

违规合同的效力评价：路径与方法

蔡 睿^{*}

内容提要：立法将合同适法规范中的法源位阶限制为法律和行政法规，目的在于排除部门利益和地方利益对合同自由的不当干扰，为全国统一大市场的建立提供法治保障，这一做法形成了独具中国特色的法律保留现象。在“违法—背俗”二元评价框架下，对于既违法又违规的合同，可依被违反之上位法连接适法规范评价合同效力。对于单纯违规合同，若欲“绕道”公序良俗条款评价其效力，则须跨越违规与背俗之间的方法论“鸿沟”。裁判者对单纯违规合同进行背俗审查应保持谦抑性，在方法上，必须对被合同违反之规定进行合秩序评价后，才能进入动态体系下的价值权衡阶段。在价值权衡过程中，作为基本权利的合同自由处于优越地位，否定合同效力必须经过充分的论证。合同适法规范限制法源位阶，不是一种实用主义的权宜之计，而是具有法律适用上的重大意义。

关键词：法源位阶 法律保留 公序良俗 合秩序评价 动态体系

一、问题的提出

我国民法中合同适法规范的一大特色，在于将合同不得违反之强制性规定的法源位阶限制为“法律、行政法规”。与早期学说对此持肯定意见不同，〔1〕近年来，已有不少学者提出了批评意见。批评者虽不否认限制法源位阶有减少合同无效情形之功，但认为这一做法有矫枉过正之嫌。〔2〕有学者指出，以提高规范等级的方式应对行政管制泛滥，是在用一个错误矫正另一个错误。错误叠加无法导出正确，更大的可能是，与正确渐行渐远以至于积重难返。〔3〕亦有学者指出，相较于抽象化的法律、行政法规，行政规章在维护社会秩序、发挥法的作用方面确实更有实效。〔4〕完全排除行政规章对合同效力的影响，在实践中有架空国家管制目的的危险。

^{*} 中国社会科学院法学研究所助理研究员。

本文系国家社科基金一般项目“公私法互动视角下的违法合同效力研究”（24BFX044）的阶段性成果。

〔1〕 参见谢怀栻等：《合同法原理》，法律出版社2000年版，第120页以下；邓辉：《论违反强制性规范民事行为之法律效力》，《江西财经大学学报》2004年第5期，第65页。

〔2〕 参见杨代雄：《〈民法典〉第153条第1款评注》，《法治研究》2020年第5期，第126页。

〔3〕 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155页。

〔4〕 参见李建伟：《行政规章影响商事合同效力的司法进路》，《法学》2019年第9期，第190页。

险，〔5〕使私法审判难以担当起匡扶社会正义的使命。〔6〕

在司法层面，《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，已失效，下称“合同法解释一”）第4条虽声明合同法实施以后，人民法院确认合同无效，不得以地方性法规、行政规章为依据，但面对违反行政规章、地方性法规等违规合同，司法机关并未放任不管。早在《最高人民法院公报》2009年第9期刊载的“安徽省福利彩票发行中心与北京德法利科技发展有限责任公司营销协议纠纷案”中，最高人民法院即明确表示，在法律、行政法规没有规定，而行政主管部门制定的相关行政规章涉及社会公共利益保护的情形，若违反其效力性禁止性规定，可依据合同法第52条第4项确认合同无效。2019年最高人民法院发布的《全国法院民商事审判工作会议纪要》（法〔2019〕254号，下称“九民纪要”）第31条亦指出，违反规章一般情况下不影响合同效力，但该规章的内容涉及金融安全、市场秩序、国家宏观政策等公序良俗的，应当认定合同无效。2021年最高人民法院发布的指导性案例170号进一步明确了前述立场。2022年，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则部分的解释（征求意见稿）》第19条第2款规定：“合同违反地方性法规、行政规章的强制性规定导致违背公序良俗的，人民法院应当依据民法典第153条第2款规定认定合同无效”。〔7〕虽然正式颁行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》（法释〔2023〕13号，下称“合同编通则解释”）没有保留这一表述，但在第17条规定：“合同虽然不违反法律、行政法规的强制性规定，但是有下列情形之一的，人民法院应当依据民法典第153条第2款的规定认定合同无效……”，实则也在暗示这一意思。对最高人民法院近年来的裁判案例进行梳理，可以发现以违背公序良俗宣告违规合同无效，已在危房出租、〔8〕隐名代持上市公司股权、〔9〕刑事或行政风险代理〔10〕等案型中形成了稳定的裁判意见，在未经前置评估程序处置国有资产、〔11〕规避限购政策借名购房、〔12〕典当行违规发放信用贷款〔13〕等案型中，也已形成了否定合同效力的倾向性意见。

面对学界的质疑和司法实践的“跃进”，如果我们不否认个案裁判结论的确存在客观妥当性，就有必要思考如下问题：首先，如此多的违规合同被宣告无效，是否如批评者所言，立法者对法源位阶的限制是矫枉过正？如果并非如此，那么法源位阶限制的正当性和法理基础何在？其次，在“违法—背俗”二元评价框架下，对于违规合同的效力评价依据该如何定位？尽管裁判者“绕道”公序良俗条款审查违规合同的效力已成惯例，但在民法典第153条第1款不存在法律漏洞的前提下，合同违规这一事实如何与公序良俗这一法内漏洞填补条款进行连

〔5〕 参见谢鸿飞：《论法律行为生效的“适法规范”——公法对法律行为效力的影响及其限度》，《中国社会科学》2007年第6期，第136页。

〔6〕 参见孙鹏：《论违反强制性规定行为之效力——兼析〈中华人民共和国合同法〉第52条第5项的理解与适用》，《法商研究》2006年第5期，第123页。

〔7〕 《民法典合同编通则解释向社会公开征求意见》，最高人民法院网站，<https://www.court.gov.cn/zixun/xiangqing/378071.html>，2025年3月5日最后访问。

〔8〕 参见指导性案例170号：饶国礼诉某物资供应站等房屋租赁合同纠纷案。

〔9〕 参见最高人民法院（2017）最高法民终529号民事裁定书。

〔10〕 参见最高人民法院（2018）最高法民申1649号民事裁定书。

〔11〕 参见最高人民法院（2019）最高法民终1815号民事判决书。

〔12〕 参见最高人民法院（2020）最高法民再328号民事判决书。

〔13〕 参见最高人民法院（2017）最高法民申331号民事裁定书。

接?最后,相较于合同适法规范,公序良俗条款无疑具有更大的操作弹性,当前司法实践对违规合同的背俗审查仍处于方法上的“盲目飞行”阶段。如果对裁判者的自由裁量权不加合理限制,必然会产生合同违规比违法更易无效的倒挂现象,如此一来,立法者限制法源位阶的目的将会落空。因此,即便允许对违规合同进行背俗审查,也应当建立一套严格而精细的法律评价方法,防止合同的效力动辄被否定。

针对上述问题,本文首先从立法目的和法理基础两个方面阐释合同适法规范限制法源位阶的正当性。然后分析违规合同效力评价的二元路径,并指出合同单纯违规与背俗之间存在的问题“鸿沟”。最后尝试构建违规合同背俗评价的方法论框架。通过以上问题的讨论,本文力图呈现违规合同在效力评价方法上的独特性,重新发现合同适法规范限制法源位阶的重要教义学意义。

二、法源位阶限制之正当性

(一) 法源位阶限制的立法目的

在我国早期民事立法中,不论是20世纪50年代至80年代起草的数个民法典草案,^[14]还是80年代制定的经济合同法和民法通则,都不存在对合同适法规范法源位阶的限制。当时的学说亦对合同不得违反之“法”作广义理解,不仅包括狭义的法律,还包括法规、规章、法令、地方性法规等。^[15]

限制法源位阶的做法始于1993年。第八届全国人大常委会第三次会议通过《关于修改〈中华人民共和国合同法〉的决定》,将原法第7条第1款第1项“违反法律和国家政策、计划的合同”修改为“违反法律和行政法规的合同”,这一修改与我国决定建立社会主义市场经济体制相适应。1992年,党的十四大将建立社会主义市场经济体制确立为改革目标,为给此项改革提供法治保障,立法者决定采取“两步走”战略,先修正经济合同法,后制定统一的合同法。^[16]因此,“保障社会主义市场经济的健康发展”被列入修正经济合同法的立法目的,法源位阶限制可以看作是这一立法目的的直接体现。^[17]在统一合同法的制定过程中,从1996年6月7日合同法草案试拟稿第三稿开始,合同适法规范中的法源位阶亦被限制为法律和行政法规。^[18]从当时的社会背景来看,大量合同由于违反“红头文件”被宣告无效。有学者指出,经济合同的无效率直线上升、履约率直线下降,打经济合同无效的官司几乎成了违约者规避违约责任的常用手段,而且当事人总能钻新旧体制交替的空子,从20世纪80年代的红头文件中找到确认经济合同无效的“合法”依据,轻而易举地实现他们的策略。^[19]有学者因

[14] 1955年10月5日《中华人民共和国民法总则(草稿)》第40条第1款规定:“违反或规避国家法律、法令,抵触国民经济计划以及危害公共利益的法律行为,无效。”何勤华等编:《新中国民法典草案总览》上卷,法律出版社2003年版,第8页。1982年5月1日《中华人民共和国民法草案(第四稿)》第134条规定:“违反法律、法令规定的或者有意逃避法律、法令约束的合同,没有法律效力。”何勤华等编:《新中国民法典草案总览》下卷,法律出版社2003年版,第578页。

[15] 参见王作堂等编:《民法教程》,北京大学出版社1983年版,第89页;金平主编:《民法通则教程》,重庆出版社1987年版,第97页以下;佟柔主编:《中华人民共和国民法通则简论》,中国政法大学出版社1987年版,第137页。

[16] 参见梁慧星:《民法学说判例与立法研究(二)》,国家行政学院出版社1999年版,第119页以下。

[17] 参见张桂龙主编:《中华人民共和国合同法(修正)实用讲话》,经济日报出版社1993年版,第24页。

[18] 参见前引[16],梁慧星书,第143页。

[19] 参见李开国:《民法总则研究》,法律出版社2003年版,第255页。

而感叹道，几乎所有“红头文件”都可被用来置合同于死地，造成交易中禁例如林，民事活动中处处陷阱，行政干预法力无边，当事人寸步难行的局面。^{〔20〕}限制合同适法规范的法源位阶可谓势在必行。

在《〈中华人民共和国合同法〉立法资料选》中收录的一篇文献写道：“各国民法大都规定违法是影响合同效力的一个重要原因，但各国的国情、法律传统及立法目的不同，因此对违法性合同的内涵和外延的规定是不同的。”^{〔21〕}由此可见，立法者限制法源位阶的做法，并非参考借鉴域外立法的产物，而是基于中国实践需要深思熟虑作出的安排。一方面，立法者通过提升导致合同无效的法源位阶，希望减少行政干预，避免合同动辄无效；另一方面，立法者通过将部门规章、地方性法规等排除在外，避免部门利益和地方保护主义对合同效力的不当干预，为全国统一大市场的建立提供法治保障。

在民法典编纂过程中，合同适法规范的法源位阶问题未引起讨论，^{〔22〕}民法典沿用了合同法时代的做法。2022年4月10日发布的《中共中央、国务院关于加快建设全国统一大市场的意见》，要求加快建立全国统一的市场制度规则，打破地方保护和市场分割，打通制约经济循环的关键堵点，促进商品要素资源在更大范围内畅通流动，加快建设高效规范、公平竞争、充分开放的全国统一大市场。2024年，党的二十届三中全会通过《中共中央关于进一步全面深化改革、推进中国式现代化的决定》，提出将构建全国统一大市场作为构建高水平社会主义市场经济体制的重要组成部分。由此看来，建设高水平社会主义市场经济体制仍处于进行时而非完成时，阻碍全国统一大市场形成的制度性制约因素依然存在，部门保护主义和地方保护主义现象尚未根除。限制合同适法规范法源位阶的做法因市场经济体制改革而生，承担着保障全国统一大市场建设的重要历史使命，在高水平社会主义市场经济体制建成之前仍具有现实意义，未到功成身退之时。

（二）法源位阶限制的法理基础

1. 法律保留原则之体现

限制合同适法规范法源位阶的意义，在于规定仅法律和行政法规可以作为宣告合同无效之依据，即排除了低位阶法源作为否定合同效力的规范依据。换言之，立法者将创设合同无效规则之权保留在法律和行政法规层级，体现出法律保留之意。

法律保留原则，最早由德国学者奥托·迈耶提出，按照其经典定义，法律保留系在特定范围内对行政自行作用的排除。^{〔23〕}该原则历经演变，现代意义的法律保留原则主要包括两个层面的含义：一是宪法层面的法律保留原则，即特定的重大事项只能由国家最高立法机关以正式法律的形式规定，而不能由行政机关作出规定。二是行政法层面的法律保留原则，即行政活动必须有明确的法律授权根据。^{〔24〕}对于前者，有学者称为“立法保留”，^{〔25〕}合同适法规范中的法源位阶限制就属于这一层面的法律保留，其规范依据可建立在立法法第11条第8项之上。

〔20〕 参见王卫国：《论合同无效制度》，《法学研究》1995年第3期，第16页。

〔21〕 全国人大法制工作委员会民法室编著：《〈中华人民共和国合同法〉立法资料选》，法律出版社1999年版，第151页。

〔22〕 参见《民法总则立法背景与观点全集》编写组编：《民法总则立法背景与观点全集》，法律出版社2017年版，第3页以下。

〔23〕 参见〔德〕奥托·迈耶：《德国行政法》，刘飞译，商务印书馆2002年版，第72页。

〔24〕 参见章志远：《行政法学总论》，北京大学出版社2022年版，第148页以下。

〔25〕 参见陈新民：《中国行政法学原理》，中国政法大学出版社2002年版，第34页以下。

有必要指出的是,此类法律保留现象非合同适法规范所独有。在我国民商事法律中,诸多涉及对民商事主体行为予以限制的引致性规范,所列法源均限于法律和行政法规,[26]可谓形成了具有中国特色的法律保留现象。

2. 法律保留的依据和理由

将创设合同无效规则之权保留在法律和行政法规层级,有两个问题需要说明:一是立法者为何赋予行政法规创设合同无效规则之权,二是立法者为何不赋予低位阶法源创设合同无效规则之权。

(1) 为何赋予行政法规创设合同无效规则之权

首先,传统的法律保留原则是在立法机关制定的法律与行政机关颁布的法令这种双层立法结构下提出来的,故而仅强调法律的保留。我国1954年宪法也曾采用“法律—法令”双层结构,不过自1982年宪法首次引入“行政法规”这一层级立法后,双层结构转变为“法律—法规—法令”三层结构。[27]三层结构下的法律保留自然表现出与双层结构下的法律保留不同的特征。

其次,传统法律保留强调行政机关立法对立法机关立法的依附性。但是,根据我国宪法和立法法的规定,国务院的立法权并非完全依附于全国人大及其常委会,而是具有一定的独立自主性,表现在以下两个方面:第一,根据立法法第72条的规定,行政法规除了可以规定为执行法律的规定而需要立法的事项外,还可以就宪法第89条规定的属于国务院行政管理职权的事项自主立法。第二,根据立法法第12条的规定,对于尚未制定法律的事项,全国人大及其常委会可以授权国务院根据实际需要先行制定特定领域的行政法规,待制定法律的条件成熟时,再行制定法律。由此可见,国务院拥有的不仅是对法律遵照执行的立法权,而且享有一定自主性的“职权立法权”和“先行先试立法权”。[28]

最后,法律保留的正当性系于民主原则,即只有具有民主合法性的国家机关才能对共同体利益作出重大决定。[29]各个国家机关因其民主性的强弱而被赋予不同的权力,民主正当性越强的机关,越具有作出重大决定的权力。[30]传统的法律保留模式建立在西方国家议会与政府权力分立的基础上,强调政府立法对具有民主正当性的议会立法的服从。与之不同,全国人民代表大会是我国最高国家权力机关,国务院由全国人民代表大会产生,对它负责,受它监督,这种“产生—负责”关系不同于西方国家议会与政府分立下的对立关系,而是一种分工与协作的交融关系。[31]有学者对此作出形象比喻:在全国人大“产生”国务院后,中间的“脐带”并没有脱落,国务院通过这一“脐带”继续分享全国人大的民主正当性。[32]国务院的产生和组成既然具备民主正当性,其可就部分关系公民利益的重大事项进行立法,就符合法律保留原则的内在要求。

[26] 参见公司法(2023)第25条、第48条、第57条、第78条、第115条、第125条、第140条、第188条、第206条;证券法(2019)第5条、第94条、第166条;保险法(2015)第83条、第107条、第177条等。

[27] 参见刘志鑫:《法律保留的双重构造》,《法律科学》2023年第6期,第96页以下。

[28] 参见门中敬:《国务院在行政与立法关系中的职能定位——以行政保留为理论分析的视角》,《湖北社会科学》2016年第10期,第160页。

[29] Vgl. Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1983, S. 76-77.

[30] 参见汪庆华:《法律保留原则、公民权利保障与八二宪法秩序》,《浙江社会科学》2014年第12期,第57页。

[31] 参见前引[28],门中敬文,第159页。

[32] 参见前引[27],刘志鑫文,第101页。

基于以上三点，法律保留的中国模式，除特定领域的绝对立法保留（立法法第12条但书）外，可将保留立法的法源位阶扩及于行政法规，表现为法律和行政法规保留。在具体解释路径上，民法典第153条第1款纳入“行政法规”，可视为最高国家权力机关对国务院的授权（法律依据为立法法第12条），使行政法规取得了创设合同无效规则之权。合同适法规范之所以限制法源位阶，在于排除部门利益和地方保护主义对建设全国统一大市场的干扰，国务院制定行政法规属于中央立法权，这一解释亦不与民法典第153条第1款的立法目的相违背。

（2）为何不赋予低位阶法源创设合同无效规则之权

首先，创设合同无效规则不属于国务院各部委和地方的事权范围。根据立法法第91条第1款的规定，国务院各部委应在本部门的权限范围内制定规章。又根据立法法第80条、第81条第1款的规定，地方立法机关仅可根据本地区的具体情况和实际需要进行立法。第82条第1款更是明确划定地方性法规的立法权限，要么是对法律、行政法规规定的具体化，要么属于地方性事务的需要。合同制度属于市场经济的基础性法律制度，审查或决定合同效力既不属于任何一个行政部门的权限，也不属于地方性事务，此点从立法演变中亦可得到印证。1993年修正经济合同法第7条时，除限制法源位阶外，还将第3款“无效经济合同的确认权，归合同管理机关和人民法院”修改为“经济合同的无效，由人民法院或者仲裁机构确认”。经此修改，一方面取消了行政机关对合同无效的确认权，既然行政机关无权确认合同效力，自然也不应享有创设合同无效规则之权；另一方面，宣示了司法机关享有确认合同无效的专属权，司法权作为中央事权，这一宣示暗含立法者将确认合同无效之权保留在中央层级之意。

其次，否定合同效力属于关系民事主体自由的重大事项，相关规则不宜由低位阶法源创设。现代意义的法律保留要求对于共同体和公民来说重要的事项必须由立法机关作出规定，此即决定法律保留范围的“重要性标准”。对于重要性的判断，如德国学者毛雷尔所言，重要性不是一个确定概念，而是一个滑动公式。“公民的基本权利受到的影响或威胁越严重，对公众的影响越严重，以及在公共领域越是富有争议的复杂问题，法律规范就必须越精确和严格”；“从需要由立法机关立法的非常重要的事项，到可以由法定的法规制定机关予以规制的不太重要的事项，再到不属于立法保留范围的非重要事项，构成一个阶梯”。^{〔33〕}在社会成员高度分工的市场经济条件下，人们只有通过自愿的交换才能获得各项生产和生活资料，从而确保人身自由和人格尊严得到实现。合同作为法律提供给公民进行自愿交换的制度工具，对个人和社会均具有重要意义。宣告合同无效作为对合同最为严厉的制裁措施，对公民自由影响甚巨，仅得由较高层级的立法机关保留创设合同无效规则之权，符合重要性标准的要求。

最后，现阶段不赋予低位阶法源创设合同无效规则之权有助于实现法秩序统一。立法者限制法源位阶之初衷，在于担心部门利益和地方利益对建立全国统一大市场的干扰，这与现行立法体制下行政规章和地方性法规的起草机制有关。通过这一限制，使合同效力受到全国统一规则的评价，不因行业领域或地域的不同而有差异。诚然，不少学者提到，统一法秩序的构建可通过建立完善的法规规章审查制度予以保障，立法法、《规章制定程序条例》、《法规规章备案审查条例》等也已建立起比较完备的法规规章批准、备案、审查和撤销机制。但是必须看到，

〔33〕 参见前引〔29〕，Maurer书，第79页以下。

受制于我国立法监督制度设计的复杂性,^[34]审查标准和程序机制欠缺,^[35]以及法规规章备案审查面临案多人少等现实矛盾,^[36]部门立法和地方立法审查机制的实际运行效果距离理想状态尚有一段距离。在此背景下,限制法源位阶无疑是确保法秩序统一的务实选择。

三、违规合同效力评价的二元路径

(一)“违法—背俗”二元评价框架

合同有效除需满足行为人具有民事行为能力和意思表示真实两项内在要求外,还必须满足法秩序的外在要求。对于此种外在要求,原经济合同法和民法通则曾在一个条项中规定,早期通说亦在一个条目下阐释这一要件,并且通常将违反国家政策、社会公共利益、计划等纳入广义的违法之下。^[37]不过,自1999年合同法第52条分两项规定不得违法和损害社会公共利益后,关于合同外部控制的“违法—背俗”二元评价框架成为学说主流。^[38]

针对“二元论”,部分学者提出与之相反的“一元论”,主张将违法统摄到违反社会公共利益之下,统一以是否损害社会公共利益作为审查合同效力的标准。考察“一元论”的观点,可以发现其立论基础有二:一是认为合同违法同时损害了社会公共利益,既然如此,不妨直接将违法纳入损害社会公共利益的范畴之中。^[39]二是认为将公序良俗条款作为判定违法合同效力的依据,实益在于避免效力判断中的概括化、抽象化、简单划一化趋向。^[40]

“一元论”的立论基础并不成立。首先,认为违法合同同时损害社会公共利益,并认为损害社会公共利益是违法合同无效的原因,并不准确。事实上,不少法律、行政法规的规范目的在于保护私益而非公益。以刑法为例,我国刑法学当前的有力学说已摒弃了来源于苏联的社会危害性理论,而将犯罪的本质界定为对法益的侵犯或者引起危险。^[41]所谓法益,是指根据宪法的基本原则,由法所保护的、客观上可能受到侵害或者威胁的人的生活利益。^[42]“人的

[34] 参见莫纪宏:《地方性法规合宪性审查中的几个法理问题探讨》,《山西师大学报(社会科学版)》2020年第4期,第46页以下。

[35] 参见莫纪宏:《论规章的合宪性审查机制》,《江汉大学学报(社会科学版)》2018年第3期,第9页。

[36] 2020年,全国人大常委会办公厅共收到报送备案的行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、经济特区法规、司法解释、特别行政区法律1310件。参见《全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会关于2020年备案审查工作情况的报告》, http://www.npc.gov.cn/npc/c2/c30834/202301/t20230113_423340.html, 2024年9月13日最后访问。2024年,全国人大常委会办公厅共收到报送备案的法规、司法解释等规范性文件1999件。参见《全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会关于2024年备案审查工作情况的报告》, http://www.npc.gov.cn/c2/c30834/202412/t20241225_442028.html, 2025年3月6日最后访问。2020年,全国人大常委会法规备案审查室专职从事审查研究工作的人员只有13人。截至2019年年底,在31个省级人大常委会从事备案审查工作的人员102人,平均每个省(自治区、直辖市)3.3人;在市级人大从事备案审查工作的人员约740人,平均每个市2人左右;在县级人大从事备案审查工作的人员约2600人,平均每个县1人左右。参见梁鹰:《备案审查工作的现状、挑战与展望——以贯彻执行〈法规、司法解释备案审查工作办法〉为中心》,《地方立法研究》2020年第6期,第4页。

[37] 参见佟柔等主编:《民法概论》,中国人民大学出版社1982年版,第59页;前引[15],王作堂等编书,第89页。

[38] 参见朱广新:《合同法总则》,中国人民大学出版社2012年版,第264页以下;崔建远:《合同法》,北京大学出版社2013年版,第89页;韩世远:《民法的解纷理论与立法论》,法律出版社2015年版,第12页。

[39] 参见黄忠:《违法合同的效力判定路径之辨析》,《法学家》2010年第5期,第71页。

[40] 参见前引[6],孙鹏文,第126页。

[41] 参见陈兴良:《社会危害性理论——一个反思性检讨》,《法学研究》2000年第1期,第3页;张明楷:《刑法学》上,法律出版社2021年版,第78页。

[42] 参见张明楷:《法益初论》上册,商务印书馆2021年版,第190页。

生活利益”包括个人的生命、身体、自由、名誉、财产等利益。〔43〕故意杀人罪保护的是公民的生命，属于典型的个人法益。〔44〕某人雇凶杀害特定之人，签订的雇佣合同并不损害社会公共利益，而是侵犯了受刑法保护的私人法益。之所以必须宣告这一合同无效，系为了维护法秩序统一，防止在刑法上被禁止之行为却在民法上被评价为有效。由此观之，违法合同无效之根源并非建立在损害社会公共利益之上，而是系于被违反之强制性规定的规范效力。

其次，“一元论”将公序良俗等同于社会公共利益，可能系受到早先立法用语的影响，也是对公序良俗的误解。公序良俗作为一个需要进行价值补充的不确定概念，〔45〕其功能在于作为“管道”，将法秩序内外的价值和道德引入私法之中，作为合同效力的评价要素。〔46〕我国学者经常将公序良俗拆解为“公序”和“良俗”，但这种区分的意义在于指明相关评价要素的来源既可以来自法内，也可以来自法外，〔47〕并不意味着公序良俗就等于社会公共利益。事实上，可被视作公序良俗者虽不排除社会公共利益，但其维护的通常是私人利益。例如，德国法上被视作背俗的限制自由型合同、滥用优势地位型合同以及严重的对价障碍型合同，均是为了保护合同当事人的交易自由或者防止其遭受暴利剥削而被认定为无效，属于对个人法益而非对社会公共利益的保护。〔48〕在一个案例中，我国法院认为双方当事人签订的《风险代理协议》因限制委托人接受调解、和解、终止代理的诉讼权利，加重委托人的诉讼风险，违背公序良俗而无效。〔49〕该案中公序良俗维护的也仅是合同当事人的利益，而非针对不特定人的社会公共利益。

最后，认为将公序良俗作为违法合同效力评价的依据有助于增大评价弹性的观点，系建立在违法合同绝对无效，或者所谓效力性强制性规定与管理性强制性规定明确二分的基础上。但前述观点目前已被摒弃，民法典和“合同编通则解释”不仅未采纳效力性强制性规定这一概念，而且形成的共识是，合同违反某一强制性规定是否无效，需根据强制性规定的目的，综合当事人的信赖保护、一方或双方违法、诚实信用与社会效果等因素，依据比例原则予以审慎判断。〔50〕因此，通过引入公序良俗增大违法合同效力评价的弹性并无必要。相反，使所有违法合同的效力评价均适用公序良俗这一抽象概括条款，将不当增大法官的自由裁量权，不利于裁判的稳定性，于法治无益。

比较法上，德国民法典对法律行为采用“违法—背俗”二元评价框架。瑞士债务法和奥地利普通民法典将违法和背俗规定在同一条文中，但学说上仍保持二元架构，分别进行阐释。〔51〕真正从“二元论”转向“一元论”的是日本民法学，转向的原因在于其特殊的规范构造。日本民法并无真正的法律行为适法规范，早先通说系通过对其第91条作反对解释得出这一规范。但由于缺乏实证法的明确规定，这一反对解释的基础并不牢靠，故而以该法第90

〔43〕 参见前引〔41〕，张明楷书，第78页。

〔44〕 参见周光权：《刑法各论》，中国人民大学出版社2021年版，第12页。

〔45〕 Vgl. MüKoBGB/Armbrüster, 10. Aufl., 2025, BGB § 138 Rn. 21.

〔46〕 Vgl. Wolf/Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10. Aufl., 2012, § 46 Rn. 12.

〔47〕 参见于飞：《〈民法典〉公序良俗概括条款司法适用的谦抑性》，《中国法律评论》2022年第4期，第56页。

〔48〕 Vgl. MüKoBGB/Armbrüster, 10. Aufl., 2025, BGB § 138 Rn. 110, 145, 207.

〔49〕 参见河南省高级人民法院（2016）豫民终503号民事判决书。

〔50〕 参见易军：《论合同违反强制性规定无效的判断标准——以〈民法典合同编通则解释〉第16条为中心》，《清华法学》2024年第1期，第6页。

〔51〕 Vgl. Kletečka/Schauer (Hrsg.), ABGB-ON Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 2010, § 879 Rn. 2, Rn. 60; Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, 1991, Art. 19–20 OR, S. 61, S. 78.

条公序良俗统合法律行为内容控制的“一元论”主张被提出,并逐渐取得有力地位。不过应当看到,“一元论”的有力倡导者仍将公序良俗区分为法令型公序良俗和裁判型公序良俗,二者在认定背俗的考量因素上存在较大差异,法令型公序良俗主要考量法令的目的,裁判型公序良俗则需回归基本权利进行考量。^[52]由此可见,即便在“一元论”之下,违法与背俗的区分依然客观存在。我国民法典第153条明确采用“违法—背俗”二元架构,与日本民法面临的问题不同,无转向“一元论”之必要。

尚需指出的是,“二元论”对限制法源位阶至关重要。因为按照“一元论”的主张,如果将违法合同的效力评价均统摄到公序良俗的判断上,那么合同适法规范将丧失存在的意义,其中限制法源位阶的做法也将沦为徒劳。由此,从合同适法规范限制法源位阶的意义出发,亦可反证“二元论”的合理性。

(二)“二元论”下违规合同的效力评价

在“二元论”下,合同适法规范和公序良俗条款均发挥“桥梁”功能,不同的是,前者引致的是一个具体的强制性规定,后者指向的则是范围广泛且充满不确定性的抽象价值。这意味着,虽然二者的适用均涉及价值权衡,但权衡的方式和自由度完全不同。合同适法规范将法官引向一个具体的强制性规定,法官无须自行创设规则,只需遵照立法者的指示,在立法者提供的评价要素的基础上衡量即可。例如,国有资产占有单位违反《国有资产评估管理办法》第3条的规定,未经资产评估程序转让国有资产。在评价其所签订的转让合同的效力时,裁判者只需对强制性规定进行解释,发现其规范目的即防止国有资产流失,然后结合合同内容以及合同履行情况等因素,判断维持合同效力是否会导致强制性规定的规范目的落空即可。适用公序良俗条款则无此种可能性,公序良俗作为一个空洞概念,并未提供任何具体指示,法官必须自行建构评价标准。^[53]例如,对于赠与婚外情人财产的合同是否背俗无效,裁判者没有具体的规则可以依据,只能从法律原则和社会伦理中寻找评价要素。故而,合同适法规范在可操作性、维护法的安定性上均较公序良俗条款为佳。^[54]基于此,应认为民法典第153条第1款是第2款的特别规范,在能够依适法规范认定合同无效时,无须再依据公序良俗条款对其进行审查。^[55]当前,我国不少裁判在适用适法规范认定合同无效时,同时援引公序良俗条款作为合同无效的依据,^[56]这种做法既无必要也不可取。

实践中,违规合同可能同时违反了法律或行政法规。此种情形可分为两类:一是下位法完全重复上位法的规定,如《证券登记结算管理办法》第23条第2款与证券法第58条的规定完全一致。二是下位法属于对上位法的具体化,但并未超出上位法的规范射程。例如,银行业监督管理法第19条规定:“未经国务院银行业监督管理机构批准,任何单位或者个人不得设

[52] 参见[日]山本敬三:《民法讲义I:总则》,解亘译,北京大学出版社2012年版,第214页。

[53] Vgl. Axel Beater, Der Gesetzesbegriff von § 134 BGB, AcP, 1997, 197. Bd., H. 5, S. 518.

[54] 参见韩世远:《合同法总论》,法律出版社2018年版,第240页。

[55] 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114页。这一观点亦为德国通说,德国多数学者认为德国民法典第138条第1款包含一项不成文的规范目的保留,故而第134条是第138条第1款的特别规定。Vgl. Staudinger Kommentar zum BGB/Staudinger/Seibl/Fischinger/Hengstberger, 2021, § 134 Rn. 12.

[56] 参见浙江省高级人民法院(2015)浙民申字第188号民事裁定书;甘肃省高级人民法院(2019)甘民终365号民事判决书;福建省高级人民法院(2020)闽民申3056号民事裁定书;新疆维吾尔自治区高级人民法院(2019)新民申1481号民事裁定书;湖南省高级人民法院(2017)湘民再241号民事判决书。

立银行业金融机构或者从事银行业金融机构的业务活动。”《贷款通则》第61条关于“各级行政管理部门和企事业单位、供销合作社等合作经济组织、农村合作基金会和其他基金会，不得经营存贷款等金融业务。企业之间不得违反国家规定办理借贷或者变相借贷融资业务”的规定，系对前述第19条的具体化。此时，下位法的规定实际上属于说明性规定，与上位法的规定一起构成完整的法律规则。

上述情形的违规合同仍可归于合同违反法律、行政法规的范畴，按照“二元论”下的规范适用顺序，依据合同适法规范审查合同效力即可。需要指出的是，对可被违法吸收的合同违规情形应进行严格限定，尤其是对下位法细化上位法规定的情形必须严格把握，不能以下位法系依据上位法的抽象授权而制定，即视下位法系对上位法的具体化。例如，律师法第59条规定：“律师收费办法，由国务院价格主管部门会同国务院司法行政部门制定。”《律师服务收费管理办法》第12条规定：“禁止刑事诉讼案件、行政诉讼代理人案件、国家赔偿案件以及群体性诉讼案件实行风险代理收费。”不能因《律师服务收费管理办法》系依据律师法第59条的授权而制定，即认为前述第12条是对上位法的具体化规定，进而将违反部门规章等同于违反法律。^[57]道理在于，合同适法规范指向的应当是一个包含具体行为要求的法律规则，如果其引致的只是一个授权性规范，并不能构成一个完整的法律规范，此其一。其二，在一个和谐有序的法秩序中，下位法均应基于上位法的授权而制定。就我国而言，可以说任何一部地方性法规、行政规章都是基于立法法的授权而制定的，如果将此种经抽象授权而制定的下位法视作对上位法的具体化，进而将违反下位法等同于违反上位法，将使限制法源位阶的规范目的落空。

实践中的另一种情形则是合同仅违规而不违法，可称之为单纯违规合同。由于合同适法规范对法源位阶的限制，被合同违反之低位阶规定不具有否定合同效力的规范效力，故而不能与合同适法规范相连接组成否定合同效力的完整规则。就此而言，“合同编通则解释”未重申原“合同法解释一”第4条的规定，但该条内容仍是一个必须坚持的立场。不过，对于单纯违规合同，尽管不能依据被违反之规定认定合同无效，也不能得出合同一定有效的结论，毕竟合同仍然存在因其他事由无效之可能。是故，对于此种单纯违规合同，“绕道”公序良俗条款宣告其无效的确存在逻辑上的可能性。最高人民法院亦指出，违反规章原则上不影响合同效力，但违反规章同时构成违背公序良俗的，此时之所以认定合同无效，不是因为违反了规章，而是因为违背了公序良俗。^[58]

（三）合同违规与违背公序良俗之间的方法论“鸿沟”

与通常情形的合同背俗审查不同，对于违规合同的背俗评价，起因于合同违反了低位阶法源中的强制性规定。正如裁判者所言，“这并不意味着在考察某一合同是否背俗时，完全可以置规章于不顾。因为只有当一个合同违反了规章的强制性规定时，才会引发是否存在违背公序良俗的问题”。^[59]由此可见，在此类审查中，被合同违反之规定并非作为宣告合同无效的法律依据，而是作为违背公序良俗的可能事实来看待，其在定位上处于法律适用三段论中的小前提而非大前提。当前，“绕道”公序良俗条款审查违规合同效力似乎已成惯例，但问题在于，如果不加限制地允许这一“绕道”，允许裁判者频繁引用公序良俗条款宣告违规合同无效，那

[57] 参见海南省高级人民法院（2019）琼民申890号民事裁定书。

[58] 参见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总则编理解与适用》下，人民法院出版社2020年版，第764页。

[59] 同上书，第764页以下。

么合同适法规范限制法源位阶的意义何在?从规范目的着眼,将违规合同评价为背俗,只能是一种例外而非惯常,此点从方法论上亦可得到证明,但现有裁判并未意识到这一点。

对于公序良俗这类一般条款的具体化作业,究竟属于法律解释还是法律漏洞填补,理论上素有争议。德国学者卡纳里斯认为属于法律解释,理由在于:其一,一般条款尽管非常不确定,但立法者毕竟提供了规范。其二,不论从主观解释还是从客观解释来看,立法者有意识地设置一般条款,就是为了顾及个案的特殊性以实现个别正义,因此不存在计划违反性。^[60]相反,我国台湾学者黄茂荣认为,一般条款虽授权法院为法律补充,但法院有权为法律补充并不能否认法律存在不圆满性。此外,一般条款的存在是因为立法者在规范设计上尚有力不从心之处,充其量只能将因其能力不足所致之法律不圆满状态评价为可预见的不圆满,但若因此将该不圆满状态评价为不存在或不违反立法计划,则与事实不尽相符。^[61]

前述分歧的根源在于公序良俗的特殊性。首先,界分法律解释与法律漏洞填补的通常标准在于是否超越法律规范的文义,^[62]但由于公序良俗难有精确文义,故这一标准不敷适用。其次,就是是否存在“违反立法计划的不圆满性”,从立法者是否设置个案的处理规则来看,确实不能说缺乏法律规范。但是从公序良俗的抽象空洞性来看,其适用也非一般法律规则意义上的涵摄,而更接近于法之续造。因此,公序良俗的具体化处于法律解释与法律漏洞填补的交界地带,形式上可以说是法律解释,但实质操作却更接近于法律漏洞填补。有学者称其为填补“法律内漏洞”,可谓恰如其分。^[63]

作为授权法官填补“法律内漏洞”的一般条款,公序良俗的适用必须保持谦抑性。尤其在有具体规则时,不能直接越过具体规则而适用公序良俗条款,否则将构成“向一般条款的逃避”。^[64]合同适法规范限制法源位阶是立法者有意作出的决定,故而民法典第153条第1款对法律、行政法规的列举属于封闭式列举,不能谓其存在法律漏洞,不得对其类推适用。相反,通过对该款作反对解释,可以得出合同违反低位阶法源的强制性规定不会导致无效的结论。^[65]合同适法规范既然已就违规合同的效力评价作出规定,不能谓其欠缺法律规则,那么为何还能适用公序良俗条款进行法律漏洞填补?换言之,在合同违规与违背公序良俗之间实际上存在一条方法论“鸿沟”,裁判者必须补足法律漏洞的发现和证成环节,方能依据公序良俗条款对违规合同进行审查。

四、违规合同背俗审查的方法论

(一) 方法建构的规范目的考量和方案选择

合同适法规范限制法源位阶之目的,在于为全国统一大市场的建设保驾护航,防止部门利益和地方保护主义对合同自由的不当干预。根据这一目的,即便允许“绕道”公序良俗审查违规合同效力,也不能使公序良俗成为部门利益和地方保护主义遁入合同效力评价的快捷通

[60] 参见[德]克劳斯·威廉·卡纳里斯:《法律漏洞的确定》,杨旭译,北京大学出版社2023年版,第13页以下。

[61] 参见黄茂荣:《法学方法与现代民法》,法律出版社2007年版,第384页。

[62] 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461页。

[63] 参见[奥]恩斯特·A.克莱默:《法律方法论》,周万里译,法律出版社2019年版,第151页。

[64] 参见前引[47],于飞文,第57页。

[65] 反对解释居于类推的反面,只有证明不存在制定法漏洞,禁止类推,才能够进行反对解释。参见前引[62],拉伦茨书,第490页以下。

道，必须将违规合同的背俗评价作为例外予以严格限制。具体到方法论层面，其一，不能将合同违规直接等同于违背公序良俗。其二，应着力限缩法官在违规合同背俗认定上的自由裁量空间。基于上述考虑，违规合同的背俗审查方法应有别于通常情况下公序良俗的具体化方法。

公序良俗条款作为立法者授予法官造法的“空白委任状”，与开放的不确定概念不同，连可能的文义都难以获得，它只是为法官指出一个裁判方向，至于在这个方向上到底可以走多远，则全凭法官自己判断。^{〔66〕}基于这一特点，对于公序良俗的具体化作业，通常只能采用案例群方法，即从法院裁判的典型案件入手，将新的待决案件与典型案件进行比较，得出是否适用一般条款的结论，通过反复进行此类操作积累一定的案例群，逐渐形成对一般条款的理解共识。^{〔67〕}这是一种基于平等法则并运用类型思维对生效判决进行抽象归纳反向勾勒出公序良俗轮廓的方法，其意义在于增加裁判的稳定性，尽可能实现同案同判。但是案例群方法建立在裁判先例具有普遍约束力的基础上，且裁判先例必须十分可靠，否则该方法的规范建构逻辑无法成立。即便具备这些条件，案例群方法的嗣后归纳特点至多只能说明概括条款在裁判中的实际适用情况，却无法说明作出此等裁判的正当化理由。^{〔68〕}

由于案例群方法的局限性，一种能够直面个案价值权衡的动态体系方法被运用于公序良俗条款的具体化作业中。动态体系论最早由维尔伯格提出，并首先运用于损害赔偿法领域，按照其基本观点，损害赔偿责任的成立不应仅基于一个统一的理念，而应基于多个要素的相互作用。^{〔69〕}卡纳里斯认为动态体系处于固定要件与一般条款的中间位置，它的弱点在于，相较于具有固定要件的体系，动态体系只能在更低的程度上保证法的安定性。它的优势在于，相比法官在一般条款中的自由探索，法的安定性能够得到更大程度的维护。^{〔70〕}公序良俗属于适合动态体系发挥其优势而规避其弱点的领域。正因如此，德国学者萨克认为，法律行为违背公序良俗是基于多个消极要素的共同作用，^{〔71〕}德国司法判例也逐渐采用这一思路来判断法律行为是否背俗。^{〔72〕}近年来，我国诸多学者主张将动态体系作为判断违规合同是否背俗的审查方法。^{〔73〕}司法机关也对动态体系青睐有加，这点从“九民纪要”第31条和“合同编通则解释”第17条的动态化表述中不难看出。

然而，动态体系也非完美。动态体系着眼于法的内在体系，其以原理为基础，由用以衡量其得以实现的观点和因子组成。^{〔74〕}为了防止恣意的裁量，动态体系以要素的有限性为前提，为了克服统一构成要件的僵化，动态体系又赋予要素以相互协动的品格。此种双重使命在赋予动态体系巨大优势的同时，也暴露出其局限性。由于内在体系的不确定性，构成动态体系的要

〔66〕 参见梁慧星：《民法解释学》，法律出版社2015年版，第294页。

〔67〕 参见刘亚东：《民法案例群方法适用的中国模式》，《环球法律评论》2021年第1期，第102页以下。

〔68〕 同上文，第105页以下。

〔69〕 参见〔奥〕瓦尔特·维尔伯格：《私法领域内动态体系的发展》，李昊译，《苏州大学学报（法学版）》2015年第4期，第112页。

〔70〕 参见〔德〕克劳斯-威廉·卡纳里斯：《法学中的体系思维与体系概念：以德国私法为例》，陈大创译，北京大学出版社2024年版，第83页以下。

〔71〕 Vgl. Staudinger Kommentar zum BGB/Sack, 2003, BGB § 138 Rn. 59.

〔72〕 Vgl. MüKoBGB/Armbrüster, 10. Aufl., 2025, BGB § 138 Rn. 44.

〔73〕 参见马新彦、李东宇：《合同违反政策时效力判定的裁判路径》，《清华法学》2023年第2期，第64页；牛安琪：《违反规范性文件合同效力判定的动态系统论》，《当代法学》2024年第2期，第57页；王利明：《论合同违背公序良俗——以〈合同编解释〉第17条为中心》，《求是学刊》2024年第3期，第97页。

〔74〕 参见〔日〕山本敬三：《民法中的动态系统论——有关法律评价及方法的绪论性考察》，载梁慧星主编：《民商法论丛》第23卷，金桥文化出版有限公司2002年版，第205页。

素及其权重也具有不确定性,如果人们在作为评价前提的要素上都无法达成共识,那么为个案提供评价框架的动态体系自然无从建立。^[75]由于公序良俗的抽象性,如何构建其内在体系本身就成为一个难题。从德国学者提出的背俗评价要素来看,所谓保障公认的法秩序、避免对自由的限制、防止滥用权力地位、防止损害第三人、防止严重的对价障碍、应受责难的意图、防止过度的商业化和禁忌目的等要素,实际上仍来自对既有判例标准的嗣后归纳。^[76]如果无法事先确定具体的评价要素及其权重,就无法为违规合同的背俗评价建立起精确的方法论框架。

对于前述难题,一个可行的解决方案是将被合同违反之规定作为评价要素的来源予以考虑。“合同编通则解释”第17条第2款将“政府部门的监管强度”作为合同背俗认定时的考量因素,实际上也体现出将相关规范目的接纳为评价要素的意图。这种做法固然解决了动态体系的评价要素来源问题,但是从被违反之低位阶规范中提取评价要素,并基于此建立动态评价体系,将使违规合同与违法合同的效力评价方法趋向一致,这无异于对民法典第153条第1款进行类推适用。此种类推适用有悖于法源位阶限制之目的,是不应被允许的,故评价方法的建构不能止步于此。为贯彻立法者的意图,在将被违反之规定作为评价要素的来源之前,应当设置一个前置性的审查环节,用以判断其是否具备作为公序良俗评价要素来源的资格。

综上所述,违规合同的背俗审查应当分为评价要素的发现和动态体系下的价值权衡两个步骤。第一个步骤解决被合同违反之规定能否作为背俗评价要素来源的资格问题,下文称之为“合秩序评价”。在此基础上,第二个步骤则是基于动态体系思想在个案中进行价值权衡,解决是否有必要宣告违规合同背俗无效的问题。相较于通常情形下公序良俗的具体化作业,违规合同的背俗审查可以依靠被违反之规定提取出评价要素,从而减少裁量的恣意性。而与违法合同效力审查的不同在于,必须事先对被违反之规定进行“合秩序评价”,方能进入到价值权衡阶段,以此体现出违规合同效力评价的严格性。

(二) 第一步:合秩序评价

1. 理由

(1) 合同自由作为基本权利

每个人都享有自主形成其生活空间的自由,也负有尊重他人自由的义务,此即私人自治。但在社会生活中,人是无法无视他人的存在而形成自己的生活空间的,于是便需要一种获得他人的同意使相互的生活空间的形成成为可能的制度,这便是合同制度。^[77]合同作为贯彻私人自治的制度工具,合同自由作为合同制度的核心价值,可谓私人自治的直接体现,因而合同自由不只是一项私法权利,更是一项受到宪法保障的基本权利。比较法上,德国学者认为合同自由是德国基本法第2条第1款中一般行为自由的具体表现,^[78]日本学者认为合同自由可以追溯到日本宪法第13条的幸福追求权。^[79]我国宪法虽未直接提及合同自由,但通过对私有财产权和继承权保护条款(第13条)、基本经济制度条款(第15条)、人身自由条款(第37条)、婚姻自由条款(第49条)等作整体解释,亦可得出合同自由属于宪法上公民基本权利的结论。

[75] 参见解巨、班天可:《被误解和被高估的动态体系论》,《法学研究》2017年第2期,第53页以下。

[76] Vgl. MüKoBGB/Armbrüster, 10. Aufl., 2025, BGB § 138 Rn. 52-58.

[77] 参见前引[52],山本敬三书,第87页。

[78] 参见[德]福尔克尔·埃平等:《基本权利》,张冬阳译,北京大学出版社2023年版,第273页。

[79] 参见前引[52],山本敬三书,第213页。

作为基本权利的合同自由，首先作为一项主观权利，具有“防御权功能”，可以抵御国家的不当侵犯。^{〔80〕}正是这一缘故，任何对合同自由的干预都必须具备正当理由。基本权利还建立了一个客观价值秩序，国家对于基本权利不仅负有不侵犯的消极义务，还负有帮助和促进其实现的积极义务。^{〔81〕}结合以上两点，国家干预合同自由的正当性只能从基本权利的“客观法”面向得到支持。具言之，通过公序良俗限制合同自由，要么是为了对基本权利进行保护，要么是为了对基本权利进行支援。^{〔82〕}着眼于本文讨论的问题，若欲将合同违反之规定作为公序良俗之体现，则应对其进行是否合乎以基本权利为核心的法秩序价值体系的评价。

（2）公序良俗的具体化要求

公序良俗的具体化离不开法官的价值补充，德国立法理由书和不少判例称公序良俗为“所有公平和正义思考者的礼仪感”。^{〔83〕}尽管这一说法招致诸多批评，认为其空洞无物，但其至少表明，公序良俗不应是法官的个人道德观念，而应是“占统治地位的道德”。^{〔84〕}在现代多元社会中，宪法承载着凝聚社会主体共同价值认同的功能，其通过将多元价值共享的“最大公约数”表达出来，塑造共同体的价值根基。^{〔85〕}有学者将宪法称为“共同体的法律基础秩序”。^{〔86〕}可见，宪法所承载的价值体系在公序良俗的具体化中发挥着重要作用，“占统治地位的道德”实际上就是法秩序内在的伦理原则和价值标准。^{〔87〕}作为贯彻宪法“间接第三人效力”的工具性条款，公序良俗实际上扮演着使宪法上之基本权利进入民法的“通道”角色。^{〔88〕}被合同违反之规定能否被评价为公序良俗，关键在于其是否符合“以宪法为核心、以法律为主干”的法秩序所蕴含的价值标准和伦理原则。

（3）构建跨越“鸿沟”的桥梁

如上所述，在合同违规与违背公序良俗之间存在方法论“鸿沟”。对于违规合同的背俗审查，如何发现和证成存在法律漏洞，可从限制法源位阶作为一项法律保留的角度思考。现代意义上的法律保留原则具有两方面的功能：一是防止行政机关侵犯立法机关的立法权，二是防止立法机关的立法懈怠。“法律保留范围内的事项对于立法机关而言是一项立法义务。”^{〔89〕}由于民法典将创设合同无效规则之权保留在法律和行政法规层级，如果低位阶法源中的强制性规定符合法秩序的价值标准和伦理原则，而为贯彻该价值标准或伦理原则，又确有必要否定合同效力，那么基于法律保留原则的要求，立法者本应积极作为将相关规范提升至法律或行政法规的层级，但未及时采取立法措施，而使相关规范停留在较低的法源层级，致使其不能作为否定合同效力的依据，便可认为出现了违反立法计划的不圆满性，存在法律漏洞。因此，法律漏洞是否存在，关键在于追问低位阶规定是否应纳入上位法。而这一结论的得出，同样系于低位阶规定是否符合上位法所体现的价值标准和伦理原则。

〔80〕 参见张翔：《基本权利的规范建构》，法律出版社2023年版，第173页。

〔81〕 同上书，第176页。

〔82〕 参见前引〔52〕，山本敬三书，第214页。

〔83〕 Vgl. Staudinger Kommentar zum BGB/Staudinger/Fischinger, 2021, § 138 Rn. 57.

〔84〕 Vgl. Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. Aufl., 2011, Rn. 1152-1153.

〔85〕 参见秦小建、周瑞文：《〈民法典〉公序良俗规定的宪法向度》，《湖北大学学报（哲学社会科学版）》2021年第4期，第105页。

〔86〕 Vgl. Falk Roscher, Vertragsfreiheit als Verfassungsproblem, Berlin, 1974, S. 42.

〔87〕 参见〔德〕卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》下册，王晓晔等译，法律出版社2013年版，第600页以下。

〔88〕 参见〔日〕小山刚：《基本权利保护的法理》，崔东镐、崔东日译，中国政法大学出版社2021年版，第238页。

〔89〕 周佑勇：《行政法基本原则研究》，法律出版社2019年版，第173页。

2. 方式

当前,多数裁判未树立合秩序评价的意识,不过从个别裁判说理中仍可寻觅合秩序评价的线索。例如,在《最高人民法院公报》2010年第4期刊载的“巴菲特投资有限公司诉上海自来水投资建设有限公司股权转让纠纷案”中,法院指出《企业国有产权转让管理暂行办法》和《上海市产权交易市场管理办法》均系依据国务院《企业国有资产监督管理暂行条例》的授权而制定,且下位法的规定符合上位法的精神,不违背上位法的具体规定。又如,在《最高人民法院公报》2021年第6期刊载的“吴海澜诉上海聚仁生物科技有限公司买卖合同纠纷案”中,法院指出《干细胞临床研究管理办法(试行)》系依据药品管理法和《医疗机构管理条例》而制定,且该办法与法律和行政法规的立法目的一致。尤其值得注意的是,在一系列隐名代持上市公司或金融公司股权合同纠纷案中,法院形成了比较清晰的审理思路。以“福州天策案”为例,法院在裁判中首先指出《保险公司股权管理办法》系依据保险法第134条的授权而制定,认为前者关于禁止代持保险公司股权的规定与保险法的立法目的一致。其次,法院认为中国保险业监督管理部门在《保险公司股权管理办法》中设置禁止代持保险公司股权的规定属于其职责权限范围,且该内容不与更高层级的法律、行政法规的规定相抵触,其制定和发布亦未违反法定程序。^[90]参考现有案例的裁判思路,可以大致建立起合秩序评价的基本框架,即从规范制定权限、制定程序、规范内容三个方面展开。

首先,关于规范制定权限,可从下位法是否有制定依据和是否属于有权主体制定两个方面进行考察。对于前者,由于立法法就不同类型法源的制定依据提出了不同要求,在审查时应有所侧重。例如,对于地方性法规,立法法仅要求不与宪法、法律、行政法规相抵触即可,对于规章,则要求必须具备上位法依据。在规章内部,立法法对国务院部门规章和地方政府规章又提出了不同要求,国务院部门规章的上位法依据可以是法律和国务院的行政法规、决定、命令,地方政府规章的上位法依据则是法律、行政法规和本省、直辖市、自治区的地方性法规。对于后者,法院可根据“三定”方案确定的部门职责和权限范围进行确认。

其次,可依据立法法、《规章制定程序条例》、《法规规章备案审查条例》等考察相关机关是否遵循了规范制定程序。

最后,对于规范内容的审查,法院应主要聚焦于两个方面。一方面,需注意相关规范是否与上位法的目的和精神相一致。有必要指出的是,这一层面的考察不应流于形式,而应指明规范的具体目的或价值所在,并得出其是否合乎法秩序价值要求的结论。例如,对于《干细胞临床研究管理办法(试行)》中关于干细胞临床研究不得直接进入临床应用的规定,不宜笼统宣称其与上位法的立法目的相一致,而应指明该规定系为了保障医疗安全和公众生命健康。由于人的生命权和健康权属于宪法和民法典保障的基本权利,因而该规定合乎法秩序的价值要求。另一方面,还需考察相关规范是否与上位法的具体规范相冲突。相较于前一方面的价值评判,这一考察聚焦于具体规范层面,奉行不抵触标准即可。

3. 结论

当事人以违反行政规章、地方性法规为由主张合同无效,法院在审查合同是否背俗的过程中,合秩序评价作为第一个审查步骤,其目的在于判断被合同违反之规定是否具备作为公序良俗之评价要素的资格。通过了合秩序评价,只是意味着相关规范可以作为背俗判断的评价要

[90] 参见最高人民法院(2017)最高法民终529号民事裁定书。

素，进而有资格进入到实质的价值权衡阶段。反之，未通过合秩序评价，也仅意味着不能将合同违规这一事实认定为违背公序良俗，并不代表对相关规范的效力予以否定。因此，合秩序评价并非对相关规范进行合法性审查，不存在逾越司法权限的问题。

（三）第二步：价值权衡

1. 从规范和案件事实中提取评价要素

（1）积极要素

维持合同效力的积极要素首先便是合同自由原则，无正当理由不得对其进行干预和排除。此外，从我国司法裁判来看，诚信原则也扮演着维系合同效力的积极要素的角色，因为不少案件系违反部门规章的一方当事人主张合同背俗无效，目的在于摆脱自己的合同义务。如果支持当事人的这一主张，无异于允许其从自己的错误行为中获利。有鉴于此，不少裁判基于维护诚信驳回了其诉讼请求。^{〔91〕}

（2）消极要素

在价值权衡环节，否定合同效力的消极要素提取自被合同违反之具体规定，这需要法官考察规范目的，从中提取出规范所保护的客观价值。

对于消极要素的提取，当前司法实践存在以抽象的社会公共利益代替具体的规范价值考察的简单化倾向。^{〔92〕}这一认识的误区在于，现实中并不存在脱离私人权益的抽象公共利益，任何公共利益都应当并且可以化约为具体的私人权益。例如，《商品房屋租赁管理办法》第6条关于不符合安全、防灾等工程建设强制性标准的房屋不得出租的规定，之所以与公共利益有关，是因为其关系到不特定公民的生命权和健康权等个人权益。并且，公共利益亦非必然优先于私人权益。例如，不能为了保护不特定人的财产利益而剥夺特定公民的生命权或健康权。这一简单化倾向使法官逃避谨慎说理的论证义务，将遮蔽实现个案妥当评价必不可少的精细化价值权衡，存在损害法的安定性的危险。

此外，规范保护价值的提取务必准确。对于《律师服务收费管理办法》第12条的规定，个别裁判认为刑事风险代理以刑事司法活动结果作为收取代理报酬的条件，其性质和后果干扰了正常司法秩序，损害了司法公正和社会公共利益。^{〔93〕}将该条保护的价值系于维护司法秩序和司法公正是存在疑问的。首先，律师业务作为个性化服务，其定价由市场主体个别谈判决定，乃理所当然。风险代理的确会刺激律师的胜诉欲望，但律师可以通过提高自己的专业化服务水平追求胜诉，并不必然意味着其会实施干扰司法秩序的行为。其次，即便律师采取违法手段追求胜诉，也有刑法或行政法予以惩处，一个公正的司法体制应当可以防止律师的不法干扰。最后，如果认为风险代理存在此种危险，那么应在所有诉讼类型中禁止此类收费方式，而不仅仅是在部分诉讼类型中禁止。笔者认为，禁止在刑事诉讼中采用风险代理，是因为委托代理合同的一方当事人是刑事被告人或其亲属，律师有可能利用其承受刑事追诉的压力，设置不公平的合同条款攫取不当利益。因此，该规定的真正价值在于维护委托人的合同自由和交易公平。^{〔94〕}

〔91〕 参见最高人民法院（2018）最高法民再467号民事判决书；最高人民法院（2021）最高法民申7790号民事裁定书。

〔92〕 参见最高人民法院（2017）最高法民申331号民事裁定书。

〔93〕 参见最高人民法院（2018）最高法民申1649号民事裁定书。

〔94〕 在一个案件中，最高人民法院指出：“如果认定刑事案件风险代理委托合同有效，可能引起部分律师事务所利用当事人急于求胜诉结果的心理而违规高收费，导致损害委托人利益的情形发生。”最高人民法院（2012）民再申字第318号民事裁定书。

2. 考察要素的充足度

在动态体系中,评价要素可以分为两类,一类是作为原则的要素,另一类是作为观点或者因子的要素。^[95] 前述诸如合同自由、诚实信用、生命权、健康权、交易公平等,均属于原则层面的要素。按照德沃金的观点,原则与规则存在“质”的区别,规则是以一种“全有或全无”的方式被适用的,而原则具有分量或重要性的向度,当多个原则交叉影响同一案件时,解决纠纷必须考虑每一原则的分量强弱。^[96] 正因原则的这一属性,在提取出个案所需考虑的原则要素之后,还需进一步衡量各项原则在案件中的充足度,这就要通过另一类作为观点或因子的要素,用以衡量各项原则在案件中的分量。

观点和因子的设定因个案而不同,“合同编通则解释”第17条提到的当事人的主观动机和交易目的、政府部门的监管强度、一定期限内当事人从事类似交易的频次、行为的社会后果等,均属于对个案中可能予以考虑的观点和因子的列举。其中,当事人订立合同是为了生活需要,或者当事人主张合同无效存在背信动机,属于维持合同效力一侧的因素。反之,合同涉及损害不特定多数人利益,如隐名代持上市公司股权可能损害不特定潜在投资人的合法权益,^[97] 属于否定合同效力一侧的因素。至于当事人从事类似交易的频次,则属于双向因素,既可能导向维持合同效力,也可能导向否定合同效力。在动态体系之下,可以运用比较句式来判断要素的充足度。^[98] 维持合同效力的因素累积越多,维持合同效力的原则的充足度就越高,就越倾向于维持合同效力,反之则越倾向于否定合同效力。

3. 事先确立的评价基准

对要素充足度的考察为法官断案提供了一定指引,即一个合同比另一个合同更应评价为有效或无效,但此时仍缺乏必要的精确性。一方面,相对立的要素可能在性质和充足度上大体相当,此时需要判断何者优先。另一方面,比较句式没有揭示原则须达到何种充足程度,才能得出确定的法律效果。因此,动态体系的构建尚须引入一定的评价基准,对于前一问题,需事先确定各项价值的权重,对于后一问题,则需确立相应的示例性评价。

(1) 价值权重

按照阿列克西的观点,原则作为“最佳化命令”,属于一种要求某事在事实上和法律上可能的范围内尽最大可能被实现的规范。^[99] 对于个案中相冲突的价值孰轻孰重,有时较易判断,比如当生命权、健康权等人格权的保护与财产权保护相冲突时,应保护前者。不过,在维持和否定合同效力的原则属于同等性质时,如何判断便存在疑问。考虑到合同适法规范限制法源位阶的规范目的以及公序良俗适用的谦抑性,存疑时应倾向于维护合同自由,除非否定合同效力的因素处于压倒性地位。此点亦可通过比例原则得到证明。司法确认合同无效,属于公权力对私人领域的介入,应恪守比例原则的要求。广义的比例原则包括妥当性原则、必要性原则

[95] 参见前引〔74〕,山本敬三文,第200页以下。

[96] 参见雷磊:《基本权利、原则与原则权衡——读阿列克西〈基本权利论〉》,载陈金钊、谢晖主编:《法律方法》第11卷,山东人民出版社2011年版,第390页以下。

[97] 参见上海市高级人民法院(2019)沪民终295号民事判决书。

[98] 根据奥托的观点,比较句式的基本形式是:“越多或越可能a,则越多或越可能b”,或者是“当a存在时,则更多或更可能b”。Vgl. Gerhard Otte, Zur Anwendung komparativer Sätze im Recht. In: Franz Bydlinski, Heinz Krejci, Bernd Schilcher, Viktor Steininger, Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht, 1986, S. 271 ff.

[99] 参见〔德〕罗伯特·阿列克西:《法:作为理性的制度化》,雷磊译,中国法制出版社2012年版,第132页。

及均衡原则三项子原则。^[100] 妥当性原则要求公权力之行使可以达到法定目的，如果当事人签订的刑事风险代理协议并未实际损害另一方当事人的利益，则不应认定违规合同违背公序良俗。必要性原则和均衡原则要求公权力对私权之干预应选择适当之方式，并不得超过必要限度，如果典当行仅系偶然实施借贷行为，对其实施行政处罚即可实现规范目的，则无必要宣告借款合同无效。^[101] 比例原则的引入，尤其是其中必要性原则和均衡原则的要求，实际上赋予待评价要素不同的权重，合同自由居于优越地位，基于其他价值对合同自由的否定，必须经过充分的“超过论证”。^[102]

（2）示例性评价

A. 指导性案例 170 号

案涉《租赁合同》的标的物为应尽快拆除全部结构的 D 级危房，《租赁合同》违反《商品房屋租赁管理办法》第 6 条第 2 项的规定。该案中，当事人订立合同的目的为经营宾馆，维持合同效力的积极要素为追求商业利益的合同自由。否定合同效力的评价要素从《商品房屋租赁管理办法》第 6 条第 2 项中提取，意在保护公民的生命安全，涉及生命权、健康权等重要法益，属于法秩序保护的重要价值。并且，合同履行涉及不特定人的生命安全，这构成否定合同效力的另一个评价因素。按照人格权优先于财产权保护的基本价值观念，且基于比例原则的考量，不宣告案涉合同无效不足以保护不特定人的生命权和健康权，故该案判决具有正当性。从中可抽象出如下示例性评价：为保护不特定多数人的生命权、健康权等人格权，可以否定以追求商业利益为目的的合同自由。

B. 隐名代持上市公司股权协议

最高人民法院针对隐名代持上市公司股权纠纷已作出数个典型裁判。^[103] 此类案件中，当事人签订股权代持协议违反了《首次公开发行股票并上市管理办法》第 13 条和《上市公司信息披露管理办法》第 3 条第 1 款的规定。这些规定系依据证券法第 11 条的授权而制定，目的在于确保上市公司信息披露的真实、准确、完整，以便将关联交易审查、高管任职回避等金融监管措施落到实处，保护广大非特定投资者的权益。2023 年修订的公司法第 140 条第 2 款亦声明“禁止违反法律、行政法规的规定代持上市公司股票”。有鉴于此，可以肯定被违反之规定中蕴含着被法秩序肯定的价值。此类案件中，维持合同效力的积极要素为当事人自由处置财产的合同自由，否定合同效力的消极要素为其他人的交易安全和财产性利益，二者在性质上难谓孰优孰劣。若否定合同效力必须存在其他“超过因素”，这类案件中的“超过因素”便是隐名代持股权发生在上市公司这一事实。考虑到隐名代持上市公司股权存在规避金融监管、诱发内幕交易或关联交易等现象，存在损害不特定投资人利益的危险，故而否定合同效力获得正当性支持。从中可抽象出的示例性评价为：当事人的财产处置行为危及社会不特定人的交易安全和财产利益时，可以例外地否定其合同自由。

[100] 参见前引〔25〕，陈新民书，第 43 页。

[101] 在一个案例中，法院认为案涉典当行并未经常性借贷扰乱金融市场秩序，故认定案涉《典当借款合同》并非无效。参见内蒙古自治区高级人民法院（2019）内民申 784 号民事裁定书。

[102] 参见前引〔47〕，于飞文，第 59 页。

[103] 参见最高人民法院（2017）最高法民申 2454 号民事裁定书；最高人民法院（2017）最高法民终 529 号民事裁定书。

结语：认真对待合同自由

自 1993 年修正经济合同法开始，经合同法及至民法典，我国民事立法始终将合同适法规范的法源位阶限制为法律和行政法规，形成独具中国特色的法律保留现象，目的在于排除部门利益和地方保护主义对合同自由的不当干扰，为全国统一大市场的建立提供法治保障。这一做法意味着，裁判者不能直接依据低位阶法源宣告合同无效，“绕道”公序良俗条款审查违规合同效力亦只能作为一种例外，须受到严格限制。方法论上，受制于法源位阶限制的规范目的，对违规合同进行背俗审查，应当对合同违反之规定进行合秩序评价，防止部门利益和地方利益借公序良俗否定合同效力。跨越违规与背俗之间的“鸿沟”后，方能进入到精细化的价值权衡阶段。价值权衡时，合同自由亦居于优越地位，否定合同效力必须经过充分的“超过论证”。由此可见，限制法源位阶并非一种实用主义的权宜之计，而是具有法教义学上的重大意义。鉴于我国部门立法、地方立法审查机制运行面临案多人少的现实矛盾，要求裁判者对违规合同的背俗审查严格把关，实际上起到化整为零的作用，使每个法官在个案中担负起维护法秩序统一之职责，体现出立法者的智慧。改革开放以来，我国经济体制改革与经济法制建设相辅相成、互动发展，^{〔104〕} 助推经济建设取得了举世瞩目的成就。但切莫忘记，我国实行市场经济体制不过三十余年，合同自由的意识根基远谈不上牢固。在建设高水平社会主义市场经济的当下，对于合同自由，我们仍须认真对待！对于维护合同自由的法律规则，我们应当认真呵护！

Abstract: China's civil legislation limits the legal sources of legality norms for contracts to laws and administrative regulations to eliminate inappropriate interference by departmental and local interests with contract freedom, and to provide legal protection for the establishment of a unified national market. This approach can be described as a unique phenomenon of legal reservation with Chinese characteristics. Under the binary evaluation framework of contract content, the validity of a contract that violates both law and lower-level rules can be evaluated by connecting the higher-level law being violated with legality norms. To evaluate through public order and good morals clauses the effect of a contract that violates only lower-level rules, a methodological "gap" must be bridged. Judges should maintain humility when determining whether the public order and good morals is violated by a contract that violates administrative rules. They should first evaluate whether the provisions violated by the contract comply with the legal order and then enter the stage of balancing interests in a dynamic system. In the process of balancing interests, the freedom of contract as a fundamental right always holds an important position, and the negation of the effect of the contract must be fully demonstrated. The limitation of the hierarchy of legal sources in legality norms is not a temporary solution, but has significant implications for legal application.

Key Words: hierarchy of legal sources, legal reservation, public order and good morals, evaluation of compliance with legal order, dynamic system

〔104〕 参见陈甦：《改革开放 40 年来我国经济体制与经济法制的互动发展》，《中州学刊》2018 年第 11 期，第 1 页。