

基本权利对民事法律行为效力的影响及其限度

刘志刚*

内容提要 基本权利对民事法律行为效力的影响是基本权利进入民法场域的重要管道。这种影响不是通过基本权利对民事法律行为的直接适用实现的,而是通过公法性强制规范和公序良俗原则发挥其影响。违反公法性强制规范不足以对民事法律行为效力产生绝对否定性的影响,法院审查和判断的准则是:否认违反公法性强制规范之民事法律行为的效力,是否会构成对相关基本权利的过当侵害。是否构成过当侵害的判断标准是比例原则。违反公序良俗是导致民事法律行为无效的一个重要原因。法官在适用公序良俗原则判断民事法律行为效力的时候必须借助基本权利对其进行客观化塑造,但必须对注入私法场域的基本权利进行流量控制。

关键词 基本权利 民事法律行为 公法性强制规范 私法自治

私法自治是民法的灵魂与核心,法律行为制度是私法自治得以实现的工具。私法自治的基本内涵固然主要是纯私人性质的,但是这些内涵的实现需要法律加以确认和保护,甚至还需要法律加以限制。在私法自治的历史发展进程中,其一以贯之的核心精神始终是:借助国家的意志和强制力,最大限度地尊重并保障私人在私法领域的意思自由,调和自然私权和国家公权之间的潜在冲突和矛盾。作为私法自治得以实现之工具的法律行为制度,必须围绕前述核心精神展开自己的制度设计,合理构筑自己的内部制度,在尊重自然私权的前提下妥当地处理和解决好其与国家公权之间的关系。直观来看,作为公法权利的基本权利与民事法律行为^①之间并不存在逻辑上的关联性,但是,由于民事主体损害他人基本权利之可能性的现实存在,加之基本权利和公法性强制规范之间所存在的逻辑关联以及其相较于公序良俗原则之客观化塑造功能,基本权利就在事实上对民事法律行为之效力产生了涵摄影响。在本文中,笔者拟对“基本权利对民事

* 复旦大学法学院教授,博士生导师。本文是2015年教育部重大课题攻关项目“中国特色人权观及人权理论研究”(项目批准号:15JZD007)的阶段性研究成果。

① 法律行为制度是《德国民法典》总则中的核心制度,我国1986年《民法通则》引入该制度时没有使用“法律行为”这一术语,而是采用了“民事法律行为”的表述,以此和其他法域所使用的类似概念相区别。对此,学界存在理解上的歧义。在本文中,笔者采用《民法通则》中的表述,对该范畴不做进一步的学理分析。

法律行为效力的影响及其限度”这一主题展开论证。

一、基本权利对民事法律行为效力施加直接影响的可能性分析

基本权利的性质决定了其义务主体的单一国家指向,民事主体原则上是不承担“尊重和保障人权”的宪法责任的,其所为之民事法律行为自然也就不会因为违反宪法中关于基本权利的规定而丧失效力。然而,这却并不意味着民事法律行为“侵害”基本权利的绝无可能。由于民事主体彼此间所处地位的事实上的不平等,如果浪漫主义地宣扬绝对的契约自由,丝毫不顾及宪法中所规定的基本权利的话,处于弱者地位的民事主体的基本权利很有可能在其高举的契约自由大旗下受到“合乎逻辑”的损害,这一点,在我国国有资本居于绝对垄断地位的现实场景之下表现得尤其明显。立基于此,确立基本权利对民事法律行为效力的必要的威慑依然有其现实的必要。环顾世界,确实也可以发现此类的判例。例如,在德国1957年的“单身条款案”中,当事人双方立有合同,“约定原告在被告处当护士,另据州社会部规定,合同期内原告不得结婚,否则被告有权单方解除合同。后原告结婚,被告解除合同。联邦劳动法院认定该合同因侵犯原告基本权利无效,理由是:单身条款违反基本法第6、1、2条,按德国民法典施行法第2条之规定,该民法典第134条违反强制性法律的法律行为无效中的法律包括基本法,单身条款作为法律行为违反基本法属于违反法律,根据民法典134条该条款无效。”^②再如,我国台湾地区早期司法实务中曾出现过依据其“民法”第71条转介“宪法”否定法律行为的判例,“如在针对原被告之间的离职后二年内的同业禁止保证书是否有效的案件中,法院就引用台湾地区“宪法”第15条工作权的规定否定该禁止保证书的效力”^③。前述判例中,基本权利对民事法律行为的效力产生了直接的影响,确保了宪法价值对民事行为场域的效力涵摄。但是,环顾各国(地区)民事审判实践,基本权利对民事法律行为的直接影响并不被普遍认可,法院对基本权利直接适用于民事法律行为的立场也显得较为谨慎。前述德国“单身条款案”裁决作出之后,遭到社会各界的广泛质疑。台湾“同业禁止保证书案”裁决最终被终审法院废弃。王泽鉴、苏永钦等学者均认为,台湾地区“宪法”并非“民法”第71条中的强制或禁止规定,不能直接适用于私法。^④在确认基本权利直接适用于民事法律行为的代表国——德国,法院在审判实践中直接依据基本权利条款确认民事法律行为无效的案例实际上非常少。德国联邦普通法院自1950年以来结合基本法的案件只有20件;联邦宪法法院自1951年创建至今,在裁判中明确结合基本法适用德国民法典第134条的判决只有6件;自1984年起,首创基本权利直接适用于民事法

^② 张巍《德国基本权第三人效力问题》,载《浙江社会科学》2007年第1期。

^③ 台湾地区“最高法院”1984年度台上字第2446号民事判决。

^④ 相关论述可参见王泽鉴《宪法基本权利与私法》,载《“司法院”大法官释宪五十周年纪念论文集》,1998年;苏永钦:《违反强制或禁止规定的法律行为》,载《私法自治中的经济理性》,中国人民大学出版社2004年版。

律行为效力判定做法的德国联邦劳动法院最终也放弃了该种做法。^⑤ 在其他国家和地区,审判实践中鲜有直接适用基本权利否定民事法律行为效力的做法。

那么,为什么基本权利原则上不能直接用来判定民事法律行为的效力呢?笔者认为主要有三个方面的原因。

其一 避免基本权利所承载的公法价值在民法场域的过当渗透 维护私法自治

私法自治是德国法中的称谓,它在法国法中被称为意思自治,在日本法中被称为“私的自治”或者“法律行为的自由”。受日语的影响,我国学者将其称为私法自治。“私法自治的理念及其原则是在18、19世纪资产阶级革命取得成功并极力推行个人主义、自由主义的历史背景下产生的”^⑥,但其思想根源最早可以回溯至古罗马时期。该时期的十二表法第5条规定“凡以遗嘱处理自己的财产,具有法律上的效力。”这一规定蕴涵了意思自治思想的萌芽,但它所体现的仅仅是意思自治的思想和精神,并未将意思自治抽象为私法原则。16世纪时,法国法学家查理·杜摩林提出“当事人意思自治说”,认为当事人有权依据其自己的意志进行自由选择,当事人的自我意志可以而且应该成为约束其行为的准则,当事人可以而且应当对自己的选择负责。^⑦ 该种观念为私法自治原则在制度层面的确立奠定了基础。1804年《法国民法典》第1134条规定,“依法成立的契约,在缔约的当事人之间有相当于法律的效力”,私法自治原则由此在制度层面确立。1900年《德国民法典》沿袭了《法国民法典》所确立的私法自治原则。尽管二者在语言表述方面不甚相同,但其蕴含的私法自治精神却是共同的。自此而后,私法自治原则逐渐传播到其他国家和地区,成为民法赖以维持自身存在的基础。“然而20世纪以来,不受任何限制的私法自治导致了社会矛盾的进一步激化,立法和司法解释都开始对私法自治予以限制,以期保护承租人、劳动者和消费者等弱势群体。一方面,立法者通过颁布单行法的方式对1900年《德国民法典》的规定予以补充,例如《一般交易条款》、《上门交易法》和《消费信贷法》。2001年德国债法改革之后,这些单行法被整合纳入2001年修订的《德国民法典》;另一方面,司法解释也开始利用《德国民法典》中的基本原则来对私法自治展开全方位的控制。”耐人寻味的是,“尽管存在着对私法自治的诸多限制”,“私法自治(却)仍然是当下德国民法不可动摇的基石”。^⑧ 私法自治由以实现的工具是法律行为制度。按照德国学者弗卢梅的界定,法律行为是指个体基于法律制度按照自己的意思创造性地形成法律关系的一类行为,其在外延上包括债权法律行为、物权法律行为、亲属法上的法律行为和继承法上的法律行为,是对前述各类行为共性的一种理论抽象。《德国民法典》将法律行为制度置于总则部分,使之成为贯穿整个民法体系的核心制度。该制度承载着实现私法自治的重任,通过法律行为的成立和生效制度因应传统私法自治理念在新时期面临的国家管制冲击,调和民事主体之私益和国家

^⑤ 参见张红《论基本权利作为法律行为无效的判断标准》,载《法学家》2009年第6期。

^⑥ 林国华《私法自治原则的基础》,载《山东大学学报》2006年第3期。

^⑦ 参见刘凯湘主编《民法学》,中国法制出版社2000年版,第34页。

^⑧ 迟颖《法律行为之精髓——私法自治》,载《河北法学》2011年第1期。

社会公益之间的潜在冲突,维持私法自治这一恒久不变的民法机轴。为了维持宪法与民法之间的动线流畅,基本权利固然可以对民事法律行为效力保持一定的涵摄影响,但是,必须警醒的是:基本权利的范围远较民事权利宽泛,形式各异、类型繁多;基本权利的功能远较民事权利多元,不仅包括对国家公权的消极防御功能,而且还包括对国家提出正向请求的功能。前种功能是绝对的,后种功能却是相对的,要依赖国家民主决策机关的综合考量。如果将原本指向于国家公权机关的基本权利拓展于民事法律行为,对其效力产生直接的否定性影响的话,由此导致的结果必然是基本权利所承载的公法价值在私法场域的过当渗透,使民事主体不堪重负,民事法律行为动辄违宪,最终危及私法自治。

其二,为了避免不同类型的宪法责任(消极不侵害与正向保护)之间的冲突。

从法理上来说,基本权利既是一种消极的防御权,又是一种正向的请求权。作为防御权,公民有要求国家承担消极不侵害责任的权利;作为正向请求权,公民有向国家提出请求其采取切实有效措施对基本权利加以保护的义务。对此,有日本学者将其称为国家承担的三种义务,“即介入禁止义务、基本权保护义务、基本权支援义务”^⑨。所谓介入禁止义务,是指国家原则上不得侵害公民基本权利的义务。所谓基本权保护义务,是指国家采取立法、司法等切实有效的措施保护公民基本权利免受他方侵害的义务。如果不存在践行该种义务的立法,司法机关应该通过司法裁判的方式弥补立法之不完备,即法院的法形成义务。所谓基本权支援义务,是指为了促成公民基本权利的实现,国家采取立法等切实有效的措施,对公民基本权利的实现尽可能地创造条件。法院作为国家公权机关,必须现实地担负起前述宪法义务。但是,法院在践行前述宪法责任的时候,却处于一种尴尬的两难困境,其原因在于:民事法律行为承载着公民的诸多基本权利,如契约自由权、财产处置权、婚姻自由权、立遗嘱权等。法院在民事裁判中,如果否认基本权利相较于民事法律行为效力的直接影响,就等同于没有采取切实有效措施,促成公民相关基本权利的实现,也就是说,没有践行其承担的基本权利保护义务。反之,如果承认基本权利对于民事法律行为的直接影响,以民事法律行为侵害基本权利为由否认其效力,就侵害到了民事法律行为所承载的相关基本权利,也就是说,没有践行自身所承担的基本权利介入禁止义务。例如,在前述德国的“单身条款案”中,联邦劳动法院认定该合同侵犯了原告的基本权利——婚姻自由权,因而该合同是无效的。但是,如此以来,被告的契约自由权却因为其所作出的合同无效判决受到了侵害,法院所承担的基本权介入禁止义务没有得到履行。显然,在基本权利直接适用于民事法律行为效力判定的情况下,法院很难避免其所承担的不同基本权利保障责任之间的冲突,最终导致的结果必然是由于基本权利相杀而引发的权利紊乱局面。

其三,避免基本权利直接影响民事法律行为效力可能引发的公法秩序的紊乱。

^⑨ [日]山本敬三《取引関係における公法的規制と私法の役割:取締法規論の再検討》,载《ジェリスト》第1087卷(1996)。

基本权利得以实现的一种重要方式是通过立法的具体化。基本权利具体内容的形成、权利之间界限的厘定以及贯彻落实基本权利的制度保障等等都需要具体的立法加以实现。这也就是说,基本权利直接对民事法律行为效力施加影响的前提有可能是先期业已存在具体的法律规定。在该种情形下,如果法院直接依据基本权利确定民事法律行为效力的话,由此导致的结果必然是:法院依据自己对基本权利的理解确认或者否认了民事法律行为的效力,完全置法律的先期规定于不顾,不仅立法者的权威受到冲击和挑战,法院自身所做裁决的正当性也不可避免地会引起人们的质疑和挑战。舍此而外,还必须看到的现实情况是:基本权利的范围非常之宽泛,法院如果可以基于民事法律行为对基本权利的侵害而否认其效力的话,有可能导致诉讼的门槛过低,大量的案件涌入法院,使其承担无法承受之繁重。对于当前正在进行司法体制改革的中国而言,法院由于立案登记制度的改革已经处于疲惫不堪的境地,如果再行赋予基本权利直接影响民事法律行为效力的话,法院将面临更大的讼累。更为麻烦的是,我国法院目前并没有依据宪法审理案件的权力,这会涉及到宪法解释等重大制度的结构性调整,短时间内我们能否做好这方面的充分准备是非常令人生疑的。因此,如果赋予基本权利直接影响民事法律行为效力的权能的话,有可能衍生出国家公法秩序的紊乱。

统合前述,笔者认为,不能以民事法律行为侵害基本权利为由否定其效力。当然,笔者的意思并不是说,基本权利对民事法律行为的效力不会产生任何影响。如果民事主体在实施相关民事法律行为的时候,可以丝毫不顾及宪法中所规定的基本权利的话,宪法与民法之间原本应该存在的动线流畅就很难得到维持,作为根本法的宪法就很难对民法发挥统合作用。作为在此基础上的进一步延伸,笔者意图申明的立场是,基本权利对民事法律行为效力的影响不是通过基本权利对民事法律行为的直接适用实现的,而是通过公法性强制规范和公序良俗原则发挥其对民事法律行为的影响的。立基于此,笔者在下文两个问题中逐层进行分析。

二、基本权利对违反公法性强制规范之民事法律行为效力的影响及其限度

从制度层面来看,违反公法性强制规范之民事法律行为的效力问题似乎不存在什么争议。《合同法》第52条规定“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。”依据前述规定,违反法律、行政法规中强制性规定的民事法律行为无效,立法者的立场非常鲜明。《合同法》颁布实施之后,国内出版的相关论著中也大多认为违反强制性规范的行为当然无效,并未对此进行深入系统的研究,对于基本权利相较于违反公法性强制规范之民事法律行为效力的影响更是关注不多。本部分拟从以下三方面进行分析。

其一,该项规定中所说的“强制性规定”是仅限于民法之外的公法性强制规范呢,还是同时也包括民法内部的强制规范?

对此,各国理论和实践中的认识不尽相同。“一般而言,德国法将强制性规定区分为‘界定私法上形成及处分权利义务界限的规范’与‘强制或者禁止一定行为的规范’。对前者并无真正的‘违反’问题,法律行为逾越处分界限者,也并非‘无效’,而是在获得所有者许可前‘不生效力’。如《德国民法典》第400条关于禁止扣押的债权不得让与的规定。这是因为在这些情况下,法律无意阻止法律行为的实施,而更多的是希望对其实施的可能性在范围上进行一般限制,从而更好地引导这些法律行为。”^⑩“真正的禁止性规定表现为:法律将法律行为的实施和惩罚(或者与惩罚相类似的措施)联系起来,通过制裁手段来阻止法律行为的实施。”^⑪因此,“《德国民法典》第134条主要是针对不属于民法领域且仅仅规定了民法以外制裁措施的法律禁令而言的。”^⑫“中国学术界对此似乎并没有特别清晰的问题意识,一般认为,《合同法》第52条第5项的‘法律’包括民法和公法中的强行规范。”^⑬我国民法学界也有学者认识到,“法律行为所不得违反的规范不应包括法律制度本身的效力性规范,特别是民法关于可撤销行为、效力未定行为之规范,否则,必然导致对法律行为效力规则的部分否定,并破坏法律制度之间的和谐”。^⑭笔者认为,对该项规定中所说的强制性规定是否包括民法自身中的强制性规定的理解取决于对法律行为制度内部结构的认识。诚如前文所言,法律行为制度承载着调和自然私权与国家公权的责任,这是践行其实现私法自治使命的应尽职责。法律行为制度要真正成为私法自治的工具就必然对其内部结构进行合理的设计,将践行实现自然私权和实现国家公权的制度设置有机地关联起来,法律行为制度的二元结构(成立和生效)实际上就是基于这一目的而构筑起来的。民事法律行为的成立要件和生效要件相比,前者是后者的前提,后者是在前者基础上的展开。前者决定的是民事行为是否能够成为民事法律行为的问题,后者决定的是已经成立了的民事法律行为是否能够妥当地嵌入国家法律秩序中的问题。民法中的强制性规范数量不多,它们所框定的主要是民事法律行为的成立要件,核心主旨是维护和促成民事私权的实现。与之相比,公法却主要是由强制性规范构成的,该类规范所承载的使命是在尊重和保障私权、维护私法自治的前提下,维护国家公权、中和国家公权和民事私权之间的冲突和矛盾。因此,前述《合同法》第52条第5项中的“强制性规定”是指民法之外的公法性价值规定。

其二,违反公法性强制规范的民事法律行为是否绝对无效?

依据《合同法》第52条第5项的规定,违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效。但是,问题的症结在于:该条所规定的“强制性规定”不是民法中的强制性规定,而是公法中的强制性规定。从直观上来看,这似乎并没有什么实质的意义,但事

^⑩ 孙鹏《论违反强制性规定行为之效力——兼析〈中华人民共和国合同法〉第52条第5项的理解与适用》,载《法商研究》2006年第5期。

^⑪ [德]卡尔·拉伦茨《德国民法通论》(下),王晓晔等译,法律出版社2003年版,第589-590页。

^⑫ [德]迪特尔·梅迪库斯《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第483页。

^⑬ 谢鸿飞《论法律行为生效的“适法规范”》,载《中国社会科学》2007年第6期。

^⑭ 参见董安生《民事法律行为——合同、遗嘱和婚姻行为的一般规则》,中国人民大学出版社1994年版,第212页。

实情况并非如此。其原因在于:由于公法、私法的二元分立,公法中对违反强制性规范的民事法律行为所规定的仅仅是对发出该行为的主体的惩罚,并不会进而规定该类行为在私法中的效力。诚如日本学者美浓部达吉所言,“违犯公法上的命令或禁止的结果,须受公法上的制裁。但私法上的效果,并不与之直接发生关系,私法上的效果如何,是应当从私法上的见地去观察的。”^⑮在日本,判例和学说的基本框架是区分公法和私法,将公法的规范目的与私法原理相对置,公法规范目的之实现不得危害私法的基本原理,公法规范原则上不影响契约在私法上的效力。^⑯前述《合同法》第52条第5项的规定似乎并没有从“私法上的见地去观察”违反公法性强制规范的效力,而是基于对“公益”的绝对维护不加思辨地将所有违反公法性强制规范的法律行为一概确定为无效,缺乏对民事当事人之间利益的平衡以及对私益与公益的较为妥当的调和,由此必然会对私法自治造成过当的冲击。早在20世纪30年代,日本学者末弘严太郎就针对违反法律上强制性规定的行为绝对无效之判例立场,进行了猛烈的抨击。末弘严太郎教授认为,该种判例立场所凸显的是公益绝对的观念。在他看来,通说、判例从尊重公益的立场出发,决定私法行为的效力(无效),几乎不考虑当事人之间的利益平衡问题。但私法审判本来的任务是公正地处理当事人之间的利益关系。不对公益和当事人间利益平衡进行比较衡量,或者公益价值并不巨大时仍对私益上的不公正置若罔闻,一心专注于公益维护,不得不说是已全然忘记了私法审判的精神。^⑰对此,笔者秉持相同的立场。笔者认为,作为私法自治由以实现之工具的法律行为制度必须践行的使命是:在最大限度地尊重自然私权的基础上,妥当地中和其与国家公权之间的关系。如果它过当地尊重乃至屈从国家公权,其由以维持自身存在的基础——私法自治就难以得到真正的实现。因此,从法理上来说,违反公法性强制规范对民事法律行为的效力不应该产生绝对否定性的影响。现今各国的立法及判例所秉持的均是该种立场。相比之下,我国《合同法》第52条第5项的规定就显得有些陈旧。

其三,基本权利对违反公法性强制规范之民事法律行为效力的影响及限度。

诚如前述,对公法性强制规范的违反并不必然导致民事法律行为的无效,否则就会导致国家对民事行为的过当管制,由此危及到民法由以维持自身存在的私法自治基础。立基于此,法理上必须进而思考的一个问题便是:公法中的哪些强制性规范会对民事法律行为的效力产生否定性的影响呢?该问题源远流长,早在罗马法时期人们就已经认识到了这个问题。罗马法学者以制裁方式之不同,将强制性规定区分为:(1)完全法律,违反时行为无效;(2)次完全法律,违反时行为人受刑事制裁,行为效力不受影响;(3)不完全法律,违反时不受任何制裁;(4)最完全法律,违反时行为无效且受刑事制裁。但强制性规定的性质,在罗马法上被认为须依解释而定。^⑱这也就是说,公法中究

^⑮ [日]美浓部达吉《公法与私法》,黄冯明译,中国政法大学出版社2003年版,第144页。

^⑯ 参见前引⑨,[日]山本敬三文。

^⑰ 参见[日]末弘严太郎《法令违反行为の法律效力》,载《法学协会杂志》第47卷第1号(1929)。

^⑱ 参见苏永钦《私法自治中的经济理性》,中国人民大学出版社2004年版,第32页。

竟哪些强制性规范会导致法律行为的无效,立法者并未提供一个清晰的、具有可操作性的标准。在立法者看来,这是一个应该由司法裁判者动态决定的一个问题。受其影响,后世欧洲大陆诸国民法中,均未将违反强制性规范的民事法律行为视为无效。对于公法中究竟哪些强制性规范会对民事法律行为效力产生否定性影响这一问题,一些国家和地区尝试通过对公法性强制规范进行分类的方法加以厘定。例如,日本将公法性强制规范分为取缔规范和强行规范。^①史尚宽先生将公法性强制规范分为效力规范和取缔规范:不以违法的法律行为无效,就不能达到立法目的的,为效力规范;否则为取缔规范。^②依此,如果法律行为被判有效,则该公法性强制规范为取缔规定;反之,如果被判无效,则为效力规定。^③王利明教授也秉持该种立场。^④但是,从实践中来看,对强制性规范做上述区分是非常困难的。与民法相比,公法中所规定的基本上都是强制性规范,它们在内容结构以及表现方式上也是较为繁杂的,彼此间的界限很难厘定清楚。史尚宽先生认为,“强行法得为效力规定与取缔规定,前者着重违反行为之法律行为价值,以否认其法律效力为目的;后者着重违反行为之事实行为价值,以禁止其行为为目的。”^⑤史尚宽先生力求从“私法的见地去观察”强制性规范,但是,他所秉持的前述见解似乎并未提供一个区分效力性强制规定和取缔性强制规定的具有可操作性的标准。诚如台湾学者苏永钦教授所言,把禁止规定区分为取缔规定与效力规定,而仅于后者违反时发生无效的后果,实际上是以问答问;禁止规范何时仅以禁遏其行为为已足,何时需再否定其私法效力,仍缺乏可操作的标准。^⑥对此,笔者深以为然。

从世界各国(地区)司法实践中的具体做法来看,除却前述区分强制规范类型的做法之外,一些国家还尝试通过探究公法性强制规范的目的是否禁止法律行为本身来分析违反强制规范之民事法律行为的效力。例如,德国法院在确定该类民事法律行为的效力时,

^① 参见[日]山本敬三《民法讲义I总则》,解亘译,北京大学出版社2004年版,第174页。

^② 参见史尚宽《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第330-331页。

^③ 参见陈自强《民法讲义I契约之成立与生效》,法律出版社2002年版,第148页。

^④ 王利明教授认为“在认定合同效力时,有必要在法律上区分何为取缔规范何为效力规范。具体来说可以采取以下标准:第一,法律法规明确规定违反禁止性规定将导致合同无效或不成立的,该规定属于效力规范。第二,法律法规虽没有明确规定违反禁止性规定将导致合同无效或者不成立的,但违反该规定以后若使合同继续有效将损害国家利益和社会公共利益,也应该认为该规范属于效力规范。第三,法律法规虽没有明确规定违反禁止性规定将导致合同无效或不成立的,违反该规定以后若使合同继续有效并不损害国家利益和社会公共利益,而只是损害当事人的利益,在此情况下该规范就不应属于效力规范,而是取缔规范。”(参见王利明《关于合同无效确认的若干问题》,载《法制与社会发展》2002年第5期。)对此,笔者秉持不同的立场。笔者认为,合同成立和生效是两个不同层面的问题,导致合同无效或不成立的规范在性质上应该是不同的,不能混同。在我国,“违反法律和行政法规中的强制性规定”和“损害社会公共利益”是导致合同无效的两种事由,不能混同。王利明教授的前述立场似乎是说:在法律行政法规中的强制性规范没有明确规定其私法效力的场景之下,违反该强制性规范并不足以导致合同的无效;只有在其同时损害国家利益和社会公共利益的情形之下,合同方才无效。果如是,则《合同法》第52条第4项和第5项所做的规定就被完全混同了。进而言之,由于国家和社会公共利益并不是一个具有可操作性的规范概念,因此,以同时损害公共利益作为区分效力规范和取缔规范的标准实际上是很难成立的。

^⑤ 前引^②史尚宽书,第330页。

^⑥ 参见前引^③苏永钦书,第43页。

“首先要区分法律行为违反的是否属于强行法;其次要探究所违反的强行规范的立法目的,以确定该法律行为是否无效。另外,问题的关键是衡量公法保护的法益和法律行为体现的法益,前者如生命、健康、环境、财产等,后者是当事人的契约自由。权衡时应斟酌法益的次序、个别法益被侵害时的质与量,并具体评估否定其效力的威慑效果,考量受保护的当事人的意思。这就是德国民法中的‘规范保护宗旨保留’学说。”^⑤笔者认为,违反公法性强制规范不足以对民事法律行为效力产生绝对否定性的影响,该问题不适合通过立法的形式加以恒久性的界定,通过界分取缔规定和效力规定的方式不具有可操作性。通过探究公法性强制规范的目的来确定违反公法性强制规范之民事法律行为效力的做法有一定的参考价值,但同样缺乏可操作性。

近年来,日本兴起的以山本敬三教授为代表的学者所提出的“基本权保护义务说”以及内蕴于其中的“比例原则论”异军突起,超越了传统的“强制性规范类型区分说”及“探究强制性规范目的说”,不仅在较大程度上克服了前述两种思路中缺乏可操作性的缺陷,而且将对违反公法性强制规范之民事法律行为效力的判定纳入到了对基本权利的保护视野范围之内,对于当下我国分析和解读该问题具有较高的可借鉴性。总体来看,在界定违反公法性强制规范之民事法律行为效力问题上,正确的做法应当是根据具体情况由法院综合审查判断。法院审查和判断的准则应当是:否认违反公法性强制规范之民事法律行为的效力,是否会构成对相关基本权利的过当侵害。具体思路如下:(1)公法性强制规范对民事法律行为效力的影响直接关涉公民的基本权利,如契约自由权、财产处置权、婚姻自由权、立遗嘱权等;(2)国家对基本权利承担着消极不侵害、采取切实有效措施加以正向满足的宪法责任;(3)公法性强制规范有可能构成对公民契约自由权、财产处置权、婚姻自由权、立遗嘱权等基本权利的过当侵害,对此,应该通过违宪审查制度加以审查和判断;(4)法院作为国家公权机关对违反公法性强制规范之民事法律行为效力的界定,可以结合比例原则加以识别判断。具体设想是:A.假设公法性强制规范意图达成的公法目的为a,否认民事主体所为之违反公法性强制规范之民事法律行为的效力为b。如果b和a之间具有逻辑上的关联性,即否认违反公法性强制规范之民事行为的效力有助于实现该公法性强制规范的原初公法目的,则该种否认符合比例原则的首要子原则——妥当性原则;B.否认违反公法性强制规范之民事法律行为的效力与承认该种民事法律行为的效力相比,相较于公法性强制规范意图达成的原初公法目的来说,如果是必不可少的,则对该种民事法律行为效力的否认就符合比例原则的第二个子原则——必要性原则;C.否认违反公法性强制规范之民事法律行为的效力所带来的利益与其付出的代价相比,如果是得大于失的,则该种否认符合比例原则的第三个子原则——均衡性原则。反之,如果是得不偿失的,则该种否认不符合均衡性原则。总结前述三个方面的内容,如果否认违反公法性强制规范之民事法律行为的效力完全符合前述三个子原则的要求,则该种否认是合乎比例的,因而是可取的。反之则是不可取

^⑤ 前引⑬,谢鸿飞文。

的。

三、基本权利对违反公序良俗之民事法律行为效力的影响及其限度

(一) 公序良俗与公法性强制规范相较于民事法律行为效力的内在逻辑关系

在近代立宪主义的早期,私法自治的理念甚嚣尘上,国家的功能被严格框定在较为狭窄的空间场域,国家并不承担过当的管制责任,契约自由、私权神圣是该时期各国民事立法的精神主旨。但是,随着实践的发展,人们逐渐认识到:契约自由的真正实现是建立在契约双方当事人实力均衡、谈判地位均等的前提之下的。对于在经济上处于弱者地位的当事人一方而言,契约自由只能是一种浪漫主义的幻想,根本不可能实现。在强者所挥舞的契约自由旗帜之下,弱者事实上成为强者支配的牺牲品。因此,自20世纪以来,各国民事立法中相继出现了限制契约自由甚至单方民事法律行为的倾向。“违背法律和违背善良风俗在世界各地均被当作合同无效的后果的事实根据。因此不论是在英美法系还是在罗马法系,都将这种情况规定为合同无效的原因。只有在德国法系中,将违背法律和善良风俗的情况不仅规定为合同无效的原因,而且还将其规定为一切法律行为无效的原因。”^{②⑥}例如,《瑞士民法典》第7条规定,违背法律和善良风俗而无效的规则也适用于其他的民事法律关系。《意大利民法典》第1324条规定,调整契约关系的规定同样准用于当事人生前的具有财产内容的单方行为。在新的时空环境下,私权不再绝对神圣,契约不再绝对自由,民事主体的行为自由度受到了较大程度的限制。民事主体作出的民事法律行为如果在内容上违反了强制性公法规范或者公序良俗原则,将导致该行为的无效。从各国(地区)民事立法的内容来看,各国(地区)在违背法律和违反公序良俗的关系方面的做法不尽一致,大致有两种类型:其一,一元论立场。该种观点认为,仅仅违背强制性公法规范并不必然导致法律行为的无效,只有在同时违反公序良俗原则的情形下,法律行为才无效。采用该种“一元化”的立法模式,一方面可以赋予强制性公法规范以概括条款的地位,另一方面可以让公序良俗原则合乎逻辑地担负起过滤器的功能,以求在充分贯彻公法强制意志的时候最大限度地捍卫私法自治。法国、意大利、奥地利、瑞士等大陆法系国家采取该种立法模式。它们在立法中将违法与公序良俗并列为一个条款,用违反公序良俗统一违法性。该种做法的理由是“公法上各种强行规范的目的虽然不同,体现的利益也千差万别,但最终都可以归结为公共利益”^{②⑦},受公序良俗的统辖。该种做法的最大实益在于:“以公序良俗作为判断违反强行规范的法律行为效力的唯一和最终依据,能充分考虑个案的具体情况,避免效率判断中的概括化、抽象

^{②⑥} [德]康·茨威格特、梅·克茨《违背法律和善良风俗的法律行为后果比较》,孙宪忠译,载《环球法律评论》2003年第4期。

^{②⑦} 前引^{①③} 谢鸿飞文。

化和简单划一化趋向。”^⑳其二,二元论立场。“该立场将违反法律的强制性规定和违反公序良俗在结构上予以分开,二者都是导致法律行为无效的原因,同时,后者又是对前者的补充。在该种方式下,私法自治受到来自公法层面的较为严格的审查。德国^㉑、日本^㉒和我国台湾地区采取该种做法。从我国《民法通则》和《合同法》的相关内容来看,我国所采取的是‘二元论’的立场。目前,尽管我国在逐步限缩作出强制性规定的‘法律’的范围,以求尽可能避免公法规范对私法自治空间的过度挤压,但是,在公序良俗和法律(公法强制性规范)导致法律行为无效方面的二元立场并没有改变。”^㉓采行该种做法的目的在于:“追求违法行为效力判断的简明性和抽象性,并为此将强制性规定和相应的违反行为类型化,以期为实务的操作提供便利。”^㉔

(二) 法律、行政法规之外的法律规范对民事法律行为效力的影响

我国《合同法》第52条第5项规定,违反法律、行政法规的强制性规定的合同无效。那么,如果合同违反的不是法律、行政法规,而是地方性法规、行政规章,甚至行政规范性文件,它是否有效呢?对此,《合同法》中并未规定。《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4条规定:“合同法实施以后,人民法院确认合同无效,应当以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为依据,不得以地方性法规、行政规章为依据。”依据该规定,违反地方性法规、行政规章的合同并不必然无效。由此而延伸开去,违反行政规范性文件的合同,也并不必然无效。那么,司法实践中对于违反地方性法规、行政规章以及行政规范性文件的合同,究竟应该如何认定其效力呢?

其一,《合同法》第52条第5项及《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4条将影响合同效力之公法性强制规范的范围限制在法律、行政法规范围内的目的是什么?

依据《立法法》第8条、第9条的规定,“民事基本制度”方面的事项,只能由全国人大及其常委会通过法律的形式加以制定。但是,该类事项并不属于绝对法律保留的范围,全国人大及其常委会有权授权国务院根据实际需要先行制定行政法规。合同制度自然属于民事基本制度的范畴,依据《立法法》的规定,原则上只能由法律对其作出规定,国务院在获得全国人大及其常委会授权的情形下,也可以通过行政法规的形式加以制定。这也就是说,只有法律、行政法规中有可能包含影响合同效力的公法性强制规范,地方性法规、行政规章以及行政规范性文件中的强制性规范对合同效力并没有绝对

^⑳ 前引^⑩孙鹏文。

^㉑ 《德国民法典》第134条规定“法律行为违反法律上的禁止时,无效,但法律另有规定的除外。”第138条规定“违反善良风俗的法律行为无效。特别是当法律行为系乘另一方穷困、没有经验、缺乏判断能力或者意志薄弱,使其为自己或第三人的给付做出有财产利益上的约定或者担保,而此种财产上的利益与给付显然不相称时,该法律行为无效。”

^㉒ 《日本民法典》第90条规定“以违反公共秩序或善良风俗的事项为标的的法律行为,为无效。”

^㉓ 刘志刚《公序良俗与基本权利》,载《法律科学》2009年第3期。

^㉔ 前引^⑩孙鹏文。

的否定性影响。从法理上来说,《立法法》中之所以做前述规定,其根本的原因无外乎是为了维持私法自治,避免公法强制性规范对私法的过当影响。事实上,该种做法并不是中国的独创,世界其他国家和地区基本上都有类似的立法或者判例。例如,日本“早期大多数判例认为,‘命令’特别是‘府县(警察)令’虽可禁止某行为并给违反者以公法上的制裁,但其绝不能成为私法上的强行规定,绝不能仅因为违反‘命令’就否定行为在私法上的效力”^③。日本学者美浓部达吉认为,“契约能力仅受法律之限制”,“命令仅能禁止或限制为一定的行为”。除法律外,不得以“府县令”限制当事人之契约自由。^④中国的立法体制迥然相异于西方国家,立法主体繁多,法律规范的形式较为多元,更加之还有数量浩瀚的行政规范性文件,如果对影响合同效力的强制性法律规范的范围不做适度限制的话,合同就难以抗拒诸种公法性强制规范的涌入,其所承载的私法自治精神最终也就难以实现。由此观之,《合同法》第52条第5项的规定有其合理性。

其二,地方性法规、行政规章及行政规范性文件的民事法律行为效力的影响。

诚如前述,违反地方性法规、行政规章及行政规范性文件的合同并不必然无效。但是,这是否意味着前述法律规范中的强制性规范对合同效力不会产生任何影响呢?从司法实践来看,情况似乎并非如此。例如,最高人民法院在“中国银河证券有限责任公司海口龙华证券营业部诉湖北武汉证券有限责任公司硚口营业部返还不当得利纠纷案”判决中明确指出:海口营业部与武汉营业部签订的三份《有价证券回购交易成交合同》,虽约定了回购时间、金额等内容,并已在武汉证券交易中心成交,但由于其违反了中国人民银行《信贷资金管理暂行办法》中关于证券交易必须有足额的实物券的规定,故原审据此认定该证券交易合同无效是正确的。^⑤在该案中,影响合同效力的既不是法律,也不是行政法规,而是中国人民银行制定的部门规章。这也就是说,违反部门规章中强制性规范的同合同同样可能无效。此类裁决在司法实践中并不鲜见。^⑥

如此以来,《合同法》第52条第5项及《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4条将影响合同效力之公法性强制规范的范围限制在法律、行政法规范围内的努力就被实质性地突破了,由此可能导致的后果是:对地方性法规、甚至行政规范性文件等低位阶法律规范的违反都有可能成为合同无效的理由。在大量公法性强制规范涌入民法场域的背景之下,私法自治将难以维系。但是,如果彻底否认地方性法规、行政规章及行政规范性文件对合同效力之影响的话,实践中是很难

^③ 孙鹏《私法自治与公法强制——日本强制性法规违反行为效力论之展开》,载《环球法律评论》2007年第2期。

^④ 参见[日]美浓部达吉《行政法規に違反するに法律行為の效力》,载《国家学会雜誌》第42卷第4号(1928),第73页。

^⑤ 参见最高人民法院(2000)经终字第188号民事判决书。

^⑥ 例如,最高人民法院在其2001年审理的“锡荣贸易地产有限公司、昆明华荣房地产有限公司特别清算委员会与四川省烟草公司射洪县公司借款合同还款纠纷案”中,维持了一审法院对当事人之间合同效力的认定,认为原告射洪县烟草公司与被告锡荣公司签订的合同违反了中国人民银行制定的《贷款通则》,应当是无效的。参见最高人民法院(2001)民四终字第25号民事判决书。

做到的,学理上也无法做出完全令人信服的解释。^{③⑦}长期以来,中国一直把合同作为国家推行行政和经济管理的一种手段,合同所承载的当事人意思自治的色彩始终较为单薄。《合同法》通过之后,当事人意思自治的精神得以彰显,但国家却也并没有从根本上从该领域退却,依然通过诸种形式的公法规范对合同保持持续的管制压力。当前管控房地产市场交易行为的“限购令”就是一个突出的实例。“限购令”所承载的公法价值是显而易见的,对“限购令”相较于民事法律行为的效力彻底否定显然是不现实的。问题的症结在于:如果承认此类低位阶法律规范对合同效力之否定性影响的话,《合同法》第52条第5项所承载的私法自治意图又如何得以实现呢?笔者认为,较为妥当的立场应该是:正视地方性法规等低位阶法律规范对合同效力的潜在影响,警惕该种影响对私法自治有可能产生的冲击和挑战,挖掘该类低位阶法律规范对合同效力施加影响的路径,通过技术性的司法操作,平衡私法自治和过当公法管制之间的冲突和矛盾。

(三) 基本权利对违反公序良俗之民事法律行为效力的影响及限度

影响合同效力之公法性强制规范的范围和特定的社会历史背景是关联在一起的。“从历史经验看,政府对合同的高压管制发生在国家的政治、经济职能严重糅合、国家以管理经济为政治中心任务的特殊时期。”^{③⑧}在该时期,不仅对法律、行政法规的违反有可能导致合同的无效,对此外的其他法律规范(如中国的地方性法规、行政规章及行政规范性文件)的违反同样有可能造成合同的无效,违反“法令”之私法行为无效在该历史时期被视为天经地义的事情,制度层面上不存在对此提出质疑的理由和空间。但是,随着国家政治和经济的结构性分离、国家与社会之间的关系渐趋正常化,国家对私法场域的过当介入越来越显得不合乎时宜,在这种情况下,影响民事法律行为效力的公法性强制规范的范围会逐渐被严格地框定在较为狭窄的空间范围,法律、行政法规之外的强制性法律规范对合同效力的影响不再像先前时期那样被视为理所当然,而是一个需要认真对待、妥为权衡的问题。显然,该种权衡并不适合、也不应该由立法机关通过立法的形式进行固化的框定,更适合由法院在审理具体案件的时候进行动态的平衡。针对地方性法规、行政规章对合同效力的影响问题,有学者提出,“如果地方性法规和规章的制定,旨在保护国家和社会公共利益,而违反了地方性法规和规章将损害国家和社会公共利益,可以以损害国家和社会公共利益为由依据合同法有关规定确认合同无效。”^{③⑨}依据前述立场,违背地方性法规和行政规章的合同并不必然无效,只有在该合同同时损害了国家及社会公共利益的时候方才无效。但是,如何判断合同是否损害了国家及社会的

^{③⑦} 苏永钦教授指出“民法所规范的人们市场行为,虽是特定人之间的权利义务,无涉人民与国家之间的权利义务,但如果人民之间创设的权利义务或权利的行使,抵触了国家基于特定政策考量所作的经济立法或宏观调控,却只依相关公法发生诸如罚鍰、吊销执照之类的效果,民事关系完全不受影响,甚至还可以请民事法院强制执行违法行为所生的权利,当然不利于政策的贯彻,对国家法制更有左手打右手的矛盾。”参见苏永钦《民事立法与公私法的接轨》,北京大学出版社2005年版,第28-29页。

^{③⑧} 前引^{③⑦},谢鸿飞文。

^{③⑨} 王利明《关于无效合同确认的若干问题》,载《法制与社会发展》2002年第5期。

公共利益呢?对此,可以从两个角度进行判断:其一,将违反地方性法规、行政规章及行政规范性文件与损害国家及社会公益结构性地关联起来,违反前者就是损害后者。从直观上来看,该种立场便于操作,有助于《合同法》第52条第4项(损害社会公共利益的合同无效)的顺畅实施。但是,“由此带来的问题是:合同法将影响合同效力的强制性规定限制于法律、行政法规层面,并借以保障私法自治的立法目的将被完全架空。公法领域的低位阶规范大量遁入‘损害社会公共利益’这一管道,契约自由将‘无往不在枷锁之中’。”^⑩其二,将违反地方性法规、行政规章及行政规范性文件与损害国家及社会公益有条件地关联起来,违反前者的合同,有可能损害国家及社会公益,但并不具有必然性。只有在其损害国家及社会公益的情形下,方才会导致合同的无效。如此以来,对地方性法规、行政规章及行政规范性文件的违反,仅仅是发现其是否违反国家及社会公共利益的一个渠道,并不是导致合同无效的一个绝对理由。

笔者认为,两个思维路径中,后者相对更为可取,既可以排斥低位阶公法规范在民法场域的过当介入,避免危及私法自治,又可以保持低位阶公法规范对民事法律行为效力的适度涵摄,确保公法与私法之间的必要的动线流畅。然而,接踵而来的问题是:法院又如何识别和判断合同是否损害了“国家及社会公益”呢?对此,西方一些国家是通过公序良俗原则来加以识别和判断的。^⑪该种做法可以借鉴。但是,必须警醒的是,公序良俗作为民法的一项基本原则,它在很大程度上是一种价值判断,而不是一种类同于法律规范那样的具有可操作性的规则,以之来识别和判断合同的效力有可能造成的结果是,法官通过公序良俗原则这一制度载体,将自身的价值判断注入对该原则的解释之中,形成一种所谓的法官自我价值理念逻辑走私的司法现象,危及司法裁判由以维持自身存在的正当性。因此,法官在适用该原则的时候,必须通过妥当的方式对其适用行为进行正当性塑造。对此,有学者提出以宪法中的基本权利条款作为对公序良俗原则进行客观化塑造的制度载体,以此防范其沦为法官进行自我价值理念逻辑走私的工具凭借。例如,德国学者拉伦茨提出,“这种法的续造当然不能抵触法秩序的一般原则及宪法的‘价值秩序’。事实上,惟其与之一致,其始能被正当化。因此,此种法的续造虽然在‘法律之外’,但仍在‘法秩序之内’。”^⑫德国学者库勒尔认为,“法官有权利首先是通过‘类推’及‘词语简化’等方式去积极地创造法律并发展法律规则。在这些活动中法官仍然受‘法律’约束,总体上来说要受当时社会生效的法律价值及法律原则的约束,尤其是要受宪法规则的约束。”^⑬前述两位德国学者所说的“宪法之价值秩序”或者“宪法

^⑩ 黄喆、王传国《公法规范影响合同效力的实质理由之判定》,载刘艳红主编《东南法学》2015年春季卷,东南大学出版社2015年版,第137页。

^⑪ 例如,在日本,“大审院虽不简单地以违反‘命令’为由认定契约无效,但若违反‘府县令’的行为同时违反公序良俗,则该行为也可能被认定为无效”。参见前引⑩,[日]末弘严太郎文。

^⑫ [德]卡尔·拉伦茨《法学方法论》,陈爱娥译,台湾五南图书出版公司1996年版,第321页。

^⑬ [德]海尔穆特·库勒尔《〈德国民法典〉的过去与现在》,孙宪忠译,载梁慧星主编《民商法论丛》(第2卷),法律出版社1994年版,第248-249页。

规则”主要是指宪法中的基本权利条款。他们的意思无外乎是说:法院在适用法律原则审理案件的时候,应当援引基本权利条款来论证其对法律原则的理解。通过对基本权利与法律原则的关联性分析,法律原则之内涵的不确定性被较大程度地客观化,基本权利的精神被合乎逻辑地注入到了对法律原则精神的诠释之中,法官通过法律原则进行自我价值理念逻辑走私的风险由此得以避免。笔者认为,前述德国学者的观点值得借鉴。但是,基本权利对法律原则之客观化塑造价值并不意味着基本权利与公序良俗原则之间存在绝对的逻辑关联性,违反公序良俗原则就是侵害基本权利的同义语。如果那样的话,基本权利将通过公序良俗原则这一制度性管道,将其所承载的、原本指向于国家公权机关的公法价值理念合乎逻辑地注入到私法场域,对民事法律行为的效力产生绝对否定性的影响,由此从根本上摧毁私法自治赖以存在的基础。因此,法官在借助基本权利对公序良俗原则进行客观化塑造的时候,应该时刻注意维持私法自治与宪法价值之间的平衡,对经由公序良俗原则注入私法场域的基本权利进行动态的流量控制,通过对与公序良俗原则关联在一起的基本权利的“合乎逻辑”的解释,适时调节管控基本权利注入流量的阀门。然而,由于前述主张不可避免地会涉及到普通法院对宪法的解释与适用问题,因此,其在当下中国不具有可行性。但是,从未来健全和完善我国宪法实施与宪法监督制度的角度来说,前述主张似乎也可以作为一种思路作进一步的前瞻性研究。

Abstract: The influence of basic rights on the effectiveness of civil legal act is one of the important channels for the entry of basic rights into civil law field. It is not achieved by direct application, but by mandatory norms of public law and public order and good customs. The criterion of the court's examination and judgment of whether the violation of the public law's mandatory norms is absolutely negatively affecting the validity of civil legal act is whether to deny that the validity of the civil legal act violating the mandatory norm of public law will constitute an excessive infringement of the relevant basic rights. And the criterion of excessive infringement is the Proportion Principle. Violation of public order and good morals is one of the important reasons leading to the invalidation of civil legal act. Judges must use basic rights to shape the objective status of civil legal act in order to determine the effectiveness of them, but must put flow control on basic rights injected into private law field at the same time.

(责任编辑: 李小明)