

行政协议中的平等原则

比较法视角下民法、行政法 交叉透视研究

陈天昊*

摘要 行政协议乃是行政主体主动进入市场、寻求与市场主体开展合作的尝试,双方当事人只能通过平等协商才可达成关于权利、义务的合意,进而建立行政协议关系,这与民事合同完全一致;公法及行政法基础理论的现代演进,也使得行政主体与相对人之间不再表现为传统的“命令—服从”模式,而逐步走向双方法律地位的平等,这也为平等原则在行政协议中的适用提供了可能。然而,不同于民事合同之平等原则,行政协议之平等原则具有更富包容性的内涵,其并不限于民事合同中所要求的双方在权利、义务上的“对等”,而同时涵括双方在权力与权利上的“结构性均衡”,这两种平等模式围绕如何更好地实现公共利益这一目的交替并存。此种“交替式二元性”的特征,就导致行政协议中双方当事人法律地位上的平等并不必然指向《合同法》第三条所规定的“一方不得将自己的意志强加给另一方”的训条,进而能够与行政主体之单方变更权及单方解除权协调并存。

关键词 行政协议 平等原则 平衡论 公共利益 政府特许经营

一、问题的提出

2015年《行政诉讼法》的修订,首次在实证法层面肯定了“行政协议”的存在,并明确列举了“政府特许经营协议”和“土地房屋征收征用补偿协议”这两类行政协议,规定相关纠纷应该纳入行政诉讼的受案范围。然而,司法实践中对行政协议的概念与范围仍存在争议。就在《行

* 清华大学公共管理学院助理教授,清华大学仲英青年学者。

政诉讼法》修正案生效后不久,最高人民法院作出(2015)民一终字第 244 号民事裁定书(下称“新陵公司案”),将一份“政府特许经营协议”定性为“民商事合同”,“不属于新《行政诉讼法》第十二条(十一)项(……)规定的情形”,进而认定关于本合同的纠纷不应该纳入行政协议案件受理管辖。^{〔1〕}

该案中,法官认为:“合同相对人新陵公司在订立合同及决定合同内容等方面仍享有充分的意思自治,并不受单方行政行为强制,合同内容包括了具体的权利义务及违约责任,均体现了双方当事人的平等、等价协商一致的合意。”概言之,当事人法律地位的平等性,以及合同内容的合意性,构成法官将其认定为民事合同的关键。即便该案法官也承认,涉案协议属于“典型的 BOT 模式的政府特许经营协议”,但基于上述的考虑,法官仍坚持认为其不属于《行政诉讼法》及相关司法解释所规定的“行政协议”。其实,这样的裁判思路并不陌生,在《行政诉讼法》修订前的裁判中也曾多次出现。^{〔2〕}

上述的裁判理由在学术层面会引发下列疑问:行政协议是否同样属于平等主体之间达成的合意?进一步而言,民事合同中的平等原则是否同样适用于行政协议?

对此问题,法学界仍未能提供清晰的答案。早在 1998 年《合同法》制定研讨时,民法学者就曾隐然认为行政协议不是平等主体之间达成的合意,^{〔3〕}并以此理由将其排除出《合同法》的调整范围。至今民法学者仍然坚持这种看法,认为:“(当)双方当事人的法律地位是平等的,而非命令服从的,(……)这样的合同应该被定位为民法上的合同。”^{〔4〕}而行政法学界对此问题的看法则抱有矛盾:学者们一方面普遍认同“(行政协议)把契约的平等精神引入行政领域”,这构成了行政协议制度的关键优势;^{〔5〕}但另一方面,学者们也普遍以行政主体享有“行政优益权”作为行政协议区别于民事合同的关键标准,进而认为“行政合同(……)一般都有行政主体作为当事人(……),它们是以行政职权的执掌者或行使者的身份、地位成为行政合同的当事人的,而不是以机关法人即民事平等主体的身份”,^{〔6〕}追根溯源,王名扬曾论及:“当事人地位平等原则,(……)在行政协议中对行政主体不能严格执行。”^{〔7〕}

行政协议作为我国法治进程中的新鲜事物,其法律制度应该如何构建自然还有待于我们

〔1〕 参见最高人民法院作出(2015)民一终字第 244 号河南新陵公路建设投资有限公司与辉县市人民政府管辖裁定书。<http://wenshu.court.gov.cn/content/content?DocID=9ecdadd7-3930-4629-b953-6414290fceeef&KeyWord=合同|新陵公司>,最后访问日期:2018 年 3 月 28 日。

〔2〕 叶必丰:“行政协议的司法探索及其态度”,《法学评论(双月刊)》2014 年第 1 期,第 69 页。

〔3〕 如王利明指出:“国有土地使用权出让合同仍是民事合同而非行政协议。其根据在于:国家土地管理部门(……)与其他民事主体之间从事交易行为时,并不是以主权者和行政管理者的身份出现的,作为合同当事人,其与另一方当事人(……)的法律地位是完全平等的,双方均应遵循平等、资源、等价有偿的原则。”参见王利明:“合同的概念与合同法的规范对象”,《法学前沿》1998 年第 2 辑,第 7 页。

〔4〕 崔建远:“行政协议之我见”,《河南省政法管理干部学院学报》2004 年第 1 期,第 101 页。

〔5〕 孙笑侠:“契约下的行政—从行政协议本质到现代行政法功能的再解释”,《比较法研究》1997 年第 3 期,第 323 页。

〔6〕 杨小君:“论行政合同的特征、法律性质”,《行政法学研究》1998 年第 2 期,第 16 页。

〔7〕 王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社 1997 年版,第 194 页。

基于本土实践的经验总结,对此我国行政法学者已经在诸多领域作出有益尝试。^{〔8〕}而“新陵公司”案所引发的争议表明,对行政协议之基础理论的研究也有必要同步推进,这样才能及时澄清行政协议实践所引发的理论困惑,消除实践中存在的理论障碍。

为了澄清前述问题,一方面,本文拟回溯行政协议模式在法国的相关理论及实践。法国作为最早倡导行政协议模式的国家,其行政协议制度引领了各国对行政协议模式的探索,并显著影响了我国对相关问题的讨论,因此就法国经验追根溯源,有助于我们把握行政协议模式的内在规律。另一方面,本文还将交叉透视我国民法学及行政法学的相关理论演进,探寻平等原则在行政法领域适用的理论基础及表现形式。结合这两个方面,本文希望能够辨明在行政协议中是否适用平等原则的问题,并进一步回答,如果适用该原则,其与民事合同之平等原则有何异同。

本文将表明,在实践层面,行政主体及相对人作为协议的双方当事人,只能通过平等协商才可达成关于权利、义务的合意,进而建立行政协议关系,这是市场交易环境下价值交换规律的必然结果,就此而言,行政协议与民事合同完全一致。在理论层面,随着公法及行政法基础理论研究的深入,相对人的人格尊严逐步得到明确地承认与保护,行政主体与相对人在法律地位上也正逐步平等,就此而言,行政协议与民事合同日渐趋同,这为平等原则适用于行政协议提供了可能。但需要注意的是,民事合同以实现意思自治为目的,双方的合意即具有最高的正当性;而行政协议,则以调动市场的力量更好地实现公共利益为目的,意思自治仅构成实现该目的之手段,具有工具价值。基于此,规范行政协议活动的法律制度,并不同于以协调私人利益之间关系为主要内容的民事合同法律制度,前者必须能够恰当地协调行政协议中公共利益与私人利益之间的复杂辩证关系。由此,在行政协议之下,双方法律地位的平等就不再必然表现为《合同法》第三条所要求的“一方不得将自己的意志强加给另一方”的训条,而需要具有更富包容性的内涵,即间或性地要求双方在权利、义务上的“对等”,以及双方在权力与权利上的“结构性均衡”。

行政协议之平等原则所具有的此种“交替式二元性”特征,也得到了制度层面的印证,法国行政协议制度正内含了主观法律制度与客观法律制度,二者之间相互协调、交替并存。概言之,若尊重意思自治能够实现公共利益与私人利益的共赢,则无论是缔约阶段,还是履约阶段,行政协议制度都适用主观法律制度,“意思主义”与“契约严守”成为其重要内容,此时双方当事人之间的权利、义务即为“对等”;而若主观法律制度不足以恰当地协调公共利益与私人利益,特别是随着情事之变迁,导致继续坚持“契约严守”将严重有悖于公共利益的实现,那么就应当

〔8〕 PPP与政府特许经营协议自2014年以来成为研究的热点,而在此之前,政府购买服务合同、土地房屋等征用征收补偿协议、地方区域合作协议、保障房买卖租赁协议、税收遵从协议、行政强制执行协议以及行政诉讼调解书等具体类型行政协议也都曾引发了学界的持续关注。如,余凌云:“论行政契约的含义——一种比较法上的认识”,《比较法研究》1997年第3期,第330页;叶必丰:“我国区域经济一体化背景下的行政协议”,《法学研究》2006年第2期,第57—58页;于安:“论政府特许经营协议”,《行政法学研究》2017年第6期,第3—4页;凌维慈:“保障房租赁与买卖法律关系的性质”,《法学研究》2017年第6期,第62页;胡敏洁:“论政府购买公共服务合同中的公法责任”,《中国法学》2016年第4期,第143—144页;李霞:“论特许经营合同的法律性质——以公私合作为背景”,《行政法学研究》2015年第1期,第22—23页;虞青松:“税收遵从协议的治理机制——行政合同的实证解析”,《行政法学研究》2013年第3期,第43—44页,等等。

适用客观法律制度。行政主体即有权突破双方之合意,对协议内容实施单方变更或单方解除,以径自满足公共利益,并同时赋予行政协议相对人保障性权利,比如对行政主体主张全额赔偿的权利,以此实现双方在权力与权利上的“结构性均衡”。

下面,本文将分别探讨平等原则在行政协议之实践、理论及制度中的具体表现。

二、交换关系平等:平等原则的实践表现

民法平等原则渊源于市场交易关系的内在规定性,在实践层面表现为市场主体在交换关系上的平等。回顾法国行政协议的实践历程,我们发现,当行政主体进入市场寻求合作时,其也同样无法逃脱价值交换规律的客观约束。

(一)民事合同中的交换关系平等

就民法平等原则而言,在20世纪80年代,我国民法学者在论证以“平等主体”为标准划定民法调整范围时,就曾指出:“按等价原则进行交换,这是价值规律的客观要求。而要实行等价交换,就必须承认商品所有者或经营管理者经济上地位平等,人身上互不依附。(……)可见,承认商品的所有者或经营管理者在商品交换中的平等地位,这是价值规律的客观要求。”〔9〕另一位民法学者也曾概括指出:“民法平等原则根植于商品经济之中,平等精神生生不息的原因正在于商品经济的本质使然。”〔10〕何谓“商品经济的本质”?马克思之“商品是天生的平等派”的论断,正回答了这一问题:“我在分析商品流通时就指出,还在不发达的物物交换情况下,参加交换的个人就已经默认彼此是平等的个人。”〔11〕换言之,只要进入市场交易关系,交易双方就自然具有了平等的地位,据此佟柔就曾引申指出:“一旦步入民事关系的王国,任何人都是平等的。一位部长在他的办公室里可以对他的部属发号施令,但他如果到自由市场去购买蔬菜,那就只能平等地协商了。因为卖菜的农民在这个领域里与他完全平等。”〔12〕

可见,在民法学者看来,市场交易关系中价值交换规律,构成了民事法律关系当事人的法律地位平等的实践基础。正是由于价值交换规律的客观存在,市场交易主体之间的关系必然表现为平等关系,而民事法律规范就应该对此进行确认,“把这种客观规律上升为主观法则”,即平等原则:双方当事人法律地位的平等。〔13〕

(二)行政协议中的交换关系平等

那么,行政协议中的行政主体,是否同样身处市场交易关系之中?亦或恰恰相反,行政协

〔9〕 金平、聂天颀、吴卫国、赵万一:“论我国民法的调整对象”,《法学研究》1985年第1期,第14页。

〔10〕 赵中孚、齐斌:“弘扬民法的平等精神”,《中国法学》1996年第3期,第79页。

〔11〕 《马克思恩格斯全集》第1版,第19卷,423页,人民出版社1963年,转引自王利明:《民法总则研究》,中国人民大学出版社2003年,第38页。

〔12〕 佟柔:“民法通则——我国民主与法制建设的一个重要里程碑”,《河北法学》1986年第4期,第9页。

〔13〕 “民法从一开始就是建立在商品生产和价值规律作用的基础之上的,其任务在于为商品关系赖以正常进行的经济条件提供法律上的保障。这就决定了民法在调整这种社会关系时,必须遵循客观经济规律的要求,并把这种客观规律上升为主观法则。”参见吴汉东、闵峰:“社会主义商品关系与民法平等原则”,《中南政法学院学报》1986年3月30日,第47页。

议乃是将相对人吸纳包裹于权力体系之中?

回顾法国行政协议制度的发展历史,我们发现,行政协议的产生正是源于行政主体主动“踏入”市场洪流,寻求与市场主体开展合作的尝试,而非市场主体被动地被吸纳包裹于权力体系之中,受行政主体之命令。

1. 经典行政协议的类型化

在1888年出版的法国第一部系统论述行政法学的专著《行政审判论(Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux)》中,^[14]拉斐尔(Laferrière)指出,最初的行政协议乃是政府工程采购协议(Marchés de travaux publics)^[15]和政府货物采购协议(Marchés de fournitures)^[16],此后,政府工程采购协议的外延逐步扩展,涵括了政府特许经营协议。^[17]可见,在十九世纪的法国,政府特许经营与政府采购(包括:政府工程采购与政府货物采购),共同构成了行政协议的最初具体形态。而不难发现,这两类协议都是政府为了满足某种需求而主动向市场主体寻求合作的结果。

“行政机关为了执行职务,除必须具备法律手段外,还必须具备人的手段和物的手段。”^[18]而这里“物”的手段获取,除了通过高权行为进行征收、征用外,更为重要的获取方式,就是政府采购:“在民主和地方分权的社会中,绝大部分的公共服务活动都需要不断地采购各种新的物品、货物、设备和服务,以尽可能地满足公共利益的需要,特别是满足公共服务迭代升级的需要。”^[19]1836年,法国政府采购法律制度正式建立,首次确立了公开透明、强制竞争原则,并设计了招投标法律制度,这正是希望利用市场竞争的优势,以更好地满足政府的需求。如加斯頓·杰兹(Gaston Jèze)所言,政府采购法律制度“最为明显的优势,就是国家财政(Le Trésor)能够通过自由竞争获得更好的采购结果”。^[20]

政府特许经营模式同样旨在借助市场的力量,由市场主体提供更为高效的公共服务。20世纪80年代,法国行政法学者安德烈·诺巴德赫(André de Laubadère)将政府特许经营定义为“私营企业运用自己的资金投资建设基础性工程,并用自己的人力、物力保障其运作,自负盈

[14] 本书书名的翻译采用王名扬于《法国行政法》中的翻译。参见王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社1997年版,第32页。

[15] E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* 2^{ème} édition, Berger-Levrault 1896, p.119.

[16] Ibid., pp.138-139.

[17] “这里的工程采购协议,不仅涉及工程方在行政主体的指导下实施工程建设以换取价款的合同,也包括政府特许经营协议(Concession),即行政主体授权某一当事人用自己的资金实施公共工程的建设,而其获取的回报,则来源于对该公共工程的持续开发。”参见 E. Laferrière, op.cit.(见前注15), p.122.

[18] 王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社1997年版,第301页。

[19] Christophe Lajoie, *Droit des marchés publics* 4^{ème} édition, Lextenso Gualino 2009, p.13.

[20] Gaston Jèze, *Les principes généraux du droit administratif : Théorie générale des contrats de l'administration, Formation, Exécution des contrats, Première Partie*, M.Giard 1934. p.66.

亏,收入通过公共服务的用户支付使用费(redevance)来获得。”〔21〕他总结了该模式的三个特点,其中之一就是:“行政主体向私营企业寻求合作。”〔22〕如另一位学者所言,“政府特许经营模式能够协调公共利益的需求(始终由行政主体确定公共服务的标准和要求)与经济自由主义的原则,因为其将公共服务交由私营企业来具体运营,这被认为更为高效。”〔23〕

2. 价值交换规律的客观约束

不难想象,与民事合同的双方当事人一样,只要行政主体进入市场交易环境,其就无法逃脱价值交换规律的客观约束。

在19世纪,法国行政协议制度尚未建立之时,虽然政府特许经营协议和政府采购合同都由行政法院管辖,但行政法官完全适用民事合同规范来调整,因此,当时的行政主体,只能通过给予私营企业更多优惠的方式,来换取私营企业更好地满足公共服务的需要。比如在1859年,法国第二批铁路网线的建设和运营就采用了政府特许经营模式,政府不得不通过为项目公司的借款利息提供担保的方式,来交换获得对项目开发的技术和财政控制权;1883年,在上述特许经营协议的履行过程中,政府为了促使协议相对人在偏远地区修建缺乏盈利能力的铁路网络,也只能通过为项目公司提供更多资金担保作为交换。〔24〕政府采购也同样如此。在历史上,法国政府采购一度以最低价中标为原则,以期降低成本、节约公共资金,“但是行政机关很快发现,它们其实做了一笔坏买卖,因为供应商会相应地降低自己的成本以提出更低的报价,而就导致提供货物的质量下降。由此,合同履行期间的违约情况也不断增长。”〔25〕

进入20世纪,最高行政法院通过判例逐步建立了适用于行政协议的特别制度,包括承认了行政主体享有的处罚权、单方变更权、单方解除权等等,然而这并没能帮助行政主体逃脱价值交换规律的客观约束。

面对政府采购中的违约行为,虽然行政主体自此享有了更多的处罚手段对之加以惩治,“但行政主体立即发现,处罚的实施会加重供应商的负担,最终伤害工程的建设情况。行政主体甚至不再希望实施处罚,因为这并不会加快工程的进度,也不会提升工程的质量。”〔26〕单方变更权与单方解除权的行使效果也与之类似:加斯頓·杰兹(Gaston Jèze)宣称,“行政机关有权在合同履行过程中对合同按照其认为更有利于公共服务的方向修改。这不仅包括改变提供服务的范围,甚至还包括解除合同。因为当不再存在某种公共服务的

〔21〕 André de Laubadère, Frank Moderne, Pierre Delvolvé, *Traité des contrats administratifs Tome 1, 2^e édition*, LGDJ 1983, point 227.

〔22〕 “第一,行政主体向私营企业寻求合作;第二,授予私营企业开发公共服务的责任,并提供相关的财政条件;第三,由用户通过缴纳使用费获益。”参见 *ibid.*, point 227.

〔23〕 Pierre-laurent Frier, Jacques Petit, *Droit administratif*, LGDJ Lextenso édition, p.25.

〔24〕 Michel Margairaz, « Experts et praticiens les services publics économiques entre experts, praticiens et gouvernants dans le premier XXe siècle : d'une configuration historique à l'autre », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, 2005/3 52-3, p.134.

〔25〕 Marcel Waline, « L'évolution récente des rapports de l'Etat avec ses co-contractants », *RDP* 1951. p.10.

〔26〕 *Ibid.*, p.10.

需求时,或对于公共服务的履行,不再需要某类产品继续供货时,还仍然维持合同是不合理的,不仅是对公款的浪费,而且是对公共服务的伤害。”但加斯顿·杰兹(Gaston Jèze)也同时指出,单方变更权与单方解除权的行使,需要与“经济平衡原则”相协调,即行政主体应该对权力行使给相对人造成的损害给予全额赔偿,因为“(合同相对人的)私人利益不应该(为了满足公共服务的需要而被牺牲。(……)若每次都是合同相对人被牺牲,行政主体将再也找不到合作者。”〔27〕

价值交换规律的客观约束甚至延伸到行政协议订立的前端,迫使行政主体在设定合同条件时,不得不更富有弹性,更多地考虑合作方的感受和要求。一位法国学者在上世纪四十年代就曾指出,“如果一个行政机关被贴上了严苛适用合同条款而完全不许任何变通的标签,(……)供应商们自然会在自己的报价中加入担保此类风险的额外成本。简言之,行政机关太过严苛的名声会让他在市场上难以觅得价格低廉的合作者。”〔28〕

总之,不难发现,法国行政协议的实践表明,行政协议是行政主体主动进入市场、寻求与市场主体合作尝试,因此与民事合同完全一致,行政主体同样服从价值交换规律的客观约束。可见,确如佟柔所言,即便是部长亲自到市场去购买蔬菜,双方也只能讨价还价、平等相待。

三、法律地位平等:平等原则的理论展现

民法平等原则并不局限于交换关系意义上的平等,而更为根本的,乃是指“在民事活动中一切当事人法律地位平等,任何一方不得将自己的意志强加给对方。”〔29〕此即意味着,平等原则不仅意指双方在实然关系上没有能力实施强制,而从本质上看,乃是确认双方在法律人格上应然地具有同等的地位、享有同等的尊严,因而不得为强制。我们将会看到,由交换关系上的平等升华为法律地位上的平等,乃是民法理论逐步发展、演化的结果。

就行政法而言,传统理论一度认为,行政法律关系的主体享有不平等的法律地位,“命令—服从”构成了双方的典型关系模式。然而,随着公法及行政法基础理论研究的深入,我们也会看到,行政法律关系的主体在法律地位上也正逐步平等化,行政主体与相对人之间正由不平等人格之间的关系向平等人格之间的关系过渡。可见,与民法颇为类似的是,行政法律关系主体地位的平等化同样是理论逐步演进的产物。

然而,需要注意的是,行政协议中双方法律地位的平等,并不能必然推导出《合同法》第三条所规定的“一方不得将自己的意志强加给另一方”的训条。因为,不同于民事合同以实现意思自治为目的,行政协议乃是以调动市场的力量从而更好地实现公共利益为目的,其法律制度就要求能够恰当地协调公共利益与私人利益之间的复杂辩证关系,因此,当双方当事人之合意严重有悖于公共利益时,即应该引入构建双方权力与权利“结构性均衡”的“公法性制度安排”,

〔27〕 Gaston Jèze, *op.cit.*(见前注 20), p.222.

〔28〕 Marcel Waline, *op.cit.*(见前注 25), p.14.

〔29〕 梁慧星:《民法总论(第5版)》,法律出版社2017,第47页。

以兼顾公共利益相对于私人利益之优先性与私人利益相对于公共利益之根本性。

(一)民法中的法律地位平等

公元二世纪的罗马法学家盖尤斯将罗马法分为“人法”与“物法”，其中的“人法”“根据是否享有自由权对人进行分类；根据是否享有市民权对人进行分类；根据是否享有家父权对人进行分类”，“一个人必须同时具备自由、家父和市民三种身份，才能拥有 Caput, (……)才是罗马共同体的正式成员。或缺其一，要么是奴隶、要么是从属者、要么是外邦人。这三种人的共同点是其权利受到贬抑，在法律生活中处于劣后的地位。”^{〔30〕}可见，罗马法之下，不同人群因为身份的不同而具有不平等的人格。

《奥地利民法典》的颁布则开始改变这种状况，第 16 条对所有人的权利能力平等作出了原则性规定，“自由人的身份已经取消，因为大家都已是自由人”；《法国民法典》的第 8 条也作出了同样的规定，“所有法国人都享有民事权利(Tout Français jouira des droits civils.)。”这才昭示“所有的人类，不论为未成年人、精神病人或外国人，等等，都享有平等的权利能力。”^{〔31〕}这背后所蕴含的，正是启蒙哲学对人之价值的肯定，^{〔32〕}进而逐步走向每个人都享有同等人格尊严的过程：“从身份到契约的过程，正是人格平等原则进步的过程，而人格平等是意思自治的前提和保障。”^{〔33〕}而意思自治，正构成了从十九世纪至今民法学发展的基石。

回到我国民法，20 世纪 80 年代，我国民法学受苏联民法的影响，一度仅从价值交换规律出发来理解“当事人平等”，即“纯粹在等价交换的层面上阐释平等观。”^{〔34〕}比如，当时有学者凝练地指出：“交换的前提是双方必须处于平等地位”，“交换双方在法律上必须具有自己的人格，都是独立的民事主体，能够在平等的基础上进行民事流转。这种法律要求就是权利能力平等原则赖以产生的基础。”^{〔35〕}

然而进入 20 世纪 90 年代，我国民法学者很快便认识到，仅仅从实然层面的商品交换关系来理解平等原则是不够的，而应该从人格尊严出发，奠定平等原则的理论根基。梁慧星就曾指出，“没有人身权，(人就)不能成为法律上的主体，甚至不能算作真正的人”，因此“人身权

〔30〕 徐国栋：《民法典与民法哲学》，中国人民大学出版社 2007 年，第 48—49 页。

〔31〕 同上注，第 64 页。

〔32〕 “出于人的本质是意识的考虑，民法还极为强调意思自治原则，作为现代民法之轴心的处理主体与客体之关系的法律行为理论和制度，不过是哲学上的自由意志理论在民法中的沉降。”参见徐国栋：“两种民法典起草思路：新人文主义对物文主义”，载徐国栋主编：《中国民法典起草思路论战》，中国政法大学出版社 2001 年，第 145 页。

〔33〕 何勤华、魏琼：《西方民法史》，北京大学出版社 2006 年，第 266 页。

〔34〕 孙莹、谭启平：“我国民法典编纂中民法调整对象的确定与表达”，《法学杂志》2015 年第 10 期，第 60 页。

〔35〕 吴汉东、冈峰，见前注〔13〕，第 47 页。“民法所调整的财产关系具有平等性的第二个根据是价值规律”，“价值规律的基本要求是等量劳动相交换，即等价交换”，“按等价原则进行交换，这是价值规律的客观要求。而要实行等价交换，就必须承认商品的所有者或经营管理者经济上地位平等，人身上互不依附，否则就不会有真正的等价交换。”参见金平、聂天颀、吴卫国、赵万一，见前注〔9〕，第 13—14 页。

(……)是享受和行使其他民事权利和政治权利的前提”〔36〕,“现代民法(正是)从尊重人性出发,每个人一出生就被赋予了人格和权利能力,对个人意思的尊重,形成私法自治原则和自己责任原则。”〔37〕王利明也曾指出:“民法典应当将对人格和人格权的尊重置于相当重要的地位。”〔38〕徐国栋更是明确地主张否弃“商品经济的民法观”,即便“这种主张为民法作过巨大贡献,但它漠视了民法对人的保护和关怀”,〔39〕进而主张应该采纳“人文主义的民法观”,即承认“外在的物质世界存在于与人的关系中,是人化了的”,〔40〕徐国栋言到,由“商品经济的民法观”到“人文主义的民法观”,正是“从‘重物轻人’到‘永远把人当作目的’的转变。”〔41〕

(二)公法上的法律地位平等

在公法上,公法关系主体乃是国家与个人,他们的人格地位也经历了由不平等到平等的转变。法国《人权宣言》第一条“人生来就是而且始终是自由的,在权利方面一律平等”,此即明确肯定了个人人格的尊严与平等。然而,当时居于主导地位的公法理论仍然认为,“国家具有一种区别于个人的人格,这使得国家成为一种具有意志的人格主体,这种意志高于其他所有意志。人们通常把这种意志称为‘主权’”,〔42〕换言之,依当时之主流观点,个人享有人格尊严,但国家人格高于个人人格,个人意志仍必须服从国家意志。

然而,既然肯定了个人的人格尊严,那么如何在个人意志与国家意志的冲突中保障个人的人格尊严呢?大革命时期的主流政治理论认为,虽然国家主权能够约束个人自由,但国家主权乃是源于社会契约,“个人自愿放弃他们的一部分天赋的独立性,从而形成一种集体性的自我,(……)一种统一的集体意志,国家的主权意志”;由此,国家作为主权者,其目的只能是“保护个人天赋的、不可剥夺的权利”,所以国家虽然享有公权力,“可以限制每一个人的行动”,但“这种限制必须局限在为保障个人自由行使其权利所必需的程度。”〔43〕如法国宪法学家埃斯曼所言:“个人拥有先于国家存在,而高于国家权力的权利。”〔44〕但是,这似乎又与国家主权的至上性存在矛盾:启蒙哲学家卢梭就认为,“国家主权是完整的是不可削弱的”,宪法学家埃斯曼也承认:“显然,主权必须是不受限制的”,〔45〕这一结论的自然

〔36〕 梁慧星:“中国人身权制度”,《中国法学》1989年第10期,第90页。

〔37〕 梁慧星:“从近代民法到现代民法——二十世纪民法回顾”,《中外法学》1997年第2期,第28页。

〔38〕 王利明:“论中国民法典的体系”,载徐国栋主编《中国民法典起草思路论战》,中国政法大学出版社2001年,第107页。

〔39〕 徐国栋,见前注〔32〕,第157页。

〔40〕 徐国栋,见前注〔32〕,第145页。

〔41〕 徐国栋,见前注〔32〕,第150页。

〔42〕 (法)莱昂·狄骥:《公法的变迁/法律与国家》,郑戈/冷静译,辽海出版社/春风文艺出版社1999年版,第223页。

〔43〕 同上注,第231页。

〔44〕 Esmain, *Droit constitutionnel*, sixième édition, Joseph Barthelemy 1914, p.43. 转引自狄骥:《公法的变迁/法律与国家》,郑戈/冷静译,辽海出版社/春风文艺出版社1999年版,第227页。

〔45〕 狄骥,见前注〔42〕,第357页。

延伸,就是否定了个人享有直接针对国家公权力的抵抗权^{〔46〕}。然而,如果我们必须接受国家主权至高无上,那么当其侵害个人自由时,谁又有权约束国家改正自己的行为呢?

为了破解这一困境,19世纪时的法国公法学家认为,协调国家主权与个人自由的关系,无法依靠外在于国家的任何主体来施加约束,而只能有赖于国家的“自我约束”,即国家通过建立某种形式的组织体系来制度化地限制自己的权力,正如法国行政法学家奥里乌所言:“唯一确定的是,只有权力才能限制权力”。^{〔47〕}比如三权分立制度,“它(国家)必须根据分权原则来组建自己的政治组织。”^{〔48〕}19世纪的德国公法也接受此种看法,耶利内克就认为,国家是拥有独立人格的法人,享有作为主观权利的公权力,“这是一种不受限制的和不可抗拒的权力”,但是“拥有此种‘支配权’的主权国家可以自愿地服从于法律”,即“自我施加的限制”。^{〔49〕}简言之,国家与个人之间在法律人格上依旧不平等,但国家自愿地将自己置于约束之中。

此种“国家主权—个人权利”对抗模式下的“自我约束”理论,也延伸进入行政法,即形成了经典的“命令—服从”模式。拉斐尔(Laferrière)就曾指出,“行政主体是高权的拥有者,其负责执行法律,制定解释性的法规,解决公共服务的实施,并保证个人享受到良好的治安,此时的行政主体就是当权者,其行为就是命令行为或高权行为(actes de commandement/de puissance publique)。”^{〔50〕}只有当该高权行为的行使伤害到个人的法定权利时,“可提起行政诉讼(……),有权要求行政主体尊重其权利。”^{〔51〕}概言之,“法定权利的受损引发正义与否的问题,从而产生行政诉讼。”^{〔52〕}在这里,通过法律确定个人的权利,再通过行政诉讼机制给予保障,这正是国家主权“自我约束”在行政法中的体现。法国行政法学家奥里乌阐释到:“国家权力的自我约束是逐步形成的,而且是权力自己弯腰而成就的,(……)这最初表现为行政体系内部的等级科层模式,并给予行政相对人提起申诉的机会,最后,建立了一套在其内部的行政审判体制,越权之诉就是最为重要的自我约束手段。”^{〔53〕}这就如同:“国家权力将自己包裹进一个他自己分泌出来的由某种理念所引导的组织制度中。”^{〔54〕}

然而进入二十世纪,“对抗模式”下的“自我约束”理论已经无法解释政府日益承担的积极

〔46〕 狄骥,见前注〔42〕,第359页。

〔47〕 Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, 11^{ème} édition, Sirey 1927, préface.

〔48〕 狄骥,见前注〔42〕,第253页;其中立法权赋予全体人民,“运用由人民或者他们的代表表决通过普遍性条款的方式来安排和处理”(狄骥,见前注〔42〕,第340页),以确保它制定的法律“不得(……)干涉个人的权利”,同时“对每一个人——不只是个人,也包括国家权力的各个分支——产生约束力。”(狄骥,见前注〔42〕,第235页)

〔49〕 狄骥,见前注〔42〕,第367—368页。

〔50〕 E. Laferrière, *op.cit.*(见前注15), p.5.

〔51〕 而若高权行为仅仅是伤害到相对人的利益而非法定权利,那么只可向行政主体提出申诉,由行政主体衡平处理(Jurisdiction gracieuse de l'administration)。参见 E. Laferrière, *op.cit.*, pp.5—6.

〔52〕 E. Laferrière, *op.cit.*(见前注15), pp.5—6.

〔53〕 Maurice Hauriou, *op.cit.*(见前注47), préface.

〔54〕 Maurice Hauriou, *op.cit.*(见前注47), préface.

义务,因为双方之间的不平等法律人格在各类积极义务中完全失去了意义:“政府的事务已经超出了提供司法、警察和战争防御的范围。人们要求它履行各种各样的职能(……)政府必须从事那些对于促进个人在体能、智能和精神方面的福利”,^[55]此时,国家就越来越表现为个人身边的服务者,而非至高无上的命令者,这就使得双方人格的不平等性日益“虚化”。作为传统公法理论辩护人的奥里乌,虽然仍然坚持双方法律地位的不平等,认为“命令”这一行为手段赋予了行政法律关系独特性,但他也对传统公法理论作出了修正,即弱化了“国家主权一个人权利”的对抗模式,突出双方“合作”关系的重要性:“如果行政机关始终将自己视为压迫者,相对人总是反抗者,公共服务如何才能持续地供给呢?现在的许多公共活动都日益复杂,其执行与运作都需要相对人和公务员善意的合作”,^[56]因此奥里乌认为,行政法应该着力“构建行政主体与相对人的合作关系。管理者、相对人、供应商、企业、纳税人,都是行政主体的合作者”,即便他仍然坚持,“这种合作主要通过命令来完成。”^[57]然而不难发现,此处“命令”与“合作”的强行嫁接,正显露出传统公法理论的困局。

这就是为什么,当奥里乌论及行政协议时,将其定位为“不平等关系的合作”:“事实上,若我们回归到合作这一概念,当公权力与他人合作来实现公共服务时,公权力被合作关系及合作人所限制,但是公权力本身没有被改变,其自己的权力并不会消解。合作,不论采用何种形式,并不一定是平等的,有成人与小孩的合作,有主人与仆人的合作,在其中总是存在一种权威。”^[58]

而法国公法学家狄骥则更为彻底地消解了双方地位的不平等性,他指出:“当政府在实现上述功能时,所体现出来的并不是命令、也不是某种至高无上的意志所享有的权能,或者是传统统治权的展现。一旦国家向公民提供公共指引,为穷人提供帮助,或者保障交通运输,那么我们就很难将这些行为与发布命令的权力或多或少地挂起钩来。”^[59]因此,“公法的基础不再是命令,而是组织”,申言之,“政府行为不是对某种带有威权性质的权利的行使”,因而“它就不具备任何特殊的属性”,^[60]“政府及其官员(也)不再是向其臣民施加主权者意志的、人们的主人”,他们只是公共服务的组织者和运营者。^[61]这就导致了传统“国家主权一个人权利”对抗模式的崩塌。

在狄骥看来,国家(统治者)与个人在人格地位上并无高低,二者都服从于共同的客观法,

[55] 狄骥,见前注[42],第38页。

[56] Maurice Hauriou, *La gestion administrative : étude théorique de droit administratif*, L.Larose 1899, II

[57] Ibid., III.

[58] Maurice Hauriou, *op.cit.*(见前注[56]), p.74.

[59] 狄骥,见前注[42],第38页。

[60] 狄骥,见前注[42],第54页。

[61] 狄骥,见前注[42],第55页。

即尽力促成并保障社会连带的实现，^{〔62〕}因此国家人格不再必然高于个人人格，“(……)只不过(每个成员)应该依各自的能力在相应的比例下去承担这份责任。而由于社会中国家是最为强大的组织，因此统治者就必须负担最重的义务：既不对社会连带造成伤害，又要尽其所能去维持、促进社会连带。”^{〔63〕}概言之，由19世纪到20世纪后的公法变迁，使得国家与个人之间只在客观责任的负担上有轻重之分，而在法律人格的等级上再无高低之别。

因此，对于行政协议，^{〔64〕}狄骥就不认为协议双方当事人法律地位上有任何不同，双方地位的不平等不应该构成行政协议的特殊性。相反，其认为行政协议的特殊性主要在于其内容兼有“主观之契约条款”与“客观之公共服务条款”：如狄骥所言，此类协议“包含了大量具有契约性质的条款，这些条款导致了一种主观权利状态的产生；即公共权力机构与私营公司之间的关系从这时起便成为了债务人与债权人之间的关系”，“而另一些条款则包括了那些在公共服务直接由国家进行管理的情况下是不可能由双方之间达成一致同意的内容”。^{〔65〕}全部这些条款虽然表面上都属于双方约定的结果，但后者则“都与公用事业进行运营的各项条件有关”，^{〔66〕}“与其说这些条款具有契约的性质，倒不如说它们更具立法的性质。它们是有关的公共服务的制定法基础。”^{〔67〕}

值得注意的是，“客观之公共服务条款”中的所谓“客观性”，乃来源于目的的公益性，但其具体化后的条款内容表现为何呢？是否如奥里乌认为的那样，其最终仍然表现为某种“命令”式的条款？若如此，岂不是又退回了传统的公法模式？

加斯顿·杰兹(Gaston Jèze)在讨论此问题时，提出了“公法性的制度安排(*procédé du droit public*)”这一概念，其言到：“为了保障公共服务而服从特别规则(即公法性的制度安排)的合同就是所谓的‘行政协议’。”^{〔68〕}这里的“公法性的制度安排”，用加斯顿·杰兹(Gaston Jèze)的话说，乃是指“基于公共服务之规范且持续性运作的考虑”所必要的制度安排。^{〔69〕}概言之，应该从目

〔62〕 “这条规则是普遍性的，其覆盖群体中的每个成员都不享有任何的例外。”参见 Léon Duguit, *Etude de Droit Public I : L'Etat, Le droit objectif et la loi positive*, Albert Fontemoing 1901, p.98.

〔63〕 *Ibid.*, p.97.

〔64〕 “在这样的一项协议中，公共权力机构—无论它是国家、省、城镇，还是殖民地的公共权力机构—委托一个个体公民负责在某些确定的条件下保障一项公共服务的运营，而这些条件是包括在一份被称为‘特许状’的书面文件之中的。私营公司则接受任务。”参见狄骥，见前注〔42〕，第113页。

〔65〕 狄骥，见前注〔42〕，第113—114页。

〔66〕 狄骥，见前注〔42〕，第114页。

〔67〕 狄骥，见前注〔42〕，第114页。此外，Gaston Jèze 更为凝练地指出：“(行政协议中)1.关于公共服务应该如何组织的条款，属于抽象行政行为的性质；2.关于具体的合同双方当事人之间的权利义务关系，则属于合同性质”(Gaston Jèze, *op.cit.*, p. 157—158.) 乔治·贝吉诺(Georges Péquignot)(Georges Péquignot, *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, Impr. Du Midi 1945, p.24.)与安德烈·诺巴德赫(André de Laubadère)也继承了这一看法，后者就将行政协议视为主观性合同与抽象行政行为的结合体，即“达成合意之协议，并且是产生抽象行政行为效力的协议”(André de Laubadère, Frank Moderne, Pierre Delvolvé, *op.cit.*, p.105)

〔68〕 Gaston Jèze, *op.cit.*(见前注 20), p.3.

〔69〕 Gaston Jèze, *op.cit.*(见前注 20), p.4.

的导向角度来理解“公法性的制度安排”,若如此,则其显然不限于命令性的条款,比如法国行政协议中的“不可预见理论”,即乃是为了确保公共服务的提供不发生中断,而要求行政主体负担向行政协议相对人提供援助的义务。^[70] 此类的制度安排就明显不是行政主体与相对人之间的“命令—服从”式的,而是以维护公共服务良好运作这一目的为导向而设计的。

概言之,进入20世纪,公法理论即开始逐步脱离传统公法所预设的“国家主权—个人权利”的对抗模式,国家人格的至上性被逐步消解,国家人格不再高于个人人格,行政协议中行政主体与合同相对人之间的关系,也自然不再表现为“命令—服从”式的关系。然而,法律地位的平等化并未让行政协议完全消融于民事合同之中,其特殊性从法律地位上的不平等转变为目的上的公益性,进一步具体化为行政协议之内容必然包括以维护公共服务之良好运作为目的的客观制度安排(即公法性的制度安排),此非当事人能够主观自由地约定。

而就我国行政法学的发展而言,行政法律关系当事人之间的法律地位,也经历了由高权性向平等性的演化过程,这才使得平等原则在我国行政协议中的适用成为可能。

在建国后相当长的一段时期内,我国行政法学主要受到苏联的影响,“管理论”一度被视为行政法学主流基础理论,这集中体现于我国第一本行政法学统编教材《行政法概要》之中。^[71] 对于“管理论”,罗豪才曾概括指出:“管理论者从‘分析实证主义’出发,信奉‘法律是无限主权者的命令’,认为行政法是‘对国家事务进行管理的工具’,认为行政机关是权力主体,相对方是义务主体,二者之间的关系是权力义务关系,(……)命令—服从是行政行为的基本模式。”^[72] 此种模式之下,行政主体自然处于管理者和支配者的地位,而“公民处于被管理、被支配的地位,二者法律地位不平等”,^[73] 行政法即被视为“官治法”或“治民法”。^[74]

自改革开放以来,在社会转型的大潮中,个人的法律人格得到逐步肯定,“在计划经济体制下,政府(……)具有绝对的支配地位,相对一方从实质上讲没有独立的法律人格”,而“市场经济体制的确立,使得行政相对人成为具有‘自主性、自觉性、自为性、自律性,某种主导的、主动的地位’的市场主体。”^[75] 可见,“同国家垄断经济或计划经济体制相适应的”管理论已经失去

[70] M.Long, P.Weil, G.Braibant, P.Delvolvé, B.Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 19^e édition, Dalloz 2013, pp.184—191.

[71] 根据此教材,有学者批判指出,当时的中国“行政法就是管理法”。参见何勤华、郝铁川:《中西法律文化通论》,复旦大学出版社1994年版,第87—93页。转引自湛中乐:“行政法基本理论研究之我见——以‘平衡论’构建当代中国行政法学体系”,载罗豪才主编《现代行政法的平衡理论》,北京大学出版社1997年,第107页。

[72] 罗豪才:“行政法之语义与意义分析”,《法制与社会发展》1995年第4期,第11页。

[73] 罗豪才:“关于现代行政法理论基础的研究”,载罗豪才主编《现代行政法的平衡理论》,北京大学出版社1997年,第6页。

[74] 湛中乐:“行政法基本理论研究之我见——以‘平衡论’构建当代中国行政法学体系”,载罗豪才主编《现代行政法的平衡理论》,北京大学出版社1997年,第107页。

[75] 方世荣:“对当代行政法主体双方地位平等的认知——从行政相对人的视角”,载罗豪才等著《现代行政法的平衡理论(第二辑)》,北京大学出版社2003年,第139页。

了现实基础,“宏观调控与市场相结合的现代市场经济体制要求有新的行政法理论与之相适应。”〔76〕以此为背景,罗豪才提出了“平衡论”的主张。

“平衡论”认为,在分析行政法现象时,应该由“权力”视角转换为“关系”视角。概言之,即“突出相对方的主体性、行政关系主体的平等性和公众参与对于行政过程的重要性。”〔77〕可见,在“平衡论”看来,行政相对人不再是一个被动的受管理者,而应该被视为行政活动的积极参与者,与行政主体之间构成互动、合作的关系。这就使得行政主体与相对人之间,不应该再表现为不平等的法律关系,相反,“行政机关与公民(……)应该是平等的,这个大原则是肯定的。”〔78〕罗豪才指出:“在传统行政法学范式中,行政权与相对方权利的(……)不平等,被视做行政法的固有现象,这种解释显然已经无法适应现代行政法制实践的需要。”〔79〕

然而,需要注意的是,行政主体与相对人之间的法律地位的平等,并不否认在具体某个阶段中双方权力与权利的“不对等”,“平衡论”者主张从整体的意义上去理解双方法律地位的平等问题。

所谓“整体”意义上的平等,乃是指行政主体与相对人之权力与权利的“结构性均衡”。这区别于民法对平等原则的理解:罗豪才曾经以树叶为喻,民事关系中双方的权利义务如同“树叶的叶脉”两边对称,〔80〕体现为“权利义务关系的对等性”,〔81〕而在行政法律关系中,“平衡论”仍然承认“为了维护公共利益,必须赋予行政机关必要的权力,并维护这些权力有效地行使,以达到行政目的。”〔82〕此时,对于行政主体之命令,相对人仍然必须服从,否则即构成违法。但“平衡论”进一步认为,行政管理关系不是行政关系的全部,还应该引入行政程序关系、行政监督关系,即“必须维护公民的合法权益,强调行政公开,重视公民的参与和权利补救,以及行政权的监督”,〔83〕在此程序关系与监督关系中,行政主体与相对人之间的权力与权利仍表现为“不对等”,但却是“倒置的不对等”,即行政相对人相比于行政主体享有更多的权利,处于优势地位,1989年《行政诉讼法》的颁布即是这一理念在立法上的实践。〔84〕由此,即便在行政管理关系中公权力与个人权利并不如“树叶的叶脉”那样完全对等,但从行政法的整体结构

〔76〕 罗豪才,见前注〔73〕,第6页。

〔77〕 罗豪才:“中国行政法的平衡理论”,载罗豪才等著,《行政法平衡理论讲演录》,北京大学出版社2011年,第6—7页。

〔78〕 罗豪才:“行政法学与依法行政”,《国家行政学院学报》2000年第1期,第54—55页。

〔79〕 罗豪才、宋功德:“行政法的失衡与平衡”,《中国法学》2001年第2期,第73页。

〔80〕 罗豪才,见前注〔78〕,第54页。

〔81〕 罗豪才,见前注〔78〕,第54页。

〔82〕 罗豪才,见前注〔72〕,第13页。

〔83〕 罗豪才,见前注〔72〕,第13页。

〔84〕 “《行政诉讼法》制定于痛定思痛之后的一系列的社会—经济改革的背景下决非偶然。只有当人们获得了自我意识,(……)社会才可能产生政府守法的主张(……)。从此,个人与国家的关系不复是权威与虔诚服从加献身的宗教关系,个人不再跪服在国家阴影之下,而发展成对话关系。”陈端洪:“对峙——从行政诉讼看中国的宪政出路”,载罗豪才主编《现代行政法的平衡理论》,北京大学出版社1997年,第258页。

上看,统合行政管理关系、行政程序关系与行政监督关系,公权力与个人权利之间仍然能够实现最终的平衡。如罗豪才所总结的那样,“不对等是行政法的阶段性权利义务状态,而平衡是行政法应有的整体的权利义务状态。平衡状态(乃是)通过倒置的不对等权利义务关系来实现。”^[85]

(三)小结

总而言之,无论是民法还是行政法,其理论的现代演进都逐步肯定了主体之间法律地位的平等性。我们已经看到,法国行政协议制度诞生的时代背景正是个人人格的地位逐步提升、国家人格的至上性逐步消解、“命令—服从”模式逐步崩坏の演进过程。我国当下的行政法理论也已经超越了“管理论”的“命令—服从”模式,而走向“平衡论”之权力与权利的“结构性均衡”,^[86]个人法律人格的提升使得其已不再是单纯的服从者,而获得了更为丰富、全面的法律权利保障。如罗豪才所言:“坚持法律面前人人平等就是要反对特权主义,无论行政机关还是行政相对人没有法律之外的特权,都必须按照法律规定办事”,^[87]“平衡论”者正是以此为出发点,通过在法律上均衡配置行政主体与相对人的权力与权利,推动行政主体与行政相对人之法律地位逐步地平等化。概言之,在当下这个时代,行政法学与民法学对平等原则的理论认识,均统一于对个人之人格尊严的承认与保护。

但需注意的是,我国行政法在配置权力与权利时,仍然承认行政主体与相对人关系之“阶段性不对等”。与之类似,法国“公共服务”理论也同样承认行政关系应该适用“公法性的制度安排”。但正如“平衡论”者所言,这其实根源于行政主体与相对人各自所代表的利益在“质的规定性”上还存在差别,^[88]罗豪才曾非常凝练地指出:“要全面理解公、私益之间的相互依存性,辩证地理解公益相对于私益的优先性以及私益相对于公益的根本性”,^[89]狄骥也曾言到:“我们希望证明的是,并没有个人利益与公共利益的矛盾,二者其实是紧密相连的,(……)个人目标与集体目标存在永恒的契合,社会越发展,个人就能越独立,反之亦然。”^[90]公法制度正是以处理此种公益与私益之间的复杂辩证关系为使命,由此,行政法上的

[85] 罗豪才、甘雯:“行政法的‘平衡’及‘平衡论’范畴”,《中国法学》1996年第4期,第51页。

[86] 1989年《行政诉讼法》的颁布即是“平衡论”的最为典型的立法实践,今天的行政实践中,“平衡论”的理念也得到越来越广泛地运用,“以‘命令—服从’为特征的强制性行政行为的范围已日益缩小,而以协商、引导等方式实施的行政指导、行政协议、合作行政等行为大量增加。”参见罗豪才:“关于行政法基础理论及其相关的几个问题”,载罗豪才等著《现代行政法的平衡理论(第三辑)》,北京大学出版社2008年,第5页。

[87] 罗豪才:“行政主体与相对方地位平等”,载罗豪才等著《行政法平衡理论讲演录》,北京大学出版社2011年,第44页。

[88] “若双方同质化,权利义务也对等了,此时的法关系就变成民事法关系了。”同上注,第44页。

[89] 罗豪才、宋功德:“公域之治的转型——对公共治理与公法互动关系的一种透视”,《中国法学》2005年第5期,第18页。

[90] Léon Duguit, *op.cit.*(见前注62), pp.9-10.

平等原则在本质上即与民法平等原则存在差别，^{〔91〕}概言之，前者并不以双方在权利、义务上的“对等”为必要，而更调整整体意义上行政主体之权力与相对人之权利的“结构性均衡”。这一点将通过制度层面行政协议对双方权力与权利的配置得到进一步呈现。

四、权利(权力)配置平等:平等原则的制度呈现

法国行政协议制度的经验表明，行政协议制度由主观法律制度与客观法律制度结合而成，二者之间相互协调、交替并存。前者以尊重当事人之主观意志为核心，乃渊源于行政法官对民事合同制度的借鉴，旨在通过促使并维护双方当事人达成的合意，实现公共利益与私人利益的共赢；后者则以保障公共利益为核心，非当事人主观意志可减损、可动摇，如加斯顿·杰兹(Gaston Jèze)所谓之“公法性的制度安排”，其超越双方当事人之合意，而直接保障公共服务的良性运作，并对相对人之经济利益予以“再平衡”。^{〔92〕}我们将会看到，行政协议双方当事人在法律地位上的平等，自然体现于主观法律制度之中；而在客观法律制度之下，“公法性的制度安排”也并未将行政协议的相对人置于“失衡”的地位，而是建立了权力与权利的“结构性均衡”，同样维护了行政主体与相对人在法律地位上的平等。概言之，无论是主观法律制度还是客观法律制度，平等原则皆贯穿其中。

(一) 缔约制度中的平等原则

行政协议的缔约制度，乃是行政法官主动借鉴民事合同缔约制度的成果，内容以主观法律制度为主，但“公法性的制度安排”仍然围绕作为协议当事人的行政主体渗入行政协议的缔约制度中，使其部分地客观化。

1. 主观法律制度

行政协议的缔结，需要双方当事人的意思表示达成合意。这一点其实是行政主体主动选择的结果，要知道，行政协议正是行政主体主动进入市场、寻求与市场主体开展合作的尝试，而合作的达成，自然只能通过双方意思表示一致来实现。由此，即奠定了行政协议缔约制度的主观属性，这进一步表现为行政协议法律制度对意思主义的肯定和对意思表示瑕疵制度的接纳。

(1) 行政协议中的意思主义。在上世纪三十年代，加斯顿·杰兹(Gaston Jèze)对法国行政协议制度进行第一次系统梳理时，就曾指出，行政协议与民事合同共享相同的“合同概念”，即“双方的意思表示达成一致。”^{〔93〕}最高行政法院在1972年的判例中也曾明确肯定这一点，“与所有的合同一样，行政协议要求存在双方的同意并达成一致。”^{〔94〕}今天的法国公法学者也同

〔91〕 相反，“对于私法而言，由于主体权利是同质的，故依据主体权利是否对等的标准来衡量私法法律关系的平衡与否是恰当的。”参见罗豪才、宋功德，见前注〔79〕，第77页。

〔92〕 “公法合同规则，受到私法合同之一般规则的启发，但又加入了对公共服务的规范且持续运作的考虑。”参见 Gaston Jèze, *op.cit.* (见前注 20), p.IX.

〔93〕 Gaston Jèze, *op.cit.* (见前注 20), pp.1-2.

〔94〕 Laurent Richer, *Droit des contrats administratifs* 9e edition, LGDJ Lextensoédition 2014, p.122.

样接受这一观点,克里斯托弗·哥梯尔(Christophe Guettier)就承认:“无论是在公法中还是在民法中,合同都是双方同意达成一致的结果(le rencontre de deux consentements)。”^[95]所以,如安德烈·诺巴德赫(André de Laubadère)在上世纪八十年代所指出的那样,民事合同中的要约、承诺制度完全适用于行政协议。^[96]由此,双方意思表示的合意即构成了行政协议效力的渊源,意思主义相比于表示主义居于更为根本的地位。

克里斯托弗·哥梯尔(Christophe Guettier)就指出:“从原则上看,行政协议的生效并不需要满足任何特别的形式要件。同意主义(Consensualisme)高于形式主义(Formalisme)(……),合意的达成(l'accord de volonté)即能够有效地(effectivement)创造合同关系。”^[97]这也与法国民法学的观念一致,如尹田所言,在法国民法中:“‘同意主义’是合同订立的基本原则。所谓同意主义,是指合同原则上只需当事人双方一致的意思表示即可成立,特定的形式要求仅仅是例外。”^[98]

意思主义的根本地位所导致的自然结果,就是行政协议双方当事人的意思表示必须真实且自由,若存在瑕疵,行政协议的效力即可能受到影响。对此,法国公法学家曾坦陈:“通过采用《法国民法典》第1109条等规范意思表示瑕疵的条文,法国行政法为我们提供了运用民法规范的一个典型的例子。这是一种明显的、自觉的、有意识的转用移植(transposition)。”^[99]

(2)行政协议中的意思表示瑕疵制度。意思表示瑕疵制度在行政协议中同等地适用于行政主体与协议相对人,而仅在部分情况下,考虑到行政主体的公共性与专业性,会对行政主体提出更为严苛的要求。具体而言,行政协议中的意思表示瑕疵主要包括三类,即“错误”(l'erreur)“欺诈”(le dol)和“胁迫”(la violence)。^[100]

“错误”,乃指“合同的订立是基于对实际存在的事实的一种相反的认识,亦即至少有一方当事人对行为的基本条件发生认识上的错误。”^[101]此时,由于欠缺真实的意思表示,所以订立的合同失去效力。^[102]与法国民事法官一样,行政法官根据各“错误”类型对于交易所造成的

[95] Christophe Guettier, *Droit des contrats administratifs* 3^e édition, 2011, Presses Universitaires de France, p.325.

[96] “要约即一方当事人向另一方当事人明示或默示地发出的订立合同的提议,只要其未撤回,对方接受即产生法律效力;要约人在对方未接受时都有权撤回,若要约中规定了期限,则期限届满后才能撤回”,通过要约与承诺,“行政主体与相对人之意思表示达成一致,合同关系方得建立。”参见 André de Laubadère, Frank Moderne, Pierre Delvolvé, *op.cit.*, points 440—441.

[97] Christophe Guettier, *op.cit.*(见前注 95), p.363.

[98] 尹田:《法国现代合同法:契约自由与社会公正的冲突与平衡(第二版)》,法律出版社 2009 年,第 18—19 页。

[99] Benoît Plessix, 《La théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs》, *RFDA* 2006, p.12.

[100] Laurent Richer, *op.cit.*(见前注 94), p.134.

[101] 尹田,见前注[98],第 83 页。

[102] 这背后的理据正在于“人的行为如果不是基于自己的意思作出的,其就不会发生法律效力”的意思主义理念,当事人基于“错误”认识而作出的意思表示,自然就不应该发生法律效力。参见梅伟:“民法中意思表示错误的构造”,《环球法律评论》2015 年第 3 期,第 62 页。

影响,区分“本质性错误”和“次要性错误”,认为原则上只有前者才可能导致合同失去效力。^[103]所谓“本质性错误”乃指《法国民法典》第1110条列举的“对标的物的本质的误解”和“对当事人的误解”。法国民法判例认为,对“标的物的本质”的误解,不限于“物质材料”意义上的误解,而应该扩展到“主观或精神”上的含义,即“标的物所具有的推动当事人订立合同的决定性属性”,^[104]行政法官也继受了这一理解,并同时继受了法国民法判例中对“本质性错误”导致合同失去效力的诸多限制:①“错误”不能是不可原谅的,“当误解方的误解系由过分的轻率或疏忽所引起时,当事人即具有不可原谅的过错,无权主张合同无效。”^[105]这一规定在行政协议中进一步强化,因为“我们可以想象,行政协议的双方当事人都是专业人士”,^[106]错误之“可原谅”属性的门槛自然更高。^[107]②经济上的“错误”都不能主张合同失去效力,“因为其在本质上属于计算错误,而这就如同商业风险一样,应该由犯错者自己承担:对于价格的错误从来没有被接受过,不论是由行政主体造成的,还是由相对人造成的。”^[108]

“欺诈”,乃指“用狡猾的手段以使他人发生认识错误而决定订立合同。”^[109]行政法官也继受了这一概念,并与民事法官采取了相同的分析要件:①必须存在欺诈的行为,且必须存有欺诈的故意,二者结合即构成“欺骗合同相对人以使之接受其正常情况下不会接受的条件进而订立合同”;^[110]②合同关系的第三人实施的欺骗行为,不属于这里的“欺诈”,不能影响合同的效力,受欺诈方只能对第三人主张赔偿;^[111]③“欺诈”对当事人的意思表示具有决定性,即“正是该欺诈行为导致了当事人作出了意思表示”,^[112]这里需要进行个案分析,特别是对当事人的主观能力进行分析,如果是由于当事人自己的疏忽、不谨慎导致的,则也不影响合同的效力。

^[103] 需要注意的是,法国民法学并未采纳萨维尼所主张的“动机错误”与“表示错误”之二元分类,而是将所有的错误进行一元化分析,统合地平衡意思主义与交易安全之间的矛盾。法国行政法官也继承了法国民法学的一元化逻辑,并未将动机错误系统地列入不影响合同效力的范畴。对于德国萨维尼的二元主张,可参见龙俊:“论意思表示错误的理论构造”,《清华法学》2016年第5期,第119—120页;“萨维尼的错误论建立在意思主义的立场之下,认为个人的意思是法律关系的最高根源,如果欠缺法律效果意思则不能发生法律效力。于是当一个错误发生时,首先要分析的就是这一错误是否可以归属于内心的效果意思:如果是,则构成意思欠缺,也就是说此时当事人根本不存在相应的效果意思,当然会导致法律行为无效(注意并非可撤销);如果不是,就主要是“动机错误”,此时当事人的效果意思仍然存在,因此法律行为的效力不受影响。”

^[104] Benoît Plessix, *op.cit.*(见前注99), pp.13—14.

^[105] 尹田,见前注[98],第97页。

^[106] Benoît Plessix, *op.cit.*(见前注99), pp.13—14.

^[107] 比如在CE, 18 janv. 1922, Commune de Beausoleil, Lebon p. 42中,最高行政法院判决认为,“招投标程序中的投标人不应该犯下如此明显的错误,将文件中的‘平方米’写成‘立方米’”;还比如在CE, 27 nov. 1974, Société intercontinentale commerciale et industrielle, Lebon p. 593中,最高行政法院判决认为,“原告公司主张其对其能够承担的运输量计算错误,而这样的错误不能在本案中导致意思表示的瑕疵,进而不能导致协议的无效。”

^[108] Benoît Plessix, *op.cit.*(见前注99), pp.14—15.

^[109] 尹田,见前注[98],第100—101页。

^[110] Christophe Lajoie, *op.cit.*(见前注99), p.346.

^[111] Benoît Plessix, *op.cit.*(见前注99), pp.13—14.

^[112] Benoît Plessix, *op.cit.*(见前注99), pp.13—14.

法国最高行政法院的判例表明,行政主体应该具有更高的审慎度,所以在行政法官面前主张受到“欺诈”以求获得合同的撤销,这是非常困难的。^[113]最后要注意,与民事法官一样,行政法官也认为主张受到“欺诈”的当事人必须提出证据,无论对于行政主体还是协议相对人,都不能推定欺诈的存在。^[114]

“胁迫”,乃指“对当事人的意志带来压力以驱使其签订合同。”^[115]行政法官完全继受了民法学的观点,将“胁迫”的要件梳理为如下四项^[116]:①需要存在实体意义上的威胁(menace),行政法官会审查案件中主张受到胁迫的当事人的抵抗能力(force de résistance),以判断涉案行为是否对其构成真正的威胁。②需要胁迫人存在心理上威胁的故意。③只有当威胁采用的手段不正当时,才构成“胁迫”,这意味着若以行使法定权利为威胁,并不构成“胁迫”;就行政协议而言,行政主体运用自己合法享有的权利(权力)的行为并不构成“胁迫”,但是要注意,若该行为的行使并非出于法定目的,那么就会构成“滥用职权”(détournement de pouvoir),此时行政法官仍然将其认定为“胁迫”。^[117]④威胁要素对于意思表示的作出必须是决定性的,才能构成“胁迫”。^[118]

2. 客观法律制度

然而,行政主体以保障和维护公共利益为使命,当仅强调意思主义的主观法律制度不足以保障公共利益时,作为协议当事人的行政主体还需要接受客观法律制度的约束,以确保其作出的缔结行政协议的意思表示真正地指向公共利益。这具体表现为对行政主体之缔约权限、缔约内容及缔约原因这三方面的约束。

(1)行政主体作出意思表示,必须具有相应的权限。对民事合同而言,“合同当事人具有缔约能力为合同的成立条件之一”,^[119]这里的缔约能力具体表现为行为能力,即“法律赋予公民

[113] 比如在 CE, 21 mai 1926, ville de Honfleur, Lebon p.533 中,最高行政法院否定了行政主体提出的自己受到了相对人欺诈而希望撤销合同的主张,原因在于“市政府并没有努力运用其享有的信息手段或者去询问受特许人,以收集关于煤炭和焦炭的价格如何根本性地影响煤气销售价格的任何信息。”换言之,政府特许经营协议签订时,行政主体并没有做到足够的谨慎。

[114] CE, 25 juill. 1947, Société L'Alfa, Lebon p. 344 ; CE, 16 avr. 1961, Syndicat intercommunal d'électrification de la région d'Olargues, Lebon p. 248 ; CE, 20 nov. 1987, SARL 《 Patinoire de Colombes 》, RD publ. 1988, p. 1417.

[115] Christophe Lajoie, *op.cit.*(见前注 19), p.350.

[116] Benoît Plessix, *op.cit.*(见前注 99), pp.14—15.

[117] 比如在 CE, 15 février 1895, Société des Mines de Lens, Lebon p.154.中,最高行政法院认为,行政主体禁止对方当事人参与开发煤矿的决定是为了驱使对方在投标时给出更多的优惠,这虽然属于行政主体之权限,但其行使偏离了该职权的法定目的,构成滥用职权,对方当事人作出的意思表示由于该滥用职权的行为而存在瑕疵。

[118] 比如在 CE, 15 janv. 1931, Boyreau, Lebon p. 49.中,最高行政法院曾判决认为:“鉴于预审的结果,原告主张受到的压力并不足以构成能够破坏意思表示之胁迫”,从而拒绝以存在“胁迫”为理由撤销涉案合同。

[119] 尹田,见前注[98],第 161 页。

支配及行使全部主观实体权利的资格。”^[120]而在行政法中,行政主体的缔约行为,则无法再被视为一种纯粹的主观行为;虽然奥里乌曾于十九世纪末“建立了关于行政法主观理论:公权力是公法人表达自己的意志,以行政行为的方式,行使自己的主观权利”,^[121]然而随后狄骥的“公共服务”理论将其逐步“客观化”(objectiviser),^[122]奥里乌也接受之:“权力的自我限制通过组织体系客观化,行政组织就是行政权的组织,就是公共服务的组织。”^[123]由此,民事合同缔约制度中的行为能力问题,遂转变为行政组织体系下的“权限”问题,即行政主体是否享有对具体领域内之公共利益作出判断的“资格”,若缺乏足够权限,则表明其“资格”不足,从而无法保证其意思表示确实有利于具体领域内公共利益的实现,行政主体所订立的行政协议自然应被认定无效。

第一,行政主体缔结的行政协议,必须符合本机关的职能设置。以法国为例,中央层面应该由部长代表中央政府签署行政协议,并且行政协议的标的不能超越本部门的职责范围,而应该属于本部门的分工领域;^[124]对于事业单位,应该由内部章程规定的有权主体具体签署行政协议,协议标的在原则上也应该属于该事业单位的分工领域,若协议标的在“主业”之外,则必须形成对“主业”的直接补充;^[125]地方政府签订行政协议,则都需要先由地方议会(l'organe délibérant)讨论后作出决议,授权地方政府执行机关具体谈判并签署协议。^[126]

第二,在部分情况下,行政主体自身的权限尚不足以缔结特定的行政协议,此时就需要其它国家机构的补充授权,以补足其“资格”,这具体包括前置的批准程序和后置的核准、备案程序。^[127]

就前置批准程序而言,需要区分财政授权(autorisation budgétaire)^[128]与缔约行为授权(autorisation de contracter)。^[129]前者乃指获得缔约所需公共资金的预算授权,而后者乃指有权机关作出的允许行政主体缔约的授权。需要注意的是,原则上协议缔约之前应该获得财政授权,但法国行政法也认为,缺乏财政授权并不会影响已经签订的行政协议的效力:“由行政

[120] 尹田,见前注[98],第161页。

[121] Benoît Plessix, 《Autonomie de la volonté et droit des contrats administratifs. Archéologie d'un silence》, *Annuaire de l'Institut Michel Villey* - Volume 4 - 2012, p.195.

[122] Ibid., p.196.

[123] 奥里乌在上世纪三十年代将自己的理论修正为“客观自我约束(autolimitation objective)”参见 Maurice Hauriou, *op.cit.*, préface.

[124] Christophe Lajoie, *op.cit.*(见前注19), p.329.

[125] Christophe Lajoie, *op.cit.*(见前注19), p.330.

[126] Christophe Lajoie, *op.cit.*(见前注19), p.331.

[127] “行政协议签订之前,还有许多复杂的前置批准程序(mesures préalables et mesures d'approbation)以及后续的核准程序(ratifications postérieures)。”André de Laubadère, Frank Moderne, Pierre Delvolvé, *op.cit.*, point 404.

[128] André de Laubadère, *op.cit.*(见前注127), point 410.

[129] André de Laubadère, *op.cit.*(见前注127), point 413.

主体签订的协议仍然有效,即便财政授权存在瑕疵或完全缺乏,协议仍然约束双方当事人”,^[130]可见“即便行政主体没有获得足够的预算额度,也无权拒绝按照协议的约定支付价款。”^[131]而“缔约行为授权”,则直接影响协议的效力,在没有获得该授权的情况下行政主体所订立的行政协议无效。^[132]在法国,后者进一步区分为法律专门授权和上级行政机关专门授权。比如中央政府发行国债(emprunt public d'Etat)需要订立协议,这需要获得法律的专门授权。^[133]而比如签订PPP协议,就需要上级行政机关的专门授权;具体而言,需要经济部下属的专家评估机构“基础设施融资支持局”(MAFI)进行物有所值评估,以及预算部进行财政可承受能力评估,只有这两项报告都为肯定性结果(favorable),PPP项目政府方才享有完整的授权继续推进缔约程序。^[134]

就后置核准、备案程序而言,行政协议签订后即宣告成立,但法律可能设定后置的核准、备案程序,完成该程序之前,行政协议成立但暂不生效。这主要涉及重要的经济性行政协议,包括达到一定金额的政府采购协议、政府特许经营协议、PPP协议等,以避免地方政府签订协议违背中央法律或财政纪律。在1982年法国地方分权改革之前,地方政府尚未享有行政自治权,其签订的此类重要的经济性行政协议都需要获得国家派驻地方的代表即“省长”核准后才能生效;1982年改革之后,地方政府的自治程度加强,事后核准程序遂变更为事后备案程序,地方政府签订上述重要经济性行政协议后,需要将协议文本及相关材料送交“省长”备案,完成备案手续后协议立即生效,而不必获得省长的核准。^[135]

(2)行政主体作出意思表示的内容及对合同相对人的选择,都必须符合法律规定、依照法定程序。在民事合同中,双方当事人享有合同自由,这就包括确定合同内容的自由及选择合同相对人的自由,^[136]而在行政协议领域,行政法建立了严格的规则和程序,以督促行政主体作出最符合公共利益的意思表示。

第一,行政协议的标的不能伤害公共利益。与民事合同一样,行政协议的标的必须是存在的、确定的、可能的、合法的。^[137]前三者与民法对合同标的的要求并无差别,^[138]而对于标的

[130] Christophe Lajoie, *op.cit.*(见前注19), p.326.

[131] 换言之,相对人的债权并不受此影响,只不过,相对人要获得实际清偿,仍需等待预算批准手续完结。参见 André de Laubadère, Frank Moderne, Pierre Delvolvé, *op.cit.*, point 411.

[132] Christophe Lajoie, *op.cit.*(见前注19), p.327.

[133] R77 du Code du domaine de l'Etat.

[134] Les articles 74 et 76 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

[135] 当然,在备案审查的情况下,省长仍然可以进行合法性审查,若发现违法之处,应该立即向行政诉讼。参见 Christophe Lajoie, *op.cit.*, pp.338-339.

[136] 韩世远:《合同法总论(第三版)》,法律出版社2011年,第37页。

[137] Christophe Lajoie, *op.cit.*(见前注19), p.352.

[138] 尹田,见前注[98],第174-177页。仅需要注意的是,民事合同标的的确定性也在柔化,以长期合同中的价格为例,法国民事判例认为不再需要此处的价格为“可确定的(déterminable)”,而只需要在协议履行过程中双方能够再次商定,且双方不构成权利滥用即可。B.Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, Manuel 2007, n°186

的合法性,行政协议法律制度则提出了更高的要求:“行政协议的标的(……)不仅需要合乎法律的强制性规定,还要审查其是否能与‘合同’概念本身相兼容”,^[139]以避免重要的公共利益沦为被交易的对象:1)不得约定将行政主体的高权权能转移给第三人^[140];2)不得通过协议向相对人承诺在未来做出某个高权行为;^[141]3)对于法律法规明确要求通过高权方式作出的行政行为,不得通过订立行政协议的方式实施。^[142]凡约定上述内容的行政协议,皆无效。

第二,行政协议具体内容的确定及相对人的选择,需要依照法定的程序。以经济性行政协议为例:从十九世纪到二十世纪中叶,法国政府采购及政府特许经营的协议主体内容,都是由中央部委以“任务手册”(cahier des charges général)的形式予以单方规定,并不会留下任何的谈判空间,^[143]所以学术界一度认为此种任务手册中关于公共服务的条款的法律属性,不应该是“合同条款”而应该是“抽象行政行为”。^[144]与之相适应的,在原则上政府采购协议的相对人都必须按照非常形式化的“最低价招投标制度”(adjudication)进行筛选,^[145]概言之,当供应商满足了前述任务手册之严格要求且投标价最低,行政主体才能与之缔结行政协议。

上世纪中叶之后,政府采购及政府特许经营制度逐步改革,在坚持公开透明、强制竞争原则的前提下,一定程度地降低了筛选程序的形式性,以更好地激发市场主体的主动性。比如最高行政法院判决认为“任务手册”的法律属性应该是“合同条款”(stipulations conventionnelles),对方当事人可以决定是否适用,若适用也可以提出部分保留,^[146]而招投标程序也引入更全面的评标标准(l'adjudication sur coefficients),^[147]这都使得协议相对人享有了更多的谈判空间。进入本世纪,法国及欧盟进一步引入了“竞争性对话”程序:行政主体在法定程序的框架下,通过与多位投标人展开协商,逐步提炼行政协议所应该包含的内容,再以此为基础要求各投标人最终投标,进而按照提前公布的多元标准予以评标,选择行政协议的相对人。^[148]

可见,上述改革使得行政协议的实体内容确定及相对人选择程序逐步柔化,但需要注意,行政主体仍然被包裹于旨在维护公共利益的程序性框架之中,双方的谈判行为不得突破各类

[139] André de Laubadère, Frank Moderne, Pierre Delvolvé, *op.cit.*, point 507.

[140] 比如 CE, 30 septembre 1983, Fédération départementale des associations agréées de pêche de l'Ain, Rec. 392 中,最高行政法院判决认为不能将管理和授予捕鱼权的权力转移给一家公司。

[141] 比如 CE, 24 février 1956, Leduc, Rec. 89 中,最高行政法院认为政府不能向对方承诺未来必定发放建设许可证。其他案件中,最高行政法院还曾禁止政府作出任免某公务员的承诺,以及禁止政府作出不再修改与公共服务相关要求和条件的承诺。

[142] Laurent Richer, *op.cit.*(见前注 94), p.55.

[143] Benoît Plessix, *op.cit.*(见前注 99), p.199.

[144] Gaston Jèze, *op.cit.*(见前注 20), pp.157-158.

[145] Gaston Jèze, *op.cit.*(见前注 20), pp.82-90.

[146] Jean François BRISSON, *Les fondements juridiques du droit des marchés publics*, Groupe Imprimerie Nationale 2004, pp.173-177.

[147] R.Bonnard, 《La passation des marchés publics》, *RDP* 1943, pp.162-163.

[148] Stéphane Braconnier, 《Le nouveau code des marchés publics - entre responsabilisation et libéralisation》, *La semaine juridique entreprise et affaires*, n°18, 29 avril 2004, numéro 23-24.

程序性规定,否则,行政法官有权通过先合同紧急诉讼暂停协议缔约程序,甚至宣布缔约程序无效。^[149]

(3)行政主体作出意思表示,其“原因”必须符合法定的要求。在《法国民法典》中,“‘债的合法原因’被列为合同有效条件之一”,因此“无原因的债,基于错误原因或不法原因的债,不发生任何效力。”^[150]民法学以判例为基础进一步将“原因”区分为“近因”与“远因”,前者乃指“通过订立合同想要得到的东西”,即合同交易中对方当事人实施的对待给付(*contrepartie de l'engagement*),^[151]后者乃指“当事人通过合同所希望达到的最终‘目的’”,即心理上的动机。^[152]之所以将合法性审查的对象延伸到合同当事人的“目的”领域,是因为“在现代法国人的眼里,‘原因’应当成为审查当事人运用契约自由欲达目的的方法,成为‘淳化’合同关系的手段。”^[153]其带来的结果,即是若合同签订的目的违反法律或伤害公序良俗,则该合同无效。

行政法官也采纳了此种对“原因”的扩张性理解,在2008年的一个判例中,最高行政法院指出:“当一个行政协议缺乏原因或该行政协议以违法的原因为基础,此处的违法包括标的违法或当事人所追求之目的(*but*)违法,该协议应该被宣告无效。”^[154]可见,与民事法官一样,行政法官在审理行政协议案件时不仅审查是否存在形式上的对待给付,还会“进一步挖掘双方当事人所追求的真实目的。”^[155]但是要注意,这一规则对行政主体意味着更为严苛的要求,因为对于其它私主体而言“公序良俗”仅是消极意义上的,即缔约目的不能突破“公序良俗”这条底线;而行政主体则不同,维护公共利益成为公法对行政主体的积极要求,实施公共活动的目的都必须指向公共利益,^[156]因此,若行政主体订立行政协议时的动机偏离了法定之公益目的,

[149] Laurent Richer, *op.cit.*, pp.149-151. 即便行政协议已经缔结,若严重违背上述规范以至于影响到其他供应商获得该合同的机会,行政法官仍然有权宣布协议无效,《Si les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sa passation est soumise ont été méconnues d'une manière affectant les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat, le juge prononce la nullité》, Laurent Richer, *op.cit.*, pp.179-181.

[150] 尹田,见前注[98],第179页。

[151] 就“近因”而言,若合同中另一方缺乏对待给付,则该合同无效。“在这里,原因对当事人利益无疑起到了一种保护作用,有利于防止一方的利益被另一方不法侵害。这就是说,原因可以成为平衡双方利益的有效工具”。与民事法官一样,法国行政法官也曾引用此规则处理行政协议的案件。同上注,第186页。比如在CE 26 sept. 2007, Office public départemental des habitations à loyer modéré du Gard, req. n° 259809-263586中,廉租房管理局从一家土地整治及建设公司(SATECO)购买一块土地拟建设廉租房,然后又与该公司谈判签订了对该地块进行土地平整以达到建筑施工前的基本要求的协议,并支付了平整费用。此后在关于后一协议的诉讼中,廉租房管理局向行政法官主张该协议无效,因为前一协议在事实上已经包含了对购买土地进行平整的义务,这导致后一协议中行政主体的付款行为缺乏对待给付,从而构成“原因”缺乏(*dépourvu de raison*)。最高行政法院支持了廉租房管理局的主张,后一协议无效。

[152] 尹田,见前注[98],第179页。

[153] 尹田,见前注[98],第188-189页。

[154] CE 15 févr. 2008, Commune de La Londe-les-Maures, req. n° 279045.

[155] “S’interroger sur les buts réellement poursuivis par (ses) auteurs”,参见CE 15 févr. 2008, Commune de La Londe-les-Maures, req. n° 279045

[156] Julien Bouche, Béatrice Bourgeois-Machureau, 《Les trois visages de la cause dans les contrats administratifs》, *AJDA* 2008, p.577.

行政法官会将其认定为“滥用职权”(détournement de pouvoir),在行政协议框架下,这被视为“协议目的违法”(but illicite, tel qu'un détournement de pouvoir)^[157]的一种具体情形,从而构成“原因违法”,所缔结之协议归于无效。^[158]

(二)履约制度中的平等原则

行政协议的履行同样以双方当事人的合意为基础,这是因为双方的合意不仅反映了协议相对人的经济诉求,更反映了行政主体对如何实现公共利益的规划,从而有利于公共利益与私人利益实现共赢。基于此,主观法律制度的适用应构成行政协议“全生命周期”的常态。但不容忽视的是,考虑到公共服务之需求在履行期间内的“易变性”(la mutabilité),行政协议的履约制度仍需引入客观法律制度,调整协议内容以适应公共利益之新需求,同时对协议相对人之经济利益进行再平衡。

1. 主观法律制度

(1)行政协议的履行,以双方当事人的合意为基础。这是缔约阶段之意思主义的自然结果,最高行政法院的判例很早就曾指出,与民事合同一样,行政协议同等地约束双方当事人,“如同双方当事人之间的法律。”^[159]而在上世纪初叶,“行政法学理论一度更多地强调行政协议对合同约束力的突破,而忽视了这一突破所受到的严格限制。”^[160]

进入上世纪八十年代,法国行政法学者逐步重新认识到,“不论是行政协议还是民事合同,其都拥有作为合同的基本效力(effets généraux des contrats),即:构成双方当事人之间的法律(faire la loi des parties),并因此具有源于自身的法律约束力(force juridique)。”^[161]由此,“行政协议的履行,即实施双方当事人所约定的权利、义务,这就要求首先确定双方当事人的‘合意(commune intention)’,此点与民事合同完全一致。”^[162]因此,“行政协议中的行政主体也享有其作为合同当事人的传统权利,如追究合同相对人的违约责任的权利,通过与相对人达成合意来变更行政协议内容的权利,以及通过合意将行政协议转让给第三人的权利。”^[163]

由此,行政协议的解释,也以双方当事人的真实合意为基准。与民事合同一样,理解合同的内容,首先应该诉诸双方当事人表示于外的意思,即合同文本的字面意思。^[164]而合同的约束力,从本质上看,乃是源于双方的真实意思,因此,当表意与真意存在冲突时,则应该以真意为准。这点已被最高行政法院的判例所反复强调,^[165]具体而言,行政法官会追溯协议达成时

[157] CE 15 févr. 2008, Commune de La Londe—les—Maures, req. n° 279045.

[158] Laurent Richer, *op.cit.*(见前注 94), pp.144—145.

[159] CE 12 décembre 1902, Orcibal, *Rec.* 750.

[160] Sébastien Saunier, 《L'autonomie de la volonté en droit administratif français : une mise au point》, *RFDA* 2007 p.616.

[161] André de Laubadère, Frank Moderne, Pierre Delvolvé, *op.cit.*, p.6.

[162] *Ibid.*, point 694.

[163] Gabriel Eckert, 《Les pouvoirs de l'Administration dans l'exécution du contrat et la théorie générale des contrats administratifs》, *Contrats et Marchés publics* n° 10, Octobre 2010, étude 9, point 4.

[164] Laurent Richer, *op.cit.*(见前注 94), p.208.

[165] Laurent Richer, *op.cit.*(见前注 94), p.207.

的谈判文件,^[166]或者分析双方在履约时所表现出来的对协议的理解,^[167]以探究双方当事人的真实合意。

(2)行政协议的双方当事人,均服从“契约严守”义务。概言之,非经双方当事人合意,行政协议之内容在原则上不得变更。^[168]不仅如此,即便在新法颁布的情况下,最高行政法院的判例仍然坚持认为,正在履行的行政协议应该服从旧法,换言之,行政协议的内容不必然随新法的生效而改变。只有当存在“公共秩序之绝对必要”(des impératifs d'ordre public)时,才能例外地对未来适用新法,从而对协议内容作出一定地修改。^[169]而即便是对未来适用新法,最高行政法院也要求必须采取妥当的过渡措施,以维护法安定性。^[170]比如,新法改变了政府特许经营协议的最长特许年限,而正在履行中的特许经营协议所约定的特许年限与之不符,那么新法颁布后,正在履行的协议不应该被认为违背强行法而无效(即新法不能溯及既往),也不应该自动将协议约定的年限改为新法要求的最长年限(即不能简单变更协议之约定),而应该承认已经履行完毕的期限的合法性,但已约定之期限在未来的延展则应该受到限制,即,从新法生效之日起,协议在未来的履行期限不能再超过新法所允许的最长期限,借此平衡新法之要求与法安定性之必要。^[171]

进入本世纪,法国最高行政法院进一步提炼出“合同关系忠诚”(loyauté des relations contractuelles)原则,其实,该原则渊源于民法中合同应善意履行的要求,^[172]如一位学者所言:“合同关系忠诚原则乃是对‘善意履约’(bonne foi)这一古老观念的新的表述。”^[173]法国行政法学者认为,该原则致力于维护良好履行合同义务所必要的信任关系,^[174]要知道,“双方当事人自由地作出承诺而进入合同关系,因而双方当事人自然有义务在履行合同时保持忠诚与诚信。”^[175]在过去的实践中,以不诚信之行为破坏契约的履行时有发生,比如在2009年12月28日的Commune de Béziers案中,一方当事人提起履约诉讼,要求对方按照协议约定履行义务,而另一方当事人主张该协议在缔结时存在违法,因此要求法院认定协议无效,从而逃避己方的合同义务,^[176]最高行政法院判决认为:“合同一方当事人不能为了规避合同(义务),而主张某

[166] CE, 20 février 2013, Min. Défense, req. n°362051.

[167] CAA Douai 24 août 2012, Ministère des solidarités et de la cohésion sociale, req. 12DA00382.

[168] André de Laubadère, Frank Moderne, Pierre Delvolvé, *op.cit.*, p.18.

[169] Elodie Saillant, 《L'application des règles nouvelles aux contrats en cours》, *AJDA* 2014 p.513.

[170] *Ibid.*

[171] CE, ass., 8 avr. 2009, n° 271737, Compagnie générale des eaux, Commune d'Olivet, Lebon avec concl.; *AJDA* 2009, p.1090.

[172] Ana Beduschi-Ortiz, 《La notion de loyauté en droit administratif》, *AJDA* 2011, p.944.

[173] Y. Neveu, 《Le devoir de loyauté pendant la période pré-contractuelle》, *Gaz. Pal.*, 2000, n° 34, p. 6.

[174] Ana Beduschi-Ortiz, 《La notion de loyauté en droit administratif》, *AJDA* 2011, p.944.

[175] Laure Marguery, 《La loyauté des relations contractuelles en droit administratif : d'un principe procédural à un principe substantiel》, *RFDA* 2012, p.664.

[176] *Ibid.*, p.663.

种其在过去不可能不知晓并且在合同尚未妨碍到该当事人时其并未主张的瑕疵”，因为这样的行为违背了“合同关系忠诚原则”。^[177] 不难发现，在本案的背后，正潜藏着行政法官对“契约精神”的尊重；以缺乏善意的行为破坏契约的履行，应该受到法律的负面评价。

2. 客观法律制度

然而，当以尊重合意为核心的主观法律制度无力恰当协调公共利益与私人利益时，特别是当严守合意之内容可能导致公共利益受到严重伤害时，则有必要引入超越双方当事人合意的客观法律制度。最为典型的例子，乃是行政协议中行政主体享有的单方变更权与单方解除权，^[178]我国 2015 年修订《行政诉讼法》也于第七十八条间接确立了这两项制度^[179]。由于该制度必然导致一方当事人对合同关系的激烈干预，所以常被诟病破坏了合同双方的平等性。而下面我们将会看到，在此类客观法律制度之下，双方当事人的法律地位其实仍然是平等的，只不过其突破了民法平等原则之“一方不得将自己的意志强加给另一方”的训条，但却贯彻了行政协议之平等原则对行政主体之权力与协议相对人之权利在整体上“结构性均衡”的要求。

(1) 单方变更权与单方解除权的制度确立。1910 年 3 月 11 日的法国电车总公司案，首次确立了行政主体单方变更协议内容的权力。在该案中，行政主体希望变更电车服务的夏季时间表，而政府特许经营协议的相对方电车公司则主张，除非双方达成补充协议，否则不能修改原协议对服务时间的约定。争议提交到最高行政法院，行政法官最终判决认为：“为了公共利益的需要，行政主体享有要求作出必要变更的权利，以确保相关公共服务的正常运作。”^[180]自此，行政主体于合意变更之外所享有的单方变更权得到了肯定，并被确认为一种客观权力，即非源于双方当事人之主观约定的权力。此后，在 1983 年 2 月 2 日的市区公共交通联盟案中，最高行政法院进一步明确：“（行政主体所享有的）单方面对公共服务之内容以及公共服务之组织开发方式进行变更的权力（……），属于行政协议之一般规则（les règles générales applicables aux contrats administratifs）。”本判例即将单方变更权普遍适用于所有的行政协议，而不再局限于 1910 年案例中的政府特许经营协议。

作为单方变更权的延伸，在行政协议中，行政主体还享有在协议约定期限到来之前单方解除合同关系的权力。最高行政法院也同样认为其属于适用于所有行政协议的客观权力，就此，行政法官在 1987 年的 *société TV 6* 案中指出：“根据适用于行政协议的一般规则，特许权人有

[177] M.Long, P.Weil, G.Braibant, P.Delvolvé, B.Genevois, *op.cit.*, p.949. 另可参见陈天昊，“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 1168—1169 页。

[178] 法国行政协议履行制度中的客观内容，不仅包含单方变更与单方解除，还存在“不可预见理论”“监督权”“指挥权”“处罚权”等内容，然而“单方变更”与“单方解除”一直被视为所有行政协议所共享之制度（其它制度或理论主要适用于部分类型的行政协议），是行政协议区别于民事合同之关键，因此本文仅以此两项权力为例进行分析。参见 Gabriel Eckert, *op.cit.*, point 29.

[179] 第七十八条 被告不依法履行、未按照约定履行或者违法变更、解除本法第十二条第一款第十项规定的协议的，人民法院判决被告承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等责任。被告变更、解除本法第十二条第一款第十项规定的协议合法，但未依法给予补偿的，人民法院判决给予补偿。

[180] M.Long, P.Weil, G.Braibant, P.Delvolvé, B.Genevois, *op.cit.*, p.125.

权在特许协议约定期限到来前结束该协议,但其必须基于特定的公共利益,即特许经营的公共服务必须被放弃,或者必须建立在新的基础之上。”^[181] 权限裁判法院在 1988 年的 *Société France 5 et Association des fournisseurs de la cinq* 中进一步肯定了该权力的客观属性:“即便任何立法、任何规章,乃至于任何合同条款,都没有规定该权力的行使,特许权人仍然享有该权力。”^[182]

(2) 单方变更权与单方解除权的理论根据。从理论上讲,行政主体的单方变更权与单方解除权,其实都渊源于行政主体所自然享有的组织公共服务的权力。申言之,由于经济、社会等因素的不断变迁,公众对公共服务之需求也不可避免地发生不断变化,即“公共服务易变性原则”(la mutabilité),而为了始终良好地组织公共服务,这就必定要求行政主体享有能够突破双方合意,进而单方变更协议中约定的公共服务组织条款的权力;^[183] 而公共服务之“易变性”的极端情况,即表现为公众对一项公共服务已经不再需要,或对该公共服务提出了完全不同的要求,此时,行政主体亦不宜再继续保留原公共服务,^[184] 由此即产生了单方宣布协议解除的权力。

如一位政府专员所言:“国家不可能在该公共服务委托它人经营后即将此公共服务弃之不理。毫无疑问,该公共服务已经委托它人经营,但其仍然属于公共服务。委托经营代表一种间接的管理方式,而这并不等同于放弃或抛弃。因此,在必要时,国家必须介入,运用其作为公法人之权力而非合同授予之权力,强制合同相对人进行超出既有承诺的给付。”^[185] 由此,无论是单方变更权,还是单方解除权,其行使既不必提前获得相对人的同意,也不必首先诉诸行政诉讼,获得行政法官的认可,而即可径自作出变更或解除的决定,并直接执行。此即保障公共利益之优先性的体现。

然而,需要注意的是,无论是单方变更权,还是单方解除权,其对法安定性及对相对人之利益的威胁,都不应该被夸大,它们的实施不仅受到了非常严格的限制,而且协议相对人也被赋予了充分的保障性权利。此即通过“结构性均衡”来维护私人利益的根本性。

(3) 单方变更权与单方解除权的实施边界,概括而言,主要表现于下面三个层面:

1) 主体权限。所有行政协议中的行政主体,在原则上都享有单方变更权与单方解除权,然而,法律、法规及规章可以根据具体情况,明确规定在某类行政协议中,行政主体不得享有单方变更权;^[186] 法律也能够明确规定,在某类行政协议中,行政主体不得享有单方解除权。^[187] 比如 1969 年 6 月 18 日行政法规对驻外合同制公务员的管理制度进行规范,其中规定雇佣此类公务员的行政协议中的部分条款“只能以双方达成补充协议的方式变更”;还比如 1982 年 3 月

[181] CE Ass. 2 février 1987, société TV 6, Rec. 29.

[182] CE 22 avril 1988, Société France 5 et Association des fournisseurs de la cinq, Rec. 29.

[183] Laurent Richer, *op.cit.*(见前注 94), p.233.

[184] Laurent Richer, *op.cit.*(见前注 94), pp.221—222.

[185] M.Long, P.Weil, G.Braibant, P.Delvolvé, B.Genevois, *op.cit.*, p.126.

[186] Laurent Richer, *op.cit.*(见前注 94), p.233.

[187] Laurent Richer, *op.cit.*(见前注 94), p.222.

15 日行政法规对中央与地方政府转移事权的示范协议进行规范,其中规定该类协议的内容变更只能通过双方达成补充协议的方式来完成。此两例即都明确放弃了特定行政协议中行政主体的单方变更权。

这背后的理据在于,作为组织公共服务这一概括权力的具体延伸,单方变更权、单方解除权是否适宜于在特定领域内适用,应该由负责该领域内相关公共服务的主管机关(立法机关或上级行政机关)进行综合判断,再以抽象规范的形式决定是否在本领域内放弃行使该权力。然而需要注意的是,若主管部门没有放弃在本领域内行使单方变更权和单方解除权,行政协议双方当事人就不得自行约定放弃该权力。

此外,行政主体在行使单方解除权之前,应该按照缔结该协议时所要求的权限流程,获得有权机关的批准或核准。^[188] 注意,对单方变更权的行使并没有此要求,其原因在于,单方解除权相比于单方变更权对协议关系造成的影响要更为剧烈,因此需要更加严格地管控。

2)行使条件。行政主体与协议相对人可以约定单方变更权与单方解除权的行使条件,进而对该权力的行使施加一定的限制。^[189] 比如对于单方变更权,2009年9月8日颁布的政府工程采购协议示范文本中的第15-2-2条规定,“对于本采购协议之标的工程的建设实施所必要的各类修改作业,承建人没有义务去实施,除非该类修改作业的价值低于本协议价款的1/10。”^[190]可见,双方当事人在协议中约定了,变更部分之价值不得超过协议价值的十分之一,这构成了行政主体实施单方变更权的条件。对于单方解除权,比如在 CE 11 mai 1990, OPHLM de la ville de Toulon 中,土伦市的市镇廉租房管理局与地中海热力开发公司签订了政府供暖服务采购协议,协议中约定了“当燃料的实际消耗数量超过理论消耗数量 20%时,该协议可以被解除”,根据这一约定条款,行政法官认为:“这意味着本协议排除了在燃料实际消耗数量低于理论消耗数量时解除协议的可能”,并据此认为,廉租房管理局不能以“燃料的实际消耗量相比于理论消耗率明显不足”为理由解除本协议^[191]。

显而易见,上述约定都清晰限定了单方变更权、单方解除权的行使边界,而且,近年来,公共部门也越来越多地通过法律规范或示范文本,要求或建议双方当事人在协议中对这两项权力的行使作出具体约定。^[192] 比如2004年6月17日关于PPP协议的特别法令,就规定PPP协议中必须约定“通过签订补充协议对合同进行修改或解除的模式,或者——在无法达成共识的情况下——行政机关单方变更或解除合同的模式。”^[193]再比如,2007年的示范文本第31条B)第二款也建议,单方解除权“只有在特许经营协议开始履行至少十年后才能够实施,而且该

[188] Laurent Richer, *op.cit.*(见前注 94), p.223.

[189] Laurent Richer, *op.cit.*(见前注 94), p.235.

[190] L'article 15-2-2 de l'Arrêté du 8 septembre 2009 portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux.

[191] CE 11 mai 1990, OPHLM de la ville de Toulon, req.68689.

[192] Gabriel Eckert, *op.cit.*(见前注 163), point 10.

[193] L'article 11 de l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.

权力之行使必须提前四年告知受特许人。”^[194]与此同时,最高行政法院的判例也表明,行政法官会优先适用协议的相关约定,^[195]这有利于增加行使单方变更权及单方解除权的可预见性,降低权力行使对法安定性的威胁。

即便当协议没有约定具体的行使条件时,行政主体实施单方变更权仍然必须以存在公共服务的“新状况”(circonstances nouvelles)为前提,法官会对变更的理由进行审查,若不合法则可以判决“重建此前之合同状态”(le rétablissement de l'état antérieur);^[196]对于单方解除权的行使,行政主体也只能以相关公共服务不再存在或相关公共服务需要重新组织为理由,如2007年示范文本就建议,特许权人可以基于下述原因在协议期满前解除协议:“或是由于永久性的经济或技术原因,维持该公共服务已无必要,或是由于特许权人认为应该采纳新的技术,进而需要重新组织公共服务。”^[197]行政法官也会对此进行审查,若解除理由不成立,可以判决“恢复合同关系”。^[198]

3)实施后果。行政主体提出的变更内容不得触碰合意的底线。在经济上,单方变更不能导致合同之经济平衡的完全崩溃;^[199]在内容上,一般认为行政主体只能变更协议中的公共服务组织条款,而不得触碰经济性条款,^[200]并且,对公共服务组织条款的变更,也不能导致协议标的被完全修改。无论违反上述何种底线,协议相对人都可以向行政法院提出解除合同,^[201]甚至追究行政主体的过错责任,要求其赔偿损失。^[202]

而最为重要的,乃是行政主体实施单方变更权与单方解除权都必须对由此给相对人造成的损失进行全额赔偿,以维护行政协议的“经济平衡”(l'équilibre financier)。何谓“经济平衡”?如安德烈·诺巴德赫(André de Laubadère)所言:“(合同经济平衡)是成本与收益之间的合理平衡,即如合同当事人签订时预计的那样的基本平衡,只有这种合理平衡被打破时才有权利要求重建平衡,因为该合理的平衡其实是当事人签订合同时考虑的关键因素。”^[203]换言之,协议相对人在缔结协议时对成本及收益的预期必须得到充分的维护,据此,在变更或解除协议

[194] L'article 31 B du modèle de cahier des charges de concession pour le service public du développement et de l'exploitation du réseau de distribution d'électricité et de la fourniture d'énergie électrique aux tarifs réglementés.

[195] CE, sect. 29 juillet 1943, Ministère des travaux publics c/ Société routière Colas et société générale des routes économiques, *Leb.* p.221.

[196] François Bernet, « Un nouveau recours devant le juge du contrat : l'action en rétablissement de l'état antérieur du contrat », *Droit Administratif* n°5, mai 2013, comm.33, p.27.

[197] L'article 31 B du modèle de cahier des charges de concession pour le service public du développement et de l'exploitation du réseau de distribution d'électricité et de la fourniture d'énergie électrique aux tarifs réglementés.

[198] M.Long, P.Weil, G.Braibant, P.Delvolvé, B.Genevois, *op.cit.*, p.942.

[199] CE 27 Octobre 2010 syndicat intercommunal des transports publics de Cannes, *Rec.* 850.

[200] Laurent Richer, *op.cit.*(见前注 94), pp.234—235.

[201] Christophe Guettier, *op.cit.*(见前注 95), p.437.

[202] CE Sect. 27 octobre 1978, Ville de Saint Malo, *Rec.* p.401.

[203] André de Laubadère, Frank Moderne, Pierre Delvolvé, *op.cit.*, point 718.

时,行政主体就不仅应该赔偿相对人所承受之直接损失,而且必须赔偿相对人预期收入的损失。^[204]

双方当事人还可以通过协议约定变更赔偿或解除赔偿的计算方法。^[205]判例表明,约定的赔偿金额甚至可以一定程度地超过行政协议相对人所实际承受的损失,但仍以严重不合比例为界线,否则约定条款无效。^[206]若无相关约定,行政法官在实践中也可以根据协议对全部价款的约定来评估单方解除决定所引发的损害赔偿金额。^[207]

无论如何,以“直接损失 + 预期收入损失”为赔偿内容,协议相对人在缔约时的经济预期并不会受到侵害,“行政主体在事实上履行了其所承诺的合同义务”(l'engagement contractuel qu'elle avait souscrit),^[208]即行政主体的支付义务。而对行政主体而言,这也意味着,行使单方变更权或单方解除权,在经济上会非常昂贵,可以预见,高昂的成本将驱使行政主体在作出决定时更为审慎,从而限制权力的滥用。

回顾行政协议履行阶段的客观法律制度,我们可以将其概括为两个方面:一方面,其承认行政主体享有突破双方合意,单方介入协议内容予以变更,甚至单方解除合同关系的权力;而另一方面,其也对该权力的主体权限、行使条件、实施后果设置了诸多限制,特别是允许双方当事人通过约定将权力行使条件具体化,并授予行政协议相对人向行政主体主张全额赔偿的权利。

这一客观法律制度的两个方面无疑构成一个整体,通过构建行政主体及相对人在权力与权利上的“结构性均衡”,恰当地协调了公共利益之优先性与私人利益之根本性。概言之,当公共利益的需求发生明显变化时,行政主体能够规避繁复冗长的谈判程序,快速采取措施,立即“调适”协议对公共服务之约定,以确保公益得到即刻的满足;而行政协议相对人也可以通过主张全额赔偿请求权,来实现自身经济利益的“再平衡”,并且通过对权力行使之权限、条件、后果施加约束,确保行政主体在决定变更或解除行政协议时,不可能是任意的、专横的,而必须保持审慎与克制,如此,法安定性之需求也得到了最大限度的维护。显然,在此制度之下,行政主体

^[204] F. Llorens, Les pouvoirs de modification unilatérale et le principe de l'équilibre financier dans les contrats administratifs, *RFDA* 1984, p.45.

^[205] 以政府采购协议为例,2009年颁布的政府工程采购协议示范文本第46.4条规定:“当采购人基于公共利益解除本协议,承建人有权获得解除赔偿,即以协议约定之价款为基础,减去已经履行部分的价款,再乘以双方协议约定的百分比,若无约定,则按5%计算。此外,若承建人为了本协议之签订而支出了相关费用或进行了相关投资,且对该笔费用及投资对本协议之履行非常必要,而又未被计入行政主体之给付责任中,那么承建人也有权获得该笔费用及投资的赔偿。但承建人有责任提供该笔费用及投资的全部证明文件,并在解除协议之决定通知之日起15日内提交。”根据本条,概言之,行政主体解除协议后,除了对已经履行的部分承担支付责任外,对于依原协议未来应该继续履行的部分,应该赔付双方约定比例的赔偿金,这可以被视为对协议相对人未来待履行部分的预期收益的赔付,此外,与本协议之缔结、履行相关的其它支出也应该获得全额赔偿,但承建人对此负有举证责任。

^[206] Laurent Richer, *op.cit.*(见前注94), p.226.

^[207] CE Sect. 27 octobre 1978, Ville de Saint Malo, *Rec.* p.401.

^[208] R. Noguellou, 《La fin du contrat, Éléments de comparaison entre le droit public et le droit privé》, in *Contrats publics, mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal*: Presses de la faculté de droit de Montpellier, 2006, p. 364.

与协议相对人在法律人格上并无高低之分,他们只是在平等地适用均衡了各方权益诉求的法律制度。

五、结 论

回顾全文,我们不难发现,行政协议同样遵守平等原则,但其内涵相比于民事合同之平等原则显然更为复杂。

具体而言,在实践层面,行政协议乃是行政主体主动进入市场、寻求与市场主体开展合作的尝试。换言之,其正是希望借助市场力量,以更好地实现公共利益。而在借助市场力量的同时,行政主体也自然无法摆脱价值交换规律的客观约束,双方只能平等相待,而不能强买强卖,就此而言,其与民事合同完全一致。

进一步从理论上曲径溯源,我们发现,行政协议在法国诞生的时代背景,也正是个人人格的地位逐步提升、国家人格的至上性逐步消解、“命令一服从”模式逐步崩坏的演进过程,我国当下的行政法基础理论也同样超越了“管理论”的“命令一服从”模式,肯定了行政主体与相对人在法律地位上的平等性。由此可见,在当下这个时代,行政法与民法对平等原则的理论认识,均肯定了双方当事人法律地位上的平等,并统一于对个人之人格尊严的承认与保护。

但是,无可否认的是,行政协议中的双方当事人所各自代表的利益在“质的规定性”上确实存在差别,并且二者之间构成复杂的辩证关系,^[209]申言之:以维护人格尊严为原点自然延伸出私人利益的根本性,但处于社会共同体中,我们又必须在一定程度上承认公共利益相较于私人利益的优先性。恰当地协调此二者,乃是行政协议法律制度的最终目的。这导致了行政协议之平等原则与民事合同之平等原则的本质性差异。

当然,公共利益与私人利益在绝大多数情况下能够彼此契合、实现共赢,这为行政主体通过与私主体达成协议的方式满足公共利益提供了可能。但二者在“质的规定性”上所存在的差别,也使得双方之间始终隐含着无法消解的“内在张力”,由此,便导致行政协议中双方法律地位的平等在内涵上更具包容性,其并不限于双方权利、义务的“对等”,还包括行政主体之权力与相对人之权利在整体意义上的“结构性均衡”。行政协议之平等原则所具有的此种“交替式二元性”的特征,也就导致其无法必然推导出民事平等原则所要求的“一方不得将自己的意志强加给另一方”的训条。

这也得到了制度层面的印证,法国行政协议既包含主观法律制度,也包含客观法律制度,二者之间相互协调、交替并存。若尊重双方之合意能够恰当地协调公共利益与私人利益,那么无论是缔约阶段,还是履约阶段,行政协议制度皆以双方当事人的合意为核心,从而既维持了相对人对经济收益的预期,也提高了公共服务的供给效率,此时双方的权利、义务皆为对等,这构成了行政协议之“生命周期”的常态。但另一方面,若主观法律制度不足以恰当地协调公共利益与私人利益,特别是随着情事之变迁,导致双方之合意严重有悖于公共利益时,行政协议

[209] 罗豪才,见前注[87],第44页。

就需要适用客观法律制度,即加斯顿·杰兹(Gaston Jèze)所言之“公法性的制度安排”。比如在长期的履约过程中,公共利益的“易变性”难免“引爆”公共利益与私人利益之间的“内在张力”,于是就有了适用单方变更制度与单方解除制度的必要,此时,为了妥善化解“异质”利益之间的冲突,我们无法再固守权利义务的对等,而需要优先对协议内容做出必要的“调适”,事后再对相对人之经济状况进行“再平衡”,从而构建双方在权力与权利上的结构性均衡。

回到前引之“新陵公司案”,法官以双方当事人之间平等协商、达成合意为理由,否定了涉案“政府特许经营协议”的行政协议属性。如此裁判的原因,显然在于本案法官囿于对行政活动之传统“命令—服从”模式的理解,而未看到现代意义上的行政法同样要求行政活动的双方当事人法律地位上平等,及其所呈现出的“交替式二元性”特征。诚然,这一特征让行政协议显得颇为“异类”,因而难以被人们所接受。但也正得益于这一特征,行政协议才能够既调动市场的力量以实现公共利益与私人利益的共赢,又避免市场力量与公共利益严重相悖时公益与私益皆受到过度的伤害,从而达到更好地实现公共利益这一最终目的。要知道,这正是行政协议诞生的初衷,也正是行政协议在未来所肩负的使命。

Abstract: In administrative contracts, when the administrative subject actively enters into the market and attempts to seek for the cooperation with the market subject, only when based on the principle of equality can both of these two subjects reach an agreement on their rights and obligations so as to establish the relationship of administrative contract. In this aspect, the model of administrative contract totally accords with the civil contract. Due to the modern evolution of public law and administrative law's basic theories, the relation between the administrative subject and the market subject is no longer the “command—compliance” model but gradually turns to share an equal legal status. Thus, it is possible for the principle of equality to be applied in the administrative contract. However, different from the principle of equality in the civil contract, the principle of equality in the administrative contract should have more inclusive connotation. Generally, the two subjects in the administrative contract are not only confined to the equality in rights and obligations but also reach the structural balance in right and power. These two equality models alternately exist with the aim to better realize public interest. With this trait of “alternative—duality”, these two subjects in the administrative contract should have equal legal status rather than following the third article of Contract Law that one party would not force its will upon another party so as to coordinate and coexist with the administrative subject's one—sided change right and one—sided dissolution right.

Key Words: Administrative Contract; The Principle of Equality; Theory of Balance; Public Interest; Concession

(学术编辑:彭 鐸)

(技术编辑:鲁谷辰)