

# 诚信原则修正功能的个案运用

——以最高人民法院“华诚案”判决为分析对象

于 飞\*

**内容提要：**“华诚案”中，最高人民法院在适用无效规则产生严重不妥当的个案后果时，以诚信原则修正无效规则并认定合同有效。以立法目的为边界区分目的性限缩与法律修正，“华诚案”中的方法论工具是诚信原则的修正功能。一方当事人以自己违法为由主张合同无效，滥用了无效法律制度，构成制度滥用。结合案情尤其是该案中的“特殊情形”即建设工程施工合同已经基本履行完毕并且工程验收合格，权衡的结论是，实现原则的重要性超过了支持适用规则的实质理由与形式理由之和，应当依据诚信原则修正规则。诚信原则修正功能的思维过程可整理为：严格适用规则会产生严重不妥当的后果；查明规则的立法目的，并证明本案无法在立法目的范围内妥当处理；引入新的权衡要素即诚信原则；权衡；修正规则，产生但书。

**关键词：**建设工程施工合同 无效 制度滥用 诚信原则 权衡

原则与规则发生冲突时，是应当严格适用规则还是允许原则修正规则？这是一个兼具理论与实践价值的问题。在“新疆华诚安居房地产开发有限公司、中国铁建大桥工程局集团有限公司建设工程施工合同纠纷二审案”（以下简称“华诚案”）中，<sup>〔1〕</sup>最高人民法院以诚信原则修正了具体的合同无效规则，将诚信原则的修正功能展现在我们面前，值得关注。

## 一、问题的提出

### （一）“华诚案”基本案情与裁判要旨

本案双方在招投标之前，招标方新疆华诚安居房地产开发有限公司（以下简称“华诚公司”）与投标方中国铁建大桥工程局集团有限公司（以下简称“铁建公司”）即事先进行磋商，并于2011年7月11日签订《合作框架协议书》。2012年5月8日，铁建公司通过招投标取得项目工程；5月9日，双方签订《建设工程施工合同》。后因发包人华诚公司拖欠工程款导致停工近四年，2017年承包人铁建公司诉至新疆高院，请求解除合同、支付尚欠的工程款

\* 中国政法大学民商经济法学院教授。

本文系国家社科基金重点项目“法学方法论视角下民法基本原则的司法适用研究”（17AFX019）的阶段性成果。

〔1〕 参见最高人民法院（2019）最高法民终347号民事判决书。

及逾期利息、返还履约保证金及逾期利息，并对涉案工程主张优先受偿权等。一审法院支持了原告的诉讼请求。华诚公司上诉至最高人民法院，主张建设工程施工合同无效。理由是双方在招投标前已就合同实质性内容进行谈判，签订了《合作框架协议书》。故双方行为违反了招标投标法第43条、第53条、第55条以及《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》（法释〔2004〕14号，已失效，以下简称2004年“建设工程施工合同解释”）第1条的规定，中标无效，建设工程施工合同亦无效。故请求将本案改判或发回重审。

二审法院认为：“合同约定应当严守，诚信观念应当强化。华诚房地产公司作为涉案建设工程的招标人、甲方，主导签订了涉案《建设工程施工合同》，在合同相对方铁建大桥工程局按约履行合同而其并未按约支付工程款，一审判决华诚房地产公司承担相应责任后，华诚房地产公司以其自身的招标行为存在违法违规为由，于二审中主张合同无效，其行为不仅违反诚实信用基本原则，而且不利于民事法律关系的稳定，属于不讲诚信、为追求自身利益最大化而置他人利益于不顾的恶意抗辩行为。合同无效制度设立的重要目的在于防止因为无效合同的履行给国家、社会以及第三人利益带来损失，维护社会的法治秩序和公共道德。而本案中，华诚房地产公司作为违法行为人恶意主动请求确认合同无效，如支持其诉求，意味着体现双方真实意愿的合同约定不仅对其没有约束力，甚至可能使其获得不正当的利益，这将违背合同无效制度设立的宗旨，也将纵容违法行为人从事违法行为，使合同无效制度沦为违法行为人追求不正当甚至非法利益的手段。综上，华诚房地产公司在二审中主张涉案《建设工程施工合同》无效，该主张有违诚信原则，故，华诚房地产公司关于其与铁建大桥工程局于招投标前就合同实质性内容进行谈判的行为违反了招标投标法的规定，导致涉案《建设工程施工合同》无效的主张，缺乏事实和法律依据，予以驳回。”

## （二）建设工程施工合同有效无效之间的弥合趋势与反思

建设工程施工合同有效与无效的法律效果之间，似乎有弥合的趋势。这一表象应先予击破，否则本案运用诚信原则修正功能使合同有效这一突破性裁判，就会在结果上与严格适用规则使合同无效之间缺少差异，从而丧失实践意义。

民法典第793条第1款规定：“建设工程施工合同无效，但是建设工程经验收合格的，可以参照合同关于工程价款的约定折价补偿承包人。”该条源于2004年“建设工程施工合同解释”第2条。最高人民法院为贯彻实施民法典，指出：“建设工程施工合同无效，发包人取得的财产形式上是承包人建设的工程，实际上是承包人对工程建设投入的劳务及建筑材料，无法适用无效恢复原状的返还原则，只能采取折价补偿的方式处理。”“参照合同关于工程价款的约定来折价补偿承包人，可以平衡承包人和发包人之间的利益关系，便捷、合理地解决纠纷”，“从理论上来说，是将无效合同按照有效合同来对待和处理”。〔2〕于是，合同无效后，承包方仍然可以获得“工程价款”这一核心履行利益，建设工程施工合同有效与无效之间的差异似乎被弥合了。

但这只是一个表象，深入考察我国实践会带来相反认识。首先，法院可能选择不予参照合同工程价款。参照即准用，〔3〕其与适用不同，并不给法院带来硬拘束，法院有取舍变通之

〔2〕 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典合同编理解与适用（三）》，人民法院出版社2020年版，第1937页以下，第1941页，第1943页。

〔3〕 参见〔德〕拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第141页；刘风景：《准用性法条设置的理据与方法》，《法商研究》2015年第5期，第46页。

权。<sup>〔4〕</sup>实践中很多法院不参照合同约定，而是通过鉴定工程造价成本确定补偿额。<sup>〔5〕</sup>其次，即使参照，有的法院也没有直接参照工程价款，而只是参照了约定的计价方式。<sup>〔6〕</sup>再次，合同无效直接影响违约责任，无论当事人约定的是违约金还是损害赔偿的计算方法，都会因合同无效而不被法院认可。<sup>〔7〕</sup>最后，合同无效直接影响担保。主合同无效导致担保合同无效，然后法院通常会依据《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》（法释〔2000〕44号，已失效）第8条之规定，让无过错的担保人免责，有过错的担保人承担责任不超过债务人不能清偿部分的三分之一。<sup>〔8〕</sup>

可见，参照工程价款给付的规则仅仅是使建设工程施工合同有效与无效之间的距离有所缩小，但差异依然显著。在无效规则的构成要件已被满足的情况下，本案法院以诚信原则为理由裁判合同有效是一个很大的突破，其中的机理需要深入探究。

### （三）原则与规则冲突问题中的理论分歧及本文思路

诚信原则能否在个案中修正具体规则？我们很容易联想到一些耳熟能详却又相互冲突的论断或理由，让我们犹疑徘徊不定。

证立理由1：“帝王条款”。诚信原则是民法的帝王条款。<sup>〔9〕</sup>如果具体规则一定优先于诚信原则适用，那诚信原则不过是在规则缝隙中劣后适用的候补条款，何以称为“帝王”？

证立理由2：“内在体系”。民法区分内在体系与外在体系。“‘外在体系’是指对法律事实和法律制度所作的概念上的整理和阐明；而‘内在体系’则是指支配整个民法的基本原则以及这些原则之间的实质联系。”<sup>〔10〕</sup>那么，当外在体系（“法律制度”）背离内在体系（“民法的基本原则”）之时，内在体系能否修正之？如果不能，内在体系“支配整个民法”的效力又体现在哪里？

证立理由3：“恶法非法”。规则严重违背法律基本价值达到不能容忍的程度，不具有法的效力；此亦“拉德布鲁赫公式”的精义。<sup>〔11〕</sup>如果规则的适用后果与法律基本价值（如诚信）严重相悖，但在实践中却无法被修正，那不是近乎“恶法亦法”么？

〔4〕 参见史尚宽：《民法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第52页。

〔5〕 参见最高人民法院（2020）最高法民终568号民事判决书；山东省高级人民法院（2016）鲁民终870号民事判决书；安徽省高级人民法院（2020）皖民终836号民事判决书；河北省承德市中级人民法院（2020）冀08民终356号民事判决书；新疆维吾尔自治区吐鲁番市中级人民法院（2019）新21民再1号民事判决书。

〔6〕 参见山东省高级人民法院（2020）鲁民终2499号民事判决书；江西省高级人民法院（2020）赣民终542号民事判决书；云南省高级人民法院（2020）云民终561号民事判决书；青海省高级人民法院（2020）青民终133号民事判决书；西藏自治区高级人民法院（2021）藏民终4号民事判决书。

〔7〕 参见最高人民法院（2021）最高法民终412号民事判决书；最高人民法院（2021）最高法民申3190号民事裁定书；最高人民法院（2020）最高法民终998号民事判决书；最高人民法院（2020）最高法民再176号民事判决书；最高人民法院（2019）最高法民终1604号民事判决书；最高人民法院（2018）最高法民终556号民事判决书；江西省高级人民法院（2020）赣民终542号民事判决书；山东省高级人民法院（2016）鲁民终110号民事判决书。

〔8〕 参见最高人民法院（2019）最高法民终1779号民事判决书；最高人民法院（2019）最高法民申3070号民事裁定书；最高人民法院（2018）最高法民终169号民事判决书；最高人民法院（2017）最高法民申3267号民事裁定书；最高人民法院（2016）最高法民终687号民事判决书；辽宁省高级人民法院（2020）辽民终338号民事判决书。

〔9〕 参见梁慧星：《民法总论》，法律出版社2017年版，第275页；王利明：《民法总则研究》，中国人民大学出版社2018年版，第114页；马俊驹、余延满：《民法原论》，法律出版社2010年版，第40页；李永军：《民法总论》，法律出版社2009年版，第57页；朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社2016年版，第521页。不同意见，参见李宇：《民法总则要义——规范释论与判解集注》，法律出版社2017年版，第43页。

〔10〕 [德]拉伦茨：《德国民法通论》，王晓晔等译，法律出版社2003年版，沃尔夫序，第1页。

〔11〕 参见雷磊：《再访拉德布鲁赫公式》，载雷磊主编：《拉德布鲁赫公式》，中国政法大学出版社2015年版，第142页以下。

证否理由1：“向一般条款逃避”。有具体规则不适用，却基于基本原则裁判，<sup>[12]</sup>这不是“向一般条款逃避”？

证否理由2：法的安定性。如果立法明定的规则可以不遵守，个案中的法官又各有其判断：有的认为应当修正，有的认为不应当修正；有的认为应当如此修正，有的认为应当那般修正，那么法的安定性还存在么？

证否理由3：权力滥用。如果个案中法官可以自行决定不适用具体规则，并以诚信原则为由得出与适用规则相反的结论，如何才能保障法官不滥用权力？

以上正反两方面的拷问，要求理论作出回答。学界有支持诚信原则修正功能的观点，<sup>[13]</sup>也有反对的观点。<sup>[14]</sup>若干较晚近的论文对该问题作了比较深入的推进，<sup>[15]</sup>但既有研究更多地是在抽象理论层面进行研讨，未能展示诚信原则修正功能在个案中的具体运用方法，尤其未能密切结合个案展示诚信原则如何打败了支持规则适用的实质理由与形式理由（法的安定性）之和。如果不能对该问题作出有说服力的说明，对诚信原则修正功能破坏法的安定性的疑虑，以及对该功能在实践中能否妥当运用的怀疑，将始终挥之不去。

本文以“华诚案”为分析对象，以诚信原则修正功能的个案运用为核心，沿以下思路展开：首先分析“华诚案”判决书的亮点及不足；其次将法律修正与目的性限缩相区分，为解决本案问题寻找适宜的方法论工具；再次将是重点，即展示“华诚案”中实现诚信原则的重要性超过支持无效规则适用的实质理由与形式理由之和的权衡过程；最后在结论中回应前述证否理由，并整理出一个关于运用诚信原则修正规则的思维框架。

## 二、“华诚案”判决书的亮点及不足

### （一）“华诚案”判决书的亮点

第一，忠实遵守了法官妥当裁判义务。法官不得拒绝裁判的义务被我国理论界普遍接受，<sup>[16]</sup>也常用于判决书中的说理。<sup>[17]</sup>通常认为，该义务意指法无明文规定时法官不得拒绝

[12] 本文采用“基于原则裁判”等表述，而不表述为“适用原则”，因为原则不能适用。原则只是抽象法律理念的表达，不具有“构成要件—法律效果”的规则构造，无法满足涵摄的要求；以其作为三段论大前提，不能推出任何结论。所谓“适用原则”，实际上是一个从原则中产生个案规则，再适用该规则的过程；被适用的只能是规则。参见于飞：《基本原则与概括条款的区分：我国诚实信用与公序良俗的解释论构造》，《中国法学》2021年第4期，第38页。

[13] 参见梁慧星：《诚实信用原则与漏洞补充》，《法学研究》1994年第2期，第27页；崔建远：《论民法原则与民法规则之间的关系》，《江汉论坛》2014年第2期，第29页；徐国栋：《民法基本原则解释——诚信原则的历史、实务、法理研究》，北京大学出版社2013年版，第259页以下；韩世远：《合同法总论》，法律出版社2018年版，第62页。

[14] 参见〔日〕石田穰：《法解释学的方法》，青林书院新社1980年版，第120页，第134页，转引自梁慧星：《民法解释学》，法律出版社2009年版，第312页；杨仁寿：《法学方法论》，中国政法大学出版社2013年版，第190页。

[15] 参见雷磊：《论依据一般法律原则的法律修正——以台湾地区“司法院大法官会议”释字第362号为例》，《华东政法大学学报》2014年第6期，第4页以下；夏昊晗：《诚信原则在“借违法无效之名毁约”案型中的适用》，《法学》2019年第6期，第140页以下；李夏旭：《诚信原则法律修正功能的适用及限度》，《法学》2021年第2期，第241页以下。

[16] 参见梁慧星：《裁判的方法》，法律出版社2003年版，第47页；前引〔9〕，王利明书，第94页。

[17] 参见范伟：《“法官不得拒绝裁判”原则的逻辑再造：从绝对性到相对性》，《政法论坛》2021年第1期，第41页以下。

裁判，但其真实涵义不止于此。德国学者指出：“为习惯法所认可并有宪法上坚实基础的‘禁止拒绝裁判’之禁令，虽然首先在形式上仅意味着法官在制定法保持沉默时不能简单地不作任何决定，比如对一项起诉根本不予裁判并指示当事人等待立法者就该利益冲突制定相关规则；但实际上，法官的裁判义务超出了这一形式上的涵义，并在实质上包含了一项‘禁止拒绝保护权利’的禁令。……根据《基本法》第20条第3款，法官受制定法（Gesetz）和法（Recht）的拘束；因此，他不应局限于制定法的实施（并在必要时修正），而且要在制定法有缺陷时去实现超越制定法（Gesetz）的法（Recht）。所以，制定法的缺陷并没有免除《基本法》加诸法院的义务，即‘适当地裁决每一项提交给他们的法律纠纷’。因此，补充性法律续造及法官修正权限在《基本法》第20条第3款中获得了其宪法合法性。”<sup>〔18〕</sup>这段话准确地指出了禁止拒绝裁判实为一项“禁止拒绝保护权利”的禁令，或者说是“适当地裁决每一项提交给他们的法律纠纷”的义务，故法官不得拒绝裁判的义务实为“不得拒绝为妥当裁判的义务”，或者从正面表述为“妥当裁判的义务”。该义务不仅意味着法官在制定法有漏洞时有填补之权限，而且意味着法官在制定法有缺陷时有修正之权限，以上两者欠缺任一，法官在个案中的妥当裁判义务就无法确保实现。

本案中，面对附带无效效果的强行性规则，即使其构成要件已获满足，但当规则适用产生严重不妥当后果时，严格依规则裁判反而违反妥当裁判的义务。本案中，法院基于诚信原则排斥了具体规则的适用，明确表达了对妥当裁判义务的忠实遵循，值得高度赞赏。

第二，以违背诚信原则否定当事人合同无效的主张，具有理论支撑。诚实信用是对一切权利行使、义务履行行为的要求。<sup>〔19〕</sup>当事人在诉讼中提出合同无效的主张，亦可视为一种行使诉讼权利的行为，亦受诚信原则控制。权利行使行为违背诚信，会导致该权利行使行为不发生应有之效果，<sup>〔20〕</sup>故法院驳回当事人的无效主张具有理论依据。

第三，明确肯定合同有效，为合同解除及违约责任奠定了基础。铁建公司的核心诉求是解除合同并要求对方承担相应的违约责任，支持该诉求以合同有效为前提。二审法院肯定一审法院的判断，认定合同有效，使得裁判思路从合同有效至合同解除再至违约责任承担，<sup>〔21〕</sup>保持了法理贯通。较之实践中存在的仅驳回无效请求而不对合同效力作出判断的裁判方式，<sup>〔22〕</sup>以及认定合同无效后又称无效合同按照有效合同对待的裁判方式，<sup>〔23〕</sup>本案确认合同有效在理论上更为通顺。法院直面难点不回避的态度，尤值赞赏。

## （二）“华诚案”判决书之不足

第一，双重适用规则和原则，有向一般条款逃避之嫌。原合同法第52条第5项、招标投标法第55条、2004年“建设工程施工合同解释”第1条所构成的合同无效规则，可以凝练地

〔18〕 Looschelders/Roth, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung: Zugleich ein Beitrag zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen von Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung, Berlin 1996, S. 287. 该文中所说“禁止拒绝裁判”的宪法基础是指《保护人权与基本自由欧洲公约》第6条第1款第1句。

〔19〕 参见德国民法典第242条；瑞士民法典第2条第1款；日本民法第1条第2款；我国台湾地区民法第148条第2款。

〔20〕 参见前引〔9〕，朱庆育书，第528页；于飞：《公序良俗原则与诚实信用原则的区分》，《中国社会科学》2015年第11期，第151页。

〔21〕 合同因违约解除并不影响违约责任承担，此系民法典第566条的新规定，本案判决时尚无如此明确的法律依据。但学说中的有力说持此见解（参见前引〔13〕，韩世远书，第686页以下）。

〔22〕 参见上海市第一中级人民法院（2016）沪01民终10627号民事判决书。

〔23〕 参见山东省胶州市人民法院（2007）胶民重字第14号民事判决书。

表达为“招标人与投标人就投标价格、投标方案等实质性内容进行谈判，影响中标结果的，中标无效。基于无效中标签订的建设工程施工合同亦无效”。该规则的核心构成要件是双方就“实质性内容进行谈判”与“影响中标结果”。“华诚案”判决书称，“本案中，双方在招投标前进行了谈判并达成合作意向，签订了《合作框架协议书》。该协议书中没有约定投标方案等内容，未载明开工时间，合同条款中还存在大量不确定的约定”，该表述意指谈判所涉“实质性内容”尚有不足。判决书还指出，“华诚房地产公司虽称其自身违反招标投标法的规定致使中标无效，但该违法违规行为是否影响了中标结果，华诚房地产公司未予以证明”，该表述意在否定“影响中标结果”要件。但关键在于，如果能够基于规则构成要件的不满足来否定当事人请求，那根本就不需要诚信原则出场。然而，在“华诚案”中，法院先简要阐述了构成要件的不满足，然后又浓墨重彩地论证华诚公司的行为违背诚信，后者恰恰是该判决书的重点和亮点，这是矛盾的。当适用具体规则与运用诚信原则能得出同样结果时，应当适用具体规则，否则就有“向一般条款逃避”之嫌。<sup>[24]</sup>

实际上，“华诚案”中，法院已经查明，招投标双方在《合作框架协议书》中约定了建筑施工的内容、总概算、履约保证金及其退付等，投标方铁建公司也实际缴纳了高额的履约保证金，最终也正是铁建公司中了标。此时，若再说谈判的实质性内容不足或没有影响中标结果，恐有勉强。

笔者揣测，裁判者虽决心以诚信原则修正规则，但仍对此举可能导致法的安定性的破坏有所顾虑。因此，即使勉强，法院也要在构成要件上捎带一击，以尽量维持法律适用的形式理性。同时，法院又对能够依构成要件解决本案并不十分自信，因此才会把重点放在违背诚信的相关论述上。但是，这种试图“两头兼顾”的做法，反而带来了规则与原则双重适用的矛盾。

第二，“禁止违反诚信原则的一方主张合同无效”，并不等于“合同有效”。无效为当然无效，“当然无效者，指无效的法律行为无须任何人主张，当然不发生效力，任何人皆得主张其为无效，亦得对任何人主张之”。<sup>[25]</sup>可知，如果一个合同确实是无效合同，即使一方当事人的无效主张因违背诚信被驳回，该合同仍“当然”处于无效状态，不会因一方当事人不能主张无效而变为有效。而且，无论当事人是否主张，法院都应依职权审查合同效力。易言之，即使否定了一方当事人的无效主张，法院仍然需要在诉讼中判断合同效力，否则可能无法作出判决。例如，原告主张违约责任，被告提出合同无效抗辩；即使否定了被告的无效主张，法院也无法结案，因为原告提出的违约责任请求仍需处理，而违约责任是否存在必须建立在对合同效力的判断之上。因此，否定一方无效主张无法回避合同效力判断，更无法从中直接得出合同有效的结论。

反过来，即使法院支持了当事人的无效主张，合同无效的原因也不是当事人的主张，而是合同无效的法律规则。作为一项事实抗辩，当事人无效主张的实质意义只是提醒法院注意本案中的事实，该提醒无论被法院肯定或否定，都不构成判断合同效力的依据。质言之，只要作为三段论大前提的合同无效规则未变化，在该规则构成要件被满足的前提下，法院就只能依三段论推理认定合同无效。事实既定之时，若要改弦更张地认定合同有效，只有三段论大前提即法

[24] 参见前引〔14〕，梁慧星书，第313页以下。

[25] 王泽鉴：《民法总则》，北京大学出版社2009年版，第380页。

律规则发生了变动，产生了但书规定，然后将案涉合同纳入该但书的覆盖范围，才可能排斥规则的无效效果。

可见，当事人的无效主张与合同效力是两个独立的问题。从否定当事人的无效主张出发，得不出合同有效的结论。“华诚案”判决书在这个问题上存在逻辑跳跃。

第三，利益衡量过程中仅列举有利因素而未列举不利因素，“衡量”尚嫌不足。本案核心说理部分中，法院展示了两个主要的权衡点：其一，一方当事人违背诚信；其二，合同无效制度的设立目的被违反。但是，“只有当法官能通过说理证明，在个案中实现一般法律原则的重要性超过支持适用规则的实质理由与形式理由时，才能为规则创制例外”。<sup>[26]</sup>“华诚案”的判决理由中，法院仅阐述了实现原则的重要性，却没有阐述支持规则适用的实质理由，更没有说明为什么本案中实现原则的重要性打败了支持规则适用的实质理由与形式理由之和。质言之，法院仅列举了对自己想要的判决结果有利的因素，而没有列举不利因素，更没有进行必要的权衡。不适用规则的根本原因并不是支持实现原则的理由的存在，而是支持实现原则的理由“在权衡中胜出”，本案判决并没有揭示这个根本原因。

若要解决从驳回无效主张到合同有效之间的逻辑跳跃，就要变动规则，这需要一个修正规则或限制规则适用范围的方法论工具；若要解决权衡不足的问题，就要有说服力地展示诚信原则在本案权衡中胜出的过程。下文依次解决这两个问题。

### 三、诚信原则修正功能与目的性限缩的区分：方法论工具的确立

若要限制规则的适用范围，方法论上已有目的性限缩这个工具。如果不能与目的性限缩相区分，诚信原则的修正功能就没有独立存在的方法论空间。

#### （一）区分的核心：对“目的”的界定

##### 1. 目的性限缩的正当性在于立法目的

魏德士指出，在目的性限缩中，“司法实践实现着虽然表达不完整，但却是真正的立法调整目的。它们只更改过广的规范条文，而不会改变规范目的和调整目标本身。这种表面上不忠实文义的解释却在思想上有服从地实现法律。它遵循立法的评价，而不是由法官的自己评价来替代”。<sup>[27]</sup>可见，目的性限缩的正当性在于其对立法目的的忠实维护。在立法者使用了涵义过宽的文字导致违背了自己的目的时，法官并没有僵化地执行法律文义，而是通过限制过宽的文义来贯彻立法目的。此时，法官实际上做了立法者应当做、想要做但却没有做到之事，在个案中完成了立法者未完成的工作，保持了对立法者的尊重。

##### 2. 立法目的的准确理解：法条目的、主观目的、具体目的

为维持目的性限缩的正当性，应当特别注意不可对“目的”作泛化理解。分三点述之：

（1）目的性限缩的目的，为具体法条的目的，而非法律的目的。如黄茂荣所说，该目的为“系争规定之立法意旨”，<sup>[28]</sup>也即对这一目的的考察必须具体到系争法条上，而不是泛泛地谈论整部法律的目的，如合同法的目的、民法的目的乃至法律整体的目的。

[26] 前引 [15]，雷磊文，第4页。

[27] [德] 伯恩·魏德士：《法理学》，丁晓春、吴越译，法律出版社2013年版，第386页。

[28] 黄茂荣：《法学方法与现代民法》，2020年自版，第397页。

(2) 目的性限缩的目的, 为立法者的主观目的, 而非法律的客观目的。目的性限缩是为了实现立法者的主观目的, 即“立法者的调整意志”<sup>[29]</sup>或“立法者的规范目的”<sup>[30]</sup>, 这是目的性限缩的正当性基础, 也为其划定了边界。若谈及法律的客观目的如公平正义之类, 会导致目的泛化至无边无际。以这种广阔无垠的目的为理由, 能证成对法条的任何改变。

(3) 目的性限缩的目的, 为立法者的具体目的, 而非抽象目的。有学者辨析了目的性限缩之目的与目的性限缩的动因、法政策目的之间的区别。目的性限缩的动因是法条的某种不合理性。法律不可能意图制造不妥当的规制, 如果法官认为一切不妥的条文都是违背法律目的的, 而造成此种不妥的原因可能来源于经济、法律乃至社会生活的方方面面, 那么一切源于法官自己所认为的“不妥”的限缩就都是符合目的的了。故不能将这种法条的不合理性作为引发限缩的“目的”。同时, 这里的目的也不是一个法政策目的。法政策目的是立法者试图通过制定相应规则实现的效果目的, 具有抽象性与方向性的特征。<sup>[31]</sup>因此, 目的性限缩之“目的”, 不能仅仅是“保护权利人”“保护第三人”“维护交易安全”这样的法政策效果目的, 而要把立法者实现这种方法、路径明确化并具体表述出来。

综上, 目的性限缩之“目的”, 是针对系争法条的、主观的、具体的目的(下文所称“立法目的”即在这个意义上使用), 而不是就法律整体而言的、客观的、抽象的目的。

## (二) 以立法目的为边界区分目的性限缩和法律修正

德国的施陶丁格评注对目的性限缩与诚信原则(德国民法典第242条)修正功能的适用关系, 有如下阐述:“首先应当检验的是, 待决案件事实是否被相关规则的规范目的所包含, 此时可以适用目的性限缩这一方法。如果法律规则的适用领域能够借此回归到与其目的相一致的范围内, 则没有必要适用第242条(目的性限缩优先于第242条)。如果目的性限缩还不足以证成, 则第二步需要检验在考虑个案具体情形之下, 是否需要根据第242条对规则的适用加以限制或修正。该判断以利益衡量为前提。只有第242条中所考虑的个案正义超过了严格适用规则所带来的利益, 才能进行修正。……目的性限缩更侧重于规范目的, 而第242条的适用更强调个案情况。”<sup>[32]</sup>基于这一分析, 可知目的性限缩与法律修正有以下不同:

其一, 发生限缩或修正的原因不同。从外观上看, 目的性限缩与法律修正都是规则文义被限制得更窄, 但两者的发生原因不同。目的性限缩中限缩规则文义的原因是为了更好地实现立法目的。法律修正中修正规则文义的原因, 是诚信原则或其他实质理由介入并在权衡中击败了立法目的。

其二, 目的性限缩优先于诚信原则的修正功能。目的性限缩仍在试图实现立法者的主观目的, 这一点是该方法强大的正当性基础, 目的性限缩也因此离立法较近。诚信原则的修正功能则是突破了立法者主观目的以寻求个案公正, 该方法因此离立法较远。离立法越近的方法越应当被优先适用, 以尽量保持对立法者的尊重, 这是立法优先于司法这一宪法原则的要求。<sup>[33]</sup>

其三, 法官的论证义务不同。“法律适用者离法律越远, 他就越有义务对他的背离说明理

[29] 前引[27], 魏德士书, 第308页。

[30] 同上书, 第309页。

[31] 参见于程远:《民法上目的性限缩的正当性基础与边界》,《法学》2019年第8期,第39页以下。

[32] Staudinger/Olzen/Looschelders (2015), § 242, Rn. 345.

[33] 立法优先于司法在我国宪法上的表现是宪法第131条:“人民法院依照法律规定独立行使审判权。”



由。”<sup>[34]</sup>较之目的性限缩，法官在法律修正中要作出更为充分的论证。

在目的性限缩中，法官进行法律论证的链条比较简单，可表述如下：规则适用产生严重不妥当的后果——查明规则的立法目的——依文义适用规则违反立法目的——限缩规则文义产生限制性规定。

在法律修正中，法律论证的链条比较复杂，可表述如下：规则适用产生严重不妥当的后果——查明规则的立法目的——本案无法在立法目的范围内妥当处理——引入新的权衡要素（如诚信原则）——实现原则的重要性在权衡中打败了支持规则适用的实质理由与形式理由——修正规则产生限制性规定。

可见，目的性限缩与法律修正在论证上有类似环节，即都要论证规则适用产生严重不妥当的个案后果，也都要查明立法目的，最终也都产生限制性规定。不同之处在于中间核心部分的论证。目的性限缩的核心论证是：不限缩不足以实现立法目的。诚信原则修正功能的核心论证是：其一，在立法目的范围内无法妥当处理本案。这一点贯彻了目的性限缩优先的方法论要求，否则就轮不到法律修正出场。其二，新的权衡要素（如诚信原则）介入并打败了支持规则适用的实质理由及形式理由。这一点是发动法律修正的实质原因，也是论证中的最难点。<sup>[35]</sup>

### （三）“华诚案”判决书中的方法论工具是法律修正

“华诚案”中合同无效规则的立法目的为何？最高人民法院在“湖南湘源建设工程有限公司诉湖南千足珍珠有限公司建设工程施工合同纠纷再审案”中指出，建设工程事关公众安全和社会公共利益，是百年大计，当事人契约自由的私权原则不得违背和对抗保障公众安全和社会公共利益的立法宗旨和立法目的，不得损害其他潜在投标人通过竞标取得讼争工程项目的建设权益，不得扰乱建筑市场公平竞争的经济秩序。在本案讼争工程项目启动招投标程序前，双方已就以后应当通过招投标程序确定的施工范围、工期、结算方式等实质性内容进行谈判并作出具体约定，违反了招标投标法第43条、第55条以及2004年“建设工程施工合同解释”第1条之规定，中标无效，以此签订的建设工程施工合同亦无效。<sup>[36]</sup>

以上判决书中，最高人民法院开示了案涉无效规则的三个立法目的，分别为：其一，其他潜在投标人通过竞标取得讼争工程项目的建设权益；其二，建筑市场公平竞争的经济秩序；其三，保障公众安全和社会公共利益。以上三个立法目的由具体到抽象，通过否定此类“明招

[34] 前引〔27〕，魏德士书，第346页。

[35] 在此有必要反思拉伦茨关于目的性限缩的观点。拉伦茨阐述目的性限缩时指出：“这一要求要么是源自被限制之规范自身的意义和目的，或者是根据其他规范具有优先性的目的——如果不如此，其目的即不能达成——，也即根据‘事物本质’，再或者是制定法中针对特定案件类型有优先适用效力的固有原则。”参见〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，黄家镇译，商务印书馆2020年版，第493页。从本文的立场来看，应当作为目的性限缩中之“目的”来对待的，仅为以上列举的第一项“被限制之规范自身的意义和目的”，其他都不应被包括在“目的”之内。否则“目的”过于宽泛，会导致拉伦茨所说的“制定法内在的法续造”与“超越制定法的法续造”两个阶段无法区分；而这两阶段中法官的论证义务不同，不应混淆。尤其是，前述拉伦茨所谈及的“目的”中的最后一项“制定法中针对特定案件类型有优先适用效力的固有原则”，其与发挥修正功能的诚信原则极其接近，而依这种“目的”进行的目的性限缩作业与拉伦茨所论“超越制定法的法续造”中“基于法伦理性原则考量的法续造”在方法论上实具有等值性，但两者却被拉伦茨安排在了方法论的不同阶段，这里似乎存在明显的混淆。

[36] 参见最高人民法院（2016）最高法民再123号民事判决书。值得讨论的是，可否在法院判决中寻找立法目的？就此笔者作三点说明：其一，笔者确实无法找到立法者对案涉法条立法目的的直接说明。其二，最高人民法院对立法目的的认识对下级法院有直接而显著的影响，堪称在无立法者说明情况下最具实际效力的认识。其三，引用最高司法机关的见解来论证立法目的，是民法学中的常见论证方式（参见前引〔25〕，王泽鉴书，第269页，第307页注1，第443页）。

暗定”的建设工程施工合同之效力,保障其他潜在投标人获得建设工程项目的机会,从而借助健康有效的招投标制度维护建筑市场公平竞争的经济秩序,进而通过公平竞争保障建筑质量、公共安全和社会公共利益。以上目的,实以第一个具体目的——通过合同无效保障其他潜在投标人通过竞标取得讼争工程项目的机会为起点和基础。

在“华诚案”中,之所以要认定合同有效,显然不是为了更好地保障其他潜在投标人的竞标机会。如果合同无效,重新组织招投标,其他潜在投标人理论上或许还有机会;但在合同有效的情况下,其他潜在投标人没有再度获得竞标机会的可能性。正如“华诚案”判决书所示,法院驳回无效主张的根本原因有二:其一,华诚公司具有“不讲诚信、为追求自身利益最大化而置他人利益于不顾的恶意抗辩行为”;其二,确认本案合同无效“违背合同无效制度设立的宗旨”。<sup>[37]</sup>以上两者已经超出了招标投标法第43条、第55条以及2004年“建设工程施工合同解释”第1条保障其他潜在投标人的竞标机会这一立法目的,不属于为了更好地实现立法目的而进行的目的性限缩。以上作业的实质是诚信原则等新理由加入了权衡过程并影响了权衡结果,这已经属于法律修正的范畴。

#### 四、“华诚案”中支持原则与规则之理由的权衡

##### (一) 实现诚信原则的重要性

“华诚案”判决书揭示了两个理由:其一,华诚公司行为违背诚信;其二,合同无效制度的设立宗旨被违反。下文将对这两个理由进行细致分析。

##### 1. 哪个行为违背诚信

究竟华诚公司的哪个行为应当被评价为违背诚信,这一点在判决书中并不是很明确,但却应予指明,否则我国背信行为的类型化工作就难以展开。

(1) 判决书指出:“本案中,华诚房地产公司作为招标人,明知其与铁建大桥工程局于招投标之前就合同实质性内容进行谈判的行为可能导致双方其后签订的《建设工程施工合同》因违反《招标投标法》的相关规定而被认定为无效,仍然积极追求或放任该法律后果的发生,经招投标程序后与铁建大桥工程局签订了涉案《建设工程施工合同》,华诚房地产公司对该违法行为具有明显过错,应负主要责任。铁建大桥工程局明知违法而参与竞标,最终中标并签订涉案《建设工程施工合同》,亦存在过错,应负次要责任。综上,华诚房地产公司与铁建大桥工程局在案涉项目招投标过程中皆有违诚信原则。”

明知合同违法无效而签订之,是否有违诚信原则?答案似应为否定。原因有三:其一,明知而签订违法无效之合同,仅为违法,并非背信。实践中的违法无效合同,如恶意串通、通谋虚伪表示、违反法律行政法规强制性规定等,通常都是在当事人明知情况下签订的,但我们并

[37] 或有认为,“华诚案”判决书既然提到本案若确认合同无效会违背合同无效制度设立的宗旨,则可以理解为无效违反立法目的,例外地有效才符合立法目的,因此这仍属目的性限缩。笔者认为不能这样理解,原因有二:其一,本案判决书提到,“合同无效制度设立的重要目的在于防止因为无效合同的履行给国家、社会及第三人利益带来损失,维护社会的法治秩序和公共道德”。这是所有无效规则的共同的、一般的、抽象的立法目的,而不是本案特定无效规则的具体目的。其二,就本案中的合同无效规则而言,其首要的立法目的,如正文所述,在于保障其他潜在投标人通过竞标取得工程项目的机会。其他维护社会公益等更抽象的目的,是通过保障其他潜在投标人机会这个途径实现的,若不是经由这个途径,就并非案涉无效规则的立法目的。

不以违背诚信去评价它。其二，违法导致无效，背信则可能导致无效结果被修正。如果明知而签订违法无效合同就被视为背信，可能会导致这些违法合同被修正为有效的荒谬结果，这显然不可接受。也即，在明知违法而签订合同的情况下，直接根据违法评价为无效就可以了。在这里，背信评价不仅多余，而且可能有害。其三，如果明知违法而签订合同是背信，那么为什么在双方都明知违法的情况下，只有一方当事人（华诚公司）承受了不利后果，另一方当事人（铁建公司）却没有承受背信的不利后果？这一点难以解释。

（2）判决书指出：“本案一审中，华诚房地产公司始终未对《建设工程施工合同》的效力问题提出异议，仅在一审中辩称本案不存在合同约定解除或法定解除的情形，不同意铁建大桥工程局有关解除合同的诉讼请求。华诚房地产公司在本案二审中提出涉案《建设工程施工合同》无效的上诉主张，是认为涉案《建设工程施工合同》有效将为其带来不利，或者所带来的利益小于合同无效所带来的利益，其目的是为了规避应承担的付款义务，免除或者减轻一审判决确定由其承担的民事责任。”

一审中未提出无效主张，二审中提出无效主张，目的是避免对自己不利的裁判后果，这是不是违反诚信？答案亦似为否定。当事人在不同审级中，有根据变化的情况提出不同主张的权利。一审中当事人可能认为合同不解除有利，而在一审法院判决其败诉并承担违约责任的情况下，二审中当事人可能转而认为合同无效对自己有利；当事人有此判断自由，亦有基于此判断作出相应行为的自由。若仅因当事人在不同审判程序中有不同主张而认为当事人违背诚信，将严重不当限制当事人的诉讼权利。

（3）判决书指出：“华诚房地产公司作为涉案建设工程的招标人、甲方，主导签订了涉案《建设工程施工合同》，在合同相对方铁建大桥工程局按约履行合同而其并未按约支付工程款，一审判决华诚房地产公司承担相应责任后，华诚房地产公司以其自身的招标行为存在违法违规为由，于二审中主张合同无效，其行为不仅违反诚实信用基本原则，而且不利于民事法律关系的稳定，属于不讲诚信、为追求自身利益最大化而置他人利益于不顾的恶意抗辩行为。”以自己违法为由主张合同无效是否属于违背诚信？这是关键之所在。对此似应为肯定的回答，分两点述之：

其一，此类行为若禁止，会使违法者拥有选择合同效力的权利。一方当事人尤其是判决书中所谓居于“主导”地位的优势方，可以先作出某种能导致合同无效的违法行为，为自己留一个“后门”；由于其优势地位，相对方通常难以抗拒。然后在合同履行过程中，违法者可以根据变化的利益状态、需求情况及市场行情等来判断该合同是否实际于己有利。若合同事实上于己有利，则隐而不发；若合同事实上于己不利，违法者就可以主张合同无效。此种行为若获得法院支持，违法者会因其违法而获得依其单方意思控制合同效力的巨大利益。通过违法行为操纵合同效力，根据自己的利益状态决定是履约还是毁约，毫不顾及相对方利益，<sup>[38]</sup>该行为被评价为违背诚信应无问题。

其二，更深层次的实质理由则是：“任何人不得从自己的错误行为中获利”。这项原则因德沃金在著名案例“里格斯诉帕尔默案”中的引用而更加广为人知。<sup>[39]</sup>虽然这句话因其原则

[38] 诚信原则的核心要义就是“在法律上的特别关联中，行为人须顾及相关方利益”，其对民法中的人皆以自己利益为中心的思考和行为方式作了一个根本修正，催生了各种新的注意义务和规则。参见前引〔12〕，于飞文，第33页。

[39] 参见〔美〕罗纳德·德沃金：《认真对待权利》，信春鹰、吴玉章译，中国大百科全书出版社1998年版，第44页。

属性而不能被绝对化，但其中所包含的正当性内核无法被否认。如果人们可以从自己的错误行为中获利，会构成一个反向激励，鼓励人们通过从事错误行为来追求利益，这是法律无论如何不能容许的。

“任何人不得从自己的错误行为中获利”可以获得我国现行法评价上的有力支撑。例如，“里格斯诉帕尔默”案中的情形——继承人为了提前实现遗嘱利益而杀害被继承人，依民法典第1125条第1款会丧失继承权。又如，投保人故意隐瞒重大病情投保，依保险法第16条第2款、第4款保险人有权解除保险合同，对合同解除前发生的保险事故不承担赔偿或给付保险金的责任，并且不退还保险费。再如，投保人、被保险人故意制造保险事故的，依保险法第27条第2款保险人有权解除合同，不承担赔偿或者给付保险金的责任。以上均是禁止当事人从其错误行为中获利的现行法评价，此类例子在我国法中不胜枚举。若将眼光投向实践，在最高人民法院公报案例“陈山河与洛阳市人民政府、洛阳中房地产有限责任公司行政赔偿案”中，法院明确将该原则作为裁判基础，并形成裁判摘要“任何人不得从自己的错误行为中获益”；<sup>[40]</sup>对此后诸多法院裁判产生重要影响。<sup>[41]</sup>因此，从以上我国现行法规则及案例中，实可经由整体类推的方法产生“任何人不得从自己错误行为中获利”之结论。<sup>[42]</sup>

本案中，居于主导地位的招标人华诚公司先有错误行为，然后再从自己的错误行为中获得单方面决定合同效力的巨大利益。此种行为如果获得法院支持，将鼓励人们通过事先制造无效事由控制合同效力的方式谋取利益。这是对诚信原则以及法秩序的严重侵害。

综上，若依“华诚案”判决书的表述，似乎华诚公司的多个行为都违背了诚信。但分析可知，真正应受背信评价的，是其以自己违法为由主张合同无效的行为。

## 2. 归入违背诚信的哪种类型

诚信原则必须具体化，借助案例比较建构各种类型，再就各类型明确其构成要件及法律效果，<sup>[43]</sup>这是诚信原则实践运用的必经之路。明确以自己违法为由主张合同无效系违背诚信之后，就要考虑将其归入何种类型之中，以期未来形成较完备的类型化体系，增进基于诚信原则裁判的确定性和妥当性。

有观点认为应归入“禁止权利滥用”类型。<sup>[44]</sup>主张无效也可算作是一种诉讼权利的行使行为，该行为违背诚信构成权利滥用时，应被否定。但如前文所述，仅仅否定当事人的无效主张而不改变无效规则的话，合同无效的后果是无法改变的。在此，当事人看似滥用了权利，实际上是滥用了无效法律制度。这涉及的是制度滥用。

王泽鉴指出，违反诚实及信用原则的权利滥用，可分为两类：个别的权利滥用（individuellerechtsmissbrauch），指个别权利的不当行使；制度性的权利滥用（institutioneller Re-

[40] 参见最高人民法院（2014）行监字第148号行政裁定书，《最高人民法院公报》2015年第4期。

[41] 参见江苏省南京市中级人民法院（2015）宁商终字第1184号民事判决书；湖北省洪湖市人民法院（2017）鄂1083民初534号民事判决书；广西壮族自治区兴业县人民法院（2021）桂0924民初580号民事判决书；湖北省赤壁市人民法院（2017）鄂1281民初1409号民事判决书。

[42] 关于整体类推，参见前引〔35〕，拉伦茨书，第482页；〔奥〕克莱默：《法律方法论》，周万里译，法律出版社2019年版，第175页以下。

[43] 参见周江洪、陆青、章程主编：《民法判例百选》，法律出版社2020年版，王泽鉴“序言”，第3页。

[44] 参见前引〔15〕，夏昊晗文，第146页以下。诚实信用是对一切权利行使、义务履行行为的要求。若权利行使行为违背诚信要求，超越正当界限，则构成权利滥用。因此，禁止权利滥用实为诚信原则一部分核心领域（权利行使领域）的反向规定，是诚信原则的一种子类型。

chtsmissbrauch), 指法律制度的不当利用。<sup>[45]</sup> 施陶丁格评注进一步指出了两者之间的差异: “整体而言, 制度性权利滥用和个别权利滥用两种类型之间存在区别。个别权利滥用是指, 在个案中经衡量构成违反诚实信用的(权利)行使。而制度性权利滥用是指, 某个法律制度产生的法律效果由于导致了不能容忍的结果而必须被否定。因而在这个意义上, 诚信原则也限制了所有的法律状态和法律规范。”<sup>[46]</sup>

广义的权利滥用可以区分为个别权利滥用(狭义权利滥用, 以下简称“权利滥用”)和制度性权利滥用(以下简称“制度滥用”)。权利滥用与制度滥用有明显区别:

(1) 表现不同: 权利滥用是当事人的一个具体权利行使行为被判断为滥用; 制度滥用是一项法律制度被滥用。

(2) 后果不同: 权利滥用的后果, 是该权利行使行为不产生其原本应当产生的法律效果, 但权利仍然存在, 当事人调整权利的行使方式并符合了诚信要求, 权利仍得行使。制度滥用无法仅靠否定权利行使行为来救济, 因为只要法律制度不改变, 制度就会强制产生它所要求的法律后果。这时, 只能靠修正法律来实现救济。因此, 权利滥用的结果是否定具体权利行使行为, 制度滥用的结果是修正法律, 两者明显不同。

(3) 调整两者的法律依据不同: 诚实信用区分为基本原则和概括条款。<sup>[47]</sup> 权利滥用时, 对其进行调整的是诚实信用概括条款, 比较法上通常是“行使权利, 履行义务, 应依诚实及信用为之”, 我国则为民法典第 132 条。而发生制度滥用时, 对其进行调整的是诚实信用原则(民法典第 7 条), 具体发挥作用的是诚信原则的修正功能。

以上可见, 权利滥用与制度滥用有很大区别, 将两者涵盖在一个广义的权利滥用之下并不适当。本文将制度滥用作为违背诚信原则之下的一个独立类型对待。

### 3. “违背合同无效制度设立的宗旨”在本案中的实际意义

本案判决中, 法院开示的第二个理由是“这将违背合同无效制度设立的宗旨, 也将纵容违法行为人从事违法行为, 使合同无效制度沦为违法行为人追求不正当甚至非法利益的手段”。实际上, 违背合同无效制度的设立宗旨就是制度滥用。因此, 该项理由其实并不构成一个新理由。对当事人以自己违法为由主张合同无效来说, 若从行为角度考察, 这是一个背信行为; 若从结果角度考察, 这是一个制度滥用。

至此, 我们理顺了实现诚信原则一方的教义结构。诚信原则之下有禁止制度滥用这一类型, 以自己违法为由主张合同无效是制度滥用的一种具体情况。但是, 并非指出存在违背诚信或制度滥用就可以引发法律修正, 尚取决于权衡的结果, 这就必须引出另一方的理由。

#### (二) 支持规则适用的实质理由及分析

##### 1. 法律修正须针对“特殊情形”

拉伦茨谈到依据“第 242 条的修正功能(korrektorische Funktion)”发展法律时, 强调“只有当待判案件所涉规则的适用将导致违反诚实信用的结果时, 也即待判案件与该规则所欲调整的‘通常情形’差异过大, 以致如果忽视此种特殊情形将明显违背事理或造成极大之不公时, 法官才能背离制定法规则”。<sup>[48]</sup>

[45] 参见前引 [25], 王泽鉴书, 第 442 页。

[46] Staudinger/Looschelders/Olzen, 2015, § 242 Rn. 217.

[47] 参见前引 [12], 于飞文, 第 29 页以下。

[48] Vgl. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I: Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987, S. 129.

拉伦茨所提到的“特殊情形”应予充分重视。法条作为抽象的一般规则，仅针对立法者所设想的“通常情形”，也仅能保证在“通常情形”下获得公平结果。而当立法者未曾预设的个案之“特殊情形”出现，一般规则适用于该特殊情形出现“极大之不公”的后果时，法律修正才能发挥作用。换言之，法律修正并不一般地修改规则；若一项规则在调整其所预设的“通常情形”就出现了不公，修改它是立法者的权限，司法者不能僭越。法律修正是在立法者未能虑及的、偏离“通常情形”的“特殊情形”出现时，为这些“特殊情形”创设限制性规定，以纠正严格适用规则产生的“不合目的性”，〔49〕从而实现“不同的事项，不同处理”。〔50〕

因此，在启动法律修正之时，必须廓清本案究竟有什么偏离通常情形的“特殊情形”？这一点既是法律修正发生的驱动因素，也是保障法律修正不越界的控制因素。

## 2. 本案中的“特殊情形”及其对支持规则适用的实质理由之影响

本案判决书在事实查明部分明确指出，案涉建设工程施工合同约定的“合同价款：418332352.72元”，“上述合同履行过程中，就铁建大桥工程局已施工完成合同工程项目的工程价款，华诚房地产公司委托新疆申光建设工程项目管理咨询有限公司分期进行了工程进度款审核，并形成15期《进度款审核价》，……以上15期工程价款计量金额合计371295038.02元。经质证，铁建大桥工程局与华诚房地产公司对上述15期工程价款计量金额的数额均予认可”。计算可知，已完成项目部分的工程款与合同约定工程款的比例达88.8%，因此可以说合同已基本履行完毕。法院同时查明，在2013-2014年间，建设单位华诚房地产公司与施工单位中铁十三局集团有限公司及监理单位、设计单位、勘察单位对涉案合作区蓝领公寓1-11号楼进行工程验收，共出具31份《建设、监理、设计、施工、勘察单位主体工程质量验收意见表》，“以上验收意见均为：经验收符合施工图纸及设计变更要求，满足施工规范要求，工程质量达到国家规范规定的合格标准。上述质量验收意见表经五方单位签章确认”，即工程验收合格。

合同已基本履行完毕且工程验收合格，这是本案中最为重要的“特殊情形”，其对规则背后的实质理由在本案中的份量产生了决定性影响。以下分三点述之：

（1）保护其他潜在投标人通过竞标取得讼争工程项目的建设权益。本案合同已基本履行完毕，工程已经验收；即使合同被宣告无效，也不可能再重新发包一次以维护其他潜在投标人的利益。换言之，保护潜在投标人这一立法目的已经确定无法实现，这一点与合同有效或无效无关。

（2）维护建筑市场公平竞争的经济秩序。第二点直接受制于第一点。由于合同已经基本履行完毕，其他潜在投标人不可能再有可能会竞标，故本案中建筑市场公平竞争的经济秩序已被破坏，这一点也与合同有效或无效无关。

（3）保障公众安全和社会公共利益。否定“明招暗定”行为，维护建筑市场竞争秩序，最终是为了保障能够通过法定程序遴选最佳投标人，从而保障建筑工程质量，维护公众安全的重大社会公益。本案中，由于工程已经验收合格，这一保障公众安全的立法目的已经实现，这一点也与合同有效或无效无关。

〔49〕 关于成文法的“不合目的性”，参见前引〔13〕，徐国栋书，第264页。

〔50〕 那么目的性限缩可否针对“通常情形”限缩规则文义？笔者认为可以。因为目的性限缩是为实现立法者主观目的而进行的作业，其正当性之强足以证成较大程度的修改。这一点又构成目的性限缩与法律修正之间的一个区别。

总之，本案所涉之无效规则所设想的“通常情形”，是为“明招暗定”行为设置无效后果，合同无效后重新组织招投标，以保护潜在投标人利益，进而维护竞争秩序和公共安全。在建设工程施工合同签订之后尚未开始履行之前，或至少还有重新发包的可能之前，依该规则认定无效是合理的。但在本案中，出现了建设工程施工合同基本履行完毕且工程验收合格的“特殊情形”，在该个案条件下，保护潜在投标人利益及维护竞争秩序这两个立法目的已经确定地无法实现，而保障公共安全利益的立法目的已经确定地实现。以上立法目的的实现与不实现，已经被本案的“特殊情形”所固化，无论合同被认定为有效还是无效，都不会发生改变。此时，无效这一措施是否还要维持，就取决于权衡的另一端的情况。

### （三）原则与规则的实质理由之间的权衡

阿列克西将原则理论与比例原则相结合，阐释了原则冲突时权衡法则的三种情形。第一种情形反映了比例原则中的適切性原则（或适当性原则）。原则作为最佳化命令，要求在事实上和法律上可能的范围内尽量被实现。事实可能性的相对化导出了適切性原则。假设采取某一侵害交易、职业、专业自由（原则一：营业自由或职业自由）的措施是为了加强对消费者的保护（原则二：消费者保护），但事实上该措施并没有以任何方式恰当地实现原则二。既然不采取该措施并不损害原则二，但采取该措施会损害原则一，那么对原则一和原则二进行最佳化就要求不采取该措施。<sup>[51]</sup>

“华诚案”恰属于权衡法则的第一种情形。采取合同无效措施是为了实现规则背后的实质理由，但在本案“特殊情形”（合同已经基本履行完毕且工程验收合格）之下，支持规则适用的实质理由之实现程度已经被案件事实所固化，从而已与无效措施无关；无效措施也不能再以任何方式增进规则背后实质理由的实现程度。此时，一方面不采取无效措施并不会损害规则背后的实质理由，或者说不会带来更多损害；另一方面采取无效措施却会损害诚信原则，会导致法律容许当事人以自己违法为由主张合同无效，从而可以通过事先制造违法无效事由来控制合同效力，进而基于自己的错误行为获利，这对诚信原则损害很大，从而导致诚信原则在本案中具有很重的份量。于是，对本案中原则和规则的实质理由进行最佳化的结果，就是放弃无效这一措施，规则背后的实质理由并不会因此受到更多损害，同时诚信原则获得了最大程度的实现。

### （四）形式理由的加入及权衡结果

支持规则适用有两个理由。其一是实质理由，即规则所追求的价值目的；其二是形式理由，规则是由立法者制定的，立法者权威要求其决定被尊重和遵守。形式理由与规则的内容及内容是否正确无关，它只是要求尊重权威决定。形式理由的依据，建立在民主原则、法的安定性原则及分权原则之上。<sup>[52]</sup>因此，若要发动诚信原则的修正功能，就必须论证在个案中实现诚信原则的重要性超过了具体规则适用的实质理由与形式理由之和。

形式理由的加入带来了论证负担问题。其一，论证起点上的论证负担规则，即主张在待决案件中推翻规则适用者，必须首先承担论证负担。其二，论证结果风险分配的论证负担规则，即出现平手情形时，由反对适用规则者承担不利后果。<sup>[53]</sup>第一项规则决定了在原则与规则发

[51] 参见 [德] 罗伯特·阿列克西：《法律原则的结构》，载阿列克西：《法：作为理性的制度化》，雷磊编译，中国法制出版社 2012 年版，第 136 页以下。

[52] 参见雷磊：《规范、逻辑与法律论证》，中国政法大学出版社 2016 年版，第 334 页以下。

[53] 同上书，第 367 页以下。

生冲突时,主张适用规则者不必先举证,而主张实现原则者必须先举证。这一点特别对在个案中想要发动诚信原则修正功能的法官提出了尽到论证义务的要求。第二项规则决定了平手情形下风险由主张实现原则者承担。

本案中,如果严格适用规则产生无效后果,会对诚信原则产生很严重的侵害。而支持适用无效规则的实质理由的实现程度已被案件事实所固化,已不受无效之影响,因而在权衡中实际上份量已经趋零。在本案中份量很重的诚信原则与份量趋零的支持无效规则的实质理由之间,不是平手或大致相当的情况。两者份量差异之大,权衡结果已经不会因形式理由的加入而发生改变。<sup>[54]</sup>

#### (五) 进一步的思考:法律的一般预防功能

权衡理论是一种面向个案的思考,其要求对支持原则和规则的理由在个案中的份量进行称重,并以个案份量进行权衡决胜。但是,实践中法官不仅要思考个案中哪一方当事人更值得支持,还要思考一旦作出一项判决,该判决会给社会一般主体带来何种影响和预期。比如,若法院在本案中突破无效规则判决合同有效,会不会导致社会上其他主体因此认为,由原合同法第52条第5项、2004年“建设工程施工合同解释”第1条、招标投标法第55条构成的无效规则并不可怕,即使触犯之,合同也仍然有效,于是就更敢于“明招暗定”?这涉及突破规则的裁判会不会破坏法律的一般预防功能。

招投标活动及建设工程施工合同中,招标方(发包方)作为甲方居于主导地位。要想维持无效规则的一般预防功能,关键是规则的适用结果一定要对违反规则的主导方当事人不利,从而使居于主导地位者不敢触犯规则,才能使规则尽量得到遵守。若招标方(发包方)以“明招暗定”的方式签订了建设工程施工合同,在合同尚未履行时,合同依招标方(发包方)的意愿发生其所欲的权利义务关系对其有利。但此时属于案涉无效规则的通常情形,应当严格适用规则发生无效后果,然后重新组织招投标程序,以实现无效规则保护潜在投标人、维护招投标中的竞争秩序、保障公共安全利益的立法目的。但在“合同履行完毕且验收合格”这一特殊情形,发生无效后果反而对背信的发包方有利,因为合同无效可以帮助发包方避免合同解除、违约责任等不利后果,但却不妨碍发包方基于建造这一事实行为取得建筑物所有权。此时严格适用规则反而会对违法的发包人产生激励效果,鼓励发包人以后更多地为“明招暗定”之行为。因此,“合同履行完毕且验收合格”时发包方以自己违法为由主张无效的,应当基于法律修正方法产生限制性规定,将这一特殊情形排除出无效规则的适用范围。一旦无效规则不再适用于本案,在不具备其他效力障碍事由的情况下,合同有效。

最后还有一个问题。本案承包方铁建公司也是事先进行实质性谈判的当事人,如判决书所说:“铁建大桥工程局明知违法而参与竞标,最终中标并签订涉案《建设工程施工合同》,亦存在过错,应负次要责任。”然而,判决结果看起来对铁建公司有利,铁建公司的次要责任体现在哪里?笔者认为,应当区分公法与私法的不同后果,私法上得出的合同有效评价并不影响公法上应当给予违法当事人的行政处罚。从私法上说,如果发包方已经实现了合同履行利益(取得建筑物所有权),且公众安全这一主要公益也已实现(验收合格),那就应当让承包方也

[54] 学者对形式理由(形式原则)参与权衡进行了详细分析。参见前引[52],雷磊书,第八章“法律论证的特殊形式:复杂权衡”。但由于本案中“特殊情形”的存在,故应可作简化处理。



获得合同履行利益（合同有效），以维护利益平衡。<sup>〔55〕</sup>而承包方的违法行为，应由公法给予处罚。同理，发包方虽已在合同有效中承受不利，但那是一个私法上的独立评价，不能替代公法后果；发包方仍应因其违法行为受到公法制裁。

私法上确保对居于主导地位的背信当事人发生不利后果，公法上对违法当事人进行行政处罚，两相结合才能迫使主体尽量不为法律禁止之行为，真正维护无效规则的一般预防功能。

## 结 论

对于第一部分的三个证否理由，首先，发动诚信原则的修正功能并不是“向一般条款逃避”。原则与规则的适用结果一致时，不适用规则而运用原则才构成“向一般条款逃避”；结果不一致时，即使运用原则也不是“向一般条款逃避”，这里发生的是基于原则的法律修正。

其次，关于诚信原则的修正功能是否破坏了法的安定性，一方面，诚信原则的修正功能能够发动，意味着已经在权衡中证明了实现原则的利益要大于适用规则的利益与法的安定性之和，此时法的安定性即使受有损失也是正当的和必要的。另一方面，诚信原则的修正功能实际上修补了规则在“特殊情形”下的严重不妥当，这一修正被法院普遍接受之后，会在更强妥当性的基础上建立新的法的安定性。

最后，诚信原则的修正功能不会导致法官滥用权力，因为诚信原则的修正功能建立在法官论证义务之上，尽到这一论证义务之后，法官发动法律修正不仅不是滥用权力，反而是对妥当裁判义务的遵守。相反，如果不承认诚信原则的修正功能，就只有两种可能的结果：或者一律严格适用规则，承受一般规则在无法预见也不可穷尽的“特殊情形”下的不妥当结果，并违反法官的妥当裁判义务；或者以目的性限缩之名为法律修正之实，以宏大的“目的”为理由来修改法律，法官只须尽简陋的论证义务就可为困难之事，此时权力更容易被滥用。

结合本案，诚信原则修正功能的思维过程可以整理如下：

第一步：严格适用规则会产生严重不妥当的后果。这是引发法律修正的事实基础。严重的不妥当引发法律人的警觉，开启后续作业的思维探索。若无严重不妥当的后果，仅为实现更理想的法秩序，不得进行法律修正。在本案中，这一严重不妥当的后果体现为违法者以自己违法为由否定合同效力，拒绝承担违约责任。

第二步：查明规则的立法目的，并证明本案无法在立法目的范围内妥当处理。这一步是为了保障目的性限缩在方法论上的优先性，并借两者的区分建立不同的论证义务。在此必须注意这里的立法目的是法条目的、主观目的、具体目的，不可作扩大解释。对立法目的的准确理解

---

〔55〕 实务界人士指出，“我国法律对建设工程施工活动的管制过于严苛，其规定的大量无效事由并不具有足够的合理性”；“建设工程经竣工验收合格的，无效合同与有效合同在《建筑法》制定的根本目的上已无很大的区别，而认定为无效合同后，对合同的清理较为复杂，故不宜认定为无效”；“在施工合同已经履行完毕且工程质量合格的情况下，一方面参照合同约定支付工程价款，另一方面又确认合同无效，无异于掩耳盗铃，并不能‘在其他方面促进立法目的的达成’，还不如放开对这类合同效力的管制”。邬砚：《建设工程合同纠纷254个裁判规则深度解析》，法律出版社2018年版，第405页，第409页以下。笔者基本赞同以上观点，同时认为，我国民事基本法对建设工程施工合同设定大量无效事由后，司法者恐怕正是觉察到工程竣工验收合格时按无效处理的严重不妥当，才于司法解释中通过“参照合同约定”的方式，在工程价款这一核心领域向有效走了一步。但如本文第一部分案例梳理所示，这一步还远不够彻底，而且无效合同发生有效效果本身就是个悖论。本文通过诚信原则修正功能产生限制性规定使合同有效，是在不修改立法情况下的一个比较彻底的方法。当然，更为根本的修正还需要通过放松管制和立法完善来进行。

既为目的性限缩建立了正当性基础，也为法律修正留出了方法论空间。

第三步：引入新的权衡要素——诚信原则。诚信原则的修正功能产生在制度滥用领域。今后的重要工作是在该领域逐渐形成本土案例类型，以增强基于诚信原则裁判的确定性。结合本案可以认为，以自己违法为由主张合同无效是制度滥用的案型之一，但这一背信行为是否能够引发法律修正，尚取决于权衡结果。

第四步：权衡。结合案情尤其是充分考虑本案的“特殊情形”，论证实现原则的重要性打败了支持规则适用的实质理由与形式理由之和。这是所有论证环节中的最难点。本案中，由于支持规则适用的实质理由的实现程度已经被合同基本履行完毕且工程验收合格这一“特殊情形”所固化，故能够产生原则胜出的权衡结果。

第五步：修正规则，产生但书。在本案中，加上了但书的整个规则为“招标人与投标人事先就投标价格、投标方案等实质性内容进行谈判，影响中标结果的，中标无效。基于无效中标签订的建设工程施工合同亦无效。但在合同履行完毕且工程验收合格的情况下，当事人主张无效的除外”。这一但书可以将本案排除于规则的适用范围之外。

---

---

**Abstract:** In the “Huacheng Case”, the Supreme People’s Court amended the rule of invalidity based on the principle of good faith and affirmed the validity of the contract when the application of the rule of invalidity would result in serious improper consequences in an individual case. Taking the legislative purpose as the boundary to make a distinction between purposive restriction and legal amendment, the court used the amendment function of the principle of good faith as the methodological tool in the “Huacheng Case”. In this case, one party, by claiming that the contract was invalid on the ground of its own violation of law, abused the legal system of invalidity. In light of the facts of the case, especially the “special situation” in this case, that is, the construction contract had been basically fulfilled and the project had been accepted, and after balancing, the court came to the conclusion that the importance of the realization principle overrode the sum of the substantive and formal reasons for the application of the rule, and the rule should be amended in accordance with the principle of good faith. The process of the amendment function of the principle of good faith can be sorted out as follows: deciding that strict application of rules will produce serious improper consequences; ascertaining the legislative purpose of the rule and demonstrating that the case cannot be properly dealt with within the legislative purpose; introducing a new factor of balance, namely the principle of good faith; balancing; and amending the rule to produce the proviso.

**Key Words:** construction contract, invalidity, abuse of legal system, principle of good faith, balance

---

---