

论依规范目的认定合同无效： 以《合同编通则解释》第16条为中心

王利明^{*}

内容提要 以区分效力性和管理性强制性规定来认定合同无效的方法存在模糊性和不确定性。《合同编通则解释》第16条在实质上采取了依据规范目的认定合同效力的标准。该标准体现了法官在具体个案中对合同关系进行干预的正当性,彰显了对公共利益的保护,符合比较法上合同法的发展趋势。但该条表述不全,未臻完善。依据规范目的认定合同无效,应当首先探究强制性规定的规范目的是否涉及公共利益及其类型,其次应当确定规范目的是否针对合同的内容,最后考察行政责任、刑事责任是否可以实现规范目的。依据规范目的认定合同无效应当受到比例原则的限制,在合同履行对社会公共利益造成的影响显著轻微、认定合同有效不会影响该规范目的的实现等情形时不应认定合同无效。

关键词 规范目的 合同无效 强制性规定 合同编通则解释 比例原则

目 次

- 一、依规范目的认定合同无效的理论基础
- 二、依规范目的认定合同无效的具体方法
- 三、依规范目的认定合同无效应受比例原则限制
- 四、结语

^{*} 中国人民大学法学院教授、民商事法律科学研究中心研究员。本文系2023年度国家社科基金重大项目“我国民法典实施中的重大疑难问题研究”(项目批准号:23&ZD152)的阶段性成果。

美国学者泰格认为,除无效合同外,“契约构成法律”。^①但如何准确认定无效合同,依然是我国司法实践的一大难题。原《合同法》确定了以法律、行政法规作为认定合同无效的标准,在此基础上,最高人民法院相关司法解释进一步区分了效力性和管理性的强制性规定,但是由于分类标准不清晰,且容易将管理性强制性规定扩大化,因此《民法典》最终没有采取这一分类标准。然而,《民法典》第153条虽然区分了效力性和非效力性强制性规范,但该条并没有确立一个明确的判断民事法律行为无效的标准^②。同时,在既有的研究中,对违反强制性规定导致合同无效的整体方法论还存在一定欠缺,导致在实践中,法院针对合同无效的认定经常出现“同案不同判、同法不同解”的现象。在《民法典》颁布之后,最高人民法院一直在对该问题进行探索。《合同编通则解释》第16条试图采取规范目的的标准,但表述不全,未臻完善,整体分析框架仍然不够翔实。本文拟对规范目的和合同效力的关系,尤其是规范目的能否作为认定合同无效的标准,从整体方法论和分析框架角度谈一些粗浅的看法。

一、依规范目的认定合同无效的理论基础

法律是国家意志的反映。因此,任何法律规范的适用都要追求立法者所设定的目的,即魏德士所说的“受制于目的论”^③。但何为规范目的?一般认为,规范目的就是立法宗旨,即立法者通过该规范所要实现的目的。从私法层面看,法律规范通常是为了保护特定的法益,从而实现法律规范背后的价值。合同作为实现私法自治的工具,旨在实现当事人预期的目标,但当事人追求的目标与立法者的目标可能不一致,在当事人追求的目标符合立法者的立法目标时,就产生法律效力;如果当事人追求的目标与立法者的立法目标相悖,就可能无法实现当事人追求的目的,尤其是当公共利益受到合同损害时,当事人之间的合同就不能产生其意欲追求的效果。

从合同关系观察,立法者所要保护的法益有不同的类型,既有合同当事人享有的利益,也有第三人享有的利益,还可能涉及公共利益。依据私法自治原则,当事人之间依法成立的合同原则上应当被认定为有效,但是在这一合意超越了私人利益的范围、损害了受到规范保护的他人或者公共利益时,司法权就应当予以介入。不过,民事主体在交易中对私人利益做出安排属于意思自治的范畴,法院一般没有干预的必要,不当主动审查并宣告其无效。然而,与此不同的是,当公共利益受到合同的损害时,民法就需要通过无效制度来对公共利益进行保护。虽然按照哈特等人的看法,在民法中,无效制度并不

① 参见[美]泰格·利维:《法律与资本主义的兴起》,纪琨译,学林出版社1996年版,第140页。

② 《民法典》第153条规定:“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。”该条在总结我国立法和司法实践经验的基础上,确立了民事法律行为违反法律强制性规定无效的标准。但是,由于该条表面上采用了“无效为原则、有效为例外”的表述,而并没有采纳司法实践中已形成初步共识的效力性强制性规定和管理性强制性规定的区分,因而在实践中也产生了争议。

③ [德]魏德士:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2005年版,第91-92页。

一定用来禁止当事人实施某些行为,并不一定发挥制裁的功能。^④但是,从实际效果而言,合同无效制度通过宣告当事人之间的合同无效,使当事人的合意不能产生其预期的效果,从而可以阻止该合同可能给公共利益造成的损害。就此而言,在讨论合同无效的认定标准时,有必要特别重视规范目的所要保护的法益问题。

(一) 以区分效力性和管理性强制性规定来认定合同效力的缺陷

在我国,采纳规范目的说经历了一个发展过程。《合同法》颁布之后,司法实践依据原《合同法司法解释(二)》第14条,通过区分被违反的强制性规定是效力性强制性规定还是管理性强制性规定来分别判断法律行为的效力。但这一做法并未被《民法典》第153条所采纳,主要原因是以此种区分为认定合同效力的标准具有如下缺陷:

第一,区分效力性强制性规定与管理性强制性规定的标准具有模糊性。从理论上讲,效力性强制性规定与管理性强制性规定的区分似乎可以为认定无效合同提供明确的标准,但从实践来看,效力性强制性规定和管理性强制性规定的区分标准却很难把握,这就导致司法实践对二者的认定难以统一——由于效力性强制性规定事实上也是以管理为目标,在广义上也可以归入管理性规范的范畴,因此,在逻辑上很难对“管理性”与“效力性”作出明确的界分。还应当看到,强制性规定所保护的利益可能具有多样性,可能同时涉及私益与公益,在当事人订立的合同违反某一强制性规范时,往往难以准确认定相关的强制性规范的性质,从而导致司法实践中法官陷入望文生义的机械认定方式,并出现“以问答问”的循环论证之情况,以致对同一规范不同法官会作出不同的认定结果。例如,在商业特许经营合同中,最高人民法院虽然将《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”认定为效力性强制性规定,^⑤但在“山东志诚化工有限公司与张惠军买卖合同纠纷”中,最高人民法院却又认为煤炭销售方不具备煤炭经营企业资质不应导致煤矿购销合同无效。^⑥可见,区分标准的模糊性导致了同案不同判、同法不同解的结果。

第二,适用效力性强制性规定产生的法律后果具有多样性。在许多情形下,合同违反效力性强制性规定未必无效,而属于可撤销或效力待定等合同类型。例如,在“周某某与内蒙古玛拉沁医院、赵某等借款合同纠纷案”中,当事人一方为骗取钱财而与另一方签订合同。法院认为,《刑法》第224条和第266条规定诈骗行为构成犯罪的目的在于保护不特定的第三人免受诈骗行为侵害,本案所涉合同虽然违反了《刑法》第224条和第266条,构成诈骗罪,但不应判定合同无效。相反,受欺诈方既可以选择请求欺诈方履行生效合同,也可以根据《民法典》第148条撤销合同并请求欺诈方返还财物、承担缔约过失责任。^⑦《合同编通则解释》第18条也明确规定,法律、行政法规的规定虽然有

^④ 参见[英]哈特:《法律的概念》(原书第3版),许家馨、李冠宜译,法律出版社2018年版,第85-88页。

^⑤ 参见《最高人民法院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)。

^⑥ 参见最高人民法院(2013)民申字第977号民事裁定书。

^⑦ 参见最高人民法院(2015)民一终240号民事判决书;最高人民法院(2016)最高法民终655号民事判决书。

“应当”“必须”或者“不得”等表述,但是因为这些规定可能属于赋权性规范,因此也并不必然导致合同无效。

第三,管理性强制性规定的内涵具有宽泛性和不确定性。严格地说,无论是何种强制性规定,都具有一定的管理目的。管理性强制性规定的适用范围很广且类型多样,因此,即使是违反管理性强制性规定也可能导致合同无效^⑧。比如,《城市房地产管理法》第38条第6项规定,未依法登记领取权属证书的房地产不得转让,由于该款的性质一般被认定为管理性强制性规定,违反该条规定签订的房屋买卖合同,并不当然无效。^⑨但有法院却认为,案涉当事人因未依法取得房屋权属证书的情况下,商品房买卖合同违反了国家法律法规的强制性规定,应属无效。^⑩再如,对于市场准入资格的管理性强制性规定,司法实践中因违反市场准入条件而被认定合同无效的案件也大量存在。^⑪当然,也有判决认为违反管理性强制性规定的合同也可以被认定有效。例如,在“北京银行股份有限公司新源支行与北京天润诚泽房地产开发有限公司等申请执行人执行异议之诉”一案中,二审法院认为,“商品房预售实行预售许可制度,属于行政管理举措,系管理性强制性规定,开发商没有取得预售许可证应当受到行政处罚,但不影响民事合同的效力”。^⑫2019年的《九民会议纪要》特别强调,那种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”、不影响合同效力的观点,是“望文生义的认定方法”,应予纠正,这实际上承认了违反管理性强制性规定也可能导致合同无效。

正是因为效力性强制性规定与管理性强制性规定的区分存在上述缺陷,因此最高人民法院开始尝试采用规范目的的方案来判断合同的效力。2009年7月7日《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……”该条所提到“法律法规的意旨”以及所保护的权益,实际上就是本文所说的规范目的。《九民会议纪要》第30条强调,应当“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”。显然,该条中所称的“所保护的法益类型”即是本文所说的规范目的。该条还进一步列举了效力性强制性规定的类型。^⑬我国《民法典》第153条第1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

^⑧ 参见王利明、朱虎:《〈民法典〉合同编通则司法解释的亮点与创新》,载《法学家》2024年第1期,第54页。

^⑨ 参见江苏省南京市中级人民法院(2008)宁民四终2617号民事判决书。

^⑩ 参见上海市第二中级人民法院(2010)沪二中民二民终1851号民事判决书;上海市第一中级人民法院(2011)沪一中民二民终2121号判决书。

^⑪ 参见最高人民法院(2011)民提81号民事判决书。

^⑫ 参见北京市第四中级人民法院(2020)京04民初800号民事判决书;北京市高级人民法院(2021)京民终469号民事判决书。

^⑬ 包括涉及金融安全、市场秩序、国家宏观政策等公序良俗的规范;交易标的禁止买卖的规范(如禁止人体器官、毒品、枪支等买卖);违反特许经营的规定(如场外配资合同等);违反交易场所从事交易的行为(如在批准的交易场所之外进行期货交易)。

定不导致该民事法律行为无效的除外。”可见该条区分了效力性强制性规定与非效力性强制性规定,只有违反了效力性强制性规定,才会导致合同无效。根据《民法典》第153条第1款,援引合同具体违反的强制性规定时,就如何判断“该强制性规定不导致该民事法律行为无效”,需要探究该强制性规定的性质,结合规范目的予以判断。

(二) 依规范目的认定合同效力的合理性

《合同编通则解释》第16条在总结我国司法实践经验基础上,对合同无效规则作出了规定,为法官在个案中进行价值判断认定合同无效提供了指引。从文义上看,该条虽然没有明确使用“规范目的”这一表述,尤其没有从正面规定如何依据规范目的认定合同无效,但仔细分析该条规定不难发现,该条实际上采取了以规范目的作为判断合同效力的标准。主要理由在于:一是该条第1款规定了“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”,并不因此认定合同无效。这就明确了即便在违反行政法规和刑法规范时,也不应当一概认定民事法律行为无效,而应当探寻规范目的以认定合同是否无效。二是从该条所规定的排除合同无效的情形来看,其实际上也要求依据规范目的予以排除,即需要在探寻规范目的的基础上排除不属于合同无效的情形。例如,该款第2项规定“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”,在用语上明确提出了规范目的的概念。三是该条第2款规定了如果强制性规定旨在规制履行行为,则违反该强制性规定并不影响合同效力。四是通过引入比例原则以反面排除无效的方式来实现规范目的。总之,《合同编通则解释》第16条的宗旨在于,违反强制性规范合同是否无效,应通过探寻该规范的目的来作出准确判断。

笔者认为,《合同编通则解释》第16条将规范目的作为认定合同无效的理论基础具有合理性,具体而言:

第一,追求规范目的使强制性规定所要实现的目的和保护的法益在合同效力的认定中得以实现。强制性规定旨在维护公共利益。从理论上讲,通过强制性规范对合同进行管制的根本原因在于,无效合同损害了公共利益,需要基于保护公共利益的理由而否定其效力。为此,法官在合同效力认定中需要寻求规范目的支撑,证明在合同违反强制性规定时应当认定合同无效。相反,如果当事人主张此时的合同有效,则负有论证合同虽违反强制性规范但不影响该规范目的实现的义务。^⑭换言之,社会公共利益与公正的价值不仅对意思自治规则起指导作用,而且也是法律行为(合同)具有法律强制力的理由所在。当事人在订立合同时通常所追求的是私人利益,但是当事人的缔约目的确实可能和公共利益不一致。德国学者李斯特认为,“一个家族与数以百万家族计的一个社会是大不相同的,一所屋子与一片广大的国家疆土在性质上是有极大区别的。一个个人知道得最清楚的只是他自己的利益,他所竭力要促进的也就是这一点,但这并不等于说,由他

^⑭ 参见[德]克劳斯·威廉·卡纳里斯:《法律禁令和法律行为》,赵文杰译,载王洪亮等主编:《中德私法研究》(第13卷),北京大学出版社2016年版,第55页。

自行设法,他一定总会促进社会的利益”^⑮。当个人利益与公共利益发生冲突时,公共利益一般处于更高的位阶,因此,法律就需要从维护公共利益着手,否定合同的效力。可见,法官在对合同的效力进行否定性评价时需要考虑作出此种否定性评价是否具有必要性,而这种考量就需要从探究规范的目的着手。详言之,一是要确定该规范是否保护公共利益;二是要确定该规范所要保护的公共利益是否优越于私人利益。只有在违反社会公共利益的时候,才会出现无效的效力评价问题,且只有在规范所要保护的公共利益应当受到优先保护时,违反该规范才会导致合同无效。

第二,追求规范目的体现了法官在具体个案中对当事人合意进行干预的正当性。一方面,合同无效制度本身就是国家对市场经济的干预方式。从市场经济发展的角度来说,国家应当尽可能减少对当事人之间自由交易的干预,所以国家干预需要充分的理由。《民法典》中的民事法律行为无效制度实际上旨在构建一个负面清单模式,即在法律和行政法规没有规定的范围内,承认当事人享有广泛的行为自由,仅在当事人超越了法律和行政法规的强制性规范时,当事人的行为自由才应当受到限制。而无效制度正是国家通过法律和行政法规对清单范围内当事人自由进行干预的一种方式。另一方面,法官也要注意干预的限度。“合同法创造财富、侵权法保护财富”(Contract is productive, tort law is protective),^⑯从合同法的目的和功能来看,合同法正是通过强制实现允诺来创造财富,宣告合同无效将消灭当事人之间的交易、否定当事人对合同履行的合理期待,因而过度宣告合同无效对交易安全非常不利,并且影响财富的创造和积累。因此,依据规范目的认定合同效力,要求法官在具体个案中不能恣意地认定合同无效,而应当依据《民法典》第153条的规定依法认定合同无效。在判断合同是否因违反强制性规定而无效时,法官需要受到立法者所颁布的法律和行政法规的规范目的限制,因而在解释这些法律法规时,应当首先探究规范目的,确定依据规范目的是否有必要认定合同无效,从而既能实现国家对市场经济的干预,又能实现对法官自由裁量权的适当限制。

第三,追求规范目的要求法官在认定合同无效时要考察规范目的与合同无效之间的关系。规范目的理论指导下的合同无效判断并非是说一旦违反了法律、行政法规的强制性规范,合同就会无效。麦克霍夫(McHugh)曾指出:法院不应仅仅因为合同出现了违法目的或者与违法目的相关,就一律拒绝强制执行法律或衡平法上的权利,除非考虑到制定法的表述,施加这一惩罚对确保其立法目的或政策是必要的。^⑰考察规范目的与合同无效之间的关系,一方面要求法官在运用规范目的认定合同无效时,应当自觉接受比例原则的约束。比如,如果通过公法上的责任承担(如行政责任、刑事责任)以及其他方式也能实现规范目的,就没有必要认定合同无效。又如,法官在依据强制性规定认定合同无效时,若是该合同对公共利益的侵害较为轻微,也不一定要认定该合同无效。另一方面,追求规范目的促使法官在认定合同无效时必须对公共利益和私人利益进行权

^⑮ [德]弗里德里希·李斯特:《政治经济学的国民体系》,陈万煦译,商务印书馆1961年版,第145页。

^⑯ See Marc Stauch, *The Law of Medical Negligence in England and Germany: A Comparative Analysis*, Hart Publishing, 2008, p.7.

^⑰ See *Nelson v. Nelson*, (1995) 184 CLR 538, 613.

衡。通过规范目的对合同效力进行判断,可以更妥当地权衡违法合同和规范所保护的法益之间的关系。应当说,合同无效制度不仅是对“静态”的法益保护,而且是对合同行为损害法益的状况作出的“动态”回应。因此,即使是违反了同一规范,不同合同的违反方式可能对法益的侵害也是不同的。例如,运输合同内容并不违法,但承运人在履行合同时违反《道路交通安全法》,则该合同对公共利益的致害程度相对较低;如果运输合同明确要求承运人超过限额运载货物,则该合同对《道路交通安全法》所保护的公共利益的损害就较高;如果运输合同不仅要求承运人超载,还要求承运人躲避检查、规避《道路交通安全法》,则该合同对公共利益的损害就更加严重。因此,有必要针对具体的不同违法情形,对合同的效力问题作出不同的判断。

总之,《合同编通则解释》第16条以规范目的作为判断违法合同效力的标准,不仅可以真正实现国家通过强制性规范对当事人意思进行干预的意旨,而且也可以防止对强制性规范的滥用,从而实现市场自由和国家管制之间的平衡。

(三) 依规范目的认定合同无效是比较法发展的趋势

从比较法上看,针对合同无效的认定标准,多数法律体系均经历了从形式标准到实质标准的转化,并主要通过规范目的认定合同无效。

在德国法上,判断法律行为是否因为违反强制性规范无效的标准,经历了三个阶段的发展,并从形式标准逐渐转向实质标准。第一阶段为规范性质说和规范对象说,前者区分管理规定与其他规定,后者则区分规范对象是否为某一当事人。如果规范性质不是管理规定或者规范对象是所有当事人,则违反该强制性规范的法律行为无效。第二阶段为规范重心说,该说认为只有规范禁止私法行为本身时,违反该规范的法律行为才无效。第三阶段为规范目的说(Normzwecktheorie),该说认为,法律行为是否有效,应视禁止规范的目的而定。即便法律行为本身有效,如果它和该禁止规范所含目的存在矛盾,就应否定其效力。^⑮换言之,在评价法律行为效力是否因违法而无效时,应视法律的目的而定。^⑯该说已经成为德国的通说。德国最新的判决和理论都明确表明,在评估法律行为是否因抵触法规而无效时,应当视该法律的目的而定。^⑰

日本民法关于强制性规定是否使法律行为无效的判断标准,也先后经历了数次发展,主要有“区分法律和命令说”“综合判断说”“履行阶段说”“经济公序说”“基本权保护义务说”等不同学说。其中贯穿整个学说发展史的共识都是,判断合同效力要注重所违反的规范的内容和目的^⑱。目前,日本主流观点集中在“综合判断说”和“经济公序说”。“综合判断说”的出发点正是承认取缔法规和强行法规的规范目的存在本质不同,认为要结合交易安全、公平正义等进行综合考虑。这实际上是采纳了类似规范目的说的观点。“经济公序说”同样以综合判断说为前提,着眼于立法目的,将法律规定区分为“警

^⑮ Vgl. Armbrüster, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl., 2021, § 134 Rn. 2.

^⑯ 参见苏永钦:《私法自治中的经济理性》,中国人民大学出版社2004年版,第37页。

^⑰ Vgl. BGHZ 71, 358ff; BGH NJW 1983, 109ff.

^⑱ 参见解亘:《论违反强制性规定契约之效力》,载《中外法学》2003年第1期,第37-45页。

察法令”和“经济法令”。其中,所谓“经济法令”是指与交易有密切关系的法律,又可以分为交易利益保护法令和交易秩序维持法令。对于违反前者(如与消费者保护相关的法律)的行为,原则上应否认其效力;而对于违反后者(如反垄断法或反不正当竞争法等),从维护市场秩序、保护竞争的角度出发,原则上应否定其效力。^②由此可见,日本民法关于违反强制性规定是否导致合同无效的判断最终还是落脚于规范目的。

在英美法上,就当事人的合同是否因违反强制性规定而无效,总体上由法官在具体个案中作出判断,因此当然地采取了实质判断的标准。在判断过程中,也要求考察规范目的。例如,2009年英国法律委员会提出,针对“违法合同”,应当通过明确法院应当考量的因素来实现判例的统一,考量因素包括:(1)允许请求权是否会损害禁止性规定的目的;(2)不法行为的严重性;(3)请求权与不法行为之间的因果关系;(4)当事人的行为内容;(5)比例原则。^③英国法律委员会指出,这一方案有助于实现法院说理的公开化和裁判结果的可预测性。除此之外,这一标准还意味着“不法性抗辩”仅适用于极为严重的场景。换言之,禁止性规定背后的政策目的必须具有压倒性优势,才能对当事人的合同权利予以否定。^④在美国法上,《合同法(第二次)重述》第178条指出,如果立法明确合同允诺或其他条款不可执行,或者在特定情况下反对其执行的公共政策明显超过其执行的利益,则该合同承诺或其他条款不可执行。^⑤新西兰法在确定违法合同的效力时采用了特殊的自由裁量方法。《2017年合同和商业法》第73条沿用《1970年违法合同法》的规则,宣布“违法合同”均不可执行且无效,该法案第78—80条列出了法院需要考虑的相关因素。其中,在违反成文法的情况下,法律目的是重要的考量因素之一。

可见,比较法大多认为,规范目的是认定合同是否因违反某一规定而无效的基本判断标准,《合同编通则解释》第16条采纳依据规范目的认定合同无效的标准,符合合同法的发展趋势,具有科学性。

二、依规范目的认定合同无效的具体方法

《合同编通则解释》第16条反复强调要从强制性规定的立法目的出发,认定是否应当确认合同无效,这实际上就是要求在判断合同效力时,首先要解释强制性规定的规范目的。从实践而言,探究效力性规定的规范目的的过程,实质上就是法解释学的作业。当然,一些强制性规范已经明确规定了违反该规范的行为无效,如《民法典》第1007条规定买卖人体细胞、人体组织等的行为无效,因而没有进一步解释的必要。但是,还有大量强制性规范没有明确规定违反该规定是否导致合同无效,需要法官探究该规范的性质。笔者认为,法官在运用规范目的认定合同无效的过程中,应当关注三个方面的问题:

^② 山本敬三『民法講義Ⅰ・総則(第3版)』(有斐閣2011年)第263頁參照。

^③ See Law Commission Consultation Paper No.189 § 3.126-3.135.

^④ See Law Commission Consultation Paper No.189 § 3.125, § 3.141.

^⑤ See Restatement (Second) of Contracts § 178.

一是探究强制性规定的规范目的,即其追求的法律价值;二是探究合同内容是否违反规范目的及其所要保护的公共利益;三是判断认定合同无效对于实现规范目的以及公共利益而言是否合乎比例。

(一) 探究强制性规定的规范目的

1. 确定强制性规定保护的法益是否涉及社会公共利益

法律系以保护利益为目标,而具体的法益则又呈现出多层次的特征,其中既包括公共利益,也包括私人利益。而法律中的强制性规定保护的通常是公共利益。就合同无效而言,其体现的就是基于维护公共利益的规范目的而对当事人的私法自治所进行的必要限制。因此,在判断合同是否因违反强制性规范而无效时,关键是要根据强制性规定的规范目的判断该规定是否保护公共利益。合同法作为调整交易关系、鼓励交易的任意性规定,其基本宗旨在于实现私法自治的价值,而确认合同无效的强制性规范,其目的恰恰在于限制私法自治以保护公共利益。这两种价值可能会产生一定程度的冲突。

在任何社会,私法自治都不是绝对的,法律应当为其设置一定的边界,而在合同领域,这种边界主要就是强制性规范所设定的合同无效的界限。一旦越过这一界限,当事人的意思自治就会受到干涉,合同效力就会受到否定性评价。因此,在运用规范目的理论认定合同无效时,首先要考察合同违反的强制性规定是否涉及对公共利益的保护。只有该规范保护的是公共利益,认定合同无效才有正当性。相反,如果被违反的强制性规定旨在保护私人利益,原则上就不应使得合同无效。退而言之,即便在特殊情形下,需要为保护私人利益而认定合同无效,也应当权衡双方当事人利益进行综合判断。一方面,法院应当确定规范所保护的是一方利益还是双方利益。在只有一方当事人违反法律的情形下,如果一概认定合同无效,就有可能出现认定合同无效反而对另一方当事人不利的情况,从而有损相对人的信赖。另一方面,如果允许一方当事人根据自己的利益来选择主张合同有效抑或无效,会导致合同是否无效完全取决于当事人的选择,既不利于维护规范目的所要保护的法益,也会导致合同效力认定的不确定性。德国学者卡纳里斯认为,在这种情形下,如果判定合同无效,不一定符合被保护当事人的利益,合同有效反而可能对被保护方更有利。^{②6} 如果只是一方当事人违法,为保护诚实守信的相对人利益和交易安全,有必要认定合同有效(如善意相对人与销赃人订立的买卖合同)。^{②7} 事实上,在我国司法实践中存在类似的判决,例如,在“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、辽宁工程机械(集团)有限公司案外人执行异议纠纷申请再审案”中,法院认为案涉合同违反2003年国务院《企业国有产权转让管理暂行办法》第13条^{②8},但是该合同并不因此无效,因为有关强制性规定约束的应当是国有资产占有单位;如果认定合同无效,则受让人在不知情的情况下也承担了对其不利的法律后果,这对

^{②6} Vgl. Claus-Wilhelm Canaris, Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft, Heidelberg, 1983, S.33.

^{②7} 参见朱庆育:《〈合同法〉第52条第5项评注》,载《法学家》2016年第3期,第171页。

^{②8} 该条规定:“在清产核资和审计的基础上,转让方应当委托具有相关资质的资产评估机构依照国家有关规定进行资产评估。评估报告经核准或者备案后,作为确定企业国有产权转让价格的参考依据。”

于善意受让人而言并不公平。^{②⑨}由此可见,如果规范仅是保护当事人的利益(也即私人利益),尤其是一方当事人的利益,那么对该规范的违反通常不会产生无效的后果。因为对私人利益的安排属于当事人意思自治的范畴,法律不应当进行过度的干预。而且,合同法上也提供了解除、撤销、违约责任的救济机制对私人利益进行保护。不过,需要注意的是,如果当事人的交易安排影响到了第三人,由于第三人并非合同的当事人,所以其无法使用解除、撤销、违约责任等救济机制,此时就可能需要通过否定合同的效力来保护该第三人的利益、维护交易安全。正因如此,我国《民法典》第154条规定:行为人与相对人恶意串通,损害他人合法权益的民事法律行为无效。

2. 探究规范目的是否旨在禁止或者强制某种行为

违反强制性规范并不当然导致合同无效,其法律后果可能是多样的。苏永钦教授曾指出,违反赋权性规范(gewahrende Rechtsnormen)并未违反任何禁令,只是不为法律秩序所承认而已。^{③①}如果规范目的是规定某种权限,或者赋予某种权利,或者对某种权利作出限制,那就需要具体确定违反的后果是否必须是无效,抑或是未生效、可撤销或效力待定。例如,在德国法中,区分了违反法律强制性规范和违反权限规定,违反权限规定要根据相关具体的规则予以具体判断。^{③②}

我国《民法典》的规则体系围绕确认和保护民事权利展开,尤其是民法典分则有大量涉及权限性规定,这些权限性规定实际上是赋予民事主体享有特定的权利或者确立权利行使的规则。在民事主体违反相关权限性规定的情形下,就不宜简单地认定相关民事法律行为(合同)无效。《合同编通则解释》第18条就指出,即便法律法规有“应当”“必须”或“不得”等表述,但如果其属于赋权性规范,合同也不因为违反该规定而无效。例如,《城市房地产管理法》第38条第4项规定:“共有房地产,未经其他共有人书面同意的,不得转让”。虽然使用了“不得”的表述,但该规定属于权限性规定,如果某共有人未经其他共有人书面同意,将共有房地产转让给他人,此种行为构成无权处分,应当适用《民法典》第597条的规定,无权处分不影响合同效力,仅导致无处分权人的违约责任,而不应将《城市房地产管理法》第38条第4项认定为效力性强制性规定并依此认定违反该条的合同无效。^{③③}

3. 确定强制性规定所保护的公共利益的具体类型

公共利益有多种类型,如国家利益、社会利益、国家安全、公共秩序等,因此在个案中,法官还需要具体分析强制性规范所要保护的公共利益的具体类型。依据《合同编通则解释》第17条,国家利益包括政治安全、经济安全、军事安全等利益,社会利益包括社会稳定、公平竞争秩序等利益。在个案中,究竟被违反的规范旨在保护何种利益、是否涉

^{②⑨} 参见最高人民法院(2013)民申2119号民事裁定书。

^{③①} 参见前注^{①⑨},苏永钦书,第43页。

^{③②} 参见[德]赫尔穆特·科勒:《德国民法总论》(原书第44版),刘洋译,北京大学出版社2022年版,第366、377页。

^{③③} 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《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757页。

及重要的公共利益,需要个别判断。以准入资质为例,通常包括涉及特定职业资格(如行医资格等)、从事一般性经营活动的资格(如营业执照)和企业从事特殊经营活动的资格(如金融牌照)等具体类型。对于违反相关的资质要求是否会导致合同无效,《合同编通则解释》没有明确规定。主要原因在于,特定的资质实际类型非常复杂,有的涉及公共利益,有的未必涉及公共利益。以超越经营范围为例,我国《民法典》第505条规定,不得仅以超越经营范围确认合同无效。可见,一些资质并不直接体现公共利益。而且,即便有些资质涉及公共利益,其具体的情况也存在较大差异。学说一般认为,不具备某种资质不应当影响合同效力,但笔者认为,这仍然需要考虑相关资质要求所要保护的公共利益的重要性作进一步的判断。不同的资质中涉及的利益是不同的,因此就需要通过对规范所要求的给予资质的审核材料和标准来具体判断资质所涉及的公共利益以及重大性。例如,涉及金融安全的金融牌照大多可能会影响合同效力。因为金融牌照是维护金融市场秩序、保护公共利益的许可制度,当事人在未取得金融牌照时开展相应经营活动时,其交易行为一般应当属于无效行为。

4. 确定强制性规定所保护的公共利益的强度

强制性规定所体现的公共利益本身也是多样的,有的所涉及的公共利益是重大的,有的相对较弱,即便是同一公共利益在不同情形下,其应受保护的程度也有所差异。这也是规范目的需要借助比例原则进行判断的原因之一。此外,不同时期的公共政策也可能会影响所涉公共利益的强度,例如,某一时段的金融公共政策强调金融安全,此时,该公共政策就会使得所涉强制性规定所保护的公共安全利益的强度较大。比较法上也有重视规范目的的强度的做法。^③例如,就购房人利益保护而言,在一般情形下可能不涉及公共利益,但在特定时期,可能因此引发群体性事件,甚至影响购房人的人身安全,这就有可能涉及公共利益。以前述资质要求为例,其在体现公共利益的强度上也存在差异。例如,依据《建筑法》规定,建筑施工的主体应当具备相应的资质,这主要是为了保障建筑工程的质量和安,维护人身、财产安全。这确实体现了重大公共利益,没有具备此种资质,当事人之间的所订合同理应无效。但是不具备相应资质的挂靠、转包、分包是否当然无效,还需要具体分析。因为在某些时候,即便在特殊情形下认定合同有效,国家也可以按照管理程序,通过控制额度、资源消耗及对环境的影响等方式来保证工程的质量。因此,转包等合同虽然可能会损害公共利益,但却并非必然。^④因此,笔者认为,对于资质问题,应当根据与公共利益的关联性、对公共利益影响的重大性以及宣告合同无效的必要性等来综合予以考量,而不宜简单地以缺乏资质就直接认定合同无效。^⑤

(二) 确定规范目的是否针对合同的内容

就《民法典》第153条第1款而言,违法合同的效力判断就是通过用私法自治原则来评价、确定强制性规定保护利益的相对位置,以确定究竟是体现私法自治的合同自由

^③ 参见《美国合同法(第二次)重述》第178条。

^④ 参见黄忠:《违法合同效力论》,法律出版社2010年版,第217页。

^⑤ 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,第91-92页。

优先还是强制性规定所保护的利益优先的过程。^{③⑥} 在前述过程中,判断法律规范是否能够涵摄系争合同的内容,则是司法三段论的必经过程。

从逻辑上讲,宣告合同无效是因为合同内容违反了法律、行政法规的强制性规定,因此合同内容的辨识是认定合同无效的基本前提。在基于合同内容认定合同无效时,应当考虑合同内容与法律强制性规定之间的关系,即合同内容必须能够被涵摄入强制性规定的文义范围之内。如果合同的内容无法被涵摄到法律强制性规定的文义范围之内,就不能依据该强制性规定认定该合同无效。例如,《公司法》第140条第2款规定调整的是上市公司的股票代持行为,如果当事人约定代持的并非上市公司的股票,就不能依据该规定认定代持合同无效。从比较法上来看,规范目的说要探究合同违反强制性规范是否损害了公共利益,且合同应当属于特定规范的评价对象。例如,美国《合同法(第二次)重述》第178条指出:“(1)如果立法明确合同允诺或其他条款不可执行,或者在特定情况下反对其执行的公共政策明显超过其执行的利益,则该合同承诺或其他条款不可执行。(2)在权衡执行合同条款的利益时,应考虑:(a)当事人的合理期望;(b)如果执行被拒绝而导致的任何惩罚性没收;以及(c)执行特定条款时的任何特殊公共利益。(3)在权衡否定执行合同条款的公共利益时,应考虑(a)立法或司法判决所体现的该政策的强度;(b)拒绝执行该条款将进一步实现该政策的可能性;(c)所涉及的任何不当行为的严重性以及故意行为的程度;以及(d)该不当行为与该合同条款之间的直接联系。”很明显,该规定既强调了探寻规范目的,也要求探究合同本身。笔者认为,司法上探究合同的内容应当注意如下几个方面的问题:

第一,区分合同的目的和动机。“私约如律令”。合同本身就是当事人之间的法律,当事人订立合同都是要追求特定的目的,并对于合同能够正常履行具有合理的期待,保护这种期待正是合同法的基本目标。但是,如果当事人的订约目的已违反公共利益,法律就必须对其进行否定性的评价。^{③⑦} 可见,应当依据合同的缔约目的来判断当事人之间的合同是否属于强制性规范的规制范围。例如,偶尔借钱给朋友临时急用,与在没有资质的情况下专门从事放贷行为,后者的合同目的显然构成违法,而前者则并不当然构成违法。在确定合同的缔约目的时,应当特别注意区分合同的目的和动机。合同无效针对的是合同目的,而非动机。动机违法不必然导致合同无效。例如,有人购买麻将用于赌博,其动机是赌博,合同目的是购买麻将,显然我们不能因为当事人利用麻将赌博,就宣告购买麻将的合同无效,因为麻将也是一种娱乐产品,其也可以用于娱乐。再如,有人购买菜刀可能是用于犯罪行为,此时该买卖合同的动机是违法的,但也不能据此就认定该买卖合同无效。如果仅以麻将可以用于赌博,菜刀可以用于实施犯罪,因此就宣告购买相关合同无效,就会使一些基本消费品的买卖变成违法行为而被认定无效,最终导致不当限制人们的行为自由。

^{③⑥} 参见耿林:《强制规范与合同效力——以合同法第52条第5项为中心》,中国民主法制出版社2009年版,第216-217页。

^{③⑦} 参见前注^{③④},黄忠书,第71页。

第二,区分合同的内容和履行行为。合同内容主要涉及的是主给付义务。在该主给付义务无法与强制性规定的规范目的相容时,应当认定该合同无效。但是,倘若一个主给付义务可以被强制性规定的规范目的所允许,而债务人对该主给付义务的履行方式违反了法律规定,这就不再是合同内容的问题。合同无效主要是指合同的内容违反法律、行政法规的强制性规定,一般不涉及合同的履行行为。合同的履行通常发生在合同生效后,其与合同效力的判断一般并不存在直接关联,因此,合同履行行为违法并不当然导致合同无效。^{③⑧}也就是说,不能仅因履行行为是违法行为而宣告合同无效;在合同内容被认定为有效后,就应当维护其有效性,而不应因嗣后履行行为的违法而影响其效力。比如,当事人约定的合同内容虽然并不违法,但一方采取走私的方式履行合同,则合同履行行为虽然违反了强制性规定,也不能据此就认定合同无效。从比较法来看,如果强制性规定针对的仅是合同的后续履行行为,那么,合同并不必然因违反强制性规定而无效,只有合同履行必然会违反该规定时,才可能导致合同无效。^{③⑨}例如,根据德国的司法实践,在缔结承揽合同时,不提供发票的偷税行为,并不会导致合同无效;只有当偷税是合同的主要目的时,才应宣告合同无效。^{④⑩}可见,在依据规范目的认定合同无效时,需要注意识别相关的强制性规范是否是针对合同的履行条件而设定。履行条件指的是合同履行的时间、地点、种类、方式之类的外部环境,合同违反此类纯粹秩序强制性规定,原则上合同效力不受影响。《合同编通则解释》第16条第2款规定:“法律、行政法规的强制性规定旨在规制合同订立后的履行行为,当事人以合同违反强制性规定为由请求认定合同无效的,人民法院不予支持。但是,合同履行必然导致违反强制性规定或者法律、司法解释另有规定的除外。”依据该规定,如果法律、行政法规的强制性规定旨在规定合同履行行为,则通常不能以履行行为违反强制性规定而认定合同无效。例如,《道路运输条例》第34条明确禁止了货物运输超载行为,但该规则旨在规范合同履行行为,运输车辆超载是合同订立后承运人的履行行为违法,而不等于运输合同本身违法,因此,对其履行违法可以依法追究其相应的行政责任,但不宜宣告合同无效。

第三,区分合同义务和合同义务的履行条件。合同义务包括主给付义务、从给付义务等,而履行条件则是指履行的具体时间、地点等。^{④⑪}通常而言,履行条件不会影响合同的缔约目的,因此履行条件的违法并不会当然导致合同无效。^{④⑫}例如,《娱乐场所管理条例》第28条属于有关营业时间的强制性规定,如果违反,娱乐场所将会面临行政处罚责任,但在此期间订立的合同,效力则不应受到影响。当然,也存在一定的例外情形。例如,某些特殊交易对于场所有特殊要求,违反该要求会同时损害特定领域的公共秩序,考量

③⑧ 参见最高人民法院民事审判第二庭、研究室编著:《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》,人民法院出版社2023年版,第198页。

③⑨ Vgl. Rolf Sack, in: Staudinger Kommentar BGB, 2003, 134 Rn.161.

④⑩ 参见税兵:《超越民法的民法解释学》,北京大学出版社2018年版,第271页。

④⑪ 参见杨代雄:《民法总论》,北京大学出版社2022年版,第378页。

④⑫ 参见杨代雄:《法律行为论》,北京大学出版社2021年版,第402-403页。

到具体强制性规定的规范目的,也可能使该合同被认定为无效。^⑬例如,《九民会议纪要》第30条规定,期货交易等涉及金融秩序的交易必须在特定的场所进行,在批准的交易场所之外进行期货交易的,应当认定其无效。

总之,依据规范目的认定合同无效的第二个步骤是确定合同的内容为何。在此阶段,一方面要考察当事人的缔约目的,另一方面还要考察合同的主给付义务,并据此认定该合同的内容是否违反了强制性规定的规范目的。

(三) 判断行政责任、刑事责任是否可以实现规范目的

依据规范目的理论认定合同无效,还需要考察认定无效的必要性。依据《合同编通则解释》第16条,如果强制性规定的规范目的可以通过行政责任、刑事责任予以实现,就没有必要再将合同认定为无效。这实际上涉及的就是合同无效的必要性考量。

一是违反刑法并不一定导致合同无效。诚然,在某些情况下,违反刑法有可能会導致合同无效。例如,买卖毒品既构成犯罪,买卖合同也应认定无效。然而,违反刑法并不当然导致合同无效,否则,刑法规范就会成为评价合同效力的根据。正如弗卢梅所说:“只有当所有参与法律行为的当事人都触犯刑法规范,或明知或能够预见到其中一人的行为触犯刑法规范,却仍然为自己的利益实施法律行为时,才能将禁止实施某一行为的刑法规范作为禁止性规范适用于该法律行为本身。”^⑭一方面,刑法和民法毕竟立法宗旨不同,两者评价对象不一,违反刑法将导致刑事制裁的适用,但认定合同无效并非追究法律责任,而只是对当事人合意进行否定评价,使当事人之间的合意不能发生其预期的效力,两者各有其不同的内容和判断标准。因此,不能认为违反刑法当然导致合同无效。另一方面,从损害后果来看,刑法要求行为具有社会危害性,侵害法益的程度达到值得科处刑罚程度的行为才可能构成犯罪^⑮;但从民法上看,即使该行为损害了公共利益,也不一定必然导致合同无效。例如,行为人构成骗取贷款罪,当然应当追究犯罪行为人的刑事责任,但如果仅因行为人构成骗贷罪而宣告借款合同无效,则担保合同作为从合同也会一并无效,其结果是银行的借款本金和利息将无法得到偿还,反而会给金融安全和国家安全造成重大损害。^⑯正是因为违反刑法并不当然导致合同无效,所以《合同编通则解释》第16条第3款规定,在合同纠纷中涉嫌犯罪时,应当将犯罪线索移交公安机关、检察机关侦查、起诉。但这并不影响民事案件的审理,换言之,应采取刑民并行的方式。

二是由行为人承担行政责任能够实现强制性规定的立法目的的,就不能再否定合同效力。所谓行政责任,是因为违反强制性规范而应当承担的行政强制措施、行政处罚等一系列行政法上的责任。例如,根据《招标投标法》第55条,对依法必须进行招标的

^⑬ 参见易军:《论合同违反强制性规定无效的判断标准——以〈民法典合同编通则解释〉第16条为中心》,载《清华法学》2024年第1期,第12页。

^⑭ [德]维尔纳·弗卢梅:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2013年版,第406页。

^⑮ 参见张明楷:《刑法学》(第6版上),法律出版社2021年版,第117页。

^⑯ 《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》第12条就专门规定:“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。”

项目,招标人违反本法规定,与投标人就投标价格、投标方案等实质性内容进行谈判的,单位主管人员和负责人应当承担行政责任。但这并不意味着招投标合同必然归于无效。根据该条第2款,当该行为并不影响招投标结果时,相关当事人虽然应承担行政责任,但招投标合同却仍可以有效。同样,在当事人恶意串通逃避税收时,在接受税务机关所作出的行政处罚后,应当补缴税金。此时国家利益已经得到维护,因此也就没有必要再认定合同无效了。^{④7}

总之,认定合同违反强制性规定并据此宣告无效,系整体评判的结果。^{④8}如果公法上的责任已经足以维护公共利益,则宣告合同无效就无必要了。相反,如果公法责任尚不足以实现公共利益的维护,则合同无效就可以发挥补充作用。^{④9}

三、依规范目的认定合同无效应受比例原则限制

德国学者韦斯特法尔在对德国的诸学说予以总结和批判后认为,规范目的说才是唯一正确的标准。他提出,考察规范目的应当适用价值权衡方法。^{⑤0}因为依据规范目的实际就是通过考察法律保护的权益类型来认定合同是否因损害公共利益而无效,但法律保护的权益本身有多多样性,既涉及公共利益也涉及私人利益,在认定合同无效与规范目的的关联性时,涉及私人利益与公共利益的冲突,这就有必要引入比例原则辅助规范目的的适用。比例原则主要发挥一种消极限制功能,即明确排除合同无效的情形,法官可以借助比例原则认定合同在何种情形下可不构成无效,从而有效减少合同无效的情形。

(一) 基于比例原则对违法合同无效结果的限制

法律的目的在于增进人民福祉,同时最大程度实现公共利益,在市场经济社会中自治和管制的矛盾本身也体现了两种价值的冲突,法律作为利益冲突的平衡机制,需要对两种价值进行妥当平衡,最大限度地促进两种目标的实现。同样,在合同效力的判断上,法官为实现规范目的,也需要借助比例原则进行必要的价值权衡。《合同编通则解释》第16条没有正面规定如何运用规范目的,而是通过引入比例原则以反向排除无效情形的方式来实现规范目的的判断。从《合同编通则解释》第16条的规定来看,排除合同无效主要是基于比例原则的考量,即通过手段和目的之间关联性的考察,确认国家权力对于公民基本权利的干预是否逾越了必要的限度。比例原则包含“适当性”“必要性”和“均衡性”三个子原则,其精髓在于“禁止过度”。^{⑤1}比例原则最初起源于公法,并且在私法中得到运用^{⑤2}。在认定合同无效中,需要法官具体权衡强制性规范所保护的具体公

^{④7} 参见贵州省遵义市红花岗区人民法院(2008)红民南350号民事判决书。

^{④8} Vgl. Thomas Westphal, Zivilrechtliche Vertragsnichtigkeit wegen Verstosses gegen gewerberechtliche Verbotsgesetze, Berlin 1985, S. 127-130.

^{④9} 参见前注^{④4},黄忠书,第217页。

^{⑤0} Vgl. Thomas Westphal (Fn. 48), S. 70 ff.

^{⑤1} 参见郑晓剑:《比例原则在民法上的适用及展开》,载《中国法学》2016年第2期。

^{⑤2} 参见刘权:《比例原则》,清华大学出版社2022年版,第19页。

共利益和私法自治的比例关系,因此比例原则自然就成为规范目的说的重要补充。

之所以在认定合同无效中需要以比例原则作为限制手段,一方面是因为合同法所保护的基本价值可能发生冲突,且认定无效会导致当事人交易成本的增加和社会资源在一定程度上的浪费,因而认定无效时,一定要考虑手段和目的是否相称。合同有效有助于实现私人目标,而认定合同无效虽有利于保护公共利益但可能极大地损害私人利益,或者所要维护的公共利益与私人利益不成比例。此时,法官需要审慎作出价值评价。另一方面,强制性规范所保护的公共利益有不同的类型和强度,需要法院依据比例原则具体认定。还应当看到,规范目的和比例原则常常结合适用,比例原则本身讨论的就是规范目的和手段的关系,因此,比例原则的适用以规范目的为前提,而判断规范目的标准能否得到准确适用,也需要探讨规范目的和手段在具体情形中的妥当关系。因此,规范目的和比例原则形成互动的关系。从比较法来看,德国司法实务虽然采取规范目的说(Normzwecktheorie),但在规范目的标准之外,实际上仍旧会以违反目的的严重性加以区分,只是区分的标准不明,故会常遭“恣意”的批评。^{⑤③} 英格兰及威尔士法律委员会在2009年的法律改革报告中,则建议从法律秩序的一致性、违法性程度、威慑效果、比例原则、缔约及履约情景等五个方面来审查违法行为的效力。^{⑤④} 例如,虽然行为人实施的行为构成了犯罪,但是如果犯罪的情节比较轻微,因而被处以很小的罚款,此时就不一定都会导致合同被宣告无效。^{⑤⑤} 这就意味着,认定合同无效时,需要对以无效手段来保护该公共利益是否具有必要性进行考量。由于合同无效对当事人的意思自治产生重大的限制,且可能造成返还财产、恢复原状等法律后果,会造成一定程度的资源浪费,因而法官在认定无效时,一定要准确地解释规范目的以及其保护的法益。一般而言,只有合同构成对公共利益的重大危害时,才有必要否定合同的效力。相反,如果只是轻微的危害,则没有必要据此来否定合同的效力。

将比例原则适用于无效合同的判断过程中,应比较认定合同无效的后果与规范目的,以确定宣告无效作为一种手段与规范目的是否相称。具体而言,应符合以下子原则:

第一,必要性原则。此处的必要性是指认定合同无效对于规范目的实现的必要性。必要性原则包括如下内容:一是需要确定通过其他方式是否也同样能够实现维护公共利益的结果。如果有其他更合理的方式可以使用,就不应当认定合同无效。换言之,只有在强制性规定的规范目的一定要通过合同无效才能实现时,合同才应当归于无效,否则,合同有效。二是在违反效力性强制性规范之后,如果合同可以通过补正等方式来保护公共利益,也就无需认定其无效。例如,转让国有资产时,当事人违反相关规定未进行资产评估的,只要当事人之后再补充进行资产评估和支付相应对价,就可以有效实现防止国有资产流失的目的,因此也就不需要认定国有资产转让合同无效。三是如果违反强

^{⑤③} 参见前注^{①⑨},苏永钦书,第37页。

^{⑤④} See Law Commission of England and Wales, The Illegality Defence: A Consultative Report, Consultation Paper No.189, 2009.

^{⑤⑤} 参见[英]P·S·阿狄亚:《合同法导论》(原书第5版),赵旭东等译,法律出版社2002年版,第362页。

制性规范的法律后果难以确定,既可以认定有效、也可以认定无效时,则依据《合同编通则解释》第1条,应当选择该合同有效的解释,从而鼓励交易和保障私法自治。

第二,适合性原则。适合性原则是指认定合同无效是实现规范目的的最小损害方式,也称为合目的性原则。前述公共利益的类型和强度正是适合性原则的具体运用。德国学者梅迪库斯指出,认定合同无效需要考虑一个问题,即“坚持合同继续无效能否在其他方面促进立法目的达成”。^{⑤6}然而,需要注意的是,否定合同效力并非在任何时候都有助于规范目的的实现。《合同编通则解释》第16条第1款第2项就明确规定,如果“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权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”,则合同不因违反强制性规定而无效。实际上,公法上的强制性规定多为对经济金融、社会文化、环境资源等各领域中的行为进行行政管理,服务于数据统计、社情监控、维持秩序等各类政策目的,^{⑤7}对于这类并非着眼于当事人利益关系的强制性规定,即使否定合同效力,也不必然有助于前述规范目的的实现。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,如果合同因违反这一强制性规定而无效,显然不利于国家利益的维护。相反,此时如果认定合同有效反而会有利于个人利益及国家利益的实现,因为在转让方缺少资金的情况下,通过承认合同有效,一方面转让人请求受让人支付价金,能够获得转让价金而实现转让目的,另一方面也更有利于国家获得出让金。^{⑤8}

第三,均衡性原则。均衡性原则的核心是要求合同无效本身所导致的不利和有利之间要实现均衡,既不能“过”,也不能“不及”。具言之,在认定合同无效时,需要衡量规范目的与否定合同效力、限制私法自治之间是否均衡^{⑤9}。比如,当合同的履行导致公共利益损害显著轻微,而否定合同效力导致的损害后果更为严重时,就不应当认定合同无效。这一点在比较法上有不少示例。例如,在新西兰法上,确定违法合同的效力时采用了特殊的自由裁量方法。《2017年合同和商业法》(沿用《1970年违法合同法》的规则)第73条虽然宣布“违法合同”均不可执行且无效,但在第76条却又赋予了法院广泛的自由裁量权,以撤销合同的无效后果。具体而言,法院可以行使自由裁量权宣布合同有效、合同变更、要求合同当事人进行赔偿等。该法案第78—80条则列出了法院需要考虑的相关因素。我国《合同编通则解释》第16条第1项也规定,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的,此时,合同无效所实现的利益较小,而造成的不利较大,因此,即使该合同违反了效力性强制性规定,也不需要认定该合同无效。如此规定的理由在于,在这种情况下,认定无效所产生的损害当事人合理信赖、交易成本提高等不利后果已经大于认定无效对于社会公共

^{⑤6} 参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2013年版,第484页。

^{⑤7} 参见李宇:《民法总则要义:规范释论与判解集注》,法律出版社2017年版,第676页。

^{⑤8} 参见前注^{⑤6},最高人民法院民事审判第二庭、研究室编著书,第196页。

^{⑤9} 参见前注^{⑤4},黄忠书,第205-206页。

利益的有利后果,依据比例原则,此时合同的效力就应当不受影响。

由此可见,在认定合同无效时,首先应当以规范目的作为基本标准,但是在此基础上还需要进一步考虑手段和目的相称性,具体确定“拒绝强制执行的利益是否要明显超过予以强制执行所获得的利益”。也就是说,应当在合同有效并得到履行的私人利益和否定合同的效力所体现的公共利益之间进行权衡,^⑩以确保无效作为一种限制合同自由的手段,和法律规范所保护的公共利益的目的之间是相称的。从这个意义上说,比例原则也可被看作是规范目的说的有机组成部分,但在适用中主要辅助规范目的发挥作用。

(二) 依比例原则排除合同无效的具体情形

以比例原则辅助不仅有助于保障规范目的说的准确适用,也有助于在特定情形下排除合同无效规则的适用。《合同编通则解释》第16条虽然采纳了将规范目的作为认定合同无效标准的做法,但并没有从正面界定规范目的的内涵,这就需要借助比例原则的指导,在个案中排除相关合同无效规则的适用,从而确保合同无效的判断是合比例的。具体而言,比例原则在排除合同无效方面的情形主要体现在如下几个方面:

首先,基于比例原则的要求,应当考量合同履行对社会公共利益的影响程度。即使在合同损害公共利益的情形下,基于比例原则的要求,仍然需要进一步考量损害后果的情节轻重,而不宜一概认定合同无效。尤其是当合同履行对社会公共秩序造成的影响显著轻微时,就不宜认定合同无效。德国学者韦斯特法尔在阐述规范目的说时就明确提出,法院不仅要详细分析禁止性规定所要保护的法益与合同所体现的法益,而且还需要对二者进行均衡。在具体权衡时,尤其需要斟酌法益本身的次序和法益侵害的质与量,具体评估否定合同效力的效果,考量受保护的利益,从而作出最终判断。唯有如此,才能防止轻微损害公共利益的合同一概被认定无效、进而出现利益失衡的现象。^⑪依据《合同编通则解释》第16条第1款第1项,法院判断合同履行对社会公共秩序造成的影响显著轻微时,应当注意考察如下条件:一是根据违反强制性规定的情节、后果,是否能够认定合同的实际履行对社会公共利益造成的影响显著轻微。此处所说的“影响显著轻微”实际上与《刑法》第13条关于“情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪”的规定具有内在的一致性,实际上是比例原则在民法上的适用^⑫;二是认定合同无效是否会导致案件处理结果有失公平。例如,依据《种子法》第31条等规定,从事主要农作物杂交种子及其亲本种子、林木良种种子的生产经营必须获得行政许可。某水果店在未取得种子生产经营许可的情形下擅自出售种子,就违反了前述强制性规范,但是该水果店出售的种子符合质量标准,且农民已经将该种子播种。很明显,此时由于擅自出售种子的行为给公共利益造成的损害并不严重,而宣告买卖种子的合同无效反而会给农民的利益造成损害。应当看到,《种子法》第31条的规范目的就在于维护农民的利益,因此,仅因无证

^⑩ See *Town of Newton v. Rumert*, 480 U. S. 386 (1987).

^⑪ Vgl. Thomas Westphal (Fn. 48), S. 70 ff.

^⑫ 参见最高人民法院起草小组:《〈关于适用民法典合同编通则若干问题的解释〉的理解与适用》,载《人民司法》2024年第1期,第26页。

销售种子就断然宣告该合同无效,就会导致手段和目的不相称,有悖比例原则^{⑥3}。

其次,基于比例原则,应当确保规范目的和合同无效判定之间具有一致性。认定合同无效作为一种实现规范目的的手段,应当重点考察法律规范旨在实现的规范目的,并确保判定合同无效应当有助于强制性规范目的的实现。依据《合同编通则解释》第16条第1款第2项,如果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权益而非合同当事人的合法权益时,如果即使认可合同的效力也能实现政府的税收、土地出让金等规范目的,显然就没有必要再去否定合同效力了。这一规定实际上就是考虑到了法律规范目的和实现手段的一致性问题。例如,在当事人通过“阴阳合同”规避税收的场合,“阳合同”因构成虚假意思表示当然无效,但当“阴合同”所约定的劳务报酬比较高时,如果认定该“阴合同”有效,反而有利于国家税收的实现。因而,此类合同虽然违反了强制性规定,但却不宜直接认定无效。再如,在开发商违反《房地产管理法》第39条第1项的规定,未按照出让合同约定支付土地使用权出让金即转让土地使用权的情形下,因为该强制性规定主要是为了维护政府的土地出让金利益^{⑥4},因而,如果当事人之间订立的合同虽然违反该强制性规定但并不影响国家土地使用权出让金的收取,也就不必要据此认定合同无效。^{⑥5}

再次,比例原则要求考量认定合同无效是否会导致当事人利益的严重失衡,从而确保合同无效的结果是公正的。依据《合同编通则解释》第16条第1款第3项,如果强制性规定旨在要求当事人一方加强风险控制、内部管理,由于通常情形下,对方当事人并无能力或者无义务审查合同是否违反强制性规定,因此,即便当事人订立的合同违反了该规定,也不宜当然认定合同无效。拉伦茨就曾指出,如果合同违反的强制性规定只是针对当事人一方的,而且该强制性规定又完全是一方作为“纪律条款”规定的,那么该合同并当然不因违反强制性规定而无效^{⑥6}。在比较法上,对于仅规制一方当事人的强制性规定,需要从合同订立时善意相对人角度出发来判断合同是否无效。^{⑥7}也就是说,如果强制性规定旨在规制当事人一方的行为,则需考察如果合同无效是否会对无过错相对人的利益造成重大的损害。^{⑥8}在我国司法实践中,已经有法院采取了此种观点。例如,在“山西太行建设开发有限公司与阳泉市商业银行股份有限公司等借款合同纠纷案”中,法院指出,“太行建设公司主张阳泉商行发放贷款,违背了《商业银行法》等金融法规关于贷款审查、审批的相关管理制度和要求,但这些规定系金融系统行政管理性质的法律规

⑥3 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典总则编解读》,中国法制出版社2020年版,第501页。

⑥4 参见前注⑥2,最高人民法院起草小组文,第26页。

⑥5 参见前注⑥3,最高人民法院民事审判第二庭、研究室编著书,第196页。

⑥6 参见[德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(下册),王晓晔等译,法律出版社2013年版,第592页。

⑥7 参见[德]本德·吕特斯、[德]阿斯特丽德·施塔德勒:《德国民法总论》(原书第18版),于馨淼、张姝译,法律出版社2017年版,第436页; Nils Jansen & Reinhard Zimmermann eds., *Commentaries on European Contract Law*, Oxford University Press, 2018, p1903.

⑥8 参见[德]汉斯·布洛克斯、[德]沃尔夫·迪特里希·瓦尔克:《德国民法总论》(原书第41版),张艳译,中国人民大学出版社2019年版,第154页。

定,阳泉商行即使违规贷款也系权利人疏于防范风险的行为,属于银行内部行政处罚的范畴,不属于原《合同法》第五十二条有关合同无效的法定情形,不影响借款合同的效力”^⑨。可见,对《商业银行法》等相关规定旨在加强银行的风险控制和内部管理,借款人难以知晓,且借款人对商业银行是否违反该强制性规定难以审查也无审查义务,因而,如果据此认定合同无效,对其将极不公平。^⑩

最后,比例原则的适用还需要协调合同无效与诚信原则的关系,以确保无效的结果是妥当的。根据《合同编通则解释》第16条第1款第4项,当事人一方在订立合同时违反强制性规定,但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的,属于典型的违背诚信原则的行为。众所周知,诚信原则是民法的帝王原则,不仅是规范当事人履行行为的依据,也是解释合同、填补漏洞的规则。当事人实施违背强制性规定的行为,如果可以补正却违背诚信原则拒绝补正,无疑表明该当事人主观上具有恶意,其意在追求合同无效的法律后果。此时,为了维护诚信原则,有必要排除合同无效的适用,^⑪否则就会产生极不妥当的结果。实际上,我国司法实践也采取此种立场。例如,在“西安闻天科技实业集团有限公司与李某某确认合同无效纠纷案”中,开发商在未取得预售许可证的前提下销售了房屋,但事后在已经可以获得许可的情况下,却故意不取得许可,而是自己主动申请法院宣告合同无效,就属于典型的违反诚实信用原则的行为,因此二审法院最终判决认定双方所签订商品房内部认购合同有效。^⑫再如,在“新疆华诚安居房地产开发有限公司、中国铁建大桥工程局集团有限公司建设工程施工合同纠纷二审案”中,最高人民法院明确指出,当事人本可补正而不补正,违反了诚信原则,不应认定合同无效。^⑬上述司法判决实际上旨在运用诚信原则限制违法合同被宣告无效,防止背信者通过合同无效来获得不当利益,从而确保合同无效判断的妥当性。

当然,合同违反强制性规定的情形相当复杂,上述几点只是依据比例原则排除合同无效规则适用的典型情形。实际上,《合同编通则解释》第16条从反向排除的角度所具体列举的不宜认定为无效合同的典型形态,也只是比例原则辅助规范目的适用的部分情形。由于合同无效的判断非常复杂,仅仅依靠司法解释的一个法条显然是不可能完全解决的,该条的列举仍属有限,难免挂一漏万。因此,《合同编通则解释》第16条第1款第5项规定了兜底条款,从而保持了所要排除的合同无效情形的开放性。^⑭当然,法官在运用该兜底条款认定无效合同时,还是需要回到《合同编通则解释》第16条规定的精髓,即结合强制性规范的规范目的,依据比例原则来具体判断。

⑨ 参见前注③,最高人民法院民事审判第二庭、研究室编著书,第197页。

⑩ 参见前注③,最高人民法院民事审判第二庭、研究室编著书,第197页。

⑪ 参见前注②,最高人民法院起草小组文,第26页。

⑫ 参见陕西省西安市中级人民法院(2018)陕01民终8145号民事判决书。

⑬ 中国应用法学研究所主编:《中华人民共和国最高人民法院案例选(第四辑)》,法律出版社2020年版,第44-48页。

⑭ 参见前注③,最高人民法院民事审判第二庭、研究室编著书,第198页。

四、结 语

自治和管制是民事法律行为效力制度的关键点,也是公法和私法相接轨的衔接点。^{⑦5}由于合同无效主要是违反法律的强制性规定所致,因而,如何依据法律的强制性规定判断无效就成为审理民事法律行为无效案件中最主要的问题。《合同编通则解释》第16条的本意是运用新的标准代替原效力性强制性规定与管理性强制性规定区分的合同无效判断标准,但该条并没有从正面具体规定规范目的说的内涵和判断标准,这在一定程度上影响了规范目的说的准确适用,存在缺憾。但通过解释可见,该条已经采用了规范目的说,并以比例原则为辅助,规定了排除合同无效的情形——这就改变了过去的传统的思维方式^{⑦6},为认定合同无效提供了较为明确可行的标准,统一了裁判规则,有助于《民法典》第153条的妥当适用。由于合同效力判断是合同编中核心的、基础性的内容,确立科学合理的合同无效判断标准无疑将对妥当认定合同的效力,促进公共利益与私法自治的平衡,实现合同法鼓励交易、促进财富积累的目标起到重要的保障功能。

Abstract: There is ambiguity and uncertainty in the method of determining the invalidity of a contract by distinguishing between validity and administrative mandatory provisions. Article 16 of the *Interpretation on the General Principles of Contracts in the Civil Code* adopts in essence the standard for determining the validity of a contract based on the normative purpose. This standard reflects the legitimacy of the judge's intervention in the contractual relationship in specific cases, demonstrates the protection of the public interest, and is in line with the development trend of contract law in comparative law. However, the article is incomplete and imperfect. To determine the invalidity of a contract based on the normative purpose, it is necessary to first explore whether the normative purpose of the mandatory provisions involves public interest and its type. Secondly, whether the normative purpose is aimed at the content of the contract should be determined. Finally, whether the administrative and criminal liabilities can achieve the normative purpose should be examined. The determination of invalidity of a contract based on the normative purpose shall be limited by the principle of proportionality. The contract shall not be identified as invalidity when the impact of the performance of the contract on the social public interest is significantly slight, and the determination that the contract is valid will not affect the realization of the normative purpose.

(责任编辑:任彦)

^{⑦5} 参见苏永钦:《私法自治中的国家强制——从功能法的角度看民事规范的类型与立法释法方向》,载《中外法学》2001年第1期,第94-95页。

^{⑦6} 例如,我国以前的司法实践认为,合同违反刑法规定的,就当然会无效。