

功能主义视域下的行政协议

徐 键*

内容提要：行为要素思路是当前识别行政协议的主流思路，其以合意行为是否具备特定的公法要素为聚焦点，忽视了对行政协议的目的功能及应用场域的关照，使得行政协议与行政私法行为的区分变得困难。行政协议是针对高权行政领域等级化之行为模式及组织机制的反思性产物，对行政协议的识别不应跳出高权行政的范围。面对高权行政中传统行政模式的弹性不足问题，行政协议通过行为机制的革新强化相对人的意愿交流能力；通过组织机制的改造来回应当务执行的合作需求。基于功能目的上的差异，行政协议可以类型化为程序介入型协议和公务转移型协议。以类型化为基础，运用不同的规则和方法，可以便利行政协议的识别。

关键词：行政协议 行政私法行为 高权行政 合作行政

引 言

行政机关与相对人以变动行政法律关系为目的，互为意思表示而合致成立行政协议，早已为行政法理论所接受，并“被用来作为推行行政政策的理想手段而为实践所接纳”。〔1〕2014年修改的行政诉讼法在制定法层面确认了作为行政诉讼裁判对象的行政协议。行政协议的法律构造及作用力的发生逻辑显著区别于传统的行政手段，对于其范围的认识，学理及实践中一直存在争议，〔2〕行政诉讼法也未能提供确定的指引。为指导行政协议案件的审判工作，最高人民法院于2019年公布了《关于审理行政协议案件若干问题的规定》（以下简称“行政协议司法解释”），尝试在司法政策层面对行政协议进行定义，〔3〕但有关行政协议范围的争议并未就此平息。〔4〕

* 上海财经大学法学院副教授。

〔1〕 余凌云：《行政契约论》，中国人民大学出版社2000年版，前言第7页。

〔2〕 参见杨科雄：《试论行政协议的识别标准》，《中国法律评论》2017年第1期，第61页以下；陈天昊：《行政协议的识别与边界》，《中国法学》2019年第1期，第140页以下。

〔3〕 参见最高人民法院《关于审理行政协议案件若干问题的规定》（法释〔2019〕17号）第1条、第2条。

〔4〕 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》，《环球法律评论》2020年第1期，第5页以下。

行政协议是对以单方支配性为特征的传统高权行政模式的突破。司法实践中,行政协议被认为是一种经“合同化”改造的“特殊类型的行政行为”,^[5]或者说是一种具有行政行为属性的合同。^[6]要具有行政行为的属性,行政协议就需要在主体、目的及内容等要素上满足特定的要求。2015年的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》(以下简称2015年“行诉法解释”)第11条及此后的“行政协议司法解释”,都是通过对行为要素的提取和组合形成对行政协议的定义。^[7]基于该定义,行为要素的满足与否也成为理论和实践用以识别行政协议的一般思路。

作为高权行政的手段,行政协议需要满足公法法律形式所需具备的基本要素。以行为要素的满足与否作为行政协议的识别标准,也符合逻辑。不过,行政协议毕竟有别于传统的公法法律形式。行政协议应当具备哪些行为要素,这些行为要素在个案中如何实现准确归入,在实践中依然存在诸多不确定性。行政协议所要解决的是高权行政中传统行政模式弹性不足的问题,其应用场域因而被限定于高权行政领域。行为要素思路聚焦于行政协议与行政行为在要素构成上的形式相符性讨论,往往会忽视行政协议在应用场域上的限定,使得行政协议的识别陷入与行政私法行为的区分纠缠之中,极易导致行政私法活动的“高权化”。同时,行政协议在公私部门合作达成公共服务目标方面也发挥着组织整合功能。合作行政协议不再被单纯地作为一种行为来对待,而是具有了治理工具的意义。围绕行为铺展的行为要素思路,往往难以把握合作行政协议的识别重心,这也是理论上尝试以公务标准识别合作行政协议的重要原因。以优化行政协议的识别规则与方法为立足点,有必要对行政协议的功能及基于功能的协议类型化展开研究,以期深化对行政协议作用机制的理解,便利行政协议的识别。

一、识别行政协议的行为要素思路及其问题

(一) 识别行政协议的行为要素思路

公私法二元论是主导大陆法系国家法治建构的基础,也是法释义学的前提。私法提供的是一个自我形塑利益并展现其自主性的框架;公法则为规约受特别公益付托的高权主体的公职务法。^[8]为了对高权主体的行为作正当化规训,在私法秩序外营构一个旨在强化高权行为说理义务的公法秩序,是公私法二元论的基本点。大陆法系国家行政法体系循此展开、建构和发展。然而,20世纪后半叶,国家的膨胀超过“危险防御”的范畴,与几乎所有的社会力量相往来。^[9]国家干预主义进一步使公私法的混合形式冲击着以国家与社会的

[5] 参见曹志鹏与长葛市人民政府、长葛市长兴路街道办事处土地补偿行政协议案,最高人民法院(2019)最高法行申13735号行政裁定书。

[6] 参见潍坊讯驰置业发展有限公司与安丘市人民政府行政协议案,最高人民法院(2017)最高法行申7679号行政裁定书。

[7] 2015年“行诉法解释”已被2018年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》取代,但后者没有对行政协议作出规定。

[8] 参见[德]施密特·阿斯曼:《秩序理念下的行政法体系建构》,林明锵等译,北京大学出版社2012年版,第266页以下。

[9] 参见[德]Michael Stolleis:《德意志公法史导论》,王韵茹、李君韬译,元照出版公司2016年版,第160页。

区分为基础的公私法二元体系。行政任务的多样化使得行政活动在促进公共目的达成的过程中,于行为形式、组织方式等方面产生了运用私法工具的需要,公私两个法律制度以多样的方式相互影响。^[10]在公私法交错的复杂情境下,为使两种法秩序保持各自的体系自治,秉持公私法二元论展开的法释义学特别注重对相关行为所具备的公私法要素的提取,并以此确定行为的性质,使法的适用及行为的调整在各自的法秩序中得到考量。

行政协议是介于官方高权行为与行政私法行为的中间手段,是公私法交错的典型领域,但其具有高权行政的性格而整体受制于公法的支配,也是一种共识。^[11]以此为立足点,在以行政行为为中心建构的行政法体系中塑造一种谓之行政协议的行政行为形态,^[12]并用行政行为的基本要素对其进行定义,成为了我国行政法理论与实践的主流观念。行政协议因而被认为应当满足行政行为中除单方表意这一意思要素外的其他要素。^[13]由于职责要素是用以判断行政行为是否合法的要素,“行政协议司法解释”在诉讼入口意义上对行政协议进行定义时,仅保留了主体、目的、合意及效果(内容)四个要素。司法实践中,这四个行为要素的提取及组合构成了识别行政协议的标准体系。

(二) 行为要素思路存在的问题

与法律适用中的涵摄一样,将行为要素在个案事实中进行归入,符合惯常的法律思维过程。不过,要有效识别行政协议,尚需解决两个问题:一是行为要素的合理确定;二是要素在个案事实中的准确归入。

第一,关于行为要素的确定。作为模式化的行政行为,行政协议应满足行政行为的基本要素;作为特殊类型的行政行为,行政协议应满足的要素又不同于单方行政行为。行为要素的确定是定义与识别行政协议的关键。对此,2015年“行诉法解释”认为,行政协议应满足行政主体、行政目的、法定职责和行政法上权利义务内容等“行政性”要素以及意思表示一致等“合同性”要素,而此后的“行政协议司法解释”认为,行政协议不需要满足法定职责要素,由此产生了职责要素是否构成行政协议应满足之行为要素的争议。关于法定职责,一般有两层理解:一是行政管辖权,即行政机关的事务、级别和地域管理权限;二是行政职权,即行政机关在管辖权限内履行职责的方式。基于依法行政原则,行政机关仅能在管辖权限内以适当的方式履行职责。但是,按照具体行政行为的一般原理,行政机关在法定职责外单方作出变动特定相对人行政法上权利义务的行为,仍构成具体行政行为。

在行政协议的定义与识别上也存在类似的逻辑。^[14]法定职责似乎不属于构成行政协议所必备的行为要素。然而,具体行政行为的表意因其单方性和强制性被自动推定为行政意

[10] 参见前引[8],阿斯曼书,第275页。

[11] 参见陈敏:《行政法总论》,新学林出版股份有限公司2013年版,第16页。

[12] 根据我国行政法理论的通说,行政行为以意思要素为标准可以分为单方行政行为和双方行政行为。行政协议属于双方行政行为的一种具体形态(参见姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社2019年版,第150页)。2014年修改后的行政诉讼法将可诉行为从具体行政行为扩展至行政行为,被认为“扫清了双方行政行为登堂入室的法律障碍”(参见李广宇:《新行政诉讼法逐条注释》上册,法律出版社2015年版,第101页)。

[13] 参见大英县永佳纸业有限公司与大英县人民政府不履行行政协议纠纷案,最高人民法院(2017)最高法行申195号行政裁定书。

[14] 参见清远盛兴投资有限公司与清远市清城区人民政府行政协议案,最高人民法院(2020)最高法行申3832号行政裁定书;淮安市红太阳物流市场有限公司与江苏涟水经济开发区管理委员会、涟水县人民政府行政协议案,最高人民法院(2019)最高法行申68号行政裁定书。

志，行政协议却是以合意的方式表达行政意志。由于行政机关也会以民事主体的身份订立合同，合同意思的行政性构成了识别行政协议的实质标准。理论上，判断合同意思是否属于行政意志，关键看它是否具有行政法上的权利义务内容。这也是德国行政法理论将协议标的作为行政协议判断标准的原因。问题在于，在很多情况下，仅通过合意的内容难以明确协议的法律属性，行政机关是否具有法定职责便成为判断标准中的“本质要素”。^[15]例如，对于包含奖励条款、办理行政手续条款的投资协议，如果提供奖励、办理手续并非当务行政事项的法定职责，则该协议仅属单纯投资合同，相应的条款属于民事合同中的激励条款和协助义务条款。^[16]事实上，从司法实践来看，针对国有土地收储协议、^[17]国有土地租赁合同、^[18]投资合作协议等，^[19]仅通过目的要素或内容要素难以确定协议性质时，还需要依赖职责要素进行判断。以至于有人认为，职责要素在识别行政协议时往往具有“本质性地位”。^[20]可见，在“行政协议司法解释”已明确行政协议行为要素之构成的情况下，行政协议应当通过哪些行为要素加以识别，在学理和实践中仍有不小的争议空间。

第二，关于要素在个案事实中的归入。行为要素思路以要素的确定为前提，通过将要素在个案事实中逐次归入，实现对协议性质的判定。理论上，一个要素能否归入案件事实，其结论应当是唯一的，但要素的归入是一个主观性很强的思维过程。实践中，针对同一类或同一个案件事实，不同法院甚至同一法院的不同业务庭在要素归入上也会存在不同看法。以目的要素为例，在“华严公司案”中，法院认为订立含有财政补助条款的合作协议，目的仅是为了促进旅游业发展，而不是实现公共利益或行政管理目标。^[21]但是，在“华诺森公司案”中，法院却认为订立通过财政补助方式促进生物产业发展的入驻协议“系基于行政管理目的”。^[22]由于目的要素高度抽象化，即便是在已经形成一定共识的领域中，法院在要素的归入上也会存在分歧。例如，公共工程建设合同属于典型的民事合同（建设工程合同）。在“凤翔自来水厂案”中，^[23]案涉农村饮水安全工程投资合作协议约定了工程内容、工程费用、付款方式等条款，不涉及供水服务内容，应属供水工程建设合同。法院却

[15] 在前引〔13〕，“大英县永佳公司”案中，法院认定《资产转让协议书》为行政协议的理由是，《资产转让协议书》系大英县政府为履行环境保护治理法定职责，由大英县政府通过回马镇政府与永佳公司订立案涉协议替代作出责令停业、关闭决定，其意在通过受让涉污企业永佳公司资产，使其退出造纸行业，以实现节能减排和环境保护的行政管理目标，维护公共利益。

[16] 参见重庆红星美凯龙企业发展有限公司与玉林市人民政府、玉林市玉东新区管理委员会合同纠纷案，最高人民法院（2017）最高法民终350号民事裁定书。

[17] 参见重庆秦皇建材有限公司与重庆市万州区人民政府解除行政协议案，最高人民法院（2016）最高法行申947号行政裁定书。

[18] 参见安徽通德房地产开发有限公司与蚌埠市国土资源局土地租赁合同纠纷案，最高人民法院（2016）最高法民终638号民事裁定书。

[19] 参见云南普杰投资有限公司与嵩明县人民政府嵩阳街道办事处合同纠纷案，最高人民法院（2015）民申字第3591号民事裁定书。

[20] 前引〔2〕，陈天昊文，第142页。

[21] 参见北京华严文化投资有限公司与沈阳沈抚新城管理委员会合同纠纷案，最高人民法院（2018）最高法民终938号民事判决书。类似观点在最高人民法院此后的判例中亦有体现，参见新乡市新东实业有限公司与新乡市红旗区人民政府等合同纠纷案，最高人民法院（2019）最高法民申6492号民事裁定书。

[22] 参见华诺森（武汉）生物医药技术有限公司与武汉东湖新技术开发区管理委员会、武汉国家生物产业基地建设管理办公室返还定金、支付违约金并行政赔偿案，最高人民法院（2019）最高法行申857号行政裁定书。

[23] 参见南陵凤翔自来水厂与南陵县人民政府履行行政协议给付义务案，最高人民法院（2016）最高法行申4750号行政裁定书。

以工程建设项目旨在满足供水公共需求的目的为由,将其认定为行政协议。相反,公共工程建设运营合同因在工程建设外使私人分担了公共工程的运营任务,与公共服务具有充分的关联性,应属行政协议。“新陵公司案”中的投建经营公路项目协议便属此种情形。^[24]然而,该案审理法院认为,该协议的目的是建设公路并进行营利性经营,无法实现公益目的要素的归入,应认定为民事合同。

在“行政协议司法解释”认定的两大实质要素中,不仅目的要素的归入存在不确定性,内容要素也同样如此。例如,招商引资协议往往会约定协助办理行政手续条款,至于该种条款是否为行政机关设定了行政法上的义务,司法实践中存在分歧。在“斯托尔公司案”中,^[25]案涉协议约定“管委会负担协助斯托尔公司办理完成其申请的行政审批和登记手续,争取政策补贴,帮助减免建设规费等义务”。法院认为,该约定“涉及地方政府不同职能部门的行政职权,分别受多部行政法律规范调整,具有明显的行政法上的权利义务特征”。然而,在“重庆红星美凯龙公司案”中,^[26]对于协议约定的“协助乙方办理《国有土地使用权证》、项目审批等手续”的义务,法院却认为“不是行政机关行使行政职权的行为,而是辅助另一方合同主体履行合同”,即协助办理行政手续义务属于合同约定的履行协助义务。再如,在颇具争议的国有土地使用权出让合同中,^[27]规划条件条款、行政手续办理条款等往往被认为是为受让人设定的行政法义务。^[28]但是,上述条款既非意定条款,也不是对法定抽象义务的具体化。其中的规划条件是由规划部门依据控制性详细规划确定,并作为规范国有土地使用权出让活动及土地利用活动的措施性立法,^[29]私人间的国有土地使用权转让及后续的土地利用活动亦应遵从。合同中记载的按规定办理相关登记、使用权续期申请等行政手续办理条款,则是对法规范规定之程序性义务的复述,在功能上仅具有提示意义,而不是新设义务或将立法上的抽象义务转化为合同上的具体义务。^[30]即使合同未作约定,也不能免除该等法定义务。这些被认为设定了行政法上权利义务的条款,实际上并非合意表达的行政意志,无法实现内容要素在合同中的归入。要素的归入或许只是一个技术问题,归入与否的结果在理论上也具有客观唯一性,但要素的归入错误或类案事实中归入结果的不一致,在司法实践中并非个别现象。这种不确定性无疑会使人们对行为要素思路的可靠性、有效性

[24] 参见河南新陵公路建设投资有限公司与辉县市人民政府合同纠纷管辖异议案,最高人民法院(2015)民一终字第244号民事裁定书。

[25] 参见香港斯托尔实业(集团)有限公司与泰州市人民政府等招商引资协议案,最高人民法院(2017)最高法行再99号行政裁定书。

[26] 参见前引〔16〕。

[27] 行政诉讼法及“行政协议司法解释”有关行政协议的条款中没有例示国有土地使用权出让合同,全国人大常委会法工委在询问答复中认为该类合同争议属于民事争议(见“国土资源部门解除国有土地使用权有偿出让合同属于民事争议还是属于行政争议”,http://www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/xinwen/lfgz/xwdf/2004-12/25/content_337521.htm,2020年11月13日访问)。但是,学说、地方立法、司法政策及司法裁判将该类合同定性为行政协议,却是近年来的一种倾向性意见。见《湖南省行政程序规定》(湖南省人民政府令第222号)第93条;《浙江省高级人民法院关于房屋征迁纠纷等案件受理问题的通知》(浙高法〔2015〕171号)第2条。

[28] 参见余凌云:《行政协议的判断标准——以“亚鹏公司案”为分析样本的展开》,《比较法研究》2019年第3期,第110页。

[29] 参见城乡规划法(2019)第38条。

[30] 在青岛南太置业有限公司与青岛市崂山区国土资源局国有土地使用权出让合同纠纷案中,法院认为,“政府对有关事项或者合同审批或者批准的权限和职责,源于法律和行政法规的规定,不属于当事人约定的范畴”。参见最高人民法院(2004)民一终字第106号民事判决书。

产生顾虑。

（三）问题的成因

行为要素思路聚焦于对协议之公法要素的提取和判断，行政协议的识别被有意或无意地化约为一个与行政私法行为的区分问题。为获得一个更有效率的交易基础，行政机关也会从事私法活动，但行政机关并非私人，它并不存在完全受其本身支配的利益，其从事的活动必须满足同机关相联系的公共需要。^[31]同时，基于宪法平等权的保障、公务廉洁性的维持、预算及公共财务准则的执行、合法性及内容适当性的层级监督等需要，行政私法行为也会或多或少地受制于公法。在行政私法行为中，缔约相对方的选择和缔约条件的确定，并不是行政主体自由判断的结果，而是其立基于客观准则作出的决定。^[32]这些因素使得行政协议与行政私法行为的区分变得相当困难，也导致行为要素思路在识别行政协议的过程中面临种种不确定性。

与具体行政行为相比，行政协议无非是在行政意志的形成及表达上以公私双方的共同决定取代了行政机关的单方决定。它并没有改变行政意志作用的领域，而只是尝试通过合意这种更具弹性的方式来形成和表达行政意志，弥补高权行政中传统行政模式在民主、回应、效能、合作等方面存在的不足。行政协议的适用也应仅限于高权行政领域，否则会导致行政私法活动的“高权化”，^[33]违背引入行政协议的初衷。行政协议是“法律发展史上弥补公私法之间隔阂一个不容小觑的制度创新”，^[34]有极强的目的指向和特定的功能承载。行为要素思路以合意行为是否具备特定的公法要素为聚焦点，忽视了对行政协议的目的功能及应用场域的关照，很容易在要素的归入上陷入与行政私法行为的无谓纠缠。行政协议应当具备公法法律形式所需的基本要素，以此为前提，识别行政协议的行为要素思路具有合理性。但是，要素的确定和要素在个案事实中的归入所面临的问题表明，对行政协议的识别，还需结合公共行政中引入行政协议的功能目的和作用机制，调整和优化识别规则和方法。

二、功能导向下行政协议的作用机制

行政协议的观念及法制，伴随着高权行政中权利保障的强化、非束缚性管制工具的运用而产生。在以行政行为为中心建构的行政法体系中，行政协议被塑造成了旨在重塑行政活动中国家与人民关系的“非典型的行政行为形式”，^[35]如德国行政程序法就是将行政协议定位为典型行政行为的替代形式。^[36]但是，在法国，行政协议的适用被限定在行政警

[31] 参见 [葡] 苏乐治：《行政法》，冯文庄译，法律出版社 2014 年版，第 11 页。

[32] 参见 [意] Giampaolo Rossi：《行政法原理》，李修琼译，法律出版社 2013 年版，第 231 页。

[33] 在法国，政府采购合同、公共工程承揽合同等通过“法定行政协议”的方式被纳入行政协议的范围。对此，有观点认为，“将一些未能透过标的或固有性质证立其特殊性的契约，都纳入行政契约之中，不仅造成行政契约观念的肥大，且掏空或弱化行政契约观念的逻辑和融贯性，衍生理论层面的问题”（王必芳：《论法国行政契约的特点》，《台北大学法学论丛》总第 102 期（2017 年），第 114 页）。

[34] 贺小荣：《行政协议的创设与国家治理方式的转型》，《中国法律评论》2017 年第 1 期，第 31 页。

[35] 江嘉琪：《德国（含欧盟）行政契约理论发展之趋势》，载我国台湾地区行政法学会主编：《行政契约之基础理论、法理变革及实务趋势》，元照出版公司 2013 年版，第 2 页。

[36] 德国行政程序法（1997）第 54 条规定，公法范畴的法律关系可以通过合同设立、变更或撤销，但以法规无相反规定为限。行政机关尤其可以与拟作出行政行为的相对人，以签订公法合同代替行政行为的作出。

察以外的领域,尤其是公共服务领域,^[37]“行政协议鲜少代替单方行为作为提供人民给付(更遑论干预人民权利)的手段,而是结合私部门以共同达成公共服务使命的工具”,^[38]行政协议的行政性体现在以公共服务为使命而非其行为属性。德法两国在认识行政协议上的不同侧重,分别是对过度倚赖强制性支配之传统行为机制和过分强调国家与社会相互分离之传统组织机制的反思。这揭示了行政协议具有的两种作用机制。

(一) 强化意愿交流的行为机制

行政表现为一种以必要的公权力为基础,由处于绝对支配地位的行政机关单方形成和表达公意并作用于私人的强制力。行政之所以能通过单边主义的行为模式表达意志,并对私人产生效力,除了因其作为社会合意之产物的立法指令的执行行为而具备正当性基础外,^[39]还在于它是一种以满足一般公益为目的的权力运作。一般公益并不能从私人个体那里得到满足,行政的作用力也就无需取得私人的认可。在此种行为逻辑下,行政在总体上被认为是一个弱化意愿交流的权力过程。凭借政治上的优越性而使人民绝对服从的所谓威权行政,也便成为了行政作用的经典形态。

伴随工业化、城市化的快速推进,个人生活对国家的依存性不断增强,行政的作用不再被局限于危险防止等指向干涉私人自由的领域。积极营构维护人性尊严、维持最低限度生活的生存照顾义务以及据此展开的给付行政愈渐受到人们的瞩目。除了对社会性或经济性弱者给予的救助意义上的给付外,诸如市政设施、文教设施、公益事业等设施或事业,作为行政给付的物的手段或人及物的手段的整体,也被纳入高权行政的范畴。与此同时,基于现代社会所盛行的福利国家理念,为确保经济或产业的协调发展及社会分配正义的实现,国家以社会性或经济性政策为基础施以的引导行政,在国家向人民提供利益性给付的共通性视角上,也被纳入与给付行政一体考虑的范围。^[40]行政给付因而也被定位为行政机关以高权地位实施的公权力活动。

当然,在以公权力为基础的高权行政之外,行政机关也需从第三方获取履职所需的物力及人力等资源,或者对由其支配的经济资源进行利用或处分。行政机关在特定情形下也具有民事法律地位,以此与私人发生私法上的权利义务关系。此时,行政机关不能单方地、强制地实现对第三人的作用力,而需与私人进行必要的协商。倘若行政机关与私人之间缺乏合意,则会在根本上阻止针对私人的法律效力的产生。在公私法严格区分的框架下,以威权行政为主要表征的高权行为与行政私法行为就构成了“行政”的两类行为形式。

行政的行为形式呈现多样形态,且行政机关在特定情况下拥有形式选择自由。但是,通过威权行事并单方作出决定,仍是行政机关行使行政权的典型模式,也是行政活动最普遍的形式。^[41]面对以威权行政为主要表征的行政活动,传统理念认为,行政主体与相对人的关系在状态上是一种利益冲突关系,在行为上是一种斗争关系,在观念上是一种互不信

[37] 参见前引〔33〕,王必芳文,第80页以下。

[38] 同上文,第108页。

[39] 参见〔美〕理查德·B.斯图尔特:《美国行政法的重构》,沈岷译,商务印书馆2002年版,第6页。

[40] 参见严益州:《德国行政法上的双阶理论》,《环球法律评论》2015年第1期,第90页。

[41] 参见〔葡〕迪奥戈·弗雷塔斯·亚玛勒:《行政法教程》第2卷,黄显辉等译,社会科学文献出版社2020年版,第303页。

任的关系，行政因而被认为是一种主权者的命令。^[42]行政活动在以社会秩序为价值取向的指引下形成了“命令—服从”模式。^[43]行政的目的仅需通过威权性手段的使用便可实现，其间并无必要引入相对人的意愿参与。即使是一定程度上摆脱了威权色彩的给付行政，除在给付的申请、撤回、接受等方面赋予相对人自由决定的意愿外，在条件与标准的设置、给付因素的考量、给付与否的决定等核心领域，仍体现出明显的单边主义特征。然而，行政机关倘若绝然倚仗强制性支配的观念来推挤行政，难免招致相对人一方的反感甚或抗拒。因此，现代行政理念认为，行政机关与相对人双方的利益是一致的，双方之间的关系是服务与合作的关系，是相互信任的关系。^[44]以互动式的意见沟通替代单向式的意思传输，是信任关系得以维系的基础。行政活动尽可能弱化威权色彩，通过程式化的制度装置强化法律关系主体之间的意愿交流，成为现代行政的基本特征。诸如陈述与申辩、听证等旨在增强行政机关与相对人之间意愿交流的程序装置也在行政过程中被普遍引入。

因应行政行为形式的多样化及行政活动的多阶段化，在相对人与行政机关间的意愿交流中，“人民并非消极地，而系积极地影响程序之进行，其在行政程序中具有特定的法律地位”。^[45]不过，就参与关系的实质而言，旨在便利人民参与、促进人民意见表达的程序装置，在总体上依然被定位为传统单向度的行政活动得以平稳展开的必要辅助。它们并没有在根本上改变相对人在行政活动中被行政权支配的地位，法律关系主体之间依然处于严格的等级化体系之中。与上述行政活动中的程序装置之作用机制一样，通过仿照私法上的协商合意机制形塑的行政协议，也是为人民提供的一种在程序上参与决定的机会，^[46]是行政过程中私人参与意愿交流的客观化、程式化的法律形式。但是，相较于传统的意愿交流机制，行政协议不仅强化了意愿交流的深度，且在意愿交流的基础面上实现了根本性飞跃。具体而言，行政协议通过行政机关与相对人的共同行为来实现行政权的作用力，是行政权力与私人权利相结合的产物。以至于有人认为，行政协议关系中，“在积极与消极、相互关联的地位上，任何一方当事人同时向对方享有权力”。^[47]原本严格的等级化关系体系在行政协议的订立与内容的实现过程中被消解，相对人不再只是行政权的作用对象，转而成为决定行政权之作用力产生的实质主体。行政相对人在行政协议订立过程中的参与，不再只是为了促使行政程序的发动或为行政程序的推进创造特定条件，而是以行政活动的主体身份分享行政的决定权。要而言之，行政协议的塑造有其特定的功能与旨趣：不是使行政机关如同私人去运用合同以满足特定的公共需要，也不是创设一种具有类似原理的、新型的行为形式，以便在以行政行为为中心建构的行政法体系中获得规范和调整，而是在原本严格等级化的高权行政中引入强化意愿交流的程序机制，通过凸显相对人的主体地位，纾解传统行为模式中当事人之间的对抗关系，便宜实现行政管理目标。

[42] 参见叶必丰：《行政法与行政诉讼法》，高等教育出版社2015年版，第76页。

[43] 参见章剑生：《现代行政法基本理论》上卷，法律出版社2014年版，第125页。

[44] 前引〔42〕，叶必丰书，第76页。

[45] 参见萧文生：《论当事人协力义务——以行政执行制度为例》，《政法法学评论》总第95期（2006年），第133页。

[46] 参见翁岳生编：《行政法》上册，中国法制出版社2009年版，第745页。

[47] 前引〔41〕，亚玛勒书，第317页。

（二）回应任务分担的组织机制

现代国家吸纳的行政任务日渐增多，行政事务繁杂，需要耗费庞大的人力、物力、财力等行政资源。面对特定领域的社会需求，科层制组织形态的局限性亦日益凸显。民营化契合了“政府退缩、市场回归”的题旨，成为各国公共行政改革的重要举措。^[48] 行政机关从一些需亲自承担的任务中抽身以减轻国家负担，成为了政策选择上的时代趋势。宽泛意义上的民营化涵括了放松管制等“泛民营化”措施、开放垄断等“去国家化”的任务民营化措施、注重需求导向等“去官僚机构化”的组织民营化措施以及由私人分担任务之执行责任的功能民营化措施等。

在行政任务的传统组织模式中，行政机关承担了行政任务的完全责任——执行责任和保障责任。民营化属于行政任务的新型组织模式。狭义上的民营化是指国家和私人分担执行责任，国家保持对公共产品和服务的保障责任。^[49] 功能民营化和任务民营化皆属狭义上的民营化。在任务民营化中，国家完全从执行责任中抽身，保障责任则在内涵上蜕变为外部意义上的监管责任，由此实现任务的“去国家化”。能够通过行政机制实现行政任务向私人转移的，一般限于功能民营化，即私人仅仅协助分担任务的执行责任，国家在承担保障责任的同时，依然是整个行政任务的责任者。也可以认为，私人在功能民营化中获得的是一种“长期协助者的地位”，^[50] 以此持久协助行政机关履行职责。

行政任务向私人的转移分担有多种形式。在我国，行政任务是以宪法和组织法为根据，结合行为法上的规定，通过分权模式实现在组织体系内的逐次分配。至于国家机关以外的其他法律实体，则只能通过授权模式、委托模式和特许模式等承担功能有异、范围不同、程度不一的行政任务。其中，授权模式以行为法为根据，直接通过立法赋予行政机关以外的其他法律实体以行政主体性，使其据此行使行政职权、承担行政任务。这些法律实体与行政机关之间不会形成国家组织体系内的相互关系，而只会形成一种法律规定限度内的指挥监督关系，^[51] 但其任务的取得并非来自行政机制，而是立法形塑的产物。法规范授权的组织独立承担着包括保障责任和执行责任在内的行政任务。通过这种立法授权实现的任务转移，不属于功能民营化的范畴。委托模式是行政机关以法规范为根据或基于行政上的特定需要，在不违背法的一般原理或精神的情况下，由社会组织受托协助承担行政任务的形式。在我国，受委托的组织只能以委托机关的名义行使职权，并由委托机关承担相应的法律后果。理论上，受委托的组织并非行政任务的直接承担或分担主体。不过，与行政辅助人需在行政机关工作人员的直接指挥和监督下协助开展辅助性工作不同，^[52] 受委托的组织在执行责任的实现上仍保有一定的人格独立性，^[53] 行政委托实际上也应当被认为是私人分担行政任务的具体形态。特别是在公共服务领域，诸如委托运营等政府和社会资本合作的具体实现方式已经在实践中获得广泛运用。特许模式是行政机关通过行政机制特别准许私

[48] 参见章志远：《行政任务民营化法制研究》，中国政法大学出版社2014年版，第1页。

[49] 参见刘飞：《试论民营化对中国行政法制之挑战》，《中国法学》2009年第2期，第15页。

[50] 前引[41]，亚玛勒书，第314页。

[51] 参见[日]盐野宏：《行政组织法》，杨建顺译，北京大学出版社2008年版，第88页。

[52] 参见《关于规范公安机关警务辅助人员管理工作的意见》（国办发〔2016〕15号）第4条。

[53] 为此，行政处罚法（2017）第19条规定，受委托的组织应当是依法成立的管理公共事务的事业组织。同条还对受委托组织的人员及其业务能力作了要求。

人从事原本由行政机关直接从事的活动，以完成特定的行政任务，私人据此获得原本属于行政机关的特殊行为资格，并负有与行政机关相似的特殊义务或责任。

依我国的行政法理论，上述三种模式中只有委托和特许属于向私人转移分担行政任务的行政机制。通过这种行政机制，私人被赋予了原本由行政机关直接承担的职能，成为了公共行政的具体担当者。在行政机制的运作上，委托需由委托人和受托人共同就委托之任务的范围和内容、相互的权利和义务、任务期限、终止事由等，在法规范认可的限度内协商达成一致。委托的实施需要订立协议，或者出具受托人认可的委托书。^[54]在通常情况下，特许采取“私人申请—机关决定”的方式实施。行政机关在审查特许申请后，只需确保符合一般公益及申请人的公平竞争权，^[55]便可单方面作出是否准予的决定，而无需征得相对人的同意。特许属于传统的行为模式，只不过，向私人转移特定行政任务之执行责任的特许与授予私人从事原本由国家垄断的“私人活动”的特许，在法律构造上有所区别。就后者而言，相关活动并非国家行政活动，私人也并非没有从事该等活动的的能力，只是因内容具有高度公益性，有必要由国家垄断，如博彩经营活动。这种特许具有“容许打破垄断”的性质。^[56]对于前者，特许的内容属于国家的行政职能。通过特许向私人授予该种职能，不是要打破国家对行政职能的垄断，而是借用私人力量协助履行职能。事实上，向私人转移行政任务之执行责任的特许，除赋予私人特定的履职资格外，也向私人转移分担了履行职责的责任和风险。由此，在公私双方之间形成了一种由特许所创设的、长期持久的责任和风险共担的信赖关系。这种公私伙伴关系的形成和维系，无疑具有鲜明的属人性，显著不同于由行政机关单方面决定作成的其他特许情形。在符合法定条件并确保公平竞争的基础上，应当容许行政机关与相对人就特许分担之任务事项进行充分协商，以合作的方式共同完成特定的行政任务。以合作理念为基础，在行政机关和受托人、受许人之间订立的委托或特许协议，成为用以确定转移分担特定之行政任务的具体手段之一。在此意义上，在加强行政机关与相对人的意愿交流外，行政协议也承载着向私人分担转移行政任务的组织机制功能。

总体而言，行政协议是功能面向的产物。行政协议的塑造试图纾解高权行政中传统行为模式或组织机制与公共行政之间的简单联结，建构一个“多中心”“分散化”的行政框架，以公私力量的整合助力行政任务的实现。引入行政协议的出发点并非形塑一种非典型的行政行为形式来填补行政行为体系的不足，而是尝试形成一个整合性的行为和组织框架。

三、基于作用机制的协议类型化及分类识别

不同作用机理的行政协议在各自的目的范围对传统行政模式的内在行为和组织机制实施改造。作为行为机制的行政协议，通过对命令服从式行为模式的改造，塑成了一种更具回应性的高权行政。当然，协议只是对高权行政之行为手段施以的改造，行政机关与相对

[54] 民事委托合同一般为非要式合同，但就行政事务的委托而言，因牵涉行政任务的分担，订立的委托协议应当采取书面形式。行政委托也可以在受托人认可的前提下通过出具委托书或委托证书实施。参见《税收征收管理法实施细则》（国务院令 第362号）第44条。

[55] 参见行政许可法（2019）第53条。

[56] 参见〔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37页。

人的基础关系仍具有从属性特征。^[57]作为组织机制的协议通过促成公私之间持久而特别的合作关系,协力履行原本由行政机关一己承担的职责,协议的功能是向私人借力并形成信赖关系,在关系模式上具有鲜明的对等性特征。^[58]两种协议在目的功能和关系模式上迥异,在识别上各有其侧重点。

(一) 程序介入型协议

在命令与服从的关系中,通过赋予相对人在行政中的主体地位,强化其意愿交流的地位和能力,塑成充满弹性的高权行政,是行政协议的核心功能。行政机关拥有超越私人的公权力特权,毋须经私人同意便可单方面对其课予义务、赋授权利、下命禁止,并与其形成不平等、不对称、不可转换及不相互惠的等级化法律关系。^[59]以至于有人认为,行政机关被赋予公权力的功能在于决定,而非合意。在高权行政的传统行为模式下,相对人只是行政权的作用对象及行政程序的客体。现代社会,人民参与行政程序的数量及密度已足以使参与关系产生质变,^[60]但这些参与程序尚不能使相对人分享行政决定权。行政协议的产生实现了以往的参与程序难以企及的目标——对相对人的行政主体性塑造,使得相对人能对高权行政的推进形成一种“能为”和“可为”的意志性作用力,从根本上改变行政机关与相对人之间的关系。当然,对于行政机关而言,行政协议的引入是一种“自我矮化”,其并未舍弃高权。行政协议是介入到高权行政过程中,旨在软化管制、缓和对抗,以此便宜实现行政管理目标的程序装置,即加强版的参与程序。这种作为行为机制的行政协议,可以称为程序介入型协议。

根据协议在行政中的作用方式,程序介入型协议可进一步分为替代性协议和补充性协议。替代性协议是直接用来替代具体行政行为,并在目的实现后终结行政程序的协议。例如,行政强制执行协议是在强制执行活动中介入以替代行政强制执行行为,并在协议内容履行完毕后终结执行活动的行政协议。诸如行政和解协议、息诉罢访协议、城乡规划实施协议等,都属于替代性协议。补充性协议是用来补充具体行政行为的构成要件、内容或效力的协议。通过发挥协议的补充作用,可以相对顺利地形成行政意志,达成行政管理目标。例如,土地房屋征收补偿协议是在土地房屋征收活动中介入,用以补充征收行为之构成要件的行政协议。^[61]政府保障性住房买卖协议是在给付活动中介入,用以补充给付行为之内容的行政协议。

程序介入型协议是对具体行政行为的替代或者补充,对该类协议的识别应当立足具体行政行为这一中心,充分利用既有成熟的行政法理论资源,围绕行政协议容许应用的场域、私法形式的选择限制、双阶理论的运用三个层次具体展开:

第一,应用场域的限定。程序介入型协议的应用场域被限定在具体行政行为所能作用

[57] 如果相对人不履行协议,行政活动应当重新回转至原本命令服从式的行为模式。参见行政强制法(2011)第42条第2款;《行政和解试点实施办法》(中国证券监督管理委员会令第114号)第30条。

[58] 有学者将存在此种差异的行政协议分别称为从属性的行政协议和合作性的行政协议。参见前引〔2〕,杨科雄文,第65页。

[59] 参见前引〔33〕,王必芳文,第83页。

[60] 参见前引〔45〕,萧文生文,第133页。

[61] 征收补偿协议是对征收补偿决定的替代,但补偿是征收行为的构成要件,就整体的征收过程而言,补偿是其中的中间环节。参见山西省安业集团有限公司与太原市人民政府收回国有土地使用权决定案,最高人民法院(2016)最高法行再80号行政判决书。

的领域。国库行政领域，包括行政机关通过与私人交易获取满足自身履职所需的物力及特定人力等资源的领域、行政机关对由其支配且不直接承担公共职能的经济资源实施利用或变价的领域、以企业的方式从事经营的领域等，不具有行政协议的应用空间。除购买公共服务或授予特许经营权等涉及公务转移外的政府采购合同、公务辅助人员聘用合同、国有土地使用权出让合同、国有资产出售或出租合同以及未改制前的铁路运输合同等，因属国库行政的范畴，应当迳行认定为民事合同。当然，诸如水流、矿藏等国家专有自然资源，在我国的立法上采用了由行政权创设利用资格的模式，^[62]从而使该等自然资源的利用成为国家积极形成特定利用秩序以防止危险发生的高权行政领域，就此订立的特许利用合同属于行政协议。^[63]行为要素思路只要能确保要素归入的准确，也能排除行政协议在国库行政领域的应用，如前文对国有土地使用权出让合同进行的要素归入分析。但是，行为要素思路过度聚焦对行为的公法元素的提取，国库行政又总会或多或少地受制于公法支配而包含公法元素，这无疑增加了要素归入的难度。国库行政领域中对于协议性质的司法认定所呈现的态度摇摆、民行割据局面，无疑印证了这一担忧。

第二，法律形式选择自由的限制。为达行政目的，行政机关得在容许的范围内选择不同法律属性的行为。^[64]不过，行政机关的选择也有其界限。为防止危险发生或维持秩序而实施的秩序行政及无偿的强制取得私人财物的公课行政，因其需要依赖公权力的强制，从规约公权力的法治原则出发，必须采用公法形式，而不具有法律形式选择自由。^[65]因此，秩序行政、公课行政中只能订立行政协议。即使协议中甚少直接涉及行政法上的权利义务或协议具有民事合同的外观，也不能改变该种定性。例如，土地收储协议可能是民事合同也可能是行政协议，^[66]但在征收活动中订立的收储协议只能是行政协议。^[67]税务担保协议、治安处罚担保协议、行政执法和解协议等，因相关领域不具有法律形式选择自由，也属行政协议。对秩序行政、公课行政中订立之协议的性质判断相对容易，行为要素思路总体上也能够实现有效的识别。当然，相比于行为要素思路需要条分缕析地围绕行为要素进行逐次判断，运用法律形式选择自由及其界限这一成熟的行政法理论资源展开的行政协议识别，或许更为高效。

给付行政是国家致力于提高社会公共福利而向国民提供金钱、物品或者服务的活动。该种金钱、物品或者服务，无论由国家直接提供还是通过国家设置的设施或事业提供，均属高权行政的范畴。理论上，就通过给付活动实现对国民的生存照顾而言，除法律特别禁止或者事件性质不容许外，行政机关有采用公法形式或私法形式来达成行政任务的法律形式选择自由。^[68]通过利益性给付来诱导私人从事特定符合政策的活动的引导行政，也属宽

[62] 水法（2016）第7条规定，国家对水资源依法实行取水许可制度和有偿使用制度。矿产资源法（2009）第3条、第16条规定国家实行采矿许可制度。

[63] 在国有土地使用权出让合同于司法实践及地方立法层面被倾向归入行政协议的背景下，“行政协议司法解释”第2条第3项的表述（矿业权等国有自然资源使用权出让协议），一定程度上反映了行政机关支配的经济资源在利用上的法律构造差异。

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

[65] 参见前引〔11〕，陈敏书，第664页。

[66] 参见《土地储备管理办法》（2018）第8条。

[67] 参见前引〔13〕，“大英公司案”行政裁定书。

[68] 参见前引〔11〕，陈敏书，第666页。

泛意义上的给付,行政机关因而也具有法律形式选择的自由。由于行政机关拥有法律形式选择的自由,在给付行政、引导行政中所订协议的性质,尚需进一步分析。

第三,双阶理论的运用。按照法律形式选择自由理论,为完成给付行政、引导行政的任务,行政机关可与相对人成立私法上的法律关系。但是,给付及引导行政属于公权力的运作,应受公法及宪法基本权利的拘束。为妥帖处理公私法的适用,理论上将法律关系区分为公法和私法两个阶段,分别受两种法秩序的支配。例如,在公共广场上开设私人经营的餐饮场所,属公产占用活动。私人提出的占用申请及行政机关的是否准予决定,构成公法法律关系。双方就价金、期限、用途等订立的合同,则构成私法法律关系。当然,双阶理论也承认,在一些情形下第二阶段订立的合同也可能是行政协议,^[69]由此产生了合同性质的区分问题。结合已有的行政法理论,对给付合同的定性可以从两个方面展开:其一,在约定行政机关直接向相对人提供无偿的财政补助(含奖励、减免、贴息)的情况下,合同的功能或是属于对给付决定的执行,或是属于对给付决定的附款,此时无需区分法律关系的阶段性,直接形成单一的公法法律关系,^[70]相关合同属于行政协议。例如,对于含财政补助条款的招商引资协议,只需判断该协议事项是否为给付及引导行政,便可确定其性质。^[71]其二,在行政机关拥有对待给付请求权的情况下,如果协议并非通过私法上的一般交易条款订立,则只能形成公法法律关系。受公共财政准则及平等原则的拘束,在给付行政中,行政机关对给付的内容往往不具有自由形成的空间。即使通过协商方式确定给付内容,有关条款亦是由行政机关依照法规范之规定事先拟定的。同时,在一些情形下,给付关系的终止也并非适用私法上的合同解除条款而是行政法上的撤销条款。因此,具有对价给付内容的给付关系,如果是通过法律的规定而非私法上的一般交易条款约定来形成的,应属公法法律关系,相应的合同属于行政协议。例如,政府保障性住房买卖合同,因其内容并非通过私法上的一般交易条款约定,且行政机关拥有行政法上的撤销权,^[72]应属行政协议。在司法实践中,以包含补贴条款的招商引资协议为典型的给付合同,基于行为要素思路展开的性质认定向来是一个难题。在部分案件中,法院尝试通过职责要素对合同的性质进行判断,这实质上是对补贴是否构成行政给付的判定,但“行政协议司法解释”将职责要素排除于行政协议需满足的行为要素后,对合同性质的认定逐渐转向从目的要素入手进行判断。不过,前文提及的若干案例表明,司法实践对目的要素、职责要素在招商引资协议案件中的归入还没有形成基本的共识。给付行政中双阶理论的形成、反思、修正的沉浮历程表明,给付行政中第二阶段法律关系的性质认定存在相当大的难度,简单围绕主体、目的、内容等公法要素展开的性质判断,可能低估了问题的复杂性。

[69] 参见前引〔40〕,严益州文,第92页。

[70] 实践中存在所谓事实性补贴,它指的是国库行政领域中交易对象的补贴,与给付行政或引导行政中的补助性质不同。针对事实性补贴的双阶理论讨论,仅涉及对第一阶段法律关系属性的评价,不会改变第二阶段法律关系的私法属性。

[71] 在前引〔19〕,“云南普杰公司案”中,合作协议约定有土地价格补助条款,但协议内容为合作开发房地产项目,不属于给付及引导行政,该合作协议不是行政协议。

[72] 例如,《上海市共有产权保障住房管理办法》(2016)第49条规定,申请人弄虚作假取得保障住房的,责令腾退,退回购房款。

（二）公务转移型协议

基于对治理效率、权力制衡的考虑，行政事务及相应的职责与权限需按照一定的原则与方式在各行政组织的纵向和横向层面配置。在由宪法和法律配置职责和权限的基础上，行政组织之间也可以根据法规范的规定，通过授权、委托及特定事项上的权限重划等方式实现行政事务及职责与权限的移转。^[73]除行政组织之间的移转外，也存在通过授权、委托、特许、外包等方式由私人直接承担或参与分担行政任务的情形。为实现“国家的瘦身”、行政效能提升等目的，通过行政协议将原本由行政机关一己承担的任务全部或部分转移给私人，形成公私协力履行职责的情形，愈渐受到青睐。这种在合作国家理念下作为任务分担的组织机制的行政协议，可以称为公务转移型协议。公务转移型协议是在兼顾私人利益的同时，委任其某种行政职能，以便能持续、长久地协助行政机关履行职责。识别该类协议的关键，是看其是否约定有私人分担行政任务或行政职责的内容。

私人通过公务转移型协议分担的可能是任务的整体，也可能是任务的局部；可能是任务的执行本身，也可能是任务的执行辅助。不同的任务分担决定了私人在任务关系中的地位，进而决定协议的性质。在德国，一般通过判断私人分担的是主任务还是附随任务来确定私人的地位。行政机关往往需要从私人获得其履行职责所需的手段或资源。如果这些手段或资源对行政机关履行职责而言，仅是辅助性业务而不触及行政机关与公众的外部关系，这种辅助性业务便属附随任务。承担附随任务的私人，在任务关系中仅居于“行政助手”的地位。作为承担此种任务之基础的合同，属于民事合同。^[74]例如，道路交通监控设备的安装与维护是公安机关交通管理部门履行道路交通安全管理职责的辅助性业务，与私人就此订立的设备购买与维护合同，合同标的不涉及履行行政职责的主任务，不是行政协议。在法国，针对由私人分担公共服务任务的协议的判断，主要采用公共服务标准，即协议须与公共服务的执行本身具有足够关联性。^[75]例如，公共工程的建设及运营是为了满足社会公众的特定需要，私人通过工程承揽合同承担的建设任务，在满足社会公众的需要方面仅担当了工具性功能。由于此种合同与公共服务的执行本身不具有足够关联性，不是行政协议。相反地，公共工程特许合同除使私人承担建设任务外，也延及服务的提供。合同与公共服务的执行本身由此具有了足够关联性，属于行政协议。^[76]分析德法两种判断思路可以发现，无论采任务主次标准还是任务相关性标准，实际上都是判断私人在任务执行中的地位——执行主体还是执行工具。上述两种标准对于公务转移型协议的判断来说通常是有效的。不过，由于公务转移型协议涉及公共服务的执行本身，协议具有了“为第三人（社会

[73] 例如，反垄断法（2008）第10条规定，国务院反垄断执法机构可以授权省级人民政府相应的机构负责有关反垄断执法工作；行政许可法（2019）第24条规定，行政机关在其法定职权范围内，依照法律、法规、规章的规定，可以委托其他行政机关实施行政许可；行政处罚法（2017）第16条规定，国务院或者经国务院授权的省级人民政府可以决定一个行政机关行使有关行政机关的行政处罚权，但限制人身自由的行政处罚权只能由公安机关行使。

[74] 参见前引〔11〕，陈敏书，第1145页。

[75] 参见前引〔33〕，王必芳文，第111页。

[76] 在法国，政府采购合同、公共工程承揽合同、公共工程特许合同、公共服务委托合同等，直接由法律规定为行政协议。符合公共服务标准的公共工程特许合同、公共服务委托合同等，被认为属于“本质上的行政协议”；不符合该标准的政府采购合同、公共工程承揽合同等，则仅属“法定行政协议”。参见前引〔33〕，王必芳文，第124页。

公众/行政相对人)利益的合同”的特征。是故,可以将“是否形成涉他性关系”作为快速认定公务转移型协议的方法。例如,包含配建政府保障性住房条款的国有土地使用权出让合同,因土地受让人在承担配建任务时并不与保障对象产生权利义务关系,不是行政协议。相反地,在前文提及的“新陵公司案”中,因新陵公司在公路经营活动中会与公路利用人发生权利义务关系,案涉投建经营公路项目协议应被认定为行政协议。同样地,政府购买义务教育服务合同、购买养老服务合同等政府购买公共服务合同,会使相对人与公共服务使用人之间形成涉他性关系,该合同应属行政协议,而公务员委托培训合同、科研委托合同等政府购买一般服务合同,则无法形成涉他性关系,不是行政协议。

“涉他性关系”标准也可用于判断一个政府和社会资本合作协议是否属于行政协议。例如,政府特许经营协议使社会资本承担了“基础设施和公共服务项目的运营”任务,^[77]由此形成与社会公众的涉他性关系,属于行政协议。管理外包(MC)、经营与维护(O&M)、设计—建设—经营(DBO)等政府和社会资本合作模式中的项目协议,同样使社会资本承担了经营任务,由此形成与社会公众的涉他性关系,属于行政协议。相反地,服务外包(SC)、设计—建设(DB)、设计—建设—维护(DBM)、设计—建设—融资—维护(DBFM)、私人主动融资(PFI)、建设—移交(BT)等政府和社会资本合作模式中的项目协议,以及政府和社会资本合作项目协议以外的股东协议、工程承包合同、融资及担保合同、保险合同等从合同,因其仅涉及设计、建设、维护、融资等辅助性事务,并不形成与社会公众的涉他性关系,不属于行政协议。

“行政协议司法解释”在判断一个政府和社会资本合作协议是否属于行政协议时,仍然采用了行为要素思路。^[78]司法实践中,法院也是循此思路展开对合作协议性质的判断。不过,司法实践在运用行为要素思路判断合作协议的性质时,往往倚重对目的要素的判断。例如,在“传奇公司案”中,当事双方为实施路灯改造项目订立了“凉都城市语音广告美容箱合作协议书”。法院以协议的订立目的是“整治城市脏乱问题”、协议内容包含“实现行政管理目标和公共利益”为由,将其认定为行政协议。^[79]前文提及的“凤翔自来水管案”和“新陵公司案”也是通过目的要素来确定协议的性质。然而,将不涉及运营本身的路灯工程建设项目合同、自来水管网工程建设项目合同认定为行政协议,将涉及公路经营权授予的投建公路经营项目合同认定为民事合同,都难称符合一般的观念。司法实践在合作协议的性质判断中产生的种种分歧(甚至结论性错误),固然与目的要素的高度抽象性及合作协议兼具公私益的特性有关,但问题的根源在于:公务转移型协议属于履行公共服务职能之公私力量的组织整合机制,其行政性源于公共服务本身;行为要素思路则以行政行为对其进行定位,按照行为是否具有公法法律形式的基本属性来判断行为的性质。

结 语

行政协议通过赋予相对人在高权行政中以主体性,使其能够分享行政的决定权,由此

[77] 参见《基础设施和公用事业特许经营管理办法》(2015)第3条。

[78] 参见“行政协议司法解释”第2条第5项。

[79] 参见六盘水传奇广告有限责任公司与六盘水市钟山区城市管理局违约损害赔偿案,最高人民法院(2016)最高法民申339号民事裁定书。

被塑造成为一种旨在强化行政机关与相对人之间意愿交流的行为机制。这在一定程度上解决了传统行为模式回应性不足的问题。但是，行政协议没有拓展高权行政原本所及的领域，仍然是行政权力的表达形式。它应被视为一个特别的行政决定，以确保当事人能够遵从由协议表达的行政公意。当然，行政协议也并非只是传统行政行为的替代形式。为了实现公共福祉，国家需要去设置必要的组织、整备必要的资源以满足公共需要，但国家的膨胀、组织效率的低下、财政资源的紧缺等，又会削弱国家在实现该等目的上的能力。在合作国家的理念下，为确保任务履行的责任与能力之间的适当调配，国家需要与私人协商建立一种持久及特别的联系，协力履行行政职责。于此，在特定的领域中，行政协议也被塑造成为一种促成公私部门紧密合作，共同达成公共服务使命的组织机制。

行为机制和组织机制上的两种功能表明，行政协议是极具目的指向性的问题解决方案。在行政协议的认知上，人们必须从协议在不同领域中被引入而承载的功能着手，发掘其独特的作用机制，展开类型化的分析，并基于功能和类型进行识别规则和方法的重塑。就当下而言，应当避免从单一的行为模式或者目的工具模式去认识和理解行政协议。尤其应当避免以“公权力因素的介入”“公共利益的维护”等为由，利用行政协议这一“威权色彩缓和化的行为形式”，为扩张行政权力所能作用的领域作正当化的论述，否则，将可能导致业已摆脱高权作用之行政私法领域“再高权化”。

Abstract: The behavioral element thinking is currently the mainstream thinking in the identification of administrative agreements. Since this thinking focuses on whether an agreement contains specific public law elements, it often ignores the purpose and function, as well as the limitation of the application scope of administrative agreement, thus it's difficult to distinguish between administrative agreements and administrative private acts. Administrative agreement is a product of reflections on the traditional hierarchical behavior mode and organizational mechanism in the field of public power administration. The identification of administrative agreements should therefore not go beyond the scope of public power administration. Faced with the lack of flexibility in traditional modes of public power administration, administrative agreement improves the ability of administrative counterparts to communicate their intent through the innovation of the behavior mechanism and responds to the need for cooperation in performing administrative tasks through the reform of the organizational mechanism. Based on the differences in purpose and function, administrative agreements can be divided into procedural agreements and agreements for transferring administrative tasks. In order to identify administrative agreements more effectively, different identification rules and methods should be applied on bases of these two different types of administrative agreements.

Key Words: administrative agreement, administrative private act, public power administration, cooperative administration
