

试评《合同法》第52条第5项

黄雪艳

(湖南大学法学院, 湖南省长沙市, 邮编 410082)

摘要: 强制性规范包括可分为民法自身的规范和公法上的规范, 民法自身的规范可分为赋权规范和行为规范。《合同法》第52条第5项的法域一直备受学界探讨, 应为民法自身规范还是公法上的规范, 抑或两者兼而有之。《合同法》第52条第5项立法所造成的二分格局即效力性强制性规定和管理性强制规定, 二分格局判别标准模糊含混, 甚至误导了司法的适用。同时学界对《合同法》第52条第5项存废与否进行相关的反思也此起彼伏。本文认为将民法自身规范中的行为规范和公法上的规范作为《合同法》第52条第5项的强制性规范法域更为妥当。《合同法》第52条第5项的存在有其历史渊源并且符合世界的潮流, 完全可以将作为转界条款按引致条款说严格适用, 一方面保证了法律的体系性、周延性, 另一方面为公法涌入私法提供了必要的管道, 也符合私法精神并促进了民事交易的安定性。

关键词: 强制性规范 合同 行为规范 法律效力

中图分类号: D913 **文献标识码:** A

一、引言

强制性规范是相对应于任意性规范存在。强制性规范是指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。任意性规范是指当事人可通过法律行为排除或者变更其适用的规范。

《中华人民共和国合同法》第52条第5项(违反法律、行政法规的强制性规定)是对《民法通则》第58条第1款第5项(违反法律或社会公共利益)限缩。《中华人民共和国合同法解释(一)》第4条将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作为确认合同无效的依据。《合同法解释(二)》第十四条之规定,合同法第五十二条第(五)项规定的“强制性规定”,是指效力性强制性规定。《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》后文简称《民商事合同纠纷案件指导意见》第15条注意区分效力性强制规定和管理性强制规定。将效力性强制性规定和管理性的强制规定作为等值命题。合同法第52条第5项被当作沟通公法强制与私法自治的“管道”,法律实践当中,强制性法规要如何进行判定?该条又将如何适用?《民商事合同纠纷案件指导意见》第16条企图给效力性与管理性强制规定划出一道相对清晰的分界线,然而将本就错乱的逻辑进一步陷入混乱之中。

二、《合同法》第52条第5项所谓的强制性规定的法域

《合同法》第52条第5项所谓的强制性规定的法域——民法自身的规范或为公法上的规范,还是两者兼而有之?以民法中的自我约束与公法上的外部强制作为区分要素对立开来,将强制性规范区分为民法上的强制性规范和公法上的强制性规范。民法上的强行法属于自治规范,并不管制人们的私法行为,恰恰它们仅具有“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,只是提供一套自治的游戏规则;公法上的强制性规范限制自治的“内容”属于管制规范。^[1]但是也有学者提出民法上的强制性规范包括为民事主体设定了“权限”即“规制当事人处分权界限之规范”的赋权规范和直接规定民事行为效力的强制性规范即行为规范。^[2]赋权规范限制当事人订立民事行为的能力,当事人欠缺行为能力、处分能力的法律后果是民事行为的不生效,当事人可通过事后补正以达到其所追求的法律效力。行为规范如依据我国《保险法》第12条第2款规定:“投保人对保险标的的不具有保险利益的,保险合同无效。”“保险合同无效”意味着即使投保人通过补正以对保险标的获得保险利益,保险合同自始无效。

民事行为由当事人、意思表示、设权性这三个构成要件构成。民事主体设立一个法律行为,前提要获得授权、还要取得订立法律行为的能力。如果未获得授权,民事行为不成立。没有赋权规范授权的民事法律行为正是缺少设权性的构成要件而未能成立。区分民事行为和

准民事行为的关键所在是设权性构成要件。债权催告行为虽具备当事人和意思表示两个构成要件，但因该行为的效力已有法律明确规定，比如时效中断，违约责任等，并不按当事人意思表示的内容而发生。故而不经赋权规范授权取得订立法律行为的能力而进行的民事行为在法律上处于不成立阶段。

行为规范内容的不同，又可分为强制规范和禁止规范。其实强制规范与禁止规范之间是可以转化的，因为强制规范也可以写成禁止规范。强制规范称为义务规范，它要求当事人必须履行特定法定义务，通常会以“应当”、“必须”等形式表示，如出租人出卖租赁房屋的，应当在出卖之前的合理期限内通知承租人以及保险活动当事人行使权利、履行义务应当遵循诚实信用原则的规定；禁止规范指的是当事人不得或禁止为一定行为的规范，其在形式上多表现为“不得”、“禁止”等用语，如禁止承包人将工程分包给不具备相应资质条件的单位，禁止分包单位将其承包的工程再分包等规定。如果单就强制规范和禁止规范对民事行为效力的影响来看，二者是没有区别的。如“禁止承包人将工程分包给不具备相应资质条件的单位”可以写成“承包人应当将工程分包给具备相应资质条件的单位”。

有学者指出，《合同法》第52条第5项所谓的强制性规定应限定为公法上的强制性规定。^[3]对赋权规范并无真正的“违反”问题，法律行为逾越处分界限者，是在获得有权者许可前“不生效力，也并非“无效”，该学者在此指出限制性规定和真正的禁止性规定的区分。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，在这些情况下实际上法律无意阻止法律行为的实施，是为了更好地引导这些法律行为从而对其实施的可能性在范围上进行一般限制。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。苏永钦教授秉承德国民法之思维，强调强行法中有非“命令”性质的赋权规范，并认为民法中多数强行性规定属于赋权规范，亦即规制当事人处分权界限之规范。^[4]典型的赋权规范如有关代理人不得自己代理和双方代理、不得擅自处分他人之物或与他人共有之物的规范。法律行为违反“命令”和“社会规范”如公序良俗而无效，性质上是私法自治“内容”界限的逾越，而“处分权”的僭越仅是私法自治内部“权限”界限的逾越，两者根本不能一概而论。当民法中部分强制性规定为“赋权规范”时，该“赋权规范”不能包括在《合同法》第52条第5项所谓的强制性规定中。即使在“赋权规范”外还存在其他强制性民法规范，在对违反这些规范的行为进行效力评价时，通常也不至于陷入复杂的利益衡量境地。当违反公法上的强制性规定时，公法不但不会规定行为之效力，反而在具体判定其效力时还要在公法所保护的利益与私法自治之间艰难地进行利益衡量。因此，该学者认为《合同法》第52条第5项所谓的强制性规定应限定为公法上的强制性规定。

《合同法》第52条第5项不包括为民事主体设定了“权限”即“规制当事人处分权界限之规范”的赋权规范。因为赋权规范往往不会导致民事行为无效，而是导致不生效，不生效不等同于无效。若使之导致合同无效显然不符合赋权规范的初衷，然而由于民法上的强制

性规范包括赋权规范和行为规范。笔者认为以上学者的观点有值得肯定的地方，但也有些地方有待商榷。不能片面的将《合同法》第52条第5项所适用的法域限定在公法上的强制性规范而忽视民法上的强制性规范中的行为规范。《合同法》第52条第5项所谓的强制性规定应指直接规定民事行为效力的强制性规范即民法上的行为规范和公法上的强制性规范才比较妥当。

三、效力性规定、取缔性规定与管理性规定的关系

效力性强制规定概念，最早由史尚宽先生从日本引入的效力规定与取缔规定分类。“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。”违反效力规定的民事行为绝对无效，违反取缔规定的民事行为并不会导致无效，仅会导致行政法行的处罚或刑罚等。^[5]《合同法解释二》效力性强制性规定的对立概念是非效力性强制性规定，意味着只有效力性强制性规定才有在此导致合同无效。立法者又有意将“管理性强制规定”视为史尚宽先生“取缔规定”的同义概念，故效力性强制性规定的等值命题是管理性强制性规定，《民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》第15条注意区分效力性强制规定和管理性强制规定。违反效力性强制规定的，人民法院应当认定合同无效；违反管理性强制规定的，人民法院应当根据具体情形认定其效力，意味着管理性强制性规定也可能导致合同无效。

笔者认为此处管理性强制规定根据具体情形认定合同效力和违反取缔规定并不会导致民事行为无效的目的及法律效果南辕北辙。退一步讲，《合同法解释二》第14条特别指明“是指效力性强制性规定”，现指出管理性强制规定也可能认定合同无效，其意在何为？将强制性规定二分为“效力性强制规定”与“管理性强制规定”又是何逻辑依据？

有学者提出对于二者的划分标准主要有以下两点。第一，若规范明确规定违反强制性规范的行为效力，该规定属于效力规范。若规范禁止的不是行为效果，而是行为手段、方式及行为的外部条件如经营资格、经营时间、经营地点，该规定就是取缔规范。第二，规范虽未明确规定违反强制性规范的民事行为的效力，但若使民事行为有效将损害国家利益和社会公共利益时，该规范属于效力规范。但这两种标准均存在着缺陷，此处将其视为转介条款赋予法官自由裁量权，按照比例原则，通过衡量公益与私法自治，对公法制裁手段与目的的均衡性、适合性、必要性以及是否违反公序良俗予以灵活地决定。

《民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》第16条人民法院应当综合法律法规的意旨，权衡相互冲突的权益，诸如权益的种类、交易安全以及其所规制的对象等，综合认定强制性规定的类型。如果强制性规范规制的是合同行为本身即只要该合同行为发生绝对地损害国家利益或者社会公共利益的，人民法院应当认定合同无效。如果强制性规定规制的是当事人的“市场准入”资格而非某种类型的合同行为，或者规制的是某种合同的履行行为而非某类

合同行为，人民法院对于此类合同效力的认定，应当慎重把握，必要时应当征求相关立法部门的意见或者请示上级人民法院。立法者企图以“合同行为”为中轴，前后延展“市场准入”资格与“合同的履行行为”两端，再以“国家利益或者社会公共利益”为判准，试图为效力性与管理性强制规定划出一道相对清晰的分界线。^[6]该条的出台似乎又在响应众多学者的呼吁就是将违反法律、行政法规和《合同法》第52条其他规定统摄到“违反国家利益或者社会公共利益”之下。

四、《合同法》第52条第5项的存废之争及建议

目前，学界的主流观点是探究《合同法》第52条第5项的规范意旨，以最大的限度实现法的正义与衡平，强调在价值补充时，对违反强制性规定和公序良俗作一元化的把握，结合个案行为的效力作具体评判。

公序良俗一般指公共秩序和善良风俗，有学者认为公序良俗中几乎包含了所有阻碍合同有效性的事由，这种全新的判断标准应该定为：“合同是否违反公序良俗”，即“合同违反公序良俗，无效。”该思路的核心就是将违反法律、行政法规和《合同法》第52条其他规定统摄到“违反公序良俗”，当违反该本质“公序良俗”时，应否定合同的效力，从表征上来识别合同的无效，在逻辑上也是更为合理的。可能会有人在此提出疑问：“公序良俗的概念也比较模糊，合同是否违反公序良俗同样也无法准确界定”。虽然公序良俗在援引的时候会可能出现模棱两可的情况，但立足于从法益的本质来判定合同的有效性是很有必要的。再者，在中国包括法律的传统发展文化中，“公序良俗”的原则都始终被视为基本的法律精神，对于“公序良俗”的研究无论从学理上、还是从实践中都有很广泛的积累，使得利用这一规则处理案件时还是具有一定的操作空间不至于毫无头绪。实务法官判断合同效力的着力点，不应倚重于对强制性规范学理性分类、性质的认知，应对内置于规范之中的社会公共利益本质的综合考虑和公序良俗之非难性的界定和适用要提高关注。^[7]

但也有学者提出《中华人民共和国合同法》第52条第5项作为公法优位价值的产物，内容已经在其他法律规定中得到体现，因此立法应该摒弃这一规定。^[8]以规范目的作为判断标准在目前的框架范围内是解决法律行为效力判断的一个权衡办法，究其本质仍然是授予法官以自由裁量权的一种极度危险的做法。当法官根据利益平衡原则进行裁量时不可避免地受到他的“前见”影响，甚至由于法官的价值取向不同，评判标准也就有异。然而个案的复杂性以及其他外来因素的影响，法律判决也就必然不确定。

以上学者论述各有其道理，但笔者仍抱有不同意见。在此，笔者认为有必要提及转介条款的功能，主要的学说有解释规则说、授权规范说及引致规范说。

解释条款说在性质上将转介条款视为解释规则，当民事行为违反强制性规定且该行为的效力在未明确规定时，一般都将民事行为归于无效，对法律有特殊规定的除外。如《意大利

民法典》第 1481 条规定：“与强制性规范相抵触的契约无效，法律另有规定的除外。”解释规则说的鲜明特点在于其主张国家权力代表的公共利益绝对优先于个人利益，唯一限制公法规范进入私法领域的过滤器——法律对违反强制性法规的特殊规定的设定权也掌握在国家手中。“在所支持的‘公益绝对’观念下，公法强制势必通过‘管道’汹涌而入，严重挫伤私法自治，并可能导致当事人之间的显著不公正……几乎不考虑当事人间利益平衡问题”。

授权条款说以存在有违反强制性规范的民事行为效力的标准为前提，但对该前提的标准并未统一。它解决了在被引致的公法规范未明确规定行为效力时的核心问题，通过法官对公法和私法进行法的价值取舍，能最大程度地实现私法自治和国家对社会的管理的目的。

引致条款说本身没有独立的规范内涵，未对违反强制性规范的民事行为的效力作任何说明，它认为转介条款类似于国际私法中的冲突条款，适用转介条款的法律后果是找到应当适用的某项具体法律规定。授权条款说认为转介条款的功能有两个：一是在私法领域引入具体的公法规范；二是在引致公法规范对民事行为的效力未作规定时，授权法官自由裁量决定民事行为的效力。^[9]

将违反法律、行政法规和《合同法》第 52 条其他规定统摄到“违反国家利益或者社会公共利益”之下，《合同法》第 52 条第 5 项所转介的宪法、刑法、经济行政法等规范作为法律行为效力判断的公序良俗原则所指向的内容，有学者认为完全可以依据《中华人民共和国合同法》第 52 条第 4 项来进行认定合同是否无效。那么，《中华人民共和国合同法》第 52 条第 5 项就形同虚设，就无实际存在的意义。笔者认为《中华人民共和国合同法》第 52 条第 5 项作为转介条款仍然有其存在的必要性。许多国家都存在着转介条款，如意大利、德国、日本，《中华人民共和国合同法》第 52 条第 5 项作为转介条款的设定也有其历史渊源。删除《中华人民共和国合同法》第 52 条第 5 项，不利于合同法整个法律体系的周延性和系统性。将该转介条款遵照引致条款说，严格适用该条款的使用，当规定该合同无效的内容已经在其他法律规定中得到体现，可直接适用该条款认定合同无效。当规定该合同无效的内容未在其他法律规定中得到体现，也应考虑其他条款的适用来认定合同的效力问题。这样，在防范法官自由裁量权滥用的同时，不随意将该条款以公序良俗的标准来进行衡量，也符合私法精神即促进了交易的安定并维护了当事人之间利益的平衡。

参考文献

- [1] 张帅梁：《浅析违反强制性规范民事行为的效力问题——基于对〈合同法〉第52条第(五)项的理解》，载《商丘师范学院学报》，2010年第26卷第8期。
- [2] 刘凯湘：《权利的期盼》，北京：法律出版社，2003年。
- [3] 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。
- [4] 苏永钦：《私法自治中的经济理性》，中国人民大学出版社，2004年。
- [5] 史尚宽：《民法总论》，北京：中国政法大学出版社，2000年。
- [6] 朱庆玉：《〈合同法〉第52条第5项评注》，载《法学家》，2016年第3期。
- [7] 朱绍刚：《解读与审思：论合同无效的判定标准——以〈合同法〉第52条第5项为中心》，载《甘肃政法学院学报》，2013年总第129期。
- [8] 许中缘：《论违反公法规定对法律行为效力的影响——再评〈中华人民共和国合同法〉第52条第5项》，载《法商研究》，2011年第1期。
- [9] 张帅梁：《浅析违反强制性规范民事行为的效力问题——基于对〈合同法〉第52条第(五)项的理解》，载《商丘师范学院学报》，2010年第26卷第8期。

其他参考文献

- [1] 硕士学位论文，刘新雷：《〈合同法〉第52条第5款研究》，吉林大学，2017年。
- [2] 李红琳：《违反合同的效力判定——〈合同法〉第52条第5项之解释适用》，载《私法研究》，2012年第13卷。
- [3] 漆晓昱：《论违反强制性规定的合同效力问题——以〈合同法〉第52条第5项为中心》，载《私法研究》，2012年第13卷。
- [4] 赵吟、黄忠：《违反邮政专营规定的快递合同效力之辨析——兼谈〈合同法〉第52条第5项及解释的适用》，载《私法研究》，2012年第13卷。
- [5] 钟瑞栋：《〈合同法〉第52条第5项的三个争议问题》，载《私法研究》，2012年第13卷。
- [6] 黄忠：《违法合同的效力判定路径之辨析》，载《法学家》，2010年第5期。
- [7] 黄凤龙：《论〈合同法〉中的强制性规定——兼谈〈合同法解释（二）〉第14条的功能》，载《烟台大学学报（哲学社会科学版）》，2011年1月第24卷第1期。
- [8] 硕士学位论文，吴昊：《实务判例中的强制性规定与合同效力》，杭州师范大学，2013年。

Comment on Article 52, Item 5 of the Contract Law

Huang Xue Yan

(Hunan University, Changsha / Hunan, 410082)

Abstract: The mandatory norm includes the norm of civil law and the norm of public law. The norms of civil law itself can be divided into weights and codes. Comment on Article 52, Item 5 of the Contract Law has been discussed by the academic circle, it should be the norm of civil law and public law, or both. The dichotomous pattern created by the legislation is the mandatory and administrative mandatory provisions, and the dichotomous pattern discriminates the ambiguous ambiguity. At the same time, the academic circle has also reflected on the relevant reflection on the abolition of article 52, item 5 of contract law. In this paper, it is considered that the code of conduct and public law in the code of civil law is the mandatory norm of article 52, item 5 of contract law. The existence of article 52, item 5, of the contract law has its historical origin and is in line with the trend of the world, and can be strictly applied as a transfer clause in accordance with the terms of the introduction. On the one hand, it guarantees the legal system and the weekly ductility, on the other hand, it provides the necessary pipeline for the public law to flood private law, which also conforms to the private law spirit and promotes the stability of the civil transaction.

key words: Mandatory code The contract effectiveness the legal effect