

论法律不能与禁止性规定的适用关系

岳 崧

华东政法大学法律学院, 上海

收稿日期: 2022年8月22日; 录用日期: 2022年9月16日; 发布日期: 2022年9月23日

摘 要

现行法和学说未关注法律不能与禁止性规定的适用关系。若通过法律不能制度即可实现禁止性规定的规范目的, 则无无效之必要。通过比较禁止性规定和法律不能的适用范围, 归纳二者适用范围的交集。区分事实上是否履行, 适用违法无效的规制进路和法律不能制度的法律效果不尽相同。优先适用法律不能制度较之违法无效进路能有效维护私法自治、防范违法行为、符合法律规定。

关键词

法律不能, 禁止性规定, 规范目的, 比例原则

On the Application of Legal Impossibility of Performance and Prohibitive Regulations

Song Yue

Law School, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Aug. 22nd, 2022; accepted: Sep. 16th, 2022; published: Sep. 23rd, 2022

Abstract

Current laws and doctrines do not pay attention to the application of legal impossibility of performance and prohibitive regulations. If the normative purpose of the prohibitive regulations can be achieved through the legal impossibility, there is no need to be invalid. By comparing the scope of application of prohibitive regulations and legal impossibility, the intersection of the scope of application of the two is summarized. To distinguish whether it has actually been performed, the legal effects of applying the prohibitive regulations and legal impossibility are not similar. Compared with the legal impossibility approach, applying the prohibitive regulations can effectively maintain the autonomy of private law, prevent illegal acts, and comply with legal regulations, so it is more legitimate.

Keywords

Legal Impossibility of Performance, Prohibitive Regulations, Normative Purpose, Proportionality Principle

Copyright © 2022 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

案例 1: 药品商乙明知甲将于 2021 年 3 月 22 日赴斯德哥尔摩参加世界花样滑冰锦标赛。2021 年 3 月 10 日, 甲与乙订立买卖兴奋剂的合同¹, 约定 3 月 15 日交货。

案例 2: 药品商乙明知甲将于 2021 年 3 月 22 日赴斯德哥尔摩参加世界花样滑冰锦标赛。2021 年 2 月 28 日, 甲与乙订立买卖兴奋剂的合同, 约定 3 月 15 日交货。

传统学说认为, 若法律行为因违反禁止性规定(Gesetzliche Verbot)而无效, 法律不能(Rechtliche Unmöglichkeit)则无适用空间[1]。在案例 1 中, 根据民法典第 153 条第 1 款第 1 句结合刑法第 355 条之 1 第 1 款, 买卖兴奋剂的法律行为因违反禁止性规定归于无效。在案例 2 中, 该法律行为不会因违法而无效, 盖因被违反的禁止性规定于作成法律行为时尚未生效[2]。但在履行期截至前该禁止性规定已生效, 构成法律不能, 故根据第 580 条第 1 款第 1 项, 甲对乙的履行请求权消灭。该刑法条款旨在禁止任何人向参加国内外重大赛事的运动员提供兴奋剂。综合上述两例, 该规范目的通过法律不能制度即可实现, 纵禁止性规定于法律行为成立时即已生效, 似亦无“无效”之必要。故当法律行为违反禁止性规定时, 可否弃违法无效而依法律不能制度予以处理, 确系一项问题, 而探究此项问题的前提是寻找禁止性规定和法律不能制度规制范围的交集。

2. 禁止性规定与法律不能的交集

要寻找禁止性规定与法律不能的交集, 务先在要件层面对二者进行比较, 进而寻找同时符合民法典第 153 条第 1 款和民法典第 580 条第 1 款第 1 项构成要件的范围。需要注意的是, 法律不能以法律行为成立且有效为前提, 故此处不能先入为主地认为违反禁止性规定一定导致法律行为无效进而认为二者规制范围无重合之可能。

(一) 比较一: 判断时点

禁止性规定系对法律行为生效要件的控制, 故被违反的禁止性规定须于该法律行为开始时即已存在。除非禁止性规定有明确的追溯附注, 否则禁止性规定仅涵盖在其生效后开始(vorgenommene)的法律行为[2]。此项无效的法律行为不能因嗣后法律的修正, 复活成为有效, 当事人欲使其为法律行为有效时, 须重新为之[3]。故如前述案例 2, 甲、乙订立合同时尚无该生效禁令, 纵使当事人明知该禁令即将生效, 亦不能加于此前之行为, 否则有违法律规范的可期待性。

有疑问的是, 所谓“开始”(vorgenommene)究竟是于法律行为作成、成立时抑或生效时。合法性要件系法律行为的一般生效要件, 似应以生效时为准。然法律行为或因期限、条件等特别生效要件而使生效时点推迟, 故应以一般生效要件的检验时点为断, 一般生效要件的检验时点即法律行为成立时。

¹注: 刑法修正案(十一)新增刑法第 355 条之 1, 规定明知运动员参加国内外重大比赛而提供兴奋剂属于犯罪行为, 该法于 2021 年 3 月 1 日生效。

法律不能则系给付不能的一种类型，其要求在债权人请求债务人履行合同义务时，合同标的依据当时有效的法律不可能履行[4]。

综合二者的判断时点，禁止性规定与法律不能的交集在于债务人因合同成立时既已生效且履行时亦为有效的法律规范而不能履行。

(二) 比较二：规范渊源

民法典第 153 条第 1 款第 1 句法有明文，禁止性规定的渊源仅在于《立法法》规定的狭义的“法律”和“行政法规”。地方性法规、规章及其以下的其他规范性文件，均不得作为认定法律行为无效的依据[5]，但若违反地方性法规、行政规章抑或其他规范性文件的同时构成违反公序良俗，如法律行为违反地方政府的房屋限购政策进而影响房地产市场以及金融市场的平稳运行秩序，可径依该条第 2 款认定法律行为无效。法律不能中的“法律”则未见清晰，其必然非指狭义的“法律”，甚至不局限于依《立法法》广义的“规范性文件”。本文认为，此所谓“法律”，包括各种具备直接强制或间接强制性的政策性决定或指令，例如，债务人依“土地使用权转让合同”所负土地使用权转让义务，因政府作出土地利用规划调整政令而不能履行[4]。

综合二者的规范渊源，禁止性规定与法律不能的交集在于债务人因“法律”和“行政法规”的禁止性规定而不能履行。

(三) 比较三：规范对象

禁止性规定系法律行为内容控制(Inhaltskontrolle)的一部分[6]，而法律行为的内容即标的，系为人从事行为时所欲发生的法律效果[7]。法律不能系债法上制度，以负担行为为前提。负担行为的标的即给付，故负担行为的内容违反禁止性规定即约定的给付不法，故二者的交集点即债务人履行约定之给付违反禁止性规定。

综合以上分析，禁止性规定和法律不能制度的共同适用范围系债务人履行约定之给付违反负担行为成立时既已生效的法律或行政法规中的禁止性规定。

3. 适用违法无效和法律不能的不同效果

法律不能并非事实上给付不能，而是因违反法律的规定而不能给付。当事人自可强行违反法律规定而径为给付，而给付与否会影响整个法律关系，所以需要区分实际上尚未给付和已经给付来分析。

(一) 债务人尚未实际给付

当债务人未为给付时，若适用民法典第 153 条第 1 款第 1 句，则法律行为归于无效，自无返还的问题，但有过错的一方须依民法典第 157 条第 2 句负信赖利益损害赔偿赔偿责任。经由“无效”这一法效果的规制，给付义务自始不存在，固能实现禁止性规定的规范目的。然公权力对法律行为内容合法性的管制必须遵循比例原则，方具有正当性。故正当性证成的核心并非“无效能够实现规范目的，所以无效”，而系“非无效不足以实现规范目的，所以不得不无效”。如果存有他种制度设计可实现该禁止性规定之规范目的，则应当维持该法律行为的效力，否则有公权力对私权关系的僭越之嫌。

如果适用法律不能，则该违反禁止性规定的给付义务消灭，根据双务合同牵连性规则，债权人的对待给付义务原则上亦消灭。给付不能系合同的履行障碍，债务人根据民法典第 577 条应当承担替代给付的损害赔偿赔偿责任。通过法律不能制度，债务人的给付义务被排除，因此该法律行为所追求的法律效果已无法实现，即给付不能制度与不法无效制度均可实现该禁止性规定的规范目的。此路径尚有一独特之处，德国民法第 286 条 2 款 1 句有规定，若该给付不能全部或大部分可归责于债权人时，对待给付义务仍然存在。我国民法典虽无此项规定，但解释论上亦可得出相同结果[8]。

综合上述分析，在债务人实际未为履行时，两种不同路径的区别有二。第一，有过错一方承担基于

缔约上过失的信赖利益赔偿抑或承担基于违约的履行利益损害赔偿；第二，在不能之情形全部或大部可归责于债权人时，法律不能制度会保留债务人的履行请求权。就第一点而言，若禁止性规定的目的仅在于防范物权流转，如买受人在与出卖人缔结买卖合同后，又与第三人缔结合同将标的物以高价出售给该第三人，合同缔结后该标的物被有权机关认定为限制流通物，只要该标的物的物权没有让与，其规范目的即已经实现，那么科以无法获得履行利益的不利益未见充分的理由。关于第二点，若该给付不能可归责于债权人，即违反禁止性规定系因债权人原因，则对待给付义务仍然存在，此时给付义务消灭而对待给付义务尚存意味着违反禁止性规定的行为人可能陷入钱货两空的利益境况，从结果论上有助于减少行为人违反禁止性规定的可能进而维护法律秩序的稳定。

（二）债务人已经实际给付

当债务人已经给付时，若适用第 153 条第 1 款第 1 句，则负担行为归于无效。双方当事人应依第 157 条第 1 句相互返还或折价补偿，有过错的一方须依该条第 2 句负信赖利益损害赔偿责任。若履行行为亦为法律行为，则须首先判定履行行为是否违反第 153 条第 1 款第 1 句，再以法规目的说判定是否无效。若履行行为为处分行为，奉行目的无涉，原则上处分行为效力不受影响，但若禁止性规定的规范目的在于限制权利的移转(如禁止流通物)，则处分行为亦归于无效，否则无从实现禁止性规范的目的。若履行行为为其他法律事实或非法律事实，则无效力判断之余地，当径依不当得利制度予以解决。此外，在返还规则的法教义学构造上，多数国家选择“合同违法无效之后的返还”问题主要应适用不法得利制度予以调整^[9]。纵我国民法典对此并无明文，但解释论上亦当作同一理解^[10]。若债务人构成不法原因给付，则排除债务人对给付标的物的返还请求权，但若禁止性规定的目的在于禁止给付标的的流转，则应当予以目的性限缩而不再适用。

如果适用法律不能，则给付义务和对待给付义务原则上消灭，但债务人实际上已经履行。若履行行为为法律行为，其法效果与违法无效进路相同；若履行行为系其他法律事实或非法律事实，则无效力判断之余地。因债务人之给付义务业已消灭，故债权人保有该项给付无法律上原因，得依不当得利制度予以解决。已经陷入法律不能后违反法律所为之给付不能生清偿效力，故债务人应当依第 577 条应当承担履行利益的损害赔偿责任。此外，若该给付不能全部或大部分可归责于债权人时，对待给付义务仍然存在。在法律不能之情形，亦有不法原因给付制度之适用余地。

综合上述分析，在债务人实际已经为给付的情形下，在维持负担行为有效的基础上通过单独对履行行为进行规制亦可实现禁止性规定的规范目的。因此，此处至少可说明在二者交集范围内，认定法律行为无效并不具备必要性，下一步需要论证的是为何优先适用法律不能制度具备正当性。

4. 法律不能优先于违法无效

通过法律不能制度，若债务人的给付义务被排除即足以实现禁止性规定的规范目的，则适用违法无效缺乏必要性。但仍需说明的是，优先适用法律不能制度的正当性体现在何处。

（一）基于“私法自治”

案例：2022 年 1 月 1 日，甲乙双方订立买卖限制流通的 A 物的合同，约定 1 月 30 日交付。1 月 15 日，该物从限制流通清单中删去。

禁止性规定系公权力对私法主体为法律行为内容上的控制，应当恪守比例原则^[11]，尽可能维护当事人的内心真意。第 153 条作为限制私法自治的规定，其自身亦应受到限制，因为对于意思自由的尊重是民法更加基本的考量^[12]。如上述案例，若该给付于合同订立后履行期届至前不再违反禁止性规定，不宜使之无效。欲尽可能少地干涉当事人的意思自治，要求有二。第一，只要存在其他制度设计得以实现禁止性规定的目的，应尽可能不使其无效；第二，于法律若干涉则有妨害规范目的实现之虞之必要时点

再行干涉。依照法律不能排除给付义务若得实现规范目的，即应当认定合同有效；法律不能系合同履行之时的判断，此时再不干涉恐禁止性规定之规范目的难以实现，故以此时点作为公权调整私权关系的切入点，方符合比例原则中的必要性和正当性要求。此处值得注意的是，禁止性规定的判断时点系法律行为开始时，旨在说明法律行为开始之后的禁止性规定无涉法律行为的效力，而非在法律行为开始时即宣告该法律行为无效。在法律行为开始时，第 153 条的功能仅仅是判定该法律行为是否有违既已生效的禁止性规定，但是否构成 153 条但书中的“该强制性规定不导致法律行为无效”进而是否导向无效的法效果的判定有待“公权不得干预私法关系”的时点，即履行行为发生时方可判定。因而，在未知法律不能制度的否实现禁止性规定的规范目的时，自无判定无效之可能。换言之，法律不能制度的判定优先于违法无效制度中但书以及法效果的判定。

（二）基于“防范违法”

法律应当在制度层面制定促进人们不为违法行为的制度设计。私法规范以填平损失为原则，但亦不否认私法惩罚的必要性。在未进入公法调整的领域，如不法原因给付、法定损害赔偿、惩罚性赔偿等制度设计，亦有在私法上课以不利益从而促进守法的必要。

德国民法第 286 条 2 款 1 句有规定，若该给付不能全部或大部分可归责于债权人时，对待给付义务仍然存在。但如何认定“可归责于债权人”，不无问题。在法律不能之情形，现今的禁止性规定浩如烟海，法律不可期待民众对规范性文件中的禁止性规定都如数家珍，“不得以对法律的无知为抗辩”的传统罗马法法谚业已失去刚性。罗马法中并不严格区分犯罪和侵权行为，且公犯和私犯一般都是自然犯，而法定犯是随着此后国家立法的发达而逐渐发展起来的^[13]。对于一个不知法的人，无法获得不进行违法活动的动因，再对其进行谴责就存在正当性的疑问^[14]。本文认为，在此可参考德国刑法对违法性认识的要求²，若行为人不可避免地无法认识到其行为的违法性，则不可归责。若债务人不可避免地不知该禁止性规定而债权人知悉，则可以认定为该给付不能全部或大部可归责于债权人，则善意的债务人给付义务消灭同时维持债务人的履行请求权亦属正当，有利于遏制不法行为的产生。但这一制度设计仅得适用于刑法上的法定犯及一般的违法行为，盖因法不强人所难，在法定犯及一般行政违法占违法行为的绝对比重时，法律不应苛求民众对所有禁止性规定都应知悉。关于法定犯在何种程度上应当判定具备对违法性的认识，刑法学界已有诸多阐述，于此不赘。对于刑法上的自然犯，其明显违反人的伦理道德，应当拟制其具备违法性认识。如雇凶杀人合同、毒品买卖合同等行为，应当径依第 153 条第 1 款第 1 句使其无效，因为非无效不足以体现法律对此类行为绝对禁止的目的和价值导向，自无法律不能制度的适用空间。

（三）基于“法律规定”

民法典第 153 条第 2 款明确规定“但是，该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。”在解释上不可因本句采取但书的表达而误认为“原则上无效，例外有效”。但书有多种用法，此处非指例外^[15]。相反，该但书恰恰表明需要优先考虑该强制性规定不导致法律行为无效的情形，此亦无效须采规范目的说的明证。如果通过法律不能的制度设计即可实现强制性规定的法规范目的，则系属此处“不导致该民事法律行为无效”的情形。故在违反法律或行政法规上禁止性规定的情形下，优先考虑法律不能等不会导致法律行为无效的规制进路，具备法律依据。

5. 结论

民法典第 153 条第 1 款系对法律行为内容上的限制，系公权力调整私权关系的转介条款，以实现民法规范与整体法秩序的统一。

²StGB § 17 Verbotsirrtum: Fehlt dem Täter bei Begehung der Tat die Einsicht, Unrecht zu tun, so handelt er ohne Schuld, wenn er diesen Irrtum nicht vermeiden konnte. Konnte der Täter den Irrtum vermeiden, so kann die Strafe nach § 49 Abs. 1 gemildert werden.

传统观点认为，若法律行为因违反禁止性规定而无效，法律不能则无适用空间。此观点在结论上虽属无误，但在判定逻辑上则有引人误解之处：并非法律行为因违法无效，故而不可能适用法律不能；而是适用法律不能制度不足以实现该禁止性规定的规范目的，因此该法律行为非无效不可。一法律行为可能同时违反法律禁止性规定和构成法律不能，此时应当优先检验该行为是否违反法律或行政法规上的禁止性规定，若是违反则应当优先通过法律不能制度或其他无须导致合同无效的规制进路予以调整，适用“违法无效”的前提是若非无效则无法实现该禁止性规定之规范目的。在此意义上，法律不能制度实际上充当着违法无效和合同有效可履行之间的缓冲剂。

法律不能优先于违法无效的规制进路有利于最大程度上维护当事人的意思自治，恪守公权力干预私法关系的比例原则，并且能够通过给付不能制度中限制排除对待给付义务的规定防范民事主体为违法行为，此亦符合法律的明确要求。如果法律行为违反的禁止性规定系刑法中的法定犯或一般违法，则有法律不能之适用；如果法律行为违反的禁止性规定系刑法中的自然犯，如雇凶杀人合同、毒品买卖合同等，则径依民法典第 153 条第 1 款第 1 句认定其无效以实现法律的规范目的和价值倡导。

参考文献

- [1] Dirk Looschelders, *Schulrecht Allgemeiner Teil*, 18. Aufl., München Vahlen 2020, § 21.
- [2] MüKoBGB/Armbrüster, 8. Aufl. 2018, BGB § 134 Rn. 20;
- [3] 王泽鉴. 民法总则[M]. 台北: 三民书局, 2021: 333.
- [4] 朱广新. 合同法总则研究[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2018: 683.
- [5] 李宇. 民法总则要义[M]. 北京: 法律出版社, 2017: 641-642.
- [6] BeckOK BGB/Wendtland, 58. Ed. 1.5.2021, BGB § 134 Rn. 2.
- [7] 王泽鉴. 民法总则[M]. 台北: 三民书局, 2021: 311.
- [8] 庄加园. 债权人原因引起的给付不能[J]. 法律科学, 2018, 36(5): 143-154.
- [9] Staudinger/ Lorenz, 2007, §817 Rn.1ff. BGB.
- [10] 吴至诚. 违法无效合同不当得利返还的比例分担——以股权代持为中心[J]. 中外法学, 2021, 33(3): 606-625.
- [11] 郑晓剑. 比例原则在民法上的适用及展开[J]. 中国法学, 2016(2): 143-165.
- [12] 胡坚明. 德国法上违反禁止性规定之法律行为的效力[J]. 华东政法大学学报, 2018, 21(2): 133-145.
- [13] 陈兴良. 违法性认识研究[J]. 中国法学, 2005(4): 131-141.
- [14] 车浩. 法定犯时代的违法性认识错误[J]. 清华法学, 2015(4): 22-46.
- [15] 李宇. 民法总则要义[M]. 北京: 法律出版社, 2017: 636.