

论违反报批义务的责任认定

——以《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》第12条为中心

张恩祥

摘要：《民法典合同编通则解释》第12条对于违反报批义务的责任规定存在以给付障碍类型决定责任形式，以“二次诉讼”程序扩张赔偿范围的内外体系混乱现状，这源于对既往立法模式的错误继承以及对待批准生效合同的约束力规范来源认识不清。当事人受自己意思约束的一般原则赋予了待批准生效合同的一般约束力，而须经批准生效合同的限定约束力来源于诚实信用原则。对于违反报批义务的责任认定，合同阶段区分标准存在方法论的曲折复杂和忽视公法强制规定意旨的弊端，而行政审批溯及生效标准为参照适用的法技术提供了理据支持，即当行政审批允许合同溯及生效且报批义务对主给付义务具有决定性甚至攸关合同目的实现之时，适用参照违约责任，反之则适用缔约过失责任。

关键词：报批义务；行政审批；溯及力；缔约过失责任；违约责任

[中图分类号] D923.6 [文献标识码] A [文章编号] 2096-6180(2024)02-0037-18

一、问题的提出

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》(法释〔2023〕13号，下称《民法典合同编通则解释》)第12条规定了在须经批准生效的合同中，如果未履行报批义务或履行不符合约定，相对人可以获得的民事救济方式。《中华人民共和国民法典》(下称《民法典》)第502条就违反报批义务的责任形式规定付之阙如，《民法典合同编通则解释》第12条继承并杂糅了前《民法典》时代有关合同批准生效制度的诸多规定，此前各司法解释等规范性文件对此问题或模棱两可，或前后不一的各种立法思路，陈陈相因而兼收并蓄于本条各款。

《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，已废止)第9条第1款规定为“未办理批准、登记等手续的，人民法院应当认定该合同未生

【作者简介】张恩祥，中国政法大学民商经济法学院2021级博士研究生。

【基金项目】国家社会科学基金法学重点项目“社会主义核心价值观与民法典价值体系研究”(项目批准号：23AFX003)。

效”，相对方可以按照缔约过失请求报批义务方承担民事责任，但不宜认定其承担违约责任。《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，已废止，下称《合同法解释二》）第8条规定违反报批义务属于《中华人民共和国合同法》（已废止）第42条第3项规定的“其他违背诚实信用原则的行为”，即明确了缔约过失的责任性质，而责任承担方式可以是由“相对人自己办理相关手续；对方当事人对由此产生的费用和给相对人造成的实际损失，应当承担损害赔偿责任”。这实际上是支持了“实际履行”的责任形式，然而这已经不能为传统典型的缔约过失责任形式所能涵盖了。⁽¹⁾最高人民法院之后的司法判例中也开始采纳了“实际履行”的责任方式。⁽²⁾2010年的《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，已被修改，下称《外资规定一》）为最重要的转折点，《外资规定一》第1条另辟蹊径直接将报批义务法定化与独立化，规定：“当事人在外商投资企业设立、变更等过程中订立的合同，依法律、行政法规的规定应当经外商投资企业审批机关批准后才生效……因未经批准而被认定未生效的，不影响合同中当事人履行报批义务条款及因该报批义务而设定的相关条款的效力。”2010年《外资规定一》于2020年12月修正并于2021年1月施行，其第1条规定未作修改。这也是现行有效的规范性文件中首次规定报批义务的独立性。《外资规定一》第5条（迟延履行→解除合同→赔偿直接损失）与第6条（诉请履行→解除合同→赔偿实际损失+间接损失）规定了并行的救济路径，依稀可见如今《民法典合同编通则解释》第12条中第4款与第2款的立法思路。自此规定以后，“违约责任说”似乎取代了“缔约过失责任说”，成了司法机关对违反报批义务责任认定的主流见解。⁽³⁾

学界原先的主流认识为“在合同成立后履行报批义务的区间内，违反报批义务未使得合同审批生效，有悖于诚实信用因此给对方造成利益损失的，应承担缔约过失责任”。⁽⁴⁾与立法一同转向的是学界的多数认识，即认为违反报批义务就是违约。对方可以请求其履行报批义务或者解除已经成立的合同并承担赔偿损失的义务。⁽⁵⁾学界通说跟随立法摇摆并无不可，然而若无坚实的学理基础和论证依据，则就此问题盖棺定论似乎尚早。

(1) 有学者认为，《合同法解释二》第8条采取了柔化要件与效果思路，立足于缔约过失的基础并吸纳违约责任的评价效果，使得合同审批生效制度更具弹性。参见汤文平：《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》，载《中外法学》2011年第2期，第339页。

(2) 法院认为，人民法院可以根据当事人的请求判决义务人履行报请审批机关批准的义务；继续报批缺乏客观条件的，依法驳回其请求。参见广州市仙源房地产股份有限公司与广东中大中鑫投资策划有限公司、广州远兴房产有限公司、中国投资集团国际理财有限公司股权转让纠纷案，载《中华人民共和国最高人民法院公报》2010年第8期，第23-33页。

(3) 类似的立法思路可以参见《最高人民法院关于审理矿业权纠纷案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2020〕17号）第8条规定，“矿业权转让合同依法成立后，转让人无正当理由拒不履行报批义务，受让人请求解除合同、返还已付转让款及利息，并由转让人承担违约责任的，人民法院应予支持”。2019年《全国法院民商事审判工作会议纪要》（法〔2019〕254号）第38条规定，“一方因另一方不履行报批义务，请求解除合同并请求其承担合同约定的相应违约责任的，人民法院依法予以支持”。

(4) 王利明：《民商法研究》（第1辑），法律出版社2001年版，第46页。

(5) 李永军：《合同法》，中国人民大学出版社2021年版，第85页；单飞跃：《〈民法典〉中经济公法规范的结构、功能及其影响》，载《现代法学》2022年第3期，第106页。

笔者欲就该条所规定的责任形式体系存在的重大缺陷予以揭明，剖析当前立法对报批义务规范性来源理解的错乱和矛盾，深入合同批准生效制度内在机理，从报批义务之规范来源分析，寻求兼顾公私法规范目的的责任认定方式。

二、《民法典合同编通则解释》第 12 条违反报批义务责任形式体系的紊乱

违反报批义务是否只能在缔约过失责任与（参照）违约责任之间择一而归？在缔约过失责任可以纳入机会损失已经得到法院承认的前提下，缔约过失责任与（参照）违约责任是否只是名谓之争？^{〔6〕}甚至违反报批义务是否真如有的学者所称会导致缔约过失责任与（参照）违约责任的竞合。^{〔7〕}对此，笔者以为，这两种责任形式路径的差别不可以道里计。

首先，不同的责任形式决定了对合同期待利益的不同保护态度，在著名的陈某某诉云南红塔集团股份有限公司关于云南白药股权转让案中，于股权转让期间因股权涨价产生的数十亿元资产收益诱使云南红塔集团一方消极报批，若以《民法典》第 157 条或参照违约责任处理，将直接决定了股权涨价巨额收益的不同归属主体。^{〔8〕}其次，参照违约责任的模式对于强制履行与替代履行的责任承担方式具备更强的解释力，如果义务人不实施为获得批准而必要的行为，则另一方可以（以诉讼方式）请求其继续履行，在替代履行的条件时还可以依据《民法典》第 581 条请求其承担替代履行的费用。^{〔9〕}最后，两种责任形式体现了立法者对缔约自由和管制政策的不同偏重。参照违约责任的规定课加给报批义务人更为沉重的负担，激励或鞭策其推动合同生效，反之缔约过失责任的立法思路则是避免了强制生效后果，也限制了双方的解约成本。^{〔10〕}

相较于《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则部分的解释（征求意见稿）》第 12 条第 2 款中直接定性为违反合同的违约责任，《民法典合同编通则解释》第 12 条第 2 款运用“参照”技术，使得本条规定内容避免了根本性的体系错乱。毕竟未经批准的合同不能生效，尚无法直接适用违约责任，而仅仅只能参照适用。

然而《民法典合同编通则解释》第 12 条所规定的违反报批义务责任形式体系当下依旧存在“以给付障碍类型决定责任形式”和“以二次诉讼程序扩张赔偿范围”的重大体系缺陷。下文详述之。

（一）以给付障碍类型决定责任形式

《民法典合同编通则解释》第 12 条对于违反报批义务的责任认定分为三种情形，其第 1 款中相对人可以请求报批义务人履行报批义务或请求解除合同，并承担违反报批义务的赔偿责任；第 2 款的进路则是判决履行→拒绝履行→解除合同+参照违反合同的违约责任；第 4 款规定，“因迟延履行

〔6〕 最高人民法院第二巡回法庭民事判决书，（2016）最高法民终 802 号。

〔7〕 吴光荣：《行政审批对合同效力的影响：理论与实践》，载《法学家》2013 年第 1 期，第 110 页。

〔8〕 孟勤国：《司法裁判应维护成文法的核心价值——最高人民法院 2013 民二终字第 42 号判决书研读》，载《法商研究》2017 年第 2 期，第 91 页。

〔9〕 杨代雄主编：《袖珍民法典评注》，中国民主法制出版社 2022 年版，第 410 页。

〔10〕 汤文平：《批准生效合同报批义务之违反、请求权方法与评价法学》，载《法学研究》2014 年第 1 期，第 96 页。

报批义务等可归责于当事人的原因导致合同未获批准，对方请求赔偿因此受到的损失的，人民法院应当依据民法典第一百五十七条的规定处理”。这说明迟延履行报批义务导致行政机关不予批准以缔约过失责任论处。简言之，该条规范根据给付障碍类型的不同，配置种类不同的责任形式。

其中，第1款就其文义难以解读出该款所规定的具体责任形式，导致该款于司法实践中难以单独适用，除非当事人之间就违反报批义务单独约定了违约金条款。换言之，就违反报批义务当事人如有约定，约定优先；如果没有约定，则以本条第2款与第4款分情形处理。第2款为参照违反合同的违约责任，第4款则是缔约过失责任。同一个合同，竟然会根据给付障碍类型与诉讼方式的不同组合而给予截然不同的救济方案。由于第1款的规定旨在尊重当事人就报批义务已有的关于违约金等相关条款的约定，故而本文主要就第2款与第4款的规定予以解释。《民法典合同编通则解释》第12条第2款与第4款所规定的具体的给付障碍类型与救济方案的对照参见表1。

表1 给付障碍类型与救济方案对照表

给付障碍类型	给付标的	责任形式	利益赔偿
判决履行+拒绝履行	判决主文中载明的报批义务	参照违反合同的违约责任	可接近于期待利益
迟延履行等	报批义务	合同缔约过失责任	信赖利益

事实上，传统债务不履行态样之不同仅为程度之差异，而非本质之不同，最终均应回归债权人是否获得依其契约所应取得者。⁽¹¹⁾ 现代债法对于违约的救济已经从构成要件事实进路，转到了以不履行或者义务侵害的统一责任构成后果救济进路。⁽¹²⁾ 我国《民法典》第577条规定也是采用给付障碍一般的术语，即不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定。⁽¹³⁾ 故而《民法典合同编通则解释》第12条以不履行报批义务的不同给付障碍类型配置不同的责任形式显然缺乏说服力。

(二) 以二次诉讼程序扩张赔偿范围

《民法典合同编通则解释》第12条的另一缺陷在于以程序安排替代实体生效，以法院裁判僭越行政批准。这使得法院判决报批义务履行对责任范围实质起到了扩张的作用，第2款中规定因为经过法院的判决即可获得参照或接近违反整个合同的违约责任的赔偿，暗含了经过法院实体审判确认和强制执行报批义务后，即可等同于合同已经生效的结果。换言之，司法机关通过《民法典合同编通则解释》第12条进行自我授权，使强制履行报批义务的诉讼与执行程序产生了使未经批准的合同变相生效的法效果，这无疑是僭越了行政机关的批准权限，违背了须经批准生效合同制度的初衷。这更使得批准生效制度存在根基被掏空，既然司法机关可以直接令合同产生类似于完全生效的实际效果，则判决当事人向行政机关申请报批又有何意义。

另外，在第2款中报批义务相对人先凭借请求履行报批义务的胜诉判决，再申请强制执行程

(11) 陈自强：《契约违反与履行请求》，元照出版有限公司2015年版，第5页。

(12) 卢谡、杜景林：《论缔约过失的基本问题及体系建构》，载《甘肃政法学院学报》2007年第1期，第86页。

(13) 王洪亮：《〈民法典〉中给付障碍类型的创新与评释》，载《西北师大学报（社会科学版）》2020年第5期，第37页。

序，执行未果则继续提起诉讼，以请求参照违反整个合同的违约赔偿。在第2款的救济路径中，报批义务相对方须经历两次诉讼程序与一次执行程序，以更大的诉累承受在合同中获得更大的制度激励。^{〔14〕}这必然鼓励当事人将相对方与司法机关一并拖入诉讼程序之中，极力推动报批义务的履行。同时，将第1款、第4款与第2款对照来看，尽管三款中给付障碍的形式不同，但最终都导致合同目的不达，故而报批义务相对人大可就第1款与第4款所设置的救济工具备而不用，以追求适用第2款，换言之，《民法典合同编通则解释》第12条为当事人授予了进可攻退可守的缓冲余地，即当事人执着于合同生效之时，以诉累之投入对违反报批义务一方穷追猛打，换取行政审批获致后合同生效或相当于违反整个合同的违约责任，反之则见好就收，以双方就报批义务所约定的违约责任或缔约过失赔偿责任为兜底，这无疑鼓励了合同生效前当事人一方的投机主义。

我国《民法典》第502条确立了报批义务相对于合同义务的独立生效，然而《民法典合同编通则解释》第12条第2款规定将报批义务具有独立性等同于诉讼程序务必将报批义务请求权以部分判决的形式进行确立。以前司法解释中容纳这种观点的缘由在于如果不明确一方当事人的先行申请报批义务，则会导致拖延报批，致使合同生效失败。^{〔15〕}然而在《民法典》已经规定独立先行生效的报批义务后，再以程序法的规定如此附会则无必要。另外，强制执行报批义务，非但产生执行效果不明显的问题，反而在诉求违反报批义务的违约赔偿之时增添一道程序步骤。从强制执行法原理来看，一般只能是通过发出协助执行通知书而由行政机关启动审批程序，不能代替行政机关具体的自主审批权限。^{〔16〕}对于专属人身的给付不能，在诉讼阶段，如果已经可以确定债务人已不能或不愿履行原定给付，不仅不必进入强制执行阶段，债权人也可以变更为损害赔偿请求。^{〔17〕}

以上的分析说明最高人民法院显然缺乏价值评判的一致性，对于违反报批义务的民事责任形式缺乏一以贯之的认识，更说明对须经批准生效的合同在未经批准之时合同的约束力大小以及其产生根基缺乏科学体系的认识，也凸显出该法条背后交叠的民事法与民事程序法以及行政法价值安排的紊乱。笔者后文欲对以下问题进行分析：首先，未经行政审批之时的合同约束力状态如何以及该种约束力状态的产生根基，其间法定批准要件与当事人的意思自治构成何种互动关系；其次，在合同未经批准期间合同的约束力在质的维度上是否存在区分；最后，如果承认《民法典合同编通则解释》第12条中两种责任形式兼具合理性，则这两种责任形式分岔的“路标”是什么。

三、批准生效前的合同拘束力来源

《民法典》第502条第2款第2句确立了合同批准生效制度中报批义务及相关条款的独立性，

〔14〕 王洪亮：《债法总论》，北京大学出版社2016年版，第75页。

〔15〕 杨永清：《批准生效合同若干问题探讨》，载《中国法学》2013年第6期，第172页。

〔16〕 黄金龙、魏丹、马蓓蓓：《〈于红岩与锡林郭勒盟隆兴矿业有限责任公司执行监督案〉的理解与参照——因未经批准而未生效矿权转让合同纠纷判决的准确理解及执行的边界》，载《人民司法》2022年第11期，第30页。

〔17〕 陈自强：《契约违反与履行请求》，元照出版有限公司2015年版，第214页。

然而这并没有揭发报批义务的规范性来源和理据。立法与司法对于违反报批义务责任形式的歧见的根源在于未能深究报批义务的规范性来源。

关于需要批准的合同的各方是否以及在多大程度上受制于合同生效前的约束力以及如何证明这一点的问题，只有在一开始就对任何实现生效的义务的质量和限度进行区分，才能得到令人满意的回答。从约束力的最强面向而言，当事人有采取积极行为以实现合同生效的义务；反之，交易的结构可能并没有在规范内容上产生任何积极的要求。仅仅这一区别就至少为解决所提出的问题提供了一个粗略的方向。进一步探究，就义务的强度而言，缔约各方是否有义务为批准而积极工作，或者缔约各方是否只有义务不做任何可能阻碍批准的事情，这是有区别的。对当事人的行为要求越多，对可能的履行报批义务理由的要求就越高。

这一区分告诫我们，不能认为须经批准生效的合同甫一订立就产生促使合同一方努力实现报批的义务，也不能认为报批义务对当事人的约束力是固定成型的静止状态，相反，合同生效前的报批义务是情景式地依诚实信用原则，按照当事人间的信赖而被催生、强化或弱化、消灭。

（一）须经批准生效法律行为的复合结构

复杂漫长的法律交易不仅须满足法律行为的事实构成要件（*Tatbestandsmerkmalen*），更需要附加额外的生效前提要件（*Wirksamkeitsvoraussetzung*）来对法律行为动态化的效果进行精细缜密的控制。外加之法律行为的行政批准一般被认为是后者。^{〔18〕}

在德国民法教义学中，第三方对一项法律行为的同意声明，在《德国民法典》第182条中一般称为“同意”（*Zustimmung*）。第三方在交易达成之前的同意在第183条中被称为“（事前）同意”（*Einwilligung*），而合同成立后的同意在第184条中被称为“批准”（*Genehmigung*）。行政机关对私人法律行为的同意声明，一般使用“批准”一词，与《德国民法典》第184条相比，它被理解为既指事前的同意，也指事后的同意。

从《德国民法典》第182条第1款也可以看出，在同意之前，法律已经假定了法律行为的存在（尚未生效）。如果同意是具有同等事实构成要件地位的法律行为的一个组成部分，则对法律行为的要求也必须适用于同意表示，特别是为法律行为确定的形式也必须适用于同意。然而，《德国民法典》第182条第2款规定，即使是受形式约束的法律行为，也可以非正式地表示同意。^{〔19〕}在这方面也可以看出，立法者并不想让同意具有事实构成要件的性质。公法中强制合同批准生效规定作为单纯强行规范，规范内容虽涉及法律行为，但并非直接针对法律行为之内容，而是构成法律行为之外部框架。所有须经同意的法律事实构成的理论依据是，在私法自治的要求下，原则上

〔18〕 Steffen Weickum, *Genehmigungsbedürftige Verträge und ihre Bindungswirkung im Schwebezustand*, Aufl. 2003, § 12, S. 68.

〔19〕 作为独立法律行为的同意同时构成须经同意法律行为的辅助法律行为，同意的特殊法律问题一方面在于，法律秩序将其作为独立的法律行为加以规范；另一方面在于，它仅构成须经同意法律行为的辅助行为，其法律效果只涉及须经同意法律行为的效力。《德国民法典》第182条第2款特别规定，同意作为法律行为之行为相对于须经同意法律行为而言具有独立性。作为独立的法律行为，同意可通过作出独立于须经同意法律行为的意思表示来进行。参见〔德〕维尔纳·弗卢梅：《法律行为论》，迟颖译，法律出版社2013年版，第1065页。

不能对未参与法律行为且未对其表示“同意”的人产生不利于其的效力。⁽²⁰⁾

概言之，无论是私法上的同意还是公法上的同意，作为效力先决要件是得到立法的肯认的。在法律行为的构成要素（Tatbestand）和它之外的进一步的先决条件（要求）（Voraussetzungen/Erfordernissen）之间作出了区分，法律行为的生效是取决于这些先决条件的发生。如果缺少其中一个构成要素，法律交易即不能成立。另外，缺乏行政批准这一有效性的要求，将使法律行为处于待定无效之状态（schwebend unwirksam）。⁽²¹⁾ 待定无效的理论依据的出发点是将法律行为构成中的事实构成要件和生效前提要件分开。⁽²²⁾ 待批准生效合同的约束力来源也与事实构成要件和生效前提要件的区分紧密相关，并且因为不同的约束力来源，形成了两种品质不同、指向不同的合同约束力。

（二）基于意思自治的一般约束力

如前所述，须经批准的法律行为的约束力，是由意思自治的一般原则和须经批准的法律行为作为由事实构成要件和可补救的生效前提要件组成的复合结构来解释的。由此，复合结构便在多个案的不同利益情形下产生了报批义务有无、大小、强弱的动态序列，并从根源上解释了报批义务的法理基础。正如学者所言，“消极地维护已缔结合同之一般拘束力与积极地要求促成合同生效或不妨碍合同生效的义务均是为保证合同实质生效所产生的预备性义务”。⁽²³⁾ 但是两种约束力并非来自同一层面，如果对此不加区分等同视之，无益于此问题的深入把握。

笔者以为，待定无效的合同约束是由两种性质不同的法效果组成的：一方面，缔约各方应该受到已经成立的需要批准的合同的约束，因此他们在待定无效的状态下不能脱离合同的约束。另一方面，在悬而未决的状态下，已经存在某些忠诚义务，即要求当事人尽其所能实现批准，并避免做任何可能危及批准的事情。这些效力在悬而未决状态下的内容差异可以用“一般的约束力”（einfachen Bindungswirkung）和“限定的约束力”（qualifizierten Bindungswirkung）来澄清，前者是为了代表合同不可能被任意解除，后者则包含了效力悬而未决状态下可能的信赖责任。一般的约束力和限定的约束力在教义学上是基于不同的原因：一般的约束力基于意思自治、自己责任的一般私法理念，限定的约束力最终来自诚实信用原则。⁽²⁴⁾

首先需要作出区分的是一般约束力是否限制合同双方以合意的方式来废止批准前的合同，抑或仅仅限制以单方声明的形式任意退出合同。笔者认为，如果法律安排的目标和对象不是调节相

〔20〕 [德] 维尔纳·弗卢梅：《法律行为论》，迟颖译，法律出版社2013年版，第1061页。

〔21〕 Heinrichs, in: Palandt BGB, Aufl. 2018, § 104, Rn. 31; Gerhard Dannemann/Reiner Schulze, German Civil Code Article-by-article Commentary, Aufl. 2020, S.168. 法律行为中的事实构成要件与效力先决条件的区分在教义学上存在许多维度的区别意义，就本文主旨而论，主要在于探究两种法律行为要素对当事人约束力的不同作用。

〔22〕 为了理解和解释某些法律现象，如后文将提及的追溯性（Rückwirkung）和暂时中止状态（einstweiligen Schwebzustand），法律交易的事实构成要件与效力条件之间的区分同样是重要且必不可少的。

〔23〕 朱广新：《论不履行报批义务的法律后果》，载《法治研究》2022年第2期，第61页。

〔24〕 金可可：《〈民法总则〉与法律行为成立之一般形式拘束力》，载《中外法学》2017年第3期，第657页；Steffen Weickum, Genehmigungsbefürigte Verträge und ihre Bindungswirkung im Schwebzustand, Aufl. 2003, § 15, S. 155.

关当事人之间的法律关系，而是第三方通过需要批准的合同获得了值得保护的地位，则可以排除法律交易中双方当事人对交易的废止。然而，仅有当事人不是完全为了自己的利益而缔结交易是不够的。相反，需要批准或同意的合同必须导致第三方的法律地位的确定，使他看起来就像他自己缔结合同一样值得保护。

与须经行政审批生效的合同相类似的情形是，在无权代理所签订的合同中，相对人明知合同尚且欠缺本人的同意。毕竟，须经行政审批生效合同中双方当事人原则上应知道所缔结的交易欠缺批准这一法定生效要求。在这里，同意权被授予特定第三方，主要是为了与他切身相关的利益。他可以通过同意将合同引向自己。其他各方不能“背着他”从他那里撤销其这一法律地位。⁽²⁵⁾ 无权代理人与恶意相对人所缔结的法律交易不能通过在本人同意前的终止协议来消除。对此形成对照的是，需要官方批准的法律交易的当事人可以不受限制地来通过合意取消待特定状态下的合同效力。通过行政审批的申请，当事人向国家寻求法律利益。国家本身、公众或第三方并没有从需要批准的法律交易的缔结中获得类似于无权代理交易中本人的法律地位。因此，国家利益或第三方的利益在行政审批授予之前不受合意解除需要批准的法律交易的影响。⁽²⁶⁾

而与前述相反的是，一般约束力阻止在报批之前一方当事人以单方声明退出合同。正如德国学者厄尔特曼所言，对当事人的一般约束力，即当事人在法律行为悬而未决的效力状态下不可能通过单方声明（撤销、撤回）退出法律交易，这“即使不是唯一的，至少也是受法律条件限制的法律交易最重要和最常规的效果”。⁽²⁷⁾ 一般约束力品性始终是债务法下的合同或法律行为承诺的约束力的后果，因为主要是当事人意志的体现。任何在法律行为中向他人作出承诺的人都必须允许自己受其约束。正如我国《民法典》第136条第2款规定，“行为人非依法律规定或者未经对方同意，不得擅自变更或者解除民事法律行为”。民法的这一基本的不成文原则也适用于需要批准的法律行为的缔约各方。通过他们的意思合意，缔约各方已经完全创造了法律行为的事实，即法律效果的“内容”。尽管合同仍然需要第三方的批准才能生效，但这并不影响法律行为的约束力，因为批准只是交易事实之外的法律条件，其目的并不是质疑法律交易的存在，从而质疑当事人意志的体现。在大多数情况下，立法者只是想通过批准要求来保护第三方的利益，而不是阻止合同方凭借已经建立起合同的基础对自己进行严格约束。原则上，当事人在订立合同时是否知道批准要求也无关紧要，因为批准要求作为一种效力要求，处于法律交易之外。对商业伙伴信心的保护和法律交易的安全也要求合同方受其法律交易承诺的约束。

(25) Steffen Weickum, *Genehmigungsbedürftige Verträge und ihre Bindungswirkung im Schwebezustand*, Aufl. 2003, § 14, S. 119.

(26) Steffen Weickum, *Genehmigungsbedürftige Verträge und ihre Bindungswirkung im Schwebezustand*, Aufl. 2003, § 15, S. 163.

(27) Paul Oertmann, *Die Rechtsbedingung (conditio iuris) Untersuchungen zum Bürgerlichen Recht und zur allgemeinen Rechtslehre*, Aufl. 1968, S. 87.

（三）基于诚信原则的限定约束力

一般约束力只是从反面确认了订立须经批准生效合同的当事人不能脱离待定无效的合同。^{〔28〕}然而，它并没有回答这样一个问题，即如何在采取积极行为的义务的意义上衍生出对当事人更大的约束效果。限定约束力的目的要求各方在他们必须合作以获得批准的范围内被视为受到约束。鉴于采取积极行为实现批准的义务与避免任何可能挫败法律交易效力的义务之间存在明显的质量差异，在此也必须将这两种义务分开考虑。

不同于一般约束力，无论是在私法同意的情况下，还是在官方批准的情况下，一般都不能假定当事人有义务为获得同意或批准而努力，除非有特别的迹象或合同的明显意义和目的表明以特别的协议产生了待批准生效合同中的合作义务，尤其是关于积极行为的义务。^{〔29〕}可以说，将《德国民法典》第 241 条第 2 款和第 242 条结合起来，需要同意的法律交易的当事人有义务为批准的授予而努力，但是不能笼统地认为一方或双方有义务获得批准。具体而言，积极意义的报批义务必须在利益平衡的框架内考虑个别案件的情况来决定，它是基于当事人的利益和作为当事人“权衡和平衡冲突利益的标准”的诚实信用原则而产生。

首先，只有在不与合同当事人更高等级的利益相冲突的情况下，当事人才负担实现合同生效的义务。以私法中的同意为例，与合作义务（*Mitwirkungspflicht*）相冲突的更高等级的利益是指，不同于公法中的同意要求，大多数民法上的同意不仅涉及有同意权的第三方的利益，而且对于参与交易的相对方的权益也有影响。例如，未成年人缔结的双务合同中，考虑到未成年人的利益，使其并不负担获得法定代理人同意之义务。同样的，在劳动法等领域除了仅仅为了公共利益而存在的批准要求外，还有一些批准要求也有利于参与法律交易的各方。对于这类批准，相对方的利益考量置于比公共利益更为优先的地位。其次，报批义务产生的另一个前提条件是，法律行为在其他效力要求方面的要件是满足的。为获得批准而努力的义务只有在它一定有助于交易生效时才有意义。

在官方许可领域当事人为获得许可而努力的义务来自诚实信用原则（《德国民法典》第 242 条）：合同谈判的启动已经建立了一种特殊的合同前法律关系，在此基础上，每一方都必须真诚地行事。一个忠诚的合同伙伴可被期望消除仍然阻碍法律制度所承认的预期的私人安排的障碍，并在合同效力悬而未决的状态下为预期的安排生效做好准备。

具体言之，随着合同谈判的开始，双方创造了一个类似合同的义务（*vertragsähnliches Schuldverhältnis*）。当事人有义务提交授予行政批准所需的所有申请，提供必要的文件、向当局提供信息并参与所有必要的声明和行动以及在获得决定的事实基础方面进行一般合作。例如，如果合同的一方当事人在缔结合同时明确表示将为获得批准作出更大的努力，那么对另一方当事人只施加协助义务或根本不施加义务是有道理的，因为另一方当事人信赖于此。或者，当事人一方在

〔28〕 Schmidt, in: Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Aufl. 2017, § 242, Rn. 859.

〔29〕 朱广新：《论不履行报批义务的法律后果》，载《法治研究》2022 年第 2 期，第 61 页。

获得批准客观上具备一定的优势，例如，因为他有特殊的专业知识，可以更有效地与行政机关合作，这一事实只能推导出单方面的报批义务。尤其是如果一个缔约方是行政批准的唯一相对人，报批义务只能施加于该方。⁽³⁰⁾ 根据判例法，在个别情况下，合同双方甚至有义务合作并同意对合同进行修正，以使其可以被批准。⁽³¹⁾ 如果拒绝批准合同，这并不自动导致合同履行的法律不能。相反，如果在保持合同标的特性不变的情况下，以不同于原定的方式履约，而且改变后的合同内容对债务人来说在权衡利益后是合理的，那么债务人可能有义务调整合同并再次履行。⁽³²⁾ 即使在拒绝批准后，只要拒绝尚未成为不可争辩的事实，如当事人已就该行政批准的拒绝提起行政复议或诉讼的情形下，该合同仍应暂时待定无效。如果当局之后以批准取代尚未具有法律约束力的拒绝通知，合同就会生效。⁽³³⁾

另外，当事人有义务不做任何可能危及合同生效的事情，这不仅仅是对须经批准生效的合同的要求。以附生效条件的合同为例，在条件成就前，合同虽已成立，但未生效，然而合同不仅普遍性地产生任何一方不得撤销或者解除合同的义务，而且会产生当事人不得阻止条件成就这一实质性的消极义务。⁽³⁴⁾ 在合同批准生效制度中，因为一项协议如果免除了各方避免一切可能阻碍批准的义务，最终必然被解释为终止了须经批准生效的合同。如果法律行为制度的一般原则禁止废止实现合同的义务，那么废止需要批准生效的法律行为一样被排除。

与促成批准的义务（*Herbeiführungspflicht*），即采取积极行为获得批准的义务相比，一般情况下，应承担不做任何可能妨碍批准的事情的义务。这种忠诚义务与法律行为在其起源和持续方面的待定无效性有关。然而，它是一个独立的义务，如果申请的批准被拒绝，它不会追溯性地停止。不阻挠批准的义务普遍存在，并适用于合同双方。这种不妨碍的义务可以而且必须强加给每一个合同方。同时也必须假定，一般约束力的丧失总是会导致限定约束力同其命运的消灭。如果当事人不再受合同的约束，为获得许可而努力的义务在逻辑上就不再有意义。

然而，缔约一方没有义务接受合同无限期地悬而未决的状态，因此在可预见的不合理的漫长审批期的情况下，可以考虑解除合同。⁽³⁵⁾ 协议解除、约定解除自无不可，特定的政府行为常常被认定为我国《民法典》第 563 条中不可抗力的法定解除事由。只是于不可抗力解除情形，须注意区分暂时的报批不能与永久的报批不能。如果事实证明悬而未决的状况的持续对合同一方造成了特别的负担，必须给予合同方脱离法律交易的特殊权利。⁽³⁶⁾ 某项因欠缺行政批准而效力未定的合同，不应等待行政机关最终作出拒绝同意表示之时才不生效。只要行政机关正式作出公告，称它

(30) Steffen Weickum, *Genehmigungsbedürftige Verträge und ihre Bindungswirkung im Schwebezustand*, Aufl. 2003, § 14, S. 114.

(31) Hau/Poseck in: *BeckOK BGB*, Aufl. 2023, § 241, Rn. 58.

(32) Hau/Poseck in: *BeckOK BGB*, Aufl. 2023, § 241, Rn. 57 ff.

(33) Sack/Seibl (Hrsg.), in: *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Aufl. 2017, § 134, Rn. 174 (4).

(34) 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》，载《中国法学》2011年第2期，第149页。

(35) Sack/Seibl (Hrsg.), in: *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Aufl. 2017, § 134, Rn. 169.

(36) LG Konstanz NJW-RR 2004, 91.

将一般性地拒绝作出此类许可，而拒绝的合法性是毋庸置疑的，那么公告之时，合同即为无效。⁽³⁷⁾此外，按照《民法典》第 563 条第 1 款第 2、3、4 项的规定，报批义务人存在以下违反报批义务行为时，相对方可以解除合同：（1）在报批义务履行期限届满之前，明示或者默示将不再履行报批义务；（2）迟延履行报批义务，经对方催告后在合理期限内仍不履行报批义务；（3）因未及时履行报批义务导致合同目的已经不能实现。

笔者下文将结合本节对待批准生效合同拘束力来源的分析，阐述违反报批义务究竟应以何种责任形式予以匹配，才能在当事人合意、诚信原则以及公法规范目的之间获得周全考量。

四、违反报批义务责任认定方法的建构

之所以对于违反报批义务责任性质 20 年来未有定论，皆因报批义务生存于合同成立与合同生效的夹缝之间，远离缔约过失责任与违约责任的核心适用领域，因此常常顾此失彼，难以权衡。详言之，如果以缔约过失责任来规制不履行报批义务一方，则只能以赔偿损失作为责任承担的诉求方式，如果对方背信弃义，虽掌握办理报批之主动权却无意积极履行，端视市场行情变化而作决定，完全置对方当事人的合同期待于不顾，实有违诚信原则；若为严格保护对方的履行利益倒向违约责任立场，将使未生效合同等同于已生效合同处理，不仅逻辑不通，而且有过度保护对方履行期待之嫌。⁽³⁸⁾

（一）“合同阶段区分标准”的不足

学界当下惯行的认定违反报批义务责任的方法为合同阶段区分标准。根据全面考察公法介入私人合同关系的理念，可以将作用于合同的强制性规范分为缔约性强制规范、效力性强制规范与履行性强制规范。在待批准生效合同中，区分债务合同与权利转让合同，将行政批准的管制作用限定于后者，则未经批准将导致合同履行不能的后果，违反报批义务一方将承担违约责任。以矿业权转让合同为例，当限缩行政权力对于该类合同的管制之时，矿业权转让合同依旧可以生效，唯不经批准导致权利无法转让。⁽³⁹⁾这种操作逻辑也似乎暗合了德国民法教义学的方法。

在德国针对合同的行政批准分为对合同基础行为的批准与对合同履行行为的批准，而对于合同基础行为的批准又分为批准乃合同自身之生效要件和批准作为合同的前置许可两种情形，即分为对交易行为本身的批准和对市场准入资格的批准，这种以主体资质或准入资格为对象的批准为相对于民事主体后续实施的法律行为的“上游的”或者“前置的”许可。⁽⁴⁰⁾批准既有可能针对处分行为，也有可能指向负担行为。前者应当办理申请批准等手续的当事人未履行义务的，对方可

〔37〕〔德〕迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社 2000 年版，第 633 页。

〔38〕晋松：《审视与重塑：待审批合同生效之障碍及克服——以〈合同法〉第 44 条的适用展开》，载《法律适用》2011 年第 11 期，第 72 页。

〔39〕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，第 68 页。

〔40〕Sack/Seibl (Hrsg.), in: Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Aufl. 2017, § 134, Rn. 183.

以请求其承担违约责任；后者应当办理申请批准等手续的当事人未履行义务的，对方可以请求其承担缔约过失责任。⁽⁴¹⁾ 如此便建立起负担行为与缔约过失责任、处分行为与违约责任的线性的直接关联。

笔者以为，合同阶段区分标准的优点在于精细化合同流程的控制⁽⁴²⁾，在私法交易中既容许了公法管制规定的介入，也为私法自治留存了自足的空间。但是以这种操作模式的逻辑来讲，首先须以目的限缩的手段将行政批准在私法行为的切入点仅限缩于合同履行阶段，其次又须以类推适用的方式将“登记不影响合同效力”的区分原则运用于待批准生效合同，这两步走的操作无疑存在极大的法学方法的论证成本，缺少理论的简洁明快。更为不妥的是，单纯依据在土地、房屋等不动产上所发展出的“登记不影响合同效力”的原则来适用于待批准生效合同，发展出“批准不影响债务合同效力”的结论是盲目的类推适用。这种认定模式在德国也并非毫无争议，有德国学者认为这种观点在实践中并不具有实质性的帮助，行政许可通常同时适用于负担行为和处分行为，而不根据民法的抽象原则进行区分。⁽⁴³⁾

将行政审批的作用聚焦于履行阶段，应以不违拗行政强制规定目的为第一考量，换言之，论证行政批准不碍于债务合同效力应循公法规范意旨为出发点。然而行政批准千差万别，一概以区分原则切割债务行为与物权行为来限缩行政审批的管制效力，必然出现外在体系的罅漏和公私法间规范目的的扞格。行政审批局限于在合同履行阶段，一味地片面促使合同生效，也会导致缔约的相对方遭受缔约强制与生效强制，更是超出了前文所述“限定的约束力”的最大约束边界。《民法典合同编通则解释》已经正式出台，株守合同阶段的区分标准也与现有解释的规定内容难以相容。

这种操作方式可取之处在于意识到了合同阶段分割，但是其错误在于以私法的视角对公法进行了自我解读的扭曲，毕竟对于一般的公法规定，其规范内容的重心往往并不包含批准究竟阻却债务合同抑或履行行为效力，而真正的公法批准规定的考量在于是否存在批准对于私人间交易关系的溯及力。如果某个强制规定具有较高的强制力度和对其规范目的所涵射的保护对象置于绝对优先的考虑地位，则其往往不认可合同效力可以自批准后溯及于成立之时生效，反之权衡比较公私法各自保护利益后，公法规定将允许合同效力自成立之时发生。

（二）“公法规定溯及力标准”的引入

公法规定的溯及力标准认为如果规范目的允许，批准通常使法律行为生效具有追溯性；反之则只允许法律行为面向未来生效。⁽⁴⁴⁾ 赞成行政审批对私法交易生效的追溯力的理由，首先是当事

(41) 王洪亮：《缔约过失构成与类型》，法律出版社2023年版，第193页。

(42) 陈醇：《跨法域合同纠纷中强制性规范的类型及认定规则》，载《法学研究》2021年第3期，第106页。

(43) Böhlinger: Genehmigungspflichtige Rechtsgeschäfte nach der Grundstücksverkehrsordnung, DtZ 1993, 141(143).

(44) Sack/Seibl (Hrsg.), in: Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Aufl. 2017, § 134, Rn. 170 (2).

人的意思。⁽⁴⁵⁾正如德国法院所言，公法为了执行公共利益而干涉合同自由，但它通过命令批准的追溯效力来消除这种干涉，在确定公共利益得到保障后，充分恢复合同自由，就像它从未受到限制一样。⁽⁴⁶⁾官方许可作为一种附属行政行为（*akzessorischer Verwaltungsakt*）的特点也有利于其具有追溯性。行政批准总是只能与完整和有效的法律交易一起产生其法律后果。值得进一步阐述的是，在行政批准授权的情况下所产生的溯及力，源于当事人的意图、授权要求的目的以及官方决定的性质。追溯性命令（*Rückwirkungsanordnung*）的效用体现，必然考虑到了当事人的典型意志，这种意志通常是为了立即使法律交易中规定的法律效力生效。反过来讲，行政批准规范目的不具有溯及生效力并不会使当事人希望合同溯及生效的意愿不存在，只是抑制其法效的发生。因此，批准的效果原则上只能与法律安排的决定性过程——合同的缔结——发生的时间点有关。所以，德国法教义学一般是赞成行政批准对私法交易关系的追溯效力。

其次，认定行政批准对私法交易的溯及力不仅有着以上充足的教义学理由为支撑，甚至在《德国民法典》的条文中已经显露无遗地表达出来。《德国民法典》第 184 条第 1 款即规定：“以不另有规定为限，事后的同意（追认）的效力回溯至法律行为实施之时。”德国民法语境中所使用的行政批准术语（*Genehmigung einer Behörde*）与第 184 条法律文本中使用的“授权”（*Genehmigung*）一词相同，也足以说明行政批准具有类推适用第 184 条下追溯效力的可能。在法定前提满足之前不存在有效的履约义务，仅以此为考量会完全拒绝将违约规则适用于效力待定状态下的法律行为。然而，当考虑到根据《德国民法典》第 184 条的私法同意或官方许可的效果时，这种方法不能证明是正确的。随着私法同意或官方批准的授予，在那之前绝对无效的法律交易变得完全有效。作为一项规则，该法律行为的生效并不限于未来。相反，批准对进行法律行为的时间具有追溯效力。

同样的，《德国行政程序法》第 58 条第 2 款规定：“如果双方签订了合同而不是行政行为，其通过需要另一当局根据法律规定的批准、同意或追认，则在另一当局以规定的形式参与之前，合同不得生效。”其第 62 条第 2 款规定，《德国民法典》的规定在此比照适用。故而，可以认为行政机关的同意可以在合同缔结之前（《德国民法典》第 183 条）和之后（《德国民法典》第 184 条）给予，并且根据第 184 条第 1 款，随后的同意具有对缔结合同时的追溯效力。根据第 184 条第 1 款，授权通常具有追溯到法律交易进行之时的效力。因此，法律假定，被批准的法律行为自其进行时起就已经生效了。这种追溯效力既适用于负担行为，也适用于处分行为。⁽⁴⁷⁾由此可见，来自债务行为的请求权在交易进行时因追溯性批准而产生。如果追溯性产生了给付义务，阻碍或排除履行这些要求的障碍将因此被定性为履约障碍。⁽⁴⁸⁾

(45) BGH NJW 1965, 41.

(46) BGH MDR 1959, 25 (26).

(47) Rozek Schoch/Schneider (Hrsg.), *Verwaltungsrecht Werkstand*, Aufl. 2022, Rn. 48–50.

(48) Steffen Weickum, *Genehmigungsbedürftige Verträge und ihre Bindungswirkung im Schwebezustand*, Aufl. 2003, § 15, S. 157.

正如慕尼黑行政法院在一则经典案例中分析，由于（转用财产的许可）批准具有形成法律关系的效力，因此不能追溯到其前提条件尚不存在的时间点。在这方面，申请批准的目的是在保留许可的情况下消除预防性禁止的障碍。这种效果在许可生效时首次出现，因为只有获得改变用途许可证后，最初存在的预防性禁令才会被取消。⁽⁴⁹⁾而与之相对的建筑许可，则被认为当批准通过时，法律行为生效（原则上具有追溯力），而当最终拒绝批准时，交易最终无效。⁽⁵⁰⁾

概言之，不论是负担行为抑或处分行为，在经过批准之时，都可以被溯及地生效⁽⁵¹⁾，即批准使尚未生效的法律行为完全生效。原则上，除非条款特别目的或当事人协议中另有约定（也可以是默示的），否则它的效力可追溯到合同成立的时间，即从一开始生效（*ex tunc*）。⁽⁵²⁾如果法律行为获得了追溯效力，在悬而未决的状态下，违反义务的行为可以被定性为追溯性的履行障碍。对影响当事人所寻求的“给付”的暂缓状态下的法律评价，是基于是否给予具有追溯力的授权批准。

然而，溯及力标准最容易遭受的诘问，首先是追溯效力毕竟只是法律上一个虚拟的构造。如果不受限制地适用关于不履行义务的规则，会导致将明确规定的生效法律行为的法律后果适用于在“给付障碍”事件发生时法律命运客观上不确定的事态。有关各方之间法律行为的有效性或无效性的不确定性，在悬而未决的状态下实际存在，这不能追溯性地消除。如果法律后果以过去不存在的事实为前提，这些法律后果当然就不能追溯，因为事实是不可改变的。因此，如果违反义务的前提是过去不存在的外部或内部事实，那么追溯性的履约义务就不可能在过去被违反。⁽⁵³⁾

其次，溯及力标准最大的问题在于，作为“合同效力推进器”的报批义务在批准之后就不复存在，批准之后合同中生效的是主给付义务。即使承认追溯生效，也是主给付义务追溯生效。这只能证明主给付义务可以追溯性地违反，从而产生违约责任，而无法证明违反报批义务可以产生违约责任。

反对意见可资赞同，如果仅仅因为行政审批的规定目的允许溯及生效就使得批准前的当事人利益状态等同于批准后的当事人利益状态，那么这本身就消解了批准作为生效要件的意义。只有在获得行政审批并具有追溯效力的情况下，才能产生履行请求权的追溯。如果没有获得最终的批准，对履约的要求以及由此产生的或以其为前提的所有请求权根本不会产生。如果没有宣布追溯性的批准，在悬而未决的效力状态下，因履行不能、履行迟延或其他违反合同而产生的请求权从一开始就被排除。⁽⁵⁴⁾故而，溯及力标准对于违反报批义务而未取得批准的法律事实未能给出直接

(49) BeckRS 2016, 114482.

(50) Stefan Miersch, Die Konsequenzen einer verweigerten Baugenehmigung für Kauf- und Werkverträge, JuS 2001, S.1083 f.

(51) Sack/Seibl (Hrsg.), in: Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Aufl. 2017, § 134, Rn. 170; Vgl. Sack/Seibl (Hrsg.), in: Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Aufl. 2017, § 134, Rn. 184.

(52) Heinrich Dörner/Schulze (Hrsg.), in: Bürgerliches Gesetzbuch, Aufl. 2021, § 184, Rn. 8.

(53) Clemens Latzel, Rückbewirkte Leistungsstörungen, AcP 2016, S. 674 f.

(54) Steffen Weickum, Genehmigungsbedürftige Verträge und ihre Bindungswirkung im Schwebezustand, Aufl. 2003, § 15, S. 164.

的解决方案。然而，这并不能否定溯及力标准的价值，我国《民法典合同编通则解释》第12条第2款将其征求意见稿中的“违反合同的违约责任”改为“参照违反合同的违约责任”，恰恰是认识到了适用追溯效力而认定违约责任的前提是生效前后所违反的义务应具有同一性。在行政审批规范目的容许下，溯及生效的主给付义务成为“参照违反合同的违约责任”的被参照对象的来源，行政审批的可溯及性成为生效前报批义务的违反为何可以参照生效后的主给付义务缘由。

也正是同样的理由，《民法典合同编通则解释》第12条第2款所规定的“参照违反合同的违约责任”就颇为值得称赞。参照适用又被称为准用，根据法律规定，对有关A的规定进行修正，适用于B，即在法定情况下，适用本来无法适用的另外一项规则。⁽⁵⁵⁾ 尽管此时尚未获得批准而不具有可追溯的履约义务，但是公法规范目的允许合同向过去生效，参照适用的技术构造就不再是空中楼阁。

此时适用《民法典合同编通则解释》第12条第2款必须作出的肯定性回答是，法律的价值安排应同时符合两种案件事实；而要作出的否定性判断则是，二者之间的区别无关紧要，以至于它们不会影响法律之价值。⁽⁵⁶⁾ 具体而言，在行政审批规范目的具有可溯及性的前提下，且报批义务与主给付义务具有很强的事实上的牵连性和依存性，甚至报批义务成为决定主给付义务和合同目的能否实现的时候，统一把握合同批准生效前后的利益状态契合事理。对于否定性回答，则须判断报批义务背后特有的规范目的和政策考量不足以成为类推参照的阻碍性因素；反之，则应该适用《民法典合同编通则解释》第12条第4款规定。

（三）我国违反报批义务责任认定的具体适用

有些类型的待批准生效合同应按照《民法典合同编通则解释》第12条第2款予以适用。以矿业权转让合同为例，作为民事主体之间在二级市场上的矿业权买卖转让，侧重于市场经济下资源价值最大利用的市场效益，体现自然资源国家所有权的私法属性，于此在矿业权二级市场中承认此情形下批准的溯及效力应无不妥。⁽⁵⁷⁾ 此外，最高人民法院认为矿业权转让合同中，报批义务呈现多样化、复合性的特征：其不仅是促成合同完全生效的条件，亦是转让人履行转让矿业权义务的主要形式和重要部分，属于与实现合同目的密切相关的“主要债务”。最高人民法院甚至认为转让人根据合同约定或者法律规定申请报批，既是履行《民法典》第509条第2款所规定的附随义务，也是其履行矿业权转让义务（权利变动义务）的第一个阶段，是其进一步办理矿业权变更登记等公示程序的基础。⁽⁵⁸⁾ 同样的比如转让商业银行的股权，获得批准的本质是权利移转的前置条件，不论是变更工商登记还是股东名册都为批准的后续流程而已。在上述的须经批准生效合同

(55) 王利明：《法学方法论——以民法适用为视角》，中国人民大学出版社2021年版，第486页。

(56) [德] 托马斯·M. J. 默勒斯：《法学方法论》，杜志浩译，北京大学出版社2022年版，第372页。

(57) 石佳友、石绍襄：《〈民法典〉视野下自然资源国家所有权的实现路径》，载《上海政法学院学报（法治论丛）》2022年第5期，第55页。

(58) 杜万华主编：《最高人民法院审理矿业权纠纷司法解释理解与适用》，中国法制出版社2017年版，第135页。

中，报批义务与主给付义务存在很大的事实上的牵连性，甚至报批义务是作为整个合同义务中最核心的组成部分，完全决定合同目的能否实现。这也是缘何《民法典合同编通则解释》第12条第2款中赋予了报批义务相对人法定解除权，而第4款中并未赋予的原因。在上述案中违反报批义务与违反主给付义务具备了类推适用的价值基础。

有些待批准生效合同的规定中，直接规定了应该适用《民法典合同编通则解释》第12条第4款的法律效果。如《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》（法释〔2020〕25号）第4条规定：“承包人超越资质等级许可的业务范围签订建设工程施工合同，在建设工程竣工前取得相应资质等级，当事人请求按照无效合同处理的，人民法院不予支持。”在《民法典》确立了“不生效”这一效力形态后，承包人未取得上述条款中的资质将适用《民法典合同编通则解释》第12条第4款所援引的未生效责任。如此规定的缘由不难理解，因为从业资质是代表对承包人具备工程实施能力的认可，为施工安全计，决不允许溯及生效。加之获取资质本身在整个合同义务中不具备主导地位，建设工程施工合同中主要合同债务为承包人的施工行为，获得资质本身不能成为合同债务的主体内容和核心环节。也有学者认为，在涉及公共利益的限营、特营准入资质缺乏的情形，并不存在合同成立后进行报批补正合同效力的可能性。⁽⁵⁹⁾

如果法律明确限制了行政批准的溯及力，那么类推适用的前提将不存在，这种情形下也应该适用第12条第4款。我国对限制类的技术进出口实施许可管理制度，根据《中华人民共和国技术进出口管理条例》第13、14、16条的规定，技术进口合同的批准程序如下：（1）申请签订对外技术进口合同→发给技术进口许可意向书（即进口许可意向书是对合同成立的管控）；（2）提交技术进口合同申请技术进口许可证→技术进口合同自技术进口许可证颁发之日起生效。这里存在前后相继的两个报批义务，如果违反第一个报批义务则合同根本不成立，若存在缔约过程中一方对保护义务的违反，《民法典合同编通则解释》第12条第4款可资适用；若违反第二个报批义务，则在既有明确规定技术进口合同自颁发许可证生效的前提下，则否决了批准的溯及生效，当事人在此种情形下亦无法参照适用违约责任。

如果批准规定的目的、性质与国家政策、国家安全紧密关联，与前述矿业权转让合同相反的例子为须国家指令性计划予以保证的武器装备研制合同与限制进出口技术合同。因为国防安全与全民利益被置于当事人合同自治的绝对优先考量地位，必须就特定合同进行单独判断而确定是否符合国家利益，不难推断出合同批准后只能谨慎地面向将来生效，而不存在违反报批义务参照违反主合同义务的利益情形，故而此处并无参照违约责任的可能。

(59) 石一峰：《强制性规定识别方法研究》，法律出版社2020年版，第177页。

五、结语

待定无效合同的当事人不仅进行了商业接触与合同谈判，而且他们还通过缔结需要批准的合同创造了法律行为的事实。因此，一方面，需要批准的法律交易的暂停状态不能再被描述为开始合同谈判或其他类似的商业接触的状态。另一方面，在批准之前不存在有效的履约义务。随着合同的缔结，双方进入了一种特殊的信任关系，每一方都有权期望对方遵守诺言，帮助确保合同按计划运行。因此，在悬而未决的状态下，是否要根据缔约过失的规则来判断违反义务的行为，或者是否已经可以参照适用关于履行障碍的规则，这是值得思考的。然而主给付义务有可能以行政审批授权而追溯产生。在批准的情况下，它追溯性地产生了一项义务，并在特定情形下对由于限定约束力增强而产生的报批义务的违反构成了类似于违约的状态。⁽⁶⁰⁾ 参照违约责任与缔约过失责任的分野在于行政审批是否允许合同主给付义务溯及生效，仅当行政审批给予溯及生效才会存在参照适用的对象，即以行政审批是否允许溯及生效为主要标准，以报批义务之于整个合同目的是否具有决定意义为辅助标准来判断可否参照适用违约责任，反之则是缔约过失责任。

Liability Determination for Breach of Obligation to Obtain Administrative Approval

—with a Focus on Article 12 of the *Interpretation of the Supreme People’s Court on Several
Issues Concerning the Application of the General Provisions of the Contract
Part of the Civil Code of the People’s Republic of China*

ZHANG Enxiang

Abstract: Article 12 of the *Interpretation on Contract Part in the Civil Code* states that there is a chaotic situation in the internal and external systems of determining the form of liability for breach of contract and expanding the scope of compensation through the “two litigation” procedure, in terms of the provisions on liability for breach of application for approval from administrative organs. This stems from the erroneous inheritance of previous legislative documents and unclear understanding of the binding norms for approving effective contracts. The general principle that the parties are bound upon the conclusion of a contract gives a general binding force to the contract to be approved for effectiveness, while the limited binding force of the contract to

(60) Rozek, Schoch/Schneider, *Verwaltungsrecht Werkstand*, Aufl. 2022, Rn. 49.

be approved for effectiveness comes from the principle of good faith. For the determination of responsibility for violating the obligation to submit for approval, the theory of contract process identification has methodological twists and turns and neglects the mandatory provisions of public law. However, the retrospective effectiveness standard of administrative approval combined with the contracting agreement of the parties can provide a doctrinal legal basis for the failure to submit for approval to constitute a performance obstacle. Therefore, when administrative approval cannot be retrospective effective or the parties agree that there is no active obligation to submit for approval, failure to comply with the approval or obstruction of the approval shall fall within the scope of contractual fault liability, and vice versa shall be the form of breach of contract relief liability.

Keywords: Obligation to Apply for Administrative Approval; Administrative Approval; Retroactive Effect; Liability for Contractual Negligence; Liability for Breach of Contract

(责任编辑: 王乐兵 汪友年)