

# 效力性规定与管理性规定区分标准的探析

李峰

(福州大学法学院,福建福州 350003)

**摘要:**从公法与私法的角度进行区分,在严格的私法领域以承认合同效力方式保护当事人在私权领域的意思自治;在严格的公法领域以否认合同效力并对当事人进行制裁的方式来维护国家对私权利的干预;在公私混合法域,以对合同标的所侵害的法益为判断基础,从而区分管理性规定和效力性规定,在可操作层面做出具体的划分标准,从而指导司法实践工作。

**关键词:**合同效力;强制性规定;效力性规定;管理性规定

中图分类号:D923.6 文献标识码:A 文章编号:1674-5639(2016)04-0054-07

DOI:10.14091/j.cnki.kmxyxb.2016.04.011

## On the Criteria of the Distinction between the Effectiveness and Management of Provisions

LI Feng

(Law School, Fuzhou University, Fuzhou, Fujian, China 350003)

**Abstract:** From the public law and private law, in the strict area of private law, the autonomy for the parties with the private rights is protected by the way of admitting the validity of the contract; in the strict area of public law, the national intervention of the private rights is protected by the way of denying the validity of the contract and punishing the parties; in the mixed area of public and private law, judicial practice can be guided on the base of the legal interest infringed by the object of the contract, and then the provisions of the management and effectiveness can be distinguished and concrete criteria of distinction can be finished on the operational level.

**Key words:** validity of contract; mandatory provision; provision of effectiveness; provision of management

### 一、问题的提出

二〇〇九年四月二十四日最高人民法院颁布《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(二)》(法释[2009]5号)(以下简称《合同法司法解释二》),其中第十四条将《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)第52条中“强制性规定”界定为“效力性规定”,即在日常交易中,合同各方主体所签订的合同只有违反“效力性规定”才可以确认为无效合同,否则,即便违反了法律的强制性规定,该合同仍应当为有效的。

强制性规定被称为民法中的“转介条款”<sup>[1]</sup>,是公法进入私法领域的“管道”,实现了国家公权力对于私权利的干涉与影响。根据传统私法自治理论,

当事人双方真实的意思表示应当得到尊重,但是强制性规定代表着国家公权力对私权利的干预。通说认为,强制性规定不仅包含了公法领域的强制性规定,也包含了司法领域的某些强制性规定。

在司法实践中,法院对经济案件的审理,其所要做的首要工作就是对于合同效力的认定,合同是否有效直接决定了当事人权利义务关系以及处理纠纷的方式。但是最高人民法院颁布实施“法释[2009]5号”以来,虽然明确规定只有“效力性规定”才可作为否认合同效力的依据,但是在实务操作中却并未给出任何的判定标准。由此而导致相同或相类似的案件,在不同地区,不同法院会对一个法条做出不同解释,从而做出不一样的判决。甚至在一个法庭的不同法官会对同一法条做出大相径庭的结论。由

收稿日期:2016-05-18

作者简介:李峰(1986—),男,河南省洛阳市人,硕士研究生,律师,主要从事民商法研究。

此,司法实践中“同案不同判”现象严重损害当事人的利益,也侵害了法律的神圣性。在没有对管理性规定与效力性规定进行严格区分的情况下,法官的自由裁量权过于放大,与《合同法司法解释二》的真正目的背道而驰,不仅损害了司法公正,甚至为司法的腐败提供了温床。

因此,如何提供一个较为实用、便捷的区分方法,指导法官在日常审判过程中对于强制性规定的认定,不仅可以指导司法实践,限制法官自由裁量权,统一司法判决口径,同时能够促进私法自治,避免国家公权力对私法领域的过多干预,发挥法律的预示作用,提高法官的既判力,维护法律的尊严,便成为现阶段亟待解决的问题。

## 二、效力性规定与管理性规定区分的理论基础与论证

### (一)效力性规定与管理性规定区分的立法历史变革

纵观我国合同领域的立法,可清晰地看出国家公权力对于民事合同领域干预的轨迹,根据公权力对于我国经济领域的介入程度,大体分为三个阶段:

第一阶段:1982年制定与实施的《中华人民共和国合同法》<sup>①</sup>,1985年制定与实施的《中华人民共和国涉外经济合同法》<sup>②</sup>,以及1986年实施的《中华人民共和国民法通则》<sup>③</sup>,均含有浓烈的计划经济色彩,不仅违反法律规定的合同无效外,甚至对于违反国家政策、国家指令性计划的合同也统一认定为无效合同。

第二阶段:自1992年以来,我国从有计划的市

场经济转变为市场经济,充分发挥市场作用。由于此前的民事法律对于合同的管制过于严格,阻碍了经济的发展,于是1992年最高人民法院明确规定<sup>④</sup>:若合同仅违反行政管理性规定的,应当承认其效力,并按照有关行政管理办法给予行政处罚,实行“有效+处罚”的双层管理办法。1999年颁布的《中华人民共和国合同法》以及《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)》<sup>⑤</sup>,更加明确地规定只有违反强制性规定,才可否认合同的效力;并对强制性规定进行限缩解释,即只有法律、行政法规中的强制性规定才可以作为否认合同的效力的依据。笔者赞同这种解释:首先,地方法规、行政规章是各地区各部门根据各自需要而制定的法规,在其内容不违反上位法基础上,可以进行补充规定,因此地方法规和行政规章会存在多处不一致的地方,在审理具体案件中,会造成法官多种选择的情况,易造成司法混乱。其次,地方法规、行政规章在其制定过程中具有部分利益性,极易出现地方性保护色彩。若承认地方法规的强制性规定,则会对交易方式产生巨大影响。例如,张三签订合同在福建省可成为有效合同,而一出福建省进入浙江省则变为无效,或在福州签订的合同,在厦门履行时却无端的被要求承担责任,这将严重地阻碍经济发展。

第三阶段:2009年,最高人民法院通过颁布《合同法司法解释二》<sup>⑥</sup>,进一步对强制性规定进行缩小解释,即只有效力性规定才可否认合同的效力。而其他强制性规定,并不能以此而否认合同效力。同

①《中华人民共和国合同法》第7条明确规定了“违反法律和国家政策、计划的合同无效”。

②《中华人民共和国涉外经济合同法》第9条:“违反中华人民共和国法律或者社会公共利益的合同无效”。

③《中华人民共和国民法通则》第58条:“违反法律或者社会公共利益的,违反经济合同违反国家指令性计划的合同无效”。

④1992年最高人民法院在全国经济审判工作座谈会纪要:“法院在审理合同纠纷案件中应当尊重当事人的意思表示。如果合同约定仅仅是一般违反行政管理性规定的,例如一般地超越经营范围违反经营方式,而不是违反专营专卖以及法律的禁止性规定的,合同标的物并不属于限制流通物的,可以按照违反有关行政管理规定给予行政处罚,而不因此确认合同无效”。

⑤1999年《中华人民共和国合同法》第52条规定,“违反法律、行政法规的强制性规定的合同无效”;1999年12月29日颁布的《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)》第四条规定,“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”。

⑥2009年5月13日颁布《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(二)》第14条规定,“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”。

时应综合考虑法律法规的意旨, 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<sup>①</sup>。

纵观我国民事立法的历史进程, 其民事立法起步于 20 世纪 80 年代, 当时正处于改革初期, 计划经济仍占统治地位, 国家以宏观调控的方式干预着经济的发展, 《经济合同法》《涉外经济合同法》中充斥着计划经济指令的色彩, 在审判实践中, 对于违反法律规定的合同不作区分宣告无效的情形比比皆是, 当事人意思自治受到严重的限制, 市场活跃度与交易效率受到极大影响。1992 年, 伴随着我国的改革开放步伐的加大, 最高人民法院的工作会谈与《合同法》的颁布, 均为市场经济发展开辟了新的道路。我国传统一直以来简单认为“违法 = 无效”的观点, 因《合同法》的明确规定而逐渐被抛弃, 相反以尊重当事人意思自治、维护交易稳定的合同法思想促进了经济社会的迅猛发展。在 2008 年世界金融危机后, 国家为进一步促进经济发展, 同时也解决在司法实践中对于合同效力过于宽泛的认定, 从而进一步对强制性规定进行限缩, 区分了效力性规定和管理性规定。

在上述立法梳理我们可以看出, 我国的民事立法在对于合同效力认定方面经历了从严到宽的过程, 从最初的违反法律、法规、规章甚至国家政策与计划便一律导致合同无效, 到今日只有违反效力性强制规定才致使合同无效, 立法有了长足的进步。但是, 对于如何区分效力性与管理性强制规定, 立法与司法解释都没能提供有操作性的方法。

## (二) 效力性规定与管理性规定区分比较法分析

### 1. 古罗马法对于强制性规定研究

古罗马法根据违反法律后所产生不同的后果, 将法律规范区分为以下几种:

(1) 最完全法律。最完全的法律是指违反此种法律, 会导致法律行为无效, 同时还会导致对行为人的惩罚。此法律类似于我国的刑法, 行为人违反此

法律的后果不仅是行为无效, 还应受到刑事制裁。

(2) 完全的法律。完全的法律是指违反完全的法律, 会导致法律行为的无效, 但不会对行为人惩罚。

(3) 次完全的法律。次完全的法律是指违反这种法律的行为可以生效, 但是行为人要受到惩罚。如我国超经营范围的营业活动, 买卖行为仍然有效的情况下, 行为人要受到行政机关的处罚。

(4) 不完全的法律。违反不完全法律, 既不会受制裁, 法律行为也不无效, 但是要行为人对行为人施以宗教或舆论的制裁, 主要见于宗教方面的规定。<sup>[2]</sup>

对违反法律的行为的后果进行如此明晰和恰当地区分, 表现了罗马人高超的法学理论水平。但是在实际操作中除非立法机关明确表态该法律是属于哪类法律外, 法官在适用法律过程中很难予以判断。其次, 完全法律、次完全法律之间的界限本身就并不明显, 在没有明确区分标准的情况下, 很容易导致司法实践的混乱。

### 2. 德国法对于强制性规定研究

德国法关于法律行为无效的规定主要体现为《德国民法典》第 134 条的规定, 但德国对于区分效力性规定和管理性规定并没有明确的标准。学界在不同阶段也产生了不同的学说: 一是引致规范说, 该说认为第 134 条不过是引致到具体的规范中, 法官尚需根据具体规范的目的来判断违反行为的后果; 二是解释规则说, 认为只要没有相反规定就应当认定无效; 三是概括条款说, 认为该条只是概括规定, 需要价值补充, 需要法官根据实际情况进行判断。<sup>[3]</sup> 根据上述理论可知, 即使有《德国民法典》第 134 条规定, 在运用该条进行实务操作时, 也需要首先对“法律禁令”的含义做出界定和区分, 进而通过法益平衡等方式综合评判。正如著名法学家拉伦兹教授认为的那样“该条款并没有具体规定什么样的情况属于完全无效”, 这一条款“事实上没有说明什么”。<sup>[4]</sup>

<sup>①</sup>2009 年 7 月 7 日颁布的《最高人民法院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》中明确了: “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即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”。

### 3. 日本法对于强制性规定研究

在日本虽然民法中没有强制性规定这一概念,而是以“违反公共秩序和善良风俗”取代“违反法律”,但在学说、判例中有“取缔规定”和“强行法规”的概念。取缔性法规是以禁止、预防一定行为的发生为其直接目的;而强行法规的直接目的却是,对于当事人通过一定的行为欲达到的私法效果的实现,国家不予以帮助。<sup>[5]</sup>在此基础上,末弘严太郎提出了三个基准:其一,使违反强制性规定的法律行为无效,是否是达到强制目的所必须的手段;其二,违反强制性规定的法律行为是否同时违反公序良俗;其三,认定法律行为无效是否会导致当事人相互之间利益关系的不公正。<sup>[6]</sup>在相当长的时期后,学说和判例都普遍认为违反强制性规定的行为虽然要受到行政制裁,但在原则上并不影响其在私法上的效力。

通过对以上各国立法例的比较研究可以看出如何界定强制性规定从而否认合同效力是各国都存在且具有普遍性的问题。各国均对强制性规定的意义做出了充分的论证:一方面考虑到国家公权力对于私权介入的干预程度从而保证交易的安全;另一方面又考虑到公权力以何种方式介入而不会对交易的稳定与安全产生影响,避免交易秩序的混乱。但是对于如何界定强制性规定,如何区分管理性规定和效力性规定,在具体操作办法上尚没有非常明确的方法。

#### (三)我国学术界对效力性规定与管理性规定区分的理论认识

管理性强制规定的概念来源于德国,指该规定的强制性质只表现为对违反行为公法上的制裁,而对其私法上的后果并不影响。<sup>[7]</sup>随后,管理性规定的概念逐渐得到学界的认可,尤其是最高人民法院做出“法释〔2009〕5号”后,学术界对于两者划分的标准主要有以下不同的理论。

史尚宽先生认为:“可认为非以为违法行为之法律行为为无效,不能达其立法目的者,为效力规定;可认为仅在防止法律行为事实上之行为者,为取缔规定”<sup>[8]</sup>。也就是说,强行法得为效力规定与取缔规定(即管理性规定),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(杜绝或禁止此类事实行为发生)为目的。陈自强现在在此基础上进一步补充认为:禁止规定若仅针对法律行为作成的态样,如营业时间的限制,属于违反取缔规定的情形;反之,禁止规定若因法律行为的内容而禁止之,属于效力规定,如禁止出售烟酒于未成年人。<sup>[9]</sup>

以苏永钦为代表的法益权衡说认为:是否否认合同的效力的判断标准是进行法益比较,用肯定合同效力所保护的法益与否认合同效力所保护的法益相比较,从而确认合同效力的方法。<sup>[10]</sup>也有一些学者在肯定法益权衡基础上,认为需要引入均衡性、必要性以及适合性等基本原则。<sup>[11]</sup>

以王利明为代表的三分法普遍认为:第一,法律、法规直接规定,违反该规定将导致合同无效或不成立的,为当然的效力性规定;第二,法律、法规虽然没有规定违反其规定将导致合同无效或不成立,但违反该规定若使合同继续有效,将损害国家利益和社会公共利益,这也属于效力性规定;第三,法律、法规没有规定违反其规定将导致合同无效或不成立,虽然违反该规定,但若使合同继续有效并不损害国家利益和社会公共利益,而只是损害当事人利益的,属于取缔性规定(管理性规定)。<sup>[12]</sup>

而王轶先生则针对强制性规定的对象也提出了三类:第一类禁止的是某一类的合同行为,当事人不得为该合同行为,只要实施该行为必然损害国家、社会利益;第二类禁止的是市场准入的主体、时间和地点等问题,它与合同行为无关,故应当被法律所允许;第三类禁止的是合同履行行为,合同本身有效,不能履行所要承担的是违约责任。<sup>[6]</sup>同时,王轶也认为在判断禁止性规定时应当综合地运用目的解释、历史理解等法解释学。

以许中缘为代表的法律行为论认为,主要将公法中对法律行为进行分类:一种是行为规范,一种是权能规范。其中权能规范又可分为资格型权能、权限型权能、方式型权能。资格型权能并不禁止行为,而禁止主体进入市场的资格;权限型权能是指主体进入市场后需具备一定权限才可实施行为;方式型权能禁止主体采用不为法律所允许的方式实施行为。另外,违反行为规范的合同无效,违法权能规范的一般为有效。<sup>[1]</sup>

史尚宽先生虽然最早对于强制性规定的概念进

行界定,并在概念上区分效力规定与取缔规定,但是对于违反法律行为与违反事实行为并未予以明确,而仅是用了一个概念来替代另外一个概念,但并未对如何区分做出明确解释。苏永钦教授的法益权衡论的区分方法虽然能够实现立法的目的,也为学界所普遍认同,但是在法益权衡过程中存在着过多的主观价值判断,也给法官自由裁量权滥用制造了土壤;此外随着法律环境的变更,法律所保护的法益也随之变化,而以具体个案来判断强制性规定不免会对法律的稳定性所造成不当的影响。王利明教授的三分论因其使用的便捷性,为目前司法实践中广为使用的方法,但是将国家利益、社会公共利益与个人利益做比较,具有不公平性,且对国家利益、社会利益的界定不够准确,对于间接侵害国家利益或侵害部分地区利益的行为是否可以界定为国家利益和社会利益并不明确。王轶的观点也有失偏颇,法律对于主体资格进行限制的规定,往往是保护一些特别重要的公共利益,如保险业、银行业等,此时违反了金融秩序的行为也应当被认定为无效合同。同时对于效力性规范运用法解释学进行分析,对于现阶段我国立法机构尚未公开立法理由书等相关材料情况下,对于立法目的,立法史实也无从考究。许中缘的法律行为论观点区分了公法与私法的概念,值得肯定,但是许中缘仅研究公法中的强制性规范的区分问题,并未涉及私法领域。在私法公法化的今天,私法领域也充斥了强制性规定的内容,若仅在公法中考虑强制性规范难免有失偏颇。

### 三、效力性规定与管理性规定区分标准的构建

强制性规定作为公法介入私法的“管道”,行使了国家公权力对经济生活的调控,以是否从法律层面确认合同效力的方式实现国家对经济层面的管理,故对于“效力性规定”的认定从整个法域的视角进行界定难免有失偏颇。而“效力性规定”的作用就是公法对私法的干预,因此笔者将我国法律以公法与私法相区分,分别对于公法和私法领域中效力性规定与管理性规定的区分标准进行界定。

#### (一)“公法”与“私法”概念的重新界定

公法与私法的划分来源于罗马法。在罗马法中,凡是规定国家公务的,以公益为目的者为公法;

凡是规定个人权利,以私益为目的者为私法。<sup>[13]</sup>随着时代的发展,对于公法、私法的划分又出现了隶属规范说、主体参与说以及新主体说等多种学说,但各种学说始终对于公私法的划分没有明确标准。直到如今,学术界普遍认为公法与私法的划分并不具有实质的意义,仅是资产阶级革命的需要以及对于审判管辖权的需要才做出的划分。<sup>[14]</sup>时至今日,公法与私法划分的标准更为模糊,民法作为典型的私法,但是在合同法里存在维护交易安全稳定的条款。公司法中充斥着公司治理结构的强制性规定,而物权法中的登记制度充满了公法的色彩。由此,学界普遍认为现阶段进入了公法私法化、私法公法化、公私不分“一元论”阶段。

笔者也赞同上述学者观点,认为在现阶段强行坚持公私分明的“二元论”已无必要。完全承认私法领域的意思自治在经济发展初期,可能对经济发展起到促进与支持的作用,但完全坚持私权利,则必然导致垄断、严重的贫富分化、侵害消费者等现象的出现,此时往往需要国家公权力对于私权的干涉与指引。相反,在公法领域完全充斥着强制性规定,则显得国家治理方面的落后、缺乏活性,对于经济发展反而起到阻碍作用。由此正如学者所述,公法进入私法的本质原因在于国家和社会对经济的忍无可忍的程度<sup>[15]</sup>。故为了更好地疏通公法介入司法的“管道”,笔者借鉴主体论的观点,重新界定公法与私法的概念,并在此基础上,对于效力性规定的认定进行阐述。

#### 1. “公法”领域区分“严格的公法”和“其他公法”

罗马法中,曾将法律分为四种,若行为人所签订的合同违反了“最完全法律”,不仅行为人所签订合同无效,反而该行为人应当受到法律的制裁。在我国各部门法中,公法占据了半壁江山,那么伴随着公法私法化的进程及国家对于经济发展的干预,原属于效力性规定的条款也逐渐变为了管理性规定,甚至一些强制性规定的设置也只是为了维护某种的行政管理的职权。因此,笔者将“公法”区分为“严格的公法”和“其他公法”,最“严格的公法”特指我国《宪法》和《刑法》。若行为人的行为或所签订的合同违反了“严格的公法”,其行为或合同当然无效,并且应当承担相应的法律责任。而“其他公法”包

含了行政法、经济法、诉讼法等相关法律。若行为人的行为或所签订的合同违反了“其他公法”,则不应简单地界定其是否属于效力性规定,而应当综合合同客体所侵害的法益进行判断。

## 2. “私法”领域区分“严格的私法”和“其他私法”

私法公法化已在现阶段成为现实。在我国已很难在现行法律框架中寻找真正意思上的“私法”。故在公、私无法明确划分的基础上,笔者借鉴主体论方法,将合同行为各方为私人的情况下,认定为“严格的私法”,而其他情况界定为“其他私法”。

### (二)在“公法”领域区分管理性规定与效力性规定

#### 1. “严格的公法”区分管理性规定与效力性规定

在“公法”中,首先区分“严格的公法”与“其他公法”。若行为人的行为或所签订的合同是“严格的公法”所禁止的,那么不仅要否认其行为的效力,同时应当根据法律的规定,对行为人的违法行为进行制裁。刑法是统治阶级对被统治阶级实行专政的工具,体现了统治阶级的意志和利益,其不同于民法和一般的行政法规,它是国家对于社会公民所要求的最低限度,是统治阶级对于违法行为的最低容忍,并以最严厉的国家强制力来保证其目的。故行为人的行为若违反了刑法的规定,不仅以否认其行为效力为后果,更是以强制剥夺行为人财产、人身自由甚至生命来进行惩罚。而宪法作为我国的根本大法,具有母法的作用,是一切法律的基础。虽然我国尚不具有违宪审查制度,但是若行为人的行为或所签订的合同公然违反了宪法,其行为和合同当然属于无效,并应受到相应的制裁。由此可见,若强制性规定属于“严格的公法”里所禁止的规定,则属于效力性规定。

#### 2. “其他公法”区分管理性规定与效力性规定

“其他公法”中的强制性规定在日常生活中比比皆是。若按照“严格公法”直接否认合同效力,则会严重挫伤经济主体的积极性,阻碍经济的繁荣。若完全置之不理,承认合同的效力,不免会发生经济上的垄断与不利益,反而与欲实现的意思自治背道而驰。一份合同是否成立应当具备三个要件:主体

适格、意思表示真实和意思表示一致。而合同是否有效则体现了国家法律对于合同的认可,更为具体的表现,是法律对于合同标的的认可。由此可见,合同是否有效,是法律对合同客体所做出的综合评价,故笔者根据合同标的所侵害的法益作为切入点进行剖析,从而反证出该法律是否是效力性规定。

在合同法范畴内,合同标的所侵害的法益主要表现为三类:其一,国家利益、社会利益;其二,国家行政管理职权;其三,私人利益及其他利益。笔者认为只有侵害国家利益和社会利益的情况下才可构成否认合同效力的依据,侵害了其他法益的情形都不能否认其效力,反而应当肯定其合同效力。

国家利益和社会利益,首先指的是整个国家和整个社会的利益,是具有公益性、整体性的利益,而非私益性、地区性的利益。即强制性规定否认合同效力的原因在于维护整个国家或整个社会的公共利益,而不是某个地区、某个集体甚至某个国有企业的私益性利益。其次,国家利益和社会利益应当具有直接性,即若肯定合同效力则必然直接地导致国家利益、社会利益受损,而非间接地受到损害。如国有企业与私营企业所签署的合同对国有企业不利益,国有企业是否能以损害国家利益为由而否认合同效力?答案当然是否定的。国有企业所代表的国家利益固然不假,但是在我国企业治理结构中,该合同所带来的不利益直接归属于国有企业,而非国家,故因该合同所侵害国家利益不具有直接性,故不能作为否定合同效力的依据。因此,只有直接侵害国家利益、社会利益的强制性规定才能作为“其他公法”中的效力性规定。

侵害国家行政管理职权的合同,应当视为国家对于市场经济秩序的维护或对社会秩序的维护,其体现了国家行政机关对于社会的治理,故对于违反该强制性规定的合同,不应否认其效力。首先,根据“社会契约理论”的传统观点,政府的职权是源自于公众权利的让渡,政府的作用是为民众的私权利而服务的,故政府的管理职权应当为民众的私权利行使便利,更不能因违反自己让渡出去的权利而否认自己的意思自治。此外,根据法益权衡的观点,否认合同的效力其所维护的法益为国家管理职权,而承认合同的效力其所维护的法益是私法的意思自治和交易稳定,在一个市场高度发达的社会,维护交易的

稳定和私权利的意思自治远比国家管理权更为重要,尤其在我国的行政管理权进行变革的时候,政府管理权的让渡对于经济的发展起到了至关重要的作用。

侵害“私人利益或其他利益的合同”,因仅涉及到私人之间的利益,故法律应当尊重当事人之间的意思自治,充分肯定其法律效力。

### (三)在“私法”领域区分管理性规定与效力性规定

#### 1.“严格的私法”区分管理性规定与效力性规定

在“严格的私法”领域,合同仅涉及合同各方的利益,故法律应当充分保护其利益,尊重当事人是意思自治,保护合同各方的利益。若合同条款出现显失公平或其他情形的,则可适用合同法的撤销权等权利来保护自己的利益。

#### 2.“其他私法”中区分管理性规定与效力性规定

在公、私法界限逐渐模糊的过程中,“其他私法”中充斥了各种公法的内容,直接或间接地影响着私法中的意思自治,然而如何对“其他私法”公法部分进行区分,而认定强制性规定,甚至当出现争议时,如何区分管理性规定和效力性规定,从而确认合同效力?笔者认为可借鉴“其他公法”的客体法益论进行辨析。只有合同标的直接侵害了国家利益和社会利益的情况下,合同才可确认为无效,否则都应当视为管理性规定而承认合同的效力。

## 四、结语

强制性规定作为国家公权力对于私权利的途径,是民法中的转介条款,如何区分管理性规定和效力性规定直接决定了国家对意思自治干预的成败。法律设置强制性规定的最初目的是为了国家、社会的公共利益,故才以违反效力性规定而否认法律行为效力,从而规避对国家、社会利益的损害。然而,纵观国内外以及笔者对于效力性规定与管理性

规定划分的判定标准,均是以先判断是否侵害国家利益、社会利益为基础,从而认定效力性规定,以此作为论证则不免出现了逆推与重复循环论证的结果。故仅从制度上设立区分两者的标准并不能从根本上解决问题,而应立法者站在综合利益衡量的高度上,从立法解释上根本规避该问题的产生。

### [参考文献]

- [1]许中缘.禁止性规范对民事法律行为效力的影响[J].法学,2010(5):67-76.
- [2]李志浩.浅析违反法律、行政法规强制性规定合同之法律效力[J].黔南民族师范学院学报,2011(5):39-43.
- [3]沈德咏,奚晓明.最高人民法院关于合同法司法解释二理解与适用[M].北京:人民法院出版社,2009:111.
- [4]卡尔·拉伦兹.德国民法通论:下[M].王晓烽,邵建东,程建英,译.北京:法律出版社,2003.
- [5]解亘.论违反强制性规定契约之效力——来自日本法的启示[J].中外法学,2003(1):10-12.
- [6]王轶.民法典的规范配置——以对我国《合同法》规范配置的反思为中心[J].烟台大学学报(哲学社会科学版),2005(3):276-282.
- [7]耿林.强制规范与合同效力[M].北京:中国民主法制出版社,2009:83.
- [8]史尚宽.民法总论[M].北京:中国政法大学出版社,2000:330.
- [9]陈自强.民法讲义I:契约之成立与生效[M].北京:法律出版社,2002:148.
- [10]苏永钦.私法自治中的经济理性[M].北京:中国人民大学出版社,2004:36.
- [11]赵振士.《公司法》第十六条作为强制性规范的效力研究[J].天府新论,2011(4):83-90.
- [12]王利明.合同法研究:第1卷[M].北京:中国人民大学出版社,2000:658-659.
- [13]王泽鉴.民法总论[M].北京:中国政法大学出版社,2001:12.
- [14]吴汉东,陈小君.民法学[M].北京:法律出版社,2013:5.
- [15]钟瑞栋.“私法公法化”的反思与超越——兼论公法与私法接轨的规范配置[J].法商研究,2013(4):117-126.