

国有土地出让缔约关系的界定路径

伏创宇*

内容提要 在公私法二元划分的框架下,司法实践针对国有土地出让缔约关系主要采用概念涵摄与关系推定的形式归类方法,这不足以应对公私法交织下的行为定性,更忽略了行为定性的目的。最高人民法院答复、司法实践以及学理上虽然在缔约关系定性中展开了一定的功能性思考,但在原则、标准与方法的运用上还模糊不清。行为定性的功能性思考旨在弥补形式定性的不足,增强形式定性的可接受性而非保障其正确性,应当遵循制定法拘束与国家权力配置原则。司法应当首先确定立法与行政是否已作出行为定性,并保留对行政定性的司法审查,进而在后果选择上遵循功能法定与定性相关性要求,最后运用判断、衡量与关联分析方法展开功能分析并选择定性。基于功能性思考,将国有土地出让缔约关系界定为民事关系更具可接受性。在行为定性中嵌入功能性思考,对行政协议与民事合同的界分亦具有积极意义。

关键词 国有土地出让 缔约 行政行为 民事合同 行政协议

目次

- 一、问题的提出
- 二、缔约关系的形式定性及其困境
- 三、缔约关系定性不同对法律功能实现的影响
- 四、功能性思考嵌入缔约关系的形式定性
- 五、结语

* 中国社会科学院大学法学院副教授,法学博士。本文系2019年度北京市社会科学基金青年项目“首都社会诚信体系法治化研究”(项目批准号:19FXC015)的阶段性成果。

一、问题的提出

我国采行公私法二元框架,私法争议属于民事救济的管辖范围,基于行政行为产生的争议则纳入公法救济。为因应现代行政任务的复杂性与发挥法律手段的灵活性,行政机关不再只是依赖传统的高权行为,而是借助私法合同、公法合同或者公私法的混合形式来实现公共任务,并维持不同程度的公法约束。公私法的交织由此对法律关系的归类及其纠纷解决带来挑战。迄今为止,我国学界对行政协议与民事合同的界分主要采用概念演绎方法,且对缔约关系的定性鲜有关注。^①不仅这种形式定性方法值得检讨,公私法交织下缔约关系^②的定性也具有较为独立的考量,包括权利保护的有效性、利益结构的复杂性与行为形式的灵活性。

国有土地出让缔约关系的界定存在较大争议。最高人民法院通过三个司法答复,即《最高人民法院关于土地实际使用人对行政机关出让土地的行为不服可否作为原告提起诉讼问题的答复》(以下简称“答复〔2005〕行他字第12号”)、《最高人民法院关于土地管理部门出让国有土地使用权之前的拍卖行为及与之相关的拍卖公告等行为性质的答复》(以下简称“答复〔2009〕行他字第55号”)、《最高人民法院行政审判庭关于拍卖出让国有建设用地使用权的土地行政主管部门与竞得人签署成交确认书行为的性质问题请示的答复》(以下简称“答复〔2010〕行他字第191号”),将合同缔结阶段的拍卖行为、拍卖公告、与竞得人签署成交确认书的行为纳入行政行为的范畴。受此影响,行政机关甄选合同相对人的决定(包括中标决定、成交确认书)、出让行为(包括出让公告、终止出让、撤销甄选决定)以及相关的权利义务纠纷(包括不予退还保证金、拒绝签订出让合同等),在司法实践中往往被纳入行政救济。^③管窥最高人民法院法官对司法答复的阐释,将国有土地出让缔约纠纷纳入公法关系主要采用概念涵摄方法,着眼于“是否是行政行为”的形式判断。不过最高人民法院在个案中却未始终如一地贯彻上述司法解释性质文件,而是主张国有土地出让过程中的行为“符合自愿平等、等价有偿的民事法律行为的特征”^④。尽管《民法典》第348条规定了“建设用地使用权出让合同”,《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〔2020〕17号)也将国有土地出让合同定性为私法关系,国有土地出让缔约关系的界定仍有探讨空间。国有土地出让缔约关系属性的归类亦是法律关系界定的写照,本文试图对单一的行为形式定性作出检讨,进而剖析缔约关系定性不同对法律功能实现的影响,

① 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;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。

② 本文采用缔约关系而非缔约行为概念,是因为国有土地出让过程属于行为与关系的混合,前者包括发布出让公告、作出或撤销甄选决定等,后者包括请求返还竞买保证金、请求签订出让合同,涉及双方之间的权利义务关系。除非个别论述的需要,本文一般用缔约关系概称。

③ 参见最高人民法院(2015)民一终19号民事裁定书。

④ 最高人民法院(2016)最高法民终729号民事判决书。

最后提出功能性思考如何嵌入缔约关系的形式定性。

二、缔约关系的形式定性及其困境

我国现行法律虽然针对公法关系与私法关系的区分提出了一定的标准,包括《民法典》中的“民事法律行为”、《行政诉讼法》中的“行政争议”“行政行为”以及司法解释对“行政协议”的界定,但是在内涵上有待进一步明确。总体而言,目前理论与实践对国有土地出让缔约关系的界定主要体现为法定行为概念涵摄与基于合同属性进行推导,而回避了为何要如此界定的深层次追问。

(一) 基于法定行为概念的涵摄

对法定的公私法行为概念进行涵摄,是最高人民法院有关国有土地出让缔约关系定性的主要做法。最高人民法院法官在针对“答复〔2009〕行他字第55号”的解读中将行政行为分解为“由行政主体作出”“依职权作出”“遵照法定程序”“具有法律效力”四个要素,^⑤进而将国有土地出让拍卖公告及其拍卖行为界定为行政行为;针对“答复〔2010〕行他字第191号”的理由说明则强调行政行为区别于民事行为的特征在于“从属法律性、服务性、单方性、强制性和无偿性”,进而指出成交确认书“符合行政行为的含义和特征”^⑥。可见上述两则答复采用了法定行为概念的解释、涵摄方法,而未追问公私法行为区分背后的意义与功能追求,因而可归入形式定性方法。法定行为概念的涵摄突出公法行为与私法行为在蕴含的要素与特征上的不同,诸如是否行使管理职权或是否构成平等关系。

同样是运用形式定性方法,最高人民法院在之后的个案裁判中却得出迥然不同的结论,认定签订成交确认书的行为“应属于民事法律行为,而非行使行政职权的具体行政行为”^⑦,甚至主张最高人民法院的解释“系从行政法角度作出的认定,并不排斥双方之间存在的民事法律关系”^⑧。有地方法院更是以法律效力的高低为由,适用具有更高效力的《物权法》与《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》,将挂牌公告、投标与资格确认分别解释为要约邀请、要约与承诺。^⑨如撤销挂牌决定被视为要约邀请的撤回而非行政行为,合同缔约关系适用民事“缔约过失责任”^⑩。合同缔结过程是否蕴含行政权的

⑤ 参见王振宇、阎巍:《国有土地拍卖公告及与之相关的拍卖行为属于行政行为还是民事行为——最高人民法院〈关于土地管理部门出让国有土地使用权之前的拍卖行为以及与之相关的拍卖公告等行为性质的答复〉〔2009〕行他字第55号》解读,载最高人民法院行政审判庭编:《行政执法与行政审判》(2010年第4集),中国法制出版社2010年版,第12-13页。

⑥ 邵长茂:《拍卖出让国有建设用地使用权的土地行政主管部门与竞得人签署成交确认书行为的性质及监督救济方式》,载最高人民法院行政审判庭编:《行政执法与行政审判》(2011年第2集),中国法制出版社2011年版,第68-69页。

⑦ 前注④,最高人民法院(2016)最高法民终729号民事判决书。

⑧ 最高人民法院(2019)最高法民终1197号民事判决书。

⑨ 参见湖南省永州市中级人民法院(2015)永中法民二初35号民事裁定书。

⑩ 最高人民法院(2003)民一终82号民事判决书。

行使、是否体现平等与意思自治,本质上属于行为定性的要素分析。然而,这种概念涵摄与形式归类的路径并非建立在行政行为与民事行为泾渭分明的基础之上,对界分行政行为与民事行为的作用有限,甚至加剧了已有分歧,成为当前行政法不得不面对的结构性问题。

给付行政、国库行政等非高权领域中私法手段的运用与私法因素的融入,已渗透到合同缔结过程及相关的甄审程序,进而对法律关系归类带来挑战。合同缔结过程中的行为游离于行政行为与民事行为之间,很难作出精准的法释义学界定,以致于有裁判认定成交确认书具有双重属性,缔约资格确认与出让内容约定分别属于行政行为与民事行为。^⑪ 契约以意思表示合致为前提,行政机关缔约与否的意思表示并非只是法律规范下的行政意志表达,也可界定为契约法上的要约或承诺,单纯基于形式定性将该缔约意思表示纳入行政行为便要受到拷问。而且行政机关履行公共任务,并非要通过公法手段实现,即使受到一定的公法约束,也未必要借助行政诉讼得到审查与保障。

(二) 基于合同属性进行推导

为了避免概念涵摄争议,更直接的办法是依据国有土地出让合同的性质来推论合同缔结关系的属性。最高人民法院“答复〔2009〕行他字第55号”所涉请示的一种意见即认为依据《民事案件案由规定》,国有土地出让合同属于民事行为,因此“土地管理部门签订土地使用权出让合同之前的拍卖行为以及为了拍卖而作出的土地拍卖公告均当属民事行为”。在司法实践中,针对当事人请求签订国有土地出让合同的争议,个别法院同样按照合同属性来进行定性。^⑫ 也有观点主张区分合同关系与合同订立关系,从而适用不同的法律依据,但缺乏相应论证。^⑬

以合同性质来界定合同缔结关系,在国有土地出让以外的政府采购领域已有先例。《政府采购法》第43条“政府采购合同适用合同法”被解释为“政府采购合同的订立、履行受合同法的调整,双方之间发生的民事纠纷应循民事途径解决”^⑭。《政府采购法(草案)》的说明对此也有回应:“政府采购本身是一种市场交易行为,在采购合同订立过程中,不涉及行政权力行使。”^⑮ 上述论证思路的正当性源于立法原意,而国有土地出让缔约关系属性在立法上缺乏清晰定位。按照合同属性反推缔约关系属性的逻辑,还可从《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》第4条“因行政协议的订立、履行、变更、终止等发生纠纷,公民、法人或者其他组织作为原告,以行政机关为被告提起行政诉讼的,人民法院应当依法受理”的规范表达中窥见一斑。依此逻辑,后续合同被界定为行政协议,则缔约关系也应归入行政协议法律关系。

⑪ 参见内蒙古自治区呼和浩特市中级人民法院(2015)呼民一初3号民事判决书。

⑫ 参见辽宁省大连市普兰店区人民法院(2019)辽0214民初6541号民事判决书。

⑬ 参见江西省赣州市中级人民法院(2015)赣中行终11号行政判决书。

⑭ 广东省高级人民法院(2013)粤高法行终572号行政裁定书。

⑮ 姚振炎:《关于〈中华人民共和国政府采购法(草案)〉的说明》,载《全国人民代表大会常务委员会公报》(2002年卷),中国法制出版社2004年版,第215页。

合同在性质上属于民事合同抑或行政协议,常常面临辨识上的困难,理论与实践更多依据概念与要素展开形式界定。其要素具有多元性与模糊性,不足以作为具体法律关系分析的出发点,这恐怕也是国有土地出让合同及缔约关系界定的症结与困境所在。依照本身存有争议的合同性质来界定缔约关系,凸显了论证的根基不牢。更何况,缔约关系与合同关系未必归入同一法律关系,德国法上的双阶理论即体现了补贴授予、公共设施利用等非高权行政领域“公法行为+私法合同”的构造,我国公租房租赁领域“行政行为+民事合同”或“行政行为+行政协议”、^{①⑥} 特许经营领域“行政行为+行政协议”的二元结构也可提供法律关系分离的佐证。有裁判即指出,缔约“属于国有土地出让合同订立之前的行为”,不受国有土地使用权合同司法解释的拘束。^{①⑦} 基于合同属性来界定缔约关系,并未从根本上澄清缔约关系的具体属性。

(三) 形式定性的困境

无论是概念与要素的涵摄,还是基于合同属性进行推导,都是形式定性的体现。这种形式化的分析方法虽契合现行法律体系,但面对国有土地出让缔约纠纷这种难解议题时,往往透过“行政职权”“行政主体”“平等关系”“公法约束”等法定行为下的子概念来寻求解套。

其一,子概念的建构难以因应非高权行政下公私法元素的交织。旨在界分行政行为与民事行为的子概念建构缺乏法定基础与逻辑融贯性,最高人民法院在“答复〔2009〕行他字第55号”与“答复〔2010〕行他字第191号”中对行政行为概念的解析不仅难以从现行法律规范中获得共识,且无法排除民事行为成立的可能。按照最高人民法院的理解,“土地是否出让以及以何种方式出让,政府土地管理部门有权根据经济社会发展状况以及相关法律、法规予以确定,这就赋予了土地管理部门相关的行政权能”^{①⑧},公共利益目标与公法约束构成了行政权能认定的两大基础。相关子概念不能清晰地界定行政行为,如“行政主体”的成立以公法关系为前提,不能反过来基于行政主体概念的涵摄推论公法关系成立;“法定程序”忽视了行政机关从事私法活动亦可受到公法约束,不能用来区分公私法行为;“行政权能”混淆了目标与手段的区别,履行公共职能未必要通过公法行为路径,还可能采取私法行为路径。

而且,法律关系属公法还是私法性质与公共利益的追求无涉。目的要素包含于司法解释对行政协议的界定标准中,往往被“职责要素”吸收,并不具有核心地位。追求公共利益未必与公权力行使相伴随,如同立法要求政府采购“实现国家的经济和社会发政策目标”,不意味着政府采购行为摇身一变成为公法行为。即便是行政机关的私法活动,也难免受到公益目的的限制。公共利益作为公私法划分的标准已遭摒弃,且与私人

^{①⑥} 《公共租赁住房管理办法》与《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》关于公租房租赁合同的属性界定仍有分歧,本文基于主题限制不予展开。

^{①⑦} 参见前注^{①③},江西省赣州市中级人民法院(2015)赣中行终11号行政判决书。

^{①⑧} 前注^⑤,王振宇、阎巍文,第13页。

利益的界限模糊,甚至存在交织。^{①⑨}对国有土地的管理职责也不能将出让行为直接转化为公权力形式,两者构成“目的—手段”的关系,后者包含了公法行为与私法行为的不同选择。有法院认为,行政机关虽“履行其职责”,但可借助“民事交易的行为”实现。^{②⑩}市场化的手段不仅不排斥公法约束,还旨在提升国库效益,选择最佳受让人,或有助于高效灵活地达成公共任务。形式化地将国有土地出让缔约关系纳入行政关系,适用严格的行政程序与行政行为效力规则,显然忽视了私法手段在公共任务实现上可能具有更强的灵活性与效率性。

其二,国有土地出让缔约关系的形式定性在实践中遭遇法律适用难题,影响了其归类的可接受性。最高人民法院一方面以有关国有土地使用权合同纠纷的司法解释为由,承认“合同在订立、履行过程中的民事纠纷,应按照民事案件受理”,另一方面又主张“合同订立之前的行为,不受该解释的约束”,意图析出缔约关系作为公法关系对待,两阶段界定的逻辑含糊不清。^{②⑪}以德国的双阶理论为鉴,合同关系的阶段划分与救济路径的不同归类一直受到各种质疑,包括阶段关系的区分仅是一种法学上的虚拟、双阶段区分存在困难、前阶段与后阶段之间的法律关系暧昧不明、前阶段决定未必就是行政处分等各种批评。^{②⑫}鉴于双阶理论运用存在的困难以及《德国行政程序法》颁布后对行政合同的承认,学理上倾向于建构整体的公法关系,司法裁判也对采用双阶理论表现出谨慎的态度,目前的适用领域主要限于补贴发放与公共设施利用关系。^{②⑬}双阶划分在我国司法实践中同样造成法律关系与救济路径分割的问题。^{②⑭}可见,法律关系的阶段化并非应对公私法交织的最佳安排。

而且,法律关系阶段划分与行为多元性之间的紧张关系时常出现。国有土地出让合同缔结阶段存在多种行为与关系,除了缔结资格的甄选决定外,还包括发布出让公告、撤销甄选决定、退还保证金、依据甄选决定请求缔结合同等,这些纠纷的解决并未因阶段划分得以定分止争。简单的形式归类思维着眼于个别行为,以致于加剧了实践认定的分歧,如,对没收竞买保证金的审查以是否具有“法律法规的明确规定和授权”^{②⑮}为标准,甚至将之界定为“行政处罚行为”。^{②⑯}而且将成交确认书视为行政行为,意味着“《成交确认书》一经签订,即具有具体行政行为的公定力、确定力、拘束力和执行力……”^{②⑰}除非依法撤销,行政机关、中标人或者竞得人应当承担成交确认书所课以的义务,包括缔结出让合同、缴纳出让金等,这一定程度上与立法要求土地出让遵循“平等、自愿、有偿的原

^{①⑨} Vgl. Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl. 2009, S. 41.

^{②⑩} 参见黑龙江省高级人民法院(2018)黑民终31号民事判决书。

^{②⑪} 参见前注⑥,邵长茂文,第68-69页。

^{②⑫} 参见程明修:《双阶理论之虚拟与实际》,载《东吴法律学报》2004年第15卷第2期,第184-187页。

^{②⑬} Vgl. Friedrich Schoch/Jens-Peter Schneider, in: Kommentar Verwaltungsrecht, Band 1. Aufl. 2022, § 40 Rn. 261-264.

^{②⑭} 参见湖北省高级人民法院(2018)鄂民终25号民事判决书。

^{②⑮} 前注⑬,江西省赣州市中级人民法院(2015)赣中行终11号行政判决书。

^{②⑯} 参见广东省茂名市茂南区人民法院(2016)粤0902行初36号行政判决书。

^{②⑰} 安徽省淮南市田家庵区人民法院(2014)田行初00022号行政判决书。

则”背道而驰,限制了竞买双方协商解除成交确认书的权利,以致于有法院直接依据《合同法》来审查解除成交确认书的合法性。^{②⑧}将甄选决定归入行政行为还会产生牵强的法律适用,如有竞拍者因操作失误给出明显异常报价,相当于每平方米土地使用权的交易价逾100万元,出让机关仍继续竞价交易并作出成交资格确认。法院认为,这“显然背离了法律的立法目的和基本原则,不适当地损害了行政相对人的利益,行为确属明显不当”,并适用行政赔偿的责任分配规则。^{②⑨}此外,将甄选决定定性为行政行为并未澄清缔约关系的具体类型,以致于实践中有观点主张成交确认书属于行政协议^{③⑩}或事实上的合同关系^{③⑪},而定性为合同关系又产生为何前后两个合同并存的解释困境。

其三,行为归类形式主义路径忽视了公私法二分的目的与价值所在。行为的形式归类仍是典型高权行政活动识别的重要方法,却难以有效破解公私法交错下行为属性的界定难题。“而各方在价值本位上的不同立场,很大程度上决定了对其行为法律属性的判断,进而导向不同的制度选择。”^{③⑫}举例而言,行为定性反映了权利保护方式的差异:界定为公法行为,则可对权利人适用行政救济的撤销保护;界定为私法行为,针对行政机关拒绝签订国有土地出让合同、再次出让等情形,基于对私法自治的尊重,相对应的只是信赖利益遭受损害的民事责任。遗憾的是,哪些价值判断会影响行为属性的判断,规范与学理皆没有提出体系化的方案。应当由哪一主体来作出这种价值判断,属于行为归类不可忽视的另一关键问题。

三、缔约关系定性不同对法律功能实现的影响

有关公法与私法的区分向来充满争议,公共利益、行政职责、行政权力等标准的单一或综合运用相当程度上能对此予以澄清,为争议解决发挥了稳定的规范预期功能。面对纷繁复杂的社会现实与公私法交织的行政领域,这些形式标准的适用也会产生一定困难。为弥补形式界定的不足,法定行为概念或需要得到调整,如我国行政协议的界定标准通过修改将公共利益细化为“行政管理或者公共服务目标”,并虚化职责要素;或通过立法直接明确行为属性,如《政府采购法》对政府采购合同的定性;或在形式界定的同时导入功能性思考,如着眼于定性是否更有利于公法监督,有裁判便主张将土地收购协议视为行政协议,从而“有利于加强对地方政府行为的监督”,以作为公共利益与行政职能标准适用的补充论证。^{③⑬}

^{②⑧} 参见辽宁省阜新市中级人民法院(2020)辽09民终191号民事判决书;辽宁省沈阳市中级人民法院(2019)辽01行终345号行政判决书;湖北省宜昌市西陵区人民法院(2018)鄂0502行初32号行政判决书。

^{②⑨} 参见广东省中山市中级人民法院(2018)粤20行终748号行政判决书。

^{③⑩} 参见贵州省遵义市中级人民法院(2020)黔03行终35号行政判决书。

^{③⑪} 参见四川省南充市高坪区人民法院(2019)川1303民初1833号民事判决书。

^{③⑫} 前注①,陈天昊文,第160页。

^{③⑬} 参见最高人民法院(2018)最高法行申2624号行政裁定书;新疆生产建设兵团第六师中级人民法院(2019)兵06行终11号行政裁定书。

借助形式概念来界定国有土地出让缔约关系将会产生更大的困难。国有土地出让缔约关系发生在合同成立前,合同以外的主体与利益也嵌入其中,立法既未对此界定,也未提供具体的标准,界定其属性便需诉诸民事法律行为与行政行为的一般概念。最高人民法院答复有关定性的说明主要采用概念涵摄方法,也分别从权益保护、公法约束与纠纷解决三个方面,对定性不同所带来的法律功能实现差异进行了个别论证。法院在个案中或援引最高人民法院答复,或进行概念涵摄,也有个别运用功能性思考的情形。从民法与行政法的法律功能考察不同定性的结果,应有助于为国有土地出让缔约关系的形式归类增强说服力。下文结合司法实践,剖析缔约关系定性不同对法律功能实现的影响。

(一) 权利保护的差异

为何将土地出让的拍卖公告、拍卖行为归入行政行为,最高人民法院的理由说明除了解析行政行为的构成要素外,还特别将“民事诉讼难以有效救济相对人因拍卖公告造成的损害”“及时保护与该类行为有法律上的利害关系人的合法权益”作为论证理由。^④受缔约行为影响的主体包括竞得人、中标人与利害关系人(包括未竞得人、未中标人),缔约行为归类不同,的确会致使参与人的权利保护存在差异。

第一,私法方式排除行政诉讼法上的撤销保护与强制缔约保护,对缔约关系中权利人提供的私法保护也很有限。若将国有土地出让缔约关系视为私法契约的一部分,则适用民事缔约过失责任或违约责任。缔约关系产生争议的情形主要包括出让公告设定不合理条件,违反出让的前提条件、方式与程序的规定,否定或取消特定竞买人的资格,不予退还竞买人保证金,在签订成交确认书或作出中标决定后拒绝签订土地出让合同,重复出让同一宗土地等。在私法路径下,尽管出让公告、作出或取消甄选决定的法律属性有争议,但不管是单方面的意思表示、预约合同还是合同,除了《民法典》第145—151条所列意思表示不真实的情形外,不得被法院撤销,更不会被确认违法,行政机关也不负有强制缔约义务。对中标人、竞得人而言,资格甄选决定不产生强制缔约义务,这既源于公法的约束(如规划条件变更、不得违法出让)或相对人自身的原因(如未履行成交确认书的义务),也有行政机关主观上的不愿意(如重复出让)。针对后一种情形,除了我国民法规定的供电、供用水、供用气、供用热力、提供公共运输等特殊情形,强制缔约缺乏法定基础,背离民法上的意思自治原则。即便将成交确认书视为预约合同,依照《民法典》第495条,当事人一方不履行预约合同约定的订立合同义务的,仅产生预约合同的违约责任而非强制缔约义务。《招标投标挂牌出让国有建设用地使用权规定》第20条经修订,从成交确认书对出让人和中标人、竞得人“具有合同效力”变为“具有法律效力”,但也无从推出强制缔约义务。

除了无法诉诸撤销保护与强制缔约保护,权利人仅享有有限的私法保护。将甄选决定视为民事缔约过程中的意思表示,基于意思自治与合同相对性原则,利害关系人既不能对之提起民事救济,也不能事后主张行政机关与第三人签订的出让合同无效或请求撤

^④ 参见前注⑤,王振宇、阎巍文,第13页;前注⑥,邵长茂文,第67页。

销。此外,立法可设置异议、投诉机制来提供行政介入保护,权利人甚至可针对投诉处理决定(如政府采购)请求行政救济,然而立法并未针对国有土地的缔约关系设定行政介入保护。相较于德国违反缔约阶段公法义务可引发民事损害赔偿,^{③⑤}我国民事缔约过失的适用较为严格,限于《民法典》第500条“违背诚信原则”的情形,如果行政机关违反平等对待、公开透明等公法义务,利害关系人无法主张损害赔偿,只能寄望于举报、内部监督等非正式救济。竞得人、中标人针对行政机关恣意解除甄选决定、拒绝签订出让合同,依法可请求行政机关承担缔约过失责任或违反预约合同的责任,责任范围限于返还竞买保证金、已支付的出让金及相应利息。^{③⑥}

第二,与私法方式不同,将缔约过程中的行为界定为行政行为,能提供公法实体与救济保护。一则,可适用公法原则与公法程序。将出让公告、确认(或者取消)竞买人资格、甄选决定等归入行政行为,在法律规范约束外还应适用依法行政、公正、信赖保护与正当程序原则。如取消竞买人资格成为侵益行政行为,应当具备法律依据,不得违反法定的平等对待原则,并应事先告知并听取当事人的陈述与申辩。^{③⑦}二则,可适用行政救济中的撤销、确认违法与确认无效裁判。缔约行为违法引发何种赔偿责任,司法实践尚有分歧。有的主张引发行政侵权赔偿责任,依《国家赔偿法》第36条请求直接损害赔偿;^{③⑧}有的主张引发(行政或民事)缔约过失责任,但在责任范围上与行政赔偿责任无明显差异,即“无过错方信赖合同有效成立,为了准备履行合同而支出的经济费用,不包括预期可得利益”^{③⑨},由此发生行政责任与民事责任的竞合。行政行为路径似乎能兼顾公法保护与私法保护,但在实践中难以实现这种效果。由于我国土地出让立法缺乏暂时权利保护机制,利害关系人提出异议不能阻止出让继续进行,加上法院的利益衡量更倾向于保护土地开发的公共利益与受让人的信赖利益,确认违法较为常见,撤销裁判很少,即便出让公告增设影响公平、公正竞争的限制条件,也难以被司法撤销。^{④⑩}被排除参与出让的权利人、其他未竞得人、请求与行政机关签订出让合同的竞得人难以通过公法救济阻止行政侵害发生。三则,“行政行为+行政协议”的路径还能提供强制缔约保护。此种路径不但将缔约行为界定为行政行为,还将出让合同归入行政协议。最高人民法院在发布的第二批10起行政协议诉讼典型案例之三“王某诉安徽省怀宁县国土资源局土地管理行政出让案”中指出,前置行政行为合法或者存在瑕疵但不影响行政协议订立的,协议相对人可以请求判令行政机关依法订立行政协议,进而为权利人提供相较于民事合同路径更全面

^{③⑤} 联邦最高法院主张公私法交融的缔约阶段形成“类似契约的信赖关系(ein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis)”。Vgl.BGH NJW 2004, 2165 (2165)。

^{③⑥} 典型案例参见浙江省杭州市中级人民法院(2015)浙杭民终993号民事判决书。

^{③⑦} 参见江苏省南通市中级人民法院(2011)通中行终0026号行政判决书。

^{③⑧} 参见安徽省安庆市中级人民法院(2015)宜行赔终00003号行政赔偿判决书;最高人民法院发布第二批10起行政协议诉讼典型案例之三:王某诉安徽省怀宁县国土资源局土地管理行政出让案,载北大法宝, <https://www.pkulaw.com/pf/nl/95b2ca8d4055fce14146eae04f310b2750bbcd82319c41d1bdfb.html>, 2023年3月8日访问。

^{③⑨} 参见江西省上饶市中级人民法院(2019)赣11行赔终14号行政赔偿判决书。

^{④⑩} 参见重庆市第五中级人民法院(2014)渝五中法行终00166号行政判决书。

的保护。《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》第5条也将请求订立行政协议作为一种诉讼类型。当然,强制缔约义务“依法”成立的情形有待明晰,尚未见援引该条款的司法裁判课以行政机关强制缔约义务。

第三,行政协议路径也能提供公法保护,但相对有限。相较于行政行为路径,缔约过程中的行为仅作为行政协议的一部分,不构成法律上的独立行为。整体的行政协议路径在立法上尚缺乏明确规定,以致于学理与实践存在“行为说”与“关系说”的争论。^⑪在行政协议路径下,针对缔约过程中行为的司法救济被排除,而且权利救济的时机延迟到行政协议成立后。《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》第5条为行政协议利害关系人的公平竞争保护提供了依据。与直接针对缔约行为的撤销诉讼不同,此种保护方式或诉诸行政缔约过失赔偿,或只能在行政协议成立后提起救济,不能直接有效阻却侵害行为发生。土地出让后一般涉及项目开发建设,司法基于利益衡量,更有理由作出确认违法裁判,利害关系人仅能获得赔偿救济。因缔约违法撤销出让合同的裁判凤毛麟角,且限于出让土地还没开发建设的情形。^⑫与私法路径一样,行政协议路径下对缔约行为的审查仅用于判断合同效力,侧重行政机关与协议相对人双方的“合意性”保护,缔约违法未必导致合同无效。不同的是,行政协议路径相较私法路径能提供公平竞争权保护,但为兼顾合同的安定性及协议相对人的利益,对利害关系人的公法保护有限。

综上,私法路径对合意性的保护最强,但几乎忽视了利害关系人的权益,也无法对获得缔约资格者提供强制缔约保护。行政行为路径最有利于利害关系人的权益保护,但实践效果不佳,且可能会损害交易安定性及获得缔约资格者的信赖利益。行政协议提供的法律保护较为平衡,亦因此限缩利害关系人的保护,加上行为定性还需考量其他法律功能的实现,并不能当然地作为行为形式的最优选择。

(二) 公法约束的差异

最高人民法院在分析行政行为界定的权力要件时指出,“土地是否出让以及以何种方式出让,政府土地管理部门有权依据经济社会发展状况以及相关法律、法规予以确定”,以及“土地管理部门的土地拍卖程序,要受行政法規制”,体现了定性为行政行为有利于公法约束的思路。也有地方法院将公法约束纳入行为定性的考量,“如将出让合同纠纷作为行政诉讼案件对待,有利于加大对行政机关的司法监督,也有利于保障行政合同相对方及竞争人等第三人的利益”^⑬,即是例证。

国有土地出让缔约关系的公法约束包括法定条件(如符合规划条件、属于净地出让、设定出让条件公平合理)、法定权限(如具有出让权限)以及法定程序(如履行内部审批手续、符合出让形式与期限要求、履行告知义务)。在公法约束强度上,行政行为路

^⑪ 代表性的观点,参见郭修江:《行政协议案件审理规则——对〈行政诉讼法〉及其适用解释关于行政协议案件规定的理解》,载《法律适用》2016年第12期,第45-51页;闫尔宝:《论行政协议撤销案件的审理逻辑——以展鹏铸造厂诉安吉县政府搬迁案为视角》,载《行政法学研究》2022年第4期,第119-132页。

^⑫ 撤销国有土地出让合同的案例,参见黑龙江省哈尔滨市平房区人民法院(2017)黑0108行初1号行政判决书。

^⑬ 贵州省毕节市中级人民法院(2021)黔05行终54号行政判决书。

径最强,行政协议路径次之,民事合同路径最弱。行政行为路径可对缔约中的每一行为进行评价,缔约行为违法可产生被撤销的法律后果。而行政协议与民事合同路径下,缔约违法只是作为评价合同效力的一个因素,区别在于两者的评价标准与机制。

一是在评价标准适用上,可援引《民法典》第153条等条款,以违反公序良俗、强制性规定为由认定缔约违法的出让合同无效。民事合同路径对合法性保障更为宽松,出让主体、出让方式与出让程序不符合法定要求,未必导致合同不生效或无效。实践中,民事裁判更倾向于肯认出让合同有效,典型情形包括:尽管市级人民政府不符合法定出让主体资格,但“市级人民政府的意思表示可以代表土地管理部门的意思表示,故本案可以认定案涉土地使用权出让合同取得了土地管理部门的同意”;针对毛地出让,“国务院、国土资源部的文件虽然有不得‘毛地’出让的规定,但因其性质属于部门规范性文件,而非法律或行政法规,相关规定即不属于法律的强制性禁止规定,不能因此产生合同无效的法律后果”;针对事后才补办农用地转用审批手续,“签订的《国有土地使用权出让合同》效力自此得到补正,符合《中华人民共和国合同法》第五十一条关于无处分权的人处分他人财产,订立合同后取得处分权的,该合同有效的规定精神”。^{④④}行政协议则部分排除适用效力认定的私法规范,如无权处分的事后追认,且额外适用“重大且明显违法情形”无效的规定,更侧重公法约束的保障。代表性的观点主张:“《协议》对国有土地使用权出让的约定应视为自始不能且违反土地管理法强制性规定,应属无效。同时,《协议》未经竞争性程序出让商住用地,亦明显违反法律规定,损害公平竞争权人利益与社会公共利益。”^{④⑤}二是在举证责任分配上,行政机关应对行政协议各环节的合法性承担举证责任,民事救济则实行谁主张谁举证,权利人应当对行政机关在出让土地过程中存在违法承担举证责任,因而行政协议路径更有助于合法性监督。

在行为定性时若只是考量公法约束,恐导致功能性思考的片面性。这是因为公法约束也可能与其他实体法上的功能产生抵牾,包括意思自治、交易安定性与出让效率。这为实践所忽视,尚未见对此展开功能比较的分析。

第一,公法约束强度与意思自治之间的关系。缔约的合意性源自《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第11条规定的缔约自愿原则。缔约关系定性不同不仅带来公法约束差异,还会影响缔约的合意空间。若认定为行政行为,行政机关需对出让是否合法承担举证责任,“遵循行政行为相关原则”是基本要求,以致于返还保证金应“作出行政行为”,或出让应经行政机关“集体讨论”,违法即会导致行政行为被确认违法或撤销。^{④⑥}与单方行政行为排除合意不同,合同(包括民事合同与行政协议)在追求合法性约束的同时容许合意空间,其中民事合同的合意空间更大。如,净地出让虽为规章与

^{④④} 上述案例参见最高人民法院(2021)最高法民终347号民事判决书;最高人民法院(2019)最高法民终2013号民事判决书;最高人民法院(2004)民一终106号民事判决书。

^{④⑤} 最高人民法院(2020)最高法行申3832号行政裁定书。

^{④⑥} 参见前注^{②⑧},湖北省宜昌市西陵区人民法院(2018)鄂0502行初32号行政判决书;山东省胶州市人民法院(2016)鲁0281行初20号行政判决书;湖北省武汉市江夏区人民法院(2017)鄂0115行初15号行政判决书。

国家政策所要求,行政机关在出让公告与成交确认书中会采用毛地出让方式,竞买人参与可视为与行政机关达成合意,进而排除公法干预,出让行为也不会在民事审判中被确认违法。^{④7}毛地出让不被法律、行政法规所禁止,且在实践中具有一定积极意义。有地方创设单一主体挂牌招商改造模式,该模式下征收拆迁工作及后续开发工作可通过选择同一主体实施,将“净地”出让时间节点前置至土地前期开发阶段,类似“毛地”出让,^{④8}其本质是采用公私合作来应对土地前期开发融资难以及满足城市更新需求。又如,竞买保证金、定金除了保障出让秩序,也能通过比例调整发挥优化土地供应的作用,过于僵化会限制作用的发挥。法律、行政法规对此本无具体规定。有地方性法规明确规定定金为土地使用权出让金的15%,并规定未在法定期限内付清土地出让金的,土地管理部门有权不予退还定金。^{④9}若按照公法思路,定金的确定与处理在司法审查中变成了行政机关“依法行使其法定职责”的问题,以致于行政机关有权单方面作出不予退还定金的决定,排除缔约双方当事人的合意空间。用行政行为思路对待缔约行为,还会造成“当事人之间的利益失衡”。如投标人的受托人因遭遇交通事故未能及时参加土地出让投标,出让机关决定不予返还保证金,法院对此展开合法性审查,忽视了过错认定与利益平衡。^{⑤0}换言之,过度的公法约束会限制缔约的意思自治与利益平衡,排除通过合意更好实现土地资源有效配置的可能性。

第二,公法约束强度与交易安定性之间的关系。交易安定性要求行政机关与竞得人、中标人签订的出让合同不得被恣意撤销或认定为无效。这既是私法上交易安全与合同保护的要求,避免公法过度介入双方当事人的合意,也有利于实现《土地管理法》第1条土地资源开发的目标。“维护交易秩序与安全”亦是司法裁判普遍承认的价值。^{⑤1}从初步的实践分析来看,公法约束强度对交易安定性的影响有一定差别,公法路径下的影响更大。民事合同路径遵循的是缔约违法是否影响合同效力的判断方式,如前所述,出让合同因缔约违法被认定为不生效、无效的情形较为罕见。行政协议路径还适用行政行为无效的判断方法,审查缔约是否存在“重大且明显违法情形”,违反出让权限、未采用招拍挂程序等会导致出让合同被法院认定无效。^{⑤2}尽管是否属于重大且明显违法也会产生认定分歧,如有裁判认定毛地出让导致出让合同无效,有的认为仅构成一般违法。^{⑤3}行政行为路径虽可对缔约行为进行合法性审查,但侧重合同相对人对出让行为信赖的保护、出让国有土地后开发建设的公共利益保障,除重大且明显违法的情形(如在挂牌出让文件

^{④7} 参见最高人民法院(2018)最高法民申676号民事裁定书。

^{④8} 参见《东莞市城市更新单一主体挂牌招商操作规范(试行)》(东府办〔2019〕29号)。

^{④9} 参见《江西省城市国有土地使用权出让和划拨管理条例》第14条。

^{⑤0} 上述案例分析,参见江西省抚州市中级人民法院(2016)赣10行终79号行政判决书;上海市高级人民法院(2019)沪民终74号民事判决书。

^{⑤1} 参见广东省深圳市宝安区人民法院(2017)粤0306民初15644号民事判决书。

^{⑤2} 参见最高人民法院(2020)最高法行申3496号行政裁定书。

^{⑤3} 分别参见安徽省歙县人民法院(2015)歙行初00012号行政判决书;广东省梅州市中级人民法院(2020)粤14行终65号行政判决书。

规定的报名时间截止后,国土局为第三人办理了申请竞买的报名手续)外,^{⑤4}法院仅确认违法设定出让条件、毛地出让、重复出让等出让行为违法,出让合同效力一般不受影响。

第三,公法约束与出让效率之间的关系。“提高土地出让效率”在个别规范性文件中有所表述。^{⑤5}相较于私法路径与行政协议路径,行政行为路径可在法定出让程序外增加额外的正当程序保障,但对出让周期与效率的影响不明显。首先,有关土地出让的法律、行政法规未将出让效率作为土地出让应当遵循的原则与目标。《招标拍卖挂牌出让国有建设用地使用权规定》第1条确立的立法目的是“优化土地资源配置,建立公开、公平、公正的土地使用制度”,注重规范更甚于追求效率。出让程序设置上亦然,如“挂牌时间不得少于10日”、发布出让公告“应当至少在投标、拍卖或者挂牌开始日前20日”。其次,即便析出行政行为,除了出让计划与方案的批准等内部行政行为外,出让公告、成交确认书等具有外部效果的行为仍不能归入法定的行政行为类型,进而适用调查、集体讨论决定、听证等一般行政程序。地方的国有建设用地出让办法也未增设类似行政程序。从司法实践来看,法院仅在个案中对行政机关课以听取当事人陈述与申辩的义务,对出让效率的影响有限。最后,即便将缔约行为视为行政行为,后续出让活动的迅速进行使得诉讼停止执行难以适用,不至于因当事人提起行政救济而延长出让程序。

(三) 纠纷解决的差异

行为定性不同影响纠纷解决,而纠纷如何解决反过来也会影响行为定性。最高人民法院答复指出行政机关委托拍卖机构实施拍卖行为属于民事行为,但“出于诉讼经济和案件处理结果统一性的考量”,拍卖行为与被界定为行政行为的拍卖公告行为“在法律关系与事实关系上密切相关”,“应当由同一程序一并解决”,因而也应被界定为行政行为。^{⑤6}下级法院很少在行为定性中考虑纠纷解决,但也有例外。如针对出让合同缔结前支付价款的返还纠纷,有法院主张属于行政争议,理由在于“该债权请求权系基于国有土地出让拍卖产生,并且,因土地成交确认关系解除发生的相应抗辩权之行使亦与土地成交确认为具有关联性”^{⑤7}。针对实践中形式定性的分歧,如退还竞买保证金、请求签订出让合同引发的争议,有法院认为属行使行政职能的范畴,应归入行政争议;有法院则主张,最高人民法院将成交确认书界定为行政行为限于签订与效力争议,签订之后的履行争议属于出让合同纠纷,应归入民事争议。^{⑤8}面对上述形式定性分歧,纠纷解决考量可以拓展行为定性的视角。

然而,法院在行为定性中考量纠纷解决缺乏明确依据,应限缩其适用范围。《行政诉讼法》第1条增加“解决行政争议”作为立法目的,旨在“强化通过行政诉讼化解行政纠纷的作用”,实现定分止争。^{⑤9}着眼于如何更好地解决已定性的行政争议,优化调解、变

^{⑤4} 参见云南省楚雄市人民法院(2014)楚行初6号行政判决书。

^{⑤5} 参见《哈尔滨市人民政府关于优化工业及其他产业用地供应管理的若干意见(试行)》(哈政规〔2018〕15号)。

^{⑤6} 参见前注⑤,王振宇、阎巍文,第14页。

^{⑤7} 浙江省宁波市江北区人民法院(2015)甬北行初46号行政判决书。

^{⑤8} 参见江西省资溪县人民法院(2019)赣1028民初207号民事裁定书。

^{⑤9} 参见信春鹰主编:《中华人民共和国行政诉讼法释义》,法律出版社2014年版,第4-5页。

更判决等机制即是体现。因而纠纷解决考量只能作为行为形式定性不足的补充,不宜直接用来界分公私法行为。在德国法上,如某一性质不明的争议与另一属性可确定的争议具有不可分离的事务关联(in einem untrennbaren sachlichen Zusammenhang),则作出法律属性相同的归类。^{⑥0} 事务关联性包括行为的反向性以及法律事实的关联性。行为的反向性在德国联邦行政法院得到承认,“贷款批准决定包含了签订贷款合同的请求权,而贷款支付请求权只能以合同为依据。贷款返还与贷款支付属于反向行为,两者具有相同的法律属性,应当与贷款支付一样归入民事关系”^{⑥1}。法律事实的关联性指争议之间所涉及的法律事实与证据材料具有密切相关性,若在同一救济程序中处理,则能避免裁判冲突,有利于实质性化解纠纷。

行为的反向性特征明显,如撤销成交确认书与签订成交确认书都涉及缔约资格认定,前者可依后者的属性作出相同界定;而法律事实的关联性则较难认定,这可从同一加油站地块出让引发的民事诉讼与行政诉讼中窥见一斑。该案涉及的出让公告要求竞得人具备“本地点成品油经营准入资质”,从而引发争议。竞得人主张具有《成品油零售经营批准证书》并符合要求,但出让机关主张竞得人应根据《成品油市场管理办法》第22条取得省级商务主管部门的预核准文件,进而作出不予签订成交确认书与不予退还保证金的决定。民事裁判认定竞得人请求退还保证金与损害赔偿“实质是合同订立过程中的责任承担问题”,因而与建设用地使用权出让合同纠纷一样归入民事争议。^{⑥2} 而行政裁判将不予签订成交确认书与不予退还保证金的决定归入行政行为,指出出让机关在“不与原告签订挂牌成交确认书的情形下,对原告的保证金不予退还,缺乏法律依据”,由此将不予退还保证金的争议与成交确认书的合法性进行关联分析。^{⑥3} 可见,上述两则裁判对关联性的认定存在分歧。还有法院在个案中对关联性进行了更为具体的切割,考察案件涉及的是成交确认书的合法性争议还是履行争议,进而作出不同定性。^{⑥4}

四、功能性思考嵌入缔约关系的形式定性

由上可见,缔约关系定性不同,会带来法律功能实现上的差异。形式定性虽是主要定性方法,最高人民法院答复及个别裁判并未排斥功能考量,而只是未能澄清功能性思考的定位,也未注意到功能性思考的适用边界。学理上也有类似的功能性思考,主张从保障房租赁与政府采购缔约关系中析出行政行为,前者旨在使“购房人和利害关系人的权利可以得到有效保护”^{⑥5},后者“不仅有助于提高政府采购的品质,也有助于增强对人

^{⑥0} Vgl. Martin Burgi, Rechtsregime, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Grundlagen des VerwR I, Aufl. 2012, § 18 Rdnr. 26.

^{⑥1} BVerwG NJW 2006, 536 (537).

^{⑥2} 参见湖南省浏阳市人民法院(2017)湘0181民初396号民事判决书。

^{⑥3} 参见湖南省长沙市雨花区人民法院(2016)湘0111行初214号行政判决书。

^{⑥4} 参见前注^④,最高人民法院(2016)最高法民终729号民事判决书;江西省高级人民法院(2019)赣民初5号民事判决书。

^{⑥5} 凌维慈:《保障房租赁与买卖法律关系的性质》,载《法学研究》2017年第6期,第71页。

民权益的保护”^{⑥6}。与形式定性局限于法定行为类型的逻辑涵摄与依据合同属性进行推导不同,功能性思考是从不同定性的法律后果出发,反过来检验并选择更具可接受性的定性结论。当然,功能性思考也是对立法进行公私法行为归类的要求,因立法主要受民主程序调整,下文主要分析法院的功能性思考嵌入形式定性的正当性、操作路径以及如何运用于国有土地出让缔约关系的定性。

(一) 功能性思考嵌入形式定性的正当性

功能性思考可归入法教义学下的后果论证或目的解释方法,是在面对有分歧的概念涵摄时展开进一步证立,旨在增强行为定性的可接受性。^{⑥7}法院的功能性思考不是要取代行为形式定性,而是作为行为形式定性的补充论证。

首先,功能性思考有助于弥补行为形式定性的不足。概括起来,目前国有土地出让缔约关系的定性方法大致包括探寻具体依据、涵摄行为类型与对行为属性进行关联。如前所述,与存在争议的国有土地出让合同属性进行关联在逻辑上不能自洽。而“民事法律行为”“行政行为”“行政协议”等法定概念的涵摄,在实践中存在多种解释可能,面对公私法交融的国有土地出让缔约关系界定难以提供有足够说服力的结论。面对相互竞争的可能解释,行为定性应当从“法律的角度对摆在他们面前的选择做出结果上的考量”^{⑥8}。最高人民法院也意识到形式定性的不足,其答复在形式定性基础上增加了权利保护、公法约束与纠纷解决的功能性思考。

行为形式定性是处理争议与决定救济路径绕不开的入口,但遭遇公私法交融这种新兴议题难免吃力。它固然遵循了行政行为与民事行为二分的规范框架,却未能消弭缔约关系属性界定的分歧,更为重要的是忽视了行为形式定性的真正目的所在。“对具体案件没有法律规范可供适用,或者存在着两种相互冲突的公法规范和私法规范可供适用,这种情况需要明确归类,但需要立足于本案中更为广泛的关联点,尤其是行政活动的目的和目标。”^{⑥9}为何要区分不同的法律行为并予以不同处理,面对这种功能性追问,既不能局限于公私法二分的概念涵摄,也不能陷入过于泛化的事实效果衡量。

其次,功能性思考旨在作为行为形式定性的补充。从司法实践来看,下级法院虽偶尔展开功能性思考,但更愿意遵循形式定性,凸显了功能性思考的实践难题与合法性困境。功能性思考旨在增强形式定性的可接受性,但不能代替行为形式定性。这是因为法院的功能性思考存在以下局限性:第一,功能性思考的范围与效果难以确定。行为定性产生的后果多样,既有救济渠道差异带来的后果,包括是否适用撤销保护与强制缔约保护,是否以及产生何种赔偿责任,以及确定诉讼主体、举证责任分配、诉讼费用等各种差异,也有行为本身所欲追求的后果,包括公法约束、手段灵活性、交易安定性、土地资源配

^{⑥6} 严益州:《德国行政法上的双阶理论》,载《环球法律评论》2015年第1期,第88页。

^{⑥7} 参见杨知文:《后果取向法律解释的运用及其方法》,载《法制与社会发展》2016年第3期,第167-180页。

^{⑥8} [英] 尼尔·麦考密克:《修辞与法治:一种法律推理理论》,程朝阳、孙光宁译,程朝阳审校,北京大学出版社2014年版,第138页。

^{⑥9} [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43-44页。

置效率等,不一而足,范围难以确定。在功能评价上,有的是单一评价,如是否保护公平竞争权,有的需要诉诸功能比较,如公法约束与意思自治的权衡。第二,功能性思考蕴含内在的价值冲突。不同的功能追求存在冲突,如更强的公法约束可能会牺牲缔约过程中的合意与公共目标实现的效果,过于强调纠纷解决会破坏公私法本身的价值追求与制度逻辑。第三,功能性思考与国家权力配置之间具有紧张关系。即便公私法行为的概念不足以清晰地应对特定争议的界定,法院在行为定性上直接采用功能性思考,便会产生脱离现行法律体系进行法律塑造的危险,以致于违反国家权力在行为定性上的分工。因此,法院的功能性思考应当在现行法律框架下展开,将功能解释融入定性依据与法定行为概念的适用过程。

(二) 功能性思考嵌入形式定性的操作路径

功能性思考应当遵循国家权力的配置原则。由于法制定与法适用的区别,司法应当根据我国《宪法》第131条依照法律行使审判权,不应脱离立法与法定的公私法行为概念对缔约关系进行定性。法院首先须借助文义解释、立法原意解释、体系解释等通常解释方法,澄清立法是否已对行为定性。除了立法对行为的定性,在通常更少强制的给付行政与引导行政领域,只要不违反法律规定或事务性质,行政机关就拥有行为形式的选择空间,进而塑造具体的法律关系形态。^⑩国有土地出让管理是行政机关代替国家行使土地所有权人的权利,然而并非单纯的财产管理。国有土地的竞争性出让虽不直接针对特定主体提供行政给付,但竞买人主体资格要求、出让地块用途、土地使用条件等反映了对产业政策与经济社会发展目标的追求。除了财产管理,国有土地出让还旨在间接履行上述行政任务,因而应当承认行政机关在不违反法律规定的前提下拥有一定的行为形式选择自由,进而使行政任务得以透过最适当的方式履行。法院展开功能性思考之前,应当考察立法与行政是否已对行为定性作出选择。

首先,如果立法已有行为定性,法院可直接援引法律依据或采用通常解释方法,如诉诸立法原意解释将政府采购的缔约关系纳入民事关系,诉诸体系解释将公租房租赁的资格认定界定为行政行为,功能性思考便无必要。是否将缔约过程中的公平竞争、请求签订出让合同作为公法权利对待,以及选择公法还是私法方式实现公共任务,立法机关在宪法与基本权利的框架下拥有形成空间,并合比例地权衡各种相互冲突的利益,而非给予最强的权利保护(Maximierung der Rechtsschutzmöglichkeiten)或最强的公法约束。^⑪行为定性关系到相关主体是否享有撤销行政机关行为的请求权,关系到缔约过程在遵循法定程序与内容要求外,是否还适用依法行政、正当程序等公法原则,背后体现了缔约各方的法律地位与相互关系,立法对此应当具有优先地位。

其次,法院还需审查行政机关的行为形式选择。一些行政机关通过规章、规范性文件或在出让公告中事先明确缔约关系的属性,如明确出让人改变竞得结果引发的是“民

^⑩ Vgl. Hartmut Maurer (Fn. 19), S. 441.

^⑪ Vgl. BVerfG, NJW 2006, 3701 (3703).

事责任”,^{⑦②}或将出让程序纳入“重大行政行为程序”,^{⑦③}甚至在成交确认书中直接明确仲裁救济^{⑦④}。即便行政机关拥有行为形式选择自由也不等于可随意在公私法体系中切换,应满足不违反法律规定与更适当履行行政任务的要求。如,土地使用权收购代替征收,是否合乎法律规定以及确实能“有利于提高旧城改造效率,并有助于通过提高收购价格来对房屋所有权人给予更加充分的补偿安置”等问题已经在实践中凸显。行政机关滥用形式选择亦值得警惕,尽管监督的依据、标准及其展开尚缺乏统一认识,司法实践中也回避对行政的行为形式选择作出判断,但法院不宜省略合法性与合理性审查,行政机关也应对行为形式选择更适当达成行政任务承担举证责任并具体说明理由。

最后,法院在形式定性中可展开有限的功能性思考。只有不违反立法拘束与国家权力分工,法院才能在对相关法律及法定行为概念的适用中,进一步借助功能性思考展开论证。开展功能性思考的步骤,包括可适用检验、找寻后果与分析后果。^{⑦⑤}

第一,可适用检验。开展功能性思考的前提是,立法未明确规定,法院难以通过语义解释、立法解释、体系解释等通常解释方法探知行为的定性,同时行政机关未作出行为形式选择。如,政府采购、公租房租赁的缔约关系,法院能借助通常解释方法澄清立法定性的立场,就没有功能性思考的必要。此外,即便行政机关作出行为形式选择,法院还需对此展开合法性与合理性审查。

第二,找寻与行为定性相关的法律后果。之所以需要找寻,是因为立法并未明确行为定性需要考量哪些后果。后果的确定应当遵循法律拘束与定性相关性要求。为避免功能泛化与不确定,功能性思考应当受到法律拘束,所考虑的“功能”是指行为定性产生的一般法律后果,既包括诉讼法上的权益保护与权力监督目的,也包括实体法上的目标,如《民法典》第5条等对意思自治的追求。行为定性造成的具体制度适用差异,如程序适用、赔偿责任、举证责任分配,可涵盖在上述法律后果的分析中。定性带来的事实后果应当被排除在外,如个案事实不同、法官错误适用法律产生的影响,并非法律规则适用的逻辑性后果。此外,定性相关性要求结果考量与特定规范领域相关。如,交易效率目标虽蕴含于《民法典》中,实践中也有省级土地管理机关在调研中意识到出让效率问题,并指出“工业用地供地程序复杂、供地时序较长”^{⑦⑥},但交易效率在国有土地出让立法中未有体现,因而不应纳入行为定性的功能性思考。因此,司法只能在法律适用的范畴内,针对影响行为定性的主要法律后果展开论证,包括公平竞争与强制缔约作为公法权利是否具有法定基础,比较并确定公法约束与意思自治、交易安定性的优先性,以及关联争议(如退还保证金)如何定性更有利于纠纷解决。

^{⑦②} 参见《辽宁省国有土地使用权招拍挂出让办法》第21条。

^{⑦③} 参见《扬州市若干重大行政程序规定》第2条。

^{⑦④} 参见湖南省永州市中级人民法院(2015)永中法民二初16号民事裁定书。

^{⑦⑤} 参见[英]尼尔·麦考密克:《法律推理与法律理论》,姜峰译,法律出版社2005年版,第96页。

^{⑦⑥} 《坚持和完善土地使用权招拍挂出让制度的调研报告》,载山东省人民政府网, http://www.shandong.gov.cn/art/2014/7/14/art_100194_8896759.html, 2022年6月5日访问。

第三,分析后果。具体方法包括判断、衡量与关联分析。判断是指单一功能思考有可能直接产生定性结论。若立法蕴含对公平竞争权的公法保护,则缔约关系应当归入公法关系。行为定性中的权益保护考量不同于在原告资格判断上的适用,后者以行政行为成立为前提,不涉及公私法归类,固然可以进行宽松认定,“以便能够承认更多的值得保护且需要保护的利益,属于法律保护的利益”^⑦,但法院对行为的定性关系到是否纳入行政行为,不仅涉及缔约关系中多元利益的调整,还会影响公共任务实现与纠纷解决,因而不应超越法律规范体系进行功能考量。衡量是指需对相互冲突的法定功能进行比较。这意味着法院需要进行经验比较与主观评价,以确定某一功能实现的优先地位,进而作出行为定性。有学者在界定行政协议与民事合同时主张引入比例原则,这本质上也是衡量。^⑧衡量方法的运用给法院带来较大挑战,也很难形成更具体的操作规则,甚至带有主观价值偏好,但属于增强行为定性可接受性的重要论证活动。此外,如何更好地解决纠纷只是澄清个别关联争议的属性,撤销成交确认书、不予退还保证金、请求签订出让合同以成交确认书的效力为基础,只有界定成交确认书的法律属性后,才能通过纠纷解决考量澄清关联争议的属性。

值得注意的是,法院的功能性思考旨在弥补概念涵摄的局限性,增强形式定性的正当性与可接受性,而非保障其正确性。功能性思考的原则、方法及其边界能为行为定性构建分析框架,其实践运用及各方持续的对话有助于推动行为定性形成更多共识。

(三) 国有土地出让缔约关系定性的功能性思考

从实践来看,法定行为概念涵摄产生的分歧与对立明显,最高人民法院的答复也未能改变这一状况。要解决国有土地出让缔约关系定性与争议解决的困境,根本途径是通过立法明确定性。在立法未有定性之前,司法必须面对这一棘手问题。下文尝试前述操作路径,对国有土地出让缔约关系展开分析,主张将缔约关系纳入私法关系更具可接受性,并期待更具经验支撑的功能性思考实践。

1. 功能性思考适用的前提检验。我国国有土地出让立法未明确缔约关系的法律属性,法定行为概念涵摄会产生多种解释结论,行政机关对行为形式选择缺乏充分的功能性思考与理由说明,这些应当在司法定性中事先交代。无论是《招标投标挂牌出让国有建设用地使用权规定》还是《协议出让国有土地使用权规定》,所欲实现的行政任务都是“优化土地资源配置”,如果行政机关在实践中未对行为形式选择的合目的裁量进行充分举证与说理,法院在合理性审查的基础上则不宜承认行政对行为形式的选择。

2. 权益的公法保护难以成立。现行立法并未确立缔约的公平竞争权与强制缔约义务,即便《招标投标挂牌出让国有建设用地使用权规定》于第1、3、11条将公平作为法定目的、原则与出让条件设定要求,侧重出让义务与秩序的保障,也不意味着公平保护

^⑦ 最高人民法院(2017)最高法行申169号行政裁定书。

^⑧ 参见前注①,陈天昊文,第161页。

同时具有公法权利属性,公平原则不可直接与公平竞争权画等号。^⑦违反公平保护,只是根据该法第26条产生工作人员的内部行政责任,利害关系人针对出让行为提起撤销保护并无明确法律依据。法院不得超出法律规范体系,认定“民事诉讼难以有效救济相对人因拍卖公告造成的损害”,或直接赋予公平竞争权的保障。且竞得人、未竞得人仍可根据民法主张赔偿责任,或通过投诉维护自身权益。从权益保护的角度无法推论出缔约关系属于公法关系,将出让行为直接界定为行政行为更是站不住脚。

3. 私法上的功能应当予以优先考量。展开行为定性的法律后果衡量,也是功能性思考的重要内容。行政行为路径最有利于利害关系人的保护与公法约束,但撤销保护的实际效果不佳,对交易合意性与安定性的损害最大,加上所欲实现的公平竞争权保护缺乏法定基础,行政机关对行为形式选择更有利于实现行政任务缺乏充分举证与理由说明,因而国有土地出让缔约关系析出行政行为明显缺乏说服力。至于是纳入整体的民事关系还是行政协议关系,一方面,端视国有土地出让合同本身如何定性,立法更倾向于将国有土地出让合同界定为民事合同。《民法典》第348条与《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》即是体现。另一方面,基于私法路径在保障意思自治与交易安定性上的优势,将缔约关系纳入民事关系更具可接受性。公法约束与意思自治虽可兼得,但缔约关系的不同定性仍会形成功能实现的程度差异。过多的公法约束会限制缔约的意思自治与利益平衡,阻碍通过合意更好地推动土地前期开发(如采用毛地出让形式)、提升土地交易的积极性(如协商竞买保证金的比例)、间接实现产业与社会发展目标(如保留出让条件设定的弹性)。如前所述,在交易安定性保障上,私法路径相较公法路径也更优。更何况,私法路径仍可维持一定的公法约束。一则行政机关的私法活动并不排除公法限制,如《政府采购法》针对缔约规定了回避、公开、专家评审、不得设定不合理条件等约束。国有土地出让缔约关系的公法约束不足可通过立法完善与内部监督解决,而非必须纳入公法关系。二则法院通过判断出让是否违反公共利益或强制性规定及对合同效力、责任承担的影响,来提供一定的公法保障。如未按照规划条件出让违反《城乡规划法》第38条,法院将出让机关的违法行为转换为民事缔约中的过错认定,适用缔约过失责任。^⑧

4. 即便出让行为已有定性,纠纷解决考量仍有必要。退还保证金、请求缔结出让合同争议一般不针对具体行为,无法通过上述功能分析予以澄清,而只能在甄选决定性的基础上进行关联分析。对实践中出现的两种认识误区需要予以警惕。一是,关联性分析应当限于纠纷解决层面的法律关系与事实关系,而不应颠倒关联性发生的顺序,以后续的合同属性来界定缔约争议。退还保证金、请求缔结出让合同争议的解决无法绕过甄选决定的内容与效力,应当遵循同一纠纷解决路径。二是,有观点主张双方当事人争议的是甄选决定的履行而非效力问题,则后续缔约争议应当归入私法争议,这种关联性

^⑦ 一些裁判将公平原则与公平竞争权直接画等号。参见江苏省南通市中级人民法院(2016)苏06行终470号行政判决书。

^⑧ 参见广西壮族自治区高级人民法院(2020)桂民申1096号民事裁定书。

分析不妥当。后续缔约争议的处理应与甄选决定进行同一归类,根据甄选决定的属性来审查是否构成违法或具有过错。就此而言,在出让公告、甄选决定纳入民事关系的基础上,退还保证金、请求缔结出让合同引发的关系也应归入民事关系。

五、结 语

面对行政机关直接或间接履行公共任务下的公私法交融,仅拘泥于行为的形式定性,不足以平息公私法行为界分争议,且忽视了公私法行为区分的目的与功能,因而有必要在现行法律体系下嵌入功能性思考以增强形式定性的可接受性,并遵循法律拘束与国家权力配置的原则。这种行为定性逻辑与方法的反思,或能对国有土地出让缔约关系以外的公私法归类提供新的分析视角与框架,有助于形成更多共识并减少司法定性的恣意。但功能性思考不可能终结行为定性的争议,也可能给司法适用带来较大挑战。围绕功能性思考的原则、方法与界限,本文虽提出了初步设想,并结合案例展开一定分析,但还有待引入更充分的经验资料与实证研究,减少功能性思考带来的不确定性,提升行为定性的可接受性。

Abstract: Based on the dualization of public and private law, judicial practice mainly adopts the formal classification method of subsumption and relationship presumption for the contractual relationship of state-owned land transfer, which is not enough to deal with the definition of behavior under the intertwining of public and private law, and also ignores the purpose of the definition. Though some functional reflection has been carried out in the Supreme People's Court's reply, judicial practice, and doctrine regarding the nature of contractual relations, it is still ambiguous in the application of principles, standards, and methods. The functional reflection on the definition of behavior aims to make up for the deficiency of formal definition, and enhance the acceptability of it rather than ensure its validity. It should be restrained by statute law and in accord with the allocation of state power. The judiciary should first confirm the choice of legislation and administration on the definition of behavior, retain judicial review of the administrative resolution, and then meet the requirements of statutory functions and the purpose of the legislation in choosing the results, and finally, use judgment, measurement and correlation analysis to carry out the functional analysis. Based on functional thinking, it is better to define the contractual relationship of state-owned land transfer as a civil relationship. It is also of positive significance to embed functional thinking in the distinction between administrative agreements and civil contracts.

(责任编辑:王莉萍)