

“效力性”强制规范裁判 之考察与检讨

以《合同法解释二》第14条的 实务进展为中心

姚明斌*

摘要 《合同法解释二》第14条施行以来的127则省级以上终审裁判表明,现行实务对“效力性”强制规范的内涵已有基本界定,但对《合同法》第52条第5项之规制逻辑、规范功能、体系关联的把握仍有欠准确。规范适用的形式维度中,既有的描述型和要件型进路均不乏疑义,体系和目的方法的运用亦有待充实。规范适用的实质维度中,裁判实务贡献了规制对象的三方面区分、合同履行情况、主张无效者本身违法或明知相对方违法等规范内外的多项评价要点,但其内在机理应再作梳辨。“效力性”与“管理性”二分的实务困境表明,应肯认和发掘《合同法》第52条第5项的“一般条款”功能。

关键词 强制规范 效力性 管理性 合同效力 裁判实务

引言

合同作为私法主体自主型构法律关系的基本工具,在某种意义上具有“私人立法”的

* 华东政法大学法律学院讲师。本文系作者主持的国家社科基金青年项目“违约金条款类型化规制研究”(15CFX059)和上海市教育委员会、上海市教育发展基金会“晨光计划”项目(14CG53)的阶段性成果。

品格。^{〔1〕}但这种“个别私法规范”^{〔2〕}欲在整个私法体系中产生效力,又须以其不违反“上位法”之评价为前提,其中就包括不得违反强制规范;在法技术层面,可以通过明定违反强制规范之合同无效,即设置所谓的“强制规范违反禁止规则”^{〔3〕}予以贯彻。逻辑上看,强制规范认定与合同效力评价存在“反相关”关系,前者的操作越严格谨慎,后者就越趋于正面评价合同的效力,“立私法以自治”的空间也相对越大。对此,中国法近三十年来的规范演进可资印证:在1999年《合同法》第52条第5项及同年的《合同法解释一》第4条对1986年《民法通则》第58条第1款第5项^{〔4〕}作规范属性和位阶的限制后,最高人民法院于2009年进一步以《合同法解释二》第14条将第52条第5项之“强制性规定”限缩为“效力性强制性规定”。此一规制方向回应了市场经济鼓励自治的现实需求,殊值肯定。

但是方向正确,并不意味着路线妥当。违法合同无效规范固然以私法自治的空间问题为轴心,但更精准的焦点,毋宁在于各种具体的强制规范下“私人立法”所能规划的不同范围。若欲评析该规制路线的妥当性,就不得不深入到其具体适用中,把握私人立法与强制规范的微观互动。当前学界积累的丰硕成果中,^{〔5〕}已不乏倡导植根案例法研究

〔1〕 对此的深入阐释,可参见薛军:“法律行为‘合法性’迷局之破解”,《法商研究》2008年第2期,页37—47。明确赋予合同(契约)以法源地位者,参见黄茂荣:《法学方法与现代民法》(第5版),法律出版社2007年版,页14。

〔2〕 参见朱庆育:“私法自治与民法规范”,《中外法学》2012年第3期,页471以下。

〔3〕 耿林:《强制规范与合同效力》,中国民主法制出版社2009年版,页76。

〔4〕 《民法通则》第58条第1款第5项:“下列民事行为无效:……(五)违反法律或者社会公共利益的;……”同时期的类似立法,亦可见于1981年《经济合同法》第7条第1款第1项(违反法律和国家政策、计划的经济合同无效,1993年修订为“违反法律、行政法规的合同”无效)、1985年《涉外经济合同法》第9条第1款(违反中华人民共和国法律或者社会公共利益的合同无效)、1987年《技术合同法》第21条第1款第1项(违反法律、法规或者损害国家利益、社会公共利益的技术合同无效)。此后最高院亦提出若干限制合同无效认定的权威见解,参见1993年《全国经济审判工作座谈会纪要》(法发[1993]8号)(已废止)。

〔5〕 关于强制规范与合同效力关系问题,学界已贡献了多层次的研究成果,除了经典教科书的具
体阐释,相关专著和论文涉及基础理论层面(如谢鸿飞:“论法律行为生效的‘适法规范’”,《中国社会科学》2007年第6期,页124—142;耿林,见前注〔3〕;钟瑞栋:《民法中的强制性规范》,法律出版社2009年版;许中缘:《民法强行性规范研究》,法律出版社2010年版;黄忠:《违法合同效力论》,法律出版社2010年版;金可可:“强行规定与禁止规定”,《月旦民商法杂志》2015年第3期,页5—22)、比较法引介层面(如解亘:“论违反强制性规定契约之效力”,《中外法学》2003年1期,页35—51;苏永钦:“违反强制或禁止规定的法律行为”,载苏永钦:《私法自治中的经济理性》,中国人民大学出版社2004年版,页30—52;孙鹏:“私法自治与公法强制”,《环球法律评论》2007年第2期,页122—129;刘凯湘、夏小雄:“论违反强制性规范的合同效力”,《中国法学》2011年第1期,页110—121;叶名怡:“法国违法合同无效制度探析”,《环球法律评论》2013年第1期,页141—154)和具体规范适用层面(如詹森林:“效力规定与取缔规定之区别标准”,载范光群教授七秩华诞祝寿论文集编辑委员会编:《程序正义、人权保障与司法改革:范光群教授祝寿论文集》,台湾元照出版公司2009年版,页289—314;孙良国:“公务员订立营利性投资经营协议的效力及其法律后果”,《法学》2010年第10期,页113—143;黄凤龙:“论《合同法》中的强制性规定”,《烟台大学学报(哲学社会科学版)》2011年第1期,页43—48;刘贵祥:《合同效力研究》,人民法院出版社2012年版,页3—60)。

的呼吁〔6〕与尝试。〔7〕而在前述规范演进中,最值得近距离观察的当属《合同法解释二》第14条所提供的“效力性”〔8〕强制规范思路,因为有别于之前从规范位阶角度提供的形式判准,最高法院显然试图以“效力性”概念指引裁判实务探求强制规范影响合同效力的实质理由。

在《合同法解释二》施行已逾七年的今天,通过集中观察其第14条的相关裁判来检视“效力性”强制规范思路的实务进展,对于评判该限缩路径之贡献局限,发掘规范适用的利弊得失,乃至构造可能的完善方案,都是很有必要的。有鉴于此,本文尝试从《合同法解释二》第14条的实务现况出发(第一部分),探讨三方面问题,包括司法实践对“效力性”强制规范的界定及其疑义(第二部分)、相关裁判在规范适用的形式维度上所遵循的进路与方法(第三部分)以及在实质维度上所涉及的评价要点(第四部分),并在此基础上提炼出重识《合同法》第52条第5项功能的若干管见(代结论部分)。

一、《合同法解释二》第14条实务运作概观

在前期的样本搜集阶段,笔者分别以“《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14条”“效力性强制性规定”为关键词,搜索提取了《合同法解释二》施行后全国范围内省级高院以上终审裁判文书共计215则;〔9〕经过系列案件重复排除等筛选工序后余127则,包括最高法院裁判24则和来自29个省级高院的裁判103则。在强制规范涉及的领域方面,分布较为集中的为房地产管理法领域〔10〕(27则,约占22%)和公司企业法领域〔11〕(24则,约占19%);土地管理、招标投标、商业特许经营、能源资源管理、安全生产建

〔6〕 参见苏永钦:“以公法规范控制私法契约”,载苏永钦:《寻找新民法》,北京大学出版社2012年版,页300以下。

〔7〕 围绕个别规范作裁判整理和检讨的成果,如孙良国:“再论公务员违反禁止性规定订立营利性合同的效力”,《浙江社会科学》2011年第8期,页40—48;黄忠:“企业间借贷合同无效论之检讨”,《清华法学》2013年第4期,页144—155。新近着力于案例群统计或典型案例析的作品,参见叶名怡:“我国违法合同无效制度的实证研究”,《法律科学》2015年第6期,页120—132;朱庆育:“《合同法》第52条第5项评注”,《法学家》2016年第3期,页153—174。

〔8〕 为了明确语词之所指,本文对《合同法解释二》第14条所称“效力性”及实务界提出的“管理性”特加引号,以区别于学理上相关概念。

〔9〕 本文所涉裁判文书若无特别说明,均来源于威科先行法律信息库,检索时间截止至2015年4月30日。为免行文冗繁,正文援引相关裁判时仅显示案号,于相应脚注中显示案件名称,脚注援引裁判则完整显示案件名称和案号。

〔10〕 包括《城市房地产管理法》第30、36、38、39、40条、《城市房地产开发经营管理条例》第5条、《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第19、29、44、45条等。

〔11〕 包括《公司法》第16、72、148条第1款第4项、第167条、《中外合资经营企业法》第4、8条、《中外合资经营企业法实施条例》第25条等。

设等领域的规则^[12]也各有一定比例的案件涉及；另有若干裁判涉及国有资产管理和金融监管领域；^[13]零星案件触及教育法、工会法甚至宪法。^[14]

在合同效力评价方面，适用该条认定涉案合同无效的为17则，认定合同有效的为110则。后者中，高达约47%（52则，含最高法院13则）的裁判在未提供（明确）理由的情况下，判定所涉强制规范并非“效力性”或仅为“管理性”规范；^[15]有约18%（20则，含最高法院2则）的裁判以相关强制规范并未明文规定违反则合同无效为由，认定其为非“效力性”或仅为“管理性”规范。如果存在多个争议规范，有的规范因并非行政法规以上位阶而被排除适用（14则，含最高法院6则）。

在未具（明确）理由而认定强制规范性质的案件中，不乏裁判指出非“效力性”的判断依据为《合同法》第52条第5项结合《合同法解释二》第14条。^[16]涉及具体评价要点的裁判中，有的在作非“效力性”判定的同时，辅之以个案中的其他理由作合同有效的论证；也有判决是以各类理由为基础，判定相关强制规范并非“效力性”或仅为“管理性”，进而认定合同有效。^[17]实质性的评价要点方面，既有涉及规范本身者（比如相关强制规范限制的仅是一方当事人的主体资质、履行行为或者已存在其他的制裁规则），也不乏涉及规范外个案情事的考量（比如合同已经履行完毕、主张无效者本身违法或明知对方违法，等等）。

上述概观呈现出《合同法解释二》第14条实务运作的以下特点：首先，强制规范所涉领域多为传统民法以外带有明显管制性色彩的法律法规。其次，虽然该条施行伊始曾有观点担忧“效力性”判断和合同无效认定会流于恣意，^[18]但现行实务表明该条主要被适用于认定合同有效的案型，而且在认定非“效力性”或仅为“管理性”时相当数量的裁判未具明确的实质理由。第三，认定合同有效的思路，有的源于非“效力性”判断与其他理由的结合，有的则是经过非“效力性”判断的中介，指向其背后的多项要点。

由此也可提炼出以下三方面追问，作为进一步检讨分析的线索：裁判实务如何界定所谓“效力性”强制规范的内涵？其适用“效力性”强制规范之规制思路时，形式上采取了哪些进路

[12] 包括《土地管理法》第14、56条、《农村土地承包法》第18条、《土地管理法实施条例》第6条、《招标投标法》第3、9、24、33、43条、《商业特许经营管理条例》第3条第2款、第7条第2款、第8、21条、原《煤炭法》第48条、《矿产资源法》第3、6条第1款第2项、第18条、《矿产资源法实施细则》第5条、《探矿权采矿权转让管理办法》第3条第2项、第6、7条、《建筑法》第7、13条、《港口法》第22条、《渔业法》第23条、原《环境保护法》第26条第1款、《药品管理法》第13条、《药品管理法实施条例》第10条、《国内水路运输管理条例》第8条、《危险化学品安全管理条例》第43条等。

[13] 包括《国有资产评估管理办法》第3条、《企业国有产权转让管理暂行办法》第11条第2款、《中国人民银行法》第30条、《外汇管理条例》第18条等。

[14] 比如《教育法》第43条第2项、《工会法》第19条、《宪法》第16条。

[15] 所谓“未提供（明确）理由”，既包括完全不具理由，也包括针对某一规范泛泛使用“行政管理需要”之类的措辞而认定其为非“效力性”规范。

[16] 典型者如联大集团有限公司与安徽省高速公路控股集团有限公司股权转让纠纷上诉案〔（2013）民二终字第33号〕。

[17] 这两种不同进路可分别概括为“要件型”和“描述型”，于下文第三部分详述。

[18] 参见黄凤龙，见前注〔5〕，页48。

与方法?实质上又涉及哪些评价要点?

二、“效力性”强制规范的实务定位

当前相当比例的裁判文书中,对《合同法解释二》第14条之“效力性”强制规范持较具同质性的理解,认为“效力性强制性规定是指法律及行政法规明确规定违反该类规范将导致合同无效的规范,或者虽未明确规定违反之后将导致合同无效,但若使合同继续有效将损害国家利益和社会公共利益的规范。”^[19]略作追溯,不难发现这一界定其来自《合同法解释二》出台之前两年最高法院所提供的权威见解:

……只有违反法律和行政法规的强制性规定才能确认合同无效。而强制性规定又包括管理性规范和效力性规范。管理性规范是指法律及行政法规未明确规定违反此类规范将导致合同无效的规范。此类规范旨在管理和处罚违反规定的行为,但并不否认该行为在民商法上的效力。……效力性规定是指法律及行政法规明确规定违反该类规定将导致合同无效的规范,或者虽未明确规定违反之后将导致合同无效,但若使合同继续有效将损害国家利益和社会公共利益的规范。此类规范不仅旨在处罚违反之行为,而且意在否定其在民商法上的效力。因此,只有违反了效力性的强制规范的,才应当认定合同无效。^[20]

显然,这一“前哨”的内容,远比之后发布施行的第14条丰富得多:首先,其不仅明确了违反“效力性”强制规范合同无效,还提出了与之相对的是“管理性”强制规范;其次,“效力性”判断系于所涉强制规范是否明定违反的合同无效或使之有效将有损国家利益和社会公益;^[21]更重要的是,“只有违反了效力性的强制规范的,才应当认定合同无效”,意味着“效力性”强制规范对应合同无效,而“管理性”强制规范对应合同并非无效,两类规范的违反效果泾渭分明。上述内容部分被《合同法解释二》施行后的裁判实践所遵行甚至援引,呈现出“解释先行,规范后至”的样态。^[22]问题在于,先行的解释倘非以最终确立的规范为解释对象,纵使其内容远较规范文义丰富,在正当性方面即存在检视的空间。

[19] 举其要者,如吉煌建材有限公司与郑某、林某金融借款合同纠纷案[(2009)浙商终字第116号];百兴小额贷款有限公司、张子杰、何勇梅借款合同纠纷上诉案[(2014)赣民二终字第23号];湖南悦禧置业有限公司与夏逸楠、黄高胜保证合同纠纷上诉案[(2014)皖民二终字第00114号]。

[20] 奚晓明:“当前民商事审判应注意的几个法律适用问题”,《法律适用》2007年第7期,页3(着重号为笔者所加,下同)。

[21] 在此之前已有学者将“效力性”强制规范界定为法律法规明确规定违反将导致合同无效或不成立的强制规范,以及虽未明定违反即无效或不成立,但使违反的合同继续有效将有损国家利益和社会公共利益的强制规范,可参见王利明:《合同法研究》(第1卷),中国人民大学出版社2002年版,页658以下。相比之下,实务界定则未涉及合同不成立情况下的强制规范问题,存在细微的区别。

[22] 比如,虽然《合同法解释二》第14条之文义并未涉及“管理性”强制规范,但在南通市通州百盛市政工程有限公司与苏州市吴江东太湖综合开发有限公司建设工程施工合同纠纷上诉案[(2014)苏民终字第00367号]中,一审法院认为“第十四条对……强制性规定的表述进一步细化为一种效力性规定,将强制性条款区分为管理性条款和效力性条款,只有后者才影响合同的效力”,可以看出先前权威见解的引领效应。

(一)“效力性”与“管理性”：强制规范的封闭式分类？

首当其冲的问题是，强制规范是否非“效力性”即为“管理性”，或者说，此一二分是否构成强制规范的封闭式分类？在学理上，广义的强制规范是从拘束力角度对法律规范作区分的结果，相对应的为任意规范。任意规范可由当事人意定变更或排除，而强制规范的适用则不存在自治的空间。^[23] 涉及合同效力问题，民法内部存在诸多不容意定变更或排除的规范，比如合同成立的形式要件规范、当事人行为能力规范、处分权或代理权作为合同生效要件规范、特种合同生效的批准要件规范、物权法定原则等。以合同效力的行为能力要件规范为例，无行为能力人订立的合同，只要不属于《民通意见》第6条中“接受奖励、赠与、报酬”的情形，即应根据《民法通则》第58条第1款第1项认定为无效，若依前述实务界定，行为能力要件就属于“效力性”强制规范。

然而这恰恰是一种误解。《合同法解释二》第14条系对《合同法》第52条第5项的解释，自然需要在后者的框架下理解强制规范的涵义。合同的效力评价固然与民法内部的强制规范密切相关，但第52条第5项这一“强制规范违反禁止规则”所指涉的，却不应包含诸如行为能力之类的规范，因为两类规范对合同效力的规制逻辑并不相同。行为能力要件规范旨在划定私法上形成及处分权利的界限，其无意禁止行为能力不足者参与交易，只是若合同未满足相应要件，出于私法内部固有的限制不允许其发生效力。^[24] 相比之下，“强制规范违反禁止规则”所涉的强制规范，因其目的在于“强行”或“禁止”某一行为而带有“行为规范”的品格，^[25]一旦违反，合同无效作为一种私法上的制裁，具有辅助实现公法规范目的的作用。^[26] 在法技术上，前者是决定合同效力是否发生的“能为规范”(können)，后者则是评价合同是否无效的“许为规范”(dürfen)。^[27] 落实到司法适用中，当合同因一方当事人无行为能力而被认定无效，通

[23] 参见朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社2014年版，页288。法技术上，还可能通过强制规范将任意规范调整为具有部分强制适用效力的半强制规范。比如《合同法》第53条即属赋予本为任意规范的违约责任规则在“造成对方人身伤害”和“因故意或者重大过失造成对方财产损失”场合下的强制规范效力，而第53条本身亦为强制规范。

[24] Vgl. *Canaris*, *Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft*, 1983, S. 16, Fn. 23.

[25] 准此以言，在强制规范内部作强行规范和禁止规范的区分，亦非对全部强制规范的封闭分类，而是在带有“行为规范”属性之强制规范下的区分。新近类似阐述参见金可可，见前注[5]，页20以下。此外，强行与禁止之间在逻辑上存在互通解释的可能，有学者以“隐含”关系概括之（参见王轶：“论物权的规范配置”，《中国法学》2007年第6期，页118），亦有学者认为只是语法问题（参见钟瑞栋：“《合同法》第52条第5项的三个争议问题”，载陈小君主编：《私法研究》（第13卷），法律出版社2012年版，页173以下）。

[26] Vgl. *Canaris* (Fn. 24), S. 19.

[27] Vgl. *Boemke/Ulrici*, *BGB Allgemeiner Teil*, 2009, S. 185, Rn. 13. *Bork*, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, 2. Aufl., 2006, S. 415, Rn. 1097. *Flume*, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 2. Band, *Das Rechtsgeschäft*, 4. Aufl., 1992, S. 342 f. (德)卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（下），王晓晔等译，法律出版社2003年版，页588以下。我国亦有学者在私法强制规范和公法强制规范分立的框架下讨论这一区分（参见谢鸿飞，见前注[5]，页127以下），也有学者指出“能为规范”的适用无须借助《合同法》第52条第5项（参见朱广新：《合同法总则》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，页270以下）。虽然另有观点认为这一区分并非泾渭分明（参见黄凤龙，见前注[5]，页45），但笔者认为，“能为规范”由于涉及私法关系的形成可能性，大都设置了相应的法律效果（或可依法律而推论），准此亦不存在适用《合同法》第52条第5项的必要。

常会表述为该合同不“符合”行为能力方面的要求,而不会认为该合同“违反”了行为能力要件规范。

类似的情形也出现在处分权要件和批准生效要件规范上。比如关于《物权法》第191条第2款的抵押物转让限制规则,实务中盛行以该款并非“效力性”强制规范而认为应承认抵押物转让合同效力的做法。^[28]且不说法理上抵押权的存在并不影响所有权处分权能之行使,即便采较为保守的解释将该款理解为对抵押物处分权的限制,处分权要件对于合同效力的影响也只是“能为规范”层面的规制,尚不足以提升到追究其是否禁止转让抵押物的层面。^[29]又如,在(2013)甘民二初字第2号判决书中,法院一方面认定《探矿权采矿权转让管理办法》第10条第3款“批准转让的,转让合同自批准之日起生效”之规定为“管理性”强制规范,另一方面又依《合同法解释一》第9条判定未经批准的探矿权转让合同并非无效而系未生效,^[30]显然也混淆了两脉不同的规制逻辑。因为批准生效规范亦属合同效力形成的“能为规范”,^[31]无涉“效力性”或“管理性”的问题。

是以,欲围绕《合同法》第52条第5项对强制规范再作区分,一项前提工作是将对合同效力已作另一维度之评价的“能为规范”剔除出其适用范围,相应地,“效力性”和“管理性”的二分也就不构成对与任意规范相对之强制规范的封闭式分类,而只是对其中的“许为规范”所作的区分。^[32]

(二) 明定“违反即无效”的强制规范

现行实务将“法律及行政法规明确规定违反该类规定将导致合同无效的规范”界定为“效力性”强制规范的一种形态,表面上看并无障碍:既然相关强制规范本身已明定违反者无效,规范强度必然波及合同的私法效力,岂有非属“效力性”之理?然而细加辨析就会产生新的疑问:既然相关规定已确认违反的合同无效,依特别法优先之法理,以该相关规定为无效依据即可,何来适用《合同法》第52条第5项并对所涉强制规范作“效力性”定位的必要?

问题的关键在于,如何理解《合同法》第52条第5项的规范功能。学理上,有观点认为这类“强制规范违反禁止规则”属于引致条款,通过征引相关强制规范并依相应的规范解释来判断违反之合同的效力,至于引致条款本身对于合同效力的认定并无实质的规范意义。^[33]由于第52条第5项所涉强制规范限于行政法规以上位阶,实务中明定“违反即无效”的强制规范

[28] 参见《广东省高级人民法院全省民事审判工作会议纪要》(粤高法[2012]240号)。另可参见李春木与连云港市晶都房地产开发有限公司、连云港市新明珠大酒店有限公司执行异议之诉上诉案[(2014)苏民终字第0018号];河南盛煌实业发展有限公司与张秀兰房屋买卖合同纠纷上诉案[(2011)豫法民二终字第31号]。

[29] 类似的见解,可参见刘贵祥、吴光荣:“论未经抵押权人同意之抵押物转让的效力”,《比较法研究》2013年第5期,页54以下。这里还涉及负担行为与处分行为的区分问题,详见下文第四部分。

[30] 朱为亚与甘肃天府雨子沟金矿有限责任公司探矿权转让合同纠纷案。

[31] Vgl. Flume (Fn. 27), S. 343.

[32] 另可参见金可可,见前注[5],页21。

[33] Vgl. Flume (Fn. 27), S. 341. 黄忠:“违法合同的效力判定路径之辨识”,《法学家》2010年第5期,页69以下。

更多地源于各类司法解释对现行法律法规的补充。

较为典型的如针对商品房预售中的“预售许可证明”要求(《城市房地产管理法》第45条第1款第4项)。《商品房买卖合同司法解释》第2条明定起诉前仍未取得许可者签订的预售合同无效,则“起诉前仍未取得许可者签订的预售合同无效”亦属《城市房地产管理法》第45条第1款第4项的规范内容,后者也就构成明定“违反即无效”的强制规范。此时若再援引《合同法》第52条第5项,就只是发挥其引致功能。但是,针对建筑活动从业者资质要求的规定(《建筑法》第13条),《建设工程施工合同司法解释》第1条第1项则规定无(相应)资质之承包人签订的施工合同应“根据《合同法》第52条第5项”认定为无效。那么,不同于违反《城市房地产管理法》第45条第1款第4项时合同直接依该条(结合司法解释的补充)而无效,违反《建筑法》第13条的合同无效认定在形式上尚须结合《合同法》第52条第5项。甚至可以说,《建设工程施工合同司法解释》第1条第1项既是对《建筑法》第13条的解释,由于其规定“根据《合同法》第52条第5项”,那么同时也是对第52条第5项的解释。可见,即便是强制规范(经过司法解释补充)本身带有合同无效的法律效果,第52条第5项亦不见得只是发挥引致的功能,而是有可能构成认定无(相应)资质之承包人签订的施工合同无效的一个实质的规范依据。

现行实务中,强调明定违反者无效为“效力性”强制规范的一种典型形态,已经促发了对《合同法》第52条第5项及《合同法解释二》第14条的误用。除了从“能为规范”中明确的法律效果误推其为“效力性”规范,有的裁判还以相关强制规范未明定“违反即无效”作为“管理性”判断的唯一理由。^[34]较为妥当的处理如(2014)黑民终字第34号判决书中,二审法院系直接以《建设工程施工合同司法解释》第1条第3项为据,认定未经招标而订立的建设工程合同无效。^[35]此所以有学者指出,法律效果已由司法解释所明定的案型,裁判者即无须再对强制规范作解释。^[36]即便承认第52条第5项在一定范围内只是发挥引致功能,一旦相关强制规范对合同效力未置明文,就应重视其作为“强制规范违反禁止规则”的另一项更重要的职能,即沟通强制规范价值与个案情事,考量违法合同在私法上认定为无效的必要性及妥当性。否则,其规范功能将大受折损。

(三)未明定“违反即无效”的强制规范

在明定“违反即无效”之外,裁判实务也提出了“效力性”强制规范的另一典型形态:如果相关强制规范未明定违反则合同无效,“但若使合同继续有效将损害国家利益和社会公共利益”,就构成“效力性”类别;如果“旨在管理和处罚违反规定的行为,但并不否认该行为在民商法上

[34] 王某甲、某公司与孙某民间借贷纠纷上诉案[(2012)鄂民一终字第56号]。

[35] 黑龙江化工建设有限责任公司与伊春绿城房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷上诉案。

[36] 参见朱广新,见前注[27],页274。Vgl. Westphal, Zivilrechtliche Vertragsnichtigkeit wegen Verstoßes gegen gewerberechtliche Verbotsgesetze, 1985, S. 18.

的效力”，则属于“管理性”类别。严格从文义出发，《合同法解释二》第14条只能推论出“效力性”和非“效力性”强制规范，并未涉及“管理性”强制规范。^[37] 相关强制规范未明定“违反即无效”的情况下，“效力性”缘于“若使合同继续有效将损害国家利益和社会公共利益”，但此时完全可以根据《合同法》第52条第4项认定合同无效，为何要求助于第5项？这种理解不无人为制造两款竞合的嫌疑。而违反所谓的“管理性”强制规范，不见得就肯定不会造成损害社会公共利益的结果，^[38] 此时由于不能适用第52条第5项，只能求诸第52条第4项，那么同属违反行政法规以上位阶强制规范并有损社会公共利益的合同，在效力上须分别适用不同的规则，体系上是否妥适亦值追问。

(四)小结

现行裁判实务对《合同法》第52条第5项中强制规范的理解，是以任意规范为参照，未能注意到强制规范内部“能为规范”与“许为规范”的不同规制逻辑，将诸如处分权要件、批准生效要件等规范纳为评价对象，不当扩大了第52条第5项作为“强制规范违反禁止规则”的作用范围。同时，就“效力性”强制规范的内涵界定虽已有相当共识，但将明定“违反即无效”作为“效力性”强制规范的典型形态，有过分强调第52条第5项的引致作用之嫌，从而又限制了其规范功能。此外，在与“管理性”相对应的基础上导入“损害国家利益和社会公共利益”，也会引发与第52条第4项体系分工上的疑义。

三、规范适用的进路与方法

《合同法解释二》施行后不久，最高法院又发布了《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》（法发[2009]40号，以下简称《指导意见》），认为违反效力性强制规定的，人民法院应当认定合同无效；违反管理性强制规定的，人民法院应当根据具体情形认定其

[37] 据王轶先生介绍，《合同法解释二》未提及“管理性”强制规范，或缘于“全国人大常委会法制工作委员会的同志认为在最高法院的司法解释中不宜出现太多法律中尚未使用的新术语”。参见王轶：“合同效力认定的若干问题”，《国家检察官学院学报》2010年第5期，页152。而最高法院之所以力推区分“效力性”和“管理性”，既基于裁判实务的现实需要，也与其认为学界相关“共识”之影响力有关。对此相关人士介绍道：“近年来，理论界和实务界对强制性规定的分类进行探讨，并形成效力性强制性规定与管理性强制性规定之区分及其不同效力影响之认识。目前形成的共识是：强制性规定区分为效力性强制规定和管理性强制规定，违反效力性强制规定，合同无效；违反管理性强制规定，合同未必无效。……该区分原则的理论基础在于：效力性强制规范着重于违反行为之法律行为的价值，以否认其法律效力为目的，……管理性强制规范着重于违反行为之事实行为价值，以禁止其行为为目的……”参见“妥善审理合同纠纷案件，维护市场正常交易秩序——最高人民法院民二庭负责人就《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》答记者问”，载《人民法院报》2009年7月14日，第3版。其中“法律行为价值”与“事实行为价值”之谓，汉语法学最早似源于史尚宽先生，参见史尚宽：《民法总论》，中国政法大学出版社2000年版，页330。

[38] 比如在湛江市东海岛实验区东简镇龙水村后山村民小组与吴居来农村土地承包合同纠纷案〔(2013)粤高法审监民提字第53号〕中，法院一方面认定所涉强制规范仅为“管理性”，又认定部分条款内容损害村集体组织利益而无效，构成部分无效，但无效的规范依据不明。

效力……应当综合法律法规的意旨,权衡相互冲突的权益,诸如权益的种类、交易安全以及其所规制的对象等,综合认定强制性规定的类型。

该论述一方面提出了“综合认定”的处理思路,另一方面,相比之前“只有违反了效力性的强制规范的,才应当认定合同无效”的权威见解,其对于《合同法解释二》第14条的阐释有了微妙的发展。总结裁判者在运作“效力性”强制规范思路时如何铺排综合认定的诸项要点或贯之以何种解释方法,有助于探察其对“效力性”“管理性”之规范地位的把握。

(一)描述型进路与要件型进路

1. 描述型进路:以问答问的“说法”

现行实务中,有的裁判会整理个案中的多个涉及规范内外的理由,得出相关的强制规范是否构成“效力性”类别,并作合同效力评价。比如,在(2013)粤高法审监民提字第53号案件中,法院认为虽然涉案承包合同未依《农村土地承包法》第18条第3项经村民会议同意,但双方已全面履行合同义务,故该“民主决议原则”仅为“管理性”强制规范,违反该规定不影响合同效力。^[39]而在(2013)陕民二终字第00076号案件中,被兼并的国有企业未经《工会法》第19条、《企业国有产权转让管理暂行办法》第11条第2款所定程序,而与不具兼并和安置职工能力的兼并方订立兼并合同,法院即以此作为认定合同无效的理由。^[40]

这种进路下,与其说强制规范(不)属于“效力性”故而(不)导致合同无效,不如说是综合衡量多方因素后(比如兼并方显无安置职工的能力或承包合同已顺利履行),决定了合同(不)应该无效,相应的强制规范也就(不)属于“效力性”规范。这也符合“效力性”与“管理性”在学理上的定位,即此一二分意在对强制规范影响合同效力的不同结论作描述性概括,而非在构成要件层面作区分,相应地也就不存在导向不同法律效果的问题。^[41]在新近的(2012)民提字第156号案件中,最高法院指出“如作为效力性规范认定将会降低交易效率和损害交易安全”,^[42]但其欲表达的立场毋宁是如果认定“合同无效”有害交易安全,“效力性”认定于此只是一种与合同无效判定等价的修辞或“说法”,可称为描述型进路。

对于学理而言,描述性概念具有总结法律效果之异同,形成规则认知体系进而便利研究整

[39] 湛江市东海岛实验区东简镇龙水村后山村民小组与吴居来农村土地承包合同纠纷案。类似涉及民主决议程序之“管理性”规范属性者,参见林有贵等585人与平川区水泉乡下堡村村民委员会买卖合同纠纷上诉案[(2010)甘民二终字第65号]。

[40] 咸阳中威房地产开发有限公司与咸阳市农业机械总公司、北京慧天经济技术发展公司、李卫东合同纠纷上诉案。该案的裁判说理和法条援引还均涉及《宪法》第16条。

[41] 参见耿林,见前注[3],页74、87;陈自强:《民法讲义I契约之成立与生效》,法律出版社2002年版,页148。民法上概念的分类,若是在构成要件层面区分,如善意占有和恶意占有,会导向不同的法律效果;若只是针对法律效果的差异而作区分,比如一时性抗辩和永久性抗辩,其对法律效果所依附之规范的适用并不具有指导意义。

[42] 招商银行股份有限公司大连东港支行与大连振邦集团有限公司借款合同纠纷案,《最高人民法院公报》2015年第2期。最高法院类似的综合认定思路,另可参见罗玉香与日本株式会社辽宁实业公司、辽宁海普拉管业有限公司执行异议纠纷案[(2013)民申字第2119号]。

理与教学传播的重要功用。问题在于,描述性的学理概括,可否置入现行规范中作为构成要件来使用?若结合《合同法解释二》第14条的限定,将《合同法》第52条第5项解释为“违反法律、行政法规的效力性强制性规定的合同无效”,由于“效力性”判断源于“综合多方因素应认为合同无效”,上述规范意涵可以再转译为“若综合多方因素应认为合同无效,则合同无效”,构成要件中包含了法律效果,已形成“以问答问”〔43〕的倒果为因〔44〕或同义反复。〔45〕

准此以言,《合同法解释二》第14条将描述性的“效力性”强制规范概念确立为《合同法》第52条第5项的构成要件,实务中又常见固守学理逻辑的描述型进路,则第14条所作限定的意义,毋宁只是明确了一个裁判观念或方向——并非所有违反强制规范的都是无效的。

2. 要件型进路:名实不符的“做法”

另一种适用进路,是在认定相关强制规范是否属于“效力性”后,再结合其他规范内外的理由,认定违反强制规范合同是否无效。由于当前裁判实务中《合同法解释二》第14条更多地被用于合同有效的案型,该进路也就表现为先论证强制规范不属于“效力性”或仅为“管理性”的,并整理涉案的其他要点,共同支撑合同应为有效之结论。于此,有关“效力性”的判断属于最终决定合同效力认定的一个必要条件,可称为要件型进路。比如在(2014)皖民二终字第00114号判决书中,二审法院除了认定《公司法》第16条第1款非“效力性”强制规范,还从该条未明定担保合同无效、仅为决策程序之规制、认定担保无效有害交易安全等角度,论证涉案保证合同应为有效。〔46〕又如(2010)浙海终字第202号判决书中,二审法院指出《安全生产法》关于电焊为特种行业的规定并非“效力性”强制规范,而且承揽人缔约时虽没有电焊资质,但涉案船舶验收合格,合同有效。〔47〕

此一进路下,强制规范是否属于“效力性”乃独立于合同无效的判断,与其他理由相结合后,才引发相应的合同效力评价。就此而言,符合《合同法》第52条第5项结合《合同法解释二》第14条所形成的规范结构,“效力性”判断只是合同效力评价结论的一项必要不充分前提。但由此也引发新的疑问:“效力性”判断之外的其他理由在不同个案中不一定都存在,即使都存在在程度上也可能有所差异,进而可能引发合同不应无效的结论,那么被违反的强制规范是否还应被冠以“效力性”强制规范之名?反过来,“管理性”规范在适用时若可能因规范以外的个案情事而形成合同无效之结论,将其与“效力性”规范对

〔43〕 参见苏永钦,见前注〔5〕,页43。

〔44〕 参见朱广新,见前注〔27〕,页269。

〔45〕 参见朱庆育,见前注〔23〕,页289。

〔46〕 参见湖南悦禧置业有限公司与夏逸楠、黄高胜保证合同纠纷上诉案。另可参见华安县华龙矿业有限责任公司与龙岩市炮辉工贸有限公司等民间借贷纠纷上诉案〔(2014)闽民终字第525号〕。

〔47〕 陈某与金甲船舶建造合同工程乙包欠款纠纷案。另可参见西藏世邦投资有限责任公司与拉萨市八一农场土地使用权转让纠纷上诉案〔(2014)藏法民一终字第11号〕。

峙而立是否妥当？

事实上,虽然《合同法解释二》之前的理解认为“只有违反了效力性的强制规范的,才应当认定合同无效”,^[48]但之后的《指导意见》及有关说明已转变为“只要”违反“效力性”规范即为无效,而“违反管理性强制规定的,人民法院应当根据具体情形认定其效力……”,“……合同未必无效”;^[49]至于是否一定不会无效,不仅权威的实务见解留有余地,学理上也认为应重视《指导意见》提供的这一裁量空间,避免“效力性”与“管理性”在法律效果上的绝对化。^[50]可见,严格遵循现行规范的结构,以“效力性”或与之相对的“管理性”作为独立于合同效力评价结论的一个前提,则所谓的“效力性”与非“效力性”无法与合同的无效或非无效井然对应,“效力性”强制规范之谓即有名实不符之嫌。

(二)体系方法与目的方法

相比规范位阶方面的形式限制,以“效力性”和“管理性”的区分实质性地限缩违法合同无效规范,对法律适用的解释方法提出了更高的要求。反过来,考察解释方法,则有助于窥探裁判实务对“效力性”强制规范思路的把握。现行实务在这方面并未拘泥于文义,^[51]而是较为倚重体系方法和目的方法。

体系方法系以避免评价矛盾为导向,借助立法者在其他规范中已确立的法律评价,来确定涉及强制规范违反之合同的效力。^[52]由于《合同法解释二》前的权威意见认为“管理性”强制规范“旨在管理和处罚违反规定的行为,但并不否认该行为在民商法上的效力”,^[53]体系方法更多被用于论证其他处罚规定与“效力性”判断之间的关系。既有裁判以存在相应的处罚规定作为论证相关强制规范并非“效力性”的体系理由,^[54]也有法院反过来认为体系上针对相关强

[48] 奚晓明,见前注[20],页3。

[49] 见前注[37]。新近同样发现这一变化者,参见朱庆育,见前注[7],页159,段码22。

[50] 参见崔建远:《合同法总论(上卷)》(第2版),中国人民大学出版社2011年版,页332以下。准此以言,“管理性”强制规范亦有别于德国法上的秩序性规定(Ordnungsvorschrift),后者以合同订立的时间、地点等外围情事为规制对象,对合同效力并无影响。

[51] “由于文字表义的局限性,立法者在制定法律法规条文时,其所使用的文字常常背离其立法意旨;因此,在合同的有效和无效取决于一个法律条文是否属于强行性规范时,如果法官仅仅以条文的措辞或用语作为区分或判断标准,是远远不够的,甚至在许多情况下是相当危险的。”见前注[37]。

[52] 比如在张志金与王立祥、邵继芝房屋买卖合同纠纷案[(2014)辽审三民申字第00039号]中,再审法院认为《土地管理法》第62条第1款虽然就宅基地使用权确立了“一户一宅”原则,但其第4款“农村村民出卖、出租住房后,再申请宅基地的,不予批准”之规定表明“一户一宅”并未禁止宅基地及其上房产的转让。

[53] 奚晓明,见前注[20],页3。

[54] 比如在萍乡市兴科盛化工有限公司与个旧富源寰宾煤化工有限公司联营合同纠纷上诉案[(2011)云高民二终字第55号]中,二审法院认为《危险化学品安全管理条例》和《危险化学品经营许可证管理办法》均限制的是“生产、经营和销售”,且规定了违反规定的要进行行政处罚,并非“效力性”强制性规定。另可参见北京合力讯达科技有限公司与北京乐听科技有限公司网络服务合同纠纷案[(2010)高民提字第2605号]之二审判决。

制规范并未设置相应的法律责任,推论其不是“效力性”规范。^[55]

此一体系方法的意义,在于明确合同违法若可引发管制法上的不利后果,不见得一定要波及及其私法效力。问题在于,存在其他制裁措施不尽然意味着合同效力不应受影响,比如涉及刑法所规制行为的合同,不能因为存在刑法这一最为严厉的处罚规定,就直接认为合同效力肯定不受波及。特定的公法制裁,只是隐含着立法者预防违法的意旨,但不见得就构成行为人可通过合同行为架空强制规范目的的对价。^[56]即便是明定“违反即无效”的强制规范,有时也不乏相应的制裁规定。^[57]反过来,无其他制裁规定亦不足以推论合同应为有效,因为此时无效很可能是贯彻强制规范目的的唯一手段。既然有无处罚措施并非判断“效力性”规范的充分条件,实务中仅以(不)存在制裁规定为由而认定强制规范之违反不影响合同效力的做法,在论证上也就难谓全面。而以该体系理由作为全部论证之一环者,不管采取的是描述型进路还是要件型进路,相较而言更为可取,因为其在体系方法之外,往往又兼顾了目的解释。

目的方法的运用,显见于有关《公司法》第16条的公司担保案型。如(2014)鄂民一终字第00161号判决书中,一审法院认为《公司法》第16条之“立法目的……是为了解决如何认定担保人承担担保责任的问题,而不是解决如何让担保人摆脱或免除担保责任的问题”。^[58]而最高法院在(2012)民提字第156号案件中则提出了另一种目的解释结论,其援引《公司法》第1、16条第2款并指出“其立法本意在于限制公司主体行为,防止公司的实际控制人或者高级管理人员损害公司、小股东或其他债权人的利益,故其实质是内部控制程序,不能以此约束交易相对人”。^[59]就前一种解释而言,所谓“如何认定担保人承担担保责任”和“如何让担保人摆脱或免除担保责任”实乃无法割裂的一体两面,若承认《公司法》第16条以前者为规范职能,个案中一旦认定公司免责,也就必然涉及到后者。那么,《公司法》第16条对公司担保的限制是否就如最高法院在后一种解释中所述,旨在规制内部程序,且完全与交易第三人无涉?若是,何以说理过程中还须另外考虑担保权人为善意第三人?

[55] 比如在潼关县鑫源矿业有限公司与舒长胜合同纠纷上诉案[(2013)陕民一终字第00057号]中,二审法院认为原《矿产资源法》第3条第5款“从事矿产资源勘查和开采的,必须符合规定的资质条件”之规定属管理性规范,该法“法律责任”部分亦未规定违反该款的法律责任。应予指出的是,原《矿产资源法》第39条其实已规定了无资质开采的法律责任,未予明确的只是无资质勘查行为。

[56] 这也是我国台湾地区学理对其司法实践类似误解的批评理由,参见詹森林,见前注[5],页309以下。大陆地区亦有学者指出,“行政法意义上的管理性规定既可能是民法意义上的管理性规定,也可能是民法意义上的效力性规定”(参见孙良国,见前注[5],页138),“承担行政责任并不意味着不承担合同无效的民事责任”(参见冀诚:“对我国合同法上强制性规定的类型分析”,《北方法学》2012年第4期,页52)。

[57] 比如针对上文讨论的商品房预售许可和建筑工程资质要求,《城市房地产管理法》第68条规定了无预售许可而预售商品房应承担的法律责任,《建筑法》第65条第2、3款也分别规定了超越资质和无资质而承揽工程的制裁措施。

[58] 胡兴华、向宇红与湖北升富华房地产开发有限公司、十堰市亿科房地产开发有限公司民间借贷纠纷上诉案。

[59] 招商银行股份有限公司大连东港支行与大连振邦集团有限公司借款合同纠纷案,载《最高人民法院公报》2015年第2期。

上述两则裁判中,第三人善意均构成认定担保合同有效的关键理由,相比之下最高法院考虑善意与否的原因更为明确,即一旦成立善意就可满足《合同法》第50条“表见代表”规则的要件,从而应肯认担保合同的效力。然而,且不说《合同法》第50条是否意在法定代表人行为贯之以表见代理规则,^[60]即便以表见代表立论,善意要件涉及的也并非《公司法》第16条的规范目的,而是合同法甚至担保法的规范目的。^[61]前者指向的是公司内部意思形成的规制,可能引发决议无效或可撤销的法律效果;后者则是聚焦越权行为对第三人的影响问题,根据第三人是否善意决定相应的外部效果。但是,过分强调后者的交易效率保护,则可能留下担保泛滥而侵害公司利益的危险,^[62]故而两种规范目的在法政策上应有所平衡。这种平衡落实到法技术层面,就是在检讨《合同法》第50条的善意要件是否满足时,应兼顾《公司法》第16条对公司担保设置的特别限制。^[63]该案中,债务人亦为担保人的股东和实际控制人(即所谓“公司对内担保”),其印章却出现在担保人向担保权人出具的《股东会担保决议》上,明显涉嫌违反《公司法》第16条第3款债务人(被担保人)不得参与表决之法定限制,担保权人对此理应有所察觉。一、二审裁判正是据此认定担保权人不构成善意,最高法院在再审中却未予回应,则留有疑义。可见,对于公司担保行为的效力而言,《公司法》第16条并不存在所谓的“效力性”抑或“管理性”的问题,^[64]但是在适用表见代表规则判断第三人是否善意时,其设置的内部程序规定具有体系上的参考意义。准此,即便如最高法院般从目的解释角度强调公司法的“组织法”色彩,亦不应忽视在整个法体系下该条所具有的规范功能。

(三)小结

《合同法解释二》第14条施行后,权威的实务见解对“效力性”强制规范的阐释隐含了微妙的发展,早先“合同只有违反效力性规范才无效”的立场,逐渐演变为“合同只要违反效力性规范就无效,违反管理性规范则须具体认定其效力”。其具体落实仰赖实务中形成的要件型适用进路,但有名实不符之嫌;与之相对的描述型进路,虽有学理之印证,却存在同义反复的不足;

[60] 事实上,《合同法》第50条在规范结构上并未如第49条般以“善意”作为越权代表行为有效的积极要件,而是以“非善意”作为越权代表行为无效的消极要件,故两个条文在第三人保护的立场方面亦有不同。以此为基点而否认第50条为表见代表的观点,参见朱广新:“法定代表人的越权代表行为”,《中外法学》2012年第3期,页491以下。新近对“表见代表”概念的批评,参见耿林、崔建远:“民法总则应当如何设计代理制度”,《法律适用》2016年第5期,页60以下。

[61] 此由最高法院在该案中“……若将此全部归属于担保债权人的审查义务范围,未免过于严苛,亦有违合同法、担保法等保护交易安全的立法初衷”之论述,亦可察知。

[62] 参见罗培新:“公司担保法律规则的价值冲突与司法考量”,《中外法学》2012年第6期,页1245。

[63] 参见钱玉林:“公司法第16条的规范意义”,《法学研究》2011年第6期,页133。

[64] 类似案中未对《公司法》第16条作“管理性”定位者,参见中国移动通信集团西藏有限公司与郑州威科姆科技股份有限公司、西藏香巴拉商务服务咨询有限公司买卖合同纠纷上诉案[(2013)藏法民二终字第11号]。但若从法律行为的高度观察,《公司法》第16条是否构成评价决议行为效力的“效力性”强制规范,则非无讨论的空间。

故而有问题的不是“效力性”“管理性”的“说法”本身,而是误把“说法”当“做法”的规范思路。在适用方法层面,体系和目的相结合是较受倚重的方法论选项,但仅以(不)存在其他制裁而非“效力性”认定的做法有失全面;在较为典型的担保案中,新近的见解也似乎未充分处理好公司法与合同法、担保法的体系关联。

当然,也应注意形式维度的考察带有不可避免的局限性,因为裁判者完全有可能采取描述型进路作判断,但书面上(不自觉地)呈现为要件型进路。这种情况下,若是实质要点选择准确、权衡过程评价允当,可能也无碍得出妥适的裁判结论。这或许也是《指导意见》侧重于提供若干评价要点的缘由。以下即转进实质维度,着重考察和检讨裁判实务对于规范内外评价要点的处理。

四、规范适用的评价要点

(一) 内部评价要点: 规制对象的三个方面

依《指导意见》,如果强制性规范规制的是合同行为本身即只要该合同行为发生即绝对地损害国家利益或者社会公共利益的,人民法院应当认定合同无效。如果强制性规定规制的是当事人的“市场准入”资格而非某种类型的合同行为,或者规制的是某种合同的履行行为而非某类合同行为,人民法院对于此类合同效力的认定,应当慎重把握,必要时应当征求相关立法部门的意见或者请示上级人民法院。

其将规制对象大体区分为合同行为本身的规制、主体资质规制和履行行为规制三个方面。自逻辑言之,由于针对合同行为本身的规制会导致违反的合同无效,且主体资质规制的违反效果有别于针对合同行为本身的规制,这里的主体资质似应限于履行行为而无关缔约行为;同理,若某一规范指向合同行为本身,则相应的履行行为也在否定之列,故独立于合同行为规制的履行行为规制,似应限于未明确针对合同行为的强制规范。但在具体适用时,上述三个方面的互动关系远比逻辑推论要复杂得多。

1. 以合同行为本身为规制对象

强制规范以合同行为为规制对象,可能缘于合同标的物依法不能交易。比如《渔业法》第23条第1款后段规定“捕捞许可证不得买卖、出租和以其他形式转让”,有的当事人未实际买卖船只却订立《船网工具指标转让协议》,由于船网工具指标作为捕捞许可证的重要组成部分应随船转让,两审法院均认为该协议违反《渔业法》第23条这一“效力性强制性规定”而无效。^[65]

但是,若只是标的物的使用或运行附有强制规范,合同作为前端的交易行为并不在禁止之列。比如,关于买卖肯定无法完成《道路交通安全法》第8条所规定“注册登记”的机动车,最高法院认为相关规定的“目的是为了实现在车辆行政管理的需要,并非针对买卖车辆的民事行为本身”,不影响买卖合同的效力。^[66] 故而有关机动车注册登记的规定也就不属于规制买卖合同

[65] 方某某与王某某海事海商纠纷案[(2013)浙海终字第12号]。

[66] 夏万云与敦煌市岩信汽车销售服务有限公司等买卖合同纠纷申请案[(2013)民申字第175号]。

行为的强制规范。^[67]

此类强制规范亦可源于制裁程度最为严厉的刑法,典型的例子如《刑法》第347条关于贩毒罪的规定。但是,有的刑法规范虽未明定禁止某类合同,但维持该合同的效力并不符合规范目的,进而应理解为针对合同行为的规制。极端的例子如《刑法》第232条关于故意杀人罪的规定,其中包含了两层意旨:其一,禁止故意杀人;其二,故意杀人者应承担相应的刑事责任。^[68]若缔结以故意杀人行为为义务的合同,虽然只是故意杀人这一履行行为依第一层意旨而被禁止,但从规范目的看,也不应允许以有效合同之拘束力确保以实施该行为换取对价。故合同行为本身亦在禁止之列,《刑法》第232条也就构成规制故意杀人合同本身的强制规范。只不过相比贩毒罪规范的直接规制,故意杀人罪规范属于间接规制,但其焦点仍包括合同行为本身。^[69]

2. 以主体资质为规制对象

理论界和实务界均有观点指出,涉及公共服务行业的某些主体资质要求,只是国家为便利市场选择所提供的条件,服务需求者大可根据自己的判断标准选择信赖的相对方;^[70]易言之,此类资质要求与合同效力无涉。^[71]然若资质要求涉及管制许可,或需要再作分析。有观点认为可将主体资质要求分为针对合同行为主体的要求(缔约资质)和针对履行行为主体的要求(履行资质);^[72]遵循这一区分,若某一强制规范被理解为缔约资质要求,说明其意图规制的不仅是履行行为,还包括同样作为合同内容的对价关系,从而构成针对合同行为本身的规制,会导致合同无效。然而问题似乎没那么简单。

首先,实践中常见无资质者与有资质者订立资质借用合同的情况,观察不同的资质借用合

[67] 类似的区分评价亦可见于本溪市亚泰海绵铁炉料有限责任公司与吉林省杉松岗矿业集团靖宇天宇海绵铁有限公司租赁合同纠纷上诉案[(2014)吉民二终字第65号]中,涉案还原铁生产线项目因未经环评而被责令停产,但法院认为所涉原《环境保护法》第26条第1款(现《环境保护法》第41条)之目的在于规制以生产线从事生产行为,不在于禁止以生产线为标的物的租赁合同,故合同效力不受影响。

[68] Vgl. Bork (Fn. 27), S. 417, Rn. 1103.

[69] 但是裁判实务也表明,并非所有刑法上的规定都涉及规制合同行为本身的强制规范。比如在“吴国军诉陈晓富、王克祥及德清县中建房地产开发有限公司民间借贷、担保合同纠纷案”(载《最高人民法院公报》2011年第11期)中,虽然借款合同之债务人涉嫌非法吸收公众存款,但一审法院认为涉案借款合同乃基于真实意思表示的单个合同关系,并不因多个借款行为可能构成非法吸收公众存款罪而无效,二审法院亦认为合同并未违反“效力性”强制规范。

[70] 参见耿林,见前注[3],页298;张华:“效力性强制性规定的类型化识别”,《人民司法·应用》2013年第23期,页87。

[71] 比如王建与中国平安人寿保险股份有限公司保险代理纠纷案[(2014)豫法立二民申字第00715号]中,法院认为个人保险代理人的资质要求只是“管理性”规范,无资质而从事个人保险代理活动应承担相应责任,却不影响保险代理合同的效力。这方面德国法判例的处理则不尽一贯,有关法律服务和职业中介的案件中,资质不足会导致合同无效,而在不动产中介和税务咨询服务领域,合同效力则不受影响。Vgl. Canaris (Fn. 24), S. 11. Leipold, BGB I Einführung und Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2010, S. 296, Rn. 5. Markesinis, Unberath, Johnston, *The German Law of Contract: A Comparative Treatise*, Hart Publishing, 2006, p. 246.

[72] 参见刘贵祥,见前注[5],页43。

同所遭遇的效力评价,可以窥探相关资质要求的规制强度。根据《建设工程施工合同司法解释》第1条第2项,“没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的”合同,属于依《合同法》第52条第5项认定为无效的情形。^[73]但是,若借用的并非施工资质,而是房地产开发经营资质,结论或有所不同。在(2012)民抗字第17号案件中,二审法院认为“……现行法律、行政法规对借用房地产开发企业的资质进行房地产开发并无禁止性规定,《城市房地产管理法》第30条和《城市房地产开发经营管理条例》第5条的规定是倡导性的条款,属市场准入的管理性规定”,并不影响借用房地产开发企业资质之合作协议的效力,这一立场为最高法院再审所维持。^[74]可见,虽然施工资质涉及的是建设工程合同的履行行为,而房地产开发经营资质事关经营过程中可能发生的缔约行为,但借用前者的合同无效,借用后者的合同则并非无效,履行资质的规制强度显然大于缔约资质。

其次,有的强制规范虽仅涉及履行资质,但其背后存在特别的法政策理由,严以“缔约”宽以“履行”的思路也不见得妥适。比如同属运输类资质,有的裁判以承运人未依《国内水路运输管理条例》第8条取得水路运输经营许可为由,认定含有水路运输条款的货运合同无效,^[75]而对于危险物品运输许可则有不同认定。在(2014)昆铁中民终字第4号判决书中,当事人订立5吨氢氧化钠的公路运输合同后,无危险物品运输许可的承运人顺利完成运输后未通知托运方提货而任由他人提走货物;二审法院认为其应承担违约责任,理由在于“《危险化学品安全管理条例》第43条第1款……是为了行政管理的需要而设置,并未涉及民事主体之间的利益关系,应属管理性强制性规定”,该案运输行为“不损害国家利益,其安全危险性亦不足以损害社会公共利益”,运输合同效力不受影响。^[76]于此,即便认为水路运输经营许可因涉及“经营”属缔约资质要求,而危险品运输许可因只涉及运输行为而为履行资质要求,但后者毕竟还存在公共安全方面的法政策理由,违反之后尚可有效,前者似更不应导致合同无效。

类似的评价矛盾还可见于同类合同所涉及的不同资质要求之间,典型者如商业特许经营合同。就《商业特许经营管理条例》第3条第2款“企业以外的其他单位和个人不得作为特许人从事特许经营活动”之规定,因为最高法院明确将其认定为“效力性”规范,^[77]实践中对自

[73] 与施工资质类似的案型是采矿资质,在长沙铁路顺安路料有限公司与田光明企业承包经营合同纠纷上诉案[(2013)广铁中法民终字第2号]中,有采矿权一方与无采矿权的另一方订立采矿承包协议,约定由前者提供采矿许可证,后者则对“矿石的开采、加工、销售、安全等实行全过程承包,自主经营、自负盈亏,并承担……相关费用”,两审法院均认为该合同名为承包,实为由无资质一方使用采矿资质,违反了《矿产资源法》第6条第1款第2项及《探矿权采矿权转让管理办法》第3条第2项而无效。

[74] 湖北昌盛房地产开发有限公司与何国云确权纠纷再审民事判决书。

[75] 天津市五环货运代理有限公司与霸州市胜芳志兴制管有限公司多式联运合同纠纷上诉案[(2014)津高民四终字第25号]。

[76] 昆明科析仪器成套有限公司与邓石桥公路货物运输合同纠纷上诉案。

[77] 参见《关于企业以外的其他单位和个人作为特许人所签订的特许经营合同是否有效的复函》[(2010)民三他字第19号]。

然人或个体工商户作为特许人所订立的合同,较为一贯地认定为无效。^[78]但是,关于同一条例第7条第2款“特许人从事特许经营活动应当拥有至少2个直营店,并且经营时间超过1年”之规定,又存在截然不同的实务立场。由于最高法院认为该“两店一年”规定属于“管理性”规范,^[79]相关裁判均认定违反该规定不影响特许经营合同的效力。^[80]可以追问的是,《商业特许经营管理条例》对特许人设置企业属性要求和“两店一年”要求,意在确保特许人“拥有成熟的经营模式,并具备为被特许人持续提供经营指导、技术支持和业务培训等服务的能力”(第7条第1款),以“规范商业特许经营活动,促进商业特许经营健康、有序发展,维护市场秩序”(第1条);而相比“企业”这一形式属性,“两店一年”要求似为更能体现特许人经营基础和特许能力的实质性事实,在合同效力上作此区别对待诚值商榷。

依笔者所信,明确指向履行资质的强制规范,原则上不应影响合同效力,这样也便于处理缔约时不具履行资质但履约时已取得资质的情况;若取得资质本身已被约定为合同义务,不具履行资质纯属违约问题,自不待言。如果强制规范涉及“经营”行为,“经营”通常表现为缔结合同并通过履行换取对价,这类规范也就可能构成缔约资质,而不仅仅是履行资质。但是,若限制行为能力人缔结的有偿合同尚且并非确定无效,断然以缔约主体未具经营许可而否定合同效力,有失绝对。除了特定的法政策理由,个案中还应兼顾实际履行的情况等因素。尤其在—些市场化趋势较为明显的领域,认可合同效力维持对价关系反而是具有前瞻性的良策。典型例子如(2013)民申字第977号案件中,最高法院不认为煤炭销售方不具备煤炭经营企业资质(原《煤炭法》第48条、原《煤炭经营监管办法》第5条)应导致煤矿购销合同无效;^[81]结合裁判前后《煤炭法》《煤炭经营监管办法》改审批制为备案制而对前述条文所作的修订,该判决立场值得赞赏。^[82]

3. 仅以履行行为为规制对象

如前所述,独立的履行行为规制类型,应限于以下范围内:只要否定履行行为的法律空间,即足以实现强制规范的意旨,并无必要波及以之为义务内容的合同。除了履行资质案型,实务中有时会通过区分合同行为和物权效力,来隔绝强制规范对合同效力的影响。

比如在(2014)琼民一终字第19号判决书中,当事人就被查封之土地订立《土地使用权转让合同》,法院认为虽然《城市房地产管理法》第38条第2项规定被查封的房地产不得转让,然

[78] 参见李颖与陈静特许经营合同纠纷上诉案[(2012)闽民终字第671号];黄英与蔡普旺特许经营合同纠纷上诉案[(2013)鲁民三终字第248号];李晓吉与杨春艳特许经营合同纠纷上诉案[(2014)辽民三终字第123号];王见勤与陈思会特许经营合同纠纷上诉案[(2012)渝高法民终字第00106号]。

[79] 参见《关于不具备“拥有至少2个直营店且经营时间超过1年”的特许人所签订的特许经营合同是否有效的复函》[(2010)民三他字第18号]。

[80] 参见朱兢青与温州童悦贸易有限公司特许经营合同纠纷上诉案[(2010)浙知终字第143号];江门市蓬江区凤鸣餐饮管理有限公司与邓铭浩特许经营合同纠纷上诉案[(2010)粤高法民三终字第258号];贾建斌与重庆刘一手餐饮管理有限公司、刘松特许经营合同纠纷上诉案[(2011)渝高法民终字第60号]。

[81] 山东志诚化工有限公司与张惠军买卖合同纠纷案。

[82] 涉及《典当管理办法》2005年修订的反面例证及相关批评,参见许德风:“论合同违法无效后的获益返还”,《清华法学》2016年第2期,页91。

而转让合同“属于债权行为,虽然需要经过土地管理部门登记才能发生物权变动的法律效果,但合同的成立与生效与后续的登记行为无关”。^[83]这种秉持债物二分原理的思路亦可见于德国法,但其具体展开有所不同:基于分离原则,负担行为和处分行为应区别分析;基于抽象原则,处分行为具有价值中立性,原则上不受负担行为违法无效的影响;只有从禁令目的观之确有必要时,处分行为和负担行为才均为无效。^[84]但需注意的是,德国法上所谓针对处分行为的禁令,并不包括所谓的处分权要件规范,欠缺处分权之处分行为的效力,与处分行为是否违反禁令并无关系。相比之下,我国实务的上述处理,虽然也以债物二分为基点,却未完全贯彻《买卖合同司法解释》第3条所遵行的负担行为与处分行为的分离原则,以致未能更确切地说明此时的效力认定,针对的是处分行为这一合同,而负担行为本来就与处分权要件无涉。另一方面,就处分行为而言,无处分权只是未满足“能为规范”,亦无必要求助于涉及“许为规范”的《合同法》第52条第5项,自然更不存在认定“效力性”或“管理性”的问题。在(2014)渝高法民申字第00613号案件中,法院一方面认为《城市房地产管理法》第38条第6项“未依法登记领取权属证书的”房地产不得转让之规定仅为“管理性”规范,另一方面又援用《买卖合同司法解释》第3条认为无处分权而订立的买卖合同效力不受影响,^[85]应属于未能清晰辨明前述的两层规制逻辑。

(二)外部评价要点:无效必要性与无效妥当性

与规范内部就规制对象作三方面区分不同,规范外部的评价要点,源于个案中的个别情事表明,使合同无效并无必要或并不妥当;与无效必要性有关的是合同履行情况,与无效妥当性有关的是主张合同无效的一方当事人本身违法或明知相对方违法。

1. 无效必要性与合同履行情况

所谓无效必要性,是指个案中合同虽有违反强制规范之嫌,但实际上并未发生强制规范所旨在预防的情事,故无必要否定合同的效力。^[86]最高法院对此在(2013)民申字第2119号案件中更有进一步阐发,认为“规定国有资产转让须经评估,目的是防止恶意低价转让国有资产,

[83] 海口华立盛装饰工程有限公司、叶某合资、合作开发房地产合同纠纷上诉案。对于违反《城市房地产管理法》第38条第6项未取得土地使用权证书而订立的土地使用权转让合同,有的法院也作类似处理。参见惠州好好食品有限公司与惠州市丽涛经贸发展有限公司项目转让合同纠纷上诉案[(2008)粤高法民一终字第278号]。但也有极端者未区分房屋赠与合同与物权变动之间的关系,而以赠与人未取得权属证书认定赠与合同无效。参见赵伟与曹县德桂实业有限公司赠与合同纠纷案[(2010)鲁民提字第428号]之二审判决(后为再审所纠正)。

[84] Vgl. Boemke/Ulrici (Fn. 27), S. 187, Rn. 21, Bork (Fn. 27), S. 416, Rn. 1099. 另可参见(德)鲍尔、施蒂尔纳:《德国物权法》(上册),张双根译,法律出版社2004年版,页73。

[85] 陈明菊、李思模与孟祖伦确认合同有效纠纷案。

[86] 有学者将此概括为利益衡量中的“实践优先性考量”。参见耿林,见前注[3],页222以下。比如在南通市通州百盛市政工程有限公司与苏州市吴江东太湖综合开发有限公司建设工程施工合同纠纷上诉案[(2014)苏民终字第00367号]中,就一方认为涉案工程合同中标价格低于成本价而违反《招标投标法》第33条的主张,一审法院未予支持并指出,“投标人不得以低于成本价的报价竞标,其目的并非出于对其缔约自由意思本身之强行约束,而是……以建筑产品质量安全这一社会公共利益考量作出的规制。本案中标合同所涉标的,并非一般意义上的建设工程或建筑产品,而是取土工程,招投标主要范围是土方挖运、堆放、便道(桥)和土源管理等,带有一定的技术含量相对较低的劳务承包特征”,言下之意乃系争合同与强制规范的核心规制范围尚有距离,应依限缩解释肯认其效力。

以保护国有资产。但是,未经评估,不一定就贱卖,也可能实际转让价格高于实际价值。……由于无效的合同自始没有法律效力,无法追认,在某些情形下,反倒对国有资产保护不利”;涉案国有资产转让合同虽未依法进行评估,“但无证据证明……(双方)恶意串通,低价转让国有资产,损害国家利益”,故合同效力不因违反评估要求而无效。^[87]该论断不仅从正面认定违反评估要求不一定有损对价合理性,而且还从反面指出一概认定为无效,反而不利于实现规范目的。

实务中涉及无效必要性最重要的评价要点,当属合同履行情况,即个案的实际履行情况表明并未发生强制规范所预防的后果,不必否认合同的效力。比如在(2014)黑高商终字第55号判决书中,涉案工矿产品购销合同未依《招标投标法》第3条履行工程材料采购招标程序,但法院认为“……没有证据表明涉案合同的履行,损害了国家利益和社会公共利益……产品质量基本符合工程要求,未对企业造成损失”,故认定合同有效。^[88]

如果合同约定的履行行为附有资质要求,依前述关于履行资质的分析,原则上不应影响合同的效力,但合同履行情况在诸如危险化学品运输案中具有补强论证的作用。另一方面,即便合同根据某一有关履行资质的特别规定被认定无效,合同履行情况仍有评价意义。比如《建设工程施工合同司法解释》第2条规定“建设工程施工合同无效,但建设工程经竣工验收合格,承包人请求参照合同约定支付工程价款的,应予支持”,故无(相应)资质的承包人所订立的合同因该解释第1条第1项而无效,但又不妨碍承包人主张约定价款。就该请求权的性质,若结合“参照”之文义贯之以合同无效法理,固然可解释为以约定价款这一“主观价值”为返还内容的不当得利请求权,^[89]但相对方将丧失在必要时主张违约责任的机会。如果从无效必要性角度理解,资质要求所旨在预防的工程不合格情事已被验收合格的事实推翻,此时不必否认合同效力,该价款请求权仍为合同请求权。^[90]两相比较,笔者倾向于后者,否则无(相应)资质的

[87] 罗玉香与日本株式会社辽宁实业公司、辽宁海普拉管业有限公司执行异议纠纷案。惟在未经评估而另有追认空间的法律依据方面,尚欠明确。

[88] 齐齐哈尔市海通建筑材料制造有限公司与中铁十六局集团有限公司买卖合同纠纷案。另如,格尔木寰珉新能源技术开发有限责任公司与祁洽确认合同无效纠纷再审案[(2014)青民再终字第6号]中,再审法院认为,有限公司股权受让人已以股东身份进入公司行使权利,股权转让合同并不因事实上未满足《公司法》第72条之程序规定而无效。

[89] 参见许德风,见前注[82],页85,注[63]。有关以主观价值为返还内容之不当得利请求权的新近讨论,参见赵文杰:“论不当得利与法定解除中的价值偿还”,《中外法学》2015年第5期,页1174以下。

[90] 合同履行可治愈不符强制规范之合同效力,现行法不乏其例。比如根据《合同法》第36条,不具备法定书面形式之合同并不成立亦无生效问题,但嗣后被接受之履行可治愈之。其法政策基础在于该形式强制具有防止当事人仓促缔约之警示功能,而合同履行及其被相对方接受,意味着当事人已认可该合同关系,即无警示之必要。需要注意的是,该条与《合同法》第52条第5项的适用无关,理由一在于其属于“能为规范”范畴,二在于履行的治愈效果已为该条所明确。就合同因违法而无效与合同请求权可否并存之问题,Canaris曾提出了违反禁令合同的“一方部分无效”(halbseitige Teilnichtigkeit)方案,即合同只相对于一方有效,对另一方无效,前者享有基于合同的请求权,后者则只能主张合同无效之不当得利。但这种方案针对的是旨在保护一方之内容禁令的违反,而非解决所有一方违法的情况。Vgl. Canaris (Fn. 24), S. 29 ff. 对于类似的无资质者订立的建房承揽合同,德国学理则有观点认为履行前一方不知对方无资质,则合同无效会妨碍其行使履行请求权和瑕疵担保请求权,于此可以认定为有效,并由债务人负责安排符合资质的第三人来履行。Vgl. Bork (Fn. 27), S. 422, Rn. 1119.

承包人一方面可获得约定价款,另一方面又无嗣后被主张违约责任之忧,如此优越的利益地位有悖资质要求之规范目的。^[91] 准此,则《建设工程施工合同司法解释》第2条所贯彻的,是即便存在违法情事,但使合同有效更有利于贯彻所违强制规范之目的时,基于无效必要性的考量,宜认定合同有效。

需要与之对比辨析的,是债务人的合同义务仅限于组织有资质主体从事相应作业的情形。在(2010)浙海终字第202号中,当事人订立了船体工程承包合同,约定承包人负责“组织”有资质的工人完成工程。工程完成并取得船检证书后,发包人以承包人不具有电焊资质为由,主张合同无效并拒绝支付工程余款。两审法院均未予支持的一个重要理由在于承包人的义务已履行完毕,工程质量亦符合要求。^[92] 问题在于,该案中承包人所组织的工人并无资质问题,而承包人作为工人的组织者本身又不受电焊资质要求的规制;二审法院另行认定《安全生产法》所涉规定“不属于效力性强制性规范”,在规范重心方面似有误判。相比之下,(2014)闽民终字第578号的裁判就作出了正确的认定:针对涉案港口作业承包合同中一方当事人缔约时未具备相应资质的事实,两审法院均认为港口作业承包合同不等于港口作业合同,合同未禁止承包人另行委托有资质者进行相关作业,故而资质不足不影响合同效力。^[93] 在这种情况下,作为合同义务的组织行为本身并无资质要求,合同效力认定也就无须求助于合同履行情况的评价。^[94]

如果实际发生了强制规范所意在避免之情事,上述辨析组织义务的逻辑会愈发凸显。在(2013)陕民一终字第00057号判决书中,涉案探矿采矿合作合同约定无资质一方负责选用施工队组织施工,后其选用了无地勘资质的施工队,另一方以合同违反《矿产资源法》第3条第4款“从事矿产资源勘查和开采的,必须符合规定的资质条件”之规定主张无效。两审法院均认为选用无资质施工队系未按照合同约定履行,可能会影响具体的勘查施工合同的效力,但与探矿采矿合作合同之效力无涉。^[95] 该案与“资质借用”合同无效案型的区别在

[91] 这种处理也符合比例原则的考量,参见黄忠:“比例原则下的无效合同判定之展开”,《法制与社会发展》2012年第4期,页54;郑晓剑:“比例原则在民法上的适用及展开”,《中国法学》2016年第2期,页163。

[92] 上诉人陈某某、江某某与被上诉人金甲船舶建造合同工程乙包欠款纠纷案。

[93] 宁德国立港口服务有限公司与福建省福丰实业有限公司港口作业合同纠纷上诉案。就此问题一、二审存在不同意见者如萍乡市兴科盛化工有限公司与个旧富源寰寰煤焦化有限公司联营合同纠纷上诉案[(2011)云高民二终字第55号]中,当事人订立粗苯回收合作合同,约定项目建成投产后由一方负责办理生产经营所需证照,一审法院以违反《危险化学品经营许可证管理办法》第3条的经营许可要求为由,认定合同无效,二审法院则认为,上述规定规制的是经营销售行为,后者及相应证照的办理恰恰是合同义务的内容,故不能据之判定合同无效。

[94] 实践中即有当事人通过主张涉案合同并非货物运输合同而仅为货运代理合同,来证成其无须满足运输资质要求。参见天津市五环货运代理有限公司与霸州市胜芳志兴制管有限公司多式联运合同纠纷上诉案[(2014)津高民四终字第25号]。

[95] 潼关县鑫源矿业有限公司与舒长胜合同纠纷上诉案中,只是二审法院一方面认为“无证开采行为并非按照合同约定进行的履约行为,与协议本身是否有效无关,不能根据双方签订协议后有实际采矿行为,进而否认之前签订的协议本身的效力”,另一方面又指出合同“理应”明确约定一方有义务组织“有资质”的施工队,未作此明确约定违反了《矿产资源法》第3条第5款,只是因后者又系“管理性”强制规范,故合同效力不受影响。此一论证实难谓融贯。

于,合同义务是否要求无资质之当事人“亲为”有资质要求之行为;若无资质一方承担的只是组织义务而非有资质要求的作业义务,则即便履行过程中出现了强制规范所意在预防的无证开采行为,相对于探矿采矿合作合同而言,仍只是合同履行不符合约定的问题。

2. 无效妥当性与主张无效方本身违法或明知相对方违法

与无效必要性评估有别,无效妥当性是结合个案情事权衡使合同无效是否有违诚实信用原则。在教义学上,合同当事人若只有一方违法,原则上并不妨碍合同有效,尤其在相对方对违法情事并不知情时尤应作此处理,依规范目的使合同无效则属例外。^[96] 现行实务主要关注主张合同无效的一方本身违法或者明知相对方违法时,认定合同无效是否妥当的问题。

(1)一方违法并主张无效。违法方诉诸合同违法无效的案型中,存在两种分析路径。其一是以强制规范仅规制一方为由,认定其并非“效力性”强制规范。比如(2011)豫法民提字第00020号案件中,针对土地使用权及房屋抵债协议,一、二审裁判均认为基于《土地管理法》之相关强制规范,不动产权利人未取得权属证书而订立的抵债协议无效,但再审法院指出前述强制规范“效力范围仅应及于房屋出卖人而不应及于合同的相对方即买受人”,不构成“效力性”强制规范。^[97] 另一种路径是认为主张合同无效一方恰为违法方,故而不能认定合同无效。比如在前述(2014)黑高商终字第55号判决书中,法院认定未经招标之工矿产品购销合同有效的另一个重要原因,在于主张合同无效的一方恰为本应组织招标程序者。^[98] 让合同不因一方违法而无效,很大程度上旨在保护合同相对方,使其不至于因非属自身之违法事由,而丧失合同请求权。另一方面,自身违法又诉诸违法无效规则,本身亦构成矛盾行为,尤其在相对方不知情的情况下,更是有违诚实信用原则。^[99]

(2)明知对方违法并主张无效。从规范文义上看,合同相对人是否知道对方违法,并非《合同法》第52条第5项及《合同法解释二》第14条的要件。但明知对方违法并诉诸违法无效的案型中,明知情事也构成限制合同无效的常见评价要点。比如(2009)浙海终字第116号判决书中,法院认为虽然涉案船坞工程合同承包人超越资质而缔约,但在相对人对其资质予以认可的基础上合同有效。^[100] 在前述未经评估以国有资产抵债案中,最高法院认为“如果认定有关规定是效力性的,进而一概认定转让合同无效,当事人(包括受让人在资产

[96] Vgl. *Leipold* (Fn. 71), S. 296, Rn. 4, 5. *Köhler*, BGB Allgemeiner Teil, 32. Aufl., 2008, S. 180, Rn. 12, 12a. *Canaris* (Fn. 24), S. 23.

[97] 宋耀堂与宝丰县农村信用合作联社合同纠纷案。

[98] 齐齐哈尔市海通建筑材料制造有限公司与中铁十六局集团有限公司买卖合同纠纷案。

[99] 在前述“吴国军诉陈晓富、王克祥及德清县中建房地产开发有限公司民间借贷、担保合同纠纷案”(载《最高人民法院公报》2011年第11期)中,一审法院即认为以涉嫌吸收公众存款罪而认定单个借款合同无效,“不利于保护不知情的债权人,维护诚信、公平也无从体现”。

[100] 浙江三鑫造船有限公司与浙江顺盛建设工程有限公司船坞建造合同纠纷上诉案。

贬值后)就可能据此恶意抗辩,违背诚实信用原则……”^[101]于此,最高法院进一步指出了一方违法而相对人知情的情况下,若任由相对人主张合同违法无效,反而会鼓励恶意抗辩。

有的情况下,明知对方违法可以和合同履行情况相结合,一并从无效必要性和妥当性的角度支持合同有效之结论。在(2009)高民终字第2019号判决书中,当事人订立包括营业性演出经纪事务在内的合作合同,后艺人一方未经经纪方同意,擅自筹划参与商业演出,进而涉诉。诉讼中,艺人一方主张合作合同因经纪方未依《营业性演出管理条例》第7条取得营业性演出许可证而无效,并为一审法院所支持。但二审法院予以改判,其中一项理由在于“当事人间的契约应当得到尊重、信守和履行。……(艺人一方)在签订并实际履行合同数年后,又主张合约无效,对其无约束力,既与前述合约信守原则相悖,也不符合……诚实信用原则”。^[102]

可以进一步追问的是,一方违法并为相对方所明知,有无构成双方恶意串通的可能?在前述船网工具指标转让案中,两审法院认定合同无效的根据,不仅在于《合同法》第52条第5项及《合同法解释二》第14条,而且认为在“明知船网工具指标属国家控制,不得单独进行转让”的情况下,“当事人为获取各自利益仍然进行非法交易,侵害了渔业生产管理秩序”,“已构成恶意串通,损害了国家利益”,根据《合同法》第52条第2项认定合同无效,^[103]形成第52条第2项和第5项的竞合裁判。在“效力性”规范属性和明知违法要点的基础上以恶意串通规则作补强论证,根源或在于所涉强制规范规制的是合同行为本身。但这不意味着违反“管理性”强制规范,就不可能构成恶意串通。在前述未经评估以国有资产抵债案中,最高法院不仅认定所涉国有资产评估规范为“管理性”规范,还指出“如果出现国有资产占有单位与他人恶意串通,故意压低资产转让价格的情形,则可……以恶意串通,损害国家利益为由认定合同无效”。^[104]该阐述同时表明,明知相对方违法,不一定就构成与违法方的恶意串通。后者需要当事人具备“共同目的,希望通过订立合同损害国家、集体或第三人的利益”,^[105]对于串通和损害后果具有故意。

此外,在双方违法场合,不必考察相对方是否明知,因为即便一方缔约时不知对方违

[101] 罗玉香与日本株式会社辽宁实业公司、辽宁海普拉管业有限公司执行异议纠纷案[(2013)民申字第2119号]。

[102] IMAR音乐娱乐有限公司与陈涛、胡海泉合同纠纷上诉案。另如西藏世邦投资有限责任公司与拉萨市八一农场土地使用权转让纠纷上诉案[(2014)藏法民一终字第11号]中,二审法院认为土地使用权的受让人明知转让人未对土地作评估及公开交易而订立转让合同,在合同履行后又以之为由主张合同违法无效,“与双方履行合同时的客观情况不符也缺乏诚信”。

[103] 上诉人方某某与被上诉人王某某海事商纠纷案[(2013)浙海终字第12号]。另值得注意的是,两审法院又适用《合同法》第59条,将出让人所获对价“收归国家所有”。

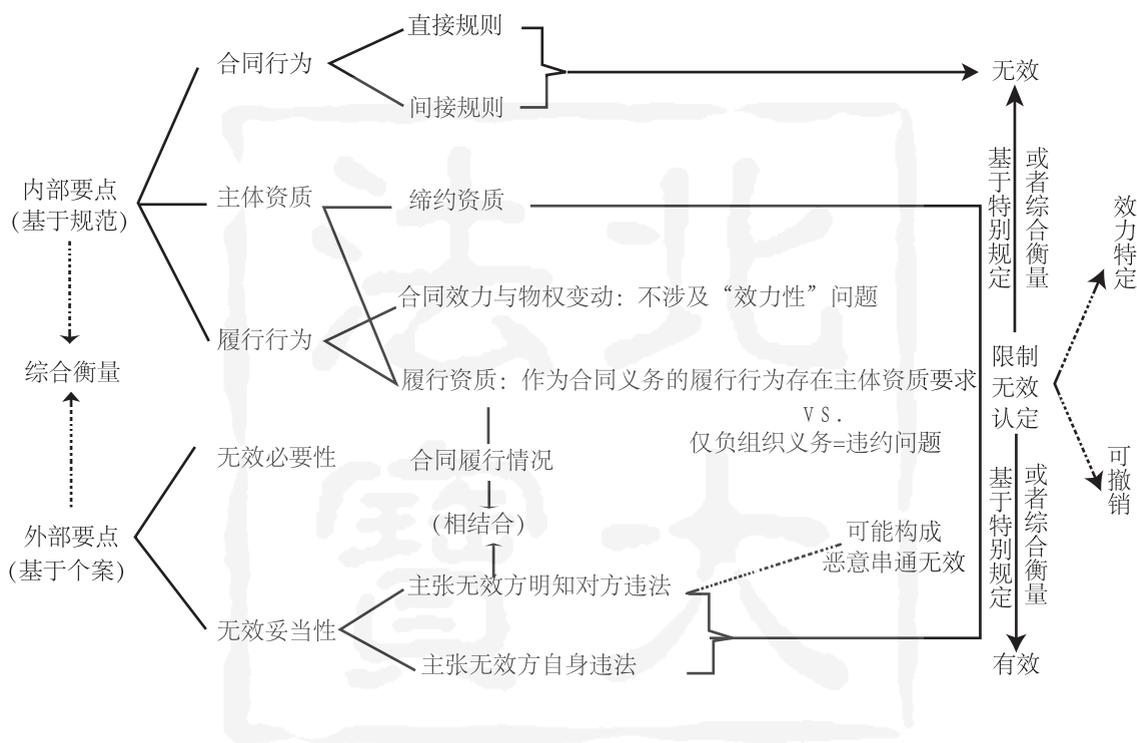
[104] 见前注[101]。认定所涉强制规范为“管理性”但另依第52条第2项认定合同无效者,另可参见湖南华苑房地产开发有限公司民间借贷纠纷上诉案[(2014)湘高法民一终字第4号]。

[105] 韩世远:《合同法总论》(第3版),法律出版社2011年版,页172。

法,其本身已属违法方,若其嗣后主张合同无效,依前述主张无效方本身违法之限制思路处理即可。

(三)小结

现行实务在规范适用的实质维度,既根据权威见解注重区分强制规范之规制对象是合同行为、主体资质抑或履行行为,也涉及到合同履行情况、主张无效者本身违法或明知相对方违法等影响无效必要性和妥当性的外部要点。但诸要点之间存在丰富的互动关系,兹以下图对规范内外诸评价要点的运行机理作简要的展示。



面对丰富的实务案型,规制对象的三分显得捉襟见肘,法律评价矛盾或规范重心误判自然在所难免。在综合衡量的思路之下,“效力性”与“管理性”的区分非但很难承载并然对应合同无效或非无效的职能,反而表现出不小的误导效应。此时,有必要返回《合同法解释二》第 14 条的母体规范即《合同法》第 52 条第 5 项,重审其体系地位和规范功能。

五、代结语:《合同法》第 52 条第 5 项再认识

首先应明确的是,作为“强制规范违反禁止规则”,《合同法》第 52 条第 5 项(结合《合同法

解释二》第14条)本身既不存在被违反的问题,^[106]也不构成判断个案中所涉强制规范系“效力性”抑或“管理性”的独立标准,因此应纠正裁判实务中径以之为依据认定强制规范属性的做法。^[107]

其次,从尊重私法自治的角度看,对于以合同为形式的“私人立法”似应采推定有效的模式,违反强制规范而无效的评价则属例外处理。但这一逻辑是否应予无保留地贯彻,还应顾及法秩序的具体安排。比如在德国法上,针对民法典第134条“违反法律禁令之法律行为无效,除非其禁令另生其他效果”之规定,Canaris即反对上文介绍的“引致规范说”而提出了“解释规范说”,认为条文文义呈现出明显的“原则——例外”结构,彰显了“国家经济秩序优先于私法自治的基本决断”;故在适用时,论证的进路不是相关禁令的目的和意义是否“要求”违反的法律行为无效,而是有疑义时应推定违反禁令的法律行为完全无效,若依禁令之目的和意义应例外地反对无效评价,反对者须承受论证负担。^[108]

但是如前所述,基于《合同法解释二》第14条的限制,第52条第5项可进一步具体化为“违反法律或行政法规中的效力性强制性规定的合同无效”,并未呈现为“原则——例外”的结构,形式上也就缺乏作无效推定的正当性。^[109]当然,若结合我国违法合同无效规范的演进方向,尤其是第14条所提供的实质性限制,或可将《合同法》第52条第5项理解为作有效推定的解释规范。但是权威实务见解的后续发展表明,违反“管理性”强制规范不一定会导致合同无效,具体如何认定存在较为丰富的解释空间,似不符合推定有效之解释规范的规格。

在笔者看来,即使肯认《合同法》第52条第5项部分扮演着引致规范或解释规范的角色,亦不能否认其确实说出了相关强制规范有所“瞄准”但未予表达的效力评价结论。^[110]强制规范之所以对某类合同有所“瞄准”,系因为该类合同的缔结或履行涉及其所欲避免的情事;之所以对该类合同的效力命运未予明确,缘于部门法之间或公私法之间存在规制上的分工。比如,刑法关于贩毒罪和非法吸收公众存款罪的规定,固然表达了对相关行为的

[106] 事实上,《合同法》第52条诸项规定的是合同符合相应要件即属无效,各项规定本身均不存在被“违反”的问题。最高法院在新近施行的《物权法解释一》第21条第1项中采“转让合同因违反合同法第五十二条规定被认定无效”之措辞,亦是类似误解的表现。

[107] 类似的批评,参见孙良国,见前注[7],页43。有学者更认为这种做法属于“适用法律错误”。参见叶名怡,见前注[7],页130。

[108] Vgl. Canaris (Fn. 24), S. 16 f. auch Bork (Fn. 27), S. 420, Rn. 1111. 这一推定无效立场在规范发生史层面的依据,参见 Westphal (Fn. 36), S. 75 f. 我国大陆地区亦有学者在“授权规范”功能(类似于一般条款)之下讨论该推定模式。参见谢鸿飞,见前注[5],页127。

[109] 苏永钦先生曾借鉴 Canaris 的观点认为我国台湾地区“民法”第71条亦具有解释规范的推定功能(参见苏永钦,见前注[5],页41页以下),但后来也指出该说在德国司法实践中亦存疑义,就两岸合同法而言,若采推定模式有过分冲击自治之虞。参见苏永钦,见前注[6],页308。同样不赞同推定模式者,参见刘贵祥,见前注[5],页34。

[110] Vgl. Bork (Fn. 27), S. 413, Rn. 1090.

否定性评价,但这种评价是建立在刑法调整的“国家——个人”关系的基础上的,即便基于法秩序的价值应将这种否定性评价渗透入“个人——个人”关系领域,在法技术上亦须架设必要的通道。试想,若民法不设置诸如第52条第5项的违法无效规范,许多与公法管制事项有(紧密)关联的合同在无效认定上势必面临一个重大的诘问:“国家——个人”关系层面的否定性评价,何以能波及“个人——个人”关系层面的合同效力?在这个意义上,某些管制性的部门法规范,也可能存在类似宪法、民法之间的所谓“第三人效力”问题,而第52条第5项的作用,即在于授权法官从体系的高度看待管制法的否定性评价,并给出一个来自于私法世界的回答。^[11]

更重要的是,前述形式和实质维度的考察表明,这一声回答的背后往往牵扯着复杂的衡量。如果毒品买卖合同会因出卖人涉嫌贩毒而无效,而单个的民间借贷合同不会因为借款人涉嫌非法吸收公众存款而无效,说明《合同法》第52条第5项不仅有沟通法律评价的管道功能,更有基于私法自治等特别理由“过滤”掉管制法之否定性评价的作用。欲正当化这些功能,就应该肯认第52条第5项具有类似于第4项的“一般条款”的品格。表面上,第52条第5项牵涉具体的强制规范,在评价确定性方面强于第4项的“社会公共利益”。但是前述整理已表明,判断合同是否“违反”相关强制规范其实是一个目的取向的过程,规范内外多项评价要点的背后,无非还是划定其他法政策理由下私法自治须恪守的边界。故而,与“损害社会公共利益”的判断类似,认定“违反法律、行政法规的强制性规定”亦须结合多种理由作价值填充与类型化整理;^[12]相应地,个案中无论涉及的是所谓“效力性”还是“管理性”规范,裁判者均有说理和论证的义务。

确认《合同法》第52条第5项的一般条款功能,有助于我们理性看待《合同法解释二》第14条在施行后数年的实务运作中所呈现出的贡献与局限。新近的研究表明,适用《合同法》第52条第5项的案件中认定合同无效的比例颇高,^[13]而本文整理适用《合同法解释二》第14条的裁判中则是大部分认定合同有效,两相结合不难看出,“效力性”强制规范思路确实促成了裁判实务慎重认定合同无效的倾向,其功不可谓不大。但是,将作为学理概括的“效力性”强制规范引入规范层面,也使裁判者满足于“效力性”和“管理性”二分的目的论表象,以至于以问答或理据不详的情况比比皆是。同时,专注于在“效力性”和“管理性”之间“站队”,又使其缺乏在有效和无效之外探索中间评价的自觉。对此,一般条款的属性既可以引导裁判者超越字面含义和规范结构,实质性地理解“效力性”强制规范思路,亦为其结合个案实际,通过法律续造谋求中间效力结论提供正当性基础(如上图右侧所示)。

[11] Vgl. Westphal (Fn. 36), S. 133. 此所以涉及私法关系形成可能性的“能为规范”,并非第52条第5项的功能重心,因为其内生于私法,不存在沟通与转介的必要。

[12] Vgl. Westphal (Fn. 36), S. 134.

[13] 参见叶名怡,见前注[7],页122。

乘着编纂民法总则的东风,违法无效规范问题已从合同法领域被提升到整个法律行为制度的高度;以目前的草案观之,“效力性”强制规范思路要完成从司法解释到民法总则的“两级跳”亦非毫无可能。但借由本文的探索性研究,笔者也意图表达一种重视本土司法实践之既有得失,勇于通过妥当调整优化规范实效的立法愿景。当然,功夫在诗外,对于后民法总则时代相关裁判实务之进步,民法教义学仍大有可为,亦责无旁贷。

Abstract: After Article 14 of the Interpretation II of the Supreme People's Court of Several Issues concerning the Application of the Contract Law went into effect, 127 related cases at and above the provincial level show that the current judicial practice has developed a basic comprehension about the concept of the mandatory rules on validity. However, the conduct of normative logic, function and systematic role of Article 52 (5) of the Contract Law do not appear to be precise enough. From the perspective of formal dimension, there are different defects in the current descriptive approach and conditional approach, and the level of applying systematic and teleological interpretation should also be promoted. From the perspective of essential dimension, the judicial practice has provided a few key elements, such as three different regulative objects, the situation of performance of contract, and the situation that the complainant for invalidity himself violates the law or is aware of the illegality of the other party, but their interior logic is still not clear enough. To deal with the dilemma resulted from the distinction between mandatory rules on validity and mandatory rules on administration, it is necessary to develop Article 52 (5) of the Contract Law as a general clause.

Key Words: Mandatory Rules; Regulation on Validity; Regulation on Administration; Validity of Contract; Judicial Practice

(责任编辑:许德风)