

行政协议裁判准用《民法典》规范:理据、模式与方法

徐 钝

(江南大学法学院,江苏 无锡 214122)

摘要:行政协议裁判准用《民法典》规范,具有深厚的理论基础与比较法依据,在我国司法语境下也存在较为强烈的司法需求。以类案检索分析为基础,可以归纳为单独、并行、民主行辅和行主民辅四种准用模式,随着《民法典》的深入实施,准用模式发展变化趋势亦可前瞻。法律方法的运用与修正不可或缺,就个案裁判规范的法律发现而言,需要运用和修正法律发现一般规则;就《民法典》合同解释方法运用而言,需要对一般解释方法进行优先关系安排与综合运用,并对格式条款解释规则予以修正性准用;就准用及其结果的法律论证而言,通过类推适用及其证成操作予以基础性适用,通过叙事、规范和价值层面的融贯性论证予以整体性考量,通过后果性论证方法的运用与修正予以实质性权衡。

关键词:行政协议;准用;《民法典》规范;模式;方法

中图分类号:D922.1

文献标识码:A

文章编号:1008-7699(2023)05-0060-09

一、问题的提出

在契约治理与合作行政的浪潮下,土地房屋征收征用补偿协议、政府特许经营协议等行政协议蓬勃发展,相关协议纠纷也不断增多,其法律适用问题也渐渐困扰理论界和实务界,尤其行政协议裁判准用民事法律规范问题更是颇多争议,“契约不是一个简化问题的方法,而是另一条通往过分规制与复杂化的道路。”^[1]

2020 年 1 月 1 日《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》(简称《行政协议若干规定》)正式实施,其对行政协议裁判适用民事法律规范有相关规定,但仅有两个条文作出概括规定,为何准用?如何准用?准用模式如何选择?法律方法如何运用?针对上述问题理论上缺乏系统性探讨,司法实践也因缺乏针对性指导而导致不同法院、法官自由裁量过大,陷入同案不同判、法律适用不确定的司法困境。在《民法典》之施行背景下,行政协议裁判如何准用《民法典》规范问题将更加凸显,从理据、模式、方法等方面深入探讨其如何准用问题无疑具有理论与实践双重意义。

二、行政协议裁判准用《民法典》规范的理据分析

(一)准用的理论基础

大陆法系国家公私法划分源远流长,但随着社会的发展,公私法的边界不再清晰,私法思维与方法不断向公法渗透从而出现“公法私法化”现象。20 世纪下半叶,英国、美国、澳大利亚、新西兰等西方国家兴起公共行政改革运动,强调“政府失灵”“回归市场/社会”,推动了公法私法化的发展。随着实践的推进,公法私法化理论也在不断发展。德国学者卡尔·拉伦茨认为公法和私法之间难以切割,“在公法与私法之间,并不能用刀子把它们精确无误地切割开,就像我们用刀子把一只苹果切成两半一样。”^[2]日本公法学家美浓部达吉对两者的共通点作了详细分析:第一,从性质上来说,两者都属于权利义务关系;第二,从

收稿日期:2023-06-12

基金项目:江苏省社会科学基金一般项目(20FXB008)

作者简介:徐 钝(1975—),男,安徽桐城人,江南大学法学院副教授、硕士生导师,法学博士。

权利义务种类上来说,两者大部分是共通的;第三,从产生原因上来说,两者在事件与行为之分类上具有相似性;第四,从法律关系的主体、目的、客体及规范的对象上来说,两者也具有共通性,公法主体和公物也受私法的规范。^[3]因此,作为典型公法的行政法与作为典型私法的民法之间的共通成为必然之义。进一步考察行政协议,其具有不同于传统行政行为的意思要素,行政主体与行政相对人需要经过协商从而达成意思表示一致,这是行政协议成立的基础;行政协议签订后,双方都要受到协议约束,都要遵守和履行协议义务,否则承担相应的违约责任。^[4]因此,行政协议协商性特质与尊重意思自治的民法规范具有更强的共通性,使得行政协议裁判准用《民法典》规范具有深厚的理论基础。

(二) 准用的比较法验证

英美法系国家素有公私法不分的一元论传统,政府合同与民商事合同一样适用普通法合同规则。当然,政府合同裁判一味适用普通法合同规则的刻板、僵化问题也日益得到重视,普通法合同规则之外的特别规则不断通过判例和立法发展出来,如美国发展出以联邦采购规则为中心的“公共合同法”等,^[5]但这些特别规则并不都作为行政法规范而存在。在大陆法系国家或地区,德国、葡萄牙、我国台湾地区等法律对行政协议准用民事法律规范予以明确规定,如德国《联邦行政程序法》第62条规定:“另补充适用民法典的有关规定。”法国行政协议制度体系较为完整、发达,对民事法律规范的需求相对较小,但民法典规范尤其民事合同的普通规则^①准用于行政合同裁判。^[6]我国台湾地区《行政程序法》第149条规定:“行政契约,本法未规定者,准用民法相关之规定。”因此,从比较法角度来看,由于各国法律传统和行政协议制度发展程度不同,其行政协议裁判准用民事法律规范之范围、程度存在一定差别,但准用的正当性与可行性已被实践认可和验证。

(三) 准用的现实依据

民事法律制度自古罗马时期经历了数千年的积淀和发展,《法国民法典》《德国民法典》等著名法典已传世数百年,民事法律规则体系完整而发达。我国《民法典》在全面总结我国民事立法和司法实践经验基础上,形成我国民商事领域的基本行为规范和裁判规则,体系完整、博大精深。而行政法作为近代宪政制度的产物,在自由资本主义末期才产生和发展,行政协议制度更是只经历了短短几十年时间的发展历程。2015年5月1日施行的《行政诉讼法》首次将行政协议纠纷纳入行政诉讼之受案范围,同日施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》针对行政协议案件审理的相关内容以6个法律条文形式予以明确,提出“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。”2020年1月1日施行的《行政协议若干规定》也只有29条,对法律适用问题缺乏具体规定。此外,针对土地房屋征收补偿协议、政府特许经营协议等制定的单行法律法规对行政协议的订立、效力、履行等几无规定。行政协议相关立法供给严重不足,远不能满足司法实践的法律需求,“仅靠行政法原则与有限的实定法,无法妥适地应对行政协议的效力审查和履行等问题。”^[7]如行政协议效力和履行、违约救济、涉及无因管理和不当得利等问题,《民法典》规范提供的制度供给较为成熟,为解决司法实践问题而需要予以准用。在司法实证层面,法官准用民事法律规范的频次在不断增长,类型在不断增加,范围在不断扩大。^[8]因此,我国短期内构建法国那样独立、发达的行政协议规则体系不切实际,“行政协议诉讼中准用民法成为司法实践的现实选择。”^[9]⁸²

三、行政协议裁判准用《民法典》规范的模式选择

以类案检索分析^②为基础,结合理论设计,行政协议裁判准用《民法典》规范可以归纳为单独、并行、民

① 如意思表示必须真实规则。

② 考虑到《行政协议若干规定》和《民法典》的实施时间分别为2020年1月1日和2021年1月1日,笔者检索了2020—2022年全国法院准用民事法律规范的行政协议案件,剔除当事人不同而案情一致的重复案件,获得136件案件作为分析样本。检索资源:“北大法宝”和“中国裁判文书网”;案由:行政合同;检索词:民法典、合同法、民法总则,检索方式:全文检索;文书类型:判决书;裁判年份:2020、2021、2022。

主行辅和行主民辅准用等模式。

(一)单独准用模式

单独准用模式,是指针对行政协议裁判中相关实体问题,仅准用民事法律规范进行判断的模式。考察单独准用模式的适用范围,其主要存在于行政协议成立、生效、变更、解除、违约责任、赔偿损失等主题方面(参见表1),行政法律规范于这些主题方面往往缺乏规定,可以单独准用民事法律规范,在此“均可找到与私法契约的契合点,形成两者共通的原理或规则。”^[10]例如行政协议是否成立的判断,行政法律规范未涉及,而《民法典》规范、原《合同法》均规定得较为详细,故而司法裁判仅准用民事法律规范即可,如司法实践准用《合同法》第37条认定房屋征收协议成立。^①

表1 2020年1月—2022年8月单独准用模式争议主题案件统计

案件类型	协议成立	协议履行	协议解除	协议无效	违约责任	其他案件
案件数	5件	3件	11件	12件	2件	3件
比例	13.90%	8.30%	30.60%	33.30%	5.60%	8.30%

(二)并行准用模式

并行准用模式,是指针对行政协议裁判中相关实体问题共同适用行政法律规范和民事法律规范进行判断的模式。该准用模式下,行政法律规范和民事法律规范没有主辅关系,适用作用和地位大致相当。根据类案统计,行政协议裁判实践中,并行准用模式主要运用于“协议无效”为争议主题的案件中(参见表2)。就行政法律规范而言,主要适用《行政诉讼法》第75条、《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99条、《行政协议若干规定》第12条等认定行政协议行为是否无效,其着眼于“行政行为无效”;就民事法律规范而言,主要准用《合同法》第48条、第51条、第52条和《民法总则》第144条、第146条、第153条以及《民法典》第146条、第153条等认定行政协议是否无效,其着眼于“合同无效”。由于行政法律规范和民事法律规范规定的侧重点不同,两者不可相互替代。在很多并行准用模式案件中,行政法律规范和民事法律规范配套运用合理、逻辑关系严密,综合适用效果较好,如在“张保国与郑州市二七区人民政府等房屋拆迁行政协议纠纷上诉案”^②中,法院根据《行政协议若干规定》第12条第2款“人民法院可以适用民事法律规范确认行政协议无效”规定,准用《民法典》第153条第1款“违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效”规定,接着认定行政协议违反《中华人民共和国土地管理法》第62条第1款“农村村民一户只能拥有一处宅基地,其宅基地的面积不得超过省、自治区、直辖市规定的标准”之强制性规定,从而判断“194号协议中涉及张保国享有使用权的0.3亩宅基地及地上附属物的补偿部分应属无效”。

表2 2020年1月—2022年8月并行准用模式争议主题案件统计

案件类型	协议履行	协议解除	协议无效	其他主题
案件数	5件	6件	56件	7件
比例	6.80%	8.10%	75.70%	9.40%

(三)民主行辅准用模式

民主行辅准用模式,是指针对行政协议裁判中相关实体问题判断以准用民事法律规范为主、行政法律规范为辅的模式。根据类案统计,该准用模式主要涉及协议履行、解除、撤销、诉讼时效等问题(参见表

^① 《合同法》第37条规定:“采用合同书形式订立合同,在签字或者盖章之前,当事人一方已经履行主要义务,对方接受的,该合同成立。”具体论证参见福州市台江区人民法院(2020)闽0103行初167号行政判决书。

^② 参见(2021)豫行终541号行政判决书。

3),民事法律规范在该类问题上存在具体规定,而行政法律规范缺乏具体规定,但行政法律规范往往为民事法律规范的准用提供立法依据。如“吕战友诉盘州市房屋征收服务中心行政征收”一案中,对诉讼时效的判断主要准用《民法典》第188条第1款、第189条规定,同时法院适用《行政协议若干规定》第25条“公民、法人或者其他组织对行政机关不依法履行、未按照约定履行行政协议提起诉讼的,诉讼时效参照民事法律规范确定”作为《民法典》规范准用依据。^①

表3 2020年1月—2022年8月民主行辅准用模式争议主题案件统计

案件类型	协议履行	协议解除	协议撤销	诉讼时效	其他主题
案件数	4件	2件	2件	5件	3件
比例	25%	12.50%	12.50%	31.30%	18.70%

(四)行主民辅准用模式

行主民辅准用模式,是指针对行政协议裁判中相关实体问题判断以准用行政法律规范为主、民事法律规范为辅的模式。该准用模式主要涉及协议撤销问题(参见表4),《行政协议若干规定》第14条已经就可以依法判决撤销协议的情形作出具体规定,行政协议是否可撤销直接适用即可,《合同法》第54条关于合同撤销的规定原本失去准用条件,但司法实践为了裁判结果更有说服力,往往两者在裁判中共同适用,显然《行政协议若干规定》14条起着主要作用,而《合同法》第54条主要起着进一步强化裁判结论的辅助作用。在个别行政协议履行案件中,行主民辅准用模式也会偶尔出现,如“高红良诉全州县人民政府行政合同”一案中,针对涉案房屋是否具备交房条件的争议,《合同法》第279条、《中华人民共和国建筑法》第61条第2款、《建设工程质量管理条例》第16条均规定建设工程经验收合格方可交付使用,法院对该三条款均加以适用,但法院否决上诉人“涉案房屋不具备交房条件”请求的最关键条款乃《建设工程质量管理条例》第49条第1款,认为“建设工程竣工验收合格之后,建设单位需要办理的其它专项审批及备案手续,但不影响建设工程的交付使用。”^②该案裁判主要适用行政法律规范,准用的《合同法》第279条明显处于辅助、次要地位。

表4 2020年1月—2022年8月行主民辅准用模式争议主题案件统计

案件类型	协议履行	协议解除	协议撤销
案件数	2件	1件	7件
比例	20%	10%	70%

(五)准用模式变化趋势展望

随着《行政协议规定》和《民法典》的深入实施,行政协议裁判准用模式将会出现一些新变化。第一,针对“协议无效”主题,并行准用模式将成为压倒性模式。关于行政协议无效,《行政协议若干规定》没有具体规定无效条件,只是设立了准用《行政诉讼法》第75条和民事法律规范的条款,行政法律规范和《民法典》规范将并行准用。第二,针对“协议撤销”主题,单独准用模式和行主民辅准用模式不应存在。《行政协议若干规定》第14条已对行政协议撤销情形予以明确规定,其本身就是参照民事法律规范制定的特别规定,基本可以替代原《合同法》第54条以及《民法典》规范中基于重大误解、欺诈、胁迫等情形下撤销条款,准用《民法典》规范基本上属于“叠床架屋”的重复行为,单独适用行政法律规范即可。第三,针对“协议变更”主题,单独准用模式也将不复存在。行政协议变更裁判准用原《合同法》第54条合同变更条

^① 参见贵州省六盘水市中级人民法院(2021)黔02行终1号行政判决书。

^② 广西壮族自治区高级人民法院(2020)桂行终1299号行政判决书。

款,但《民法典》已经删除该条款,行政协议变更诉讼请求也难以得到法院支持。^①结合不同准用模式案件总体统计(参见表5)与《民法典》实施后变化,准用模式总体发展趋势可以前瞻如下:并行准用模式将继续走强,进而成为主导性准用模式;单独准用模式逐渐式微;而民主行辅、行主民辅准用模式基本上保持一定的稳定性,其作为非主导模式将长期存在。

表5 2020年1月—2022年8月不同准用模式案件统计

案件类型	单独准用模式案件	并行准用模式案件	民主行辅准用模式案件	行主民辅准用模式案件
案件数	36件	74件	16件	10件
比例	26.50%	54.40%	11.70%	7.40%

四、行政协议裁判准用《民法典》规范的方法运用

行政协议裁判准用《民法典》规范,法律方法论的运用与修正使其落到实处,具有不可或缺的司法价值。

(一)个案裁判规范的法律发现

所谓法律发现,是指从法律渊源中寻找、选择、确定具体案件裁判规范的过程和方法。自从美国法学家卢埃林提出“规则怀疑论”之后,法学界开始关注法律推理大前提的建构,并将其称为“法律发现”。法律发现是适用法律的第一步,是建构和形成个案裁判规范的基本方法。^[11]

行政协议案件法律发现应首选行政法律规范。行政协议虽具有协议性特性,但作为传统高权行政行为的替代手段,其行政性更为突出,行政法律规范在行政协议裁判中具有优先适用性。如果适用行政法律规范可以充分得出裁判结论,《民法典》规范之准用将失去必要性。针对一般行政协议的司法解释《行政协议若干规定》、针对特别协议的具体行政法律规范等都是法律发现需要优先考虑的,如国有建设用地使用权出让合同履行中,因不可抗力导致房地产动工开发迟延,适用《城市房地产管理法》第26条关于不可抗力的规定即可,无须准用《民法典》第590条设定的不可抗力条款。在“穷尽”行政法律规范之后,行政协议裁判结果依然不能被推导出或者推导依据不足的,可以从《民法典》规范中发现裁判规则。

行政协议案件《民法典》规范发现应修正法律发现一般规则。鉴于《民法典》已整合《民法总则》《合同法》等单行法于一体,法律发现中的“新法优于旧法”“下位法先于上位法”“上位法优于下位法”等规则在行政协议裁判中难以适用,而“特别法优于一般法”之规则依然值得借鉴,但应有所修正。就行政协议裁判准用《民法典》规范而言,“合同编”属于“特别法”应当优先准用,“总则编”属于“一般法”应当次优准用,如关于行政协议效力判断,“合同编”关于合同效力规定应当优先准用,只有在“合同编”对合同效力问题缺乏规定时方可准用“总则编”有关法律行为效力的共性规则。而在“合同编”的“第一分编·通则”与“第二分编·典型合同”之间准用次序上能否依然套用“特别法优于一般法”方法?根据法学一般原理,“通则”属于“一般法”,“典型合同”属于“特别法”,但政府特许经营协议、征收征用补偿协议等行政协议与买卖合同、借款合同、保理合同等典型合同存在较大区别,典型合同条款参照性不强,就法律发现角度而言,“通则”部分规范应优先于“典型合同”部分规范,这在一定程度上是对“特别法优于一般法”发现规则的修正和突破。

行政协议案件《民法典》规范发现过程往往需要比对与权衡。在法律发现过程中,法官需要对行政协议案件事实构成作出定性或分类,并与《民法典》条文的法律要件事实进行比较^{[9]85},寻找其与法律规范之间的本质联系,目光在行政法律规范和《民法典》规范之间、在事实和规范之间往返流转,不断进行反复比

^① 当然,行政机关可以基于公共利益变更协议条款,双方经协商也可以变更行政协议。

对、权衡和综合分析,以发现与案件事实最相匹配的个案裁判规范。

(二)《民法典》合同解释方法及其修正

关于合同的解释,《民法典》第142条“意思表示的解释”条款和第498条“格式条款的解释”条款是基本的法律依据,对于行政协议解释无疑具有准用价值。

一般解释方法的适用序位与综合运用。《民法典》第142条主要规定了文义解释、体系解释、目的解释、习惯解释、依据诚信原则解释等方法,但是该条款没有规定不同解释方法的适用序位与具体运用。上述五种合同解释方法各有其功能侧重,“每一种解释方法各具功能,但亦受限制,并非绝对”^[12],文义解释关注合同条款所表达的当事人的内心意愿,体系解释重在对不同合同条款的整体考虑,目的解释关注合同内容和用语须符合合同订立目的,习惯解释重在借助外在规范和标准厘清合同条款的本质,诚实信用解释重在发挥合同基本原则的解释功能。^[13]一般来说,文义解释方法构成合同解释的出发点,是探求合同当事人意思表示的首选方法;当使用文义解释方法出现复数解释结果或者严重不公正结果时,次考虑运用体系解释方法;就行政协议而言,“习惯解释”之“习惯”系行政惯例,其具有一定的客观性和可识别性,而目的解释、依据诚信原则解释需要诉诸较多的主观裁量与价值判断,故而习惯解释方法优先于后两种解释方法;目的解释依然将解释对象固着于合同条款,依据诚信原则解释自由裁量空间较大,目的解释优先于依据诚信原则解释。当然,这样的适用序位安排系相对的、初步的优先关系认定,在具体案件适用过程中可以通过具体论证推翻。在具体行政协议争议条款解释语境下,法官在必要时需要综合运用这些解释方法,发挥不同解释方法功能从而产生互为补充、互为协力结果。

格式条款解释规则在行政协议裁判中的修正性准用。《民法典》格式条款解释规则基本上继承了原《合同法》相关规则^①,包括通常解释、不利解释和非格式条款优先三条规则,其运用于民商事合同司法领域已无争议。行政机关的优势地位决定着行政协议格式条款更容易侵犯相对人的合法权益,准用解释规则存在必要性,反观行政协议司法实践对其或者采取回避态度,或者机械套用,需要修正性准用。第一,格式条款解释规则排除法定转化条款和经协商条款。行政协议条款共有三类:一是法律法规甚或规范性文件转化到协议文本中的条款;二是行政机关与相对人经过协商的条款;三是行政机关事先拟定的未与相对人协商的条款。前两类条款不符合“格式条款”之内涵,应被格式条款解释规则所排除。第二,三条解释规则存在适用序位,依此为非格式条款优先规则、通常解释规则和不利解释规则。当然,非格式条款优先规则需要进行目的性限缩,如果该条款本身存在无效或可撤销的违法事由时不具有优先性。第三,若相对人虽然对格式条款解释存有疑义,却以自己行动选择对自己不利的解释,则应当认定相对人对格式条款内容不存疑义,这种情况下则无需准用格式条款解释规则。如“叶富民、金领芽与温岭市泽国镇人民政府行政补偿案”格式条款中约定“甲方偿还给乙方复建地基通天式一间,或小套小康型一套”,原告虽先前提出建造一套小套小康型住宅要求,但是后来自动申请建造了一间通天式住宅,故而应视为原告选择了对自己不利的安置方案。^②

(三)准用《民法典》规范及其结果的法律论证

法律论证是指提出一定的根据和理由来证明法律决定结果的正当性。法律论证对于规范法官自由裁量权、维护司法独立性和公正性、增强行政协议裁判说服力和可接受性、提升行政协议诉讼功能等均存在积极作用。综观诸多行政协议裁判准用民事法律规范的裁判文书,缺乏说理、疏于论证,影响司法裁判的可接受性和公正性,亟待改观。

1. 作为基础性适用方法的类推适用及其证成过程

行政协议裁判准用《民法典》规范,类推适用是一种基础性适用方法,不宜轻易避开,否则准用正当性

^① 《民法典》第498条规定:“对格式条款的理解发生争议的,应当按照通常理解予以解释。对格式条款有两种以上解释的,应当作出有利于提供格式条款一方的解释。格式条款和非格式条款不一致的,应当采用非格式条款。”

^② 参见浙江省温岭市人民法院(2015)台温行初字第67号行政判决书。

值得疑问。类推适用方法是将既有规范扩张到相似待决案件的一种法条扩张方法,“是指法官受理的案件在法律上未有规定时,采用类似案件的法律规则裁判本案。”^[14]“类推适用的核心在于系争两个法律案型之间的‘类似性’认定。”^[15]具体而言,将法律规范针对构成要件(A)的法律效果,转用于与构成要件(A)相类似的构成要件(B),转用的前提是二构成要件在与法律评价有关的重要观点上相类似,故二者应作相同的评价,法律规范针对构成要件(B)也应当出现相同的法律效果。以“某政府特许经营协议准用《民法典》第533条情势变更原则”为例,类推适用的内部证成^①过程如下:

A.《民法典》第533条规定,合同的基础条件发生无法预见的、不属于商业风险的重大变化,继续履行合同明显不公平的,当事人可以与对方重新协商;协商不成的,当事人可以请求人民法院或仲裁机构变更或解除合同。

B.《行政协议若干规定》第27条第2款规定,人民法院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。

C.行政协议的基础条件发生无法预见的、不属于商业风险的重大变化,继续履行行政协议明显不公平的,当事人可以与对方重新协商;在协商不成的,当事人可以请求人民法院或仲裁机构变更或解除行政协议。

D.《行政协议若干规定》第2条规定:公民、法人或者其他组织就下列行政协议提起行政诉讼的,人民法院应当依法受理:(一)政府特许经营协议;……

E.某政府特许经营协议属于行政协议,且就基础条件发生重大变化而言其类似于一般民事合同。

F.某政府特许经营协议的基础条件发生无法预见的、不属于商业风险的重大变化,继续履行政府特许经营协议明显不公平的,当事人可以与对方重新协商;协商不成的,当事人可以请求人民法院或仲裁机构变更或解除某政府特许经营协议。

上述内部证成过程中,假定作为大、小前提的法律规范、法律事实都是有效的,关注大、小前提与裁判结论之间逻辑关系是否成立,而不涉及对前提的解释和评价问题。而“就基础条件发生重大变化而言其类似于一般民事合同”这一前提是否真实有效的判断,该相似性判断属于外部证成^②范围,其较之内部证成之“涵摄”更为关键和重要,需要结合合同性质、规范意旨等进行实质性价值判断,法官有必要将其作为庭审争议焦点在法庭上供当事人辩论^[16],通过对话增强其判断的可接受性。因此,准用《民法典》规范类推适用过程中,内部证成与外部证成之间并非截然分开的,也是相互联系、相互保障的,其不仅仅是形式逻辑的“涵摄”操作,更是价值判断的取舍之道。

2. 作为整体性考量的融贯性论证

法律论证中的融贯性关注的是裁判理由能否相互支持,进而形成一个融贯的整体。^[17]麦考密克将法律论证中的融贯性区分为规范的融贯性和叙事的融贯性:前者指法律裁定或规范命题在法律体系中被视为规范秩序;后者与发现事实和描述证据进行证成有关。^{[18]250}

就行政协议裁判准用《民法典》规范而言,融贯性论证应符合以下要求:第一,叙事的融贯性论证要求。叙事的融贯性论证要求裁判事实、证据之间相互兼容、相互推导,排除矛盾、冲突与怀疑,进而形成完美的证据链条。^[19]第二,规范的融贯性论证要求。法律论证应当在整体法律体系框架内进行,不能“只见树木不见森林”,尤其应当将行政法律规范、《民法典》规范中的相关规则进行全盘考虑,适用的不同规则之间应当形成较强的相互支持关系,共同指向裁判结论。第三,价值的融贯性论证要求。法律规范不仅

^① 法律论证存在内部证成和外部证成两种基本范式。内部证成,即法学方法论所称的“涵摄”,指法官将法律事实置于法律规范构成要件之下进行有效演绎而获得结论的过程。参见卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2005年版,第150-154页。

^② 外部证成是对内部证成所使用的前提合法性、合理性、可靠性的证立,其证成对象包括实在法规则、经验命题和既非实在法规则亦非经验命题的前提。参见罗伯特·阿列克西:《法律论证理论——作为法律证立理论的理性论辩理论》,舒国译,中国法制出版社2002年版,第285页。

不应相互矛盾,还应当有目的地结合在一起,正如富勒提出的法律是一项“目的性事业”。^{[18]301} 因此融贯性论证不仅要考虑法律决定与法律体系的关系,还要考虑法律决定与法律的基本观念、价值和目标的关系。^[20] 这就要求行政协议裁判准用《民法典》规范,需要考量准用及其结果是否符合民法和行政法的价值和原则甚而法律的基本价值,准用结论是否适用于同类型的更多案件而符合法律普遍性理念等。

3. 作为实质考量的后果主义论证。

在疑难案件裁判中,法官或隐或显总会考量裁判的后果,后果主义论证对于裁判的可接受性较为重要。麦考密克认为,两个规则相互抵触情况下,选择哪个规则取决于后果的差异。^[21] 简而言之,后果主义论证是因果关系倒置的设证逻辑的运用,法官对于法律适用的后果进行预测,然后根据后果是否可接受来逆推法律适用的合理性。

就行政协议裁判准用《民法典》规范而言,后果主义论证应做到以下三点:第一,裁判影响利益的识别与分析。行政协议裁判中的后果主要体现在对不同群体利益的影响,法官应当通过证据分析和庭审程序发现本案裁判所涉及的利益类型,一般来说行政协议纠纷中主要涉及个人利益、集体利益、政府利益和公共利益等不同层次,并对不同利益进行归纳整理,分析可能的利益冲突。第二,“公共利益优先”的司法权衡。《民法典》规范侧重于保护意思自治和个人权益,准用结果多数情况下也是对行政相对人有利的,如《民法典》相对人的代位权、撤销权、合同解除权等权利的行使,行政机关常以“公共利益优先”为理由进行抗辩,是否准用需要进行一定的权衡。公共利益过于抽象,在行政协议诉讼中需要进行具体化认定,如房屋征收补偿协议实践中的公共利益可能是旧城改造、加大基础设施投资、完善交通设施、改善环境、经济和社会发展等一项或多项。即便公共利益成立,也要权衡牺牲个人权益的必要性,运用狭义比例原则衡量保障公共利益与保护个人权益孰更为重大、重要,笼统地认为“公共利益优于个人权益”而否决《民法典》规范的准用往往有失偏颇,更不能将政府部门利益、开发商经济利益等“包装”在公共利益之下。第三,普遍性后果的考量。现代司法不仅具有解决纠纷功能,还承担规则之治、社会治理等功能,法官不仅要考虑准用《民法典》规范对当下个案所产生的可欲后果,还要考量准用对未来类似案件所产生的影响,“根据以上意义就意味着可欲的后果应该是能够通过逻辑上将其作为未来案件裁决规则加以适用来展现的。”^[22] 如行政征收补偿协议实践中,孤立的案件背后往往存在众多潜在案件,法官准用《民法典》规范时,还要考量准用及其结果是否可以同等适用于其他类案。

展望未来,行政协议裁判准用《民法典》规范司法实践既新颖又热切,而理据、模式与方法的系统性探讨,是宏观思考、中观建构和微观落实的结合与统一,是一次开拓性与挑战性兼具的学术旅程,或许“彼岸”依然遥远。

参考文献:

- [1] 卡罗尔·哈洛,理查德·罗林斯. 法律与行政(上)[M]. 杨伟东,等,译. 北京:商务印书馆,2004:480.
- [2] 卡尔·拉伦茨. 德国民法通论[M]. 谢怀栻,等,译. 北京:法律出版社,2004:7.
- [3] 美浓部达吉. 公法与私法[M]. 黄冯明,译. 北京:中国政法大学出版社,2003:72-104.
- [4] 梁风云. 行政协议司法解释讲义[M]. 北京:人民法院出版社 2020:15.
- [5] 韩津和,杨西虎. 行政合同的法律适用之模式选择[J]. 法律适用,2014(3):87.
- [6] 杨解君. 法国行政合同[M]. 上海:复旦大学出版社,2009:31.
- [7] 王春蕾. 行政协议准用民法的逻辑证成[J]. 行政法学研究,2021(4):99.
- [8] 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[C]. // 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. 北京:人民法院出版社,2018:427-437.
- [9] 王春蕾. 行政协议诉讼中的《民法典》准用[J]. 现代法学,2021(3).
- [10] 邢鸿飞. 论行政契约缔结与履行的特殊规则[J]. 江海学刊,2004(6):119.

- [11] 陈金钊. 法律方法论[M]. 北京: 北京大学出版社, 2013: 68-70.
- [12] 王泽鉴. 法律思维与民法实例——请求权基础理论体系[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2001: 240.
- [13] 沈志先. 法律方法论[M]. 北京: 法律出版社, 2014: 223-224.
- [14] 梁慧星. 裁判的方法[M]. 北京: 法律出版社, 2012: 217.
- [15] 易军. 买卖合同之规定准用于其他有偿合同[J]. 法学研究, 2016(1): 90.
- [16] 李颢. 准用性法条适用的法律论证—兼论其适用的程序规范[J]. 山东法官培训学院学报, 2019(3): 161.
- [17] 蔡琳. 法律论证中的融贯论[J]. 法制与社会发展, 2006(2): 118.
- [18] 尼尔·麦考密克. 修辞与法治——一种法律推理理论[M]. 程朝阳, 孙光宁, 译. 北京: 北京大学出版社, 2014.
- [19] 孙海波. 在“规范拘束”与“个案正义”之间——论法教义学视野下的价值判断[J]. 法学论坛, 2014(1): 80.
- [20] 侯学勇. 法律论证的融贯性研究[D]. 济南: 山东大学, 2009: 188.
- [21] 尼尔·麦考密克. 法律推理与法律理论[M]. 姜峰, 译. 北京: 法律出版社, 2005: 98.
- [22] 杨知文. 司法裁决的后果主义论证[J]. 法律科学, 2009(3): 8.

Permissible Application of the *Civil Code* in the Judgment of Administrative Agreement: Basis, Mode and Method

XU Dun

(School of Law, Jiangnan University, Wuxi, Jiangsu 214122, China)

Abstract: The permissible application of the *Civil Code* in the judgment of administrative agreement is of profound theoretical basis and comparative legal basis, and is strongly necessary in the judicial context of China. Based on the retrieval and analysis of similar cases, the separate, parallel and the other modes are summarized. With the in-depth implementation of the *Civil Code*, the developing and changing trend of the modes can also be forecasted. The application and revision of legal method are indispensable. As for the legal findings of case-adjudication norms, it needs to apply and amend the general rules of legal findings. As for the application of contract interpretation methods in the *Civil Code*, it needs to make priority relationship arrangement and comprehensive application of general interpretation methods, and amend the standard clause interpretation rules. As for the legal argumentation of permissible application and results, it is basically applied in the form of analogy and justification, considered overall by the coherent argumentation of narrative, norm and value, and weighed substantively by the application and amendment of the consequential argumentation method.

Key words: administrative agreement; permissible application; stipulations in the *Civil Code*; mode; method

(责任编辑:董兴佩)