

# 合同无效制度的若干学术追问

付俊伟

(北京理工大学 法学院,北京 100081)

**提 要:** 我国《合同法》对合同无效制度采取列举性规定,相比《民法通则》罗列法律行为一般有效要件而言,具有重大发展与突破。但在具体适用中仍然存在诸多模糊和不明,导致判定合同无效的情形过于宽泛,有损市场交易的稳定和发展。本文通过对合同无效的概念进行追问以阐明合同无效的真实内涵,即法院不对合同目的的实现给予强制保护,而并非是为了达到现行法律所规定的恢复原状的效果;对“应当”、“必须”、“不得”等虚词的探讨,表明无效的认定不能简单的通过法规范的语义表达来做出,应当结合法律规范的实质进行审慎判断。同时,本文也对合同无效类型化区分做出进一步追问,意在说明合同无效的认定应当联系个案进行实际分析,而不应简单的进行概括性处理。此外,对无效的具体适用的讨论,突出了社会公共利益、善良风俗、现行法律及履行不能是合同效力的重要限制性因素,并进一步认为无效判定的实质终究还是要回到对“阻却事由”的认定上。国家对合同是否给予强制执行力,取决于该“阻却事由”是否存在或已消除。

**关 键 词:** 合同无效;阻却事由;强制性规范

中图分类号: D923.6 文献标识码: A 文章编号: 1003-3637(2017)02-0160-07

DOI:10.15891/j.cnki.cn62-1093/c.2017.02.027

## 一、问题的缘起

虽然以契约自由为核心的私人自治属于民法的一项基本原则,但私法对启蒙运动中孕育出的契约自由,一直都有所限制。在以契约自由为主旨而建构的合同基本制度中,合同无效的规则发挥着防止契约自由滥用的重要功效。

在私法自治的理念之下,绝大多数学者都不主张具体规制合同生效的每一要件,而认为应从反面审慎安排合同无效制度的建构<sup>[1]</sup>。可以说,私法在合同的效力判断上应坚持除特定原因外,合同成立即属有效的基本思想理念,而并非是寻求主动的先前判断。这一点学界很少有争议,笔者也同样认为,该理念毫无疑问是值得肯定与坚持的。

但在我国当下合同无效的司法实践中,仍然存在着诸多问题与疑惑。在立法上,我国《合同法》摒弃了《民法通则》的立法思路,不再罗列法律行为的一般有效要件,而只是列举性地规定了合同无效的具体情形。相比而言,《合同法》已具有重大的进步和发展。同时,《合同法》第52条针对原来《民法通则》中关于无效民事行为的情形也作了更为苛刻的限制,即对无效合同的范围予以更为具体的限定,而并非如同《民法通则》那样规定为“违反法律”的民事行为,因为“违反法律”的概念太过宽泛。其中的“法律”既可以包括地方性法规、部门规章,也可以涵盖红头文件等。但是《合同法》将其限定在“违反法律、行政法规”这两种范围之内,而且还着重加上“强制性规定”这一限定词。除此以外,最高人民法院在《合同法司法解释二》第14条中将《合同法》规定的强制性规定设定为“效

力性强制性规定”,排除了“管理性强制性规定”对合同无效的影响。可见,立上具有重大的突破和超越。然而,相比于西方发达国家而言,我国合同法赋予私人自由的空间仍然较少。这就意味着,在诸多对合同自由的限制中,有很多是无需借助合同无效来完成的。也正因为如此,我们可以肯定的是,在我国,当合同违反强制法规时并不应当必然无效。

通常情况,对于违反现行法律法规的合同,其效力可能会遭受否定性评价。这一点,无论在中国还是外国,一直以来都无例外。一个完善的无效合同制度就是在自由与限制之间寻找到一个合适的平衡点。从民法的角度来看,一旦合同违反了法律,至少会出现以下三个私法层面上的问题:第一,该违法合同是否有效,或者说是否具有强制力;第二,如果该违法合同无效,但事实上已被履行,那么是否可以允许当事人对所做的履行主张返还;第三,如果法院不允许当事人主张返还,那么如何确定该无效合同下标的物所有权的归属。如果将以上问题放置于民法体系术语之中,第一个问题属于合同的效力确定;第二个问题关注的是不法原因的给付;第三个问题则涉及物权的归属。可见,不法原因给付与物权的归属都是在合同认定为无效之后所衍生的问题,合同效力的认定应为整个合同无效制度研究的核心。但值得注意的是,如果简单的将违法与无效相对等,必然对私人自治精神造成损害。因此,违法合同效力的判定便具有至关重要的意义,同时也折射出在违法与无效之间应当还可以存在一个“自由裁量”的中间区域。

## 二、无效的真实内涵究竟是什么

汉语中,我们对于无效的理解通常带有一定的随意性,有时可以表示与有效相对的广义上的无效,而有时又能与可撤销或者效力待定相对的狭义上的无效对应<sup>[2]</sup>。其中,广义的无效通常指由于法律制度的否定而使期待发生的后果未能实现的情形。

对于狭义的无效,有学者认为,是因合同严重欠缺有效要件,不依据当事人合同的内容,而是根据法律的直接规定赋予法律效果<sup>[3]</sup>。也有学者将相对无效与绝对无效的区分来对应广义与狭义无效的区别,认为广义的无效,包括合同的绝对无效、合同效力待定及合同相对无效;而狭义无效只包括合同的绝对无效,即任何人都可以主张的无效<sup>[4]</sup>。对于无效所引起的法律效果,我国学者普遍认为,无效系合同自始地对所有人都不发生效力并保持其不发生效力的状态<sup>[5]</sup>。现行立法下,对于无效合同,其效果也都当然地恢复到合同没有订立时的状态。

然而,狭义的无效在不同法系中都曾有多个解释。纵观两大法系,无效主要有两个概念:一为“不能申请强制执行”;二为“禁止执行”。这一结论可见于 Pimvicska v. Pimvicska (1974) 案法官的判决之中。该案中,当事人在按照法律规定而获得有关协会的允许之前,就买卖养蜂设备达成协议。原告对此提出合同无效。而 Macdonald J. 法官认为:

在一些法院认为合同“无效”的案件当中,我的看法是没有法律强制力或效力,或不具有约束力或强制执行力。对我来说,合同没有法律强制力或效力与合同不具有法律约束力或强制执行力具有显著的区别。按照前者,例如禁止销售的商品将被认为不得销售,以免导致财产或财产权利的转移;而后者只是禁止请求法院对合同强制执行的协助<sup>[6]</sup>。

其实,无效合同区别于有效合同的关键在于,无效合同是不得申请对其强制执行的<sup>[7]</sup>。合同之无效,在民法上,仅仅是不以法律的强制力来实现合同的目的,并不完全在于禁止其实际后果的出现。换言之,私法所要做的是不给当事人的意思表示提供具有国家强制力的保护,并无必要阻止合同约定行为结果的发生。除非法律对合同履行明确规定为违法外,如果当事人决意履行合同,法律也不能强行阻止合同履行结果的发生。例如,对于违背公序良俗的合同,如果当事人已经履行,法律也不能强行阻止结果的发生。因此,合同无效只表明法律不对合同的履行给予强制保护,而非说明禁止合同的履行。正如有学者指出,“在合同仅被宣告无效时,当事人仍然完全有自由履行该合同,如果他们愿意这样做的话。法律所做的只是拒绝强制履行合同。”<sup>[8]</sup>

## 三、如何识别强制性规范

当私人自治机制不能妥当调和当事人之间的利益,或无法使个人与社会利益相互协调时,它都应受到强制性法律规范的约束。这些强制性规定所要达到的目的主要来自两方面:一方面是保护较弱地位的合同一方当事人;另一方面则是更为合理地安排社会经济发展或维护公共利益<sup>[9]</sup>。由于法律

制度是一种纯粹的语言表达形式,对于强制性规范的识别,时常需要我们借助于语义分析法来完成,以至于不会陷入概念判断的混乱之中。所谓的语义分析法,“是通过分析语言的要素、结构、语源、语境,而澄清语义混乱,求得真知的一种逻辑实证方法。”<sup>[10]</sup>在法律规范的分析中,“应当”“必须”“不得”等虚词使规范意义和属性更加明确<sup>[11]</sup>。因此,对强制性规范的识别,我们不妨从这些虚词入手,分析是否带有这些虚词的法律规范都属于强制性规范。

### 1. “应当”的三种含义

含义	属性	条款
“必须”	并不具有规范性质的意义	《合同法》第44条第2款
“必须”	约束法院,对应裁判规范	《合同法》第41条
“最好”	倡导性规范	《合同法》第215条

通常认为,附有“应当”表述的规范为强制性规范,但通过上述表述不难看出,附有“应当”表述的也可以包括裁判规范与倡导性规范,例外情况下甚至还包括任意性规范。因此不能简单地凭借语义加以识别,尤其是不能认为凡是违反了“应当”的合同都为无效。例如,“应当”对于《合同法》第44、87条而言并不表明规范属性的意义。

### 2. “必须”的含义

含义	属性	条款
“必须”	强制性规范	《合同法》第272条第3款

“必须”较之“应当”更具强制性,因而附有“必须”表述的通常是强制性规范。

### 3. “不得”的三种含义

含义	属性	条款
“不允许”当事人从事某种行为	强制性规范	《合同法》第3条
“不允许”法院从事某种行为	裁判性规范	《合同法》第54条第3款
“不能”	半强制性规范(对一方而言是强制性规范,对另一方而言则是授权规范)	《合同法》第80条第2款

通常情况下,我们将“不得”视为禁止性规范表达中的标志性规范词,将其视为“禁止”“不准”等规范词的同义变体,并认为带有“不得”字样的规范通常为强制性规范<sup>[12]</sup>。但带有“不得”字样的规范也可以有裁判规范与倡导性规范,如《合同法》第19条就不具有强制性的意义。因此,不能仅仅依靠语义加以识别。

### 4. “禁止”含义

含义	解释	条款
不能为或不为一行为	强制性规范	《合同法》第272条第3款

凡是带有“禁止”字样的规范均为强制性规范,它相比于“不得”而言,语气有所加重。

综上,不难看出,强制性规范的识别大部分情形下都不能简单的通过形式加以判断,而需要考量规范的主要目的。只

有附带“必须”和“禁止”表述的(暂时)可以通过语义加以识别。即使如此,也仅仅针对强制性规范的界定而言,并不针对合同效力。因为在强制性规范与合同效力的这一问题上,很多学者与法官都认为有必要在强制性规范中区分效力性规定和管理性强制性规定<sup>[13]</sup>。其中的效力性强制性规范,通常涉及不特定第三人利益;而管理性强制性规范通常都是以维护管理秩序为目的的。如果合同仅仅违反管理性强制性规定,不应当直接被定为无效。但值得注意的是,对于“效力性强制性规范”时常也是难以定义的,因为对合同效力直接进行决定的效力性规范很多时候都需要通过个案来作出判断。但即使如此,不少学者仍然在努力地进行理论上的类型化处理,试图找出一些判断标准。

#### 四、对合同无效类型的几个追问

合同无效的原因主要是因为违反法律规范、社会公共利益或公序良俗。其中,违法无效的范围相当广泛。从违反事项的角度对违法无效进行划分,可以包括主体资格不合法、内容违法、方式违法、动机违法和其他要素违法。本文不对这些具体的概念和案例做详细描述,但可以肯定的是,对于上述类型的违法行为,在判断无效的时候都不可有绝对化思维。从违反内容角度考量,无效涉及的情况也纷繁复杂,对其大致进行类型化区分,主要可以有以下几种:

##### 1. 究竟如何理解合同形式与合同无效的关系?

对于合同形式与合同效力的关系,笔者认为处理起来较为简单。不可否认,对于合同形式进行强制在防范欺诈和出于证据上考量都有其正当性。但如果当事人未能依照法律规定的形式订立合同,确实需要承担合同被判无效的风险,由于在这种情况下法院难以确定“合意”的真实存在而无法保证合同目的的实现。但值得注意的是,法院虽然有权对无法确定“合意”存在的合同做出无效处理的判决,但并不意味着只要合同未依照法定形式订立,法院就能判决其为无效。只有在合同形式彻底影响合同强制执行的不可消除的“阻却事由”时,才可判决合同无效。

##### 2. 社会公共利益与合同效力的关系究竟是什么?

社会公共利益是由“社会”“公共”和“利益”这三个本来就抽象模糊的定义构成,因此对这一术语进行界定存在着较大难度,其内涵外延的不确定性和多面性造就了该术语只能被描述,而无法进行定义的特性。对于合同法中的社会公共利益,有学者提出可分为三种,包括不特定第三人的利益、与基本价值相联系的私人利益以及最起码交易道德相联系的私人利益<sup>[14]</sup>。

对于这一类型化的区分,笔者认为,值得商榷。因为对于社会公共利益这样本来就难以界定的术语,我们对其界定和类型化区分,不应使用同样难以确定的“与基本价值相联系”和“与起码的交易道德相联系”来实现。同时,该类型化区分中的“相联系”需要达到的程度在司法实践中也难以把握。社会公共利益很多时候是在法律没有明文规定的情形下才发挥其调节性的功能,其设立的意义在于维护最低的社

会基本秩序。基于社会公共利益概念的不确定性,如果对其进行强行界定或类型化处理,都将违背立法的目的,同时也毫无价值。

将社会公共利益作为限制合同效力的一项工具,有其特殊的意义。其表象虽为限制私人自由,但其实质仍在于对民事主体基本权利的保障。有学者认为,私人利益也可扩大的作为公共利益进行对待,可将“不得损害他人的合法自由与权利”归为“公共利益”的范畴<sup>[15]</sup>。这是由于主观权利时常会具备客观法的特性所致。换言之,侵犯私人利益的同时就构成了对法律的违背,并且可以说在一定程度上还是对社会秩序的违反<sup>[16]</sup>。

但笔者认为,私人利益不应成为对合同效力的限制要求,作为合同无效的公共利益应当是排除私人利益的。如果合同侵犯了私人利益,其后果可以是效力待定或可撤销,而非无效。只有在对不特定第三人利益有所损害时,才可能对公共利益造成危害,而其中的损害不特定第三人利益也就是我们所谓的“社会公共利益”。即使如此,在司法实践中,对于“社会公共利益”的认定,仍然需要法官结合个案、通过自由裁量权的行使来做出具体的分析与判断。

##### 3. “黑白合同”与合同无效究竟是何种关系?

所谓“黑白合同”(又称“阴阳合同”),是指在建设工程、房屋买卖及外商投资企业股权转让等合同中,双方当事人除在正式合同之外,再签订一份或一份以上用于报批、备案或登记但不实际履行的合同。其中,用来报批、备案或登记的合同通常称为“白合同”或“阳合同”;私下签订的用于实际履行的合同则为“黑合同”或“阴合同”<sup>[17]</sup>。

对此,《招标投标法》第46条规定“招标人和中标人应当自中标通知书发出之日起30日内,按照招标文件和中标人的投标文件订立书面合同。招标人和中标人不得再行订立背离合同实质性内容的其他协议。”同时2004年10月25日最高人民法院发布的《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》的第21条也规定“当事人就同一建设工程另行订立的建设工程施工合同与经过备案的中标合同实质性内容不一致的,应当以备案的中标合同作为结算工程价款的根据。”

虽然《招标投标法》第46条并非效力性规定,因其法律后果只是责令改正或处以罚款,属于公权力机关的处理方式。但有学者也指出,现实情况中“黑白合同”已经非常普遍,如果只是责令改正或处以罚款的话,无法完成该法第5条“遵循公开、公平、公正和诚实信用的原则”之目的。只有将违反第46条的行为认定为无效,才可真正实现立法价值<sup>[18]</sup>。

笔者认为,我们可以“阻却事由”来进行一下判断。如果合同一方当事人对“黑合同”来申请法院的强制执行,因为受到了来自《招标投标法》第46条的干预,即遇到了“阻却事由”,法律无法强制执行“黑合同”。此时应当要求当事人对“阻却事由”进行消除,也就是说,双方当事人只能将白合同作为阻却事由的消除而申请执行。换言之,因为无法消除该阻

却事由,法院将有权判定合同无效。因此,最终决定是否无效,还在于对这一阻却事由的认定。

#### 4. 行政审批会影响合同的无效吗?

在必要条件下,虽然登记、批准作为限制合同自由的行政干预有着一定的正当性基础,但仍应审慎分析当事人违反该规定的行为,不应简单认为一律无效。毕竟这些手段来源于公权力机关的行政干预,容易对市场自由带来严重的损害。

有学者认为,行政审批对合同效力不产生影响,即合同效力应与行政审批分离,对于未经审批的合同仍应坚持“有效合同说”<sup>[19]</sup>。区分合同效力与合同履行的作法,一定程度上扩大了行政审批管控权利转让的可选择路径。在这一机制安排下,行政审批与合同效力不再必然相联。权利转让只有在合同有效成立之后,才与标的转让的申请审批与登记相关联。因此,暂且不考查行政审批的合理性,从其价值而言,仍然是限制特定权利的变动。未经审批的司法功效在于权利无法实现变动,与合同效力是否存在瑕疵并非必然相关。

当然,实际生活中,还存在一种基于法律规定而尚未完全生效的合同。例如,在外商投资过程中,时常出现中方未按照合同约定办理审批手续,外方诉至法院要求中方承担违约责任的情形。而中方提出抗辩认为,合同需经批准才可生效,未经批准就不发生效力,因此无需承担违约责任。笔者认为,就整个合同而言,中外合资经营合同需在批准之后才可生效,在批准之前,合同的状态也确是尚未完全生效的。但办理审批手续的条款应具有相应的独立性,不受整个合同需经批准的影响,不履行该审批义务应承担违约责任<sup>[20]</sup>。正如《外商投资企业司法解释一》第1条第2款所规定“前款所述合同因未经批准而被认定未生效的,不影响合同中当事人履行报批义务条款及因该报批义务而设定的相关条款的效力。”

可见,违反行政审批能否作为当事人申请强制执行的阻却事由,还有待法官通过具体个案和情形来进一步认定。

#### 5. 无权代理和无权处分如何影响合同无效?

广义“无权处分”与“无权代理”都集中在对第三人“善意”的认定上。通常,这两种合同都应作为“效力待定”看待,归属阻却事由容易消除的范畴。因此,对于无效的判断取决于该阻却事由是否能得以消除。如果原权利人不予追认,那么阻却事由并未消除,合同将无法被请求强制执行;但如果第三人已经善意取得物权,基于强制执行的无法实现,原权利人对其损失只能请求无权处分人或无权代理人进行赔偿。

对于善意与恶意的判断标准主要看行为人是否“明知”<sup>[21]</sup>。其中的恶意,指行为人明知信息虚假而订立合同。也就是说,如果一方当事人明知其行为存在瑕疵,即真实意愿与外观表象并非不一致时,仍以外观表象为准则来订立合同,那么将与法规范的要求相违背,因而无法受到法律的保护。需要强调的是,即便当事人对虚假信息并非知晓,但客观情形已有足够的警示,当事人本应发现事实真相而未能发现的,此时是否还属于善意则涉及善意与过失,本文对此不做深入的考究。但对善意的构成而言,虽然善意和无过失在观念上有

所区分。前者指不知情;而后者中的不知情是能够理解的,属于正常理性人在相同情态下的共有行为。但从利益衡量的角度来说,重大过失仍对善意的构成有所影响,而一般过失和轻过失并不影响<sup>[22]</sup>。

综上,有些类型的合同是部分有效或者说尚未完全生效的,无效仅仅是合同申请强制执行受阻的另一种表达。对这一阻力,即阻却事由的认定,是导致法院能否认定合同无效的决定性因素。

### 五、合同无效制度在适用上还有何问题

#### 1. 合同无效制度究竟要解决什么问题?

合同无效表明私法不对当事人的意思自治提供强制保护,因为无效本身就说明当事人的自我安排已经超越了法律规定的界限<sup>[23]</sup>。在整个合同约束机制当中,无效制度是对合同自由的一种束缚,体现了法律对当事人意思自治的越界而给予的一种否定性评价。它阐述了国家对于合同当事人达成约定的不同态度,是合同法用以规范私人与国家之间的关系,以及在当事人之间分配权利义务的先行安排。

笔者认为,合同无效制度的核心是排除法院对合同予以强制保护的必要和义务,而并不存在能够恢复原状的效果。例如,当事人对于违法无效的合同明知故犯,即便判定了合同无效,也仅具起誓作用,而并不产生实际价值。

应该说,法院有义务对合同目的之实现给予强制保护,但这种保护也有可能受到来自其他更加严厉的公法的干预。例如,当刑法明确了合同约定的内容属于犯罪时,私法便无法实现对该合同的保护。如果这种无法保护的状态是永久并且无法改变的,那么合同应判定为无效。因为这种冲突本质上对私法的保护进行了否定,法院认定合同无效也说明了法院对该合同的执行不会提供任何协助。

遵循这种思路,我们不难发觉,与其就合同的无效本身进行探讨,不如把关注点放置于对“阻却事由”这一合同无效认定的核心内容之上。通过这种路径来考虑合同效力,而无需再考察生效要件,便可更加简单地进行认定。值得注意的是,有学者指出,无效的合同可因合同缺陷被“治愈”而转化为有效合同<sup>[24]</sup>。这里的“治愈”与“阻却事由的消除”存在着一定的相似。但不同的是,“治愈”的前提是合同认定了无效;而“阻却事由的消除”则在合同有效认定的基础之上。

#### 2. 请求合同无效的主体是什么?

通常情况下,任何人都可以主张合同的无效,同时无效合同对任何人也都不产生效力。有学者一方面对此表示支持,但同时也对这种当然、绝对的无效提出质疑<sup>[25]</sup>。

众所周知,合同的无效是由法院来判定,这与将合同的效力交由特定的第三人或当事人予以判断的效力待定或可撤销有所区分。对此,笔者认为:合同无效不应由当事人或第三人提出,而是在被动情形下才产生,即合同一方向法院申请强制执行,但因法院对该合同的保护受阻而无法强制实现合同目的时,才可认定合同无效。如果只是为了不实现合意的目的,当事人只需证明合意存在瑕疵即可,也就是证明合同并未真

实成立。合同被认定为无效时,如果该方当事人已经(部分)履行了合同义务,那么可以通过不当得利来要求对方进行财产的返还或损失的赔偿。

此外,对于在诸如欺诈等情形下受害一方请求合同无效的,当事人之间并非存在真正的合意。合同成立的最基本前提就是当事人之间的合意。一旦该合意存在瑕疵,就不能认定合同有过真实的成立,也就谈不上效力的判定。这种状态下,法院只需认定合同未成立即可。这在一定程度上类似于可撤销的合同。对于可撤销的合同,本质上就是一方当事人用于对抗另一方当事人申请强制执行以实现合同目的的权利。换言之,当合同的保护力并未受到阻却事由的调整时,拥有撤销权的一方当事人可以针对该强制执行申请对抗。这一权利的核心就是否定合同的存在,而且该否定只能由一方基于对合意并非存在的证明来实现。

综上,合同无效是法院在不能对合同目的的实现给予保护时所做出的免责途径。如果当事人不希望合同目的实现的话,只需通过合同成立的合意存在瑕疵得以完成,即合同并未真实成立,来对抗对方当事人申请合同的强制执行;如果当事人为了实现恢复原状的目的,则需通过解除权的行使得以完成。

### 3. 哪些因素对合同效力有实际限制?

#### (1) 社会公共利益对合同效力的限制

众所周知,社会公共利益对合同效力的限制不言而喻。在自由主义者看来,社会公共利益的存在与否本身就是一个需要探讨的问题。他们认为,公共利益是不存在的,现实世界中只有私人利益的存在<sup>[26]</sup>。以边沁所代表的功利主义也都普遍认为,社会利益其实就是组成社会的所有单个成员的利益总和<sup>[27]</sup>。除个人价值外,并不存在什么“社会目的”或“国家目的”<sup>[28]</sup>。

笔者认为,社会虽个体组成,但仍然不能将社会利益单纯地归纳为个人利益的叠加。从西方政治哲学的角度而言,国家是公共利益的自然捍卫者,公共利益更是国家存在的目的和意义,公共管理正是以此为依据进行分配,才使得整个人类社会能够延续与发展<sup>[29]</sup>。但个人享有的权利也应有所限制,每个人对社会都负有相应的义务,因为人的个性只有在社会整体运行之下才能得到自由的发展。由此,个人在行使其权利与自由时,仅受到来自法律的限制。而该限制的唯一动力是维护对他人权利的认可、对他人自由的崇尚。这种限制也是现代民主和文明社会中为适应公序良俗和社会福利的正当要求。事实上,法律存在的意义就是某种核心价值的维护,而这些价值也正是社会所共同认可和尊崇的。对其违反不仅阻碍文明的前行,也违背了公共利益。法律必然要对正义及正当行为给予维护并含蓄地指出错误行径,理想法律的主旨就是对正义的遵循<sup>[30]</sup>。因此,与其从正面去寻求公共利益的存在,不如从反面来审慎检查该问题。社会公共利益这一富有弹性的概念还是有其存在的正当性和合理性,不损害社会公共利益至少为合同有效的底线。

值得注意的是,有学者认为,我国合同法中的“社会公共利益”等同于西方国家“公序良俗”的内涵;也有学者认为“社会公共利益”包含“国家利益”<sup>[31]</sup>。对此,笔者认为,“公序良俗”这一概念是《法国民法典》的产物,《日本民法典》对此也有所借鉴,而《德国民法典》中仅有“善良风俗”而无“公共秩序”的表达。可以说,“公序良俗”中的“公共秩序”与“社会公共利益”存在着某种交叉和联系,但“善良风俗”多指对家庭关系和社会伦理道德的维护,与“社会公共利益”的内涵相差甚远。例如,在婚外第三者获赠的财产是否给予保护的问题上,虽然当下法院多以《民法通则》第7条规定的“损害社会公共利益”为由来认定无效。但在该案情中,婚外第三者更多的损害的是社会善良风俗,很多时候难以用“社会公共利益”来进行扩大化的涵盖。因此,“社会公共利益”与“善良风俗”应当区别对待。前者更多的指社会利益,这种利益也有别于国家利益,是不特定第三人利益的累积;而后者可用社会得以发展的最低伦理道德标准进行衡量。

#### (2) 善良风俗对合同效力的限制

违背善良风俗是指与“一切持有公平与正义之思想者对正当行为的感受”相冲突的情形,也可以说是与主流的法律和社会道德相背离的状态<sup>[32]</sup>。

必须承认的是,社会中存在一些亘古不变的观念和道德。惟有社会中所有的行为遵循了一定的规则,这种行为规范才可以建构一个和谐的社会,这也正是社会机能得以正常运行的前提要求<sup>[33]</sup>。如果对其予以抛弃,社会的基本运作就会有所影响,甚至可以说也会沦落到解体的地步。正如阿克顿所认为的“事物的特征和品质是由制度塑造出来的。”<sup>[34]</sup>而善良风俗正是社会正常运行所需要的最低限度道德的重要呈现。所谓善良风俗,德国主流学理认为应包含着两层内容,即现今社会占统治地位的道德行为准则,及法制本身内在的伦理性道德价值和原则。在司法实践中,法院时常运用“一切公平正义的道德观念”来判断善良风俗<sup>[35]</sup>。可以说,善良风俗是社会公认的道德标准,法院应当禁止对不道德的合同给予承认,否则将不符合社会大众的心理期望与道德情感。因此,国家通过合同无效制度来维护社会基本道德,这正是保障善良风俗的必然要求。

值得注意的是,对于善良风俗的实际判断,应当坚持主观因素与客观因素相统一的原则。我国现行《民法通则》并未采用“善良风俗”这个概念,而是采用了“社会公共利益”“社会公德”这样模糊的概念取而代之。但笔者认为,“善良风俗”的内涵和外延都有别于“社会公共利益”“社会公德”的范围,作为最低限度伦理道德的体现和维系社会健康发展的基石,“善良风俗”应当成为对合同效力限制的一项重要因素。

#### (3) 现行法律对合同效力的限制

在违反强制规范的情形下,法规范之间的冲突在于:当一个行为违反强制性规定时,其在公法中就遭遇了否定性的认可;如果仍要肯定该行为在私法上的效力,只会造成法规范的相互冲突。这一冲突的极端体现为:私人在公法上遭遇的否

定认可的违法行径,在私法上却有效,并且能被强制履行。孟德斯鸠曾言“自由是做法律所许可的一切事情之权利;如果一个公民能够做法律所禁止的事情,那么他也就不再有自由了。”<sup>[36]</sup>毫无疑问,当一项行为既为法律所禁止,而又能够成为合同约定的事项时,这就明显使得法规范变得相互冲突,从而使得道德秩序的混乱。

因此,现行法律对合同效力具有不可忽略的限制意义。应当认可的是,公法对私法保护的阻碍通常是不可避免的。但是,现行法律对合同效力的制约应当有所限缩,只有在损害社会公共利益的情形下,才能对合同效力有所制约。

#### (4) 履行不能对合同效力的限制

履行不能指债务人所负担的债务在内容上没有实现的可能,其中的不能,即包括理论或物理上的不能,还包含违背法律、道德和职业的要求<sup>[37]</sup>。

“给付不能不构成债”一直是古罗马法沿用的杰尔苏规则,即所有基于客观原因不能给付的物不应作为债的标的进行看待<sup>[38]</sup>。实际上,在一个给付不能的合同当中,虽然对原本的给付请求权不能给予履行,但依旧存在着请求损害赔偿或者请求交付替代利益的下级权利。简言之,合同的效力并非由于给付不能而有所限制。因此,以不能为标的只是排除了合同中的履行请求权,而非排除了损害赔偿请求权。

也有学者认为,“标的可能”应是合同履行中的概念,并非与效力问题相联<sup>[39]</sup>。简言之,也就是,除免责事由外,履行不能不可视为合同无效的缘故,否则都应按违约对待。也有学者提出,“由于履行不能(包括给付自始客观不能)只是一种事实状态,因此,任何一种违约形态都可能发生履行不能的问题,从而可以将任何一种违约形态都归结为履行不能。”<sup>[40]</sup>对此,笔者认为,法规范应当对不能的原因进行不同的对待。如果债务人明知或理应知道该不能,那么合同应当有效。只有在债务人不知情并且该不知情具有不可归责的原因时,才可认定为免责事由。综上,履行不能与合同效力具有一定的联系,但该联系并非是必然的。

#### 4. 如何理解合同无效的判定方法?

从以上分析中不难看出,诸多现实情形对合同的强制执行的确会带来巨大的影响,以至于法院时常不得不认定合同无效。如前所述,合同无效制度的本质是法院对保证合同目的的实现的一种免责。但该免责是需要极为谨慎的控制,因为保护合同目的的实现本来就是私法的职责所在,也是法律存在和社会运行的价值基础。

对于无效认定的具体方法,不同学者也提出过诸多观点。法国学者大多赞成原因理论。这里的“原因”指订立合同时的关键性理由,它认可了合同效力的正当基础,也表明了当事人受制于合同约束的原因。《法国民法典》规定:无原因的债、基于错误原因或不法原因的债不产生任何效力。如果原因由法律禁止,或原因违反公序良俗,此种原因则为不法原因<sup>[41]</sup>。由此看来,如果合同订立的原因违反强制法律性规范,那么合同应当无效。

相比之下,日本则采取了一元化的态度,即法律行为无效的唯一原因是对社会公共利益的损害<sup>[42]</sup>。《日本民法典》第91条的规定“法律行为当事人表示的意思与法令中与公共秩序无关的规定相异时,从其意思。”该规定直接呈现了日本对违反法律、合同效力与公共秩序相互联系的影响。但一元化的合同无效论的择取,在司法实践中必然带来众多不足。由于社会公共利益这一概念过于宽泛,在实践中仍需法官行使自由裁量权做出判断。

笔者认为,在合同无效论的选取问题上,应当坚守严格限缩“无效权”的立场。对无效论的选取,实质上也就是对“阻却事由”基础的认定。而阻却事由的认定也是复杂的,无论是社会公共利益损害,还是强制性法律规范的违反,都可能上升为不可消除的阻却事由,即法院无法实现合同目的的保护而不得以认定合同无效。由此,对于阻却事由的识别,某种意义上是对法院保护能力的衡量,而限制法院保护能力的考虑并非只是来自社会公共利益。

基于这样的理解,有学者从发生论的角度,将合同效力规则归纳为三个层面:违反社会公共利益-违反强制性规范-违反具体的效力规则<sup>[43]</sup>。违反强制性规范是社会公共利益违反的具体形态,而各种效力规则是违法无效规则的表现形式。从适用角度来说,依照具体规则优于一般规则的理念,应当充分考量各类具体的效力规范,再对是否违反强制性规范予以明确,最后判定是否违反社会公共利益。笔者认为,这一方法无论在理论还是实际操作中来看,都更为妥当。

“当交易的公正性受到损害时,最好的补救方法应当是重新确立交易双方的利益平衡,而不是去摧毁业已发生的一切。”<sup>[44]</sup>事实上很多学者都支持对无效的合同竭力补救,进而造成“先无效,再缓和”的情形。这主要是由于有些合同本身是无效的,因此我们只能在合同无效以后,再依据缓和方式给予治愈。但“无效”本是法院在无法对合同进行保护的情形下做出的判定,如果在法院的要求下,当事人订立的合同消除了“阻却事由”,那么合同价值也就能够得以实现。当合同的“阻却事由”不能消除时,法院则应认定合同无效,即免除保护实现合同目的的义务,这同时也表明该合同本质上没有缓和的可能。因此,问题的核心还是在于法院对阻却事由是否能够消除的判定之上。

#### 结 论

综上所述,笔者坚持合同成立即有效的的基本价值理念,但对无效也有着不同的理解。除非遇有不可消除的阻却事由,否则法院不得判定无效。这也是对法院权利豁免的约束。通过这种路径进行分析,我们完全没有必要对生效要件进行考量,只需借鉴“阻却事由”的概念便可更加便捷的认定无效合同。但必须强调的是,合同之所以无效,只能表明不以法律的强制力来保障合同实现目的的实现,而非在于禁止其实际后果的出现。然而,阻却事由的具体识别,这还有待于学者与法律实务工作者的进一步的探索和思考。

参考文献:

[1][26]朱庆育. 意思表示解释理论——精神科学视域中的私法推理理论[M]. 北京: 中国政法大学出版社 2004: 92, 115.

[2]耿林. 强制规范与合同效力——以合同法第52条第5项为中心[D]. 北京: 清华大学 2006: 242.

[3]崔建远. 合同法总论: 上卷[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2008: 256.

[4]孙文栋. 论合同效力类型体系的重构——认真对待合同的法律约束力[J]. 苏州大学学报(法学版) 2015 (1): 1.

[5]韩世远. 合同法学[M]. 北京: 高等教育出版社 2012: 88 - 89.

[6]Pimvicska v. Pimvicska (1974) 6 W. W. R. at 517 - 518. (Alta. S. C. - T. D.).

[7]沈达明. 英美合同法引论[M]. 北京: 对外贸易教育出版社, 1993: 181.

[8]阿狄亚. 合同法导论[M]. 赵旭东, 等译. 北京: 法律出版社出版 2002: 337.

[9]尹田. 法国现代合同法[M]. 北京: 法律出版社, 1996: 25.

[10]张文显. 法哲学范畴研究[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2003: 16 - 19.

[11]周贇. “应当”的法哲学分析——一种主要立足于法律文本的研究[D]. 济南: 山东大学 2006: 5.

[12]魏治勋. 禁止性法规的概念[D]. 济南: 山东大学 2007: 26.

[13]徐干忠. 识别效力性强制性规定的方法[J]. 人民司法 2011, 12: 82 - 83.

[14]王轶. 民法价值判断问题的实体性论证规则[J]. 中国社会科学 2004 (6): 113.

[15][24][42]黄忠. 无效法律行为制度研究[D]. 重庆: 西南政法大学 2009: 209 211 2.

[16]林来梵. 从宪法规范到规范宪法: 规范宪法学的一种前言[M]. 北京: 法律出版社 2001: 99 - 100.

[17]张麒. 建设工程施工“黑白合同”的效力及实质性变更条款的认定与分析[J]. 法治与社会 2010 (28): 71.

[18]万静. 建筑工程“黑白合同”的效力之辩[N]. 法制日报, 2015 - 07 - 19.

[19]蔡立东. 行政审批与权利转让合同的效力[J]. 中国法学, 2013 (1): 61.

[20]王轶. 合同效力认定的若干问题[J]. 国家检察官学院学报, 2010 (5): 160.

[21]程啸. 论不动产登记簿公信力与动产善意取得的区分[J]. 中

外法学 2010 (4): 524 - 530.

[22]吴国喆. 善意认定的属性及反推技术[J]. 法学研究 2007, (6): 22.

[23][25]王利明. 合同无效制度[J]. 人大法律评论, 2012, (1): 76 - 79.

[27]边沁. 道德与立法原理导论[M]. 时殷弘, 译. 北京: 商务印书馆 2000: 58.

[28]俞可平. 权利政治与公益政治[M]. 北京: 社会科学文献出版社 2003: 219.

[29]张红凤. 西方规制经济学的变迁[M]. 北京: 经济科学出版社 2005: 48.

[30]鲍桑葵. 关于国家的哲学理论[M]. 汪淑均, 译. 北京: 商务印书馆, 1995: 73 - 74.

[31][43]刘贵祥. 合同效力研究[M]. 北京: 人民法院出版社, 2012: 64 - 66 26.

[32]莱因荷德·齐柏里乌斯. 法学导论[M]. 金振豹, 译. 北京: 中国政法大学出版社 2007: 94.

[33]涂尔干. 社会分工论[M]. 渠东, 译. 上海: 三联书店, 2000: 42.

[34]阿克顿. 自由与权力[M]. 侯健, 范亚锋, 译. 北京: 商务印书馆 2001: 334.

[35]于飞. 公序良俗原则研究[M]. 北京: 北京大学出版社 2011: 18 - 32.

[36]孟德斯鸠. 论法的精神[M]. 张雁深, 译. 北京: 商务印书馆, 1961: 154.

[37]王晗. 自始履行不能的合同效力问题研究[J]. 法律适用, 2007 (5): 50.

[38]黄风. 罗马法词典[M]. 北京: 法律出版社 2002: 125.

[39]李永军. 民法总论[M]. 北京: 法律出版社 2006: 478.

[40]王利明. 违约责任论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1996: 160.

[41]刘凯湘, 夏小熊. 论违反强制性规范之合同效力——历史考察与原因分析[J]. 中国法学 2011 (1): 113.

[44]徐涤宇. 非常损失规则的比较研究——兼评中国民事法律行为制度中的乘人之危和显失公平[J]. 法律科学 2001 (3).

作者简介: 付俊伟(1984—), 男, 江西景德镇人, 北京理工大学法学院副教授, 中南大学博士后。

责任编辑: 文德; 校对: 宁远