

行政许可的民法意义^{*}

王 轶

摘 要：行政许可与民事法律行为的效力判断联系密切。从民法学的视角观察，行政机关基于行政许可准予公民、法人或者其他组织从事特定活动，有的属于准予实施事实行为；有的属于准予实施民事法律行为；有的则需要区分情形，有时属于准予实施事实行为，有时属于准予实施民事法律行为。与此对应，法律或者行政法规确立行政许可的规定，有的属于简单规范中的强制性规定；有的属于复杂规范中的强制性规定；有的则需要区分情形，有时属于简单规范中的强制性规定，有时属于复杂规范中的强制性规定。当事人借助民事法律行为意图约定排除这些强制性规定法律适用的，得援引《中华人民共和国民法典》草案（总则编）第 153 条第 2 款认定该约定绝对无效。当事人实施的民事法律行为违反复杂规范中强制性规定的，得援引《中华人民共和国民法典》草案（总则编）第 153 条第 1 款区分情形进行效力判断。

关键词：行政许可 事实行为 民事法律行为 简单规范 复杂规范 强制性规定

作者王轶，中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员、中国人民大学法学院教授（北京 100872）。

依据《中华人民共和国行政许可法》（以下简称《行政许可法》）第 2 条的规定，行政许可是指行政机关根据公民、法人或者其他组织的申请，经依法审查，准予从事特定活动的行为。我国现行法律或者行政法规多以“准予”“经批准”“经依法批准”“实行许可证管理”“审查批准”等词语表述行政许可。^① 行政许可与民事

* 本文为国家社会科学基金重大项目“民法典编纂重大疑难问题研究”（14ZDC017）阶段性成果。

① 依据《行政许可法》第 14 条、第 15 条、第 16 条、第 17 条的规定，法律可以设定行政许可；尚未制定法律的，行政法规可以设定行政许可；必要时，国务院可以采用发布决定的方式设定行政许可；尚未制定法律、行政法规的，地方性法规可以设定行政许可；尚未制定法律、行政法规和地方性法规的，因行政管理的需要，确需立即实施行政

法律行为，尤其是合同行为的效力判断联系密切。^①本文拟围绕民事法律行为效力的妥当判断，运用类型化和体系化的思考方法，从民法学视角下行政许可的类型区分出发，以法律规范的类型区分和体系建构为依托，就行政许可的民法意义展开研究。

一、民法学视角下行政许可的类型区分

《行政许可法》第12条就设定行政许可的事项，以类型列举结合概括规定的方式予以明确，包括特定活动的进行、获得特定权利、获得特定资质或者资格、须检验或者检疫以及检测的事项、获得主体资格等五种情形。^②从民法学的视角观察，行政机关基于行政许可准予公民、法人或者其他组织从事的特定活动，以民事法律

许可的，省、自治区、直辖市人民政府规章可以设定临时性的行政许可。除前述规范性文件外，其他规范性文件一律不得设定行政许可。出于充分保障民事主体交往自由、建立统一国内市场、避免条块分割的需要，《中华人民共和国民法典》草案（总则编）第153条第1款秉持《中华人民共和国合同法》第52条第5项开创的立法传统，只有违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为，才可能被认定为绝对无效；违反地方性法规或者省、自治区、直辖市人民政府规章的强制性规定的民事法律行为，可以依据《中华人民共和国民法典》草案（总则编）第153条第2款，以违背公序良俗为由，认定该民事法律行为无效，因此本文仅讨论法律或者行政法规设立的行政许可。

① 关于这一问题的讨论，代表性文献如刘贵祥：《论行政审批与合同效力》，《中国法学》2011年第2期；蔡立东：《行政审批与权利转让合同的效力》，《中国法学》2013年第1期；吴光荣：《行政审批对合同效力的影响：理论与实践》，《法学家》2013年第1期；崔建远：《不得盲目扩张〈合同法〉第44条第2款的适用范围》，《中外法学》2013年第6期；杨永清：《批准生效合同若干问题探讨》，《中国法学》2013年第6期；朱广新：《合同未办理法定批准手续时的效力》，《法商研究》2015年第6期；马新彦：《论民法对合同行政审批的立法态度》，《中国法学》2016年第6期；秦鹏、祝睿：《未经行政审批之矿业权转让合同的效力认定：裁判实践与应然路径》，《法律科学》2018年第2期；李永军：《民法典编纂中的行政法因素》，《行政法学研究》2019年第5期；等等。比较法的考察如汤文平：《德国法上的批准生效合同研究》，《清华法学》2010年第6期。《中华人民共和国民法典》草案有关行政许可与合同效力判断的规定，如合同编第502条第2款第1句确认，“依照法律、行政法规的规定，合同应当办理批准等手续生效，未办理批准等手续的，该合同不生效，但是不影响合同中履行报批等义务条款以及相关条款的效力。”第738条确认，“依照法律、行政法规的规定，承租人对于租赁物的经营使用应当取得行政许可的，出租人未取得行政许可不影响融资租赁合同的效力。”

② 行政法学理论有关行政许可的类型区分，参见姜明安主编：《行政许可法条文精释与案例解析》，北京：人民法院出版社，2003年，第36—42页；胡建淼主编：《中国现行行政法律制度》，北京：中国法制出版社，2011年，第72—79页。

事实的类型区分和体系建构为背景,^①有的属于准予实施事实行为;有的属于准予实施民事法律行为;有的则需要区分情形,有时属于准予实施事实行为,有时属于准予实施民事法律行为。

行政许可属于准予实施事实行为的,如《中华人民共和国渔业法》(以下简称《渔业法》)第11条第1款第2句确认,“单位和个人使用国家规划用于养殖业的全民所有的水域、滩涂的,使用者应当向县级以上地方人民政府渔业行政主管部门提出申请,由本级人民政府核发养殖证,许可其使用该水域、滩涂从事养殖生产。”许可使用水域、滩涂从事养殖生产,就是准予实施事实行为。类似的如《中华人民共和国药品管理法》(以下简称《药品管理法》)第41条第1款确认,“从事药品生产活动,应当经所在地省、自治区、直辖市人民政府药品监督管理部门批准,取得药品生产许可证。无药品生产许可证的,不得生产药品。”许可生产药品,也是准予实施事实行为。再如《中华人民共和国城乡规划法》(以下简称《城乡规划法》)第40条第1款确认,“在城市、镇规划区内进行建筑物、构筑物、道路、管线和其他工程建设的,建设单位或者个人应当向城市、县人民政府城乡规划主管部门或者省、自治区、直辖市人民政府确定的镇人民政府申请办理建设工程规划许可证。”第41条第1款确认,“在乡、村庄规划区内进行乡镇企业、乡村公共设施和公益事业建设的,建设单位或者个人应当向乡、镇人民政府提出申请,由乡、镇人民政府报城市、县人民政府城乡规划主管部门核发乡村建设规划许可证。”第44条第1款第1句确认,“在城市、镇规划区内进行临时建设的,应当经城市、县人民政府城乡规划主管部门批准。”无论是许可在城市、镇规划区内进行建筑物、构筑物、道路、管线和其他工程建设,还是许可在乡、村庄规划区内进行乡镇企业、乡村公共设施和公益事业建设,或者是许可在城市、镇规划区内进行临时建设,都是属于准予实施事实行为。还如《中华人民共和国矿产资源法》(以下简称《矿产资源法》)第3条第3款第1句前段确认,“勘查、开采矿产资源,必须依法分别申请、经批准取得探矿权、采矿权,并办理登记。”许可勘查、开采矿产资源,就是准予实施事实行为。^②

① 关于民事法律事实的类型区分及其体系建构的讨论,参见王轶:《论民事法律事实的类型区分》,《中国法学》2013年第1期。

② 法律设定的行政许可属于准予实施事实行为的,为数不少。如《中华人民共和国文物保护法》第17条、第21条第2款、第33条等,《中华人民共和国水法》第7条、第34条第2款等,《中华人民共和国草原法》第41条、第50条第1款等,《中华人民共和国野生动物保护法》第21条第2款、第25条第2款、第40条等,《中华人民共和国烟草专卖法》第12条等,《中华人民共和国电力法》第52条第2款、第54条等,《中华人民共和国枪支管理法》第6条、第7条、第8条、第9条、第10条、第15条第3款第1句,《中华人民共和国公路法》第25条等,《中华人民共和国土地管理法》第35条第

行政许可属于准予实施民事法律行为的,如《矿产资源法》第6条第1款第1项第2句确认,“探矿权人在完成规定的最低勘查投入后,经依法批准,可以将探矿权转让他人。”第6条第1款第2项确认,已取得采矿权的矿山企业,“经依法批准可以将采矿权转让他人采矿。”许可转让探矿权、采矿权,就是许可经由民事法律行为,主要是经由合同行为转让探矿权、采矿权,属于准予实施民事法律行为。再如《中华人民共和国城市房地产管理法》(以下简称《城市房地产管理法》)第45条第1款确认,商品房预售,需要“向县级以上人民政府房产管理部门办理预售登记,取得商品房预售许可证明。”许可预售商品房,就是许可取得从事商品房预售交易的市场准入资格,也就是许可订立商品房预售合同,也是属于准予实施民事法律行为。还如《中华人民共和国保险法》(以下简称《保险法》)第67条第1款确认,“设立保险公司应当经国务院保险监督管理机构批准。”许可设立保险公司,既是对公司设立行为的许可,^①同时也是对设立后公司从事相应类型保险交易市场准入资格的许可,换言之,就是既许可保险公司的设立行为,又颁发经营保险业务许可证,许可设立后的保险公司订立相应类型的保险合同,^②这些都属于准予实施民事法律行为。^③

需要区分情形,有时属于准予实施事实行为,有时属于准予实施民事法律行为的行政许可,如《中华人民共和国野生动物保护法》(以下简称《野生动物保护法》)第27条第2款确认,因科学研究、人工繁育、公众展示展演、文物保护或者其他特殊情况,需要利用国家重点保护野生动物及其制品的,除国务院对批准机关另有规定,应当经省、自治区、直辖市人民政府野生动物保护主管部门批准。从民

1款、第44条等,《中华人民共和国港口法》第13条第1款等,《中华人民共和国安全生产法》第60条等。

① 《中华人民共和国保险法》第68—72条。

② 《中华人民共和国保险法》第73条。

③ 法律设定的行政许可属于准予实施民事法律行为的,也为数不少。如《药品管理法》第34条第1款第2句,《中华人民共和国草原法》第13条第2款后段、第13条第3款等,《中华人民共和国野生动物保护法》第35条第2款、第37条第1款等,《中华人民共和国烟草专卖法》第15条等,《中华人民共和国对外贸易法》第15条第2款、第19条第1款等,《中华人民共和国商业银行法》第3条第3款、第11条第1款、第25条第2款、第28条、第45条等,《中华人民共和国电力法》第25条第3款等,《中华人民共和国律师法》第6条、第18条等,《中华人民共和国拍卖法》第11条等,《中华人民共和国枪支管理法》第15条第3款第2句,《中华人民共和国企业国有资产法》第53条第2句等,《中华人民共和国农村土地承包法》第52条第1款等,《中华人民共和国公司法》第6条第2款、第12条第2款等,《中华人民共和国证券法》第38条、第99条第2款等,《中华人民共和国证券投资基金法》第13条等,《中华人民共和国港口法》第22条第1款等。

法学的视角观察，该款中许可“利用国家重点保护野生动物及其制品”，有时属于准予实施事实行为，如出于文物保护需要，准予对国家重点保护野生动物制品进行加工；有时属于准予实施民事法律行为，如出于公众展示展演需要，准予订立借用或者租赁国家重点保护野生动物及其制品的合同。

二、简单规范与复杂规范之分

从民法学视角出发，对行政许可作以上的类型区分，对于妥当判断民事法律行为的效力意义重大。原因在于，服务于对民事法律行为效力作出妥当判断的目的，裁判者需要着重回答以下两个问题：第一，当事人实施民事法律行为，意在约定排除法律或者行政法规某一规定的适用时，该民事法律行为效力如何？第二，当事人实施的民事法律行为，违反^①法律或者行政法规某一规定时，该民事法律行为效力如何？这是两个虽有关联，但却相互独立的问题。^②前者要回答的是法律或者行政法规的规定被当事人约定排除其适用时，该约定的效力判断问题；后者要回答的是法律或者行政法规的规定被当事人实施的民事法律行为违反时，该民事法律行为的效力判断问题。

确立行政许可的规定，属于准予实施事实行为的，设定了实施事实行为的前置条件，意在协调事实行为引起的利益关系，此类规定能够成为当事人借助民事法律行为意图约定排除其适用的对象，但却不能够成为当事人实施的民事法律行为违反的对象。确立行政许可的规定，属于准予实施民事法律行为的，设定了实施民事法律行为的前置条件，意在协调民事法律行为引起的利益关系，既能够成为当事人借助民事法律行为意图约定排除其适用的对象，也能够成为当事人实施的民事法律行为违反的对象。服务于妥当判断民事法律行为效力的目的，法律或者行政法规中能够成为当事人借助民事法律行为意图约定排除其适用的对象，但不能成为民事法律行为违反对象的规定，不存在依据《中华人民共和国民法典》草案（以下简称

① 这里所谓“违反”，既包括“应为而不为”，也包括“不应为而为之”，换言之，能够被民事法律行为“违反”的规定，一定是表达了立法者对当事人在实施民事法律行为时“作为”或者“不作为”的期待。

② 以《中华人民共和国民法典》草案（物权编）第301条的规定为例，该条确认，“处分共有的不动产或者动产以及对共有的不动产或者动产作重大修缮、变更性质或者用途的，应当经占份额三分之二以上的按份共有人或者全体共同共有人同意，但是共有人之间另有约定的除外。”如果共同共有人之间约定，处分共有的不动产或者动产，无须全体共同共有人同意，这就属于共同共有人借助民事法律行为意图约定排除第301条法律适用的情形；如果某共同共有人在共有人之间没有另行约定的情况下，未经全体共同共有人同意，擅自处分共有的不动产或者动产，这就属于该共同共有人实施的民事法律行为违反第301条的情形。

“《民法典》草案”)(总则编)第153条第1款作是否为强制性规定类型区分的问题,在这种意义上,可称之为简单规范。法律或者行政法规中既能够成为当事人借助民事法律行为意图约定排除其适用的对象,又能够成为民事法律行为违反对象的规定,存在依据《民法典》草案(总则编)第153条第1款作是否为强制性规定类型区分的问题,在这种意义上,可称之为复杂规范。前述《渔业法》第11条第1款第2句、《药品管理法》第41条第1款、《城乡规划法》第40条第1款、第41条第1款以及第44条第1款第1句、《矿产资源法》第3条第3款第1句等,属于简单规范。前述《城市房地产管理法》第45条第1款、《保险法》第67条第1款、《矿产资源法》第6条第1款第1项第2句以及第6条第1款第2项等,属于复杂规范。前述《野生动物保护法》第27条第2款有关许可利用国家重点保护野生动物及其制品的规定,属于准予实施事实行为时,为简单规范;属于准予实施民事法律行为时,为复杂规范。

遗憾的是,我国以往司法实践对于区分简单规范和复杂规范,对于区分准予实施事实行为的行政许可和准予实施民事法律行为的行政许可,没有给予充分重视,致使司法解释的若干规定,误将简单规范当作复杂规范,未将不同类型的行政许可区别对待,从而对相关民事法律行为的效力作出了不妥当的判断。以《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》(法释[2009]11号)(以下简称《城镇房屋租赁合同解释》)第2条为例进行说明。该条确认,“出租人就未取得建设工程规划许可证或者未按照建设工程规划许可证的规定建设的房屋,与承租人订立的租赁合同无效。但在一审法庭辩论终结前取得建设工程规划许可证或者经主管部门批准建设的,人民法院应当认定有效。”该条规定回应的问题是:城镇房屋租赁合同的出租人,以违反《城乡规划法》第40条第1款的规定建设的房屋作为租赁物,与承租人订立的房屋租赁合同效力如何?该条规定值得商榷之处有二。

一是误将简单规范当作复杂规范。该条规定误以为出租人以违反《城乡规划法》第40条第1款规定建设的房屋作为租赁物,与承租人订立房屋租赁合同,该房屋租赁合同就违反了《城乡规划法》第40条第1款的规定。^①其实违反《城乡规划法》

① 据参与《城镇房屋租赁合同解释》起草的最高人民法院民一庭法官介绍,该司法解释第2条“是有关规定租赁合同效力的内容。本条规定合同无效的根本原因在于标的物缺陷,影响合同效力的根本原因在于‘未取得建设工程规划许可证或者未按照建设工程规划许可证的规定建设的房屋’,即标的物本身存在瑕疵,且该缺陷直接对合同效力产生影响,直接导致房屋租赁有效或者无效。本条规定的标的物缺陷就是指标的物是违法建筑,因此租赁合同无效”。“未取得建设工程规划许可证或者未按照建设工程规划许可证的规定建设的房屋,即违章建筑的违法性体现在哪呢?首先,违法建筑违反了《城乡规划法》规定。其次,法条对此作出的规定是强制性的规定,是有关合同效力

第40条第1款规定的,是建设房屋的事实行为,而非房屋租赁合同这一民事法律行为。换言之,建设单位或者个人未向城市、县人民政府城乡规划主管部门或者省、自治区、直辖市人民政府确定的镇人民政府申请办理建设工程规划许可证,就在城市、镇规划区内进行建筑物、构筑物、道路、管线和其他工程建设的建设行为,这才属于违反该款规定的情形。理论上可能会存在当事人之间约定在城市、镇规划区内进行建筑物、构筑物、道路、管线和其他工程建设,建设单位或者个人无须向城市、县人民政府城乡规划主管部门或者省、自治区、直辖市人民政府确定的镇人民政府申请办理建设工程规划许可证的情形,换言之,该款规定能够成为当事人借助民事法律行为意图约定排除其适用的对象,但绝对不可能成为当事人实施的民事法律行为违反的对象,因而属于简单规范。房屋租赁合同不可能违反一项简单规范,它能够违反的应当是法律或者行政法规这样的规定,即“不得以违反《城乡规划法》第40条第1款建设的房屋作为租赁物,订立房屋租赁合同。”这样的规定既能够成为当事人借助民事法律行为意图约定排除其适用的对象,也能够成为当事人实施的民事法律行为违反的对象,属于复杂规范。但遍查我国现行法律和行政法规,尚未发现这样的规定。^①因此,出租人就未取得建设工程规划许可证或者未按照建设工程规划许可证的规定建设的房屋,与承租人订立的租赁合同,就不存在违反法律或者行政法规强制性规定的问题。《城镇房屋租赁合同解释》第2条误将《城乡规划法》第40条第1款确立的简单规范,当作了复杂规范,解释不当。

二是未将不同类型的行政许可区别对待。该条规定不妥当地效法了《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)》(法释[1999]19号)(以下简称《合同法解释(一)》)第9条第1款的前段。^②该段确认,“依照

性的规定。据此,应当认定就违法建筑签订的租赁合同无效。”参见最高人民法院民事审判第一庭编著:《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件司法解释的理解与适用》,北京:人民法院出版社,2016年,第34、36—37页。

① 以建设工程施工合同为例进行补充说明。《中华人民共和国建筑法》第13条确认,从事建筑活动的建筑施工企业按照其拥有的注册资本、专业技术人员、技术装备和已完成的建筑工程业绩等资质条件,划分为不同的资质等级,经资质审查合格,取得相应等级的资质证书后,方可在其资质等级许可的范围内从事建筑活动。从民法学的视角观察,许可从事建筑活动,就是属于准予实施事实行为,该条确立的是简单规范,不会成为建设工程施工合同违反的对象。但该法第26条就有所不同,该条确认,“承包建设工程的单位应当持有依法取得的资质证书,并在其资质等级许可的业务范围内承揽工程。”“禁止建筑施工企业超越本企业资质等级许可的业务范围……承揽工程。”该条所谓承揽工程,就是指订立建设工程施工合同。这一规定不仅会成为当事人意图约定排除其适用的对象,还会成为当事人实施的建设工程施工合同违反的对象,因而属于复杂规范。

② 据参与《城镇房屋租赁合同解释》起草的最高人民法院民一庭法官介绍,该司法解释第2条就租赁合同的效力之所以作出如此规定,是因为“最高人民法院有很多司法解释

合同法第44条第2款的规定，法律、行政法规规定合同应当办理批准手续，或者办理批准、登记等手续才生效，在一审法庭辩论终结前当事人仍未办理批准手续的，或者仍未办理批准、登记等手续的，人民法院应当认定该合同未生效。”该段规定回应的是《合同法》第44条第2款提出的问题：即依照法律或者行政法规，实施某项合同行为需要取得行政许可才能生效，尚未取得行政许可的合同行为效力如何？依据该段规定，在一审法庭辩论终结前当事人仍未办理批准手续的，或者仍未办理批准、登记等手续的，合同未生效。值得注意的是，《合同法》第44条第2款所规定的“应当办理批准手续”，乃是指合同应当办理批准手续。换言之，批准的对象是合同行为。^①此类行政许可属于准予实施民事法律行为的情形，确立此类行政许可的规定，既能够成为当事人借助民事法律行为意图约定排除其适用的对象，又能够成为当事人实施的民事法律行为违反的对象，属于复杂规范。由此可见，《合同法》第44条第2款指向的行政许可与《城乡规划法》第40条第1款确立的行政许可明显不同；《合同法解释（一）》第9条第1款前段回应的问题，与《城镇房屋租赁合同解释》第2条回应的问题也明显不同，迳行借鉴，有失妥当。

实际上，出租人就未取得建设工程规划许可证或者未按照建设工程规划许可证的规定建设的房屋，与承租人订立的租赁合同，其效力不应受到出租人建造房屋违反《城乡规划法》第40条第1款规定的影响。对于未取得建设工程规划许可证或者未按照建设工程规划许可证的规定建设的房屋，如果能够采取改正措施消除对规划实施的影响，并在限期内改正的，该房屋租赁合同可以继续履行；采取改正措施影响合同履行的，承租人得依据房屋租赁合同请求出租人承担相应的违约责任。对于未取得建设工程规划许可证或者未按照建设工程规划许可证的规定建设的房屋，如果无法采取改正措施消除影响，被限期拆除或者被没收，致使租赁合同无法履行的，承租人得依法解除合同并依据房屋租赁合同请求出租人承担相应的违约责任。前述两种情形，都不影响县级以上地方人民政府城乡规划主管部门依据《城乡规划法》第64条的规定对出租人进行相应的行政处罚。^②

规定，因为欠缺某些要件而合同无效，在一审法庭辩论终结前，补办相关手续，违法因素消失后，人民法院可以裁判认定合同有效。《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）》第九条规定……据此，按照最高法院有关《合同法》的司法解释的规定，“一审法庭辩论终结前”是当事人补正效力的最后时点”。参见最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件司法解释的理解与适用》，第42页。

① 杨永清：《批准生效合同若干问题探讨》，《中国法学》2013年第6期。

② 同样遗憾的是，不仅《城镇房屋租赁合同解释》第2条误将简单规范当作复杂规范，未将不同类型的行政许可区别对待，从而对相关民事法律行为的效力作出了不妥当的判断，该司法解释第3条第1款也存在同样的问题。该款确认，“出租人就未经批准或者未按照批准内容建设的临时建筑，与承租人订立的租赁合同无效。但在一审法庭辩论

值得注意的是,即使是法律或者行政法规中的简单规范,也有其不简单之处:服务于妥当判断排除简单规范法律适用的约定效力如何的需要,根据简单规范能否被当事人借助民事法律行为约定排除其适用,可以将简单规范作进一步的类型区分:一是任意性规范。有的简单规范协调民事主体之间的利益关系,能够被当事人约定排除其适用,这就是学说上所谓的“任意性规范”,排除其适用的民事法律行为有效。二是强制性规范。有的简单规范协调民事主体的利益与公共利益之间的关系,不能被当事人约定排除其适用,这就是学说上与“任意性规范”对立存在的“强制性规范”,排除其适用的民事法律行为因损害公共利益,得援引《民法典》草案(总则编)第153条第2款认定该行为无效。三是混合性规范。在能够被约定排除其适用的“任意性规范”和不能被约定排除其适用的“强制性规范”之间,还存在有时能够被当事人约定排除其适用,有时不能被当事人约定排除其适用的“混合性规范”。法律、行政法规中存在两种类型的混合性规范,一种混合性规范协调民事主体的利益与公共利益之间的关系,如果当事人意图排除其适用的约定与法律的规定相比,更加有利于公共利益的确认、保障和维护,则该约定有效;如果当事人意图排除其适用的约定与法律的规定相比,不利于公共利益的确认、保障和维护,则该约定无效。另一种混合性规范有时协调民事主体之间的利益关系,属于前述任意性规范;有时协调民事主体的利益与公共利益之间的关系,属于前述强制性规范。为任意性规范时,排除其适用的民事法律行为有效;为强制性规范时,排除其适用的民事法律行为无效。^①考虑到可以设定行政许可的事项,都关涉公共利益的确认、保障和维护,^②因此法律或者行政法规确立的行政许可属于准予实施事实行为的规定,

终结前经主管部门批准建设的,人民法院应当认定有效。”该款规定回应的问题是:城镇房屋租赁合同的出租人,以违反《城乡规划法》第44条第1款第1句的规定建设的临时建筑作为租赁物,与承租人订立的房屋租赁合同效力如何?能够违反《城乡规划法》第44条第1款第1句规定的,是建设临时建筑物的事实行为,而非以违反该句规定建设的临时建筑作为租赁物与承租人订立的房屋租赁合同。换言之,该句规定属于简单规范,而非复杂规范。许可建设临时建筑物,属于准予实施事实行为,而非准予实施民事法律行为,自然不能效法《合同法解释(一)》第9条第1款的前段,来对房屋租赁合同的效力作出判断。

① 王轶:《民法典物权编规范配置的新思考》,《法学杂志》2019年第7期。

② 《行政许可法》第11条确认,设定行政许可,应当遵循经济和社会发展规律,有利于发挥公民、法人或者其他组织的积极性、主动性,维护公共利益和社会秩序,促进经济、社会和生态环境协调发展。学者研究表明,行政许可关涉公共利益,属于大多数国家和地区的通例。参见朱芒:《日本的行政许可》,《中外法学》1999年第4期。陈端洪教授就此认为,“行政许可的正当性和限度在于公共利益,创设和实施行政许可必须谋求个人自由与公共利益的平衡。”(陈端洪:《行政许可与个人自由》,《法学研究》

2004年第5期)

都属于简单规范中的强制性规范。当事人借助民事法律行为意图约定排除其适用的，得援引《民法典》草案（总则编）第153条第2款“违背公序良俗的民事法律行为无效”，认定该民事法律行为无效。

三、准予实施民事法律行为行政许可的类型区分

法律或者行政法规确立的行政许可，属于准予实施民事法律行为的，此类规定与简单规范的相似之处在于，它们也能够成为当事人借助民事法律行为意图约定排除其适用的对象，因而在任意性规范、强制性规范、混合性规范的三分法之下，也属于强制性规范；但与此同时，此类规定又有与简单规范不同之处，即它们还能够成为当事人实施的民事法律行为违反的对象，因而属于复杂规范，还需要依据《民法典》草案（总则编）第153条第1款作是否为强制性规定的类型区分。

依据《民法典》草案（总则编）第153条第1款作是否为强制性规定的类型区分时，需要根据复杂规范所协调的利益关系类型的差异，作进一步的类型区分：首先，是仅协调民事法律行为当事人之间利益关系的倡导性规范；其次，是协调民事法律行为当事人与特定第三人利益关系的授权第三人规范；最后，是协调民事法律行为当事人的利益与公共利益之间关系的强制性规范。^①如前所述，可以设定行政许可的事项，都关涉公共利益的确认、保障和维护，因此法律或者行政法规确立的行政许可属于准予实施民事法律行为的情形，都属于强制性规范。

由此可见，服务于对民事法律行为的效力作出妥当判断的目的，法律或者行政法规中存在着二元的法律规范体系：其一，围绕着回答当事人实施民事法律行为意图约定排除法律或者行政法规某一规定的法律适用时，该民事法律行为的效力如何，存在着任意性规范、强制性规范、混合性规范之分；其二，围绕着回答当事人实施的民事法律行为违反法律或者行政法规某一规定时，该民事法律行为的效力如何，存在着倡导性规范、授权第三人规范、强制性规范之别。

这个二元的法律规范体系，既相互关联，又各自独立。第一个法律规范体系中的任意性规范、强制性规范、混合性规范，能够成为当事人借助民事法律行为意图约定排除其适用的对象，但并非都能够成为当事人实施的民事法律行为违反的对象。对于其中不能够成为民事法律行为违反对象的规定，即简单规范，就不需要依据《民法典》草案（总则编）第153条第1款作是否为强制性规定的类型区分。第二个法律规范体系中的倡导性规范、授权第三人规范、强制性规范，作为复杂规范，既能够成为当事人借助民事法律行为意图约定排除适用的对象，又能够成为当事人实施的民事法律行为违反的对象，因此需要依据《民法典》草案（总则编）第153条

^① 王轶：《民法典物权编规范配置的新思考》，《法学杂志》2019年第7期。
(C)1994-2020 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. <http://www.cnki.net>

第1款作是否为强制性规定的类型区分。

不难看出，第一个法律规范体系中的“强制性规范”与第二个法律规范体系中的“强制性规范”尽管都关涉民事主体的利益与公共利益之间关系的调整，都承担着确认、保障和维护公共利益的使命，都不得被当事人借助民事法律行为约定排除其适用，但第一个法律规范体系中的“强制性规范”并非都能够成为民事法律行为违反的对象，如作为简单规范的“强制性规范”。如果不能成为民事法律行为违反的对象，这些强制性规范就一定不是《民法典》草案（总则编）第153条第1款所言的“强制性规定”，法律或者行政法规确立的行政许可属于准予实施事实行为的情形即属此类。第二个法律规范体系中的“强制性规范”，既能够成为当事人借助民事法律行为意图约定排除其适用的对象，又能够成为当事人实施的民事法律行为违反的对象，属于《民法典》草案（总则编）第153条第1款所言的“强制性规定”，法律或者行政法规确立的行政许可属于准予实施民事法律行为的情形即属此类。一言以蔽之，第一个法律规范体系中的“强制性规范”如果属于简单规范，就不是第二个法律规范体系中的“强制性规范”；但第二个法律规范体系中的“强制性规范”，同时也是第一个法律规范体系中的“强制性规范”。

法律或者行政法规确立的行政许可属于准予实施民事法律行为的情形，属于倡导性规范、授权第三人规范、强制性规范三分法中的强制性规范。此类行政许可，服务于妥当判断民事法律行为效力的目的，还需要再作进一步的类型区分。

一是法律或者行政法规确立的行政许可属于准予实施某项民事法律行为。如《民法典》草案（合同编）第502条第2款第1句确认，“依照法律、行政法规的规定，合同应当办理批准等手续生效，未办理批准等手续的，该合同不生效，但是不影响合同中履行报批等义务条款以及相关条款的效力。”其中所谓“办理批准手续生效的”，就是指某项合同行为需要获得行政许可，才能生效。行政许可的对象，就是该项合同行为，此处的行政许可属于准予实施某项民事法律行为的情形。典型者如《矿产资源法》第6条第1款第1项第2句的规定。该句确认，探矿权转让合同，需要获得行政许可。行政许可准予实施的民事法律行为，就是该项探矿权转让合同。再如《野生动物保护法》第27条第2款确认，因科学研究、人工繁育、公众展示展演、文物保护或者其他特殊情况，需要出售、购买国家重点保护野生动物及其制品的，除国务院对批准机关另有规定，应当经省、自治区、直辖市人民政府野生动物保护主管部门批准。依据该款规定，特定情形下买卖国家重点保护野生动物及其制品需要获得行政许可，行政许可准予实施的民事法律行为，就是该项买卖合同。

二是法律或者行政法规确立的行政许可属于准予实施某类民事法律行为。如《城市房地产管理法》第45条第1款第4项的规定，一旦当事人依法取得商品房预售许可证，即可从事商品房预售交易。当事人基于该行政许可，不是只能订立一项商品房预售合同，只能实施某项民事法律行为，而是可以在许可范围内订立多项商

商品房预售合同，可以实施商品房预售交易这一类民事法律行为。再如《中华人民共和国邮政法》第51条第1款确认，“经营快递业务，应当依照本法规定取得快递业务经营许可；未经许可，任何单位和个人不得经营快递业务。”依据该款规定，当事人一旦取得快递业务经营许可，即可经营快递业务，能够在许可范围内订立多项快递服务合同，可以实施快递服务交易这一类民事法律行为。

三是法律或者行政法规确立的行政许可属于既准予实施某项民事法律行为，又准予实施某类民事法律行为。如《保险法》第67条第1款的规定，许可设立保险公司，既是对保险公司设立行为的许可，这就是准予实施某项民事法律行为；同时也是对设立后公司从事相应类型保险交易市场准入资格的许可，这就是准予实施某类民事法律行为。设立后的保险公司基于该行政许可，取得经营保险业务许可证，可以从事相应类型的保险交易，在许可范围内订立多项保险合同。再如《中华人民共和国商业银行法》（以下简称《商业银行法》）第11条第1款确认，“设立商业银行，应当经国务院银行业监督管理机构审查批准。”许可设立商业银行，既是对商业银行设立行为的许可，^①这就是准予实施某项民事法律行为；同时也是对设立后的商业银行可以从事吸收公众存款、发放贷款、办理结算等相应类型金融交易市场准入资格的许可，这就是准予实施某类民事法律行为。设立后的商业银行基于该行政许可，取得经营许可证，并凭该许可证向工商行政管理部门办理登记，领取营业执照，^②即可从事相应类型的金融交易，在许可范围内订立多项合同。

这一区分对于妥当判断民事法律行为的效力同样意义重大。对于行政许可属于准予实施某项民事法律行为的情形，行政许可属于该项民事法律行为的法定特别生效条件。当事人实施某项民事法律行为，没有取得行政许可的，《民法典》草案（合同编）第502条第2款的第1句确认，“依照法律、行政法规的规定，合同应当办理批准等手续生效，未办理批准手续的，该合同不生效，但是不影响合同中履行报批等义务条款以及相关条款的效力。”换言之，该合同属于尚未完全生效的合同。《民法典》草案（合同编）第502条第2款的第1句回应的问题是：依据法律或者行政法规的规定，某项合同行为需要取得行政许可才能生效，该合同行为尚未取得行政许可，其效力如何？《民法典》草案（合同编）第502条第2款的第1句所规定的“应当办理批准手续”，乃是指合同应当办理批准手续。换言之，行政许可的对象就是该项合同行为。典型者如前述《矿产资源法》第6条第1款第1项第2句的规定。依据该句规定，探矿权转让合同需要依法报地质矿产主管部门审查批准，该合同行为就是审查批准的对象。探矿权转让合同未依照该句确立的规则办理审查批准手续的，即属违反了该句规定。由于该句确立的规则，能够成为探矿权转让合同违反的

^① 《中华人民共和国商业银行法》第12—15条。

^② 《中华人民共和国商业银行法》第16条。

对象，因而属于需要进一步区分是否为强制性规定的复杂规范。之所以对于探矿权转让合同设置审查批准的程序要求，是因为立法者确信探矿权转让合同事关公共利益，因此该复杂规范属于强制性规定。该强制性规定要求探矿权转让合同的当事人必须采用特定行为模式，即办理审查批准手续，探矿权转让合同违反该强制性规定，一定是发生在这样的情形：即探矿权转让合同当事人没有依照该强制性规定办理审查批准手续，所以该强制性规定属于要求当事人必须采用特定行为模式的强制性规定，而非禁止当事人采用特定行为模式的强制性规定。审查批准手续的办理属于探矿权转让合同的法定特别生效条件，违反了该句确立的规则，未办理审查批准手续的，合同因生效条件尚不齐备，处在尚未完全生效的状态。一旦办理了审查批准手续，获得了行政许可，生效条件齐备，合同即可成为完全生效的合同。^① 上述分析同时表明，要求当事人必须采用特定行为模式的强制性规定，并非《民法典》草案（总则编）第153条第1款第1句的强制性规定，违反此类强制性规定，会因为欠缺法律或者行政法规所设置的法定特别生效条件，从而影响合同行为效力的发生，但绝对不会导致合同行为绝对无效。这就说明，《民法典》草案（总则编）第153条第1款第1句的强制性规定，是指禁止当事人采用特定行为模式的强制性规定。《民法典》草案（总则编）第153条第1款第2句确认“但是，该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。”该句但书所言的不导致民事法律行为无效的强制性规定，首先就包括要求当事人必须采用特定行为模式的强制性规定。^②

这与行政许可属于准予实施某类民事法律行为的情形明显有不同。以《城市房地产管理法》第45条第1款第4项的规定为例进行说明。依据该项规定，需要取得行政许可的，是当事人从事商品房预售交易的市场准入资格，即当事人从事商品房

① 最高人民法院审判委员会讨论通过，2019年12月24日发布的第123号指导案例“于红岩与锡林郭勒盟隆兴矿业有限责任公司执行监督案”，在“裁判理由”中提及“根据现行法律法规的规定，申请转让探矿权、采矿权的，须经审批管理机关审批，其批准转让的，转让合同自批准之日起生效。”“鉴于转让合同因未经批准而未生效的，不影响合同中关于履行报批义务的条款的效力，结合判决理由部分，本案生效判决所称的隆兴矿业按照《矿权转让合同》的约定为于红岩办理矿权转让手续，并非对矿业权权属的认定，而首先应是指履行促成合同生效的合同报批义务，合同经过审批管理机关批准后，才涉及到办理矿权转让过户登记。”

② 德国学者弗卢梅提出，“那些法律行为一般需经官方或法院批准才能生效的规范……不属于禁止性规范，因为它们仅限制了形成法律关系的可能性。”参见维尔纳·弗卢梅：《法律行为论》，迟颖译，北京：法律出版社，2013年，第404页。学说上关于禁止规范和命令规范之争，还可参见金可可：《强行规定与禁止规定》，王洪亮等主编：《中德私法研究》第13期，北京：北京大学出版社，2016年，第3—24页；耿林：《论中国法上强制性规定概念的统一性——评金可可教授〈强行规定与禁止规定〉》，王洪亮等主编：《中德私法研究》第13期，第38—51页。

预售交易必须符合一系列条件,^①方可取得市场准入资格。当事人没有取得商品房预售许可证明就从事商品房预售交易,订立商品房预售合同,即属违反该项规定的情形。商品房预售合同违反该强制性规定,一定是发生在这样的情形,即当事人未取得商品房预售许可证明就进行商品房预售交易,订立商品房预售合同。这也意味着,该强制性规定一定是在这种意义上成为违反的对象:即未取得商品房预售许可证的,不得进行商品房预售,订立商品房预售合同。所以该强制性规定属于禁止当事人采用特定行为模式的强制性规定,而非要求当事人必须采用特定行为模式的强制性规定。

遗憾的是,我国以往司法实践对于区分要求当事人必须采用特定行为模式的强制性规定和禁止当事人采用特定行为模式的强制性规定,对于区分准予实施某项民事法律行为的行政许可和准予实施某类民事法律行为的行政许可,没有给予充分重视,致使司法解释的若干规定,混淆了两类强制性规范,未将不同类型的行政许可区别对待,从而对相关民事法律行为的效力作出了不妥当的判断。以《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》(法释[2003]7号)(以下简称《商品房买卖解释》)第2条的规定为例进行说明。该条确认,“出卖人未取得商品房预售许可证明,与买受人订立的商品房预售合同,应当认定无效,但是在起诉前取得商品房预售许可证明的,可以认定有效。”该条规定回应的问题是:出卖人未取得商品房预售许可证明,与买受人订立商品房预售合同,违反了《城市房地产管理法》第45条第1款第4项的规定,该商品房预售合同效力如何?该条规定效法了《合同法解释(一)》第9条第1款的前段,^②值得商榷之处有二。

一是混淆了两类强制性规范,误将禁止当事人采用特定行为模式的强制性规定,当作了要求当事人必须采用特定行为模式的强制性规定。《合同法解释(一)》第9条第1款前段回应的是合同行为违反要求当事人必须采用特定行为模式的强制性规定的情形,而《城市房地产管理法》第45条第1款第4项确立的强制性规定,属于禁止当事人采用特定行为模式的强制性规定,二者泾渭分明。

二是未对不同类型行政许可区别对待,将准予实施某类民事法律行为的行政许可,与准予实施某项民事法律行为的行政许可混为一谈。《合同法解释(一)》第9条第1款前段针对的是准予实施某项民事法律行为的行政许可,而《城市房地产管理法》第45条

^① 参见《城市商品房预售管理办法》第5条、第7条。

^② 据参与《商品房买卖合同解释》起草的最高人民法院民一庭法官介绍,就该司法解释第2条的规则设计,存在不同的意见和主张。“在听取和讨论上述不同意见后,根据房地产审判实践经验并考虑到法律的原则,借鉴最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》第9条中有关合同效力补正的规定,本解释确定合同的效力是可以补正的”。参见最高人民法院民事审判第一庭编著:《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的理解与适用》,北京:人民法院出版社,2015年,第37页。

第1款第4项指向的是准予实施某类民事法律行为的行政许可，二者判然有别。

可见，《商品房买卖解释》第2条迳行效法《合同法解释（一）》第9条第1款，确属不当。实际上，《城市房地产管理法》第45条第1款第4项作为禁止当事人采用特定行为模式的强制性规定，从形式上看，该强制性规定意在禁止特定人从事商品房预售交易，即未取得商品房预售许可证的人不得从事商品房预售交易，订立商品房预售合同，而非禁止任何人从事商品房预售交易，禁止任何人订立商品房预售合同。因此该强制性规定禁止的对象是从事商品房预售交易的特定人，即未取得商品房预售许可证明的当事人订立商品房预售合同，是法律禁止的对象，商品房预售合同本身并不当然损害公共利益，并非法律禁止的对象。从规范目的上看，《城市房地产管理法》第1条确认，“为了加强对城市房地产的管理，维护房地产市场秩序，保障房地产权利人的合法权益，促进房地产业的健康发展，制定本法。”该法第45条第1款第4项设置行政许可，其规范目的就是经由商品房预售交易市场准入资格的要求，确保预售商品房的当事人具备完成商品房开发建设，履行商品房买卖合同义务的能力，以维护商品房预售领域的社会交往秩序，避免对商品房买卖交易领域的市场秩序以及不特定买房人利益等公共利益造成损害。据此，违反该强制性规定的商品房预售合同，其效力不应因违法性而受到影响。^①但违反该强制性规定的，依据《城市房地产管理法》第68条，由县级以上人民政府房产管理部门责令开发企业停止预售活动，没收违法所得，还可以并处罚款。

四、管理性强制性规定与效力性强制性规定之分

《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）》（法释〔2009〕5号）（以下简称《合同法解释（二）》）第14条确认，“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。”由于违反要求当事人必须采用特定行为模式的强制性规定，民事法律行为的效力仅存在尚未完全生效这一种情形，因此就妥当判断民事法律行为的效力而言，要求当事人必须采用特定行为模式的强制性规定，无须作进一步的类型区分，只有禁止当事人采用特定行为模式的强制性规定，才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。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，甚至刑事责任，并须承受诸如因法律上的障碍不履行或者不完全履行合同义务

^① 陕西省西安市中级人民法院在西安闻天科技实业集团与李琛茹确认合同无效纠纷案的判决书中提出，“闻天公司签约时未取得商品房预售许可证，虽然违反了有关‘商品房预售应当取得商品房预售许可证明’的规定，但是并不必然导致其签订认购合同的民事法律行为无效。”参见陕西省西安市中级人民法院（2018）陕01民终8145号民事判决书。

等所带来的不利法律后果。换言之，管理性的强制性规定，也属于《民法典》草案（总则编）第153条第1款中“但是，该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。”这一但书所言不导致民事法律行为无效的强制性规定。

就效力性与管理性两类强制性规定的类型区分，理论和实践中存在不易区分说以及不必区分说的质疑。不易区分说强调，一项禁止当事人采用特定行为模式的强制性规定，究竟属于效力性强制性规定，还是管理性强制性规定，区分起来，实属不易，因此不应进行此类区分。必须承认，在缺乏足够法学理论和法律实践共识的背景下，不易区分说道出了实情。但不易区分的，岂止是效力性与管理性的强制性规定？视野所及，所有事关法律妥当适用的区分事项，容易区分的总是少数。不易区分说的价值在于，提醒人们面对效力性与管理性强制性规定的区分，要注重在法学研究中积累理论共识，在裁判活动中积累实践共识。在有足够充分法律共识的情形，要依据分享的法律共识去进行区分；在没有足够充分法律共识的情形，裁判者既要毅然担负起不容逃避的法律决断责任，知难而上；又要注重养成良好的法律素养和职业道德，审慎为之。在裁判者作出决断之后，理论界和实务界还须及时跟进，以个案中的裁判为基础，经由交流辩驳，求同存异，推动形成新的法律共识。事实上，在以往法律适用的过程中，围绕着效力性与管理性强制性规定的类型区分，尽管还远远不够，^①但无论中外，都已经积累了不少宝贵的理论共识和司法共识。^②

不必区分说对于效力性与管理性强制性规定的类型区分，可谓釜底抽薪。该说强调效力性与管理性强制性规定的区分，属于以问答问、循环论证的文字游戏，没

① 关于是否应当区分效力性与管理性强制性规定，以及如何妥当区分效力性与管理性强制性规定的争论，参见王文胜等：《效力性强制性规范的识别：争论、法理与路径》，《人民司法》2017年第7期。

② 就我国而言，如王利明：《合同法研究》第1卷，北京：中国人民大学出版社，2018年，第629—635页；崔建远：《合同法》，北京：北京大学出版社，2013年，第90—92页；石一峰：《效力性强制性规定的类型化分析》，《武汉大学学报》（哲学社会科学版）2018年第2期。再如2009年7月7日印发的《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）之五“正确适用强制性规定，稳妥认定民商事合同效力”，其中第16条就确立了这样的规则，“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。”再如2019年11月8日最高人民法院印发的《全国法院民商事审判工作会议纪要》第30条所表达的意见体现了最新的司法共识，对妥当区分效力性强制性规定与管理性强制性规定具有重要价值。

有任何实际的意义和价值。^①不必区分说强调以效力性与管理性强制性规定的区分为前提，法律适用的应有逻辑是裁判者应当首先区分其所面对的强制性规定，究竟是效力性强制性规定，还是管理性强制性规定，然后据此判断违反强制性规定的民事法律行为的效力。但法律实践中面对禁止当事人采用特定行为模式的强制性规定，如果裁判者准备确认某项民事法律行为绝对无效，就会认定该民事法律行为违反的是效力性强制性规定；如果裁判者准备确认某项民事法律行为生效，就会认定该民事法律行为违反的是管理性强制性规定，这就颠倒了法律适用的应有逻辑。不必区分说的确反映了部分法律适用的现实，但在笔者看来，仍有必要区分效力性与管理性强制性规定。原因在于：

其一，效力性与管理性强制性规定的类型区分，属于民法问题中的价值判断问题。这一区分的实践价值在于，遵循民法价值判断问题的实体性论证规则及其派生的论证负担规则，就同一价值判断问题作出的不同的价值判断结论而言，主张限制民事主体交往自由的裁判者，需要负担论证责任，必须提出足够充分且正当的理由来证成自己的价值判断结论。^②以效力性与管理性强制性规定的区分为前提，违反效力性强制性规定的，民事法律行为无效；违反管理性强制性规定的，不影响民事法律行为效力。可见，就民事法律行为的效力判断而言，效力性强制性规定直接限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，就应接受该强制性规定为管理性强制性规定的结论。^③可见，效力性与管理性强制性规定的类型区分，绝非以问答问、循环论证的文字游戏。以法律实践中存在着以问答问、

① 就笔者所见，这一说法在中文文献中最早见于苏永钦：《私法自治中的经济理性》，北京：中国人民大学出版社，2004年，第43页。与此有关的论述，还可参见黄忠：《违法合同的效力判定路径之辨识》，《法学家》2010年第5期；朱庆育：《〈合同法〉第52条第5项评注》，《法学家》2016年第3期。

② 关于民法价值判断问题的实体性论证规则，参见王轶：《民法价值判断问题的实体性论证规则——以中国民法学的学术实践为背景》，《中国社会科学》2004年第6期。

③ 《民法典》草案（总则编）第153条第1款所谓“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。”单从字面上看，存在被解读为违反法律、行政法规强制性规定的民事法律行为原则上无效、例外才有效的可能。在民事法律行为违反强制性规定的场合，该款似乎是将论证责任分配给了主张民事法律行为效力不受违法性影响的一方。（比较法上也有此类见解，如克劳斯·威廉·卡纳里斯：《法律禁令和法律行为》，赵文杰译，王洪亮等主编：《中德私法研究》第13期，第59—61页）但基于文中的分析，法律实践中恰恰应当反其道而行之：民事法律行为违反强制性规定的，原则上效力不受影响，例外的方为无效。主张违反的是效力性强制性规定的一方，才需要承担论证的责任。就此而言，《民法典》草案（总则编）第153条第1款更为准确的表达应当是“违反法律、行政法规效力性强制性规定的民事法律行为无效。”

循环论证的现象，就得出不必区分的结论，不仅有以偏概全之嫌，也是对价值判断领域基于最低限度价值共识派生的论证负担规则的漠视。其实法律实践中存在以问答问，循环论证的现象，更多的反倒是提醒我们，未来要致力于让裁判者更加重视和效力性与管理性强制性规定类型区分有关的法律共识和裁判技能。

其二，就禁止当事人采用特定行为模式的强制性规定而言，既有的法律共识表明，民事法律行为违反此类强制性规定，有归于绝对无效的，也有效力不因此受到影响的，这就说明存在着两种不同类型的禁止当事人采用特定行为模式的强制性规定，如不分别称之为“效力性强制性规定”与“管理性强制性规定”，那就一定要赋予它们其他的名称。这就涉及民法问题中的解释选择问题。^①“效力性强制性规定”与“管理性强制性规定”的界分，不但在学术讨论中被长期使用，还得到了最高人民法院司法解释和司法解释性文件的认同，并在法律实践中被广泛运用，相较于其他的解释选择结论，当更为可取。

其三，法律适用的过程，一定是一个目光在事实素材和法律素材之间往返流转的复杂过程。裁判者理应洞察世事人情，明了人间百态，因此，既不可能不带任何前见、偏好和取向而进入案件事实的建构和认定，也不可能不带任何前见、偏好和取向而投身于法律规则的寻找和解释。一个好的裁判者并非不带任何前见、偏好和取向，而是能够在目光往返流转的过程中，尊重已有共识，限制个人任性，勇于反思并善于调适自己的前见、偏好和取向。区分禁止当事人采用特定行为模式的强制性规定究竟属于效力性还是管理性的强制性规定，与判断民事法律行为的效力究竟是否应当受到违法性的影响，二者之间一定是一个同频共振、相互渗透、彼此影响的过程。就此而言，不必区分说对于法律适用过程的想象，未免过于理想，对于人之为人的要求，未免过于苛刻。

其四，比较法上，认可效力性与管理性强制性规定的类型区分，可谓是古已有之，且传承至今。据学者考察，罗马人将法律严格区分为完全法律、次完全法律和不完全法律。完全法律使被禁止的行为无效，次完全法律使所实施或者实行的行为虽然应受惩罚但并未宣告它无效，不完全法律则既不使行为无效又不使行为应受惩罚，而是将维护该法律的职责委诸裁判官。^②这一区分，可

^① 就解释选择问题的讨论而言，首先需要明确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。关于解释选择问题讨论方法，参见王轶：《论民事法律事实的类型区分》，《中国法学》2013年第1期；王充：《刑法问题类型划分方法与构成要件的排列顺序》，《法制与社会发展》2007年第4期；沈健州：《民法解释选择问题的分析框架》，《中外法学》2019年第4期。

^② 马克斯·卡泽尔、罗尔夫·克努特：《罗马私法》，田士永译，北京：法律出版社，2018年，第128—129页。

谓是效力性与管理性强制性规定区分的雏形。德国的民法学说和民事司法不但实质上认可效力性与管理性强制性规定的区分，而且围绕着两者的区分标准，先后出现了规范性质理论、规范对象理论、规范关联性理论、规范目的理论、价值权衡理论等理论主张。^①在日本，末弘严太郎以公法与私法严加区别为基调，确立了“违反管理规定的行为之私法上的效力论”，认为管理规定中有影响违反行为效力的“效力规定”和不影响违反行为效力的“单纯的管理的规定”，其学说为日本迄今为止的通说奠定了基础。随后，井川健、王晨、铃木禄弥、矶村保、大村敦志、山本敬三等学者进一步深化了有关这一问题的思考。^②我国台湾地区通说认为，法律行为若违反禁止规定，须视该禁止规定系属“取缔规定”或“效力规定”而区分其效力。“违反取缔规定之法律行为，行为人虽受行政或刑事处罚，但该法律行为在私法上仍为有效。反之，在违反效力规定时，该法律行为的私法上效力亦被否定，而成为无效。”^③

可见，区分效力性与管理性的强制性规定，虽确属不易，但非常必要。行政许

① Claus-Wilhelm Canaris, *Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft*, Heidelberg: C. F. Müller, 1983; Thomas Westphal, *Zivilrechtliche Vertragsnichtigkeit wegen Verstoßes gegen gewerberechtliche Verbotsgesetze*, Berlin: Duncker & Humblot, 1985. 中文介绍参见卡尔·拉伦茨：《德国民法总论》下册，王晓晔等译，北京：法律出版社，2003年，第586—596页；维尔纳·弗卢梅：《法律行为论》，第408—413页；克劳斯·威廉·卡纳里斯：《法律禁令和法律行为》，王洪亮等主编：《中德私法研究》第13期，第59—61页；汉斯·布洛克斯、沃尔夫·迪特里希·瓦尔克：《德国民法总论》，张艳译，北京：中国人民大学出版社，2012年，第210—212页；叶子超：《法律行为因违反强行规定而无效的问题探讨》，硕士学位论文，辅仁大学法律学系，1999年；苏永钦：《私法自治中的经济理性》，第32—41页。

② 末弘严太郎：《法令違反行為の法律の効力》，《法學協會雜誌》1929年第47卷第1號；井川健：《物資統制法規違反契約と民法上の無効——取締法規と強行法規との分類への疑問》（上、下），《判例タイムズ》1967年第205、206號；磯村保：《取締規定に違反する私法上の契約の効力》，《民商法雜誌・創刊五十周年記念論集Ⅰ・判例における法理論の展開》，东京：有斐閣，1986年；王晨：《行政法規に違反した契約の民法上の効力——日本法と中国法を比較して》（一），《民商法雜誌》1991年第104卷第2號；大村敦志：《取引と公序——法令違反行為効力論の再検討》（上、下），《ジュリスト》1993年第1023、1025號；山本敬三：《取引関係における公法的規制と私法の役割——取締法規論の再検討》（1、2・完），《ジュリスト》1996年第1087、1088號。中文介绍参见加藤雅信等编：《民法学说百年史：日本民法施行100周年纪念》，牟宪魁等译，北京：商务印书馆，2017年，第139—145页；解亘：《论违反强制性规定契约之效力》，《中外法学》2003年第1期；孙鹏：《私法自治与公法强制》，《环球法律评论》2007年第2期。

③ 陈聪富：《民法总则》，台北：元照出版公司，2016年，第238页。关于这一问题的讨论，还可参见史尚宽：《民法总论》，北京：中国政法大学出版社，2000年，第330页；王泽鉴：《民法总则》，北京：北京大学出版社，2009年，第224—225页；詹森林：《民事法理与判决研究（六）》，台北：元照出版公司，2012年，第35—66页。

可属于准予实施某类民事法律行为的情形，对应着禁止当事人采用特定行为模式的强制性规定，此类强制性规定，究竟属于效力性的强制性规定还是管理性的强制性规定？就效力性与管理性强制性规定的区分标准，一直意见纷纭，迄今未有定论，未来也未必会定于一尊。考虑到行政许可属于准予实施某类民事法律行为的情形，从立法目的来看，通常是禁止未取得市场准入资格的当事人从事某类民事法律行为，禁止的对象并非某类民事法律行为本身，而是未获得行政许可的当事人。这就说明，实施某类民事法律行为并不必然损害公共利益，但未获行政许可就去实施某类民事法律行为，则有损害公共利益的可能。出于周到确认、保障和维护公共利益的需要，通过行政许可设立实施某类民事法律行为的门槛，可以实现防患于未然的立法目的。以这一认识为前提，行政许可属于准予实施某类民事法律行为的情形，通常应当对应着管理性的强制性规定，通过对未获行政许可而擅自实施某类民事法律行为的当事人进行行政责任乃至刑事责任的追究，但不否认此类民事法律行为的效力，通常即可实现确立此类行政许可的立法目的，也能实现确认、保障和维护公共利益的立法目标。

即便如此，力图在理论上和实践中为行政许可领域每一项效力性与管理性强制性规定的区分划出清晰可辨的界限，仍是无法实现的幻想。因为一方面，迄今为止的理论研究和法律实践尚不能够为行政许可领域每一项效力性与管理性强制性规定的区分提供足够充分的法律共识，而且在可以预见的将来，在价值取向多元的背景下，尽管可以经由理论讨论和法律实践推动更多法律共识的形成，但仍然不可能为行政许可领域每一项效力性与管理性强制性规定的区分提供足够充分的法律共识。另一方面，行政许可领域效力性与管理性强制性规定的区分，如同其他法律领域效力性与管理性强制性规定的区分一样，区分的结论一定不会是一劳永逸，一成不变的。申言之，当下被认定为属于管理性强制性规定的，随着社会经济环境的变化以及人们分享的法律共识的调整，未来可能被认定为属于效力性的强制性规定，反之亦然。

行政许可领域与其他法律领域一样，对于效力性与管理性强制性规定的区分，必须承认经验比逻辑更实用，因而对于社会生活中已经存在的价值共识，尤其是已经被立法机关、司法机关确认的法律共识，应当给予足够尊重。在没有足够价值共识的情形，需要认识到效力性与管理性强制性规定的类型区分，作为法律适用中的价值判断问题，需要遵循最低限度的价值共识，秉承民法价值判断问题的实体性论证规则，运用由此派生的论证负担规则，凡主张其为效力性强制性规定者，皆须承担论证的责任。在具体案件中，裁判者还需要探究认定禁止当事人采用特定行为模式的强制性规定为效力性强制性规定，从而确认违反强制性规定的民事法律行为绝对无效，是否是特定情形下充分实现规范目的，从而完全实现确认、保障和维护公共利益立法目标的唯一选择和最优选择，进而推动价值共识的形成。这里所谓“唯

一选择”和“最优选择”，是指只有认定民事法律行为绝对无效方能充分实现规范目的，方能完全实现确认、保障和维护相应公共利益的目标，除了认定民事法律行为绝对无效外，不存在以对相关主体施加行政制裁、刑事处罚等其他途径就能充分实现规范目的，以周到确认、保障和维护公共利益的可能。

2019年11月8日最高人民法院印发的《全国法院民商事审判工作会议纪要》第30条就效力性与管理性强制性规定的区分表达了最新的司法共识，大多都与行政许可有关。尽管仍有不少可议之处，但为形成新的、更为具体的价值共识开辟了可能，值得认真对待。该条确认：第一，下列强制性规定，应当认定为效力性强制性规定：强制性规定涉及金融安全、市场秩序、国家宏观政策等公序良俗的；交易标的禁止买卖的，如禁止人体器官、毒品、枪支等买卖；违反特许经营规定的，如场外配资合同；交易方式严重违法的，如违反招投标等竞争性缔约方式订立的合同；交易场所违法的，如在批准的交易场所之外进行期货交易。第二，关于经营范围、交易时间、交易数量等行政管理性质的强制性规定，一般应当认定为管理性强制性规定。以上两项规则，大致反映了目前的司法共识，有助于推动实现相关领域司法裁判的统一。但就该条而言，更具实践价值和理论意义的，是其确立的两项司法政策：其一，审判实践中有的人民法院认为凡是行政管理性质的强制性规定都属于管理性强制性规定，不影响合同效力。这种望文生义的认定方法，应予纠正。其二，人民法院在审理合同纠纷案件时，要依据《民法总则》第153条第1款和《合同法解释（二）》第14条的规定慎重判断强制性规定的性质，特别是要在考量强制性规定所保护的法益类型、违法行为的法律后果以及交易安全保护等因素的基础上认定其性质，并在裁判文书中充分说明理由。以上两项司法政策，为民法价值判断问题的实体性论证规则以及由其派生的论证负担规则进入司法裁判过程，并发挥更大作用，开辟了道路，提供了可能。

结 语

从民法学的视角观察，行政机关基于行政许可准予公民、法人或者其他组织从事特定活动，以民事法律事实的类型区分和体系建构为背景，有的属于准予实施事实行为；有的属于准予实施民事法律行为；有的则需要区分情形，有时属于准予实施事实行为，有时属于准予实施民事法律行为。法律或者行政法规确立行政许可的规定，以法律规范的类型区分和体系建构为背景，有的属于简单规范中的强制性规定，对应着准予实施事实行为的情形；有的属于复杂规范中的强制性规定，对应着准予实施民事法律行为的情形；有的则需要区分情形，有时属于简单规范中的强制性规定，有时属于复杂规范中的强制性规定。法律或者行政法规确立行政许可的规定，属于复杂规范中强制性规定的，可以

作进一步的类型区分，如果对应着准予实施某项民事法律行为的情形，属于要求当事人必须采用特定行为模式的强制性规定；如果对应着准予实施某类民事法律行为的情形，属于禁止当事人采用特定行为模式的强制性规定。当事人借助民事法律行为意图约定排除这些强制性规定法律适用的，得援引《民法典》草案（总则编）第153条第2款“违背公序良俗的民事法律行为无效”，认定该约定绝对无效。当事人实施的民事法律行为违反复杂规范中的强制性规定，需要援引《民法典》草案（总则编）第153条第1款“违反法律、行政法规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”，区分情形进行效力判断：违反复杂规范中要求当事人必须采用特定行为模式强制性规定的，该民事法律行为法定特别生效条件尚不具备，属于尚未完全生效的民事法律行为；违反复杂规范中禁止当事人采用特定行为模式强制性规定的，如果该强制性规定属于管理性的强制性规定，不影响该民事法律行为的效力，但当事人需要就此承担行政责任乃至刑事责任，从而可能影响民事义务的履行；如果该强制性规定属于效力性的强制性规定，则该民事法律行为绝对无效。

〔责任编辑：李树民〕

institutions and more than 300 person-times in the industry, and adopting an industrial innovation analytical framework, we explain, from the perspective of the unity of history and logic, the phenomenon of China's catch-up in the high-speed rail industry in a historical and logical way. We found that the way railway adjustment shaped incentives for the technological innovation of micro-bodies is the key to explaining China's catch-up in high-speed rail technology; the upgrading of market demand has played a fundamental and decisive part in this process and is also a necessary condition for industrial policy to play an effective role; and the product development platform has been essential for the upgrading of technology in the high-speed rail equipment manufacturing industry. Both introduced and independent innovations are mutually complementary means of improving the product development platform. The generality and particularity of experience in the catch-up of high-speed rail technology provide pertinent theoretical and empirical stimulus for building up major power in manufacturing.

(5) The Significance of Administrative License in the Civil Law Sense

Wang Yi • 86 •

Administrative license is closely related to the validity judgment of civil law behavior. From the perspective of civil law, the administrative organs, under administrative license, allow citizens, legal persons or other organizations to engage in specific activities. Some of these activities are approved factual behavior; some are approved civil law behavior; and some depend on particular situations, sometimes belonging to the former, sometimes to the latter. Correspondingly, some provisions for administrative license in laws or administrative regulations are mandatory provisions falling under simple norms; some are mandatory provisions falling under complex norms; and some depend on situations, sometimes belonging to the former and sometimes to the latter. Where a party intends to rule out the application of such mandatory regulations by virtue of agreement on the intent of civil law behavior, Article 153 (2) of the draft Civil Code of the People's Republic of China (General Principles) shall be cited to hold that the agreement is absolutely invalid. Where the civil law behavior of a party violates mandatory provisions falling under complex norms, Article 153 (1) of the draft Civil Code of the People's Republic of China (General Principles) shall be invoked to judge its validity.

(6) Prediction Research on the Discretionary Reduction of Liquidated Damages

Qu Maohui • 108 •

There has been a good deal of normative research on the discretionary reduction of liquidated damages, but little on result prediction derived from an econometric analysis model. Prediction research can solve the problems of the single judgment