

可撤销行政协议的价值与认定

张青波^{*}

摘要:司法解释创设了可撤销行政协议制度,其既能处理行政协议无效以外的其他效力瑕疵,又能保障当事人的自主权,有利于行政协议效力体系的完善。可撤销行政协议的认定可遵循如下标准:行政协议中缔约行政机关不具有法定职权的,应以无法定职权为由撤销;程序违法超过轻微程度应以程序违法为由撤销;不具备缔结前提或内容违反效力性强制性规范的,应以适用法律法规错误为由撤销;缺乏必备条款的协议不宜撤销;行政机关无正当理由课予相对人对待给付义务或对待给付义务无助于行政任务履行的,应以滥用职权为由撤销;双方给付义务失衡或无正当理由合理关联的,应以明显不当为由撤销。撤销行政协议会给国家利益、社会公共利益造成重大损害的,不予撤销。

关键词:行政协议 行政诉讼 可撤销行政协议 无效行政协议

2019年12月出台的《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《行政协议规定》)第9条第5项和第11条第1款允许诉请撤销违法行政协议,由人民法院对被告订立行政协议的行为是否具有法定职权、是否滥用职权、适用法律法规是否正确、是否遵守法定程序、是否明显不当、是否履行相应法定职责进行审查。按《行政协议规定》第14条的规定,行政协议存在胁迫、欺诈、重大误解、显失公平等情形的,也可由人民法院判决撤销。

《行政协议规定》承认的这种违法而可撤销行政协议,可谓独树一帜。德国和我国台湾地区对行政协议的效力只承认两种可能:特定情形之(违法而)无效以及其他情形之(违法或合法而)有效,并无因违法而可撤销之有效行政协议。^①在《行政协议规定》颁布前,我国也有学者提出应确认违法未达重大且明显之行政协议有效,不应承认可撤销行政协议。^②那么,《行政协议规定》

^{*} 中南财经政法大学法学院副教授
基金项目:国家社会科学基金项目(19FFXB063)

^① 参见吴庚:《行政法之理论与实用》,中国人民大学出版社2005年版,第275页;江嘉琪:《行政协议与履行行政协议之行政处分》,台湾地区《中原财经法学》2005年第14期;陈敏:《行政法总论》,台湾地区新学林出版股份有限公司2013年版,第596~597页。

^② 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。

所设之可撤销行政协议,是否有价值的制度创新?同时,在《行政协议规定》颁布后,可撤销行政协议虽受到学者的关注,但学者或主张可撤销依据包括行政机关缔约行为违法与相对人意思表示瑕疵,^①或仅笼统提及可撤销事由可包括意思表示不真实以外的其他事由,^②都未详细展开分析。而部分司法实践将行政协议的撤销事由限于《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)第 54 条或《行政协议规定》第 14 条的规定,并未考虑到《行政协议规定》第 11 条所列情形。^③这表明可撤销行政协议的具体情形亟须释明。

一、可撤销行政协议的价值分析

(一)处理行政协议无效之外的其他效力瑕疵

关于行政协议的无效,《行政协议规定》第 12 条第 1、2 款规定:“行政协议存在行政诉讼法第 75 条规定的重大且明显违法情形的,人民法院应当确认行政协议无效。人民法院可以适用民事法律规范确认行政协议无效”。与此相似,比较法皆未将无效作为行政协议违法的一般原则,而是将无效行政协议限定于明确列举的特定违法情形。德国有学者指出,只有《德国联邦行政程序法》第 59 条列举的瑕疵才会导致行政协议无效,有效的权利保护并不要求任何违法的公法协议均无效。^④只有在出现第 59 条第 2 款明确规定的无效理由或民法相应规定的无效理由时,行政协议才无效,其他违法的行政协议仍然有效。^⑤在我国台湾地区,违法行政协议仅限特定原因始为无效,非特定原因之违法,仍属有效,当事人得据以主张权利义务,不得争讼或撤销。^⑥

《行政协议规定》对无效行政协议进行严格限定,承认了违法而有效之行政协议。这不仅符合学者的立场^⑦以及部分司法实践的做法,^⑧而且也契合行政协议的制度价值。正如有的学者所言:“对任何违反法令规定之协议,为强调严格依法行政,皆以无效后果绳之,并非保护协议当事人信赖所应采取之做法。”^⑨

但是,对行政协议之无效事由,德国和我国台湾地区在对应行政行为或处分之重大且明显违

① 参见张或:《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。

② 参见喻少如、唐艺嘉:《论行政协议可撤销制度的完善路径》,《江苏行政学院学报》2020 年第 3 期。

③ 参见湖北省恩施市中级人民法院(2019)鄂 2801 行初 85 号行政判决书,河南省平顶山市中级人民法院(2020)豫 04 行终 51 号行政判决书。

④ Vgl. Ehlers/Puender(hg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., 2016, S. 749, 759.

⑤ 参见[德]汉斯·J. 沃尔夫等:《行政法》(第 2 卷),高家伟译,商务印书馆 2002 年版,第 159 页。

⑥ 参见林锡尧:《行政法讲义》,台湾地区元照出版公司 2006 年版,第 444 页。

⑦ 参见步兵:《论行政协议之效力状态》,《法学评论》2006 年第 4 期。

⑧ 参见梁风云:《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;江必新:《行政协议的司法审查》,《人民司法(应用)》2016 年第 34 期;沈福俊:《司法解释中行政协议定义析论——以改造“法定职责范围内”的表述为中心》,《法学》2017 年第 10 期;杨解君主编:《中国行政合同的理论与实践探索》,法律出版社 2009 年版,第 86~88 页。相关判例,参见浙江省高级人民法院(2018)浙行终 13 号行政判决书,郑州铁路运输中级法院(2018)豫 71 行初 746 号行政判决书,湖南省湘潭市中级人民法院(2018)湘 03 行初 34 号行政判决书。但是,也有学者认为司法实践中对行政协议的效力判断,只有有效、无效,没有可撤销的样态。参见陈无风:《行政协议诉讼:现状与展望》,《清华法学》2015 年第 4 期。

⑨ 翁岳生主编:《行政法》(上册),中国法制出版社 2009 年版,第 754 页。

法以及援用民事合同外,还规定了其他无效情形。按照《德国联邦行政程序法》第59条第2款的规定,行政机关与相对人之间签订的隶属协议无效情形包括:具有相应内容的行政行为不仅因为轻微形式或程序瑕疵而违法,并且为缔约各方(在缔约时)知悉;缔结和解协议的前提未出现,并且具有相应内容的行政行为不仅因为轻微程序或形式瑕疵而违法;或者行政机关促成约定了不允许的对待给付。我国台湾地区的“立法”大体仿照了德国的规定。按其“行政程序法”第141~143条的规定,除依“民法”或对应重大明显违法之行政处分外,行政协议无效的事由是:首先,行政协议依其性质或法规规定不得缔约者,或者未通过竞争性程序决定缔约相对人者。其次,代替行政处分之行政协议,有下列情形:(1)与其内容相同之行政处分,有得撤销之违法原因,并为缔约双方所明知者;(2)和解协议未符合缔结前提;(3)双务协议未符合缔结前提。

相比之下,《行政协议规定》明定的无效行政协议范围尚嫌狭窄,不能满足实践需要。实际上,在该规定颁布前,司法实践所认定的无效协议并不限于重大且明显违法和民法上的合同无效情形。例如,在较早的“申钟与河南省中牟县教育局委员会行政纠纷案”^①中,人民法院认为因协议与《国家教育委员会关于社会力量办学的若干暂行规定》第16条、《河南省社会力量办学管理办法》第14条等规定不符,故该协议中的有关条款应属无效。在近年发生的“株洲市超宇实业有限责任公司诉湖南省人民政府、株洲市人民政府房屋征收补偿决定案”^②中,人民法院主张,对行政机关违反法律、法规,超出征收决定的范围或者房屋征收补偿安置方案确定的补偿标准作出的相关承诺、签订的补偿协议或者作出的补偿决定,应当作出否定的评价,不予支持。上引判例皆不仅以“重大且明显违法”作为协议无效的事由。可见,《行政协议规定》规定的无效协议情形,无论是参考比较法还是对照司法实践,外延都显得过窄,但利用可撤销行政协议制度,法官就可在行政协议违法程度尚未达致重大且明显时,溯及既往地作出消灭违法协议效力的判决,避免违法协议产生于法不容的权利义务,缓解行政协议无效事由不备而引发的困境。

(二)应对违法行政协议对当事人权益和公共利益的威胁

正如《行政协议规定》第6条规定所申明的,行政机关不能就行政协议案件提起反诉,遑论向人民法院起诉。行政机关不仅不能诉请人民法院撤销行政协议,更无权以行政协议违法为由自行撤销或拒绝履行这种有效的行政协议,如此方能保护相对人的善意信赖。例如,有的人民法院指出,在行政相对人基于法的安定性原则而有信赖利益存在并值得保护时,行政主体不宜轻易否认自己签订的违法行政协议,否则会影响行政机关的诚信和已经形成的社会关系的稳定。因而,简单否定被诉协议的效力不符合公平原则。^③若行政机关可自行撤销或拒绝履行有效行政协议,则行政主体违法就成为其违约的正当理由,导致“违法有理”的悖论。^④如此一来,客观上违法但未达到重大且明显程度的行政协议之效力存续,将取决于缔约相对人或第三方利害关系人主观上是否认识到其具有违法瑕疵,甚或只能取决于这些潜在的原告是否愿意容忍违法行政协议。若潜在的原告并不知晓协议违法或不愿提起撤销之诉,则此时依法行政的客观界限只能系于当事人意思的主观支配。这一点与可撤销具体行政行为可由作出行政机关或上级机关依职权

① 参见最高人民法院(1997)行终字第14号行政判决书。

② 参见最高人民法院(2019)最高法行再4号行政判决书。

③ 参见辽宁省高级人民法院(2019)辽行终810号行政判决书。

④ 参见广州铁路运输中级法院(2018)粤71行终1333号行政判决书。

或依申请撤销大相径庭。^①

但在另一方面,在行政协议具有可撤销之违法情形时,协议相对人或第三人基于协议之有效性将获得是否诉请人民法院撤销之选择权,对于他们自行判断违法行政协议是否符合其利益而决定如何行动,不无裨益。德国有学者晚近就公私合作协议对《德国联邦行政程序法》提出的修法建议中,主张在双务协议违反双方给付义务之相当性要求时,不必使协议无效,而是可以赋予相对人更多的自主决定空间,容许各方透过请求调整协议条件的方式维持协议存续,以免签订协议之前的努力付之东流。^②《行政协议规定》对无效事由的严格限定以及授权相对人或第三人自行诉请撤销,亦可谓是在认可当事人自主决定空间并尽可能维持协议存续的一种努力。在行政机关对相对人的调整请求置之不理时,相对人可诉诸人民法院以为撤销;若双方能够对协议调整达成一致,则相对人自毋庸诉请人民法院撤销协议。就此而言,可撤销行政协议显示出与民事合同相近的一面:盖在民法上可撤销合同虽属有效,但其命运仍决定于撤销权人,而撤销权仍属形成权,只不过其行使须经人民法院审查。^③若出于对依法行政的严格遵循,否认当事人对可撤销行政协议效力的决定权,则势必对行政协议调动相对人积极性、推动行政管理改革之功能构成障碍。

若违法行政协议有损相对人利益,则相对人自会诉请人民法院撤销该协议以捍卫自身的权益。若违法行政协议妨害第三人权益,则第三人亦可提请人民法院撤销该协议,在客观上亦有助于维护平等竞争、公平征收等公共利益。如此一来,赋予当事人起诉撤销违法行政协议的权利,不仅可以防范违法行政协议对私人权益的侵犯,而且可以在一定范围内保护公共利益。撤销诉讼的启动付诸当事人自行决定,即便可能存在一定的不确定性,但相比由公权力机关依职权启动的模式仍更为灵活高效。

(三) 利于行政协议效力体系的成熟完善

相比违法协议只能被认定为有效或无效的做法,认可违法协议可以被撤销之后,行政协议的效力情形更为多样、成熟,在体系上更为发达完整。对此,德国学者的见解颇具启发。德国学者毛雷尔对于违法却有效行政协议提出的主要异议是:第一,违法协议如果不能产生不利后果,那么法律就难以获得尊重。第二,将行政协议类比行政行为,承认两者均可能违法却有效,忽视了违法行政行为既可能被相对人诉请撤销,也可能被作出机关在任何时候撤销,而行政协议却不存在类似的救济方式。第三,缔约方虽然有义务尊重并履行协议约定,但前提是协议获得法秩序的认可并由此获得效力。第四,行政协议的合意可能含有不允许行政行为创设的规制内容,由此,行政协议的法律门槛和瑕疵可能性就会更低。这赋予行政协议更强的存续力,但并不能从中得出违法协议的效力范围更宽的结论。所以,假定违法行政协议无效更为妥当,协议有效的情形只能被局限于细枝末节的违法案件中。^④相比之下,如《行政协议规定》般认可违法而可撤销之行政协议,基本上能够化解上述质疑:对第一、二、三点而言,由于违法协议可能被撤销,因此就可倒

① 参见《中华人民共和国行政处罚法》第54条第2款,《中华人民共和国行政强制法》第19条、第20条第2款,《中华人民共和国行政许可法》第69条,《中华人民共和国城乡规划法》第57条。

② 参见程明修:《公私协力协议与行政合作法——以德国联邦行政程序法之改革构想为中心》,台湾地区《兴大法學》2010年第7期。

③ 参见韩世远:《合同法总论》,法律出版社2018年版,第244~249页。

④ Vgl. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrechts, 18. Aufl., 2011, S. 412 ff.

逼行政机关依法缔约,赋予相对人乃至第三人诉请撤销之救济方式并限制缔约方必须履行的协议范围;就第四点来说,协议约定内容若于法所不许,有效协议即可能被事后撤销,过宽的有效协议之范围也就受到限缩。

事实上,近年来德国学者倾向于利用民法法理来解决违法而有效的协议问题,实现与无效相同的后果,^①表明肯定违法而可撤销行政协议的必要性。《德国石荷州行政法》第126条第3款规定:“未满足双务协议或和解协议之前提且以协议义务为内容之行政行为具有重于可忽略不计之程序或形式瑕疵的隶属协议,或者协议之活动型式不被容许的隶属协议,为不生效,该不生效可由缔约方于缔约后一个月内主张。”这种不生效的规定,在结果上产生类似设有期限的撤销权或解除权的效果。期限经过后,便不得再为撤销,从而成为完全有效的协议。^②这相当于在无效、有效的行政协议之外,开创了第三种效力类型,暗合《行政协议规定》设置的3种行政协议效力。

综上,可撤销行政协议既可解决无效行政协议外延过窄引发的困难,又可将部分客观无效事由转换为授权当事人自主决定是否消灭协议效力以保护当事人权益乃至公共利益,还可建立丰富多样的行政协议效力层次。因此,可撤销行政协议值得肯认。

二、可撤销行政协议的认定

在肯定可撤销行政协议之余,更有意义的工作是审视何种情形会构成可撤销行政协议,以使之不仅区别于有效协议,并能有别于重大且明显违法之无效协议。可撤销行政协议并不限于《行政协议规定》第14条所列举者,否则第11条无须针对行政机关订立协议的行为指示法官审查。那么,如何理解《行政协议规定》第11条所规定的各项审查要件?第11条规定的各审查要件所对应之可撤销行政协议的具体情形又是什么?毕竟,行政协议与传统的具体行政行为有所不同。有法官提出,不能将行政处分的判决方式强行套在行政协议案件之上。^③为此,以下将根据《行政协议规定》第11条的规定,结合相关判例和学理,探讨可撤销行政协议的具体情形。在此须明确,德国和我国台湾地区不仅将“重大且明显违法”作为行政协议无效的事由,而且在此之外又承认其他无效情形。这些其他无效情形,应可作为《行政协议规定》中的协议撤销事由。

(一)无法定职权

行政协议并不一定由行政主体签订。代表行政机关缔结行政协议的一方(如行政主体的内设或派出机构)即便不具有行政主体资格,甚至不是适格的缔约主体,人民法院也会将其背后的行政主体作为被告,只要缔约方背后的行政主体具有订约资格,就会承认协议效力。^④此亦为《行政协议规定》第4条第2款所认可。与主体资格不同,行政主体或其隶属机构不得超越职权

① 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。

② 参见江嘉琪:《行政协议的瑕疵及其法律效果》,台湾地区《月旦法学教室》2007年第11期。

③ 参见南京铁路运输法院课题组:《行政协议案件判决方式研究》,《法律适用》2019年第2期。

④ 参见陈无风:《司法审查图景中行政协议主体的适格》,《中国法学》2018年第2期。

签订协议,否则将抵触职权法定原则,并扰乱行政机关之间的组织分工。^①我国台湾地区学者同样认为,公行政就协议标的须有事物及土地管辖,无权限之机关不得越权订立行政协议。^②不过,在《行政协议规定》颁布前,有的人民法院认为,本应由市、县政府土地管理部门作为缔约主体的集体土地征收补偿协议却由区政府和区住建局签订,缺乏职权依据,但人民法院以不损害相对人合法权益为由未撤销协议。^③然而,在《行政协议规定》第 11 条明确要求对被告是否具有法定职权进行审查之后,无法定职权行政机关签订的行政协议就不应再被认可。因此,不具备事务、地域或级别管辖职权的行政机关擅自签订的行政协议具有不可忽视之效力瑕疵,应由人民法院依当事人诉请以无法定职权为由予以撤销。此外,违背明定之专属事务或地域管辖规定的行政协议,应作为重大且明显违法而认定为无效。例如,在“江苏省南通市通州区张芝山镇人民政府与陈某等因不履行行政协议上诉案”^④中,人民法院认为,镇政府并无调整利用土地以及实施建设审批的终局法定职权,其在案涉协议中作出的为陈某等调整用地并办理建设审批手续之约定明显超越其法定职权,属于无效约定。所谓行政协议超越级别管辖,是指下级行政机关僭越上级行政机关职权签订协议。与此不同的是,行政机关在缔约时明确表示协议生效尚须提请上级机关批准却未获批准的,按照《行政协议规定》第 13 条第 1 款的规定应视为未生效。

至于《行政协议规定》第 11 条第 1 款罗列的“是否履行相应法定职责”这一审查要件,则不应作为撤销行政协议的依据。在行政法学界,早就存在职权规范隐含相应行政职责的观点。^⑤就职责或职权规范,司法解释没有必要重复规定同一个审查要件,因而第 11 条第 1 款中“是否履行相应法定职责”应是针对行政主体未订立行政协议导致当事人依据《行政协议规定》第 5 条第 1 款的规定,诉请人民法院依《中华人民共和国行政诉讼法》(以下简称《行政诉讼法》)第 72 条的规定判决被告履行法定职责与其订立协议而言的。在被告签订了行政协议的情况下,人民法院要审查的应是被告订立协议是否具有法定职权或其他违法应撤销情形,不必对被告是否履行法定职责再费周折。

(二)程序违法

按照我国台湾地区“行政程序法”第 141 条第 2 款及其指示适用的第 138 条的规定,行政协议未经过规定的竞争性程序来选定缔约相对人并给予参与竞争者表示意见的机会,属于无效。此一情形在祖国大陆也可作为由第三人向人民法院请求撤销协议的事由,以防止行政机关规避正当程序。推而广之,行政协议的缔结若违反程序规定,则无论缔约方是否知情,皆属客观上违法。这类协议若无效力瑕疵,则相关规定不但形同具文,而且还可能有损公共利益或利害关系人权益。因此,如果相对人或第三人主张程序违法而诉请人民法院撤销行政协议,那么人民法院应

① 参见倪志凤:《教育行政协议中免费师范生的配合与协助义务——黄某诉江苏省教育厅教育行政协议案》,《法律适用》2017 年第 4 期;李广宇:《新行政诉讼法司法解释读本》,法律出版社 2015 年版,第 268 页;李静云、朱彬彬:《民事法律规范在行政协议司法审查中的适用及限制——以 194 件行政协议案件判决书为样本》,载胡云腾主编:《法院改革与民商事审判问题研究——全国法院第 29 届学术讨论会获奖论文集》(上),人民法院出版社 2018 年版,第 436 页。

② 参见陈敏:《行政法总论》,台湾地区新学林出版股份有限公司 2013 年版,第 589 页。

③ 参见最高人民法院(2018)最高法行申 4592 号行政裁定书。

④ 参见江苏省南通市中级人民法院(2016)苏 06 行终 622 号行政判决书。

⑤ 参见朱新力:《论行政不作为违法》,《法学研究》1998 年第 2 期。

据此审查是否撤销行政协议。在行政协议程序明显违法并侵害相对人或利害关系人参与竞争或发表意见等权利时,还可因重大且明显违法而无效。

此外,鉴于《行政诉讼法》第74条第1款第2项和《最高人民法院关于适用〈行政诉讼法〉的解释》第96条之规定,在程序违法仅为期限、通知、送达等方面的轻微违法且对原告权利不产生实际影响时,人民法院不应撤销协议,而是应当判决确认违法并承认协议有效。例如,有的人民法院认为,再审申请人诉请确认涉案协议无效的主要理由在于涉案土地存在“未批先征”。依法取得征地批准是政府组织实施征地活动的法定前提条件,本案客观上程序不当,但该协议签订一个半月后,行政机关即正式作出征地批准决定。故不能以“未批先征”为由否定所有已签订的安置补偿协议的效力。^①

(三)适用法律法规错误

1. 本不得缔结的行政协议

理论上一般认为,行政协议与法律保留原则之间并无龃龉,公民可以选择拒绝缔约,因而行政协议并不含有干涉内容。^② 行政协议虽不必依据法律授权即可签订,但在法律对其签订前提设有限制时,行政机关不得逾越法定界限而有违法律优先。若行政协议涉及依其性质或法律规定不得缔约的事务,或者虽然相应事务可缔结协议,但缔约各方所处的情境并不符合规定的前提,当事人却擅加签订,为法所不许,应作为撤销事由。

首先,若在个别行政领域中,使用契约之方式会导致违反其原规范方式之本质者(即本质上不相容性),如租税行政或其他强调一体平等性或依法行政性质浓厚之公权力行政,如国防行政、警察行政或监狱行政等特殊领域,则在性质上不得缔结行政契约。^③ 这些情形也可看作是由于法律规定或其解释要求采取行政行为的型式,因而不允许缔结行政协议。^④

其次,对于可以缔结行政协议的事项,若立法明定缔约前提而行政机关未予遵守,导致所订协议未能合乎必要前提,则亦违背法律优先原则,也可撤销。现行法规定缔结行政协议之前提的主要有《中华人民共和国行政强制法》第42条,《行政和解试点实施办法》第6条等。在违背《行政和解试点实施办法》第7条的立法明文禁令时,所签订的协议应为重大且明显违法而无效。

2. 内容违反效力性强制性规定

行政协议内容违法,无论当事人于缔约时是否明知,既为依法行政原则所不容,而且对相对人权益或公共利益构成威胁。因而,即便这种违法未达重大且明显的程度,也应由人民法院应原告告诉予以撤销。有学者指出,与其内容相同之行政处分,有得撤销之违法原因,并为缔约双方所明知者之无效事由证明不易,难以有效防范行政机关以行政协议为掩护规避行政法规拘束之情形。^⑤ 鉴于《行政协议规定》允许相对人或第三人诉请撤销行政协议,在难以证明双方明知协议违法的情况下,将客观上的各种不可忽略之内容违法都作为撤销事由,方可有效救济违法协议

^① 参见最高人民法院(2018)最高法行申10312号行政裁定书。

^② 参见吴庚:《行政协议之基本问题》,《台湾大学法学论丛》1978年第2期;林明锵:《行政法讲义》,台湾地区新学林出版股份有限公司2014年版,第332页。

^③ 参见林明锵:《行政契约法研究》,台湾地区翰芦图书出版有限公司2006年版,第238页。

^④ Vgl. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrechts, 18. Aufl., 2011, S. 396.

^⑤ 参见盛子龙:《行政协议违法之法律效果》,载台湾地区“行政法学会”主编:《行政协议之法理/各国行政法学发展方向》,台湾地区元照出版公司2009年版,第84页。

有损相对人或第三人权益的情形。在缔约双方明知时,当然可能属于《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第 154 条规定的“恶意串通,损害他人合法权益”。但由于民法规范只是补充适用于行政协议,因此宜先考虑适用相关的行政法规范。

在此要注意行政协议相对于具体行政行为的特殊性。如果协议与法律规范的任何差异都成为否认协议约束力的理由,那么协议将失去存在的独立意义,只能掩饰行政机关完全的支配意志,沦为“执行法规范之合意行为而已”。^①可见,过于强调对合意的约束,行政协议将无法显现因合意而具有的特殊性,在形式上是行政协议,在实质上却是行政处理。^②那么,如何辨识行政协议内容上必须遵从的行政法规范?民事合同与之相违背而无效的“法”,依据《民法典》第 153 条第 1 款为法律、行政法规的效力性强制性规定,即直接指明的某类合同无效或合同条款应当无效的规定。与之不同的是管理性规定,即法律、行政法规从公法管理方面规定行为主体应当或禁止作出某些行为,但不影响合同本身的效力。^③有裁判主张,效力性强制性规定指法律、行政法规明确规定违反此类强制规范将导致合同无效或者合同不成立,或者如果允许合同继续履行,那么将损害国家利益、社会公共利益等基本法律秩序或社会秩序。若合同继续履行影响的仅仅是特定人的个别利益,则不属之。^④如果说民法主要是为了保护当事人之间的意思自治而不得不限缩与之抵触导致合同无效的“法”,那么在行政协议中,由于依法行政与公共利益的限制,因此当事人意思自治的范围应更为狭窄。正如司法实践所显示,规章甚至规范性文件皆有维护公共利益的目的,^⑤因此凡是违反法律、法规、合法有效的规章以及规章以下规范性文件的行政协议行为,均属违法。^⑥鉴此,除了法律、行政法规中的效力性强制性规定,地方性法规、规章乃至规范性文件中的效力性强制性规定,亦不得由行政协议作出不同的约定。换言之,若行政协议约定不同于法律、法规、规章乃至规范性文件之规定,基于灵活行政之必要,则不宜一概认为其为可撤销甚至无效协议,而必须认定所违反之法律规范的性质为何。

因此,若相关规范明定与其相违背之协议无效,或依规范之目的,规范乃否定与其相扞格之协议的内容,否定协议所欲达到的法律或经济效果,则协议至少应为可撤销;若规范仅涉及协议缔结之方式,特别是程序或形式,则可容许违法协议有效。同时,经由规范所代表的公共利益与维持该违法协议的公共利益乃至个人法益的权衡,前者大于后者的,违法协议也应为可撤销。^⑦而在协议明显违法且将造成公共利益重大损失时,违法协议应为无效。

在最高人民法院发布的行政协议典型案例“徐某某诉安丘市人民政府房屋补偿安置协议案”^⑧中,人民法院认为,《产权调换补偿协议书》关于给徐某某两套回迁安置房的约定严重突破安置补偿政策,属于无效情形。如果徐某某依据协议条款再获得 100 平方米的安置房,那么势必增加

① Vgl. Bull/Mehde, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, 8. Aufl., 2009, S.360.

② 参见王再忠:《冲突与融合:违背职权法定的行政协议之司法修正》,载贺荣主编:《深化司法改革与行政审判实践研究——全国法院第 28 届学术讨论会获奖论文集》(下),人民法院出版社 2017 年版,第 1293~1298 页。

③ 参见缪因知:《论利率法定与存款合同意思自治的冲突——以超长存期为中心》,《中外法学》2014 年第 3 期。

④ 参见北京市第一中级人民法院(2016)京 01 行终 861 号行政判决书。

⑤ 参见王敬波:《司法认定无效行政协议的标准》,《中国法学》2019 年第 3 期。

⑥ 参见最高人民法院(2017)最高法行申 5250 号行政裁定书。

⑦ Vgl. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrechts, 18. Aufl., 2011, S.407.

⑧ 参见最高人民法院:《行政协议典型案例》,court.gov.cn/zixun-xiangqing_208691.html, 2021-12-28。

政府的公共支出,侵犯补偿安置秩序,损害社会公共利益。还有的人民法院提出,安置协议的第2条及第4条关于肖书亮享受安置房购买指标补助的约定,明显违反补偿方案,亦与安置房补助的设立原则不符,损害社会公共利益,该部分条款无效。^①两案都是法官经由安置补偿政策所代表之公共利益与相对人之个人利益相权衡后,承认该规定系效力性强制性规定的适例。

相反,也有人民法院认为,协议内容虽超出安置文件规定的标准,但并不违背公平补偿原则,不属于违反法律、行政法规强制性规定的情形。当事人积极配合征地拆迁工作,按照该协议获得超出规定标准的利益,属于信赖保护利益,未达到严重损害社会公共利益的程度,依法应予保护。^②还有的人民法院认为,虽然上诉人签订协议时不符合规定的被安置户名下无房产的安置条件,但上诉人名下房产面积仅为20.22平方米,其家庭常住人口有4人,从常理上讲,并不能满足上诉人家庭的基本居住条件。行政机关通过调整安置条件与上诉人达成行政协议,既有利于及时实现行政管理目标,也没有违反法律、行政法规的强制性规定,更没有损害国家利益、社会公共利益或者他人合法权益,应为有效约定。^③在这两个案件中,人民法院就并未将案涉协议所违背之规范性文件的规定,作为效力性强制性规定。

规范目的解释或利益权衡过程虽然会为法官判案带来一定的困难,但是有利于寻获契合个案情境的灵活解决方案。况且,若认为协议违反任何规章或规范性文件就是可撤销或无效协议,则行政协议生存的制度空间将过于逼仄,不利于加强公私合作、推动灵活行政、优化行政效率、兼顾公私利益。此外,援用《民法典》第153条第1款的规定,对行政协议所应遵从的法律、行政法规都不免此一权衡斟酌过程,因而对下位阶法律规范之性质作如此区分,并无不当。

3. 缺乏必备条款的协议不宜撤销

除此之外,在立法乃至规范性文件中不乏规定行政协议必备之内容者,如《廉租住房保障办法》第21条第2款规定廉租住房租赁合同应约定承租人不得转租,《基础设施和公用事业特许经营管理办法》第18条第3款规定特许经营协议应约定应急预案和临时接管预案。如果行政协议遗漏法定的必备条款,导致约定内容不全,那么可否撤销?

应当明确,所谓行政协议适用法律法规错误,是协议之缔结权限和内容违背法律规范。若协议内容是否无效存在多种解释可能性,则不宜径直认定其无效,而应在不违当事人客观可认知意思的范围内,选择合法的解释方式。即在有疑义时优先选择可避免协议行为归于无效的解釋方式。^④因此,在约定内容不全或不明时,不应认定其违法,更不应主张其可撤销或无效,而应站在客观中立第三人的立场上解释协议内容,判断双方对有关问题有无并如何作出意思表示,仍不能确定双方有所约定时,则可要求双方平等协商,另行签订协议。若双方仍无法达成协议的,则可按照法律、法规、规章或规范性文件之规定,补充协议内容、确定协议未涉问题的处理方式。但是,为了不偏不倚地裁判纠纷,此处的规范性文件应当排除被告制定的规范性文件。例如,在“张永忠诉甘肃省榆中县人民政府房屋征收补偿再审案”^⑤中,人民法院认为,原告如认为被告与其

① 参见湖北省武汉市中级人民法院(2019)鄂01行终567号行政判决书。

② 参见广西壮族自治区高级人民法院(2016)桂行终509号行政判决书。

③ 参见广州铁路运输中级法院(2019)粤71行终910号行政判决书。

④ 参见江嘉琪:《行政协议的瑕疵及其法律效果》,台湾地区《月旦法学教室》2007年第11期。

⑤ 参见最高人民法院(2018)最高法行申3027号行政裁定书。

签订的补偿协议中对部分法律规定的补偿事项没有明确约定属于未依照法律规定的行为对其进行补偿,可以就没有约定的法定补偿事项要求被告再行补偿,若被拒绝,则可以起诉要求被告履行补偿职责,而不能针对被告作出的征收补偿决定和双方已经达成的补偿协议提起诉讼。在最高人民法院发布的行政协议典型案例“金华市光跃商贸有限公司诉金华市金东区人民政府拆迁行政合同案”中,双方未就房屋的性质、面积及收购的补偿金额等内容进行约定。人民法院认为,对于涉案房屋的损失补偿问题,被告应采取补救措施,协商不成的,被告应及时作出补偿的处理意见。而在其他多个案件中,人民法院均未以协议欠缺必要内容而判决协议无效,而是按照地方性法规、政府规章和上级行政机关制定的规范性文件,对协议内容加以补足。^①

(四)滥用职权

行政协议尤须防范公行政利用其公权力之优越地位,以协议为名扩张权限,迫使人民承担额外义务或接受不利条件。^② 滥用职权是行政机关在其职权范围内,基于不正当动机,以合法行为掩盖其非法意图所实施的行为。^③ 而动机是否正当、是否符合职权目的,应从行为客观上是否有正当理由加以判断。若行政机关诱使相对人承担的对待给付义务无正当理由,则应认定为借行政协议滥用职权。

1. 行政机关无理由课予相对人对待给付义务

出于调动相对人积极性以实现行政目的之考虑,比较法上均有对授益性行政行为或处分的相对人,课予一定义务或附加一定条件的附款制度,附款的行政行为或处分也可被替换为行政协议,但这种附款通常只能附加于行政机关对其作成享有裁量权的授益性行为或处分。在相对人对授益享有请求权或者说在行政机关对其作成不享有裁量权的情形下,只有在法律允许或者附款为确保作成行为或处分之要件得以满足时,方可附加义务或条件,对相对人的受益施加限制。例如,按照《德国联邦行政程序法》第 36 条的规定,相对人存在请求权的行政行为只有在法规允许或者要确保行政行为的法定前提被满足时,方可添加附款;行政机关也可根据合义务的裁量作成附款的行政行为。根据我国台湾地区“行政程序法”第 93 条第 1 款的规定,行政机关作成行政处分有裁量权时,得为附款。无裁量权者,以法律有明文规定或为确保行政处分法定要件之履行而以该要件为附款内容者为限。

此一要求不得被行政机关借由缔结行政协议而加以规避。当相对人有权获得协议约定的行政机关给付时,行政机关不得通过诱使相对人承担对待给付义务,不当地缩减相对人的受益。换言之,在行政机关本依法负有作成某一授益处分之义务而无裁量权时,相对人本毋须再为给付即可享有行政机关给付,就不容许行政机关通过缔结双务协议,使相对人额外承担义务。^④ 例如,《德国联邦行政程序法》第 56 条第 2 款及我国台湾地区“行政程序法”第 137 条第 2 款均要求,在相对人对行政机关给付享有请求权或行政机关对行政处分无裁量权时,代替行政行为之行政协议,只能约定相对人承担得为附款的对待给付义务。

^① 参见浙江省杭州市中级人民法院(2016)浙 01 行终 367 号行政判决书,辽宁省沈阳市中级人民法院(2016)辽 01 行终 945 号行政判决书,吉林省白城市中级人民法院(2017)吉 08 行终 55 号行政判决书。

^② 参见陈敏:《行政法总论》,台湾地区新学林出版股份有限公司 2013 年版,第 565 页。

^③ 参见周佑勇:《司法审查中的滥用职权标准》,《法学研究》2020 年第 1 期。

^④ 参见李震山:《行政法导论》,台湾地区三民书局 2014 年版,第 364 页;翁岳生主编:《行政法》(上册),中国法制出版社 2009 年版,第 725 页;陈敏:《行政法总论》,台湾地区新学林出版股份有限公司 2013 年版,第 585~586 页。

若在行政协议中行政机关承担的给付本系相对人享有请求权或行政机关必须提供者,而行政机关却仗恃优势地位,诱使或迫使相对人承担额外给付义务,致使相对人依法可得之给付受到克减,违反立法于事实构成要件满足时即授予相对人给付之意旨,则不符合法律允许行政机关缔结行政协议的目的。因而,在约定的行政机关义务本身是其法定义务而相对人义务却无法律、法规、规章依据,且对确保相对人获得的给付能够符合法定条件并非必要时,协议应予撤销。正如裁判文书所指出的,“行政机关签订行政协议,应当在其自由裁量权范围内行使,不得损害协议相对人的合法权益”。^① 行政机关原则上有权以协议方式活动,但不能通过协议方式扩大法定的活动空间,更不能借此减损相对人的合法权益。^② 在最高人民法院作为行政协议典型案例发布的“卡朱米公司诉福建省莆田市荔城区人民政府请求撤销征收补偿安置协议案”^③中,人民法院也指出,补偿协议为卡朱米公司获得合法合理的搬迁补贴额附加不平等的条件,违反了合同应遵循的公平、平等原则,依法应当撤销补偿协议。

2. 相对人对待给付无助于行政任务履行

公权力主体的行为应维护公共利益,始具有正当性及合法性。^④ 行政活动须遵守法律规定,在例外情形(如裁量行为)下或可不受法律之拘束,但无法免于公益之考虑。^⑤ 因此,《德国联邦行政程序法》第56条第1款和我国台湾地区“行政程序法”第137条第1款均要求在双务协议中应约定相对人对待给付之目的或特定用途,并且相对人之对待给付应有助于行政机关执行其公共任务或职务;否则,协议无效。这些条文在祖国大陆尚付阙如,在实践中行政协议对相对人承担的对待给付义务也很少约定其目的或用途。但这些条文的规范内涵实系扎根于行政协议实现公共利益之要求,因此行政协议约定的相对人对待给付义务应至少有助于行政任务之直接履行。^⑥ 不然,行政机关签订此类协议将无正当理由可言,构成滥用职权。在前引“江苏省南通市通州区张芝山镇人民政府与陈某等因不履行行政协议上诉案”中,人民法院指出,行政协议的目的是为了实现行政管理目标,行政机关因实现行政管理目标所支付的费用属于公共支出,不属于法律规定的国家秘密、商业秘密或者个人隐私。约定陈某等如违反保密义务即剥夺其依照合同约定享有的补偿权利没有法律依据,这一约定因违法而无效。相反,约定的镇政府购买违章建筑之建材残值,也被镇政府主张没有法律依据应当无效,但被人民法院驳回。人民法院的观点可以理解为,协议课予相对人的保密义务无助于行政机关依法执行拆违任务,没有成立理由,应当无效。在《行政协议规定》对无效事由予以限定后,此类协议应由人民法院以滥用职权为由撤销。

(五)明显不当

违背比例原则或平等原则的行政行为为明显不当。^⑦ 德国有学者主张,协议约定所受限制为:第一,缔约双方实力存在差距,因而行政协议内容不得沦为一方滥用权力的结果;否则无效。第二,国家活动不能作为买卖的商品,财政需要应通过税收、收费等途径满足,不能让行政协议成

① 最高人民法院(2017)最高法行申5250号行政裁定书。

② 参见最高人民法院(2017)最高法行再72号行政判决书。

③ 参见福建省高级人民法院(2018)闽行终130号行政判决书。

④ 参见翁岳生主编:《行政法》(上册),中国法制出版社2009年版,第175页。

⑤ 参见吴庚:《行政法之理论与实用》,中国人民大学出版社2005年版,第43页。

⑥ 参见陈敏:《行政法总论》,台湾地区新学林出版股份有限公司2013年版,第584页。

⑦ 参见何海波:《论行政行为的“明显不当”》,《法学研究》2016年第3期。

为通过要求相对人支付对价,而提供行政活动的手段。^①这两个要求对应比例原则和平等原则,亦构成行政协议的撤销事由。“明显不当”应限于形式不违法但实质违法的情形,在行政协议有违法律规定时,不应认定其为明显不当。具体包括:

1. 双方给付义务失衡

依比例原则,行政协议整体内容交换之给付,必须有适当关系。^②行政机关于行政协议所承担的给付义务与课予相对人的对待给付义务,不得显失均衡,不得要求相对人承担与行政机关给付不相称的过重对待给付义务,不得利用公权力优势地位欺压相对人。双方给付义务失衡的原因通常是相对人受欺诈或胁迫、欠缺知识经验或者处于危困状态,不能获得与行政机关平等的博弈地位。因而,《行政协议规定》第 14 条规定对存在胁迫、欺诈、重大误解、显失公平等情形的行政协议,判决撤销。该条一方面系将《民法典》第 147~151 条规定的民事合同撤销情形纳入行政法律规范体系之举,便利行政审判的操作适用,但另一方面却未明确撤销判决在行政诉讼法上的依据。鉴于这些事由都会导致行政协议中双方义务的失衡而不合比例原则,人民法院应以明显不当为由撤销协议。例如,有的人民法院指出,诉争《补偿协议》约定将搬迁补贴额,预留 1 210.4 576 万元作为履约保证金,原告需开展兼并重组且兼并重组投资额需大于征迁补偿额 3 618.2 713 万元,并经被告审核后,才可以取得履约保证金。如果原告投资额不够,那么将取消原告的履约保证金。该条款对搬迁费用人为附加不平等的条件,补偿明显不合理,行政协议显失公平。该协议的签订明显不当,依法应予撤销。^③

2. 双方给付无正当合理关联

双务协议并非单纯的互相给付协议。相对人之给付须与行政机关之给付间存在特殊关联,以使行政机关之给付为法律容许,或为行政机关之给付提供合法性支撑。行政机关本无要求相对人给付之请求权,其要求相对人给付之合法性,须存在于行政机关给付本身。如果相对人给付对行政机关给付之提供有促成作用(使行政机关给付符合法定积极要件或排除法定消极要件)或减轻负担作用,或者如果协议约定之行政机关给付属行政裁量范围,或者相对人给付足以防止其他利益遭受侵害,那么皆与行政机关给付有实质关联性;反之,行政机关原则上不得要求“法律预设目的外”且“不能确保行政机关给付目的”之相对人给付。^④

进而言之,作为行政法基本原则的平等原则要求行政权对所有公民应一视同仁,非有正当理由不得差别对待。正如有的法院指出的,应审查行政机关在与相对人签订合同过程中是否遵循平等自由、公正、诚实信用等原则。^⑤因而,行政机关不得假行政协议之名行权力交易之实,通过要求相对人承担与行政机关给付无正当合理关联之对待给付义务,对行政机关给付私相授受、对国家公共资源擅加出让。换言之,在行政协议中相对人承担的对待给付义务应能够有助于实现允许行政机关作出给付之规范保护的利益;^⑥否则即违背平等原则而应以明显不当为由予以撤销。

① Vgl. Bull/Mehde, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, 8. Aufl., 2009, S. 360 f.

② 参见林锡尧:《行政协议与依法行政原则之关系》,台湾地区《台湾法学杂志》2016 年第 310 期。

③ 参见福建省宁德市中级人民法院(2017)闽 09 行初 103 号行政判决书。

④ 参见林锡尧:《行政法讲义》,台湾地区元照出版公司 2006 年版,第 429~432 页。

⑤ 参见青海省高级人民法院(2019)青行申 135 号行政裁定书。

⑥ Vgl. Ehlers/Puender(hg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., 2016, S. 754.

三、可撤销行政协议不予撤销的例外

根据《行政诉讼法》第74条第1款第1项的规定,行政行为依法应当撤销,但撤销会给国家利益、社会公共利益造成重大损害的,人民法院判决确认违法。《行政协议规定》第11条规定的撤销事由基本都源自《行政诉讼法》第70条,既然第74条第1款第1项的规定构成对依据第70条应予撤销之行政行为的例外,那么撤销行政协议若可能对国家利益、社会公共利益造成重大损害的,则应当依据第74条第1款第1项的规定不予撤销。《行政诉讼法》第74条第1款第1项的规定对上述各种可撤销行政协议均构成限制。在此要回答的问题是,何为对国家利益和社会公共利益的重大损害?

“利益”,通常被理解为好处。“严重损害”则为程度大、影响深的减少、丧失等消极不利后果。但如何具体把握何为“国家”或“社会公共”,以免陷入恣意认定的窠臼?对此,可以结合既有判例予以研判。比较常见的一种情形是征收补偿协议程序违法本应撤销,但由于协议已被实际履行,若予以撤销,则拆迁安置工作将进退两难,因而人民法院以撤销协议会给国家利益、社会公共利益造成重大损害为由,仅仅确认协议违法而保留其效力。^①在此,国家利益可以理解为公共利益的下位概念,乃是由整个国家代表所有公民享有的一种公共利益,它与作为国家共同体成员的每个公民之利益息息相关,如国防利益,外交利益,国有资产占有、使用、收益等方面的利益。而对“社会公共利益”,最高人民法院曾在裁判中指出:“社会公共利益为社会全部或者部分成员所享有的利益,强调利益享有者的公共性,受益范围一般是不特定多数人,应是在一定范围内带有共同性、普遍性、整体性的利益,同时还应涉及诚信、公平、秩序、稳定等基本的促进社会整体发展的因素”。^②由此可见,为避免行政机关征收补偿工作进退失据而对违法行政协议不予撤销,利于提高行政效率、避免公共资源浪费,属于为避免对社会公共利益造成重大损害的情形。

在特许经营协议中存在与前引判例类似的情形:行政机关与原告签订特许经营协议后,又与第三人签订特许经营协议,人民法院认为后一个特许经营协议不符合法定条件,法律依据不足,依法应予撤销。但考虑到第三人已经实际开展项目建设且有部分工程已投入运营,撤销后会给社会公共利益造成重大损失,因而确认后一个特许经营协议违法而不撤销。^③但此时人民法院应省思撤销特许经营协议损失的究竟是公共利益还是第三人的私人利益;否则,理据恐有所不足。

综上,行政协议经人民法院审查后认定具有可撤销事由时,也可能出于避免对国家利益或社会公共利益之重大损害而不予撤销。对于国家利益或社会公共利益的认定,应当重点考虑相应利益的主体是否为所有公民或者不特定多数人,同时还应注意行政协议撤销后在事实上是否会导致相关利益在很大程度上的减少、丧失。

^① 参见最高人民法院(2019)最高法行申3094号行政裁定书,安徽省阜阳市中级人民法院(2019)皖12行终439号行政判决书,河南省高级人民法院(2020)豫行终1682号行政判决书。

^② 最高人民法院(2016)最高法行再2号行政裁定书。

^③ 参见江苏省宿迁市中级人民法院(2015)宿中行初字第00038号行政判决书。

四、结 语

《行政协议规定》创设了域外所没有的可撤销行政协议制度,不仅能够弥补无效行政协议外延过窄的不足,而且可以防范违法行政协议对当事人权益或公共利益的侵害,还有利于行政协议效力体系的发展和完善。从法教义学上对可撤销行政协议的具体情形加以认定,可为司法实践提供可行镜鉴、充分实现其制度价值。依据《行政协议规定》第 11 条规定的对行政机关订立协议展开合法性审查的相关依据,结合比较法上无效行政协议的事由和有关的裁判实践及学理观点,可撤销行政协议的具体情形包括缔约机关无法定职权、缔约程序违法、缔约不具备必要的前提或缔约之内容违反效力性强制性规定而产生的适用法律法规错误、协议约定的相对人具体义务无正当理由或相对人对待给付义务无助于履行行政任务构成的滥用职权、缔约双方给付义务失衡或双方给付无正当理由关联导致的明显不当。但在撤销行政协议可能造成国家利益、社会公共利益重大损害时,则不得撤销行政协议。经由法教义学上的阐释和细化,可撤销行政协议才能清晰呈现其轮廓,作为与合法、无效的行政协议相比肩的行政协议类型,丰富和发展了我国行政协议的制度体系。

Abstract: A judicial interpretation creates the system of revocable administrative agreements, which can not only deal with other effectiveness flaws than the invalidity of administrative agreements, but also guarantee the parties' autonomy, and perfect the whole system of validity for administrative agreements as well. The recognition of revocable administrative agreement adheres to the following standards: if the contracting administrative organ does not have corresponding legal authority, the agreement shall be revoked lack of legal authority; if the procedural illegality is more than slight, the agreement shall be revoked on the basis of procedural illegality; if it does not exist the premise of conclusion or the content violates the mandatory norms of validity, the agreement shall be revoked on the basis of the error of applicable laws and regulations, while the agreement without necessary provisions shall not be revoked; if the administrative organ has no justifiable reason to burden the administrative counterpart or his obligation under the contract is not conducive to the performance of administrative tasks, the agreement should be revoked according to abuse of power; if two parties' obligations to pay are unbalanced or have no legitimate connection, the agreement should be revoked on ground of obvious inappropriateness. If the cancellation will cause significant damages to the national interests or social public interests, the agreement shall not be cancelled.

Key Words: administrative agreement, administrative litigation, revocable administrative agreement, invalid administrative agreement
