

民法典编纂中的行政法因素

李永军

【摘要】尽管民法与行政法分别属于私法与公法,其调整对象和调整手段不同,但行政主体在“依法行政”管理国家事务的过程中,与民法上的法律行为及权利“相遇”的情形却难以避免,而且在当代各国越来越多。我们必须承认,行政法是民法的法源,而且在民法典的体系构建中,对于内部体系有着重要的影响。行政审批对于合同效力的影响,应当区分审批主体的“身份”以甄别其为“物主审批”还是“行政审批”,因为从国家到各级政府,都可能是民法上的所有权人或者被授权人,为民法上的“特别法人”,同时也是行政机关。另外,要区分其审批是对于“基础合同”的审批还是“履行行为”的审批,本文认为应该是后者。另外,行政机关在管理国家事务的过程中。其行为可能仅仅产生民法上的后果,如指定或者担任监护人、婚姻登记、物权登记等,但其行为究竟是民法上的行为,还是行政行为,要从行为的目的、纠纷解决的方式及承担责任的性质来区分。当然,当行政行为与民事行为或者权利冲突时,应独立救济,但在立法和司法中,应该相互协调——不能把民事法律行为的效力及权利建立在违反行政法的基础之上,反之亦然。

【关键词】民法典;行政法;行政审批;登记;法源

【作者简介】李永军,中国政法大学教授(北京 100088)。

【原文出处】《行政法学研究》(京),2019.5.3~19

【基金项目】国家社科基金重大项目“民法典编纂的内部与外部体系研究”(18ZDA 141);国家社科基金重点项目“民法典分则立法的外在与内在体系研究”(18AFX014)。

引言

我国正在编纂自己的民法典,而且肯定能够在2020年3月份通过。这将是新中国成立以来第一部颁布施行的民法典,将对我国的经济建设、人民生活和社会管理产生深远的影响。按照法治国的思想,行政必须依法,并且在“政治国家”的范围内运行,而民法应在“市民社会”中存在。政治国家治理的质量(即“行政”运行的质量)直接关涉市民社会的安全与稳定,因此,民法典与行政法具有天然的关系,故政治国家与市民社会的关系一直是一个重大的理论和实践课题。行政法与民法的规范范围的相互渗透本就是一个自然的现象,因

此,在这种水乳交融的情况下,行政法与民法典的关系就存在很多争议,例如:(1)在民法典的体系构建中,行政法对于民法典体系产生如何的影响?其影响主要在内在体系还是外在体系?(2)在具体法律的适用方面,行政法(规)是否属于民法的“法源”?《民法总则》第10条的规定中是否包含之?(3)“行政主体”在民法上的行为之性质如何判断?这恐怕是最有争议的问题之一。因为,各级人民政府当然是行政主体,其存在的使命就是依法行政来管理国家事务和公共事务。但其同时也被我国民法典赋予了“特别主体”,可以充当民事主体而从事民事行为,享有民事权利并承担民事义务,

并在民法典上作为所有权主体被规定。那么,其所享有的所有权是民法上的“所有权”吗?如果是,那么其对所有权的处分或者使用是民事问题还是行政问题?例如,它与一般民事主体签订的国有土地使用权出让合同,是民法问题还是行政法问题?以国有资产出资建立的混合所有制公司是什么性质?其出资行为及签订的公司发起合同是行政合同还是民商事合同?甚至有些行政法学者将农村土地承包合同也作为行政合同对待,似乎已经走得太远了。(4)有些行政机关,在民法上充当“补充角色”,例如,民政部门充当监护人的角色,其行为是行政行为还是民事行为?造成被监护人损害时的赔偿责任是民事赔偿还是行政赔偿?(5)民法上有许多行政许可、批准行为,其性质是什么?对于被批准的民事法律行为产生什么影响?是对负担行为的限制还是对处分行为的限制?(6)民法典上有许多登记,如不动产登记、动产抵押登记、结婚与离婚登记等,该登记行为是行政行为还是民事行为?因登记错误造成损失对于受害人承担民事赔偿责任还是行政赔偿责任?

以上这些问题不仅在理论上存在争议,在实践上也影响巨大。在民法典编纂的今天,特别是在民法典颁布后的法律适用过程中,有进一步厘清和研究的必要。

一、民法典体系构建中的行政法因素

在包括我国民法典在内的各国民法典的体系构建中,最基本的方法是通过内在与外在体系的“二维构造”来完成的。那么,什么是民法典的外在体系与内在体系呢?

“外在体系”是法律形式上的构造,是对(以法律概念为基础)法律材料的划分。^①用拉伦茨的话来说,外部体系是指依形式逻辑的规则建构的抽象的一般概念式的体系。此种体系是许多法律,特别是民法典的体系基础。此种体系的形式有赖于:由作为规范客体的构成事实中分离出若干要素,并将此等要素“一般化”,由此等要素可形成

“类别概念”,而借着增减若干规定类别的要素,由此形成不同抽象程度的概念,并因此构成体系:借着将抽象程度较低的概念涵摄于程度较高的概念之下,最后可以将大量的法律素材归结到少数“最高”概念上。此种体系不仅可以保障最大可能的概观性,同时亦可保障法的安定性,因为假设这种体系是完整的,则于体系范围内,法律问题仅借逻辑的思考即可解决。它可以保障由之推演出来的所有结论,其彼此之间不相矛盾。^②也就是说,民法典的外在体系实际上是一个逻辑体系,借着逻辑的技术方法——内涵与外延的方法,形成不同内涵与外延的类别概念,将外延较小(内涵较大)的概念涵摄于外延较大(内涵较小)的概念之下,由此形成规则的递进而构成的体系。这种体系对于法律解释和适用的好处是:体系内的推演结论在逻辑上达到一致,从而避免结论矛盾及防止法官适用法律的任意性。

法律的内在体系是法的内部构造,是一致的价值判断体系。^③德国学者认为,民法典的内在体系是由不同位阶的诸原则所构成的价值体系。内部体系实质上是由表达“法律思想”的诸原则所构成的体系。此类原则有:法治国原则、尊重人性尊严的原则、自主决定及个人负责的原则。以法治国原则为例,其无疑包含一系列的下位原则,诸如依法行政、法官独立、恣意侵害个人权利的禁止、负担性法律溯及既往的禁止等。而法治国思想无疑是主导性思想,是所有下位原则的基础,指示后者的方向。^④内在体系实际上就是民法典的“思想体系和原则体系”,是民法典的灵魂,是对外部体系的评价体系。

那么,行政法是在外在体系还是在内在体系上影响着民法典呢?如果从民法典外部体系的技术来看,仅仅从逻辑涵摄的视角观察,行政法是很难发挥影响作用的。但是,从内在体系看,行政法原则却可以对其产生重大影响。因为,从功能上看,法律的内在体系对于外在体系起着实质的制约作

用,是评价性工具,故“依法行政”原则对于民法典的评价体系就会产生重大影响:行政主体在法律规定的范围内依法行使职权、管理国家及社会事务。那么,这种“管理”就会对民法上的行为与权利产生影响,例如,有些合同需要行政审批、有些类型的法人设立需要行政批准、有些权利经过登记才能生效等等。另外,对于法律行为或者侵权的“违法性”要件的评价也包含行政法评价。

民法典的内在体系与外在体系是相互制约的:内在体系保障法律的“善”,任何逻辑结果必须与时代的伦理道德及主流的社会评价观念相适应,防止“恶法亦法”的情形;而外在体系则是保障法律的安定性,防止评价体系“漫无边际地外溢”。其实,在民法典的体系构建中,有许多连接外在体系与内在体系的“功能性概念”,通过它们,内在体系与外在体系有机结合。例如,“法律行为”就是一个最典型的“功能性概念”:一方面,它是民法典外在体系中的一个基础性概念;另一方面,它同时也包含“私法自治”的基本思想和原则。在这一概念中,行政法因素无疑会影响私法自治,因为它为自治划出了界限。再例如,像“权利能力”这样的功能性概念,在赋予“团体”时,在很多时候与行政许可分不开。

加之,我国民法典已经明确将“公序良俗”作为民法的基本原则,^⑤其中的“公序”当然是“公共秩序”的简称,而“公共秩序”当然包括“行政管理秩序”。我国立法机关有人认为,公共秩序,是指政治、经济、文化等领域的基本原则和根本理念,在以往的民商事立法中被称为社会公共利益,在英美法上也被称为公共政策。^⑥但德国学者拉伦茨和梅迪库斯都认为:公共秩序涉及公共安全与外部秩序,适用于所有国际私法领域,它被作为外国法在本国适用的界限。所以,人们应该把公共秩序限制在这一范围。^⑦其实,按照德国民法典制定时学界的理解,公共秩序是指一切宪法性的原则,这些原则是社会秩序、政治秩序的基础;善良

风俗是指对私道德的要求和交易上的诚实的一般评价。第二次起草委员会删去了公共秩序,只剩下纯粹以经验为基础的善良风俗,即废除了双重标准。立法者认为把过于广泛、过于不确定的公共秩序标准授权法官使用未免危险。^⑧因此,现在的德国民法典上,只有善良风俗的规定,而没有公共秩序的规定。与德国法不同,法国民法典保留有公共秩序的概念,这就是《法国民法典》第6条的规定:“不得以特别约定违反有关公共秩序与善良风俗的法律。”在法国法上,公共秩序反映和保护国家与社会的根本利益,表现了国家对社会生活的积极干预。其渊源大多数来自公法,如宪法、行政法等;也有些规定来自私法。根据其内涵不同,可将公共秩序分为政治公共秩序与经济公共秩序。

政治公共秩序的目的在于保护社会的基本结构,使之免受合同当事人个人意志的侵犯,其保护的目标以国家、家庭和社会公共道德为主。政治公共秩序与财产及劳务的交换,即市场的活动无直接关系,因为市场经济活动应由当事人依照契约自由的原则为之。政治公共秩序仅在于防止对国家和家庭秩序的损害。经济公共秩序,是指为了调整当事人之间的契约关系,即对当事人之间的财产或交换进行干预,其目的在于使双方当事人的交换关系更为平等,或者是为了更好地维护社会整体利益。而从方法上看,这种干预不仅表现为禁止当事人订立某些合同,而且更重要的表现为立法者对法律关系常常直接予以支配,即通过颁布具体的实体法,直接规定某些合同的法律后果。^⑨例如,关于消费合同立法,关于劳动合同的规定等。

就政治公共秩序与经济公共秩序的区别而言,大体有以下两点:首先,就目的而言,政治公共秩序的目的不是为了直接调整财产与服务的交换关系,而是为了保护经济利益之外的利益,即文明社会的基本原则;而经济公共秩序则直接调整财

产或服务的交换关系。所以,在具体规范上,前者往往是消极的,即主要是禁止性规范;而后者主要是积极的,也即主要是命令性规范,其目的不在于阻止当事人订立某些合同,而在于强迫当事人按照法律的规定订立合同。例如,劳动合同中的最低工资待遇及休息的权利等。其次,由于政治公共秩序在于保护文明社会的基本原则,这些原则变化较为迟缓,故政治公共秩序规范具有相对稳定性的特点,而经济公共秩序则相反,其必须适应不断变化发展的经济条件,故其具有多变性。

因此,可以说,行政法因素通过对民事法律行为的评价、民事权利的制约渗透到民法典编纂中,影响民法典的内部体系,并借助于“功能性概念”将行政法因素贯彻于具体的民事法律制度中,例如,对于“法律行为”的“合法性”审查就包括行政法、侵权行为中的“不法因素”当然也包括行政法在内。总之,在民法典的体系中,行政法的作用是显而易见的。因为,无论是民法典还是行政法,都是国家整体法律体系中的有机组成部分。

二、作为民法“法源”的行政法

我国《民法总则》(民法典首编)第10条明确规定了民法的法源,其中的“法律”当然应该包括行政法律法规,这是我国学者的主流观点。^⑩立法机关中的学者也持有这种基本观点。^⑪有学者详细统计了我国《民法总则》中提到的有关“行政法”的规定,指出,《民法总则》使用了83次“法律”、15次“行政法规”、57次“依法”、10次“合法”、2次“非法”等。这些条款明示或者默示大量的行政立法权。从规范表达上大致可以分为两类:一是行政立法权确定的条款,采用“法律、行政法规”的表述,只将行政法作为法源;二是行政立法权不确定的条款,笼统采用“法律”“依法”等表述。^⑫

必须指出的是,由于行政法与民法的基本使命不同,因此,并非任何违反行政法规的行为都会在民法上产生“民事后果”。例如,违反《公司登记管理条例》第35条的规定,公司没有在登记事项

发生变更后的30日内申请变更登记的,仅仅会在行政处罚上发生效果,但对于与公司变更事项有关的法律行为并不产生影响。因此,我国《民法总则》第153条明确规定:“违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效,但该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。”那么,在民法上,如何认识和界定“导致民事行为无效的法律、行政法规的强行性规定”呢?对此,学者之间存在争议。许多学者主张,强制性规定可以分为效力性规定和管理性规定(或者称为取缔性规定),违反前者将导致合同无效,而违反后者只是对违反者进行制裁,而不否认其效力。^⑬有学者进行了非常有意义的分类,即“三分法”。其中,王利明教授和王轶教授的“三分法”具有代表性。王利明教授认为,(1)法律法规规定违反该规定,将导致合同无效或者不成立的,为当然的效力性规定;(2)法律法规虽然没有规定违反该规定将导致合同无效或者不成立,但违反该规定若使合同继续有效将损害国家利益和社会利益,也应属于效力性规定;(3)法律法规没有规定违反该规定将导致合同无效或者不成立,违反该规定若使合同有效并不损害国家利益和社会利益,而只是损害当事人利益的,属于取缔性规定。^⑭王轶教授的“三分法”是从对象入手的,即从强制性规范的对象来看,可以将其分为三种:(1)禁止性规定禁止的是某一类型的合同行为,当事人不得为该合同行为,只要相应的合同行为发生就会损害国家或者社会公共利益的;(2)禁止性规定禁止的是市场准入的主体、时间和地点问题,它与合同行为无关,相应的合同行为本身依然为法律所允许;(3)禁止性规定禁止的是合同的履行行为,合同本身依然有效,不能履行要承担违约责任。其中,(1)是效力性的强制性规定,(2)和(3)则为学者所称的管理性规定。^⑮

笔者认为,“强行性规范”是与“任意性规范”相对应的概念,是指当事人不能依意思自治排除其适用的法律规定。但是,强行性规范仅仅是必

须适用而不能排除的法律规范,并不都是指向合同效力的。因此,并非违反任何强行性规范都将导致合同效力在民法上的病态。以下五个方面的问题是在判断效力性强制性规范时应当注意的标准。

第一,判断何为“效力性强制性规定”的核心问题是规范的目的。任何规范都有目的,如果规范的目的旨在对当事人意思自治的否定,则属于效力性强制。否则,就不应影响私法意义上的合同之效力。例如,史尚宽先生举例说,有的国家对营业时间在法律上有强制性限制,但立法目的仅是保护受雇人,而不是禁止交易行为效果的发生,属于取缔性或者管理性规定。^⑩因此,即使在法律禁止营业的时间内交易,也不影响合同效力,但会引起对营业主的处罚。我国《公务员法》第53条对公务员经商的限制,也是为了加强对公务员的管理,但对于其已经从事的交易并不否认其效力。

第二,合同涉及的利益主体。一般来说,合同是双方当事人之间的事情,如果不涉及第三方利益,法律一般不会否定其效力。但是,如果合同涉及国家利益、集体利益或者第三人利益,特别是损害其利益时,就会引起无效。

第三,注意区分“物权行为”效力与“债权行为”的效力。我国法上是否存在物权行为与债权行为的区分,尽管在学理上存在争议,但在立法和司法解释中却始终都不能忽视。因此,我们必须区分效力性强制性规范是针对物权的,还是针对债权的,后者即所谓的合同效力方面。例如,我国《房地产管理法》第35条规定:“房地产转让、抵押,当事人应当按照本法第五章的规定办理权属登记。”第44条第2款规定:“商品房预售人应当按照国家有关规定将预售合同报县级以上人民政府房地产管理部门和土地管理部门登记备案。”这里的要求是针对债权合同的,还是针对物权的?在区分物权行为与债权行为时,显然登记或者备案

都属于物权问题,而不是债权合同的问题。因此,我国最高人民法院《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第6条规定:“当事人以商品房预售合同未按照法律、行政法规规定办理登记备案手续为由,请求确认合同无效的,不予支持。”我国《物权法》第15条也明确规定,登记与否不影响合同效力。

第四,结合其他因素的综合判断。不能机械地套用标准进行判断,而是要结合其他因素综合判断。例如,同样是涉及“市场准入的主体”问题,法律效力可能会不一样,有的是效力性强制,有的则不是效力性强制而是管理性强制。例如,违反金融管理法规,未经批准从事金融业务,那么,就属于被否定效力的行为。违反《公务员法》第53条对公务员经商的限制,与他人进行一般商业性合同交易,就不属于被否定合同效力的行为。因为,前一种交易违反了国家的金融经济秩序,需要否定其效力。而后一种一般性商业交易,并不违反市场秩序或者国家利益。因此,最高人民法院《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》(法发[2009]第40号)规定:“人民法院应当综合法律规范的意旨,权衡相互冲突的权益,诸如权益的种类、交易安全以及所规制的对象等,综合认定强制性规范规定的类型。如果强制性规范规制的是合同行为本身即只要该合同行为发生即绝对地损害国家利益或者社会公共利益的,人民法院应当认定合同无效。如果强制性规定规制的是当事人的‘市场准入’资格而非某种类型的合同行为,或者规制的是某种合同的履行行为而非某种合同行为为人民法院对于此类合同效力的认定,应当谨慎把握,必要时应当征求相关立法部门的意见或者请示上级人民法院。”

第五,在对违法进行判断时,要区别“量”上的违法与“质”上的违法。所谓量上的违法,是指当事人所订立的合同的某些条款在量上违反了法律规定,如民间借贷合同的利息高于36%;所谓质上

违法,是指合同内容在根本上违反了法律规定,例如,赌博合同。量上违法将导致合同部分无效,而质上违法将导致合同全部无效。

三、行政法对于法律行为性质和效力的具体影响

行政主体“依法行政”,在其行使行政管理职能时,必然涉及与民事法律行为的交错问题。最典型的的就是行政审批与法律行为的效力之关系问题,具体来说,就是未经审批的法律行为(主要是合同)效力如何的问题。同时,在我国有些行政管理主体本身也是民法物权法上的所有权人,且有价值最大的物权(如土地所有权),其具有双重身份:一是行政主体,二是作为所有权人的民事主体——特别法人。其以土地为中心(例如,土地使用权)的交易是民事问题还是行政问题?这些问题一直是学者之间争议的重大问题,在今天编纂民法典的重要关头讨论这些问题仍然具有现实意义。

(一)法律行为与行政审批的关系

关于法律行为与行政审批的关系(行政审批对法律行为效力的影响)已经有大量的研究,不仅在民法学者与行政法学者之间,即使在民法学者之间也存在很大的争议。^①综合学者观点,大致有以下几种:(1)未生效说(效力待定);^②(2)生效说;^③(3)区分说。^④其中在区分说中,又区分为单方行为与双方行为的区分、在双方法律行为中区分为基础行为与履行行为,行政审批的效力在这两种区分上是不同的,应当区分。^⑤

我国学理上有上述不同观点,那么,判例是何种观点呢?有学者通过大数据分析,总结了我国法院在司法实践中对于法律要求行政审批而未审批的合同的判例态度,大致8种:

第一,法院将当事人之间签订的合同定性为预约合同,目的在于促成本约合同,由此认定该合同报批前即发生法律效力,当事人受该合同的约束;第二,法院以行政审批并不是合同法中有关合

同应当报请批准才生效的必备要件,主张是否经过主管部门批准应属负有义务的一方当事人自行履行行政报批程序的范畴,而不是当事人之间签订的合同是否生效的要件,欠缺行政审批的,不足以影响合同的有效;第三,以新法优于旧法、上位法优于下位法适用为由,主张《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》)第15条规定优于《合同法》《探矿权采矿权转让管理办法》,而且《物权法》第15条的法律除外条款非指行政法规。由此认为当事人之间订立的合同应当依据《物权法》的规定自合同成立时生效;第四,以合同签订于法规颁布之前为由,主张合同虽未经审批,但于《企业国有资产监督管理暂行条例》颁布之前已经签订并履行,不应受该行政法规的制约。第五,以合同已实际履行为由,主张一方取得了采矿许可证,并给予对方一定的补偿,应当认定合同有效;第六,以行政法规不属于效力性强制规定为由,主张根据最高院的《合同法解释(二)》第14条的规定,违反《探矿权采矿权转让管理办法》第15条的法律后果是承担行政处罚责任,而不是合同无效;第七,在矿业权纠纷案件中,经审理,法院发现合同不以变更采矿权主体为目的,或者发现有其他理由可以不认定涉讼合同为矿业权转让合同的,为促成合同有效,均将合同的性质不认定为矿业权转让合同,以此排除“行政审批”条款的适用;第八,更有法院甚至完全忽视是否经过批准的问题,只要当事人没有异议,均认定合同有效,并责令当事人补办相关手续。^⑥

学者的上述研究颇有价值:为什么《合同法》第44条看起来有明确的规定,而法院却不愿意(当然不是全部)认定“合同无效”呢?这是一个值得关注的问题,实际上反映出法官的价值取向——在意思自治领域尽量排除行政干预的基本思想。我们应该重视并加以总结,因为,大陆法系当今同行的观点,“法官法”(适用中的法律)而非“立法”(立法机关颁布的法律)才是真正的和最重要的法

律。正如一位奥地利学者所言,在飞速发展、复杂的工业社会,尤其是在私法领域,只有快速老化的法典可供适用,这使得超越法律的法官造法即使在我们这个制定法优先的欧洲大陆“民法体系”中,也成为愈加重要的因素。^{②③}德国学者茨威格特也认为,《德国民法典》与《法国民法典》一样,其全部领域都穿上了鲜明的法官法的外衣,以致人们现在已经不再能够从法典条文的单纯阅读中简单地领悟现行实际法律。^{②④}因此,法官对于民法内在体系(价值体系)的认同才是最值得关注和研究的。

从法官法的态度,可以看出其基本倾向,也看出他们的观点需要强有力的理论支撑。而在上述各种观点中,真正能够支撑法官这种倾向的,只有“区分说”。只有区分说,能够从理论、法典外在体系和内在体系结构上对此提供合理的支持。

先来看第一个“区分”——区分单方法律行为与多方法律行为而分析行政审批的效力。对此,有学者指出,单方法律行为仅需单方作出意思表示即可成立与生效,理论上可将单方法律行为分为两种类型,形成性的单方法律行为(einseitig-gestaltende Rechtsgeschäfte)和其他单方法律行为,前者指会对其他法律行为或法律关系以形成性的方式产生影响的那些单方法律行为,例如撤销、解除、抵销等,后者则包括遗嘱、悬赏广告(Auslobung《德国民法典》第657条)等。由于在不需要其他主体参与或同意的情况下,形成性的单方法律行为即可对涉及他人的法律关系直接产生效果,因此,在法律规定单方法律行为需要批准时,一方面需要尽量使当事人间的法律状况清晰地确定,而效力待定的状态会增加这种不确定性,另一方面又要尽量减少对相对方的法律状况可能的影响,将批准前单方法律行为规定为无效能最大程度地避免干预相对方的法律状况。因此,《民法总则》应在原则上将须审批的单方法律行为在审批前规定为无效。只有在例外情形时,对诸如遗嘱等在性

质上更接近于合同的单方法律行为,例外性地规定为效力待定(未定的不生效)。^{②⑤}

这种区分笔者基本上赞成,但其问题可能在于:仅仅在理论说明上具有意义,而在实际生活中却十分罕见:很难想像民法上什么样的单方法律行为需要行政审批?因此,这一“区分”可能也就仅仅具有理论上的价值。研究和讨论行政审批的意义主要在于多方法律行为,而在多方法律行为中,以双方法律行为最为典型。

其次,再来看“第二个区分”。这一区分实际上是按照民法典的体系结构,将法律行为区分为“基础行为”(主要是合同等直接产生请求权的行为)和履行行为(直接产生权利转移的行为),再来分析行政审批对于这两种行为的不同影响。如果法律规定作为基础行为的合同须批准,则原则上批准前合同效力为待定的不生效;如果法律规定履行行为须批准,则原则上批准前合同已经生效。^{②⑥}实质上是,若合同已经成立,只要不违反有效的法律,则审批前的合同就已经具备法律效力,只是履行的效力处于未生效状态,须待完成行政审批手续后,合同的履行效力才能发生。也就是说,行政审批所针对的,仅仅是因合同履行引起的权利变动,而不是合同效力。^{②⑦}并认为,如果能够达成以上共识,则长期困扰人民法院的关于行政审批与合同效力的关系问题,当能得到圆满的解决。^{②⑧}

笔者认为,这种思路是可行的,但是,要为此一思路提供正当性论证,必须解决的两个基本问题:(1)行政审批的性质和目的是什么?审批的身份和对象是什么?对“产生请求权”的“意思自治”的审批,还是对产生“权利转移”的“意思自治”的审批?(2)我国民法上承认“分离原则”(负担行为与处分行为)吗?

首先来看审批的性质。我们在民法上必须要区分清楚“行政审批”与“物主审批”。^{②⑨}我国学理长期以来对于国家以及其授权的各级机关的所有审批都等同于“行政审批”的做法值得反思:它究

竟是以“管理者”(行政者)的身份所进行的审批还是以民法上“所有权人”的身份进行的审批?对此,有学者指出,在纷繁复杂的法律、行政法规,以及司法解释中,如果对行政审批的规定进行类型化区分,可以分为两类:第一类是对国有资产为标的合同的行政审批,其中包括对国有企业资产,以及国家所有的矿藏、海洋石油等自然资源为标的合同的行政审批。第二类是对非国有资产为标的合同的行政审批。其中又包括对市场准入资格合同的行政审批和股权(权利)变动合同的行政审批。市场准入资格的行政审批尽管审查的目的是批准否合同主体的市场准入资格,但通常以合同、章程为主要审查对象,并决定合同是否有效。如,企业得否设立、得否颁发许可证等。股权或权利变动合同的行政审批尽管批准合同有否效力,但也关乎主体的市场准入资格,譬如,外商投资者不得经营的领域,或不得作为外商独资企业经营的领域,外商投资者作为股权受让人的合同,不予批准,外商投资者因此而不具有市场准入资格。鉴于此,我们将二者归入一类,统称为非国有资产为标的合同的行政审批。考察发现,非以国有资产为标的合同行政机关的审批有严格的法律规定可以适用,行政机关需要按照法律的规定严格进行审查,以确定是否批准。决定合同是否批准的,与其说是行政机关,不如说是法律的明确规定;而以国有资产为标的合同,除矿业权转让合同的审批有明确的法律可以适用外,主管机关代表国家以所有权人的姿态,以保护国家利益为目的,以自己的意志作出批准与否的决定。决定合同是否批准的,与其说是国家主管行政机关,不如说是国家所有权人,在作者搜集到的自2013至2015年的209各案例中,这种审批占到了88.52%。^⑧在合同行政审批问题上,现行法存在的偏误是将国有资产为标的合同的审批等同于一般合同的行政审批。这样的立法态度对民法理论的研究方向产生了一定误导。学界多认为行政审批是合同的形式要

件,于是便有了欠缺形式要件合同的“无效说”、“未生效说”、“有效说”等不同学说,所有这些学说都是建立于“审批”是公权力对经济生活干预与管制的理论基础之上的。未来民法典应当将这部分合同的“审批权”还原于私权本身,这不是公权力对私的生活的干预,不是法律行为之外需要成就的形式要件,而是私权行使过程中基础合同的重要一环,是合同主体或者标的物所有人意思表示的特有方式,也是意思表示的重要内容。这种特有方式实际上早已为法律予以肯定性表达,《全民所有制工业企业法》《企业国有资产监督管理暂行条例》《物权法》《公司法》等法律、法规在将对国家财产的占有、使用、经营和依法处分的权利赋予企业的同时,将收益权与依法处分以外的处分权保留给自己。^⑨有时,行政机关是以管理者的视角并为公共利益或者国家安全进行的审批,例如,文物出口和技术出口合同,无论其所有者或者拥有者为何人,都要受到“行政审批”,这是国家机关或者被其授权机关的行政的范畴。但中国大量的合同审批,确实与资源“所有者或者拥有者”的身份有关。即使在国有资源的转让或者出让合同审批中,部分属于行政审批,而有的则不属于行政审批。例如,对于建设用地使用权的出让合同的审批,可能就是行政审批,因为涉及公共利益问题。但如果仅仅是害怕国有资产被“贱卖”的审批,则属于非行政审批,属于“所有权人(包括其授权机关)的审批”。

其次,再来看审批的目的。这其实就是在追问:我们是对“什么”进行审批?是对当事人的“意思自治”进行审批吗?这其实也是“第二个区分”的核心问题:是对基础合同进行审批还是对该合同的履行进行审批?简言之,行政审批和控制的是“是否允许当事人意思自治”(基础合同)还是权利或者资源的转让?例如,《探矿权采矿权转让管理办法》第10条规定:“申请转让探矿权、采矿权的,审批管理机关应当自收到转让申请之日起40

日内,作出准予转让或者不准转让的决定,并通知转让人和受让人。准予转让的,转让人和受让人应当自收到批准转让通知之日起60日内,到原发证机关办理变更登记手续;受让人按照国家规定缴纳有关费用后,领取勘查许可证或者采矿许可证,成为探矿权人或者采矿权人。批准转让的,转让合同自批准之日起生效。不准转让的,审批管理机关应当说明理由。”对于该条规定,从本条来看,至少第一部分(分号之前)这种审批显然不是对“基础合同”的审批:作出允许转让的决定后就可以立即办理变更手续,显然是对于能否办理变更手续即履行的审批。结合《矿产资源法》第6条^⑤的规定,显然是对转让行为(履行行为)的审批。另外,如果解释为“对基础合同”进行审批,则对于当事人的意思自治干预显然过宽。因此理解为对于“履行行为”进行审批更符合公法与私法的划分的法律体系及审批的基本目的。

接下来的问题是:这种“区分”在我们国家民法典中是否存在基础?也就是说,我国民法学理和民法规范是否承认“负担行为”与“处分行为”的“二元区分”?如果根本不存在这种区分,那么,这种解释思路显然在我国没有生存的土壤。对此,在2007年以前,民法学理上分歧很大,因此分为截然不同的两派:肯定派与否定派。^⑥但随着2007年《物权法》的颁布和2012年《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》的出台,我国理论和实践基本承认了区分原则。^⑦因此,可以说,在我国,承认区分原则为这种审批的“区分说”提供了合适的土壤。

另外,特别应该引起注意的是,正在编纂的民法典关于“合同”的概念,也发生了巨大的变化:我国1999年《合同法》规定的“合同”属于典型的“债合同”,但民法典将要改变这种现状。从民法典体系的视角看,法律行为包括单方法律行为和双方法律行为,而双方法律行为肯定就必须有“合意”。但双方法律行为并非仅仅是指“债权合同”

(也就是我国合同法上的合同),收养协议、离婚协议、监护协议等都是双方法律行为,都有“合意”,仅仅是不产生“债权效果”。如果我们仅仅把“合同”的规则规定在债法或者合同法中,特别是将合同成立的方式和程式——要约与承诺规定在《合同法》部分,特别是像现在的《合同法》第2条明确排除“收养、离婚、监护等身份关系的协议”使用《合同法》的可能性,体系化的疑问当然就是:除了债权合同以外的合同(协议)去哪里寻找适用的规则?与《合同法》比较,现在的《民法典各分编(草案)》第255条第2款已经不坚决排除非债权协议适用合同法规则,这意味着所有协议都可以适用《合同编》关于合同的规则。这更加为“履行行为”解释为“合同”留出了空间。因此,“合同经批准生效”,就可以解释为“处分合同”(履行行为)。

按照“区分说”,未经批准的合同的具体法律效果是什么呢?这种合同应该是合同已经生效,但不能履行(经过批准后才能履行)。但既然合同已经生效,产生什么样的请求权呢?由于未经批准,当然不能产生履行合同主要义务的请求权(因为双方都知道履行主要义务需要批准),仅仅产生按照基础合同的约定或者法律的规定具有报批义务的一方承担报批的义务。义务人的相对方有此请求权。如果负担报批义务的一方依约正确履行了报批义务,但未获得批准,合同因履行不能或者目的不达,双方都具有合同解除权。这时一般不发生缔约过失责任,除非在缔结基础合同时,一方承诺承担报批义务而且保证获得批准,或者以其他方式欺诈对方签订基础合同。相反,如果负有报批义务的一方不履行或者不正确履行报批义务,或者因利益关系阻止合同履行批准,导致合同不能获得批准的,对方可以解除合同,要求赔偿损失。这里的损失,就不仅仅是缔约过失的赔偿责任,而是包括《合同法》第113条的期待利益的赔偿。

(二)民法典编纂中的其他行政法因素

民政部门作为政府机关,在我国民法典中“监

护人”制度中,起着十分重要的地位。我国《民法总则》规定的“监护制度”中与民政部门相关的条文有6条:第27条、^⑤第28条、^⑥第31条、^⑦第32条、^⑧第34条-36条。^⑨

无疑,民政部门作为政府机关,在这里履行的这些“民法领域”的职责或者义务一定与其“行政”有关,但仔细分析,却不一定全部属于行政行为,亦即出现纠纷不一定属于“行政纠纷”。在笔者看来,第27条、第28条、第31条看起来很像行政行为,但却属于民事行为。因为无论是“指定”还是“同意”,如果当事人不服,直接依照民事诉讼请求撤销,而非依行政诉讼请求撤销。

关键在于:当民政部门作为监护人,在不履行或者不正确履行第34条及第35条规定的职责,或者具有第36条规定的情形时,是否应当承担第34条规定的责任?应当承担什么责任?行政责任还是民事责任?因为,第34条仅仅是说承担“法律责任”,但并未明确是什么责任。

如果对比民事立法的历史,就可以发现其变化。1986年《民法通则》第133条规定:“无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的,由监护人承担民事责任。监护人尽了监护责任的,可以适当减轻他的民事责任。有财产的无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的,从本人财产中支付赔偿费用。不足部分,由监护人适当赔偿,但单位担任监护人的除外。”该条不仅明确应该承担的责任是“民事责任”,而且明确“单位”担任监护人的不承担民事责任。但2009年的《侵权责任法》对此进行了修改,该法第32条规定:“无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的,由监护人承担侵权责任。监护人尽到监护责任的,可以减轻其侵权责任。有财产的无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的,从本人财产中支付赔偿费用。不足部分,由监护人赔偿。”显然,“单位”作为监护人依《民法通则》第133条规定的“豁免”在这

里被取消了。显然,如果按照《侵权责任法》第32条的应然解释,自然,民政部门担任监护人时,如果具备第32条规定的要件,应当承担民事责任。那么,对于《民法总则》第34条规定的“法律责任”是指什么责任呢?学者一般认为是“民事责任”。^⑩立法机关中《民法总则》起草的参与者也认为,该“法律责任”属于“民事责任”。^⑪我赞成以上关于“民事责任”性质的观点,并且,在这里应该将民政部门理解为《民法总则》第96条规定的“特别法人”,如果出现纠纷,应理解为民事纠纷,适用《民法总则》《侵权责任法》之实体法规则,并按照民事诉讼程序进行。

(三)民法上诸多“登记”的性质

民法典上有各种各样的登记,例如,物权登记、身份登记、工商登记、债权登记等。这些登记都会产生非常重要的民法后果,有的只有经过登记才产生民法上的权利,例如,房屋所有权转移的登记、婚姻登记、不动产抵押登记、预告登记等;有的则经过登记具有对抗效力,例如动产抵押登记、不动产役权登记等。那么,登记行为属于私法上的民事行为,还是公法上的行政行为?对此,有不同见解:“行政行为说”“私法行为说”和“折中说”(双重性质说)。⑫笔者认为,民法典上的各种登记应属于行政行为,这是因为:(1)主体为行政机关;(2)这些“登记”与行使政府管理职能有关,因为这些登记事项事关重大,要么是重大财产或者权利,如不动产登记、身份登记,关系到社会稳定和秩序,故有社会公共事务的性质,尽管它直接产生民法上的后果;(3)如因登记错误进行赔偿,行政机关应承担行政赔偿责任而非民事赔偿责任。

四、行政救济与民事救济的冲突

在有的情况下,被行政许可的事项可能侵犯了他人的民事合法权利,这种情况无论在国内还是国外,都非常普遍,尤其是在建筑领域,非常典型。因为几乎在世界任何一个城市,建筑必须符合整体规划,行政许可是必不可少的。就如德国

学者所言,在对一项建筑办理建筑许可时,立即与民法上的相邻关系法紧密相连。^⑬例如,被行政许可建筑的房屋,影响了邻居依据民法典享有的采光权。在此情况下,双方的权利如何协调及如何救济,就是现实生活中实际存在的问题。因此,德国学者指出,相邻法、建筑法和环境法的并行可以说是公法与私法相互作用的典型。^⑭

为了说明这种交叉和冲突,德国学者举了两个例子作为分析的材料:(1)主管行政机关依据《联邦排放保护法》第4条以下的规定,批准在某居民区附近建一个屠宰场。当地居民要求停建,因为这不符合当地通行性要求,理由是牲畜的叫声和它们发出的气味将严重妨害本小区。其请求能否被接受?(2)所有权人E的建筑规划得到了行政许可,在开挖工作开始之后,他的邻居N依据《民法典》第909条要求E立即停止施工,因为在E的不动产上的开挖活动导致N的房屋开裂。E则坚持认为,它的建筑规划得到了行政部门的批准,因此,N无权禁止他的开挖活动。谁的主张合法呢?^⑮

这其实涉及对于受到侵害的人的公法救济与私法救济的独立性与协调性。我们首先必须肯定当事人的行政与民事救济的相互独立性。这种独立性表现在两个方面:第一,无论是第(1)个案例还是第(2)个案例,某小区的居民或者N都有权要求行政救济而提出行政撤销之诉。就如德国学者施蒂尔纳所言,虽然建筑许可颁发程序,首先调整行政机关与建筑意向人之间的关系,也就是说,建筑许可颁发行为是一项授益性行政行为,但与此同时,该许可又加负担于邻人。而许可反对之诉,就是要给邻人提供排除该负担的可能性。如果邻人在该诉讼中获胜,建筑行政机关可依据建筑治安法上的基本原则,作出排除该建筑的命令。^⑯沃尔夫则指出,如果行政机关为所有权人颁发了建筑许可,而该许可违背了公法上的遵守有关边界距离规定的话,那么其邻居可以针对行政机关的建筑许可提起撤销之诉,理由是行政机关许可违背

了某个公法上的条款。同样,如果行政机关的许可违背了《联邦排放保护法》中保护邻居的规范,尤其是《联邦排放保护法》第5条,也可以考虑提起撤销行政许可之诉。^⑰针对这种情况,在我国,从最高人民法院及地方法院的判例看,当事人提出撤销行政许可的诉讼很多,而且从法院作出撤销行政许可或者不撤销的基本理由,也是要看该许可是否违反了公法规范,^⑱而不是私法规范。

第二,民事救济独立于公法(行政法救济)。德国学者指出,只要法律没有规定行政机关可以对私法上的请求权作出决定,而当事人又可以提出行政诉讼,那么,行政机关的决定将不涉及私法上的请求权。因为如果假设不是这样换的话,将违反司法裁判原则。因此,按照各州的法律的建筑许可,仅当在保留第三人的私权的前提下才能授予。在案例(1)中,当地居民的停建要求不会被满足,因为《民法典》第1004条、906条的不作为请求权已经被《联邦排放保护法》第14条取消了。行政机关已经实现对私法上的抗辩进行了审查。当地居民可以依据《民法典》第1004条及906条要求补偿。在案例(2)中,邻居N可以按照《民法典》第909条、第1004条要求不作为,行政许可并不妨碍民法典上不作为请求权的实现。^⑲我国法院的判例也确认了这种原则。^⑳

再来讨论行政法规范与民法规范协调的问题。尽管公法与私法(行政法与民法)的规范目的不同,相互之间的冲突和矛盾在客观上说是难以避免的。但是,我们在立法和司法中,应当尽量减少和协调这种冲突,民法上的权利及行为的效力必须在法律规定的范围内才有可能实现或者生效,一个与行政法相冲突的权利或者行为不能具有民法上的积极效力。^㉑但是,一个行政决定,除非在极其特殊的情况下,^㉒也不能建立在违背或者损害私人利益的基础之上。必须有一个标准,这也就是上面提到的“公法上的标准”(例如,我国法院行政判例在确认建筑许可是否违反采光权的时

候,采取的就是建设部发布的《中华人民共和国国家标准〈城市居住区规划设计规范〉》的规定,住宅建筑最低标准为每日日照2小时。^⑤立法机关或者司法裁判机关在确立这些标准时应更多地与私人权利衔接,尽可能地将行政许可建立在兼顾民法典私人利益保护的基础上,做到公法与私法的平衡。

结论

虽然民法典是由身份平等的人所组成的市民社会的法律规则体系,“自由与自治”应该是其核心思想。但是,在任何国家,民法典上的这种自由与自治都必须在宪法和法律给定的框架内才具有正当性。因此,包括行政法在内的所有强行性法律规范都是评价民事法律行为的尺度。从这一意义上讲,民法典的体系构建,特别是在内在体系上是不可能没有行政法因素的。另外,随着各国对于市民社会的加强管理,国家和各级政府对于市民社会事务的积极参与越来越多,民法典的许多地方都体现出行政法色彩——团体法人人格的赋予必须经过登记,有些甚至在经过批准;各种财产权利和身份权利的登记;法律行为(合同)的审批等,无不体现出这种色彩。甚至在民法典的监护制度中,政府部门直接作为特殊主体而充当监护人。因此,民法典中的行政因素是不可或缺的。

当然,也必须看到,由于国家与其政府的特殊地位,随着其积极参与民法事务,在理论(尤其是行政法理论)上混淆其由此所形成的法律关系的性质的情况比较突出。至少从民法上看,在任何国家的民法典,国家或者政府机关一方面是行政主体,另一方面属于民法上的民事主体——“特别法人”。因此,我们在区分围绕其产生的法律关系的判断方面,也要有意识的区分国家或者政府的这两种身份——是以管理者的身份,还是以民事主体的身份出现。例如,国家本来在民法上就属于土地所有权人,其出让土地所有权的行为当然是民法上的主体处分自己所有物的行为(而且是

挂牌出让——谁出钱多就出让给谁)。一个所有者买东西,也属于行使管理或者主权行为?如此推理,国家出资与他人合资而签订的合同也是行政合同?一旦出现纠纷按照行政法处理?最近广东省出台了《无居民海岛使用权市场化出让办法》,拟出让无居民的海岛进行市场化开发,广东省政府将来与受让人签订的出让合同也属于“行政合同”?这多少有些牵强。必须明白,国家治理的方式有很多种,刑法、民法、行政法等都是治理手段,而且民法的治理在任何市场经济国家比较其他方式都是被首先选择和采用的手段(因为它的核心思想就是自由和自治,更容易被“老百姓”所接受)。我国正处在市场经济发展的关键时刻,千万不能认为,行政手段更有效或者更能保护国家利益。

行政法与民法的关系,从国家治理的视角看,更多的是一致的关系,都在不同的领域用不同的方法规范着社会关系。但也有不相同,甚至存在矛盾和冲突的一面。应当在立法和司法实践中,有意识地协调这种关系——不能让一个民法上的有效的行为或者权利建立在违反行政法的基础之上,同理,也不能让一个行政行为的效力建立在损害他人合法权益的基础之上。

注释:

①[奥]恩特·A. 克莱默:《法律方法论》,周万里译,法律出版社2019年版,第59页。

②[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2016年版,第317页。

③[奥]恩特·A. 克莱默:《法律方法论》,周万里译,法律出版社2019年版,第59页。

④[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2016年版,第348-350页。

⑤《民法总则》(民法典首编)第8条规定:“民事主体从事民事活动,不得违反法律,不得违背公序良俗。”

⑥张荣顺主编:《中华人民共和国民法总则解读》,中国法

制出版社2017年版,第27页。当然,公共秩序是否真的就等于我国以往的民商事立法中的“社会公共利益”,也殊有疑问。

⑦[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第514页;卡尔·拉伦茨:《德国民法总论》,王晓晔等译,法律出版社2003年版,第599页。

⑧沈达明:《德意志法上的法律行为》,对外贸易教育出版社1992年版,第180页。

⑨尹田:《法国现代合同法》,法律出版社1995年版,第173页。

⑩参见王利明主编:《民法总则详解》(上),中国法制出版社2017年版,第51页;张新宝:《中华人民共和国民法总则释义》,中国人民大学出版社2017年版,第18页;李永军:《民法总则》,中国法制出版社2018年版,第81页等。

⑪参见张荣顺主编:《中华人民共和国民法总则解读》,中国法制出版社2017年版,第31页;石宏主编:《中华人民共和国民法总则条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2017年版,第23页。

⑫申惠文:《论〈民法总则〉中的行政权》,载《新疆大学学报》(哲学人文社会科学版)2018年第6期。

⑬张谷:《略论合同行为的效力——兼评〈合同法〉第3章》,载《中外法学》2000年第2期。

⑭王利明:《合同法新问题研究》,中国社会科学出版社2003年版,第320-322页。

⑮王轶:《民法典的规范配置——以对我国〈合同法〉规范配置的反思为中心》,载《烟台大学学报》(哲学社会科学版)2005年第3期。

⑯史尚宽:《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第330页。

⑰参见崔建远:《不得盲目扩张〈合同法〉第44条第2款的适用范围》,载《中外法学》2013年第6期;马新彦:《论民法对合同行政审批的立法态度》,载《中国法学》,2016年第6期;刘贵祥:《论行政审批与合同效力——以外商投资企业股权转让为线索》,载《中国法学》2013年第1期;汤文平:《批准生效合同报批义务之违反、请求权基础与评价法学》,载《法学研究》2014年第1期;朱广新:《合同未办理法定报批手续时的效力》,载《法商研究》2015年第6期;李昊:《论批准法律行为在民法总则中的规范方式》,载《法学论坛》,2017年第1期;蔡立东:《行政审批与权力转让合同的效力》,载《中国法学》2013年第1期;吴光荣:《行政审批对合同效力的影响:理论与实践》,载《法学家》2013年第1期;杨永清:《批准生效合同若干问题

探讨》,载《中国法学》2013年第6期等。

⑱王利明:《合同法研究》(第一卷),中国人民大学出版社2002年版,第342-343页;韩世远:《合同法总论》,法律出版社2018年版,第196-198页。

⑲马新彦:《论民法对合同行政审批的立法态度》,载《中国法学》2016年第6期,第274-275页。这种观点与“区分说”的不同在于:其否定区分说,直接认为合同未经行政审批也生效,合同是否生效应当遵守私法逻辑。这种主张也称为“行政行为要件说”。

⑳李昊:《论批准法律行为在民法总则中的规范方式》,载《法学论坛》2017年第1期;刘贵祥:《论行政审批与合同效力——以外商投资企业股权转让为线索》,载《中国法学》2013年第1期。

㉑李昊:《论批准法律行为在民法总则中的规范方式》,载《法学论坛》2017年第1期。

㉒马新彦:《论民法对合同行政审批的立法态度》,载《中国法学》2016年第6期。

㉓[奥]恩特斯·A. 克莱默:《法律方法论》,周万里译,法律出版社2019年版,第204-205页。

㉔[德]K. 茨威格特 & H. 克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,贵州人民出版社1992年版,第280页。

㉕李昊:《论批准法律行为在民法总则中的规范方式》,载《法学论坛》2017年第1期。

㉖李昊:《论批准法律行为在民法总则中的规范方式》,载《法学论坛》2017年第1期。

㉗刘贵祥:《论行政审批与合同效力——以外商投资企业股权转让为线索》,载《中国法学》2013年第1期。

㉘刘贵祥:《论行政审批与合同效力——以外商投资企业股权转让为线索》,载《中国法学》2013年第1期。

㉙许多民法与行政法学者的争议可能源于此,有些行政法学者不作区分,甚至混淆这种区分。因此产生了很多不必要的争议。

㉚马新彦:《论民法对合同行政审批的立法态度》,载《中国法学》2016年第6期。

㉛马新彦:《论民法对合同行政审批的立法态度》,载《中国法学》2016年第6期。

㉜该条规定:“除按下列规定可以转让外,探矿权、采矿权不得转让:(一)探矿权人有权在划定的勘查作业区内进行规定的勘查作业,有权优先取得勘查作业区内矿产资源的采矿权。探矿权人在完成规定的最低勘查投入后,经依法批准,

可以将探矿权转让他人。(二)已取得采矿权的矿山企业,因企业合并、分立,与他人合资、合作经营,或者因企业资产出售以及有其他变更企业资产产权的情形而需要变更采矿权主体的,经依法批准可以将采矿权转让他人采矿。前款规定的具体办法和实施步骤由国务院规定。禁止将探矿权、采矿权倒卖牟利。”

③反对派以王利明教授为代表,参见王利明:《物权法研究》(上册),中国人民大学出版社2013年版,第257-260页;肯定派以孙宪忠教授为代表,孙宪忠:《论物权法》,法律出版社2001年版,第130-221页。笔者属于肯定派,见拙著:《我国民法上真的不存在物权行为吗?》,载《法律科学》1998年第4期。

④我国《物权法》第15条规定:“当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同,除法律另有规定或者合同另有约定外,自合同成立时生效;未办理物权登记的,不影响合同效力。”第106条规定:“无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的,所有权人有权追回;除法律另有规定外,符合下列情形的,受让人取得该不动产或者动产的所有权:(一)受让人受让该不动产或者动产时是善意的;(二)以合理的价格转让;(三)转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记,不需要登记的已经交付给受让人。受让人依照前款规定取得不动产或者动产的所有权的,原所有权人有权向无处分权人请求赔偿损失。”《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》(法释[2012]8号,2012年3月31日最高人民法院审判委员会第1545次会议通过)第3条规定:“当事人一方以出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的,人民法院不予支持。出卖人因未取得所有权或者处分权致使标的物所有权不能转移,买受人要求出卖人承担违约责任或者要求解除合同并主张损害赔偿的,人民法院应予支持。”以上这些规定显然属于承认区分原则的法律规范。

⑤第27条规定:“父母是未成年子女的监护人。未成年人的父母已经死亡或者没有监护能力的,由下列有监护能力的人按顺序担任监护人:(一)祖父母、外祖父母;(二)兄、姐;(三)其他愿意担任监护人的个人或者组织,但是须经未成年人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门同意。”

⑥第28条规定:“无民事行为能力或者限制民事行为能力的成年人,由下列有监护能力的人按顺序担任监护人:(一)配偶;(二)父母、子女;(三)其他近亲属;(四)其他愿意担任监护人的个人或者组织,但是须经被监护人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门同意。”

⑦第31条规定:“对监护人的确定有争议的,由被监护人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门指定监护人,有关当事人对指定不服的,可以向人民法院申请指定监护人;有关当事人也可以直接向人民法院申请指定监护人。居民委员会、村民委员会、民政部门或者人民法院应当尊重被监护人的真实意愿,按照最有利于被监护人的原则在依法具有监护资格的人中指定监护人。依照本条第一款规定指定监护人前,被监护人的人身权利、财产权利以及其他合法权益处于无人保护状态的,由被监护人住所地的居民委员会、村民委员会、法律规定的有关组织或者民政部门担任临时监护人。监护人被指定后,不得擅自变更;擅自变更的,不免除被指定的监护人的责任。”

⑧第32条规定:“没有依法具有监护资格的人的,监护人由民政部门担任,也可以由具备履行监护职责条件的被监护人住所地的居民委员会、村民委员会担任。”

⑨第34条规定:“监护人的职责是代理被监护人实施民事法律行为,保护被监护人的人身权利、财产权利以及其他合法权益等。监护人依法履行监护职责产生的权利,受法律保护。监护人不履行监护职责或者侵害被监护人合法权益的,应当承担法律责任。”第35条规定:“监护人应当按照最有利于被监护人的原则履行监护职责。监护人除为维护被监护人利益外,不得处分被监护人的财产。未成年人的监护人履行监护职责,在作出与被监护人利益有关决定时,应当根据被监护人的年龄和智力状况,尊重被监护人的真实意愿。成年人的监护人履行监护职责,应当最大程度地尊重被监护人的真实意愿,保障并协助被监护人实施与其智力、精神健康状况相适应的民事法律行为。对被监护人有能力独立处理的事务,监护人不得干涉。”第36条规定:“监护人有下列情形之一的,人民法院根据有关个人或者组织的申请,撤销其监护人资格,安排必要的临时监护措施,并按照最有利于被监护人的原则依法指定监护人:(一)实施严重损害被监护人身心健康行为的;(二)怠于履行监护职责,或者无法履行监护职责并且拒绝将监护职责部分或者全部委托给他人,导致被监护人处于危困状态的;(三)实施严重侵害被监护人合法权益的其他行为的。本条规定的有关个人和组织包括:其他依法具有监护资格的人,居民委员会、村民委员会、学校、医疗机构、妇女联合会、残疾人联合会、未成年人保护组织、依法设立的老年人组织、民政部门等。前款规定的个人和民政部门以外的组织未及时向人民法院申请撤销监护人资格的,民政部门应当向人民法院申请。”

④参见王利明:《中华人民共和国民法总则详解》(上册),中国法制出版社2017年版,第157-161页;张新宝:《〈中华人民共和国民法总则〉释义》,中国人民大学出版社2017年版,第66-68页。

①张荣顺主编:《中华人民共和国民法总则解读》,中国法制出版社2017年版,第103-106页;石宏主编:《中华人民共和国民法总则条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2017年版,第74-77页。

②参见王利明:《物权法研究》,中国人民大学出版社2013年版,第301-302页;尹飞:《不动产登记行为的性质及其展开》,载《清华法学》2018年第2期。

③[德]鲍尔·施蒂尔纳:《德国物权法》(上册),张双根译,法律出版社2004年版,第562页。

④[德]曼弗雷德·沃尔沃:《物权法》,吴越、李大雪译,法律出版社2002年版,第187页。

⑤[德]曼弗雷德·沃尔沃:《物权法》,吴越、李大雪译,法律出版社2002年版,第187页。

⑥[德]鲍尔·施蒂尔纳:《德国物权法》(上册),张双根译,法

律出版社2004年版,第562页。

⑦[德]曼弗雷德·沃尔沃:《物权法》,吴越、李大雪译,法律出版社2002年版,第190页。

⑧参见:甘肃省高级人民法院行政判决书([2018]甘行终字第76号);广东省高级人民法院行政判决书([2018]粤行再字第3号);最高人民法院行政裁定书([2018]最高法行申字第3000号);最高人民法院行政裁定书([2017]最高法行申字第4361号)等。

⑨[德]曼弗雷德·沃尔沃:《物权法》,吴越、李大雪译,法律出版社2002年版,第191-193页。

⑩山东省高级人民法院民事判决书([2013]鲁民提字第131号);河北省高级人民法院民事裁定书([2018]冀民申字第4699号);最高人民法院民事裁定书([2012]民再申字第132号)等。

⑪这一点,在我国立法及司法上基本能够实现。

⑫例如,《物权法》第42条规定的征收,就是在极其特殊的情况下,强行让私人利益符合公共利益。

⑬见山东省高级人民法院民事判决书([2013]鲁民提字第131号)。

Administrative Law Factors in the Compilation of Civil Code

Li Yongjun

Abstract: Although civil law and administrative law belong to private law and public law respectively, and their objects and means of adjustment are different, it is unavoidable for administrative subjects to "encounter" with legal acts and rights in civil law in the process of "administering state affairs according to law", and it's happening in more and more countries today. We must admit that administrative law is the source of civil law, and in the construction of the civil code system, it has an important impact on the internal system. The effect of administrative approval on the validity of contracts should be distinguished between the "identity" of the subject of approval in order to distinguish whether it is "the owner's approval" or "the administrative approval", because the owner or the authorized person in civil law may be the "special legal person" in civil law from the state to all levels of government, and it is also the administrative organ. In addition, we should distinguish between the approval of the "basic contract" and the "performance act", which we think should be the latter. In addition, in the process of administering state affairs, the actions of administrative organs may produce only the consequences of civil law, such as appointing or acting as guardians, marriage registration, property registration, etc., but their actions are civil law conducts or administrative acts, which should be distinguished from the purpose of the acts, the way of dispute resolution and the nature of liability. Of course, when administrative acts conflict with civil conducts or rights, they should be relieved independently, but in legislation and judicature, they should be coordinated with each other—the effectiveness and rights of civil legal acts should not be based on violation of administrative law, and vice versa.

Key words: Civil code; Administrative law; Administrative examination and approval; Registration; Sources of law