

# 论民法中强制性规范的类型

钟瑞栋\*

## 内容摘要:

妥当划分和识别强制性规范的不同类型,是法院对强制性规范进行解释与适用的前提。传统的划分方法是在民法规范“二元论”思想指导下的“二分法”方法,但这种划分方法存在诸多缺陷,应当代之以民法规范“五分法”思想指导下的“七分法”方法,才能周延地揭示出强制性规范的全貌,并为法官妥当适用强制性规范奠定基础。

## 关键词:

强制性规范;类型;效力

## 引言:强制性规范的既有分类及其不足

### (一)既有分类理论的基本理路

在我国,强制性规范的分类理论源自台湾地区的民法理论。以史尚宽先生为代表的台湾地区民法学者,对强制性规范的分类问题作了系统的研究。在名称上,一般把强行性规范作为上位概念,涵摄强制性规范和禁止性规范,禁止性规范又包括效力规范和取缔规范。在划分方法上,采用的是民法规范“二元化”思想下的“二分法”(实质上是“二进制”方法)。其基本理路可以分为四个层次:

第一层次,民法规范,依其是否可由当事人在法律行为中排除适用,分为任

---

\* 厦门大学法学院副教授,法学博士,硕士生导师,主要研究方向为民商法和知识产权法。

任意性规范和强行性规范。强行性规范要求人们必须遵守,不得以协议加以变更。民法有关民事主体的权利能力、行为能力之规定,关于法人设立、变更、终止之规定,关于物权种类、物权之内容、物权变动之规定,关于诉讼时效之规定等,均为强行性规范。任意性规范则是指允许当事人以协议变更,法律之规定仅作为当事人意思之补充的民法规范。<sup>〔1〕</sup> 第二层次,任意性规范,依其功能的不同,可分为补充性的任意性规范和解释性的任意性规范。所谓补充法乃于当事人就某一法律关系意思有欠缺时由法律设立准则以补充当事人意思之所不备;反之,当事人就某一法律关系另有意思时则依其意思赋以法律效果,从而排斥补充规定之适用。<sup>〔2〕</sup> 第三层次,强行性规范,依其强制的方法和目的的不同,可分为强制性规范和禁止性规范。“强制规定者,法律命令为一定行为之规定也;禁止规定者,法律命令不为一定行为之规定也。”<sup>〔3〕</sup> 第四层次,禁止性规范,依其禁止的目的及对法律行为效力的影响不同,可分为效力型的禁止性规范和取缔型的禁止性规范。“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。”<sup>〔4〕</sup>

## (二)既有分类的不足

可以看出,“二分法”的划分方法,有其明显的优越之处,但其不足亦同样不容忽视。其优越之处在于,简单清晰,一目了然。“二元化”的思想和“二进制”的方法都特别符合普通人的认知规律和思维习惯。尤其对于初习民法的人,可以较快掌握民法规范的概貌,为其进一步研习民法打下初步基础。但这种划分方法的不足之处也是极为明显的。对于我国法律而言,更是如此。主要表现在以下四个方面:

第一,不合理。所谓不合理,是指“强制”与“强行”之争以及这种划分方法本身,都是以民法规范尤其是强制性规范是行为规范为预设前提的。但这一预

〔1〕 柳经纬主编:《民法》,厦门大学出版社 2003 年版,第 20~21 页。

〔2〕 王轶:《我国合同法的规范类型及其法律适用》[EB/OL],<http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=14446>。登录时间:2004 年 2 月 23 日。

〔3〕 史尚宽:《民法总论》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 329 页。

〔4〕 同上注,第 331 页。

设前提是不能成立的。<sup>〔5〕</sup> 这表明,这一划分方法在逻辑前提上就是不能成立的,其划分结果的合理性和科学性就更值得怀疑了。此外,我国《合同法》第52条第5项使用的是“强制性”一词。从解释论的角度看,只能把它理解为上位概念,涵摄“强行性”和“禁止性”两个下位概念。除非“强行”一词在汉语中外延宽于“强制”,否则即使从立法论的角度来看,也没有理由像有些学者所主张的那样,必须将第52条中的“强制性”改为“强行性”。<sup>〔6〕</sup>

第二,不周延。笔者认为,在强制性规范与任意性规范之间,还存在许多“中间地带”,包括授权一方当事人的规范、授权特定第三人的规范和半强制性规范。<sup>〔7〕</sup> 因此,上述划分方法的不周延性,在第一层次(将民法规范分为任意性规范和强行性规范)就体现出来了。本文随后的论述也将证明,强制性规范本身也是多元的,用二元化的思想来划分强制性规范也是不周延的。

第三,不精细。不精细不仅体现在“不周延”上,也体现在对强制性规范的具体列举上。例如,史尚宽先生在谈到“强行性规定”时指出:

“普通关于社会之秩序,社会之一般利益或直接关于第三人之利害、交易安全,或为保护一定之人所特设之规定,多为强行法规。故下列各种,即为强行法规:(1)关于亲权、继承次序,夫妇制度等之身份关系之规定。(2)关于物权之种类、内容之规定。(3)关于权利能力、行为能力之规定。(4)土地法上之规定。(5)关于劳动保护之规定。”<sup>〔8〕</sup>

很明显,上列五种规定并非都有强行性。例如关于亲权的规定中,就有很多任意性规范;在关于劳动保护的规定中,也有许多半强制性规范及授权一方当事人的规范。德国学者拉伦茨在列举强制性规范时,也存在类似的问题。他

---

〔5〕 关于强制性规范是否属于行为规范的问题,朱庆育先生在其《意思表示解释理论》一书中作出了否定的回答。朱庆育对“强行规范不是行为规范”这一命题的论证非常严谨,完全说服了我。关于朱庆育对这一命题的论证,参见朱庆育:《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189~193页。

〔6〕 王轶:《我国合同法的规范类型及其法律适用》,载 <http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=14446>。登录时间:2004年2月23日。

〔7〕 详细的论述,可参见钟瑞栋:“民事立法的三种型态与强制性规范的配置”,载《厦门大学学报》(哲社版)2008年第6期。

〔8〕 史尚宽:《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第329页。

指出:

强制性规范包括:第一,规定私法自治以及私法自治行使的要件的规范,即行为能力、意思表示生效要件以及合法的行为类型(限于对行为类型有强制规定的情况);第二,保障交易稳定、保护第三人之信赖的规范;第三,为避免产生严重的不公平后果或为满足社会要求而对私法自治予以限制的规范。<sup>[9]</sup>

在上列三种类型中,第二种保护第三人之信赖的规范应当在区分特定第三人和不特定第三人的基础上,分别设置授权特定第三人的规范和强制性规范。第三种规范也可细分为授权一方当事人的规范(避免产生严重的不公平后果)、半强制性规范和强制性规范(满足社会要求)。

上述两位学者,一为中国的民法学大师,一为德国的民法学大师,他们对民法学的研究之精细,已为世人所公认。但由于受“非此即彼”的二元化思想所限,在强制性规范的划分上,二位大师却不约而同地留下了“不精细”的遗憾。

第四,不实用。民法规范之划分,一般从违反某一类型的规范对法律行为会产生何种影响出发,其划分之意义体现在三个方面:一是立法价值,即为立法提供参考,提高立法技术。各种规范的合理配置是衡量立法技术水平的重要指标。立法者若能洞悉各种规范之不同性质和功能,就可以价值判断为基础,以政策导向为指针,在权衡各种利益关系的基础上,通过对各种规范进行妥当配置,制定出“自治”与“管制”兼顾、公法与私法相容、各种不同性质的规范和谐共处的规范体系。二是司法价值,即为法院适用法律提供参考。法官适用法律必须以识别所找出的法律规范的性质和类型为前提,方能确定该规范对于当事人的影响——是强制性的还是任意性的,并最终作出妥当的裁判,不致发生适用法律错误的问题。三是学习和学术价值(已如前述)。法律规范的划分如果不能达到或者不能完全达到上述目的,就可被认定为不实用。对照上述划分方法,其不实用主要体现在两个方面:一是划分不彻底。主要体现在对作为强制性规范下位概念的“强制性”规范没有作进一步的划分,对违反“强制性规范”的行为的效力也语焉不详。仅以“法律命令为一定行为之规定”来解释,显然不能为任何人(立法者、法官和民法研习者)提供有效的参考。二是指导价值不高。在“非此即彼”的“二分法”下,民法规范要么是任意性规范,要么是强制性

[9] [德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上册),王晓晔等译,法律出版社2003年版,第42页。

规范。尽管“二分法”也要求在识别民法规范的性质时,应当根据该规范的目的,而不能仅从“应当”、“不得”之类的文义上去判断。可惜的是,民法规范中“应当”和“不得”等用得实在太多了,几乎每一个有规范意义的条文中都有,<sup>[10]</sup>导致这一要求(提醒)无法产生实际效果。司法实践中,许多法官也正是由于只在任意性规范和强制性规范之间或者强行性规范和禁止性规范之间来回思考,导致将本属有效的法律行为判决为无效,造成错案。

为克服“二分法”的不足,笔者拟尝试一种新的划分方法——以强制性规范设立的目的为标准,将民法中的强制性规范划分为七种:资格型强制性规范、权限型强制性规范、要件型强制性规范、伦理型强制性规范、政策型强制性规范、技术型强制性规范和管理型强制性规范。不求标新立异,只图能对理论界和实务界有所启发。<sup>[11]</sup>

## 一、资格型强制性规范

资格型强制性规范要解决的是“市场准入”问题,主要包括两种情形:一是普通民事主体的“市场准入”问题,二是经营特种行业的“市场准入”问题。由此形成两种强制性规范:一为界定民事主体资格的规范(包括权利能力、行为能力、法人的设立条件等规范);二为关于经营特种行业的“市场准入”问题的规范(《行政许可法》第12条第2项和第3项)。

### (一)界定民事主体资格的规范

民法通过其权利能力、行为能力、法人的设立条件等强制性规范的设置,规定了法律关系参加者的主体资格,将不合格的主体排除在法律关系之外,可以控制法律关系的参加者的范围,实现民事活动参加者方面的秩序。但法律对违反上述强制性规范(即不具备上述资格却擅自参与到法律关系中)赋予的法律后果并不完全相同。分述如下:

第一,关于权利能力。不具有权利能力的人连享有权利和负担义务资格

---

[10] 经查,仅我国《合同法》就有369次使用了表示“强制”意味的词。其中,320次使用了“应当”,48次使用“不得”,1次使用“不应当”。

[11] 严格来讲,这七种强制性规范并不是依照一定的标准划分出来的,而是笔者对现行民事立法观察的结果。

都没有,其所参与的法律行为当然无效。这在许多人看来,好像是一个无须规定亦无须论证的自然之理。但是,一方面,关于权利能力规范的规范意旨不在此,主体资格对法律行为效力的影响是通过行为能力制度来控制的。权利能力的规范的强制性主要体现在,当事人若在法律行为中约定权利能力的增减或丧失,则该约定无效。另一方面,德国法上有“无权利能力的社团”的规定(《德国民法典》第54条),类似于我国的“其他组织”。其所实施的法律行为,并不会因为“主体资格”(权利能力)方面的缺陷而无效。恰恰相反,我国《合同法》明确规定,(根据《民法通则》)不具有权利能力的“其他组织”可以订立合同(第2条),只要不超越经营权限或者虽超越权限但相对人为善意(不知情),所订立的合同是有效的(第50条)。不独如此,我国《商标法》规定“其他组织”可以通过申请,获得注册商标专用权;《著作权法》规定“其他组织”可以享有著作权;《民事诉讼法》规定“其他组织”可以作为民事诉讼的当事人;《专利法》则使用了“单位”一词,从解释上看,应包括“其他组织”在内;与之相似,《物权法》上使用的“其他权利人”,也应解释为包括“其他组织”;《刑法》上使用的“单位”也表明,“其他组织”可以成为犯罪主体。从上述法律的规定来看,民事主体无论是否具有权利能力,都可以成为权利的主体。作为一种社会组织,法人和其他组织的区别仅仅在于法人的设立人可以享受只承担有限责任的“待遇”,但在“法人人格否认制度”的冲击下,连这一“待遇”也越来越无法享受。由此看来,权利能力制度的意义已经越来越不重要,其强制性也显得越来越脆弱。如果考察这一制度的起源,更可发现,权利能力在德国《民法典》上的确立,主要是为了建立抽象人格平等而发明的一个概念,在具体人格登场的现代社会,这一意义也越来越不重要。

第二,关于行为能力。行为能力规范的强制性也体现在,约定行为能力的增减或有无者,无效。行为能力的基础是意思能力,而意思能力主要由年龄和精神状况决定,而意思能力又是作出和受领意思表示的决定因素。因此,由年龄不足而导致的意思能力不足并进而使其行为能力欠缺的未成年人,以及因精神状况不及而导致的意思能力不足并进而使其行为能力欠缺的精神病人,在法

律行为中都处于明显的弱势地位,需要法律的特别保护。<sup>[12]</sup> 根据我国《民法通则》和《合同法》的规定,关于行为能力的规范虽然是强制性规范,但欠缺行为能力的人所实施的法律行为的效力有三种情形:(1)有效。根据《合同法》第47条第1款后段的规定,限制行为能力人订立的“纯获利益的合同或者与其年龄、智力、精神健康状况相适应而订立的合同”有效。(2)效力待定。依《合同法》第47条第1款前段规定“限制民事行为能力人订立的合同,经法定代理人追认后,该合同有效”;对规定作反面解释,即可得出“限制民事行为能力人订立的合同,未经法定代理人追认的,该合同无效”的结论。民法学说将此情形称为效力待定(或效力未定)。(3)无效。尽管很多人认为《合同法》很大程度上是作为《民法典》的一编的思路来设计的,但在我国《民法典》正式出台之前,《合同法》与《民法通则》的关系还是应当理解为特别法与普通法的关系。根据特别法与普通法在法律适用上的关系,《合同法》上有规定的,依照其规定;《合同法》上没有规定的,若《民法通则》有规定,则应依照《民法通则》的规定来处理。据此,无民事行为能力人和限制民事行为能力人所实施的法律行为有两种无效的情形:其一是实施了订立合同以外的法律行为(如立遗嘱、结婚、抛弃所有权等);其二是无民事行为能力人订立的合同。

第三,关于法人的设立条件。法人的设立条件问题,本质上是一个权利能力和行为能力的取得问题。不符合法律规定的设立条件者,将不能取得法人资格。但我国对大多数法人的设立均采登记制,而且法律还规定,如果在设立过程中出现了纠纷,一般按合伙关系处理。因此,不具备法人的设立条件的“组织”虽然在法律上没有权利能力,但其所实施的法律行为并非无效,只是不能享

---

[12] 监护制度当然发挥着主要作用,但仅有监护制度是远远不够的,还需要在法律行为制度、亲属法、继承法和侵权行为法上作出配套规定,再加上外接于民法的行政法规(如《未成年人保护法》)、劳动法(如我国《劳动法》第58条、第64条、第65条、第84条、第95条)和刑法等法律法规,构筑一个完善的保护网络。因此,法律关于行为能力的规范,也体现了对弱者提供特殊保护的政策导向,在“暗中”铺设了通往民法总则之外的分则以及民法典之外的民事特别法、行政法和刑法的管道。因此,笔者认为,关于行为能力欠缺的人所实施的法律行为的效力问题,以及其实施的侵权行为或其他事实行为的处理,不仅需要根据民法总则的相关规定,还需要结合分则中的相关规定以及其他部门法的相关规定,综合起来,妥当处理。

受法人的“待遇”(如有限责任)而已。此外,根据《合同法》第 50 条的规定,法人的法定代表人的越权行为,仍然有效,除非相对人在订立合同时是恶意的(即明知法定代表人“越权”仍与其订立合同)。

### (二)关于经营特种行业的“市场准入”问题的规范

经营特种行业往往涉及国家利益或者社会公共利益,因此对于经营者的“市场准入”问题必须以强制性规范来管制。为此,我国在《行政许可法》中对此作出了专门的规定(第 12 条)。特种行业“市场准入”规范主要有两种:一是从事有限自然资源开发利用、公共资源配置以及直接关系公共利益的特定行业的“市场准入”问题;二是提供公共服务并且直接关系公共利益的职业、行业的“市场准入”问题。前者需要获得的是某项经营权,后者需要获取的是国家承认的某种资质。但无论是获得某项经营权,还是获得某种资质,都只是一个“市场准入”的门槛问题,即“可不可以进”以及“具备什么样的条件才可以进”的问题。如果有不具备法定条件的人“非法”进入了市场,要接受惩罚的当然只能是“非法”的进入者,而市场不应因此受影响,否则就是“一团老鼠屎,打坏一锅粥”了。基于此,违反“市场准入”规范的法律行为在民法上仍然有效,但不具备法定资质或不享有合法经营权的一方当事人应当依照相关的法律承担行政责任乃至刑事责任。

### (三)小结

通过以上分析可知,资格型强制性规范所要规整的“市场准入”问题,关键不在于“市场”,而在于“准入”。从法律上看,管制市场虽然是必要的,但应该由其他规范来完成,资格型强制性规范要管制的仅仅是主体资格问题。这种管制的目的是通过管制“准入”来保护“市场”,而不是相反。在这个问题上,同样不能“本末倒置”、“主次不分”。市场还是那个市场,但人却不能再是那个人。这一点,无论是对普通民事主体的“市场准入”问题,还是经营特种行业的“市场准入”问题,法律的态度基本上都是一样的:法律行为不应因主体资格的不足而无效。所不同的是:在前者,基于保护行为能力欠缺的弱者的公共政策考量,民法规定了一些无效的情形,但无论主体是否适格,法律都没有规定惩罚措施,仍然在民法的范围内对可能的利益失衡进行调整;在后者,尽管法律肯认法律行为的效力,但对于不具有“市场准入”资格的行为人要课以行政责任乃至刑事责任。

## 二、权限型强制性规范

所谓权限型强制性规范,是指法律要求当事人在实施法律行为时,不得超过法律所规定的权限的规范。违反权限型强制性规范的法律行为,属于无权处分行为,应当按照或者类推适用《合同法》第 51 条的规定决定其效力。

在我国民事法律中,权限型的强制性规范比较多。例如,《物权法》第 77 条规定:“业主不得违反法律、法规以及管理规约,将住宅改变为经营性用房。业主将住宅改变为经营性用房的,除遵守法律、法规以及管理规约外,应当经有利害关系的业主同意。”第 165 条规定:“地役权不得单独抵押。土地承包经营权、建设用地使用权等抵押的,在实现抵押权时,地役权一并转让。”第 232 条规定:“法律规定或者当事人约定不得留置的动产,不得留置。”《合同法》第 132 条第 1 款规定:“出卖的标的物,应当属于出卖人所有或者出卖人有权处分。”第 200 条规定:“借款的利息不得预先在本金中扣除。利息预先在本金中扣除的,应当按照实际借款数额返还借款并计算利息。”第 266 条后半句规定:“未经定作人许可,不得留存复制品或者技术资料。”第 272 条第 1 款后段规定:“发包人不得将应当由一个承包人完成的建设工程肢解成若干部分发包给几个承包人。”第 2 款后段规定:“承包人不得将其承包的全部建设工程转包给第三人或者将其承包的全部建设工程肢解以后以分包的名义分别转包给第三人。”

上述规范均属于权限型强制性规范,这种规范不同于资格型强制性规范之处在于,后者强调的是主体的资格,要解决的是能不能“进入”市场的问题;而前者强调的是权限,要解决的是“进入”市场之后能做什么的问题。二者的这一区别从《合同法》第 50 条和第 51 条的规定中就可以看出来。第 50 条是关于主体资格的规定,第 51 条是关于权限的规定。当然这两条本身都不是强制性规范,而是对请求权规范起辅助作用的规范,<sup>[13]</sup>但在这两条背后,有强制性规范存在。第 50 条背后的强制性规范是《民法通则》第 42 条:“企业法人应当在核准登记的经营范围内从事经营。”第 51 条背后的强制性规范是民法中所有的权限型强

[13] 无论合同有效或者无效,这一条都不能单独适用。在合同有效的情况下,应结合第 8 条和第 60 条才能产生规范效果;在合同无效的情况下,应结合第 58 条当事人才能符合请求权规范的构成要件。

制性规范。<sup>[14]</sup>

### 三、要件型强制性规范

在大陆法系国家,“三权分立”的思想根深蒂固。在“三权分立”的体制下,立法、司法和行政有明确分工。立法者作为法典和其他法律形式的设计者,担负着为社会成员制定法律规则的任务。法官的职责仅在于严格执行立法机关制定的法律规则而不能创立法律规则。<sup>[15]</sup>这就要求法律必须内容完整、结构清晰、逻辑严密,“法官的作用仅限于根据条文的内容,选择可适用的法典规定,并阐明其确切的含义。”<sup>[16]</sup>为了防止法官造法,尽可能地限制其自由裁量权,立法者在制定规范时,就需要精心地为每一种能产生法律后果的规范,设置严格的适用条件。这样,法官在适用法律时,就只要逐项分析法律上确定的各种“要件”,再根据当事人在诉讼过程中所提出的各种事实,分析其是否符合法律要件,便可作出判决。在这样的立法思想的指导下,大陆法系国家的立法几乎是由各种“法律要件”组成的规范体系,因而被学者称为“要件导向”的立法模式和思维方式。<sup>[17]</sup>尽管在二十世纪以后,随着“三权分立”理论的日渐衰退,大陆法系国家的法官角色有了重大变化。“法官造法”已得到立法和学说的大力支持,但是“要件导向”的立法模式和思维方式,却没有因此而改变。即使对于法官,“判例的创造性作用总是或几乎总是隐藏在法律解释的外表后面”,“就是在

---

[14] 尽管二者都存在“越权”,但法律后果不同:前者的效力取决于相对人是否知情(恶意),相对人知情的,该行为无效;相对人不知情的,有效。而后者是否有效的问题就复杂了,不仅要是否追认,还要看相对人是否构成善意取得。若构成善意取得,有效;不构成善意取得,无效。在考察相对人是否构成善意取得时,又需要综合考虑标的物的种类(动产、不动产、债权、知识产权),交易的场所(如是否正常营业场所),交易的时间(如是否营业时间),交易者的认知状态(如是否善意无重大过失),交易是否有偿,交易时标的物的占有状态,占有的来源(如是否因托付而取得占有,或为所有人“脱手”之物等),才能最终确定。

[15] 封丽霞:《法典编纂论——一个比较法的视角》,清华大学出版社2002年版,第222页。

[16] [美]梅利曼:《大陆法系》,法律出版社2004年版,第29页。

[17] 方嘉麟:《信托法之理论与实务》,月旦出版社股份有限公司1994年版,第222页。

立法者明确承认法律有可能没有预见到一切时,法官们仍然坚持他们时时刻刻服从法律的态度”。<sup>[18]</sup>

众所周知,民法规范既是请求权规范(对于当事人而言),又是裁判规范(对于裁判者而言)。其逻辑结构由请求权的“构成要件”和“法律效果”(请求权的内容)构成。无论是当事人还是法官都必须在“要件”上做文章。对于当事人而言,其任务就在于证明请求权的构成要件已成就;对于法官而言,其任务就在于审核案件事实是否符合法律所规定的“要件”。而法律所规定的“要件”是不允许当事人通过约定变通适用的。因此,法律关于请求权构成要件的规范是强制性规范,本文将其称为“要件型强制性规范”。例如,《合同法》第43条后段规定:“泄露或者不正当地使用该商业秘密给对方造成损失的,应当承担损害赔偿责任。”其中,“承担损害赔偿责任”为请求权的内容(也是法律后果),其构成要件有三个:(1)“泄露或者不正当地使用该商业秘密”。(2)“给对方造成损失”。(3)因果关系,即“泄露或者不正当地使用该商业秘密”与“给对方造成损失”之间有因果关系。商业秘密权人必须证明这三个事实存在,其请求对方承担损害赔偿责任的请求权才能得到法院的支持。

从规范的安排上看,要件型的强制性规范主要集中在法律责任部分。例如,我国《民法通则》第六章从第117条到133条,均为要件型的强制性规范。《合同法》第七章从第107条到第122条共16个条文,都是要件型的强制性规范。在法律的其他部分,也有要件型强制性规范,只是没那么集中。例如,在《合同法》中,第42条、第43条、第58条、第59条都是要件型强制性规范。此外,关于法律行为成立和生效要件的规范,也可归入到要件型强制性规范。

#### 四、伦理型强制性规范

法律规范,依其立法原旨(设立基础)是为了维护伦理道德或者授予行为技术或者为了实现特定的公共政策目标,可以分为伦理性规范、技术性规范和政策性规范。伦理性规范,如刑法中关于奸盗劫夺者受惩罚、杀人者偿命的规范,民法中关于欠债者还钱、交易者应诚实信用、乱伦婚配者为法不容等规范,都体

---

[18] [法]勒内·达维德:《当代主要法律体系》,漆竹生译,上海译文出版社1984年版,第125页。

现了人类社会的道德与正义。这类规范表现的情理,完全行为能力人俱知晓或法律推定其应当知晓。技术性规范,如交通法规、票据法律等,主要规定社会成员的行为程式,不是告诉人们应当为哪些行为,不得为哪些行为,而是告诉人们,在为某种行为时,应当采取何种技术程式。所以,这一类规范的立法原旨不重道义而重行为程式、行为技术。社会成员凭道德之修养,难以理解技术性规范,必有专门之学习,才能有所掌握。当然,从另一方面讲,技术性规范中不可能不含扬善弃恶之精神的少量规范,伦理性规范也不乏教授行为技术之个别规定。<sup>[19]</sup> 民法规范主要是由伦理性规范组成,技术性规范是为了因应伦理性规范达成目的就其衔接事项所作的规定,二者呈手段与目的的关系。而政策性规范则是为了实现特定时期的社会公共政策目标而设立的规范,既有一定的伦理道德作为其规范设立的正当性基础,同时在规范的设计上也有相当程度的技术含量。

伦理型强制性规范是上文所述的伦理性规范中的主要类型,但不是全部。换言之,在伦理性规范中,大部分都是强制性规范,但也有不少伦理性规范是授权一方当事人的规范和半强制性规范,甚至有些是任意性规范。这表明,作为法律规范设立基础的伦理是分层次的。若作为法律规范设立基础的伦理道德只关乎当事人之间的利益关系,该法律规范就被设置为具有自治法属性的任意性规范、授权一方当事人的规范;若作为法律规范设立基础的伦理道德不仅关乎当事人的利益,而且与国家利益或社会公共利益密切相关,该法律规范就会以强制性规范的形式表现出来。而与国家利益或社会公共利益密切相关的伦理道德,表现在民法中就是公序良俗(在我国民法中就是公共利益和社会公德)。因此,伦理型强制性规范就是贯彻和体现公序良俗原则的规范,法律行为违反伦理型强制性规范的,该行为无效。

## 五、政策型强制性规范

政策型强制性规范是政策性规范中的一种。政策性规范是指民法为了实现特定时期的社会公共政策目标而设立的规范。此类规范在《合同法》关于“买

---

[19] 谢怀栻:《票据法概论》,法律出版社 1990 年版,第 29 页;刘心稳:《票据法》,中国政法大学出版社 1999 年版,第 26 页。

卖不破租赁”的规定中体现得最为明显。该法第 229 条规定：“租赁物在租赁期间发生所有权变动的，不影响租赁合同的效力。”这一规范就是为了贯彻“居者有其屋”的社会政策目标而制定的，是典型的政策性规范。与其有着相同政策目标的规范还有第 234 条，该条规定：“承租人在房屋租赁期间死亡的，与其生前共同居住的人可以按照原租赁合同租赁该房屋”。

在物权法中也有不少政策性规范。以土地承包经营权为例，在《农村土地承包法》和《物权法》颁布之前，土地承包经营权曾经在相当长的时期内实行债权保护的方式，导致农村承包户利益难以得到长期和稳定的保护。为了保护农村承包户的合法权益，贯彻国家关于解决“三农”问题的政策目标，《农村土地承包法》和《物权法》均将土地承包经营权实行“物权化”，采用物权的方式来保护。此外，在《物权法》中还设置了许多体现“三农”政策的其他配套规范，如第 126 条规定：“耕地的承包期为三十年。草地的承包期为三十年至五十年。林地的承包期为三十年至七十年；特殊林木的林地承包期，经国务院林业行政主管部门批准可以延长。前款规定的承包期届满，由土地承包经营权人按照国家有关规定继续承包。”第 130 条第 1 款规定：“承包期内发包人不得调整承包地。”第 131 条第 1 款前段规定：“承包期内发包人不得收回承包地。”

政策性规范以政策为导向，而政策具有易变的的天性。政策性规范也常常因此变动不居。以德国《房屋租赁法》为例，第一次世界大战以后，特别是第二次世界大战以后，由于战争的破坏以及难民的涌入，住房奇缺，因此在《房屋租赁法》方面出现了深刻的变化。为了防止房主不合理地提高租金，相对公平地将现有的住房分配给寻找住房的大众，立法机关两次都制定了规定，禁止房主提高租金，或只允许房主在有限的范围内提租；还规定取消出租人的终止合同权，出租人只有在具备某些理由时才能请求法院取消租赁关系；最后还授权行政机关可以为寻找房屋者安排入住房，并强制住房占有人或所有人订立租赁合同。这样，合同自由原则、所有人自由处分其房屋的权限都被取消了。但是随着经济的不断发展，住房紧张的状况得到了很大缓解，到二十世纪六十年代，上述对出租人过于不利甚至特别“粗暴”的规定都被逐渐取消。对于承租人利益的特殊保护，采取了许多更为温和的措施，只保留了“买卖不破租赁”、“限制出租人的预告终止权”、“限制出租人任意提高租金”以及“承租人在房屋租赁期间死亡的，与其生前共同居住的人可以按照原租赁合同租赁该房屋”这四项措施。

在政策性规范中，既有强制性规范，又有半强制性规范和授权一方当事人

的规范。法律行为违反政策型强制性规范的,该法律行为无效。

## 六、技术型强制性规范

前文所论述的技术性规范均有强制性。因此,技术性规范与技术型的强制性规范的内涵和外延都一致,二者可以视为同一概念。法律行为违反技术型的强制性规范的,该法律行为无效。技术型的强制性规范的目的形形色色,比较显著的主要有:

(1)为凸显表征之目的技术性规范。私权权利义务之变动,为使外界易于辨认,应该凸显其变动之表征。例如,私权权利义务变动相关之登记,有法人设立登记、不动产移转登记等;又如私权转让时对于义务人之通知及证券债权之背书,均属于突显表征之目的所作之技术性规范。<sup>[20]</sup>

(2)为周边安排之目的技术性规范。私权权利义务之变动,就其变动有关之时间、地点等事项,均属周边问题,例如权利存续期间、时效期间、权利行使之处所等。私权权利义务无此周边之安排,尚不能顺利变动。凡以安排周边问题为目的之规定,属于技术规定。<sup>[21]</sup>

(3)为权宜关系之目的技术性规范。私权权利义务因某种事实之存在而变动,而该事实之真相有时无从得知,为了使变动发生一定的法律效果,法律就必须有权宜措施以为决定。例如文字与号码不一致时,取文字舍号码;二人同时罹难,以同时死亡论。这些为不得已的权宜措施所设置的规范,同属技术性规范。

(4)为便捷流通之目的技术性规范。私权权利义务之变动,因私权性质之不同,有的呈现呆滞,有的呈现活泼。为便利其权利变动所作之设计,例如票据行为之独立性与无因性,使持票人之权利不受前手权利瑕疵之影响,均为便捷票据流通和易于被接受之目的而设计,这种规范为技术性规范。

[20] 曾世雄:《民法总则之现在与未来》,中国政法大学出版社 2001 年版,第 31 页。

[21] 同上。

## 七、管理型强制性规范

管理型强制性规范主要体现在民事特别法和行政法规中。存在于行政法规中的强制性规范可称为前置型的强制性规范,存在于民事特别法中的强制性规范可称为外设型的强制性规范。<sup>[22]</sup>

### (一)前置型的强制性规范

通过对民法和行政法规的观察,可以发现,行政法规是以法律行为为主线,分别从行为的主体、行为的客体(标的)和行为本身的性质三个方面,为私法自治设置底线的。换言之,前置于民法的行政法规包括三种类型:一是限制法律行为主体的强制性规范;二是限制法律行为客体(标的)的强制性规范;三是基于法律行为的特定性质来对其设定限制的强制性规范。这三种类型的强制性规范可以从我国《行政许可法》第12条关于行政许可事项的范围的规定中看得很清楚。该条规定:

下列事项可以设定行政许可:

(一)直接涉及国家安全、公共安全、经济宏观调控、生态环境保护以及直接关系人身健康、生命财产安全等特定活动,需要按照法定条件予以批准的事项;

(二)有限自然资源开发利用、公共资源配置以及直接关系公共利益的特定行业的市场准入等,需要赋予特定权利的事项;

(三)提供公众服务并且直接关系公共利益的职业、行业,需要确定具备特殊信誉、特殊条件或者特殊技能等资格、资质的事项;

(四)直接关系公共安全、人身健康、生命财产安全的重要设备、设施、产品、物品,需要按照技术标准、技术规范,通过检验、检测、检疫等方式进行审定的事项;

(五)企业或者其他组织的设立等,需要确定主体资格的事项;

(六)法律、行政法规规定可以设定行政许可的其他事项。

在上述所列的六种事项中,第1项规定属于基于行为的特定性质而对其设

---

[22] 关于前置型强制性规范与外设型强制性规范的详细论述,可参见钟瑞栋:“民法中的强制性规范——兼论公法与私法‘接轨’的立法途径与规范配置技术”,载《法律科学》2009年第2期。

定限制的强制性规范。第 2 项、第 3 项和第 5 项属于限制行为主体的强制性规范;第 4 项属于限制行为客体的强制性规范;第 6 项为“引致条款”,<sup>[23]</sup>需要根据其所实际引致的条款的具体规定,才能将其归入到上述三种中的某一种。

通过上文的分析可知,作为强制性规范,前置于民法的行政法规范之所以称之为“前置”,是因为这类强制性规范只是为私法自治设置了不可逾越的管制底线。它并没有“进入”民法内部,它只是作为国家和社会公共利益的守护者和代言人,站在民法的“门口”,告诉民法里面的人:这是我的“地盘”,是你们的“禁地”;你们如果想要进来就必须买“门票”(获得行政许可、批准);对于擅闯“禁地”者,将处以公法上的处罚(行政责任和刑事责任);但只要你们不擅闯“禁地”,随便你们干什么。

## (二) 外设型的强制性规范

外设型的强制性规范,是指立法者基于公共政策的考量,在民事特别法中设置的强制性规范。而所谓“外设”,是指这些强制性规范被安排在《民法典》之外。外设型强制性规范与同样处于民法典之外的“前置型强制性规范”的不同之处在于:(1)规范的目的不同。前者设置的目的是为了实现在特定的公共政策目标,而后者设置的目的是为了维护公共秩序。(2)性质不同。尽管二者都属于强制性规范,但前者的强制性具有更浓厚的“导向性”色彩,而后者的强制性具有更强的“禁止性”要求。(3)稳定性不同。前者的设立以公共政策为基础,而政策具有短时性和易变性等特点,导致这类强制性规范经常处于变动之中。曾经的强制性规范可能因为时事的变换而变为半强制性规范甚至任意性规范,反之亦然。后者的设立以公共秩序为基础,而秩序的“天性”之一就是稳定,除非改朝换代或者国家的政治经济体制发生重大变革,否则秩序观念不可能在短时间内发生根本性的变化,这就使这类强制性规范具有相对的稳定性(但不能作绝对化理解)。(4)违反二者的法律后果不同。违反前者一般只依民法的方法来处理,只导致法律行为无效甚或一部分无效,违反者一般无须承

---

[23] 引致条款又称引致规范,是指本身没有独立的规范内涵,甚至不具有解释规则的意义,单纯引致到某一具体规范,法官需要从所引致的具体规范的目的去确定其效果的法律条款。参见苏永钦:《私法自治中的经济理性》,中国人民大学出版社 2004 年版,第 35 页。

担行政责任,在大多数情况下也不承担刑事责任。<sup>[24]</sup>若违反后者,不管该行为在民法上是否有效,都需承担行政责任,情节严重,构成犯罪的,还需要承担刑事责任。<sup>[25]</sup>

外设型强制性规范问题之难点在于,作为其设立基础的公共政策,在法律上是一个内涵和外延均不确定的具有一般条款性质的法律概念。即使在现实生活中,这一概念也同样给人以“扑朔迷离”、“捉摸不透”的印象。民间广为流传的一句俗语“政策像月亮,初一十五不一样”,从一个侧面反映了这一概念的易变性和不确定性。对于这样的问题,无论是立法者还是裁判者都不能逃避,类型化思考和利益衡量都是努力的方向,二者缺一不可。在立法面向,立法者绝不可以通过“一个领域立一个法”、“摸着石头过河”、“立一个算一个”等方式来逃避这一棘手的问题;在解释面向,法官也绝不可只看条文的字面意思,而无视条文背后的政策导向。由此看来,公共政策的概念尽管“扑朔迷离”,却是立法者和裁判者都不能回避的,如何考量,实在重要。

笔者认为,所谓公共政策的考量,其实涉及两个面向:管制和保护。立法者和裁判者首先需要弄清楚的问题是,该强制性规范背后的公共政策“管制”的对象是什么?“保护”的对象和目的何在?对这两个问题的回答,都必须以公共政策的类型化为前提。笔者认为,若以公共政策的保护对象为标准,可以将公共政策归结为三类:第一类是通过“管制”当事人的行为来优先“保护”国家利益的政策;第二类是通过“管制”当事人的行为来优先“保护”社会公共利益的政策;第三类是通过“管制”一方当事人的行为来优先“保护”处于弱者地位的另

---

[24] 如我国《未成年人保护法》第10条就是一个以实现保护未成年人这一公共政策为目的的外设型强制性规范,该条第1款规定:“父母或者其他监护人应当创造良好、和睦的家庭环境,依法履行对未成年人的监护职责和抚养义务。”违反此条规定的法律后果规定在第53条。根据该条规定,父母或者其他监护人不履行监护职责或者侵害被监护的未成年人的合法权益,经教育不改的,其法律后果只是监护资格被撤销和继续负担抚养费。即只需民事法律后果,而不用承担行政责任和刑事责任。

[25] 我国《行政许可法》第81条规定:“公民、法人或者其他组织未经行政许可,擅自从事依法应当取得行政许可的活动的,行政机关应当依法采取措施予以制止,并依法给予行政处罚;构成犯罪的,依法追究刑事责任。”从该条中的“并”字可以看出,违反者是一定要承担行政责任的。

一方当事人利益的政策。<sup>[26]</sup>

### 余论:七分法的优越性

将强制性规范分为上述七种,这种新的划分方法有以下几个方面的优点:

首先,这种划分方法可以避免“强行”与“强制”之争。由于这种划分方法以否定“民法规范是行为规范”为前提,因而无须在二者之间争个高低。这既可与我国现行的法律规定相合,也更不易与台湾地区的民法理论产生过多扞格。

其次,这种划分方法可以克服“二分法”的方法包容性不足的缺陷。例如,我国《合同法》第 214 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。”这条规范显然是强制性规范,尽管违反该规范的效果只是部分无效。按照二分法的逻辑,此条应属于禁止性的强制性规范,因为其中有“不得”字样,符合其关于禁止性规范所界定的“法律命令不为一定行为”要求。但在禁止性规范中,此条究竟是效力规范还是取缔规范呢?根据史尚宽先生的界定,“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”。从此条规定的法律后果来看,似乎应属于效力规范。可细究起来,好像又不是这么回事。若以“违反行为之法律行为价值”来否定超过二十年的租赁合同的效力,那我们不禁要问:租赁合同中究竟有什么样的价值取向或者政策考量,非要把合同的期限限制在二十年之内?如果是要防止由于期限过长容易导致利益失衡,那也应该是当事人需要考虑的问题,法律没有对此进行干预的理由。问题还在于,即便是法律对当事人保护自己的利益信心不足,想“好心”地帮助当事人,面对具有类似性质的土地承包经营权为什么又可以将其期限规定为三十年到七十年呢?如果说土地承包经营权是物权,不同于租赁合同中的债权,因而不应当等量齐观的话,那同属于物权的地役权,为什么法律连任何期限都没有规定,而是完全由当事人自己约定?由此看来,无论从行为的价值,还是法律的政策导向,都无法解释法律关于租赁期限作出限制的理由。因此,将这种规范归入到效力规范,是不符合“二分法”的划分标准和逻辑的。但如果按照“七分法”来划分,关于“租赁期限不得超过二十年”的规范就有它的合适位置了。这种规范应当属于技术型的强

[26] 曾世雄:《民法总则之现在与未来》,中国政法大学出版社 2001 年版,第 32 页。

制性规范。合同法将租赁期限限定在二十年,目的是要在法律上将其与物权区分开来。尤其是在不动产租赁合同中,同一标的物上可能既有债权又有物权,如果租赁合同的期限也可以三十年、五十年甚至更长,不动产上的债权和物权就无法区分开来了。

再次,这种划分方法是在民法规范“五分法”(将民法规范分为任意性规范、授权一方当事人的规范、授权特定第三人的规范、半强制性规范和强制性规范)<sup>[27]</sup>的基础上对强制性规范所作的进一步划分。<sup>[28]</sup>由于有“五分法”作基础,对强制性规范的划分就不再会如同“二分法”一样“眉毛胡子一把抓”,把介于任意性规范和强制性规范之间的规范都不适当地归入到强制性规范之列,不适当地扩大了强制性规范的范围。

最后,通过民法规范“五分法”,加上强制性规范“七分法”,民法规范就形成了一个层次分明不亚于“二分法”,类型周延和精细程度远胜于“二分法”的规范体系,较强的实用性很自然就可以显现出来。以其中的要件型强制性规范为例,“二分法”下的强制性规范是找不到这种类型的,而这种规范对于当事人和法官都是非常有用的。从当事人的角度看,他必须证明自己符合法律规定行使请求权的构成要件。换言之,要件型的强制性规范将“符合请求权构成要件”的举证责任分配给了请求法院救济的当事人。只要能证明符合该要件,就能获得保护,其重要性和实用性都十分明显。对于法官来讲,也是如此。

### On Types of Mandatory Norms

#### Abstract:

To properly identify the different types of mandatory norms in the civil law is the premise for the court to interpret and apply them. Therefore, the duality of the ideological norms and the “dichotomy” method should be abandoned due to their obvious flaws. The mandatory norms in the civil law should be divided into seven

[27] 钟瑞栋:“民事立法的三种型态与强制性规范的配置”,载《厦门大学学报》(哲社版)2008年第6期。

[28] 关于民法规范的“五分法”的详细论述,可参见钟瑞栋:“民法规范的概念和类型——以公法与私法‘接轨’的规范配置为视角”,载陈小君主编:《私法研究》(第7卷),法律出版社2009年版,第403~455页。

types under the guidance of new ideas that the civil norms are formed by five kinds of specification. Only by this way, can the complete picture of mandatory norms be sufficiently revealed, and the foundation for proper application of mandatory norms by the judge be laid.

**Key words:**

mandatory norms; types; effectiveness

(责任编辑:冯丹荔)