
合同效力研究

The Validity of
the Contract Research



刘贵祥 著



YZL10890163888

人民法院出版社

中国公法研究基金会支持项目

合同效力研究

The Validity of
the Contract Research



YZLI0890163888

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

合同效力研究/刘贵祥著. —北京: 人民法院出版社,
2012. 3

ISBN 978-7-80217-979-0

I. ①合… II. ①刘… III. ①合同法—研究—中国
IV. ①D923.64

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 034019 号

合同效力研究

刘贵祥 著

-
- 责任编辑 张 珺
出版发行 人民法院出版社
地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)
电 话 (010) 67550607 (责任编辑) 67550558 (发行部查询)
65223677 (读者服务部)
网 址 <http://courtbook.com.cn>
E-mail courtpress@sohu.com
印 刷 三河市国英印务有限公司
经 销 新华书店
-
- 开 本 787×1092 毫米 16 开
字 数 530 千字
印 张 31.75
版 次 2012 年 3 月第 1 版 2012 年 3 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978-7-80217-979-0
定 价 68.00 元
-

版权所有 侵权必究

序 言（一）

合同效力问题是合同法的核心问题。实践中绝大多数合同纠纷，裁判尺度的差异就体现在对合同效力的认识差异上。可以说，一旦联系到丰富的个案，尤其是边缘性案例，很多关于合同效力的理论都失去了其解释力。作者在《合同效力研究》一书中，从理论与实践相结合的角度，致力于探讨合同效力中较为常见、极具理论难度因而也是极富理论挑战性的问题，需要有相当的学术勇气和理论品味，体现了其对民商事审判的一种关怀和担当，弥足珍贵，应值充分肯定。

本书令人印象深刻的一点，我将其概括为“形散而神不散”。所谓“形散”，指的是从形式上看，该书似乎是有关合同效力的论文汇编，章与章之间看似彼此独立、结构松散。所谓“神不散”，指的是看似松散的结构背后有着的一贯的脉络和统一的精神。全书有明暗两条脉络。明线遵循着从合同效力的一般性问题到特别性问题、从实体性问题到程序性问题的顺序，体现了作者的思考由表及里、由浅入深的深化过程。“神不散”最主要的体现是贯穿全书始终的作者所秉持的解释论立场和方法。在确定了解释论的立场后，要想使纸面上的法律转化为行动中的法律，还有赖于解释方法的准确运用，这既需要有深厚的法律功底，更需要方法论上的自觉。我们欣喜地看到，作者在《合同效力研究》中做到了。在该书中，解释论的自觉运用，体现在以下两个方面：一是在《合同法》的现行规定并未丧失其合理性的情况下，主要采主观主义的解释方法，侧重于采取文义解释、体系解释、历史解释等方法探求主观的立法意图，在不超出文义射程的范围内寻找合理的文义，以维护法律的稳定性、权威性、可预测性，这就是所谓的主观解释方法。二是在某些法律不能适应变化了的社会生活现实的情况下，

则采客观主义的解释方法。如行政审批制度很大程度上是与计划经济联系在一起的，“计划经济就是审批经济”，当前审批事项过多、审批内容过细、审批权限过大，既在一定程度上违反合同自由与依法行政原则，也不一定就能实现外资管理的预期目的。但在行政审批大量存在的情况下，如何认定未经批准的合同的效力？作者在尽量尊重现行立法关于审批权设定等相关规定的基础上，通过对外资审批的性质、范围及效力等问题进行客观解释，深入挖掘了长期被人忽略的《合同法》第44条，认为未经批准的合同属于未生效合同，有别于因违反《合同法》第52条第5项规定的效力性规范而归于无效的合同，指出未生效合同既不同于无效，也不同于已生效，而是一种独立的合同效力类型。在将未经批准的合同认定为未生效合同的基础上，作者又进一步将报批义务解释为一项独立于主合同的义务，衍生出报批义务的继续履行规则、一定情况下的解除规则。应该说，在行政审批与合同效力的关系问题上，本书的探讨是极为细致、深入并且富有启发性的。可以说，对未经批准的合同效力的研究，既是作者思考合同效力问题的起点，也是作者解释论立场和方法的充分体现，可以说是本书的题眼，是理解本书的一把钥匙。

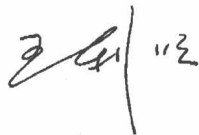
本书的另一大特点是案例分析法的灵活运用。作者在写作本书时，一直自觉践行理论联系实际的原则，积极采用案例分析方法，对任一理论问题的研究都力求伴随着一个或几个典型案例，通过典型案例来发现问题、分析问题、展开问题。案例研究与案例教学也是我本人一直提倡的方法，近年来，最高人民法院也一直致力于搞指导性案例，事实证明，此种研究方法是有其生命力的，应值提倡与鼓励。在行文风格上，作者将案例分析与理论阐释有机地结合起来，案例穿插在理论分析之间，信手拈来、不露痕迹，形成了简洁明快、清晰流畅又不失绵密逻辑的文风，体现了作者深厚的法律功底、高超的语言驾驭能力，颇具特色，读来令人赏心悦目、如沐春风。

“知其者谓其心忧，不知其者谓其何求！”作者长期在司法实务界工作，有着丰富的实务经验，在繁忙的工作之余，孜孜不倦、勤奋钻研、笔耕不辍，纯系出于对理论的爱、热情乃至敬畏，令人敬佩！

尤其难能可贵的是，作者并不限于纯学术的思考，而是身体力行，一直致力于理论联系实践、理论指导实践、理论付诸实践，其很多理论已转化为现行有效的司法解释，如《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）》就体现了其有关行政审批与合同效力问题的思考；有的也已对司法实践产生了实际的、深远的影响。这既是人生幸事，当然，也伴随着更重的责任！

“路漫漫兮其修远兮，吾将上下而求索！”希望贵祥庭长能一如既往地法学研究事业倾注热情、奉献爱心，为我国的法制建设事业作出新的、更大的贡献！

是为序。



2012年2月1日

序 言 （二）

应学弟刘贵祥法官之邀，我欣然就其新著《合同效力研究》撰写序言，一则我见证于贵祥学弟长期对民商事审判的致心致力，二则有感于本书所论问题的至难至艰。

合同效力及其周边问题，是合同法乃至民法的重要问题甚至是最为重要的问题之一。其主要原因在于，首先，合同效力制度是合同自由、意思自治这一民法灵魂与基于其他原因的国家管制之间的冲突与协调的产物，在某种意义上，体现着一个国家市场经济的成熟度与法治水平。其次，在实定法的前提下，如何妥当地适用现行法的规则，在解释论的立场上实现合同自由与其他公共政策之间的协调，达至妥当的解释结论，促成公法规范与私法规范的和谐共处，考验着一国法律人的智慧。

基于上述认识，《合同效力研究》的作者根据其长期的司法实践及深切的司法体验，从司法实务中遇到的难点问题出发，将合同效力所涉及的周边问题作为该书的研究对象。应该说，这一选题，是对司法实践所提出的问题的积极回应。完成它，不仅需要作者相当的理论勇气，更体现出作者敏锐的问题意识；既需要作者在长期的司法实践中用心观察、细心体会和认真归纳，也要求作者对大量案例提炼总结；同时，还需要作者熟悉既有的理论和学说，反思既有的解决方案，另辟蹊径，提出新的路径及理由。

解决合同效力及其周边问题，从立法的角度，需要立法者站在历史发展的高度，统领全局，运筹帷幄，顺应市场经济的发展规律，设计妥当的规则与制度，在尽可能地尊重合同自由的前提下，谨慎地贯彻当前甚至相当长一段时期内社会主义市场经济条件下的公共利益、

公共政策。从司法的角度，法官则应站在解释论的立场上，条分缕析，穷尽应有的解释手段，对不尽完善的现行法予以目的性扩张或限缩，达至妥当的解释结论。两者的出发点不同、立场各异、方法迥别。对此，我曾曾在其他场合谈到，对某个问题的讨论，如果在立场上采取立法论，论者完全可以依其价值观及其与之相一致的原理，不受或少受既有法律体系、立法政策等因素的制约；若采取解释论，则须遵循民法解释学的规则，要受立法目的、立法政策、现行法体系等诸多因素的限制，“随心所欲”大多不适当。我认为，作为一名法官，完成大作，在方法论上显现出较强的自觉意识，在讨论外商投资企业股权转让的优先购买权问题、《公司法》第218条的理解与适用问题、行政审批与合同效力的关系、强制性规范与合同效力之间的关系等一系列问题时，解释论的立场明确，既严格遵循解释论的规则，使论证结论及理由能够为司法实践提供妥当的解决方案，更使多个法律规范相互交织的立法目的、立法政策相互协调、相互配合，同时，也最大限度地维护了法律体系的统一性。

解释论的立场及其方法的应用在该书中俯拾皆是，相应的论证思路及其结论也具有相当的合理性。例如，关于行政审批与合同效力问题，《合同法》实施之后的相当长一段时间内，直接将未经审批的合同认定为无效是司法实践中的主流。这一处理思路，一方面将合同效力直接系于负有报批义务的一方当事人，违反了保护诚信之人的法律原则；另一方面，直接认定为无效，忽略了此类合同可能存在着多种发展前途的事实，很可能是选择了一种效果不佳甚至是最差的途径。对此，该书借鉴理论学说，将行政审批解释为合同特别生效要件中的积极生效要件，从而将无效合同和未生效合同区别开来，前者体现着国家的禁止、与现有法律秩序的不相容；后者则体现为国家有限度地管制并且可补正的特征。进而，将合同中的报批义务解释为独立于合同的其他义务尤其是经审批后才生效的义务，从而使未生效合同的报批义务及其他义务具有可履行性。我认为，这种解释结论及其理由兼顾了私法秩序和公法目的，更加富有效率和灵活性，在利益衡量上更加妥当。尤其需要指出的是，作者的这种思想已经体现在由其主持制定

的司法解释上,理论上的思考已经转化为现实的规则,这无疑是对一个法律人莫大的褒奖。

任何解释论都是站在一定的价值立场和利益衡量基础上的,这既是法学解释学的基本内容,也是对概念法学的发展。例如,无权处分与合同效力的关系涉及到原权利人的权利和交易相对人的权利如何平衡等问题,也涉及到无权处分即《合同法》第51条与善意取得即《物权法》第106条的协调问题。本书根据《物权法》的区分原则,通过将《合同法》第51条所规定的处分权解释为物权变动的要件、无处分权即物权变动不发生效力的方式达到保护原权利人权利(往往是物权)的目的,同时保障了交易安全,由此《物权法》第106条的善意取得制度保护善意第三人获得物权的功能就更加纯粹。应该说,这一解释结论所立基的价值立场是正确的,利益衡量是妥当的,尤其是在《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)》第十五条已经明确规定多重买卖合同有效的前提下,^①上述解释结论更有其合理性。虽然在解释路径及理由上,我仍然有不同观点,^②但对该书作者的观点及其论证思路表示尊重。

解释论的立场及其方法时常要求解释者采取类型化的思考方式。应当看到,对现实中反复出现的生活事实进行类型化,往往既是制定法背后的存在基础,也是司法者在适用法律时把握法律规范的一种重要途径。反之,司法者在适用法律时,必须在法律规范所意涵的类型中掌握生活事实,也才能对其所面临的生活事实作出正确评价。所以,类型化往往是法律理念与生活事实的中间点。该书恰当地运用了类型化的思考方法,例如,在讨论社会公共利益与合同效力的关系时,就从类型化作为一种重要的思考工具和分析工具的角度,提出损害社会公共利益合同的类型化要立足于我国现行的法律体系、司法实践,同

^① 多重买卖实践中主要有两种情形,一种是出卖人分别与多个买受人签订买卖合同,标的物均未交付或转移登记,理论及实务认为此种情形多个合同都有效,几无争议;第二种情形则是出卖人与买受人签订合同后并交付或转移登记,又与其他买受人签订合同,该合同是否有效,争议较大,涉及到自始客观不能与合同效力的关系问题。但《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)》第十五条统一地认定合同有效,说明司法实践对此态度已经明确,即处分权不再是合同效力的构成要件。

^② 参见崔建远:《合同法总论》(上卷),中国人民大学出版社2008年版,第317页以下。

时要适当借鉴域外判例和理论。同时，将公共利益的类型划分为维护基本权利的公共利益、保护弱者利益的公共利益、维护管理秩序的公共利益、维护婚姻家庭秩序的公共利益以及维护伦理道德的公共利益等，都反映了作者通过素材确定理念、使理念在素材中得以展开，在事实与价值之间不断返回、来回穿梭的解释学态度。

当然，本书除了在解释论的立场和方法上应当肯定之外，在体例上也值得推崇。我一直认为，学习和研讨民法学，了解法律规定，熟悉民法原理，分析系争案件，三者需密切结合，不可偏废。贵祥学弟依托于自身的职业优势，选取实践中争议较大、分歧较多的案例作为讨论问题的线索。相关案例不仅是本书讨论问题的起点，而且贯彻讨论的始终。对于相关案型的司法实践，实事求是，客观地作出评价，既不为亲者讳，也不为远者疏。对相关案型的处理，尽可能地求同存异，无学界故求标新立异之风，亦无实务界鄙理论建构之意，有的放矢，言之有物，既与作者不偏不倚的职业风格相符，也体现了专题研究书的特色。

总而言之，我认为，该书所论问题于司法实践和理论研究的重要性、解释论立场的坚持与其方法的妥善运用、大量案例的深入分析及治学态度的不偏不倚，是本书最为重要的优点。

与贵祥学弟相识数十年，在日常生活与职业交往过程中，我见证了其对法律职业的倾心、对法学理论的热情、对法律共同体的认同和对法治事业的热爱。即使在担任公务繁忙的领导职务期间，仍然认真研究，笔耕不辍，尤令同为法律人的我感动与感慨。我相信并衷心祝愿，贵祥学弟会一如既往，为我国的法治事业作出其应有的贡献！

是为序。

崔建远

2012年2月6日

导 论

本书的写作缘于笔者对合同效力问题的持续关注，尤其是近年来因主持《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）》等司法解释的制定，从而使得笔者有机会对司法实践中涉及到的合同效力问题进行系统性的思考。长期以来，人民法院在审理外商投资企业纠纷案件时，常常遭遇以下两个方面的难点：其一，我国有关外商投资企业的规定大多制定于改革开放初期，因而严重滞后于社会经济的发展，如果简单、机械地适用法律，就可能造成不少法律问题无法得到公平合理的处理；其二，大量外商投资企业纠纷案件与行政审批有关，因而如何正确处理行政审批对合同效力的影响成为司法实践无法回避的问题。乘本书付梓之机，笔者想谈谈这两个问题的解决思路及其对本书写作的影响。

就外商投资企业纠纷案件审理中遇到的规则滞后问题，笔者曾一方面呼吁立法机关应尽快就外商投资方面的法律进行修订，并将新《公司法》^①所确立的理念和制度尽可能吸收进外商投资企业方面的法律，以避免出现内外资企业纠纷案件不能获得一致对待的尴尬局面；另一方面，笔者就如何理解《公司法》第218条提出了自己的看法，以从解释论的角度尽可能缓和因规则滞后所带来的问题。为什么要以《公司法》第218条为突破口来化解上述难题呢？这是因为在笔者看来，《公司法》第218条不仅在解决规范冲突问题上具有极其重要的作用，而且其自身也还存在解释的空间。

^① 为阅读方便，书中关于我国法律、法规的名称一律使用简称，即《中华人民共和国公司法》，简称为《公司法》。

根据《立法法》的规定，我国法律关于解决规范冲突的基本规则有三条，即“上位法优于下位法”、“新法优于旧法”、“特别法优于一般法”。应该说，法律适用的这三条基本规则足以解决因规范冲突带来的问题，但为什么《公司法》仍然要在第218条规定“外商投资的有限责任公司和股份有限公司适用本法；有关外商投资的法律另有规定的，适用其规定”呢？笔者认为，这是因为“新法优于旧法”和“特别法优于一般法”之间有时也会发生适用上的冲突，尤其是当特别法制定在前而一般法制定在后的情况下，这种冲突就不可避免。由于我国大量关于外商投资的规定几乎都制定于改革开放的初期，后来虽然因加入世贸组织而进行了细微的调整，但整体上仍然保持原貌，而作为一般法的《公司法》则制定于改革开放已进入攻坚阶段之后，特别是2005年新修订的《公司法》代表着现代企业法律制度建设的最新成果。在此背景下，如果按照“新法优于旧法”的法律适用规则，在审理外商投资企业纠纷案件时，就应适用《公司法》；但是，有关外商投资的法律相对于《公司法》而言，又是特别法，因此按照“特别法优于一般法”的法律适用规则，又应适用有关外商投资的法律。立法者为解决由此引起的冲突，于《公司法》第218条明确规定仅在有关外商投资方面的法律没有规定时，方能适用《公司法》的规定，显然是采用了“特别法优于一般法”的规则。《公司法》第218条虽然解决了法律适用规则之间的冲突问题，但如此一来，规则的滞后性也就凸显出来了，例如，关于股权转让，《公司法》与《中外合资经营企业法实施条例》都对股东的同意权和优先购买权作了规定，但二者在行使条件上存在显著不同：2005年新修订的《公司法》第72条规定，股东向股东以外的人转让股权的，应当经其他股东过半数同意，股东应就其股权转让事项书面通知其他股东征求意见，其他股东自接到书面通知之日起满30日未答复的，视为同意转让；但根据《中外合资经营企业法实施条例》第20条的规定，中外合资企业股东转让股权须全体股东一致同意，言下之意即是，只要有一位股东不同意，任何股东都不能转让股权，且优先购买权的行使也没有期限限制。众所周知，法律之所以赋予有限责任公司的股东以同意权和优先购买权，是因为有限责任公司具有一定的人合性，股东之间通常存在一定的信任关系。但是，同意权和优先购买权的存在也不应完全排除股权的自由转让，否则，在股东不得退股的原则下，可能会使股东因没有任何退出机制而陷入困境。从这个角度看，《公司法》第72条的规定显然更具合理性，而《中外合资经营企业法实施条例》则显得过于简单，极易造成当

事人的股权转让自由受到过分限制乃至剥夺,其正当性殊值怀疑,因为作为有限责任公司的外商投资企业与同样作为有限责任公司的内资企业相比,其人合性并无特殊性可言,没有理由对股权转让作如此严格的限制。

问题是,如何化解因规则滞后带来的问题呢?笔者认为,自解释论的角度看,首先涉及到如何理解《公司法》第218条所称“有关外商投资的法律”,因为在三部外商投资企业的法律之外,我国还存在与三部外商投资企业法相关的实施条例和实施细则,甚至还有过去的外经贸部现在的商务部以及国家工商管理总局制定的与外商投资有关的一系列行政规章,比如说《关于上市公司涉及外商投资有关问题的若干意见》、《关于印发〈外商投资企业投资者股权变更的若干规定〉的通知》、关于外商投资企业注册资本和投资总额的比例的相关规定、《关于外商投资企业合并与分立的规定》等等。在此背景下,如果我们对《公司法》第218条的“法律”作广义的理解,这些规定似乎均可看作是“另有规定”,其结果就会在很大程度上架空《公司法》的适用。笔者认为,在存在规则滞后的背景下,对《公司法》第218条所称“有关外商投资的法律”应作狭义理解,这可以从两个方面进行讨论:

第一方面,如前所述,关于法律适用的规则,不论是“特别法优于一般法”还是“新法优于旧法”,都建立在一个前提之上,就是发生规范冲突的是同位阶法。也就是说,只有同位阶法才存在特别法与一般法、新法与旧法的问题。显然,《公司法》和三部外商投资企业法都是全国人大及其常委会制定的法律,但有关外商投资的三部法律的实施条例或实施条例以及相关的行政规章,相对于《公司法》以及三部有关外商投资的法律而言,则都是低位阶的法律。因此,如果当《公司法》与三部有关外商投资的法律出现规范冲突时,依《公司法》第218条的规定,应适用三部外商投资企业法的规定。而三部外商投资企业法的实施条例或实施条例因属于低位阶法,在与《公司法》存在冲突时,自然一般应优先适用《公司法》。之所以强调“一般”,主要是还要考量特殊情况,如果三部外商投资企业法的实施条例或实施条例只不过是三部外商投资企业法的具体化,而没有与该三部法律存在冲突之处,只是与《公司法》存在冲突,基于《公司法》第218条的规定,自仍应优先适用外商投资企业法的实施条例或条例。

第二方面,前一个方面是依法律适用规则为依据进行分析的,那么从我国的立法现状分析,结论也是如此。一般而言,我国的法律修改是比较

频繁的,《公司法》1993年颁布后,期间又修正了两次,到2005年又作了彻底的修订,而其他法律的修改的间隔时间一般是10年左右。但是,外商投资企业的几部法律30年来基本上没有什么大的变化,只是为了适应入世的需要对个别的条款作了一些应急式的修改,没有从外资管理的制度、体制上做一些根本性的变革。改革开放初期,当时的社会经济状况与法学研究水平与后来尤其是《公司法》最新修改之时的社会经济状况、法学研究水平是不可同日而语的,应该说发生了巨大的变化,如果司法实践还停留在那个时候的理念上,以其作为一个标尺来规范现在的社会经济关系,显然是存在问题的。因此,从解释论的角度来说,当有关外商投资企业的法律与《公司法》的规定不一致时,就要尽可能缩小有关外商投资企业的法律的适用余地。

值得注意的是,笔者在这里采取的是一种客观解释的立场,而不是主观解释的立场,因为就立法者的主观意图而言,考虑到外商投资企业本身的特殊性,在有关外商投资的法律有特殊规定时,自然应更多地适用外商投资企业法的规定,而不是《公司法》的规定,但是,由于我国有关外商投资的法律制定的时间很早,很多规定已经不符合现在的实际情况,在这种背景下,如果再采取主观解释论,就显得不合时宜,相反,只有坚持客观解释论,才能使已经过时的法律满足社会经济发展的需要,尤其是2005年对《公司法》作出重大修改之后,更应对《公司法》第218条所称的“有关外商投资的法律”进行限缩性的解释,才能化解因《公司法》与有关外商投资的法律存在规范冲突而带来的大量问题。

二

除了前面谈到的关于股东同意权和优先购买权的问题外,《公司法》与有关外商投资的法律还存在哪些主要的规范冲突呢?这些规范冲突是否也可以通过法律适用规则和法律解释方法的运用得以解决呢?事实上,《公司法》与有关外商投资的法律最主要的规范冲突,表现在有关外商投资的法律规定了很多行政审批的内容,例如,外商投资企业在设立、经营、变更、终止等环节均需行政主管部门审批,而2005年修改之后的《公司法》则很少关于行政审批的规定,由此导致适用有关外商投资的法律和适用《公司法》的结果会不一致。以股权转让合同为例,由于《公司法》很少关于行政审批的规定,股权转让合同原则上根据当事人之间的合

意即可发生法律效力；但在关于外商投资企业的法律中，则有大量关于行政审批的规定，因此，关于未经行政审批的股权合同效力问题就是一个经常遇到而又极有争议的问题。

在以往的涉外商事审判中，对于未经行政审批的股权受让合同，不少法院和法官将其直接认定为无效，理由是未经行政审批的股权受让合同违反法律、行政法规的强制性规定，因而根据《合同法》第52条第（5）项之规定，应认定为无效。不容否认，直接将未经行政审批的股权受让合同认定为无效合同的做法显然是有问题的，因为即使认为行政审批是股权受让合同的生效要件，也不能仅仅因为没有办理行政审批而直接认定股权受让合同无效，否则，负有报批义务的一方当事人就可能借口合同无效而不履行报批义务，既不利于另一方当事人合理信赖的保护，也不利于诚信市场的建立。

为使未经行政审批的股权受让合同具有约束当事人的效力，从而使负有报批义务的一方当事人履行报批义务，我们是否可以根据“新法优于旧法”的规则，直接依据《公司法》而不是依据有关外商投资的法律来认定合同的效力呢？关于这个问题，前面我们已经谈到，有关外商投资的法律相对于《公司法》而言，属于特别法，因此根据《公司法》第218条的规定，在发生规范冲突时，应适用有关外商投资的法律，而不能适用《公司法》的规定，因此，对于未经行政审批的股权受让合同，我们不能适用《公司法》关于股权转让的规定来进行效力认定，而只能适用有关外商投资的法律。

既然通过法律适用规则无法解决股权转让合同的效力认定问题，我们能否通过法律解释方法的运用，将有关行政审批的规定排除在《公司法》第218条所称“有关外商投资的法律”之外，并据此认定股权转让合同不因没有经过行政审批而无效呢？应该看到，与前面谈到的股东的同意权和优先购买权仅仅涉及股东之间的利益不同，外资审批是国家为实现对外资利用进行监管而进行的制度设计，因此不能轻易将其排除在“有关外商投资的法律”之外，否则，可能导致国家对外资的监管失去控制，此其一；其二，关于外商投资企业中股东的同意权和优先购买权，全国人大及其常委会制定的相关法律并无明确规定，而仅在相关实施细则或实施条例中有所规定，因此在法律适用上存在解释空间，即通过限缩性解释将关于股东同意权和优先购买权的规定排除在“有关外商投资的法律”之外来解决相应的规范冲突问题，但关于股权转让的行政审批，全国人大及其常委会制

定的相关法律已有原则性的规定,相关实施细则或实施条例则旨在具体落实这些原则性的规定。这样一来,法官的解释空间就要受到限制,自不能简单将关于行政审批的规定通过限缩性解释排除在“有关外商投资的法律”之外,从而通过直接适用《公司法》来解决相应的规范冲突问题。

由此可见,无论是通过法律适用规则的运用,还是通过法律解释方法的运用,我们都不能实现通过直接适用《公司法》而将未经行政审批的股权转让合同认定为有效,那么,行政审批究竟是否应当影响合同的效力呢?受《物权法》关于区分原则之规定的启发,在行政审批与合同效力的关系问题上,笔者认为最为科学的思路,应该是把合同效力与行政审批与否相脱钩。即未经行政审批的合同依然是有效的,只是因未经审批,合同无法履行,这属于嗣后的履行不能,可以解除合同。如果行政机关没有审批,是因有义务办理报批手续的一方未履行报批义务,则构成违约,承担相应的违约责任。如果是行政机关未予批准,对合同不能履行,各方均无过错,各不承担责任。这样,既可以避免陷入“不报批合同无效,合同无效就无义务去报批”的怪圈,也同样可以达到行政管理之目的。因行政审批可以归结为行政许可之范畴,未经审批,意味着没有解除对该行为的禁止,具体到合同行为而言,就是不能履行。例如股权转让,未经审批,就不能办理股权变更手续,当事人就不能取得股权。从行政管理这个角度,当事人不能取得股权,就足可达到管理的目的。就此而言,如果《合同法》第44条按照这一理念进行设计,则司法实践中的困惑便迎刃而解。然而问题是,从《合同法》第44条的规定看,合同效力与行政审批是挂钩的,在此背景下,我们就只能从解释论的角度去妥当解决未经行政审批之合同的效力认定问题。

自解释论的角度看,未经行政审批的合同是否就无效呢?在早期坚持合同效力“二分法”的时候,我们确实就是这么处理的,由此也产生了大量的问题。随着合同法理论研究的进步,已经打破了这种合同效力的“二分法”,在有效和无效之外,还承认相对无效、部分无效和效力待定、可撤销可变更等效力状态,尤其是《合同法》第44条第2款并没有断然地规定,未经审批的合同就是无效的,而是规定“经审批后生效”。据此,《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)》第9条规定:法律、行政法规规定须经审批的合同,未经审批则不生效。这就突破了合同法理论中长期秉持的合同有效与无效的“二分法”,引入了合同不生效的概念。现在看来,合同不生效概念,不论是在理论上

还是在实务上都有重要的价值，因为合同未生效与合同无效不同：在合同无效的状态下，合同对双方当事人没有任何约束力，也就是说，对当事人来说，无效合同既无形式拘束力，也没有实质约束力，任何一方当事人不能请求另一方当事人履行合同约定的义务；但在合同未生效的情况下，合同对双方当事人是有约束力的，不但任何一方当事人不能擅自解除合同，而且还会发生一定的权利义务关系，例如在股权转让合同已经成立，但因没有办理行政审批而未生效的情况下，不仅任何一方当事人不能随意解除合同，而且负有报批义务的一方当事人还应履行报批义务，否则，另一方当事人可以请求其承担违约责任。

由此可见，采取未生效合同的概念，就能解决未经行政审批的股权转让合同的效力认定问题：一方面，未经行政审批的股权转让合同不具有强制履行性，当事人不得根据合同请求另一方当事人履行合同义务；另一方面，股权转让合同成立后，负有报批义务的一方当事人应积极履行报批义务，尽快使合同发生法律效力，如果怠于履行报批义务，给另一方当事人造成损失，应承担相应的违约责任。这样一来，既使得未生效合同与生效合同区分开来，也可以避免将合同认定无效所可能带来的种种弊病，不失为一种妥当的方案。也正因为如此，无论是《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉解释（二）》，还是《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）》，都在总结以往审判经验并吸收理论研究成果的基础上，就未经行政审批的合同效力问题作出了一系列具有开创性的规定。例如，该司法解释不仅明确规定合同在审批前即可发生报批义务，而且规定负有报批义务的当事人违反报批义务应负违约的法律责任，这对于维护当事人之间交易安全以及构建诚信市场秩序无疑具有极为重大的意义。

三

本书的写作虽然开始于笔者关于行政审批对合同效力之影响的思考，但又限于行政审批与合同效力的关系。司法实践中，在处理行政审批对合同效力的影响时，时常遇到《合同法》第52条第（5）项的适用问题，即当事人以未经行政审批系违反法律、行政法规的强制性规定为由主张合同无效，而非根据《合同法》第44条第2款主张合同未生效。此时，如何处理《合同法》内部的规范冲突又成为必须解决的问题。另外，由于