

## 行政规章影响商事合同效力的司法进路

●李建伟\*

**【内容摘要】** 行政规章被现行私法明确排除在合同效力裁判的规范依据之外,民商审判实务 20 年来亦基本恪守此规则,但近年来愈来愈多的民商事裁判尤其金融领域的商事裁判借助于多条通道使得“违反行政规章”的合同归于无效。这引发了多重质疑,焦点是如何厘定《合同法》第 52 条第(四)(五)项之关系,第(五)项“违反法律、行政法规强制性规定”实为抽象的第(四)项“损害社会公共利益”之具体化。借助“社会公共利益”条款裁定违反行政规章的合同无效之逻辑,一方面要把握其有别于“违反法律、行政法规强制性规定”之处,说理部分更要充分论证损害社会公共利益之具体内容;另一方面也要受到类似“违反法律、行政法规的强制性规定”适用的双重限制。行政规章保护的法益与过度抽象的社会公共利益始终有别,为保障法律适用的确定性和统一性,违反行政规章的商事合同被判无效,需要受到某种统一的严格程序规制。

**【关键词】** 商事合同 合同无效 行政规章 社会公共利益 司法进路

2018 年 3 月,最高人民法院第三巡回法庭就福建伟杰投资有限公司、福州天策实业有限公司营业信托纠纷案做出二审判决,认定诉争的保险公司股权代持协议违反中国保监会《保险公司股权管理办法》这一行政规章的禁止性规定,实为损害社会公共利益,故依据《合同法》第 52 条第(四)项规定认定股权代持协议无效。<sup>[1]</sup> 判决说理部分论述了三点理由:(1) 该行政规章有明确的立法授权,且其立法目的是为了维护社会公共利益;(2) 该行政规章的内容是履行监管职责,且不违反上位法;(3) 法院对该股权代持协议效力的肯定将会增加保险公司经营风险,可能影响保险行业的安全,甚至破坏金融秩序、影响金融稳定,从而直接损害社会公共利益。这一判决及说理的裁判逻辑在学术界、实务界反响巨大,支持者与反对者争持不下。一方面,有学者担心“行政规章”乃至“国家政策”会借助“损害社会公共利益”的通道“复活”为私法正式法源,使得多年来令影响私法行为效力的规范严格限于“法

\* 作者单位:中国政法大学民商经济法学院。本文为司法部法治建设与法学理论研究部级科研项目“商个人制度完善的重大理论与立法问题研究”(17SFB2037)的阶段性成果。感谢中国政法大学钱端升杰出学者支持计划资助项目(DSJXZ180303)与青年教师商法学学术创新团队项目(16XCXD01)的支持。感谢硕士生李亚超同学为本文的写作提供基础研究资料,诸位同门研究生共同参与的讨论也为本文带来了启发。

[1] 参见最高人民法院(2017)最高法民终 529 号民事判决书。该案基本案情:福建伟杰投资有限公司接受福建天策实业有限公司的委托,双方签订《信托持股协议》,由伟杰公司代持正德人寿保险股份有限公司 2 亿股(占比 20%)。该代持股安排有违中国保监会制定的《保险公司股权管理办法》第 4 条“保险公司单个股东(包括关联方)出资或者持股比例不得超过保险公司注册资本的 20%”及第八条“任何单位或者个人不得委托他人或者接受他人委托持有保险公司的股权”的规定。后双方合作产生嫌隙,伟杰公司诉请主张该《信托持股协议》无效。

律、行政法规的强制性规定”的努力付诸东流。另一方面,支持者则认为,将“法律、行政法规的强制性规定”之外的其他规范绝对排除在外实为矫枉过正,应为行政规章影响私法行为效力提供合适的通道。争议焦点还在于,如采支持者的立场,究竟用何种方式构建此通道。考诸相关案例还可以发现,行政规章影响合同效力的裁判争议主要发生在商事领域,那么行政规章能否成为、如何成为商事合同效力裁判的规范依据,也就成了当前商事审判尤其是涉及金融领域的商事审判的一个重大学术课题。

### 一、行政规章影响商事合同效力的四种模式

关于违反行政规章的商事合同效力如何,主要有两种观点:一是隔绝行政规章之于合同效力的影响,维护合同效力,但违反行政规章的因素构成合同履行的障碍;二是借助《合同法》第52条关于合同无效事由的第三(四)(五)项规定,通过法律解释,有选择地将违反行政规章的部分合同归于无效。

#### (一)合同有效但构成履行不能

该裁判路径作用于合同效力判断的场域,最大限度尊重当事人意思自治,隔绝行政规章对私法行为效力的影响,惟因违反行政规章而构成履行上的障碍(尤其合同履行涉及行政主管机构的变更登记者),从而构成履行不能,即符合《合同法》第109~110条“法律上或事实上不能履行”的情形。这一裁判路径,不承认行政规章影响合同的效力,但肯定其在合同履行层面的行政规制效力。

例如,在博智资本基金公司与鸿元控股集团有限公司合同纠纷案中,最高人民法院的二审判决认为:股权归属与委托投资是两个层面的法律关系,前者因合法的投资行为而形成,后者因当事人之间的合同行为形成,保监会规章仅是对外资股东持股比例的限制,而非对当事人之间委托合同关系的规制。因此,实际出资人不能以存在合法的委托投资关系为由主张股东地位,受托人也不能以存在持股比例限制为由否定委托投资协议的效力。<sup>[2]</sup>

再以典型的行政审批为例。为贯彻私法自治,有学者主张行政审批仅在于控制权利变动即合同履行,立法政策上应坚持行政审批与权利转让合同的效力无涉,并视不获审批是否可预见、是否可归责于当事人,通过合同解除和违约责任机制分配利益和负担。<sup>[3]</sup>相左意见认为,行政审批有别于不动产登记,不动产登记并非国家基于公共利益而对合同效力的控制,但行政审批不只在合同履行环节发挥作用,更是公法授权审批机关对于交易行为的控制,倘若完全隔绝行政审批对于合同效力的影响,则会导致国家管制目的落空。<sup>[4]</sup>为有效约束公法规范干涉私法效力,有学者尝试从效力性规范的认定上将强制性规范的规制对象分为合同本身、主体资质和履行行为,从而实现效力认定的类型化。<sup>[5]</sup>

这一裁判思路之优势是最大限度地维护了私法自治。在合同自治尚未超出法律允许的界限时,区分合同的效力与履行,既有效维护合同自治,又不妨碍行政监管目的的实现。但问题在于,在合同涉及公共利益等情形时,单单依靠事后的合同履行障碍之防御式救济,是否符合立法精神。

#### (二)以合法形式掩盖非法目的的合同无效

简言之,这一裁判通道的技术构成是:该隐藏行为违反行政规章的强制性规定,属于《合同法》第52条第三项“以合法形式掩盖非法目的”之情形,据此可认定合同无效。

[2] 参见最高人民法院(2013)最高法民四终字第20号民事判决书。

[3] 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。

[4] 参见吴光荣:《行政审批对合同效力的影响:理论与实践》,《法学家》2013年第1期。

[5] 参见姚明斌:《“效力性”强制规范裁判之考察与检讨:以〈合同法解释二〉第14条的实务进展为中心》,《中外法学》2016年第5期。

在长沙亚兴置业发展有限公司与北京师大安博教育科技有限公司合同纠纷案中,两公司签订《合作框架协议》约定,但亚兴公司主张《合作框架协议》的实质是安博公司与作为外商独资企业的安博在线公司之间利用VIE模式以内资合法收购目标学校的外在形式,恶意规避法律和产业政策禁止外资进入“义务教育”领域的规定,从而实现境外上市目的,属于以合法形式掩盖非法目的,应认定为无效合同。而最高人民法院的二审判决在事实理由部分详尽解释了其既不违反《合同法》第52条第(五)项的强制性规定要求,也并未实质侵犯第(四)项所规定的社会公共利益。<sup>[6]</sup>如此一来,“以合法形式掩盖非法目的”淹没在强制性规定和公共利益的认定中。与其说最高人民法院忽略了该项抗辩,不如说司法实务多将第52条第(三)项“以合法形式掩盖非法目的”的认定重心放在了“非法目的”的界定上——要么违反了强制性规定,要么违反了社会公共利益。

“以合法形式掩盖非法目的”之规范同时包含了“虚伪表示”和“避法行为”两种功能,前者已为《民法总则》第146条的“通谋虚伪表示”取代,后者被《民法总则》第153条第1款的“违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效”替代。<sup>[7]</sup>《民法总则》不再单列“以合法形式掩盖非法目的”条款,不仅使立法更趋科学,也增强了法律的可操作性,明晰了否定法律行为效力的诸规范之关系。对于避法行为,尚有积极的意义不容忽视,历史和实践证明,即使是制定良好、立法意图和动机亦良善的法律,也并非都能实现其合理性,而部分法律规避本身也是一个制度创新的过程。<sup>[8]</sup>有学者尝试通过案例研究以及对比论证,将避法行为的效力类型化,由此进一步提出避法行为本身究竟是否适用于特定强制性规范仍依赖于法律解释,存在法律漏洞的尚需要法律补充。<sup>[9]</sup>总结而言,适用《合同法》第52条第(三)项“以合法形式掩盖非法目的”通道的裁判,增加了裁决的不确定性,加剧了司法适用的不统一,且最终仍需要借助“社会公共利益”“违反法律、行政法规的强制性规定”“虚假表示”等效力规范,更像是一种手段方式,而不是认定合同无效的实质依据。

### (三)违反法律、行政法规授权之强制性规定的合同无效

这一裁判通道的技术构成是:部分行政规章的强制性规范,乃是法律、行政法规授权立法的具体性规定,进而适用《合同法》第52条第(五)项“违反法律、行政法规的强制性规定”认定合同无效,由此为行政规章引入合同效力的认定洞开方便之门。

在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,法院虽认定国资委、财政部《企业国有产权转让管理暂行办法》、上海市人民政府《上海市产权交易市场管理办法》不是行政法规,但认为上述规范性文件均系依据国务院的授权为实施《企业国有资产监督管理暂行条例》制定的具体办法。之所以规定国有产权转让进场交易,是为了通过交易的公开、公平、公正来最大限度防止国有资产流失,避免国家利益、社会公共利益受损。因此,两个文件的规定符合上位法的精神,也不违背上位法的具体规定,应当在企业国有资产转让过程中贯彻实施。本案的股权转让未依照上述规定处置,不具合法性。<sup>[10]</sup>

“授权立法通道”的设计,确能部分解决前述隔绝行政规章影响合同效力带来的诸多问题,尤其

[6] 参见最高人民法院(2015)最高法民二终字第117号民事判决书。

[7] 参见冉克平:《“恶意串通”与“合法形式掩盖非法目的”在民法典总则中的构造——兼评〈民法总则〉之规定》,《现代法学》2017年第4期;朱广新:《论“以合法形式掩盖非法目的”的法律行为》,《比较法研究》2016年第4期。

[8] 参见苏力:《再论法律规避》,《中外法学》1996年第4期。

[9] 参见王军:《法律规避行为及其裁判方法》,《中外法学》2015年第3期。

[10] 参见上海市第二中级人民法院(2007)沪二中民三(商)初字第81号民事判决书。

是大量的故意规避“现行法”的“知法犯法”型获利行为,但采此通道将行政规章引入影响合同效力的规范体系,需要讨论几个问题。

一者,要类型化分析授权立法的模式。有学者提出两种授权模式:(1)上位法有原则性规定,而行政规章依据上位法做了具体规定;(2)上位法授权地方或部门做出解释。<sup>[11]</sup>授权依据究竟是上位法抽象性授权还是一种具体条文授权呢?如为前者,则很难认为任何一部行政规章没有授权依据,这会导致行政规章可能和行政法规无甚区别,可以直接作为影响合同效力的法律渊源,与现行私法的法源体系相悖;如为后者,又会因为其过高的要求而导致大量行政规章难以有效发挥效力,也与将行政规章引入合同效力评判的初衷不符。可见,采抽象授权立法的观点似更可取,但是应增加其他要件进行限制,以达到防止公权力滥用之目的,并实现与行政法规的有效区分。

二者,立法目的的价值认定。在授权立法模式之下,法官大多未能进行细致分析,甚至采用一种简单的处理——在肯定规章具有上位法授权的基础上,自然得出违反其规定的合同归于无效的结论。但是,这显然是一个循环论证:一方面,因为行政规章是上位法“授权”,因而得出对于行政规章的违反将侵犯社会公共利益的结论;另一方面,将其作为价值引入标准,即该行政规章从维护社会公共利益角度来说符合上位法精神,因而是授权立法,故适用《合同法》第52条第(五)项认定合同无效。亦有学者建议,采扩大解释来适用第52条第(五)项,但难免有造法之嫌,在现行法明文规定“损害社会公共利益的行为”无效的前提下,引入其他抽象价值无疑会造成法律规范适用上的混乱。这种做法实将行政规章和法律、行政法规等同,将会产生学者担心的法治倒退——“国家政策复活为法源的另一种方式”。正如有学者提出,法释〔2009〕14号第4条、第6条<sup>[12]</sup>已经将法律、行政法规、司法解释等与行政规章进行区分,强调前者可直接作为裁判依据,后者只能作为说理规范而不得出现在裁判主文部分,仅对正文中的裁判依据起补充作用。简言之,说理规范必须与主文裁判规范具有某种联系,方可作为裁判说理的依据,而这就是国家政策进入私法领域的通道。<sup>[13]</sup>

三者,通道基础之先天不足。对于作为该通道基础的《合同法》第52条第(五)项的适用,已经区分了“效力性强制规定”和“管理性强制规定”,《民商事合同案件指导意见》给出了一个标准:侵犯国家利益或社会公共利益的绝对无效,涉及“市场准入”或者“履行行为”的则需征询相关立法部门意见或者请示上级法院。有学者指出,实务操作先区分规范性质,然后得出合同因违反效力性强制规范而无效的结论,实质上是把解释结果当成了前提。<sup>[14]</sup>对于这一通道的其他批评,在下文的强制性规范与社会公共利益部分还有阐述。总之,该标准过于模糊,且需加入价值判断,增加了适用的不确定性,故不宜作为裁判通道。

#### (四) 损害社会公共利益合同无效

这一裁判通道的技术构成是:裁判者论证行政规章的强制性规范乃是为维护社会公共利益而设,故对其的违反属于《合同法》第52条第(四)项规定的“损害社会公共利益的”情形,据此认定此类合同无效。

[11] 参见李国园、袁俊:《内容违法的民事行为效力研究》,《求索》2012年第5期。

[12] 参见《最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性文件的规定》第4条:“民事裁判文书应当引用法律、法律解释或者司法解释。对于应当适用的行政法规、地方性法规或者自治条例和单行条例,可以直接引用”;第6条:“对于本规定第3条、第4条、第5条规定之外的规范性文件,根据审理案件的需要,经审查认定为合法有效的,可以作为裁判说理的依据。”

[13] 参见张红:《论国家政策作为民法法源》,《中国社会科学》2015年第12期。

[14] 参见朱庆育:《〈合同法〉第52条第(五)项评注》,《法学家》2016年第3期。

在上海保培投资有限公司与雨润控股集团有限公司股权转让纠纷案中,一审判决肯定了保监会制定《保险公司股权管理办法》对保险业进行监督管理,系根据《保险法》的明确授权,案涉股权代持协议不仅违反该授权制定规章的具体规定,也违反《保险法》维护经济秩序稳定和公共利益的立法目的,进而认定该股权代持协议无效。<sup>[15]</sup>二审法院认定,该规章第八条虽为监管需要,意在保护投资人、保险人利益以及保险秩序的稳定,但并不属于《立法法》规定的授权立法,所以不能直接依据违反法律、行政法规的强制性规范条款认定其无效,同时其持股比例并未达到损害社会公共利益的标准,因此也不能依据损害社会公共利益主张合同无效。<sup>[16]</sup>本案中,面对同样的基础事实,一审认定损害社会公共利益,二审否定之,暴露出对于公共利益认定标准的不统一,最终裁决自然相左。就论证过程而言,一审在认定授权立法时显然考虑了公共利益,而在公共利益认定时又考量了授权立法情形,不仅使得公共利益的认定标准趋于模糊,且存在循环论证。二审则一方面维护了《立法法》的立法精神,坚持授权立法应有依据,而不能因为上位法未规定即代替上位法发挥作用,另一方面论证了代持股比例是否达到损害社会公共利益的程度,最终肯定了合同效力。由此得到的启示是,引入“社会公共利益”条款判断合同效力更适于作为一个兜底性条款,在其他条款无法援引的情况下才能适用,这样不妨碍法官的自由裁量权,同时须严格适用条件,充分论证其合理性、合法性。

又如,在白新河、李树彬合资、合作开发房地产合同纠纷案中,一审、二审、第一次再审均认定涉案合同损害社会公共利益,甚至违反法律、行政法规的强制性规定,直至经过检察院抗诉再审,又回到了行政规章不能直接作为认定合同效力的依据的起点,而对于是否损害公共利益则不再提及。<sup>[17]</sup>这与其说是忽略,更像是肯定了不经过充分论证而单纯因为违反规章径自认定损害社会公共利益的做法。

最高人民法院曾在一项判决中提到:“认定合同效力不应以地方性法规、行政规章为依据,但是在法律、行政法规没有规定,而相关行政主管部门制定的行政规章涉及社会公共利益保护的情形下,可以参照适用其规定,若违反其效力性禁止性规定,可以以违反《合同法》第52条第(四)项的规定,以损害社会公共利益为由确认合同无效。”<sup>[18]</sup>诚然,采《合同法》第52条第(四)项的裁判通道具有优势,但也引发了一系列问题。

其一,社会公共利益的不确定性。公共利益具有不确定的特征,具体表现为模糊性、变动性、阐释性以及适应性。<sup>[19]</sup>尽管有关“公共利益”“国家利益”“社会公共利益”的用语充斥于许多法律条文中,但并没作出定义,遑论统一标准的定义。在此意义上,《合同法》第54条第(四)项注定是具有不确定性的一般条款,立法者有意留白,赋予法官一定的自由裁量权,以避免现行法无明文规定而坚持合同有效将与社会公共利益相悖的情况出现。有判决对于“社会公共利益”进行了定义——社会公共利益乃全体成员的利益,而国家利益是国家作为主体的利益,并主张社会公共利益主要是公共秩序和公共道德。<sup>[20]</sup>有学者也主张界分国家利益和社会公共利益,并提出为有效防止公共利益条款的滥用,应当有相应的确认机制,包括由立法机关或立法机关授权行政机关依照法定表决程序和规则进行确认,

[15] 参见江苏省南京市中级人民法院(2016)苏01民初210号民事判决书。

[16] 参见江苏省高级人民法院(2017)苏民终66号民事判决书。

[17] 参见河北省邯郸市邯山区人民法院(2009)邯山民初字第1403号民事判决书;邯郸市中级人民法院(2012)邯市民再终字第87号民事判决书;河北省高级人民法院(2016)冀民再27号民事判决书。

[18] 最高人民法院(2008)最高法民提字第61号民事判决书。

[19] 参见梁上上:《公共利益与利益衡量》,《政法论坛》2016年第6期。

[20] 参见海南省高级人民法院(2017)琼民终107号民事判决书。

以及司法机关依照法定表决程序规则的确认。<sup>[21]</sup>也有学者将“社会利益”与“公共利益”等同视之,认为主要包含两方面的内容:一是人们生存发展所需的物品和服务,如公共设施和公共安全;二是用来保障物品和服务的制度设计,如政治制度和经济关系等。<sup>[22]</sup>比较之下,社会公共利益包括社会公共秩序和社会公共道德的观点似更可取。

其二,行政规章与社会公共利益的关系认定。从行政规章的立法目的分析,当然不超出一般观念里的社会公共利益的范围,但关于社会公共利益的认定应慎重,并非一旦违反行政规章即损害社会公共利益。行政规章本身不具有裁判的拘束力,而只能作为裁判参考。但是,在法律或行政法规无规定而行政规章又担负保护社会公共利益之职责的情况下,可藉由公共利益条款否定合同效力,以作为《合同法解释二》出台后将行政规章完全排除在外的变通规则。<sup>[23]</sup>此种主张的危险性在于生出一种论证思路:行政规章合法有效,违反之即属于损害社会公共利益,故违反行政规章的合同无效。<sup>[24]</sup>

其三,裁判者整体司法素养之隐忧。如任由法官依据“社会公共利益”条款进行解释,“社会公共利益”的不确定性将放大“法律”的不确定性。要减少同案不同判现象之发生,需要裁判者的高超司法素养,而其现状为学界反对适用该通道提供了口实。

其四,司法与行政监管之间区隔性不足。面对同一个事件的法律调整,即便司法机关与行政监管的价值立场并无差异,二者所担负的具体职责也不尽相同,此为现代法治的应有之义。法官本应具有较强的自觉守法意识,却长期充当维护行政权威的角色,期待法官去审查行政规章的合理性显然困难,如贸然适用社会公共利益条款通道,行政规章将肆意涌入私法领域,司法与行政监管之间的区隔必然会愈发模糊。

综上,在当前法治背景之下,公法进入私法领域的通道,以及具体到行政规章规定影响商事合同效力的进路,相对妥当的是借助《合同法》第52条第(四)(五)项,而难点在于二者关系之处理。

## 二、行政规章影响商事合同效力的理论背景

仅从法律渊源(法律位阶)上区分影响合同效力的规范并不恰当,因为“一刀切”式地否定合同效力在立法技术上很难完成,需借助公序良俗(社会公共利益)等检验标准。因此,主要市场经济国家在进行相关的效力判定时大多倾向于采用“一出一进”的基本模式:“一出”指违法的合同无效,但有例外,因为被立法类型化、确定化的社会公共利益、公序良俗等本身可能存在局限,法官的自由裁量权应被限制而非剥夺,在例外情形下,法官的论证负担主要落在充分论证为何要维持合同的效力之上;“一人”则是指损害社会公共利益、公序良俗的合同绝对无效,原因在于超出了容忍意思自治的私法边界,在认定时须充分论证其越界的缘由,否则合同应被推定为有效。“出”与“入”的职能不同,但均体现了司法正义的要求,为行政规章在与法律、行政法规区分的前提下仍能进入私法领域提供了可能性空间。

### (一)行政规章干预商事活动的必要性及其限制

行政规章是法律渊源之一,我国的法律体系并不排斥行政规章的司法适用,<sup>[25]</sup>完全将行政规章

[21] 参见王轶、关淑芳:《认真对待民法总则中的公共利益》,《中国高校社会科学》2017年第4期。

[22] 参见冉克平:《论“公共利益”的概念及其民法上的价值——兼评〈合同法〉第52条之规定》,《武汉大学学报》(哲学社会科学版)2009年第3期。

[23] 参见刘东霞:《行政规范在民事审判中的适用及其问题》,《甘肃政法学院学报》2015年第4期。

[24] 参见李志刚:《金融监管行政规章与商事合同效力》,载《商法界论集》第1卷,法律出版社2018年版,第166页。

[25] 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。

排除在认定合同效力的规范体系之外属于矫枉过正,反而不符合事物发展的本质要求。正如学者指出的,严格限制公权力干涉私法领域是一回事,“一刀切”地将行政规章都排除在外的做法又是另外一回事,考虑到我国社会经济生活的复杂性以及强政府调控的现实,完全否认行政规章的私法效力并不现实。<sup>[26]</sup>

学界关于行政规章干预私法行为之必要性的论争,主要发生在政府强监管的金融领域。由于金融立法的滞后性、金融发展的创新性等因素,金融领域法律、行政法规的规范供给一直处于较为短缺状态,行政规章是主要的规范形式。金融在现代经济体系中处于核心地位,金融稳定则经济稳定,所以金融领域的许多重大合同纠纷都被抬升到事关金融安全、稳定的高度,乃至影响整个社会经济的稳定。近年来,最高人民法院及各地法院也多以金融管理秩序<sup>[27]</sup>、冲击金融市场<sup>[28]</sup>、引发金融风险甚至影响社会稳定<sup>[29]</sup>、严重扰乱金融秩序<sup>[30]</sup>等理由,裁判否定危害社会公共利益的金融合同的效力。

学界对此颇多质疑,金融监管的秩序、安全是否等于公共利益或公序良俗层次上的金融安全呢?实现国家目标和政府意志的金融监管行为固然有公共利益的价值取向,但金融行业所涉领域、范围及其存在形态越来越多样化,并非所有的金融机构背后都代表着公共利益,也不是所有金融机构从事的交易行为都要以公共利益之名优先保护,金融监管的必要性与借社会公共利益之名否定合同效力之间并不具有对等性。即便有必要藉此否定金融合同的效力,裁判文书也应该充分论证,在例外情形下还要保持高度的谦抑性。司法裁判适用行政规章作为私法行为效力依据的紧要课题是,如何在承认行政规章具有一般意义上“法”的效力的同时,有效防范简单化适用的情况,而准确划定私人自治的边界即是一个核心的前提问题。

## (二)私人自治边界的一般规范表达

私法自治过程中的个人行为自主性是一个开放的过程,往往导致两种结果:(1)私人无法自治;(2)诱发不公平。在缺乏法治信仰的环境下,人在利益面前难以有效遏制住“恶”,传统上诱发的违约、侵权行为表现为个人对个人,但随着经济社会的复杂化,其产生的损害或侵害也具有了规模性和传导性,甚至造成严重不良的社会后果,所以应当将实质正义的追求融入“公法私法化”和“私法公法化”进程中,来弥补传统私法形式公平追求之不足。<sup>[31]</sup>立法只是社会调控的一种手段,且是一种不完备的手段,微观视角下的“法不禁止即自由”在两种情况下具有良好的效果:(1)仅涉及行为人自身的行为;(2)无涉第三人的合意行为。但该规则在下列情形中却受到限制:(1)立法者原因导致禁令不足;(2)行为不违反禁令但违反公序良俗;(3)原则上不适用于法定主义模式的作用领域。由此,认识到禁令之不足以及公序良俗的独立价值,同时对于禁令也提出了目的独立性、底线性等一般品质要求。<sup>[32]</sup>公序良俗原则因其符合现代民法对于实质正义的追求而逐渐成为私法自治的界限,更为重要的是其架起了沟通公私法价值的桥梁而成为支配整个法秩序的基本价值理念和基本原则。质言之,公序良俗原则并非简单的对私法自治进行限制,而是基于正义的制衡。衡平功能不仅能弥补实证法的不足,同时

[26] 参见耿林:《强制性规定与社会公共利益》,《私法研究》2012年第2期。

[27] 参见最高人民法院(2017)最高法民终647号民事判决书。

[28] 参见湖南省长沙市中级人民法院(2013)长中民二终字第03400号民事判决书。

[29] 参见湖北省宜昌市中级人民法院(2018)鄂05民初327号民事判决书。

[30] 参见江西省余江县人民法院(2018)赣0622民初301号民事判决书。

[31] 参见金善明:《私人自治的困境及其出路》,《首都师范大学学报》(社会科学版)2016年第5期。

[32] 参见易军:《“法不禁止皆自由”的私法精义》,《中国社会科学》2014年第4期。

能在个案中对实证法进行矫正,从而实现正义。<sup>[33]</sup>

《民法总则》《合同法》规定的合同无效事由大致有两类。一是意思欠缺或不真实,包括:(1)欠缺行为能力;(2)双方虚假意思表示。二是超出意思自治的界限,包括:(1)双方恶意串通损害他人合法权益;(2)以合法行为掩盖非法目的;(3)违反法律、行政法规的强制性规定;(4)损害社会公共利益。第一类无效事由(以及“可撤销事由”)都是契约自由在私法上的体现,契约自由的前提是意思真实;第二类无效事由则主要是契约正义在私法上的表达,以平衡个人利益和社会利益,划定私人自治的界限。其中,“以合法形式掩盖非法目的”对于“违反法律、行政法规的强制性规定”以及“损害社会公共利益”有很大的依赖性;而“双方恶意串通损害他人合法权益”也难以成为普适的一般条款来充分表达公序良俗原则的意涵。因此,公法干预私法尤其是构建行政规章影响商事合同效力的通道,最终有赖于强制性规范和社会公共利益之间关系的认定。

### 三、《合同法》第 52 条第(四)(五)项的适用问题分析

#### (一)对“强制性规定”条款的多维分析

1.“效力性强制性规定”概念背后的司法难题。《合同法解释二》借鉴与引入德国民法的概念,将“强制性规定”区分为“效力性强制性规定”和“管理性强制性规定”,欲藉此改变过去凡违反法律、行政法规的强制性规定即致合同无效的局面。此举被寄望有力限制公法干涉私法行为的力度,但由于未解决何为“效力性强制性规范”的前提问题,只是形式上、理念上实现了对强制性规定的范围限缩,对于民商事裁判的影响相当有限。退一步说,即便法官能识别两类强制规范,将违反效力性强制性规范的合同一律认定为无效的做法,也只是在技术上完成了一个概念的替换而已,非黑即白的裁判逻辑并未变化。更大的担忧是,许多裁判关于“效力性强制性规范”的适用实质上是将解释结果变成推理前提,忽略了规范意旨。在《民法总则》第 153 条实施后,有学者提出将效力性强制性规范限缩在法律明文规定违反该规定将导致合同无效的情形,余者皆为非效力性强制规范,违反后一类规范合同是否有效,则以公序良俗作为认定标准。<sup>[34]</sup>这一主张现实与否姑且不论,意欲跳出简单、划一的裁判思维的学理努力,无疑具有方向上的正确性。反之,仅依靠对规范性质的划分即笼统裁判合同非无效即有效的逻辑,即便技术上精细到令人起敬,逻辑终究过于简单化。

最高人民法院 2009 年《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》指出,违反效力性强制规定的,应当否定合同效力;违反管理性强制规定的,具体认定合同效力:如该合同行为绝对地损害国家利益或者社会公共利益的,应当认定无效,其他情形应当慎重。这表明,最高人民法院开始走出依靠某类统一标准认定合同效力的沉疴。最高人民法院主要负责人也在其主编的著作中提出效力性强制规范的认定标准包括:法律、行政法规明确规定,违反该规定将导致合同无效或不成立的;法律、行政法规虽没有明确规定,但是违反该规定将损害国家利益或社会公共利益的。法律、法规并未明确规定合同无效或不成立,而且不会损害国家利益或社会公共利益,只涉及当事人利益的,则为管理性规定。<sup>[35]</sup>不难发现,此处第一个标准可理解为《合同法》第 52 条第(五)项规定的无效情形,其他标准所框定的两类规范之区分,实乃对于是否损害社会公共利益的具体认定。最高人民法

[33] 参见李双元、杨德群:《论公序良俗原则的司法适用》,《法商研究》2014 年第 3 期。

[34] 参见董量程、王继君:《〈民法总则〉中的效力性强制性规定立法问题研究》,《法律适用》2017 年第 11 期;曹胜亮、章娅彤:《违反公序良俗原则合同之类型化研究——〈合同法〉第 52 条第 4 项之解释适用》,《武汉科技大学学报》(社会科学版)2014 年第 5 期。

[35] 参见沈德咏主编:《最高人民法院关于合同法司法解释(二)理解与适用》,人民法院出版社 2009 年版,第 112~113 页。

院的上述立场有利于清除“一刀切”式认定的积弊,但这一做法背后所隐含的对司法的不信任以及极大限制司法之于行政监管的应有区隔空间等流弊,仍需留意。

2. 探寻规范意旨的目的下对强制性规定再分类的尝试。法官适用某一强制性规范来否定私法行为的效力,不能不问该规范所欲实现的规范目的,强制性规范意旨的探寻即便不是最可靠的方式,也是不可或缺的路径。然而,难题在于规范意旨的探寻并没有统一的操作技术。有学者根据规范欲实现的目的将其类型化为内容禁令、实施禁令和纯粹秩序禁令。内容禁令是禁止当事人合意内容或者所追求的法律效果实现,主要是针对负担行为(处分行为因为与目的无涉,并不当然无效,而按一般合同无效事由处理);实施禁令禁止的对象是实施的行为而非行为内容,典型者如销赃行为,单方实施禁令者一般不影响相对方,双方实施禁令存在善意相对人的保护问题;纯粹秩序禁令规制行为的时间、地点等外部环境,违反该禁令会招致行政、刑事责任,不会影响法律行为的效力。<sup>[36]</sup>也有学者指出,第52条第(五)项实质起到公法干涉私法的转介条款的作用,据此将规范分类为行为规范与权能规范,前者主要指公序良俗所调整的内容,后者又包括资格、权限、方法等,违反行为规范者事实上也违反了公序良俗,故而绝对无效,但违反权能规范的并不当然无效。<sup>[37]</sup>这些高度概念化的规范类型化努力,出发点都是从规范分类的角度去探寻规范意旨,进而分类决定合同效力,看似比之前的效力性、管理性之规范分类有所改进,但究其实质仍未走出前者的藩篱,与合同效力综合认定的方法相去甚远。

3. 《合同法》第52条第(五)项的功能及其局限。不可否认,该项规定确实承载了特定背景下的历史使命,通过允许法律、行政法规直接进入私法领域而将其他规范排除在外,在我国社会经济生活长期饱受严厉行政管制之苦的历史背景下,确有大功于社会经济发展。但随着私法的发展以及社会生活关系的复杂化,这一做法的简单粗暴也渐次暴露,甚至相悖于立法初衷与公平正义。它试图通过立法技术解决司法适用问题,根源在于对司法的不信任,以及漠视司法与行政监管的职能区隔。应当说《合同法》第52条第(五)项的基本功能是确立法律、行政法规强制性规定的正式私法法源通道地位,法官固可直接适用之,但不能缺少立法意旨的探寻。具体法律规范所维护的社会秩序宜解读为一种具象化、类型化的社会公共利益,与一般过度抽象的社会公共利益仍然有别,二者的司法适用也应有所区分,以实现立法与司法的互动。

## (二)“社会公共利益”条款与“强制性规定”条款的适用关系之争

关于这一话题,学术界有四种观点。观点一认为,强制性规定所维护的也是社会公共利益,不论其来自法律、行政法规抑或行政规章,在不符合《合同法》第52条第(五)项的立法位阶却损害社会公共利益的情况下,可以通过第52条第(四)项的社会公共利益条款来确定合同无效,同时扩大社会公共利益的内涵,由法官来衡量损害社会公共利益的程度进而决定合同是否无效。<sup>[38]</sup>观点二认为,二者属于特别法与一般法的关系,强制性规定优先适用,第52条第(五)项乃是第(四)项“社会公共利益”条款的具体化,前者优先适用。为肯定行政规章的私法效力,有学者提出扩张解释第(五)项中的“法律”,只是需要审查其强制性质和对合同的影响,因为这些具体规定已经体现了立法者在具体场合

[36] 同前注[14],朱庆育文。

[37] 参见许中缘:《论违反公法规定对法律行为效力的影响——再评〈中华人民共和国合同法〉第52条第(五)项》,《法商研究》2011年第1期。

[38] 参见高放:《合同无效中的损害社会公共利益与违法之辨——从药品技术转让合同纠纷公报案例评析切入》,《华东政法大学学报》2014年第3期。

下对社会公共利益的价值判断与规范目的,只要肯定其为效力性强制性规范,径直适用第(五)项。<sup>[39]</sup>观点三则认为,强制性规定的适用以损害社会公共利益为前提,除了法律明文规定导致合同无效的情形外,余者皆需借助“社会公共利益”条款认定,因为导致合同无效的原因是损害社会公共利益而不是效力规范本身;<sup>[40]</sup>须遵循“比例原则”,结合个案情况判断违反强制性规定的行为是否违反公序良俗以及其违反程度,灵活且实事求是地认定行为效力才是唯一正确的选择。<sup>[41]</sup>观点四主张废除强制性规范,而采用“社会公共利益”一元论——鉴于公法的禁止性规范并不当然导致行为无效,第52条第(五)项显然是一种粗暴的规定,虽然效力性强制性规范与管理性强制性规范的分野抑制了其粗暴程度,但鉴于大量未经充分论证的合同被判定无效的局面多年来未根本改变,违反了法律的公平正义,应该考虑废除第52条第(五)项,改采统一的标准即公序良俗。<sup>[42]</sup>

### (三)借助综合认定缓和“强制性规定”条款的僵化

1. 认定合同无效的实质在于探寻强制性规定的规范意旨,并确认背离之处。有学者尝试从无效的必要性进行分析,合同虽违反强制性规范,但未发生强制规定旨在预防的事项,不宜否定其效力。<sup>[43]</sup>此处强调判断个案的实际履行情况是否会发生规范禁止的效果,这种观点确有大量的案例支撑。例如,在佛山市南海第二建筑工程有限公司与佛山华丰纺织有限公司建设工程施工合同纠纷案中,最高人民法院的裁判文书指出:“法律禁止投标人以低于成本的报价竞标,主要目的是为了规范招标投标活动,避免不正当竞争,保证项目质量,维护社会公共利益,如确实存在低于成本价投标的,应当依法确认中标无效,并相应认定建设工程施工合同无效”。<sup>[44]</sup>也有学者从法律规定保护的是总体利益还是私人利益出发,区分合同的绝对无效、相对无效,主张绝对无效是一种制裁,而相对无效是一种保护措施,而制裁的基础正是该规范意旨。<sup>[45]</sup>但是,探寻规范意旨所解决的仍只是将不违反强制性规定的合同排除在无效之外,而一旦违反强制性规定,仍无法将合同订立、履行过程中的其它价值因素纳入考量范围。

2. 要考虑双方均非故意或一方故意的例外情形。在法教义学理论上,仅一方违法的,以不影响合同效力为原则,在相对方对该违法事由不知情时,仍应肯定合同效力,但以合同目的为规范所禁止为由否定合同效力的除外,该种例外的妥当性须依诚实信用原则结合个案权衡。之所以认定一方违法的合同无效,很大程度上是为了保护相对方,但如果是违法方诉请无效,法院的支持在事实上会违反诚实信用原则。<sup>[46]</sup>反对的观点认为,合同有效、无效和具体事后的利益分配是两个层面的问题,诚实信用原则应当限定在合同履行过程中,而不宜反过来影响合同效力。<sup>[47]</sup>在双方均恶意违法的情况下,似乎不存在需要保护的期待利益;但一方违法、相对方不知情的情况下,完全否定期待利益的合理性存疑。诚实信用原则承载的私法价值有别于强制性规范承载的社会公共利益,应根据规范意旨的探

[39] 同前注[26],耿林文。

[40] 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。

[41] 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(五)项的理解与适用》,《法商研究》2006年第5期;同前注[14],朱庆育文。

[42] 同前注[37],许中缘文。

[43] 同前注[5],姚明斌文。

[44] 最高人民法院(2015)最高法民提字第142号民事判决书。

[45] 参见叶名怡:《法国违法合同无效制度探析》,《环球法律评论》2013年第1期。

[46] 同前注[5],姚明斌文。

[47] 参见于飞:《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。

寻结果,在个案中认定社会公共利益的损害程度并平衡不同利益保护的重要性,以确定合同效力。

3. 要充分考量合同利益的保障。传统的合同无效论主张合同无效是一种事实,不需法定程序,也不问当事人意思,这种观点遭到了激烈质疑。新的理论则认为无效合同并非当然无效,并非任何人都可以主张无效,并非任何时候均可主张无效,无效合同并非全部自始无效,无效合同并非确定无效。<sup>[48]</sup>在契约自由原则之下,认定合同有效本身也是社会公共利益的一部分,不能片面地认为公共利益在任何时候都高于私人自治的价值。<sup>[49]</sup>比如,《最高人民法院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》第2条规定,建设工程施工合同无效的情况下如建筑验收合格的,承包人有权“参照合同约定”请求支付价款。这似乎印证了在合同无效的前提下考虑当事人合同利益的必要性与可能性。

综上,为避免“一刀切”带来的诸问题,对违反强制性规定的合同效力判断应采实质性的综合认定,在司法技术上也应当与“社会公共利益”条款有所区分。至于主张废除《合同法》第52条第(五)项“强制性规定”条款的意见,则存在矫枉过正之处,忽略了立法、司法的制衡关系,仅看到强制性规定和社会公共利益的共性而忽略了其差异。对于违反强制性规定的合同,首先应当权衡是否实质构成违法即违反规范意旨,如肯定,原则上认定为无效,但法官须衡量其他价值因素,包括双方的主观故意以及合同利益、信赖利益、公平正义等,进而综合认定合同效力。例如,在比例原则的视角下,有学者提出的诸考量因素涵盖合同本身的恶劣性、合同与社会公共利益的关联性、社会公共利益的重要性、合同无效的必要性、合同无效的失效性以及合同无效的均衡性。<sup>[50]</sup>相较于“一元论”,综合认定的优势在于一方面采实质认定标准而走出“一刀切”的窠臼,另一方面可以有效限制司法的任性,要求法官充分论证其它价值因素,以得出部分合同有效的例外结论,这与法官适用社会公共利益条款的论证任务恰好是不同的。

#### (四) 行政规章之规范意义的确立与限定

我国正处于限制公法干涉私法的进程当中,通过法律位阶区分法律、行政法规与其他法律规范,进而排除法律、行政法规以外的规范性文件直接进入私法效力判断的领域,这一法治成就无论如何强调,都不过分。但否认了行政规章在民商事裁判规范依据上的正式法源地位,是否意味着行政规章在此领域丝毫没有法的效力呢?这需要回答,除了位阶不同之外,它与法律、行政法规的实质区别在哪里。一个不能无视的事实是,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。虽不在私法的正式法源之列,但维护社会公共利益的行政规章亦具有“法”的性质,在这个层面上其与第52条第(五)项规定的法律、行政法规并无区别。<sup>[51]</sup>

行政规章规范社会秩序的价值不应被否定与抛弃,行政管理的存在本身代表一定的社会秩序的稳定,行政规章作为其类型化的规范表达在事实上产生了一般意义上的法效果,并随之带来私法行为效力评价的问题。但是,基于此的效力评价不同于对一般尚未类型化的行为适用第52条第(四)款“社会公共利益”的兜底性条款进行效力评价。“社会公共利益”的内容和范围自带不确定性,相比之下,行政规章所维护的社会秩序更为具象化,裁判实务也较容易据其规定而调整类型化行为,如任由各级法院对于该类规范进行随意解释,在行政管制强化而司法与行政监管的区隔性弱化的时代背景下,公

[48] 参见张耕、邓宏光:《无效合同性质之反思与重构》,《求索》2006年第2期。

[49] 参见黄忠:《比例原则下的无效合同判定之展开》,《法制与社会发展》2012年第4期。

[50] 同上注。

[51] 参见张红:《民法典之外的民法法源》,《法商研究》2015年第4期。

权力肆意侵夺私人自治空间将变得不可控制,加之法官的司法素养良莠不齐,同案不同判现象在所难免,不仅不公平且会损害司法权威。更重要的是,法律本身的不确定性也会导致市场主体的无所适从,影响社会经济秩序。

学界对行政规章作为私法行为效力规范依据的质疑与声讨不是全无道理,但究其本质,还是对司法的不信任。完全禁止行政规章进入私法领域的一个有力理由是司法不宜作为维护行政规章效力或者实现行政监管职能的手段,这一说法有其正确性,但忽略了司法作为社会公平正义之防线的功能。上述质疑与声讨与其说意在限制行政监管对于私法秩序的干涉,不如说防范司法对私法自治的过度干涉,担心司法彻底沦为公法肆意干涉私法秩序之“帮衬”。事实上,真正需要警惕的并非公法“过度”干涉私法秩序,而是“错误”干涉私法秩序。在行政审批改革取得相当进展的当下,行政管制大规模地向私法自治、社会共治转型,在这一背景下将行政规章引入私法行为效力裁判规范体系,可以祛除管制真空化的担忧,但要严厉防止国家政策借助该通道“复活”。有关规范设计需要解决这个问题,将行政规章引入私法规范体系的解释适用交由法官,同时限制法官的自由裁量权以维护司法统一。

#### 四、行政规章影响商事合同效力的可行通道

##### (一)理想化模式构建:社会公共利益“一元论”

适用《合同法》第52条第(五)项“强制性规范”条款判定商事合同无效,可能导致不符合公平正义的后果。面对复杂的社会生活,违反某类法律规范,合同绝对无效这样“一刀切”式的思维,都有违背社会公共利益之忧。不能否认,或许有极个别强制性规范可以绝对地否定合同效力,但从整体上来说这个工作应交由法官进行个案审查,法官在个案中考虑的是保护某种场合下的社会公共利益,而不是相反地去探究立法本身对于合同效力的态度。因此,“社会公共利益”作为兜底性条款应当成为唯一的介入通道,而“强制性规定”条款似无继续存在的必要。

但是,应当注意到《合同法》第52条第(五)项将广义的法律规范区分为两类,一类是可以直接作为私法裁判依据的规范,一类是只能作为参考的规范,这也是裁判实务的通行做法。如果采纳“一元论”而废止第(五)项,如何区分直接适用与仅作参考的规范呢?妥当做法是将第(五)项“法律、行政法规的强制性规定”限制为“法律、行政法规明确规定合同无效”的情形。如此,一方面将第52条第(五)项界定为法源区分条款,另一方面又做限缩规定,公法仍可通过规定绝对禁止事项以维护社会公共利益,而贸然废除该规定无疑会打破立法与司法的平衡。

前述理想化模式的构建虽能更好地实现公、私法关系的协调,但对于几方面都提出了高要求:(1)私法自治发展到一定程度,国家去管制化,公法对于私法领域的干涉已然受到极大的限制;(2)司法与行政的区隔,法官能够避免直接受公法禁令的影响,法官只是结合公法禁令所代表的社会公共利益独立做出判决;(3)法官的素养,将公法禁令所代表的社会公共利益在私法领域交由法官去维护,这对于法官提出更高的要求。

##### (二)现实的通道选择:“社会公共利益”条款的适用路径

在走向理想化模式之前,为平衡社会利益和个人利益,避免合同因违反强制性规定而无效的做法被绝对化,需要赋予法官自由裁量的权力,在合同违反强制性规范却不会导致不公平的结果或不违背规范意旨时依然判令合同有效。其实,《民法总则》第153条已规定“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”,就是确立了“违反强

制性规范的行为原则上无效,例外有效”的结构,民事基本法已经抛弃了刻板的“二分法”。<sup>[52]</sup>这对法官裁量权的取得,无疑是一种支持。当然,法官的裁决必须严谨、合理,充分证明特定情况下使合同有效并不损害社会公共利益,或者合同利益的重要性大于社会公共利益。《合同法》第52条第(四)项“社会公共利益”条款是构建行政规章影响商事合同效力的理想通道,关键在于如何增强其可操作性,力保裁判的统一。

其一,如适用该项条款判定商事合同效力的,宜由最高人民法院通过某种既定程序来统一,比如颁行司法解释等。这样一方面保证确定性,另一方面通过特殊程序的限制来有效避免行政规章进入私法领域的肆意。如前所述,行政规章兼具法的效力以及类型化社会利益的双重特性,上述程序控制的合理性首先在于最高人民法院对法律、行政法规拥有司法解释权,其次在规范效力等级不高的情形中,由最高人民法院具体解释可能类型化的“违反行政规章的行为”,不仅落实了行政规章的法效力,更是对损害社会公共利益行为的具象化,背后是司法权对行政权的区隔与制衡。最高司法机关的这种统一程序既可以限制地方司法机关的权力扩张,也促进了行政规章在私法上的统一适用,且能“有效缓解立法滞后带来的法律效果与社会效果不一的问题,协调规范效力冲突问题”。<sup>[53]</sup>

其二,除了行政规章之外,在涉及公共道德等领域引入“社会公共利益”条款的,是否需要最高人民法院统一认定呢?对此,否定理由更充分,在交由审案法官根据个案具体认定解释与扩大最高人民法院的权力之间,前者的实践理应胜出。但这不意味着最高司法机关的完全无作为,如研究“善良风俗”司法适用的学者主张由最高人民法院采取“指导性案例”的方式将个案扩展到群案,为法官所陷入的说理困境提供软通道。<sup>[54]</sup>然而,此种类型化工作并非将“社会公共利益”封闭化,抽象的“社会公共利益”仍有适用的余地,二者相互作用才能更好地维护真正的社会公共利益。<sup>[55]</sup>

## 五、结语

如坚守意思自治优先的私法立场,商事合同即便因损害社会公共利益而归于无效,也终究是一种例外情形。包括法律、行政法规、行政规章等在内的所有法律规范都不可能完美地从立法技术上完成违反禁令即无效的绝然区分任务,交由法官结合复杂的社会现实及立法意旨来完成个案的综合认定,更具制度理性与现实理性。在当前的中国,完全否认公法对商事合同效力的干预具有某种逾越现实的超前性。对社会公共利益的维护,不只是法律、行政法规之责任,行政规章亦有担当,后一责任之实现,需要行政规章借助“社会公共利益”条款进入私法领域。考虑到强行行政管制、弱司法干预、司法与行政区隔不足、法官素养参差等现状,以及行政规章相较于过度抽象的公共道德更具体化的技术性要求,由最高司法机关以某种统一程序适度控制行政规章的进入,无疑具有妥适性。随着法治建设的进步,《合同法》第52条第(五)项可逐步限缩为“直接规定合同无效”的规范,而将法律、行政法规中除此之外的其他规范以及法律、行政法规之外的其他规范性文件都经由“社会公共利益”条款引入商事合同效力的裁判体系。随着法治的进步,《合同法》第52条第(四)项之司法适用应最终交由法官在个案中完成,脱离对最高司法机关提供的统一机制的依赖,以实现理想化的通道构建。

(特约编辑:季奎明)

[52] 同前注[34],董万程、王继君文。

[53] 同前注[13],张红文。

[54] 参见孙梦娇、李拥军:《善良风俗在我国司法裁判中的应用现状研究》,《河北法学》2018年第1期。

[55] 参见李岩:《公序良俗原则的司法乱象与本相——兼论公序良俗原则适用的类型化》,《法学》2015年第11期。