

保障房租赁与买卖法律关系的性质

凌维慈*

内容提要：在给付行政领域，当行政机关委托第三方私人承担给付行政任务时，需解决私人主体与受益人之间是私法关系抑或公法关系的难题。保障房租赁与买卖作为私人承担给付行政的一种方式，为此难题的研究提供了绝佳的素材。保障房的租赁与买卖作为民事合同，可以一定程度实现公法上的给付目的，但也存在其局限性。我国公有租赁住房的产权功能和经济适用房的产权属性是导致其局限性的重要原因。针对在我国特定情形下的保障房租赁和买卖关系，立法与司法应建构双阶法律关系，将其分为行政行为 and 合同两个阶段，以有效消除不正当使用保障房的行为，并保障受益人和其他潜在受益人合同缔结的权利。

关键词：保障房 给付行政 双阶理论 行政协议

一、引言

住房的租赁与买卖是典型的民事法律关系，由民事法律所规范。然而，具有福利给付性质的保障房租赁和买卖，则存在适用公法还是私法的争议。

一方面，计划经济时代留存的公有租赁住房^{〔1〕}的租赁关系尽管随着市场化改革已从行政管理关系向民事租赁关系转变，但是，其公有和福利的属性使租赁关系仍存在是行政法律关系还是民事法律关系的争议。尤其在判断建立和解除公房租赁关系是民事合同关系还

* 华东师范大学法学院副教授。

本文得到国家社科基金一般项目“住房调控与保障的行政法研究”（14BFX034）的资助。

〔1〕 公有租赁住房制度是计划经济时代，国家将国家所有或集体所有的住房分配给职工或城市居民租赁居住的制度。其包括由国家各级房地产管理部门直接经营管理国有房产的直管公房和国有企业事业单位、机关团体投资兴建、自行管理的自管公房。其不仅是国家对公民的住房福利，而且更带有一种生活资料再分配的性质。在90年代住房改革后，大部分公房已经通过市场化购买，成为私人所有。但是，仍有不少城市依然留存大量未被公房承租人申请购买的公房，并构成了现今整个住房保障制度的一部分。

是行政法律关系上,各地法院存在完全不同的观点。〔2〕

另一方面,20世纪90年代住房商品化后国家建立的各类新型保障房,〔3〕其租赁与买卖关系究竟是民事合同还是行政给付关系,也不断成为问题。保障房的租赁和买卖一般要以行政机关依申请作出的行政决定为前提,为了确保房屋得到正当使用(非欺诈取得并自住使用),开发商和行政机关又通过合同的特殊条款或行政命令赋予承租人和买受人不得随意出租、转让等禁止义务。这样,针对违反保障房使用目的的情形,究竟应由主管部门以行政命令制止违规现象、收回住房,还是由开发商运用合同解除权来收回住房,法律上的途径极不清晰。〔4〕这也导致法院不得不频繁运用合同无效条款来遏制违法现象,合同法上因危害公共利益而无效的条款被泛化。部分法院甚至在民事判决中要求收缴房屋使用费,〔5〕体现出强烈的代表国家收缴“违法所得”的立场。

无论是公有租赁住房还是新类型的保障房,都是国家通过财政、土地等支付或补助,再由国家所有或开发商所有、物业企业运营的房屋,其目的都在于保障部分人群的住房权利,属于国家福利行政的范围。但是,其方式上采取了由市场主体(开发商、物业公司)而非行政机关承担福利给付的形式。公有租赁住房是由国有物业公司等进行管理,这些公司承担着诸如认定租赁关系的变更、腾退非法转租公房等公法上的职责。〔6〕而经济适用房、廉租房、公共租赁房等保障房,几乎都是由国有房地产开发经营企业进行建设和运营,享有住房保障权利的受给人再从房地产企业处购买或租赁房屋。对此,承担给付任务的私人主体和受益人之间显然不能简单地适用行政行为构成的传统行政法律关系。但是,适用私法关系则有可能有损于公法目的的实现。因此,无论从理论还是实践层面,都有必要对此问题展开深入研究,构建给付行政中新型的法律关系框架,进而为实践层面提供争议解决的法律途径。后文将依次从民事法律关系的适用性、局限性出发,阐述适用行政法律关系的必要性和空间,提出在特定情形下建构行政法律关系以避免民事法律关系弊端的构想。

〔2〕 甚至在同一省域范围内,不同地区、不同级别法院的认定也会完全不同。2006年苏州平江区人民法院在变更公房租赁人案件中,认为公房租赁是房产管理局依法与公民、法人平等协商最终达成协议的过程,由此引发的争议不属于行政诉讼调整范围。见徐欢、勇建:《公房租赁姓“民”不姓“行”,法院依法驳回原告诉讼请求》,《江苏法制报》2006年11月30日第A01版。2011年,同样在变更公房租赁人案件中,常州市中级人民法院则认为,该行为属于行政诉讼的受案范围,市房管局未尽合理审慎职责,该公房租赁证应予撤销。见周雯、高国俊:《欠缺同住成年人书面同意的公房租赁证应撤销——江苏常州中院判决王夕诉常州市房管局撤销公房租赁证案》,《人民法院报》2011年3月31日第006版。

〔3〕 此类保障房是在住房商品化后,国家针对中低收入人群建立的住房保障措施。2007年,中央开始真正向地方进行资金投入,并要求地方进行建设与分配。此后,国务院及各个地方政府不仅开始具体实施经济适用房和廉租房制度,而且建立了面向新入职群体和中等收入群体的公共租赁住房、自住房、限价房制度。从产权形式上看,现有的保障房主要分为受给人取得产权(经济适用房、自住房、限价房)和受给人不取得产权仅取得一定期限租赁权(廉租房、公共租赁住房)这两种形式。

〔4〕 见《经适房两租户被追究法律责任》,《东方早报》2013年5月30日, <http://www.dfdaily.com/html/3/2013/5/30/1006971.shtml>, 最后访问日期2017年4月15日。

〔5〕 “祁骥诉张雪蓉房屋租赁合同纠纷案”,上海市第一中级人民法院(2016)沪01民终5440号。

〔6〕 参见詹水芳、齐峰:《上海老旧公房管理与运用机制研究》,《科学发展》2013年第7期,第77页以下。

二、民事法律关系的适用及其局限

（一）通过民事合同实现公法目的

在理论和实务界，将保障房的租赁和买卖仅看作民事法律关系，是现阶段的主流观点。民法学界的多数学者主张，因为在保障房的租赁和买卖过程中需要缔结合同，所以保障房的租赁和买卖自然应属于民事法律关系。即使合同中的一方是行政机关，其法律关系仍然应当属于私法的调整范围，应当以平等的民事法律关系来看待。^{〔7〕} 尽管没有具体的数据统计，但由于很难在行政诉讼中看到相关案例，可以推测，大量涉及保障房租赁和买卖合同履行方面的纠纷，都采用民事诉讼或其他非诉方式进行解决。

由于私法在社会变化过程中已经发生了很多变化，因此，通过民事合同也可以实现公法目的。在保障房租赁和买卖关系中也有这方面的体现。

首先，在保障房租赁关系中，禁止转租、闲置等公法义务被写入租赁合同的承租人义务条款当中。双方又通过合同约定，当承租人不再符合保障房租赁条件时（例如租赁期内，通过购买、受赠、继承等方式获得其他住房并不再符合公共租赁住房配租条件的），合同自然解除。这些条款的主要依据是住房和城乡建设部制定的《公共租赁住房管理办法》中有关公共租赁住房使用和退出的规定。^{〔8〕} 从近几年的司法实践中可以看到，海南、重庆等地已出现类似案件。^{〔9〕} 这些案件主要是公共租赁住房运营单位向法院提起民事诉讼，请求法院判决承租人退回或腾退房屋。其中，有的承租人违反了公共租赁住房禁止转租的约定或长时间不缴纳租金，有的承租人则是不再符合续租条件，而法院都以承租人违反合同约定为由判决解除合同、腾退住房。此外，针对承租人不符承租公共租赁住房条件的情形，由于承租条件的认定属于行政职权，因此，理应由主管资格认定的行政机关撤销承租人的承租资格，但实践中也出现了要求限期退回住房的民事判决。“永康市房地产管理委员会与胡海标房屋租赁合同纠纷案”中，^{〔10〕} 由于承租人五年内曾出售私房，不符合承租条件，出租人永康市房地产管理委员会要求法院确认民事租赁合同无效。法院认为，“原、被告双方实质上并未就公共租赁住房的租赁达成合意”，确认租赁合同应无效，并要求被告返还公共

〔7〕 参见王利明：《统一合同法制订中的若干疑难问题的探讨（上）》，《政法论坛》1996年第4期；梁慧星：《讨论合同法草案征求意见稿专家会上的争论》，载《法学前沿》第2辑，法律出版社1998年版；龙卫球：《保障住房借名买房合同私法效果研究——“崔立诉白家连、隋婷所有权纠纷再审案”》，《月旦民商法杂志》2016年第12期。

〔8〕 《公共租赁住房管理办法》第27条、第31条。

〔9〕 笔者以“公共租赁住房”为关键词在“中国裁判文书网”上进行了检索，发现在以下案件中，公租房所有权人或运营单位以民事诉讼主张违反公法义务的承租人退回住房，法院予以了支持。这些案件包括：“璧山区公共租赁住房管理中心与朱建东房屋租赁合同纠纷案”，重庆市璧山区人民法院（2014）璧法民初字第04306号；“三亚市房屋租赁服务中心与陈某华、吉某、倪某锋房屋租赁合同纠纷案”，海南省三亚市城郊人民法院（2015）城民二初字第640号；“重庆市公共住房开发建设投资有限公司与陈德忠房屋租赁合同纠纷案”，重庆市渝北区人民法院（2015）渝北法民初字第00596号。

〔10〕 浙江省永康市人民法院（2014）金永民初字第1233号。

租赁住房。因此,即使不通过主管部门作出责令承租人限期退回住房的决定,^[11]通过民事合同也同样实现了确保公共租赁住房得到正当使用这一公法上的目的。

其次,在经济适用房买卖关系中,为了确保买受人取得产权后,仅将房屋自住使用,《经济适用房管理办法》确立了禁止购房人五年内转让或出租的义务。由于《经济适用房管理办法》不是行政法规,无法直接适用合同法第52条第5项。因此,法院在多数情况下会认定,“当事人双方在五年内签订的经济适用房买卖合同,违反了相关规定,规避了政府对经济适用房的管理,跳过了政府的优先回购权,进而影响侵犯了其他中低收入家庭获得经济适用房保障的权益,从而损害了社会公共利益”。^[12]如此,法院就可以通过适用合同法第52条第4项,以损害公共利益为由,判决经济适用房买卖合同无效。

在个别案件中,法院表现得则更为积极。例如,在祁骥诉张雪蓉房屋租赁合同纠纷案中,法院认为,“该经济适用房购房人的出租行为系利用公共资源,损害公共利益,其所诉请的房屋使用费不予支持。为维护公共利益,促进保障性住房管理秩序规范,本院另行下达决定书对该部分收益予以收缴。其余的房屋使用费,相关住房管理部门亦已就涉案房屋的违规出租问题出具了整改通知,故对于该部分收益可由住房管理部门依照相关规定进行后续处理”。^[13]然而,这样的民事制裁手段违背了法院应有的消极立场,^[14]即使认为房屋使用费属于违法所得,也应由行政机关进行处理。

可以看出,关于房屋的租赁与买卖,民事法律规范已具备相当完整的规则对其进行调整,而保障房的租赁和买卖整体上仍属于一般民事房屋租赁与买卖的类型,只不过在特定事项上受到公法制度的规范。如果排除民法的适用,仅将保障房的租赁和买卖看作一种行政管理行为,不仅将退回到计划经济时代的公房管理模式,而且事实上也是不可行的。

(二) 保障房的特点与民事合同的局限性

尽管民事合同能够在一定程度上实现公法目的,但我国保障房的产权属性,特别是公房承租权的产权功能和经济适用住房的产权属性使得仅通过民事合同来解决保障房的租赁和买卖仍然存在一定的局限。

第一,公房承租权的产权功能使得公房租赁不能仅通过民事合同进行调整。出租人对承租人的选定(变更承租人)不是出于双方的合意,而是基于《城市公有房屋管理规定》第28条规定的更名要件。而候选的更名申请人如果取得承租权,不仅意味着取得租赁的权利,而且意味着其可以以极低的价格购买房屋或者在房屋征收中获得与产权价值等同的补

[11] 《公共租赁住房管理办法》第27条规定,对于转借、转租或者擅自调换所承租公共租赁住房等情形,承租人拒不退回公共租赁住房的,市、县级人民政府住房保障主管部门应当责令其限期退回;逾期不退回的,市、县级人民政府住房保障主管部门可以依法申请人民法院强制执行。

[12] 见“上诉人马超与被上诉人陈桂明房屋买卖合同纠纷案”,南京市中级人民法院(2015)宁民终字第2121号。经笔者在“中国裁判文书网”上查询,还有以下典型案例:“上诉人黄铭雄与被上诉人黄涛经济适用房转让合同纠纷案”,江西省萍乡市中级人民法院(2015)萍民三终字第47号;“戴玉兵与卢清球经济适用房转让合同纠纷案”,江西省武宁县人民法院(2016)赣0423民初463号;“余芳与熊银安、邹福芬房屋买卖合同纠纷案”,湖北省云梦县人民法院(2016)鄂0923民初847号。

[13] 见前引〔5〕案例。

[14] 有民法学者认为民事制裁是特殊时期的立法产物。这一制度表面上维护了法律的权威,但实际却与司法权的被动性、中立性相违背,以司法权威的丧失为代价。在民事制裁中,法院行使了行政权和个案中的立法权,违反分权制衡的法治原则。参见魏盛礼:《民事制裁制度性缺陷评析》,《河北法学》2005年第5期,第40页。

偿。对于候选的更名申请人而言，以行政行为为变更租赁户名相较缔结民事合同的优势在于，在行政救济程序中可以主张对该行政行为的合法性进行审查，其适用的举证责任、证明标准以及审查方式等，都比通过民事诉讼寻求救济对自己更为有利。司法实践中也出现了一些当事人主张变更租赁凭证是行政行为的案件，其中多数得到了法院的支持。^[15]

第二，在经济适用房的买卖过程中，民事合同关系难以保障违反正当使用义务的买受人返还住房。要认定民事合同无效需要考量公益和私人间信义的轻重、合同的履行阶段等综合因素，认定买卖合同无效远比租赁合同复杂得多。而且，即使认定为无效，执行起来也极不容易。因此，实践中有的地方政府在《经济适用房预（出）售合同》增加住房保障中心作为开发商和买受人之外的第三方，约定住房保障中心在购房人违反正当使用义务时有权解除合同并主张违约金，以避免开发商难以要求买受人返还住房的困局，实现国家福利给付的正当使用。^[16]然而，在开发商不积极收回违反正当使用义务的购房人的住房时，并非产权交易一方的住房保障中心，事实上很难代位履行。^[17]

第三，民事合同无法保障合同缔结的权利。民事合同基于合意而缔结，民法通则和合同法均无机制可以约束开发商与特定的买受人缔约。若无在先的行政分配决定确定缔约的义务，受益人获得给付的权利就难以保障。

第四，如果将保障房的买卖和租赁仅作为私法上的合同，难以充分确保保障房供给的质量、价格、方式等达到住房保障权的内在要求。政府对开发商的委托往往过于模糊、监督不足，受益人无法参与到政府和开发商的委托合同形成过程当中。仅凭受益人和开发商之间的私法合同，受益人也无法对保障房的房屋条件、租赁价格等提出争议，难以实现其法律上乃至宪法上的住房保障权利。

综上所述，考虑到我国保障房所具有的产权属性，以及合同本身存在逃避公法约束的风险，都要求在民事合同以外寻求其他的机制来对保障房租赁和买卖关系进行调整。

[15] 笔者在“北大法律信息网”上，分别以“房屋土地管理局”、“公有租赁住房”为标题或全文的关键词进行检索，搜索结果中涉及到关于更改公共租赁住房凭证权利人或租赁合同承租人的案件共8例，其中仅有1例法院认为该行为属于民事合同行为，不属于行政诉讼的受案范围，其余案件法院均肯定该行为属于具体行政行为或行政合同，属于行政诉讼的受案范围（时间范围从2000年至今）。这些案件分别是：“王金成诉北京市崇文区房屋土地管理局侵犯承租权案”，北京市崇文区人民法院（2000）崇行初字第23号；“李乃胜诉南京市建邺区房地产管理局行政合同变更行为案”，江苏省南京市建邺区人民法院（2002）建邺行初字第40号；“沈阳市沈河区房产局等与张德财等房屋使用权证纠纷上诉案”，辽宁省沈阳市中级人民法院（2005）沈行终字第312号；“赵振伟与沈阳市于洪区房产局不履行房屋租赁登记纠纷上诉案”，辽宁省沈阳市中级人民法院（2006）沈行终字第5号；“曲某1与曲某2公租房租赁行政行为纠纷上诉案”，北京市第一中级人民法院（2009）一中行终字第2363号；“张家祺与上海市普陀区房屋土地管理局房屋租赁行政确认纠纷上诉案”，上海市第二中级人民法院（2009）沪二中行终字第95号；“刘某某与北京市西城区人民政府公有住房租赁纠纷上诉案”，北京市第一中级人民法院（2010）一中行终字第1685号；“赵增强与开封市房产管理经营总公司鼓楼房管所申请撤销公有住房租赁证案”，河南省开封市中级人民法院（2011）汴行终字第47号。

[16] 上海市设立了事业单位——住房保障中心，作为经济适用房出售合同的第三方来履行对不正当使用房屋的承租人收取违约金和收回房屋的权利。在廉租房和公租房租赁中，由开发商设立的运营机构或区县住房保障中心直接履行解除租赁合同、收回房屋的权利。

[17] 以上海市经济适用房买卖合同争议为例。作为第三方的住房保障中心要求房屋买受方承担违约责任或解除合同（基于违反禁止出售、出租的约定），往往得不到法院的支持。法院的理由是住房保障中心是行政机关，履行的是行政职责，而不是民事合同的主体。

三、行政法律关系的运用空间

(一) 行政合同与双阶法律关系的理论与制度

德国和日本的经验都提示,将给付关系纳入公法的领域和救济途径,能够更充分地保障行政目的和受给人权利的实现。

实质上,德国最初是通过建构双阶理论来对资金补助关系进行公法上的约束,即将给付行为解释为由行政机关确定获得给付的受给人这一行政行为 and 后续执行给付的合同两个法律关系构成。双阶理论突破长久以来只对补贴行为进行私法解释的现状,在承认合同存在的同时,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。^[18]这一理论在20世纪50年代中期后逐渐获得多数学者的支持,也对法院判决产生了积极的影响。^[19]迄今为止,双阶理论亦扩展至公共设施利用、市镇优先购买权行使、国有土地出售等众多领域。^[20]当然,针对双阶理论人为地将一个行为分割为两个法律关系以及给当事人带来诉讼途径选择困难的问题,理论上也出现行政行为说、公法合同说等替代学说。^[21]由于1976年德国行政程序法的出台确认了行政合同这一行为形式,再加上行政法院法对一般给付诉讼和确认诉讼的定位,从而在学说上开始认为可以将给付关系整体理解为行政合同。但是,实务上并没有完全倒向公法合同说,甚至只是在个别资金补助领域和案件中适用行政合同。^[22]有学者认为,行政合同的处理方法无法很好地保护被拒绝申请从而未能签订给付合同的申请人,因此,仍然需要在行政合同之外,再附加给付决定这一行政行为。^[23]由于根据德国联邦最高行政法院的见解,第二阶段适用公法合同还是私法合同,是市镇的行政形式选择自由。因此,实务中双阶理论也有表现为“行政行为+行政合同”这种形式的,并主要运用在公用设施的利用上。^[24]

由于日本立法上对给付的行为形式规定得较为具体,因此,判决中往往以实定法的特别规定为依据。但是在学说上,针对合同究竟是何种性质,以何种行为构成,也存在“形式的行政行为”之理论构成。该理论主张给付法律关系是由行政行为构成,但并不是行政立于优越地位以公权力单方发动的行为(传统的行政行为),而是“未伴随公权力实体的形式概念”,即“形式的行政行为”,是对本来不具有公权力的非权力性的行政活动作出形式性、技术性处理,将其当作行使公权力的行为,使之成为撤销诉讼的对象。^[25]当然,也有诸多学者认识到仅通过形式的行政行为无法保障给付行政的持续性,必须辅以契约的

[18] [德] 哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第427页。

[19] 参见沈政雄:《资金交付过程之行为形式论——德日学说及实务之比较》,《植根杂志》第14卷第12期,第34页。

[20] 参见严益州:《德国行政法上的双阶理论》,《环球法律评论》2015年第1期,第92页。

[21] 参见米丸恒治:「資金助成行政の行為形式論(二)——西ドイツ行政法学および裁判例の理論とその問題点」,《名古屋大学法政論集》108卷(1986),第281页以下。

[22] 同上书,第548页以下。

[23] 前引[21],米丸恒治文,第543页。

[24] 前引[20],严益州文,第92页。

[25] 参见池田敏雄:「形式的行政行为」,载成田赖明编:「行政法の争点」(新版),有斐阁1990年版,第62页。

形式。^[26]立法政策和司法制度也逐渐肯定了给付者和受给人之间公法契约的存在。行政合同可以通过行政诉讼法上的当事人诉讼而非撤销诉讼来进行争议。^[27]2003年日本开始实施的新社会福利事业法,就将传统的给付措施分为依申请的行政行为和利用者、提供者之间的契约,赋予利用者更多自我决定的空间。一方面,在认定程序和合同订立的前提下,给付决定这一行政行为仍发挥着重要作用,行政规范中的基准也约束着合同的合意,但另一方面,利用者和提供者也可以通过合同形成较为对等的关系。^[28]从日本的立法与判例中可以看出,对于公用事业的供给,例如燃气、水、电力等,通过行政合同缔结过程中“非正当理由不得拒绝”的约束来保证给付,^[29]而无需以行政行为作为缔结合同的前提。但对于一些特定领域的给付,考虑到在确定给付的对象上需要行政机关进行特别的审查和甄别,再加上法律特别规定,要求对某些理解为行政合同的行为提起撤销诉讼,即针对形式的行政行为的诉讼。日本生活保护法第69条、日本国民年金法第101条甚至还都规定有复议前置的程序。^[30]日本介護保险也采取了行政行为与行政合同复合的结构,^[31]这都与给付对象是否需要行政机关特别加以审查有关。

可见,德日两国在立法和司法上承认行政合同的情况下,都有将承担给付的“合同”纳入行政合同法律关系的趋势。但在一定领域适用行政合同的同时,也仍然在诸多领域保留了双阶理论的适用。如果立法上明确行政行为在先,则给付表现为行政行为和后续的合同两个法律关系非常明确。如果立法没有明确行政行为在先,则可以在司法判断中适用双阶理论或“形式的行政行为理论”。这两种解释方法都是为了析出使合同法律关系得以成立的“行政行为”,从而确保受益人在具备相应资格时能够得到给付。

必须指出的是,尽管以上的理论来源于德国和日本的给付行政,但是德国和日本的保障房给付关系并未在制度上被认为完全可以适用行政合同或双阶理论。德国将社会住宅^[32]的租赁视为私法关系,行政机关会预先审核保障房申请人的资质,若申请人符合条件,则做出预登记决定,授予申请人轮候资格。而最终出租住房的社会组织或企业选择合适的候选人这一行为则是私法行为。德国虽然并未适用公法规范对社会住宅租赁合同进行调整,

[26] 参见小早川光郎:「契約と行政行為」,载岩波講座『基本法學4—契約』,岩波書店1983年版,第126页。

[27] 参见王天华:《日本的“公法上的当事人诉讼”——脱离传统行政诉讼模式的一个路径》,《比较法研究》2008年第3期,第22页以下。

[28] 参见原田大樹:「福祉契約の行政法学的分析」,法政研究,69卷4号,2003年,第765页以下。

[29] 例如志免町拒绝供水案件(最判平成11年1月21日民集53卷1号13页)。该案事实是志免町因为人口的激增和地形的因素,确保供水水道相当困难。该町修改供水规定,规定了拒绝给超过一定户数的共同住宅供水。房地产公司X计划建设大厦,申请签订给420户的大厦的供水契约,该町拒绝缔结该契约。因此,X以拒绝决定违反水道法第15条第1款的“正当理由”提起诉讼。日本最高法院判决指出,“正当理由”指的是“供水企业经过正常的努力仍然不得拒绝供水的理由”,对于缔结供水契约的申请,供水公司根据适当合理的供水计划无法供水,拒绝签订该契约具有“正当的理由”。

[30] 参见芝池義一:「行政法総論講義」,有斐閣2006年版,第247页。

[31] 日本介護保険法(关于长期护理老年人的保险法)规定,首先要由市町村审查相对人要求护理的申请,这一步需要非常专业的审查和判断,由市町村作出相对人可获得护理的等级的行政决定,然后获得护理服务资格的受给人再与服务提供者签订契约。

[32] 德国的国家资助住房政策有很多类型,但与我国保障房制度相对应,通过国家资助私人主体提供保障房的形式主要是社会住宅。主要是指国家资助兴建或符合相关标准获得国家资助的非营利组织或企业运营的住宅,以限定的租金出租给中低收入人群。Vgl. Björn Egner, *Housing Policy in Germany-A Best Practice Model?* Friedrich Ebert Stiftung Briefing Paper, Shanghai Jan. 2011, No. 4.

但是德国住房资助法规定, 主管机关在委托决定或委托合同中, 有权要求接受资助的房地产运营组织或企业将住房出租给获得主管机关资格认定的权利人。此外, 为了确保一些严重传染疾病和具有宗教信仰的承租人不被私人主体排除, 主管机关还拥有对私人主体提名至少三名候选承租人或指定承租人的权利。^[33] 日本司法裁判上则一般认为确认公营住宅^[34] 入户者的决定是行政处分, 即公营住宅租赁关系的构成属于行政法律关系的范围, 但公营住宅使用关系和私人间租赁关系并无不同, 类似双阶段的法律关系。法院通常认为, 民法、租赁法、公营住宅法和基于上述法律的条例是一般法和特别法的关系, 后者优于前者适用。^[35] 而且, 最高法院的判决基本割裂了处分和使用关系这两个阶段, 将后续使用阶段违反公法义务的行为仍然适用民法进行调整和规范。关于公营住宅项目负责人以居住者擅自翻盖为理由, 基于公法上的租赁义务要求, 请求居住者腾出住房的争议, 对于这种公法上的腾退义务是否同时适用私法上的信赖关系法理, 日本最高法院认为, “公营住宅法的使用关系, 不能否定其作为利用公的营造物的利用关系的公法一面, 该法规定了, 对于居住者的募集应该通过公募的方法, 居住者必须是具备一定条件的人, 项目负责人应该以一定的基准、公正的方法选考出居住者。并且, 特定的人要成为公营住宅的居住者, 必须从项目负责人那里得到使用许可。但是另一方面, 居住者得到上述使用许可确立了项目主体和居住者之间的使用关系, 这种使用关系既受该法和条例的规制, 又基本上与私人间房屋租赁关系没有区别, 应受到契约关系的规律, 应该适用信赖关系的法理”。^[36]

总体上, 德国和日本的制度定性并不妨碍运用行政法律关系来讨论我国保障房的租赁与买卖关系。因为, 德国和日本的保障房给付基本都是以租赁关系为内容,^[37] 而且, 提供出租的主体也主要是非盈利的社会组织 and 市场主体, 并不存在类似我国的公有住房分配和保障房的买卖关系。所以, 行政合同和双阶法律关系的理论仍然对我国保障房租赁与买卖关系提供了有益的启发。

(二) 行政协议的适用空间

在保障房租赁和买卖过程中, 行政合同的好处在于, 其能一定程度确保保障房由适当的人居住且被正当使用, 也可以避免双阶理论前后两个阶段难以划分的弊病。而且, 在适用民事合同存在局限的情形中, 通过保障房买卖双方或租赁双方建立行政合同法律关系, 可以对承担行政给付任务的企业这一方进行约束, 使其意思表示和合同履行行为受到公法规范的限制。例如, 房地产企业对房屋价格和租赁价格的调整、对房屋租赁服务的供给水平都要服务于国家保障公民住房权利这一目的, 即使相关行政规范并未具体规定价格和服务水平, 但根据这一目的, 行政机关和法院也可以解释出在这个合同中, 房地产企业应当

[33] 参见胡川宁:《德国社会住房法律制度研究》,《社会科学研究》2013年第3期,第93页。

[34] 日本狭义的公营住宅指的是基于《公营住宅法》,由地方公共团体接受国家的补助而建设、管理的住宅。

[35] 参见小高刚:「公共住宅をめぐる法律上の諸問題」ジュリスト第539号,1973年,第28页以下。

[36] 参见野吕充:「公营住宅の使用関係—近時の最高裁判例を中心として—」,《広島法学》,18卷1号,1994年07月,第195页以下。

[37] 尽管德国也存在国家在购房贷款上提供资助,鼓励私人购买住房的政策,但其并不同于我国以国家提供资助、限制售房价格为形式的经济适用房政策。德国的保障性住房主要表现为以租赁为主的社会住房。Vgl. Volker Kreibich, *The End of Social Housing in the Federal Republic of Germany? The Case of Hannover*, in *Espace, Populations, sociétés*, Vol. 4, No. 1, pp. 85-97 (1986). 日本的公营住宅也是租赁的形式。

受到的相应约束。特别是,在这类合同中,权利义务内容的形成过程也将与私法合同不同,其权利义务的安排不能全由房地产企业与购房人或承租人通过意思自治而形成,除了要符合民法上基本原则的要求,还要符合行政法律规范的要求,而且在必要时,程序上也需要购房人和承租人参与。

我国行政诉讼法的修订为行政协议(合同)的救济打开了空间。然而,除了征收补偿协议、政府采购合同以外,迄今为止在给付行政中运用行政协议的空间仍然是非常有限的。2015年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》将行政协议解释为“行政机关为实现公共利益或者行政管理目标,在法定职责范围内,与公民、法人或者其他组织协商订立的具有行政法上权利义务内容的协议”。但是,由于司法解释所规定的“为实现公共利益或者行政管理目标”不易把握,法院对于确认行政协议的判断也比较谨慎。^[38]从目前的司法实践来看,法院在征收补偿协议、政府采购合同以外,仅将教育委培协议和国有土地使用权出让合同纳入行政协议,其他合同则很少被纳入行政协议的范畴。^[39]

将保障房的租赁买卖协议纳入行政协议也要面对很多困难。首先,将签订买卖和租赁协议的房地产开发和运营企业认定为“行政机关”,法律上和司法裁判上都未有明确的根据。如果严格根据“法律法规规章授权组织”的要求,则更难认定。其次,租赁或买卖协议中的权利义务在性质上也更趋近于民事法律关系。诸多法院判决也都以出租人是事业单位法人而非行政机关,而且房屋管理服务、设备维护等租赁经营权不具有单方的行政强制性为由,认定公房租赁合同为民事合同。^[40]

当然,需要指出的是,目前的司法实践也体现了未来将保障房租赁协议认定为行政合同的可能性。在行政诉讼法(2015)正式将行政协议纳入受案范围前,已经有判决提出了公房合同是行政合同的论断。法院认为:“房管局通过行政职权将其所管理的公有房屋使用权以租赁方式配置给承租人使用,其与承租人所签订的房屋租赁合同具有行政合同的法律特征,被告单方面变更房屋承租人的行为是具体行政行为而非民事行为。”^[41]当然,此处的行政合同在当时的行政法体系内,可能只是被称做“行政合同”的具体行政行为罢了,而法院也只不过是為了将变更租赁人的行为认定为行政行为,从而将其纳入撤销诉讼的审查。

此外,行政协议被纳入行政诉讼受案范围后,也出现了公房共同居住人主张公房出售协议是行政协议的案件。^[42]该案上诉人作为公房安置人口主张,区房地产经营管理中心与公房承租人签订《成本价出售直管公有住宅楼房协议书》的行为系执行区政府委托的行政职权的行为,且该行政行为侵犯了其作为被安置人口及共同居住人购买公有住房的权利。

[38] 参见李福忠:《新行政诉讼法确立的行政协议诉讼制度初探》,《山东审判》2015年第4期,第29页。

[39] 最高人民法院在其发布的典型案例“萍乡市亚鹏房地产开发有限公司诉萍乡市国土资源局行政协议案”中明确体现了其态度转向,用典型案例推翻了先前的司法解释(《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)),国有土地使用权出让合同不再是民事合同,也不再由民庭管辖,而是行政协议,今后由行政庭审理。笔者通过“中国裁判文书网”,在“行政案件”目录下,以“行政协议”为关键词进行查询,发现2015年以来,主要的行政协议案件就是征收补偿协议案件。教育委培协议和土地出让合同是也明确被确认属于行政协议,但这两类案件的数量明显较少。此外,最高人民法院的裁定((2016)最高法行申45号)中将息诉罢访协议认定为行政协议。

[40] 见前引〔2〕,徐欢等文;前引〔15〕,赵增强案。

[41] 见前引〔15〕,李乃胜案。

[42] 陈喜与北京西城区人民政府其他二审裁定书,北京市高级人民法院(2016)京行终250号。

尽管法院并未支持这一主张,仍然认为协议的目的和主要内容均不符合行政协议的法定要件。但是,共同居住人提出的主张也有必要加以重视。因为,对于谁具有购买资格的判断,涉及到公房的福利分配问题,应属于行政权行使的领域。

综上,保障房买卖与租赁关系至少在现阶段很难被认定为行政协议。因此,仍然需要将双阶法律关系作为克服私法合同局限而采取的主要方式。

(三) 双阶法律关系的运用

难以对前后两个阶段进行划分,是双阶法律关系遭到批评的重要原因。但是,在保障房租赁和买卖领域适用双阶法律关系,却几乎不存在这一问题。

首先,《经济适用住房管理办法》第27条规定,由市、县人民政府经济适用住房主管部门发放准予购买经济适用住房的核准通知,然后按照收入水平、住房困难程度和申请顺序等因素进行轮候。尽管资格确认之后还要进入轮候,最后买卖合同缔结是基于轮候和选房程序的结果,但实质上经济适用房买卖轮候和选房程序均是由行政机关组织,主管部门基于选房结果还会与购房人签订选房确认书。^[43]其后,购房人才会与开发商签订购房合同。^[44]可以发现,《经济适用房管理办法》已经与“双阶法律关系”相类似,将经济适用房买卖划分为作出分配决定和签订租售合同两个阶段。

其次,司法实践中也倾向于将经济适用房买卖区分为行政行为 and 合同两个阶段。对于因购房人违反五年内购买其他住房而导致的合同解除争议,现有判决显示,当事人主要是通过行政诉讼主张对行政机关作出的“解除合同并收回住房的决定”进行撤销,而不是通过民事诉讼进行救济。^[45]在深圳市发生的相关案件中,深圳市中级人民法院认为,根据《经济适用住房管理办法》第31条和第41条的规定,已经购买经济适用住房的家庭又购买其他住房的,原经济适用住房由政府按规定及合同约定回购;因已购买其他住房事由退出已购经济适用住房的,其原购买的经济适用住房,由住房保障管理部门或原产权单位按照原价格并考虑折旧和物价水平等因素进行回购。因此,深圳市住建局据此作出《解除合同并收回经济适用住房通知书》是“住建局作出的经济适用房收回决定,是依法对经济适用房履行监管职责的行为,非仅行使合同的解除权”。^[46]在“北京市海淀区房屋管理局与唐某保障房行政管理纠纷案件”中,^[47]经济适用房购房人唐某经过审核符合申购经济适用房资格。在其与开发商签订了预售合同后,房管局才发现其申报的收入有隐瞒,随之作出撤销资格决定。在法院一审、二审均判决撤销该通知书后,房管局再次根据调查结果做出《资格取消通知书》。其后,海淀区人民法院支持了该行政行为,取消了唐某的购房资格。

[43] 《上海市经济适用房管理试行办法》第19条第3款:“申请户购买、租赁经济适用住房的,应当先与区(县)住房保障机构签订选房确认书,然后签订《经济适用住房预(出)售合同》或者《经济适用住房租赁合同》。”

[44] 例如《上海市共有产权保障住房管理办法》第21、23、25条规定了由区(县)住房保障实施机构对符合条件的申请人进行审核登录,之后进入轮候和选房程序,申请人选定共有产权保障住房的,应当签订选房确认书,并与开发建设单位签订购房合同,与房屋所在地区(县)住房保障实施机构签订供后房屋使用管理协议。

[45] 笔者在“中国裁判文书网”以“经济适用房”为关键字进行了检索,发现此类行政案件主要出现在近两年,以深圳市法院的数十件案件为代表,未发现有相关民事案件。

[46] “潘美凤、谭耀华、谭淑兰与深圳市住房和建设局行政纠纷案”,广东省深圳市中级人民法院(2016)粤03行终154号。

[47] 北京市第一中级人民法院(2011)一中行终字第3370号;北京市海淀区人民法院(2012)海行初字第00242号。

可见，在保障房的买卖关系中，立法和司法上都更倾向于将经济适用房买卖区分为行政行为和合同两个阶段的法律关系。其中的缘由，可能在于买卖关系的标的物较为贵重，对购房人权利影响较大。因此，实践中都是由行政机关通过撤销或废止购房资格等方式实现公法上的目的。

进而，以上案件中法院的判决还显示出两阶段效力“并存型”的思路。“并存型”思路认为，在民事合同成立之后，公法关系和私法关系仍相互作用、独立存在。如在民事合同履行期间，有关行政上目的之保护的争议，仍可提起行政诉讼。^[48]如果行政给付决定无效，则第二阶段的合同也不产生效力，应视为自始无效，可以径行请求相对人返还；而当行政给付决定有效，但出现可以行使废止（非撤销）权限时，则该废止权限即可产生第二阶段中的合同解除权。^[49]具体而言，若因受给人提供的资料违法而撤销购房资格，后阶段的合同应推定为自始无效。“北京市海淀区房屋管理局与唐某保障房行政管理纠纷案”就属于因购房人提供的资料违法被撤销购房资格，从而推定预售合同无效的情形。若受给人购房后不再具备相应的条件，行政机关废止该购房资格，后阶段合同则自然解除。上文提到的由深圳市住建局解除合同并收回住房的决定就属于这一情形。在同时存在行政行为和合同约定条款的情况下，除非立法政策上明确规定必须先争议行政行为的合法性，否则受给人应有权选择争议的途径，特别是诉讼法上对于行政行为和合同争议的时效和起诉要件应存在差异。

适用双阶段法律关系的益处在于，首先，购房人和利害关系人的权利可以得到有效保护。这是因为，购房人可以提起行政诉讼，要求审查撤销或者废止购房资格的决定是否违法，利害关系人则可以提起行政诉讼，要求审查行政机关作出购房资格通知书是否违法来主张权利。其次，对于主张合同无效的行政机关来说，其也可以更有效率地收回房屋。其中的问题在于，现有的规定以及合同条款中，没有处理好公法和私法的关系，特别是解除合同的主体和收回房屋的主体之间的关系。例如，住房保障部门的权限就是判断申请人是否符合资格，以及对不符合资格者停止提供相关房屋。对于购房人是否违反行政法律规范的规定而致合同无效，则应由合同的出售方来提出，而不应由住房保障部门来行使解除合同的权利。然而，深圳、上海等地的经济适用房买卖合同中，尽管出售方为房地产开发公司，但合同中却约定有权主张解除合同、收回房屋的是住房保障部门。

虽然在保障房租赁关系领域，立法和司法上一般都更倾向于通过民事合同来调整相应的法律关系，但双阶关系仍有适用的特定情形。

一方面，在对公有租赁住房承租人资格提出争议的案件中，适用双阶法律关系可以促使由行政机关来决定谁有权承租公有住房，利害关系人也可以通过行政诉讼进行救济。司法实践中已经有判决将租赁关系的建立和解除认定为行政行为，从而将保障房租赁划分为变更租赁凭证的行政行为和租赁协议两个阶段。这些案件基本的事实都是，在公房的原承租人或其共同居住人不知情的情况下，房管部门变更了承租人，因而原承租人或其共同居住人提起诉讼，要求法院审查该变更行为是否合法。此类案件的争议焦点在于，变更承租人

[48] 前引〔19〕，沈政雄文，第35页以下。

[49] 同上文，第38页。

这一行为是民事合同行为还是具体行政行为。“刘某某与北京市西城区人民政府公有住房租赁纠纷上诉案”以及“李乃胜诉南京市建邺区房地产管理局行政合同变更行为案”^[50]中，原告均主张房管局或房地产经营管理中心变更承租人的行为是具体行政行为。两起案件中，法院也都支持了原告的主张，其主要理由在于，变更行为属于行政机关的法定职权，而且公房的租赁权具有物权的属性。李乃胜案中更是明确地提出了公房的公共属性、公房承租权的价值属性都需要由行政机关对行为进行实质审查。^[51]此外，司法实践中也出现了共同居住人作为利害关系人向法院提起行政诉讼，要求撤销房管部门变更承租人决定的案例。在王夕诉常州市房管局撤销公房租赁证案中，常州市中级人民法院就确认了这一行为属于行政诉讼的受案范围以及同住人的原告资格，并且认为，该行为属于行政诉讼的受案范围，市房管局未尽合理审慎职责，在没有证据证明原告即同住成年人同意第三人承租的情况下，向第三人颁发了被诉公房租赁证，该公房租赁证应予撤销。^[52]这种认定方式，不仅有助于通过行政程序和行政行为的合法性审查促进公房资源的合理分配，而且有助于保护承租人和潜在的承租人合法享有具有物权价值的承租权。

另一方面，也应当通过使用双阶法律关系对运营机构选择承租人的权力加以约束。公共租赁住房租赁与经适房买卖有所不同，其轮候与选房都是由运营机构和产权人自己来决定。例如，上海市《闵行区公共租赁住房租赁管理办法》规定，上海市闵行公共租赁住房投资运营有限公司（以下简称区公租房运营机构）受区住房保障房屋管理局委托，具体负责公共租赁住房申请受理审核、房源供应和租赁运营管理工作。并且，对于申请人的申请，区公租房运营机构经审核应向申请人出具准入资格确认书，并登记为本区公共租赁住房轮候对象。^[53]与德国和日本相似，公共住房租赁关系从出租人的性质和租赁本身来看，都应属于民法的范畴，仅主管部门对受益人资格的认定可以视为行政行为。我国现有的司法实践中，涉及租赁合同效力也一般都通过民事诉讼来解决。^[54]然而，如果不对运营机构选择承租人的权力加以约束，现实当中就会出现公租房运营机构滥用保障房分配权的现象，有的运营机构甚至为了方便日后腾退，宁可空置也不与轮候的承租人签约。当主管部门无法通过委托合同约定约束运营机构时，则只有通过将公租房租赁合同的缔结认定为行政行为，使其受到行政程序和合法性审查的约束。

四、私人承担给付行政任务的法律关系构成

在我国的给付行政领域，还有许多和保障房租赁与买卖类似的私人承担给付行政任务的例子。例如，公立学校对学生提供义务教育，各类学校接受国家资助对学生提供的教育

[50] 见前引〔15〕。

[51] 国家法官学院、中国人民大学法学院编：《中国审判案例要览：2004年行政审判案例卷》，中国人民大学出版社2005年版，第130页以下。

[52] 见前引〔2〕，周雯等文。

[53] 上海市《闵行区公共租赁住房租赁管理办法》第3条和第11条。

[54] 笔者在“中国裁判文书网”上未查询到通过行政诉讼争议廉租房或公租房合同解除的案例，根据查询结果，近五年有关廉租房、公租房腾退案件，特别是涉及到承租人一方经年度审查不再符合房屋租赁资格被要求腾退的案件，都是通过民事诉讼解决的。

服务,企业向残疾人提供就业岗位,公立医院对有医保的病人提供的诊疗服务,公共交通、邮政、水电等公用事业向居民提供的普遍性服务等。第三方私人主体承担给付任务时,通常不是由行政机关直接做出给付决定,而是由行政机关资助或补贴第三方,再由第三方来生产、制造某种物品或提供某种服务给普通公民。给付的法律关系既不可能以行政行为一次性完成,也无法简单地适用私法。尤其是,私人承担给付行政任务中的诸多福利既具有财产价值(如公有租赁住房),同时又与特定身份相关(如公有租赁住房、人才公寓、与集体经济组织成员身份相匹配的征收补偿、与身份相匹配的医疗保险等)。因此,就需要行政机关对受益人的身份进行严格审查。

从上文对保障房租赁与买卖法律关系的研究可见,对我国私人承担行政给付任务的法律关系进行判断,既要结合具体领域给付物的特点,也要与我国行政诉讼的具体制度相适应,更要考量私法本身的可容纳性。只有在民事合同无法实现公法目的的领域,才有必要在立法和司法上建构行政合同或双阶法律关系来加以保障。在现阶段,考虑到行政协议的涵盖范围仍然较为有限,应当适用双阶理论来对保障房租赁和买卖关系进行调整。因此,在理论和司法判决上都应形成对双阶法律关系更为系统的认识。本文的研究从某种程度上而言,也是对我国给付行政领域公法私法关系的一次探索,其包含的问题意识相信可以在未来更深入地展开。

Abstract: In the area of welfare administration, when administrative departments entrust a third private party to undertake the welfare administrative task, there arises the question of whether the legal relationship between the private party and the beneficiary is of private or public nature. The leasing and transaction of subsidized housing in China is a kind of welfare administration by private third party that provides a great deal of study materials for researching the nature of legal relationship between private developers and lessees or property owners. When the leasing or property transaction of subsidized housing is considered as a civil contract, it can achieve the public law purpose to a certain extent, but there are also limitations. The private property function of the public-owned housing and the private owned character of the economic and comfortable housing are the important causes of these limitations. China should establish through legislation and judicial interpretation the legal relationships of leasing and transaction of subsidized housing at the stages of administrative action and contract (or administrative contract), so as to effectively eliminate the improper use of subsidized housing and to protect the beneficiaries and other potential beneficiaries of subsidized housing.

Key Words: subsidized housing, welfare administration, the two-stage theory, administrative contract
