

论《民法典》合同违法监管条款实施的司法协同

徐英军*

摘要:对市场行为实施公共规制是《中华人民共和国民法典》社会治理功能的应有之义,合同法是实现这一功能的主要规范,而以合同司法裁判协同行政监管也是欧洲“规制性私法”学说与实践形成的共识。合同违法监管条款是《中华人民共和国民法典》公共规制功能的集中体现,具有特别的司法价值,其有效实施有赖于在体系释法基础上的法官能动司法和府院协同联动。应加强相关司法指引,厘清司法环节协同实施合同违法监管的法理逻辑,重视对交易法律关系的实质性、整体性审查,规范合同危害公共利益的认定标准和裁判尺度,并建立府院之间的双向衔接协同机制。

关键词: 民法典 合同违法监管条款 公共规制 规制性私法 协同共治

一、问题的提出

《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)颁布后,法学界对民法典设置公法性条款的法理意涵和现实意义给予了积极评价,认为:这体现了“实用主义治理观和立法观”;^①可通过公私法的贯通“促进政府治理迈向良政善治”;^②民法典成为中国法治体系中“沟通社会治理和国家治理的纽带”“公共领域国家善治的重典”;^③其“体系效益提升了国家治理制度的形式理性”;^④民法典的法律功效已超越民事基本法律的范畴,“在中国特色社会主义法律体系中具有根本法属性,对立法、司法和行政均有建构上和适用上的重要意义”。^⑤

* 河南大学法学院教授

基金项目:河南省高校哲学社会科学应用研究项目(2023-YYZD-25)

① 冉克平、谭佐财:《〈民法典〉发挥公法功能的法理逻辑与基本路径——以〈民法典〉中行政主体规范为中心》,《浙江学刊》2022年第1期。

② 黄文艺:《民法典与社会治理现代化》,《法制与社会发展》2020年第5期。

③ 郭晔:《中国民法典的法理定位》,《东方法学》2020年第6期。

④ 郭洁、佟彤:《〈民法典〉推进国家治理现代化的法理阐释》,《政法论丛》2020年第4期。

⑤ 黄忠:《从民事基本法律到基础性法律:民法典地位论》,《法学研究》2023年第6期。

《民法典》第 534 条在诸多公法性条款中更显“另类”，其规定：“对当事人利用合同实施危害国家利益、社会公共利益行为的，市场监督管理和其他有关行政主管部门依照法律、行政法规的规定负责监督处理。”从文义内容看，该条款属于设定“合同违法监管”的管制性规范，^①调整对象是行政主体与民事主体之间的行政法律关系，赋权政府有关部门对特定合同行为实施公共规制，^②为公权力介入民事关系、干预合同交易提供了基本依据；从立法功能看，该条款属于责任性规范，对应《民法典》第 132 条“民事主体不得滥用民事权利损害国家利益、社会公共利益或者他人合法权益”的规定，旨在以公权力监督和惩治利用合同危害国家利益、社会公共利益（以下统称为“公共利益”或“公益”）的行为，以纠正市场失灵、维护经济安全和保障公共利益；从法条属性看，该条款属于转介规范而非裁判性规范，其虽然概括提供了公私法之间的接口，但未明确以何种程序给予怎样的“监督处理”，也不能像财产征收征用的补偿、合同生效的行政审批等公法性规范那样被直接作为司法裁判依据。也正因为如此，该条款在民法典中备受冷落，尚无文献深入讨论该条款的理解与适用问题。更为重要的是，从法律实施看，该条款绝非单纯依赖行政主体一己之力就可完成，合同违法监管有赖于司法机关与行政机关相向而行、协同发力，以“能动司法”协同共治；否则，该条款的实施效果将大打折扣。

当事人利用合同实施危害公共利益行为的，除了依法承担行政责任、刑事责任外，其民事责任后果如何须由司法机关评价。危害公共利益的行为，往往违反了法律、行政法规调整民事主体利益与公共利益关系的强制性规定，或者违背体现公序良俗的其他法律规则，这是否影响合同效力乃属司法事权范畴。行政机关一般无权对民事合同的效力做出认定，即便在实施行政许可时可以附带审查合同效力，但这种认定并不具有法律上的最终效力。这样，通过否定合同效力阻却利用合同危害公共利益就成为人民法院的重要职责。然而现实是，合同纠纷裁判机关与行政执法机构往往“各办各案”，信息沟通较少，导致大量未被行政执法机构发现或者发现时已超过行政处罚追诉时效的合同违法行为脱责，还有一些民事行为主体虽被行政处罚但仍获得巨额经济利益。

因此，民法典的合同违法监管条款至少提出如下 3 个层面的问题：首先，民法典为何要规定这一惩处合同违法行为的监管性条款？这关涉民法典在国家治理层面的制度功能及其与公共规制的关系。其次，如何结合民法典规范体系之整体来完整解读合同违法监管条款的司法价值？这关涉合同司法与行政监管的关系以及国家一体化法治战略的落地践行。最后，如何结合中国国情构建合同违法监管条款的实施机制，防范合同违法监管中行政和司法“两张皮”现象？这关涉对合同违法行为的协同共治和合同违法监管条款效能的提升。可见，合同违法监管条款的实施涉及国家法治建设的基础理论和实践机制问题，具有显著的理论价值和实践意义。有鉴于此，笔者拟沿袭“从碎片化思维转向体系性思维，从分散思维转向统一思维”^③的民法典解释论，在体系释法、法理思辨的基础上，探讨合同监管条款的理解与适用。

① 本文中的“合同”，除另外注明外均指民事合同。

② 公共规制指的是国家对经济发展及市场行为的规制，据对“中国知网”文献的统计，使用“公共规制”一词最广泛的学术领域是宏观经济管理与经济法学。

③ 王利明：《论〈民法典〉实施中的思维转化——从单行法思维到法典化思维》，《中国社会科学》2022 年第 3 期。

二、合同违法监管条款彰显民法典的公共规制功能

为什么要在民法典中设置对利用合同危害公共利益的行为予以处罚的合同违法监管条款?市场秩序需要建构,私法是建构市场秩序的法律基础。国家除了以私法对民事主体的市场交易予以引导和规制外,更以大量公法规范授权行政主体对市场领域实施公共规制,两者相辅相成,共同规范市场秩序,维持私益和公益的平衡。在规制合同违法行为中,除了行政处罚、刑事处罚外,民法典不仅不能缺席,而且大有用武之地。在对民法典的解释与适用中,需要通过体系释法来充分廓清其承载公共规制功能的立法意旨。

(一)公共规制是民法典进行社会治理的重要内容

民法典中存在诸多有关公权力介入市场活动的公法性条款,除了总则编中的守法、公序良俗、绿色和权利不得滥用等基本原則外,还有侵权责任编规定的生态环境修复责任、环境公益诉讼的赔偿范围,以及物权编和合同编中大量干预市场交易的规则。例如,建设用地用途变更审批、法人登记信息公示、特定合同的行政审批、违法合同的监管处罚、人体临床试验的行政审批、人体基因胚胎研究的行政规范、物业服务人对治安环保和消防违法事项的报告义务等。从条款内容看,它们大多直接规定公权力介入民事活动或民事关系,明确行政主体在特定民事领域的职权和职责,^①或者间接引致或转介公法规范,起到衔接、联通公法的作用;^②从规范方式看,这些规则明确公权力介入范围,既为民事主体公平、自由、多元的民事活动提供行政保障,又通过限制私权保障国家利益和社会公共利益;^③从规范效力看,这些公法条款无论是侧重保障私权还是维护公益,均因民法典的效力位阶高于行政法规和行政规章,成为行政法规、规章的清理修订和市场行政监管的法律依据,成为界分和约束公权、私权的基础性规范。在此意义上,将民法典视为我国法律体系中的基本法也不无道理。

从法理法源的理论层面看,这些对市场行为实施公共规制的条款是民法典对宪法秩序建构的具体响应。民法典是在我国现有宪法体制和价值秩序之下编纂而成的,在价值体系与规范体系上受到《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》)的统帅和制约,民法典需要承继和彰显《宪法》宣示的市场经济、依法治国等基本目标,并做必要的补充与细化,故其公法性规范“主要体现在宪法目标条款的引入”。^④《宪法》作为规范国家政治、经济和社会关系的根本大法,对公民基本权利、义务和权利边界做出了整体性规定。《宪法》第51条规定:“中华人民共和国公民在行使

^① 参见《中华人民共和国民法典》第117条、第243—245条、第327条、第338条等规定。

^② 民法中引致和转介条款的区别在于,引致是依据民法中管道性条款的授权可直接适用具体管制规范,更清晰、更易操作,但只是个别的指引;转介则是通过管道性条款的授权斟酌适用管制规范,更模糊,更依靠法官的裁量,但也更具体系上的重要性。参见茅少伟:《寻找新民法典:“三思”而后行——民法典的价值、格局与体系再思考》,《中外法学》2013年第6期。

^③ 有学者将民法典涉行政条款分为形式涉行政条款和实质涉行政条款,前者原则上不应直接在行政诉讼中适用,具体包括确立民事活动边界的涉行政条款、公私法转介条款、排除行政法规定对民事行为效力影响的条款以及对行政法既有规定进行的重述等。参见肖泽晟:《民法典涉行政条款在行政诉讼中的适用》,《国家检察官学院学报》2023年第3期。

^④ 牟奕霖:《民法典中的公权力规范及与私权利的关系》,《西南民族大学学报》(人文社会科学版)2022年第2期。

自由和权利的时候,不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利。”此谓“权利相对保障”原则,即公民行使自由与权利应具有合法性和合理性,基于保障国家安全、社会秩序和公共利益目的可以限制公民的权利和自由。一方面,保障公民基本权利的命题本身就含有限制基本权利的内涵,对公民基本权利予以合理限制是为了更有效的保障,即保障与限制是统一的。另一方面,《宪法》以附加文句对公民基本权利的限制,也成为我国限制公民自由和权利(包括民事权利)的宪法依据和原则标准,不仅是民法典的制定依据,也是行政法律规范的制定依据。这一宪法原则和《宪法》中其他关于民事权利的不完全条款,都需要民法典和民事单行法等普通法律来具体化,以响应宪法的秩序建构,体现和推进宪法目的的实现,妥当界分和平衡保障公益与私益。因此,无论是基于统一法体系对正义、秩序、安全共同价值追求之基本法理,还是对民法典规范体系整体的法教义学解读,均可佐证民法典实施公共规制具有正当性。

从法治建设的实践层面看,民法典承载公共规制功能也是中国式现代化进程中“三位一体”法治建设的必然要求,是对公私法合力共治的具体彰显。按系统论观点,国家治理体系是一个目标明确、层次清晰、结构优化、统筹推进、协同共振的有机系统,具有整体性、层次性、动态性特征。公共规制目标的全面和精确实现,要求不断“优化公共规制的运行框架,提高公共规制的规范性和适应性”,^①这就需要“系统性、整体性、协同性”的国家治理制度体系和实施体系。在风险日益增加、日趋复杂的国家治理过程中,公私法合力共治成为全球公共规制之潮流并向纵深发展。^②尤其是进入21世纪后,公共规制理论由“私法辅助规制”发展到“合作规制”阶段,主张推进行政规制和司法规制二者在更深层次上展开全方位、综合性的合作规制,民法日渐成为“社会政策、公共利益的执行者、维护者”。^③我国在新的社会、政治、经济环境中制定的民法典,既为民事活动主体权益提供保障,也要维护公共利益不受危害;既给市场经济提供一套体系完整、理念清晰的交易规则,“又容忍因市场失调所设的‘例外’规定优先适用”,^④使国家权力合法地渗透到私法关系中,形成公私法协同共治的法治实践格局。民法典设置诸多公法性条款,“是国家治理现代化转型在法治领域的具体投射”,^⑤是我国民事立法演进与国家治理进程深层次互动的成果。

(二)合同法律是民法典实施公共规制的主要规范

国家对市场行为实施公共规制的主要目的在于防范市场失灵导致的各种扭曲现象,其能否取得预期效果首先取决于“市场主体的行为选择”,换言之,“公共规制必须通过市场主体行为的改变来发挥作用”。^⑥市场交易的法律形式是合同,合同法在实施公共规制方面具有明显优势,其主要通过任意性规范引导市场主体“负责任地建立经济关系”,也借助必要的强制性规范干预合同交易,以软硬之“两手”实施对市场交易的鼓励、促进或限制、禁止等公共规制。在民商合一立法体例下,我国合同法律以《民法典》合同编和总则中的相关规则为主体内容,着重调整市场主体之间的商事合同关系,而商事合同正是重点监管对象。《民法典》列举的19种典型合同中,纯粹的民事合同只有保管合同和赠与合同2种,其他多为商事合同,包括9种纯粹商事合同(供用水

① 王德凡、靳文辉:《公共规制的形式理性追求及其限度》,《甘肃社会科学》2017年第5期。

② 参见宋亚辉:《论公共规制中的路径选择》,《法商研究》2012年第3期。

③ 蒋大兴:《论私法的公共性维度——“公共性私法行为”的四维体系》,《政法论坛》2016年第6期。

④ 苏永钦:《走入新世纪的私法自治》,中国政法大学出版社2002年版,第83页。

⑤ 郭洁、佟彤:《〈民法典〉推进国家治理现代化的法理阐释》,《政法论丛》2020年第4期。

⑥ 靳文辉:《论公共规制的有效实现——以市场主体行为作为中心的分析》,《法商研究》2014年第3期。

电气热、融资租赁、保理、建设工程、运输、技术、仓储、物业服务和行纪合同)和8种民商事兼具但常见为商事交易的合同(买卖、借款、保证、租赁、承揽、委托、中介与合伙合同)。因此,合同法律发挥着便利市场交易、保障交易安全、服务经济社会高质量发展的重要作用。

《民法典》第1条就开宗明义地宣示“保护民事主体的合法权益,调整民事关系,维护社会和经济秩序,适应中国特色社会主义发展要求,弘扬社会主义核心价值观”的立法意旨。这里的“合法权益”包括私法、公法所确认和赋予民事主体的权益;“社会和经济秩序”构成了“公共秩序”的主要内容,“社会主义核心价值观”则构成“善良风俗”的核心要义,^①两者共同组成我国新时代“公序良俗”中的公共利益。可见,维护公共利益既是内含于民法的正当理念,也是民法的重要制度功能。只有认清这一立法意旨,才能更准确、更全面地解释和适用民法典中实施公共规制的条款,才能解决好现代民法“在保持自身体系性、逻辑性的同时,容纳更多元的价值和更多层次的规则,调和日益复杂的自治与管制之间的关系”。^②这是“良法善治”的必然要求,应融贯于国家治理的制度体系、实施体系的各个环节,以最终实现“保障和促进社会公平正义”的国家治理目标,实现人民群众对良法善治下美好生活的期待。

《民法典》合同编中诸多授权行政主体实施公共规制的法律规范,既是行政法的重要法源,也是规制市场主体合同行为的重要依据。例如,对营利法人的市场监管(第82条)、特定合同的行政审批(第502、792条)、部分合同的强制缔约[国家订货和指令性任务合同(第494条)、供用电合同(第648条)、公共运输合同(第810条)等]、部分合同的竞争性缔约程序(第348、644、790条)、部分合同义务法定规则^③等。对合同违法监管条款,应从以下几个方面进行理解:(1)该条款保护的主体是国家利益和社会公共利益。所谓国家利益是指国家这一政治实体的对内对外利益,主要是涉及国家主权、国家安全、宏观经济等方面的利益,可细分为两层内容:一是在国内法上国家政权安全与社会秩序的稳定,内涵与社会公共利益相近;二是国际法上国家主权意义上的利益,内涵与民族利益相近。所谓社会公共利益主要是指社会成员在公共秩序、公共人格和公共财产方面的共同利益,既包括社会成员个人利益中的共性利益,也包括社会作为一个整体的共同利益,是社会成员之间存在的超越个人利益之上的纽带。可见,社会公共利益和国家利益既有重合又有不同,除了利益主体不同外,国家利益的产生机制以及表达方式也不同于社会公共利益。^④(2)该条款设定了个体利益的法律边界。由国家利益和社会公共利益共同构成的公共利益代表了大多数社会成员的个体利益,公共利益与社会成员个体利益之间存在复杂的对立统一关系,法律维护公共利益的实质仍是另一种保护私权的表现形式。正如庞德所言,法律的首要作用就是承认、协调或调整各种社会利益,以保障社会的和平与秩序。^⑤而“各种利益博弈制衡内生

^① 社会主义核心价值观不仅仅是道德规范,其已被写入《中华人民共和国民法典》第1条的立法目的中,是解决疑难复杂合同纠纷的原则性法律规范。

^② 茅少伟:《寻找新民法典:“三思”而后行——民法典的价值、格局与体系再思考》,《中外法学》2013年第6期。

^③ 例如,对供用电合同供电人的安全供电、断电通知、及时抢修等义务及责任的强制安排和对用电人交付电费、安全用电义务及责任的强制规定;关于客运合同当事人禁止携带危险物品、违禁物品和维护运输安全的义务等。

^④ 参见王轶、董文军:《论国家利益——兼论我国民法典中民事权利的边界》,《吉林大学社会科学学报》2008年第3期。

^⑤ 转引自张乃根:《西方法哲学史纲》,中国政法大学出版社1993年版,第268页。

机制的生成和稳定,必然会在客观上造就一套内部彼此协调相关的法律制度体系”。^①(3)该条款规制的对象是“当事人利用合同”危害公共利益的行为。这既包括设立、变更或终止合同关系以及履行合同的合同行为本身,也包括与合同相关的其他行为,如合同尚未成立前的磋商行为、合同履行的辅助行为、合同终止后的后合同行为等;既包括合同当事人共同的行为,也包括一方当事人利用合同危害国家利益、社会公共利益的单方行为。

(三)效力否定是阻抑合同危害公益的私法手段

应该进一步思考的是,合同违法监管条款的实施与民法典其他条款尤其是实施公共规制的条款有无关系,怎样更好地利用民法典的体系化优势提高合同监管条款的实施效能?从立法目的的实现角度看,民法典中与合同违法监管条款关联紧密的当数违法无效和背俗无效规则了。毋庸置疑,危害公共利益合同的法律效力和履行结果一旦得到私法认可,就会产生“反向激励”的后果,会有更多市场主体抱持机会主义心态,产生为博取高额经济利益(行政法上的不法利益)而藐视行政管理秩序的负面系统性效应。因此,在私法领域否定合同效力具有较好的公共规制效果。《民法典》第 8 条写入了“民事主体从事民事活动,不得违反法律,不得违背公序良俗”的原则性规范,第 143 条将“不违反法律、行政法规的强制性规定,不违背公序良俗”确立为民事法律行为的主要生效要件。《民法典》第 153 条从反面规定了“违法无效”和“背俗无效”规则,^②彰显为维护公共利益而对民事主体自治予以干预和限制的精神,蕴含在特定价值判断基础上更广范围、更高层次的契约正义。由此,对合同行为“适法性”和“社会妥当性”的效力审查成为干预合同意思自治的基本方式,合同效力否认规则成为防止滥用合同自由、保护公共利益的主要法律依据。

就立法技术而言,民法典的违法无效和背俗无效规则都属于转介条款,旨在将其他法律规范尤其是公法规范引入合同效力的私法效果评价中。相较而言,背俗无效规则更具抽象性和不确定性,也给裁判者留出了自主裁量空间,因为公序良俗的内容散见于法律、行政法规乃至行政规章、其他规范性文件中,并随经济社会发展而不断调整更新。在经济生活中,市场主体利用合同危害公共利益,除了违反法律、行政法规的强制性规定外,更多可能的是违反其他数量庞大的低位阶公法规范。因此,如何对不违反法律、行政法规的强制性规定而只违反规章或行政政策的合同做出适当的效力评价,认定其是否构成违背公序良俗,以及哪些情况下合同行为虽然违反了法律、行政法规的强制性规定但不影响合同效力,一直是法学研究的焦点,也成为合同效力否认中法律适用的难点和痛点。市场创新带来个案的复杂性,使众多法官在维护公共利益的强制性规定、公序良俗与保护民事主体意思自治、鼓励交易等价值冲突中难以抉择甚或取舍迥异,也就导致违法无效和背俗无效规则的适用争议大、问题多,不仅同类案件的判决结果往往不同,对同一案件在不同层级法院的审理结果也多有差异,^③进而产生协同管制与尊重自治孰轻孰重等价值

^① 冯果、万江:《求经世之道,思济民之法——经济法之社会整体利益观诠释》,《法学评论》2004 年第 3 期。

^② 参见王轶:《民法规范论视野下的合同效力》,《法律适用》2023 年第 12 期。

^③ 例如,在“上海保培投资有限公司等诉雨润控股集团有限公司股权转让纠纷案”中,一审判决肯定了原中国保险监督管理委员会《保险公司股权管理办法》对保险业进行监督管理系根据《中华人民共和国保险法》的明确授权,案涉股权代持协议不仅违反依据该授权所制定的规章,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;但二审法院认为,该行政规章第 8 条意在保护投资人、保险人利益以及保险交易秩序的稳定,当事人的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。参见江苏省高级人民法院(2017)苏民终 66 号民事判决书。

取向层面的诸多争议。

公序良俗原则和诚实信用原则都会形成对民事主体意思自治的限制,但两者的制度功能有所不同:(1)公序良俗原则协调的是个体利益与公共利益之间的冲突,不同于协调当事人之间、特定第三人之间利益冲突的诚实信用原则;(2)公序良俗原则以公共利益之价值优位来实现秩序、公正与安全等根本性法秩序,可以对抗鼓励交易的合同法价值而成为否定合同效力的依据,不同于诚实信用原则与合同法具体规则之间的补充关系。^①公序良俗原则作为调和私人自治与国家管制之间张力关系的重要制度,源自大陆法系国家的立法实践,与英美法系国家合同法之“公共政策”精神相通,^②也是我国民法干预合同行为、维护公共利益的主要理据。当下,公序良俗的内涵阐释应与时俱进,以昭示社会价值共识的更新,体现“以良法促善治”的水平。作为“民法协同公共规制的精神内核”,^③公序良俗原则如何审慎回应公共政策目标的嬗变,如何在民法典制度体系中促进公共规制与意思自治的价值调和与动态平衡,尤为重要。

三、司法规制是实施合同违法监管的必要环节

2019年《全国法院民商事审判工作会议纪要》(以下简称《九民会议纪要》)呈现的司法裁判监管化倾向,曾引发对司法裁判协同行政监管的各种质疑。学术界担心:在这一司法政策之下,市场规制和宏观调控方面的行政法律规范乃至其他行政政策,都可能借道“公序良俗”而成为否定合同效力的法源依据;而以私法裁判配合金融监管,监管化色彩浓厚,有损于司法的稳定性。但是,无独有偶,欧陆国家近十多年来在对金融危机的根源反思和对策研究中,重塑了私法规范与公共规制的关系,提出“规制性私法”学说,并展开了相关司法改革尝试,形成以合同纠纷裁判中对法律的恰当解释与适用来配合市场行政规制等经验共识。

(一)欧陆“规制性私法”的学说与司法实践

2008年,意大利学者汉斯·米克利茨率先提出“规制性私法”(Regulatory Private Law,或译“监管性私法”)一词时,^④曾被视为“命令某人自发”似的谬语,但这一表述迅速被广泛地接受,并引导欧陆法学界展开对私法公共规制功能的热议,形成如下主要观点:(1)不仅要“从自治的秩序”角度理解私法,还要将私法视为公共秩序与安全的“规制工具”,“私法是看不见的手中的食指,指引着市场经济”;^⑤(2)私法的不同组成部分(公司法、合同法和侵权法等)在不同层面发挥不同的公共规制作用,如公司法要求公司履行其社会、经济和环境责任,侵权法对违反企业社会

^① 参见王涌:《私权的分析与建构:民法的分析法学基础》,北京大学出版社2020年版,第364页。

^② 参见黄忠:《合同自由与公共政策——〈第二次合同法重述〉对违反公共政策合同效力论的展开》,《环球法律评论》2010年第2期。

^③ 徐英军:《国家治理现代化视域下合同法律的公共规制功能》,《学术研究》2021年第11期。

^④ See Hans-W. Micklitz, *The Visible Hand of European Regulatory Private Law: The Transformation of European Private Law from Autonomy to Functionalism in Competition and Regulation*, 28 *Yearbook of European Law*, 3-59 (2009).

^⑤ [英]休·柯林斯:《规制合同》,郭小莉译,中国人民大学出版社2014年版,第65页。

责任的公司行为规定了民事责任;^①(3)公共规制为私人治理预留了一些领地,以意思自治和合同自由价值观为基础的合同法可在这一领域中运作,应将合同法视为(竞争性)市场经济中交易监管环境的一个要素;^②(4)将企业社会责任价值纳入欧洲统一合同法规之中,以便其发挥规制作用。^③概言之,“规制性私法”的内涵可归纳为两点,一是揭示合同主体之间存在兼具监管效力的私人治理现象,二是倡导为公共监管目的而使用和重塑私法尤其是合同法。

欧陆学者将合同自治失范和对合同网络监管不力视为金融危机的重要诱因,^④对金融领域合同的“私法监管”探讨更多,内容主要集中于以下3个方面:(1)关于行政当局和金融监管义务与当事人的合同法律义务之间的关系,虽然有人认为两者应当截然界分,^⑤但更多学者认为两者之间功能应有互补性、共通性,监管义务应当对合同义务产生辐射效应;^⑥(2)关于金融监管目标与合同法功能之间的关系,学者们都认同两者虽有不同但存在内在联系、互为促进,尤其在客户保护等金融行为微观监管方面,金融监管和合同法的目的可能趋同,但在宏观审慎监管方面可能仍然存在分歧;^⑦(3)关于合同法规则在金融监管中的功能嬗变,有学者通过对欧盟零售金融合同(如消费信贷、支付服务)和非零售金融合同的分析,详尽阐释合同法规则在欧盟金融市场治理中发挥辅助作用。^⑧总之,欧陆国家的法学界倡导一种结构性新取向,即实现合同法在市场竞争和公共规制中的功能转变,合同法的目的与功能不仅限于示范与引导,也包括通过合同法的司法适用来响应政府的公共政策并实现行政规制目标。

上述学说直接影响到司法实践。不仅欧盟主要成员国(如意大利、法国、德国等)的法院更加重视以合同私法裁判回应和配合欧盟市场监管,欧盟法院的裁判也经常使用比较法作为法律解释方法,从欧盟各成员国立法中提炼和引用更具实质合理性的解释,将传统由自治驱动的合同法规规范转变为管理金融交易、加强投资者保护等规制工具。总体而言,欧盟市场监管规则对成员国合同法、公司法、侵权法等国内私法的解释与适用都有一定的影响,对合同纠纷裁判改革的推动尤为显著,主要体现在以下两个方面:(1)虽然并不直接限制当事方订立合同或以特定方式起草合同的自由,但欧盟金融规则在各成员国的司法适用引导金融服务提供者更多地使用符合监管

^① See Andreas Rühmkorf, *Corporate Social Responsibility, Private Law and Global Supply Chains*, Edward Elgar Publishing Ltd., 2015, p.215.

^② See Roger Brownsword and Rob AJ van Gestel eds., *Contract and Regulation: A Handbook on New Methods of Law Making in Private Law*, Edward Elgar Publishing Ltd., 2017, p.32.

^③ See Alexandra Horváthová, *Commercial Contracts and Corporate Social Responsibility Values: A European Perspective and an Attempt of a Normative Approach*, 28 *European Business Law Revue*, 283-308(2017).

^④ See C.Joerges(ed.), *Franchising and the Law: Theoretical and Comparative Approaches in Law and Interdisciplinary Research*, Oxford University Press, 2014, p.104.

^⑤ See Alastair Hudson, *Law of Finance*, Sweet and Maxwell, 2013, p.13 ; Iris H-Y Chiu, *Regulatory Duties for Directors in the Financial Services Sector and Directors' Duties in Company Law: Bifurcation and Interfaces*, 6 *Journal of Business Law*, 489(2016).

^⑥ See Cherednychenko, *Contract Governance in the EU: Conceptualising the Relationship Between Investor Protection Regulation and Private Law*, 21 *European Law Journal*, 520(2016).

^⑦ See Stefan Grundmann, *The Banking Union Translated into (Private Law) Duties: Infrastructure and Rulebook*, 16 *European Business Organization Law Review*, 357-382(2015).

^⑧ See Mads Andenas, *Commercial Law, Investor Protection, EU and Domestic Law: European and Comparative Perspectives*, 28 *European Business Law Revue*, 437-471(2017).

要求的标准合同条款；^①(2) 合同法“欧洲化和现代化”的一个重要影响是金融监管标准和合同标准之间日益相互依存和融合，欧盟金融法规影响部分成员国的修法转用，并被本国法院用作有目的地解释一般合同法的工具，对受金融违规行为危害者提供合同法上的救济。^②

(二) 规制性私法以私法协同规制的理念意涵

概言之，“规制性私法”内涵的核心是倡导为公共监管目的而使用和重塑私法尤其是合同法，通过合同法的司法适用，加强对私人行为的引导与规制，将自治驱动的合同法演化为对市场交易尤其是金融市场交易的监管工具，以加强对公益公序和投资者权益的保护。当然，“规制性私法”的提出，并非表明合同法等私法规范的基本功能发生了转向，而是强调对私法规范参与公共规制和市场监管的功能和作用，呼唤法治理念的转变。这可能是继 20 世纪下半叶欧美合同法制度改革以来，即普通法系国家合同法以违背“公共政策”和大陆法系国家以有悖“公序良俗”来否定合同强制执行力以来，大陆法系国家合同法领域又一次重大革新的酝酿，涉及合同法功能重构与价值多样化变革，这无疑能增进我们对合同法在公共规制领域的地位和前景的理解。

综观全球，自 20 世纪末兴起的债法现代化改革之目标，就是契合现代市场交易日趋复杂的特点，满足国家治理复杂性的需求，在继续维护个体利益和主体自治的基础上，建立兼顾社会正义和多元共济的法律结构。^③ 规制性私法理念的探讨与实践汇入这场改革洪流之中，并成为当前欧洲合同法现代化改革的一个重要内容。欧陆国家的“规制性私法”理念和以合同法配合市场监管的司法实践，同样说明合同法等私法公共规制功能的实现，主要体现为司法环节对法律条款的目的解释以及对法律规则的选择适用。既然我国现行合同法亦为兼采两大法系合同制度精华之成果，那么《民法典》合同编“解释论的展开必然是以‘整合解释’为归趋……以比较法充实解释论，可以让解释者变得更理性而非更任性”。^④

(三) 合同司法成为私法协同规制的重要场域

民法典的生命力在于实施。民法典合同监管条款虽然无法被直接作为司法裁判依据，但是并不意味其没有司法实施的空间与价值，该条款的有效实施非常依赖法官在“协同共治”理念之下“能动司法”，人民法院裁断合同纠纷就是“将纸上的法律转换为运行的法律”的活动。合同司法裁判除了以“审理”“裁判”“解决”实现定分止争的法律功能外，还以论证说理和裁判结论蕴含的公共政策导向发挥着对市场主体“影响”和“预期”的社会功能。^⑤ 因此，借助法官在个案审理中依职权对合同效力的主动审查依法监督和干预合同行为，成为对经济活动实施公共规制的重要抓手，也是公民法协同治理作用于私法场域的重要典范。借合同效力认定对市场主体的昭示、警示和引导，在产业发展、经济安全和行业监管等方面可以发挥公法规范无法替代的规制作用，彰显着民法的“公共精神”。例如，建设工程合同不仅投资数额大、履行期限长、参与主体众多，并

^① 在欧盟法律框架下，规则(regulation)作为法律渊源可以直接适用于各成员国；指令(directive)则需要各成员国立法转化后才能适用，各成员国在立法转换时拥有一定的自由裁量权，可能导致不同的成员国对同一问题做出不同规定。

^② See Mads Andenas, Federico Della Negra, Between Contract Law and Financial Regulation: Towards the Europeanisation of General Contract Law, 28 European Business Law Revue, 499(2017).

^③ 参见龙卫球：《当代债法改革：观察与解读》，《南昌大学学报》(人文社会科学版)2012年第3期。

^④ 韩世远：《合同法总论》，法律出版社2018年第4版，第1、3页。

^⑤ 参见孙笑侠：《论司法多元功能的逻辑关系——兼论司法功能有限主义》，《清华法学》2016年第6期。

且工程成果具有显著的公共性,建筑物的最终所有人、使用人往往是发包人、承包人等合同当事人之外的社会群体,合同履行、施工安全和建筑质量关涉第三人利益和公共利益。此类合同纠纷的审理不能简单适用民事法律,还须综合考量建筑法、招标投标法等公法规范,才能发挥维护公平竞争秩序、防范公共风险等规制作用。

在现实合同订立和履行中出现的很多行政违法行为,如果不引发民事纠纷则往往很难被行政机关发现和查处。基于国家机关的职能分工,法官在审理建设工程合同纠纷的过程中,一般只围绕当事人的诉讼请求对相应的民事权利义务进行审理、做出裁断,不能直接追究合同当事人的行政违法责任。不少民事法官只关注违法事由是否影响合同效力,不会对司法审理中发现的合同违法行为主动向行政监管部门提供线索,这显然有碍于民法典合同违法监管条款的有效实施。这种司法裁判与行政执法“两张皮”的现象背离了法治一体化建设战略,不利于国家治理体系的现代化。虽然法官从事民事审判只是法院内部分工,但是就人民法院的整体司法职能而言,其与行政机关的执法行为共同构成法律实施体系,在法治一体性之下两者具有目的与立场的统一性。实施事前准入、事中监管和事后追责全过程主动的行政规制与重在事后矫正的司法规制构成公共规制的“双翼”,在“正义、秩序、安全”等共同价值目标之下形成合力,共同实施国家治理,维系整个社会的井然有序。就违法合同监管而言,行政监管和司法规制都是法律实施的重要环节,加强两者的协同治理,对完善市场经济法律体系、提升治理能力有着非常重要的作用。可能有人担心,协同规制理念将导致大量合同被认定无效而削弱合同法鼓励交易之宗旨。从短期来看可能如此,但在合同被认定无效出现“井喷”之后,司法裁判的指引功能能使当事人放弃侥幸心理、减少订立违背公序良俗原则的合同,进而使无效合同的数量显著降低。

四、规范合同无效裁判是司法协同规制的法治进路

一方面,人民法院应当在协同共治理念之下“能动司法”,与政府市场监管部门相向而行,以公正权威的司法活动协同治理利用合同危害公共利益的行为;另一方面,法官在个案审理中,需要遵循法律逻辑,尊重市场创新,把握裁判尺度,防范过度干预主体自治和市场交易。换言之,合同违法监管的司法协同规制,要求法官既不能漠视合同行为侵蚀公共利益而置之不理,也不能以“管制心态”不当干预市场主体的合同自治,而须秉持依法权衡、严谨论证的原则,通过对法律条文的实质解释将公共政策以规范化方式融入合同司法裁判,妥当运用合同无效规则阻却利用合同危害公共利益的行为,努力促进“意思自治原则”与“公序良俗原则”之协调。

(一)重视对交易关系的实质性整体性审查

“法律思维是逻辑思维,证据应当是认定事实的唯一基础”,^①合同违法与否的判断、甄别依据是交易文书所反映的合同法律关系。损害公共利益的交易往往具有隐蔽性、复杂性,不仅需要法官全面占有、比对和审查证据,还需要对晦涩难懂的交易文本和交易结构条分缕析、抽丝剥茧,运用适当的合同解释方法进行逻辑梳理,确定当事人的真实意思,判断其真实的交易关系,进而对合同是否违反法律、行政法规的强制性规定,是否违背公序良俗予以判断。对“阴阳合同”“虚伪表示合同”“名实不合同”等,更要“揭开合同面纱”,厘清交易全貌、交易性质和法益实质,

^① 李俊晔:《论要件审判“三段式”思维》,《法律适用》2017年第23期。

为效力认定规则的适用确定准确的“小前提”。司法实践中,“名实不合同”很多涉及金融交易,名为买卖(标的可能是股权、设备或房地产等),但实为融资借贷,需要建立在穿透式审查基础上的价值判断。^①例如,在“黄某某诉某保理公司‘医疗美容’保理合同纠纷案”^②中,四川省成都市中级人民法院在二审判决中对法律关系予以改判,认为案涉交易的业务外观虽然符合保理融资特征,但实质是分期付款的消费贷款,这种交易模式削弱了民法典赋予保理合同的盘活中小企业债权、缓解融资压力等功能,成为推动过度借贷与诱导消费的不当工具。难怪最高人民法院将“交易模式和隐藏风险识别难、合同效力认定难、金融机构责任界定难”作为金融审判的3大核心难点要求着力解决。^③

《九民会议纪要》倡导“注意处理好民商事审判与行政监管的关系,通过穿透式审判思维,查明当事人的真实意思,探求真实法律关系”。穿透式审查旨在“透过现象看本质”,有利于还原“名实不合同”的交易真相,以合法公平地界定当事人民事权利义务,同时也可及时识别和惩治利用合同掩盖违法交易的行为。《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》(以下简称《合同编通则司法解释》)第15条规定:“当事人主张的权利义务关系与根据合同内容认定的权利义务关系不一致的,人民法院应当结合缔约背景、交易目的、交易结构、履行行为以及当事人是否存在虚构交易标的等事实认定当事人之间的实际民事法律关系。”值得追问的是,该条款中“当事人”应理解为一方当事人还是包括双方当事人?如果双方当事人主张的合同权利义务关系一致,但与人民法院根据合同内容所判断的权利义务关系不一致的,人民法院原则上就应尊重当事人的真实意思和自主意愿,不能将法院观点强加于当事人。但是,如果合同内容涉及公共利益以及第三人应受法律保护的权益的,人民法院就应当按照实质法律关系进行司法裁判。

除了“纵向”穿透文本外观和表层关系进行实质性审查外,“横向”总揽关联合同关系展开整体性审查,对识别交易实质和违法风险也非常必要。实践中,有的当事人通过签订多份合同分解交易要素,尤其是多个当事人通过订立具有牵连关系的“商事契约群”^④实施商事交易,以掩盖交易目的或逃避行政监管。当事人处心积虑地设计复杂交易结构,往往隐藏各种非法目的,既成为损害公共利益和私人法益的显著隐患,也对严守合同相对性的司法裁判和金融监管提出挑战。最高人民法院在审理“大连羽田钢管有限公司与大连保税区弘丰钢铁工贸有限公司、株式会社羽田钢管制造所、大连高新技术产业园区龙王塘街道办事处物权确认纠纷案”^⑤时,纠正辽宁省高级人民法院忽视两份转让合同与租赁合同系属关联合同的事实,以4方当事人均到场参加并见证了所有合同的签署过程为由认定隐名代理关系成立,改判羽田钢管制造所是涉案资产的真正受让人;最高人民法院在审理“中船重工(天津)物资贸易有限公司与陕西宇航科技工业有限公司

^① 参见李建伟:《融资性贸易合同的定性及效力规制研究》,《法学评论》2023年第3期。

^② 参见成都市中级人民法院:《成都法院2022年度十大典型案例》, <http://cdfy.scSSFw.gov.cn/article/detail/2023/02/id/7150601.shtml>, 2024-06-30。

^③ 参见刘贵祥:《金融法治前沿》(总第1辑),人民法院出版社2023年版,第4页。

^④ 所谓商事契约群,是指围绕某一复杂商业项目,分别由不同主体缔结多个存在牵连关系的合同所形成的合同群组,广泛出现在供应链、特许经营、总分销、基础设施建设、公司并购重组和投融资交易中,尤以金融市场为多。参见徐英军:《契约群的挑战与合同法的演进——合同法组织经济活动功能的新视角》,《现代法学》2019年第6期。

^⑤ 参见最高人民法院(2011)民提字第29号民事判决书。

等合同纠纷上诉案”^①时,认为双方当事人与案外人斯创姆公司分别两两签订合同形成封闭循环交易,系以买卖合同的外观掩盖融资性贸易法律关系,案外人斯创姆公司既是其中的一个交易环节,也是融资款的借款人,案件处理结果与其存在法律上的利害关系,一审人民法院拒绝陕西宇航科技工业有限公司追加其为第三人的申请确有不当地;“宝万之争”中宝能系将融资目的、款项流转路径、协同收购行为等交易要素“碎片化”地分解到9个资管计划契约群中,^②以规避银行资金监管和上市公司收购监管。这些典型案例均表明如果囿于合同相对性规则,忽视不同主体分别缔结的关联合同构成的交易链条就无法查明案件事实和交易全貌,难以对当事人之间真实的法律关系及合同效力做出妥当认定。对契约群纠纷的事实审查不能局限于单个合同,而应通过追加当事人、合并审理等方式,展开实质性、整体性审查。既要审查每个合同的意思表示,也要结合多份合同之间的关联关系进行整体性、体系化解释;既要考虑合同表述的各当事人的主观意图,也要权衡当事人通过契约群交易所要实现共同目的与整体利益。对契约群合同关系的穿透式审查和整体解释属于“客观穿透”,旨在收集做出“价值判断”的事实依据,穿透重点在于掌握为实施同一商业项目或整体交易而订立多个合同的关联关系,通过整体性解释来认定缔约目的、交易性质、权利义务内容和交易主体等,不能无限扩大诉讼审查范围,合同相对性原理的规范逻辑依然要予以遵守。

(二)明确合同效力否定的裁判论证规则

当合同当事人的私益与公共利益发生冲突时,需要法官基于科学规范的价值判断进行利益衡量和规则选用。合同效力否定规则设定的初衷是通过抑制私益保护公益,这是对当事人合同自治的干预和对民事权利的限制,故应“遵循民法价值判断问题的实体性论证规则及其派生的论证负担规则”,^③必须提出足够充分且正当的理由来证成相应的价值判断结论。论证的核心在于否定合同效力是否特定情形下充分实现民事行为不得违法、背俗的法律规范目的,达到维护公共利益立法目标的“唯一”或“最优”选择,只有在不否定合同效力就无法有效保护公共利益的情形下才选择否定合同效力。同时也要防止陷入一个误区,即将合同当事人构成犯罪与合同违法、背俗等同而随意否定合同效力。如果当事人承担了行政责任或刑事责任足以实现强制性规定的规范目的,就不应否定合同效力,这样也可避免因对方无力返还和赔偿而给被害人造成民事权益的“二次伤害”。

那么,法官在对事实与法律的往复审视中,如何就私益与公益之间的冲突展开正确而妥当的法益衡量?笔者认为,至少应遵循以下3个方面的裁判论证规则:首先,审查合同是否违反法律、行政法规的强制性规定,若有违反则要综合权衡被违反的强制性规范所保护的法益类型、违法行为的法律后果等因素,考量仅让当事人承担公法上的责任(行政责任和刑事责任)是否足以维护公平公正和保护公共利益,是否还需要通过否定合同效力来实现该强制性规定的规范目的。其次,若合同交易未违反法律、行政法规的强制性规定,仅违反行政规章或其他规范性文件、行政政策,则需根据《合同编通则司法解释》对公序良俗的界定,结合低位阶行政规范的规制对象、监管强度、社会影响等方面所宣示的公序良俗元素,判断被合同损害的法益是否属于公序良俗;再考

① 参见最高人民法院(2018)最高法民终888号民事判决书。

② 参见叶名怡:《结构化资管计划的私法规制——以“宝万之争”为例》,《法学》2018年第3期。

③ 王轶:《民法规范论视野下的合同效力》,《法律适用》2023年第12期。

虑当事人的主观动机和交易目的、类似交易的频次、行为的社会后果等因素,确定是否需要否定合同效力,并在裁判文书中予以充分说理论证。^①最后,坚守集体议决机制,根据案情复杂程度,分别由合议庭、业务庭专业法官会议或审判委员会讨论决定,最大程度地保障合同效力无效裁判的合理性和公正性。

按照多年来的学界共识,法律、行政法规的强制性规定可区分为效力性强制性规定和管理性强制性规定两种,^②只有违反效力性强制性规定的,合同才无效,这种区分蕴含了民法典适用中必要的价值判断。但是,因实务界尚未对两者的区分形成清晰易行的区分标准,司法裁判中偏离异化现象较多,故目前最高人民法院已放弃这种区分,2023年底发布的《合同编通则司法解释》亦不再采用这种表述。有学者提出《民法典》第153条第1款区分了效力性强制性规定和非效力性强制性规定,违反法律、行政法规的强制性规定的合同“以无效为原则、以有效为例外”。^③该款的例外性规定所称“不导致该民事法律行为无效”的强制性规定,主要就是管理性强制性规定为主的非效力性强制性规定。

《合同编通则司法解释》第16条对“强制性规定不导致该民事法律行为无效”的认定标准做出适用解释,有助于践行“鼓励交易”的合同法价值取向。该条第1款列举了4种情形,并以“法律、司法解释规定的其他情形”兜底。其中第1种情形是“合同的实际履行对社会公共秩序造成的影响显著轻微,认定合同无效将导致案件处理结果有失公平公正的”,人民法院可以依据《民法典》第153条第1款维持合同效力。该项规定存在以下两个问题有待解决:(1)“对社会公共秩序造成的影响显著轻微”的语义不清,易致误解。什么是“影响显著轻微”?最高人民法院解释说,这与刑法中“情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪”的规定具有内在的一致性,是公法中比例原则在民法上的具体运用。^④那么,在过罚相当原则下,“违法情节轻微”的行为还会被追究行政责任甚至刑事责任吗?这与《合同编通则司法解释》第16条首句中“由行为人承担行政责任或者刑事责任能够实现强制性规定的立法目的的”存在逻辑冲突。(2)不宜以“导致案件处理结果有失公平公正”作为阻却否定合同效力的理由,“公平公正”往往是对合同当事人之间以及相关第三人直接的利益衡量,不能以此否定对公共利益的优先保护,该表述难以逻辑自洽。笔者认为,还是应当始终将“规范目的”确立为核心考量因素,着重衡量只追究行政责任或刑事责任是否足以实现强制性规范的规范目的,并综合考量“公法责任、违反强制性规定的社会后果、强制性规定保护的是合同当事人还是非合同当事人的权益、强制性规定规制的是一方当事人还是双方当事人、合同的履行行为”^⑤等因素,妥当判断违法合同的效力。

^① 参见刘贵祥、吴光荣:《〈民法典〉合同编法律适用中的思维方法——以合同编通则解释为中心》,《法学家》2024年第1期。

^② 效力性强制性规定和管理性强制性规定的区分最早见于《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》第14条。

^③ 王利明:《论效力性和非效力性强制性规定的区分——以〈民法典〉第153条为中心》,《法学评论》2023年第2期。

^④ 参见最高人民法院民事审判第二庭、研究室:《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》,人民法院出版社2023年版,第30页。

^⑤ 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。

(三)公平分配合同无效后的权益与风险

需要强调的是,以违法无效或背俗无效否定合同效力只是对当事人合同权利生成和权利效果预期的阻却,并非对双方之间民事权利义务关系的全然否定,故应在裁判中予以妥当“善后”,以平衡合同无效之后的当事人权益。对此,可遵循以下两个裁判规则:(1)在一方存在显著过错(如存在欺诈、胁迫、主动引诱等)的情况下,可向另一方释明通过追究缔约过失责任来保护其合理的外观信赖利益,确定财产返还、折价补偿以及损害赔偿等事项;(2)在双方过错相当情况下(毕竟大多数公序良俗乃众所周知的一般性秩序与道德),应基于公平原则界定双方的财产与利益关系,如根据双方的真实意思表示认定财产关系,根据各自贡献及过错大小分配增值收益和分担损失,根据规范目的、返还可能性等确定是否需要返还财产等。在“杨金国、林金坤股权转让纠纷再审案”^①中,最高人民法院虽然认定代持股协议因涉及对上市公司隐名持股而无效,认可名义持股人享有所持股权,但也不否认双方当事人之间委托投资关系和委托投资的事实。

至于合同无效的法律后果,不应机械地一概判令返还财产或补偿(赔偿)损失。我国现行法律仅有《民法典》第157条“无效即应返还”的一般性规定而没有排除返还的例外性规定,这是个缺憾。《合同编通则司法解释》第24条依旧规定,合同无效后当事人有权要求返还财产或折价补偿,并可要求赔偿损失;若当事人的行为涉嫌违法且未经处理,可能导致一方或者双方通过违法行为获得不当利益的,人民法院应当向有关行政管理部门提出司法建议。这似乎是将无效返还的民事责任与合同违法的行政责任分别处理。有学者认为应当做此区别对待,区分合同行为违反类型强制规范与违反公序良俗规范而导致无效的差异,合同行为违反类型强制规范的,当事人仍可要求返还财产和赔偿损失;违反公序良俗规范的,当事人既不得请求返还,也不得请求对方履行义务。^②笔者认为这样的返还范围仍然过大,若返还财产与被违反之强制性法律及公序良俗规范的目的或内容相冲突,则应排除返还请求权。否则,将有悖于阻止法律行为目的实现之立法初衷。因为行政责任往往是没收违法所得,但从事违法行为的本金往往不受影响;而且,如果违法行为未被行政执法机关获悉,违法行为人则会将本金与非法收益揽入囊中。尽管《合同编通则司法解释》第24条规定,若“当事人的行为涉嫌违法且未经处理,可能导致一方或者双方通过违法行为获得不当利益的,人民法院应当向有关行政管理部门提出司法建议”。但是,如果人民法院未提出司法建议,或者提出司法建议后行政管理部门未及时处理,不就导致当事人违法行为的获利安全“落地”了吗?要知道,当前合同司法与行政监管的协同度并不高。申言之,在合同因违法无效和背俗无效的情况下,合同当事人已给付之财产应以返还为一般、以不返还为特别规定。只有妥当处理合同无效后当事人的利益关系,才能使人民法院在以否定合同效力响应和协同行政规制的同时,又能实现民事法律的逻辑自洽,达致法律效果、政治效果和社会效果的统一。

五、府院联动是合同违法协同规制的机制保障

除了以否定合同效力阻抑对公共利益的侵害行为外,还要重视对有效合同履行中危害公共利益行为的司法协同规制。为此,在司法机关内部,需要提炼具有指导意义的裁判规范,以统一

^① 参见最高人民法院(2017)最高法民申2454号民事裁定书。

^② 参见许德风:《合同自由与分配正义》,《中外法学》2020年第4期。

的司法指引为法官队伍提供共通的价值导向、审判逻辑和论证规则,增强相关法律规则适用的统一性;在司法机关外部,应将人民法院查明的违法事实及相应的裁判结论作为查处合同违法行为的重要线索,建立人民法院与政府职能部门之间常态化的信息沟通和协同共治机制。

(一)加强合同违法协同规制的司法指引

在我国以成文法为基石的法治体系下,法官对法律规则的理解不准确,或者仅有实体法律规则而没有明确的法律适用推理规则,法律就可能在实施中被曲解。无论是违法无效规则还是背俗无效规则的适用,都不可避免地给予法官一定的裁量权,这既是实现合同违法监管的司法协同之关键,也是防范政策导向变异为司法任性的难点。因此,需要加强对合同违法协同规制的常态化司法裁判指引,并及时将公共政策吸纳为司法解释或司法政策,通过对法律条文的实质解释将行政政策以规范化方式融入司法裁判,以保障司法裁判协同行政规制的“形式正当性”,促进民法典公共规制与民事自治的价值调和。在此意义上,最高人民法院的司法审判指引职能具有“规制治理”的意义,^①其应当主要定位于制定司法裁判政策的法院,而不主要是直接承担审判职能的法院。

在最高人民法院多种形式的司法指引中,司法解释最具规范性、强制性,被视为法律之续造与发展;司法政策和指导性案例则更显针对性和指导性,对法官裁判思路和论证说理起到更为明确细致的指导作用,能有效规范和统一法官准确适用法律规范。最高人民法院以“通知”“意见”“纪要”等形式发布的司法政策,^②作为一定时期或特定领域的司法策略和机动性措施,本就是具有中国特色的国家公共政策的重要组成部分,能更快捷地“把特定时期国家的中心任务与具体案件裁判连接起来,从而在解决司法个案的同时,引导司法参与社会治理,推动国家宏观目标在司法中得以实现”。^③司法政策的内容重在揭示民法典形式理性背后的实质理性和价值取向。《九民会议纪要》将“金融安全、市场秩序、国家宏观政策”视为“公序良俗”,违反此类行政规章的合同因危害公共利益而可以据此认定为无效,具有重要的实践价值。

金融交易具有涉他性、涉众性以及由此形成的显著负外部性,金融安全是国家安全的重要组成部分,维护金融安全、保障金融服务实体经济、深化金融改革是金融法治的根本目标。正因如此,行政主体为“防范化解重大金融风险”对金融业实行“强监管”政策,使得合同法的公共规制功能在金融领域表现得尤为突出。最高人民法院根据国家治理大局之需,将涉及金融安全、市场秩序、国家宏观政策的行政政策都纳入公序良俗范畴,不仅是将公序良俗这一描述性概念的内涵予以类型化的有益尝试,有助于全国法官对公序良俗的统一理解和适用,更利于提高法官队伍运用背俗无效规则考量金融合同“社会妥当性”的专业能力。据统计,近十多年来,最高人民法院发布的司法文件中包含“金融安全”字段的至少有 32 份,其中司法解释 5 份、司法政策性文件 15 份,“‘金融安全’话语持续扮演着公共政策向司法政策转化过程中‘桥梁’的角色”。^④并且,这一民事司法政策的主要精神已被纳入新颁行的《合同编通则司法解释》中,“影响政治安全、经济安全、军

^① 参见侯猛:《中国最高人民法院研究——以司法的影响力切入》,法律出版社 2007 年版,第 173 页。

^② 《人民法院报》自 2010 年开始评选年度十大司法政策,截至 2024 年 6 月,最高人民法院共发布了 140 个年度司法政策;截至 2024 年 6 月,最高人民法院共计发布了 40 批共 229 件指导性案例。

^③ 李红勃:《通过政策的司法治理》,《中国法学》2020 年第 3 期。

^④ 黄韬:《“金融安全”的司法表达》,《法学家》2020 年第 4 期。

事安全等国家安全”“影响社会稳定、公平竞争秩序或者损害社会公共利益等违背社会公共秩序”的合同行为,都被列为违背公序良俗的无效行为。^①

(二)推进合同违法协同规制的府院衔接

合同违法监管条款旨在保护国家利益、社会公共利益不因民事主体的合同行为遭受危害,防范合同沦为个别民事主体攫取不当利益、危害公共利益的工具。尽管国家市场监督管理总局于2023年5月修订出台了《合同行政监督管理办法》,以强化对损害国家利益、社会公共利益合同行为的监管,但该办法缺乏有针对性的具体监管措施,更未提及与人民法院的必要衔接,无法更广泛地获取合同违法和危害公益的线索。为了更好地施行民法典合同违法监管条款,应效仿现有行政执法与刑事司法的衔接机制,^②建立人民法院与政府职能部门之间合同违法监管的联动协同机制。其主要内容包括:

1.地方人大常委会牵头建立府院之间综合治理的联动机制:(1)确定人民法院与本级政府的对接机构和联络渠道,如人民法院可由本院审判管理办公室担此职能,本级政府可由司法局负责汇总各职能部门执法信息和对接法院;(2)利用现有府院工作网络,搭建合同违法监管信息沟通共享机制,推进合同危害公益监管和处罚的协同高效进行;(3)将政府职能部门与人民法院对合同违法行为的双向协同工作情况纳入社会综合治理考核体系,^③在“同题共答、同向发力”的协同机制下,营造规范有序的营商环境,助力经济高质量发展。

2.人民法院在协同治理中主要承担如下职责:(1)法官在合同纠纷审理中应关注政府职能部门对违法合同行为的“在先判断”与处理意见,作为认定合同违法无效或背俗无效的重要参考;(2)法官以违法无效或背俗无效否定合同效力,或者认定因未经行政批准而未生效,应在裁判文书中予以明确认定和充分论证,写明案涉合同行为的违法性质与基本事实,阐明构成公序良俗的行政规范之目的内涵;(3)法官应适当延伸和拓展民事审判职能,主动就民事审理中发现的利用合同危害公共利益的情况或涉嫌犯罪线索制发司法建议书,通过本院审判管理办公室转送给相关政府职能部门,阐明基本事实、法律依据、查处建议及回复期限;^④(4)除了个案中的违法线索外,人民法院的研究室或审判管理办公室等部门还应定期汇总合同违法的类案特征,及时就制度补缺、治理防范提出综合性司法建议,这样才能更好发挥审判机关在国家和社会治理中的重要作用,真正实现“抓前端、治未病”的目的。《合同编通则司法解释》第24条将“当事人的行为涉嫌违法且未经处理,可能导致一方或者双方通过违法行为获得不当利益”作为人民法院向有关行政管

^① 参见《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》第17条。

^② 从2001年国务院《行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》、最高人民检察院《人民检察院办理行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》到2011年国家多部门联合发布的《关于加强行政执法和刑事司法衔接工作的意见》,我国已经构建起行政执法与刑事司法的衔接机制,即将行政执法中查办的涉嫌犯罪的案件移送司法机关处理的工作机制(行刑衔接机制)。

^③ 2021年10月最高人民法院发布的《关于加强和完善法官考核工作的指导意见》提出构建“固定系数+浮动系数”的办案工作量权重系数体系,将“发送司法建议”纳入浮动考核指标因素中,以体现“对办案效果的考核”,当前重点是抓落实;而行政职能部门的对接、执法及反馈情况,亟须建立督促考核机制。

^④ 及时制发司法建议书是人民法院能动司法的重要手段。继2012年发布《关于加强司法建议工作的意见》之后,最高人民法院于2023年11月又发布了《关于综合治理类司法建议工作若干问题的规定》,明确了人民法院司法建议书的制作规范,要求确保司法建议的针对性、规范性和实效性,要求被建议单位就建议采纳落实情况等予以书面答复,答复期限根据具体情况确定,一般不超过两个月。

理部门提出司法建议的前置条件是不妥当的,理由如下:(1)不当利益的获得者可能并非合同当事人;(2)不当利益可能事后很长时间才获得或被认定;(3)即便未获得不当利益,只要属于危害国家利益、公序良俗的合同违法行为,都应当制发司法建议书。

3.行政主体在协同治理中主要承担如下职责:(1)政府职能部门应当主动关注人民法院的生效判决,将生效司法裁判文书对交易事实与法律性质的认定作为违法线索或证据,积极采取相应的执法措施。(2)政府职能部门接到司法建议书后应当登记受理、依法调查、及时认定和做出处理,并将处理结果及时反馈给人民法院的审判管理办公室,必要时进行府院会商。(3)除非涉及国家秘密和个人隐私,司法建议的接收、处理和反馈信息原则上要公开。针对当前司法建议存在公众知晓度弱、反馈度偏低等问题,有必要建立标准化制发流程和建议公开等制度,^①以提高府院协同治理合同违法的效能。

金融领域的协同治理问题已受到党中央的高度重视,在近期被多次提及。2023年12月的中央经济工作会议提出,要“在政策实施上强化协同联动、放大组合效应”。^②金融监管是系统工程,国家机关之间提高公共规制的协同性显然不局限于金融市场的监管,理应推广到整个市场监管中,尤其是在违法行为多发的建筑市场、房地产开发经营、食品药品生产经营和技术进出口等领域。各个国家机关应在法治一体化战略下,确立协同共治的工作理念,建立协同联动的工作机制,服务于国家改革发展的大局。对人民法院来说,面对纷繁复杂的市场行为和法律关系,“只有坚持能动司法,充分发挥民事、行政以及刑事审判在制裁违法行为方面的功能,使三者互为补充,形成合力,才能实现既公平公正解决当事人之间的纠纷又惩治违法行为的双重效果”。^③

六、结 语

《民法典》第534条设置对利用合同危害公共利益行为予以处罚的合同违法监管条款,并非计划经济的留痕,而是在社会主义市场经济体制下防范滥用契约自由、维护公序公益的重要制度安排。这也是在我国长期以来的行政主导型的国家治理体系下,总结中国经验、解决本土问题和回应时代变迁的法律成果,可谓民法典“民族性表达”的一个例证。对该条款的实施,不能孤立看待,而应基于对民法典的体系解释来整体把握。在对民法典的解释适用不断深化细化的当下,本文聚焦于其中的合同违法监管条款,从经济法的公共规制视角,以法律功能主义展开“小切口、深挖掘”的解读,力图从更宏观的维度把握这一条款的立法意旨,借此为民法典发挥公共规制功能的解释论方案提供支撑。围绕合同违法监管条款的有效实施,应当构建司法裁判协同行政规制的交互式、常态化实施机制,形成具有本土特质和时代特色的协同共治模式,提高对损害公共利益合同行为责任追究的协同治理效能。而在司法环节实施民法典合同违法监管条款的重要保

^① 有统计显示,某省人民法院系统2018—2020年发出了3488份司法建议,收到2100件回函,3年的回函率分别为46.29%、57.70%、69.98%,近一半建议“石沉大海”,且“应付式”回复倾向显著。参见豆晓红:《社会治理现代化视域下司法建议的正当性与权力边界》,《法律适用》2023年第7期。

^② 转引自本报评论员:《准确把握明年经济工作的总体要求和政策取向——论学习贯彻中央经济工作会议精神》,《人民日报》2023年12月15日。

^③ 最高人民法院民事审判第二庭、研究室:《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》,人民法院出版社2023年版,第6页。

障,就是以常态化司法解释、司法政策指导民事裁判实践,通过对法律条文的实质解释将行政政策以合乎私法逻辑的规范化方式融入司法裁判,为法官提供共通的价值导向、审判逻辑和论证规则并提供统一的司法指引,保障司法裁判协同行政规制的正当性和统一性。

正确理解和适用民法典,尤其是其中合同违法监管等公法性条款,直接影响到民法典在国家治理体系中的功能定位和协同公共规制的作用发挥。无论是民法典的守法原则、公序良俗原则,还是其他公法性条款,其终极目的仍是通过实现秩序、正义等基本价值来保护公民权益的实现,以良法善治保障和促进社会公平正义,实现依法治国、依法行政。人民法院要准确理解民法典中设置合同违法监管条款的法理依据和现实意义,增强协同共治理念,确立相应的审判规范和工作机制,促进民法典公共规制功能的有效实现,在法治建设一体化战略下推进国家治理体系与治理能力的现代化。

Abstract: The implementation of public regulation of market behavior is the due meaning of the social governance function of the Civil Code of P.R.C., and the contract law is the main norm to realize this function. The coordination of administrative supervision by contract judicial adjudication is also a consensus formed by the theory and practice of European “regulatory private law”. The supervision clause of illegal contract is the concentrated embodiment of the Civil Code of P.R.C. bearing and giving full play to the function of public regulation, which has special judicial value, and its effective implementation depends on the active judicature of the judge and the coordination of the government and the court on the basis of the interpretation of the system. We should strengthen the relevant judicial guidelines, clarify the legal logic of the coordinated implementation of contract illegal supervision clauses in judicial links, and standardize the cognizance standard and adjudication scale of contract harm to the public interest through the substantive and holistic examination of the legal relationship of the contract, and establish a two-way coordination mechanism between the government and the court.

Key Words: the Civil Code of P.R.C., supervision clause of illegal contract, public regulation, regulatory private law, cooperative co-governance

责任编辑 翟中鞠