

强制规范与合同效力

——以合同法第 52 条第 5 项为中心

(申请清华大学法学博士学位论文)

培养单位：法学院

学 科：民商法学

研 生：耿 林

指导教师：崔建远 教授

二〇〇六年四月

Influence of Mandatory Norms upon the Effect of Contract

Dissertation Submitted to
Tsinghua University
in partial fulfillment of the requirement
for the degree of
Doctor of Law

by
Geng Lin
(**Civil and Commercial Law**)

Dissertation Supervisor: Professor Cui Jianyuan

April, 2006

摘要

强制规范对合同效力的影响在我国理论和司法实践中一直没有得到充分的研究和正确的对待。按照主观目的解释,新合同法制定时也只是从简单的法律位阶限制上来防止无效合同的泛滥。但这不能从根本上认识强制规范和合同效力之间的关系。

首先,在廓清和界定相关重要概念基础上,本文根据目的解释,构建了以合同法§52(5)为中心的我国法上的强制规范违反禁止规则的规范基础,即,原则和例外的规则体系。“违反法律和行政法规的合同无效”是原则,“但是如果法律另有其他规定的除外”是例外;并且,原则中的“无效”指狭义上的无效;“例外”中的“其他规定”则指其他所有效力瑕疵情形直至完全的有效。这一规范基础是我们判断违反特定强制规范的合同在私法上后果的基本法律依据。

其次,本文着重探讨了强制规范对合同效力影响的具体判断方法。

一个具体违反强制规范的合同,直接违反的不是合同法§52(5),而是具体场合下的具体强制规范。因此,在效力判断上,首先要根据规范目的对该具体强制规范所要保护的利益加以分析,再将之与基于合同的各种利益,如合同自由等加以比较,以得出这两类利益中哪一种更应具有优先性,从而应适用合同法§52(5)的原则部分还是例外部分,以及例外部分的何种具体效力情形的结论。

宏观的具体判断步骤是,要依次判断一个规范是否属于强制规范,是否应对合同效力发生影响以及发生具体的哪一种影响。在判断的具体方法上,本文主张采用规范目的解释方法,特别是根据利益和评价法学理论,并详细探讨了规范目的解释的具体操作方法。这一操作方法最多可能存在三个层次,即宏观的(抽象的)一般利益比较层次,一般的实践性优先考量和具体的事实上的利益关系限制。在任何一个判断环节,如果能够得出合同效力维护利益应该得到优先保护的结论时,判断即告终结,否则须依次判断。此外,在整个的利益衡量过程中,我国现阶段对于私法自治精神培养和国情因素扣除的观念也要始终贯穿于其中,以保证规范目的解释方法对中国国情的适应。

关键词: 强制规范 合同效力 规范目的解释 合同违法性 合同法第52条

Abstract

The Problem of the influence of mandatory norms upon the effect of contract has not got sufficient study and a proper approach in our country either in the theory or in the practice. According to the subjective teleological interpretation, the new Contract Law of China has paid attention only to the limitation of the certain layers of statutes in avoiding the unrestrained invalid contract, without recognizing essentially the relation between mandatory norms and the effect of contract.

After making clear the definition of the correlated basic concepts, based on the § 52(5) of Contract Law, the dissertation had built a norm basis (*Normgrundlage*) for the rule of the prohibit of breach of the mandatory norms according to the interpretation method of teleology, i.e. the rule of principle and exception. "The void contract because of breaching the law and administrative regulations" is the principle, "unless the law stipulates for other purposes" is the exception. In the first case the void contract means a certain, irremediable and to-all-person-effective void, while legal consequences in the last case includes all the other effects, for example the void, uncertain void and even the total positive effect. This is the legal basis for the evaluation of the legal consequences in private law to breach of the mandatory norms.

When a certain contract breaches a statute, it does not breach the § 52(5) of Contract Law but the mandatory norm(s) in concrete cases. Therefore, before judging the effect of a contract, we should analyze the benefit that the concrete mandatory norms protect in the purpose of the norm, and then compare it with the benefit of the contract. With submitting the priorities of the benefit to the norm basis (*Normgrundlage*) for the rule of prohibit of breach of the mandatory norms, we can come to the conclusion, that which effect of contract is applicable to the concrete breaching behavior. In another word, the rule of prohibit of breach of the mandatory is applicable only when it is analyzed together with the purpose of the concrete mandatory norm.

The detailed steps are as follows.

On micro-way of judgment, it is divided in turns into three steps: to judge if the

norm belongs to mandatory norm, then to estimate if the mandatory requires an influence upon the effect of the contract, and in the end to make out which kind of influence occurs: invalidation, relative invalidation, effect awaiting definition, or revocability, etc.

On concrete method, this dissertation puts forward an interpretation method of statutes aiming at the teleology of norms, esp. it delves further into an operative approach in the light of jurisprudence theory of interests and evaluation (*Interessenjurisprudenz und Wertungsjurisprudenz*) for the interpretation of the purpose of the norm (*Sinn und Zweck der Norm*). The approach contains three layers: abstract general interests, general practical priority, and the further limitation of relations to factual different interests. The course of judgment will cease in any steps when it comes to a conclusion, which the upheld interests of effect of the contract should get priority to protection. Otherwise it must continue in turns till the last one. In addition, through out the procedure of balancing the different interests, we should consider the typical social situations of China, such as the needs to nurse the spirit of autonomy of private law in social stage nowadays, and the deduction of special elements of the Chinese society. Only thus, can the method of interpretation keep pace with our social environment.

Key words: mandatory norms effect of contract teleological interpretation of norms illegality of contract Article 52 of Contract Law

目 录

第1章 概论	1
1.1 问题的提出	1
1.2 国内外的研究状况概述	5
1.2.1 中国大陆	6
1.2.2 我国台湾	13
1.2.3 德国	17
1.2.4 日本	19
1.2.5 英美法系国家	21
1.2.6 小结	23
1.3 研究的意义	24
1.4 研究的方法	25
1.5 论文的基本结构	27
第2章 强制规范的含义及类型研究	30
2.1 强制规范的含义	30
2.1.1 强制规范的用法整理	31
2.1.1.1 词语的选择	31
2.1.1.2 基本含义	37
2.1.2 与权利义务性规范的关系	45
2.1.3 与法的强制性	47
2.1.4 强制规范与违法	49
2.1.4.1 大陆法系	49
2.1.4.2 英美法系	51
2.2 强制规范的分类	52
2.2.1 广义的强制规范和狭义的强制规范	52
2.2.2 强制规范(狭义)和禁止规范	53
2.2.3 民法上的强制规范和民法外的强制规范	54
2.2.3.1 关于名称	55

2.2.3.2 关于标准	57
2.2.3.3 关于划分的意义	60
2.2.4 效力规范与纯粹管理规范（单纯取缔规范）	61
2.2.5 绝对强制规范和相对强制规范	62
2.2.6 意思表示上的强制规范和事实行为上的强制规范	65
2.2.7 对一方的强制和对双方的强制	67
2.3 关于强制规范的主要立法例	68
2.3.1 区分立法例	69
2.3.2 混合立法例	70
2.3.3 规范目的保留条款立法例	71
2.3.4 无规范目的保留条款立法例	72
2.3.5 立法例条款的功能	72
第 3 章 强制规范与相关概念的关系研究——公序良俗；诚实信用；法律规避	74
3.1 强制规范与公序良俗	74
3.1.1 公序良俗的含义	74
3.1.2 公序良俗在我国现行法上的规定	76
3.1.3 对二者关系的认识	79
3.2 强制规范与诚实信用	83
3.2.1 诚实信用的含义	83
3.2.2 诚实信用在我国法上的规定	86
3.2.3 对二者关系的认识	87
3.3 强制规范与法律规避	96
3.3.1 法律规避的含义	96
3.3.2 我国法上的法律规避	98
3.3.3 对二者关系的认识	101
第 4 章 强制规范与合同效力的一般关系研究	103
4.1 培育私法自治观念，建立市民社会氛围：公法、公共权力与私法	104
4.2 强制规范存在的价值前提：有比对合同自由的维护更重要的价值	109
4.3 法解释是确定强制规范对合同效力影响的根本途径	112

4.4 强制规范的规范基础: 重要的价值观念的诸种表现与利益考量	115
4.4.1 利益是强制规范背后的规范基础	115
4.4.2 利益的诸种表现	117
4.4.3 利益与利益衡量	119
4.5 类型化是辅助法解释的重要方法	121
4.6 国情中抵消因素的扣除	122
4.7 法律制度的统一与分离	125
4.8 法律明确规定了违反后果的情形	129
第5章 强制规范对合同效力影响关系的进一步确定研究(一): 法解释	131
5.1 通常解释方法: 字面解释	132
5.1.1 字面解释的含义	132
5.1.2 对合同法§52(5)的字面解释	133
5.1.3 对具体强制规范的字面解释	134
5.1.4 小结	140
5.2 特殊解释方法: 规范目的解释之最高原则	140
5.2.1 目的解释	141
5.2.2 对于合同法§52(5)的目的解释	143
5.2.2.1 §52(5)的适用方法	143
5.2.2.2 具体规范目的对§52(5)在适用上的要求	144
5.2.2.3 对§52(5)的目的限缩	145
5.2.2.4 §52(5)的规范构成	147
5.2.3 对于具体强制规范的目的解释方法及利益衡量	149
5.2.3.1 利益比较	150
5.2.3.2 强制规范所保护利益的探明	151
5.2.3.2.1 保护利益探明的方法	151
5.2.3.2.2 各种保护利益的表现	154
5.2.3.3 利益衡量的具体方法	156
5.2.3.3.1 抽象的优先性筛选	157
5.2.3.3.2 实践的优先性考量	161
5.2.4 目的解释与法官造法	168
5.3 有关的具体解释情形	169

5.3.1 民法上的有关规定	169
5.3.1.1 关于可撤销情形的预先约定排除	169
5.3.1.2 关于民事责任规定的规范性质	170
5.3.1.3 合同法关于违约金的规定	171
5.3.1.4 关于合同法§53	174
5.3.1.5 关于建筑工程承包	177
5.3.2 一般民法以外的规范解释	178
5.3.3 小结	180
第6章 强制规范对合同效力影响关系的进一步确定研究(二):类型化之解释规则	182
6.1 一般解释规则的“例外”类型化	183
6.1.1 公法上强制规范的特殊性	183
6.1.1.1 公法上强制规范的一般特征	183
6.1.1.2 纯粹管理规范	184
6.1.2 财产惩罚的预防可能性	186
6.1.3 法律和平和法律安定性的利益考量	188
6.1.4 合同已经履行对违法合同效力的影响:履行与未履行	189
6.1.4.1 履行行为对效力影响的原因	190
6.1.4.2 已履行行为对效力影响的理论基础:结果考量的导向功能和法律的安定性	194
6.1.5 强制规范所调整的当事人的范围:一方违法和双方违法	196
6.1.6 合同当事人的主观恶意:双方恶意与一方恶意	201
6.2 个案事实特征的类型化	205
6.2.1 按照单个合同发展的自然阶段划分	206
6.2.1.1 合同的订立形式违法	206
6.2.1.2 合同的周围情势违法	208
6.2.1.3 合同的内容违法	210
6.2.1.4 合同的履行违法	211
6.2.2 按照调整事项范围的分类	214
6.2.2.1 资格类	214
6.2.2.1.1 物品安全审定类	215

6.2.2.1.2 资源配置类	216
6.2.2.1.3 批准类	216
6.2.2.1.4 资质、资格类	218
6.2.2.1.5 主体资格类	220
6.2.2.2 期间、价格和利息管制类	222
6.2.2.3 制度保护类	223
6.2.3 类型以及解释方法的竞合	225
第7章 强制规范违反之后果研究	227
7.1 违反后果概述	227
7.1.1 违反强制规范的私法上后果的法律依据	229
7.1.2 §52(5)中“法律、行政法规”范围的目的解释——强制规范的形式范围	229
7.1.3 违反强制规范后果的形式	232
7.2 效力瑕疵:无效(狭义)、相对无效、效力待定和可撤销	240
7.2.1 作为各种效力瑕疵情形的上位概念	241
7.2.2 狭义的无效	243
7.2.3 绝对无效和相对无效	244
7.2.4 不同效力瑕疵情形与强制规范之间的关系	248
7.3 部分无效	249
7.3.1 部分无效的一般含义	250
7.3.2 部分无效与强制规范违反禁止	251
7.3.2.1 法律禁止违反情形下的部分无效的依据	251
7.3.2.2 无效范围的解释依据	252
7.3.2.3 典型的违反法律强制规范时的部分无效情形	253
7.4 无效的转换和确认	255
7.4.1 无效行为的转换	255
7.4.2 无效行为的确认	256
7.4.2.1 确认行为的一般理论	256
7.4.2.2 确认与强制规范违反	258
7.4.2.3 确认制度与我国法	259
7.5 强制规范违反的时间点与效力	260

7.5.1 法律行为缔结时违反.....	260
7.5.2 法律行为缔结后违反.....	261
7.5.3 法律行为缔结后禁止性法律被取消.....	261
第 8 章 结语：总结与问题展望.....	263
8.1 本文总结.....	263
8.1.1 研究起点.....	263
8.1.2 解决思路.....	264
8.1.3 一点心得.....	267
8.2 问题展望.....	268
参考文献.....	270
致谢与声明.....	279
个人简历、在学期间发表的学术论文与研究成果.....	280

第1章 概论

1.1 问题的提出

合同自由原则是合同法乃至民法（私法）的一项重要基本原则，是合同法区别于其他民事法律制度的一个重要特征之一。从市民社会^①与国家的区分理论上讲，合同自由原则是私法自治精神的最集中的和最重要的体现，是普通民众得以过自己的生活（所谓市民生活）而不受外界公共权力干预的基本保障，也是充分发挥个人自主性和创造性，从而促进经济发展和整个社会发展的基本条件。可以说，没有合同自由原则就没有合同法，有的只能是计划法。所以，对合同自由原则的重要性，在我国，自改革开放以来得到了越来越明确的认识。这一点应当首先得到肯定。^②这也是20多年来我国经济能够得以快速增长的重要原因之一。^③但是，任何自由都不是绝对的，都是有限制的。绝对的自由只能带来绝对的市民混乱和国家的无政府主义。合同自由当然也不例外。合同自由受到的一个重要限制之一就是不得违反法律，即合同自由要受到法律的限制，

① 关于市民社会的研究德国理论主要是在公法上，特别是宪法层面展开的，并且通常都在“社会和国家(Gesellschaft und Staat)”的概念下进行的。(Vgl. Sachs, Michael (Hrsg)/Murswiek, Kommentar zum Grundgesetz, 1999, S. 256. 感谢慕尼黑大学法学院退休教授 Peter Schlosser 博士为笔者解释这方面的问题，并且帮助查阅相关资料。)但是，在德语社会中，也有相当于“市民社会”的独立概念，那就是“私权社会”或者“私法社会”(Privatrechtsgesellschaft)。私权社会理论是在上世纪六十年代由新自由主义法学家 Franz Boehm 在其《私权社会和市场经济》(Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft)一书中系统阐述并发展起来的。此后，Mayer-Maly, Canaris, K. Hesse, Zoellner, Kramer 等著名学者都对此撰写过文章加以讨论。参见，Franz Bydliński, Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichem Recht, AcP, 194(1994), S. 324 ff, besonders Fussnote 16.

② 我国学者对于意思自治和合同自由的关注和重视是有目共睹的。主要参见，马俊驹、陈本寒：《罗马法契约自由思想的形成及对后世法律的影响》，《武汉大学学报（哲学社会科学版）》，1995年第1期；尹田：《论意思自治原则》，《政治与法律》，1995年第3期；姚新华：《契约自由论》，《比较法研究》，1997年第1期；梁慧星：《从近代民法到现代民法》，《中外法学》，1997年第2期；江平、程合红、申卫星：《新合同法中的合同自由与诚实信用原则》，《政法论坛》，1999年第1期；李永军：《从契约自由原则的基础看其在现代合同法上的地位》，《比较法研究》，2002年第4期；李建华：《论私法自治与我国民法典》，《法制与社会发展》，2003年第3期；赵万一：《对民法意思自治原则的伦理分析》，《河南省政法干部管理学院学报》，2003年第5期；蒲菊花：《试论意思自治与法律行为效力的关系》，《宁波大学学报(人文科学版)》，2004年第2期；徐涤宇：《私法自治的变迁与民法中“人”的深化》，《华东政法学院学报》，2004年第6期；房绍坤：《论私法自治和物权法定之辩证关系》，《法学杂志》，2005年第5期。翻译的专门著作主要有，[德]康德拉·茨威格特、海因·克茨：《合同法中的自由与强制》，孙宪忠译，梁慧星主编，《民商法论丛》第9卷，北京，法律出版社，1998年版，第349—350页。

③ 王利明教授将合同的这一功能称之为鼓励交易原则，也是恰如其分的。参见，王利明：《合同法的目标与鼓励交易》，《法学研究》，1996年第3期。其他学者也多予以肯定。参见，崔建远：《合同法》，北京，法律出版社，1998年版，第22—24页。

是在法律范围内的自由。正如瑞士债法 § 19 I^① 所宣示的合同自由原则一样：合同的内容在法律限制的范围内可以任意确定。可见，瑞士法在表述原则的同时也没有忘记加上限制条件。但是，合同自由要受到法律的限制，并不意味着所有制定法上的规定都是对合同自由的限制，一旦合同的约定与这些规定相抵触时便无效，而是说，合同的约定不能同法律的“强制性规定”相抵触。因为，制定法的条文并不是全部都具有强制性，有些条文只是起到补充当事人约定不足的作用，或者对当事人的意思起到解释作用，或者是给当事人提供一些指引或提示作用，等等。这些任意性规范、解释性规范或指引性规范，并不包含否定当事人“违法”行为的法律效力。相反，此时，“违法”的约定还有高于法律所制定的条文的效力。特别是，在强制性规定违反中，也并不是所有违反的情形都要求合同无效。因为，有些强制规范只是起到为当事人设定一般性义务的作用，有些纯粹是为了保护特殊场合下的一方当事人利益，有些是为了具体法律制度构成要求的需要（比如物权法定主义），有些则可能纯粹是出于民法以外的法律规范目的考虑，比如行政管理上的需要，等等。所以，对强制规范的违反也并不必然导致对当事人合同效力的否定，甚至绝对否定。当然，对合同自由的限制也并不仅限于制定法上的直接规定。由于制定法对于社会发展来说具有一定的滞后性，一些需要限制合同自由的情形并不能都包含在预先制定的法律之中。对此，各国立法和司法实践通常都是通过公序良俗（大致类似于我国立法上使用的“社会公共利益”等概念）和诚实信用等概括性条款来衡量适用的，以作为法律在必要时对合同自由加以进一步干预和调节的手段。

通过以上分析，我们就已经进入到了这样一些概念关系之中：限制合同自由的强制性规定与合同效力^②的关系是什么？换句话说，我们应该如何理解强制

① “§ 19 I”表示的是第19条第1款。本文在涉及到法律条款的表述时，除非特殊场合的需要，一律采用缩略表示法。具体方法是：符号§表示“条”；该符号后面的阿拉伯数字表示该条的条文序次；“§”表示两条以上的并列条文列举，省略每一条文序次前的“§”；罗马数字表示“款”；Times New Roman 字体的小括号“()”括住的阿拉伯数字表示项。如果某条文只有一款，其下直接规定了数“项”，则省略“款”，直接表示条和项。比如，§ 52(5)表示，第52条第5项。

这种处理既可以避免大量的重复，又可以避免阅读上的直接表述法的冗长不便。这一做法是受德国法理论上大量使用约定俗成的缩略语的启示。这是由德文特点决定的。汉语中可行的缩略语也是必要的。本文主要在法律条文表述中使用缩略语。

② 瑞士债法(OR) § 19 I：该条第2款：与法律上规定相偏离的约定，只有在该法律没有作出不得变更的规定，或者该偏离在订立时不违反公共秩序、善良风俗或者人格权的，才是允许的。——说明：本文涉及到的所有国外立法例（德国、瑞士、奥地利、日本和美国第二次合同法重述等）上的相关条文翻译，除特殊说明外，均系本人从该相关立法例原文直接翻译。荷兰民法典上的相关内容，则系本人直接从英文，并参照德文译本译出。

③ 本文的研究主要以强制规范对合同效力的影响为主，尽管其规则的适用也可以兼及合同以外的其他法

性规定?它是指所有的义务性规范还是仅仅指对合同效力产生否定效果的规范?对于后者,是指导致完全无效的规范还是指同时也包括其他效力瑕疵的规范,如可撤销、效力待定的规范等?如何区分这两类规范?即,区分的标准是什么?有没有一个统一的判断标准抑或一个类型化的标准?最后,但决不是不重要,是所有这些问题解决的法律上的依据,即法律规范基础(Normgrundlage)又是什么?

我们首先从我国制定法上相关规定的分析开始,作为进入本文主题的切入点。从中我们将会看出,对于强制性规范和合同效力之间关系问题,我国法并没能给予妥善地解决,也可以说,我国法对此尚缺乏一个明确的解决问题的思路。

1985年颁布的涉外经济合同法^① § 7 规定,“违反中华人民共和国法律或者社会公共利益的合同无效。”1986年颁布的民法通则 § 58 条规定,“违反法律或者社会公共利益的”行为(第5项),“经济合同违反国家指令性计划的”行为(第6项),都是属于无效民事行为。1987年通过的技术合同法在 § 21(1)则规定,“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。1993年修订的经济合同法 § 7(1), (4)规定,“违反法律和行政法规的合同”,无效;“违反国家利益或社会公共利益的经济合同”无效。合同法 § 52(5), (4)则分别规定,合同“违反法律、行政法规的强制性规定”的,无效;“损害社会公共利益的”,无效。

从这些规定的历史沿革可以看出,我国立法对于强制规范违反禁止规则^②(比如合同法 § 52(5))一直是予以重视的。并且,不同时期的立法也在不断地试图通过词语表达上的变化,来体现国家对合同自由干预范围的缩小和干预程度的减弱,体现对当事人意思尊重范围的不断扩大。具体表现在,第一,把违反具体的法律同违反抽象的社会公共利益区分开来;第二,对具体违反的规范客体(违反法律的情形)在表述上通过不断加以限定的方式来限制合同无效的范围:“法律(法律、法规)”→“法律、行政法规”→“法律、行政法

律行为。在表述上,本文必要时也使用“法律行为”,而没有在合同和法律行为之间做刻意的区分。

① 关于法律等规范文件的名称表示,需要说明三点。第一,我国法律名称中常常冠之以正式国名“中华人民共和国”字样,为简便,该冠名一律省略。需区别或强调时,名称前加“我国”字样。第二,在法律名称表述时不使用书名号。第三,前两条规则在使用中的例外情形是,如果行文必要时,比如对他人引述的使用或者对于名称复杂的司法解释等,则保留完整的名称表示方法。

② 参见,本文第2章2.2.2末段。

规的强制性规定”。^①

客观地说，立法上的努力的确起到了较好的预期效果。并且，由于立法带动的司法观念的变化，我国司法人员，特别是法官，在处理合同纠纷案件时的基本观念也发生了根本的变化：即，由过去的动辄即以触犯某条法律规定为由宣布合同无效，变化到尽量尊重当事人意思，以使合同发生效力。这种积极的改变是值得肯定的。它客观上起到了减少把大量合同认定为无效的效果。但是，从中我们也可以看出存在的问题。首先，这一不断限定的努力本身就说明，我们对强制规范与合同效力之间关系的认识，从一开始起就是不太明确的，对当事人意思的尊重也重视得不够。其次，我们仔细地考察这一规定，仍然会发现，这条规定仍有其不足之处。简单地以法规类型（规范的效力位阶）来限制过多无效情形的发生，在处理上显得过于机械。因为，显然有些低于行政法规级别的部门规章等，也包含着强烈地排斥当事人意思自治的合理的公共政策因素。比如，中国人民银行关于金融方面的有关规定，有关证券方面的规定等。为弥补此种缺陷，最高人民法院不得不通过某些会议纪要的形式，传达在特定情形下可以不受行政法规限制的“精神”。^②理论上也不得不为此作出某些修正性解释。^③此外，本条的规定，在文意上，通常会被解释成，凡是违反强制性规定的，一定产生无效的后果。这样，有时当合同违反某“强制性规定”时，如果适用合同法§52(5)的规定认定合同无效，我们的良知和直觉常常又会告诉我们，此时认定无效是不妥当的。这就使得我们陷入一个巨大的矛盾之中：认定无效有失公正，认定有效又违反法律规定。因为法律没有直接从文上规定出效力的限定条件，一个像德国民法典§134“违反法律禁止规定的法律行为无效”原则规定中的例外规定——“如果法律没有其他规定”，即德国法理论上的“规范目的保留(Normzweckvorbehalt)”条款^④。

如果我们直接从§52(5)中认定其中包含一个可以不影响合同效力的含义来，那么，又如何解释这种含义的产生呢？因为通常我们的解读是得不出这样的意思来的，理论和司法实践通常也都没有得出这层意思。^⑤

① 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）》§4：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。另参见，王利明：《关于无效合同确认的若干问题》，《法制与社会发展》，2002年第5期，第60页。

② 参见，1993年5月6日最高人民法院法发[1993]8号《全国经济审判工作座谈会纪要》。

③ 参见，王利明：同上文，第60页。

④ Staudinger/Rolf Sack, Kommentar zum BGB, (2003) §134, Rn. 57 ff.

⑤ 比如，近年来，在理论界已经有一些学者明确认识到，违反强制规定并不一定导致合同无效，但却没

以上是就法解释而言的。如果我们通过解释论或者在立法论上解决了上述疑问,比如通过解释得出或者通过法律的修改直接规定出一个规范目的保留条款,问题是否就因此消失了呢?答案仍然是否定的。因为,不管我们是在立法上采取像德国法^①那样的做法,规定一个例外情形,以给有效解释留下一个合理存在空间,还是像日本法^②那样,使用“法令中有关公共秩序的规定”的概念,将强制性规定^③违反通常限定在无效后果上,另外再在行政的强制性规定中创造一个没有无效后果但却带有行为强制意思的概念,比如“取缔规定”,则上述解释论上的困境自然就不存在了。但它仅解决了一个为解决问题所需要的合理逻辑概念体系这一形式问题,即解决了一个强制规范违反禁止的规范基础(Normgrundlage)问题,包括规范构成(Aufbau der Rechtsnorm)以及内容结构(inhaltliche Rechtsstruktur),^④解决的只是判断上所应适用的法律依据问题,其适用上的具体判断问题依然存在,即,对于一个具体的强制性规定,如何判断它是否对合同的效力发生影响,或者如何区分效力性规定和取缔规定?也就是说,面对一个具体的强制性规定,判断它是否对合同效力发生影响的具体标准是什么?效力影响有无程度的差别及类型上的差别?无效以后的后果如何?等等。

这正是本文所要解决的基本问题点:即我国法上的强制规范违反禁止的规范基础和以此为基础的强制规范对合同效力影响的具体判断标准。本论文将主要围绕这一核心问题展开讨论,希望能为我国强行规范的私法效力理论研究及相关实践作出一点贡献。

1.2 国内外的研究状况概述

研究现状的总结便于在研究中确定正确的研究起点和方向。对于国外的研究,也是我国学习和借鉴的重要知识来源。正所谓,他山之石,可以攻玉。当

有从合同法§52的适用上解释其依据。有人甚至跨过法解释,直接提出对于合同法§52(5)的立法论上的修改建议,而不是首先从解释论出发来讨论问题。参见,王从蓉:《试论违反法律、行政法规强制性规定的合同效力》,《运城学院学报》,第22卷(2004年),第5期;陈保栋:《违反行政法规强制性规定的合同无效研究》,郑州大学硕士学位论文,2005年5月,第36页。

① 德国民法典§134:法律行为违反法律上的禁止时,无效,如果法律不是另有其他规定的話。

② 日本民法典§91:法律行为的当事人没有表示与法令中有关公共秩序的规定相反的意思时,则从其意思。

③ 日本民法理论上没有“强制性规定”的提法,与之相近的概念是“强行规定”。“强行规定”也有广义和狭义等不同的用法,对此本文将在第2章中进一步分析。这里为方便起见,只用我国法上的用语来做统一表述。

④ Vgl. Bernd Ruethers, Rechtstheorie, 2. Aufl. C. H. Beck, Muenchen 2005, Rn. 120 ff., S. 95 ff.; 另参见,本文第5章5.2.2。

然，这一表述借人之长以补己之短的优美而又委婉的典故，在用于表达本课题研究的借鉴场合时，还真有点自嘲意味。因为，我们其实倒是更像在用他山之玉来雕刻此山之石。当然，国别不同，国情有异；年代不同，潮流有异。我们定然也不可以照单全收而食洋不化。

1.2.1 中国大陆

我国大陆对强制规范与合同关系的研究，大致可以分成三个时期。一是经济合同法时期，二是修订的经济合同法和新合同法时期，或称前合同法时期，三是最近几年的后合同法时期。在早期的经济合同法时期，人们似乎在更多时候认为，根据经济合同法§7的规定，或者民法通则§55(3)的规定，违反强制性规定的行为理所当然无效的。法律本身的用词在字面上也正显示着这样的含义。在修订经济合同法过程中，对因违法而无效加以适当限制的呼声越来越高，并最终体现在1993年9月修订的经济合同法上（§7(1)）。^①在新合同法制定过程中，关于合同自由和国家干预也一直是争论的主要问题之一，其中，将强制性规定限制在一个必要的范围之内是有着高度共识的基本思想。^②直至1999年新合同法制定，这种限制无效的思路愈趋成熟，最终被明确强调为只有“违反法律和行政法规的强制性规定”的合同才无效。强制规范的概念也首次体现在法律条文之中。实际上，新合同法对于修订的经济合同法上的用词改变，更具有强调的意味。因为，修订的经济合同法中的“违反法律和行政法规”，虽未加限制，也一定是指对其中强制规范的违反。^③这种明确表达的规范位阶限制思想也许首先来自于实践操作上方便的需要。^④理论上也有不少探讨，如王卫国教授主张借鉴国外经验和我国的审判实践经验，违反法律强制规定的才无效；^⑤王利明教授在1996年针对制定统一合同法（即新合同法）撰文主张，以违反“法律、行政法规的禁止性规定”作为无效的标准。^⑥所以，这一阶段的研究自然多是针

① 参见，梁慧星：《论经济合同法的修改》，《民法学说判例与立法研究》，北京，中国政法大学出版社，1993年版，第83—85页。该文最早发表于《中南政法学院学报》1991年第3期。

② 参见，梁慧星：《中国合同法起草过程中的争论点》，《法学》，1996年第2期，第14页。

③ 同样的见解，参见，武钦股：《合同效力的研究与确认》，长春，吉林人民出版社，2001年版，第117页。

④ 《1993年中南、东北三省（区）经济审判（洛阳）研讨会纪要》，最高人民法院经济审判庭编：《经济审判资料选读》，第一辑，北京，人民法院出版社，1993年版，第39页；最高人民法院法发[1993]8号：《全国经济审判工作座谈会纪要》。

⑤ 王卫国：《论合同无效制度》，《法学研究》，1995年第3期，第16页。

⑥ 参见，王利明：《统一合同法制定中的若干疑难问题探讨（上）》，《政法论坛（中国政法大学学报）》，1996年第4期，第56页。