

作为公共资源配置方式的行政合同

陈国栋^{*}

摘要 要从根本上解决我国行政协议之诉所面临的行政协议范围与审判方法问题,必须从解决我国行政合同独立于民事合同的本质入手。为此,需要放弃此前对私法合同理论的路径依赖,从行政合同所交易的资源的公共属性出发来理解行政合同。基于资源公共性及其所决定的物有所值原则,行政机关有通过公平、公正、透明的竞争化程序与相对人缔结合同的义务,相对人则拥有相应的缔约权利。由此,行政合同作为法制化、权利化的公共资源公平分配与分享方式,应当由独立的公法合同机制来规范。相应地,以公共资源为标的的合同,应当都属于行政协议;而行政协议之诉,应当是合法性审查在先,违约性审查在后。

关键词 行政合同 资源公共性 物有所值原则 缔约权利 公平分配与分享

引言:我国行政合同的根本问题与困境

我国新修《行政诉讼法》第12条第11项规定:公民、法人或者其他组织“认为行政机关不依法履行、未按照约定履行或者违法变更、解除政府特许经营协议、土地房屋征收补偿协议等协议的”,可以向人民法院提起行政诉讼。这表明,关于行政合同,公法学界终于得到了一直翘首以待的“有权机关的表态。”〔1〕

毫无疑问,这是我国行政法治的一大进步,它必将有力推动行政合同的应用实践、制度建设与学理研究。然而,这一进步并不意味着我国行政合同之诉由此进入了康庄大道,相反,它至少受到如下两个问题的困扰:

^{*} 大连理工大学法律系副教授。本文受国家社科基金一般项目“作为公共资源公平分配与分享方式的行政协议研究”(项目编号:17BFX045)支持。本文修改过程中曾在第十九期北大博雅公法坊报告,并得到了高家伟、李洪雷、赵宏、王贵松、成协中、林华、彭箴等师友的批评与指点,特此致谢。当然,文责自负。

〔1〕 胡建森:《行政法学》(第二版),法律出版社2003年版,第285页。

其一为行政协议的范围,它关系着行政协议之诉的受案范围。此次修法并没有解决这一问题,它除了明确了特许经营协议以及此前在实践中就一直位于行政诉讼受案范围的征收补偿协议的可诉性之外,既没有明确列举其他可诉的行政协议类型,也没有通过概念界定的方式一揽子解决行政协议的范围问题,而是仅仅规定了一个范围不明的兜底条款。结合立法者的调研情况来看,〔2〕对于学界呼声很高、在我国地方行政立法中已被确立、〔3〕同时在域外已被普遍承认为行政合同的政府采购、国有土地与其他自然资源的出让、财政补贴、公共工程以及其他具有公私合作意义的 PFI/PPP 合同〔4〕是否属于行政协议的问题,立法者采取的是搁置争议、模糊处理的态度。或许正是因为学界的分歧与立法者的迟疑,最高人民法院的司法解释以近乎于依葫芦画瓢的方式回避了何谓其他行政协议这一问题。这样一来,明确上述合同的性质,就成为学理解释的重要课题。对此,已有不少学者、法官从各种理由出发,认为上述合同也属于新修行政诉讼法所规定的行政协议。〔5〕但是,这些观点只是学理解释,〔6〕不具备立法解释与司法解释的权威性,因而不能排除其他学者或法官基于民法学说将上述合同继续作为民事合同来理解、处理。

其二为行政协议进入诉讼通道后法院如何审查的问题。比如,针对行政合同履行过程中政府违约行为引起的行政诉讼案件,人民法院是要进行一般意义的合法性审查,还是要进行违约性审查?〔7〕之所以有这个疑问,一个重要原因就是我们对行政协议的构造与本质没有深刻的共识,即到底什么是行政合同,行政合同与民事合同的区别到底是什么,以及为什么要将

〔2〕全国人大常委会法制工作委员会行政法室曾于2014年9月17日和20日分别召开行政合同专题座谈会和应邀派人参加了清华大学组织召开的相关研讨会,“与会同志对政府特许经营合同、征收补偿协议是行政合同没有意见。对国有土地出让合同,……有的同志认为不是行政合同,而是行政机关代表国家实现土地所有权的价值的民事合同。”全国人大常委会法制工作委员会行政法室编:《行政诉讼立法背景与观点全集》,法律出版社2015年版,第260页。

〔3〕如《山东省行政程序规定》第100条规定,除特许经营与征收补偿协议外,行政合同还包括国有自然资源使用权出让、国有资产承包经营、出售或租赁、政府购买公共服务、政策信贷以及行政机关委托的科研、咨询等。

〔4〕法国行政合同有五种:政府采购、公共服务委托、公共雇佣与公产占用及PPP。参见吴秦雯:“欧盟法对法国行政契约法制之影响”,《东海大学法学研究》2008年第29期,第12—13页;英国没有行政合同概念但有政府合同概念,其政府合同包括政府采购、外包、PFI以及其他PPP合同,英国法对之予以了不同于私法合同的公法规制。See A C L Davies, *The Public Law of Government Contracts*, Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 2—15.

〔5〕参见梁凤云:“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;程琥:“审理行政协议案件若干疑难问题研究”,《法律适用》2016年第12期;张启江:“‘行政’与‘协议’的融合与冲突——行政协议制度研究三十年”,《时代法学》2016年第5期,第35—44页。

〔6〕有学者认为这些主张的论证理由显得非常单薄。参见肖泽晟:“论国家所有权与行政权的关系”,《中国法学》2016年第6期,第94页。

〔7〕参见闫尔宝:“论作为行政诉讼法基础概念的‘行政行为’”,《华东政法大学学报》2015年第2期,第58页。

之作为行政协议而展开行政诉讼而不是民事诉讼的审理。^{〔8〕}不解决这一问题,缺乏科学指引的行政协议审判就可能进一步强化行政合同的民法色彩,滑向行政协议的私法性而不是公法性,进而误入歧途,落空立法目的。^{〔9〕}

上述两个问题看似互不相干,实则具有内在的关联性,因为它们都根源于我国行政合同独立于民事合同的正当性问题。细言之,当立法者将特许经营协议纳入行政协议范围,却没有明确国有土地使用证使用权出让合同等合同的行政协议性时,就足以表明,行政合同与民事合同的本质差异问题并没有得到充分解决,它在学理上还没有得到学界与立法者的普遍承认。换言之,若行政合同从民事合同中独立出来的正当性问题解决了,又何必将特许经营协议与其他行政合同形式生生割裂开来,区别对待?又何必以行政协议之名暗度陈仓而不是以行政合同之名堂堂正正登堂入室?而也正是因为行政合同独立于民事合同的本质没有得到廓清,对于行政协议之诉如何构造、如何审理才会歧见丛生。

但也恰恰是在证成国有土地使用证出让合同等合同的行政合同属性上,我国公法学界陷入深深困境之中。这个困境不在于我国学者师法法国所提出的公务标准,或是由此衍生出来的特权、主体、法律关系、行政法律规范等不一而足的标准,都不能证成行政合同独立于民事合同的正当性,而在于我国学者在研究行政合同时“所沿用的合同观念和理论仍然没有跳出民事合同的路径”。^{〔10〕}

我国学者之所以青睐、鼓吹行政合同,一个非常重要的原因在于合同所蕴含的平等、自由、协商与合意等价值。一般认为,行政合同是公民与行政机关合意一致的产物,它与意思自治、诚实信用关联在一起,重塑了政府权威从而能够更好地得到人民对行政的服从。^{〔11〕}也正因为它是合意的产物,所以被普遍视为行政权力的柔软化工具,象征着公民摆脱被管制的相对人地位,以主体身份参与到公共治理过程中成为行政机关的伙伴,适应了国家职能从管制到服务的转化与扩大人民参与的潮流,^{〔12〕}满足了公法学者驯服公权力这一终极理想。所以,民事合同中的平等、自由、合意要素,是行政法学者将行政合同引入公法体系时不愿放弃的。而也正是因为这种依赖,使得行政合同概念始终无法挣脱上述价值的束缚,未能正确处理公务亦即目的公共性与上述价值关系,从而不能打破民法学者对合同解释权的垄断。民法学者崔建远即指出:执行公务并非行政合同的判断标准,因为执行公务是作为合同的标的,行政色彩融于(执行公务)这个合同标的自身之中,并不折射到合同当事人双方基于合同产生的权利义务上,双

〔8〕 崔建远教授指出法国将行政合同之诉归为行政诉讼,属于人为安排,而非符合法学原理的做法。崔建远:“行政合同之我见”,《河南省政法管理干部学院学报》2004年第1期,第101页。

〔9〕 参见郭修江:“行政协议案件审理规则——对《行政诉讼法》及其适用解释关于行政协议案件规定的理解”,《法律适用》2016年第12期,第46页。

〔10〕 于立深:“中国行政合同制度的实践与发展——透过行政合同判例与法律文书的观察”,载余凌云主编:《全球时代下的行政契约》,清华大学出版社2010年版,第55页。

〔11〕 Hugh Collins, *Regulating Contracts*, Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 20.

〔12〕 参见江嘉琪:“我国台湾地区行政契约法制之建构与发展”,《行政法学研究》2014年第1期,第80页。

方的法律地位是平等的,而非命令服从的,所以这样的合同应该被定位为民商法上的合同。^[13]因此,除了行政机关之间的合同,又或者强制征收合同等行政合同,其他都是民事合同。^[14]就此可见,在民法学者看来,只要他们紧扣自由与合意,就能在论战中立于不败之地。

同样,因为没有超越自由、平等、协商等要素来理解行政合同,特权标准也无法证成行政合同的独立性、正当性。尽管民法学者并不反对为了公共目的或公共利益而承认行政机关在合同履行阶段的特权,但他们并不认为这构成了对平等交易关系的颠覆。梁慧星教授即指出,“国家通过行政机关对某些市场交易行为进行适度干预,并不改变这些市场交易行为的性质,当然不可能使这些市场交易关系变成所谓行政合同。”^[15]崔建远教授则认为,这种履行阶段的特权虽然是行政法律关系,但是在整个合同制度中不占主流,因而不改变合同的基本属性。^[16]究其根本,特权发生在履行阶段而非缔约阶段,针对的不是合同形成的条件与过程,因而不能否定合同形成的平等性、合意性。而移植自法国的特权,也确实是源于公共利益而不是合同、合意。^[17]

因此,值此《行政诉讼法》确立了有限类型行政协议的可诉性之机,我们有必要趁热打铁,秉持正本清源的思路,厘清行政合同的内涵与外延,确定行政合同从民事合同中独立出来的正当性。进一步说,我们需要摆脱对私法行政合同认识论的依赖,在学理上挑战以民法知识为背景的法律共同体对行政合同的否定,打破行政法与民商法的分离对行政合同的制度性障碍,^[18]使行政合同不再陷于“是否存在的巨大问号之下”,^[19]从而在根本上解决我国行政协议之诉的问题。

需要指出的是,本文研究对象仅仅为政府采购、国有土地使用权出让、公共工程合同与国有资产转让合同等引发热议却又未能取得学界共识的合同,但不包括拆迁补偿协议、计划生育合同、假契约以及其他以政府管制性权力为基础的行政合同。其一,后者以行政机关对公民的自由、财产的管制权力为前提,其所形成的权利义务被认为是非民事的,其行政合同属性已经得到了民法学界的承认。^[20]其二,后者能得到民法学界承认,本身也足以表明,它们和上述

[13] 崔建远,见前注[8],第101页。

[14] 参见梁慧星:《民法学说判例与立法研究(二)》,国家行政学院出版社1999年版,第191页。

[15] 同上注。

[16] 崔建远,见前注[8],第101页。

[17] 根据法国最高行政法院的判例,特权属于“行政合同之基本规则”,即便合同中并未进行约定,这些特权仍然存在。参见陈天昊:“在公共服务与市场竞争之间——法国行政合同制度的起源与流变”,《中外法学》2015年第6期,第1654页。

[18] 于安:“政府活动的合同革命——读卡罗尔·哈洛和理查德·罗林斯:《法与行政》一书‘酝酿中的革命’部分”,《比较法研究》2003年第1期,第114页。

[19] 余凌云:“它还是个问号吗——代序”,载余凌云主编:《全球时代下的行政契约》,清华大学出版社2010年版,第1页。

[20] 参见余凌云:“对行政契约的三点感悟”,载余凌云主编:《全球时代下的行政契约》,清华大学出版社2010年版,第9页。

饱受争议的行政合同在逻辑、制度与价值上存在着显著差别,难以冰炭同炉。而民法学界对不同类型行政合同的态度大相径庭的现实,也足以提醒我们,行政合同研究不能采取同一种认识视角与建构路径,而应当采取类型化方法。^{〔21〕}当然,这并非本文主旨,当留待日后另行撰文探讨。

一、认识行政合同的新路径:行政合同所交易的资源的公共性

面对上述行政合同的正当性难题,不少学者指出应当跳出民事合同与行政合同之争,回归实践,面对实务。如余凌云教授认为:“行政契约理论不应该削足适履、固守成规,而应该更加关注蓬勃发展的、鲜活的社会实践,适时地自我更新,以更好指导实践”。^{〔22〕}的确,研究行政合同的实践,将有助于我们发现越来越多的行政合同区别于民事合同之所在,发现越来越多民事合同理论所不能解释的行政合同现象,^{〔23〕}发现越来越多民事合同理论所难以解决的行政合同问题,^{〔24〕}最后携水到渠成之势迫使民法学者不得不承认行政合同的独立性与特殊性。

笔者非常认可面向实践的行政合同研究,但也认为,这一策略暂时回避了最为核心的问题、最为实质的争议,耗日持久方能见到成效。而在行政协议进入行政诉讼的今天,明确兜底条款中“等”的范围、明确行政协议之诉的实体法构造,以便从行政合同实体法上游出发解决行政协议之诉的审判方法这一程序法下游问题已迫在眉睫。因此,直面何为行政合同这一问题,通过概念的明晰实现纲举目张,具有极强的现实必要性。正如前文所述,要证明国有土地使用权出让合同等合同的行政合同性而非民事性,就不能再从传统的公务、特权等角度出发,而必须另辟蹊径。这一新路径,就是国有土地使用权出让合同等合同的源头——合同所交易、出让的资源——的公共性及其所决定的合同的公共资源分配与分享属性。

(一)行政合同的公共资源分配与分享属性

作为缔约双方处分自己所支配的资源、与他人形成利益互换的制度与行为,合同意味着缔约人拥有并可以处分某种资源,且这种资源能给相对方带来收益从而激发他们的缔约兴趣。对于行政合同来说,其相较于私法合同的特殊性就在于其所交易的资源必然是公共资源。这

〔21〕 彼得·文森特—琼斯(Peter Vincent—Jones)即将行政合同分为三类,一为建立在官僚等级制基础上的行政机关内部的管理性合同(Administrative Contract),二为面向社会交易公共资源的经济性合同(Economic Contract),三为行政机关为管制公民而与公民缔结的社会控制合同(Social Control Contract)。See Peter Vincent—Jones, *The New Public Contracting: Regulation, Responsiveness, Relationality*, Oxford: Oxford University Press, 2006, pp. 27—29.

〔22〕 余凌云,见前注〔10〕,第10页。

〔23〕 如江嘉琪指出:“我国台湾地区行政实务上的行政契约多属定型化契约,……实质的单方性相当浓厚,虽有合意的外观,但无合意的实质。”江嘉琪,见前注〔12〕,第86页。

〔24〕 比如郑春燕教授通过梳理、剖析行政合同审判实例指出,行政合同的民事审判路径往往忽视合同达成过程中的公法规范,往往无法有效维护公共利益。郑春燕:“大陆行政合同的审查现状与困境”,《浙江社会科学》2014年第11期,第113页。

里的公共资源并不是严格的经济学意义上的,不为哪一个人或企业、组织所拥有而是由社会成员可以自由地利用的资源,而是指由国家所有或支配并由政府面向社会主体分配、出让的资源。其公共性包含着两个维度:一方面,这些资源为国家所有或支配,由行政机关管理、处分,而非私人所有、支配;另一方面,这些资源由国家通过合同面向社会进行分配,而不是由国家在行政机关内部进行划拨、调配,因此具备了公民进入资源分配体系的开放空间。也正因为行政合同必须以公共资源的处分为前提,所以美国学者伯纳德·施瓦茨(Bernard Schwartz)才指出,古典时代也有少量的行政合同,但大规模的行政合同则源于福利行政。^[25]换言之,福利行政一般意味着政府要采购大量物品与服务提供给公民,所以只有在行政机关为了推进、保障公共福利而获得了大量公共资金、资源及其处分权之后,行政合同才得以大量缔结,才成为常见的行政手段与行政现象。

而无论是政府采购商品与服务的政府采购合同,还是政府机关就国有土地、国有自然资源乃至国有资产而与公民达成的出让协议,^[26]抑或是特许经营协议,这些一直不被私法学界承认的行政合同,都具有公共资源的分配属性,都作为公共资源的分配方式而存在。如时任国家发改委法规司司长的任珑撰文指出:《招标投标法实施条例》的主要任务是优化资源配置。^[27]余凌云也曾指出,政府采购合同等事关“公共资源的再次分配”。^[28]而涉及自然资源开发利用并和公民签订合同的特别许可事项,“这些事项的行政许可的作用主要是分配稀缺资源”。^[29]注意,此处的分配并非指一般意义上由国家进行的二次分配,即国家将从人民那里获得的公共资金投向人民,为人民提供各种公共福利,而是指国家将特定公共资源交由某些主体排他性经营、使用或所有,因而属于第一次分配范畴。

也正因为这种分配的结果是某些主体获得了特定公共资源的排他性经营、使用或所有的权利,所以,行政合同成为公民分享公共资源的途径。注意,此处的分享是从私方缔约人主观角度而言的,而不是从享受作为行政合同目的的公共服务的第三方大众而言的,因此此处的分享对应的不是二次分配,而是“国家将特定公共资源交由特定主体经营、使用”这一第一次分配过程。因此,行政合同的分享属性,是指私方缔约人通过行政合同将原本由国家支配或所有的公共资源,变为个人排他性所有或是所用,并从中获益。也正因为行政合同成为获得公共资源的一种常见途径,所以美国学者史蒂芬·斯库纳(Steven L. Schooner)将财富的分配性

[25] (美)伯纳德·施瓦茨:《行政法》,徐炳译,群众出版社1986年版,第200—201页。我国也早有学者指出福利社会的兴起催生了行政合同的兴起,但遗憾的是,他不是从合同的源头而是从协商、合意的老套路上指出这一点。参见王勇:《论行政合同的法律定位》,《北京行政学院学报》2009年第4期,第79页。

[26] 何海波教授将这些合同称为“国家作为公共财产所有者和管理者所订立的合同”。何海波:《行政诉讼法》(修订版),法律出版社2013年版,第159页。

[27] 参见任珑:“关于《招标投标法实施条例》的若干问题解析”,《宏观经济管理》2012年第4期,第30页。

[28] 余凌云:“论对行政契约的司法审查”,《浙江学刊》2006年第1期,第140页。

[29] 乔晓阳主编:《中华人民共和国行政许可法及释解》,中国致公出版社2003年版,第72页。

(wealth distribution)归为行政合同的九大特征之一。^[30]

(二)公共资源分配与分享属性之于行政合同正当性证成的价值

因为行政合同具有政府分配公共资源的属性,公民可以通过行政合同而获得公共资源,因此公民要求与行政机关签订合同的权利,实际上就等于公民通过合同要求政府给付公共资源的权利。事实上,在英美公法中,即长期存在着与政府签订行政合同的利益不是源自政府恩赐的特权而是公民权利的主张。^[31]因此,如果我们能够基于资源公共性证成公民要求缔结行政合同的权利,能在合同的公共资源分配属性与分享属性之间建立有机关联,就可以找到解决当前行政合同正当性困境的基本方法。

首先也是最为关键的是,证成公共资源分享维度下公民对行政合同的缔约权,将有力挣脱现行契约自由论对我们理解行政合同的束缚,突破目前行政合同理论难以突围民事合同理论的困局,推动行政合同与民事合同的分道扬镳,并确立一个简洁有力的行政合同界分标准。正如保罗·克雷格教授(Paul Craig)运用霍菲尔德(W·N·Hohfeld)法律关系概念所指出的,要求与行政机关签订合同的权利,以及从这一视角出发认识行政合同,与沿袭传统的特权(privilege)理论,从契约自由出发去认识行政合同,构成了认识行政合同的两种视角。^[32]在霍菲尔德用相依(correlative)、相反(opposite)两个坐标所关联起来的法律关系体系中,自由(liberty)或特权(privilege)和狭义的权利(right)或请求权(claim)是两种不同的法律权利。自由与无权利相依,构成一对法律关系,代表着他人无权利要求自由主体为或不为某种行为,因而自由主体无法律义务的法律地位;权利则与义务相依,构成一对法律关系,代表着权利主体可要求他人为或不为某种行为以落实权利的法律地位。^[33]因此,将公民与行政机关缔结合同的法律地位归为特权或自由,其实就是认为公民向行政机关提出的订立合同的请求,不具有请求权效力,不包含着行政机关如公民所愿签订合同的义务,公民由此可能无法达成签订行政合同的意愿。此时,行政机关拥有契约自由,与公民处于经典的私法合同关系,行政合同由此与私法合同并无本质区别;而将公民与行政机关缔结合同的法律地位归结为权利(right)或请求权(claim),其实就是认为当公民向行政机关提出签订合同的请求时,行政机关有与公民签订合同的义务,却没有不与其签订合同的自由,两者不处于契约自由支配下的私法合同关系。尽管没有这种英美式的特权与权利二分的传统,大陆法系在行政合同领域也面临着类似问题,即通过特定程序与行政机关签订合同,这种程序的本质是行政行为还是行政合同。如果是行

[30] See Steven L.Schooner, "Desiderata: Objectives for a System of Government Contract Law", *Public Procurement Law Review*, Vol. 11, 2002. 其他特征是:竞争,廉洁、透明、效能、顾客满意度、价值最大化、风险避免与统一性。

[31] Kenneth Culp Davis, *Administrative Law Text*, Paul, Minn: West Publishing Company, 1977, p. 180.

[32] See Paul Craig, *Administrative law (3ed)*, London: Sweet & Maxwell, 1983, p. 594.

[33] See W·N·Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, Walter Wheeler Cook(ed.), New Haven: Yale University Press, 1919, p. 38, pp. 42-44.

政合同,那意味着公民并没有要求行政机关与其签订合同的法定权利;如果公民有权依照行政行为逻辑要求行政机关对其实施给付并因此与其签订合同,那就意味着行政合同是公法权利而非私法自由的结果。综上所述,从订约权利出发,将公民订立行政合同的权利界定为霍菲尔德式权利,而不是传统的契约自由,并将行政合同界定为订立合同之权利而非契约自由的产物,就构成对契约自由观下行政合同认识模式的颠覆,对契约自由论下的行政合同否定论就具有釜底抽薪之功,就能真正将行政合同从民事合同中独立出来,因为权利视角下的行政合同是公民权利的产物,行政机关不是基于自由意志而是基于其法律义务才与公民签订合同的,私法契约自由论下行政合同的产生逻辑则恰恰相反。

其次,有助于推进法治,进一步规范政府权力,从而解决行政合同的另一正当性质疑。受私法契约理论影响,行政合同长期未能纳入公法轨道,未能受到司法审查的控制,行政机关选择缔约人的权力被视为不受控制的权力(unrestricted power)。〔34〕而这,也正是行政合同饱受质疑的理由之一,因为行政机关能以契约自由之名逃避依法行政原则,而随着合同而来的私有领域的扩张,公法领域也将不可避免的限缩。〔35〕的确,如何规范行政机关通过行政合同行使的权力,避免公法遁入私法,是现代行政合同制度必须解决的核心问题。而传统公法机制对此却力有未逮,因为它聚焦于立法权力下政府活动的规制,〔36〕将焦点置于控制政府的主权性统治权力以保障公民的消极自由,不能胜任于将政府分配财产的权力纳入到传统法治体系之内。而正如特伦斯·丹提斯(Terence. Daintith)指出的,行政合同是国家运用其财产来获得私人服从的行为,现代政府越来越多地将这种经济力量作为治理工具,但这一权力是没有得到议会同意的特权。〔37〕其进一步指出,行政合同建基于政府的财产所有权(dominium),而传统行政则建基于政府的统治权(imperium)。〔38〕就此而言,从财产性权力这一角度出发,如何法治化国家财产权力,已成为亟待解决的课题。而以契约自由为核心的私法同样无法提供有力机制来制约行政机关的缔约权,因此,私法合同论在面对通过合同行使的公共资源分配权时,有着无法克服的先天的合法性弱点。正如马克·阿伦森(Mark Aronson)指出的,私法调整模式根本就无法实现“公开、公平、参与、问责、前后一致、合理、合法、无偏私或可通过司法及行政的途径进行个案救济”等价值。〔39〕而从公共资源角度出发,将行政机关通过合同出让公共资源

〔34〕 Kenneth Culp Davis, *supra* note 31, p. 177.

〔35〕 Murray Hunt, “Constitutionalism and the Contractualisation of Government in the United Kingdom”, in Michael Taggart (ed.), *The Province of Administrative Law*, Oxford: Hart Publishing, 1997, p. 27.

〔36〕 A C L Davies, *supra* note 4, p. 69.

〔37〕 Terence Daintith, “Regulation by Contract: The New Prerogative”, *Current Legal Problems*, Vol. 32, 1979, pp. 41—42.

〔38〕 Terence Daintith, “The Techniques of Government”, in Jeffrey L Jowell & Dawn Oliver (ed.), *Changing Constitution (4ed)*, London: Clarendon Press, 1994, pp. 209—236.

〔39〕 Mark Aronson, “A Public Lawyer’s Responses to Privatization and Outsourcing”, in Michael Taggart(ed.), *The Province of Administrative Law*, Oxford: Hart Publishing, 1997, p. 43.

的权利建构为公法上的分配权,将公民通过合同而获得公共资源的利益建构为公法上的公平分享权,并在这一分配权力与分享权利之间建立规范关联,就可以通过“权利制约权力”的逻辑,在相当程度上驯化这一权力,维护上述价值,将行政法治拓展到新的公权力领域。相应的,行政合同从民事合同中独立出来的必要性更为凸显。

最后,有利于更为全面深入的救济公民权利,从而进一步增强行政合同相较于民事合同制度的正当性。对行政合同中第三人利益关照的不足,向来是民事合同令人诟病之所在,也是契约自由框架所难以解决的问题。而通过公法上的行政合同制度来保障最终缔约人之外其他参与缔约过程者的公平竞争权益,正是公法学者主张将行政合同纳入公法规范体系的重要理由之一。^{〔40〕}就此而言,从公民缔结合同的权利出发来探讨、主张行政合同的公法性,有利于增强行政合同合法性。但我们以往恰恰忽视了这一点,^{〔41〕}由此丧失了将其作为认识行政合同的新视角的契机。^{〔42〕}因此,我们需要关注公民缔结行政合同的权利及其实现机制,由此来增强行政合同的正当性。而且,关注公民的缔约权利,也会拓展我们对行政协议之诉的理解。概言之,既然行政合同是从缔约权利而不是缔约自由发展而来的,合意并不完全是合同所体现、载明的权利义务的全部渊源,而且行政合同的公共资源分配属性决定了合同要内嵌于公共资源分配的公法规范体系之中,那么缔约人基于合同而获得的权利也有可能要从前合同阶段、从公法规范中来溯源其规范依据,而不能仅仅从合同本身出发来确定缔约人权利。同理,行政机关对公民权利的侵害既可能是违约造成的,也可能是行政处分所造成的。这个时候,就不仅需要进行违约性审查,还要进行合同合法性审查,以厘清公民权利的规范依据及合同对于公民权利的影响,从而确立合理的救济方式。就此而言,抓住行政合同所交易资源的公共性,就能抓住理解行政合同的总枢纽,抓住行政协议之诉的总枢纽。

以下,笔者将展开论证,公民缔结行政合同的权利不仅存在,而且正是源于行政合同所交易的资源的公共性。资源公共性支配着行政机关以合同形式行使的公共资源分配权,使得行政合同在承载着资源分配功能的同时,也成为公民依法分享公共资源的形式。

二、资源公共性维度下公民对行政合同的缔约权利

(一)从缔结行政合同的自由到缔结行政合同的权利

的确,在很长的一段时间内,私法合同的契约自由理念统治着法学界对行政合同的理解,

〔40〕 Ibid., at 43.

〔41〕 新行政诉讼法仅仅规定了相对人可以就履约过程中的纠纷提起行政诉讼,但没有规定是否可以就行政协议缔约阶段的纠纷进行审查以及对什么进行审查。

〔42〕 学界对“益民公司诉周口市政府案”的讨论即反映了这一点。学者往往聚焦于该案判决所提出的信赖利益保护原则,而对益民公司最为核心的关切即获得特许经营协议的权益关注不多。不过,法院对益民公司的这一诉求还是进行了一定程度的审查。参见“益民公司诉河南省周口市政府等行政行为违法案”,中华人民共和国最高人民法院行政判决书(2004)行终字第6号。

公民被认为只有私法上的缔约自由而没有公法上的缔约权利。只有从一开始就以公务为基点确立了行政法体系并承认行政合同这一概念的法国人,很早就承认了通过竞争方式获得行政合同的权利,从而突破了契约自由框架下公民在合同缔结过程中的法律地位。但是,这一权利只存在于政府采购商品领域,而且没有得到严格的保护,行政机关有很大自由裁量权决定是否适用公平竞争程序来缔结政府采购合同。^[43]

在英美,主张缔结行政合同权利者也早已有之。但遗憾的是,在社会行政的漫长岁月中,这一权利一直没有得到确立。正如 K.C.戴维斯指出的,尽管基于种族与宗教歧视等方面因素,政府在授予合同时不能完全行使其自由裁量权,但原则上法院不保护公民请求与行政机关签订合同的权利。^[44] 其中一个非常重要的理由是契约自由。^[45] 当时的主流意见认为,基于公平原则而要求政府在采购中公平对待合同竞标人并因此而对缔约程序进行司法审查,可能会构成对契约法基本原则——合意或契约自由的不当干预,^[46] 进而不当干扰政府经营。^[47] 因此,公民此时只有决定是否和行政机关签订合同的自由,而没有要求行政机关如其所愿与其签订合同权利。

但这种情况在上世纪 80 年代之后有了很大改变。可以说,在西方法治发达国家,随着公平竞争化的政府采购、公共服务外包以及其他公私合作程序的逐步建立并蓬勃发展,契约自由对行政合同的统治性地位逐渐弱化,行政机关的缔约自由受到了较之私法合同要严格得多的限制^[48],公民则逐渐获得了超越以往缔约自由的法律地位。比如美国联邦政府上世纪 80 年代出台了政府采购法,要求政府采取公平公正的程序授予行政合同。除了一些明文规定的特殊情形外,一切标的额大于 25000 美元的合同必须广而告之 15 天以上以竞争性方式来缔结。而在 2500—25000 美元之间政府采购,则应尽可能地向三家以上的供应商发出邀请。只有对 2500 美元以下的政府采购,政府才可以在认为报价合理的情况下不采取竞争性缔约。^[49] 英国与美国同步。保守党撒切尔政府上台后推行放松管制与服务外包政策,强制性竞争缔约制

[43] 参见(法)古斯塔夫·佩泽尔:《法国行政法》,廖坤明、周洁编译,国家行政学院出版社 2002 年版,第 89—90 页。

[44] See Kenneth Culp Davis, *supra* note 31, pp. 177—180.

[45] See Paul Craig, *supra* note 32, p. 594.

[46] Sue Arrowsmith, *Government Procurement and Judicial Review*, Ontario: The Carswell Co.Ltd, 1988, p. 151.

[47] See Paul Craig, *supra* note 32, p. 594.

[48] Christopher McCrunden, “EC Public Procurement Law and Equality Linkages: Foundations for Interpretation”, in Sue Arrowsmith & Peter Kunzlik (ed.), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 289.

[49] See Kate M. Manuel, “Competition in Federal Contracting: An Overview of the Legal Requirements”, in *Congressional Research Service*, June 30, 2011. Available online at <https://fas.org/sgp/crs/misc/R40516.pdf>.

度首先被确立于地方政府土地与规划法,后来逐步扩张到其他领域。^[50]伴随着上世纪最后十年公共采购规制的“全球化革命”(global revolution),^[51]行政合同缔结程序的公平竞争化在欧陆也开始稳步推进。在旨在推动欧盟商品、服务、劳动力与资本自由流动的欧盟公共采购规则的驱动下,包括德国、法国在内的欧盟成员国普遍开启了政府采购合同授予程序的公平竞争化建构。^[52]法国更是扩大了政府采购法适用范围,由此将全部行政合同纳入到公平竞争程序规范的适用范围,非有法定特殊理由,法国各级政府与公法人皆不得拒绝采取竞争程序来缔结行政合同。^[53]

为了满足缔约程序的公平竞争化,法国《公共合同法典》规定行政合同必须奉行三大原则:自由申请向政府供货,即自由提出与政府缔结行政合同的要求;平等对待候选人;全部程序透明。^[54]有力推进了各成员国政府采购程序公平竞争化的欧盟公共采购指南则要求各国在实施行政合同时必须奉行平等对待原则与透明原则^[55];在英国,缔约程序的公平竞争原则被归为程序合理(propriety)原则。^[56]尽管上述表述不尽一致,尽管不同国家免于公平竞争的豁免性条款有所区别,但它们的实质内容是一致的,就是确保合同缔结的平等,因为无歧视就是平等对待,而平等必然意味着每个人都有同等去申请获得政府合同的自由与机会,而要满足自由与平等,就必须公开、公正与公平。因此,上述原则实际上确立了公民通过公平竞争程序缔结行政合同的权利。

这一缔约权利包含着如下五个子权利:①要求政府根据合同所欲实现的行政目标设定合理、合法的缔约人选拔标准的权利,不合理的标准实际上剥夺了公民自由进入政府市场进行竞标的权利;②要求政府采取合理方式面向全社会广而告之以招标行政合同的权利,否则公民无法知道哪些公共资源会通过合同的形式面向社会分配,其自由进入政府市场的权利无法具体化、无法实践;③要求根据政府事先公布的招标公告所确立的竞标标准参与竞标的权利,政府不能拒绝符合标准者参与竞标;④要求政府在竞标中根据事先制定的选拔标准与优胜劣汰原则挑选缔约人的权利;⑤在竞标获胜的情况下,要求行政机关授予其合同、与其缔约的权利。这是平等缔约权的应有之意,否则前述四个权利没有任何意义。这些子权利既包括自由决定是否向行政机关提出合同缔约要求的权利,也包括要求政府公平对待以保障公平竞争的权利,还包括最终竞标优胜的情况下请求政府授予合同(award

[50] A C L Davies, supra note 4, p. 45.

[51] Khi V.Thai, “Challenges in Public Procurement”, in Khi V.Thai(ed.), *Challenges in Public Procurement: An International Perspective*, Boca Raton: Praacademics Press, 2005, p. 10.

[52] See Sue Arrowsmith, *The Law Of Public And Utilities Procurement*, London: Sweet&Maxwell, 2005, pp. 72—73.

[53] 吴秦雯,见前注[4],第17页。

[54] (法)让·里维罗、让·瓦力纳:《法国行政法》,鲁仁译,商务印书馆2008年版,第564页。

[55] Peter Trepte, *Public Procurement In The EU*, Oxford: Oxford University Press, 2007, pp. 13—17.

[56] A C L Davies, supra note 4, p. 17.

contract)的权利;既包括要求政府制定合理标准开放交易市场、准予进入政府市场、授予合同等实体权利,也包括要求政府信息公开、平等对待的程序权利。它们依次展开,贯穿于行政合同缔约程序的始终,不仅制约着行政机关制定抽象的遴选标准的权力,也规范着行政机关适用这些标准选拔、授予(缔结)合同的权力。

这一缔约权的存在,实际上使得行政机关不再拥有独断分配公共资源、授予合同的权力。竞争虽然不意味着私人一定能获得合同,但它意味着政府不能随意选择当事人,^[57]对于谁将成为最终的缔约人,政府既无法控制,也无法自行决定,只能交由结果不确定的竞争程序去选择。一旦公民参与了竞标并获得胜利,那么他就可以凌驾于行政机关,要求行政机关与之签订合同,而无需行政机关的同意,缔结合同由此变成了行政机关的义务而不是自由。即使不是普遍开放招标程序任由市场主体自由参与投标,而是采取仅仅邀请数量有限的供应商参与投标的限制性招标制度,^[58]政府决定谁能入选这一名单的权力也为各利益方应该被给予进入公共市场之机会的程度(*be given access to public market*)所限制,且用何种方式来从名单中挑选缔约人通常受公正、公平进入权(*fairness and equal access*)支配。^[59]

也正因为极大限缩了行政机关的缔约自由,这种权利与民事合同理论中的强制缔约权颇为相似。但两者也有显著差别。在行政合同中,公民对行政合同的缔约权并不能总是保证其与行政机关签订合同,而在民事合同中,强制缔约权往往意味着权利人能够如其所愿缔结合同。它们的不同正缘于行政合同所交易的资源的公共性,源于后文将要阐述的资源公共性所决定的物有所值原则、所衍生的公民对公共资源的公平分享权。因此,行政合同中行政机关实体法上的缔约义务只能在竞标程序决出优胜者后才确定。这实际上意味着,公民对行政合同的缔约权要按照上述子权利依序展开,并因为竞标优胜而最终完备、成熟。也正因为竞标优胜者总是少数,所以有些论者认为缔约权的标的是公平竞标机会,将之称为同等机会权(*equality of opportunity*),或者公平机会权(*fair opportunity*),^[60]有的学者则称之为进入政府市场的自由,或是平等进入政府市场的权利,即公平与平等地获得政府商业机会的权利。^[61]但这些理解以及行政合同缔约权与强制缔约权的区别,并不意味着我们可以否定这一权利的权利属性及其存在,将其视为缔约自由。因为即使竞标失败,在此之前公民也行使了缔约自由所不能包含的上述其他四个缔约权子权利。换言之,缔约不成功,只能说该权利欠缺最终完备、成熟的要件,但不能说该权利不存在。而且,一旦公民通过竞争优胜而获得合同缔约权,那么这种权利在逻辑上无论如何也不能被界定为缔约自由的产物。

为了保障这一权利,大多数国家基本上都确认了公民通过司法审查来获得救济的权利。

[57] 古斯塔夫·佩泽尔,见前注[58],第87页。

[58] Sue.Arrowsmith, *supra* note 46, p. 67.

[59] See Sue.Arrowsmith, *supra* note 46, pp. 67—68.

[60] Christopher Mccrunden, *supra* note 48, p. 280.

[61] Sue.Arrowsmith, *supra* note 46, p. 233.

在法国,如果行政合同没有广而告之地进行招标,那么行政法院会撤销行政机关做出行政合同的决定。^{〔62〕}在2007年的Tropic判决中,最高行政法院进一步明确指出,参与了行政合同之竞争性签订程序但落选的竞争者,以及其他与涉案合同之签订存在利害关系的潜在竞争者,都有权就合同的有效性提起行政诉讼。^{〔63〕}在美国,自从1984年出台了新的政府采购法后,行政合同竞标出局者的法律保障有了显著改善,他们可以获得一些政府文件,也可以获得一些听证。^{〔64〕}如果合同缔结不符合公平竞争程序,出局者可以通过投诉来中止缔约程序,让缔约程序重新开始,也可以提起司法审查。^{〔65〕}在英国,如果行政合同缔结有违程序正义,没有保障出局者的机会,法院也会在合同具有公共性的情况下对合同缔结进行司法审查。^{〔66〕}

(二)资源公共性与行政合同缔结权的规范关联

正如克里斯托弗·马克伦德(Christopher Mccrunden)指出的,行政机关没有如同私人的缔约自由,是因为适用于私法合同的市场原则并不必然适用于行政合同,而且我们要求行政机关必须符合更高的伦理标准。^{〔67〕}而这种超越于契约自由的更高伦理标准,就源于行政合同所交易资源的公共性。

第一,资源公共性决定了行政合同的物有所值原则(best value for money),决定了行政机关不得随意处分、出让公共资源,必须经过公平竞争化程序来决出缔约方。

公共资源来源于人民、为人民所有,政府只是受人民委托来管理、处分公共资源而不是拥有私有财产权那样的绝对权,所以公共资源必须服务于人民,为人民所享有。因此,如果不是为了公共利益,如果不是为了人民能充分享有,公共资源就不能以合同的形式予以分配、转让出去。一言以蔽之,资源的公共性决定了资源在转让时必须确保公共性不因为分配而流失,公共性或民主性由此构成了现代民主国家行政合同的本质要求,缺失了公共性的行政合同是不合法的。^{〔68〕}相应的,行政合同不能从私法自治原理出发,仅从满足于双方当事人私人利益的角度来理解,而应该首先从满足合同的民主维度,尽可能使公共利益最大化的角度出发加以建构。也就是说,“行政机关作为纳税人财产的管理人,其有采取合理的管理措施以缩小绩效落差的财政责任。”^{〔69〕}因此,合同制度必须规范行政机关的缔约权,避免其利用缔约权徇私舞弊

〔62〕 A C L Davies, supra note 4, p. 57.

〔63〕 陈天昊,见前注〔17〕,第1664页。

〔64〕 Carl J. Peckinpugh, *Government Contract for Services*, Chicago: American Bar Association, 1997, pp. 217-219.

〔65〕 See A C L Davies, supra note 4, pp. 60-61.

〔66〕 See A C L Davies, *Accountability: A Public Law Analysis of Government by Contract*, Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 12.

〔67〕 Christopher Mccrunden, supra note 48, p. 289.

〔68〕 Ian Harden, *The Contracting State*, Buckingham: Open University Press, 1992, Introduction.

〔69〕 Mathew Blum, “The Federal Framework for Competing Commercial Work between the Public and Private Sectors”, in Jody Freeman & Martha Minow (ed.), *Government by Contract: Outsourcing and American Democracy*, Massachusetts: Harvard University Press, 2009, p. 87.

弊、贪赃枉法,或是恣意行使缔约权却没有获得合理对价。这就是行政合同的物有所值原则的必然要求,即行政机关应当以最小的公共资源支出获取效益最大化的商品或服务。^[70]当然,物有所值不仅仅限于经济效益的最大化,还可能包含着的其他社会效益的最大化,比如在有的国家物有所值还体现为善治。^[71]

就此而言,行政合同缔约权首先要服从于公共资源分配规范。这种规范分为实体与程序两个层面,前者规定行政机关应当基于何种目的、以何种标准来分配公共资源,行政合同必须以符合这些客观规则或标准为前提;后者则规定行政机关应当遵照何种程序分配公共资源,行政合同必须按照这些程序来缔结、授予。公平竞争程序即为规范行政机关缔约权,防止采购过程中的腐败,提高政府采购与公共服务的质量与效率的有效程序手段。^[72]一方面,缔约程序的公平竞争化能够减少合同过程中的腐败。另一方面,基于市场这样一个看不见的手能更好地促成社会福利的新自由主义观,^[73]合同缔结过程的公平竞争化,被认为和市场中的自由竞争一样,也具有实现资源最优化配置之功,能实现公共资源的效益最大化。而为了保障竞争的开放性与充分性,就必须保障公民通过自由、透明、公平的程序与行政机关缔约的权利。^[74]为此,行政机关不仅负有不得侵犯公民进入政府市场的自由与缔约权利的消极不作为义务,还负有通过各种措施来促进公平竞争的积极作为义务。^[75]也正因为采取限制行政机关缔约权的公平竞争化程序能够证明行政机关正确的处分、经营了公共资源,所以有学者认为力求公平、透明的正当程序化的合同授予程序,能够提高行政合同的合法性、民主性。^[76]

第二,资源公共性也决定了公民有权参与缔约过程,获得行政机关的公平对待,从而公平分享公共资源,参与公共资源的分配。

毋庸讳言,正如克里斯托弗·马克伦德指出的,公平缔约权的法律含义还没有得到充分、明确、有力地表达。^[77]不同国家对此权利的态度存在颇大差异,即为鲜明例证。比如,正当程序的发源地英国还不太承认这一权利,法国宪法法院则将公民通过公平竞争程序签订合同

[70] Christopher Mccrunden, *supra* note 48, p. 287.

[71] Sue Arrowsmith, *supra* note 46, p. 17.

[72] A C L Davies, *supra* note 4, p. 157.

[73] Sue Arrowsmith & Peter Kunzlik, "Public Procurement and Horizontal Policies in EC Law: General Principles", in Sue Arrowsmith & Peter Kunzlik (ed.), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 17.

[74] Peter Vincent-Jones, *supra* note 21, pp. 38-39.

[75] Christopher Mccrunden, *supra* note 48, p. 287.

[76] Gillian E. Metzger, "Private Delegations, Due Process, and the Duty to Supervise", in Jody Freeman & Martha Minow (ed.), *Government by Contract: Outsourcing and American Democracy*, Massachusetts: Harvard University Press, 2009, p. 299.

[77] Christopher Mccrunden, *supra* note 48, p. 280.

的权利溯源至人权宣言第六条^{〔78〕}与第14条^{〔79〕},为其进行了宪法加冕,将其上升为宪法权利。^{〔80〕}笔者认为,正如法国宪法法院决定所揭示的,这种行政合同缔约权源于公共资源的民有、民治与民享原则及相应的平等原则,而不仅是防止腐败、促进公共资源配置高效化的客观需要。

苏·阿罗史密斯(Sue.Arrowsmith)即指出,因为国家的代表性(representative),竞标人有权分享由政府活动所伴随产生的任何利益。在此,不是活动的功能性而是活动的政府性特征在决定着政府的公正(fairness)对待义务。^{〔81〕}换言之,尽管行政合同具有交易的属性,但因为它是处理公共资源的行为,而公共资源是民有、民治与民享的,所以行政合同具有政府性、行政机关同样要奉行平等原则。^{〔82〕}就像国家在行使其他公共权力时必须平等对待每个公民一样。这种平等决定了宪法意义上每个公民平等获取合同、参与资源分配过程的权利。因为平等预设着先于法律的平等,它是一个基本要求,^{〔83〕}所以基于这种先于立法的平等权,公民才得以有权要求行政机关在制定招投标标准等抽象规则时也要谨遵平等原则,基于公共利益而不是其他歧视标准来设定竞标规则。换言之,保障公民平等参与竞标的义务是强制性的,先于行政机关的要约邀请。一旦行政机关通过合同的形式来分配公共资源,那么公民公平参与竞标的权利就会自动伴生。由此,行政合同就成为公民分享公共资源的权利化方式。

行政合同作为公民分享公共资源的方式,在一定范围内解决了公民作为公共资源之主人权利化分享公共资源的难题。毫无疑问,尽管基于民主原则,无论是法理上还是实证的宪法上,每个公民都是公共资源的主人,但为确保公共资源得到合理使用以满足全民共享,任何公民都不能够按照自己意愿来分享公共资源以干扰公共资源的物尽其用,而必须由国家作为管理者来规划、形成公共资源的利用方式。这也正是本质上作为公共资源分享权的社会权(福利权)^{〔84〕}难以真正权利化、法制化的根本原因,是社会权必须由立法机关乃至行政机关形成而不能由公民基于宪法社会权条款而主张的原因。但是,在市场被作为公共资源最优配置方式、行政合同由此成为行政机关将公共资源物尽其用的主流方式的情况下,公民通过自由意志来分享公共资源的权利就不再存在阻碍,因为行政合同实质上将公民作为个体分享公共资源的

〔78〕 该条规定:全国公民都有权亲身或经由其代表去参与法律的制定。法律对于所有的人,无论是施行保护或处罚都是一样的。在法律面前,所有的公民都是平等的,故他们都能平等地按其能力担任一切官职,公共职位和职务,除德行或才能上的差别外,不得有其他差别。

〔79〕 该条规定:所有公民都有权亲身或由其代表来确定赋税的必要性,自由地加以认可,注意其用途,决定税额、税率、客体、征收方式和时期。

〔80〕 参见陈天昊,见前注〔17〕,第1662页。

〔81〕 Sue.Arrowsmith, supra note 46, p. 150.

〔82〕 参见王旭:“自然资源国家所有的宪法規制功能”,《中国法学》2013年第4期,第14页。

〔83〕 Sue.Arrowsmith, supra note 46, p. 13.

〔84〕 英国社会学家、公民权社会学创始人马歇尔即指出,福利权是“从某种程度的经济福利与安全到充分分享社会财富并依据通行标准享受文明生活的权利等一系列权利”。(英)T.马歇尔:《公民身份与社会阶级》,郭忠华、刘训练编译,江苏人民出版社2007年版,第8页。

权利具体化了。^{〔85〕} 基于社会权具体化理论,行政机关通过招标公告所公布的标准,完全可以被理解为公民据以分享公共资源的法律要件,行政合同完全可以被理解为关于某一具体公共资源,基于某种具体标准,面向某一具有特定资质的公民群体进行分配的一套公法规则,这些公民由此可以主张权利化的公共资源分享权。也正因为行政合同条款近似于公民欲获得公共资源时必须满足的公法规则,^{〔86〕}所以有学者认为,公民获得行政合同的权利应当像获得许可的权利一样被法律保护。^{〔87〕}

当然,因为每个公民都有对公共资源的公平分享权,且公共资源往往具有有限性,要通过竞争性方式来确保物有所值、物尽其用,所以行政合同首先是一个公民行使分享权的竞技场,公民必须按照市场竞争逻辑来完备实体法上的合同缔结权,要通过竞争才能确定谁才是最后有资格获得公共资源者,而不能不经竞争直接获得合同,直接分享公共资源。也正因为如此,域外一些学者才会如前所述的那样,将公民通过公平竞争程序缔结合同的权利,理解为进入政府市场的自由,或是公平机会权。

综上所述,资源的公共性不仅意味着合同在目的上的公共性,还意味着利益分配、分享上的公共性,前者意味着要确保公共资源物尽其用、物有所值以便间接实现人民对公共资源的共有与共享,后者则意味着要确保这种分配面向不特定个体而不是特定个体进行分配,以确保公民通过合同分享公共资源的权利。相应的,每个公民都有要求通过公平竞争程序缔结合同的权利,并得以根据这种权利监督、制约行政机关通过合同分配资源的权力,国家财产权力上的民治由此得到进一步贯彻。由此,行政法得以在行政合同领域实现了基于权利的法治,有力拓展了法治的范围与纵深,也解除了行政合同所面临的“公法遁入私法”的正当性质疑。

也正因为这种权利的基础在于公民对公共资源的公平分享权,所以与其说是“市场精神侵入行政导致了行政合同的产生”,^{〔88〕}不如说是平等分享公共资源的权利产生了当前以公平竞争为原则性缔约形式的行政合同。自由、平等竞争固然是市场经济的本质要素,但并不是只有市场才有这些特质,在行政合同制度中,公平、竞争与透明不过是公共资源公平分享权这种观念的必然配套保障装置而已。每个公民既然具有同等决定是否进入政府市场、通过合同来分享公共资源的权利,那么就必然产生公共资源分配过程中的自由竞争。而市场竞争中的自由乃是法不干涉即自由原则的体现,不依赖于平等权、不依赖于资源公共性而自然生成。因此,我们不能倒果为因,将市场观念作为行政合同的源头,以致屏蔽了行政合同赖以发生的公共资源前提、这一规范性前提对行政合同的规范效力以及相应行政合同缔约权。

〔85〕 关于受领公共资源之权利的具体化,参见王丹红:“行政给付受领权的权利性”,载杨建顺主编:《比较行政法:给付行政的法原理及实证性研究》,中国人民大学出版社2008年版,第87页。

〔86〕 Ian Harden, *supra* note 68, p. 4.

〔87〕 Paul Craig, *supra* note 32, p. 594.

〔88〕 Carol Harlow & Richard Rawlings, *Law and Administration (3ed)*, New York: Cambridge University Press, 2009, p. 207.

三、结语：作为公共资源分配与分享方式的行政合同

基于资源公共性所内含的民有、民治与民享原则，法律实际上给行政机关合同缔结权搭建了一个混合了客观标准与正式程序的更具公法色彩的规制框架。^{〔89〕}由此，行政机关的合同缔结权内嵌于公共资源分配法制之中，要遵循公共资源分配上的依法行政原则。同样，行政机关的缔约权也要受公民通过公平竞争程序获得行政合同的权利的限制。这样一个由公民的公平缔约权与物有所值原则所构建的法律机制，极大限缩了行政机关选择缔约人的缔约自由，也限缩了行政合同在形式、程序乃至内容上的自由空间。比如，因为公平、公正与透明程序使得行政机关不能突破禁止单方面接触原则的约束，行政机关在竞标结束后不能突破招标文件、投标文件，与竞标人私下协商合同内容。^{〔90〕}也正是因为行政机关的上述自由被极大限缩，行政合同固然还有行政机关与公民合意、协商的色彩，但首先是公共资源分配规范与公民公平缔约权共同作用的产物，首先是一种法制化、权利化的公共资源分配与分享方式。因此，我们不应该再将公共资源分配过程中产生的行政合同归于民事合同范畴、运用民事合同框架来处理，而是应该构建一个公法合同机制来规范它们，从而有效规范行政机关运用合同的权力，将其拉入法治轨道，有效保障公共利益与公民对公共资源的公平分享权。而本文开头所提出的行政协议判断标准问题与行政协议之诉的审查方法问题等难题，也将由此迎刃而解。

其一，根据行政合同的公共资源分配与分享属性，凡是以公共资源之交易为合同标的的，都属于行政协议。欧盟及其成员国即采如此逻辑。在当前的欧盟与其成员国，不论成员国如何认定行政合同的性质，该合同的缔结、履行、救济各阶段，都受到相同规制，不再受传统民事合同逻辑之支配，只要该合同是以处分公共资金为前提。^{〔91〕}就我国而言，除了财政资金外，公共服务市场、大量城市土地与自然资源也都由国家管制或所有，所以国有土地使用权出让合同、公共工程合同、国有资产出让合同、矿产资源使用权合同以及政府采购合同等，都应该属于行政合同。除此之外的其他合同也是如此。

其二，行政协议审查应当是合法性审查在先，违约性审查在后。因为行政合同缔结权必须服从于公共资源分配法制，所以对行政协议的审查，必须是合法性审查在前，违约性审查在后。只有先从依法行使公共资源分配权维度出发对合同缔结行为的合法性进行审查，才能避免行政机关滥用管理权违背公共资源物有所值原则，才能准确确定公民根据合同所获得的权利是否有效、进而判断这种权利是否值得保护、如何保护。单纯地将行政协议视为缔约双方平等协商的产物，无视行政机关交易公共资源所需遵循的分配规范，不将行政协议置于这一公法框架

〔89〕 A C L Davies, supra note 4, p. 148.

〔90〕 A.C.L.Davies, supra note 66, p. 18.

〔91〕 受此启发，我国台湾有学者认为应当从是否涉及公共资金之运用与分配程度来界定政府所签订的合同是否行政合同。吴秦雯，见前注〔4〕，第44页。

中进行合法性审查,而仅仅将行政机关与公民之间的纠纷界定为违约纠纷进而依照民事合同违约之诉的路径来审查,无疑会导致存在瑕疵的审判,甚至有可能损害公共利益。

当然,对公民行政合同缔约权与对行政合同公平分配与分享方式属性的证成,在相当程度上破除了对于行政合同的平等协商、缔约自由的想象。但这非但没有消除公民在合同过程中的自由主体地位,反而突出并强化了公民在通过合同分配公共资源时的治理主体地位。因为,行政机关不能在契约自由的掩护下,无视公民参与公共资源分配过程的权利。相反,正是因为限缩了行政机关的缔约自由,公民对行政合同缔结过程的参与及行政合同的可得性(accessibility)才得到了可靠的法律保障。因此,从契约自由到缔约权利的转变,不仅无损于反而增强了行政合同之于民主、之于法治、之于公共治理的价值。因为,作为一种市场化资源配置方式,行政合同取代的不是传统的规制公民自由的行为,而是传统的通过政府指令来分配公共资源的方式。而也正是在这个意义上,行政合同的公私合作意义在于,行政机关通过这种方式实现了公共资源的有效配置,公民则通过这种方式获得了其心仪的公共资源,公民的自主选择与公共资源高效配置由此实现了协调统一。

毋庸讳言,从资源公共性出发来认识行政合同,在凸显合同公共性的同时会限缩合同协议性。因为物有所值原则对行政机关的约束,因为缔约过程的公法化所导致的缔约过程的非人化(法治化),行政机关的处分自由大为限缩,行政合同不再是以往那种非竞争程序下、基于契约自由的合同了。^[92]但这并不意味着行政合同不再存在着自由与合意了。尽管行政合同力求格式化、确定化,但现实是合同越复杂,这一点就越难实现,政府往往不得不因为信息的日益增多而在执行过程中再次就合同内容进行协商。^[93]因此,行政合同中的协议性是不会消亡的。

而且,正如有学者指出的,尽管社会语境下对合同术语与话语的各式各样的日益增长的使用中,合同作为治理技术向行政管理领域的渗透是明显的,但其远不同于法律人所关注的传统契约,它只是为这样一个治理过程提供了有力的基础,通过其所具备的基于自愿这一内核的协议、承诺与责任,为范围广泛的社会主体提供规训。^[94]也就是说,合意与自由固然是行政合同作为治理工具所不可或缺的因素,但并不是最关键的要素,行政合同无需像传统民事合同那样孜孜以求契约自由与意思自治。一方面,这无损于公民在行政合同中的主体地位,也无碍于行政机关依法缔结合同,而且行政机关不能、也不需要契约自由与意思自治;另一方面,受制于资源公共性的行政合同本来就不是以意思自治、契约自由为核心的传统合同,而是关系合同,^[95]因此又何必耿耿于怀于协议性的限缩呢?细言之,因为资源公共性使得行政合同必须满足物有所值原则,公共性由此凌驾于意思自治进入行政合同之中,行政合同由此只是保留了

[92] 相近观点,参见陈天昊,见前注[17],第1673页。

[93] A C L Davies, *supra* note 4, p. 199.

[94] Peter Vincent-Jones, *supra* note 21, p. 133.

[95] A C L Davies, *supra* note 4, p. 219, Peter Vincent-Jones, *supra* note 21, pp. 29-35.

合同所需要的最起码的合意要素,而不再保留传统私法合同的诸如意思自由、形式自由等核心特征,因此,它并非传统民事合同,而应当属于关系型合同,即那种由“习俗、身份、习惯等其他为人所内化的东西来规划未来的交换”的合同。^{〔96〕}而也正是因为种种确保公共性的制度,行政合同得以通过关系合同模式超越传统民事合同,“在作为契约的基础的选择中注入反思理性,使契约行为在自由选择方面排除恣意性,在实践承诺方面排除无力性”。^{〔97〕}就此而言,与其像传统民事合同那样强调行政合同的自治、平等、协商,不如更加关注运用关系合同这样一种新的合同认识范式,探索如何才能真正实现行政合同在选择上的反思理性、排除自由选择上的恣意性、排除承诺实践上的无力性。也许这些才是行政合同制度建构的真正问题所在,才是行政合同能否真正作为有效治理工具的关键所在。^{〔98〕}

Abstract: To demarcate the province of administrative contracts and improve related litigation, we must establish the independent legitimacy of administrative contract at first. Therefore, we shall give up reliance on the theory of private contract and understand administrative contract in the light of the public nature of the resources administrative contracts deal with. Based on such public nature and the principle of value for money, citizens have the equal right to make a contract with administrative organs through fair, transparent and competitive procedures. In the meanwhile, administrative organs must comply with the duty to make a contract through these procedures. Thus administrative contract becomes a legalized and right-oriented means to allocate and share public resources and should be regulated by public law rather than private law. Relatedly, any contract dealing with public resource shall be deemed as administrative agreements, the legality of which should be reviewed before the issue of breach of contract.

Key Words: Administrative Contract; Public Nature of Resource; Contract-making Right; Best Value for Money; Fair Allocation and Sharing

(学术编辑:彭 鐸)

(技术编辑:蔡培如)

〔96〕 (美)麦克尼尔:《新社会契约论》,潘勤、雷喜宁译,中国政法大学出版社1994年版,第7页。

〔97〕 季卫东:“代译序”,载(美)麦克尼尔:《新社会契约论》,潘勤、雷喜宁译,中国政法大学出版社1994年版。

〔98〕 运用关系合同理论来重构行政合同理论的尝试, see Peter Vincent—Jones, *supra* note 21.