

违反强制性规定的合同效力

——以《民法典合同编通则解释》的相关规定为中心

吴光荣

【摘要】《民法典》第153条第1款所称强制性规定仅指公法上的强制性规定,不应应将其与私法上的赋权性规定、强行性规定区别开来,也应将其与倡导性、警示性规定以及让与禁止区分开来。基于法秩序统一原则,合同违反公法上的强制性规定,原则上应认定无效,仅在例外情形下才能认定合同有效,司法解释不宜继续采用效力性强制性规定与管理性强制性规定的区分。行为涉嫌犯罪并不必然导致合同无效,合同效力应根据民法典的具体规定进行认定。合同违反地方性法规或者行政规章的强制性规定,仅在同时违背公序良俗时,才导致合同无效。在不法原因给付的场合,给付者依据《民法典》第157条请求返还财产的,人民法院不应予以支持,但行为未经处理的,应向有关部门发出司法建议或者将犯罪线索移送刑事侦查部门,以避免当事人因违法行为获利。

【关键词】强制性规定;赋权性规定;合同效力;合同履行;公序良俗

【作者简介】吴光荣,北京理工大学教授。

【原文出处】《法律适用》(京),2023.12.20~37

引言

违反强制性规定是否导致合同无效,是各国民法适用中面临的一个难题。原《合同法》第52条将认定合同因违反强制性规定而无效的依据严格限定为法律、行政法规的强制性规定。据此,《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)》(以下简称原《合同法解释一》)第4条规定:“合同法实施以后,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。”《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)》(以下简称原《合同法解释二》)第14条则进一步规定只有违反效力性强制性规定才导致合同无效。《民法典》第153条第1款虽然没有采用效力性强制性规定的表述,但在规定“违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效”的同时,明确规定“但是,该强制性规定不导致该民事

法律行为无效的除外”。^①为了指导各级法院审理合同纠纷案件,最高人民法院在总结审判经验的基础上,于2023年12月5日实施《关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》(以下简称《民法典合同编通则解释》)。该解释第16条就违反强制性规定不导致合同无效的情形进行了列举(第1款),并在区分合同效力与合同履行的基础上,明确规定针对履行行为的强制性规定原则上不应影响合同效力,除非合同的履行必然违反强制性规定或者法律、司法解释另有规定(第2款);此外,该条还规定,即使合同不因违反强制性规定而无效,但如果违法行为未经处理,人民法院也应当向有关行政管理部门发出司法建议,涉嫌构成犯罪的,则应当将案件线索移送刑事侦查机关或者告知当事人向有管辖权的人民法院另行提起刑事自诉,从而使私法与公法相互配合,共同实现对法律秩序的维护(第3款)。

值得注意的是,在《民法典合同编通则解释》的

起草过程中,关于违反强制性规定对合同效力的影响,曾数易其稿。究其原因,在于理论界与实务界对大量基础性的问题,很难达成认识上的一致。首先,如何界定《民法典》第153条第1款所称“强制性规定”?一种意见认为,该条所称“强制性规定”,既包括公法上的强制性规定,也包括私法上的强制性规定,因此,违反私法上强制性规定不必然导致合同无效的情形,也应通过解释适用该条“但书”来解决;另一种意见则认为,该条所称“强制性规定”,仅指公法上的强制性规定,合同违反私法上的强制性规定,应通过解释适用《民法典》的其他规定来解决,而不应纳入《民法典》第153条第1款的适用范围。在司法解释的起草过程中,曾一度采纳第一种方案,但随即发现这一思路将导致《民法典》第153条第1款承担的任务过重,极易造成适用上的混乱,且有架空《民法典》其他规定之嫌,故改采第二种方案。

其次,是否有必要保留“效力性强制性规定”的概念?一种意见认为,“效力性强制性规定”的概念已经获得普遍性接受,且简单明了,应予保留;另一种意见则认为这一概念容易引起误解,且在实践中难以辨别,还常常带来倒果为因的问题,甚至不少人认为凡是带有“管理”字样的法律、行政法规,其规定都是管理性强制性规定,不是效力性强制性规定,而而不加分析就直接认定合同不因违反强制性规定而无效。在综合权衡利弊的基础上,司法解释采纳了第二种意见。

最后,对于违反强制性规定是否影响合同效力,是归纳总结一些需要考量的因素供各级法院在判断时参考,还是就“该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外”的情形进行列举式规定,也存在不同的意见。一种意见认为,司法解释仅需将判断违反强制性规定是否影响合同效力的因素进行归纳,再由法官在个案中具体运用;另一种观点则认为,仅仅列举综合判断的因素,仍然无法满足实践的需要,因为这些因素都过于笼统,实践中难以把握,加上需要法官在个案中综合考量,必然导致裁判结果不统一、法官自由裁量权过大的局面。为使司法解释对司法

实践的指导更加明确,司法解释采纳了第二种观点。

本文以上述三个问题为线索,结合《民法典合同编通则解释》的相关规定,就违反强制性规定所涉及到的相关理论问题进行阐释,希望对于司法解释的正确理解和适用有所助益。不当之处,也请方家不吝赐教。

一、法律体系中的强制性规定

(一)强制性规定与权限性(赋权性)规定的区分

从实践的情况看,无论是原《合同法》第52条第5项的适用,还是后来的《民法总则》和《民法典》第153条第1款的适用,都涉及到“强制性规定”的界定问题。^②例如,在《全国法院民商事审判工作会议纪要》(法[2019]254号,以下简称《九民纪要》)施行前,实践中就有不少判决将《公司法》第16条理解为原《合同法》第52条第5项所称“强制性规定”,进而再根据原《合同法解释二》判断该强制性规定是否为效力性强制性规定。也正是因为不同法院甚至同一法院在不同的案件中对该规定是否为效力性强制性规定作出的判断有所不同,导致实践中就法定代表人违反该条规定代表公司所订担保合同的效力认定出现大面积同案不同判的情况。值得注意的是,无论是将《公司法》第16条理解为管理性强制性规定还是效力性强制性规定,都会带来体系上的冲突:如果认为该条是效力性强制性规定,那么法定代表人违反该条对外提供担保就会导致担保合同无效,即使相对人是善意,也无表见代表制度适用之余地;如果认为该条是管理性强制性规定,那么法定代表人违反该条对外提供担保,就不会影响合同效力,自然也没有适用表见代表制度的必要。可见,如果以上述二分法来界定《公司法》第16条,都会架空原《合同法》第50条规定的表见代表制度。^③

再如,在《民法典》施行前,原《物权法》第191条关于“未经抵押权人同意,不得转让抵押财产”的规定在实践中也被广泛认定为原《合同法》第52条第5项所称“强制性规定”,进而导致当事人就抵押物转让签订的买卖合同常常被认定无效。显然,在原《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问

题的解释》(以下简称《买卖合同解释》)第3条已明确规定买卖合同不因出卖人无处分权而无效的背景下,这一认定必然带来体系逆反的结果:在标的物属于他人所有的情况下,出卖人签订的买卖合同尚且可以有效,而在标的物属于抵押人,只是标的物上有他人的抵押权的情况下,抵押人签订的买卖合同却无效,自然不符合“举重以明轻”的法律解释规则。为此,《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《八民纪要》)第14条规定:“物权法第一百九十一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要求办理过户登记的,不予支持。”可见,在《八民纪要》看来,原《物权法》第191条关于“未经抵押权人同意,不得转让抵押财产”的规定虽然属于原《合同法》第52条第5项所称“强制性规定”,但不属于原《合同法解释二》第14条所称“效力性强制性规定”。

根据《八民纪要》的上述规定,抵押人在未经抵押权人同意的情况下就抵押物转让签订的买卖合同也应认定有效,从而在结果上实现了与原《买卖合同解释》第3条关于无权处分所订合同的效力的规定保持一致,进而避免了体系上的矛盾和冲突。但是,值得质疑的是,既然原《买卖合同解释》第3条已就无权处分对合同效力的影响作出明确规定,而抵押人未经抵押权人同意转让抵押物的行为充其量构成无权处分,根据“举重以明轻”的法律解释规则即可得出抵押人就抵押物转让所订买卖合同不因未经抵押权人同意而无效,何以要将原《物权法》第191条的上述规定理解是非效力性强制性规定,再依据原《合同法解释二》第14条并结合原《合同法》第52条第5项认定合同效力?另外,如果原《物权法》第191条的上述规定不是效力性强制性,那么它是不是就是管理性强制性规定?如果是,在抵押人违反该规定时,谁来进行“管理”?如果不是,那么该规定究竟是什么性质的规定?

《民法典》施行后,同样的问题还可能发生在当

事人订立的抵押合同违反《民法典》第399条第4、5项关于“所有权、使用权不明或者有争议的财产”“依法被查封、扣押、监管的财产”不得抵押的规定、当事人订立的买卖合同违反《民法典》第443-445条关于出资人未经质权人同意不得转让出质权利的规定以及当事人订立的买卖合同违反《城市房地产管理法》第38条关于“依法收回土地使用权的”“共有房地产,未经其他共有人书面同意的”“权属有争议的”“未依法登记领取权属证书的”房地产不得转让的规定等情形。由于这些规定均有“不得”的表述,因此不少人便不假思索地将这些规定理解为“强制性规定”,进而认定当事人订立的合同因违反强制性规定而无效。即使有人主张这些规定是管理性强制性规定而非效力性强制性规定,也会面临同样的质疑:在当事人订立的合同违反这些规定时,谁来进行“管理”?如果没人“管理”,又何来“管理性强制性规定”之说呢?

在笔者看来,《民法典》第443-445条关于出资人未经质权人同意不得转让出质权利的规定在规范性质上与原《物权法》第191条关于“未经抵押权人同意,不得转让抵押财产”的规定是相同的,都是所谓权限性规定,即当事人违反该规定,仅仅意味着当事人没有处分权,只不过原《物权法》第191条的规定在《民法典》编纂时被修改为有权处分并规定在第406条,而原《物权法》第226-228条关于出资人未经质权人同意不得转让出质权利的规定则未被修改而继续保留在《民法典》第443-445条。也就是说,当事人订立的合同违反《民法典》第443-445条关于出资人未经质权人同意不得转让出质权利的规定,充其量构成无权处分,应参照有关无权处分的规则(原《买卖合同解释》第3条、《民法典》第597条)认定合同效力,既不能依据《民法典》第153条第1款认定该合同无效,也不能将该规定认定为管理性强制性规定而认定该合同有效。

同理,《公司法》第16条也不是原《合同法》第52条第5项或者《民法典》第153条第1款规定的强制性规定,而是旨在限制公司法定代表人代表权的权限

性规定。公司法定代表人违反该条代表公司订立担保合同,即构成越权代表,所订立合同的效力自应根据《民法典》第61条、第504条(原《合同法》第50条)等规定进行认定,而不能依据原《合同法》第52条第5项或者《民法典》第153条第1款进行认定。关于这一点,早在《民法典》施行前,《九民纪要》第17条就已明确规定:“为防止法定代表人随意代表公司为他人提供担保给公司造成损失,损害中小股东利益,《公司法》第16条对法定代表人的代表权进行了限制。根据该条规定,担保行为不是法定代表人所能单独决定的事项,而必须以公司股东(大)会、董事会等公司机关的决议作为授权的基础和来源。法定代表人未经授权擅自为他人提供担保的,构成越权代表,人民法院应当根据《合同法》第50条关于法定代表人越权代表的规定,区分订立合同时债权人是否善意分别认定合同效力:债权人善意的,合同有效;反之,合同无效。”《民法典》施行后,最高人民法院发布的《关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》(以下简称《民法典担保制度解释》)第7条第1款亦明确规定:“公司的法定代表人违反公司法关于公司对外担保决议程序的规定,超越权限代表公司与相对人订立担保合同,人民法院应当依照民法典第六十一条和第五百零四条等规定处理:(一)相对人善意的,担保合同对公司发生效力;相对人请求公司承担担保责任的,人民法院应予支持。(二)相对人非善意的,担保合同对公司不发生效力;相对人请求公司承担赔偿责任的,参照适用本解释第十七条的有关规定。”与此相同,《民法典》第168条关于未经被代理人同意或者追认时代理人不得以被代理人的名义与自己实施民事法律行为的规定以及关于未经被代理的双方同意或者追认时代理人不得以被代理人的名义与自己同时代理的其他人实施民事法律行为的规定,也都属于权限性规定,当事人违反该规定,即构成无权代理,自应依据《民法典》有关无权代理的规定认定合同效力。

总之,如果行为人订立合同时违反的是权限性规定,既可能构成无权处分,也可能构成无权代理或

者越权代表,而对于无权处分、无权代理或者越权代表所订立合同的效力,《民法典》已有明确规定,人民法院或者仲裁机构自应适用《民法典》的具体规定认定合同效力,不能再适用《民法典》第153条第1款认定合同效力。否则,《民法典》关于无权处分、无权代理或者越权代表的规定就会被架空。

值得注意的是,在当事人一方违反权限性规定订立合同的情况下,其后果也可能不是构成无权处分、无权代理或者越权代表等,而是据此授权合同相对人或者第三人解除合同或者撤销合同。例如,根据《民法典》第716条的规定,承租人未经出租人同意进行转租,并不当然导致转租合同无效,而是出租人可以解除合同。此外,《最高人民法院关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定(一)》(以下简称《外商投资企业解释一》)第11条规定:“外商投资企业一方股东将股权全部或部分转让给股东之外的第三人,应当经其他股东一致同意,其他股东以未征得其同意为由请求撤销股权转让合同的,人民法院应予支持”;第12条规定:“外商投资企业一方股东将股权全部或部分转让给股东之外的第三人,其他股东以该股权转让侵害了其优先购买权为由请求撤销股权转让合同的,人民法院应予支持”。可见,当事人一方违反权限性规定的后果也可能是授权合同相对人或者第三人有权解除或者撤销合同。就此而言,也可以将权限性规定称为赋权性规定。

《民法典合同编通则解释》第18条规定“法律、行政法规的规定虽有‘应当’‘必须’或者‘不得’等表述,但是该规定旨在限制或者赋予民事权利,行为人违反该规定将构成无权处分、无权代理、越权代表等,或者导致合同相对人、第三人因此获得撤销权、解除权等民事权利的,人民法院应当依据法律、行政法规关于违反该规定的民事法律后果认定合同效力”,其目的就是要求人民法院在认定合同效力时将强制性规定与权限性规定区分开来。也就是说,强制性规定与权限性规定的区分意味着《民法典》第153条所称“强制性规定”应仅指法律、行政法规关于行为人应当实施或者禁止实施特定行为的规定,不

包括法律、行政法规关于行为人无权实施特定行为的规定。

(二) 强制性规定与警示性规定(倡导性规定)的区分

问题是,《民法典》第399条就某些财产规定“不得抵押”和《城市房地产管理法》第38条就某些财产规定“不得转让”在规范性质上究竟如何认定呢?先来看《城市房地产管理法》第38条所列举的不得转让情形。该条所列举的情形较为复杂:有的涉及管理性强制性规定,如该条第1项所称“以出让方式取得土地使用权的,不符合本法第三十九条规定的条件的”,而《城市房地产管理法》第39条规定的条件,有些已被相关司法政策性文件明确为管理性强制性规定;^④有的涉及对处分权的限制,如第2项规定的“司法机关和行政机关依法裁定、决定查封或者以其他形式限制房地产权利的”;也有的构成无权处分,如第3项规定的“依法收回土地使用权的”(既然土地使用权已被收回,转让方自然无权再转让房地产);还有的则只能说涉嫌无权处分,如第4项规定的“共有房地产,未经其他共有人书面同意的”,第5项规定的“权属有争议的”和第6项“未依法登记领取权属证书的”(只有在共同共有房地产的情况下,才需要全体共有人一致同意,“权属有争议”也并不意味着转让方必然是无权处分,而“未依法登记领取权属证书”,更并不意味着转让方对标的物必然不享有处分的权利)。既然情形如此复杂,无论是一概将《城市房地产管理法》第38条界定为管理性强制性规定还是一概将该条界定为权限性规定,可能都会存在的问题。因此,在笔者看来,最佳的方案是将该条理解为倡导性规定或者警示性规定,其目的在于提醒交易者注意其中的法律风险:如果行为人违反管理性强制性规定的,可能要承担公法上的责任;如果行为人构成无权处分,则可能导致合同因无法获得履行而须承担违约责任。

总之,《城市房地产管理法》第38条本身并未规定当事人违反“不得转让”的法律后果;当事人违反“不得转让”的法律后果,需要裁判者根据该条列举

的具体情形并结合其他法律判断当事人行为的性质,再根据行为的性质判断法律行为的效力。同理,当事人违反《民法典》第399条规定的“不得抵押”的法律后果,也应作相同处理。例如,该条第1-3项所列财产系法律规定的禁止流通物或者限制流通物,当事人以此为标的物进行抵押,抵押合同自然应被认定无效,但该条第4-5项所列财产并非禁止流通物或者限制流通物,违反该规定只是可能导致行为人为人构成无权处分,自无据此认定抵押合同无效之理。也正因如此,《民法典担保制度解释》第37条规定:“当事人以所有权、使用权不明或者有争议的财产抵押,经审查构成无权处分的,人民法院应当依照民法典第三百一十一条的规定处理。当事人以依法被查封或者扣押的财产抵押,抵押权人请求行使抵押权,经审查查封或者扣押措施已经解除的,人民法院应予支持。抵押人以抵押权设立时财产被查封或者扣押为由主张抵押合同无效的,人民法院不予支持。以依法被监管的财产抵押的,适用前款规定。”^⑤

可见,无论是《民法典》第399条,还是《城市房地产管理法》第38条,不仅没有规定当事人违反的法律后果,而且因其所列情形在法律性质上各异,当事人违反具体规定的法律后果也有所不同,尤其是在当事人的行为涉嫌无权处分时,还需要裁判者结合具体案情判断当事人的行为究竟是否属于无权处分,且即使构成无权处分,也不应影响所订合同的效力。^⑥事实上,《民法典》第399条第6项以及《城市房地产管理法》第38条第7项也已经非常清晰地表达了这些条文本身明确列举的情形在其他法律中已有规定。既然其他法律已有规定,何以立法者还要进一步强调呢?无非是因为立法者担心交易者在订立合同时没有充分注意其他法律的规定或者考虑到这些规定散见在其他法律中而再次集中予以提示。正因如此,笔者将上述规定称为警示性规定,用于表达这些条文的规范目的并非禁止或者命令当事人实施特定行为或者不得实施特定行为,而只是想提醒当事人注意其他法律可能对特定财产的处分作出了限制,从而帮助当事人避免陷入对自己不利的法律状

态。至于该不利的法律状态究竟是何种状态,则需要结合其他法律进行判断,其结果可能是合同因违反法律、行政法规的强制性规定而无效,行为人不仅须承担公法责任,还要承担私法上的缔约过失责任(如违反《民法典》第399条第1-3项),也可能是合同虽违反法律、行政法规的强制性规定但有效,不过行为人须承担公法上的责任(如违反《城市房地产管理法》第38条第1项),甚至可能是合同有效但因无法履行而须承担违约责任(如违反《民法典》第399条第4-5项或者《城市房地产管理法》第38条第2-6项)。也就是说,警示性规定是立法者写给行为人看的,不是写给裁判者看的,因此在规范性质上属于所谓行为规范,不属于裁判规范,不能作为裁判的依据,而强制性规定则既是行为规范,也是裁判规范,不仅具有指导当事人如何行为的功能,而且在当事人违反强制性规定时,可作为裁判的依据。^⑦就此而言,《民法典》第153条所称“强制性规定”,自不应包括上述警示性规定。

警示性规定在性质上也可以归入倡导性规定。倡导性规定是立法者倡导行为人为一定行为或者不为一定行为的规定。例如《民法典》第470条第1款规定“合同的内容由当事人约定,一般包括下列条款:……”显然,这仅仅是倡导当事人在订立合同时,为避免将来发生争议或者纠纷,最好对该款列举的内容进行约定,但并不意味着合同欠缺该款列举的内容,所订立的合同就不成立或者无效。当然,如果倡导性规定旨在提醒当事人不为特定行为,就构成警示性规定。例如,《民法典》第1228条规定:“医疗机构及其医务人员的合法权益受法律保护。干扰医疗秩序,妨碍医务人员工作、生活,侵害医务人员合法权益的,应当依法承担法律责任。”既然行为人干扰医疗秩序,妨碍医务人员工作、生活,侵害医务人员合法权益,要“依法”承担法律责任,那么《民法典》的上述规定也就仅旨在提醒行为人注意不要实施这些行为,其本身并不能作为裁判行为人承担责任的规范基础。同理,《民法典》第399条以及《城市房地产管理法》第38条的规定,也应理解为警示性规定,

本身不能作为裁判合同效力的规范基础。

(三) 强制性规定与让与禁止(处分禁止)的区分

值得注意的是,由于《民法典》第399条与《城市房地产管理法》第38条采用了“不得抵押”“不得转让”的表述,因此在规范性质上很容易被误解为属于所谓“让与禁止”。德国民法典严格区分违反强制性规定与违反让与禁止对法律行为效力的影响:前者规定在德国民法典第134条,后者规定在德国民法典第135-137条。其中,第135条规定当事人违反法定的让与禁止时,其行为仅相对于法律保护的特定主体被认定无效(相对无效),且合同相对人可获得善意取得等制度的保护;第136条规定官署作出的让与禁令与法律规定的让与禁止相同;第137条规定通过法律行为约定的让与禁止不具有物权法上的效力,但可具有债权法上的效力。^⑧值得注意的是,尽管德国法对于违反让与禁止的法律后果定有明文,但也有学者指出,由于德国民法典第135条对法定的让与禁止与其他的、不属于第135条范畴的处分限制作了区分,因此在第135条的适用方面仍存在着重大困难;而在第137条中,人们对该条法律规定的宗旨究竟是什么,也还存在着许多争议。^⑨在笔者看来,德国民法典区分违反强制性规定与让与禁止的目的,本质上是在承认物权行为的基础上区分绝对无效和相对无效:违反强制性规定可能导致合同绝对无效,但违反法定或者官署让与禁止仅导致合同相对无效,而违反约定的让与禁止则仅导致不生物权法的效力,不影响其在债法上的效力。可见,对于德国法上的法定让与禁止,首先要区分是针对特定主体还是仅针对特定主体,进而判断究竟是适用德国民法典第134条,还是适用德国民法典第135条。

我国现行法也存在法定让与禁止的规定,例如《民法典》第1007条规定:“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。”不仅如此,我国现行法还存在处分禁止的规定,例如《民法典》第399条第1-3项关于“土地所有权”“宅基地、自留地、自留山等集体所有土地的使用权,但是法律规定可以抵押的除外”“学

校、幼儿园、医疗机构等为公益目的成立的非营利法人的教育设施、医疗卫生设施和其他公益设施”不得抵押的规定。显然,无论是法定的让与禁止还是处分禁止,在法律已经就违反法定让与禁止或者处分禁止的行为效力作出明确规定的情况下,自应根据具体规定认定合同效力。但是,如果法律未就违反法定让与禁止或者处分禁止的行为效力作出明确规定,自规范目的角度看,只有该法定让与禁止或者处分禁止旨在保护不特定的民事主体,才可能导致合同绝对无效,而在该法定让与禁止或者处分禁止旨在特定民事主体的情况下,似应认定合同仅相对于该主体无效,并非谁都可以主张合同无效。不过,由于我国民法未采相对无效的概念,而是通过赋予受保护的特定主体以撤销权的方式来实现对其进行保护。例如,前述《外商投资企业解释一》关于侵害股东同意权或优先购买权的规定采取的就是这一思路。不过,值得注意的是,由于让与禁止或者处分禁止的目的是限制财产权利的变动,而非针对当事人之间的合同行为,因此,即使在侵害股东同意权或者优先购买权的情况下,被撤销的也应该是股权的变动,而非股权转让合同。也就是说,股权转让合同本身的效力不应受到影响,仅股权变动相对于被侵害的股东无效,因为只有这样,才能与无权处分规则协调一致,否则就会发生前述体系上的逆反。从这一意义上讲,为保护特定主体而确立的法定让与禁止或者处分禁止,在性质上应理解为权限性规定,只有为保护不特定主体而确立的法定让与禁止或者处分禁止,才涉及违反强制性规定的问题,即原《合同法》第52条第5项或者《民法典》第153条第1款的适用问题。关于这一点,笔者已撰文专门讨论^⑩。

总之,在我国民法上,法律规定的让与禁止或者处分禁止在规范性质上既可能是权限性(赋权性)规定,也可能是《民法典》第153条第1款所称“强制性规定”,因此,应区分具体情形选择不同的法律制度来认定违反让与禁止或者处分禁止所订合同的效力。也正因为如此,无论是《城市房地产管理法》第38条关于不得转让的规定,还是《民法典》第399条

关于不得抵押的规定,都只能是警示性规定(倡导性规定),其目的仅仅是提醒行为人注意可能存在的法定的让与禁止或者处分禁止,但其本身并不构成法定的让与禁止或者处分禁止。

(四)强制性规定与强行性规定的区分

与强制性规定有关但又有所不同的,还有所谓强行性规定。在民法上,强行性规定是与任意性规定相对的概念:前者是指当事人不得以其意思表示予以排除或者变更的规定;后者则是指当事人得以其意思表示排除或者变更的规定。^⑪一般认为,合同法因遵循合同自由原则,其规定大多属于任意性规定,原则上只有在当事人未明确约定时,合同法的规定才能适用;在当事人另有约定时,应优先适用当事人的约定。与之相反,物权法因遵循物权法定原则,其规定大多属于强行性规定,即不管当事人意思表示如何,该规定必须得到适用。从这个意义上讲,强行性规定也属于广义上的强制性规定。^⑫但是,与前述狭义上的强制性规定不同的是,强行性规定并非要求行为人应为特定行为或者不为特定行为,而是旨在明确该规定是否可为意思表示排除或者变更,因此,只有强制性规定才存在“违反”问题,强行性规定实际上不存在“违反”问题。^⑬正因如此,德国法区分强制性规定和强行性规定,认为如果当事人的意思表示排除或者变更了强行性规定,其结果应为该意思表示“不发生效力”;只有在当事人的意思表示违反了强制性规定时,才可能导致法律行为“无效”。^⑭

我国民法也区分“不发生效力”与“无效”,例如根据《民法典担保制度解释》第7条的规定,在相对人非善意的情况下,公司的法定代表人违反公司法关于公司对外担保决议程序的规定,超越权限代表公司与相对人订立担保合同对公司不发生效力。但尽管如此,《民法典》在很多情形下却并未区分强行性规定与强制性规定,甚至规定当事人的意思表示如果排除或者变更了强行性规定,即构成违反强制性规定,应被认定无效。例如,《民法典》关于诉讼时效的规定是强行性规定,在当事人的意思表示旨在排除诉讼时效的适用或者变更《民法典》关于诉讼时效

的规定时,根据《民法典》第197条的规定,当事人之间的约定应被认定无效。^⑮

笔者认为,强行性规定与强制性规定虽然都旨在为当事人之间的意思自治划出边界,但二者的功能不同,因而法律后果也存在较大的差异:法律行为违反强制性规定可能导致法律行为无效,但如果当事人的意思表示旨在排除或者变更强行性规定,其法律后果还须具体问题具体分析。例如,即使认为当事人之间旨在排除或者变更诉讼时效的约定“不发生效力”,但据此认为所有此类约定都是“不发生效力”,也可能会以偏概全,例如前面谈到物权法的规定大多是强行性规定,但当事人意思表示违反物权法定原则并非当然导致该约定无效,而是仅不发生物权法上的效力,并不影响该约定在合同法上的效力。可见,在意思表示旨在排除或者变更强行性规定的情况下,即使是当事人之间的约定“不发生效力”,也还要进一步分析究竟是不发生何种效力,不能以“无效”进行笼统的表述。

(五)《民法典》第153条第1款的适用范围

从上文的论述不难看出,合同因违反强制性规定无效中的“强制性规定”应仅指狭义上的强制性规定,既不包括旨在限制或者赋予民事权利的权限制性规定,也不包括同样具有强制性的强行性规定。正因为如此,关于《民法典》第153条第1款的适用范围,一种较为流行的观点认为,无论是《合同法》第52条第5项所称“强制性规定”,还是《民法典》第153条第1款所称“强制性规定”,都应仅指公法上的强制性规定,其功能是衔接私法和公法的管道,因为在当事人订立的合同违反公法上的强制性规定时,由于公法本身对违反该规定的合同效力未作出规定,就需要通过适用原《合同法》第52条第5项或者《民法典》第153条第1款来认定合同效力,而合同违反私法上的强制性规定,无论是权限制性规定,还是强行性规定,由于民法本身对其效力都已作明确规定,自无适用原《合同法》第52条第5项或者《民法典》第153条第1款的必要。(16)应该说,这一观点可以避免原《合同法》第52条第5项或者《民法典》第153条第1

款在实践中被误用或者滥用,进而避免民法关于合同效力的体系被架空,因此具有重要的现实意义。从比较法的角度看,上述观点也可以获得一定程度的支持。例如,关于德国民法典第134条的适用范围,德国学者普遍认为,该条的真正意义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的法律禁令,^⑯因而是沟通公法与私法的最重要的连接纽带之一。^⑰与此类似,在谈到我国台湾地区“民法”第71条的适用范围时,苏永钦教授亦指出,该条仅仅是衔接公法与私法的“转介条款”,因为处理国家和人民关系的公法,使用“不得”时几乎都是行为规范,而规范人民之间关系的私法,主要功能则是赋予或者分配权能,提到“不得”时,几乎都是权能规范,且违反权能规范的效果,大多也都可以在民法里找到答案,故无须适用“民法”第71条。^⑱

尽管上述思路得到了大部分学者的支持,但也有学者提出,《民法典》第153条第1款也可以引致私法上的强制性规定,例如《民法典》第1007条。^⑲实践中,也有人担心,如果将私法上的强制性规定一概排除在《民法典》第153条第1款的适用范围之外,是否可能导致无法解决某些情况下当事人违反私法上的强制性规定所订合同的效力认定问题。例如,《民法典》规定的让与禁止或者处分禁止,如果针对的是不特定主体且法律并未就违反让与禁止或者处分禁止的合同效力作出明确规定,就应通过适用《民法典》第153条第1款来认定合同效力。我们认为,如果让与禁止或者处分禁止是针对不特定主体的,就应该规定在公法而不应该规定在私法。也就是说,《民法典》规定的让与禁止或者处分禁止,如果在公法上也有相应的规定,此时就不应将其理解为私法上的强制性规定,而应理解为公法上的强制性规定,因为私法之所以作重复性的规定,其目的可能仅仅是提醒行为人注意公法上的强制性规定,故在私法上应属警示性规定或者倡导性规定。例如《民法典》第399条第1项规定土地所有权不得抵押,其目的仅仅是提醒行为人注意《土地管理法》已明确规定任何单位和个人不得侵占、买卖或者以其他形式非法转让土地

(第2条),并对非法转让土地的行为规定了严厉的制裁措施(第74条)。再如《民法典》第399条第2、3项规定的不得抵押财产,不能因为规定在《民法典》中,就否认其公法性质。

需要说明的是,尽管《民法典合同编通则解释》并未严格区分公法上的强制性规定和私法上的强制性规定,进而将《民法典》第153条第1款所称强制性规定严格限制为公法上的强制性规定,但从本条关于“由行为人承担行政责任或者刑事责任能够实现强制性规定的立法目的”的表述看,本条还是坚持区分公法与私法,进而将强制性规定与赋权性规定、强行性规定区分开来。值得注意的是,即使合同违反的是公法上的强制性规定,但如果法律对违反该强制性规定的合同效力已经作出明确规定,也不能再适用《民法典》第153条第1款的规定。例如,《房地产管理法》第54条规定:“房屋租赁,出租人和承租人应当签订书面租赁合同,约定租赁期限、租赁用途、租赁价格、修缮责任等条款,以及双方的其他权利和义务,并向房产管理部门登记备案。”对此,《民法典》第706条规定:“当事人未依照法律、行政法规规定办理租赁合同登记备案手续的,不影响合同的效力。”

此外,还需要说明的是,在法律、行政法规规定合同应当办理批准等手续的情况下,如果当事人违反规定未办理报批手续,也不应认定该合同因违反法律、行政法规的强制性规定而无效,而应适用《民法典》第502条的规定,认定该合同未生效。当然,《民法典》第502条仅适用于审批机关对个别合同的批准,不能适用于资质型的前置性批准。也就是说,如果法律、行政法规规定的是当事人从事交易须取得某种资质,且该资质须经行政机关批准,则不能依据《民法典》第502条认定当事人未取得资质订立的合同是未生效合同,而应依据《民法典》第153条第1款的规定认定合同效力。^②

二、违反强制性规定对合同效力的影响

(一)效力性强制性规定的提出及其局限

如果将《民法典》第153条第1款的强制性规定界定为公法上的强制性规定,由于公法很少就违反

该强制性规定的合同效力问题作明确规定,因此,违反该强制性规定的合同效力问题才需要通过适用《民法典》第153条第1款来解决。也正因如此,一种较为流行的观点认为,应将强制性规定区分为效力性强制性规定和管理性强制性规定:违反后者仅使行为人承担公法上的责任,违反前者则行为人不仅要承担公法上的责任,还将导致合同无效。^③原《合同法解释二》第14条在对原《合同法》第52条第5项进行解释时,采取的就是这一思路。尽管该解释仅提到效力性强制性规定的概念,没有同时提到管理性强制性规定的概念,但随后发布的《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》(法发[2009]40号,以下简称《指导意见》),则明确要求区分效力性强制性规定和管理性强制性规定,并认为“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效力”。

显然,效力性强制性规定与管理性强制性规定的区分旨在帮助我们分析合同内容违反强制性规定是否影响合同效力,但也同时将原《合同法》第52条第5项规定的强制性规定限制在公法上的强制性规定,因为无论是违反效力性强制性规定,还是违反管理性强制性规定,行为人都要承担公法上的责任,而只有违反公法上的强制性规定,才须承担公法上的责任。问题是,即使将原《合同法》第52条第5项规定的强制性规定限制为公法上的强制性规定,又如何进一步将公法上的强制性规定区分为效力性强制性规定和管理性强制性规定呢?对此,前述《指导意见》第16条规定:

人民法院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。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。

应该说,《指导意见》的这一规定既从宏观层面上提出了区分效力性强制性规定与管理性强制性规定所需要综合考量的因素(如权益的种类、交易安全以及其所规制的对象),又在区分强制性规定针对的是合同履行还是合同行为的基础上,从微观层面具体列举了违反强制性规定必然导致合同无效的情形和不必导致合同无效的情形,对于实践中如何把握效力性强制性规定与效力性强制性规定的区分,具有一定的指导意义。不过,效力性强制性规定与管理性强制性规定的区分本来是为了帮助我们判断违反强制性规定是否影响合同效力,但《指导意见》在区分效力性强制性规定与管理性强制性规定的同时,却提出“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”,并要求“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”,这不仅降低了规则的指导意义,也带来了裁判的不确定性。从实践的情况看,由于公法上的强制性规定大多规制的是当事人的“市场准入”资格而非某种类型的合同行为,不属于“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”,因此,按照这一思路,大量强制性规定必然被认定为管理性强制性规定而非效力性强制性规定。为此,《九民纪要》第30条规定:

合同法施行后,针对一些人民法院动辄以违反法律、行政法规的强制性规定为由认定合同无效,不当扩大无效合同范围的情形,原《合同法解释(二)》第14条将《合同法》第52条第5项规定的“强制性规定”明确限于“效力性强制性规定”。此后,《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》进一步提出了“管理性强制性规定”的概念,指出违反管理性强制性规定的,人民法院应当根据具体情形认定合同效力。随着这一概念的提出,审判实践中又出现了另一种倾向,有的人民法院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。这种望文生义的认定方法,应予纠正。

人民法院在审理合同纠纷案件时,要依据《民法总则》第153条第1款和原《合同法解释(二)》第14条的规定慎重判断“强制性规定”的性质,特别是要在考量强制性规定所保护的法益类型、违法行为的法律后果以及交易安全保护等因素的基础上认定其性质,并在裁判文书中充分说明理由。下列强制性规定,应当认定为“效力性强制性规定”:强制性规定涉及金融安全、市场秩序、国家宏观政策等公序良俗的;交易标的禁止买卖的,如禁止人体器官、毒品、枪支等买卖;违反特许经营规定的,如场外配资合同;交易方式严重违法的,如违反招投标等竞争性缔约方式订立的合同;交易场所违法的,如在批准的交易场所之外进行期货交易。关于经营范围、交易时间、交易数量等行政管理性质的强制性规定,一般应当认定为“管理性强制性规定”。

显然,上述规定旨在纠正实践中存在的偏差,并在总结司法实践的经验的的基础上,进一步明确如何区分效力性强制性规定与管理性强制性规定。应该说,《九民纪要》的这一规定不仅充分注意到了实践中存在的问题,而且提出的区分效力性强制性规定与管理性强制性规定所需考量的因素也更加合理(例如将“违法行为的法律后果”作为所需考量的因素),具体列举的情形也更加清晰,从而更具可操作性。在《民法典合同编通则解释》的起草过程中,不少意见认为,应进一步总结司法实践的经验的,将该规定上升为司法解释。最高人民法院于2022年11月向社会发布的征求意见稿,采取的是这一思路,分两条对违反强制性规定的合同效力问题进行了规定^③:

第十七条[违反强制性规定导致合同无效的情形]合同违反法律、行政法规的效力性强制性规定的,人民法院应当依据民法典第一百五十三条第一款认定无效。在判断法律、行政法规的强制性规定是否为效力性强制性规定时,人民法院应当综合考量强制性规定的目的、当事人是否属于强制性规定保护的范 围、强制性规定规制的是一方当事人还是

双方当事人、违反强制性规定的社会后果等因素。

有下列情形之一的,人民法院应当认定合同因违反效力性强制性规定无效:(一)合同主体违反法律、行政法规关于国家限制经营、特许经营以及禁止经营等强制性规定;(二)合同约定的标的物属于法律、行政法规禁止转让的财产;(三)合同约定的内容本身违反禁止实施犯罪行为、不得实施侵权行为、不得限制个人基本权利等强制性规定;(四)交易方式违反法律、行政法规关于应当采用公开竞价方式缔约等强制性规定;(五)交易场所违反法律、行政法规关于应当集中交易等强制性规定;(六)合同违反涉及公序良俗的强制性规定的其他情形。

当事人在订立合同时不具备法律、行政法规所要求的交易资质或者未取得法律、行政法规所要求的批准证书,人民法院应当认定合同无效,但是交易资质或者批准证书不涉及公序良俗以及合同订立后当事人已取得交易资质或者批准证书的除外。当事人在合同订立后具备取得交易资质或者批准证书的条件,但违反诚信原则不向有关部门提出申请,又以违反强制性规定为由主张合同无效的,人民法院不予支持。

第十八条[公法责任对合同效力的影响]合同违反法律、行政法规的强制性规定,由行为人承担行政责任足以实现该强制性规定的目的,人民法院可以认定合同不因违反强制性规定无效。

行为人在订立合同时涉嫌犯罪,或者已经生效的裁判认定构成犯罪,当事人或者第三人提起民事诉讼的,合同并不当然无效。人民法院应当结合犯罪主体是一方当事人还是双方当事人、合同内容与犯罪行为的关系、当事人意思表示是否真实等因素,依据民法典的有关规定认定合同效力。

上述规定的基本思路是:先就如何区分效力性强制性规定与管理性强制性规定提供一个大致的分析思路 and 需要考量的主要因素;再结合司法实践的经验,就效力性强制性规定的具体表现作出明确列举;最后,针对实践中较为难以处理的两个问题,即行为人欠缺资质或者构成犯罪是否影响合同效力的

问题,作出明确规定。

尽管上述方案从宏观到微观、从正面到反方就违反强制性规定是否影响合同效力的问题进行了较为明确的规定,但也存在一些问题:一是判断行为违反某一强制性规定是否影响合同效力的标准仍然过于笼统,实践中不易把握,对司法实践的指导不够明确;二是通过具体列举合同无效的情形虽然可以在一定程度上弥补上述缺陷,但具体列举也存在挂一漏万的问题,而兜底性的规定在克服这一弊端的同时,又会带来裁判的不确定性;三是两条之间的层次不够清晰,例如第17条已经将强制性规定的规范目的作为区分效力性强制性规定和管理性强制性规定需要考量的因素,而第18条又再次将“合同违反法律、行政法规的强制性规定,由行为人承担行政责任足以实现该强制性规定的目的”作为人民法院可以认定合同不因违反强制性规定无效的情形,存在重复规范的嫌疑。

更为重要的是,征求意见稿继续采用了效力性强制性规定这一概念。这一概念虽然有助于确立违反强制性规定并不当然导致合同无效的观念,但也可能带来一种误解,即人民法院在认定违反强制性规定是否影响合同效力时,应先对该规定是否是效力性强制性规定作出判断。^③这种先入为主的做法,既可能在实践中极易造成倒果为因的问题,也与征求意见稿的表述存在一定的矛盾,例如第17条将违反强制性规定的社会后果作为认定强制性规定是否为效力性强制性规定需要考量的主要因素,但违反强制性规定的社会后果并不确定,需要根据具体个案进行判断,这就可能造成某一强制性规定在部分案件中被认定为效力性强制性规定,而在其他案件中则不被认定为效力性强制性规定,这似乎与将强制性规定区分为管理性强制性规定与效力性强制性规定的初衷并不一致。

考虑到原《合同法解释二》之所以采用效力性强制性规定的概念,是因为原《合同法》第52条第2款仅规定违反法律、行政法规强制性规定的合同无效,而《民法典》第153条第1款已有“但书”明确规定违

反强制性规定并不当然无效,自然无需再借助效力性强制性规定的概念来确立这一观念。此外,从《民法典》第153条的表述看,不难认为,虽然违反强制性规定并不当然导致合同无效,但无效是原则,而有效则是例外。^⑤这也符合法秩序统一原则的基本要求,因为合同违反公法上的强制性规定,不仅在公法上应受到否定性评价,通常也需要私法予以配合,否定其在私法上的效力。如此才能形成合力,从而实现该强制性规定的立法目的。至于《民法典》第153条第1款规定的“但书”,则仅仅是在特殊情形下,考虑到由行为人承担公法责任即能够实现该强制性规定的立法目的,而认定合同无效则可能造成案件的处理有失公平公正,从而基于比例原则或者其他诸如诚信原则等价值考量,允许合同例外有效。这不仅不会造成法秩序的不统一,相反恰恰是更高层次的法秩序统一。正是基于这一考虑,我们认为,司法解释无需对作为原则的无效情形作出列举式规定,而仅需对例外的有效情形作出明确规定。也就是说,只要不存在司法解释列举的违反强制性规定不导致合同无效的情形,人民法院就应认定违反强制性规定的合同无效。

(二)违反强制性规定不导致合同无效的情形

前面谈到,合同虽然违反法律、行政法规的强制性规定,但如果认定合同无效将带来难以容忍的结果,导致案件处理失去公平正义,就应当适用《民法典》第153条第1款关于“该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外”,进而认定合同不因违反强制性规定而无效。问题是,在哪些情形下,人民法院可以认定合同不因违反强制性规定而无效呢?我们认为,有下列情形之一,如果由行为人承担公法责任即可实现该强制性规定的立法目的,则人民法院可以认定合同不因违反强制性规定而无效:

其一,强制性规定虽然旨在维护社会公共秩序,但是合同的实际履行对社会公共秩序造成的影响显著轻微,且认定合同无效将导致案件处理结果有失公平公正。这是比例原则在民商事审判中的具体运用。所谓比例原则,是指目的和手段要成比例,不能

用过重的责任来实现一个较小的目的,也有学者称之为均衡性原则。^⑥比例原则最初主要运用于公法,要求行政主体实施行政行为应兼顾行政目标的实现和保护相对人的权益,如果行政目标的实现可能对相对人的权益造成不利影响,则这种不利影响应被限制在尽可能小的范围和限度之内。^⑦由于《民法典》第153条第1款规定的强制性规定,也是公法上的强制性规定,因此,也应有比例原则的适用问题^⑧。此外,《刑法》第13条关于“情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪”的规定,也可佐证这一规定的正当性,因为在行为符合犯罪构成的情况下,既然“情节显著轻微危害不大”可以不被认定是犯罪,在合同违反强制性规定但实际履行给社会公共秩序造成的影响显著轻微的场合,如果认定合同无效可能给案件处理带来不公平、不公正的结果,自然也不宜认定合同无效。

其二,强制性规定旨在维护政府的税收、土地出让金等国家利益或者其他民事主体的合法利益而非合同当事人的民事权益,认定合同有效不会影响该规范目的的实现。不少公法上的强制性,目的在于保护政府的税收、土地出让金等国家利益或者其他民事主体的合法利益,如果当事人之间订立的合同违反该强制性规定并不影响该利益的实现,自然不能据此认定合同无效。^⑨例如,《房地产管理法》第39条第1款将转让方已经按照出让合同约定支付全部土地使用权出让金并取得土地使用权证书作为转让国有土地使用权的条件,如果违反这一规定,是否导致转让合同无效呢?我们认为,该条旨在实现国家利益,并非为了保护合同当事人的利益。尤其应该看到,认定合同有效并不影响国家利益的实现,一是因为在转让方缺少资金的情况下,承认合同的有效性更有利于国有土地使用权的流通,更能发挥其价值;二是因为即使承认合同有效,国家利益的实现还可以通过办理登记手续予以保障。再如,在当事人通过阴阳合同规避税收征管的场合,阳合同因是虚假意思表示当属无效,但阴合同是否也因违反强制性规定而无效呢?我们认为,税收征管方面的强

制性规定旨在保护国家利益,且只有承认合同有效,国家的税收利益才能实现;如果否定合同效力,则依据阴合同征收税款也将失去依据,反而不利于国家利益的实现。

其三,强制性规定旨在要求当事人一方加强风险控制、内部管理等,对方无能力或者无义务就合同是否违反强制性规定进行审查,认定合同无效将使其承担不利后果。如果强制性规定规制的是一方当事人而非双方当事人,认定合同无效就可能导致由未被规制的一方承担被规制一方违法的后果,这显然不公平。^⑨尤其是,如果未被规制一方就对方的违法行为不知情也不应当知情,由未被规制一方承担合同无效的后果,显然不利于保障正常的交易秩序。^⑩例如,《商业银行法》第39条将资本充足率不得低于8%、流动性资产余额与流动性负债余额的比例不得低于25%、对同一借款人的贷款余额与商业银行资本余额的比例不得超过10%以及国务院银行业监督管理机构对资产负债比例管理的其他规定作为商业银行发放贷款的条件,如果某商业银行与借款人签订的贷款合同违反这一强制性规定,是否导致合同无效呢?显然,上述强制性规定旨在规制商业银行加强风险控制、防范金融风险,而借款人对于商业银行是否违反这一强制性规定并无审查义务,且由借款人承担合同无效的后果对其明显不公平,就应当认定合同有效。

其四,当事人一方虽然在订立合同时违反强制性规定,但是在合同订立后其已经具备补正违反强制性规定的条件却违背诚信原则不予补正。合同订立时,当事人存在违反强制性规定的情况,例如欠缺某种必须具备的资质,但是合同订立后,该当事人已经具备取得资质的条件,却违背诚信原则不向有关部门申请办理资质,以致纠纷发生时仍未取得资质,此时是否应当认定合同无效?对此,《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)》第3条规定:“当事人以发包人未取得建设工程规划许可证等规划审批手续为由,请求确认建设工程施工合同无效的,人民法院应予支持,但发

包人在起诉前取得建设工程规划许可证等规划审批手续的除外。发包人能够办理审批手续而未办理,并以未办理审批手续为由请求确认建设工程施工合同无效的,人民法院不予支持。”我们认为,这一规定也可适用于其他需要取得行政许可才能订立合同的情形。例如,《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》(2020修正)第2条规定:“出卖人未取得商品房预售许可证明,与买受人订立的商品房预售合同,应当认定无效,但是在起诉前取得商品房预售许可证明的,可以认定有效。”实践中,有的开发商在订立合同时未取得预售许可证明,但在合同订立后已经具备取得预售许可证明的条件,却因房价暴涨,认为合同无效对其更加有利,于是违反诚信原则不去办理预售许可证明,并以上述规定为依据主张合同无效。显然,对于开发商的这些不诚信行为,不能予以支持。但是,由于司法解释已经明确将起诉前取得预售许可证明作为认定合同有效的条件,就只能通过解释《民法典》第153条第1款予以缓和,从而实现实质的公平正义。^⑪

其五,法律、司法解释规定的其他情形。这是一个兜底性的规定,旨在防止挂一漏万。如前所述,至少还有两种情形应当排除合同因违反强制性规定而无效:一是合同违反法律、行政法规关于合同须经批准的规定,应当根据《民法典》第502条认定合同未生效,而不能适用《民法典》第153条第1款;二是租赁合同未依法办理备案登记手续,根据《民法典》第706条的规定,合同效力不受影响。

(三)合同效力与合同履行的区别与联系

合同效力与合同履行的区分在民法上具有重要意义。例如物权法上的区分原则要求区分原因行为和物权变动,原因行为不因没有办理登记手续而无效,因为登记仅仅是物权变动的生效要件,而非原因行为的生效要件。据此,不动产登记影响的仅仅是合同的履行,不影响合同的效力。再如,在出卖人无权处分的情况下,所订立的买卖合同虽然不因出卖人没有处分权而受到影响,但买卖合同可能因出卖人没有处分权而无法获得履行。也正因如此,《民法

典》第597条规定:“因出卖人未取得处分权致使标的物所有权不能转移的,买受人可以解除合同并请求出卖人承担违约责任”。

同理,如果法律、行政法规的强制性规定针对的是合同的履行行为,而非合同内容,则当事人即使违反该强制性规定,原则上也不应影响合同效力。例如,关于货车不得超载的规定是法律、行政法规的强制性规定,如果双方在货物运输合同中约定的内容就是托运人可以要求承运人超载运输,则该约定因违反强制性规定而应被认定无效,但如果双方签订的是一份正常的货物运输合同,只不过承运人在履行该合同时违反了不得超载的强制性规定,则不应认定货物运输合同无效,因为该强制性规定针对的是合同履行行为,原则上不应影响合同效力。

不过,虽然法律、行政法规的强制性针对的是合同的履行行为,但是,当事人在订立合同时知道或者应当知道合同的履行必然会违反强制性规定,则应认定合同无效。例如,如果当事人在订立合同时就知道或者应当知道承运人只能通过违反不得超载的规定才能履行货物运输合同,则该货物运输合同也应被认定无效。这里涉及合同效力与合同履行的联系。也就是说,合同效力原则上与合同履行应予区分,但是二者之间也存在一定的联系。例如传统民法将履行不能区分为自始不能和嗣后不能,再将自始不能区分自始客观不能与自始主观不能,并认为自始客观不能将导致合同无效。尽管德国民法最终放弃了这一方案,认为即使是自始客观不能,也不影响合同效力,而仅影响合同履行,但目前仍有不少大陆法系国家或者地区仍然坚持此种见解。^③我们认为,合同效力与合同履行既相互区分,也存在联系,在合同履行必然违反强制性规定时,认定合同无效更有利于维护正常的法律秩序。

三、与合同违反强制性规定有关的其他问题

(一)犯罪行为对合同效力的影响

如果将《民法典》第153条第1款规定的强制性规定限定为公法上的强制性规定,则违反强制性规定必然存在公法上的责任。如前所述,在行为人仅

承担公法责任不足以保障强制性规定的目的实现时,自然就有必要通过认定合同无效来实现该强制性规定的目的;相反,在行为人承担公法责任足以保障强制性规定的目的能够实现时,也就没有必要通过认定合同无效来实现该强制性规定的目的。需要说明的是,在行为人违反强制性规定须承担行政责任的情况下,这一思路比较容易理解。^④但是,在行为人违反强制性规定须承担刑事责任的情况下,就会发生理解上的困难,因为行为人须承担刑事责任意味着该行为的社会危害性较大,此时如果认定合同有效,就可能会带来评价上不一致的质疑。

笔者认为,判断犯罪行为是否影响合同效力,首先要区分犯罪行为涉及的是合同内容还是订立合同的手段或者方式。如果是合同的内容违反强制性规定导致当事人须承担刑事责任(例如当事人订立买卖枪支的合同),则所订立的合同自应被认定无效,从而实现评价上的一致。但是,如果合同内容并不违反强制性规定,而是当事人在订立合同的过程中实施的其他行为违反强制性规定导致其应承担刑事责任(例如当事人一方在订立合同的过程中实施了诈骗行为),则不能简单地认为合同因违反强制性而无效。道理很简单,此时犯罪行为影响的仅仅是当事人一方意思表示的真实性,自应根据《民法典》关于意思表示瑕疵的规定认定合同效力,而不能根据《民法典》第153条第1款认定合同效力。正因如此,《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》(2020第二次修正)第12条规定:“借款人或者出借人的借贷行为涉嫌犯罪,或者已经生效的裁判认定构成犯罪,当事人提起民事诉讼的,民间借贷合同并不当然无效。人民法院应当依据民法典第一百四十四条、第一百四十六条、第一百五十三条、第一百五十四条以及本规定第十三条之规定,认定民间借贷合同的效力。担保人以借款人或者出借人的借贷行为涉嫌犯罪或者已经生效的裁判认定构成犯罪为由,主张不承担民事责任的,人民法院应当依据民间借贷合同与担保合同的效力、当事人的过错程度,依法确定担保人的民事责任。”可见,即使当事人一方构成犯罪,认定

合同效力仍然要根据民法典的相关规定,不能仅因行为构成犯罪就认定合同无效。

其次,在判断犯罪行为是否影响合同效力时,应区分承担刑事责任的主体与合同的主体。只有在承担刑事责任的主体与合同的主体是同一主体的情况下,才有《民法典》第153条第1款适用的余地。如果二者不是同一主体,则不能适用《民法典》第153条第1款认定合同效力。例如,法定代表人或者负责人在代表法人或者非法人组织订立合同的过程中实施犯罪行为是否必然导致法人或者非法人组织与相对人订立的合同无效?笔者认为,法定代表人或者负责人在代表法人或者非法人组织订立合同时实施犯罪行为,必然构成越权代表,因此,其代表法人或者非法人组织订立的合同是否对法人或者非法人组织发生效力,应取决于是否构成表见代表:如果构成表见代表,则合同对法人或者非法人组织发生效力;如果不构成表见代表,则法人或者非法人组织可以主张合同对其不发生效力。同理,法人或者非法人组织的代理人在以法人或者非法人组织的名义订立合同的过程中实施犯罪行为,也应认定超越代理权,从而构成无权代理。至于所订合同是否对法人或者非法人组织发生效力,则取决于是否构成表见代理,而不能仅因代理人须承担刑事责任,就认定所订立的合同无效。

最后,在判断犯罪行为是否影响合同效力时,还应区分犯罪行为是发生在合同订立阶段还是合同履行阶段。影响合同效力的犯罪行为原则上发生在合同订立阶段,如果是在合同的履行过程中发生犯罪行为,原则上不应影响合同效力,除非合同的履行必然导致犯罪。关于这一点,前已述及,不再赘述。

(二)违反地方性法规、行政规章的合同效力

《民法典》第153条第1款延续原《合同法》第52条第5项的精神,将影响合同效力的强制性规定限制在法律、行政法规。问题是,如果合同违反地方性法规或者行政规章的强制性规定,是否必然不影响合同效力呢?答案显然是否定的,因为《民法典》第153条第1款仅仅是要求人民法院以违法为由认定合同

无效必须以法律、行政法规的强制性规定为依据,并不意味在合同违反地方性法规、行政规章的强制性规定时,人民法院不能以其他理由否定合同效力。尤其应该看到,《民法典》第153条第2款规定:“违背公序良俗的民事法律行为无效”。可见,在合同违反地方性法规或者行政规章的强制性规定时,人民法院虽然不能以违法为由认定合同无效,但如果合同的内容同时违背公序良俗,也应认定合同无效。这就说明,有些公序良俗虽然未通过法律、行政法规的强制性规定来维护,但却可能通过地方性法规或者行政规章的强制性规定来维护。如果地方性法规或者行政规章的强制性规定旨在维护公序良俗,则合同违反地方性法规或者行政规章的强制性规定,也就意味着合同违背公序良俗,自应适用《民法典》第153条第2款认定合同无效。

需要指出的是,既然违反法律、行政法规的强制性规定不必然导致合同无效,也就意味着法律、行政法规的强制性规定并不必然都是为了维护公序良俗。同理,地方性法规或者行政规章的强制性规定也并不必然都与公序良俗有关。因此,不能简单地认为,只要合同违反地方性法规或者行政规章的强制性规定,就都可以通过适用《民法典》第153条第2款否定合同效力。否则,既与民法典将影响合同效力的强制性规定限制在法律、行政法规的初衷不符,也与合同即使违反法律、行政法规的强制性规定都不一定导致合同无效的规定相冲突。^⑤问题是,且不说法律、行政法规的强制性规定多少都会涉及社会公共秩序,就是地方性法规或者行政规章的强制性规定,也多少会与社会公共秩序有关,因此,究竟应当如何判断地方性法规或者行政规章的强制性规定是对公序良俗的维护呢?这就需要先对公序良俗进行界定。为此,《民法典合同编通则解释》第17条第1款先就合同违背公序良俗的情形进行了规定,并在该条第2款明确指出,人民法院在认定合同是否违背公序良俗时,应当以社会主义核心价值观为导向,综合考虑当事人的主观动机和交易目的、政府部门的监管强度、一定期限内当事人从事类似交易的频次、

行为的社会后果等因素,并在裁判文书中进行充分说理。当事人确因生活需要进行交易,未给社会公共秩序造成重大影响,且不影响国家安全,也不违背善良风俗的,人民法院不应当认定合同无效。可见,合同是否因违背公序良俗而无效,有一个从量变到质变的过程,行为虽然可能给社会公共秩序造成了一定的影响,但如果该影响并不显著,且既不影响国家安全,也不违背善良风俗,就不能以违背公序良俗认定所订合同无效。也就是说,即使没有地方性法规或者行政规章的强制性规定,合同也会因违背公序良俗而被认定无效,此时当事人一方再以人民法院认定合同无效不能以地方性法规或者行政规章为依据为由主张合同有效,就不应获得支持。

值得注意的是,如果地方性法规、行政规章的强制性规定系为了落实法律、行政法规的强制性规定而制定的具体规定,则违反地方性法规或者行政规章的强制性规定,也就等于违反了法律、行政法规的强制性规定,此时就应依据《民法典》第153条第1款认定合同效力,而无需适用《民法典》第153条第2款。当然,为防止动辄以下位法是为了贯彻实施上位法的精神而制定,再据此认定违反地方性法规或者行政规章的强制性规定就是违反法律、行政法规的强制性规定,有必要强调,在上述情形下认定合同无效,必须以法律、行政法规有相应的强制性规定为前提。也就是说,上述情形仅发生于法律、行政法规的强制性规定较为抽象、概括,而地方性法规或者行政规章为方便操作而据此进一步细化的场合。实践中,在虽有上位法但没有上位法的相应强制性规定的情况下,一些法院仅以地方性法规或者行政规章的强制性规定不违反上位法的精神为由,即认为合同因违反法律、行政法规的强制性规定无效,是有欠妥当的。

(三)基于不法原因给付的返还问题

《民法典》第157条就合同无效的后果作了明确规定,即“行为人因该行为取得的财产,应当予以返还;不能返还或者没有必要返还的,应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方由此所受到的损失;各

方都有过错的,应当各自承担相应的责任。法律另有规定的,依照其规定”。尽管从规则适用的角度看,该条似也应适用于合同因违反强制性规定或者违背公序良俗而无效的情形,但是,对于给付标的物的一方能否请求对方返还财产,实践中仍存在较大的争议。例如,有学者综合分析了2013年至2021年期间92个相关案例的裁判立场,发现对这一问题存在判决驳回诉讼请求、裁定驳回起诉、支持返还请求以及收缴共四类处理方式,且不支持返还占多数。^⑧其中,采取裁定驳回起诉的法院认为,合同因违反强制性规定或者违背公序良俗而无效后的财产返还属于不法原因之债,不受法律保护,不属于人民法院的受案范围。此种处理方式强调给付者因违反强制性规定或者违背公序良俗,将自己置于法秩序之外,故法秩序应对其给付行为进行否定性评价,并增加不法给付者的经济风险,以达到阻止潜在的不法给付行为的效果。采取判决驳回诉讼请求的法院则将不法原因给付不得请求返还作为合同无效后应返还财产之一般规定的例外,认为不法给付者的财产返还请求权应受到必要的限制。不过,也有人认为,在因有偿请托引发的纠纷案件中,关于当事人一方能否请求对方返还所给付的“好处费”“办事费”,应区分有效请托行为和无效请托行为,对于无效的请托行为,不应适用不法原因给付不得返还的原则予以处理,而应确立返还请托费用本金、不支持利息等损害赔偿的做法,实现对请托双方行为不法性的否定性评价。^⑨

应该说,不法原因给付是大陆法系多数国家或者地区民法的一项重要制度,我国民法也应承认^⑩鉴于《民法典》之前的民事立法没有就这一问题作出规定,不少学者曾建议立法予以明确^⑪遗憾的是,通过后的《民法典》也没有对此问题作出明确规定。不过,尽管如此,理论界和实务界还是普遍主张应通过自然之债说、习惯法说、扩张适用第157条关于“法律另有规定的,依照其规定”的规定或者类推适用《民法典》第985条第3项关于“明知无给付义务而进行的债务清偿”不适用不当得利返还的规定等方式间接地承认该制度。^⑫笔者赞同这一主张,但需要指出

的是,《民法典》第985条第3项关于“明知无给付义务而进行的债务清偿”不适用不当得利返还的规定,是否可以作为我国民法承认不法原因给付制度的实证法基础,尚有争议;此外,由于我国民法不承认物权行为理论,自然不承认物权行为无因性,因此,合同无效后的返还请求权,既有可能是返还不当得利请求权,也可能是物权请求权。在此背景下,虽然可以依据《民法典》第985条第3项排除不法给付者基于不当得利的返还请求权,但却无法依据这一条排除不法给付者基于物权请求权的返还请求权。因此,笔者认为,可以在习惯法说的基础上结合第157条关于“法律另有规定的,依照其规定”的规定来确立不法原因给付制度。就此而言,未来在制定相关司法解释时,可以对已经形成的习惯予以承认。此外,考虑到剥夺不法给付者的返还请求权以合同因违反强制性规定或者违背公序良俗为前提,在给付者诉请对方返还财产时,人民法院应对合同效力进行审查,且不法原因给付制度乃实体法对给付者返还请求权的限制,故即使不支持给付者的返还请求,也不宜采取驳回起诉的方式处理,而应采用驳回诉讼请求的方式处理。

值得注意的是,在合同因违反强制性规定或者违背公序良俗被认定无效后,如果接受给付的一方不再承担返还财产的义务,就会导致其可能因违法行为获得不当利益。考虑到《民法总则》实施后,由人民法院收缴违法所得已无法律依据,《民法典合同编通则解释》第16条第3款规定:人民法院在审理合同纠纷案件时,如果发现合同存在违反强制性规定的情形但未经有关行政管理部门处理,就应当向有关部门发出司法建议;行为人涉嫌犯罪未被追究刑事责任的,也应当将有关案件线索移送有关部门(属于刑事自诉案件的,则应当告知当事人向有管辖权的法院提起刑事自诉)。需要说明的是,民事审判仅仅是处理当事人之间在私法上的权利义务关系,在合同违反强制性规定的情况下,无论是被认定有效还是被认定无效,都可能导致当事人一方从违法行为中获利。如果此时不通过追究行为人的公法责任

予以处理,就可能产生人民法院似乎是在保护违法行为的假象,既容易引起人民群众的误解,也容易引起其他当事人的不满。

注释:

①关于我国民法上合同违法无效的发展情况,参见王利明:《论效力性强制性规定与非效力性强制性规定的区分——以〈民法典〉第153条为中心》,载《法学评论》2023年第2期。

②有实证研究表明,司法实践中强制性规范被错误甄别、判定标准不一的现象相当常见,参见叶名怡:《我国违法合同无效制度的实证研究》,载《法律科学》2015年第6期。

③参见刘贵祥:《公司担保与合同效力》,载《法律适用》2012年第7期;吴光荣:《担保法精讲:体系解说与实务解答》,中国民主法制出版社2023年版,第162页以下。

④《八民纪要》第13条规定:“城市房地产管理法第三十九条第一款第二项规定并非效力性强制性规定,当事人仅以转让国有土地使用权未达到该项规定条件为由,请求确认转让合同无效的,不予支持”。

⑤较为详细的讨论,参见最高人民法院民事审判第二庭著:《〈民法典担保制度司法解释〉理解与适用》,人民法院出版社2021年版,第347页以下。

⑥关于倡导性规范,可参见王轶:《论倡导性规范——以合同法为背景的分析》,载《清华法学》2007年第1期。

⑦参见刘贵祥:《民法典适用的几个重大问题》,载《人民司法》2021年第1期。

⑧参见陈卫佐译注:《德国民法典》(第2版),法律出版社2006年版,第46-47页。

⑨参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,法律出版社2000年版,第499页。

⑩参见吴光荣:《论违反让与禁止的法律后果——兼论〈房地产管理法〉第38条与〈担保法〉第37条的规范性质》,载《法律科学》2014年第5期。

⑪关于任意性规定,参见王轶:《论合同法上的任意性规范》,载《社会科学战线》2006年第5期。

⑫事实上,有不少学者将强行性规定与强制性规定混用,参见王轶:《强行性规范及其法律适用》,载《南都学坛》2010年第1期;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》2006年第5期。

⑬参见王轶:《行政许可的民法意义》,载《中国社会科学》2020年第5期。

⑭参见谢鸿飞:《论法律行为生效的“适法规范”——公法

对法律行为效力的影响及其限度》，载《中国社会科学》2007年第6期；王轶：《行政许可的民法意义》，载《中国社会科学》2020年第5期。

⑮也有人认为不宜将诉讼时效界定为强行性规定，参见高圣平：《诉讼时效立法中的几个问题》，载《法学论坛》2015年第2期；金印：《诉讼时效强制性之反思——兼论时效利益自由处分的边界》，载《法学》2016年第7期。

⑯参见谢鸿飞：《论法律行为生效的“适法规范”——公法对法律行为效力的影响及其限度》，载《中国社会科学》2007年第6期；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》2006年第5期；许中缘：《论违反公法规定对法律行为效力的影响——再评〈中华人民共和国合同法〉第52条第5项》，载《法商研究》2011年第1期。

⑰参见[德]迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，法律出版社2000年版，第483页。

⑱参见[德]迪特尔·施瓦布：《民法导论》，法律出版社2006年版，第468页。

⑲参见苏永钦：《违反强制或禁止规定的法律行为——从德国民法§134的理论与实务操作看台湾地区“民法”§71》，载苏永钦著：《私法自治中的经济理性》，中国人民大学出版社2004年版。

⑳参见王利明：《论效力性强制性规定与非效力性强制性规定的区分——以〈民法典〉第153条为中心》，载《法学评论》2023年第2期。

㉑参见吴光荣：《行政审批对合同效力的影响：理论与实践》，载《法学家》2013年第1期。

㉒同前注②。

㉓参见《民法典合同编通则解释（征求意见稿）》，载 <https://www.court.gov.cn/xinshidai-xiangqing-378071.html>，2023年10月25日访问。

㉔相同观点，参见黄忠：《违法合同效力判定路径之辨析》，载《法学家》2010年5期；姚明斌：《“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》，载《中外法学》2016年第5期；黄成：《民法典背景下环境资源合同案件中合同效力认定规则之完善——基于80份裁判文书的实证分析》，载《法律适用》2020年第23期。

㉕参见贺小荣：《意思自治与公共秩序——公共秩序对合同效力的影响及其限度》，载《法律适用》2021年第1期；冉克平：《论效力性强制规范与私法自治——兼析〈民法总则〉第153条第1款》，载《山东大学学报（哲学社会科学版）》2019年第1期。也有学者认为，违反强制性规定导致合同无效是原则，

有效是例外，仅仅是从形式上对《民法典》第153条第1款所作的判断，从实质上看，仍然是区分效力性强制性规定与非效力性强制性规定的结果，参见王利明：《论效力性强制性规定与非效力性强制性规定的区分——以〈民法典〉第153条为中心》，载《法学评论》2023年第2期。

㉖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》2006年第5期。

㉗参见谢鸿飞：《论法律行为生效的“适法规范”——公法对法律行为效力的影响及其限度》，载《中国社会科学》2007年第6期。

㉘参见黄忠：《比例原则下的无效合同判定之展开》，载《法制与社会发展》2012年第1期。

㉙参见杨代雄：《〈民法典〉第153条第1款评注》，载《法治研究》2020年第5期。

㉚同前注②。

㉛参见姚明斌：《“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》，载《中外法学》2016年第5期。

㉜也有观点认为，开发商未取得预售许可证明即销售房屋仅仅是违反了管理性强制性规定，因此《商品房买卖合同解释》第2条的规定不科学，应予修改。参见王轶：《论商品房预售许可证明对合同效力的影响》，载《比较法研究》2018年第6期；耿林：《论商品房预售合同的效力》，载《法学家》2017年第1期。

㉝参见王晗：《自始履行不能的合同效力问题研究》，载《法律适用》2007年第5期。

㉞参见应秀良：《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》，载《法律适用》2004年第3期。

㉟参见李建伟：《行政规章影响商事合同效力的司法进路》，载《法学》2019年第9期。

㊱参见高凡：《论不法原因给付的返还规则——以92个案例的实证研究为切入点》，载《西南政法大学学报》2022年第1期。

㊲参见陈广辉：《“有偿请托”的私法定性及其司法规制》，载《中国政法大学学报》2020年第6期。

㊳参见谭启平：《不法原因给付及其制度构建》，载《现代法学》2004年第3期。

㊴参见李永军、李伟平：《论不法原因给付的制度构造》，载《政治与法律》2016年第10期。

㊵参见王涛：《不法原因给付制度的类推适用——以〈民法典〉第985条第3项为中心》，载《南海法学》2022年第6期。