

识别影响合同效力强制性规定的路径思考

陈树森

【摘要】《民法典》第153条围绕着是否影响合同效力设置了两种类型的强制性规定。在影响合同效力的强制性规定的识别上,首先可结合司法文件、理论共识和司法经验累积,识别出已有共识的不影响或影响合同效力的法律法规;当某一法律法规属性难以确定时,其与合同效力的关系须结合规范目的等因素予以判断,不宜直接认定其影响合同效力;即便该规定属于影响合同效力的强制性规定时,仍须考量法益保护、违法行为后果、对交易安全的影响等因素进行利益衡量、效果核验,确保适用强制性规定评判合同效力的妥当性。

【关键词】强制性规定;“三步法”;规范目的;利益衡量

【作者简介】陈树森,法学博士,上海市静安区人民法院副院长、三级高级法官,华东政法大学经济法学学科博士后流动站研究人员。

【原文出处】《中国应用法学》(京),2021.5.109~120

判断强制性规定对合同效力的影响是当前民商事审判工作的重点和难点问题之一。《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第153条第一款规定:“违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效。但是该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。”单纯从文字表述来看,这一条款设置了两种不同性质的“强制性规定”。^①实践中,究竟哪些类型的强制性规定会影响合同效力时刻考验着民商事法官的司法智慧。

一、强制性规定对合同效力影响的实践困惑

有关强制性规定对合同效力的影响问题,是各国立法者所面对的共性问题。^②《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)第58条规定,违反法律或者社会公共利益的民事行为无效,即“违法者无效”。《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)第52条规定“违反法律、行政法规的强制性规定”的合同无效,用“强制性规定”来限定违法性对合同效力的影响。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)》(以下简称《合同法司法解释一》)第4条将认定无效的依据限定在“全国人大及其常委会制定的法律和国务院制定的行政法规”上。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)》(以下简称《合同法司法解释二》)第14条明确影响合同效力的强制性规定为“效力性强制性规定”。同年最高人民法院《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》第15条又提出了“管理性强制规定”的概念,并明确“违反效力性强制规定的,应当认定合同无效;违反管理性强制规定的,应当根据具体情形认定其效力”。直到《中华人民共和国民法总则》(以下简称《民法总则》)第153条第一款规定:“违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效,但是该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。”《民法总则》虽然以例外情形的方式明确了并非违反法律、行政法规的强制性规定的都导致合同无效,但并未采纳《合同法司法解释二》所提出的“效力性强

制规定”概念。^③《全国法院民商事审判工作会议纪要》(以下简称《九民会纪要》)一方面提出要纠正“凡是行政管理性质的强制性规定都属于管理性强制性规定,不影响合同效力”的认定方法,另一方面又提出要依据《民法总则》第153条第一款和《合同法司法解释二》第14条的规定慎重判断“强制性规定”的性质。此次《民法典》则继受了《民法总则》第153条第一款的规定,再次重申了强制性规定对包括合同行为在内的民事法律行为影响的两重性。

从以上我国立法规范以及相关司法解释、司法文件可以看出,影响合同效力的强制性规定总体上呈现不断限缩的态势。虽然有关法律、法规规定比较清晰,但实践情况千差万别,民商事审判中就影响合同效力的强制性规定认识判断不一致的情况时有发生。主要体现在:

(一)对法律、行政法规具体规定的性质认定不一

以《公司法》第16条第二款为例。该条款虽然明确“公司为公司股东或者实际控制人提供担保的,必须经股东会或者股东大会决议”,但仅仅对公司对外提供担保的行为模式作出了规定,并未确定违规对外担保产生的法律后果。对此,有观点认为,《公司法》第16条第二款属于管理性强制性规定,违反了并不影响公司对外提供担保合同的效力;^④也有观点认为,该条款属于效力性强制性规定,^⑤违反了将造成担保合同无效。正是对这一条款性质的认识不一,造成实践中“公司为他人提供担保的合同效力问题,审判实践中裁判尺度不统一,严重影响了司法公信力”。^⑥

(二)对违反政策规定是否导致合同无效认识不一

以经济适用房为例,原建设部等七部委联合发布的《经济适用住房管理办法》第33条明确:“个人购买的经济适用住房在取得完全产权以前不得用于出租经营。”相关省市也出台了类似的规定。但实践中,对违反经济适用房政策等的合同是否无效存在一定的争议。有观点认为,出租经济适用房的行为,违反了相关政策规定,损害了公共利益,租赁合同无

效。也有观点认为,《经济适用住房管理办法》仅仅是部门规章,不能作为判断租赁合同效力的法律依据,租赁合同合法有效。^⑦

(三)对违反权限性规定等是否导致合同无效认识不一

在现行法律法规体系中,除任意性规定、强制性规定外,还有一些权限性规定、赋权性规定等。这些规定虽然也采用了“应当”“不得”等表述,从表面上看蕴含了一定强制性色彩,但往往与特定民事主体实施特定民事行为需要得到相应的授权或者权限有关。这些规定虽然与强制性规定存在着根本性区别,但因与强制性规定容易发生混淆,当违反这些规定时是否会导致合同无效往往存在争议。如《城市房地产管理法》第38条第(四)项规定,共有人未经其他共有人的书面同意,不得将共有房产转让给他入。对此,实践中就存在两种处理思路。一种观点认为,对于共有人未经其他共有人书面同意转让共有房产的,应根据无权处分的规定,认定转让合同有效;^⑧另一种观点则认为,转让行为违反《城市房地产管理法》的强制性规定,应认定转让合同无效。

二、识别影响合同效力的强制性规定的方式评析

鉴于强制性规定之于合同效力的影响较大,识别影响合同效力的强制性规定既是各国司法机关共同面临的难题,^⑨也是司法实践的焦点问题。当前识别影响合同效力的强制性规定,主要存在三种方式。

(一)对强制性规定进行语义识别

语义识别主要是根据现行法律法规体系中有关“可以”“应当”“必须”“不得”“禁止”等描述性词语,来认定某一具体规定是否属于强制性规定,进而是否影响合同效力。即带有“应当”“必须”“不得”“禁止”等词语的属于强制性规定;带有“可以”的是任意性规定。

这种通过语义分析来判断强制性规定对合同效力的影响虽然较为直观、便于操作,但也存在比较明显的障碍。因为,根据语义识别方法,我们能直接判断出使用“可以”这个词语时不具有强制色彩,但往

往难以通过“应当”“必须”“禁止”“不得”等词语,来评判某一条款是否属于影响合同效力的强制性规定。

以“应当”为例,“应当”一词在我国法律规范中出现的频率较高,但经常被用来设定倡导式规定,而非系影响合同效力的强制性规定。这种规定并不对当事人之间的权利义务关系产生实质性的影响,仅仅诱导性地提倡一种立法者认为较佳的模式。^⑩比如,《民法典》第707条规定:“租赁期限六个月以上的,应当采用书面形式……”这里的“应当”就是一种倡导性规定,并不对当事人之间的权利义务关系产生实质性的影响,也不存在违反该规定就造成不利后果等问题。

“不得”一词也是如此。实践中,“不得”有多种含义。有的“不得”属于权限性规定。例如,《城市房地产管理法》中规定共有房地产,未经其他共有人书面同意的,“不得转让”。这种“不得”就是部分共有人对房屋处分权限的缺乏,而这种缺乏可以通过其他共有人的追认获得补正。违反这种“不得”行为并不会产生合同无效的法律后果。除此之外,有的“不得”还属于警示性规定。例如,《民法典》第399条第(四)项规定“所有权、使用权不明或者有争议的财产”不得抵押,这里的“不得”就在于要提醒当事人注意,如果抵押物存在权属争议且人民法院认定抵押人构成无权处分的,当事人可能会因抵押合同无法履行而对债权人的损失承担赔偿责任,但抵押合同并不因此而无效。^⑪

(二)对强制性规定进行位阶识别

《合同法司法解释一》第4条规定:“人民法院确认合同无效,应当以全国人大及其常委会制定的法律和国务院制定的行政法规为依据,不得以地方性法规、行政规章为依据。”位阶识别方式正是通过强制性规定的发布主体对影响合同效力的强制性规定进行识别,即通过法律法规的位阶进行区分。^⑫

但实践中,这种泾渭分明式的位阶识别方式也遇到一定的障碍。强制性规定之所以能够影响合同的效力,往往基于这些规定代表着对国家利益和社

会公共利益的维护。但社会公共利益并不完全体现在全国人大及其常委会制定的法律和国务院制定的行政法规中。“法律、行政法规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定也未必都背离正义和理性,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,而且也难以使私法审判担当起匡扶社会正义的使命。”^⑬实践中,针对合同违反了法律和行政法规之外的强制性规定的,往往借助《合同法》第52条第(四)项“损害社会公共利益”迂回承认违反行政规章、地方性法规的强制性规定的合同无效。这种思路在一定程度上也得到了最高人民法院的认可。例如,最高人民法院《关于为推进农村改革发展提供司法保障和法律服务的若干意见》就明确规定:“对违反法律、行政法规以及相关国家政策的宅基地转让行为以及其他变相导致农民丧失宅基地使用权的行为,应当依法确认无效。”

(三)对强制性规定进行类型化识别

实践中较多的观点是依据《合同法司法解释二》以及最高人民法院《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》的规定,将强制性规定区分为“效力性强制规定”和“管理性强制规定”。客观地讲,这种强制性规定划分方式、识别标准,不但在学术讨论中被长期使用,还得到了最高人民法院司法解释和司法解释性文件的认同,并在法律实践中被广泛运用,相较于其他的解释选择结论,当更为可取。^⑭

这种强制性规定的二分法自2009年被明确提出至今,一方面在实践中出现了一种倾向,即被望文生义地认为凡是行政管理性质的强制性规定都属于管理性强制性规定,不影响合同效力;另一方面也受到学界的一些质疑。^⑮有的观点认为,效力性规定和管理性规定的识别标准有待进一步清晰,尤其是效力性强制性规定概念本身存在同义反复之嫌。如果法律已经明确违反某一强制性规定的法律后果系导致合同无效,再去辨识该规定是效力性规定还是管理性规定,就失去必要性和意义了。也有观点提出,效

力性规定和管理性规定二分法有待进一步科学合理地进行区分。有关效力性强制性规定和管理性强制性规定的区分直接来源于我国台湾地区的民法理论。^⑩但强制性规定是否只有效力性和管理性等两种形态,二者是否囊括了所有的强制性规定情形、是否存在中间地带有待斟酌。同时从逻辑角度来看,管理性规定相对应的应当是非管理性规定,效力性规定相对应的应当是非效力性规定。非效力性规定与管理性规定之间是否可以画等号,值得探究。

三、识别影响合同效力的强制性规定的“三步法”

强制性规定的认定,不仅关系到合同效力的评判,还关系到交易安全和市场稳定。单纯地采取某一种方法都可能存在不周延等问题,需要多种方法手段的综合运用。为此,笔者建议在识别影响合同效力的强制性规定上可以采取以下“三步法”。

(一)第一步:识别出已形成理论与实践共识的法律法规规定

虽然强制性规定被划分为效力性和管理性的两分法受到一定的质疑,但学界和实务界都不否认,类型化思维在认定影响合同效力的强制性规定方面具有较强的方法论指导作用。^⑪从人们认识事物的规律以及司法实务操作的便利性来看,以类型化的方式识别强制性规定将使得裁决更简便,也更有利于建立统一的识别体系,达成司法实务的统一。^⑫反过来将强制性规定进行类型化的归纳总结,便于抓住某一类矛盾纠纷的共性问题,对依法妥善解决矛盾纠纷具有重要的指导意义。尤其当前伴随经济社会的发展,金融、房地产等领域强监管举措的推出,大量涉强制性规定的民商事纠纷涌入人民法院,客观上存在着将强制性规定进行类型化处理的现实需求。同时,据笔者梳理,司法实践中就是否属于强制性规定、是否影响合同效力等方面,容易引发争议的主要法律法规往往集中在《物权法》第97条(该条已被《民法典》第301条所吸收)、第184条(该条已被《民法典》第399条所吸收)、第191条,《公司法》第16条,《城市房地产管理法》第38条等条款中。而在这些条

款中,有的条款的性质比较容易识别,有的条款的效力已形成理论共识,甚至有的条款的效力已经被《九民会纪要》等相关司法解释或司法文件所确认。因此,判断法律法规具体条款的性质,评判强制性规定对合同效力的影响是具有较强现实可行性的。在司法实践中,当法官在判断某一项法律法规规定是否属于强制性规定、是否会影响合同效力时,首先可以通过类型化的思维方式,在结合相关司法文件的规定、理论共识和司法共识的基础上,较快地识别出不影响合同效力的任意性规定或者其他类型的规定,识别出已形成共识的影响合同效力的强制性规定。

1. 识别出不影响合同效力的任意性规定、倡导性规定及较为常见的警示性规定、权限性规定和赋权性规定

从功能主义角度出发,民商事法律规定可以划分为行为规范和裁判规范。其中,行为规范更多的是为民事主体提供民事行为的规范指引,确定行为的边际界限;而裁判规范则更多的是为司法机关依法公平公正地解决矛盾纠纷提供指引和依据。有的民商事法律规范,既可以是行为规范,也可以是裁判规范;有的则只是行为规范而非裁判规范,抑或相反。

一般而言,行为规范主要包括宣示性规定、倡导性规定和警示性规定等类型。其中,宣示性规定更多的是彰显民事主体拥有某种民事权利、何种民事权利受到法律保护等,如《民法典》第109条、第110条即为典型的宣示性规定,体现出民法典对人身自由、人格尊严等一般人格权以及对生命权等具体人格权的保护。倡导性规定主要是提供立法者认为较为理想的行为模式,提倡当事人按照这一行为模式开展民事活动,以免将来发生纠纷。比如《民法典》第143条列举了关涉民事法律行为效力的意思表示真实等三个要件。该条款即为典型的倡导性条款,对其不能反过来推导,即不能直接因某一民事法律行为不具备三个要件就认定为无效。而警示性规定主要是提醒当事人不要为一定的行为,否则可能产生不利的后果。较为典型的警示性

规定除前述的《民法典》第399条外,还有《物权法》第191条第二款。该条文中的“不得”同样是一种警示性条款,更多是提醒抵押人未经抵押权人同意转让抵押财产存在一定的法律风险,而非影响合同效力的强制性规定。对此,最高人民法院《第八次全国法院民事商事审判工作会议(民事部分)纪要》(以下简称《八民会纪要》)第14条就明确:“物权法第191条第二款并非针对抵押财产转让合同的效力性强制性规定,当事人仅以转让抵押房地产未经抵押权人同意为由,请求确认转让合同无效的,不予支持。受让人在抵押登记未涂销时候要求办理过户登记的,不予支持。”

裁判规范往往可以区分为任意性规定和强制性规定、赋权性规定、权限性规定等。其中,任意性规定的目的是引导、规范民事主体的行为,并不具有强制性效力;当事人可以选择使用,也可以选择不使用。强制性规定则体现的是法律基于对国家利益、社会公共利益等的考量,对私人意思自治领域所施加的一种限制。实践中与强制性规定容易发生混淆的主要有权限性规定、赋权性规定等。^⑩其中,赋权性规定则是指界定当事人处分权的规范(处分界限规范),^⑪其目的在于明确民事主体实施特定民事行为时必须具有相应的授权,解决的是民事主体“权限有无”的问题,如无权处分、无权代理等。而权限性规定则是指法律要求当事人在实施法律行为时,不得超过法律所规定的权限的规范,即当事人本身具有一定的权限,而基于某一特定民事法律行为实施后的法律效果影响力大,故需要得到特别授权,解决的是民事主体“权限是否完全”的问题。例如,《公司法》第16条第二款就是典型的权限性规定。根据《民法典》第61条,法定代表人在法人对外活动中是“有权限”的,之所以在公司对外担保中被限定权限,主要是基于公司对外提供担保对公司正常经营活动关系重大。《民法典》第301条同样如此。司法实践中,这一条款容易被当作效力性强制性规定来对待,认为违反这一条款所订立的合同无效。实际上就该条款的性质而言,抛开其“但书部分”明确“共有人之间

另有约定的除外”,可以将其作为任意性规定对待,^⑫前面主体部分亦应当是部分不动产或者动产共有人的“权限性规定”。首先,共有是所有权的特殊形态,共有人本身对作为共有标的物的不动产或者动产拥有一定的权力,之所以对共有人之一的处分、重大修缮、变更性质或者用途等行为的权限作出限定,就在于上述行为对全体共有人的权益变动较大,但这并不意味着违反了该条款就影响合同的效力。因此,权限性规定和赋权性规定虽然存在较为明显的差异,但共性都在于有别于强制性规定,违反了上述规定并不导致合同无效。

2. 识别出已形成共识的不影响合同效力的强制性规定

结合《九民会纪要》等规定以及理论共识、司法经验,当前较为明显的不影响合同效力的强制性规定的,主要体现在违反经营范围、交易时间、交易数量类的。比如,民事主体违反《商业特许经营管理条例》第7条第二款进行特许经营活动的,即不能因特许人之前经营时间未超过一年,就认定特许经营合同无效。

3. 识别出已形成共识的影响合同效力的强制性规定

结合《九民会纪要》等规定以及理论共识、司法经验,当前影响合同效力的强制性规定较多集中于以下情形:(1)涉及社会公共利益的资质管制类。一是涉及金融秩序的特许经营。比如,违反《银行业监督管理法》第19条进行职业放贷的。二是涉及公共安全领域的特许经营。比如,违反《建筑法》签订建设工程施工合同的等。三是违法移转特许经营资质的。比如,违反最高人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释(一)》(以下简称《建设工程施工合同解释一》)第1条第(二)项规定出借建筑资质的。四是违反限制经营类。比如,违反《邮政法》第5条、第55条寄递公文的功效;商业银行违反《商业银行法》第43条进行投资的。当然,对于资格资质类的限制,如果合同本身并不损害国家利益或社会公共利益,通过行政管理即可实

现立法目的的,那么违反资格限制也不影响合同的效力。(2)行为禁止类。比如,杀人、贩毒、赌博、洗钱;贩卖器官、毒品、枪支等。较为典型的当属《民法典》第1007条,该条明确规定:“禁止以任何形式买卖人体细胞、人体组织、人体器官、遗体。违反前款规定的买卖行为无效。”该条是《民法典》最为明确的影响合同效力的强制性规定。类似的条款还有《民法典》第680条第一款:“禁止高利放贷,借款的利率不得违反国家有关规定。”(3)缔约方式强制类。比如,违反《招标投标法》第3条、第4条规定签订合同的,违反《建设工程施工合同解释一》第1条第(三)项规定缔结合同的,等等。上述规定都要求特定合同必须采取招标方式缔结。(4)缔约场所强制类。比如,违反《证券法》第142条规定进行场外配资行为的,等等。

(二)第二步:依照规范目的来判断强制性规定是否影响合同效力

当判断不清一项强制性规定是单纯属于行政管理方面还是影响合同效力时,应当从鼓励交易、维护交易安全角度出发,依据规范目的来审慎认定其性质,不宜直接将其理解为影响合同效力的强制性规定。^②这更加符合民法典鼓励交易、维护交易安全的立法宗旨,更加符合民法尊重意思自治的法律特性,更加符合司法介入经济活动有限性和适度性的职业特性,也更加符合民商事法律发展的潮流趋势。^③在结合规范目的识别强制性规定的性质时需要重点考察以下几个方面:

1. 考察强制性规定是否直接关涉到公共利益

在评判违反强制性规定是否影响合同效力时,公共利益往往是关键性因素。即便法律、行政法规并未规定违反某条文将导致合同无效,但违反该规定却有损国家利益和公共利益的,仍应当认定合同无效。比如,违反《中华人民共和国建筑法》第28条、第29条关于禁止非法转包和违法分包规定,不仅涉及当事人合法权益的保护,还涉及市场经济秩序的维护和社会公共利益,违反上述规定势必会影响合同效力。

2. 考察强制性规定规范仅仅是行为本身还是包括行为的效果

如果强制性规定仅仅规范人们行为的方式、手段、时间、地点等外部条件,并不禁止其行为效果的发生,那么相关的合同效力应当得到维护。比如,国务院《无证无照经营查处办法》禁止的对象是“无证无照经营”,而非禁止无证无照经营者所实施的买卖行为,因此相关的买卖合同仍可认定为有效。相反,如果强制性规定不仅禁止该行为,同时还想阻止该行为所指向的民事效果的发生,则违反该规定就影响合同的效力。比如,《文物保护法》第44条规定:“禁止国有文物收藏单位将馆藏文物赠与、出租或者出售给其他单位、个人。”该条不仅禁止赠与、出租或者出售馆藏文物行为,还禁止国有文物通过赠与、出租或者出售等行为流入其他单位或者个人的结果,因此其效力应当是无效的。又如,《民法典》第791条第三款规定:“禁止承包人将工程分包给不具备相应资质条件的单位……”同样如此,《民法典》不仅在于禁止工程分包行为的发生,同时还禁止分包行为所产生的结果即由不具有相应资质条件的单位完成工程,因此相关分包行为应当是无效的。

3. 考察强制性规定规范的是单方主体的行为还是双方主体的行为

如果强制性规定规范的仅仅是一方主体的行为,违反了该法律规定的后果应当由违法一方承担,对没有违法的当事人不应承担一方违法的后果。^④此时往往需要从保护善意相对人利益等角度出发,维护合同的效力。比如,受教育者违反《教育法》第44条第(二)项,参加社会活动的;公务员违反《公务员法》第59条第(十六)项进行经商活动的;商业银行违反《商业银行法》第39条规定进行贷款的。相关规定仅仅在于规范受教育者、公务员或者商业银行一方的行为,不能因此而对上述主体从事的民事活动的效力予以否定性评价。

4. 考察强制性规定规范的是合同行为还是合同履行行为

如果某一强制性规定是对合同履行义务的规

范,就不能基于当事人对合同履行义务的违反,来否定合同本身的效力。例如,《民法典》第620条规定:“买受人收到标的物时应当在约定的检验期限内检验。没有约定检验期限的,应当及时检验。”如果买受人未及时履行验货义务的,就不能倒果为因,否定前端买卖合同的效力。

(三)第三步:结合强制性规定所涉法益等因素进行效果校验

强制性规定对合同效力的影响,并非一成不变的,而是一个动态发展的过程。故而在结合规范目的已经认定某一法律法规属于影响合同效力的强制性规定,在适用该强制性规定认定某项合同无效时,还需要在个案中结合强制性规定保护的法益类型、违法行为的后果、对交易安全的影响以及特定时期内经济社会发展状况等因素,进行效果校验。主要考量以下几个方面:

1. 考量适用强制规定认定合同无效是否会损害维护合同自由等价值

实践中,不同权益之间的位阶差异是存在一定共识的。根据一般社会认知,虽然生命利益之间难分高低,但生命利益是大于健康利益的,健康利益是大于财产利益的,而财产利益之间往往按照价值大小区分高低;不同主体之间弱者利益应当获得制度性的特殊保护等也越来越得到社会认可。^⑤因此,当履行合同约定将侵犯强制性规定所保护的人身权益(如生命权、健康权、身体权,以及人身自由和人格尊严)、基本政治权利和民事权利(如选举权和被选举权、婚姻自由权、劳动权、休息权等)时,根据法益位阶比较,上述权益位阶明显高于合同自由,此时应当认定合同无效;否则,应当尊重当事人意思自治,维护合同自由等价值。

2. 考量适用强制性规定认定合同无效是否会造社会资源的巨大浪费

实践中,如果某一项合同虽然违反了强制性规定,但并非严重瑕疵。在合同已经履行的情况下,可适当考量合同履行方面的因素,在一定程度上认可合同的效力,以避免浪费社会资源。在这一问题上,

许多国家都有类似的做法。在德国,联邦法院在一项双方当事人违法且已经履行的黑工合同中,判决价格担保的约定有效。^⑥在日本,最高裁判所在一则卖方已经履行、买方尚未付款的判例中,虽然认定契约无效,但同时认为卖方的履行不构成“不法原因给付”,卖方仍可基于不当得利要求买方返还其给付;若卖方给付之物已被消费,则该不当得利相当于买方应支付的价款,最终与判决有效并无实质差别。^⑦这些都是考量合同履行、避免社会资源浪费对于合同效力的影响,同样对判断违反强制性规定对合同效力的影响也具有借鉴意义。

3. 考量适用强制性规定认定合同无效是否会损害市场交易安全

交易安全是维护市场秩序的基石。很多情形下让合同无效,对当事人的利益保护未必最为有利,有时甚至会损害交易安全。尤其在认定违反资质类强制性规定的合同效力时,若合同有效对合同相对人更有利,可以认定合同有效或者允许资质和资格的补正,而避免简单认定合同无效,让另一方当事人来承担不利后果,进而维护交易安全、保护交易信赖。

4. 考量适用强制性规定认定合同无效是否与违法行为的严重程度利益失衡

在适用强制性规定来评判合同效力时,要综合违反强制性规定的违法程度、行为人的主观恶意、是否影响诚实信用原则以及是否背离社会公众认知等因素,避免强制性规定保护的正当利益与合同无效给当事人带来的不利益之间的比例严重失衡。例如,否定当事人基于违反强制性规定所签订的合同的效力,与当事人行为的违法性之间严重失当,将造成利益严重失衡时,就不宜认定合同无效。

注释:

①有观点认为,从《民法典》第153条第一款表述看,前一个强制性规定指的就是效力性强制性规定,后一个强制性规定是管理性强制性规定,参见最高人民法院民法典贯彻实施

工作领导小组:《中华人民共和国民法典总则编理解与适用》(下),人民法院出版社2020年版,第755页。

②世界各国和地区的民事立法都将违反强制性规定的行为确定为无效。如《德国民法典》第134条规定,法律不另有规定的,违反法定禁止的法律行为无效。《法国民法典》第6条规定,任何人不得以特别约定违反有关公共秩序与善良风俗之法律。《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目标的法律行为无效。《瑞士债务法》第20条规定,合同内容不能、违法或违背公序良俗的,无效。《荷兰新民法典》第3:40条规定:(1)法律行为的内容或目的违背公共秩序或善良风俗的,无效。(2)除从法律规定的目的中得出其他结论者以外,违反法律强制规定的法律行为无效。我国台湾地区“民法”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。参见李适时主编:《中华人民共和国民法总则释义》,法律出版社2017年版,第479-480页。

③2016年6月,全国人大常委会公布的《民法总则(草案)》第132条规定:“违反法律、行政法规的效力性强制性规定或者违背公序良俗的民事法律行为无效。”2016年11月18日,《民法总则(草案二次审议稿)》第147条延续了这一规定。2017年3月15日,第十二届全国人民代表大会第五次会议通过的《民法总则》第153条删除了效力性强制性规定,重新改为违反法律、行政法规的强制性规定无效。其中原因系当时有意见认为“效力性强制性规定”的概念比较模糊,建议换一种更为明确的方式。参见杜涛主编:《〈民法总则〉的诞生——民法总则重要草稿及立法过程背景介绍》,北京大学出版社2017年版,第346页。

④在“中建材集团进出口公司诉北京大地恒通经贸有限公司、北京天元盛唐投资有限公司、天宝盛世科技发展(北京)有限公司、江苏银大科技有限公司、四川宜宾俄欧工程发展有限公司进出口代理合同纠纷案”(《最高人民法院公报》2011年第2期刊载)裁判要旨中就明确,公司违反了《公司法》第16条第二款的规定,与他人订立担保合同的,不能简单认定合同无效。理由之一在于“该条款并非效力性强制性的规定”。

⑤刘俊海教授指出,《公司法》第16条与第104条、第121条、第148条构成了配套的公司对外担保制度,阐明了“原则禁止、例外允许、严格规制”的理念,每条规定均为效力性规范。参见刘俊海:《公司法法定代表人越权签署的担保合同效力规则的反思与重构》,载《中国法学》2020年第5期。

⑥在最高人民法院就2006年到2015年全国法院审结的

455件公司未经法定程序对外担保的商事案件进行的统计分析中,认定担保合同有效的判决占49.8%,认定担保合同无效的判决占50.2%;在担保合同被认定无效的案件中,判令公司对相对人承担部分责任的占67.4%,承担连带责任的占23.6%,公司不承担责任的占9%。参见最高人民法院民事审判第二庭编著:《〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉理解与适用》,人民法院出版社2019年版,第178-179页。

⑦王蒙:《经适房违规出租的合同效力与法律效果》,载《华东政法大学学报》2019年第6期。

⑧前引⑥,最高人民法院民事审判第二庭编著书,第244页。

⑨判断强制性规定是否影响合同效力是各国司法机关面对的法律难题,美国关于强制性规定是否属于效力性的判断标准自1915年兰开斯特海滨整治公司诉纽约市政府案讨论至今,参见方金刚:《美国法律强制性或管理性规定无绝对的判断标准》,载《人民法院报》2017年10月27日第8版;日本民法学界历经了100余年的认识、争论与反思,方形成了“法令违反行为效力论”,参见孙鹏:《私法自治与公法强制——日本强制性法规违反行为效力论之展开》,载《环球法律评论》2007年第2期。

⑩王轶:《民法原理与民法学方法》,法律出版社2009年版,第236页。

⑪刘贵祥:《〈民法典〉实施的若干理论与实践问题》,载《法律适用》2020年第15期。

⑫德国、日本以及我国台湾地区对强制性规定的位阶都未作限制,参见黄凤龙:《论〈合同法〉中的强制性规定》,载《烟台大学学报》2011年第1期。

⑬孙鹏:《论违反强制性规定行为之效力——兼析〈中华人民共和国合同法〉第52条第5项的理解与适用》,载《法商研究》2005年第6期。

⑭王轶:《行政许可的民法意义》,载《中国社会科学》2020年第5期。

⑮王轶教授指出,就效力性与管理性两类强制性规定的类型区分,理论和实践中存在不易区分说以及不必区分说的质疑,参见前引⑭,王轶文。还有其他学者也对效力性与管理性强制性规定二分法提出质疑,可参见黄忠:《违法合同效力论》,法律出版社2010年版,第117-124页;杨代雄:《〈民法典〉第153条第1款评注》,载《法治研究》2020年第5期;前引⑤,刘俊海文。

⑯例如,史尚宽先生将强行法区分为效力规定与取缔规

定,前者着重违反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,以禁止其行为为目的。强行规定,是否为效力规定抑或为取缔规定,应探求其目的以定之。参见史尚宽:《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第330页。

①前引⑥,最高人民法院民事审判第二庭编著书,第242页。

②石一峰:《效力性强制性规定的类型化分析》,载《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2018年第2期。

③最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组指出,《民法典》第153条第一款中的强制性规定不包括权限性规定,也不包括赋权性规定,但并未明确权限性规定和赋权性规定的内涵外延。参见前引①,最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组书,第756-757页。

④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,第35页。

⑤有学者认为,《民法典》第301条属于倡导性规定,因为共有人之一出卖共有物,如果其与买受人之间的交易未能满足善意取得的构成要件,就无法将共有物的所有权转移给买受人;如果不想冒这种风险,最好经与其他共有人一致同意。参见王轶:《〈民法典〉合同编理解与适用的重点问题》,载《法

律适用》2020年第19期。

⑥在强制性规定的性质识别上,无论是作为德国通说的“规范目的”说和法益衡量说,还是从英美法系注重探究公共政策的目的来看,在评判违反强制性规定的合同效力时,都强调探究强制性规定的立法目的,从规范目的出发就强制性规定与合同效力之间的关系作出判断。

⑦全国人大常委会法制工作委员会民法室石宏副主任撰文指出,《合同法》将保护交易安全,促进合同交易作为立法的主要目标。《民法典》合同编在《合同法》基础上,进一步限制合同无效或者不生效的情形,进一步体现了保护交易安全、鼓励合同交易的精神,以刺激经济发展,参见石宏:《合同编的重大发展和创新》,载《中国法学》2020年第4期。从《民法典》第388条“担保合同”、第406条“抵押财产转让”等规定也可以看出,《民法典》对当事人之间行为的强制性愈加淡化,更加注重对当事人意思自治的尊重。

⑧黄薇主编:《中华人民共和国民法典总则编释义》,法律出版社2020年版,第408页。

⑨梁上上:《利益衡量论》,法律出版社2016年版,第87-92页。

⑩前引⑩,苏永钦书,第39-45页。

⑪前引⑬,孙鹏文。

To Identify Ways of Thinking about Mandatory Provisions that Affect the Effectiveness of Contracts

Chen Shusen

Abstract: Article 153 of the Civil Code sets up two types of mandatory provisions around whether the validity of a contract is affected. In terms of the identification of mandatory provisions affecting the effectiveness of a contract, first of all, we can identify the existing laws and regulations consensus that do not affect or affect the effectiveness of a contract by combining judicial documents, theoretical consensus and accumulated judicial experience. When it is difficult to determine the attribute of a certain law and regulation, the relationship between it and the effectiveness of the contract should be judged in combination with factors such as the purpose of the standard, and it is not appropriate to directly identify its influence on the effectiveness of the contract. Even if the provisions are mandatory provisions affecting the effectiveness of the contract, it is still necessary to consider the protection of legal interests, the consequences of illegal acts, the impact on the security of transactions and other factors to measure the benefits and verify the effect, to ensure the applicability of the mandatory provisions to evaluate the effectiveness of the contract.

Key words: mandatory provisions; three-step approach; normative purpose; interests-balancing