

行政协议中行政主体义务的优先性考察

——以利益衡量方法的运用为中心

胡丹冰

华东政法大学法律学院, 上海

收稿日期: 2023年8月11日; 录用日期: 2023年9月4日; 发布日期: 2023年9月18日

摘要

行政主体在行政协议中的义务包括约定和法定两个层面, 但对于何者具有优先性并无明确论断。实践中的冲突处理模式主要包括否定协议效力、变更协议内容、继续履行协议, 而模式选择的关键是利益衡量方法的准确适用。在考察行政主体义务优先性时, 应当以利益衡量为中心, 从行政协议案件中一般技术规范导向个案中义务优先性判断结论, 同时, 也应明确利益衡量方法仅适用于法律规定具有模糊性、缺少直接的法律依据或者存在其他具有重大争议的问题, 还受限于法官的自我克制、衡量依据的限制以及细致论理的要求, 当利益衡量无法得出论断时, 则要考虑现实因素、政策背景等。

关键词

行政协议, 约定义务, 法定义务, 利益衡量

The Priority of Administrative Subject Obligations in Administrative Agreements

—Centered around the Application of Interest Measurement Methods

Danbing Hu

Law School, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Aug. 11th, 2023; accepted: Sep. 4th, 2023; published: Sep. 18th, 2023

Abstract

The obligations of administrative organs in administrative agreements include agreed obligations and statutory obligations, but there is no clear judgment on which has priority. The modes of handling conflicts of obligations in practice include denying the validity of the agreement, changing the content of the agreements, and continuing to perform the agreed obligations. Actually, the key

to model selection is the accurate application of the method of interest measurement. In the process of judging the priority of obligations, it is necessary to focus on the balance of interests, and draw a conclusion about the priority of obligations in the case from the general technical specification. At the same time, it should be clear that the interest measurement method is only applicable to the ambiguity of legal provisions, the lack of direct legal basis or other major disputes. It is also limited by the judge's self-restraint, the measurement basis and the requirement of careful reasoning. When the judgment cannot be reached by the interest measurement, realistic factors and policy background should be considered.

Keywords

Administrative Agreement, Agreed Obligations, Statutory Obligations, Balance of Interests

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

2020年1月1日起施行的《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“行政协议司法解释”)将行政主体“不依法履行”“未按照约定履行”行政协议这两种情形纳入行政诉讼受案范围,明确了行政主体在行政协议中所负担的义务包括约定义务、法定义务两个层面。但是,在两种义务的界分和顺位上具有模糊性,带来了新的诉讼问题。我国行政诉讼实行“行政行为的合法性审查”,行政协议属于行政诉讼审理范围,若遵循其一般规律,应将合法性放在第一位。基于此,有学者认为,法定义务优先是冲突处理的必然结果¹。但是,实践中法院的做法却打破了这种一般规律,有不少判决行政主体依约履行的案例。对此,有学者提出应当综合考虑各种因素而非一以贯之²。

从法理上看,上述冲突的核心在于,如果坚持约定义务,便会破坏法定秩序;可一旦遵循法定义务,交易安全又将失去保障。这一不可调和的矛盾指向了一个为行政协议所特有的问题——怎样判断行政主体的约定义务与法定义务何者更具优先性?具体而言,行政行为 and 民事合同无效、撤销或者变更的法律规则是否可以适用?何时不能适用而需要依靠利益衡量?在利益衡量过程中,如何确保权力的合理使用以及判断结论的公正性?本文将分析行政协议中行政主体义务冲突的困境,结合司法实践中的处理模式,以利益衡量方法的运用为中心,尝试突破此种困境,从而推动审判实务中公私法价值平衡的实现,也为学理体系的建构及完善提供助力。

2. 行政协议中行政主体义务冲突的困境

2.1. 义务冲突困境的成因及具体表现

行政主体约定义务与法定义务冲突的逻辑基点在于行政协议的双重属性。行政协议既含有实现行政管理或者公共服务目标等行政性内容,又具有协商性、合意性,是一种经“合同化”改造的特殊类型的

¹例如,张清波认为,约定义务与法定义务相抵触必然导致行政协议无效,即使该抵触情形并未达到重大且明显违法的程度。参见张青波:《行政协议司法审查的思路》,载《行政法学研究》2019年第1期。

²例如,周明认为,优先考虑法定义务并非冲突处理的必然结果,在判断行政协议是否有效、决定是否继续履行协议时,既要考察是否存在违法情形,也要关注对于公共利益的维护,以及合目的性、正当性等比例原则的要求,并考虑效能等价值;张向东指出,在行政协议之义务冲突的处理过程中,需要对各种因素综合考虑,公共利益和私人利益的平衡,法定秩序与现实正义的兼顾,政治效果、社会效果、法律效果的统一,是法官作出判断的重要依据和最终导向。参见周明:《行政协议效力审查规则探究》,载《山东法官培训学院学报》2018年第6期;张向东:《论行政协议合法性审查与合约性审查的关系》,载《江苏社会科学》2020年第2期。

行政行为³，或是一种具有“行政行为属性”的特殊类型的合同⁴，兼具行政性与合同性。基于这种双重属性，行政协议中必然存在约定义务与法定义务的重叠部分，且未必总能相统一。此时，重叠交错之处恰是冲突滋生之所，当合意约定与法律规定出现矛盾时，便会陷入约定义务与法定义务相冲突的困境。

“法定职责必须为，法无授权不可为”是对公权力主体的基本要求。据此理解，将义务冲突的困境予以细化，包括显性冲突与隐性冲突两种。前者是水火不容，即协议约定与法律规定直观抵触；后者是无中生有，即涉及行政权力且会减损相对人权利或者增加相对人义务的协议约定没有法律依据。具体来看，又可以将显性冲突分为直接冲突与间接冲突。在直接冲突中，就主体而言，一是行政协议中行政行为实施主体不具有主体资格，包括事实上的行为主体不具有相应资质或条件，或法律上的责任主体不具备行政主体资格[1]；二是行政协议相对人不是签订该协议的适格主体，如相对人无民事行为能力、签订协议的对象错误等。就内容而言，是指行政协议的具体内容如给付范围、对象、标准、数额等与法律规定不一致。在间接冲突中，起因在于程序违法，并由此导致内容违法的结果，比如，因评估委托程序不合法、评估报告超期等问题，造成拆迁补偿协议中补偿价格的差异。

2.2. 个案判决的重新审视

2019年最高院作为行政协议案件典型案例发布的安吉展鹏金属精密铸造厂(以下简称展鹏厂)诉安吉县人民政府(以下简称安吉县政府)案⁵中清晰地体现了行政主体约定义务与法定义务的冲突，并经由此案提出了双重审查、双重裁判原则⁶。本案中，安吉临港经济区管理委员会(以下简称临港管委会)与展鹏厂就企业搬迁安置达成《企业搬迁补偿协议书》，约定临港管委会按货币形式安置，搬迁补偿总额合计1,131,650元。协议签订后，双方均依约履行，后展鹏厂提起诉讼，请求判令临港管委会与展鹏厂签订补偿协议的行为违法应予以撤销，并要求重新签订补偿协议。本案的争议焦点可以归纳为：1) 合法性问题，即临港管委会与相对人签订《企业搬迁补偿协议书》的行为是否合法；2) 效力性问题，即案涉协议是否有效。这也正是司法实践中处理此种冲突时需要重点讨论的两个核心问题。

对于以上两个争议焦点，本案判决书中所呈现的思路基本可以一一对应。就争议焦点(1)而言，临港管委会系由安吉县政府等以规范性文件设立并赋予相应职能的机构，不具有独立承担法律责任的能力，无权以自己的名义对外实施行政行为，且其被撤销后，更无权实施签约行为。虽然安吉县政府追认了该协议的效力，但无法改变临港管委会签订案涉补偿协议行为违法的事实。紧接着开始探讨争议焦点(2)，由于案涉补偿协议系双方基于真实意思表示自愿达成，且已经实际履行完毕，也未并损害展鹏厂的合法补偿权益，在安吉县政府对案涉协议予以追认的情况下，协议效力应予保留。最终，二审法院判决确认临港管委会与展鹏厂签订案涉协议的行为违法，同时，驳回展鹏厂要求撤销案涉协议并依法与其重新签订补偿协议的诉讼请求。最高院再审时也认可了二审法院的这一判决。

2.3. 问题剖析

本案中提出的双重审查、双重裁判原则将合法性问题与效力性问题进行区分，系对行政行为审查内容的突破，是对行政行为传统审查方法的改进[2]，为行政协议案件中解决行政主体义务冲突问题提供了

³ 曹志鹏诉长葛市人民政府、长葛市长兴路街道办事处案，参见最高人民法院(2019)最高法行申13735号行政裁定书。

⁴ 潍坊讯驰置业发展有限公司诉安丘市人民政府案，参见最高人民法院(2017)最高法行申7679号行政裁定书。

⁵ 浙江省高级人民法院(2018)浙行终13号行政判决书。

⁶ 双重审查、双重裁判原则，即既要审查行政协议行为的行政合法性，又要审查行政协议的契约效力性。经过合法性和效力性审查，如发现协议合法且有效，则人民法院可判决驳回诉讼请求，如发现协议违法并无效，则人民法院可视情况确认协议无效等。但是，如果经双重审查发现协议存在违法但有效等情形，此时用一个判项无法同时解决合法性和效力性问题，则人民法院在作出裁判时需对合法性和效力性分别作出回应。这就意味着在行政协议案件中，针对原告的一项诉讼请求，如请求撤销行政协议，当一个判项无法同时回应合法性和效力性时，就可以用两个判项分别对合法性和效力性予以裁判。参见最高人民法院行政审判庭：《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491页。

新的裁判思路。然而，“行政行为实施主体不具有行政主体资格”是一项法定无效情形，实务界与理论界都普遍认为，根据职权法定原则，如果行政一方从根本上就没有订立相应行政协议的权力，则该协议就丧失了合法性基础，法院可以径行确认该协议无效^[3] ^[4]。二审法院判决协议违法但有效，理由是其意思表示真实且已经实际履行完毕，但是，将案涉协议是否履行完毕这一事实作为确认行政协议是否成立、有效的要件之一似有“倒果为因”之嫌^[2]。

考察我国实践，对于行政协议中行政主体义务优先性论证的不足乃至缺失绝非个别。在某些案件中，涉及行政许可等明显有关行政权力的内容也被视为“合同的组成部分”，法院拒绝对其合法性作出审查⁷。由于行政协议制度跨越民、行两界，往往两边都欠缺专门考虑，基于此，司法实践中的个案探索体现了法官灵活务实的立场⁸，但也使得行政协议效力的边界变得模糊，若不谨慎处理，容易导致行政主体利用私法方式逃避公法责任，行政相对人遭受不公正的对待，公共利益面临不应有的损害。

2.4. 实践中的冲突处理模式

关于行政协议中行政主体义务冲突的处理，主要有三种处理模式，即否定协议效力、变更协议内容、继续履行协议，前两者皆以法定义务优先，第三种则优先考虑约定义务。然而，每种模式在适用过程中都存在缺陷，与既有的行政法理和合同法理有所龃龉，且在司法实践难以直接确凿地得出论断。

第一种模式是，否定整个行政协议或具体冲突条款的效力。但是，具有“合同性”的行政协议应受意思自治、诚实信用等民法基本原则的约束，且行政协议均系为实现公共利益而签订，应比民事合同更强调合同效力的稳定性，如果行政主体能以保障法定秩序为由任意收回承诺，不仅损害某一特定关系中的私人权益，还导致行政协议的实际功用无法实现，甚至会使公权力落入“塔西佗陷阱”，有悖于现代行政的趋势和协商行政的精神^[5]。因此，这种模式的关键问题是，违反何种法定义务会导致行政协议无效或者可撤销。就无效而言，虽然我国《行政诉讼法》并未规定其无效标准，但最高法院根据行政行为和民事合同的无效情形作出了规定⁹。一是适用行政行为无效标准，即“重大且明显违法”¹⁰；二是适用民事法律行为无效标准，即“违反法律、行政法规的强制性规定”¹¹。至于撤销情形，行政协议司法解释第十四条¹²将表意瑕疵纳入可以判决撤销的范畴，举轻以明重，违法¹³也应属于撤销甚至无效的标准^[6]。

⁷ 最高人民法院(2015)民一终字第244号民事裁定书。

⁸ 例如，在潍坊讯驰置业发展有限公司诉安丘市人民政府案中，当事人在房地产开发合同中约定的一些税费减免退补条款似乎违反《税收征收管理法》的规定，但山东省高院依据《国务院关于税收等优惠政策相关事项的通知》认可了土地契税、土地增值税、土地使用税等地方税种的免缴，又依山东省政府《关于明确所得税收入分享比例的通知》认可了企业所得税地方留成部分的返还。最高法院对此无异议，并指出，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，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。但在濮阳市华龙区华隆天然气有限公司诉河南省濮阳市城市管理局案中，最高法院认为，在审理行政协议效力认定的案件时，首先要根据行政诉讼法规定的无效情形进行审查，此外，还要遵从相关民事法律规范对于合同效力认定的规定。参见山东省高级人民法院(2017)鲁行终495号行政判决书、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(2022)最高法行再509号行政判决书。

⁹ 《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》第十二条规定：“行政协议存在行政诉讼法第七十五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。行政协议无效的原因在一审法庭辩论终结前消除的，人民法院可以确认行政协议有效。”

¹⁰ 最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第九十九条规定：“有下列情形之一的，属于行政诉讼法第七十五条规定的‘重大且明显违法’：（一）行政行为实施主体不具有行政主体资格；（二）减损权利或者增加义务的行政行为没有法律依据；（三）行政行为的内容客观上不可能实施；（四）其他重大且明显违法的情形。”

¹¹ 《中华人民共和国合同法》第五十二条第(五)项规定：“违反法律、行政法规的强制性规定的，合同无效。2021年1月1日《民法典》正式施行后，《合同法》正式废止，今后关于合同方面的规定都依照民法典的规定。《民法典》第一百五十三条规定，违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效。但是，该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。违背公序良俗的民事法律行为无效。”

¹² 《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》第十四条规定：“原告认为行政协议存在胁迫、欺诈、重大误解、显失公平等情形而请求撤销，人民法院经审理认为符合法律规定可撤销情形的，可以依法判决撤销该协议。”

¹³ 《中华人民共和国民事诉讼法》第七十条规定：“行政行为有下列情形之一的，人民法院判决撤销或者部分撤销，并可以判决被告重新作出行政行为：（一）主要证据不足的；（二）适用法律、法规错误的；（三）违反法定程序的；（四）超越职权的；（五）滥用职权的；（六）明显不当的。”

但是，这些标准具有模糊性，其实际运用仍然存在诸多阻碍。

第二种模式是，法官直接根据法定义务变更协议内容。这有助于节约诉讼资源、促进纠纷实质性化解，但与前种模式相似，如果允许过分宽泛的变更情形，将破坏行政行为的安定性，违背契约自由、信赖利益等重要价值。故而，这种模式的主要问题在于，未经双方约定的行政主体法定义务何以成为协议内容。对此，《行政诉讼法》第七十七条第一款¹⁴限定了变更判决的适用范围。同时，行政协议作为一种双方行政行为，与民事合同具有法理上的共通性，因此，《合同法》上的变更情形¹⁵具有重要参考价值。进一步的问题是，以平等主体为对象的民事规范能否直接适用于行政协议？若不能，该作出怎样的调适？现有裁判对这一问题仍然存有诸多顾虑，很少根据民事标准作出变更判决。

第三种模式是，法官坚持约定义务。这种模式的问题在于，为何约定义务优先而法定义务居于次要位置。将与法律相冲突的约定义务认定为有效，有悖于法律优先、法律保留这两项行政法基本原则¹⁶。而且，相较于法律规范约束对象的普遍性，行政协议面向的主体具有特殊性，如果以协议约定为准，存在违背平等对待原则之嫌。因此，判决继续履行或者确认协议违法但有效¹⁷时需要明确且具说服力的理由。实践中的理由主要包括违法情节未达到“重大且明显”的程度、不属于“强制性规定”、并非法律或行政法规、不存在意思表示瑕疵、作为善意的原告有值得保护的信赖利益、否定协议效力势必损害国家利益和社会公共利益等，单独或并行使用。以上理由可以归为两个思路，一是排除影响效力的法定情形，二是为了保护更值得保护的利益。而前者所涉及的法定情形如“重大且明显”“强制性规定”的认定往往需要借助利益衡量，进一步来看，这些规则又何尝不是立法者对相关利益冲突所作评价的体现。

概括来说，以上三种处理模式所面对的主要问题，都围绕着对相关案涉利益的判断和取舍，有鉴于此，在行政协议中行政主体义务的优先性考察时，需要引入利益衡量方法。

3. 利益衡量方法的引入

制定法的局限性为利益衡量方法在行政协议案件中的运用提供了空间，但是，对于如何克服该方法操作性不强及其所导致的裁判难以预测的缺陷尚未给出结论。因此，首先需要对该方法本身加以思考。

3.1. 前提：冲突利益确定且正当

如果没有确定的利益冲突，衡量也就成了无根之木、无源之水。因此，必须呈现一个确定、清晰的利益冲突格局。这需要以案涉利益进行整理，比较其冲突或者一致之处。然而，并非所有的利益均需要衡量^[7]，利益衡量的客体应是值得保护的正当利益。一方面，凡被法律确认的利益都可以纳入衡量范围，而且，法律保护的倾向性一般意味着相应利益的优先性^[8]；另一方面，即使没有法律规定，正当、合理的利益也可以纳入衡量范畴，但如果所涉利益违反法律规定或者有悖公序良俗，则不属于衡量范畴^[9]。

¹⁴《中华人民共和国行政诉讼法》第七十七条规定：“行政处罚明显不当，或者其他行政行为涉及对款额的确定、认定确有错误的，人民法院可以判决变更。”

¹⁵《中华人民共和国合同法》第五十四条规定：“下列合同，当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销：（一）因重大误解订立的；（二）在订立合同时显失公平的。一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。当事人请求变更的，人民法院或者仲裁机构不得撤销。这一条款目前已经被我国《民法典》所修改，根据《民法典》的规定，可撤销合同包括基于重大误解、以欺诈手段实施、受第三人欺诈、胁迫等手段签下的合同。”

¹⁶以缔约双方的主体资格为例，不同于一般民事合同中权利主体可以通过事前委托或者事后追认程序赋予无权处分人签订的合同效力，签订行政协议中行政主体一般须具有法律、法规、规章等赋予的行政职权。与民事无权处分合同的效力认定相比，无行政职权、无签约主体资格的行政主体签订的行政协议的效力认定，在适用民事合同有关无处分权人订立的合同的效力转化条件应更为严格。参见最高人民法院(2020)最高法行申3832号行政裁定书。

¹⁷《中华人民共和国行政诉讼法》第七十四条规定：“行政行为有下列情形之一的，人民法院判决确认违法，但不撤销行政行为：（一）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；（二）行政行为程序轻微违法，但对原告权利不产生实际影响的。行政行为有下列情形之一的，不需要撤销或者判决履行的，人民法院判决确认违法：（一）行政行为违法，但不具有可撤销内容的；（二）被告改变原违法行政行为，原告仍要求确认原行政行为违法的；（三）被告不履行或者拖延履行法定职责，判决履行没有意义的。”

抽象来看，交易安全与法定秩序都是值得保护的重要利益，但具体到个案，还需要逐一辨别。

3.2. 核心：公私利益的界定

“公共利益”和“他人合法权益”在行政协议案件的判决中频频出现，是利益衡量时必须厘清的核心概念，而且只有通过合同转化为或抽象或具体的利益才能在司法实践中予以分析和判断^[10]。界分公私利益的必要性在于，使行政协议脱离契约自由束缚的正当性基础就在于其交易对象的公共属性，但由于公共利益本身具有模糊性、变动性和相对性等特征，很难作出周延而完整的定义，只能比照个人利益，就个案分别衡量判断之^[11]。在实践中，公共利益的判断标准包括但不限于：第一，法定标准，即根据法律规定该利益属于公共利益；第二，平等受益标准，即待判定利益之对象要从中受益且是平等受益而非受到损害；第三，数量标准，即该利益的受益对象必须达到一定数量；第四，合理性标准，即待判定利益与对应利益相比合乎比例。值得注意的是，公私利益之间存在勾连。例如，对于行政协议中约定义务的任意无视和肆意践踏，不只影响当事人的利益，也有损于社会公众对行政主体的信赖及其合作意愿，从而损害公共利益¹⁸。

3.3. 方法：价值位阶衡量和比例原则

德国法学家卡尔·拉伦茨对利益衡量的基本方法做了精辟的阐述：“首先取决于在此涉及的某种法益较他种法益是否具有明显的价值优越性。”^[12]换言之，对于高位阶的利益优先保护，低位阶的利益则会受到限制。就其具体应用方法而言，可以拆解为三点，即原则加例外、替代性方案和区别对待^[13]。原则加例外，即以主要价值为原则，以其他价值为例外。行政协议订立的目的本身体现了对于公共利益的重视，同时，公共利益优先于个人利益也是法律领域中的一般原则¹⁹。因此，在行政协议案件中，应以公共利益为原则，以个人利益为例外。但是，公共利益的优先地位不能突破生命安全等个人利益的最低价值目标，对于个人利益的限制、克减也应以公平补偿为前提，使其利益损失最小。所谓替代性方案，是指当价值冲突时，应当考虑是否存在替代性方案对被牺牲的价值予以弥补。区别对待，即对各种情形进行区分并采取不同的价值取向，这也符合平等原则中“合理的差别对待”的要求。

比例原则作为公法领域的“帝王条款”，对于控制权力与保障权利有着重大意义，核心问题在于使目的(欲保护利益)和手段(所牺牲利益)之间形成一个相当比例。特别是在位阶相同的利益互相冲突时，此时抽象的比较不再可行，应当考虑利益的具体损害程度。例如，在陈宏、陈叶诉张芝山镇政府案²⁰中，二审法院认为，维护公共利益与诚实信用原则作为行政法与民法的共同基本原则，不存在适用顺序先后或位阶高低之分。如果两者发生冲突，除非协议约定的支付款项超出普通大众能够接受的范围或者明显不合理，一般认可该约定的效力，社会公共利益虽会因此受到一定减损，但这种减损是现实的、可预期的、有限的。同时，对政府失信行为的纠正，也是在间接维护公共利益。因此，以舍弃有限的公共利益作为达成政府履约守诺、保障当事人合法权益的微薄代价，不失为一种最优选择。

4. 冲突处理的形式化构造——以利益衡量为中心

4.1. 行政协议案件中的一般判断技术规范

将行政协议案件进行宏观的类型化，可以发现，实践中对于征收征用补偿、保障性住房等民生案件，

¹⁸ 辽宁省高级人民法院(2020)辽行终 701 号行政判决书。

¹⁹ 如《宪法》第十条第三款规定：“国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对土地实行征收或者征用并给予补偿”。第十三条第二款规定：“国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿”。第五十一条规定：“中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候，不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利”。《宪法》之外的法律，如《行政诉讼法》《土地管理法》《城市房地产管理法》《传染病防治法》等，也都体现了公共利益优先的精神。

²⁰ 江苏省南通市中级人民法院(2016)苏 06 行终 622 号行政判决书。

较之国家利益，往往倾斜于对个人利益、群体利益的保护，特别是只涉及行政机关和相对人利益时，侧重于保护相对人利益。例如，在翟好志、刘学珍等诉三亚市海棠区人民政府案²¹中，二审法院认为，海棠区政府应当根据经批准的安置方案给予翟好志户 250 m² 户型房屋，但其仅给予 120 m² 公寓楼，明显不符合安置方案的规定，即使这一标准需要更多的国家资源，但为了保护翟好志户的合法权益，海棠区政府应当按此标准履行安置补偿义务。对相对人利益的倾斜保护并不总是导向法定义务优先的结论，例如，在江鹏飞诉夹江县自然资源局案²²中，二审法院认为，《补偿安置协议书》虽然不符合法律规定，可能导致政府多支出补偿资金而令国家利益受损，但本案并不存在导致合同无效的法定情形，基于信赖保护原则，原告在签订协议时并无过错，且该房屋系原告唯一合法住处，为保障其居住权，行政机关应当按照约定履行相应义务。

对于涉及特许经营、公共工程、公共服务采购、国有自然资源使用权出让等直接关涉社会公众重大利益的案件，一旦中断服务供给会使公共服务领域陷入混乱，严重损害公共利益，因此，倾斜保护社会公共利益、国家利益。例如，在南阳华润燃气有限公司诉南阳市卧龙区人民政府、南阳市卧龙区住房和城乡建设局案²³中，法院认为，被诉特许经营协议明显落入原告特许经营范围，侵犯了原告的独占特许经营权，但被诉协议已经履行，燃气管道实际铺设，在多数乡镇实现了通气供气及用户用气，为实施协议已经投入较大成本，撤销势必损害国家利益和社会公共利益，因此，案涉协议违法但有效，责令被告采取补救措施。在法定义务优先的情形下，也是为了保护社会公共利益、国家利益。在鸿宇矿业公司诉连山壮族瑶族自治县人民政府案²⁴中，鸿宇矿业公司取得的采矿许可证位于省级自然保护区内，虽然矿山已经实际建设，并取得了建设投资项目备案证、采矿许可证、安全生产许可证等合法手续，但未经竞争性程序出让工业用地损害了公平竞争权人利益与社会公共利益，且不合法的采矿活动继续存在会损害社会环境公共利益，最终，法院判决协议无效，通过补救措施弥补对相对人信赖利益的损害。

一般而言，行政协议案件中利益倾斜保护的外部态势及其内在逻辑能够作为一般的判断技术规范予以适用。但是，抽象必然意味着不精确，要将之转化为个案结论，还应进行更加细致的利益衡量。

4.2. 个案中的利益衡量

把目光流转回到展鹏厂案，为何签约行为违法但仍能保留行政协议的效力？本案中，由被撤销后一直未注销公章的临港管委会作为行政一方签订行政协议，不同于没有独立编制临时组建的内设机构、派出机构或者不具有相应资质或条件的受托组织以自己的名义签订行政协议，其不法性主要在形式方面。而且，规定“行政行为实施主体不具有行政主体资格”这一无效情形是为了避免法定行政主体借由设立机构或者委托其他组织的方式逃脱本应承担的法律责任，或是没有法定职权的组织狐假虎威乃至无中生有地损害公众利益。本案中并未出现此类现象，安吉县政府也对案涉协议予以追认。同时，法院认为不存在法定可撤销事由，加之案涉协议意思表示真实，已经实际履行完毕，且协议内容并未损害展鹏厂合法权益，由此得出协议有效的结论，其中暗含的衡量是，如果协议无效，相对人要求返还财产，则无从返还，公共利益也会受到严重影响，而认定协议有效则不会造成利益损害。本案并未适用上述一般判断技术规范，即对相对人利益倾斜保护，而是着眼于案件事实，最终实现整体利益最大化和损害最小化的效果。二审改判确认临港管委会签订案涉协议行为违法并驳回展鹏厂的诉讼请求，既体现了对于违法事实的承认，维护了相对人利益，又不会损害公共利益，是利益衡量之后的最优结果。不过，法律依据可以更加明确，具体到《行政诉讼法》第七十四条第二款第一项“行政行为违法，但不具有可撤销内容的”，

²¹ 海南省高级人民法院(2016)琼行终 422 号行政判决书。

²² 四川省乐山市中级人民法院(2020)川 11 行终 90 号行政判决书。

²³ 河南省南阳市中级人民法院及下辖(2019)豫 13 行初 102 号行政判决书。

²⁴ 广东省清远市中级人民法院及下辖(2020)粤 18 行初 19 号行政判决书。

使得判决的作出更具说服力。

5. 明确利益衡量方法的适用范围与限度

5.1. 利益衡量方法的适用范围

法官的固有角色注定其不能替代立法者，而必须在相对确定的正当活动空间内进行规则选择^[14]。因此，在肯定利益衡量的必要性时，必须注意利益衡量不能淡化乃至架空法律的具体规定，也无须舍近求远、故弄玄虚，应当明确其在处理行政主体义务冲突时的适用范围，主要有以下几种情形。

一是法律虽有规定但具有模糊性而导致直接适用存在困难。比如，对于不属于三项法定情形的“重大且明显违法”的认定，在行政协议司法实践中主要有无权处分²⁵、严重损害第三人利益²⁶等情形。此时可以引入利益衡量方法，帮助作出认定。具体而言，明显与否相对容易判断，违法也没有争议，难点在于对“重大”的认定。以利益衡量的视角，“重大”应是指会直接且实质性地影响较高位阶的利益或是显著影响相同位阶的一方利益。例如，在韦菊秀诉高峰镇政府案中，高峰镇政府将原告的房屋作为协议标的与第三人(原告媳妇，长期居住生活于案涉房屋)签订《农户迁建安置协议》，未尽到审慎审查职责，既严重侵害了房屋真正所有人的财产权利，错误给付补偿利益也给国库财政造成损失并引发无法追回的风险，而第三人通过协议获得的利益显然并不正当，不应纳入衡量范围，本案中行政协议的违法性符合“重大”的认定条件。除“重大且明显违法”外，还包括作为民事法律行为无效标准的“强制性规定”、作为行政协议可撤销行政标准的“明显不当”等。

二是缺少直接的法律依据，主要是民事标准在判决撤销或者变更行政协议时的适用。表意瑕疵虽被纳入行政协议撤销情形，但由于与民事法律规范的调整对象不同而无法直接运用，变更情形更是没有直接的民事法律依据，因此，利益衡量必不可少。可以将民事领域的欺诈、胁迫、重大误解、显失公平等法定情形抽象化，从中提炼出考量因素。主要因素有二，订立合同的公平性和意思表示的真实性，符合其一即可，但要求构成重大性。例如，在王忠明、陈向前诉余杭区良渚街道办事处案²⁷中，良渚在与王忠明签订协议时，拒绝将依据《杭州市征收集体所有土地房屋补偿条例》属于安置补偿范围的陈向前列入安置人口。从公平性来看，陈向前应享有与其他安置人员同等安置面积的权利，协议内容明显有违公平原则；从真实性来看，当事人在良渚违法拒绝将陈向前作为安置人口后，为了最大限度保护自身权益，采取先合作签约后寻求救济的策略，协议中未将陈向前确定为安置人口并非其真实意思表示。此时，若坚持约定义务必然严重损害陈向前的安置补偿权利，也会减损国家公信力，而按照法定义务履行则不存在损害国家利益、公共利益或者第三人利益的情形，故法定义务优先。

三是其他在行政协议案件中仍然存有重大争议的问题。由于行政协议具有双重属性，会面临诸多没有明确规范指引的疑难问题。比如，行政协议违反法律、法规但否定协议效力会严重损害公共利益时应如何处理，其中的“国家利益或者社会公共利益”以及“重大损失”又该如何认定？违反规章和规范性文件是否影响协议效力？能否单纯援用民事法律行为无效事由条款否定协议效力？面对这些问题，往往难以给出一个斩钉截铁的回答。所有疑难案件，都是规范与事实之间张力的体现。此时，要想消解这种张力，实现个案公平正义，不进行恰如其分的利益衡量是不可能的。而且，通过利益衡量在立足于个案

²⁵ 例如，在刘广德等诉资兴市国土资源局案中，由于相关法律要求签订房屋拆迁补偿安置协议应当以户为单位，而某些户所签订的协议由无权代理人代签，该行为损害了国家、集体利益，因此，该协议从形式、内容上均存在违法行为，故法院认定这些协议无效，并在判决主文部分援引《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第九十九条第一款第四项作出裁判。参见湖南省桂阳县人民法院(2018)湘1021行初2号行政判决书。

²⁶ 例如，在韦菊秀诉安顺市平坝区高峰镇人民政府案中，高峰镇政府在实施房屋迁建过程中，将原告所有的房屋作为协议标的与第三人签订《农户迁建安置协议》，严重损害了原告利益，法院因此依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第九十九条第一款第四项认定该协议无效。参见贵州省安顺市西秀区人民法院(2019)黔0402行初74号行政判决书。

²⁷ 杭州市中级人民法院(2016)浙01行终367号行政判决书。

而又超越个案事实的基础上，选择、发现和创立可以普遍适用的准则，也是实质性化解行政协议争议筚路蓝缕、以启山林的必由之路。展鹏厂案中双重审查、双重裁判原则的提出就是很好的例证。

5.2. 利益衡量方法的适用限度

值得注意的是，即使属于“应予衡量”的范围也必须有其限度，如此，才能确保该方法所带来的积极效果。具体而言，包括以下要求。

其一，法官的自我克制。如果没有足够的自律来为其利益衡量时的积极角色“保驾护航”，法官会遭遇强有力的批评和抨击，也会招致法制统一支离破碎的恶果^[14]。因此，法官在进行利益衡量时应尽可能理性化、客观化，并考虑司法判决在个案作用之外更广泛的社会影响和更深远的指引作用。如在展鹏厂案中，展鹏厂之所以诉请否定协议效力，其目的不在于阻止厂房拆除，而是对补偿款不满意，若认定协议无效，代表了法院的鼓励态度，使其有机会再和政府讨价还价，不利于之后此类工作的开展。

其二，衡量依据的限制。利益衡量涉及大量的政治与社会政策问题，在这样的场合，司法应以公共政策、主流价值观念等为依据，对个案中当事人的利益作体系化衡量，且衡量结果应与整个法律制度相协调^[15]。例如，在行政协议案件中频频出场的征收补偿，作为一种权利保障和利益平衡机制，意在规范行政征收权的行使，保护相对人财产权，进而实现对基本人权的保障。基于其政策导向，以及土地房屋对于民众安身立命的重要意义，应对被征收人的利益予以更强保护，并严格限制征收中公共利益的范围。

其三，细致论理的要求。这可以督促法官免于恣意，也能令民众相信其判决更多建立在时代精神而非个人好恶之上；同时，使得这份判决不仅具有类似立法说明的功效，也让其他法官在解决类似问题时能充分考虑案件的可比性^[14]。如展鹏厂案中，不仅围绕争议焦点层层说理，并展现了二审裁判方式选择的两种不同观点，还基于行政协议的双重特征，提出在行政协议案件司法审查中应坚持三个原则，特别是浓墨重彩地勾勒了双重审查、双重裁判原则。这份内含规则创设的精致判决为之后此类案件的裁判提供了可能的解决路径，也为传统行政诉讼举证责任分配规则的修正提供了个案积累的契机。

5.3. 利益衡量方法的自身局限

公共利益和个人利益虽然在语言上是两个可分的术语，但在经验事实上往往相互扭结^[14]。那么，当公私交织不清时，应当如何进行衡量？当通过对案涉利益的损益比较仍无法得出明确论断时，怎样寻找新的出路？是否存在影响行政主体义务优先性判断的其他因素？

在上述鸿宇矿业公司案中，一方面，连山县政府不具备签订协议的主体资格、未经竞争性程序出让工业用地、采矿许可证位于省级自然保护区之内等情形，会损害制度利益、公平竞争权人利益和社会公共利益；另一方面，由于矿业是我国国民经济的基础和支柱产业，矿业的开发可以带动经济发展，提供大量就业机会，同时，矿产品是重要的战备物资，对巩固国防、保卫国家而言至关重要，因此，鸿宇矿业公司的权益主张不仅涉及其信赖利益，还关乎国家利益和社会公共利益。然而，判决书中并未提到其权益主张背后的公共利益，补救措施也只是对该公司缔约、履约过程中合理损失的弥补。如果把这种公共利益一并纳入衡量范围，此时，两方都涉及公共利益，无法区分利益位阶，也难以比较利益的具体损害程度，任何一方都不具备压倒对方主张的充分理由。这种情况下，法官应当如何进行裁判？

展鹏厂案中虽未出现这种难以衡量的局面，但其中“如果协议无效，相对人要求返还财产，则无从返还”的情形可以提供一种分析思路，即从实际出发，考虑相关现实因素，如判决的可执行性、各方的具体情境等。在鸿宇矿业公司案中，由于涉案矿山已经实际建设，因而需要考虑其对自然保护区生态环境的既有破坏程度和修复可能性，当地的经济、就业情况以及国家对于矿产品需求的紧迫性等。

此外，政策背景也应纳入考量范畴。最高院的司法解释或政策文件经常使用“社会效果”这一概念，

并与“法律效果”并用,实际意图是将公共政策内化到裁判当中[16]。如前述南阳华润燃气公司案的判决书中提到,相关群众已经使用了燃气,从社会效果上看,被诉特许经营协议的履行,客观上具有惠民实效,可以提升生活品质,降低生活支出,改善大气环境,法院确认案涉协议违法但有效体现了对“加快调动我国社会资本的积极性,重点推进特许经营”这一经济政策的落实。如果对政策背景进一步深入,是因为改革开放后,随着我国城镇化进程的不断迈进,大量人口从农村流入城市,使得城市基础设施和公用事业建设的需求不断增加,这给地方财政带来了巨大的资金压力,因此,亟需发挥市场的手的作用,从而掀起了特许经营模式高速发展的浪潮。而在鸿宇矿业公司案中,则应考虑保护环境这一基本国策,这就涉及如何统筹经济社会发展与生态环境保护的问题,不同时期对于发展速度和发展质量有不同的侧重,也会相应得出不同结论。

6. 结语

“法律就是被用来调和相互冲突的自由或被用来使自由的价值同社会秩序中相互抵触的目的达到平衡。”[8]从本质上看,面对交易安全与法定秩序的冲突,对行政协议中行政主体义务优先性进行考察的过程在很大程度上就是利益衡量的过程。相较于民事合同领域对约定义务否定情形的严格缩限,由于行政协议的行政性及其与公共利益的紧密联系,相关问题更加复杂、多变、不确定,也涉及更为庞杂、重大、广泛的利益,因此,利益衡量方法的准确运用更富挑战但也更为必要。追根究底,对冲突利益进行衡平与调和,是为了保护更值得保护的法益。为了实现这一目的,需要对案涉利益依价值位阶衡其轻重,据比例原则形成正比,把司法实践中的价值问题转化为技术问题,一般问题转化为个别问题,作出行政协议中行政主体义务的优先性判断,并在判决书的理由部分充分阐述衡量思路与过程,以提高当事人的理解程度和可接受度,面对上诉法院和社会公众的监督与审视。此外,这种利益衡量也是“戴着镣铐跳舞”,不能偏离舞台,也不能打乱节奏,如此,方能最大限度地发挥利益衡量方法的作用,促进法律效果、社会效果和政治效果的统一,把公平正义落实在每一个司法案件中。

参考文献

- [1] 陈洁. 行政协议中行政主体资格的审查——以房屋征收补偿协议为例[J]. 公法研究, 2021, 21(1): 183-210.
- [2] 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[J]. 法律适用, 2018(24): 20-26.
- [3] 程琥. 审理行政协议案件若干疑难问题研究[J]. 法律适用, 2016(12): 35-44.
- [4] 沈福俊. 司法解释中行政协议定义论析——以改造“法定职责范围内”的表述为中心[J]. 法学, 2017(10): 90-99.
- [5] 何海波. 行政诉讼法[M]. 第3版. 北京: 法律出版社, 2022: 331.
- [6] 张彧. 行政协议可撤销的判断标准及其修正[J]. 政治与法律, 2020(11): 24-37.
- [7] 胡玉鸿. 关于“利益衡量”的几个法理问题[J]. 现代法学, 2001, 23(4): 32-38.
- [8] [美]埃德加·博登海默. 法理学——法律哲学与法律方法[M]. 邓正来, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2004: 151, 284.
- [9] 王介清. 论利益平衡原则在司法实践中的运用[J]. 山东审判, 2012, 28(6): 41-44.
- [10] 麻锦亮. 纠缠在行政性与协议性之间的行政协议[J]. 中国法律评论, 2017(1): 56-60.
- [11] 王泽鉴. 民法总则(增订新版)[M]. 北京: 北京大学出版社, 2014: 363.
- [12] [德]卡尔·拉伦茨. 法学方法论[M]. 陈爱娥, 译. 北京: 商务印书馆, 2003: 279.
- [13] 高家伟. 论证据法上的利益衡量原则[J]. 现代法学, 2004, 26(4): 163-166.
- [14] 沈岿. 公法变迁与合法性[M]. 北京: 法律出版社, 2010: 168-169, 174, 202.
- [15] 梁上上. 利益衡量的界碑[J]. 政法论坛, 2006(5): 66-80.
- [16] 宋亚辉. 公共政策如何进入裁判过程——以最高人民法院的司法解释为例[J]. 法商研究, 2009(6): 111-121.