

## 行政合同族的边界及其确定根据

崔建远

**内容提要:**初始作为行政机关,但并非永远处于行政法律关系之中,可以参与非行政法律关系,充任包括民事主体在内的其他角色。判断国有土地使用权出让等合同是否为实现行政管理职能、目的是否具有公益性,不应将距离合同较为遥远的因素也考虑在内,而应借鉴“近因理论”,或采“直接执行公务说”;抓住合同的主要方面、主要矛盾,而非以次要方面、次要矛盾为据,确定合同应否归属于行政合同之列。将国有土地使用权出让等合同划归行政合同的范畴,意味着让权力从制度的笼子里逃逸出来,行政权力膨胀,对于市场运行更多地依赖权力而非市场规律,这背离了“把权力关进制度的笼子里”的深邃思想和良苦用心,违背了“法无授权不可为”的原则和精神,不符合中共中央、国务院关于完善产权保护制度的坚定立场,会吓阻外商投资于中国,何况行政法体系内部也不自洽,故这种泛化行政合同的理念及设计极不可取。

**关键词:**行政合同 确定依据 行政优益权 多重角色

崔建远,暨南大学法学院/知识产权学院周栢讲席教授。

### 一 问题的提出

一段时期以来,有专家、学者乃至司法解释都力主扩张行政合同(或曰行政协议)一族的范围,认为国有土地使用权出让合同、全民所有制企业工业承包合同、公用征收补偿合同、国家科研合同、国家订购合同、公共工程承包合同、<sup>〔1〕</sup>农村土地承包合同、计划生育合同、<sup>〔2〕</sup>政府招商引资合同、政府采购合同、<sup>〔3〕</sup>粮食订购合同、行政协作合同、国有企业

〔1〕 郑绍平、江焯:《行政合同的特点与纠纷处理的法律适用》,《上海律师》2011年第10期。

〔2〕 江必新:《中国行政合同法律制度:体系、内容及其构建》,《中外法学》2012年第6期,第1160页。

〔3〕 《最高人民法院关于依法平等保护非公有制经济促进非公有制经济健康发展的意见》(法发〔2014〕27号)第12条。

租赁承包经营合同、治安管理承包合同、卫生管理承包合同、财政包干合同、经济协作合同、科技协作合同以及探矿权出让合同等,均属行政合同。司法解释及专家、学者的这些主张事关法律适用、“把权力关进制度的笼子里”及“法无授权不可为”的大原则、相对人的民事权益有无切实保障、社会经济能否健康发展以及学说体系等重大问题,不可不辨,必须论争。本文即为此而作,不当之处恳请大家批评指正。

## 二 不可忽视行政机关的多重角色性

许多赞同行政合同的专家、学者辨析行政合同与民商合同的异同,观点大体相同,只是侧重点及表述略有差异:行政合同虽然与民事合同一样,也是双方意思表示一致的结果,但相比而言,具有以下特征:一是缔约的一方为行政机关;二是行政合同的目的是为了实现在公共利益;三是行政合同系行政机关实现其行政管理职能的法律手段;四是行政合同双方当事人的法律地位并不完全平等,行政机关享有超越合同相对人的单方面强制性的权利——行政优益权,如指挥权、单方变更协议标的权、单方解除权、制裁权等等。<sup>[4]</sup>

行政机关作为合同的一方主体,这是行政合同得以成立和存续的必要条件。合同的当事人没有行政机关,均为普通的市场主体如都是自然人或公司时,该合同肯定不是行政合同,应为民商合同。

确实,诸如国务院及其所属部委、地方人民政府的天然本性是行使行政权的组织,是行政机关,是公法人,而非普通的市场主体。按照《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》)第85条以下及《中华人民共和国国务院组织法》以及《中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》,设置国务院及其所属部委、地方人民政府的初衷,最想赋予这些机关的功能,这些机关就其本性而言就是公法人,就是行政机关。它们履行《宪法》及组织法、行政法赋予的职能,应属行政行为,而非民事行为。单就这个层面来说,行政机关作为一方当事人签订合同时,该合同不应是民商合同。

可是,世界上的事物是复杂的,而非单色调的。无论自然人还是公司抑或行政机关都活动在社会生活之中,处于社会关系之中,而社会关系犹如一张大网,且不说自然人和公司等法人,就是行政机关这类公法人,也都是这张大网中的一个一个钮结。其中一个行政机关与其他行政机关组成一个网格,该网格是行政法律关系的化身,该行政机关与一家生产电脑的公司结成另外一个网格,完全遵循价格规律而成,那么,该网格就不会化身为行政法律关系。

[4] 参见余凌云著:《行政契约论》(第2版),中国人民大学出版社2006年版,第24页以下;宋海东:《新行政诉讼法语境下行政协议若干问题探析——以类型化诉讼为视角》,载《山东审判(山东法官培训学院学报)》2015年第6期;张红梅、张露文、艾庆平:《行政合同与民事合同之辨析》,载“中国法院网”,<http://www.chinacourt.org/article/detail/2014/08/id/1363317.shtml>,最后访问时间:[2017-04-02];邹丽芹:《行政合同中行政优益权的司法审查及控制》,载“中国法院网”,<http://www.chinacourt.org/article/detail/2013/08/id/1054824.shtml>,最后访问时间:[2017-04-02];郑绍平、江焯:《行政合同的特点与纠纷处理的法律适用》,《上海律师》2011年第10期;江必新:《中国行政合同法律制度:体系、内容及其构建》,《中外法学》2012年第6期,第1171页。

为什么会如此? 社会生活丰富多彩, 社会关系也随之形形色色, 且不说一个自然人为了应付、满足各种需求而结成种类和性质不同甚至迥异的网格——法律关系, 如同乡关系、同学关系、同事关系、上下级关系、夫妻关系、父母子女关系、买卖关系、租赁住房关系等等, 即使是行政机关也并非、其实客观上也不可能是“不食人间烟火”的神仙, 而是为了履行法定职责而必须与方方面面“打交道”、有着多重需要的“人”, 虽然形成的网格中主要的和大量的行政法律关系, 但其他类型的法律关系也势所难免, 如与中国共产党之间的关系、与民主党派之间的关系、与市场主体依价值规律形成的诸如建设工程施工合同关系、购买文房四宝的法律关系、采购食材的法律关系, 等等。

假如国务院及其所属部委无论身处何种法律关系都总是固守行政机关的地位、性质和职能, 那是违背客观规律的, 不现实的, 是要“砸锅的”, 在不少的情况下缔结不成行政合同, 即使强行成立行政合同, 也是“强扭的瓜不甜”; 必须是“随机应变”、“在什么山上唱什么歌”, 一句话, 法律地位和身份不得恒定地是行政机关, 扮演的角色不可一成不变。从另外一个视角看, 必须落在具体的法律关系之中, 才会确定出某行政机关到底是什么身份。例如, 北京市工商行政管理局, 在从事市场监管时展现的是行政机关, 在采购食材时呈现的是平等主体的买受人, 在晋升某干部的职级时不但是行政决定权的行使, 可能还受中国共产党的党章、党纲及有关组织原则的约束。

由此看来, 单纯地以宪法及组织法塑造行政机关的初始性质及职责而忽略其他要素来认定行政合同的“主体说”, 不符合客观实际, 不宜被采纳。笔者检索的近些年的行政法著述也不这样界定和理解行政合同, 而是着重行政合同的目的是为了实现公共利益、行政合同是行政机关实现其管理职能的手段、行政机关享有超越合同相对人的单方面强制性的行政优益权等因素、标准。

这种理论用于解释和认定行政机关作为当事人一方的纯而又纯的合同, 无论是毫无争议的行政合同, 还是各学科均公认的民商合同, 都游刃有余。例如, 北京市国土资源管理局采购食材而形成的合同, 应为民事合同; 与各处室签订任务包干合同, 则为行政合同。可是, 将公益性、实现行政管理职能、具有行政优益权等判断标准用于衡量和判断兼有行政因素与民商因素的合同, 诸如政府招商引资合同、政府采购合同、国有建设用地使用权出让合同、探矿权转让合同、农村土地承包合同、国有企业租赁承包经营合同、经济协作合同、科技协作合同等, 从检索关于行政合同的著述看, 则不容乐观。

问题出在哪里呢? 症结在于不少著述使用的方法是“抓住一点不及其余”, 只要寻觅到合同含有公益性、实现行政管理职能、载有行政优益权的色彩, 哪怕该合同关系及其运作距离实现公益性、行政管理职能隔着几个因果链条, 哪怕所含行政优益权的比重大大低于民商法律关系所占的分量, 也就当即将其认定为行政合同。例如, 国有建设用地出让合同含有作为出让方的国有国土资源管理局享有收回建设用地使用权的行政优益权, 从房地产开发的最终结果着眼促进了社会发展, 有些行政合同论者就下结论: 国有建设用地出让合同的目的是实现社会公共利益, 是国土资源管理机关实现其行政管理职能的法律

手段,故为行政合同。<sup>[5]</sup>笔者认为,这在思考路径及方法论方面明显偏差了,下文集中对此予以剖析。

### 三 借鉴“近因理论”来界分行政合同与民商合同

行政合同论者把“行政合同的目的是为了公共利益”、“行政合同系行政机关实现其行政管理职能的法律手段”作为行政合同的法律特征,并据此界分行政合同与民商合同。对此,包括笔者在内的众多民商法学界的专家学者并无异议,论争双方在这方面不存在分歧,理念及看法不同之处只在于:具体合同与实现公共利益、具体合同与实现行政管理职能之间的因果链条自哪个链条之处予以截断?如果把较为遥远的因果链条也纳入其中,就会轻易地认定某具体合同是行政机关实现行政管理职能的手段,是实现公共利益的工具,则结论是该具体合同属于行政合同;如果将稍远的因果链条截去,如仅仅以第一个因果链条为准,那么,该具体合同距离行政机关实现行政管理职能、实现公共利益的目的相对远些,则该具体合同便不是行政合同,而是民商合同。在这方面,英美合同上的“近因理论”(proximate cause)值得借鉴。

法律人公认,原告请求被告就其违约而造成的损失予以赔偿时,必须证明被告的违约为“前因”与原告遭受的损失为“后果”。此处违约这个前因产生后往往会引发一连串的后果(损失),因果之间实际是一个连续的、不可逆转的过程,每一项后果都是之后一个后果的前因,形成因果链条,甚至没完没了。假如令被告对这些无休止的因果链条上的损失都承担赔偿责任,被告会不堪重负,矫枉过正。由被告对作为“近因”(或曰“最重要原因”、“主要原因”、“有效原因”、“真正原因”)的违约行为给原告造成的损失负责赔偿,对“遥远性”的损失不负赔偿责任,则较为公平合理。特别是,如果在这个过程中插进了“新介入事件”,中断了因果链条,那么,之后的后果(全部或部分损失)与原来的违约就不存在因果关系了。<sup>[6]</sup>于此场合,假如仍然令被告负责赔偿“之后的后果”,也放纵了“新介入事件”的酿成者,“放跑”了本应承担责任人,造成了双重不公正。为避免此种后果的出现,有必要采纳“近因理论”。

这种“近因理论”的理念、着眼点和目的所在及其实现路径,符合有关哲学原理、法律及其理论,确有道理,具有启发性,值得借鉴。在哲学的视野里,事物之间虽有联系,甚至相互影响,但每个事物终究具有其自身的质的规定性。只要该质的规定性仍在,未被其他事物的影响所改变,就仍然据此认定该事物的性质和归类。该原理及方法同样适用于行政合同与民商合同的界分,即某合同或某类合同可能涉及行政机关,可能受到行政权及其行使的影响甚至左右,程度不同地助于实现社会公益,但法律人不宜不分青红皂白地都将其归入行政合同一族,而应综合相关因素准确判断和归类,考察具体合同与实现公共利

[5] 类似观点参见江必新:《行政协议的司法审查》,《人民司法(应用)》2016年第34期,第10页。

[6] 杨良宜著:《损失赔偿与救济》,法律出版社2013年版,第230-232页。

益、与实现行政管理职能之间的因果链条。并且,不宜将较为遥远的因果链条也纳入视野,不宜将该因果链条所蕴含、体现的因素和属性作为认定该具体合同的法律性质、归属类型的因素;而应截取最接近合同的因果链条,将该最接近合同的因果链条所蕴含、体现的因素和属性作为认定该合同的法律性质、归属类型的依据。

在法律及其理论上,现代法律均为抽象规定,并从各种不同角度规范社会生活,故常发生同一事实符合数个规范的要件,致使数个规范皆可适用的现象,此为规范竞合。<sup>〔7〕</sup>这是从事物的“横断面”的角度观察所得结论,若从“纵向发展”的层面审视,则可能是事物发展、演变的每一个环节各构成一种法律关系,每一种法律关系所受规范的法律不同,发生的法律后果有异。行政机关实施行为也是这样,不同的阶段可能显现不同的法律关系。既然如此,务必针对具体的法律关系而援用相应的法律规范,因为法律追求的目标、规范要件、调整手段和法律后果可能大不相同,分别适用法律是必要的、应该的。否则,鸠占鹊巢,法律调整错位,换言之,把几个环节、几种法律关系合并为一个法律关系,仅仅适用调整一个法律关系的法律,就会酿成极不适当的后果。

借鉴“近因理论”,就是截取最接近合同的因果链条,也就是一个环节有个法律定位,一种法律关系的定位和定性主要由最接近该法律关系的因果链条所蕴含、体现的因素和属性作为认定该法律关系的性质、归属类型的依据。

与“近因理论”殊途同归的是法国法上的“直接执行公务说”。按照该说,行政合同应当是行政机关直接参加公务的执行,或是合同本身是执行公务的一种方式。<sup>〔8〕</sup>否则,尽管距离某具体合同“七八杆子”远之处也有公益性在闪现,也有行政管理职能的波及,那么该具体合同也不能归属于行政合同。在一定意义上可以说,法国法上的“直接执行公务说”更干脆、明快,解决本文所论问题更直接。

对于上述哲学原理、法律及其理论所蕴含、展示的道理,通过下面的具体案型予以印证:

(1) 中央人民政府与地方政府之间签订财政包干合同,属于实现行政管理职能、实现公益;其合同应为行政合同。

(2) 甲地方政府据此分享 100 亿人民币,随之将其中 5 亿人民币下拨给乙工商行政管理局。这应为实现行政管理职能、目的在于公益;其法律关系应为行政法律关系。

(3) 乙工商行政管理局分出部分作为价款,采取政府采购的方式,自丙电脑专营店购买 10 台电脑。从乙工商行政管理局使用这些电脑处理公务、管理市场的角度看,该买卖电脑合同具有公益性,有实现行政管理职能的属性。遵循这样的逻辑,似乎就此可以得出这种关系为行政法律关系的结论,但该买卖电脑合同的订立和履行却遵循了市场规律,这样说来它应为民商合同。

〔7〕 王泽鉴:《契约责任与侵权责任之竞合》,载王泽鉴著:《民法学说与判例研究》(第 1 册),三民书局 1980 年版,第 396 - 397 页。

〔8〕 王名扬著:《法国行政法》,中国政法大学出版社 1988 年版,第 187 - 188 页。

(4)乙工商行政管理局把这些电脑送交维修商店修理,双方签订承揽合同。不修好这些电脑,乙工商行政管理局难以有效地处理有关信息,也就未能管理好市场,修好了则可实现行政管理职能,有益于社会运转,从而体现出公益性,似乎就此可以得出这种关系为行政法律关系的结论,但该电脑维修合同的订立和履行却遵循了市场规律,这样说来它应为民商合同。

(5)乙工商行政管理局将无法使用的电脑卖给废品收购站,双方形成买卖合同。变废品为办公经费,成为实现行政管理职能的物质基础;行政管理上去了,社会秩序稳定、向好,显现出公益性。遵循这样的逻辑,似乎可以说报废电脑买卖合同也符合行政合同的法律性质;但该报废电脑买卖合同的订立和履行却遵循了市场规律,这样说来它应为民商合同。

不难想象,众多的法律人都会毫不犹豫地认为电脑维修合同、报废电脑买卖合同属于典型的民商合同,不少的法律人也会有底气地认为乙工商行政管理局购买 10 台电脑的合同为民商合同,而非行政合同。尽管这些合同都涉及乙工商行政管理局实现行政管理职能,反映出公益性,但因其距离乙工商行政管理局实现行政管理职能、反映出公益性所在的因果链条相隔得较为遥远,法律人应当较早些地截断这些因果链条,在对这些合同定性和定位时略去行政管理职能、公益性这些因素。

看来,自何处截断因果链条,对于认识和确定政府招商引资合同、政府采购合同、国有建设用地使用权出让合同、探矿权转让合同、农村土地承包合同、国有企业租赁承包经营合同、经济协作合同、科技协作合同等合同的法律性质和类型,至关重要。笔者不赞同把较为遥远的因果链条及其承载的属性、价值、功能等因素吸纳进来,而呼吁借鉴英美法上的“近因理论”和法国法上的“直接执行公务说”,选取最接近合同的因果链条,并根据其所蕴含、体现的属性作为认定该合同的法律性质、类型归属。如果最接近合同的因果链条所蕴含、体现的是市场规律,如价值规律;如果该合同项下的权利义务呈现的是对等性,而非隶属和服从,那么,就将该合同认定为民商合同,而非行政合同。在笔者看来,政府招商引资合同、政府采购合同、国有建设用地使用权出让合同、探矿权转让合同、农村土地承包合同、国有企业租赁承包经营合同、经济协作合同、科技协作合同等合同,都距离行政机关实现行政管理职能、公益性的目的相对远些,而其自身体现的是价值规律,产生的权利义务具有对等性,而非隶属和服从。

专就农村土地承包合同来说,农村集体经济组织也不是行政机关,《中华人民共和国民法总则》已将其列为非营利法人之一,与行政机关法人并列(第 99 条),而非二者重合,这也看出未将之作为行政机关对待。因此,发包方农村集体经济组织不是行政机关,却把它作为一方当事人的农村土地承包经营合同作为行政合同,其不合逻辑和事理显而易见。

#### 四 必须根据合同的主要方面、主要矛盾确定其归属法域

世界上的事物复杂多样,单色调的事物只占一部分,有些甚至多数事物都色彩纷呈,

属性几样。具体到合同也是如此,有些合同确实一并含有民商属性和行政色彩,即使截取与合同最接近的因果链条,也是如此。这样,仅仅依赖“近因理论”、“直接执行公务说”,并不总能令人信服地界分行政合同与民商合同,只有同时根据有关主要方面和次要方面、主要矛盾与次要矛盾的哲学思想及思维方法,才有可能周延地定性和定位某合同究竟是行政合同还是民商合同。

哲学原理认为,任何事物都有主要方面和次要方面,主要矛盾和次要矛盾。“事物的性质,主要地是由取得支配地位的矛盾的主要方面所决定的。”<sup>[9]</sup>“质是事物内部所固有的一事物区别于他事物的规定性。它决定着这一事物而非别的事物,使它和其他事物区别开来。世间万物之所以形形色色,千差万别,纷繁复杂,就是因为它们各有自己的特殊质的规定性。”<sup>[10]</sup>据此可知,在一合同关系中同时存在行政性质与民商法律关系的属性的情况下,对该合同的定位应该看哪种性质处于更重要的地位,更起主导作用。<sup>[11]</sup>在此,有必要回顾笔者的下述分析:

(1) 国有建设用地使用权出让合同中虽有行政因素,如出让人可依法对受让人警告、罚款乃至收回建设用地使用权,但所占比重较小;而民商事法律关系占据主要地位,如双方遵循平等、自愿和有偿的原则签订合同,出让金为建设用地使用权的对价,交易目的乃移转建设用地使用权。遇此情境,应以主要部分的性质确定合同的性质。当然,对于行政因素也不得忽视,应当适用行政法的有关规定。这非常类似于因立法技术的缘故使民法典里含有某些刑法规定。我们不可能因民法典里含有的某些刑法规定就把民法典定位在刑法典。<sup>[12]</sup>

(2) 确定某合同的性质和归属,不单纯是个逻辑问题、学术问题,而涉及法律适用。倘若把国有建设用地使用权出让合同定性和定位在行政合同,则必然适用行政法的规定解决纠纷。而行政法上的救济措施至今欠缺恢复原状、排除妨害、消除危险等请求权。

(3) 违约救济方式是违约责任的方式,而非国家赔偿的方式。就此看来,将国有建设用地使用权出让合同定为行政合同也不妥当。<sup>[13]</sup>

其实,政府招商引资合同、政府采购合同、国有建设用地使用权出让合同、探矿权转让合同、农村土地承包合同、国有企业租赁承包经营合同、经济协作合同、科技协作合同等许多被行政合同论者认定为行政合同的合同,都是原则上遵循市场规律,对等的权利义务关系占据重要位置、比重,按照上文所述,均应划归民商合同之列。

再者,国土资源管理部门与用地者签订国有建设用地使用权出让合同,若是代行国家权力,而非代行国家所有权,那么,国有建设用地使用权难以含有占有、使用、收益的

[9] 毛泽东著:《矛盾论》,《毛泽东选集》(合订本),人民出版社1964年版,第297页。

[10] 张弓长、李树申主编:《马克思主义哲学原理》(修订本),吉林人民出版社1980年版,第253页。

[11] 崔建远:《行政合同之我见》,《河南省政法管理干部学院学报》2004年第1期;崔建远著:《准物权研究》(第2版),法律出版社2012年版,第96页。

[12] 崔建远著:《准物权研究》(第2版),法律出版社2012年版,第96页。

[13] 崔建远著:《物权法》(第3版),中国人民大学出版社2014年版,第303页。

物权权能,因为行政权中不含有这些权能。只有代行国家所有权,才会将国家土地所有权中的占有、使用、收益的物权权能“遗传”给国有建设用地使用权。从正面阐释这个原理就是:国土资源管理部门于签订出让合同时更多的是在代行国家所有权,身份是国家土地所有权者的代理人;仅仅在十分狭窄的领域内行使着行政权,以行政管理者的面貌出现。依据主要方面、主要矛盾决定事物本质及类型的哲学思想,国有土地使用权出让合同应被定性和定位在民商合同。

当然,中央财政与地方财政的包干合同、征收补偿合同等一些合同全部或核心(主干)部分都是直接执行公务的表现,目的在于实现社会公益,我们自然心悦诚服地承认它们为行政合同。

## 五 利弊分析对确定某些合同归属法域的影响

解释和适用法律,不可无视形式逻辑,不然,意思表达得颠三倒四,文书写得杂乱无章,结论就不易服人。不过,同样不可忘记的是,不宜时时处处都拘泥于形式逻辑的桎梏,置利益衡量于不顾。较为可取的理念及方法是,在形式逻辑和利益衡量难以统一之处,形式逻辑应予让位,这在实质上是在更高的层次上实现了形式逻辑的要求。认定某个或某些合同归属于行政合同还是民商合同,也是如此,法律人必须重视这样的问题:确定政府招商引资合同、政府采购合同、国有建设用地使用权出让合同、探矿权转让合同、农村土地承包合同、国有企业租赁承包经营合同、经济协作合同、科技协作合同等一些合同归属于行政合同系列,是有利于当事人权益的保护还是相反,是有利于招商引资还是阻吓了外资进入中国,是有利于社会经济的健康发展还是负面后果累累,是推进了依法治国还是有违法治的真谛,等等。

下文的分析就此展开,以加强上文的结论,其排列顺序不是依循重要性递减的规则,而是基于方便叙述和节约文字考虑。

### (一) 法律适用

法律人确定某个或某些法律事实、法律关系归属于哪个法律部门或某个制度或某个规则,首要的便是其法律适用。将政府招商引资合同、政府采购合同、国有建设用地使用权出让合同、探矿权转让合同、农村土地承包合同、国有企业租赁承包经营合同、经济协作合同、科技协作合同等一些合同划归行政合同系列,意味着这些合同要适用行政法,同时排除了《中华人民共和国合同法》(以下简称为《合同法》)、《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称为《侵权责任法》)、不当得利法的适用,至多涉及物权本身时可以适用《中华人民共和国物权法》(以下简称为《物权法》)、涉及知识产权时适用知识产权法。物权或知识产权受到侵害时,适用《中华人民共和国国家赔偿法》(以下简称为《国家赔偿法》),而不适用《侵权责任法》。

在这种背景下,不难发现作为行政机关的相对人明显处于不利境地。

第一,《合同法》第66条规定的同时履行抗辩权、第67条规定的先履行抗辩权、第68条和第69条规定的不安抗辩权等等,相对人都难以有法律及法理依据地援用。

第二,国家赔偿设有上限,该相对人所获赔偿有时不足于弥补其损失。

第三,行政法因其本性使然,其行政处罚形式依《中华人民共和国行政处罚法》第8条的规定,有警告、罚款、没收违法所得、没收非法财物、责令停产停业、暂扣或者吊销许可证、暂扣或吊销执照、行政拘留,法律、行政法规规定的其他行政处罚。

但是,国有建设用地使用权出让等合同被违反时,对相对人必需的、有效的救济手段却是继续履行(含修理、重作、更换)、减少价款、退货、支付违约金、赔偿损失、解除合同。在相对人拥有的物权、知识产权、人格权被行政机关不法侵害时,对相对人必需的、有效的救济手段是恢复原状、排除妨害、消除危险、消除影响、返还财产。行政法在这方面显现出短板,充任恶法,得以自己欠缺为由不作救济;作为善法,只好从《合同法》、《物权法》和知识产权法中“借用”。借用,一是必须证成其具有法律及法理上的依据,符合解释论的规则及方法;二是这毕竟不如自己拥有那么名正言顺,得心应手;三是这带给行政法体系内部不自洽,因为恢复原状、排除妨害、消除危险与行政法的天然本性不相符。假如综合各种因素之后较为合理地得出这些合同宜为行政合同的结论,“借用”尚可接受。在全面衡量之后将这些合同划归行政合同范畴勉强的前提下,采用“借用”的技术则极不可取。

第四,行政合同天然地含有行政优益权,包括监督权或指挥权、撤销权、解除权或变更权,无须法律以一个一个条文明确授权,出让方等行政机关即可不问相对人的意见而径自行使行政优益权。这意味着行政机关单方面变更、废止合同远比依据民商法处理来得容易,所受约束少而松,在实质上是将行政权力从制度的笼子里逃逸出来,而非关进制度的笼子里。这大大增强了侵害普通市场主体的民事权益的概率。

在实务中,一些地方政府借口规划调整而收回已经出让的国有建设用地使用权的纠纷并不鲜见,于此场合,且不说用地者的预期化为泡影,就是其投入的资金及其融资的利息也难获赔偿。与此不同,如果将政府招商引资合同、政府采购合同、国有建设用地使用权出让合同、探矿权转让合同、农村土地承包合同、国有企业租赁承包经营合同、经济协作合同、科技协作合同等合同不视为行政合同,那么,行政机关只有在法律、法规及规章有明文规定时才可以行使行政优益权,才享有监督权或指挥权,才可以行使撤销权、解除权或变更权(形成权性质)。

如果把政府招商引资合同、政府采购合同、国有建设用地使用权出让合同、探矿权转让合同、农村土地承包合同、国有企业租赁承包经营合同、经济协作合同、科技协作合同等合同作为民商合同,前述弊端顷刻间消失得无影无踪。并且,凡是涉及行政法的,在逻辑上和法理上都不影响相关行政法的适用,正面效果显而易见。

## (二)对招商引资、对外贸易的影响

在普通法系,政府采购、公共工程建设等合同由合同法调整,此类合同约定的仲裁条款有效,当事人之间的纠纷通过仲裁途径及方式化解矛盾,已成习惯。中国若把这些合同

纳入行政协议且不允许以仲裁方式解决纠纷,至少相当一些外商会担心行政干预,交易及盈利的不确定性增加,投资的商业风险加大,从而不再在中国交易或减少在中国的交易量。这显然是负面的,与国家扭转经济下行的方向及努力是相悖的。所以,行政合同论者应当三思而后行。

### (三)“把权力关进制度的笼子里”

在中国,行政权力素来强势,在这种传统和背景下,某些行政机关滥用权力,更有甚者,某些贪官借机索贿、受贿,在相对人不从或力度不够时,就以废除政府招商引资合同、政府采购合同、国有建设用地使用权出让合同、探矿权转让合同、农村土地承包合同、国有企业租赁承包经营合同、经济协作合同、科技协作合同等合同相威胁,逼迫相对人就范。实务中也确实出现了这样的现象:某些领导借口调整城市发展规划而废除了合法有效的国有建设用地使用权出让合同,给开发商造成了巨大损失,包括前期投入的成本浪费和未来期待的利润收入化为泡影。这是行政权力逸出制度的笼子、极端膨胀、予以滥用的结果。

不把政府招商引资合同、政府采购合同、国有建设用地使用权出让合同、探矿权转让合同、农村土地承包合同、国有企业租赁承包经营合同、经济协作合同、科技协作合同等合同划归行政合同之列,仍然作为民商合同,弱化行政权对合同及其履行的干涉,有助于改变上述局面,有利于相对人的民事权益的保护。

习近平总书记从实际出发,总结经验、教训,高屋建瓴、意蕴深远且有针对性地提出“把权力关进制度的笼子里”<sup>[14]</sup>的要求,这实质上是在界分市场运行与行政权力的干预边界,对于市场运行应尊重和遵循市场规律而非膨胀行政权力,也就是依法治国及依法行政。这也适合于确定政府招商引资合同、政府采购合同、国有建设用地使用权出让合同、探矿权转让合同、农村土地承包合同、国有企业租赁承包经营合同、经济协作合同、科技协作合同等合同归属法域的问题。在笔者看来,把这些合同划归行政合同范畴不符合习近平总书记关于“把权力关进制度的笼子里”的深邃思想、良苦用心和紧迫要求,不适当地扩张了行政权力及其行使的边界。

### (四)“法无授权不可为”

李克强总理《在国务院第二次廉政工作会议上的讲话》(2014年2月11日)中指出:“对市场主体,是‘法无禁止即可为’;而对政府,则是‘法无授权不可为’。”<sup>[15]</sup>《最高人民法院关于依法平等保护非公有制经济促进非公有制经济健康发展的意见》(法发[2014]27号)第13条也规定:“人民法院审理行政案件,要正确处理好权利与权力的关系,对非公有制经济主体要坚持‘法无禁止即可为’的原则,对行政权力要坚持‘法无授权不可为’

[14] 习近平:《依纪依法严惩腐败,着力解决群众反映强烈的突出问题》,载《十八大以来重要文献选编》(上),中央文献出版社2014年版,第136页。

[15] 《李克强:在国务院第二次廉政工作会议上的讲话》,新华网,[http://news.xinhuanet.com/politics/2014-02/24/c\\_119460787.htm](http://news.xinhuanet.com/politics/2014-02/24/c_119460787.htm),最后访问时间:[2017-04-03]。

的原则。”笔者没有见到行政法的专家、学者反对“对政府法无授权不可为”的理念、原则。

笔者检索的中国现行法,未见将政府招商引资合同、政府采购合同、国有建设用地使用权出让合同、探矿权转让合同、农村土地承包合同、国有企业租赁承包经营合同、经济协作合同、科技协作合同等合同规定为行政合同。这样,遵循“法无授权不可为”的原则,行政机关无权全面干预此类合同,只有在法律明文授权之处才可行使其权力。例如,在符合《中华人民共和国城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第17条第2款关于“未按合同规定的期限和条件开发、利用土地的,市、县人民政府土地管理部门应当予以纠正,并根据情节可以给予警告、罚款直至无偿收回土地使用权的处罚”的规定时,国土资源管理部门才可行使行政优益权。一句话,只要不把这些合同划归行政合同,行政机关有法律依据的干预就非常有限,相对人可以按照市场规律从事创业、交易。

但是,若将这些合同作为行政合同,情势便会发生根本性的扭转,因为行政合同天然地含有行政优益权,无须法律以一个一个条文明确授权,行政机关即可不问相对人的意见而径自行使行政优益权。在行政权力尚未全部关进制度的笼子的背景下,这是非常危险的。

所以,遵循行政法关于“法无授权不可为”的原则,不可将政府招商引资合同、政府采购合同、国有建设用地使用权出让合同、探矿权转让合同、农村土地承包合同、国有企业租赁承包经营合同、经济协作合同、科技协作合同等合同规定为行政合同。

#### (五)完善产权保护制度的精神

《中共中央 国务院关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》强调:“必须加快完善产权保护制度,依法有效保护各种所有制经济组织和公民财产权,增强人民群众财产财富安全感,增强社会信心,形成良好预期,增强各类经济主体创业创新动力,维护社会公平正义,保持经济社会持续健康发展和国家长治久安。”“保护产权不仅包括保护物权、债权、股权,也包括保护知识产权及其他各种无形财产权。”“坚持权利平等、机会平等、规则平等,废除对非公有制经济各种形式的不合理规定,消除各种隐性壁垒,保证各种所有制经济依法平等使用生产要素、公开公平公正参与市场竞争、同等受到法律保护、共同履行社会责任。”“加快推进民法典编纂工作,完善物权、合同、知识产权相关法律制度,清理有违公平的法律法规条款,将平等保护作为规范财产关系的基本原则。”通过上文的分析,不难发现:将政府招商引资合同、政府采购合同、国有建设用地使用权出让合同、探矿权转让合同、农村土地承包合同、国有企业租赁承包经营合同、经济协作合同、科技协作合同等一些合同划归行政合同系列,有违这些要求和期待。

#### (六)法官业务熟悉程度

一般说来,民事审判庭的法官更熟悉政府招商引资合同、政府采购合同、国有建设用地使用权出让合同、探矿权转让合同、农村土地承包合同、国有企业租赁承包经营合同、经济协作合同、科技协作合同等一些合同及其相应的法律调整,退休法官、律师、大学教授担任仲裁员居中裁判这些合同纠纷,也得心应手。可是,按照行政合同论者的意见,处理此

类合同纠纷,一律由行政庭的法官操作,将民事审判庭的法官和仲裁员排除在外,这在制度设计上等于扬短避长,效果可想而知。

[本文为 2013 年度国家哲学社会科学基金重点项目“法学方法论与中国民商法研究”(13AZD065)的研究成果。]

---

---

[ **Abstract** ] An administrative organ does not always remain in an administrative law relationship, but may form a non-administrative law relationship with others and play such other roles as a subject in civil law relationship. The question of whether a contract on the transfer of the right to the use state-owned land is for the purpose of realizing an administrative function and whether such purpose is of a public welfare nature should be determined through the application of the “proximate cause theory” or the “doctrine of direct performance of public function”, rather than taking into consideration of factors which are far away from the contract itself. The question of whether a contract is administrative contract should be determined by take the main aspects and principal contradictions, rather than the secondary aspects and contradictions, as the basis. Classifying contracts on the transfer of the right to the use of state-owned land into the category of administrative contract means the escape of public power from the cage of institutions, the expansion of the administrative power, and the reliance of market operation more on administrative power than on market rules. This is contrary to the profound thought of “putting public power into the cage of institutions”, the principle and spirit of “not doing anything not authorized by law”, and the firm policy of improving the property right protection system taken the Central Committee of the Communist Party of China and the State Council, deters foreign investment in China, and undermines the internal self-consistency of administrative law. Therefore and the concept and design of this generalized administrative contract is highly undesirable.

---

---

(责任编辑:姚 佳)