

司法审查图景中行政协议主体的适格

陈无风^{*}

内容提要 审查行政协议行政机关方的权利能力和行为能力主要视其是否有相应的订约权。对订约权的判断分两个层次进行: 有无对订约权的直接规定; 是否有协议事项上的行政管理职权, 容许性如何。实务中对行政协议适格主体的判断因立法不一等原因存有争议, 须注意不能因行政主管部门的主管权而否认一级政府的订约权。行政协议诉讼中依传统的被告确定规则, 往往出现被告与协议签约方分离, 与合同相对性原理不符, 并有以被告转换技术消解协议行为主体资格缺陷问题, 宜引入民法上事后追认等观念作为缓解理论与实务紧张关系的解释进路。

关键词 行政协议 主体资格 诉讼主体 法律效力

目前行政协议案件数量急速增长,^①其呈现各类问题的复杂性对刚完成“行政合同”到“行政协议”语词转换,尚皓首穷经地区辨民事合同与行政协议判断标准的研究者而言,有极大挑战。从案件审理规则、法律适用到解释方法、判决方式都有亟待解决的问题点。本文将重点关注行政协议主体的司法审查问题。有学者认为我国目前的行政诉讼法未设定主体资格的审查标准,存在明显的缺陷^②。若真如此,对行政协议主体的审查是否全盘适用民事合同的主体审查思路?

纵观各行政协议案件,一个颇明显的现象是诸多案件被告不属于行政协议签约主体。比如龙岩市环境卫生管理处与雅邦集团有限公司特许经营协议纠纷案(简称龙岩案),协议主体是雅邦集团有限公司与龙岩市环境卫生管理处,但二审判决认为龙岩市环境卫生管理处不是行政机关,不是适格被告,龙岩市住房和城乡建设局方是适格被告。^③实务中因被告不适格发回重审屡见不鲜。相反,于民事合同纠纷中,签约主体与

^{*} 浙江财经大学副教授,法学博士。本文系国家社科基金后期资助项目“公私合作中的争议解决实证研究——以政府多元角色为语境”(项目批准号:15FFX024)的阶段性成果。感谢章剑生、金承东、危辉星、江勇在浙江省行政法学会研究会2017年年会中所提的建议。

① 依据中国裁判文书网搜索结果显示,自2015年5月1日至2018年3月9日,因各类协议争议产生的行政诉讼裁判文书有5159份,而此前所有该网收录的所有文书共为79份,从侧面可反映出协议类纠纷案件的增长状况。

② 参见何海波《行政诉讼法》,法律出版社2011年版,第245页。

③ 参见福建省龙岩市中级人民法院(2016)闽08行终103号行政裁定书。

诉讼主体分离并不常见。^④ 由于主体是否适格是行政协议司法审查的必经步骤,民事合同主体适格要件在行政协议司法审查中是否适用,是否需要经过修正调整以适应行政诉讼需要,协议订约主体与诉讼主体的关系如何,主体不适格对协议效力的影响如何,上述问题都有待解答。^⑤

一、行政协议主体适格的审查逻辑

(一) 行政法上的权利能力和行为能力

作为后发的行政法,以民法为规则储备库,通过“准用”等方式适用民法原理和规则并不鲜见。行政协议案件审理中适用不违反行政法和行政诉讼法强制性规定的民事法律规范,也已在司法解释中明确。^⑥ 行政协议主体是否适格^⑦,是行政协议合法性与效力审查的要素之一。在审查思路和技术上,是否可以沿用民事合同主体资格审查的方式?对民事合同主体资格的审查包括权利能力和行为能力,即包括是否具有享有权利、承担义务的资格,能否以自己的名义进行法律行为并承担相应后果。毛雷尔认为无论私法或公法,权利能力大凡包括享有权利、承担义务,能够独立进行法律活动、处分财产、起诉或者被诉。^⑧ 似乎二者相通。我国学界探讨行政法是否可沿用权利能力、行为能力这套话语体系时,认为在界定行政主体时,已悄悄植入民法元素,“行政法学者所理解的权利能力,就是独立行使行政权的资格”,“行政主体的权利能力体现在享有行政权,并凭据行政权做出行政行为”。^⑨ 这种说法并不等于承认民事主体权利能力概念可以直接平移到行政主体身上,但揭示出其背后逻辑的相似性。我国台湾学者的研究更直白地指出“权利主体指在法律上享受权利负担义务之资格者而言,亦即具有权利能力之意,行政法上权利能力概念,当然源自民法,民法上有权利能力者,行政法自亦具备。”“行政法上行为能力与权利能力一样皆是来自民法之概念”。^⑩ 但公私法毕竟不同,因此该学者认为民法上的权利能力和行为能力理论仍需修正,才符合实际需要。^⑪ 如有学

④ 民事合同纠纷中,诉讼主体一般就是合同订立主体,只有在合同主体出现自然人死亡、组织终止等主体资格灭失等情况时,才出现代位问题。

⑤ 下文选取的某些案件于2015年5月1日前结案,以民事诉讼途径审查行政协议,其司法观点有重要参考价值,本文予以一并考虑。

⑥ 参见《最高人民法院关于适用〈行政诉讼法〉若干问题的解释》第14条,2015年5月1日实施。

⑦ 在理论上,主体适格被用于描述法律关系主体是否具备主体资格,可否参加法律关系,承担权利义务。主体资格包含权利能力和行为能力两部分。不同的法律关系对主体资格有不同要求。诉讼法律关系中,讨论诉讼主体资格时,也称当事人资格或当事人能力,是当事人对于作为诉讼标的之特定的权利和法律关系可以实施诉讼并请求判决的资格。参见章剑生编《行政诉讼法学》,高等教育出版社2006年版,第147页。本文此处的适格指实体上对主体资格的判断,诉讼程序中的主体资格即当事人能力在文章第三部分讨论。

⑧ 参见[德]哈特穆特·毛雷尔《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第498-499页。

⑨ 余凌云《行政主体理论之变革》,载《法学杂志》2010年第8期。

⑩ 吴庚《行政法之理论与实务》(增订13版),台湾三民书局2015年版,第151-154页。

⑪ 参见前引⑩,吴庚书,第151-154页。

者提出“具有民法权利能力之自然人,未必得为行政法权利及义务之归属主体。……例如,依选举法规之规定,未达一定年龄之自然人,并无选举权及被选举权。”^⑫上述修正基于选举法的特别规定作出。追根溯源,赋予权利能力、行为能力的原因,主要是为了承认其法律上的主体地位,并赋予相应的法律效力。自然人享有民事权利承担民事义务的资格始于出生,终于死亡。同样在行政法上,自然人终其一生都有发生各类行政法律关系的可能,理应被赋予行政法上的权利能力。但民法上的权利能力不能被绝对化理解,认为有权利能力的主体就可以作为所有权利、义务的主体。如公司不能缔结超越其营业执照所示的经营范围以外的合同。民事上的权利能力存在领域、范围上的限制。同理,行政法上,可以对权利能力和行为能力作必要的限定。因此,公法领域基于不同的法律原则、价值取向、制度要求对主体资格作不同于私法领域的限定,从而构成行政法上“平移”民事主体资格内涵时的修正基础。可见,行政法上的主体资格,可以沿用“权利能力、行为能力”这套话语体系,但应时刻关照其在具体语境下的特殊内涵。

(二) 行政协议订约方的主体资格

关于行政协议相对人方的权利能力和行为能力,在有行政法上的特殊要求时,要对民法上的“权利能力、行为能力”做适度调整。比如政府特许经营协议中,一般都会对协议相对人资质作特别要求,在选择签约方时首先对投标人进行资格审查,可能的要求包括企业法人资格、注册资本、项目履行能力等。具体资质要求因项目不同而不一。这些规定构成特殊的订约主体资格要求。

相较于行政相对人方的主体资格,行政机关方^⑬的主体资格更为复杂。行政机关由于有较稳定的财政来源,在民事法律活动中,能以自己的经费承担责任,因此在民法上被赋予法人地位,属于机关法人,^⑭是适格的民事法律关系主体。单纯依靠民事合同订立资格来判断行政协议主体资格显然是不足的。具备民事主体资格的行政机关,也只在权限范围内享有行政法上的权利能力和行为能力,超出法定的权力范围,无行政法上的主体资格。由此,移至行政法律关系,是否享有权利能力和行为能力,变为是否具备行政权力,是否以自己的行为行使权力并承担后果。因之,考量可否以自己的财产承担责任,转为关注是否具备相应的职权,有无超越权限。正如学者所述,行政行为的主体资格即对外行使职权的资格,取决于是否有行政权能和行政权限,即能不能作行政行为和能在多大范围内对外作行政行为。^⑮故行政协议中,审查行政机关方是否适格不限于是否具有民法上的“权利能力和行为能力”,还应视其是否享有协议所属领域的行政管

^⑫ 陈敏《行政法总论》,台北新学林出版有限公司2007年第5版,第240页。

^⑬ 实践中,行政机关内设机构、派出机构或者临时机构订立行政协议的情形非常普遍,如区国土局派出的国土所、区管委会签订的拆迁补偿协议等。此处称行政协议的行政机关方,但意在包含这些派出机构、内设机构和临时机构作为协议主体的情形。

^⑭ 根据《民法总则》第97条的规定,有独立经费的机关和承担行政职能的法定机构从成立之日起,具有机关法人资格,可以从事为履行职能所需要的民事活动。

^⑮ 参见章剑生《现代行政法总论》,法律出版社2014年版,第284页。

理职权,就协议而言,可称之为“订约权”。^{①⑥}

依此逻辑,一个不能回避的问题是,此处对协议行政机关方适格的审查,与行政主体的判断有何关联?有学者表述为“无论是行政机关还是依法得到授权的组织,只要有行政主体资格,都可以在其权限范围内缔结行政合同。”^{①⑦}完全依此路径,则一个自然的推演是不具备机关法人资格的主体,如内设机构,经过法律、法规授权可以获得相应行政权力,成为协议订立的适格主体;由行政机关组建,有行政权力,独立核算的经费,可以独立承担民事责任,但因无法律、法规授权不具备责任承担能力的机构,不是行政主体,不具备订立协议的资格。也就是说依照上述“行政主体”思路判断协议主体适格问题,似乎可以依“权、名、责”三要素随意裁剪行政法上“权利能力、行为能力”的内涵,在与“民事主体资格+行政职权”模式出现矛盾时,果断选取惯常的单方行政行为主体资格判断思路,其引发的问题将在本文第三部分“行政协议诉讼中的当事人资格”详述。

(三) 行政机关“订约权”审查的特殊性

传统行政诉讼案件对是否享有职权的审查经验已颇为丰富,职权可能来自组织法的规定,也可能基于其他法的单独授权。权力带有地域、层级、对象、事项、时间、行使方式的自我归限。审查是否享有权力还需要审查行为主体是否超越上述限度。但在行政协议中,是否有订约权这一事项的审查与传统职权审查仍略有不同。

订约权与处罚权等较成熟的行政领域不同,后者有严格的法律规范作为判断依据,可以遵照法律保留原理进行审查。除了个别领域,如土地征收补偿,有《国有土地上房屋征收与补偿条例》明确协议订约部门、程序、包含事项,众多政府管理领域哪些主体有权在何种领域订立协议,法规范的指引较少。目前实定法中对行政协议的规定集中在地方法程序性立法、有关政府合同的单行立法及一些国务院文件中。比如国务院发布过两个规范性文件《国务院关于促进市场公平竞争维护市场正常秩序的若干意见》^{①⑧}、《国务院关于印发全面推进依法行政实施纲要的通知》^{①⑨}。内容上亦只是宣示性地鼓励以行政合同作为行政管理活动的方式和手段,并不构成规范意义上对订约权限的规定。

除此之外,各地针对行政合同、政府合同出台过一些专门的规章或规范性文件。如《广州市政府合同管理规定》第7条规定“市政府及其工作部门订立政府合同,禁止下列行为:……临时机构和内设机构作为一方当事人订立合同。”^{②⑩}《益阳市人民政府行

^{①⑥} 虽然现有的文献中“订约权”并不常见,但多个文献中都指出行政协议的订立以相应的行政权力为基础,如“行政主体对于通过缔结行政契约所处理的行政事务,要有相应的事务管辖权、级别管辖权和地域管辖权,不得通过契约的方式扩大法定的活动空间。”(步兵《行政契约履行研究》,法律出版社2011年版,第39页)“除了要遵循《合同法》第9条的规定,具有相应的民事权利和民事行为能力之外,行政主体还应当具备以行政合同手段进行行政管理的相应职权。”(郑秀丽《行政合同过程研究》,法律出版社2016年版,第58页。)为表述方便,这种相应的行政管理职权以“订约权”称之。

^{①⑦} 前引^{①⑥},郑秀丽书,第60页。

^{①⑧} 国发[2014]20号文件,2014年6月4日实施。

^{①⑨} 国发[2004]10号文件,2004年3月22日实施。

^{②⑩} 广州市人民政府令第69号,2012年7月1日实施。

政合同和民商事合同管理的规定》第7条规定“合同应当由市人民政府或者授权的部门、企事业单位法定代表人签订,也可以依法委托代理人签订。市人民政府授权部门、企事业单位签订合同的,必须由市人民政府主要领导签署授权文书。”^{②1}依上述规范,能订立行政合同的主体有政府、政府授权的部门,在益阳也包括政府授权的企事业单位。严格而言,行政协议的签约主体规范并不等于订约权限规范。哪些事项、哪些领域可以订立协议,可以订立什么类型的协议等仍未明确。

分析至此,行政协议订约权是否属于“无单独授权即禁止”?笔者认为不然。行政协议由实务催生并逐步被立法接纳,其动因在于强烈的实践需求。以协议方式完成行政任务所带来的诸如“能动性”、“柔性”也被学界争相鼓励,认为其带来公共行政范式及行政法理论的“革新”。此外,行政协议在给付行政领域的运用较多,与干预行政领域不同,给付行政领域被认为只需要遵循低度的法律保留,不要求所有的行政活动都有严格的法律授权。^{②2}因此不承认政府对协议方式运用的实际需求,完全否认无明确、单独授权的订约权,显得不切实际。^{②3}

在行政协议没有单独的明确授权,但也没有被明确禁止时,宜分两层次对订约权进行判断:第一,签约主体是否有相应事项的一般行政管理权,如计划生育协议、教育委培协议,要看签约主体是否有计划生育行政、教育行政管理权力。第二,判断该事项在性质上是否容许采用协议方式完成。在美国,政府订立合同的权力被认为是固有的,只要满足两个前提,即认为行政机关具有通过订立合同履行政府义务的固有权能。两个前提包括:未受法律禁止;行使政府权力履行政府义务的合理活动。^{②4}在台湾法上,这被称为“合同订立的容许性”,台湾“行政程序法”第135条规定,公法上法律关系得以契约设定、变更或消灭之。但依其性质或法规规定不得缔约者,不在此限。该立法例采除外规定,原则上缔结公法契约不需要法律特别授权,除非立法明确禁止或依性质不受允许。对此,可以用“行为形式选择自由”理论加以解释。“行为形式选择自由原本适用于行政行为层面上讨论,系指行政机关为了适当地履行公行政之任务,达成公行政目的,得以选取适当之行政行为,甚至也可以在法律所允许之范围内选择不同法律属性的行为。”^{②5}

如何具体判断哪些范围属于性质上与协议形式相容的领域,某些地方立法已经做了列举式尝试,如《江苏省行政程序规定》中明确行政合同主要适用于下列事项:政府特

②1 益阳市人民政府益政发[2008]9号 2008年8月6日实施。

②2 学界对此多采类似观点,“行政主体签订行政契约的容许性,不在于必须要有法律根据或明确的法律授权,而在于是否在法律所禁止。”(杨解君《行政法学》,中国方正出版社2002年版,第360页)“行政法内,原则上亦许可行政机关与人民缔结行政契约。”(前引②,陈敏书,第585页。)

②3 比如最近被最高人民法院确认为行政协议的息诉罢访协议,其订立并无单独授权基础。参见韩甲文诉黑龙江省肇源县人民政府行政协议案,(2016)最高法行申45号行政裁定书。

②4 Louis F. Del Duca, Patrick J. Falvey, Theodore A. Adler, State and local government procurement: developments in legislation and litigation, The Urban Lawyer, Vol. 18, No. 2 (Spring, 1986), pp. 301-367.

②5 程明修《行政法之行为与法律关系理论》,台湾新学林出版公司2005年版,第290页。

许经营、国有自然资源使用权出让、国有资产承包经营、出售或者租赁、征收、征用补偿、政府采购、政策信贷、行政机关委托的科研、咨询及其他有法律、法规、规章规定可以订立行政合同的领域。但上述列举似乎仍对可能的领域有所限缩,如价格监测合同、治安承包合同、旅行社质量保证金合同等实践中存在的合同类别无法纳入上述范畴。从长远来看,概括式立法仍优于列举式立法,当然法制上的更替仍以司法案例的积累为基础。

综上,无明确单独授权时,行政协议行政主体方订约权的审查,主要看该主体在协议所涉事务领域有无一般的行政管理职权。技术上采取反向审查,即没有法律禁止或违背协议事项本身性质,则认为具备订约权限。

二、实务中对行政协议适格主体的具体判断

依上文所述,若抛开“订约允许性”问题,判断谁有行政协议订约权分两步进行:第一,有无对订约权的直接规定,有规定依照规定进行;第二,对订约权无明确规定时,寻找职权主体,确定适格订约权人。但事实上,司法实践中上述判断仍面临一定困难,对订约权与职权的关系,仍有争议。尤其是职权主体依法律、法规、规章将订约权授予另一主体时,适格^{②6}订约人判定更容易出现分歧。

(一) 司法实务中的不同观点

以政府特许经营协议为例,梳理司法裁判的有关观点,大致有以下几种:(1) 负有特许经营事项管理职权的主管部门是适格签约主体,一级政府无订约权。在张家界百龙天梯旅游发展有限公司等诉赤水市政府合同纠纷案(简称张家界案)中,张家界百龙公司、万众公司与赤水市政府签订了《赤水市“三区一湖一河”旅游区委托经营合同书》,法院认为赤水市政府不具备签订景区类经营合同的主体资格。根据国务院《风景名胜区管理暂行条例》的规定,景区的维护、利用、保护、建设、规划等属景区管理机构的职责,人民政府是其领导机构,可作宏观管理者,不能作为直接的管理者、利用者。本案有关景区当时设有景区管理机构,即便需要签订合同,其主体也应当是景区管理机构而不是该机构的上级人民政府,赤水市政府作为一级人民政府,签订本案合同违反职责法定原则。^{②7}(2) 政府主管部门是适格订约主体,主管部门与一级政府是“代表”关系(两者都有订约权)。在兴平市住房和城乡建设局与重庆玉祥实业(集团)有限公司确认合同效力纠纷申请案(简称兴平案)中,法院认为兴平市城建局与玉祥公司双方本着平等自愿、优势互补原则,签订了涉案《合作开发天然气合同书》。虽然该合同书中约定兴平市城建局系代表兴平市人民政府,但由于兴平市城建局作为涉案合同的签订者,既是兴平

^{②6} 文章本部分的适格主体仍指实体上的适格,是诉讼过程中对协议主体是否符合实体适格要求的判断。

^{②7} 参见贵州省高级人民法院(2013)黔高民商初字第6号民事判决书。该案因二审法院认为合同不属于行政协议,属于民事合同被发回重审。但案件审理结果不影响本文对裁判文书说理部分观点的讨论。

市燃气行业的地方政府主管职能部门,同时又是机关法人,具有法律规定的对外实施民事行为的权利能力和行为能力,能够独立对外签订民事合同。^{②⑧} (3) 只有一级政府是适格协议签约主体,合同相对人在明知对方主体不适格时签约存在过错。在田阳新山新能燃气有限责任公司等诉平果华商清洁能源有限公司等侵权责任纠纷案中,法院在一审判决书中指出,当事人应当知道只有合法的一级政府才有权授权签订《管道燃气特许经营协议》,在明知授权主体新山管委会仅是事业单位而不具备市政公用事业特许经营权的情况下,仍然据此签订《管道燃气特许经营协议》,主观上有明显过错。^{②⑨}

(二) 立法中订约权规定不一

上述案例反映出行政协议适格主体争议较大。一级政府、政府主管部门、下属事业单位都可能签订行政协议,对其是否适格,观点各异。这与公用事业特许经营领域的立法不统一有关。政府特许经营一般先有以批复、决定等形式^{③⑩}出现的特许经营授权决定,再签订政府特许经营协议。我国公用事业特许经营早期适用《市政公用事业特许经营管理办法》阶段,特许经营协议由主管部门经直辖市、市、县人民政府批准,与中标者签订特许经营协议。^{③⑪} 2015年6月出台的《基础设施和公用事业特许经营管理办法》则以“实施机构”指称协议签订方,规定县级以上人民政府应当授权有关部门或单位作为实施机构负责特许经营项目有关实施工作,并明确具体授权范围,实施机构应当与依法选定的特许经营者签订特许经营协议。^{③⑫} 故包括县级以上人民政府授权的部门或单位的“实施机构”是实体上的适格签约主体。这表明签约主体的多元化获得承认。但上述规定是否排斥县级以上人民政府直接签订协议,还需要进一步考察。

各地方的规定亦不尽统一。如按照杭州市的规定,特许经营权的授权主体是市政府,市政府或市政府授权的部门与获得特许经营权的经营者签订特许经营协议,^{③⑬} 山西省的规定则是,市政公用事业主管部门根据城市人民政府的授权,可以采取招标、有偿转让、委托的方式选择特许经营者,与特许经营者签订特许经营合同。^{③⑭} 因此,由一级政府还是一级政府授权的部门或一级政府授权的其他主体签订特许经营协议,部门规章、各地的地方性法规之间的规定都不一致。部门规章和地方性法规的效力难断高下,根据《立法法》的规定,地方性法规与部门规章之间对同一事项的规定不一致,可由提请国务院出具意见、全国人大常委会裁决等程序决定。正是由于签约主体规范不一,导致政

^{②⑧} 参见重庆市高级人民法院(2014)渝高法民申字第00029号民事裁定书。

^{②⑨} 参见广西壮族自治区高级人民法院(2013)桂民提字第130号民事裁定书。

^{③⑩} 早期甚至有专营办法的形式。如上海市在20世纪90年代颁布的《上海市延安东路隧道专营管理办法》。

^{③⑪} 具体条文为:直辖市、市、县人民政府市政公用事业主管部门依据人民政府的授权(以下简称主管部门),负责本行政区域内的市政公用事业特许经营的具体实施。主管部门应当经直辖市、市、县人民政府批准,与中标者(以下简称“获得特许经营权的企业”)签订特许经营协议。参见《市政公用事业特许经营管理办法》第4条、第8条,2004年5月1日实施,目前已被新的《基础设施和公用事业特许经营管理办法》取代。

^{③⑫} 《基础设施和公用事业特许经营管理办法》第14条,2015年6月1日实施。

^{③⑬} 参见《杭州市市政公用事业特许经营条例》第7条,2007年7月1日实施。

^{③⑭} 参见《山西省市政公用事业特许经营管理条例》第15条,2008年3月1日实施。

府特许经营协议签约主体适格条件难下定论。

(三) 订约权与行政职权的关系

立法矛盾实际上也折射出解读一级政府与主管部门关系时的困惑,上文判断适格订约主体的第二步,谁有主管协议事项的职权之疑问,对于各个领域的行政协议而言,属于普遍性问题。下文仍以政府特许经营协议为例加以说明。

我国行政实践中,特许用于不同的语境,一般指在符合极其特殊条件下,给予申请人特别的待遇、优惠、便利、非常规性行为的允许等。^⑤其中最为典型的用法是对于开发有限自然资源、进入某些有自然垄断属性行业的特别许可。获得特许权的对象即获得在许可范围内的权利,可以是开发、利用、经营、收益等权利,同时需要受到特许机关设定的严格规制,如管道天然气经营特许、野生动物利用特许等。目前特许的基本法是《行政许可法》,该法将特许作为许可的一种类型加以规定,有人认为“政府对财富进行控制和垄断,获得受到限制的特许(如城市出租车、电视频道、交通路线、石油天然气、酒类专卖、棉花或小麦种植、国家公园特许)就意味着新财产。”^⑥确实,特许活动多数是有逐利性的,国家对私人主体授予财产必须要有足够的正当化理由。特许的前提是上述活动本属于国家独占垄断和普遍禁止。准许私人进入,由国家独占变为国家监管下的私人特许经营,其理由包括合理开发利用、引入私人活力、提升效率等。

因此,特许经营权的授予只能由原本独占资源或行业的主体进行,由最具公益代表性的主体——国家授出。“国家”本身作为拟制的法人主体,作出行政行为需要通过其机关作出,透过职权划分配置完成总体任务。在特许经营领域,授予特许经营权属于一级政府的职权。《基础设施和公用事业特许经营管理办法》中明确,特许经营是指政府采用竞争方式依法授权法人或者其他组织,提供公共产品或者公共服务。^⑦在笔者检索范围内,专门规范公用事业特许经营的十余部地方性法规对此也做相同或类似的规定。^⑧故以法条的字面解释即可认定一级政府具有授予特许经营的职权。

职权主体可以自己行使职权,也可以依法授权其他主体具体行使某项职权。正如国有土地上房屋征收补偿领域,市、县级人民政府负责本行政区域的房屋征收与补偿工

^⑤ 如有学者撰文指出,大体而言,特许存在的空间往往为:自然垄断行业,例如传统的网络型公共事业领域;高科技稀缺领域,例如广播频率的分布领域;过度竞争领域,例如航空线路的分布以及城市公共交通路线的分配。参见胡敏洁《特许、行政法与规制工具》,载《国家行政学院学报》2006年第5期。

^⑥ 于立深《给付行政中的警察权力》,载杨建顺编《比较行政法——给付行政的法原理及实证性研究》(第2卷),中国人民大学出版社2008年版,第155-178页。

^⑦ 详见《基础设施和公用事业特许经营管理办法》第3条2015年6月1日实施。

^⑧ 如“城市基础设施特许经营,是指中华人民共和国境内外的企业和其他经济组织依法取得政府授予的特许经营权,在一定期限和范围内经营城市基础设施,提供公共产品或者公共服务。”(《北京市城市基础设施特许经营条例》第2条2006年3月1日实施)“市政公用事业特许经营,是指有权授予特许经营权的政府按照有关法律、法规规定,通过市场竞争机制选择市政公用事业投资者或者经营者,授权其在一定期限和范围内经营某项市政公用事业产品或者提供某项服务的制度。”(《贵州省市政公用事业特许经营管理条例》第3条2008年1月1日实施)“市政公用事业特许经营,是指政府依照有关法律、法规规定,选择特许经营者,在特定范围和期限内经营市政公用事业某项产品或者提供某项服务。”(《山西省市政公用事业特许经营管理条例》第2条2008年3月1日实施。)

作,有房屋征收与补偿职权,同时可以依法确定具体的房屋征收部门组织实施房屋征收补偿工作。职权主体可以将权力的具体实施授予部门或其他主体。依照办法第14条的规定,县级以上人民政府应授权有关部门或单位作为实施机构负责特许经营项目有关实施工作,实施机构应当订立特许经营协议。此处的授权属于有规章依据的授权,实施机构依据该授权具体实施“特许”这一职权。此外,特许可以通过单方授权活动完成,如作一个“特许”决定,也可以通过订立特许经营协议完成,或者二者兼有。所以从权力行使逻辑而言,订立特许经营协议,属于授予特许权的一种方式,是具体行使、实施“特许”职权的一个环节和步骤。因此订约属于具体“实施”环节,“订约权”相对于“特许”授予职权本身而言,可被称为“实施权”。

容易产生争议的往往是如下情况:立法规定由主管部门订立特许协议,授予特许权,如青海省规定特许经营者确定后,市政公用事业主管部门应当与特许经营者签订特许经营协议,授予其特许经营权,颁发特许经营权证。^{③⑨}从字面解释看,特许的授权主体为市政公用事业主管部门。容易使人认为一级政府不是适格的特许权授予主体,不能以订立协议方式授出特许权。然而不能以主管部门具有基础设施和公用事业的主管权而否认一级政府的“特许”权。回归上文所述,一级政府将“特许”职权授予实施机构(此处为市政公用事业主管部门)具体实施,依照行政授权的一般原理,授权机关可以监督被授权主体权力实施行为,可以撤销或改变不当行为,必要时可以收回授权。^{④①}所以一级政府作为上位授权主体转而自己实施授出的权力,不宜被认定为僭越被授权人权力的情形。实务中也存在本级人民政府行使法律规定由政府部门行使的职权的情况,如城市房地产管理法要求房屋所有权证书由县级以上地方政府房产管理部门核实颁发。但实践中,有些地方房屋所有权证统一以人民政府名义颁发。学者认为如果这种做法是统一的,制度化的,一般应当允许。^{④②}正如上文分析,特许权并非从公用事业的行政主管权中分离出来,政府主管部门订立特许协议,向经营主体授予特许权,其前提是主管部门获得一级政府对其进行的授权,由其负责实施“特许”授予权。除了被授权主体有订约权外,一级政府在实践中订立特许协议,也应当允许。

综上,在立法明确被授权的实施主体和一级政府都有订约权限时,适格的签约主体包括一级政府本身和实施主体。在立法规定只有一级政府有订约权限时,实施主体没有订约权,不是适格的协议主体。在立法只规定被授权的实施主体有订约权时,则一级政府本身和实施主体都有订约权限。在没有任何订约权规定时,上述判断逻辑可以平移适用,即一级政府、主管某一领域的行政主管部门,或被合法授予某项职权的派出机构等都属于有管理“职权”的主体,都有订约资格。就上引案例所涉的一级政府和职能部门的关系,职能部门权力来自一级政府对其确定的分工,因为职能部门本属于政府组

^{③⑨} 参见《青海省市政公用事业特许经营管理条例》第16条,2009年10月1日实施。

^{④①} 参见《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》第59条规定:“县级以上地方各级人民政府行使下列职权:……(三)改变或者撤销所属各工作部门的不适当的命令、指示和下级人民政府的不适当的决定、命令。”

^{④②} 前引②,何海波书,第268页。

成部门,因此确定由某个部门主管行使订约权,却由一级政府参与订立协议,并不构成反向越权。

三、行政协议诉讼中的当事人资格

诉讼法上的主体资格,一般被表述为当事人能力,是在诉讼程序中成为当事人的资格,是其享有诉讼权利、承担诉讼义务的资格,属于“程序法的特别权利能力”。^⑫ 行政协议诉讼中,谁是适格被告的确定^⑬与民事诉讼完全不同。后者民事主体可以与民事诉讼主体分离。一般认为在签约主体有一定权利能力、行为能力的情况下,谁签约就告谁。上文兴平案中,法院认为虽然该合同书中约定兴平市城建局系代表兴平市人民政府,但根据合同相对性原则,兴平市城建局是原审的适格被告。^⑭ 不具备实体法上主体资格的合同签订方,有时也可以作为当事人进入诉讼程序,成为民事诉讼主体。行政诉讼中,由于我国的行政主体理论采用“诉讼主体”模式,即将实体上的行政主体资格和诉讼主体资格互相同等,进而认为行政主体就是行政诉讼中的被告,从而勾连职权和责任,将实体性判断绑定到救济程序中的被告认定环节,并逐步将行政主体是适格被告解读为被告只能是行政主体。照此思路,行政协议诉讼被告需要符合“行政主体”资格要求,无行政协议订立权限但以自己名义签约的主体不是适格被告,此时应按照《最高人民法院关于执行〈行政诉讼法〉若干问题的解释》第20条^⑮、21条^⑯规定,以最终确定的某个行政主体为被告。实践中,行政庭对行政协议主体的审查基本上遵从这一模式。如上文龙岩案中,法院认为以龙岩市环境卫生管理处的名义签订的《BOT 填埋工程合同》是由龙岩市住房和城乡建设局向龙岩市人民政府请示,由龙岩市人民政府批准签订的,应视为龙岩市环境卫生管理处是受龙岩市住房和城乡建设局委托与雅邦集团有限公司签订的,龙岩市住房和城乡建设局方是本案适格被告。诉讼途径的分野导致司法观点的倚重点不同,民庭审查时,订约主体实体上是否适格是判断重点和难点,但判断订约主体是否有诉讼法上的主体资格,颇为简单,基本按照合同相对性原理,直接确定订约主体即受合同权利义务拘束的主体,是适格当事人。行政庭的审查思路则重点在于按照行政主体理论确定适格被告,进而审查被告在实体上的订约权,至于实际订约主

⑫ 前引⑫,陈敏书,第241页。

⑬ 基于本文的讨论重点和脉络,此处只对被告资格予以讨论。

⑭ 前引⑳。

⑮ 条文具体内容如下:行政机关组建并赋予行政管理职能但不具有独立承担法律责任能力的机构,以自己的名义作出具体行政行为,当事人不服提起诉讼的,应当以组建该机构的行政机关为被告。行政机关的内设机构或者派出机构在没有法律、法规或者规章授权的情况下,以自己的名义作出具体行政行为,当事人不服提起诉讼的,应当以该行政机关为被告。法律、法规或者规章授权行使行政职权的行政机关内设机构、派出机构或者其他组织,超出法定授权范围实施行政行为,当事人不服提起诉讼的,应当以实施该行为的机构或者组织为被告。

⑯ 条文具体内容如下:行政机关在没有法律、法规或者规章规定的情况下,授权其内设机构、派出机构或者其他组织行使行政职权的,应当视为委托。当事人不服提起诉讼的,应当以该行政机关为被告。

体欠缺订约权,并不作为协议审查重点。由于对“权、名、责”一致性的追求,若订约主体实体上无订约权,如内设机构或派出机构在没有授权情况下以自己名义订约,或“授权”依据的是法律、法规、规章以外的文件,则出现名与权、责分离,直接由实体上的“有责”主体代替行为主体作为诉讼当事人。尽管这种做法有利于使判决拘束力延及最终责任承担者,也利于判决的执行,但有时会导致被告确定上的困难,为当事人起诉增加难度。很多案件进入审理阶段,甚至二审阶段才意识到被告不适格问题,导致案件需要发回重审或因原告不同意变更被告被驳回,造成程序延宕,削弱救济的有效性。

民庭、行政庭对该问题的不同进路折射出不同部门法对主体资格的不同诠释。民法上,个人独资企业、合伙企业等非法人组织,不具有法人资格,但是能够依法以自己的名义从事民事活动,具备程序法上的当事人资格。这些组织与法人组织的区别是不能独立承担民事责任,因此需要有“责任扩张”制度予以弥补,由出资人或者设立人承担无限责任。^{④7} 同样企业法人的分支机构在权限范围内订立的合约,发生诉讼时可以作为独立诉讼当事人,并首要承担民事责任,其所属的法人承担补充责任。比较法上,实体法和诉讼法上主体资格的有限分离也较为常见。比如德国无权利能力的社团可以作为被告,与其他法人具有同等的诉讼地位。美国不具备法人资格的合伙可以单独起诉和应诉等。尽管在理论上,有学者认为民事实体法和程序法本同根同源,主体资格的有限分离造成主体制度的失衡,成为有效实现权利保障、解决民事纠纷、维护社会经济秩序等民事诉讼目的的巨大障碍,并提出应在实体法上构造自然人、法人、非法人团体的“三元”民事主体结构,统一民事主体和民事诉讼主体。^{④8} 诚然,诉讼法上的当事人能力,逻辑上应赋予那些实体上的权利主体,以实现有效救济目的,但上述研究所提的解决之道,似乎都偏向扩大现有实体法民事主体资格外延,而非改变诉讼主体资格现状。究其原因,民事诉讼法逐步扩大程序当事人的范围,是基于非法人组织参与社会经济活动,发生法律关系,保护自身合法权益的需要。程序上看,由非法人组织直接参加诉讼,使诉讼关系简化,符合诉讼便宜之需要。故学者似乎都肯定诉讼法上扩大主体资格的做法,并主张相应扩大实体法之主体资格范围。^{④9} 可见,哪些个人、组织被赋予主体资格,承认其有形成法律关系,形塑法律秩序之资格,是统合考量学理架构、社会生活实际需要的政策性决定。颇为有趣的是,依行政实体法和诉讼法现有制度,诉讼中的被告资格和实体法的行政主体高度一致,法院在立案审查时,便考虑被告是否具有行政主体资格,不具备行政主体资格不能当被告,成为普遍的做法。学者的立场则相反,主张应分离实体上的行政主体资格和诉讼主体资格,其理由在于对我国行政主体理论的批评及

④7 详见《民法总则》第102、104条,2017年10月1日实施。

④8 参见谭启平《民事主体与民事诉讼主体有限分离论之反思》,载《现代法学》2007年第5期。

④9 民法总则实施后,非法人组织的民事主体地位已获得承认,能够依法以自己的名义从事民事活动,具有相应的民事权利能力和民事行为能力。参见郭明瑞《民法总则中非法人组织的制度设计》,载《法学家》2016年第5期。

对行政组织法不发达的体察。^{⑤①} 经学者对学术史考察,行政主体概念本身是模仿民法中的“机关主体”模式而来,并基于实践需要,不断丰满发展呈现当下面貌。我国的行政主体理论是对大陆法系分权模式下行政主体理论的误读,“误读的路径始于民法中的‘民事主体’与‘法人’理论,终结于行政诉讼被告资格的确认。”需要借助“分权主体模式”重构行政主体理论。^{⑤②} 行政主体理论在诉讼法上被曲解为“行政诉讼被告只能是行政主体”,只能由最终承担责任的主体作为被告,过于单一、呆板。^{⑤③} 易言之,学者大体认为实体法上行政主体的确定应以分权为基础,有框定权责范围、明确权责归属的功能,而诉讼法上的主体资格应以诉讼便宜、及时解决纠纷为主要目的。二者不必强求一致。

综观民法、行政法有关主体的不同规范和学说,其共性在于诉讼主体的确定,都考量到诉讼便利、及时有效救济等要素。不同之处则是确认实体法上的主体资格,二者基于不同的部门法律原则和制度逻辑,有不同的价值诉求。民法较注重保障权利、促进交易,行政法则关注权源明确、权责统一,因而产生相异的学术主张。行政协议诉讼中,沿用行政诉讼被告确定规则,似乎突破了合同相对性原则,协议权利义务的拘束对象经常可以通过被告认定规则变更为合同主体外的第三人。正如学者所指,行政诉讼被告资格问题的解决不必拘泥于实体法主体和诉讼法主体之完全一致,目前仍然可以依据行政诉讼法及其司法解释予以认定,但相信在不受行政主体理论过分限制的情况下会有新的发展。^{⑤④} 未来若行政主体理论获得重构,行政主体和行政诉讼主体适度分离将成为趋势。

讨论诉讼法和实体法上主体关系的意义,并不限于确认谁是适格主体,更在于判断行为效力。

四、行政协议主体不适格对协议效力的影响

(一) 理论上协议主体不适格将影响协议效力

行为人具备民事权利能力和相应的民事行为能力是民事法律行为有效的要件之一。自然人欠缺民事行为能力,行为被善意相对人撤销或其法定代理人拒绝追认的,行为无效。在代理情形下,除表见代理外,代理人没有代理权、超越代理权或者代理权已终止的,在被代理人没有追认的情况下,民事行为对被代理人无效。可见,为了确保行

^{⑤①} 对该问题的研究和关注由来已久,如认为行政诉讼被告问题的种种争议和确定被告的困难,必须从理论上重新建设行政主体理论,从立法上明确行政机关权限。(杨伟东《从被告的确定标准看我国行政诉讼主体划分之弊端》,载《中央政法管理干部学院学报》1999年第6期);行政主体理论违背了管理的规律,不利于有限政府、责任政府的发展,最终不利于行政组织的法治化进程。(薛刚凌《行政主体之再思考》,载《中国法学》2000年第1期);我国行政主体理论的反思性研究尚存局限,需要转换研究视角来关注行政主体的内在结构。(韩春晖《我国行政主体的内在结构及其协调——以权、名、责三者关系为中心》,载《行政法学研究》2008年第2期。)

^{⑤②} 章剑生《现代行政法基本理论》,法律出版社2014年版,第186、195页。

^{⑤③} 参见前引⑤②,余凌云文。

^{⑤④} 参见沈岿《重构行政主体范式的尝试》,载《法律科学》2000年第6期。

为人具备足够的能力以法律行为创设权利义务,民法上设计了很多制度为确认法律行为无效提供空间,既保护行为人权益,防止因缺乏辨识能力等因素受到不合理的行为效果约束,又保护善意相对人的信赖利益,设置不同情形下的优先保护序位。行政法上,行为主体的资格也同样影响行政法律行为的效力,我国《行政诉讼法》第75条规定“行政行为有实施主体不具有行政主体资格或者没有依据等重大且明显违法情形,原告申请确认行政行为无效的,人民法院判决确认无效。”可见主体资格缺乏影响法律行为效力是行政法、民法共同的原理。

民事合同效力理论中,签约主体必须具备相应的民事权利能力和民事行为能力,方能以合同行为创设相应的合同权利、义务。从合同成立、合法、有效三个层面而言,主体不明或无法确定,合同不能成立。主体不适格影响的是合同效力,通常不涉及合同合法性问题。

行政法上,针对单方行政行为的核心审查标准是合法性标准,通常针对主体合法性的审查是看其有无超越职权。就行政协议诉讼而言,无法回避判断协议效力问题。协议效力的判断过程实质是价值判断的过程,协议主体、意思表示、合法性等都是效力审查中的要素。在这种框架下,协议主体适格的判断是直接连接协议效力判断的重要步骤。同样在协议成立、合法、有效三个层次下,主体不存在,协议不能成立,主体不适格,影响协议的效力。当然,在行政法律关系中,合法性本身是效力判断的主轴,即效力审查中必然包含了合法性审查,则主体有缺乏订约权等不适格之情形,也属于行政协议行为中的主体不合法,从而影响行为的效力,这在逻辑上将主体适格与行为合法性、协议有效性依次连接,也同样成立。不过不管是合法性审查还是效力审查,对主体资格这一审查要素的审查标准是相同的,即“权利能力行为能力+订约权”。

(二) 司法实务中思路不一

以往民庭在审查行政协议时,协议主体是否适格是判断合同效力的审查要件之一,超越权限订立合同会导致合同效力不足甚至无效。如上文张家界案中,法院认为赤水市政府签订合同违反职责法定原则。《委托经营合同》应当认定无效。又如江西省彭泽县交通局等与彭泽县物资平安汽车运输有限公司联营合同纠纷上诉案中,法院认为县交通局订立协议时并没有得到彭泽县政府的明确授权,无权签订此协议,其行为违反了国家法律、法规的强制性规定。《合作协议》属无效协议。^{⑤4}

实践中,与民庭相比,行政庭对协议主体的审查思路大为不同,在确定行政主体作为适格被告后,订立主体和协议约束的最终主体不一致,并不影响合同效力,只要意思表示真实,内容合法,不违反禁止性规定,一般均承认协议的效力。法院或径直认定协议效力,或在说理中采取宽松的态度,如云志根与襄阳市襄州区人民政府确认房屋拆迁补偿协议无效上诉案中,认定襄州政府的征迁指挥部和征迁领导小组办公室,作为临时办事机构,在征收土地方案已获批后,以自己名义与云志根签订安置补偿协议,虽存

^{⑤4} 参见江西省高级人民法院(2003)赣民一终字第72号民事判决书。

在程序意义上的瑕疵,但还不构成主体资格上的重大且明显违法之情形。^{⑤⑤}朱安莉与明光市人民政府拆迁行政协议案中,法院认为明光市人民政府为征收的组织实施主体,而明光街道办事处为具体实施单位,其所签订的补偿安置协议后果由明光市人民政府承受,且朱安莉也是以明光市人民政府为被告起诉,故朱安莉提出征收主体不适格的理由不能成立。^{⑤⑥}

对照二者,行政诉讼中审查主体资格,反而使订约主体权限问题被“隐形化”。行政协议纳入行政诉讼途径审查,一个理由是可以对协议所涉权力行使合法性进行审查,比作为民事合同审查能更有效约束公权力,但上述案例似乎表明只要最后承担责任的行政主体(被告)有相应的订约权,在主体资格问题上,法院便不再深究订约人本身是否适格的问题。这无疑会导致协议纳入行政诉讼途径后,对其主体资格审查较民事诉讼反而淡化的效果,甚至反作用于行政实践,形成忽视订约行为主体权限,放任订约主体混乱之局面而不理等不良后果。作为行政协议法制尚欠发达,行政程序规范又不足的国家,防范以协议之名出售权力等不正当联结之任务尤其艰巨,在主体资格问题上,采上述思路是否合适,不无疑问。

(三) 以被告转换技术消解主体资格缺陷

被告转换技术是否是弥补主体资格缺陷的通行证呢?以最常见的“视为委托”为例,行政机关在没有法律、法规或者规章规定的情况下,授权其内设机构、派出机构或者其他组织行使行政职权的,应当视为委托。当事人不服提起诉讼的,应当以该行政机关为被告。在确认由转换后的被告作为实体法上有独立责任能力的主体参加诉讼并最终承担法律后果以后,行为人本身的主体资格不足,是否还需要在诉讼过程中二次评价?很多人认为不用。一种解释是“视为委托”以后,被委托人的行为就直接视为“委托人”的行为,行为人是否有主体资格,此时的行为人已经转而成为委托人,只要委托人本身有订约权,未超越其权限,即不存在主体资格问题。但这种解释忽视了行政委托本身的要求,即行为人需要以委托人的名义行为。不管是行政处罚法还是行政许可法上的委托,都有该要求。委托不构成权力转移,一旦行为人以自己的名义行为,即构成行使他人权力。当然,“视为委托”条款字面并未明确受委托人以谁的名义行为,似乎仍有一定的解释空间,但有学者认为“视为委托”规定是“无法律、法规、规章授权的权宜之计”,^{⑤⑦}其与实定法上的委托制度、理论上的委托规则都有难以消解的紧张关系,以上述逻辑必不能长久支撑该审查思路的合理性。

从现实角度而言,受严格法律保留的秩序行政领域,以“视为委托”方式用自身名义进行各类行政行为的現象尚且大量存在,在法制密度还较低的行政协议领域,以各类拆迁指挥部、委员会等临时机构、内设机构的名义签订的协议自然不在少数,诸多协议都

^{⑤⑤} 参见湖北省高级人民法院(2017)鄂行终17号行政判决书。

^{⑤⑥} 参见安徽省滁州市中级人民法院(2015)滁行初字第00008号行政判决书。

^{⑤⑦} 参见黄娟《行政委托内涵之重述》,载《政治与法律》2016年第10期。

已实际履行或部分履行,一味以主体资格要素否认协议的效力,无法适应行政实践的需求,也将导致很大的社会浪费。但另一方面,由于行政协议本身的低度协商空间,行政协议订约权与其他行政高权一样与相对人权利息息相关,订约权还与单方变更、解约权相联系,名与权、责一致始终是未来应努力促成的方向,以“视为委托”的被告转换技术消解主体资格缺陷应属一种“非常态”。

(四) 可行的解释路径

既然纯粹的被告转换无法为主体资格缺乏提供充分说理依据,是否还有别的进路?实际上,援引民事合同效力待定理论在此处有其合理性,订约主体缺乏完全的订约权,可视为效力待定,有权主体有追认权,同时相对人有催告权和撤销权。民事合同的效力待定制度本身就是针对欠缺有效要件,自身具有瑕疵,但对社会公益侵害相对轻微,与合同制度未根本性抵触的情形,允许有权人追认消除瑕疵,以维护合法权益,促成交易。有学者也认为行政协议效力状态可以包括效力待定。^{⑤⑧} 由有权机关追认协议有利于稳定法律关系,保护相对人的合理信赖,而对善意相对人设置催告权和撤销权也为其提供是否接受协议约束的选择权。既保证稳定法律秩序的需要,又具有一定的灵活空间。至于如何认定“追认”,笔者以为如下几种可能:一是批准。如果是批准生效的行政协议(附条件生效协议),订约方即使不具有行政主体资格,但经过有相应职权的主体批准后,视为协议行为融入了适格主体的意思表示,可以修正订约主体资格缺乏问题。二是事后追认。一般协议主体资格不足,若事后获得追认,即由适格主体承认其效力,则协议有效。这在原理上与民事合同法定代理人追认行为能力不足订约人所订合同,使合同有效,或无代理人订立合同获被代理人追认,使合同生效有类似之处。法院事实上已经在判决中使用了类似技术,林文学等 38 人诉苍南县国土资源局合同案中,法院认为签订合同的权利可以因事后的追认而获得。判决书提到苍南县征地事务所属被告的内设机构,不具有相应的行政职权与行为能力,但其签订的《征收土地补偿安置协议》的效力因得到被告的承认而产生。^{⑤⑨} 追认作为一种意思表示,可以通过书面、口头等形式作出。实务中对政府合同的审核、备案等程序可否视为一种“追认”不应一概而论,比如审核、备案只是由政府法制机构作出,属于内部行政程序,则不宜认定为适格行政主体的追认行为。

事实上“视为委托”情形下,行政机关对内设机构、派出机构无法律、法规、规章依据的“授权”本身也暗含了一种承认其法律效力的意味,此时可以将内设机构、派出机构的订约权视为“隐性订约权”,将“授权”视为一种“追认”形式,从而使转换被告弥补主体资格之思路获得逻辑上的自治。追认制度为行政协议效力提供缓冲空间,不是非黑即白的二分状态,由适格主体来选择协议是否有效。行政主体不予追认,导致合同无效,并不意味着无人可追责,适格主体仍应承担无效的后果,即恢复原状。作为制度配套,

^{⑤⑧} 参见前引①⑥,步兵书,第 61 页。

^{⑤⑨} 参见浙江省温州市中级人民法院(2014)浙温行终字第 326 号行政判决书。

善意相对人可以视情况行使催告权、撤销权。尤其在订约主体未获授权的情形下,若摆脱协议约束更有利于相对人保护,让相对人在知道或应当知道可撤销情形后一定时限内有单方撤销的形成权,更有利于平衡行政协议双方的地位,保护相对人利益。

结 语

对行政协议签约方的权限审查导致在行政诉讼被告认定框架下出现与合同相对性原理不符的特别现象,需要以批准、事后追认等制度进行补充解释,以符合主体资格影响行为效力这一公、私法的共通原理。行政协议诉讼中对主体资格的审查只是协议合法性与效力审查中的一个环节,但行政诉讼注重权限审查的传统使该问题的分量不可小觑。行政协议立法不发达、行政协议诉讼历时尚短,使行政协议诉讼呈现出特有的冲突和困惑,有待更多契合我国实际的解释进路和解决方案。

Abstract: The key to judge the legal capacity and behavioral ability of administrative contract's party is whether there is a corresponding power of signing. The judgment of such power could be carried out at two levels: whether there is a direct provision for the power of signing; whether there is a general administrative authority covering the subject matter of contract plus the availability of using the form of contract. In practice, the judgment of competent contract party is controversial due to the inconsistency of legislation. The administrative power of agency on a certain realm could not be the reason of denying the power of signing for the government. In administrative contract litigation, according to the traditional rule of defendant determination, the separation of defendant and the signing party often appears which contradicts the contract relativity principle. Meanwhile the technique of defendant determination is often employed to legalize the defect on signing party of administrative contract. The introduction of the notion of ex post recognition could facilitate the mitigation of tension between the theory and practice.

(责任编辑:吴 蕾)