

公共资源配置型行政协议的市场化建构

陈国栋^{*}

内容提要：以市场化规范、指引作为公共资源配置方式的行政协议的制度建构，对于建构统一大市场、深化要素市场化改革及优化营商环境具有重要的现实意义。揆诸行政协议的产生与发展史，以意思自治为主线建构行政协议不能满足公共资源市场化配置的需要，限制协商的公平竞争化建构更适合这一目标。归根结底，协议是协议，市场是市场，即使两者有亲和关系，但在缺乏相关制度约束的情况下协议也会背离市场。尤其在配置标的为公共资源的情况下，以自由协商为主线建构行政协议，只会便利于作为代理人的行政机关为了自利而利用行政协议实施垄断性或不正当竞争性资源配置。为了实现公共资源的市场化配置，必须以市场化而非协议化为行政协议制度化建构的主线。根据资源公共性与资源配置权的特点，应该通过细密规范行政机关的资源配置权的方式，直接由法律规范塑造开放、统一、竞争、有序的公共资源配置市场。循此方法，我们应在市场化思维的主导下，从协议范围、纠纷解决制度等方面入手建构和完善行政协议，从而推进统一大市场的形成。

关键词：行政协议 协议化 市场化建构 公共资源 土地使用权出让

一、引言：行政协议体系化建构的市场化之维

2014年年底修订通过的《中华人民共和国行政诉讼法》（以下简称《行政诉讼法》）第12条第1款第11项将行政协议纠纷纳入行政诉讼受案范围，行政契约、行政合同等学术概念由此以行政协议之名获得法律名分。但是，由《行政诉讼法》这样的程序法而不是“行政协议法”这样的实体法规定行政协议的现实，意味着体系化建构成为行政协议制度进一步发展的主要任务，而找到建构的主线是其中关键。尽管行政性与协议性是行政协议的基本特征，但这两者并不能为具

^{*} 陈国栋，大连海事大学法学院教授。

体制度的建构提供有效指引，因为它们只是行政协议的基本特征而非具体要素，且学界对何谓“行政性”“协议性”还没有形成高度共识。为此，我们需要找到更为明确的原则与规范来指引协议的制度化建构。在这一方面，市场化足以成为行政协议制度化建构的基本规范与指南。

这是因为，行政协议的市场化建构既是落实《中华人民共和国宪法》（以下简称《宪法》）第15条所规定的“社会主义市场经济条款”的要求，^{〔1〕}也是践行党的十八届三中全会提出的“使市场在资源配置中起决定性作用”国策之必须，还是优化营商环境的抓手，更是呼应党的二十届三中全会所强调的“构建全国统一大市场”的必要举措。概言之，作为公共资源的配置方式，^{〔2〕}行政协议不仅关涉《优化营商环境条例》第12条第1款所规定的政府所有的资金、技术、土地使用权及其他自然资源等各类公共资源，还关涉该条第2款所涉及的税费减免等，因为政府的招商引资协议或产业补贴往往以之为标的。若其未能得到充分的市场化建构，则会有碍于这些要素的市场化配置。而且，妨碍资源配置进一步市场化、妨碍全国统一大市场之形成、利用资源配置权阻碍营商环境优化的，正是各级地方政府。因此，完善行政协议，使之贯彻市场化逻辑、受到市场化的有力约束，是深化要素市场化配置改革、优化营商环境、形成全国统一大市场的重中之重。此外，相较于众说纷纭的“行政性”“协议性”，以法学各界都能接受的“市场化”作为行政协议的建构主线，应当能够凝聚、推进有关行政协议的共识。正是基于这一问题意识，本文尝试从市场化出发探讨行政协议的制度建构与完善。

二、行政协议市场化建构的历史变迁及其启示

行政协议作为法律概念确立于2014年，其市场化建构则与我国市场经济的发展及统一大市场的建构同步而行。我们需要回溯行政协议的建构与发展进程，探究其市场化建构的方法与理念。这一进程经历了两个截然有别的阶段，体现了两种不同的市场化方法，也揭示了公共资源交易市场及统一大市场法治化建构的高度特殊性与复杂性。

（一）以意思自治为建构主线的阶段

市场经济是意思自治的经济，其核心内容是契约自由，^{〔3〕}以意思自治为灵魂的协议（也称合同或契约）由此被视为市场经济的基本要素与象征。据此，在一般意义上通过自由协商达成的协议交易资源的过程，也可视为市场机制的运作过程。故而通过法治建构、维护协议并扩张其适用范围的进程，就成为市场的法治化建构进程。就此而言，协议的市场化建构就是协议的意思自治、自由协商化建构。

在我国社会主义市场经济体制建立的早期，国有土地使用权出让协议即通过这种逻辑市场化。协议出让制之所以最早发生在国有土地使用权配置领域而不是其他自然资源配置领域，最根本的原因就是改革开放首先从吸引外资投资建厂开始，而这又意味着必须承认外资的经营自由并

〔1〕 对这一条款的规范效力之分析，参见韩大元：《中国宪法上“社会主义市场经济”的规范结构》，载《中国法学》2019年第2期。

〔2〕 参见陈国栋：《作为公共资源配置方式的行政合同》，载《中外法学》2018年第3期。

〔3〕 参见江平、张礼洪：《市场经济和意思自治》，载《法学研究》1993年第6期。

为之匹配使用土地的自由。协议制正好照顾了市场主体的需求,即外资企业自由决定利用哪块城市土地,国家机关就根据其意愿出让相应土地的使用权。与此同时,法学理论上所有制与所有权“一体两面”的认识和观念,为以所有权为核心的物权理论构建国家所有的法律机制乃至协议出让制提供了合法性。^{〔4〕}据此,国务院于1990年颁布实施《中华人民共和国城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》时将土地使用权出让协议归为民事合同。这从其第11条规定的“平等、自愿、有偿”原则、第13条规定的协议出让方式优先、第15条规定的违约求偿制即可看出。虽然该法规也规定了“招标”等后来被界定为“市场化”的出让方式,但协商化“协议”被规定为第一顺位的出让方式,且采取何种出让方式由出让机关自行选择,^{〔5〕}因此出让方式顺位上的安排,只具有契约自由层面订约程序选择自由的意义,而不意味着招投标方式构成一种与协议相区分的市场化出让方式。

由是观之,早先行政协议的市场化就是意思自治化或民事合同化。由此,出让协议成为市场经济体制的一部分,通过协议而达成的资源配置被归属于市场化配置。^{〔6〕}这符合当时对市场化认识与定位,在很大程度上也是当时社会主义市场经济建设方法论的反映。在改革开放与社会主义市场经济体制初创的背景下,市场化是与计划经济或国家分配体制相对应的,即由体制外的市场主体经由契约自由的逻辑而不是体制内主体按照计划体制运营并提供产品、资源与服务。^{〔7〕}而市场调节范围的扩大正是通过协议适用范围的扩张而实现的。

正是基于平等协商特质,与市场主体通过协商达成合意的方式来实现行政管理目标的行政协议,^{〔8〕}自然也被认为是市场化的典型表现形式。英国公法学者指出,行政契约贯彻着市场主体的自由与平等原则观念,是契约观念超出经济领域影响公共管理领域的结果,所以通过行政契约进行的行政管理是基于自由与平等原则的治理。^{〔9〕}我国民法学者认为国有土地使用权出让协议属于民事合同而非行政协议,也正是因为他们认为,市场主体是通过平等自愿的市场交易机制从行政机关手中购得国有土地使用权的。^{〔10〕}

(二) 以公平竞争为建构主线的阶段

随着我国市场经济的进一步发展,在政府配置公共资源的领域,通过建构意思自治型协议实现行政协议市场化的方法逐渐为另外一种方法所取代。以2003年国土资源部出台的《协议出让国有土地使用权规定》为标志,^{〔11〕}协商而成的协议在公共资源配置领域逐渐由竞争化方式所取代。尽管结果上还是书面化的协议,但是资源配置过程与程序却是严格限制协商的,与政府采购

〔4〕 参见谢海定:《国家所有的法律表达及其解释》,载《中国法学》2016年第2期。

〔5〕 该暂行条例第13条第1款规定:“土地使用权出让可以采取下列方式:(一)协议;(二)招标;(三)拍卖。”由此可见,“协议”出让方式的实质是“协商”出让。

〔6〕 参见曲福田、石晓平:《城市国有土地市场化配置的制度非均衡解释》,载《管理世界》2002年第6期。

〔7〕 参见陈玲:《体制边界与社会成本:经济改革的路径选择》,载《社会科学》1996年第9期。

〔8〕 参见姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》(第7版),高等教育出版社、北京大学出版社2019年版,第310页。

〔9〕 See Carol Harlow & Richard Rawlings, *Law and Administration (Law in Context)*, 3rd Edition, Cambridge University Press, 2009, p. 347.

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

〔11〕 该规定第3条规定:“出让国有土地使用权,除依照法律、法规和规章的规定应当采用招标、拍卖或者挂牌方式外,方可采取协议方式。”

的程序基本相似，体现了鲜明的“控权”思想与要求。^{〔12〕}在另一些学者看来，这一文件才是国有土地使用权出让制度市场化改革启动的标志。^{〔13〕}中共中央办公厅、国务院办公厅于2017年印发《矿业权出让制度改革方案》，更加明确了以竞争化出让取代协议（协商）出让，实行市场化出让，强调尽量减少申请在先、协议出让等行政方式配置资源，充分发挥市场配置资源的决定性作用，全面推进矿业权竞争性出让、严格限制协议出让。^{〔14〕}在这份文件中，市场化出让被等同于竞争性出让，而协议出让则被归属于非市场化出让方式。

随着党的十八届三中全会提出“使市场在资源配置中起决定性作用”，几乎所有涉及公共资源配置的领域，都在贯彻公平竞争原则并将之作为市场化的标志，协议化出让的适用范围被全面限缩。如《中华人民共和国招标投标法（修订草案公开征求意见稿）》[以下简称《招标投标法（修订草案公开征求意见稿）》]第1条将“提高市场配置资源的效益和效率”加了进来，并通过修改、增加其他条款来强化公平竞争制度的效力；《中华人民共和国政府采购法（修订草案征求意见稿）》[以下简称《政府采购法（修订草案征求意见稿）》]（2022年版）新增一条作为第4条，即“【供应商自由进入政府采购市场】国家推进政府采购统一大市场建设……”，明确了供应商进入政府采购市场的自由权。

随着行政协议不再驻足于意思自治，而是以市场竞争为中心，法定底价制度、资源类型化及规划制度、招拍挂程序、保密制度及其效力制度、为了实现公平竞争而出现的公共资源统一交易中心制度等都成为出让协议的有机组成部分。公正、公开、公平成为资源出让类行政协议的基本原则。^{〔15〕}在这个意义上，公平竞争化建构大大扩充了资源出让类协议的制度要素，显著增加了其行政性密度，它们正是在这样的变迁过程中完成了从民事合同向行政协议的转变。

（三）行政协议市场化建构方式变迁的启示

综上所述，市场化既是行政协议制度发展的驱动机制之一，也是当下统一大市场法治化建构背景下行政协议制度进一步完善的主线。其足以提示我们：虽然市场经济是契约经济，但以意思自治、契约自由为中心的协议化不等于市场化。而且，在公共资源配置领域，以自由协商为中心的协议化反可能有碍于市场化。土地使用权出让协议的制度变迁即反映了这一点，也反映了我国对市场化认识的加深与社会主义市场经济制度建设的拓展与深化：公共资源配置市场迥异于一般资源交易市场，其不能再沿用“协议化即市场化”的同构性路径来建构，而是应该围绕着公平竞争，从反协商化亦即限制协议的意思自治、契约自由维度出发加以建构。

三、行政协议市场化建构方式变迁的规范分析

概念是反映客观事物本质属性的思维形式，是此事物区别于其他事物的本质。为了揭示公共

〔12〕 参见余凌云：《行政契约论》（第3版），清华大学出版社2022年版，第280页。

〔13〕 参见王媛、杨广亮：《为经济增长而干预：地方政府的土地出让策略分析》，载《管理世界》2016年第5期。

〔14〕 参见王少勇、乔思伟：《坚持市场竞争取向 遵循矿业发展规律——就〈矿业权出让制度改革方案〉访部矿产开发管理司司长姚华军》，载《中国国土资源报》2017年6月17日，第1版。

〔15〕 参见《协议出让国有土地使用权规定》各相关条款。

资源配置型行政协议市场化建构方式变迁的根由，明了当下行政协议市场化建构路径的规范所在，从而更为科学地指导行政协议的制度化建构，我们有必要先厘清协议与市场的本质与区别。

（一）市场与协议的区分

尽管协议化和市场化具有极强的亲和关系，以致在大多数语境中两者可以互换甚至被视为一体，但概念的不同决定了其分道扬镳的必然性。和协议相比，市场具有如下特质：

1. 从内在来说市场以自由竞争为第一价值

市场之所以被作为资源配置的决定性方式，是因为它能借助于自由竞争机制实现资源配置的优胜劣汰。因此，虽然市场必然包含契约自由，市场竞争的结果也是契约，但自由竞争而非契约自由才是市场制度的核心，契约自由只是服务于自由竞争的手段。尽管没有契约自由就不会有自由竞争，但没有充分竞争的市场，同样不会有充分的契约自由，因此，市场是契约的存身之所与根本。协议的价值追求则恰恰相反。尽管其所内含的契约自由理念必然意味着自由竞争，^{〔16〕}但其并不以自由竞争而是以自由、平等、协商、自治为核心价值。我国公法学界正是从这一角度出发支持行政协议这一概念的。

是否以自由竞争为第一价值，构成了协议与市场的本质殊异，也决定了两者必然分离。协议以意思自治为核心，其能否达成取决于当事人意志；而市场配置资源时，市场中的主体无法预见、控制最终的交易结果。故坚持协议优先，即意味着要坚持交易主体的意志在资源配置中的决定性作用；坚持市场优先，则意味着坚持市场规律在资源配置中的决定性作用。在后者，尽管市场主体可以凭其自主意志决定要不要达成协议，但这种意愿并不能真正左右协议的达成。是以在充分竞争的市场中，固然有成功签订的协议，但更多的是被市场所淘汰未能达成的协议。这正好证明是市场而不是市场主体在决定协议的产生及相应的资源配置。其中的成败得失会促成市场主体反思与改进，推出更好的、更适合市场需要的商品，从而正向循环地实现市场的优化资源配置与满足多元化需求的功能。

只要协议的成败源于市场竞争，那么协议与市场就不冲突。但如果协议的成败不是因为竞争的优胜劣汰机能，而是因为资源配置主体的单方意志——比如垄断情形下无法竞争或者不正当竞争情况下没有自由、公平的竞争，市场机制无法起作用，就会出现协议与市场的分离。在这种情况下，要真正实现市场化，就必须建立相关机制压制市场主体的意思自治，保障其他市场主体参与竞争的自由。这也正是《中华人民共和国反垄断法》（以下简称《反垄断法》）、《中华人民共和国反不正当竞争法》（以下简称《反不正当竞争法》）等市场规制法调控市场、干预契约自由的逻辑。正如《反不正当竞争法》第 2 条第 2 款所显示的，不正当竞争损害的不是缔约双方的意思自治，而是整个市场经济秩序，而为了维护这一秩序，有必要限制缔约双方通过意思自治达成的、旨在实施不正当竞争的行为。^{〔17〕}

〔16〕 霍菲尔德、哈特等分析法学家即指出自由必然意味着自由竞争。See W. N. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, Walter Wheeler Cook ed., Yale University Press, 1919, pp. 39-50.; Joseph William Singer, *The Legal Rights Debate in Analytical Jurisprudence from Bentham to Hohfeld*, 6 Wisconsin Law Review 975, 985 (1982).

〔17〕 《反不正当竞争法》第 2 条第 2 款规定：“本法所称的不正当竞争行为，是指经营者在生产经营活动中，违反本法规定，扰乱市场竞争秩序，损害其他经营者或者消费者的合法权益的行为。”

2. 从外在来说市场表现为多主体、多线程的竞争过程

基于前述核心价值与功能定位上的不同，市场的制度构造不等于协议的制度建构。协议以意思自治为核心而构造，通常意味着一个双向互动关系，故一般情况下其只关注交易双方的权利能力、责任能力与表意的真实与否等要素。民事协议即以此为基本制度框架，不纳入协议之外的其他要素。

作为统一开放、竞争有序的资源配置方式，^{〔18〕} 市场则意味着多个彼此独立、彼此竞争的互动关系赖以产生、存续的空间，因为除此不可能实现资源的优化配置，所以市场其实就是多个主体为了竞取协议签订机会而展开的多线程、多协议的程序，最终协议是这些多线程程序竞争过程的结果。为了确保这一过程的产生与存续，市场化法制必须围绕多边法律关系而建构相应制度。是以在市场化逻辑的支配下，协议化出让程序向市场化出让程序的转化，就是把以往公共资源配置的单线程过程改造成多线程竞争过程，由多线程过程产生唯一协议。

基于上述差异，协议化与市场化还有着如下具体不同：（1）前者是一个孤立的过程，发生在两方主体之间。后者则是彼此影响、互动的多个过程，发生在多方主体之间。这些主体为了达成更为理想的协议而不断互动，从而产生达成的协议与未能达成的协议。（2）前者往往是短期的，双方主体可能很快就决定了是否要达成协议。后者则可能要放在很长的时间段里才能感受到市场的存在及其威力。比如，一些产品并不是物美价廉的，但它依然在一定时期内作为交易标的，在长期的竞争后才被市场淘汰出局。（3）前者由两方主体构成，后者则由多方主体构成，即除了交易双方主体外，交易双方各自还要面对至少一个竞争者，由此至少有四个主体在形成多边法律关系。^{〔19〕} 前者是单个法律关系，往往以霍菲尔德式互设“权力—责任”关系为互动形式。^{〔20〕} 后者则是彼此独立但又互动的多边法律关系，不仅包括缔约双方的霍菲尔德式“权力—责任”关系，还包括竞争者之间以自由竞争为内核的“自由—无权利”关系、以不得正当竞争义务为核心的“权利—义务”关系。^{〔21〕}

因为协议本身并不具有这种多边关系构造，所以协议的契约自由内核虽然也意味着竞争自由，但其本身不容纳竞争关系因而也不能规范、调整竞争关系。受限于双边、单个关系结构，协议无法将第三者甚至更多主体纳入协议的规范结构，因而不能对来自他人的竞争产生规范作用，不能避免不正当竞争或垄断危害作为协议存身之所的市场。经济法这种维持市场经济秩序的部门法由此出场，和民法一起成为市场经济法制中不可或缺的组成部分。^{〔22〕}

（二）行政协议市场化建构方式转变的根源

协议与市场的上述不同决定了协议化并不必然带来市场化，这一点在公共资源配置情境中体现得尤为充分。有学者早就指出：只搞民营化而不打破垄断，政企可以分开，但不可能引进竞争

〔18〕 参见习近平：《习近平谈治国理政》，外文出版社 2014 年版，第 117 页。

〔19〕 参见〔美〕约翰·R. 康芒斯：《资本主义的法律基础》，戴昕等译，华夏出版社 2009 年版，第 62 页。

〔20〕 参见王涌：《私权的分析与建构：民法的分析法学基础》，北京大学出版社 2020 年版，第 202 页。

〔21〕 See Massimiliano Vatrio, *From W. N. Hohfeld to J. R. Commons, and Beyond? A “Law and Economics” Enquiry on Jural Relations*, 69 The American Journal of Economics and Sociology 840, 855 (2010).

〔22〕 参见侯利阳：《市场与政府关系的法学解构》，载《中国法学》2019 年第 1 期。

机制；无论是缺少不同的利益主体，还是缺少必要的竞争机制，都不可能建立一个有效的竞争性市场。^{〔23〕} 归根结底，因为公共资源的国家所有性及相应的公共机关对公共资源的一元垄断权力，^{〔24〕} 公共资源无法像原本由国家统一提供的粮食、布匹、工作等产品那样，由一个自生自发的市场来配置。换言之，协议化即市场化的前提是其交易标的属于一般市场中的非垄断产品，故市场主体不得不接受来自其他商品提供者的竞争，而公共资源配置市场却缺乏这一条件，因此一般市场的竞争机制无法激励、约束公共机关。

如果没有外在规范要求公共机关开放公共资源配置市场，其完全可以将资源配置变成“割据性独立王国”。基于代理人利益与委托人利益的不完全一致性，如果允许公共机关基于协议的意思自治逻辑自行选择缔约程序、缔约条件与缔约相对人，相关人员就很有可能为了以权谋私而选择私相授受，或者是为了其他利益而违规出让。^{〔25〕} 前者往往表现为地方官员为中饱私囊而“意思自治”地选择缔约人而不是通过公平竞争程序选择缔约人；后者则表现为地方官员在晋升竞标的驱动下，为了个人任期内的政绩目标，违背资源配置法律规范，采取投机性竞争政策，通过诸如超法定底价出让、返还出让金、税费减免等方式无底线地出让公共资源以换取投资。这两种行为都会破坏市场竞争机制及其优化资源配置功能。前者类似于一般市场中的垄断，后者类似于一般市场中的不正当竞争。前者不仅会损害市场主体的公平竞争权，还违背《宪法》第 15 条所规定的社会主义市场经济条款与第 9、10 条所要求的公共资源的“合理利用”义务，损及公共资源的物有所值，因为公共资源无法通过市场的优胜劣汰、价高者得机制实现价值最大化；后者除此之外，还损害其他地方政府的公平竞争权，破坏高质量发展的格局。进言之，违规出让具有劣币驱逐良币的不良效应，会带动其他地方不是靠提高“软件”建设质量而是靠低价出让的方式吸引投资。^{〔26〕}

协议与市场的区分及单纯依托协议化而市场化的困境足以揭示，一般意义上作为市场表现形式的协议并不能完全体现市场化的精神与要求，改革开放以来协议与市场的一体化建构路径无法适用于公共资源配置的市场化建构。为此，要确立市场竞争原则的主导地位而非意思自治的主导地位，沿着限制意思自治、契约自由的方向建构市场化的行政协议。这是解决公共资源的公共性与行政机关作为代理人的私利性之间的矛盾所决定的。一般市场中市场主体的自利行为和交易行为不会背离，即使有所背离——比如市场主体不追求经济价值最大化而是按照自己的偏好来配置资源、达成协议，私有产权也可以调和意思自治、自由处分所允许的私人偏好与市场竞争机制所要求的利益最大化之间的紧张。但公共资源却没有能容纳这种张力的空间，因为其内在的物有所值追求及民治、民有、民享原则与行政机关的自利无法调和。为此，行政协议只能服从市场竞争

〔23〕 参见史际春：《资源性公用事业反垄断法律问题研究》，载《政治与法律》2015 年第 8 期。

〔24〕 关于这种一元垄断性，参见陈颀：《从“一元垄断”到“二元垄断”——土地开发中的地方政府行为机制研究》，载《社会学研究》2019 年第 2 期。

〔25〕 经济学家早已指出：“制度安排是获取集体行动收益的手段。由于个人理性并不必然暗含着团体理性，个人会为自己的利益去寻找对自己最有利的结果，因此有可能产生利益冲突。”林毅夫：《关于制度变迁的经济学理论：诱致性变迁与强制性变迁》，载〔美〕R. 科斯、A. 阿尔钦、D. 诺斯等：《财产权利与制度变迁——产权学派与新制度学派译文集》，刘守英等译，上海三联书店、上海人民出版社 1994 年版，第 378 页。

〔26〕 2020 年 1 月 1 日起施行的《优化营商环境条例》第 7 条第 3 款规定：“国家鼓励和支持各地区、各部门结合实际情况，在法治框架内积极探索原创性、差异化的优化营商环境具体措施；对探索中出现失误或者偏差，符合规定条件的，可以予以免责或者减轻责任。”

逻辑而排斥按个人偏好而为的意思自治逻辑。

而且，行政协议的市场化建构也有利于保障市场主体的自主。毋庸讳言，以市场化而非协议化作为行政协议建构的主线，会破坏协议的协商性进而限缩协议的合作治理功能，同时也给人限缩市场主体的意思自治之感。在欧洲，一些论者曾指出，限制协商既与契约的本质相悖，也妨碍市场背景下契约所需的快捷而灵活的协商，而缔约人通过面对面协商有可能更好地表达其意愿与能力。^{〔27〕}不过，如此批评并没有消解自由竞争原则在欧洲政府契约领域的基础地位。因为，非此不足以推进欧盟统一大市场的建构，不足以防止成员国为优待其国内企业而歧视其他欧盟国家的企业，^{〔28〕}非此不足以真正保障市场主体的自主。有学者即指出，意思自治及相应的协商源于个体的自主性需要，自主是协商的根基，通过协商而体现的自主只能在竞争性市场中才能得到保障。^{〔29〕}在缺乏竞争机制的情况下，为了确保协商自由而允许行政机关单方决定资源归属，只会损害市场主体的自主性，迫使市场主体采取违法乱纪无底线的逢迎、收买手段或是胁迫手段。因此，为了行政协议的协商性而放弃行政协议的市场化建构，无异于舍本逐末。

四、行政协议市场化建构的路径选择

既然以意思自治为内核的协议化已经被实践和学理证明不能适应公共资源配置的市场化及统一大市场的需要，那我们该如何建构市场化的行政协议，确保公共资源配置市场的“统一性、开放性、竞争性和有序性”呢？^{〔30〕}从当前各种有关市场化建构或维护的法律制度来看，实际上存在着两种需要取舍或优化组合的市场化建构方式。

（一）负面清单式与法律直接塑造式

所谓负面清单式，是以《反垄断法》《反不正当竞争法》等法律规范明确列举市场主体缔结协议时所不能违背的情形。在这种模式中，协议在逻辑上被界定为民事行为，代表着自发形成的市场，总体上受意思自治原则的保障。只是为了避免垄断或不正当竞争，立法者才通过反垄断等外在手段对协议施加规制。从规范与被规制行为之间的关系来看，这种建构方式体现了国家尽量尊重私法自治、不干预缔约行为的私法精神，在体系上更偏向于私法。

在行政协议市场化建构的进程中，这种方式也开始发挥作用。《反垄断法》第10条规定的“行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织不得滥用行政权力，排除、限制竞争”及相关“不得从事”型规定，在逻辑上即意味着可以通过反垄断审查来规制反市场化的行政协议行为。而《反垄断法》第40条规定的“不得通过与经营者签订合作协议、备忘录等方式”实施垄断的规定，则为这种方式提供了直接法律依据。而且，通过反垄断方式规制促成市场化的思路进一步得到经济法学界的鼓吹，得到了《反垄断法》的强化。^{〔31〕}该法在2022年修订时规定

〔27〕 See A. C. L. Davies, *The Public Law of Government Contracts*, Oxford University Press, 2008, p. 69; A. C. L. Davies, *Accountability: A Public Law Analysis of Government by Contract*, Oxford University Press, 2001, p. 18.

〔28〕 See Paul Craig, *Administrative Law*, 9th Edition, Thomson Reuters, 2021, para. 5-029.

〔29〕 参见〔德〕维尔纳·弗卢梅：《法律行为论》，迟颖译，法律出版社2013年版，第12页。

〔30〕 参见刘志彪、孔令池：《从分割走向整合：推进国内统一大市场建设的阻力与对策》，载《中国工业经济》2021年第8期。

〔31〕 参见孙晋：《规制变革理论视阈下公平竞争审查制度法治化进阶》，载《清华法学》2022年第4期。

的“公平竞争审查”直接扩张了这种方式的规制范围与纵深，因为其意味着可以通过公平竞争审查来规制行政机关的缔约行为及相关规定、政策。

另一种模式是由法律直接塑造一个不存在垄断与不正当竞争的公共资源配置市场。法律一方面授予行政机关资源配置权，另一方面又赋予行政机关开放有序地配置公共资源的职责，同时通过这些规定形成市场主体依法通过市场化方式获得公共资源的权利。^{〔32〕}为此，法律尽可能详尽地设定行政协议缔结行为所应符合的各种要件，要求行政机关按照相关规范缔结协议。其典型代表即 2003 年国土资源部出台的《协议出让国有土地使用权规定》。该规章不仅规定了土地市场化配置的程序、组织、实体法要件及相应效力，还规定相应的制裁性法律责任。随着时代的发展和新问题的出现，立法者或监管机关还会继续出台《节约集约利用土地规定》等规范堵住协议缔结过程中的漏洞。这一模式的特色在于直接通过程序上的公平竞争、配置权上的组织分化、实体条款上的细密规定与市场主体对公共资源的公平竞争权等装置，确保资源配置是自由开放、公平竞争的。行政机关只要符合了有关法律规范，就是合乎市场化要求的。从规范及受规范的缔约行为之间的关系来看，这种建构方式体现了将公共机关资源配置权视为公权力，要求公共机关依法行政、不得越权而为的公法精神，在理念与体系上接近公法。

（二）法律塑造式更适合于行政协议的市场化建构

尽管负面清单式也有助于维护或促成资源配置的市场化，且其在经济法中还得到了广泛、悠久的适用，但法律塑造式更适合于行政协议的市场化建构，因为其更契合公共资源配置权的本质。

其一，公共资源配置并不涉及意思自治，无须以负面清单模式来确保其市场化。在经济法领域之所以采用外在于契约的反垄断、反不正当竞争规制手段，设置市场交易行为不得违背的负面强制性规定，是因为一般交易市场的核心是缔约主体的意思自治。从鼓励交易的理念出发，为了尽可能地保障意思自治，减少对缔约自由的国家干预，立法者只能通过负面清单来明确行政机关的执法事由，以免抵触私法“法不禁止即自由”的精义。^{〔33〕}但公共资源交易领域并不以意思自治为中心。因为，意思自治源于私有产权，而行政机关恰恰没有公共资源的私人所有权。其只是代理人，必须先通过“授权—受权”的代理逻辑获得公共资源的配置权，然后才能根据授权法规行使权力。这就意味着，公共资源配置市场是由授权规范形成的。与之相应，由法律细化配置权的行使程序、组织、要件进而直接塑造公共资源交易市场，符合公共资源配置权的本质与资源公共性属性，也符合行政机关作为公共利益代理人所需遵循的依法行政原则。更进一步说，因为公共资源市场化配置的关键在于自由竞争、公平竞争而不是意思自治，故通过法律规范细密约束行政权、直接塑造公共资源配置市场更有利于达成这一任务。

其二，经济法中的反垄断与反不正当竞争方式并不适合行政协议的市场化建构。首先，行政机关对公共资源的垄断是天然垄断，一般市场经济中针对市场主体的反垄断模式对其无法适用。其次，公共资源配置权的代理性决定了行政机关实施的不正当竞争行为难以由《反不正当竞争法》等法律加以规制。归根结底，一般商品市场中的低价倾销是为了扩大市场获得长远的竞争优势，而行政机关低价出让公共资源是因为主政官员欲获得短期政绩利益后晋升，所以才会出现这

〔32〕 例见《协议出让国有土地使用权规定》第 8 条。对该条款之效力与公民对国有土地使用权的规范分析，参见陈国栋：《行政协议的许可化研究》，载《环球法律评论》2021 年第 6 期。

〔33〕 参见易军：《“法不禁止皆自由”的私法精义》，载《中国社会科学》2014 年第 4 期。

种在一般市场中不会出现因而《反不正当竞争法》不曾规制的不理性交易行为。

其三，《反垄断法》第8条所规定的针对行政机关的反行政垄断制度不适宜规制公共资源配置中的反市场行为。正如有论者指出的，它主要针对的是行政机关通过滥用强制性权力，通过禁止加处罚模式造成行业垄断或地域保护式垄断，而政府采购中的不公平竞争却不是因为滥用这种权力。^{〔34〕} 归根溯源，政府扰乱一般市场与扰乱公共市场的权力是不同的，前者基于国家对公民的强制性统治权（imperium），后者则基于对公共资源的财富权（dominium）。^{〔35〕}

《反垄断法》第10条所规定的“行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织不得滥用行政权力”中的“滥用权力”，正是对强制性统治权的滥用。法律之所以如此规定，就是因为国家强制权可以助成市场主体的垄断。所以，管住政府的行政强制权（包括强制收费权）、行政许可权、行政处罚权就可以尊重、保障市场主体的经营自主权，就可以限制行政机关滥用这些权力排除、限制竞争。公共资源交易市场的法治化则不能简单套用这一逻辑。基于实现公共资源物有所值、物尽其用的要求与生产要素市场化配置的要求，政府必然要主动向市场主体配置公共资源。就此而言，强制性统治权所要遵奉的原则是法无授权不可为，而公共资源配置权则需要主动作为、有所作为以满足市场主体对公共资源的“合理利用”需要。进言之，行政机关是在应有作为的情形下通过不公平的对待违反了竞争中立原则、侵害了公平竞争权，或是滥用其所掌握的公共资源配置权，偏向于特定主体配置资源而不是通过公平竞争的程序来配置，或是违背法律规定，低价出让公共资源，扰乱由资源配置法律规范所建构的统一的资源配置市场秩序进而破坏了公平竞争秩序。

五、行政协议市场化建构的具体措施

既然法律塑造式更为适合行政协议制度的市场化建构，那么我们就应当继续运用这一方法，推进行政协议的制度化建构与完善。具体而言，我们应当从如下措施着手。

（一）将所有涉及公共资源配置的协议都归为行政协议

如前所述，之所以要以市场化为主轴建构与完善行政协议，是因为公共资源是由行政协议配置的，行政协议的市场化程度决定了公共资源能否得到有效的市场化配置。如果一些公共资源是通过民事协议而非行政协议配置的，那么，行政机关通过民事协议配置这些资源的行为就有可能逃脱市场化的规制。而现实是，当下依然有大量以公共资源为交易对象的协议并没有被纳入行政协议范围。我国《行政诉讼法》只规定了特许经营协议、征收补偿协议两种有名协议，《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》也只增加了矿业权等国有自然资源使用权出让协议、政府投资的保障性住房的租赁买卖等协议、政府与社会资本合作协议三种有名协议。其他以公共资源为交易对象的协议是否属于行政协议在法律上并不明确，且学界争论不休。这种现状既落后于实践需要，^{〔36〕} 也不利于公共资源市场化配置的深化、统一大市场的形成与营商环境的优化。

〔34〕 参见黄彦钦：《政府采购行政垄断规制的适用性》，载《法治现代化研究》2022年第4期。

〔35〕 See Terence Daintith, *The Techniques of Government*, in Jeffrey L. Jowell & Dawn Oliver eds., *Changing Constitution*, 4th Edition, Clarendon Press, 1994, pp. 209–236.

〔36〕 比如浙江省瑞安市、乐清市等20余个地方政府制定规范性文件将“涉及国有资产、财政资金使用和国有自然资源及公共资源利用的各种协议、合同、备忘录等法律文件”统一纳入“政府合同”进行一体化管理。

一方面，这样的制度安排无法确保所有公共资源之配置统一接受行政协议规范，导致同一种公共资源分由两种不同的市场来配置。这不仅会导致两种规则并存所带来的模糊与矛盾，也不符合统一大市场原则。

另一方面，这种现状不能充分保障市场主体的公平竞争权，不能全面规范公共机关资源配置权。以《政府采购法（修订草案征求意见稿）》为例，其 2020 年版第 91 条规定政府采购合同适用《中华人民共和国民法典》，第 115 条规定供应商认为采购人、采购代理机构的行为侵犯其合法权益的，可以依法向人民法院提起诉讼。其 2022 年版第 71 条虽然规定创新采购合同、政府和社会资本合同适用行政协议的相关规定，但整体上还是认为该合同属于民事合同。这就带来了公共财政资金这种公共资源的市场化配置规则的体系不协调问题，以及对市场主体权利救济不充分、对公共机关权力监督不全面的问题。如前所述，民法无法容纳多边法律关系与公平竞争法则，难以提供公平竞争保障。比如，根据 2022 年版第 71 条，被不公平对待的供应商以什么名义提起救济与监督呢？如果仅以民法缔约过失理论寻求救济或监督，相对人肯定无法获得充分救济，因为法院只能就缔约过程中的缔约过失追究责任，却不能规范从一开始就将市场主体排除出竞标人选范围的行为。对此，主张国有土地使用权出让乃民事合同的学者也不得不承认：“如果行政机关违反平等对待、公开透明等公法义务，利害关系人无法主张损害赔偿，只能寄望于举报、内部监督等非正式救济。”^{〔37〕}从公共资源分配的角度来说，行政机关与缔约相对人及竞争者是处在“行政机关—行政相对人—第三人”这种三方乃至多方利害关系之中，应当适用利害调整型行政法调整。^{〔38〕}一来，竞争者可以根据《行政诉讼法》提起公平竞争之诉；二来，竞争者可以根据《行政诉讼法》的规定，在提起行政诉讼时对公共机关出台的影响政府采购公平竞争性的规范性文件进行附带公平竞争审查。此外，根据公法机制，竞争者还可以寻求基于规范行政立法行为的公平竞争审查制度的救济。^{〔39〕}

综上，从建构统一大市场出发，完善市场化行政协议制度的首要措施是扩大行政协议的范围，将所有涉及公共型生产要素的资源配置行为都纳入行政协议的范围。

（二）程序上进一步强化竞争、限制协商

为了确保是市场之手而不是行政机关之手配置资源，为了确保多个市场主体之间能有展开彼此独立的多线协议进程的空间，市场化必然要剥夺行政机关基于意思自治直接选择缔约对象的权力。与之相应，行政机关不能与其中的竞争者单方接触并就协议内容展开磋商，否则协议化又会借协商之名借尸还魂。其只能事先通过招投标的方式公布格式化要求，然后由公共资源交易平台发布招标公告并组织评选进而选出其中的优胜者。凡是违背这一原则而缺乏正当理由的，所签订的协议不具有法律效力。不仅如此，在决出优胜者之后，行政机关也不得与之就协议内容展开违背招投标文书实质内容的协商。更进一步，在签订协议之后的履行环节，除非出现正当理由，公共机关依然不得与缔约相对人协商更改契约的实质内容。否则，就会架空公平竞争程序，侵害其他缔约参与人的公平竞争权。我国《招标投标法（修订草案公开征求意见稿）》第 53 条与《政府采购法（修订草案征求意见稿）》（2022 年版）第 76 条都体现了这一精神。

〔37〕 伏创宇：《国有土地出让缔约关系的界定路径》，载《中国法学》2023 年第 2 期，第 156 页。

〔38〕 参见王贵松：《作为利害调整法的行政法》，载《中国法学》2019 年第 2 期。

〔39〕 参见芦加人：《基于规范行政立法行为的公平竞争审查制度完善路径》，载《江汉论坛》2017 年第 11 期。

除了强化公平竞争程序的实体法效力外，还应该进一步扩张公平竞争程序的适用范围与参与主体。一是尽可能通过公平竞争程序配置公共资源，原则上不允许通过协商的方式配置。当然，基于采购绩效宗旨，为适应基于技术进步和技术应用的政府新需求和市场供给的变化速度，^{〔40〕}公共机关也可以通过协商或其他限制竞争的方式出让公共资源，但其适用要件也只能由法律、行政法规来详尽规定，以免行政机关获得过大的裁量权。二是扩大异议主体的范围。也就是说，在行政机关未采取公平竞争程序配置公共资源或是程序的竞争性不足时，有权提起异议乃至诉讼者，不仅包括参与竞标者，也包括想参加却被排除在外者。而且，异议的程序应该靠前，即公平、公正、公开程序在招标文件的发布环节就起规范作用。

（三）强化公共资源配置法律规范对行政协议的约束效力

通过行政协议配置公共资源时，行政机关应当自觉将相关公共资源配置法律规范植入协议之中，使之成为协议的组成部分。这既是依法行政的要求，也是确保协议不违反统一的资源配置市场化秩序的要求。开放、竞争是市场的特色，统一、有序也是市场的特色，后者也由公共资源配置法律规范体系营造。为此，只要是有关公共资源配置的，只要是未抵触上位法规范且属有权机关制定的，任何位阶的法律规范都具有约束行政协议的法律效力。上级行政机关还可以通过指南、格式合同、规范性文件等更为细化的规则指引下级机关的协议行为，避免下级行政机关自由裁量权过大。

（四）进一步深化组织上的功能分化

分化和独立是程序的灵魂，^{〔41〕}唯有它们才能促成程序成为一个开放的组织与行为过程。因此，仅仅有流程的公平竞争化设计还不够，还要加强相应的组织分化，避免一个组织独断所有出让环节。而在公共资源的配置过程中，无论是资源出让主体，监督、维护公共资源出让之法律秩序的主体，还是决定某一公共资源是否可以出让、出让标准为何的主体，基本上都具有强烈的行政色彩，公共机关因此集规则制定权、交易权、交易程序组织权、监督权与评优权等权力于一身。如果不能实施行政系统内部的功能分化与组织分化，那么开放透明的程序无从实现。正是基于这一考虑，在公共资源交易配置领域，将配置权分割成不同权力、将配置程序分割成不同环节并分置于互不隶属的单位的管办分离成为基本原则并被不断推进、深化。^{〔42〕}以国有土地使用权出让协议为例，通过规划规定土地使用权类型的权力归于规划部门，国土资源行政主管部门只享有制定土地使用权出让计划并对外出让的权力，^{〔43〕}具体的出让程序则由统一的公共资源交易中心操办，^{〔44〕}此外，发展和改革委员会还有权审批特定土地使用权的出让。^{〔45〕}

在当下，要进一步在组织分化层面推进行政协议的市场化建构，关键是要进一步推进公共资源交易中心的制度完善。作为中国式现代化的公共资源市场化配置创举，公共资源交易中心一方面打破过往公共资源配置过程中的“九龙治水”“市场分割”局面，建构起规则统一、信息充分、竞争有效、资源种类齐全的公共资源交易市场，另一方面将各个公共资源管理机关的

〔40〕 参见于安：《政府采购制度的结构性调整》，载《中国政府采购》2020年第10期。

〔41〕 参见季卫东：《法律程序的意义——对中国法制建设的另一种思考》，中国法制出版社2004年版，第24页。

〔42〕 参见赵立波、朱艳鑫：《公共资源交易管办分离改革研究》，载《中国行政管理》2014年第3期。

〔43〕 参见《城市国有土地使用权出让转让规划管理办法》第4条。

〔44〕 参见《公共资源交易平台管理暂行办法》第8条。

〔45〕 参见《建设项目用地预审管理办法》第4条第2款。

部分配置权、交易权剥离出来给一个独立平台,使得他们只能通过一个独立、开放而透明的平台去交易而不是私下交易,尽可能地使整个交易过程在阳光下公开运行,减少政府寻租和不当行为的发生。^{〔46〕}而且,交易平台的独立化与统一化还便于纪检监察和市场监管部门直接入驻公共资源交易中心高效开展监督,化解“部门利益”导致的行政不当干预、恶性垄断等现象,并为政府部门与企业之间搭建起透明、高效的交易平台,通过信息化、数字化建设有效实现公共资源交易信息在政企之间的及时交流,由此充分释放公共资源市场潜能。^{〔47〕}基于上述统一化、独立化优势,尽可能扩张在交易中心交易的公共资源的范围,并且大力推进公共资源交易的网络化、跨地域化,从而进一步落实功能分化、阻断地方与行业干预,是行政协议制度进一步完善的关键之一。2019年中央全面深化改革委员会第七次会议上即强调:“深化公共资源交易平台整合共享,要坚持应进必进、统一规范、公开透明、服务高效原则,加快推进平台交易全覆盖,完善分类统一的交易制度规则、技术标准、数据规范,创新交易监管体制,推动公共资源阳光交易,着力提高公共资源配置效率和公平性。”^{〔48〕}为此,2022年4月,《中共中央 国务院关于加强建设全国统一大市场的意见》进一步提出:“深化公共资源交易平台整合共享,研究明确各类公共资源交易纳入统一平台体系的标准和方式。”党的二十届三中全会更进一步提出:“建立健全统一规范、信息共享的招标投标和政府、事业单位、国有企业采购等公共资源交易平台体系,实现项目全流程公开管理。”^{〔49〕}

(五) 建构基于公平竞争权与物有所值的行政协议公平竞争审查机制

在我国当下统一大市场的建构、生产要素的市场化配置的深化改革与营商环境的优化中,如何强化公平竞争审查以规范行政机关的权力,是其中的重中之重。然而,不管是事前还是事后的公平竞争审查制度,尽管规定颇多,却存在着叠床架屋、体系不协调等诸多问题。比如,《中华人民共和国政府采购法》与《中华人民共和国招标投标法》只规定了投诉与异议,《行政诉讼法》则直接规定可以对招投标中的不公平提起行政诉讼,《反垄断法》又规定了公平竞争审查。又比如,有的学者指出,公平竞争审查制度的适用范围更广,将公平竞争审查制度纳入《反垄断法》时仅限于规制行政垄断,会影响反垄断法的内在逻辑自洽性。^{〔50〕}归根结底,一是因为没有基于公共资源这一源头建立统一的公平竞争审查体制,面对问题时又习惯于无视交易市场的类型采取了大杂烩式规制方式——比如试图通过《反垄断法》规制公共资源配置过程中的行为;二是没有从公共资源物有所值的角度出发,认识到现实中很多涉及公平竞争的产业补贴、税费减免等协议其实属于公共资源物有所值的实现方式,对其进行司法审查超越了司法机关的能力,在设计司法审查式公平竞争审查机制时过于理想化。^{〔51〕}

基于公共资源配置市场的特点,笔者认为,行政协议公平竞争审查机制应该从如下三个方面

〔46〕 参见兰旭凌:《政府购买公共服务风险防范研究》,载《中国特色社会主义研究》2017年第1期。

〔47〕 参见王竹泉、于小悦、马新啸:《中国式现代化、公共资源市场化配置与创新驱动发展——来自城市公共资源交易中心设立的经验证据》,载《管理世界》2023年第2期。

〔48〕 《习近平主持召开中央全面深化改革委员会第七次会议》,载 https://www.gov.cn/xinwen/2019-03/19/content_5375140.htm,最后访问时间:2025年7月16日。

〔49〕 《中共中央关于进一步全面深化改革、推进中国式现代化的决定》(二〇二四年七月十八日中国共产党第二十届中央委员会第三次全体会议通过),载《人民日报》2024年7月22日,第1版。

〔50〕 参见张守文:《反垄断法的完善:定位、定向与定则》,载《华东政法大学学报》2020年第2期。

〔51〕 比如有的学者认为可以通过司法审查方式监督行政机关为实现经济政策目的而制定的影响公平竞争的规范性文件的合法性。参见芦加人:《基于规范行政立法行为的公平竞争审查制度完善路径》,载《江汉论坛》2017年第11期。

加以建构。

一是统一公平竞争审查机制的审查对象。无论是政策、行政立法或其他规范性文件还是行政机关的行为，只要事关公共资源市场化配置，都应当纳入统一的公平竞争审查，而无须从一开始就区分政府采购、招投标、产业补贴、税收减免并设计不同的审查手段。这样才能避免现有的行政性垄断规制模式的“分散性”。^{〔52〕}更为具体的审查手段可以在统一的审查机制中根据公共资源的特点再分类型具体设计。

二是审查时首先要关注资源配置程序是否满足公平竞争要求。比如审查公共机关是否依法通过特定的且广为人知的方式面向全社会公开相关信息，以便公民了解诸如公共服务市场之种类、领域、内容，以及进入该市场所需满足的条件、申请程序、审核机关、审批程序等；比如，招标文件所设定的标准是否合理、公平，是否将适格主体排除在招投标程序之外。之所以首先要采取程序审，是因为这方面的审查不涉及实体方面的判断，司法机关也可以把握。就此而言，如果仅仅只是针对资源配置程序上的问题，公平竞争审查完全可以司法化。

三是以物有所值为标准进行实体审查。正如有论者指出的，公平竞争审查在众多公共政策目标中优先保护市场竞争，基本的方法是政策目标之间的价值对比分析。^{〔53〕}而其中的政策目标，实质上就是政府运用公共资源所欲实现的公共目标。如前所述，公共机关有责任采取合理的方式实现公共资源效益的最大化。尽管市场化是资源效益最大化的实现工具，但这种效益主要是从经济价值出发的，而公共资源的价值具有多重性。对政府来说，社会效益也是值得追求的。因此，原则上不能排除公共机关通过非市场化方式实现公共资源的社会价值。^{〔54〕}是以举凡涉及公共资源配置的法律规范都会规定市场化的例外。^{〔55〕}正因为社会效益才是公共机关采取非市场化方式配置公共资源的理由，所以，判断公共机关是否借社会效益之名行有损公平竞争之实，关键就要看政府是否因此切实获得了更大的社会效益。为此，一方面应该尽可能根据实践经验具体化相关判断细则，另一方面不妨通过成本效益分析方法，^{〔56〕}或比例原则来予以审查。^{〔57〕}当然，这个角度的审查超越了司法机关的能力，因而除非法律规定得非常清晰、细致，便于操作，否则应当由既具权威性又具专业性的机构来进行。^{〔58〕}

（六）在坚持市场化的前提下处理行政协议纠纷

作为行政协议市场化建构的终端环节，行政协议纠纷解决环节如果处理不好，前面的各种市场化努力将付诸东流。为此，在这一环节，也应当坚持优先以市场化解协议纠纷的原则。

如前所述，行政协议是公共资源市场化配置的最终环节，协议文本承载行政机关与市场主体的

〔52〕 参见叶高芬：《全国统一大市场视域下行政性垄断规制模式的重构》，载《法学》2023年第3期。

〔53〕 参见向立力：《中国公平竞争审查制度的理论梳理、制度基础与机制完善》，载《法治研究》2017年第3期。

〔54〕 英国于1999年制定的《地方政府法》甚至废除了地方政府必须通过强制竞争性招标程序来缔结合同的规定，而以“最佳价值”这一实体标准来约束行政机关的合同缔约行为。See Paul Craig, *Administrative Law*, 9th Edition, Thomson Reuters, 2021, para. 5-025.

〔55〕 参见《公平竞争审查实施细则》第17条；《协议出让国有土地使用权规定》第9条。

〔56〕 参见戴昕、张永健：《比例原则还是成本收益分析——法学方法的批判性重构》，载《中外法学》2018年第6期。

〔57〕 参见孟雁北：《产业政策公平竞争审查论》，载《法学家》2018年第2期。

〔58〕 有学者主张明确国务院反垄断委员会的“组织、指导、协调全国实施公平竞争审查的法定职责”，未来应将其改造为统一、权威、专业的公平竞争审查制度的审查机构。参见孙晋：《规制变革理论视阈下公平竞争审查制度法治化进阶》，载《清华法学》2022年第4期。

权利义务。这就难免将不少协议化思维导入市场化进程。毕竟，行政协议终究带有“协议”二字，而协议难免让人将之与意思自治等价值联系起来，进而影响到协议的履行与纠纷的解决。不少学者即因此认为资源交易双方只受作为程序产物的协议内条款的规范而不受协议外在规范的控制，主张政府必须依据协议进行治理和规制，不能再单纯依据指令对市场主体进行管理。^{〔59〕} 当下的行政协议之诉中，也多有学者、法官从协议性出发，认为应当基于协议性来解决行政协议纠纷。^{〔60〕}

这就带来一个非常严重的问题，即解决协议纠纷时到底是以适用更强调意思自治的契约法律规范为主。还是以适用更强调公平、公正、公开、统一有序的市场化资源配置法律规范为主。进一步说，理解行政协议的效力，是按照传统私法的意思自治或是在其基础上发展而来的约因、信赖理论，^{〔61〕} 还是依据协议所赖以产生的市场化公共资源配置规范体系？

从市场化出发，还是应该以市场化资源配置法律规范为优先。毕竟，市场化不仅决定了公共资源配置采取协议形式的必要性，也通过对垄断与不正当竞争的限定保障了自主协议的可能性。故此，解决协议纠纷要以作为协议起源与保障的市场化为前提，而不是作为市场化结果的协议。与之相应，处理协议纠纷的基础是协议所应遵循的公共资源市场化配置法律规范，而不是协议本身。如果仅仅因为“协议”二字就弃这些规范于不顾，就等于损害行政协议所赖以基的公共资源配置市场，忽略其他市场主体的公平竞争权，纵容行政机关实施垄断或是不正当竞争型资源配置。换言之，我们不能只顾个案下缔约人利益的保障，却不注意到如此有可能侵害市场化这一更根本、更基础的利益与价值。

六、结 论

揆诸行政协议的产生与发展史，所谓行政协议的市场化建构，是指行政协议本身的市场化而非仅仅将行政协议纳入以自由、协商、平等交易为核心的市场经济秩序。后者一度是行政协议市场化的主流方法，但在实践中逐渐暴露出反市场化的弊端。归根结底，协议是协议，市场是市场，协议与市场只有在特定条件下才合为一体，而公共资源配置却正好不能满足这些条件。故此，以协议化作为市场化方法只会给行政机关的反市场行为提供遮蔽与掩护。为了确保公共资源通过行政协议得到市场化配置，我们必须跳出围绕协议性建构行政协议的思维定势，以公平竞争化作为行政协议制度化建构的主线。

基于公共资源配置权的特点，我们应当细密织就法网规范资源配置的职权、组织、程序与条件，由法律直接塑造统一、开放、竞争、有序的公共资源配置市场。沿着这一建构路径，我们应当从如下几个方面建构和完善市场化的行政协议：扩展行政协议的范围，将一切以公共资源为交易对象的协议归为行政协议，从而通过行政协议规范所有公共资源的配置；进一步扩张公平竞争程序的适用范围，强化公平竞争程序的法律效力；进一步强化公共资源配置法律规范对行政协议的约束效

〔59〕 参见张丽娜：《我国城市公用事业市场化中实施合同规制的问题分析》，载《中国行政管理》2009 年第 11 期。

〔60〕 如有学者认为，即使政府机关基于腐败而与市场主体签订的协议，也应当从保障交易的角度肯定其效力。参见王利明：《论行政协议的范围——兼评〈关于审理行政协议案件若干问题的规定〉第 1 条、第 2 条》，载《环球法律评论》2020 年第 1 期。

〔61〕 参见吴晓晨：《先期允诺法律约束力的类型化解释》，《中国海商法研究》2023 年第 1 期，第 79 页。

力，并通过指南、格式合同等方式限缩行政机关裁量与协商的空间；进一步强化行政协议缔结过程中的组织分化，阻断行政机关对协议配置过程的干预；建构基于公平竞争权与物有所值的行政协议审查机制，更为科学有力地审查行政机关配置公共资源时是否阻碍自由竞争、公平竞争；以市场化思维而不是协议化思维为主处理行政协议纠纷，将市场化思维贯穿行政协议制度的始终。

毋庸讳言，以突出市场化、限制协商化为主轴建构行政协议，在一定程度上形成了私法主体意思自治的市场与公共机关依法配置的市场的二分格局。这看似割裂了统一大市场，但在实质上贯彻了统一大市场理念，真正形成了统一大市场。因为这样才真正实现市场在资源配置中的决定性作用，确保市场而不是政府主导资源的配置。这也体现了有为政府的理念，因为正是政府通过行政协议的市场化建构，确保了公共资源交易市场的统一化而不是割据化。

Abstract: The institutional construction of administrative agreement as the way of allocation of public resources normalized and guided by marketization is of great significance for deepening the market-oriented reform of factors, constructing a unified large market and optimizing the business environment. According to the development history of administrative agreement, it can be found that the construction of administrative agreement based on negotiability can not meet the needs of market-oriented allocation of public resources, and “anti-agreement” construction is more suitable for this goal. In the final analysis, an agreement is just an agreement, and a market is a market. Even if there is an affinity between the two, the agreement will deviate from the market without relevant institutional constraints. Especially in the case of allocation of public resources, the negotiability-oriented administrative agreement will only facilitate the administrative organs to use the administrative agreement to implement the monopolistic or unfair competitive resource allocation behavior for self-interest. Therefore, in order to realize the market-oriented allocation of public resources, it is necessary to take marketization rather than negotiability as the main line of the institutional construction of administrative agreement. According to the characteristics of the public nature of resources and the power of resource allocation, an open, unified, competitive and orderly public resource allocation market should be directly shaped by law through the detailed regulation of the administrative organs’ power of resource allocation. According to this logic, we should construct the administrative agreement system from the scope of agreement to the dispute settlement system under the leading of market thinking.

Key Words: administrative agreement, negotiability, market-oriented construction, public resources, transfer of land use right

(责任编辑：刘 权)