

福建省律师协会省直分会 编

法律思辨



● 海潮摄影艺术出版社



福建省律师协会省直分会 编

海潮摄影艺术出版社

图书在版编目(CIP)数据

法律思辨/福建省律师协会省直分会编. —福州:海潮摄影艺术出版社, 2006. 7

ISBN 7-80691-257-6

I. 法… II. 福… III. 法律—文集 IV. D9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 078884 号

责任编辑:陈月生

封面设计:郑必新

法 律 思 辨

福建省律师协会省直分会 编

*

海潮摄影艺术出版社出版发行

(福州市东水路 76 号福建出版中心 12 层)

福州超辉印刷有限公司印刷

开本:889 毫米×1194 毫米 1/32 印张:13.25 字数:340 千字

2006 年 7 月第 1 版 2006 年 7 月第 1 次印刷

印数:1—2000 册

ISBN 7-80691-257-6
D·13 定价:29.00 元

LOW ANALYSIS

序

福建省律师协会省直分会会长 郑新芝

律师是一种古老又高尚的职业,又是一种颇具争议的职业,褒贬不一,莫衷一是,在人们的心目中一直处于非常微妙的境地。但有一点是大众所认同的,那就是,律师首先是法律职业人,正像祭司们靠宗教生活,而律师靠法律生活一样。在此,又引伸出一个新的话题,作为靠法律生活的律师,是否应成为“学者律师”,对此,法学界乃至多种媒体有赞成者,有反对者,两种意见大相径庭,不了了之,就像辩论赛的双方,不以各自结论的对或错为评判得分的标准。但有一点,作为赞成和反对者一致认可的是:律师除了应具有律师职业“勇者不惧”的品格和独立之人格外,还需要丰富的法学底蕴,作为一名好的律师,不能仅靠经验办案,还应时时站在法律实务的高度上,不断学习和吸收新的法学理论知识,否则知识老化,抱残守缺,终被淘汰。同时,还要对法律的办案经验进行总结,不断提炼、提升到一个新的境界。法律的发展实在太快,律师知识的更新、法律知识功底的锤炼势在必然。

德国法哲学大师古斯塔夫·拉德布鲁赫曾强调:“法律职业的要求之一是,必须每时每刻同时对该职业的高贵及其深刻的问题性有所认识”,“对我们这些法律职业人而言,最难做到的事情是:既要对我们的职业有所信仰,但又同时在我们本质的无论哪一个极深的层次上不断地对此加以审问。”基于此,福建省律师协会省直分会自2001年成立以来,就始终致力于推动和促进省直36家律师事务所近800名律师业务素质和法学理论及实务的加强和提

高,在日常法学理论和律师各项业务学习、培训的基础上,每年进行一次律师实务研讨会,且每年论文的质量都有很大的提高。尤其是2005年度的省直律师论坛,参加研讨论文共151篇,经专家组精心评选,共评出36篇优秀论文。当然,仁者见仁,智者见智,又由于限制了优秀论文的篇数,以致于还有许多优秀论文未能脱颖而出。省直分会从优秀论文中选出28篇拟结集出版,一为激励,二为交流,三为能获得律师界同仁及法学界人士的指教。

读过这些论文的律师同仁、专家学者都认为律师论文虽还不具有精深的法学理论,与搞课题研究的学者们所要求的还有一定距离,但毕竟他们是有感而发,特别是他们处于法律理论运用的最前沿,他们能最深切、最敏捷地捕捉到从国家立法到司法过程中所遇到的紧迫问题,并提出予以解决的立法建议及有益的观点,以此推动国家从立法到司法的完善,也使法学理论研究更为深入、更有前瞻性。作为每天为案件殚精竭虑的律师们,在阅读这些论文时,总能有所感悟,有所启迪,正如走在弯弯曲曲的路上,在拐弯处有了一个路标;在山穷水尽处,望见一片绿洲;在寻寻觅觅之中,蓦然回首,那人却在灯火阑珊处的一份欣喜。

尽管这本书是个开端,是个尝试,我们也深知,这本书犹如“小荷才露尖尖角,早有蜻蜓立上头”,虽有诸多不足,但毕竟一分耕耘就会有一份收获,诚如佛家所言“功不唐捐”(功夫不会白费)。

我们将一如既往,让年年都有这么一本论文集与我们相伴同行。

目 录

论违反法律、行政法规强制性规定的合同效力

..... 福建天泽广业律师事务所 余伟京(1)

股东有限责任排除适用法律问题研究

..... 福建建达律师事务所 洪鼎光(12)

有限责任公司股东资格认定

..... 福建君立律师事务所 徐 军(69)

公司对外担保的法律规定探讨

..... 福建天泽广业律师事务所 陈炳庆(86)

公司为股东提供担保效力认定的发展与思考

..... 福建新世通律师事务所 翁齐斌(95)

论生育权侵权及其法律救济

..... 福建创元律师事务所 李文康(112)

浅议我国《婚姻法》中的损害赔偿制度

..... 福建元一律师事务所 龚丽梅 刘宜军(122)

探究缔约过错责任的认定及赔偿范围的确定

..... 福建元一律师事务所 颜梅林 陈 亮(132)

浅议证明标准

..... 福建共与和律师事务所 陈建明(142)

论民事诉讼之证明标准

..... 福建天泽广业律师事务所 叶知年 汤渊儒(155)

交警电子取证的法律思考

..... 福建名仕律师事务所 许 明(168)

试述我国当前物业管理中亟待解决的法律问题

..... 福建创元律师事务所 蔡思斌(177)

试论保险代位求偿权的法制完善

..... 福建名仕律师事务所 兰友鹏(199)

城市房屋拆迁纠纷的根源与解决方法

..... 福建远见律师事务所 刘剑飞(216)

公立高校学生身份权的可诉性分析

..... 福建远见律师事务所 郑 萍(226)

论事实劳动关系与雇佣关系

..... 福建远见律师事务所 叶树春(236)

从 BOT 项目运作分析我国担保法律制度的缺陷

..... 福建远东大成律师事务所 葛衍强(249)

积欠工资垫偿制度研究

..... 福建远东大成律师事务所 吴文兴(270)

论建设工程质量合格但施工合同无效或被撤销时工程价款的确定——兼评《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》第二条

..... 福建元一律师事务所 丁茂福(282)

医疗美容损害赔偿的法律思考

..... 福建八闽律师事务所 官玉琴(294)

违约之诉中精神损害赔偿的理论探究

..... 福建君立律师事务所 张 健(304)

巨额财产来源不明罪探讨

..... 福建创元律师事务所 吴立光(314)

论“零口供”在我国司法实践的运用

..... 福建君立律师事务所 王彬瑜(329)

关于创建我国刑事被害人财产权益保护制度的构想

..... 福建元一律师事务所 张文锋(342)

论刑事诉讼中口供的采信

..... 福建中美律师事务所 沈建忠(356)

论中国律师刑辩豁免权制度之构建

..... 福建吴浩沛律师事务所 姜 颖(373)

律师事务所规模合理化发展之浅见

..... 福建元一律师事务所 檀木林 沈晨昌(386)

从香港的发展谈律师在构建和谐社会中的作用

..... 福建闽天律师事务所 曹 卫(397)

论违反法律、行政法规强制性规定的合同效力

福建天泽广业律师事务所 余伟京

【内容摘要】 在我国,违反法律、行政法规强制性规定的合同一般被确认为无效,这有可能违反合同法的自由、诚实信用、交易安全等原则,不利于合同当事人权益的保护。立法和司法实践中应准确界定“法律、法规的强制性规定”,违反此类规范合同的效力应多元化,分别确认为无效、未生效和有效。

【关键词】 强行性法律行政法规 合同效力 公共利益

我国立法和司法实践对于违反强行性法律、法规的合同效力问题的一般态度是确定其无效。这种理解在实践中造成了许多问题,如购买质量不合格的食品用于饲养动物的合同、移转划拨土地使用权的合同但未办理出让手续并交纳土地使用权出让金、预售未获得预售许可证的商品房合同,未获经营许可证的经营行为、股份有限公司发起人在公司成立日起三年内签订转让股权的合同等,若将此类合同一概划归无效,不仅缺乏理论依据,而且无效合同的责任形式还有可能违反合同自由原则、诚实信用原则尤其是近年来日益受到重视的交易安全原则,导致订立合同一方当事人的权利无法得到最终保护,甚至一方当事人恶意抗辩。违反强行性法律、法规的合同效力问题反映的是国家强制力和私权自治原则之间的取舍,在实践中也是困扰民事司法的一个重要问题。

近几年,最高人民法院对于违反法律、行政法规强制性规范合同,并不都确定为无效。如2001年《最高人民法院公报》第4期

刊登的《于存库诉董成斌、董成珍房屋买卖纠纷案》，观点已有转变。该案原告于存库以房屋占用的土地是划拨的，依法不能转让，且房屋产权仍未变更等为由，要求确认房屋买卖协议无效。四川省广汉市人民法院认为：“虽然于存库对该土地还只有划拨土地使用权，但不影响他在补办土地出让手续后出售私有房屋。于存库以签订协议时尚未取得土地使用权以及该宗土地是划拨取得不能转让为由，主张房屋协议无效，其理由不能成立”，判决原、被告签订的协议有效。又如2003年通过的《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》第6条规定：“当事人以商品房预售合同未按照法律、行政法规规定办理登记备案手续为由，请求确认合同无效的，不予支持。当事人约定以办理登记备案手续为商品房预售合同生效条件的，从其约定，但当事人一方已经履行主要义务，对方接受的除外。”《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）第50条、《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《合同法解释》）第10条对于当事人超越经营范围订立的合同，《合同法解释》第9条对于未经批准及登记的合同，也不一概确定为无效。说明我国司法界对于该类合同是否有效的态度已经有了巨大的转变。

但是违反强行性法律、法规的合同哪些属于有效、哪些属于无效、哪些属于未生效，立法上却鲜有规定，一般仅通过个别条款列出，没有统一的判断标准。本文认为，不应当简单地认为只要是违反了强行性法律、法规的合同即为无效。违反法律、法规强行性规范合同应区别认定为无效、有效、未生效等，下文也将对效力性规范的认定作一分析。

一、违反强行性法律、法规的合同不应均认定无效

目前我国立法和司法实践主张违反强行性法律、法规的合同均为无效的依据是：我国《民法通则》第58条“下列民事行为无效：……（五）违反法律或者社会公共利益的……无效的民事行为，

从行为开始起就没有法律约束力。”《合同法》第52条：“有下列情形之一的，合同无效：（一）一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；（二）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；（三）以合法形式掩盖非法目的；（四）损害社会公共利益；（五）违反法律、行政法规的强制性规定。”《合同法》规定的“法律、行政法规的强制性规定”与《民法通则》规定的“法律”范围相比，包含了减少无效合同的立法意图。但仅有此规定仍然未能足够严谨地界定无效合同，司法实践中对无效合同的认定仍然过于宽泛。

（一）违反意思自治的原则

合同是当事人双方意思表示一致的协议，其存在基础是意思自治。合同无效是国家对合同是否对当事人产生其预期约束力的一种强制性判断，是对私权的干预。这种干预在现代法治国家是被限制到最小范围的。一般而言，民事主体许诺的意思表示只要不危害公共安全或他人合法利益，并不被认为无效。私法中还允许意思表示存在瑕疵或主体不合格的合同经过效力补正后可以获得有效合同的约束力。

违反强行性法律、法规的合同未必就侵犯了社会安全或他人的利益。如厂家向顾客销售已过保持期的食品用于饲养动物，个体花店未获得营业执照即签订供应鲜花的合同，及本文开篇提到的几种合同，是否违反了强制性规定并不影响他人利益，与合同双方当事人实现自身经济利益更无实际联系，将此类合同认定为无效明显违背了意思自治的基本原则。

（二）影响交易安全及诚实信用原则

《合同法》对交易安全的保障是通过两种约束力实现的。一是对合同内容约定义务的遵守，二是对《合同法》规定的法定义务的遵守。在现实交易中，后者的作用是有限的，大部分的交易需要通过前者实现。普通当事人对强制性法律规范的内容及其产生的实际影响未必均有深刻的认识，而是更愿意通过双方合意来解决风

险的负担及收益的分配。认定无效合同的后果是按照法定责任解决合同纠纷。过分扩大无效合同的范围使得法定责任承担着过重的解决合同纠纷的负担,难以适应复杂的财产流通关系,也使合同当事人担负着过大的交易风险。甚至某些交易者为了谋求另订协议的目的,有意不履行法律法规的强制性义务,随后即主张合同无效,因为主张合同无效就无须承担违约责任。原合同对交易安全的保障及当事人彼此的诚实信用大打折扣。

(三)无效合同的法律形式不足以保护合同当事人的合法权益

无效合同的法律形式一般为根据不当得利、无因管理或侵权法恢复原状、返还财产、损害赔偿。总体上以“填平”为原则。但对无效合同的履行利益,由于无法可依,一般根据公平合理的原则处理,甚至有观点认为应采用没收的处理办法。

笔者以为,《合同法》第52条第5项的规定并非立法者的无心规定,而是立法技术使然。由于立法时对社会生活中合同行为的多样性难予全面考虑,又试图为实践处理的灵活掌握留有必要空间,唯有通过其他法律、行政法规来补充确认,弥补上述立法缺陷。但立法不对其他法律、行政法规的性质对合同效力的影响作任何区分,导致判定无效合同时的“一刀切”,在一定程度上限制、甚至误导了合同当事人的订约意图及法院的判决。

在比较法上,并不认为所有违反法律强制性规定的合同都归无效,而是对法律强制性规范进行分类,不同的国家有不同的分类方法。^①德国法律将强行法分成四个部分,只有违反超完全法规(违反行为为无效且处以刑罚)和完全法规(仅以违反行为为无效)的行为才是无效的民事作为,违反次完全法规(不以该违反行为为无效仅处以刑罚)和不完全法规(不以该违反行为无效也不处以刑罚)不会产生法律行为无效的后果。中国台湾判例认为,违反禁止规定的效果,应先判断该禁止规定为取缔规定或效力规定,只有违

反效力性规定的法律行为才是无效的民事行为。日本学说、判例有“取缔法规”和“强行法规”的概念。一般认为违反强制性法规的行为虽然要受到行政制裁,但在原则上并不影响其在私法上的效力。英美法系国家认为,如果合同的成立没有违反法律,而且其履行也可以不违反任何法律,这个合同就不是无效的。如,联邦、州及地方的一些法律常要求人们必须取得许可证才能进行某些营业或执业,对于未依法取得许可的商人或专家订立的合同效力,法院通常需要根据许可证法的性质来作出判断。如果许可证法是规范性的,则合同是非法和无效的,如果许可证只是为了增加财政收入上的考虑,与公共利益无多大关系,那么未取得许可证而进行营业订立的合同一般是有效的。

二、应准确界定“法律、法规的强制性规定”,违反此类规范 的合同效力应多元化

(一)不应将“法律、法规的强制性”规定等同于“强行性法律规范”

根据《民法通则》及《合同法》的规定,“违反法律、行政法规的强制性规定”属于无效合同,理论界与司法部门长期将此“法律、行政法规的强制性规定”等同于“强行性法律规范”,在表述上通常认为“法律、行政法规的强制性规定”是与任意性规范相对应的概念,而在适用过程中又将该“规定”视为“法条”。这种概念混乱的现象造成两个认识问题:

1. 一方面是仅根据独立的法条判断合同无效存在逻辑问题。法律规范是以法律权利和法律义务为内容、具有完整逻辑结构的特殊行为规范。也只有完整的逻辑结构才能反映立法意图,包括前提条件、行为模式和法律后果。个别法条中可能缺乏某些结构或包含了几个完整的逻辑结构。仅凭个别法条包含“不得”“应当”的表述即得出违反即意味着合同无效的结论过于呆板,不利于充分贯彻立法意图。另外在立法上,立法意图也只有通过法律规范

的完整逻辑结构才能加以判断,尤其应当充分考量“制裁”所反映出的立法意图。所以建议将“违反法律、行政法规的强制性规定”改为“违反法律、行政法规的强制性规范”。

2. 另一方面是范围问题,“法律规范”还包括除“法律、行政法规”之外的其他法律规范。《合同法解释》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”。而实践中有人认为所谓国家禁止性规定,既包括法律上的禁止性规定,亦应包括国家政策上的禁止性规定,只要法律上规定不明确的,或者未作规定的,应以此“禁止性”条款作为兜底条款对待对此合同严格认定无效。^②将二者的范围等同会使无效合同范围过分扩张,不利于市场交易的发展。

(二)违反强行性法律法规规范的合同效力应多元化

1. 学界认识综述

目前学界众多学者均主张违反强制性法律规范合同未必无效,主要观点认为应以“效力性规定”和“取缔性规定”的分类区分合同效力,此类观点又分为两种:

(1)认为违反前者的合同无效,违反后者的合同仅应受处罚而不需认定合同无效。如史尚宽在其《民法总论》中认为,强制性规定就是“令行禁止”;如果法律行为违反强制规定或者禁止规定,但是并不导致无效的,为取缔规定。^③

(2)违反前者无效,违反后者不一定无效并不排除无效的可能。如王利明认为“一般来说,只有违反了效力性规定的合同才是无效的合同,而违反了取缔性的规定可以由有关机关对当事人实施处罚,但不一定宣告合同无效。”^④

而对于如何区别“效力性规定”和“取缔性规定”又有以下几种划分标准:

第一种,认为应根据该法律规范的意旨是制裁性的还是预防

性的加以判断,如果属于前者,则为取缔性规定,后者则为效力性规范。^⑤

第二种,认为应根据立法意图认定。如王泽鉴认为:“对于‘禁止性’规定,实务上将其区分为‘取缔规定’及‘效力规定’。禁止规定何者为效力规定,何者为取缔规定,应综合法规的意旨,衡酌相冲突的利益、法益的种类、交易安全,其所禁止者,究系针对双方当事人或仅一方当事人等,加以认定。”^⑥

第三种,是根据立法的目的和所要保护的利益认定。有学者提出:从立法的目的来看,违反行为的法律行为价值的,以否认其法律效力为目的,如果不否认其效力就无法实现其立法目的的规定,该强行法为效力规定;从保护的对象来看,是以经济弱者为其保护对象,还是以经济安全为主要的保护对象。故以保护经济弱者为对象的则该规定为效力规定。以维护经济安全为目的该规定为取缔之规定。^⑦

第四种,认为区分二者应综合考查多个因素,并具体列出效力性强制规范的类型。

如王利明认为,区分取缔规范和效力规范可以有三条标准:其一,法律法规明确规定违反之导致无效的,为效力规范;其二,法律法规虽未明确规定违反之导致无效,但若认定有效将会损害国家、公共利益的,亦为效力规范;其三,法律法规没有明确规定违反之导致无效,若认定有效只是损害当事人利益的,为取缔规范。

又如北京大学法学院王轶承担的2000年度国家社会科学基金课题“规范分析与中国民法典的制定”认为对强制性规范应作如下分类:第一种,市场主体所从事的交易行为本身是法律或行政法规禁止的,只要这些交易行为发生,就会绝对地损害国家利益或者社会公共利益。第二种,市场主体从事的交易行为本身并不是法律禁止的,但市场主体的交易关系有一些因素违反了强行性规定。例如法律或者行政法规上设有强制性规范,市场主体必须经由审

批手续取得相应的经营资格,才能从事特定的交易行为,但市场主体并未遵循该强制性规范。前者即为效力性规范。

又如应秀良^①认为:一看合同违反的禁止规定是针对一方当事人的还是针对双方当事人。禁止单方的规范不属于效力性规范。二看合同违反的禁止规定是禁止的重心是行为手段(或方式)还是禁止合同本身。如不问手段如何,合同行为均为禁止时,则为效力性规范。三看合同违反的禁止规定是禁止合同标的还是合同当事人的从业资格。禁止合同标的的为效力性规范。

2. 违反强行性法律法规规范的合同效力多元化的设想

笔者认为应当根据强行性法律法规规范的性质和作用将违反法律、法规强行性规范合同效力多元化,具体可分为无效合同、未生效合同、有效合同(其中包括不得对抗第三人的合同)。

(1) 违反法律、法规效力性规范合同一般为无效合同。

在界定效力性规范之前需要解决的是判断合同是否有效的依据问题。无效合同的依据究竟是满足“无效的要件”还是违反“生效要件”?笔者赞成前者。首先,正如本文第一部分所言,无效合同的范围应限制到最小范围;其次,各国立法均允许违反合同一般生效要件(如缺乏主体资格、意思表示不真实)的合同发生法律效力。因此,无效合同只能依据法律、法规给出的实质、具体要件来判断。

①法律法规明文规定违反之合同即无效的,为效力性规定。如既违反法律、行政法规强制性规定又符合第52条其他四项中的任何一项或多项的,应认定为无效。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。”第40条:“格式条款具有本法第52条和第53条规定情形的,或者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,该条款无效。”第329条:“非法垄断技术、妨碍技术进步或者侵害他人技术成果的

技术合同无效。”第214条：“租赁期限不得超过20年。超过20年的，超过部分无效。”《中华人民共和国保险法》（以下简称《保险法》）第11条：“投保人对保险标的应当具有保险利益。投保人对保险标的不具有保险利益的，保险合同无效。”

②法律、法规中涉及公共利益、公序良俗的规范为效力性规范。之所以将此规定从合同法第52条中独立列出，是由于公共利益、公序良俗对合同效力的影响远非其他并列项目所能及。虽然目前我国立法中频频出现“公共利益”，但公共利益的概念及范围始终没有统一认识。在现代各国，公共利益是公权干预私权这一原本无效的法律行为制度的合法性基础。无效合同涉及的是个人与社会的关系，拉丁法谚云：“私约不损公法”，私法自治也有明确的边界。公共利益包括国家利益、社会利益与集体利益。

为避免我国强大的行政权力对私权的任意干预，建议对“公共利益”采取概括式和列举式相结合的立法模式，以防止公共利益的“虚化”，为其他利益所取代。

③综合法律、法规的前提、处理、制裁之立法意图可推断为效力性的强制性规范。笔者认为应当注意两个问题：一是不能仅依表面字眼判断，如带有“应该”、“必须”、“禁止”、“不得”的规定未必为强制性规定，更不一定是效力性强制规范。二是三要素应综合考查，不能割裂。尤其是法律规范的“制裁”要素。只有在与制裁相关的规定中才能较准确地推断立法意图。违反强行法之规定时，可能引起四种结果^⑧：（一）无效并处罚，（二）无效，（三）并非无效亦不处罚，（四）并非无效但需处罚。只有引起（一）（二）后果的才为效力性强制规范。制裁规范中不涉及合同效力的，均不属于效力性强制规范。

如《中华人民共和国商标法》（以下简称《商标法》）第5条及第33条之规定，必须使用注册商标的商品未经注册而在市场上进行销售由工商行政管理部门责令限期申请注册，可以并处罚款。然