

法律行为内容评判的个案审查比对方法

——兼谈民法典格式条款效力规范的解释

李世刚*

内容提要：法律行为的规范属性提出了把控意思自治的制度需求，即从内容切入，比照两个规范（法律行为与公序）所涉利益之冲突并确定法律行为的效力。由此，法律行为内容评判应遵循个案审查比对的方法：法官识别出“公序”规则及其保护的利益，并以之与个案中违反公序的法律行为之具体内容进行比对。该方法的展开涉及评判的依据、实质标准和制裁三个方面。其中，公序为依据；公序所特别保护之利益是否被损害为实质标准；公序保护之利益可区分为公共利益与个体利益，制裁方式也可相应区分为法律行为绝对无效与相对无效（可撤销）。上述法律行为内容评判路径的功能和方法，有助于解释我国民法典中作为一般条款的第153条与第154条以及规范格式条款效力的第496条与第497条。

关键词：法律行为 公序良俗 强制性规定 格式条款

自原合同法第52条第5项规定违反法律、行政法规的强制性规定的合同无效以来，围绕“违法”合同的效力问题，学界一直以来努力的方向是通过规范类型化的方法找到解决方案。由此，效力性规范与管理性规范的区分一度获得较高的共识度，并被规定于《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）》（法释〔2009〕5号，以下简称“合同法解释二”，已失效）第14条中。后续司法解释逐渐强调多因素综合认定两类规范，〔1〕形成了一定的理论积淀，但司法实践仍不断提出新的难题。〔2〕

如今，原合同法的规定被转换成民法典第153条的如下两款：“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”；“违背公序良俗的民事法律行为无效”。我国民法典由此形成了与德国民法典第134条、第138

* 复旦大学法学院教授。

〔1〕 如最高人民法院《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》（法发〔2009〕40号）第15条；《全国法院民商事审判工作会议纪要》（法〔2019〕254号，以下简称“九民纪要”）第30条。

〔2〕 例如，司法实践对待违反地方性法规或行政规章的合同效力的态度，引发了有关效力性规范与管理性规范的二元分类的意义的讨论。参见刘贵祥：《〈民法典〉实施的若干理论与实践问题》，《法律适用》2020年第15期，第11页以下。

条以及我国台湾地区民法第71条、第72条相近的表述，随之也会面临这两个法域曾遇到的相似困惑。

那么，民法典第153条两款之间关系如何？第154条与之关系如何？作为格式条款效力规范的民法典第496条、第497条与之关系如何？何为“强制性规定”？“强制性规定”“公序”“良俗”三者关系如何？这些新议题加上旧难题，均需在理论上找寻更为根本的解决之道。为此，本文旨在检视法律行为内容评判的基础与方法。

一、内容评判的基础：两个规范指向利益的比对

（一）法律行为效力评判路径的多样性

就法律行为的效力，民法设置了相应的筛选机制。民法典第143条区分三个核心要素（主体、意思表示以及内容），形成了三条功能相异的评判路径。^{〔3〕}

针对主体，评判标准是主体有相应的行为能力（第143条第1项）；若未达到标准或者说具有瑕疵，否定性评价（或者说制裁方式）是法律行为无效（第144条）或效力待定（第145条）。此与其功能相吻合：确保主体具备优化资源配置的理性能力，同时防止不具备理性能力之人未经审慎计算而参与利益交换、招致不公待遇。^{〔4〕}

针对意思表示，民法典设立的评判标准是意思表示真实且自愿（第143条第2项）；若未达到标准，制裁方式是法律行为可撤销（第147—151条）。很显然，其功能在于确保主体参与交易出自真实意愿。

针对内容，民法典给出的评判标准是法律、行政法规的强制性规定及公序良俗（第143条第3项），但该标准仅为“形式标准”，未体现实质标准；制裁方式是违反者“无效”（第153条），但未体现其与实质标准之间的连接点，过于“理所当然”。此模式掩盖了内容评判路径的核心功能，易使法律解释与适用发生偏差。

（二）法律行为内容评判的核心功能

1. 核心功能：维护特定的法秩序

一方面，任何一个法秩序都不是冰冷的文字或者机械的形式逻辑，它必然包裹着有“温度”的内容：利益的实现与冲突解决。^{〔5〕}民法于此点尤为突出。在我国，有关权利本质有多种理论。例如，意志论主张，权利的本质是权利主体的意志选择，权利是对权利主体的意志保护；利益论认为，权利本质上是对权利人客观利益与福祉的保护，正是因为权利主体存在着客观上重要的利益，才使得相关主体被置于义务之下。^{〔6〕}但是，无论是意志论还是利益论，均在本质上承认利益的重要地位，不管是权利主体的福祉还是权利主体的主观意志，都是值得被保护的法益。作为“权利法”的民法典必然体现利益保护的重要性。而有些利益会被法秩序选

〔3〕 该条文对建构法律行为规范体系具有重要意义（参见李永军：《从〈民法总则〉第143条评我国法律行为规范体系的缺失》，《比较法研究》2019年第1期，第55页以下），它确立了法律行为效力评判的主要路径。

〔4〕 从功能主义出发，主体资质（如建设工程施工资质等）并不涉及行为能力，其对法律行为效力的影响应属于内容评判之范畴，而非行为能力之范畴。

〔5〕 “任何一个法律都有一个确定的立法目的，有明确需要法律保护的制度利益。”梁上上：《利益衡量论》，北京大学出版社2021年版，第202页。

〔6〕 参见Alon Harel：《权利诸理论》，张嘉航译，载张文显、杜宴林主编：《法理学论丛》第7卷，法律出版社2013年版，第3页以下。

定,并通过框定私法自治边界之方式给予特殊之保护,以彰显社会根本价值——此类法秩序我们不妨暂且称之为“公序”。需要指出的是,公序所保护的利益并非仅指“公共利益”。〔7〕

另一方面,“作为私法自治手段的法律行为具有个别规范的品格,为当事人的私法交往提供积极行为规范”。民法“主要由任意规范构成,并不要求得到当事人遵循”,不宜归入民众“行为规范”之列,而“民法一般规范缺乏积极行为规范之漏洞恰好为法律行为所填充”。〔8〕作为“私人依据意思自治原则自主形成调整其相互之间利益关系的法律规范的行为”,法律行为的本质属性是“规范性”。正因为如此,法律对具有“规范性”的法律行为的评价是有效、无效之类的判断。〔9〕于是,个人被授权形成调整私人之间利益关系的规则,立法者则通过指定程序性、框架性的规范,对“私人立法”行为进行把控。〔10〕

由此可推论如下:某个内容“违法”的法律行为会受到负面评判的深层考虑,并不是它与法条在文义上发生了冲突,根本原因在于当事人拟定的利益安排涉嫌侵害公序表述背后所旨在保护的利益。于此,“利益冲突是一个中性概念”,需要制度解决。〔11〕由于利益冲突的情形多样,导致利益冲突的法律行为的效力也应多元化,“无效”并非唯一的负面评价形态。只有承认作为实质标准的利益标准,才能准确地采取恰当方式制裁侵害不同类型利益的法律行为。尤其是我国法未就无效与可撤销的适用设立一般规则(仅采列举方式),人们并不能很清晰地知道制裁方式选定无效或可撤销的最为根本的理由与连接点。

因此,法律行为内容评判的功能可被进一步概括为:比对两个规范(法律行为与公序)在利益上的冲突,防止私法自治侵害法秩序拟特别保护之利益。不过这一核心功能未直白地体现在民法典第153条的文义中,需要通过解释论方法予以彰显。

2. 威慑功能:应围绕内容评判的核心功能展开

人们常会担心,如果承认内容“违法”的合同有效,会起到鼓励“违法”的消极示范效应,因而认为必须将此类合同认定为无效,才能起到威慑效果。这种对规范的社会效果的关切不无道理。但法律行为内容评判的核心功能并非威慑;即使承认威慑功能,也应围绕前述核心功能展开。

一方面,法律行为内容评判不以威慑效果为其核心。每种制度均有其核心功能。超出核心功能适用法律是对制度的曲解,肆意扩展制度功能会破坏规则形成的初衷。如关于“出生”时点的确定,民法与刑法会呈现差异,原因在于民法上的“出生”具有决定民事权利义务享有与承担之资格的核心功能,而刑法上被害者的“出生”关乎生命法益的刑事保护,往往会比较提前。〔12〕同样,刑事责任年龄制度旨在保护未成年人尽可能迟地承担刑事责任,因而刑

〔7〕关于“公序”概念,本文持一元论观点,参见本文第三部分。

〔8〕朱庆育:《私法自治与民法规范——凯尔森规范理论的修正性运用》,《中外法学》2012年第3期,第462页,第476页。“法律行为具有法律规范的品格。”张俊浩主编:《民法学原理》上册,中国政法大学出版社2000年版,第227页。

〔9〕参见薛军:《法律行为“合法性”迷局之破解》,《法商研究》2008年第2期,第44页。

〔10〕参见董安生:《民事法律行为——合同、遗嘱和婚姻行为的一般规则》,中国人民大学出版社1994年版,第31页以下。

〔11〕参见彭诚信:《现代权利理论研究》,法律出版社2017年版,第251页以下。

〔12〕参见〔日〕西田典之:《日本刑法各论》,王昭武、刘明祥译,法律出版社2020年版,第11页;张明楷:《外国刑法纲要》,法律出版社2020年版,第399页以下。

法与民法就 18 周岁的判定也可能出现差异。^[13] 同理，法律行为内容评判的核心功能在于通过对比两个规范，划清当事人自治的边界，保障公序旨在保护的利益，而非威慑当事人不为管制行为——此种威慑应是其他管制规则之核心功能。“在合同法上，公序良俗原则的主要意义在于设定契约自由的边界，而不是提供扩大国家干预的理由。”^[14]

另一方面，法律行为内容评判路径自带的威慑效果应是其核心功能的当然延伸，不应超越此界限。任何法律机制的实现均具有天然的示范或威慑效应，但均系围绕其核心功能展开。法律行为内容评判机制亦然，不应“超重承载”，否则会带来副作用。例如，法律对建设工程施工方设定资质要求，旨在保障施工安全和工程质量。若某施工方缔约时欠缺资质，但嗣后获得资质，或者工程顺利竣工并验收合格，此时承认施工合同有效，是否会背离资质要求之目的呢？就个案来看，显然没有。施工方虽无施工资质，但具有实际施工的能力，合同并未损及资质要求旨在保护的利益。反论者可能提出，这种行为虽在个案上无害“公序”，但并非每个无资质施工方都能嗣后获得资质或具备实际施工能力，资质前置的要求就是为了确保这种风险的最小化。“无效”虽然在某些个案中“错杀”或“过分威慑”，但能确保在更多情形下的施工质量。此种观点从社会威慑效果出发，并将其作为法律行为内容评判制度最为核心的功能。但若仅仅为了追求资质要求的社会威慑效果而将施工合同判定为无效，那么此操作过于简单机械，不仅偏离和轻视了合同内容评判的核心功能，而且对内容评判路径赋予了过多过重的、本应由公法规则承担的功能。正是考虑到“有效”不损及社会公共利益，还可以避免浪费社会资源，不助长（发包方的）不诚信行为，最高人民法院^[15]对于此类合同采用了“无效按有效处理”的方法。^[16]因此，应避免单纯、机械地从威慑角度看待法律行为内容评判的功能。

（三）核心功能在比较法上的印证

在私法自治的法律体系下，前述法律行为内容评判维护特定法秩序所旨在保护的利益这一核心功能，渐具普遍性。例如，德国民法典第 134 条采形式标准，规定“法律行为违反法律上的禁令的，法律行为无效，法律另有规定的除外”。德国司法实践表明它“是一条几乎没有什么作用的规范”，因为人们不能从“规定本身推导出无效的后果，而只有通过有关法律禁令的解释，才能得出这种无效性”；而“许多法律禁令给判定（法律行为是否）无效的问题，提供了几乎无法把握的依据。法院只能以创造法律的方式来裁判这个问题。因此在此类案例中往往很难见到令人信服的论证，也就不足为奇了”。^[17]于是，德国学界不断寻求解释论上的突破口，规范性质说、规范对象说、规范重心说、规范目的说等相继出现，^[18]其发展路径正是从早期关注规范本身的性质发展到关注规范目的，即依据禁令的目的来确定法律行为的效力。^[19]

[13] 《最高人民法院关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（法释〔2006〕1号）第2条规定：“刑法第十七条规定的‘周岁’，按照公历的年、月、日计算，从周岁生日的第二天起算。”

[14] 王卫国：《论合同无效制度》，《法学研究》1995年第3期，第16页。

[15] 《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》（法释〔2004〕14号）第2条规定：“建设工程施工合同无效，但建设工程经竣工验收合格，承包人请求参照合同约定支付工程价款的，应予支持。”

[16] 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，第54页。

[17] [德]迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2001年版，第483页以下。

[18] 参见苏永钦：《私法自治中的经济理性》，中国人民大学出版社2004年版，第36页以下；章程：《从基本权理论看法律行为之阻碍生效要件——一个跨法域释义学的尝试》，《法学研究》2019年第2期，第23页以下。

[19] “九民纪要”第30条引入了规制对象、保护利益、交易安全等多种因素，被认为“从中可以看到规范重心说与规范目的说的某些元素”。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128页以下。

在比较法上,另有一种立法体例是在形式标准下突出实质利益标准。2016年债法改革后,法国民法典第1179条规定:“若违反之规则以保护一般利益为目的,无效是绝对的。若违反之规则仅以保护私人利益为目的,无效是相对的。”该规定体现了法国学界普遍认可的、以保护利益为出发点的现代无效理论。由此,对内容或目的违法的合同的制裁,端视它违反公序侵害的是公共利益还是个体利益。

日本法晚近以来的解释论发展方向与今日之法国法颇为近似。围绕“违反法令之行为效力”的讨论,日本新近发展出的理论认为,“既然国家制定了取缔法规,法院就必须为实现该取缔法规的目的,积极适用公序良俗条款,朝着否定违反行为效力的方向完成法形成的作业。同时,为了保护私益,必须按比例原则来判断”。〔20〕

也与法国法类似,英美法在形式标准指引下更突出实质利益标准的地位。在英国,法院曾形式化地适用罗马古谚“不正当的原因不产生诉权”(ex turpi causa non oritur actio)而不进行具体衡量,如部分法院区分禁止合同成立的法律和禁止合同履行的法律,并允许善意当事人主张基于后者的救济。但随着时间的推移,学说和司法开始采取“公共良心”的裁量方案。〔21〕此方案也被英国学者安德·布鲁斯(Andrew Burrows)主编的《英国合同法重述》所认可。〔22〕美国《合同法重述(第二次)》第178条第1款也明确指出:“如果立法规定其不可强制执行,或者禁止条款执行的公共政策在该情况下明显超过条款执行的利益,那么该条款基于公共政策不可强制执行。”

《欧洲合同法原则》(PECL)第15:102(3)条〔23〕与《共同参考框架草案》(DCFR)第II-7:302(3)条〔24〕采取了类似的表述:强制规定未就合同效力有明确规定时,判决若采否定性制裁,应重点考虑“此规则的目的”“其所保护的对象的类型”“违反的严重程度”“合同(内容)与违反(行为)的紧密关系”等,展现的正是两种规范所含利益的实质比对。〔25〕

二、内容评判的方法:个案审查比对

从功能出发,法律行为内容评判的方法必然是个案审查比对:法官同时从两个角度切入,

〔20〕 解亘:《论违反强制性规定契约之效力——来自日本法的启示》,《中外法学》2003年第1期,第35页以下。有关日本相关理论之演进,另参见孙鹏:《私法自治与公法强制——日本强制性法规违反行为效力论之展开》,《环球法律评论》2007年第2期,第64页以下。

〔21〕 P. Richards, *Law of Contract*, Pearson, 2017, pp. 439 - 448; G. H. Treitel, *The Law of Contract*, Sweet & Maxwell, 2003, § 11 - 117; M. P. Furmston, *Cheshire, Fifoot, and Furmston's Law of Contract*, Oxford University Press, 2017, § 5.34 - 5.35, 5.155; J. Beatson, A. Burrows and J. Cartwright, *Anson's Law of Contract*, Oxford University Press, 2016, p. 439.

〔22〕 该《重述》列举的裁量要素包括:“(a) 该行为的不法性或违反公共政策的严重性;(b) 寻求执行的当事人是否知道或打算进行该行为;(c) 行为对合同或其履行的重要性;(d) 拒绝执行对寻求执行的一方当事人制裁的严重性;(e) 拒绝执行是否会促进该行为违反的规则的目的;(f) 拒绝执行是否能威慑违法或违反公共政策的行为;(g) 拒绝执行能否确保寻求执行的一方不会从该行为中获利;(h) 拒绝执行能否避免法律上的矛盾,从而维持法律制度的完整性。”Andrew Burrows, *Restatement of the English Law of Contract*, Oxford University Press, 2016, § 44 (Illegality and public policy).

〔23〕 O. Lando (ed.), *Principles of European Contract Law: Part III*, Hague: Kluwer Law International, 2003, p. 213.

〔24〕 C. von Bar, etc. (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Outline ed., Munich: Sellier-European Law Publishers, 2009, p. 215.

〔25〕 2004年版《国际商事合同通则》(PICC)在此问题上采取了回避态度:不处理“不道德或非法”合同的无效事宜(第3.1(b)条)。

一是识别公序及其特别保护的利益，二是就个案中法律行为的具体内容进行“沙盘推演”，然后比对二者，对违反公序且损害公序旨在保护之利益的意思自治给予相应的否定性评价。

（一）个案审查比对呼应法律行为创设“规范”之品质

个案审查比对方法展现了法律行为所具有的创设个别规范之品质，也与其现实多样性相符。

但是，民法典第153条将法律行为内容评判与“强制性规定”直接进行对接，其对形式标准的突出，易使法律行为内容评判的方法被误认为：某规范针对所有违反者预先确立了一个无差别的、确定的行为效力。本文将此种方法概括为“抽象审查方法”。^[26]为此，不少理论探索旨在借助规范的类型化标示出每个规范对行为效力的确定影响，并将之无差别地适用到所有“违法”的合同案件中。

抽象审查方法的前提是，似乎立法者能够预见到当事人订立的条款，能够通过事先制定的规范直接阻碍其效力，其实质是将效力评判的权力托付给立法者。而现实是，法律通常不可能对合同条款作出精确描述并有针对性地给出否定性评价。^[27]当事人按照法律规范禁止的内容拟定合同条款，绝非常态。毕竟法秩序的大前提具有高度的抽象性，而作为被评判对象的小前提是那些个案中呈现出“千态万状”的条款与利益安排。抽象审查方法使任何类型化尝试均只追求特定规范对所有法律行为产生统一的法律效果，忽视了私人自治的现实多样性。“那种认为仅从法律条文就可以得出唯一的正确结论的说法，只是一种幻想。而真正起决定作用的是实质的判断。”^[28]

唯有通过个案审查比对分析具体法律行为之内容是否违反公序、是否侵害公序旨在保护的利益，方可判定应否给予其否定性评价。也由此，违反同一规范的不同法律行为，并非均应得到否定性评价；且否定性评价也非只有无效一种，应视被侵害之利益类型而有所区别。

（二）个案审查比准确指向法秩序旨在保护的利益

个案审查比对方法必然突破形式标准而指向法秩序所保护的利益，实质标准是个案审查比对方法的标配。

而抽象审查方法旨在根据某一规范的性质类型这种形式标准直接得出个案无差异的法律行为效力，不强调实质利益标准。对此，值得强调与肯定的是，在规范性质的类型化研究中，有学者给予利益标准以核心地位，^[29]强调规范目的所保护之价值或曰利益。实际上，最高人民法院在此种思路影响下曾指出：为了“区分效力性强制规定和管理性强制规定”，“应当综合法律法规的意旨，权衡相互冲突的权益，诸如权益的种类、交易安全以及其所规制的对象等，综合认定强制性规定的类型。如果强制性规范规制的是合同行为本身即只要该合同行为发生即

[26] 学界的反思，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153页以下；钟瑞栋：《〈合同法〉第52条第5项的三个争议问题》，《私法研究》2012年第2期，第170页以下。

[27] 有学者对我国的违法合同无效制度进行实证研究后指出：“判断标准不一的现象相当常见。”叶名怡：《我国违法合同无效制度的实证研究》，《法律科学》2015年第6期，第120页以下。

[28] [日]加藤一郎：《民法的解释与利益衡量》，载梁慧星：《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273页。

[29] 参见王轶：《民法典的规范配置——以对我国〈合同法〉规范配置的反思为中心》，《烟台大学学报（哲学社会科学版）》2005年第3期，第276页以下；刘凯湘、夏小雄：《论违反强制性规范之合同效力——历史考察与原因分析》，《中国法学》2011年第1期，第110页以下。

绝对地损害国家利益或者社会公共利益的，人民法院应当认定合同无效”。^[30]“九民纪要”也指出，在判断一个“强制性规定”是效力性还是管理性规范时，要在特别考量其“所保护的法益类型、违法行为的法律后果以及交易安全保护等因素的基础上认定其性质，并在裁判文书中充分说明理由”；并据此形成了一些“定型化”的规范。^[31]这种围绕规范所保护之利益的类型化工作与法律行为内容评判的核心功能更为接近，尤其有助于个案审查比对之前提（公序）的类型化。只是上述识别规范旨在保护的利益的分析过程，常因抽象审查方法的指引，最终仍生成了具有通用性、在个案中不加区分的规范形式标准，“掩盖了其中裁判者在进行法益衡量的实质”。^[32]

因此，面对民法典第153条形式标准在抽象审查方法下陷入的解释论困境，当人们开始转向承认和挖掘其“一般条款”（或曰“概括条款”）功能时，^[33]实际上是在转向个案审查比对的方法。例如，有学者指出，有关法律行为不得违反强制性规定的规范必须是“一般条款”，而非单纯的“引致条款”（即单纯指引法官适用其他某一具体规范），其本身就具有重要的功能和解释学上的意义：授权民事法官调和私人内部自治与外部社会管制的冲突，考量是否以及如何把立法者所“不及”处理私法关系的管制延伸到私法关系中。此类条款的特质“在于无法用简单而绝对的解释，去妥适‘所有’的问题”。把具有如此重要体系功能的一般条款“贬低为可有可无”的“引致条款”，“会让一般人以为，只要无法引致任何特别规定，就不能改变私法关系原来的运作”，从而走入误区，不能集中精力在真正的问题上。^[34]笔者认为，一般条款的意义在于应对法典规制技术的不足，^[35]保持法典的开放。^[36]为此，它直接作为价值补充的依据与基础，^[37]展现着价值判断或利益衡量的法律解释方法：“摆脱逻辑的机械规则之束缚，而探求立法者于制定法律时衡量各种利益所为之取舍”。^[38]

由此可见，民法典第153条采强制性规定与公序良俗并列的形式标准，未能充分提示评价尺度之实质在于法政策拟特殊保护的利益，也就未充分展现法官个案审查比对的方法构造，因此需要通过解释论予以阐发。

（三）个案审查比对方能还原法官本职

个案审查比对方法表现出对法官司法角色的尊重与信任。而抽象审查方法在客观上绕开了法官的职责，未能充分展现裁判者的角色与能动性，易使人联想起概念法学、分析法学。

19世纪，概念法学在欧洲、分析法学在英美蓬勃兴起，强调法官严格依三段论在法律大

[30] 前引〔1〕，《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》，第15-16条。

[31] 其第30条规定：“下列强制性规定，应当认定为‘效力性强制性规定’：强制性规定涉及金融安全、市场秩序、国家宏观政策等公序良俗的；交易标的禁止买卖的，如禁止人体器官、毒品、枪支等买卖；违反特许经营规定的，如场外配资合同；交易方式严重违法的，如违反招投标等竞争性缔约方式订立的合同；交易场所违法的，如在批准的交易场所之外进行期货交易。关于经营范围、交易时间、交易数量等行政管理性质的强制性规定，一般应当认定为‘管理性强制性规定’。”

[32] 易军：《法律行为制度研究——以私人自治为中心》，中国人民大学2004年博士学位论文，第108页以下。

[33] 参见苏永钦：《以公法规范控制私法契约——两岸转介条款的比较与操作建议》，《人大法律评论》2010年第1期，第11页；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，第1262页以下。

[34] 参见上引苏永钦文，第11页，第20页以下。

[35] 参见卢湛：《〈德国民法典〉的规制技术、语言和体系》，《德国研究》2008年第3期，第61页以下。

[36] 参见石佳友：《民法法典化的方法论问题研究》，法律出版社2007年版，第168页。

[37] 参见王利明：《法律解释学》，中国人民大学出版社2016年版，第312页以下。

[38] 杨仁寿：《法学方法论》，中国政法大学出版社1999年版，第175页。

前提下针对具体案件直接机械地得出结论。沿此思路,1900年施行的德国民法典体现了“一种对裁判官的不信任,要求裁判官遵从立法者所决定的法规,自己不得进行判断”。〔39〕很显然,这必然会导致不同的声音,因为法律的实践需要与社会现实相伴相生,需要在有多种解释时进行实质的价值判断,〔40〕机械司法只能加重法律与社会的脱节,容易得出不妥当的结论,甚至可能背离人民朴素的法感情甚至常识。19世纪末20世纪初不断有新理论对此提出质疑。〔41〕

其实,就立法论而言,早期我国民事法律中曾有明显体现法官自由裁量的实质标准条款(如原民法通则第58条第5项之违反社会公共利益的民事行为无效,原合同法第52条第4项之损害社会公共利益的合同无效),但自民法总则以来便不复存在。当人们开始抽象地对“法律、行政法规的强制性规定”进行类型化时,如果坚持如下之假设——有关法律行为内容评价的工作,立法者在制定强制性规定之时便已经设计好了模型,可以由法官随时取用——就相当于在解释论上排除了法官的能动性。规范的类型化研究并非不必要,但应围绕核心功能去探求规范旨在保护的利益,且应以承认法官的个案具体审查比对为前提。

抽象审查方法会机械地强化制定法的地位,易导致“成文法绝对”的误判,让人们误以为存在允许法官直接取用的预设程序,未充分展现司法裁判的功能。抽象审查方法并可能进一步导致不恰当地扩张成文法的适用范围,误伤对社会、对当事人无害的私法自治,反而引发不公平、不恰当、不利于社会发展与市场运行的结果。这就是为什么不断有学者主张引入比例原则等个案综合裁判的方法,〔42〕以突出司法的地位。不仅如此,抽象审查方法重形式标准,容易成为简单、机械地判定合同无效的最为“冠冕堂皇”的理由与借口——因为欠缺内在实质标准,裁判者便不需要冒着不确定的风险,花费时间权衡利益冲突,评判合同效力瑕疵的具体效果。因此,对民法典第153条的解释有必要转到法官个案审查比对的方法上来。

(四) 个案审查比对方法在实践中的印证

1. 我国司法实践:裁判差异印证着个案审查比对方法

例如,在我国,涉及公务员(法官)经商合同效力的案件,因存在禁止公务员经商的规定,有判决认定此类合同违法无效,但也有判决认定此类合同有效;相关案件分布省份较多,常经过二审,具有一定的普遍性。〔43〕“违反同一规定的合同却产生不同的效力”的现象,引起了学界的争议,相关研究普遍旨在寻求统一的裁判效果(此类合同皆有效或皆无效),以至于有观点认为,最初公务员法相关条文的表述过分宽泛、不清楚,似系症结所在,可通过修法来解决问题。〔44〕然而,症结并不在于立法表述,而在于试图实现违反同一条文的所有合同效力唯一、裁判结果统一的抽象审查方法。

其实,“违反同一规定的合同却产生不同的效力”的现象,反倒值得肯定。它恰恰说明司

〔39〕 参见前引〔28〕,加藤一郎文,第270页以下。

〔40〕 参见梁慧星:《电视节目预告表的法律保护与利益衡量》,《法学研究》1995年第2期,第81页以下。

〔41〕 参见张文显:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社2006年版,第108页以下。

〔42〕 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127页;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133页以下;前引〔16〕,黄忠文,第46页以下。

〔43〕 参见孙良国:《再论公务员违反禁止性规定订立营利性合同的效力——以学界通说和法院判决为评判对象》,《浙江社会科学》2011年第8期,第40页以下。

〔44〕 2005年公务员法第53条第14项规定:公务员不得“从事或者参与营利性活动,在企业或者其他营利性组织中兼任职务”,范围的确宽泛。2018年公务员法将其修改为:公务员不得“违反有关规定从事或者参与营利性活动,在企业或者其他营利性组织中兼任职务”(第59条第16项),加上了“违反有关规定”这一限定条件。

法实践有意或无意地运用了个案审查比对方法。我们既不应指责法院裁判尺度不一或对规范性质识别能力不足,也不应指责公务员法相关条文本身没有就合同效力作出明确规定。可以说,此类裁判的关键并非规范本身是效力性规范还是管理性规范,而是在于公务员经商合同的具体内容是否侵害了禁止公务员从事营利活动之规定所旨在保护的利益。脱离具体合同,仅依据规范性质抽象判断合同的效力,难以发挥公务员法相关条文之立法目的对私法自治的精准约束作用。

在比较法上,很多国家也面临此类问题:公务员违反有关禁止性规定从事中介活动,可否获得佣金?法国与德国判例均针对个案进行分析,并不寻求合同效力上的一致性。^[45]

2. 比较法的经验:个案审查比对方法具有普遍性

德国1941年9月29日《警察条例》中的《关于药物领域广告的警察条例》禁止非专业者经营药物广告。据此,德国联邦最高法院在对一个由非专业人员经营药物广告的约定进行审查、判断是否对其适用德国民法典第134条时,一方面否定此人就其“业已提供的广告服务而请求报酬”的主张,理由是此请求违反了禁令“旨在保护人们免于因不符合专业水平的药物广告而遭受健康方面的损害”的宗旨;但另一方面却允许不知道此项禁令的“广告行为的代理商向他的委托人要求支付报酬”,“并援引‘公平地权衡各方利益,并且符合诚实信用的需要’来论证它的这一观点”。^[46]很明显,德国法院是从个案切入,就合同条款之安排与相关禁令保护目的之达成进行比对。类似地,关于出租房屋用于开设妓院是否违背善良风俗,德国法院早先的固有观念是此合同因背俗而无效,但现在均“根据具体案件”作出裁判。^[47]

在法国,涉及婚外情所为的赠与或遗赠的效力,判例长期以来坚持个案审查。此类行为有的因当事人存在长期稳定的情感而有效。^[48]有的因为旨在维系性关系,在早先被认定为背俗而无效;^[49]但随着社会观念的变化,新判例已转向承认其有效。^[50]又如,禁止结婚条款的效力在不同案件中并不一致:有判例认定法航空姐不婚条款无效,^[51]但也有判例支持宗教教育机构禁止教员再婚并辞退违反者的做法。^[52]类似地,强制要求劳动者将其住所固定在某一确定地点的劳动合同条款的效力也视案件具体判定。^[53]对此,有学者总结道:在所有适用公序的场合,“有一点需要记住,没有任何法律是自动且不加区分地予以适用的。需要考虑的是

[45] 详见[德]康·茨威格特、海·克茨:《违背法律和善良风俗的法律行为后果比较》,孙宪忠译,《环球法律评论》2003年第4期,第473页。

[46] 前引[17],梅迪库斯书,第487页。

[47] 参见前引[45],茨威格特等文,第469页。

[48] 法国最高法院民事一庭1980年10月22日的一项判决认定:一份对情妇有利的遗赠是有效的,因为遗嘱人与受遗赠人之间已经存在持久且稳定的情感纽带,遗赠并非作为性关系的报酬或鼓励他们维持性关系。Civ. 1^{re}, 22 oct. 1980, Bull. 1980 I n°267.

[49] 法国最高法院民事一庭1991年12月3日的一项判决认定:为阻止与丈夫分居的已婚妇女恢复婚姻生活,向她赠与款项用于购置公寓的合同无效。Civ. 1^{re}, 3 déc. 1991, Bull. 1991 I n°342.

[50] 法国最高法院联席会议2004年10月29日的一项判决认定:维持通奸关系的赠与是有效的,不违背公序良俗。Ass. Plén., 29 oct. 2004, Bull. 2004 Ass. Plén. n°12.

[51] 参见法国巴黎上诉法院1963年4月20日之判决。Paris, 20 avr. 1963, D. 1963, 428.

[52] 参见法国最高法院联席会议1978年5月19日之裁决。Ass. Plén., 19 mai 1978, Bull. 1978 Ass. Plén. n°1.

[53] 例如,法国最高法院社会庭2005年7月1日的一项判决曾指出,合同条款要求受雇律师在律师事务所所在地安家,其理由是为了使律师能够更好地融入当地环境,这个理由(目的)不能表明“对受雇律师个人自由的侵害具有正当性”。Soc., 12 juil. 2005, Bull. 2005 V n°241.

‘合同的效果’是否符合社会的公序良俗，而不是合同所违反的‘法律的性质’”。^[54]

英美法也采个案判断的方法。在美国法上，成文法通常并不直接规定违反该法律的合同的效力，而仅蕴含了法律所欲保护的公共政策。^[55] 法院通过“权衡”，将法律所欲保护的公共政策与尊重当事人意思自治的公共政策相比较，来判断合同是否应无效。^[56] 美国《合同法重述（第二次）》第178条第2款列出了详细的个案比对时的切入视角。该《重述》“未就违反公共政策的合同效力作抽象的界定”，而是“作具体的评判”，让司法关注“具体个案中的利益衡量”。^[57] 《重述》规定的“法益比较”方法在学说与判例上也被广泛认可。^[58]

我国台湾学者梳理司法实务后指出：同一法条是否为效力规定，在认定上会出现反复。^[59] 亦有学者认为，我国台湾地区民法第71条“实施近90年来，司法判决从严格遵守法条文义，逐渐走向目的解释”：“有效无效，法无定法”。^[60]

上述实践表明，违反同一公序的不同法律行为，效力可以不同。法律行为内容评判不在于探求可统一行为效力的规范性质，而在于判断个性化的私人自治是否在实质上违背了公序所追寻的立法价值，此即个案审查比对的方法。

三、个案审查比对方法的具体展开

个案审查比对方法可分解为三个部分：实质标准、来源依据（形式标准）及制裁。在此领域，我国民法曾共存“实质标准”与“形式标准”两套平行的标准。原民法通则第58条第5项规定“违反法律或者社会公共利益的”法律行为无效。此模式延续到原合同法第52条第4项与第5项之中。但是，民法典第153条只体现了“形式标准”——仅强调法律行为内容评判的来源依据，不能服务于个案审查比对方法，未能彰显内容评判机制的核心功能，因此需要穿透“形式标准”解释出“实质标准”。

（一）实质标准：公共利益与个体利益的区分与保护

法律行为内容评判的实质标准应为公序所旨在特殊保护的价值或曰利益，既包括公共利益，也应包括个体利益。

1. 个体利益：受公序保护的必要性

人们通常认为，禁止性规定或公序良俗所保护的利益仅限于公共利益，但笔者认为，它们保护的利益也应包括个体利益，否则会形成法律漏洞。

第一，个体利益是与公共利益相对的客观存在。公共利益及其相关的用语、概念通常

[54] J. Flour, J. -L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil, Les obligations (1) : L'acte juridique*, Dalloz, 14e éd., p. 260.

[55] 法律明确禁止作出允诺或从事所允诺之行为本身并不等于合同的不可执行性，尽管这些立法可以作为不予执行的论据，但未必不可推翻。参见美国《合同法重述（第二次）》第178条注释 a-c。

[56] See E. Allan Farnsworth & Zachary Wolfe, *Farnsworth on Contracts*, 4th ed., Wolters Kluwer, 2019, § 5.07; T. Murray et al., *Corbin on Contracts*, LexisNexis, 2019, § 79.2.

[57] 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，第122页。

[58] 参见前引〔56〕，Farnsworth等书，第5.01节。

[59] 参见詹森林：《效力规定与取缔规定之区别标准》，载范光群教授七秩华诞祝寿文集编辑委员会编：《程序正义、人权保障与私法改革》，台湾元照出版有限公司2009年版，第289页以下。

[60] 赖英照：《有效无效，法无定法——从法律解释方法看“民法”第71条》，《中原财经法学》总第41期（2018年12月），第1页以下。

“都是相对私人利益而言”的。^[61] 个体利益的特殊性在于其主体之具体、特定，因此当公法主体以平等主体身份参与民事交往时，也可享有个体利益。同时，个体利益之冲突具有诉讼主体地位上的互换性，^[62] 原告指责被告所存在的问题，在另一法律关系中，可能正是他人指责原告存在的问题。^[63] 此外，个体利益是民事主体最终可自决的利益，而公共利益无论事前还是事后均不能被放弃。^[64]

但是，某些个人利益涉及基本权利与人权时，可被识别为公共利益，而这恰恰证明了两个概念“各司其职”的关系。“人格权不得放弃、转让或继承”（民法典第992条）便是典型，虽其内容涉及个人权利，但实质上维护的是一种涉及人格尊严与基本人权的公共利益，任何情况下都不应允许当事人排除或放弃，是为公序。于是，“工伤概不负责”之类的条款会被判定为无效。^[65] 同理，“租赁期限不得超过20年”（民法典第705条）也是一种涉及个人自由的公共利益。如果法秩序承认“唯一没有被赋予个人的自由就是放弃自由的自由”：未经许可，不得通过行使现时的自由来转让未来所享有的自由，那么“永久的租赁”被判定为绝对无效是因为它触及了社会公共利益。^[66]

第二，任何社会的公序绝不会只关注社会公共利益而允许私法自治成为肆意侵害个体利益的工具。如果说保护社会利益之目的使得公权力干预私法自治具有正当性，^[67] 那么保护个体利益难道就不在权力辐射的范围之内、不是权力所追求的价值目标？当事人通过法律行为侵害某种个体利益，法秩序岂会坐视不理？认为影响合同效力的只能是基于公共利益的考量的观念，并无现实基础与法理基础。实际情况恰恰是，立法时常仅针对特定情形下当事人之间个体利益的平衡，彰显对特定当事人（群）利益的关怀。

第三，保护个体利益的程度与救济方式的特殊性，应在制度安排中予以彰显。如果说对公共利益的保护不允许当事人通过意思自治予以排除或减弱、侵害公共利益之法律行为被判定为绝对无效，那么对于个体利益的救济方式可以交给利益相关之当事人来决定其命运，从而相对无效（可撤销）更符合此种利益的特点。与此相关的是，保护个体利益的公序虽不能事先通过协议排除其适用，但允许利益主体嗣后放弃对个体利益的救济（如放弃行使撤销权）。

2. 对第三人个体利益保护的一般规范：民法典第154条

事实上，民法典第154条关于“当事人恶意串通，损害他人合法权益的民事法律行为无效”的规定，即是有关个人利益保护的规范，且采用了实质利益标准。基于前面的讨论，此

[61] 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，第334页以下。该文指出：公共利益与社会利益相比，享有的主体和提供者相同，内容一样，“都是普遍的而不是特殊的利益，因此二者具有等值性，含义是完全相同的”。笔者赞同此观点，“公共利益”“社会利益”“社会公共利益”“一般利益”在本文中具有相同的含义。

[62] 参见前引[28]，加藤一郎文，第275页。

[63] P. S. Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract*, 5th ed., Oxford, 1995, p. 346.

[64] 参见王利明：《〈民法典〉中环境污染和生态破坏责任的亮点》，《广东社会科学》2021年第1期，第221页，第224页。

[65] 《最高人民法院关于雇工合同应当严格执行劳动保护法规问题的批复》（〔1988〕民他字第1号）指出：“在招工登记表中注明‘工伤概不负责’。这是违反宪法和有关劳动保护法规的，也严重违反了社会主义公德，对这种行为应认定无效。”

[66] 关于法国民法典第1709条，法国最高法院民事三庭1999年12月15日的一项判决支持绝对无效。Civ. 3^e, 15 déc. 1999, Bull. 1999 III n°242.

[67] 参见谢鹏程：《论法律监督与公益代表——兼论检察机关在公益诉讼中的主体地位》，《国家检察官学院学报》2021年第1期，第101页。

项规范印证了我国民法对个人利益保护提供一般规范的现实立场，也印证了法律行为内容评判中实质标准的存在。不过，该一般规范从三个方面提出了解释论上的任务：

第一，仅规定单纯的实质利益标准，范围过宽。若无形式标准的辅助与限制，法官裁量或无所适从，或过于随意、误伤正常的市场竞争行为（如针对特定商业竞争对手但未“指名道姓”的广告制作合同、基于市场竞价而签订“一物二卖”合同等）。“当事人恶意串通”这一主观要件意指当事人以损害“他人”利益为目的并具有意思联络或沟通，^{〔68〕}该要件虽也能起到一定的限制作用，但较为有限，因为它仅是用带有道德性评价的措辞强调了当事人对侵害第三人利益系“合意图之”。对此，有必要为第154条添加形式标准（依据）以实现目的限缩，可与第153条进行整体解释，以违反公序为前提制裁损害他人权益之法律行为。

第二，绝对无效的制裁方式用力过猛。对个体利益之保护，外部评价机制不宜主动、过度介入。对此，制裁如被限缩解释为相对无效（可撤销），^{〔69〕}则更符合第154条的功能与目的。按照合同相对性原理，原则上第三人不得基于其个体利益直接介入当事人合同之效力，但作为例外，若合同违反公序损害第三人利益，则可被主张撤销。

第三，第154条不涉及当事人个体利益，仅指向第三人个人利益之保护。^{〔70〕}其要件“当事人恶意串通”可谓明确排除了对当事人个体利益的保护。对此，可转向第153条，通过目的解释、体系解释等方法填补漏洞。

综上，民法典第154条仍属法律行为的内容评判范畴，应在其核心功能指引下进行目的解释与体系解释：第154条接续第153条，可视为后者的特别规定，是从第三人个体利益保护角度对法律行为予以内容评判的特别规则。

3. 法律行为当事人个体利益的公序保护：需要填补的漏洞

民法解释学在处理法律行为的合法性时，常略过法律行为当事人的个体利益保护问题。但是，法律行为可能成为当事人一方在“私法自治”之名下对另一方行“欺压”之实的借口。公共交通拒绝缔约是一例，不公平的格式合同是另一例。民法义不容辞需要介入以“扶正祛邪”。

那么，是否有必要针对当事人个体利益设置一般性保护规范呢？答案是肯定的。一方面，可以形成体系上的闭环。公序不过是那些彰显社会根本价值的法秩序，其中个体利益也应占有一席之地。另一方面，也可以匹配与之成比例、相适应的制裁方式，防止“用牛刀杀鸡”。许多违反强制性规定的合同仅涉及个体利益而非公共利益，但依现有之规定，法官只能选择绝对无效。例如，劳动者连续工作7天无休、休息日加班但加班费用高昂的劳动合同条款，因违反劳动法第38条“用人单位应当保证劳动者每周至少休息一日”，只能依民法典第153条第1款被判定为无效，由此劳动者无法得到其期待的高昂加班费用。如此处理，本以保护劳动者权益为起始目标，其结果反倒损害劳动者权益。因此，从目的与体系出发，第153条所谓之“强制性规定”“公序良俗”若被解释为可涵盖保护个体利益，这个漏洞就不复存在了。

〔68〕 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》下册，人民法院出版社2020年版，第776页。

〔69〕 参见杨代雄：《恶意串通行为的立法取舍——以恶意串通、脱法行为与通谋虚伪表示的关系为视角》，《比较法研究》2014年第4期，第106页以下；茅少伟：《恶意串通、债权人撤销权及合同无效的法律后果——最高人民法院指导案例33号的实体法评释》，《当代法学》2018年第2期，第24页。

〔70〕 参见茅少伟：《论恶意串通》，《中外法学》2017年第1期，第143页以下。

（二）依据（形式标准）：公序

个案审查方法并不排斥形式标准。恰恰相反，形式标准作为实质标准的来源与依据，在一定程度上具有约束自由裁量权、展现立法与司法互动关系的积极意义。但是，民法典第153条规定的形式标准亦存在若干问题，如公序良俗与法律、行政法规的强制性规定是什么关系？公序与良俗的关系如何？如何识别一个规范是否属于公序？

1. “公序良俗”与“强制性规定”：走向一元论

关于违法与违反公序良俗能否统一、是否有必要区分，有一元论与二元论之不同立法例与见解。

（1）一元论的自治性

比较法上，一元论的典型是法国法，只有具有公序（良俗）性质的规则方可影响合同效力。法国民法典第6条规定，任何人不得通过个别契约违反公序良俗之“法律”。此处之“法律”被解读为“规则”，并不限于成文法规范。^[71]2016年债法改革后，法国民法典第1162条采用了极简洁的表述：“合同的条款及其目的均不得违背公序”，不再使用“法律”二字。英美法上的公共政策在功能上对应大陆法系的公序良俗，且呈现了一元论的趋势。^[72]美国法院拒绝强制执行合同的真正理由是违反公共政策，而不是违法，^[73]正如其《合同法重述（第二次）》采用“条款基于公共政策不可强制执行”（第178条）的表述，而非“违法”合同的表述。对于英国法，也有观点认为其采取的是一元论。^[74]这种统一也是日本民法学展现的发展方向。^[75]

一元论符合功能主义。如果说“之所以要寻求公序良俗，是为了允许法官制裁违反社会根本价值的合同”，^[76]那么各种可能影响法律行为效力的强制性规定，虽立法目的千差万别，其实质不也是如此吗？将违反社会根本价值归为违反公序良俗，最为恰当。一元论的最大实益在于，“以公序良俗作为判定违反强制性规定行为效力的唯一也是最终的依据”，^[77]指出了那些会影响法律行为效力的规则的统一属性。

反对一元论的主要理由是，判断法律行为是否违反公序良俗，通常只能经由个案具体判断，并且只能事后认定，而这种个案审查与规范的“抽象认定”相互矛盾。^[78]但实际上，如前所述，个案审查比对方法是法律行为内容评判的基本方法，与一元论、二元论无关。一元论不过是用“制裁违反社会根本价值的法律行为”作为统一违法与违反公序良俗的“灵魂”，突出了法律行为内容评判制度的功能。其实，一元论并不否认强制性规定与公序良俗是两个概念，^[79]它只是强调能够影响法律行为效力的强制性规定必然是被识别为公序良俗的规则，简洁而清晰。

[71] M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations (I) - Contrat et engagement unilatéral*, 3^e éd., Presses Universitaires de France, 2012, p. 391.

[72] 参见于飞：《公序良俗原则研究——以基本原则的具体化为中心》，北京大学出版社2006年版，第43页以下。

[73] 参见王军等编著：《美国合同法》，对外经济贸易大学出版社2006年版，第129页以下。

[74] 参见赵万一主编：《公序良俗问题的民法解读》，法律出版社2007年版，第36页。

[75] 有学者指出，在日本，那种仅从表面形态将公序良俗归纳分类的研究方法，被最近的教科书反复引用。实际上，这种类型论在日本已经走到了尽头，取而代之的是公序良俗的基础理论研究。如果如山本敬三那样来构成公序良俗的话，我国合同法第55条各项都可以被包容在其中。这样就可以解决该条各项之间显然会出现的竞合问题，也使得法律本身在形式上更加洗练。参见前引〔20〕，解巨文，第35页以下。

[76] R. Cabrillac, *Droit des obligations*, 9^e éd., Dalloz, 2010, p. 21.

[77] 前引〔42〕，孙鹏文，第126页。

[78] 相关讨论参见前引〔42〕，谢鸿飞文，第139页。

[79] 相关概念之比较，参见李永军：《合同法》，法律出版社2010年版，第334页。

（2）走向一元论的二元论

二元论的特点是严格区分影响法律行为效力的强制性规定与公序良俗，典型立法例有德国民法典及我国台湾地区民法。实际上，任何试图彻底割裂公序良俗与强制性规定的努力，均容易将法律解释带入误区：将公序良俗从强制性规定中剥离出去，便是将其“灵魂”抽走，走向抽象研究规范技术之困境。苏永钦曾指出，二元论模式走入了形式上的二分法、以问答问、把转介条款当成引致条款等误区，他建议采案例法，并由民事法官运用动态体系的观点，“仔细斟酌管制和自治的相关因素”，综合判定合同效力。^[80]这在实质上走向了一元论，展示了公序良俗捍卫社会根本价值的本质。

德国民法典将法律行为的内容评判标准分置在两处：第134条（禁令）和第138条第1款（良俗）。德国有学者认为二者是相互适用的关系：凡违法者亦违反良俗，凡违反良俗者亦违法。这实际上是一元论。另有“主导性学说”旨在维持两个规范在体系上的自治性，突出第134条的引致功能。但事实上，如果法官适用第134条后不能得出无效的结论，但适用第138条会无效，则仍应适用第138条。其实，严格区分违法与违反（公序）良俗被认为是德国法的一个独创，其他传统欧陆民法国家“与此相关的概念都没有德国这样严格的区分”。^[81]比较法表明，二者在实质上具有一致性，至少那些会作用于法律行为效力的强制性规范具有公序的性质，维护立法者旨在特别保护的社会根本价值。

笔者认为，我国民法典第153条的两款均在表达公序良俗对法律行为效力的影响，只不过第1款中的“法律、行政法规的强制性规定”突出了其成文法来源，不妨视为第2款“公序良俗”的一种特殊情形。

2. “公序”与“良俗”：同一的本质

与此相关的是，如何看待“公序”与“良俗”的关系。对此，存在不同的立法例。有只规定“良俗”者，如德国法。其在最初的民法典草案中曾使用“公序”与“良俗”，但公序被指责为从法国民法舶来之概念、具有不确定性，未予保留；而良俗概念自罗马法以来已本土化，故得以保留，从而吸纳了那些可能被视为公序的内容（如营业自由原则）。^[82]也有只规定“公序”者，如使用公共政策理论的英美法。英国有关违反公共政策合同效力的判例时常援引罗马法的良俗理论。^[83]又如2016年债法改革后的法国民法典第1162条，“合同的条款及其目的均不得违背公序”，隐去了“良俗”。长期以来，法国民法典第6条虽同时使用“公序”与“良俗”，但良俗因在功能上供法官维护在其看来应予维系的社会根本价值、让合同满足社会情感的需要，被认为也是一种公序。将其单独列出的唯一可行的解释是其来源特殊：良俗来自法官的裁判，公序则似乎只能来自立法者的决定。^[84]不过事实是，公序也可以是由法官通过裁判确立的潜在规则。^[85]良俗在来源上已无特殊性，这成为隐去此概念的重要理由。

[80] 参见前引〔33〕，苏永钦文，第3页以下。

[81] 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111页以下。

[82] 参见梁慧星：《市场经济与公序良俗原则》，载前引〔28〕，梁慧星书，第10页。

[83] 参见赵万一、吴晓锋：《契约自由与公序良俗》，《现代法学》2003年第3期，第54页。

[84] 参见前引〔54〕，Flour等书，第256页。

[85] 法国最高法院民事审判庭在1929年12月4日的一项判决中认为，利用病人制作广告的合同，约定使用一些修饰语以增强广告效果，虽未违反任何规定，但合同无效。Cass. Civ. 4 déc., 1929, S. 1931. I. 49, note Esmein, V. H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, T. 1, 2000, n°8.

此其一。在法国司法传统下，良俗以性关系为对象，尤其针对通奸问题，但当下社会观念之宽容，在对个体品行进行法律指引以及由此对私生活带来过度侵蚀的质疑声中，新判例已转向承认维持通奸关系的赠与的效力，因此良俗的适用领域越来越狭小。此其二。在法国学者看来，品行自由与个人生活应体现人的尊严；“良俗”应当让位于人的尊严——它实际上属于公序的范畴。此其三。^[86]当然，比较法上还有将“公序”与“良俗”二者并列使用者，在适用上也往往一同提及、不作区分，如债法改革之前的法国民法典、日本民法及我国民法典。

笔者认为，“良俗”不过是展示了某项规则的道德面向，本质上仍是一个法秩序，使用“公序”的表述足矣。

3. 基于一元论的公序识别

(1) 公序的基本要素

公序的构成并非仅限于保护某种利益，还包括其他要素。民法典第153条中的“公序（良俗）”（包括法律、行政法规的强制性规定）旨在服务于法官个案审查比对当事人的法律行为，因此应当具备对象、目的与效力三个基本要素，三者与法律行为内容评判的功能与方法相辅相成。

第一，对象指向当事人意思自治（法律行为）的内容与目的。^[87]此要素乃供法律行为内容评判功能与个案审查比对方法之需。公序犹如用于衡量当事人私法自治的工具，只有同质，才能衡量和比对，如同不能用一杆秤来量布匹之长短一样。因此，能评判内容并影响法律行为效力的公序，必然指向当事人私法自治的利益安排。对此，人们或许会基于如下认识而有所质疑：雇佣杀人合同无效，违反的是生命权条款或者有关剥夺他人生命的刑法规范，这些规定并不是直接针对合同内容的。但实际上，雇佣杀人合同违反的是“合同不得以侵犯基本人权为内容”这一公序，而非单纯的生命权条款或者刑法规范。此要素是公序区别于非公序的强制性规定的重要之处。

由此，有的强制性规定并非针对当事人之间的权利义务安排，不以私法自治的内容与目的为规范对象，因而不对合同效力产生影响。因此，公司法第6条关于“设立公司，应当依法向公司登记机关申请设立登记”的规定，不是公序规则。同理，“职业道德规则的目的在于确定职业成员的义务，与之相匹配的是纪律制裁，它本身并不导致与这些规定相违背的合同无效”。^[88]因此，给予医生红包的允诺虽违反医生的职业道德要求，但不能否定医疗服务合同的效力。当然，违反职业规范的行为可能构成民法上的过错，从而使职业人士就其所造成的损失承担损害赔偿责任。

第二，在效力方面，当事人不得协议排除其适用。^[89]有的规范虽然含有“应当”“不得”等字样，但却允许当事人协议排除，不满足此项要求。立法者若想明确某项规则为公序，除了直白地指出“本规定为公序”以外，还可能采用的典型表述如“当事人不得协议排除”、“任

[86] 参见前引〔71〕，Fabre-Magnan书，第390页；P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, *Les obligations*, 3^e éd., Defrénois, 2007, pp. 323-328；F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, 10^e éd., Dalloz, 2010, p. 390；Cl. Brunetti-Pons, *La conformité des actes juridiques à l'ordre public*, in *Études offertes au professeur Philippe Malinvaud*, LexisNexis, 2007, n°13 et s.

[87] 参见上引 Malaurie 等书，第328页。

[88] 法国最高法院民事一庭在1991年11月5日的一项判决。在其看来，行业规范不是公序的渊源。Civ. 1^{re} 5 nov. 1991, Bull. 1991 I n°297.

[89] A. Bénabent, *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Montchrestien, 2007, p. 122.

何相反之约定无效”或者“禁止订立某类合同或者条款”等。^[90]

第三，目的在于捍卫立法者拟予特殊保护的社会根本价值。这里的“社会根本价值”是相对于合同自由而言更为重要的价值，体现了立法者与法官所处时代在其看来更值得推崇的社会观念。

（2）公序的来源

公序可有宽泛的渊源，包括但不限于成文法，更不应仅限于法律或行政法规。民法典第153条两款足以表明，除了法律、行政法规，还有其他来源的公序可以影响法律行为的效力。原合同法立法时，强调仅“法律、行政法规”能影响合同效力，有其合理性，^[91]尤其是通过强调规范位阶防止地方保护主义。但是，我国法治的发展与实践表明，不能无视其他渊源的必要性与重要性。正如有的学者所论证和举例的，规章是社会法治的重要组成部分，也是公序的重要来源。^[92]只要承认在法律、行政法规之外另有其他渊源可以产生影响合同效力的公序，那么将法律、行政法规作为唯一形式依据的主张，便与之相矛盾且不符合实际。

当然，公序的识别事关重大，法官应秉持谨慎之态度并承担论证义务。^[93] 在我国的司法体系下，最高人民法院通过指导性案例、司法解释、民商事审判会议纪要等多种方式，在某种意义上构成了对法官的审慎约束。同时，法官识别出新的公序时，需要“在裁判文书中充分说明理由”（“九民纪要”第30条）。

（三）制裁：绝对无效与相对无效

由于公序保护的利益具有非单一性，针对违反公序的法律行为的制裁（或曰“否定性评价”）方式可有多种选择，无效、可撤销、效力待定等，均可入选。^[94] 把无效作为唯一的制裁方式，并不符合法律行为内容判定的功能与方法。

选择不同的制裁方式体现了不同的法政策。例如，无效（绝对无效）与可撤销（相对无效）有着相异的功能与定位。鉴于个体利益可以由当事人自决而公共利益则否，可撤销适于保护个体利益，无效适于保护公共利益。^[95] 再如，效力待定与可撤销均强调效力处于未定状态，^[96] 在功能上具有替换性；只是后者的制度构造更简洁、清晰，且在我国法上更具普遍性。

由此，民法典第153条所谓之“无效”，应有两种可能的解释。其一，如果违反的是保护公共利益的公序，则法律行为自始、当然、确定无效（即绝对无效）。其二，如果违反的是保

[90] 参见前引[86]，Terré等书，第390页。

[91] 参见王利明：《论无效合同的判断标准》，《法律适用》2012年第7期，第2页以下。

[92] 因此，应肯定“九民纪要”第31条所展示的方向：“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。人民法院在认定规章是否涉及公序良俗时，要在考察规范对象基础上，兼顾监管强度、交易安全保护以及社会影响等方面进行慎重考量，并在裁判文书中进行充分说理。”顾全：《民事法律行为效力评价体系研究及司法实证》，人民法院出版社2021年版，第113页。

[93] 参见前引[63]，Atiyah书，第345页。

[94] 我国“合同的效力形式越来越多样化，富有弹性，从最初较为简单的有效、无效二分法，发展到目前的有效、无效、可撤销、效力待定、未生效并存的模式”。参见崔建远、吴光荣：《中国法语境下的合同效力：理论与实践》，《法律适用》2012年第7期，第9页以下。

[95] 参见陈忠五：《法律行为绝对无效与相对无效之区别》，《台大法学论丛》第27卷第4期（1998年），第256页以下；常鹏翱：《等同论否定说：法律行为的可撤销与相对无效的关系辨析——以〈民法通则〉到〈民法典〉的规范发展为基点》，《法学家》2020年第5期，第13页以下。

[96] 参见前引[81]，耿林书，第334页以下。

护个体利益的公序，则法律行为可撤销，即经利益受损害方行使撤销权而归于无效（即相对无效）。这种解释对于我国法律工作者而言并不陌生。我国法对欺诈、胁迫、乘人之危等意思表示瑕疵的法律行为的制裁方式，从“无效”（原民法通则第58条第1款第3项）转变为“可撤销”（原合同法第54条第2款；民法典第148—151条），体现的是同样的思路和考量。在立法者看来，欺诈、胁迫、乘人之危是法政策所否定者，受欺诈方、受胁迫方、被乘人之危方的利益应当予以保护，但因属个体利益，是否撤销法律行为使之无效的决定权交给个体利益的主体（或曰“受损害方”——民法典第151条的措辞）自行判断。同样，在内容违反公序但仅涉及个体利益时，亦应由受损害方选择撤销法律行为。

个体利益受损害方享有撤销权，不需要考虑其知道或者不知道违法行为、善意与否——制裁直接针对的是实质标准违反，被侵害的是公序旨在给予特别保护的社会根本价值。此点类似于乘人之危情况下的受损害方撤销权的获得，不需要考虑其是否为善意（民法典第151条）。

当然，立法者还可以针对具体情况制定特别的制裁措施。如对于违反法定最低工资标准的薪酬约定，在基于保护劳动者利益之目的而否定其法律效果时，可以要求用人单位支付同行业通常工资甚至惩罚性赔偿。^[97]

四、方法的延展适用：对格式条款效力规范的解释

早期就有学者指出，对格式合同中“不公平约款”的规制，也属于合同（法律行为）内容评判的范畴。^[98]笔者也尝试将民法典第496条与第497条的解释置于前述法律行为内容评判的功能与方法之下展开。

（一）实质标准：当事人之间利益失衡

1. 第496条：当事人之间利益的一般失衡

依文义，第496条表面上无涉合同内容之评判，针对的情形是格式合同提供者在订立阶段“未履行提示或者说明义务”，似属于形式要件或意思表示之瑕疵。但这类瑕疵仅发生在格式条款中“与对方有重大利害关系的条款”，因此在构成要件上也要求法官在个案中判定相关条款的安排是否“与对方有重大利害关系”，涉及合同内容的审查。

由此令法官难以操作的是，如何判断某个条款与一方当事人“有重大利害关系”。第496条对此语焉不详。基于表述上的严谨与保守，如果我们不说“所有”的合同条款均与当事人有利害关系，那么至少在“通常”情况下合同条款均与当事人有利害关系，应该是一个常识性判断。合同事关双方权利义务的个性安排，必然体现当事人的理性考量与关切；对于当事人而言，难谓某个条款系有“重大”利害关系或“一般”利害关系。将合同条款对当事人利害关系之紧要程度的评价交由法官居间裁判，甚为艰难。法官无论是按照一般人来理解（客观主义），还是按照当事人个体情况来解读（主观主义），似均有不妥。依主观主义，须尽可能全面且真实地查实个体利益之状态及未来走向，以及合同订立时当事人是否对“利害”给予充分的披露、说明或合同提供者对此是否知悉。因个体情况差异巨大，徒增法官审查和论证的

[97] 参见贺剑：《〈合同法〉第54条第1款第2项（显失公平制度）评注》，《法学家》2017年第1期，第170页以下。

[98] 参见王家福主编：《中国民法学·民法债权》，法律出版社1991年版，第328页以下。

难度。客观主义可避免上述麻烦，符合解释有相对人的法律行为时采用的客观主义方法（民法典第142条第1款），也体现了格式合同的特点。但是，法官按照一般人的理解判断条款是否与当事人利益有重大关系，忽略了个体利益的特殊性，这种所谓的客观主义不过是排除了当事人的具体情况。

第496条的立法目的是矫正格式条款项下利益安排偏向格式条款提供者的失衡状态，以便保护格式条款相对人之个体利益。此目的可以从其强化格式条款的形式要件（特别提示与说明义务）中得出。某些格式条款需要特别提示与说明，正是考虑到相对人可借此充分了解其内容，不至于失去思考和磋商的机会，避免其因忽略或者不理解条款所安排的权利义务而可能遭致的不公平或曰利益失衡。其实，从条文的表述（“公平原则”“免除或减轻其责任等”“重大利害关系”）中，隐约可见立法者最为关切的是当事人之间的利益平衡，只是未予点明，颇为遗憾。^[99]

因此，第496条针对的是当事人之间利益失衡（不公平）的格式条款，而非针对所谓与当事人“有重大利害关系”的条款，不能单纯地将之理解为对形式要件欠缺或意思表示瑕疵的制裁。它属于法律行为内容评判机制，本身即为针对个体利益予以保护的公序规则。但它与本文论述的个案审查比对方法的不同之处有二：一是其评判合同内容的实质标准在于当事人之间利益安排的公平性；二是评判标准的构成结合了格式条款的特点，增加了如下考虑：利益安排失衡是否出自当事人的真实意思，如通过提示义务的履行可推定相对人具有真实意思，则不构成对其立法目的之违反。

2. 第497条第2、3项：当事人之间利益的严重失衡

第496条针对的是当事人之间利益的一般失衡，至于严重失衡的情形，则由第497条规制。第497条第2、3项也是关于格式条款内容评判的规则，评判的实质标准是当事人之间的利益是否严重失衡，或曰“不合理”的不公平：“提供格式条款一方不合理地免除或者减轻其责任、加重对方责任、限制对方主要权利”；“提供格式条款一方排除对方主要权利”。其具有公序性质，旨在保护弱势方当事人的个体利益，且不得被协议排除适用。

（二）制裁：可撤销模式更为可取

民法典针对格式条款当事人之间利益的一般失衡与严重失衡，分配了不同的制裁方式：“未订入合同”与“绝对无效”。笔者则认为，相对无效（可撤销）模式更为可取。

1. 第497条第2、3项“绝对无效”之反思

依据第497条第2、3项，对于严重失衡的格式条款，制裁方式为绝对无效，似过于严苛。它们作为法律行为内容评判的法秩序，系针对当事人个体利益的保护，如能赋予受损害方以撤销权，则更符合前文探讨的个体利益保护以及制裁的初衷与功能，此不赘述。

2. 第496条“未订入合同”之反思

依据第496条，对于一般失衡的格式条款，在当事人未能满足提示和说明义务的情况下，制裁方式为“对方可以主张该条款不成为合同的内容”（本文简称“未订入合同”），颇具创新性。司法实践虽有相关判例，^[100]但其具体内涵与优点还需进一步观察。与此制裁方式相

[99] “立法者所要规制的主要是没有遵循公平原则的不公平格式条款。”韩世远：《合同法总论》，法律出版社2011年版，第741页。

[100] 如最高人民法院指导案例64号“刘超捷诉中国移动通信集团江苏有限公司徐州分公司电信服务合同纠纷案”。

比, 早先司法解释所确立的可撤销方案,^[101] 并无“违和”之感。

“未订入合同”与可撤销在如下两个方面具有高度一致性: 一是就格式条款的命运而言, “该条款不成为合同的内容”的后果与被撤销的后果是一致的。二是就行使而言, “对方可以主张”的表述表明, “未订入合同”的制裁方式也是个体利益主体可自决的一种救济措施, 与可撤销表现了同一功能。

比较法上巧合的是, 法国民法典经债法改革之后, 关于格式条款效力的第1711条第1款也采用了类似表述: “在附和合同中, 任何导致当事人之间权利义务明显失衡的条款均视为未曾写就。”“视为未曾写就”(réputé non écrit) 虽是最初版本的法国民法典第900条使用过的表述, 但法国学界对它的理解充满争议与不确定性。^[102] 有观点认为, 其属于无效的一种情况, 即部分无效。也有观点认为它不同于无效: 自动适用不需要通过司法途径, 且不适用有关主张无效的诉讼时效。^[103]

需要提及的是, 法国现代民法上的“部分无效”制度是由司法判例确立的, 其最核心的问题是, 一个条款的无效在什么情况下导致或不导致整个合同无效。^[104] 法国判例认为, 如果无效原因所针对的条款对于整个合同具有“决定性”意义, 则整个合同无效; 否则, 仅该条款无效。^[105] 而“决定性”的判定, 原则上采主观性标准, 以当事人的真实意思为准, 若当事人在合同中明确指明某条款具有决定性, 则该条款无效会导致整个合同无效。例外有二: 一是在法律视某条款为“未曾写就”的情况下, 主观性标准应被排除适用; 二是如果某合同条款违反的规则具有某种保护目的, 该保护目的要求维持合同, 那么主观性标准也应被排除适用。上述内容在债法改革之际成为法国民法典第1184条的内容。^[106] 可见, “视为未曾写就”的一个重要功能在于防止当事人滥用合同自由、把某个条款上升为决定整个合同命运的按钮。

笔者认为, 法律规定某条款“视为未曾写就”(法国法)或“可以主张不成为合同的内容”(中国法), 属于部分无效的一种特殊类型, 同时兼具防止权利滥用的功能——此为其优点之所在。一方面, 它意味着该条款无效, 应当从合同中“剔除”, 合同部分无效。另一方面, 它意味着排除当事人对该条款性质的主观认定: 当事人不得约定因为该条款无效而导致合同全部无效, 以防止格式条款提供者将该不公平条款的效力与整个合同的命运捆绑起来。这一优点是传统可撤销制度未曾关注的, 但在可撤销机制下, 可通过适用禁止权利滥用条款(民法典第132条)或完善部分无效的理论予以实现。

综上, 第496条采用“未订入合同”的正当性与具体行使要件和效力, 还需要进一步论证与观察, 但从当事人个体利益保护的视角来看, 采用可撤销模式也颇具正当性。

[101] “合同法解释二”第9条规定: “提供格式条款的一方当事人违反合同法第39条第1款关于提示和说明义务的规定, 导致对方没有注意免除或者限制其责任的条款, 对方当事人申请撤销该格式条款的, 人民法院应当支持。”

[102] Alessandro D'Adda, *Nullité partielle, clause réputée non écrite et intégration corrective du contrat: perspectives de droit européen*, RIDC, 2015-4, pp. 901-921.

[103] 法国最高法院民事一庭2019年3月13日的一项判决认为, 其不属于无效制度, 不适用诉讼时效。Civ. 1^{re}, 13 mars 2019, N° de pourvoi: 17-23.169.

[104] 参见前引[89], Bénabent书, 第172页。

[105] 参见前引[76], Cabrillac书, 第71页。

[106] 该条规定: “如果无效之原因只影响合同的一个或者数个条款, 只有当这一或者这些条款构成当事人一方或者双方债务约束的决定性因素时, 行为才整体归于无效。如果法律规定(仅此)条款被视为未曾写就, 或者所违反的规定之目的要求维持合同的, 合同得以维持。”

结语：遵循个案审查比对方法的解释论

法官将具有规范品质之法律行为与公序进行个案比对，以不损害公序所保护之利益为实质标准，评判法律行为之效力，把控私法自治之边界，此为评判法律行为内容应遵循的方法。

作为此方法的一般规范，民法典第 153 条两款采形式标准却未揭明实质标准，应从制度功能出发进行目的解释。其形式标准（强制性规定与公序良俗）可概括为“公序”，即旨在捍卫社会根本价值、针对意思自治内容与目的、不得以协议排除其适用的规则。实质标准为公序拟特别保护的利益。通过个案审查比对，法律行为违反形式标准（公序）与实质标准（公序所保护之利益）会受到否定性制裁：违反公序侵害公共利益者绝对无效，违反公序侵害个体利益者相对无效——可撤销。

作为保护第三人个体利益的规范，民法典第 154 条采实质标准而未配备形式标准。从制度功能出发，该条宜被解释为第 153 条的特别规范，从而借助“公序”对其进行目的限缩；对违反该条的法律行为的制裁方式宜解释为可撤销。

作为保护格式条款当事人之间个体利益平衡的特别规范，民法典第 496 条、第 497 条的解释也宜置于法律行为内容评判的功能与个案审查比对的方法下展开：二者皆为公序规则，分别以当事人之间利益一般失衡与严重失衡作为实质标准；制裁方式也宜解释为可撤销。

Abstract: The normative nature of juristic acts raises the institutional demand for controlling the autonomy of will, namely, taking the content of a judicial act as the starting point to compare the conflicting interests involved in two norms (judicial acts and public order), so as to determine the validity of the juristic acts. Therefore, the method of case-by-case scrutiny and comparison should be adopted in the determination of the legality of the content of a juristic act. The judge should identify the rule of “public order” and the interests it protects, and compare with the interests with the specific content of the juristic act in an individual case. Specifically, it takes public order as the basis, and whether the interests protected by the public order are damaged as the substantive criterion. Interests protected by public order may be divided into public interests and individual interests, and the corresponding sanctions may also be divided into absolute nullity and relative nullity (voidable) of a juristic act. The above functions and methods of analysis on the legality of the content of juristic acts are helpful to interpret Articles 153 and 154 of the Chinese Civil Code that are general terms, and Articles 496 and 497 of the Code that concern the rules on the validity of standard terms.

Key Words: juristic acts, public order and good morals, imperative provisions, standard terms
