



中德私法研究 13

合同因违法而无效

Archiv für chinesisch-deutsches Privatrecht

荣誉顾问 江 平 王泽鉴

主 编 王洪亮 张双根 张 谷 田士永 朱庆育



元照系列

本期主题

合同因违法而无效

主题报告

强行规定与禁止规定——论《合同法》第52条第5项之适用范围 [金可可]

规范属性、规范目的及合同效力评价 [韩世远]

论中国法上强制性规定概念的统一性——兼评金可可教授《强行规定与禁止规定》 [耿林]

主题文献

法律禁令和法律行为 [克劳斯·威廉·卡纳里斯 著 赵文杰 译 张传奇 校]

《德国民法典》第134条中“法律”的概念——对宪法规范、公法性自治规章、

一般法律原则与避法行为的可适用性 [阿克塞尔·贝阿特 著 胡剑 译]

法律历史

论我辈从事立法与法学之禀赋(下) [弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼 著 袁治杰 译]

专家专稿

欧洲合同法中的多数债务人关系(下) [索娅·迈尔 著 陈大创 译]

先买权制度的瑞士法构造 [姚明斌]

学术视角下中德法律的同与异——以德国民事合伙权利能力制度的发展为切入点 [张学哲]

合同订立: 学术实务之新挑战 [赖纳·舒尔茨 著 金晶 译]

德国法董事合规义务的司法适用逻辑——基于对“西门子诉纳伯格案”的分析 [张怀岭]

私法教室

保证合同违背善良风俗案例 [庄加园 译]

法律法规

欧盟股东与第三人保护指令 [张学哲 译]



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

中德私法研究 13

合同因违法而无效

Archiv für chinesisch-deutsches Privatrecht

荣誉顾问

江 平 王泽鉴

学术顾问

(按姓氏笔画排序)

米 健 孙宪忠 苏永钦 邵建东 黄 立 黄茂荣

[德] Rolf Stürner [德] Rolf Knütel [德] Thomas Raiser

主 编

王洪亮 张双根 张 谷 田士永 朱庆育

编辑委员

(按姓氏笔画排序)

王洪亮 田士永 申卫星 朱庆育 朱 岩 许 兰 许德风 李 昊
吴从周 吴香香 沈冠伶 陈卫佐 陈自强 陈聪富 杨 继 杨淑文
张双根 张 谷 金可可 涂长风 唐 勇 黄 卉 常鹏翱 董一梁
詹森林 蔡明诚

[德] Thomas Rüdner [德] Sebastian Lohsse [德] Beate Gsell

执行编委

吴香香 唐 勇



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

中德私法研究. 13, 合同因违法而无效/王洪亮等主编. —北京: 北京大学出版社, 2016. 6

ISBN 978-7-301-27327-2

I. ①中… II. ①王… III. ①私法—研究—中国 ②私法—研究—德国
IV. ①D923.04 ②D951.63

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 180269 号

- 书 名** 中德私法研究(13): 合同因违法而无效
Zhong-De Sifa Yanjiu(shisan): Hetong yin Weifa er Wuxiao
- 著作责任者** 王洪亮 张双根 张 谷 田士永 朱庆育 主编
- 责任编辑** 苏燕英
- 标准书号** ISBN 978-7-301-27327-2
- 出版发行** 北京大学出版社
- 地 址** 北京市海淀区成府路 205 号 100871
- 网 址** <http://www.pup.cn> <http://www.yandayuanzhao.com>
- 电子信箱** yandayuanzhao@163.com
- 新浪微博** @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书
- 电 话** 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788
- 印刷者** 北京京华虎彩印刷有限公司
- 经 销 者** 新华书店
- 965mm×1300mm 16 开本 19.25 印张 277 千字
- 2016 年 6 月第 1 版 2016 年 6 月第 1 次印刷
- 定 价** 49.00 元

未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有, 侵权必究

举报电话: 010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题, 请与出版部联系, 电话: 010-62756370

清华大学郑裕彤法学发展基金资助

本期主题:合同因违法而无效

主题 报告

- 3 强行规定与禁止规定
——论《合同法》第 52 条第 5 项之适用范围 [金可可]
- 25 规范属性、规范目的及合同效力评价 [韩世远]
- 38 论中国法上强制性规定概念的统一性
——兼评金可可教授《强行规定与禁止规定》 [耿 林]

主题 文献

- 55 法律禁令和法律行为
[克劳斯-威廉·卡纳里斯 著 赵文杰 译 张传奇 校]
- 83 《德国民法典》第 134 条中“法律”的概念
——对宪法规范、公法性自治规章、一般法律原则
与避法行为的可适用性
[阿克塞尔·贝阿特 著 胡 剑 译]

法律 历史

- 107 论我辈从事立法与法学之禀赋(下)
[弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼 著 袁治杰 译]

专家
专稿

- 163 欧洲合同法中的多数债务人关系(下)
[索娅·迈尔 著 陈大创 译]
- 196 先买权制度的瑞士法构造 [姚明斌]
- 217 学术视角下中德法律的同与异
——以德国民事合伙权利能力制度的发展
为切入点 [张学哲]
- 223 合同订立:学术实务之新挑战
[赖纳·舒尔茨 著 金 晶 译]
- 238 德国法董事合规义务的司法适用逻辑
——基于对“西门子诉纳伯格案”的分析 [张怀岭]

私法
教室

- 261 保证合同违背善良风俗案例 [庄加国 译]
- 273 要约 [赵文杰]

法律
法规

- 295 欧盟股东与第三人保护指令 [张学哲 译]



主题报告

强行规定与禁止规定

——论《合同法》第 52 条第 5 项之适用范围^{*}

金可可^{**}

摘要：强行规定之违反，应区分规范内容之违反与强行性面向之违反。依其规范内容，强行规定可分为行为规范[包括令行(强制)与禁止规定]与单纯强行规定，其区分有法律适用上之意义；认定指标包括得以何种行为违反、是否有他种制裁措施、规范内容之违反与强行性面向之违反能否截然区分、是否会发生替代规制现象，但最重要者，乃二者之规范重心不同，行为规范注重行为之实际发生与否，单纯强行规定则仅注重行为之效力，之所以有此种区别，系因规范目的与比例原则之协同作用。

关键词：强行规定 强制规定 禁止规定 单纯强行规定 行为规范

本文所称之强行规定(拉丁文称 *ius cogens*, 德文称 *zwingende Vor-*

^{*} 本文系上海市哲学社会科学一般项目(2009BFX002)、霍英东青年教师基金基础性研究资助课题(121087)、国家社科基金一般项目(14BFX164)之阶段性成果。

^{**} 华东政法大学教授、博士生导师。

schrift),亦称强行规范(zwingende Norm)、强行法(zwingendes Recht),系指当事人不得以其意思排除或变更之法律规定^[1],故亦有径称为“不得排除变更之规定”(unabdingbares Recht/unabänderliche Vorschrift)者^[2];我国台湾地区学者多称为强行规定或强行法(规)。^[3]

强行规定与《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)第52条第(5)项所称之“强制性规定”关系如何^[4],与《德国民法典》第134条、《奥地利民法典》第879条第1款之“禁止规定”、我国台湾地区“民法”第71条之“强制与禁止之规定”关系如何?理论上多有争议,本文拟对此作一探讨。

一、 强行规定之违反:层次区分

(一) 规范内容之违反与规范强行性面向之违反

强行规定之强行性,究其实质,系其规范内容之强行性。因此,系特定规范内容之外另有之性质。当事人之行为,得违反其规范内容,亦得违

[1] Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 35. Aufl., Köln 2011, Rn. 35; Karl Larenz/Manfred Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., München 2004, § 3, Rn. 103; Reinhard Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 3. Aufl., München 2011, Rn. 95; Helmut Köhler, BGB Allgemeiner Teil, 38. Aufl., § 3, Rn. 23. 另参见史尚宽:《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第12页;王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社2014年版,第55页。或谓系不问当事人之意思如何,必须适用之规定也(史尚宽:《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第329页),或谓系绝对适用之规定(郑玉波:《民法总则》,中国政法大学出版社2003年版,第308页)。均仅有用语上之差别,实质含义并无不同。

[2] Manfred Wolf/Jörg Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10. Aufl., München 2012, § 3, Rn. 11. 《瑞士债法》第19条第2款。

[3] 参见史尚宽:《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第12、329页;王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社2014年版,第55页;胡长清:《中国民法总论》,中国政法大学出版社1997年版,第197页;郑玉波:《民法总则》,中国政法大学出版社2003年版,第308、309页;施启扬:《民法总论》,中国法制出版社2010年版,第208页。亦有少数学者称为强制法,参见梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社1998年版,第6—7页。亦有学者将强行法、强制法作同义交替使用,参见黄立:《民法总则》,中国政法大学出版社2002年版,第7、329页。

[4] 之所以采“强行规定”这一用语,即系为区别于《合同法》第52条第(5)项之“强制性规定”,以便探讨两者关系。

反其强行性,两者判然有别。兹举一例以作说明:

《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第232条“故意杀人罪”之规定^[5]系强行规定。若甲故意杀人或甲雇乙杀丙,系违反其规范内容。若甲、乙约定甲故意杀乙时不适用该规定或量刑低于其规定,系违反该规定之强行性面向。

由上例可知,强行规定规范内容之违反,与其强行性面向之违反,实有显著不同。为此,对强行规定之规范内容与强行性面向,颇有分而详述之必要。

(二) 违反强行规定之行为类型:法律行为与非法律行为

违反强行规定之行为,亦得有不同类型。以上引《刑法》第232条为例:①若甲杀丙,违反该条规范内容者,并非法律行为;②若甲雇乙杀丙,违反该条规范内容者,兼有法律行为、非法律行为;③若甲、乙约定,甲故意杀乙时不负刑事责任,系以法律行为违反该规范之强行性面向。

(三) 法律行为对强行规定之违反

法律行为对强行规定之违反,又可分为行为内容违反强行规定、行为之其他方面违反强行规定。

其一,行为内容之“违法”。如上举甲雇乙杀丙,系法律行为之内容违反规范内容;又如上举甲、乙约定甲故意杀乙时不负刑事责任,系法律行为之内容违反规范之强行性面向。

其二,行为其他方面之“违法”。①若未经招投标,缔结关系社会公共利益、公众安全的大型基础设施项目建设工程合同,系法律行为之缔结程序违反《中华人民共和国招标投标法》(以下简称《招标投标法》)第3

[5] 《刑法》第232条规定:“故意杀人的,处死刑、无期徒刑或者十年以上有期徒刑;情节较轻的,处三年以上十年以下有期徒刑。”

条^{〔6〕}之规范内容,与法律行为之内容无涉。②同理,若法律为法律行为设置行为内容外之其他要件,法律行为之违反其规范内容,即系未符合内容外之要件,不发生内容本身之“违法”问题;转让房产未签订书面合同,系不符合要式之规定^{〔7〕};无行为能力人自为法律行为,系不符合行为能力之一般生效要件^{〔8〕};未按土地使用权出让合同约定支付全部出让金,转让房地产,系违反处分权限制之规定(特别生效要件)^{〔9〕};签订中外合资经营合同后未报批,系不符合关于该合同生效特别要件之法律规定^{〔10〕};代理人为代理行为而无代理权,系不符合代理行为生效之特别要件之规定。^{〔11〕}③此等规定,系法律行为之框架规定,当事人可选择是否为法律行为,但对于此种框架规定本身通常无选择余地,即此可称为法律行为之“框架法定”。

〔6〕《招标投标法》第3条第1款规定:“在中华人民共和国境内进行下列建设工程项目包括项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购,必须进行招标:(一)大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目;(二)全部或者部分使用国有资金投资或者国家融资的项目;(三)使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目。”

〔7〕《中华人民共和国城市房地产管理法》第41条规定:“房地产转让,应当签订书面转让合同,合同中应当载明土地使用权取得的方式。”

〔8〕《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民法通则》)第58条第1款第1项规定:“下列民事行为无效:(一)无民事行为能力人实施的;……”

〔9〕《中华人民共和国城市房地产管理法》第39条第1款规定:“以出让方式取得土地使用权的,转让房地产时,应当符合下列条件:(一)按照出让合同约定已经支付全部土地使用权出让金,并取得土地使用权证书;(二)按照出让合同约定进行投资开发,属于房屋建设工程的,完成开发投资总额的百分之二十五以上,属于成片开发土地的,形成工业用地或者其他建设用地条件。”该款两项规定可理解为处分权之限制,系处分行为为特别(消极)生效要件之规定。

〔10〕《中华人民共和国中外合资经营企业法》第3条第1句规定:“合营各方签订的合营协议、合同、章程,应报国家对外经济贸易主管部门(以下称审查批准机关)审查批准。”《中华人民共和国中外合资经营企业法实施条例》第14条规定:“合营企业协议、合同和章程经审批机构批准后生效,其修改时同。”值得注意的是,该批准同时是中外合资经营企业设立之审批(参见《中外合资经营企业法实施条例》第6条),系其取得设立登记(行政行为)之前置要件(参见《中外合资经营企业法》第3条第3句、《中外合资经营企业法实施条例》第9条第1句)。

即此而言,(1)该规定之规范重心,并非令当事人负有报批之行为义务,因其仅需令合同无效、企业不成立即得实现规范目的,当事人是否报批,法律可不再直接干预。就未报批之行为,该法及其实施条例未另施以惩罚,可作辅证。(2)仅需令企业不成立,通过此种行政行为上的管控,即可实现规范目的,是否尚有必要令审批成为法律行为之要件,值得思考。

〔11〕参见《民法通则》第66条第1款第1、2句,《合同法》第48条。

二、 强行规定之强行性面向

(一) 强行性之指向

法律规范依其是否具备强行性,可区分为强行规定与任意规定,此系通说,于此不赘。此外,尚有几点需要注意:

规范之强行性,仅系就法条与法律行为之关系而论^{〔12〕},精确言之,系法条之规范内容与法律行为内容之关系问题,即两者不同时,应适用何者的问题。

故唯有法律行为,方得发生违反规范之强行性面向问题,其他行为则仅有违反规范内容之可能:如上引甲杀人之行为,即非违反《刑法》第 232 条之强行性面向,而系违反其规范内容。

但法律行为对规范之违反,则未必为违反其强行性面向,而是亦有违反规范内容之可能:如上例中,甲雇乙杀人之法律行为,即系违反规范内容,而非违反其强行性面向;唯有法律行为之内容系排除或变更该规范之内容时,方为违反其强行性面向,如上例中约定杀人不负刑事责任者。

(二) 强行性之类型

1. 绝对强行规定、半强行规定

规范内容之强行性,并不具有先验的性质,得依时代之变迁而有变化;其亦未必表现为一律不许当事人作任何变更[绝对强行规定(absolut zwingende Gesetze^{〔13〕})],而是得仅具有有限之可变更性,此即所谓半强行规定(halbzwingende Gesetze/halbzwingendes Recht)。^{〔14〕} 半强行规定针

〔12〕 Eugen Ehrlich, Das zwingende und nichtzwingende Recht im Bürgerlichen Gesetzbuch, Jena 1899, S. 1f.

〔13〕 Bernhard Ulrici, Verbotsgesetz und zwingendes Recht, JuS 2005, 1074.

〔14〕 Karl Larenz/Manfred Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., München 2004, § 3, Rn. 106. Reinhard Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 3. Aufl., München 2011, Rn. 97.

对不同情形(事实构成),对强行性作灵活的配置,亦系比例原则之要求^[15];按强行性面向所针对之特殊事实构成^[16],有如下常见之类型:

(1)“针对特定缔结方式之半强行规定”:就某一规范内容,规定旨在排除、变更其适用之法律行为,仅当采用特定缔结方式时,方体现出强行性面向。如依《德国民法典》第309条第8项b),出卖人瑕疵担保责任之规定,仅在出卖人使用格式条款缔约时,方不得作出其所列举之种种排除或限制,对于其他缔约方式则不具强行性;《合同法》第40条之第二种情形:“提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的”,亦为类似规定。

(2)“针对特定时段之半强行规范(zeitlich halbzwingende Normen)”^[17]:就某一规范内容,规定旨在排除、变更其适用之法律行为,仅于何种时间段内作出者,方受允许或不受允许。其适例为《物权法》第186条、第211条关于禁止流押、流质之规定:在“债务履行期限届满前”,同法第195、198、220、221条关于抵押权人、质权人优先受偿、余额返还之规定,方具有上述强行性。

(3)“针对特定行为内容之半强行规范”:就某一规范内容,规定法律行为仅得作何种内容之变更,不得作何种内容之变更;其强行性之指向,仅针对特定行为内容,系以特定行为内容,而非他种特殊事实构成,作为

[15] Manfred Wolf/Jörg Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10. Aufl., München 2012, § 3, Rn. 19.

[16] 此处应注意,绝对强行规范亦有其适用之特殊事实构成,如《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》)第39条规定:“所有权人对自己的不动产或者动产,依法享有占有、使用、收益和处分的权利。”该条规定因同法第5条之规定(“物权的种类和内容,由法律规定”)而具有强行性。其强行性针对之事实构成限于“所有权”,不包括其他物权、债权。但由于其强行性所针对的事实构成,全面覆盖该条文之适用范围,故属于绝对强行规范。半强行规范则是该规范之适用范围中,仅截取部分事实构成赋予强行性。

[17] 其所举德国法上例子包括:(1)责任发生后允许变更的,如《德国民法典》202I、276III,《德国产品责任法》(ProdHaftG)14);(2)届期后可以约定变更的,如《德国民法典》248I、1149、1229);(3)在瑕疵之通知后可以约定变更的,如《德国民法典》475、478IV);(4)在争议发生后可以约定变更的,如《德国民事诉讼法》(ZPO)38IIINr. 1条;参见 Karl Larenz/Manfred Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., München 2004, § 3, Rn. 107.

配置强制性之基准。^[18] ① 如规定不得约定对受保护方不利之变更,但允许约定对其有利之变更。如《中华人民共和国劳动法》(以下简称《劳动法》)第43条规定:“用人单位不得违反本法规定延长劳动者的工作时间。”即在明确同法第36—41条关于工作时间之规定,得以约定缩短,但不得延长^[19];又如《中华人民共和国消费者权益保护法》第26条第2款规定:“经营者不得以格式条款、通知、声明、店堂告示等方式,作出排除或者限制消费者权利、减轻或者免除经营者责任、加重消费者责任等对消费者不公平、不合理的规定……”亦明确同法关于消费者权利、义务、经营者责任之规定,仅得作有利于消费者之变更。^[20] 德国有学者称为“主体半强行规范”(subjektiv halbzwingende Normen)。^[21] ② 又如《德国民法典》第202条第2款规定:“以法律行为延长消灭时效的,其长度不得超过法定时效起算后30年。”即说明消灭时效期间之法律规定,在延长时间不超过此限度时,具有任意性,仅在延长时间超出此限度时方具强制性。^[22]

[18] 上述“针对特殊缔结方式的半强行性规范”“针对特定时段的半强行性规范”,虽然也针对特定行为内容,但其强制性配置之基准,却非特定行为内容本身,而是行为内容外之其他特殊事实构成(特殊缔结方式、特殊时段)。

[19] 又如《劳动法》第48条第2款规定:“用人单位支付劳动者的工资不得低于当地最低工资标准”,即在明确各省、自治区、直辖市劳动保障行政部门依2003年劳动与社会保障部《最低工资规定》第9条公布的当地最低工资标准,不能约定降低,但约定提高的(有利于劳动者),自无不可。

[20] 类似的规定如最高人民法院《关于审理旅游纠纷案件适用法律若干问题的规定》第6条规定:“旅游经营者以格式合同、通知、声明、告示等方式作出对旅游者不公平、不合理的规定,或者减轻、免除其损害旅游者合法权益的责任,旅游者请求依据消费者权益保护法第二十四条的规定认定该内容无效的,人民法院应予支持。”

[21] 其所举德国法上例子包括承租人保护之规范(536IV、547II、551II、553III、554V等)、消费者保护之规范(312f、475、487、506)、顾客保护之规范(676cIII、676gV)、仅保护AGB使用人之契约相对人之规范、保护劳动者之规范(619、622VI)、《产品责任法》上之规范(ProdHaftG14);参见Karl Larenz/Manfred Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., München 2004, § 3, Rn. 105.

[22] 有学者将该款规定亦作为下注[21]所称“客观方面之半强行规范”;参见Karl Larenz/Manfred Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., München 2004, § 3, Rn. 106. 本文认为颇有不当:(1) 该款本身系完全强行规定,只是其规范内容是在明确其他有关消灭时效之法律规定具有半强行性;因此,将该款作为半强行规范,系混淆其规范内容与规范性质(详下)。(2) 此处之半强行规范,关注的是(旨在变更、排除其适用的)法律行为之内容,下注[21]所称之客观方面半强行规范,关注的是(旨在排除、变更其适用的法律行为外之)事实构成,两者有明显的不同。

上述半强行规定之类型,因其所针对之特殊事实构成千变万化,自非完全周延之列举。^[23]其各个之间,亦得相互组合,从而同时具备上述多种类型之特征^[24],如上举《消费者权益保护法》第26条第2款之规定,即同时为“特定缔结方式上之半强行规定”“内容上之半强行规定”,于此不赘。^[25]

2. 冲突法上之强行规定

此外,强行性尚因法律事实是否具有涉外因素而有不同。于无涉外因素之纯粹内国情形,强行规定一律不得以法律行为排除、变更。若案件因涉外而涉及冲突法,则强行规定之强行性,视其属于国内强行规定或国际强行规定而有不同:后者是指当事人就其所规范之事实构成不得选择准据法,从而其国内法上之强行性得于涉外案件中一以贯之;若非国际强行规定(即当事人得选择准据法时),其作为国内强行规定,即得因当事人选择他国法而排除适用。^[26]

[23] 如最高人民法院《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《买卖合同解释》)第32条规定:“合同约定减轻或者免除出卖人对标的物的瑕疵担保责任,但出卖人故意或者因重大过失不告知买受人标的物的瑕疵,出卖人主张依约减轻或者免除瑕疵担保责任的,人民法院不予支持。”据此,瑕疵担保责任之规定,仅在出卖人故意或重大过失未告知瑕疵时,方具有强行性。其相应于《德国民法典》第444条(该条规定:“排除或限制买方瑕疵担保权之约定,卖方恶意隐瞒瑕疵或就物之品质承担担保者,不得主张之。”),有德国学者称之为“客观方面之半强行规定”(objektiv halbzwingende Normen)。参见 Karl Larenz/Manfred Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., München 2004, § 3, Rn. 106. Reinhard Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 3. Aufl., München 2011, Rn. 97.

又如《合同法》第53条规定:“合同中的下列免责条款无效:(一)造成对方人身伤害的;(二)因故意或者重大过失造成对方财产损失的。”据此,关于违约责任之法律规定,在因“造成对方人身伤害”或违约方有“故意或重大过失”之事实构成而引发时,方不得约定排除或减轻、具有强行性,在其余情形则仍为任意规定。

[24] Karl Larenz/Manfred Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., München 2004, § 3, Rn. 107.

[25] 又如《德国民法典》第475条第1款规定,就消费买卖,经营者排除或限制瑕疵担保责任之协议,在瑕疵通知前预先作出的,经营者不得主张之;其同时符合类型二(仅限于瑕疵通知前预先作出的)、类型三(仅限于排除或限制,不包括强化其责任者)。又该条第2款规定,经营者不得以法律行为在瑕疵通知前预先将买受人瑕疵担保请求权之时效期间减为少于特定长度(二手买卖1年,其余2年);其同时符合类型二(仅限于瑕疵通知前预先作出的)、类型三(限于缩短,且缩短不得低于下限)。

[26] Olaf Deinert, Zwingendes Recht, Grenzen rechtsgeschäftlicher Gestaltungsmacht und Verbotsgesetz, Umgehungsproblematik und teilweise Aufrechterhaltung unzulässige Rechtsgeschäft, Köln [u. a.] 2002, Rn. 5, Fn. 8.

(三) 强行性面向违反之法律效果

1. 法律行为之效力

法律行为之内容,若违反规范之强行性面向,自不能排除或取代该强行规范之内容,故该法律行为之相应内容当为无效或不生效力^[27],亦即常发生部分无效,仅在例外情形方发生法律行为全部无效。于此尚应注意两点:

(1) 在例外情形,因法律另有规定,亦可有他种法律效力。^[28]如《合同法》第114条第2款关于违约金调整之规定,隐含“约定之违约金不得过低或过高”的强行规定,但约定内容违反这一规范内容时,并非无效,而是引发调整请求权。^[29]

(2) 尤值注意的是,法律行为违反规范之强行性面向时,就其法律效力,若无法律之特别规定,法官并无裁量之余地。因此,在法律适用上,德国通说认为,规范既具强行性,自非属私法自治范围,故法律行为违反规范之强行性时,自当无效,而无须适用《德国民法》第134条^[30];我国台湾

[27] 有学者即主张借鉴德国学说,区分无效(nichtig)与不生效力(unwirksam),在此因非属私法自治范围,因此,属于不生效力,而非无效。参见苏永钦:《寻找新民法》,北京大学出版社2012年版,第310—312页。其见解颇有值得赞同之处。关于两者的区别,参见Olaf Deinert, Zwingendes Recht, Grenzen rechtsgeschäftlicher Gestaltungsmacht und Verbotsgesetz, Umgehungsproblematik und teilweise Aufrechterhaltung unzulässige Rechtsgeschäft, Köln [u. a.] 2002, Rn. 3ff. 及其所引文献。

[28] 参见史尚宽:《民法总论》,中国政法大学出版社2002年版,第13页;郑玉波:《民法总则》,中国政法大学出版社2003年版,第309页。Olaf Deinert, Zwingendes Recht, Grenzen rechtsgeschäftlicher Gestaltungsmacht und Verbotsgesetz, Umgehungsproblematik und teilweise Aufrechterhaltung unzulässige Rechtsgeschäft, Köln [u. a.] 2002, Rn. 8.

[29] 如Olaf Deinert, Zwingendes Recht, Grenzen rechtsgeschäftlicher Gestaltungsmacht und Verbotsgesetz, Umgehungsproblematik und teilweise Aufrechterhaltung unzulässige Rechtsgeschäft, Köln [u. a.] 2002, Rn. 8. 所举三例为《德国商法典》第74a条(竞业禁止之约定,若非为雇主之正当利益或不正当地不利于雇员之职业生计者,无拘束力,雇员得选择遵守其规定或终止其规定)、《德国民法典》第343条(违约金过高之酌减)、《德国著作权法》第32条(约定之偿金不合理的,著作权人得请求被许可人同意变更契约至合理偿金)。

[30] Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, B. II, Das Rechtsgeschäft, Berlin [u. a.] 1979, § 17 2, S. 342; Dieter Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 9. Aufl., Heidelberg 2006, § 43, Rn. 645. Manfred Wolf/Jörg Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10. Aufl., München 2012, § 45, Rn. 4.