

## 合同违法无效规则中行为规范与权限规范的区分

——以《合同编通则解释》第18条为中心

易 军

**内容提要:**《民法典》第153条第1款中“强制性规定”的范围广泛,在文义上至少可以涵盖宪法规定、公法规定、社会法规定和私法强制性规定等。从目的解释而言,其范围应予限缩。《合同编通则解释》第18条的重要意义,在于将强制性规定区分为“行为规范”与“权限规范”,并将“权限规范”排除在该第153条第1款“强制性规定”的适用范围之外。我国长期以来就该款“强制性规定”的范围存在包括或不包括权限规范两种不同观点;司法实务中,则存在着较普遍地混淆行为规范与权限规范的做法。近年来该“强制性规定”不包括权限规范的共识渐趋形成。区分行为规范与权限规范深具必要性,二者在内涵、行为人自治程度、实践理念、有无“真正的违反”、规范违反的后果等方面均存在实质性差异。这一区隔具有符合立法理性要求、助益维护私人自治、纯粹化合同违法无效规则的规范功能等重要价值。

**关键词:**强制性规定 行为规范 权限规范 私人自治

易军,中国政法大学民商经济法学院教授。

依私人自治原则,民事主体得自由决定以何种内容实施法律行为,然为合同一方或双方当事人利益、公共利益等计,法律亦会对此种内容或形成自由加以限制。《民法典》第153条第1款确立的“法律行为违反强制性规定的效力规则”(合同违法无效规则)即为此种限制制度之一。围绕这一关涉法律行为有效要件(实系“有效阻却事由”)的重要规定,我国学界展开了深入且卓有成效的研究。2023年12月公布的《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》(法释〔2023〕13号)(下称“《合同编通则解释》”)针对该款又以第16条、第18条两个条文详为规制。其中第18条是我国首次以司法解释的形式将“权限规范”排除在《民法典》第153条第1款规定的“强制性规定”的适用范围之外,堪称是对我国既往理论研究与实务探索的总结与提升,具有

非凡的理论价值与实践意义。但遗憾的是,迄今为止,我国学界对该条并未充分重视。<sup>[1]</sup>笔者试图对该条作较详细深入的分析,揭示其潜藏的较丰富的机理,以利于该条之妥当解释适用,最终增益对我国《民法典》上法律行为违反强制性规定效力规则的理解与适用,并襄助私人自治原则的更深入践行。

## 一 合同违法无效规则中“强制性规定”的范围限缩

《民法典》第 153 条第 1 款所使用的表述是“法律、行政法规的强制性规定”。“法律规则在得以适用之前,均需经过解释。法律解释意味着对法律意义的明确。”<sup>[2]</sup>对该条中“强制性规定”的理解,首应采文义解释,毕竟文义解释是解释的起点。文本是解释之源。<sup>[3]</sup>“所有的方法论者均一致认为,法律解释应当始于语义。”<sup>[4]</sup>在文义上,强制性规定乃不得以当事人合意变更的法律,其目的在于,防止重要法律目的受当事人意思之合致而遭破坏。<sup>[5]</sup>

就可能性而言,《民法典》第 153 条第 1 款中“强制性规定”的来源具有极大的广泛性。就像德国学者在阐述与该款类似的《德国民法典》第 134 条的“法律”时所指出的那样,第 134 条意义上的禁止性法律可以是任何来自整个法律体系中的、实体意义上的法律规定——它并非必须是正式的法典。<sup>[6]</sup>简言之,这里的“法律”应理解为“全部法规定”(jede Rechtsnorm)。<sup>[7]</sup>当然,与德国法不同,我国《民法典》第 153 条第 1 款(包括第 143 条第 3 项)将强制性规定的层级限制在“法律、行政法规”这一位阶,而非“整个法秩序”。不过,这里的“强制性规定”的外延仍是非常宽泛的。考诸其文义,该款之“强制性规定”,至少可涵盖宪法规定、公法规定、社会法规定,以及私法强制性规定等类型。

《民法典》第 153 条第 1 款中“强制性规定”在文义上可涵盖上述类型是一回事,但应否涵盖上述类型则是另一回事。法律概念的解释当然要基于文义、尊重文义,但也不能将此定于一尊,还应考虑文义以外的解释因素,尤其是“目的”。“当立法者对特定行为方式作出了有约束力的规定,他是要以此实现特定的目的。……对法律的解释应当服务法律的目的。”<sup>[8]</sup>耶林纲领性地宣称,“目的是一切法律的创造者。”只有当解释者认识到该目的时,他才能完全地理解它的“力量和权力”。<sup>[9]</sup>“若是某些准据指向一个方向,其他准

[1] 仅有《合同编通则解释》的注释书对该条作简要分析。参见最高人民法院民事审判第二庭、研究室编著:《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》,人民法院出版社 2023 年版,第 218-231 页;谢鸿飞等著:《中华人民共和国民法典合同编通则司法解释释义》,中国法制出版社 2024 年版,第 161-164 页。

[2] [德]赫尔穆特·科勒著:《德国民法总论》,刘洋译,北京大学出版社 2022 年版,第 42 页。

[3] 参见[葡]马沙度著:《法律及正当论题导论》(第二版),黄清薇、杜慧芳译,澳门基金会、澳门大学法学院 2007 年版,第 152 页。

[4] [德]罗尔夫·旺克著:《法律解释》,蒋毅等译,北京大学出版社 2020 年版,第 69 页。

[5] 参见黄立:《契约当事人约定漏开发票行为之效果》,我国台湾地区《月旦法学教室》第 20 期,第 10 页。

[6] 参见[德]本德·吕特斯、[德]阿斯特丽德·施塔德勒著:《德国民法总论》,于馨森等译,法律出版社 2017 年版,第 433 页。

[7] 参见[德]赫尔穆特·科勒著:《德国民法总论》,刘洋译,北京大学出版社 2022 年版,第 336 页。

[8] [德]齐佩利乌斯著:《法学方法论》,金振豹译,法律出版社 2009 年版,第 70-71 页。

[9] [奥]恩斯特·A. 克莱默著:《法律方法论》,周万里译,法律出版社 2019 年版,第 119 页。

据指向另一个方向,那么您必须权衡。比如,目的重于文义。”<sup>[10]</sup>

基于法律目的,有时可能会对法律概念的文义作出宽泛解释抑或严格理解,即扩张解释或限缩解释。就限缩解释而言,解释者得出的结论是,立法者采用了一个违背其思想的文本,因为所规定的比要规定的多。立法精神在这里同样具有一个决定性的作用。解释者不应流于文本的表面范围,而应限制文本范围,使其与立法思想相吻合。此类解释的凭据同样是这样表达的:在法律无存在理由之处,亦不属于法律的涵盖范围。<sup>[11]</sup>在对《民法典》第153条第1款中“强制性规定”进行解释时,即需作一定程度的限缩解释。

如宪法规定在性质上为强制性规定,但宪法规范却不宜透过《民法典》第153条第1款来适用,因而就不属于该条所言之“强制性规定”。其基本原因在于,在宪法基本权第三人效力(Drittwirkung der Grundrechte)问题上,较宜采“间接效力说”(mittelbare Drittwirkung)而非“直接效力说”(unmittelbare Drittwirkung)。直接效力说认为,基本权利具有绝对效力,不仅拘束国家,亦可拘束私人。私人相互之间,毋庸间接透过民事法律的媒介,即可直接适用基本权利规定,以主张权利。进言之,宪法规定属《民法典》第153条第1款中的“强制性规定”,可以宪法规定来检视私人之间法律行为的有效性。间接效力说则认为,基本权利只拘束国家,而不拘束私人。为维护私法的独立性,避免破坏私法自治原则,基本权利之规定只能间接透过私法规范,尤其是民法的开放性概念与概括条款,而在私人相互间的法律关系发生效力。<sup>[12]</sup>质言之,宪法基本权利的价值观念融入到诚实信用、公序良俗等准则中,通过《民法典》第153条第2款等对私法发挥着间接的影响。

与本文的论题直接相关的是,私法上“权限规范”是否属于《民法典》第153条第1款之“强制性规定”。《合同编通则解释》第18条的重要意义,就是将强制性规定区分为“行为规范”与“权限规范”,并将“权限规范”排除在该“强制性规定”的适用范围之外。<sup>[13]</sup>一如《合同编通则解释》起草工作组所述,《民法典》第153条第1款是衔接公法与私法的桥梁或者管道,即只有违反的是公法上强制性规定,才能适用该款认定合同效力,而私法上强制性规定大多并非行为意义上的强制性规定,而是权限性规定,显然不能适用该款来认定合同效力。<sup>[14]</sup>这里,无权处分、无权代理、越权代表等规则为典型的权限规范。

将“权限规范”排除在《民法典》第153条第1款之“强制性规定”的适用范围外,在法学方法论上,已非文义(文理)解释,而进入论理解释的范畴。解释者没有严格依照法律的文字,而是依法律的精神、目的、立法背景以及其他情况,阐明法律规定的含义。这里体现的思想是:“法官不能拘泥于法律文字,而应追求法律目的及精神,才是忠于法律。”<sup>[15]</sup>

[10] [德]罗尔夫·旺克著:《法律解释》,蒋毅等译,北京大学出版社2020年版,第75页。

[11] 参见[葡]马沙度著:《法律及正当论题导论》(第二版),黄清薇、杜慧芳译,澳门基金会、澳门大学法学院2007年版,第155页。

[12] 参见许宗力:《基本权利的第三人效力与国库行为》,我国台湾地区《月旦法学教室》第9期,第64-66页;陈聪富著:《民法总则》,我国台湾地区元照出版公司2014年版,第22页。

[13] 参见谢鸿飞等著:《中华人民共和国民法典合同编通则司法解释释义》,中国法制出版社2024年版,第162页。

[14] 参见《民法典合同编通则解释》起草工作组:《〈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〉重点问题解读》,《法律适用》2024年第1期,第14页。

[15] 施启扬著:《民法总则》,中国法制出版社2010年版,第41页。

## 二 行为规范与权限规范区分的争论

强制性规定可涵盖行为规范与权限规范,但《民法典》第 153 条第 1 款中的“强制性规定”在文义上是否也包括行为规范与权限规范,还是仅涵盖其中之一?这涉及该条中“强制性规定”的范围问题。“强制性规定”可涵盖行为规范,理论与实务并无歧见,但它是否可涵盖权限规范,域外法与我国民法理论与实务则存在较大分歧。

### (一)域外法上的歧见

从域外法的情况来看,《德国民法典》第 134 条规定:“违反法律禁止规定之法律行为,除法律另有规定外,无效。”早在一百年前,针对该条中“禁止规定”,冯·图尔(Andreas von Tuhr)就在其民法总则教科书中提出应区分“禁止规定”(gesetzliches Verbot)与“界定法律行为形成可能性的规范”(Normen über die Begrenzung rechtsgeschäftlicher Gestaltungsmöglichkeiten)。<sup>[16]</sup>时至今日,虽仍有学者认为,该条所涉“禁止规范”并非仅指行为规范,还包括权限规范,但德国主流学说认为,该“禁止规范”应仅指行为规范,不包括“法律行为上形成力或处分力之限制”(Grenzen rechtsgeschäftlicher Gestaltungsmacht oder Verfügungsmacht),<sup>[17]</sup>或“单纯强行规定”(bloß zwingendes Gesetz)。<sup>[18]</sup>

瑞士民法理论与实务界对《瑞士债务法》第 20 条中“违法”(Widerrechtlichkeit)是否既包括公法上强制性规定,亦包括私法上强制性规定有不同看法,但主张该条之“违法”不包括违反私法上强制性规定者不乏其例。<sup>[19]</sup>

### (二)我国民法理论上的分歧

在我国,长期以来,就《合同法》第 52 条、《民法总则》第 153 条第 1 款或《民法典》第 153 条之“强制性规定”是否包括权限规范(或更广泛的私法上强制性规范)的问题,我国学界存在两种不同观点。

一种观点认为,该条之“强制性规定”既包括公法强制性规范,也包括私法强制性规范。“《民法总则》第 153 条第 1 款规定中的‘法律’,并不严格限于公法——各种管理法、处罚法等,亦可能包括民事法律。”<sup>[20]</sup>如果完全将私法上的强制性规定排除在外,会造成认定合同效力上的困难。如学校等以公益为目的的事业单位签订的保证合同,违反《担保法》第 9 条有关“学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体不得为保证

[16] Vgl. von Thur, Der Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Band 2, Hälfte 2, 1918, S. 1 f.

[17] Vgl. Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, Rn. 1097; Sack, in: Staudinger Kommentar BGB, 14. Aufl. 2003, § 134 Rn. 33; Ellenberger, in: Palandt Kommentar BGB, 68. Aufl. 2009, § 134 Rn. 5; Mansel, in: Jauernig Kommentar BGB, 14. Aufl. 2011, § 134 Rn. 2 ff.

[18] Vgl. Ulrici, Verbotsgesetz und zwingendes Gesetz, JuS 2005, 1073, 1076.

[19] Vgl. Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl. 1988, S. 251, 253; Giger, Rechtsfolgen norm- und sittenwidriger Verträge, 1989, S. 81 f., 128 f. 转引自梁神宝:《违反强制性法规的合同效力——基于瑞士法的考察》,《华东政法大学学报》2017 年第 1 期,第 101 页。

[20] 朱广新著:《合同法总则研究》(上册),中国人民大学出版社 2018 年版,第 345 页。类似观点,参见黄忠著:《违法合同效力论》,法律出版社 2010 年版,第 105 页;许中缘:《禁止性规范对民事法律行为效力的影响》,《法学》2010 年第 5 期,第 73-75 页。

人”的规定,应根据《民法总则》第 153 条第 1 款的规定认定保证合同无效。否则,认定此类合同无效就缺乏法律依据。<sup>[21]</sup>

另一种观点则认为,该条之“强制性规定”不包括民法中的强制性规范,而应限定为公法中的强制性规范。如有学者提出,《合同法》第 52 条第 5 项在适用范围上主要是私法范围以外的公法上的强制规范违反禁止。<sup>[22]</sup> 有学者主张,应将《合同法》第 52 条第 5 项的“法律”限定为公法,并认为这一处理具有以下意义:第一,减少无效法律行为的认定。第二,彻底区分违反私法强行法与违反公法强行法的无效。第三,维持民法体系的纯粹性。<sup>[23]</sup> 《合同编通则解释》起草工作组认为,无论是《合同法》第 52 条第 5 项还是《民法典》第 153 条第 1 款,都应理解为衔接公法与私法的桥梁或者管道,即只有违反的是公法上的强制性规定,才能适用《合同法》第 52 条第 5 项或者《民法典》第 153 条第 1 款认定合同效力。<sup>[24]</sup>

总体来看,采《民法典》第 153 条第 1 款之“强制性规定”不包括权限规范见解者日渐增多。当然,学者们在论及这一问题时,有时使用“强制性规定的范围(不)包括私法上强制性规定”的说法,这一表述其实有失精准。因为民法上的强制性规定既有权限规范,亦有行为规范。“强制性规定”的应然范围虽不包括民法上的权限规范,但可涵盖民法上的行为规范。笼统断言“强制性规定”包括(或不包括)私法强制性规定均不准确。当然,由于行为规范意义上的强制性规范在民法上不具有普遍性,断言“强制性规定”不包括民法上强制性规范观点的合理性稍强一点。

### (三)我国司法实务中的探索

在《民法典》颁行前,《合同法》第 52 条明定“违反法律、行政法规的强制性规定”的合同无效。为避免裁判者误认为合同违法“一律无效”,强化对合同自由的保护,最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国合同法〉若干问题的司法解释(二)》第 14 条明定该条中强制性规定是“效力性强制性规定”。即将强制性规范二分为“效力性强制性规定”与“管理性强制性规定”,并认为合同仅违反“效力性强制性规定”才无效。此一做法深刻影响了此后我国的司法实践。一涉及适用《合同法》第 52 条第 5 项,法院即甄别被违反的某强制性规定为效力性或管理性的,并进而决定违反该规定的合同的效力,俨然形成了强制性规定“非效力性的即为管理性的”思维模式。

这里存在的问题是,效力性强制性规定与管理性强制性规定仅是对“行为规范”的进一步分类。实际上,还存在与行为规范并列的权限规范。某一强制性规定,若属权限规范范畴,即无所谓效力性强制性规定或管理性强制性规定问题。实践中,较大量存在的现象

[21] 参见最高人民法院民事审判第二庭编著:《全国法院民商事审判工作会议纪要理解与适用》,人民法院出版社 2019 年版,第 243 页。

[22] 参见耿林著:《强制规范与合同效力——以合同法第 52 条第 5 项为中心》,中国民主法制出版社 2009 年版,第 179-180 页。

[23] 参见谢鸿飞:《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》,《中国社会科学》2007 年第 6 期,第 127-130 页。

[24] 参见《民法典合同编通则解释》起草工作组:《〈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〉重点问题解读》,《法律适用》2024 年第 1 期,第 14 页。

是,法院混淆了权限规范与行为规范,将一些本属权限规范的强制性规定误定性为效力性强制性规定或管理性强制性规定。

### 1.《公司法》原第 16 条(《公司法》现第 15 条)

长期以来,我国理论与实务上较普遍认为《公司法》原第 16 条为行为规范(而非权限规范),并进一步存在“管理性强制性规定”或“效力性强制性规定”的分歧。如有学者认为该条为管理性强制性规定,<sup>[25]</sup>也有学者认为该条为效力性强制性规定,<sup>[26]</sup>还有学者主张该条第 2 款为权能规范、第 3 款为效力性强制性规定。<sup>[27]</sup>在司法实务中,有判决认为该条为管理性强制性规定,<sup>[28]</sup>亦有判决认为该条为效力性强制性规定。<sup>[29]</sup>实则,效力性与管理性强制性规定二分格局下的讨论,根本就是错置找法路径。该条之违反,属于私法上的权限逾越,构成无权代理(表)。<sup>[30]</sup>

从《全国法院民商事审判工作会议纪要》开始,最高人民法院逐渐采“越权代表说”。如该纪要第 17 条规定:“……《公司法》第 16 条对法定代表人的代表权进行了限制。……法定代表人未经授权擅自为他人提供担保的,构成越权代表……。”《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》(下称“《〈民法典〉担保制度解释》”)第 7 条亦采此项见解。较之前者,该条第 2 款规定了相对人“合理审查”,即相对人有证据证明已对公司决议进行了合理审查,人民法院应当认定其构成善意。《合同编通则解释》第 20 条又延续这一司法政策,并将合理审查标准扩展到所有的交易,从而确立了相对人对交易的合理审查义务,解决了司法实践中长期有争议的有关相对人善意的判断标准问题。<sup>[31]</sup>“合理审查义务的确立不仅弥补了民法典合同编相关规定的缺失,而且将会对公司内部治理产生重大影响。……合理审查义务是我国长期司法实践的系统总结,也是对商事交易中分权治理框架下的进一步完善。”<sup>[32]</sup>2023 年 12 月修订的《公司法》第 15 条仅对《公司法》原第 16 条作文字上的小幅修正,对该条的性质界定与体系定位,仍应依《合同编通则解释》第 20 条来理解。<sup>[33]</sup>

### 2.《城市房地产管理法》第 38 条

《城市房地产管理法》第 38 条规定:“下列房地产,不得转让……”,该条使用“不得”

[25] 参见朱广新著:《合同法总则研究》(上册),中国人民大学出版社 2018 年版,第 351 页。

[26] 参见刘俊海:《公司法法定代表人越权签署的担保合同效力规则的反思与重构》,《中国法学》2020 年第 5 期,第 224 页。

[27] 参见徐银波:《法人依瑕疵决议所为行为之效力》,《法学研究》2020 年第 2 期,第 154 页。

[28] 参见最高人民法院(2012)民提字第 156 号民事判决书、最高人民法院(2014)民一终字第 270 号民事判决书、浙江省高级人民法院(2009)浙商终字第 116 号民事判决书、江西省高级人民法院(2014)赣民二终字第 23 号民事判决书、(2014)皖民二终字第 00114 号民事判决书、陕西省高级人民法院(2015)陕民一终字第 00267 号民事判决书等。

[29] 参见广东省高级人民法院(2012)粤高法民二终字第 19 号民事判决书。

[30] 参见朱庆育主编:《中国民法典评注 条文选注》(第 1 册),中国民主法制出版社 2021 年版,第 47 页。

[31] 参见朱虎、王利明:《〈民法典〉合同编通则司法解释的亮点与创新》,《法学家》2024 年第 1 期,第 50 页。

[32] 王利明:《论越权代表中相对人的合理审查义务——以〈合同编解释〉第 20 条为中心》,《中外法学》2024 年第 1 期,第 104 页。

[33] 与之类似的《农民专业合作社法》第 36 条第 2 项、《个人独资企业法》第 20 条第 5 项、《合伙企业法》第 31 条第 5 项等条文在性质上均应作如此理解。

的表述,为强制性规定无疑,但是否为《民法典》第153条第1款之“强制性规定”(行为规范)?实务中有不少判决即采此观点。如仅就该条第6项所规定的“未依法登记领取权属证书”的情形,诸多判决即认为其为管理性强制性规定。<sup>[34]</sup>甚至在有的案件中,法院一方面认为该条第6项“未依法登记领取权属证书的”房地产不得转让之规定仅为“管理性”规范,另一方面又援用《买卖合同司法解释》第3条认为无处分权而订立的买卖合同效力不受影响,<sup>[35]</sup>更是典型的未能清晰辨明行为规范与权限规范二分的两层规制逻辑。<sup>[36]</sup>该项规定虽非管理性强制性规定(当然也不是效力性强制性规定,与行为规范全然无涉),但并不意味它不能产生私法上效力。事实上,其设定的目的正在于影响私法行为的有效性。只是在负担行为与处分行为二分背景下,其所影响者并非国有土地使用权转让合同(负担行为),而是直接移转权利的行为(处分行为)而已。

### 3.《民法典》第35条第1款

《民法典》第35条第1款规定:“……监护人除为维护被监护人利益外,不得处分被监护人的财产。”我国司法实务对该条的性质存在不同观点。如有法院认为其系效力性强制性规定,并认为处分被监护人财产的行为违反《民法总则》第153条第1款或者《合同法》第52条第5项而无效。<sup>[37]</sup>也有法院认为其系管理性强制性规定,监护人处分被监护人财产行为的效力不受影响。<sup>[38]</sup>还有法院认为,该条是对监护权行使的限制性规定,而非禁止性规定。<sup>[39]</sup>理论上也有观点认为,监护人非为被监护人利益实施的处分或代为处分行为,依照《民法典》第153条第1款的规定,因违反强制性规定而应归于无效。<sup>[40]</sup>

事实上,不可将该句理解为本法第153条第1款意义上的强制性规定(违者无效)。该规定,属于代理权规范,其性质不是效力性强制性规定,而是“权限规范”或者“形成性强制性规定”。<sup>[41]</sup>从规范目的与规范体系上看,《民法典》第35条第1款第2句属于对法定代理权在处分被监护人财产上的一种限制性规定。超越此种限制的法定代理行为,就像意定代理情形下超越代理权的行为构成无权代理一样,构成一种逾越法定代理权的无权代理。<sup>[42]</sup>即违者并非绝对无效,而仅仅是对被代理人不发生效力,并且在被代理人追认时,有发生效力的可能。如被监护人成年后或恢复完全行为能力后追认该行为。<sup>[43]</sup>总

[34] 参见贵州省高级人民法院(2015)黔高民申字第307号民事裁定书。类似判决,可参见海南省高级人民法院(2014)琼民一终字第19号民事判决书、广东省高级人民法院(2008)粤高法民一终字第278号民事判决书、山东省高级人民法院(2010)鲁民提字第428号民事判决书等。

[35] 参见重庆市高级人民法院(2014)渝高法民申字第00613号民事判决书。

[36] 参见姚明斌:《“效力性”强制规范裁判之考察与检讨——以〈合同法司法解释二〉第14条的实务进展为中心》,《中外法学》2016年第5期,第1267页。

[37] 参见广东省高级人民法院(2018)粤民申7499号民事裁定书、江苏省镇江市中级人民法院(2019)苏11民终1701号民事判决书、河北省石家庄市中级人民法院(2018)冀01民终9748号民事判决书等。

[38] 参见浙江省嘉兴市中级人民法院(2016)浙04民终1531号民事判决书。

[39] 参见湖南省长沙市中级人民法院(2018)湘01民终3398号民事判决书。

[40] 参见徐涤宇、张家勇主编:《〈中华人民共和国民法典〉评注(精要版)》,中国人民大学出版社2022年版,第36-37页。

[41] 参见李宇著:《民法总则要义:规范释论与判解集注》,法律出版社2017年版,第106页。

[42] 参见朱广新:《论监护人处分被监护人财产的法律效果》,《当代法学》2020年第1期,第24页。

[43] 参见李宇著:《民法总则要义:规范释论与判解集注》,法律出版社2017年版,第106页。

之,当监护人实施与被监护人利益相反行为时,不应适用《民法典》第 153 条第 1 款。

经过实践的逐渐摸索,在《民法典》第 153 条第 1 款之“强制性规定”范围上,人们逐渐认识到,“私法中的权限规范之违反,无论在构成要件抑或法律效果上,均与《合同法》第 52 条第 5 项无关,在效力性与管理性规定二分格局下讨论,必然错置找法路径。”<sup>[44]</sup>对这一问题之图景逐渐清晰,共识也渐趋形成——该条中“强制性规定仅指行为规范,有别于单纯强行规定,后者并非违法无效规范的规制领域”。<sup>[45]</sup>

### 三 行为规范与权限规范区分的必要性

#### (一) 行为规范与权限规范的涵义厘清

##### 1. 行为规范的涵义

行为规范是命令当事人为或不为一行为的规范,以影响或改变人们的行为为目的,即强制(Gebot)或禁止(Verbot)一定行为,或科以作为义务,或科以不作为义务。由于提供了行为模式且不容行为人为任何变通,因此,公法强制性规范基本上都是强制性的“行为规范”。不仅如此,公法规范多旨在实践某一或某些管制目的,故亦称为“管制规范”。

由于民法为自治法,行为规范之于民法当属例外。不过,民法中还是存在少量行为规范。民法中行为规范大体上有以下几种类型:第一,基于保护不得抛弃的人格权等法益而例外内设于民法中的行为规范。如《民法典》第 294-295 条涉及某些立法者不愿坐视不管的危害公益或人权的行为,而不只是相邻所有权的分际问题,因此,应属行为人不得为的行为规范。第二,顺应私法公法化或私法社会化思潮而进入私法的行为规范。此类规定往往旨在践行保障劳工、消费者、承租人等经济上弱者,照顾无经验者,实践公共福祉等价值。第三,由于公私法二分观念较薄弱而“误入”私法的行为规范。由于我国公私法二分的观念较为薄弱,立法者有意无意将一些本属公法且应放置于公法中的行为规范置诸民法。如《民法典》第 494 条第 1 款并非创设法人或者其他组织负有依指令性计划或国家订货任务订立合同的义务,该义务本为公法上义务,应由公法而非私法来规范。

##### 2. 权限规范的涵义

权限规范,也称为赋权规范、权能规范或处分界限规范,是界定民法上形成及处分权利义务界限(Schranken der Verfügungsmacht)的规范,换言之,是限制法律行为形成可能性的规范。最典型者如《民法典》总则编中有关权利能力、行为能力、意思表示瑕疵等方面的规定,以及物权编中有关物权法定、类型、内容及其得丧变更等方面的规定。权限规范主要分布在民法中,但公法中亦例外存在权限规范。如《城市房地产管理法》应属公法规范,但该法第 38 条除第 1 项及其参引的第 39 条容有解释空间外,第 38 条第 2 项至第 6 项均属私法处分权限的规定,或者构成转让禁止(第 2 项、第 5 项)对应相对无效,或者构成

[44] 朱庆育主编:《中国民法典评注 条文选注》(第 1 册),中国民主法制出版社 2021 年版,第 47 页。

[45] 张新:《走出效力性强制规定的误区——〈民法总则〉第 153 条第 1 款的解释与适用》,《安徽大学学报(哲学社会科学版)》2020 年第 2 期,第 109 页。

无权处分(第3项、第4项、第6项),根本不宜归入管理性强制性规定之列。<sup>[46]</sup>

权限规范亦使用“不得”“应当”甚或“必须”等用语。不过,对此类规范而言,“不得”往往意谓一方“不能”或“无权”(können nicht),其涉及法律上有权无权或做不做得到的问题。立法者并无禁止行为人为一定“行为”的意思,与行为绝禁全然无涉。一行为虽被民法规定为“不得”为,但并不意味着该行为不容于法秩序,仅意味着行为人无权为该行为。如果行为人已实施行为,若经有权者许可,则该法律行为依然可发生效力。如《民法典》第785条规定,虽然该条规定“承揽人……不得留存复制品或者技术资料”,但若经定作人许可,则承揽人可以留存。再如《民法典》第670条、第785条、第791条第1款等,均为较典型的权限规范。物权法虽被定性为“强行法”,但该“强行法”基本上也应被理解为“权限规范”,如《民法典》第279条、第380条、第381条、第449条等均属如此。

“应当”则往往意谓对方“有权”或“能够”,关涉相关当事人之间义务与不利益的分配,非指法律命令一方非如此行为不可,并不为行为人课以一定作为义务,与行为强制全然无涉。如就《民法典》第290-292条而言,前两个条文只是表明相邻权利人“有权”要求不动产权利人在用水、排水或通行方面提供必要的便利,后一条文只是表明,不动产权利人“有权”要求相邻土地建筑物的权利人在其因建造、修缮建筑物以及铺设管线、电缆等而使用对方土地、建筑物时提供必要的便利。立法并无意命令相关当事人非提供便利不可。需要提供便利的一方可与不动产权利人约定而堵塞管道,低地权利人可与高地权利人达成协议而不使后者向低地排水等等。

上述规定虽为强制性规范,但如拉伦茨所言,“强制”一词并非指必须遵守这些行为规则,否则即可采取强制措施或会产生不利的法律后果,尤其是对于那些仅仅确定某些法律行为的生效条件的规范而言更是如此。强制性规范之“强制”,是指它们总是适用而无论当事人的意志如何。至于从事还是不从事这些法律行为,则仍由当事人自主决定。<sup>[47]</sup>这些规范的功能在于建立自治的基础结构,为裁判者提供解决纠纷的依据,并无意为行为强制以影响民事主体行为。由于它也是建基于抽象人格之上,以中性的交易角色而非以劳动者、承租人、消费者等社会经济弱势者即特殊群体为规范对象,未被赋予任何社会或经济政策的目的,因此具有明显的“条件反应性格”而非“目的导向性”,<sup>[48]</sup>仍为“自治法”。“强制规范……就其功能而言,则在大多数情形下,只是从另一个角度去支撑私法自治而已。强制规范并不‘管制’人民的私法行为,而毋宁是提供一套自治的游戏规则。”<sup>[49]</sup>由此看来,私法中多数强制性规范其实并未偏离自治的要求,仍属于自治法范畴。

## (二) 行为规范与权限规范的实质性差异

### 1. 内涵不同

权限规范与行为规范均可能使用“不得”的连接词,但权限规范的“不得”只是法律上

[46] 参见朱庆育主编:《中国民法典评注 条文选注》(第1册),中国民主法制出版社2021年版,第50-51页。

[47] 参见[德]卡尔·拉伦茨著:《德国民法通论》(上册),王晓晔等译,法律出版社2003年版,第75页。

[48] 参见颜厥安:《沟通、制度与民主文化——由哈伯玛斯的法理论初探社会立宪主义》,我国台湾地区《台湾大学法学论丛》第30卷第3期,第16页。

[49] 苏永钦著:《走入新世纪的私法自治》,中国政法大学出版社2002年版,第17页。

的“不能”或“无权”；若无权者获得有权者的许可，则该法律行为仍可发生效力。行为规范的“不得”则是法律秩序根本不容许行为发生(dürfen nicht)，即“旨在阻止特定行为之发生”，<sup>[50]</sup>并非有权无权的问题，而是法律上允不允许做的问题。大体而言，处理国家和人民关系的公法，使用“不得”时几乎都是行为规范。反之，规范人民之间关系的私法，主要功能就在赋予或分配权能，因此，提到“不得”时几乎都是权能规范。<sup>[51]</sup>

权限规范与行为规范也均可能使用“应当”甚或“必须”的连接词，但权能规范的“应当”只是意谓对方“能够”或“有权”，非指法律命令行为人非如此行为不可，并不为其科以作为义务。一如哈特所述，“规定有效合同、遗嘱或婚约之订立方式的法律规则，并不要求人们必须以某种方式行动，而不顾他们愿意与否。这种法律不强加责任或义务，而是通过授予人们以某些指定的程序，遵循某些条件，在法律强制框架范围内创设权利和义务的结构，来为个人提供实现他们愿望的便利。”<sup>[52]</sup>行为规范的“应当”则为行为人创设不得为的肯定性义务(positive obligations)，强令特定行为之发生，直接干涉人民的行为。“其规范目的或重心，在于须令该行为事实上不致发生(至于行为之效力，则仅为‘反射的结果’或附随效果)；为此，仅令其违反规定而实际发生之法律行为具有民法上之效力瑕疵，通常亦不足以实现其规范目的，故就其违反，常有他种制裁规范。可谓当事人负有真正之行为(不作为)义务。”<sup>[53]</sup>

## 2. 行为人自治的程度不同

权限规范的功能在于定分际，杜争议。立法者没有禁止当事人依此分际做进一步交易的必要，当事人可在法定的权利义务的基础上进行“再”调整，即当事人可基于合意作出与之相异的约定，因此，权限规范仍为当事人容留了一定的自治空间，“由于非行为强制，得为者可以不为，而不违法；不得为者可以为，只要有权者的容忍，也不违法”。<sup>[54]</sup>行为规范则全然排斥当事人自治，任何其他迂回的安排，都可能构成脱法行为。“行为规范之特质在于，它对行为人具有要求遵行之强制拘束力。……法律通过划定积极行为模式，限定了行为人的自由选择空间。此时对于特定行为，当事人基本上已无自治可能，惟一的选择就是依照法律要求进行活动。”<sup>[55]</sup>因此，若说权限规范之于人民，既不必“使知之”，更不必“使由之”，而行为规范之于人民，不仅应“使知之”，还应“使由之”。

## 3. 实践的理念不同

权限规范关涉当事人处分权的界限，违反该规范乃逾越私人自治的“权限界限”；行为规范则是私人自治的外在限制，违反该规范乃逾越私人自治的“内容界限”。一为内部强制，一为外部强制，在强制的理念上判然有别。如在法律行为一般有效要件(实系“有

[50] Wolf/Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10. Aufl. 2012, § 45 Rn. 3.

[51] 参见苏永钦：《从动态法规范体系的角度看公私法的调和——以民法的转介条款和宪法的整合机制为中心》，我国台湾地区《月旦民商法杂志(特刊号)》(2003年)，第86页。

[52] [英]哈特著：《法律的概念》，张文显等译，中国大百科全书出版社1996年版，第29-30页。

[53] 金可可：《强行规定与禁止规定——论〈合同法〉第52条第5项之适用范围》，载王洪亮等主编《中德私法研究》(第13卷)，北京大学出版社2016年版，第19页。

[54] 苏永钦著：《民法物权争议问题研究》，清华大学出版社2004年版，第110-111页。

[55] 朱庆育著：《意思表示解释理论——精神科学视域中的私法推理理论》，中国政法大学出版社2004年版，第184页。

效阻却事由”)中,行为能力健全、意思表示真实(无瑕疵)的要求为权限规范,而不得违法、不得背俗的要求为行为规范。前者为“自我决定的内在限制”或“对自我决定的过程本身所为的内在要求”,后者则为“自我决定的外在限制”。<sup>[56]</sup>“法律之所以设形成性强制规定,不是基于法律行为具有反社会性而必须从外部给予效力上的否定性评价(反向、反面否定其效力),而是因为某种行为要作为法律行为而发生效力,须具备一定内在的构成要件(正向、正面肯定其效力)。”<sup>[57]</sup>

#### 4. 有无“真正的违反”不同

对行为规范,当然存在违反的问题,违反该规范要追究行为人的责任,行为人常需承担行政、刑事等公法上责任。而对权限规范,并无真正的违反问题,即使称为“违反”,也只是超越了处分权限而已,由此导致的不利后果仅为效力的不发生,根本不产生追究行为人责任的问题。一言以蔽之,前者发生“违不违反”而是否以责任或制裁相绳的问题,后者仅发生“符不符合”而是否成立、有效(若非有效,是无效、可撤销还是效力未定)等效力上的问题。对权限规范的此一特性,哈耶克论述甚为明确,其指出:“在某些条件下,人们可以取得并转让财产、缔结有效契约或遗嘱、取得或丧失其他‘权利’或‘权力’;然而,所有陈述这些条件的规则,其作用只在于对这些条件进行界定,进而使那些可强制实施的正当行为规则得以依据这些条件而对上述种种行为提供保护。……如果法律对一种交易所规定的方式被当事人忽略了,那么这也不意味着一项正当行为规则被违反了,而只是意味着某些正当行为规则不会再对这项交易提供保护了……”<sup>[58]</sup>夏皮罗(Scott J. Shapiro)也指出,“立遗嘱之规则授予立遗嘱人权力,而非施加义务,……如果一个遗嘱人未能让两个见证人见证其遗嘱,他并没有‘违反’法律,‘非法’行动,犯了‘法’,或‘违背’职责,也不会因不服从法律而‘有罪’。相反,他只是没有遵守规则,他的行动没有法律效力。律师会说,这个遗嘱是‘无效’(null and void)。它是‘无效的’,但不是‘非法的’。”<sup>[59]</sup>

#### 5. 规范违反的后果不同

违反行为规范,发生公法上责任;而违反权限规范,根据《合同编通则解释》第18条的规定,则将发生合同效力未定或有效(无权处分、无权代理、越权代表等场合)、合同相对人或第三人获得撤销权、解除权等法律效果。以下详言之。

##### (1) 无权处分的效果

《民法典》第597条第1款、《合同编通则解释》第19条系我国现行法上有关无权处分的最基本规定。据此,“无权处分”的买卖合同或类似合同为有效,但由于“合同履行”的效果无法实现,从而仅可能发生解除合同、赔偿损害等效果。<sup>[60]</sup>前述规定为处分“他人之物”的情形,就处分自己(享有份额)之物的情形,《民法典》第301条规定:“处分共有的

[56] 参见陈自强著:《民法讲义I:契约之成立与生效》,法律出版社2004年版,第351页。

[57] 李宇著:《民法总则要义:规范释论与判解集注》,法律出版社2017年版,第645页。

[58] [英]哈耶克著:《法律、立法与自由》(第二、三卷),邓正来等译,中国大百科全书出版社2000年版,第54-55页。

[59] [美]斯科特·夏皮罗著:《合法性》,郑玉双等译,中国法制出版社2016年版,第79页。

[60] 有关该问题的较具体研究,参见易军:《无权处分一般规则之“回归”——以〈合同编通则解释〉(征求意见稿)第20条为中心》,《四川大学学报(哲学社会科学版)》2023年第5期,第85-93页。

不动产或者动产……应当经占份额三分之二以上的按份共有人或者全体共同共有人同意……。”据此,在共有人未另有约定的情况下,按份共有人或共同共有人违反该条,未经占份额三分之二以上的按份共有人或者全体共同共有人同意,处分共有的不动产或者动产的,构成无权处分,应依上述无权处分规则处理。

就处分自己之物但处分权受限制的情形,《民法典》第 443 条第 2 款规定:“基金份额、股权出质后,不得转让,但是出质人与质权人协商同意的除外。出质人转让基金份额、股权所得的价款,应当向质权人提前清偿债务或者提存。”第 444 条第 2 款就知识产权中的财产权、第 445 条第 2 款就应收账款有类似规定。出质人将基金份额、股权出质、知识产权中的财产权、应收账款出质后,未经质权人同意,将前述权利转让给第三人,该转让合同的效力如何?应认为,当事人订立的合同违反《民法典》第 443 条至第 445 条关于出质人未经质权人同意不得转让出质权利的规定,充其量构成无权处分,自应参照有关无权处分的规则(《民法典》第 597 条)。<sup>[61]</sup>

## (2) 无权代理的效果

《民法典》第 171 条系有关狭义无权代理的规则。该条第 1 款规定:“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后,仍然实施代理行为,未经被代理人追认的,对被代理人不发生效力。”这里使用的表述是“对被代理人不发生效力”而非“无效”,充分体现了代理的法律效果归属规范的性格。归属(Zurechnung),是使一人的行为效果由另一人承担的法律技术,主要指特定主体(如被代理人)的行为并未满足有关的构成要件(如未与相对人订立合同),但基于归属规范的补足(如代理规范),仍然将有关法律效果归于该主体的法律技术。因此,狭义无权代理规则在效力方面所要解决的核心问题是决定代理人与相对人的法律行为对被代理人“是否发生效力”。同理,《民法典》第 172 条在规表见代理的效力时,规定“相对人有理由相信行为人有代理权的,代理行为有效”。这里的“代理行为有效”这一表达所描述的并非无权代理人所实施的行为“有效”,而是代理人行为的法律后果“归属于”被代理人,或有关的法律行为在被代理人与相对人之间“成立”。<sup>[62]</sup>

值得注意的是,《合同编通则解释》第 18 条的规定,按照有论者的解释,“除了法律、行政法规明确规定构成……无权代理……的情形外,还包括法律、行政法规虽未明确规定,但依解释应构成……无权代理……的情形”。<sup>[63]</sup>如《民法典》第 168 条系有关自己代理与双方代理的规定,属于权限性规定,当事人违反该规定,即构成无权代理,自应依据《民法典》有关无权代理的规定认定合同效力,而不能依据《民法典》第 153 条第 1 款认定合同效力。<sup>[64]</sup>与之有关的是,《拍卖法》第 22 条规定:“拍卖人及其工作人员不得以竞买人的身份参与自己组织的拍卖活动,并不得委托他人代为竞买。”对于违反该条的法律后

[61] 参见最高人民法院民事审判第二庭、研究室编著:《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》,人民法院出版社 2023 年版,第 221 页。

[62] 参见许德风:《合同效力的类型界分》,《中国法律评论》2023 年第 6 期,第 21-22 页。

[63] 参见谢鸿飞等著:《中华人民共和国民法典合同编通则司法解释释义》,中国法制出版社 2024 年版,第 165 页。

[64] 参见最高人民法院民事审判第二庭、研究室编著:《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》,人民法院出版社 2023 年版,第 222 页。

果,理论上存在争议。一种观点采合同效力待定说,认为拍卖人参与竞买的,该合同效力待定,只有经过委托人承认才生效。<sup>[65]</sup> 另一种观点采合同无效说,认为由于主体不合格,合同无效。<sup>[66]</sup> 事实上,该条系拍卖场域中的禁止自己代理规则,属于无权代理的范畴。此外,《合伙企业法》第32条第2款、《律师法》第39条等均为自己代理或双方代理在具体事务领域的运用,概属无权代理的范畴。

### (3) 越权代表的效果

《民法典》第61条第3款、第504条、《公司法》第15条、《合伙企业法》第37条、《〈民法典〉担保制度解释》第7条、《合同编通则司法解释》第20条等系有关越权代表的规定,这些规定非属《民法典》第153条第1款之“强制性规定”,不能适用该款。

有观点指出,无论是将《公司法》第15条理解为管理性强制性规定还是效力性强制性规定,都会带来体系上的冲突。如果认为该条是效力性强制性规定,那么法定代表人违反该条对外提供担保就会导致担保合同无效,即使相对人是善意,也无表见代表制度适用之余地;如果认为该条是管理性强制性规定,那么法定代表人违反该条对外提供担保,就不会影响合同效力自然也没有适用表见代表制度的必要。<sup>[67]</sup> 该观点认为《公司法》第15条非属《民法典》第153条第1款之“强制性规定”,这是合理的,但将其理由构成归结为能否适用表见代表制度,则难谓妥当。基于表见代表的信赖保护固为确认越权担保行为对公司发生效力的坚强理由,但此并非惟一理由。即使相对人恶意,若该行为能得到公司追认,越权担保行为亦可有效。

### (4) 合同相对人或第三人的撤销权

依《民法典》第147-151条规定的重大误解、欺诈、胁迫、显失公平等制度,表意人享有撤销权,得请求人民法院或者仲裁机构撤销合同,此非属行为规范,不能适用《民法典》第153条第1款。第三人享有撤销权的情形,如根据《最高人民法院关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定(一)》第11条、第12条第1款的规定,作为股权转让合同当事人外的第三人(其他股东)可以股权转让未征得其同意或侵害其优先购买权为由请求撤销该股权转让合同。

### (5) 合同相对人或第三人的解除权

合同相对人或第三人行使解除权,典型地表现为不合法转租、不合法转承揽等制度中相对人(第三人)行使的解除权。如《民法典》第716条规定:“承租人经出租人同意,可以将租赁物转租给第三人。……承租人未经出租人同意转租的,出租人可以解除合同。”据此,承租人与次承租人之间的转租合同,未经出租人同意,该合同并非无效,而是发生“出租人可以解除合同”的法律效果。再如《民法典》第753条规定:“承租人未经出租人同意,将租赁物转让、抵押、质押、投资入股或者以其他方式处分的,出租人可以解除融资租赁合同。”据此,承租人未经出租人同意而转让租赁物时,转让合同并非无效,发生“出租

[65] 参见史尚宽著:《债法各论》,中国政法大学出版社2000年版,第97页。

[66] 参见王利明著:《合同法研究》(第三卷),中国人民大学出版社2018年版,第177页。

[67] 参见最高人民法院民事审判第二庭、研究室编著:《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》,人民法院出版社2023年版,第219页。

人可以解除融资租赁合同”的法律效果。

#### (6) 其他效果

《合同编通则解释》第 18 条采用“等民事权利”的表述,这表明违反权限规范的效果,不限于效力未定、发生撤销权或解除权,还包括其他私法上效果。这些效果较为多元,包括“对第三人行为承担责任”“承担违约责任”“承担赔偿责任”等。如《民法典》第 923 条规定:“……经委托人同意,受托人可以转委托。……转委托未经同意或者追认的,受托人应当对转委托的第三人的行为承担责任……。”据此,受托人与第三人之间的转委托合同,未经委托人同意或者追认,该合同并非无效,而是发生“受托人应当对转委托的第三人的行为承担责任”的法律效果。又如《民法典》第 873 条规定:“……未经许可人同意擅自许可第三人实施该专利或者使用该技术秘密的,应当停止违约行为,承担违约责任;……。”据此,未经许可人同意,被许可人与第三人订立专利实施许可合同,该合同并非无效,仅发生“被许可人向许可人承担违约责任”的法律效果。

法律行为违反权限规范的效果,多为效力未定,亦包括可撤销、可解除等,总体上较为丰富多元。与此有异,法律行为违反行为规范,则以无效为常见。仅就两者所涉的有效(无效)的后果而言,一为悬置的有效或无效状态,一为确定无效的状态,其差异不可谓不大。对前者而言,嗣后不仅有藉解释而转换生效的机会,还有因当事人、第三人甚或国家为一定行为(同意或批准)而获得补正的可能;对后者而言,由于违反规范的法律行为被整体法秩序作出的非难评价系效力瑕疵形态中程度最重者,故既不可能藉转换而变得有效,亦无法经补正而继续生效,甚至还要扩大追究形式上不构成违反的脱法行为。与此相关的是,违反权限规范的效果往往体现为较刚性的规则,法官自由裁量的空间不大。“法院只需依私法规范径作演绎式判断,而无须多方权衡,进行有效或无效的司法推理”;<sup>[68]</sup>而裁判者在判断合同违法无效过程中具有权威地位和主导身份,<sup>[69]</sup>需要其超越立法者独立地进行价值权衡,根据具体情况斟酌决定公法规范应否及如何在私法领域产生影响,以实现公法目的与私法自治之间的妥当平衡。其实系“具有对裁判者授权性质、需价值补充的概括条款”,<sup>[70]</sup>发挥着授权法官为创造性司法活动的功能。<sup>[71]</sup>质言之,对《合同法》第 52 条第 5 项或《民法典》第 153 条第 1 款之适用范围,“应区分行为规范与单纯强行规定。法律行为若以内容‘违反’单纯强行规定之规范内容,其法律效力是确定的(无效或法律另行规定之效果),法官无裁量余地,无区分效力规定、取缔规定之余地;且其无效后,通常仍会适用其所‘违反’的单纯强行规定之规范内容,作为替代规制。强行法上行为规范之内容违反,法官有裁量余地(区别效力规定与取缔规定或管理性规定),若法律行为因之无效,亦不可能以其规范内容作为替代规制”。<sup>[72]</sup>

[68] 许可:《劳动合同的自治与规制——以“违反强制性规定的劳动合同”为中心》,《法学家》2017 年第 2 期,第 61 页。

[69] 参见许德风:《合同效力的类型界分》,《中国法律评论》2023 年第 6 期,第 25-26 页。

[70] Westphal, Zivilrechtliche Vertragsnichtigkeit wegen Verstoßes gegen gewerbrechtliche Verbotsgesetze, 1985, S. 133 ff.

[71] 参见易军:《论合同违反强制性规定无效的判断标准——以〈民法典合同编通则解释〉第 16 条为中心》,《清华法学》2024 年第 1 期,第 9 页。

[72] 金可可:《强行规定与禁止规定——论〈合同法〉第 52 条第 5 项之适用范围》,载王洪亮等主编《中德私法研究》(第 13 卷),北京大学出版社 2016 年版,第 23 页。

在权限规范之下,私人仍保有相当程度的行为自由,“而不同的个人乃是根据他们自己的智识并为了实现自己的目的而行使的,而这一点恰恰是自由的精髓之所在”。<sup>[73]</sup>与之相对照,在行为规范之下,“一人的环境或情境为他人所控制……只能服务于强制者的目的……他既不能运用他自己的智识或知识,亦不能遵循他自己的目标及信念”。<sup>[74]</sup>两者间的差距实不可以道里计。既如此,强以统一的法条来调整两类性质不同的规范,易掩盖两者在价值理念、适用技术、解释方法等方面实质性、根本性的差异,难谓妥当。

## 四 行为规范与权限规范区分的现实价值

### (一) 契合立法的理性要求

#### 1. 民法直接规定违反权限规范合同的效力

“私法上强制性规定既然以法律行为作为直接规范对象,故而对‘违反’它的法律行为的效力通常已作出安排,因此也没有通过转介条款确定该法律行为效力的必要性。”<sup>[75]</sup>民法直接规定私法效力的情形,如《民法典》第 232 条规定:“处分依照本节规定享有的不动产物权,依照法律规定需要办理登记的,未经登记,不发生物权效力。”“未经登记,不发生物权效力”即为违反该权限规范的私法效力。又如《民法典》第 705 条第 1 款规定:“租赁期限不得超过二十年。超过二十年的,超过部分无效。”该条亦属直接规定了违反行为效果的权限规范,即若当事人约定的租期超过二十年,则缩短为二十年。此外,虽然《民法典》未规定违反规范的合同的效力,但在我国,最高人民法院的司法解释具有“准立法的性质”,不妨也可理解为民法直接规定私法效力的情形。如《民法典》第 683 条未规定机关法人等订立的保证合同的效力,但《担保制度解释》第 5 条、第 6 条均规定“人民法院应当认定担保合同无效”。

民法直接规定私法效力的法条在性质上属完全性法条,由于其法律后果指示得十分明确,完全可独立适用,无必要再适用《民法典》第 153 条第 1 款,否则即有违法律规则不应重复的理性要求——不赘言的要求,即法律不说多余的话。“每个法规范都应具有一个自己的适用范围,也就是说,如果一个规范的整体适用范围都被包含在另一个定有相同法律效果的规范中,这个规范便成为多余,法律中不应存有这样的规范。”<sup>[76]</sup>

#### 2. 民法间接规定违反权限规范合同的效力

民法间接规定私法效果的情形,如《民法典》第 116 条规定:“物权的种类和内容,由法律规定。”该条确立了物权法定原则,亦属权限规范。唯该条未明定其违反行为的私法效果。不过,若当事人违反该条,如双方约定建设用地使用权的设立无须登记,则可适用《民法典》第 209 条有关登记生效要件主义的规定,以及《民法典》第 349 条有关建设用地使用权设权登记的规定。换言之,《民法典》第 209 条、第 349 条为违反《民法典》第 116

[73] [英]哈耶克著:《法律、立法与自由》(第二、三卷),邓正来等译,中国大百科全书出版社 2000 年版,第 150 页。

[74] [英]哈耶克著:《自由秩序原理》(上),邓正来译,三联书店 1997 年版,第 16 页。

[75] 谢鸿飞等著:《中华人民共和国民法典合同编通则司法解释释义》,中国法制出版社 2024 年版,第 164 页。

[76] [德]英格博格·普珀著:《法学思维小学堂——法律人的 6 堂思维训练课》,蔡圣伟译,北京大学出版社 2011 年版,第 61 页。

条法律后果的部分规定。再如《民法典》第 301 条亦未规定其违反行为的效力,但至少就“处分共有物”的情形,《民法典》第 597 条第 1 款可作为其效力规定。由此可见,立法者在这些情形本来就有意针对特定私法关系加以干预,对相关法益都已做过权衡,对有关私法的效果也大都做了处理,基本上没有回到《民法典》第 153 条第 1 款去处理的必要。

此外,虽然民法未规定某一或某些情形的私法效果,但通过运用法律解释方法,亦可获致其法律效果。如《合伙企业法》第 22 条第 1 款规定:“除合伙协议另有约定外,合伙人向合伙人以外的人转让其在合伙企业中的全部或者部分财产份额时,须经其他合伙人一致同意。”该款未规定合伙人未经其他合伙人一致同意而转让自己在合伙企业中全部或部分份额行为的法律后果。不过,《合伙企业法》第 25 条规定:“合伙人以其在合伙企业中的财产份额出质的,须经其他合伙人一致同意;未经其他合伙人一致同意,其行为无效……。”可通过对该条作当然解释,而推导出违反《合伙企业法》第 22 条第 1 款之法律效果。这里涉及的是举轻明重论证,即如果基于法律目的而作出合乎评价的法律后果适用于权重更小的事实,那么该法律后果更应当适用于评价方面权重更大的、法律却没有调整的事实。<sup>[77]</sup> 质言之,既然合伙人未经其他合伙人一致同意以其在合伙企业中的财产份额出质的,该行为无效,那么合伙人未经其他合伙人一致同意以向合伙人以外的人转让其在合伙企业中的全部或者部分财产份额的,该行为更应无效。

当然,民法上也有部分权限规范并未明定其违反行为的私法效果,而裁判者也难以像上述《民法典》第 116 条等在他处找到有关其违反行为效力的规定,此际,似有将该权限规范增加于“强制性规定”之必要。不过,首先此类规范并不多见;其次由于该类规范往往本身就“旨在直接规定法律行为的效力,以规范私法自治为目的”,<sup>[78]</sup> 其自身即可成为判断合同效力的依据,从而亦无须外假《民法典》第 153 条第 1 款。如《民法典》第 422 条规定的情形,抵押权人与抵押人虽作出不利于其他抵押权人的变更,但如经其他抵押权人同意或追认,应无不许之理。质言之,“法律根本未规定同意,也可依其规定之性质,通过解释方法认可利害关系人同意而有效”。<sup>[79]</sup> 因此,无论权限规范是否规定了其违反行为的私法效力,适用《民法典》第 153 条第 1 款判断违反该规范的合同效力的意义都不大。

## (二) 有助于维护私人自治

权限规范的主要功能在于赋予或分配权利,允许当事人基于合意作出与之相异的约定,实际上仍为当事人容留了一定的自治空间,且违反规范的效果,虽不乏无效的情形,但还是以效力未定、可撤销、可解除等为多见,甚至可能就全然不影响其效力,即法律行为有效。若将权限规范列入“强制性规定”的范畴,而“强制性规定”(行为规范)的违反以无效为常见,则违反该权限规范将较易因不符合《民法典》第 153 条第 1 款而被论断为无效,行为人的私人自治必将遭受重创。我国有学者指出,尽管合同“无效”可以有不同含义,但通常人们心中“无效”的原型,常常是“违法无效”或“自始、确定、终局”无效,包括《民法典》第 153 条第 1 款与第 153 条第 2 款。如果不保持认识上的警惕,泛化“无

[77] 参见[奥]恩斯特·A. 克莱默著:《法律方法论》,周万里译,法律出版社 2019 年版,第 177 页。

[78] 王泽鉴著:《民法总则》,北京大学出版社 2009 年版,第 268 页。

[79] 李宇著:《民法总则要义:规范释论与判解集注》,法律出版社 2017 年版,第 647 页。

效”的概念,很容易把第 171 条第 1 款中无权代理的法律行为“不生效力”或第 146 条第 1 款中行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为“无效”理解为“违法无效”,进而适用有关违法无效的制度,从而不能正确处理有关的法律关系。<sup>[80]</sup>

如《民法典》第 1119 条规定,“……未经肖像权人同意,肖像作品权利人不得以发表、……等方式使用或者公开肖像权人的肖像。”该条使用“不得”的规范模态词,为较明显的强制性规定。不过,当肖像作品权利人未经肖像权人同意,与第三人订立租赁合同使该第三人使用肖像权人肖像的,该条未明定其法律效果。若认为该条为行为规范,从而应适用《民法典》第 153 条第 1 款,则该肖像作品租赁合同应属无效。若能认识到该条为权限规范,则即使未经肖像权人同意,肖像作品权利人与第三人之间的租赁合同亦为有效。当然,若肖像权人行使肖像权,则肖像作品权利人可能要向该第三人承担违约责任。

自由“所描绘的就是某种特定障碍——他人实施的强制——的不存在”,<sup>[81]</sup>“自由意味着没有强制或强制的威胁”。<sup>[82]</sup>对自由的侵犯仅来自他人的强制。只有减少强制,自由才能彰显。在合同内容的合法性控制上,将“强制性规定”的范围作出相对狭窄的解释,即将该“强制”仅理解为行为规范意义上的命令性的强制,而非权限规范意义上非命令性的强制,当可降低私人自治被侵害的几率,提升对私人自治的维护。否则,“于法律行为上,强行规定之认定,苟不……作适度之限缩,不仅法律行为自由原则会横遭无力扼制,交易安全之维护亦将倍感乏力。”<sup>[83]</sup>

### (三)有助于纯粹化合同违法无效规则的规范功能

《民法典》第 116 条、第 232 条等均为强制性规范。违反这些规范的公司最严重者为“无效”。不过,在请求权基础上,该合同究竟是径直违反各该规范本身而无效,还是因各该条属于《民法典》第 153 条第 1 款所言“强制性规定”而适用该款而无效?考虑到《民法典》第 116 条、第 232 条等旨在直接规定合同的效力,以规范私人自治为目的,因此,宜径直将第 116 条、第 232 条等作为违反各该规范的合同的裁判依据。在将权限规范剥离后,《民法典》第 153 条第 1 款中的“强制性规定”就仅限于管制规范或行为规范性质的强制性规定,这些规定往往非在直接规范私人自治,而在禁止或强制某些行为,它们可能已附带地规定了违反该规范的合同的效力,但更常见的是并未规定违法的合同的效力,这就需要民事裁判者去进一步认定,是否有必要通过否定合同效力来实践该管制规范的立法意旨。符合这些特征的管制规范往往出现在公法、社会法等领域,私法上虽也有少量此类管制规范,但应属例外。在作出此种界分与剥离后,《民法典》第 153 条第 1 款所建立的合同违法无效规则就成为专司沟通私法与公法、社会法等外部法律领域、协调私人自治与国家管制之职的通道,主要发挥使公法、社会法进入私法领域的功能。概言之,《民法典》第 153 条第 1 款的真正功能,“还是在立法者只是从垂直的公法关系去考量,而未对违反规定的各种可能的法律行为,一一作法益权衡及私法效果上的评价时,概括的指示由法官

[80] 参见许德风:《合同效力的类型界分》,《中国法律评论》2023 年第 6 期,第 26 页。

[81] [英]哈耶克著:《自由秩序原理》(上),邓正来译,三联书店 1997 年版,第 14 页。

[82] [澳]柯武刚、[德]史漫飞、[美]贝彼得著:《制度经济学:财产、竞争、政策》,商务印书馆 2018 年版,第 113 页。

[83] 邱聪智著:《民法总则》(上),我国台湾地区三民书局有限责任公司 2005 年版,第 591 页。

就个别情形去衡量决定,是否无效或发生其他效果。”<sup>[84]</sup>

由于民法强制性规范多为容留了私人自治空间的权限规范,仍属自治法的范畴,并非该款“强制性规定”所要求的行为规范,因此,这就几乎将《民法典》第 153 条第 1 款中的“强制性规定”限定为公法强制性规范了。当然,权限规范固为民法强制性规范的常态,但并非其全部,民法中仍例外留存少量行为规范意义上的强制性规范,同样以影响人的行为为目的,与公法强制性规范无异,故也属“强制性规定”之列。总之,该款中的“法律”应限于公法强制性规范(行为规范),及私法中例外存在的强制性的行为规范。“禁止性法律大多只涉及公法规定,而与私法规定无涉。”<sup>[85]</sup>而“效力性规定、非效力性规定之区分,仅存在于强行法上行为规范之中”。<sup>[86]</sup>在司法裁判中,在适用该款时,裁判者首须甄别待适用的民法强制性规范究竟是权限规范还是行为规范。若属前者,则无《民法典》第 153 条第 1 款适用之余地;若属后者,则有其适用之余地。

## 五 结 语

《民法典》第 153 条第 1 款(《合同法》第 52 条、《民法总则》第 153 条第 1 款)是我国法律上法律行为内容控制的重要制度。在对其进行理论研究或解释适用时,对“强制性规定”的范围存在很大分歧,尤其是混淆行为规范与权限规范,将权限规范纳入该条的适用范围,或认为某一权限规范为管理性强制性规范,或认为某一权限规范为效力性强制性规范。《合同编通则解释》第 18 条以“准立法”形式明确地将无权处分、无权代理等权限规范排除于该款之适用,具有正本清源的作用。这再次充分表明了,“法律的发展是通过一种‘试验性的思想过程’实现的。在这一过程中人们不断地尝试为人类共同生活问题寻求正义和有效的解决方法;而所找到的解决办法则必须经受不断的考验可改进。”<sup>[87]</sup>

还要强调的是,“私法自治作为民法的最高指导原则,在国家与社会关系起了巨大变化的二十世纪,并没有任何动摇”,<sup>[88]</sup>私人自治仍属民法应竭力护持与珍视的基本理念与价值,在法律行为这个必须处理自治与管制关系的制度领域,契合私人自治,乃至有助于维护私人自治的诠释方案无疑是更合理的。本文倡导宪法规定、基本原则规定等非属《民法典》第 153 条第 1 款之“强制性规定”,支持并较细致地解释权限规范非属该款之“强制性规定”等,希望通过限缩适法规范的调整范围以降低与减少违法阻却有效条款的司法操作中强制性因素对法律行为效力的影响,念兹在兹的正是私人自治的维护。

[本文为作者主持的 2023 年度国家社会科学基金重点项目“社会主义核心价值观与民法典价值体系研究”(23AFX003)的研究成果。]

[84] 苏永钦著:《民事立法与公私法的接轨》,北京大学出版社 2005 年版,第 85 页。

[85] [德]克劳斯-威廉·卡纳里斯:《法律禁令和法律行为》,赵文杰译,载王洪亮等主编《中德私法研究》(第 13 卷),北京大学出版社 2016 年版,第 60 页。

[86] 金可可:《强行规定与禁止规定——论〈合同法〉第 52 条第 5 项之适用范围》,载王洪亮等主编《中德私法研究》(第 13 卷),北京大学出版社 2016 年版,第 23 页。

[87] [德]齐佩利乌斯著:《法学方法论》,法律出版社 2009 年版,第十版前言第 2 页。

[88] 苏永钦著:《走入新世纪的私法自治》,中国政法大学出版社 2002 年版,封底。

---

---

The Distinction between Mandatory Rules and Enabling Rules in the Rule of Invalidity of Illegal Contract - Centered on Article 18 of the Judicial Interpretation of the General Provisions of the Book on Contract of the Civil Code

[**Abstract**] Article 153 Paragraph 1 of the Chinese Civil Code stipulates that: “A juridical act violating the imperative provisions of any law or administrative regulation shall be void unless the imperative provisions do not result in the nullity of the juridical act.” The scope of “imperative provisions” in this paragraph is broad, covering at least constitutional provisions, provisions of public law, provisions of social law, and imperative provisions of private law in the literal sense. However, from the perspective of purposive construction, this scope should be limited. For example, although constitutional provisions are imperative provisions, they are not suitable for application through Article 153 Paragraph 1 of the Civil Code and therefore do not fall within the meaning of “imperative provisions” in this paragraph. As far as imperative provisions of private law are concerned, they can textually encompass both mandatory and enabling rules. The significance of Article 18 of the Judicial Interpretation of the General Provisions of the Book on Contract of the Civil Code lies in the division of imperative provisions into “mandatory rules” and “enabling rules” and the exclusion of “enabling rules” from the scope of application of “imperative provisions” in Article 153 Paragraph 1 of the Civil Code. In China, through exploration in practice, a consensus has gradually formed that the “imperative provisions” of Article 153 Paragraph 1 of the Civil Code do not include mandatory rules. It is necessary to distinguish between mandatory rules and enabling rules. A mandatory rule is a norm that orders parties to do or not to do a certain thing and compels parties to act according to the choices they prescribe, with the aim of influencing or changing people’s behavior. An enabling rule is a norm that defines the boundaries of the formation and disposition of rights and obligations in civil law. In addition to different connotations, there are substantive differences between the two kinds of rule in terms of the degree of autonomy of the parties, the idea of practice, the existence of a “genuine violation”, and the consequences of the violation of the rules. This distinction has the important value of meeting the requirements of legislative rationality, contributing to the preservation of private autonomy, and purifying the normative function of the rule that an illegal contract is void. Article 18 of the Judicial Interpretation of the General Provisions of the Book on Contract of the Civil Code, as a summary and enhancement of previous theoretical research and practical exploration in China, has an extraordinary theoretical value and practical significance.

---

---

(责任编辑:姚 佳)