



论公私法混合契约

余凌云*

摘 要 当前行政诉讼法和司法解释重点关注并列举的有名行政协议,都是公私法混合契约。在公法与私法二元法律秩序下,公私法混合契约不具有独立的法律地位,不被认可为一种独立的合同类型。它要么归入行政协议,要么划到民事合同之中。因行政诉讼法规定了一并解决民事争议的机制,而民事诉讼法又没有规定解决行政纠纷的机制,因此,公私法混合契约只能采用“主导性理论”统一标识为行政协议。但是,其中的私法关系或内容不会随之改变法律性质,转变为公法关系或内容,仍然应当根据发生纠纷的性质,公法纠纷适用行政法、行政诉讼法;私法纠纷适用民法、民事诉讼法。

关键词 行政协议 公法 私法 混合契约

一、问题的提出

行政契约(亦称行政协议、行政合同,以下混用)是以区分公法与私法为前提。如果一个国家的法律制度不建立在公法和私法二元论基础上,就不存在行政契约概念,也不必区分行政契约和民事合同(或者行政协议和民事合同,以下混用)。行政契约与民事合同的划分未必泾渭分明。公私法混合契约(以下简称“混合契约”)就介于行政契约和民事合同之间,在契约定性上可此可彼。公私法混合契约就是一份契约中同时夹杂着公法关系和私法关系、公法内容和私法内容,彼此之间有着关联性。^{〔1〕}

英美国家因没有公法与私法二元论的法律制度,只有政府合同概念,亦即以政府为一方签订的所有合同。尽管有些政府合同可能适用与私人之间签订的普通合同不一样的、近似公法的特别规则,这些特别规则是“点状的”,“在行政规则中订定”,“被纳入到契约条款中”,^{〔2〕}但不

* 清华大学法学院教授。

本文中德国文献由华东师范大学法学院副教授李颖轶、德国海德堡大学法学院徐安妮提供译文,徐安妮协助核对有关德文文献。张咏、陈天昊帮助收集有关裁判文书,在此致谢。

〔1〕 亦有援引民法上的混合合同概念,认为公私法混合契约是“公法与私法上不同之契约类型相混合,而形成之单一契约”。参见江嘉琪:《公私法混合契约初探——德国法之观察》,载《中原财经法学》2002年第9期,第83页。

〔2〕 王必芳:《论法国行政契约的特点》,载(台湾地区)《台北大学法学论丛》总第102期(2017年),第117页。

会区分行政契约和民事合同,也不会出现混合契约概念,但会混合适用一般规则与特别规则。法国虽然采取“绝对的司法二元主义”,“行政合同制度得以脱离于私法合同制度与私法学者、私法法官们的束缚而独立发展”,〔3〕却不存在混合契约。这是因为法国行政合同不源自私法契约,界定方式也具有独特性。〔4〕法国采用公共服务理论,“若契约涉及公共服务之实现,该契约也将因之而被定性为行政契约”,“一旦出现‘公共服务’,就像一旦出现‘公权力’一样,相关法律关系即可被界定为公法关系。”〔5〕实际上存在不少合同近似我们所说的混合契约甚至民事合同,但是,它们“作为行政机关满足公共利益(特别是公共服务)的工具”,都被统合到单独构建出来的一套“由特权和特别从属所组成的完全的、自主的、源自判例的法制度”之中。〔6〕

德国早在 19 世纪末,“公法契约存在之可能性与正当性尚普遍受到质疑之际”,就提出了公私法混合契约(gemischt öffentlich-rechtlich/privatrechtliche Verträge)概念,就是一份契约同时包含公法和私法的规定,〔7〕“用以解释公务员任命关系之法律性质”。他们认为“此类契约有两个面相:与职务功能有关者,为公法关系;而与财产法有关者(例如公务员之薪俸请求权),在当时受传统国库理论之影响,认为系受私法关系所支配”。类似的混合契约还有电厂特许契约、能源经济特许契约、土地买卖与开发代金免除契约、厂商进驻契约、奖助学金契约。“德国学界及实务界之多数见解多肯认公私法混合契约理论上存在之可能性”,但是,在德国公私法二元区分的法律秩序下,理论上究竟有无混合契约存在的空间,向来是最具争议性的问题。〔8〕有关的理论探讨值得我们借鉴。

在我国,政府特许经营协议、土地房屋征收补偿协议、自然资源使用权出让协议、公租房合同、政府与社会资本合作(PPP)协议等,以往一直作为民事合同,由民事审判庭审理。《行政诉讼法》(2017 年修正)第 12 条第 11 项、《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》(法释〔2019〕17 号)第 2 条规定,却将上述合同定性为行政协议,由此引发了行政法学者和民法学者之间的激烈争论。双方围绕着行政协议的识别标准、范围和边界,各抒己见,互不退让。各自的理论预设基本上都是以行政协议或者民事合同为参照标本,非此即彼,很少意识到合同内容的公私法混合性。即便有所意识,也只是零星顺带提及合同内容的公法或者私法因素,对有关法律适用却不加思索,也不考虑诉讼程序的契合性,更没有明确地将上述合同作为混合契约来对待。这可能是迄今双方难以达成共识的根本原因。

如果转换到混合契约的视角,重新梳理和审视已有的研究与讨论,我们就会发现,在是否承认这些合同兼具公法和私法关系、合同应该如何定性、适用何种性质法律和诉讼程序等问题上,行政法学者和民法学者之间的意见存在严重的分歧。有的民法学者承认混合形态,民事合同中

〔3〕 李颖轶:《论法国行政合同优益权的成因》,载《复旦学报(社会科学版)》2015 年第 6 期,第 157 页。

〔4〕 参见同前注〔2〕,王必芳文,第 108-109 页。

〔5〕 陈淳文:《论行政契约法上之单方变更权——以德、法法制之比较为中心》,载(台湾地区)《台大法学论丛》第 34 卷第 2 期(2005 年),第 222 页,注释 20。

〔6〕 参见同前注〔2〕,王必芳文,第 118 页。

〔7〕 VGH München, BeckRS 2012, 52488 Rn. 17-19.

〔8〕 参见同前注〔1〕,江嘉琪文,第 73 页、第 74 页、第 77 页。

具有“行政因素”,“可能同时存在行政性质与民商法律关系”;〔9〕“除典型的民事合同外,行政机关参与订立的合同关系,很难完全排除其包含一定的行政法上的权利义务关系”。但是,这些合同“本质上属于市场行为”“只是涉及行政机关与相对人的权利义务关系,而不涉及行政权的行使”,应当是民事合同,〔10〕由民事审判庭管辖,适用民法、民事诉讼法。有的PPP协议专家根本不承认混合形态,主张PPP协议就是民事合同,其中的“行政性内容都可归于‘不具备有规范化实质意义的合同基本要素’之状态”。〔11〕行政法学者、行政法官却针锋相对地认为,因合同“具有行政法上权利义务内容”,应为行政协议,由行政审判庭管辖,适用行政法、行政诉讼法。为了平息双方争议,也有行政法学者建议“引入混合契约”,承认它们“是民事关系与行政关系兼而有之的混合体”,应当“区别不同性质的法律关系,在行政诉讼附带民事诉讼平台上,分别适用行政诉讼和行政法、民事诉讼与民法、合同法解决”。〔12〕还有建议将行政协议的约定条款进一步区分法定条款和意定条款,分别按照公法和私法方式审查。〔13〕但是,亦有反对“混合契约”看法,“不应把同时具备公私法内容的‘混合合同’划分为公法与私法两个部分并分别依据不同规范作出不同处理”,以“避免并行模式或竞争模式可能带来的弊端”。〔14〕上述争论至少说明这些合同内容性质的复杂性、混合性。

要想真正解决围绕着行政诉讼法和司法解释规定的上述有名合同的争论,我们也面临与德国一样的问题:是否承认公私法混合契约的现象?它们能否具有独立的法律地位?如何将其融入私法和公法二元化的法律体系?是统一定性,还是分别适用?统一定性之后公法或私法关系是否也会一起转变?本文梳理了我国混合契约形成过程,并按照其中公法和私法内容的关联程度,分别研究分割处理与统一定性方法,以及相应的法律适用,以期积极回应理论和实践上提出的上述问题。

二、混合契约的形成及其认识分歧

1. 混合契约是客观形成的现象

“中国特色社会主义市场经济改革要达到的目标是‘有为政府’与‘有效市场’相融合的经济。”形成了“市场双重竞争”,既有“在产业经济领域存在以企业为主体的市场竞争”,也有“在

〔9〕 崔建远:《行政合同族的边界及其确定根据》,载《环球法律评论》2017年第4期,第27页。

〔10〕 参见王利明:《论行政协议的范围——兼评〈关于审理行政协议案件若干问题的规定〉第1条、第2条》,载《环球法律评论》2020年第1期,第5页、第11页。

〔11〕 贾康:《PPP合同定性为“行政协议”将颠覆PPP的创新根基》,载《中国招标》2020年第1期,第54页。

〔12〕 余凌云:《论行政协议的司法审查》,载《中国法学》2020年第5期,第77页、第83页。

〔13〕 参见张运昊:《行政协议条款的合法性审查路径——基于价值中立的立场》,载《华中科技大学学报(社会科学版)》2021年第5期,第87页。

〔14〕 刘飞:《行政协议诉讼的制度构建》,载《法学研究》2019年第3期,第42-43页。

城市经济领域存在以政府为主体的市场竞争”。^{〔15〕} 因为“中国特色的联邦主义”“晋升锦标赛”对地方政府产生“强激励”，“地方政府间的激烈的行政竞争推动了地区间的经济竞争。”使得地方政府“有那么高的热情去维护市场，推动地方经济增长”。^{〔16〕} 地方政府通过引入社会资本，采用外包、民营化和公私合作方式，不断推进经济技术开发、公共设施建设、公用事业建设与经营、自然资源利用以及城市建设与更新的进程，并广泛运用与社会资本方签订行政协议方式，以容纳更宽松的商谈空间，达成各自的利益诉求。

行政机关与社会资本方签订的大量涉及经济内容的合同，都是基于平等地位签订的，都是双方合意的结果。由于地方政府掌握着一些最重要的资源，如行政审批、土地征用、贷款担保、各项政策优惠等，为吸引社会资源投入，争取社会资本方协力，拉动地方经济发展，便会主动做出不少优惠政策承诺，包括财政支持、税收减免、土地保障、规划调整、承诺对未来行政权的处分等。这些又是社会资本方寻求与行政机关合作的重要的或者不可或缺的考虑与期待。法律原则上也不禁止行政机关签订以这些行政行为为标的的合同。这近似德国。德国在秩序行政与给付行政领域，都允许“代替行政处分之行政契约、乃至以行政处分为标的或是预备作成行政处分之行政契约”。^{〔17〕} 但这类契约在法国原则上不被允许。^{〔18〕}

由于“中国模式”创造了经济奇迹，这些具有经济合作性质且被频繁运用的行政协议在我国经济和社会发展中发挥出重要作用，也很自然地立法者、法官和学者重点关注，成为《行政诉讼法》（2017 年修正）第 12 条第（十一）项、《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》（法释〔2019〕17 号）第 2 条明确列举的有名行政协议。仔细观察这些合同的形成过程以及纠纷解决，会发现这些行政协议与民事合同之间存在着千丝万缕的联系，难分难解。

在经济开发与招商引资、城镇化、市政公用事业运营、自然资源开发利用等方面，行政机关与社会资本方签订的很多合作项目，比如，社会资本方投资建厂、参与特许经营以及城市更新项目的开发建设，原本就是民事合同。但是，社会资本方将政府许诺的优惠条件当做标的，或者考虑到合同目的的达成需要行政权力的介入与协助，又担心行政机关日后不兑现、不协力，因此，

〔15〕 陈云贤：《中国特色社会主义市场经济：有为政府+有效市场》，载《经济研究》2019 年第 1 期，第 17 页。

〔16〕 周黎安：《中国地方官员的晋升锦标赛模式研究》，载《经济研究》2007 年第 7 期，第 37 页、第 43 页。

〔17〕 同前注〔2〕，王必芳文，第 142-143 页。比如，德国的厂商进驻契约，其中，地方政府会低价或免费提供土地、负责土地开发、放弃征收开发代金、给予经济补助、一定期限内免收地方税、设立或变更都市计划或开发计划。并要求厂商承担厂房建设或扩展义务、雇佣当地人员。待企业运转顺利，营收达到一定水准后提拨地方回馈金。厂商进驻契约就是一种公私法混合契约。但是，此类契约有可能会涉及政府上述承诺是否违法、“出卖公权力”问题。参见同前注〔1〕，江嘉琪文，第 93 页。

〔18〕 “代替行政处分之行政契约、乃至以行政处分为标的或者预备作成行政处分之行政契约，在法国不仅原则上禁止使用于秩序行政和课税行政，也鲜少在提供个人或公众的给付上发挥作用。”究其原因，是出于“防弊以及保有调整法律关系之权力等理由”。“以契约委托相对人行使单方权力，涉及权限的转移；以契约约定原本应以单方手段作成之措施，有如与相对人分享其权力；以契约约定将针对特定情况采取某决定，等于约束有权当局行使其决定权力之方向，进而限缩其合法拥有之裁量权力和判断自由。”但是，在特许经营中，行政机关可以承诺不核给其他竞争者特许或许可。同上注，王必芳文，第 93 页、第 127 页、第 141-143 页。

主动要求将政府应当承担的行政义务白纸黑字写入合同之中,以合同约定方式固定下来。这类合同就不再具有纯粹民事属性,而是混合了公法与私法关系,变成包含公法和私法内容的混合契约,或者是行政协议与民事合同共同组成的合同群。

这些合同,包括国有土地使用权出让合同、自然资源使用权出让协议、政府特许经营合同、政府采购合同、公租房合同、政府与社会资本合作(PPP)协议等,它们基本上都经历了由民事合同转变为行政协议、由适用民法、民事诉讼法转为适用行政法、行政诉讼法,由民事审判庭管辖到行政审判庭管辖的过程。不少合同以往管辖就不甚清晰,比如,国有土地使用权出让合同、房屋补偿安置协议、公共工程建设合同、招商引资合作协议等,在行政审判庭、民事审判庭之间来回游走,既作为民事合同,也当做行政合同。〔19〕

那些早先就被当做民事合同、由民事审判庭审理的合同类型,除了民商法学者承认的行政内容之外,其他内容已然完全适用民法规定。将它们标识为行政协议之后,对于这些民法已然先占的内容,怎么再重新将其论证为公法关系呢?难度极大。因为公私法之间在侵权、合同、财产等类似领域可能交织模糊,是“相互铰合”(Verzahnungen)关系,“无法划定清晰界限”。〔20〕“公法关系当以财产的价值为内容时,性质上最与私法关系类似。”“应遵从同样的规律,才适合公正的要求”。〔21〕这些合同中,除了有些行政义务是有明确行政法规定、可以断定是行政关系之外,很多内容的性质较为暧昧,是中性的,处于公法与私法交织的模糊地带。即便认为是公法关系,原则上也没有特别的公法规则,而是允许适用民法规定。法国与我国不同。在法国,判例法可以直接解决公法与私法争执。“绝对二元的司法体系,导致了私法合同规则与私法学者们无法直接干涉公法合同制度的形成与发展。”〔22〕但在我国,行政协议的鉴别不能不考虑其历史沿革以及民商法学者的认同。为尽快达成共识,这类合同可视为混合契约,承认包含公法和私法关系,再寻求妥善的解决方案。

之所以会形成公私法混合契约,第一,行政契约是市场经济理念和私法契约方式渗透到行政法领域的结果。尽管会发生变异,比如,在秩序行政领域运用的与行政命令接近的“假契约”、替代行政行为的纯粹行政契约,就与民事合同相去甚远、泾渭分明,但在经济领域运用的行政契约很大程度上是公私法产物,与民事合同交织难分。由于契约、侵权、雇佣、财产等处于公法与私法合法边界中的模糊地带,必然在性质识别和法律适用上成为公法与私法交织的场域。“在公法与私法契约间划出一道明确之区分界限,并非易事。”〔23〕更何况这些合同还经历了从民事合同到行政协议、由民事审判庭管辖到行政审判庭管辖、从适用民法和民事诉讼法到适用行政法和行政诉讼法的独特发展历程。要从中鉴别和剥离具有财产性质的公法和私法关系,更是不易。第二,由于我国地方政府之间存在“以经济增长为基础的晋升锦标赛”,这“提供了一种具有

〔19〕 参见郑春燕:《大陆行政合同的审查现状与困境》,载《浙江社会科学》2014年第11期,第108页。

〔20〕 刘飞:《以民事合同方式完成行政任务的可能性——以“永佳纸业案”为例的考察》,载《法学》2023年第5期,第59页。

〔21〕 [日]美浓部达吉:《公法与私法》,黄冯明译,中国政法大学出版社2003年版,第203页。

〔22〕 李颖轶:《法国行政合同优益权重述》,载《求是学刊》2015年第4期,第98页。

〔23〕 同前注〔1〕,江嘉琪文,第66页。

中国特色的激励地方官员推动地方经济发展的治理方式”,地方政府变得更加积极有为。“在政府官员手中拥有巨大的行政权力和自由处置权的情况下”,^[24]为了积极引入社会资本参与城市基础设施等公益性事业的投资和运营,地方政府与社会资本方洽谈合作时,就有很大的商谈空间,以满足各自的利益诉求。双方不会拘束于行政协议或者民事合同的条条框框,不刻意以行政协议或者民事合同的范式协商签订,而是完全取决于双方各自欲实现的目标,很大程度上必须服从于有利于促成和社会资本方合作、能够推动地方经济快速发展的重要目标。“为解决实际面临之问题,经常以高度之想象力,缔结凌越单一法领域之契约。”“若是欲以契约解决之问题包含公法与私法之面向,则契约内容超越单一之法领域,亦是不可避免,甚或是合乎逻辑之结果。缔结契约之时,当事人鲜少会为将来可能之诉讼,而预先为契约之定性预作规划。利用私法上之合意以达成公法上之条件或除去公法上之障碍之情形,实务上亦非罕见。”^[25]

2. 是否承认公法与私法关系的混合现象

德国承认,“一个契约中同时包含公法与私法要素之可能性在理论上无法自始被排除”。“混合契约中之公法与私法之契约标的虽然彼此独立可分,但并非毫无关系而立于同一契约中,标的间彼此有紧密之关联,相互依存而形成一契约之整体”。^[26]“这种混合契约不仅是可订立的,而且从一般程序法的角度来看,也并非不可接受”。^[27]比如,在土地买卖契约中约定,私人交付一笔价金,乡镇除应转移土地所有权之外,同时在公法上负有免除私人开发代金之义务,或者行政机关承诺公布或变更都市计划或进行特定之都市建设措施。

在我国,除了前述一些行政法和民法学者认可一个合同之中可以既有民事关系又有行政关系之外,一些学者、法官也主张,将行政协议兼具的行政性和协议性分拆开来,行政性归行政法,协议性归民法,“诉讼过程中还必须处理《协议解释》所规定的诉讼请求与参照《民法典》可能提起的诉讼请求之间的协调问题”。^[28]民事法官、行政法官也多不否认公私法混合状态。比如,在再审申请人中节能资产经营有限公司因与被申请人荆门实业投资公司及二审上诉人荆门京环环保科技有限公司、一审第三人深圳市宇新环保有限公司股东出资纠纷案中,民事法官认为,“行政合同中既含行政性要素,又含契约性要素,行政合同中关于民事权利义务内容的约定,可以适用民商事法律的规定”。“从行政合同的概念及实践看,行政合同的内容并非全部为不平等主体间的非民事权利义务约定,如合同标的物的转移接受、合同对价的给付、违约责任等条款约定即涉及民事权利义务处分。因此,行政合同本身并不必然排斥民事权益约定或部分内容需民事权利义务规则处理的可能。”^[29]又比如,在香港斯托尔实业(集团)有限公司、泰州市人民政府、泰州市海陵区人民政府、江苏泰州海陵工业园区管理委员会招商引资协议案中,最高人民法院行政法官同样承认,“协议内容除包括相关民事权利义务约定外,还包括大量难以与协议相

[24] 同前注[16],周黎安文,第48页。

[25] 同前注[1],江嘉琪文,第89页、第96页。

[26] 同上注,第77页、第85页。

[27] Wolfram Manstein, Der öffentlich-rechtliche Vertrag in der Praxis des Notars, MittRhNotK 1 (1995), S. 3.

[28] 章程:《论行政协议变更解除权的性质与类型》,载《中外法学》2021年第2期,第466页。

[29] 最高人民法院(2016)最高法民再234号民事判决书。

分离的行政权利义务约定”。〔30〕

3. 混合契约不具有独立的法律地位

那么,混合契约是否具有独立的法律地位?是否承认其为介于行政契约和民事合同之间的独立契约形态呢?德国对此有两种观点。一种观点主张,混合契约可以具有独立法律地位。应该放弃固有的公私法契约的区别,针对混合契约,“建构一套统一适用的规范”,〔31〕“发展出适用于行政机关与私人间缔结之所有契约之一般法规范、法理论”。〔32〕英美国家也有类似观点,主张单一的法律体系在控制具有混合特征的行政(mixed administration)上显然不如混合的法规规范体系来得有力,来得有用。〔33〕有一些政府合同就是一般规则与特殊规则并用。但是,在德国公法和私法二元法律秩序下,这却很难想象。该观点在德国就不可避免地被视为另类见解,旁门左道。另一种观点主张,由于德国实行公法与私法二元法律制度,不承认混合契约具有独立法律地位,不是介于行政契约和民事合同之间的一种独立形态。

在我国公法与私法二元法律制度下,无论在民法还是行政法理论上,公私法混合契约概念或许都鲜为人知,更不用说承认它具有一种独立的、介于行政合同和民事合同之间的合同形态。因此无论在理论还是实践上,都会将其塞入既有的行政协议或者民事合同之中。

4. 在定性上存在意见分歧

那么,对这个混合体,怎么定性呢?在早期,德国理论上认为,“不必对行政合同的性质作统一判断,应承认同时具备两种属性的混合合同的存在,并分别基于不同部分的法律属性确定救济途径”。〔34〕在德国判例法上,也有将混合合同视为可分合同,拆解为两个部分的做法:将公法部分归属行政法院管辖、适用公法调整或公法与私法叠加调整,将私法部分转归普通法院管辖,适用私法调整。〔35〕但这无疑会导致实体法和程序法的撕裂。所以,后来德国转向主张统一定性,并成为通说。“认定一契约为混合契约,仍必须面对此一二元体系之‘异物’如何适用实体法与程序法之规定,亦即如何使其融入现行法律体系之问题,避免其受现行法律体系所排斥。”“一个契约仅能有一种法律性格”,“在二元司法体系下须做单一之定性”。“契约性质之认定,主要应依单一性原则就契约所规范之事实做整体综合之判断”。〔36〕

在我国,民法学者和行政法学者对行政协议的判断标准本来就存在严重的意见分歧。《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》(法释〔2019〕17号)第1条对行政协议的认定又坚持,只要具有“行政法上权利义务内容”,不论是否构成主要、次要或者附带条款,概无例外,一律都标识为行政协议。而且,为了避免法律关系过于复杂,以至于在适用实体法和程序

〔30〕 最高人民法院(2017)最高法行再99号行政裁定书。

〔31〕 同前注〔1〕,江嘉琪文,第94页。

〔32〕 江嘉琪:《公、私法混合契约之合法要件及瑕疵之法律效果》,载《中原财经法学》2003年第11期,第8页。

〔33〕 Cf. Carol Harlow & Richard Rawlings, *Law and Administration*, Butterworths, 1997, p. 250-251.

〔34〕 同前注〔14〕,刘飞文,第42页。

〔35〕 判例可参见联邦行政法院“土地回购协议”案,BVerwGE 84, 183=NJW 1990, 1679。

〔36〕 同前注〔1〕,江嘉琪文,第77-78页。

法上的割裂,便化繁就简,只要归类到行政协议之中,原先混合的法律关系就应当随之转变为单一的行政关系。这更加剧了行政法学者和民法学者之间理论上的争执,也进一步延伸到司法审判中,变成行政审判庭和民事审判庭之间的管辖争议,还关涉到在法律适用上是“适用”还是“参照适用”的争议。

这反过来又加大了行政协议和民事合同之间的区别以及说服民法学者、民事法官的难度。一些行政法学者也据此批评《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定法释〔2019〕17号》第1条关于行政协议定义中的主体、目的、合意及效果(内容)四个要素的规定,认为内容要素不是必要条件,仅是“发挥补强行政协议识别的重要功能”,^{〔37〕}“在很多情况下,仅通过合意的内容难以明确协议的法律属性,行政机关是否具有法定职责便成为判断标准中的‘本质要素’”。^{〔38〕}而且,就是对于“行政职责”要素的解释,最高人民法院行政法官和民事法官也观点相左,前者倾向于扩张解释,而后者则倾向于缩限解释。^{〔39〕}这些讨论实际上已经与公法和私法划分相去甚远了。“契约标的对于契约性质之确定有绝对之重要性”,“依据契约标的说,契约性质之认定准据应是契约内容”。^{〔40〕}对内容要素的判断,本就应该结合主体身份、行政目的、法律关系、行政职权、行政职责等因素综合判断。这与公法和私法区分并非单一标准,而是趋向多维度的综合判断是一致的。

立法参与者、法官、学者都不能平心静气地接受定性结果。不仅行政法学者与民法学者之间、行政法官与民事法官之间对某些合同争来争去、互不相让,比如国有土地使用权出让合同、^{〔41〕}政府特许经营合同^{〔42〕}还有无名合同如何定性,^{〔43〕}而且,就是对合同同一个(类)内容的性质

〔37〕 陈天昊:《行政协议的识别与边界》,载《中国法学》2019年第1期,第146页。

〔38〕 徐健:《功能主义视域下的行政协议》,载《法学研究》2020年第6期,第101页。

〔39〕 参见同前注〔37〕,陈天昊文,第140页。

〔40〕 同前注〔1〕,江嘉琪文,第69页、第72页。

〔41〕 《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》(法释〔2005〕5号、法释〔2020〕17号)一直坚持将其作为民事合同审理。但是,很多地方行政程序立法又将国有土地使用权出让合同明确列为行政合同。比如,《湖南省行政程序规定》(2008年)第93条第2款第2项、《海口市行政程序规定》(2013年)第80条第2款第2项、《兰州市行政程序规定》(2015年)第76条第2款第2项规定。

〔42〕 《行政诉讼法》(2014年)第12条第11项、政府特许经营合同就是行政协议。但在辉县市人民政府与河南新陵公路建设投资有限公司合同纠纷上诉案中,最高人民法院民事法官却认为,本案合同虽然是“典型的BOT模式的政府特许经营协议”,但“并未仅就行政审批或行政许可事项本身进行约定,合同涉及的相关行政审批和行政许可等其他内容,为合同履行行为之一,属于合同的组成部分,不能决定案涉合同的性质。”该合同应当定性为民商事合同。参见最高人民法院(2015)民一终字第244号民事裁定书。

〔43〕 比如,在四川省文秀投资有限公司、眉山市东坡区人民政府申请确认仲裁协议效力其他民事裁定书中,对于案涉东坡区人民政府与文秀投资公司就四川省红十字博爱老年康复中心项目签订《项目投资合同》,民事法官指出,“虽然案涉合同中记载有‘东坡区人民政府启动土地办证程序’‘未经批准改变用途的,政府将收回土地重新出让’等内容,但并未涉及具体的行政审批、行政许可等事项,不能据此认定案涉合同具有行政法上的权利义务内容。因此,合同具有明显的民商事法律关系性质”,不是行政协议。参见四川省成都市中级人民法院(2018)川01民特416号民事裁定书。

如何判断,民事法官之间也意见不一。^[44]有些民事法官根本回避对合同中内容的公法性质乃至合同整体性质做出判断,^[45]也不对公法内容及其对合同效力影响进行审查,而是完全用民事术语和审查方法解决合同纠纷,^[46]或者将行政性质认定成民事性质。^[47]

其实,客观地说,这些性质有争议的合同在行政审判庭和民事审判庭之间都有审判实践,既适用过民法、民事诉讼法,也适用了行政法、行政诉讼法。无论哪种诉讼途径和救济方法,都能顺利解决不少合同纠纷,审判效果有时还难分优劣。^[48]其中的缘由耐人寻味。如果我们接受这些合同实际上是公私法混合契约,对于合同应当定性为行政协议还是民事合同,大可不必太纠结。我们真正应该关注的实际上是其中公法或私法内容是否会随之改变法律性质以及相应

[44] 比如,在重庆红星美凯龙企业发展有限公司与玉林市人民政府、玉林市玉东新区管理委员会合同纠纷案中,对于案涉《合作协议》《补充协议(一)》约定的玉林市政府、玉东新区管委会的主要合同义务,包括完成前期征地拆迁工作、给予政策优惠,补贴财政扶持金、给予政策优惠、协助办理国有土地使用权证、协助办理项目审批报建及工商、税务登记手续等,一审法院的民事法官认为,“这些事项属于行政机关依法行使行政职权的范畴,而不属于平等民事主体之间的民事权利义务”,这些合同应该是行政合同。最高人民法院的民事法官却认为,《合作协议》规定玉林市政府的主要义务是提供用地,出让国有土地使用权,“应属于民事合同”。《补充协议(一)》规定甲方玉东新区管委会协助乙方重庆红星公司、广西拓福公司办理《国有土地使用权证》、项目审批等手续,并给予乙方优惠政策。“从约定内容可见,甲方协调乙方办理手续不是行政机关行使行政职权的行为,而是辅助另一方合同主体履行合同,非行政管理事项,亦属于民事合同。”参见最高人民法院(2017)最高法民终350号民事裁定书。

[45] 比如,在香港大横沥国际度假村投资管理公司等与绵阳市人民政府土地出让合同纠纷上诉案中,案涉《购买土地协议》是经绵阳市政府招商引资,由其所属职能部门经开区委管委会与大横沥公司签订的。该协议内容既包含项目规划、投资规模及选址,也包括供土数量、方式、价格和供地范围、项目实施方式、优惠政策等内容。民事法官没有鉴别合同内容的公法因素,只是笼而统之地说,该合同“具备了一定时期常见的政府招商引资及与此相关的土地出让、政策优惠等基本条款,是新南湖项目招商引资的总体性协议”。参见最高人民法院(2017)最高法民终194号民事判决书。

[46] 比如,“淮南市国土资源局与淮南禹洲房地产开发有限公司建设用地使用权出让合同纠纷上诉案”,淮南国土局以土地现状出让土地,“地上仍有大量建筑物未拆迁完成,不符合国土资源部、住房和城乡建设部《关于进一步加强房地产用地和建设管理调控的通知》第4条中关于‘不得毛地出让’的规定”。但是,民事法官回避了关于“毛地出让”违法性的判断,一审法院要求淮南国土局明确目前状态下能否与禹洲房产公司签订合同,继续交易,淮南国土局至今未能回复”的事实,认定“合同目的已难以实现”,同意禹洲房产公司要求退回定金的诉求。参见最高人民法院(2016)最高法民终字第729号民事判决书。

[47] 比如,在攸县人民政府、株洲市望云房地产开发有限公司合同、无因管理、不当得利纠纷二审民事判决书中,最高人民法院民事法官认为,“攸县人民政府对望云公司开发建设案涉城市综合体及配套城市广场项目所作奖励承诺,是其作为该宗国有土地所有权人,为保障案涉城市综合体及配套城市广场项目顺利开发建设,基于《国有建设用地使用权出让合同》作出的据实性奖励承诺,该行为属民事法律行为,而非行政奖励行为。”参见最高人民法院(2018)最高法民终595号民事判决书。

[48] 比如“萍乡市亚鹏房地产开发有限公司诉萍乡市国土资源局不予更正土地用途登记案”,案涉争议是双方对合同约定的“冷藏车间维持现状”理解不同,该案无论是以民事案件还是行政案件来审查,审判效果毫无二致。参见余凌云:《行政协议的判断标准——以“亚鹏公司案”为分析样本的展开》,载《比较法研究》2019年第3期,第114-115页。

的法律适用问题。

三、分割处理的尝试

要想尽快走出争议的旋涡,一个最简单的方法就是将契约中公法与私法内容分割开,在公法与私法二元法律秩序下,各归其位。这在理论上并非完全不可能。但是,必须从技术上考虑一个契约中不同性质纠纷能够得到妥善解决。因此,混合契约可以根据其中公法与私法标的(内容)的关联程度,分为可分割和不可分割两种。可分割的混合契约是公法与私法标的(内容)联系不甚紧密的契约,可以做物理上的分割。不可分割的混合契约是公法与私法标的(内容)密不可分的情况,它们相互依存,离开了其中一个,另一个不能独立存在。它们所适用的定性方法不同,分别是采用分割后分别定性和对整体的统一性。

1. 德国的看法

在德国,对于仅是将两个以上独立的合同合并同一份文件中,或者对于一个混合契约中,包含相互独立的公法和私法规定部分,彼此之间不存在联系、至少没有互为依存的紧密联系,可以采用“分割理论”,将其视为可分割的合同,分开处理。^[49]或者只有在私法性质的给付和公法性质的对待给付之间不存在相互依赖的情况下,比如,既存在需要根据公法评价的给付和对待给付,又存在需要根据私法定性的给付和对待给付,^[50]才允许拆分。如果公法和私法性质的给付之间存在双务合同的交换关系,就排除了拆分的可能性。^[51]针对此类“叠加型”合同中某些条款的内容和有效性的争议,也可能分别通过不同的法律途径进行裁决。^[52]将公法部分归属行政法院管辖、适用公法调整或公法与私法叠加调整,将私法部分转归普通法院管辖,适用私法调整。^[53]但是,“此种看法早已被学界抛弃”。^[54]理由是,“若将之割裂,则同一契约关系中之权利义务,关于其是否成立、内容之合法性等等,将适用不同之法规范,将使法律关系过于复杂;此外将导致诉讼途径之分裂,公法部分由行政法院管辖,私法部分由普通法院管辖,将导致同一法律关系由不同法院审理,产生不同判决之风险。”^[55]

其中较有争议的是组合契约(Zusammengesetzte Verträge),也就是“多个公法或私法之契约标的,彼此并无关联,仅是偶然被规范在同一个契约文书中”。它实际上与“‘公私法混合’性格

[49] VGH München, BeckRS 2012, 52488 Rn. 17-19; BVerwG, NVwZ 2018, 993; Bader/Ronellenfitsch/Kämmerer, 66. Ed. 1. 1. 2025, VwVfG § 54 Rn. 50.

[50] Franz-Joseph Peine, Entwicklung des Verwaltungsverfahrenrechts - ein Forschungsprogramm, LKV 1 (2012), S. 4.

[51] Wolfram Höfling und Günter Krings, Der verwaltungsrechtliche Vertrag: Begriff, Typologie, Fehlerlehre, JuS 7 (2000), S. 628.

[52] VGH München, BeckRS 2012, 52488 Rn. 17-19.

[53] 判例可参见联邦行政法院“土地回购协议”案, BVerwGE 84, 183 = NJW 1990, 1679.

[54] 同前注[14], 刘飞文, 第 42 页。

[55] 同前注[1], 江嘉琪文, 第 81 页。

相去甚远”,但仍有少数文献认为它也是混合契约。比如,私人和行政机关间签订土地买卖与开发代金免除契约,土地买卖与开发代金免除二者之间有关联,该契约是混合契约。但是,私人 and 行政机关间有关开发代金免除的合意,又同时向行政机关购买二手交通车,“二者并无事物上之关联,仅因契约当事人相同,为图方便,将之写于同一份契约书中”。组合契约既然彼此之间没有关联,当然可以做物理分割,实际上也应该分开处理。“既是无关联之契约标的偶然规范于同一契约文件中,自然是以分割各标的,分别适用合其性质之法律为唯一合理之定性方法”。〔56〕

2. 我国的经验

从我国实践上看,混合契约是一份公法与私法内容有关联,具有共同的合同目标的合同。公法和私法内容即使依存程度较为疏远,甚至相互各自独立,也不宜分割,而应当统一定性。混合契约无论是发生民事争议、行政争议,还是两种争议一并发生,从解决合同争议的便利性、完整性看,也不宜分割,都应当一案处理。否则,由民事审判庭和行政审判庭分别管辖,可能导致对事实认定不同、裁判衔接困难,且不利于实质化解纠纷。而且,审查行政机关在行政内容、民事内容上是否违约,一般离不开对民事约定、行政约定履行情况的分析。它们之间多半具有一定因果关系。因此,我国不承认混合契约的可分割性,混合契约都是不可分割的。

在这方面,我们有过不甚成功的分割经验与教训。在2014年《行政诉讼法》修改之前,因为当时单向性的诉讼结构只能审查单方行为,无法解决双方行为纠纷,不得已将行政协议中行政内容拆解出来,实行“行为审”而非“合同审”。比如,将合同约定的行政优惠政策、未来行政权的处分与合同本身进行切割,对于在合同履行过程中出现的行政优惠政策不落实、行政机关对未来行政权处分的行政承诺不兑现的行为,不作为合同纠纷,而是单独挑出来,“采用我们擅长的与单方行为一样的方式处理”。但是,这种分割技术弊端很多,不仅无法妥善解决合同纠纷,还“从根本上否定了行政行为与行政契约、单方行为与双方行为之间的理论划分”。〔57〕

我国与德国不一样。在我国,实践上遇到的两个以上相互独立的合同组成的合同群,往往不是彼此毫不相干的组合契约,而是围绕着一个开发合作目的,在一个框架协议之下形成的合同群。其中既有行政协议、也有民事合同,它们之间具有主从合同关系,或者是总体性、框架性协议和执行性协议关系。此类合同群不是混合契约。最典型的就是政府与社会资本合作(PPP)协议、经济开发投资合作协议、公私合作协议,“一般并非由单一的行政协议组成”,“多数情况下表现为合同群”。〔58〕如果体现为单一合同,应当是混合契约。如果是合同群,不能将其视为混合契约,而应当就每个合同进行考察认定。由政府与社会资本方签订的框架协议具有行政法内容,是行政协议或者混合契约;由下级政府、职能部门、管委会或者其他授权单位与社会资本方签订的执行框架协议的具体合同,可能是民事合同、行政协议或者混合契约。

为了更好地解决此类合同群的纠纷,“相对人也可以与政府在民事属性的主合同之外,另行签订一个行政契约,事先做好技术上的分割。并且约定,在主合同上发生的争议允许申请仲裁、民事诉讼”。〔59〕对于各自发生的争议,如果完全可以分割处理,可以分别作为行政协议、民事合同

〔56〕 同上注,第88-89页。

〔57〕 同前注〔12〕,余凌云文,第67-68页。

〔58〕 梁凤云:《行政协议司法解释讲义》,人民法院出版社2020年版,第255页。

〔59〕 余凌云:《行政契约论》(第3版),清华大学出版社2022年版,第247页。

依据行政诉讼、民事诉讼路径解决。“考虑到 PPP 特许经营协议所兼具的公法性和私法性,依据纠纷产生的原因不同而适用不同的救济路径:如果是因政府监管等单方行为引起的法律争议,那么应归于行政诉讼;但若是因其他原因,如行政主体方‘违约’或由于风险分担引发争议,则民事纠纷的解决机制就更为合理。”^[60]但是,实际上能否如愿地分割解决,还取决于合同群中发生纠纷的类型以及彼此之间的关联程度。如果发生争议与框架协议的公法内容密不可分,具有因果关系,或者同时发生两种不同性质的争议,且交织在一起,从技术上无法分割处理,就不宜分开处理。

比如,在上诉人江西省宜轩投资实业有限公司、都江堰市胥家镇实新社区村民委员会、都江堰市胥家镇人民政府因与被上诉人都江堰市人民政府合同纠纷案中,宜轩公司与市政府签订的《投资协议》应该是一个合作框架协议,属于行政协议,其中同意在宜轩公司确保安置约定的灾民人数前提下,按 15 万元/亩价格收购全部或部分集体建设用地指标。为了落实《投资协议》,宜轩公司与实新村、镇政府分别签订《流转合同 1》《流转合同 2》。它们“虽然都是针对同一灾后重建项目,但合同约定的具体条款有所不同,是两份不同的合同,不具有共同的诉讼标的。”案涉争议是实新村、镇政府、市政府未按约定履行用节约集体建设用地指标置换宜轩公司建设成本和回报款义务。最高人民法院民事法官认为,“虽然《流转合同 1》及《流转合同 2》都约定了确保由该市国土局确认经镇政府调剂平衡后的实新村节约集体基本建设用地指标 776.7 亩流转给宜轩公司或宜轩公司指定的开发公司(实施主体),但《投资协议》中约定的市政府权利义务中并无对案涉集体基本建设用地指标 776.7 亩的明确约定。在集体建设用地指标数额这一问题上,市政府与实新村、镇政府并不存在共同的义务,原审法院不能以此为依据追加市政府为共同被告。”^[61]这似乎值得商榷。《流转合同 1》《流转合同 2》是《投资协议》之下的执行性合同。它们之间构成了有着内在关联的合同群。《投资协议》完全可以对指标置换做原则规定,不明确具体数目,交由《流转合同 1》《流转合同 2》明确具体指标。宜轩公司与实新村签订的《流转合同 1》因没有落实具体指标而发生的纠纷,实际上连带着《投资协议》也发生纠纷。对《流转合同 1》纠纷的解决,就无法与《投资协议》分割处理。在集体建设用地指标数额这一问题上,市政府与实新村、镇政府应当承担共同的义务,只不过市政府应当承担兑现并督促实新村、镇政府落实指标的义务,实新村、镇政府承担具体落实指标的义务。原审法院追加镇政府、市政府为本案共同被告,应当不存在程序错误。

四、不可分割的合同性质识别

如果混合契约不可分割处理,那么,怎么把它归入公法与私法二元法律秩序之中呢?在德国,如果混合契约中的私法和公法权利和/或义务相互依存,即具有对价关系(synallagmatisch)并需根据一致的规定进行评估,通说不允许拆分,应根据合同关系的整体性质进行判断。^[62]也就是应当做单一定性或者统一定性。因为在公法与私法二元法律体系中,没有中间地带,不承认

[60] 胡改蓉:《PPP 模式中公私利益的冲突与协调》,载《法学》2015 年第 11 期,第 34 页。

[61] 最高人民法院(2015)民二终字第 431 号民事裁定书。

[62] VGH München, BeckRS 2012, 52488 Rn. 17-19.

有介于公法和私法之间形态的契约,必须归入行政契约或者民事合同之中。同样,在我国,对于无法拆分的混合契约,也否定混合契约在法律上的独立性,不认为它是专门一类既有别于行政协议又不同于民事合同的独立合同类型。在技术上应当做整体定性。混合契约要么是行政协议,要么是民事合同。那么,对合同整体属性应当怎么判断呢?

1. 按照合同条款的性质

(1)德国的“主导性理论”和“重要性理论”。“主导性理论”较为激进,认为“契约中仅须有一给付为公法性质,该契约即应定性为公法契约”。“即使此部分并非有绝对之重要性,公法亦决定契约之整体性格”。理由主要是,第一,“公法作为特别法,不能受私法所支配。”第二,公法具有适用优先性。^[63]第三,可以防止高权主体一方通过契约“逃逸于更为严格的公法规范之外”。对于合同定性,“在存疑的情况下,应将具备私法要素的契约在整体上视为公法合同。以此为依据确定合同的公法属性后,则该公法合同项下的所有争议都会被提交行政法院审理。”“就个案而言,诉讼基于合同的哪部分提起,对于区分法律救济途径来说,不具有决定意义。”“即便公法合同双方当事人争议的内容仅涉及合同中的民事关系部分,具有管辖权的仍然是行政法院。”^[64]“主导性理论”会使得行政契约的适用范围大为扩张。^[65]

“重要性理论”或者“重点说”(Schwerpunkttheorie)主张,根据具体合同中公法或私法要素的比重大小,识别为行政契约或民事合同,分别适用公法或私法。^[66]“契约之重点何在,须当事人之意思、利益状态、契约之目的与经济上之结果综合判断。”^[67]如果合同包含公法义务,并且该义务不是次要条款或无关紧要的附属约定,或者与此类义务相关联,亦或该义务构成合同的主要内容,具有“决定性特征”,^[68]就足以将合同视为行政契约。^[69]这种看法目前在德国联邦法院(BGH)的判例中占主导地位。^[70]

(2)“重要性理论”和“主导性理论”在我国运用上的问题及其解决方案。我国民法学者也有支持“重要性理论”的。“在一合同关系中同时存在行政性质与民商法律关系的属性的情况下,对该合同的定位应该看哪种性质处于更重要的地位,更起主导作用。”“对等的权利义务关系占据重要位置、比重”,应当是民事合同。^[71]民事法官也有持此观点的,比如,在巴中市人民政府诉四川巴万高速公路有限公司申请确认仲裁协议效力案中,民事法官认为,“涉案特许权协议并未

[63] 参见同前注[1],江嘉琪文,第78页、第81页、第86页。

[64] 转自同前注[14],刘飞文,第43页。

[65] Hartmut Maurer, Christian Waldhoff: Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Auflage. C. H. Beck, München 2024, § 14 Rn. 13.

[66] Wilfried Erbguth, Annette Guckelberger: Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozess- und Staatshaftungsrecht, 10. Auflage. Nomos, Baden-Baden 2020, § 24 Rn. 7.

[67] 同前注[1],江嘉琪文,第86页。

[68] VGH München, BeckRS 2012, 52488 Rn. 17-19; BVerwG, NVwZ 2018, 993; Bader/Ronellenfitsch/Kämmerer, 66. Ed. 1. 1. 2025, VwVfG § 54 Rn. 50.

[69] VGH München, BeckRS 2012, 52488 Rn. 17-19.

[70] OLG Schleswig, NJW 2004, 1052 (1053).

[71] 参见同前注[9],崔建远文,第27页。

仅就行政审批或行政许可事项本身进行约定,其涉及的相关行政审批和行政许可等其他内容,均为协议履行行为的一部分,属于该协议的组成部分,并不能仅以此决定涉案协议的实质性质”。应当认定为民商事合同性质。^[72]但是,最高人民法院的民事法官没有特别强调重要性,而是主张,“应根据合同签订主体之间的地位、合同约定内容反映的法律关系性质等多方面综合判定”。^[73]

若是采用“重要性理论”,仅因公法内容不构成合同主要内容,就将其标识为民事合同,由民事审判庭管辖,在审理过程中发现存在行政纠纷,该如何处理?德国在 Schleswig 高级地区法院(OLG Schleswig)的判决中,明确指出,在这种情况下,应始终遵循“特征理论”(Gepräge-Theorie)。根据《德国法院组织法》第 17 条第 2 款第 1 句(§ 17 II 1 GVG)的规定,普通法院在处理混合契约时,可以裁决主要涉及公法性质的争议问题。^[74]而我国民事诉讼法却无此规定。民事审判庭无法适用行政法和行政诉讼法解决,而适用民事诉讼、民法规定,不仅违反公法和私法二元制度结构,也无法妥善解决这类纠纷。

对于混合契约中的公法因素,民事法官常用的审理方式,比如,坚持合同相对性。如果合同一方行政机关不具有权限,就判决合同无效。^[75]但是,不审查合同一方行政机关与有权行政机关之间是否存在行政委托关系(比如,管委会是否由地方政府授权签订项目合作协议),就不能轻率地判定合同无效。比如,区分合同的效力问题和实际履行问题。如果合同有效,行政机关不能履行行政约定,就判决构成违约,却又不能判决继续履行。^[76]但是,不审查行政约定的合法性(比如承诺出让土地、调整规划是否越权违法),也无法断定合同有效。而且,不责令行政机关履行合法有效的行政约定,或者要求行政机关履行越权违法的行政约定,都无法真正满足受让方的诉求、维护其合法权益。又比如,出让方不交付土地、不移交勘查作业区或者矿区、颁发

[72] 参见北京市第二中级人民法院(2017)京 02 民特 11 号民事裁定书。

[73] 参见上诉人海阳市国土资源局因与被上诉人烟台泰盛置业有限公司及原审第三人海阳经济开发区鲁古埠村村民委员会建设用地使用权出让合同纠纷管辖权异议案,最高人民法院(2017)最高法民辖终 328 号民事裁定书。

[74] OLG Schleswig NJW 2004, 1052.

[75] 比如,在北京中科拜克生物技术有限公司等与辽宁东戴河新区管理委员会等建设用地使用权出让合同纠纷上诉案中,东戴河管委会与北京中科公司签订的《项目合作协议书》《补充协议》约定的主要内容为,东戴河管委会在生命科学园内无偿提供 60 亩土地。最高人民法院民事法官承认,“东戴河管委会代表地方政府招商引资”。但是,没有进一步审查上述约定是否存在行政委托。而是直接断定,“东戴河管委会作为同级人民政府派出机构,无权签订土地使用权出让合同”。参见最高人民法院(2017)最高法民终 340 号民事判决书。

[76] 比如,在香港大横沥国际度假村投资管理公司等与绵阳市人民政府土地出让合同纠纷上诉案中,一审法院民事法官认为,案涉《购买土地协议》能否对出让问题进行约定及是否按法定程序办理了国家建设用地审批手续,涉及的分别是合同的效力问题和实际履行问题。经开区管委会能否按法定程序办理建设用地的一应手续,能否获得批准,属于经开区管委会和绵阳市政府对自己履约能力及合法性的判断问题。如因未能获得批准而导致协议履行受阻,其应对不能履行协议承担责任,而不影响协议约定本身的效力。并非常大胆地“判决《土地出让协议》亦应确定为有效并应继续履行”。但是,这立即遭到了最高人民法院民事法官的反对,“《购买土地协议》合法有效并不意味着大横沥公司和新南湖公司要求‘判令绵阳市政府、经开区管委会继续履行其在《购买土地协议》中所约定的义务’的一审诉请就能够得到支持。”参见最高人民法院(2017)最高法民终 194 号民事判决书。

矿产资源勘查许可证或者采矿许可证,只能支持受让方解除合同。〔77〕因为要求出让方交付土地、移交作业区或者矿区、颁发许可证,不是单纯地要求其履行合同义务,而出让人作为所有人也有权处分物权那么简单,而是责令行政机关履行行政审批职责。民事诉讼却不具有这种救济功能。再比如,只处理合同关系本身,不审查与合同关系密切相关的行政行为,“易发生程序延宕结果冲突的风险。”〔78〕而要摆脱上述制度困境,除非再将该案转移给行政审判庭。那就不如开初就识别为行政协议。

行政法学者、行政法官考虑到私法框架不能完全解决行政协议纠纷,倾向于“主导性理论”。〔79〕最高人民法院司法解释没有采纳“重要性理论”,而是采用了“主导性理论”。从《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》(法释〔2019〕17号)第1条规定看,只要是具有“行政法权利义务内容”的混合契约,这些行政内容只要不是宣誓性的、简单重复法律规定(比如,新建建筑物、构筑物及其附属设施应当符合出让宗地规划条件),那么,无论这些行政内容是否为客体给付与内容义务的主要部分或者关键部分,还是“次要条款或无关紧要的附属约定”,都一律识别为行政协议。〔80〕但是,也有民法学者认为应当加以限制,采用非市场行为性标准,行政协议应当是替代行政行为的方式,是“行政机关行使行政职权的一种方式”,“具有非市场行为性”。〔81〕

采用“主导性理论”,不仅基于公法优先性,可以防止“公法遁入私法”,维护依法行政,还因为行政诉讼具有程序优势。因行政诉讼法规定了可以一并解决民事争议,足以应对仅发生行政争议或者同时发生行政争议和民事争议等情形。最高人民法院民事法官也承认,“考虑到相关合同(国有土地使用权出让合同)中融入了行政职权、对合同纠纷的审理需要对行政行为的合法性展开审查等因素,通过行政诉讼对行政行为的合法性与合同争议一并审查,亦便于争议的一揽子解决。”〔82〕为解决审判能力问题,可以由民事审判庭派出民事法官,和行政审判庭的行政法官共同组成合议庭进行审理。

但是,“主导性理论”也并非无懈可击。如果行政法官在审理过程中发现仅是私法部分发生争议,行政约定是沉睡条款,与合同争议无关,怎么办?是否要再重新标签为民事合同,转移至民事审判庭审理?而且,实践中,一些当事人及其律师为了规避民事诉讼要缴纳的昂贵诉讼费

〔77〕 参见《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》(法释〔2020〕17号)第4条规定:“土地使用权出让合同的出让方因未办理土地使用权出让批准手续而不能交付土地,受让方请求解除合同的,应予支持。”《最高人民法院关于审理矿业权纠纷案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2020〕17号)第4条第1款规定:“出让人未按照出让合同的约定移交勘查作业区或者矿区、颁发矿产资源勘查许可证或者采矿许可证,受让人请求解除出让合同的,人民法院应予支持。”

〔78〕 陈无风:《行政协议诉讼:现状与展望》,载《清华法学》2015年第4期,第101页。在田阳县新山新能燃气有限责任公司等与平果华商清洁能源有限公司等特许经营权纠纷上诉案中,上诉法院认为:“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。”参见百色市中级人民法院(2012)百中民一终字第385号民事判决书。

〔79〕 同前注〔14〕,刘飞文,第43页;王旭军:《行政合同司法审查》,法律出版社2013年版,第116页。

〔80〕 参见同前注〔48〕,余凌云文,第104-108页。

〔81〕 同前注〔10〕,王利明文,第12页。

〔82〕 海南香江德福大酒楼等与海口市国土资源局建设用地使用权出让合同纠纷上诉案,最高人民法院(2015)民一终字第83号民事裁定书。

用,对于仅为民事争议的混合契约,也要求行政复议机关、法院将混合契约识别为行政协议,允许其提起行政复议、行政诉讼。这不仅让行政复议机关、行政审判庭无法发挥其擅长的行政合法性审查,还打破了民事审判庭和行政审判庭之间的合理分工。

从理论上说,由行政审判庭审理民事案件,或者由民事审判庭审理行政案件,也不是不可以。在普通法院内部,行政审判庭和民事审判庭的管辖划分本质上属于内部分工。在不同审判庭之间适度调整案件管辖并非没有先例,比如环境保护审判庭、知识产权审判庭就可以既审理民事案件,也审理行政案件。实践中存在的困难可能是,第一,当下行政法官、民事法官可能不具有相应的审理经验和能力。第二,必须终结已经开启的民事诉讼、行政诉讼或者行政诉讼附带民事诉讼,转入行政诉讼或者民事诉讼,而且,必须适用与纠纷性质相应的法规范。在民事审判庭、行政审判庭审理案件过程中,这种程序转换以及法律适用尚无法律依据。可能最简捷的做法就是,将仅为民事争议或者行政争议的混合契约重新标识为民事合同或者行政协议,移送民事审判庭或者行政审判庭审理。但是,行政复议对于纯粹的民事纠纷束手无策,只能告知申请人通过民事诉讼解决。

2. 适度参考合同纠纷性质

其实,从根本上说,对于混合契约属性的确定,关键不在鉴别合同之中行政约定和民事约定的主次,或者关键内容、侧重点,而是要识别发生争议的属性。如果在立案阶段能够辨别出合同中发生的争议的性质属于民事纠纷,就可以直接将整体合同识别为民事合同,由民事审判庭审理,通过民事诉讼解决。属于行政纠纷,应当整体标签为行政协议,由行政审判庭管辖,通过行政诉讼解决。既有行政争议,又有民事争议,无论它们之间是否有内在关联,合同整体都可以识别为行政协议,由行政审判庭审理,一并解决民事争议。

估计有不少民事法官可能也有此认识,对已由民事审判庭管辖,但是本该标识为行政协议的合同纠纷案件,民事法官在审查过程中发现合同中的纠纷就是民事性质,也就无须多此一举,再鉴别合同属性,而是直接作为民事合同继续审理。比如,在六安市裕安区国土资源局、六安市德天置业有限公司申请撤销仲裁裁决特别程序民事裁定书中,民事法官就坦陈,“国有土地使用权出让合同究竟属于民事合同还是行政协议,一直存在争议”。但是,在合同性质的判断上,“不应将国有土地使用权出让合同简单纯粹的定性为民事合同或行政协议,将该合同引发的争议确定为民事纠纷或行政诉讼受案范围,而应根据合同约定内容反映的法律关系性质、所涉争议的具体性质及是否涉及行政优益权等多方面综合判定。”就本案而言,“六安市裕安区国土资源局并未以土地管理者的身份行使监督管理职权,亦未要求基于实现公共利益等需要而行使行政优益权,现双方仅是基于土地所有权人代表身份与受让人身份而对合同应否解除、应否支付土地出让金及违约金等产生争议,该争议应属民事争议范畴。六安仲裁委员会有权就该争议事项进行裁决。”〔83〕

但是,这种鉴别方法只能作为辅助方法,配合上述依条款性质标签方法一起使用。究其原因,是在立案庭进行分案时,原则上仅能做形式审查。而对合同纠纷性质的判断很大程度上必须进行实质审查。因此,这种辅助方法的运用仅限于三种情形:第一,立案庭的法官通过形式审查就能够识别合同纠纷属于民事性质,可以直接标签为民事合同。仅为行政纠纷或者兼具行政纠纷与民事纠纷,标签为行政协议。第二,立案庭法官通过形式审查怀疑有关合同纠纷为民事

〔83〕 安徽省六安市中级人民法院(2019)皖15民特3号民事裁定书。

争议而非行政纠纷,却无法断定的,可以移交行政审判庭的行政法官做形式判断,如果能够确认为民事争议,也可以直接标签为民事合同。否则,先根据“主导性理论”标签为行政协议。第三,已经移送民事审判庭管辖,民事法官经实质审查也确定纠纷的性质为民事属性,可以作为民事合同继续审理。^[84]如果是行政纠纷或者兼有行政纠纷和民事纠纷,应当重新标签为行政协议,移送有管辖权的行政审判庭审理。^[85]同样,已由行政审判庭管辖,行政法官经审查发现仅为民事纠纷,可以重新标签为民事合同,移送有管辖权的民事审判庭审理。未来也可以修改诉讼法,像德国那样规定在上述情形下具有对不同性质纠纷的管辖权,也就不必再移送了。亦即,民事审判庭审理已经标签为民事合同的混合契约,对其中的行政纠纷可以适用行政法、行政诉讼法。行政审判庭审理已经标签为行政协议的混合契约,对其中的民事纠纷可以适用民法、民事诉讼法。诚如此,混合契约标签为何种性质的合同仅具有形式意义,无论由民事审判庭还是行政审判庭管辖,审判效果毫无二致,也省去来回移送。

五、识别之后的法律关系

对于混合契约,统一定性为行政契约或者民事合同,其实并不关键。关键是在定性之后,标签之下法律关系是否依然不变,还是全部转变为与标签一致的法律性质?这涉及不同性质的法律适用。

(一) 德国主流观点是性质不变

德国很多学者认为依然不变,主张分别定性。“在混合契约中,固然契约标的彼此间有紧密之关联,而且有相互依赖之关系,但公法部分并不当然吸纳私法部分”,“混合契约之单一性,并不排除个别之契约条款法律上依其原来之契约类型之特性处理之可能性”,“实体法上原属公法(或私法)性质之法律关系,不应因其与私法(或公法)之法律关系在较大之法律关系中混合,即认为其法律性格有所改变。程序法上亦可依个别条款之法律性格决定其管辖法院,因争议之请求权基础,相关之权利义务基础必可回溯至争议所在之个别法律关系,而定其性质。若有争议者同时涉及公私法领域,可基于诉讼经济之理由,由单一法院取得管辖权”。^[86]

比如,土地买卖契约中,关于免除开发代金的合意,属于公法部分,但这不改变土地买卖契

[84] 在再审申请人中节能资产经营有限公司因与被申请人荆门实业投资公司及二审上诉人荆门京环环保科技有限公司、一审第三人深圳市宇新环保有限公司股东出资纠纷案中,最高人民法院民事法官承认《特许经营合同》属于行政合同,并认为:“行政合同中关于民事权利义务内容的约定,可以适用民商事法律的规定。”由于案涉条款内容涉及讼争合同履行过程中特定款项的权益归属,性质上应属于双方当事人间民事权利义务约定。因此,继续审理并做出民事判决。参见最高人民法院(2016)最高法民再234号民事判决书。

[85] 在商丘新奥燃气有限公司与商丘昆仑燃气有限公司侵权责任纠纷案中,双方就昆仑公司相关行为是否构成侵权的争议,源于对商丘市城市规划区域的不同认识。最高人民法院民事法官认为,在行政机关未明确本案《特许经营协议》所涉商丘市城市规划区域范围的情况下,直接认定新奥公司依该协议所享有特许经营权的区域范围,超出人民法院民事裁判的范畴。参见最高人民法院(2015)民申字第256号民事裁定书。

[86] 同前注[1],江嘉琪文,第84页、第87页。

约的私法性质。前者发生争议,由行政法院管辖,适用公法;后者出现纠纷,由民事法院管辖,适用私法。“其权利义务也透过不同之诉讼程序实现。”如果已由行政法院审理,“审理中途若发现他标的之法律关系与本标的有关,原法院得依事物之关联性取得管辖权,但此仅基于诉讼经济与合目的性之理由,所为之诉讼程序上之处理,就私法部分,行政法院在实体法上仍必须适用私法规定。”〔87〕反之,亦然。也就是说,民事法院和行政法院都具有解决不同性质纠纷的制度能力,没有任何诉讼障碍。

(二) 性质改变与否对法律适用的影响及其分析

最高人民法院的态度似乎是矛盾的。根据《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》(法释〔2019〕17号)第1条规定,一个混合契约因具有“行政法上权利义务内容”,被贴上行政协议标签之后,从第25条、第26条、第27条规定看,契约中所有关系均应随之转变为行政法律关系,原则上应当适用行政法、行政诉讼法。这种单一救济路径和方式简单明了,可以避免同时适用行政诉讼、民事诉讼可能带来的管辖撕裂。但是,对于法律关系何以能够转性,却缺少理论深入论证。更重要的是,转性对法律适用产生了实质影响。原本是民法关系的部分,没有适用行政法规定的必要,还是应当适用民法,只因其已被转性为行政关系,在法律适用上相应采用“参照适用”而非“直接适用”。亦即,对于原本私法部分,在实体法上可以“参照适用”民事法律规范关于民事合同的相关规定,在程序上也可以“参照适用”民事诉讼法。

然而,对于具有“行政法上权利义务内容”的政府与社会资本合作(PPP)协议,最高人民法院行政法官又承认“PPP协议体系的复杂性、PPP法律关系的多重性、PPP协议引发争议性质的行政交叉性”,“人民法院对PPP协议和政府特许经营协议中约定的仲裁条款的效力问题,应当审慎审查,不宜轻易否定其法律效力。”〔88〕这已是采用了可分割的技术,且承认协议内不同法律关系性质依旧,不受行政协议标签影响。

在行政审判实践上,对于混合契约,最高人民法院行政法官趋向不分割处理,要么通过民事诉讼,要么通过行政诉讼。在再审申请人香港斯托尔实业(集团)有限公司诉被告被申请人泰州市人民政府、泰州市海陵区人民政府、江苏泰州海陵工业园区管理委员会招商引资协议案中,尽管最高人民法院行政法官承认“协议内容除包括相关民事权利义务约定外,还包括大量难以与协议相分离的行政权利义务约定”,但是,“我国实行国家统一的法院制度,不存在普通法院与行政法院的管辖区分,人民法院内部仅系分庭管理,民事和行政审判庭也非以自己名义独立对外行使审判权,而是统一以人民法院名义行使审判权。”“民事协议与行政协议、民事诉讼与行政诉讼,一般仅具有法理分工和管辖指引功能”。“区分民事协议与行政协议、民事诉讼与行政诉讼,更多应考虑审判的便利性、纠纷解决的有效性、裁判结果的权威性以及上下级法院间裁判标准的一致性,也应考虑何种诉讼更有利于对行政权力的监督和公共利益的维护。”混合契约被识别为行政协议之后,由行政审判庭按照行政诉讼程序审理,只不过“要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”。最高人民法院行政法官也进一步指出,原告在诉讼请求、诉讼类型及诉讼标的等问题上依法具有选择权,其有权就招商引资协议的全部或部分内容提起诉讼。

〔87〕 同上注,第88页。

〔88〕 谭红、王锦鹏:《论行政协议中仲裁条款的效力问题》,载《法律适用》2020年第14期,第57页。

如果原告选择通过民事诉讼解决本案纠纷,亦无不可。^{〔89〕}但是,行政法官没有进一步指出,混合契约被识别为行政协议时,是否还应当承认其中混有民事约定,法律关系的性质是否随之变化。如果原告选择民事诉讼,在审理中涉及行政争议怎么解决。

从理论上讲,采用“主导性理论”,对于混合契约中的民事部分,是参照适用还是直接适用民法、民事诉讼法,审判效果或许相差无几,但是,还是会有一些差别和困惑。第一,参照适用意味着不承认合同中的民事关系,而是将其作为行政关系。直接适用仍然认可民事关系不变。第二,在行政诉讼上参照适用民法,可能会根据公法特性,对民法规定做一定变通。“参照适用的含义并非一般性的转引,而是在具体适用每一规范时,都要考察是否变化地适用于特别的行政协议。”^{〔90〕}这可能会助长以行政协议的公共利益为由对民法规定做更多的变通。混合契约中的民事关系会因标签为行政协议而受到牵连,无法正常适用民法规定。而司法解释又没有进一步明确如何变通。若是交给行政法官在个案中决断,难免各行其是。第三,在程序上参照适用民事诉讼法,是形式上采用行政诉讼程序,实质上可能是民事诉讼程序,还是仅汲取民事诉讼程序因素,上述问题司法解释没有进一步明确。因此,参照适用无论如何,都会化简为繁,人为增加案件审理难度。

比如,行政机关在行政诉讼上没有原告资格,无权起诉或者反诉。对民事部分的争议,如果可以参照适用民事诉讼法,是否就可以认可其原告资格,允许起诉和反诉呢?最高人民法院似乎并无此意。在对“某国际有限公司、湖北某高速公路有限公司诉湖北省荆州市人民政府、湖北省人民政府解除特许权协议及行政复议案”的点评中,最高人民法院指出,“协议相对人存在根本违约行为,导致协议目的不能实现时”,行政机关不能以原告身份提起行政协议之诉。^{〔91〕}那这个问题怎么解决呢?无奈只好引入“非基于行政优益权的单方解除”,允许行政机关单方解除。协议相对人不服,可以提起诉讼。

在我看来,公私法混合契约无论是标签为民事合同还是行政协议,其中行政约定与民事约定依然不变。这可以妥善解决当前在处理这类混合契约的两种偏颇。一方面,对于标签为民事合同中的行政内容,法官不能刻意视而不见、回避不审,一味适用民法规定。另一方面,对于那些标签为行政协议中的民事内容,也可以抑制法官不得动辄以公共利益为由变通适用民法规定。具体而言,第一,实际处理时可以拆开,行政约定适用行政法,有关争议通过行政诉讼解决;民事约定适用民法,通过民事诉讼解决有关争议。对不同性质的法律关系,原则上应当分别直接适用而非参照适用相应法律。确因公共利益需要,在适用民法规定时可以有所变通。这是因为“行政机关私法形式之行为,仍受公法上拘束”。^{〔92〕}但是,这种对行政机关与相对人之间私法约定的穿透性影响在极其例外情况下才可能发生。第二,对公法内容的识别也不必太较真,可以化繁为简。由于行政法是特别法,具有适用的优先性,由行政法明文规范的内容,可以认定

〔89〕 参见最高人民法院(2017)最高法行再99号行政裁定书。

〔90〕 王洪亮:《论民法典规范准用于行政协议》,载《行政管理改革》2020年第2期,第21页。

〔91〕 某国际有限公司、湖北某高速公路有限公司诉湖北省荆州市人民政府、湖北省人民政府解除特许权协议及行政复议案,“最高人民法院发布第二批行政协议诉讼典型案例”,<https://www.court.gov.cn/zixun/xiangqing/355511.html>,2024年12月19日访问。

〔92〕 同前注〔32〕,江嘉琪文,第16页。

为行政关系。行政法上没有特别规定、可以适用民法规定的内容,不妨就认定为民事关系。因为在公法与私法交织场域,民法已然先占,若无行政法的适用余地,不仅很难论证该内容为公法性质,即使勉强证成,就法律适用而言,也徒劳无益。^[93]这与民事法官的基本态度大致趋同。民事法官一般只有在涉案协议的内容包含“刚性行政职权”,“能够阻碍民事庭法官依民事法律制度处理案件实体争议的行政职权”时,“民事庭法官才会放弃管辖权”。^[94]

因此,根据纠纷性质解决案件管辖就变得十分重要。为了避免管辖上的混乱,混合契约可以采用“主导性理论”统一标签为行政协议,由行政审判庭管辖,通过行政诉讼附带民事诉讼一并审理混合契约中有内在关联性的不同性质的法律纠纷。对于单纯的民事纠纷或者行政纠纷,可以整体标签为民事合同或者行政协议,或者通过案件移送,由民事审判庭或者行政审判庭管辖。

六、结 论

当前行政诉讼法和司法解释重点关注并列举的有名行政协议,都是兼具公法和私法关系(内容)的混合契约。在公法与私法二元法律秩序下,公私法混合契约不具有独立的法律地位,不被认可为一种独立的合同类型。它要么归入行政协议,要么划到民事合同之中。因行政诉讼法规定了一并解决民事争议的机制,而民事诉讼法又没有规定解决行政纠纷的机制,因此,公私法混合契约只能采用“主导性理论”统一标识为行政协议。

但是,在行政协议的标识下,并不改变其混合状态,其中的私法关系或内容不会随着法律性质的改变转变为公法关系或内容,仍然应当根据发生纠纷的性质,公法纠纷适用行政法、行政诉讼法,私法纠纷适用民法、民事诉讼法。针对单独发生的行政纠纷,或者一并发生的行政纠纷与民事纠纷,可以通过行政诉讼或者行政诉讼附带民事诉讼方式解决。如果仅发生民事争议,与公法内容无关,应当标签为民事合同,由民事审判庭管辖,通过民事诉讼解决。

[93] 比如,在临海市源水供给有限公司诉浙江省临海市人民政府不履行供水协议约定的支付源水费案中,案涉争议是政府与供水公司签订的供水协议中约定,“政府如不能保证年最低用水量和源水公司收入款,则由政府指定自来水公司按协议确定的水量和价格将差额部分的收入款补足给供水公司。”且临海水务集团、水库管理局出具承诺书,同意履行上述义务。一审法院认为,“被诉协议没有确定临海市政府单方面终止协议的条件,没有体现出行政机关变更和解除协议的优益权。”因此,案涉协议是民事合同。参见浙江省台州市中级人民法院(2023)浙10行初46号行政裁定书。最高人民法院行政法官也认为是民事合同。因为上述约定的履行是由源水供给有限公司、临海水务集团、水库管理局三方结账、支付,“临海市政府并不负有向源水公司支付源水费的义务。”“从案涉协议主要内容和源水费履行义务主体等方面分析,该协议主要是平等民事主体间的民事合同。”参见最高人民法院(2024)最高法行申2581号行政裁定书。其实,在我看来,保障城市供水属于政府给付行政范畴,本质上是政府责任,因此,政府可以指定国有自来水厂履行上述义务,并做出担保。这不构成侵犯企业经营自主权。该约定具有明显行政法权利义务内容,该供水协议应当是行政协议。如果当事人对上述约定是否合法提出异议,法院需要做行政合法性审查。但是,本案中当事人对上述约定没有异议,且上述约定恰好又符合行政法规定,源水公司仅要求临海市政府、临海水务集团、水库管理局支付源水费,因行政法对支付没有特别规定,不涉及依法行政问题,对源水费纠纷的解决就完全适用民法规定。

[94] 同前注[37],陈天昊文,第154页。