

违反强制性规定合同效力的审查方法

——基于比例原则的视角

文/王泳涌 赵玮玮

内容提要 作为违反强制性规定合同效力的审查方法方法，由规范性质说主导的“效力性/管理性”强制性规定二分法存在分类标准不清晰，且易将管理性强制性规定扩大化的弊端，从而被“规范目的解释”与“比例原则”综合考量的方法所替代。因比例原则在价值、方法与操作层面均与私法契合，且其核心在于要求手段与目的之间保持适当、必要且均衡的关系，将其引入私法领域并作为违反强制性规定合同效力审查方法具有充分的适配性。比例原则能够为法官提供一个从“目的—手段—效果”全方位审视违法合同效力的分析框架，为法官在处理疑难案件时提供一个体系化的分析工具。具体操作时比例原则的4阶子原则存在递进关系，通过前一阶子原则审查后方可进入下一阶子原则评价。

契约自由是市场经济的基石，而强制性规定则是国家为实现特定公共政策目标对意思自治所划定的边界。“出于对重要大众利益的保护，（国家）需要限制自由制定合同内容的可能性。”^① 此类限制应以维护必要的社会强制秩序为前提，并确保该强制秩序不得为任何个别意旨所改变。^② 而

如何平衡“维护法律禁令的权威”与“尊重私法自治、鼓励交易”二者之间的关系，则是合同效力制度中的最具张力的永恒难题。我国民法典第一百五十三条第一款承袭了合同法第五十二条第五项的精神并加以优化，首次以“但书”形式明确了“违反强制性规定并不必然导致合同无效”的立

① [德] 汉斯·布洛克斯、沃尔夫·迪特里希·瓦尔克：《德国民法总论》，张艳译，中国人民大学出版社2019年版，第154页。

② 朱庆育：“《合同法》第52条第5项评注”，载《法学家》2016年第3期。

场,试图摒弃过往的僵化裁判逻辑,无疑是重大的立法进步。然而,这一简约主义的立法方式,也给司法实践带来了全新的挑战。传统的“效力性强制性规定”与“管理性强制性规定”二分法,因其概念内涵的循环论证和区分标准的模糊性,在实践中饱受质疑,2023年《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》(以下简称《民法典合同编通则解释》)则由单纯的“规范性质的解释”转向“规范目的解释”与“比例原则”的综合考量,并试图构建更为精细化的分析框架,但司法实务中如何具体以比例原则视角审核合同效力的具体方法,仍有待进一步探究。

一、违反强制性规定合同效力的传统审查方法

民法通则作为新中国第一部民事基本法,未区分法律的强制性规定与任意性规定,而仅在第五十八条简单规定违反法律或者社会公共利益的民事行为无效。为弥补这一明显立法疏漏,合同法第五十二条第五项规定“违反法律、行政法规的强制性规定”的合同无效,可见当时的立法者试图将“违反法律规定”限缩为“违反法律法规的强制性规定”的方式,来减少违法性对合同效力的影响。

但司法实务中很快发现,将违反法律法规的强制性规定一概认定为无效,仍存在过于绝对化的弊端。为破解合同法第五十二条第五项适用标准过于宽泛的困境,最高人民法院于2009年先后出台了两份司法文件,正式确立了效力性强制性规定与管理性强制性规定的二元区分框架,在先颁布的《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(二)》(法释〔2009〕5号)(以下简称《合同法解释二》)第14条首次对“强制性规定”作出了限缩性解释,明确指出:“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。”这一规定意味着,只有违反“效力性强制性规定”的合同,才落入合同法第五十二条第五项的规制范围,从而为判断合同因违法而无效提供了第一层筛选标准。然而,该司法解释仅给出了“效力性”这一正面界定,却未明确何为“管理性强制性规定”,亦未阐明二者的区分标准。最高人民法院在随后发布的《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》第15条中,进一步补充了操作指引。该指导意见要求人民法院在适用前述司法解释第14条时,应当“注意区分效力性强制性规定和管理性强制性规定”,并明确了区分后的法律效果:违反效力性强制性

规定的,合同无效;违反管理性强制性规定的,则不能一概否定合同效力,而应“根据具体情形认定其效力”。上述两份司法文件相互呼应,共同构建了我国合同违法效力判断领域的“二分法”体系。自此,司法裁判逻辑完成了从“违法即无效”的粗放模式,向“区分违法类型、分别评价效力”的精细化模式的转型。依照这一分类框架,强制性规定的性质成为决定合同效力的核心标尺:唯有触及效力性强制性规定的法律行为,才遭受否定性的效力评价;若仅违反管理性强制性规定,则通常不影响合同效力,除非另有其他因素(如公序良俗)影响效力。

由于效力性强制性规定和管理性强制性规定的分类标准不清晰,且实务中存在将管理性强制性规定扩大化的倾向,因此民法典最终没有完全采取这一分类标准,而是将强制性规范界分为效力性和非效力性强制性规范,但该条仍然没有确立一个明确的判断民事法律行为无效的标准。^①之后,最高人民法院《民法典合同编通则解释》第16条成为处理违法合同效力问题的核心条款。该条在继承既有司法经验的基础上,从3个层面构建了更为精细化的裁判规则。第一层面,该条第1款以正面列举的方式,明确规定了即使合同违反法律、行政法规的强制性规定,但符合特定情形时,合同效力不受影响。这种“负面清单反向排除”的立法技术,相较于此前单纯依赖“效力性/管理性”的抽象二分法,为法官提供了更具操作性的判断依据。第二层面,该条第2款引入了“合同效力”与“合同履行”的区分思维,这是一个重要的方法论创新。根据该款规定,如果某一强制性规定主要是针对合同履行行为(而非合同订立行为)作出的,那么原则上该强制性规定不应影响合同本身的效力。只有当合同的履行必然导致违反该强制性规定,或者法律、司法解释另有特别规定时,才例外地否定合同效力。这一区分有效避免了“因履行环节违规而倒推订立行为无效”的逻辑谬误。第三层面,该条第3款着眼于公私法的协调与衔接。该款明确规定,即便合同不因违反强制性规定而被认定为无效,也不意味着违法行为可以不受追究。人民法院应当就案件中涉及的未经处理的违法行为,向有关行政管理部门发出司法建议;如果行为涉嫌构成犯罪,则应当将案件线索移送刑事侦查机关,或者告知当事人向有管辖权的人民法院另行提起刑事自诉。这一规定体现了“合同效力判断”与“违法行为制裁”

^①王利明:“论依规范目的认定合同无效:以《合同编通则解释》第16条为中心”,载《中国法学》2024年第6期。

相分离的思路,使私法上的效力评价与公法上的违法追责各司其职、相互配合,共同维护法律秩序的完整性与权威性。

对比《合同编解释二》第14条,《民法典合同编通则解释》第16条没有正面规定如何运用规范目的,而是通过引入比例原则以反向排除无效情形的方式来实现规范目的的判断。^①由此可以判断,违反强制性规定合同效力的审查方法,已放弃了单纯的“规范性质解释”而转向“规范目的解释”与“比例原则”的综合考量。但这其中的一个重要理论问题,就是源出于行政法的比例原则,是否可以适用于私法呢?

二、比例原则适用于民法的理论基础

比例原则,是指行为者应当选择有助于正当目的实现的必要手段,并且该手段所造成的损害同其所促进的利益应当成比例。^②与私法中的诚实信用原则相对应,比例原则被誉为“公法皇冠”,是宪法、行政法中评价公权力运用正当性的重要原则。比例原则起源于普鲁士的警察法,其早期影响主要局限于以警察法为代表的行政法领域和刑法领域,后德国联邦宪法法院将这一原则确认为一项宪法原则。^③

对于比例原则是否可以适用于私法领域,学者们聚讼纷纭:支持的观点认为比例原则可以适用于私法,甚至有激进的观点主张比例原则应当成为与诚实信用原则并列的民法基本原则。包括卡尔·拉伦茨^④、王泽鉴^⑤等在内的法学家、学者都持这一立场,比较有代表性的主张包括:比例原则作为目的理性的集中体现和成本效益分析的规范表达,其在私法领域同样应具有普遍适用性;^⑥比例原则在民法中的适用,兼具理论必要性与实践价值。它不仅是防止私法自治遭受公权或强势方过度干预的“防火墙”,亦可作为民

法基本原则的下位规范与司法审查工具。此外,比例原则与利益衡量理论相辅相成,共同构成民事裁判中平衡各方利益的重要方法论基础;^⑦尽管比例原则融入民法体系面临诸多现实障碍,但在充分考量其内在的双重价值及其与民法既有机制的协调关系后,应当明确承认比例原则的重要性,并在此基础上,审慎推动其在民法领域的有序接纳与适用。^⑧有学者针对比例原则的具体适用场景更进一步指出,合同无效之判定应当是在比例原则指导下的一个事实判断与价值判断的综合考量过程,比例原则的运用可以保证合同无效的判断是适度的。^⑨

当然,在此论题上亦不乏持反对意见的学者们的声音,他们认为比例原则不应当在私法中适用。具体的理由包括,民法以调整平等主体间的法律关系为本,若在此领域强行适用比例原则,不仅缺乏法理基础,更可能构成对私法自治核心价值的干预;^⑩试图通过比例原则将经济分析引入民法领域的思路,其初衷或许值得理解,但实践效果恐难如人意;^⑪比例原则之所以缺乏跨领域的普适性,根源在于其支持者混淆了两对关键概念:一是“民事立法”与“民法”本身,二是“宪法与其他部门法的关系”与“部门法自身的内容与逻辑”。^⑫

笔者肯认支持的观点。首先,在价值层面,比例原则作为权力限制的工具,其核心价值理念即禁止公权力过度在私法领域的适用,^⑬与民法所遵循的“私法自治”这一核心原则高度契合,二者之间并无内在抵牾。私法自治原则虽着重强调并尊重当事人的意思自治,赋予其在法律框架内自主决定民事行为的权限,但该原则并非毫无边界,而是存在内在的限制与约束。具体而言,当权力机关审查双方当事

①王利明:“论依规范目的认定合同无效:以《合同编通则解释》第16条为中心”,载《中国法学》2024年第6期。

②刘权:《比例原则》,清华大学出版社2022年版,第20页。

③许玉镇:《比例原则的法理研究》,中国社会科学出版社2009年版,第51~52页;郑晓剑:“比例原则在民法上的适用及展开”,载《中国法学》2016年第2期。

④[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第285页。

⑤王泽鉴:《民法总则》,中国政法大学出版社2001年版,第557页。

⑥纪海龙:“比例原则在私法中的普适性及其例证”,载《政法论坛》2016年第3期。

⑦郑晓剑:“比例原则在民法上的适用及展开”,载《中国法学》2016年第2期。

⑧杨翔宇:“论比例原则在民法中的地位”,载《河北法学》2017年第12期。

⑨黄忠:“比例原则下的无效合同判定之展开”,载《法制与社会发展》2012年第4期。

⑩梅扬:“比例原则的适用范围与限度”,载《法学研究》2020年第2期。

⑪戴昕、张永健:“比例原则还是成本收益分析:法学方法的批判性重构”,载《中外法学》2018年第6期。

⑫陈景辉:“比例原则的普遍化与基本权利的性质”,载《中国法学》2017年第5期。

⑬郑晓剑:“比例原则在民法上的适用及展开”,载《中国法学》2016年第2期。

人实施的民事行为时,若发现该行为并非基于完全的意思自由与真实的意思表示,或明显违背法律的强制性规定,权力机关有权对相关民事行为作出否定性的效力评判,即认定其无效、部分无效或者依权利人的主张而撤销。然而,权力机关所行使的效力评判权本身并非绝对可靠,存在被滥用或过度运用的潜在风险。一旦权力机关在行使此权力时超越合理限度,不仅可能侵害当事人的合法权益,还可能动摇私法自治原则的根基。因此,引入比例原则作为捍卫私法自治边界的关键工具,能够有效防范权力滥用与过度干预,确保私法自治原则在合理范畴内得以有效施行。可见相较于其他民事基本原则,比例原则在维护私法自治边界、审查合同效力方面具备独特的价值与不可替代的作用。

其次,在方法层面,比例原则作为一项基础性的利益衡量方法,在权利“限制之限制”^①方面具备独特功能,这使得其适用范围不应仅局限于宪法与行政法这两个传统法律领域。实际上,在私法领域,比例原则同样存在广泛的适用空间。比例原则本质上是一项用于调节公权力与私主体之间关系的程序性操作准则,它通过一系列层层递进的子原则逐步展开,^②对具体情境中公权力的行使是否超越合理界限进行细致审查。此处的公权力,当然也包括司法机关行使的判断权。尤其在民事裁判领域,当法官需要对个案中的民事行为作出效力评价时,引入比例原则进行综合考量具有重要价值。虽然将比例原则这一原本属于公法的原则应用于私法领域,实际上是一种跨法域的适用现象,但其正当性依据在于,私法领域无法完全排除权力的介入,甚至在某些特定情形下,私法领域可能面临权力过度介入的风险。因此,比例原则所具有的权利“限制之限制”功能,决定了其作用范围不应仅局限于宪法与行政法这两个传统法域,在私法领域同样能够发挥重要作用。通过引入比例原则,可以有效防止权力在私法中不当行使与过度介入,从而维护私法领域的公平与正义。

最后,在操作层面,从实证法学视角观之,公民基本权利与民事权利在具体内容方面存在显著的交叉情形,在价

值追求层面亦呈现出高度的契合性。这种交叉与契合性为比例原则于民法领域的适用奠定了坚实的根基,提供了必要的前提。与此同时,公法与私法并非相互独立、平行发展且互不干涉的孤立系统,而是呈现出相互渗透、相互交织的复杂态势。我们不应简单地将某一法律绝对地归属于公法或私法范畴,实际上,公法与私法在实际运行过程中往往相互融合、协同发挥作用,共同构建起一个完整、协调且有机统一的法律体系。私法并非自给自足、封闭孤立的体系,当私法内部规范不足以有效应对社会生活中复杂多变的实际问题时,援引公法规范进行必要调整不仅十分必要,而且在实践中具有可行性,反之亦然。当前,特别是通过“公法之债”的引入,公法私法化与私法公法化现象愈发普遍,这一当代立法新趋势也正是公法与私法相互融合、协同发展的具体体现。^③这是因为,债权的观念虽由私法——特别是私的财产法——发展而来,但若将债权的观念理解为要求特定人为或不行为一定行为或为给付的权利,则此种观念绝非私法所独有,而为公法与私法所共通。^④

因此,在私法中引入并适用比例原则,不仅具有重要的价值意义与现实必要性,而且在操作层面具备切实可行的条件。特别是审查违反强制性规定的合同效力的个案,必须确保目的(社会公共利益的维护)与手段(合同的无效)间的适当性,而比例原则的重心是寻求目的与手段间的均衡,^⑤引入比例原则更具说服力。

三、适用比例原则判断违反强制性规定合同效力的具体方法

依目前之通说,关于比例原则的规范内涵具有3阶结构,即适当性原则、必要性原则与均衡性原则3个次原则。其中,适当性原则亦被称为妥当性原则,是指国家措施必须适合所追求的目的或者所实现的目标。^⑥必要性原则,亦称最小侵害原则、最后手段性原则或最温和手段原则,其核心要求在于:为实现特定正当目的所采取的手段必须是必要的,且所造成的损害应控制在最小限度。具体而言,若存在多个能够达成目的的手段,则必须选择其中对合法权

①郑晓剑:“比例原则在民法上的适用及展开”,载《中国法学》2016年第2期。

②李海平:“比例原则在民法中适用的条件和路径——以民事审判实践为中心”,载《法制与社会发展》2018年第5期。

③冷传莉:“比例原则私法化的体系定位与调整对象”,载《比较法研究》2023年第4期。

④[日]美浓部达吉:《公法与私法》,黄冯明译,中国政法大学出版社2003年版,第86~87页。

⑤黄忠:“比例原则下无效合同判定之展开”,载《法制与社会发展》2012年第4期。

⑥许玉镇:《比例原则的法理研究》,中国社会科学出版社2009年版,第53页。

益损害最小、甚或完全无损的方式。^①均衡性原则，亦称狭义比例原则，该原则要求衡量为实现特定目的所采取的手段与该手段对权利造成的限制之间是否成比例。这一原则集中体现了平衡公共利益与私人利益的核心需要。^②原先比例原则主要用作审视公权行为措施之于目的正当性，但现今学界与实务界逐渐重视目的本身的正当性，所以又出现了将“目的正当原则”作为比例原则审查的预备阶段的观点。该原则要求行为者的目的是正当的，盖因“目的是行为的出发点，而目的正当是手段的前提”。^③

将比例原则引入违反强制性规定合同效力判断领域，其核心价值在于：它能够法官提供一个从“目的一手段一效果”全方位审视违法合同效力的分析框架，从而避免单纯依赖“效力性/管理性”概念标签所导致的机械化裁判。至于具体的操作方法，笔者建议可以采取以下“四步法”。

（一）第一阶段：目的正当性原则——强制性规定的审查前提

目的正当性原则要求，强制性规定所追求的目的本身必须具有正当性。换言之，法院在判断违反强制性规定合同效力之前，首先应当审查该强制性规定旨在保护的法益是否属于正当目标，如国家安全、公共健康、环境保护、金融秩序等。若强制性规定的目的本身不具有充分的正当性——例如妨碍全国统一市场和公平竞争的规定——则违反该规定的合同不应被认定为无效。这一审查环节的意义在于：只有那些服务于正当公共利益的强制性规定，才具备介入私法自治、否定合同效力的正当性基础。正如有学者所言，目的正当性是比例原则的逻辑起点，也是合法性审查向合宪性审查延伸的体现。^④

（二）第二阶段：适当性原则——强制性规定与目的之间的实质关联

适当性原则（或称妥当性原则）要求强制性规定所采取的手段必须有助于实现其追求的目的。认定合同无效只能在同“法律的意旨和目的”相符合时才予以考虑。^⑤若某一强制性规定与其旨在保护的目之间缺乏合理的因果关联，则违反该规定的合同不应被认定为无效。在司法实

践中，这一原则的适用意味着：法官需要评估，通过否定违法合同的效力，是否能够实质上促进强制性规定所保护的法益。例如，对于租赁物为违章建筑的租赁合同、无对应资质施工人订立的建设工程施工合同（建设工程质量经验收合格）等合同，为保障承租人、农民工等相对弱势群体利益，法院引入了“无效合同按有效处理”作为调和手段，可见将此类合同认定为无效合同，并不能或并不能完全有助于达到强制性规定所追求的最佳效果，故应当审慎适用效力否定。

（三）第三阶：必要性原则——效力否定是否为最小侵害手段

必要性原则要求在存在多个能够同等程度实现强制性规定目的的手段中，应当选择对合同效力、交易安全及当事人利益侵害最小的方式。换言之，否定合同效力应当被视为一种“最后手段”，仅在其他手段不足以实现强制性规定目的时，方可动用。而即使必须认定合同无效，也应当审慎判断是应当认定绝对无效还是相对无效，如果有关的处分行为相对于特定第三人所享有的权利不发生效力即可实现目的，就不应认定绝对无效。例如，公司股东订立减资协议，约定在不通知某已知债权人情形下完成减资程序，此时认定该协议相对特定债权人无效即可，而无需认定合同绝对无效。必要性原则的核心精神在于：公法目的的实现不应以过度牺牲私法自治为代价。只有当所有更温和的手段均告失效或无法达到同等效果时，合同无效这一终极武器才应当被启用。

（四）第四阶：均衡性原则——公共利益与私人利益的权衡

均衡性原则（又称狭义比例原则）则要求对合同效力予以否定所带来的公共利益增益，必须大于或至少不显著小于该否定行为对私人利益及交易安全所造成的损害。这是比例原则的最终检验关卡，也是最为核心的权衡环节。即使合同违反了具有正当目的的强制性规定，但公共利益增益明显小于私人利益损害时，或者当合同的实际履行对社会公共秩序造成的影响显著轻微，且认定合同无效将导致案件

①刘权：《比例原则》，清华大学出版社2022年版，第23页。

②蒋红珍：《论比例原则——政府规制工具选择的司法评价》，法律出版社2010年版，第41页。

③刘权：《比例原则》，清华大学出版社2022年版，第20页。

④刘权：《比例原则》，清华大学出版社2022年版，第20页。

⑤易军：“论合同违反强制性规定无效的判断标准”，载《清华法学》2024年第1期。

应用

处理结果有失公平公正时，如果由行为人承担公法责任即可实现该强制性规定的立法目的，则可以认定合同不因违反强制性规定而无效。^①例如，对于一些金额较小，杠杆比例没有显著高于场内融资融券比例的场外配资合同，均衡性原则倾向于维持合同效力，而通过行政处罚等其他方式处理违法行为。反之，在涉及重大公共利益保护的场合——如非法买卖枪支、毒品、人体组织、人体器官等——公共利益增益显然超过对个别当事人利益的保护，合同无效具有充分的正当性。

综上，将比例原则引入违反强制性规定的合同效力判断，能为法官在处理疑难案件时提供一个体系化的分析工具。比例原则的4阶子原则之间存在递进关系：目的不正当，则无需进入后续审查；目的正当但手段不适当，亦无需

继续；手段适当但非必要，应选择更温和的方案；唯有当手段既适当又必要且经过均衡性检验仍倾向于否定效力时，才最终认定合同无效。

结语

虽然前述分析框架相较于传统的由规范性质说主导的“效力性/管理性”二分法，具有显著的理论优势：它将判断焦点从对法律条文的概念性标签贴附，转向对立法目的、手段关联与利益衡量的实质性论证，从而使裁判结论更具说服力与可检验性。但是，比例原则在合同效力领域的具体适用仍有待于司法实践的进一步检验与完善，如何将这一公法工具恰当地嵌入私法体系，避免审查过泛、过深，减少裁判中的恣意，也是未来研究需要持续关注的问题。

（作者单位：中南财经政法大学 广东省高级人民法院）

^①吴光荣：违反强制性规定的合同效力——以《民法典合同编通则解释》的相关规定为中心，载《法律适用》2023年第12期。