

同效力的类型界分

与合同成立不同，无效系价值考量而非事实判断，应与因意思瑕疵如欺诈胁迫等而撤销、因行为人未作出行为如被代理人未授权等而无从归属等情形区分开来。《民法典》第 153 条确立了民事争议的裁判者在判断合同违法无效过程中的权威地位和主导身份，是效力判断的裁量依据。违法、背俗无效与违反类型强制无效有重大差异，前者在于维护社会的基本秩序和道德准则，后者则主要服务于降低沟通成本，以促进交易便捷地达成，故应被赋予不同的法律效果。合同的批准生效规则系国家对特定合同效力类型审查上的例外保留，应区分批准行为主体、批准内容等类型化地考察相应效力。在上述类型化区分的基础上，主合同无效仅于违法无效时方导致保证合同无效，相对不生效指物权变动相对于特定第三人的权利内容而言不发生效力。

本文首发于《中国法律评论》2023 年第 6 期专论一（第 19-31 页），原文 15000 余字，为阅读方便，脚注从略。如需引用，可参阅原文。

*本文的写作得到了王萌、李滕、张悦的研究协助，特此致谢。

目次

一、导言二、无效系价值考量而非事实判断三、违法、背俗无效与违反类型强制无效有重大差异四、批准生效合同应类别化对待五、主合同无效仅于违法无效时方导致保证合同无效六、相对不生效指物权变动相对于特定第三人的权利内容而言不发生效力七、余论

01

导言

在合同从成立到确定生效并可履行的过程中，存在诸多不同的、仅用“有效”“无效”“效力待定”“可撤销”等概念难以充分概括或描述的效力状态。在这一背景下，理论与实践中有许多关于合同效力分类，尤其是合同无效分类的有益讨论。对此，学者如韩世远、耿林等认为，在确定类型后，的确有关效果不言自明，但类型判断本身同样需要费力斟酌，未必能减轻工作负担。

因此，考虑到无效判断问题的复杂性，不

人为地对具有强制因素的规范做概念区分（“统一说”）更合适，即将效力规范统称为“强制规范”，并结合案件的实际情况，综合地判断有关规范的性质及其对法律行为效力的影响。学者如杨代雄也指出，尽管比较法如德国法上规范性质说并没有被完全摒弃，但已非主导性学说，而更多是强调规范重心与规范目的。

在上述讨论的基础上，本文关于合同效力的类型研究主要有两方面的目标，其一是将合同效力问题与合同成立等非合同效力问题区分开来，以期更准确辨识影响合同拘束力的不同因素；其二是通过必要的类型界定，寻找合同效力类型化判断与效力综合统一判断之间的平衡点，以期减少合同效力裁判的不确定性。

02

无效系价值考量而非事实判断

欲仔细探究“合同效力”的含义，须了解其来源。关于合同效力即合同拘束力的来源，理论上有诸多深入探讨。例如，我国有研究认为，应将合同效力基础归结于当事人的自由意志而非法律规定，如认为“制定法赋予（法律行为）效力时须尊重行为人的意志”，“所谓自由形成法律关系，是指每个人都可以按照自己的意思决定法律关系”。在这个意义上，法律行为是“依照当事人自由之意思发生其意愿的法律效果的行为”。

这一观点采纳了意思主义的合同拘束力理论，接近康德关于“（试图论证）我为什么应该遵守我的诺言”是徒劳的，因为遵守允诺是一个“纯粹理性的公设”的观念，难以反驳，但它可能忽略了合同法背后的价值多元性。例如，在早期的合同制度中，合同拘束力被认为是来源于行为的特定形式本身（“歃血为盟”），在这些形式背后，隐藏着神意或者某种神秘的力量。当前，意思主义以外的合同拘束力理论也并非全无可取之处，如信赖主义的观点认为合同拘束力源于保护信赖的需要，功能主义的观点则认为合同拘束力源于促进福利或提高效率的需要。

总之，关于合同的效力，意思理论有强大的解释力，不过，当事人达成意思一致合同即生效固然为常态（也是基于这样的原因，《民法典》第 502 条第 1 款规定，“依法成立的合同自成立时生效”，即确立了“法律行为有效推定原则”），却也不能完全排除国家基于管制需求，对合同的效力个别地予以审查和限制，从而使合同成立与合

同最终确定生效之间存在时间差。此种对合同效力的个别审查或限制，在性质上不属于对当事人是否达成了意思表示一致的事实判断，而是一种价值考量，重心在于审查当事人的合同安排是否符合法律所确立的价值选择。

1· 狭义无权代理或越权代表应导致合同不成立而非无效

(1) 狭义无权代理订立之合同的效力不能归属于本人

合同成立与合同效力的区别是，合同成立指

双方当事人达成意思表示一致的状态；合同生效则是国家经过对合同的评价，对其法律上拘束力的肯定。在这个意义上，无权代理人订立的合同，如 A 持伪造的授权委托书谎称有著名企业甲的授权，以甲的名义与乙订立合同，因并无代理权，故其意思表示并不能归属于甲。换言之，此种情况下甲并未作出意思表示，故在甲与乙之间并不成立合同关系，这也意味着《民法典》第 171 条中的“不发生效力”是一个用词准确的结果性描述，“不发生效力”的结果，是因欠缺代理权，代理行为的效果不能归属于被代理人，有关法律行为未在甲乙之间成立。

与此相对应，在理解《民法典》第 172 条关于表见代理的规定时，也应认识到该条中“代理行为有效”这一表达所描述的并非无权代理人所实施的行为“有效”，而是代理人行为的法律后果“归属于”被代理人，或有关的法律行为在被代理人与相对人之间“成立”。

在上述背景下，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》（以下称《合同编通则司法解释》）第 18 条规定，“法律、行政法规的规定虽有‘应当’‘必须’或者‘不得’等表述，但是该规定旨在限制或者赋予民事权利，行为人违反该规定将构成无权处分、无权代理、越权代表等，或者导致合同相对人、第三人因此获得撤销权、解除权等民事权利的，人民法院应当依据法律、行政法规关于违反该规定的民事法律后果认定合同效力”，就区分了“不能归属”与“无效”，较好地贯彻了这一原理。

归属 (Zurechnung

)，是使一人的行为效果由另一人承担的法律技术，主要指特定主体（如被代理人）的行为并未满足有关的构成要件（如未与相对人订立合同），但基于归属规范的补足（如代理规范），仍然将有关法律效果归于该主体的法律技术。

归属制度的功能，主要是补足特定的构成要件即法律行为成立层面的事项，而非对法律行为的效力作出评价，如代理制度补足了本人未作出意思表示的要件缺失，善意取得制度补足了处分人无处分权的要件缺失。在补足了全部构成要件后，法律行为才成立，在此基础上，才有效力评价的问题：如果有关“被代理人—代理人—相对人”的行为违法，则有关行为仍然不能被（国家）认可或赋予强制执行效力。

在这个意义上，“无权处分、无权代理、越权代表”并不适用《民法典》第153条，而应根据“无权处分”“无权代理”“越权代表”等相关制度确定行为的法律效果，如在“狭义无权代理”“越权代表”的情况下，被代理人或被代表人一般无须承担责任，而行为人须承担无权代理所引发的履行或赔偿责任；在无权处分的情况下，若第三人构成善意取得，则无权处分人可能要承担侵权损害赔偿或者违约责任。

（2）越权代表订立的合同对法人无拘束力

在无权代理的情况下，代理人（以被代理人名义）订立的合同并不能导致本人与相对人之间成立合同关系，或者说，有关合同对被代理人“不发生效力”（《民法典》第171条第1款），是容易理解的。但对其中“归属”的内涵理解不深刻，会引向不准确的结论。例如，按照《合同编通则司法解释》第20条第1款规定，在越权代表的情况下，有关代表行为不对法人发生拘束力，但是法人有过错的，法院“可以参照民法典第一百五十七条的规定判决其承担相应的赔偿责任”，便是错误的规定。

产生这一错误认识的原因有两个，其一是过分关注越权行为的侵权乃至违法属性，并以该属性连接至第157条（当然，此种连接也是错误的，毕竟法人自身并未从事越权行为），而不是关注其中的“归属”要素；其二是机械理解了法人实在说或法人机关说。理论上，常有观点在提及“法人实在说”乃至“法人机关说”时，认为“机关成员的职务行为构成法人行为，不是‘一个人的行为归属于另一个人’，而是‘部分之行为构成整体之行为’”，进而得出“法人机关成员不是法人的辅助人，因此其行为的效果承受不涉及行为归属”。也有学者在概括“代表说”时，认为“当出现公司机关越权行为时，在代表说的观点下，机关的行为就是公司的行为，因此公司对机关的越权行为亦应承担责任”。

此类概括中关于“机关说”或“实在说”在越权代表中应用的描述是错误的。上述“法定代表人为法人机关”，“法定代表人的行为等

于法人的行为” “部分之行为构成整体之行为” 的说法，并不能改变“实在说” 是针对非实体的学说，不能改变 “实在说” 或 “代表说” 背后的法人拟制属性。实际上，“机关说” “实在说” 的存在本身，就表明了其所描述的对象即法人的虚拟属性——对于原本就实际存在、可观察、触碰、感知的事物（人体、大脑），人们不必再提出个 “实在说”（人体实在说、人体机关说）来描述它。

这意味着，“法定代表人的行为等于法人的行为”本身，其实还是法定代表人的行为“如同”法人的行为的变通说法。这种说法不能反过来被作为逻辑推理的起点，认为越权代表制度和无权代理在本质上并不相同的制度。抽象而言，法人的概念、法人权利能力等概念的核心着眼点，就在于解决法人无法独立于其成员，但又要区分于其成员的问题。

对此，代理制度提供了难以超越的、不能更成熟的制度框架。在上述背景下，应当认为，在法定代表人越权代表时，若要确定越权代表情形下法人的责任，《民法典》第 171 条关于无权代理法律后果的规定、第 500 条关于缔约过失责任的规定，或第 1165 条关于侵权责任的规定，都是比第 157 条更合适的选择。

2．合同成立在性质上指称意思表示一致的事实状态

“合同成立”与“意思一致”大体相等。这意味着，若当事人将合同成立系于意思之外的因素，就会与“成立”这一概念相矛盾，宜根据具体情况加以解释。例如，当事人在合同上签字盖章的同时，约定“本合同自××政府部门批准之日起成立”，其中的“成立”解释为“生效”便更为合适。虽然合同成立后未必能即时生效或全部生效，但也至少会发生当事人不得随意变更、撤销合同的效力，很多时候还产生促进合同生效的义务（见后文关于批准生效合同的论述）。

合同形式问题可以很好地揭示成立与生效的区别，尤其是合同成立的事实属性。在我国法上，常有观点认为，若不考虑遗嘱的特殊情况，根据现行法的规定（主要是反面解释《民法典》第490条第2款或此前《合同法》的相关条文），如果没有采取法律规定或约定的形式，有关法律行为是不成立的。这一观点，误解了合同形式对合同效力的影响，也与《民法典》第134条第1款（“民事法律行为可以基于双方或者多方的意思表示一致成立，也可以基于单方的意思表示成立”）相冲突。

就其性质而言，法律对交易形式的要求，本质上是一种对交易的政策性规制（通常所说的证据功能或警示功能亦均是如此），故其所影响的对象应是效力而不是成立。另外，朱广新关于“《民法典》第490条第2款履行治愈形式瑕疵必须以合同（合意）已经存在为前提，如果合同尚未成立（不存在），权利与义务无从发生，何谈履行”的意见，也值得赞同。

不过，仅仅从逻辑上批评这一规则，理由或许还不够充分。诚然，在存在这一规定的情况下，需要通过“逻辑上的一秒钟”进行“拟制”，即有关合同在履行的同时（或履行后一秒钟）成立。但在未采取法定或约定形式则合同不生效的主张之下，也会存在这样的逻辑问题：既然合同尚未生效，如何履行（有拘束力的）义务？在这种情况下，或许只有将履行合同的主要义务解释为是履行“尚未产生拘束力的‘内容’”，逻辑上才能圆通，或者也要动用“逻辑上的一

秒钟”，认为有关合同的履行的同时生效，如此一来，“履行生效”（或者“未采书面形式则合同成立但不生效”）的主张在论证上便没有明显的优越性。

将形式作为影响合同效力的因素，可使合同形式制度的层次更丰富，有助于更妥善地调整当事人之间的法律关系。具体而言，成立与否主要是事实层面的判断，裁判者的回旋余地较小；在当事人约定采用书面形式的情况下，或许还可以解释当事人的意思，认为其事实上并未就书面形式达成真正的一致；但在法律规定合同应采取书面形式的情况下，如果同时认为有关法律规则导致合同不成立（如文义解释第 490 条第 2 款），则裁判者的裁量空间将极有限。

与成立相对，有效与否乃是价值衡量，裁判者可以在合同成立的基础上作进一步权衡，必要时通过援引诚信原则等确立例外规则判定合同有效。例如，在英美法上，未按《防止欺诈法》采取特定形式的合同虽然无强制执行力（相当于我国法上的无效），但若相对人信赖该合同而作出相应的行为，裁判者仍可根据信赖或禁反言等规则例外地肯定合同的效力。又如在德国法上，尽管裁判者不能仅根据公平考量而确认合同有效，但如果综合相关事实认定合同无效将严重违反诚实信用且效果上将使一方合同当事人“难以承受”，法院也可以例外地援引诚实信用原则肯定合同的效力。

需要说明的是，鉴于通常情况下合同不成立和合同不生效在效果上其实没有太大区别，另外在当事人未采取法定或约定的书面形式时，也往往难以认为其达成

了意思表示的一致，《民法典》第 490 条第 2 款（的反面解释）也是勉强可接受的规则。当然，虽然可能不得不接受现行法中未采取书面形式合同不成立的规定，但合同不成立的法律后果并非当事人之间没有任何法律上的关联，在一方有违诚信时，另一方当事人仍可根据《民法典》第 500 条要其承担缔约过失责任，乃至赔偿全部履行利益的损失。

3·可撤销与无效体现了不同的法律评价

在讨论法律行为效力时，学者如朱庆育等曾将效力瑕疵事由分为三类：源于自身因素的效力瑕疵事由（包括行为能力、意思保留和错误）、源于他人因素的效力瑕疵事由（包括欺诈、胁迫等对表意自由的影响和无权处分、无权代理等事务处置行为）和源于秩序因素的效力瑕疵事由（包括法律禁令、公序良俗和形式强制）。仅就无效的后果而言，这些分类是妥当的。

但把不同类型的无效原因混在一起描述，可能导致误用或误判。例如，在受欺诈、胁迫或乘人之危等情况下订立劳动合同的，《劳动合同法》第 26 条并未规定合同可撤销，而是规定为无效，便不仅有违民法法理，也剥夺了劳动者维持合同关系的可能性（例如雇主在工作内容上欺诈劳动者，但劳动者并不排斥相应工作，愿意继续受雇）。

就其性质而言，“自身因素”与“他人因素”的效力瑕疵事由，其实可以归为一类，即都指向表意人的意思表示不真实。“瑕疵”意思表示不能产生效力的根源不在于法律对当事人的行为给予否定的评

价，而恰恰在于对当事人真意的遵循。或者说，这一过程并不是对一个已经存在的行为加以否认，而是根本就不存在一个法律所认可的行为，自然也谈不上对行为效力的否定。

之所以将因可撤销行为导致的合同无效与违法无效区分开来，在于二者的无效原因及与之相关的法律后果有重大差异。

一方面，在可撤销的场合，当事人仍保有不行使撤销权即肯定合同效力的选择，而违法无效的法律后果是不容当事人自主决定的。例如，对于通过假离婚或假结婚谋取不当利益的行为，固然有认定为无效的空间，但对于“假离婚”行为本身，若并不涉及第三人利益，依可撤销规则将有权撤销的主体限于婚姻行为当事人更为合适，即由当事人自己决定是撤销“假离婚”协议，还是“假戏真做”。

另一方面，合同在因意思瑕疵而被撤销后，通常发生一方赔偿另一方损害的问题，如行为人对重大误解的相对方，对受欺诈、受胁迫方的赔偿；而在合同违法无效时，通常较少涉及一方对另一方的赔偿。例如，当事人为了获取垄断利益而订立固定销售价格、限制生产销售数量、划分市场的垄断协议，都会构成排除或限制竞争等《反垄断法》否定的行为，进而被认定为无效。对于此种协议，就没有保护其中某一方当事人的必要。

4· 通谋虚伪表示导致法律行为不成立

以上内容仅为本文档的试下载部分，为可阅读页数的一半内容。如要下载或阅读全文，请访问：

<https://d.book118.com/448043022114006123>