

跨法域合同纠纷中强制性规范的类型及认定规则

陈 醇*

内容提要：在传统二分法关于管理性强制规范与效力性强制规范的区分之外，缔约过失理论以及对赌合同纠纷裁判采用的区隔论均隐含着对强制性规范的区分。联结传统二分法、区隔论与缔约过失理论，可以将合同流程分为缔约、效力与履行三个基本阶段，合同法与其他部门法的接触界面也可从合同效力的单一介面拓展至合同流程的全部介面。相应地，强制性规范可以分为缔约性强制规范、效力性强制规范与履行性强制规范，以实现合同法与其他部门法的价值融合与最大化。在跨法域合同纠纷的裁判中，应当以全介面理念为基础，在不减损其他部门法效果的前提下，尽量减少其强制性规范对合同效力介面的强制，以最后规则、补救规则、可能规则作为认定强制性规范类型的方法，并以此为基础更新跨法域合同纠纷的裁判理由。

关键词：强制性规范 对赌协议 缔约过失 合同效力 合同履行

一些合同纠纷具有跨法域的特征，如对赌合同纠纷涉及合同法与公司法，保险合同纠纷涉及合同法与保险法，等等。跨法域合同纠纷的裁判既要考虑合同法的规范，也要考虑其他部门法的规范。其中，强制性规范的类型与认定问题值得关注。

一、跨法域合同纠纷中强制性规范的既有分类及认定规则

在跨法域合同纠纷的背景下，其他部门法中的强制性规范对合同的缔约、效力与履行的影响一直是令人困扰的难题。在针对这一难题的思索中，检视传统强制性规范分类及其理念，并对其他民商法理论中所隐含的强制性规范分类及其理念进行挖掘与梳理，是必不可少的。

（一）传统二分法及其认定规则

从罗马法到德国民法典再到我国民法典，强制性规范对合同效力的影响由来已久。^{〔1〕}在我国，存在区分效力性强制规范与管理性强制规范的传统二分法。

* 浙江师范大学法政学院教授。

〔1〕 关于强制性规范与合同效力之间关系的立法与理论嬗变，参见刘凯湘、夏小雄：《论违反强制性规范的合同效力——历史考察与原因分析》，《中国法学》2011年第1期，第110页以下。

传统二分法是在司法文件中正式提出的。2009年最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》第14条明确规定:“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。”于此正式提出了“效力性强制性规定”这一概念。同年,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》(以下简称“合同纠纷指导意见”)第15条规定:“人民法院应当注意根据《合同法解释(二)》第十四条之规定,注意区分效力性强制规定和管理性强制规定。违反效力性强制规定的,人民法院应当认定合同无效;违反管理性强制规定的,人民法院应当根据具体情形认定其效力。”“管理性强制规定”的概念被正式提出,并且与效力性强制规定明确区分。由此,传统二分法正式形成。值得注意的是,“合同纠纷指导意见”第16条最后一句指出:“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。”其中要求区分合同行为与合同的履行行为,以确定强制性规范的适用,但并没有发展出强制性规范的其他分类。

传统二分法引发了质疑与争议。^[2]大概是因为意见分歧过大,此后一段时间,司法文件对此保持了沉默。2019年《全国法院民商事审判工作会议纪要》(以下简称“九民纪要”)第30条就“强制性规定的识别”作了详细的解释,认为既不应扩大效力性强制规定的范围,也不应当将所有行政管理性质的强制性规定都认作“不影响合同效力”的“管理性强制规定”,而应当根据规范的性质、目的与违法后果等认定其对合同效力的影响。“九民纪要”承认了传统二分法,且着力于完善二分法的认定标准。2020年民法典第143条第3项将“不违反法律、行政法规的强制性规定,不违背公序良俗”作为法律行为的生效要件之一,第153条第1款将违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为认定为无效。然而,民法典中并没有出现“管理性强制规定”的字样,也未能为效力性强制规定的认定提供新的内容。事实上,民法典上述法条的合理适用依赖于强制性规范分类及其认定规则的不断完善。

建立传统二分法的区分或认定规则,一直是民法学者努力的目标。相关认定规则可以分为四类:

一是利益说。该说主张从国家利益和社会公共利益的区分上认定二者,^[3]或建议以利益衡量来界分二者,或主张将公法比例原则的操作技术用于强制性规范的认定。^[4]利益说重视利益的区分与比较,这是值得肯定的,但它偏向于国家利益与社会公共利益,没有将利益衡量或比例原则运用于当事人合同利益的细分与衡量。因而,从合同利益上看,利益说未免失之于偏颇与抽象。

二是目的说。该说主张从规范目的上认定二者。^[5]规范目的是规范的灵魂,在此意义上,该说似乎是比较合理的学说。但是,相同的规范目的可以通过不同的规范(手段)予以实现,仅仅谈论规范目的而不比较不同规范(手段)可能给合同带来的强制程度,显然忽视了规范目的实现方式的多重性及其对合同的不同影响。规范目的说因此受到批评:“研究此一问题

[2] 相关质疑与争议,参见许中缘:《禁止性规范对民事法律行为效力的影响》,《法学》2010年第5期,第72页;王轶:《合同效力认定的若干问题》,《国家检察官学院学报》2010年第5期,第152页。

[3] 参见王利明:《合同法研究》第1卷,中国人民大学出版社2015年版,第633页。

[4] 参见耿林:《强制规范与合同效力——以合同法第52条第5项为中心》,中国民主法制出版社2009年版,第208页;宁红丽:《民法强制性规范的反思与优化》,《法学》2012年第4期,第38页。

[5] 参见朱庆育:《〈合同法〉第52条第5项评注》,《法学家》2016年第3期,第169页以下。

的学者多半也还停留在德国古老的‘规范目的’说，没有往前多走一步。”〔6〕有学者试图建立案例法，并确立了八项可衡酌要素。〔7〕其缺点是过于复杂，且放弃了对理论的应有信心。

三是对象说。该说主张从强制性规范的禁止对象，如合同行为本身、市场准入资格与履行行为的区分上认定二者。〔8〕对象说将强制性规范与合同行为、履行行为等联结起来，有利于考虑强制性规范对合同的强制程度。但这种对象分类是否妥帖，在认定时是否需要将禁止对象与规范目的、强制程度等结合起来，还需要思索。

四是综合说。该说主张综合考虑主体资质、行为等各个方面的因素来认定二者。〔9〕有学者对以上区分方法逐一进行批评后提出：“法律行为违法可划分为主体、目的、标的与程序性违法，应结合强制性规范的目的并依比例原则予以具体判断。”〔10〕综合说既综合了上述各种认定规则的优点，也综合了各种认定规则的缺陷。

传统二分法打破了违反强制性规范即无效的思维模式，为保护合同自由开启了一条道路。它引导人们注意强制性规范与合同自由之间的紧张关系，并试图通过强制性规范的二分法与认定规则，达到缓解上述紧张关系的效果。然而，在传统二分法中，“效力”与“管理”被当作对应的词汇，它对强制性规范分类未必适当。以上学说以传统二分法为基础来确立强制性规范的认定规则，虽然从各个视角作出了有益的探索，但均带有传统二分法的局限以及特定视角上的缺陷。

（二）对赌合同纠纷裁判中隐含的分类及其认定规则

自2019年江苏华工创业投资有限公司与扬州锻压机床股份有限公司、潘云虎等请求公司收购股份纠纷再审案（以下简称“华工案”）开始，〔11〕对赌合同纠纷的司法裁判就发生了根本性的转向，从关注合同效力转入合同可履行性。〔12〕这一转向是各种学说冲突与演化的结果，其中包含着对强制性规范类型与认定规则的不同认识。

其一是排除公司法强制性规范的合同法范式。该范式以合同自由为依据，主张适用合同法来认定对赌合同的效力，排除公司法强制性规范的影响。美国有判例认为，在优先股合同纠纷中，如果所主张的权利是相对于普通股的优先权，那么，它是契约性的。〔13〕这一判例被认为是合同法范式的典型案例：“优先股位于公司法和合同法这两大私法范式之间的断层之上。……裁判者在两者之间作出选择，有时适用公司法原则，有时则选择合同法框架。”〔14〕在其后的判例中，美国法官认为，在主张优先股股东的合同权利时，不可以援引公司法强制性规范而要求董事会向其承担信托责任。〔15〕我国有学者认为，合同性而非法定性才是优先股的本质属

〔6〕 苏永钦：《以公法规范控制私法契约——两岸转介条款的比较与操作建议》，《人大法律评论》2010年卷，法律出版社2010年版，第10页。

〔7〕 同上文，第14页以下。

〔8〕 参见王轶：《民法典的规范配置——以对我国〈合同法〉规范配置的反思为中心》，《烟台大学学报（哲学社会科学版）》2005年第3期，第280页。

〔9〕 参见石一峰：《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，第95页以下。

〔10〕 冉克平：《论效力性强制规范与私法自治——兼析〈民法总则〉第153条第1款》，《山东大学学报（哲学社会科学版）》2019年第1期，第145页。

〔11〕 参见江苏省高级人民法院（2019）苏民再62号民事判决书。

〔12〕 参见刘燕：《“对赌协议”的裁判路径及政策选择——基于PE/VC与公司对赌场景的分析》，《法学研究》2020年第2期，第129页。

〔13〕 See *Jedwab v. MGM Grand Hotels, Inc.*, 509 A.2d 584, 595 (Del. Ch. 1986).

〔14〕 William W. Bratton & Michael L. Wachter, *A Theory of Preferred Stock*, 161 U. Pa. L. Rev. 1821 (2013).

〔15〕 See *In Re Trados Inc. Shareholder Litigation*, 73 A.3d 17 (Del. Ch. 2013).

性。^[16] 2012年甘肃世恒有色资源再利用有限公司等与苏州工业园区海富投资有限公司增资纠纷申请再审案（以下简称“海富案”）确立了“与股东对赌有效、与公司对赌无效”的裁判规则，^[17] 被学者批评为，“将‘对赌协议’的合同效力与公司债权人保护的强制规范进行武断捆绑，逾越了公司法管制介入契约自治的规范边界”。^[18] 以合同自由来否认公司法强制性规范对合同效力的影响，这是合同法范式背后的强制性规范观念。

其二是以传统强制性规范二分法为基础的公司法范式。与合同法范式相对，该范式认为，公司法应当适用于对赌合同纠纷的裁判，违反公司法强制性规范的对赌合同可能无效。“将优先股与普通股的利益竞争置于组织法而非合同法的框架下，进而在组织法中划定优先股合同权利的边界，有其正当性”。^[19] 这曾是我国法院裁判对赌合同无效的基本思维，包括海富案在内的很多对赌合同无效裁判，均据此作出。公司法范式以我国司法实践中效力性强制规范和管理性强制规范的区分为基础，体现了强制性规范的传统二分法。

其三是区分合同效力与合同履行的区隔论。区隔论承认公司法强制性规范在对赌合同纠纷裁判中的适用，但认为在作用范围上，应当区分对赌合同的效力与履行。如有学者认为，以效力性强制规定裁判对赌合同无效，会“抑制和扭曲私人选择”，故应当将对赌合同的效力与公司债权人保护的强制性规范区隔开来。^[20] 有学者以美国 *SV Inv. Partners, LLC v. Thoughtworks, Inc.* 案为例，^[21] 提出了区分效力与履行的观点：“对赌协议的裁判核心不在于交易类型的合法性判断，而是合同履行之可能性，后者需要基于公司财务状况来具体分析。”^[22] 进而有学者认为，应当重新理解合同逻辑，实行合同效力与合同履行的区隔。^[23] 区隔论的意旨是，将公司法强制性规范的作用点从对赌合同的效力环节移向履行环节，从而以履行障碍裁判代替无效裁判。因此，区隔论中隐含着强制性规范的分类，即对合同效力的强制性规范与对合同履行的强制性规范，二者可以简称为效力性强制规范与履行性强制规范。在对赌合同纠纷的裁判上，“九民纪要”也采纳了这一观点：与目标公司“对赌”的，一般不再根据公司法第35条（禁止抽逃出资规定）等裁判无效，而是在审查符合公司法关于“股东不得抽逃出资”及股份回购的强制性规定后，裁判目标公司实际履行。^[24] 由此，我国关于对赌合同纠纷的裁判大致呈

[16] 参见张志坡：《论优先股的发行》，《法律科学》2015年第2期，第141页。

[17] 参见最高人民法院（2012）民提字第11号民事判决书。

[18] 潘林：《“对赌协议第一案”的法律经济学分析》，《法制与社会发展》2014年第4期，第178页。

[19] 潘林：《优先股与普通股的利益分配——基于信义义务的制度方法》，《法学研究》2019年第3期，第97页。

[20] 参见前引[18]，潘林文，第177页，第179页。

[21] See 7 A. 3d 973 (Del. Ch. 2010), aff'd, 37 A. 3d, 205 (Del. 2011).

[22] 刘燕：《对赌协议与公司资本管制：美国实践及其启示》，《环球法律评论》2016年第3期，第137页。在其他合同纠纷的研究中，也有学者主张区隔论，认为“行政审批的意义仅在于管控权利转让合同的履行”。参见蔡立东：《行政审批与权利转让合同的效力》，《中国法学》2013年第1期，第70页。

[23] 参见潘林：《重新认识“合同”与“公司”——基于“对赌协议”类案的中美比较研究》，《中外法学》2017年第1期，第257页。

[24] “九民纪要”第5条规定：“投资方与目标公司订立的‘对赌协议’在不存在法定无效事由的情况下，目标公司仅以存在股权回购或者金钱补偿约定为由，主张‘对赌协议’无效的，人民法院不予支持，但投资方主张实际履行的，人民法院应当审查是否符合公司法关于‘股东不得抽逃出资’及股份回购的强制性规定，判决是否支持其诉讼请求。……投资方请求目标公司承担金钱补偿义务的，人民法院应当依据《公司法》第35条关于‘股东不得抽逃出资’和第166条关于利润分配的强制性规定进行审查。经审查，目标公司没有利润或者虽有利润但不足以补偿投资方的，人民法院应当驳回或者部分支持其诉讼请求。今后目标公司有利润时，投资方还可以依据该事实另行提起诉讼。”

现了一个从无效到有效的趋势。^[25]

区隔论转移了公司法强制性规范的作用环节,避免了对合同效力的强制,缓和了合同自由与公司法强制性规范的冲突,同时在一定程度上达成了合同法范式与公司法范式的目标。但是,这种转移是需要论证的。区隔论的支持者认为,合同效力与合同履行的区隔源于民法上物权变动的原因与物权变动的结果相区分的原则,有助于兼顾契约自治、防范机会主义行为以及公司法的规范目标。^[26]将物权行为的区分原则运用于对赌合同纠纷的裁判,这是一种类比的论证方法。然而,对赌合同的效力与履行属于合同债权的环节,物权行为的区分理论能否用于债权,是值得怀疑的。并且,根据合同债权的两个环节而将对赌合同的合意及其履行分为两种意思表示,很难令人信服。因此,物权行为区分理论并不能为区隔论提供充分的论证,区隔论要有自己独立的论证。

按照区隔论,强制性规范应当区隔效力与履行,但区隔与不区隔等不同情形及其处理规则如何确定,是否应当将强制性规范尽可能地认定为履行性强制规范,抑或将所有的强制性规范认定为履行性强制规范,并没有明确的论断。因此,区隔论只是隐含着强制性规范分类,尚未顾及两类强制性规范的认定规则,也没有全面地讨论公司法强制性规范与合同法的关系。

(三) 缔约过失理论中的分类及其认定规则

缔约过失理论由德国法学家耶林提出,经历了一个逐步制度化与法典化的进程。^[27]我国合同法曾经规定了缔约过失及其责任制度,并已经形成了体系性。^[28]民法典合同编以第500条(恶意磋商等违反诚信缔约行为的责任)为中心,承继了此前的规范体系。尽管缔约过失责任的独立性受到质疑,^[29]但是,缔约过失理论的适用范围仍然呈现出逐步扩大的趋势:“从各国司法来看,德国、日本均已把缔约责任适用范围扩大到合同有效成立的某些情况。”^[30]

缔约过失责任的规范依据除了合同法之外,还可以是其他部门法规范,如证券法第88条第1款规定的证券公司的适当性义务、保险法第17条第1款规定的说明义务。^[31]缔约过失责任实际上隐含了两个观念:其一,缔约过失理论不仅适用于合同法内部,也适用于不同部门法之间。在后一种情形下,对缔约过失行为的规范已超越了单个契约法,而“临界于这两大法则的边缘”,须由更具高度的诚实信用原则予以调整。^[32]缔约过失责任纠纷有时具有跨法域特征,需要寻求跨法域的规范依据。其二,缔约过失理论从合同流程上区分了强制性规范。缔约过失理论改变了将效力作为合同流程唯一中心的观念,将缔约评价与效力评价作为两种并列的评价机制,实现了合同流程及其评价机制的精细化。这种评价机制背后的合同流程观念就是缔约与效力的界分。缔约过失理论以此界分为基础,将强制性规范分为两类:针对缔约的强制性规范与针对合同效力的强制性规范,二者可分别称作缔约性强制规范与效力性强制规范。违反缔约性强制规范产生缔约过失责任,而违反效力性强制规范可能导致合同无效。有学者认

[25] 参见杨姗:《新型商事合同效力认定的裁判思维——以融资合同为中心》,《法学》2017年8期,第187页以下。

[26] 参见前引[23],潘林文,第260页。

[27] 参见王洪亮:《缔约过失责任的历史嬗变》,《当代法学》2005年第5期,第39页。

[28] 参见孙维飞:《〈合同法〉第42条(缔约过失责任)评注》,《法学家》2018年第1期,第180页。

[29] 参见李中原:《缔约过失责任之独立性质疑》,《法学》2008年第7期,第137页;于飞:《我国〈合同法〉上缔约过失责任性质的再认识》,《中国政法大学学报》2014年第5期,第92页。

[30] 吴卫星:《缔约过失责任新论》,《南京大学法律评论》2001年春季号,第56页。

[31] 关于其他缔约性规范,参见前引[28],孙维飞文,第185页。

[32] 钱玉林:《缔约过失责任与诚信原则的适用》,《法律科学》1999年第4期,第65页。

为, 缔约过失责任不仅适用于合同未成立和效力瑕疵的情况, 也适用于合同有效的场合。^[33] 另有学者认为, 缔约过失责任要视合同关系是否成立而定: 合同关系成立时, 应适用合同责任; 合同关系不存在时, 则可以考虑缔约过失责任。^[34] 晚近多数学者不再强调缔约过失责任与合同效力的关联, 而赞成缔约过失责任独立说,^[35] 据此可对两种强制性规范作出界分。

缔约过失理论区分了缔约性强制规范与效力性强制规范, 也建立了缔约性强制规范的认定规则。缔约过失责任以信赖保护为基础, “合同谈判开始时, 当事人处于超越普通人之间的一般关系的信赖关系之中”。^[36] 从目的上看, 缔约性强制规范的目的是保护信赖。缔约过失责任以违反先合同义务、相对人的损失等为构成要件。从利益上看, 缔约性强制规范旨在补偿相对人的损失。^[37] 从合同流程上看, 先合同义务一般始于要约生效, 终于承诺到达(合意形成)。^[38] 这就明确了缔约性强制规范所指向的合同区间。在种类上, 先合同义务包括恶意缔约、欺诈缔约等12种。^[39] 既有理论从规范目的与所保护的利益、规范所作用的合同流程、类型列举等方面, 为认定缔约性强制规范提供了规则。与传统二分法中的认定规则类似, 上述缔约性强制规范的认定也重视规范目的与利益。稍有不同的是, 其强调了合同流程的起止阶段, 从而明确了缔约性强制规范所作用的合同流程。尽管如此, 以上规则在区分缔约性强制规范与效力性强制规范时仍然会遇到困难: 前者试图保护信赖、补偿相对人的损失并作用于缔约阶段, 后者也具有保护信赖、补偿相对人的损失与肯定或否定缔约阶段效力等功能, 二者在目的、利益与所作用的合同流程上具有相似之处。在跨法域合同纠纷中, 所涉公司法、证券法等如果没有明确规定哪些强制性规范属于先合同义务的内容, 这种困难会更加突出。

缔约过失理论隐含的强制性规范区分比区隔论要早, 但这种区分并没有受到重视。这可能是因为人们对缔约性强制规范的跨法域性认识不足。区隔论就是因公司法“入侵”合同法而产生的。在一定程度上可以说, 跨法域问题是引发人们注意强制性规范的情景。缔约过失理论建立了认定缔约性强制规范与效力性强制规范的一些规则, 但将之适用于跨法域合同纠纷时, 还需要进一步的完善。

二、全介面理念下强制性规范的重新分类

不同于传统二分法以考虑其他部门法的立法目的或者保护的利益为视角, 区隔论和缔约过失理论均将界分强制性规范的视角转向了合同流程, 这或可为强制性规范的界分打开另一扇大门。

(一) 合同流程视角下的全介面理念

合同流程视角是观察合同法与其他部门法强制性规范之间关系的重要视角。合同包括缔约、效力、履行三个流程, 相应地, 合同法与其他部门法接触的介面(以下简称“法域介

[33] 参见前引[30], 吴卫星文, 第57页。

[34] 参见王利明:《合同法新问题研究》, 中国社会科学出版社2003年版, 第149页。

[35] 参见谢鸿飞:《合同法学的新发展》, 中国社会科学出版社2014年版, 第159页, 第165页。

[36] 前引[27], 王洪亮文, 第36页。

[37] 参见崔建远主编:《合同法》, 北京大学出版社2012年版, 第105页以下。

[38] 参见前引[3], 王利明书, 第338页。

[39] 参见崔建远主编:《合同法》, 法律出版社2010年版, 第123页。

面”)可以分为三个基本界面:缔约界面、效力界面、履行界面。法域界面是指不同部门法之间的耦合界面。^[40]转介条款中的“转介”就是界面的转换,它可以是“沟通公法强制与私法自治的管道(转介条款),即通过它在民法中引入公法强行法规范,作为对合同的效力评价依据”,^[41]也可以将其他私法中存在的强制性规范转介于合同法,从而形成公法转介与私法转介并行的局面。总体来看,转介条款的目标是将民法之外的价值诉求导入民法。^[42]转介条款中的“转介”即是不同部门法接触界面的转换。然而,在转介条款的研究中,人们只注意到规范的转换,忽视了所经过的法域界面本身及其范围、选择等问题。从合同流程观察合同法与其他部门法之间的法域界面,有助于引导人们思索合同流程与法域界面的关系,并区分与选择强制性规范的作用界面。

区隔论与缔约过失理论本质上都是法域界面选择理论。区隔论将公司法的强制性规范转介为对赌合同的履行规范,而缔约过失理论将其他部门法的强制性规范转介为缔约过程规范,其核心方法论都是选择并转移强制性规范的作用界面。如果将区隔论与缔约过失理论的法域界面观念链接起来,就能得到一种全面的法域界面理念,即全介面理念。所谓全介面理念,是指在考虑其他部门法强制性规范与合同法之间的作用界面时,应当综合考虑二者的全部介面并作出合理的介面选择,以确立适当的强制区间。全介面理念包括三个要点:其一,多元介面理念。其他部门法与合同法之间的法域界面有缔约介面、效力介面与履行介面三个,而不是其中一个或两个。其二,介面可分理念。上述缔约介面、效力介面与履行介面是相对可分的。介面可分理念试图局限强制性规范的作用区间,避免其他部门法不当地扩大其强制性规范的适用范围。其三,介面选择理念。以上两个理念为基础,强制性规范的作用介面可以依据一定的标准选择确定。合同法分别运用了缔约过失责任制度、效力制度与违约责任制度等来调整合同的各个环节,并没有将合同无效或违约责任作为处理缔约过失的制度,这其中体现了合同法选择的标准。其他部门法强制性规范的作用介面,也应当尊重合同法的上述区分,根据一定的标准进行选择。

法域界面的研究需要体系化,才能避免整个法域体系因遗漏、重复与矛盾造成的不可预期性。^[43]区隔论与缔约过失理论分别隐含着“效力—履行”与“缔约—效力”的合同流程与法域界面观念,将二者链接起来,形成“缔约—效力—履行”的合同流程体系以及“缔约介面—效力介面—履行介面”的全介面体系。其中,每个介面还可以视情况进行更精细的分类。例如,缔约阶段包括要约邀请、要约与承诺三个阶段,其相应的介面也就可以分为三个。长期以来,人们没有重视合同法与其他部门法之间法域介面的细分,而以效力介面来代表整个合同介面,并将大量强制性规范引致合同效力介面。区隔论试图将公司法的强制性规范引向合同的履行介面,缔约过失理论试图将其他部门法的强制性规范引向缔约介面,二者均有助于避免直接引致效力介面的否定性后果。然而,二者均存在将强制性规范过度地引致合同的履行介面或者缔约介面的问题。全介面理念确立了“缔约介面—效力介面—履行介面”的三元介面,使强制性规范的作用介面有更多的选择。

(二) 全介面理念下强制性规范的新分类

根据全介面理念,可以将其他部门法作用于合同的强制性规范分为缔约性强制规范、效力

[40] 参见苏永钦:《夏虫语冰录(一二五)——法域介面解释学》,《法令月刊》2018年第6期,第124页。

[41] 前引〔35〕,谢鸿飞书,第222页。

[42] 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,第70页。

[43] 参见前引〔40〕,苏永钦文,第128页。

性强制规范与履行性强制规范,分别指向其他部门法中针对缔约介面并导致缔约过失责任的强制性规范、针对效力介面并导致合同效力瑕疵的强制性规范以及针对履行介面并导致履行障碍的强制性规范。^[44]“最能反映管制与自治新辩证关系的法域耦合,莫过于因应公私协力而必须就同一行为作分阶段或分别环节做不同处理者”。^[45]按全介面理念细分强制性规范,正是不同部门法之间协力而区分行为阶段或行为环节的结果。新分类有三个特征:第一,从法域介面视角对强制性规范进行分类,将合同法理念与其他部门法规范结合于同一个概念之中,贯彻了“缔约介面—效力介面—履行介面”的全介面理念。第二,基于类型化思维,将区隔论和缔约过失理论中关于强制性规范的分类与全介面理念结合。第三,实现了体系性与可分性的结合。上述强制性规范三个类型既是统一的整体,又是相对独立的类型。过于强调其中某一类规范或忽视某一类规范,均会破坏其体系性。而混淆其中任何两类规范,也就破坏了各个类型之间的可分性。

新分类与传统二分法采用了不同的分类标准。管理性强制规范与效力性强制规范是根据不同标准所作的分类,二者不宜并列。更需注意的是,缔约性强制规范与履行性强制规范虽然是非效力性强制规范,但不可将二者等同于管理性强制规范,后者是行政法强制性规范的一种。^[46]除了分类标准的差异之外,新分类与传统二分法还存在如下三点不同:其一,全介面理念与单一介面理念。新分类采用三分法,既重视效力介面,也重视缔约介面与履行介面;传统二分法只重视效力的强制,忽视了缔约与履行的强制。其二,考虑法域结合与只考虑其他部门法强制性规范的目的。新分类是合同法理念与其他部门法强制性规范结合的成果;传统二分法只考虑了其他部门法强制性规范的目的,与合同法完全脱节,容易忽视合同法的价值观。其三,体系与术语不同。新分类建立了三分法组成的完整的体系,而二分法在分类标准方面不准确,无法保证类型的周延性。新分类运用了合同法术语,如缔约、效力、履行等,术语概念明确;而二分法运用了“管理性”之类的术语,该术语缺乏明确的法律理论与制度依托,容易被滥用,可能泛化无效裁判。

新分类与区隔论、缔约过失理论均从合同法视角考虑强制性规范的性质,均有避免过度强调效力性强制规范的功能。但是,新分类试图在观念上更进一步,具体表现在:第一,转变了介面观念。区隔论与缔约过失理论或注重效力介面与履行介面,或注重缔约介面与效力介面,二者均将强制性规范的作用介面限定于二元,并设定了两种强制性规范。而新分类考虑合同的全介面,即缔约、效力与履行三元介面,并据此确定了三种强制性规范。第二,体现了更为全面的体系观念。新分类综合了区隔论与缔约过失理论中隐含的规范分类,构建了更为全面的强制性规范体系。第三,扩展了适用范围。区隔论主要适用于对赌合同纠纷,新分类将其适用范围一般化为跨法域合同纠纷。

(三) 新分类的价值依据

合同纠纷的裁判不能过度地限缩合同自由等合同法价值,或者过度地否认其他部门法制度

[44] 关于履行障碍救济方面的传统观点,参见王洪亮:《试论履行障碍风险分配规则——兼评我国〈合同法〉上的客观责任体系》,《中国法学》2007年第5期,第85页;[德]马丁·舍尔迈尔:《〈德国民法典〉中的履行障碍法:过去与未来》,朱晓峰译,《比较法研究》2014年第6期,第181页。

[45] 前引[40],苏永钦文,第126页。

[46] 参见应秀良:《违反行政法强制性规定的合同效力探讨——以〈房地产管理法〉为研究对象》,《法律适用》2004年第3期,第46页。

的价值，而必须兼顾甚至融合二者的价值，以实现整体价值的最大化。问题在于，如何才能使其他部门法的强制性规范依照合同流程的规律并尊重合同法的价值。区隔论与缔约过失理论在一定程度上限缩了其他部门法对合同效力的强制，但二者均未能贯穿整个合同流程，实现合同法与其他部门法之间价值的最大化。传统二分法因其中“管理性”之类的概念模糊，容易造成对合同效力的过度限制以及矫枉过正的现象。新分类根据合同流程区分法域介面，在体系化思维的指导下，细分强制性规范的种类，并将强制性规范的作用范围局限于最小的区间，有助于实现最少强制的目标，或者说，达到最大限度地保护合同自由的目标，从而实现合同法与其他部门法之间最大限度的价值尊重。可以说，强制性规范分类越细致、准确，所影响的合同流程的范围就越小，对合同自由的影响就越少，也就越有助于实现合同法与其他部门法之间价值的融合与最大化。

其一，新分类有助于最大限度地保障合同自由。现代合同法并不否认对合同自由的适度限制，但目标是尽可能地实现最小限制。如果不考虑合同流程，不将强制性规范对准适当的合同流程，就可能不当地限制合同自由。区隔论与缔约过失理论均有助于缩小强制性规范的作用范围，但是，前者忽视了缔约性强制规范，后者忽视了履行性强制规范，因而可能会误导强制性规范的适用。新分类借鉴了推崇“最小侵害”与“禁止过度”的比例原则，^[47]以及“尽量减少无效行为的数量”的谦抑性原则，^[48]在承认其他部门法强制性规范的同时，尽量选择与局限强制性规范的作用介面，以减少对合同自由及相应制度的损害，从而将其他部门法对合同的强制局限于尽可能小的范围之内。

其二，从法律解释视角来看，新分类贯彻了体系化方法，以实现其他部门法对合同法价值的最大尊重。在强制性规范分类与解释上，存在历史方法、体系化方法、目的方法等多种方法。^[49]新分类将合同的全部流程作为一个系统，在系统中细分其他部门法的强制性规范及其与合同法的作用介面，将体系化方法由单一法域拓展至法域介面之间。在这种综合性的体系化思维的指导下，合同流程的顺序随之成为相应的强制性规范的层次。合同流程的界分简化了介面发现的过程，进而限缩了强制性规范的适用范围，能够针对性地选择适当的介面与精细化地解释强制性规范，从而使法律规范及其解释更为精准，以实现强制性规范的体系化、精简化与精确化。

其三，从利益保护视角来看，新分类有助于各部门法法益的最大保护。合同利益包括信赖利益、返还利益与期待利益三种，保护这三种利益是合同纠纷损害赔偿所追求的目的。^[50]一个成功的交易可以实现上述三种利益，有效的合同正是为了实现上述交易目的。其他部门法有其他部门法的法益，这种法益通过强制性规范予以保护。新分类承认其他部门法强制性规范所保护的法益，但并不因此一概否认合同的效力，而是主张选择性地适用缔约过失责任制度、合同无效制度与履行障碍制度，在遵守其他部门法强制性规范的同时，尽量保存合同利益。例如，在不损害其他部门法法益的情况下，将强制性规范认定为缔约性强制规范，只限制合同的

[47] 黄学贤：《行政法中的比例原则研究》，《法律科学》2001年第1期，第76页。

[48] 王立争：《民法谦抑性的初步展开》，《法学杂志》2009年第7期，第116页。

[49] 参见钟瑞栋：《强制性规范的解释与适用——公法与私法“接轨”的司法途径》，《比较法研究》2010年第5期，第31页。

[50] 参见[美]L.L.富勒、小威廉·R.帕迪尤：《合同损害赔偿中的信赖利益》，韩世远译，载梁慧星主编：《为权利而斗争：梁慧星先生主编之现代世界法学名著集》，中国法制出版社2000年版，第507页以下。

信赖利益。再如,在对赌合同纠纷中,合同法范式通过保障合同效力来保护合同利益,但可能违反公司法禁止抽逃出资等方面的强制性规范,从而导致企业破产或清偿能力的过度受损,损害公司法所维护的法益。公司法范式坚守公司法强制性规范,却不考虑此强制性规范所限制的合同利益,可能过度损害合同利益,从而导致合同利益与公司利益的严重冲突。区隔论运用区隔效力与履行的方法,旨在实现合同利益与公司利益的最大化,但它局限于效力与履行的区隔,未关注缔约与效力的区隔,忽视了实现合同利益与公司利益最大化的另一种路径。新分类试图减少其他部门法强制性规范对合同利益的限制,只在不限制合同效力就不能保护其他部门法的正当法益时,才将其他部门法的强制性规范认定为效力性强制规范,拓展了实现合同利益与其他部门法法益最大化的路径。“九民纪要”第5条正是基于这样的思路。

其四,新分类有助于承认跨法域合同,尤其是新型合同的效力,从而适度保护交易创新。新分类中缔约性强制规范与履行性强制规范的认定减少了合同效力瑕疵的可能,有助于维护合同的效力。跨法域合同涉及不同的部门法,其效力更容易受到质疑,在新型合同的价值未得到充分认识时,尤其如此。企业是替代市场交易的一种方式,其目标是节约交易成本。^[51]然而,企业的资产专用化会导致资产流动性的削弱。^[52]合同与公司融合的中间形态,如对赌合同与股权收益转让合同,兼具节约交易成本与资产专用化成本的功能。在这种中间形态的合同纠纷中,如果将相关强制性规范全部归结为效力性强制规范,^[53]这类合同的效力将被否认。这种过于严格的效力控制容易引起资本与投资者的双重锁定,本质上就是禁止合同、公司之间的形态融合。“这种更加严重的‘投资者锁定’为投资者带来了极端的流动性不足和治理问题,这极大地增加了企业的资本成本”,^[54]不利于跨法域合同,尤其是新型合同的创设。新分类以全介理念为基础,设定了两种非效力性强制规范,有助于避免因违反强制性规范导致的合同无效,从而尊重当事人所选择的合同形态,尤其是新型合同,达到保护交易创新的效果。

三、跨法域合同纠纷中强制性规范的认定规则

如果法律明确了强制性规范的类型或者指明了其作用的合同介面,那么,强制性规范的性质就是明确的。例如,合同法中的强制性规范通常明确地规定于具体的合同流程中,其作用介面较为明确,往往不存在认定的问题。但是,其他部门法在制定强制性规范的同时,往往并没有明确该强制性规范是针对缔约介面、效力介面或履行介面。例如,公司法第21条第1款规定,“公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员不得利用其关联关系损害公司利益。”该规定是指向缔约介面、效力介面抑或履行介面,不得而知。再如,第166条关于公司不得在“弥补亏损和提取法定公积金之前向股东分配利润”的规定是指向效力介面还是

[51] 参见[美]罗纳德·哈里·科斯:《企业的性质》,载罗纳德·哈里·科斯:《论生产的制度结构》,盛洪、陈郁译校,上海三联书店1994年版,第355页。

[52] 参见[美]奥利弗·E.威廉姆森:《资本主义经济制度——论企业签约与市场签约》,段毅才、王伟译,商务印书馆2004年版,第48页。

[53] 经常涉及的强制性规范有,公司法第16条公司对外担保的规定、第21条关联交易的规定、第35条禁止股东抽逃出资的规定、第71条有限责任公司股权转让的一般规定、第142条股份回购的强制性规定、第177条公司减资的程序要求等。

[54] Darian M. Ibrahim, *The New Exit in Venture Capital*, 65 Vand. L. Rev. 5 (2012).

履行介面，也不明确。合同法有合同法的立法逻辑（主要是总分结构与合同流程导向），其他部门法有其他部门法的立法逻辑（如公司法以公司生死存亡的流程为导向），二者存在逻辑上的差异，没有也不太可能建立规范之间的一一对应关系。这就需要结合其他部门法中的强制性规范与跨法域合同纠纷的实际情况，运用适当的认定方法。

（一）强制性规范的认定规则

在跨法域合同纠纷中，应当根据全介面理念所包含的体系化思维与利益衡量思维等来认定强制性规范的类型。缔约与履行分别处于合同流程的两端，从时间上比较容易区分二者，相应地，缔约性强制规范与履行性强制规范的区分也较为简单。而效力处于缔约与履行的中间，既是对缔约的肯定，也是履行的依据。因此，效力性强制规范与其他两种强制性规范的区分，是强制性规范认定中的难点。下面给出三个具体的认定规则：

其一，区分效力性强制规范与其他强制性规范的总体规则——最后规则。所谓最后规则，是指在不影响其他部门法强制性规范立法目的的前提下，尽量将该规范认定为缔约性强制规范或履行性强制规范，而不是效力性强制规范，以减少强制性规范对合同效力的影响。有学者认为，为了保障意思自治与防止过多的无效裁判，法律行为效力制度的优化方案应当是，“建立‘成立推定有效’规则，并将‘有效要件’转变为‘效力阻却事由’”。^[55]最后规则试图通过强制性规范的新分类及其认定规则，来落实上述方案。这就要求法院在跨法域合同纠纷的司法裁判中，以规范目的的考量为前提，比较强制性规范的不同类型认定对规范目的的影响，即比较将其他部门法的强制性规范认定为非效力性强制规范能否达到与将之认定为效力性强制规范一样的目的。在北京盈泰财富云电子商务有限公司等与陕西省教育基金会合同纠纷二审案中，^[56]陕西省教育基金会（转让方）与北京盈泰公司（受让方）、西创公司（基金管理人）签订了《转让协议》，转让标的为转让方合法持有的基金份额及对应的权利和义务。北京盈泰公司主张，案涉《转让协议》违反证券投资基金法第87、91条的强制性规定而无效。二审法院认为，私募基金引入“合格投资者”制度，其目的在于通过风险提示与风险阻遏作用保护投资者，而不是否认合同的效力。因此，该条并非效力性强制规范，是否违反该强制性规范并不影响案涉合同的效力。此案中，二审法院说明了证券投资基金法第87、91条的立法目的，据此将上述强制性规范认定为非效力性强制规范。对合格投资者的审查是缔约阶段的内容，因此，该强制性规范调整的是缔约介面，即要约生效之后、承诺到达之前的阶段，属于缔约性强制规范，违反该规范应当承担缔约过失责任。本案指明了强制性规范的目的，没有否认案涉《转让协议》的效力，符合最后规则的认定程序。

最后规则要求人们改变强制性规范认定上的思维习惯。在裁判跨法域合同纠纷时，应当习惯于推定合同有效，而非质疑合同的效力，至于其他部门法法益的保护，尽量留给缔约性强制规范与履行性强制规范来完成。民法典合同编以第500条等为中心建立了缔约过失责任制度体系，且与合同成立、生效等并列，是对上述思维的承认。第505条关于“不得仅以超越经营范围确认合同无效”的规定，明确地废除了越权无效原则，拓展了缔约性强制规范的适用范围。随着合同裁判法理的深入，我国关于履行性强制规范的认定与适用也有了新的拓展。在河

[55] 易军：《法律行为生效要件体系的重构》，《中国法学》2012年第3期，第89页。

[56] 参见北京市第二中级人民法院（2020）京02民终7993号民事判决书。

南恒昌房地产开发有限公司、李炳红合同纠纷再审案中,^[57]法院认定,转让方能否登记与取得案涉土地使用权证书,属于合同履行问题,并非合同的生效要件。该案将城市房地产管理法第38、39条认定为履行性强制规范,拓展了履行性强制规范的适用范围,不再局限于对赌合同纠纷领域。这些制度与裁判均体现了最后规则的理念。

最后规则契合于强制性规范认定学说中的最小工具说。该说认为,只有具体法律责任(刑事责任或合同无效之外的其他民事责任)不足以实现强制性规范的目的,且需要合同无效才能取得特定效果时,才认定合同无效。^[58]最后规则亦认为,除非这一认定不能实现其他部门法强制性规范的目的,否则,其他部门法的强制性规范应当尽可能被认定为非效力性强制规范。这样的认定思维也符合比例原则,或者说正是比例原则在强制性规范解释时的运用。但是,正如最小工具说的批评者所言,如果仅仅局限于规范目的说而不给出客观、具体的体系化思维路径或利益衡量标准,在实践中完全可能得出相反的结论。^[59]因此,为落实最后规则,还需要下面两项具体的规则。

其二,区分缔约性强制规范与效力性强制规范的特别规则——补救规则。所谓补救规则,是指当强制性规范同时指向合同的缔约介面与效力介面时,在不违反该规范目的的前提下,应当将该强制性规范尽量认定为缔约性强制规范,而不是效力性强制规范,以避免为补救信赖利益而牺牲整个合同利益。补救规则强调了三个要点:一是,确定强制性规范的目的。二是,在符合规范目的的前提下,优先将强制性规范认定为缔约性强制规范。缔约过失会造成信赖利益的损害,救济这种信赖利益的强制性规范,首先应当考虑的是缔约性强制规范,而不是效力性强制规范。在上海宏邦运输有限公司与中国太平洋财产保险股份有限公司航运保险事业营运中心缔约过失责任纠纷案中,^[60]原告因被告未尽告知说明义务(缔约过失)而错投险种,导致无法得到赔偿。法院认为,保险公司在缔约过程中,应依保险法第17条第1款的规定,就不同险种的区别及投保风险向投保人作出告知说明。被告违反了这一强制性规范,应当承担缔约过失责任;至于“被告认为有效合同不适用缔约过失责任,并无相应法律规定。缔约过失责任是对合同双方在合同订立过程中基于诚实信用原则而设立的义务,并不仅限于合同无效、撤销的情形”。该案在明确了规范目的的前提下,合理地将相关强制性规范认定为缔约性强制规范,优先适用了缔约过失责任制度,且区分了合同无效责任与缔约过失责任。三是,在认定强制性规范的性质时,应当避免以牺牲整个合同利益为代价而补救信赖利益的情况。如前文所述,合同利益包括信赖利益、返还利益与期待利益三种,补救规则的首要目标是补救信赖利益,但更重要的目标是防止以损害返还利益与期待利益为代价而补救信赖利益。如果受害方只能选择合同无效来维护自身利益,这违反当事人的意愿并损害其交易利益。如果受害方选择保持合同的效力而不能追究对方的缔约过失责任,就成了耶林所称的他方违背诚信行为的牺牲品。^[61]

缔约过失责任与合同无效制度均能救济缔约过失所造成的损害,二者是相对独立的合同法

[57] 参见最高人民法院(2019)最高法民再379号民事判决书。

[58] 参见前引[1],刘凯湘等文,第118页。

[59] 同上文,第119页。

[60] 参见上海市虹口区人民法院(2019)沪0109民初27616号民事判决书。

[61] 参见魏盛礼、匡爱民:《对我国缔约过失责任理论的两点质疑》,《南昌大学学报(人文社会科学版)》2003年第2期,第47页。

制度。^[62] 补救规则防止将缔约性强制规范认定为效力性强制规范，进而以无效制度取代缔约过失责任制度，从而迫使受到缔约过失损害的当事人不得不以损害整个合同利益为代价而补救信赖利益。补救规则强调缔约性强制规范的优先认定，旨在为受到缔约过失损害的当事人提供一个选择，使之能够在不牺牲整个合同利益的情况下寻求缔约损失补偿。在我国的司法实践中，“缔约过失责任纠纷”与“确认合同效力纠纷”已经分别成为独立的案由。民法典合同编将缔约过失责任、合同无效作为相对独立的制度，且呈现了缔约过失、合同效力、合同履行的制度递进，体现了合同法的层次性与可分性。我国审判实务中已经具有区分缔约过失与合同无效的上述经验。民法典第 500 条规定了恶意磋商等情形下的缔约过失责任、第 501 条规定了保密义务及违反保密义务的责任，其他部门法也规定了大量的缔约性强制规范。随着审判经验的积累与缔约性强制规范的解释和适用，补救规则或能得到更好的实施。

除了保险合同纠纷，补救规则也可以运用于其他跨法域合同纠纷的裁判。例如，在孙岩丽、平安银行股份有限公司大连分行财产损害赔偿纠纷再审案中，^[63] 平安银行的理财经理在未向孙岩丽以书面形式告知产品内容、风险以及购买和赎回方式等事项的情况下，在银行电脑上为孙岩丽购买了三种风险评级均为高风险的基金类理财产品。再审法院认为，平安银行对孙岩丽购买上述三种理财产品并出现亏损存在重大过错，对于孙岩丽因此所遭受的损失应承担主要责任。然而，该案再审法院没有论证强制性规范的性质，直接判决了赔偿责任。笔者认为，平安银行理财经理的行为违反了证券投资基金法第 98 条的强制性规定，法院应当将上述规范认定为缔约性强制规范，据此追究平安银行的缔约过失责任。^[64] 在上海博动文化传播有限公司等与张建锋合同纠纷二审案中，^[65] 上诉人认为，对赌合同（其形式为承诺函）未经过股东会决议程序，因而无效。二审法院认为，上述承诺函并未经过股东会决议程序，违反了公司法第 37 条关于股东会职权方面的强制性规范，但可以推定股东会同意，因而仍然有效。以上两个案例均涉及缔约性强制规范的认定，且裁判结果并没有质疑合同的效力，二者均契合于补救规则。

其三，区分履行性强制规范与效力性强制规范的可能规则。所谓可能规则，是指在强制性规范所调整的合同履行方式中，只要存在一些甚至一种履行方式不违反该强制性规范，就应当将此强制性规范认定为履行性强制规范，而不是效力性强制规范。近年不少裁判对赌合同有效的案例，就是基于可能规则的思维路径。如果对赌合同的履行并不必然违反公司法第 35 条关于禁止股东抽逃出资和第 166 条关于利润分配的强制性规范，就应当将之认定为履行性强制规范。在华工案中，为了履行案涉《增资扩股协议》及其《补充协议》，扬锻集团公司可以有多种履行方式，尤其是不违反上述强制性规范的履行方式，如符合公司法利润分配规则的分年利润补偿方案、依法减少注册资本的方案等，以保全合同的效力。再审判决书运用了较大的篇幅，从约定的年回报率、目标公司正常经营所应负担的经营成本以及所能获得的经营业绩、企业正常经营规律、公司法规定的减资回购合法途径、目标公司资产增长情况、股东分红情况、债务承担能力等方面，详细论证了案涉对赌协议具备履行可能性，不会违反公司资本维持原

[62] 参见冉克平：《缔约过失责任性质新论——以德国学说与判例的变迁为视角》，《河北法学》2010 年第 2 期，第 119 页。

[63] 参见辽宁省大连市中级人民法院（2020）辽 02 民再 156 号民事判决书。

[64] 参见王锐：《个人理财案件中的商业银行适当性义务研究》，《人民司法·应用》2013 年第 11 期，第 78 页。

[65] 参见上海市第一中级人民法院（2019）沪 01 民终 14672 号民事判决书。

则,也不会损害公司股东及债权人利益。该案中相应的强制性规范被认定为履行性强制规范,而不是效力性强制规范,体现了可能规则的原理。可能规则强调尽可能地承认对赌合同的效力,同时,也没有否认其他部门法强制性规范的目的。这一规则从履行可能上考量强制性规范的定性,应当说是一个易于操作的认定规则。

可能规则尽量限缩无效裁判的范围,但这种限缩也不是毫无底线的。如果强制性规范所框定的合同不可能存在任何合法的履行方式,就应当将此规范认定为效力性强制规范,而不是履行性强制规范。可能规则的目标是鼓励交易,以全面地实现双方因合同而产生的信赖利益、返还利益与期待利益。然而,不能履行的合同无法达到上述目标。有学者认为,此类合同也应当区分于无效合同。^[66]这是不同于可能规则的观点。基于这一理念,“九民纪要”将侵犯其他股东优先购买权的股权转让合同认定为有效,也就是将公司法第71条关于有限责任公司股东优先购买权的规定当作履行性强制规范,据此承认合同效力。^[67]这样的裁判理由既不符合可能规则,也不合理。在此情形下,运用合同无效制度来保护股东以外的股权受让人是较好的选择,而维持合同的效力无法增加合同的利益,反而会拖延追究违约责任的时间且需要额外的诉讼成本。正如学者所言,“鼓励交易原则”的核心是“鼓励能够实际履行的交易”,因为上述情形不存在合法的可能履行途径,所以“有效说”并不能真正鼓励交易。^[68]“九民纪要”的相关表述,或许需要根据可能规则作适当的修改。

(二) 强制性规范认定的相关建议

根据全介面理念及以上新分类,强制性规范的立法、司法文件与相关纠纷的裁判理由均可以有所改变,兹建议如下:

第一,司法文件对强制性规范进行重新分类与阐述。强制性规范的认定是合同法与其他部门法法域介面之间的重要问题,而类型化是民商法解决这一问题的重要方法。传统二分法的分类标准不统一,类型也不具有周延性。因此,“九民纪要”等司法文件应当根据法域介面的特征,更新强制性规范的类型,并作更为细致的分类。例如,缔约性强制规范可以根据缔约过程分为要约邀请、要约与承诺三方面的强制性规范。从某种意义上说,强制性规范类型的发展与精细程度,体现了该领域法技术的发达程度。

第二,完善司法文件中强制性规范的认定规则。在强制性规范的认定上,以最后规则、补救规则与可能规则取代“九民纪要”等司法文件中的经验性分类与认定方法,具体可采用如下表述:“合同法与其他部门法之间的介面,根据合同流程可以分为多元介面。判断强制性规范的类型,要具有全介面理念,在不影响其他部门法强制性规范立法目的的前提下,尽量将该规范认定为缔约性强制规范或履行性强制规范,而不是效力性强制规范,以减少强制性规范对合同效力的影响。当强制性规范同时指向合同的缔约介面与效力介面时,在不违反该规范目的的前提下,应当尽量将其认定为缔约性强制规范而不是效力性强制规范,以避免为补救信赖利益而牺牲整个合同利益。在强制性规范所调整的合同履行方式中,只要存在一些甚至一种履行方式不违反其他部门法的特定强制性规范,就应当将此强制性规范认定为履行性强制规范,而

[66] 参见王晗:《自始履行不能的合同效力问题研究》,《法律适用》2007年第5期,第51页。

[67] “九民纪要”第9条规定:“为保护股东以外的股权受让人的合法权益,股权转让合同如无其他影响合同效力的事由,应当认定有效。其他股东行使优先购买权的,虽然股东以外的股权受让人关于继续履行股权转让合同的请求不能得到支持,但不影响其依约请求转让股东承担相应的违约责任。”

[68] 吴飞飞:《侵犯优先购买权的股权转让合同“有效说”之反思》,《法律科学》2021年第1期,第166页。

不是效力性强制规范。以上认定规则既适用于对赌合同纠纷中强制性规范的认定，也适用于其他跨法域合同纠纷中强制性规范的认定。”这就为对赌合同纠纷以及其他跨法域合同纠纷中强制性规范的认定提供了规则指引。

第三，在转介条款的立法与解释上，应当由单介面理念拓展至全介面理念。民法典第153条第1款是转介条款，^[69]将其他部门法的强制性规范均转介于合同效力，形成了所有强制性规范均通过效力这一个介面链接合同法现象。然而，如前所述，合同法与其他部门法之间的接触介面是多维的，相应地，转介条款也可以分为缔约性转介条款、效力性转介条款、履行性转介条款三种。故此，可以将民法典的转介条款解释为多元性的转介条款。民法典第153条第1款关于“违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效”，是针对合同效力的效力性强制规范，其目的是将强制性规范转介于合同效力。该条中“但是，该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外”，则应当解释为针对缔约过程或履行的强制性规范，即缔约性强制规范与履行性强制规范，其目的是将强制性规范转介于合同的缔约与履行环节。其他转介条款的立法与解释也应当以全介面理念为基础，转介于适当的合同介面。

第四，其他部门法应当尽量明确地规定效力性强制规范。为达成法域之间的融合适用，限缩效力性强制规范是直接的举措。因此，其他部门法应当根据上文的认定规则，直接规定强制性规范的类别、明确效力性强制规范的范围，即明确规定哪些领域不能以当事人的约定排除或替代法定的规范，否则会导致合同无效。例如，对于公司法第16条，“九民纪要”将之分为两种情形，并结合决议程序要求等确定了认定其规范类别的方法。^[70]这样的规定越明确，对于公司法与合同法的适用及法益保护越有利。这要求公司法的修改全面考虑合同实践的需求与合同法规范，并尽量明确其强制性规范的类型。

第五，增加“合同履行纠纷”案由，探索合同履行纠纷之诉的裁判方法。目前，对赌合同纠纷的裁判已经从效力转向了履行，但合同履行纠纷没有成为独立的案由。^[71]这容易误导人们提出合同效力纠纷之诉，从而忽视履行方式问题，也给履行纠纷的裁判带来了很大障碍。例如，对赌合同纠纷的裁判往往只针对合同效力的确定，而不关心也无力解决履行障碍的解决。^[72]后者涉及合同法金钱之债的履行方式以及公司法回购资金来源、减资、公积金等复杂的跨法域问题。^[73]履行障碍问题不是效力纠纷之诉可以解决的，因此，建议增加“合同履行纠纷”这一案由。例如，在对赌合同纠纷中，应当根据所约定的股权回购条款、现金补偿条

[69] 民法典第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。”

[70] “九民纪要”第18条规定，“为公司股东或者实际控制人提供关联担保，《公司法》第16条明确规定必须由股东（大）会决议，未经股东（大）会决议，构成越权代表。在此情况下，债权人主张担保合同有效，应当提供证据证明其在订立合同时对股东（大）会决议进行了审查，决议的表决程序符合《公司法》第16条的规定，即在排除被担保股东表决权的情况下，该项表决由出席会议的其他股东所持表决权的过半数通过，签字人员也符合公司章程的规定”。从以上规定看，经过股东（大）会决议、决议程序实施回避制度、多数决定、签字符合章程规定，是针对关联担保合同效力的强制性规范，违反此强制性规范的担保合同无效。

[71] 最高人民法院《民事案件案由规定》第四部分为“合同、准合同纠纷”，其下规定了“缔约过失责任纠纷”“确认合同效力纠纷”等案由，但没有合同履行方面的案由，其他部分也没有此类案由。

[72] 在“九民纪要”出台后，对赌合同纠纷的裁判往往肯定合同的效力。但是，这种效力纠纷诉讼无法也不应当解决对赌合同的履行障碍问题。相关案例可参见银泰达环保集团有限公司与武汉光谷环保科技股份有限公司确认合同无效纠纷案，湖北省武汉市中级人民法院（2020）鄂01民初600号民事判决书。

[73] 参见张保华：《对赌协议下股份回购义务可履行性的判定》，《环球法律评论》2021年第1期，第87页以下。

款及其履行方式等内容,以及公司的业绩承诺和财务状况,并考虑当事人的诉讼请求,在裁判文书中重点阐述资金来源。

结 语

跨法域合同纠纷导致合同法与其他部门法之间的紧张关系,强制性规范的适当分类与认定规则有助于缓解这种紧张关系。缔约过失理论不应当仅仅被当作信赖利益的呈现理论与保护理论,而且应当被当作强制性规范分类与认定理论,以及返还利益与期待利益的保护理论。区隔论不应当局限于对赌合同纠纷裁判中效力与履行的区隔,还应当扩展至强制性规范的区隔以及不同合同利益的区隔。传统二分法为保护合同效力与相应的合同利益作出了努力,但它应当汲取缔约过失理论与区隔论的精华。根据民商法的体系观念,运用全介面理念对上述三个理论进行整合。纵观缔约过失理论、区隔论与传统二分法中的合同流程理念与强制性规范理念,全面考虑合同的信赖利益、返还利益与期待利益,可以建立合同流程、合同利益与强制性规范三者之间的对应关系。在跨法域合同纠纷中,不能排除其他部门法对合同的强制,但可以改变强制性规范作用的合同介面,通过介面的选择与局限来尽可能地保护合同利益。

Abstract: Both the separation theory adopted in the decisions on disputes over VAM contracts and the contracting fault theory imply the distinction between mandatory norms, which is quite different from the traditional classification of mandatory norms. By synthesizing these two theories, a contract in the sense of process can be divided into three basic stages: contracting, validity and performance, and interfaces between contract law and other departments of law should be extended from single interface (validity interface) to all interfaces. Correspondingly, mandatory norms on contract can be divided into the contracting norms, validity norms and enforceability norms, so as to pursue the integration and maximization of the values of the contract law and other departments of law. Based on the concept of all interfaces, the court should apply the final rule, the remedy rule and the possible rule as the methods of explaining mandatory norms in the judgment of contract disputes involving cross-departments of law, so as to reduce as more as possible the compulsion on the contract on the premise of not detracting the effect of other laws, update the existing classification and interpretation rules of mandatory norms as well as the grounds for the judgment of contract disputes involving cross-departments of law.

Key Words: mandatory norm, VAM, contracting fault, validity of contract, performance of contract
