

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

孟 勤 国^{*}

摘要:在陈发树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,司法裁判对本案 3 个关键概念的解釋和认定有悖现行裁判规则和逻辑常识,所做判决不当。成文法是一连串既定概念组合而成的规则,概念的确定性决定着成文法的确定性,而成文法的确定性决定着成文法的核心价值和基本功能。司法裁判应重视和坚持概念确定,追求成文法的确定性,将维护和强化成文法的权威和尊严作为裁判的第一职责。

关键词:合同效力 成文法 确定性 司法裁判

DOI:10.16390/j.cnki.issn1672-0393.2017.02.010

一、引言

陈发树诉云南红塔集团股份有限公司(以下简称云南红塔)关于云南白药集团股份有限公司(以下简称云南白药)股权转让一案是当年轰动一时的公共事件。中国知名富豪陈发树、官商合一的中国烟草总公司(以下简称中烟公司)、20 多亿的股权对价、交易价格大幅走高的云南白药股票,吸足了媒体和公众的眼球。从某种意义上讲,本案可谓私营经济与国有经济的顶尖高手的一场对决,自然人一掷千金打一场自己毫无信心的官司,^①央企为“避免国有资产流失”不惜出尔反尔,直至最高人民法院(2015)民申字第 1 号裁定驳回陈发树的再审申请,曲终人散。在本案中,案件事实基本没有争议,当事人和法院援引相同的法律、行政法规、部门规章,但诉求、抗辩、一审判决、二审判决对案件事实的定性各不相同。这是各方各自理解本案的关键概念而产生的争议,是一个事关成文法确定性的典型案例。

二、本案裁判的要旨和意义

2009 年 9 月 10 日,依据中烟公司 2009 年 1 月 4 日批复(以下简称《同意批复》)和《国有股东转让所持上市公司股份管理暂行办法》(以下简称《暂行办法》)等规定,陈发树与云南红塔签订《股权转让协议》,以每股 33.543 元的价格受让云南红塔持有的云南白药无限售流通股 6 581 万余股。协议签订后,陈发树以履约保证金的名义一次付清全款 22 亿余元,云南红塔出具收款专用发票;云南白药按照上市公司信息披露规则公开披露了股权转让的信息和云南红塔、陈发树的《简式权益报告书》;云南红塔向其股东云南红塔烟草集团有限责任公司(以下简称红塔烟草)上报了有关股权转让的请示和相关材料。

2011 年 4 月 27 日,陈发树致函云南红塔要求其在 10 个工作日内将标的股权变更至陈发树名下。5 月 10 日,云南红塔回函称尚未收到上级主管机构同意股权转让的批复。2011 年 12 月 21 日,陈发树向云

^{*} 武汉大学法学院教授、博士生导师、广西民商事法律研究基地研究员

^① 陈发树在接受《第一财经日报》记者专访时说:“我的律师曾经告诉我,如果他是当事人,他选择放弃”。参见傅勉、丁远:《溯源陈发树与云南红塔股权纠纷案》,《第一财经日报》2014 年 5 月 13 日。不仅如此,陈发树的再审申请书还改变了其一、二审时的基本思路和观点。

南省高级人民法院请求判令云南红塔继续履行股权转让协议的义务并赔偿因云南红塔迟延履行义务造成的损失。2012年1月17日,中烟公司作出《关于不同意云南红塔集团有限公司转让所持云南白药集团股份有限公司股份事项的批复》(以下简称《不同意批复》)。当日,云南白药股票的市场收盘复权价为每股50.4元。2012年12月28日,云南省高级人民法院(2012)云高民二初字第1号民事判决驳回陈发树的诉讼请求。陈发树上诉至最高人民法院。2014年7月16日,最高人民法院下达2013民二终字第42号判决,驳回陈发树的上诉请求。

一审判决认定《股权转让协议》合法有效,但驳回陈发树除《股权转让协议》合法有效之外的全部诉讼请求,其理由是《股权转让协议》尚未获得国有资产监督管理机构批准。尚未获得批准属于客观事实,一审判决只以现状驳回陈发树的诉求,绕开了中烟公司的《不同意批复》、有权国有资产监督管理机构的定性问题。就“目前没有获得批准”的认定而言,一审判决给陈发树留下了今后或许获得批准的一丝生机,但一审判决同时认定云南红塔已履行《股权转让协议》第12条的报批、信息披露义务且拒绝将云南红塔的股东、股东的股东列为本案第三人。这一丝生机仅取决于云南红塔及其股东一方的回心转意。

二审判决推翻了一审判决对合同效力的认定,并认定《股权转让协议》为不生效合同。二审判决认为,中烟公司虽然无权批准本次股权转让行为,但是作为红塔公司的出资人,中烟公司有权依据股东重大决策权和国有资产出资人权利不批准本次股权转让,中烟公司的《不同意批复》终结了《股份转让协议》的报批程序。二审判决将不生效合同等同为合同未生效,进而比照无效合同的处理规则判令云南红塔返还22亿余元本金,并自行判令云南红塔支付数亿元陈发树在一、二审均未诉请^①的利息。

从解决争议的角度看,二审判决较之一审判决更符合司法裁判的本质,司法裁判的功能和价值就在于终结争议。从裁判结果的角度看,二审判决较之一审判决似乎更为公平。依照一审判决,若云南红塔一方不回心转意,则陈发树只能拿回本金,而数亿元利息不是小数目。但二审判决并不比一审判决更尊重现行法律规则和逻辑常识。一审判决至少力图回避其与现行裁判规则的正面冲突,只以“云南红塔并无违约”和“股权转让目前未获批准”这两点支撑判决。二审判决则自由解释现行裁判规则中的“有权国有资产监督管理机构”、“国有资产出资人权利”、“合同效力”的概念,提出中烟公司《不同意批复》终结本案股权转让报批程序、不生效合同等于无效合同的裁判观点,冲撞现行裁判规则和逻辑常识。

三、“有权国有资产监督管理机构”的界定

“有权国有资产监督管理机构”是本案的关键词之一。《股权转让协议》共有6处提到“有权国有资产监督管理机构”,可是,谁是本案的有权国有资产监督管理机构?本案从未争辩和明确。云南红塔以“有权机构”的表述代替“有权国有资产监督管理机构”的合同约定,一审判决避而不言中烟公司是否“有权国有资产监督管理机构”,二审判决只认定财政部是有权审批主体。陈发树在一、二审中坚称中烟公司无权审批但再审申请时也使用“有权机关”表述。他们似乎不知道或刻意回避一个基本逻辑:明确谁是有权国有资产监督管理部门,是确定云南红塔是否履行报批义务、报批程序是否终结的前提。

《股权转让协议》没有约定谁是有权国有资产监督管理机构,也轮不上当事人约定。本案股权转让标的是金额巨大的国有资产,依照《中华人民共和国企业国有资产法》(以下简称《企业国有资产法》)和《企业国有资产监督管理暂行条例》(以下简称《暂行条例》),必须经过国有资产监督管理机构的批准。这个国有资产监督管理机构是法定的,并非谁想当就能当、谁说是就能是。《暂行条例》第12条规定,国有资产监督管理机构分别为国务院直属特设机构、省、自治区、直辖市直属特设机构,设区的市、自治州直属特设机构。《企业国有资产法》第11条规定,国务院和地方政府可以授权其他部门、机构代表本级政府履行出资人职责。据此,国有资产监督管理机构只有两种:一是3级政府的直属特设机构即国务院和省、市国有资产监

^① 最高人民法院《关于民事经济审判方式改革问题的若干规定》第35条规定:“第二审案件的审理应当围绕当事人上诉请求的范围进行,当事人没有提出请求的,不予审查。但判决违反法律禁止性规定、侵害社会公共利益或者他人利益的除外”。

督管理委员会(以下简称国资委)。2003 年全国人大常委会批准国务院设立国资委专事监督管理企业国有资产,省、自治区、直辖市和设区的市、自制州也设立了国资委;二是各级政府根据需要授权的其他部门、机构,普通政府部门或机构依据国务院和地方政府的授权文件而具有国有资产监督管理职能。

依照《暂行条例》的适用范围,本案股权标的并非金融资产,应由国务院国资委批准。^①但是,2006 年,财政部依据 2005 年《国务院办公厅转发发展改革委等部门关于进一步理顺烟草行业资产管理体制深化烟草企业改革意见的通知》(以下简称《国务院办公厅通知》)下发了《财政部关于烟草行业国有资产管理若干问题的意见》(以下简称《财政部意见》),确定了烟草行业国有资产转让的具体审批权限,分为财政部审批、备案和中烟公司审批 3 种情形。^②《国务院办公厅通知》下发时,《企业国有资产法》尚未出台,并且该文只是转发国家发改委、财政部、烟草专卖局的意见,不属于国务院授权文件,因此,财政部并非国务院授权履行出资人职责的国有资产监督管理机构。二审判决基于多年来烟草行业国有资产转让不由国资委审批和财政部批准的 20 多起产权转让已完成的事实,认定财政部是本案的有权审批主体,是对既有行政违法事实^③的妥协和让步。考虑到我国法院几乎没有审查行政部门抽象行政行为的经历和动力,就这一点而言,二审判决虽然在合法性问题上存在严重缺陷,但是也可算情有可原。

问题在于,即便按照《财政部意见》,中烟公司也不是本案的有权国有资产管理监督机构。据百度资料,中烟公司成立于 1982 年,是国家烟草专卖局领导的依据我国政府授权执行烟草专卖的国有企业,注册资金人民币 132 亿元。全国各省、自治区、直辖市烟草公司均为中烟公司的全资子公司,市、州烟草公司是中烟公司的全资孙公司或重孙公司。中烟公司负有与烟草专卖规划、生产、销售活动相关的 9 项具体职责,与国家烟草专卖局两个牌子一套人马。毋庸置疑,中烟公司或者国家烟草专卖局都不是《暂行条例》所说的“国有资产监督管理机构”。拥有省部级的头衔不等于就是省、自治区、直辖市政府,如中国法学会就属于省部级的人民团体。二审判决将中烟公司视为本案中的省级国有资产监督管理机构,于法无据。《财政部意见》虽然给了中烟公司有关其他产权转让的审批权,但是明确规定向非烟草单位的产权转让,主业评估价值在 1 亿元以上(含 1 亿元)、多种经营在 2 亿元以上(含 2 亿元)的“由各单位逐级上报中国烟草总公司(国家烟草专卖局),由中国烟草总公司(国家烟草专卖局)报财政部审批”。据此,在本案中,中烟公司只是一个报送单位,并非本案股权转让的政府审批机构。

既然如此,就不存在中烟公司依据《暂行条例》和《财政部意见》行使政府批准权的问题。中烟公司只有将云南红塔逐级报来的报批文件上报财政部的义务,没有对报批事项进行审批的权力。二审判决认定:“因红塔有限公司上级主管部门中烟总公司不同意本次股权转让,报批程序已经结束”,似乎是说中烟公司无权同意,但有权不同意。若系此意,则意味着本案的政府审批权分为两截,同意权归财政部,不同意权归中烟公司。政府审批权依据同意与否分属不同层级的部门、机构,不仅见所未见,也闻所未闻;若非此意,则二审判决应该解释“报批程序结束”的含义、性质和效果,并提供相应的法律、法规哪怕是部门规章的依据,否则,“报批程序是否结束”和“报批程序结束是否合法”始终是二审判决绕不过去的问题。二审判决似乎没有注意到:《财政部意见》只给中烟公司将报批文件上报财政部一条路,没有其他可供中烟公司选择的

① 《企业国有资产监督管理暂行条例》第 2 条规定:“国有及国有控股企业、国有参股企业中的国有资产的监督管理,适用本条例。金融机构中的国有资产的监督管理,不适用本条例”。

② 《财政部关于烟草行业国有资产管理若干问题的意见》规定:“中国烟草总公司(国家烟草专卖局)本级的产权转让,由中国烟草总公司(国家烟草专卖局)直接向财政部提出申请,由财政部审批。除上条规定外,中国烟草总公司所属烟草单位向非烟草单位的产权转让,主业评估价值在 1 亿元以上(含 1 亿元)、多种经营在 2 亿元以上(含 2 亿元)的,由各单位逐级上报中国烟草总公司(国家烟草专卖局),由中国烟草总公司(国家烟草专卖局)报财政部审批;中国烟草总公司(国家烟草专卖局)所属烟草单位之间的产权转让,主业评估价值在 0.5 亿元以上(含 0.5 亿元)、多种经营在 1 亿元以上(含 1 亿元)的,由各单位逐级上报中国烟草总公司(国家烟草专卖局),由中国烟草总公司(国家烟草专卖局)审批,报财政部备案;其他产权转让,由各单位逐级上报中国烟草总公司(国家烟草专卖局),由中国烟草总公司(国家烟草专卖局)审批”。

③ 如果财政部发个意见就可以自封为国有资产管理监督机构,那么国务院任何一个部都可以这样仿效,《企业国有资产监督管理暂行条例》的直属特设机构和《中华人民共和国企业国有资产法》的本级政府授权国有资产监督管理的规定还有什么意义?毫无疑问,《财政部关于烟草行业国有资产管理若干问题的意见》以及《国务院办公厅转发发展改革委等部门关于进一步理顺烟草行业资产管理体制深化烟草企业改革意见的通知》违背《企业国有资产监督管理暂行条例》和《中华人民共和国企业国有资产法》,是违法的抽象行政行为。

选项,别说否决本案股权转让,中烟公司不将本案股权转让事项上报财政部审批本身就违背《财政部意见》。中烟公司结束报批程序或是一个违约行为,或是一个违规行为,两者必居其一。

四、中烟公司批复的界定

中烟公司的批复是本案的关键事实之一。中烟公司在本案中有两份批复:一份是2009年1月4日同意云南红塔转让云南白药股份的批复,另一份是2012年1月17日不同意云南红塔转让云南白药股份给陈发树的批复。对这两份批复该如何定性?是国有资产监督管理机构的政府审批行为,还是云烟红塔实际控制股东的经营决策行为?这直接关系到云南红塔是否及时履行了《股权转让协议》的报批义务。若是前者,则一、二审判决认定云南红塔不构成违约没有问题;若是后者,则云南红塔的报批仅仅是内部程序,未进入政府审批程序,一、二审判决认定云南红塔及时履行了报批义务显属错误。

二审判决认定,国有股东所持上市公司股份的协议转让依据《暂行条例》至少需要两次上报,一是内部决策后逐级书面报告省级或省级以上国有资产监督管理机构,二是签订股份转让协议后报国务院国有资产监督管理机构审核批准。本案中的股权转让协议应按照《暂行办法》要求的程序办理相关手续是完全正确的。问题在于本案自始至终没有出现省级或省级以上国有资产监督管理机构,更没有出现国务院国有资产监督管理机构。本案只有中烟公司的两个批复,而中烟公司如本文第三部分所述,无论是根据《暂行条例》还是根据《财政部意见》,都不是本案的省级或国务院国有资产监督管理机构。二审判决将中烟公司当成省级甚至国务院国有资产监督机关,进而认定中烟公司的两个批复属于《暂行办法》中的政府审批文件,明显不当。

耐人寻味的是,一审判决将云南红塔的股东红塔烟草、红塔烟草的股东云南烟草、云南烟草的股东中烟公司3个公司对《股权转让协议》批复定性为“按相关法律法规的规定行使国有资产出资人的权利和履行相应国有资产监督管理职责的行为”。“按相关法律法规规定”,既可以理解为按《暂行条例》、《暂行办法》、《财政部意见》的规定,也可以理解为按其他法律法规如《公司法》的规定,并且不能排除红塔烟草、云南烟草、中烟公司的批复权源于《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)的规定;“国有资产出资人的权利”,意味着红塔烟草、云南烟草、中烟公司的批复权属于公司法上的股东权利,若是政府审批权,则应该使用“权力”一词,权力与权利的区别是一个法学常识,应该不会混淆;“相应国有资产监督管理职责”,是有别于国有资产监督管理机构职责的表述,既可以包括国有资产监督机构,也可以包括国有资产监督机构以外的部门和企业,中烟公司作为股东当然具有监督管理下属公司国有资产的相应职责;红塔烟草、云南烟草无疑不是国有资产监督管理机构,一审判决将其批复与中烟公司批复一并论述,有中烟公司的批复与其下属公司批复均属于股东决策行为的言下之意。这一切或可解释一审判决为何只讲本案股权转让协议未获政府批准的现状,不问其他。

一审判决非常接近中烟公司批复的本质。虽然在云南红塔的工商登记上中烟公司不是云南红塔的股东,但是云南红塔的登记股东是红塔集团,红塔集团的登记股东是云南中烟,云南中烟的登记股东是中烟公司。这些公司均以全资子公司的结构组合,中烟公司是云南红塔的实际控制股东,并且是唯一的股东。依照《公司法》的规定,云南红塔就是中烟公司的一人公司。虽然中烟公司还有国家烟草专卖局的牌子和功能,但是国家烟草专卖局既不是直属特设的国有资产监督管理机构,也不是国务院授权的国有资产监督管理机构。烟草行业内部的国有资产监督管理职责放在中烟公司牌子中,与产权挂钩,是产权意义上的国有资产监督管理,完全不同于政府审批层面的国有资产监督管理。^① 虽然中烟公司与下属公司是子公司

^① 在《中华人民共和国企业国有资产法》和《企业国有资产监督管理暂行条例》中,国有资产监督管理其实有两层本质不同的含义:一是产权意义上的国有资产监督管理,二是政府审批意义上的国有资产监督管理。前者是国有股东对其投资的国有企业资产的监督管理,国有股权是国有股东监管国有企业资产的权利渊源,也是国有股东监管国有企业资产的职责范围。中烟公司对云南红塔资产的监管属于产权意义上的国有资产监督管理。后者是国家对任何国有企业资产的监督管理。行政权力是国家监管国有企业资产的权力渊源,也是国有资产监督管理机构的职责范围。本案《股权转让协议》约定的批准属于政府审批意义上的国有资产监督管理。

结构,子公司具有公司法上的独立法人地位,但是对于几无破产之忧的央企而言,并不意味着其子公司与中国移动的分公司有实际意义的差别。子公司也好,分公司也好,重大决策诸如本案这样的重大资产转让一定是央企总部层面的事,下属各层级的公司只是管理层级,负责上传下达。省略红塔集团、云南中烟的上传下达过程,很清楚,中烟公司是云南红塔的实际执行董事,其意志决定了云南红塔的招商、签约和反悔。因此,中烟公司的批复均为云南红塔的股东决策行为,并非《暂行条例》、《暂行办法》和《财政部意见》中的政府批复。

过程或许是这样的:2009 年,中烟公司认为云南白药的股票交易价格达到云南白药的内在价值,决定兑现,于是就有了《同意批复》。签约后云南白药的股票交易价格不断走高,中烟公司为免受国有资产流失的指责,先是利用《股权转让协议》无报批期限的漏洞不上报财政部以待时机,后因陈发树诉讼逼宫不得不被动反应。或许是担心财政部批准《股权转让协议》或为难财政部,中烟公司干脆自行反悔,于是就有了《不同意批复》。中烟公司的这些决策均属于企业的经营行为,只要承担应有的法律责任,无可厚非。但为了逃避应负的违约责任,硬将股东决策行为混淆为政府审批行为,就央企而言,有失诚信和社会责任,就司法裁判而言,有违正义和公平。试想,假如中烟公司是民营企业,能在不承担任何责任的情况下推翻下属子公司、孙公司已签订的合同吗?国有资产转让须经政府审批是为了防范国有企业内外勾结致使国有资产流失,而不是为了支持国有企业违约。如果国有企业自己就能代表政府审批合同,那么政府审批合同岂不蜕变为国有企业违约特权?二审判决有意无意地模糊中烟公司批复的性质,牺牲政府审批合同的制度价值避免所谓的个案国有资产流失,得不偿失。

厘清这一点至关重要。中烟公司的批复既然是股东决策行为,那么认定云南红塔履行了《股权转让协议》报批义务自然就不能成立。云南红塔上报红塔烟草,红塔烟草上报云南烟草,云南烟草也上报中国烟草,这一切都只是中烟公司的内部报批程序,还没进入《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)第 44 条规定的政府审批环节。《股权转让协议》没说云南红塔上报上级公司就算是履行了报批义务,法律法规也没说怎样才算是履行了报批义务,那就只能依据《暂行条例》或《财政部意见》作为云南红塔是否履行报批义务的法律标准。^① 报批文件,按照《暂行条例》应送到国务院国资委,按照《财政部意见》应送到财政部,“报批文件是否送到了国务院国资委或财政部”是判断云南红塔是否履行报批义务的事实标准。报批文件一直在中烟公司内部流转,未出中烟公司的大门,是云南红塔的报批文件至今没有报给政府部门审批的铁证。

同理,陈发树要求追加中烟公司为第三人缺乏理据也无必要。股东会是公司内部决策机构,其所做出的违约决策由公司对外承担违约责任,不由股东会或股东承担。因为股东会虽然是公司的最高权力机关,但是其不能代表公司对外发生关系,不是公司对外承担法律责任的主体。中烟公司的《不同意批复》实质上就是云南红塔的股东会决议,应由云南红塔承担本案未履行报批义务的违约责任。

必须指出,将中烟公司批复界定为股东决策行为,意味着中烟公司的《同意批复》也不是《暂行办法》要求的省级国有资产监督管理机构的批复。也就是说,云南红塔没有经过省级国有资产监督管理机构的审批就签订了本案的《股权转让协议》,违反了《暂行办法》。但是,《暂行办法》仅仅是部门规章,违反《暂行办法》的这一前置性审批要求不影响《股权转让协议》的成立。^② 这与《合同法》第 44 条规定的合同成立后政府审批生效的情形完全不同。

五、《股权转让协议》效力的界定

《股权转让协议》的效力是本案的关键问题之一。当事人在一、二审中一致认同《股权转让协议》合法

^① “在意思表示和任意性规范并存的情况下,应首先适用基于自愿而为意思表示中的具体约定,只有在意思表示中未加规定或规定不明时,才适用任意性规范。”马俊驹、余延满:《民法原论》,法律出版社 2010 年第 4 版,第 37 页。在《股权转让协议》中,当事人没有基于意思自治具体说明如何履行报批义务,应当适用任意性规范。

^② “合同成立的一般要件包括:(一)须存在双方或多方当事人。(二)当事人须达成合意。合同成立的根本标志是当事人意思表示的一致。”马俊驹、余延满:《民法原论》,法律出版社 2010 年第 4 版,第 514 页。

有效,一审判决予以支持。出乎当事人意料,二审判决未经释明就直接认定:“本案所涉《股份转让协议》依法属于应当办理批准手续的合同,需经财政部批准才能生效,但因红塔有限公司上级主管部门中烟总公司不同意本次股权转让,报批程序已经结束。《股份转让协议》已确定无法得到有权机关批准,故应依法认定为不生效合同”。

合同的成立和生效一直是困扰合同法的问题。^①《合同法》之前的《中华人民共和国合同法》等没有区分合同的成立与生效,^②司法实践在个案处理上比较混乱。一般认为,《合同法》明确区分了成立和生效,《合同法》第44条规定:“依法成立的合同,自成立时生效。法律、行政法规规定应当办理批准、登记手续生效的,依照其规定”。《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,在一审法庭辩论终结前未办理批准、登记手续的合同应认定为未生效。但是,这并不意味着合同成立与生效不再是一个困扰合同法的问题。区分合同成立与生效澄清了合同不成立与合同撤销之类的浑浊,同时滋生了未生效合同或不生效合同的疑问。何谓未生效合同?批准生效合同与合同成立关系如何?未被批准的合同纠纷该如何处理?理论和实践均认识不一。^③

在传统合同法理论上,合同分为有效合同、无效合同、效力待定合同、可撤销可变更合同。这是依据合同效力所作的分类。所谓未生效合同,是司法实践基于《合同法》第44条的规定将合同成立与生效并列表述所作理解而形成的概念,无确切的内涵和外延,其是新的第五类合同还是分属现有四类合同?在合同法理论上也有争议。二审判决认定《股权转让协议》为不生效合同后比照无效合同处理本案,等于将未生效合同归入效力待定的合同;^④得到政府批准的转为有效合同,得不到政府批准的转为无效合同。这勾画出二审判决的逻辑:未生效合同成立时没有合同效力,其效力有待于生效条件的具备,生效条件具备之时才有合同效力。^⑤这一逻辑似乎来自于《合同法》第44条的文义。孤立地看,《合同法》第44条的表述确有将合同效力与合同生效直接挂钩的倾向,从而引导出合同生效之时合同才有效力的直觉。

然而,这种直觉无颜面对《合同法》第8条:“依法成立的合同,对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务,不得擅自变更或者解除合同”。《合同法》第8条规定的法律约束力只以依法成立作为要件,与生效不生效无关。也就是说,合同依法成立就有法律约束力,无论其是否生效。^⑥《合同法》第8条没有但书,表明其所称的法律约束力一律始于合同依法成立之时,没有例外。有学者曾认为合同拘束力自合同生效始有,^⑦后来又改变了认识。^⑧《合同法》第8条属于一般规定,其地位和效力高于《合同法》第44条,《合同法》第44条因而不能解读为《合同法》第8条的但书。依据《合同法》第8条与第44条的关系,《合同法》第44条的解读必须符合《合同法》第8条即合同依法成立即有法律约束力的前提,不应有“需经批准、登记的合同依法成立时并无法律约束力”这样的结论。

其实,最高人民法院几年前就意识到这种直觉是有问题的。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)》第8条赋予了促使合同生效的报批义务的可履行性和法律责任。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)》第1条第2款规定了报批

① 参见尹飞:《合同成立与生效区分的再探讨》,《法学家》2003年第3期。

② “我国已废止的《经济合同法》第6条规定‘经济合同依法成立,即具有法律约束力,当事人必须全面履行合同规定的义务,任何一方不得擅自变更或解除合同’采纳了罗马法同时成立原则,否定了合同成立和生效的区别。”王利明:《试论合同成立与生效》,《现代法学》1996年第6期。

③ 参见杨永清:《批准生效合同若干问题探讨》,《中国法学》2013年第6期。

④ 一些学者将未生效合同归为效力待定合同。参见杨永清:《批准生效合同若干问题探讨》,《中国法学》2013年第6期。

⑤ 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)理解和适用》,人民法院出版社2009年版,第75页。

⑥ 德国学者拉伦茨认为:“合同一旦缔结,缔结合同的人受他们自己所制定的合同规则的拘束。这包括合同的不可撤回性以及不允许单方面解除合同”。[德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(下册),王晓晔等译,法律出版社2003年版,第725页。

⑦ “合同成立只是解决了合同是否存在的问题,即使合同已经成立,如果不符合法律规定的生效要件,仍然不能产生效力。”王利明、崔建远:《合同法新论·总则》,中国政法大学出版社1996年版,第185页。

⑧ “依法成立的合同就有效,在有效的前提下,再区分生效与未生效……由于合同未生效并非指合同不具有任何法律约束力而仅指合同不具有履行效力,故应将合同未生效和合同无效区分开来。”崔建远、吴光荣:《中国法语境下的合同效力:理论与实践》,《法律适用》2012年第7期。

条款的效力。最高人民法院新闻发言人孙军工进一步说明：“一个已经合法成立的合同，即使因欠缺审批这一生效要件，亦对当事人具有形式约束力，任何一方当事人不得擅自撤销或解除，尤其是合同中关于促成合同生效的报批义务条款具有可履行性”。这些司法解释和说明对批准生效合同的报批条款效力的内涵和功能的界定相当朦胧，还只是一些相关理论研究缺失状态下的实践感受，因而出现了可履行性、形式约束力这样的创新、含糊且不乏错误的概念。但无论如何，这些司法解释和说明并不赞成孤立解读《合同法》第 44 条的规定，抛开了“未生效合同依法成立时无合同效力”的直觉，传递了“需要批准、登记的合同在成立之时就有效力”的信息。由此可见，二审判决之前最高人民法院就已否定二审判决的逻辑。令人遗憾的是，二审判决丝毫没有觉察最高人民法院的觉醒。

或有人争辩合同效力不是《合同法》第 8 条规定的法律约束力。诚然，法律约束力是合同法领域少见的名词，也许立法者也不甚清晰这个概念的意义，但现有法律知识体系中并不存在一种有别于法律效力的法律约束力，法律约束力其实是法律效力的同义词，有学者区别了法律约束力与法律效力，但其区别也是建立在两者本质相同的基础之上的。^① 在合同法中，如果认为合同效力与法律效力也是同义词，那么合同效力就是法律约束力；如果认为合同效力在外延上不同于法律效力，那么就需要解释不同部分的性质和功能。一些学者^②和最高人民法院引入《合同法》第 42 条缔约过失责任解释报批义务的可履行性，试图区别合同效力与《合同法》第 8 条规定的法律约束力，但是《合同法》第 42 条明确定义缔约过失责任是合同订立过程中的民事责任，合同成立后哪还有缔约过失责任可言？^③《合同法》第 8 条规定的法律约束力的前提是合同依法成立，并且其“按照约定履行自己的义务和不得擅自解除合同”的内容也是典型的合同义务。

理清《合同法》第 8 条与第 44 条的关系和含义便不难看出，《合同法》第 8 条规定的法律约束力就是合同效力，^④合同效力包括合同的成立效力和履行效力。^⑤ 合同的成立效力是依法成立的合同对当事人的全面约束力，合同一经成立，当事人不得违背合同中的任何承诺，无论是实体性承诺还是程序性承诺、是主要事项承诺还是配套事项承诺、是对当事人的承诺还是对第三人的承诺。合同的履行效力是依法成立的合同对当事人实现合同目的行为的约束力，合同具备履行条件，当事人必须按照合同目的和约定履行合同义务。多数合同的履行条件在合同成立之时就已具备，履行效力和成立效力同时产生；有些合同的履行条件在合同成立之时虽已约定但未具备，此时合同只有成立效力，履行条件具备产生履行效力，履行条件不具备不产生履行效力。需报批或登记的合同和附条件的合同^⑥都属于这一类特殊的合同。与附条件合同

① “合同的法律约束力根源于法律效力，合同约束力发挥作用，必须以法律效力为基础；法律效力是法律自身规定性的集中表现，是国家强制力通常采取的较文明的形态，合同的约束力是法律赋予的，是法律效力较高级的形态；合同效力在法律允许范围内具有较大的伸缩性，可由当事人逐步加以改变，法律效力一般不具有此种属性；合同的法律约束力既要依赖于国家的强制力，又要尽量避免或减少它的直接介入，这个特点也是法律效力所不具备的。”苏惠祥：《合同效力探讨》，《吉林大学社会科学学报》1990 年第 2 期。

② 参见吴光荣：《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；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》，《法律适用》2011 年第 11 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；孙学致、韩蕊：《特约生效要件成就前合同的效力——未生效合同概念批判之一》，《当代法学》2011 年第 6 期。

③ “缔约过失责任，是以先合同义务的存在为前提，是缔约人故意或过失违反先合同义务的法律后果，与合同是否成立或是否有效没有必然联系。这种先合同义务，是一种基于诚实信用原则而产生的法定义务。”马俊驹、余延满：《民法原论》，法律出版社 2010 年第 4 版，第 539 页。

④ “合同的效力，包括广义和狭义两种含义。广义的合同效力，指合同的约束力。它存在于合同自成立至终止的全过程，合同的有效与无效系指此意。狭义的合同效力，指合同约定的权利义务之发生或消灭，它存在于合同自生效至失效的全过程。”赵旭东：《论合同的法律约束力与效力及合同成立与生效》，《中国法学》2000 年第 1 期。

⑤ “传统合同理论认为，合同成立是事实判断，而非价值判断，合同的效力只有在合同生效后才能发生。《合同法》第 8 条和第 44 条否定和发展了这一理论，形成了新的合同效力理论，即合同的效力不是作为一个整体在合同生效之时一次全部赋予合同，而是分解为‘成立效力’和‘生效效力’两个部分，分别于合同依法成立之时和生效之时赋予合同。合同的生效效力主要表现为履行效力，合同的成立效力表现为实际履行以外的其他违约责任形式。”付吉元、邓楠：《论合同的成立效力与生效效力》，《河北科技大学学报》（社会科学版）2006 年第 1 期。王泽鉴将合同效力区分为形式拘束力和实质效力。前者是指当事人不能任意撤销、变更、解除合同的效力，后者是指基于合同本身的权利义务关系。参见王泽鉴：《债法原理：基本原理、债之发生》（第 1 册），中国政法大学出版社 2001 年版，第 193 页。王泽鉴此说可用于解释《中华人民共和国合同法》第 8 条和第 44 条的关系，但形式拘束力和实质效力的提法不如成立效力和履行效力简明得当。

⑥ “附生效条件的合同，条件成就前，合同未生效，只具有成立效力，不具有履行效力；条件成就时，合同生效，不仅具有成立效力，同时产生履行效力。”程国彬：《附条件与附期限合同及其效力解析》，《法学杂志》2006 年第 1 期。

不同,需报批或登记的合同的履行条件是法律规定的,当事人须以报批或申请登记的方式争取。争取履行的行为具有不确定性,是为履行行为创造必要的条件,还不是合同目的意义上的履行行为,但已受成立效力的约束,不争取履行或争取不当必须承担违约责任。简而言之,履行效力是合同效力的一部分,在一般合同中与成立效力合为一体,在特殊合同中与成立效力时空分离。

所以,批准生效的合同自成立之时起就有合同效力,不属于效力待定合同,而是有效合同。^①《合同法》第 44 条的生效仅仅指有效合同中的某些事项或条款的生效,并不涉及整个合同的效力。从严格意义上讲,批准生效合同不应称为未生效合同,只能称为需要批准的事项或条款未生效。合同某些事项或条款不生效,既可能导致合同某些事项或条款不履行,也可能因合同某些事项或条款的作用导致整个合同没有履行,但这只是结果。合同效力的认定不以合同是否履行为标准,当事人签约后取消协议只能称为解除合同,不属于合同无效。生效是合同法的常用概念,常用到谁都觉得自己清楚概念内涵,实际上生效的对象是有区别的,即是整个合同生效还是合同某些事项或条款生效。当然,这不仅仅是最高人民法院的问题,现有合同法理论少有深入研究合同生效内涵的成果,并且流传着“合同成立并不意味着合同生效”的片面说法。^②

据此而言,一审判决认定《股权转让协议》合法有效是正确的,但理由不足。一审判决应依据《合同法》第 8 条认定《股权转让协议》成立之时就有合同效力,不应只以合同签订之日起生效的条款作为依据。二审判决将《合同法》第 44 条的生效理解成整个合同生效进而比照无效合同处理,犯了原则性错误。^③二审判决比一审判决多了数亿的利息不能淡化其错误适用法律的严重性。从规则层面看,二审判决不仅改变了《合同法》第 8 条和第 44 条的规则内容和目的,而且与最高人民法院类似司法解释确立的共同报批和自行报批规则冲突,导致《合同法》第 44 条在不同的领域功能相反,^④损害了裁判规则的正当性。从个案层面看,二审判决掩盖了本案最本质的问题即云南红塔是否履行了报批义务,支持了云南红塔的违约行为进而使得云南红塔获取了诉讼之时高达 19 亿元的差价利益,结果明显不公,损害了诚实信用和公平原则。

六、成文法核心价值与概念确定

模糊“有权国有资产监督管理机构”的外延,混淆中烟公司批复的性质,误解《合同法》第 44 条的生效含义,造就了二审判决。仅仅是 3 个概念的似是而非,就能颠覆云南红塔没有履行报批义务的客观事实,消弭云南红塔及其实际控制人中烟公司出尔反尔的痕迹,落空能让诚信守约的陈发树得到法律救济的全部规则,凸显了概念在成文法中的极其重要的地位和作用。

成文法和判例法是人类文明进化形成的两种法律形式。一般认为,成文法和判例法在功能和价值上各有短长,^⑤但就整体而言,人类文明多倾向于成文法。这不仅表现在古罗马法的历史、大陆法系的版图、

① 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。

② “合同的成立属于合同的订立范畴,解决的是合同是否存在的事实问题,属于对合同的事实上的判断;而合同的生效属于合同的效力范畴,解决的是已经存在的合同是否符合法律规定,是否具有法律效力的问题。合同生效属于法律上的价值判断。”严安:《论合同成立与生效》,《学术论坛》2005 年第 10 期。

③ “在法律的适用上,应当区分《合同法》第 52 条第 5 项和《合同法》第 44 条第 2 款的适用顺序,先判断法律、行政法规是否存在强制性规定且合同是否存在违反该强制性规范的情形,再判断法律、行政法规是否存在合同须经批准的规定以及合同是否已经行政机关审批,而不能张冠李戴,误将法律、行政法规关于合同须经批准的规定视为法律、行政法规的强制性规定而将其作为合同的一般生效要件,否则,必将导致混淆合同无效和合同未生效的后果。”最高人民法院民事审判第四庭:《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 19 页。

④ 《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 6 条规定:“外商投资企业股权转让合同成立后,转让方和外商投资企业不履行报批义务,受让方以转让方为被告、以外商投资企业为第三人提起诉讼,请求转让方与外商投资企业在一定期限内共同履行报批义务的,人民法院应予支持。受让方同时请求在转让方和外商投资企业于生效判决确定的期限内不履行报批义务时自行报批的,人民法院应予支持。”这一规定确立了共同报批和自行报批的救济规则。与之不同,前述案件的二审判决建立在整个合同不生效的基础上,陈发树因而无权主张共同报批或自行报批。

⑤ 参见徐国栋:《西方立法思想与立法史略(上)——以自由裁量与严格规则的消长为线索》,《比较法研究》1992 年第 1 期;赵衍:《成文法与判例法在我国法制中的嫁接运用》,《上海政法学院学报》2014 年第 3 期。

国际社会的条约,也表现在英美法系国家出现了许多成文法。^①成文法虽然是人类生活经验的反映,但是在法律渊源上先于人们的行为而存在,具有直接指引人们行为的功能。依据成文法规则的内容和要求,人们在行为之前就能查知应如何行为、评估行为成本、预期行为后果,减少了人们选择行为和行为方式的风险。尤其重要的是,成文法具有指引和约束公权力行为的功能。有成文法,能落实“法无规定不可为”的公法原则,能要求有法必依、执法必严、违法必究,能预防和控制公权力在各种场合中的任性。

成文法的功能源于成文法的确定性。成文法的确定性集中表现在规则内容的具体、明确、肯定。成文法不是为个案而存在的,而是立法者统一和固定人们行为的结果,规则内容必须确定。如果规则内容含糊不清、模棱两可或有名无实,那么成文法就只有宣示意义,达不到指引和约束人们行为的立法目的,甚至可能出现指引错误。成文法规则的内容越确定,其指引和约束人们行为的功能越强。醉驾入刑之所以可能是我国目前成效最好的法律规则,是因为醉驾的认定标准非常确定,没有伸缩空间。成文法的确定性还表现在规则的稳定可靠。成文法不能朝令夕改,修改成文法需要非常强有力的理由和历经规范的程序,在几年、十几年甚至更长时间内,成文法规则的内容几乎不发生变化。成文法具有普遍性、持久性、可预期性等多重优势。这些优势说到底还是成文法的确定性带来的,因而完全可以说确定性是成文法的核心价值,^②是历经千年不衰而且不断扩张的动力所在。

成文法的确定性首先取决于立法对生活经验的提炼和选择是否得当。生活之树常青是行为规则的本质,成文法规则适应生活经验的本质需求是成文法确定性的源泉。罗马私法之所以至今仍指引着人类的行为,就是因为罗马私法的大多数规则表达了人类生活经验中最为本质的部分,如人格、财产。如果成文法规则在反映生活经验上出现了大的偏差,那么其内容再怎么确定也不能持久,是虚幻的确定性。但是,立法提炼和选择生活经验得当只是第一步,成文法确定性的形成离不开逻辑技术。成文法规则是预设性规则,是立法者理性思维的产物,自始至终表现为逻辑的过程。立法实际上就是立法者依照逻辑规则提炼和选择人们的生活经验,并以人们共同认知的概念描述行为及其要求。^③其中,概念的重要性无与伦比。概念是表达和固定成文法规则和内容的基本单元,犹如有机体的细胞。成文法在逻辑上就是一连串既定概念组合而成的规则。^④确定的概念描述出来的行为及其要求是确定的,不确定的概念描述出来的行为及其要求是不定的,概念的确定性最终决定成文法的确定性。因此,成文法国家基本都是概念法学的乐园。

作为成文法细胞的概念,依据概念的来源可分为法律概念与生活概念。法律概念是成文法历史进程中形成的具有常识意义的法律术语,如物权、债权、法律行为等。法律概念是法律语言系统中最为稳定的要素,具有不可置疑的确定性,是成文法确定性的主干。怀疑和挑战法律概念的情形较为少见。生活概念是成文法国家特有的表现生活经验的专用术语,如个体工商户、土地承包经营、国有资产监督管理等。生

① “早在 18 世纪末,英国功利主义者边沁便从合理主义的立场出发,对历史主义的判例法予以抨击,其结果是今天英美法的部分成文化。现代英美议会立法大量增加,如美国大部分州已有自己的宪法和刑法典。委托立法范围也日益扩大,甚至一些公私团体也可草拟成文法,如‘美国法律协会’50 年代制定了一部《统一商法典》。”梅夏英、尚代贵:《成文法与判例法的分离与融合——关于大陆法系及我国判例地位的探索》,《株洲工学院学报》2000 年第 1 期。

② “确定性的意义在于:第一,由于法律尽可能地包括了社会生活各方面的行为规则,使人们事事有所遵循,从而给人民带来了自由。法律规定越多,行为的法律界限就越明晰,人民就越自由,权力行使者就越不自由;第二,确定性使法律有可预见性。人们在采取任何作法之前,都能事先知道由此会产生何种法律后果,不必担心来自法律的突如其来的打击,从而使人民获得了免受被滥用的强制力影响的安全;第三,确定性要求法律规定的明确性,这就限制了对法律任意加以解释的可能,进一步束缚了执法者的手脚,使他们难以抛开明确的法律而根据自己的利益任意解释法律处置事件;第四,确定性使法律不得朝令夕改。”东方玉树:《成文法三属性:权利与权力的平衡态——兼论现代法律的调整对象》,《法律科学》1993 年第 5 期。“在大陆法系中,确定则是最重要的法律原则,灵活只是在为防止法官创法而设的复杂程序中,为解决一系列问题才偶尔用到。”徐国栋:《西方立法思想与立法史略(上)——以自由裁量与严格规则的消长为线索》,《比较法研究》1992 年第 1 期。

③ “立法者应该把自己看作一个自然科学家。他不是在创造法律,也不是在发明法律,而仅仅是在表述法律,他用有意识的实在法把精神关系的内在规律表现出来。如果一个立法者用自己的臆想来代替事情的本质,那么人们就应该责备他极端任性。同样,当私人想违反事物的本质任意妄为时,立法者也有权利把这种情况看做是极端任性。”《马克思恩格斯全集》(第 1 卷),人民出版社 2002 年版,第 183 页。

④ “由一个法律制度所确定的概念,主要是用来建构法律规则和法律原则的。众所周知,一些法律规范往往是围绕着某个单一概念而展开的。”[美] E. 博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社 1999 年版,第 490 页。

活概念进入成文法后也具有法律概念的性质和功能,但欠缺历史的凝重和逻辑的磨砺,是法律语言系统中比较粗糙、活跃的要害。生活概念总是给成文法注入时代的气息,使成文法不断返老还童,但难免含义不定、外延不全、词义不一、指代不当,损害成文法的确定性。这就需要对生活概念进行修正式的界定,扬长避短、去粗取精,使其成为符合成文法确定性要求的概念。

概念确定,立法者负有不可推卸的责任。立法者精通法律原理和语言、擅长逻辑思维、习惯缜密思考,是概念确定的必要条件。这是一个要求不低的条件,立法者常常难以企及或圆满,成文法规则因而总有这样或那样而且不乏严重的缺陷。学者经常诟病的成文法僵硬、滞后、漏洞^①多是因为概念表述出了问题。假如《合同法》第8条不用法律约束力一词,而直接表述为合同效力或者对法律约束力予以定义,那么就不会有最高人民法院的形式拘束力之类的司法解释;假如《合同法》第44条表述清楚本条所称生效是指报批或登记事项产生合同效力,那么应该不会有二审判决的不生效合同比照无效合同的结果。

但是,司法裁判在概念确定上的责任丝毫不亚于立法,甚至可以说重于立法。立法概念明确,司法裁判有责任确保其不在实践中异化或走样;立法概念模糊,司法裁判有责任寻找符合立法宗旨和法理的解釋,依据情况提请立法适时修正或在司法解释权限内矫正。理论研究不是司法裁判的任务和强项,但通过个案发现成文法确定性的瑕疵是司法裁判的职责和特长。深入研究和慎重对待个案中涉及成文法规则的每一个概念,是司法裁判必做的不应有任何懈怠的功课。就此而言,二审判决失职。

七、余言

本案及其同类案件^②不是孤立的个案,而是我国社会普遍不信任成文法的结果。

我国是历史悠久的成文法国家,^③但成文法从来不被信仰,大唐律、大清律始终在圣旨之下。当下我国驶入了依法治国的快车道,但厚重的历史压抑了成文法的地位和作用。过去30年是我国历史上规模最大、时间最长的成文法立法时期,也是不信任成文法的观念和观点最为泛滥的时期。理论上,呼吁提高成文法权威和尊严的声音非常微弱,^④主流学者大多自觉不自觉地成文法的确定性视为成文法的固有缺陷,推崇法官自由裁量。立法上,立法者习惯采用宣示性和原则性规则避免具体问题上的争议,以致《中华人民共和国侵权责任法》的许多条文若无司法解释几乎不能用来判决具体案件。司法上,以法官见解诠释、剪裁成文法常常出现在司法解释^⑤和个案判决^⑥之中,会议纪要、指导意见、典型案例甚至最高人民法院法官的个人著作也能侵蚀成文法。我国几近于名为成文法、实为“判例法”。^⑦

这种现状必须改变。如果司法裁判总能任意解释和适用成文法规则,那么有什么必要制定成文法?在我国这样一个人口高度密集、从古到今都是成文法司法体制的国家,法治的首要任务是树立和维护成文法崇高地位和权威。在这之前,任何容忍、鼓励甚至谋求法官造法都是制造成文法的混乱和危机,毁损我国法治的根基。司法裁判应自觉维护成文法的核心价值,但愿本案的评析能引起最高人民法院和我国法学界的重视。

责任编辑 温世扬

① 参见徐国栋:《民法基本原则解释——以诚实信用原则的法理分析为中心》,中国政法大学出版社2001年版,第176—182页。

② 参见内蒙古自治区鄂尔多斯市中级人民法院(2005)鄂中法民二初字第33号民事判决书。

③ 参见郝铁川:《中华法系研究》,复旦大学出版社1997年版,第195页。

④ “当前中国司法改革处理立法权与司法自由裁量权关系的原则应是削弱司法自由裁量权,提高成文法地位。具体来说,就是要改革立法体制,将立法发展模式从数量型转变为质量型,通过加强立法来扩大立法权对社会关系的实际影响,切实维护并提高成文法地位。”孟勤国、蒙晓阳、刘慧玲:《削弱司法自由裁量权与提高成文法地位——中国司法改革之路》,《法学》2000年第10期。

⑤ 参见孟勤国:《论中国的司法解释》,《社会科学战线》1990年第4期。

⑥ 参见孟勤国:《法官自由心证必须受成文法规则的约束》,《法学评论》2015年第4期。

⑦ 我国法官所造之法其实不是英美法系意义上的判例法,而是法官各行其是的结果。同案不同判,是当下我国司法裁判最严重的问题。