

## 内容摘要

违反强制性规范合同的效力是合同法律制度的一个重要组成部分。大陆法系国家和地区的民法或合同法中都有关于违反强制性规范合同的效力的规定,我国《合同法》第 52 条第 5 项就在此等规定之列。本文以我国《合同法》第 52 条第 5 项的理解和适用为中心,从我国《合同法》第 52 条第 5 项在公私二元法律体系中和在法律适用过程中的规范功能出发,界定强制性规范的内涵、外延及其形式;以对强制性规范的目的解释为主要的法律解释方法,对违反强制性规范的合同进行类型化。

本文包括导论、正文、结语三部分,其中正文由三章组成。

导论主要是引出本文的论题,简要地说明本文的研究论证所采用的方法。

第一章主要为本文奠定理论基础,确定我国《合同法》第 52 条第 5 项此等规定在公私二元法律体系中和在法律适用过程中的规范功能。

第二章的内容是关于强制性规范的,主要是确认强制性规范的内涵、外延和形式。

第三章是正文的核心部分。首先对关于合同违反强制性规范的一些基本概念进行澄清界定,然后把合同违反强制性规范的样态分为直接违反和间接违反两种类型,接着再对这两个子项进行分类。法律的目的解释方法在此类型化过程中起着基本的指导作用。

通过此文,笔者力图对违反强制性规范合同的效力作出清晰的梳理,为判断违反强制性规范合同的效力初步建立一套实用的条理的步骤与方法。

**关键词:** 合同; 强制性规范; 效力

## ABSTRACT

The validity of the contracts in violation of mandatory rules is an important part of the system of contract law. It is common to find such provisions as deal with the validity of the contracts in violation of mandatory rules in the continental legal states and regions and the article 52(5) of Contract Law of the People's Republic of China (referred as the article 52(5) of Contract law) falls within these provisions. Focusing on the comprehension and the application of the article 52(5) of Contract law, this thesis, firstly makes the regulating functions of the article 52(5) of Contract law clear in the public-private dualistic legal system and in the application of law; then defines the connotation, the denotation and the sources of mandatory rules and after that, on the basis of interpretation of the purposes of mandatory rules, tries to classify the contracts in violation of mandatory rules.

This thesis comprises of three parts, i.e. Introduction, Test and Conclusion. The Test further consists of three chapters.

The Introduction draws the proposition of this thesis and gives a brief explanation of methods of the study.

Chapter one is to establish the basic theory for this thesis by way of defining the regulating functions of the article 52(5) of Contract law in the public-private dualistic legal system and in the application of law.

Chapter two is concerned about the mandatory rules, the connotation, the denotation and the sources of which are analyzed.

Chapter three is the core part of this thesis. It is first to make the definitions of some concepts with respect to the contracts' violation of mandatory rules. Then, the contracts' violation of mandatory rules are classified into such types as direct violation and indirect violation which are further classified. The method of interpretation of the purposes of laws plays a fundamental and guiding role in the course of classification.

Through this thesis, the author makes an attempt to clearly rearrange the validity of the contracts in violation of mandatory rules for the establishment of a practical and orderly set of measures and methods for the judging of the validity of the contracts in violation of mandatory rules.

**Key Words:** Contract; Mandatory rules; Validity

# 厦门大学学位论文原创性声明

兹提交的学位论文，是本人在导师指导下独立完成的研究成果。  
本人在论文写作中参考的其他个人或集体的研究成果，均在文中以明确方式标明。本人依法享有和承担由此论文产生的权利和责任。

声明人（签名）：

2007年4月30日

# 厦门大学学位论文著作权使用声明

本人完全了解厦门大学有关保留、使用学位论文的规定。厦门大学有权保留并向国家主管部门或其他指定机构送交论文的纸质版和电子版,有权将学位论文用于非营利目的的少量复制并允许论文进入学校图书馆被查阅,有权将学位论文的内容编入有关数据库进行检索,有权将学位论文的标题和摘要汇编出版。保密的学位论文在解密后适用本规定。

本学位论文属于

- 1、保密 ( ), 在 年解密后适用本授权书。
- 2、不保密 ( )

作者签名: 周华平

日期: 2007年 4月 30日

导师签名: 柳江平

日期: 2007年 5月 8日

## 导 论

《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)第52条第5项规定,违反法律、行政法规的强制性规定的合同无效。本文主要是以违反强制性规范合同的效力为研究对象,即《合同法》第52条第5项的理解和适用问题。为了方便理解这个问题,先从以下两个事例说起:

事例 1: 香烟零售贩甲,从无烟草专卖许可证的批发商乙处购进一批紧俏香烟,又将它们转卖给了另一零售摊贩丙。可是,在交货之际香烟的市场价格大幅度上扬,于是甲拒绝交货,理由是:《烟草专卖法》第33条规定:“无烟草专卖批发生产许可证经营烟草制品批发业务的,由烟草专卖行政主管部门责令关闭或者停止经营烟草制品批发业务,没收违法所得,并处罚款。”甲乙之间的买卖合同违反了该规定。

事例 2: 在一商场的有奖销售活动中,商家提供的最高奖金为1万元,甲幸运中奖。但商家认为其设立奖金为1万元的行为无效,拒绝提供奖金。理由是其设立1万元的奖金是违法的,即违反了《反不正当竞争法》第13条关于抽奖式的有奖销售,最高奖的金额不得超过五千元的规定。

上面这两个事例都涉及到违反强制性规范合同的效力问题。如果从文义上解释《合同法》第52条第5项使之适用于这两个事例,结果往往是:事例1中甲乙间的买卖合同无效;事例2中商家和顾客甲之间的赠与合同无效。但我们不妨深入地思考一下,以判断合同无效这种看似简单的方式处理类似这样的事例,是否真的符合法律规范的旨趣和基本的法律原则呢?是否能实现法律的调整目标呢?是否符合人们一般的法律感情呢?是否能取得良好的社会效果呢?

违反强制性规范合同无效,这在许多成文法国家和地区民法中都有相应的规定。但是许多有此规定的国家均感觉到法律规定违反强制性规范合同一律无效不妥,于是,在他们的立法、司法实践中出现了一种矛盾的现象:在确认合同无效的同时,却又在法律实践和理论上采取与创制各种方法来达到法律适用的例外。反观我国,目前在司法实践中,法官往往机械、片面地适用强制性规范而宣告合同无效;在民法理论上,近年出版的绝大多数合同法或民法

的教科书、解释书等都持这样一种观点：凡是违反强制性规范合同当然是无效的。

由此可见，在对违反强制性规范合同的效力的判断上，其他成文法国家或地区的处理态度与我国的处理态度是存在着差异的。即使是在我国，不同地方的法院，甚至是同一法院在不同时间，面对类似的违反强制性规范合同，也存在着迥然不同的做法，有的认定无效，有的却对法律进行迂回解释，从而达到维持合同效力的目的。那么，该如何正确地判断违反强制性规范合同的效力呢？这个大问题又能析离出几个具体的问题：规定违反强制性规范合同的效力的法律条款的规范功能是怎么样的呢？强制性规范的内涵和外延是什么呢？如何解释“违反”一词的具体涵义呢？在违反强制性规范后，合同的效力是否只有无效这样的一种选择路径呢？“‘具体情况具体分析’也许是一个办法。但这实际上是一种不负责任的逃避。法官依照什么来‘具体分析’？当事人依照什么来预测契约的命运？寻找合理的、抽象度尽可能低的判断模式，才是法学的任务。”<sup>①</sup>在现有的法律体制内，运用相关的民法学理论和合同法理论来解决以上的问题，从而正确地解释和适用《合同法》第52条第5项的规定，就是本文的出发点和目的所在。

法学作为一门学科有自己独特的研究方法。以法律文本为研究对象是法学研究的特征之一，对法律文本进行解释也就成为法学研究的重要方法之一。本文的目的既然是为了使《合同法》第52条第5项得到正确的理解和适用，则首先以法解释学，特别是民法解释学的方法为指导进行论证研究。此外，比较方法也是民法学的主要研究方法之一，本文拟通过对其他国家特别是大陆法系国家和地区关于违反强制性规范合同效力的立法例、判例学说等方面进行比较考察，分析综合出在我国法律语境下关于判断违反强制性规范合同的效力的有益经验和理论构造。

<sup>①</sup> 解亘.论违反强制性规范契约之效力——来自日本法的启示[J].中外法学,2003,(1):38.

## 第一章 关于违反强制性规范合同的效力的立法规定

### 第一节 各国关于违反强制性规范合同的效力的立法规定

在成文法国家和地区的民法典或合同法中，一般都能找到关于违反强制性规范合同的效力的规定。

《德国民法典》第 134 条规定：“法律行为违反法律上的禁止时，无效，但法律另有规定的除外。”

《法国民法典》第 6 条规定：“个人不得以特别约定违反有关公共秩序和善良风俗的法律。”第 1131 条规定：“无原因的债、基于错误原因或不法原因的债，不发生任何效力。”第 1133 条规定：“如原因为法律所禁止，或原因违反善良风俗或公共秩序时，此种原因为不法的原因。”应当指出的是，法国民法典开创了合同自由原则的现代民法基本原则之典范，但法国民法典中的法律行为制度并没有德国民法典那样周密完善。

《瑞士债法典》第 19 条规定：“在法律限度内，当事人可以自由确定合同内容。存在违反法律规定之条款的合同，只有在符合下列情形时有效：（1）法律没有设立不可变更之规则；（2）变更不得侵害公序良俗或者他人之权利。”第 20 条规定：“含有不能履行，违反法律或者违反公序良俗之条款的合同无效。”

《日本民法典》第 90 条规定：“以违反公共秩序或善良风俗的事项为标的的法律行为，无效。”但没有关于违反法律强制性规范的法律行为无效之规定。

《俄罗斯联邦民法典》第 168 条规定：“不符合法律或其它法律文件的法律行为无效，不符合法律或者其他法律文件要求的法律行为是自始无效法律行为，但法律规定此种法律行为是可撤销法律行为或者规定了违法的其他后果的除外。”

《澳门民法典》第 287 条规定：“违反强行性之法律规定而订立之法律行为无效，但法律另有规定者除外。”

《台湾民法典》第 71 条规定：“法律行为，违反强制或禁止之规定者，无效。但其规定并不以之为无效者，不在此限。”

综合以上一些大陆法系国家或地区的规定可以看出，尽管现代民法都信奉合同自由的原则，但是在合同违背法律时，没有一个国家的法律制度放弃将这种合同宣告为无效的权力。按照传统的法律观念，私法自治是自由的宪政制度和法律制度中不可或缺的价值观念。<sup>①</sup>合同自由原则是私法自治的核心内容，强调合同的约束力来自意思或意愿，而不是来自外部力量的干涉。那么，为何各国的法律规定中还有关于违反法律强制性规范合同无效的规定呢？可以看出，在此类法律规定的后面，还隐藏着更为深层的基本理论问题，把他们抽离出来，即是：公法与私法的关系如何？在公法与私法的关系中，规定违反强制性规范合同无效的法律条款所起的是什么样的规范功能呢？

## 第二节 我国《合同法》第 52 条第 5 项的规范功能

首先有必要明确功能的内涵。功能，从语义的角度分析，是指事物或方法所发挥的有利的功效。<sup>②</sup>在法学的语境中，法的功能有不同含义，一般是指法所固有的可能对社会生活发生影响的功用和性能。<sup>③</sup>本文所使用的功能概念是借用我国台湾地区民法学的术语，<sup>④</sup>与一般的法的功能的概念是有差别的。本文所称的功能指的是法律规定或法律规范在整个法律体系中和在法律适用过程中所起的作用或功效。法律体系是一国现行法律规则和原则按一定逻辑顺序组合起来的整体。<sup>⑤</sup>但构成法律体系的法律规范并非简单相加，而是相互关联、互相支持、互通有无，共同构成的一个相对独立但完整的规则系统。违反强制性规范合同的效力制度是整个法律体系的一个重要组成部分。合同所违反的强制性规范包括公法上的强制性规范，这样，如何衔接具有私法性质的民法规范与具有公法性质的强制性规范，借以维持公私二元法律体系的和谐运行，就成为《合同法》第 52 条第 5 项此类规定的重要功能所在。同时，《合同法》第 52 条第 5 项是一条比较抽象的规定，其在具体的法律适用过程中的如何发挥其规范功能也是一

<sup>①</sup> [德]亚历山大·冯·阿雷廷.德国法律行为制度构成与展望[A].孙宪忠.制定科学的民法典——中德民法典立法研讨会文集[C].北京:法律出版社,2003.62.

<sup>②</sup> 新华汉语词典编委会.新华汉语词典[M].北京:商务印书馆国际有限公司,2004.341.

<sup>③</sup> 周旺生.法的功能和法的作用辨析[J].政法论坛,2006,(9):112.

<sup>④</sup> 台湾学者苏永钦教授在其著作中提出关于“台湾民法”第 71 条的“基本功能”与“技术功能”两个概念。由于“基本功能”与“技术功能”这两个概念在我国大陆的民法学中很少得到运用，而且两者之间的外延有相互重叠的嫌疑，因此本文只采用功能一词。

<sup>⑤</sup> 周永坤.法理学[M].北京:法律出版社,2004.85.

个重要的理论问题。只有明确了《合同法》第52条第5项此等规定的规范功能，才能正确界定强制性规范的范围，才能对违反强制性规范合同的效力做出正确的判断。

### 一、在公私二元法律体系中的规范功能

自罗马法以来，法律在传统法学上被分为两类，一为公法，二为私法。虽然公法与私法的划分向来无统一的标准，有利益说、效力说、主体说、统治关系说、意思说等等；<sup>①</sup>但对法进行这样的划分已经成为一种通行的做法。

公法和私法的区别大致是：第一，从调整的对象来看，公法涉及国家组织原则和组织方式以及政府的运作程序、公民的权利救济等方面，公法关系主要是一种以服从为特征的不平等法律关系；民法调整的是平等主体之间的人身关系和财产关系；第二，从法的理念来看，私法是权利之法，以私法自治为核心精神；而控制权力则是公法的一条基本原则；第三，从功能上看，公法以社会为本位，实现社会利益的协调发展；私法以个人为本位，其利益取向是个人利益的最大化，在不损害其他合法利益的前提下实现个人利益的最大张扬。

在明确公法与私法的区别的前提下，确立公法与私法的关系是理解违反强制性规范合同的效力这一问题的重要理论前提。如果秉持私法优先的观念，即“私法区分的动机发端于对个人利益及独立性的重视和肯定，并由此承认个人与国家对立的存在。公、私法划分的观念和实践使得法律从体系上始终关心个体的人及其利益的存在，反对借国法或公益的名义抹杀个人的需要。用罗马法的话来说，是‘给每个人以稳定和永恒权利的意志’。”<sup>②</sup>那么在出现合同违反强制性规范的情形下，合同无效将不会是唯一或是优先的选择。如果认同公法优先的观念，即“公法的目的必须得到实现，私法必须服从公法的利益。”<sup>③</sup>那么，在判断违反强制性规范合同的效力时，合同的法律后果往往是无效的。

那么，公法与私法间的关系的应然状态是什么样的呢？正如拉伦茨所言：“在公法与私法之间，并不能用刀子把它们精确无误地切割开，就像我们用刀子把一只苹果切成两半一样。公法与私法在许多方面相互交错在一起，其中历

<sup>①</sup> 梁慧星.民法总论[M].北京:法律出版社,2001.32.

<sup>②</sup> 龙卫球.民法总论[M].北京:中国法制出版社,2003.9.

<sup>③</sup> 解亘.论违反强制性规范契约之效力——来自日本法的启示[J].中外法学,2003,(1):38.

史原因起着一定的作用，即，只能从历史的原因中作出解释。”<sup>①</sup>从法律技术层面上分析，划分公法与私法有助于在不同性质的法律规范之间划分一条“泾渭分明”的界限，以便于寻找和适用法律的方便，有利于法律研究的便利。<sup>②</sup>价值立场的不同更是划分私法与公法的推动力。私法领域奉行的是平等原则、私法自治原则、诚实信用原则、公序良俗原则等等，其中，私法自治原则又处于核心地位；公法领域奉行的是权力控制原则、社会利益优先原则等等。在各自的场域之内，公法和私法有自己特有的调整方式及调整规律。而事实上，社会和国家、公共权力和私人权利、公共利益和私人利益、公共领域和私人领域的划分也不是一成不变的。无论公法对国家行为的规制，还是私人对私法自治的确认，都是市民社会要求获得国家强制力支持的表现，私人权利要通过依法运行的公共权力的保障才能实现。而且，公法和私法对应的公共利益和私人利益，在法律制度的具体对号入座中常常发生困难。公法与私法的划分在 20 世纪之前是比较清楚的。但是，当人类进入 20 世纪后，社会在各个方面——无论是政治、经济还是文化方面都发生了重大变化，这些深刻的社会变化对法的理念和立法产生了重大影响。法的理念由“个人本位”转为“社会本位”；立法上，国家主动干预社会并侵入传统私人领域，带有公法色彩的法律大量出现。“现代化同时带动公领域和私领域的扩张，两者之间呈现的不只是反映在意识形态的波段式拉锯，而且是越来越多的交错，应然面的法律体系，很自然地 from 公私法的二元变成多元。”<sup>③</sup>

面对着公法与私法相互交错的现象，如何调整公法与私法的关系，也就成为人们深入思考的问题。对此，德国法学家进行了有益的探索。20 世纪 60 年代后期崛起的“政治法学”，积极主张将私法政治化，以统一公、私法的规范。德国民法学者 Raiser、Reich 等则建议将私法依其规范领域的“公众性程度”分为古典私法、大众化或类型化关系之私法、企业之间私法与社团私法。与旨在否定公、私法二元法律结构的激烈主张不同，有些学者态度则相对温和，主张不动摇私法体系的基本架构，而仅基于新的社会事实对契约、侵权行为等制度进行结构性调整，并在方法上普遍接受一种结构或功能取向的解释方法，使私

<sup>①</sup> [德]卡尔·拉伦茨.德国民法通则(上)[M].王晓晔,邵建东等译,北京:法律出版社,2003.6-7.

<sup>②</sup> 郭明瑞,于宏伟.论公法与私法的划分及其对我国民法的启示[J].环球法律评论,2006,(4):426.

<sup>③</sup> 苏永钦.民事立法与公私法的接轨[M].北京:北京大学出版社,2005.74.

法操作的结果尽可能与干预社会的公法不相冲突。<sup>①</sup>无论前述激烈的主张还是相对温和的主张,要么直接调整了私法的概念和体系,要么修正了私法的价值和方方法,对传统的法律结构造成了很大的冲击。因此,既回应社会的变迁,冲淡公、私间的紧张关系,缩短公、私法间的距离,化解其价值矛盾,又确保并巩固私法体系的独立存在,使体系内的概念、方法不致发生过于剧烈的变动就成为比较优化的选择。如果国家一方面用公法期待人民为一定的作为或不作为,另外一方面又赋予与此相反的法律行为完全的效力,以公权力强制执行,就会出现价值或政策的矛盾,比如刑法禁止杀人,法院当然不可能承认黑道杀人合同的效力。<sup>②</sup>由此,大陆法系各国民法普遍设有因违反强制性规范而使合同无效的规定。《合同法》第52条第5项也在此等规定之列。

可见,《合同法》第52条第5项此等规定铺设了公法规范进入私法领域的“管道”,起到在维护私法原有的体系的前提下,沟通公私法之间关系的规范功能。从另外一个角度来看,此等法律条款的设定,恰恰是私法自治原则或合同自由原则的体现,因为此等条款构筑了一条抵抗公法侵蚀的“堤坝”,调整其他社会关系的公法规范要进入私法领域之前,必须经过此类条款的检验,把判断合同的效力作为私法领域自有的调整事项处理,因为判断合同是否有效是私法领域本来应有的内容,而不是规定公法事项的法律规范的任务。然而,在明确其在公私二元法律体系中的功能后,仅仅是知道了其“是什么”,还不明白其“怎么样”,即公法规范如何通过该条“管道”进入私法领域的?是畅通无阻地“鱼贯而入”还是经历层层过滤之后,再慢慢渗透到私法之中呢?<sup>③</sup>这就涉及到《合同法》第52条第5项此等规定在具体的法律适用过程中的功能问题了。

## 二、在法律适用过程中的规范功能

### (一) 三种学说

对规定违反强制性规范合同的效力的法律条款在具体的法律适用过程中的

<sup>①</sup> 苏永钦.私法自治中的经济理性[M].北京:中国人民大学出版社,2004.33-34.

<sup>②</sup> 苏永钦.民事立法与公私法的接轨[M].北京:北京大学出版社,2005.89.

<sup>③</sup> 孙鹏.论违反强制性规范行为之效力——兼析《中华人民共和国合同法》第52条第5项的理解和适用[J].法商研究,2006,(5):124.

规范功能，有三种不同的学说。

1. 引致规范说。此说以德国法学家 Flume 为代表。该说认为《德国民法典》第 134 条事实上没有说明什么，而仅为一引致规范，其本身没有独立的规范内涵，也根本不具有解释规则的意义，而是单纯引致到某一具体规范而已，法官尚需从具体禁止规范的目的断定违反行为之效果。<sup>①</sup>

2. 解释规则说。此说以德国法学家 Canaris 为代表。该说认为《德国民法典》134 条应该定性为解释规则，即认定法律行为在违反禁止性规范时，除另有规定外，原则上即应为无效，借以肯定国家透过立法对经济、社会秩序的干预，贯彻其政策。<sup>②</sup>

3. 概括条款说。此说认为《德国民法典》第 134 条非单纯的引致规范，其操作的复杂性亦远超过单纯的解释规则，而为具有对法官的授权性质，需要价值补充的概括条款。<sup>③</sup>

## （二）对三种学说的评价

引致性规范引用的是强制性规范中的构成要件内容，而规定合同的法律效果，则是该引致规范的主要内容。引致规范的存在是立法技术避免繁琐重复或挂一漏万的手段。<sup>④</sup>有学者认为：“以民法以外的部门法对法律行为进行控制是一涉及部门法之间相互协调的问题。在此控制中，民法的内容合法原则仅具有一般引致功能，它仅能起到使内容违法行为原则上归于无效的作用；要使这一控制深入化，还有必要对不同部门法规范的效力评价作进一步分析和解释。”<sup>⑤</sup>引致规范说不将违反强制性规范合同一律解释为无效，有其积极的意义。但在被引致到的规范未明确违反行为的效力而且也不能从相关规范中间接推导出其效力时，单纯的引致便于事无补，在实务上也难以有建树。

似乎在我国法理学和民法学教科书里面没有看到对“解释规则”涵义和外延的解说。德国法学中的“解释规则”似乎可以理解为一种具有宣示功能的法律规则，即通过法律条文中的语言顺序的安排来反映立法者的价值取向。先

<sup>①</sup> [德]卡尔·拉伦茨《德国民法通则(下)》[M].王晓晔,邵建东等译,北京:法律出版社,2003.588.

<sup>②</sup> 苏永钦.私法自治中的经济理性[M].北京:中国人民大学出版社,2004.35.

<sup>③</sup> 同上.

<sup>④</sup> 黄茂荣.法学方法和现代民法[M].北京:中国政法大学出版社,2001.137.

<sup>⑤</sup> 董安生.民事法律行为[M].北京:中国人民大学出版社,2002.157.

规定违反强制性规范的合同无效，再以但书即合同的有效作为例外，反映了立法者以合同的无效为基本的价值立场，同时也规定了当事人之间举证责任的负担。可以看出，解释规则说支持公益绝对的观点，倘若如此，则公法势必汹涌而入，严重挫伤私法自治，并可能导致当事人间的利益的显著不公正。

概括条款可以理解为衡平规定。法律规定可以依其对主管机关（特别是法院）的拘束力的强弱，被区分为严格规定与衡平规定。严格规定系指那些法条，他们将一个一般而清楚之法律效果系于一个一般而清楚的构成要件，从而当构成要件被充分时，该法律效果便毫无例外地因而发生，法院或其他主管机关对之不享有判断余地（关于法律构成要件部分）或裁量余地（关于法律效果部分）。<sup>①</sup>与严格规定相对应，衡平规定就是授予法院或其他主管机关判断余地或裁量余地的法律规定。该说将一个无内容的引致性规范或是单纯的解释规则提升为一项对法官授权的概括条款，并透过有意识的司法创造建立一套精致的法律行为控制标准，实现私法自治的原始理想与国家对社会、经济干预的最佳调和。<sup>②</sup>

因此，在认识《合同法》第 52 条第 5 项在具体的法律适用过程中的功能上，本文认为，其为概括条款或衡平规定，必须由法官或仲裁者于具体案件中进行价值判断、公平裁决，其规范功能方能具体显现。

### 第三节 本章小结

关于违反强制性规范合同的效力问题，大陆法系各国民法中都有相应的规定，《合同法》第 52 条第 5 项即在此等规定之列。在历史背景、国情各异的不同国家的民法或合同法中，出现相同或类似的规定绝不是偶然的。尽管不能排除法律移植的因素在起作用，但其背后更有深层的理论基础。从公法和私法相互关系的理论框架下进行宏观分析，可以得出作为沟通公法与私法的“管道”是《合同法》第 52 条第 5 项此等规定在公私二元法律体系中的规范功能所在的结论。从法律适用的角度看，概括条款是《合同法》第 52 条第 5 项的规范功能所在。考察出《合同法》第 52 条第 5 项的规范功能，从而为下文的展开奠定了理论基础，提供了论证方向。

<sup>①</sup> 黄茂荣.法学方法和现代民法[M].北京:中国政法大学出版社,2001.122.

<sup>②</sup> 孙鹏.论违反强制性规范行为之效力——兼析《中华人民共和国合同法》第 52 条第 5 项的理解和适用[J].法商研究,2006,(5):125.

## 第二章 强制性规范之理论

须在法律规范分类的语境中去理解强制性规范。只有在与其他性质或类型的法律规范比较中，才能更好明晰强制性规范的内涵和外延。

### 第一节 强制性规范的内涵

#### 一、强制性规范与法律规范

强制性规范是法律规范的一种。法律规范、法律规定和法条是有区别的三个概念。法律或者法律规范，本身就是一个体系，其下分成各个较小的规范单元或体系。那种最低的规范单元，即在法律中能够发挥其规范功能的最小单位，称为法律规定。一部制定法在语言形式上往往由诸多法条组合而成，但是，制定法作为法律或法规范，即从规范功能而言，并不是由法条组成，而是由法律规定所组成。<sup>①</sup>一个法条能构成一个法律规定，但在大多数情况下，一个法条通常不能构成一个法律规定，往往是法律文本的诸多法条，以多种方式相互交织和相互合作才能产生一个法律规定。各个法条只有当其取于一定之价值标志，针对一定之生活类型被组合成一套规定后，它对系争生活类型的意义才能相对地确定下来，同时也才产生其规范功能。<sup>②</sup>法律规范的逻辑结构，有三要素说，认为法律规范由假定、处理、制裁或由假定、行为模式、法律后果组成；也有两要素说，认为法律规范是由行为模式和法律后果组成；还有四要素说。不管采用什么样的学说，一个法律规范的逻辑结构一般是由法律构成要件事实和法律效果两部分组成。因此，《合同法》第52条第5项规定违反法律、行政法规的强制性规范合同无效，该条款，从形式看是只是一个法律条文，从内容上看是一条法律规定，须结合其他被违反的法律规定，才称得上一个法律规范，才能发挥其规范功能。例如，甲乙双方订立买卖赃物的合同，该行为违反了我国《治安管理处罚法》第60条的规定；从当事人应当承担行政法律责任的角度

<sup>①</sup> [德]卡尔·拉伦茨.法学方法论[M].陈爱娥译,北京:商务印书馆,2003.135.

<sup>②</sup> 黄茂荣.法学方法和现代民法[M].北京:中国政法大学出版社,2001.101.

上分析,《治安管理处罚法》第 60 条既规定了当事人的行为模式,又规定了行政法律后果,是一个法律规范;从判断该买卖合同效力的角度上看,此法律条文只是一条法律规定,须结合《合同法》第 52 条第 5 项才能构成一个法律规范。因此,当事人之所以要承担相应的法律责任,或是其他法律效果的产生,是因为其违反了法律规范而不是违反了法律规定。法律条文是法律规定、法律规范的表现形式,法律规定、法律规范是法律条文的内容。法律规范侧重动态的功能方面,法律规定侧重于静态方面,经常一个法律规定等同于一个法律规范,这时候,法律规定和法律规范就是同义词;如果一个法律规范是由法律规定组成时,这时候在用语上法律规范与法律规定就有区别。这就是本文舍强制性规定不用而用强制性规范的原因所在,尽管《合同法》第 52 条第 5 项用的是强制性规定一词。值得一提的是,许多民法和合同法著作不区分法律规定和法律规范,采用的是强制性规定一词,本文在引用时遵照原文的用词,此时强制性规定视为强制性规范的同义词。

### 二、强制性规范与任意性规范

强制性规范是与任意性规范相对应的法律规范。通说认为,按照法律规范是否能为当事人的意志排除适用的标准,把法律规范分为强制性规范和任意性规范。强制性规范是指其适用不以当事人意志为转移、不能通过约定予以排除或变更的规范。<sup>①</sup>强制性规范在用语上多带“应当”、“必须”、“不得”、“禁止”等等。但有“应当”提示的法律规范并非都是强制性规范。王轶教授提出,在强制性规范和任意性规范外,还有倡导性规范、授权第三人法律规范和混合性规范的存在。<sup>②</sup>所谓倡导性规范,即提倡和诱导合同当事人采用特定行为模式的法律规范。<sup>③</sup>主要包括三种类型,一是与合同形式有关的倡导性规范。例如,《合同法》第 10 条第 2 款规定:“法律、行政法规规定采用书面形式的,应当采用书面形式。当事人约定采用书面形式的应当采用书面形式。”二是与合同内容有

<sup>①</sup> 强制性规范在台湾和我国大陆的一些民法教科书中称为强行性规范或强行法,依照他们的观点,强行性法律规范又分为强制性法律规范和禁止性法律规范。此时作为强行性规范子项的强制性规范和本文所称的强制性规范不是同一范畴的用语,前者是指应为某种行为的规范,与禁止为某种行为的规范相对应,后者是指当事人意志不能排除适用的法律规范。

<sup>②</sup> 王轶.民法典的规范配置——以对我国合同法规范配置的反思为中心[J].烟台大学学报(哲学社会科学版),2005,(3):266-282.

<sup>③</sup> 同上,第 277 页。

关的倡导性规范。关于各种类型的有名合同具体内容的规范就属于此类规范，例如，《合同法》第 177 条规定“供用电合同的内容包括供电的方式、质量、时间，用电容量、地址、性质，计量方式，电价、电费的结算方式，供用电设施的维护责任等条款。”三是其他类型的倡导性规范。例如，《合同法》第 132 条第 1 款规定“出卖的标的物，应当属于出卖人所有或者出卖人有权处分。”尽管这些规定从形式上，大都带有“应当”一词，但这里的“应当”是指“最好”，而不是“必须”。授权第三人的法律规范，是指赋予合同关系以外某个特定第三人针对合同行为享有的特定权利，尤其是享有请求确认影响自身利益的合同无效或请求撤销影响自身利益的合同的权利的法律规范。<sup>①</sup>例如，《合同法》第 74 条第 1 款规定：“因债务人放弃其到期债权或者无偿转让财产，对债权人造成损害的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。债务人以明显不合理的低价转让财产，对债权人造成损害，并且受让人知道该情形的，债权人也可以请求人民法院撤销债务人的行为。”混合性规范，即有时发挥补充性任意性规范的功能，有时发挥效力性禁止性规范功能的规范。<sup>②</sup>例如，《合同法》第 150 条至第 155 条关于出卖人违反权利的瑕疵担保义务和物的瑕疵担保义务，应当承担违约责任的规定；第七章关于违约责任的规定，等等。这些规范，就商事合同而言，当事人可以约定排除这些法律规范的适用；而就民事合同而言，当事人则不得排除其适用。

既然是以当事人的意志是否能够排除法律规范的适用作为划分标准，那么，从逻辑上，法律规范就只能划分为当事人意志能排除适用的法律规范和非当事人的意志能排除适用的法律规范，即法律规范只能划分为强制性规范与任意性规范两个子项，两者的关系是矛盾关系，而不是反对关系，在两者之外是不能存在其他类型的法律规范的，否则，就违反了划分的逻辑标准。因此，倡导性规范、授权第三人规范不是与强制性规范、任意性规范属于同一层次的法律规范，而是属于任意性规范外延的一部分，因为这些规范尽管在形式上是带有“应当”一词，但当事人的意志还是可以排除其适用的。之所以把它们列出来，是因为其在形式上和用语上容易和强制性规范相混淆，而在本质上，他们其实是

<sup>①</sup> 王轶：《民法典的规范配置——以对我国合同法规范配置的反思为中心》[J]，《烟台大学学报（哲学社会科学版）》，2005（3）：278。

<sup>②</sup> 同上，第 281 页。

对任意性规范进行再划分的子项，是任意性规范外延的一部分。至于混合性规范，是由于对同一法律规范采取的分析的角度不同才能得出的结论，尽管违反了子项不能相容和划分标准应当同一的逻辑标准，但也反映了法律特有的价值判断特性，即判断的取向以作为主体的人为取向尺度，随主体的不同而呈现出相关的差异，这有助于法律规范的正确理解和适用。

这里需要指出的是，“当事人的意志不能排除其适用”此标准只是对强制性规范在质上进行了规定，在强制性规范内部，还可以按照强制性的量的标准进行二次划分，即在具有强制性的法律规范内部，根据不同规范跟合同效力联系的密切程度，可以再分为不同的规范类型。这就涉及到强制性规范的外延问题了。

### 第二节 强制性规范的外延

强制性规范与行为规范具有密切的关系。

根据法律规范拘束的对象的不同，把法律规范分为行为规范和裁判规范。法条或法律规定之意旨，若在要求受规范之人取向于他们而为行为，则他们便是行为规范；法条或法律规定之意旨，若在要求裁判法律上争端之人或机关，以它们为裁判之标准进行裁判，则他们便是裁判规范。<sup>①</sup>行为规范之特质在于，它对行为人具有要求遵行之强制拘束力。因此，无论法律规范在现实生活中对行为人发生何种影响，若该影响非因其拘束力所致，皆不能被归入行为规范之列。<sup>②</sup>行为规范，在于要求人们根据他们为行为或不行为。如果某一法律规范表现为对行为人具有法律约束力的行为规范，则意味着，法律通过划定积极的行为模式，限定了行为人的自由选择空间。此时，对于特定行为，当事人基本上已无自治可能，惟一的选择就是依照法律要求进行活动。<sup>③</sup>因此，首先可以明确的是，任意性规范不是行为规范。对于行为人来说，任意性规范虽确立了某种行为模式，但由于它只不过是当事人意思表示的补充，其效力当然后位于具体的意思表示。任意性规范并非旨在制造行为准则，并无需要行为人遵守之拘束

<sup>①</sup> 黄茂荣.法学方法和现代民法[M].北京:中国政法大学出版社,2001.122.

<sup>②</sup> 朱庆育.意思表示解释理论——精神科学领域中的私法推理理论[M].北京:中国政法大学出版社,2004.184.

<sup>③</sup> 同上,第185页。

力，它对于行为人不具备“规范的性格”，故不属于行为规范。易言之，即使任意性规范影响了当事人的行为取向，它亦已经是属于作为裁判规范的任意性规范辐射于社会生活世界的影响（选择适用任意规范成为人们节省生存成本之生活经验的一部分），既非由其拘束力所致，自无行为规范之特质。<sup>①</sup>既然任意性规范不是行为规范，而任意性规范和强制性规范之间是矛盾关系，那么，可以顺推出这样的两个结论：强制性规范就是行为规范，抑或，行为规范只是强制性规范外延的一部分。到底哪个结论才是符合法律规范的实际状况呢？

苏永钦教授指出：“换言之，也就是具有强制而非仅指道性质的行为规范，而和同样具有强制性（非任意性）的组织、程序、权能规范或解释规则，有其本质差异，行为规范才会有严格意义的‘违反’，而生行为人的‘责任’问题，其他规范的违反，则只有‘效力’（是否不具效力、无效或得撤销）上的问题。后者往往还有补正的机会，行为规范的违反则不但无从补正，往往还会扩大追究形式上不构成违法的脱法的行为。从转介条款的定性来看，私法需要和公法接轨，用来控制法律行为效力的，当然只有行为规范。”<sup>②</sup>可以看出，行为规范只是强制性规范的一部分。依照苏永钦教授的观点，除了行为规范，强制性规范中还包括组织规范、权能规范或解释规则等法律规范。次等划分似乎是以强制性规范的调整功能和对象为标准进行的。

组织法，就是规定某种主体或社会组织的产生和消灭、组织机构及其活动的范围、活动规则等关系的法律规范。组织法的突出特点是对某种社会组织或团体的各种法律关系进行全面的调整，其中尤其重要的是调整该组织内部的关系。<sup>③</sup>组织规范多见于《公司法》、《合伙企业法》这些商事法律或特别民法。

解释规则，一可以理解为对法律或法律行为进行解释的规范。例如《合同法》第125条第1款规定：“当事人对合同条款的理解有争议的，应当按照合同所使用的词句、合同的有关条款、合同的目的、交易习惯以及诚实信用原则，确定该条款的真实意思。”二可以理解为上文所称的具有宣示意义的法律规范。

权能规范，又称赋权规范。权能规范在表达上也常常是“不得”、“应该”、

<sup>①</sup> 朱庆育.意思表示解释理论——精神科学领域中的私法推理理论[M].北京:中国政法大学出版社,2004.185.

<sup>②</sup> 苏永钦.民事立法与公私法的接轨[M].北京:北京大学出版社,2005.88.

<sup>③</sup> 孙晓洁.公司法基本原理[M].北京:中国检察出版社,2006.26.

“必须”。但行为规范的“不得”是法律秩序根本不容许行为的发生，权能规范的“不得”只是不赋予法律效力，精确地说应该只是法律上的“不能”或“无权”。因为在上述情况下法律并不想阻止这类法律行为的实施，而更多的是希望对这类行为实施的可能性在范围上进行一般的限制，从而更好地引导这些法律行为。<sup>①</sup>德国法将强制性规范区分为“界定私法上形成及处分权利义务界限的规范”与“强制或禁止一定行为的规范。”对前者并无真正“违反”的问题，法律行为逾越处分界限者，也并非“无效”，而是在获得有权者许可前“不生效力”。例如，有关代理人不得自己代理和双方代理、不得擅自处分他人之物或与他人共有之物的规范就是典型的赋权规范。

从以上分析可以看出，强制性规范内部存在着分化现象。民法中的规范除了任意性规范外，绝大部分是赋权规范，虽具有强制性，但其功能也在于建立私法自治的基础结构，为裁判者提供裁判的依据，不影响人们的生活。故人们面对强制性的赋权规范，以不行使的方式加以调整，仍不违反私法自治的理念。这些规范并不管制人民的私法行为，毋宁是提供一套自治的游戏规则。<sup>②</sup>民法内部的强制性规范具有自治规范的品格，而民法之外即公法上的强制性规范具有管制的品格，这从另外一个侧面也证明了《合同法》第52条第5项此等条款的规范功能在于作为沟通公法与私法的管道。真正需要转介的是具有管制规格的公法上的强制性规范。我国台湾地区理论界和实务界曾长期以为“台湾民法”第71条所称的“强制”及“禁止”规定为所有的强制法，甚至将该条作为“民法”内部认定违反“强制法”效果的单纯技术性规定，造成民法学在法律体系中“孤芳自赏”的不正常现象，使公法措施和私法自治领域产生愈来愈大的冲突。<sup>③</sup>梅迪库斯也指出，《德国民法典》第134条的真正意义，看来是针对不属于民法领域的、并且仅仅规定了民法以外的制裁措施（如刑法上的可罚性或行政法上的许可的可撤回性）的法律禁令。这些法律规定，对那些违反了自身规定的、民法上的行为之是否有效，本身并未作直接的规定。这些法律规定最需要第134条。<sup>④</sup>

<sup>①</sup> [德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论（上）》[M]，王晓晔、邵建东等译，北京：法律出版社，2003.589.

<sup>②</sup> 苏永钦：《私法自治中的国家强制》[J]，《中外法学》，2001，（1）：97.

<sup>③</sup> 孙鹏：《论违反强制性规范行为之效力——兼析〈中华人民共和国合同法〉第52条第5项的理解和适用》[J]，《法商研究》，2006，（5）：123.

<sup>④</sup> [德]迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》[M]，邵建东译，北京：法律出版社，2001.483.

至此，我们可以认为，通常意义上的强制性规范包括私法上的强制性规范和公法上的强制性规范。而公法上的强制性规范可称为狭义的强制性规范，其外延要比通常意义上的强制性规范小。从内容上看，私法上特别是合同法上的强制性规范，主要包括：关于合同成立要件的强制性规范、关于当事人权利能力和行为能力的强制性规范、关于意思表示真实和自由的强制性规范、关于合同责任的强制性规范，等等。这些强制性规范本身就规定了合同的法律效果，合同违反这些强制性规范，直接产生合同不成立、无效、可撤销、效力未定或缔约过失责任、违约责任等法律后果。这些规范，要么与合同效力制度直接关联，不需要假借《合同法》第 52 条第 5 项发挥规范功能；要么与合同效力制度无关，而只是产生合同责任的法律规范，与《合同法》第 52 条第 5 项的内容基本不相关。需要指出的是，《合同法》第 52 条第 5 项本身也是一个强制性规定，当事人的意志不能排除该条款的适用。该条款是合同无效法律制度的一部分，是与其他规定合同无效的法律条款并行适用的。例如，《合同法》第 52 条第 1 项至第 4 项规定：“有下列情形之一的，合同无效：（一）一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；（二）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；（三）以合法形式掩盖非法目的；（四）损害社会公共利益；”第 53 条规定：“合同中的下列免责条款无效：（一）造成对方人身伤害的；（二）因故意或者重大过失造成对方财产损失的。”这些也是强制性规范，如果把他们也纳入第 52 条第 5 项所规定的“强制性规范”的外延里，那么这些法律规范就被《合同法》第 52 条第 5 项所吸附而丧失其规范意义，成为具文；同时《合同法》第 52 条第 5 项因为本身膨胀而负担过重的规范功能。如此，不符合合同无效制度和谐运行的法律机理，是与基本的立法技术理念相悖的。同理，如果把诸如《合同法》第 54 条这些规定可撤销合同的规范纳入第 52 条第 5 项规定的强制性规范的外延里面，则会出现以下的矛盾现象：一方面，第 54 条规定合同是可撤销的，另外一方面，依照第 52 条第 5 项的规定，合同又是无效的，在法律适用上，会造成混乱的局面。

综上，在《合同法》第 52 条第 5 项的语境中，强制性规范的外延只包括公法上的强制性规范。只有在整个法律体系的背景下，采用体系解释的方法来解

释强制性规范的外延,才能维护法律体系及概念用语之统一性,<sup>①</sup>避免法律适用中混乱和相互矛盾的状况的出现。

### 第三节 强制性规范的形式

强制性规范的外延是从横向的角度来确定强制性规范的界限,需要进一步从纵向的角度来界定强制性规范,这就涉及到强制性规范的形式问题。法律形式是指享有不同立法权限的国家机关创制具有不同的法的效力的法律规范的外在形式。<sup>②</sup>

对强制性规范在规范位阶上是否应有所限定呢?对此,德国理论界与实务界采最广义说,主张《德国民法典》第134条中的禁止规定,包括《德国民法实施法》第2条所称的一切法律规定,上至宪法下至行政机关的委任立法,不论联邦及各邦法规均应涵盖。<sup>③</sup>我国《合同法》第52条第5项中的强制性规范的位阶是否象德国那样广泛呢?这得从我国的法律体系框架出发,结合我国的实际情况进行分析。

《合同法》第52条第5项规定的意义在于对“法律”和“行政法规”的强调。把“法律”与“行政法规”并列提出来,很明显,这里的“法律”不是各种法的总称,而是指我国制定法形式中的一种的法律,是由全国人民代表大会及其常务委员会制定的,其位阶仅次于宪法。“行政法规”是由最高国家行政机关制定的,其位阶仅次于宪法、法律。《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4条则更是明确地将《合同法》第52条第5项规定的强制性规范限定于法律和行政法规范围,强调不得以地方性法规、行政规章作为认定合同无效的依据。客观而言,将影响合同效力的强制性规范限定在法律、行政法规范围内,缩小无效合同的范围能最大限度地实现私法自治并鼓励交易,其出发点无可厚非。在实践中存在的将违反“红头文件”的合同均作为无效合同的做法是不妥当的,因为将各个地方所制定的各项文件及各部门规章作为确认合同无效的依据,势必造成经济活动中行政干预过多,妨碍

<sup>①</sup> 梁慧星.民法解释学[M].北京:中国政法大学出版社,1995.218.

<sup>②</sup> 张贵成,刘金国,主编.法理学[M].北京:中国政法大学出版社,1992.122.

<sup>③</sup> 苏永钦.私法自治中的经济理性[M].北京:中国人民大学出版社,2004.36.

交易的顺畅进行,也可能助长了地方保护主义和部门保护主义。<sup>①</sup>但是从另外一个角度看,法律、行政法规具有滞后性,不可能强制所有需要强制的事项。例如企业间违规对外担保这种行为,为维护社会公共利益尤其是经济秩序的健康稳定必须禁止这些行为,事实上也已有行政规章或地方性法规禁止。但是,法律、行政法规来不及或不便规定,此时若依据行政规章和地方性法规确认无效则属于违法;然而,不确认无效将严重损害社会公共利益。而且一些地方性法规、行政规章本来就是依授权立法而制定的,具有更强的可操作性。那么,在判断合同是否有效的过程中到底是否能适用地方性法规、行政规章呢?从解释论的立场出发,适用没有合法的基础;从立法论的立场看,适用又有其正当理由。实际上,在《合同法》颁行前,当时立法状态比较混乱以及强制性规范位阶不清,一些司法人员法律修养不高等因素导致了现实中存在着无效合同过多、干预过多的情形。在当时的社会背景、法律背景下,要求把强制性规范限制在法律、行政法规范范围内有其强烈的必要性。如今,《合同法》出台颁行已经有近八年的时间,当年合同立法方面的混乱状态已经基本消失,立法技术与立法质量得到进一步的完善,司法人员的整体法律素质也大为提高,强制性规范的范围限于法律、行政法规的观念已经深入人心,判断违反强制性规范合同的效力已经有一定的章法可循。要求限制强制性规范位阶的必要条件已经逐渐消淡,此时,法律、行政法规的强制性规范的滞后性就比较凸显,这些规范不可能强制所有需要强制的事项;地方性法规、行政规章中的强制性规范未必都背离正义与理性,简单地“一刀切”不仅从根本上否定了地方性法规和行政规章的法源性,而且难以使私法审判担当起匡扶社会正义的使命。有鉴于此,有学者提出,在符合一定的条件下,可以地方性法规、行政规章作为判断合同是否无效的依据但不得直接援引。<sup>②</sup>实际上,在司法实践中,尽管在判决书中没有显现,但地方性法规、行政规章经常成为审判人员作为判断合同是否有效的“参考资料”。从解释论的立场出发,地方性法规、行政规章是不能直接援引的;但是,如果地方性法规、行政规章是对上位法的具体化,或者是根据上位法授权而作出的解释,或是其旨趣在于保护国家和社会利益,那么这些规范性文件可以作

<sup>①</sup> 孔礼海,主编.中华人民共和国合同法立法资料选[Z].北京:法律出版社,2002.151.

<sup>②</sup> 王利明.关于无效合同确认的若干问题[J].法制与社会发展,2002,(5):60-61.

为确认合同效力的参考。

有关国家机关在其权限内所作的关于法律的解释，本身不是法律规范，但具有约束力，可视为广义的法律规范，是我国的法律渊源。<sup>①</sup>对司法解释中的强制性规范与《合同法》第52条第5项中规定的强制性规范之间的关系很有必要进行探讨。因为最高人民法院的司法解释对各级人民法院处理合同案件具有约束力，司法解释有规定的，人民法院认定合同的效力时必须直接适用。有的法律工作者称最高人民法院的司法解释是我国效力最高的法律，虽然语气是讽刺和批评，但却道出了我国司法这方面的实际情况。有的审判人员可能对法律的规定不理不睬，但绝不会不顾司法解释。我国《立法法》规定民事基本制度只能由法律规定，而合同效力制度是民事基本制度之一，司法解释本无规定的权限，而且最高人民法院本身也没有立法权。所以从法理上讲，司法解释中的强制性规范不得作为认定合同效力的依据，但是我们必须正视我国的立法和司法现实。在立法上，我国现有一些法律的内容比较简单，而最高人民法院的司法解释中个别条文具有“法院造法”的性质，弥补了法律之不足，对实践中出现的许多问题特别是新问题的处理起着积极的作用。<sup>②</sup>由于目前司法人员的法学理论水平普通不高、法律方法的理念和适用法律的技术不统一，司法解释有利于法的理解和操作的统一，有利于实现法制的统一。在司法实践中，司法解释起着极其重要的“法律”作用。所以，很有必要对司法解释从立法体系的位阶上和理论上予以正当化，但对其实施应予以规范，并对之保持足够的警惕。目前的司法解释从时间上讲，只应是阶段性的存在，只应在特定法治历史时期有其正当意义。承认其具有规范效力的同时，应当努力地对其进行限制：一方面在司法适用上进行限制；另外一方面更要在立法上对其内容进行限制，使之逐步丧失法律渊源的地位。依据司法解释对合同效力进行评判时，应坚持如下几个标准：一是要求司法解释有法律或行政法规作为依据，相关法律规范被修改或废止后，相应的司法解释必须失效；二是将司法解释视为法律适用过程中对法律条文的解释；三是视为对法律概括性、原则性规定的具体化和价值补充；四是视为对法律漏洞的补充；五是对司法解释中强制性规范仍然要运用法律方法

<sup>①</sup> 魏振瀛,主编.民法[M].北京:北京大学出版社,高等教育出版社,2000.14.

<sup>②</sup> 同上.

进行解释后才能适用。

#### 第四节 本章小结

本章首先分析强制性规范的内涵。以法律规范、法律规定、法律条文三者的关系为理论前提，指出法律构成要件与法律后果是一个完整的法律规范的基本组成要素，因此，本文舍强制性规定而采用强制性规范的术语。接着，从强制性规范的文义入手，按照其通常用语的文义，得出强制性规范的基本内涵在于其是当事人的意志不能排除适用的法律规范，与任意性规范构成矛盾关系。但由此得出的强制规范的外延仍过于宽泛，需要进一步限缩强制性规范的外延，才能符合《合同法》第 52 条第 5 项本来的用意。按照该法律规定在民法及合同法体系中的地位，以对行为规范的概念的分析为切入口，区别行为规范、权能规范和其它具有强制性的法律规范，把其他类型的强制性规范剥离出来，从而把强制性规范的外延限缩在公法的强制性规范上，这样才能避免民法及合同法法律体系内部和法律适用上的矛盾。在《合同法》第 52 条第 5 项的语境下，把强制性规范的外延限制在公法的强制性规范上，正好映证了该条款作为沟通公法与私法“管道”的规范功能：因为既然其沟通的是公法与私法，那么私法上的强制性规范就不应该是转介的对象。这样，下文所称的强制性规范主要是指公法上的强制性规范。确定强制性规范的外延是从横向的角度进行分析的，确定强制性规范的形式即位阶则是从纵向分析的角度。从解释论的立场分析，强制性规范应该只限于法律和行政法规；从立法论的立场出发，应该重视地方性法规、行政规章和司法解释中的强制性规范在判断合同效力过程中的参考作用。

### 第三章 违反强制性规范合同的效力

#### 第一节 违反强制性规范合同的效力概述

关于违法的概念,从法理学的角度看,违法是指一定的组织或个人不履行守法义务,超越行使权利的法定界限,对其他主体的合法权益造成破坏和侵害。社会危害性是一切违法行为的根本特征。<sup>①</sup>违法行为可以分为:刑事违法、民事违法、行政违法、违宪行为。传统民法理论对违法行为概念采取严格的狭义解释。例如,有学者认为:“民事违法行为,是违反民法及其他民事法律规定,应追究民事责任的行为。”<sup>②</sup>还有些学者认为:“行为的违法性总是意味着不履行法律规定的义务(包括法定义务和约定义务)”,因此,“违反法律规范的行为也就是违反民事义务和侵犯民事权利的行为。违反法律规范是违法性的形式;违反民事义务和侵犯民事权利是违法性的内容。”<sup>③</sup>按照我国《民法通则》第106条的概括,违法行为是指“公民、法人违反合同或者不履行其他义务”的行为,其中包括“公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产、侵害他人财产、人身的应当承担民事责任的”行为,以及“没有过错,但法律规定应当承担民事责任的”行为。按照《日本民法典》和《德国民法典》的表述,违法行为包括债务不履行和侵权行为两类。<sup>④</sup>从违法行为的一般性定义和民法学者的狭义理解来看,违法行为首先违反的是强制性规范,对任意性规范无所谓违反问题。违法行为必须以当事人之间存在有效的权利义务关系为其前提,必然是违反了法律义务,在民法上则表现为民事义务;必然伴随着法律责任,在民法上则表现为民事责任。

合同是一种法律行为,法律行为是一种意思表示行为;而违法行为本质上是一种非意思表示行为。在具体的法律建构上,法律对意思表示行为和非意思表示行为使用了不同的调整方式。从理论和实践的角度看,意思表示行为不合

<sup>①</sup> 徐显明,胡秋江,主编.法理学教程[M].北京:中国政法大学出版社,1999.274.

<sup>②</sup> 王家福,主编.中国民法学·民法债权[M].北京:法律出版社,1991.228.

<sup>③</sup> 王利明,郭明瑞,方流芳.民法新论(上)[M].北京:中国政法大学出版社,1988.463.

<sup>④</sup> 董安生.民事法律行为[M].北京:中国人民大学出版社,2002.103.

法与非意思表示行为不合法有截然不同的法律意义。对法律行为，法律通过设定有效要件来调整其法律效力，表现出了意定主义调整方式的特点。法律行为依照当事人的意思表示的内容发生法律效力，因此，法律对法律行为采用的是有效性评价标准。确认法律行为合法与否，仅对解决法律行为的效力问题有相对意义，法律行为不合法，其法律效果是无效、可撤销或可变更以及效力待定等等。对非意思表示行为，法律采用的是法定主义调整方式，行为只要符合法定构成要件就直接产生法律后果，而不考虑当事人的意思表示内容如何。原则上，只要符合违法行为概念要求（实际上是对构成要件的概括）者，即应产生法律责任。违法行为是不合法行为的下位概念，不合法行为还包括效力具有瑕疵的法律行为。

事实上，对某个具体行为，法律可能会对之作多层次、多角度的调整和控制。在民法领域，它或者是一个意思表示行为，不合法只是产生合同是否有效的问题，或者可以作为一个非意思表示行为来对待，产生民事责任的法律后果；在公法领域，它是一个非意思表示行为，不合法可能即产生行政责任或刑事责任的法律后果。例如，甲乙进行买卖手枪的行为，这个行为在合同法领域是意思表示行为，其已经成立，其是否有效，还有待法律的进一步评价；这个行为在行政法或刑法领域，则是一个非意思表示行为，法律关注的是其是否符合法定的构成要件，当事人的意思表示内容能否发生效力则不是法律调整的内容。

有时候，当我们称合同违反强制性规范时，实际上表达的是合同的履行行为违反或有可能违反强制性规范的意思，合同本身并不符合强制性规范的构成要件，即不违反强制性规范，尽管合同作为意思表示行为是私法评价的对象，会产生无效的法律后果。例如，当事人订立以走私为内容的合同的行为不等于走私行为，这种订立合同的行为不符合规范走私行为的行政法或刑法上的强制性规范的构成要件从而不构成走私行为，因此不需要承担行政责任或刑事责任。换言之，在这种情况下，合同并不违反强制性规范，而只是有违反强制性规范的可能或“嫌疑”，充其量仅仅是某种“犯意表示”，既不构成预备行为也不构成未遂行为。如果我们简单地将内容违法的法律行为等同于客观的违法行为，不仅将根本推翻违法行为构成原理（包括犯罪构成和行政违法构成），而且将无法解决法制实践中不能回避的违法行为构成时间问题、违法责任起始及范围确

定问题、诉讼时效起算问题，等等。<sup>①</sup>

由此可见，合同无效和合同违反强制性规范是两个层面的问题。当我们称合同无效时，并不意味着法律对该行为做了否定性的评价，只能说当事人欲创设某一个法律关系的愿望在法律上落空，该当事人没有权力或能力通过该行为来创设某一个法律关系，而另一法律主体也就无责任承受这一法律关系。当我们称合同违反强制性规范时，此时合同在法律的视野里已经不是原本意义上的意思表示行为，而是一种是否符合法律构成要件的非意思表示行为。无效合同并不意味着违法行为，违法行为也不等同于无效合同。当事人由于订立合同的行为违反强制性规范，首先要承担的是具体的法律责任；接着，该行为进入私法领域，其是否有效就是私法评价的问题了，以私法上的无效来补强具有社会、经济政策，乃至刑事政策目的的法律，借合同效力的排除来强化强制性规范的合目的性，以免合同效力和公法的禁止呈现法律的尖锐矛盾。<sup>②</sup>此外，一方面，如果合同的履行行为有违反强制性规范的可能性，这时所谓的合同违法不等同于客观的违法行为，当事人可能不用承担法律责任；另外一方面，私法以排除合同的效力来阻止合同的履行行为的实施，以避免强制性规范被违反，借以维护强制性规范的法政策目的，避免他人利益和公共利益被损害，也维护了当事人的利益。对此，英美法上的合同法理论也印证了这点：非法性可能会以多种方式影响一份合同，按照传统的方法可以分为两类：签订合同的违法性（*illegality as to formation*）和履行合同的违法性（*illegality as to performance*）。如果合同是违法签订的，或者双方当事人打算以法律禁止的方式履行合同，那么法院就不会强制实施合同或者提供其他救济。法院这样做不仅是为了保护被告的利益，而是因为公共利益优先于原告的利益。<sup>③</sup>

因此，合同违反强制性规范的真正含义在于合同在公法领域作为非意思表示行为违反了强制性规范，或者是合同的履行行为违反或有可能违反强制性规范。辨正这点，有助于正确判断违反强制性规范合同的效力。

<sup>①</sup> 董安生.民事法律行为[M].北京:中国人民大学出版社,2002.106.

<sup>②</sup> 苏永钦.契约违反禁止规定[A].杨予龄.民法总则实例问题分析[C].台北:五南图书出版公司,2001.143.

<sup>③</sup> 何宝玉.英国合同法[M].北京:中国政法大学出版社,1999.402.

## 第二节 直接违反强制性规范合同的效力

直接违反强制性规范，是指行为符合强制性规范的构成要件从而导致一定法律责任产生的违法行为样态，其特征不在于违法行为不超出强制性规范的文义范围，只要通过文义解释强制性规范就能得到适用。

### 一、理论通说及实务所采用的标准

#### （一）规范性质说

依此说强制性规范分为取缔规定和效力规定并将强制性规范对法律行为效力的影响限制到效力规定上来。

这种规范类型二分法在我国台湾地区的民法理论和司法实践中表现得尤为明显。例如，台湾地区“证券交易法”第60条第1项规定：“证券商不得有收受存款、办理放款借贷行为。”台湾地区“最高法院”1979年台上字第879号判例说：“‘证券交易法’第60条第1项规定仍属取缔规定，非效力规定，无第71条之适用。证券商违反该项规定而收受存款或办理放款，仅主管机关得依证券交易法第66条为警告、停业或撤销营业特许之行政处分，及行为人应负同该法第175条所定刑事责任，非谓其存款或放款行为概为无效。”<sup>①</sup>史尚宽先生指出，强行法得为效力规定与取缔规定，前者着重违法行为之法律行为价值，以否认其法律效力为目的；后者着重违反行为之事实行为价值，以禁止其为目的。<sup>②</sup>

日本民法理论也存在这种二分法。通说认为取缔规定是以禁止、预防一定行为的发生为其直接目的。而强行法（也就是效力规定）的直接目的却是：对于当事人通过一定的行为欲达到的私法效果的实现，国家不予以帮助。以大村敦志和山本敬三为首的学者将取缔法规为分警察法令和经济法令，违反前者的行为原则上无效，对于违反后者的行为，在一定程度上也不得不牺牲当事人的利益。<sup>③</sup>

德国民法理论认为禁止规范仅为单纯的秩序规定或“营业警察法规”时，其违反虽与一般反社会行为无异，均应受到制裁，但因其私法行为本质上不具

<sup>①</sup> 王泽鉴.民法总论[M].北京:中国政法大学出版社,2001.280.

<sup>②</sup> 史尚宽.民法总论[M].北京:中国政法大学出版社,2000.330.

<sup>③</sup> 解亘.论违反强制性规范契约之效力——来自日本法的启示[J].中外法学,2003,(1):39.

有违法性，其效力自始不受影响。<sup>①</sup>

英美法在判断违法合同的效力时候也存在使用此标准的情形。如美国联邦、州及地方的一些法律常要求人们必须取得许可证才能进行某些营业或执业，对于未依法取得许可的商人或专家订立的合同的效力，法院通常需要根据许可法的性质来作出判断。如果许可法是规范性的，则合同是非法和无效的；如果许可法只是为了增加财政收入上的考虑，与公共利益无多大关系，那么未取得许可证而进行营业订立的合同一般是有效的。<sup>②</sup>

强制性规范的二分法更是目前我国民法理论上的流行观点。有的学者称为效力性的禁止性规范与管理性的禁止性规范。<sup>③</sup>王利明教授认为：第一，法律法规规定违反禁止性规定将导致合同无效或不成立的，该规定为效力性规定；第二，法律法规虽然没有明确规定，违反禁止性规定将导致合同无效或不成立，但违反该规定若使合同继续有效将损害国家利益和社会公共利益，也应属效力规定；第三，法律法规虽然没有明确规定违反禁止性规定将导致合同无效或不成立，违反该规定若使合同继续有效并不损害国家利益和社会公共利益，而只是损害当事人利益，在此情况下，该规定就不属于效力规定，而是取缔规定。<sup>④</sup>在司法实践中，法官也经常以强制性规范是效力规定或取缔规定为理由来判断违法合同的效力。

有的学者还把强制性规范分为公共利益强制性规定和私人利益强制性规定；伦理性强制性规定和技术性强制性规定。<sup>⑤</sup>违反公共利益强制性规定或伦理性强制性规范的合同无效；违反私人利益强制性规定或技术性强制性规定的合同不必然无效。

## （二）规范对象说

此说认为合同仅在强制性规范以所有当事人为规范对象时，才有无效的问题。

此标准的运用多见于德国的判例。这种情况的典型就是德国法律严格禁止

<sup>①</sup> 苏永钦.私法自治中的经济理性[M].北京:中国人民大学出版社,2004.36.

<sup>②</sup> 王家福,主编.中国民法学·民法债权[M].北京:法律出版社,1991.155-157.

<sup>③</sup> 王轶.民法典的规范配置——以对我国合同法规范配置的反思为中心[J].烟台大学学报(哲学社会科学版),2005,(3):279.

<sup>④</sup> 王利明.关于无效合同确认的若干问题[J].法制与社会发展,2002,(5):61.

<sup>⑤</sup> 胡智勇.私法自治与国家强制——法律强制性规范与无效民事法律行为关系之分析与构建[J].重庆工学院学报,2005,(6):60.

的所谓“黑色工作”的情形：任何没有登记为手工劳动者，而作为独立从业者订立了手工业劳工合同的人，都要受到法律的处罚；同时，那些给黑色劳动者提供了工作岗位，并且由此而获得极大的经济利益者，也要受到处罚。因此，如果一个合同的双方当事人都对他们之间的劳动关系明确熟悉而订立了这样的合同时，合同当然是无效的。<sup>①</sup>如果合同违反的禁止规定只是针对当事人一方的，而且这禁止规定又完全是一方作为“纪律条款”规定的，<sup>②</sup>合同是有效的。如税务顾问以营业性中介人的身份从事活动，那么，他所订立的中介合同并不因《税务咨询法》第 57 条第 4 款禁止税务顾问从事任何形式的营业活动而无效。因为，这一禁令仅仅是针对税务顾问的，而并非也针对其合同对方当事人。<sup>③</sup>有诸如未经许可营业所订的“结果契约”、违反卫生法规贩卖腐败食物、违反标价法的标价条款、违反建筑法规订立的租赁契约，都因为违法仅存在于一方的“意思表示”，而非全部意思表示构成的“法律行为”整体，故效力不受影响。<sup>④</sup>

我国法律中的一些强制性法律规范可以按照此标准进行适用。例如，《律师法》第 12 条关于律师不得同时在两个律师事务所执业的禁止规定，是针对律师事务所作出的，公民与律师之间的代理合同效力不受该规定的影响。又如，《招标投标法》第 3 条规定具有一定规模的项目必须进行公开招标，也是对发包人一方设定的，发包人与承包人之间的承包关系是否有效不受该规定影响。<sup>⑤</sup>

### （三）规范重心说

此说认为法律原则上仅在禁止规范针对私法行为“本身”，而非其相关人事时，才有无效问题。如果禁止的对象只是行为手段或行为方式，或者禁止的是行为的外部条件，如经营时间、地点等，而允许依其他手段、方式、时间或地点作出行为的，这时，法律本意不在禁止行为效果的发生，而在规范人们的行为举止。

该说的适用也常见于德国民法。德国民法教科书最喜欢用违反时间限制的买卖合同来作为范例。德国的《商店关门法》规定，在商店关门以后，一方不

<sup>①</sup> [德]海·克茨,康·茨威格特.违背法律和善良风俗的法律行为后果比较[J].孙宪忠译,环球法律评论,2003,(4):476.

<sup>②</sup> [德]卡尔·拉伦茨.德国民法通则(上)[M].王晓晔,邵建东等译,北京:法律出版社,2003.592.

<sup>③</sup> [德]迪特尔·梅迪库斯.德国民法总论[M].邵建东译,北京:法律出版社,2001.490.

<sup>④</sup> 苏永钦.私法自治中的经济理性[M].北京:中国人民大学出版社,2004.36.

<sup>⑤</sup> 应秀良.违反行政法强制性规定的合同效力探讨——以《房地产管理法》为研究对象[J].法律适用,2004,(3):48.

得请求另一方执行合同。该法律规定规范的是该买卖所处的时间，而非买卖合同本身。如果在商店关门后商店营业员仍与顾客订立了买卖合同，合同的效力不受影响。

我国法律、行政法规中常见的关于合同的形式有些强制性规范也可以看作是合同的行为方式。一般法律只是要求合同当事人对合同采用一定的形式，或履行一定的登记批准手续，而不是不允许当事人签订合同。例如，我国《治安管理处罚法》第 57 条规定，房屋出租人将房屋出租给无身份证件的人居住的，或者不按规定登记承租人姓名、身份证件种类和号码的，将处以一定的罚款。如果出租人在订立房屋租赁合同的过程中违反了该法律规范，将要承担相应的行政法律责任，但合同不一定无效。

又如，我国《消费者权益保护法》第 20 条规定：“经营者应当标明其真实名称和标记。租赁他人柜台或者场地的经营者，应当标明其真实名称和标记。”在现实生活中，我们可以经常看到这样的事例：消费者甲，在信誉很高的一家大百货商店的一个柜台乙处购买高档商品，以为不能讲价，所以没有讨价还价就购买了。过后才得知该柜台是出租柜台，可是乙当时并没有标明自己是承租柜台。除了价格外，甲对产品的质量以及售后服务也感到不放心，于是主张合同无效，要求退货。在这样的事例中，可能规范重心说能够派得上用场：因为法律只是规范出卖方订立合同应该履行的方式，即出卖商品时需告知对方当事人自己真实的名称，但法律并不禁止当事人间签订合同，所以合同的效力不受影响。

#### （四）履行阶段说

该说认为，要按照合同是否已经得到履行来判断违法合同的效力。

该说主要见诸日本民法理论与司法实践。该说认为在判断违反法令行为的有效、无效时，以该行为的履行阶段为主要基准。此见解基于这样一种认识，即违反法令的合同履行前后（未履行阶段与履行阶段）的当事人所处的状况有很大的不同。未履行的阶段，由于否定法律行为的效力不会带来恢复原状的问题，所以对交易安全的破坏程度比较低。此外，在当事人间的信义、公平这一点上也不易产生不当的后果。而履行后交易安全、当事人间的信义、公平等的分量加重了难以被忽视。该说又分为履行前无效论和履行后有效论。履行前无

效论认为,在履行前的阶段,如果为合同的有效留有余地的话,那么将会出现这样一种奇特的现象:一边,公法禁止这种违法行为,而另一边,私法却又容忍这种行为,命令对方当事人履行其义务。这种法秩序内部的自我矛盾,应当避免。履行后的情形,则考虑各项要素的相互关系,作综合判断。<sup>①</sup>

履行后有效论认为,从防患一定的行为于未然这种公法的目的来看,并不需要使已经履行完毕的违反行为无效。在此情形,从当事人之间的信义、公平这种私法特有的观点来看,倒是需要令其有效。合同履行前的效力,要依照取缔法规的宗旨认可违法契约的履行请求。<sup>②</sup>

### (五) 规范目的说

此说认为,合同是否有效应视强制性规范的目的而定,即如果使合同有效将与该强制性规范所隐含的目的相背离时,则应该否定其效力,反之,则应该肯定其效力。

规范目的说的适用经常表现为通过公益和私益之间的衡量来判断合同的效力。此说是德国法现行的通说。同样以《商店关门法》那个案子为例,梅迪库斯认为,坚持合同继续无效能否在其他方面促进立法目的达成,其一,可以认为法律禁令一旦被违反,禁令的无效性后果也就不复存在;即是说法律在这里没有达到其设定的目的,也无法通过规定无效性来达到这一目的,因此只能考虑使用其他制裁手段(如刑罚)。其二,可以认为法律规定的民法上的无效性,属于法律旨在确保禁令得到遵守的制裁手段。后一种看法强调预防性。根据这一观察方法,即使在具体情况下,法律规定了无效性无助于达成禁令的目的,但有关行为依然必须是无效的。否则,既然在已遂的违反禁令行为中,人们仍可遵守无效性规定,那么法律规定了无效性之事实便普遍没有发生效力。<sup>③</sup>

日本学说中的经济公序论可看作是规范目的说的变形。经济公序论注重的是法令的目的及内容。按照法令的目的,法令可分为:一是以保护消费者的法令所代表的,以保护各个交易中当事人的利益为目的的法令,即保护交易利益的法令。另外一类是以独占禁止法、不正当竞争防止法为代表的,以维持市场

<sup>①</sup> 解亘.论违反强制性规范契约之效力——来自日本法的启示[J].中外法学,2003,(1):38.

<sup>②</sup> [日]山本敬三.民法讲义I·总则[M].解亘译,北京:北京大学出版社,2004.176.

<sup>③</sup> [德]迪特尔·梅迪库斯.德国民法总论[M].邵建东译,北京:法律出版社,2001.484-485.

秩序为目的的法令——维持经济秩序的法令。<sup>①</sup>违反前者的合同一般不能判断为无效，违反后者的合同则需要斟酌其效力。

台湾的民法学者也指出，管制规范既是基于一定的政策目的而设的，主要规范的对象就是人民，为影响其行为，自应宣导周知；且法律的解释偏重合目的性，技术的精确反而不是最重要。<sup>②</sup>但禁止规定未明确显示立法者就私法行为效力是否受到影响已有决定时，法院即应依法益权衡的方法代替立法者为价值补充，以决定此时是否作“违反”的认定。质言之，应该先考虑该规定所要保护的法益与法律行为本身涉及的法益（交易安全、信赖），是否是在同一层次。比如对公众生命、健康法益即应给予较高评价，对于法益侵害的“程度”及借私法制裁预期发挥的吓阻效果（含目的性）应该加以斟酌。<sup>③</sup>

## 二、对各种学说的评价

以上关于违反强制性规范合同的效力的五种学说各有其适用的正当理由，也有其缺陷所在。

规范性说可以说是目前最流行的观点。翻开我国的民法或合同法教科书，只要有涉及违法法律行为或合同的效力的章节，一般都会或多或少谈到强制性规范的二分法。实际上，区别取缔规范和效力规范没有一个明确的标准。“解铃人仍需系铃人”，一个强制性规范是取缔规范还是效力规范往往得回到规范本身的立法宗旨上，法官在判断立法目的的基础上，决定是否有必要否定合同的效力。史尚宽先生在提出强制性规范的二分法的观点后，就说明：“强行规定，是否为效力规定抑为取缔规定，应探求其目的定之。”<sup>④</sup>有的学者提出按照规范所保护的利益是公益和私益来区分强制性规范，<sup>⑤</sup>然而，探求规范所保护的利益无异于探求规范的目的。还有的学者提出以分析强制性规范的目的来区分效力规定和取缔规定的基础上，还把强制性规范规制的对象、规范针对的是一方当事人还是双方当事人的行为等因素作为辅助的判断标准。<sup>⑥</sup>把强制性规范分为取缔

<sup>①</sup> 解亘.论违反强制性规范契约之效力——来自日本法的启示[J].中外法学,2003,(1):38.

<sup>②</sup> 苏永钦.私法自治中的国家强制[M].北京:中国法制出版社,2005.7.

<sup>③</sup> 苏永钦.私法自治中的经济理性[M].北京:中国人民大学出版社,2004.44.

<sup>④</sup> 史尚宽.民法总论[M].北京:中国政法大学出版社,2000.330.

<sup>⑤</sup> 王利明.合同法研究(第一卷)[M].北京:中国人民大学出版社,2002.658-659.

<sup>⑥</sup> 应秀良.违反行政法强制性规定的合同效力探讨——以《房地产管理法》为研究对象[J].法律适用,2004,(3):48.

规定和效力规定，在某种程度上为判断违反强制性规范合同的效力提供了一条看似便捷的途径，但该方法更多具有一种宣示上的意义，其目的主要是提醒法律适用者在适用强制性规范时，需要对规范的性质进行斟酌，避免民事交易的安全受到过度的、不必要的来自公法上的影响；在政策性法规大量产生，而立法者往往并未深入评估其连带效应，对法律行为的效力未作特别规定的情形下，让法官能就个别法律的立法宗旨、目的等等进行深入评估后定性，再据此决定法律行为的效力是否受到影响，影响到何种程度。没有一个立法者在法律条文前面标明此规定是取缔规定还是效力规定。取缔规定和效力性规定的产生有其特定的逻辑过程：一般是首先现实生活发生了具体的事例，法律适用者针对案情找到适合的强制性法律规范后，再对规范的目的、立法宗旨等因素进行分析权衡，从而得出合同是否有效的结论。如果合同有效，那么被适用的强制性规范就是取缔规定，否则就是效力规定。这个过程是一个归纳推理的过程，取缔规定和效力规定是通过这个归纳的过程才能得出的结论，是先有合同效力的断定才有取缔规范和效力规范的分类，而不是我们一般所认为的取缔规范和效力规范是作为裁判案件的大前提“先验”地存在的。在法律适用的过程中，如果单单以法律规范是取缔规范还是效力规范来说明合同的效力状况，结果无异以问答问，犯了循环论证的错误。

规范对象说在理论上勉强区分意思表示与法律行为，实属是概念法学的斧凿，法律有时基于刑事政策考虑仅处罚合同的一方，是否即意味他方的行为完全合法，也颇有疑问。<sup>①</sup>事实上，大陆法系国家和地区的民法理论普遍认为，规范对象仅仅是一项解释因素，绝对不能也不应该妨碍进一步探求规范本身的目的。很明显，探求法律规范所保护的對象是合同一方当事人还是双方当事人毋宁说也是在探求规范的目的。

规范重点说虽为法律的适用提供了便利，但缺点也在于区分法律行为“外围”的“事实”部分和核心的“意思”部分。实际上，“法效意思”根本不可能脱离其环境事实而为禁止的对象，法律禁止者恒为特定事实行为。<sup>②</sup>事实上，任何行为都有其发生的特定的空间和时间，都表现为特定的方式、形式；离开了

<sup>①</sup> 苏永钦.私法自治中的经济理性[M].北京:中国人民大学出版社,2004.36.

<sup>②</sup> 同上,第37页.

特定时间和空间，就没有所谓的行为；离开了特定的方式或形式，所谓的行为充其量是在当事人脑海里的一段思维景象。此说无疑更是概念法学的产物。此外，规范重点说的适用范围也比较狭窄。例如，《证券法》第32条规定，依法核准上市交易的股票、公司债券及其他证券，应当在证券交易所挂牌交易。按照此说的思路，买卖证券的行为是合同，证券交易所是该合同发生的地点，如果当事人在证券交易所外买卖上市的证券，合同不一定无效。而实践中，没有人会认为在场外进行上市证券的交易会与在交易所里面的挂牌交易具有同样的法律效力。毋宁说，规范重点说还是要回到分析法律规范的目的基准上。

履行阶段说看起来似乎是简单易行，也充分体现了保护交易安全的价值倾向。然而，该说存在着致命的缺点。一是完全忽略了无效的预防、警示功能。无效的预防性作用正是体现在人们不能主张被禁止的约定这一事实之上的。对那些不畏公法制裁而实施违法行为者，在私法上也应拒绝对其进行保护，在法政策上是才至为妥善的选择。二是以偏概全。在有些情况下已经履行的契约的确不能回复原状或不宜回复原状，但这不能推及所有的违反强制性规范之情形，在事实上和经济上能回复原状时，否定契约效力并回复原状必然更有利于强制性规定目的之实现。<sup>①</sup>总体上，以合同是否得到履行作为判断合同是否有效的标准，显得武断。

规范目的说相对于其他四种学说，避免了形式主义的弊端。我国民法理论通说认为，法律行为的无效的根本原因在于该行为损害了社会公共利益和私法自治原则，而不在于是否违反特定的强行法规。具体的法律行为是否应当无效，应就该强行法规所保护的利益种类和性质来决定。因为该强行法规定的规范目的并不一定都是为了保护社会公共利益，也有不少是为了保护私人利益，或是某一类人的利益，或者只是为了制裁违反社会秩序的行为。如果公法的制裁方式或其他民事责任方式已经足以达到强行法的制裁目的，则应避免法律行为产生无效后果，当然对于强行法规规定的制裁的目的之具体情形是无法一一列举的。总之，法官在使用强行法规定以决定法律行为效力时，应就具体强行法的规范目的作具体解释，不能简单地认为违反强行法规定的法律行为绝对无效。<sup>②</sup>

<sup>①</sup> 孙鹏.论违反强制性规范行为之效力——兼析《中华人民共和国合同法》第52条第5项的理解和适用[J].法商研究,2006,(5):128.

<sup>②</sup> 胡吕银.法律行为内容合法要件研究[J].扬州大学学报(人文社会科学版),2003,7(3):81.

事实上，所谓的规范性质说、规范对象说、规范重心说穿的是各自的“马甲”，行的是分析规范目的之实。估计在民法或合同法学说史或在司法实践的演变史上，曾经在某个阶段某个或某些学者或法官面对违反强制性规范的合同的案子时，自己创造出某个概念，而这个概念就成为后人进行研究或推理的前提，形成了“路径依赖”，而忘记了其后面的真实意图。还是以《商店关门法》那个案子作为说明的例子，无论是适用规范性质说还是规范对象说，或是规范重心说、规范目的说，结果却是大致相同的：大概都不会判断合同无效。有学者指出，禁止法规是否含有否定法律行为效力的目的，有时并不明确，依客观合理的认知，倘若法律行为生效将有害于该法规目的达成者，皆归无效，则在行政法规、特别刑法不断膨胀的今日，私法交易将处于极不安定的境况。<sup>①</sup>实际上，任何判断标准如果适用不当，都会产生学者所称的危害私法交易安定的状况。再精密的学说理论也比不上生活实践的变化的步伐。问题不在于学说理论本身，关键在于法律适用者要提高自己的基本法学理论功底、丰富法律实践经验，才能不断修正已有的学说理论，才能解决不断涌现的新的法律问题。规范目的说相对于其他学说，道出了法律适用的实质所在。

综上，从规范性质说发展到规范目的说，整体趋势是从形式标准转变为实质标准，从较宽的认定转变为较严格的认定，以配合立法、行政部门的干预，在社会法、经济法领域，此一趋势尤其明显。<sup>②</sup>有学者更是指出，抽象的“类型化”方案都不完全成立，任何针对违反强制性规定行为效力所提出的“一劳永逸”的解决方案都走到了尽头，基于概括性的“管道条款”，遵循“比例原则”，结合个案情况判断违反强制性规定的行为是否违反公序良俗以及违反程度，灵活且实事求是地认定行为效力才是唯一正确的选择！<sup>③</sup>

### 三、本文的观点

#### （一）基本立场

合同是以设立、变更、终止民事权利义务关系为目的的双方或多方当事人

<sup>①</sup> 苏永钦.私法自治中的经济理性[M].北京:中国人民大学出版社,2004.37.

<sup>②</sup> 同上.

<sup>③</sup> 孙鹏.论违反强制性规范行为之效力——兼析《中华人民共和国合同法》第52条第5项的理解和适用[J].法商研究,2006,(5):127.

意思表示一致的民事法律行为。<sup>①</sup>法律概念总是以一定的价值观念为依归的,潜藏在法律行为这一法律概念背后的法律价值观就是私法自治或意思自治。从私法自治原则还能延伸出公平原则、平等原则、诚实信用原则等等,这些也是民法或合同法的基本价值观,表现在具体层面上就是当事人之间的私益或私益和公共利益之间的权衡。历史告诉我们,凡是民商事活动比较自由的,社会经济发展一般就比较好,而限制私人经济则会引起经济的衰退。从人的解放和个体自由的角度看,国家也不应对私人活动进行过多的干预。然而,私法上的价值观也会有跟公法上的价值观相冲突的时候。当公法的价值观以公共利益的面目出现时,私法上的价值观是否需要修正,原本属于私法的“领土”是否要割让,是一个相当复杂的问题。违法合同的效力问题本质上是一个价值评判的问题。在涉及公共利益和特定之私益的保护时,有强制规范的必要;在此前提下,则应最大限度地保证私法自治和合同自由,这就是本文的基本价值立场。在具体的操作层面上,需要就强制性规范所保护的法益与合同所体现的法益相权衡,在自由、公平、平等、交易安全、效益、社会利益、各个私人利益之间达到动态的平衡。

违反强制性规范合同的效力的判断模式不是一成不变的。过去被判断为无效的合同在现在不一定就被判断为无效,现在有效不一定意味着以后也是有效的。因为在特定的历史时期、社会背景下,相同的或不同的强制性规范负载着特定的法政策目的。因此,对判断违反强制性规范合同的效力应该抱着一种灵活多变的態度。

#### (二) 具体的判断步骤

笔者认为,要判断违反强制性规范合同的效力,应该完成三个步骤。第一步,在公法领域,判断合同作为一种非表示行为是否已经符合了强制性规范的构成要件,当事人是否要承担法律责任,这一步是公法领域违法行为构成要件理论所该解决的问题。只有已经符合或有可能符合强制性规范构成要件,合同才能进入私法的视野进行合同效力的判断。第二步是,把违反强制性规范,合同主要分为合同本身违反强制性规范和合同的履行行为违反强制性规范

<sup>①</sup> 韩世远.合同法总论[M].北京:法律出版社,2004.7.

两类。<sup>①</sup>然后按照一定标准对这两个子项进行再划分。同时,把这两个子项无法涵盖的归为其他违反强制性规范合同类型。第三步,对被违反的强制性规范进行目的解释,权衡相关法益,以是否有利于强制性规范目的的实现为标准得出合同是否无效的结论。德国学者耶林指出,法律乃人类意志的产物,有一定目的,受目的律支配,与以因果律为基础,因而有必然因果关系的自然法则截然不同。故解释法律,必先了解所欲实现何种目的,以此为出发点,加以解释,始能得其要领。目的为解释法律之最高准则。<sup>②</sup>

## 1. 合同本身违反强制性规范

### (1) 合同主体资格违反强制性规范

合同主体的不适格可以说是最经常发生的合同违反强制性规范的样态。尤其是在行政管理法规中,对某类民事活动经常有特别的资格要求,而且该资格是强制性的。例如,我国《建筑法》第26条规定,禁止没有建筑活动资质或资质不够者承揽工程;《律师法》第14条规定,没有取得律师资格证书的人员,不得为牟取经济利益从事诉讼活动或辩护业务;《城市房地产法》第57条规定,房地产中介机构应当向工商行政管理部门申请设立登记,领取营业执照后,方可开业;《房地产管理法》第44条规定,商品房预售需要取得商品房预售许可证;《烟草专卖法》第6条规定,经营烟草制品零售业务的企业或者个人须取得烟草专卖零售许可证;诸如此类规定,不胜枚举。

此类规范的目的主要是让管理机关借此取得相应的行政权力,基于这些行政权力的行使,一方面发挥“防患于未然”的功能,即经由资格的取得程序,可以使管理机关获得进行行政管理必要的信息,有助于管理目标的实现和社会经济秩序的维护;同时在授予市场主体资格的过程中,管理机关可以通过考察市场主体的资信状况、业务能力等,保证一旦这些市场主体进入市场进行交易,不至于损害交易相对方的利益,也不至于损害国家利益和社会公共利益。另外一方面是发挥“亡羊补牢”的作用,一旦出现了违反此类规范的交易行为,行政机关可以依法行使权力,处以行政责任,以避免损害国家利益和社会公共利

<sup>①</sup> 尽管上文提到有学者认为抽象的类型化方案总是不完全的。但笔者认为,分类的过程本身就是一个归纳推理的过程,归纳而出的结论往往是或然性的。同样,对各种不同的违反强制性规范的合同的案件类型进行分析归纳,得出的一般性原理或一般性的类型也是或然性的,实际生活往往会出现已有类型所不能涵盖的新情况。但是进行归纳仍是非常有必要的,其本身是一个从特殊到一般的思维过程,是人们总结经验材料,探求新知的重要手段。

<sup>②</sup> 梁慧星.民法解释学[M].北京:中国政法大学出版社,2003.226.

益。<sup>①</sup>此类规范,如果被违反,一是如果合同尚未履行,一旦进入司法或仲裁程序,裁判者认定其为绝对无效合同比较合理。二是一旦合同已经履行完毕或已经履行一部分,即应承认合同的全部或部分发生效力。其他方面,则由管理机关对违法者进行相应法律责任的追究。

## (2) 合同内容违反强制性规范

又可称为合同标的违反强制性规范。这类合同往往表现为合同标的物为法律禁止流通的对象。例如当事人之间买卖枪支弹药、毒品、人口、国家机关公文文件、身份证等等。也可以表现为合同的效果意思违反强制性规范,例如,证券公司在合同中对客户作出对客户证券买卖的收益或赔偿证券买卖的损失承诺;银行工作人员以优于其他借款人同类贷款的条件向关系人发放信用贷款;当事人在借款合同中约定借款人不能随便改变工作和住宅,等等。

这些合同作为公法视野里的事实行为本身就是强制性规范禁止的对象。既然法律禁止这些行为的出现,那么这些行为在法律上根本就没有成立的余地,法律禁止出现或成立的行为在法的逻辑上就谈不上有对其进行效力评价的可能性。假使当事人之间成立了此类合同,其法律后果也只能是绝对无效,或合同部分无效,因为其违反的强制性规范具有强烈的伦理性意义和重大的法政策目的,只要这些合同对应的交易发生,就会绝对地损害国家利益或社会公共利益。

## 2. 合同的履行行为违反强制性规范

合同与合同的履行行为是两种具有不同法律意义的行为。合同归属于法律行为,合同的履行行为恒为事实行为。设立权利义务的意思表示行为与履行这些权利义务的事实行为在时空上是分离的。<sup>②</sup>合同与合同的履行行为是紧密关联,在发生的顺序上,只有先有合同,才有所谓的合同履行行为。事实行为有法律构成要件的问题,当事实行为已经违反或有可能违反强制性规范时,合同作为合同的履行行为的预设行为,其是否有效应该是作为阻止或纠正违反强制性规范合同的履行行为的一道闸门。

### (1) 合同已经得到履行

这里用假设的事例来说明问题。例如,甲与乙订立买卖石油的合同,乙作

<sup>①</sup> 王轶.民法典的规范配置——以对我国合同法规范配置的反思为中心[J].烟台大学学报(哲学社会科学版),2005,(3):281.

<sup>②</sup> 董安生.民事法律行为[M].北京:中国人民法学出版社,2002.83.

为合同的卖方把走私石油交付给甲。此时，乙的交付行为作为事实行为，已经符合有关走私罪的构成要件。此时，甲的主观状态就成为关键的判断因素。如果明知道乙交付的将是走私石油而仍与乙签定买卖石油的合同，甲的行为同样也符合走私罪的构成要件，此时甲乙之间的合同应该是绝对无效。如果甲不知道乙交付的是走私石油，同时甲购买的石油数量很小，或者购买的石油已经转售给众多零散户，则此时，合同是否绝对无效仍有斟酌的余地。又如，春运期间甲从票贩子乙那里购买了火车票，且已经凭票上车，此时，如果以票贩子倒卖车票的行为违反强制性规范为由宣告合同无效的话，既不现实，也不符合经济的原则。

不可否认，有时候可以保护交易安全，保护相对人的利益为理由来判断合同有效，但是如果合同的履行将严重背离含有法政策目的的强制性规范，严重损害社会公共利益，合同的命运只有一个：绝对无效。例如，当事人之间订立以杀人放火为内容的合同，无论当事人是否已经履行，合同当然是绝对无效的。

此类型的合同，考察强制性规范的目的是适用法律的核心内容，本文在这里无法也不能对每个强制性规范一一进行分析，而且不同时期或是不同地方人们的普遍的价值观可能是有差别的，从而，实现强制性规范背后的目的的迫切性和重要性也不尽相同。作出这种分类，毋宁说具有宣示意义，告诉法律适用者面对合同已经得到履行的既成事实，“顺水推舟”不失是一个可以选择的途径。

## （2）合同尚未得到履行

如果合同尚未得到履行，此时交易安全的重要性尚未凸显出来，强制性规范的法政策目的尚未被违反，此时，使合同无效，把“犯意”扼杀于萌芽中，避免有违法行为的出现，避免社会公共利益被损害，使当事人免于进一步陷进所谓的交易纠纷中，大有裨益。

合同尚未得到履行还存有特殊的情形。一是如果现在履行合同将会违法，当事人预见到规范这种行为的法律在以后某个时间会废止，约定相关法律废止时合同可以生效履行，此时，不妨判断合同为有效。二是当事人签定了合同，如果在签定合同当时履行合同是合法的，但是在未来某个期间出现新的法律规定了新的标准，则合同的履行就是违法的，此时，合同应为无效。例如，当事人间签定了买卖医用口罩的合同，口罩的标准符合现行的卫生法规定的标准，

但在出卖方交付口罩前，发生了非典，对医用口罩的标准提高了，此时，使合同无效才能避免当事人履行合同而导致违法的后果的出现。

### 3.其他违反强制性规范合同类型

现实中经常存在着这样一类合同：其合同本身和合同的履行行为都不违反强制性规范，但所谓的合同目的是不合法的。经常可以在一些民法教科书或英美合同法的案例书看到这样的案例：当事人甲把一套房子出租给乙，乙把房子拿去当作卖淫的场所或是进行其他违法犯罪行为的场所，后来当事人发生了纠纷，甲对乙能否收回租金将取决于合同是否有效。我们也可以联想到诸如此类的事例：乙跟甲购买一把刀具，乙购买此把刀具是作为攻击跟他有过节的人用；乙跟甲购买一辆摩托车作为抢劫银行的工具用，等等。确切地说，一般所称的合同的目的是合同的动机才对。动机是行为人实施行为的内心起因，动机通过行为目的的确立外化为行为。动机跟目的相比，是行为人更为深层的心理活动，不易被外人所察觉。同个目的可能由不同的行为动机竞争或结合而成，而同个动机可产生不同的目的。例如，甲乙之间成立买卖刀具的合同，取得刀具是买受人的目的，至于取得刀具后买受人是要拿它去厨房用具，还是另有他用，则是动机的问题；又如，甲为了实施他的盗窃计划，购买了摩托车和其他工具，甲因为一个盗窃的动机而产生了获取摩托车、其他工具等等不同的目的。

如果当事人的动机或目的经当事人表明而成为合同的内容，那么动机违法已经转化为合同内容或合同的履行行为的违法，此时关于合同本身或合同履行行为违反强制性规范的合同的效力判断标准可以得到适用。然而在一般情形下，当事人是不会表明自己订立合同的动机的。此时，双方当事人的知情状况就成为一个重要判断因素。在英美合同法的案例中，有过这样的例子：原告同意供应被告一辆小型四轮马车。被告是一名妓女，意图用这辆车做掩护，以作为其性犯罪之用，因被告不付车租，原告起诉要求给付，结果法院判断驳回原告之诉，因为原告知道被告的租车意图是从事违法行为，所以合同无效。<sup>①</sup>也有这样的案例：原告向被告追索一笔贷款，原告明知这笔钱是用来去偿还另一笔向第三者借下的非法贷款，法院就拒绝执行，指第二笔贷款受了第一笔贷款的“污

<sup>①</sup> 杨桢.英美契约法[M].北京:北京大学出版社,2000.316.

染”。<sup>①</sup>遵照一般的法理，如果一方当事人知道对方当事人的违法动机，则合同应为无效；如果一方当事人不知道对方当事人的违法动机，则合同应该有效。事实上，探寻当事人的动机在举证上是一件很困难的事情，如果在交易中认定或推定双方当事人知道合同的动机，那么将有大量的合同归于无效，交易将处于严重不安定的状态。正确的做法是，合同动机的非法原则上不影响合同的效力。

### 第三节 间接违反强制性规范合同的效力

合同间接违反强制性规范，又可称为脱法行为，指借法律行为自由为包装，利用间接迂回手段而规避强行规定，借以达成法律原则所不容许之效果。<sup>②</sup>可以先用具体事例来说明脱法行为的丰富样态。例如，按照我国现行金融法规的规定，企业间不可拆借资金，如果企业为规避此规定，采取联营为名，借贷为实的规避手法，如在联营合同中订立“保底条款”：联营一方向联营体投资，但不参加共同经营，也不承担联营的风险责任，不论盈亏均按期收回本息或按期收回固定利润；又如，采取赠予不动产的表面形式，实质上进行不动产买卖，以规避契税征收；类似的还有所谓的挂靠协议：一方当事人无车辆运营或者建筑施工等资质，而与另一相关资质当事人协议，在支付所谓挂靠费用的对价下，由有资质的人申请车辆运营或出面投标承揽建筑工程，而交由无资质人具体运营；患者与医院约定，先由患者向医院作出一个单独的无偿捐献器官行为，而后医院相应作出一个单独的医疗费用等债务的免除行为，表面上看这两个单独行为合法，但当事人的捐献行为以医院减免医疗费为前提，双方实质上构成了法律禁止的人体器官交易关系；等等。类似这样的例子还有很多。与直接违反强制性规范合同相比，此类合同往往不违反强制性规范的文义，法律所设置的构成要件不能被符合，但法律所欲达到的目的往往落空。

#### 一、理论通说及实务所采用的标准

处理间接违反强制性规范合同的效力问题，核心步骤在于使表面上其构成

<sup>①</sup> 杨良宜.国际商务游戏规则——英国合同法[M].北京:中国政法大学出版社,2000.235.

<sup>②</sup> 邱聪智.民法总则[M].台北:三民书局,2005.582.

要件不被符合的强制性规范能够适用于规避行为。行为迂回规避强制性规范，那么，强制性规范也得“迂回”适用于这些规避行为。

### （一）合同（法律行为）解释说

该说主要倾力于以通谋虚伪意思表示形式规则来完全涵盖脱法行为。通谋虚伪意思表示，指表意人与相对人同谋而为虚伪的意思表示，其构成要件有三：1. 须有意思表示的存在；2. 须表示与真意不符；3. 须其非真实的表示与相对人同谋。<sup>①</sup>我国大陆的民法没有规定通谋虚伪意思表示，但《合同法》第52条第3项规定，当事人以合法形式掩盖非法行为的，合同无效。法律适用者通过对真实行为的目的的探求，赋予被隐蔽的真实行为的相应的法律效力。例如，企业为规避规定，采取了以联营为名，借贷为实的规避手法。通过对当事人的合同进行解释，得出当事人的真实意思表示在于借贷，从而使被规避的法律规范得到适用。

### （二）法律解释说

该说认为，当事人是否不当规避法律，在于解释该被规避的法律而判定：若有法律被规避，则当事人的行为不能达到规避的效果，该被规避的法律必须适用于行为；若找不到或者无法判定有法律被规避，则当事人的行为为合法之行为。此说似乎可以归结对脱法行为的“寻法”活动。<sup>②</sup>由于一个回避法律规定的行为是否不当的决定，关键在于对被回避之法律规定的解释，而解释只产生两个可能性：或因该脱法行为被拟规避的法律所辖及，而无法达到其规避的目的，或该脱法行为并不在该系争法律构成要件的外延内，而成功达到其规避的目的。<sup>③</sup>德国和我国台湾地区的民法教科书一般对脱法行为持这样的观点。按照此说，出现脱法行为后，一般先对被规避的法律进行解释，目的解释是重要的方法，如果规避行为使法律规范的目的落空，则该法律规范将适用于规避行为。例如，德国有关法律规定，一定面积的农地所有权的转移必须由土地当局批准，当事人为规避此规定，就订立了多个较小面积的农地所有权转移合同。该法的立法目的在于国家监控土地之流转，防止土地垄断的形成，因此，法院完全可以从立法的精神出发，将多个同种性质的标的物交易合同解释为单一标的物的

<sup>①</sup> 王泽鉴.民法总则[M].北京:中国政法大学出版社,2001.7.

<sup>②</sup> 彭万林.主编.民法学[M].北京:中国政法大学出版社,1999.46.

<sup>③</sup> 黄茂荣.民法总则[M].台北:植根法学丛书编辑室,1982.428.

交易合同，而直接适用有关法律的规定。

### （三）法律漏洞填补说

该说认为，法律解释说不能完全涵盖脱法行为的问题，此时为达到准确寻法的目的，即得承认法律有漏洞，进而须填补漏洞。类推适用是填补法律漏洞的一个重要的方法：指对于法无明文规定之系争事件，比附援引与其具有类似性的案型之规定。<sup>①</sup>例如，患者向医院作出一个单独的无偿捐献器官行为与医院相应作出一个单独的医疗费等债务免除行为，在事实上互为因果，在法律上互为对待给付，双方的法律地位和出卖人与买受人之关系具备充分的相似性，自可类推适用关于买卖关系的法律规范，因合同标的违反法律或公序良俗，归为无效。

## 二、对各种学说的评价

法律行为解释说试图用通谋虚伪意思表示理论来涵盖全部的脱法行为。该说比较简单易行，但是脱法行为与通谋虚伪意思表示最大的区别在于脱法行为为当事人所真实追求，而非伪装行为之意思。换言之，脱法行为与通谋虚伪意思表示在行为的客观方面虽有交叉之处，但法律已经明文设置了通谋虚伪意思表示的条款，则即使在为脱法而通谋之情形，法官也只须直接援引通谋虚伪意思表示条款，而不必借助脱法行为这一名称。

法律解释说比法律行为解释说更进了一步，涵盖面更广。法律作为客观化之立法者精神，其解释的目的在于阐述此客观化意旨，其过程应斟酌立法者具体的规范意思、价值判断和利益衡量。但该说也有不足的地方。例如，患者向医院作出一个单独的无偿捐献器官行为与医院相应作出一个单独的医疗费等债务免除行为，两个行为都属合法，本身内容确定，法律后果直接依法推导得出，没有适用法律解释的余地。

法律漏洞填补说是为了弥补法律解释说的缺陷而产生的，相对于法律解释说，其处于辅助地位，若是单纯适用法律漏洞说，则法律解释说能解决的问题，法律漏洞填补说就解决不了：因为其已经超出法律规范的文义范围，脱离了法律适用的常规轨道。

<sup>①</sup> 梁慧星.民法解释学[M].北京:中国政法大学出版社,1995.272.

### 三、本文的观点

以上三种学说之间不是相互独立的。法律行为解释说可以直接适用那些实质法律关系和形式上法律关系不相符合的案件，简单易行，但适用面比较窄。在三种学说中，法律解释说的适用面最广，基本上很多脱法行为能够通过这个理论得到效力的确认。法律也有漏洞的存在，法律解释说不能解决的案子就得应用漏洞填补的法律技术了。可以这样说，三者之间所呈现的是一种递进关系，仅仅适用其中一种学说或标准都有一些涵盖不到的地方。有学者尝试对脱法行为进行独立类型化，认为脱法行为有三个构成要件：有强制性规范、有规避法律的意图、有掩盖行为，试图一劳永逸地解决脱法行为问题。但是，这种做法将具有同一个意义性的诸事物割裂开来，使得部分同属于一个类型的事物被排除挤掉或来不及制定在法律之中，最后还是得回到对强制性规范的规范意旨的解释上，甚至得委之于法官造法。王泽鉴先生指出：脱法行为的无效，或基于其所违反的明示规定，或基于违反法规意旨的解释，或基于禁止规定连结第 71 条的类推适用。<sup>①</sup>德国法学者 Flume 也认为，根本不可能存在一种独立的规避法律的学说，毋宁说，规避法律问题是一个法律解释问题。<sup>②</sup>

本文认为，正确的做法是，能直接适用通谋虚伪意思表示理论即在我国合同法上表述为以合法形式掩盖非法形式合同的理论解决的问题，则不需要通过脱法行为概念和理论这条渠道。法律解释说应为判断脱法行为效力的主要标准，以各种解释方法探求法律规范的意旨，以达到脱法的行为进入法律规范的调整射程中，在此过程中，所谓的法律漏洞的填补方法，例如目的性扩张，类推适用等等，其最后目的还是为了探求规范的意旨，与法律解释说殊途同归，都是为了使脱法的行为进入规范射程中。在脱法行为进入规范射程中后，判断脱法行为有效与否，就与判断直接违反强制性规范合同的效力的所采取的标准方法及步骤就没有什么差异了。

<sup>①</sup> 王泽鉴.民法总则[M].北京:中国政法大学出版社,2001.277-288.

<sup>②</sup> [德]迪特尔·梅迪库斯.德国民法总论[M].邵建东译,北京:法律出版社,2001.494.

#### 第四节 本章小结

本章首先分析“违法”这一概念的内涵，指出意思表示行为和非意思表示行为是两种具有不同法律意义的行为，违法行为恒为非意思表示行为。当我们称合同违反强制性规范的时候，有两种含义：一是在强制性规范的视野里，合同作为一种有法律意义的行为，不是原本意义上的意思表示行为，而是一种非意思表示行为，只有符合与不符合强制性规范构成要件的问题，当事人的意思表示内容不为评价的对象；二是指合同的履行行为已经违反或有可能违反强制性规范。按照合同违反强制性规范的形态，分为直接违反和间接违反两种。直接违反是指从文义上解释强制性规范就能使规范中的构成要件被符合，从而使规范的法律后果得以发生。对这种违反样态，本文先考察了五种不同的学说，在对这五种学说的对比分析的基础上，本文认为探寻规范目的应该是判断违法合同效力的基本标准，在此基础上，对直接违反强制性规范合同进行类型化，分为合同主体资格违反强制性规范、合同内容违反强制性规范、合同的履行行为违反或有可能违反强制性规范等几种。另外，合同的目的或动机违法也是值得注意的违反形态。间接违反是这样的一种违反样态：指从文义上进行解释不能使强制性规范的构成要件被符合，但法律规范的规范目的落空，没有起到应有的规范功能。合同间接违反强制性规范，又可称为脱法行为。处理脱法行为的关键就是使脱法行为能进入强制性规范的适用射程内。对此，理论和实践上有三种不同的学说。本文认为这三种学说不是相互独立，而是相互补充的，从而使各种脱法行为尽可能地进入法律的规范范围内。从理论上解决强制性规范怎样才能“名正言顺”地适用脱法行为后，判断直接违反强制性规范合同的效力的标准就得以适用脱法行为了。

## 结 语

有学者指出：“中国民事立法中，最容易犯的一个错误也就是最不容易接受教训的地方，就是不喜欢将他人在这几百年的历史中被证明是成功的东西接受过来，而喜欢搞一些不伦不类的所谓‘适合我国国情的东西’，其结果往往事与愿违。”<sup>①</sup>《合同法》第52条第5项的规定之所以在我国的适用中过程导致合同无效泛化的结果，根本原因就在于我国抛弃了各国民法对于法律行为内容合法要件中的但书限制规则，未把握该要件的法律性质。尽管法律规定中有但书的限制，但德、日等大陆法系国家的学理和判例都致力于强制性规范的具体化，以避免法官裁量权的滥用。在我国，由于立法的先天不足，法官或仲裁员受大陆法系传统思维方法的影响，多习惯将民法的一般概念适用当下的案件，使得《合同法》第52条第5项的适用往往违背立法的本意，甚至走向了滥用自由裁量权的深渊。

有鉴于此，本文试图在公私二元法律体系的宏观理论框架里，道出该规定的规范功能的所在。对“强制性规范”这一核心概念的内涵和外延进行限定后，以对合同或合同的履行行为违反强制性规范的样态进行区分为前提，吸取各种学说的合理成分，以强制性规范的目的解释为基础，对违反强制性规范合同的样态进行类型化。法律规范的目的的解释是动态的，违反强制性规范的合同的样态的区分是静态的，法律的适用既需有章法可循，以保持规范适用的统一，避免适用法律的裁量权被滥用，也需要保持一定的灵活性，使法律能够适应现实生活不断出现的新情况，跟得上社会发展的步伐。

关于合同违反强制性规范这一论题，本文还未对一些问题进行深入分析：合同违反强制性规范后，如果其法律后果是无效，那么此无效是绝对无效还是相对无效呢？如果合同不是无效，那么合同的法律效果是效力未定、可撤销还是其他法律效果呢？如何避免当事人利用合同违法进行恶意抗辩，即如何妥善处理合同违反强制性规范制度和诚实信用原则之间的关系呢？有学者指出我国

<sup>①</sup> 李永军.合同法原理[M].北京:中国人民公安大学出版社,1999.301.

违反强制性规范的效力论的发展趋势估计将要取决于公序良俗理论的发展,<sup>①</sup>那么,合同违法和合同违反公序良俗之间的关系是怎么样的呢?诸如此类问题还有很多。这些都应该是以后研究违反强制性规范合同的效力问题应该深入探讨的课题。

---

<sup>①</sup> 解亘.论违反强制性规范契约之效力——来自日本法的启示[J].中外法学,2003,(1):43.

## 参考文献

### 一、著作

- [1] 董安生.民事法律行为[M].北京:中国人民大学出版社,2002.
- [2] 何宝玉.英国合同法[M].北京:中国政法大学出版社,1999.
- [3] 黄茂荣.法学方法和现代民法[M].北京:中国政法大学出版社,2001.
- [4] 黄茂荣.民法总则[M].台北:植根法学丛书编辑室,1982.
- [5] 韩世远.合同法总论[M].北京:法律出版社,2004.
- [6] 梁慧星.民法总论[M].北京:法律出版社,2001.
- [7] 梁慧星.民法解释学[M].北京:中国政法大学出版社,1995.
- [8] 龙卫球.民法总论[M].北京:中国法制出版社,2003.
- [9] 李永军.合同法原理[M].北京:中国人民公安大学出版社,1999.
- [10] 彭万林,主编.民法学[M].北京:中国政法大学出版社,1999.
- [11] 邱聪智.民法总则[M].台北:三民书局,2005.
- [12] 史尚宽.民法总论[M].北京:中国政法大学出版社,2000.
- [13] 孙晓洁.公司法基本原理[M].北京:中国检察出版社,2006.
- [14] 苏永钦.民事立法与公私法的接轨[M].北京:北京大学出版社,2005.
- [15] 苏永钦.私法自治中的经济理性[M].北京:中国人民大学出版社,2004.
- [16] 苏永钦.私法自治中的国家强制[M].北京:中国法制出版社,2005.
- [17] 王家福,主编.中国民法学·民法债权[M].北京:法律出版社,1991.
- [18] 王利明,郭明瑞,方流芳.民法新论(上)[M].北京:中国政法大学出版社,1988.
- [19] 王泽鉴.民法总则[M].北京:中国政法大学出版社,2001.
- [20] 魏振赢,主编.民法[M].北京:北京大学出版社,高等教育出版社,2000.
- [21] 徐显明,胡秋江,主编.法理学教程[M].北京:中国政法大学出版社,1999.
- [22] 杨良宜.国际商务游戏规则——英国合同法[M].北京:中国政法大学出版社,2000.
- [23] 杨桢.英美契约法[M].北京:北京大学出版社,2000.
- [24] 朱庆育.意思表示解释理论——精神科学领域中的私法推理[M].北京:中国政法大学出版社,2004.
- [25] 周永坤.法理学[M].北京:法律出版社,2004.
- [26] [德]迪特尔·梅迪库斯.德国民法总论[M].邵建东译,北京:法律出版社,2001.
- [27] [德]卡尔·拉伦茨.德国民法通则(上)[M].王晓晔,邵建东等译,北京:法律出版社,2003.
- [28] [德]卡尔·拉伦茨.德国民法通则(下)[M].王晓晔,邵建东等译,北京:法律出版社,2003.

- [29][德]卡尔·拉伦茨.法学方法论[M].陈爱娥译,北京:商务印书馆,2003.  
[30][日]山本敬三.民法讲义 I·总则[M].解亘译,北京:北京大学出版社,2004.

## 二、论文

- [1] 郭明瑞,于宏伟.论公法与私法的划分及其对我国民法的启示[J].环球法律评论,2006,(4).  
[2] 胡吕银.法律行为内容合法要件研究[J].扬州大学学报(人文社会科学版),2003,7(3).  
[3] 胡智勇.私法自治与国家强制——法律强制性规范与无效民事法律行为关系之分析与构建[J].重庆工学院学报,2005,(6).  
[4] 孙鹏.论违反强制性规范行为之效力——兼析《中华人民共和国合同法》第 52 条第 5 项的理解和适用[J].法商研究,2006,(5).  
[5] 苏永钦.私法自治中的国家强制[J].中外法学,2001,(1).  
[6] 苏永钦.契约违反禁止规定[A].杨予龄.民法总则实例问题分析[C].台北:五南图书出版公司,2001.  
[7] 王利明.关于无效合同确认的若干问题[J].法制与社会发展,2002,(5).  
[8] 王轶.民法典的规范配置——以对我国合同法规范配置的反思为中心[J].烟台大学学报(哲学社会科学版),2005,(3).  
[9] 解亘.论违反强制性规范契约之效力——来自日本法的启示[J].中外法学,2003,(1).  
[10] 应秀良.违反行政法强制性规定的合同效力探讨——以《房地产管理法》为研究对象[J].法律适用,2004,(3).  
[11] 周旺生.法的功能和法的作用辨异[J].政法论坛,2006,(9).  
[12][德]海·克茨,康·茨威格特.违背法律和善良风俗的法律行为后果比较[J].孙宪忠译,环球法律评论,2003,(4).  
[13][德]亚历山大·冯·阿雷廷.德国法律行为制度构成与展望[A].孙宪忠.制定科学的民法典——中德民法典立法研讨会文集[C].北京:法律出版社,2003.

## 三、辞书

- [1] 新华汉语词典编委会.新华汉语词典[Z].北京:商务印书馆国际有限公司,2004.

## 四、资料

- [1] 孔礼海,主编.中华人民共和国合同法立法资料选[Z].北京:法律出版社,2002.