

中国人民大学民商事法律科学研究中心 主办
最高人民法院民事审判第二庭

合同法 评论

2004年第4辑（总第4辑）

王利明 奚晓明 ◆ 主编

■（名家讲坛）

合同无效制度若干思考 / 王利明

■（专论）

格式合同司法规制中的几个问题 / 高圣平

附保护第三人作用之合同研究 / 马强

■（争鸣与评论）

第三人侵害债权的妨害除去责任债权效力内容的完整分析 / 徐晓峰

人寿保险合同中被保险人信赖利益的构建 —— 以保险法第56条第1款为中心 / 葛文

■（案例评析）

已履行连带共同保证责任人的追偿权问题研究 —— 深圳市高成达投资集团有限公司

诉深圳市中陵实业有限公司、古鸿雁保证合同纠纷案评析 / 张学军

买方债权人强制执行标的时所有权保留的效力 / 陈成建

■（域外合同法）

德国《支付不能程序以外的债务人法律行为撤销法》 / 王洪亮译

履行障碍法的理论构造与实践问题 —— 中日韩合同法国际学术研讨会侧记 / 韩世远整理

人民法院出版社

2004 年第 4 辑 (总第 4 辑)

中国人民大学民商事法律科学研究中心
最高人民法院民事审判第二庭 主办

王利明 奚晓明 主编

编 委 (按姓氏笔划为序)

丁巧仁	马俊驹	尹鲁先
王利明	叶 林	石登盈
龙翼飞	刘贵祥	刘德权
孙华璞	吴合振	宋晓明
张广兴	张新宝	李永军
杨立新	林 嘉	姚 辉
高洪宾	崔建远	曹守晔
景汉朝	童兆洪	董安生
编辑部主任	尹 飞	程 啸

合同法评论

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

合同法评论 .2004 年 .第 4 辑 (总第 4 辑) /王利明主编 .—北京: 人民法院出版社, 2005.6

ISBN 7-80217-043-5

I. 合… II. 王… III. 合同法-研究-中国-丛刊 IV. D923.64-55

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 061927 号

合同法评论 2004 年第 4 辑 (总第 4 辑)

王利明 奚晓明 主编

责任编辑 吴秀军 杜 澎

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)

电 话 (010)85250561 (责任编辑) 85250516 (出版部)
85250558 85250559 (发行部)

网 址 www.courtpress.com

E-mail courtpress@sohu.com

印 刷 北京人卫印刷厂

经 销 新华书店

开 本 787×1092 毫米 1/16

字 数 220 千字

印 张 13.25

版 次 2005 年 6 月第 1 版 2005 年 6 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-80217-043-5/D·043

定 价 25.00 元

版权所有 侵权必究

(如有缺页、倒装, 请与出版社联系调换)

目 录

名家讲坛

- 001 合同无效制度若干思考 / 王利明

专 论

- 020 格式合同司法规制中的几个问题 / 高圣平
052 附保护第三人作用之合同研究 / 马 强

争鸣与评论

- 066 第三人侵害债权的妨害除去责任债权效力内容的
完整分析 / 徐晓峰
092 人寿保险合同中被保险人信赖利益的构建
——以保险法第 56 条第 1 款为中心 / 葛 文
112 置疑保密条款的合理性 / 朱崇波

案例评析

- 120 银行卡信息和密码被窃后的民事责任承担
——评顾骏与交通银行上海分行储蓄合同纠纷案 /
沈志先 林晓隼
- 130 已履行连带共同保证责任的保证人的追偿权问题研究
——深圳市高成达投资集团有限公司诉深圳市中陵
实业有限公司、古鸿雁保证合同追偿权纠纷案
评析 / 张学军
- 137 买方债权人强制执行标的时所有权
保留的效力 / 陈成建
- 147 论债权让与中债务人同时履行抗辩权的行使 / 刁芳远

域外合同法

- 153 德国《支付不能程序以外的债务人法律行为撤销法》
/ 王洪亮译
- 158 履行障碍法的理论构造与实践问题
——中日韩合同法国际学术研讨会侧记
/ 韩世远整理

合同无效制度若干思考

王利明*

非常的高兴和大家一起讨论审判实践中经常遇到的有关无效合同制度问题，并就其中的疑难问题谈一点看法。

一、关于无效合同的概念和特点

合同无效就是指违反了法律法规的强制性规定和公序良俗的合同。对于无效合同我们可以用“自始、当然、确定、永久”这八个字来概括：

首先，无效合同是自始无效。所谓自始无效就是无效合同从合同订立时候起就是无效的。一旦无效合同被宣告无效，它的效力就要溯及到合同成立之时，因为合同是自始无效的，所以无效合同不能通过当事人的实际的履行行为而使它有效。

其次，无效合同是当然无效。所谓当然无效就是指在无效合同不经过诉讼程序来解决时，因为它已经明显违反法律法规的强制性规定，所以它也应当是无效的。进入诉讼程序（或者仲裁程序）之后，由于无效合同是当然无效的，即使当事人没有主张无效，法院和仲裁机关也可以代表国家或者依职权对无效合同进行干预，而受不受不告不理原则的影响。

第三个特点就是无效合同的效力是确定的，也就是说无效的状态是明显的，如果对违法的事实没有争议，则这个无效的状态是明确的、肯定的。在这一点上它和未生效、效力待定、可撤销这些合同都不同。我们讲未生效主要是讲附条件的合同。附条件的合同在条件没有成就以前，这个合同的效力它是不确定的，没有实际的生效。但是无效合同，合同已经成立了，因为它内容违法，不能产生法律应该赋予的效力。所谓效力待定，

* 中国人民大学法学院教授，博士生导师，副院长；中国法学会民法学研究会会长；中国人民大学民商事法律科学研究中心主任。

比如,像无权代理、无权处分这些行为,在本人真正的权利人没有确认之前,它处于一个既可能是有效又可能是无效的状态,如果真正权利人拒绝追认的话,它就是无效的;如果真正的权利人承认了,那它就是有效的。所以效力待定的行为,它的效力是不确定的,它和无效合同的当然无效是不一样的。所谓可撤销的合同就是指欺诈、胁迫这样的合同,就是意思表示不真实的合同。这些合同在没有被撤销以前,法律上认为它的效力是有效的,当事人还要继续履行,这和无效的、当然无效的也是不一样的。

第四个特点就是无效的状态是永久的。也就是说,无效不能因为时间的经过而使无效合同转为有效。无效合同有一个重要规则就是不得履行性。所谓无效合同的不得履行性就是说当事人在缔结无效合同之后,不能够根据合同来继续履行,也不得承担违反合同的责任。一个无效的合同不能因为当事人的实际履行而使它有效。我们过去曾经讨论有些银行使用不可撤销的担保,对不可撤销的含义怎么理解,有的银行提出来不可撤销的担保的含义就是说主合同被宣告无效以后,保证合同仍然是有效的,这才是不可撤销的担保。我们认为,这种理解可能是有问题的,它和无效合同的不得履行性规则是不符合的。因为,如果我们说这个主合同在被宣告无效以后,保证合同继续有效,那么保证合同继续有效的含义就是说保证人仍然有义务要代主债务人来履行债务,如果保证人仍然有义务代主债务人来履行债务的话,就意味着要继续履行已经被宣告无效的主合同的债务;如果是这样的话,那主合同被宣告无效就没有什么意义了。同时它也违反了无效合同不得继续履行的规则,那就意味着保证合同还要保证人有义务继续履行一个违法的合同,这显然不符合刚刚上述规则。所以我们说,不可撤销的担保不能理解成主合同宣告无效而保证合同还仍然有效,只能理解为主合同宣告无效以后,保证人还要继续承担有关损害赔偿赔偿责任。

二、判断合同无效的标准如何掌握

民法通则第 58 条规定违法的合同无效,但究竟这个“法”怎么解释,缺乏一个明确地判断标准。所以过去,在判断无效方面,常常就是把对这个“法”的解释作一个扩大的解释。不仅仅包括了全国人大的法律,而且包括了行政法规、规章,甚至各个地方规定的红头文件,都把它用来作为判断合同无效的标准。这样一种扩大解释,导致了我们的审判实践长期以来无效合同的范围过于宽泛。合同法制订以前,在很多地方,据我们了解,无效合同在整个合同案件里几乎占了 50% 以上,这个比例可以说是非常

高的。

我们为什么会出现这么高的比例？其中一个重要原因就是判断无效的标准过于宽泛了。而宣告这么多的合同无效，它和市场经济的要求是不符合的，因为合同法有一个重要的原则是鼓励交易，只有交易越多市场经济才能繁荣，因为市场就是由交易构成的。宣告合同无效实际上就是消灭交易，所以它本质上就是不符合市场经济所要求的鼓励交易的原则的。而且宣告无效以后，还要恢复原状、返还财产，已经履行的还要恢复原状，这在实际上也是低效率的。所以正是考虑到为了促进市场经济的发展、促进交易的发展。因此，合同法在制定的时候确定的目标就是鼓励交易的原则，同时明确要求尽可能的缩小无效合同的范围。那么，我国合同法采取了一个重要的步骤，就是明确了判断合同无效的标准，这就是合同法第52条专门规定无效合同就是违反法律、行政法规的强制性规定的合同，把原来的民法通则58条违反法律作了进一步的解释，按照合同法第52条，不是泛泛的违反法律，而是指违反法律、行政法规的强制性规定的合同才是无效的。根据这样一个规定，最高人民法院又专门作了一个解释。下面我就合同法第52条所确定的判断无效的标准以及结合最高人民法院的司法解释谈一下判断合同无效的标准。

首先，判断合同无效的标准首先必须是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。只有法律和行政法规才能用来判断合同无效。法官在宣告一个合同无效的时候，只能在判决书里援引法律和行政法规的规定，而不能直接援引规章包括地方性法规作为判断合同无效的依据。最高人民法院的司法解释说人民法院在宣告合同无效的时候，不得以地方性法规、行政规章为依据。最高人民法院这个解释写的非常明确，但也有很多学者提出不同意见，包括很多法官认为，是不是说在任何情况下，判决书里都不能够把地方性法规、行政规章作为判断合同无效的依据？甚至作为参考都不行呢？我们觉得，如果在判决里要援引地方性法规和规章作为判断合同无效的依据，应当出现以下几种情况或者满足这么几个条件：第一，就是要考虑这些地方性法规和规章是不是有上位法的存在，也就是说，如果这些地方性法规和规章是根据上位法所制定的，是对上位法的具体补充。在此情况下，我们认为，法官是可以援引来作为判断合同无效的依据的。比如说，上位法对某个问题规制的非常原则抽象，而这些地方性法规和规章把它具体化，做了详细的补充，在这种情况下是可以援引地方性法规和规章的；第二，如果上位法授权地方或某一个部门

对该法来作出解释,而地方性法规和规章完全是根据授权所作出的解释,我们认为,出现这种情况也可以援引地方性法规和规章来作为判断合同无效的依据。比如像票据法 110 条就规定了有关票据管理的一些规定由人民银行来制定具体的办法来进行解释。所以人民银行对有关票据管理方面的规定,它实际上是根据上位法的授权做出的规定,人民银行依据侵权对有关票据管理所作的解释,这是符合上位法规定的精神的,这个时候是可以援引规章来作为判断合同无效的依据的;第三种情况就是如果这些地方性法规、规章,它制定的目的是要维护国家和社会公共利益,特别是要维护社会公共利益,而法律、行政法规对某一个具体问题没有相反的规定或者没有作出规定,这个时候从维护公共利益这个角度考虑,结合地方性法规和规章的规定来判断合同无效,应当说还是有一定的合理性的和依据的。

其次,按照合同法第 52 条的规定必须是违反了法律和行政法规的强制性规定。法律的规定,在民法上可以分为任意性和强制性的规定。所谓任意性的规定就是指法律的规定可以由当事人通过约定来加以改变。对于任意性的规定来说,当事人不仅可以通过约定改变这些规定,而且当事人的约定还要优先于法律的规定来适用。在这种情况下当事人的约定即使改变法律的规定也是合法的,所以不能认为违反规定就导致合同无效。我国合同法主要都是任意性的规定,例如,合同法规定交付标的物是所有权转移的一个标准,对于这个规则,当事人可以通过特别约定来改变。例如,不实际交付,标的物还仍然放在出卖人那个地方,但是也可以发生所有权改变。如果当事人有这个特别约定,法律也尊重这个规定。对于任意性规范,法律完全允许当事人加以改变。法律规定方面还有另外一种类型,就是强制性规范。强制性规范这是当事人不能改变的,违反强制性规范就有可能导致合同无效。这些强制性规范大都主要是体现在有关的行政法规里面,特别是体现在有关的政府涉及对各种经济活动的管理以及审批等要求方面,这些规则大量的都是些强制性的规范。违反这些规定都有可能导致合同无效。

现在我们要讨论这样一个问题,是不是违反了所有的强制性规范都要导致合同无效?从我们国家的实际情况来看,政府管理许多经济事务,现在我们政府的行政权力非常强大,管理的事务非常多,而且非常具体,所以有关经济管理方面的强制性规范非常多。但是,法院在审理有关合同纠纷的时候,是不是说凡是只要是违反了这些规则都要导致合同无效?我们觉得这确实是个需要讨论的问题。如果把任何违反强制性规范的合同都当

作无效合同处理，那么，无效合同的范围也仍然是非常宽泛的。所以，我们建议，这个问题要进一步探讨，对强制性规范也有必要作进一步的分类，可以考虑把这个强制性规范进一步的区分为两类：一类是一般的强制性规范；另一类就是禁止性的规范（我们称为效力性的规范）。对于一般的强制性规范来说，违反了这些规则，行政机关有权进行行政处罚。比如，行政法规里面规定，在建筑工程承包里禁止承包人贷资建房、禁止营业执照的转借，等等。但是违反这些强制性规定不一定都有必要宣告建筑工程合同无效。毫无疑问违反这些规定，政府有权处罚当事人，这是没有问题的。因为它已经违反了政府管理的规则，已经侵害了行政管理的秩序，所以政府当然有必要进行处罚，但是这并不一定要使得交易本身要被宣告无效。我们有必要考虑，强制性规范里面有大量的规则，但不一定都是和合同的效力联系在一起。法律设立这些强制性规则的目的并不是主要为了维护公共利益，主要是为了维护当事人利益，在这种情况下，如果当事人双方都不愿意继续来使这个合同有效，并继续履行这个合同的话，也没有必要一定要宣告合同无效。比如，法律规定的售房必须要经过销售许可才能售房，这个规则主要是为了维护交易当事人的利益，防止欺诈，但是，如果交易当事人事后愿意解除合同，而且也可以补办登记的话，也没有必要一定要宣告合同无效。所以我们对一般的强制性规范，是不是一定要宣告无效这个还要具体分析，关键要看这个规则设立的目的是不是在于维护社会公共利益，要考虑违反了这个规则是不是会损害社会公共利益。如果不一定宣告合同无效。但是另外一种就是我们说的效力性的规范，违反了效力性的规范，那么要直接导致合同无效。哪些是效力性规范呢？效力性规范首先是强行性规范，其次，依据法律、法规的规定，这些规范和合同效力是联系在一起的，不符合这些规则的将导致合同不成立或无效的，这些规范就是我们所说的效力规范。同时，还有一些规范尽管在法律法规里面没有明确规定说违反了它就导致合同无效或者不成立，但是这些规则设立的目的是为了维护社会公共利益的，我们也可以把它归入到效力性规范里面去。所以我们的看法是，对于强制性规则也有必要对它进行分类，仅以效力规范作为判断无效的依据，目的主要是为了进一步缩小无效合同的范围，尽可能的鼓励交易。如贷资兴建，我们说贷资兴建，违反这个规则的话，当然可以对承包人进行行政处罚，这是没有任何问题的，但是不一定就是说这样就使建设工程合同就宣告无效。它是一个强制性规范，但不一定宣告无效。这个合同可以继续有效，贷资兴建可

以转化为借贷或者借款关系。营业执照的转借也不一定就要宣告无效,转借营业执照以后可能转化为一个代理关系。所以,我们一定要仔细、进一步的研究强制性规范的性质,来进一步的确定是不是有必要宣告合同无效。

再次,我们在考虑判断合同无效标准的时候,要树立以公共利益、公序良俗这样的概念来作为判断合同无效的一个重要标准。损害公共利益本身可以作为一种无效合同的类型。公共利益更为重要的意义就是与判断合同无效方面,它可以成为一种兜底条款来使用。因为大量的规则可能不一定是法律都有明确规定的,在很多情况下可能是没有明确的规定,这个时候我们在判断合同无效的时候,可以考虑把公共利益这个概念来作为弥补判断无效合同标准的不足来使用。事实上两大法系都采取了这种做法,就是可以允许法官以公共政策、公共利益的概念作为判断无效的标准,从而弥补强行法规定的不足。公共利益还有一个重要的作用,它也可以用来检验、确定强制性规范的违反是不是必须要宣告无效。如果强制性规范设立的目的就是为了维护公共利益,那么违反这些强制性规范要导致合同无效,但是不一定是违反公共利益的,即便是强制性规范,也不一定要宣告无效。

三、合同无效和合同的不成立的关系问题

讨论这个问题必须要从成立和生效这两个概念开始。合同的成立就是指订约当事人就合同的主要条款达成了合意,完成了要约和承诺的过程,所以判断合同成立有两个重要的条件必须要满足:一个条件就是订约当事人就主要条款达成了合意。例如,你要问我要不要这块表,如果我说“要”,这确实是完成了要约承诺过程,但是并没有就主要条款就是价金达成合意。如果没有就主要条款价金达成合意,也可以认为合同还没有成立。因为,如果说没有价金的话,我们不知道究竟这块表是要送给你还是要卖给你呢?这个问题不清楚,不能确定合同已经成立。其次,就是必须要完成要约承诺过程。一个厂家向另一个厂家发电报询问或者打电话询问你有没有什么型号的钢材。询问价格在法律上通常我们把它称为要约邀请。收到电报的厂家马上就按要求把货送到了,这种行为在法律上实际上是一种要约行为,就是以一种送货这种行为来要约,收到货的一方实际处于一个承诺人的地位。如果他要承诺了,这个合同就成立了,如果他没有表示要接受这个货,现在当事人仍然还处于要约的阶段,还没有完成要约

和承诺的过程，所以不能认为这个合同成立。所以合同的成立必须具备主要条款和要约承诺阶段的完成。所谓合同的生效，是指在已经达成合意的基础上，要用法律规定的生效的标准对当事人的合意进行评价。如果当事人的合意符合法律规定的生效标准，那么这个合同是合法的，法律就赋予它一种效力，所以这个合同就生效，它就产生了拘束力。如果当事人的合意不符合法律规定的生效标准，那么它就可能是无效的或者是可撤销的合同。所以合同的成立实际上就是指当事人的合意，换句话说，就是一种当事人意志的体现。合同的生效实际就是指国家要用一个生效标准来进行评价，体现的是一种国家的干预。这个生效标准就像民法通则规定的民事法律行为的生效条件：主体合格、意思表示真实、内容合法，这就是讲生效标准。用这个标准进行评价实际上体现的是一种国家的干预。不符合这个生效标准它就不能生效，即便你达成了合意。

什么是合同的不成立和合同无效？凡是没有完成要约承诺过程，也没有就主要条款达成合意的合同就构成不成立。比如，前述的例子，送货的一方把货送到了，但是收到货的一方拒绝接受。那么对方就到法院起诉，告收到货物的一方违约，违反了合同约定。他说你给我打电报就是要询问要求要什么型号的钢材，现在我把钢材给你送来了，你又不不要，所以你构成违约。有人认为，没有完成要约承诺的过程，这个合同实际上是无效的。我们认为，这不是一个无效的问题，而是因为在这个合同没有完成要约承诺过程，所以它根本就没有成立。在合同根本没有成立的情况下，就没有必要对它用一个生效的标准来进行评价，来确定它究竟是有效还是无效。因为这种评价它必须要有一个前提条件，就是必须要当事人达成了合意，现在这个合意没有形成，所以这个评价就是毫无意义的。评价是在已经有合意的基础上才能做出评价，所以合意是第一个阶段必须要完成的问题，而有效无效是第二个阶段的问题。第一个阶段还没有经过的话，根本就不可能进入到第二个阶段。所以这不是一个无效的问题，无效只能是指当事人的合意违反了法律、行政法规的强制性规定。这是我们为什么要区分无效和不成立的一个重要原因。

区分无效和不成立具有重要意义，表现在：

第一，合同如果是一个不成立的问题的话，它可以通过当事人的事后的实际履行行为来促使这个合同成立。比如，这批货尽管送到以后收货人现在不收，但后来他发现这货还不错，把货打开包了，把钢材用了，实际上就是已经实际地接受了这个货物，这种实际收货的行为可以促使这个合

同成立。从当事人的实际收货行为可以解释他已经以其行为做出了承诺。所以,如果是一个合同不成立的问题,它是可以通过实际履行行为而促成它成立的。但对于无效合同不能这样,因为,如果一个合同它已经是内容明显违反了法律、行政法规的强制性规定和公序良俗的话,则不能够通过实际的履行行为来使它有效。即便当事人事后做出了实际履行的行为,也不能够宣告这个合同是有效的。有人认为,无效合同若干年后可以有效,有的是 3 年,有的是 2 年,如果当事人已经实际履行,合同有效。这种规定看来还是值得商榷的。因为如果允许一个明显违法的合同,通过实际履行来使它有效的話,实际上就是鼓励当事人可以去履行一个违法行为,鼓励当事人履行违法行为实际上就是鼓励当事人去从事违法行为。这和法律、无效合同制度甚至和整个合同法的宗旨都是相违背的。但问题是,因为我们的强制性规定太多了,很多合同就违反了强制性规定,所以采取这些规定的目的就是要进一步限制无效合同范围。但是,我们认为,要限制无效合同范围,只能是从分析、区分强制性规范本身来考虑,不能从实际履行这个角度来限制。

第二,从合同漏洞的填补角度来说。如果是合同还没有成立的话,就可以适用合同漏洞的填补规则。当事人尽管完成了要约承诺过程,但是主要条款欠缺,这个时候就出现了合同漏洞。在出现合同漏洞的情况下,从合同法中鼓励交易原则出发,专门制定了填补合同漏洞的规则。过去出现这样的情况,都是简单地宣告合同无效。合同法要求法官要遵循填补合同漏洞的规则来尽可能的促使合同成立,从而鼓励交易。这个填补合同漏洞的规则主要体现在合同法第 61、62 条。按照第 61、62 条规则,如果合同存在漏洞的话,需要采取三个步骤来解决:第一个步骤是,首先要由当事人事后去达成一个补充协议,来填补完善合同的漏洞;第二个步骤就是按照第 61 条的规定,如果不能够达成补充协议的话,法官可以根据交易习惯和合同的有关条款来填补合同的漏洞,关键是交易习惯。比如,当事人双方在合同里面约定要购买黄沙,但没有明确约定购买 30 车黄沙,现在对车的含义发生了争执。究竟是什么车?一方理解是东风牌大卡车,另一方理解是 130 的小货车,这个合同存在漏洞,怎么处理?如果当事人事后不能够就这个车的概念达成补充协议的话,法官可以根据交易习惯来解释这个车的含义。比如,可以根据建筑材料买卖行业通常采用的是什么车,本地区在购买建筑材料的时候通常使用的是什么样的车,当事人双方过去长期以来相互之间在从事交易的时候,在购买黄沙使用的是什么样的车。

通过交易习惯可以直接用来填补合同的漏洞。当然，在确定交易习惯的时候，如果存在多种交易习惯的话，就应该找到一种最接近于当事人双方意志的交易习惯。所以，合同当事人双方过去一直在从事特定交易时候所遵循的习惯，它具有优先于适用其他习惯的效力。因为它最接近于合同当事人双方的合意；第三个步骤就是要根据合同法第 62 条的规定来进行填补。第 62 条规定，如果没有规定履行期限的话，就应当以一方提出履行的时间再加上给对方的合理的准备期限，这个就是合同的履行期限，或者是一方要求履行的时间再加上一个合理的准备期限，就是合同的履行期限。所以，对于存在合同漏洞的合同不仅仅是一个成立或不成立的问题，是可以交由填补合同漏洞这个规则来进行填补的。但是，如果是一个无效的问题，如果它的合同已经明显的违反法律、行政法规的规定的规定的，就不可能适用填补合同漏洞来使它有效，只能够修正违法的内容来使无效的合同转为有效。

第三，对于合同成立不成立的问题，原则上是当事人的合意问题，所以，如果当事人事后愿意接受这个合同，愿意承认这个合同，法院通常没有必要进行干预，它可以通过填补合同漏洞或者其他方式来解决，通常不应当适用国家干预原则。但是，对于无效的合同，即便当事人没有主张合同无效，法院也要依职权进行审查，来发现合同是不是具有无效的因素，从而确定是不是应该宣告合同无效，这是无效和不成立的重要区别。最后就是在责任方面，在不成立的情况下，假如有责任的话，它主要是缔约过失责任的问题，不涉及诸如返还原物、恢复原状等这些责任。因为在不成立的情况下，通常合同还没有成立，谈不到履行，如果没有履行的话也不可能有恢复原状的问题。但是在无效的情况下，宣告无效以后要恢复原状，当事人要返还财产，特别是由于无效明显违反了法律、行政法规的规定，所以当事人除了承担民事责任外，还有可能要承担行政的，甚至刑事责任，这一点也与合同的不成立不一样的。

四、关于合同无效和违约责任的关系

无效和违约也经常容易发生一些混淆。因为在合同法里面，在有关的法律法规里面，有时候有一些强制性的规定，就像合同法里面也有一些强制性的规定。如合同法第 272 条就规定禁止承包人将工程分包给不具备相应的资质条件的单位，禁止将主体工程再分包给他人。有一个案件就是承包人在订立了具体承包工程合同之后，没有经过发包人的同意把主体的工

程转包给了第三人。转包给第三人之后,显然这个行为不仅违反了建筑法的有关的强制性规定,同时也违反了合同法第 272 条的规定。这种案件涉及这样一个问题,就是违反了合同法强制性规定,究竟是导致合同无效,还是导致违约?这是有争论的。这个案件的问题就是需要区分违约和无效。从合同法的角度来说,违约和无效是两个完全不同的制度,甚至是完全相反的。因为违约前提是合同有效,什么叫违约呢?违约指的是违反有效合同所规定的义务所产生的责任后果。违反义务所产生的责任后果,就是违约责任。只有在合同有效的情况下,才能够存在违约。如果合同是无效的话,这个合同根本就不存在了,就谈不上违约了。有的判决里面,首先宣告合同无效,然后判决是要求违约方要承担违约金责任,这个判决是自相矛盾的。为什么自相矛盾呢?因为违约金责任不过是违约责任的一种形式。违约金是违约责任的一种形式。既然已经宣告这个合同无效了,这个合同就不存在了,怎么可能还有违约责任呢?当然也不可能有违约金责任。在宣告合同无效以后,只能是按照无效的规则来处理,就是返还原物、恢复原状、赔偿损失,不能再追究违约责任,所以无效与违约是两套不同的制度。

其次,要强调违约责任是一种补救方式,而无效在通常情况下,主要是一种抗辩,是一种抗辩的理由,其主要目的不是为了对受害人提供一种救济。一方如果要求另一方继续履行合同,另一方面就可以提出抗辩说这个合同是无效。正是因为这个原因,在通常情况下无效不可能对受害人提供各种有效的救济,只有违约责任才能对受害人提供充分的、全面地救济。在违约的情况下,如果是违约责任,就可以允许受害人来要求违约方承担继续履行、支付违约金、承担违约损害赔偿的责任,承担定金的双倍返还责任等。受害人可以在这些补救方式中作出选择,选择最有利于对自己进行保护的一种责任方式。但是,如果是一个无效的话,无效后的责任就非常简单了,就是一个恢复原状、赔偿损失。这里特别想强调一下的是违约的损害赔偿,就是违约产生损害赔偿,无效以后也有损害赔偿。那么,这个违约的损害赔偿和无效后的损害赔偿是什么关系?很多人认为,无效以后也应当继续的适用违约后的损害赔偿来处理,这个看法我们认为是不正确的。因为违约的损害赔偿和无效后的损害赔偿涉及的基本原则和目的都是不同的。违约的损害赔偿的目的或者原则是通过由违约方承担违约后的损害赔偿责任来使受害人要达到合同好像已经得到严格履行的状态,要使受害人达到好像这个合同没有被违反的那样的状态。所以违约损

害赔偿的基本的标准是，如果受害人在合同能够得到严格履行情况下所能够获得的预期利益，都应该通过违约的损害赔偿来使其获得这种利益。赔偿的标准应当是受害人在合同应该履行情况下所获得的利益与他现有的状态之间的差距，在违约以后的状态的差距，就是违约方应当承担违约损害赔偿的标准。也只有这样才能使受害人达到合同好像已经得到了严格履行的状态。但是无效合同损害赔偿的标准是什么呢？无效以后的损害赔偿的标准是要通过赔偿使当事人恢复到合同订立前的状态，它的基本原则就是恢复原状，因为宣告合同无效了，就是消灭了这个交易，好像这个合同没有存在，这样当事人要回到合同订立前的状态，法律之所以要设定在无效后的损害赔偿，就是要使当事人回到合同订立前的状态之中。所以这种损害赔偿根本目的就是要恢复原状，恢复到合同订立前的状态。因此，这个赔偿的标准就是合同订立前的状态和它现在的状态之间的差距，这就是无效后损害赔偿的标准。这两种赔偿的具体表现就是：在通常情况下，违约损害赔偿的范围明显大于无效后的损害赔偿，特别是违约损害赔偿不仅要赔偿实际的损失，还要赔偿可得利益的损失，而无效后的赔偿它是不能赔偿可得利益的损失的。为什么不能赔偿可得利益的损失？就是因为可得利益只能是在合同有效的情况下，合同得到严格履行的情况下，才能产生可得利益的问题。如果一个合同根本没有得到履行，它已经被宣告无效，它没有得到履行的话，怎么可能有可得利益的问题，也谈不上可得利益的问题。所以，违约损害赔偿要明显的对受害人更为有利。因此，我想强调的是，违约责任是对受害人提供救济的渠道和方式。我们一定要考虑这样一个问题，因为许多人长期习惯性地认为，好像宣告合同无效有利于保护受害人，相反只有合同是有效的，在通常情况下，通过违约责任这种方法，更有利于保护受害人。

回到前述案例，尽管承包人没有经过发包人的同意，把建设工程的主体部分转包给了第三人。现在受害人提出要求承担违约责任，那就是说，受害人认为只有违约责任承担对他是最有利的，我们觉得这个选择是对的。这需要我们考虑，尽管是违反了强制性规范，但是究竟是把它归入违约还是归入无效范畴里面去。首先是要区分规范设立的目的究竟主要是为了维护公共利益，还是为了维护当事人的利益，要考虑违反这种规范的结果是否会导致对公共利益的损害？显然，这个转包也涉及建筑工程的秩序问题，但是，该规则设定的主要目的还是为了保护发包人的利益。所以违反了那个规则，不能说直接导致了公共利益的损害，因此，没有必要把它

当作无效来处理。有人要问不能当作无效处理,怎么能够当作违约呢?违约必须是违反了当事人的约定,法律的规定在合同里面没有反应出来,能够作为违约来处理吗?这个我们要解释一下,现代合同法有一个重要的发展趋势,和过去是不一样的。传统上合同义务的来源就是当事人的约定,合同义务来源是单一的,就是当事人的约定。而现代合同法发展一个重要的表现趋势就是由单一的当事人约定转化为多元的合同义务来源。多样化表现为合同义务主要来源于当事人约定,但是,同时合同义务也可以来源于法律的规定和诚信原则所产生的附随义务。这个法律的规定有如前述就像合同法第 272 条所规定的这种强制性规范,它可以直接成为合同的内容,可以成为合同的组成部分。这就是说,一旦发包人和承包人订立了建设工程承包合同,那么,合同法第 272 条所规定的禁止承包人将主体工程转包给第三人,就自动地成为合同的内容,即使当事人没有在合同里面把它重复的写出来,它也成了合同的内容,违反了 this 规定,则构成违约。还有一种情况就是依据诚信原则所产生的附随义务,也可以成为合同的组成部分。这些义务包括保护的、通知的、保密的、说明的等义务。比如在商场买东西,如果出售的商品根据它的性质和功能,必须要出卖人在交付的时候要详细的告知使用的方法,有关操作的规则。即使合同没有约定出卖人必须要告知使用的方法或者操作的规则,依据诚信原则所产生的附随义务,出卖人也有义务这么做,他没有这么做也构成违约。这就是诚信原则所产生的附随义务也可以成为合同的组成部分,这是现代合同法发展的一个重要趋势和表现。所以,在审判实践中,区分违约和无效也是非常重要的。

五、关于违约和合同的解除的关系

无效和解除似乎较为相似:解除也导致这个合同不存在,自始不存在。所以在我们实践中,很多人认为解除和无效是不是都是一回事?解除后的责任和无效后的责任是不是也是一回事?许多人认为,在宣告合同解除以后,最后适用无效后的责任,援引无效后的责任来处理。这个做法我觉得是有问题的。我们要对无效和合同解除后的责任也要严格区分。尽管解除和无效一样都导致合同不复存在,但是在解除以后的责任和无效后的责任是不同的。一个最重要的区别就是表现在,能不能适用违约责任?大家知道,合同法第 94 条规定了法定解除。简单地讲,法定的解除里面包括两种情况:一种就是发生了不可抗力导致合同解除,例如,出现了山