

# 违法合同的效力界分——围绕合同编通则解释的相关规定展开

张成

华东政法大学，上海，200050；

**摘要：**《民法典》第153条第1款中涉及的“强制性规定”，不应包含私法中的强制性规范。在公法中的强制性规定未明定对合同效力的规制时，基于分类标准固有的局限性，不宜采取对强制性规定进行“效力性”和“管理性”的界分，进而认定合同效力，而应结合《民法典合同编通则司法解释》第16条之规定，探明相应强制性规定的规范目的与规制对象，并运用比例原则、诚信原则予以检视和说理，从而综合判断合同效力。对合同效力存疑时，基于对鼓励市场经济和交易效率这一法内价值的维护，应以认定合同有效为原则。

**关键词：**违法合同；强制性规定；比例原则

**DOI：**10.64216/3080-1486.26.02.078

## 1 问题的提出

我国民法中关于合同违反强制性规定的条文，源于《中华人民共和国民法通则》（以下简称《民法通则》）第58条第1款第5项之规定，<sup>[1]</sup>彼时尚未区分“强制性规定”，而仅规定了民事行为因违反法律而无效。“强制性规定”这一用语，始见于《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）第52条第5项<sup>[2]</sup>，这是对前述《民法通则》规定的缓和，即并非违反“法律”之合同一律无效，而系违反法律、行政法规中的“强制性规定”者方才无效，对违反的对象进行限缩，虽在一定程度上弱化了合同无效场合中法律优位的思想，然其并未摒弃违反者一律无效的思想。<sup>[3]</sup>

对于违法合同效力的界定，具有理论和实践上的重大意义。近日，随着《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》（以下简称《合同编通则》）的出台，这一问题的解决似迎来了新的方向，主要体现在第16条及相关规定。第16条具有开创性的意义，其不再拘泥于强制性规定的划分问题（如“效力性规定”），而是列举了诸种情形，提供了一种从强制性规定的规范目的实现程度、比例原则、诚信原则等方面进行考量，综合判定合同效力的方案，列举之情形具有相当的具象性，然诸情形背后的考量要素，仍有待厘清。本文拟从《合同编通则解释》第16条及相关规定为中心，对强制性规定范围进行锚定，再对条文进行抽象化的归纳和提炼，进而再针对不同应用场景进行检验，形成较为一般化的规则，明晰对违法合同效力界定的法律适用问题。

## 2 “强制性规定”的范围界定

### 2.1 是否包含私法上的强制性规定之争

强制性规定，指不论当事人意思如何，均应适用的规定，且具有强制适用的效力，<sup>[4]</sup>以此区别任意性规定，自不待言。结合《合同编通则司法解释》第16条和第18条，《民法典》第153条第1款中所称的“强制性规定”，其范围应仅包括公法上的强制规定，理由如下：

首先，从文义解释的角度出发，通过《民法典》第153条第1款似无法径直得出排除私法上强制性规定的结论，然《合同编通则司法解释》第16条第1款明确规定了不认定合同无效的要件之一，即“由行为人承担行政责任或者刑事责任能够实现强制性规定的立法目的”，其中仅提及行政和刑事责任，并未提及承担民事责任（如承担合同无效后的返还义务、损失赔偿义务等）能够实现强制性规定立法目的的情形，似可推得其所谓之“强制性规定的立法目的”，并不包括对私法效果的规制。<sup>[5]</sup>

其次，从体系解释的角度，本文认为可分为两个维度，一是违反“私法中的强制性规定”，二是违反“公法中具有私法规制效果的强制性规定”，对前者而言，直接适用该规范规定的“后果”认定合同效力，而不是按照第153条进行认定，否则将与该解释第16条产生矛盾，而这也印证了上文关于文义解释的结论；对后者而言，既然公法中明定了私法的法效果，则此时第153条作为引致规范即可。值得一提的是，“公法中具有私法规制效果的强制性规定”，本质上仍属公法之规范，即使第153条作为引致规范，将其予以覆盖，也并不违背该条中“强制性”规定不包含私法上强制性规定的结论。无论是哪一种理解，均不否认在违背私法强制性规范的情况下，不应适用第153条，故均可得出第153条不包含私法上强制性规定的结论。

再次，从目的解释的角度，本文认为，在不仅违反

民事，亦违反行政或刑事强制性规定的场合下，会涉及民事责任，行政或刑事责任，如《民法典》第399条第1项规定了土地所有权不得抵押，虽为私法强制性规定，但实际上属私法中具有公法性质的强制性规定，本质还是对公法的违反，<sup>[6]</sup>梅迪库斯亦认为，针对的对象是不属于民法领域的、并且仅仅规定了民法以外的制裁措施的法律禁令。<sup>[7]</sup>

## 2.2 对效力性和管理性强制性规定划分的质疑

此前司法解释将强制性规定划分为“效力性强制性规定”和“管理性强制性规定”，先规定了违反“效力性强制性规定”的方才无效，后又在《八民纪要》中提到违反“效力性强制性规定”者无效，但违反管理性强制性规定者，亦不必然有效。诚然，对强制性规定进行效力性与管理性的二分，具有一定的积极意义，在相当程度上扭转了违法合同必然无效的思想，但这一划分，具有逻辑缺陷，且并未在可操作性上带来有效提升，相反，甚至可说是加大了操作难度，最终使得这一划分流于形式。

### 2.2.1 逻辑角度

司法解释对强制性规定作出了“效力性强制性规定”的界分，就分类标准而言，是从法效果层面，即该规定是否会致合同无效为考量因素，则从逻辑上而言，与之相对应的即为“非效力性”强制性规定。《八民纪要》中却将强制性规定划分为“效力性”和“管理性”强制性规定，然“管理性”强制性规定并不等同于“非效力性”强制性规定，因“管理性”系从规制目的而非法效果角度进行的形式划分，此其一，又就《八民纪要》中可得违反“管理性”强制性规定并非当然无效，这也意味着就法效果而言，管理性强制性规定也存在着与效力性强制性规定相重合之处，效力性强制性规定亦可能存在管理之规制目的，故二者并非互斥关系，<sup>[8]</sup>而对强制性规定作区分的核心目标即在于确定违反何者会导致合同无效，故该分类并未有较大的实际意义。

### 2.2.2 适用角度

因效力性与管理性二分天然存在逻辑上的缺陷，故在法律适用层面引发了较大的困境。若依司法解释及会议纪要之思维链路，对于具体应用情景却隐含多余和循环论证之嫌，兹以两种可能的情形予以阐明：其一，对于已经明定了私法效果的强制性规定，依其具体规定（无效或其他法效果）径直判断合同效力即可，并无必要判断该强制性规定的具体分类，此时《民法典》第153条仅为引致规范，无须裁判者的自由裁量和评价，以此区别转介规范，故此时若严格依照效力性与管理性进行二分，则会形成依具体规定已经判断合同无效（或其他法效果），再返回判断是否属于效力性强制性规定，

而后再依《民法典》第153条之规定作出结论，而这一结论早在第一步即已得出，故第二步即显得多余，亦有倒果为因，循环论证之嫌；其二，对于未明定私法效果的强制性规定，因“效力性”强制性规定本就是从规范法效果层面出发的分类，是否具有“效力性”，本质是对该规定会否影响合同效力的判断，因而在该逻辑链路的第一步，即对规范定性的前置环节中，已经包含了对合同是否有效的结论，故亦有循环论证之嫌。

## 3 违法合同效力界分的路径

### 3.1 影响因素提炼及案型检验

《合同编通则司法解释》第16条对《民法典》第153条第1款第2句中的例外情形作出了具体列举，对所列情形进行要素提炼，可得出如下影响因素：

#### 3.1.1 规范目的及规制对象

《合同编通则司法解释》第16条第1款中明确提及了规范目的的实现，且第1款前3项均涉及强制性规范的目的，由此可见在界定违法合同是否无效的问题上，规范目的的考量具有先决性的地位。

若该强制性规定旨在要求当事人一方加强风险控制、内部管理等，规制的仅是一方当事人，且另一方当事人无审查之义务时，合同亦不应直接认定无效。以《商业银行法》第39条为例，在订立贷款合同时，涉及的往往是商业银行对借款人的身份及还贷能力的审核，借款人并不会对银行的放贷能力进行审查，且商业银行资产负债比例，属内部管理信息，借款人无从知晓，若此时直接判定贷款合同无效，则借款人须因其自身无法掌控之情事而承担返还不当得利之责任，显不公平，换言之，不应将贷款方之违法风险不当转嫁于借款人一方，这也不利于借贷机制的良性发展，有碍经济活力。

#### 3.1.2 比例原则

《民法典》第153条第1款，不仅起到引致的功能，还包含评价的因素，<sup>[9]</sup>就比例原则的功能而言，从本体论视角，其具有控制权力的功能，尤其在公私法二分的基本架构下，对于回应公权力能否渗透到私人自治领域以及渗透到何种程度具有指引性和一定的可操作性；从方法论视角，比例原则被视为繁杂利益博弈的替代词。<sup>[10]</sup>核心是一个以最小之侵害达成规范之目的，从而限制自由裁量权的无序扩张。比例原则乃对“限制权利的权力”的限制，将其适用于违反强制性规定合同的效力判定，非但不会妨害私权的实现，反而能够有效防范公权力过度入侵私法领域，进而维护私法自治理念。<sup>[11]</sup>

在具体应用上，比例原则涉及三个维度，分别是适当性、必要性和均衡性的审查。首先进行适当性审查，对强制性规定背后所蕴含的目的予以定位，继而判断倘若认定合同无效，是否对相关规定目的的实现有所助益，

若回答为否定，审查便就此终止，继而认定合同为有效的；倘若回答为肯定，则再继续下一步骤的判断，即进入到均衡性审查阶段，大致判断各个手段是否会造成价值的失衡，危及交易安全和私法自治等；并在此基础上，对是否符合必要性原则进行审查；最后一步是对是否符合均衡性原则进行审查，即判定合同无效是否会导致明显不公、公益与私益、当事人之间利益的失衡。

### 3.1.3 诚信原则

若主张无效一方，在订立合同时明知违法行为，于合同订立后因标的物价值之变化而欲主张无效，从而获得涨幅之利益，不应获得支持。这主要体现在开发商未取得预售证即订立商品房买卖合同，后具备申请预售许可证之条件，却违背诚信不向管理部门提交申请，其意欲通过违法无效之行为，以达获利之目的，违反诚信原则，不应支持其主张。<sup>[12]</sup>

## 3.2 存疑时的判断

因各要素的衡量具有主观性，且具有不相上下的可能性，则此处主要涉及的问题是，若依前述方法无法作出效力认定，即效力存疑时，推定合同无效为原则，抑或以合同有效为原则。

若对《合同编通则司法解释》第16条进行反对解释，似应认为以合同无效为原则。然在法律解释的过程中，不能不考虑到法内价值的影响，即法体系中所蕴含的内在价值取向，因法律规范乃为实现特定的目的或目标而创设，通过设定某一构成要件并将其与法效果链接，立法者所表达的是其对如何规制社会特定环节的构想，<sup>[13]</sup>而从立法沿革的角度，从民法通则时代到合同法时代再到民法典时代，无不透露出回应市场经济鼓励自治的现实需求的立法思想，而市场经济的活力程度与市场主体的参与程度和合同关系的发达程度成正相关，合同关系为市场经济中最基本的法律关系，因此，应当竭力促成合同的成立与生效，<sup>[14]</sup>注重效率价值，在效力存疑时，应当作对合同有效的有利推定。

## 4 结论

综上所述，针对违法合同的效力界分问题，应当围绕对《民法典》第153条第1款及《合同编通则解释》第16条的理解与适用展开。

从《合同编通则解释》第16条和第18条可看出，就该款中提及的“强制性规定”，不应包含私法中的强制性规定（即“能为规范”），而仅指公法中的前置性规定。此外，不应采“效力性”与“管制性”的分类，因该分类具有固有局限性，即分类标准不明、难以实际区别，以及基于该分类局限性而导致的在适用过程中的

循环论证问题，使得该分类流于形式。

在具体界分违法合同效力的过程中，若违法合同所涉及的内容，与规范目的及规制对象无涉，则不宜认定合同无效；若与规范目的及规制对象具有关联性，则应引入比例原则，对适当性、必要性和均衡性进行考量，从而限缩裁判者自由裁量权，这也对裁判者提出了充分说理的要求。

## 参考文献

- [1] 《中华人民共和国民法通则》第58条第1款第5项：“下列民事行为无效：……（五）违反法律或者社会公共利益的；……”
- [2] 《中华人民共和国合同法》第52条第5项：“有下列情形之一的，合同无效：……（五）违反法律、行政法规的强制性规定；……”
- [3] 参见黄忠：《违法合同的效力判定路径之辨识》，载《法学家》2010年第5期，第56页。
- [4] 韩世远：《合同法总论》（第四版），法律出版社2018年版，第232页。
- [5] 参见吴光荣：《违反强制性规定的合同效力——以〈民法典合同编通则解释〉的相关规定为中心》，载《法律适用》2023年第12期，第28页。
- [6] 《中华人民共和国土地管理法》第2条第3款第1句：“任何单位和个人不得侵占、买卖或者以其他形式非法转让土地。”
- [7] 参见〔德〕迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2013版，第483页。
- [8] 参见张婉婷：《〈民法典〉“强制性规定”条款解释困境的出路——以宪法基本权利保护为基础》，载《华东政法大学学报》2023年第2期，第110页。
- [9] 参见许德风：《合同效力的类型界分》，载《中国法律评论》2023年第6期，第21页。
- [10] 参见蒋红珍：《论比例原则》，法律出版社2010年版，第19页。
- [11] 参见郑亚灵：《比例原则视角下违反强制性规定合同的效力判定》，载《西部法学评论》2023年第6期，
- [12] 参见《最高人民法院民二庭、研究室负责人就合同编通则司法解释答记者问》
- [13] 参见〔德〕托马斯·M.J.默勒斯：《法学方法论》（第4版），杜志浩译，北京大学出版社2022年版，第258页。
- [14] 这一思想亦可从《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》第1条第3款中推得。