

再论建设用地使用权出让合同的民事属性

屈茂辉^{*}

内容提要 建设用地使用权出让合同的基本属性是民事性,即出让合同为民事合同,不应“改性”为行政协议。出让制度的目的在于以市场手段配置资源,其本质是平等有偿设立建设用地使用权。在现行法体系中,出让合同主要受《民法典》调整,是重要的民事合同类型;出让合同在行政法规中也是以民事性为本位;《土地管理法》等公法对该合同的规定旨在辅助建设用地使用权的出让而不会改变其法律性质。出让合同行为中并无行政权的实施或转移,也不具有行政协议的构成要件,无论是从法理还是法规范上,皆不能算作行政协议。出让合同行政协议说谬误的根源,在于混淆了行政法上的权利义务、行政优益权与行政管理三者之间的关系。如果将出让合同“改性”为行政协议,不仅有害合同正义与救济效果,会造成裁判与诉源治理的司法困境,还违背了现代法治精神,有损中国特色社会主义法律体系。

关键词 建设用地使用权出让合同 民事合同 行政协议

目 次

- 一、问题的提出
- 二、出让合同性质的逻辑起点
- 三、出让合同在法规范体系中的民事性定位
- 四、出让合同与行政协议的根本差异
- 五、出让合同行政协议定性的弊端
- 六、余论

^{*} 湖南大学法学院教授。本文系2015年度国家社科基金重大项目“自然资源权利配置研究”(项目批准号:15ZDB176)的阶段性成果。本文撰写过程中,博士研究生吴俊廷同学协助做了不少工作,谨此致谢。

一、问题的提出

建设用地使用权出让制度是一项极具中国特色的土地制度。1990年颁行的《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》正式确立了以“平等、自愿、有偿”为原则的建设用地使用权出让制度。此后,《城市房地产管理法》(1994年)、《土地管理法》(1998年)、《物权法》(2007年)、《民法典》物权编相继确立并细化了该制度。^①为满足司法实践之需,最高人民法院还颁布了《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》(法释〔2005〕5号)与《最高人民法院关于印发修改后的〈民事案件案由规定〉的通知》(法〔2011〕42号)等司法解释,以利于相关规则的适用。

无论是在我国立法与司法解释中,还是在长期的裁判实践中,建设用地使用权出让合同(以下简称“出让合同”)均被视为民事合同,学界和实务界对此本无原则性争议。^②然而,2019年11月12日《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,以下简称《行政协议规定》)却在第2条将“矿业权等国有自然资源使用权出让协议”归为行政协议,由此引发了学者关于出让合同性质的讨论。而2020年6月最高人民法院行政审判庭编著的《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定理解与适用》(以下简称《理解与适用》)一书更是直接将出让合同定性为了行政协议。^③

固然,将出让合同纠纷作为民事案件审理于法有据,但《行政协议规定》第1条关于行政协议定义与第2条关于行政协议类型的规定,似乎也使将出让合同认定为行政协议有规可循。^④《行政协议规定》本是为阐明《行政诉讼法》第12条第1款第11项中“协议”的概念及实践类型,^⑤以平息《行政诉讼法》(2014年)引入行政协议以来的实践争议,^⑥但却引致关于出让合同民事性质的更多质疑。而相关质疑甚至蔓延到了

① 《土地管理法》《城市房地产管理法》均历经多次修订或修正;《物权法》则于《民法典》2021年1月1日实施后失效。为行文方便,以括号内年份的形式表示相应的法律版本,若未标识则指现行法律。

② 笔者于2021年7月15日以“建设用地使用权出让合同纠纷”为标题关键词在北大法宝网站检索,所得民事诉讼案件9118件,行政诉讼案件2件。两件行政诉讼案分别裁判于2017年与2021年,均以《行政诉讼法》第12条第1款第11项为受理依据。该项内容是2014年《行政诉讼法》修正时新增的。参见河南省高级人民法院(2016)豫行终381号行政判决书;辽宁省沈阳市中级人民法院(2021)辽01行辖终1号行政裁定书。

③ 参见最高人民法院行政审判庭编著:《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定理解与适用》,人民法院出版社2020年版,第43-45页。

④ 最高人民法院既有以民事诉讼程序审理建设用地使用权出让合同的案例,也有以行政诉讼程序审理的案例。参见最高人民法院民事裁定书(2020)最高法民申1138号;最高人民法院:《最高人民法院产权保护行政诉讼典型案例》,载《人民法院报》2020年7月28日,第3版;最高人民法院:《最高人民法院行政协议诉讼典型案例(第二批)》,载《人民法院报》2022年4月21日,第2版。

⑤ 即《行政诉讼法》第12条第1款第11项“政府特许经营协议、土地房屋征收补偿协议等协议”中的“协议”。

⑥ 笔者在中国知网检索关于行政协议判断标准的讨论,自2014年至今,CSSCI索引刊物中题名含行政协议的文章高达100篇以上,而篇名或关键词、摘要中还含“认定”或“范围”的高达40篇。参见陈天昊:《行政协议的识别与边界》,载《中国法学》2019年第1期;王瑛:《行政协议认定标准探讨》,载《法商研究》2021年第3期;等等。

司法实务之中。无论是关于行政协议范围的学术讨论,还是最高人民法院发布的行政协议诉讼典型案例,抑或是地方政府制定的行政程序规范,都可以看到出让合同定性出现了行政协议的“影子”。在学术研究上,出让合同的性质争议成了行政协议与民事合同边界争论的焦点,法学界相关文章几乎都涉及了该问题,然而行政协议论者与民事合同论者各不相谋,难成共识。即便是关于出让合同相同定性的结论,其定性之缘由也都各不相同,可见该问题歧见之深。在司法实践中,本就有些许法院在行政诉讼案件里将国有土地使用权出让合同认定为行政协议。^⑦随着《行政协议规定》生效,《最高人民法院关于行政案件案由的暂行规定》(法发〔2020〕44号)将行政协议设置为了二级案由,协议的订立、单方变更、单方解除、不依法履行、未按约定履行、撤销、解除、继续履行等成为行政协议案件具体的三级案由;而同年发布的最高人民法院产权保护行政诉讼典型案例也将出让合同纠纷(诸暨市勍田置业有限公司诉原诸暨市国土资源局国有土地使用权出让合同纠纷案)纳入了其中。^⑧该案件的核心争议是未按出让合同约定履行的违约责任,这一常被视为民事纠纷的案件被“典型”为行政协议案件,反映出对于出让合同性质并未形成共识。理论界与司法机关皆未能捋清的问题,反映在行政规范中就是各自为政:未制定行政程序规范的地方政府避开了这一问题;一些地方的行政规范却直接将国有土地使用权出让合同视为行政协议,如《湖南省行政程序规定》《兰州市行政程序规定》《海口市行政程序规定》;也有的地方通过“国有自然资源使用权出让”将其纳入行政协议麾下,如《江苏省行政程序规定》《山东省行政程序规定》;还有的地方虽然制定了行政程序规范,但仍选择“回避”该问题——不言及出让合同,如《西安市行政程序规定》《宁夏回族自治区行政程序规定》。申言之,出让合同性质问题本属于理论问题,但行政协议的概念“冲击波”,使得出让合同与行政协议“泾渭分明线”被模糊。出让合同不再被视为民事合同的典型样态,虽然看似只是卷入性质的理论争议,但却“牵连”着司法与行政,对司法与行政的实践和发展方向有着决定性影响。

笔者一直主张出让合同为民事合同,早在2020年便通过微信公众号简要批驳了行政协议说观点,^⑨但囿于文本形式,未系统深入阐述出让合同的民事合同性质,对行政协议说的批驳也不十分有力。在《民法典》实施的背景下,很有必要对出让合同定性问题再作进一步研讨,这不仅涉及国有土地所有权及其行使法律体系的科学解释问题,也涉及行政机关的行政管理与机关法人职能分界的重大理论问题,更关乎习近平总书记关于国家治理体系与治理能力现代化思想的实现。为此,本文从建设用地使用权出让制度的历史逻辑、法律本质、规范定位及其与行政协议的根本差异等角度,缕析出让合同民事本位的应然性,阐明出让合同行政协议说诸多危害,以期有益于推进中国式法治现代化。

⑦ 参见内蒙古自治区鄂尔多斯市中级人民法院(2018)内06行终85号行政判决书;湖北省宜昌市中级人民法院(2017)鄂05行终69号行政判决书;河南省高级人民法院(2016)豫行终381号行政判决书。

⑧ 参见前注④,《最高人民法院产权保护行政诉讼典型案例》。

⑨ 参见屈茂辉:《关于国有建设用地使用权出让合同行政协议性质说的商榷》,载微信公众号“湖南大学法学院”,2020年9月25日上传。

二、出让合同性质的逻辑起点

从制度发展进程看,建设用地使用权出让制度诞生于我国改革开放将近10年之时,是落实1988年4月第七届全国人民代表大会第一次会议通过的《宪法修正案》第2条关于“土地的使用权可以依照法律的规定转让”规定的具体举措。土地出让制度的设计并非偶然,其恰逢土地有偿划拨制度改革的窗口期,实质就是以市场方式的出让替代行政方式的划拨,提高非公益性土地资源的配置效率。^⑩这就意味着,土地出让的法律本质是市场交易——以市场之方式交易建设用地使用权,出让人为受让人设立建设用地使用权,受让人向出让人支付相应交易对价。该行为的法律性质只应是民事法律行为,而作为行为载体的出让合同之基本属性无疑也只应是民事性。

(一) 土地出让是资源配置有偿划拨制市场化改革的法律反映

“建设用地使用权制度的发展是一个连续的线性过程”^⑪,其制度设计是因应资源配置有偿划拨制的市场化改革,使非公益性土地配置脱离行政权转由市场配置^⑫。这种资源配置机制转换的制度创新,带来了土地所有权与用益物权法权上的分离,建设用地使用权正式走入立法舞台,土地资源管理也愈发科学化。

我国实行土地公有制,土地所有权仅为国家或集体享有,^⑬虽然所有权有主体限定,但土地使用权的主体制度却随着经济体制变革在不断调整。在计划经济时期,我国土地使用制度是行政权主导下的行政划拨制:土地资源的配置完全由行政(划拨)管理实现,其规范依据是《国家建设征用土地办法》(1953年颁布,1957年修正)与《关于国营企业、机关、部队学校等占用市郊土地征用土地使用费或租金问题的批复》(1954年颁布)。行政划拨的本质是以行政意志主导资源配置。虽然无偿划拨之外还有有偿划拨,但由于资本主义工商业的社会主义改造基本消灭了私有企业,长期施行的实际是计划经济下“国有土地无偿的、无期限使用的政策”。^⑭土地资源的无偿使用致使土地要素的经济价值几无显现,其结果便是“土地的严重浪费和土地资源的严重短缺”。^⑮

改革开放以后,我国经济体制开始由计划经济逐步向有计划的商品经济过渡,后又深化改革向社会主义市场经济转型,其背后的逻辑是:资源配置不再以行政意志为统摄,

⑩ 我国法律关于建设用地使用权出让的表述并不统一:《民法典》中为建设用地使用权出让,《城市房地产管理法》中为国有土地使用权出让,《土地管理法》中为土地出让、土地使用权出让,但均指国有土地上的建设用地使用权出让。

⑪ 田丰:《中国建设用地使用权制度研究》,法律出版社2018年版,第16页。

⑫ 王利明教授提出以“非市场行为性”为“行政协议识别的关键因素”,正是这一制度改革逻辑的演绎。参见王利明:《论行政协议的范围——兼评〈关于审理行政协议案件若干问题的规定〉第1条、第2条》,载《环球法律评论》2020年第1期,第11页。

⑬ 参见《宪法》第10条,《民法典》第249、260条,《土地管理法》第2、9条。

⑭ 参见孙宪忠:《国有土地使用权财产法论》,中国社会科学出版社1993年版,第8页;前注⑪,田丰书,第14-15页。

⑮ 参见前注⑭,孙宪忠书,第9页。

而更加尊重和承应市场规律。^{①⑥}随着改革开放的推进,非公有制企业逐步发展壮大,这促使土地资源的配置方式也逐步发生变化。《中外合资经营企业法》(1979年)、《国务院关于中外合营企业建设用地的暂行规定》(国发〔1980〕201号)等规范的相继出台,使土地资源从无价变有价,在土地有偿划拨制下,土地要素逐渐展现出其经济价值。^{①⑦}在这一制度下,用地者应向所在省、市、自治区人民政府指定的县、市一级建设用地主管部门申请,由建设用地主管部门根据企业主管部门批准的有关文件按国家规定程序审批核拨,合营企业与建设用地主管部门签订用地合同,并缴纳相应的“场地使用费”。^{①⑧}虽名为“合同”,但其本质上是以合同之名内包着的行政许可,有偿划拨制的“合同”重点仍在体现行政意志的“申请—核准”。^{①⑨}

有偿划拨制下土地资源的经济价值有一定提高,但土地使用费的“价”为核定价,且不能进入市场流通,这大大限制了土地使用权的市场化水平,土地要素的经济价值仍难以凸显。^{②⑩}而且,有偿划拨制下还有一个重要的权利问题:“场地使用费”的名称即已表明,划拨行为产生的土地权利实质上是土地的租赁权(债权),虽然所有权人与使用人发生分离,但本质上这并非所有权与用益物权的两权分离。换言之,这是“低价有偿的行政划拨方式使用土地的制度”,而不是土地使用权市场。^{②⑪}

为了探索所有权与使用权(用益物权)的两权分离,打破土地使用权不能作为商品进入市场流通的窠臼,改变单轨制的行政划拨管理体制,1988年1月,广东省通过《深圳经济特区土地管理条例》,在全国率先确立了土地使用权出让制度(协议、招标、公开拍卖三种方式)。随后,《宪法》(1988年)及《土地管理法》(1988年)也跟进了土地制度的修法。^{②②}非公益用地的配置上,市场经济手段逐渐取代了行政意志支配,土地有偿划拨制换代至土地使用权出让制。^{②③}值得一提的是,在土地两权分离制度立法确认之后,公益性用地的土地无偿划拨之法效果,也从取得债权性土地使用权转变为物权性土地使用权。^{②④}此后,虽然相关立法不断调整,但划拨与出让的双轨制用地制度一直延续存在。依《民法典》第347、348条与《土地管理法》第54条,划拨与出让皆可设立建设用地

①⑥ 《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》明确提出“使市场在资源配置中起决定性作用”和“更好发挥政府作用”。参见《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》,2013年11月12日中国共产党第十八届中央委员会第三次全体会议通过。

①⑦ 参见《中外合资经营企业法》(1979年)第5条第3款。

①⑧ 参见《国务院关于中外合营企业建设用地的暂行规定》(国发〔1980〕201号)第6条。

①⑨ 参见《深圳经济特区土地管理暂行规定》(1981年)第4条。

②⑩ 参见麻光:《特区土地管理制度改革势在必行——深圳经济特区土地管理制度改革理论研讨会综述》,载《特区经济》1987年第4期,第19页。

②⑪ 参见前注①①,田丰书,第18页。

②② 1988年《宪法》第10条第4款增加规定“土地的使用权可以依照法律的规定转让”。

②③ 参见王永红:《不平凡的进与退——解读我国土地市场发展历程》,载《中国土地》2003年第6期,第3-6页。

②④ “划拨”概念始于行政管理,而非民事行为。虽然《土地管理法》(1986年)已有所有权—使用权分离之法理念,但“划拨”行为的客体一直是土地(第23、34条)而非土地权利,直至1998年《土地管理法》修订时,其客体才转变为土地使用权(第2、56条)。在《深圳经济特区土地管理条例》(1988年)中,“划拨”行为的客体是土地(第26条),而“出让”“转让”的客体是土地使用权(第7-12、16、26、29、36条)。

使用权,只是划拨方式是通过行政机关单方意思(行政许可)设立用益物权,仅适用于公益性土地使用;出让方式是依出让合同合意(经登记)取得用益物权,适用于非公益性质的土地使用。^{②5} 划拨制与出让制的结合是资源配置方式的合理化与科学化,为不同性质的土地资源利用配置了不同的决定意志:划拨凸显了行政意志,而出让则彰显了市场意志。虽然两者都包含了土地行政管理与所有权行使,但行为决定性因素是不同的:出让是围绕资源配置效率目标的市场行为,而划拨则是不依赖于市场的政府行为。行为决定性因素不同,彰显的行为属性则不同——出让是机关法人出于资源配置效率之需的土地所有权行使,而划拨是行政机关基于公共利益之需的土地行政管理。

(二) 土地出让的本质是公平有偿设立建设用地使用权的民事法律行为

“出让”是依我国实践需求而创设的法律概念,虽是借鉴于香港地区的批租制度,^{②6}但却有着自己的特殊性规定。“出让”概念意味着为他人设立土地使用权,也蕴含着取得土地使用权出让金,还隐含着行为合意的市场性,且不在“租”的范畴之中。应予以注意的是,汉语“设立”表达的重点为“独立设置”,而民事法律概念“设立”已内蕴“为其他主体设立”之意,实则等同于“设立+转让”的出让之意。从法律上看,出让土地的本质就是公平交易土地用益物权(建设用地使用权)的民事法律行为。

在规范性文件中,“出让”一词最早的出处是《深圳经济特区土地管理条例》(1988年)。土地使用权出让制度的实施成效使之逐渐“升级”至更高效力层级的规范中,包括《国务院关于出让国有土地使用权批准权限的通知》《国务院关于加强国有土地使用权有偿出让收入管理的通知》《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》等国务院规范性文件,以及《土地管理法》《城市房地产管理法》《物权法》《民法典》等法律。综观各级规范性文件,“出让”总是伴随着“土地使用权”作为特定之行为客体。在《辞海》中,含“出让”的词条也仅有“土地使用权出让”,其解释为“我国在土地所有权和使用权相分离的条件下,将国有土地使用权在一定年限内出让给土地使用者,由土地使用者向国家支付土地使用权出让金的行为”。^{②7}

从字面看,“出让”行为包含两个行为内涵——“出”和“让”。“出”系相对于“进”“入”的概念而言,有“脱离”“产生”等意思,表示脱离本体;“让”的含义较多,最贴切的义项解释系“把财产的所有权转移给别人。如:出让;转让;割让”,其核心意思是转移、转让之意。^{②8}与出让对应的概念为受让,即接受转让之意。从文义来看,“出让”即从本体而出或脱离本体,并转让予其他主体(受让人)的行为。可见,作为法律概念的

^{②5} 参见《民法典》第347条、《土地管理法》第2条、《划拨用地目录》(国土资源部令9号)。国有建设用地划拨属于行政许可事项之一,其行为载体为国有建设用地划拨决定书。应予以注意的是,该行政许可中的一般禁止内容不是“禁止取得建设用地使用权”,而是禁止“以无偿、无期限(即非出让的交易方式)取得建设用地使用权”;解除禁止的条件即符合《土地管理法》第54条(同《城市房地产管理法》第24条)之规定情形。

^{②6} 香港地区的土地批租合同称为政府租契,批租人依据政府租契而享有土地权利,区分不同的租赁年限。参见香港法例第27章《土地拍卖条例》、第28章《土地(杂项条文)条例》、第40章《政府租契条例》及第128章《土地注册条例》。

^{②7} 参见《辞海》(第7版彩图本),上海辞书出版社2020年版,第4407页。

^{②8} “出”的解释,参见前注^{②7}、《辞海》,第587页;“让”的解释,参见前注^{②7}、《辞海》,第3602页。

出让至少包含三重含义:其一,出让行为的主体系土地所有权人;其二,出让行为客体源于所有权,为所有权的一部分,该部分可单独而“出”,属于可独立的部分权能(土地使用权);其三,“让”之行为隐含“出让”与“受让”之合意,若无受“让”之意思表示融入,则无出“让”之行为。我国《民法典》英文版将“出让”翻译为“transfer”,该词又可译为转让(《民法典》中“转让”亦译为“transfer”),即将特定财产或权利从一个主体转予另一主体。^{②⑨}实则,“出让”的意蕴较之“transfer”内涵更为深刻,后者缺少“出”的内涵。不难体会到,“出让”概念设计的内蕴已不同于“批租”,较之而言,其潜藏着的用益物权设立使之成为物权行为,而不是局限于“租”的债性。^{③①}

结合“出让”的文义和土地出让制度设计背景来看,所谓“出让”,就是指土地使用权出让,其不仅内蕴并行的双向行为——出让人为受让人设立土地使用权而受让人支付土地出让金,还隐含着促成行为产生的市场机制,本质上这就是公平交易建设用地使用权的民事法律行为。

三、出让合同在法规范体系中的民事性定位

作为实在法中的具体制度,出让合同定性可从法律体系视角洞悉。出让合同受到公私法多规范调整,但主要受到以《民法典》为核心的私法调整,且是《民法典》规范的重要合同类型。在相关行政法规以及行政机关制定的合同示范文本中,该合同也是以地位平等、意思自治、交易公平的民事性为本位。《土地管理法》等公法关涉出让合同的规定,部分属于民事特别规范;部分是用于规制出让内容、程序、目的的行政法规范,为出让制度的实施提供规范依据。但实质上,行政法规范调整的事项在出让合同之外,并不涉及出让合同的本体内容,因而不会改变出让合同公平交易的民事属性。

(一) 出让合同是受私法规范的重要合同类型

出让合同本属民事行为,也是《民法典》中重要的合同类型,因关系到行政机关,故而涉及私法也涉及公法,但主要受到私法规范的调整。出让合同的重心在于建设用地使用权这一财产权,根据《民法典》第2条,这一财产关系受到民法调整,这一行为的本质就是《民法典》第133条定义的民事法律行为。出让合同围绕的重点是设立建设用地使用权,依照《民法典》第347条,作为用益物权重要类型的建设用地使用权,其设立方式主要为出让或划拨,但一般以出让为原则,而以严格限定用途的划拨为例外。^{③①}根据

^{②⑨} 参见《中华人民共和国民法典:汉英双语版》,全国人大常委会法制工作委员会审定,法律出版社2021年版,第54、81页。

^{③①} 虽然经济学界常有学者将土地出让制度称为批租制度,但该概念并不是合乎我国法律的规范表达。我国香港地区的法律制度中无大陆法系的物权概念,采用“批租”称呼并无违和,但在我国内地的法律中“租”字体现了债权性。

^{③①} 《民法典》第347条第1款规定“设立建设用地使用权,可以采取出让或者划拨等方式”,似乎在出让和划拨方式之外,建设用地使用权的设立还有其他方式。《土地管理法实施条例》第17条规定了一种新方式——作价出资(入股),其交易对价是股权而不是价款。只是该方式主要用于国企改革中土地处置,并不常见。参见国土资源部印发的《关于加强土地资产管理促进国有企业改革和发展的若干意见》(国土资发〔1999〕433号);高圣平:《建设用地使用权设立规则》,载《中国土地》2009年第11期,第14-18页。

《城市房地产管理法》第23条,划拨是指经县级以上人民政府依法批准,待土地使用者缴纳补偿、安置等费用后交付土地供其使用,或者将建设用地使用权无偿交付土地使用者的行为。划拨之意涵为行政划拨行为,是行政机关意志直接支配土地的行政行为,也是《民法典》第347条第3款限定用途的土地支配行为。

而建设用地使用权出让行为则属合意行为,出让合同为出让合意的载体。关于出让合同的具体规定主要存在于《民法典》之中:包括但不限于出让合同的用途、订立形式及合同条款内容。依《民法典》第348条第1款,通过招标、拍卖、协议等合意方式设立建设用地使用权的民事行为,应订立出让合同,且合同为书面形式。依第348条第2款,出让合同的条款设置,包括“当事人的名称和住所;土地界址、面积等;建筑物、构筑物及其附属设施占用的空间;土地用途、规划条件;建设用地使用权期限;出让金等费用及其支付方式;解决争议的方法”。第348条也是制定《国有出让合同(示范文本)》的核心依据。在这些合同内容中,土地用途、规划条件带有明显的行政色彩,皆属关于客体建设用地使用权的规定,也是合同的前置条件,但这并不影响合同交易的民事本质。应注意的是,依《民法典》第349条,建设用地使用权自登记时设立,因此,出让合同生效后受让人并未取得建设用地使用权,登记后才取得该权利。物权编第12章(建设用地使用权)还详尽规定了建设用地使用权的内容及其法律关系的设立、变更、消灭,这些条款(特别是关于权利流转的规定)主要适用于以出让方式设立的建设用地使用权,而属于行政意志的划拨存在较多限制,常存在“法律另有规定的除外”。

尤需指出的是,虽然《民法典》将出让合同的规定设置于物权编而非合同编,^③但《民法典》是私法一般法的体系化集成,不论该规定居于《民法典》的什么位置,均不影响其民事法律规定性质——出让合同主要受到《民法典》规范,也是《民法典》规范的重要合同类型。当然,由于建设用地使用权出让有行政机关职权行为的一面,因而也必然存在一些特别规定,《民法典》第11条也为其他法律调整该合同提供了规范接口。

(二) 出让合同在行政法规中也以民事性为本位

依照我国法律的规定,国有建设用地的所有权人无疑是国家(国务院代表国家行使所有权),只是在具体出让行为中,是由市、县人民政府土地管理部门(出让人)与受让人订立出让合同。由于这些出让人既是机关法人又是行政机关,而出让建设用地使用权又属于处分国有土地,因而该合同行为也是行政机关的职能行为。在法无授权不可为的理念之下,该行为必须以行政规范体系为指引。需注意的是,行政法规虽然冠以“行政”之名,但并不一定都属于行政法规范。1990年颁行的《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》就是典型的例子。自颁行后,该行政法规一直是指导国有土地使用权出让的主要规范,其中部分内容已被《民法典》《土地管理法》等法律所吸收,2020年该行政条例也进行了一次修改。依据该行政法规,建设用地使用权出让行为为民事法律行

^③ 《民法典》物权编用益物权分编不仅规定了建设用地使用权合同,还规定了居住权合同、地役权合同;担保物权分编还规定了抵押合同、质押合同。尽管这几种合同不在《民法典》合同编中,但从法律属性上看,这几种合同也属于典型合同之列。

为,而不是行政行为,其第11条清晰彰示,土地使用权出让合同以平等、自愿、有偿为原则,而这些原则就是源于《民法典》第4、5条(原《民法通则》第3、4条)业已载明的民事活动的基本原则。在《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》指导之下,原国土资源部与国家工商行政管理总局联合发布的《国有建设用地使用权出让合同示范文本》(GF-2008-2601)亦将民法原则与精神贯穿于出让合同中,开宗明义地规定“双方本着平等、自愿、有偿、诚实信用的原则,订立本合同”。^{③③}也就是说,实践中的国有建设用地使用权出让是平等、自愿、有偿、诚实信用的市场交易,体现的既是地位平等、意思自治,也是交易公平,这本质上就是该类合同民事性的本位体现。

有观点认为,《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》及合同示范文本中涉及土地行政管理,且“行政机关往往享有法定特权”,影响了民事主体订立合同的平等性,展现的合同本位属性是行政性而非民事性。^{③④}客观而论,这种说法混淆了合同本体内容与合同相关的行政管理内容,是站不住脚的。虽然相关行政法规,甚至在合同示范文本中,涉及如规划、监管等行政管理内容,但这些规定并不是双方交易的本体内容,而只是交易的前置条件以及交易后的土地行政监管,合同中写入这些规定,重点是兼具行政身份的出让人对相关行政规范的强调。^{③⑤}“上帝的归上帝,凯撒的归凯撒”,这些内容本非民事合意内容,也不可能推翻《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第11条确定的民事原则。诚如《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》中所言,合同出让方的义务为“将国有土地使用权在一定年限内让与受让方”,而受让方的义务为“支付土地使用权出让金”,合同的核心内容就是平等、自愿且公平形成的建设用地使用权交易。

(三) 出让合同公法规范旨在辅助民事行为发生而非改变合同性质

从《民法典》第11条规定可知,其他法律也可规定民事关系。建设用地使用权出让不仅涉及私法,也涉及公法,典型如《城市房地产管理法》《土地管理法》。在这些公法之中,建设用地使用权出让的规定在全部法条中所占篇幅不低。以“出让”为关键词,对《城市房地产管理法》《土地管理法》的规范内容进行词频统计,结果如表1所示:

^{③③} 参见《国土资源部、国家工商行政管理总局关于发布〈国有建设用地使用权出让合同〉示范文本的通知》(国土资发〔2008〕86号)。此前的《国有土地使用权出让合同示范文本》(GF-92-1001、GF-92-1002、GF-92-1003)亦同样明确“双方本着平等、自愿、有偿的原则,订立本合同”。

^{③④} 参见前注③,最高人民法院行政审判庭编著书,第43-45页;梁风云:《行政协议的界定标准——以行政协议司法解释第1条规定为参照》,载《行政法学研究》2020年第5期,第8-9页。

^{③⑤} 此处不得不提的是,正因为出让合同示范文本中放入了本不应属于出让合同的行政规范内容,才使得出让行为的民事性被一定程度模糊,以致有学者与法官误认为其属行政协议。在最高人民法院印发的《关于行政案件案由的暂行规定》(法发〔2020〕44号)中,“有偿收回国有土地使用权”“征缴土地闲置费”等未被列入行政协议案由,而是放入行政处理、行政征缴中,可见最高人民法院亦认为该类事项属于行政行为而非合同行为。目前,自然资源行政管理部门也是将行政监管职责与所有权行使职责分置于不同部门。自然资源产权制度改革也正是要理顺此问题,区分行政管理监督权与行政机关代表国家行使的所有权,分清民事权利与行政权实现现代化治理。参见中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《关于统筹推进自然资源资产产权制度改革的指导意见》(中办发〔2019〕25号)。

表1 《土地管理法》《城市房地产管理法》含“出让”的条文词频统计

《土地管理法》		《城市房地产管理法》	
条文号	条款涉及内容	条文号	条款涉及内容
38	闲置土地办理的转介条款	8-20、22	土地使用权出让
54	建设用地的使用权的取得方式	26	出让土地上房地产开发的期限
55	土地有偿使用费缴纳和上缴	31	出让土地上房地产开发的投资
56	出让土地使用及用途变更	38-40	出让土地上房地产转让的条件
58	国有土地使用权的收回	42-45	出让土地上房地产转让的效果
63	集体经营性建设用地的出让	48、51	抵押与抵押受偿顺序
82	对违法出让集体土地的行政处罚	61、64、67	登记管理及法律责任
总计	7条（占总条款比为8%）	总计	28条（占总条款比为38%）

从统计数据来看,含“出让”的条款占到《土地管理法》的8%,在《城市房地产管理法》中甚至达到38%。虽然《土地管理法》《城市房地产管理法》被视为公法,^{③⑥}但这些都有关出让合同的条款表象上似乎只是关于行政机关的法定职责,但本质上是从事实践交易出发,补充与完善《民法典》(《民法典》颁布之前是《民法通则》《物权法》《合同法》)的规范,是辅助民事法律行为发生而构造的关于合同主体和客体的规范——解决谁来出让、出让什么、怎么出让等问题,充当的是围绕“太阳”公转的“行星”角色。^{③⑦}它们为出让民事行为制定了实践标准,同时构造了接入民事合同交易范畴的基本要件。一方面,由于代表国家订立出让合同的是市、县人民政府土地管理部门,而这些行政机关之意志不同于私法人,“法无授权不可为”,因而其意思产生的程序、内容、目的皆应有明示的行政规范为依据,这也使建设用地使用权出让制度得以具象化实施。另一方面,立法明确规定了出让合同主体的平等性,以及出让民事交易的行为标准和民事责任,从而实现了行政规范主体行为与民事规范出让合同的闭环对接。例如,在实践标准上,《城市房地产管理法》第12条给出让客体建设用地使用权划定了条件,出让土地需满足规划要求、用途要求、年限要求等,而且明确规定了制定这些条件的行政机关;第13条又为不同用途的土地设定了不同的出让方式。在民事合同交易范畴上,《城市房地产管理法》则依照民事行为标准构造了“联络要件”,其第8条定义了建设用地使用权出让的概念,指明了该行为的主体、内容:出让主体为国家,受让主体为土地使用者,出让人义务是设立国

③⑥ 中国人大网(<http://www.npc.gov.cn/>)所建的“国家法律法规数据库”将《土地管理法》《城市房地产管理法》置于行政法部门之下。这与2011年国务院新闻办公室发布的《中国特色社会主义法律体系》白皮书有所不同。

③⑦ 这种关系,与《民法典》和《个人信息保护法》的关系异曲同工。参见王利明:《论〈个人信息保护法〉与〈民法典〉的适用关系》,载《湖湘法学评论》2021年第1期,第26页。

有土地使用权,受让人义务是支付相应的土地出让金;第15条还进一步明确,在出让合同中,市、县人民政府土地管理部门作为合同一方主体与土地使用者签订合同,出让合同的抽象主体(国家)予以彰明。结合《民法典》第97条机关法人之规定可以发现,出让合同规范形成了一个闭环的逻辑,即相关土地管理部门以机关法人身份,与土地使用者建立民事合同关系。^{③⑧}此外,《城市房地产管理法》第16、17条还具体规定了关于土地出让金的合同违约责任,补充了《民法典》第348、351条违约责任的内容;第48条则具体规定了土地使用权与房屋的抵押规定,补充了《民法典》第397条之规定。

需要特别指出的是,公法规范中还有部分关乎合同履行中权利的变更(如土地使用权的提前收回),但这部分内容实是土地行政管理机关在特定情形下的强制权,并非因为合同产生的权力,这属于规范合同之外的行政法规范,并不涉及出让合同的本体内容,更不是因合同而产生的行政法上之权利义务。

四、出让合同与行政协议的根本差异

与出让合同民事定性对立的观点,是行政协议定性说。这种观点无论是在法理上,还是在实在法上,均难以成立。以法理而言,出让合同与行政协议的本质要义相悖。行政协议虽有合意之名,但合意之“意”附带了行政权:要么合意过程附带行政权,呈现“意”的非自治性;要么合意内容附带了行政权,以致协议履行必受行政法之约束。附行政权之“意”,也是其与民事合同的本质区别。而出让合同无论在合意过程还是内容中均未附带行政权,将之定性为行政协议有悖行政协议之本质。以实在法而言,出让合同内容不包含行政协议的构成要件——行政法上的权利义务,不能被纳入行政协议的范畴。

(一) 出让合同与行政协议的本质要义相悖

行政协议是舶来概念。从各国的立法现象来看,行政协议似乎是一个经验概念,其外延“含量”并不一致。^{③⑨}即便是名称,目前也并未统一,该概念的中文译名除“行政协议”外,还有“行政合同”“行政契约”等不同译法。在不同法域内,行政协议的名不相同,实亦有差。在法国,行政协议包括三类合同:公共采购合同、所有涉公产占用的合同、行政法院判例确定为行政协议的合同。^{④⑩}在德国,《联邦行政程序法》第54条第1款将

^{③⑧} 机关法人同时遵循公法法理与民法法理。参见屈茂辉:《机关法人制度解释论》,载《清华法学》2017年第5期,第128-138页。

^{③⑨} 行政协议概念由我国行政法学者引入国内,可查证的首引著作是1985年龚祥瑞的《比较宪法与行政法》(法律出版社)。也曾有学者反对该行政协议的概念,认为其只能表示行政机关(或具有行政权的团体)之间订立的协议。参见梁慧星:《中国统一合同法的起草》,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第9卷),法律出版社1998年版,第29-30页。

^{④⑩} 值得一提的是,在法国,行政协议纠纷由专门的行政法院审理。关于法国行政合同制度,参见王名扬:《王名扬全集:法国行政法》,北京大学出版社2016年版,第9-10、143-144页;李颖轶:《论法国行政合同优益权的成因》,载《复旦学报(社会科学版)》2015年第6期,第157-164页;陈天昊:《在公共服务与市场竞争之间:法国行政合同制度的起源与流变》,载《中外法学》2015年第6期,第1641-1676页。

行政合同定义为“设立、变更和终止公法上的法律关系的合同”,其中,“公法上的法律关系”系以合同目的、职务行为、公法权利义务为判断的综合标准。^{④①}在日本,行政协议意指以契约形式进行的行政活动,有学说将其厘定为“以产生公法上效果为目的的公法契约”,也有学说将其扩展解释为行政主体与私主体订立的契约,典型如公有财产之取得或处分契约、财务契约、供给契约。^{④②}我国台湾地区的行政契约制度与德国更为接近,但目前仍未完成法定化与有名化,行政契约的类型与理论在司法“一案一议”不断发展。^{④③}

如果说行政协议是不同法域的现象概念,也就是说,行政协议并无本质内涵,将出让合同定性为行政协议,只不过是行政协议外延的一次扩展而已。从立法实践看,行政协议立法现象确实形形色色,但这并不代表行政协议是完全从经验提炼抽象的概念,而没有先验的本质内涵。^{④④}行政协议的本质在于其既有“行政”,又有“协议”;但却既不同于行政行为,又不同于民事合同行为。就“行政”特征而言,行政行为具有强制性,且行政意志系单方意志而非合意,行政许可、行政处罚、行政强制等行政行为均是如此;就“协议”特征来说,作为名词概念之“协议”体现的是主体协商之结果,是“经过谈判、协商后取得的一致意见”。^{④⑤}“协议”特征,也是其与民事合同产生概念交叉含混之处——按照《民法典》第646条关于合同之定义,民事合同亦是限制性定语条件下的协议。因而,双特征是回答行政协议本质的关键所在。行政协议手段可以被行政公权行为替代,但其通过“协议”弱化行政权的强制性,以协议的方式行权,提高了行政效率;同时,行政协议又因为“行政”属性,不能脱离行政法的调整。所以,在法律本质上,行政协议是附带行政权之协议,是以合意之名行公权主体意志的协议,由于合意行为中附带行政权,其合意并非真正的完全意思自治,其履约行为也必然受到行政法之约束。^{④⑥}学理上,行政协议被视为非权力性行政活动,与具备强制性的权力性行政活动有所差异,这表明行政协议不是以权力为直接手段的行政活动,但并不是说行政协议中不含行政权成分。在行政协议之“合意”中,这种行政权的介入要么在“合”的不自由,要么在“意”中的行政权成分。关于前者,虽然理论上行政机关不能强迫相对人签订行政协议,但实则隐含着诸多的“被自愿”签订成分。^{④⑦}

④① 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348-351页。

④② 参见[日]中西又三:《日本行政法》,江利红译,北京大学出版社2020年版,第185-190页。

④③ 参见于立深:《台湾地区行政契约理论之梳理》,载《中外法学》2018年第5期,第1284-1301页。

④④ 行政协议的认知过程也是“概念依赖”的认知模式:构建概念与对象整序。参见舒国滢:《法学的知识谱系》,商务印书馆2020年版,第1593、1599页;[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》(全本·第6版),黄家镇译,商务印书馆2020年版,第577-609页。

④⑤ 参见中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》(第7版),商务印书馆2016年版,第1449页。

④⑥ 学界关于行政协议判断大多围绕着“行政公权”加“协议”的本质展开。于立深的“行政权力说”以“公权力的作用”为区分行政协议与民事合同的核心标准;余凌云的“行政权利义务说”也是强调围绕公权力协议而产生的权利义务;王利明的“非市场性行为说”则是观察到了行政协议中权力引发的意思自治不充分。参见于立深:《行政协议司法判断的核心标准:公权力的作用》,载《行政法学研究》2017年第2期,第36-53页;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》,载《比较法研究》2019年第3期,第98-115页;前注⑫,王利明文,第5-22页。

④⑦ 参见江国华:《法治政府要论:行为法治》,武汉大学出版社2021年版,第73页。

从外观上看,建设用地使用权的出让主体不仅仅是法人,同时也为行政机关,而出让又系行政机关的职责所在,这便容易让人产生“出让合同应属于行政协议”的错觉。然而通过特征的对比,出让合同不属于行政协议的结论非常明确:一者,依《民法典》第347、348条,无论采用招标、拍卖还是协议方式出让,出让合同的缔约合意中,出让主体的意志并无强制力,受让人可参与合同,也可不参与合同,其合意属自治之合意;二者,合同内容中未融入行政权成分,其核心为当事人各自依约出让与受让建设用地使用权、获取与支付相应对价,合意之“意”的根本为交易。可见,在法理上,出让合同的缔约和内容上,均无行政协议中的“行政权”,因而并无行政协议的本质内容。

(二) 出让合同不具有法定行政协议的构成要件

出让合同性质的争议不断,也有缺乏关于行政协议的立法之原因。行政协议分属于行政活动,应有明确的实体法规范之,但我国现今并没有行政协议的立法直接表述,行政协议的概念仅源自《行政诉讼法》第12条第1款第11项的“等协议”。《行政协议规定》第1条以列举的形式扩展了《行政诉讼法》中行政协议的类型,而且从主体、目的、意思、内容四方面定义了行政协议概念的内涵:行政协议主体为行政机关与公民、法人或其他组织,协议目的为实现行政管理或者公共服务目标,协议为合意协商订立,协议内容为行政法上的权利义务。依此定义来看,出让合同的主体、目的及意思要素似乎都符合行政协议的要素特征;加之建设用地使用权出让同时又属于《土地管理法》《城市房地产管理法》等公法规范的事项,其内容似乎就是行政法上的权利义务,因而可能推断认为出让合同就是行政协议。但认真审视可知并非如此——暂且不论上述司法解释的定义是否契合行政协议的本质,首先要解决的是界定什么是“行政法上的权利义务”。

首先,必须指出的是,行政法上的权利义务并不等同于行政法中规定的权利义务。《土地管理法》《律师法》《文物保护法》《生物安全法》等行政法部门中的法条,并不全是行政法规范,不少行政法中也可能包含民事权利义务规范(这从《民法典》第11条的规定也可推断出)。其次,在界定思路,传统部门法分界中,“行政”与“权利义务”分别指向公法与私法,界定“行政法上的权利义务”若仅依据文义难以得到可靠的回答,只有通过民事合同比较并分析典型行政协议的特征,才能更为有效地解释其符号意义。有学者试图通过裁判案例来考察,但从其提炼的界定标准来看,“设定行政性契约义务”“包含行政性契约权利”“履行法定职责”三者中,前两者属于近似行政法上权利义的同义性表达,第三者则是将其链接到了另一要素之上,其实践性的考察难言收效。^④故此,方法论上还应回到本质比较与典型行政协议的考察。依于立深教授所言,“公权力作用是行政协议与民事合同识别的最小公倍数”,行政协议内附行政权作用,故其合

^④ 参见宋华琳、郭一君:《行政协议识别标准的再探讨》,载《西北大学学报(哲学社会科学版)》2021年第3期,第114-115页。因司法实践中作为实质标准的“行政法上的权利义务”存在概念不清的问题,该文转而提出以“公务性+主体性”为标准作为行政协议的实质性界定。笔者认为,法律解释不应抛开而应围绕规范中的法律概念展开,这种绕开法定概念的研究路径在学理价值与实践效用上都大打折扣,并不可取。

意之“意”是行政相对人的私意与行政意志结合之“意”，是有限度的自由之“意”。^{④⑨}考察典型行政协议内容，不难推断行政法上权利义务构成要件的指向。例如，在土地、房屋等征收补偿协议中，公权与私意之结合表现为有限度的缔约自由——被征收人具有选择补偿方案的自由，但却没有不被征收的自由，合同内容中隐藏了否定协议情景之下的行政征收之强制权。又如，在保障性住房的租赁、买卖协议中，交易主体为特定对象，而交易对价系行政定价（常低于市场价格），实际包含了行政利益，因而其系行政权作用下包含特定利益处分的非公平交易。再如，在政府特许经营协议中，特许内容中常含有特定的行政权，如高速公路BOT合同中常包含为合同相对人设定收费权的行政内容。^{⑤⑩}从以上分析可知，导向行政协议内容的“行政法上的权利义务”构成要件，其内涵指向为：权利义务中或包含非直接的行政权（强制权），或包含行政利益或行政权之处分。

但反观出让合同的内容可知，其权利义务并非行政法上的权利义务。出让合同的主旨内容在于，合同双方互设权利义务，土地所有者为受让人设立建设用地使用权，受让人因之支付合同对价土地出让金，这之中并未隐藏或处分行政权；且以市场形成的交易对价也是完全竞争产生的价格，并无任何行政利益的成分——行政利益的给付是在非公平交易或限制性竞争中形成。不过，出让合同涉及的内容确实与行政权有关，如作为出让合同条件的用地规划许可，甚至出让行为也可如一些学者所思考的那样，被视为“规划机关落实规划制定权与许可审批权的工具”。但应特别强调的是，并不能就此证成这些“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”^{⑤⑪}。究其根本，在逻辑上，土地资源配置中出让合同的最终目的确实包含了规划的实现，但是，不能以其目的性否定出让手段的独立性；在内容上，这类权力涉及的是合同交易标的的设定，是合同交易的前提而不是合同交易行为内容本体。换言之，出让合同的内容是典型的民事权利义务，其与典型行政协议中的“行政法上的权利义务”有根本上的差异，并不具有法定行政协议的构成要件。

（三）行政协议说混杂了行政法上的权利义务以致结论悖谬

出让合同行政协议说之所以不科学，关键在于其对行政协议的理解存在问题。^{⑤⑫}从概念定义看，论证事物种属的前提预设了“种属”的概念。出让合同是否属于行政协议，其理解前提是明确“何为行政协议”。如前所论，按照《行政协议规定》的定义，主体等“形式要件”易于鉴别，但界定行政协议的“实质要件”在于“行政法上的权利义务”，

^{④⑨} 参见前注^{④⑥}，于立深文，第36-53页。

^{⑤⑩} 虽然《行政诉讼法》第12条已将政府特许经营协议作为典型行政协议，但就其定性与纠纷解决仍存在诸多异见。原因大致包括：（1）政府特许经营协议的外延太广、类型较多；（2）协议内容涉及的法律关系复杂。因此，将之全部纳入行政诉讼之中的合理性与实效性存在质疑。参见于安：《我国实行PPP制度的基本法律问题》，载《国家检察官学院学报》2017年第2期，第90-94页；喻文光：《PPP立法中的八大重点问题探讨》，载《中国政府采购》2017年第9期，第61页。

^{⑤⑪} 陈国栋：《行政协议的许可化研究》，载《环球法律评论》2021年第6期，第129-130页。

^{⑤⑫} 参见前注^{⑤⑨}，屈茂辉文。

因而理解前提性问题转向了对“行政法上的权利义务”的界定上。^{⑤③} 出让合同行政协议说的问题,恰恰在于混淆了行政法上的权利义务、行政优益权、行政管理三者之间的关系,以致于在“理还乱”的前提性理解中判断失误。

出让合同行政协议说认为,该合同中的行政机关存在行政优益权现象,可证成其内容属于行政法上的权利义务,因而出让合同属于行政协议。^{⑤④} 也有不少学者以相同的理由证成出让合同属行政协议,只是其理路转换为行政优益权影响了合同的平等性,继而将之置于民事合同大门之外。实质上,这是对行政优益权及其与行政法上的权利义务关系的一种误解。就行政优益权本身而言,首先,作为行政协议之中的所谓“特权”,行政优益权的存在条件为“在有法律直接而具体授权的条件下,或者有合同具体约定的条件下”,可见,其并不是抽象的、普遍的与无条件的,而超越法律授权约定的权益应被视为平等的合同权益。^{⑤⑤} 诚如学者之呼吁,将行政优益权视为单方处置的特权,实为前提性认识错误。只是,这种认知并未被实践层面所采纳,反而于滥用中被彰显为有“任意性”的特权。其次,部分进入行政协议内容的行政管理规范内容并非行政优益权。以出让合同行政协议说所谓的论据之一——出让人享有的单方收回自然资源使用权为例,该权名为“收回”,似乎与合同内容息息相关,但其实则属于基于法定事由,是法律赋予行政机关的行政权(行政征收权)。^{⑤⑥} 就行政优益权与行政法上的权利义务的关系而言,行政优益权的确常常被视为行政协议的实践特征之一,然而其仅属于行政协议中“行政法上的权利义务”的必要条件,而非充分条件。内中逻辑其实不难理解,行政优益权常作为行政职权活动的保障机制,^{⑤⑦} 可随着行政协议而伴生;但行政机关的行政活动中,常有因法律授权而存在的行政优益权,却并不一定“绑定出现”行政法上的权利义务。

出让合同行政协议说这种错误还会导致一个连环困境:只要合同是行政管理事项或公共利益事项,行政机关就会有权限范围内的行政管理权,该权利因载于合同中而被误认为行政优益权,进而又基于此将合同视为具有行政法上权利义务的行政协议。^{⑤⑧} 在这种逻辑下,只要合同属行政管理或公共服务为目的,合同即会被认定为行政协议。^{⑤⑨} 然而,行政管理与公共服务包罗万象,涵盖经济社会生活的方方面面,试问行政机关依程序办理的何种事项不属于行政管理。例如,若按此理念,岂不是行政机关为便民之目的与承包人订立的道路施工合同也可因合同中载有建设行政管理权内容而变为行政协

⑤③ 参见韩宁:《行政协议判断标准之重构——以“行政法上权利义务”为核心》,载《华东政法大学学报》2017年第1期,第72-84页。

⑤④ 参见前注③,最高人民法院行政审判庭编著书,第44页。

⑤⑤ 参见胡建森:《对行政机关在行政协议中优益权的重新解读》,载《法学》2022年第8期,第46-50页。

⑤⑥ 参见前注⑤⑤,胡建森文,第49-50页。

⑤⑦ 参见莫于川:《行政职权的行政法解析与建构》,载《重庆社会科学》2004年第1期,第79页。

⑤⑧ 崔建远教授提出依“近因理论”判断行政协议之目的就在于阻却以行政管理或公共利益目的泛化行政协议。参见崔建远:《行政合同族的边界及其确定根据》,载《环球法律评论》2017年第4期,第21-32页。

⑤⑨ 有法官认为判断行政协议的实质标准包括行政职权、行政管理目标或公共利益、行政优益权三方面,当不易同时判断时,核心判断标准则为“是否属于实现行政管理目标或公共利益”。但这有泛化行政协议概念之嫌。参见杨科雄:《试论行政协议的识别标准》,载《中国法律评论》2017年第1期,第65页。

议?这显然有悖于基本的法律认识。可见,这种解释只会让行政协议概念走向无限扩大化——只要是与行政机关缔结的合同皆可视作行政协议。这必然与行政协议的本质要义相悖,也必然会与《民法典》民事合同体系相冲突,无怪乎其结论走向谬误。

五、出让合同行政协议定性的弊端

将出让合同定性为行政协议,看似带来的仅是诉讼纠纷程序与裁判规则的转变,实则背后隐匿着体系性的危害。就合同自身而言,这种危害贯穿于合同履行与合同纠纷裁判之中,会给出让合同受让人增加更多的不公平性困扰和利益侵害。就司法而言,这种定性会增加司法的裁判困扰,并“添堵”诉源治理工作。无论是对现代法治精神的贯彻,还是对法治政府的建设,出让合同的行政协议定性带来的都是背道而驰的效果。作为法治建设中最核心的法律体系也会因出让合同行政协议定性而折损其体系理性,降低其体系效用,形成一定的不安定规范区域。

(一) 有害合同正义与司法公平

首先,将出让合同定性为行政协议,将带来合同订立直至履行的不正义。将出让合同定性为行政协议,出让行为即从民事法律行为转变为行政行为,合同双方不再是平等的民事主体,出让人为纯行政机关,而受让人则为行政相对人。出让合同行政协议定性传递的“行政”信号,无疑会造成合同订立直至合同履行的不正义,导致行政机关不断强化其出让合同行政性的认知,提高合同订立直至履行中的行政刚性而弱化其民事合意性。^{⑥⑦}无论是行政机关延期移交土地,还是受让人超期缴纳土地出让金,出让人都因合同行政性认知的强化而直接运用行政强制性手段“维护自身利益”,从而影响合同正义实现。^{⑥⑧}实质上,行政协议是非权力性行政活动,而不是权力性行政活动,只是行政机关在实践中往往易滥用强制性、将法律规定的“可以”范畴事项转变为“应当”范畴事项,例如,将《土地管理法》第58条与《城市房地产管理法》第26条中收回国有土地使用权的“能然”转变为“应然”。在最高人民法院发布的行政协议诉讼典型案例——“成都某商贸有限公司诉四川省成都市温江区规划和自然资源局行政决定案”中,原民事诉讼的法院并未支持温江区国土资源局有关违约金的请求,但该局嗣后便以行政决定的方式,向被告追缴诉讼中未予支持的违约金。^{⑥⑨}从本质上看,这就是在合同行政性的潜意识下,试图以行政权来维护所谓的行政利益。而且,由于行政协议诉讼的单向性,出让人并无司法救济之渠道,只会更加倚重简单而又直接的行政手段。

⑥⑦ 事实上,即便是行政执法变革,其方向也是构建兼具“人性温度”的包容审慎执法清单,而不是改革增强行政刚性。参见江国华、王孜航:《包容审慎执法清单的法理与逻辑》,载《湖湘法学评论》2022年第4期,第28-38页。

⑥⑧ 参见前注⑫,王利明文,第17页;王春业:《行政协议司法解释对PPP合作之影响分析》,载《法学杂志》2020年第6期,第59-68页。

⑥⑨ 最高人民法院甚至认为,该案例的典型意义在于“由行政诉讼抑或民事诉讼审理,仅涉及人民法院的内部分工”,但笔者认为这实有悖于司法常识。参见前注④,《最高人民法院行政协议诉讼典型案例(第二批)》。

其次,出让合同行政协议定性对合同正义的损害,还潜藏在行政优益权之公共利益的扩大解释中。较之于民事合同,行政协议中的行政机关享有行政优益权,这也是撬动合同天平的砝码。诚然,行政优益权并非可任意行使之权力,而是具有特定行为条件——具有法律依据、以公共利益为目的、在法定权限之内且应给予合理补偿。^⑧《行政协议规定》第16、17、21、23条,也在行政协议中贯彻了“限条件行使”的理念,即只有国家利益、社会公共利益才能有条件地置于其他私主体利益之上。但问题在于,行政机关(尤其是地方行政机关)在实践中往往容易滥用“国家利益、社会公共利益”的名义而损害合同相对方的利益(违法征收便是例证),将出让合同定性为行政协议可能会导致受让人权益受到不公平的对待。

最后,出让合同行政协议定性导致的不公正问题,还体现在违约后果的不公平上。《行政协议规定》第16、19条构造了两种不同的行政协议“违约救济”——补偿与赔偿。按照这两条规定,如果行政机关解除行政协议符合“国家利益、社会公共利益”,即合乎行政优益权行使之情形的解除,则“给原告造成损失的,判决被告予以补偿”;若不符合以上条件,即行政行为违法时,则“给原告造成损失的,判决被告予以赔偿”。虽然依据《国家赔偿法》第36条第8项之规定,这种赔偿限于直接损失,而不包含合同预期利益等“间接损失”,但《行政协议规定》第19条第2款规定了例外情形——行政协议中“原告要求按照约定的违约金条款或者定金条款予以赔偿的,人民法院应予支持”。该款规范看似已将行政协议中的赔偿特定化,不限于《国家赔偿法》规定的直接损失,但如上所言,行政优益权的行使往往包装着“国家利益、社会公共利益”于其中,因此合同解除的结果实际上往往是“违约补偿”而不是“违约赔偿”。加之在司法实践中,“法院在进行权利再配置时,需要考虑经济后果”^⑨,因而法院在裁判时,即便受让人可能获得一定的经济补偿,但当出让入利益与“国家利益、社会公共利益”混合时,该补偿就可能会与预期利益产生较大差距,反倒使受让人之利益“二次”受损。^⑩可见,出让合同行政协议定性在看似公正的规则之下,隐藏着极大的救济困境。

(二) 徒增裁判与诉源治理的司法困境

首先,出让合同的行政协议定性将带来司法裁判的困惑。一直以来,合同法规范(包括原来的《民法通则》《合同法》和现今的《民法典》)是出让合同纠纷的裁判依据。若将出让合同定性为行政协议,则对出让合同纠纷只能“参照适用”合同法规范,因为就行政协议没有专门的法律规定。依《行政协议规定》第27条,在缺乏行政诉讼法等相关规定时,法院在裁判中也可“参照适用”民事诉讼法与民事法律规范中关于民事合同的相关规定。这个转引条款看似是为行政协议与民事合同提供了规范桥梁,但却带来

^⑧ 参见胡宝岭:《行政合同争议司法审查研究》,中国政法大学出版社2015年版,第251-253页。

^⑨ 侯猛:《司法运作的过程:基于对最高人民法院的观察》,中国法制出版社2021年版,第18页。

^⑩ 正如有观点认为,在行政协议之中,行政优益权可将本属合同“违约金”的赔偿,转换成“应予以补偿金额”的补偿。措辞的转换带来金额计算方式的重大差异,本属平等缔约的出让合同若定性行政协议,会隐性倾斜合同天平。参见郭雪、杨科雄:《传统行政协议优益权的行使》,载《法律适用》2021年第6期,第53-61页。

巨大的模糊性,对于大量规范存在于私法之中的出让合同而言,这无疑给其司法实践增加了许多不确定性。如此一来,法院一方面须“忽视”《民法典》关于出让合同的具体规定,另一方面却缺乏“参照”的具体标准,这就给司法裁判带来困扰。例如,“贺州市吉恩置业有限公司、贺州市自然资源局国有建设用地使用权出让合同纠纷再审案”中关于诉讼时效适用的争议,就充分体现了当事人与法院的困顿。^{⑥⑥}

其次,出让合同的行政协议定性还将带来诉源治理的困境。依据《行政协议规定》第26条的规定,就行政协议不能进行仲裁,即便协议中约定了仲裁也无效。因此,将出让合同定性为行政协议,实是封闭了仲裁路径,减少了当事人的选择,“人为”地将大量原来可仲裁的案件“推到”了行政诉讼轨道上,无疑加剧了人民法院“案多人少”的矛盾,更与当前诉源治理政策相悖。^{⑥⑦}而且,若将出让合同定性为行政协议,则当事人应依照行政诉讼缴纳诉讼费。同时由于行政诉讼的诉讼费很低,势必大大增加诉讼数量。很显然,这与通过诉源治理以减少诉讼纠纷的改革指向极不一致。

(三) 有悖于现代法治精神

党的二十大报告指出,“法治政府建设是全面依法治国的重点任务和主体工程”。将出让合同纳入行政协议,除了损害合同正义和增加司法困境外,还会“反噬”现代法治精神,阻碍法治政府建设。《理解与适用》一书认为,出让合同行政协议化可有效缓解地方政府不诚信、不守约并遏制出让中的腐败现象。^{⑥⑧}但只要认真分析就会发现,该书所列的这些现象并非由出让合同的民事性导致,而是行政监督权行使的问题。以行政协议的合法性审查遏制该类问题,本质上是寄望以对行政协议合法性审查的审判权代替行政监督权,实践中恐难收获实效。毕竟,走入司法程序的出让合同只占实践中的极小部分。

事实上,将出让合同定性为行政协议,反倒会诱发《理解与适用》一书提到的担忧。因为,将出让合同定性为行政协议,意味着本应明确区分的行政行为与民事行为走向混淆。在合同履行中,私权利与行政权交织在一起,势必“引诱”权力主体利用行政权力为其权利服务,行政权的优势地位更易滋生寻租空间,使权利为“变质之权力”服务。很显然,这种做法有悖于“构建职责明确、依法行政的政府治理体系”,其结果与“优化政府职责体系”“厘清政府和市场、政府和社会关系”“推进简政放权、放管结合、优化服务”“激发各类市场主体活力”的理念是背道而驰的。^{⑥⑨}行政机关行使行政权与民事权利时,应遵循不同的行为规范,这乃是构筑机关法人制度的初衷之所在。^{⑦⑩}更何况,不少出让行为与招商引资合同相关联,出让合同行政定性只会引致行政行为与民事行为二者的捆绑,难以形成不同行为效力区隔的“防火墙”,无法维护交易秩序与安全。“广东普

⑥⑥ 参见广西壮族自治区高级人民法院(2019)桂行再48号行政裁定书。

⑥⑦ 参见程金华:《中国法院“案多人少”的实证评估与应对策略》,载《中国法学》2022年第6期,第238-261页。

⑥⑧ 参见前注③,最高人民法院行政审判庭编著书,第43-45页;黄永维、梁风云、杨科雄:《〈关于审理行政协议案件若干问题的规定〉的理解与适用》,载《人民司法》2020年第4期,第22-26页。

⑥⑨ 参见《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度、推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》,2019年10月31日中国共产党第十九届中央委员会第四次全体会议通过。

⑦⑩ 参见陈甦主编:《民法总则评注》(上册),法律出版社2017年版,第693-695页。

天投资集团有限公司与广东省茂名市茂南区人民政府工商行政合同纠纷再审案”中,便涉及典型的“以国有建设用地使用权出让为基础的综合性的招商引资协议”。^⑪无疑,这种捆绑也易成为当事人攻击出让合同效力的理由。例如,在“锦州灿翔房地产开发有限公司与锦州市国土资源局合同纠纷案”二审中,就存在“权利与权力”的混合引发的歧见。^⑫

此外,将出让合同定性为行政协议,极易导致出让主体将行政合法性的风险转嫁于合同相对人。因为受让方即便通过市场机制拿到了建设用地使用权,也可能因行政机关的程序瑕疵,而致出让合同不具有合法性或有效性。对于土地出让市场交易参与者而言,若用地意向人无法确认行政机关“意思表示”程序的合法性,也就意味着其要承担行政机关内部程序可能带来的不合法风险。风险的提高,必然带来出让交易成本的上涨与交易效率的降低。将“要素自由流动、价格反应灵活、竞争公平有序”的出让合同定位于行政协议,无疑是对市场和政府之间角色定位的偏离,有悖于建设“市场在资源配置中起决定性作用”的中国特色社会主义市场经济,也有悖于“坚持市场配置、政府监管”的自然资源资产产权制度改革的目标。^⑬

(四) 有损于法的体系性

出让合同归入行政协议的影响不仅限于出让合同本身,其理念还会打乱行政协议与民事合同的规范边界,进而会“辐射”到类似合同的性质,引发更多争议。如前所述,出让合同本不属于我国法体系中的行政协议,若司法上将其纳入行政协议必然会造成行政协议概念的扩张,从而“带动”相似学理结构的合同“改换门庭”,而这又会引致新一轮的概念逻辑转换,导致行政协议与民事合同边界的盘根错节,最终模糊学理、搅乱法规范体系内部的和谐。

如前所述,出让合同行政协议说的逻辑结果可能是,只要合同属行政管理或以公共服务为目的,合同即会被认定为行政协议。依此,大量行政机关订立的民事合同会面临法律的双重定性,例如,本属于政府履行职能的政府采购合同便可能被划入行政协议的版图。^⑭《政府采购法》第43、79条业已表明政府采购的合同行为属于民事行为,如将之归为行政协议,会造成实在法上的逻辑不自洽,最终可能形成“剪不断,理还乱”的局面。再如,中国特色社会主义物权体系由《民法典》构架而成,建设用地使用权是其中重要权利之一。如果将国有建设用地使用权出让合同定性为行政协议、集体经营性建设用地出让合同仍归于民事合同,则会纯因建设用地使用权设立主体不同而致用益物权设立合同性质有异。这岂不是“主体人格”盖过了“行为本身”?这样既不合法理,也会

⑪ 参见最高人民法院(2020)最高法行再360号行政裁定书。

⑫ 参见辽宁省高级人民法院(2019)辽民终885号民事判决书。

⑬ 参见习近平:《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利——在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告》,载《人民日报》2017年10月28日,第2版;中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《关于统筹推进自然资源资产产权制度改革的指导意见》(中办发〔2019〕25号)。

⑭ 参见江必新:《中国行政合同法律制度:体系、内容及其构建》,载《中外法学》2012年第6期,第1163页。

大幅降低《民法典》相关规范的效用,架空《民法典》之“基础性法律”地位。^{⑦⑤}

六、余 论

以出让方式设立建设用地使用权,是我国土地公有制及土地资源市场化配置的历史逻辑,《民法典》对出让合同有明文规范,几十年来,出让合同作为民事合同的司法实践也没有任何问题,完全没有必要通过司法解释对其性质予以改变。如本文论述,将出让合同定性为行政协议显然是弊端重重。

但出让合同也并不单纯是民事合同,而应是包含一定公法内容的特殊民事合同。概言之,我们首先应确定出让合同的民事合同性质,其次是针对其公法内容进行特别规范。就出让合同的民事合同性而言,若立法不能明定,则最佳办法是以立法解释阐明其性质^{⑦⑥}。关于出让合同的定性,不仅学理上的争议颇大,而且对行政和司法的影响极广,法律解释应发挥其突出作用,规正其在法律体系中的性质定位。就涉及公法内容的特别规范而言,社会实践中存在大量土地使用者未遵循合同与规划开发土地的情形,这类行为的法律后果是警告、罚款、征缴土地闲置费甚至是土地的无偿收回,这些明显属于具体行政行为。这类纠纷,无疑属于行政纠纷。对此,广东省高级人民法院2017年印发的《关于审理建设用地使用权合同纠纷案件的指引》(粤高法〔2017〕199号)值得肯定。其将“出让方起诉请求受让方依照合同约定交纳土地出让金、违约金,或者受让方起诉请求出让方依照合同约定交付土地、办理土地使用权登记”归入民事行为纠纷;而将因土地使用者未遵循合同与规划开发土地,引致的警告、罚款、征缴土地闲置费或无偿收回纠纷视为具体行政行为之“争”,列入非民事范畴。其逻辑是,将因出让合同中的交易要素产生的纠纷(即对价支付与土地交付问题)列为民事纠纷,而将因涉合同的具体行政行为产生的纠纷列为行政纠纷。该方案科学合理地实现了对出让合同中不同法律关系的认定,非常具有借鉴和推广价值。有学者提出引入行政契约中的“混合契约”概念,也许正是基于实践中该合同内容牵涉的法律关系兼有民事与行政两方面,因而认为纠纷界定时宜视其具体争议属性而定。^{⑦⑦}

还必须指出的是,由于出让主体既具有民事主体的机关法人身份,又同时为行政主体,就其行为规范、司法裁判应当构造内外两种体系。就内部体系而言,基于机关法人与行政机关二位一体,机关法人的任何行为,包括出让行为理应受到行政规范的约束,无论是出让行为,还是出让前后的相关行为皆应于法有据。就外部体系而言,机关法人订立

^{⑦⑤} 习近平总书记在中共中央政治局“切实实施民法典”的第二十次集体学习重要讲话中指出,“民法典在中国特色社会主义法律体系中具有重要地位,是一部固根本、稳预期、利长远的基础性法律”。参见习近平:《充分认识颁布实施民法典重大意义 依法更好保障人民合法权益》,载《求是》2020年第12期,第5页。

^{⑦⑥} 经查国家法律法规数据库,已发布的法律解释仅有26份,且其多为针对具体某一条文的解释,无论是量上,还是解释的范围上,较之于司法解释皆远远不及。参见国家法律法规数据库网, <https://flk.npc.gov.cn/index.html>, 2023年7月20日访问。

^{⑦⑦} 参见余凌云:《论行政协议的司法审查》,载《中国法学》2020年第5期,第73-80页。

的出让合同性质上应为民事合同,以合同为目标的订立、履行过程中的行为应被视为不附强制力的平等主体之间的合同相关行为,不应附带法定的行政权,以免破坏合同双方的平等性。在司法上,我们不应一概将出让人的任何行为视为行政行为,而应区别合同行为与行政行为,分别适用不同的救济程序。例如,实践中常见的城市规划调整引起的出让合同无法履行,^{⑦8}本质上就属于无法交付土地而造成的合同违约,法院应审理其民事违约责任,而不是“困”在行政行为的合法性上。总之,区别不同类型的行为程序规范,是出让合同行为规范走向科学化的必然之路。也只有区分了权利与权力,才能制定更加科学与合理的制度,实现国家治理体系的现代化。

Abstract: The legal nature of the contract for the transfer of the right to use a lot of land for construction purposes is civil, and the contract is a civil contract and should not be ‘modified’ into an administrative agreement. The purpose of the system for the transfer of the right to use a lot of land for construction purposes is to allocate resources through market mechanism, and its essence is to establish the right to use a lot of land for construction purposes on an equal and remunerative basis. In the current legal system, the contract for the transfer of the right to use a lot of land for construction purposes is mainly regulated by the *Civil Code* and is an important type of civil contract; such contract is also based on civil nature in administrative regulations; the provisions of the *Land Administration Law* and other public laws on such contract aim to facilitate the transfer of the right to use a lot of land for construction purposes without changing its legal nature. Such contract neither involves the implementation or transfer of administrative rights, nor contains the constituent elements of an administrative agreement. Therefore, it cannot be considered as an administrative agreement in terms of jurisprudence or legal norms. The fallacy of the administrative agreement theory is rooted in the mixing up of the relationship between rights and obligations under administrative law, administrative preferential rights, and administrative management. If the nature of the contract for the transfer of the right to use a lot of land for construction purposes is ‘modified’ into an administrative agreement, it will not only be detrimental to the justice of the contract and its relief effects, but also create a judicial dilemma in the administration of justice and the governance of the source of litigation. It is further contrary to the spirit of modern rule of law and undermines the socialist legal system with Chinese characteristics.

(责任编辑:任彦)

^{⑦8} 参见浙江省温州市中级人民法院(2020)浙03行终85号行政判决书。