

行政协议的许可化研究

陈国栋

内容提要:区分行政协议与行政许可,对行政协议进行科学理解、运用,需要解释实践中广泛出现的行政协议许可化现象。从最早脱胎于行政审批制的国有土地使用权出让协议的制度变迁史来看,行政协议的许可化表现为两方面,一方面是协议的实体内容由行政许可规定,另一方面是签订程序采取行政许可的申请—审批制。行政协议许可化的根源在于资源的公共性与有限性,二者决定了行政协议必须通过许可化来满足公共资源出让的法治化要求。而行政协议与行政许可在行为构造和功能上的高度相似性又为行政协议许可化提供了行为形式上的可能性。不过,鉴于公共资源用途上的多元性,许可化并不意味着行政协议不具有独立存在价值。行政协议的许可化要求公共资源出让类行政协议整体上应与行政许可杂糅一体,行政协议的制度建构、纠纷解决与具体运用都必须充分尊重并适用《行政许可法》的相关规定,以许可化为方法。

关键词:行政协议 行政许可 国有土地使用权出让 资源公共性

陈国栋,大连海事大学法学院教授。

一 问题的提出

2014年修订通过的《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,^[1]行政协议由此并列于行政许可、处罚、强制等相对成熟的类型化行政行为,成为行政工具箱中的一员。但是,被《行政诉讼法》这样一部救济性、程序性法律承认而不是被《行政处罚法》、《行政强制法》之类的行政实体性法律规定的先天不足决定了,也表现为下述尴尬:行政协议未能像其他行政行为那样得到相对体系化、类型化的建制。因此,行政协议的合法化既打开了其为行政机关广泛使用的金光大道,又因其建构上的不体系产生了与其他行政行为类型尤其是行政许可如何区分的难题。毕竟,作为一种公共

[1] 在《行政诉讼法》未规定行政协议纠纷可纳入行政诉讼受案范围之前,学界一般将之称为行政合同、行政契约。为尊重学者原文,本文在引用各学者文献时也会根据引文用“行政合同”“行政契约”来指称行政协议。

资源的配置方式,^[2]其必然在公共资源分配领域与同样作为公共资源配置手段的行政许可重叠交错。^[3]多有论者已经注意到这一现象与问题。如王克稳指出国有土地使用权以“协议+许可”模式出让,并从保护相对人权益的角度出发主张去除许可出让方式,实施完全的、独立的协议出让方式。^[4]而在当下的行政管理实践中,因为矿产资源出让协议签订后被其他许可事项困扰而无法落实矿产资源开发权的现象此起彼伏,行政机关已经发出“只要协议、不要审批”出让的呼吁,^[5]让行政协议合法化后的行政许可陷入尴尬之境。

然而,实践中还存在一个更有挑战性的现象与问题——行政协议的许可化。于立深早就指出,在实践中广泛存在许可与合同重合导致传统意义上的合同关系消失的现象。^[6]骆梅英也指出,在政府特许经营领域,行政契约与行政许可高度合一。^[7]还有一些民法学者也承认二者在一些特定领域如政府特许经营领域存在重合性,并因此认为这种合同属于行政协议。^[8]而在传统的行政行为形式化视野中,作为公认的双方行政行为,行政协议与行政许可这种单方行政行为的区别是泾渭分明的。^[9]因此,这种导致合同关系消失的行政协议许可化现象,不能不说对行政行为形式化理论产生了严重冲击,并直观地揭示了行政协议制度的复杂性。

在行政协议亟待体系化、制度化建构的当下,真正的问题已不是区分行政协议与行政许可,而是要解释行政协议许可化如何发生、有何影响、为何发生以及对行政协议的制度化有何影响等问题。不厘清这些问题,就不能厘清行政协议的制度构造及其逻辑,就不可能实现行政协议作为行政行为方式的独立性及其体系化、制度化,进而区分行政协议与行政许可。为此,本文以国有土地使用权出让协议为例,考察、探究行政协议的许可化。之所以以国有土地使用权出让协议为例而不是以其他学者早已指出存在行政协议许可化现象的行政特许经营协议为例,是因为国有土地使用权出让领域既是最早实行协议出让制的,又是行政许可规范最为完备的,且这一协议之归属乃是当前行政协议与民事合同范围之争的焦点,^[10]

[2] 参见陈国栋:《作为公共资源配置方式的行政合同》,《中外法学》2018年第3期,第825页。

[3] 周汉华指出,不论是经济性行政许可还是社会性行政许可,它们都是在市场机制失灵的情况下,由政府资源进行的一种行政性配置。参见周汉华:《行政许可法:观念创新与实践挑战》,《法学研究》2005年第2期,第21页。

[4] 参见王克稳:《论行政审批的分类改革与替代性制度建设》,《中国法学》2015年第2期,第13页。

[5] 魏莉华:《推进矿产资源管理改革须转变观念》,《中国自然资源报》2020年4月8日第1版。

[6] 参见于立深:《中国行政合同制度的实践与发展——透过行政合同判例和法律文书的观察》,载余凌云主编《全球时代下的行政契约》,清华大学出版社2010年版,第53-54页。

[7] 参见骆梅英:《通过合同的治理——论公共事业特许经营契约中的普遍服务条款》,载余凌云主编《全球时代下的行政契约》,清华大学出版社2010年版,第77页。

[8] 如王利明指出,政府特许经营协议是行政机关行使许可权的一种方式,所以该协议属于行政协议。在这里,行政许可本质是其承认特许经营协议行政性的根本标准。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13、18页。

[9] 如吴庚从行政行为类型出发,指出依申请行为与行政契约在相对人之作用、行为效力机制、行为形式、内外效力、行为调整与无效等六个方面存在显著区别。参见吴庚著:《行政法之理论与实用》(第八版),中国人民大学出版社2005年版,第271页。

[10] 这种争论首先体现在学术上,然后反映在制度建构与司法实践中。最高人民法院虽然通过专门司法解释规定矿产出让协议等自然资源出让协议的行政协议性质,但却回避了同为自然资源的国有城市土地使用权出让协议的行政协议性质;其一方面在一些裁判文书中(如(2020)最高法行申11747号)中确认国有土地使用权出让协议是行政协议,但在另一些裁判文书中(如(2020)最高法行申13827号)中又宣称国有土地使用权出让合同不是行政协议,让下级法院无所适从。

以其为例更有利于了解协议与许可的关系变迁并洞察其中的逻辑,从而更好地理解、解决上述问题。

二 国有土地使用权出让协议的许可化及其对协议的影响

根据 1988 年《宪法》第 10 条第 3 款与《土地管理法》第 2 条第 4 款的理念与精神,国务院于 1990 年颁布实施《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》,规定了国有土地使用权的协议出让模式,从而改变了以往的行政许可(审批)出让模式。从该条例第 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度即可看出,国务院当时完全将土地使用权出让合同视为民事合同。但从 1992 年原建设部颁布实施《城市国有土地使用权出让转让规划管理办法》(下称“《规划管理办法》”)开始,土地出让协议开始了越来越向行政许可靠拢、回归的许可化进程。

(一) 国有土地使用权出让协议的许可化

1. 建设用地规划许可与土地出让协议的一体化

《规划管理办法》第 9 条规定:“已取得土地出让合同的,受让方应当持出让合同依法向城市规划行政主管部门申请建设用地规划许可证。在取得建设用地规划许可证后,方可办理土地使用权属证明。”建设用地规划许可证是城市规划行政主管部门确认建设事项位置和范围符合城市规划的法定凭证,是建设单位用地的法律凭证,其目的在于规范城市国有土地的开发利用,避免土地使用权人随意开发土地。由此,国有土地出让开始实施“合同+许可”模式。当然,这一规定并不意味着土地使用权不是合同而是许可程序的结果,因为规划许可在后,合同出让在前。

尽管其目的是好的,但这种通过规划许可对合同化土地出让实施事后规制的模式大有问题。很明显,一个行政机关已经通过合同出让了土地使用权,另一个行政机关再通过后置的规划许可去规定土地的用途、性质、年限等条件并由此决定相对人能否真正获得土地使用权,难免导致出让协议与许可的冲突。因为相对人可能并不希望如许可所规定的那样去行使其使用权,而其获得合同时也难以预见其后许可的要求,这样,他通过合同获得的土地使用权就难以实现。也正因为这样的情况在矿产资源出让中屡见不鲜,国土资源部为摆脱事后许可对先前协议的束缚以充分实现相对人的使用权、开发权,才主张取消“协议+审批”的做法,实施多规合一、多证合一改革,仅以协议“净矿出让”矿产资源。^[11]

为了避免这样的问题,后来的法律做了相应变革,调整了规划许可与国有土地使用权出让协议的关系,原先的“合同+许可”模式变为了“许可+合同”模式,由此许可在前、合同在后。

1994 年《城市房地产管理法》第 5 条规定,出让城市国有土地使用权,出让前应当制定控制性详细规划。出让的地块,必须具有城市规划行政主管部门提出的规划设计条件

[11] 参见魏莉华:《推进矿产资源管理改革须转变观念》,《中国自然资源报》2020 年 4 月 8 日第 1 版。

及附图。第9条规定,土地使用权出让,必须符合土地利用总体规划、城市规划和年度建设用地计划。这两个条文表明,审批制成为合同的前置程序,不再后置于出让程序。当然,这一审批制只具有内部审批的性质,即规划部门事先通过规划确定了哪块土地可以以什么性质出让,出让部门再根据该规划出让该地块,审批制由此从约束外部相对人变为约束出让行政机关。这种将规划前置于出让协议、出让协议必须符合规划的方式,在一定程度上消解了“先协议、再许可”模式所潜藏的协议与许可的冲突风险。尽管这种模式下相对人在流程上还是需要先获得土地出让协议再申请规划许可,但因为出让协议必须以规划部门的规划为前提,所以实际上建立了“先许可、再合同”的出让模式。

2003年国土资源部颁布的《协议出让国有土地使用权规定》进一步完善了这种以前置规划许可规制事后出让合同的规制方式。该规章第7条规定:“城市国有土地使用权出让、转让合同必须附具规划设计条件及附图。”这一规定让规划变成了合同的一部分,有利于减少实践中土地出让部门阳奉阴违与开发商沆瀣一气绕开、违背规划的现象以及开发商之后以不知出让部门未遵照规划出让为由而抗辩的现象。也正因为规划成为合同的有机成分,所以该规章第9条规定:“已取得土地出让合同的,受让方应当持出让合同依法向城市规划行政主管部门申请建设用地规划许可证。”这一制度将此前《规划管理办法》所建构的“先合同、再许可”模式彻底变成了“先许可、再合同”模式,因为规划许可的真正内容即土地使用权的类型、土地大小、使用年限、土地区位、开发强度等在规划环节就已经确定好了,使用权出让合同不过是将这些要件复制到合同而已。也正因为规划许可的真正内容在规划阶段就已满足,所以相对人与出让机关签订用地合同之后,就可以直接去领取规划许可了。^[12] 这就是后来多规合一制度改革的法理基础之一。2019年,国土资源部《关于推进建设用地审批和城乡规划许可“多审合一”改革的通知》规定:“以出让方式取得国有土地的,市、县自然资源主管部门应依据详细规划编制土地有偿使用方案,经依法批准后组织土地供应,将规划条件纳入国有建设用地使用权出让合同。建设单位在签订国有建设用地使用权出让合同后,有关自然资源主管部门应向建设单位同步核发建设用地批准书和建设用地规划许可证。”其中法理在于,因为规划条件已经纳入了国有建设用地使用权出让合同,能够获得合同就已证明相对人能够获得许可,所以资源主管部门在签订合同之后便可以同步核发建设用地批准书和建设用地规划许可证。

为了进一步确保依从规划的土地出让,2008年《城乡规划法》第38条规定:“在城市、镇规划区内以出让方式提供国有土地使用权的,在国有土地使用权出让前,城市、县人民政府城乡规划主管部门应当依据控制性详细规划,提出出让地块的位置、使用性质、开发强度等规划条件,作为国有土地使用权出让合同的组成部分。未确定规划条件的地块,不得出让国有土地使用权。”第39条更是明确规定:“规划条件未纳入国有土地使用权出让合同的,该国有土地使用权出让合同无效。”这其实规定了规划许可之于出让协议的效力,从而明确了协议以许可为前提。

[12] 参见陈越峰著:《中国城市规划法治构造》,中国社会科学出版社2021年版,第48页。

2. 国有土地出让程序的“申请一审批化”建构

上述土地规划许可寓居于土地出让协议的过程只是完成了出让协议在实体上的许可化,但却没有在程序上实现行政许可的程序化。后者是由 1998 年修订的《土地管理法》开启的。它对协议出让制进行了“申请一审批化”建构,再造了土地出让的流程,从而使协议出让在程序上也实现了许可化。

该法第 43 条规定:“任何单位和个人进行建设,需要使用土地的,必须依法申请使用国有土地。”第 54 条规定:“建设单位使用国有土地,应当以出让等有偿使用方式取得;但是,下列建设用地,经县级以上人民政府依法批准,可以以划拨方式取得。”这两个条文说明,划拨和出让不过是用地申请获批后政府许可国有土地使用权的两种形式而已,它们都是申请行为的后续,由申请行为启动,是依申请行为,^[13]即只有相对人先依法申请,土地部门才可以出让或划拨。在出让这一方式之下,又分为招投标出让与协议出让两种形式,它们与有偿出让构成种属关系,有偿使用方式是“申请一审批”方式的下位概念。也就是说,在逻辑上,相对人必须先提出用地申请,行政机关才能展开审批程序来决定是否授予用地许可,而招投标出让或协议出让,只是决定是否批准该申请授予使用权的方式而已。因此,协议形式不过是审批、许可的一种形式。对此,行政许可法第 53 条第 3 款亦可作为佐证,该款规定:“行政机关按照招标、拍卖程序确定中标人、买受人后,应当作出准予行政许可的决定,并依法向中标人、买受人颁发行政许可证件。”其中的“买受人”一词即足以说明买卖关系并不影响许可关系的产生与存续,买卖并不作为独立于许可的一种出让方式。

2003 年国土资源部《协议出让国有土地使用权规定》第 8 条据此作了更细致的规定:“国有土地使用权出让计划公布后,需要使用土地的单位和个人可以根据国有土地使用权出让计划,在市、县人民政府国土资源行政主管部门公布的时限内,向市、县人民政府国土资源行政主管部门提出意向用地申请。”第 9 条规定:“在公布的地段上,同一地块只有一个意向用地者的,市、县人民政府国土资源行政主管部门方可按照本规定采取协议方式出让;但商业、旅游、娱乐和商品住宅等经营性用地除外。同一地块有两个或者两个以上意向用地者的,市、县人民政府国土资源行政主管部门应当按照《招标拍卖挂牌出让国有土地使用权规定》,采取招标、拍卖或者挂牌方式出让。”^[14]第 13 条则规定:“市、县人民政府国土资源行政主管部门应当根据协议结果,与意向用地者签订《国有土地使用权出让合同》。”以上三条的顺位关系足以说明,协议是相对人申请建设用地后,行政机关综合各种情况依法依规采取的出让方式或审批方式之一,且该方式并非优先方式而是不得已而为之的替补性方式。而作为双方权利义务关系承载者的书面协议,则是“申请一协议式”审批程序与申请或招拍挂审批程序的结果。其中的“申请”意味着,只要相对人提出申请,行政机关就应当启动出让程序。之所以是意向申请,而不是申请,并不是说这种申请

[13] 参见姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》,高等教育出版社、北京大学 2019 年版,第 215-216 页。

[14] 《招标拍卖挂牌出让国有土地使用权规定》于 2002 年 4 月 3 日国土资源部第 4 次部务会议通过,2002 年 5 月 9 日国土资源部令第 11 号发布,自 2002 年 7 月 1 日起施行。

不是许可意义上的申请,而是说因为资源的有限性与公共资源配置上的公开、公正与公平要求,这种申请并不一定会产生申请——审批的法律效果,其法律效果是由其他关涉许可事项乃至公平竞争程序所决定的。

(二)许可化对出让协议的结构化影响

从前述国有土地使用权出让协议的许可化进程来看,许可化不仅从实体、程序两个方面改造并形塑了土地使用权出让协议,使行政协议与行政许可既在程序上又在实体上高度重合甚至一体化,而且改变了土地使用权配置权的分工格局,确立了行政规划权力在资源配置过程中的主导地位。这一过程从根本上改变了出让协议的性质,使其从原本的民事合同变为公法上的行政协议。当然,正如《协议出让国有土地使用权规定》第9条所揭示的,实践中也存在着未被高度许可化的出让协议。但这种情形在土地出让制度中只被作为例外而规定,并不能动摇许可化是土地出让协议之主流的本质。

其一,许可化将相对人的法律地位从私法上的契约自由变为公法上的契约权利,将出让机关的法律地位从私法上的出让自由变为公法上的出让义务。此间变换的关键就是出让协议的“申请—审批制”构造。根据依法行政原则,只要相关法律规范规定了公民提出申请的权利,行政机关就必须根据申请启动程序决定是否赋予许可、是否签订出让协议。因此申请模式意味着公民有了通过许可获得公法财产权、土地出让协议签订权的权利,即是一种公法上的缔约权利而不是私法上的缔约自由。这也正是英国学者克雷格(P. P. Craig)在分析行政合同的程序保护时提出契约与许可之分、霍菲尔尔德式特权(privilege)与权利(right)之分的启示所在:申请并获得许可是一种公法权利,而要求缔约只是一种霍菲尔尔德意义上的、受私法上的缔约自由调整的特权(自由),而非能获得程序性保护的權利。这一区分与相应制度构造关涉行政合同的可得性(accessibility)维度。^[15] 从此,是否启动出让程序与协议签订程序就从行政机关的自由变成了行政机关的义务。其必须严格依照法律规定按步骤实施诸如公开出让地块信息、发布招投标文件、组织招标投标程序、签订相关协议、发放许可证书等程序,而不再享有缔约自由意义上的缔约程序上的选择自由。

其二,许可化限缩了出让机关的出让权力,使其几无形成合同内容的自由。土地出让机关必须严格依照详细控制性规划来出让土地,在出让合同中重复规划所确定的出让地块的区位、大小、用途、年限、出让金、容积率、开发强度等内容,不再享有完全决定出让协议内容的自由。与此相应,行政相对人也同样没有就这些内容与行政机关协商的自由空间。这也正是骆梅英等学者认为行政协议与许可高度合一的理由:“许可企业与政府在这些条款上的协商性程度非常低,造成契约与许可高度合一。”^[16] 由此,私法契约自由中合同内容上的自由也为依法行政义务所替代。当然,此处出让机关所依之“法”是规划机关所制定的规划。不过,此处的规划不是作为合同不得违背的外在强制性规定,而是作为

[15] See P. P. Craig, *Administrative law*, Sweet & Maxwell, 1983, pp. 593 - 594. 行政合同的另两大维度是灵活性(flexibility)与确定性(certainty),行政合同需要在这三者之间保持平衡。

[16] 骆梅英:《通过合同的治理——论公共事业特许经营中的普遍服务条款》,载余凌云主编《全球时代下的行政契约》,清华大学出版社2010年版,第77页。

出让协议有机组成部分让出让机关依从,其作用于出让协议的机制与一般的公法强制性规定作用于私法合同的机制大相径庭。^[17] 因此,规划许可制度从内容上重构了土地出让协议,使之变成了依法行政而不再是私法自由的产物。

其三,许可化重构了土地使用权配置权的分工格局,使土地出让协议更多地体现了规划机关的规划权力,而不是国土部门的出让权力。概言之,在土地利用规划被内置于出让合同、出让机关必须根据规划出让土地使用权且土地使用权的基本内容为规划所确定的情况下,与其说是出让机关通过协议行使出让权,毋宁说是规划机关通过出让机关的出让程序落实其规划制定权与规划许可审批权,出让程序由此成为规划机关落实规划效力的方式,行政协议成为规划许可的载体。进言之,许可化架空了国土部门的出让权,使其对合同内容丧失了实质控制权,仅剩余对外的形式意义、程序意义上的合同主体资格。^[18] 这可以说是行政法上的职能分离、分工制约原则在土地出让领域的体现。尽管随着当下大部制改革与多规合一改革的持续推进,这种不同行政机关之间的职能分离转变为同一行政机关内部机构之间的职能分离,但这改变不了行政协议由规划权力主导、承载规划权力意志的本质。

三 国有土地使用权出让协议许可化的逻辑及限度

从国有土地使用权出让制度的变迁与发展史来看,土地出让协议产生于国有土地使用权审批体制的改革,却又回归、合流于行政许可制度。那么,为何要对私法性的协议实施公法许可制的改造使之呈现出许可为实、协议为表的情状?为何协议会回归于许可但又不完全转型为许可,而是继续保留着协议的外观呢?只有深入分析这些问题,才能准确把握行政协议许可化的逻辑及限度,进而回答后续其他问题。

(一) 资源公共性决定了资源出让协议必须置于许可制之下

从改革开放的历史来看,最早的协议出让制之所以发生在国有土地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,而吸引外资必须承认外资的经营自由,必须为其经营自由匹配使用土地的自由。因为市场经济必须尊重资源配置主体的自主性需求,而合同制则能照顾市场主体的需求,即市场主体自由决定利用哪块城市土地,国家机关就根据其需要出让土地。当然,采取合同制也与改革开放后商品经济与市场经济的建设需要解决国有资源的入市问题,而“国家所有”中“所有”又为以所有权为核心的物权理论构建国家所有的法律机制并且使其成为我国法律文本与法律理论上主流思路提供了便利有关。^[19] 但是,因为土地的公共性与有限性,

[17] 参见陈国栋:《行政协议审判依据的审查与适用——76号指导案例评析》,《华东政法大学学报》2018年第3期,第183-184页。

[18] 正是基于这一逻辑,在最高人民法院颁布的第76号指导案例中系争合同条款的解释权属于看起来身处于合同之外的规划部门而不是作为合同签订主体的国土部门。对其中法理的阐释,参见陈国栋:《行政协议审判依据的审查与适用——76号指导案例评析》,《华东政法大学学报》2018年第3期,第184页。

[19] 参见谢海定:《国家所有的法律表达及其解释》,《中国法学》2016年第2期,第95页。

在国有土地随着经济发展而越来越显露出有限性特征的情况下,国有土地的合同式出让就必须结合许可制才能继续实行下去。

一方面,唯有规划许可制才能保障有限国土资源得到合理配置。市场经济虽然取代了计划经济,但政府所要配置的资源公共性依然在本源层面得以保留。它决定了国有城市土地必须满足多元利益需求,满足工业发展、私人居住、基础公共设施与商业流通等各式各样的需要。而城市土地是有限的,所以为了满足上述多元利益,国家必须通过合理的规划及相应的规划许可制来配置土地。这是实现《宪法》第10条所规定的“一切使用土地的组织和个人必须合理地利用土地”的要求的唯一选择。此时的土地出让,即使不是计划下的审批,也必须是规划下的许可,因为其必须符合规划所建构的土地的类型化与总量控制,通过规划控制来实现土地资源的有序开发利用。^[20] 因此,国家必然要通过一层又一层的土地规划详细规定每一宗可出让土地的用途、性质、大小、区位后才予以出让,必须要通过诸如规划内置于合同、违背规划合同无效、凭合同取得用地规划许可等方式来确保土地的出让、开发是符合公共利益的。为此,《城市国有土地使用权出让转让规划管理办法》第4条规定:“城市国有土地使用权出让的投放量应当与城市土地资源、经济社会发展和市场需求相适应。土地使用权出让、转让应当与建设项目相结合。城市规划行政主管部门和有关部门要根据城市规划实施的步骤和要求,编制城市国有土地使用权出让规划和计划,包括地块数量、用地面积、地块位置、出让步骤等,保证城市国有土地使用权的出让有规划、有步骤、有计划地进行。”如此一来,规划部门的规划权力取代出让部门的出让权力成为出让过程中的主导性权力也就不足为奇了。

就此而言,土地出让协议在实体上越来越转化为规划许可、其内容由规划许可来规定,就是因为土地资源的民法合同式处理无法容纳、保障紧随公共性而来的多元公共需求,无法解决需求多元性与资源有限性之间的紧张,而这种紧张必须通过规划机制与相应的规划许可机制来容纳与调和。由此,立法者、公共资源管理与配置机关不得不随时根据实践中出现的问题,通过给协议出让制度打补丁的方式来因应国有土地的公共性、有限性属性。1990年之后诸如《城市国有土地使用权出让转让规划管理办法》《协议出让国有土地使用权规定》《招标拍卖挂牌出让国有建设用地使用权规定》《城市房地产管理法》《土地管理法》《城乡规划法》等各种法律、法规与规章的制定与修改及其中的许可化规定就是打补丁的结果。^[21] 就此而言,国有土地使用权的配置并不像有的学者所主张的那样“以审批为形式,以竞争性出让为实质”,^[22] 而是在公共性之多元维度的驱动下,以审批制为基础,在审批制之下采取竞争制,竞争制服从于审批制。

另一方面,公共资源是民治、民有与民享的,唯有以“申请—审批”为主体构造的许可制才能保障公共资源的民治、民有与民享。在我国宪法确立了社会主义市场经济条款的

[20] 参见鲁彬编著:《土地资源管理与行政审批实践参考》,云南美术出版社2019年版,第26-28页。

[21] 如在崂山国土局与南太置业公司国有土地使用权出让合同纠纷案中(最高人民法院民事判决书[2004]民一终字第106号),法院判决违反规划合同并不无效。2008年《城乡规划法》对此现象做出回应,其第39条明确规定违反规划合同无效。

[22] 王克稳:《论行政审批的分类改革与替代性制度建设》,《中国法学》2015年第2期,第13页。

情况下,^[23] 面向市场主体配置的公共资源必须采取公平竞争方式来出让, 公民由此通过市场经济体制获得主观化的公共资源分享权, 即通过公平竞争的市场化方式获得公共资源。但如果行政机关可以自行决定是通过私法形式还是行政方式来配置资源, 资源就不能通过市场化所要求的自由进入、平等竞争、价高者得的方式而配置, 公民也无从通过自由进入、平等竞争的方式竞取公共资源, 市场经济下的主观权利化的分享权就无法落实。因此, 市场经济条款与公共资源分享权意味着行政机关必须通过行政许可这样一种法治化的行政方式而不是其他非法治化的方式来配置公共资源, 保障公民通过行政许可这一公法形式自由参与竞争的权利。换言之, 唯有公法上的申请—许可制才能确保公民与行政机关之间处于权利—义务关系而不是私法合同中的霍菲尔德式自由—无权利关系。^[24] 正是基于这一逻辑, 《行政许可法》第 53 条规定: “实施本法第十二条第二项所列事项的行政许可的, 行政机关应当通过招标、拍卖等公平竞争的方式作出决定。但是, 法律、行政法规另有规定的, 依照其规定。” 就此而言, 除非法律、法规另有规定, 否则公共资源配置机关是“必须”, 而不是“可以”依照《行政许可法》来设计公共资源的许可式配置机制。反过来说, 行政机关并不享有运用私法契约形式在契约自由原则庇护下配置公共资源的自由。

(二) 行政协议许可化的可能性

正如吴庚有关行政契约与依申请行政行为的区分所揭示的, 行政协议与许可应该是截然有别的, 那为何在实践中却大量存在着许可与协议的重合而不是分化呢? 进一步说, 为什么行政协议这样一种双方行政行为类型在被施加了许可化改造之后, 还能保持协议的外观与形式呢? 就此而言, 上述分析只解释了出让协议许可化的必要性与必然性, 却没有回答两者杂糅一体的可能性。因此, 不仅要解释协议许可化在实质上的必要性, 而且要证成许可化在行政行为形式上的可能性这一行政协议制度化之途上无法回避的重要问题, 不能以几十年来国有土地使用权一直实施合同制出让的路径依赖论与民法学界的私法合同论深入人心为由搪塞过去。

从行政行为形式的角度出发, 可以看到, 行政协议与行政许可在如下几个方面的相似、相通性使得这两种看起来区别颇大的行为得以高度重合。

第一, 行政许可与协议都能容纳自由选择。行政许可是自由申请制, 相对人愿意接受许可所需满足的条件就申请, 不接受也可以不提出申请。这和相对人所拥有的契约自由是一样的。相对人可以自由决定是否发出承诺或是接受要约邀请而提出要约。

第二, 许可与协议具有高度相似的功能。从法律关系的生成逻辑来说, 协议与行政许可都是法律关系的设定行为,^[25] 都可以生成相对人对公共资源的使用、开发权, 两者在功能上的重合为两者在形式上的重合进一步奠定了基础。在没有许可或合同的情况下, 被许可人或合同另一方就不能行使特定的自由, 否则就会侵权或违法并为此承担责任。因

[23] 参见《宪法》第 15 条。相关解读, 参见潘响:《论宪法上的“社会主义市场经济”——围绕宪法文本的规范分析》,《政治与法律》2015 年第 5 期, 第 85 页; 韩大元:《中国宪法上“社会主义市场经济”的规范结构》,《中国法学》2019 年第 2 期, 第 13 页。

[24] 参见陈国栋:《作为公共资源配置方式的行政合同》,《中外法学》2018 年第 3 期, 第 827 页。

[25] 参见王涌著:《私权的分析与建构》, 北京大学出版社 2020 年版, 第 202 页。

此,被许可人获得许可或获得合同,就是为了解除未经许可、同意不得作为的限制,获得此前不曾拥有的自由。正因为如此,在私法领域许可与合同更是往往一体两面、难分彼此。比如商标使用许可、专利使用许可等私法许可创设的是私法主体获准使用专利、商标的权利,许可人与受让人之间签订的特许合同就是为了合法地实现权利的许可与受让。依此逻辑,行政许可在创设相对人对公共资源的开发、使用权时,也同样可以以合同的形式来表现这种许可与受让关系。此时,许可使用是实,合同不过为表。当然,私法许可与公法许可有别,即私法许可基于私法自治、契约自由逻辑可以不拘形式,而公法许可在公益、公法的约束下必须符合各项规定从而具有程序化、格式化、制度化特征,与私法合同显著有别。但是,这些形式上的区别并不影响公、私两域许可与合同在法律效果上的一致性。

第三,行政许可与协议具有高度类似的行为过程与制度构造。通说认为行政许可是单方行政行为,但这种见解忽视了相对人在行政许可中的法律权利及其申请的法律效力,从而狭隘地将许可过程视为行政机关单方面作出决定的过程,进而错误地认为行政许可与行政协议迥异殊。如果将相对人在行政许可中的权利与相对人的申请行为纳入行政许可的过程,就会发现,协议签订的要约邀请—要约—承诺的过程与行政许可的许可公开—许可申请—许可审批过程,^[26]具有高度相似性从而能够高度重合。就国有土地出让领域而言,许可的公开这一面向社会公开可出让土地之规划、告知市场主体哪块土地将以何种性质出让的过程,即类似于私法主体面向社会发出要约邀请的过程,相对人由此确定其可以针对哪块土地行使用地许可申请权。而相对人提起许可的过程,则类似于获知要约邀请的市场主体向要约邀请主体发出要约的过程。行政机关接到用地申请后展开审批程序确定申请者是否可获得土地使用权者的过程,又类似于市场主体决定是否接受要约、作出承诺的过程。

当然,行政许可过程背后相对人的权利与出让合同背后市场主体的权利大不相同。在私法合同中,受契约自由原则的保护,是否发出要约邀请由要约邀请主体自由决定;而在行政许可体系中,基于公共资源的民有、民治与民享原则及市场经济原则,为确保公民公平分享公共资源的基本权利,许可公布这一行为是行政机关必须作出的。同样,基于公共资源分享权这一基本权利,相对人向行政机关表达用地意愿、提出申请的行为,本质上是建立用地法律关系、生成用地权利的意思表示,而不是如吴庚所指出的“仅属行政程序之发动,对内容形成不生影响”的行为。^[27]只不过,因为有限的国有土地涉及其他分享权人的权益,所以该意思表示尚不能完全生效,只能在后续其他诸如竞标程序完结后才能确定其效力。延续这一逻辑,行政机关必须启动相应审批程序确认该意思表示所建立的法律规则、法律关系是否有效,而不是依据自己意愿决定是否赋予其用地许可。^[28]因此,私

[26] 《协议出让国有土地使用权规定》第7条第2款规定,国有土地使用权出让计划经批准后,市、县人民政府国土资源行政主管部门应当在土地有形市场等指定场所,或者通过报纸、互联网等媒介向社会公布。根据该规章第8条,相对人可以据此公告向行政机关提出用地意向申请,行政机关必须根据所申请土地的性质等要素决定采取招标投标抑或是协议式出让程序。

[27] 吴庚著:《行政法之理论与实用》,中国人民大学出版社2005年版,第271页。

[28] 对这一过程之法理的详细阐释,参见陈国栋:《基于公民权利的行政审批改革——行政审批改革进阶与行政许可本质之反思》,《甘肃行政学院学报》2015年第2期,第117-119页;陈国栋:《行政许可创制了名为信赖利益的新型权利吗?》,《求是学刊》2020年第5期,第113-114页。

法出让合同尽管与行政许可有类似的过程,但这两个过程的逻辑起点并不一致。一言以蔽之,要约邀请—要约—承诺过程在私法合同中是出让人自由开启的,但在行政许可中,公布—申请—许可过程则是由相对人基本权利开启的。对相对人来说,后者比前者更能实现其利益。私法语境下市场主体固然有提出要约的自由,但并无要求出让方发出要约邀请、接受要约的权利,因此私法合同中一方有情另一方无意的情况比比皆是;而在行政许可中,行政机关必须公告、接受任何相对人所表达的“好合”之意、组织公平竞争程序、接受优胜者、向其发放许可、与优胜者结成“秦晋之好”,行政许可这样一种公法财产权由此得以产生。就此而言,从公共资源配置的法治化与公民分享公共资源的权利出发,对公共资源配置过程的许可化解释与建构,较之于对这一过程的私法合同化解释与建构,要合理得多。也正因为如此,土地出让协议在本质上只有作为许可的外在形式时,才可以作为公共资源出让方式。

(三) 行政协议许可化的限度与行政协议独立存在的必要性

既然行政许可与协议具有上述行为构造上的类似性,那么为什么土地出让许可不能像自由类许可那样标准化、普遍化并全面取代协议,^[29]而是要保留协议形式并与之和衷共济配置公共资源呢?这就涉及许可化的限度问题,即行政许可不可能完全许可化出让协议的所有内容、所有程序,行政协议在公共资源出让领域依然有独立存在的必要性与价值。

第一,不是所有的实体条款都可以许可化并内置、整合到合同之中,这就为协议、协商的存在留下了空间。比如土地使用权出让需要地方政府履行三通一平责任,这种行政机关必须履行的义务不可能变成相对人获得协议必须满足的法定条件,因此这种条款不可能许可化。行政机关必须完成的拆迁、补偿责任也是如此,不可能被许可化。再就是出让双方的一些实体法上的权利义务难以通过法律标准化或是还没有通过法律标准化,必须通过协商来约定。在这些情况下,协议因其弹性就有了独立存在的空间,出让就必须由协议与许可组合完成。

第二,物有所值原则也为协议的存在提供了必要空间。作为公共资源的出让机关,行政机关有责任实现公共资源的物有所值。在面向市场主体市场化配置的情况下,公共资源的物有所值就是经济价值的最大化,而最大化的基本评价标准就是看不见的手引导下公平竞争程序中的价高者得。这就决定了行政机关只能事先设定资源经济价值的底线标准,^[30]而不能设定具体的实体标准。为了配合竞标这种结果不确定的、动态化的价值最大化机制,行政机关在资源对价方面只能采取协议这样存在弹性空间的具体化规则形成措施,而不像自由类许可那样由立法者事先设定好实体标准。换言之,最终出让价格是弹性的,不可能事先标准化并转化为许可的实体要件。土地出让中的规划许可由此不可能像医师执业许可那样全面统一化、标准化从而使得相对人只要满足先定的实体标准即可获得。这样一来,土地出让就必然要被分成许可与协议两个环节。正是基于这样的逻辑,

[29] 国有土地使用权出让许可是特许,其与自由类许可的区分,参见姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》,高等教育出版社、北京大学 2019 年版,第 220 - 221 页。

[30] 如 2003 年 8 月 1 日起施行的《协议出让国有土地使用权规定》第 4 条第 2 款规定:“以协议方式出让国有土地使用权的出让金不得低于按国家规定所确定的最低价。”

我们可以看到,尽管资源对价是公共资源配置许可中不可或缺的一部分,但资源对价并不由规划部门通过前置规划来确定,而是在出让环节由出让程序确定后写在出让协议中。

第三,土地类型与用途的多样化也决定了不同出让许可的法治化程度不同,进而决定了协商与协议的存在空间。如2003年《协议出让国有土地使用权规定》第9条规定:“在公布的地段上,同一地块只有一个意向用地者的,市、县人民政府国土资源行政主管部门方可按照本规定采取协议方式出让;但商业、旅游、娱乐和商品住宅等经营性用地除外。”也就是说,工业用地并不一定必须以招投标方式出让、许可使用,商业、旅游、娱乐和商品住宅等经营性用地则必须如此。这是因为,工业用地在服务于地方经济长远发展、稳定持续地创造地方税收与解决大量人口就业方面,比其他用地类型更有优势,因而评判其物有所值的标准与其他用地类型不一致。而工业化用地在什么情况下能更好地实现上述目标从而满足出让条件,就应当授予地方政府根据地方经济发展之需要以协议、协商方式出让土地的自由,而不能强求其一律以高度程序化的方式、高度标准化的条件出让。在这种情况下,申请一审批制尽管还具有程序上启动出让程序的效力,但其实体法效果由出让机关裁量决定,具有高度不确定性,从而给出让协议留下了协商空间。

综上,国有土地使用权出让协议既可以在程序上进行申请一审批制改造从而许可化,又可以通过内置行政许可从而在实体内容上许可化,还有弹性空间以容纳灵活的程序与内容以适应难以用标准化许可承担的公共资源配置需求,所以其较之于行政许可有更大的可塑性和适应性。故此,在协议可以容纳许可而许可无法完全替代协议的情况下,行政协议的许可化不可能,也不应完全抹杀行政协议存在的空间与价值。

四 行政协议许可化之于行政协议的意义

既然国有土地使用权出让协议许可化的逻辑在于国有土地资源的公共性、有限性,那么基于公共资源的公共性、有限性及这些特性所决定的规划配置与公平竞争化配置要求,所有涉及公共资源出让的行政协议都必然如同国有土地使用权出让协议一样许可化并被改造为公法协议。这正是于立深、骆梅英等学者观察到诸多行政协议许可化现象的根本原因,也是实践中公共资源出让采取“许可+协议”模式的根本原因。^[31]就此而言,既然公共资源出让协议必然与行政许可杂糅一体、不可分割,对这类协议的处理必然涉及对行政许可的处理,那么公共资源出让类行政协议的制度建构、纠纷解决与具体运用就必须贯彻许可化思维,适用《行政许可法》,以行政许可为基本视角与参照。

(一) 许可化视角下资源出让类行政协议的制度建构与纠纷解决

如前所述,《行政诉讼法》纳入行政协议后最大的问题是使已经比较成熟的行政协议规范体系付之阙如。面对这种制度不敷使用的困境,准用民事法律相关规定、运用民法理

[31] 事实上,尽管实践中其他诸如草原、森林、水资源、矿产等国有资源的开发、利用权也是以合同形式出让的,但所有这些自然资源法制从20世纪80年代起就普遍确立了许可出让制,历经多次法律修订也不曾改变,因此这些公共资源的出让合同必然要以许可制为基本法律框架。

论已成为学界主流观点与司法实务通行做法,因为“民法提供了相当丰富的规则。而行政法对行政协议相关问题的规则供给仍极为有限”。^[32] 然而,从行政协议许可化的视角来看,此论值得商榷。

从总体上说,《行政许可法》及其他自然资源法制中的许可规范能为行政协议的制度建构与纠纷解决提供比较系统的认识与理解框架乃至具体规则。概言之,既然行政协议和行政许可广泛深入地纠缠在一起,许可关系取代了合同关系,以致任何对协议的处理都可能涉及许可,那么,行政协议是否要因其中的许可因素而遵从、适用《行政许可法》以及相关自然资源法制中的许可规则?比如,当相对人违背国有土地使用权出让协议中涉及容积率的规定时,其是违反了行政协议的规定还是违反了行政许可的规定?而行政机关在变更协议中涉及容积率的规定时,其是在变更行政协议还是在变更行政许可?因为这种混一性,完全可以也应该适用《行政许可法》及其他许可法律规范并根据行政许可制度的逻辑来认识行政协议的范围、签订、成立、效力、解释、履行、监督、撤销、解除、变更、终止与赔偿、补偿乃至纠纷解决上的管辖等问题,而不是汲汲于从民法合同理论与民事法律规范那里寻找答案。

基于许可化的方法与思维,《行政许可法》及其他自然资源许可法制及其体系还能为协议内容与审判依据的审查与适用提供支撑。行政协议具有行政性与协议性,如何区分两者是行政协议制度建构与纠纷解决的核心问题,而许可化无疑为此提供了比较明确的方法,即在公共资源配置类协议中可以以系争条款是否许可条款为区分标准之一。如果《行政许可法》与其他许可法律规范对协议所涉问题没有明确的规定,司法机关也应当贯彻许可化思维,将问题置于行政许可的体系与逻辑中,结合《行政许可法》与所涉公共资源法律规范体系去判断系争行政协议中的哪些条款应当从许可化角度加以理解,哪些条款则不需要如此理解;哪些问题应该从行政许可法制中寻找答案,哪些不需要。如果所涉自然资源法制对行政协议中的某些条款并无明确规定或对于如何解决冲突并无明确规定,而该问题关涉到许可化条款或者应该许可化的条款,那么法院就应当贯彻许可化逻辑,适用、参照《行政许可法》或其他自然资源法制中的相关规定及其原则来审理案件。比如,《城乡规划法》第 39 条规定出让协议不得违背规划否则就无效,但其他自然资源法制可能因为修改不及时或认识不到位未能同样确立这一点,法官就应当根据协议许可化的逻辑认可相关资源规划的法律效力,肯定其对合同相关条款效力判断的基准功能,而不宜从民法的角度认为其不属于法律、法规因而并不具有法律效力不予适用甚至无视。^[33] 而对于行政协议中非许可化的那些实体性内容,则不需要依据《行政许可法》的规定与逻辑来对待。就此而言,行政协议中的许可性规定与协议性规定之区分其实划定了行政协

[32] 黄卉、蔡小雪、章剑生、金自宁、孙维飞、茅少伟:《行政协议访谈:行政审理模式还是民事审理模式》,《燕大法学教室》2021 年第 1 期,第 173 页。

[33] 如成都鹏伟实业有限公司与江西省永修县人民政府、永修县鄱阳湖采砂管理工作领导小组办公室采矿权纠纷案[最高人民法院民事判决书(2008)民二终字第 91 号]中,法院无视江西省水利厅就河砂采挖量所作的批复,认为协议并不因违反这一批复而无效。实际上,水利厅的批复类似于土地详细控制性规划,起着规划资源配置的作用,应该与之具有同等法律效力。

议法律适用上的楚河汉界,《行政许可法》及其他许可法规范所建构的许可体系构成了我们准用民事法律规范的一道界线。

《行政许可法》之于行政协议制度建构和纠纷解决的意义还在于为行政协议优益权提供了基本法律依据。正如王利明教授指出的,根据现行法律规定,行政机关无法普遍享有行政优益权,^[34]这构成了当下行政协议优益权运用与规范的根本困境。然而,许可化为这一问题的解决提供了根本答案。正如陈端洪教授指出的,“行政许可的正当性和限度在于公共利益,创设和实施行政许可必须谋求个人自由与公共利益的平衡”,^[35]《行政许可法》为公益的保障与公私利益的协调提供了基本制度框架。《行政许可法》第8条明确提出行政机关因公共利益的需要可撤回、变更许可。而且,为了确保被许可人依法实施许可不侵犯公益,第66条还规定行政机关在事后还要实施监督检查。可以说,《行政许可法》比较系统地解决了如何通过许可的设定、审批、监管与撤销、变更来维护公益的问题。因此,在行政协议法律制度建构不全的当下,完全可以根据协议与许可的重合性,引入《行政许可法》来维护行政协议所涉及的公益,并从行政许可的角度来理解行政协议的监督、变更、补偿等优益权行使的合法性与法律控制问题。也就是说,对于行政协议中许可化的实体条款,除非法律、法规另有规定,否则行政机关完全可以根据《行政许可法》所规定的行政许可监督检查权对相对人的协议履行过程进行行政许可意义上的监督并作出行政许可意义上的变更、撤回处理,从而维护公益。就此而言,所谓行政协议中的优益权,完全可以从行政协议的行政许可属性出发,从《行政许可法》规定的行政许可的监督、检查权与撤销、变更权中寻得依据。换言之,当厘清了行政协议的行政许可本质,发现行政协议不过是行政许可的外化表现,行政许可是行政协议的内核时,现行法律制度中没有明确承认的优益权就可以通过行政许可中行政机关的变更权、检查权、监督权等规定得到《行政许可法》的承认与实证化、法治化。

总之,基于资源配置类行政协议与行政许可制度不可分割的关联,适用《行政许可法》、贯彻许可化思维未尝不是建构行政协议制度、解决行政协议纠纷的终南捷径。更进一步说,基于行政许可法在分配公共资源时已经对其中的公益、私益做了全过程、系统化的协调安排,《行政许可法》及其他许可法律规范及其体系应当作为资源出让类行政协议制度化的基本法律框架,民事法律规范只能作为补充。

(二)许可化视角下资源出让类行政协议的具体运用

行政协议的许可化不仅对于行政许可的制度建构与纠纷解决具有启示意义,而且对于行政机关如何善用行政协议这样一种资源配置方式有很强的指导意义。概言之,尽管公共资源配置法治化的逻辑决定行政协议的许可化是不可避免的,但正如土地出让协议在许可化的同时也依然存在着协议的适用空间一样,其他公共资源出让领域也一定会因为资源的客观物质特性与社会对其的多元公共性需求而呈现许可制与协议制同时存在的

[34] 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10页。

[35] 陈端洪:《行政许可与个人自由》,《法学研究》2004年第5期,第25页。

现象,因此,公共资源的配置还是应当保留“许可+协议”的模式,两者各有侧重,有机配合,相辅相成完成公共资源的有效配置。为此,行政机关在运用行政协议配置公共资源时,应当从如下两个方面着手来设计、签订行政协议,确保行政协议能协调公益和私益,高效合法地配置公共资源。

一是以许可化思维和方法来把握行政协议的实体条款。依照国有土地出让协议在实体上的许可化方式,所有公共资源出让协议也应当以规划许可制为协议实体条款的内在或基本框架。这就意味着,在行政机关设计协议的实体法条款时,应当结合《行政许可法》与规范该类型公共资源配置的所有行政法律规范,去判断哪些实体内容是需要并可以通过许可化来确保其公共性、哪些内容是不需要许可化从而可以协商议定的。行政机关还必须进一步确定哪些条款该由哪个职能部门来许可化,哪些可以由自我实体化;许可化条款是内置于行政协议,还是在实体上开放化但由程序条款控制或具体化,因为有些实体条款涉及其他职能部门的许可权力但缺乏事先制定的格式化条款来依照,所以只能在协议签订之前与相关职能部门沟通下调后确定;实体化条款是否有成熟的资源配置规划可以遵从等等。为避免协议与其他机关的许可冲突,行政机关应当建立有效的程序来统一协调、组织所有涉及其职权的部门参与行政协议实体法条款的拟定,并规定相关实体或程序条款具有不得违背的法律效力。在条件成熟的情况下,行政机关应当像制定裁量基准那样制定出尽可能完备细致的格式合同,囊括所有应当许可化的实体条款。

二是以许可化思维来组织行政协议的签订程序。行政协议的程序建构在原则上要以申请一审批制程序为模板,由此来保障公民通过行政协议分享公共资源的权利,实现公共资源的物有所值。因为公共资源要用于多元公共目的,如果该资源配置的目的不在于经济上的物有所值,而在于长期利益——比如工业用地出让,那么就可以放松这一方面的程序要求。当然,这需要结合所涉公共资源法制以及具体情况来衡量。

五 结 论

从国有土地出让协议的许可化进程来看,只要公共资源是面向市场主体配置的,资源出让协议就必然会行政许可化为公法协议,即协议的实体内容由外在于、前置于行政协议的行政许可规定,协议的签订程序采取行政许可式的申请一审批制。它根源于公共资源的公共性与有限性本质,顺应了公共资源出让日益法治化的要求,意在控制行政机关的公共资源配置权以确保相对人对公共资源的分享权及宪法所规定的对公共资源的合理使用原则。^[36] 就此而言,公共资源出让协议许可化是规制行政机关以协议方式出让公共资源的权力的必然要求,是民事合同不能适应这一需要时的对症良药。而在行政许可规制、改造出让协议的实体与程序乃至重新配置了资源出让权力格局后,出让协议也就依托行政许可制实现了公法化,变成了公法行政协议。

因为行政许可与行政协议的高度重合及其必然性、必要性,行政协议的制度建构、具

[36] 参见李忠夏:《“社会主义公共财产”的宪法定位:“合理利用”的规范内涵》,《中国法学》2020年第1期,第102页。

体运用乃至纠纷解决,都应当以许可化为方法,遵从和适用《行政许可法》及其他许可法律规范,从行政许可制度中汲取丰富的营养与有力的制度支撑。在行政协议与行政许可的关系上,首要的问题不是协议与许可如何适用、如何区分的问题,也不是要对许可与协议作非此即彼的抉择,而是要认识到协议与许可深度纠缠的必然性与正当性,进而在这种认识的指导下去理解、建构与运用行政协议,解决行政协议纠纷,将两者有机杂糅在一起使之配合、服务于公共资源配置的高效化与法治化。

[本文为作者主持的2017年度国家社会科学基金一般规划项目“作为公共资源公平分配与分享方式的行政协议研究”(17BFX045)的研究成果。]

[**Abstract**] In order to distinguish between administrative agreement and administrative license and scientifically understand, and apply administrative agreement, it is necessary to explain the phenomenon of licensization of administrative agreement, which is widespread in practice. From the perspective of the evolutionary history of the system of agreement on the transfer of the right to the use of state-owned land, which originated from the administrative approval system, the licensization of administrative agreement has two manifestations: on the one hand, the substantive content of agreement is regulated by administrative license; on the other hand, the application and approval system of administrative license is adopted in the signing procedure. The root of licensization of administrative agreement lies in the publicness and limitedness of resources, which determine that administrative agreement must meet the requirement of legalization of the transfer of public resources through licensization. The high similarity between administrative agreement and administrative license in behavior structure and function provides the possibility of licensization in behavior form. However, in view of the diversity of the use of public resources, licensization does not mean that administrative agreement does not have independent value. The licensization of administrative agreement reminds us that administrative agreement on the transfer of public resources should be integrated with administrative license. Therefore, the system construction, dispute settlement and specific application of administrative agreement must fully respect and apply the relevant provisions and spirit of the Administrative License Law, and adopt the method of licensization.

(责任编辑:田 夫)