



优秀法学博士论文文丛

强制规范与合同效力

——以合同法第52条第5项为中心

耿 林◎著

Qiangzhi Guifan Yu
Hetong Xiaoli



中国民主法制出版社

中国政法大学
CHINA UNIVERSITY OF POLITICAL SCIENCE AND LAW

强制规范与合同效力

——以合同法第52条第1款为中心

周 珂著

Contract's Duration For
Mandatory Norms

中国政法大学出版社
CHINA UNIVERSITY OF POLITICAL SCIENCE AND LAW PRESS



优秀法学博士论文文丛

强制规范与合同效力

——以合同法第52条第5项为中心

Qiangzhi Guifan Yu Hetong Xiaoli

耿 林◎著



中国民主法制出版社

图书在版编目(CIP)数据

强制规范与合同效力:以合同法第52条第5项为中心/
耿林著. —北京:中国民主法制出版社,2009.5

ISBN 978-7-80219-578-3

I. 强… II. 耿… III. 合同法—研究—中国 IV. D923.64

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第071043号

书名/强制规范与合同效力

——以合同法第52条第5项为中心

Qiangzhi Guifan Yu Hetong Xiaoli

作者/耿林著

出版·发行/中国民主法制出版社

地址/北京市丰台区右安门外玉林里7号(100069)

电话/63055022(编辑部) 63057714(发行部)

传真/63056975 63056983

http://www.npc.gov.cn

E-mail:/MZfz@263.net

经销/新华书店

开本/32开 880毫米×1230毫米

印张/12.5 字数/289千字

版本/2009年6月第1版 2009年6月第1次印刷

印刷/中原出版传媒投资控股集团北京汇林印务有限公司

书号/ISBN 978-7-80219-578-3

定价/25.00元

出版声明/版权所有,侵权必究。

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

独白

安徽省滁州市全椒县的一个小山村清水塘，虽非林壑幽美，蔚然深秀，却也是个山清水秀的居所，这就是我孩提与少年时代朝夕生活的地方。在老家县城，如今无论是儒林路、儒林大曲、儒林新区，还是吴敬梓纪念馆，无不体现了以《儒林外史》而闻名的当地文化名人吴敬梓的影响。虽然沐浴在文化名人的足迹中，确是懵懵懂懂考上的大学，一如众多同龄人，为考大学而学习。

大学毕业时，有一种强烈地在知识上充实自己的渴望，目标是实现治理国家的理想与抱负，所以选择了与公法相近的政治学。在郑州大学工作期间，经过几年的彷徨与等待，终于转到了自己盼望已久的法学院民商法专业从事教学工作。对我来说，这是一个令人鼓舞的公法向私法的转变，也是一次纯粹的、完全理性的选择，是一个工作方向与理想的转变。

2001年我有幸考入清华大学法学院，这给了我一次精神境界提高的机会。在北京，我有更多的机会了解优秀的高等学府、见识优秀的本专业学术精英，特别是有了走出去学习国外先进知识的明确意识与追求。不久，我就获得了去德国进修的机会。如果说知识是果实，语言就是承载果实的枝干；如果说思想是清泉，语言就是引导清泉的沟渠。从源头知识的固有语言去获取知识，这本身就是一件快乐无比的事。这种变化也许是十年前浮躁心态下所急于寻求的一种结果吧。我把这个阶段称之为知道了怎么学。以一种非功利的心态，平静地对待知识，对待知识的追求，享受着其中的乐趣，这不正是快乐生活应该持有的学习方法么？

耿林

二〇〇九年五月拾日于郑州

出版说明

《优秀法学博士论文文丛》是我社为展示学术新人新作——博士生学程阶段成果而推出的系列丛书。

在组织第一辑稿件期间，清华大学法学院、中国人民大学法学院、中国政法大学、社科院法学所等相关单位十分重视，指定专门机构及人员认真筛选、推荐了其毕业博士生所撰写的优秀论文。

为使文丛顺利出版，出版社组织了专业编辑队伍并筹集了专项资金，在各方的共同努力下，丛书终于如期间世。

《优秀法学博士论文文丛》既是学术信息交流的平台，也是院、校、所学术专题新著交流的平台。我们乐意成为平台的建造者，也期待更多的优秀法学博士著述在此展阅。

序 言

耿林博士是2001年考入清华大学法学院由我指导的博士研究生。至少从其入学时起,他就对该博士论文的选题《强制规范与合同效力》表现出了较浓厚的研究兴趣。由于国际交流的触动,我对这一问题也十分关注,我和他还就该问题进行过几次讨论。开题时,他以此为题,也顺利通过了选题论证。

该论文第一次系统全面地对合同法第52条第5项的规范结构及其适用方法作了深入研究。在这一研究中,作者借鉴国外相关理论与司法判例经验,紧紧围绕法律条文的解释展开。论文通过目的解释,首先得出了第52条第5项的规范目的保留条款(即效力例外条件),又最终通过目的解释与类型化的方法,对所违反的、被第52条第5项所指向的具体强制规范的理解,做出方向性的适用研究。这一研究方法与研究成果在国内同类研究中处于领先地位,对理论与司法实务具有一定的启发和参考价值。

当然,该问题的进一步研究具有相当的难度。这主要是因为,一般的适用方法以及基于一般方法的类型化仍旧不能直接解决所有具体问题。具体适用更多地仍然要依靠对具体强制规范的规范意旨进行解释,这就既涉及对法政策和多变的公共政策的理解,也涉及对司法判例的收集、分析与整理。论文在直接针对判例整理方面仍然留下巨大的研究空间。这也是评阅论文的专家们提的较多的问题。希望作者今后在这方面能做进一步深入研究。

耿林博士是在工作多年后又来脱产定向攻读博士学位的。对一

个脱产委定生来说,能真正做到脱产是很不容易的。所以,后来清华法学院很少有导师招收脱产委定生。但是,耿林博士当时的确做到了脱产学习,并且在校期间,学业成绩一直优秀。其在读期间的学科成绩,按清华的学分绩计算,是所有同级在读博士生中的第一名,并多次获得清华大学奖学金;其学位论文获得了清华大学优秀博士论文一等奖;毕业时,被评为清华大学优秀毕业生。在读期间,耿林博士还积极参与院、校的有关组织和管理工作的,做过学生辅导员、研究生工作助理、组织过法学院博士生论坛和清华大学承办的首届全国博士生论坛法学分论坛等。

无论在学业上还是在平时的教学科研中,耿林博士都能一贯以一种极其淡薄名利的认真态度来对待求知过程,这是十分难能可贵的。值其论文出版之际,我作为其导师,愿意为之作序。诚如庄子所言,“丘山积卑而为高,江河合水而为大。”祝愿他在以后的学术道路上能有更多的贡献!

崔建远

2009年5月

内容摘要

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。这不能从根本上认识强制规范和合同效力之间的关系。

本书在廓清和界定相关重要概念基础上,首先根据目的解释,构建了以合同法第52条第5项为中心的我国法律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,本书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第52条第5项,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,以得出这两种利益中哪一种更应具有优先性,进而得出应适用合同法第52条第5项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,本书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,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层次和具体的事实上的利益关系限制层次。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始终要贯穿于其中,以保证规范目的解释方法对中国国情的适应。

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.

目 录

第一章 概论/1

- ◆第一节 问题的提出/1
- ◆第二节 国内外的研究状况概述/8
 - 一、中国大陆/8
 - 二、我国台湾地区/19
 - 三、德国/24
 - 四、日本/28
 - 五、英美法系国家/30
 - 六、小结/34
- ◆第三节 研究的意义/35
- ◆第四节 研究的方法/37
- ◆第五节 本书的基本结构/39

第二章 强制规范的含义及类型研究/42

- ◆第一节 强制规范的含义/43
 - 一、强制规范的用法整理/44
 - 二、与权利义务性规范的关系/63
 - 三、与法的强制性/67
 - 四、强制规范与违法/70
- ◆第二节 强制规范的分类/73

- 一、广义的强制规范和狭义的强制规范/74
- 二、强制规范(狭义)和禁止规范/74
- 三、民法上的强制规范和民法外的强制规范/77
- 四、效力规范与纯粹管理规范(单纯取缔规范)/85
- 五、绝对强制规范和相对强制规范/87
- 六、意思表示上的强制规范和事实行为上的强制规范/91
- 七、对一方的强制和对双方的强制/94

◆ 第三节 关于强制规范的主要立法例/95

- 一、区分立法例/96
- 二、混合立法例/98
- 三、规范目的保留条款立法例/98
- 四、无规范目的保留条款立法例/99
- 五、立法例条款的功能/100

第三章 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/103

◆ 第一节 强制规范与公序良俗/103

- 一、公序良俗的含义/104
- 二、公序良俗在我国现行法上的规定/106
- 三、对二者关系的认识/110

◆ 第二节 强制规范与诚实信用/115

- 一、诚实信用的含义/116
- 二、诚实信用在我国法上的规定/119
- 三、对二者关系的认识/121

◆ 第三节 强制规范与法律规避/133

- 一、法律规避的含义/133
- 二、我国法上的法律规避/137
- 三、对二者关系的认识/140

第四章 强制规范与合同效力的一般关系研究/143

- ◆第一节 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/144
- ◆第二节 强制规范存在的价值前提:有比合同自由的维护更重要的价值/151
- ◆第三节 法解释是确定强制规范对合同效力影响的基本途径/156
- ◆第四节 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/159
 - 一、利益是强制规范背后的规范基础/160
 - 二、利益的诸种表现/163
 - 三、利益与利益衡量/166
- ◆第五节 类型化是辅助法解释的重要方法/168
- ◆第六节 国情中抵消因素的扣除/170
- ◆第七节 法律制度的统一与分离/174
- ◆第八节 法律明确规定了违反后果的情形/179

第五章 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/182

- ◆第一节 通常解释方法:字面解释/184
 - 一、字面解释的含义/184
 - 二、对合同法 § 52(5) 的字面解释/185
 - 三、对具体强制规范的字面解释/187
 - 四、小结/194
- ◆第二节 特殊解释方法:规范目的解释之最高原则/195
 - 一、目的解释/195
 - 二、对于合同法 § 52(5) 的目的解释/199

三、对于具体强制规范的目的解释方法及利益衡量/207

四、目的解释与法官造法/232

◆第三节 有关的具体解释情形/233

一、民法上的有关规定/234

二、一般民法以外的规范解释/245

三、小结/248

第六章 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/250

◆第一节 一般解释规则的“例外”类型化/251

一、公法上强制规范的特殊性/251

二、财产惩罚的预防可能性/255

三、法律和平和法律安定性的利益考量/258

四、合同已经履行对违法合同效力的影响:履行与未履行/260

五、强制规范所调整的当事人的范围:一方违法和双方违法/268

六、合同当事人的主观恶意:双方恶意与一方恶意/275

◆第二节 个案事实特征的类型化/280

一、按照单个合同发展的自然阶段划分/281

二、按照调整事项范围的分类/292

三、类型以及解释方法的竞合/306

第七章 强制规范违反之后果研究/309

◆第一节 违反后果概述/309

一、违反强制规范的私法上后果的法律依据/312

二、§ 52(5)中“法律、行政法规”范围的目的解释——