

民商审判前沿

争议、法理与实务

——“民商法沙龙”微信群讨论实录

第一辑

李志刚 主编

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

民商审判前沿：争议、法理与实务：“民商法沙龙”
微信群讨论实录.第一辑 / 李志刚主编.—北京：人民法院
出版社，2019.3

ISBN 978-7-5109-2295-4

I. ①民… II. ①李… III. ①民法—研究—中国②商法—
研究—中国 IV. ①D923.04

中国版本图书馆CIP数据核字 (2018) 第232901号

民商审判前沿：争议、法理与实务——“民商法沙龙”
微信群讨论实录 (第一辑)

李志刚 主编

策划编辑 韦钦平 责任编辑 李安尼 执行编辑 张怡
出版发行 人民法院出版社
地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)
电 话 (010) 67550579 (责任编辑) 67550558 (发行部查询)
65223677 (读者服务部)
客 服 QQ 2092078039
网 址 <http://www.courtbook.com.cn>
E - mail courtpress@sohu.com
印 刷 保定彩虹印刷有限公司
经 销 新华书店

开 本 787 × 1092 毫米 1/16
字 数 577 千字
印 张 39.75
版 次 2019 年 3 月第 1 版 2019 年 3 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978-7-5109-2295-4
定 价 119.00 元

版权所有 侵权必究

民商审判前沿：争议、法理与实务

——“民商法沙龙”微信群讨论实录（第一辑）

编委会

主 编：李志刚

副主编：（以姓氏笔画为序）

王 松 王 赫 刘生亮 陈 克 熊丙万

“民商法沙龙”微信群

群友录

专家学者(以姓氏笔画为序):

- | | | | |
|-----|----------|-----|---------|
| 万方 | 北京外国语大学 | 李莉 | 北京科技大学 |
| 王之洲 | 美国华盛顿大学 | 吴光荣 | 国家法官学院 |
| 王文胜 | 湖南大学 | 吴泽勇 | 华东师范大学 |
| 王军 | 中国政法大学 | 张瀚 | 华南理工大学 |
| 王志诚 | 台湾地区中正大学 | 张巍 | 新加坡管理大学 |
| 王建文 | 南京航空航天大学 | 周林彬 | 中山大学 |
| 王欣新 | 中国人民大学 | 肖建国 | 中国人民大学 |
| 王轶 | 中国人民大学 | 陈敦 | 北京工商大学 |
| 王涌 | 中国政法大学 | 赵旭东 | 中国政法大学 |
| 方斯远 | 暨南大学 | 赵廉慧 | 中国政法大学 |
| 尹田 | 北京大学 | 胡田野 | 国家法官学院 |
| 邓峰 | 北京大学 | 姚辉 | 中国人民大学 |
| 龙俊 | 清华大学 | 贺剑 | 北京大学 |
| 叶林 | 中国人民大学 | 徐同远 | 华东政法大学 |
| 宁红丽 | 对外经济贸易大学 | 钱玉林 | 华东政法大学 |
| 吕来明 | 北京工商大学 | 高圣平 | 中国人民大学 |
| 朱虎 | 中国人民大学 | 郭锐 | 中国人民大学 |
| 朱慈蕴 | 清华大学 | 梁上上 | 清华大学 |
| 刘召成 | 天津大学 | 崔文玉 | 上海大学 |
| 刘凯湘 | 北京大学 | 彭冰 | 北京大学 |
| 刘保玉 | 中国政法大学 | 葛伟军 | 上海财经大学 |
| 刘静 | 北京外国语大学 | 董学立 | 中国海洋大学 |
| 汪青松 | 西南政法大学 | 蒋大兴 | 北京大学 |
| 纪海龙 | 华东师范大学 | 傅穹 | 吉林大学 |
| 李宇 | 上海财经大学 | 谢鸿飞 | 中国社会科学院 |
| 李秀霞 | 山东师范大学 | 熊丙万 | 中国人民大学 |
| 李建伟 | 中国政法大学 | 薛军 | 北京大学 |



法官及其他实务人员（以姓氏笔画为序）：

- | | | | |
|-----|--------------|-----|----------------|
| 马向伟 | 山东省高级人民法院 | 李靖 | 吉林省高级人民法院 |
| 王长军 | 四川省成都市中级人民法院 | 苏蓓 | 最高人民法院 |
| 王世华 | 江苏省盐城市中级人民法院 | 杨晓蓉 | 江苏省高级人民法院 |
| 王灯 | 广东省广州市中级人民法院 | 肖彬 | 山东省高级人民法院 |
| 王松 | 江苏师范大学 | 吴凯敏 | 最高人民法院 |
| 王朝辉 | 最高人民法院 | 何民捷 | 人民日报社 |
| 王蕴 | 江苏省高级人民法院 | 余琼圣 | 广东省高级人民法院 |
| 王毓莹 | 最高人民法院 | 邹波 | 河南省高级人民法院 |
| 方金刚 | 最高人民法院 | 张小洁 | 最高人民法院 |
| 邓江源 | 中国社会科学院 | 张颖 | 最高人民法院 |
| 厉莉 | 北京市房山区人民法院 | 张娜 | 《人民司法》杂志社 |
| 司伟 | 最高人民法院 | 张建康 | 山西省高级人民法院 |
| 孙卫权 | 江苏省盐城市中级人民法院 | 陆晓燕 | 江苏省无锡市中级人民法院 |
| 朱亚男 | 江苏省高级人民法院 | 陈克 | 上海市高级人民法院 |
| 刘小飞 | 最高人民法院 | 林海权 | 中国人民大学 |
| 刘兰芳 | 中国商法学研究会 | 南宝龙 | 天津市红桥区人民法院 |
| 刘成安 | 山东省高级人民法院 | 段晓娟 | 江苏省高级人民法院 |
| 刘炳荣 | 福建省高级人民法院 | 郭宁华 | 广东省深圳前海合作区人民法院 |
| 刘建功 | 江苏省高级人民法院 | 夏正芳 | 江苏省高级人民法院 |
| 刘振 | 江苏省高级人民法院 | 章恒筑 | 浙江省高级人民法院 |
| 羊琴 | 广东省高级人民法院 | 董俊武 | 湖北省高级人民法院 |
| 关倩 | 江苏省高级人民法院 | 蒋太仁 | 广西壮族自治区高级人民法院 |
| 李后龙 | 江苏省人大常委会 | 曾宏伟 | 最高人民法院 |
| 李芹 | 山东省高级人民法院 | 潘军锋 | 江苏省高级人民法院 |
| 李荐 | 江苏省高级人民法院 | | |
| 李相波 | 最高人民法院 | | |

丁广宇 丁俊峰 王赫 王富博 吕强 仲伟珩 刘生亮 刘春梅
 杜军 杨永清 吴兆祥 吴庆宝 余冬爱 张元 张雪樑 周伦军
 郭载宇 思萱 钱海玲 葛洪涛 雷新勇 詹巍

“民商法沙龙”微信群发起人：李志刚

序

理论是灰色的，唯生命之树常青。改革开放四十年来，伴随着我国商事法律体系的建立和逐步完善，社会经济生活中鲜活的案例、崭新的问题，也不断涌现。这些新案例、新问题，为我们健全商事法律制度、丰富民法学理论，提供了广泛的素材和丰厚的土壤。在这样的背景下，我国的民法研究已经由立法论逐步转向解释论；由介绍、学习域外制度，逐步转向回应现实的挑战，努力探求民法理论的续展。在此过程中，民法学者与商事法官、实务人士的交流互动，是缩短理论与实践的距离、增进理论法学与实证法学融合的重要途径。“民法沙龙”以微信群为依托，聚集了诸多海内外优秀民法学者和四级法院的专家型法官，搭建了一个高质量的民法理论与实务的交流平台。这种突破时空限制，持续深入地在线研讨民法前沿问题的方式，既有新意，也有深意。

歧见争鸣，疑义共析。作为一本微信群讨论书，本书真实展现了民法实务中的若干热点难点问题的争议观点及其主要理由，为民法理论研究提供了“真问题”，为民法实务提供了可资借鉴的论证路径。参与讨论的学者、法官，思考深入、发言严谨，体现出了深厚民法理论功底，保障了本书的专业水准和学术品位。与此同时，也有一个问题值得我们思考：为什么有相同知识背景的学者、法官，对同一个案例、同一个问题、同一个法律条文，会有不同的认识和理解？如何在观点的不确定性中，寻求一种结论的确定性？我想，对法学方法论、对法律适用方法的学习和运用，可能是减少分歧、寻求共识的一种有效途径。这不仅是民法学者、法官及其他实务工作者对话的基础，也是能否形成一个实质上的民法职业共同体的重心。

欣闻志刚创建的“民法沙龙”微信群讨论记录集辑出版，应邀为之作



民商审判前沿：争议、法理与实务

——“民商法沙龙”微信群讨论实录（第一辑）

序。希望本书能成为我国民商法学进步和民商事审判事业发展过程中的一个真实印记，并有更多的民商法学者、法官及其他实务人士，从这种智慧的碰撞中获得启发和新知。

梁慧星

2018年7月4日

凡 例

1. 《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）》简称为《合同法司法解释（一）》
2. 《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）》简称为《合同法司法解释（二）》
3. 《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》简称为《诉讼时效司法解释》
4. 《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》简称为《民通意见》
5. 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》简称为《民事诉讼法解释》
6. 《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》简称为《买卖合同司法解释》
7. 《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》简称为《民间借贷司法解释》
8. 《最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》简称为《非法集资司法解释》
9. 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》简称为《公司法司法解释（三）》
10. 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（四）》简称为《公司法司法解释（四）》
11. 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》简称为《婚姻法司法解释（三）》



12.《最高人民法院关于审理食品药品纠纷案件适用法律若干问题的规定》
简称为《食品药品司法解释》

13.《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体适用法律若干问题的解释》简称为《房屋租赁合同司法解释》

14.《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国物权法〉若干问题的解释（一）》简称为《物权法司法解释（一）》

15.《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》
简称为《担保法司法解释》

16.《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（一）》简称为《破产法司法解释（一）》

17.《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》简称为《民事诉讼证据规定》

18.《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》
简称为《商品房买卖合同司法解释》

19.《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》
简称为《查封、扣押、冻结规定》

20.《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》
简称为《执行异议复议规定》



第一部分 合同法总则专题

- 效力性强制性规范的识别 / 3
- 合同解除通知与异议期间 / 30
- 通谋虚伪的意思表示与合同效力 / 52
- 可得利益的赔偿 / 77
- 约定赔偿主张期限的性质及效力 / 93
- 一债多质、一债多卖与清偿效果 / 102
- 以物抵债 / 117
- 民刑交叉与合同效力 / 133
- 单诉违约金调整的司法裁判 / 152
- 债权人代位权之行使与回诉 / 158

第二部分 合同法分则专题

- 借款合同、民间借贷与实践合同 / 175
- 让与担保与附条件买卖 / 183
- 知假买假与多倍赔偿：法的解释、功能与价值取向 / 194
- 委托合同的任意解除权与解除后的求偿范围 / 222
- 租赁合同中的信赖利益保护 / 237
- 仓储货物买受人的请求权 / 243



快递合同中的赔偿责任限制条款效力 / 260
夫妻一方赠与“第三者”的财物，事后可否要求返还 / 272

第三部分 担保法专题

未办理抵押登记之责任 / 289
抵押登记与担保范围 / 306
抵押财产查封与最高额抵押所担保的债权确定时点 / 321
灭失质物价值的司法认定：裁判依据与法理基础 / 343
出质股份及期待分红权的性质与效力 / 365

第四部分 公司法专题

未经决议的公司担保：合同效力与解释路径 / 375
认缴资本制度下的债权人诉讼救济 / 402
未届出资期限转让股权的股东责任 / 429
《公司法》第177条之理解与适用：决议减资与债权人保护 / 449
股东会表决与合同意思 / 469
对赌协议 / 480
公司法内部分权法律规定的规范属性 / 496
决议限制股权转让的法律效力 / 506

第五部分 民事诉讼法专题

诉请的释明与裁判的处理 / 519
未上诉的一审当事人对二审判决的再审申请诉权 / 526
隐名权利是否足以阻却执行：权利性质与对抗效力的法理证成 / 535
错汇查封账户与强制执行 / 564
保全案外人财产 / 574
案外人对诉中的保全的执行异议之诉 / 578
执行异议审查与执行异议之诉的标准 / 582

第六部分 法学方法论专题

请求权基础与法律关系分析法之运用 / 593

权利冲突与权利顺位：民商事案件中的利益衡量与裁判方法 / 604

后 记 / 620

第一部分

合同法总则专题





法学无崖，唯勤是岸。

——王志诚

效力性强制性规范的识别

【发言群友】

王文胜、朱虎、方金刚、熊丙万、吴光荣、王建文、李建伟、王松、高圣平、杨晓蓉、李志刚、彭冰、王朝辉、刘保玉、李后龙、刘建功、李荐、刘春梅、段晓娟、吴兆祥、刘凯湘、叶林、王志诚、刘振、蒋大兴、刘崇理、林海权

【沙龙实录】

规范性质争论之一：《公司法》第115条

王文胜：《公司法》第115条规定：“公司不得直接或者通过子公司向董事、监事、高级管理人员提供借款。”这是一个什么性质的规范？违反的法律后果是什么？借款合同的效力如何？个人的疑惑是：公司与董事、监事、高管之间的借款合同有效无效，一般仅影响当事人的利益，并通过影响公司的利益进而影响公司的股东的利益，是否有必要使其绝对无效？通过赋予公司或股东以某种选择权，是否更好？

朱虎：有判决认为：该条规定属于效力性强制性规范，违反的后果是合同无效，因无效合同取得的财产应当予以返还，并赔偿对方因此所受的损失。我个人认为：此类判决可能考虑到作为相对人的董事、监事、高管为恶意的可



能性较大，不存在保护善意相对人的需求。因此，应将该条规定认定为效力性规范。

方金刚：公司法人独立财产，股东有限责任，董事、监事、高管信义义务，均系公司法效力性强制性规范。

吴光荣：针对上述提问方式，我思考的问题是，对规范性质的认定是否应从规范所涉及的利益进行分析？是不是只有涉及第三人的利益或者公共利益，才能认定为强制性规定？难道仅涉及当事人利益的事项，就没有国家管制的必要？有观点认为法定书面形式不是强制性规定，理由是合同形式仅涉及当事人之间的利益。我对此不敢苟同，因为法定书面形式在很多情形下是因为交易涉及的利益较大，立法者不想在没有书面形式的情况下将认定合同关系成立的权力交给法官，除非当事人通过履行行为治愈了形式的瑕疵。

王建文：公司向董事、监事、高管提供借款往往涉及利益输送，不仅直接侵害了公司本身的利益，间接侵害了股东利益，而且可能导致公司财产减损，故应予禁止。从法理上讲，公司向董事、监事、高管提供借款，因涉及影响公司财产独立这一公司法律人格要素，且可能涉及违背公司意思独立这一法律人格要素，故应属效力性强制性规范。不过，在公司法上最好不作效力性与管理性强制性规范的简单划分，或者不宜将某些规范简单地、绝对化地解释为效力性或管理性强制性规范。

王文胜：这个逻辑我理解了，但总感觉对董事、监事、高管似乎有点“有罪推定”，因为这类合同也有可能对公司有利。比如公司有大量闲置资金，董事、监事、高管又正好需要，并且愿支付高额利息，对公司来讲，有可能是个划算的交易。因此，似乎有点“宁可错杀一千”的感觉。是否有必要为了实现这个结果而完全否认合同的效力？对外部债权人而言，确实也有造成损害的可能性，但这个损害似乎是以贷款人还不了钱为前提？如果贷款人还不了钱，那合同无效的返还义务不同样履行不了？

李建伟：其实就是一个朴素道理：瓜田李下，不要提鞋，不要摘帽。

朱虎：合同无效确实是比较严重的私法惩罚后果，判断合同是否无效，要考虑法律所规定的其他惩罚手段是否足以达成目的，也要考虑董事、监事、



高管是否为善意的可能性，以避免侵犯相对人的信赖利益。至少从后一点来看，作为相对人的董事、监事、高管为善意的可能性极小，因此无须保护相对人。从前一点来看，似乎仅仅规定赔偿责任并不足以实现保护股东和公司债权人的利益的目的，因此，现有的手段不足以实现目的，结论是应当认定合同无效。

王松：《公司法》第115条禁止公司直接或者通过子公司向其董事、监事、高管提供借款，目的是避免上述人员通过公司或者其子公司向自己提供借款以转移公司资产、掏空公司，损害公司、股东乃至债权人的利益。如果允许，相当于允许这些人利用管理公司的职务便利进行借款交易。双方利益直接对立，考虑人性逐利本质，这种交易基本上不可能给公司带来利益。加上股权分散，中小股东难以对管理者监督，高管人员容易借此转移公司资产、掏空公司。从体系解释考虑，根据《公司法》第148条第（四）项规定，董事、高级管理人员不得有下列行为：“违反公司章程的规定或者未经股东会、股东大会同意，与本公司订立合同或者进行交易”，禁止董事、高管人员违反章程或者未经股东大会同意与本公司订立合同或者进行交易，以确保其履行对公司的忠实义务。因此，应否定此类交易之效力。或者说，想借股份有限公司的钱，就不能做公司的董事、监事、高管，二者只能选一。这是立法上的安排，司法应当尊重。

高圣平：在公报案例招商银行担保案^①将《公司法》第16条第2款解释为管理性强制性规定的情况下，第115条应持相同的解释论。

吴光荣：管理性强制性规定仅指公法上的强制性规定，而私法上并不存在所谓管理性强制性规定，仅存在所谓赋权性规定或者强行性规定。《公司法》第16条就是所谓赋权性规定，即未经法定程序，公司法定代表人无权代表公司对外提供担保，因而构成无权代表。至于对相对人的救济，则只能通过表见代表制度解决。就此而言，《公司法》第115条也应理解为赋权性规定。

熊丙万：尝试用哈特的不完全合同理论来评论一下《公司法》第115条的这个问题，也可以理解为对哈特及其合同理论的一次推介：股份公司的章程也

^① 详见《最高人民法院公报》2015年第2期。



是一个合同，是股东之间订立的合同。

（1）完全合同。经典的合同理论把合同视为完全合同，或者推定当事人在事前就未来所有可能的情况作出了约定。例如，如果公司股东之间在订立公司章程时，有足够时间和机会来就公司未来的运营和执行规则展开充分的谈判，那么，会有一本非常厚和全的章程。发生了相应的条件（如股份公司向董事借款），按章程约定处理就好。

（2）不完全合同。现实是，合同必然是不完全的，或多或少地忽视对影响未来合同履行条件的谈判和安排。一旦有实质性影响的条件发生，而之前没有约定，那么，各当事人都希望为自己争取最大的利益，尽量把不利益推给对方。合同争议由此产生。

（3）不完全合同的解释。如果事后发生争议，该如何解释当事人之间的“未尽事宜”呢？一种比较理想的做法是：尝试回到合同谈判的起点，去模拟双方当事人之间的谈判。假定当事人最初就这个条件进行谈判，会作出何种安排？这种做法并非完全理想主义，因为很多时候，事后模拟事前谈判不仅是可行的，而且是可信的。

（4）公司向董事借款事宜的谈判模拟。假如股份有限公司的所有股东（暂不讨论外部债权人的问题）聚到一起来就这个条款进行谈判，有可能作出三种安排。“如果借款未导致公司受损，借款合同有效；如果借款导致公司受损，借款合同无效。”假如有律师提醒当事人注意：第一，“公司受损”怎么判断？是偿还了本息就算“没受损”吗？愿意出资开公司是为了通过公司经营活动挣钱（并冒亏损之险），还是为了获得银行存款利息？怎么能保证公司资本不被公司高管当成银行借款使用？第二，是否有一个可行的监督机制，保证借款导致公司亏损时，还能够把钱追回来？思考完这些问题后，股东可能转而采用以下合同安排：“如果借款未导致公司受损，借款合同有效；如果借款导致公司受损，借款合同无效，且办理借款的公司高管需要承担赔偿责任。”这可以部分应对“高管随意批准借款，导致亏损”的问题，但效果很可能是有限的。于是，股东就可能转而采用第三种安排：“一律无效，且办理此类借款的公司高管需要依照《公司法》第149条承担赔偿责任”。这主要是考虑到，作



为小股东，没有办法实现对方案的实际管控，存在太多“后门”。

(5)问题继续：前述模拟谈判可信吗？如果可信，股东选择哪一种方案的可能性更大？如果不可信，或者说在法官缺乏模拟的信息时，应当如何处理？

规范性质争论之二：《城市房地产管理法》第38条

吴光荣：关于规范性质，还有一个问题值得探讨，就是《城市房地产管理法》第38条。该条规定列举了七种房地产不得转让的情形。由于该条采用了“不得”的表述，因此，实践中有观点据此认定该条为“法律、行政法规的强制性规定”，进而认为只要当事人所订合同存在该条所列的情形，即应根据《合同法》第52条第（五）项认定合同无效。

在我看来，如果将上述条文理解为“法律、行政法规的强制性规定”，并进而依据《合同法》第52条第（五）项，认定凡是存在这些条文所列情形的房地产转让合同均无效，将会导致两个难以接受的结果：其一，可能架空其他法律及司法解释，因为有些情形本质上是无权处分（例如共有房地产未经其他共有人书面同意），在买卖合同司法解释已经明确规定处分权的欠缺不影响合同效力的情况下，如果按照上述思路认定合同无效，就可能导致买卖合同的司法解释被架空。其二，可能带来荒谬结果，因为如果只要存在权属争议，当事人就可以起诉请求确认所订立的房地产转让合同无效，很可能会引起大量不诚信的行为，甚至虚假诉讼，且无从查实。在我看来，《城市房地产管理法》第38条系警示性规范，旨在提醒行为人在行为时应注意行为所可能引起的法律后果，而非为法官裁判案件提供具体的裁判规则。因此，它与所谓倡导性规范一样，仅仅是行为规范而非裁判规范。法律规范往往既是行为规范也是裁判规范，但是，由于我国法律是在大量移植西方国家法律的背景下制定的，立法者担心民众因不熟悉法律而陷入不利局面，因此在法律中也大量规定了一些倡导性或者警示性的条文，目的是为了防止当事人发生纠纷或者避免当事人陷入不利局面。此种不利后果既可能是公法上的不利后果，也可能是私



法上的不利后果。私法上的不利后果，主要是指行为人可能承担的民事责任，如违约责任、侵权责任、缔约过失责任等。当事人违反《城市房地产管理法》第38条，应根据具体情形的法律性质，从其他法律中去寻找具体的法律后果，而不能简单认定合同无效。

规范性质争论之三：《城市房地产管理法》第39条

杨晓蓉：名为股权转让、实为土地使用权转让的合同，既违反了《城市房地产管理法》第39条关于土地使用权转让的强制性规定，也存在着逃避税收的违法情形，合同是否应当认定为无效？

李志刚：可能涉及这几个问题：（1）此类合同转让的是股权还是土地使用权？（2）是违法行为还是脱法行为，规避是否等于无效？（3）税收监管是否通过合同效力的判断实现？还是说，即使有逃税，可以通过司法建议解决？（4）无效认定是保护了法律秩序，还是便宜了不诚信的一方？（5）合同效力认定的商事裁判和行政监管的功能、目标和手段有无区分及边界？

彭冰：土地使用权转让和逃税之类的问题，是因为监管规则本身的设计问题，过于注重形式忽视了实质，这可以通过调整监管规则来改变。例如，证监会对间接收购的监管，就是改进了原来收购监管的范围不足的问题，这应该由监管机构去判断。司法主动刺破股权转让去判断交易实质，等于否定了公司作为一种载体的意义，我觉得过于主动了。

杨晓蓉：如果土地尚未进行任何开发经营，公司的全部资产就是土地使用权的出让价格及其溢价，股权转让的价格与受让股权的对价无关，似可考虑认定合同无效，理由是：一则转让标的名义上是股权，实则资产；二则一旦认定合同有效，不仅涉及逃避税收，还涉嫌逃避土地监管。纵使司法可以提出司法建议，但向谁建议？税务局还是国土局？既然已经认定股权转让性质，资产所有人名义上并未变更，国土局又如何行使监管之责？

王松：对此，可以参考《最高人民法院公报》2016年第6期的《大宗集团有限公司、宗锡晋与淮北圣火矿业有限公司、淮北圣火房地产开发有限责



任公司、涡阳圣火房地产开发有限公司股权转让纠纷案》，该案认为，矿业权与股权是两种不同的民事权利，如果仅转让公司股权而不导致矿业权主体的变更，则不属于矿业权转让，转让合同无须地质矿产主管部门审批，在不违反法律、行政法规强制性规定的情况下，应认定合同合法有效。迟延履行生效合同约定义务的当事人以迟延履行期间国家政策变化为由主张情势变更的，不予支持。

王朝辉：实务以认定该条规范为管理性规范居多。至于税收，转让股权也是要交所得税的。

规范性性质争论之四：《彩票管理条例》第18条规定及其他

熊丙万：一农民工去买彩票（当时兜里有2000元左右现金），边买边兑，共计买了7万多元的彩票。除去兑奖得到的钱，还赊欠老板4万元的彩票款。于是就给老板打了一张欠条。根据《彩票管理条例》第18条第（四）项规定，彩票发行机构、彩票销售机构、彩票代销者不得以赊销或者信用方式销售彩票。其规范性性质如何认定？有观点认为，这类带有赌博心理的彩票赊销不少，判令赊销合同有效的居多。

刘保玉：我认为是管理性强制规定。欠款当还；卖彩票的老板是否应受行政处罚，乃另一问题。

李后龙：如果能统计一下这种情况在实践中引发区分争议的强制性规范到底有多少？是一件有价值的工作。

刘建功：是的，一定很有价值。除此之外，还有公务员经商、行业资质、经济适用房转让、限购政策涉及的房地产转让等。

李 荐：《公司法》第141条规定也涉及这个问题。股份公司董事将持有的100%股权全部转让，有违每年只能转让25%的规定，合同效力如何？涉及《公司法》第141条第2款是效力性还是管理性规定。

李后龙：公务员经商，从商主体解释其合同行为是否具有明显经常性来判断其主体资格，进而认定其行为效力，但不好操作。



刘春梅：效力性强制性规范的争议，源于行政部门的规定太多、管制太多。如限购房、限购车政策，这些是效力性规范还是管制性规范？也直接影响到借名买车买房的合同的效力。

李志刚：作为对社会矛盾、社会问题增多的回应，国家管制的扩张确有必要，强制性规范在体系上的扩展和数量上的增加不可避免。但如果简单解释为违反强制性规范则合同无效的立场，私法自治可能不复存在。区分规范性质和合同效力，可能是控制强制性规范对私法自治的干预限度的一种必要途径。

“禁止”“不得”与合同效力

段晓娟：对于所谓效力性和管理性强制性规定的区分并基于此作为认定合同有效与否的标准，一直心存疑虑。第一，对于法律、行政法规明确规定“禁止”“不得”等，审判中把该类规范区分为效力性、管理性强制性规范的依据何在？第二，司法实践中的乱象也折射了这种区分的问题：对于法律、行政法规明确规定“禁止”“不得”的，相应民事行为有效与否完全在于司法者对于规范的所谓性质解读——强制性的还是管理性的，而一个规范解读为强制性还是管理性，甚至在不同案件中有不同的认定，对于理由，很难见到其说服力。

李后龙：法官只能从此入手维护诚信。诚信有无是明的，没有解释空间。规范性质则可以解释，裁判结果实现多数人认同的公平。我总觉得裁判不能架空现有法律规定，甚至行政规章及地方规定，如地方限购住宅的规定，这是底线。能用社会公共利益条款吗？

刘建功：正因为“禁止”“不得”规范从文义上难以直接得出结论，我们才用体系解释、目的解释等方法去衡量。这种方法无疑仍然是十分“大陆法”的，仍然是在台面上从逻辑上去分析，而不是武断地随意下结论。

吴兆祥：“不得”“禁止”类规范还解释为管理性强制规范，只会造成更大的混乱。



王建文：“不得”“必须”“禁止”等语词不作绝对化解释。就公司法而言，不宜绝对化地将《公司法》中的强制性规范都界定为管理性强制性规范或效力性强制性规范。以我之见，《公司法》中不宜简单套用《合同法》关于强制性规范的划分方法，宜立足于《公司法》规范本身确定规范性质。

刘凯湘：管理性规范与效力性规范之分仅是关于行为性质的判断，不涉及主体资格和意思表示的判断。其实，将强制性规定区分为效力性规范与管理性规范并不妥当，应当区分为效力性规范与非效力性规范。

区分标准：是否可欲

李志刚：规范性质常形成循环论证，即先行预设规范性质，再围绕该结论论证规范性质，最后推导出该规则确实是否属于“效力性强制性规范”的结论。这种论证思路通常是自说自话，难以形成规范性质识别的一般性标准。能否就规范性质的“区别标准”列出几条理由，朝着寻求共识的方向努力？

李建伟：还是循立法意旨，单个规范单个论证，力戒试图类比、旁通、规律类的思维范式。

叶林：在认定规范的性质时，核心是要发现“规范目的”。若拘泥于文义，必然各有己见。如前讨论公司向董事提供借款时，似忽视该条款的功能与目的。如《公司法》第115条规定，最核心的是保护公司免受董事侵害。若个案中，借款未导致公司受损，就应遵守私权自由处分的原则，不涉及无效问题。因此，规范功能是认定性质的前提。

朱虎：理论上我赞同，是否违反强制性规定而合同无效，首先有两个步骤，即是否存在强制性规定和是否违反了强制性规定，之后再谈其他问题。您所提到的根据规范目的判断合同行为是否违反了强制性规范，恰恰是刚才所说的第二步，即是否违反了强制性规范所要审查的问题。根据规范目的判断是否违反了规范。但现在所重点关注的问题是，如果对上面两个问题的回答是肯定的，那么合同是否无效？规范性质我是同意的，但是，最核心的问题依然是如何在具体情形中判断该规范的违反是否会影响合同效力，尤其是



在法律并未明确规定违反之后的合同效力情形时。在这个意义上，规范性质是判断之后的结果，而非判断的依据。由规范性质推导合同效力，似乎有些倒果为因，是一种倒置的法律推理。因此，我更赞同志刚的意见，能否具体到我们讨论的规范上展开理由，寻求其中的可能考量因素？

合同无效确实是比较严重的私法惩罚后果，就《公司法》第115条而言，判断合同是否无效要考虑法律所规定的其他惩罚手段是否足以达成目的，也要考虑董事、监事、高管是否为善意的可能性以避免侵犯到相对人的信赖利益，至少从后一点来看，作为相对人的董事、监事、高管为善意的可能性极小，因此无须保护相对人。从前一点来看，似乎仅仅规定赔偿责任并不足以实现保护股东和公司债权人利益的目的，因此，现有的手段不足以实现目的。结论：合同应当无效。

这么说的时侯，蕴含了以下考量因素：相对人为善意的可能性以及其他既有惩罚手段的是否充分性。当然，还存在其他考量因素：市场准入和市场行为，管制对象一方或双方，保护法益为 人身或财产，直接管制或间接管制，程序管制或实体管制，与公共利益的远近等。

吴光荣：效力性与管理性的区分不是判决的依据而是分析的结果。实践中确实有本末倒置的情况。最大的问题是在判断规范性质时，无论如何解释都会有不同意见，法律适用的统一性只有在司法解释明确以后才能实现。原因就是法官喜欢直接进行目的解释，又有谁能说清楚立法目的呢？一般法律职业同仁还欠缺独立解释的能力。对于司法来说，首先还是坚持文义解释，不要陷入自设的困境，不仅可以维护法律，也可维护司法。立法的最大价值就在于避免或者减少使用的争议。学术讨论可以为立法完善作支撑，但司法应尽量减少争论，尽量统一适用标准。

王志诚：第一，法律经济分析，若任由自治会无效率，这时，该规范倾向是强行禁止规定（效力规范）。第二，在立法或颁布任何行政法规或部门规章时，每一个条文都公开立法理由或制定理由，应有助于判断规范目的。通常在发生具体争议时，司法要判断是否为效力规范，当然，也有变更见解的例子。



高圣平：朱庆育在2016年第3期的《法学家》发表了《〈合同法〉第52条第五项评注》一文，值得参考。朱庆育认为，《合同法司法解释（二）》第14条引入“效力性强制性规定”概念，旨在适用《合同法》第52条第（五）项。这意味着，有必要判断是否属于效力性强制规定的，只是被《合同法》第52条第（五）项参引因而须与之结合适用的强制规范。换言之，若无《合同法》第52条第（五）项之适用，则无讨论“效力性强制规定”概念的必要。据此，当强制规范自身含有明确的法律效果规定时（如《合同法》第53条），直接适用该规范即可，不必引入“效力性强制规定”作为讨论手段。效力性强制规定所表达的是：如果某项强制规定将导致有所违反的合同无效，那么，违反该强制规定的合同无效。问题在于，什么样的法律规范是“效力性强制规定”？为了适用《合同法》第52条第（五）项，需要回答的问题是，违反何种强制规范以及基于何种理由将导致合同无效，而不是，在寻得导致合同无效的强制规范后，如何给出概念上的称谓。效力性与管理性强制规定之分类本应是后一问题的回答，系法律解释的结果，自然无法成为法律适用时的推理前提。

方金刚：合同有效还是无效只是利益权衡作出裁判的外观理由，公平公正才是法官们内心确信的动因。抽象地争论规范的效力没有意义也不可能形成共识，个案判断似乎才有价值。

刘建功：效力性还是管理性的判断，不是事先的区分，而是衡量的结果。

王朝辉：在民事诉讼的方法论上，就有两种不同方向的裁判思路：规范出发型和事实出发型。前者强调从实体法律规范为逻辑起点，将案件事实归类为纳入权利构成要件事实，以维护民事权利、私法秩序为目的，类似于民事请求权理论；后者注重从案件事实中发现法律，在以纠纷解决、利益平衡为目的的前提下，对法律作具体解释。对于一些法律规范作管理性还是效力性判断时，上述方法提供了另外一个视角。

李建伟：这一分类思路对于法官裁案真的好吗？

蒋大兴：效力性和管理性规范之区分，实有不妥。此种区分，若系普遍现象，非个例行为，极易导致司法超越立法者的权力。若规范效果之评价端赖事后衡量，还会影响规范效力之确定性、统一性以及效率性。进而，若属商



事领域之规则，又会直接影响到交易之可预期性，影响企业的法律风险管控。总之，规范效果若缺乏确定预期，规范存在之功能价值就将大打折扣。

刘振：其实，即便不作效力性与管理性规范的区分，法官裁判时仍然需要判断是否违反了相关法条的效果。在立法者未就法条规范效果明示的情况下，这是绕不过去的一个问题，客观上逼着法官去判断，法官应当是不想要这个所谓的“自由裁量权”的。大兴的担忧确实存在，但问题的根源应当是立法的不完善，才使得法律适用效果缺乏可预见性。

蒋大兴：我们应该假定，强制性规范本身就是立法者已对规范效果作了效力判断，在通常情形，均无须司法者“因自己更为高明”再作裁量判断，违反强制即无效是最合立法目的及立法与司法分工的需求。法官需要判断的只是规范性质不明的极少数情形——未有显明语词表明其为强制性规范者。如果法官对强制性规范之私法效力需作二次判断，则司法将成立法，司法就需要不厌其烦地判断某强制性规范是否为效力性规定，这是永远无法完成的工作。而且，立法为避免法官事后滥权，势必每次都在强制性规范之后写上一句，违反即无效，以避免被视为管理性规范。同时，其他规范也需要写上，违反不影响合同效力。如是，则强制性规范之功能大半将丧失！所谓管理性强制，将难有实际效果。

事实上，因为民法学界将本为解决陈旧规范之效力排除的“强制性规范两分法”类型化方式，错误地扩张解释为对强制性法律规范之一般分类方法，并实践支持，将严重影响商事交易的可预期性，使得法律人对法规范之效力结构欠缺基本及常识化共识，其结果必然会破坏司法的统一性。“大道至简”，也许对“司法英雄主义或司法救世主角色”的支持者，会有所启发。

刘建功：司法基于立法，立法者被大兴假设为如同上帝般睿智，他们确切地知道自己每一次使用“不得”“禁止”“应当”词语时会给交易带来多大的影响，这显然是太过理想了。实践之所以接受了这种区分绝非仅仅是基于理论偏好，而是对立法中无数的“不得”“禁止”“应当”的一种缓冲，寻求减弱对交易流畅度影响的方法，寻求尽可能限制那些企图借“不得”“禁止”“应当”去逃避履行义务、违约责任的人的通道。而《合同法》第110条关于“法律上



不能履行”也为这样的做法提供了算是有效的解决途径，迫使司法者不得不去解释。

蒋大兴：我并未否定司法在个别情形下对陈旧的强制规范予以限缩解释的权力，只是这不当成为一般规则，更不应用于解释新颁法律的规范性质。立法者与司法者的宪法分工，本身就假设了立法者是高明的，立法过程是睿智的。此处的立法者符号，广义其实也包括了立法过程中的法官。虽然貌似更高明和睿智的立法过程本身也可能充满愚蠢、偶然甚至非理性，但法治原则要求我们尊重立法。这些问题主要通过立法修改及立法解释来修正，司法续造只是极为例外之情形。绝不应该赋予法官对所有强制性规范予以效力判断的裁量权，因为这是尊重立法智慧、法院保守主义以及法治统一、规制效率的必然要求。赋予法官该种是否属于效力性规范的一般或普遍裁量权，私法中的法治将不复存在。如果司法在案件审理中过于容易扮演积极的立法者，这不会是一个极不尊重规则的时代的幸事。

刘建功：法官对规则的含义有解释任务，这一点当无疑问。为什么对规范的其他解释可以，而恰恰对强制性规范对合同效力可能带来的影响进行解释就会造成交易的不确定、对规则的破坏呢？必须承认，这个问题确实带来了不少的混乱，但问题全部归咎于规范性质的区分，似乎缺乏足够的说服力。回到这个问题本身，法官就不得不回到庭审的场景，如果有律师在庭上为他的当事人辩解称，虽然违反了这条规则，但仅仅会导致《合同法》第110条规定的不能履行的后果，而不能导致无效。法官逃避不了这样的问题，必须作出回答。

蒋大兴：这是因为规范之强制效力是法律的生命所在。规范一经立法协商确定，其强制性的部分就必须得到遵守。此与合同之履行不同，可以在执行过程中有很大的协商空间。

刘建功：规则确应遵守，但遵守的方式绝非唯一。有的必须从交易性质上否定，有的仅需从权利变动结果上否定。这都是在执行规则。



区分本源：为何要分

李后龙：讨论这个问题的时候，我觉得应当梳理一下合同因违法而无效的变迁过程。从《经济合同法》的合同违反法律规定而无效，到《合同法》的合同违反法律、行政法规强制性规定而无效，到现在司法解释的合同违反效力性强制规定而无效。应该说这本身就是司法实践推动法学理论研究，进而推动立法完善的过程。当下，是需要从立法层面区分效力性与管理性强制规范的时候了。至少，立法要在制定强制性规范的时候，对此有所区分，特别是行政法规的强制性规定确实太多，有的甚至行政机关都从未去执行过。剥夺法官的这个解释权，会导致很多不诚信的当事人会以合同违法为由实现其毁约目的。过去不因合同违法而认定无效确实为例外，主要针对过时的以及不合理的规定，现在则有动辄视强制性规定而不见的倾向。主要原因是法律特别是行政法规强制性规定很多，即使法律在制定时也无区分两种规范的意识。期待立法者尽快吸收区分两种规范的理论创新成果。当下司法多适用法律上不能履行来解决此矛盾，是否更好？不简单认定合同无效，似可实现保全强制性规范的执行，又不给非诚信方空子可钻？

蒋大兴：《合同法》颁布时，行政规制改革尚未大规模展开，当时行政规章强制较多，故有立法过程中的弘扬鼓励交易之原则，以打破行政规章的不当强制。但立法已将强制无效的范围缩减到法律及行政法规的范围之内，没有必要让法官再“修改”立法。而且，在《合同法》颁布后，诸多法律都作了修改，甚至大量法律是新《合同法》颁布之后出台的，立法过程已经考虑过强制领域的限缩，没有必要再让法院对如此多的新颁法律及行政法规中的强制性规范再予限缩适用。司法借助自己赋予自己的效力性规范的识别权，以实现自己建构良善秩序的个人理想——在很多情形下，这不是建构了秩序，反而是破坏了秩序。因此，在规范效力这样的基本问题上，尊重立法而不是果断造法，应当是我们今日法官解释法律时尤需注意的边界。

李建伟：二分法是裁量后的结果而不是事先区分，这一结论非常重要。这



就从反面论证了，面对一个立法规范，都一上来就区分管理性与效力性，是本末倒置的。

蒋大兴：按照你的逻辑，推而广之，是否意味着规范类型的区分都变得没有意义？因为，规范性质都是裁量后的结果，都需要“二次立法”。这样理解，会使得立法中规范类型之设计工作变得毫无意义，且难以展开。你这可能是判例法的逻辑，在大陆法系国家难以适用。即便依循判例法逻辑，先例原则的存在也支持类似大陆法系的思维。而且，一些判例法国家，还存在类似立法与词法，特别明确了“应当”“不得”“禁止”等规范用语之含义，并且，该类规范之违反，会影响行为效力。

李后龙：还得从立法上解决“不得”“禁止”与“应当”的用语区分问题，这是根本之策。法条规定不得为，市场主体就应不得为。可以在立法时区分，但现在立法上并无区分的意识，这是关键。现在行政法规用“不得”“禁止”的较多，被不诚信的一方作为毁约手段利用了。

刘建功：我倒是觉得期望立法作区分，既不可能，也无必要。立法者再聪明，也难以预见所有规范的所有后果。而且，立法为社会发展留有解释空间，既是必要的，也是不得已的。事先从立法上区分，说不定带来的难题更多。如《公务员法》禁止公务员经商。下班摆地摊也是经商，入股也是经商。能否从《公务员法》中标识出来？只能将其解释为管理性规则，再结合其行为对公权力的侵蚀可能性，根据《合同法》第52条的社会公共利益条款，在具体案件中进行解释。如果来个以无效为原则、以有效为例外，实务中可能带来的问题会成倍于当下。行政法规中的“不得”“禁止”“应当”太多了，引发争议的，仅仅是其中很小一部分。实际上，无效和有效但不能履行，在大部分后果上是一样的。

熊丙万：“如果来个以无效为原则、以有效为例外，实务中可能带来的问题会成倍于当下”是一个事实判断问题，取决于短期判断和长期判断。从人们的基本行为逻辑上看，如果面向未来，当事人人都知道这类合同被认定为无效，争议为什么会成倍于当下呢？这一次是逃脱了，但以后的债权人都能够大致预测。我们的思路是：聚焦发生在当下的、分散的个案，还是聚焦判决对



未来交易行为的引导和将引发的系统性效应？

王松：合同法以私权自治、鼓励交易为宗旨，原则上有效自不待言，认定有效不需要说明理由，认定无效需要有比较强有力的理由。个案斟酌，关键是以管理为宗旨，还是以禁止交易为宗旨。如果实践中大量合同都被宣告无效，后果不是很好。从法律解释方法来说，基本上都是有一般规定、有例外情形，一刀切不合适。

刘建功：司法逐步树立了保护交易自由、尽可能不干涉交易的一个价值导向。《合同法》颁布后，又经历了鼓励交易的价值激励，比较彻底地把司法从以前合同纠纷中的三分之一都认定为无效的倾向扭转过来了。所以在遇到类似问题时，司法是期望不要去动摇这样的观念，借助于“法律上不能履行”“区分负担行为和处分行为”等武器，在实现立法目的的同时不动摇既定的价值观。法律上明文规定不得交易，可能导致两种解释结论：不能签署合同者不能发生履行后果。现在如果说这两种区分毫无必要，似乎还有待论证。

不同判决确实会引发公众的疑惑，并难以预测司法尺度。但这在很大程度上不是对效力性还是管理性规范性质区分所导致的，而是一个逻辑错误所致，即一旦认定有效即等于允许履行，完全忽略了合同法关于“法律上不能履行”的规则。事实上，对于违反强行性规范的后果，无论认定有效还是无效，合同不能履行、双方根本不可能实现合同目的这个后果应该是一致的。司法也应当向公众传递这个明确的尺度。

一断于法与规则之治

蒋大兴：更倾向于同意丙万的思考逻辑。为什么我们会认为一旦坚持“违反即无效”规则，就会造成大量问题及大量交易无效现象，从而不利于鼓励交易？主要是因为规则执行不力，我们不尊重规则，甚至以违反有效去鼓励违法。导致实务中违反管制成为家常便饭。若建立了违反无效规则，当事人就会减少违法行为，估计短期内会无效裁决井喷，但从长远来看会减少违法并减少无效之情形。而且，从文化角度而言，违反无效，对讲求实用主义、机



会主义盛行的中国是有意义的。执法是体系性的，司法与行政的立场简化统一，有助于实现规制的效果。

王松：行政管理的标准与民事交易的合法性判断标准恐怕是有区别的，将两者等同起来似有些绝对，例如经常举的例子，关于商业银行资产负债比例的《商业银行法》第39条规定，体现了中国人民银行更有效地强化对商业银行的审慎监管。商业银行所进行的民事活动如违反该条规定，人民银行应当按照《商业银行法》的规定进行处罚，但不影响其从事民事活动的主体资格，也不影响其所签订的借款合同的效力。

蒋大兴：《合同法》第52条既然将违反法律、行政法规的强制性规定的合同认定为无效。在此范围内，行政管理的标准与民事交易的合法性判断标准就统一了。违反《商业银行法》第39条之规定，若认定借款合同无效，又有什么问题呢？银行不能从中得到借款利息，就会规范自身行为，不越界贷款，从而实现管制秩序。因为无论有效无效，借款人均需还款，所以，违反无效主要会影响银行利益，对借款人利益损害不大。由此会促使银行合规，有何问题呢？将《商业银行法》第39条解释为管理性规范，无非保护了银行的交易利益而已，却损害了规制秩序和法律权威。孰轻孰重，可自思量。

刘建功：如果说规范银行资产负债比例的规则被破坏的话，这可能不是司法的责任。如果金融监管部门有一次惩罚一次，一样有效果。相反，如果某一笔金融债权因此被认定无效，那么这个债务人忽然获得了比其他债权人优越的额外利益，比如设定的抵押权也跟着无效了。强制性规则的执行，不应当吊在合同效力这一棵树上，有很多落实强制性规范的手段。

司法要在每一笔金融债权诉讼中都去审查发生该笔借款一刹那银行的资产负债比？这是可能的还是必要的？我觉得必须再强调一遍，这些强行性规范如何落实，确实需要多元共治。司法并不是要去姑息违反这些强制性规定的人，而基本是因为所涉合同涉及第三人了。如何既保护第三人，又要落实强行性规范？除了宣告合同无效外，不是没有其他更妥当的途径。而所谓管理性规范，不正是要要求管理者去认真执行吗？如果金融监管部门能认真对待，依照他们的动态监管方式，发现、查处的成本不高，为什么要逼着司法在每



一起案件中查他们的资产负债呢？这种成本，真的更有利于强行性规范的贯彻么？

李志刚：就强制性规范而言，个人一直在想，作为私法的合同法，在多大程度上要承担起纵向“管制”的职责。在民商事纠纷中，需要解决的是平等主体之间的民事权利义务争议，是财富在两个主体之间的分配。在合同纠纷中，主张合同无效的一方，并非在诉讼期间突然良心发现，知道自己违反了强制性规定，要诉诸法律来维护公共利益和管制秩序，而是要借合同无效的“东风”，逃避私法上的责任，寻求额外的私利。而以“不得”“禁止”一断于法，恰恰是为不诚信的一方逃逸私法上的责任提供了便道。如果把民商事司法界定为调整横向的平等主体之间的民事权利义务关系，行政执法机关作为行政执法主体来执行纵向的管理关系，司法建议作为一种信息共享的制度通道，似更能实现二者各归其位，双向调整，而避免不诚信一方，借由司法的通道，以合同无效的借口，逃避私法上的责任，乃至获得额外的利益。

刘崇理：公法和私法是理论上的分类，一部法律是否就能绝对的归入公法或是私法的范围？是不是这些年来，我们过多地强调了一些法律私法的属性，而忽略了其中公法的属性？

蒋大兴：合同法是规制的方式和手段。这在规制法学里面没有疑问。

林海权：同意蒋老师！个人觉得，司法不承担监管职能，但司法的职能高于监管。例如，金融监管的目标是防范金融风险，更注重金融机构一方，司法的目标是维护公平正义，需要关注金融机构与投资者两方，两者的目标不一致。司法如将监管政策纳入考量范围，也只是将其作为一项公共政策考量。司法是否有必要介入私合同，可能不仅是技术问题，更是政策问题。绝对的意思自治前提是当事人各方实质平等，皆能出于真实意思自愿订立合同，但在当事人地位逐渐悬殊，如要求司法不得介入当事人表面上的意思合意，实际是放纵强势一方利用所谓的合同自由压制另一方，同时也是鼓励法律技术高超的当事人通过虚假合同规避法律，这或许与我们所要的私法自治不一致。至于当前司法是否需要介入以及介入的程度，可能需要有法政策学的研究。当然，司法的介入有多种方式，除了有效、无效外，还有成立、生效乃至解



释等制度。个人比较遗憾的是,《民法通则》和《合同法》都没有确立虚伪意思表示制度,但《民法总则》已有相关规定。

彭冰:认定《商业银行法》第39条不影响合同效力,如何保护银行权益?如果无效,借款人还是要还本金和利息的,但不需要等待到期了。宣告该条款导致合同无效,对借款人更不利吧?

林海权:个人认为的金融监管侧重金融机构,是从其监管的着眼点,如按防范金融风险的监管目的来看,其规范的是金融机构的行为,并不是说金融监管是保护金融机构。

王松:包括《合同法》在内的民商法乃至其他法律,整体上是一个体系,通盘考量、体系解释、综合斟酌解决个案纠纷更为妥当,不宜仅仅拿合同效力说事,何况合同效力也不仅是有效、无效那么简单。司法总是在交易的安全、效率、社会发展现状等之间找平衡。

蒋大兴:《合同法》以及《担保法》实务上不实质区分有效合同与无效合同的差异,这属于和稀泥式的裁判思维,二者应清晰区分。借款合同无效,就不能保护利息,否则,法律何必区分有效与无效呢?不能仅仅以现行不当的无效合同后果安排或司法立场来解释我们判断的对错。合同无效,仍保护利息,更是对金融机构的偏颇。虽然合同效力有多重体系,但对已成立之合同而言,有效与无效是最基本的效力逻辑之一。

李志刚:如果以合同为管制方式,实现规范交易执行的功能,难道要重拾起民事裁判中的“罚款”这一利器,以免让事后主张无效的一方反而从中渔利?

刘建功:罚款本来应当是监管机关做的事。我们来讨论一个很有操作性的问题:银行有资产负债比例要求,这是为了减弱金融风险的管制手段。从商业利益出发,银行总是倾向于压线经营,那么,司法是不是要对每一个借款合同签订时的一瞬间银行的资产负债比例进行一次审查呢?这是无法承受的社会成本。

彭冰:同意你的这个说法。不只是法院审查的问题,借款人在借款时如何知道银行贷款是否超限额?如果借款人没法控制,交易安全如何保证?基



于公共政策原因的管制，自有监管部门执行，不是司法的功能。

王松：如果注意义务太高，交易前要了解所有法律关于这方面的管制规定，了解交易对方有没有违规之处，这在操作上有很大难度。

李志刚：是否要在民商事审判中罚款的问题的答案，回归了合同法的功能和目标以及在多大程度上要实现“管制”。如果以合同形式呈现的普遍性违法，真正有监管职责的行政执法机关采取放任的态度，而要求司法把监管作为效力判断的重心，把调整平等主体之间的权利义务关系的重心放在一边，未必是民商事司法的实质性归位。从这个意义上来说，区分效力性强制性规范，减少合同无效的情形，对民商事审判而言，并非没有意义。

【总结与倾向性意见】

本辑争议的核心问题是《合同法司法解释（二）》第14条规定的效力性强制性规范和管理性强制性规范，如何区分？

群友的发言，可归纳出以下几个基本的问题：

第一，前置问题，是否要区分？是否应当将包含“禁止”“不得”“应当”的规范一律认定为强制性规定，并产生合同无效的后果？主张不要区分的观点，路径上是文义解释，优点是简单明了，法理依据是立法权和司法权的二分。如果不要区分，答案就简单了，即“一断于词”。

第二，如果要区分，需追问：此类词的规范目的是否是合同效力？如果此类立法语言表述本身并不是为了规范合同效力，而是管理、提示、倡导、准入限制等，则进入到第二个层次的问题，谁来区分？解决途径有二：立法上对每一个“禁止”“不得”“应当”与合同效力的关系作区分，或者，司法上作区分。现实地看，涉及此类词的法律条文极少就合同效力的影响作规定，由此，任务就落在了司法者身上。

第三，如何区分？两种思路：一是对所有此类规范实行管理性规范与效力性规范二分，非此即彼；二是多层次细分，即对公法要区分管理性规范和效力性规范，对私法要区分强行性规范、授权性规范和倡导性规范。公法上，对公共秩序管理的规范不影响合同效力，涉及社会公共利益的禁止性规范产生



合同无效的法律后果；而私法上的授权性规范（授权第三人主张权利）、倡导性规范（倡导特定行为模式）的规范，既不属于管理性规范，也不属于影响合同效力的效力性强制性规范。

第四，区分标准。《合同法》第52条第（五）项提供了一条沟通国家管制和私法自治的通道，如果承认需要识别规范类型的话，赋予法官对具体规范的目的进行解读、在个案法律解释的过程进行利益衡量，进而确定规范性质的权力，可能是缓解管制和自治冲突的一种有效途径。放眼环球，《德国民法典》第134条有关“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”的规定，也非通过立法者的“一断于法”来解决，而是由法官在适用和解释该条规范时充实其内核。如果这一点认识成立，那么，我们在司法实践和理论上的争论和探讨，也并非没有意义。

违法行为是否无效，在我国民事立法过程中，经历了一个发展过程。《民法通则》第58条规定违反法律的民事法律行为一律无效，未对任意性规定和强制性规定加以区分。《合同法》第52条第（五）项明确将法律规定限定为强制性规定，规定“违反法律、行政法规的强制性规定”的合同无效。《合同法司法解释（二）》第14条，进一步将法律、行政法规的强制性规定限定为效力性强制性规定，将管理性强制性规定排除在外，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。”最高人民法院《第八次全国法院民事商事审判工作会议（民事部分）纪要》（2016年11月21日，法〔2016〕399号）第13条规定：“城市房地产管理法第三十九条第一款第二项规定并非效力性强制性规定，当事人仅以转让国有土地使用权未达到该项规定条件为由，请求确认转让合同无效的，不予支持。”

吸收上述法律规定和实践经验，《民法总则》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，但是该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。”本条规定虽然没有采用“效力性强制性规定”的表述，但立法者关于并非所有违反法律、行政法规的强制性规定的民事法



律行为均无效的意思很明确，^①在没有更为准确细致的立法出台之前，将该款理解为违反法律、行政法规的效力性强制性规定的民事法律行为无效，较为妥当。^②

【代表性学术观点】

王轶认为^③（1）依据《合同法司法解释（二）》第14条有关“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”之规定，对于禁止当事人采用特定行为模式的强制性规定，需要进一步作效力性强制性规定与管理性强制性规定的类型区分。管理性的强制性规定，也属于《民法总则》第153条第2款但书所言的不导致民事法律行为无效的强制性规定。（2）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，不影响合同效力，但合同当事人需要依据法律或者行政法规的规定承担相应的行政责任，乃至刑事责任，并须承受诸如因法律上的障碍不能履行合同义务等所带来的不利法律后果。（3）就效力性与管理性强制性规定的类型区分，存在不易区分说以及不必区分说的质疑。^④在缺乏足够法律共识的背景下，不易区分确属实情。但几乎所有事关法律妥当适用的区分事项，没有容易的。不易区分，只是提醒我们要注重法律共识的积累。有足够共识，依据共识区分；无足够充分法律共识，裁判者要担负起决断的责任，审慎区分。在裁判者作出决断之后，还要注重以个案中的决断为基础，推动形成新的法律共识。事实上，在以往法律适用的过程中，也已经积累了不少宝贵的司法共识。^⑤不必区分说认为二者的区分是以问答问、循环论证的文字游戏。这种观点扭曲了事物的本来面目，颠倒了法律适用的应有逻辑。（4）二者的区分，属于民法问题中的价值判断问题。就论证负担而言，效力性的强制性规定更高程度地限

① 《民法总则（草案）》曾删去该规定，有些代表提出，违反法律、行政法规强制性规定或者违背公序良俗的民事法律行为无效的规定，是防止民事主体滥用权利、维护社会公共利益的重要手段，也是司法机关判断民事法律行为是否无效的主要裁判依据，建议恢复草案三次审议稿的相关规定。全国人民代表大会法律委员会采纳该意见，恢复并修改后将其规定为第153条。参见李适时主编：《民法总则释义》，法律出版社2017年版，第705页。

② 杜万华主编：《中华人民共和国民法总则实务指南》，中国法制出版社2017年版，第593-594页。

③ 参见王轶：《论商品房预售许可证明对合同效力的影响》，载《比较法研究》2018年第6期。



制了民事主体的交往自由，因此，面对同一禁止当事人采用特定行为模式的强制性规定，凡主张其为效力性强制性规定的，皆须承担论证的责任，不能提供足够充分且正当的理由的，就应接受该强制性规定为管理性的强制性规定。(5) 法律适用的过程，是目光在事实素材和法律素材之间反复往返流转的复杂过程。合格的裁判者并非不带任何前见、偏好和取向的裁判者，而是能够在目光反复往返流转的过程中，立足已有共识，限制个人任性，反思并调适自己前见、偏好和取向的裁判者。对规范性质的区分，与对于合同行为的效力的决断，二者之间也是同频共振、相互渗透、彼此影响的过程。(6) 二者的区分，涉及民法问题中的解释选择。不同的结论并不存在真假、对错之分，但哪种讨论结论更符合大多数人所分享的前见，更遵从人们使用概念的习惯，哪种解释选择的结论就是更为可取的结论。二者的界分，不但在学界的学术讨论中被长期使用，还得到了最高人民法院司法解释的认同，属于更为可取的解释选择结论。(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》(法发〔2009〕40号)第15项要点指出：“违反效力性强制性规定的，人民法院应当认定合同无效；违反管理性强制性规定的，人民法院应当根据具体情形认定其效力。”这一规则论及违反管理性强制性规定的，未直接申明不影响合同的效力，而是授权人民法院根据具体情形作出认定，言外之意，违反管理性强制性规定的合同，仍存在被认定为无效的可能。如果这一理解能够成立，区分的意义，就真的变得无多大必要。故应当旗帜鲜明，立场坚定，强调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，不影响合同效力。

朱庆育认为^①：效力性强制规定与管理性强制规定之分类标准模糊含混，甚至似是而非；该分类是法律解释的结果，不能作为推理前提。可以以“法律规范的意旨”作为判断标准，具体包括：(1) 形式判别，主要有不应、不许、不能三种表述。鉴于规范功能是通过实质的规范意旨而非外在形式体现，故其仅为初步判断或辅助判断。(2) 实质判别，即实质的规范意旨，分为内容禁令、实施禁令和纯粹秩序规定。①内容禁令，即禁止当事人的合意内容或所

① 朱庆育：《民法总论》（第2版），北京大学出版社2016年版，第295-300页。



追求的法律效果之实现，如订立杀人的委任契约。违反内容禁令的法律行为无效。②实施禁令，即法律禁令不针对行为内容，禁止的是所实施的行为本身。违反实施禁令之法律行为无效，不是因为行为内容有不妥，而是此类行为将带来非正义后果，如禁止销赃行为的目的在于标的物系盗窃所得。违反实施禁令无效之例外有两种：一是属于单方实施禁令，如董事违反对公司的忠实义务而与相对人实施相关行为，该行为并不因此而无效；二是双方实施禁令之单方违反，禁令虽同时规制双方当事人，但如只是一方违反，为保护诚实守信之相对人利益，法律行为或者有效，或者其有效性交由诚实守信之相对人决定。③纯粹秩序规定，其规制对象是诸如时间、地点、方式之类的法律行为外部环境，并不直接针对法律行为本身，故可称相对禁令。纯粹秩序规定只是为法律行为创造公平正义的秩序环境，违反之人将招致行政乃至刑事处罚，所涉具体法律行为的效力并不受影响。

王闯认为^①：《合同法司法解释（二）》（法释〔2009〕5号）第14条“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”的规定是一个原则性、理念性的规定，即认定合同违反强制性规定时，应当是违反效力性强制性规定，而非管理性强制性规定，人民法院不得以违反管理性强制性规定为由认定合同无效。效力性强制规定是指对违反强制性规范的私法上的行为，在效力后果上以私法上的方式予以一定的强制性规定。即当事人所预期的私法上的法律效果会受到一定的消极影响，如被认定无效或者效力待定等。管理性强制规定是指其被违反后，当事人所预期的私法上的效果不一定会受到私法上的制裁的强制性规定，但这并不排除可能受到刑事或者行政上的制裁。违反效力性强制规范的，合同应被认定无效；违反管理性强制规范的，合同未必无效。理由在于：效力性强制规范着重于违反行为之法律行为的价值，以否认其法律效力为目的；管理性强制规范着重于违反行为之事实行为价值，以禁止其行为为目的。^②在审判实务中区分效力性强制规范和管理性强制规范，应综合法律法规的意旨，权衡相互冲突的权益（诸如法益的种

① 王闯：《当前人民法院审理商事合同案件适用法律若干问题》，载《法律适用》2009年第9期。

② 史尚宽：《民法总论》，台湾地区正大印书馆1980年版，第296页。



类、交易安全、其所禁止者究竟是针对双方当事人或仅一方当事人等)加以认定。例如,法律法规禁止在某时间、地点营业者,仅涉及缔结法律行为的外部情况,而非禁止特定行为的内容,故应认定该规范为管理性强制规范,不影响法律行为的效力。^①在把握不准时,应当征求相关部门的意见或请示上级法院。

全国民商事审判工作会议文件《充分发挥民商事审判职能作用,为构建社会主义和谐社会提供司法保障》指出^②:只有违反法律和行政法规的强制性规定才能确认合同无效。而强制性规定又包括管理性规范和效力性规范。管理性规范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范。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民商法上的效力。例如《商业银行法》第39条即属于管理性的强制规范。^③效力性规定是指法律及行政法规明确规定违反该类规定将导致合同无效的规范,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范。此类规范不仅旨在处罚违反之行为,而且意在否定其在民商法上的效力。因此,只有违反了效力性的强制规范的,才应当认定合同无效。

【典型案例】

马某诉赵某、金某房屋买卖合同纠纷案^④

案号:江苏省扬州市邗江区人民法院(2012)扬邗民初字第0154号

① 王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第225页。

② 全国民商事审判工作会议文件:《充分发挥民商事审判职能作用,为构建社会主义和谐社会提供司法保障》(2007年5月30日),载最高人民法院民二庭编:《民商事审判指导》2007年第1辑总第11辑,人民法院出版社2007年版,第55页。

③ 最高人民法院于2000年1月19日作出法经[2000]27号《最高人民法院关于信用社违反商业银行法有关规定所签借款合同是否有效的答复》:“《中华人民共和国商业银行法》第三十九条是关于商业银行资产负债比例管理方面的规定。它体现中国人民银行更有效地强化对商业银行(包括信用社)的审慎监管,商业银行(包括信用社)应当依据该条规定对自身的资产负债比例进行内部控制,以实现盈利性、安全性和流动性的经营原则。商业银行(包括信用社)所进行的民事活动如违反该条规定的,人民银行应按照商业银行法的规定进行处罚,但不影响其从事民事活动的主体资格,也不影响其所签订的借款合同的效力。”

④ 案例来源:《江苏省高级人民法院公报》2014年第2辑总第32辑,法律出版社2014年版,第52~54页。以下文中【典型案例】除有特别注释外,均来源于中国裁判文书网。



【裁判要旨】

买卖双方在卖方尚未取得房屋权属证书的情况下签订的房屋买卖合同，系双方当事人的真实意思表示，并未违反法律、行政法规的强制性规定，故应认定为有效。

【基本案情】

赵某与金某系夫妻关系。2009年4月22日，通过中介公司，马某委托其朋友高某与赵某签订《房地产买卖合同》，约定：甲方（赵某）自愿将坐落在绿杨新苑的房地产出售给乙方（马某），房屋实际成交价格为275 000元；乙方2009年4月22日付购房定金1万元；双方于本小区统一办理时再委托中介方办理房地产转让过户手续，过户前，乙方付房款255 000元，余款1万元甲方办好房产证时全部付清，购房定金在最后付款时冲抵，甲方于2009年5月15日前将上述房地产交付给乙方。同时约定：甲方领房产证的费用由甲方承担；经甲、乙双方协商房价下调5000元，赵某净得27万元。该合同甲方署名为赵某，乙方署名为马某（系由高某代签且得到马某的追认），中介方经办人署名为兴扬公司。

双方在合同第4条约定的“双方于本小区统一办理时再委托中介方办理房地产转让过户手续”的具体方法为：出卖人办理案涉房屋的权属证书后，由出卖人协助扬州市兴扬房地产中介有限公司将该房屋的权属证书办至马某名下。

合同签订当天，马某依约给付金某1万元，后马某又分别于2009年4月24日、4月29日给付金某购房款10万元、15万元。合同签订后赵某、金某已将房屋交付给马某使用。马某起诉前，案涉房屋所在的绿杨新苑小区已经被通知统一办理权属证书，但赵某、金某始终未去办理。

【裁判观点】

针对双方签订的房屋买卖合同是否有效问题，法院认为，依法成立的合同，自成立时生效。赵某对案涉房屋享有实质上的处分权，房屋买卖合同系合同双方真实意思表示。马某与赵某签订房屋买卖合同时，赵某未依法登记



领取权属证书，属于《城市房地产管理法》所规定的不得转让情形。但《城市房地产管理法》的相关规定一般认为属于管理性强制性规定，而不属于决定合同效力的效力性强制性规定，故双方签订的房屋买卖合同并不违反强制性法律规定，应当认定为有效合同。

（讨论整理：李志刚；后续评论：王松）

沟通理论与实践，倡导科学之精神。

——吴光荣



凝聚共识，服务法曹！

——高圣平

合同解除通知与异议期间

【发言群友】

蒋太仁、董俊武、詹巍、章恒筑、仲伟珩、王建文、宁红丽、王松、刘建功、叶林、曾宏伟、刘凯湘、丁俊峰、王富博、余琼圣、李荐、李秀霞、潘军锋、吴兆祥、王长军、贺剑、刘春梅、李志刚

【沙龙实录】

解除通知与解除权

蒋太仁：《合同法》第96条第1款规定：“当事人一方依照本法第九十三条第二款、第九十四条的规定主张解除合同的，应当通知对方。合同自通知到达对方时解除。对方有异议的，可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除合同的效力。”据此，合同一方当事人通知对方要求解除合同，是否必须具备解除合同的条件才能发生相应的法律效力？解除通知到达对方当事人后，如果对方不提起确认之诉，是否一律视为合同解除？还是以通知方有合法解除权为前提，并依职权审查后确定解除效力？

董俊武：合同法为民法范畴，强调诚信原则及信守契约，故法条似有违约行为审查以确定是否有权解除的意思。不过如以商事审判理念度之，依效率优先原则，应当赋予当事人任意解除权，并在仍旧有效的合同清算条款规制



下弥补对方当事人损失乃至保护预期利益。

詹巍：依照《合同法》第96条，解除权为形成权，依单方意思而发生效力。除非对方提出异议并请求法院审查，司法才可介入。我倾向于法院不宜依职权主动审查。

章恒筑：有的形成权必须通过诉权的保障才能实现，所谓解除诉权是也。

仲伟珩：《合同法》第93条为协议解除，第94条为法定解除。第94条法定解除应以享有解除权为前提，而非赋予当事人任意解除权，此从《合同法》第8条所确立的依法成立的合同具有法律约束力可以得出。以此推论，如果不享有解除权，也不能享有任意解除权，在此情况下的解除通知不能发生解除的法律效力。这从第96条规定的解除权行使的前提条件，可以看出法律规定的意思。以上为解释论的分析。且就比较法而言，强调债为法锁系罗马法以来的基本原则，我国法律似也应强调契约严守的理念，故即使从立法论上说，也不宜认同我国《合同法》总则设置了任意解除权。

王建文：我也赞同仲伟珩的观点，否则将使相对人承担过高的诉讼成本。

董俊武：对于解除权，民法意义上的通说已无争议，只是在商法视野里，面临可预期的损失仍强制履行，似乎不利于社会财富的积累。

体系解释

宁红丽：《合同法》分则第268条规定的“定作人可以随时解除承揽合同，造成承揽人损失的，应当赔偿损失”和第410条规定的“委托人或者受托人可以随时解除委托合同。因解除合同给对方造成损失的，除不可归责于该当事人的事由以外，应当赔偿损失”，确立的是何种权利？如何适用呢？

仲伟珩：《合同法》第268条规定的定作人的任意解除权，第410条规定的委托人的任意解除权，是基于劳务为标的的合同特点而单独设计的规则。此规则的设计应基于劳务利用人的选择权，劳动合同除外。此点在法律中特别规定，可以理解为从反面对任意解除权的否定，在适用上应理解为特别规则优先于一般规则。



刘建功：我有不同看法。从解释论出发，我们必须面对《合同法司法解释（二）》第24条的规定：“当事人对合同法第九十六条、第九十九条规定的合同解除或者债务抵销虽有异议，但在约定的异议期限届满后才提出异议并向人民法院起诉的，人民法院不予支持；当事人没有约定异议期间，在解除合同或者债务抵销通知到达之日起三个月以后才向人民法院起诉的，人民法院不予支持。”如果解释为，只有当事人在实质上拥有《合同法》第94条规定条件下的解除权并向对方提出，对方当事人异议期或者三个月内没有提起诉讼的，才能产生合同解除的效果，那么这条司法解释实际上没有实质意义。该条司法解释实际上也没有赋予当事人绝对的任意解除权，只是增加了对方当事人的诉讼负担而已。更重要的是，这一条司法解释与《合同法》第110条“当事人一方不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定的，对方可以要求履行，但有下列情形之一的除外”的第（三）项“债权人在合理期限内未要求履行”的规定在实质上保持了一致。赋予当事人这样的权利并不可怕，合同解除所产生的效果仅为不再继续履行。除了强制履行之外的违约责任丝毫没有减少。客观上，非金钱债务合同纠纷案件，审判实务中有几件是判决强制继续履行的？金钱债务的合同，解除不解除又有多少区别？

王松：从体系解释看，《合同法》第96条规定：“当事人一方依照本法第九十三条第二款、第九十四条的规定主张解除合同的，应当通知对方。”该法第93条第2款规定了当事人约定解除合同的条件，第94条规定了法定解除合同的条件。因此，解除合同是有条件的，不能任意解除。无论约定解除合同或者法定解除合同，都必须符合这两个条件，否则，合同不能解除。如果允许违约方可以任意解除合同，守约方的利益将无法得到保障，将会造成合同双方权利义务失衡。全国人大常委会法工委对《合同法》第96条释义也认为，本条是关于解除合同程序的规定。解除合同，应当遵守下列程序规定：一是必须具备法定解除合同的条件；二是行使解除权应当通知对方当事人；三是法律、行政法规规定解除合同应当办理批准、登记手续的，未办理有关手续，合同不能终止。也就是说，在发出解除通知的当事人并不享有解除权的场合，即使相对人未于解除通知到达之日起三个月内提出异议，也不发生合同解除



的结果^①。

《最高人民法院研究室对〈关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释(二)〉第24条理解与适用的请示的答复》(以下简称法研〔2013〕79号批复)认为,当事人根据《合同法》第96条的规定通知对方要求解除合同的,必须具备《合同法》第93条或者第94条规定的条件,才能发生解除合同的法律效力。当事人没有约定异议期间,一方当事人在《合同法司法解释(二)》施行前已依法通知对方当事人解除合同,对方当事人在《合同法司法解释(二)》施行之日起三个月以后才起诉的,人民法院不予支持。认定合同解除通知的效力,应当看合同解除的要件是否具备,既要符合《合同法》第93条第2款或者第94条规定的实质性要件,又要符合通知合同相对人这一形式要件。在此基础上,如果当事人约定了异议期,异议期内对方当事人未向法院提出异议;或者当事人对合同解除没有约定异议期,在解除合同通知到达之日起三个月内不向法院提出异议,应当认定合同解除通知有效。无论约定解除合同或者法定解除合同,都应当符合法定解除的条件,否则,合同不能解除。

利益衡量

蒋太仁:不同案件,价值取舍标准尤为重要。我个人倾向严格解除标准,尽量不作解除合同的判决。

刘建功:王建文老师提出的增加对方当事人讼累问题,我觉得也值得商榷。如果一方当事人并无第94条规定的解除权却向对方提出解除通知,那么,对方当事人可以进行一次选择。打算继续履行的,直接起诉;权衡利弊后觉得不需要继续履行的,既可以在三个月后请求对方承担赔偿责任,也可以在合同履行期内按照《合同法》第108条预期违约规则提起诉讼。这样处理,符合《合同法》第110条尽快稳定交易关系的立法目的,对当事人的实际利益也不会产生更多影响。

叶林:法院审查的,只是所谓守约方是否真的有解除合同的理由。一旦

^① 崔建远主编:《合同法学》,法律出版社2014年版,第213页。



查明无解除理由，相当于认定其违约，对方当事人可以主张该解除实际就是明示违约。

刘建功：在《合同法司法解释（二）》第24条里，当事人在异议期外或者三个月后提起的诉讼，只有强制继续履行的诉讼请求不能得到支持，其他并不受影响。客观上，无论有没有这条司法解释，我们也很少判决强制继续履行。另外，英美法系在违约责任问题上，基本不选择强制继续履行的责任承担方式，或许也是这个道理。

蒋太仁：实践中，有的合同当事人在三个月后才明白解除的含义，但此时已经失去抗辩机会，有的则不在意失去履行权。

刘建功：他们除了失去请求对方强制履行合同的机会外，其他也没有失去什么。

蒋太仁：当事人合同法律意识真的不是很高，特别是普通民事主体以及中西部地区的当事人。

叶林：三个月类似于除斥期间，但前提是尊重当事人异议期的特别约定，别无他意。解除后，就只剩下清理问题了。

王建文：这个问题从不同角度可能有不同解释。就合同后果而言，若通知解除的一方无解除权，相对人确实可以通过违约之诉获得救济。不过，在我国《合同法》赋予当事人强制实际履行的背景下，似乎对守约方的保护不够周全。当然，从立法论上讲，这种强制实际履行请求权或许需要调整。

曾宏伟：刘建功庭长所言是现行《合同法》和审判思路较大的转向，既允许以支付违约金实现解除合同，则对过高违约金的调整等制度亦须作相应改革。

法定任意解除权？

仲伟珩：我对刘建功庭长的意见作一个不同的解读。首先，《合同法司法解释（二）》第24条并未承认任意解除权，应严格限定在适用《合同法》第93条、第94条规定的基础上。其次，从该条的进一步适用来说，当事人在三个



月内异议且不成立的，自解除通知到达之日发生解除的法律效果；异议成立的，则法院判决确认解除通知不发生效力，合同继续履行。这说明人民法院在适用时是不认可预期违约的，否则会判决驳回当事人异议，而要求当事人另行请求赔偿损失。故《合同法司法解释（二）》第24条还是一个以享有解除权为前提的规定，并非一纸具文。再次，《合同法》第110条是关于继续履行的问题，并非解除权的问题，在法律制度体系中，着眼点不同。在实践中，如果在非金钱债务中不能判决继续履行，那么继续履行制度在我国法律中将无异于消灭，这恰恰是对我国《合同法》立法原意的违反。

王富博：从诚信原则及契约严守原则出发，我赞同除特殊情形外，不应赋予当事人任意解除权。理由是，当事人主张解除合同时，就存在有解除权和无解除权却主张解除两种情形。对于有解除权的主张，合同异议制度并无实益，故异议制度的价值主要针对无解除权的情形。此时合同关系是否能够继续维系，取决于守约方是否提出异议，因而社会关系处于一种不确定的状态。为稳定交易关系，尽早结束不确定状态，方有《合同法司法解释（二）》第24条三个月异议时效之规定。因此我认为，《合同法司法解释（二）》第24条规范的重点是不具有解除权的情形，即解除主张虽不符合法定解除条件，但异议人在约定异议期或三个月后才提出异议的，应承受时效经过之不利益——合同解除。按以上浅见，即使无解除权，亦可于时效经过而发生如有解除权同样的效果，似不公平、令人费解，但这正是时效制度追求效率牺牲公平的制度设计使然，守约方的利益则可通过合同清结程序或违约之诉获得赔偿填补。因异议时效经过后，无论主张解除方是否具有解除权，均可发生解除的后果，因此，本应通过司法实质审查方能确定的解除权有无问题即可不再实质审理，审判效率也可得以提高。

仲伟珩：目前的司法解释和法研〔2013〕79号批复在理念上应代表了两个方向。从《合同法》第96条的解除权行使来看，规定“依照本法第九十三条第二款、第九十四条的规定”，立法本意似乎在于应符合实质解除权的要件，由此推导出来反对任意解除权的行使，即如果不符合合同解除的约定条件或者法定条件，则当事人就不享有合同解除权。这似乎应是法研〔2013〕79号批



复内含的逻辑。但是，如果任由当事人对合同解除的异议没有期限限制，则不利于交易关系的稳定。

为了尽快维护交易关系稳定，《合同法司法解释（二）》规定异议期间为三个月。其实该司法解释在实践中产生的问题在于：如果当事人不享有合同实质解除权，不符合《合同法》第93条第2款、第94条规定的解除条件，任由当事人恶意解除，则是不是会导致合同拘束力受到侵害？《合同法司法解释（二）》第24条似乎没有以解除合同符合合同解除权实质要件为前提条件，由此又导致了当事人恶意运用该异议期仅有三个月的规定来任意行使解除权，大有放开任意解除权的问题。所以，在这个问题上，似乎很难有绝对正确的处理方式，毕竟在合同任意解除权上还有争议。可以进一步考虑以下两种进路：

第一种就是法研〔2013〕79号批复的进路。其一，行使解除权应符合《合同法》第93条第2款、第94条规定的实质要件，如果不符合实质要件的，即使过了三个月也不能发生解除的后果。这个逻辑实质内含了否定任意解除权的结果。其二，如果符合《合同法》合同解除的实质要件，则过了三个月异议期间提出异议的，人民法院就不再支持异议。此种模式会否导致当事人恶意不提出异议的问题？似乎不会。因为如果不符合实质解除要件，则合同要继续履行，本应提出异议的当事人不可能在其债权上睡眠；相反，如果其漠视合同权利，在其债权上睡眠，进一步会产生《合同法》第94条的适用问题，则先前提出解除的合同当事人即可能有了解除权。

第二种就是《合同法司法解释（二）》的进路，漠视了当事人恶意利用解除权的问题，且一定程度上认可了合同任意解除权，似乎与《合同法》的精神不一致。因此，我倾向于支持法研〔2013〕79号批复的意见：行使解除权应符合《合同法》第93条第2款、第94条规定的实质要件，如果不符合实质要件的，即使过了三个月也不能享有解除的后果。这个逻辑实质内含了否定任意解除权的结果。如果符合《合同法》合同解除的实质要件，则过了三个月异议期间提出异议的，人民法院就不再支持异议。

王松：赞同。解释法律应当符合法律的文意和目的，法研〔2013〕79号



批复的观点更为合理。

持续性履行合同之解除

刘建功：《合同法司法解释（二）》第24条所遇到的另一个难题是租赁、担保等持续性履行合同，但仍然可以获得解释。

叶林：是的。有几个股权争议案，也涉及受让方未付清款项，转让方可否解约的问题。

刘凯湘：股权转让合同中，如果股权已经变更登记，但受让方未付清转让款，若并无解除权之约定，除转让款外无其他违约事实，此时转让方行使《合同法》第94条的法定解除权，恐存争议。相反，若合同中有解除权之约定，受让方延付或者拒付转让款，转让方可解除合同。此时若转让方行使约定解除权，应否支持，亦不无疑义。此类案件，除《合同法》之适用，尚应有《公司法》之适用与考量。除转让款外，若股权变更登记后新入主的股东还有诸如侵犯原股东权利或者侵害目标公司权益之行为，原股东能否以不能实现合同目的为由请求解除合同，也值得考究。

叶林：有道理！应该将公司内部纠纷与股权转让区别开来。

刘凯湘：赞同。纯粹的公司纠纷，比如股东会决议无效之诉、股东代表诉讼等，仅有《公司法》之适用，但股权转让协议纠纷、增资扩股协议纠纷，既涉及《合同法》，又涉及《公司法》，更为复杂。

丁俊峰：在审判实务中往往两者之间的连结点起到关键因素。

异议期间与解除权审查

余琼圣：异议期外是否要对权利的有无进行审查，确实是个值得研究的法律问题。曾遇到过相关案例：甲将一宗土地使用权转让给乙，合同约定在甲办理交地和过户手续后乙再付清尾款200万元。因甲迟延履行交付义务，乙在甲实际办理交地和过户后向甲发函，主张甲对乙的迟延履行违约金为200



余万元，与尾款200万元抵销。甲三个月内未提出异议。甲在诉讼中主张其迟延交地不可归责，不构成违约，乙的违约金债权并不存在。争议的问题是，尾款200万元是否已经抵销？一种意见认为，应对乙主张的违约金债权进行审查，以决定是否抵销以及抵销的数额，理由是抵销应当以主动债权实际存在为前提。第二种意见认为，甲没有在法定的三个月异议期内提出异议，对其抗辩不应支持，故无须再审查甲的迟延履行责任。理由是，如按第一种意见，主动债权不成立就永远不可能抵销，《合同法司法解释（二）》规定的异议期就没有意义，异议期外不应再审查主动债权。实践中，解除合同的异议期也存在同样的问题，即异议期外还要不要对解除权是否成立进行审查？

李 荐：按照法研〔2013〕79号批复，解除合同异议期不排除解除权是否存在的审查。

余琼圣：异议期的意义何在呢？如果异议期外还要审查解除权或者抵销权是否存在，如何理解异议期的意义？

李秀霞：审判实践中，与解除权人提起解除合同之诉相对应的，是对方在诉讼中提出继续履行合同的反诉或者解除权不成立的抗辩。对于被告超过三个月提出异议的情况下，法院是否还需审查原告的解除权是否成立？审判实践中存在两种观点：第一种观点是不应当予以审查。《合同法》在赋予一方当事人享有解除权以实现简便经济目的的同时，赋予了另一方异议权，以与解除权相抗衡；而若不对异议权限定期限，则又会使解除权人的合法权益受到损害，不利于交易稳定，影响了解除权设立的初衷。第二种观点是应当予以审查。鉴于实践中的情况，即对解除权的掌握并不充分，不知道解除权行使的法定方式，同时相对方也不知道正确使用异议权保护自己，并且实践中确实存在大量滥用解除权的情形。当然，鉴于法院对异议期没有严格适用三个月，那么对解除权行使的方式及期限也不宜苛求。当解除权人援引《合同法司法解释（二）》第24条异议期予以抗辩时，法院应当审查其是否行使了《合同法》第93条第2款规定的约定解除权，或者满足第94条的法定解除权。如果不满足，则可以认定《合同法司法解释（二）》第24条的规定并不适用。在具体案件中，对于不符合解除条件的，可将解除人的通知行为作为解除合同的要约，



视对方是否承诺而认定合同是否解除。

从法律逻辑的角度，我赞同第一种观点。法律规定了解除权形成的几种情形，在满足该情形下，为了保护守约方的利益，守约方可以径行行使解除权，而不必诉诸法院。同时为了防止解除权的滥用，对在不满足法定条件下随意行使解除权给对方造成损害的，又规定了相对方的异议权，其异议权的行使即是通过司法审查或者仲裁的方式认定解除合同的一方是否有解除权。这是一个平衡的架构，符合保护对等原则。解除权和异议权是一对对等的权利，你有解除权、我有异议权，相互制约。异议权针对的是解除权是否具备，那么进一步，异议权也有滥用的时候，怎么办？这就需要给异议权规定期限，防止当事人对解除权人的通知置若罔闻，既不履行合同解除后的义务，也不诉诸法院请求确认，致使解除权人无法行使解除权。因此，超过了三个月期限，合同相对方就丧失了请求法院审查解除权是否正当和合法的权利，即解除合同的通知确定地发生效力。所以从逻辑上看，过了异议期，就不应当再审查解除权是否符合法律规定，解除权当然成立。异议期的期限性也是与解除权的期限性相对应的，解除权的行使期限一过，即使相对方存在《合同法》规定的几种违约情形，守约方也不能再解除合同。

潘军锋：从《合同法司法解释（二）》第24条的文意看，似乎并未规定实质审查要件，只需异议期满就发生解除或抵销的效力，类似于除斥期间。但当事人滥用该条款行使解除权的情况经常发生，导致合同的安定性受到冲击。法研〔2013〕79号批复规定解除合同必须符合法定解除或约定解除的条件，这既有国外立法例的参考，也有利于维护合同的稳定，防止当事人滥用解除权。该批复虽然只规定了解除，参考《合同法司法解释（二）》第24条，对抵销应当同样适用。而且就国有土地使用权转让而言，政策性规制较多，受让方是否享有解除权本身争议也会比较大，应当对此从严把握。

余琼圣：将法研〔2013〕79号批复理解为废除异议期？

潘军锋：不是废除，只是限制，将没有实质解除权的情形排除掉。

吴兆祥：参考各国立法例，应维持异议期之效果。至于滥用解除权问题，一是由其承担相应后果，二是建议增加诉讼以外的异议通知形式，减轻异议



方诉讼压力，故回到《合同法司法解释（二）》即可。《合同法司法解释（二）》是最高人民法院和法工委充分沟通以及充分听取学界意见制订的，符合法理和实际。

王长军：根据该批复的规定，即使没有在三个月内异议，只要提出解除方无实质解除权，仍不能产生解除的法律后果。《合同法司法解释（二）》第24条规定，收到解除通知的一方如果不理睬，只需三个月的异议期满就发生解除的效力，并无实质审查要件。这种规定注重效率，有利于纠纷的快速解决。但第24条出台后，争议极大，以梁慧星教授为代表的学者认为，司法解释只能在法律规定的范围内进行合理的解释，不得突破法律，当事人根据《合同法》第96条规定通知对方要求解除合同，必须具备《合同法》第93条规定的约定解除条件或者第94条规定的法定解除情形，即通知解除的当事人必须具有实质性的解除权，否则，即便解除通知到达对方也不产生解除效力。后最高人民法院出台了法研〔2013〕79号批复，事实上采纳了梁慧星的观点：即使收到解除通知的一方未在三个月内提出异议，只要发出解除通知方无实质解除权，仍不能产生解除的法律后果，故收到方即使逾期不予理睬，发出解除通知的一方也只能向法院起诉，请求确认合同已经解除，是否解除则由法院依法确定。

潘军锋：就民事审判而言，经常遇到的两个批复，一个是合同解除异议的批复，一个是优先受偿权的批复。这两个批复都是对《合同法》条文本身的限制，有的已经不符合现行交易实践了，建议予以清理。

吴兆祥：问题越辩越明。如果证明司法解释错误，不妨在民法典的合同编纠正，但目前，司法解释理由依然有力。按照不要异议权期间的观点，如果3年后法院判决解除不成立，后果极其严重。很多情况下条件成就与否，本身有很大的自由裁量空间。

刘春梅：现实生活中，5年后判决解除的也有，解除主要是时点的问题。如果没有异议期，法律关系状态长期不稳定，后患无穷。

吴兆祥：是的。司法解释即考虑尽快稳定合同关系。解除权有行使期间，异议权亦应对等。滥用解除权的问题，可以通过异议权行使的方式予以解决。



王利明教授认为可以异议通知解除权人或起诉请求确认均可，我非常赞成。

曾宏伟：司法解释似乎没有否定享有解除权这个前提，只是需要再解释。异议期的设定也还是有其价值的。

贺 剑：我2013年在《中外法学》第3期发表的《合同解除异议制度研究》一文，对《合同法司法解释（二）》第24条提出不同意见，与答复的思路相近。核心观点是：（1）合同解除异议权，即请求人民法院或者仲裁机构确认解除合同的效力的权利，性质上属于提起确认之诉的诉权，解约方和非解约方均可依《民事诉讼法》第119条第（一）项享有；《合同法》第96条第1款第3句只是非解约方享有诉权的注意规定。（2）解约方和非解约方的诉权彼此构成限制，同样可以实现尽早稳定合同关系的目的。（3）适用《合同法司法解释（二）》第24条时，应当对解除权的存在进行实质审查，从而彻底架空和虚置这一在价值和逻辑上有诸多舛误的规定。（4）合同解除异议的唯一功能，在于如果非解约方对解除提出异议，解约方可以撤销解除行为。（5）除上述第2点之外，以上结论及其论证也大体适用于《合同法司法解释（二）》第24条规定的抵销异议制度以及其他潜在的形成权异议制度。具体言之：①形成权的行使人及其相对人都有异议权，即提起确认之诉的诉权，确认对象是形成权的行使效力；②形成权的行使是否生效，取决于形成权的发生事由是否存在，以及其他生效要件是否满足，与相对人是否起诉或异议无关；③如果相对人对形成权的行使提出异议，则行使人可以撤销其行使行为。

解除异议权的性质

贺 剑：《合同法》第96条第1款所规定的“对方有异议的，可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除合同的效力”，这种异议权的性质是什么？这个小问题可能是各种分歧的缘起。

若将此异议权视为一种与解除权类似的实体权利，解除权有行使期限的限制，异议权似乎也应当有，不然就有让权利人躺在权利上睡大觉之嫌，不利于法律关系迅速稳定。这是将异议权视为一种实体法权利的正常逻辑：异议



权是解除权之限制，异议期限又是异议权之限制。

但异议权的性质还另有一种可能的理解：它不是实体权利，而是诉讼法上提起确认之诉的诉权。所谓对方有异议的，有权请求确认合同解除的效力，重点不是异议（权），而是提起确认之诉（的权利）。这也是诉讼法一般理论所能接受的。从提起确认之诉的诉权角度界定异议权，一个自然的推论是，合同双方当事人都可能享有此种权利（叫异议权也行，叫诉权更好），只要其享有相应的诉的利益即可。在将异议权理解为一种诉权的逻辑下，相对方提起确认合同解除效力的诉权或异议权，与解约方提起确认合同解除效力的诉权或异议权，两者相互牵制，无须额外设立任何异议期限作为限制。例如，解约方以非诉方式发出解约通知后，非解约方若有现实需要提确认之诉（异议），悉听尊便，解约方自己有需要提起确认之诉亦可。这是我之前论文第三部分（实质理解的证成：从异议权的诉权本质说起）的主要观点。

还想到一点可作为补充：除了两个诉权相互牵制外，由于合同解除与否只是双方当事人主张后续权利（继续履行 vs 返还原物乃至损害赔偿）的前奏，而后续权利是要受诉讼时效限制的，因此，虽然任何一方当事人的上述诉权表面虽无期间限制，但实际上两方当事人中必有一方在其所欲主张权利罹于诉讼时效之前，提出相应的确认之诉（或给付之诉），从而解决当初的解约通知有无发生解除合同效力之问题，法律关系由此可得确定。

简单说，为了达成避免法律关系长久不安定这一目标，有两种可能的技术手段：一是将异议权理解为实体权利，然后以异议期限作为限制；二是将其理解为一项诉权，由于合同双方当事人基于诉讼法理论（而无须以《合同法》第96条第1款为依据，后者此时只是一个关于诉权的注意规定）均可享有此等权利，解约方的异议权即可构成对非解约方异议权的限制。两个手段均可实现前述目标。但第一项手段却有极大的副作用，如在实践中造成机会性的恶意解约、徒然增加当事人的自治成本、破坏交易预期、混淆合同解除与违约责任关系等。另外，在纯法律逻辑层面，将异议权作为一项实体权利也有许多逻辑混乱。

吴兆祥：《合同法司法解释（二）》第24条确实是本土的。请教个问题：德



国法上有没有实体法上的权利可以单独行使的诉权？

贺 剑：德国法的情况我不知。依据当时我对国内诉讼法文献的理解，诉权的产生仅以当事人有诉的利益为依据；而诉的利益所描述的，无非是当事人与某一法律关系（也可以粗略等同为某一实体权利）之联系。故当事人的诉权作为一项程序法权利，虽与其实体法上的法律地位或权利相关联，但仍然有别于且独立于相应的实体法权利。例如，非解约方享有提起确认之诉以确认合同解除效力（其实准确地说是确认合同关系是否存在）的诉权，只是因为（单独）确认合同是否解除、合同关系是否存在于其而言有利益（诉的利益的要件之一：须法律关系的不明确导致原告法律地位的不安定）；至于其是否拥有某种实体异议权则在非所问。又如，解约方享有提起确认之诉以确认合同解除效力（此时毋宁是确认：合同关系已经消灭，而消灭事由未必仅限于解除），也是因为此确认对象于其有利益，至于其是否真的享有实体法上的合同解除权，并不影响其诉的利益，亦不影响其享有此项诉权。

结 语

王 松：最高人民法院第一巡回法庭副庭长张勇健2018年4月18日在第一巡回法庭民商事审判工作座谈会上的讲话中的观点可供参考。他指出，当事人根据《合同法》第96条的规定通知对方要求解除合同的，应符合《合同法》第93条或者第94条规定的条件。亦即《合同法》第93条第2款和第94条是行使合同解除权的实质性要件，通知对方是形式要件，二者缺一不可。从《合同法》的立法目的看，除法律有明确规定外，一般应尽量维持合同关系的存续，规范合同行为，促进交易安全。如果缔约方可以任意解除合同，将使合同目的无法实现，破坏了合同的合法性和严肃性，影响经济发展和社会秩序。

李志刚：梳理诸位高见，主要分歧聚焦于两点：一是通知解除是否以具有解除权为前提；二是即使无解除权，过了异议期间，是否具有合同解除的效力。对这两个问题的分歧，从合同法的文义解释、体系解释、目的解释及效



率评价的角度，诸位均给予了深入的分析论证。在此背景下，探寻《合同法》第96条规定的解除权性质（是否是任意解除权）及异议权性质（是实体权利还是一种诉权），就有了更为突出的现实意义，而核心目的则是要在守约方救济成本和合同执行效率方面寻求一个合乎立法目的的平衡。如果上述争论能为我们的司法裁判论证路径提供一些有价值的思考，抑或引发正在进行的民法典合同法编立法中对合同解除制度的进一步完善，则善莫大焉！

【总结与倾向性意见】

本辑争议的问题为当事人根据《合同法》第96条的规定通知对方要求解除合同的，是否必须具备《合同法》第93条或者第94条规定的条件，才能发生解除合同的法律效力？

《合同法司法解释（二）》第24条规定：“当事人对合同法第九十六条、第九十九条规定的合同解除或者债务抵销虽有异议，但在约定的异议期限届满后才提出异议并向人民法院起诉的，人民法院不予支持；当事人没有约定异议期间，在解除合同或者债务抵销通知到达之日起三个月以后才向人民法院起诉的，人民法院不予支持。”实践中对该条规定的解除合同通知的效力有两种理解。

第一种意见认为，当事人根据《合同法》第96条的规定通知对方要求解除合同，必须具备《合同法》第93条规定的约定解除条件或者第94条规定的法定解除条件，否则，即使解除通知到达对方也不产生解除的效力。

第二种意见认为，只要解除合同通知到达对方且没有在约定或者法定的异议期三个月内提起异议之诉，就发生解除的效力，而不论其是否符合约定或者法定的解除条件。

编者同意第一种意见。理由是：（1）符合《合同法》的规定。关于合同解除权的行使程序，根据《合同法》第96条第1款的规定，当事人一方依照《合同法》第93条第2款、第94条规定解除合同，应当符合两个条件：一是具备法律规定的解除合同条件，即《合同法》第93条第2款规定的当事人约定解除合同的条件或者第94条规定的法定解除合同的条件。不具备上述条件，一方

当事人不能解除合同。二是行使解除权应当通知对方当事人。(2)符合《合同法》的目的。《合同法》的立法目的是尽量使合同有效,促进交易安全。合同解除以合同生效为前提。合同生效后,即对缔约双方产生约束力,任何一方违反合同将承担违约责任。如果缔约方可以任意解除合同,将使合同目的无法实现,破坏合同的合法性和严肃性,严重影响经济发展和社会秩序。任意解除合同违背合同法的精神。如果按照上述第二种意见,违约方可以任意解除合同,守约方的利益将无法得到保障,会造成合同双方权利义务的失衡^①。

此外,《合同法司法解释(二)》第24条规定了非解除权人在异议期内没有行使异议权的法律后果。基于严格限制合同解除权,维护社会经济秩序稳定的考虑,最高人民法院研究室作出的法研〔2013〕79号答复,进一步明确当事人根据《合同法》第96条的规定通知对方要求解除合同的,必须具备《合同法》第93条或者第94条规定的条件,才能发生解除合同的法律效力。也就是说,认定合同解除通知的效力,应当看合同解除的要件是否具备,既要符合《合同法》第93条第2款、第94条规定的实质性要件,又要符合通知合同相对人这一形式要件。在此基础上,如果当事人约定了异议期,异议期内对方当事人未向法院提出异议;或者当事人对合同解除没有约定异议期,在解除合同通知到达之日起3个月内不向法院提出异议,应当认定合同解除通知有效。

【代表性学术观点】

贺剑认为^②:(1)合同解除异议权,即“请求人民法院或者仲裁机构确认解除合同的效力”的权利,性质上属于提起确认之诉的诉权,解约方和非解约方均可依《民事诉讼法》第119条第(一)项享有;《合同法》第96条第1款第3句只是非解约方享有诉权的注意规定。(2)解约方和非解约方的诉权彼此构成限制,同样可以实现尽早稳定合同关系的目的。(3)适用《合同法司法解释(二)》第24条时,应当对解除权的存在进行实质审查,从而彻底架空和虚置这一在价值和逻辑上有诸多舛误的规定。(4)合同解除异议的唯一功能,在于

① 本书研究组:《应如何认定解除合同通知的效力》,载最高人民法院民事审判第一庭编:《民事审判指导与参考》总第53辑,人民法院出版社2013年版,第242-243页。

② 贺剑:《合同解除异议制度研究》,载《中外法学》2013年第3期。



如果非解约方对解除提出异议，解约方可以撤销解除行为。

除以上第2点之外，以上结论及其论证也大体适用于《合同法司法解释（二）》第24条规定的抵销异议制度以及其他潜在的“形成权异议制度”，具体来说：（1）形成权的行使人及其相对人都有“异议权”，即提起确认之诉的诉权，确认对象是形成权的行使效力；（2）形成权的行使是否生效，取决于形成权的发生事由是否存在，以及其他生效要件是否满足，与相对人是否起诉或异议无关；（3）如果相对人对形成权的行使提出异议，则行使人可以撤销其行使行为。

陈龙业、宋韦韦认为^①：当事人根据《合同法》第96条的规定通知对方要求解除合同的，必须具备《合同法》第93条或者第94条规定的条件，才能发生解除合同的法律效力，即合同解除须具备法律规定的条件。理由在于：（1）依照文义解释，《合同法司法解释（二）》第24条是对《合同法》第96条的适用问题进行的解释。《合同法》第96条第1款规定：“当事人一方依照本法第九十三条第二款、第九十四条的规定主张解除合同的，应当通知对方。”而《合同法》第93条第2款和第94条分别规定了约定解除和法定解除的要件。据此可知，当事人行使合同解除权，当然应当具备《合同法》第93条第2款或者第94条规定的要件，并应当通知对方当事人，才能发生解除合同的效力。（2）从法理上讲，合同解除权是形成权，合同一旦解除对双方当事人权利义务影响巨大，世界各国都对合同解除权加以严格限制，以维护社会经济秩序的稳定。^②无论是法律规定的解除权还是当事人事先约定的解除权，都必须具备一定的条件，满足了这些条件，当事人才能行使解除权。^③如果不以这两条规定的解除合同的实质要件为要求，则当事人动辄以通知的形式解除合同，容易导致当事人滥用合同解除权。希望摆脱合同约束的一方当事人，无论是否明知自己缺乏解除权，都会在投机心理驱使下更有动力发出解除通知，以

① 陈龙业、宋韦韦：《合同解除异议权制度适用中的争议问题探讨》，载《人民司法·应用》2014年第15期，第35~36页。

② 姚宝华：《合同法解释（二）第24条的周延性适用》，载《人民司法·案例》2011年第22期。

③ 王利明：《合同法新问题研究》，中国社会科学出版社2011年版，第562页。



求在异议期间经过后，解除原本无法解除的合同。^①这无异于纵容违约一方或不愿意继续履行的一方“通过合同解除的方法逃避责任”^②，这不仅严重违反了“契约必须遵守”原则和诚实信用原则，造成合同当事人之间权利义务的失衡，也冲击合同关系的稳定，危害交易安全。(3)从比较法的角度看，德国法上的承租人异议权制度对异议权行使条件有着类似的要求。在不定期住房使用租赁关系中，出租人可以承租人明显违反合同义务等为由(形成权的发生事由)终止合同；承租人则可以此举会造成自己及家人的重大困境等为由(形成抗辩权的发生事由)提出异议，从而使终止表示失效。如果承租人逾期异议，其异议权将消灭。但终止表示并不因此自动有效，它仍须满足终止权存在的条件。^③类比这一制度，就合同解除提出的逾期异议也应当只是导致非解约一方当事人的异议权(形成抗辩权)消灭，解约一方当事人的解除权并不因此自动存在，解约行为也不因此自动有效，也应当满足合同法所规定的条件。

【典型案例1】

中国石油集团测井有限公司与西安攀信房地产开发有限责任公司商品房买卖合同纠纷案^④

案号：最高人民法院(2010)民一终字第108号

【裁判要旨】

合同解除权是形成权，合同解除对双方当事人的权利义务影响巨大，故应对合同解除权加以严格限制，以维护社会经济秩序的稳定。人民法院对合同解除条件的成就与否应当予以实体审查。

① 贺剑：《合同解除异议制度研究》，载《中外法学》2013年第3期。

② 王利明：《违约责任论》，中国政法大学出版社2003年版，第719页。

③ 贺剑：《合同解除异议制度研究》，载《中外法学》2013年第3期。

④ 案例转引自姚宝华：《合同法解释(二)第24条的周延性适用》，载《人民司法·案例》2011年第22期。



【基本案情】

2007年2月8日，测井公司与挚信公司签订了樱花园住宅项目联建合同（二期）。合同约定：根据测井公司的需求，挚信公司对樱花园住宅项目进行开发建设，建筑面积50 790平方米。房屋建成后，按照双方约定的结算价格与费用由测井公司全部买断，住宅产权归测井公司所有。该项目共分两期，其中：一期建设面积38 310平方米，于2007年3月开工建设，须于2008年8月30日前竣工验收合格并交付测井公司；二期建设面积约12 480平方米，于2008年6月前开工建设，须于2009年11月30日前竣工验收合格并交付测井公司。合同总价格约为12 494.34万元，其中一期约9424.26万元，二期约3070.08万元。双方还约定了测井公司分期支付联建款的时间、数额等付款方式，约定如果测井公司未能按合同约定期限、方式支付工程进度款，挚信公司有权解除合同。在实际履行中，经双方协商同意二期建设面积减少12 480平方米，一期联建面积由38 310平方米减少为30 820平方米。联建面积30 820平方米的相应联建款总额为7581.72万元。

2008年5月26日，挚信公司向测井公司发出商榷函，以建筑材料、人工费涨价为由，说明23号、24号楼联建项目成本每平方米增加400元，并请求对该联建项目住宅单价进行相应调整。双方就此协商未果。

2008年7月24日，挚信公司向测井公司发出律师函，以测井公司未按合同约定支付二期主体结构封顶的联建工程款，导致其无法按施工合同向施工单位按期付款，造成停工等为由，通知解除樱花园住宅项目联建合同（二期），并要求测井公司依照合同承担违约责任，赔偿经济损失。7月25日，测井公司收到解除合同的律师函。9月10日，测井公司通过律师向挚信公司致函，表示愿意继续本着平等互利、解决问题及履行合同的的原则，进一步协商，妥善解决双方的争议。

2009年5月19日，测井公司起诉到法院，请求确认挚信公司解除樱花园住宅项目联建合同（二期）的行为无效，要求继续履行合同，由挚信公司承担逾期交房的违约金。



【裁判观点】

一审法院认为：测井公司应当按合同约定的38 310平方米计算工程进度款，不应按照协商变更后的30 820平方米计算工程进度款。主体结构封顶后，测井公司尚欠工程进度款一直未付，已构成违约。借此，挚信公司于2008年7月24日向测井公司发出律师函，明确表示解除联建合同（二期）。测井公司于2008年7月25日收到律师函。依照《合同法》第96条规定，该合同于2008年7月25日解除。挚信公司解除合同的行为，系基于对方的违约事实和法律的规定，应有效。退一步讲，测井公司2008年7月25日收到解除合同通知，直至2009年5月20日才起诉提出异议，已超过三个月的期限，依据《合同法司法解释（二）》第24条之规定，其诉请不予支持。

最高人民法院二审认为：联建合同（二期）合法有效，合同实际履行中发生变更，联建面积减少，由38 310平方米变更为30 820平方米，联建款总额亦变更为7581.72万元。一审判决认定按38 310平方米计算各阶段的工程进度款不当，应予纠正。测井公司已经先后支付二期联建款4995.57588万元，而根据合同约定，主体结构封顶后测井公司应支付二期联建款总额7581.72万元的70%，即5307.204万元，尚欠311.62812万元工程款，已经构成违约。

测井公司仅欠付小部分工程款，且欠付原因是双方对如何分配已付的3300万元产生争议所致，并非测井公司故意拖延付款。如果支持解除合同的行为，对于测井公司显然不公平。本合同名为联建，实为商品房买卖，实际属于测井公司集资建房，对房屋质量和户型面积均有专门要求，相当于专门定做。结合该具体情况，不应轻易支持挚信公司解除合同的行为。另外，从价值考量来说，挚信公司在最初取得项目开发建设上某种程度而言已有价值优势，其之所以要求解除合同，主要是工程款涨价要求被拒绝；如若其解除合同的行为获得法律支持，利益衡平上明显不利于测井公司。故合同解除的条件未成就，挚信公司通知解除联建合同（二期）的行为无效，合同应继续履行。



【典型案例2】

江苏聚力新能源有限公司与北京七星华创电子股份有限公司买卖合同纠纷申请再审案^①

案号：（2016）最高法民申1049号

【裁判要旨】

当事人收到对方发出的解除合同通知后，未在约定期限或法定期限内申请确认解除合同的效力，人民法院仍应审查解除合同的理由是否符合《合同法》第93条第2款、第94条规定的情形。

【基本案情】

2010年12月23日，聚力公司与七星公司订立《HG型单晶炉合同书》，约定七星公司向聚力公司供应三种型号单晶炉共计63台，价格5286万元，分三批供货，设备发货前，七星公司应至少提前十五日通知聚力公司支付本批次货款的30%。2011年7月1日，聚力公司向七星公司发函称，按合同约定七星公司应在2011年5月底交付30台设备，因七星公司一直没有交付，聚力公司也没有收到书面发货通知书，故主张取消合同。同日，七星公司回函认为，七星公司不存在违约行为，不同意取消合同。聚力公司向连云港中院起诉，请求判令七星公司返还合同预付款1065万元及利息。

【裁判观点】

一审法院认为，七星公司在收到聚力公司的解除通知后未在三个月内提起诉讼，但本案仍需要对聚力公司是否享有法定解除权进行审查。因七星公司不构成根本性违约，聚力公司无权解除合同，故判决驳回聚力公司的诉讼请求。

二审法院驳回上诉，维持原判。

^① 唐青林等：《最高法院：收到解除合同函怎么办？超过三个月也能提出异议？》，载微信公众号“民商事裁判规则”，2018年9月1日发布。



最高人民法院再审审查认为：聚力公司于2011年7月1日向七星公司发出解除合同的通知，七星公司收到通知后未提起诉讼表示异议。聚力公司以此事实为由，依据《合同法司法解释（二）》第24条之规定，主张合同在七星公司收到解除通知之时已经解除。但该条司法解释是对《合同法》第96条的适用作出的解释，如何适用必然要结合而不能脱离该条款的规定。根据《合同法》第96条有关“当事人一方依照本法第九十三条第二款、第九十四条的规定主张解除合同的，应当通知对方。合同自通知到达对方时解除。对方有异议的，可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除合同的效力”的规定，聚力公司主张七星公司未对其发出的解除通知提出异议表明双方合同已经解除的观点能否成立，还应审查其解除合同的理由是否符合《合同法》第93条第2款、第94条规定的情形。《合同法》第93条第2款规定的是合同的约定解除，而本案合同并未对此作出约定，双方也未达成解除合同的新的合意，因此本案不存在约定解除的情形。从聚力公司的主张看，其是以七星公司不按期交付货物致使其不能实现合同目的为由主张解除合同，因此本案应当审查该情形是否存在，以判断聚力公司是否享有法定解除权。七星公司从2011年5月初即开始多次通知聚力公司交付第二批货物的发货款，而聚力公司一直未支付，已构成违约，七星公司有权行使先履行抗辩权拒绝履行交付货物的合同义务，此种情况下聚力公司无法定解除权，其向七星公司发出的解除通知不发生解除合同的法律效力。原审法院的上述认定有事实和法律依据，并无不当。故驳回了聚力公司的再审申请。

（讨论整理及后续评论：王 松）

百家之争鸣，智慧之结晶。

——蒋太仁



共同的思维方法是法律共同体的主要基础。

——刘建功

通谋虚伪的意思表示与合同效力

【发言群友】

李志刚、叶林、刘凯湘、邓峰、丁俊峰、王富博、雷新勇、刘建功、王文胜、李建伟、宁红丽、林海权、熊丙万

【沙龙实录】

通谋虚伪的意思表示认定规则与适用范围

据以讨论的案例^①：

2004年7月初，首创公司冯某请求孙某介绍有相关资质的公司，帮助同事刘某以销售货物的形式办理“走账”事宜，以赚取差价。经孙某介绍，北京华夏汇力科技有限公司（以下简称华夏公司）同意帮助“走账”。同年7月5日，冯某、刘某持盈亿公司转账支票及制作的两份合同共同到华夏公司，冯某代表首创公司与华夏公司签订购销合同，同时，华夏公司签订了与盈亿公司之间的订购合同，两份合同约定的标的物一致，均为IBM牌电脑180台，但合同标的额相差88740元。合同签订后，刘某交给华夏公司一张票面金额为1636740元、出票日期为2004年7月21日的盈亿公司转账支票。同时，

^① “北京首创电子科技有限公司与北京华夏汇力科技有限公司买卖合同纠纷上诉案”，载刘玉民、于海侠编著：《合同类案例裁判规则与法律适用》，人民法院出版社2011年版。



华夏公司给付首创公司一张票面金额为1 548 000元的转账支票。同日，冯某在刘某提供了盈亿公司宁某身份证复印件并请求提货的情况下，办理了上述货物的自提手续交给首创公司库房。后首创公司将货物发出，出库单上有“宁某”字样。

2004年7月27日，孙某、冯某、刘某、华夏公司补签《担保书》，约定：兹有盈亿公司经刘某、冯某介绍并担保向华夏公司订购计算机一批，价值1 636 740元，据此支票，华夏公司当日向首创公司支付2004年7月27日支票一张，并委托盈亿公司宁某到首创公司提货。刘某、冯某担保盈亿公司的货款及时到账，如果盈亿公司货款不能及时到账，华夏公司有权拒绝支付首创公司货款，首创公司的货物损失与华夏公司无关，由担保人负责追回。孙某在公证人处签字，冯某、刘某在担保人处签字，华夏公司在《担保书》上加盖了公章。2004年7月29日，华夏公司交存的盈亿公司转账支票，被银行以“空头”为由退票。2004年8月2日，首创公司持华夏公司的转账支票提示付款时，被银行以“空头”为由退票。2004年9月中旬，刘某离开首创公司下落不明。

2004年12月初，华夏公司、首创公司准备向公安机关举报刘某等合同诈骗时，由冯某书写了华夏公司委托宁某提取货物的委托书。12月16日，华夏公司向海淀公安分局提交《关于张某、宁某、刘某利用华夏公司诈骗首创公司160余万元电脑设备一案的举报材料》。海淀公安分局以涉嫌合同诈骗为由立案侦查。侦查期间，海淀公安分局对盈亿公司张某予以刑事拘留，后因证据不足予以取保候审，2005年4月22日，海淀公安分局以涉嫌合同诈骗将刘某列为在逃人员予以通缉。

另查，盈亿公司法定代表人宁某在企业工商档案中登记的“企业法定代表人(主要负责人)承诺”表中留有签名。

首创公司诉称：2004年7月5日，华夏公司与首创公司签订《购销合同》，约定：华夏公司购买首创公司IBM牌电脑180台，单价8600元，货款共计1 548 00元。同时，双方约定了交货日期、付款时间和违约责任。合同生效后，华夏公司委托员工宁某提取了货物，但其用于支付货款的支票空头，



经催要，华夏公司以无款为由拒绝给付。请求法院判令华夏公司给付货款1 548 000元、违约金100万元，承担诉讼费。

华夏公司辩称：华夏公司与首创公司虽签订《购销合同》，但并不存在真实的买卖关系。华夏公司与首创公司签订购销合同仅是形式上的，目的是帮助“走账”，并无购买首创公司产品的真实意思，且首创公司也未将货物交给华夏公司，双方签订的购销合同无效。首创公司在本案中所提货物实际上是被其员工刘某利用合同诈骗提取，首创公司不应当向华夏公司主张权利。请求法院驳回首创公司诉讼请求。

一审法院认为：当事人意思表示真实，是民事法律行为应当具备的条件之一。首创公司与被告华夏公司虽然签有购销合同，但孙某、冯某的证言足以证明双方当事人关于“买卖标的物”的约定是虚假表示，并非是首创公司向华夏公司销售电脑产品，行为人意思表示不真实，故购销合同因当事人的虚伪表示而无效，对当事人无法律约束力。双方当事人签订购销合同的行为中隐藏的真实目的是：冯某、刘某保证盈亿公司货款到达华夏公司，然后华夏公司向首创公司支付相应货款，以此“走账”的形式将首创公司货物单价提高，从中牟取不正当利益。当事人之间权利义务关系应当按照隐藏的真实意思表示据实认定。从查明认定的事实看，首创公司出库单客户签名栏内“宁某”的签名与盈亿公司在工商档案中留存的宁某签名不一致，且提货的委托书系冯某为华夏公司报案的需要而补写的，故现有证据不能证明华夏公司提取首创公司货物的事实。华夏公司提供的盈亿公司转账支票及银行特种转账借方凭证，证明华夏公司并未收到盈亿公司应付款项。华夏公司在既未收到盈亿公司的款项也未收到首创公司货物的情况下，不应承担给付货款的民事责任。首创公司对华夏公司提出诉讼请求，无事实和法律依据，不予支持。依照《民法通则》第55条第（二）项，《合同法》第52条第（五）项、第56条之规定，判决驳回原告北京首创电子科技有限公司诉讼请求。

首创公司不服一审判决，提出上诉。二审法院驳回上诉，维持原判。

李志刚：有观点认为，通谋的虚伪意思表示并非意思和表示不一致、不真实，而是合同动机与目的不一致，目的是真实的，例如假离婚的目的就是办