

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

谢鸿飞

违反强行法的法律行为无效是各国的共同规则，可称为法律行为生效的“适法规范”。强行法应仅指公法上的强行法，私法上的强行法是自治规范，违反它的效力最严重的不过是“不生效”而不是“无效”。违反公法的法律行为是否无效，必须探究公法的目的，并运用比例原则来限制对公法目的的解释，以进一步区分公法责任与私法责任。民法也不能排除地方性法规和行政规章的适用。违法和违反公序良俗的功能截然不同，两者不能统一。

关键词 适法规范 强行法 自治规范 公法责任 私法责任

作者谢鸿飞，1973年生，中国社会科学院法学研究所副研究员（北京 100720）。

一、问题及其意义

任何国家都不可能规定所有的法律行为都产生当事人追求的法律效力，因为民法虽然奉行私法自治，但也必须有各种自我设限的规则来协调自由。民法从来都不是一个独立王国，代表公意和权力的国家出于各种名目，诸如社会正义、市场失灵、民生、环境正义、经济发展、消费安全等，不断蚕食民法；可以说，在民法世界生活的人，始终都受民法自治规范和国家管制规范的双重限制。如何协调来自内外的各种强制与自由，是民法永远面临的难题。在民法的所有制度中，作为私法自治手段的法律行为无疑最集中体现了自由与强制的冲突。

国家对法律行为的调控方式是组合出不同层次和强度的效力，其中，无效是否定性最强烈的评价。在传统民法上，无效的事由有三：形式瑕疵、意思表示瑕疵和内容瑕疵，其中的内容瑕疵通常包括违反法律、公序良俗和履行不能。

违反强行法的法律行为无效是相当古老的规则，法谚云：“违法及背俗的行为无效”、“私约不损公法”。各国民法典都沿袭了这一规则，如《德国民法典》第134条、《日本民法典》第90条、《瑞士民法典》第20条等。我国《民法通则》第58条和《合同法》第52条第5项也作了类似规定。为了表述方便，把这一条款称为法律行为生效的“适法规范”。

法律行为违法的形态相当复杂。在大陆法系，通常包括目的违法、标的违法、条件违法和方式违法；^①在英美法系，则包括成立、履行、对价（内容）和目的违法，覆盖了从合同订立到履行的全过程。^②如此多的无效事由和违法形态，如运用不当，必然会损害私法自治。

* 本文为司法部中青年项目“违反强行法的法律行为的效力”（项目编号：04SFB3012）成果的一部分。

① 董安生：《民事法律行为》，中国人民大学出版社，2002年，第153页。

② George Appleby, *Contract Law*. London: Sweet & Maxwell 2001, p. 350.

适法规范在各国都是相当复杂和混乱的问题。科宾教授感慨地说：“‘违法’不是一个简单的概念。”^①赫伯特（A. P. Herbert）在《不普通的法》中，以其惯有的揶揄口气，嘲笑英国调整彩票和赌博的法律“是一个迷宫，国会和法院却可能引以为荣！”^②1999年，英国的法律委员会认为，英国有关违法合同的法律很复杂，缺乏明确的原则，已经过时了，建议彻底改变法律。1970年，新西兰还专门制定了违法合同法。

这一问题在中国更为复杂。因为没有民法典为全面的私法自治提供有力的支持，我国民商法律的一个突出特点是混合立法，私法中纳入了很多公法管制的内容，公法也常常代替私法来调控交易，以避免各种外部性。既然在没有民法典之前，民商法律已经备受管制的冲击，我国就不大可能采取大陆法系的民法典——特别民法模式来协调管制与自治。如何在未来的民法典中调和自治与管制，将是我国立法的重要技术问题与政策问题。

本文的切入点是适法规范，因为它不仅扩充了民法的法源，使公法与民法对接，而且还最集中体现了私法领域内管制与自治的冲突。本文的核心问题是适法规范中的“法律”到底是什么？它仅指公法上的强行规范还是也包括私法上的强行规范？影响法律行为效力的公法规范包括哪些？与此相关的是，法律行为违反民法而无效与违反公法而无效，其效力是否一样？公法作为法律行为的限度，其边界在哪里？等等。

我国民法理论和实践以往一直存在法律行为“违法=无效”的简单观点。近年来，很多学者为了捍卫私法自治，限缩无效的范围，批驳了这一观点，^③其意义不可小觑。本文将进一步区分违反强行法的法律行为的两层法律效力——无效与救济，以防止用救济的合理性来论证无效与有效。无效主要是个人和国家的法律关系；而救济则主要是个人和个人间的法律关系。本文也将从我国法律体系的特征和管制的现实出发，讨论适法规范中的“法律”，这对困扰民法学界多年的“无效”问题或有助益。更重要的是，这一问题是公法和私法交叉的核心地带之一。虽然学界有关公法与私法关系的议论日增，但基本上还没有涉及如何解决两者在具体规则和个案的冲突问题，本文试图在这方面作出努力。

二、“法律”是否包括民法中的强行法

对适法规范中的“法律”，一些民法典强调“强制规范”，如《意大利民法典》第1418条、《澳门民法典》第287条；一些民法典则只以“法律”概言之，如德国、瑞士的民法典等。中国合同法用的是“违反法律、行政法规的强制性规定”。但毫无疑问，只有违反强行法的法律行为才无效。由此，适用适法规范首先要解决的问题是：什么是强行规范？

（一）强行规范与任意规范

从内容的自由与强制角度，法律规范分为任意规范（也称任意法）和强行规范（也称强行法）。前者是指当事人可通过法律行为排除或者变更其适用的规范；后者则无论当事人的意思如何，都强制性地调整当事人的法律关系。

① Arthur Linton Corbin, *Corbin on Contracts*, vol. 1. St. Paul, Minn.: West Publishing Company, 1962, p. 3.

② Paul Richards, *Law of Contract*, 4th ed. London: Pitman Publishing, 1999, p. 240.

③ 解亘：《论违反强制性规定契约之效力》，《中外法学》2003年第1期；邓辉：《论违反强制性规范民事行为之法律效力》，《江西财经大学学报》2004年第5期；胡智勇：《私法自治与国家强制》，《重庆工学院学报》2005年第6期；孙鹏：《论违反强制性规定行为之效力》，《法商研究》2006年第5期。

任意规范是私法自治的补充,其目的主要在于填补契约的漏洞。它是立法者从“公正的旁观者”(亚当·斯密语)的立场,模拟当事人的交易形态与过程,权衡当事人利益,拟制当事人的意思而作出的一种利益安排。任意规范的目的在于为裁判提供标准。在审判中,如果当事人没有排除或变更,法院就必须适用这些规范,如合同补充条款(《合同法》第62条)、“视为”条款(如《合同法》第158条)等,除非当事人之间在诉讼中达成和解。

强行规范依其内容又分为两种:一是强制规范或义务规范(Gebot),它要求当事人必须履行特定的法律义务,其标志用语通常是“应当”、“必须”等;二是禁止规范,也称法律禁令(Verbot),它要求当事人不得为一定行为,其表达模式多为“不得”、“禁止”等。禁止规范与义务规范的区分是相对的。禁止规范往往可用义务规范来表达,反之亦然。违反这两类规范的法律行为的效力也相同。对适法规范的研究通常以禁止规范为对象,除了因为它与义务规范可以转换外,还因为违反它的法律行为最为常见。我国《合同法》第52条第5项使用的“强制性”规范,也应理解为包括禁止规范和义务规范。

判断强行规范与任意规范,不能完全依据条文的表达方式和体裁来决定,而必须探求规范的目的。通常,条文有“不得”、“应当”等字样的,多为强行规范;有但书“当事人另有约定的”或类似文字的,多为任意规范。但在强行规范中,禁止规范不一定以“禁止”等表达;同样,义务规范也未必非要以“必须”等来宣示。如法律有时以宣布无效的方式,或规定只在一定条件下以许可的方式来表达禁止规范。^①通常,如果法律规范仅涉及当事人之间的利益,多为任意规范;法律规范的目的主要在于保护国家利益、社会利益和第三人利益的,多为强行规范。^②如果法律规范的目的特别保护法律行为一方当事人的,为强行规范。另外,授予各种权利的赋权规范都是强行规范,因为它禁止义务人侵害这些权利。

任意规范与强行规范虽然是以当事人的义务(作为和不作为)为标准展开,但其核心是当事人是否可以排除和变更其适用。所以,这对范畴原则上可以适用于全部法律规范。如界定术语的定性规范(Bestimmungssätze)、法律行为成立的程序规范以及侵权责任分配规范,虽然没有涉及权利义务内容,一些学者也将其与强行规范并列,^③因为当事人不能变更和排除其适用。

(二) 适法规范的性质与功能

“适法规范”的性质可以从两个方面界定:

1. 引致规范

适法规范通过民事基本法的形式,将公法规范引入到私法中,使公法成为法律行为效力的一个限度。德国法学家弗鲁姆(W. Flume)认为,适法规范没有独立的规范内容,甚至不具有解释规则的意义,而只是单纯引致某一具体的公法规范。苏永钦作了进一步发挥,认为从法律体系的角度看,《德国民法典》第134条的适法规范和第823条第2款(侵权行为的违法性)有关侵权行为的一般条款,是公法进入私法领域仅有的两条通道,也是疏通公法与私法价值的通道,其原始功能是通过否认法律行为的效力和科处侵权责任维护法律秩序。^④实际上,除此之

① 参见黄立《民法总论》(中国政法大学出版社,2002年)第328—329页。

② 参见张广兴《法律行为之无效——从民法通则到民法典草案》,《法学论坛》2003年第6期。

③ Eisenberg把公司法规范分为赋权性规范(Enabling Rules)、补充性规范(Suppletory or Default Rules)和强制性规范(Mandatory Rules)。M. Eisenberg, *The Structure of Corporation Law*. *Columbia Law Review*, vol. 89, 1989, p. 1461.

④ 苏永钦:《违反强制或禁止规定的法律行为》,《私法自治中的经济理性》,中国人民大学出版社,2004

外，民法典还有其他引致条款，如民法典对所有权行使的合法性限制。在中国，因为公法与私法分工不明，界限模糊，这种规定更为常见。^①

从立法宗旨看，引致规范是为了在私法领域实现公法管制的效力。这样，公法所调整的民事领域的事项，除了产生公法上的效力外，还可以产生私法上的效力，这就增强了公法的效力。以往，适法规范主要是为了贯彻刑法规范在民法领域的实施；现在，则是为了保障国家对私法领域形形色色的管制。在立法技术上，适法规范使法律秩序和谐，不至于出现体系矛盾。传统上，大陆法系的私法与公法分工明确，界限清晰，但两者又都是国家的强制性规范体系，如果民法不规定适法规范，就会出现法律行为依据民法可为，但依据公法却不可为的矛盾。^②另外，公法常常只规定禁止规范及违法应承担的公法责任，而不规定违反禁止规范的法律行为在私法上的效力，所以民法有必要确定它们的私法效力。

2. 授权规范

适法规范最核心的功能之一，是原则性地引入公法规范后，在公法没有明确评价违法行为的私法效果时，授权民事法官就具体情形判断并决定公法规范是否在私法领域发生影响。

赋予法官衡量公法在私法领域的效力符合共和制度的精髓。因为行政机关代表的是不特定主体的利益，这种抽象的公共利益常常会被滥用，伤害个体自由。因为法院独立于行政机关，它奉行保守和节制原则，可以在宪法框架下有效地捍卫个体自由。此外，适法规范还避免了违宪审查的高昂程序成本，减少了行政权与司法权的摩擦。

与民法中的诚实信用等授权规范不同的是，适法规范的授权明确了法官解释的限度：即首先肯定公法规范在民法中的适用，法律行为违反公法规范时，原则上无效，除非法律另有规定，或有足够理由认定公法的目的不在于否认法律行为的私法效力。

（三）“法律”是否包括民法

适法规范使民法出现了两种强行规范：一是民法内部的强行规范，即民法典对私法自治的自我限定；二是民法外部的公法强行规范，即对私领域的各种管制规范。那么，适法规范中的“法律”是否包括民法中的强行规范呢？

对这一问题，各国理论和实践的结论并不相同。德国学者认为，适法规范的意义不是针对民法领域，而是针对民法以外的法律禁令。^③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。

德国学者之所以认为适法规范中的“法律”仅仅指公法，是因为德国法严格区分了民法上的强行法和公法上的强行法。一般认为，两者的区别可用“能够”（Koennen）和“可以”（Duerfen）来表达。前者并不管制人们的私法行为，而是提供一套自治的游戏规则，它们仅具有“权限”的规范内涵，立法者完全没有禁止或强制一定行为的意思，因此属于自治规范；后者限制的则是自治的“内容”，为管制规范。一言以蔽之，民法强行法的内容是当事人“无法做”，公法强行法的内容则是当事人“不能做”。

这种区分以私法自治为出发点，将民法中的内部强制和外部强制截然对立。其逻辑构建最

年，第34—42页。

① 中国民法的引致规范比较混乱，甚至还出现了一般法引致特别法的情况，如《物权法》第151、153条和《合同法》第113条第2款等。

② 参见梅迪库斯《德国民法总论》（邵建东译，法律出版社，2000年）第484页。

③ 参见梅迪库斯《德国民法总论》第483页。

关键的一环是认为，民法强行法限制的是当事人订立法律行为的能力（如行为能力、处分能力），它并不禁止当事人实施这些行为。但在法律上，当事人是无法完成这类法律行为的。更准确地说，当事人即使有这些行为，也因为欠缺法律行为的成立要件而不构成一个法律行为。乌尔比安在论述无权处分时指出，交付“只应或只能使属于转让人的权利被移转给受让人。因此，如果某人对一块土地享有所有权，他便因交付而移转了所有权；如果他无所有权，便未将任何东西移转给受让人”^①。这说明：在法律上，即使无权处分人交付了物，这种事实交付也没有任何意义，因为当事人根本就没有交付的能力。而违反公法的法律行为，其本身是完整的、成立的，只是不能发生当事人追求的法律效力而已。

但是，这种区分很勉强。就行为能力而言，上述观点无疑成立；但从权利能力的角度看，两者则无法区分。无论公法还是私法上的禁止规范，其目的都是禁止或限制当事人从事特定活动，都是对权利能力的限制，它们确定的都是权利的边界，如“禁止重婚”表明，当事人没有重婚的权利能力，这一规范，既是对当事人自治“权限”的限制，也是对自治“内容”的限制。可见，除非私法完全不规定禁令，否则上述区分就无法成立。

另外，不同的学者对 Koennen 与 Duerfen 的区分看法也不一致。如布洛克斯就认为，处分行为限制的是法律上的能够（Koennen），而负担行为限制的则是可以（Duerfen）。^② 而处分行为和负担行为都是民法上的行为。其实，两者最明显的区分体现在法律效力上。法律行为违反民法强行法的，其效力是多层级的，如不成立、可撤销（意思表示不真实、不自由的）、效力待定、无效等。如果把一个完整的交易切割为不同的阶段（如德国法上的债权行为和物权行为），违反民法强行法的法律行为的效力就还要复杂。但无论多么复杂，它们也只受民法评判。而违反公法强行法的行为，无论是否在民法上无效，都一定会受到公法制裁，否则公法就成了“无牙之虎”。可以说：违反民法强行法的法律行为受法律的责难程度最低，它只在个人和个人之间发生法律效力，而且不受任何国家制裁，体现的是恢复原则。与之相应的是，违反公序良俗的法律行为则绝对无效，虽然也不受国家制裁，但会伴随相应的社会精神制裁和道德责难（如涂尔干所说的“精神流放”）。违反公法的法律行为和违反公序良俗的行为，两者的法律责难程度各有千秋：前者在私法上未必无效，但必然带来公法责任，个人要对国家承担责任；后者在私法上必然无效，受社会的谴责，个人要对社会承担责任。这两者体现的都是压制原则。

进一步看，适法规范与不法原因的给付制度联系密切。罗马法就有“不道德原因不生诉权”的规定，近代民法一般都肯定了“不法原因的给付不能请求返还”（如《德国民法典》第 817 条）。德国联邦法院认为，这一规则是“民事性质的刑法条款”。^③ 但一些学者对此提出了强烈的批评，认为民法作这种规定很不合适。^④ 同时，大陆法系和英美法系也都为这一原则设定了很多例外。美国学者还用“威慑”理论来整合对当事人救济的特殊案例。^⑤ 毋庸置疑，刑罚与威慑都不是民法应有的功能。由此，我们就更能理解为什么适法规范中的“法律”只能是民法以外的法律了，因为单纯违反民法强行法的规定是可以发生双方返还的效力的。

① 斯奇巴尼选编《物与物权》，范怀俊译，中国政法大学出版社，1993年，第59页。

② Hans Brox, *Allgemeiner Teil des BGB*. Carl Heymanns Verlag, 2000, S. 61.

③ RGZ, 161, 52, 60.

④ Hans Brox, *Besonderes Schuldrecht*, 24A ufl. 1999, Rn. 404; 尹田：《法国现代合同法》，法律出版社，1995年，第231页。

⑤ Juliet P. Kostritsky, *Illegal Contracts and Efficient Deterrence: A Study in Modern Contract Theory*. *Iowa Law Review*, vol. 74, 1988, p. 115.

对中国民法而言，明确将《合同法》第52条第5项的“法律”限定为公法具有更重要的意义：

其一，减少对无效法律行为的认定。中国司法实践历来存在“违法=无效”的简单思维，加之又将“违法=违反公法+违反私法”，认定强行规范也主要通过法条的表达模式，所以实践中认定了大量无效的法律行为。一些学者从鼓励交易、弘扬私法自治的目的出发，认为应严格限制将“应当”规范解释为强行规范。如王轶认为，合同法对书面形式的要求可称为“倡导性规定”，它是对当事人的规劝，其特点是分配当事人之间的利益，不构成裁判规范，^①这一结论值得赞同。但既然是“倡导性规范”，当事人自然可以排除其适用，它就和任意规范没有实质区别，要说服法官“应当”规范是任意规范也很难。也许我们可以通过限制《合同法》第52条第5项的“法律”来达到目的：如果它仅仅指公法的规范，那么，和下文要论述的违反公法强行法一样，违反私法强行法的法律行为是否无效，法官也必须通过解释法律的目的来判断。

其二，彻底区分违反私法强行法和违反公法强行法的“无效”。传统民法理论认为，无效是确定无效、当然无效、自始无效。^②在实践中，无效诉讼引发了很多疑难问题：是否所有人都可以主张违法法律行为无效？债务人和他人恶意串通，损害债权人利益的，债权人是否可以选择适用《合同法》第52条第2项和第74条？无效法律行为的当事人约定的善后条款有无效力？等等。为了增强传统无效理论的解释力，有学者主张借鉴德国法上的绝对无效和相对无效的区分，运用合同相对性理论限制第三人确认无效的权利。^③或许我们可以从源头解决这个问题，即区分违反私法强行法和违反公法强行法的法律行为的不同效力。虽然违反两种强行法都可能无效，但这两种无效的效力是不同的。德国民法的“无效”（Nichtigkeit）与“不生效”（Unwirksamkeit）相当精确地表达了这一点。前者是指绝对无效；后者是指法律行为或者处分相对地不发生效力，如对特定的人或者在特定的方面没有效力。^④“无效”是法律最强烈的否定性效力评价。《德国民法典》第134条使用的是“无效”，第135条对违反处分禁止规定的法律行为使用的则是“不生效”。不生效不会带来任何法律上的不利后果，甚至也不妨碍当事人将该行为看成是有效的，只是不能运用法律的强制力来实现这些行为。^⑤而“无效”则一定会引发法律后果。这一区分的启发意义在于：违反私法强行法的行为最严重的后果只是“不生效”，如不具有法定主体资格者订立的合同、没有达到法定婚龄的婚姻和履行不能的法律行为等。如果当事人不诉诸国家救济，或行为的违法瑕疵被消除后，就可以认定为其成立并生效。^⑥这类民法规范的目的在于为当事人提供一个自我解决的规则。但违反公法的法律行为如果无效，当事人不可能使其有效。所以，即使违反公法和私法的行为都“无效”，两者在民法上的效力也不同。如果采取“违反私法一不生效”和“违反公法一无效”的区分模式，就可以解决一个理论难题：很多无效法律行为并没有违反公法，也没有损害第三人利益和社会利益，国家并不主动干预；但按照传统的观点，它们都应被追究，这就必然造成“选择性执法”，损害法律的权威。而且，既

① 参见王轶《物权变动论》（中国人民大学出版社，2001年）第208页。

② 梁慧星：《民法总论》，法律出版社，2001年，第218页。

③ 王利明：《关于无效合同确认的若干问题》，《法制与社会发展》2002年第5期。

④ Creifelds (Hrsg.), *Rechtswörterbuch*, 12. Aufl. C. H. Beck, 1994, S. 1242.

⑤ 梅迪库斯：《德国民法总论》，第372页。

⑥ 中国很多司法解释都肯定了这一点。如《婚姻司法解释》（一）第8条规定，在无效婚姻的瑕疵消除后，婚姻有效。《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》也突破了《合同法》第272条。

然违反私法强行法的行为是不生效，它就只在当事人之间发生法律效力，第三人不能请求法院确认无效。如果法律行为违反公法和公序良俗，产生的则是个人对国家和社会的责任，第三人可以请求确认无效。

其三，维持民法体系的纯粹性。传统大陆法系民法典是以简单的社会结构、贫乏的交易形态和功能薄弱的国家为基础，因此，它能够集中体现私法自治和消极自由等理念。现在，传统民法典生存的土壤已不复存在，民法已经很难维持以往的纯正私法品质了。在凡勃伦（T. Veblen）所说的“商业压倒工业”的年代，甚至民法和商法的界限也很难分辨。即使特别民法也不仅仅是民法的“单行法”，更主要的是体现了国家管制精神的“特别法”。中国目前还没有民法典，私法自治的空间本来就不足，不能过分强调民法的体制开放性。如果未来的民法典像现在的民事法一样，纳入公法上的管制内容，民法的体制中立和稳定性优势将荡然无存，因为管制受制于具体的时空，在管制的浪潮消退后，民法典应如何应对？可见，限定适法规范中的“法律”仅仅指公法，同时区分“不生效”和“无效”，既有利于维护民法典作为私法自治基本法的纯粹性，也有利于法律体系的分工。

这一结论也得到中国立法的支持。对无效事由，《合同法》第52条不仅缩小了《民法通则》第58条规定的“违法”的范围，而且还剔除了欠缺行为能力者实施的法律行为这一项。合同法规定的无效事由可以概括为四种：违法、违反公共利益、恶意串通损害第三人利益和欺诈、胁迫订立的损害国家利益的合同。其中，最后一种事由可以为违法事由吸收，没有必要单独规定，因为如果损害了国家利益，构成违法，应无效。所以，合同法完全可以统一规定欺诈、胁迫订立的合同都发生可变更、可撤销的效力。恶意损害第三人的合同可以单列，作为私法中这类行为效力的一般规定。

三、哪些公法规范使法律行为无效

鲍姆加腾（Baumgarten）一针见血地指出，法律行为有效和无效的区别，并不是像说 yes 和 no 的区别那么简单和直接。^①既然适法规范授权法院决定违反公法的法律行为是否发生私法上的法律效力，法官就不能直接机械地认定违反强行法的行为一概无效，而必须积极平衡公法的管制目的和私法的自治追求，最终达到使公法与私法更为精致配合的目的。在比较法上，适法规则面临的最大难题是：是否违反公法强行法的法律行为都无效？如果不是，违反哪些强行法的法律行为无效？哪些有效？

罗马法就已经意识到了这个问题。它根据所违反的法律规范的不同性质，从法律效力的强度出发，把法律区分为最完全的法律、完全法律、次完全法律和不完全法律四类。^②这一区分对现代的讨论颇有启发意义。

（一）哪些公法使法律行为无效

比较法上一致的观点是：违反强行法的法律行为并非一律无效。但到底哪些有效，哪些无效，大多数国家的法律都没有明确，只有少数民法典提供了零星的线索。对这一问题，大致有三种解决思路：

^① Cheshire, *Fifoot & Furmston's Law of Contract*, 13th ed. Dublin: Butterworths Ltd., 1996, p. 373.

^② 周相：《罗马法原论》（上），商务印书馆，1994年，第90页。

1. 探究公法规范的目的是否是禁止法律行为本身

德国法院在适用适法规范时，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规范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，^① 这就是德国民法中的“规范保护宗旨保留”学说。它具有双重作用：既可以因认定法律行为的无效不符合公法规范的宗旨而排除无效制裁，也可以授予法官自由裁量权。^②

英美法认定违法合同效力的思路和德国类似。违法合同是否无效取决于立法者的意图，但立法者往往没有表明这种意图，因此，法官通常需要判断制定法的意图，以决定合同的效力。如在 *Hughes v. Asset Manager PLC* 案中，萨维勒 (Saville) 法官指出：“在适用这一制定法时，没有什么证据表明议会的目的是要认定合同无效，也找不到认定合同无效的公共政策。”^③ 在认定当事人是否可以得到救济时，法院也必须探求制定法的目的。

这种方法的思维过程，无非是首先探究公法规范的目的，然后将私法中的私法自治、契约自由等价值排序，在价值之间作出权衡和选择。为了尽可能使解释统一，各国理论和实践又提出了一个基本判断标准：即公法规范限制法律行为的订立，还是限制法律行为的情景，而不限制法律行为的成立。

德国学说一般区分两种情况：

第一，禁止规范针对的是实施法律行为的时间和地点等外部情节，而不是针对法律行为的内容本身或者法律行为的目的。这些规定大多属于秩序性规定，其目的是维护和保障外部交易秩序，而不是对违法行为本身作出否定性评价。此时一般不判定法律行为无效。

第二，禁止规范的内容，旨在防止法律行为产生行为人所期望的后果。在禁止性规定针对双方当事人时，法律行为必然无效。

英美法也区分不同的违法类型。从整体上看，英美法区分了两种无效合同：一是“因禁止而不法的行为” (*malum prohibitum*)，一是“本身不法的行为” (*malum in se*)。对于前者，法院认定其有效的可能性大，后者则一般无效。具体而言，违法合同可以分为：

第一，法律禁止的合同。如果法律禁止合同本身，也就禁止通过合同方式来实施该行为，违反这种法律的合同无效。这包括：(1) 严重违法合同，如贿赂证人不出庭作证的合同。(2) 订立犯罪合同，如在 *Ashton v. Turner* 案中，^④ 法官在审理时发现原告和被告协议盗窃，因此判定合同无效。(3) 侵权合同，如订立侵害第三人权利的合同。(4) 免除法定义务，或排除他方权利的合同，最典型的是限制婚姻的合同。

第二，合同订立的情景 (Contractual Situation) 违法的合同。这类合同通常有效，但也有例外。英美法讨论的主要是履行违法的合同，如在 *St. John Shipping Corp. v. Joseph Rank Ltd.*^⑤ 这一经典案例中，船主的超载行为违反了 1932 年的《商船法》 (Merchant Shipping Act)，被罚款 1200 英镑。法院认为，履行违法并不导致合同无效，因为制定法的目的是禁止超

① 参见苏永钦《违反强制或禁止规定的法律行为》第 44—45 页。

② 参见邵建东编著《德国民法总则编典型判例 17 则评析》(南京大学出版社，2004 年) 第 212 页。

③ [1995] 3 All E. R. .

④ [1981] Q. B. 137.

⑤ [1957] 1 Q. B. 267.

载,而不是禁止订立这类合同。但是,如果当事人在订约时明知履行必然违法的,合同无效。如在 *Ashmore, Benson, Pease & Co. Ltd. v. Dawson Ltd.* 案中,^① 双方明知法律规定卡车的运载量不能超过 20 吨,却订立了 25 吨货物的运输合同,此时合同无效。

2. 对公法规范直接进行分类

为了直接辨别影响法律行为效力的公法规范,对公法规范直接进行分类是很有吸引力的。日本和中国台湾地区都有这样的理论努力,如日本区分取缔规范和强行规范。^② 史尚宽先生也将强行法规范区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,为效力规范;否则为取缔规范。^③ 依此,如果法律行为被判有效,则该强行法为取缔规定;如果被判无效,则为效力规定。^④ 但是,区分这两种规范极为困难。为此,一些学者借用德国法上法律行为的内容和情景的区分,如禁止规范针对法律行为的环境的,为取缔规定,如营业时间的规定;针对法律行为的内容的,为效力规定,如出售香烟给未成年人。^⑤ 国内一些学者也采用了这种方法。^⑥

上述分类既适用于公法,也适用于私法。实际上,这种方法和第一种方法并没有本质的区别,它只是对第一种方法的细化而已。这种方法意义不大,适用价值有限。正如苏永钦所说,这类区分实际上是以问答问,全无论点,而且不免使人认为行政法上的禁止规定为取缔规定,民法上的禁止规定为效力规定。^⑦ 这种方法其实是一种循环论证,因为要区分不同的规范,首先要从它对法律行为效力的影响来判断,而法律行为的效力是否受到影响,又取决于它违反了何种性质的规范。

3. 通过个案的综合判断来决定法律行为的效力

在区分取缔规范和强行规范后,日本又产生了“综合判断说”,即在确定法律行为效力时,全面衡量法律行为的有效因素和无效因素。有效因素,如交易安全、当事人之间的信义、公平可能受到损害等;无效要素,如取缔法规的目的、社会对违反行为在伦理上的责难程度等。^⑧ 一些学者还提出了更明确的标准,如履行阶段论。它主张履行后法律行为有效,一律不能请求返还;在未履行的阶段,否定法律行为的效力对交易安全的破坏程度很低,因此应无效。^⑨

这种观点混淆了法律行为的效力和对当事人的救济这两个截然不同的问题。它以对当事人救济的合理性取代了对法律行为有效无效的认定。无效对交易安全的破坏程度、是否造成不公平的结果、当事人的主观状态等只能决定当事人之救济,而不能决定法律行为的效力。如果已经确认法律规范的目的禁止法律行为,违反它的行为就当然无效,不可能因为履行阶段的不同而有所差异,否则法律的规范目的就不可能实现。法官不可能判断某个打黑工的法律行为有效,而另外一个无效。法官能够做的只是区分个案的情况,对当事人的救济采取区别措施。

① [1973] 1 W. L. R. 828.

② 山本敬三:《民法总则》,解亘译,北京大学出版社,2004年,第174页。

③ 史尚宽:《民法总论》,中国政法大学出版社,2000年,第330—331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,第148页。

⑤ 陈自强:《民法讲义I 契约之成立与生效》,第148页。

⑥ 张俊浩:《民法学原理》(上),中国政法大学出版社,2000年,第253页;也有学者区分为效力性规范和管理性规范(应秀良:《违反行政法强制性规定的合同效力探讨》,《法律适用》2004年第3期)。

⑦ 苏永钦:《违反强制或禁止规定的法律行为》,第43页。

⑧ 山本敬三:《民法总则》,第174页。

⑨ 解亘:《论违反强制性规定契约之效力》。

（二）比例原则与公法目的的判断

上述三种方法的出发点其实都是通过探求公法规范的目的，平衡公法与私法的价值，分析具体的公法规范对法律行为的影响程度。自治要求的消极自由和管制要求的威慑效果完全背道而驰。的确，相互冲突的两种价值无法协调，它们只可能是此消彼长，一种价值的实现必然会克减另外一种价值，难以妥协与平衡。用一种系统化的方法或者单一标准解决这个问题，既困难也危险。此时，如果要诉诸一种价值的优先序位，“公权优于私权”这一法谚无疑最有吸引力。很多学者也主张，如果公法与私法的价值无法权衡时，法律行为应无效。^① 在民法发达国家，这种观点有合理性，但在转型期的中国，这种观点未必妥当。吉赛尔（Jesser）法官的话值得我们反复回味：“保护心智健全的成年人有订立合同的最大自由，他们自由自愿订立的合同是神圣的，这是首要的公共政策。”^② 而且，很多研究都揭示这一观念的虚幻性：如政府也是一个社会行动者、一个经济人；民主与自由始终存在紧张关系（所谓“多数人暴政”）。

正因为此，晚近有关无效合同立法的出发点都是赋予法官自由裁量权。如英国法律委员会建议彻底改变法律，赋予法官广泛的裁量权。新西兰1970年的《无效合同法》第7条也赋予法官平衡裁量权，包括变更合同使合同全部或者部分有效以及决定对当事人的救济。

虽然法官的解释无法诉诸于终极价值，但可以找到一个基本原则来限定法官的解释，这就是比例原则。德国习惯法发展起来的比例原则是行政法的一项基本原则。^③ 有学者认为，比例原则是约束行政权力最有效的原则，与民法中的诚实信用原则一样，是帝王条款。^④ 美国宪法修正案第8条也体现了这一原则。^⑤ 比例原则还是有限政府的核心原则，^⑥ 是法治的题中之义。

比例原则完全可以扩展到公法与私法交接的领域，也可以扩展到私法领域。在认定违反强行法的法律行为是否有效时，应严格适用比例原则。因为这一领域往往涉及交易秩序和安全，而不仅仅是针对单个人的利益。认定公法规范的目的是使法律行为无效必须有正当理由；如果可以通过一定的措施排除违法状态，国家就不能追求公法的威慑力，要求积极实现公法的目的。此外，在认定违反私法强行规范的效力时，这一原则也有适用的空间，如违反物权法定、违反法律行为形式要件的法律行为，不能认定一概不发生法律效力。

比例原则要求公法应考虑国家的治理目标和人民的利益，在治理目的的达成可能影响人民的权益时，将不利影响限制在尽可能小的范围和限度内，^⑦ 严格禁止“为达目的，不择手段”的国家行为。在适用适法规范时，比例原则最有操作意义的价值是区分公法责任和私法责任。^⑧ 当事人承担公法责任就足以实现国家治理目的的，就不能否定法律行为在私法上的效力。以在实

① 苏永钦：《违反强制或禁止规定的法律行为》，第45页。

② *Printing & Numerical Registering Co. v. Sampson*, L. R. 19 Eq. 462 (1875).

③ 哈特穆特·毛雷尔：《行政法学总论》，高家伟译，法律出版社，2000年，第66页。

④ 陈新民：《德国公法学基础理论》，山东人民出版社，2001年，第389页。

⑤ Blake J. Delaney, A Cruel and Unusual Application of the Proportionality Principle in Eighth Amendment Analysis; *Ewing v. California* 538 U. S. 11. *Florida Law Review*, vol. 56, 2004 p. 459.

⑥ Alice Ristroph, Proportionality as a Principle of Limited Government. *Duke Law Journal*, vol. 55, 2005 p. 264ff.

⑦ 哈特穆特·毛雷尔：《行政法学总论》，第106页。

⑧ 中国学者也提出了这一建议，参见邓辉《论违反强制性规范民事行为之法律效力》和胡智勇《私法自治与国家强制》。

践中影响很大的假身份证存款案为例,^①这种存款合同应认定为有效。使用假姓名存款并不能使合同无效,因为现代合同中的人身性因素大大减弱,对人身的信任逐渐被对法律制度的信任所取代,合同主体匿名的情况相当常见。只要当事人可以确定,合同的效力就不受影响。但是,使用假身份证存钱的行为,违反了《个人存款账户实名制规定》和身份证使用的规定,应承担行政责任。这种公法责任和私法责任的分离机制,既维护了私法自治,又照顾到了公法的目的。

(三) 中国合同法应如何表达

大陆法系各国对适法规范的表述有两种立法模式:一是设置但书,大多数国家采取这种模式。《俄罗斯民法典》第168条还进一步明确了但书的内容,“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。”二是没有规定但书,如瑞士、奥地利和日本的民法典。

中国《合同法》第52条第5项没有规定但书。瑞士民法典虽然没有规定但书,但在司法实践中,法官享有很大的自由裁量权,与规定了但书的国家的司法实践并没有什么不同。^②但是在中国,法官追求的是判决形式上的合法律性(Legality),而不是实质上的合法性(Legitimacy),法官通常只在现行法律的框架内判决。所以,在实践中,只要合同违反了法律和行政法规,法院一律判决合同无效。可见,如果没有但书,法官就成了合同法的奴隶,只能判决合同无效。在这种立法模式下,私法就完全没有对抗行政管制的力量了。

未来的立法可以考虑两种办法:一是如新西兰无效合同法那样直接赋予法官自由裁量权;二是设定但书,间接赋予法官自由裁量权。从策略上说,第二种方式更为可取。那么,合同法应如何规定但书呢?大陆法系国家的民法典有两种表述方法:一种是中国台湾“民法典”第71条的“但其规定并不以之为无效者,不在此限”;另一种是《意大利民法》第1418条的“法律另有规定的除外”,合同法应采取前者。因为“法律另有规定的”情况相当罕见,如果法律没有明确规定其他效力的,法官又只能判决无效。台湾模式实际上以比较隐蔽的方式赋予了法官自由裁量权,因为法律到底有没有规定法律行为无效,需要解释立法的目的才能确定。

四、行政规章能否影响法律行为的效力

适法规范中的“法律”包括哪些位阶的法律?比较法上通常不讨论这个问题,因为“法律”当然包括所有现行有效的法律,如《德国民法施行法》第2条规定:“本法所称的法律泛指所有的法律规范。”所以,《德国民法典》第134条的禁令包括德国的一切法律规定,如宪法和行政机关的委任立法,联邦和各州的法律。英美法上的制定法的范围也包括命令、规则、规章、国会的授权立法。^③中国的《合同法》第52条第5项却将“法律”明确限定为狭义的法律和行政法规。《合同法司法解释(一)》第4条再次重申了这一规则。合同法何以要限制“法律”呢?行政法规以外的地方性法规和行政规章何以不能认定合同的效力?这里以行政规章为例说明。因为地方性法规和行政规章对法律行为效力的影响相似;更重要的是,行政规章既涉及权力在中央—地方的纵向分配,也涉及权力的横向分配,换言之,它包括了地方性法规中的问题。

① 厦门市湖里区人民法院(2003)湖民一初字第2238号。

② Hans Giger, *Rechtsfolgen Norm-und Sittenwidriger Verträge*. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989 S. 78ff.

③ Cheshire, *Fifoot & Furmston's Law of Contract*, p. 373.

（一）合同法规定的正当性

其一，使合同法真正发挥促进私法自治的作用。中国虽然已实行市场经济多年，但一直没有制定作为市场经济基本法律的民法典，合同法等单行法的制定也比较晚，中国市场经济始终处于“法律饥渴”状态。以往，市场规则往往由政府立法，而不是由人大立法，如合同法实施以前，国务院制定了若干合同条例，这些条例为中国商品经济的发展提供了必要的法律资源。但是，因为这些规则的权宜性和巨大的需求量，它们往往都是地方和部委而不是国务院制定的。其最大的弊病之一是，通过行政管制来消除各种外部性、构建诚信环境。这种用行政手段甚至刑事手段内化交易成本的做法并不是不可行，如票据法、保险法等法律也通过刑罚来消除本来属于交易领域的社会成本；但是，一旦这种手段被滥用，成为一种立法习惯，就会严重压缩民法的空间，混淆民法关系和公法关系。而且，中国民商法律的适用，常常需要行政机关发布贯彻执行的通知，由此可见行政权力对私法领域的影响。合同法要真正发挥作用，就必须排除这些障碍。

其二，消除行政规章对合同的影响，落实鼓励交易原则。中国行政规章的数量极其庞大，^①其制定者往往在自己制定的规则中塞入了部门利益，使合同自由受到诸多不当干预。以合同监管为例，经济合同法曾明文规定无效合同的确认权归合同管理机关和人民法院。在实践中，这为工商行政管理机关僭越司法权，取得合同监管权提供了依据。国家工商行政管理局还通过大量的行政规章强化了这一权力，使其“法力无边”，甚至包括查处未使用工商部门制定的统一合同文本的权力。^②在制定统一合同法时，对行政权力是否应介入合同领域存在很大争议，合同法最后采取了妥协态度，^③其第127条规定了工商和其他行政部门的监管权力，为行政权力延伸到合同领域留下了空间。合同法颁布后，工商总局就出台了贯彻实施合同法的通知（1999年），很多地方政府也专门出台了合同法的监督管理条例。^④至今，国务院颁布的《无照经营查处取缔办法》（2003年）在实践中依然发挥着相当重要的作用。

这些五花八门的规章不啻是合同自由的一个梦魇，它使中国刚刚萌芽的私法自治又陷入到行政规章的汪洋大海中，造成了禁令如林，当事人动辄得咎的状况。很多法院依行政规章认定法律行为的效力，造成了大量的无效合同，这既造成合同订立、履行和纠纷解决费用的巨大浪费，也导致人们不信任合同、滋长欺诈和背信者的侥幸心理。^⑤所以，在合同法把违法限定为狭义的法律和行政法规后，学术界一致欢呼。

其三，法院对行政规章不享有司法审查权。中国立法法的实效有限，行政规章的立法权限和程序相对混乱，更关键的是，法院对这些规则没有司法审查权，行政规章的合法性也缺乏其他有效的监督。中国违反上位法的行政规章不少，造成了权力下放后的地方主义或部门主义，最终有削弱中央权力或使权力空心化的危险。法院在权力格局中的特殊地位也决定了由法院认

① 截至2007年8月20日，北大法律信息网上收集的地方法规和规章信息共162180条，其中行政法规5175条，部门规章78819条，地方政府规章18064条，地方规范性文件125339条。从该网分类的标准还可以看出，法规和规章不仅数量庞大，而且种类极其混乱。

② 国家工商行政管理局：《关于依法严厉查处利用经济合同进行欺诈的违法行为的通知》（1995）、《关于查处自用经济合同进行违法行为的暂行规定》（1995）。

③ 梁慧星：《靠什么制约公权力的滥用》，《时代法学》2004年第3期。

④ 《山西省合同监督管理条例》（2002）、《辽宁省合同监督条例》（2001）等。

⑤ 王卫国：《论合同的无效制度》，《法学研究》1995年第3期。

定行政法规违反上位法，从而拒绝适用的做法不可行。如2003年洛阳中院的法官认定河南省人大制定的《河南省农作物种子管理条例》的相关条款因与种子法冲突而无效，引起了轩然大波。^①可见，合同法的这一选择是煞费苦心的：它不仅为法官捍卫私法自治提供了法律依据，而且消除了法官认定行政法规效力带来的政治责任。

在实践中，如果当事人以行政法规主张合同无效，法院在判决正文中通常采取回避措施，以当事人提出的规章不是合同法规定的行政法规为由不予支持。^②法院对行政法规的效力不置可否，而仅仅选择判决的法律依据，可以使法官较为从容地捍卫私法自治和司法的尊严，游走于行政权和司法权的边缘。

（二）合同法的完善

不过，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目的的危险，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。”^③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”。理由如下：

其一，行政法规是法律渊源之一

在西方传统的三权分立的模式下，行政机关不可能具有制定抽象性规范的权力；而且，基于“被授权者不能再授权”的思想，国会的立法权出自人民，不能再授予他人。“无法律无行政”是一项基本原则。一战后，随着国家治理能力和技术的迅速发展、社会生活的复杂化，议会开始授权行政机关根据现实情况制定法规，因时因地制定细密的规范，贯彻国家治理的目的。这些法规对社会日常生活的形塑与规范有着重要意义。

从横向分权立法看，立法机关与行政机关的合作可以弥补法律的高度稳定性、立法机关的精力和知识有限等缺陷；而从纵向看，地方立法对于扩大地方的自主性，增强个人与国家的联系、使立法更能因地制宜无疑有重大意义，在中国尤其如此。^④

中国宪法、立法法、行政诉讼法都规定了行政法规的法源地位，中国也一直承认行政法规中涉及民事关系的规范是民法的渊源之一，如中国在侵权法领域存在大量的行政法规。以交通事故赔偿为例，中国有《铁路行车事故处理规则》（2000，铁道部）、《铁路旅客人身伤害及自带行李损害事故处理办法》（2003，铁道部）、《港口间海上旅客运输赔偿责任限额的规定》（1993，交通部）等，它们通常为法院所采纳，并作为判决的依据。同一性质的规则，合同法不能适用，侵权法却可以适用，难谓妥当。

此外，合同法对行政法规和行政规章厚此薄彼的理由也不充分。承认行政法规可以作为合同无效的依据，可能是考虑到国务院作为中央政府没有自己独立的部门利益，而且其颁布的行政法规所涉事件重大。但事实上，很多行政法规也违反上位法，对合同进行不当限制。

① （2003）洛民初字第26号。

② 但也有例外，如在“银河证券有限责任公司海口龙华路证券营业部与湖北武汉证券有限公司海口营业部返还不当得利纠纷上诉案”中，最高法院因三份有价证券回购成交合同违反了中国人民银行《信贷资金管理暂行办法》，认定该证券交易回购合同无效（最高人民法院2000年（经）终字第188号）。

③ 孙鹏：《论违反强制性规定行为之效力》。

④ 托克维尔对政府集权和行政集权的区分对分析这一问题颇有启发意义。参见托克维尔《论美国的民主》（上）（董果良译，商务印书馆，1997年）第96页以下。

其二，法律明确规定了行政规章在司法中的适用

对位阶不同的法律，立法法规定了一般性的适用原则，以及同位阶的行政规章发生冲突时的解决办法。《行政诉讼法》第53条也明确了规章在行政审判中的“参照”地位。但实践中对这一规定的理解相当混乱，“极易使人对规章的法的属性产生疑问，并且使其在行政与审判中的地位处于一种不确定状态，难以发挥法律规范应有的指引作用。”^① 很多学者认为，“参照”实质上赋予了法官选择法律适用的权力。^② 这种观点也得到了立法者^③和司法界^④的支持。事实上，即使在三权分立的模式下，法官在互相矛盾的两种法律中选择裁判依据也是常事。虽然中国法律没有明确规定在民事案件中如何适用行政规章，但从宪法和立法法的角度看，无论是行政法规，还是行政规章，只要其规定与合同法抵触，都应无效；不抵触的，都应有效。

其三，行政规章并不都是违背私法自治的，很多规章无疑起到了维护社会公正、矫正市场失灵、促进社会整体福祉的作用。在转型期间，中国的法律有很多“另行规定”的条文，但“另行规定”往往因为行政立法能力有限等原因迟迟不出台，“立法不作为”的情况很普遍，很多地方法规和行政规章实际上起到了行政法规的作用。行政规章一般都不会直接与合同法抵触，而只是在合同法之外规定了合同的无效事由。它对社会生活也产生了积极影响，如一些地方性法规对建设工程合作开发合同的转让限制、国资委和证监会对管理层收购的禁止和限制性规定等。

为了解决上述难题，很多学者建议，合同如果违反地方性法规、行政规章，可以结合案件的具体情况，援引《合同法》第52条第4项有关违反社会公共利益的规定，认定合同无效。^⑤ 日本民法典制定初期采取的也是这种方法。当时大审院区分了议会制定的法律和地方政府制定的命令。违反法律的行为无效，违反府县命令的行为同时违反公序良俗的才无效。^⑥ 这种做法的实质是赋予法官对规章是否适用拥有自由裁量权：如果规章合法，可以认定其符合公共利益，违反规章就是违反公共利益。这种做法的好处在于既授予了法官自由裁量权，又避免了司法权与行政权的正面交锋。就目前的实际情况看，这是不错的选择。

但是，这种做法也存在两个问题。其一，从体系上说，合同法既然已经规定了违反公共利益合同无效，就表明它是一种独立的合同无效类型，将规章作为认定公共利益的依据之一，不仅混淆了两种违法的不同性质，而且也可能架空合同法对行政规章不能影响合同效力的限制规定。其二，法官如果认为规章符合公共利益，依此判决合同违反公共利益而无效，在中国很难有说服力，因为对公共利益的界定比对社会道德的界定更难。而且，行政规章是由代表公共利益的行政机关制定，如果认定行政规章不符合公共利益，将使法官陷入更尴尬的境地，与其他权力机关造成了强烈的冲突。

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。如日本在民法典颁布初期，违反强制性规定的法律通常被

① 周汉华：《行政立法与当代行政法——中国行政法的发展方向》，《法学研究》1997年第3期。

② 沈荣华：《论地方政府规章的制定权限》，《行政法学研究》2000年第1期。

③ 如当时的全国人大法工委主任顾昂然指出：“参照的意思是说，如果具体行政行为所依据的规章与法律、法规不抵触，那么，法院就要承认其合法性，判决维持；如果发现有的规章存在问题，不符合或者不完全符合法律、法规的原则精神，法院可以有灵活处理的余地。”（顾昂然：《新中国的诉讼、仲裁和国家赔偿制度》，法律出版社，1996年，第96页）

④ 江必新：《〈立法法〉是人民法院适用法律规范的基本准绳》，《行政法学研究》2000年第3期。

⑤ 王利明：《关于无效合同确认的若干问题》。

⑥ 孙鹏：《论违反强制性规定行为之效力》。

认定为无效。从民法典的诞生到1929年,“违反法令的行为在私法上的效力”的问题意识几乎都不存在。但后来,学说和判例通过各种理论构成,认为这些行为虽然要受行政制裁,但是原则上并不影响其私法上的效力。^①可见,一旦国家的政治与经济相对分离,国家与社会的关系正常化之后,这种状况就会改变,民法的空间就会恢复,行政规章越权干预民法领域的情况也将越来越少。

中国转型时期行政规章对私法自治泛滥的限制,确实扭曲了市场规则,损害了私法自治,但我们也没有必要将其视为洪水猛兽。这些规范的出现,与中国市场经济初期的无序状态和解决历史遗留问题、为解决社会不公正而进行的资源再分配有密切关系。在市场无序时,又有多少人渴求秩序呢?所以,我们不能因为行政规章存在问题就将其视为洪水猛兽。统一的全国市场没有国家的支持,完全靠私人博弈很难建立。根本的解决途径在于,国家在实现从合同“管理”向合同“治理”的转型后,完善行政规章的制定程序和权限以及合法性审查制度,使行政规章能够真正回应社会的需求。合同法不排除行政规章的适用并不意味着这些规章可以像以往那样都作为认定合同无效的依据,法官应依据立法法的规定对规章的效力进行认定,并决定是否适用。

五、违法与违反公序良俗能否统一

既然无效是法律对法律行为最强烈的否定评价,那么,依据私法自治的要求,其事由应严格限制。在比较法上,导致法律行为无效的原因主要有两种:一是违法,二是违反公序良俗。那么,两者是否可以统一?如果不能,两者独立的必要性何在?

(一) 一元论的理论基础

在立法上,意大利、奥地利、瑞士将违法与公序良俗并列为一个条款,法国、德国、日本、台湾地区则分别规定。但无论是否将违法与公序良俗规定在一个条款内,两者都是导致法律行为无效的独立事由。

在英美法上,违法与违反公共政策(最类似于大陆法系的“公序良俗”的概念,这里采用功能比较方法)的关系比大陆法要复杂。因为英美法的“违法”包括违反制定法和普通法。一般而言,英国法上的“违法合同”是指违反制定法和普通法的合同,它与因违反公序良俗的合同不同。^②美国法则倾向于将违法合同作为违反公共政策的合同的一种。^③美国合同法第二次重述也不再使用“违法”合同,而代之以“因公序良俗的理由而不得执行”的合同。

在司法实践中,各国也明确区分违法和违反公序良俗的法律行为,如德国最常见的违反公序良俗的法律行为包括权利滥用、过度担保、限制性合同、违反两性与家庭道德准则等。普通法上违反公共政策的行为则包括排除司法权,损害婚姻和限制贸易等。

从逻辑上说,可以将违反公序良俗统一到违法性中:法律规定了违反公序良俗的行为无效,违反公序良俗当然就是违法。但理论上更多的还是用违反公序良俗统一违法性。这种用违反公序良俗统一违法性的论点可以称为一元论的违法论。

① 解亘:《论违反强制性规定契约之效力》。

② 杨栢:《英美契约法论》,北京大学出版社,2003年,第227页。

③ 王军编著《美国合同法》,中国政法大学出版社,1996年,第130页。

将违法性统一为违反公序良俗最重要的理由是，公法上各种强行规范的政策目的虽然不同，体现的利益也千差万别，但最终都可以归结为公共利益。这种一元论的最大实益在于：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、抽象化和简单化。^①

（二）区分“合法性”与公序良俗的理由

不过，一元论的违法论并不可行。因为从法律技术看，法律规定“违法”作为法律行为无效的事由，就意味着法律已经明确将公共利益制度化、成文化，法院必须适用这些具体规则，而不能再援引法律以外的事由判决。另外，对强行法有没有否认法律行为的效力的目的，可以通过法律解释进行抽象的认定，并且可以事前认定；相对而言，判断法律行为是否违反公序良俗通常只能经由个案具体判断，并且只能事后认定。

在现代社会中，违法性和公序良俗的分离还有更深层的理由。这可以称为现代社会在法律和道德分离后，法律的“再道德化”问题。

西方传统民法典的基础是自由主义，它的有限政府、市场经济、消极自由等观念都要求区分法律与道德。对个性的弘扬和对多元化的追求，也需要国家保持价值中立。具体言之，中立性奉行“国家远距”原则（Staatsdistanzprinzip），要求权力的拥有者不能以自己的价值观来证成任何社会制度。结果，国家就远离了民众的道德与良善生活，忽视了柏拉图以降的政治哲学对培养公民德性的追求。一些自由主义者甚至还假定，只要有良好的制度和程序上的制衡，保障了公民的消极自由，对国家而言，公民的德性就是无关紧要的；换言之，制度的德性完全可以取代个人的德性，其潜在假设是公民的“公德”和“私德”是可以分离的。

但随着国家、社会和个人相互嵌入关系的发展，自由主义受到了来自各种名目的“主义”的批判，批判的焦点集中在其原子式的自我观念，缺乏认同的工具性社会概念、放任公民道德败坏的价值中立性。为矫自由主义的流弊，共和主义倡导公民参与、重视培养公民德性，在宽容、自主和公正价值之外，培养勇敢、节制等美德。^②

之所以要求公民参与和培养美德，是因为“人是社会的动物”。社会不仅是物质结构，也是一种精神结构。正是这种精神结构，把人凝聚在一起，社会也才成为一个有机体。社会要维系下去，最重要的就是使道德内化于个体，让个体不感觉到它的强制性，使道德不至于沦为赤裸裸的纪律，而是系于个体对所属社会的亲密感和认同感。唯有如此，道德才不是抽象范畴、定理和规则，也不是功利主义者所考虑的利益和可欲性，而更是一种情感和信念。所以，赫尔德、柏林等人才强调个体的“归属感”（Belongings）。这种归属感不仅为个人所需，也是团体得以成为团体的核心要素。在涂尔干那里，社会与人的关系更是类似于神与信徒的关系。社会是至高无上的神。这个“神”其实就是集体意识。^③

法律与道德分离后，传统超拔高洁的道德已经不再具有风行草偃的效果，甚至也不再是一

① 孙鹏：《论违反强制性规定行为之效力》。

② Q. Skinner, *The Idea of Negative Liberty: Philosophical and Historical Perspectives*. In Richard Rorty et al. (eds.), *Philosophy in History: Essays on the Historiography of Philosophy*. Boston: Cambridge University Press, 1984, p. 193ff.

③ Emile Durkheim, *Emile Durkheim on Morality and Society*. Robert N. Bellah (ed.), Chicago: The University of Chicago Press, 1973, p. 39ff.

个值得效仿的对象,^① 现代社会也无需对商业在道德上的合法性进行任何论证。孟德斯鸠和斯密等人说, 商业可以淳风化俗, 具有产生文明社会的力量, 但其前提是常人必须有一定的德性。过高的道德虽不可求, 常人(亚当·斯密所谓的“粗俗的大多数”)的道德却是须臾不可缺的。这种道德的底限共识——如斯密的“合宜”(Propriety)等——也是民法的自然法基础。

但是, 这种底限道德并不是每个人都具有的。由于人口的增长和分工的发达, 传统社会的相似性不复存在。现代社会的一大危机是大量的社会失范, 它意味着“社会在个体身上的不充分在场”和“社会的缺席”,^② 在转型期间尤其如此。如近年来, 由于权利意识的勃兴, 公民政治冷漠、公共领域淡泊, 出现了大量只有权利意识, 而没有道德和义务意识的“无公德的个人”(阎云翔语)。在这种情况下, 如何重建社会道德规范就成为法律必须认真面对的问题。

公序良俗是法律对伦理要求的具体化,^③ 也是民法确立的一个道德底限, 它吸纳了社会重大价值, 对一些重大道德问题, 强制性地要求公民达成共识。更准确地说, 公序良俗真正使道德成为了一种客观的外在现实建构。这种共同的底限道德和文化信念, 也是社会稳定得以维持的一个基础, 正因为道德使社会成为可能,^④ 所以, 社会有权通过法律手段贯彻公共道德。^⑤ 制定法、尤其是公法的禁令, 体现的是国家本身的利益(如财政税收利益、社会治安等), 而公序良俗体现的则是社会的道德利益, 是民法将社会主流道德纳入到法律中的努力, 两者的功能完全不同。在现代道德与法律分离、实证法与自然法分离的背景下, 公序良俗无疑为道德制度化地进入法律打开了一个缺口: 在法源的控制方面, 它限制了因为社会变迁而被视为“陈规陋习”的习惯成为法源; 在法律行为方面, 它限制了个人的自治空间, 禁止以牺牲社会道德为代价来成就个人; 在侵权法领域, 它扩大了对个体的保护, 使个体自治形成的权利和利益不至受到败德行为的戕害。

将公序良俗作为法律行为的一个限度, 表明国家授权社会在重大道德事务上有判断权, 体现了国家和社会有效的沟通。苏永钦指出, 通过公序良俗原则否认法律行为效力或者科处侵权责任的规范, 原来仅具有把社会中自然形成的规范“移植”到私法关系的功能, 而德国的实务发展却使其具有转化和委任立法的功能, 即法官从国家形成的公法规范中抽释出一定的公共政策取向, 甚至依社会需要独立作有限度的造法。^⑥ 这种授权体现了国家对社会价值的尊重, 不以国家的治理德性代替社会自治形成的道德。近年来, 国家与社会的这种互动也体现在管制领域。在国家不堪管制的重负、管制效率低下甚至“管制失灵”的情况下, 求助于社会自组织的管理, 是管制的一种新动向。^⑦

法律之所以规定违法和违反公序良俗的法律行为无效, 是因为其危害性大。这种恶的克服, 不仅需要来自国家的高压管制, 也需要来自社会的柔性压力。在引入公法规范和社会规范后, 民法对私法自治就建立了一个完整的调控体系: 民法是以市场经济、消极自由和有限政府为材料构建的自由城堡; 和它对峙的是国家和社会这两座城堡。社会神与利维坦凝视和规训着个人。前者致力于以“润物无声”的方式使道德内化于个人, 后者则力图以赤裸裸的强制塑造国家需

① Joseph Cropsey, *Polity & Economy*. South Bend, Ind.: St. Augustine's Press, 1957, chap. 1.

② 渠敬东:《缺席与断裂: 有关失范的社会学研究》, 上海人民出版社, 1999年, 第29页。

③ 拉伦茨:《德国民法通论》(上), 王晓晔、邵建东等译, 法律出版社, 2003年, 第601页。

④ 涂尔干:《社会分工论》, 渠东译, 三联书店, 2000年, 第238页。

⑤ Patrick Devlin, *The Enforcement of Morals*. London: Oxford University Press, 1965, p. 139ff.

⑥ 苏永钦:《违反强制或禁止规定的法律行为》, 第43页。

⑦ 詹镇荣:《德国法中“社会自我管制”机制初探》, 《政大法学评论》2004年第78期。

要的公民。利维坦和社会神也彼此对峙。这样，个体与个体、个体与社会、个体与国家和社会与国家之间都有距离，这种距离使现代个人—国家—社会的关系构建不仅超越了丛林规则，而且还使现代政体成为可能。

“社会”如何在法律行为中发挥这种力量，永远是一个没有完结的问题。伯勒（Burrough）法官曾指出，公共政策是“一匹很难驾驭的马。一旦你骑上它，就不知道它会把你带到什么地方。它可能会让你偏离良法。”^①在现代社会，不同的道德如何统一是个难题。但正如丹宁勋爵回应伯勒法官的言论时所说的那样：“如果骑马者骑术高超，这匹难驾驭的马就规矩了。它可以越过任何障碍。”^②

结 论

长期以来，中国都把合同作为国家推行行政和经济管理的一种手段，而不是当事人意思自治的途径。^③对合同的管制可以称为国家对物的治理的一部分。它与国家对人的治理一道，构成一个完整的治理体系：一方面，国家通过户籍登记、身份证、婚姻等，对个体进行数字编码，以获取个体化治理的详细信息；另一方面，国家又通过对财产的分配、对物的登记和管理，有效地掌控个人的财产资源，确保国家运行的物质基础。两者紧密勾连，使国家权力得以维持和巩固，并掌握强大的社会动员能力。

在自治和管制的博弈中，我们可以看到现代法律中国家与个人的复杂关系。管制控制和规范着私人的日常交易和日常生活，进一步对主体进行规范化和标准化治理。现代社会最典型的管制莫过于法律父爱主义（Paternalism）。它是温和的，充满人情的，但这样的管制无异于丝绒囚笼。它的一套标准化和模式化的规则，形塑了福利囚笼下的现代人：他既与追求德性的古典个人大相径庭，也与蝇营狗苟的近代经济人判若云泥。社会福利无疑是以效率为代价，而国家的仁爱则可能使个人的自由和自尊荡然无存。

但是，即使在不受国家管制、在当事人看来是自由、自治的法律行为中，“国家”也无所不在。任何当事人从事的任何法律行为都处在国家的制度框架下，当事人从事的法律行为越多，对国家和法律的认同就越深。因为任何从事法律行为的当事人，都是建立在对法律这套抽象制度的信任上，法律构成了法律行为情境的一部分。

在现代，随着国家的职能逐渐从维护公共安全、社会秩序向经济、民生、环保等职能转化，国家的经济职能越来越突出，政治和经济耦合在一起，以至于熊彼特指出，国家就像是经济的寄生虫。^④虽然全球化对17世纪中期后形成的主权国家冲击很大，但是我们也看到，在日本、韩国等所谓的“虎经济体”（Tiger Economies）中，国家甚至卷入了全球经济竞争，很难分辨国家与企业的角色。至此，黑格尔意义上的高贵的国家逐渐成为一个庸俗的管家，甚至“行政吸

① *Richard v. Mellish*, 2 Bing 229, 130 E. R. 294 (1824).

② *Enderby Town FC Ltd. v. The Football Association Ltd.*, Ch. 591 (1971).

③ 经济合同是“国家计划具体化和得到贯彻执行的形式，制定计划的重要依据和必要的补充”。顾明：《在第五届全国人民代表大会第四次会议上关于中华人民共和国〈经济合同法〉草案的说明》。

④ J. A. Shumpeter, *The Crisis of the Tax State*, in Victor Nee & Richard Swedberg (eds.), *The Economics and Sociology of Capitalism*. Princeton: Princeton University Press, 1991, p. 112. 有人把国家的这种发展趋势准确地概括为“国家的具体化”（沃尔夫：《合法性的限度》，沈汉等译，商务印书馆，2005年，第369页以下）。

纳了政治”。^① 此时，呼吁“最小国家”无疑有些不合时宜，但哀悼契约之死同样也夸大其词。因为经济越是发展，契约自由的空间就会越大。

国家对经济的管制除了体现为大量的公法规范以及社会法外，也通过各种方式嵌入到传统私法中，如特别民法雨后春笋般地兴起就是例证。公法与私法开始真正出现了融合，法律上的水平关系和垂直关系开始交叉。在公法上，立法和行政不再相互对抗，而是相互合作；依法行政要求的法律优位和法律保留的涵义也都历经了沧海桑田；一部分公权力甚至潜入到私领域，以避免受行政法的限制；从单方的管理到要求合作管制，管理主体和管理对象合一。私法上也出现了越来越多的垂直关系的规范，如集体合同、业主大会的决议等；业主大会也被要求承担“社会治安综合治理”的任务。苏永钦精辟地将这种趋势概括为管制与自治“相互工具化”。^②

在民法相当成熟的国家，公权、公法优于私权、私法不会出现大问题，所以《荷兰民法典》第3编第14条暗示了“公法优先于私法”的原则。但是，在中国经济高速发展、社会迅猛变迁的时期，最重要的还是要最大限度保护和促进个人创造性（如赫斯特论述的美国经济高速发展时期通过法律实现的“能量释放”），所以本文的基本立场是在国家管制与私法自治不可调和时，除非有重大理由，私法自治应优先。

在转型期间，中国出现了很多公法私法交叉的案件，如高校学生与高校的诉讼、饭店优惠公务员案，甚至还出现了热议至今不绝的宪法适用第一案——教育权侵害案，除了这些个案外，中国还存在很多因为制度设计造成的公法与私法交叉的疑难问题。

在国家和社会双重转型时期，处理公法与私法的关系是一个相当严肃和艰难的课题。在这一过程中，我们必须不断思考这样一个问题：在社会结构日益多元化和复杂化的年代，自由和管制的边界在哪里？

〔本文责任编辑：张芝梅〕

① 吴增定：《行政的归行政，政治的归政治》，《二十一世纪》2002年12月号。

② 苏永钦：《从动态法的规范体系的角度看公私法的调和》，《民事立法与公私法的接轨》，北京大学出版社，2005年，第77页。

Tibetans and Uighurs to Islam, the implications of the principle of "harmony in diversity" for the relations among ethnic groups in Qinghai is discussed. The author argues that the "diversity" referred to here means a stable identification with one's ethnicity and its major cultural characteristics and the respect given to such identification, while "harmony" involves cultural tolerance and sharing, including learning from and respecting other cultures, multiple identifications among different ethnic groups, and mechanisms for the rational solution of conflicts. The article also discusses the conditions in Qinghai that have been conducive to "harmony in diversity" among multi-ethnic cultures and the significance of the Qinghai experience.

(10) Legality of Legal Acts (*Rechtsgeshäft*) : The Influence of Public Law on the Validity of Legal Acts and its Limitations *Xie Hongfei* ° 124 °

It is a common principle in all countries that legal acts that violate *jus cogens* are invalid. This may be termed *Rechtsgeshäft*, or "norms on the legality of legal acts." This refers only to *jus cogens* in public law, since *jus cogens* in private law is self-governing or autonomous in nature and its violation results at worst in ineffectiveness rather than invalidity. In determining whether legal acts that contravene public law are valid, the objectives of the related public laws must be examined and the principle of proportionality applied to limit the interpretation of objectives of the public laws in question, in order to further distinguish obligations in public law from those in private law. Local laws and administrative regulations cannot be excluded completely in the application of civil law. Violation of the law and violation of public order and morality have totally different effects and cannot be treated as the same thing.

(11) The Judicial Yuan of the Republic of China : A New Paradigm for a Supreme Judicial Organization in Pre-1949 History *Nie Xin* ° 143 °

The Judicial Yuan, a model of supreme judicial organization peculiar to China's recent history, was the outcome of several decades of evolution from the legal reforms of the late Qing Dynasty to the Constitution of the Republic of China (ROC) in 1947. The Da Li Yuan (the supreme court) was very independent in judicial administration from the outset. Its powers were inherited and expanded by the Judicial Yuan. Whether the supreme power to adjudicate and the power of judicial administration should be united was a matter of repeated debate when the Constitution of the ROC was being formulated. However, as in practice the President of the Judicial Yuan was never directly involved in any trial, these two functions were never truly united. The Judicial Yuan also kept the Da Li Yuan's power to provide a unified interpretation of laws and directives and expanded its powers of standardization and control to constitutional interpretation. In the early Republican period, the Da Li Yuan was separated from the Ping Zheng Yuan or administrative court (the Su Zheng Ting, or bureau of the ombudsman), which later developed into the Supreme Court on civil and criminal cases, Administrative Court and Commission on the Disciplinary Sanctions of Functionaries within the Judicial Yuan. It is safe to conclude that the Judicial Yuan was fairly well-developed in institutional terms even before the promulgation of the Constitution of the ROC; even the Constitution itself couldn't start afresh and change the existing judicial system. However, if the Judicial Yuan had some valuable elements in terms of institutional design, judicial practice was hopelessly corrupted during the Nanjing period of Republic rule.