

· 2024年《法学研究》论坛 | 市场主体平等保护 ·

编者按：2024年《法学研究》论坛以“市场主体平等保护法治环境的构建与维护”为主题，于6月22-23日在杭州召开，得到了浙江大学光华法学院的大力支持。市场主体平等保护在我国社会的实现程度，与理想还存在一定距离。制度建设上，市场主体平等保护的观念得到了确认，也得到了一定的保障，但在实现机制和效果上仍有很多不足。《法学研究》期待以此选题为契机，通过不同领域、视角和知识的综合分析，提出更贴近现实、更符合社会发展方向、更具启发性的法治政策建议和理论研究成果。

## 中国合同法上的产权平等保护

罗 昆\*

**内容提要：**梳理我国合同制度可知，民事基本法中的合同制度主要贯彻了形式上的产权平等保护；保护国有资产的特别交易法已成体系但大部分未融入合同法的制度体系中；保护民营经济的特别交易规则并不存在，但以形式平等保护、依法平等保护、全面平等保护为内涵的产权平等保护司法理念已经影响到合同法的司法实践。一般而言，合同法上的平等保护需服从两项规则，一是以形式平等为原则、以实质平等为例外的实体规则；二是实质平等观的证成至少需遵循反向证伪、挖掘实质差异、注意适用范围、实现合理回应等四项论证规则。国有财产归属主体实体法地位的模糊性、授权代表的多重性、授权范围的宽泛性、授权性质的复杂性，决定了我国合同法上的产权保护应以形式平等为原则、以实质平等为例外，在特定制度上对国有产权主体与私有产权主体实行差异化对待。具体而言，在国有土地使用权出让合同违约金调整、行政协议范围确定问题上，应贯彻形式平等观；在预约合同与无拘束力协议的区分、越权代表或越权职务代理中法定授权限制的典型情形、恶意串通的案型扩张问题上，应贯彻实质平等观。

**关键词：**合同法 产权保护 国有资产 民营经济 形式平等 实质平等

### 一、问题的提出与讨论范围的界定

产权平等保护要求平等对待各类市场主体，不因市场主体的所有制、国籍、地域等因素实

\* 武汉大学法学院教授。

本文系国家社科基金重点项目“《民法典》适用中的国家利益保护问题研究”（20AFX016）的阶段性成果。

行区别对待或者歧视。这不仅是执政党的庄严政治承诺,更已成为一项基本的法治原则,贯穿于立法、执法、司法等各个环节。但是整体上,近二十年来,有关产权平等保护的理论和实践仍存在两大迷思:首先,在宏观政策上,一方面,从中央到地方空前重视产权平等保护和优化营商环境,相关政策文件、法律法规、司法典型案例密集出台;另一方面,从2002年《招标投标挂牌出让国有土地使用权规定》(国土资源部第11号文,以下简称“招拍挂规定”)明确所有经营性用地一律实行竞争性缔约,到制定政府采购法、企业国有资产法,再到出台《关于加强和改进企业国有资产监督防止国有资产流失的意见》(国办发〔2015〕79号)、《中央企业投资监督管理办法》(国务院国有资产监督管理委员会令第34号),以及近期出台《国有企业管理人员处分条例》(国务院令第781号),强化国有资产保护的制度网可谓越来越严密,说明国家始终高度重视国有资产保护。〔1〕两相对比,产权平等保护与国有资产特别保护的关系应如何处理?其次,在私法领域,从物权法草案曾一度引发“违宪风波”,到原物权法第4条小心翼翼地规定“一体保护”,再到民法典第207条终于明确规定“平等保护”,产权平等保护貌似更多的是一个物权法上的命题。〔2〕与物权法上关于产权平等保护的成果蔚为大观不同,合同法上关于产权平等保护的研究明显有限。然而实践中,合同法上的产权平等保护之重要性可能超乎想象,2016年最高人民法院发布十起依法平等保护非公有制经济典型案例,其中合同纠纷竟然多达八起。〔3〕那么,合同法上产权平等保护的内涵是什么?中国合同法及司法实践是否已经正确、充分地贯彻了产权平等保护原则?中国合同法究竟要不要对国有资产保护作出特殊交易安排?本文拟对以上问题进行探讨。

产权平等保护的涵义十分宽泛,因此有必要对讨论范围作以下限定和说明:第一,本文的讨论限于所有制视角下的产权平等保护,不涉及国籍、地域、资本来源等视角。〔4〕第二,产权平等保护有狭义与广义之分,本文不仅涉及狭义上的财产权利受法律平等保护,也涉及广义上的市场主体法律地位平等。〔5〕且产权平等保护名为财产或财产权的平等保护,但本质上还是主体的平等,即不因所有制的不同而对市场主体实行差异化对待。〔6〕第三,产权平等保护本质上是国家对市场主体的责任,因此产权保护意义上的市场主体法律地位平等与民法上的平等原则或民事主体法律地位平等并不完全相同。民事、行政、刑事领域均存在市场主体法律地位平等的问题,但个案或具体法律关系中的主体法律地位平等仅存在于民事领域。〔7〕第四,

〔1〕其他重要文件,如2010年《关于进一步推进国有企业贯彻落实“三重一大”决策制度的意见》(以下简称“三重一大意见”)、2015年《中共中央、国务院关于深化国有企业改革的指导意见》、2016年《国务院办公厅关于建立国有企业违规经营投资责任追究制度的意见》、2017年《中央企业投资监督管理办法》《中共中央关于建立国务院向全国人大常委会报告国有资产管理情况制度的意见》、2018年《关于加强国有企业资产负债约束的指导意见》、2020年《行政事业性国有资产管理条例》及2020年修订的《国有资产评估管理办法》。

〔2〕相关研究,参见孙宪忠:《再论我国物权法中的“一体承认、平等保护”原则》,《法商研究》2014年第2期,第67页以下;王利明:《平等保护原则:中国物权法的鲜明特色》,《法学家》2007年第1期,第128页以下;赵万一:《论我国物权立法中的平等保护原则》,《上海大学学报(社会科学版)》2007年第5期,第116页以下;尹田:《论物权法平等保护合法财产的法理依据》,《河南省政法管理干部学院学报》2006年第3期,第6页以下。

〔3〕参见《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民事商事典型案例》, <https://www.court.gov.cn/zixun/xiangqing/19202.html>, 2024年11月10日最后访问。

〔4〕参见姚海放:《转换视角论“平等保护民营企业”》,《经济法学评论》2019年第2期,第4页以下。

〔5〕参见王利明:《论平等保护民营企业产权》,《上海政法学院学报》2023年第3期,第2页。

〔6〕参见刘作翔:《权利的平等保护》,《云南大学学报(法学版)》2008年第5期,第20页。

〔7〕有观点认为行政法律关系主体之间也存在平等的趋向。参见方世荣:《对当代行政法主体双方地位平等的认识——从行政相对人的视角》,《法商研究》2002年第6期,第71页以下。

本文的讨论限于民商法且以合同法为中心，不涉及市场准入、市场监管等纯粹行政法上的问题，也不涉及宪法、刑法等法律部门。〔8〕第五，鉴于目前实践中产权平等保护问题最为集中地体现在国有产权〔9〕与私有产权之间，本文不讨论集体产权的平等保护问题。总之，本文主要讨论国有产权主体与私有产权主体在民商法特别是合同法上的法律地位平等和财产权平等保护问题。

## 二、中国合同法贯彻产权平等保护原则的现状

中国合同法对产权平等保护原则的贯彻，可以从三个方面进行观察。

### （一）民事基本法的变化

民法典中关于合同的民事基本法，是在原合同法的基础上修改完善而来。原合同法的制定秉持“从我国实际出发，借鉴国外合同法律的有益经验”之思路，一方面大量参照国际公约、国际示范法以及外国示范民法典中的相关制度；另一方面也从我国实际出发，回应公有制经济主体地位的制度要求。〔10〕基于这样的认识，原合同法第38、52、59、104、127条被认为体现了我国以公有制为主体这一实际，其中最具典型性的是第52、54条关于受欺诈、胁迫订立的合同效力的二元规定。这样规定的理由在于，“在经济生活中出现很多以此类合同的方式侵吞国有资产和侵害国家利益的情形，但是受害方当事人害怕承担责任或者对国家财产漠不关心，致使国有资产大量流失，若此类合同不纳入无效合同之中，则不足以保护国有资产”。〔11〕但是，学理上在讨论原合同法第52条第1、2项的具体适用时，就国有企业代表国家利益的观点存在较多批评，其中就包括该种观点有违形式平等。〔12〕及至原民法总则以及民法典，明确规定基于被欺诈、胁迫订立的合同不再因损害国家利益而无效。这一修改的主因是原合同法的规定“与传统民法理论及世界各国和地区的立法例不符”。〔13〕至此，我国民事基本法中的合同制度构建实际上主要秉持了形式平等观，原则上不再从所有制角度区分不同市场主体给予差异化保护。

### （二）保护国有资产的特别规定及其对合同法的影响

关于国有资产交易的法律制度，散见于众多特别法如政府采购法、招标投标法、拍卖法、企业国有资产法等，涵盖了国有土地使用权出让、政府采购、国有企业股权交易或者资产交易三类典型的国资交易。整体而言，交易主体为国有资产的所有者或者经营管理者，或者交易客体、支付来源为国有资产时，出于保护国有资产的需要，一定规模以上的相关交易一般需采用

〔8〕 参见胡云腾：《正确适用刑法平等原则切实保护民营企业权益》，《中国检察官》2019年第7期，第34页。

〔9〕 原民法通则使用“国家财产”的表述，民法典则使用“国有财产”的表述，而监管机构、相关特别法、行政法规多使用“国有资产”的表述。“国有资产”的外延较“国有财产”广，包括国家所有的各种形态的财产和国家提供资金设立并控制的法人所有的财产。“两权分离”时代“国家财产”“国家资产”均归国家所有。本文基于以上理解使用相关概念，并以“国资主体”或“国有产权主体”指代国家财产、国有财产、国有资产的产权人。

〔10〕 参见顾昂然：《中华人民共和国合同法讲话》，法律出版社1999年版，第4页以下。

〔11〕 胡康生主编：《中华人民共和国合同法释义》，法律出版社2013年版，第101页。

〔12〕 参见王轶：《民法价值判断问题的实体性论证规则》，《中国社会科学》2004年第6期，第110页以下。认为国有企业的利益不同于国家利益，其目的是借此证明应平等对待国有企业和民营企业。然而，一则国有企业的利益属于国家利益的一部分已为国家政策、监管法规、司法实践所普遍承认，二则仅破除国有企业的特殊优待却不破除其他国资主体的特殊优待，仍然无法充分保护民营企业。本文尊重国有企业代表国家利益这一通常理解，并试图解决更为广泛的国资主体与私有主体在交易法上的平等保护问题。

〔13〕 黄薇主编：《中华人民共和国民法典总则编释义》，法律出版社2020年版，第393页。

特别程序，具体依交易主体的不同又大致分为两类。

第一类是国家机关、事业单位、团体组织使用财政资金从事政府采购，或者土地管理部门代表国家出让国有土地使用权时，原则上需采用竞争性缔约方式。例如“招拍挂规定”第4条、原物权法第137条第2款、民法典第347条第2款均规定，经营性用地应当采取招标、拍卖等公开竞价的方式出让。又如政府采购法第26条第2款规定，“公开招标应作为政府采购的主要采购方式”。应当采用竞争性缔约方式但未采用的，将导致有关条款无效甚至整个合同无效。这一点已经体现在司法实践中，只是鲜被关联到对国有资产给予交易上的特别保护之理念上。<sup>[14]</sup>

第二类是企业国有资产的重大交易需经企业经营管理者集体决策。根据企业国有资产法第30、32条的规定，国有独资企业、国有独资公司进行重大投资、为他人提供大额担保、转让重大财产、进行大额捐赠等重大事项，需由企业负责人或者董事会集体讨论决定。结合企业国有资产法、“三重一大意见”、《中央企业投资监督管理办法》的相关规定，国有企业的重大投资行为在履行“三重一大”集体决策程序之前，通常还需要纳入年度投资计划（预算）、开展可行性研究、进行资产评估等。虽然从民法的角度看，上述交易中的资产有的属于国家，有的属于国家控制的法人，但从所有制的角度看均属于国有资产，因而代表国家进入市场交易的主体本质上均属于“代理人”，交易的正当性唯有通过严格的授权和复杂的交易程序方能获证，这也带来了对管理者的监督成本和管理者的风险规避成本。<sup>[15]</sup>但遗憾的是，司法实践中对以上程序性规则的认识还停留在国有企业内部管理性规定的层面，上述法定缔约程序规则尚未影响交易行为的外部效力，因而对合同法的影响较为有限。

### （三）保护民营经济的特别规定及其对合同法的影响

到目前为止，保护民营经济的中央政策如《中共中央、国务院关于促进民营经济发展壮大的意见》、法律法规如《优化营商环境条例》，主要还是在强调和落实不同所有制经济的平等保护，并不存在对民营经济给予特殊保护的规则。但是，密集的政策就不再只是政策，而是“大局”，因此也明显影响到“为大局服务”的司法。

近十年来，最高人民法院围绕产权平等保护连续发布了一系列司法文件，不断强调产权平等保护的司法理念。<sup>[16]</sup>同时，最高人民法院每年成批发布以产权平等保护为主题的典型案例，同样是以司法理念的形式指导全国法院的审判实践。<sup>[17]</sup>从历年发布的产权平等保护司法

[14] 例如，《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》（法释〔2020〕17号，以下简称“国有土地使用权纠纷解释”）第3条规定，以协议方式出让土地使用权，协议价格低于政府依国家规定确定的最低价的，约定的价格条款无效。又如，《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》（法释〔2020〕25号）第1条规定，建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的，合同无效。再如，《最高人民法院关于在民事审判和执行工作中依法保护金融债权防止国有资产流失问题的通知》（法〔2005〕32号）第4条规定，破产案件中处置金融不良资产时须经合法的评估机构评估和依法拍卖。

[15] Chin-Bun Tse, *A Critique of the Logic of the Agency Costs Theory for Dividends in the Finance Literature*, 15 *The Journal of Interdisciplinary Economics* 26 (2004).

[16] 比较重要的，如《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）、《最高人民法院关于充分发挥审判职能作用切实加强产权司法保护的若干意见》（法发〔2016〕27号）、《最高人民法院关于依法妥善处理历史形成的产权案件工作实施意见》（法发〔2016〕28号）、《最高人民法院关于为改善营商环境提供司法保障的若干意见》（法发〔2017〕23号）。

[17] 例如，2017年发布《最高人民法院行政审判十大典型案例（第一批）》、2018年发布《人民法院充分发挥审判职能作用保护产权和企业家合法权益典型案例》（第一批和第二批）、2019年发布《依法平等保护民营企业家人身财产安全十大典型案例》、2020年发布《产权保护行政诉讼典型案例》、2021年发布《人民法院助推民营经济高质量发展典型商事案例》《人民法院充分发挥审判职能作用保护产权和企业家合法权益典型案例》（第三批）、2023年发布《涉民营企业产权和企业家合法权益保护再审典型案例》。

文件和典型案例来看，有三点值得注意：首先，多年来连续发布司法文件和典型案例的做法，直观地体现了最高人民法院对优化营商环境、加强产权平等保护的高度重视，同时也从侧面反映了产权平等保护在实践中始终存在需要强化和完善之处。其次，司法机关关于产权平等保护的理念保持了长期连贯性，同时该理念的内涵也在不断丰富。目前主要包括三层内涵：一是形式平等保护，即不因市场主体的国有或者民营身份而区别对待，二者均受保护；二是依法平等保护，即对民营市场主体和国有市场主体任何一方的保护均不能超越法律规定，同时要以发展眼光客观看待和依法妥善处理改革开放以来各类企业特别是民营企业经营过程中的不规范问题；<sup>〔18〕</sup>三是全面平等保护，即“坚持各种所有制经济权利平等、机会平等、规则平等”，或者“确保诉讼地位平等、诉讼权利平等、法律适用平等”，将平等保护原则贯穿于案件处理的全流程。最后，司法机关强调产权平等保护的力度、频率明显超过国有资产特别保护，但这种强调主要表现为司法理念而非具体规则。“司法理念相当于法院和法官在审判案件之前戴上的‘有色眼镜’，对证据和事实的认定、对法律适用甚至具有方向性的重大影响。”<sup>〔19〕</sup>

就我国市场交易的实际情况而言，我国以公有制为主体，大量国有资产和国资主体进入市场，与以私有主体为主的市场环境客观上完全不同。因此，现行合同法及其实践对产权平等保护原则的贯彻，就不只是充分与否的问题，还涉及应当如何贯彻以及贯彻得是否正确的问题。

### 三、合同法上平等保护的一般理论

对合同法上贯彻产权平等保护原则的情况进行检讨评价，首先应该明确合同法上关于平等保护的一般理论。具体可以从实体与程序两个方面展开：

#### （一）合同法上平等保护的实体规则

“民法上的平等存在着形式平等与实质平等两个维度。”实质平等的基本含义是“不等者不等之”。<sup>〔20〕</sup>民法典第4、14、113、207条均系贯彻形式平等观，可以分为主体地位平等、权利能力平等、财产权保护平等、物权保护平等四个层次，其中关于财产权保护平等的第113条可以涵摄合同法上的平等保护。民法典第4条规定的主体地位平等与产权平等保护意义上的主体法律地位平等虽有不同，但前者也可视为后者在民事领域特别是合同法领域的具体体现。上述法律规定再次印证了我国民法确实比较充分、明确地贯彻了形式平等观。<sup>〔21〕</sup>

当然，我国民法也并非只贯彻了形式平等观。首先，绝对的形式平等并不存在，形式平等只存在于特定范围内。平等作为一种规范性价值，可以反映在主体或者事务两个维度，可以是有限的群体在所有事务上的开放性平等，可以是所有人在有限事务上的普遍性平等，还可以是所有人是一切事物上的综合平等，但第三种并不现实。<sup>〔22〕</sup>以自然人为例，一方面，民法不区分自然人在经济、资讯、知识、经验上的特殊情况，只检视行为能力这一形式标准，固然可以称之为形式平等；但同时民法又区分完全民事行为能力人、限制民事行为能力人、无民事行为

〔18〕 参见前引〔16〕，《最高人民法院关于充分发挥审判职能作用切实加强产权司法保护的意見》，第5条。

〔19〕 李群星、罗昆：《论法律适用统一的判断标准》，《中国应用法学》2020年第5期，第45页。

〔20〕 易军：《民法基本原则的意义脉络》，《法学研究》2018年第6期，第56页。

〔21〕 多数学者将民法上的平等原则界定为形式平等，但也有学者认为平等原则不限于形式平等，还包括实质平等。参见上引易军文，第56页。

〔22〕 参见汤云：《平等的形态及其主体建构》，《社会科学辑刊》2018年第4期，第115页。

能力人,分别判断行为人在个案中是否具备行为能力,这说明民法上的形式平等只是在一定范围内和一定程度上的,形式平等与实质平等是相对而言的。其次,民法虽然贯彻形式平等观,但实际上也关照到了特定主体之间需要贯彻实质平等。例如,民法典第128条规定:“法律对未成年人、老年人、残疾人、妇女、消费者等的民事权利保护有特别规定的,依照其规定。”最后,民法在许多领域只是以形式平等为原则,往往同时为维护实质平等而作出种种特别规定。例如,区分一般自然人的人格利益保护(民法典第四编人格权编)与英烈的人格利益保护(民法典第185条),分别规定不同的保护规则;又如,区分一般合同条款与格式条款,规定一般的合同解释规则(民法典第142、466条)与专门针对格式条款的解释规则(民法典第498条)。可见,作为原则的平等保护只能是形式平等,实质平等均为例外。

合同法属于民法之一部分,且属于民法中最具国际性、自愿性的部分。就国际性而言,合同法原则上应该平等对待不同国籍的市场主体,仅在特定领域基于特定理由才能对外国市场主体给予特别对待。就自愿性而言,形式平等正好体现了合同自由,而实质平等本质上就是在特定领域基于特定理由对合同自由的限制。因此,合同法最应该贯彻以形式平等为原则、以实质平等为例外的平等保护原则。合同法事实上也正是这样处理一般问题和特殊问题的,民法典合同编的总分体例很大程度上体现了这一原则。

## (二) 合同法上平等保护之论证规则

民法上的原则与例外关系具有特殊的规范意义,创设相对于原则性规定的例外时,“要清晰地认识到各该制度的例外性格,从严而非轻率地构建其制度本体”。<sup>[23]</sup>同时,在特定问题上,究竟应该贯彻形式平等观还是实质平等观,本质上属于价值判断问题。价值判断问题的讨论应当秉持的原则之一是,“在没有足够充分且正当的理由的情况下,应当坚持强式意义上的平等对待”。<sup>[24]</sup>因此,主张合同法上应当贯彻形式平等观的,无需特别论证,而主张特定制度应当贯彻基于所有制的实质平等观的,则应承担严格的论证责任,提出充分且正当的理由。

在循此展开进一步论证之前,必须清醒地认识到,此种关于实质平等观的论证必然是艰难且应当极为谨慎的。<sup>[25]</sup>一则,所谓“从严而非轻率”“充分且正当”,本身具有不确定性;二则,从既往经验来看,一些情况下看似理由并不“充分且正当”实则“充分且正当”;或者反之,看似理由“充分且正当”,实则存在逻辑上的偏差。结合前文提及的两项典型的采实质平等观的制度可知,私法上适用实质平等观至少应该遵循以下四项论证规则:

一是采用反向证伪之论证路径。理由是否“充分且正当”,难以直接证明,而平等观正好又分为形式平等与实质平等两种类型,故可以采用归谬的方法,通过反向证伪来证明,即证明如果采形式平等观、不采实质平等观,则明显有违公平正义,从而证明采实质平等观的必要性。以格式条款制度为例,格式条款的提供方往往在经济上、交易链条上居于强者地位,而格式条款的接受方往往相对弱势,如果采形式平等观将格式条款与一般合同条款等而视之,则在许多情况下法律适用的结果明显有违公平正义。由此可以反向证明采实质平等观之必要性,即理由“充分且正当”。

二是挖掘实质差异作为论证要点。实质平等观的证成,关键是挖掘出特定对象的特性或对

[23] 易军:《原则/例外关系的民法阐释》,《中国社会科学》2019年第9期,第89页。

[24] 强式意义的平等观和弱式意义的平等观分别对应通常所称形式平等观和实质平等观。参见前引[12],王轶文,第109页。

[25] 参见应飞虎:《权利倾斜性配置研究》,《中国社会科学》2006年第3期,第135页。

象之间的实质性差异，且此种特性的存在将导致忽略特性或差异性而适用形式平等观的结果明显有违公平正义。以英烈人格利益的特殊保护制度为例，一方面英烈代表了社会公共利益，另一方面英烈往往英年早逝或逝去年代久远，没有后人或后人散落海外，被侵权后鲜有后人出面维权，无法按照一般的人格权益保护制度获得救济，这也是英烈人格权益频遭侵害的原因之一。正是考虑到这一特殊性，民法典第 185 条和英雄烈士保护法第 24 条有意保持了维权主体的开放性，赋权英烈近亲属之外的其他单位、个人以社会公共利益之名为英烈维权。

三是注意实质差异之适用范围。形式平等总是存在于一定范围内，因此需要全面察知适用对象内部不同层次的实质性差异以判断是否需要贯彻实质平等观以及在多大范围内贯彻实质平等观。当然，“全面察知”只是一种理想状态，现实中往往取决于价值和经验，真正重要的是保持对实质平等适用范围上的必要谨慎。<sup>[26]</sup>仍以格式条款为例，民法典在就格式条款的订立、效力、解释作出特别规定时，并未考虑到格式条款的全部情形，也就未能全面察知格式条款内部的实质差异。格式条款属于特殊的合同条款，而格式条款又包含特殊情形——某些格式条款的提供方并非该条款的拟定方。例如，《机动车交通事故责任强制保险条款》便是由中国保险行业协会在主管部门的指导下制定、并由主管部门审定后“强制”各车险经营企业接受的条款。针对此类特殊的格式条款，加重“提供方”的提示说明义务、严格免责条款效力尤其是比照一般格式条款适用不利解释规则，则明显缺乏正当性。应将合同法上关于格式条款的三项特别规则严格限定在提供方同时系格式条款拟定方的情形下适用。

四是实现合理回应之论证结果。贯彻实质平等观还需结合特定对象的特性或对象之间的实质性差异作出特别规定进行回应，此时应确保特别规定的内容即回应的合理性。现在回头来看，从民法典第 497 条相对于原合同法第 40 条所作修改可知，原合同法专就格式条款中免责条款的效力作出特别规定，虽属正当，但规定的具体内容并不具有充分的合理性和正当性。此类问题应该避免。

本文后续讨论将运用以上实体规则和论证规则具体分析中国合同法上的产权平等保护问题。需要说明的是，以上讨论系以公平正义作为价值目标或者制度正当性的判断标准，而公平正义本身又有多种维度。产权平等保护的价值目标首先是经济效率这一功利性目标，营造公平的市场环境最终是为了鼓励投资、鼓励交易，进而增进全社会福利。效率属于正义的维度之一。但是，“效率原则本身并不能选择一种有效率的对特殊产品的分配方式”，还必须结合其他原则和价值目标。<sup>[27]</sup>同时，“分配正义的每一种实质解释都是一种地方性解释”。<sup>[28]</sup>市场主体平等保护价值的实现必须关照我国的基本经济制度、法制体系和司法实践，且仍需以一种最符合伦理性的方式来实现。

#### 四、中国合同法上产权保护的平等观

宪法第 6 条第 2 款、民法典第 206 条第 1 款均规定，我国实行“公有制为主体、多种所有制经济共同发展”的基本经济制度。按照马克思主义的基本观点，经济基础决定上层建筑，

[26] 参见 [德] 卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 51 页以下。

[27] [美] 约翰·罗尔斯：《正义论》，何怀宏等译，中国社会科学出版社 2009 年版，第 53 页。

[28] [美] 迈克尔·沃尔泽：《正义诸领域：为多元主义与平等一辩》，储松燕译，译林出版社 2022 年版，第 380 页。

“公有制为主体”的基本经济制度对作为上层建筑的法律制度具有决定性意义，法律应当回应该特定经济基础殆无疑义。但法律包括宪法、刑法、行政法等诸多法律部门，仅此一点尚不足以证成私法特别是合同法需要对我国以“公有制为主体”的基本经济制度作出回应。民法特别是合同法就产权保护是否应该秉持实质平等观，还需要充分挖掘国资主体的特殊性并展开具体论证。而私有主体的特殊性在此则无需讨论，因为现有合同法本就是以私有主体为原型而构建的。

相对于私有财产权，国有财产权的特殊性存在诸多面向。传统理论认为，国有资产所有者的法律特性，最具代表性的为主体的政权性和统一性。<sup>[29]</sup>此外，国有资产在功能上亦具有特殊性，由此可能带来转让或处分上的限制。但是如果直面交易实践，不同所有制的财产权在权利的归属和行使上更是存在实质差异，此种差异会构成民法特别是合同法对不同所有制主体采实质平等保护观的正当理由。

### （一）国有资产权利构造的特殊性

意思的形成与表达是交易中的核心问题。与交易法相关的国有资产权利构造的特殊性主要体现在与“授权”相关的四个方面：

第一，授权主体实体法地位的模糊性。我国国有资产的产权存在反向形成过程，即并非先明确全民的产权，然后再由全民把产权委托给国家行使，而是先由国家获得对国有资产的产权，然后再宣布归全民所有。<sup>[30]</sup>因此，从国家取得国有资产权利的途径来看，国家的法律地位至关重要。宪法第9条和第10条分别规定矿藏等自然资源属于国家所有、城市的土地属于国家所有，即国家是国有资产的产权人。如果说宪法的上述规定只具有所有制意义，那么民法典第242条、第246-254条规定的特定财产“属于国家所有”，则无疑具有物权法意义，即以国家为所有权主体。然而尴尬的是，民法典延续了原民法总则与原物权法两套主体概念的做法，一方面在民事主体制度中采用自然人、法人、非法人组织的主体类型，另一方面在所有权制度中采用国家、集体、私人的类型，国家的民事主体地位问题仍然有待明确。民法理论一直在努力对此作出回答，例如关于国家所有权的主体有单一主体说和多元主体说且各自又存在多种观点。<sup>[31]</sup>近年来，单一主体说似以国家即国库说较为有力，但我国民事基本法未就此作出规定。<sup>[32]</sup>作为国有资产产权主体的国家在私法上的地位模糊，以及由此导致国有资产的产权不能被清晰界定，必然对国有资产的保护产生影响，甚至被认为是“我国国有资产流失的根本原因”，而私有财产的权利主体则不存在这一问题。<sup>[33]</sup>

第二，授权代表的多重性。国有资产的产权行使实行多重代表制。以国有土地为例，根据民法典第246条第2款、土地管理法第2条可知，国务院代表国家行使国有土地的所有权。但根据“国有土地使用权纠纷解释”第1条，最终代表国家出让国有土地使用权的则为“市、县人民政府自然资源主管部门”。从国务院到市、县人民政府自然资源主管部门，其间还存在多轮授权。再以企业国有资产为例，现实中企业国有资产的投资关系极其复杂。<sup>[34]</sup>首先是出

[29] 参见屈茂辉：《中国国有资产法研究》，人民法院出版社2002年版，第32页。

[30] 参见于池：《中国国有企业权利委托代理关系研究》，中国经济出版社2012年版，第86页。

[31] 参见张建文：《转型时期的国家所有权问题研究》，法律出版社2008年版，第126页以下。

[32] 参见马俊驹：《论我国国家公共财产权制度体系的建构——从“主观权利”理论和域外立法实践中得到的启示》，《法学评论》2023年第1期，第37页。

[33] 参见顾功耘：《国有资产法论》，北京大学出版社2010年版，第350页以下。

[34] 参见孙宪忠等：《国家所有权的行使与保护研究》，中国社会科学出版社2015年版，第270页。

资人代表机构层面的授权，具体存在两种模式：一是民事基本法授权国务院、地方人民政府直接代表国家依法履行出资人职责，即直接授权、单重授权；二是国务院或者地方人民政府授权国有资产监督管理机构或者其他部门、机构代表本级人民政府对国家出资公司履行出资人职责，即间接授权、双重授权。更为复杂的情况是，根据《国务院关于推进国有资本投资、运营公司改革试点的实施意见》（国发〔2018〕23号）的规定，国家设立国有资本投资公司和国有资本运营公司，根据政府或者国有资产监管机构的授权“对授权范围内的国有资本履行出资人职责”，此时可能构成间接授权、三重授权。其次，是出资人代表机构对企业管理层的授权，即履行出资人职责的机构对国有企业厂长、经理或公司董事会进行授权，此时可能属于第四重授权。<sup>[35]</sup>每一层授权中出资人代表机构本身又存在由代表人或代理人代为表意、代为授权的问题。最后，还有企业对法定代表人的授权，以及企业经法定代表人对工作人员的授权，如此则授权的层次更多。综上，国有资产的经营管理控制包括出资人权利的行使不仅实行多重授权制，而且主要是向机构授权。授权层次越多，代理成本就越高。<sup>[36]</sup>相比之下，民营企业在出资人代表机构这个层面并不必然采多重授权和向机构授权之模式。

第三，授权范围的宽泛性。国有资产的权利行使还具有授权范围宽泛的特点。以企业国有资产为例，国务院和地方人民政府作为出资人代表，事实上享有出资人的全部权利。除应当报经本级人民政府批准的事项外，国有资产监督管理机构享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等几乎全部出资人权利。《国务院关于印发改革国有资本授权经营体制方案的通知》（国发〔2019〕9号）规定，出资人代表机构对国有资本投资、运营公司的授权事项包括“根据出资人代表机构的战略引领，自主决定发展规划和年度投资计划”，“依法依规审核国有资本投资、运营公司之间的非上市公司产权无偿划转、非公开协议转让、非公开协议增资、产权置换等事项”，“自主决策重大担保管理、债务风险管控和部分债券类融资事项”。而出资人代表机构作为股东对国有独资公司董事会的授权则几乎可以包括全部经营管理事项，仅保留“公司章程的制定和修改，公司的合并、分立、解散、申请破产、增加或者减少注册资本，分配利润”等少数几项关乎公司组织维持的事项。可见，国有企业出资人对出资人代表机构的授权、出资人代表机构对企业管理层的授权范围均非常宽泛，远非民营企业可比。

第四，授权性质的复杂性。传统民法区分代理和代表，代理人的行为只是法律后果归属于被代理人，代表人的行为则视为法人、非法人组织本人的行为；代理限于实施法律行为，而代表不限于实施法律行为。民法上的代表主要指法人的法定代表人或者非法人组织的负责人以组织体名义实施的行为，一则代表人均均为自然人，二则为单重授权。国有资产授权链条中的产权人代表的权限不限于实施法律行为，与代理明显不同；代表人均均为机构，且系多重授权，授权上的代表与民法上的代表又明显不同，甚至不乏将之作为行政行为处理、解读的。<sup>[37]</sup>民法上的代理或者代表在制度设计之初并未关照有关所有制的宪法决定所引发的、由国家到国有资产监督管理部门或政府自然资源管理部门之间的授权。授权性质的复杂性导致相关法律规则的缺

[35] 实践中，国有企业人事权并非均由出资人代表机构行使，出资人代表机构常需就此与组织部门和其他政府职能部门、其他监管机构进行博弈，这种差异化委托可能使问题进一步复杂化。参见王智丰：《国有企业领导体制中的差异化委托代理研究》，人民出版社2016年版，第68页以下。

[36] See Thomas Zellweger & Nadine Kammerlander, *Family, Wealth, and Governance: An Agency Account*, 39 (6) *Entrepreneurship Theory & Practice* 1282 (2015).

[37] 参见谭波：《行政授权与行政委托：衍生性权力的法律规制》，《当代法学》2022年第6期，第84页。

位或难以适用，实际上间接扩大了代表人的权利。

对于已经完成公司化改造的国有企业而言，根据民法的一般规定，出资人、法人财产权人、法定代表人、职务代理人各自的“人像”似乎比较清晰。但是从整个授权链条来看，国有资产权利构造以上四个方面的特殊性相叠加，导致国有资产产权人最终的代表人或代理人的“人像”其实非常复杂，其对于特定国有资产实际享有的管理处分权限有大有小，可以说是介于本人与代表人或代理人之间，目前多数情况下名为代理人但实际上享有相当于或者接近于本人的权利。而授权链条中间的机构则可能兼具委托人与受托人双重身份。此种授权主体地位模糊、多重授权、宽泛授权、授权性质复杂的权利构造，引发了非常严重的授权约束问题和代理成本控制问题，需要民法特别是合同法作出系统的、合理的特别回应。

## （二）合同法上形式平等为原则、实质平等为例外的平等观

国有资产权利归属以及权利行使方式的特殊性，决定了合同法应该采以形式平等为原则、实质平等为例外的平等观，即在诸多具体制度上对上述特殊性作出充分且正当的回应。

就法律作出回应的模式而言，实践已经证明，单靠公司内部治理包括所谓组织法上的“‘忠实义务’与‘勤勉义务’这一信义义务的一体两翼”，无法有效解决公司内部治理问题，交易法的协同配合对于解决代理或者代表问题具有重要意义。<sup>[38]</sup>以上市公司法定代表人违规对外提供担保为例，即便有关上市公司治理的法律制度已经非常丰富、有关公司对外担保的程序性规定已经非常具体，仍然无法完全阻止法定代表人违规对外提供担保。为切实保护公众投资者的利益，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》（法释〔2020〕28号）第9条第2款不得不一改《全国法院民商事审判工作会议纪要》（法〔2019〕254号）的规则，上市公司未经决议和公告对外提供担保，不仅一律不承担担保责任，而且一律不承担任何赔偿责任。之所以这样规定，是因为此类交易中存在一种复杂的博弈：在相对人可能因为上市公司的过错向上市公司主张一部分赔偿责任的制度下，在明知法定代表人超越权限、交易无法通过上市公司内部授权时，实践中“聪明”的相对人可能退而求其次，假装对法定代表人缺乏代表权不知情，更不会从严审查法定代表人是否超越代表权，因为即便最终担保合同不发生法律效力，其也还可能主张一部分赔偿责任。而如果既不能主张担保责任又不能主张任何赔偿责任，则接受一个超越权限的交易对相对人而言将毫无意义，这种制度安排反而能促使相对人从严履行审查义务。通过交易法确立的利益分配格局，促使相对人对法人或非法人组织的代表人、负责人、工作人员的代表或代理权限从严审查，可以更有效地解决单靠组织法无法解决的代理问题。国有资产授权经营领域无疑应该借鉴这一思路，其代理成本控制需要交易法与组织法的协同。

就交易法作出回应的具体方式而言，传统民法包括我国民法典第923条均规定，受托人原则上应当亲自处理委托事务，特殊情况下方可转委托。这一规定所对应的典型交易场景是委托人直接选定受托人、转委托即便存在通常也不可能发生多重转委托之情形，显然与我国国有资产管理中固有的多重授权之情形不合。民法理论虽然多肯定法定代理人原则上享有复任权，但并未肯定委托代理人原则上也享有复任权。<sup>[39]</sup>再加上授权性质的复杂性，简单套用传统民法的代理制度或代表制度，根本无法保证最终有权实际支配国有资产的“受托人”准确、

[38] 参见罗培新：《公司道德的法律化：以代理成本为视角》，《中国法学》2014年第5期，第140页以下。

[39] 参见汪渊智：《比较法视野下的代理法律制度》，法律出版社2012年版，第92页以下。

勤勉、忠实地处理委托事务。因此，国有资产授权和行权的特殊性，决定了我国合同法需以一种制度建构的方式来进行充分回应，而不能简单套用民法现有制度。

就交易法作出回应的具体内容而言，为了保护国有资产，实践中已经发展出应对的规则，包括竞争性缔约程序、重大事项集体决策、对授权特别是最终的受托人权限的法定限制等。但实际上，现有制度即便全部融入合同法的相关具体制度体系中，可能仍不足以有效维护国家利益。更为根本的是要对照实践中的薄弱环节全面反思，对国有资产授权链条中的“受托人”甚至“委托人”的权限包括可否处分、处分方式、权限范围、决策方式、决策层级、缔约方式等诸多方面进行合理限制。这些制度从合同法的角度看，本质上均属于对合同自由的限制，然而却是基于国有资产授权、行权的特殊性而作出的合理限制，因而是必要的。

比较法上，亦有国家建立了保护国有资产的特别法律制度，如法国和日本。法国国有财产法典区分国家公产和国家私产。前者“只要没有改变用途，便不得转让、不受扣押、不受时效约束”。〔40〕后者则可以按照民法上的规则转让，但也存在一些特别限制，如国有能源公司的资产不能转让；或者禁止某些转让方式如无偿转让；有的转让必须采取招标的方式或得到有关机关批准，甚至在特定情况下赋予国家解约特权。〔41〕与法国类似，日本国有财产法将国有财产分为行政财产和普通财产。该法第18条规定，行政财产原则上不允许出租、交换、出卖、出让、托管、出资以及设定私权，违反该项规定的行为无效。〔42〕当然，行政财产的不可流通性也面临批评，因为这会影响到公共服务供应系统。〔43〕该法第20-31条规定，普通财产可以出租、出售、交换、转让、托管等；各类交易又设诸多特殊规则，例如就出租方式规定了租期的限制、可以无偿出租的情形、租金缴纳方式、出租人的特别解除权和对承租人的补偿等。〔44〕这主要是考虑到这些内容“如果由普通财产的管理及处置机关随意决定……是不合适的”。〔45〕本质上，这些特别规定相当于对国有私产代表人的法定授权限制。国家不可能直接就国有资产的每一项管理使用发表意见，必须从交易规则的层面对代表人的权限特别是代表国家放弃利益的权限进行限制。

比较法的考察表明，除国家公产外，针对国家私产或普通财产也应建构不同于私人财产的特别交易规则，即对国有财产采实质平等观不仅必要而且可行。并且，对国有资产代表人权限的限制是多方面的，包括可否处分、处分的具体方式、每一种方式下的具体处分权限等，其范围和繁复程度远超我国现有规定，这也正是完善我国相关法律制度时值得参考的。当然，对国家利益的维护究竟应该达到何种程度，同样值得深思。〔46〕此外，如何区分国家公产与国家私

〔40〕 [法] 弗朗索瓦·泰雷、菲利普·泰勒：《法国财产法》下，罗结珍译，中国法制出版社2008年版，第663页以下。

〔41〕 参见王名扬：《法国行政法》，北京大学出版社2018年版，第282页。

〔42〕 参见 [日] 村田和彦：《最近の国有財産行政の課題》，《立法と調査》第404期（2018年9月），第56页。

〔43〕 参见 [日] 谷部贵史：《固有財産の柔軟化に向けての一考察——行政財産の不融通性改革による固有資産の活用に向けての試論——》，《北大法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナル》第9号（2003），第36页。

〔44〕 参见 [日] 大塚芳司：《日本国有财产之法律制度与现状》，黄仲阳编译，经济科学出版社1991年版，第135页，第159页。

〔45〕 同上书，第137页，第143页以下。

〔46〕 日本的一些做法可能到了过度的地步。例如，为了避免在风险负担及瑕疵赔偿责任问题上出现国家与交易对方的“无谓争执”，需要在国有普通财产转让合同中预先排除这两种责任。虽然法律规定风险负担和瑕疵担保责任均可约定排除，但国家或其代表人利用缔约中的优势地位如此处理，仍可能面临争议。同上书，第137页，第181页以下。

产,也存在争议。〔47〕

综上,我国合同法上的产权保护应该以形式平等观为原则、实质平等观为例外。针对不同所有制的市场主体,原则上应该不加区分地适用合同法的规定;但是在与国有资产授权、行权的特殊性相关的特定制度上,应该区分国有产权主体与私有产权主体实行差异化对待,从而确保实质平等。

## 五、中国合同法上产权平等保护观的具体运用

目前,我国仅制定了企业国有资产法,统一的国有资产法的立法工作启动不久,保护国有资产的法律法规包括民法特别规则零散且效力层级不一,整体上“与加强国有资产治理的需要不相适应”。〔48〕从长远看,应该完善民事主体制度,在民事基本法中为国家作为产权人提供制度支撑;还应该在统一的国有资产法中围绕国有产权主体的实质性特征完善国有资产多重代表的授权机制和行权机制,包括各授权机构和被授权机构的集体决策机制和权限范围法定限制。另外需要充分注意各种实质性差异的适用范围,针对国家公产和国家私产作进一步的区分对待,以及针对行政事业性国有资产、自然资源类国有资产、企业国有资产包括金融性国有资产各自的特殊性而作进一步的区分对待。〔49〕在民事法律制度尚未完善、统一的国有资产法尚在制定的当下,结合前述分析、合同法的一般规定、现有国有资产保护私法制度,我国合同法的司法实践应在以下两个方面更好地贯彻产权平等保护原则。

### (一) 产权保护的形式平等观及其应用

当前合同法的司法实践中,最需落实的仍是产权保护的形式平等观,尤其是在涉及自由裁量权行使的领域如违约金的调整、情势变更原则的适用等,一些法官为了避免因“致使国有资产流失”担责而故意偏向国资主体一方,此种隐形的违反产权形式平等保护的做法有待纠正。此外,实践中还存在两处制度化地、明显地违反产权形式平等保护的做法亟待纠正。

#### 1. 国有土地使用权出让交易中的违约金调整

违约金调整制度的实践中,裁判者享有很大的自由裁量权,一些裁判者可能自觉或不自觉地将自由裁量权的运用与国有资产的保护挂钩,这种操作虽然存在但往往难以证明。而当这种做法涉及国有土地使用权出让合同时,情况则又有所不同。由于当事人一方为国土资源管理部门、另一方为房地产开发公司,为了防止国有资产流失,《国务院办公厅关于规范国有土地使用权出让收支管理的通知》(国办发〔2006〕100号,以下简称“国办发100号文”)第7条规定:“土地出让合同、征地协议等应约定对土地使用者不按时足额缴纳土地出让收入的,按日加收违约金额1‰的违约金。”实践中,国土资源管理部门提供的格式化的国有土地使用权出让合同书中,就双方的违约责任会以已付出让金或欠付出让金为基数约定日1‰至3‰不等的违约金。合同履行过程中,出让方或受让方中的任何一方因违约被诉至法院时,一般会依据原合同法第114条或民法典第585条主张约定的违约金过高而请求适当减少。此时,实践中存在两种典型的做法:一种是直接依据法律和司法解释调减违约金,并不因“国办发100号文”

〔47〕 参见〔德〕汉斯·J·沃尔夫、奥托·巴霍夫、罗尔夫·施托贝尔:《行政法》,高家伟译,商务印书馆2002年版,第471页。

〔48〕 孟伟:《立科学规范管用的国有资产法——国有资产立法工作全面启动》,《中国人大》2023年第22期,第30页。

〔49〕 参见李曙光等:《国有资产法律保护机制研究》,经济科学出版社2014年版,第92页。

而区别对待出让方违约还是受让方违约。其理由是，“国办发 100 号文”第 7 条“系政府从行政管理角度规范国有土地使用权出让合同的签订及出让收入的缴纳，不能直接作为土地使用权出让合同纠纷中计算违约金的法律依据”。<sup>[50]</sup> 另一种做法则更为常见——由于“国办发 100 号文”的存在，出让方违约和受让方违约两种情形下违约金调减的标准、结果往往截然不同。如果是出让方主张违约金过高应予调减时，人民法院往往会将违约金调减至按照银行同期同类贷款利率或者 1 倍 LPR 计算，大致相当于年 3% 或日 1‰ 左右。<sup>[51]</sup> 但如果是受让方主张违约金过高应予调减时，人民法院往往会将违约金调减至前述“国办发 100 号文”规定的日 1‰ 的标准，相当于年 36.5%。<sup>[52]</sup> 如果约定的就是日 1‰ 的标准，人民法院则会拒绝调减违约金，理由是“国办发 100 号文”“对于国有土地出让合同中土地使用者不按时足额缴纳土地出让收入的违约金标准作了明确规定，并明确了对违反本通知规定的责任后果，相关当事人均应遵守规范性文件的规定”。<sup>[53]</sup> 还有一种代表性理由，认为日 1‰ 的违约金体现了违约金的惩罚性。<sup>[54]</sup> 或者认为该违约金标准体现了国家意志，不容当事人协商。<sup>[55]</sup> 以上理由均明显站不住脚。惩罚性违约金应以违约方恶意为前提，“国办发 100 号文”一刀切的违约金标准不符合民事基本法的规定。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》（法释〔2023〕13 号，以下简称“合同编通则解释”）第 65 条的规定，人民法院应该依据调减违约金的一般制度，根据个案的具体情况具体判断违约金的适当性以及调减之幅度。更为关键的是，当前的问题主要不在于开发商一方违约时能否被科处一定比例的惩罚性违约金，而在于只对违约的开发商科处惩罚性违约金而不对违约的土地出让方科处惩罚性违约金，最终的结果是代表国家利益的出让方违约和代表私人利益的开发商违约，二者违约金的调减标准相差 10 倍以上。同时，《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》（法释〔2020〕17 号）第 29 条规定，即便是民间借贷，目前逾期利息、违约金和其他费用加总也不能超过 4 倍 LPR。《全国法院民商事审判工作会议纪要》第 50 条明确规定借款合同之外的其他双务合同，不得适用上述民间借贷的利息和违约金等的加总标准。国有土地使用权出让合同日 1‰ 的违约金标准甚至远超民间借贷逾期利息、违约金和其他费用的加总上限，明显缺乏合理性。此种对国资主体一方的优待不存在任何实质性理由，明显有违产权保护的形式平等观。这也说明当前我国合同法中的产权平等保护的首要问题仍然是贯彻落实形式平等观。

“合同编通则解释”中所称“兼顾合同主体”，主要是指考虑当事人究竟是商事主体还是民事主体、是格式条款的提供方还是接受方而适用不同的调减规则，而非考虑不同所有制的主体进行区别对待。<sup>[56]</sup> 最高人民法院应遴选在这一问题上持形式平等观的典型案件进入“人民法院案例库”，明确不因合同双方当事人的所有制形式而采用不同的调减标准。尤其是在国有土地使用权出让合同纠纷案件中，人民法院不得依据“国办发 100 号文”的规定，机械地将

[50] 最高人民法院（2017）最高法民终 308 号民事判决书。

[51] 参见安徽省高级人民法院（2019）皖民初 32 号民事判决书。

[52] 参见湖北省襄阳市中级人民法院（2021）鄂 06 民初 419 号民事判决书。

[53] 最高人民法院（2019）最高法民终 343 号民事判决书。

[54] 参见最高人民法院（2018）最高法民再 422 号民事判决书。

[55] 参见最高人民法院（2021）最高法民申 2084 号民事裁定书。

[56] 参见最高人民法院民事审判第二庭、研究室编著：《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》，人民法院出版社 2023 年版，第 728 页以下。

日1‰即年36.5%作为计算违约金的最低标准,更不能将之作为单纯针对受让方的最低标准。

## 2. 行政协议的范围

长期以来,理论和实践中对于应该如何区分民事合同与行政协议存在争议,其典型便是国有土地使用权出让合同的定性。《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”)第2条第3项只是含糊地使用“矿业权等国有自然资源使用权出让协议”的表述,而未直接写明国有土地使用权出让合同属于行政协议,是虑及与民事审判业务部门的分歧。司法的分歧源自理论的分歧,只不过与绝大多数学术争议不同,国有土地使用权出让合同的性质之争存在于不同法学学科之间,争议源自不同法学学科的基本概念、基本理论甚至学术前见上的分歧,两派观点相互难以说服对方。〔57〕

在民法学者看来,“行政协议规定”列举的行政协议类型明显过于宽泛。行政协议与民事合同的本质区别在于,行政协议虽有合意之名,但必然在合意过程或者合意内容上附带行政权,也就必然受行政法之约束。〔58〕同时,行政协议并不要求所有的给付内容属于行政法律关系,只要双方的给付包含行政法律关系的设立、变更、终止即可。〔59〕即便秉持如此宽松的判断标准,国有自然资源使用权出让合同也应属于民事合同。因为此类合同的内容系国土资源管理部门代表所有权人设定资源物权、受让人支付价款,二者均非行使行政权力。国有自然资源使用权出让与国有股权设定质押、转让类似,但后者从未被作为行政协议对待。以上认识不一定能够得到行政法学者的认同,因为国有自然资源所有权究竟是宪法上的所有权还是民法上的所有权,其实也还存在争议。〔60〕行政协议的当事人之间是否必然不属于平等关系,也有分歧。〔61〕

围绕行政协议概念的争议具有方法论上的规律性和局限性,更为客观的论证路径是从不同定性之结果即对双方利益的影响进行倒推分析。〔62〕国有自然资源使用权出让合同的不同定性,其直接的法律后果是法律适用、审判理念、诉讼程序上的差异,进而会影响到案件的处理结果和当事人的利益。具体而言,作为民事合同,可以直接适用民法典及相关民事法律法规,法官秉持平等、自愿之理念对待双方当事人,诉讼程序上可以满足受让方诉出让方、出让方诉受让方、一方起诉另一方反诉等不同案型之需。如果作为行政协议对待,则主要适用行政诉讼法及“行政协议规定”,然后需要大量参照适用民法典及相关民事法律法规并论证说明可参照适用性,法官秉持国家利益至上或者行政优益权之理念对待作为出让人的政府一方,诉讼程序上只能满足受让方诉出让方的案型,不能满足出让方诉受让方或者反诉受让方的案型。司法理念和法律适用对当事人的影响更大,为使行政协议蕴含的公共利益与行政目的能够实现,行政机关享有程度不等的优待,这对私主体一方明显不利。〔63〕此外,诉讼程序对当事人的实体权利影响也不小。行政程序下受让方违约,出让方直接通过行政手段进行处理,虽然受让方在行政法上也还存在其他救济措施,但此种行政机关主导下的救济完全无法与在人民法院进行诉

〔57〕 与此类似的是刑民交叉问题。民法学和刑法学的理论分歧反映在民事司法实践和刑事司法实践中,相互难以说服。这也是最高人民法院有关刑民交叉司法解释多年来始终难以出台的主要原因之一。

〔58〕 参见屈茂辉:《再论建设用地使用权出让合同的民事属性》,《中国法学》2023年第6期,第211页。

〔59〕 参见〔德〕哈特莫特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第348页以下。

〔60〕 参见程雪阳:《中国宪法上国家所有的规范含义》,《法学研究》2015年第4期,第107页以下。

〔61〕 参见陈天昊:《行政协议中的平等原则——比较法视角下民法、行政法交叉透视研究》,《中外法学》2019年第1期,第251页以下。

〔62〕 参见〔德〕菲利普·黑克:《利益法学》,傅广宇译,商务印书馆2016年版,第45页以下。

〔63〕 参见余凌云:《行政契约论》,中国人民大学出版社2020年版,第26页。

讼、人民法院居中裁判的客观公正性可比。以至于在现有行政协议的范围下，有的行政法官和行政法学者也主张对行政优益权的适用进行限制。<sup>[64]</sup> 其实，真正的行政协议自然应当适用行政优益权，需要限制行政优益权的适用，恰恰说明目前行政协议的范围被不当扩大了，造成此种扩大化的根本原因仍在于产权保护的形式平等观贯彻不足，或者错误地贯彻了实质平等观。产权平等保护并非民法原则，而是法治原则，国有自然资源使用权出让合同的性质之争属于跨学科争议，也应置于产权平等保护的原则下解决。前述分析表明，目前并无充分且正当的理由将国有自然资源使用权出让合同纳入行政协议之中，相反存在大量的理由表明不应如此。因此，应从产权保护的形式平等观出发，将国有自然资源使用权出让合同归入民事合同中，按照民事程序、依据民事法律处理相关纠纷。

## （二）产权保护的实质平等观及其应用

国有资产授权、行权的特殊性，决定了有关交易制度需作出有针对性的适当回应，从而实现国有资产保护的实质平等。限于篇幅，本文无法对这些制度一一展开论述，仅对实践中既有制度框架下的若干重要法律适用问题展开探讨。既有的国有资产保护法律制度主要涉及行政事业性国有资产和自然资源性国有资产交易的竞争性缔约制度，以及企业国有资产交易的内部授权制度。前者在交易法上已经有所反映，目前亟需完善的是企业国有资产交易的内部授权制度与交易法的外部衔接，以下分述之。

### 1. 预约合同与无拘束力协议的识别

长期以来，预约合同的认定，包括预约合同与无拘束力协议或者本约的区分，在理论上以及实践中均存在重大争议。特别是缔约阶段性文件如意向书、备忘录的性质和效力认定，是实践中极其重要的难题。<sup>[65]</sup> “合同编通则解释”第6条分三款分别规定了真正的预约、无拘束力协议、名为预约实为本约的认定。从上述规定来看，“判断当事人之间关于将来一定期限订立合同的约定是否构成预约合同，应取决于该约定是否满足合同的成立要件”。<sup>[66]</sup> 预约或者本约，各有其拘束力。一般情形下，当事人有无受拘束的意思，需要从合同约定的内容之详略即是否具备本约的必备条款或者预约的必备条款而察知，但也不排除特殊情形下当事人有意保持部分必备条款的开放性而直接表明受拘束的意思进而认定合同成立。<sup>[67]</sup> 此外，当事人订立的协议究竟属于无拘束力协议、预约还是本约，还可以参考当事人订立协议的行为在整个缔约进程中所处的阶段来判断。如果一方当事人订立合同需要服从法定的内部决策程序，则当事人在开始法定的内部决策程序之前订立的协议，并不一定都构成越权代表，而是很可能缺乏基本的受约束的意思，故应被认定为无拘束力协议。按照现有的中央政策、国有资产监管法律法规，国有企业从事的“重大交易”包括“重大决策”“重大项目安排”“大额度资金运作”，均应履行法定的内部集体决策程序，包括纳入年度投资计划、形成可行性研究报告、进行资产评估、履行“三重一大”集体决策、签订正式合同。在这样的交易流程中，如果当事人在开展可行性和资产评估之前与相对人订立协议，采用的文书名称又是意向书或者备忘录，那么即使能够确定交易的当事人和标的甚至数量，也很难认定当事人特别是国有企业一方有受拘

[64] 参见胡建森：《对行政机关在行政协议中优益权的重新解读》，《法学》2022年第8期，第48页以下。

[65] 参见谢鸿飞：《预约合同认定的理论难题与实践破解》，《国家检察官学院学报》2024年第1期，第169页。

[66] 吴光荣：《论预约合同的司法认定与违约救济——以〈合同编通则解释〉的相关规定为中心》，《法学评论》2024年第2期，第147页。

[67] 参见罗昆：《功能视角下的预约类型论》，《法学家》2022年第4期，第100页。

束的意思。当国有企业一方无法形成可行性研究报告、无法通过集体决策，从而最终无法订立正式合同时，一些交易的相对人特别是民营企业就会直接依据之前订立的意向书、备忘录诉请履行合同或者赔偿损失。实践中不乏将此种协议认定为有拘束力的预约或本约的，实际上等于变相地强行取消国有资产重大交易的法定流程，最终必然导致国有资产的严重流失。<sup>[68]</sup>对于国有企业拟开展的一项具体交易，相对人对该项交易是否属于“重大交易”可能难以直接判断，但至少应该知道国有企业的“重大交易”需要履行复杂的法定内部缔约程序，因而相对人负有要求国有企业一方出示其所在行业“重大交易”授权标准的部门规章或企业章程进而审查特定交易是否属于“重大交易”的义务。国有企业与相对人就“重大交易”在履行法定缔约程序之前订立的意向书或者备忘录，原则上应该认定为无拘束力的协议；在本约未能订立时，相对人无权仅依据意向书或者备忘录要求国有企业承担赔偿责任。

## 2. 越权代表或越权职务代理中法定授权限制的典型情形

如果当事人未完成法定内部决策程序便对外订立合同，且订立的合同并非备忘录、意向书而是正式合同，那么可能涉及越权交易。“合同编通则解释”第20、21条分别对越权代表行为以及越权职务代理行为的法律后果作了具体规定，确立了原则上依授权限制为法定授权限制还是当事人意定授权限制而异其法律后果的规则。关于法定授权限制，目前被司法实践普遍认可的主要是公司法（2023）第15条有关公司对外担保应当经公司决议程序的规定，以及第135条有关上市公司在一年内购买出售重大资产或者担保金额超过公司资产总额30%的，应经股东大会特别决议通过的规定。<sup>[69]</sup>有观点提出，此处的法定授权限制还应该包括证券法第62、81条规定的交易程序限制等。同时，“这些法定限制虽然涉及不少重大交易情形，但仍然不能完全涵盖各类重大交易情形”。<sup>[70]</sup>该观点殊值赞同，同时也印证了，目前国有企业出资人代表多重授权中的授权限制、企业内部“三重一大”集体决策的授权限制，在交易法中实际上被忽视了。就制度价值而言，借鉴上市公司对外担保规则的思路，实现组织法与合同法的协同，对于贯彻产权保护实质平等观、有效控制国有企业的代理成本，具有特殊意义。

首先，广泛存在于国家政策、法律法规和部门规章中的国有企业“重大交易”授权限制性规定，当然应该被融入合同法的越权代表制度和越权职务代理制度中。即便对“合同编通则解释”第20条中的“法律、法规”和第21条中的“依法”作狭义解释，企业国有资产法第30、32条的规定也足以构成法定授权限制。与被视为法定授权限制典型事项的公司对外担保不同，除企业合并外，重大投资、为他人提供大额担保、转让重大财产、进行大额捐赠诸事项，均属于不确定概念，需依据其他法律法规、部门规章乃至企业章程具体判断，但不能因此否认该事项属于法定授权限制事项。作为司法实践认可的授权限制性规定，公司法第135条所定事项也并非可以直接依据该条规定进行判断，还需结合上市公司的财务会计报告来确定是否超过公司资产总额30%。国有企业的法定代表人、负责人未经合法有效的授权从事合并以及重大投资等重大交易活动，且相对人未尽合理审查义务的，或者国有企业的工作人员未经合

[68] 参见武汉海事法院（2020）鄂72民初197号民事判决书。该案中，人民法院对某国有企业的某分支机构负责人未经单位集体决策即代表该单位与某民营企业订立的一份备忘录，赋予相当于本约的拘束力。

[69] 参见前引〔56〕，最高人民法院民事审判第二庭、研究室编著书，第245页以下，第255页。

[70] 王利明：《论越权代表中相对人的合理审查义务——以〈合同编解释〉第20条为中心》，《中外法学》2024年第1期，第93页。

法有效的授权从事上述交易活动的，相对人无权请求国有企业承担违约责任。

其次，“合同编通则解释”第20、21条规定，越权代表或越权职务代理的情况下，“法人、非法人组织有过错的，可以参照民法典第157条的规定判决其承担相应的赔偿责任”。鉴于国有产权权利构造的特殊性，即便组织法上相关义务性、授权性、禁止性、惩罚性法律规定再完善，国有企业的法定代表人、负责人、工作人员超越职权对外开展经营活动始终屡见不鲜。为了切实保护国有资产，应当借鉴前述上市公司对外担保规则的思路，明确规定国有企业的法定代表人、负责人对外订立合同且相对人未尽到合理审查义务的，或者工作人员违反法定授权限制对外订立合同的，不应当认为国有企业存在过错，相对人无权根据民法典第157条的规定要求国有企业承担赔偿责任。唯有如此，方能真正有效地促使相对人在与国有企业开展存在法定授权限制的重大交易时，严格审查国有企业的法定代表人、负责人、工作人员的代表权限或代理权限。至此，合同法对国有产权主体与私有产权主体实质性差异的回应方属合理。

### 3. 恶意串通的案型扩张

民法典第154条和第164条第2款分别规定了“恶意串通”制度。对于恶意串通损害第三人利益是否包括代理人与相对人恶意串通，理论上长期存在不同认识。肯定观点认为，自民法通则开始，恶意串通制度主要规范的便是行为人与国有企业的工作人员或者代理人等恶意串通，以低价贱卖国有资产、损公肥私的行为。<sup>[71]</sup>否定观点认为，代理人与相对人恶意串通可以通过民法典第164条第2款的规定解决。<sup>[72]</sup>此种认识值得商榷，民法典第164条第2款只能解决代理人和相对人共同向被代理人承担赔偿责任的问题，不能解决代理人以被代理人名义与相对人所订立合同的效力问题。还有否定说认为，“代理人与相对人恶意串通行为在性质上应当评价为效力待定的法律行为”。<sup>[73]</sup>

以上观点看似冲突，但如果厘清各自所考虑的交易原型和适用范围，则又各有其合理性。首先，民法典第154条中的“行为人”必然包括合同一方当事人，《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》（法释〔2020〕17号）第7条规定的案型即为合同的双方当事人恶意串通，损害第三人的利益。其次，我国最初规定恶意串通制度确系针对公有制背景下国有资产的代理人或代表人与相对人恶意串通损害国家利益的情形，“合同编通则解释”第23条也体现了此种观点。复次，如果被代理人一方为私主体，从尊重私法自治的角度，则将代理人与相对人恶意串通订立的合同定性为效力待定并无不可，也不背离立法初衷。最后，国有资产的授权、行权确有特殊性，民法典第154条中的“行为人”不仅应当包括民法意义上的国资主体的代理人，也应当包括经济学上相对于“国家”这个委托人的广义代理人，即国有资产授权链条上任何一个机构的代表人或代理人。具体包括三类主体：一是在国有企业出资人权益份额转让交易中作为国有企业出资人代表机构的法定代表人、负责人或工作人员；二是国有资产交易中国资主体的法定代表人、负责人或工作人员；三是两类交易中民法意义上的、外部的非履行职务的代理人。对民法典第154条中的“行为人”作此种扩张解释，合理回应了国有企业治理的特殊性，有助于实现国有资产保护的实质平等。

[71] 参见李适时主编：《中华人民共和国民法总则释义》，法律出版社2017年版，第483页；韩世远：《合同法总论》，法律出版社2018年版，第223页。

[72] 参见前引〔13〕，黄薇主编书，第410页。

[73] 王利明：《体系化视角下的恶意串通制度》，《法律科学》2024年第1期，第11页。

## 结 语

我国的经济基础决定了平等保护民营经济产权与加强国有资产保护必然是并重的两项工作，这一点非常清晰地体现在两方面制度建设的成果和司法机关的司法理念中。产权平等保护固然是物权法上的问题，但也是合同法上的问题。在产权平等保护问题上，中国合同法的立场仍是贯彻平等保护原则，即以形式平等为原则、以实质平等为例外，在与国有资产产权归属和行使的特殊性相关的特定领域贯彻实质平等观。除制定统一的国有资产法外，须通过司法实践的调整克服当前合同法的体系不足。具体而言，在国有土地使用权出让合同违约金调整和行政协议的范围限制问题上应贯彻形式平等观，在预约合同与无拘束力协议的识别、越权代表或越权职务代理中法定授权限制的典型情形、恶意串通的案型扩张等问题上应贯彻实质平等观。

---

**Abstract:** A review of the Chinese contract law shows that the contract system in the Chinese civil basic law mainly implements formal equal protection of property rights. The special transaction law for protecting state-owned assets has become a system, but most of it has not been integrated into the system of contract law. There are no special transaction rules for the protection of the private economy, but the judicial concept of equal protection of property rights, which includes formal equal protection, legal equal protection, and comprehensive equal protection, has already influenced the judicial practice of contract law. In general, equal protection in contract law needs to comply with two rules. One is the substantive rule, which takes formal equality as the principle and substantive equality as the exception, and the other is that the justification of the concept of substantive equality must follow at least four rules of argumentation, namely reverse falsification, exploring substantive differences, paying attention to the scope of application, and achieving reasonable responses. The ambiguity of the substantive legal status of subjects of state-owned property ownership, the multiplicity of authorized representatives, the breadth of authorized scope, and the complexity of authorized nature, determine that the protection of property rights in Chinese contract law should take formal equality as the principle and substantive equality as the exception and that differentiated treatment should be given to subjects of state-owned and those of private property rights in specific systems. Specifically, in the adjustment of liquidated damages for state-owned land use rights transferring contracts and the determination of the scope of administrative agreements, the concept of formal equality should be implemented. In the distinction between precontracts and non-binding agreements, typical cases of legal authorization restrictions in *ultra vires* agency or exercising the authority of duty agency beyond the duty, and the expansion of malicious collusion cases, substantive equality should be implemented.

**Key Words:** contract law, property protection, state-owned assets, private economy, formal equality, substantive equality

---