



总第八辑

Renmin University Law Review 2010

人大法律评论

2010年卷

中国人民大学法学院

《人大法律评论》编辑委员会 组编

以公法规范控制私法契约——两岸转介条款的比较与操作建议 苏永钦

强制性规范的类型研究 钟瑞栋

被遗忘的“开国大典”——评七五宪法的遗产 管华

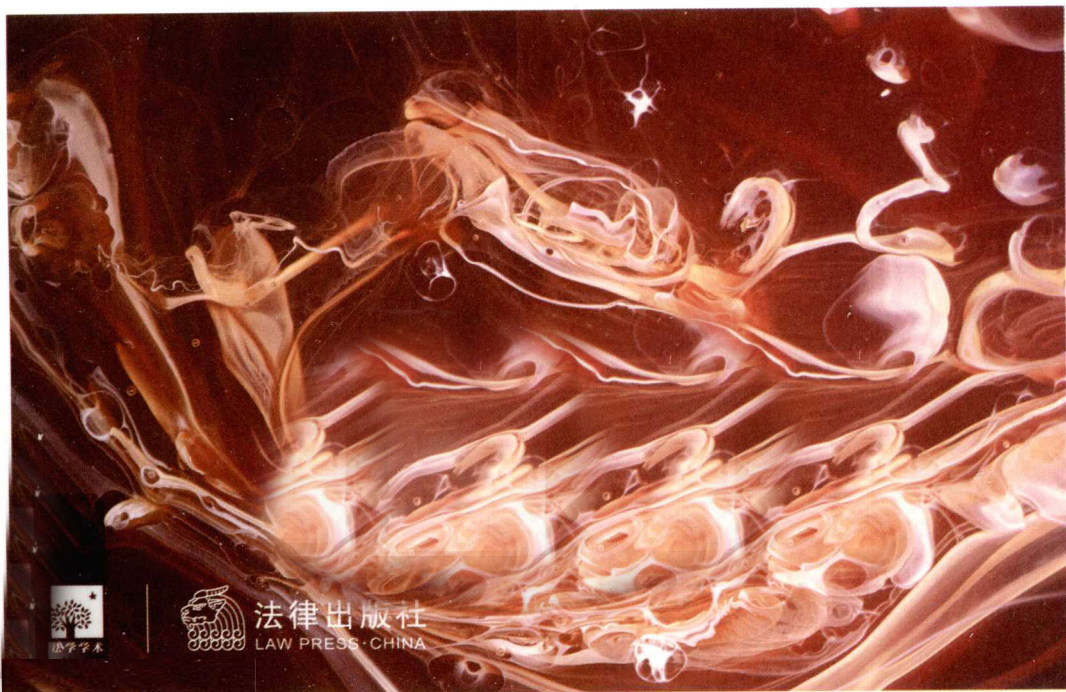
卡多佐的法律世界——兼论实用主义审判的真与伪 许可

法律漏洞及其补充方法 刘士国

从抵押看正式法律制度的作用 郁光华

普通法的衰败 Frederic Schauer

法律文化、法律范式与法律学说——迈向一种新的比较法研究模式 马克·范·胡克 马克·沃林顿



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



总第八辑

Renmin University Law Review 2010

人大法律评论 2010^{年卷}

中国人民大学法学院

《人大法律评论》编辑委员会 组编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

人大法律评论. 2010 年卷 /《人大法律评论》编辑
委员会组编. —北京: 法律出版社, 2010. 8
ISBN 978 - 7 - 5118 - 1111 - 0

I. ①人… II. ①人… III. ①法律—文集 IV.
①D9 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 156932 号

人大法律评论 2010 年卷	《人大法律评论》 编辑委员会 组编	责任编辑 刘文科 装帧设计 李 瞻
----------------	----------------------	----------------------

© 法律出版社·中国

开本 787×960 毫米 1/16

版本 2010 年 9 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 24.25 字数 412 千

印次 2010 年 9 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店.

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-1111-0

定价:45.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《人大法律评论》编辑部学术委员会

主 任:朱景文

副主任:胡锦涛

委 员:(按姓氏笔画排序)

叶秋华	龙翼飞	何家弘	余劲松	杨立新
陈卫东	陈桂明	周 珂	范 愉	赵晓耕
徐孟洲	黄京平	郭 禾	韩大元	戴玉忠

《人大法律评论》编辑部

常任指导老师:胡锦涛

本 期 主 编:王 雷

副 主 编:刘宝坤 周宇知 赵真

责 任 编 辑:(按姓氏笔画排序)

化国宇	冯丹荔	李陈婷	刘宝坤
何安然	赵 真	高 通	周宇知
周士伟	黄忠顺	戚 雯	

卷首语

《人大法律评论》创立于2000年,十年来《人大法律评论》一直是由人大法学院学生自主创办、独立编辑、公开出版的学术文集。

迄今,《人大法律评论》经历了三个发展阶段:从2000年到2005年,是评论从创立到暂停的阶段,这个过程中我们出版了6卷,编辑了很多堪为经典文献的论文;从2005年到2009年,是评论停办到复刊的阶段;从2008年5月到2009年5月,我们用了一年的时间完成评论的复刊,学术薪火得以延续相传。从2009年至今,是评论从复刊走向正规化的发展阶段。总的来说,《人大法律评论》十年来经历了从创立、复刊到正规化的发展阶段。

通过自办法学刊物,学生可以从编辑者的角度参与学术事业的传承与创新。编辑是自行阅读、写作之外的一个很重要却很难得的参与高层次学术研究的的活动。编辑工作主要是对组稿和来稿进行审读、筛选、排序,编辑过程就是一个对文章优劣进行价值评判的过程。正如我们总是先能听后能说,先能阅读后能写作。编辑可能写不出那样的好文章,但是完全可以发现并编辑出好文章。

编辑部自成立以来每届任期1年,每届有10名左右的编辑。我们编辑部一直本着不拘一格的用稿精神,秉持一丝不苟的工作态度,奉守“实事求是、典雅精致”的办刊理念,坚持独立、自主、自尊、自律的学术原则,一切活动唯学术是尚,致力于发掘登载学术性、思想性、前沿性、创见性的高质量作品,这也为《人大法律评论》赢得了良好的学术声誉。前述“四性两理念”也是我们评论选录稿件的宏观标准。比如本着学术性的考虑,我们不再设置书评栏目;本着思想性和研究客观事物的内部规律性的要求,我们设置了调研报告栏目,但是一定注重调研报告在事实描述和整理之上提炼出多少规律性、思想性的东西;基于前沿性的要求,我们始终关注学术热点,本卷我们设置“专题研究”栏目,并从“司法能动论、犯罪构成论、财税法转型论、量刑程序论、公益诉讼论、民法规范论”等主题出发进行征稿,并最终成功组成“民法规范论”的专题稿件;而文章的

创见性很大程度上也是其学术贡献点。在文风典雅、论证精致的要求下,我们致力发掘具有历史厚重感的文章,切忌“假大空”,宏观立意也需微观落脚。我们认为,“法律评论”蕴涵的一个意思就是,我们刊发的稿件质量要经得起各方评论。做到前述要求,是我们经得住评论的必备前提。在刊物的评价体系中,刊物的稿件质量是核心。前述“四性两理念”是我们评论对过往工作的总结,也是对未来办刊和稿件编辑的总体要求。

事实证明,我们编辑的稿件得到了广泛的承认,我们曾经编辑出一些能够作为博士生主文献的经典文章。对刊物质量的评价不在于当下,而要着眼于长远。编辑们曾经交流,哪怕我们每一卷最终能够编辑出一篇未来会成为某专业主文献的文章,那么我们就很值得自我肯定了。很多作者在自己的学术简历中也乐意把在我们《人大法律评论》的发文作为几篇代表性论文之一,这也是对我们的充分认可。

另外,我们认为学生自办法学刊物的着力点之一应在于致力发掘学术新人。在当前学术评价体系之下,学生自办刊物很难进入正轨评价考评体系中,因此稿源就成为很大的问题。在这种情况下,可以使年轻新秀的高水平学术习作在《人大法律评论》上一展风采,长期以来我们也以能够作为发掘新人的学术阵地而自豪。

因此,我们选择走学术精品路线,并特别注重对学术新秀的发现。敏锐的学术眼光、一丝不苟的工作态度,再加上不拘一格的用稿精神,使得我们有信心不断提升刊物的稿件质量。我们也会继续用自己的辛劳和智慧在《人大法律评论》这一学术园地上编辑出更美丽的篇章。

《人大法律评论》最新征稿启事

《人大法律评论》是在中国人民大学法学院支持下,由法学院学生自主创办、独立编辑并公开出版发行的学术刊物。《人大法律评论》初创于2000年,2009年《人大法律评论》由法律出版社出版第七辑。《人大法律评论》将设明德讲堂、专题研究、法学争鸣、法学译文、实证研究(包括判解研究和调研报告)、博文选摘等栏目。

《人大法律评论》在专题研究等各栏目均不限制选题范围的基础上,鼓励作者就司法能动性、宪法基本权、犯罪构成论、民法规范论、民事习惯论、公益诉讼论、量刑程序论、财税法转型论等方面进行投稿。

《人大法律评论》依托中国人民大学法学院优良的学术科研环境,坚持学术独立、自主、自尊和自律的原则;编辑部将继续秉承一丝不苟的工作态度,本着不拘一格的用稿精神,一切惟学术是尚,努力开创一片交流学术、砥砺思想的开放园地。

欢迎海内外的专家学者、优秀法学学子惠赐稿件,来稿原则上在1万字以上。来稿请以“作者姓名+文章标题”为邮件名称。收稿电子邮箱:rendafpl@163.com。通讯地址:北京市海淀区中国人民大学法学院《人大法律评论》编辑部,邮政编码:100872。

来稿请附中英文标题和摘要(300字之内)、关键词(5个以内)及作者个人简介(包括姓名、单位、职务或职称、地址、联系电话、电子邮箱)。《人大法律评论》实行匿名三审制,编辑部收到稿件起三个月内向作者通报审录结果,每稿必复。

《人大法律评论》编辑部

· 专题研究：民法规范论 ·

以公法规范控制私法契约

- 两岸转介条款的比较与操作建议 苏永钦(3)
- 论我国合同法的规范编纂技术 耿 林(27)
- 论民法中强制性规范的类型 钟瑞栋(55)
- 民法规范类型化之反思与重构 许中缘(75)

· 评论 ·

被遗忘的“开国大典”

- 评七五宪法的遗产 管 华(115)
- 论晚清立宪中的内在矛盾 金 欣(143)
- 卡多佐的法律世界
- 兼论实用主义审判的真与伪 许 可(163)
- 论科学发展观视野下的行政机关预算权 徐阳光(184)

· 观点 ·

- 法律漏洞及其补充方法 刘士国(209)
- 从抵押看正式法律的作用 郁光华(227)
- 民事缺席判决制度溯源
- 古罗马时期缺席判决制度考 刘秀明 廖中洪(248)
- 误封误卖案外人财产之权利救济
- 基于强制拍卖性质与第三人请求权体系之检讨 丁亮华(271)
- 关于代议制、直接民主和全民公决权的断想 刘巧红 张中瑞(285)

· 译文 ·

- 普通法的衰败 [美]Frederic Schauer 著,柳建龙译(305)
- 法律文化、法律范式与法律学说
——迈向一种新的比较法研究模式
..... [比]马克·范·胡克 马克·沃林顿著,魏磊杰译(325)
- 《人大法律评论》2010 年卷编辑后记 (370)

专题研究：民法规范论

以公法规范控制私法契约

——两岸转介条款的比较与操作建议

苏永钦*

内容摘要:

以强制规定的违反作为契约无效的原因,其主要功能在于调和国家管制与私法自治,如何兼顾这两方面追求的目的,以最小成本达到最大综效,是操作此类条款面对的挑战。两岸的民法理论与实务对于这一点都已有相当认知,但在方法上始终不够透明,本文尝试提出案例法的方法,并指出法官操作本条应避免的误区。

关键词:

转介条款;强制规定;案例法;管制与自治

一、前言

如何把公法的规范力适度地延伸到私法关系中,以调和现代社会管制与自治的矛盾,是依赖体系思考而传统上又以公私法的区隔为基本体系架构的大陆法系国家^[1]的一项重大的考验——不论对立法或司法而言。当管制与自治的辩证关系发展到高度复杂的程度时,还想要在每个单行立法中直接以特别的民事规定来完备管制的效果,显然已经做不到,最多只能选择性地、政策性地增列某些特别规定,比如课以严格责任,或三倍赔偿。真要让公私法

* 作者为台湾政治大学法学院教授,1951年出生于台湾,本文初稿完成于作者2009年2月至6月在浙江大学光华法学院担任客座教授时期。

[1] See Cruz, Peter De, Comparative law in a changing world, 3edi., 2007, p. 46.

体系的整体运作仍如一“无缝之网”(seamless web),就只有靠法官一针一线的补缀接合了。法官的主要工具,当然就是民法典中的转介条款了^[2]。

但转介条款究竟要如何操作,如果在方法上完全无迹可循,一方面管制政策延伸到私法关系的效果会因为其高度不确定而大打折扣,另一方面原来倚赖民法来支撑的市场秩序又确定会因为行为风险的升高而受到很大的冲击。但正因为国家的管制从原因、目的到对象、方式都越来越广,转介条款要如何建立操作的判准,包括“是否”容让公法规范力进入以及进入的“程度”,也绝对不是简单的事,任何一刀切的标准都不切实际。以法律行为的控制来说,也许可以举两个不会有太大争论的例子来说明:一是黑道上的杀人合同,很难想象法院如何在刑事法庭追诉杀人者的刑责,同时又在隔壁的民事庭容许杀人者——这时扮演的是原告的角色——以杀人合同为基础请求他人履行赏金之债。任何人都会同意,这个合同的效力应该完全排除。一是欧洲普遍存在的商店打烊管制,如果有卖场超过法定打烊时间继续营业了二十分钟,学过民法的消费者若于翌日主张买卖无效,要求依不当得利规定退还价金(已消费完毕的食品则主张利益已不存在)。同样很难想象,会有哪个法官认同这是必须从营业时间管制延伸出来的附加效果——在处罚卖场违规外还要否定所有逾时营业的交易效力?难就难在,法院碰到的绝大多数案件,都在这一重一轻之间的灰色地带,该或不该影响契约效力,不是那么一面倒的“一望即知”。

本文即再次以法律行为的控制为中心,探讨转介条款操作的方法。由于大陆的合同法也已经运作了十年,就以两岸的经验作为研究的基础。

二、走向二分法操作

台湾地区“民法”第 71 条基本上就是德国民法第 134 条的直译:“法律行

[2] 有关民法典内各种转介条款的结构功能分析,容以另文撰述。

为,违反强制或禁止之规定者,无效。但其规定并不以之为无效者,不在此限。”^{〔3〕}大陆1986年的《民法通则》则以第58条规定:“下列民事行为无效:(一)……(五)违反法律或者社会公共利益的;(六)……”,到了1999年通过实施合同法,又以第52条规定:“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。”其中第5项(台湾地区法律称“款”)比民法通则的规定更为具体,而可和台湾地区“民法”第71条比较。

简言之,台湾地区“民法”第71条除了标的是总则的“法律行为”,而不只是合同法的“合同”外,并区分“强制”和“禁止”的规定,后面还多了一个但书:“但其规定并不以之为无效者,不在此限。”不过实质上的差别并不大,法律行为以意思表示为核心,而主导市场交易的又必然是有两个以上对立的意思表示(要约与承诺)合致而成立的契约(合同);其他法律行为,如社团的决议或单独行为,虽也需要引进公法的控制,在比例上终究无法与契约相提并论。至于大陆为什么在通则已有概括规定之后,又在合同法作较为具体的规定,后面应该有以一部足以响应市场经济发展需要的合同法来(部分)取代前市场经济时代的民法通则的考虑。2002年大陆的全国人大常委会才确定要制定民法典,未来如果依计划制定民法总则,可以预见此一转介条款也会提升到总则层次。因此即使在现阶段,民法通则第58条对所有法律行为的合法性控制,解释上应该也可以把合同法第52条无法涵盖的部分作平行的处理。

至于大陆合同法所称的强制性规定在涵盖面上是否必然不及禁止规定,从而在转介的范围上比台湾地区“民法”又要少掉一半?在概念逻辑上也还大有伸缩余地。狭义的应为(Gebot)和“不得为”(Verbot)固然是相互排斥,但不论作为或不作为的自由选择遭到排除,其本质都是一种强制。所谓的强制性规定

〔3〕 唯一不同的是,德国民法第134条规定抵触者为法律禁止规定(ein gesetzliches Verbot),台湾地区则明确涵盖强制和禁止规定。然而逻辑上禁止规定虽以作为的禁止为通常,若扩张解释及于不作为的禁止,也就涵盖强制了。所以台湾学者从史尚宽开始都以强行行为作为强制(史尚宽称“强剥”)和禁止的上位概念,也就是以行为为作为和不作为的上位概念。强制的行为包括作为不作为,也就是强制和禁止,参阅史尚宽:《民法总论》,3版,1980年,第295页;洪逊欣:《中国民法总则》,修订版,1981年,第324页。

当然可以从广义的强制去理解而涵盖作为和不作为的强制,就此大陆的学者在解释上并没有太多争论^{〔4〕},实务见解一向也从广义的角度去解释^{〔5〕},因此和台湾地区没有任何不同。在文本上真正关键的差异,还是在于但书的有无,这里没有太多概念射程、语义逻辑的伸缩余地。必要的时候,只能通过“补充”的解释来为法官的操作创造一定的弹性。大陆的学说和实务,显然也正在往这个方向发展。

台湾地区“民法”的但书,首先为“是否”排除法律行为的效力保留了选择的空间。史尚宽引进日本学说上的效力规定和取缔规定二分法,所谓的取缔规定即非常正确地落脚于但书^{〔6〕};可惜“最高法院”未能体会但书的意旨而加以善用,无端地以“目的性限缩”方式把取缔性规定直接从构成要件的“强制或禁止规定”概念中剔除,结果虽无不同,但在方法上舍解释而用补充,不能不说是

〔4〕 参阅比如韩世远,《合同法总论》,法律出版社2008年版第2版,第150页;没有学者把强制性规范作最狭义的、与禁止规范对立的解释,有人进一步整理了强制性规范可能的表述方式包括:应当、必须、不得、禁止等,参阅苏号朋,《合同的订立与效力》,中国法制出版社1999年版,第284页。但耿林则认为“可以”一定不是强制性规范,“不得”和“禁止”原则上应予肯定,“应当”则常常不是,可参其博士论文(清华大学):“强制规范与合同效力——以合同法第52条第5项为中心”,2006年,140页。另一篇博士论文(厦门大学):钟瑞栋,“民法中的强制性规范——公法与私法‘接轨’的规范配置问题”,又把强制性规范理解为与国家或社会公共利益有关的规范,第40~48页。

〔5〕 比如在江苏省无锡市中级人民法院的神往网吧买卖合同案,以其计算机及配套设备买卖合同抵触了应经强制认证的规定,收录于人民法院案例选,人民法院出版社2008年第2辑,第231~237页;最高人民法院审理某债权债务转让合同纠纷认定担保合同违反公司法第60条禁止内部担保的规定,收录于薄守省主编:《中国合同法案例》,对外经济贸易大学出版社2005年版,第152~161页。

〔6〕 史尚宽,前注3,第296页。

瑕疵^[7]。但书还有第二层功能,即在通过第一道“是否”的门槛——确认为效力规定后,再对效力的调整设下第二道调整“幅度”的门槛,即可在“完全有效”和“完全无效”之间作其他的选择^[8]。大陆合同法少了但书,在解释上也同时少了构成要件与效果两方面的解释空间。

不过相对于公私法相互调和的重要性,这样的技术性障碍显然不难克服。深入研究此一问题的耿林就援引了瑞士债法和奥地利民法的例子,说明即使没有例外规定的缓和,依该条文管控法律行为的目的当然可以作限缩的解释^[9]。事实上大陆学者几乎没有人反对直接从强制性规定中排除掉所谓的取缔规范^[10]或管理性规范^[11]。对于效力规范的违反,韩世远认为应尽量采取民法提供的各种补救,如转换或一部无效^[12],耿林则认为也可以通过规范目的解释,

[7] 可参台湾地区“最高法院”68年台上字第879号判例:“查‘证券交易法’第60条第1项第1款乃取缔规定,非效力规定,无民法第71条之适用。证券商违反该项规定而收受存款或办理放款,仅主管官署得依证券交易法第66条为警告、停业或撤销营业特许之行政处分,及行为人应负同法第175条所定刑事责任,非谓其存款或放款行为概为无效。”此一解释方法的错误,可能源于实务和某些学说对但书功能的误解,如果他们知道当初立法时即有意地把单纯“引致(阐明)特别规定”的功能扩张为概括条款,就应该知道直接依据但书就可把强制或禁止规定中的取缔规定排除,不需要对该概念作目的性限缩。

[8] 此一但书的第二层功能,史尚宽虽未论及,但早期教科书中洪逊欣已提出此一见解,可参前注3,326页,指出其他效力或见于法律明文,或可由“法律规定之立法趣旨”得之,十分精辟。拙文进一步把此处但书定性为一概括条款,可参见:“违反强制或禁止规定的法律行为——从德国民法§134的理论与实务操作看我‘民法’§71”,载《民法经济法论文集》,1988年,第87~121页,认为此处为对法官的授权,应于法律未明定但依其管制目的可认为无须以无效处理的情形(从宪法观点而言也可认为是比例原则的要求),反而才有适用但书的必要。

[9] 耿林,前注4文,81页。并引用奥地利学者Mayer-Maly的见解:Münchener Komm. Bd. 1, 4A., 2001, § 134 Rn. 2 (Mayer-Maly)。

[10] 王利明:《合同法新问题研究》,中国社会科学出版社2003年版,第321~322页。

[11] 应秀良:“违反行政法强制性规定的合同效力探讨”,载《法律适用》2004年第3期,第44~47页。

[12] 韩世远,前注4,第154~155页。

采取不同于完全无效的选择^[13];实务界的态度亦复如此,最高人民法院早在 1993 年(当时是针对经济合同法)即在一次座谈会纪要中强调:“仅一般违反行政管理性规定的”合同,不得确认无效^[14]。2009 年 2 月 9 日通过、同年 5 月 13 日施行的“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(二)”第 14 条:“合同法第 52 条第 5 项规定的‘强制性规定’,是指效力性强制性规定。”自此更明确排除了“非效力性”的管理性强制规定,以及非强制的任意性或倡导性规定。此外最高人民法院往往也从契约管制的成本效益角度,认为无效的认定会造成巨大社会成本支出的情形,不应认定无效。比如在“最高人民法院关于审理农业承包合同纠纷案件若干问题的裁定(试行)”第 25 条就规定:人民法院在审理本规定第 2 条所起诉的对外发包案件(按:指半数以上村民以发包方未经民主议定程序对外发包提起的诉讼)中,如果发包方越权发包的,应当确认合同无效,但如果承包合同签订超过一年,或虽未超过一年,承包人作了大量投入的,不应确认为无效^[15]。

至于违反强制性规定的效力有无弹性,目前所见主要者为效力未定(schwebend unwirksam),视程序管制的违反能否于一定时程内补正而定其效力。比如 1999 年 12 月 1 日“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”第 9 条:“依照合同法第 44 条第 2 款的规定,法律、行政法规规

[13] 耿林,前注 4,第 143~149、229 页。

[14] 最高人民法院印发的“全国经济审判工作座谈会纪要”通知(1993 年 5 月 6 日法发[1993]8 号)有这样一段对经济合同法的阐明:“进一步增强合同观念。在市场经济中,合同的纽带作用更加重要,人民法院在审理经济合同纠纷案件时,要尊重当事人的意思表示。当事人在合同中的约定只要不违反法律的规定,不损害国家利益和社会公共利益,对当事人各方即具有约束力,人民法院应根据合同的约定判定当事人各方的权利义务。合同约定仅一般违反行政管理性规定的,例如一般地超范围经营、违反经营方式等,而不是违反专营、专卖及法律禁止性规定,合同标的物也不属于限制流通的物品的,可按照违反有关行政管理规定进行处理,而不因此确认合同无效。”

[15] 基于相同考虑,有时候最高人民法院会先认定合同无效,再命“参照”该合同履行对待义务,比如最高人民法院“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 2 条规定:建设工程施工合同无效,但建设工程经竣工验收合格,承包人可以请求发包人参照合同约定支付工程价款。