作为晚近产生的新型法律形式,行政协议的行政性与合意性不应是一种简单地“既要又要”的拼接。在两种元素的交互影响中,行政性必定为合致的意思划定特别的界限;而合意性则在不经意中展现

① [德]奥托·迈耶:《德国行政法》,刘飞译,商务印书馆2002年版,第101页。

② [德]施密特·阿斯曼:《秩序理念下的行政法体系建构》,林明锵等译,北京大学出版社2012年版,第270页。

③ 参见[德]维尔纳·弗卢梅:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2013年版,第49页。

④ 王利明:《论行政协议的范围》,《环球法律评论》2020年第1期。

出一种对行政的合法性原则的改造力量。因此,在合法性拘束及法律效果上,有关行政协议的理论 and 法制,有必要跳脱出围绕行政行为所设计的行政合法性控制体系,形成适应合意行政的特有规则。

三、行政协议的合法性拘束及违法效果

(一)行政协议合法性拘束的省思

个人和国家之间是一种不对称的自由与权限关系。个人享有法律框架内的自由,国家(组织)享有法律赋予的权利同时也受到法律的拘束。^①就国家的行政分支而言,这种与自由根本性分离的权限,首先是应受到形式意义上的法律的拘束,以确保个人不受制于行政机关在法律框架以外采取的行为。^②为使多样化的行政活动都能适当地受制于法律的拘束,确保行政的透明化、稳定性,行政法理论通过行政的行为形式化来建构行政法的秩序框架,以相应行为形式所要求的权限、形式、程序及被分配的法律效果等来控制与引导行政。^③理论上,作为行政活动基本单元的行为,其区分越精细,就能对行政活动进行越细致的适法性控制,也就越能符合依法行政的要求。^④不同类型的行为形式,应当基于彼此的差异性,在容许性和适法性要件、法律效果等方面作必要的区隔,以使行政机关能作出正确、适当的决定。

不过,传统行政法的核心任务在于调控行政机关的单方决定,单方决定“具有相同结构的,‘行政法学的中心概念’——行政处分也因此被凸显出来”。^⑤因此,行为形式理论上主要集中于特定的重要行为部分——单方高权之行政行为。为减轻新的形式建构的负担,基于典型行为形式所形成的行政法秩序框架,在面对各种新的行政活动呈现时,往往会不断地调整并扩大其适用的范围。行政协议也是行政机关基于其受法律拘束的权限实施的行为,因而“在法治国的评价上并不逊于行政处分”。^⑥行政协议因而也会因循典型行为形式,通过对其权限、形式、程序及法律效果分配要求的导入来寻求秩序模式及原则结构的生成。事实上,自修订的《行政诉讼法》实施以来,学说上的认知也在有意无意地受到该种思维的影响,将行政协议与行政行为的关系定位为从属关系,以此形成以行政行为为参照的行政协议的法的秩序与结构。^⑦因行政诉讼制度围绕行政行为展开,司法政策及司法实践的基本认知是行政协议是一种行政行为,行政协议的合

^① 参见[德]施密特·阿斯曼:《秩序理念下的行政法体系建构》,林明锵等译,北京大学出版社2012年版,第14~16页。

^② 参见[葡]若泽·曼努埃尔·里贝罗·塞尔武罗·科雷亚:《行政法原理》,冯文庄译,法律出版社2017年版,第128页。

^③ 参见张锬盛:《行政法学另一种典范之期待:法律关系论》,《月旦法学杂志》2005年第6期。

^④ 参见赖恒盈:《行政法律关系论之研究》,台湾地区元照出版公司2003年版,第53页。

^⑤ 陈爱娥:《行政行为形式—行政任务—行政调控——德国行政法总论改革的轨迹》,《月旦法学杂志》2005年第5期。

^⑥ [德]施密特·阿斯曼:《秩序理念下的行政法体系建构》,林明锵等译,北京大学出版社2012年版,第319页。

^⑦ 参见沈福俊:《司法解释中行政协议定义论析》,《法学》2017年第10期;程琥:《行政协议案件判决方式研究》,《行政法学研究》2018年第5期。

法性审查也因循行政行为模式而展开。^①

然而,行政的行为形式与法治主义要求之间具有一定的关联性。容许性、适法性及法律效果分配是形式理论的基本关注点。诸如权限、程序、法律效果及诉讼类型等则构成了法律形式理论所架构之行为规范的理论内容。^② 行政协议是合作行政的法律形式,规制与合意提供了不同之行政的形成可能性。在讨论行政协议的合法性时,当然也是从依法行政原则出发,要求行政协议符合法规有关程序、形式及内容的要求。但有关行政协议之合法性要求的内容是否应当“比照在行政处分法学已发展出的理论”加以确定,^③则不无疑问。更不用说,不同行为形式所联结的法律效果所生的规制内容往往有所差异。这也成为行政协议秩序构建的重大难题。

毫无疑问,行政协议应当遵从依法行政原则,不得违反行政法规范及行政法的原则。可能有人担忧行政协议会就此陷于动辄违法的境地,从而影响其存续力。不过,此种担忧的前提是,行政协议与行政行为具有相似的容许性要求、合法性要求以及法律效果规则。而行政法规范及原则之所以对行政权加以全过程的绵密控制,是因为该规范体系的设计所应对的是行政机关单方面形成且要求相对人必须服从的高权行为。但适用于单方高权之行政行为的法律所确定的界限却未必当然适用于行政协议这种新的行为形式。具体而言:

第一,关于主体资格及权限要求。与行政行为不同,行政协议的订立通常不需要特别的法定依据。契约的相对性原理表明,主体资格维度的合法性拘束并非行政协议所应考虑的因素。因为主体不适格或是意味着订立的合同不是行政协议,^④或是订立的协议因当事人欠缺处分权而不生效力。它们都不属于行政合法性评价的范畴。司法实践中,针对不适格主体订立的协议,如果具有资格的行政机关已作事先同意或事后追认,或者通过事实调查形成行政委托的认定或推定的,该协议方具备产生效力的条件。非强制性的特征体现出合意行政的价值在于,缓和“命令—服从”行为模式中当事人间的对抗性,发挥其在行政目的实现上的便宜性。有关行政协议的权限要求主要体现为容许性,核心是判断协议是否违反缔约禁止的规定,以防止当事双方借合意之名不法处分公权力。

第二,关于程序要求。为确保单方面形成之行政意志的正确性,行政程序具有中立性担保、权利保护、利益均衡等功能,并形成对抗性程序、预防性程序、回应性程序等具体程序制度。行政协议体现的是两造当事人共同形成的行政意志。相对人被赋予行政活动的主体地位,其意愿交流能力得到了根本性提升。^⑤ 诸如中立性担保、公开性角色、说明义务等原本针对单方决定的程序要求,实际上已被合意本身所吸纳。在行政的合意替代了原本针对行政行为的部分程序功能的情况下,对行政协议的合法性审视,不必教条化地移植原本为规约行政行为所设计的程序规定。有关行政协议的程序合法性问题,应当关注溢出于“行政机关—相对人”关系(契约的相对性)而涉及社会公众及利益相关人的有关透明度、公平性及民主参与的程序规范性要求。

第三,关于法律适用要求。行政从属于法律,它是对预先存在之形式法律的延续及发展,因

^① 参见最高人民法院(2016)最高法行申2719号行政裁定书、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(2020)最高法行申11519号行政裁定书。

^② 参见赖恒盈:《行政法律关系论之研究》,台湾地区元照出版公司2003年版,第60页。

^③ 参见江嘉琪:《行政契约的合法要件》,《月旦法学教室》2007年第57期。

^④ 参见最高人民法院(2016)最高法行申2008号行政裁定书。

^⑤ 参见徐键:《功能主义视域下的行政协议》,《法学研究》2020年第6期。

而行政活动负有受制于尊重法律命令的义务。^① 行政协议当然也不能违反法律的规定。但是,晚近以来,在行政所受制的法律规范中,来自行政机关本身制定的规范越来越重要。随着时间的推移,行政的法拘束已然包括了行政规则、习惯法、“措施性行政立法”,以及自我拘束的行政计划、行政惯例、行政允诺在内的一整套旨在规约公权力行使的“规则”。在不对法律规范效力、第三人利益和社会公共利益造成危害的情况下,行政机关自我立规的诸类型中,行政协议的约款提供了一种可变通的开放效力。在法律适用议题上,行政协议更关注当事人是否通过滥用合意来实现对规约行政公权力之法规范的逸脱与遁逃,以及是否背离立法者的意图与法律的目的,是否不当行使行政职权、损害社会公共利益。

此外,在事实认定要求上,行政协议也呈现出其特殊性。在行政行为模式中,案涉事实通常由行政机关依职权实施调查后予以单方面认定。除须征得相对人认可的特定证据外,行政机关应对其调查获取的证据材料及认定的事实负责。因此,“证据确凿”构成行政行为具有合法性的重要标准之一。但在行政协议中,双方当事人对基础事实形成共识——“共识性事实”——是谋取订约的前提条件。除能证明存在欺诈、胁迫、通谋虚伪等不正当手段,或者存在滥用职权、玩忽职守等违法情形外,即便据以订立协议的“共识性事实”存在问题的,也不宜认定行政协议构成“主要证据不足”而具有违法性。甚至,在行政和解协议中,如果行政机关在履行了职权调查义务后,事实理清仍有疑问的,还留有就基础事实形成合意的空间。^②

行政协议与行政行为属于不同的行为形式。规制与合意之间,重要的是彼此相互补充,而非尽可能贴近彼此的行为可能性。^③ 考虑到行为形式与法治主义要求之间具有关联性,行政行为的合法性要求及法律效果分配规则,并不当然适用于行政协议。就行政合法性原则的功能而言,除作为调整国家内部各分支的相互秩序的一种技术外,还代表着一种价值取向:行政应当受到控制,个人自由应当得到保障,最广泛的利益应当实现均衡,以此确保政治社会的存续、维系和发展。在符合前述价值追求的前提下,不同的行为形式的塑造,实际上是通过承认手段上的差异性来提升行政解决问题的能力。在合法性拘束及与此相关的法律效果问题上,行政协议特有的法规制需求应当独立加以发展,而不是通过移植单方高权行为的规则来构建制度。

(二)行政协议的违法性及其效果

行政协议是行政机关和相对人共同参与行使行政权力的形态,其所表达的乃是由行政机关和相对人共同参与形成的行政意志。尽管在协议关系中行政机关并未放弃高权,但其在行政过程中并不展现对相对人的压制型支配。因此,对行政协议的法律控制,应当跳脱出原本针对行政行为的经典法律控制模式,避免在协议关系中刻意塑造所谓行政协议行为,并片面地将之作为法律控制的焦点。有关行政协议的行政法律制度,应当侧重于对合意本身进行秩序化的建构。行政协议的法拘束,主要应当表现为对合意的控制。

当然,行政协议中的合意具有行政属性——通过合意形成的是行政法律关系。因此,对行政

^① 参见[葡]若泽·曼努埃尔·里贝罗·塞尔武罗·科雷亚:《行政法原理》,冯文庄译,法律出版社2017年版,第126~127页。

^② 例如,根据《行政和解试点实施办法》(已失效)第6条第1项的规定,“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”,是适用行政和解程序的条件之一。

^③ 参见[德]施密特·阿斯曼:《秩序理念下的行政法体系建构》,林明锵等译,北京大学出版社2012年版,第321页。

协议之合意的法律控制应当比民事合同更为严苛。除了因其与契约的先天特性相吻合而受制于民法有关合意的管制性规范,并准用民法规范有关不法无效条款以外,行政协议之合意还须符合依法治国原则下有关国家行政正当化的基本要求。一般认为,依法治国原则追求的是,在确保国家行政具有特殊的公益相关性的基础上,尽量实现各方利益在法的秩序下的合理平衡。因此,对行政协议的行政法控制,应当聚焦于国家行政之实质正当性的维系和社会公共利益的妥当保护两个层面。为实现法的拘束的实效,在与合法性控制的标准体系相搭配的制裁体系中,行政法必须表达对违反标准体系之合意的否定——否认合意的效力。在行政协议存在危及国家行政的实质正当性,或者因其不法或不当而严重损害社会公共利益时,构成违法,应归于无效。具体而言,行政协议的违法性及其效果可以归结如下:

1. 违反基本权利的拘束

行政以谋求公益为目的,行政机关是受特别公益付托的高权主体,承担着促进公益的责任。因此,与个人在法律的框架下自我形塑利益并展现其自主性不同,行政机关对其行为的正当化负有说理义务。^① 该种说理义务具体通过法的形式加以确定,以此形成有关行政应受法的拘束的基本原理。行政的法拘束也可以由宪法而生。行政应当恪守宪法所延续的外部形式及限制,并遵从宪法的价值和精神。尽管宪法对行政的拘束主要透过具体化了的行政法原则及规范实现,但法律赋予行政机关的形成空间受到宪法陈述的决定、补充与限制。^② 因此,宪法发挥着不断审视发展中的行政法规范以及判定特定情形下的行政是否正当的作用,以此形塑行政法的内容及体系。在国家与人民的关系中,行政受基本权利的拘束,或者说行政对相对人及第三人基本权利的程序及内容保障,是行政受宪法拘束的重心。基本权利对行政并非一般、抽象地拘束,它要求有一个具有外部效力的准则,其中尤以比例原则和平等对待原则最为重要。就行政机关而言,协议相对方的选择和订约条件的确定,不是一个自由判断的结果,而是在客观准则基础上作出的决定。^③ 因此,如果行政协议的订立违反用以展开基本权利规范效力的行政法原则及规范的,应认定为无效。具体的情形主要有两种:(1)约款中的对待给付不具有合理关联性的,构成对与比例原则密切相关之禁止不当联结原则的违背,订立的行政协议全部或部分无效。^④ (2)行政机关对缔约相对人的选择违反旨在保障公平竞争权之缔约条件及程序的,或者相对人采取不正当手段致使行政机关的决定可能影响第三人的公平竞争权的,所订立的行政协议无效。^⑤

2. 滥用合意不法处分公权力

对于单方面作成的行政行为而言,法是其正确性、正当化的必要担保。它通过主体、权限、程序及内容等诸环节绵密的规范,控制着行政机关的优越性权力,以使其始终以谋求公益为目的。

^① 参见[德]施密特·阿斯曼:《秩序理念下的行政法体系建构》,林明锵等译,北京大学出版社2012年版,第268~269页。

^② 参见[德]施密特·阿斯曼:《秩序理念下的行政法体系建构》,林明锵等译,北京大学出版社2012年版,第51页。

^③ 参见[意]Giampaolo Rossi:《行政法原理》,李修琼译,法律出版社2013年版,第231页。

^④ 最高人民法院有裁判指出,将兼并重组等义务作为征收补偿款的全额给付条件,为被征收人“获得合法、合理的补偿附加了不平等的条件”。参见最高人民法院(2019)最高法行申414号行政裁定书。

^⑤ 最高人民法院有裁判将“设置明显不合理条件排斥潜在投标人违反招标投标法禁止性规定”作为“重大且明显违法”的情形,继而认定相关行为无效。参见最高人民法院(2020)最高法行申6191号行政裁定书。

行政协议是合意行政的法律形式,其间行政优越性的减少、两造对抗性的缓和、国家与人民失衡关系的弥合,使得行政法律制度对协议的规范密度相对降低,从而留给当事人一定的斟酌空间。但是,行政旨在谋求公益的职能却并不因合意而削弱。有关行政协议的法律制度必须对滥用合意逸脱法律控制的现象保持高度警惕。德国的行政程序立法,在针对替代性行政协议时,便尝试通过比照适用行政行为的瑕疵规则来实现对滥用合意的控制,以防止行政机关不法处分行政公权力。^①

行政机关滥用合意不法处分公权力,无疑会严重损害政治社会赖以存续和发展的公共利益,因而应从法律上根本否定其效力。从行政协议的制度及实践情况看,行政机关滥用合意不法处分公权力的情形主要包括:(1)违反缔约禁止规定。行政机关不能基于私法上的契约自由订立行政协议,但相比行政行为的作出所受到的严格控制,行政协议的订立更为自由。当然,某些行政事务或特定情形下的行政并不容许以合意的方式实施,^②或者以合意的方式推行行政还须符合法定的条件。^③若行政协议的订立违反了法律上的缔约禁止规定,则会构成对协议容许性的直接违反,不应认可其效力。(2)滥用合意规避法律对行政的羁束控制。法拘束行政,但绝非钳制行政。在现代国家,立法机关也只是在特定情形下才会为行政行为设定范围、条件、程序及方法等确定性要求,此时的行政机关仅为执行机关且不具有自由选择的余地。立法机关之所以将特定情形下的行政构思为一种完全受羁束的权力,是因为其“在抽象上衡量各个可行性行为时,视自己处于为实现公益而挑选最佳行政措施的最佳状态”。^④当立法机关认为自己才是最佳行政措施的选定者时,行政机关便不能通过包括行政协议在内的诸行为形式作出与之相左的决定,否则将突破立法权与行政权的界限,损害法律的权威。也正是因为羁束行政排除了行政机关的斟酌空间,所以有学者认为,以合意为特征的行政协议在一定程度上附着于裁量之上。^⑤(3)任意免除当事人的法定义务。为维护良善秩序,法规会为特定的主体设定应为或不应为一定行为的要求。这种直接源于法规范的要求构成了特定主体的法定义务。在事实状况满足时,特定主体必须现实地接受此种必要性的拘束,否则将招致不利的法律后果。针对法律上直接为相对人设定的特别义务,行政机关只有在满足法定条件或者出现法定事实状况的前提下,才能予以免除或豁免。即使是通过行政协议的方式,行政机关也仅能在可得斟酌的权限范围内作出权衡决定。在不满足法定条件或者不存在法定事实状况的情形下,行政机关通过合意免除或者豁免相对人的法定义务,构成对行政公权力的恣意处分,不应被法的秩序所认可。

3. 违法或不当损害社会公共利益

法律是社会的产物,法律主体的行为不得对社会利益造成损害。尽管民法总则及后续的民法典不再将“损害社会公共利益”单列为法律行为无效的情形,但法律行为无效制度首先仍然以

^① 参见《德国联邦行政程序法》第59条第2款第1~3项。

^② 例如,《行政和解试点实施办法》(已失效)第7条规定了不得进行和解的情形;根据《中华人民共和国行政强制法》第42条的规定,和解仅涉及是否及如何分阶段履行、加处罚款或滞纳金的减免,但不涉及执行标的本身的减免。

^③ 例如,《行政和解试点实施办法》(已失效)第6条规定了适用行政和解程序的条件。

^④ 参见[葡]若泽·曼努埃尔·里贝罗·塞尔武罗·科雷亚:《行政法原理》,冯文庄译,法律出版社2017年版,第126~127页。

^⑤ 参见余凌云:《行政契约论》,中国人民大学出版社2000年版,第20页。

维护社会利益为其出发点。^① 民法典只是在平衡私法自治的贯彻与社会利益的维护的关系角度上,技术性地将社会利益的私法调整纳入“背俗无效”的范畴加以讨论。不得损害社会公共利益或者不得违反公序良俗,依然是法律秩序为私法自治设定的用以维系社会的最低行为要求。^② 与私法活动不得损害社会公共利益的消极控制方式不同,行政始终以积极谋求公益为目的。行政协议的存在价值在于,它相比高权行政更能便宜实现法律要求行政机关所追求的公共利益。因此,行政机关不仅被积极地要求只能从公益而非自身利益的角度订立行政协议,更是被消极地要求不得透过行政协议损害社会公共利益。

对社会公共利益带来负面影响的行政协议,可能是基于当事人的疏忽、恣意甚至恶意等原因而使协议存有法律上的瑕疵;也可能当事人在其间并无过错,而只是因不可预见的情势变化等客观因素使得协议的履行将导致社会公共利益遭受损害。对于前者,因其具有违法性及有责性,须对行为人及其行为加以否定;对于后者,则仅能就行为本身的存续性作法律上的再衡量。因此,在具备违法性和损害社会公共利益两个要件的情况下,行政协议应当认定为无效。当然,对行政协议合法性的审视并不能等同于行政行为。

结合实践,因违法或不当损害社会公共利益致使行政协议无效的情形主要有:(1)行政机关未尽到履职所应当负有的注意义务,致使订立的行政协议损害社会公共利益的。订立行政协议的直接目的是补足传统高权行政的不足,但其根本目的仍在于实现行政管理或公共服务目标。为此,行政机关应当在事实调查、法律适用等方面严格履行法定职责。因行政机关工作人员严重不负责任,不履行或不认真履行职责,致使订立的协议存在重大法律瑕疵,履行该协议将导致社会公共利益遭受重大损害的,该协议应认定为无效。实践中,针对该种情形,人民法院的裁判往往通过行政优益权原理进行说理论证。^③ 也有裁判认可行政机关通过依职权撤销违法行政行为的方式进行自我纠错。^④ 不过,细究行政优益权的行使条件及考虑行政协议与行政行为并用禁止原理,面对该种违法情势,无论是行政机关行使单方变更解除权,还是采取自我纠错之依职权撤销,都很难在理论上自圆其说。^⑤ (2)行政机关滥用职权、徇私舞弊,致使订立的行政协议损害社会公共利益的。违背法律目的,不正当地行使行政职权,是滥用职权和徇私舞弊的共同特点。它们未必当然地违反形式意义上的法的拘束,但因其背离立法者的意图及法律的目的,而致使法律权威遭受贬损,国家行政丧失公正性。与滥用合意逃脱形式意义上的法的拘束不同,滥用职权、徇私舞弊主要关注合意过程中行政职权的行使是否明显不当。结合司法实践,行政机关订立行政协议时的滥用职权、徇私舞弊主要表现为,协议内容明显背离在先制定的行政规则,或者协议内容明显背离在先存在且持续得到遵从的行政惯例。当这种背离严重损害社会公共利益时,从违法性、可责性、危害性及利益衡量等诸方面考虑,应当认定行政协议无效。(3)相对人采取贿赂、欺诈,或者隐瞒重要事实等不正当手段谋取订约,损害社会公共利益的。相对人采取不正当手段可能影响行政机关公正作出决定的,行政法制度原则上对相关的行政决定持效力上的否定

① 参见张广兴:《法律行为之无效——从民法通则到民法典草案》,《法学论坛》2003年第6期。

② 参见谢鸿飞:《公序良俗原则的功能及其展开》,《探索与争鸣》2020年第5期。

③ 参见最高人民法院(2019)最高法行申749号行政裁定书。

④ 参见最高人民法院(2020)最高法行申3497号行政裁定书。

⑤ 最高人民法院有裁判尝试通过塑造非基于行政优益权的单方变更解除权来解决困局,但在基础原理及行使条件等方面尚难提供具有说服力的理据。参见最高人民法院(2018)最高法行申8980号行政裁定书。

态度。^① 其目的在于维护国家行政的权威及确保行政决定的公平、公正。在民事领域,考虑到欺诈、胁迫等不正当行为并不当然导致合同相对方的利益受损,因而赋予相对方在一定期限内自主决定所涉法律行为之效力的请求权。但行政机关并非基于自身利益订立行政协议,而是始终以促成公益的实现作为订约的基本考量,同时兼顾第三人合法权益的保障。因此,如果相对人通过不正当手段谋取订约,致使社会公共利益受到损害的,那么所订立的行政协议应当归于无效;如果第三人的公平竞争权因此受到侵害的,构成对基本权利拘束的违反,那么所订立的行政协议也应当归于无效。至于第三人的其他合法权益受到该等行政协议影响的,则视第三人是否同意协议的约款来判定其是否生效。^②

Abstract: Administrative agreement is a way to exercise administrative power, and should be subject to the principle of administration by law. The administrative agreement is the joint decision of the administrative subject and the administrative counterpart, and does not apply to the principle of presumption of legality for administrative act. The illegal effects of administrative agreements cannot be classified as invalid and revocable by reference to administrative acts. Administrative agreement is the act form of consensual administration, and there is a correlation between the act form and the requirements of the rule of law. In terms of admissibility, legality and distribution of legal effects, administrative agreements cannot directly transfer the theory of legality and legal effects of administrative acts. The legitimacy of administrative agreements is mainly reflected in the legal control of consensual administration, and focuses on ensuring the substantive legitimacy of administration and protecting public interests. If the administrative agreement violates the basic rights of the Constitution, conspires to abuse the administrative power, and illegally damages the public interest, it is illegal and invalid.

Key Words: administrative agreement, illegal effect, behavior form, invalid administrative agreement

责任编辑 谭冰霖

^① 例如,《中华人民共和国行政许可法》第 69 条第 2 款规定:“被许可人以欺骗、贿赂等不正当手段取得行政许可的,应当予以撤销”;《中华人民共和国政府采购法》第 36 条规定,在招标采购中,“出现影响采购公正的违法、违规行为”,应予废标。

^② 例如,根据《德国联邦行政程序法》第 58 条第 1 款的规定,公法合同侵害第三人权利时,应得该第三人书面同意后,始生效力。