

行政审批与权利转让合同的效力

蔡立东*

内容提要 在合同效力与合同履行相区分的制度平台上,行政审批的法律意义与权利转让合同的效力并非绝对绑定。实现国家管控权利变动的政策目标,存在行政审批与合同效力绑定、行政审批与合同效力区分两条进路。相较于二者绑定的现实选择,依循二者区分的进路,行政审批的法律意义仅在于控制相关合同的履行,由此权利转让合同即使未获审批,亦为有效合同。这便于助推合同机制的运作,相符于比例原则,且有利于合理分配因权利转让合同而产生之风险与负担,防范当事方的机会主义行为,为立法论层面的应然选择。在解释论层面,亦应厘清合同效力的长成逻辑,并采用目的论限缩的解释方法,尽量对现行立法做出权利转让合同效力与行政审批无涉的解释结论。

关键词 行政审批 区分原则 合同效力 合同履行

引言

权利转让本属私人自治范畴,完全可藉由当事人之间的转让合同实现。但中外合资经营企业股权、矿业权等特定民事权利的变动,不仅关涉当事人的利益,而且可能影响国家在相关领域公共政策的实现,存在以行政审批管控此类权利变动的现实需要。^① 满足此种国家需要的制度安排只能加载于转让合同之上,通过对合同目的之实现的控制加以体现。^② 由此必然产生行政审批与权利转让合同效力关系的问题,其中的问题点聚集于未经审批之权利转让合同的效力及其法律后果。^③ 在将行政审批绑定于合同效力的进路中,“合同无效说”认为,对于未经审批机关批准的合同,则不仅因相关法律、行政法规的规定显系效力性规定,该合同违反行政法规的强制性规定,而且依据《合同法》第44条第2款,审批机关的批准是合同的生效要件,故该未经批准的权利转让合同无效。^④ 对此,司法机关已持明确的否定性立场,但为支持私人自治,妥善处理司法权与行政权的关系,依然采取行政审批的法律意义与权利转让合同效力绑定的立场,以“未生效合同说”实现行政审批对于权利转让合同效力的控制,即合同效力依存于行政审批,法律、行政法规规定合同应当办理批准,或者办理批准、登记等手续才生效,合同自批

* 吉林大学法学院、吉林大学理论法学研究中心教授,法学博士。本文系教育部人文社会科学重点研究基地2007年重大项目“团体法秩序的法理逻辑”(项目编号:2007JJD810158)的阶段性研究成果。

- ① See James K. Jackson, The Exon-Florio National Security Test for Foreign Investment, Congress Research Service 7-5700, http://assets.opencrs.com/rpts/RL33312_20110330.pdf, p. 3. 访问日期:2012年8月10日。另参见苏永钦:《以公法规范控制私法契约——两岸转介条款的比较与操作建议》,载《人大法律评论》(2010年卷),法律出版社2010年9月版,第24页。
- ② 参见《中外合资经营企业法实施条例》第20条第1款、《中外合作经营企业法》第10条、《中外合作经营企业法实施细则》第23条、《外资企业法实施细则》第22条、《外商投资企业投资者股权变更的若干规定》第3条也有类似的内容。另参见《探矿权采矿权转让管理办法》第10条、《矿业权出让转让管理暂行规定》第37条、《海域使用管理法》第27条、《企业国有资产法》第53条、《农村土地承包法》第37条、《反垄断法》第21、25条、《城市房地产管理法》第40条、《技术进出口管理条例》第16条等。
- ③ 参见汤文平:《批准(登记)生效合同、“申请义务”与“缔约过失”》,载《中外法学》2011年第2期。
- ④ 参见王玉飞、谢颖:《涉外股权转让合同效力认定》,载《人民司法》2009年第24期。

准或登记之日起生效,当事人未办理批准、登记等手续的,合同未生效。^⑤此种立场的学理逻辑是,未生效与有效是由生效事实的成就与否决定的不同合同效力阶段。只有生效事实成就,合同才由未生效阶段进入有效阶段。存在于成立与有效状态之间的合同被界定为“未生效”,未生效成为与有效、无效、可撤销和效力待定并列的合同效力状态,具有独立的法律后果,即申请义务人未按照法律规定或者合同约定办理申请批准或者未申请登记,或者通过将该行为界定为违背诚实信用原则的行为,受让人可以通过间接履行以资救济;^⑥或者强调申请义务的独立性,违反申请义务,受让人可以通过间接履行或解除合同、追究转让方违约责任获得救济。^⑦

合同的效力评价属于价值判断,体现着合同法承载的公共选择,合同的效力状态表征着国家对于合同当事人一致意思表示的不同立场,是合同法规范当事人与国家间的关系以及在当事人间分配利益与负担的核心技术机制。关于行政审批与权利转让合同效力的不同立场折射着平衡私人自治与国家管制的不同技术路线,并深刻影响着国家关于良性社会秩序之整体构想以及当事人利益的实现。本文拟着眼于国家以行政审批控制权利转让的政策目标,校正未经审批之权利转让合同的效力评价,并立基于法律的体系强制,以债权形式主义物权变动模式支撑的合同效力与合同履行相区分原则为制度平台,以分析行政审批与权利转让合同效力相互绑定之技术路线的缺陷为参照,提出并证成行政审批与权利转让合同效力区分的技术路线及立基于其上的“有效合同说”,强调未经行政审批的权利转让合同亦为有效合同。随着相关司法政策的明确,“无效合同说”已对司法实践不生影响。本文的讨论将围绕“未生效合同说”与“有效合同说”展开。首先,分析合同效力与合同履行相区分原则的确立,给厘定行政审批与合同效力关系创造的选择空间,梳理实现国家政策目标的可选技术路线。然后,从立法论的角度,证成应着眼于控制权利的变动、即合同的履行达成国家行政管控的政策目标,实现权利转让合同的效力与行政审批脱钩,在未经审批之权利转让合同效力的问题上,立法应采“有效合同说”。最后,从解释论的角度,提出“有效合同说”的学理依据和实证法基础,以期有益于提升法律科学研究的技术含量,为国家与社会在此一领域形成良性互动关系提供技术支持。为了使本文能够集中于焦点问题展开,下文排除了影响权利转让合同效力的其他因素,即假定我们讨论的合同除未经批准外,不存在其他效力瑕疵。

一、行政审批目的实现的可选技术路线

因应远期信用交易的法律调整需求,自买卖合同成为诺成性合同已降,实现标的物权利转移这一经济目的,就需要多个法律行为。“转让合同仅产生债法上的效力,使双方当事人各自负担‘买’(支付价款)和‘卖’(交付标的物等)的义务。对此债权合同的履行才能使买卖最终得以完成,而履行行为因为其自身亦可能具有另一法律行为的外观。此即买卖债的效果与物权效果的分离。”^⑧至此,标的物权利的转移不再是买卖合同的直接后果,而只能因买卖合同的履行而发生。我国民法理论承认负担行为和处分行为的划分,民事立法虽未完全吸纳物权行为理论,但《物权法》确认了物权区分原则,^⑨奉行将合同的效力与权利变动这一合同的履行效果分离的技术路线。将合同效力的确认绝缘于合同的履行,使得意思成为决定权利义务内容以及权利义务变动的支配性因素,不仅是意思主义法律行为理论的逻辑必然,而且是以区分债权和物权的不同性质并设置不同规则为基础的民法体系的当然结论,这已为中国

⑤ 参见《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(一)》(法释[1999]19号)第9条、《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)》(法释[2010]9号)第1条。司法机关否定“合同无效说”的主要理由,参见万鄂湘主编:《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1月版,第19页以下。

⑥ 参见《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)》(法释[2009]5号)第8条。

⑦ 参见法释[2010]9号第1条第2款、第6条。

⑧ 刘家安:《买卖的法律结构》,中国政法大学出版社2003年12月版,第25页。

⑨ 《物权法》第15条确立的物权区分原则是指在依据法律行为发生物权变动时,物权变动的原因与物权变动的结果作为两个法律事实,它们的成立生效依据不同的法律根据的原则。参见孙宪忠:《中国物权法总论》(第二版),法律出版社2009年2月版,第248页。

的立法实践和司法实践所确认。^⑩

由此在我国,以权利变动为目的的基础债权合同和作为合同履行法律效果的权利变动本身被视为两个既相互关联又相互独立的法律事实。债权合同的法律效力在于设定债务人应当履行的债务和债权人依法享有的以请求权为核心权能的债权,而不直接引发标的权利转移的法律效果,其法律效力也不受标的权利变动实际状态牵制。无论基于生活的实践,还是理论的逻辑,都只能是债权合同生效后,才会有合同的履行问题,也才有可能发生权利变动的法律效果。但依据合法有效的合同完全有可能不发生权利变动的预期结果。相反,基于对无效合同的履行,在特定物权变动模式下却可能导致权利的变动,由此才发生处分行为之于负担行为的独立与依附、无因与有因的争论。反之,以当事人无法履行义务,权利变动不会实际发生为由,否认债权合同的效力,带来债权行为的无因与有因问题,则是对理论逻辑和生活实践的彻底背叛。合同能否现实履行与合同是否有效无关,单纯的合同履行不能、也不应导致合同无效。^⑪

由于合同效力与合同履行的分离,以发生权利变动为目的的合同与权利的实际变动成为两个分离的法律事实。只有在权利转让合同有效成立后,才发生合同履行的问题,亦即在合同有效成立之后才发生关于标的转让的申请审批和登记问题。无论行政审批的正当性基础如何,其目的无非在于控制特定权利的变动。未经审批,其法律意义完全可能仅在于权利不能发生变动,而与合同效力存在瑕疵与否完全脱钩。合同效力与合同履行相区分拓宽了以行政审批管控权利转让的可选技术路线,在这一制度平台上,行政审批与权利转让合同的效力并非天然绑定。通过行政审批实现国家管控权利转让的既定政策目标存在以其决定权利转让合同的效力和控制合同的履行两种规范模式。^⑫

其一为行政审批与合同效力绑定的进路。依循该进路,行政审批直接决定合同的效力,“未生效合同说”成为当然选择,未经行政审批,权利转让合同无效或者未生效。实践中,就此类交易,当事人一般会行政审批通过与否纳入交易结构,以权利转让合同对审批程序的发动、申请义务的负担、违反申请义务的救济以及对未获审批而产生的尽职调查等费用的分配作出自治性安排。在绑定的进路中,不仅当事人关于不以获得审批为前提之约定义务的约定没有法律效力,而且当事人已就未获审批之负担分配作出的具体安排也可能意义全无。当事人之间的利益和负担只能按照法定结构作模式化的配置,使得未经审批机关批准的当事人自行设定之权利义务安排对于其间利益和负担的分配不生任何影响。这

^⑩ 参见法释[1999]19号第9条。

^⑪ 在这一问题上,现代合同法关于履行不能的态度颇值注意。如《德国民法典》第306条规定,以不能的给付为合同标的,合同无效。但《德国债务法现代化法》第311a条第1项后段开始采纳履行不能不影响合同效力的立场。《国际商事合同通则》(PICC)则采纳了自始履行不能不影响合同有效性的观点,其第3.1.3条规定,合同订立时不可能履行所承担之义务的事实本身不影响合同的效力。该条评注指出,由于法律的禁止(如禁止进出口)而自始履行不能,合同的有效性取决于法律确认的禁止是旨在让合同无效还是单纯的禁止其履行。See UNIDROIT, Principles of International Commercial Contracts, 2010ed. pp. 96-97.《联合国国际货物销售合同公约》(CISG)未就履行不能作出直接的规定,但关于“风险转移”的第68条显然是以履行不能不影响合同效力为前提。根据CISG,无论何种履行不能,均不影响合同效力,债务人应负违约责任。我国政府已经批准加入CISG,表明我国已经接纳了履行不能不影响合同效力的立场。加之《民法通则》第55条并未以标的确定和可能为民事法律行为的有效要件。《合同法》对此虽未定有明文,但其第144条规定,出卖人出卖交由承运人运输的在途标的物,除当事人另有约定的以外,毁损、灭失的风险自合同成立时起由买受人承担。风险负担的适用以合同有效为前提,由此自始不能在我国亦不影响合同效力。可见,现代合同法的发展趋势是,自始履行不能的效果与合同订立后发生的履行不能等同,均不有效合同的效力。

^⑫ 对于可以实现管控目的两种技术选择,《国际商事合同通则》第6.1.14条及其评注予以承认,并恰当地指出,缺乏必要的许可可能影响合同的有效性或使合同履行不能。其第6.1.17条基于许可之于合同的不同法律意义,对于未获许可赋予了不同的法律后果。若未获许可影响合同有效性,则未获许可导致合同无效;在未获许可使合同部分或全部履行不能场合,适用不履行的规则。See UNIDROIT, Principles of International Commercial Contracts, 2010ed., p. 201, 209. 德国立法和学说均明确区分行政审批的标的为基础行为,还是履行行为,并对未获审批之合同分别赋予合同无效或履行不能的法律后果。参见汤文平:《德国法上的批准生效合同研究》,载《清华法学》2010年第6期。

当然是实现国家管控权利变动之政策的最直接、也是最简单的方法,但却不仅可能有违比例原则,^⑬构成对当事人意思自治的不正当限制,而且还会衍生“申请义务缘何发生”、“何谓损失”、“损害赔偿额如何计算”等司法实践不易应对的技术难题,特别是无效合同的法律后果将被直接转用于未获审批合同。而“契约无效,虽然不发生法律行为的效力,但当事人因为该契约所为的给付、所受的损害,仍然要透过不当得利、侵权行为等法定债之关系来处理,其复杂的程度,超出想象。”^⑭

其二为行政审批与合同效力区分的进路。在此一进路中,形成了关于未经审批之合同效力的“有效合同说”和关于行政审批意义的“限制履行论”。该说遵循比例原则,行政审批的效力搭载于合同履行之上,仅控制权利的实际变动。若不存在其他效力瑕疵,单纯的未经审批不影响合同的效力,即未经审批的权利转让合同不失为“有效合同”,在实现国家政策取向的同时,尽可能地宽容当事人对其间权利义务关系的自治性安排。当事人根据合同负担申请审批的作为义务,同时以审批机关的批准作为合同可以实际履行的前提,未获批准则构成“法律上的履行不能”,进而按照应对履行障碍的违约责任承担与免责机制分配当事人间的利益与负担。此时受让方本有请求转让方履行合同义务的权利,但其权利转让因未获批准招致法律上的不能履行,因此发生诉讼,即使无免责事由,转让方亦不能承担实际履行的责任,而只能承担损害赔偿等其他形式的违约责任。一般而言,较之于直接否定转让合同效力,“有效合同说”及“限制履行论”认许当事人关于不以行政审批为前提之意定义务的约定以及就未获审批之负担分配的具体安排等对权利和义务的自主分配的履行效力,使得其型构当事人间利益与负担关系的作用得以适当地发挥,从而有效地增加法律适用的弹性,提升法律的应变能力。

二、行政审批与权利转让合同效力关系的立法论选择

以行政审批管控特定权利变动的正当性自不待言,但在达成行政目的的前提下,行政审批的制度设计亦需便利私人自治机制的运作,遵循比例原则,避免行政权力逾越目的范围不适当地侵犯经济自由,过度损害应受保护的其他法益。基于此,行政审批与权利转让合同效力区分的进路应该成为立法论的当然选择。在此一进路中,权利转让合同即使未经审批,亦为有效合同,基于“有效合同说”和“限制履行论”可以合理地导出与既有解释框架完全相容的当事人申请义务及其实现和救济机制。

(一) 行政审批与合同效力区分的进路便于助推合同机制的运作

“合同的履行指债务人或第三人做出作为债务内容的给付,并因此使债权目的达到而归于消灭。”^⑮能够实现债权目的、使债权转化为物权或其他相应权利的给付行为即为合同的履行行为。在以行政审批控制权利变动场合,申请义务是权利转让合同运行机制的启动装置,对于推动权利转让合同的履行,实现合同目的至关重要。一般而言,权利转让审批与权利变动登记为同一机关,申请审批的权利转让行为如获批准,则会发生权利变动的法律效力,合同目的因而得以实现。准此以观,申请构成对合同主给付义务的履行,当事人提出申请意味着权利转让合同已经进入履行阶段,申请义务是合同履行效力的体现,只能由有效的合同导出。如在中外合资企业股权转让场合,依据股权转让合同,按照法律规定办理申请批准,是出让方向受让方移转股权的必备行为,而审批机关的批准是设权行为,其颁发的批准证书具有设定股权的效力,是对权利变动的终局认定。一旦获得审批机关批准,股权转让即告完成,出让方的义务已经履行完毕,受让方取得股权,这构成对司法机关裁判的前提性约束。^⑯再如关于经营者集中的反垄断审批,从商务部反垄断局公告的11起反垄断审查决定看,^⑰无论是对申报的审查,还是对附加

^⑬ See Larry T. Garvin, Disproportionality and the Law of Consequential Damages: Default Theory and Cognitive Reality, Ohio State Law Journal, Volume 59, 1998, pp. 353 - 360.

^⑭ 陈自强:《民法讲义I:契约之成立与生效》,法律出版社2002年9月版,第148页以下。

^⑮ 韩世远:《合同法总论》(第三版),法律出版社2011年8月版,第232页。

^⑯ 参见《第二次全国涉外商事审判工作会议纪要》(2005)、《全国法院涉港澳商事审判工作座谈会纪要》(2007)。

^⑰ 载商务部反垄断局网站通知公告频道:<http://fldj.mofcom.gov.cn/ztxx/ztxx.html>。访问日期:2012年7月10日。

限制性条件的商谈,其审查对象都是合同履行后对市场竞争的事实影响。^⑮因此,事实上,审批机关的批准控制的只能是权利变动这一合同的履行行为,而非合同的效力。

不仅如此,行政审批本身也不具有改变合同效力状态的法律意义。《合同法》不提倡以行政机关的批准作为合同的生效要件,意思自治原则要求在当事人意思表示一致的情况下尽可能地承认合同有效,合同不宜因行政机关的不批准而失去法律效力。^⑯在现行法框架下,对合同效力的认定专属于司法机关和仲裁机构,行政审批主体作为行政管理机关,无权对合同效力作出认定。权利转让合同若存在无效或可撤销的情形,即使经由审批机关批准,依然能够被认定无效或可撤销。^⑰批准不具有替代其他合同效力评价要件的效力。准此以观,批准与否无法决定合同效力,不能改变合同的效力状态。审批机关未予批准的合同即使归于无效,原因也在于其自身的效力瑕疵,而不在于未获审批。

由此,相较于行政审批与合同效力绑定的进路,在权利转让合同获得审批场合,行政审批与合同效力脱钩、不以审批与否确定合同效力的思路不会产生无法消解的法律体系内部的逻辑紧张,即一方面认许权利转让合同经审批而生效,另一方面又产生经批准的合同无效或可撤销的问题。在合同未获审批场合,亦暗合于法律体系内部关于违法与合同效力关系的既定选择。行政审批机关考察的是合同是否违反了法律、法规的管理性的强制性规定,未获审批的原因在于:“当事人申请后,审批机关认为合同违反了法律、行政法规的管理性强制性规范,作出不予批准的决定。”^⑱但未获审批的权利转让合同即使违法或抵触公共政策,却完全可能不违反效力性强制规范,而无效力瑕疵。因此,不予批准应着重违反行为之事实行为价值,以禁止权利变动的实际发生为目的,不应纠结于法律行为的效力,^⑲审批通过与否不影响合同的效力。

可见,建立在合同效力与合同履行相区分原则基础上的“有效合同说”与申请和审批的法律意义的融洽无间,与此形成对照的是,“未生效合同说”在解释权利变动过程上的捉襟见肘。行政审批属审批机关依申请而为的行政行为,尽管审批机关享有是否批准的行政裁量权,但申请不是当事人的公法义务,就审批程序的发动以及批准与否指向的内容,作为申请人的行政相对人居于主动的地位,审批机关处在被动的角色。没有相对人积极的申请行为,审批机关不能通过行政处罚等手段强制其申请,发动审批程序。不仅如此,申请义务一定要发生在审批程序之前,如果申请义务待行政审批后才能发生,则在事实上否定了当事人申请义务的意义。由于秉持合同虽已成立却因未经行政审批而未生效,“未生效合同说”遇到的核心难题是:合同机制的运行缺乏点火装置,申请非为必须履行的公法义务,此种义务缘何发生。

司法机关首先将申请义务纳入先合同义务,以缔约上过失责任机制分配当事人间的权利、义务,并突破既有理论,认许先合同义务也可以请求间接履行,^⑳继而又将申请义务纳入基于诚实信用原则而产生的预先义务,同时该义务相对于主合同义务具有独立性,并不因主合同的未生效而未生效。在合同未

^⑮ 参见《反垄断法》第27条、《经营者集中申报办法》第10条、《经营者集中审查办法》第11条。

^⑯ 崔建远:《准物权研究》,法律出版社2003年4月版,第254页。

^⑰ 参见法释[2010]9号第3条。

^⑱ 参见前引⑤,万鄂湘书,第19、22页。

^⑲ 强行法得为效力规定与取缔规定,前者着重违反行为之法律行为价值,以否认其法律效力为目的;后者着重违反行为之事实行为价值,以禁止其行为为目的。参见史尚宽:《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第330页。效力性强制性规范禁止的是合同行为本身,只要这些合同行为对应的交易发生,就会绝对地损害国家利益或者社会公共利益。此时,强制性规范的目的在于禁绝此类交易的存在。参见前引⑤,万鄂湘书,第19页。取缔(管理)性规范是指法律及行政法规未明确规定违反此类规范将导致合同无效的规范。此类规范旨在管理和处罚违反规定的行为,但不否定该行为在民商法上的效力。参见奚晓明:《充分发挥民商事审判职能作用,为构建社会主义和谐社会提供司法保障——在全国民商事审判工作会议上的讲话》,载奚晓明主编:《民商事审判指导》2007年第1辑(总第11辑),人民法院出版社2007年8月版,第55页。

^⑳ 参见法释[2009]5号第8条。另参见沈德咏、奚晓明主编:《最高人民法院关于合同法司法解释(二)理解与适用》,人民法院出版社2009年6月版,第71页以下。

生效场合,违反该义务亦应承担违约责任。^{②④} 司法机关的以上认定缺乏必要的正当性基础,与合同法的既有逻辑多有不合。尽管从区分合同效力和合同拘束力的基点^{②⑤}出发,可以认许“未生效合同”具有法律拘束力,但这仍不足以最终解决申请义务的正当性基础问题。

首先,合同拘束力一般仅支持当事人的消极义务。“业已缔结之合同的拘束力意味着合同的规则对于缔结合同的人的拘束力,也就是说,他们受自己所制定的合同规则的拘束,这包括合同的不可撤回性以及不允许单方面解除合同。”^{②⑥}即使承认存在合同效力和合同拘束力之别,合同的拘束力也仅用来指称合同成立后生效前当事人不得变更或解除已经成立的合同。这一拘束力由于在合同生效之前,还没有强大到要求当事人履行合同义务的程度,而只是在形式上拘束当事人对合同存在的破坏,不允许当事人随意地撤销或撤回。因此,合同的这一拘束力仅为合同形式上的拘束力。于是,认可未生效合同可以产生合同拘束力,并不能由此证成一方当事人负担申请的积极义务,以使权利转让合同生效。^{②⑦}

其次,合同拘束力一般不能支持当事人主给付义务的发生,以合同拘束力证成当事人的申请义务,只能将申请义务解释为从给付义务或附随义务,这与典型情景下申请在权利变动上的法律意义明显不符。如前所述,就对债之目的实现的意义而言,申请应为当事人的合同履行行为。相应地,审批机关批准控制的是权利变动这一合同的履行行为,而非合同的效力。事实上,“未生效合同说”关于违反申请义务之救济手段的构想,也支持了申请义务为主给付义务的结论,如果负有申请义务的当事人在合同成立后没有积极履行申请义务,守约方可以寻求司法救济。一方面,义务人怠于履行或不履行申请义务时,可以转化为间接履行或者替代履行。另一方面,如果守约方基于商业考虑,在申请义务人不履行或迟延履行申请义务的情况下,可以选择解除合同并要求赔偿损失。^{②⑧}即一方未履行申请义务,相对方的救济手段为间接履行或解除合同,这显然是将申请义务视为主给付义务的当然结论。

(二) 行政审批与合同效力区分的进路符合比例原则

国家通过行政审批对特定权利的转让加以控制纵然正当,但目的不能当然证明手段的正当性。作为实现国家管控目的的手段,行政审批是对人们本来经济自由的限制,必须通过比例原则的审查,才能取得无可争议的正当性。“目的与手段应有适切的关系,侵越受保护的法益,不能逾于被认可的目的所必要者。也即即使目的应予肯定,所选择的手段亦不得逾合理的程度。”^{②⑨}此乃现代法法益均衡之精髓所在。

既然是对合同自由的限制,就应当选择对当事人本来自由伤害最小的方式。与毒品、枪支等禁止流通物转让不同,中外合资企业股权转让等需经审批、方能实现的行为不仅未直接抵牾法律、行政法规的强制性规定,也与善良风俗无涉,并非法律绝对禁止的行为;而且也非法律“一般禁止”或“限制”。相应地,批准只是审批机关对于民事活动的事后监管。^{③⑩}就中外合资企业股权转让而言,审批制度的目的和作用在于:禁止或限制外资进入某些工业部门,或涉猎某些项目;对外资是否与本国的经济计划、优先

^{②④} 参见法释[2010]9号第5条、第6条、第8条。

^{②⑤} 首先,这种区分已经遭到来自权威学者的质疑。崔建远先生就认为合同的拘束力与合同效力系同义语,他强调,因合同的拘束力系法律所赋予,故合同成立但不具备有效要件场合,此类合同不具有这种法律上之力;合同成立且具备有效要件时,才具有拘束力,也就是具有法律效力。合同的拘束力本身就是指法律赋予合同的效力,因此不应将合同的拘束力与合同效力割裂开来。参见崔建远、吴光荣:《中国法语境下的合同效力:理论与实践》,载《法律适用》2012年第7期。其次,由于特别要件具有特别的制度目的,就债权契约而言,原则上当事人之一方不能请求他方特别补正特别成立或生效要件。参见王泽鉴:《王泽鉴法学全集》(第一卷),中国政法大学出版社2003年9月版,第506页。

^{②⑥} [德]卡尔·拉伦茨:《德国民法总论》(下册),王晓晔等译,法律出版社2003年1月版,第725页。

^{②⑦} 这往往导致当事人机会主义地对待权利转让合同,并为当事人机会主义的行为提供托辞,乌鲁木齐牙克亚富民园艺有限公司与哈密金祥矿业有限责任公司采矿权纠纷上诉案中,上诉人即以此论理作为上诉理由。参见新疆维吾尔自治区乌鲁木齐市中级人民法院2010年1月6日做出的(2009)乌中民四终字第908号民事判决书。

^{②⑧} 参见刘贵祥:《论行政审批与合同效力》,载《中国法学》2011年第2期。

^{②⑨} [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年10月版,第282页以下。

^{③⑩} 参见付荣、麻锦亮:《论外资审批的效力》,载《法律适用》2010年第1期。

发展领域相冲突进行评价,排除或缩小外资的消极影响;确保外国投资符合本国的法律和法规;防止外资的重复引进,影响本国的收支平衡。^① 当事人间的权利转让合同乃是就权利转让而发生的权利义务作出的一致性安排,只是设定转让方转让特定权利的义务和受让方请求转让的权利,而不涉及特定权利的实际变动。不仅权利转让合同未经审批不存在违法的问题,而且只要标的权利没有实际变动,就不涉及、更谈不上影响行政审批的目的,以行政审批牵制合同效力绝非必要。

如果以转让合同是否经过审批作为决定合同效力的因素,则意思自治的地位势必因之不适当地降低,甚至会使影响合同效力的因素成为一个开放的体系。这将动摇意思表示自由在合同效力上的核心地位,甚至可能导致意思表示沦为其他非当事人意思因素的附庸,过度侵越契约自由这一基本法益。果如此,合同法乃至整个私法将失去其本来的面貌。这也是法律未就法定条件设定统一规则,提供成熟制度的原因所在。对于实现国家管制权利转让的目的,认定合同未获批准就不生效,有失适当性。而着眼于控制权利变动这一合同履行行为,对于实现审批的目的即为已足。由于存在其他的替代性选择,纠结于转让合同的效力,设计保障行政审批目的实现的制度,无疑构成对于人民自由的过度限制,有违比例原则。

(三) 行政审批与合同效力区分的进路有利于合理分配风险与负担,防范机会主义行为

市场经济倚重由众多交易行为构成的市场机制,实现资源的优化配置,要求贯彻合同自由原则,鼓励交易,尽量扩大有效合同的范围。如果将审批作为影响合同效力的因素,势必扩大效力瑕疵合同的范围。相反,将行政审批的法律意义限制于对合同履行的控制,而绝缘于合同效力,则会有效防范当事人的机会主义行为,^②发挥合同在资源配置方面的基础性作用。

事实上,以审批机关批准确定转让合同的效力往往容易诱发当事人的机会主义行为。如就外商投资企业股权转让而言,“司法实践中存在第三方接受股权后发现公司亏损严重,从而以未办理审批为由请求确认股权转让无效的情况,也存在转让股权的一方在转让股权后公司经营明显转好,获利丰厚,为此以未办理审批为由请求确认股权转让无效,试图收回股权的情况。”^③尽管在认定权利转让合同效力问题上,司法机关采取“未生效合同说”,体现了鼓励交易司法政策,但若权利转让合同未经(获)审批,则合同不生效,^④仍无法对此类交易予以周到的保护。

在当事人未申请场合,尽管为控制当事人的机会主义行为,相较于无效合同,司法机关依据诚实信用原则,向其配置了办理申请批准或申请登记的义务,将未依法或依合同约定办理申请批准或申请登记视为《合同法》第42条第(三)项规定的“其他违背诚实信用原则的行为”。继而在中外合资经营企业股权转让场合,强调申请义务的独立性,违反申请义务,受让人可以通过间接履行或者解除合同、追究转让方违约责任获得救济。但这一认定明显僭越了立法,扭曲了逻辑。

首先,《合同法》第42条规范的是合同成立环节的问题,因此,在合同法律效力的确定上,司法机关似又将所谓的“未生效合同”等同于“未成立合同”。而合同的成立与合同的效力不容混淆,关于合同效力的认定以合同成立为前提,也就是即使存在“未生效合同”这一合同效力类型,该类合同也不应存在是否成立的疑问,其独立存在的价值应该在不同的法律评价上有所体现,不应将关于合同成立的规范转用于合同效力的认定。

其次,“将守约方的请求权基础定位在缔约上过失责任之上,等于将未生效合同与有效合同彻底分

^① 参见姚梅镇主编:《比较外资法》,武汉大学出版社1993年9月版,第519页以下。

^② See Aditi Bagchi, Managing Moral Risk: the Case of Contract, Columbia Law Review Vol. 111, 2011, p. 1930.

^③ 山东省高级人民法院民四庭:《涉外商投资企业纠纷案件审判实务研究》,载《山东审判》2009年第3期。

^④ 首先须究明的是,较之《民法通则》,尽管《合同法》进一步丰富了合同的效力类型,在有效合同之外,因合同的效力瑕疵程度和类型不同,可以对合同作为无效、可撤销和效力待定的法律评价,并分别配置了不同的法律后果。但立法并未将未生效作为合同效力的类型之一,也就不可能规定该效力状态的法律后果。虽然司法机关将未经审批的特定权利转让合同定性为未生效合同,但其法律依据并不充分。

离。”^⑤而申请批准是直接实现权利转让合同目的的合同履行行为,且无论如何,申请并非法定义务,而只能是约定义务,其对当事人的约束力只能源于合同的效力。既然合同尚未生效,自不发生履行的义务,违约责任的发生又以债务不履行为前提,在此场合,法院无论判决一方当事人可间接履行,自行申请,还是判令另一方当事人承担违约责任,都缺乏充分的法律理由。

再次,区分合同的效力类型,意义在于为法律效果的配置提供逻辑前提,不同的效力类型应获得不同的法律评价,产生不同的法律后果。未生效合同在此方面无所作为,按照现行的司法立场,其法律后果在未经审批前基本等同于有效合同,在未获审批时无异于无效合同,就该类合同发生的法律责任也游移于缔约上过失责任和违约责任之间,并未定于一尊。这令我们完全有理由反诘“增设合同未生效这一效力类型的意义何在”?而这所有的一切皆肇端于欠缺区分对合同效力之规范与对合同履行之控制的自觉意识,缺乏对这两种不同法律技术之构成及功能的精准把握。

最后,在权利转让合同最终未获审批场合,司法机关依然认定其为未生效合同,并刻意强调其与无效合同的区别,同时又主张《合同法》有关合同无效后果的规定也适用于合同不生效的情形。^⑥由此对于合同未生效引发的损害赔偿,实行过错责任的归责原则,由缔约上过失责任机制加以应对。由过错方向另一方承担损害赔偿赔偿责任;双方都有过错的,应当根据过错大小判令双方承担相应的民事责任。此种处理即便行得通,守约方得到保护的至多只能是信赖利益的损失,而不能是履行利益的损失。由于履行利益一般高于信赖利益,在对无过错当事人的保护上,缔约上过失责任显然不如违约责任周到。因此,我国司法机关的立场事实上放纵了机会主义行为人,不利于保护本应受到保护的诚信守约人的利益,损及为合同法珍视的“动”的安全,伤害市场主体交易的积极性。

解决问题的正确出路则在于正本清源,放弃以对合同效力的控制包打天下的管控思路。行政审批规范的应是权利转让合同的履行行为——权利转让的实行行为本身,而不应是作为权利转让原因的转让合同。对于权利转让行为的批准,主要涉及到合同义务能否得到履行,标的权利能否发生变动,与合同行为的效力无关。即该合同的实际履行需经审批机关的批准,未获批准则不能得到履行,但合同的履行情况不具有决定合同效力的意义。未获审批的合同,如无其他效力瑕疵,应为有效合同。

三、行政审批与转让合同效力关系的解释论取向

从体系解释的角度,区分原则实现了权利转让合同效力与履行的分离,权利转让未获审批可解为法律上履行不能,为履行不能涵摄。既然履行不能不影响合同效力,行政审批也没有理由对合同效力产生影响。由此,区分原则和履行不能的法律结构均支持行政审批与合同效力区分的进路。在确立了应然的立法论立场之后,需要研讨的是,在现行法制下如何通过解释论的作业,引导法律的运行向应然的状态靠拢。特别是在司法机关有意扩张行政审批与合同效力绑定规则适用范围背景下,^⑦这种作业显得尤为重要。

(一)厘清合同效力的长成逻辑,容纳行政审批与合同效力区分的进路

首先,合同依私法的一般规则取得效力,合同的效力状态是依据私法的一般规则对已经成立的合同效力进行认定的结果。自法律层面言之,附条件、附期限的合同亦为有效合同,^⑧生效与未生效是对有效合同的进一步分类。对于普通的民事合同,有效成立即生效,同时产生对合同当事人的履行拘束。而有的合同,如附条件、附期限的合同,有效成立后并未立即生效。但其已经确定有效,而非效力未定,只是其特定义务的履行效力悬系于某些事实问题,被推迟了而已。可见,合同有效表征私法规则赋予合同

^⑤ 孙学致、韩蕊:《特约生效要件成就前合同的效力》,载《当代法学》2011年第6期。

^⑥ 参见前引⑤,万鄂湘书,第96页以下;另参见法释[2010]9号第7条。

^⑦ 法释[1999]19号第9条对于《合同法》第44条第2款的文义射程有所扩张,将立法规定的“应当办理批准、登记手续才生效”,扩展至“应当办理批准手续”和“办理批准、登记手续才生效”两种情形。

^⑧ 参见前引⑤,孙学致、韩蕊文。

以法律效力的状态,而生效则表征这种效力现实地发生作用,特定义务已经具备履行条件,合同目的由此得以现实地实现,故有效合同方存在某些效力尚未发生的问题。合同效力的长成逻辑不绝对是或不应绝对是作为“行政审批与合同效力绑定进路”以及“未生效合同说”背景的“成立——未生效——生效——有效”,而应解为“成立——有效——未生效——生效”。^{③⑨} 这种解读可以与附期限、附条件合同为有效合同的结论融洽无间地镶嵌在一起。

其次,合同生效前,已经发生一定的法律效力,其前提自然是合同已经成立且满足合同的有效要件。考虑“到我国民法上的合同未生效以‘合同依法’成立为前提,故将合同的生效要件与合同的有效要件区别开来,合同的生效要件仅指在合同有效的情况下,影响合同是否发生履行效力的有关因素。”^{④⑩} 只有有效的合同才存在效力何时发生,即生效与否的问题,也就是生效与否本身应是合同已确定有效后、决定合同义务应否履行等全部法律行为效力是否发生的制度安排,是有效合同才会遇到的问题。合同有效意味着合同目的实现的可能性,而合同生效则表征着合同目的实现的现实性。是否生效只决定合同设定的某些义务是否可以现实履行,而不影响整个合同的效力状态,合同不因是否经过审批而异其效力。由此,是否生效仅关涉特定合同义务的履行,而不是整个合同的效力。故就整个合同本身而言,似未生效与否的问题,不能将合同未生效作为一个独立的合同效力状态。

由此,即使以行政审批作为决定合同是否生效的参数,也可以按“行政审批与合同效力区分进路”,在未经审批的权利转让合同的法律效力问题上,持“有效合同说”的立场,而不应想当然地认为未获审批的合同为无效合同。合同是否有效不应受具体的审批行为牵制,行政审批效力的射程只能及于有效合同是否生效,尽管未经审批的合同也可以被解释为未生效合同,但此“未生效”非彼“未生效”,此意义上的未生效合同与“未生效合同说”所意指的未生效合同迥然不同,仅意指有效合同设定的特定义务之履行等全部效力尚未发生,当事人尚无须实际履行特定义务引发权利的变动。

值得注意的是,由于申请义务先于行政审批发生,获得行政审批不是有关申请义务之合同内容的生效条件,应认可该义务发生及履行效力之于行政审批的独立性,未经审批前此类合同已部分生效,而并非全部未生效。在未经审批前,就申请义务可诉请履行或以间接履行加以救济。揆诸该义务对于合同目的实现的意义,当事人违反该义务,即为根本违约,构成合同解除的法定事由,对方当事人可以行使解除权,通过解除合同获得救济。

(二) 采用目的论限缩的解释方法,拓宽行政审批与合同效力区分进路的涵摄范围

由于现行立法中关于权利转让需经行政审批的规定较多,但在文义上直接将合同效力与行政审批绑定的情形并不多见,在相关立法、特别是单行立法对于实现行政管控目的的技术选择尚没有充分自觉的前提下,修法的主张并不具有现实的可能性,通过目的论限缩解释方法的采用,实现立法论上的应然效果是既现实又符合法治精神的选择。

具体就规范行政审批与中外合资经营企业股权转让合同效力之关系的立法而言,解释论在这方面大有可为。《中外合资经营企业法实施条例》(以下简称《条例》)相关条文的规范对象是“转让”。^{④⑪} 这里的“转让”含义如何,究指出让方与受让方的转让合同,还是作为当事人转让合同履行行为的实际股权变更? 存在很大的解释论操作空间,对于这一问题的不同理解决定了在行政审批与合资企业股权转让合同效力关系问题上立场的分野。《条例》规定的“转让无效”,仅仅指涉合资企业的股权未能有效变更的状态,既可以渊源于股权转让合同无效,也可以解释为合同履行的法律上不能。如果“转让”是指

^{③⑨} 参见[日]山本敬三:《民法讲义I:总则》,解亘译,北京大学出版社2004年6月版,第81页。另参加尹田:《民法典总则之理论与立法研究》,法律出版社2010年10月版,第486页以下。

^{④⑩} 前引②,崔建远、吴光荣文。不过,法律行为成立与生效要件的概念与区别,显然是概念法学全盛时期的产物。在德国当今流行的民法总则教科书,此种分别,似已销声匿迹。参见前引④,陈自强书,第347页。

^{④⑪} 《中外合资经营企业法实施条例》第20条第1款规定,合营一方将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。第4款规定,违反上述规定的,其转让无效。

当事人为履行转让合同而实际地变更股权,则行政审批仅涉及合同能否得到履行,而与合同效力无关,即该未经审批的股权受让合同不因是否经过审批机关审批而异其效力,进而会在该类合同的效力问题上,持有“有效合同说”的立场;“转让无效”则意味着合同履行因存在法律障碍而变得不能。由此,完全可以合理地得出是否获得批准与股权转让合同的效力无关,股权转让合同效力与批准行为绝缘的结论。这意味着现行实证法存在“有效合同说”和“限制履行论”的法律依据,^⑫司法机关应该改弦更张,对未经批准的合资企业股权转让合同作出有效的判定。

事实上,从体系解释的角度,也完全可以根据《条例》的相关条文,作出未经批准的合资企业股权转让合同有效的解释。《条例》对经批准方能生效的法律行为定有明文,^⑬也即立法欲通过审批环节控制法律行为的效力,则直接以效力性规定明之,如对于合营企业协议、合同和章程,立法明确规定行政审批管控的对象是由合资各方意思表示一致形成的法律行为。司法机关也明文强调只有法律、行政法规规定以办理批准、登记等手续作为“合同”生效条件时,当事人未办理批准、登记等手续的,人民法院才认定该合同未生效。^⑭只有针对合同效力的管控,才有决定合同效力的法律意义,而针对其他行为的管制性规定,则不能左右合同的效力。外商投资企业立法并未针对作为股权转让基础的合同行为设定明确的审批要求,这就为对法律关于合资企业股权转让的管控做出不同于关于合营企业协议、合同和章程的解读提供了可能,即使立法要对股权转让进行规制,也不是从合同效力的角度着手。《条例》相关条文规管的是合资企业股权的变动程序及其效力,而不是股权转让合同。即未经审批机关批准,股权不能有效变动,但这属于股权转让合同履行环节的问题,与合同的效力无涉。尽管揆诸《条例》起草之时的法学发展水平,^⑮可能会有立法者是否具有此等认识的疑问,但无论是立法者的有意栽花还是无心插柳,毕竟当时的实际选择为我们今天的选择预留了足够的解释空间。“鉴于法律之历史性,即它是应历史上某一时间断面上的具体情况所产生,因此,它对其他的历史断面并不一定适合。”^⑯于是我们的任务就主要不是揣摩立法者历史上的本意,而是在立法的可能文义范围内,探究当下能带来最好效果的结论。

对相关立法采“审批行为与权利转让合同效力无涉”的解释,进而认为未经批准的合同亦为有效合同,具备有效合同的法律效力,更能妥善合理地平衡当事各方的利益。在合同依法成立后,当事人有义务积极申请审批,以将权利移转于受让方。怠于履行申请义务,不当阻止审批的获得则同时构成违约,法院自可顺理成章地判决违约方承担违约责任或由守约方间接履行,“未生效合同说”面临的诸多纠结于未生效合同之效力的逻辑难题也将因此自然消弭于无形。在转让未获批准场合,商事实践中,当事人一般会针对因最终未获审批而导致合同履行不能先行约定清算或结算条款,分配由此产生风险和负担。此等自治性安排在“未生效合同说”下,可能意义全无,在“有效合同说”下,则会充分发挥效能。即使未有此等安排,“有效合同说”利用违约责任的承担与免除机制对当事各方利益关系的调整也不逊色于“未生效合同说”。审批机关的审批,作为国家(政府)行为历来可被视为合同履行过程中的不可抗力,而不可抗力是控制“违约损害赔偿应否发生”的灵活法政策工具。^⑰若该未经批准不可归责于合同

^⑫ 尽管根据《外商投资企业投资者股权变更的若干规定》第20条,股权转让协议需批准方生效。但该规范文件仅为部门规章,不能作为确定合同效力的依据。

^⑬ 《中外合资经营企业法实施条例》第14条规定,合营企业协议、合同和章程经审批机构批准后生效,其修改时间。

^⑭ 参见前引⑩。

^⑮ 虽然《条例》自发布以来已经有1986年、1987年和2001年三次修订,即1986年1月15日根据《国务院关于〈中华人民共和国中外合资经营企业法实施条例〉第一百条的修订》修订,1987年12月21日根据《国务院关于修订〈中华人民共和国中外合资经营企业法实施条例〉第八十六条第三款的通知》修订,2001年7月22日根据《国务院关于修改〈中华人民共和国中外合资经营企业法实施条例〉的决定》修订,但这三次修订均未涉及该条,因此,该条内容体现了中国立法和法学1983年的发展水平。

^⑯ 黄茂荣:《法学方法与现代民法》,法律出版社2007年10月版,第26页。

^⑰ 不可抗力的构成须与具体的事故类型结合,并基于“应否发生损害赔偿义务”这种法政策的见地,进行判断。换言之,不可抗力应具体地判断,而无法抽象地揭示,某一事故在此情形下可能是不可抗力,在彼情形下却未必如此,一般性地称某种变故为不可抗力并不可取。因而,不可抗力范围只能是大致的。不可抗力的判断只能是具体的,不可能盖棺定论、一成不变、一劳永逸。参见前引⑮,韩世远书,第373页。

当事人,且为合同当事人无法预见,则构成不可抗力。由此而导致的合同未得到履行,当事人均得依据《合同法》第 94 条第(一)项解除合同,互相免负违约责任;若该未获批准可为合同当事人预见或可归责于合同当事人,如因一方当事人迟延申请而未获申请,则根据《合同法》第 117 条,或不构成不可抗力,或不发生免责效力。违约方因法律上不能,不承担实际履行的责任,守约方的合同目的虽无法实现,但可依《合同法》第 94 条第(二)项解除合同,并可依据《合同法》第 107 条,请求违约方承担赔偿责任的违约责任。由此,“有效合同说”为守约方提供了“未生效合同说”无法供给的明确而周全的保护。

结 论

既然在我国债权合同的成立和标的权利变动本身是两个相互独立的法律事实,既然债权行为的效力不应因受标的权利是否现实变动影响而变得有因,为贯彻合同自由原则,张扬以意思自治为核心的私法文化,我国完全可以而且应该选择行政审批与权利转让合同这一债权行为效力无涉的立法政策。如此未经审批的权利转让合同如不存在其他效力瑕疵均为有效合同,不因是否获得审批而异其效力。行政审批的意义仅在于管控权利转让合同的履行,在合同未实际获得审批之前,当事人负有申请的义务,以移转标的权利于受让方。若权利转让合同经过批准,该义务得到履行,受让方合同目的实现,取得标的权利。在合同未获批准场合,则以履行不能的规则应对。若该未经批准不可归责于合同当事人,且为合同当事人无法预见,则视为在合同履行过程中发生了不可抗力,对由此导致的合同履行障碍,免除违约责任;若该未经批准可为合同当事人预见或可归责于合同当事人,则未获批准不构成不可抗力,以合同解除和违约责任的机制分配当事人间的利益和负担。

Abstract: Legal significance of administrative examination and approval should not be absolutely bound with the effect of a right transfer contract at the system platform of differentiating the effect of contract from the performance of contract. There are two approaches of binding administrative examination and approval with the effect of right transfer contract and differentiating administrative examination and approval from the effect of contract to achieve the political objective of national governance on right changes. Compared to the practical potion of binding both, the legal significance of administrative examination and approval lies in the fact that it governs the performance of the contract so that the right transfer contract will be an effective contract even though it does not get approval in adhere to the approach of differentiating both. It assists in promoting the performance of contract mechanism, which conforms to the principle of proportionality. It is also beneficial to reasonably distribute the risks and burden arising from right transfer contracts and prevent opportunistic behaviors of the parties and thus should be an ought-to-be option from the perspective of legislation. From the perspective of interpretation, it is also necessary to clarify the formation logic of the effect of contract and endeavor to make an interpretive conclusion for existing legislation that the effect of right transfer contract is not bound with administrative examination and approval by adopting the interpretive method of limited teleology.

(责任编辑:朱广新)