全国法院第三十二届
学术讨论会征文

反思与重构：违法民事法律行为的效力认定

------对《民法典》第153条的重新解读

广东省深圳市宝安区人民法院　周斌 王辉 黄绪喜 黄亚文

二〇二〇年七月十七日

编号：

反思与重构：违法民事法律行为的效力认定

-----对《民法典》第153条的重新解读

论文提要：

关于民事法律行为违反强制性规定的效力认定，传统理论和司法实践试图以规范本身属性作为依据，但实质上该判断路径系倒果为因的循环论证逻辑，并无可操作性，应寻求新的适法路径。以“私法自治”的边界为基点，揭示民事法律行为与私法强制性规定的内在矛盾逻辑关系，发现《民法典》第153条第1款规定的“强制性规定”存在不周延性，厘清强制性规定与第2款中“公序良俗原则”的内在逻辑关系，明确公序良俗为私法自治的实质边界，并根据公法强制性规定所保护的秩序与公序良俗的相交关系，重构出认定违反公法强制性规定的民事法律行为效力的新适法路径，从传统法益权衡—“量”的比较，转为界定公法强制性规定所保护的秩序是否落入公序良俗的范畴—“质”的判断。（全文共约1万字）。

主要创新观点：

1.反思传统分析路径，以私法自治为逻辑起点，以公序良俗为自治边界，厘清强制性规定与公序良俗原则两者所保护的秩序之间的逻辑关系，进而分析民事法律行为无效的原因。

2.重构违反公法强制性规定的民事法律行为的效力适法路径，从传统理论法益权衡—“量”的比较，转为界定公法强制性规定所保护的秩序是否落入公序良俗的范畴—“质”的判断。

3.对《民法典》第153条的逻辑分析和重新解读，使得该法律条文，在理论上更具有自洽性，且在实务上也更具有可操作性。

以下正文

引言

关于违反强制性规定的民事法律行为的效力，目前我国立法在《民法典》第153条[①]第1款和《民法总则》第153条[②]第1款和《合同法》第52条第5项[③]中予以规定。在《民法典》和《民法总则》被颁布之前，实务中以《合同法》第52条第5项作为判断合同效力的依据：或以不违反该条为由认定合同有效，或以违反该条为由认定合同无效。在《合同法司法解释（一）》及《合同法司法解释（二）》[④]出台后，实务中关于民事法律行为违反强制性规定的效力认定路径转化为对规范性质的判断，即判定该规定为“效力性强制规定”时，合同无效；判定该规定为“管理性强制规定”时，合同有效。目前，虽然《民法典》中确立“但书”在立法上取得很大进步，但是关于如何界定条文中前后两个“强制性规定”范畴，又是新的难题。同时，在实务中，又该如何适用该法条认定民事法律行为的效力？为此，笔者以“私法自治”为边界，通过实证分析，厘清民事法律行为与强制性规定的内在逻辑关系，分析第153条的司法功能，进而提出认定民事法律行为效力的新路径。

一、传统路径之反思：倒果为因的循环论证逻辑

①《民法典》第153条“违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效。但是,该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。违背公序良俗的民事法律行为无效”。

②《民法总则》第153条“违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效。但是,该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。违背公序良俗的民事法律行为无效”。

③《合同法》第52条第5项“违反法律、行政法规的强制性规定”。

④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“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”；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）第十四条“合同法第五十二条规定的‘强制性规定’，是指效力性强制性规定”。

我国传统的分析路径采用的是性质说[⑤]，即试图从规定本身的性质入手，根据其性质得出违反该规定的后果。但实际上，这是一种倒果为因的法律思维，易陷入循环论证的泥潭。因此，对于该种分析路径，应予以反思。

（一）传统分析路径：管理性与效力性之划分

源于德国的传统民法理论，在强制性规定的基础上，学者进一步区分出了取缔性强制规定与效力性强制规定[⑥]。前者着重违反行为之事实行为价值，以禁止其行为为目的，法律效果通常需要通过解释以认定；后者则着重违反行为之法律行为价值，以否认其法律效力为目的。简言之，效力性规定是指法律、行政法规明确规定违反该类规定将导致合同无效的规定，或者虽未明确规定违反之后将导致合同无效，但若使合同继续有效将损害国家利益和社会公共利益的规定。管理性规定是指法律及行政法规未明确规定违反此类规范将导致合同无效的规定，此类规范旨在管理和处罚违反规定的行为，但并不否认该行为在私法上的效力。

我国司法实务上，亦秉承上述理论。效力性强制规定在法律中的首次确认是在《最高人民法院关于适用<中华人民共和国合同法>若干

⑤关系民事法律行为违反强制性规定的效力判定问题，德国在实务上所采标准主要有：规范性质说、规范对象说、规范重心说、规范目的说。规范性质说认为，若法律行为违反的禁止规范系单纯秩序规范或者营业警察法规，则法律行为效力不受影响，因为法律行为在私法上不具有违法性。规范对象说认为，法律行为原则上仅在禁止规范以所有当事人为对象时，才有无效的问题。规范重心说认为，法律行为原则上仅在禁止规范针对私法行为“本身”，而非其相关人事时地物时，才有无效的问题。规范目的说认为，法律行为的效力应以禁止规范目的而定，若法律行为违反禁止规范立法目的时，法律行为无效。参见苏永钦教授著:《违反强制或禁止规定的法律行为—从德国民法§134 的理论与实务操作看台湾地区“民法”§71》，载《私法自治中的经济理性》，中国人民大学出版社 2004 年版。

⑥梁慧星教授认为，区分效力性与取缔性的关键在于两点：1.效力性强制规定所规范的对象是法律行为；2.效力性强制规定所规定的法律效果，或直接规定该行为无效，或明文“禁止”该行为。参见梁慧星《民法总则重要条文的理解与适用》，载于《四川大学学报（哲学社会科学版）》2017 年 7 月。

问题的解释(二)》第十四条，合同法第5项规定的“强制性规定”，是指效力性强制规定。在最高人民法院《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》的第15、16条⑦中，也对此有相关解释。司法实务上基本都因循上述路径判断违反强制性规定的合同效力，即以该条款的规范性质为标准来判断合同效力：如果认为其属于管理性强制规定，那么合同的效力就不会受到影响；相反，若认为其属于效力性强制规定，则合同的效力就应该遭到否认。

（二）传统理论的反思：倒果为因的循环论证

但事实上，上述分析路径是倒果为因的法律思维：不是因为民事法律行为违反效力性强制规定而无效，而是因为违反该规定导致行为无效时将该规定称为效力性强制规定，这是法律解释的结果，无法成为判断效力的依据⑧。民事法律行为违反同一法律依据，在具体个案中，往往基于不同的考虑，法益权衡的结果往往不相同⑨，却得出不同的结论，严重影响了司法公信力。

---

⑦ 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》第15条“正确理解、识别和适用合同法第五十二条第（五）项中的‘违反法律、行政法规的强制性规定’，关系到民商事合同的效力维护以及市场交易的安全和稳定。人民法院应当注意根据《合同法解释（二）》第十四条之规定，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”。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。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”。

⑧参见朱庆育：《<合同法>第52条第5项评注，载《法学家》2016年第3期。

⑨2006年到2015年全国法院审结的455件公司未经法定程序对外担保的商事案件进行统计分析：认定担保合同有效的判决占49.8%，而认定担保合同无效的判决占50.2%。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>理解与使用》，人民法院出版社，2019年12月第1版，第179页。

表 1：最高法院适用《公司法》第十六条认定民事法律行为效力相关案例

案号	裁判理由	效力
（2016）最高法民再 207 号	《公司法》第十六条调整的是公司内部管理事项，未明确规定公司违反该条对外提供担保将导致担保合同无效，并非规制公司对外担保合同的效力性强制规定。不能仅依据《公司法》第十六条的规定否定公司对外担保合同的效力。	有效
（2017）最高法民终 610 号	《公司法》第十六条所规定的公司对外担保须经股东会决议是公司对内的程序性规定，并不涉及公司以外第三人的审查义务。公司是否召开股东会以及是否形成决议，是公司内部控制程序，不能约束与公司进行交易的第三人。	有效
（2016）最高法民再 194 号	《公司法》第十六条系规范公司治理的管理性规范，在公司内部对股东、董事、监事及高级管理人员具有普遍约束力，但对外并不发生影响合同效力的法律约束力，债权人对公司担保是否经决议机关决议或是否经股东同意不负审查义务。	有效
(2016)最高法民申 809 号	《公司法》第十六条的规定是管理性强制规范，而非效力性规范，主要适用于调整公司内部法律关系，不能对抗债权人等公司以外的善意第三人。	有效
（2016）最高法民终 380 号	《公司法》第十六条的规定，是为公司防范风险所作的规则指引，是公司的内部治理规范，公司以自己名义所进行的担保行为应认定为是该公司的行为，其内部的风险管理规定不影响公司对外行为的效力。	有效
（2017）最高法民再 209 号	《公司法》第十六条规定，在公司为他人提供担保这一可能影响股东利益的场合，立法规定了公司机关决议前置程序以限制法定代表人的代表权限。这种以决议前置的方式限制法定代表人担保权限的立法安排，其规范意旨在于确保该担保行为符合公司的意思，不损害公司、股东的利益。	无效
（2017）最高法民再 258 号	《公司法》第十六条目的是防止公司股东或实际控制人利用控股地位，损害公司、其他股东或公司债权人的利益。公司提供相关的股东会决议，未得到股东会决议追认，而未能尽到基本的形式审查义务，从而认定公司法定代表人代表公司在《增资扩股协议》上签字、盖章行为，对公司不发生法律效力。	无效

以《公司法》第十六条的适用为例（如表 1 所示），若基于交易安全的考虑，就会得出管理性强制规定的结论，然后再用该结论去论

证此规定不应该约束交易相对人，认定合同有效；同时，若基于恶意或其他价值考量，就会得出效力性强制规定的结论，再用该结论论证此规定应当约束当事人，认定合同无效。先基于不同考虑，将该规定解释为效力性或管理性强制规定，再根据划分规定的性质认定行为的效力，此种分析逻辑实为欠妥，应寻求新的适法路径。

二、新路径之探索：以“私法自治”为边界实证分析

私法自治系民法的基石，奠定了整个民法体系。探索民事法律行为效力分析新的路径，应以“私法自治”作起点再出发。

（一）探索的起点：界定“私法自治”的边界

“私法自治”指民事主体根据自己的意思为自己形成法律关系的原则。这意味着，自己的法律地位自己决定，他人的法律地位未经其本人同意不得改变，同时基于自己的意思形成的法律关系须得到法律制度的承认。⑩私法自治抽象地要求与私法秩序存在内在关联性。民事主体只能通过私法自治形成法律关系，这种法律关系构成私法秩序的典型法律制度，同时，民事主体仅能以私法秩序所认可的民事法律行为设定权类型形成法律关系。⑪换言之，基于私法自治形成的法律关系，系由私法秩序所决定。虽然民事主体可以在私法自治的范围内自主决定为或不为某一民事法律行为，但是，其只能在私法秩序所规定的范围内进行设权活动，并以私法秩序所认可的方式形成私法秩序所允许的法律关系。正因为民事法律行为需在私法秩序所认可的范围内，故私法秩序赋予民事法律行为以民事主体欲发生的法律效力即民

⑩参见朱庆育:《私法自治与民法规范 凯尔森规范理论的修正性运用》，载《中外法学》2012 年第 3 期。
⑪【德】迪特尔·梅迪库斯著、邵建东译：《德国民法总论》，法律出版社 2001 年版，第 2 页。

事法律行为有效。反之，若民事法律行为不为私法秩序所认可，则私法秩序必不会赋予其民事主体欲发生之效力即行为效力受到否定评价，民事法律行为无效。因此，欲要判断行为的效力，就必须界定不为私法秩序所认可的范围，亦可言之为“私法自治”的边界。

（二）探索的路径：从“意思”入手的逻辑分析

强制性规定是指当事人不能按照自己的“意思”拒绝或改变规则。法律行为是指当事人按照自己的“意思”产生法律效果的行为。根据强制性规定和法律行为的定义，强制性规定中限定自治的“意思”和法律行为的自治“意思”存在不相容的逻辑关系。根据大陆法系私（民）法和公法二分法，将法律行为分为私（民）法上的法律行为即民事法律行为和公法上的法律行为，强制性规定划分为私（民）法强制性规定和公法强制性规定⑫，两者之间逻辑关系如下图 1：

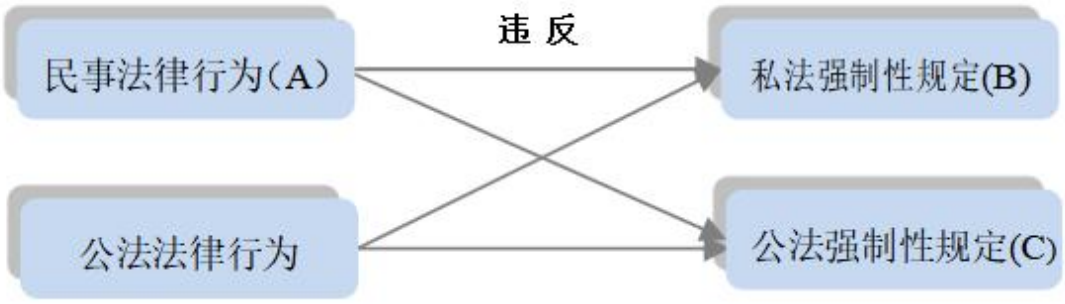

图 1：法律行为违反强制性规定的情形

以下通过形式逻辑，论证法律行为与强制性规定的逻辑关系：

设 A 为民事法律行为，a 为 A 的表示“意思”，Q 为意思自治的范围，B 为私法强制性规定，C 为公法强制性规定，A→B 代表 A 违反

⑫参见梁神宝：《违反强制性法规的合同效力--基于瑞士法的考察》，载《华东政法大学学报》2017 年第 1 期。

B 的情形，A→C 代表 A 违反 C 的情形。

1.民事法律行为与私法强制规定的形式逻辑关系

前文已经论述，民事法律行为只有在私法自治的范围内时，私法秩序才赋予民事法律行为以民事主体欲发生的法律效力，即民事法律行为有效。由此可见，当 a 属于 Q 时→A 有效，为真命题，故 a 不属于 Q 时→A 有效，必为假命题。

而 A 的最终效力状态只有有效（R）或无效（非 R）两种状态。R 与非 R 必为一真一假，故若 A 有效为假时，则 A 无效必为真，即当 a 不属于 Q 时→A 无效。

私法强制性规定在定义上含有限制私法自治的“意思”即不得意思自治（非 Q）。当 A 违反 B 时，a 属于非 Q 即 a 不属于 Q，故 A 无效。

由此可得，当民事法律行为违反私法强制性规定时，民事法律行为无效。在民事法律关系中，民事主体意思自治的边界即为私法强制性规定，民事法律行为中当事人的“意思”与强制性规范中的内容即限制当事人的“意思”是完全相互排斥的矛盾关系。正是这种矛盾关系，必然导致违反私法强制性规定的民事法律行为（图 1：A→B），必须作出否定性评价，即认定为无效。否则，仍作出肯定性评价，认定为有效，那么私法强制性规定的内容将不再是“不能拒绝或改变规则”而是“允许当事人自行约定”；或民事法律行为是可以违反包括私法强制性规定在内的一切民事法律，即当事人意思自治行为（民事法律行为）是没有任何民事法律边界的行为。

2.民事法律行为与公法强制规定的形式逻辑关系

公法强制性规定在定义上并未明确限制私法自治的“意思”，即既可能存在限制私法自治的“意思”，也可能存在不限制私法自治的“意思”。因此，若 A 违反 C，当 a 属于 Q 时→A 有效；当 a 不属于 Q 时→A 无效。即民事法律行为违反公法强制性规定时，民事法律行为效力不能直接认定为有效或无效，需进一步确认 a 是否属于 Q。

民事法律行为中的“意思”与公法强制性规定内容是不完全相互排斥的非矛盾关系。正是这种非矛盾关系，民事法律行为违反公法强制性规定时（图 1：A→C），在形式逻辑上，只是存在公法上的违法性评价，而不是私法上的违法性评价。因此，不必然产生私法上的法律评价即效力评判，其效力认定需根据其是否突破私法自治的边界而定。

（三）探索的初心：界定强制性规范的范畴

关于何种规定属于第 153 条第 1 款的前部分“强制性规定”，何种规定属于后部分“强制性规定”，是本文探索的初心所在。

《民法典》第 153 条第 1 款：违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效，但是该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。该条文包含以下两命题：（1）有的“强制性规定”导致违法的民事法律行为无效；（2）有的“强制性规定”不导致违法的民事法律行为无效。条文中的“强制性规定”是不周延的。结合上文的推理结果：民事法律行为违反私法强制性规定时民事法律行为无效，即所有的“私法强制性规定”导致违法的民事法律行为无效，那么，

不导致违法民事法律行为无效的强制性规定必然存在于公法强制性规定中，也即有的公法强制性规定导致违法的民事法律行为无效，有的公法强制性规定不导致违法的民事法律行为无效。

由此，《民法典》第 153 条第 1 款前文的“强制性规定”范畴可以界定为所有的“私法强制性规定”和有的“公法强制性规定”，后文的“强制性规定”范畴可以界定为有的“公法强制性规定”（如图 2 所示）：

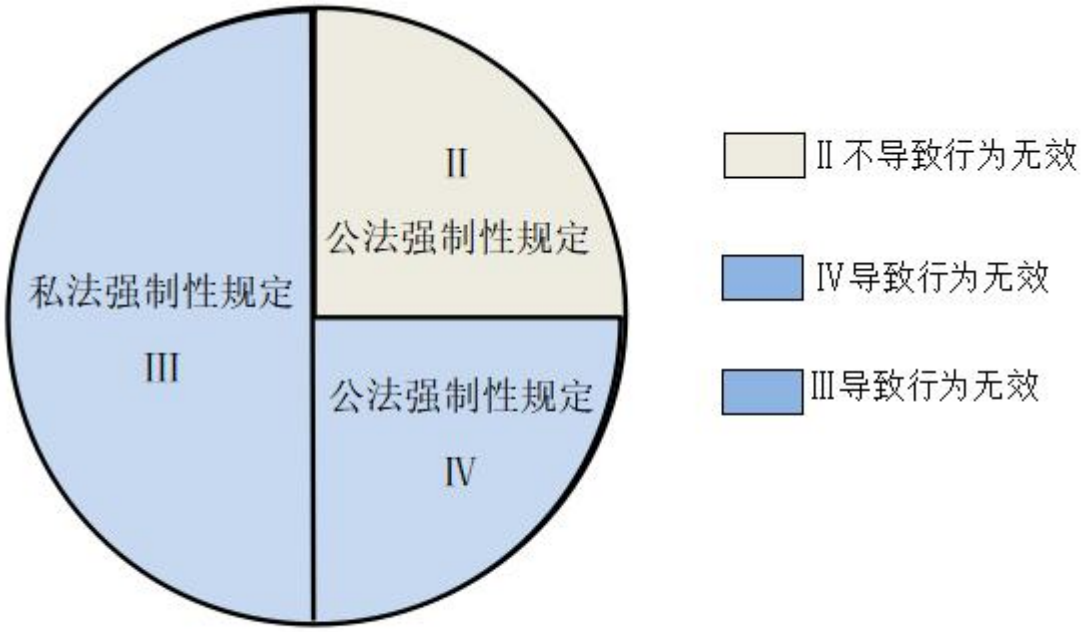

图 2：强制性规定的范畴与民事法律行为的效力关系

《民法典》第 153 条第 1 款可以解读为：违反“私法强制性规定”的民事法律行为无效；违反“公法强制性规定”的强制性规定的民事法律行为无效，但是该“公法强制性规定”不导致该民事法律行为无效的除外。

（四）探索的发现：“公序良俗”为自治的实质边界

1. 边界的形式与实质：强制性规定与“公序良俗”

前文已论述，私法自治的边界形式上表现为立法上的强制性规定，但实质上的界限可以由希腊法律格言概括为“行使自己的权利不以伤害他人权利为限”，也就是说以不得损害他人的权益，乃社会最基础的秩序为界限，即广义上的公序良俗⑬。在立法上，我国《民法典》第153条第2款规定“违背公序良俗的民事法律行为无效”。此外，大陆法系国家在私法立法上，通常把违反公序良俗的民事法律行为无效，作为最后底线，如德国⑭、法国⑮、日本⑯等。在理论上，我国亦有学者将公序良俗原则作为认定违反强制性规定的民事法律行为的效力依据⑰。以上表明，公序良俗系私法自治的实质边界，而私法上强制性规范仅是立法者基于当时的认知范围和价值判断对一些常见违反公序良俗行为的有限列举。

2. 效力判断的新参照标尺：公序良俗

强制性规定为公法上强制性规定时，由于公法强制性规定设立目的不同于私法，并不是限定民事主体的自决范围，而是为了管理或者其他需要，故在民事法律行为违反公法上强制性规定时，该规定往往未明确私法上民事行为的效力状态。此时，法官需进行利益权衡，才

⑬公序良俗主要包括公共秩序和善良风俗两个方面。公共秩序主要是维护国家的稳定，一般规定违反国家公序、限制经济自由、违反公平竞争、违反消费者保护和违反劳动者保护的行为。而违反善良风俗系属于民法概念，系道德评价标准，一般包括以下类型：违反性道德的行为、赌博行为、限制人身自由的行为、违反家庭伦理道德的行为、违反职业道德的行为、诱使他人违反合同的行为、暴利行为、对违反道德目的的无偿资助行为等。参见沈德咏主编：《<中华人民共和国民法总则>条文理解与使用》，人民法院出版社，第1018页。

⑭陈卫佐译注：《德国民法典》，法律出版社，2006年版，第49页。第138条第1款“违反善良风俗的法律行为无效”。

⑮费安玲、丁玫译：《意大利民法典》，中国政法大学出版社，1997年版。第6条规定“当事人不得以特别约定违反有关公共秩序和善良风俗的法律”。

⑯王书江译：《日本民法典》，中国法制出版社，2000年版。第90条规定“以违反公共秩序和善良风俗的事项为目的的法律行为无效”。

⑰参见董万程、王继君：《<民法总则>中的效力性强制性规定立法问题研究》，载《法律适用》2017年第11期“法学论坛”。

能判断行为效力⑱。通过利益权衡，可以发现私法所保护交易安全、信赖利益在一定程度扩大民事主体的自治范围，而法律所保护国家利益、公共安全、某些民事权利（婚姻自由权利、劳动权、休息权）等，一定程度限定民事主体的意思自治。故笔者认为，无论是通过利益权衡确定行为效力，还是以划分法律规定的性质或引入比例原则⑲来判断合同效力，归根到底都是为了界定私法自治的范围。

而如何界定私法自治的范围，应从法律设定的基础原则进行判断。无论是私法还是公法，在法律制定时，立法者均需考虑社会公共利益（公序良俗）。虽然公序良俗为私法自治的实质边界，但如图 2 所示，公法强制性规定并不必然是界定私法自治的边界。此时，需要厘清公序良俗与强制性规定所保护秩序的逻辑关系。

（1）强制性规定所保护秩序与公序良俗存在相交关系

公法强制性规定所保护的秩序在逻辑上与公序良俗存在五种逻辑关系，即分离关系、重合关系、两种包含关系及相交关系，如以下图 3（α 代表公序良俗、β 代表公法强制规定所保护的秩序）：

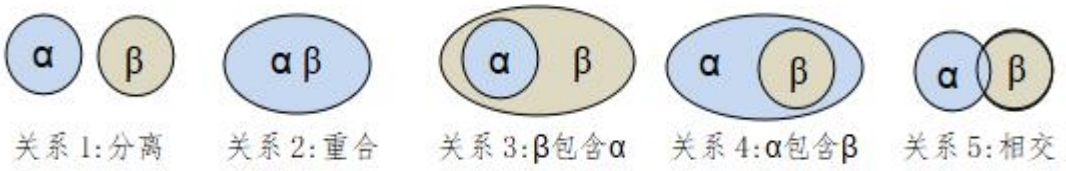

图 3

以下通过举例论证的方式，确认公法强制性规定所保护的秩序在

⑱参见张新：《 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》，载《安徽大学学报(哲学社会科学版)》2020 年第 2 期。

⑲比例原则包含“适当性”、“必要性”和“均衡性”三个子原则，其通过对“手段”和“目的”之关联性的考察，以确认国家权力对公民基本权利的干预有无逾越必要的限度。参见郑晓剑：《比例原则在民法上的适用及展开》，载《中国法学》2016 年第 2 期。

逻辑上与公序良俗的具体逻辑关系。如刑法所保护的秩序必然落入公序良俗的范畴，所以排除关系 1。而对于违反公序良俗中的性道德的民事行为在公法上并无相应的强制性规定,所以排除关系 2 及关系 3。有些强制性规定所保护的秩序并不落入公序良俗的范畴,如后文的例 4，故排除关系 4。所以公法强制性规定所保护的秩序在逻辑上与公序良俗仅可能存在相交关系。

（2）公法强制性规定与民事法律行为的内在逻辑关系

上述论证公序良俗与公法强制性所保护的秩序存在相交部分,而公序良俗为私法自治的实质边界。由此可得，公法强制性规定与民事法律行为有以下逻辑关系：当公法强制性规定所保护的秩序落入公序良俗的范畴时，该公法强制性规定导致民事法律行为无效；当公法强制性规定所保护的秩序不落入公序良俗的范畴时,该公法强制性规定不导致民事法律行为无效。

综上分析，私法强制性规定在形式上为私法自治的边界，在实质上为公序良俗原则的列举,故私法强制性规定可直接导致违法行为无效。而公法强制性规定需判断其所保护的秩序是否落入公序良俗的范畴，才能进而根据该强制性规定判断行为的效力。最终可以汇总成以下列逻辑图（图 4）：

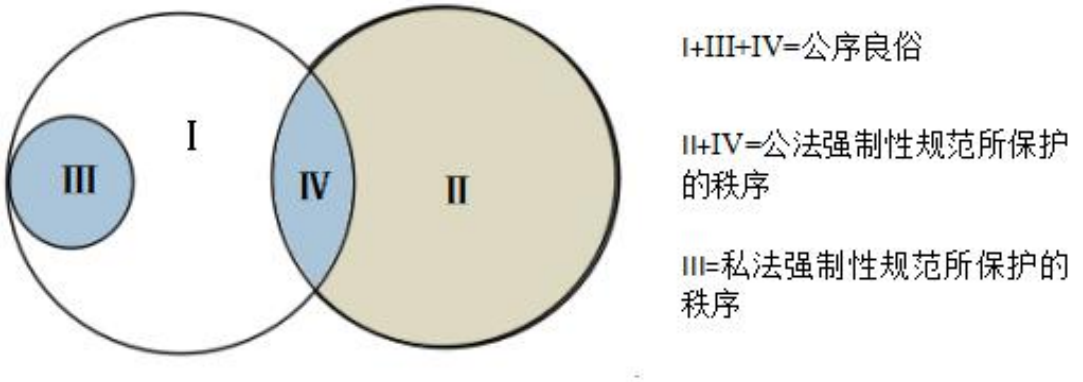

图 4：公序良俗与强制性规定所保护秩序的逻辑关系

三、适法路径之重构：以公序良俗为判断的标准

（一）借鉴他国理论，明晰规范的功能

1. 德国民法第 134 条的功能

德国《立法理由书》关于第 134 条[20]的记载如下：“该规定特别考虑到那些公法中涉及的民事法律行为的禁止性法律，特别是《刑法典》中的强制性规定”[21]。由此可得，德国设定第 134 条目的是将刑法中强制性规定通过该条介入私法领域。只有民事法律行为具有严重违法性，才能构成刑法上的犯罪行为。故民事法律行为违反刑法时无效，这是不证自明的，即可直接引用此条确定效力，实现了“管道”作用。但随着社会的发展，为了社会管理需要，强制性规定普遍存在行政法中。此时，违反强制性规定，不能像最初设定的一样直接认定无效。因此，对于违反强制性规定的民事法律行为效力，德国学者亦

[20]陈卫佐译注：《德国民法典》，法律出版社，2006 年版，第 49 页。第 134 条“除基于法律发生其他效果外，违反法律禁止规定的法律行为无效”。
[21]【德】维尔纳·弗卢梅著、迟颖译：《法律行为论》，法律出版社 2012 年版，第 402 页。

在不断探索。为此，技术操作上，德国学者主要有三种不同观点[22]。第一、该条起引致规范作用。德国学者（Flume）认为，德国民法典134条本身没有独立的规范内涵，亦无解释规则意义，单纯引致到某一具体规范，而法官根据具体强制性规定的立法目的来认定行为的效力。第二、该条具有解释规则。德国学者（Canaris）认为，认定民事法律行为违反强制性规定的后果时，除另有规定外，“原则上”即应属无效，肯定国家透过立法对经济、社会秩序的干预。第三、概括条款。德国学者（Westphal）认为，技术上对民事法律行为是否构成对强制性规定的违反，需法官独立的价值权衡，根据具体情况进行判断。为使私法与公法得到更加精密的配合，该条款具有授权性质，赋予法官自由裁量权。

2.《民法典》第153条第1款的功能定位

我国《民法典》第153条第1款与德国民法典第134条在体例、文义非常接近，所以在分析我国第153条第1款功能的时，可以借鉴德国的理论。对于该条的基本功能，笔者亦认为如同德国民法典的134条的功能一样，具有公法进入私法的“管道”作用。苏永钦先生亦认为，强制性法律规定是国家行政权力透过法律干预经济、社会秩序的表现形式，它多规定于公法中[23]。其虽为公法，一般而言不影响民事行为的效力，但违反这些公法性质的法律、法规强制性规定的行为，应使其无效，否则强制性规定的法意将失去其基本价值，形同虚

---

[22]以下三种不同观点参见于王晓华译《德国民法通论》（下），法律出版2003年版，第588页。

[23]参见苏永钦教授著：《违反强制或禁止规定的法律行为—从德国民法§134 的理论与实务操作看台湾地区“民法”§71》，载《私法自治中的经济理性》，中国人民大学出版社2004年版。

设。[24]为此，《民法典》第 153 条第 1 款规定违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效，于是法律和行政法规中的强制性法律规定得以“合法”地通过《民法典》第 153 条第 1 款这一“管道”而进入有关基本民事生活和市场交易的私法领域，从而实现其干预目的。

至于技术功能，苏永钦先生认为借鉴德国学者有三种不同观点，《民法典》第 153 条第 1 款具有引致规范、解释规则或概括条款三种功能。但笔者认为，技术上功能仅有引致功能与概括功能。因为所谓“解释规则”即通过对强制性规定的解释进而确定民事法律行为的效力，如前文所论述是倒果为因的循环论证逻辑，故“解释规则”并不是一种可行的技术功能。对于技术上的两种功能，在公私法上亦有所区别。当强制规定属于私法强制性规定时，第 153 条第 1 款具有引致功能，可直接根据此条确定违反私法强制规定的民事法律行为无效。而当该强制规定属于公法上的强制规定时，第 153 条第 1 款具有概括功能，即在确定违反强制性规定的民事法律行为的效力时，需要法官通过法益权衡等方式来判断行为的效力。

（二）重构适法技术功能，以公序良俗为参照标尺

为使认定民事法律行为违反强制性规定的效力的技术功能更加具有操作性，结合前文功能分析及探索的结果，可以重构出以下效力认定的路径图（图 5）：

[24]参见龙卫球：《公法和私法的关系——现代立法理论》，载《研究资料》2004 年第 17 期。

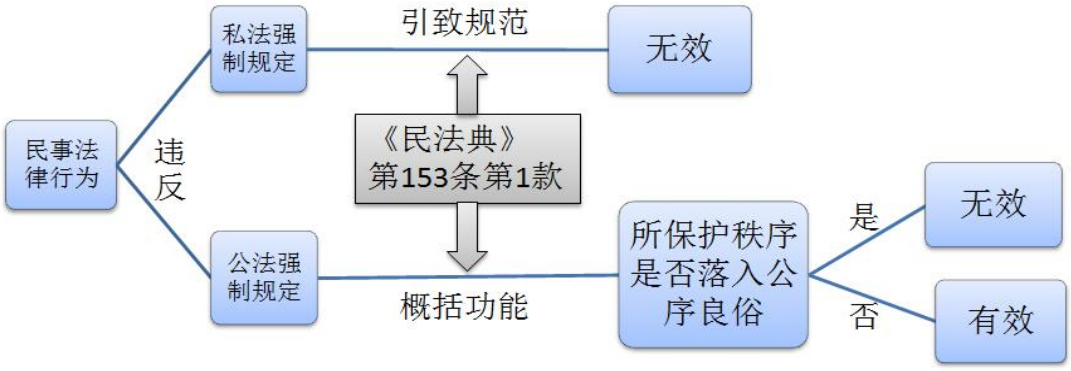

图5：违反强制规定民事法律行为效力判断路径图

1.违反私法上的强制性规定--引致规范

私法强制性规定在形式上为私法自治的边界，在实质上为公序良俗的列举。如此，当民事法律行为违反私法强制性规定时，必然突破私法自治的边界，触及该强制性规定所保护的秩序，并且违反公序良俗原则。因此，无论该强制性规定是否明示违法行为无效，如上述图5，可发挥《民法典》第153条第1款引致规范的作用。此时，该强制性规定属于第153条第1款前部的“强制性规定”，可以依据第153条第1款直接认定民事法律行为的效力。以下案例1[25]与案例2[26]反映传统判断效力困境，进而凸显图5判断路径的可操作性。

案例1：审判法院认为，《公司法》第十六条及被告公司章程第三十九条第二款、第三款均规定：“公司为公司股东或者实际控制人提供担保的，必须由股东会作出决议”；“前款规定的股东或者受前款规定的实际控制人支配的股东，不得参加前款规定事项的表决。该项表决由出席会议的其他股东所持表决权的过半数通过”。案涉股权转让合同订立时，两原告均系鑫海公司股东，应当知道上述规定，即被告公司为其股东担保应当经过被告公司股东会决议，并经其他股东所持表决权的过半数表决通过，而不属于公司法定代表人、负责人的权限。《合同法》第五十条规定：法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外，该代表行为有效。因被告公司为案涉股权转让合同提供保证未经股东会决议，故时任被告公司总经理的蒋某在案涉股权转让合同上加盖被告公司印章的行为，超越了被告海公司章程所规定的权限，对此，原告应当知道，故该代表行为无效。

[25]案例1：详见最高人民法院作出（2017）最高法民再209号的民事判决书。
[26]案例2：详见最高人民法院作出（2018）最高法民再403号的民事判决书。

案例 2：债权人主张某公司在借款合同中担保人处盖有公章，应承担连带担保责任。审判法院认为，《公司法》第十六条关于“公司为公司股东或者实际控制人提供担保的，必须经股东会或者股东大会决议”的规定，属于公司管理性强制性规范，未经股东会决议的担保行为并不符合《合同法》第五十二条规定的合同无效的情形，故该公司应承担连带担保责任。

上述两案例中，为同一法律的适用，却作出两种完全不同的裁判结果。之所以产生这种现象，是因为传统判断路径陷入倒果为因的循环论证逻辑。不同裁判者基于不同考虑，导致法益权衡的结果不同，进而解释出所谓规定“属性”的不同，并作出不同的裁判结果。若根据判断路径图，则上述两案例，因《公司法》第十六条属于私法强制规定，公司对外担保行为违反了该私法强制规定，即可直接延引第 153 条第 1 款规定的法律后果，认定公司未经股东会议或董事会决议的对外担保行为无效。

此外，法院在认定合同的效力状态时，最终状态仅有有效与无效（含部分无效及向后无效），在私法自治范围进行行为，民事法律行为有效；超越私法自治范围进行行为时，民事法律行为无效。值得说明的是，有些学者认为会存在效力待定、可撤销等情形，此两种情形仅为理论上分类，在司法裁判上必须最终判定为有效或无效的一种确定的状态，才能实现司法定分止争的司法目的。

综上所述，明确第 153 条第 1 款仅起到引致规范作用，对于司法实务有非常积极的现实意义，可以避免司法裁判中对民事法律行为在违反私法强制性规定时，陷入如前文所述倒果为因的“效力性强制规定”与“管理性强制规定”的划分逻辑，并因仁者见仁智者见智作出的不同判断。

2. 违反公法上强制性规定--概括功能

民事法律行为违反公法上的强制性规定时，可以根据其是否违反公序良俗原则作为参照依据进而认定其效力，即判断该公法强制性规定所保护的秩序是否落入公序良俗范围。

（1）违反公法强制性规定—无效的情形

民事法律行为违反公法上的强制规定时，如果该公法强制性规定所保护的秩序落入公序良俗，即如**图 4：Ⅳ部分**，则该民事法律行为无效。假如强制性规定所保护的法益系人身和人格权利、基本政治权利和某些民事权利（婚姻自由权利、劳动权、休息权）等，民事法律行为违反这些强制性规定时，同时侵犯他人的人身人格权利及基本政治权利等，那么，显然亦已经违反公序良俗原则，即此部分公法强制规定所保护的秩序。如案例 3[27]：

> **案例 3：原告主张与被告签订的《租权转让协议》因违反《中华人民共和国消防法》第二十八条而无效。审理法院认为，《中华人民共和国消防法》第二十八条“任何单位、个人不得损坏、挪用或者擅自拆除、停用消防设施、器材，不得埋压、圈占、遮挡消火栓或者占用防火间距，不得占用、堵塞、封闭疏散通道、安全出口、消防车通道。人员密集场所的门窗不得设置影响逃生和灭火救援的障碍物”为管理性强制规定而非效力性强制规定，认定《租权转让协议》有效。**

在案例 3，裁判者认定《消防法》第二十八条为管理性规定，进而认为该协议有效。如前所述，本案审理亦陷入倒果为因的循环论证逻辑，此处不赘述。笔者认为，判断《租权转让协议》违反《消防法》第二十八条是否有效，应分析该条所保护的秩序是否属于公序良俗的范畴，即《租权转让协议》是否违反公序良俗原则。毫无疑问，该规

---

[27]案例 3：详见兰州市中级人民法院作出（2019）甘 01 民终 1561 号的民事判决书。

定属于强制性规定。但该规定属于公法强制性规定，不能直接引用《民法典》第153条第1款直接认定租赁行为的私法效力。此时，可结合第153条第1款的概括功能进行分析。该案例中，《消防法》第二十八条设定行政管理的目的为不得占用消防通道，同时，该条亦系为了消防安全，防止在出现消防事故时，因占用消防通道而导致无法处理消防事故，进而危害民众的生命财产安全。因此，该《租权转让协议》租赁标的物系消防通道，存在危害民众生命财产安全的可能性，显然已违反了公序良俗原则，故该强制性规定应属于第153条第1款前部分的“强制性规定”。因此，违反《消防法》第二十八条的租赁行为，应认定为无效。

（2）违反公法强制性规定—有效的情形

民事法律行为违反公法上的强制规定时，如果该公法强制性规定所保护的秩序未落入公序良俗，即如**图4：Ⅱ部分**，则不影响民事法律行为的效力。如案例4[28]：

案例4：原告主张与被告签订的《转让协议》及《网吧转让补充协议》的因违反《互联网网上服务营业场所管理条例》第十二条而无效。审理法院认为，《互联网网上服务营业场所管理条例》第十二条“互联网上网服务营业场所经营单位不得涂改、出租、出借或者以其他方式转让《网络文化经营许可证》”为管理性强制规定而非效力性强制规定，认定《转让协议》及《网吧转让补充协议》有效。

在案例4中，裁判者亦系从传统规范属性进行分析，认为该协议违反的强制性规定系管理性强制规定而有效。笔者认为，协议有效并非因为该强制性规定为管理性强制规定，而是因为该协议虽然违反了相关行政法规，但该行政法规所保护的秩序--网络文化经营的行政许

[28]案例4：详见济南市中级人民法院作出（2019）鲁01民终4636号的民事判决书。

可--并未落入公序良俗的范畴，未突破私法自治的边界，因此，该协议并未违背私法所保护的秩序，故应判定为有效。

结 语

综上所述，关于违法民事法律行为的效力，传统的适法路径，实际上是倒果为因的循环论证逻辑，并无可操作性。《民法典》第153条第1款可以重新解读为：违反（私法）法律的强制性规定的民事法律行为无效；违反（公法）法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效，但是该（公法）法律、行政法规的强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。民事法律行为违法（公法）法律、行政法规的强制性规定效力的认定，并非建立在该行为是否存在公法的违法性，而是在于（公法）法律的强制性规定所保护法律秩序是否亦为私法所保护的秩序--公序良俗，故依据私法自身的法律评价体系而判断其法律效力。为发挥第153条第1款的“管道”功能，结合第153条第2款关于违法“公序良俗”无效的立法目的，可以公序良俗原则作为认定违反（公法）法律、行政法规的强制性规定的民事行为效力参照标准：如果（公法）法律的强制性规定所保护法律秩序并不属于“公序良俗”的范畴，则即使民事法律行为违反了（公法）法律的强制性规定亦有效；否则，为无效。据此，关于违法民事法律行为的效力的适法路径可从传统法益权衡—“量”的比较，转为界定公法强制性规定所保护的秩序是否落入公序良俗的范畴—“质”的判断。总之，通过上述方式对《民法典》第153条的重新解读，不但在理论上更具有自洽性，而且在实务上更具有可操作性。