

公序良俗一元論之證成

——基於我國司法實踐的考察

李志遠*

摘要：最高人民法院第 170 號指導案例引出合同法上的一個重要議題：違反規章能否導致合同無效。在指導案例出臺前，我國立法層面采嚴格限制，既限定規範效力層級又限定規範類型，但仍無阻司法實務以違反公序良俗為由將規章納入裁判依據。規範效力層級的限制及二分法的區分無益於司法實務。立法層面的概念枷鎖限制與掩蓋了法官在個案中進行價值判斷的應有程序，根本原因在於未能厘清違反強制性規定條款與違反公序良俗條款的關係。采以“公序良俗”一元論的思路乃未來應有之義。具體適用徑路上采成本收益分析較比例原則更適當。

關鍵詞：強制性規定 公序良俗 二分法 一元論 成本收益分析

合同無效事由中的違反強制性規定條款一直是我國民法學界與實務界的關注重點。相對而言，同為合同無效事由的違反公序良俗條款則關注不多。近年來，二者關係的討論更是少數，似邏輯完整而無需討論。最高人民法院 170 號指導案例的核心議題在於違反規章與合同效力的關係。¹ 本案聯結了違反強制性規定與違反公序良俗兩大條款，為重新審視二者間的關係提供了機會。本文寫作完結時，我國《民法典》合同編司法解釋尚未正式向社會公布，但涉及該主題的條文不在少數，且學者觀點亦各有不同。藉此契機，從指導案例切入，就上述所涉問題進行分析，以期為司法實務提供可行路徑。

¹ * 李志遠，暨南大學民商法學研究生。

案件全稱為“饒國禮訴某物資供應站等房屋租賃合同糾紛案”，參見最高人民法院（2019）最高法民再 97 號民事判決書。

一、第 170 號指導案例的基本案情、裁判要旨及問題

(一) 基本案情

南昌市青山湖區晶品假日酒店（以下簡稱晶品酒店）組織形式為個人經營，經營者系饒國禮，經營範圍及方式為賓館服務。2011 年 7 月 27 日，晶品酒店中標獲得租賃某物資供應站所有的南昌市青山南路 1 號辦公大樓的權利。同年 8 月 29 日，雙方簽訂《租賃合同》，其中第五條特別約定：租賃物經有關部門鑒定為危樓，需加固後方能使用。晶品酒店對租賃物的前述問題及瑕疵已充分了解。晶品酒店承諾對租賃物進行加固，確保租賃物達到商業房產使用標準。後在加固施工過程中，案涉建築物大部分垮塌。

江西省建設業安全生產監督管理站於 2007 年 6 月 18 日出具的《房屋安全鑒定意見》載明：該大樓主要結構受力構件設計與施工均不能滿足現行國家設計和施工規範的要求，存在較嚴重的結構隱患；根據《危險房屋鑒定標準》，該大樓按房屋危險性等級劃分，屬 D 級危房，應予以拆除；建議盡快拆除全部結構。

饒國禮向一審法院提出訴請，要求解除其與物資供應站簽訂的《租賃合同》，物資供應站返還其保證金 220 萬元並賠償其各項經濟損失共計 281 萬元。物資供應站提起反訴，要求判令原告承擔侵權責任，賠償其 2463.5 萬元。再審中，饒國禮將其上述第一項訴訟請求變更為：確認案涉《租賃合同》無效。

(二) 一審、二審的裁判要旨

一審法院認為，案涉《租賃合同》系雙方真實意思的表示，且不違反法律規定，予以確認。因雙方均同意解除《租賃合同》，且租賃的建築已經毀損，合同目的無法實現，故對饒國禮提出的解除合同的請求予以支持。《中華人民共和國合同法》第 222 條規定，承租人應當妥善保管租賃物，因保管不善造成租賃物毀損、滅失的，應當承擔損害賠償責任。案涉建築物的倒塌系饒國禮未履行妥善保管租賃物的義務，駁回其請求物資供應站承擔賠償責任。反之，由於饒國禮未履行妥善保管租賃物義務導致物資供應站財產損毀，饒國禮應承擔相應的侵權賠償責任。²

二審法院未明確指出租賃合同是否有效，其認為租賃房屋系危房，按照《中華人民共和國合同法》第 233 條“租賃物危及承租人的安全或者健康的，即使承租人訂立合同時明知該租賃物質量不合格，承租人仍然可以隨時解除合同”之規定，判定饒國禮可以隨時解除合同。又認為合同約定計付租金的時間開始前，租賃合同的標的物已經滅失，案涉房屋

2 參見江西省南昌市中級人民法院（2013）洪民一初字第 2 號民事判決書。

租賃合同並未實際履行。對案涉房屋倒塌，雙方均有過錯，對物資供應站因房屋倒塌的部分損失由饒國禮承擔一半的損失賠償責任，租金損失不予支持。³

（三）最高人民法院再審的裁判要旨

本案的爭議焦點之一在於案涉《租賃合同》的效力。最高院認為，《商品房屋租賃管理辦法》第6條規定，不符合安全、防災等工程建設強制性標準的房屋不得出租。該《辦法》雖在效力等級上屬於部門規章，但是，該辦法第6條規定體現的是對社會公共安全的保護以及對公序良俗的維護。結合本案事實，在案涉房屋已被確定屬於存在嚴重結構隱患、或將造成重大安全事故、應當盡快拆除的D級危房的情形下，雙方當事人仍簽訂《租賃合同》，約定將該房屋出租用於經營可能危及不特定公眾人身及財產安全的商務酒店，明顯損害了社會公共利益、違背了公序良俗。從維護公共安全及確立正確的社會價值導向的角度出發，對本案情形下合同效力的認定應從嚴把握，司法不應支持、鼓勵這種為追求經濟利益而忽視公共安全的有違社會公共利益和公序良俗的行為。故依照《民法總則》第153條第2款以及《合同法》第52第4項的規定，確認案涉《租賃合同》無效。因雙方對合同的無效均存在過錯，各自的損失分別由各自承擔。

（四）由第170號指導案例引發的思考

合同解除的前提是合同有效。否認合同效力便無《民法典》第731條適用的餘地。⁴一審完全沒顧及相關行政規章對於D級危房禁止出租的有關規定，二審則關注到相關行政規章，明確指出案涉房屋出租用來開設賓館，事關人身安全和公共安全，依照規定不能出租。但卻沒有進一步指明合同效力，反而以合同有效的角度進行論證解除合同的合法性。邏輯混亂的背後是法官不敢貿然依據行政規章否認合同效力，筆者疑惑二審法官為何不依照公序良俗條款予以否定呢？深層原因或在於立法的“僵化”限制。最高人民法院通過該指導案例確立了違反涉及公序良俗的行政規章可以影響合同效力的裁判規則，⁵進一步虛化了規範層級的限制。同時，是否意味著《民法典》第153條第1、2款存在可以統一理解的可能？

3 參見江西省高級人民法院（2018）贛民終173號民事判決書。

4 《中華人民共和國民法典》第731條：租賃物危及承租人的安全或者健康的，即使承租人訂立合同時明知該租賃物質量不合格，承租人仍然可以隨時解除合同。

5 本案裁判要點：違反行政規章一般不影響合同效力，但違反行政規章簽訂租賃合同，約定將經鑒定機構鑒定存在嚴重結構隱患，或將造成重大安全事故的應當盡快拆除的危房出租用於經營酒店，危及不特定公眾人身及財產安全，屬於損害社會公共利益、違背公序良俗的行為，應當依法認定租賃合同無效，按照合同雙方的過錯大小確定各自應當承擔的法律責任。

二、司法實踐依據規章否定合同效力的正當化路徑

在立法作嚴格形式限制的背景下，司法實踐的主流做法未出現明顯的銜接錯位，多堅守規範效力層級的硬性劃分。盡管如此，在最高人民法院 170 號指導案例出臺以前，仍不乏相當數量的裁判選擇適用規章否定民商事合同的效力。然如何使得論證正當化，符合現行法規，筆者依所收集的裁判文書，總結梳理出以下五種常見的論證思路。

（一）規章依據上位法制定，內容為上位法的具體化

在“安諾保險經紀有限公司訴中國人民財產保險股份有限公司雲南省分公司保險經紀合同糾紛案”中，⁶ 法院依據《中央財政農業保險保險費補貼管理辦法》第 38 條及《進一步加強農業保險業務監管規範農業保險市場秩序的緊急通知》（均系部門規章）中關於嚴禁從享受中央財政保費補貼的農業保險費中提取手續費或傭金的規定，認定案涉《共保協議》中的保險經紀傭金條款無效。本案一審法官撰寫的裁判要旨指出“在部分特殊領域 如金融、保險、證券等，因相關法律、行政法規規定的較為原則，還需要通過部門規章等對領域範圍內的行為進行規範。合同或合同條款違反特殊領域的部門規章時，可依據《合同法》第 52 條第 4 項“損害社會公共利益”，以及《民法總則》第 153 條的規定認定合同或者合同條款無效。”⁷

（二）規章得到上位法授權，內容與上位法不抵觸

在“楊金國訴林金坤、常州亞瑪頓股份有限公司股權轉讓糾紛再審案”中，⁸ 上市公司股權不得隱名代持規定於中國證券監督管理委員會頒布的《首次公開發行股票並上市管理辦法》第 13 條及《上市公司信息披露管理辦法》（均系部門規章）第 3 條中。本案中，林金坤與楊金國簽訂上市公司股權代持協議，約定由林金坤代楊金國持有股份，以林金坤名義參與公司上市發行。法院指出，公司上市系列監管規定中有些雖屬於部門規章性質，但因經法律授權且與法律並不沖突，並屬於證券行業監管基本要求與業內共識，並對廣大非特定投資人利益構成重要保障，對社會公共利益亦為必要保障所在，故依據《合同法》第 52 條第 4 項等規定，認定上述協議無效。

6 參見最高人民法院（2019）最高法民申 1919 號民事裁定書。

7 本案歷經三次審判，均維持原判。其中，一審法官撰寫的案例分析入選全國法院系統 2018 年度優秀案例。

8 參見最高人民法院（2017）最高法民申 2454 號民事裁定書。

（三）規章與上位法精神一致，具有相同的規範價值導向

在“北京老友律師事務所、天瑞集團股份有限公司訴訟、仲裁、人民調解代理合同糾紛、法律服務合同糾紛再審案”中，⁹案涉合同違反了《律師服務收費管理辦法》（系部門規章）第12條的規定，即“禁止刑事訴訟案件、行政訴訟案件、國家賠償案件以及群體性訴訟實行風險代理。”法院認為該《辦法》系依據《價格法》和《律師法》，為規範律師服務收費行為，維護律師和委托人的合法權益，促進律師服務業的健康發展而制定。雖然《辦法》屬於行政規章，但受約於行政法規和法律，其效力應當僅次於行政法規，可以作為本案的處理依據。因此，凡“律師收費”違背了《辦法》規定的，應當屬無效。

（四）規章內容本身涉及公共利益

在“張良與張銀瓊合同糾紛案”中，¹⁰案涉《股權質押協議書》在原被告之間建立融資擔保關係。《融資性擔保公司管理暫行辦法》（系部門規章）第8條第3款規定，“任何單位和個人未經監管部門批准不得經營融資性擔保業務，不得在名稱中使用融資性擔保字樣，法律、行政法規另有規定的除外。”原告張良未能舉證證明他在與被告張銀瓊簽訂前述協議時已經取得監管部門批准從事融資擔保業務的資格。法院認為“雖然前述辦法系部門規章，但銀監會與中國人民銀行作為國家金融監管部門，其制定的有關金融監管方面的規範性文件，其核心是維護國家金融管理秩序，此管理秩序事關社會公共利益。”故系爭《股權質押協議書》擾亂了國家金融管理秩序，損害社會公共利益，依照《合同法》第52條第4項規定，應屬無效。

（五）多理由混合適用

從筆者檢索的數據觀之，較多案例在論證時糅合上述兩至三個理由以強化判決以規章否定合同效力的正當性。¹¹其中以“福州天策實業有限公司訴福建偉傑投資有限公司、君康

9 參見最高人民法院（2019）最高法民申942號民事裁定書。

10 參見重慶市第二中級人民法院（2018）渝02民終1439號民事判決書。類似判決參見福建省泉州市中級人民法院（2005）泉民終字第2177號二審裁定書；海南省高級人民法院（2007）瓊民一終字第28號民事判決書；廣東省深圳市中級人民法院（2015）深中法商終字第3075號民事判決書。

11 參見山西省太原市中級人民法院（2018）晉01民初1002號民事判決書；上海市高級人民法院（2009）滬高民二（商）終字第22號判決書；湖南省永州市中級人民法院（2015）永中法民二初字第2號民事判決書等。

人壽保險股份有限公司營業信托糾紛上訴案”最具代表性，¹² 本案終審法官糅合了上述四點理由進行論證。案涉《信托持股協議》違反了中國保險監督管理委員會制定的《保險公司股權管理辦法》（系部門規章）第 8 條關於“任何單位或者個人不得委托他人或者接受他人委托持有保險公司的股權”的規定。法院從《保險公司股權管理辦法》禁止代持保險公司股權規定的規範目的、內容實質，以及實踐中允許代持保險公司股權可能出現的危害後果進行綜合分析認定。首先，從制定依據和目的來看，《保險公司股權管理辦法》是中國保險監督管理委員會依據《保險法》第 134 條的明確授權，為保持保險公司經營穩定，保護投資人和被保險人的合法權益，加強保險公司股權監管而制定。該管理辦法關於禁止代持保險公司股權的規定與《保險法》的立法目的一致，都是為了加強對保險業的監督管理，維護社會經濟秩序和社會公共利益，促進保險事業的健康發展。其次，從禁止代持保險公司股權規定的內容來看，該規定系中國保險監督管理委員會在本部門的職責權限範圍內，根據加強保險業監督管理的實際需要具體制定，該內容不與更高層級的相關法律、行政法規的規定相抵觸，也未與具有同層級效力的其他規範相沖突，同時其制定和發布亦未違反法定程序，因此《保險公司股權管理辦法》關於禁止代持保險公司股權的規定具有實質上的正當性與合法性。再次，從代持保險公司股權的危害後果來看，允許隱名持有保險公司股權，將使得真正的保險公司投資人遊離於國家有關職能部門的監管之外，如此勢必加大保險公司的經營風險，妨害保險行業的健康有序發展。加之由於保險行業涉及眾多不特定被保險人的切身利益，保險公司這種潛在的經營風險在一定情況下還將危及金融秩序和社會穩定，進而直接損害社會公共利益。違反有關禁止代持保險公司股權規定的行為，在一定程度上具有與直接違反《保險法》等法律、行政法規一樣的法律後果，故依照《合同法》第 52 條第 4 項等規定否定案涉《信托持股協議》的效力。

（六）小結

按照法律位階理論，下位法必須以上位法為依據，服從上位法。規章不與法律、行政法規相抵觸本是應有之義，單純以此理由吸納規章作為裁判依據似仍難言合乎立法規定。但上述案例有一個共通點，即法官無論如何正當化其依據規章之舉，最終落腳點都回歸到公共利益或公共秩序上，以合同無效中的違反公序良俗條款作為裁判依據。從該角度視之，

12 參見最高人民法院（2017）最高法民終 529 號民事裁定書。

規章更似僅具形式意義，其背後所牽連的公序良俗才是法官所關注的焦點。除了“北京老友律師事務所案”，其餘案件均與金融安全、市場秩序相關。可見，在司法實務中實存在依據規章否認合同效力的現實需求，如此不難讓人質疑規範效力層級限制的意義何在？新近的實證研究表明，在識別強制性規定時，法院同樣非常重視公共利益此一考量因素。¹³ 因此，將違反強制性規定條款與違反公序良俗條款同作為合同無效的事由，規定於同一法條下的合理性又何在？

三、違反強制性規定與違反公序良俗的實證法沿革

我國實證法第一次就公法規範影響私法效力作出規定可追溯至《民法通則》第 58 條第（五）項，其規定違反法律或者社會公共利益的民事行為無效。就“違反法律”而言，似乎表明，一切“法律”之違反，均導致法律行為無效。¹⁴ 此時法條的表述體現了立法者在私法領域帶有強烈的“公法管控”思維，這與當時剛改革開放不久的社會背景有關。隨著我國越發強調經濟發展在國家宏觀戰略的重要性，承擔促進社會財富增長重任的《合同法》在合同無效事由上進行了幅度較大的調整。鼓勵交易、盡量減少合同無效的情形成為合同法立法的主導思想。限制公法侵入私人領域的方式有二。一是限定效力層級，即限於法律、行政法規；二是限定類型，即限於強制性規定。¹⁵

就前者而言，在合同法頒布不久後，最高人民法院通過《合同法解釋一》第 4 條重申立場，並從反面明確將地方性法規、規章剔除在外。立法原意值得肯定，一方面倘若依據質量參差的地方性法規、地方性規章甚至是地方政策否定合同效力，在我國沒有司法審查的制度前提下或致鼓勵交易的目的落空；另一方面從規範層級上作限制是成本較低的手段，亦方便法官裁判。但效力層級的限制在實際運行中未能達到立法所期待的制度效益，主要原因是裁判依據向社會公共利益條款逃逸。¹⁶ 就後者而言，學理上強制性規定與任意性規定

13 參見萬江：《政府管制的私法效應：強制性規定司法認定的實證研究》，載《當代法學》2020 年第 2 期，第 102 頁。

14 朱慶育：《〈合同法〉第 52 條第 5 項評注》，載《法學家》2016 年第 3 期，第 154 頁。

15 《中華人民共和國合同法》第 52 條第 5 項：違反法律、行政法規的強制性規定。

16 此做法得到王利明教授的支持，其認為如果地方性法規和規章的制定，旨在保護國家和社會公共利益，違反了地方性法規和規章將損害國家和社會公共利益，可以以損害國家和社會公共利益為由，依據《合同法》有關規定確認合同無效。參見王利明：《論無效合同的判斷標準》，載《法律適用》2011 年第 5 期，第 3 頁。

為一組相對應的概念，二者的主要區別在於當事人能否約定排除或者變更適用。不能被約定排除或者變更適用的法律規定就是強制性規定，反之為任意性規定。¹⁷ 雖概念上可作清晰劃分，但在實務中具體如何識別不無疑問。且《合同法》第 52 條第（五）項的“強制性規定”本是溝通公法強制與私法自治的“管道”，而公法通常為強制性規定，為防止公法無序侵入，勢必需要作進一步限制。

最高人民法院采取了貼標籤式的概念區分方法試圖解決上述問題，《合同法解釋二》第 14 條強調僅效力性強制性規定才能影響合同效力。為作區分，又在《關於當前形勢下審理民商事合同糾紛案件若幹問題的指導意見》中引入管理性強制性規定之用語，以期形成周延的概念閉環。遺憾的是，“二分法”幾乎遭到學界一致批評，原因在於犯了倒果為因的邏輯錯誤，且無助於法官判斷何種強制性規定能影響合同效力。¹⁸ 甚至最高人民法院的態度也模稜兩可，認為違反管理性強制性規定並非絕對不影響合同效力，還應當根據具體情形認定。如此一來，似否定概念區分的意義。

縱因愈釋愈亂而飽受批評，但最高人民法院就區分效力性強制性規定與管理性強制性規定提供的判斷標準卻有重回正軌的跡象：探究法律法規的規範意旨和權衡相互沖突的權益成為區分二者的主導思路。在個案中權衡權益的種類、交易安全以及法律法規所規制的對象綜合認定。規制的對象為市場准入資格或合同的履行行為應當慎重把握，涉及損害公共利益則一律無效。有學者提出的識別方法也得到最高人民法院的肯認，即首先的判斷標準是該強制性規定是否明確規定了違反的後果是合同無效，如果規定了違反的後果是導致合同無效，則該規定屬於效力規範。其次，法律、行政法規雖然沒有規定違反將導致合同無效的，但違反該規定如使合同繼續有效將損害社會公共利益的，也應當認定該規定是效力規範。¹⁹ 由此可見，最高人民法院開始轉向采用實質判斷的方式進行區分，而關鍵在於

17 參見朱慶育：《民法總論》（第二版），北京大學出版社 2016 年版，第 50-54 頁；韓世遠：《合同法總論》（第四版），法律出版社 2018 年版，第 232-233 頁。

18 同前注 [14]，第 169 頁；參見蔡睿：《違法合同的效力評價與無效類型——〈民法總則〉第 153 條第 1 款釋論》，載《蘇州大學學報（法學版）》2019 年第 1 期，第 47 頁；參見姚明斌：《效力性強制規範裁判之考察與檢討——以〈合同法解釋二〉第 14 條的實務進展為中心》，載《中外法學》2016 年第 5 期，第 1272 頁。近年最高人民法院似乎也承認此問題，參見劉貴祥、吳光榮：《關於合同效力的幾個問題》，載《中國應用法學》2021 年第 6 期，第 12 頁。

19 沈德詠主編：《最高人民法院關於合同法司法解釋（二）理解與適用》，人民法院出版社 2009 年版，第 112 頁。

否有違公共利益。

《民法總則》第 153 條第 1 款雖重新調整措辭，增設但書條款，但本質上仍延續了先前的理念。²⁰ 另外，在第 2 款將《合同法》第 52 條第（四）項的“社會公共利益”改為“公序良俗”。之後，最高人民法院發布了《全國法院民商事審判工作會議紀要》（以下簡稱《九民紀要》）系統表達了關於識別強制性規定的最新觀點，強調要在個案中考量強制性規定所保護的法益類型、違法行為的法律後果以及交易安全保護等因素，又具體列舉五類強制性規定應當認定為效力性強制性規定，而關於經營範圍、交易時間、交易數量等行政管理性質的強制性規定，一般應當認定為管理性強制性規定。同時，關於違反規章的合同效力，最高人民法院將 170 號指導案例的裁判要旨進一步提煉總結，即若合同違反之規章的內容涉及金融安全、市場秩序、國家宏觀政策等公序良俗的，也應當認定合同無效。

四、《民法典》第 153 條第 1 款與第 2 款的適用關係

（一）“一元論”與“二元論”之爭

《民法典》第 153 條第 1 款（強制性規定條款）與第 2 款（公序良俗條款）之間的關係為何，學界有“一元論”與“二元論”之爭。“二元論”學者主張二者是一般法與特別法的關係，第 1 款是對第 2 款的具體化。第 1 款作為特別規定，應當優先適用。²¹ 有學者指出應當對第 2 款進行目的限縮限制，以充分發揮第 1 款的特別法作用。²² 另有學者從法律技術以及法律的“再道德化”的抽象角度論證違法和違反公序良俗的功能截然不同，兩者不能統一。²³ “一元論”學者認為，“大多數的違法都同時也損害了社會公共利益”，故直接將違反法律納入到損害社會公共利益的範疇中去，²⁴ 遵循“比例原則”，結合個案情況判斷違反強制性規定的行為是否違反公序良俗以及違反程度，靈活且實事求是地認定行為效力才是唯一

20 《民法典》第 153 條第一款的前一個強制性規定指的就是效力性強制性規定，後一個強制性規定是管理性強制性規定。參見最高人民法院民法典貫徹實施工作領導小組：《中華人民共和國民法典總則編理解與適用》（下），人民法院出版社 2020 年版，第 755 頁。

21 參見崔建遠主編：《合同法》（第七版），法律出版社 2021 年版，第 78 頁。

22 參見耿林：《強制性規定與社會公共利益》，載《私法研究》2012 年第 2 期，第 120-121 頁。

23 參見謝鴻飛：《論法律行為生效的“適法規範”——公法對法律行為效力的影響及其限度》，載《中國社會科學》2007 年第 6 期，第 139 頁。

24 黃忠：《違法合同的效力判定路徑之辨識》，載《法學家》2010 年第 5 期，第 71 頁。

正確的選擇。²⁵ 亦有學者認為第 1 款是公法優位價值的產物，第 2 款完全可以替代第 1 款所意欲發揮的功能，故應刪除第 1 項的規定。²⁶

（二）特別法與一般法之反思

有學者以《民法典》第 153 條第 1 款與第 2 款內容互異，在構成要件上不存在包容與被包容關係為由，反對二者構成特別法與一般法的關係。²⁷ 筆者贊同此觀點，因從法解釋學的角度看，兩個法條之間要被評價為特別法與一般法，進而適用特別法優於一般法這一規則須滿足兩個條件，一是在邏輯上兩個法條之間有一般與特別的關係，即其中之一的構成要件要素為另一法條所包含，二是系爭法條分別規定的法律效力在存在上已規範地評價為不能並存。²⁸ 本條構成要件各異，確難言構成特別法與一般法的關係。贊成者似以效力性強制性規定是公序良俗的具體化，進而推出二者是特別法與一般法的關係。公序良俗是民法基本原則之一，依此思路，是否意味著其餘使合同歸於無效的事由均可理解為特別法？誠然，公序良俗概念本身的涵蓋範圍大，文義上可拆解為公共秩序與善良風俗。“公共秩序，謂為社會之存在及其發展所必要之一般的秩序……善良風俗，謂為社會之存在及其發展所必要之一般道德。”²⁹ 影響合同效力的規定當需以損害公序或良俗為要，但單憑判斷歸屬認定特別法與一般法的關係，難合法理。

（三）應然選擇：一元論

概念是構建人類知識大廈的基石。³⁰ “概念賦予經驗以形式，並使明確表述成為可能……我們之所以能夠看到或聽到具體的人或物，而不是像透過一個焦距沒有對准的攝影機那樣看到一團模糊的世界，就是因為依靠了概念。”³¹ 假使某個詞語的使用不能起到聚焦效果，達不到概念所最低要求的鮮明標籤意義時，此種詞語就應當剔除在民法學的概念世界外。“效力性”與“管理性”強制規定便是其中一組沒有實際作用的“偽概念”。言及二分法，幾乎所有中文資料均提及史尚寬先生的經典論述，“強行法得為效力規定與取締規定，前者著重

25 孫鵬：《論違反強制性規定行為之效力——兼析〈中華人民共和國合同法〉第 52 條第 5 項的理解與適用》，載《法商研究》2006 年第 5 期，第 127 頁。

26 參見許中緣：《論違反公法規定對法律行為效力的影響——再評〈中華人民共和國合同法〉第 52 條第 5 項》，載《法商研究》2011 年第 1 期，第 60 頁。

27 同前注 [17]，韓世遠書，第 239 頁。

28 參見黃茂榮：《法學方法與現代民法》（第五版），法律出版社 2007 年版，第 210-211 頁。

29 史尚寬：《民法總論》，中國政法大學出版社 2000 年版，第 334 頁。

30 [英]安德魯·海伍德：《政治學核心概念》，吳勇譯，中國人民大學出版社 2014 年版，第 5 頁。

31 [美]羅伯特·所羅門、[美]凱思林·希金斯：《大問題：簡明哲學導論》，張藹天譯，廣西師範大學出版社 2014 年版，第 16 頁。

違反行為之法律行為價值，以否認其法律效力為目的；後者著重違反行為之事實行為價值，以禁止其行為為目的。”³²然二者界分與標示的概念作用實仍相當模糊，無法幫助裁判者識別影響合同效力的強制性規定。我國立法與司法的發展趨向已經表明，判斷強制性規定能否影響合同效力是利益衡量的過程，人為創設“效力性”與“管理性”強制規定的概念容易掩蓋實質，無益實務。另外，從比較法看，效力性強制性規定與管理性強制性規定之區分接近於德國早期的規範性質說。但就如何區分單純的秩序（管理）規定與旨在否定法律行為效力的禁止性規範，一直缺乏明確的標準，所以規範性質說在德國本土已飽受批評。³³目前我國民法學基本上沿用外國民法的概念，在增強我國民法學學術話語的大背景下，對於外國概念的法律移植工作需審慎處理，吸納他國本已被質疑的概念、非主導學說難言妥當。

為矯正二分法的弊病，新近研究多基於法教義學的方法，試圖對現行立法的框架下提出識別影響合同效力的強制性規定的方法。有學者主張“三步法”，第一步是識別出已形成理論與實踐共識的法律法規規定；第二步是依照規範目的來判斷強制性規定是否影響合同效力；第三步是結合強制性規定所涉法益等因素進行效果校驗。³⁴“三步法”本質上仍回歸規範目的的探尋與利益衡量，值得注意的是第一步提及的經驗總結，是否有必要進一步將實務共識轉化為具體條文，甚至列舉《民法典》內外有哪些條款屬於或不屬於導致合同無效的強制性規定？³⁵筆者持反對意見，原因有二：一是列舉方式無法窮盡具體個案中所面對的各種強制性規定，學術研究尚可作大致區分，但對司法實務實益不大。二是仍舊依賴定式思維幹預本應於個案進行實質利益權衡的程序，實為理念上的倒退。

也有學者對效力性強制性規定進行類型化分析，劃分成合同當事人資質缺乏類、合同當事人行為禁止類、合同當事人行為方式不當類。³⁶類型化被視為解決概念思維的抽象性局限而發展出來的一種思維方法，³⁷因概念思維是封閉的，而類型化思維是開放的；概念思維

32 同前注 [29]，第 330 頁。

33 參見楊代雄：《〈民法典〉第 153 條第 1 款評注》，載《法治研究》2020 年第 5 期，第 127-128 頁。

34 參見陳樹森：《識別影響合同效力強制性規定的路徑思考》，載《中國應用法學》2021 年第 5 期，第 114-120 頁。

35 參見石佳友、劉歡、曾佳：《〈民法典〉合同編司法解釋規則的優化與完善——“〈民法典合同編司法解釋（草案）〉學術研討會”綜述》，《法律適用》2021 年第 12 期，第 177 頁。

36 參見石一峰：《效力性強制性規定的類型化分析》，載《武漢大學學報（哲學社會科學版）》2018 年第 2 期，第 100-101 頁。

37 參見 [德] 卡爾·拉倫茨：《法學方法論》，陳愛娥譯，商務印書館 2005 年版，第 338 頁。

以“非此即彼”方式思考，而類型化思維則是“或多或少”的關聯性思考。³⁸ 但需要追問的問題是，在識別影響合同效力的強制性規定時，類型化的“華麗”理論是否能解一線法官之惑？類型化思維的確是對強制性規定這一抽象概念的解構，使之具體化、精細化，但同時也表現為再抽象的重構。這意味著法官本可通過價值判斷一次性完成論理，類型化思考卻為其增添多一道思維程序，即須將案涉規範結合本案實際，涵攝於某一相對精細的類型項下。類型化的前提是以現實中已有大量判例為起點的，而且必須有相當數量的本國判例，這就使得類型化相對於司法實踐來說具有先天的滯後性。³⁹ 即便已有類型化建構的思考，目前也只處於框架式階段，特別進入數字時代，面對涉及互聯網等新技術的案件，對於法官而言，相關強制性規定是否影響合同效力回歸個案分析或是最佳選擇。

縱觀多種方案，筆者認為應廢除強制性規定條款，采公序良俗一元論。早有臺灣學者指出“公共秩序即是私法自治領域上的基本秩序，任何導致法律行為無效的原因均是以‘違背公共秩序’作為其基礎，從而‘民法’第 72 條規定可以作為任何法律行為無效的規範依據。”⁴⁰ 強制性規定影響合同效力與否需判斷是否損害公序良俗，損害公序良俗與否不取決於形式意義上的規範層級。立法既已明白此理，何不多走一步，徑行以一元論處理？維護所謂立法傳統的意義何在？面對司法實務界不斷將錯就錯的修補，何以立法者時至今日仍無動於衷？根本原因是否在於擔憂法官恣意裁判導致公法無序侵入私人領域？合同無效的判斷離不開規範目的的探尋及利益衡量，這便需要作為“活著的法律宣示者”⁴¹ 的法官進行價值填充。法律適用雖然在外觀上表征為“涵攝模式”，但實際上幾乎處處需要填入裁判主體的價值理性和技術智慧。⁴² 因此，在理念上必須正視法官價值判斷的意義。同時，公序良俗有無違反的價值判斷並非毫無邊界，至少受到公眾評價的檢驗。有學者詳細論證公序良俗與公共利益的區別，⁴³ 但從司法實務的角度，因二者存在諸多交集，常混合使用。以筆者搜集的案例觀之，不少涉及公序良俗的財產合同判例多側重於就有無侵犯公序及公共利益進

38 參見 [德] 亞圖·考夫曼：《法律哲學》，劉幸義等譯，法律出版社 2011 年版，第 148 頁。

39 參見於飛：《公序良俗原則研究》，北京大學出版社 2006 年版，第 162 頁。

40 陳忠五：《法律行為無效之規範依據》，載《黃宗樂教授六秩祝賀——財產法學篇（一）》，學林文化事業有限公司 2002 年版，第 37 頁。轉引自同前注 [24]，第 71 頁。

41 [美] 本傑明·卡多佐：《司法過程的性質》，蘇力譯，商務印書館 1998 年版，第 7 頁。

42 吳冬興：《論法秩序統一性原則的司法應用邏輯》，載《法學》2022 年第 7 期，第 28 頁。

43 參見張欽昱：《〈民法典〉中的公共利益——兼論與公序良俗的界分》，載《暨南學報（哲學社會科學版）》2021 年第 7 期，第 38-40 頁。

行說理。對於適用公序良俗條款否認合同效力引發的各種擔憂，根源在於理論或實務界未統一具體的適用方法。接下來，筆者將比較相關適用路徑，以證明公序良俗一元論理念在實務中的可行性。

五、法官如何以違反公序良俗否定合同效力？

確立一元論理念後則需思考具體適用路徑。在如何認定違反公序良俗而否定合同效力的問題上，諸多民法學者主張引入公法上的“比例原則”，⁴⁴ 甚有認為其可作為一項民法基本原則。⁴⁵ 比例原則是公法上的“帝王條款”。⁴⁶ 按公法通說，比例原則可拆解為四個子原則，即“正當性”“適當性”“必要性”與“狹義比例性”。⁴⁷ “正當性”原則要求待審查的法律、政策、行政行為必須追求或促進合法、正當的目的；“適當性”原則要求待審查對象作為手段，有助於達成其宣稱的正當目的；“必要性”原則要求相比於其他各類也能促成相同目的之手段，待審查舉措對公民權利的限制或減損最小；“狹義比例性”又稱“衡平性”原則，要求待審查舉措的收益大於成本，而此處所謂“收益”，通常對應相關政策目的之實現，“成本”則對應前述公民權利的限制或減損。只有逐次通過四個步驟，才能被確認符合比例原則。⁴⁸ 比例原則本期待成為填補傳統法教義學理論中實質合理性分析工具的不足的有效工具，但近年來卻遭到相關學者的批判，與更優越的實質合理性分析方法，即成本收益分析對比，便能顯現比例原則的問題和缺陷。⁴⁹ 論者指出比例原則與成本收益分析存在重要關聯，但比例原則的四步分析程序均存在缺陷。並且，比例原則將原本全面的成本收益分析機械地肢解，這反而

44 參見同前注 [25]；黃忠：《比例原則下的無效合同判定之展開》，載《法制與社會發展》2012年第4期，第48-55頁；鄭曉劍：《比例原則在民法上的適用及展開》，載《中國法學》2016年第2期，第161-164頁；紀海龍：《比例原則在私法中的普適性及其例證》，《政法論壇》2016年第3期，第101頁；李海平：《比例原則在民法中適用的條件和路徑——以民事審判實踐為中心》，載《法制與社會發展》2018年第5期，第163頁；張新：《走出效力性強制規定的誤區——〈民法總則〉第153條第1款的解釋與適用》，載《安徽大學學報（哲學社會科學版）》，2020年第2期，第119-120頁。

45 參見同前注 [44]，鄭曉劍文，第155頁；鄭曉劍：《比例原則在現代民法體系中的地位》，載《法律科學》2017年第6期，第104-106頁。

46 參見陳新民：《德國公法學理論基礎（上卷）》，法律出版社2010年版，第442頁。

47 參見張翔：《刑法體系的合憲性調控——以“李斯特鴻溝”為視角》，載《法學研究》2016年第4期，第58頁。

48 參見戴昕、張永健：《比例原則還是成本收益分析——法學方法的批判性重構》，載《中外法學》2018年第6期，第1522頁。

49 參見前注 [48]，第1524頁。

使得裁判者分析、審查過程很容易喪失邏輯一致性，而審查結論則不具有成本收益層面的合理性。⁵⁰ 筆者無意卷入前述方法論之爭，而本著實用主義的態度觀察兩種方案，何者能在實際操作層面較好解決本文關注的焦點問題。

按比例原則的四步分析程序套用於判斷合同效力是否因違反公序良俗而無效則為，第一步，需要判斷案涉規定的立法目的是否正當合法；第二步，否認合同效力是否有利於實現立法目的；第三步，審查是否存在其他對私人自治影響更小又能達致相同立法目的的手段；第四步，審視追求的立法目的（利益）是否大於否定合同效力（成本）。前兩步在現實裁判中幾乎無法起到“過濾”作用，因正當性及適當性僅是作有無判斷而非程度判斷。任何立法以追求公共利益為要且需經過正當的程序產生乃法治國家的應有之義，難以輕易否定其立法目的的正當性。即便存在商榷之處，在我國的制度框架下，法官也不可公然否決某項立法的正當性。難怪有學者雖贊成公序良俗一元論的觀點，但擔憂我國現階段司法與行政的區隔，法官在現實中難以避免直接受公法禁令的影響，而僅結合公法禁令所代表的社會公共利益獨立做出判決，而認為一元論僅為理想化模式。⁵¹ 又因所有涉及對私人自治的限制，其合理根源必然是公共利益。直接否定觸及限制自治內容的合同效力難言達不到立法目的。以學者提及的二例分析：一例為 2015 年 8 月 6 日最高院發布的《關於審理民間借貸案件適用法律若干問題的規定》第 14 條第 1 項⁵² 認為該條規定高利轉貸合同無效的立法目的不具有正當性。⁵³ 論者欲舉重以明輕，認為該項源於刑法中的高利轉貸罪，但該罪的立法目的已隨時代變遷而落空，轉而極力強調現今金融的融資功能。且不論立法目的是否落空，筆者認為該論者至少全然忽視了高利轉貸罪在刑法中所處的體系位置，即該罪屬破壞金融管理秩序罪一節，其立法目的絕非如論者所言僅局限於確保計劃體制下信貸資金的安全，因而論者的結論難以令人信服。另一例為 2004 年 9 月 29 日最高院發布的《關於審理建設工程施工合同糾紛案件適

50 參見前注 [48]，第 1521、1525、1527-1532 頁。

51 參見李建偉：《行政規章影響商事合同效力的司法進路》，載《法學》2019 年第 9 期，第 191 頁。

52 第 14 條規定：“具有下列情形之一，人民法院應當認定民間借貸合同無效：（一）套取金融機構信貸資金又高利轉貸給借款人，且借款人事先知道或者應當知道的；……”。現規定於第 13 條，並修改為“具有下列情形之一的，人民法院應當認定民間借貸合同無效：（一）套取金融機構貸款轉貸的；……”。

53 參見前注 [44]，紀海龍文，第 99 頁。

用法律問題的解釋》(下簡稱《建設工程施工合同解釋》)第1條,⁵⁴認為在建設工程經竣工驗收合格情況下,仍以承包人缺乏相應資質為由否定合同效力,無助於實現立法目的。批評者質疑相關論者或未就規則對締約各方的激勵效果及其可能產生的交易成本和管理成本進行通盤識別和比較。本條的立法目的應當包含促使發包方在締約前更嚴格地審查施工方資質,以有效控制因無資質施工方在建築市場上泛濫而導致的系統性施工風險,不應僅以承包方的私人損失作判斷必要性的唯一依據。⁵⁵

實際上,比例原則的後兩步才真正涉及程度判斷,但批判者認為“必要性”及“狹義比例性”因只聚焦於公民私權限制或減損後果而導致審查者對成本的理解和想象趨於片面,特別是可能由於過度糾結私人成本(private cost)有無最小化,而忘記合理的公共政策應關注總體社會成本(social cost)。⁵⁶以上述《建設工程施工合同解釋》第1條為例,即便認為可通過常規行政監管、核査防止系統性施工風險而無需否定合同效力,但前述替代措施的成本及現實效果的產出是否符合效率不無疑問。行文至此,需要反思的是,在是否應以違反公序良俗否定合同效力的問題上有無必要采成本收益分析方法作通盤考慮?筆者認為應當採納,原因有三:一是全盤考慮案件涉及的成本收益,能夠增強裁判的說服力,定分止爭;二是比例原則四步程序看似邏輯緊密,但確有不少漏洞;三是采成本效益分析較比例原則更能顯現法官價值判斷的心證過程。

詳言之,成本收益分析方法的核心思路,是運用統一的尺度,權衡待審查的法律規則或政策舉措可能導致的各類有利和不利後果(即成本或收益),並在此基礎上,比較待審查舉措與其他可能的替代性舉措,判斷何者更有助於促成社會福利最優。⁵⁷筆者試以“遼寧中集哈深冷氣體液化設備有限公司與徐沛欣案外人執行異議之訴再審案”作例,⁵⁸分別從成本收益分析及比例原則的視角,展示二者通常如何操作及各自的演繹結論。本案涉及爭議頗多的借名買房

54 第1條規定:“建設工程施工合同具有下列情形之一的,應當根據合同法第52條第(五)項的規定,認定無效:(一) 承包人未取得建築施工企業資質或者超越資質等級的;……”。現僅作細微文字修改,仍規定在第1條:“建設工程施工合同具有下列情形之一的,應當依據民法典第153條第1款的規定,認定無效:(一) 承包人未取得建築業企業資質或者超越資質等級的;……”。

55 參見前注[48],第1540頁。

56 參見前注[48],第1530頁。

57 參見前注[48],第1525頁。

58 參見最高人民法院(2020)最高法民再328號再審民事判決書。

問題。本案原告徐沛欣在不具備購房資格的情形下，為規避國家及北京市房地產限購政策，通過借用第三人曾塞外之名進行買房並支付了購房款，房屋登記在曾塞外名下。⁵⁹ 案涉規範為《國務院關於堅決遏制部分城市房價過快上漲的通知》（國發 [2010]10 號）及《北京市人民政府辦公廳關於貫徹落實國務院辦公廳文件精神進一步加強本市房地產市場調控工作的通知》（京政辦發 [2011]8 號）後者依據前者授權所作，符合國家宏觀政策精神和要求，是前者內容的具體化。

從成本收益分析的視角演繹，法官首先需要識別案涉規定的立法目的，即其所指向的收益。案涉規範目的為穩定房價、限制炒房、防範金融風險、解決剛性需求居民的住房問題、促進房地產行業及我國經濟健康發展。同時，否定合同效力的成本在所有個案中可視為定量，即侵犯私法自治、限制社會財產流通與增長及個體財產利益減損。法官詳盡列出上述因素後，需對每一項因素的規模進行估測。其次，完成上述實然層面（positive）的工作後，決策者需要在規範層面（normative）進一步斟酌，對前述損益判斷考慮是否作出加權調整。⁶⁰ 此處需借助法官的價值判斷，就本案而言，對諸如防範金融風險、促進房地產行業及我國經濟健康發展的權重應當加大，而限制社會財產流通與增長及個體財產利益減損的權重則需減少。因倘若在司法層面放鬆對限購政策的實施，寬松認定規避限購政策借名買房的合同效力，將可能出現全國性的金融風險及房地產行業混亂，進而導致我國經濟發展受阻，不但影響廣而大，重振復蘇的成本也頗高。如此分析下來，認定合同有效的社會成本明顯高於因限購令而導致的樓市遇冷及社會財產流通減慢等成本。基於加權的結果，法官便可判斷在本案中，否定合同效力的收益更高。⁶¹

而依比例原則演繹則為，首先同樣需探尋案涉規定的立法目的（內容同上）；其次，如前所述，第一、二步均能順利通過；進入第三步判斷，法官需要確認若允許合同有效，是否存在其他能達致先前所列相同立法目的的手段。在理論上，諸如限售、限價、限貸、調整增值稅免征年限等樓市調控手段均能實現上述立法目標。在不考慮國家宏觀政策一致性及成本收益的情況下，似難以通過第三步的測試。如此，在本案中，類似成本收益分析的

59 需要注意的是，本案再審時，徐沛欣通過消除限購政策障礙補正了合同效力，並通過生效判決的執行而完成了不動產登記，成為案涉房屋所有權人。筆者為行文之便，僅就未消除限購政策障礙時的情形進行分析。

60 參見前注 [56]。

61 按成本收益分析，在評估某項行政行為時，最後還須再考慮機會成本（opportunity cost）。此步驟不適用於判斷公序良俗何時介入的問題。

第四步都無需進行。依比例原則分析，得出與成本收益分析完全相反的結論，即否定合同效力因不符合比例原則，故不應以違反公序良俗而使案涉合同無效。

不妨再對比最高人民法院在本案中的論證思路。最高人民法院的論理大致分兩步走，即先闡釋立法目的，再進行價值判斷。首先指出，“《國務院關於堅決遏制部分城市房價過快上漲的通知》（國發 [2010]10 號），是基於部分城市房價、地價出現過快上漲勢頭，投機性購房再度活躍，增加了金融風險，不利於經濟社會協調發展的現狀，為切實穩定房價、抑制不合理住房需求、嚴格限制各種名目的炒房和投機性購房，切實解決城鎮居民住房問題而制定的維護社會公共利益和社會經濟發展的國家宏觀經濟政策。”再指出案涉的借名買房合同，“目的在於規避國務院和北京市的限購政策，通過投機性購房獲取額外不當利益”。此處直接在價值層面上否定了此類個體財產的增加屬不正當行為，後展開類似成本收益分析的說理，認為“司法對於此種行為如不加限制而任其泛濫，則無異於縱容不合理住房需求和投機性購房快速增長（成本一），鼓勵不誠信的當事人通過規避國家政策紅線獲取不當利益（成本二），不但與司法維護社會誠信和公平正義的職責不符（成本三），而且勢必導致國家房地產宏觀調控政策落空（成本四），阻礙國家宏觀經濟政策落實，影響經濟社會協調發展（成本五），損害社會公共利益和社會秩序。”由於最高人民法院一開始在價值層面上否決了規避限購政策借名買房的法規範意義上的正當性，故未就客觀意義的收益進行對照權衡，而是詳述不否認合同效力所付出的巨大成本。

綜合三種論證版本，首先就結論而言，公序良俗的具體內容因社會及時代的變遷而有所差異，與當時的公共政策緊密關聯。即便僅以樸素的法感情視之，本案適逢樓市調控之大背景，司法判決的傾向事關全國房地產經濟秩序穩定，雖對實際購買人有失公平，但仍屬正確判決。由此需要反思比例原則為何得出完全相反的結論？症結或在於第三步與第四步的邏輯錯誤與思路偏差。第三步將法官的思路引入至思考同類立法目的的其他措施當中，而相關措施實不難想象，當得出具體措施後，既無需進行成本收益的分析，也將案涉規範的立法目的拋至九霄雲外。法官在想象相關措施時，內心不斷強化對私人自治保護的必要性，此種思路的偏航不但使法官未能全盤考慮，反而掉進邏輯陷阱，本應起到利益衡平的第四步完全未進入法官的思路射程。由此，在該案例的運用中也看到比例原則所帶來的割裂思考之弊。但需要提醒的是，三種版本雖各有不同，但均依賴於對立法目的的深入解讀。如果此項工程未能完善，後者無論采何種方法，所得結論仍可能有失偏頗。

六、結語

最高人民法院 170 號指導案例明確肯定了規章否認合同效力的可能，關鍵在於規章內容是否與公序良俗關聯。該裁判要旨亦總結於《九民紀要》中。依筆者所搜集的案例觀之，在立法嚴格限制的背景下，已有不少案例先行以違反公序良俗將規章納入裁判依據。學界以規範目的及利益衡量作為強制性規定識別方法的呼籲及最高人民法院態度傾向的轉變都指向影響合同效力的規範應聚焦於公共利益的發現和權衡之上。在個案中，無論強制性規定規定於何處、強制性規定有無明確違反後果為合同無效、是否存在強制性規定，都無法避免回歸公序良俗的實質判斷。拋棄繁雜的概念，解放法官的價值判斷，是謂該問題的解決之道。采成本效益分析的徑路較采比例原則更能解決具體個案中，法官是否以違反公序良俗條款否定合同效力的問題。但無論采何種思路都依賴於對案涉規範背後立法目的進行全面深入解讀。