

自然资源特许使用协议的性质认定

——基于对双阶理论的批判性分析

欧阳君君

摘 要: 双阶理论起源于德国,并在我国台湾地区得以应用。我国大陆地区虽在立法上未能明确采用双阶理论,但是在司法实践中双阶理论已经被大量运用,以解决特许经营合同或特许使用协议中的纠纷问题。“鹏伟公司采矿权纠纷案”也表明了最高人民法院对该理论的认同。然而,无论是在德国还是在我国台湾地区,双阶理论都遭到了广泛的质疑,已成为一个“负荷过量的定理”。就自然资源特许使用协议而来,将其定性为行政合同而非民事合同,对于保护相对人及第三人权益,以及行政机关实施特许法律监督,都有积极的意义。《行政诉讼法》的最新修改使得双阶理论在我国大陆地区的立法层面上已走向“末路”。

关键词: 双阶理论;自然资源;特许使用协议;性质

中图分类号: D922.601 **文献标识码:** A **文章编号:** 1671-0169(2015)04-0036-10

DOI: 10.16493/j.cnki.42-1627/c.2015.04.005

一、问题的引出

《行政许可法》第 12 条第 2 项规定,“有限自然资源开发利用、公共资源配置以及直接关系公共利益的特定行业的市场准入等,需要赋予特定权利的事项”,可以设定行政许可。学术界将该种行政许可界定为行政特许,并与一般行政许可相区别^{[1](P83-94)}。同法第 53 条规定,行政特许决定原则上应采取招标、拍卖等公平竞争的方式作出,并依法向中标人、买受人(即受许人)颁发行政许可证件。实践中,行政机关往往还应与受许人签订自然资源特许使用协议,以规范双方的权利与义务。对于自然资源特许使用协议的性质认定,学术界形成了两种对立的观点,公法学者大多持行政合同说,并认为应采用行政救济途径解决协议纠纷;民法学者大多持民事合同说,因此应采用仲裁、民事诉讼等方式解决协议纠纷。双方观点可谓针锋相对,这在土地使用权转让合同的性质认定上表现得尤为突出。

在司法实务中,近年来自然资源特许使用协议纠纷案件日渐增多。尽管多数法院认为自然资源特许使用协议属于民事合同,并将协议纠纷作为民事纠纷案件予以受理、审判,然而持行政合同说并采用行政诉讼的方式亦并非没有^①。作为我国的最高审判机关,最高人民法院在这一问题上的立场也不稳定,例如,其所发布的《民事案件案由规定》,“土地使用权出让合同纠纷”作为民事案件

基金项目:江苏省高校哲学社会科学研究基金项目“自然资源特许使用的理论建构与制度规范”(2013SJB820023)

作者简介:欧阳君君,法学博士,扬州大学商学院讲师(江苏扬州 225127)

① 参见“广州汇俊房地产发展有限公司诉广州市国土资源和房屋管理局国有土地使用权出让合同履行案”判决书。

② 参见《民事案件案由规定(试行)》(法发[2000]26号)、《民事案件案由规定》(法发[2008]11号)、《民事案件案由规定》(法[2011]41号第一次修正)。

的案由，一度经历了确认、取消以及再确认的反复^②。尽管如此，在“成都鹏伟实业有限公司与江西省永修县人民政府、永修县鄱阳湖采砂管理工作领导小组办公室采矿权纠纷案”（以下简称“鹏伟公司采矿权纠纷案”）中，最高人民法院（该案的二审法院）把自然资源特许使用协议视为民事合同，从而适用《合同法》的规定。由于该案被刊登在《最高人民法院公报》上（2010年4月），这表明最高人民法院力图将该案作为典型案例予以推广。但是，第十二届全国人民代表大会常务委员第十一次会议通过关于修改《中华人民共和国行政诉讼法》的决定，将“行政机关不依法履行、未按照约定履行或者违法变更、解除政府特许经营、土地房屋征收补偿协议等协议的”行为，纳入行政诉讼的受案范围。某种意义上，这是“行政合同观”在立法上对“民事合同观”的胜利，是立法机关对自然资源特许使用协议性质认定上的立法“决断”。毕竟，《中华人民共和国行政诉讼法修正案（草案）》一审审议稿与二审审议稿，并没有将特许协议履行阶段产生的争议归属为行政争议，直到2014年10月27日全国人民代表大会法律委员会关于《中华人民共和国行政诉讼法修正案（草案）》审议结果的报告，才建议将政府特许经营协议、土地房屋征收补偿协议等协议产生的争议纳入行政诉讼解决，并由此增加相应的判决形式^{*}。但是由于自然资源特许使用协议及其他行政协议性质认定的高度复杂性，可以预知，学术界对这一新的立法规定必然会展开新一轮的对话与讨论^{**}。诚如学者在研究特许经营合同的法律性质时所言：“修改后的《行政诉讼法》将特许经营协议在履行阶段产生的争议确定为行政争议，纳入了行政诉讼的受案范围，是否意味着它‘一锤定音’，将特许经营协议的性质确定为行政合同？这样规定的正当性何在？”^{[2](P28)}这一疑问同样会反映在自然资源特许使用协议的性质认定上。赞同《行政诉讼法》的这一修订是我们的基本立场，并认为自然资源特许使用协议本质上是行政合同，应该以公法予以规制。为此，本文将“鹏伟公司采矿权纠纷案”为切入点，挖掘出该案所隐藏的双阶理论，并对该理论进行评析，进而提出自然资源特许使用协议性质的“应然”认定及其意义，以夯实《行政诉讼法》相关修订的理论基础。

二、寄居于“鹏伟公司采矿权纠纷案”中的双阶理论

（一）“鹏伟公司采矿权纠纷案”的基本案情介绍^{***}

2006年，江西省永修县政府决定以拍卖的方式出让鄱阳湖永修县水域5、6、7、8号4个采区的采砂权。县政府隶属的采砂办在“中国投资在线”网站上登载了推荐书，对开采期、投资金额、可预期利润、投资前景等予以说明与分析，后又制作了可行性报告，对相关事宜作了更加详细的说明，并提示了投资风险。2006年4月17日，江西省水利厅作出了采砂申请批复，同意采用拍卖方式出让采砂权，可采期限是2006年5月1日至2006年12月31日，年控制开采总量是2320万吨。2006年4月26日，鹏伟公司竞得鄱阳湖永修县水域6、7、8号采区采砂权，随后与采砂办正式签订了《采砂出让合同》，双方约定：“一、采砂权使用期限自签订本合同之日起至2006年12月31日止，同时满足防汛要求；采砂船数量28艘（功率4000kw以内/艘）；年控制采量1740万吨；二、

* 值得深思的是，修正之后的《行政诉讼法》，将原法使用的“具体行政行为”概念替之为“行政行为”概念，使该法的适用范围具有更大的包容性，但这也使得行政行为的涵义相当不易被界定。根据立法参与者的解释，该法中的“行政行为”，应从如下方面理解：一是行政行为不包括行政机关制定的“规范性”文件；二是行政行为既包括作为，也包括不作为行为；三是行政行为还包括学理上所说的“事实行为”；四是行政行为包括行政机关签订、履行协议的行为。参见信春鹰：《中华人民共和国行政诉讼法释义》，法律出版社2014年版，第8—9页。

** 《最高人民法院关于规范行政案件案由的通知》（法发[2004]2号）把行政合同列为行政诉讼的案由之一，这说明最高人民法院是认同行政合同不同于民事合同的。但是该通知没有界定何谓行政合同。这间接说明行政合同理论的高度复杂性。可以说，最高人民法院观点的模糊性，是导致各地法院理解不尽一致，做法各异的重要原因。

*** 更加详细的案情请参见《最高人民法院公报》2010年第4期。

拍卖成交金额 8 228 万元(包括税费)……十、本合同约定的采区采砂权使用期限,是根据上级主管部门的批文当年度的有效可采期,实际可采期限以当年水位不能供采砂船只作业时为准。”不幸的是,自 2006 年 7 月以后,江西省持续高温干旱天气,降雨偏少。2006 年 8 月 18 日,因鄱阳湖水位过低造成运砂船难以进入采取,鹏伟公司被迫停工。为此,鹏伟公司致函采砂办要求解决开采时间缩短、砂源不足等问题。根据鹏伟公司的运砂船次计算,采砂办认为鹏伟公司已经采砂 2 306 万余吨,不予变更合同。

鹏伟公司因此向法院提起民事诉讼,一审法院认为,采砂办与鹏伟公司签订的《采砂权出让合同》系当事人的真实意思表示,鹏伟公司的采砂量已经超出了《采砂权出让合同》约定的年控制采量,《采砂权出让合同》已履行完毕,故判决驳回鹏伟公司的诉讼请求。鹏伟公司不服一审判决后向最高人民法院申请上诉。二审法院认为采砂办在网上发布的推介书实质上是向社会不特定对象发布的要约邀请,双方签订的《采砂权出让合同》属于民事合同,应受《合同法》的调整,而依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》第 26 条所确立的情势变更原则,应对《采砂权出让合同》的部分条款进行变更。由于双方在二审中对补偿采期问题不能达成一致,采砂办应当退还部分采砂权出让价款(1 079.54 万元)以替代采期补偿。

(二) 双阶理论的缘起与基本内容

双阶段理论产生于德国,其背景是公私法的相互影响与融合,因为行政除了可以公权力的作用直接影响私法上的法律关系外,有可能采用私法形态的法律行为完成行政任务。此时,行政主体以追求依据公法上的任务规定所指示的行政目的,而成立一个私法上的法律关系。该理论的雏形多被认为是德国学者易普森于 1951 年在一份有关联邦政府对于电影业者提供或拒绝债务保证之程序与权利保护鉴定书中,对于以联邦内政部、经济部与财政部代表所组成的邦际三边委员会,拒绝对于某影片提供债务保证,以致于该影片无法顺利上映所衍生的权利救济争议问题所提出的理论。五年后,易普森在《对于私人的公法上补助》的一文中系统地对双阶段理论进行了提炼与深化。在传统行政行为理论中一般将行政行为限定于权力性行为,而资金补助行为在传统行政法学理论上一般被认定为纯粹私法的领域。但如果以私法的手段形成行政机关与被给付补助金一方之间的法律关系,则存在着“公法向私法逃逸”的危险^{[3](P114)}。质言之,对于未获得政府补贴或贷款的业者,其市场竞争能力可能处于不利地位,但依当时法律见解,补助贷款纯属国家私法行为,人民不得对其提出行政诉讼;另一方面,基于私法自治的缔约自由,人民亦不得提起民事诉讼,以至于全无法律救济可言。为此,易普森将过去视为单一的补助关系区分为两阶段,在第一阶段,公权力主体必须强制根据公法的规定决定是否提供给付;在第二阶段中则是缔结一个有关如何给付的私法上的契约^{[4](P54-57)}。双阶段理论希望突破长久以来只对补贴行为进行私法解释,借助行政行为使作为批准决定的发放贷款决定受公法的约束,特别是置于基本权利保护(平等原则)和司法控制之下。两阶段理论似乎是一个理想的方案,一方面试图保证法治国家的约束,另一方面又试图保持成熟而又实用的私法法律形式。这正是两阶段理论很快得到赞同和推广的原因所在^{[5](P427)}。此后,双阶理论不仅得到理论界的响应,实务界也几近同时地接受此种区分理论,曾为德国法院判决所引用,且规定于若干法律之中,如 1956 年公布的《住宅兴建法》。

因我国台湾地区有仿效德国行政法制度之传统,双阶理论亦不可避免地在立法与司法中得以应用。如“政府采购法”第 82、83 条规定,凡工程之定作、财物之买受、定制、承租及劳务之委任或雇佣等为民法上债之关系,在一定金额以上者均适用该法所定之招标订约受许,但有关“厂商与机关间关于招标、审标、决标之争议,得依本章规定提出异议及申诉。”申诉提出后由设置于“行政院”公共工程委员会之采购申诉审议委员会审议判断;审议判断,视同诉愿决定。于是关于

采购契约订定之前招标、审标等行为，“政府采购法”将之定位为行政处分，适用行政争诉作为救济途径，而后阶段之履约，如有争议自属民事争执之一种，形成标准的两阶段理论^{[6](P97)}。而有关双阶理论的实务见解首度出现在“司法院大法官”释字第540号解释理由书中，即主管机关依“国民住宅条例”兴建及分配住宅，“先由有承购、承租或贷款需求者，向该机关提出申请，经主管机关认定其申请合于法定要件，再由主管机关与申请人订立私法上买卖、租赁或借贷契约。此等契约……所采之私经济措施，并无若何之权力服从关系。性质上相当于各级政府之主管机关代表‘国家’或地方自治团体与人民发生私法上各该法律关系”；“至于申请承购、承租或贷款者，经主管机关认为依相关法规或行使裁量权之结果不符合该当要件，而未能进入订约程序之情形，既未成立任何私法关系，此等申请人如有不服，须依法提起行政争诉。”

（三）“鹏伟公司采矿权纠纷案”中的双阶理论

阅读“鹏伟公司采矿权纠纷案”二审判决书，我们可以发现，虽然二审法院（即最高人民法院）对该案整个过程中的各种法律关系的梳理并不是非常清晰，但是，结合最高人民法院所发布的有关司法解释，我们可以大致分析出该案判决所塑形的法律关系类型与结构。

一是认为《采砂权转让合同》是民事合同。很显然，二审法院在判决书中没有论证《采砂权转让合同》为什么是民事合同，只是认为：“采砂办通过公开拍卖的方式与鹏伟公司签订的《采砂权出让合同》系当事人的真实意思表示，合同内容不违反法律、行政法规的禁止性规定，应认定为合法有效。”并跟《中华人民共和国合同法》所确立的公平原则以及《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》的有关规定作出了变更判决。我们认为，对于二审法院的这一认知，可以从它对国有土地使用权合同性质认定的态度来理解。如前所述，最高人民法院在国有土地使用权合同的性质认定上立场反复，但结合2005年最高人民法院发布的《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）^{*}，最高人民法院对此类合同性质认定的倾向性态度也是较为明显的，即将其作为民事合同来看待，因此地方法院大多也认为国有土地使用权出让合同纠纷应被划定在民事诉讼受案范围。或许为保持审判实践的一致性，在“鹏伟公司采矿权纠纷案”中，二审法院赞同一审法院的认识，将采矿权转让合同认定为民事合同。

二是承认采砂权转让过程中存在行政特许行为。虽然二审法院认为采砂转让合同在性质上属于民事合同，应受到《合同法》的调整，但也明确地指出“取得采砂权需经较为严格的行政许可程序”。问题在于，行政特许行为在整个过程中是如何发挥作用的，以及特许行为与采砂权转让合同之间是一种什么的关系，二审法院并没有作出必要的解释。不过，2009年针对四川省高级人民法院提请的《关于土地管理部门出让国有土地使用权以及与之相关的拍卖、拍卖公告等行为性质的请示》，最高人民法院认为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竞买公告等行为属于行政行为，当事人不服提起行政诉讼的，人民法院应当依法受理^{**}。以此为依据，一些地方法院的法官将特许行为与转让合同作了较为明确的区分，如“莱芜市泰和房地产开发有限公司诉山东省莱芜市国土资源局行政拍卖案”的主审法官认为，国有土地使用权出让合同纠纷属于民事诉讼受案范围，但土地行政主管部门组织实施招标采购挂牌出让国有建设用地使用权的行为，以及与竞得人签署成交确认书的行为，是在行使行政职权，而不是处分民事权益，由此产生的纠纷应当属于行政诉讼的受案范围^{[7](P12-13)}。“湖南泰和集团股份有限公司诉湖南省岳阳市人民政府、岳阳市国土资源局国有建设用地使用权拍卖出让公告案”的法官亦认为，国有建设用地使用权出让的拍

* 该解释对“土地使用权出让合同纠纷”作了一些专门规定。但严格地说，该解释并没有肯定也没有否定土地使用权出让合同是行政合同，只是该解释的出台背景是“结合民事审判实践”，实务部门一般由此认定土地使用权出让合同是民事合同。

** 《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）。

卖公告,形式上是公告,实质上是土地管理机关运用行政权能、履行行政职能而作出的单方面行政决定,出让行为受行政法規制,不属于拍卖法调整^{[8](P29-31)}。据此可以推测,最高人民法院对本案的拍卖等行为认定为行政行为。

综上所述,由于二审法院认为在永修县政府在出让采砂权的过程中既包括行政特许行为,又包括签订与履行采砂权转让合同的行为,由此可以看出二审法院实际上将政府出让采砂权的过程予以切割,从而把采砂办与鹏伟公司二者形成的法律关系分为两个方面关系:首先,授予采砂权的行政许可行为(即行政特许),双方形成行政法律关系;其次,签订与履行采砂权转让合同(民事行为),双方形成民事法律关系。无论是有意还是巧合,二审法院的观点与德国法上的“双阶段理论”有异曲同工之处。

三、双阶理论的实践困顿

然而,双阶理论虽然曾一度被学术界与实务界所肯认,也被认为可以对某些行政行为如给予津贴补助行为,赋予合理解决诉讼争议的途径。但是在当代,无论是在德国还是在我国台湾地区,由于该理论逐渐暴露出弊端而引起学界的反思与批评。

第一,许多双阶段关系的区分仅是一个法学上的虚拟。要适用双阶段理论的前提,必须真的可以在法律关系中真实地区分出两个完整的法律行为,或者是一个公法行为加一个私法行为,或者是一个私法行为加一个公法行为。如果为了强迫适用双阶理论,硬是将一个外观上单一的法律行为拆解成两个法律行为,更是显示双阶理论远离生活事实以及人为造作。但是实际上,“这种切割,在立法上很少出现。立法者在规范一个行为时,法律应当明定其为公法或私法,如果造成这种两阶段的现象,一定是始料未及的。如果要采用,一定要特别立法,这是少数的例子。不仅德国少见,(台湾地区)亦仅有‘政府采购法’明白采纳这种理论”^{*}。

第二,双阶段区分的困难。双阶理论虽然在形式上将一个法律关系人为地划分为两个阶段与两种法律关系,但是在实践中第一阶段与第二阶段的界分并不清晰。例如在补助行为中,当行政机关作出给予补助决定时,也会对如何给予之条件——如利息的计算、支付方式、对补助成果的监督——加以决定。此时在外表上固然属于行政机关的单方决定,但其实却是如同契约约定之条款(此在第二阶段视为人民的同意履行之契约),不可能不先获得人民之同意,或不与人民进行类似缔约前的协议^②。也就是说,即使把一个法律关系划分为两个阶段,这两个阶段之间却存在内在的紧密关联,无论是私法法律关系在前抑或公法法律关系在前,前一法律关系蕴含的权利与义务,在后一法律关系中总是会或多或少地得以体现。把一个有内在联系的法律关系强制性地分为两种不同性质的法律关系,在逻辑上是难以自洽的。

第三,双阶段的区分导致救济途径选择复杂化。也正是因为前后阶段作公法与私法的区分,这就意味着在不同阶段所发生的纠纷要进行不同的法律救济途径选择,以适应不同的诉讼规则。然而,因前后两个两阶段事实上无法一刀两断地区分,这会导致前一阶段的行为变化影响后一阶段的法律关系,从而陷入法律救济途径选择之困境。譬如“国家机关如认为其给予辅助之决定行为本身有瑕疵而欲撤销之,或嗣后依法令或事实之变更,而欲将已给予之辅助废止,则此等撤销或废止,究竟应认为授益行政处分之撤销或废止而属公法性质?抑或系对履行阶段的私法关系加以撤解、解除或终止而为私法性质?”^{[9](P35)}此外,“更为重要的是,如果行政法院或普通法院,对同一事件之法

* ②台湾“司法院大法官”释字第695号解释的“大法官”陈新民不同意见书。

律见解互异时，反而使问题变得复杂，徒然治丝益棼”^{*}。在这个意义上说，双阶理论的面罩之下，其实正罩着法律救济途径的未知。

需要指出的是，在德国，双阶段理论的提出者易普森并不固执自己所提出的双阶关系，易氏认为，它的作用更多是一个思考模式，至于双阶段中的行为属性，该理论并未提出答案。将双阶段理论视为一个公民法区分的判别理论，更是一种误解。

就“鹏伟公司采矿权纠纷案”而言，尽管未能明示，但二审法院事实上采用的是双阶段理论来解释采砂权转让的转让过程。而双阶段理论受到的诘难在该案中亦毕露无疑。

其一，行政特许行为与《采砂权转让合同》的签订与履行难以截然分开。由于二审法院对《采砂权转让合同》为何是民事合同缺乏必要的论证，从学理上讲是容易引起争议与质疑的。而且二审法院还认为：“鹏伟公司所享有的鄱阳湖永修段采砂权虽然是通过竞拍方式取得的，但竞拍只是鹏伟公司与采砂办订立《采砂权转让合同》所采取的具体方式，双方之间合同行为仍受《中华人民共和国合同法》的调整。”但值得注意的是，《行政许可法》53条第1款规定，“实施本法第十二条第二项所列事项的行政许可的，行政机关应当通过招标、拍卖等公平竞争的方式作出决定……”，由此可见，招标、拍卖是行政机关选择受许人并作出行政特许决定的方式。二审法院把竞拍作为订立《采砂权转让合同》所采取的具体方式，是因为没有认识到订立转让合同属于行政特许过程中的一个环节。这也说明，强行把一个法律关系区分为两个行为，只会导致法律关系的复杂化。此外，二审法院又承认取得采砂权需经较为严格的行政许可程序，那么采砂权的形成到底是鹏伟公司与采砂办合意的结果还是采砂办作出许可的结果？签订合同的行为与特许决定行为之间的交织关系如何？这些问题在双阶理论下皆难以得到合理的解释。

其二，出让合同被定性为民事合同会导致行政机关无法履行特许监督职能。一是《行政许可法》第66条规定，被许可人未依法履行开发利用自然资源义务的，行政机关应当责令限期改正；被许可人在规定期限内不改正的，行政机关应当依照有关法律、行政法规的规定予以处理。但《采砂权转让合同》被视为民事合同，当采砂办认为采砂方未能按照合同履行义务时，只能通过民事诉讼的方式要求采砂方履行义务。二是《行政许可法》第69条规定，上级行政机关认为许可机关滥用职权、玩忽职守或者被许可人以不正当手段取得许可的，应撤销该许可。在该案中，《采砂权出让合同》约定年控制采砂量为1740万吨。二审法院从采砂办编写与发布的《推介书》、《可行性报告》的相关内容进行计算，认为如果将合同解释为限量的1740万吨，那么鹏伟公司的投资回报远低于其支付给采砂办的采砂权价款及税费，故支持鹏伟公司关于1740万吨采砂限制并不是鹏伟公司和采砂办的真实意思表示、《采砂权出让合同》系限时不限量合同的主张。由此可知，二审法院力图以意思表示不真实为由纠正合同的采砂量条款以实现法的实质正义。在把《采砂权出让合同》理解为民事合同的前提下，这一观点无疑是正当的，然而我们还需看到双方之所以约定年采砂量为1740万吨，目的“为了对付省水利厅的检查”，因为这一数额是“上级行政主管部门对年采量的行政许可限制”，因此无论鹏伟公司，还是采砂办都存有主观过错。由于二审法院为保护鹏伟公司利益支持其改变采砂量数额的主张，将直接导致上级行政机关无法实施《行政许可法》所规定的监督职能。

其三，人为地划分前后两阶段为不同的法律关系，造成了司法救济的困难。鹏伟公司请求采砂办退还其多支付的拍卖成交款以及多缴纳的各种税费。二审法院认为，“纳税人缴纳税收及向行政机关缴纳规费不是平等主体之间的民事行为，不宜作为民事案件审理……鹏伟公司可向有关行政机

* 台湾“司法院大法官”释字第695号解释的“大法官”陈新民不同意见书。

关另行主张权利或作为行政案件另行起诉。”同一案件的多个主张，却需要通过不同诉讼途径来解决，使本来简单的法律关系复杂化，既增加了当事人的权利救济成本，也浪费了有限的司法成本。

四、自然资源特许使用协议性质的“应然”认定及其意义

(一) 自然资源特许使用协议性质的“应然”认定

正如学者所认为的那样，双阶段理论的过度扩张适用，使得它成为一个“负荷过量的定理”或者是“法学上虚构的理论”，因此今天似乎已经到了向其告别的时刻了^{[4](P67)}。在德国，学术界亦有越来越多的学者主张用“行政行为”、“行政合同”、“行政私法”等“一个阶段的法律关系”来替代所谓的双阶段法律关系，而且无论是在法理上还是从实践的角度看，这三种替代方案都胜过双阶段理论^{[5](P430-431)}。司法实践中现时法院多避免采用双阶概念，宁将其视为单一纯粹的公法关系^{[10](P679-680)}。在我国台湾地区，即便双阶理论被“政府采购法”所立法确认，也引发了不少争议。作为一种特殊的理论，学界也逐渐认为应当尽量少适用此理论为宜。当然，双阶理论的出现，归根结底在于政府在管理过程中与私人订立的合同到底应该属于行政契约或民事合同之困难。目前学界主张各异，但尚未有被人们所普遍接收的判断标准^{[11](P304-324)}。为此有学者干脆提出一种便捷的突围之道，主张主体说：主要契约的一方是行政机关，则为行政契约，以免去区分上的困难^{[12](P280)}。

在公法中运用私法的方式实现行政任务与目的已是当今政府的惯见之举。不可否认，与其他政府协议类似，自然资源特许使用协议具有较强的私法色彩，但是这不足以成为将其纳入私法调整的理由，若强行将其视为民事合同，反而不利于行政机关特许职能的履行与司法审判活动的开展。毕竟行政合同作为公共管理与服务的一种方式，具有鲜明的公权力属性，把自然资源特许使用协议作为行政合同来看待，并受公法调整，可以使特许使用协议与行政特许行为作为一个整体来对待，从而克服双阶理论所存在的种种弊端，符合当代行政法学的“行政过程论”之要义^{*}。

首先，从行为过程的角度看，自然资源特许使用协议的订立与履行为自然资源特许行为过程的一部分。在形式上，一般行政许可需经历“申请→审查→批准→颁发许可证”几个主要环节，自然资源使用特许则往往包括“发布公告→招标、拍卖→签订合同→颁发许可证”等环节。尽管自然资源使用特许没有非常明显的“申请”、“批准”等程序，另外“发布公告”的程序似乎也不符合行政许可是“依申请作出的行政行为”的特征，但这并不意味着自然资源使用特许不符合行政许可行为的属性，只是“申请”、“审查”、“批准”等程序都隐藏在招标、拍卖过程之中。具体而言，行政机关发布公告，意味着拟出让自然资源使用权是符合自然资源总体使用规划的，竞标人参与招标采购具有提出许可“申请”的含义，并且认同自然资源的使用规划。行政机关对竞标人资格的审查，包括竞标人的资格、条件等是否符合自然资源使用的基本要求的审查。通过招标、拍卖规则选择申请人，实际上就是特许决定机关明确被许可人的过程，在签订特许使用协议、缴纳自然资源使用税费之后，特许机关则在规定期限内颁发许可证。所以，自然资源使用特许实质上并不缺乏“申请”、“审查”、“批准”、“颁发许可证”等要素，自然资源使用特许行为是行政特许行为。特许机关与被许可人签订与履行合约的行为，属于特许过程的组成部分。

其次，从行为内容的角度看，自然资源行政特许行为与特许使用协议的形成并不是断然分离的，相反二者具有非常紧密的关系。这是因为，如果特许决定主体拒绝了申请人的申请，特许使用协议就不可能产生，特许决定主体接受了申请人的申请，特许使用协议方为可能。并且在实务中，

* 关于行政过程论的研究，可以参见江利红：《行政过程论研究》，中国政法大学出版社2012年版；赖恒盈：《行政法律关系论之研究》，元照出版社2003年版；陈春生：《行政法之学理与体系（一）》，三民书局1996年版，第49—94页。

特许决定主体先需对特许的主要事项如自然资源的种类、面积、位置，自然资源使用权的出让价格、使用期限、使用条件等主要因素作出确认，而特许使用协议不过是对双方权利（力）、义务的书面再确认。我们很难想象，特许决定主体事先不界定特许事项的基本内容而概括性地提出准备出让某自然资源使用权，然后再与申请人（被许可人）进行协商、谈判，签订特许使用协议——如果采用这种方式，恐怕难以让其他申请人接受，也必然让《行政许可法》要求自然资源利用开发原则上应采用招标、拍卖方式的规定流于形式。

最后，从行为目的看，自然资源特许使用协议是改革传统行政审批方式的结果。自然资源使用权的出让，传统做法是完全依据行政审批的方式来实施，这种体制至少产生了两大不良后果，一是自然资源使用权的获取往往是无偿或者是低价的，自然资源开发利用过程中浪费普遍且严重，不符合可持续发展的要求；二是审批机关权力过大，容易滋生腐败现象，且使国有资产流失。出于这种考虑，《行政许可法》才将自然资源开发使用的许可由传统审批制改为竞争式的特许制，并通过特许协议的方式来进一步约定双方当事人的权利与义务^{[13](P513)}。英国行政法学家哈洛等人认为，特许是“通过一套设计恰当的配置系统而展现出来的市场规则逐渐削弱传统规则的理由，合同条款和要件构成适当的公共控制法律工具”^[14]。这一论述深刻地揭示出特许是对传统管制方式的革新手段，以及自然资源特许使用协议作为“公共控制法律工具”的公法特性。而特许使用协议履行过程中，行政机关基于公共利益的需要或对被许可人不正当履行合约的行为，有单方面撤销、变更合同之权力，则体现了特许协议的公益属性*。

基于上述分析，我们认为，自然资源特许使用协议的签订，应该是特许决定过程的一个环节；被许可人对自然资源特许使用协议的履行状况属于特许法律监督的内容之一。无论是为了满足行政特许的监管需要还是为了满足被许可人权利救济的需要，我们都有必要从整体上把握行政特许决定与特许使用协议的关系，将其认定为一个行政法律关系，而不应该人为地将其分割为两个法律关系。因此，对于自然资源使用协议，我们认为将其定位为行政合同更加恰当与准确。

（二）自然特许使用协议作为行政合同的意义

已有研究成果显示，对于国有土地使用权出让合同、矿产资源、水资源、海域等自然资源使用权出让合同、公用事业政府特许经营协议等，民法学界主流观点将其认定为民事合同，行政法学界主流观点是将其认定为行政合同，但我们认为把自然资源特许使用协议视为行政合同，绝不是出于学科与派别的偏见，而是为了更好地保护相对人与第三人利益，以及促使行政机关更为有效地履行自然资源管理职责。而且从理论上厘清这一学术疑难问题，我们可以更充分理解《行政诉讼法》最新修改的正当性。

1. 克服双阶理论所带来的弊端，有利于保护相对人及第三人的利益。首先，自然资源特许使用协议被视为行政合同，双阶理论所致的救济途径选择复杂化问题可被化解。譬如“鹏伟公司采矿权纠纷案”中，《采砂权出让合同》履行中的纠纷，是通过民事诉讼的途径来解决的，但是，鹏伟公司请求采砂办退还其多支付的拍卖成交款以及多缴纳的各种税费，二审法院不予支持，认为需要当事人应另行提出行政诉讼。相反，倘若该合同被视为行政合同，当事人的所有主张可以实现“一揽子”解决，不仅节约司法资源，也降低了当事人的诉讼成本。而从实践情况看，不少进入民事诉讼的行政协议案件经常出现反复申诉和裁判的现象，其原因就在于民事诉讼无法理顺和调整行政法

* 修正后的《行政诉讼法》第十二条第十一项的规定，只解决了行政机关一方不履行协议的情况，其主要原因除了行政诉讼法原告不可能是行政主体外，还在于行政相对人不履行合同，行政机关一方可以通过其他途径解决，如对特许经营者不按照协议约定提供公共服务的，行政机关可以取消特许经营，这也是行政合同区别于民事合同的重要之处。参见信春鹰：《中华人民共和国行政诉讼法释义》，法律出版社2014年版，第44页。

律关系,存在诸多法律和程序上的障碍^{[15](P56-57)}。将此类争议纳入行政诉讼受案范围,有利于争议的一并解决^{[16](P44)}。

其次,自然资源特许使用协议被视为行政合同,那么签订协议的行为和特许决定都为公法行为,协议纠纷的解决就可以与特许决定很好地勾连起来,从而有利于保护第三人的利益。譬如在“鹏伟公司采矿权纠纷案”中,诉讼双方当事人在达成协议过程中都存在过错,以私底下的承诺来规避上级机关对于采砂量的限制。行政许可法第53条规定,行政机关违反招标、拍卖程序,损害申请人合法权益的,申请人可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼。根据二审法院的判决,《采砂权出让合同》中的采砂量条款将予以变更,上级机关也就无法撤销存在违法情形的采砂特许决定。假设其他申请人申请复议或提起诉讼,复议机关或法院认为招标程序违法而撤销该协议,又会导致两个判决或复议决定与“鹏伟公司采矿权纠纷案”判决结果之间的冲突。相反,把自然资源特许使用协议视为行政合同,并且签订采砂出让合同协议的行为是特许决定行为的组成部分,那么,协议纠纷的解决与特许行为续存与否直接联系。至于招标过程中的其他申请人,对特许决定不服的,可以通过申请行政复议或提起行政诉讼来救济权利,复议结果或法院判决将直接影响特许协议与特许决定的效力。

2. 有利于发挥自然资源特许使用协议在特许法律监督中的作用。查看各地制定的自然资源特许使用协议范本(格式合同范本),我们可以发现各范本中的大量条款都是对已有法律规范的再重复,其形式意义大于实质意义,因为不论协议中是否规定受让人的法定义务,都不能妨碍行政机关依法对受让人的监督检查。并且,毋庸置疑的是,双方约定的条款假若与法律法规相抵触,这些约定条款是不能产生任何效力的。同时,我们可以看到,实践中的自然资源特许使用协议,除了会对法律中规定的受让人义务作出重复约定外,尚有其他的关于受让人义务的约定。这主要表现为两个方面。一是自然资源特许使用协议所约定的受让方所需承担的义务,往往多于法律法规所规定的义务。例如,《海域使用权管理规定》第38条只规定了转让海域使用权所应具备的五大条件,但是有的地方的海域使用权转让合同中还要求满足“出让海域需整体转让,不得分割”等条件,这样的规定是处于地方政府进行海域管理的需要,且是在双方协议一致的前提下确定的,并不能视为违法的约定。二是法律的规定可以通过自然资源特许使用协议的约定得到具体的实施。譬如《行政许可法》第66条规定的被许可人应依法履行开发利用自然资源的义务。但是,被许可人何种行为方符合履行了义务的标准,往往需要在协议中作出更加细致的约定。再比如采矿权人应当按照法律规定一次性或分期缴纳采矿权价款,然而分期缴纳价款具体如何实施,并没有明确的法律规定,为此,协议双方当事人可以约定具体的分期缴纳办法。而无论是法定外义务还是对法定义务的具体细化之协议规定,只要是双方当事人协议一致的结果,且与法律法规不抵触、不存在欺诈、胁迫等情形,受让方都应该按照协议规定全面地予以履行。

如果自然资源特许使用协议被视为民事合同,那么围绕合同约定所产生的争议就应该按照民事规则进行解决。而同样是协议中规定的事项,行政机关却可以根据法律的授予行使监督权要求受让人依法履行其法定义务。这就可能出现了针对同一个协议的不同约定,却需要采用公法、私法两种规则要求受让方履行义务的现象。或者说,特许使用协议的私法定位会导致“公法遁入私法”之结果,从而削弱行政机关特许法律监督的效力。相反,将自然资源特许使用协议作为行政合同来看待,就可以完全理解行政机关(即出让方)在特许协议中的特权规定,更为重要的是,自然资源特许协议也因此成为特许法律监督的重要依据。特许法律监督机关除了可以根据《行政许可法》、自然资源单行法律法规的授权进行监督外,也可以按照协议中的特别约定作出监督。这既有利于法律目的切实得以实现,亦有利于特许监督中所产生争议的解决。

参考文献

- [1] 王克稳. 论行政特许及其与普通许可的区别[J]. 南京社会科学, 2011, (9).
- [2] 李霞. 论特许经营合同的法律性质——以公私合作为背景[J]. 行政法学研究, 2015, (1).
- [3] 江利红. 行政过程论研究[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2012.
- [4] 程明修. 行政法之行为与法律关系理论[M]. 台北: 新学林出版股份有限公司, 2005.
- [5] [德] 哈特穆特·毛雷尔. 行政法总论[M]. 高家伟, 译. 北京: 法律出版社, 2000.
- [6] 吴庚. 行政法之理论与实务[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2005.
- [7] 中华人民共和国最高人民法院行政审判庭. 中国行政审判案例(第3卷)[M]. 北京: 中国法制出版社, 2013.
- [8] 中华人民共和国最高人民法院行政审判庭. 中国行政审判案例(第2卷)[M]. 北京: 中国法制出版社, 2011.
- [9] 廖义男. 国家赔偿法(增订二版)[M]. 台北: 三民书局, 1998.
- [10] 陈敏. 行政法总论(第6版)[M]. 台北: 自版, 2009.
- [11] 李建良. 行政契约与私法契约区分的新思维[J]. 月旦法学杂志, 2008, (6).
- [12] 许宗力. 双方行政行为[A]. 新世纪经济法制之建构与挑战[C]. 台北: 元照出版公司, 2002.
- [13] 王克稳. 论行政审批的分类改革与替代性制度建设[J]. 中国法学, 2015, (2).
- [14] [英] 卡罗尔·哈洛, 理查德·罗林斯. 法律与行政(下卷)[M]. 杨伟东, 等, 译. 北京: 商务印书馆, 2004.
- [15] 江必新, 邵长茂. 新行政诉讼法修改条文理解与适用[M]. 北京: 中国法制出版社, 2015.
- [16] 信春鹰. 中华人民共和国行政诉讼法释义[M]. 北京: 法律出版社, 2014.

(责任编辑 周振新)

MAIN ABSTRACTS

Research of the Methods and Behaviors in the Process of Local Governments' COD Total Emission Control

SONG Xiu-lin, GONG Meng-jie, WANG Xiao, ZHANG Ling-yun, QI Ye

In the 11th Five-Year-Plan period, there were three main methods for provincial governments to reduce the total emission of COD, which were water-treatment plant construction, industrial treatment and outdated capacity reduction. Each provincial government had its own preferences of the three methods, and the control performances were different from each other. Based on the principal component analysis and multiple regression, this article examined possible influence factors of the method preferences and performances. The result showed that the emission background characterized by the emission intensity and the ratio of domestic and industrial COD, and the fiscal and environmental regulation capacity could affect the provincial governments directly. The provincial governments had rational and obvious preference for the high-potential COD reduction methods. The local industry structure had no effect on COD reduction methods. On the basis of empirical analysis, this article discussed the decentralized environmental governance model of Chinese government system. It was proved that the local governments preferred political interest to economic interest. The promotion evaluation also played important roles in environment protection. But local governments' method preference in total emission control deviated from the original policy goals.

Game Playing of LNG International Discourse Right and China' s Coping Strategies

SHI Dong-ming

The game playing of LNG international discourse right is becoming more and more intensified with the increasing impact of LNG on global geopolitics. At present, it is impossible that GECF converts into a natural gas cartel. U. S. LNG export will contribute to constructing its LNG international discourse right, and strengthen its geopolitical advantages, but this will not produce a substantial impact in the next two or three years. Asia-Pacific has become a focus area of LNG game playing. The game playing of LNG international discourse right will have a significant impact on China. China' s coping strategies include establishing trade hub of East Asia, promoting reform of domestic natural gas system, encouraging diversification of natural gas import, and actively participating in and constructing international energy governance regimes.

Comparative Study of "Measurable, Reportable, Verifiable System" in Local Pilot Sites of Carbon Emissions Trading System

PENG Feng, YAN Li-dong

The core of non-compliance mechanism of UNFCCC is the supervision system. The existing Kyoto mechanism supervision system includes reporting system, registration system and compliance mechanism. The trend of the post-2012 international climate negotiations is that the compliance mechanism of Kyoto Protocol will give way to a weaker legally binding "Measurable, Reportable and Verifiable system" (MRV). The new international rules of MRV system is going to be modified and reconstructed under the framework of UNFCCC+ and Kyoto Protocol+. The international standard is to be further unified and clarified. The MRV rules of local pilot sites of carbon emissions trading have showed different content and features. The unity of MRV system and legal regulatory framework needs to be established in the national carbon emissions trading system.

On the Nature of the License Agreement of Natural Resources: Critical Analysis Based on the Two-stage Theory

OUYANG Jun-jun

The two-stage theory is originated in Germany, and applied in Taiwan region of China. In mainland China, the two-stage theory is not explicitly adopted in the legislation, but has been applied a lot in the judicial practice to solve the disputes of the license contract or agreement. The "Wei Peng company mining rights dispute case" indicates that the theory has been approved of by the Supreme People's court.

However, whether in Germany or in Taiwan region, the two-stage theory is widely questioned, and becomes an “excess load theorem”. In terms of the license agreement of natural resources, it should be characterized as public law contract but not private law contract, which has positive significance in protecting the rights and interests of the relative party and the third party, and implementing the legal supervision by the administrative organizations. The latest revision of The Administrative Procedure Law will lead the two-stage theory to the end in the legislation of mainland China.

Defense, Distortion and Return to Marxist Conception of Nature: An Exploration into Michael Löwy's Eco-socialism Theory SHEN Sen

Michael Löwy is an active and important scholar in the field of ecological socialism in contemporary Europe. Different from the North America Eco-socialism school's approach to study on Marxist dialectical materialism view of nature, Löwy responds to ecological ecological view of marxism from a political economics perspective to criticize capitalism, and he tries to describe the macroscopic picture and explore the ways to realize ecological socialism. His interpretation of Marxism is not scientific, but still has important ecological significance for modernization progress in our country, especially in how to avoid falling into the “developplism” trap.

Can Stakeholders' Satisfaction Help to Ease Financing Constraints of Small and Medium Enterprise Board Listed Companies? TANG Peng-cheng, YANG Shu-wang

In this paper, by the use of relevant data from 2008 to 2013 of China's small and medium-sized enterprises board listed companies of manufacture, both conflict resolution mechanism and management opportunism hypothesis are used to construct theoretical analytical framework of the influence of stakeholders' satisfaction on financial constraints, together with the use of cash flow sensitivity of cash. The empirical results show that middle and small-sized enterprises' stakeholders' satisfaction is in the weak state; middle and small-sized enterprises are faced with serious financial constraints with more dependence on the internal financing; enterprises can increase stakeholders' satisfaction to ease the financing constraints, namely supporting the hypothesis of conflict resolution mechanism. When enterprise attaches great importance to sharing interests with stakeholders, both information asymmetry and “principal-agent” problem can be solved to bring the convenience of exogenous financing.

Research on Influences of Microblog Use of Investigative Journalists WU Tao, ZHANG Zhi-an

This paper aims to discuss the influences of microblog use on the production practice and professional consciousness of the investigative journalists from Chinese mainland. The research questions are: what influences does investigative journalists' microblog use have on their news practice at efficiency level and professional consciousness at concept level? Behind those influences, which changes are expanded based on such complex factors as individual, organization or industry, and social situations? What advantages and disadvantages will be brought to Chinese journalism's professionalism, autonomy and publicity under new media's environment by microblog use? The research shows that under conventional situations, the internet functions that investigative journalists use most are as followings: getting dynamic and background information with search engine, looking for news clues with BBS, expanding interpersonal cycle with QQ and MSN, and looking for news clues with portal website. Compared with the conventional tools, using microblog for news breakthrough, social mobilization and vocational struggle is usually a way to game with the power regulation under unconventional situations. However, the efficiency optimization in conventional situations shows integrity, while the technical empowerment in unconventional situation is individual. From the structure aspect, microblog use doesn't essentially change the freedom and space of investigation and report.