

迈向公私合作型行政法

章志远*

内容提要：在我国社会转型时期的行政法治实践中，一种全景式的公私合作治理新动向正在生成。面对合作行政模式的兴起，建立在公私对立基础之上、以行政合法性控制和行政相对人权利保障为取向、以司法审查为后盾的传统行政法学遭遇了结构性挑战，在行政法观念与原则、行政法关系与主体、行政法行为与责任等不同层面面临艰巨的重整任务。为顺应合作行政时代的现实需求，建构中观部门行政法意义上的合作行政法尤为必要。在有效履行行政任务的目标下引入辅助性原则和合作原则，在界限论和责任论的建构进路中引入国家保留和国家担保概念，在法治国家转向合作国家的背景下重述行政主体论、行为论和救济论，是建构合作行政法的基本任务。

关键词：公私合作 合作国家 行政法学 合作行政法

引言

改革开放四十年来，伴随着行政任务的持续更新和社会运行的风险叠加，人们对于政府的心理依赖普遍增强。然而，面对复杂多变的社会现实，政府垄断公共管理事务的传统模式积弊丛生。为缓解国家负担过重和治理绩效不佳的双重困境，在“转变政府职能”的政法话语引领下，一种政府借助私人力量履行行政任务的合作治理模式在我国逐渐兴起。公私合作的广泛推行，在一定程度上起到了消弭行政任务扩张与行政资源有限之间紧张关系的作用，同时也引发了“公私合谋”“公法遁入私法”的巨大争议。

公共行政既是行政法学者研究的有效对象，也是他们需要保持回应性的事项。重要的是，行政法应与其行政背景同步。^{〔1〕}面对公私合作治理兴起的挑战，国内一些较为敏锐的

* 华东政法大学教授。

本文是中国法学会2018年部级重点课题“法治国家、法治政府、法治社会一体建设的‘央地互动型’模式研究”（CLS〔2018〕B04）的阶段性成果。

〔1〕 参见〔英〕卡罗尔·哈洛、理查德·罗林斯：《法律与行政》上卷，杨伟东等译，商务印书馆2004年版，第76页。

行政法学者参酌欧美行政任务民营化的制度实践和理论学说进行了初步回应,使公共行政民营化成为晚近十年来我国行政法学聚焦的重要研究主题。^[2]不过,检视行政法学的既有相关成果,不难发现个中缺憾:其一,囿于语言翻译及法制传统,民营化、公私协力、私人行政、私有化、行政私法、公私伙伴关系等外来语汇相继登场,在很大程度上造成了概念使用的混乱和学术对话的不便。其二,对域外相关理论的介绍和套用居多,具有浓郁实证色彩和现实解释力的本土化研究较少。其三,十八大以来党和国家法治发展战略发生了重要变化,合作行政的样态也有了新的发展,行政法学立足整体性视角予以积极回应的论述亟待加强。

清晰的概念表述和相对统一的术语使用是一切科学研究的逻辑起点。发轫于公用事业市场化改革的“民营化”语汇,偏重于产权的界定和对结果的追求,内涵具有极大的流动性,难以有效涵摄不同行政领域和行政过程中私人履行行政任务的复杂样态。相比之下,“公私合作治理”更加强调公共部门和私人部门相互合作的过程及其关系的塑造,能够因应各领域、多层次社会治理的现实需要,应被视作更具包容性和解释力的基本概念。^[3]公私合作治理指的是,公共部门与私人部门为履行公共行政任务,经由特定的结构设计进行合作并由公共部门承担最终保障责任的制度安排。作为一种新兴的公共治理模式,公私合作实践在当代中国社会转型时期的涌现,使得传统行政法学面临整体性和结构性的挑战。如何建构富有中国本土特色的“合作行政法”,^[4]如何实现“法治国模式下的行政法学”转向“合作国模式下的行政法学”,都是当下我国行政法学必须直面的前沿课题。

一、公私合作治理在当代中国行政实践中的兴起

当代中国正处于由计划经济向市场经济、农业文明向工业文明、人治社会向法治社会的嬗变过程之中,行政管理体制和社会结构形式都发生了极为深刻的变化,行政权力分散化与社会化、社会结构复杂化与多元化的发展趋势尤为明显。在“从行政泛化到行政分化、

[2] 相关成果可参见敖双红:《公共行政民营化法律问题研究》,法律出版社2007年版;杨欣:《民营化的行政法研究》,知识产权出版社2008年版;刘飞:《试论民营化对中国行政法制之挑战——民营化浪潮下的行政法思考》,《中国法学》2009年第2期;章志远:《行政任务民营化法制研究》,中国政法大学出版社2014年版;赵宏:《德国行政民营化的制度发展与学理演进》,《国家检察官学院学报》2016年第5期;杨彬权:《后民营化时代的国家担保责任研究》,中国法制出版社2017年版。

[3] 在德国行政法上,“公私伙伴关系”正被改造为一个涵盖公共行政私有化领域中出现的各种模式的“桥梁概念”或者“纽带概念”(参见[德]汉斯·J.沃尔夫、奥托·巴霍夫、罗尔夫·施托贝尔:《行政法》第3卷,高家伟译,商务印书馆2007年版,第453页)。在美国行政法上,“合作治理”模式具有“以解决问题为导向”“利害关系人与受影响者参与决定过程的所有阶段”“临时性的解决方案”“超越治理中传统公私角色的责任”和“灵活、投入的行政机关”等鲜明特征,能够超越传统以控制行政机关裁量权为旨趣的“利益代表”模式(参见[美]朱迪·弗里曼:《合作治理与新行政法》,毕洪海等译,商务印书馆2010年版,第34页以下)。就术语使用的精准性而言,“公私合作治理”比“公私伙伴关系”和“合作治理”更为妥当。

[4] “行政合作法”用语源自德国行政法学,是与传统由单一公权力主体以“命令—服从”为特质的“行政高权法”相对称的概念,其关注重心是“公私权利主体在责任分配下共同合作履行任务”,预期目标是“为各公私合作领域以概括方式进行法秩序的形塑”(参见李建良主编:《民营化时代的行政法新趋势》,台湾新学林出版股份有限公司2012年版,第104页;詹镇荣:《公私协力与行政合作法》,台湾新学林出版股份有限公司2014年版,第15页)。考虑到“规制行政法”“给付行政法”“风险行政法”等部门行政法用语已为我国行政法学界广泛认可,本文将这种直面公私合作挑战应运而生的中观部门行政法称为“合作行政法”。

从社会结构的单一化到多元化、从强化控制到优化服务”的进程中，〔5〕“合作国家”的图像日渐清晰。

（一）行政横轴：合作领域的拓宽

就具体的行政领域而言，公私合作实践在我国最早出现在基础设施和公用事业建设运营方面，如今正向更为广泛的公共服务领域推进。20世纪90年代初期，一种内涵为“政府授予某一私人组织直接向公众出售其产品或服务权利”的特许经营制度在我国基础设施和公用事业领域逐渐兴起。就法律关系而言，公用事业特许经营是“政府的事情，通过合同的约定，交给企业去办”。〔6〕近三十年来，尽管社会争议不断、立法几经周折，特许经营依旧是我国大力推行的基础设施和公用事业建设运营的基本模式。〔7〕继2015年4月国家发展和改革委员会会同财政部等六部门联合发布《基础设施和公用事业特许经营管理办法》之后，2017年7月原国务院法制办向社会公布《基础设施和公共服务领域政府和社会资本合作条例（征求意见稿）》，政府和社会资本合作的基本法呼之欲出。随后，公私合作模式以政府购买方式继续向公共服务进军。党的十八届三中全会决定指出，推广政府购买服务，凡属事务性管理服务，原则上都要引入竞争机制，通过合同、委托等方式向社会购买。2014年12月，财政部会同民政部和原国家工商总局联合发布《政府购买服务管理办法（暂行）》。2018年6月，财政部公布《政府购买服务管理办法（征求意见稿）》，政府购买公共服务的法制框架基本成型。财政部政府和社会资本合作中心、国家发展和改革委员会固定资产投资司官方网站公布了全国各地大量PPP项目的典型案例，反映出政府和社会资本合作的广阔前景。

在公私合作逐步覆盖给付行政领域的同时，私人力量的身影也开始频繁出现在秩序行政领域。以权力性行政最为典型的警察行政领域为例，治安承包、消防民营、警务辅助、社区戒毒、奖励拍违、社区矫正等私人参与执行警察任务现象不断涌现，标志着传统秩序行政领域向社会开放。〔8〕尤其是大量警务辅助人员的出现，对缓解警力不足、维护社会秩序起到了积极作用，但其职责权限不清的问题也屡遭社会质疑。〔9〕自2012年以来，警务辅助人员先后获得了不同层面法律规范的认可。除苏州、无锡、徐州、大连、武汉等市相继出台有关警务辅助人员的政府规章外，首部专门规范警务辅助人员的地方性法规——《深圳经济特区警务辅助人员条例》于2017年8月通过，创造性地利用特区法规授权形式将辅警定位为“公安机关工作人员”。在国家层面，2015年12月中共中央、国务院联合发布《法治政府建设实施纲要（2015—2020年）》（以下简称“法治政府纲要”），明确提出要“规范执法辅助人员管理，明确其身份性质和职责权限”。2016年11月国务院办公厅印发《关于规范公安机关警务辅助人员管理工作的意见》，推动了警务辅助人员管理的规范化和法治化。2017年1月公安部印发治安管理处罚法“修订公开征求意见稿”，“警务辅助人

〔5〕 章志远：《行政法学总论》，北京大学出版社2014年版，第69页。

〔6〕 徐宗威：《公权市场》，机械工业出版社2009年版，第10页以下。

〔7〕 早期有关公私合作制在我国公用事业领域整体实践的评析，可参见余晖、秦虹主编：《公私合作制的中国试验》，世纪出版集团、上海人民出版社2005年版。

〔8〕 参见前引〔2〕，章志远书，第21页以下。

〔9〕 辽宁抚顺、陕西延安、湖南临武等地2013年发生的协管员、辅警、联防队员等执法“临时工”打人事件曾引起社会的广泛关注。参见白靖利：《一次次，总是“临时工惹祸”？》，《文汇报》2013年6月19日第5版；杨丁森、姜刚：《执法“临时工”为何频出格》，《文汇报》2013年7月25日第3版。

员”概念有望正式入法。此外,在煤矿安全监管、环境污染治理等诸多秩序行政领域,主管行政机关通过选择与管辖企业之间签署各类“责任书”的形式建立了一种新型政企共治关系,有效促进了公共治理目标的实现。

(二) 行政纵轴:合作流程的覆盖

公私合作除被广泛应用于各具体行政领域外,还覆盖了行政活动的各个流程,展现出强劲的发展势头。在行政立法阶段,为克服传统政府主导型立法模式过程封闭、部门本位的弊病,一种以“委托第三方起草法律法规规章草案”为载体的相对回避型立法模式正在形成。这一新模式的特质在于重塑行政部门、法制机构及外部第三方在行政立法过程中的关系,通过公共部门和私人部门各自禀赋优势的发挥,缓解行政立法科学性和民主性之间的张力,促进良法善治局面的实现。在行政立法活动实践中,作为独立第三方的专家学者、教学科研单位和社会组织频繁接受政府委托,承担起行政立法前评估、立法后评估和法规草案起草任务,对提高政府立法质量发挥了重要作用。在2015年立法法赋予所有设区的市以地方立法权的背景下,“行政立法主体扩张与立法能力不足紧张关系的消解,为行政立法相对回避模式奠定了重要的市场基础”。^[10]

在行政执法阶段,公私合作的具体形态更多,至少有三类较为典型:其一,有奖举报。行政执法过程,实际上就是执法信息的收集、积累、利用和提供的过程。^[11]为了有效缓解行政执法资源的不足,我国食品安全、税收征管、环境保护、计划生育、交通运输、安全生产等诸多领域都在大力推广有奖举报制度。通过私人举报获取案件线索,执法部门得以及时启动执法程序。尤其是生产经营企业内部人员的举报,往往更能起到精准执法的效果。作为一种补充性、辅助性的执法手段,有奖举报彰显出公私合作震慑违法者和助力执法者的双重功效。其二,行政担保。担保制度源于民事领域,近年来在我国海关监管、税收征管、治安管理、环境保护、安全生产、公共工程建设、行政许可等诸多领域得到了广泛运用,成为确保行政相对人履行义务和实现预期行政目标的重要手段。国务院2010年制定了《海关事务担保条例》,国家税务总局2005年颁发了《纳税担保试行办法》,初步实现了行政担保制度的法制化。与民事担保着眼于保障债权实现所不同,行政担保侧重于通过行政相对人或第三人提供的信用或财产保证行政管理目标的实现,体现了公私合作共治的基本理念。其三,执行和解。与行政执法过程中的和解不同,^[12]执行和解仅限在行政相对人履行行政决定的义务阶段。行政强制法第42条规定,实施行政强制执行,行政机关可以在不损害公共利益和他人合法权益的情况下,与当事人达成执行协议。执行协议可以约定分阶段履行;当事人采取补救措施的,可以减免罚款或滞纳金。执行和解蕴涵着丰富的公私合作元素,增强了行政强制的谦抑色彩。

在行政纠纷解决阶段,公私合作的趋势也十分明显。《行政复议法实施条例》第40条

[10] 章志远:《行政立法相对回避模式之建构》,《浙江社会科学》2018年第3期。

[11] 参见[日]盐野宏:《行政法总论》,杨建顺译,北京大学出版社2008年版,第216页。

[12] 中国证监会2015年公布实施《行政和解试点实施办法》,行政执法过程中的和解在规范层面初步确立,其意指行政机关在对行政相对人涉嫌违反有关法律、法规规定的行为进行调查执法过程中,根据行政相对人的申请,与其就改正涉嫌违法行为、消除涉嫌违法行为不良后果、交纳行政和解金等内容进行协商达成行政和解协议,并据此终止调查执法程序的行为。由于行政执法和解存在“合法律性的怀疑”和“可能损害公益引发腐败”,迄今为止证监会尚未实施过一次和解。参见王贵松:《论行政法上的法律优位》,《法学评论》2019年第1期。

明确规定复议申请人与被申请人在行政复议决定作出前可以自愿达成和解,进而提前终止行政复议程序。2014年修订后的行政诉讼法虽然继续坚持行政案件审理不适用调解原则,但也规定了调解结案的例外情形,并保留规定原告可以基于同意被告改变所作行政行为而撤诉结案。结合经当事人各方同意即可适用简易程序审理等其他规定,可以看出新行政诉讼法对当事人合意解决行政纠纷的认可。在信访领域,近年来各地纷纷尝试通过引入律师、专家等外部第三方力量参与信访积案化解,成效颇为明显。^[13]

综上所述,在我国社会转型时期的行政实践中,已然呈现出“全景式”的公私合作治理新动向。无论是处于横轴的具体行政领域,还是处于纵轴的相应行政过程,公私合作的基因都已深深嵌入其间。党的十九大报告指出,中国特色社会主义进入新时代,我国社会主要矛盾已经转化为人民日益增长的美好生活需要和不平衡不充分发展之间的矛盾。社会主要矛盾的变化对公共服务的提供和行政法治模式提出了新要求,共建共治共享社会治理格局的形成也需要实现政府负责和社会协同之间的良性互动。在更好完成既定行政任务目标的引领下,行政机关在越来越广泛的行政领域和越来越多的行政环节,与形形色色的社会力量展开多种形式的合作,形成了超越域外行政任务民营化及公私协力框架,“以信任为基础、以多元合作主体间交织互动和共同担责为特征”^[14]的合作行政新模式,摹绘出新时代行政法学发展的重要图景。

二、合作行政模式下传统行政法学面临的挑战

合作行政模式的兴起,在“合作协定的复杂性和参与主体的多样性、政府控制管理的能力、治理形式的选择、私人部门组织可能的战略行为、使得评估更加困难的合同的时间跨度等方面”,对公共行政的传统形式提出了挑战。^[15]与国家垄断行政事务模式下的私人消极参与不同,合作行政模式下的私人以伙伴身份与行政机关分担行政任务的履行,传统行政法学知识体系因之需要进行结构性调整。就当代中国合作行政的新发展而言,传统行政法学在理念、原则和结构上面临的整体性挑战更为明显。

(一) 行政法观念与原则

长期以来,政府主导是我国经济社会发展的基本模式,行政权几乎渗透到社会生活的各个角落。在社会主义市场经济体制的建立过程中,虽然市场因素在社会资源配置中的作用不断增强,但行政权事实上的主导地位仍难撼动。尤其是在社会运行矛盾叠加、经济下行压力增大的背景下,社会稳定的现实需求陡增,“集中力量办大事”的体制优势时隐时现。我国的行政法正是在这样复杂的社会转型过程中孕育生长的。在传统的行政法观念中,政府拥有广泛的社会资源和动员能力,完全可以通过自身力量获取足够的信息针对具体行政事务作出判断,行政相对人只需要配合和服从。在传统的“命令—服从”行政模式下,行政法的任务就在于将行政

[13] 相关典型经验介绍,可参见司晋丽:《引入“第三方”律师化解信访难题——为湖北恩施州“律师进村、法律便民”改革创新实践叫好》,《人民政协报》2015年11月17日第12版;何婷婷:《海宁首创“信访评议团”》,《决策》2017年第1期。

[14] 谢新水:《作为一种行为模式的合作行政》,中国社会科学出版社2013年版,第106页以下。

[15] 参见[英]斯蒂芬·奥斯本编著:《新公共治理?——公共治理理论和实践方面的新观点》,包国宪、赵晓军等译,科学出版社2016年版,第145页。

权力关进法律制度的笼子里,防止行政相对人的权利遭受行政机关的不法侵害。这种行政法观念立足于“人性恶”的前提预设,即行政机关在本质上倾向于滥用权力,法治国家的任务就是划定公共领域与私人领域的边界,将容易滥权的行政机关纳入法治拘束的轨道。

正是在公域与私域相区分、公法与私法二元论的思想基础上,传统行政法的体系逐步形成。在我国,“立法机关预先授权—行政机关依法执行—司法机关事后审查”的流程设计成为行政法得以体系化的重要标志。除了依托行政组织法、行政行为法和行政救济法“三位一体”地实现对行政权力的驯化外,由法律保留和法律优位组成的依法行政原则也是行政权力行使的戒律。即便是晚近兴起并已逐步实现法教义化的比例原则和诚信原则,也是基于公私对立,为规制行政权力的行使而产生的。经过三十多年的法制累积和学说演进,以行政合法性控制和权利保障为取向、以司法审查为后盾的行政法释义学在我国逐步建成。

如果说行政任务仅仅着眼于社会秩序的维护,上述传统行政法观念和原则尚可实现对干预行政的有效规制。然而,伴随着经济社会的快速发展,行政任务已日趋多元化和复杂化。从“法治政府纲要”的规定来看,“完善宏观调控”“加强市场监管”“创新社会治理”“优化公共服务”“强化生态环境保护”都是政府必须依法全面履行的职能。在这些新型的给付行政、规制行政和风险行政活动中,行政机关的“单打独斗”已经捉襟见肘,“协商—合作”的行政模式开始形成。伴随着行政机关与社会力量越来越多的合作,立足于公私对立的传统行政法观念和原则受到了前所未有的挑战。在公私合作治理兴起的背景下,行政法的观念与原则都亟待更新。

(二) 行政法关系与主体

在国家垄断行政事务模式的支配下,行政机关是唯一的管理中心。行政机关依托上下层级结构的组织安排,通过制定、实施政策及作出具体处理决定,对社会公共事务实行单一向度的管理。在行政系统内部,权力的运行呈现自上而下的放射状结构,传达和落实上级指示是下级行政机关的最高使命;在行政系统外部,配合和服从行政机关的管理则成为行政相对人的天然义务。这种封闭的权力运行方式造成了传统行政法关系“行政主体—行政相对人”单一化的面相,公私对立的基础使得行政主体与行政相对人之间在主、客体地位上泾渭分明。即便是参与型行政的兴起,行政主体的主导性地位也始终未被撼动。于是,立足于行政一体化构造上的行政组织法在传统行政法中一直处于边缘地位。在我国行政法学上,甚至还出现了以行政主体理论直接替代行政组织法研究的局面。^[16]

伴随着合作行政模式的兴起,行政法关系和主体的形态都发生了深刻变化。合作治理是一个上下互动的管理过程,不同主体之间通过协商、合作共同完成行政任务的履行,从而形成了多中心、分散化的新结构。一方面,国家开始试图重新界定自己的角色,倡导一种“灵活、助成的政府观念”,即政府通过经纪人、网络管理者、监督者、执行者、合作伙伴等多重角色的扮演,促成混合体制的形成,“将具体公私安排所带来的风险降到最低”。^[17]

[16] 综观我国当下林林总总的行政法学教科书,鲜有对行政组织法学基本原理展开详尽论述者,大多都直奔行政主体理论。有鉴于此,学者在分析行政组织法学研究的滞后时就曾指出:“由于我国的行政主体理论从诞生起就以取代对行政组织法的研究为要旨,因而该理论本能地排斥对行政组织法的全面研究。”参见周汉华主编:《行政法学的新发展》,中国社会科学出版社2013年版,第65页。

[17] 前引[3],弗里曼书,第189页以下。

另一方面，私人力量不再是纯粹的机械服从权力的客体，而是以辅助者、缔约者、供给者、交易者、受托者等多重灵活角色与行政机关一起分享公共治理任务。在公私合作的背景下，更多类似“行政主体—承担行政任务履行的私人部门—行政相对人”的三角关系不断涌现，传统的行政一体化构造被打破，多层次、扁平化的新构造开始形成，这对传统上着眼于静态描述的行政组织法构成了直接挑战。

（三）行政法行为与责任

传统行政法学理论的体系化紧紧围绕行政行为这个兼具行政诉讼法、行政程序法和行政实体法三重功能的精致概念展开，行政行为几乎是行政法学理论中“阿基米德支点”般的核心概念。行政行为形式论的任务，在于区分不同类型行政活动的特质，通过相应的程序性制度规范，确保依法行政目标的实现。行政行为以其概念的精致、构造的均衡和逻辑的严密而具有教义学上的“制度化功能”“衔接性功能”“储藏性功能”，对行政法的体系化发挥了至关重要的作用。^[18]在我国行政法上，尽管行政行为几乎成了“最大的概念迷团和陷阱”，^[19]但其自身也是全部行政法学理论建构的基石。

合作行政模式的兴起，挑战了行政行为范畴的核心地位：其一，行政行为偏重“结果导向”，对纷繁复杂的行政活动实施“瞬间掠影”式的裁剪处理；合作行政则强调“过程导向”，关注最终决定作出之前的协助、沟通、协商、合作乃至让步。其二，行政行为的重心在已经定型化的行政处理，合作行政则更加倚赖行政契约手段，“契约取代了作为管制典范的命令与控制”。^[20]其三，行政行为具有高度抽象性，试图通过行政机关机械运用型式化行政行为，实现形式合法性控制的目的；合作行政则具有高度灵活性，通过行政机关对未型式化行政行为的运用和行为形式的相对灵活选择（包括公法形式与私法形式之间的自由选择、型式化行为与未型式化行为之间的自由选择以及具体的型式化行为之间的自由选择等三个层次），实现行政任务最佳履行的目的追求。

2014年修正后的行政诉讼法将“具体行政行为”一律修改为“行政行为”，行政行为为学术概念与法律概念实现了形式上的统一，为发展以行政行为为中心的行政法教义学提供了新契机。同时，面对合作行政模式的兴起，行政行为理论的发展也面临着挑战。对于合作行政实践中大量援用的未型式化行为，出于行政合法性控制和权利救济的现实需要，不得不扩大既有行政行为形式的涵盖范围，将行政行为改造为无所不包的概念，从而维系既有行政合法性控制机制。^[21]这种无限拉张行政行为范围的做法，将使得行政行为的概念内涵负担加重，不得不更加追求抽象化，进而“有发生概念崩解的危险，且最终将使其丧失

[18] 参见林明锵：《论型式化之行政行为与未型式化之行政行为》，载翁岳生教授祝寿论文集编辑委员会编：《当代公法理论：翁岳生教授六秩诞辰祝寿论文集》，台湾月旦出版股份有限公司1993年版，第347页。

[19] 赵宏：《法治国下的目的性创设——德国行政行为理论与制度实践研究》，法律出版社2012年版，第50页。

[20] [新西兰]迈克尔·塔格特编：《行政法的范围》，金自宁译，中国人民大学出版社2006年版，第27页。

[21] 在新行政诉讼法实施之后的制度解读潮中，有观点认为，确定行政行为的范围应当回应保障公民诉权的修法目的，最大限度接近对公民权利的司法无遗漏保护，将实践中影响公民权益的行政权力运行形态尽可能纳入行政行为概念之中，行政行为包括但不限于受案范围逐项列举的情形，事实行为、重大决策行为、规范性文件也包括在内（参见王万华：《新行政诉讼法中“行政行为”辨析——兼论我国应加快制定行政程序法》，《国家检察官学院学报》2015年第4期）。如果按照这样的逻辑推演，作为法律概念的行政行为将与目前行政法学上所谓的行政行为“最广义说”高度趋同，这已经与大陆法系行政法学理上内涵清晰、功能精确的行政行为概念渐行渐远。

作为法治国家规律的工具性格”。〔22〕

与此同时,合作行政的兴起对传统的通过司法审查追究违法行政责任、维系依法行政原则的既有模式也构成了挑战。私人力量承担了传统公共职能的履行,却又可能摆脱司法对公权力运用的严格审查,私人参与的责任性因而受到关注。〔23〕尽管司法审查仍然是一种不可或缺的问责机制,但在解决合作行政和背离“命令与控制”行为的争议中已明显力不从心。〔24〕一方面,在合作行政模式下的责任追究中,司法审查的中心地位已被撼动,应当通过合作关系形态的梳理,勾勒出司法审查发挥作用的大致范围;另一方面,需要在行政过程中积极开发各种替代性责任机制,既保障公共利益不因公私合作的推行而遭致损害,也避免行政任务履行因公共部门和私人部门责任分担不均而受到影响。

综上,合作行政模式的兴起对变迁中的中国行政法学理论体系提出了一系列挑战。无论是在行政法观念与原则等思想层面,还是在行政法关系与主体、行为与责任等制度层面,都面临着重整任务。同时,公私合作在我国局部行政领域和行政过程中的曲折实践,也加剧了行政法学理论回应的难度。

三、合作行政法的新思维

从世界范围看,在公私合作因子全面导入现代行政法之后,相关行政法律制度必然要随之作出变革,以便及时回应私人履行行政任务可能引发的责任性、合法性和确定性价值失落的难题。德国行政法上有关联邦行政程序法的研修和公私合作制促进法的制定,就体现出回应公私合作兴起的制度重构努力。〔25〕在这一过程中,围绕行政法学革新动力之一的民营化所展开的“新行政法”研究,以“基础建设行政法”“民营化后续处理法”“行政公司法”“行政合作法”“担保行政法”“招标行政法”“管制行政法”“服务行政法”等名义持续推进,并引发了有关德国行政法学总论更新的反思。〔26〕在美国,面对混合行政的兴起,“国家是什么”“国家与私人部门的关系应该如何定位”的追问挑战了传统的行政法观念,学者们普遍认为“行政法首先必须有效地将自身重新定位,要研究体现当代管制特征的复杂公私安排”。〔27〕可以说,公私合作所催生的“新行政法”〔28〕研究正成为各国行政法

〔22〕 赖恒盈:《行政法律关系论之研究——行政法学方法论评析》,台湾元照出版有限公司2003年版,第248页。

〔23〕 参见前引〔3〕,弗里曼书,第142页。

〔24〕 关于公私合作引发的法律争议能否通过传统行政诉讼加以解决,我国学理上存在不同看法。支持者认为,“这种实现行政任务的私法行为还在游走于公、私法两域的边缘,成为公、私法都不能尽心照顾的‘流浪儿’”,因此应“将这类行政行为中引起的法律争议通过立法全部纳入行政诉讼,以防止行政‘遁入私法’而失去法律监督”(章剑生:《现代行政法基本理论》上卷,法律出版社2014年版,第20页)。质疑者则认为,“解决问题的关键在于为相对人提供一定的司法救济途径,而并不意味着对于所有的相关争议都应当通过行政诉讼途径得到解决”(前引〔2〕,刘飞文)。

〔25〕 参见程明修:《行政私法与私行政法》,台湾新学林出版股份有限公司2016年版,第41页以下;李以所:《德国公私合作制促进法研究》,中国民主法制出版社2013年版。

〔26〕 前引〔4〕,李建良书,第100页以下。

〔27〕 前引〔3〕,弗里曼书,第191页。

〔28〕 诚如学者所言:“新行政法学对于行政法研究最主要的贡献在于创造介于总论与各论间的论述层次,借由分析行政履行任务之不同模式及其各该调控脉络,观察不同行政法各论面对类似问题情境之解决模式,并检验个别解决方案一般化的可能性。”李东颖:《行政法学作为调控科学——以公私部门伙伴关系为例》,载社団法人台湾行政法学会主编:《行政法学作为调控科学》,台湾元照出版有限公司2018年版,第50页。

方兴未艾的主题。

参酌德国公私合作法制建构的基本经验，我国除了继续在相关行政领域制定或修改特别的公私合作促进法外，还应在行政法总论的制定中为公私合作的有序推行奠定法制基础。公私合作对传统行政法制的挑战是全方位的，需要行政组织法、行政程序法和行政救济法的协同推进。在此过程中，作为中观部门行政法的合作行政法的建构尤为重要。就其功能定位而言，合作行政法能够在微观的部门行政法与行政法总论之间架起沟通交流的新平台，最终反哺行政法总论知识体系的更新。行政法学研究者在总论与各论之间的“目光流转”，实则二者之间“互动”过程的映射。^[29] 鉴于中外公私合作的发展进程、表现形式和规制进路存在差异，我国合作行政法的建构需从新思维的形塑入手，致力于新原则的确立和新范畴的引入，为现代行政法学回应公私合作治理的兴起奠定法理基础。

（一）合作行政法的新原则

与追求行政合法性控制和权利保障为目标的传统行政法不同，合作行政法的使命在于促进行政任务的有效履行和公共福祉的增进。在合作行政兴起的诸多领域，伴随着行政任务的复杂化和专业化，“立法授权—行政实施—司法审查”的传统规制模式日渐“失灵”。立法机关无法先知先觉地对社会生活预先作出整齐划一的安排，行政机关也难以依据既有的法制框架对社会变迁及时作出妥善的应对，司法机关更无力机械适用法律审查日渐扩张的行政裁量。因此，基于合作行政兴起的“新行政法”就应当超越传统的行政合法性控制导向，坚持行政任务有效履行的新导向，对公私合作作出更加缜密的行政法律制度安排。在行政任务导向的新语境下，依法行政原则所追求的行政合法性目标将被行政正当性目标所超越。换言之，为了保障行政机关能够更加有效地完成预定的行政任务，法律上应当赋予其更大的行政自主决定空间，承认其在具体的行政组织形态和行政活动方式上的选择裁量。

在新的行政正当性理念的支配下，行政法学应当及时引入“辅助性原则”和“合作原则”，作为传统依法行政原则的适用指引和有益补充。辅助性原则也被称作补充性原则，其原始理念在于建构不同社会层级之间任务分配的基准，通常被理解为个人与团体以及不同层级团体之间权限分配的原则。在行政法学上，辅助性原则揭示了个人相对于社会和国家，较小的下位组织相对于较大的上位组织所具有的事务处理优先权。具体来说，当公民个人或较小的下位组织能够胜任某项事务的处理时，社会、国家或较大的上位组织就不应介入，此即所谓的“消极面相的辅助性原则”。反之，当个人或较小的下位组织无法胜任某项事务的处理时，社会、国家或较大的上位组织才能够积极支援协助，必要时亲自接手完成相关任务，此即所谓的“积极面相的辅助性原则”。^[30] 作为行政事务管辖权界限原则，辅助性原则已经超出给付行政领域而成为现代行政法上一项重要的一般原则。从我国行政法制发展进程上看，辅助性原则的实质内涵已经在行政许可法第13条、国务院《全面推进依法行政实施纲要》第6条及“法治政府纲要”有关“深化行政审批制度改革”和“优化公共服

[29] 参见〔德〕Eberhard Schmidt-Assmann：《行政法总论作为秩序理念：行政法体系建构的基础与任务》，林明锵等译，台湾元照出版有限公司2009年版，第1页以下。

[30] 詹镇荣：《民营化与管制革新》，台湾元照出版有限公司2005年版，第285页。

务”的若干规定中得以体现,可谓一项“呼之欲出”的行政法一般原则。^[31]辅助性原则的及时引入,不仅能够为公私合作的推行提供法理依据,也能够为公私合作的发展提供立法指引。

合作原则是指行政任务并非仅仅属于国家的责任,也非仅仅依靠社会或市场等单方面的民间力量可以达成,而是需要国家、社会、个人等所有力量的共同合作才能完成。只有秉承“风险共担、利益共享”的基本理念,才能真正发挥公私双方各自的禀赋,进而在明确行政部门责任与私人主体责任的基础上,将“合作原则上升为一般的行政原则”。^[32]从我国环境保护、食品安全等具体行政领域法制发展的进程上看,合作原则的实质内涵已经有所体现,亟待行政法学予以总结提炼。^[33]合作原则的及时引入,能够为法律上课予行政机关、行业组织、企业及个人共同合作完成行政任务的义务提供规范依据,进而保障行政机关相对自主地选择具体的公私合作方式。

(二) 合作行政法的新范畴

公私合作的推行预示着国家活动的“软化”,可能带来“削弱现行法的拘束力”“危及国家活动的法安定性和预测可能性”“损及法治国家规制的普遍性”等负面效应,面临着理论上的本能质疑。^[34]面对大量外包、权力下放与授权现象的出现,美国行政法上对私人主体不受审查约束的担忧日渐增强,以至于某些行政法学者建议“为私人权力规定更大的限制”。^[35]在德国行政法理论上,“不能将警察行政委任给民间予以私化”在很长时期内占据主导地位,但晚近二十多年来,在州行政财政状况恶化、犯罪增加的背景之下,“将能委任给民间的业务交给民间,将警察集中在不可或缺的业务上”的主张开始出现。^[36]在我国,“国家本位”的固有传统天然地拷问着公私合作的正当性。公用事业特许经营改革的受挫、PPP领域的“政热社冷”、对警务辅助人员存在必要性的普遍质疑、对治安事务能否承包的争论、行政强制执行和解从原则条款到程序条款的嬗变,无不折射出相关制度变迁背后私人目标与公共目标之间剧烈的利益冲突。“严格执法”“公权力不可处分”等传统观念

[31] 行政许可法第13条规定,第12条所列事项,通过下列方式能够予以规范的,可以不设行政许可:(1)公民、法人或者其他组织能够自主决定的;(2)市场竞争机制能够有效调节的;(3)行业组织或者中介机构能够自律管理的;(4)行政机关采用事后监督等其他行政管理方式能够解决的。《全面推进依法行政实施纲要》第6条规定,凡是公民、法人和其他组织能够自主解决的,市场竞争机制能够调节的,行业组织或者中介机构通过自律能够解决的事项,除法律另有规定的外,行政机关不要通过行政管理去解决。“法治政府纲要”除了规定健全政府购买公共服务制度外,还规定直接面向基层、量大面广、由地方实施更方便有效的行政审批事项,一律下放地方和基层管理。从这些规定上看,辅助性原则经由行政许可而扩大到更为广泛的行政管理和公共服务领域。这种“个人—市场—社会—国家”的行政任务履行顺位,与辅助性原则的内涵具有高度契合性,完全可以提炼为行政法上的一般原则。

[32] 前引[3],沃尔夫等书,第18页。

[33] 例如,环境保护法第6条规定:“一切单位和个人都有保护环境的义务。地方各级人民政府应当对本行政区域的环境质量负责。企业事业单位和其他生产经营者应当防止、减少环境污染和生态破坏,对所造成的损害依法承担责任。公民应当增强环境保护意识,采取低碳、节俭的生活方式,自觉履行环境保护义务。”这一规定显示出合作原则不仅是国家所奉行的环境保护基本政策,而且也是环境基本法的一般原则。

[34] 参见刘宗德:《公私协力与自主规制之公法学理论》,《月旦法学杂志》2013年第6期。

[35] 前引[3],弗里曼书,第356页。

[36] [日]米丸恒治:《私人行政:法的统制的比较研究》,洪英等译,中国人民大学出版社2010年版,第151页以下。

的流行,更成为公私合作深度推行的观念障碍。〔37〕

为厘清公私合作的观念障碍、保障公私合作的顺利推行,我国合作行政法的建构应当秉承“界限论”和“责任论”的思想进路。其中,“界限论”的旨趣在于宣示公私合作的有限性,承认公私合作自身的功能局限。“责任论”的旨趣则在于彰显公私合作的有为性,消除公私合作引发的可追责性疑虑。为此,应当吸收“国家保留”和“国家担保”概念,作为建构合作行政法的新范畴。

一方面,需要引入“国家保留”概念,确立公私合作的界限,凸显国家自为行政任务实施的“履行责任”,防止行政任务公共性的丧失。在传统行政模式下,行政机关承担了所有行政事务的执行责任。公私合作模式的推行并非简单地“去国家化”。从域外合作行政的实践看,国家全部放弃行政任务执行责任的“完全民营化”极为鲜见,绝大多数公私合作方案都采用“游走在‘单纯组织私法化’与‘任务完全私人化’两个民营化光谱极点间之模式”。其中,“任务部分私人化”则成为各国普遍采用的合作模式。〔38〕就我国局部行政领域公私合作的实践而言,确实存在极端化之举。〔39〕尽管行政法学理上尚存争议,但鉴于我国既往公私合作的实践教训和社会转型的行政主导特质,仍然需要及时引入“国家保留”概念,为公私合作能否推行、推行到何种程度划定相应的边界。换言之,在当下中国特殊的时空背景下,应当对公私合作采用相对保守的立场,承认“绝对国家任务”的客观存在。〔40〕一般来说,“组成行政、立法、司法等国家机关的所谓国家的自我组织事项”和“以物理强制力为后盾的行政事务”属于较为典型的国家保留事项,原则上应当排除私人力量的介入。〔41〕就实证法律规范而言,我国行政强制法第17条有关“行政强制措施权不得委托”“行政强制措施应当由行政机关具备资格的行政执法人员实施,其他人员不得实施”和第18条有关“由两名以上行政执法人员实施行政强制措施”的规定,行政处罚法第16条有关“限制人身自由的行政处罚权只能由公安机关行使”和第37条有关“行政机关在调查或者进行检查时,执法人员不得少于两人”的规定,都为国家排他性责任的保留提供了佐证。

〔37〕 有学者在反思目前较为混乱的行政委托现象时指出,行使公权力的组织原则上应当受民主统制——通过代议民主制和国家机构组织法特别是行政组织法等一系列法律制度,公权力的行使者接受民主统制,并在最终意义上向人民负责,“主权在民”原理由此也得到体现。公权力行使原则上不能委托给非行政机关组织,这是行政委托的内在边界。有鉴于此,论者认为我国的行政委托理论亟需正本清源,行政委托实践亟需适当收缩和明确界限。参见王天华:《行政委托与公权力行使——我国行政委托理论与实践的反思》,《行政法学研究》2008年第4期。

〔38〕 前引〔30〕,詹镇荣书,第3页以下。

〔39〕 例如,重庆市一度推行的所谓“政府回避型”立法模式就是典型事例。2007年4月4日,重庆市人民政府以渝府发〔2007〕52号文的形式发布《重庆市人民政府2007年立法计划》,提出要“全面实施开门立法”“探索立法起草回避制度”“进一步完善委托起草和招标起草的立法模式”,明确规定“与某一立法项目有直接明显利害关系的单位和个人,不得参与法规和规章的起草、审查和评审,不得主导立法进程”(参见秦力文、高维峰:《重庆试行立法回避制度首批6个立法项目规避利害关系单位实施委托或招标起草》,《法制日报》2007年7月12日第1版)。与传统的政府主导型行政立法模式相比,政府回避型行政立法模式对立法过程封闭性和部门利益本位性的克服都有助益。但是,这种极端做法在事实上改变了行政立法权的分配,难以保障行政立法的科学性、专业性和现实回应性,甚至与依法行政原则直接相悖。又如,媒体披露的“禹州式截访”事件中信访部门利用黑监狱、黑保安打压访民的做法就发人深思(参见杨继斌、刁宜豪、梁建强:《禹州式截访》,《南方周末》2013年2月21日第A1版)。

〔40〕 有关“绝对国家任务”与“相对国家任务”的区分,参见前引〔30〕,詹镇荣书,第269页。

〔41〕 参见许宗力:《论行政任务民营化》,载翁岳生教授祝寿论文编辑委员会编:《当代公法新论(中)》,台湾元照出版有限公司2002年版,第595页以下。

另一方面,需要引入“国家担保”概念,规范公私合作的运行,凸显国家在合作行政时代下的“担保责任”和“兜底责任”,防止国家责任的转嫁和逃逸。公私合作的兴起,预示着行政机关不再单方面地承担行政任务的履行责任,而是享有更为广泛的任务履行方式裁量空间。私人力量的引入在促进行政任务履行的同时,也使得公共福祉的增进和民众权利的保护面临新的威胁。为此,必须引入“国家担保”概念,区分不同层级的国家责任,确保国家“公益维护者”的角色不至于在合作行政的进程中丧失。担保责任是指,“特定任务虽由国家或其他公法人以外之私人与社会执行之,但国家或其他公法人必须负起担保私人与社会执行任务之合法性,尤其是积极促其符合一定公益与实现公共福祉之责任”。〔42〕相比较常态化的担保责任而言,“兜底责任”具有明显的备位性和补充性,只有在承担行政任务履行的私人一方出现重大危机或影响到公共利益时,行政机关才能够借助接管等措施予以应对。例如,公用事业特许经营严重不善时的临时接管、对严重违反社区戒毒协议的人员实施强制隔离戒毒等,都属于“兜底责任”的具体体现。基于国家基本权利保障者角色满足的需要,担保责任的具体化将成为合作行政法建构的重要内容。应当根据合作行政具体领域、环节和方式的不同,对国家和私人之间的责任层级和责任分配加以框定,适应“从国家任务到行政责任”时代变迁的需要。在给付行政领域的公私合作中,我国台湾学者许宗力曾经归纳出行政任务后民营化阶段担保责任的五项内容,即“给付不中断的担保义务”“维持与促进竞争的担保义务”“持续性的合理价格与一定给付品质的担保义务”“既有员工的安置担保义务”和“人权保障义务与国家赔偿责任之承担”。〔43〕在以私人参与警察任务履行为代表的秩序行政领域的公私合作中,“准入监督”和“行为监督”是国家担保责任的基本内容,但在特殊的合作形态下尚有例外的责任形式,如对民营消防队需要给予财政扶持、对民间拖吊从业者需要进行价格管制、对治安承包需要按照协议进行监督等。〔44〕可见,国家的担保责任和兜底责任是浮动的,不同层次的保护需求决定了不同形式的保护机制。

四、合作行政法的逻辑展开

每一种行政法理论背后,皆蕴藏着一种国家理论。〔45〕合作行政法的建构,并非要逃逸传统行政法学理论体系的束缚,毋宁说是对传统行政法学理论的某种补强和更新,是主动因应“法治国家”脸谱下的行政法学转向“合作国家”脸谱下的行政法学的现实需要。“合作国家”概念的首倡者是德国学者利特尔,我国台湾学者张桐锐借鉴其学说,将合作国家模型的特征概括为五个方面:第一,在任务主体方面,不再强调国家的中心地位,而毋宁是分散、多中心的任务实现结构。第二,在管制模式上,不再拘泥于国家的公共权力或中心地位,而是考虑如何利用或搭配不同的政策工具或手段,进行所谓工具化的社会自我管制。第三,在法律理性层面,起支配作用的法律模式是实质理性,法律规定的典型模式是

〔42〕 前引〔30〕,詹镇荣书,第125页。

〔43〕 前引〔41〕,许宗力文,第607页以下。

〔44〕 参见前引〔2〕,章志远书,第98页。

〔45〕 参见前引〔1〕,哈洛等书,第29页。

“目的模式”。第四，在行为形式中，典型的是合意式的行政行为，包括行政契约等已型式化的行为形式和无法律拘束力的协定等尚未型式化的合意行为。第五，在国家任务方面，不再局限于履行责任，而是有包括建议责任、组织责任和担保责任在内的各种可能的责任形态。^[46]合作国家形态的出现，暴露出法治国理念支配下的传统行政法学知识体系解释力和回应性的不足，但也远未达到需要予以整体性解构的程度。事实上，传统行政法学的总体框架大体上仍然能够适用于合作行政，但在基本概念的重述和规范框架的扩展方面尚待用力。为此，合作行政法框架结构的形成将面临“重申”和“重述”的双重任务，具体表现在主体论、行为论和救济论的更新之中。

（一）合作行政法的主体论

在合作行政模式兴起的新时代，主体论面临着如下三项具体的重述任务。

首先，应当以“行政任务履行”置换“行政权力行使”作为认定行政主体的核心要素。沈岿早在2000年就指出，当代公共行政的有效实施，必须建立在中央和地方合理分权以及国家和社会合理分权的基础之上。^[47]合作行政现象的出现，本身就预示着国家和社会之间的某种分权。《国务院关于推进中央与地方财政事权和支出责任划分改革的指导意见》（国发〔2016〕49号）的实施，描绘了中央和地方事权划分的法治蓝图。在分权改革的进程中，行政主体的概念应当与现代行政分散化和多样化的发展趋势相适应。为此，在重申行政主体作为“行政所由出的主体”描述性概念的同时，可将“行政权力行使”置换为“行政任务履行”，作为重述行政主体概念的核心要素。

其次，应当通过授权者、委托者、辅助者、举发者、监督者、和解者、私营者等相应角色的引入，在不同层次的合作法律关系中确定公私双方各自的法律地位。传统行政法律关系虽然也呈现出多元化的样态，但主要还是“管理者—被管理者”“服务提供者—服务享受者”的点状结构。私人参与履行行政任务后，会在行政机关、履行任务的私人及第三人之间形成多种面向的法律关系。为此，需要及时引入行政任务取向的法律关系思维，在不同的法律关系语境下识别相应的法主体身份，避免陷入“行政主体—行政相对人”的单线结构。

最后，应当以多层级、扁平化的行政组织法教义学研究超越传统国家直接行政独步天下的单纯行政主体理论研究。合作行政的兴起已经催生了大量新的组织形态，私法形式的行政组织也成为行政组织法的关注对象之一。这些私法组织形式或自然存在于社会之中，或因行政机构改革应运而生，但都能够通过与公共行政部门合作的方式完成特定的行政任务。为此，新行政法学的一项重要任务就在于“探究如何使组织的存在形式能够与扩大的行政任务的形态相适应”。^[48]

（二）合作行政法的行为论

就行为论而言，面对合作行政兴起可能引发的行政法体系的典范转移，同样需要依次完成三项具体的重述任务。

[46] 参见张桐锐：《合作国家》，载翁岳生教授祝寿论文编辑委员会编：《当代公法新论（中）》，台湾元照出版有限公司2002年版，第578页以下。

[47] 参见沈岿：《重构行政主体范式的尝试》，《法律科学》2000年第6期。

[48] [日]大桥洋一：《行政法学的结构性变革》，吕艳滨译，中国人民大学出版社2008年版，第52页。

首先, 契约作为社会治理的崭新工具, 正在诸多行政领域和具体环节获得广泛应用, 现代行政国家因之逐渐演变为契约国家。行政机关寻找和培育私人合作伙伴、实现由“通过权力的治理”转向“通过契约的治理”, 已成为公共行政发展的大趋势。“就程度和光谱的一端为原始权力、另一端是合同而言, 我们已经把治理的中心移向了合同。从权力转向合同并不意味着政府部门的终结。恰恰相反, 它意味着需要建立一种制度和管理能力去迎接我们面临的许多新的挑战。”^[49] 为此, 在行政行为大家族中, 行政契约有望与传统的行政处理行为形成双峰并峙的景观, 行政契约法制将成为行政行为法的核心议题。

其次, 合作行政的兴起衍生了大量未型式化的行政行为, “不断对未型式化的行政行为加以型式化”将成为行为论发展的新任务。^[50] 除了适度保留以命令控制为特质的行政处理行为、发展以协商合作为特质的行政契约行为外, 还应当积极探索行政和解、行政评估、行政约谈等“中性”行政手段的运用, 在行政行为内部体系构造上形成刚性行为、柔性行为和中性行为三足鼎立的格局。如此一来, 行政任务有效履行取向下的行为论将更加灵活, 新型行政手段的运用也能够依据功能的不同而作出情境化的辨析和定位, 避免陷入与传统行为形式一一对应的窘境。例如, 公布违法事实手段近年来在我国食品安全监管、环境治理、交通整治、价格监管等诸多领域得到了广泛运用, 并取得了十分明显的实施效果。立足功能主义的视角进行观察, 可以看出其自身至少具有“声誉罚”“行政强制执行”“公共警告”和“行政处罚结果公开”的四重属性。^[51]

最后, 需要有限度地承认行政机关的行为形式选择自由, 以便更好地完成日渐扩张和复杂化的行政任务。行政的行为形式选择自由是指, 除非法律规定行政机关应采取特定形式的行为, 否则行政机关为了适当履行公共行政任务, 达成公共行政目的, 得以选取适当的行政行为, 甚至也可以在法所容许的范围内选择不同法律属性的行为。^[52] 事实上, 警务辅助、治安承包、执行和解等现象的涌现, 就暗含着对行政机关行为形式选择自由的某种默认。同时, 相关领域立法的跟进和规范也体现出对形式选择自由负面效果的矫正努力。行政机关行为形式的选择自由, 是行政裁量权行使的具体表现, 仍然需要受制于裁量的一般界限。总体而言, 法律规范的强制性规定、干预行政与给付行政任务的区分、公法形式与私法形式绩效的对比影响着行为形式选择自由的实现, 构成了行政机关合义务的裁量限度。

(三) 合作行政法的救济论

就救济论而言, 合作行政的兴起动摇了司法审查的中心地位, 使得救济论面临着三项具体的重述任务。

首先, 法律为行政提供的“目的模式”超越了传统的“条件模式”, 司法审查的用武之地明显受到限制。基于对行政合法性控制的不懈追求, 传统行政法为行政机关提供了一种由构成要件和法律效果所组成的条件模式, 即构成要件一旦被满足就会产生相应的法律效

[49] [美] 菲利普·库珀:《合同制治理——公共管理者面临的挑战与机遇》, 竺乾威等译, 复旦大学出版社2007年版, 第51页。

[50] 参见前引[18], 林明锵文, 第357页。

[51] 参见章志远等:《公布违法事实的法律属性分析》, 《山东警察学院学报》2011年第6期。

[52] 参见程明修:《行政法之行为与法律关系理论》, 台湾新学林出版股份有限公司2005年版, 第290页。

果。合作行政的兴起则衍生了更为灵活的目的模式，即法律并未规定明确的构成要件，仅规定法律所要达到的目的，至于达成目的的手段则由行政机关在个案中自主决定。^[53] 条件模式既为行政行为提供了预设的程序规范，也为司法审查提供了直接的评判标准。然而，目的模式的流行割裂了这种内在关联，使得司法审查在面对合作行政事项时显得力不从心。为此，面向行政的行政法学将逐渐取代面向司法的行政法学的中心地位。

其次，在救济体系的内部构造上，应当充分发挥行政复议的主渠道功能、行政调解的分流作用和协商谈判的补充作用，回应合作行政不同层面争议解决的现实需求。2014年修订后的行政诉讼法第12条将“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”的纠纷纳入行政诉讼的受案范围之中，显示出新法对合作行政兴起的局部回应。不过，三年多的司法实践表明，这一仓促的制度安排并未取得预期成效。一方面，此类协议纠纷真正进入司法审查程序的非常罕见；另一方面，政府采购法、基础设施和公用事业特许经营管理办法等法律规范有关争议解决的规定与新行政诉讼法并不一致。面对更多行政领域和具体环节合作进程中的潜在争议，新行政诉讼法则未予回应。为此，在国家治理体系和治理能力现代化的语境中，应当充分发挥司法之外的多元化纠纷解决机制的作用。除了寄望于公私合作双方自行协商谈判解决争议外，更应将行政复议制度建设成为我国行政纠纷解决的“主渠道”；^[54] 同时，还应当发挥正在生长之中的行政调解制度的分流作用，使合作行政引发的纠纷能够得到快速解决。

最后，就有限的司法审查而言，应当坚持行政纠纷实质性化解和预防行政纠纷发生的新理念。一方面，行政诉讼法第1条将“解决行政争议”明确列为行政审判的基本目的，需要更加注重协商和解式纠纷解决机制的运用，有效管控公私合作运行中的风险，推动公私合作的顺利进行；另一方面，“从源头上预防和减少行政争议发生”是我国和谐社会政治话语体系的重要组成部分，应当体现在司法解决合作行政争议的过程之中。“法院有必要提供原则上的灵活性以容纳公与私的新混合，而不作非此即彼的选择”，^[55] 为此，应当倡导合意的行政争议解决方式，充分保障公私合作的有效运转。

综上，面对合作行政模式的兴起，行政法学应当从新思维的塑造开始，通过新原则和新范畴的引入，实现主体论、行为论和救济论的全面更新。合作行政法的形塑，既非简单套用总论，也非完全另起炉灶，而是一项兼有重申和重述任务的事业。一方面，合作行政模式并未完全颠覆传统行政法学的知识体系和思维方式，甚至在某些问题的处理上还有新瓶装旧酒的意蕴，重申传统行政法学的范畴和原则仍有必要；另一方面，合作行政模式也的确为传统行政及行政法的理念更新和制度建构带来了新的推动力，在若干问题的处理上必须有新的思维和技术，重述行政法学的范畴和原则相当迫切。“行政合作法将是行政任务民营化潮流中现代行政法之不可或缺部分，其主要结构特征应是在宪法框架下，连接组织、程序、行为形式以及争讼、赔偿权利救济途径等各个行政法领域所形成的整体法规网络。”^[56]

[53] 参见前引[46]，张桐锐文，第569页以下。

[54] 参见应松年：《行政复议应当成为解决行政争议的主渠道》，《行政管理改革》2010年第12期。

[55] 前引[20]，塔格特编书，第141页。

[56] 前引[30]，詹镇荣书，第39页。

结 语

德国公法史学家米歇尔·施托莱斯曾言：“公法思想和著述的核心是国家形象。每个时代都要树立其神话和模范形象，它们可能建立在本能的直觉基础上，是‘前科学的’，也可能是在较高理论水平上形成的国家法基础。伴随这些模范形象并与之盘根错节的是各种偏离思潮和反对思潮。”〔57〕本文的研究表明，在当代中国激荡的社会变革进程中，已经形成了一种全新的合作行政模式，对传统的国家与人民之间的关系产生了深刻影响。与此相伴随，建立在公私对立基础之上、以行政合法性控制和行政相对人权利保障为取向、以司法审查为后盾的传统行政法学遭遇到了结构性挑战，在观念与原则、关系与主体、行为与责任等层面都面临诸多不适，行政法学发展需要直面法治国家向合作国家的嬗变。作为一种建构新的中观部门行政法的学术努力，本文提出应从三方面完成合作行政法的形塑，即引入“与行政任务有效履行使命相适应的辅助性原则和合作原则”“与界限论和责任论相适应的国家保留和国家担保概念”“与合作国家模型相匹配的行政主体论、行为论和救济论”，以使我国的公私合作治理获得最低程度的法律框架可资遵循。

与欧美国家“重新建构行政法概念”〔58〕不同的是，我国行政法学发展同时面临两方面的艰巨任务，一是以维系依法行政原则为目标的行政法释义学尚未完全确立，概念精准化、体系严密化仍然是行政法学研究的基础性工作；二是以应对当代行政实践飞速发展为目标的新行政法学亟待推进，现实回应性、变革指导性同样是行政法学研究的前沿性工作。合作行政模式的兴起，预示着国家形象的变迁，为行政法释义学的更新和新行政法学的发展提供了契机。未来行政法学研究范式的转型，尚需从如下两方面努力：

一方面，应当更加关注行政面相的行政法学研究。当代中国的行政法学发展正呈现出“司法面相”与“行政面相”激烈角逐的格局。就研究进路而言，前者立足中国本土的经典案例，从司法裁判的梳理中发现司法智慧，检讨行政法理论学说的得失，努力建构中国本土化的行政法学话语体系；后者则聚焦行政活动的实体面相，从具体行政领域的规制实践入手，通过规制目标、规制权限和规制手段的分析，建构对真实世界行政过程具有现实回应性的行政法学理论体系。就理论品格而言，前者将视野限定于法律解释和法律技术分析，过于关注“行政的病理”；后者则将视野扩及形态各异的行政过程，通过行政学视角的引入增强了行政法学的回应性。〔59〕

另一方面，应当更加关注中观面相的部门行政法研究。部门行政法研究在当代中国的兴起，促成了行政面相的行政法学的发展。其中，以现实问题解决为导向、以精耕细作为特质的微观面相的部门行政法研究占据了主流地位。微观部门行政法的持续深入研究，能够为行政法总论的完善提供丰富的素材，但也面临简单套用总论原理和过分纠缠技术细节的双重风险，使得行政法学研究呈现“碎片化”的局面。为此，需要适时整合具有共性的

〔57〕 [德] 米歇尔·施托莱斯：《德国公法史：国家法学说和行政学（1800-1914）》，雷勇译，法律出版社2007年版，第125页。

〔58〕 M. J. Breger, *Regulatory Flexibility and the Administrative State*, 32 *Tulsa L. J.* 325, 354 (1996).

〔59〕 参见前引〔48〕，大桥洋一书，第263页。

若干个微观部门行政法研究，通过“中度抽象水准”〔60〕论题的提炼，生长出各具特色的中观面相的部门行政法，使行政法学总论的检验、修正、反哺和发展获得更为坚实的基础。本文所聚焦的“合作行政法”命题的提出和论证，就是笔者基于对公用事业特许经营、私人参与警察任务履行等多个微观部门行政法的长期观察，提炼而成的新的中观面相部门行政法。笔者相信，合作行政法与规制行政法、风险行政法、发展行政法等更多初具规模的中观部门行政法的日臻完善，代表着我国未来新行政法学的发展方向，并有望终结行政法学“不断去找寻自我”〔61〕的命运。

Abstract: In the practice of implementing the administrative rule of law in a period of social transition, a new comprehensive trend towards public-private cooperative governance is taking shape in China. Faced with the rise of the mode of cooperative administration, traditional theory of administrative law, which is established on the opposition between public and private interests, focused on controlling the legitimacy of administrative acts and protecting the right of administrative counterparts, and supported by judicial review, is being structurally challenged and faced with the arduous task of restructuring at such levels as concepts and principles, relationships and subjects, and acts and responsibilities of administrative law. To meet the practical needs of cooperative administration, the construction of cooperative administrative law is especially important. In order to overcome the obstacles to the establishment of the concept and to ensure the smooth implementation of the system of public-private partnership, China should follow the doctrines of the limit theory and the responsibility theory and fulfil the following basic tasks in the construction of cooperative administrative law: firstly, to introduce the principles of subsidiarity and cooperation into the objective of effective fulfilment of administrative tasks; secondly, to introduce the concept of state reservation and guarantee into the construction of the bound and responsibility theories; thirdly, to restate the theories of administrative subjects, acts and remedies against the background of transformation of the state from a rule-of-law one to a cooperative one.

Key Words: public-private cooperation, cooperative state, administrative law, cooperative administrative law

〔60〕 前引〔29〕，Eberhard Schmidt-Assmann书，第12页。

〔61〕 叶俊荣：《行政法案例分析与研究方法》，台湾三民书局1999年版，第2页。