

# 金融监管规章影响合同效力的 公序良俗通道研究

杜一华<sup>1</sup>, 尹鑫鹏<sup>2</sup>

(1. 北京物资学院, 北京 101149; 2. 四川省社会科学院, 四川 成都 610072)

**摘要:** 合同作为“私人自治”的产物,是当今社会最重要的交易机制安排,我国在立法上始终严守致使合同无效的规范等级,可是近年来司法实践并未严格遵循这一法律逻辑,出现了以《合同法》第52条第四项为转介条款来认定违反行政规章的合同无效的案例,此情形主要集中于金融商事领域,最高人民法院出台的“九民纪要”明确肯定了这一裁判导向。随着《民法总则》实施和《民法典》颁布,《合同法》第52条第四项被整合吸收,在包括合同在内的关于民事法律行为效力的规定中,“公序良俗”替代了“社会公共利益”的表述。聚焦于金融监管规章与金融商事合同领域,在肯定“公序良俗”作为金融监管规章影响合同效力的司法通道的基础上,厘清“公序良俗”与“社会公共利益”的关系,试图将金融商事领域的公序良俗类型化,并提出关于其适用的相关思考,以保障《民法典》和“九民纪要”的精神在司法实践中的正确适用。

**关键词:** 金融监管规章; 合同效力; 公序良俗; 社会公共利益; 司法通道

中图分类号: DF438 文献标识码: A 文章编号: 1002-3933(2020)11-0118-18

## Research on the Public Order and Good Customs that as the Judicial Channel Throw which Financial Regulation Can Affect the Validity of Contract

DU Yi-hua<sup>1</sup>, YIN Xin-peng<sup>2</sup>

收稿日期: 2020-08-07

基金项目: 北京物资学院基层学术团队(学术论文类)建设项目(2019XJJCTD01)

作者简介: 杜一华(1989-),女,海南海口人,北京物资学院法学院讲师,法学博士,研究方向: 金融法;

尹鑫鹏(1995-),男,河北石家庄人,四川省社会科学院法学所,研究方向: 民商经济法。

(1. Beijing Wuzi University ,Beijing 101149;

2. Sichuan Academy of Social Sciences , Chengdu 610072 ,China)

**Abstract:** As a product of “autonomy of private law” ,contract is the most important transaction mechanism arrangement in today’s society. The legislation of our country has always strictly adhered to the level of legal norms which render a contract invalid. However , the judicial practice in recent years does not hew to this legal logic ,and there have been cases in which the item 4 of article 52 of the Contract Law is used as the referral clause to determine the invalidity of a contract that violates administrative regulations. This situation is mainly concentrated in the financial and commercial fields. “The Summary of the National Court on Civil and Commercial Trials” issued by the Supreme People’s Court clearly affirmed this judgment orientation. With the implementation of the “General Provisions of the Civil Law of the People’s Republic of China” and the promulgation of the “Civil Code of the People’s Republic of China” , the Item 4 of Article 52 of contract law is integrated and absorbed. In the provisions on the effect of civil juristic acts ,including contracts, “Public order and good customs” has replaced the expression “social public interest”. This paper focuses on the field of financial regulation and financial contracts. And on the basis of affirming that “public order and good custom” is the judicial channel for the administrative regulations on financial supervision to affect the validity of contract , this article clarifies the relationship between “public order and good custom” and “social public interest” ,tries to classify the “public order and good custom” in the financial field ,and puts forward relevant considerations on its application , so as to ensure the correct application of the spirit of “Civil Code of the People’s Republic of China” and “The Summary of the National Court on Civil and Commercial Trials” in judicial practice.

**Key words:** financial regulations; validity of contract; public order and good custom; public interest; judicial channel

合同作为“私人自治”的产物 ,是当今社会最重要的交易机制安排。与此相适应 ,合同并不是脱离法律框架来成立和履行的私人行为。我国从 1999 年 10 月 1 日开始实施的《合同法》到 2017 年 10 月 1 日实施的《民法总则》再到 2020 年 5 月 28 日出台的《民法典》 ,在立法上始终严守致使合同无效的规范等级<sup>①</sup>。此举旨在避免过度的行政管制导致合同无效的情形<sup>[1]</sup> ,以提高规范等级的方式欲求划清管制与自治的界限。在如此的立法安排下 ,我国司法实践却并未完全遵循这一法律逻辑进行裁判 ,出现以《合同法》第 52 条关于“损害社会公共利益”作为

<sup>①</sup> 详见《中华人民共和国合同法》第 52 条第五项 ,有下列情形之一的 ,合同无效:……(五) 违反法律、行政法规的强制性规定 《中华人民共和国民法总则》第 153 条 ,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; 参见《民法典》第 153 条 ,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。《民法典》将《合同法》第 52 条第四、五项吸收 ,规定于总则编关于民事法律行为的效力这一章节中。

转介条款,运用法理解释,使得某些违反行政规章的合同归于无效的案例,此情况集中于与公司、证券、保险、银行相关的金融商事领域<sup>①</sup>。随着《民法总则》实施和《民法典》的颁布,包括合同在内的关于民事法律行为效力的判定,“公序良俗”已经取代《民法通则》和《合同法》中“社会公共利益”和“社会公德”的表述。2019年11月最高人民法院出台的《全国法院民商事审判工作会议纪要》(以下简称“九民纪要”)对金融商事领域司法实践的上述做法持肯定的态度,认为对于违反行政规章的合同一般不影响合同效力,但如果该规章一旦涉及“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”<sup>②</sup>。透过“九民纪要”相关规定,可以读出两点重要的司法意图:第一,公序良俗可以成为法律位阶较低的规范影响合同效力的转介通道;第二,公序良俗作为影响合同效力的转介通道主要发生于“金融安全”等领域。因此,本文将聚焦于金融商事领域,主要讨论金融监管规章如何通过公序良俗为转介条件来影响合同的效力,以保证《民法典》和“九民纪要”的精神在司法实践中的正确适用。

### 一、金融监管规章影响合同效力的司法实践及相关思考

司法实践中对违反金融监管规章的合同存在两种裁判观点:一是不影响合同效力,如“西安市商业银行与健桥证券股份有限公司、西部信用担保有限公司借款担保合同纠纷案”<sup>③</sup>,审理法院认为虽然本案所涉资金拆借合同违反了中国人民银行《关于禁止银行资金违规流入股票市场的通知》,但该规范文件属于规章层次,其作为部门规章无法成为确认合同无效的依据;二是借助《合同法》第52条第四项,将违反金融监管规章的合同运用法理解释否认其效力,如“福州天策实业有限公司诉福建伟杰投资有限公司、君康人寿保险股份有限公司营业信托纠纷上诉案”<sup>④</sup>,审理法院认为虽然中国保险监督管理委员会制定的《保险公司股权管理办法》属于规章层次,但其具有上位法《保险法》的明确授权,并且其与上位法在立法目的上都是为了监督管理保险业、维护社会公共利益,故依照《合同法》第52条第四项关于“损害社会公共利益”的规定,认定本案所涉违反《保险公司股权管理办法》的《信托持股协议》无效。

第一种裁判观点严格遵守了法律规范影响合同效力的位阶规定,形式上区分了私法自治和行政管制,但仍有局限。金融商事不同于传统的民商事交易,有其自身的特殊性,并且金融商事领域存在大量的行政规章,隔绝行政规章对合同效力的影响并不符合我国社会发

① 笔者在“北大法宝”司法案例数据库以“部门规章”以及“合同无效”为关键词进行检索,结果显示有5例公报案例和92例典型案例,其中出现以违反行政规章为由判定合同无效的案例有7例,而7例中有6例是关于公司、证券、保险等相关金融商事领域的司法判例,2020年5月29日为最后检索时间。

② 详见“九民纪要”第31条,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。

③ 详见最高人民法院(2005)民二终字第150号判决。

④ 详见最高人民法院(2017)最高法民终529号判决。

展的要求。

第二种裁判观点也并非无懈可击。无论是依据上位法的抽象性授权还是具体条文授权,经授权制定的行政规章的法律位阶在学理上仍有争议。对于合同行为违反有授权的行政规章进而推导出违反上位法的情形也并非当然导致合同无效,只有违反法律、行政法规关涉合同效力的强制性规定才会致使其无效。除此之外,此种情况还存在着循环论证的弊病<sup>[2]</sup>,况且金融商事领域法律、行政法规的缺位致使很多行政规章并没有具体的上位法授权。因此,司法实践中法院通常采取借用《合同法》第52条第四项这一转介条款,以违反社会公共利益为由否认合同效力。

社会公共利益的归属主体是社会公众,代表主体一般为政府。社会公共利益作为权力的来源、行为价值判断的基础以及法律保护的目标被广泛追求。立法的根本目的就在于“增进最大多数人的最大幸福”<sup>[3]</sup>。根据我国《宪法》和《立法法》的规定,金融监管规章属于规章层次<sup>①</sup>,是我国立法的表现形式和法律渊源之一,其制定主体主要是以社会公共利益为归依的中央政府部门,规制对象是居于现代经济核心的金融领域。一定程度上金融安全是整个国民经济的安全,事关国家的安全<sup>[4]</sup>。因此,金融监管规章作为我国法律体系的重要组成部分,本质上与社会公共利益息息相关,社会公共利益为其立法的基本价值取向,对其制定和性质起着决定性的作用。

规章分为部门规章和政府规章,基于我国集中统一的金融监管体制,金融监管规章在立法上基本采取了部门规章的形式。部门规章往往规定的是适用于全国的行业标准和规则,属于中央层次的行政立法,其制定是以“根据”为原则,即根据法律、行政法规或国务院的决定、命令来制定,内容以本部门的权限为界<sup>②</sup>。因此,部门规章具有全国性、细则性和执行性的特点,其中不少为授权立法。对于授权立法的法律位阶,我国立法上并无明确规定,学界也存在不同的认识,主要有三种观点:一是基于民法中的代理原理,认为授权立法与民法中的委托代理类似,经授权而进行的立法其法律位阶与授权机关制定的法律规范位阶相同<sup>[5]</sup>;二是基于立法转移原理,认为经授权而进行的立法其法律位阶与被授权机关制定的法律规范位阶相同<sup>[6]</sup>;三是认为经授权而进行的立法其法律位阶介于授权机关制定的法律规范与被授权机关制定的法律规范之间<sup>[7]</sup>。也有学者从法律效力角度阐释,认为严格依照授权立

① 详见《中华人民共和国宪法》第90条第2款,各部、各委员会根据法律和国务院的行政法规、决定、命令,在本部门的权限内,发布命令、指示和规章;《中华人民共和国立法法》第2条第2款,国务院部门规章和地方政府规章的制定、修改和废止,依照本法的有关规定执行。《立法法》第四章第二节专门对规章的制定进行了规定。

② 详见《中华人民共和国立法法》第80条,国务院各部、委员会、中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构,可以根据法律和国务院的行政法规、决定、命令,在本部门的权限范围内,制定规章。部门规章规定的事项应当属于执行法律或者国务院的行政法规、决定、命令的事项。没有法律或者国务院的行政法规、决定、命令的依据,部门规章不得设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范,不得增加本部门的权力或者减少本部门的法定职责。

法程序和上位法具体条文授权而制定的部门规章,具有与上位法相同的法律效力,属于上位法的有机组成部分,违反这类部门规章具有和违反上位法相同的法律后果<sup>[8]</sup>。

我国出台的大量金融法律法规从制定程序来看,对立法者有较高的要求:首先,随着我国改革开放的发展,金融在经济生活中的地位越来越重要,社会对金融立法的需求量非常大,虽然立法机关已经出台了不少的相关法律和行政法规,但囿于其立法程序的严谨和繁琐,时间成本高,还远不能适应社会的需要;其次,金融商事领域专业性、技术性和创新多、频率高的特点,决定了该领域的立法具有较大的难度,因此,金融商事制度供给不足成为困扰金融立法的现实问题。在法律和行政法规不能适应实践需求的情况下,将金融监管的专业立法授权给专门的行政机关,通过制定部门规章来解决制度供给不足的问题,不失为一种明智之举,如学界和业界普遍认同中国证监会出台的监管规章具有较强的可操作性,适应了证券市场对法律规范的需求,弥补了立法局限<sup>[9]</sup>。与法律和行政法规相比,金融监管规章不仅在规范数量上占绝对优势,甚至在一些缺失法律和行政法规的领域,其本身就是最高层级的行为规范(如表1<sup>①</sup>)。

表1 全国现行有效的金融法律规范性文件统计

标题含有“金融”的全国性法律规范文件					
文件类型	法律	行政法规	司法解释	部门规章	合计
数量	3	42	34	2550	2629
占比	0.11%	1.60%	1.30%	96.99%	100%
标题含有“银行”的全国性法律规范文件					
文件类型	法律	行政法规	司法解释	部门规章	合计
数量	15	130	117	17 459	17 721
占比	0.08%	0.73%	0.66	98.52%	100%
标题含有“证券”的全国性法律规范文件					
文件类型	法律	行政法规	司法解释	部门规章	合计
数量	8	30	38	31 349	31 425
占比	0.03%	0.10%	0.12%	99.76%	100%
标题含有“保险”的全国性法律规范文件					
文件类型	法律	行政法规	司法解释	部门规章	合计
数量	8	70	72	22 417	22 567
占比	0.04%	0.31%	0.32%	99.34%	100%

① 数据来源于笔者在“北大法宝”法律法规数据库中检索我国标题含有“金融”“银行”“证券”“保险”的现行有效的金融领域全国性法律规范性文件所得,2020年4月15日为最后检索时间。

虽然金融规章在规制金融商事领域占有非常的地位,学界对其中授权性规范的法律位阶有提升层级的观点,但在对待合同效力的司法认定上,无论是我国现行法律规定还是司法实践,规章还不能直接作为判定合同效力的依据,而只能以现行《合同法》中关于“社会公共利益”的规定作为转介条款来满足不违反“法律、行政法规的强制性规定”规范等级的要求。尽管“九民纪要”明确肯定了这一做法的现实合理性,但社会公共利益的具体适用在司法实践中还面临着不确定性的问题。在《民法典》关于合同效力的认定已采用“公序良俗”这一概念替代了“社会公共利益”的情况下,需要我们对公序良俗与社会公共利益的内涵、彼此之间的关系以及公序良俗作为影响合同效力的司法通道进行深入探讨。

## 二、公序良俗与社会公共利益的关系之辩

“公序良俗”原则起源于古罗马,一般被认为包含公共秩序和善良风俗。在罗马法中,“公共秩序”被理解为国家安全和人民根本利益,而“善良风俗”则被阐释为公民的一般道德<sup>[10]</sup>。但公共秩序不等同于法的秩序,公共秩序的外延要比法秩序更为宽泛,其包括现行的法秩序以及现行法秩序的根本基础和根本理念,公共秩序作为判断个人利益与其他利益的标准,是自然法与实证法的结合<sup>[11]</sup>。而善良风俗的形成具有风俗的因素,是法律化的一般道德标准,具有底线的特性,并非所有的道德都需要纳入法律。与公共秩序相比,善良风俗更具社会品格,但善良风俗的外延要比风俗小得多,“善良”二字凸显国家理性的审慎价值判断<sup>[12]</sup>。善良风俗的作用在于阻止法律行为为实施不道德行为提供藉由<sup>[13]</sup>。

社会公共利益在法律上一般是指社会全体不特定成员的利益。而对于社会公共利益具体含义的界定,学界并未达成共识,大致可分为四类:正面列举、反面列举、直接界定或者提出界定方法<sup>①</sup>。探究社会公共利益的具体内涵实际上是一个遵循特定价值取向进行价值判断的过程,是历史的、变动的。社会公共利益最基本的属性是其具有整体性、广泛性和不可分性,它代表着社会公众的整体利益,范围涉及社会生活的方方面面,如果一个利益不可能被拆分为各个份额归于个人,那么这个利益就是公共利益<sup>[14]</sup>。

对于“公序良俗”与“社会公共利益”的关系,从我国历史角度看,两者存在着交替使用的现象。我国古代虽没有“公序良俗”这种概括性概念的表述,但在注重礼仪、伦常的儒家文化占统治地位的中国,人们早已对善良风俗有所认知<sup>[15]</sup>。清末民初,西学东渐风气盛行,我国大量移植西方大陆法系的民法,1911年编撰完成的《大清民律草案》使“公序良俗”这一概念在我国首次出现<sup>[16]</sup>,后被民国时南京国民政府所沿用<sup>[17]</sup>。新中国成立初期,基于彻底废除旧时代“六法体系”的考虑,我国在以后的立法上未沿袭“公序良俗”的概念,而是“另起炉灶”采用了“公共利益”和“社会主义道德”的表述<sup>[18]</sup>,强调对社会公共利益的维护和较高道

<sup>①</sup> 详见孙笑侠《论法律与社会利益》,载《中国法学》1995年第4期;王秩、董文军《论国家利益》,载《吉林大学社会科学学报》2008年第3期;王利明《论征收制度中的公共利益》,载《政法论坛》2009年第2期;梁上上《公共利益与利益衡量》,载《政法论坛》2016年第6期。

德标准的要求,并在1986年颁布的《民法通则》中用“社会公共利益”与“社会公德”的法律概念加以固定,1999年颁布的《合同法》和2007年颁布的《物权法》均延续了《民法通则》这一概念。随着我国以宪法为核心的中国特色社会主义法律体系的建立及不断完善,我国开始了编纂《民法典》的工作。根据“两步走”的工作思路,2017年《民法总则》先行出台,“公序良俗”概念首次出现在新中国的民法中,并取代了关于民事法律行为效力条文中“社会公共利益”与“社会公德”的表述。但在《民法总则》与《民法典》的其他一些条文中,“社会公共利益”这一概念仍然存在。学界对此有着三种不同的理解,一是认为“公序良俗”中的“公共秩序”等同于“社会公共利益”,“善良风俗”等同于“社会公德”;二是认为“公序良俗”与“公共利益”一致,“公共利益”包含“社会公德”,而作为公共利益具体化的“社会公共利益”等同于公序良俗中的“公共秩序”;三是认为“公序良俗”和“社会公共利益”虽然在内涵上存在着交叉,但两者是独立的、不同的,立法上也无意以“公序良俗”替代“社会公共利益”<sup>①</sup>。

无论是“公序良俗”还是“社会公共利益”,在现行法律中还是一个原则性和抽象性的规定,当前对其认识理解上的众说纷纭必然会带来司法适用的问题,需要从不同角度进行深入研究 and 解读,为法律的正确适用提供理论指导和实务参考。基于此,笔者立足于我国现行相关民商事规范及其立法沿革,对二者的关系及其内涵进行必要的梳理和辨析。

表2 我国民商事立法中公序良俗及相关概念的表述

《民法通则》	第7条,民事活动应当尊重社会公德,不得损害社会公共利益,扰乱社会经济秩序
	第49条,企业法人有下列情形之一的……构成犯罪的,依法追究刑事责任:……(六)从事法律禁止的其他活动,损害国家利益或者社会公共利益的
	第58条,下列民事行为无效……(五)违反法律或者社会公共利益的……
《合同法》	第7条,当事人订立、履行合同,应当遵守法律、行政法规,尊重社会公德,不得扰乱社会经济秩序,损害社会公共利益
	第52条,有下列情形之一的,合同无效:(一)一方以欺诈、胁迫的手段订立合同,损害国家利益……(四)损害社会公共利益……
《物权法》	第7条,物权的取得和行使,应当遵守法律,尊重社会公德,不得损害公共利益和他人合法权益
	第42条,为了公共利益的需要,依照法律规定的权限和程序可以征收集体所有的土地和单位、个人的房屋及其他不动产……

<sup>①</sup> 详见梁慧星《市场经济与公序良俗原则》,载《中国社会科学院研究生院学报》1993年第6期,第21页;徐国栋《民法基本原则解释》,北京:中国政法大学出版社2004年版第160页;蔡唱《公序良俗在我国的司法适用研究》,载《中国法学》2016年第6期,第250页;梁上上《公共利益与利益衡量》,载《政法论坛》2016年第6期,第6-7页;王秩、关淑芳《认真对待民法总则中的公共利益》,载《中国高校社会科学》2017年第4期,第80页。

《证券法》	第1条,为了规范证券发行和交易行为,保护投资者的合法权益,维护社会经济秩序和社会公共利益,促进社会主义市场经济的发展,制定本法
《公司法》	第1条,为了规范公司的组织和行为……,维护社会经济秩序……,制定本法
	第5条,公司从事经营活动,必须遵守法律、行政法规,遵守社会公德、商业道德……
《民法总则》	第8条,民事主体从事民事活动,不得违反法律,不得违背公序良俗
	第117条,为了公共利益的需要,依照法律规定的权限和程序征收、征用不动产或者动产的,应当给予公平、合理的补偿
	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
	第143条和第153条,民事法律行为不得违背公序良俗,否则无效
	第185条,侵害英雄烈士等的姓名、肖像、名誉、荣誉,损害社会公共利益的,应当承担民事责任
《民法典》	第8条、第117条、第132条、第143条、第153条以及第185条与《民法总则》规定一致
	第1009条,从事与人体基因、人体胚胎等有关的医学和科研活动的……,不得违背伦理道德,不得损害公共利益

从表2可以看出,我国民商法中有关社会公共利益和公序良俗的立法变迁:在《民法总则》未颁行前,立法上关于民事法律行为效力的判断标准并未采取“公序良俗”的表述,而是根据不同民事单行法所规制对象的不同,使用了“公共利益”“社会公共利益”“社会经济秩序”“商业道德”与“社会公德”等概念。在《民法总则》颁行后,立法上关于民事法律行为效力的判断标准统一表述为更简洁和高度抽象的“公序良俗”原则。

进一步看,在《民法总则》与《民法典》中,“社会公共利益”的概念仍然保留,说明“公序良俗”并未完全替代“社会公共利益”,二者存在着概念、适用范围和适用对象的区别。从概念上来讲,“公序良俗”与“社会公共利益”的基本含义并非同一概念的不同表述。公序良俗包含公共秩序与善良风俗,公共秩序强调的是一种秩序,一种有条理、不混乱的状态,法律也可以理解为一种公共秩序,如根据《民法典》第8条的规定,“公序良俗”与“法律”并列,并置于“法律”之后,表明“公序良俗”作为兜底条款与“法律”具有相同的性质;而对于善良风俗的理解,落脚点在于风俗,风俗是一定地域的人们由于共同生活,自然而然所形成的共同的社会生活准则,是一种地域性的团体规范,具有道德和文化的属性。但社会公共利益在概念上则强调的是利益,利益是一种关系,是人们通过社会关系表现出来的一种需要。正因如此,秩序与利益相辅相成,秩序是维护利益之根本,利益是秩序存在之必然。利益是法律规范产生的根本动因,法律命令源于各种利益的冲突<sup>[19]</sup>。从法律规范上来讲,“公序良俗”与“社会公共利益”规制的范围和对象有所不同(如图1)。“公序良俗”原则自罗马法时代便作为法律行为的效力边界,其规制对象为民事法律行为,如《民法典》第8条规定,民事主体从



事民事活动不得违背公序良俗,第 153 条规定,违背公序良俗的民事法律行为无效;而社会公共利益则与权利相连,起到个人权利行使边界的作用,如《民法典》第 132 条规定,民事主体不得滥用民事权利,损害社会公共利益。以合同为例,合同是一种手段,其目的是创设法律关系或产生法律效果,进而增减行为人之间的权利与义务,“公序良俗”原则作为民事法律行为效力的边界,其规制的是合同这一法律行为即手段,而“社会公共利益”所规制的是权利和义务增减的这一目的。

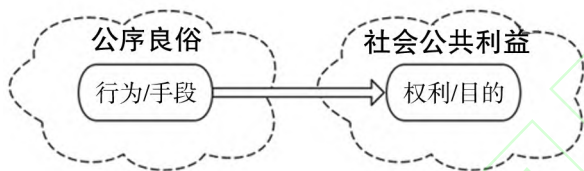


图 1 公序良俗与社会公共利益关系

因此,“公序良俗”与“社会公共利益”之间既有联系,又有区别。联系在于违反“公序良俗”与损害“社会公共利益”具有相同的法律效果,违反“公序良俗”必将导致损害“社会公共利益”,而损害“社会公共利益”也必然在一定程度上违反了“公序良俗”。这也可能是我国立法为何在一段时间内将“社会公共利益”作为民事法律行为效力的判断标准之一以及一些学者为何将“公序良俗”中的“公共秩序”与“社会公共利益”理解为同一类别的一个原因。但“公序良俗”与“社会公共利益”无论是从概念上还是从规制对象和适用范围上都分属不同领域,具有区别。正因如此,我国《民法典》在立法上对“公序良俗”与“社会公共利益”作出了区分,“公序良俗”替代“社会公共利益”成为判断包括合同在内的民事法律行为效力的新标准,在理解二者的关系时,不能等而视之、以偏概全,应在不同的语境下适用。

### 三、公序良俗作为金融监管规章影响合同效力司法通道的理论阐释

#### (一) 公法管制干预私法自治的边界

金融监管规章作为部门规章,其法律属性是显而易见的:根据我国《立法法》第 80 条规定,金融监管规章是由国务院各部、委员会、中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构,贯彻执行国家法律、行政法规、政策的法律规范。因此,无论是从制定主体角度还是从内容角度,金融监管规章都具有公法属性。历史发展表明,金融风险的高低与国家对金融领域的监管力度息息相关,金融风险的源头在于金融商事交易,金融商事交易的本质又在于契约<sup>[20]</sup>。契约则是平等主体之间,以意思表示为核心,意欲创设法律关系或产生法律效果,达到增减行为人权利义务的,是“当事人之间的法律”,属于私法范畴。我国金融领域正处于“强监管”理念的指导之下,为防止金融风险,金融领域常常出现公法代替私法进行调控的情形<sup>[21]</sup>,人们常会说金融法就是监管法,但并非如此<sup>[22]</sup>,两者之间存在着界限,因为如果不限定公法管制对私法自治的干预,必然会损害自治,导致市场整体秩序与被监管个体间产生利益冲突,进而影响社会的公平与正义。

公法和私法的划分始于罗马法时代的乌尔比安,其认为“公法是关于罗马帝国的规定,私法是关于个人利益的规定”<sup>[23]</sup>。以法的性质为标准,公法关乎国家和公民之间的关系,着眼点在于维护国家和社会生活秩序不受妨害;私法则关乎平等主体之间的关系,着眼点在于维护平等主体之间的利益。具体到金融商事领域,商事的逐利性使其注重效率进而需要自治,但金融领域的公共性对安全要求较高进而需要管制,金融商事私法的自治与金融监管公法的管制并非对立的、此消彼长的,而是功能性协调的、互动的、统一的<sup>[24]</sup>。公法在干预平等主体间的法律行为时,是认为此种事实行动的实现有害于国家和社会生活秩序,违反了公民对国家的义务,对公民应科以公法上的制裁,而平等主体间法律行为的效力问题还需从私法角度考量。

因此,在“强监管”理念的指导下,金融商事领域中公法管制对私法自治的干预不仅要本着维护国家和社会生活秩序之目的,更要从私法角度出发,考量其是否触及私法行为无效的条件。

## (二) 私法行为无效的判定

法律行为这一概念来源于《德国民法典》,核心为意思表示,即行为人意图产生一定法律效果的意思表示行为<sup>①</sup>。根据我国《民法典》第143条及153条的规定,民事法律行为效力的构成围绕意思表示可以分为主体和内容两个因素。主体方面主要是指主体适格,而意思表示的内容则是影响私法行为效力的关键,意思表示的内容应真实,符合法律、行政法规的强制性规定,符合公序良俗。民事法律行为的效力可以分为存续力、羁束力和实现力<sup>[25]</sup>,民事法律行为的无效,是对行为人意思表示最为严厉的否定,以合同为例,其在效力构成上必定存在重大的瑕疵(如图2)。

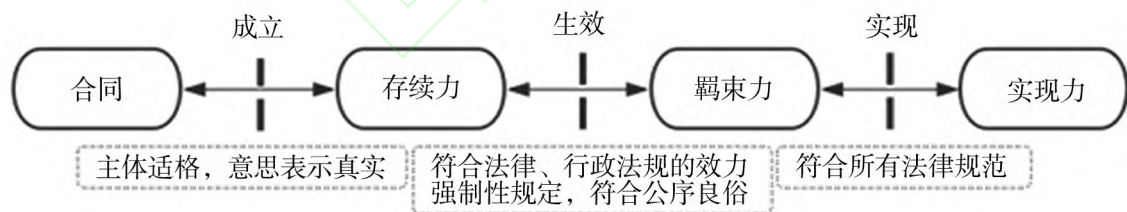


图2 合同效力的判定

当合同意思表示主体不适格或者意思表示不一致、不真实,此时合同并未成立,也无效力可言,不产生后续的存续力、羁束力和实现力。当合同成立,意思表示内容符合法律、行政法规的强制性规定和公序良俗,合同生效,成为“当事人之间的法律”,产生了羁束力。一般

<sup>①</sup> 参见(德)维尔纳·弗卢梅《法律行为论》,迟颖译,北京:法律出版社2013年版;(德)迪特尔·梅迪库斯《德国民法总论》,邵建东译,北京:法律出版社2001年版;(德)卡尔·拉伦茨《德国民法通论(下册)》,王晓晔等译,谢怀栻校,北京:法律出版社2003年版;(德)汉斯·布鲁克斯,沃尔夫·迪特里希·瓦尔克《德国民法总论》,张艳译,杨大可校,北京:中国人民大学出版社2012年版。

情况下,具有了羁束力同时也就有了实现力。但当合同的意思表示内容具有轻微瑕疵,或者违反了法律、行政法规不致合同无效的强制性规定亦或者违反了其他低层级的法律规范,并且未违反公序良俗,则并不影响合同的效力,只是无法具有法律上的实现力,如“鸿元控股集团有限公司等与博智资本基金公司合同纠纷上诉案”<sup>①</sup>,审理法院认为违反保监会规章对持股比例的限制不可否定委托协议的效力,但构成《合同法》第110条第一项,“法律上或者事实上不能履行”。

如此,从私法角度判断金融商事领域的合同效力,应从主体和意思表示两个维度考量。主体关乎合同成立与否,而意思表示则贯穿合同行为的始终。根据《民法典》第153条的规定,民事法律行为违反法律、行政法规强制性规定的以无效为原则,有效为例外,但如果违反公序良俗则必然导致无效。并且,《民法典》将《合同法》第52条第四、五项吸收到总则编,同时调换了两项的位置,以“公序良俗”替代了“社会公共利益”,公序良俗不仅是判断无效民事法律行为的标准,也是判断无效合同的新标准,这体现了“公序良俗”作为原则性规定起到兜底条款的作用,也进一步梳理了“法律、行政法规的强制性规定”和“公序良俗”之间特别规定和一般规定的关系。公序良俗,其本身不仅仅是简单的对私法自治进行限制,更是基于利益的平衡,基于现代民商法对于实质正义的追求,将公法规范转介至私法领域,架起了沟通公法管制和私法自治的桥梁<sup>[2]</sup>。

### (三) 公序良俗作为民事裁判规范的法律性质

公序良俗作为民法的基本原则,其价值宣示的法律性质和弥补立法不足的功能毋庸置疑,除此之外,公序良俗还兼具民事裁判规范的法律性质。

首先,从立法技术角度来看,“公序良俗”原则与其他民法基本原则相比是唯一一个在《民法典》中采取禁止性(“不得”)表述的规范,其余诸如公平、诚信、绿色等基本原则均属于倡导性(“应当”)表述。“公序良俗”原则与其他倡导性民法原则不同,其作为禁止性规范主动介入对民事法律行为的合法性评价,进而肯定或否定法律行为效力,并非仅作倡导提供方向。

其次,从立法结构角度来看,《民法典》除了在总则编的第一章基本规定第8条确定了“公序良俗”原则外,还在总则编的第六章民事法律行为第153条规定了违反公序良俗是民事法律行为无效的绝对标准,明确了其作为裁判规范的法律依据,彰显了其作为转介条款将民法外的规范引入民法之中的作用<sup>[26]</sup>。

再次,从裁判逻辑角度来看,司法裁判过程的本质是对公民的行为事实进行法律上的评价,是从事实到规则的涵摄推理,事实是规则适用的前提,如果运用仅具有价值判断的抽象性原则进行裁判,必然会受到裁判者主观的影响,即裁判规范必须相对明确,具有事实面相<sup>[10]</sup>。“公序良俗”作为公共秩序与善良风俗的集合,是可感知的、可还原的,如清明祭祖、

<sup>①</sup> 详见最高人民法院(2013)民四终字第20号判决。

春节团聚等,更有学者将“公序良俗”进行了类型化研究<sup>①</sup>,如此表明“公序良俗”不仅和其他民法基本原则一致具有价值宣示的属性还具有裁判规范的事实特性。

人们的认识不断发展,社会不断进步,金融商事领域因其自身的特殊性也可谓日新月异,但立法有一定的程序和时间限制,法律难免具有一定的滞后性。为了避免司法适用时出现法律规则难以涵盖新情况的情形,立法必须规定具有“开放性结构”的法律原则。在我国民商合一的立法体制下,“公序良俗”作为我国民法基本原则之一,不仅具有法律原则的开放性特点,更具备作为裁判规范的相对确定性,其双重法律性质弥补了法律的缺漏问题,维护了法律的稳定性,也为其作为金融监管规章影响合同效力的司法通道提供了理论基础。

#### 四、公序良俗作为金融监管规章影响合同效力通道的类型化

公序良俗虽然具有裁判规范的事实属性,但作为原则性规定其具体内涵仍然是抽象的、变动的、历史的。当抽象的一般概念及其逻辑体系不足以掌握生活现象的多样形态时,首先想到的辅助思考形式便是“类型”<sup>[27]</sup>。因此,本文依据司法实践的典型案例<sup>②</sup>,试图将“公序良俗”在金融商事领域的具体适用进行类型化。

表3 司法实践在商事领域有关公序良俗及相关概念的典型裁判

名称	案号	裁判观点
中银香港公司诉宏业公司等担保合同纠纷案	最高人民法院(2002)民四终字第6号	本案属于对外担保,我国是外汇管制国家,法律强制规定对外担保须经过外汇管理机关批准。宏业公司、新业公司没有实际履行向外汇管理机关办理批准手续。宏业公司、新业公司向国华银行的担保未经国家有关主管部门批准或者登记而违反了我国公序良俗原则,不具有法律效力
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	(2009)沪高民二(商)终字第20号	讼争股权的性质为国有法人股,属于企业国有资产。对于企业国有资产的转让,国务院、省政府及国有资产监管机构均有相应的规定。本案违反了国务院国资委、财政部制定实施的……和上海市人民政府制定实施的……上述两个规范性文件均系依据授权对行政法规的细化,符合上位法的精神,不违背上位法,并且有利于保证交易的公开、公平、公正,最大限度地防止国有资产流失,避免国家利益、社会公共利益受损。据此依照《合同法》第52条第(四)项,确认本案所涉《股权转让协议》无效

① 梁慧星结合法、德、日及我国台湾有关著作中所介绍的判理,将公序良俗归纳为十类,分别是危害国家公序、危害家庭关系、违反性道德、射幸行为、违反人权和人格尊重、限制经济自由、违反公平竞争、违反消费者保护、违反劳动者保护、暴利行为。详见梁慧星《市场经济与公序良俗原则》,载《中国社会科学院研究生院学报》1993年第6期,第28-31页。

② 案例来源于笔者在“北大法宝”司法案例数据库以“合同无效”以及“公序良俗”“社会公共利益”分别为关键词进行检索,并将符合条件的2个公报案例和3个典型案例进行整理,2020年5月31日为最后检索时间。

续表

名称	案号	裁判观点
福州天策诉福建伟杰、君康人寿营业信托纠纷上诉案	(2017)最高法民终529号	本案所涉《信托持股协议》明显违反中国保险监督管理委员会制定的《保险公司股权管理办法》,该办法有《保险法》的明确授权,与其立法目的一致,且并无抵触。从危害后果看……,将使得真正的保险公司投资人游离于国家监管之外……加之保险行业涉及众多不特定被保险人的切身利益,这种潜在的经营风险一定情况下还将危及金融秩序和社会稳定,进而直接损害社会公共利益。综上,违反中国保险监督管理委员会《保险公司股权管理办法》有关禁止代持保险公司股权规定的行为,在一定程度上具有与直接违反《中华人民共和国保险法》等法律、行政法规一样的法律后果,同时还将出现破坏国家金融管理秩序、损害社会公共利益的危害后果,据此本案所涉《信托持股协议》应认定为无效。
杨某国诉林某坤、常州亚玛顿股权转让纠纷再审案	(2017)最高法民申2454号	本案在亚玛顿上市前,林金坤代杨金国持有股份,实际隐瞒了真实股东或投资人身份,违反了法律及证监会的相关规定,这些规定有些属于法律明确应遵循之规定,有些虽属于部门规章性质,但因经法律授权且与法律并不冲突,并属于证券行业监管基本要求与业内共识,拟上市公司股权必须清晰,约束上市公司不得隐名代持股权,系对上市公司监管的基本要求,否则如上市公司真实股东都不清晰的话,其他对于上市公司系列信息披露要求、关联交易审查、高管人员任职回避等等监管举措必然落空,必然损害到广大非特定投资者的合法权益,从而损害到资本市场基本交易秩序与基本交易安全,损害到金融安全与社会稳定,从而损害到社会公共利益。故依据《合同法》第52条第四项等规定,本案所诉争议协议应认定为无效。
常某某诉许某网络服务合同纠纷案	(2019)京0491民初2547号	“暗刷流量”的行为属于欺诈性点击,以牟取不正当利益为目的,置市场公平竞争环境和网络用户利益于不顾,违反商业道德底线,使得同业竞争者的诚实劳动价值被减损,破坏正当的市场竞争秩序,侵害了不特定市场竞争者的利益,同时也会欺骗、误导网络用户选择与其预期不相符的网络产品,长此以往,会造成网络市场“劣币驱逐良币”的不良后果,最终减损广大网络用户的利益。常某某与许某之间“暗刷流量”的交易行为侵害广大不特定网络用户的利益,进而损害了社会公共利益、违背公序良俗,其行为应属绝对无效。

从表3可以看出,我国商事司法实践对公序良俗作为裁判规范的具体适用大致有如下认知:首先,对于公序良俗的认定主要集中于论证是否侵害了公共秩序所维护的利益和善良风俗所维护的习惯和道德;其次,对于违反行政规章进而借用“社会公共利益”这一通道影响合同效力的情形,司法裁判集中于审查行政规章的效力,并综合分析行政规章的规范目的、

内容实质,以及实践中允许违反后可能出现的危害后果。对于公序良俗亦或是社会公共利益的具体内涵并未给出明确的定义。据此,基于上述司法裁判的观点,参照学术界对公序良俗已有的分类标准<sup>[28]</sup>,我们提出金融商事领域涉及公序良俗适用的五种类型,以期更加准确适用“公序良俗”作为金融监管规章影响合同效力的司法通道,同时保证《民法典》和“九民纪要”的精神在司法实践中正确贯彻。

### (一) 国有资产保护型

国有资产保护是公序良俗在金融商事领域具体适用的重要类型之一。如上述“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”的讼争股权性质为国有法人股,属于企业国有资产,对此必须严格规范,以最大限度保证交易的公开、公平、公正,防止国有资产流失,避免国家利益、社会公共利益受损。但国有资产的保护不同于国有企业、国有控(参)股企业的企业利益,企业属于市场交易主体,应遵循公平、平等原则,因此,在价值判断上不应区别对待。

### (二) 法秩序维护型

秩序是维护利益的根本,通常用以描述法律制度的形式价值。法秩序维护型用以解决那些具有上位法明确授权的金融监管规章影响合同效力的类型。如上述“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”“福州天策诉福建伟杰、君康人寿营业信托纠纷上诉案”以及“杨某国诉林某坤、常州亚玛顿股权转让纠纷再审案”,审理法院均认为案涉违反的行政规章均系依据授权对法律、行政法规的细化,符合上位法的精神,不违背上位法,在一定程度上违反行政规章具有与直接违反法律、行政法规一样的法律后果,进而认定损害社会公共利益否认合同效力。但此种类型的适用以金融监管规章合法有效为前提,同时还需综合考量金融监管规章对公序良俗起到的维护作用,在充分尊重金融监管这一行政权的基础上,厘清司法权与行政权的界限,保证金融司法的居中裁判。

### (三) 金融安全型

金融作为现代经济的核心,不仅涉及微观经济个体,还关涉到资金融通、资源配置以及国民经济产业结构的均衡。2019年一年,实体经济从金融体系获得的资金额便有256735亿元<sup>[29]</sup>,再以证券领域为例,至2020年5月,自然人投资者数量已达1.65亿<sup>[30]</sup>。因此,金融安全十分重要,“金融安全是国家安全的重要组成部分,是经济平稳健康发展的重要基础”<sup>[4]</sup>,上述中银香港公司诉宏业公司等担保合同纠纷案便涉及我国外汇安全,审判机关以违反“公序良俗”为由否定了案中担保的效力,维护了我国金融安全。“准确判断风险隐患是保障金融安全的前提”<sup>[4]</sup>,对于金融风险的判断、金融安全的维护以及促进金融发展需要国家金融政策的推行和良好的金融市场秩序。国家金融政策是国家关于金融工作在一个阶段的策略和部署,彰显了国家对金融活动所表达的立场、观点和态度,是国家处理金融领域事务的一系列路线、方针和原则的总和,起到对金融活动导引和规范的作用;而良好的金融市

市场秩序不仅包括金融商事领域业已建立的法律法规,还包含这些法律法规所赖以存在的根本基础和根本理念,如自由、效率与公平等。

#### (四) 金融公平型

金融商事具有复杂性,金融商事的复杂性产生于金融商事主体对风险的规避和对高收益的追求,主要表现为金融工具的复杂性和金融体系结构的复杂性,这就导致金融交易买卖双方信息严重不对称,加剧了金融市场的不稳定性和金融风险的传导性,如在次贷危机的产生中起着关键作用的正是抵押支持债券(Mortgage-Backed Security, MBS)、担保债务凭证(Collateralized Debt Obligation, CDO)、信用违约互换(Credit Default Swap, CDS)等这些复杂的结构性金融工具,并且随着近年来互联网金融的迅猛发展,其存在着虚拟化、科技化等特点,金融商事愈加复杂。如此,金融公平便显得尤为重要。金融公平不仅关注个案的利益公平,更关注社会整体公共利益的公平,涉及公平的市场竞争秩序和适当的金融消费者保护。公平的市场竞争秩序要求金融商事主体不得采取不正当的市场竞争手段,如上述“常某某诉许某网络服务合同纠纷案”所涉欺诈性点击,还有垄断经营、不当宣传等;而适当的金融消费者保护则是要平衡金融交易主体双方信息的不对称,如上述“杨某国诉林某坤、常州亚玛顿股权转让纠纷再审案”所涉隐瞒真实信息的情况,除了严格的信息披露外,还需要对金融消费者所担风险进行控制。

#### (五) 金融商业道德型

金融商业道德并非自然形成,而是通过长时间金融商业的实践培养和强化出来的,其主要包括金融商事惯例。金融商事惯例是对参与金融商事活动的各个主体普遍适用的行为习惯,是基于金融行业共同体的整体利益而形成的,有利于保障金融行业的健康发展。《民法典》第10条也明确规定了习惯在没有法律规定时可以作为民商事裁判依据的法律地位,但要以“公序良俗”为适用的界限。同时,司法实践也有先例,在“北京奇虎等与腾讯科技(深圳)等不正当竞争纠纷上诉案”中<sup>①</sup>,审理法院肯定了商业惯例对商业道德认定的作用,认为市场经营活动中,相关行业协会或者自律组织为规范竞争行为、维护竞争秩序,在总结归纳行业特点、竞争需求和竞争现象的基础上,制定行业内的行为规范,以约束行业行为或者为其提供指引,这些规范反映和体现了行业内的商业道德和行为标准,可以成为人民法院发现和认定商业道德的重要渊源之一。

除此之外,金融商业道德型作为善良风俗在金融商事领域的具体化,要注重多方面的论证,如对一行为的肯定是否可能损害广大金融商事参与主体的整体利益,以及是否有利于促进金融商事活动的发展等等。

综上所述,“公序良俗”作为金融监管规章影响合同效力的司法通道时,首先应从效力、

<sup>①</sup> 详见最高人民法院(2013)民三终字第5号判决。

目的、内容、作用等方面对金融监管规章进行全面的审查,当符合“公序良俗”的适用条件时,为避免其成为剥夺金融商事领域私法自治的藉由,侵害金融商事效率,再将其归于相应的类型并进行充分的论证说理。

### 五、公序良俗作为金融监管规章影响合同效力司法通道的适用限制

“公序良俗”作为《民法典》的基本原则之一,其立法目的和任务在于维护社会基本秩序,弘扬社会基本道德,弥补法律漏洞,限制私法自治<sup>[31]</sup>。司法实践中,对于违反金融监管规章借助公序良俗影响合同效力的情形,涉及法官的自由裁判权,因此,为了避免司法僭越立法之嫌,应明晰“公序良俗”通道的适用条件。

首先,“公序良俗”作为原则性规定,只有当法律规则缺失时,才可适用。此举遵循了民法基本原则与规则之间的适用准则,也有效防止概括条款的遁入,避免法律原则向“一般条款”逃逸,强化其适用的法律思维<sup>[32]</sup>。因此,笔者认为只有在两种情形下“公序良俗”才可作为金融监管规章影响合同效力司法通道。一是,对于新型的金融商事交易并无法律、行政法规的规制,金融监管规章无上位法条文的明确授权,形成法律漏洞,此时可以借助“公序良俗”原则进行裁判。二是,其他原则在进行规则化时与“公序良俗”原则形成冲突,应否认原则规则化的结论,进而适用“公序良俗”原则,如合同行为中自愿原则规则化成缔约自由在与“公序良俗”原则冲突时,司法裁判应适用“公序良俗”原则。因为,上文已述,只有“公序良俗”原则具备民事裁判规范的法律性质。虽然其他原则可以对裁判活动造成影响,但不可作为裁判的依据。

其次,公序良俗作为原则性规定,内涵具有一定的抽象性和不确定性,司法实践在适用时实质上是通过授权法官一定的自由裁量权,使得法官在公序良俗原则下,结合个案的具体情况,进行价值补充。这势必会造成理解和适用的不统一,为了确保自由裁量权的恰当运用以及保证法官对同一类型的案件进行相似的裁判,应在我国已有的司法实践的基础上,总结本土化经验,对公序良俗所包含的复杂法律关系进行分类,并对不同的价值秩序进行总结与排列,以司法解释性质的文件对金融商事领域的公序良俗进行明细化规定,或者以指导案例、公报案例的方式对金融商事领域公序良俗的适用形成指引,使公序良俗的内涵趋于明确,消除分歧,让其作为通道在更为精准的条件适用。

最后,应保持原则适用的谦抑性。法律作为维护秩序的最终防线,金融商事领域的司法活动紧密关涉金融市场的兴衰,金融司法应在尊重金融监管的前提下,甄别司法权和行政权,居中裁判<sup>[20]</sup>,对公序良俗作为金融监管规章影响合同效力的司法通道进行适用应慎之又慎,正确处理“公序良俗”原则与其他原则以及规则之间的关系,发挥其弥补法律漏洞和法律



行为效力边界的作用,避免沦为口袋原则。据此,可参照“情势变更”适用的程序<sup>①</sup>,对于违反金融监管规章的合同需借助“公序良俗”原则作为司法通道否定其效力时,可以采取上报至高级人民法院,必要时报至最高人民法院进行适用前认定的方式进行限制。

## 结语

金融监管规章到底能否作为判定合同效力的直接依据?在我国现行法律规定下,答案是否定的。我国现行法律对于可以否定合同效力法律位阶的立法安排是基于我国社会经济发展现状的理性考量,但“一刀切”式排除金融监管规章在金融商事领域司法适用效力在现实实践中又有失偏颇。社会生活复杂多变,相较于从立法技术上完成对合同效力的规制,将其交由司法解决更具制度和现实理性。

我国司法实践中出现了以“社会公共利益”作为通道,运用法理解释,使得某些违反金融监管规章的合同归于无效的案例。自《民法总则》实施再到《民法典》的出台,“公序良俗”已经取代了“社会公共利益”成为法律行为的效力边界,同时“九民纪要”对金融商事领域这一司法实践以及“公序良俗”作为金融监管规章影响合同效力的司法通道这一做法表达了肯定。公序良俗在法理上作为法律行为效力的边界符合实质正义,且“公序良俗”原则不同于其他原则,其既有价值宣示的法律性质,也有裁判规范的法律性质。在具有公共性特征的金融商事领域,我国法律体系中的金融监管规章具有社会公共利益的价值取向,起到维护公序良俗的作用。因此,金融监管规章通过公序良俗这一原则性规定进而影响合同的效力是合理的、充分的和必要的。

无论是公序良俗还是社会公共利益,其概念具有不确定性,为了避免公序良俗作为金融监管规章影响合同效力的通道被滥用,侵害了金融商事领域的私法自治,本文在综合考量实践和理论的基础上,将金融商事领域的公序良俗进行了初步的类型化,并对其适用限制提出了三点思考,以期为保障《民法典》和“九民纪要”的精神在司法实践中的正确适用贡献绵薄之力。

## 参考文献:

- [1] 王利明. 论无效合同的判断标准[J]. 法律适用 2012 (7): 2.
- [2] 李建伟. 行政规章影响商事合同效力的司法进路[J]. 法学 2019 (9): 183, 186.
- [3] 边沁. 时殷弘译. 道德与立法原理导论[M]. 上海: 商务印书馆 2000. 58.
- [4] 中国政府网. 习近平主持中共中央政治局第四十次集体学习[EB/OL]. [http://www.gov.cn/xinwen/2017-04/26/content\\_5189103.htm](http://www.gov.cn/xinwen/2017-04/26/content_5189103.htm) 2020-04-21.

<sup>①</sup> 详见《关于正确适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二) 服务党和国家的工作大局的通知》,对于情势变更原则,如果根据案件的特殊情况,确需在个案中适用的,应当由高级人民法院审核。必要时应提请最高人民法院审核。

- [5] 周旺生. 立法论[M]. 北京: 北京大学出版社, 1994. 395.
- [6] 张大根. 立法学总论[M]. 北京: 法律出版社, 1991. 217.
- [7] 邓世豹. 论授权立法的位阶[J]. 河北法学, 2000 (5): 12.
- [8] 巩海滨. 论我国证券授权立法制度的完善[J]. 山东大学学报·哲学社会科学版, 2016 (4): 100.
- [9] 周友苏. 证券法新论[M]. 北京: 法律出版社, 2020. 44.
- [10] 罗时贵. 中国民法公序良俗原则的法律性质[J]. 重庆大学学报·社会科学版, 2018 (5): 140, 144-145.
- [11] 许中缘. 论法国公共秩序理论的新发展——兼论我国民事立法与司法的启示[J]. 当代法学, 2008 (2).
- [12] 谢潇. 公序良俗与私法自治: 原则冲突与位阶的妥当性安置[J]. 法制与社会发展, 2015 (6).
- [13] [德]迪特尔·梅迪库斯. 邵建东译. 德国民法总论[M]. 北京: 法律出版社, 2013. 511.
- [14] 罗伯特·阿列克西. 朱光, 雷磊译. 法理性商谈[M]. 北京: 中国法制出版社, 2011. 234.
- [15] 郑显文. 公序良俗原则在中国近代民法转型种的价值[J]. 法学, 2017 (11): 88.
- [16] 杨立新点校. 大清民律草案·国民律草案[M]. 吉林: 吉林人民出版社, 2002. 22.
- [17] 中国法规刊行社编审委员会编纂. 最新六法全书[M]. 上海: 中国法规刊行社, 1947. 81.
- [18] 何勤华, 李秀清, 陈颐. 新中国民法典草案总览·上卷[M]. 北京: 北京大学出版社, 2017. 29, 175.
- [19] Philipp Heck. The Jurisprudence of Interests [M]. Magdalena School( translated and edited). Harvard University Press, 1948. 133.
- [20] 周筌. 金融领域中监管与司法的博弈与融合[J]. 法律适用, 2020 (8): 34, 38.
- [21] 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[J]. 中国社会科学, 2007 (6): 125.
- [22] 王保树. 金融法二元规范结构的协调于发展趋势——完善金融法体系的一个视点[J]. 广东社会科学, 2009 (1): 174.
- [23] 江平, 米健. 罗马法基础·修订本第三版[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2004. 9.
- [24] 楼建波. 金融商法的逻辑——现代金融交易对商法的冲击与改造[M]. 北京: 中国法制出版社, 2017. 180.
- [25] 江必新. 法律行为效力: 公法与私法之异同[J]. 法律适用, 2019 (3): 9.
- [26] 于飞. 认真对待《民法总则》第一章“基本规定”[J]. 中国高校社会科学, 2017 (5): 82.
- [27] [德]卡尔·拉伦茨. 陈爱娥译. 法学方法论[M]. 北京: 商务印书馆, 2003. 337.
- [28] 梁慧星. 市场经济与公序良俗[J]. 中国社会科学院研究生院学报, 1993 (6): 28-31; 曹胜亮. 违反公序良俗原则合同之类型化研究[J]. 武汉科技大学学报·社会科学版, 2014 (5): 549.
- [29] 中国人民银行[EB/OL]. <http://www.pbc.gov.cn/diaochatongjisi/116219/116319/3750274/index.html>, 2020-04-01.
- [30] 中国证券登记结算有限公司[EB/OL]. [http://www.chinaclear.cn/zdjs/tjyb2/center\\_tjbg.shtml](http://www.chinaclear.cn/zdjs/tjyb2/center_tjbg.shtml), 2020-07-01.
- [31] 郭鸣瑞. 用好公序良俗原则[N]. 人民日报, 2016-03-28(16).
- [32] 王泽鉴. 法律思维与民法实例: 请求权基础理论体系[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2001. 245.

(全文共 17 483 字)