

# 不得盲目扩张《合同法》第 44 条 第 2 款的适用范围

崔建远\*

---

**摘要** 我国《合同法》第 44 条第 2 款的规定限于适用中外合资经营企业合作合同、中外合作经营企业合作合同、涉外股权转让合同,以及中外合作勘探、开采石油、天然气合同,并不适用于行政划拨的土地使用权转让合同。在未将行政划拨的土地使用权变性为出让土地使用权的场合,转让土地使用权合同应为无效,而不是未生效。

**关键词** 《合同法》第 44 条第 2 款 批准 生效要件 未生效

---

## 一、基本案情

于存库(原告,反诉被告)与董成斌、董成珍(被告,反诉原告)签订《房屋买卖协议》,约定将坐落在广汉市雒城镇桂花街 103 幢 10-11 轴底层的门面营业房一间,作价 12.2 万元出卖给董成斌、董成珍。该房系于存库从广汉市建设开发总公司购买的商品房,处于行政划拨的建设用地之上,双方签订《房屋买卖协议》乃至买受人董成斌、董成珍付清 12.2 万元人民币的购房款、出卖人于存库将涉案房屋交付给买受人时,行政划拨的土地使用权尚未经有批准权的政府批准转让,买受人亦未缴纳土地使用权出让金。<sup>[1]</sup>

## 二、判决要旨

四川省德阳市中级人民法院认为,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干

---

\* 清华大学法学院教授。

[1] 《中华人民共和国最高人民法院公报》2001 年第 4 期;孙毅主编:《人民法院民商事公报案例裁判要旨》,中国法制出版社 2012 年版,页 50。

问题的解释(一)》(以下简称为法释[1999]19号)第9条规定:“依照《合同法》第44条第2款的规定,法律、行政法规规定合同应当办理批准手续,或者办理批准、登记等手续才生效,在一审法庭辩论终结前当事人仍未办理批准手续的,或者仍未办理批准、登记等手续的,人民法院应当认定该合同未生效;法律、行政法规规定合同应当办理登记手续,但未规定登记后生效的,当事人未办理登记手续不影响合同的效力,合同标的物所有权及其他物权不能转移。”据此,出卖人在一审提起诉讼之前,早已分别办理了涉案房屋的产权证和土地使用权证,成为该房屋的合法产权人。他以合法产权人的身份与买受人签订的房屋买卖协议,依法成立。根据“地随房走”的原则,出卖人在出售自己的房产时,以划拨方式取得的土地使用权,在依法补办相应手续后,也是可以转让的。〔2〕

### 三、评释

四川省德阳市中级人民法院认为,出卖人在一审提起诉讼之前,早已分别办理了涉案房屋的产权证和土地使用权证,故可按照法释[1999]19号第9条的规定成为该房屋的合法产权人,其以合法产权人的身份与买受人签订的房屋买卖协议,依法成立。根据“地随房走”的原则,出卖人在出售自己的房产时,以划拨方式取得的土地使用权在依法补办相应手续后,也可以转让。

笔者认为,法院的上述认定误解了《中华人民共和国合同法》(以下简称为《合同法》)第44条第2款的规范意旨和适用范围,忽视了限制流通物与法定的特别生效要件之间在法律构成、法律后果方面的差别,因此不足取。《合同法》第44条第2款关于“法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的,依照其规定”的规定,依其文义和规范意旨,适用范围仅限于中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探或开采石油或天然气合同、涉外股权转让合同。如此断言的根据如下:

首先,从《合同法》第44条第2款的文义和确定其适用范围的思考路径来看,《合同法》第44条第2款中的所谓“法律、行政法规”,并非《合同法》第44条第2款本身,而是指除此而外的法律、行政法规的规定。欲知某类合同是否以行政主管部门的批准或登记为法定的特别生效要件,必须寻觅出《合同法》第44条第2款以外的法律、行政法规关于某类合同应以行政主管部门的批准或登记为法定的特别生效要件的具体规定。换个表述,《合同法》第44条第2款的规定属于引致规范、解释规范或概括规范,〔3〕它与某部法律、行政法规关于某类合同应当/必须经过行政主管部门批准或登记的规定相结合,适用到该类合同,法律人才会得知该类合同

〔2〕《中华人民共和国最高人民法院公报》2001年第4期;孙毅主编:《人民法院民商事公报案例裁判要旨》,中国法制出版社2012年版,页51。

〔3〕详细分析见耿林:《强制规范与合同效力——以《合同法》第52条第5项为中心》,中国民主法制出版社2009年版,页100以下。

是否已经生效或者仍然尚未生效。

这告诉我们,哪些合同以行政主管部门的批准、登记为法定的特别生效要件,不得凭法律人的主观好恶或者猜想来确定,而是必须以我国现行法的明确规定为标准。经查,在我国,规定某类合同须经行政主管部门批准方能生效的法律、行政法规及其条款计有:《中华人民共和国中外合资经营企业法》(以下简称为《中外合资经营企业法》)第3条:“中外合资经营企业合同‘应报国家对外经济贸易主管部门审查批准。审查批准机关应在3个月内决定批准或不批准。合营企业经批准后,向国家工商行政管理主管部门登记,领取营业执照,开始营业。’”《中华人民共和国中外合资经营企业法实施条例》(以下简称为《中外合资经营企业法实施条例》)第14条:“合营企业协议、合同和章程经审批机构批准后生效,其修改时同。”第20条第1款:“合营一方向第三者转让其全部或者部分股权的,须经合营他方同意,并报审批机构批准,向登记管理机构办理变更登记手续。”同条第4款规定:“违反上述规定的,其转让无效。”《中华人民共和国中外合作经营企业法》(以下简称为《中外合作经营企业法》)第5条:“中外合作经营企业合同应报国务院对外经济贸易主管部门或者国务院授权的部门和地方政府审查批准。审查批准机关应当自接到申请之日起45天内决定批准或者不批准。”第10条:“中外合作者的一方转让其在合作企业合同中的全部或者部分权利、义务的,必须经他方同意,并报审查批准机关批准。”《中华人民共和国对外合作开采海洋石油资源条例》(以下简称为《对外合作开采海洋石油资源条例》)第7条第2款:“中国海洋石油总公司就对外合作开采石油订立的合同,经中华人民共和国商务部批准,即为有效。”同条第3款:“中国海洋石油总公司采取其他方式运用外国企业的技术和资金合作开采石油资源所签订的文件,也应当经中华人民共和国商务部批准。”《中华人民共和国对外合作开采陆上石油资源条例》(以下简称为《对外合作开采陆上石油资源条例》)第8条第1款:“中国石油天然气集团公司、中国石油化工集团公司与外国企业签订的合作开采陆上石油资源合同,经中华人民共和国商务部批准后,方为成立。”同条第2款:“中国石油天然气集团公司、中国石油化工集团公司也可以在国务院批准的合作开采陆上石油资源的区域内,与外国企业签订除前款规定以外的其他合作合同。该合同必须向中华人民共和国商务部备案。”《探矿权采矿权转让管理办法》(国务院令第242号)第10条:“探矿权转让合同、采矿权转让合同,自批准转让之日起生效。”《矿业权出让转让管理暂行规定》(国土资发[2000]309号)第46条第2款:“转让申请被批准之日起,矿业权转让合同生效。”此外,还有部门规章《外商投资企业投资者股权变更的若干规定》([1997]外经贸法发第267号)第3条:“企业投资者股权变更应遵守中国有关法律、法规,并按照本规定经审批机关批准和登记机关变更登记。未经审批机关批准的股权变更无效。”

至于系争合同的类型,属于房地产转让合同(房屋买卖合同、土地使用权转让合同),则未见我国现行法设有以行政主管部门批准为法定的特别生效要件的规定。

以行政主管部门的登记为法定的特别生效要件,在我国民法发展史上曾经存在过。例如,最高人民法院于1982年8月19日作出的《关于华侨买卖国内房屋问题的批复》中指出,华侨买卖国内房屋,必须向国内当地房管部门申请登记,经审查批准后,方可成交,

并按规定在国内支付款项交纳税金,否则不予承认。再如,最高人民法院于1985年8月10日作出的《关于国营企业购买私房已成使用多年经补办批准手续后可承认买卖合同关系有效的批复》,认定私房买卖合同关系经补办县人民政府的批准手续后有效。最高人民法院于1982年12月18日发出的《关于王正贵与林作信、江妙法房屋买卖合同关系如何确认的批复》指出,房屋买卖合同既未经过国家的契税手续,也没有取得房管部门的认可,该买卖合同无效。当然,最高人民法院也有模棱两可的意见,如最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》(以下简称为《关于民法通则的意见》)规定,公民之间赠与关系的成立,以赠与物的交付为准。赠与房屋,如根据书面赠与合同办理了过户手续的,应当认定赠与关系成立;未办理过户手续,但赠与人根据书面赠与合同已将产权证书交与受赠人,受赠人根据赠与合同已占有、使用该房屋的,可以认定赠与有效,但应令其补办过户手续(第128条)。其中,有的表述把过户登记作为所有权移转的生效要件,有的表述则有登记为赠与关系的有效要件之意,概念不清。

需要指出的是,在《民法通则》颁行之后,最高人民法院的司法解释已经把登记作为物权变动的生效要件,而不是将它作为合同法定的特别生效要件了。尤其是《中华人民共和国物权法》(以下简称为《物权法》)第15条明确规定,“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”,更不得将登记作为合同的法定的特别生效要件了。

在学说方面,20世纪50年代、80年代的民法学著述,都把登记、批准作为房屋买卖合同的法定的特别生效要件甚至成立要件〔4〕,而不是把它们作为物权变动的生效要件。当然,其后的民法学著述已不再沿袭这样的理念,这符合《物权法》第15条的规定及其精神,值得肯定。

其次,从历史演变来看,在《合同法》实施之前,我国经济生活中的合同关系主要由《中华人民共和国合同法》(以下简称为《经济合同法》)、《中华人民共和国涉外经济合同法》、《中华人民共和国技术合同法》分别调整。《经济合同法》适应高度集权的计划经济管理体制的要求,特别强调国家行政机关审批的地位和作用,于第4条前段规定,订立经济合同必须符合国家和计划的要求;于第7条第1款第1项规定,违反国家政策、计划的经济合同无效;于第11条前段、中段规定,属于国家指令性计划产品和项目的经济往来,必须按国家下达的指标签订经济合同;如果在签订时不能达成一致意见,由双方上级计划主管机关处理;于第29条规定,经济合同的变更和解除涉及国家指令性计划产品或项目,在签订协议前应报下达该计划的业务主管部门批准。

〔4〕 佟柔、赵中孚、郑立主编:《民法概论》,中国人民大学出版社1982年版,页61;佟柔主编:《民法原理》,法律出版社1983年版,页82、270;佟柔主编:《民法原理》(修订本),法律出版社1986年版,页98、101;金平主编:《民法学教程》,内蒙古大学出版社1987年版,页103、107;马原主编:《中国民法讲义》(上册),全国法院干部业余法律大学编,1986年12月,页104;唐德华主编:《民法教程》,法律出版社1987年版,页84;李源植主编:《民法学》(上),吉林人民出版社1989年版,页140;王利明、郭明瑞、方流芳:《民法新论》(上册),中国政法大学出版社1988年版,页371。

鉴于在我国实行社会主义市场经济之后,上述规定难以满足社会的需求,《合同法》应运而生。它不再奉行计划原则,大大地减少了行政主管部门对于合同的审批,尽可能地降低了这种审批对于合同效力的影响。但也必须看到,《合同法》没有彻底否定国家行政主管部门的审批对于某几种合同的效力的影响。《合同法》特设第44条第2款,并结合前述法律、行政法规、部门规章,继续坚持诸如中外合资经营企业合作合同、中外合作经营企业合作合同、涉外股权转让合同,以及中外合作勘探、开发石油、天然气合同依然以行政主管部门的批准为法定的特别生效要件。究其原因,是因为某些领域仍然实行计划管理,这既是为了确保国家利益、战略安全,也是有序、有计划地开采能源的需要;既是为了使得利用外商投资与国内产业结构调整、引进先进技术、加快国有企业改造、鼓励出口及地区布局优化,促进整个国民经济的持续快速健康发展;既是为了鼓励和引导外资投向,吸引外商投资举办资金密集、技术密集以及对中国大陆国民经济发展有较大作用的合资企业;既是为了防止探矿权、采矿权移转给缺乏资质的受让人之手,避免自然资源的浪费,降低乃至减少矿难的发生。正因如此,《国务院关于第六批取消和调整行政审批项目的决定》(国发〔2012〕52号)再次坚持了这几种合同以行政主管部门的批准为法定的特别生效要件的基本精神。

最后,从《城市房地产管理法》第40条第1款的规范意旨和适用范围来看,系争合同属于房地产转让合同,并且将要转让的土地使用权属于行政划拨的土地使用权,由此决定,本案应当适用《城市房地产管理法》第40条第1款关于“以划拨方式取得土地使用权的,转让房地产时,应当按照国务院规定,报有批准权的人民政府审批。有批准权的人民政府准予转让的,应当由受让方办理土地使用权出让手续,并依照国家有关规定缴纳土地使用权出让金”的规定。这是因为,出卖人所售房屋立于行政划拨的建设用地之上,加上房地权属一体转让,或者说“地随房走”,涉案房屋所有权的移转需要涉案土地使用权随之移转,故必须按照《城市房地产管理法》第40条第1款的规定,经过有批准权的人民政府批准,由买受人办理土地使用权出让手续,并缴清土地使用权出让金,方能合法地移转房屋所在地的土地使用权。否则,涉案的行政划拨的土地使用权无法移转给房屋买受人。〔5〕

四川省德阳市中级人民法院在本案中适用《合同法》第44条第2款及法释〔1999〕19号第9条的规定,显然是将《城市房地产管理法》(第40条第1款)归入了《合同法》第44条第2款所说的“法律、行政法规”。但这是违反《合同法》的立法计划、职能分工的,是不符合《合同法》第44条第2款的文义与规范意旨的,也是不符合《城市房地产管理法》第40条第1款的规范意旨的。实际上,就合同效力而言,《城市房地产管理法》第40条第1款的规定与《合同法》第44条第2款的规定之间并不发生关联,而是属于《合同法》第52条第5项所说的“法律、行政法规”,当然,有的也不属于《合同法》第52条第5项规定的“法律、行政法规”。这是因为,该项所谓“法律、行政法规”需要进一步区分效力性的法律、行政法规与管理性的法律、行政法规:

〔5〕 在实务操作中,国土资源管理部门与受让方之间签订了土地使用权出让合同,就视为有批准权的人民政府已经批准了行政划拨的土地使用权的转让。

违反前者的,合同确定地无效;违反后者的,合同是否无效需要视具体情况而定,即有的无效,有的有效。

这样认识的道理在于:观察《城市房地产管理法》第40条第1款的文义,不难看出“有批准权的人民政府准予转让”行政划拨的土地使用权,先于“受让方办理土地使用权出让手续,并依照国家有关规定缴纳土地使用权出让金”,也就是说,有批准权的人民政府批准行政划拨的土地使用权转让在先,土地使用权出让合同签订在后,土地使用权转让合同更在后面。换句话说,行政主管部门的批准,既不是土地使用权出让合同的特别生效要件,也不是土地使用权转让合同的特别生效要件。

那么,按照《城市房地产管理法》第40条第1款的文义与规范意旨,有批准权的人民政府准予转让行政划拨的土地使用权,到底具有什么样的内涵和法律意义呢?答案是:有批准权的人民政府准予转让行政划拨的土地使用权,是将原本不允许按照民事流转程序转让的行政划拨的土地使用权,质变为可以依据民事流转程序转让的土地使用权,或者说是把限制流通物(可以按照有关政府机关的决定,依据行政法的程序转让,但不得依据民事流转程序转让)质变为流通物(完全依据民事流转程序转让)。联系《城市房地产管理法》第40条第1款后段关于受让方缴纳土地使用权出让金的规定,也可以说有批准权的人民政府准予转让行政划拨的土地使用权,是将行政划拨的土地使用权质变为出让的土地使用权。

既然行政划拨的土地使用权是限制流通物,那么,在有批准权的人民政府批准其转让之前,它就不得按照民事流转程序转让;当事人若硬要按照民事流转程序转让这个限制流通物,就违反了《城市房地产管理法》第40条第1款的规定,按照《合同法》第52条第5项的规定,转让合同无效。

总之,《城市房地产管理法》第40条第1款的规定,着眼于限制流通物及其质变为流通物的条件与程序,而《合同法》第44条第2款的规定,则在于某些特殊种类的合同以行政主管部门的批准、登记为法定的特别生效要件。此其一。

如果适用《城市房地产管理法》第40条第1款的规定,在合同方面可能存在两种情形:一是只有一个合同,一个法律行为,即房地产转让合同,但涉及两个标的物,一个是房屋,另一个是土地使用权;二是存在两个合同,两个法律行为,一个是房屋买卖合同,另一个是土地使用权转让合同。由此导致较为复杂的法律关系:房地权属一体的原则及其适用,房屋买卖合同与土地使用权转让合同之间在效力上的相互牵连、在履行上的相互牵连、在抗辩方面的特殊性等等。与此有别,适用《合同法》第44条第2款及法释[1999]19号第9条的规定,情况就显得单纯,它只涉及单一的合同及其项下的权利义务关系的问题。此其二。

如果适用《城市房地产管理法》第40条第1款的规定,行政主管部门确定不许转让行政划拨的土地使用权,那么,土地使用权转让合同归于无效,而非未生效。于此场合,不存在适用《合同法》第44条第2款及法释[1999]19号第9条的余地。至于处于行政划拨的建设用地上的房屋的买卖合同,则会因情况的不同而有不同的命运:①在严格奉行房地权属一体转让原则、土地使用权系房屋所有权存续的正当根据的领域,因房屋所在地的行政划拨的土地使用权

不得转让,买受人取得房屋所有权没有地权的正当根据,故房屋买卖合同也归于无效;②在不严格奉行房地权属一体转让原则、土地租赁权可以作为房屋所有权存续的正当根据的领域,行政划拨的土地使用权不得转让,可能不影响房屋买卖合同的效力,买受人取得房屋所有权可以土地租赁权作为存续的正当根据。此其三。

适用《城市房地产管理法》第40条第1款和《合同法》第52条第5项的规定,房地产转让合同因行政主管部门不予转让行政划拨的土地使用权而归于无效,产生缔约过失责任,而不可能成立违约责任。与此有别,适用《合同法》第44条第2款和法释[1999]19号第9条的规定,在行政主管部门不予批准的情况下,法律后果则有缔约过失责任说与违约责任说的分歧与争论。〔6〕就是说,二者在法律后果方面也不尽相同。此其四。

适用《合同法》第44条第2款和法释[1999]19号第9条的规定,在行政主管部门不予批准的情况下,不存在履行抗辩权及其行使的问题,只有诉讼时效完成等抗辩权行使的余地。与此不同,适用《城市房地产管理法》第40条第1款和《合同法》第52条第5项的规定,在不严格奉行房地权属一体转让原则、土地租赁权可以作为房屋所有权存续的正当根据的领域,即使行政主管部门不批准行政划拨的土地使用权转让,房屋买卖合同也会继续有效,如此,就不仅存在诉讼时效完成等抗辩权及其行使的机会,而且存在履行抗辩权及其行使的空间。特别是在行政主管部门准予行政划拨的土地使用权转让的情况下,房屋买卖合同和土地使用权转让合同都有效,还产生房屋买卖合同项下的义务与土地使用权合同项下的义务之间是否成立履行抗辩权的问题。而适用《合同法》第44条第2款和法释[1999]19号第9条的规定,在行政主管部门批准了合同的场合,则不存在两个合同项下的义务之间是否成立履行抗辩权的现象。此其五。

综上所述,四川省德阳市中级人民法院把系争合同适用《合同法》第44条第2款及法释[1999]19号第9条的规定,将系争合同认定为未生效合同,是误读了法律,错误地适用了法律,忽视了法律后果的不同,这是不足取的。

(责任编辑:薛 军)

〔6〕 万颢湘主编:《〈最高人民法院关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定(一)〉条文理解与适用》,中国法制出版社2011年版,页76、88;汤文平:“批准生效合同报批义务违反之救济”,《月旦民商法杂志》2013年总第40期。