

法大民商经济法评论

(第六卷) CUPL-CCE LAW REVIEW

主编 / 王卫国

CHIEF EDITOR WANG WEIGUO



法院出版社



法大民商经济法评论

（第六卷）

CUPL-CCE LAW REVIEW

主编 / 王卫国

CHIEF EDITOR WANG WEIGUO

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

法大民商经济法评论·第六卷/王卫国主编.

—北京: 人民法院出版社, 2010. 8

ISBN 978 - 7 - 5109 - 0117 - 1

I. ①法… II. ①王… III. ①民法—中国—文集

②商法—中国—文集③经济法—中国—文集 IV. ①D923—53

②D922. 29—53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 144162 号

法大民商经济法评论·第六卷

王卫国 主编

责任编辑 林志农 张钧艳 孟 晋

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) 67550572 67550575 (责任编辑)
67550516 (出版部) 67550558 (发行部)

网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>

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 376 千字

印 张 21

版 次 2010 年 8 月第 1 版 2010 年 8 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 5109 - 0117 - 1

定 价 45.00 元

版权所有 侵权必究

序

《易》：“日月得天而能久照，四时变化而能久成。圣人久于其道而天下化成。”学问之人，上仰天道之光明，下参地道之精微，心怀天下，求索不已，刻苦耕耘，持之以恒。历学途之艰辛，经师道之坎坷，淬砺人品，磨勘学术，或可有五车之才情，传世之篇章。曰：若无炎黄以来数百代学人昼夜不息之涓涓，何以见数千年华夏文明气吞万里之泱泱！

今有中国政法大学（简称“法大”）民商经济法学院，乃今日中国法学学人之一群。本院成立于2002年，集法大各相关学科之精英，纳海内外之名宿新锐，组成民法、商法、经济法、民事诉讼法、环境资源法、知识产权法、财税金融法、劳动与社会保障法八大研究所，迄今有专任教师120余名，兼职教授50余名，在校本科生2000名、硕士博士研究生1500名，实乃当今中国最大之民商经济法学学者团队。

自2003年以来，本院以“砥砺学术，辩研精要”为旨，设“秋季论坛”，以为成果之检阅，并为交流之平台。当秋高气爽之时，全院师生济济一堂。论坛分若干单元，每单元先以选拔之佼佼者（青年为主）演讲，再由校内外名家（校外为主）点评，听众与嘉宾问答切磋，最后由主持人小结。论坛情趣高雅，气氛热烈，给人“余音绕梁，三日不绝”之感。曰：高堂论学，神采飞扬，雅室求卷，思绪留芳，学问之乐趣莫过于此；松径通幽，才俊辈出，枫林落雁，劲酋长驻，学府之成就莫过于斯也！

为将我辈学人之涓涓，汇入吾国学术之川流，特创办《法大民商经济法评论》。本书选取我校学术论坛的部分论文，按学科分门编排，作者均为本院师生。此外还将开辟翻译特区，刊载师生译作，以飨读者。祈望学界同仁及全院师生对本刊多加垂注、批评和参与。

是为序！

王卫国

（中国政法大学民商经济法学院院长、教授、博士生导师）

目 录

第一部分 民商法

法律行为生效的“适法规范”的范围与功能的反思 / 易 军	(1)
我国物权法中地役权制度的争点及反思 / 戴孟勇	(41)
无纸化即无股票	
——股票不是股份的唯一形式 / 范中超	(58)
中国交易所质押式回购交易法律问题分析	
——一个关于中国金融市场典型问题的实证研究 / 王 旻	(75)
不动产登记模式的立法选择 / 陈冬青	(104)
合作社法人的定位与归属 / 朱晓娟	(122)
表决权信托的功能及其在我国公司法上的构建 / 胡利玲 周 静	(131)
论现代商法实质理性的优先性 / 郑俊果	(146)

第二部分 民事诉讼法

论民事裁判理由的公开	
——以社会转型和法文化的视角进行考察 / 杜 闻	(152)
对人民法院“三全调解”的冷思考 / 郭晓光	(184)
论我国人民陪审员制度的重构 / 刘金华	(203)

第三部分 知识产权法

注册驰名商标反淡化保护（扩大保护）研究	
——以司法实践和立法完善为视角 / 冯晓青	(233)

第四部分 经济法与财税法

反垄断法的法益结构及实现机制 / 刘继峰	(264)
解决金融高管高薪问题的根本之策：变革公司治理理论 / 刘 丹	(279)
税收之债担保基本理论问题研究 / 施正文	(287)
金融危机中政府救市的正当性及法治化 / 薛克鹏	(304)

第五部分 环境保护法

反思“环境法革命” / 侯佳儒	(322)
-----------------------	-------

第一部分 民商法

法律行为生效的“适法规范”的范围与功能的反思*

易 军**

在私人自治原则之下，当事人得藉法律行为从事交易活动，尤其是可通过缔约而形成一定的私法上的权利义务关系。此际，当事人得自由决定法律行为所采用的方式、未来争议的解决手段等，尤其是决定法律行为的内容。不过，私人自治上的自主决定并非毫无限制，基于维护当事人利益、公共利益甚或其他正当理由的考量，法律往往也设置规范对私人自治予以一定的限制。“约定只有符合了一定的、法律上的最低要求，法律制度才会承认它们的法律效力。”^①在这些限制措施中，最一般的莫过于法律行为有效要件中适法性要件与公序良俗要件，亦即，法律行为的内容应当具有适法性与社会妥当性。《法国民法典》第1108条与第1133条、^②《德国民法典》第134条、《日本民法典》第90条、《瑞士民法》第20条、《意大利民法典》第1418条、《葡萄牙民法典》第280条、《韩国民法典》第17条、《魁北克民法典》第1411条与第1413条、《荷兰民法典》第三编第40条、《俄罗斯民法典》第168条、我国台湾地区“民法”第71条、“澳门地区民法”第287条等均设置了相应规范予以规制。^③我国大陆民法亦如此。

* 本文是2007年“国家社会科学基金项目”07CFX0183、“全国博士学位论文作者专项资金资助项目”200705的成果形式之一。

** 易军，中国政法大学民商经济法学院民法研究所副教授、法学博士。

① [德]卡尔·拉伦茨著：《德国民法通论》（上册），王晓晔等译，法律出版社2003年版，第55页。

② 《法国民法典》第1108条规定：下列四条件为契约有效成立的必要条件：……债的合法原因。第1133条规定：如原因为法律所禁止，或者原因违反善良风俗或者公共秩序时，此种原因为不法原因。

③ 陈聪富教授指出：“德国民法仅以一般条款，亦即法律行为违反法律规定或公序良俗者，无效，作为规范契约实质内容之惟一依据。”“我民法（指台湾地区“民法典”——引者注）……仅规定法律行为违反法律强制或禁止规定者，以及法律行为有背于公共秩序或善良风俗者，无效。此为法律设定契约自由原则的最低门槛，以规制契约内容符合社会妥当性之要求。”参见陈聪富：“契约自由与定型化契约的管制”，载台湾地区《月旦法学杂志》第91期。

《民法通则》第55条、第58条与《合同法》第52条即为我国大陆有关法律行为(合同)适法性要件的规定。对这两处规定,我国大陆学者有所研究,唯对该要件仍有若干重要问题有待厘清。如强制性规范的外延为何——是否包括宪法的规定?是否包括民法中的权限规范?民事法官可否将违反该条所涉强制性规范(以下简称“适法规范”)的法律行为解为无效以外的其他私法上效果?我国民法有关适法性要件的规定是否有待改进?等等。本文不揣浅薄,通过对该系列问题较系统性的梳理,期冀为我国适法性要件的准确适用与立法完善贡献菲薄之力。

一、适法性要件的现行规定与理论

(一) 任意性规范与强制性规范的一般理论

强制性规范(*ius cogens*)是与任意性规范(*ius dispositivus*)相对的规范类型。任意性规范是指当事人可以通过协议或单方面意思表示予以排斥、变更其适用的法律规范。强制性规范则是指依据法定事实的发生而适用,不允许以当事人意志加以排斥、变更的法律规范。美国学者孙斯坦将任意性规范称为“经验式惯例(*rule of thumb*)”。经验式惯例仅仅提供指导意见。这些方法展示的是通常情况下的合理做法,但它们并没有约束性,而且它们本身也不能成为行为的理由。经验式惯例可以被理解为个人明智决策的总结。而强制性规范由于其具有规范的地位,因此,不管它是否是个人明智决策的总结,它都能成为行动的理由。^①若说任意性规定具有补充私人自治的机能,则强制性规定无疑具有排斥私人自治的机能。^②

当然,任意性规范与强制性规范之间的界限并非凝固不变。它们之间有相互转化,至少有单方向转化的可能性。在一国民法上,任意性规定有可能转化为强制性规定。“到现代,立法者给合同当事人偏离任意性规范设置了重大的障碍,根据1976年12月9日的《一般交易条件法》,一般交易条件中不得排除某些任

① 陈聪富教授指出:“德国民法仅以一般条款,亦即法律行为违反法律规定或公序良俗者,无效,作为规范契约实质内容之惟一依据。”“我民法(指台湾地区“民法典”——引者注)……仅规定法律行为违反法律强制或禁止规定者,以及法律行为有背于公共秩序或善良风俗者,无效。此为法律设定契约自由原则的最低门槛,以规制契约内容符合社会妥当性之要求。”参见陈聪富:“契约自由与定型化契约的管制”,载台湾地区《月旦法学杂志》第91期。

② 日本学者四宫和夫指出,“强行规定与任意规定能够之对立,系指私法自治,载关于足成问题之生活关系上(私法生活关系),其具有排除私法自治机能之规定(强行规定)与具有补充私法自治机能之规定(任意规定)二者间之对立。就行为而言,这一对立表现为国家对下述情况是拒绝帮助(强行规定)还是不拒绝帮助(任意规定),即当事人想透过违反规定的法律行为来实现效果”。参见[日]四宫和夫:《日本民法总则》,唐晖、钱孟珊译,朱柏松校,台湾地区五南图书出版公司1995年版,第204页。

意性规范的适用,或者只能在某种程度上或在满足了某些条件的情况下,才可排除其适用。”^①此即2002年1月1日生效的《德国债法现代化法》第307条第2款的规定:在下列情形,以发生疑义为限,应当认定为不适当损害利益:1.一般交易条款中的规定与所背离的法律规定的实质性思想不相符合,或2.一般交易条款中的规定对因合同性质而产生的实质性权利或义务加以限制,致使合同目的的完成受到妨碍的。

从规范功能的角度来看,任意性规范与强制性规范也绝非是全然排斥的,有时亦能产生具有相互促进的效果。详言之,任意性规范所要追求的自治目的,有时需要借助强制性规范方能实现(如宣布不公平合同条款无效的规范);反之,强制性规范所追求的管制目标,有时也需要采用任意性规范的方法才能产生更佳的效果(如对消费者的保护)。^②

不仅如此,就同一事项,不同的立法也可能以强制性规范或任意性规范这两种不同性质的规范予以规制,即同一规范,在此种立法上可能为任意性规范,而在彼种立法上则可能是强制性规范。如法律有关法律行为要物要件的规定为强制性规定。就保管合同而言,世界各国立法大都将保管合同规定为要物合同,如《法国民法典》第1919条、《奥地利民法典》第957条、《日本民法典》第657条、《德国民法典》第688条、台湾地区“民法”第589条第1款均将保管合同规定为要物合同。不过,在我国大陆,根据《合同法》第367条的规定,保管合同自保管物交付时成立,但当事人另有约定的除外。即有关保管合同诺成性抑或要物性的规定则被设计为任意性规定。^③甚至在强制性规范内部也可能存在此种差异。如《德国民法典》第147条规定:时效不得以法律行为排除或加重之。但

① [德] 卡尔·拉伦茨著:《德国民法通论》(上册),王晓晔等译,法律出版社2003年版,第44页。陈自强教授指出,“法律规定一旦为强行规定,不可能又为任意规定,逆之则不尽然。……物之瑕疵担保的规定,基本上属于任意规定,但若在定型化契约条款被排除其适用,在保护消费者的范围内,任意规定转化为强行规定,契约自由受到限制。学说称此种情形为任意规定的半强行化”参见陈自强:《民法讲义I 契约之成立与生效》,法律出版社2004年版,第46页。日本学者内田贵指出,“虽为任意规定,因为具有合理内容,即使承认基于当事人意思而为的对公约的背离,这种背离需要充分的理由。正是在这个意义上,公约方成其为标准。这正反映出任意规定的地位从历来认为的‘对当事人意思的推测’演变为‘合理性的标准’。这一地位演变在德国,通过与约款规则的关系早已受到重视,追溯作为任意规定的契约法的历史发展过程,任意规定的地位变迁完全忠实于其哲学的演进历程。作为这种合理性标准的契约法的理想状态,可以通过另一例加以考察”参见[日]内田贵:“契约法的现代化——展望21世纪的契约与契约法”,胡宝海译,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第6卷),法律出版社1997年版,第318页。

② 钟瑞栋:“民法中的强制性规范——兼论公法与私法‘接轨’的立法途径与规范配置技术”,载《法律科学》2009年第2期。

③ 我国有学者指出,《合同法》关于保管合同设立的规定实际上系对传统要物合同变革的合理化思路。参见郑永宽:“要物合同之存在现状及其价值反思”,载《现代法学》2009年第1期。

时效之减轻,尤其是时效期间之缩短,则许可之。此条规定明确将有关诉讼时效期间的规则作为半强制性规范。而依《瑞士民法典》第129条第1款、《泰国民法典》第427条、我国台湾地区“民法”第147条等则规定,时效期间不得以法律行为加长或者缩短,明确将有关诉讼时效期间的规则设计为强制性规范。

(二) 现行规定与理论

我国《民法通则》第55条规定:民事法律行为应当具备下列条件:……(3)不违反法律或者社会公共利益。《民法通则》第58条亦规定:下列民事行为无效:……(5)违反法律或者社会公共利益的;……根据这一规定,法律行为违反“法律”规定的,归于无效。由于该条对“法律”的内涵与外延均未作界定,因此,从一般文义来解释,这里的法律即可被理解为实质意义上的法律,举凡在效力层级上高至宪法低至地方性规章、在强制程度上严如强行性规定宽如任意性规定的任何“法律”皆可包括在内。不论由于立法表述的粗糙使然,抑或是因计划经济排斥私人自治的思维惯性所致,总之,在这一要件之下,行为人所实施的法律行为每每因不符合多如牛毛的“法律”的规定而无效,这显然已构成对私人自治的过度限制。这一规定的弊端已至为明显,因此,后来颁布的《合同法》对合同的这一有效要件作出了改进。《合同法》第52条规定:有下列情形之一的,合同无效:……(5)违反法律、行政法规的强制性规定。据此,当事人所订立的合同仅在违反“法律、行政法规的强制性规定”的情况下才归于无效,^①质言之,合同违反在效力层次上低于行政法规的法律规定,甚或违反

① 在世界范围内,有一些国家或地区的民法明确将适法性要件中的“法律”限定为“强制性规定”,如《意大利民法典》第1418条规定:与强制性规范相抵触的契约无效,法律另有规定的除外。《荷兰民法典》第三编第40条第2款规定:违反强制性法律规定的法律行为无效;但是,该规定旨在保护多方法律行为中的一方当事人的,该法律行为仅可被宣告为无效;在该两种情形下的适用以该规定应有含义不产生不同结果为限。我国《澳门地区民法》第287条规定:违反强行性之法律规定而订立之法律行为无效,但法律另有规定者除外。一些国家或地区的民法将其明确限定为“强制性或禁止性规定”,如我国台湾地区“民法典”第71条规定:法律行为,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。还有一些国家的民法则明确将其限定为“禁止性规定”,如《德国民法典》第134条规定:法律行为违反法律上的禁止的,法律行为无效,但法律另有规定的除外。《魁北克民法典》第1411条规定:其原因为法律禁止或者违反公共秩序的合同无效。《魁北克民法典》第1413条规定:客体为法律禁止或者违反公共秩序的合同,无效。还有一些国家未作限定,如《葡萄牙民法典》第280条规定:1. 法律事务之标的,如在事实上或法律上为不能、违反法律或不确定,则法律事务无效。2. 违反公共秩序或者侵犯善良风俗之法律事务无效。《俄罗斯民法典》第168条规定:不符合法律或其他法律文件的法律行为无效,不符合法律或其他法律文件要求的法律行为是自始无效法律行为,但法律规定此种法律行为是可撤销法律行为或者规定了违法的其他后果的除外。

法律与行政法规中的非强制性规定都不影响其效力,^① 这样, 相较而言, 私法主

① 适法性要件中强制性规定应否限于法律与行政法规? 对适法性要件中“禁止规定”的位阶, 德国理论与实务上一向均采取最广义说, 即包括《民法施行法》第2条所称的一切法律规范, 上至宪法下至行政机关所谓的委任立法, 无论是联邦还是各邦法规。我国台湾地区理论界与实务界有不同的观点。实务上虽有判决认为应限于法律和法律命令, 或否定地方政府行政解释为强制或禁止规定的, 但理论上一般认为, 第71条的“规定”在法源上应作最广义解释, 只是法官应先作“合宪”、合法性审查, 以兼顾垂直法规秩序内部的统一。苏永钦先生认为, 第71条所谓强制或禁止规定, 应包括台湾地区一切具有一般性, 以保护公共利益(可兼含保护个人法益)为目的的有效行为规范。除“立法院”三读通过“总统”公布的法律外, 还包括“大法官会议”解释、行政规章, “最高法院”与“行政法院”的判例, “地方政府”所定法规等(参见苏永钦著:《私法自治中的经济理性》, 中国人民大学出版社2004年版, 第43页)。王泽鉴先生也认为, “此等强制或禁止规定包括法律、行政规则, 及地方政府颁布的命令”。(参见王泽鉴:《民法总则》(增订版), 中国政法大学出版社2001年版, 第276页。)我国大陆, 《合同法》将“强制性规定”限于“法律与行政法规”。对此, 顾昂然指出, “作为民事问题, 基本上应由法律来规定, 根据我国情况, 有些需要国务院以行政法规来规定。为更好地体现合同自愿原则, 如果必须强制执行的, 由法律、行政法规来规定, 地方部门不作规定, 这样也不利于法制的统一”(顾昂然:《新中国民事法律概述》, 法律出版社2000年版, 第101页)。理论上亦多以该规定为是。然而, 将其限缩为“法律与行政法规”, 固有保障私人自治的良好初衷, 但这种认识其实是未正确理解适法规范功能下的无谓担忧, 即仅将其理解为无条件落实公法管制的引致规范, 为保护私人自治, 需要减少强制性规范的数量, 从而应对强制性规定所由出的法律渊源加以限缩。其实, 若体认到适法规范为转介条款, 民事法官应斟酌权衡是否有必要否定违反公法行为规范的法律行为的效力, 即强制性规定不必然影响法律行为的效力, 害及私人自治, 则完全不必要将“强制性规定”限缩在“法律与行政法规”。在理论上, 已有一些学者开始反思此种规定的弊端。如孔祥俊先生认为, 地方性法规和规章等规范性文件是依照宪法、法律或者行政法规制定的具有普遍约束力的规范, 如对这些规范的效力予以漠视, 简单地认为违反这些规定不构成无效, 那么就可能导致行政管理和社会管理的无效和有序, 间接地违反宪法、法律和行政法规。而这些规范主要是为维护公共利益和国家利益而制定的行政管理或者社会管理性规范, 对这些规范的强制性规定的违反常常危害社会公共秩序、社会公共利益或者国家利益, 因此, 可以酌情纳入《合同法》第52条第(4)项“损害社会公共利益”的部分调整(参见孔祥俊:《合同法教程》, 中国人民公安大学出版社1999年版, 第251页)。谢鸿飞博士指出, “完全排除行政法规对合同效力的影响, 在实践中有架空国家管制的危险, 因为它从根本上否定了这些规范的法源性, 难以使私法审判承担起匡扶社会正义的使命。鉴于此, 合同法的这一规定有必要修改。在未来的立法中, 可以考虑删除‘行政法规’, 代之以广义的‘法律’”。(参见谢鸿飞:“论法律行为生效的‘适法规范’——公法对法律行为效力的影响及其限度”, 载《中国社会科学》2007年第6期)。崔建远教授也指出, 将认定合同无效所依据的法律限定在法律、行政法规, 有时不符合实际需要。并主张, 在《合同法》修订时或制定《中华人民共和国民法典》时, 应当放弃机械地以法律位阶为准作为裁判合同无效的依据的思路(参见崔建远:《合同法总论》(上卷), 中国人民大学出版社2008年版, 第286~291页)。

体所享有的自治空间已得到相当大的扩张。^①

根据我国《合同法》的规定,合同违反任意性规定不影响其效力,但是否违反法律与行政法规中强制性规定的合同就一律无效?由《合同法》的该条规定本身无法获致结论,不过,至少在《合同法》颁布后的一段时期内,我国理论上的通说,乃至最高人民法院的司法解释都认为违反此类强制性规定的合同一律无效。^②这里首先要指出的是,对我国在法律行为适法性要件上的立法进步以及认识深化,笔者深以为然,因为正是在这一过程中,私法上的主体不断摆脱外在的羁绊而逐步拓宽其所享有的自治的空间。不过,立法以及理论上的通说业已取得的成果还不能全然令人满意。对此暂无须诉诸某些恢宏高深的理论,只要列举一二个简单的案例,就可以看出这种一刀切的令所有违反强制性规定的法律行为不发生私法上效力的做法还有很大的局限性。

【案例一】甲在乙拍卖行通过竞买买下了一架某名人使用过的钢琴。其后,该名人丑闻暴露,该钢琴身价因此大跌,甲偶然得知主持那场拍卖的拍卖师丙当时在拍卖所工作尚不足两年,便以违反《拍卖法》第15条的规定为由,主张拍卖无效,要求退还价金。^③我国《拍卖法》第15条规定:拍卖师应当具备下列条件:(1)具有高等院校专科以上学历和拍卖专业知识;(2)在拍卖企业工作两年以上;(3)品行良好。该条当然属于强制性规定,若采纳上述通说观点,则拍卖应归于无效,甲可遂愿要回价金。

【案例二】甲旅行社开通了到新马太旅游的服务项目,乙丙等数十人分别与甲签订了一项旅游合同,不料在旅行前由于到此处游玩的人数大增,使甲履行合同难以赢利,因此,甲以自己未取得旅行社业务经营许可证而违反了《旅行社管

① 通过强制性或禁止性规定来控制法律行为,特别是合同的效力,这是罗马法以来各国或各地区民法上的普遍现象。在适法性要件的表述上,罗马法时即以违反“禁止规范”为限,欧陆各国立法多与此相同,如《德国民法典》第134条就只言“禁止规定”。《日本民法典》第91条规定:法律行为的当事人,表示了与法令中无关公共秩序的规定相异的意思时,则从其意思。对不得违反的规范的性质未作限制。在我国,“大清民律草案”第176条、“民国律草案”第123条皆只有“禁止规定”,而台湾地区“民法典”第71条则增列“强制规定”。在我国大陆,《合同法》第52条采用“强制性规范”的表述。在这些立法例中,显然台湾地区“民法典”第71条所采用的表述在形式上最为周详。不过,无论采用何种表述,适法性要件中的“法律”当然应包含“积极的强制”与“消极的禁止”两方面的内容。如在德国,一般认为“应为规定”也属于禁止规定;而在我国大陆,“强制性规定”亦应解释为包括禁止性规定在内。

② 对前者,参见李国光主编:《合同法解释与适用》(上册),新华出版社1999年版,第224页;余延满:《合同法原理》,武汉大学出版社1999年版,第213~214页;郭明瑞、房绍坤:《新合同法原理》,中国人民大学出版社2000年版,第168页等。对后者,参见最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》第10条。

③ 参见谢亘:“论违反强制性规定契约之效力——来自日本法的启示”,载《中外法学》2003年第1期。

管理条例》第7条为由,主张旅游合同无效。2009年新修订颁布的《旅行社管理条例》第7条规定:申请设立旅行社,经营国内旅游业务和入境旅游业务的,应当向所在地省、自治区、直辖市旅游行政管理部门或者其委托的设区的市级旅游行政管理部门提出申请,并提交符合本条例第6条规定的相关证明文件。受理申请的旅游行政管理部门应当自受理申请之日起20个工作日内作出许可或者不予许可的决定。予以许可的,向申请人颁发旅行社业务经营许可证,申请人持旅行社业务经营许可证向工商行政管理部门办理设立登记;不予许可的,书面通知申请人并说明理由。该条亦为强制性规定,因此,若采纳通说观点,则显然应认定该批旅游合同无效。

【案例三】甲与乙商行签订了一份买卖合同,不过,该买卖合同系在《营业时间限制法》所限定的时间外签订的,后甲以违法为由主张该合同无效。此际,若采纳通说的观点,则应确认该合同无效。

不过,上述处理的正当性显然是值得怀疑的。在案例一中,主张合同无效的甲实际上是在转嫁经营风险。在案例二中,从保护消费者的角度来看,以违反强制性规定为由否认合同的效力无疑会严重损害乙丙等旅游者的利益。^①在案例三中,《营业时间限制法》规制的显然只是经营商的行为,更为妥当的处理办法也仅是对乙进行处罚,而不是否決合同的效力。由此看来,在上述案例中,较为妥当的做法还是不能一概否认违反强制性规定的法律行为的效力。

或许正是出于这样的原因,我国大陆有一些学者借鉴德国、日本、我国台湾地区等国家或地区的理论观点与实务做法而主张对该条所涉“强制性规定”应根据其对法律行为效力的影响而作出区分,仅使部分强制性规定可对法律行为的效力产生消极影响。详言之,根据违反强制性规定对法律行为效力的影响可将强制性规定区分为效力性规定与取缔性规定。^②其中,取缔性规范是指取缔违反之行为,对违反者加以制裁,以禁遏其行为,并不否认其行为在私法上的效力。而效力性规定则是指不仅要取缔违反的行为,对违反者加以制裁,而且对其行为在私法上的效力也加以否认。^③若法律行为违反效力性规定,则该法律行为归于无

① 正是基于此种考虑,我国学者主张,不具有部门规章规定资格的主体与参加旅游者之间所签定的事实上以提供旅游服务为标的的合同,在出现纠纷时也应认定为旅游合同,而不宜一律宣布无效。参见易军、宁红丽:《合同法分则制度研究》,人民法院出版社2003年版,第459页。

② 此种区分在台湾地区最早由史尚宽先生提出,后来为其他学者所继受,实务界也接受了这一观点。史尚宽先生指出,“前者着重违反行为之法律行为价值,以否定其法律效力为目的;后者着重违反行为之事实行为价值,以禁止其行为为目的。”参见史尚宽:《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第330页;陈自强:《民法讲义I契约之成立与生效》,法律出版社2002年版,第147页等。

③ 王泽鉴:《民法实例研习》(民法总则),台湾地区三民书局1996年版,第234页。

效,而如果法律行为违反取缔性规定,则法律行为的效力不受影响。^①受此影响,最高人民法院在《关于贯彻执行〈中华人民共和国合同法〉若干问题的司法解释(二)》第14条中明确规定:《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。也将适法性要件中的强制性规定限制为“效力性强制性规定”。这一二分对私人自治的维护显然比不作区分又更上一层楼。

(三) 现行规定与理论的不足

不过,即使是对于这种采纳效力性规定与取缔性规定的二分而仅使违反效力规定的法律行为归于无效的观点与规定,笔者认为也还存在着以下不足:

第一,在强制性规定中,究竟哪些属于取缔性规定,而哪些属于效力性规定,除了明定其违反行为的私法效果的少数情形外,它往往没有提供任何明确的判断标准。“禁止规定何时仅以禁遏其行为为已足,何时需要再否定其私法效力,仍乏可操作的标准。”^②日本学者四宫和夫也指出,“究竟是否为效力规定,通常规定的文句并非明显,因此,如何判别具有效力规定性质就成为问题。”^③当一项法律行为违反了强制性规定的时候,我们无法知悉该被违反的规定的性质,实际的做法毋宁是,“当判断结果,该契约仍为有效,该禁止规定,得被归类为取缔规定;反之,契约无效时,该规定属于效力规定。”^④也就是说,这实际上是根据法律行为有效或无效的最终结果来反推该被违反的规范的性质,这不啻于是一种从结论推导出前提的语言循环、以问答问,掩盖了其中裁判者在进行法益权衡的实质。某一强制性规定之所以被定性为取缔性规定,并非适用适法性要件前应先解决的前提,而恰恰是适用适法性要件进行判断后所获致的结果。“换言之,取缔规定依然为禁止规定,仍有适用第71条的必要。”^⑤因此,取缔性规定与效

① 参见王利明:《民法总论》,中国人民大学出版社2003年版,第572页;邱鹭凤、叶金强、龚鹏程:《合同法学》,南京大学出版社2000年版,第162页。

② 苏永钦:《私法自治中的经济理性》,中国人民大学出版社2004年版,第43页。对于如何区分效力性规范与取缔性规范,学界提出了不同的标准。史尚宽先生指出:“应探求其目的以定之。即可认为非以为违法行为之法律行为为无效,不能达其立法目的者,为效力规定,可认为仅在防止法律行为事实上之行为者,为取缔规定。”史尚宽:《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第330页。王利明教授指出,法律法規规定违反禁止性规定将导致合同无效,则该规定属于效力规定;法律法規虽未明定,但违反该法律后,若使合同继续有效将损害国家利益和社会公共利益,则该规定属于效力规定;法律法規虽未明定,但违反该法律后,若使合同继续有效并不损害国家利益和社会公共利益,而只损害当事人的利益,则该规定不属于效力规定。参见王利明:《民商法研究》(第6辑),法律出版社2004年版,第466页。

③ [日]四宫和夫:《日本民法总则》,唐晖、钱孟珊译,朱柏松校,台湾地区五南图书出版公司1995年版,第205页。

④ 陈自强:《民法讲义I 契约之成立与生效》,法律出版社2002年版,第148页。

⑤ 陈自强:《民法讲义I 契约之成立与生效》,法律出版社2002年版,第148页。

力性规定的二分,对适法性要件的适用并无助益。

第二,即使依此观点否认取缔性规定对法律行为效力的影响,那么它将违反取缔性规定以外的强制性规定的法律行为均判为无效,使得能影响法律行为效力规范的范围实际上还是过于宽泛。私法中存在着一些使用“不得”、“应当”、“必须”等连接词的强制性规定,即使它们能被认定非属取缔性规定,然而,这些规定大半也并不属于适法性要件中所指的足以影响法律行为效力的“效力性规定”。此种观点显然未意识到私法中绝大多数强制性规范所具有的特殊性。

二、适法性要件中“强制性规定”的范围——宪法、公法与社会法的规范是否为“适法规范”

《民法通则》与《合同法》在规定适法性要件时,要求法律行为不得违反法律或法律与行政法规。从法律体系角色而言,一国法律大体上可划分为宪法、公法、私法、社会法等部门。在外延上,此处的“法律”是否即涵盖了一国法律体系的全部法律门类?从规范内容的角度而言,该“强制性规定”是否可包含非属任意性规定的一切强制性规定?限于篇幅,以下先探讨宪法、公法与社会法中的规范,私法中的规范放诸下一节分析。

(一) 宪法

宪法的规定是否为强制性规定?若是,则是否是适法性要件所称的强制性规定?宪法的规定,特别是有关基本人权的規定,为强制性规定,应无疑义。^①唯此类规定是否为适法规范?对此,王泽鉴先生指出,台湾地区“民法”第71条规定所称的强制或禁止规定不包括“宪法”规定。“宪法”关于基本人权的規定对私法关系不具有直接规范效力,应透过第72条等概括条款实现其价值理念。^②

其实,宪法人权规定是否为适法规范,端视在宪法基本人权第三人效力上采取何种观点而言。“间接效力说认为,唯有当宪法明定特定基本权于私法关系亦有直接效力时,该基本权始足以充当民法第71条所称禁止。”^③直接效力说则认为,宪法人权规定为强制性规定,“直接将基本权利视为民法第71条所称禁止性规定,使违反基本权规定的私人的法律行为,因之归于无效。”^④“基本权固属公

① 我国有学者指出,宪法上的所有规范都是强制性规范,不允许任何人对其变通适用。参见钟瑞栋:“民法中的强制性规范——兼论公法与私法‘接轨’的立法途径与规范配置技术”,载《法律科学》2009年第2期。

② 王泽鉴:《民法总则》,中国政法大学出版社2001年版,第279页。

③ 许宗力:“基本权利的第三人效力与国库效力”,载台湾地区《月旦法学教室》第10期。

④ 许宗力:“基本权利的第三人效力与国库效力”,载台湾地区《月旦法学教室》第10期。

权力,唯基本权之保障系宪法的基本价值决定而属‘强制规定’,对基本权之侵害就是违反‘强制规定’或违背‘公共秩序、善良风俗’。”^①笔者认为,宪法规定是强制规定,但并非适法性要件中的“强制性规定”,“如果人权规定直接适用于私法领域,则私法自治原则岌岌可危。而且,依据直接效力说,公权力随时可能介入人民之生活,反将升高人民与国家间之紧张关系,有违人权宣言之宗旨。”^②

(二) 公法

公法规定多为强制性规定,且这些规定多“命令”当事人为或不为一定行为,即强制(Gebot)或禁止(Verbot)一定行为,要么科以作为义务,要么科以不作为义务,旨在影响或改变人民的行为,因此,在性质上属于强制而非指导性的行为规范。并且由于公法规定多旨在实践某种管制目标,不妨也可将其称为“管制规范”。如《刑法》第232条规定:故意杀人的,处死刑、无期徒刑或者10年以上有期徒刑;情节较轻的,处3年以上10年以下有期徒刑。第338条规定:违反国家规定,向土地、水体、大气排放、倾倒或者处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他危险废物,造成重大环境污染事故,致使公私财产遭受重大损失或者人身伤亡的严重后果的,处3年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金;后果特别严重的,处3年以上7年以下有期徒刑,并处罚金。《环境保护法》第24条规定:产生环境污染和其他公害的单位,必须把环境保护工作纳入计划,建立环境保护责任制度;采取有效措施,防治在生产建设或者其他活动中产生的废气、废水、废渣、粉尘、恶臭气体、放射性物质以及噪声、振动、电磁波辐射等对环境的污染和危害。第34条规定:任何单位不得将产生严重污染的生产设备转移给没有污染防治能力的单位使用。《行政许可法》第81条规定:公民、法人或者其他组织未经许可,擅自从事依法应当取得行政许可的活动的,行政机关应当依法采取措施予以制止,并依法给予行政处罚;构成犯罪的,依法追究刑事责任,等等。

行为规范与任意规范除在规范效力上存在巨大差异外,其背后蕴含的人性预设也大相径庭:一为恶性,一为理性。“如果说人不是恶魔的话,人也并不是天使,他们是处于这两个极端之间的中间者,这一事实使得相互克制的制度既有必要又有可能。就天使来说,因其绝不会伤害别人,要求克制的规则将是不必要的;就恶魔来说,他们准备毁灭而不顾他们自己要付出什么代价,这就不可能有

① 李惠宗:“禁止办公室恋曲”,载台湾地区《月旦法学教室》(公法学篇),第83页。

② 许志雄:“人权规定之第三人效力”,载台湾地区《月旦法学教室》(公法学篇),第81页。

什么规则了。”^① 由于生活中的人既非天使，也非恶魔，在他们身上，既有着自由意志指导下的正确选择，也有着放任自己而损及他人的冲动。在任意规范中，法律假定人们能够正确地判定其所面对的形势，在多种方案中作出最有利于自己的选择；在行为规范，特别是其中的禁止规范中，法律则以“不得为之”的强行规定，要求人们必须克制内心的恶性，否则即有可能承担法律上不利的后果。^②

民法之所以设置适法性要件，是为了维持法律秩序的无矛盾性或一致性。^③ 质言之，在法律行为违反了强制性规定后，如果违反该规定的后果只停留在行政制裁，甚或刑事制裁的话，强制性规定的价值将难以充分实现。如国家法律决禁杀人、掠财、贩毒，若在规定实施这些行为应承担行政或刑事处罚的同时，承认一个以实施这些行为为内容的法律行为有效，换言之，使当事人依法律行为而负有杀人、掠财、贩毒等义务的话，则国家立法决禁这些行为的目的将根本无法达成。因此，民法在设置法律行为的有效要件时将不违反法律、行政法规中的强制性规定作为法律行为的有效要件之一，诚非无据。显然，公法中的强制性规范足堪担当适法规范。

当公法的立法者在设置强制性的行为规范时，他可能在这些行为规范中明示或间接揭示违反行为的私法效果，无论此种效果是无效还是有其他效力瑕疵，在此种情形下，对违法的法律行为只需适用该规定即可发生法定的私法效果，此际，援引该行为规范的适法性要件不啻于是对该规定的重复，即仅仅起到引致规范的作用，其规范意义并不大。因此，梅迪库斯指出，强行法已经规定了违反该规定的法律行为无效的后果，这些法律规定在无效性之后果方面，也属于完善法，不需要适用民法典第 134 条规定。^④ 不过，立法者也可能在行为规范中不作上述揭示，而这是更为常见的事。“禁止规定通常非在直接规范私法自治，而是在禁止某些特定行为，其本身并未规定法律行为的效力”，^⑤ 此际，由于强行法尚未明揭斯旨，而从公私法关系的定位来看，公法规定并不能一概支配私法行为的效力，因此，此时判断法律行为是否违反这些行为规范以及在认定后如何进一步地确定该违法的法律行为在私法上的效果就是值得思虑的事情。在这些国家或地区的立法者或学者看来，正是这后一种情形为适法要件功能的发挥提供了用武之地。“第 134 条的真正意义，看来是针对不属于民法领域的，并且仅仅规定了民法以外的制裁措施的法律禁令。这些法律规定，对那些违反了自身规定的、民

① [英] 哈特：《法律的概念》，张文显等译，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 191 页。

② 参见胡玉鸿：“‘法律人’建构论纲”，载《中国法学》2006 年第 5 期。

③ 参见王泽鉴：《民法总则》（增订版），中国政法大学出版社 2001 年版，第 276 页。

④ [德] 梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社 2001 年版，第 482 页。

⑤ 王泽鉴：《债法原理》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 278 页。