

批准生效合同报批义务之 违反、请求权方法与评价法学

汤文平^{*}

内容提要：批准生效合同报批义务的违反带来一道法教义学难题，对法学方法的会通提出了要求。此前的解决方案大都株守涵摄模式，停留于民法外部体系，即便偶尔触及个别原则，亦仅一笔带过，缺乏系统性价值评价的自觉。就此难题应该借助请求权方法的指引，从外部体系透入到内部体系中去，然后再返回到外部体系中。在内部体系中结合具体情形下的利益冲突，参酌社会经济发展导致的价值变迁，遴选评价因素，构建评价标准，动态而务实地解决问题。然后再继续借助请求权方法的指引，沟通原则体系、法教义学概念（类型）体系乃至法律（司法解释）条文体系。在此过程中，各种法学方法也将围绕制度问题的解决而融会贯通。

关键词：批准生效合同 报批义务 法学方法论 民法双重体系

随着各部民事单行法陆续完成，民法典、民法教义学体系以及民事案例指导制度的建构，成为未来民法研究的三大主题。在这三大主题之下，有一个共同的瓶颈不能不打破，即如何以先进的法学方法指导我们的工作。我国法学向来重视方法论研究，并已在相关学说移植方面取得了丰硕的成果。^{〔1〕}但也毋庸讳言，在具体制度的研究中，方法自觉还有待养成，^{〔2〕}至于各路方法论学说在实践之中相互作用如何，更是鲜见探索。方法论的生命在于实践，若要使之扎根本土，真正服务于前述工作，还须到制度实践中去检验方法是否有效，去促成它们的会通。

* 暨南大学法学院副教授。

本文是教育部人文社会科学研究青年基金项目“批准生效合同研究”（12YJC820095号）、暨南大学科研培育与创新基金项目（12JNKY007号）、国家社科基金重点项目（12AZD122号）的阶段性成果。

〔1〕 仅以民法学界为例，近二十年前即有梁慧星教授的《民法解释学》（中国政法大学出版社1995年版），最近又有王利明教授的《法学方法论》（中国人民大学出版社2012年版），为民法学家在法学方法论领域的代表性成果。

〔2〕 当然也有颇具方法自觉的“例外”。参见叶金强：《论侵权损害赔偿范围的确定》，《中外法学》2012年第1期；王轶：《论民事法律事实的类型区分》，《中国法学》2013年第1期。

一、问题与方法

(一) 问题概观

批准生效合同在合同的成立和生效之间设置批准程序,是公法介入私法的习用模式,在私法上它最具争议的问题当数报批义务违反之救济。^[3]一方面,合同须经批准方才生效,另一方面,批准又以当事人报批为前提,若其拒不报批,似乎又需要某种“效力”来发动报批程序,或者支撑对方的赔偿请求。

在法律行为渊源所自的德国法上,批准生效制度虽然发达,^[4]但就上述问题也是疑惑重重。其判例及学说一般主张,报批义务违反导致缔约过失责任的发生,仅能考虑消极利益的赔偿请求。^[5]但是以法律行为研究著称于世的弗卢梅教授指出,当事人有关促成批准的义务可以独立地约定,并在须批准的约定受到批准之前就已生效,对方由此取得有关必要协作的履行请求权。^[6]另外还有观点认为,即使整个合同未经批准而尚未生效,当事人也可以在此效力未定期间约定某些主给付义务,例如提存价款,这些义务可以在批准之前即陷于给付迟延。^[7]可见缔约过失抑或违约责任,存在着长久的分歧。

或因本土法律文化“基因”的影响,我国批准生效合同的“繁荣”程度比起德国法来有过之而无不及,^[8]上述报批义务违反之救济问题同样未能幸免。例如外商投资企业股权转让合同就是这么一种批准生效合同,它伴随了我国改革开放的历程,在制度建构和社会经济发展史上,都有特殊的重要性。但若股权交易双方虽订立合同却未报批,能否诉请报批以及赔偿问题如何解决,凡此等等,均无定论。

2010年《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,下文径称文号)第5、6条,是针对上列问题所作的较新规定,两个条文就报批义务违反给出的救济方案大相径庭。前者为催告后解除合同、返还已支付转让款、赔偿“实际损失”。在解释上,按照参与制定该司法解释的法官的说法,此处的“实际损失”乃信赖利益损失,此处的责任是缔约过失责任。后者却采取了两次诉讼的构造模式:第一次诉讼请求实际履行报批义务,第二次诉讼请求解除合同并赔偿损失。据称,此处赔偿的是履行利益损失,其责任为违约责任。^[9]

纵览我国立法及司法解释,此前在这一问题上与该两条文联系最为直接的是2009年《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,下文径称文号)第8条。该条通过征引合同法第42条第3项规定的“其他违背诚实

[3] 参见刘贵祥:《论行政审批与合同效力——以外商投资企业股权转让为线索》,《中国法学》2011年第2期;吴光荣:《行政审批对合同效力的影响:理论与实践》,《法学家》2013年第1期;汤文平:《批准(登记)生效合同、“申请义务”与“缔约过失”:〈合同法解释(二)〉第8条评注》,《中外法学》2011年第2期。

[4] 参见汤文平:《德国法上的批准生效合同研究》,《清华法学》2010年第6期。

[5] MünchKommBZ/Emmerich, 2001, Vor § 275, Rn. 83.

[6] Werner Flume, Das Rechtsgeschäft, 1979, § 40 1 g.

[7] StaudingerKommBZ/Gursky, 2001, Vor § § 182ff., Rn. 54.

[8] 有关我国法上批准生效合同的类型整理,参见前引[3],汤文平文。

[9] 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年版,第76页,第88页。

信用原则的行为”，将报批义务违反的后果系于缔约过失，但是又规定了判由权利人代为申请的“间接强制履行”，与通说中的缔约过失救济方式明显不符。在损害赔偿方面，该条指向的“实际损失”究竟何指也语焉不详。

法释〔2010〕9号文第5、6条与法释〔2009〕5号文第8条相比，最直观的不同是将一个条文拆成了两条。在实效上的不同则是：其一，直接明确可以导向违约责任，其二，在程序上作了更为细致复杂的规定，并疑似以程序安排取代了实体效果的区分。可以说，前者继承了后者基本意蕴又有所发展。但是前后两次司法解释均未能确切地回答：报批义务违反所带来的究竟是何责任，应如何救济？法释〔2009〕5号文第8条出台时，最高人民法院就此问题或许还只是在缔约过失责任和违约责任之间有一点犹疑，到了法释〔2010〕9号文第5、6条，它已自觉地直面两种责任之间的分歧，然而仍然无法说清：为何原告选择打一次官司，就只能依第5条主张缔约过失责任，选择“分两步走”地打两次官司，就可以依第6条主张违约责任？将实体法上不同的责任归属系于程序性安排，可能为当事人制造法律陷阱——很明显，两次诉讼的构造对普通民众而言是“出乎意料”的，而且即便了解司法解释的如上构造，两次诉讼也徒增成本。故而，上述方案不仅没有解决问题，而且这种程序性安排与实体效果相纠结的做法本身也是问题。

相对于上述抽象规则的纠结繁琐，裁判立场的嬗变似乎就要“简易”很多。在很长一段时期里，法院认为合同既“未生效”（《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，下文径称文号“法释〔1999〕19号”），也就没有可供执行的报批义务，往往径直判决原告败诉。但在很多个案中，这一方案的确经不起诚实信用及公平原则的检验。2010年《最高人民法院公报》推出的一则案例（下文简称“中鑫公司案”）可以视为裁判立场的一次转折。^{〔10〕}在该案再审裁定中，最高人民法院区分了未生效与无效，认为未经批准不影响报批义务的效力，且报批义务人拒绝报批的行为有违诚实信用原则，最后要求其履行报批义务。上述个案裁判的立场都很简明扼要，但却针锋相对，不能不让人心生疑虑。如果再考虑到“中鑫公司案”还有受让方为转让方垫付目标股权拍卖价款的约定、受让方实际履行了该垫付义务、其他合作出资方及目标企业均确认可获批准且愿意配合报批等特殊情事，那么后一裁判立场的“指导”意义究竟有怎样的“射程”，更是让人怀疑。可见，个案裁判并没有解决难题。

为了避开上述难题，有学说建议干脆将批准程序系于履行行为，从而使基础合同的效力从批准的阴影之下彻底解放出来。^{〔11〕}该说主张者中也有提及，其方案在解释论上难以成立。^{〔12〕}依笔者所见，它在立法论上的功用也是有限的。从比较法的经验来看，批准程序的

〔10〕 参见《再审申请人广东省中大中鑫投资策划有限公司股权转让纠纷一案民事再审裁定书》，《中华人民共和国最高人民法院公报》2010年第8期。

〔11〕 参见蔡立东：《行政审批与权利转让合同的效力》，《中国法学》2013年第1期；刘贵祥：《论行政审批与合同效力》，载崔建远主编：《民法九人行》第6卷，法律出版社2012年版；马艳辉：《涉矿纠纷若干疑难法律问题初探》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》2011年第1辑，人民法院出版社2011年版；前引〔3〕，吴光荣文。

〔12〕 参见前引〔11〕，刘贵祥文；前引〔3〕，吴光荣文。蔡立东教授则主张应在解释论上完成行政审批与合同效力的区分，参见前引〔11〕，蔡立东文。后种见解在一定意义上的确顺应了行政审批应大幅减少的发展趋势，但与目前民法学说及实务立场的磨合恐非朝夕之功。

确既可以系于基础行为,也可以系于履行行为,只有前种情形始称批准生效合同。但是这两种情形各有其旨归,并不能当然地悉数系于履行行为。^[13]从实效来看,批准后置带来的影响是合同已生效却又须待批准方可顺利履行,与基础行为批准生效相比,它将为当事人及批准机关分别带去“压力”。因为当事人将不得不勉力履行,而批准机关则不得不忍受申请人“更富动力”的冲撞(生效合同具有激励和鞭策的双重功效)。这种压力从有约必守、诚实信用等私法立场看来,似乎是一个合同本应有的拘束力。但是若从有关法律政策的实现来看,或许就是不必要的麻烦。^[14]毫无疑问,随着社会经济的发展变迁以及政府职能的转变,以前某些(甚或一大批)需要批准生效的合同将只需履行环节的批准,甚至无待批准。但是批准生效合同作为一个整体制度几乎不可能消亡,前述难题无法借批准后置而毕其功于一役,仍须直面。

(二) 问题的层次与大致出路

上述难题反思起来,大约可得三个层次:具体效果的层次、体系归列的层次及条文适用关系的层次。在具体效果的层次需追问几个“实质性问题”:在具体情形之下可否请求实际履行?损害赔偿的范围是信赖利益、履行利益还是返还利益?在归列的层次需追问:请求权基础系于缔约过失抑或违约责任?在条文关系的层次则需追问:上述合同法及司法解释各条文之间的规范关系如何?是一次诉讼还是两次诉讼?

一般的法律适用,本应先从请求权规范的要件事实现着眼,决定相关情形在制度体系中的涵摄位置,然后顺势演绎出具体效果。^[15]而在合同生效前报批义务违反这种异常情形,存在上述三个层次的疑问,不能纯依形式化的涵摄工作适用法律,而须先关注利益纠葛、评价因素,回答实质性问题,再回头完成形式构造。其出路可以概括为民法体系工作的“还原”。

民法体系可被划分为内部体系和外部体系,其中外部体系是概念、类型构造的体系,内部体系是反映价值评价原则的体系。^[16]在两重体系的发生上,内部体系是先行的,亦即先在内部体系上就“实质性问题”入手安排妥当,然后再在外部体系上加以“描述”。^[17]但是在体系生成之后,适用的过程却以外部体系先行——有关情事被直接涵摄于外部体系,借助其间储藏的价值判断,达成法律目标。但是在本文涉及的这种复杂场合,却意味着外部体系暂时失灵。此时即须透视规范背后的利益冲突,考量各种相关的评价因素,就“可否要求实际履行”、“损害赔偿应以何为范围”等“实质性问题”给出妥当安排,然后再归入

[13] 德国的情况参见前引[4],汤文平文。另可参见《国际商事合同通则》第6.1.14条和第6.1.17条。

[14] 例如沸沸扬扬的“四川民企收购悍马”案,签约后不了了之。该“民企”声言所提申请遭商务部拒绝,商务部则宣称从未收到申请,预定被收购的外方也只是表示“遗憾”而已。这个例子的参考意义在于,一个未生效的合同比起一个已生效合同来说,或许更便于法律政策的实现,也更符合“无讼”理念。

[15] 参见[德]梅迪库斯:《请求权基础》,陈卫佐等译,法律出版社2012年版,第10页以下;Medicus, Anspruch und Einrede als Rückgrat einer zivilistischen Lehrmethode, AcP 174 (1974), S. 313ff. 值得注意的是,这个涵摄模式虽然在实践中应用广泛,但是在当代方法论上也饱受质疑,对其反思及辩护的概括参见[德]拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第33页以下。

[16] 参见朱岩:《社会基础变迁与民法双重体系建构》,《中国社会科学》2010年第6期;Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 1983, S. 87f, 90f; Bydlinski, System und Prinzipien des Privatrechts, 1996, S. 31f, 117f.

[17] Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932, S. 151f.

外部体系之中。它所采取的也就是一个完全逆转的“还原”程序：首先要超越个别条文之外，探求利益冲突和评价标准，决定什么是妥当的具体效果；再决定什么是妥当的归列位置；然后再以此为根据，梳理规范关系，形成完善的请求权构造。

二、评价因素考量

本部分的任务即遴选评价因素，观照利益冲突，在一定方法论思维的指导下重塑有关内部体系。鉴于上举外商投资企业股权转让合同理论及实务意义均属重大，在批准生效合同中具有典范性价值，下文即以这类合同为重点展开讨论。但为了使研究所得对于批准生效合同的制度建构具有普遍意义，行文之际还将不时顾及其他批准生效合同。

（一）评价因素分说

1. 批准要求背后的政策考量

对外商投资企业股权转让设置批准要求，其政策考量一开始应该还是比较复杂的，至少包括：审查受让人信用、资质、避免非合资化、国家安全、国资保护、防止竞争限制等等。其中后三项并非此种批准设置所固有，而有其他法律根据。前两项随着社会发展和制度变迁，也有更替。例如，因公司法制度不断完善，公司制外商投资企业的信用基础逐渐与其出资人的个人信用相脱钩，则审查受让人信用的考量或成次要。再如，随着在税收减免和劳工政策上内外资日益并轨，外国人与本国国民之间的股权流动，其重要性可能就会减弱，从而在获得审批方面降低难度。而假如是本国国民之间转让该当股权，审批设置是否具有一般性的意义就更有反思余地。^{〔18〕}

故而可否获得批准，因情形不同而有不同的结果。这种批准可能性上的极大差异对实际履行报批义务及损害赔偿均将产生影响。就实际履行报批义务来说，如果本来就极难获得批准，而且只能由转让方或作为第三方的目标企业提出申请，那么法释〔2009〕5号文第8条及法释〔2010〕9号文第6条设置的“由相对方自己办理”就可能丧失意义。而对判由义务人办理报批的强制执行，或会涉及“报批拟制”，即以生效判决代替义务人意思的作出，这在上述情形下也将丧失意义。对于损害赔偿而言，审批获得的可能性直接关系到机会损失的计算。易言之，即使可以支持强制履行报批义务的请求，是否支持主给付义务替代性赔偿请求，还要看获批的可能性。当然在具体个案中，有关履行的其他变数也应一并考虑，例如外汇政策等，即使批准生效，履行过程中仍可能发生其他政策障碍。

报批义务违反之处处理立场对批准设置的背后政策应会有反作用，这也是省思该立场的一大考量。法释〔2010〕9号文第6条就实际履行和履行利益赔偿，不区分情形一般性地给予支持，可能导致上述背后政策落空。因为这种不作区分的支持立场会激励当事人在审批之前即率先予以履行，从而架空批准设置。

〔18〕 这与前引基础合同与履行行为区分说适相关联。另从产生渊源来看，该说导源于矿业权买卖合同这种特殊合同的讨论中，单就该种合同或可顺应物权变动与基础行为效力脱钩的潮流，使批准后移于矿业权移转行为，而仍确保批准设置的意旨实现（参见崔建远：《准物权研究》，法律出版社2012年版，第302页）。当然这只是就立法论而言。实务立场请参见《陈允斗与宽甸满族自治县虎山镇老边墙村民委员会采矿权转让合同纠纷案》，《中华人民共和国最高人民法院公报》2012年第3期。

2. 信赖保护

法释〔2009〕5号文第8条征引合同法第42条第3项，申明乃“违反诚实信用的行为”，在这诚实信用原则的背后潜藏着信赖保护的政策取向。但是总体而言，此前的解决方案都没有就义务人的信赖责任充分展开。

首先应该关注信赖的“标的”是什么。例如信赖此合同无须审批即可生效（实际须审批）、信赖对方有能力组织报批（实际须由第三人报批且对方不能控制）、信赖一报批必获批准（实际获准无望）、信赖对方必定报批（实际对方也没有意识到有什么报批“义务”存在）。

其次应关注信赖因何而起。例如因对方的恶意欺诈、〔19〕无意之间的在先行为或信赖人自己的错误认识而生信赖。〔20〕

再次应关注基于信赖发生怎样的费用，有何投资。〔21〕例如在前引“中鑫公司案”中，受让方与转让方约定由前者先为后者垫付竞拍对价，而且受让方的确基于信赖在合同报批之前即履行了垫付义务，投入了资金。

合理信赖落空时可能发生损害填补要求。但是就实际履行报批义务而言，似无必要纯依信赖保护而发生。其次在赔偿范围上，一般也应局限于信赖利益。但若是双方已经约定在批准之前即履行部分义务，特别是受让方提前支付所有对价的场合，信赖的理由自然更加充分。甚至因一方主给付义务的履行，似还超出了信赖保护的范围，而有更强烈的“有约必守”的意味。就信赖的根据可以综合双方行为（尤其是对方的在先行为）加以判断，在批准前尚未生效的合同之下，合同成立本身即为一项信赖的根据。但若获得批准的机会甚小，其信赖保护的价值或受不利影响，而这也已经转入一方信赖与对方自由的对立关系上了。

3. 缔约自由的保护

一般来说，合同成立时生效，在其成立生效前以缔约自由为原则，只有在极为特殊的情形下才有缔约过失发生的余地。而且即便此时，赔偿范围也以保护信赖为必要，履行利益赔偿固然无根据，实际履行未来合同主给付义务更是不可想象。〔22〕于是缔约自由的保护也呈现出层次性：原则上无责任、特殊情况下虽赔偿而有限制、杜绝实际履行。而一旦合同生效，缔约自由也就当然退席，接下来居主导地位的是有约必守、全面履行。如前所述，本文涉及的合同在成立与生效之间别生枝节，此时究竟有否缔约自由的考量余地，就不能不再作推敲。

因为这种法定的条件对合同生效造成阻碍，不仅在客观上使合同的实质性缔约过程往后推延，也在主观上对当事人的心理造成影响。而这两种主客观的变异对当事人之间的利益衡量，都有深意。

首先，客观上的缔约程序推延，使得成立前与成立后生效前的某些类似因素具有了可比性。本文的报批针对的是机关审批，但同是批准，或许有董事会（《外商投资企业投资者

〔19〕 Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 273f.

〔20〕 同上书，第290页。信赖责任未必要以过错为要件，但是又并非不受其影响。关于信赖责任和归责事由的关系参见该书第37节与第38节。

〔21〕 同上书，第294页以下。

〔22〕 BambergerKommentar/Roth, 2003, § 280, Rn. 35f.

股权变更的若干规定》第9条)、股东会(公司法第105条)、其他股东(公司法第72条第2款),甚至机关批准也可能只是针对国资的主管部门或政府的批准,实与股东会异曲同工。在前述大多数审批场合,“义务人”若不提请批准,合同未成立,一般并无责任,而仅在满足特殊要件时,始有保护信赖的必要。那么拒不提请机关审批是否可以理解为只是提升了保护对方信赖的规格,即使信赖责任的构成较为容易而已呢?

其次,客观上的缔约程序推延使得初始情事发生变化的几率增加。这即使是在合同生效之后的场合也是有意义的。例如继续性合同因其存续期的特点,而有重大事由之终止权的便宜,至于情势变更则更堪称法律对当事人有限想象力的承认。而终止权与情势变更的例子对于推延的缔约过程亦有深意。这一点可以从预约理论的晚近发展得到强有力的印证。^[23]当然预约不是典型的情势变更之适用情形,而是评价上的参照。^[24]结论应该是,无论是预约还是批准生效合同,在“情势变更”的规格认定上都应比真正的情势变更原则要宽松,在效果上也应更进一步有利于义务人,因为它们毕竟还没有“抵达”生效的“最终合同”的阶段。

最后,批准设置在主观上对当事人心理造成的影响可以归结为一个对守约方的质疑:你在进入这个有待批准的合同时是否也承担了某种风险?这个疑问可能会提高对守约方自担风险或先期分散风险的期待,在反面也就降低了对违约方的要求。^[25]

4. 组织维持与企业的意识

即使是公司制的外商投资企业,因为股东较少,合作过程漫长,往往带有浓厚的“人合”色彩。根据规定,外商投资企业股权转让的报批人是该当企业,而非转让协议当事人。这在合同法上似乎是令人费解的。但若考虑到企业组织维持的要求,则不难理解。外商投资企业既是作为财产权之股权的“客体”,也是复杂利益纠葛的“结点”,它可能因采取公司制而依存于公司章程,但还可能溯及于最初的合作协议,奠基于初始文本。^[26]为使企业维持固有的人合特质,在其他股东的优先购买权之外,再以企业申报这道程序予以加固,也是可以理解的。^[27]

申言之,如果企业拒不申报,并得到转让人、其他股东的支持或谅解,此时依法释

[23] Vgl. Robert Freitag, “Specific performance” und “causa-Lehre” über alles im Recht des Vorvertrags?, AcP 207 (2007), S. 308. 该文作者征引情势变更的原理尝试论证:预约一般应不可实际履行,而仅导向信赖利益赔偿。

[24] Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 1991, S. 548ff. 该处比德林斯基以类型比较(Typenvergleich)为题就评价问题展开了讨论。

[25] 例如广受关注的“云南白药股权纠纷案”,据报道,其涉诉《股份转让协议》第30条约定:“本协议自签订之日起生效,但须获得有权国有资产监督管理机构的批准同意后方可实施。”受让方与出让方云南红塔集团签约并一次性付清了逾22亿元对价,其后股价迭涨已达64.6亿元。但因中国烟草集团不同意批准此次转让,受让方未能取得股权。一审法院云南高院虽认定协议“有效”,但驳回受让方(原告)包括实际履行在内的所有诉求。其背后的评价,似也有借国资转让批准程序贬抑受让方率尔“信赖”之意。该案大致案情参见《证券日报》2013年2月5日C1版《陈发树诉云南白药案一审败诉称誓将官司打到底》、《证券日报》2013年2月28日C3版《不服云南白药股权案一审判决 陈发树提起上诉并请财政部介入》。

[26] 关于外商投资企业合作文本相对于章程的特殊地位,参见徐崇利:《外商投资企业协议、合同和章程的法律效力问题探讨》,《现代法学》1995年第2期。这一问题至今尚无定论。

[27] 有学者认为由目标企业报批的安排,主要原因在于立法者担心因股权转让而影响该企业的性质。参见朱广新:《未生效合同的法律地位与约束力——以外商投资企业股权转让合同为分析对象》,载前引[11],崔建远主编书,第184页。这确是原因之一,但还可以从该类企业的“人合特质”寻找原因。

[2010] 9号文第6条第1款强制申报,将不受欢迎的“闯入者”挤入企业,在眼前麻烦未及解决之前竟又制造更多的麻烦,似无积极意义。〔28〕

(二) 评价因素在方法论上的意义

1. 会通的核心与边缘

前述因素在方法论上提出了多元的要求。例如,批准背后公法政策的考量需要作制度史的考证、需要作现时法社会的实证研究;组织维持需要实证调查,还需要与效率违约相结合进行法律经济学分析。这里就提出了一个问题,即本文所要“会通”的方法以何为重点,重点与非重点之间又有何等关联。从上文第一部分阐述的问题层次与出路可知,本文以请求权方法呈现沟通多重体系的脉络,以评价法学兼摄其他方法论成果。这种思路遵循了成文法系法学方法论的“前见”。成文法系的法学方法一般即指法教义学方法,再辅之以其他对法教义学起针砭或辅助作用的方法,例如法论题学之类。风行于判例法系的法社会学、法经济学方法晚近也在成文法系日益壮大,但始终未入中流。〔29〕后面这些方法对于实然状态的查明和方案效果的定量分析都有重要作用,自应属于会通的范围,但只处于边缘。为节约篇幅及突出重点计,本文不拟就这些方法展开完整演练,而仅吸收相关结论,并兼摄于评价法学及请求权规范链条的思路之中。

2. 在法教义学方法论上的展开

在法教义学上,直接借助前述评价因素来解决问题,意味着超越“要件—效果”式的涵摄架构,转向问题的内在理路。在比较法上有多种方法论学说关注到这一进路。例如法论题学主张围绕问题尽可能完备地罗列“论题”。〔30〕动态系统论则主张选取关键因素,构建关联,对比各自的强度,回应不同的情境。〔31〕前述的评价因素考察思路与论题学及动态系统论是相通的,其首要目的是尽可能周延地考察足以影响案件处理的因素,使最终择取的方案至少经得起事理正义的检验。〔32〕

但是也要看到,此处的评价因素考察思路首先在主题遴选上与论题学就有不同。因为论题学更靠近于自由法学,否定体系的功用,在论题遴选上虽求全而乏依归。〔33〕而本文的评价因素考察思路却坚持体系的重要性,所以在遴选因素时接受内部体系的指导并反作用于该体系,在遴选及评价之后还将以内部体系的新获成果反映到外部体系中去。动态系统论在主题遴选方面较论题学更有法度依归,但是对于体系的态度仍有不明。所以动态系统论的成果虽然在因素遴选及评价上可为本文思路所兼容,但就体系建构则有未逮。

〔28〕 此际,英美法系的效率违约可能具有评价参考的意义。

〔29〕 参见卜元石:《法教义学:建立司法、学术与法学教育良性互动的途径》,载田士永、王洪亮、张双根主编:《中德私法研究》第6卷,北京大学出版社2010年版。

〔30〕 关于论题学的中文文献参见〔德〕菲韦格:《论题学与法学》,舒国滢译,法律出版社2012年版;舒国滢:《走近论题学法学》,《现代法学》2011年第4期。

〔31〕 关于动态系统论的中文文献参见〔日〕山本敬三:《民法中的动态系统论》,解亘译,载梁慧星主编:《民法方法论丛》第23卷,金桥文化出版(香港)有限公司2002年版,第172页以下。

〔32〕 有力学说将正义要素区分为事理的正义和平等的正义,其中前者要求判决合于事理和“正法”,后者则强调评价上的统一和一贯。Pawlowski, Methodenlehre fuer Juristen-Theorie der Norm und des Gesetzes, 1999, Rn. 367; Fikentscher, Methoden des Rechts, IV., S. 190.

〔33〕 参见阿列克西对论题学的批判,〔德〕阿列克西:《法律论证理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版,第39页以下。

这一兼重体系与评价因素的进路是属于评价法学的。^[34]除了可以在评价法学与论题学、动态系统论的关系中省察评价因素的意义，评价法学与概念法学、目的法学、利益法学的关系也是一个重要的省察维度。评价法学是在批判继承概念法学至利益法学成就的基础上兴盛起来的，目前被认为是集大成者。^[35]这一流派认为利益法学混淆了评价的对象和评价的标准，强调应在利益冲突之外构建评价体系。上文遴选诸多因素，亦有意避免执着于获胜利益一端，并关注各种因素背后的原则、原理，尽可能全面地考察利益冲突、构建评价体系，并将在类型化工作中务实地兼顾各路利益，避免“全有或全无”之弊。

在上述方法论学说中，动态系统论有一项特色深值重视，即它不仅指出不必像“要件—效果”论那样以所有要素为必要，而且强调了要在诸因素构造的系统内部呈现动态关系，其中单个因素的有无或大小一般都不是决定性的，某个因素分量过小甚至缺位，可能借助另一个因素的较大分量而得到弥补。^[36]这种因素大小的调整，带有天然的类型化特征，^[37]正因如此，动态系统论者或称类型是多余的。^[38]当然，这种所谓“多余”只是技术划分上的，而在反面，动态系统论的基本工作方法恰恰印证了类型的广泛适用性。以上工作方法也被评价法学所吸收，^[39]所以原则适用的方法也就是类型化的方法，避免了概念方法（或“要件—效果”方法）全有或全无的弊端。

特别需要指出的是，以上“全有或全无”的反思一般仅针对事实要件，尚未及法律效果的柔化。在概念方法之下，一定的事实要件和一定的效果之间存在先定的实质性关联。^[40]分解所得的一切要素都必须被满足才能有其效果，而且一旦满足也就有其效果。在动态系统论方法之下，事实要件因素化，单个因素的有无不再决定效果的全有或全无，而要看各个因素的动态协作呈现的类型总体形象。至于一定的事实要件和一定的效果之间先定的实质性关联，一般而言未及反思。^[41]于是在效果层面，违约、侵权抑或其他，仍可以是全有或全无的。但是这种做法很多时候经不起“比例原则”的检验，所赋法律效果或过或不及，这也是动态系统论甚至传统的评价法学固有的不足。本文留意到这一不足，所以在上文第一部分归纳三个问题层次时，特意将具体效果的层次分解为多个实质性问题。这一思路将给下文的类型化成果和体系建构带来深层影响。

（三）综合评价后的类型形成

1. 基本评价过程

由上可知，在诸多评价因素的背后存在着互相冲突的利益，这些利益有公共利益，也

[34] 但是这并不意味着本文决意陷身到各种学说的聚讼之中。本文不欲就此否定其他学说的合理一面，甚至概念法学的体系建构理念，也被坚持始终。

[35] 参见前引 [15]，拉伦茨书，第2页；Fikentscher, Methoden des Rechts III, 1976, S. 446ff.

[36] Wilburg, Entwicklung eines beweglichen Systems im Bürgerlichen Recht, 1950, S. 14.

[37] 这些评价因素或观点（Wertgesichtspunkt）被认为是类型建构的基础。Vgl. Leenen, Typus und Rechtsfindung, 1971, S. 43.

[38] 前引 [24]，Bydlinski书，第546页。

[39] 但是评价法学反对将所有问题交由动态系统解决，这是两种学说在这一方面的重要分歧。当然这一分歧对本文主题无影响，因为批准生效合同涉及的问题正好处于两种方法论学说的共识领域。

[40] 恩吉施说这种关联或许建诸某种“事物的本性”之上。参见 [德] 恩吉施：《法律思维导论》，郑永流译，法律出版社2004年版，第42页。

[41] 叶金强教授也指出过这一点，参见前引 [2]，叶金强文。另见前引 [31]，山本敬三文。

有个人利益,在对它们进行取舍时,需要价值评价标准,可以原理称之。但是这些原理相互之间的作用方式与规则不同,不是简单的“东风压倒西风”,而往往呈现为一种动态的比较优势。^[42]某些原理固然优于其他原理,但是大部分原理之间的比较可能就需要因时制宜。^[43]这些比较工作已经贴近了决断,^[44]但是仍不应完全系于裁判者的个人决断,在这个努力中“事物的性质(Natur der Sache)”可以起到重要的支撑作用。^[45]例如批准生效合同涉及的机关批准是公法介入私法的需要,所以“事物的性质”就决定了,公法政策考量在价值判断上具有优先地位,除非时过境迁,初始设置当时的批准意义已经弱化。而在弱化的情景,即应就价值判断上的比较优势再作调整。故而在类型形成时,第一层次的标准应为基于背后政策考量所探知的批准难度。而在其他各个层次的原理比较中,也须求助于“事物的性质”。例如上文列举评价因素时,屡次提及了“有约必守”,这实际上是潜伏着的又一支原理。在“中鑫公司案”这种极端特殊的情况下,依“事物的性质”即可支持“有约必守”克服批准前未生效的障碍。

2. 类型形成

基于上列思想,可以大致类型化如下:

类型一:不可能或几乎不可能获得批准的情形,这往往是指涉及国家安全、国资保护、竞争限制之类的因素,根据以往经验几无批准可能的场合。此时其他因素都不能与批准背后的政策考量相背离。例如,信赖保护最多只能在信赖利益赔偿的范围考虑,实际履行和履行利益赔偿均无根据。即使受让方已经依约实际履行了支付对价的主给付义务,仍不能支持实际履行和履行利益赔偿请求,否则可能诱使人们规避前述政策考量,在批准前擅自履行,架空公法利益。至于缔约自由和组织维持的因素,因与批准背后的政策考量并不相左,所以可成为支持义务人的反对理由。

在考虑信赖利益赔偿时,应参考前述信赖的内容及产生的根据等。

类型二:容易获得批准的情形,例如本国国民之间的股权转让,既不涉及非合资化的疑虑,也不涉及国家安全、国资保护、竞争限制之类的因素,获取批准几无悬念。此间批准对于公法政策而言并无实质意义,而只是作为“备案”沦为一道程序的遗迹而已。于是,若受让方已预先依约履行支付对价的义务,甚至双方就股权交割、管理权移交等事项均已安排妥当,而获得批准又是意料中事,此时,无公共利益受损的顾虑,也无企业组织维持的障碍,理应支持实际履行报批义务或履行利益赔偿请求。这既是法释[2009]5号文第8条、法释[2010]9号文第6条指向的情形,也是“中鑫公司案”对应的情形。

类型三:基本情事如类型二,但是无“于是”之后的情事,不过却有双方约定的针对报批义务的违约金、定金。此时或应更多地考虑一定程度的缔约自由,而避免朝向强制履

[42] [德]阿列克西:《法·理性·商谈:法哲学研究》,朱光、雷磊译,中国法制出版社2011年版,第176页以下。

[43] 前引[16],Canaris书,第52页以下。

[44] 在法学方法上,“决断”是指理性的论证已不可渗透的“黑箱”部分。现代方法论认为这是普遍存在的,而动态系统论、价值评价乃至论题学恰好因尽可能推迟进入“黑箱”的时间而获得自己存在的正当性。

[45] 关于事物的性质,参见[德]考夫曼:《类推与“事物本质”》,吴从周译,台湾学林文化事业有限公司1999年版。有关批评参见[德]魏德士:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社2003年版,第394页以下。

行和履行利益赔偿方向的“用力过猛”。〔46〕于此实践了前述柔化法律效果的思想。

类型四：基本情事如类型二，各项交割均已完成，受让方或已实际参与管理，“组织维持”所期待的原本是支持转让后的格局，但是受让方在管理过程中遇到了显著阻力，并且由此而阻碍了报批。这种情形正是组织维持因素发挥较大作用的场合，因为此际既无公法政策的障碍，亦无信赖保护和缔约自由的冲突难题，而只是在或有“僵局”的阴影下究竟应否强力推进的问题。如前所述，此时应慎施强制履行，以避免解决纠纷未成却又触发更多纠纷，否则也有违前述慎重对待继续性合同基础的法律智慧。

类型五：仍为完全可以获得批准的场合，但是在缔约自由的背后联系着生存保障。例如农村土地承包经营权转让批准（农村土地承包法第37条第1款、《最高人民法院关于审理涉及农村土地承包纠纷案件适用法律问题的解释》第13条前句），一般情形下只要承包方提出申请即可获得批准，即使发包方沉默也将视为批准（前述司法解释第13条后句）。但是并不能据此认为该批准程序已无存在必要，因为它仍可以在农民失地之前提供一个犹豫庇护机制。至于原承包方拒绝报批是否即因“犹豫庇护”而完全不给对方提供救济，还要看具体个案所处的社会经济发展情境。例如承包方或为城郊已经脱离农业的“农民”，或为穷山僻壤依赖土地为保障的农民，其报批义务违反的后果理当不同。在这些评价环节，需要实证方法的支持。

总而言之，从前述因素出发应探寻背后的利益冲突，但又不停留于各个互相冲突的利益，而要继续提炼原理（或评价观点），构造动态系统，提供评价标准。在此过程中，应参以比例原则，关注事实要件和效果的双重柔化，并随时对系统的开放性保持清醒的认识。这首先是指这些评价因素及构建的类型都不是终极的列举，允许在各个阶段借助论题学思想的启发，围绕待决案件揉入新的论题。其次是借助法社会学、法律经济学等方法，沟通该评价系统与生活现实及社会变迁的关联。

三、体系归列

（一）体系归列的必要性

上述评价及类型化工作完成之后，针对个案应可提供基本可靠的解决方案，而这些成果是否有必要归列入法教义学体系，则成了必须直面的问题。这在法学方法论上也是由来已久的争议焦点。传统民法体系采取的规范构造模式是“要件—效果”，而这里的模式则是“要素—效果”，〔47〕采取后种模式而拒绝归列入原有体系的学说并非罕见。例如前引动态系统论主张以动态角力的多个因素为根据赋予法律效果，此后应否归列则不知所终。法律论题学引动态系统论为知音，激赏不已，认为已经颠覆了体系，而主张以问题为中心，罗列相关主题，综合评价，求得妥当的方案，至于体系归列则被视作完全不必要的麻烦。

在德国法族，上述两种学说都有深远影响。但是目前的通说仍认为体系归列是必要

〔46〕当然在另一方面，也在支持违约金、定金约定的意义上支持了“缔约自由”。此时违约金也好，定金也好，其实都有某种解约定金的意味，这一点在法教义学构造上应值体察。

〔47〕参见顾祝轩：《民法系统论思维》，法律出版社2012年版，第119页以下，第152页以下。

的。^[48]甚至像深受英美法个案处理思维影响的法学方法论大家埃塞尔，也坚信个案问题、原则应用及体系巩固是不断演进的循环。^[49]在动态系统论和法律论题学之间，通说取前者而摒后者，一个重要理由也在于前者可以如其所愿兼容、改良传统体系化成果，后者则过于极端，真正地颠覆了体系。

就本文承担工作的具体实效来看，归列也是不可或缺的。如上类型化工作是在内部体系上下功夫，在此之后，仍应推进到外部体系，使之会通。否则，至少有两大不妥：其一，外部体系的整体安排是对内部体系深思熟虑之后的“翻译”，并在长期应用中久经锤炼。而此处内部体系的安排则是局部的、当下的，停留于此也就放弃了借助前者加以验证的机会。其二，民法以有限体系应对无穷的生活，之所以不致捉襟见肘，其奥妙全在于内部体系、法教义学体系与法条（法典）体系的分离和互济，确保了在法条体系基本安定的同时，又能不停地应对新的案型。本文所涉这类有关内部体系的发展要求，其实都是民法体系自励自新的机缘，如果不能贯穿到外部体系，对于解决个案或无大碍，但对于民法体系的基本理念及其继续发展，都将是具有破坏性的冲撞。

（二）两条归列进路的初步权衡

如上文所言，法释〔2009〕5号文第8条已将法律效果系于缔约过失，但是在实际履行上又逸向违约责任。而法释〔2010〕9号文第5、6条则明确地将之分别系于缔约过失和违约责任。再综合我国及国外学说，已可大略推知：缔约过失和违约责任是既有法教义学体系可提供的两条主要归列进路。下文即首先从这两个选项分别入手，考察在其各自的内部是否有可以借重的资源使之与前述“经验类型”相会合，从而吸纳价值评价的成果，完成法教义学新的统合；然后再从体系上权衡，了解何者较优。

究竟是采缔约过失进路还是采违约责任进路，似可取决于如下标准：其一，能否实现上文展示的评价成果。其二，对既有体系的触动是否在合理可控的范围内。其三，其法学整合是否避免了不必要的迂回。

就缔约过失进路来说，在我国现有学说条件下，以合同生效（而非成立）为发生缔约过失的终点应无障碍。在法学构想上这一进路可谓直截了当，毫无迂回。这也是笔者以前提出的方案。其基本内容是：将报批义务违反的责任归列为缔约过失责任，充分尊重缔约自由的基础地位，一般仅允许考虑信赖利益的损害赔偿，而仅在特殊情况下扩及于履行利益，至于实际履行报批义务更是只限于极为特殊的情形。^[50]

在认真反思之后，笔者发现这套方案仍有较大不足。这样安排的好处是避免违约责任之下过分的缔约强制，保持缔约过失的弹性，但是又汲取违约责任的评价因子，使之朝履行利益乃至实际履行的方向进一步发展。但是这套方案有两大难题难以回答：其一，既然缔约过失制度可以汲取违约责任的评价因子，为什么不以违约责任为基础汲取前者的评价因子？为什么它们相互之间可以汲取评价因子，这种“汲取”在请求权体系上有何意义？其二，实际履行意味着比履行利益赔偿更高强度的“强制缔约”义务，在缔约过失之下如何妥当论证？

[48] 参见前引〔15〕，拉伦茨书，第42页以下；前引〔16〕，Canaris书，第13页以下。

[49] Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1990, S. 7.

[50] 参见前引〔3〕，汤文平文。

基于更全面的体系考量,笔者认为应放弃上述方案:其一,缔约过失无论是在发生上还是在现实功能上,都处于较为次要的地位,在我国侵权责任边界未明的现实条件之下,更加剧了其地位的尴尬色彩,此时扩张其适用范围,或与未来发展方向背道而驰。其二,缔约过失责任作为“法定”之债,应更难借助当事人意思及其解释等手段柔化其效果。其三,在另一进路上,违约责任目前却正由学说、判例推动着朝向柔化的目标挺进。^[51] 本文所涉主题恰恰可以与此趋势相互交流而相得益彰。若偏安于缔约过失一隅,也就放弃了这种交流的机会。

综览学说与判决,目前确实有越来越多的人主张违约责任进路。^[52] 主张者宣称,报批义务在合同批准生效前已经先行生效了,所以自然可以要求实际履行及承担其他违约责任。这一方案据称已被法释[2010]9号文第1条第2款所确认。其理由有三:其一,合同法第57条、第43条规定的清算、保密义务可以在合同终止之后单独发挥效力,报批义务与之相类,只是时间上处于整体合同生效之前单独发挥效力而已。其二,若当事人在合同里明确约定了报批义务,自应有效。其三,即使合同未明确约定报批义务的承担,参考合同法第45条第2款规定的条件拟制成就规则,批准是合同生效的法定条件,义务人拒绝履行报批义务就是不当地阻碍条件成就,应拟制为条件成就。

上述理由一以“先合同”阶段及“后合同”阶段的独立义务相类比,具有一定的提示作用,但并不能产生类推或其他论证的效果。理由二则与前引弗卢梅的观点颇有相通之处,似有相当的合理性。毕竟,若将当事人约定的报批义务之生效也系于批准,而批准又以报批提出为前提,于是报批义务与批准互为前提,当事人双方陷入无谓的逻辑困境,这在私法自治之下是荒谬的。但是此点理由既不能说清损害赔偿是否当然系于履行利益,也不能说清若无明确约定应作如何处理(弗卢梅似也如此),所以不能据此毕其功于一役。理由三与前两个理由却存在严重的脱节,前两个理由指向的仅为报批义务,理由三则指向了整个最终合同。这一脱节被主张者完全忽略,所以仍旧遵循“违约—实际履行—履行利益赔偿”的教条,不可能对有关评价及类型化任务有所自觉。于是此前的违约责任进路也就不可能体认到违约责任之柔化趋势及其在本课题之下的应用前景。在实效上,很难寄望其融贯前述实质性评价结论。

综上所述,即使选取违约责任柔化的进路,也应在这一方向做更多的工作。

(三) 违约责任进路及其柔化

1. 条件拟制成就规则不可当然类推

如前所述,类推条件拟制成就规则是违约责任说主张者的重要理由,参与起草法释[2010]9号文的法官在其注释书里也将批准生效合同与停止条件相类比,认为可适用条件拟制成就的规定。^[53] 这一见解显然是排除了缔约自由的考量,而认为批准生效合同一成立,当事人对未来的风险安排即告终局的结束。值得注意的是,批准要求作为“法定条

[51] 其中学说主要是有关合同拘束力理论的新探索。参见解亘:《我国合同拘束力理论的重构》,《法学研究》2011年第2期。

[52] 参见前引[3],刘贵祥文、吴光荣文。

[53] 参见前引[9],万鄂湘主编书,第87页。

件”，毕竟只是“非真正条件”的一种，与真正的停止条件不可同日而语。^[54]二者的共同之处在于均将合同效力之发生系于未来情事发生与否。但是它们的不同也是明显的，这集中体现于当事人意思的涉入程度。停止条件纯因当事人合意设置，以此方式分配未来风险，故依有约必守行事，只有在情势变更等极为罕见的情形方能放松要求。此时理应杜绝任何当事人上下其手、操纵机会、打乱既有安排的行为。^[55]而在法定批准的场合，情事完全不同。虽然在未来也有一项“条件”，但是该条件的设置绝无当事人意思涉入的余地。

可见，作为“法定条件”的批准要求，在适用法律时须以其各自的特殊法律规定为准，不能直接参照作为“意定条件”的真正条件。当然，批准生效和停止条件毕竟都带来了一个效力不稳定的状态（Schwebestand），其间合同当事人有忠实、审慎行事的义务，权利人拥有一项期待权。^[56]而且在停止条件下，民法规定了比较成熟的制度，这是批准要件下所望尘莫及的，如果妥当遵循“相同事实相同处理，不同事实不同处理”的平等原则的要求，则仍可为后者提供诸多启发。考虑到各批准要求旨趣迥异，“各自的特殊法律规定”又多简略，民法对“真正条件”提供的成熟制度以及围绕这些制度的外围理论，就更加凸显了比照价值。

前述违约责任说主张者却忽视了这种法定条件背后复杂的利益纠葛，仅从“条件”之名断定可以引入条件拟制成就规则，则似失武断。申言之，有时批准要件有任意条件的色彩，此时尽管是法定的批准要求，但是也以任意一方的选择自由为优先，而起到为当事人提供犹豫庇护机制的作用。^[57]但是在上文第二部分所举“类型二”的情形，若因批准义务人阻挠而未获批准，虽然因批准要件法定而不可直接适用合同法第45条第2款前段的规定，直接视为条件成就而要求实际履行，但是在损害赔偿方面参照履行利益之违约责任，应属合理。

2. 由整体合同转向报批义务并柔化效果

如前所述，目前很多观点主张，合同整体虽因未经批准而未生效，但是其中的报批义务及相关协助义务则已生效。但是这些观点似乎都忽略了，在这条思路里还存在柔化的必要及机缘。若按实际履行优先原则，既然报批义务被作为一项合同的主给付义务对待，强制履行自是不言自明的。但是由于这里涉及义务人报批行为的作出，虽有以判决替代意思表示作出的制度可供参考，却无法否认强制履行的效果受到诸多因素的影响，例如审批机关配合与否即不可控。所以在很多情况下只能转入损害赔偿。在赔偿方面，不应当然地支持整个合同主给付义务之履行利益的赔偿请求，而应评估该报批义务的“价值”。此时有关批准获得的可能性、批准后履行的可能性等具有机会评估色彩的因素，也就有必要悉数纳入考虑。此外，当上述机会较小，预期损失的评估对权利人明显不利时，或许还可考虑借鉴德国民法典第284条有关无益费用的规定，避开履行利益评估的难题，引向特殊的信赖利

[54] 在比较法上，根据德国法通说，法定条件不属于德国民法典第158条以下（即有关条件的条文）的适用范围。

[55] 即便如此，仍有学者从法学方法论的角度指出，这种“拟制”忽视了个案实际情形，过于刚性，也破坏了法律发展，值得反思。参见黄茂荣：《法学方法与现代民法》，法律出版社2007年版，第196页、第197页。上文建议考虑报批后获准的难易程度及有关履行的其他变数，也观照了以上拟制的不足。

[56] 参见申卫星：《期待权基本理论研究》，中国人民大学出版社2006年版，第59页以下；申卫星：《报批义务与合同效力》，载前引[11]，崔建远主编书。

[57] 参见笔者在另一篇论文里有关国资并购审批、农村土地承包经营权转让审批之犹豫庇护机制的探讨（前引[3]，汤文平文）。

益赔偿。

对于理解这种义务违反救济的限度，目前先期协议实务中的一大障碍深具意义。为了促成最终合同有效成立，当事人预先订立某种先合同协议，已经成为交易的常态。这些协议经常难以强制履行，更加严重的是，由于难以确定损失，所以损害赔偿也不了了之。^[58]为了避免这种情形发生，应鼓励当事人在这类协议之中约定损害赔偿的清算条款。回到报批义务之下，当事人若能在合同中明确约定相关义务的归属以及义务不履行的“违约”后果，其约定应可以在很大程度上化解难题。若无相关约定，自其“先合同”本质的角度，或应倾向于宽待义务人。

以上柔化的理念综合考虑了本文第二部分列举的评价因素，在法学方法上尤其与该部分所述法律效果的柔化思路相呼应，而超出于事实要件“全有或全无”的反思之外。

（四）归列结论

总结起来，就报批义务违反的体系归列问题应主要采违约责任进路，但在效果上应予柔化，不可悉数支持实际履行或履行利益赔偿请求。例如，就上文所列五大类型，仅类型二可支持上述请求。类型一因批准背后的政策考量而不可支持上述请求中的任何一种。类型三应遵从当事人有关违约金、定金的约定。类型四因实际履行有违“组织维持”的期待，故最多只能支持履行利益赔偿请求。类型五因生存保障或国资保护利益等，亦不应支持上述请求中的任何一种。以上是在违约责任之下，借助上文所说综合评价及类型形成的成果所进行的配备。但是就这些类型仍有缔约过失的发生余地，而此时所违反的应不再是典型的“报批义务”。例如，类型一和类型五虽拒绝了上述两种救济方式，却仍可考虑信赖利益的赔偿，这主要是指因可归责于报批义务人的事由导致对方信赖，尤其是对方因此已发生费用、投入资金的场合。此时违反的应是信息披露义务、保护义务等典型的先合同义务。再如，类型四之下就损害赔偿在支持履行利益赔偿请求之前，还应追问企业拒不报批对于转让方的可归责性。如果转让方就目标企业报批实际承担了“担保责任”，转让协议中有关报批义务部分即归于第三人履行之债，当企业拒不报批时，自应由转让方承担责任（合同法第65条），导向违约责任下的履行利益赔偿。若否，则企业拒不报批时，就首先要看是否转让方违反其“报批义务”所造成；若是，则仍可导向违约责任，但未必是履行利益，而可能只是信赖利益赔偿；若否，则只能区别不同信赖情事至多支持信赖利益赔偿请求，此时又转入了违反典型先合同义务所造成的缔约过失责任。至于返还利益的请求（如原告已依约先行给付对价的情形），在五个类型中均可一般性地得到支持，但若涉及在审批之前先行取得对企业经营权或矿业权等的实际控制，可能会因利益转移带来变数。

四、请求权规范链条及诉讼安排

（一）请求权方法与民法“三重”体系

上文向违约责任和缔约过失责任作体系归列，已经涉及请求权基础的寻找工作。但是

[58] John Cartwright and Martijn Hesselink (eds.), *Precontractual Liability in European Private Law*, Cambridge University Press, 2008, p. 172. 德国法对于纯粹有关诚信磋商义务和锁定谈判义务，甚至有忽略预约选项直取缔约过失上一般诚信义务的倾向，而仅在当事人约定了违约金或定金罚则时情况有所不同。

更须留意的是,笼统的违约责任、缔约过失责任体系归列还只是法教义学体系框架下的工作。请求权方法的技术基础在法条理论,易言之,从法教义学框架继续深入到条文体系,并构建请求权规范链条,方为其归宿。

前已述及,一般谈民法层次均只称由内部体系与外部体系构成的“双重”体系。其中内部体系因表现为原则、原理等内在理路,相对于外部体系较为纯粹。后者是对前者的编纂性成果,可能有多个载体,在我国现行法下可以包括立法、司法解释及法教义学的概念(类型)体系。鉴于当前司法解释的实质性法源地位,它与立法可以概括为条文体系,而与法教义学概念体系相并立。大陆法系的条文体系与法教义学(法学)体系并立,是由法学的优越地位决定的。法典的概念体系本就是总结法学的成果,从规模来说,它只能撷取后者部分菁华,并且在立法之后,后者还将根据生活需要不停地发展外部体系。这些发展所得又会在法典解释适用中不断地进入“现行法”(但并不一定进入条文体系),所以法学实际上是以一种隐蔽方式推动着“再法典化”永不停息地向前铺展。这也是民法典常用常新的奥秘。然而消极的一面也应看到,条文体系与法教义学体系之间的脱节、抵牾几乎是不可避免的,这在我们这样一个后发法域更是严重。因为单行法连带司法解释的产生方式就决定了我们的条文很可能是屡次移植的百衲本,而法教义学体系则因无立法程序的障碍,随时可以“整体升级”。在这种现实条件下,很容易发生法教义学体系对条文体系喧宾夺主的弊病——罔替而非佐助条文的法教义学将不副“法教义学”之名。令人庆幸的是,请求权方法正是疗此弊病的良方。

本文所涉这种复杂的条文局面,最容易使法官在判决主文前机械地拼凑条文,忽略其龃龉之处,当然也忽略了各处背后隐含的深意。请求权方法沟通了条文体系、法教义学概念体系及内部体系“三重体系”,正可避免囫囵吞枣,^[59]上文第一部分所揭示的问题即拜此方法所赐。故在经历内部体系、法教义学框架体系探索之后,下文还将直接标举“请求权规范链条”,^[60]以请求权方法统摄成果。

(二) 请求权基础识别与诉讼合并

一般而言,缔约过失责任的请求权基础为合同法第42条,违约责任的请求权基础为合同法第107条。法释[2009]5号文第8条、法释[2010]9号文第5、6条也都兼涉要件和效果,并且因为专门针对报批义务违反似有“特别法”地位,或应优先适用。但是因为该等司法解释条文并未能在要件和效果上准确界定,从而消弭批准生效合同下缔约过失与违约责任的归列之争,所以应不足以取代前述合同法条款担当请求权基础。易言之,请求权基础仍为合同法第42条、第107条。而上述归列之争则仰赖上文第二部分和第三部分阐述的路径加以解决——借助于评价因素考量及体系建构工作,就不同的情形斟酌效果,若有责任,则分别归入这两项请求权基础之下。至于前述三条司法解释的规定,其中法释[2009]5号文第8条主要是对合同法第42条第3项的引介条款,并在程序上提示了实际履

[59] 参见王泽鉴:《民法思维——请求权基础理论体系》,北京大学出版社2009年版,第42页以下。

[60] 请求权规范链条(Anspruchkette),是指请求权基础条款及其辅助条款形成的规范或规范群。它在法律论证上追求的理想在于,使多层涵摄推进到如此明显的程度,以至于已无需任何进一步说明。参见前引[33],阿列克西书,第274页以下,尤请参见第282页。关于请求权基础与法教义学的关系,另参见许德风:《法教义学的应用》,《中外法学》2013年第5期。

行报批义务的可能；法释〔2010〕9号文第5、6条则可分别视作合同法第42条与第107条所定请求权在诉讼程序上的进一步安排。至于合同法第44条第2款、法释〔1999〕19号文第9条为“未经批准未生效”的说明性条款、法释〔2010〕9号文第1条第2款为报批义务独立生效的宣示性条款，均非完全法条，而在各自环节上为完善请求权规范链条发挥辅助作用。

以上所称法释〔2010〕9号文第5、6条作出的诉讼程序安排尤须申说。请求权原本渊源于诉讼法，自近代进入实体法以后，已经与诉讼法请求权相脱离，成为民法的深层结构。^{〔61〕}但是请求权体系又时或面临界定的难题，此时实体法请求权解决不了的问题就有可能又退还到程序层面去。^{〔62〕}法释〔2010〕9号文第5、6条也有这一特点，本文第一部分就曾提请反思这种“程序安排与实体效果相纠结的做法”。但是也应看到，在这一别致安排的背后，司法解释制定者为审案法官拓展了衡量空间：即只有当法官认定可以支持实际履行时，才可以在第二步诉讼中支持履行利益赔偿。而在具体情形下应否支持，则应回到上文第二部分的因素评价。接下来的问题是：在按照本文思路对此实体问题重新安排之后，这样一个两次诉讼的安排是否已无必要，甚至是别生枝节？

说到底，法释〔2010〕9号文第5、6条也是出于柔化解决方案的实际需要。但是将不同的解决方案系于“一次诉讼”或“两次诉讼”这种刚性的程序设置，实际上又取消了其“柔性”，并导致有违情理和法理的制度效果，的确可能别生枝节。出路或许在诉讼合并上。参与制定法释〔2009〕5号文的法官在其注释书里就同一问题主张，因判决相对人自己申请可能难获批准，而仍须求助损害赔偿，为免另行起诉的麻烦，可以在判决中直接确定未受批准时损害赔偿的数额。^{〔63〕}这是一种单纯的诉讼合并，^{〔64〕}值得赞同。除此之外，还可以就一般性的实际履行和损害赔偿加以合并。这都是属于法释〔2010〕9号文第6条内部（违约责任）的合并。对于协调该第6条和第5条两个条文的关系或许更有意义的是另为预备性诉讼合并。^{〔65〕}例如债权人首先追求的是诉请继续履行或履行利益赔偿，但是毕竟各项手续均未完成，法院认定合同未生效而不予支持也是很有可能的。于是债权人就可能在这种情况下希望法院不是径直判决其败诉，而是继续追究债务人的缔约过失责任，要求信赖利益的赔偿。这是预备性诉讼合并的具体应用，特别符合这两个条文在违约与缔约过失之间摇摆的未决状态，对减轻讼累有较大帮助，应受支持。

（三）请求权竞合与否

前段所称的“别生枝节”，是指法释〔2010〕9号文第5、6条的安排或被理解为请求权竞合——在报批义务违反时承认缔约过失与违约责任的竞合，交由当事人选择第5条或第

〔61〕 Peter Arens, Zur Anspruchskonkurrenz bei mehreren Haftungsgründen, AcP 170 (1970), S. 421.

〔62〕 同上文，第422页。该文是请求权竞合说对请求权规范竞合说的回应，其主要论点之一是后者可能消解了请求权的实体法地位。

〔63〕 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年版，第75页。

〔64〕 关于单纯的诉讼合并，参见〔日〕新堂幸司：《新民事诉讼法》，林剑锋译，法律出版社2008年版，第520页。

〔65〕 关于预备性诉讼合并，参见〔德〕罗森贝克、施瓦布、戈特瓦尔德：《德国民事诉讼法》，李大雪译，中国法制出版社2008年版，第709页；〔日〕高桥宏志：《重点讲义民事诉讼法》，张卫平、许可译，法律出版社2007版，第244页以下。

6条作为“入口”。^[66]这也正是本文第一部分所警告的,使当事人落入“出乎意料”的法律陷阱。我国请求权竞合制度有一种似是而非的误解,即片面理解合同法第122条、法释[1999]19号文第30条的文义,将受损害方“有权选择”篡改为“有义务选择”请求权基础,完全违背了“法官知法”的原理。又与诉讼案由制度相结合,虽然在一般情况下由法官最终确定案由,但是一旦涉及竞合,即转由当事人于起诉时择定案由,并由此择定了请求权进路,一审开庭后即不可变更。^[67]这显然违背了审判规律。即使是负责“知法”的法官,也要在漫长的诉讼过程之后才能决定适用何法,且请求权竞合的情形本是法律适用最为繁难的情形之一,按照如上思路却交由原告“知法”,甚至还要求原告在诉讼之始即为抉择,这在程序构造上是严重的体系违反。

故而合同法第122条应仅被理解为允许竞合之宣示,而并没有强求当事人在诉讼之始即作选择。就当事人而言,其重要性在于事实陈述,而非法律选择。那种将请求权选择作为“权利”完全推给当事人的做法,与常识相违,也与我国的司法实践经验相违。^[68]原告起诉时当然也可以依其认识,声明选择某项请求权,甚至提出多项请求权作为诉讼的基础,不过对于法官来说,都只起提示作用而已。请求权选择的过程其实也是司法涵摄的过程,所谓“法官知法”,即使原告为其请求权提供了法律基础,对法官也无约束,起决定作用的唯有原告的事实陈述。对于这种当事人选择和“法官知法”之间的辩证关系,德国学者如下论断可谓确论:“假如损害赔偿请求权可考虑两个方面的基础,原告可基于其一实现总体效果。但是这并不意味着如下意义的选择权:由债权人在债务人合同责任、侵权责任之间作任意挑选。因为具体适用任一或两个责任类型,应由法官根据获取的案件事实作出判断。”^[69]

于是在法释[2010]9号文第5、6条的架构中,即使存在竞合问题,也不应该将两个条文理解为交由原告“抉择”的入口。原告起诉时只需要就实际履行或损害赔偿提出诉的请求和事实陈述,至于请求权基础的阐发仅为参考之助,不排除法官知法,更不预先限定当事人的实体利益。但是请求权竞合毕竟对于当事人实体利益会有较大影响:在取请求权相互影响说、请求权规范竞合说等立场时,竞合选项之间会直接相互影响;即便是采请求权自由竞合说,虽然原则上竞合选项之间互不影响,但是法官选择适用法律时仍不能不多方衡量。因此,在报批义务违反时,缔约过失与违约责任是否构成竞合仍有探讨的必要。

笔者认为,此时无竞合。主张竞合的观点认为:报批义务违反自合同未生效来看,涉及的是“先合同义务”,故有缔约过失的发生可能;自报批义务可独立生效来看,涉及的则为已生效合同义务,故有违约责任的发生可能。这种观点难以成立。譬如预约,从本约未有效成立来看,似乎所涉及的也是“先合同义务”,而从预约义务独立生效来看,又成了已生效合同义务,但是人们并不认其有竞合发生。同样地,在报批义务违反的情形,若是可以认定已就报批义务成立了“有效合同”,那么就没有缔约过失的发生余地;而若无上述“有效合同”,则无违约责任的发生余地(但可能承认缔约过失),二者不必竞合。

[66] 参见前引[3],吴光荣文。这一竞合的方案在调谐上引司法解释第5、6条的文义方面颇多便利,在实效及法理上却又是应当剔除的骈枝,但是拈出“竞合”二字对于下文的法学整合大有启发意义。

[67] 参见罗东川、黄建中:《〈民事案由规定〉的理解与适用》,《人民司法》2008年第5期。

[68] 参见吴庆宝:《侵权责任与违约责任竞合的限制》,载氏著:《商事审判热点难点研究》,人民法院出版社2002年版。

[69] Hermann Eichler, Die Konkurrenz der vertraglichen und deliktischen Haftung im deutschen Recht, AcP 162 (1962), S. 420.

但是，若在法学方法论上不能认识到以上情形与请求权竞合实仅一线之隔，则仍将流于概念法学。概言之，因归列方案多元而需法学整合，法学整合之后虽在“前门”杜绝了请求权竞合，禁止任意选择，但又在“后门”汲取了评价层面相互影响的合理因子，尽可能缩小多个归列方案之间的投机空间。这将在方法论上引出综合把握竞合与非典型竞合情形的泛竞合思想，可为本文余思。

（四）泛竞合思想与法学整合

上文引述预约来印证报批义务违反之上一般无请求权竞合（及狭义竞合），这不是偶然的例举。批准生效合同及预约有一个共同的特征，即都有一个合同已经成立，但是交易目标合同却又尚未有效成立，因而在宽泛的意义上，二者仍处于“先合同”领域。这些制度深刻而生动地反映了交易过程从传统的“要约—承诺”走向日益复杂的形态。在此先合同领域，合同若有若无，各种法定的或是约定的义务杂糅一处，违约责任、缔约过失责任在具体案情之下挤作一团。请求权竞合意味着请求权基础体系存在动荡的因素，一般在典型竞合之下应承认竞合，允许选择。在这一先合同领域，一切原本就处在剧烈动荡之中，为了概念体系自身的稳定，竞合却被忽略，选择将被拒绝。这是又一种别样的悖论。认清了其渊源，也就可以领会到：典型的竞合与非典型的竞合在一种“泛竞合思想”之中是共通的。

泛竞合思想综合作用模式的第一步，应是竞合的防免，体现为在立法论或解释论上对各类请求权作尽可能清晰的界定、区分。第二步则是当不能截然区分时，再决定是否作典型的竞合处理。若接受为竞合，则再看是否承认竞合选项之间的相互影响。若不接受为竞合，也仍要追问已经难以界定的规范之间是否相互影响。^[70] 这种思想作用的结果是，一方面在立法论和解释论的规范厘定上都极力界定规范边界，另一方面当不可避免地遭遇模糊地带时，无论是典型竞合还是非竞合的规范模糊，最后都可能导致深层的相互影响，从而为法教义学体系在相关地带的反思提供契机。而这些典型的竞合或非竞合的规范模糊，对立法者、法院和当事人行为的影响，在一定程度上是相同的，故而集中在“泛竞合思想”的名目之下进行探讨，不惟有其意义，也为全面认识竞合所必需。

非典型竞合之所以疑似竞合却又并非竞合，就是因为结果上将疑似竞合的案件事实类型严格地系于某一竞合选项，不允许典型竞合之下的“进路选择”。这种区分往往是“法学整合（juristische Konstruktion）”的结果。^[71] 批准生效合同制度就报批义务违反责任之定位（是缔约过失抑或违约责任）问题，采取的思路即为法学整合。法释〔2010〕9号文第5、6条虽难谓得当，但是也足可反映出，最高审判机关已经关注到这种非典型竞合的情形。

[70] 这种思想实共存于不同法系，故以研究请求权竞合闻名于德国法族的希腊法学家 Geogiades 曾指出过，“我们很有趣地发现，美国法院借助它们的解决方案，达成了我们凭借请求权规范竞合理论实现的效果。” Geogiades, *Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozeßrecht*, 1967, S. 62.

[71] 上文已屡屡提及“法学整合”，它是指将法律中既存的规定或在交易上发展出来的合同模式（而不是一个具体的合同）整合进体系（尤其是作为类型组合样态的“子系统”），以产生没有矛盾的关联。〔德〕拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，台湾五南图书出版公司1996年版，第359页以下；前引〔55〕，黄茂荣书，第626页以下。“juristische Konstruktion”被黄茂荣译作“法学的建构”，被陈爱娥译作“法律上的构想”，因其精确涵义还是在法律体系的部分领域作体系性整合，故笔者试译作“法学整合”。它是概念法学的成就，但直至评价法学都屹立不倒。关于对概念法学整合方法的扬弃参见前引〔17〕，Heck书，第68页。

上文在很大程度上也就是借法学整合方法,运用泛竞合思想,为批准生效合同制度提供更适宜的整合方案。

其实,在批准生效合同与预约之间,本身就有法学整合的余地。澄清这一点,可为前者汲取预约制度之下的评价成果提供便利。预约之所以有其必要,是因为合同当事人常因一定条件未定而又须保持约束以留待最终的实施,这些条件涉及的往往就是第三人批准等情形。所以批准生效合同与预约长相共生。德国学者弗莱塔(Freitag)2007年撰文指出:“那种不假思索地被接受的‘障碍型预约’——即当本约缔结还面临诸如机关批准或私人同意等法律障碍时,当事人只好诉诸预约手段,这种观点没有说服力。因为一般来说,通过承认最终的、但是附有条件的协议,或者通过承认德国民法典第315条以下意义上的(或者是基于约定重新谈判条款或选择权协议而生的)单方给付决定权,可以在确保先期私法约束力以及与此关联的法律安定效果的同时,很好地尊重当事人的意思。”^[72]这段叙述最大的贡献在于揭示出,批准生效合同与预约多所重叠,此时如何归列即取决于法学整合,并无“唯一正确”的回答。^[73]为了避免各整合方案实效反差过大,理应在评价层面综览权衡。晚近预约制度的发展恰恰打破了“预约—缔约强制—履行利益赔偿”的传统立场,一般拒绝支持实际履行缔约义务的要求,即便是履行利益之赔偿请求也很难得到支持,转而使预约违约和缔约过失下的信赖利益赔偿沟通起来。^[74]这一趋势与上文就批准生效合同报批义务违反的效果主张若合符契,堪称评价实践中殊途同归的一个范例。

至此可以观察到,整个评价实践分处于两端。一端是上文第二部分自外部体系透入内部体系之后,专注于内部体系下功夫;另一端即自内部体系重回外部体系之后,借由法学整合,在违约与缔约过失、预约与附批准生效法定条件的最终合同(等请求权基础)之间,折中权衡。两端并非静止的存在,而是借“请求权”、“评价”为关键词,标示出一个流连于外部体系和内部体系的诠释学循环。

结 语

现代法学方法论早已揭明,涵摄的作用十分有限,即使是最简单的法律决定都离不开法律解释,离不开价值判断,离不开法学方法论,并且每一次方法论的应用也都是方法论的“创新”。然而在这些激情宣示之余,我们也必须承认,为了法律运行的效率(或者仅因为惰性),大多数时候,我们的判断仍径直取道于涵摄,各色方法都处于“百姓日用而不知”的状态。只有当简单操作的结果悖谬于法感情,令人难以忍受时,人们才会翻箱倒篋地找寻方法。批准生效合同就是这样一个需要翻箱倒篋找方法的问题场域,为法学方法的综合演练提供了绝佳的情境。

整体而言,此前的解决方案在法学方法论上暴露出两大弱点。其一是株守涵摄模式,

[72] 前引〔23〕, Robert Freitag文,第303页。

[73] 关于不同整合方案的兼容性参见前引〔17〕, Heck书,第190页以下; Heck, *Interessenjurisprudenz*, 1933, S. 28f.

[74] 前引〔23〕, Robert Freitag文,第308页以下,第310页; BaslerKommentar zum OR/Eugen Bucher, 2007, Art. 22, N38, 46. 我国司法实践的类似动向参见《仲崇清诉上海金轩大邸房地产开发有限公司案判决书》,《中华人民共和国最高人民法院公报》2008年第4期;沈志先、韩峰:《房产商违反预约合同的民事责任》,《人民司法》2008年第6期。

但又没有确切抓牢作为涵摄模式核心的请求权基础，于是在判例和司法解释中虽见引用法条，但是请求权基础究竟系于何处，却闪烁其词，语焉不详。流弊所及，致使人们在民法外部体系业已暴露的问题面前闭目塞听。其二是缺乏系统性价值评价的自觉，即便偶尔触及个别原则，亦只是蜻蜓点水，未及洞悉整个利益冲突，更没有察觉诸多评价原理协同作用的必要性。流弊所及，是不知内部体系如何运作。就此难题正确的解决方法应该是借助请求权方法的指引，从外部体系透入到内部体系中去，然后再返回到外部体系中来。在内部体系中结合具体情形下的利益冲突，参酌社会经济发展带来的价值变迁，遴选评价因素，构建评价标准系统，动态而务实地解决问题。其解决方案还应继续借助请求权方法的指引，沟通原则体系、法教义学概念（类型）体系乃至法律（司法解释）条文体系，如此既可借体系固有的优势验证具体个案之下的事理正义，也可借体系的改良使个案所得成为推动平等的正义的力量。基此理念，本文建议将报批义务违反主要系于违约责任，且借评价成果柔化之。同时承认，因典型先合同义务违反亦有导向缔约过失的可能。而后再借法学整合及泛竞合思想，进一步深化对违约责任和缔约过失辩证关系的认识，并以条文为基础，沟通实体权利和程序安排。在此过程中，诸多法学方法将围绕制度问题的解决而相互会通。

Abstract: The breach of the obligation to apply for the approval of a contract that needs approval to take effect puts us in a dilemma of legal dogmatics, the solution of which requires a thorough understanding of jurisprudential methods. Most of the previous solutions to this dilemma hold on stubbornly to the subsumption mode and remain in the exterior system of civil law. Even if they occasionally touch upon some relevant principles, they lack the consciousness of systematical evaluation in the discussion of these principles, and the principles are soon ignored afterwards. To find a genuine solution to this dilemma, we should take the claim method as our guidance to find our way from the exterior system of civil law to the internal system, and then back to the exterior system. We should, in light the conflict of interest under specific conditions and the changes of values resulting from social economic development, choose evaluation factors in the interior system, construct evaluation standards and resolve the problems in a dynamic and pragmatic way. In the process of resolving institutional problems, we will also be able to have a comprehensive understanding and thorough mastery of the various jurisprudential methods.

Key Words: contract needing approval to take effect, obligation to apply for approval, jurisprudential methods, dual system of civil law
