

论民法对合同行政审批的立法态度

马新彦*

内容提要 按照现行法的规定行政审批对合同效力具有决定性影响,背后的逻辑无非是在行政审批的制度框架内权力或者权力的执掌者可以凌驾于合同主体自由意志之上成为法律行为效力的决定性力量。这不仅带来了理论上的矛盾与纷争,也给审判实践带来了困扰。对需经审批的合同进行类型化区分,并对现行法规范进行理性反思,不难得出结论:行政审批与合同效力之间没有必然的逻辑关系。就以国有资产为标的合同而言,审批不是真正意义上的行政审批,而是国家所有权的终极行使;就非以国有资产为标的合同而言,决定其效力的只能是私法自有规则体系的内在规定和基本逻辑,而绝不是公权力的审批。公权力存在的全部意义是将有损国家经济主权、损害国家利益、违反法律等合同拒之于经济领域之外。未来民法典应当删除类似于《合同法》第44条第2款的规定,以将合同的效力真正绝缘于行政审批。

关键词 行政审批 权力的边界 合同效力 处分权的终极行使

引言

合同的行政审批是公权力对经济生活的干预与管制,目的在于维护国家经济主权,保护国家利益和社会公共利益。《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)第56条规定:“民事法律行为可以采取书面形式、口头形式或者其他形式。法律规定是特定形式的,应当依照法律规定。”由此,行政审批因被认定为民事法律行为特定的形式要件,而与法律行为的效力结下不解之缘,成为理论研究,乃至立法与司法实践颇受关注,并争议较大的问题。《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)第44条第2款规定“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”。于是,未经审批合同的法律效力成为这场争论中的核心问题,并形成几种观点鲜明的不同学说。

其一,“合同无效说”,该说认为《合同法》第44条2款是将行政审批作为合同的生

* 国家2011司法文明协同创新中心教授,吉林大学法学院教授,博士生导师。本文为吉林大学学术名家自由探索计划“私权在和谐社会建设中的作用”的阶段性研究成果。

效要件,未经审批的,合同应当认定为无效^①。但合同无效说却导致了一个无法解决的理论难题:在合同签订之后至合同审批之前,该无效合同对当事人无任何拘束力,随时可以放弃、撕毁已经订立的合同,负有“审批申请义务”的当事人因未尽此义务也无需承担任何合同责任,这必将引发合同交易的秩序紊乱和信赖危机。

其二,“合同未生效说”。为了解决“合同无效说”导致的理论难题,未生效说主张未经审批的合同属于未生效的合同,即介于成立与有效之间的一种状态,与有效的区别在于一部分条款生效,一部分条款尚未生效,已生效部分以推动整个合同的完全生效为目的而存在。^② 有义务办理申请审批手续的一方当事人未尽此义务应当承担相应的责任。该学说的目的无非是将“审批申请义务”正当化,避免负有该义务的人不受合同约束而导致对方当事人的损失。然而,未生效与无效一样,从文义上不可能解读为一部分条款已经生效,一部分条款未生效,学说所做的解释完全是一种人为的硬性认定。

其三,“合同有效说”。该说主张未经审批的合同,只要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合同实体义务的履行,合同未获批准的,以履行不能的规则应对。该说论证的基点将审批比作物权变动的要件,既然物权变动的要件成就与否与合同的效力没有关系,行政审批获准与否与合同效力亦无牵连,因此得出合同效力的确认绝缘于合同履行的结论。^③ 但这种观点缺乏对有关行政审批的法律、法规的实证研究,局限于解答行政审批对权利转让合同效力的影响。而且,此种观点的论证混淆了合同义务的履行和物权变动的关系。

最高人民法院的司法解释以“审批申请义务”正当化为目的解释行政审批与合同效力的关系,但未形成一致观点。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉司法解释(一)》(以下简称《合同法解释(一)》)第9条将未经审批的合同界定为未生效合同。在此,我们姑且认为该解释与未生效说契合;《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)》第8条以合同约定受让方支付转让款为条件将“审批申请义务”界定为合同义务,似乎可解读为有条件的未生效说;而《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉司法解释(二)》(以下简称《合同法解释(二)》)第8条却将“审批申请义务”界定为诚信义务,意指“审批申请义务”不依赖于合同条款的有效而存在。

可以说,迄今为止,就行政审批与合同效力的关系,无论在理论上,还是在司法实践上,都没有形成能够被普遍接受的论证结论。《中华人民共和国民法总则(草案)》采取了一个回避争论且简单轻松的态度,在民事法律行为这一章中规定“民事法律行为自成立时生效,法律另有规定或当事人另有约定的除外”,似乎将难题又抛给了最高人民法院的司法解释。自新中国成立之后,半个多世纪的期待,民法典终于能够成功编纂,每

① 参见王玉飞、谢颖:《涉外股权转让居间合同效力认定》,载《人民司法》2009年第24期。

② 参见王轶:《合同效力认定的若干问题》,载《国家检察官学院学报》2010年第5期。

③ 参见蔡立东:《行政审批与权利转让合同的效力》,载《中国法学》2013年第1期。

一个条文的设计,每一个制度的安排都容不得半点的疏忽和大意。本文拟以实证考察的方法对合同行政审批的立法与实践进行全面梳理。在此基础上,对未来民法典对行政审批问题的应然态度提出自己的观点。

一、合同行政审批的现行立法与司法的实证考察

(一) 合同行政审批现行立法的实证考察

最早对合同行政审批进行规定的是1979年的《中华人民共和国中外合资经营企业法》(以下简称《中外合资经营企业法》),1983年的《中华人民共和国中外合资经营企业法实施条例》(以下简称《合资经营企业实施条例》),以及1982年的《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《对外合作开采海洋石油资源条例》)。1986年颁布的《民法通则》第56条关于“法律规定是特定形式的,应当依照法律规定”中所指“法律规定”应该就在于此。之后,1988年的《中华人民共和国中外合作经营企业法》(以下简称《中外合作经营企业法》),1988年的《中华人民共和国全民所有制工业企业法》(以下简称《全民所有制工业企业法》),1994年的《关于加强国有企业产权交易管理的通知》,1995年的《中华人民共和国中外合作经营企业法实施细则》(以下简称《合作经营企业实施细则》),1997年的《外商投资企业投资者股权变更的若干规定》,1998年的《探矿权采矿权转让管理办法》等法律、行政法规也相继规定不同领域合同的行政审批问题。1999年《合同法》颁布,于合同的效力一章的开头部分规定:“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。”在《合同法》颁布之后,又有一些法律、行政法规相继颁布。具体有:2001年颁布、2011年修订的《中华人民共和国技术进出口管理条例》(以下简称《技术进出口管理条例》),2001年《减持国有股筹集社会保障资金管理暂行办法》,2003年《企业国有资产监督管理暂行条例》,2008年《中华人民共和国企业国有资产法》。

以合同行政审批为争议焦点的合同纠纷案件在现实生活中频频发生,且非常棘手,最高人民法院屡次作出司法解释,以对纠纷案件中合同效力的认定进行规定。1999年出台《合同法解释(一)》,2009年出台《合同法解释(二)》,2003年出台《最高人民法院关于审理与企业改制相关民事纠纷案件若干问题的规定》,2010年出台《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)》。

在上述纷繁复杂的法律、行政法规,以及司法解释中,如果对行政审批的规定进行类型化区分,可以分为两类:第一类是对国有资产为标的合同的行政审批,其中包括对国有企业资产,以及国家所有的矿藏、海洋石油等自然资源为标的合同的行政审批。第二类是对非国有资产为标的合同的行政审批。其中又包括对市场准入资格合同的行政审批和股权(权利)变动合同的行政审批。考察中我们发现,非以国有资产为标的合同行政机关的审批有严格的法律规定可以适用,行政机关需要按照法律的规定严格进行审查,以确定是否批准。决定合同是否批准的,与其说是行政机关,不如说是法律的明

确规定;而以国有资产为标的合同,除矿业权转让合同外,主管机关代表国家以所有权人的姿态,以保护国家利益为目的,以自己的意志作出批准与否的决定。决定合同是否批准的,与其说是国家主管行政机关,不如说是国家所有权人。不仅如此,两种行政审批因合同标的物所有权属性不同而应有质的区别。本文对行政审批与合同效力关系的所有创新似乎可以归结于行政审批类型化的发现。如果本文还有未收集到的关于合同审批的法律、行政法规,具有质的意义的类型化区分不会因为法律、行政法规的再发现而受影响。

(二) 合同行政审批司法现状的实证考察

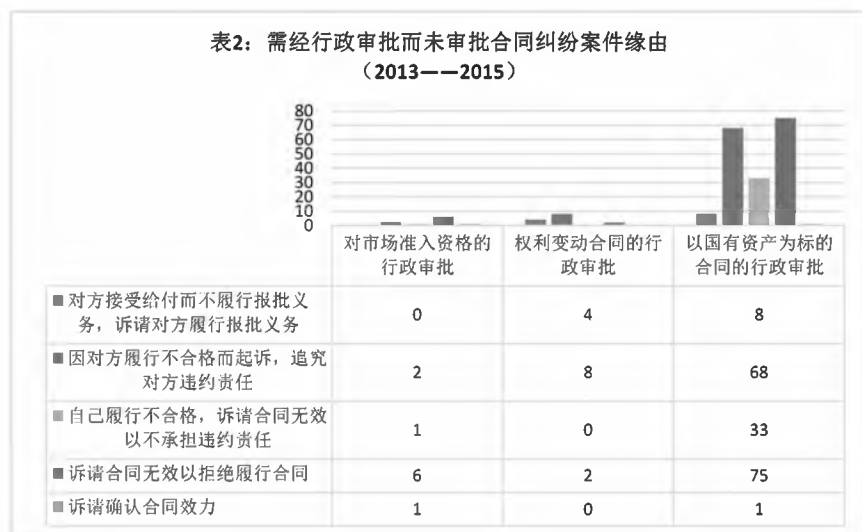
本文通过“聚法案例”数据库以合同的行政审批为关键词对 2013 年至 2015 年的案例进行搜索,共搜索到 209 个相关案例。在这些案例中,我们发现以国有资产为标的合同纠纷占整个纠纷案件的 88.52%,但无一例是对外合作开采海洋石油合同纠纷案件;在非以国有资产为标的合同的行政审批类纠纷案件中,属于市场准入资格行政审批的合同纠纷案件占案件总数的 4.78%;而涉及中外合资、中外合作、外商投资企业股权(权利)变动类合同纠纷案件占案件总数的 6.70%。

表 1:需经行政审批而未审批的合同纠纷案件统计 (2013—2015)									
分 类		裁判结果							
		有效		无效		未生效		总计	
		数量	占比	数量	占比	数量	占比	数量	占比
以国有资产为标的合同的行政审批		26	14.05%	92	49.73%	67	36.22%	185	88.52%
以非国有资产为标的合同的行政审批	对市场准入资格的行政审批	0	0.00%	0	0.00%	10	100.00%	10	4.78%
	权利变动合同的行政审批	1	7.14%	3	21.43%	10	71.43%	14	6.70%
总计		27	12.92%	95	45.45%	87	41.63%	209	100.00%

经对搜索的案例进行分析,我们发现,鲜有案件单纯因为负有审批申请义务的当事人未尽此义务而引发,几乎所有的案件,合同在尚未获得审批的情况下已经开始履行,或准备履行。其中一些案件,接受履行的一方当事人未尽报批申请义务,而被起诉请求履行报批义务;一些案件,因合同履行不合格而引发纠纷诉讼,法院需对是否经过审批,从而合同是否有效进行审查;而更多的案件是签订合同后,某一方当事人欲反悔,以未

经审批合同无效为由拒绝履行合同义务,或者要求解除合同,并请求对方返还其给付。这类案件中,法院判决合同是否有效通常取决于法庭辩论终结前是否能获得批准,尚未获得批准的,判决合同未生效,或者无效,甚至一概不考虑合同内容有无违反法律的规定,或损害国家利益、经济主权的等原因^④。也有法院接受并尊重当事人解除合同的请求,判决解除合同,而不是确认合同无效或未生效。也有法院采取较宽容的态度,为了促进经济发展,保护当事人的合理信赖,根据合同的实际履行情况,认定合同有效,并责令当事人履行必要的审批等手续。

表2: 需经行政审批而未审批合同纠纷案件缘由
(2013—2015)

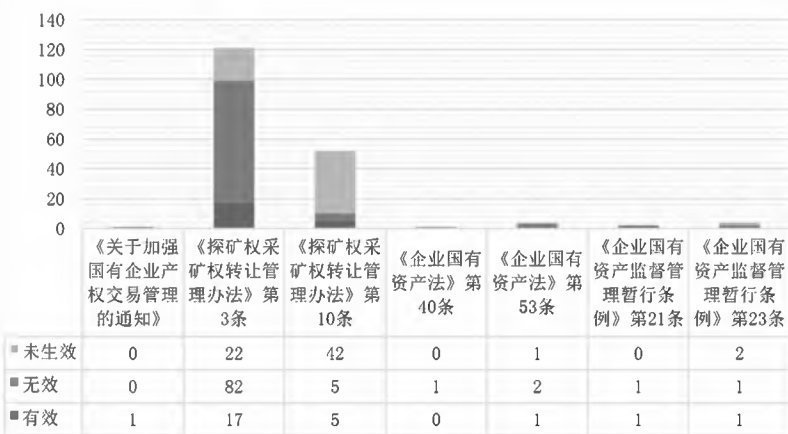


在以国有资产为标的的合同效力纠纷案件中,绝大部分为矿业权纠纷案件。引用《探矿权采矿权转让管理办法》第3条的合同多被判为无效,而引用《探矿权采矿权转让管理办法》第10条的合同多被判为未生效。援引第3条判决无效的理由主要是:(1)合同未报批;(2)以其他合同形式掩盖转让意图;(3)转让人不具相应资质;(4)受让人不具相应资质^⑤。经过分析我们发现,当事人未申请报批的原因多半是故意所为,他们明知矿业权转让合同存在不合规之处,为规避法律的管制而故意不申报,加之行政机关疏于管理,促使当事人以侥幸心理签订合同、履行合同,并期待获得预期利益。履行过程中发生纠纷而引发未报批合同效力之争。这应当是矿业权转让合同纠纷占此类纠纷案件绝大比重的主要原因。

④ 参见“上诉人廖子文、黄挺与被告上诉人沈阳攀越商贸有限公司、原审原告张新、张卜方、王儒琴股权转让合同纠纷案”, (2015)沈中民四终字第3号。

⑤ 参见“原告景泰县太平煤矿诉被告高生前采矿权纠纷案”, (2014)白中民二初字第4号。

表3：以国有资产为标的合同纠纷案件的判决结果
(2013—2015)



非以国有资产为标的合同类案件多源于违反《中外合资经营企业法》第3条、第14条,《合资经营企业法实施条例》第20条,《中外合作经营企业法》第5条、第10条,《外商投资企业投资者股权变更的若干规定》第3条,《合作经营企业法实施细则》第11条而引发^⑥。尚未发现违反《技术进出口管理条例》而引发的技术进出口合同纠纷案件,这应当与国家管理机关对技术进出口活动施行有效管理有关。

表4：非以国有资产为标的合同纠纷案件的判决结果
(2013—2015)



尽管《合同法》第44条第2款对法律、行政法规有关“行政审批”的规定予以足够尊重,我们仍发现,实践中于一方当事人试图以未经审批合同无效为由而摆脱合同对自己的束缚时,法院会以各种各样的理由回避《合同法》第44条的规定,而判决认定合同有

⑥ 引用《合作经营企业法实施细则》第11条裁判的案例同时也引用了《中外合作经营企业法》第5条,故为免重复计算,计入前者的案件不再计入后者。

效,并责令当事人履行报批或变更登记等手续,或者责令当事人承担违约责任。^⑦ 第一,法院将当事人之间签订的合同定性为预约合同,目的在于促成本约合同,由此认定该合同报批前即发生法律效力,当事人受该合同的约束^⑧。第二,法院以行政审批并不是合同法中有关合同应当报请批准才生效的必备要件,主张是否经过主管部门批准应属负有义务的一方当事人自行履行行政报批程序的范畴,而不是当事人之间签订的合同是否生效的要件,欠缺行政审批的,不足以影响合同的有效^⑨。第三,以新法优于旧法、上位法优于下位法适用为由,主张《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》)第15条规定优于《合同法》、《探矿权采矿权转让管理办法》,而且《物权法》第15条的法律除条款非指行政法规。由此认为当事人之间订立的合同应当依据《物权法》的规定自合同成立时生效^⑩。第四,以合同签订于法规颁布之前为由,主张合同虽未经审批,但于《企业国有资产监督管理暂行条例》颁布之前已经签订并履行,不应受该行政法规的制约^⑪。第五,以合同已实际履行为由,主张一方取得了采矿许可证,并给予对方一定的补偿,应当认定合同有效。^⑫ 第六,以行政法规不属于效力性强制性规定为由,主张根据最高人民法院的《合同法解释(二)》第14条的规定,违反《探矿权采矿权转让管理办法》

⑦ 参见“原告陈付全诉被告确山县团山矿业开发有限公司采矿权转让纠纷案”,(2014)确民初字第01170号。

⑧ 被告以100万元的价款将采石厂的采矿权转让给原告。合同约定被告负责办理审批手续、并将采矿许可证、营业执照、税务登记证、安全生产许可证等相关证件办齐交给原告;被告不得将该采石厂经营权转让给第三方;原告应于合同签订之日支付20万元定金等内容。合同签订后,原告依约支付定金,被告却以170万价格与第三人签订转让合同,原告诉至法院,请求双倍返还定金,并承担违约责任。被告以二人均不具备签订转让合同的法定资格,行政机关不会审批,合同无效为由,请求驳回原告的诉讼请求。法院认为,该转让合同是独立、有效,目的在促成本约合同的预约合同,对于双方当事人具有约束力。原告人提出的双倍返还定金的请求,法院应当予以支持。(参见“王波诉刘安新定金合同纠纷案”,(2013)鄂南漳民二初字第00160号)。

⑨ 原、被告等三人是延安海远物业服务有限公司的股东,被告延安市房产管理办公室持有88.2%,后因国家出台相关政策明令要求党政机关事业单位不准从事经营活动,于是,该公司股东大会决定将被告名下的全部股权等价转让给原告。被告与原告签订股权转让协议,约定被告将其占有的88.2%的股份等价转让给原告。合同签订后,原告在延安市工商局办理出资变更工商登记手续时,延安市工商局以被告未出具相关手续为由拒绝办理,为此,原告诉至法院,诉请被告协助其办理出具变更工商登记手续。一审法院判决原告胜诉,被告上诉称:延安海远物业服务公司是国有控股公司,《股权转让协议》未经国有资产监督管理部门的审批,尚未生效,故不能依据该协议办理股权变更工商登记。二审法院认为:《中华人民共和国企业国有资产法》第53条虽然规定转让国有资产应当报请本级人民政府批准,但该规定并不是合同法中有关合同应当报请批准才生效的必备要件,是否经过本级人民政府批准应属上诉人自行履行行政报批程序的范畴,而不是其与被上诉人之间签订《股权转让协议》是否生效的要件,故上诉理由不能成立,法院依法不予支持。(参见“延安市房产管理办公室与艾拥军请求变更公司登记纠纷案”,(2015)延中民一终字第00880号)。

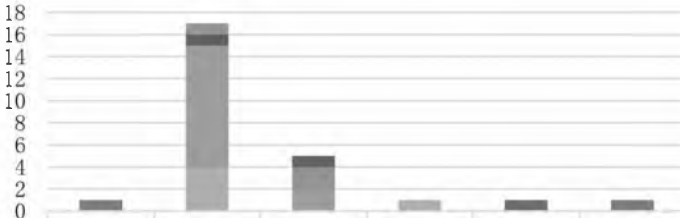
⑩ 参见“陈彬诉徐照合同纠纷案”,(2015)池民一初字第00026号。

⑪ 参见“曾金梅等与舟山市民用爆破器材有限公司确认合同无效纠纷案”,(2014)浙舟商终字第136号。

⑫ 原告与被告签订名为《山场土地承包合同》,实为采矿权承包的合同,但原告既不是涉案矿产资源的所有权人,也不是采矿权人,无权处分涉案矿产资源,违反了《中华人民共和国矿产资源法》、《探矿权采矿权转让管理办法》不得擅自将采矿权进行发包的有关规定,应当认定为无效。但由于合同是当事人协商自愿的基础上签订的,且在合同履行期间承包方补办了采矿许可证,且给予发包方适当补偿,故应认定合同有效。(参见“苍山县车辋镇牡丹池村委诉红彤钙业有限公司农业承包合同纠纷案”,(2013)苍民初字第1688号)。

第15条的法律后果是承担行政处罚责任,而不是合同无效。^⑬此外,在矿业权纠纷案件中,经审理,法院发现合同不以变更采矿权主体为目的,或者发现有其他理由可以不认定涉讼合同为矿业权转让合同的,为促成合同有效,均将合同的性质不认定为矿业权转让合同,以此排除“行政审批”条款的适用。更有法院甚至完全忽视是否经过批准的问题,只要当事人没有异议,均认定合同有效,并责令当事人补办相关手续。^⑭

表8:以国有企业、国家自然资源为标的合同的有效理由
(2013——2015)



	《关于加强国有企业产权交易管理的通知》	《探矿权采矿权转让管理办法》第3条	《探矿权采矿权转让管理办法》第10条	《企业国有资产法》第53条	《企业国有资产监督管理暂行条例》第21条	《企业国有资产监督管理暂行条例》第23条
■ 构成预约	0	0	1	0	0	0
■ 报批非合同生效必备要件	0	0	0	1	0	0
■ 《物权法》优位	0	1	2	0	0	0
■ 合同已实际履行	0	1	0	0	0	0
■ 行为发生于法规颁布前	0	0	0	0	1	0
■ 合同不以变更探矿权采矿权主体为目的	0	11	2	0	0	0
■ 为劳务承包合同, 不涉及采矿权转让	0	4	0	0	0	0
■ 未违反法律、行政法规的效力强制性规定	1	0	0	0	0	1

⑬ 原告与被告签订合同,约定被告向原告支付一定费用,享有生产经营的自主权,并照章纳税。后原告以合同为采矿权转让合同,且未经审批故而无效为由,要求被告停止生产并退场。一审法院判决原告胜诉,二审法院则认为该合同是承包合同,且《探矿权采矿权转让管理办法》第15条不属于效力性强制性规定,即便是违反此规定,其法律后果是承担行政处罚责任,而不能认定合同无效。(参见“四川省宝兴县大坪大理石矿诉李竞采采矿权纠纷案”,(2014)川民终字第833号;(2015)民申字第2165号)。

⑭ 人民政府委托国土资源局与原告签订《采矿权转让合同》,国土资源局负有义务依法定程序办理相关手续。后因多种原因未完成相关手续的办理。原告以人民政府和国土资源局为被告向法院起诉,主张因被告未办理相关手续而未能取得合法的采矿权,不能从事正常合法的铁矿采掘、加工等生产经营活动。请求法院依法判令被告到相关行政主管机关办理采矿权变更登记等手续,被告主张未能办理采矿权变更登记等相关手续非被告的原因,故不属于其违约。法院认为原告与被告达成的《采矿权转让合同》有效,采矿权归原告享有,判决二被告协助原告办理采矿权变更登记手续。(参见“朝阳嘉能特钢有限公司诉凌源市万元店镇人民政府、凌源市国土资源局采矿权转让合同纠纷案”,(2014)凌民三初字第224号)。

二、对现行民事立法合同行政审批立法态度的反思

经对关于合同行政审批的常见法律、行政法规进行的梳理、考察,我们发现各法律、行政法规之间缺乏一定的默契,有不同的语言表述,有规定“自批准之日起生效”的,有规定“自许可证颁发之日起生效”的,有规定未经批准“无效”的。《民法通则》和《合同法》对法律、行政法规的不同表述未作评价,只是规定“法律、行政法规有特别规定的,依照其规定”。最高人民法院的多个司法解释之间对行政审批与合同效力关系的认识亦不统一,《合同法解释(一)》对未经审批合同的效力的态度是未生效,《合同法解释(二)》的态度是无效,而《关于审理与企业改制相关民事纠纷案件若干问题的规定》的表述又是“不生效”。《合同法》、《民法通则》无视法律、法规语言表述的混乱,认识上的不统一,尤其是无视行政审批的类型化,一味遵从法律、行政法规的规定,这是自《民法通则》以来的民事立法共同存在的问题。

(一) 对以国有资产为标的合同行政审批立法态度的反思

常见的关于以国有资产为标的合同行政审批的法律、法规主要是《全民所有制工业企业法》、《关于加强国有企业产权交易管理的通知》、《关于减持国有股筹集社会保障资金管理暂行办法》、《企业国有资产监督管理暂行条例》、《企业国有资产法》、《公司法》,以及《对外合作开采海洋石油资源条例》、《探矿权采矿权转让管理办法》等。由国家出资而设立的国有独资企业、国有独资公司、国有资产控股公司的分立、合并、解散、增减资本、发行公司债券、股权转让等重大事项签订的合同,以及同外国企业合作开采石油资源、探矿权和采矿权的转让签订的合同的行政审批均在上述法律、法规的规范范围之内。这些合同涉及的资产、股权、自然资源,依据我国宪法和《物权法》等规定均属于国家所有,是国家所有权的客体。

20世纪80年代,遵循两权分离思路进行的国企改革引发了全民所有制企业财产权性质的大讨论,《民法通则》第82条将企业所具有的独立的经营管理权性质界定为经营权,代表了当时多数学者的普遍态度。随着改革开放的不断深化,对企业所享有的权利性质又有了新的认识,主张这种权利的性质应为法人财产权,以此揭示企业作为独立的法人与企业财产之间的权利义务关系,以及与作为所有权主体的国家之间相对于财产的权利义务关系^⑮。1993年党的第十四届三中全会所做的《中共中央关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》正式使用了“企业法人财产权”的概念,为国有企业财产权构建了出资者所有权与企业法人财产权的二元结构。该决定所援用的新提法被之后制定的《公司法》所吸收,企业法人财产权成为占统治地位的观点。多有学者认为

^⑮ 参见孔祥俊:《企业法人财产权研究——从经营权、法人财产权到法人所有权的必然走向》,载《中国人民大学学报》1996年第3期。

企业法人财产权从性质上看应当是企业法人所有权,但这种法人所有权不是终极意义上的所有权,是国家所有权的扩张和延长,承认法人所有权决不会削弱或否定出资者的利益,因为国家可以出资者的身份通过股权的享有实现终极利益。^⑩ 两权分离制度下企业对国家授予财产的权利的性质尽管有争论,但所有的争论都立足于对作为所有权主体的国家与具体经营管理财产的企业之间对财产所享有的权利内容共同认识的基础之上的,而且争论的出发点是一致的,即赋予企业一个符合其权利内涵本源及属性的权利称谓,以严谨、准确地表达其权利的内容,揭示其权利的属性。按照《全民所有制工业企业法》、《企业国有资产监督管理条例》等法律、法规规定,企业法人财产权的内容为对国家授予其经营管理的财产依法自主经营,并享有占有、使用和依法处分的权利;按照《物权法》第15条、《公司法》第67条规定,国家作为财产所有权人对授予企业经营管理的财产享有出资人的职责和权益,国务院,省、自治区、直辖市人民政府,设区的市、自治州级人民政府,分别设立的国有资产监督管理机构,根据授权代表国家依法履行出资人职责,行使出资人的权利(权力)。公司日常比较重大的事项由国有资产监督管理机构授权的公司董事会行使股东会的一部分职权,但公司的合并、分立、解散、增加或者减少注册资本等重大事项,必须由国有资产监督管理机构决定;其中,重要的国有独资公司合并、分立、股权转让等事项,应当由国有资产监督管理机构审核后,报本级人民政府批准,甚至报国务院批准。总之,国家将财产授予企业经营管理之后,由代表机构代表国家行使重大事项的终极处分权。终极处分权行使的方式就是对企业分立、合并、破产、解散、增减资本、发行公司债券、国有权转让等重大事项行使最终决策权,具体而言就是由法律指定的主管部门对企业因上述问题签订的合同行使审批权。这种审批权严格地说不能称之为行政审批,因为此时的国家主管部门不是以行政机关的身份对私权主体的法律行为实施的干预与管制,而是作为国家所有权的代表机关,以出资人的身份对自己的财产行使最终处分权,是所有权处分权能的终极行使。

《对外合作开采海洋石油资源条例》和《探矿权采矿权转让管理办法》所指的矿藏资源、石油资源属于国家所有毋庸置疑,有所异议的是该自然资源国家所有权的性质。笔者认为,自《民法通则》及《物权法》明确规定自然资源国家所有权那一刻起,以自然资源国家所有权的宪法规定否定自然资源国家所有权的物权属性就没有了意义。况且,自然资源国家所有权就其所有权属性而言,首先应当是一种私权,这就是为什么在法国、比利时、瑞士、泰国、意大利、西班牙、荷兰等许多国家最早将这种权利规定在民法典而非宪法中的原因,实际上各国将自然资源国家所有权写入宪法是20世纪后才开始的。既然为私权,那么法律为何不将自然资源的所有权赋予给私主体,而要赋予给国家呢?自然资源越是稀缺的,越是关系到公共福祉的重大问题。无论赋予哪部分私人主体,都会对大多数人长久的共同利益造成不利影响,而只有赋予代表全民利益的国家,

^⑩ 前引⑮,孔祥俊文。

才有助于国家以所有权主体的姿态管理、保护自然资源。因此,最有意义的探讨不再是自然资源国家所有权的属性,而是国家所有权应当如何行使、如何保护,方才不辜负民众的嘱托。国家所有权虽然具有不可转移性、继承性,甚或垄断性等独有特征,但只要它置身于社会主义的市场经济,其行使就应当在私法规则的调整范围之内,当然“在现代法秩序中,所有权绝不是由某一个部门法‘独家经营’的法律概念”。^①实际上,在《物权法》颁布前就已经有林林总总的行政法律、法规对自然资源国家所有权的行使等问题进行了充分的规定。国务院通过颁发《对外合作开采海洋石油资源条例》,对中国海洋石油总公司与外国企业签订合作开采石油合同赋予中华人民共和国对外贸易经济合作部以最终审批权。该审批权在国家机关内部而言是一种公权力,只能由国务院授权的机关行使,但恰恰这种公权力同时又是国家所有权的重要权能——处分权的终极行使。

探矿权与采矿权转让合同与中外合作开采海洋石油合同略有不同,合同的客体探矿权、采矿权本身已不再归国家所有,完全属于其他私权主体,而且,很大程度上是私有企业。但因探矿权与采矿权的客体依然是国家所有的自然资源,因此探矿权与采矿权主体欲将自己的权利转让他人,仍需经过自然资源所有权人的批准同意,如同农村土地承包经营权转让须经发包人同意,承租人将租赁物转租须经出租人同意一样。国务院以其颁发的《探矿权采矿权转让管理办法》将探矿权、采矿权转让合同的审批权赋予主管部门,意在国务院授权的主管机关代表国家行使所有权。或许有人会说,《合同法》规定,承租人转租未经出租人同意,出租人享有解除权,这意味着未经出租人同意,不影响合同效力的发生,这似乎佐证以出租人同意说明矿业权转让合同审批的所有权行使属性不具有说服力。但我们说,法律后果的不同不足以影响所有权行使性质的认定。《探矿权采矿权转让管理办法》之所以规定合同未经批准不生效,而未规定为“解除”,是国家所有权人意志决定的。

综上,国家投资设立的国有企业与自然资源,尽管资产的形态不同,以及因形态不同所决定的合同内容不同,但归国家所有的共性决定合同除主体双方意思表示一致以外,还应当由代表国家行使权力的主管机关行使最终决定权,该权利是国家所有权的组成部分,之所以在行使方式上表现出与私人所有权的权能行使的不同,这是国家所有权本质所决定的。表现这种权能的合同审批对合同的效力确有决定性影响,但这种影响源自于合同主体的自决,而非源自于合同主体外的权力的干预与管制,这无异于公司股东大会的重大事项表决权。股东大会的表决权不可以认定为行政审批,国家财产所有权处分权的终极行使,也不应当属于行政审批的范畴。将这部分的审批权当作行政审批对待,形同于否定国家主管机关对国家所有权的行使,也相当于间接否定了国家所有权。鉴于此,关乎国有资产合同的审批不属于《合同法》第44条调整范围之内,学界围绕此类合同行政审批效力的所有探讨,包括无效说、未生效说、有效说等,均因欠缺研

^① 税兵:《自然资源国家所有权双阶构造说》,载《法学研究》2013年第4期。

究基础而没有任何意义。

(二) 对非以国有资产为标的合同行政审批立法态度的反思

关于非以国有资产为标的合同行政审批的法律、法规据不完全统计主要有《中外合资经营企业法》、《合资经营企业法实施条例》、《中外合作经营企业法》、《合作经营企业法实施细则》、《外商投资企业投资者股权变更的若干规定》、《技术进出口管理条例》等。对这些法律、法规关于行政审批的规定可以再细化为市场准入资格的行政审批和股权(权利)变动合同的行政审批。对合同主体市场准入资格的行政审批主要是中外合资经营企业、中外合作经营企业的设立以及技术进出口的业务项目的批准。《中外合资经营企业法》第3条和《中外合作经营企业法》第5条均规定申请设立合资经营或合作经营企业应当将合营的协议、合同、章程报请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,获批准后,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。依据《技术进出口管理条例的规定》,技术进出口的,应当首先向国家主管机构提出申请,申请获准颁发技术进出口许可意向书后,申请者进入实质性谈判阶段,签订技术进出口合同,再将签订的技术进出口合同交予主管部门进行真实性审查,直至获得技术进出口许可证。对于合同主体市场准入资格的审批,无论是对合营企业的设立,还是技术进出口项目的审查批准,都需要行政机关对主体双方签订的合同予以审查,或者说均通过对主体双方合同的审查进行。尽管合同审查仅仅是手段,是进路,其目的在于决定合同主体市场准入资格是否准许,但批准市场准入的同时,也批准了合同,因此无异于合同的行政审批;中外合作或合资经营企业设立之后,权利变动是经济活动中的常态,就中外合作经营企业而言,在合作期限内合作双方协商对合作经营事项作重大变更、合作各方之间相互转让或者合作一方向合作他方以外的他人转让属于其在合作企业中全部或者部分权利,均会导致权利发生变动;就中外合资经营企业或外商投资企业而言,中外投资者之间转让其全部或者部分股权,投资者一方向其关联企业或其他人转让股权;投资者协议增加或减少注册资本,投资者一方以其股权为债权人设定质权,投资者合并或者分立等均会导致股权发生变动。对诸如此类的合同进行审批,不仅仅关乎合同是否准许的问题,实际上还关乎市场主体的准入资格,若股权变动的结果使外商投资者在不得独资经营的产业成为外商独资公司,使外商投资者在限制经营的产业投资比例不足25%等,合同不予批准,外商投资者不可作为受让人进入投资领域。尽管两种性质的审批有明显的区别,前者通过审查合同,决定市场准入资格,借以确定合同的效力;后者通过审查合同,决定批准否,借以确定能否准入市场。但是,有一点是共同的,即行政机关是否予以批准均有遵循的法律规定,而不取决于权力者的主观意志。

法律行为制度是民法的重要制度,几乎所有的民事权利的行使、民事权利的变动都需要依靠法律行为制度,自主实施法律行为、自主决定法律行为的效力应当是民事主体最基本的自由和权利。公权力存在的唯一正当性理由是维护权利,保护权利,而不是制

约和控制权利,否则,就丝毫没有存在的价值。而且,权力应当是人民赋予的,而不是行政长官强加给自己的。上述市场准入资格合同与外资企业权利变动合同关乎经济主权和国家利益的问题,有国家利用公权力予以管制与干预的正当性。为了确保在国家实施干预与管制中排除长官意志、主观臆断,必须通过制定法律限定权力行使的边界。依据《合资企业法实施条例》第4条和《合作经营企业法实施细则》第9条规定,行政机关对合同着重审查的方面包括:有否损害国家主权和社会公共利益,有否危害国家安全,有否违反法律、行政法规或者国家产业政策,是否造成环境污染,有否损害合营一方权益等。对于技术进出口项目的审查,则侧重于对技术进出口合同真实性的审查。《外商投资产业指导目录》、《外商投资企业投资者股权变更的若干规定》、《中华人民共和国对外贸易法》等法律、法规在很多方面提供了具体的判断标准,如明确规定外商投资者资格条件,以及外商投资者投资比例不得低于企业注册资本的25%;明确规定限制或禁止外商投资者投资的产业;明确只能由国有企业而不可以由外商投资者占控股或主导地位的产业;国务院外经贸主管部门会同国务院有关部门制定、调整并公布禁止或者限制进口的技术目录等等。当合营企业的设立损害国家经济主权、违反我国的法律、法规……,或者当合同约定的进出口技术在法律禁止或限制的范围之内,股权变动合同导致外商投资者在法律、法规规定的限制外商投资者投资的产业成为掌握全部股权的独资企业,在法律、法规不允许外商投资者控股或居于主导地位的产业占据了主导地位,或者导致不具备法律、法规规定的外商投资者资格条件的外商投资者成为企业的投资人,或者在法律、法规允许外商投资的企业外商投资者投资比例不足于法律规定的要求的,审批机关均有权力不予批准。易言之,审批机关是依据法律对合同行使审查批准权,违背法律、法规限制性规定的,即不予批准。

这样的话,问题就来了,就有损于国家主权和社会公共利益的合同为例,究竟是因为未获国家行政机关审批而无效,还是因为有损于国家主权和社会公共利益而无效呢?回答显然是后者。同理,一个不真实的虚假合同,是因为未获审批而无效,还是因为合同虚假而无效?回答显然也是后者。因为违反了法律、法规的规定,行政机关方有权力不予批准,否则就是权力的滥用,公权力在此处存在的意义就是审查合同是否有违反法律、法规规定的情形,从而决定是否批准合同,是否赋予市场准入资格。既然合同因为有损于国家主权和社会公共利益等而无效,以私法的既有理论、制度既可以解决效力认定问题,为何回避已经被合同法普遍确认的既有规则与制度,非要强调因未获批准而无效呢?我们再从相反的角度上看,一个真实且全然不具有《合资企业法实施条例》第4条和《合作经营企业法实施细则》第9条规定的任何情形的合同,如果行政机关不予批准,便构成公权力的不当干预与公权力的滥用。滥用的公权力应否受到人民群众的普遍尊重?应否得到法律制度的普遍认可呢?回答显然是否定的,既然一个真实且不具有损害国家主权和社会公共利益等情形的合同,行政机关便没有理由不予批准,即便不予批准,这种滥用的公权力也不会得到法律的认可,合同有必要违背私法的

既有逻辑,非要经行政机关审批方能有效吗?

如是说来,合同的效力与行政审批之间实际上没有必然的逻辑关系,市场准入资格合同的行政审批,抑或权利变动合同的行政审批不过是国家设置的通行关卡而已,合同真实且合法的,合同主体双方意思表示一致,合同即发生法律效力。行政机关通过合同审查所做的行政审批实际上是对有效合同的验证,经验证确实有效的,颁发批准证书或许可证,授予合同主体市场准入资格,或者赋予合同实际履行的可能性;而经验证合同具有损害国家主权和社会公共利益等无效情形,则不予准许。“损害国家主权和社会公共利益”注定合同自签订之日起无效,而非自合同不予批准之日起无效。似乎形同于“验票登机”,为了航空飞行的安全,航空公司设置多道关卡,验证机票和持票人的真伪,经检验乘客及其持有的机票具有真实性、有效性,乘机便成为旅客的权利,机票的有效自出票之时,而非准予登机之时。经济全球化是当代世界经济发展的标志性趋势,适应世界潮流,利用外资发展经济是我国改革开放以来基本国策的重要组成部分。³⁰多年的实践证明,吸引外商投资确实促进了我国的产业升级和技术进步,但也潜藏着巨大的风险,如果监管失控,外商投资者会对我国的一些重要的产业形成主导权和市场垄断权,大量自然资源流向国外。这就是为什么一般的合同未设置“验票登机”的程序,而偏偏外商投资领域的合同或技术进出口合同设置该程序的原因。

如果非要坚持此类合同的“无效”取决于行政机关的不予批准,由此产生的问题便无法得到合乎逻辑的解答。不能排除在实践中有这样的情形发生:合同未违反法律、行政法规的规定,但行政机关不予批准,或未经审批;合同违反了法律、行政法规的规定,但行政机关予以批准。这样一来,就前者而言,一个原本合法并应当有效的合同,因为行政机关未予审批而无效了,而且这种无效连救济的方法都没有;而就后者而言,一个原本因为违法而无效的合同仅因行政机关的审批而合法有效了。这不仅仅是一个笑话,也是逻辑的悖反。

为什么这样一个简单的道理,《民法通则》、《合同法》却忽视了呢?新中国成立之后至1978年党的十一届三中全会前的历史时期内,我国一直奉行以阶级斗争为纲的理论范式,“在关于权利与义务的关系上,阶级斗争范式强调义务,主张的是义务本位”。^⑩甚至在改革开放后的一个很长的时间内,义务本位的价值观在计划经济占主导地位的经济体制下很难从根本上改变,并且深深影响着那一时期的立法,在行政审批合同的效力问题上理所当然地认为主管机关可以制定法律,也有权力决定合同是否有效,背后的逻辑无非就是权力的行使具有决定性意义。而这种权力中心主义的价值理念反映在民事立法上就是对行政法规赋予的权力予以全盘接受与尊重。我们认为,这种权力中心主义的价值理念至少要承担两个法律风险:第一,法律行为及其效力问题是民法调整的范畴,悠久的民法制度史已经构建了完整而严密的规则体系,何种法律行为有怎样的效

^⑩ 张文显、姚建宗:《权利时代的理论景象》,载《法制与社会发展》2005年第5期。

力状态都有对应的民法规则予以调整,民法中已有的合同无效规则足可以解决本文所言合同的效力,国家只能通过制定法律的方式规范外商投资者在中国境内的经济活动,而不可将公权力渗透到法律行为效力领域,公权力的意义不在于决定法律行为的效力,而在于禁止违反中国法律的合同在中国国土上的实施。若我们非要坚持权力作为决定合同效力的重要因素,中国的法治已经取得的进步必将退回到了从前。第二,没有任何人可以肯定合同审批权的执掌者都能够准确理解合同、严格适用法律,不掺杂个人情感,不徇私舞弊。一旦有上述任何一种情况,后果将不堪设想:一个违法而无效的合同因为行政机关的审批便可堂而皇之地成为有效合同;一个合法有效的合同,因为行政机关的不予批准而被“判决死刑,并立即执行”。这将对国家声誉与经济发展造成何等不利影响?

三、未来民法典对合同行政审批的应然态度

公、私法的划分旨在为权利或权力的行使划定边界。私法赋予价值主体以权利,任何一个被法律肯定的权利意味着在法律界定的范围内主体享有不受约束的行使权利的自由,学者将被法律所确认的行使权利的自由空间称为权利主体的“独立王国”^①,国家权力的配置、权力的行使都应当以此为界限,否则,便是权力的滥用、权力的不当越位。我们不否认国家对经济生活应当实施必要合理的管制与干预,但是,行政法律、法规在合同行政审批问题上所坚持的权力中心主义,破坏了私法固有的内在逻辑,超越了公权力应有的边界,未来民法典有责任“使权力重新回到自己的法定位置”^②,更有责任还权利应有的面貌。

(一) 未来民法典对国有资产为标的合同行政审批的立法态度

在合同行政审批问题上,现行法存在的偏误是将国有资产为标的合同的审批等同于一般合同的行政审批。这样的立法态度对民法理论的研究方向起了一定误导作用。学界多认为行政审批是合同的形式要件,于是便有了欠缺形式要件合同的“无效说”、“未生效说”、“有效说”等不同学说,所有这些学说都是建筑于“审批”是公权力对经济生活干预与管制的理论基础之上的。并认为,三种关于行政审批与合同效力的不同立场折射着平衡私法自治与国家管制的不同技术路线^③。我们实证调研的结果显示,实践中在因合同审批问题发生的纠纷案件中,因国有资产为标的合同行政审批纠纷案件占整个纠纷案件的88%之多。这就意味着,对这类合同行政审批未来民法典必须有一个

^① 参见张文显、于宁:《当代中国法哲学研究范式的转换——以阶级斗争范式到权利本位范式的转换》,载《中国法学》2001年第1期。

^② 程燎原、王人博:《论权力》,广西师范大学出版社2014年版,第201页。

^③ 蔡立东、李晓倩:《行政审批与矿业权转让合同的效力》,载《政法论丛》2011年第5期。

非常清晰而准确的立法态度,否则,对审判实践都会产生错误的影响。

笔者认为,未来民法典应当将这部分合同的“审批权”还原于私权本身,这不是公权力对私的生活的干预,不是法律行为之外需要成就的形式要件,而是私权行使过程中的重要一环,是合同主体或者标的物所有人意思表示的特有方式,也是意思表示的重要内容。这种特有方式实际上早已为法律予以肯定性表达,《全民所有制工业企业法》、《企业国有资产监督管理条例》、《物权法》、《公司法》等法律、法规在将对国家财产的占有、使用、经营和依法处分的权利赋予企业的同时,将收益权与依法处分以外的处分权保留给自己。中国民法典的编纂是这一时代的一个壮举,应当是中国特色哲学社会科学以及马克思主义法治理论的结晶,改革开放 30 多年来社会主义市场经济的发展是民法典中国特色的价值源泉。如果说公有制,国家对经济的宏观调控是社会主义市场经济的主要特色,那么,国家所有权制度的发达与丰满便应当是中国民法典较之大陆法系民法典的最大特色,保留这个特色,做强国家所有权制度应当是 21 世纪中国民法典的首要功绩。当人类社会进入 20 世纪,个人主义的私法受到时代批判时,西方国家出现私法社会化的潮流,这是从另外的角度回答了人类社会发展到一定阶段的私法的必然逻辑,也验证了社会主义市场经济的合理性。

重大合同的国家主管机关审批是国家所有权制度的重要内容,笔者认为,未来民法典应当以章的篇幅安排国家所有权,以国有资产为标的合同的“审批”应分别情况予以合理的制度安排。“国家所有权的行使”应当在未来民法典国家所有权章中以独立“节”的篇幅予以设置,将以国有企业资产为标的合同、海洋石油资源对外合作开采合同,以及矿业权转让合同的“审批”安排在国家所有权行使之节中。只有这样方能真正将国家所有权及行使还原于权利的本来面貌,去除权力中心主义的理论偏执,并与公司法中法人治理结构的相关规定和民法其他部分的相关规定保持一致。

关于需要审批的合同的效力,应当分阶段予以规定:第一,合同主体双方意思表示一致,尚未经过审批机关审批,此时合同的性质应当界定为预约合同,相对于该预约合同,未来由主管机关批准的合同可称之为本约合同。既然预约合同具有其独立性,预约合同自主体双方意思表示一致时成立,并发生法律效力,双方当事人受合同内容的拘束,应当积极促成本约合同,并排除主管机关不予批准以外任何因素的不成就本约合同的行为。它与本约合同的唯一区别是当事人不受合同给付义务的约束,不具有请求履行给付义务的效力。若一方当事人以自己给付义务的履行为由,起诉请求对方当事人履行给付义务的,只要在法庭辩论终结前,合同能够获得批准,人民法院对当事人的请求应当予以支持;但法庭辩论终结前仍未获准的,法院应当判决驳回当事人的诉讼请求。在我们搜索到的 185 个以国有资产为标的合同纠纷案件中,不乏以独立的预约合同为由认定合同有效的判决,依靠预约合同,不仅可以确定报批义务的合同约束力,以保护当事人的合理信赖,并可有效理顺批准前后合同的效力样态。第二,经过向主管机关申请,主管机关审查后未予批准,本约合同不成立,只要预约合同中负有申请审批

义务的一方当事人积极履行了该申请审批义务,该当事人对本约合同的不成立不承担预约合同的违约责任,但若其行为导致对方当事人信赖本约合同一定成就,并有信赖利益损失的,应当承担信赖利益损害赔偿赔偿责任;第三,经过向主管机关申请,获得主管机关批准的,因主管机关的批准是本约合同当事人双方意思表示一致的根本标志,本约合同自批准之日起成立并生效。在本约合同生效前双方当事人已经履行的,视为有效履行,但绝不可类推适用《合同法》第36条,以当事人的实际履行认定本约合同成立并生效。

(二) 未来民法典对非国有资产为标的合同行政审批的立法态度

对于非国有资产为标的合同的行政审批,《民法通则》与《合同法》的偏误是对法律、行政法规的盲目迁就与遵从,以行政审批绑架合同的效力。^②无形中在各国法通行的合同有效要件之外又将公权力的审批作为合同的生效要件,不仅违背了私法固有的内在逻辑,还将公权力置于其不应当介入的领域之内。未来民法典在行政审批与合同效力问题上必须有清晰的立法态度。第一,行政审批不是民事法律行为有效或生效的要件,决定法律行为效力的是私法自有规则体系的内在规定和基本逻辑,而绝不是公权力的审批,公权力存在的全部意义就是禁止有损国家经济主权、损害国家利益、违反法律的市场合同走进市场,行政主管机关对合同的批准与否不具有决定合同效力样态的法律意义。第二,行政审批是行政主管部门授予公司营业执照、许可证并予以注册登记、股权变更登记等行政行为应具备的形式要件。具备审批要件,国家工商行政管理主管部门应当予以公司设立注册登记,颁发营业执照,或者办理章程、股权变动的登记备案;国务院外经贸主管部门应当颁发技术进出口许可证等。较之关于行政审批与法律行为效力关系的几种学说,本文观点在此不妨暂称之为“行政行为要件说”。

有学者以合同效力与物权变动的物权区分原则为技术路线论证行政审批绝缘于合同效力的观点,认为以合同不存在效力瑕疵为前提,未经审批的合同不失为有效合同。行政审批的意义在于限制履行,未经审批的合同不能发生权利的变动^③。将行政审批绝缘于合同效力是迄今为止最符合私法逻辑的表达,暂且不论该学说将合同履行与权利变动混为一谈是否得当,但有一点笔者不敢苟同。依此学说的逻辑推理,合同经申请未获批准构成“法律上的履行不能”,此时原本有权请求实际履行合同的受让人,只能请求转让人承担损害赔偿等其他形式的违约责任^④,但这似乎非常符合私法逻辑的演绎推理在此处却是行不通的。正如我们前面所论,公权力是否批准合同,绝不取决于官员的主观臆断和个人意志,而取决于合同有否损害国家主权和国家利益等法律、法规规定不予批准的情形,我们赞同行政审批绝缘于合同的效力,但我们不否认未获批准的合同是自

^② 《合资经营企业法实施条例》第14、20条,《合作经营企业法实施细则》第11条,《技术进出口管理条例》第16、38条,《外商投资企业投资者股权变更的若干规定》第3条等法律或行政法规均规定合同自审批之日起生效。

^③ 前引③,蔡立东文。

^④ 前引③,蔡立东文。

始无效的合同,因为只要不属于公权力滥用,未获批准终有不予批准的法律上的理由。未经批准合同未必是无效合同,但未获批准合同必定是无效合同,只是该无效不取决于未获审批,而取决于有违反法律规定的无效情形。既然未获批准合同是无效合同,那么转让人何以承担损害赔偿等形式的违约责任呢?这是否又意味着可以倒推回来说明“限制履行论”的不当呢?

在未来民法典的立法论上,本文所做的选择较之其他选择有极为明显的优势和意义:第一,有利于合理地解答申请审批义务来源的正当性。未生效说致力于解释申请审批义务来源与归属的正当性而产生,但是,将申请审批义务强加于未生效合同之中难以具有说服力,而且与无效说一样具有诸多理论与实践上弊端。未来民法典以“行政行为要件”的原理解释行政审批,申请审批义务自然在于存不存在损害国家主权、损害国家利益以及违反法律等情形的有效合同之中,若合同有损害国家主权等无效情形的,申请审批义务自然没有必要作为合同义务受到合同法的督促。因此,这种立法选择的首要意义就是,我们不必因为对申请审批义务的特别解释而犯顾此失彼的错误。第二,有利于法官作出准确、公正的判决。法官审理纠纷案件,就合同效力认定的环节无需再纠结于合同是否经过审批,而只需遵循私法固有逻辑审查有无损害国家经济主权等法律、法规规定合同无效的法定事由。即便是行政机关批准合同,法院经审查认为有无效的法定事由的,也完全可以认定为无效。或者,即便对于不存在损害国家经济主权等法律、法规规定不予批准法定事由的合同,因为公权力滥用而不予批准,法院也完全可以不拘泥于行政机关的决定而判决认定合同有效,从而矫正公权力的不当行使。第三,便于法院作出对于保护交易安全和稳定经济秩序有利的判决。从实证研究资料看,实践中有相当一部分案件是当事人签订合同甚至履行合同后反悔,以合同未经审批为由主张解除合同,或者主张合同无效的,法院虽有保护交易安全的意识,但碍于现行法对行政审批的价值判断而无奈选择认定合同未生效或无效。也有法官冒着判决被改判或发回重审的风险千方百计寻找令合同有效的理由。若未来民法典做本文建议的立法选择,法官无需再为通过认定合同效力维护交易安全、保护合理信赖而烦恼,甚至没有保护交易安全意识的法官都不得不出有利于交易安全的判决。第四,有利于将公权力置于最合理的位置。我们丝毫不怀疑在这个领域公权力予以干预与管制的正当性,但如果因为审批的正当性而主张权力对意思自治领域中法律行为渗透与干预的合理性,那便是对法律逻辑的悖反,也是对于自党的十一届三中全会以来我国已经取得的法治进步的糟蹋。合同有效取决于私法规则体系的内在规定,而“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。”^⑤行政主管机关最好的角色定位是将具有损害国家经济主权等法律、法规规定的不予批准情形的合同排除在我国的市场经济之外,因此,行政审批作为行政主管机关登记注

^⑤ 前引③,蔡立东文。

册、颁发授权性证件等行政行为的前提要件是最好的立法选择。

当然,这种立法选择与立法思想的正当性还需要依靠审判实践适用的可行性与合理性的推导予以检验,在此我们不妨在行政审批与合同效力关系既有解释的框架下对合同效力及其实现和救济机制进行合理性推导。第一,合同一经当事人双方意思表示一致即告成立,若合同具有损害国家主权等法律、法规规定不予批准的情形,合同自始不生效力;若未有此等情形,合同自成立之时发生法律效力。第二,合同未经审批的,工商行政主管机关有权不予办理公司设立的相关注册登记、营业执照、章程登记备案以及股权变动登记等手续,企业不可以开展与营业有关的经营活动,但合同当事人履行与营业无关的合同义务,对方接受履行的,只要合同不存在违法事由,均为有效履行。第三,合同签订后,因履行中的原因发生纠纷诉至法院,法院经审查认为合同不具有判决无效的法定情形,对认定合同的有效无需依赖法庭辩论终结前的行政审批文件,可经行判决认定合同有效,并责令负有申请审批义务的当事人积极履行合同义务;反之,经审查认为合同具有认定无效的法定理由,尽管已经获得行政审批,也可判决合同无效。若法院对合同是否存在无效的法定事由难以认定,可与审批机关召开论证会或咨询会,基于论证会或咨询会的合理论证,判决认定合同的效力。第四,在法庭辩论终结前,行政机关作出不予批准的决定,法院也认为合同确有无效的法定理由,判决合同无效。双方当事人因合同履行获得的利益应当原物返还,对于合同无效具有过错的一方当事人应当向对方承担信赖利益损害赔偿赔偿责任。双方均有过错的,各自承担相应的责任。

结 语

自《民法通则》颁布以来,民事法律惯用“法律有规定的,依照其规定”或“法律另有规定的除外”等立法表达技术,这种语言表述几乎成为中国标志性的立法语言,这种立法技术为法律实施、法律解释留下了必要的空间,但这种立法技术多半是在对“有多少法律规定”,“有怎样的法律规定”,“法律、行政法规规定得是否正确”等缺乏足够的实证研究基础上采用的,其中的偏误在所难免。既然经考察研究,我们已经将以国有资产为标的合同的审批排除在行政审批的范畴之外,已经解脱行政法律、法规对非以国有资产为标的合同的效力绑架,得出结论行政审批不应当对法律行为的效力产生决定性影响,那么,未来民法典合同编应当取消“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,未来民法典总则编也应当取消“法律规定应当采用特定形式的,应当采用特定形式”的规定,若对法律行为的形式需要有一个兜底的弹性规定,可以表述为“本法规定应当采用特定形式的,应当依照其规定”,以将合同的效力真正绝缘于行政审批和登记,从而确立民法典应有的权威和还原私权应有的面貌。

Abstract: In accordance with the stipulation of laws in force, administrative examination and approval have decisive influence on the contract effect, whose logic is that in the institutional framework of administrative examination and approval, power or the power owner can become the crucial force of legal behaviors' validity which is above the free will of the contract subject. This not only brings contradiction and disputes in theory, but also brings perplex to trial practice. The conclusion that there is no necessary logic relationships between administrative examination and approval and contract effect can be achieved after distinguishing contracts that need to be examined and approved with types and rationally introspecting laws and regulations in force. In terms of the contracts with state-owned property as the standard, examination and approval do not mean administrative examination and approval, but the final exercise of state ownership. As far as the contracts without state-owned property as the standard, what decide their effects can only be internal rules and basic logic within the regulation system of private laws, but never be the examination and approval of public power. The overall meaning of public power is to forbid contracts that damage state economic sovereignty, harm state interests, violate laws getting into the economic field. The future Civil Code should delete stipulations like paragraph 2 article 22 in the Contract Law to ensure the contract effect without the intervention of administrative examination and approval.

(责任编辑:王莉萍)