

从保险资管角度初探《民法典》

引言

2020年5月28日，全国人民代表大会表决通过了《中华人民共和国民法典》并决定于2021年1月1日起施行。这是中华人民共和国成立以来第一部以“法典”命名的法律¹。

纵览此前全国人大等官方发布的相关信息，对《民法典》的准备工作使用的都是“编纂”一词，而非“起草”或“制订”等说法。这其中的法律含义不言而喻，即“编纂民法典不是制定全新的民事法律，也不是简单的法律汇编，而是对现行的民事法律规范进行编订纂修”²。

鉴此，我们先通过下表简要总结《民法典》的基本体例及与现行主要法律的对应关系：

编号	内容	主要对应的现有法律
第一编	总则	《民法总则》
第二编	物权法	《物权法》、《担保法》
第三编	合同	《合同法》、《担保法》、《民法总则》
第四编	人格权	《民法总则》
第五编	婚姻家庭	《婚姻法》、《收养法》

¹ 参考全国人大常委会副委员长王晨 2020年5月22日《关于〈中华人民共和国民法典（草案）〉的说明》

第六编	继承	《继承法》
第七编	侵权责任	《侵权责任法》

由此可见，《民法典》的编纂工作，主要是以现有、单行的《民法总则》、《物权法》、《合同法》、《担保法》、《婚姻法》、《收养法》、《继承法》以及《侵权责任法》为基础的。其中《民法总则》更是在1986年通过的《民法通则》基础上，已于2017年通过施行，此次几乎没有修改、较为直接地作为《民法典》的总则编纳入其中。

《民法典》最大的突破在于将“人格权”单独成编（之前没有明确的单行法和较为详实的规定），而人格权，按照《民法典》第990条对其的定义，主要包括生命权、身体权、健康权、姓名权、名称权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权等权利。但可以看出，这个最大的突破其实和资产管理行业的关系又最小。

我们权且将以上观感作为本文的引子，以下我们将详细论述《民法典》的基本体系以及法典化的主要作用，以及《民法典》对于资管行业的两项重要影响。

一、《民法典》的基本体系及法典化的主要作用

（<http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202005/50c0b507ad32464aba87c2ea65bea00d.shtml>）。

² 同上注。

（一）不是从无到有，而是从有到优

早在 2017 年全国人大制定《民法总则》时，时任全国人大常委会副委员长李建国同志就在向全国人大所做的《关于中华人民共和国民法总则(草案)的说明》中明确：“编纂民法典是对现行民事法律规范进行系统整合，编纂一部适应中国特色社会主义发展要求、符合中国国情和实际，体例科学、结构严谨、规范合理、内容协调的法典。**编纂民法典不是制定全新的民事法律，而是对现行的民事法律规范进行科学整理，也不是简单的法律汇编，而是对已经不适应现实情况的规定进行修改完善，对经济社会生活中出现的新情况、新问题作出有针对性的新规定。**”³对此，从法律角度我们提供以下的解读视角，供读者理解上述论断：

1、制定《民法典》首先是一项立法工作

我们认为，立法工作客观上是以已有经验和大家普遍遵从的社会法则为基础，而对既定社会秩序的总结。而立法是众多政治治理手段中的一种，和所有政治治理工作一样，理性的立法工作一般不会对既定秩序做出颠覆性处理。

从《民法典》与各单行法原有规定的逐条对比上来看，《民法典》继承、沿革了大量已实施了数十年甚至数十年的规则。例如，此次《民法典》没有按照多国民法典和法学理论研究的一般逻辑制定“债权编”，而延用了我国使用了数十年的《合同法》、《侵权责任法》单独存在的习惯，分别制定“债权编”和“侵权责任编”；并将合同总则中“合同权利义务”的说法统一成“债权债务”。这样就使合同总则在尽量保持原有体例和逻辑不变的情况下，又可以小幅度扩充其适用范围——其他非合同行为形成

的债权债务关系可以比照、参照或类推适用合同编的有关规定，当然，这些行为往往和资产管理行业关系不大。

2、制定《民法典》是一项法律编纂工作

法律编纂工作是将单行法法典化，使之在同一体系内实现语言的统一、逻辑的通顺以及内容的修补。

所谓统一语言，例如《民法典》中将期间计算单位中“月”的概念大幅缩减，将极个别概念外的绝大多数“几个月”的说法替换为“多少日”。实际上，在实践中使用以月为单位计算期间，容易造成使用时的混乱，尤其是在资产管理或金融行业中计算还款日等情况时，绝大部分机构早已摒弃了以“月”计算期间的做法。

所谓捋顺逻辑，例如《民法典》在总则编已对一般民事法律行为无效情形作出规定的情况下，不再保留著名的《合同法》第 52 条，即一般合同无效的五种情形，同时保留了合同无效的特别情形，如格式条款的相应无效情形，使得《民法典》在法律行为无效问题上，真正做到“一般的适用一般法，特别的适用特别法”。

所谓内容修补，例如《民法典》债权编的第 520 及 521 条，在原《民法总则》对连带债权债务的一般规定基础上，吸纳国外立法的相关经验，增加了部分连带债务人与债权人之间发生的事项对其他连带债务人效力的规定，以及连带债权内外部关系的规定，丰富了连带债权债务的处置规则。

3、《民法典》吸纳运用成熟的下位法

我国现行民法的立法体系主要采取单行法加司

³ 摘自全国人大官方网站同名文章

(<http://www.npc.gov.cn/npc/c12435/201703/3963e7c79b8d4853873b747d9ed276a7.shtml>)。

法解释的模式，立法习惯上会将一些不太成熟或比较具体的内容通过司法解释进行试验性或具体性规定。相关规定历经数十年的司法实践，已经较为成熟或运行的较好的内容，直接吸纳入法典。

例如，此次新冠病疫流行后在合同履行中非常著名的“情势变更原则”，因立法时争议较大，并没有出现在1999年施行的《合同法》中。该法施行十年后，才因次贷危机的影响而终于在最高人民法院（以下简称“**最高院**”）《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》（以下简称“**《〈合同法〉解释二》**”）中吸纳了这一学理规则。但因为最高院的文件是司法解释，所以从立法技术上只能处理为“当事人请求人民法院适用，人民法院根据情况确定是否适用”，同时在实际司法实践适用时，还要由审判法院层报其所属高院甚至最高院才能使用该规则，因此实践当中该规则的运用是较为困难的。此次，《民法典》就将该规则纳入其中，并明确了当事人可以协商适用此规则。

如习近平总书记在《民法典》颁布后发表的署名文章《充分认识颁布实施民法典重大意义 依法更好保障人民合法权益》中所说，“**民法典把我国多年来实行社会主义市场经济体制和加强社会主义法治建设取得的一系列重要制度成果用法典的形式确定下来**”⁴。因此，如引言中表格所示，此次制定的《民法典》不是空中楼阁、不是突然袭击，是将长期既存的单行法整合的过程，应当说此次民法的法典化，不是法律的体系化创设（早已有之），而是对法律的体系化建设（在已有基础上的优化）。

（二）民法典是 14 亿人“社会生活的百科全书”⁵，而非适用于某类商事活动的纵深性专著

1、商事活动与民法的基本关系

民法典每一部分都可能和个人有关，但不是每一部分都必然和商事活动直接相关。如从产权法角度，《民法典》不出意外的将《物权法》（有形资产法）纳入，但是未将知识产权法（《著作权法》、《专利法》、《商标法》）这种偏重于商业的无形产权法统一收入。

我们理解，党和国家以及社会各界对民法典的高度重视和热烈反响，很大程度源于其对每个人的影响，用前述总书记署名文章中的原话来讲，就是“民法典是坚持以人民为中心、保障人民权益实现和发展的必然要求。民法典调整规范自然人、法人等民事主体之间的人身关系和财产关系，这是社会生活和经济生活中最普通、最常见的社会关系和经济关系”。因此，我们不建议仅仅因为这种全国上下的普遍重视和反响，而对其对商事活动和保险资产管理业的影响过度解读。

2、《民法典》与民法的基本关系

《民法典》的颁布并不意味着《民法典》已经构成了我国民法的全部外延，更不意味着民法中只有《民法典》能够对保险资管行业产生影响。譬如，2019年最高院发布的《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称“**《九民纪要》**”）在资产管理界的影响无需多言，或许值得大家稍做思考的，是《九民纪要》与《民法典》背后的关系。

2019年7月3-4日，最高院组织召开了全国法院民商事审判工作会议。当月18日，最高院发布新闻废止司法解释103件并称“随着民法典各分编的颁布施行，将对标民法典条文内容，全面清理民事类司法解释”⁶。次月7日，最高院向社会发布对前

⁴ 摘自《求是》杂志2020年第12期同名文章（http://www.qstheory.cn/dukan/qs/2020-06/15/c_1126112148.htm）。

⁵ 同脚注1。

⁶ 摘自《新京报》2019年7月18日新闻《最高法：将对标民法典条文全面清理民事类司法解释》

（<http://www.bjnews.com.cn/news/2019/07/18/604792.html>）。

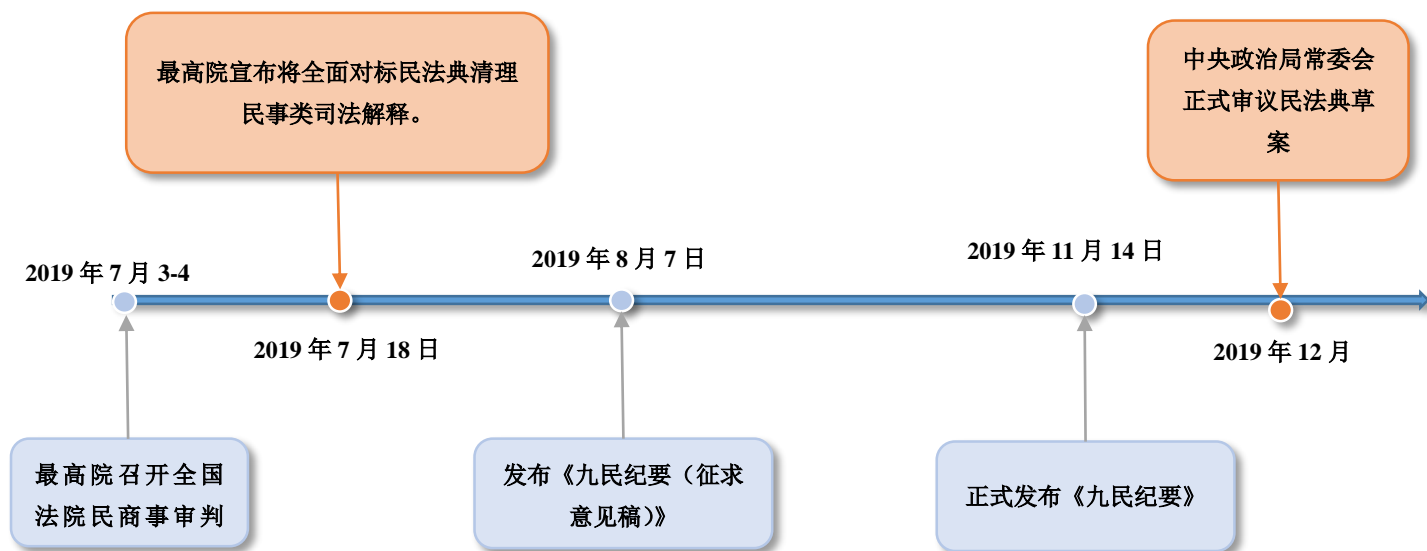
述会议的会议纪要征求意见稿。11月14日，最高法院正式发布了这个会议纪要，因这是最高法院第九次发布类似会议纪要，因此俗称《九民纪要》，与过往的“八民纪要”等不同，此次虽仍为民商事审判工作会议，但纪要内容几乎全部集中在商事问题。12月，党中央政治局常委会正式审议民法典草案。在下图中，我们通过时间轴展示了上述事件的发生次序，时间轴上侧为《民法典》有关事件，下侧为《九民纪要》相关事件。

这里同样值得注意的是：全国法院第八次民商事审判会议和第七次间隔了8年，但第九次和第八

于深入的技术性讨论或关于我国法律规则制定体制的探讨并非本文主旨，在此只是想通过这个在业界著名的《九民纪要》颁行的背景，侧面提醒广大保险资管业者冷静看待《民法典》本身对商事活动及资产管理业的影响。

3、商法的单行体系并未动摇

可以说，《公司法》、《合伙企业法》、《信托法》等仍然是资产管理业的几大基础法律，这些法律都属于“纯商法”而没有纳入此次民法典体系内，也没有仅仅因《民法典》的颁行而发生根本性改变。当



次间隔4年；另外，最高法院并非在每次会议后都公开会议纪要，更不是每次都将“会议纪要”征求全社会意见。

此外，从《九民纪要》内容上来看，纪要中的各条文实质上都是法律解释和适用问题，至少是“准司法解释”或者说“事实上的司法解释”，但却以纪要的形式发布。而其制订与发布恰逢最高法院明确表态将同即将实施的《民法典》对标清理民事司法解释，以及党中央正式审议《民法典》的当口做出，其节奏、其内容甚至其文件形式都是值得思考的。过

然，《民法典》确在某些具体问题上对于现有的商事基础法律有所调整和修订，亦值得留意。

下面我们通过两个例子就此进行说明：

例(1)： 合伙合同与《合伙企业法》

此次《民法典》合同编典型合同分编中“增设”了“合伙合同”专章。该章节是否是对现行《合伙企业法》的更新？如遇该章规定与《合伙企业法》规定不一致的，是否应当适用新的《民法典》的规定呢？

如：

商法	民法
《合伙企业法》第 21 条第一款	《民法典》第 969 条第二款
合伙人在 <u>合伙企业清算前</u> ，不得请求分割合伙企业的财产	<u>合伙合同终止前</u> ，合伙人不得请求分割合伙财产

那么，此处是否应根据新法优于旧法的原则，合伙企业的合伙人今后只能在合伙合同终止后，而不能仅在合伙企业清算后即请求分割合伙企业财产？

我们认为，《民法典》合伙合同章并不会产生改变《合伙企业法》的上述效果。首先需要解释的是，我们之所以在前段中将合伙合同章的“增设”一词打上引号，是因为相对于现《合同法》，该章确为新设，但按照全国人大法工委民法室主任等编写的《〈民法典〉释义》（以下简称“**《释义》**”）中的解释，该章实际上是对总则编删除的原《民法通则》中个人合伙等内容的沿革⁷。因而据此，根据《民法典》第 11 条特别法优于一般法的原则，在商事合伙企业中，仍然应当适用《合伙企业法》的特别规定。事实上，就上述列举的条款而言，我们理解《民法典》之所以有如是约定，也是在于一般合伙未设立合伙企业这一商业存在的情况下，更不存在“合伙企业清算”的适用前提，因而才做出了一般性的上述规定。

例(2)： 总则编与《公司法》

不过，也需要引起注意的是，并非有了《民法典》第 11 条的特别法优于一般法原则，就意味着现行的全部商法与民法之间存在着“商法绝对优先”的定律。例如：

商法	民法
《公司法》第 32 条第三款	《民法典》（总则编）第 65 条
<u>公司应当将股东的姓名或者名称及其出资额向公司登记机关登记；登记事项发生变更的，应当办理变更登记。未经登记或者变更登记的，不得对抗第三人。</u>	<u>法人的实际情况与登记的事项不一致的，不得对抗善意相对人。</u>

上述民法条文在原《公司法》的基础上，将公司登记信息的对抗效力，由商法的不对抗任意相对人，限缩为不对抗善意相对人。这并非是此次《民法典》的首创，如引言中所述，该条所在的总则编，实际系 2017 年就制定完成的《民法总则》，该条相较《民法总则》，更无任何变化。如果仅从文义上看，相较于《民法典》，《公司法》规定的主体（公司 vs 法人）以及事项（登记股东情况 vs 各类登记事项）更为具体，在《公司法》的规定范围内，似应当延用其规定。然而，在《九民纪要》中，最高院即给出解释，认为此类条款系民法“制定时有意修正公司法有关条款的”，从而应当适用民法的内容。

我们举出上例，也希望能够提醒广大业内读者注意，法律是社会规则的一种表现形式。法律的发布、施行，都是有明确日期和规矩的，就像田径比赛中发令员手中的发令枪——枪响起跑、抢跑无效。然而，社会规则的发展是潜移默化的，甚至有时是“润物细无声”的。作为法律工作者，我们乐于看到全社会对《民法典》的热烈讨论，但我们同时提倡广大资管业者可以持续地对法律、对社会规则以及对社会规则给行业规则带来的影响给予关注——既无

⁷ 参见黄薇主编的《中华人民共和国民法典释义》（法律出版社，2020 年 7 月版）P.1748。

需为发令枪膛中火药的爆炸声而过度紧张，亦宜对社会规则与法律的每一处发展保持好奇心。

在接下来的章节中，我们将对《民法典》的颁行或者说民法的发展可能对保险资管行业产生的影响，试论一二。

二、《民法典》对资产管理业的基本影响之一——促进资产、资金稳健有效融通

(一) 金融的社会意义

1、有效融通

社会需要资产、资金的融通，以防止资源淤积、防止其不能为经济发展作贡献。

早在 20 年前制订《物权法》时，立法者就已然关注到资产外流和过度消费主义对社会经济发展和稳定造成的负面影响⁸。资产的固化最终可能会使社会陷于桎梏，因此，资产和资金的融通确是立法者重视的问题。

2、稳健融通

同时，社会也需要防止有产者借融通资产资金而对无产者的压榨、防止两极分化。

十八大以来，党中央把金融安全明确为国家安全的组成部分。从某种角度或许可以说，无论对于是立法者、司法者还是执法者而言，金融业发展是市场主体的主要任务。

(二) 《民法典》的影响：促进与稳定融资融物行为

1、丰富融资形式

此次《民法典》集近年金融业发展的成果，在民

法中增设了一些融资情境。

例(1): 保理与融资租赁合同

合同编分则中在借款合同之外扩充了融资有名合同范围——将保理、融资租赁合同纳入典型合同编，为两项交易提供了一般性合同规则，有助于相关业务的标准化发展。市场上亦有较多关于此二类合同的专著或论述，有兴趣的读者可以深入阅读。在此我们仅提出一个《民法典》中有关两合同共同问题的疑似不同处理，供各位读者品查：

融资租赁合同	保理合同
《民法典》第 737 条	《民法典》第 763 条
<u>当事人以虚构租赁物方式订立的融资租赁合同无效。</u>	<u>应收账款债权人与债务人虚构应收账款作为转让标的，与保理人订立保理合同的，应收账款债务人不得以应收账款不存在为由对抗保理人，但是保理人明知虚构的除外。</u>

这两条是融资租赁合同与保理合同中对合同当事人虚构“合同标的”（租赁物/应收账款）法律效果的规定。根据《释义》对融资租赁合同条文中的解释，该条是对总则编“行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效”的具体化，从这个角度来看，其中所谓的“当事人”应指承租人与出租人双方。也就是说，在融资租赁中，合同双方虚构租赁物的，相应的融资租赁合同无效。对此，《释义》的解释是为避免当事人逃避金融监管的有关规定（例如牌照、利率），以融资租赁行借贷之实，因而在法律上否定其融资租赁的合同效力，而按照借贷或相应实际关系处理其合同⁹。这其实和最高院现行《关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题

⁸ 参见王利明著《物权法的价值》，刊载于《人大法律评论》（2001 年第 2 辑）。

⁹ 参见《释义》P.1377-1378。

的解释》第1条第二款“对名为融资租赁合同，但实际不构成融资租赁法律关系的，人民法院应按照其实际构成的法律关系处理”的态度一致。

但如果单独看保理章节的对应条款，在应收账款债权人虚构合同标的而保理人明知时（与双方共同虚构在实践中很容易实现竞合），似乎仅产生对保理人方面的不利后果，即应收账款债权人可以账款不存在为由对抗保理人。可是保理合同的有效性在该情形下是否将受到影响呢？

我们认为首先，理论上保理合同的类似问题与融资租赁合同一致，都适用于总则编“行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效”的一般性规定，如果具体情境中应收账款债权人虚构合同标的而保理人明知的情况构成了双方合谋，则仍然适用总则编的无效规定——所谓“特别法优于一般法”并不意味着在没有特别法的情况下，一般法也不得适用。

另外，在《释义》对保理合同定义条款的解释中，提出了仅仅是应收账款转让的，不构成保理合同：“保理商与交易相对人虚构基础合同，以保理之名行借贷之实”的，“应查明事实，从…保理商是否明知虚构基础合同…等方面审查和确定合同性质。如果确实是名为保理、实为借贷的，仍可以按照借款合同确定当事人之间的权利义务。”¹⁰

就此，我们认为二者虽然在文字表现上确有不同，但所反映出的立法者的价值取向是一致的，法律在吸纳、丰富融资形式的同时，也将近年金融监管的“穿透式思维”贯穿其中。

最高院也在2020年7月20日会同国家发改委发布的《关于为新时代加快完善社会主义市场经济体制提供司法服务和保障的意见》（以下简称“《**市场经济司法保障意见**》”）中明确提出“按照‘**穿透**

监管’要求，剔除当事人之间通谋虚伪的意思表示，正确认定多层嵌套金融交易合同下的真实交易关系。按照功能监管要求，对以金融创新为名掩盖金融风险、规避金融监管、进行制度套利的违规行为，以其实际构成的法律关系认定合同效力和权利义务”。

因此，我们理解，“穿透式思维”已成为了监管、立法及司法层面对金融业管理的共识性思路。

例(2): 或有应收账款

与此问题相关的发展还有《民法典》物权编第440条。《物权法》第223条在应收账款可供出质的基础上，明确了所谓应收账款包括“现有的以及将有的应收账款”。这里明确使用“将有”二字，实际上是因为《物权法》的立法原意本就包含或有应收账款，尤其是资产管理业中常见的“公路、桥梁等收费权”以及类似的不动产收益权。但在该条款的应用中，因为会计实务中的“应收账款”概念通常只包含已实际发生的应收，因而在实务层面还是产生了较大的争议¹¹。此次通过法律语言上的调整，缓解了资产管理实务上各类收益权质押有效性的长期困惑。同样的，在上例保理合同章第761条对保理合同的定义条款中，也配套明确了保理所转让的应收账款包含或有应收。

当然，业界的困惑和实践中的争议会否通过法律语言的调整就彻底解决，可能还具有一定的不确定性。譬如，在基础设施融资中，有关基础设施如公路等，往往具有特许经营的背景，因而其收益权可预估性相对较高；但对于纯商业属性的竞争性经营项目中，或有收益的不可控因素更多，实务中关于“或有”和上例中提到的“虚构”间的界限，除了考查当事人的主观意图外，是否会形成一些标准化的判别方式，可能还有待于实践的检验。

¹⁰参见《释义》P.1402-1404。

¹¹参见《释义》P.844-845。

2、 规范冒进融资

除了吸收金融业发展的成果外,《民法典》也注重对实践中一些冒进行为加以规制。例如:

《担保法》第 19 条	《民法典》第 686 条第二款
当事人对保证方式没有约定或者约定不明确的,按照连带责任保证承担保证责任。	当事人在保证合同中对保证方式没有约定或者约定不明确的,按照一般保证承担保证责任。

这就是此次《民法典》对保证制度的一大基本改变,即将“默示连带保证”改变为“默示一般保证”。从立法参与者透露的信息来看,这一改动是出于国际惯例、避免混乱(当事人出于人情关系而提供保证)、减小对实体经济的负面影响等因素而作出的,他们认为这可以“避免保证人因不懂法律而使自己落入一个相当不利的境地;而精通法律的商事主体没有这一问题,如有需求,自然会约定为连带责任保证。”¹²诚然,在金融机构使用的保函、保证合同或类似文书样本中,往往都会载明保证方式是一般还是连带。

但对于资管业者而言,我们建议大家可以将此项改动与《九民纪要》第 91 条结合检视——

“信托合同之外的当事人提供第三方差额补足、代为履行到期回购义务、流动性支持等类似承诺文件作为增信措施,其内容符合法律关于保证的规定的,人民法院应当认定当事人之间成立保证合同关系。其内容不符合法律关于保证的规定的,依据承诺文件的具体内容确定相应的权利义务关系,并根据案件事实情况确定相应的民事责任。”

差额补足、到期回购、流动性支持,乃至维好协议,都是资产管理行业中常见的增信措施。我们理解,资产管理机构提出增信的需求往往来自内部或

行业要求;融资主体或其关联方不能或难以提供传统的保证或担保,从而选择上述变通性增信措施也是出于其自身或行业的限制,这种两难的境地或许和上文中立法参与者提到的“出于人情关系”提供增信的情况有异曲同工之处。

在“人情关系保证”问题中,我们认为立法者采取的是一种“刺破人情面纱”的“穿透式思维”处理方式,将保证人碍于人情而作出的意思表示予以明确。那么《九民纪要》提出的“符合法律关于保证规定的”,认定保证合同关系;反之,根据约定内容及实际情况认定,我们认为亦是“穿透式思维”的体现。

因此,如果此类增信安排被法院认为是保证的法律关系,由于文件中没有写明保证的方式,则存在按《民法典》被视为一般保证的可能,这种结果对于金融机构而言是极为不利的。

我们通过这个例子希望提醒广大从业者注意的是,在日常业务中,还是应尽最大可能保持、还原交易双方真实的意思表示,扭曲的意思表示可能在司法实践中得不到支持,甚至可能造成己方的损失。

3、 适当鼓励债权人

《民法典》的一些条款加强了对债权人合法权利的保护。

例(1): 从权利随主权利一并转让

现行法		《民法典》第 547 条	
《合同法》第 81 条	债权人转让债权的,受让人取得与债权有关的从权利,但该从权利专属于债权人自身的	债权人转让债权的,受让人取得与债权有关的从权利,但是该从权利专属于债权人自身	第一款

¹²参见《释义》P.1306-1307。

	除外。	的除外。	
《物权法》第193条	债权转让的，担保该债权的抵押权一并转让，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。	<u>受让人取得从权利不因该从权利未办理转移登记手续或者未转移占有而受到影响。</u>	第二款

以上是现行法及民法典关于主债权转让后从权利转移的处理。所谓债权的从权利，主要就是指与此有关的抵质押等担保权利等。现行法提出了“从随主”的权利转让处理原则，但并没有明确从权利的转移是否以办理转移登记或占有为前提。《九民纪要》第62条在“从随主”原则的基础上进一步提及“受让人向抵押人主张行使抵押权，抵押人以受让人不是抵押合同的当事人、未办理变更登记等为由提出抗辩的，人民法院不予支持”，但是囿于法院系统“消极裁判者”的角色，该条文对于有关抵质押权利登记机关的登记行为能够产生多大的约束作用，以及能否产生直接物权变动的法律效果，都存有较大疑问。

而另一方面，长期以来地方有关抵质押权利登记机关存在着只给银行登记担保权利、不给非银金融机构登记，只给（原）银监会监管的金融机构登记、不给证/保监会监管的机构登记，或只给金融机构登记、不给非金融机构登记的情况。《民法典》第547条第二款新增的规定，用否定句的形式肯定了未登记或转移占有不影响受让人取得担保权利，有助于抵质押权利在各类贷款主体间的流动。

但这里需要进一步探讨的是，如何理解条文末的所谓“影响”二字，或者说此处为什么要使用“不因...未...而受到影响”这种双重否定的句式，消极

地表达此处肯定的含义。按《释义》给出的解释，“债权受让人取得这些从权利是基于法律的规定，并非基于法律行为的物权变动...在债权转让前，这些从属性的担保权利已经进行了公示，公示公信的效果已经达成，因此没有进一步地保护第三人进而维护交易安全的必要...在物和权利担保的顺位上，仍是以设定担保的公示时间为依据而确定顺位。”¹³

据此，我们认为，这里所谓不受影响，其一是指基于该法律规定，相应抵质押权可以随主债权转让而直接产生物权变动的法律效果；其二，是指在原抵质押登记范围内，可以对抗第三人；其三，在原登记范围外，无法对抗善意第三人——如原抵质押权根本未登记，或登记范围、时间有瑕疵，债权受让人无法基于本条享受到比登记权利更大、更优的权利；更为重要的是，债权转让人此时仍为登记的权利人，其以相关权利人身份行使担保权利的，善意第三人还具有信赖利益，只不过抵质押人基于《九民纪要》的上述规定，恐怕无法取得善意第三人的身份。总之，这里的表述以及其引申出的相关含义，还是需要提醒广大资管业者，尽量在受让主债权后及时对从权利进行变更登记，以最大限度的维护资产管理机构及委托人的利益。

例(2): 债务加入禁反言

《民法典》第552条为此次的新增条款：第三人与债务人约定加入债务并通知债权人，或者第三人向债权人表示愿意加入债务，债权人未在合理期限内明确拒绝的，债权人可以请求第三人在其愿意承担的债务范围内和债务人承担连带债务。这是关于第三人债务加入的“禁反言规则”。第三人已经通知债权人愿意加入债务帮助债务人履行债务的，债权人只要没有明确拒绝，就可以要求第三人履行，第三人不能因为没得到债权人首肯就出尔反尔。实

¹³参见《释义》P.1050。

实际上，这一原理在最高院此前的司法裁判中，就有所体现¹⁴，此次将其升格为法律。

债务加入人作出债务加入的意思表示后，不仅禁止反言，还会产生原债务人对债务承担连带责任的效果；同时亦不受“保证期间”的限制，可以说是一种比保证更为强力的增信措施。因而，在此后该制度的实践过程中，如何判别债务加入人所做的意思表示确为“债务加入”，或许将成为一项话题。

4、适当保护债务人

例(1): 扩大可抵销债务范围

《合同法》第99条第一款	《民法典》第568条第一款
当事人互负到期债务，该债务的标的物种类、品质相同的，任何一方可以将自己的债务与对方的债务抵销，但依照法律规定或者按照合同性质不得抵销的除外。	当事人互负债务，该债务的标的物种类、品质相同的，任何一方可以将自己的债务与对方的到期债务抵销；但是，根据债务性质、按照当事人约定或者依照法律规定不得抵销的除外。

在有关债务抵销权制度中，现《合同法》要求双方的债务均须“到期”，在实践中应用范围较小。

《民法典》将其调整为，只要对方债务到期，在其他条件满足的情况下就可以行使抵销权，而不必等到己方的债务也到期后再行权。这给予了负担债务较

重的一方更多的解脱。

当然，配套的，《民法典》在《合同法》基础上增加了当事人可以通过约定排除适用法定的债务抵销，也为意思自治留下了空间。

例(2): 独立保证适用范围的变化

《担保法》第5条第一款	《民法典》第682条第一款
保证合同是主合同的从合同，主合同无效，担保合同无效。担保合同另有约定的，按照约定。	主债权债务合同无效的，保证合同无效，但是法律另有规定的除外。

法律界惯用的“独立保证”的说法，其实质就是担保合同能否对主合同的效力也进行担保的问题。仅从《担保法》规定的文义来看，其允许当事人通过担保合同自行约定担保范围能否及于主合同效力的问题；而《民法典》规定这一问题只能由法律统一明确，当事人无权自行约定。

实际上，早在《担保法》施行仅两三年后，最高院在1998年就通过判决表明了司法机关的态度，认为国内民事活动中不应采取独立担保方式，当事人在协议中约定的独立保证条款无效¹⁵。2016年，其通过《关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》，承认了银行或非银金融机构在国内有关交易中开具独立保函的效力。去年，其又在《九民纪要》中明确，“银行或者非银行金融机构之外的当事人开立的

¹⁴ 参见(2018)最高法民申2056号裁定(<http://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.htm?docId=8e15d5e0212b49fdac33a9590111ff98>)。

¹⁵ 参见最高院(1998)经终字第185号判决(https://law.wkinfo.com.cn/judgment-documents/detail/MjAxMDAwMDMwODU%3D?searchId=cfe11d0f60074054bcef94d884b8d858&index=1&q=%E6%B9%96%E5%8D%97%E6%9C%BA%E6%A2%B0%E8%BF%9B%E5%87%BA%E5%8F%A3%E6%B5%B7%E5%8D%97%E5%9B%BD%E9%99%85%E7%A7%9F%E8%B5%81%E6%9C%89%E9%99%90%E5%85%AC%E5%8F%B8%E4%B8%8E%E5%AE%81%E6%B3%A2%E4%B8%9C%E6%96%B9%E6%8A%95%E8%B5%84%E6%9C%89%E9%99%90%E5%85%AC%E5%8F%B8%E4%BB%A3%E7%90%86%E8%BF%9B%E5%8F%A3%E5%90%88%E5%90%8C%E7%BA%A0%E7%BA%B7%E4%B8%8A%E8%AF%89%E6%A1%88&module=))。

独立保函，以及当事人有关排除担保从属性的约定，应当认定无效”。也就是说，其实在司法实践中，除特定交易情境（国际商事交易）或特定主体（银行或非银金融机构）外，当事人在事实上无权自行约定独立担保，或者说即便约定，也无法取得相应的法律效果。

那么是否可以说《民法典》的上述条款，是将过往的司法实践态度进行了法律化？有观点认为，《民法典》要求仅“法律”可对独立担保一事进行变通，因而上述最高院司法解释或《九民纪要》若不经法律化则会面临适用上的阻碍。经查询《释义》，立法参与者明确指出，“此处的‘法律’采广义理解，包含法律、行政法规、司法解释等，所以<最高人民法院关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定>可以作为此处‘法律另有规定的除外’的‘另有规定’的内容，从而保持我国现有的格局不变。”¹⁶因此，可以说此次《民法典》的上述规定，完全是吸收并顺应了过往的司法实践。

如前所述，我们认为独立担保的实质是对主合同的有效性进行担保。而合同的无效，是民法在合同当事人对某些基本法律义务的违反后，对其所施加的共同惩罚¹⁷。如果说合同无效的现行制度是合理的，则从这个角度而言，当事人约定对主合同有效性进行担保，具有一定的道德风险。另一方面，与国内当事人一般被推定明知或应知国内各项法律不同，在有当事人为境外主体时，境内主体可能利用其对国内规则熟知的优势性地位损害境外主体正当利益；另一方面在跨境交易中，往往一国的法律环境风险本身也属于境外主体希望通过增信手段予以弥合的内容之一，因此允许提供跨境独立担保，也有利于

跨境交易的顺利开展和中国市场国际声誉的积累。至于金融机构可以出具独立担保，《释义》的解释是认为金融机构处于严监管下，“一般不会为违法交易做背书”¹⁸，亦即前述道德风险可控。综合来看，目前“我国现有的（独立担保）格局”还是具有相当的社会现实意义的。

这里也许值得广大资管业者作进一步思考的是，如果约定独立担保被法律锁住，那么未来是否可以通过“独立差补”、“独立回购”来变通呢？如果从上述秩序的维护角度来讲，我们认为这些问题似乎都应当依据“从随主”的原则，如果主合同是无效的，那么这种对主合同的“惩罚”也应当及于从合同，否则都会产生相应的道德风险。当然，差补和回购是否是从属性的，在具体情境下能否产生其他效果，还需要结合具体问题在实践中进行检验。

（三）小结：促进与稳定间的平衡

习近平总书记曾在中央政治局就维护国家金融安全集体学习时强调：“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。维护金融安全，是关系我国经济社会发展全局的一件带有战略性、根本性的大事。金融活，经济活；金融稳，经济稳。必须充分认识金融在经济发展和社会生活中的重要地位和作用，切实把维护金融安全作为治国理政的一件大事，扎扎实实把金融工作做好。”¹⁹可以说，“活”和“稳”是一对对立统一的关系，既“稳健”又“有效”是金融管理工作追求的目标，这种理念，也会具象化地贯穿在具体的立法、司法及监管工作中。

¹⁶摘自《释义》P.1301。

¹⁷关于合同效力的原理问题，具体请见第三部分详述。

¹⁸参见《释义》P.1301。

¹⁹摘自“央视网”2017年4月26日新闻《习近平在中共中央政治局第四十次集体学习时强调 金融活经济活金融稳经济稳 做好金融工作维护

金融安全》

(<http://news.cctv.com/2017/04/26/ARTISXnSNeqFoikDcSiJLp5r170426.shtml>)

《民法典》是基础大法，不是部门法也不是兜底性法律，我们认为，不宜产生一种《民法典》旨在侧重保护债权人或债务人某一方的错觉——倾斜保护社会关系中某一方的法律，往往无益于维护社会关系的健康发展。在经济发展与社会平衡间寻找平衡点是国家治理的永恒任务，也是未来民法在实务应用上以及司法实践中的长久看点。

三、《民法典》对资产管理业的基本影响之二—— 优化公共秩序和意思自治之间的交互关系

(一) 引言：公共秩序与私意自治

1、公共秩序与私意自治间的基本关系

(1) 意思自治是民事活动的基础

民事主体从事民事活动，应当遵循自愿原则，按照自己的意思设立、变更、终止民事法律关系。

——《民法典》第5条

所谓意思自治是指当事人按自己的意思管理自己的事务，意思自治是社会活力的保证。自愿原则是民事活动的基础性原则。

(2) 公共秩序是民事活动的底线

民事主体从事民事活动，应当遵循公平原则，合理确定各方的权利和义务。

民事主体从事民事活动，应当遵循诚信原则，秉持诚实，恪守承诺。

民事主体从事民事活动，不得违反法律，不得违背公序良俗。

——《民法典》第6-8条

但如果社会活动只需遵循“自愿”原则，恐怕就无法存在的必要了。以上《民法典》的公平、诚信、合法不违背公序良俗的原则都是社会规矩的体

现，特别是公序良俗，即公共秩序和良好风俗，在民法上具有和法律同等的地位。

(3) 法律是公共秩序的一大“代言人”，要使社会既有活力、又有规矩

民事主体从事民事活动，应当有利于节约资源、保护生态环境。

——《民法典》第9条

《民法典》在“公序良俗”原则后还有一条，即所谓绿色原则。节约、环保也是我们的公序良俗，也出现在许多我们需要遵守的法律中，那么这里为什么要单立一条、独立说明？按照时任全国人大常委会副委员长李建国同志就在向全国人大所做的《关于中华人民共和国民法总则（草案）的说明》，“将绿色原则确立为基本原则…体现了党的十八大以来的发展理念，与我国是人口大国、需要长期处理好人与资源生态的矛盾这样一个国情相适应。”由此可见，这是法律对这一时期重大公共秩序的承接，民法及法律具有对时代性理念的宣告和强调作用。

2、公共秩序“代言人”的基本“阵型”

(1) 特定法律法规

对于某一行业而言，其公共秩序最直接的体现就是行政监管部门主导制订的法律、法规或其发布的各类规章以及规范性文件。譬如就保险资金运用领域而言，其出现在行业性法律《保险法》中的篇幅只有一条（不含某些惩罚性条款中提及）；（原）保监会再根据《保险法》的原则性规定，制定部门规章级别的《保险资金运用管理办法》作为险资运用领域的“基本法”；而后，就具体的险资运用类别或方式，制定或联合其它有关部门制定专门性的规定，如《保险资金境外投资管理暂行办法》、《保险资金间接投资基础设施项目管理办法》、《保险资金投资股权暂行办法》等。后边这些规定中较为成熟、重要

的，以部门规章（会主席令）的形式颁行；其他的，以一般规范性文件（“关于印发某某规定的通知”、“关于某某事项的通知”）形式发布。这是法律规范体系中最普遍的内容，这种规则的立法成本相对较小，大多数无需中央或国家审定，由监管部门自行或联合制定。

（2）行政/监管机关其他活动

对于金融行业这类强监管行业而言，与监管机关以及行业自律机构的互动是非常频繁的。最常见的监管活动如窗口指导、监管机关内设部门或自律机构的指导性意见、监管口径，这些内容虽然不是法理上的正式法律规则，但在实践中发挥着类似的对市场的约束作用。

（3）民法赋予司法机关的任务

民事法律规范首先规范的是平等主体间的活动及关系。将维持公共秩序的需求纳入民法中，是在前述规则体系外的一种“补位”，在争诉各方外赋予司法机关“公共秩序代言人”身份，使司法机关承担行业监管的“清道夫”、“守门人”角色。因此，民法中嵌入的公共秩序往往具有两个特点：

其一，这种规范首先可在其它行业规范中找到影子。典型的如《民法典》规定民事行为无效的第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*。这里所说的“法律、行政法规”就是相关法律行为的第一道防线，而后才是这部民法典。也就是说，如果一项法律行为因该条而在民事上归于无效，实际上其具有“二次违法性”，即它首先违反了“法律、行政法规的强制性规定”，进而触发了本条。

其二，这种规范要有一定的重要性。从立法和司法效率及资源有限性的角度来说，并不会是凡行业规范里说什么，民法都需要为其兜底。还以上述《民法典》第153条举例，上边引述的条文后边还

有一句：*但是，该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外*。这句话很绕，也注定将会是今后司法实践中被反复打磨的条款，下文也会结合具体的行业情况详谈本条。这里引出这句但书实际上就是希望提醒广大读者注意——这其中涉及到一个法益平衡的问题，就是一个行业规定或者行政规定，是否已经重要和必要到了连民法都得帮忙维护的地步，这是需要法律工作者和广大业者根据从业经验和对行业的理解做价值取向预判，而不是一揽子适用的。

（二）《民法典》对公共秩序和意思自治之间关系的发展

1、背景：公共治理手段的扩充与风险防范的客观需求

在《民法通则》、《合同法》施行的二三十年中，一方面政府/监管部门“工具箱”中的“工具”（监管手段）不断地在完善。可以通过监管手段的实施而在业内解决的，不必凡事皆通过民事法律兜底。拿金融业来说，《民法通则》、《合同法》颁布的年代，还是以央行一家监管单位为主，所颁行的行业规则广度和深度都比较有限。而现在是“一行两会”的监管体系，监管机构的规模也相对庞大，外加宏观层面的金稳委等议事协调机制乃至党的有关部门，以及微观层面的各类行业协会可以起到行业自律的辅助作用。同时，全流程监管不断的深化，行业法规、窗口指导对业务的渗透率与过去相比已不可同日而语。

但另一方面，金融安全已经越来越为国家所重视，随着金融业的发展，体量增大的同时相应风险也在加剧，监管机构的扩大、监管手段的完善并不意味着监管压力随之减小。

因此，我们注意到，《民法典》在维护公共秩序的层面，就其定位和手段而言更为科学、精准，同时亦顺应现实需要，在更为合理、平衡的机制内发挥

自己的作用。以下请见我们的详细分析。

2、观察一

随着社会治理手段的不断完善,《民法典》对于公共秩序的维护方式也更为科学和精准,例如:

	《合同法》 第 44 条	《民法典》第 502 条 (前两款)
第一款	依法成立的合同,自成立时生效。	依法成立的合同,自成立时生效,但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。
第二款	法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的,依照其规定。	依照法律、行政法规的规定,合同应当办理批准等手续的,依照其规定。未办理批准等手续影响合同生效的,不影响合同中履行报批等义务条款以及相关条款的效力。应当办理申请批准等手续的当事人未履行义务的,对方可以请求其承担违反该义务的责任。

这是关于合同生效时间及条件的制度。《民法典》502 条第一款在现《合同法》44 条同款的基础上,明确允许法律另行规定或当事人自行约定合同成立与生效的关系,这是对意思自治的基本保障,即允许当事人就一般合同(法律、行政法规另有规定的除外)自行决定合同对各方产生效力的时间。这也和总则编关于民事行为生效的一般性规定相一致。

此处被广泛热议的是第二款的几处变动。第二款是未办理有关手续影响合同生效的处理制度。此次第二款有三处修改,一是将原可影响合同生效的手续由“批准、登记等”限缩为“批准等”。对此,

《释义》的解释是“合同法颁布时,还存在须经登记才能生效的合同...目前来看,现行法律、行政法规已经不存在关于合同须经登记才能生效的规定”;但同时又保留了随后的“等”字,给了社会各界各种想象的空间,《释义》认为,“这样既尊重了当前的实际情况,又为将来的发展留下了法律适用空间”²⁰。

另一处改动是明确未办理相关手续以至影响合同生效后的法律后果。需要审批的合同中报批是合同生效和继续履行的重要基础,因此这类合同中当事人往往对报批义务的履行有着具体的约定。但如果仅从《合同法》上述条款文义上看,若审批是合同生效条件,则未审批的合同尚未生效,其中报批条款也未生效,那么如何督促有关当事人履行报批义务呢?这就陷入“鸡蛋相生”的逻辑困境中。因此,在司法实践中,最高院率先在外商投资领域运用了报批条款效力独立的思路,并在 2010 年颁行的《关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定(一)》中,将此处理方式明确为外商投资领域的司法解释。事实上,不仅在外商投资领域,在其他领域的类似问题上,司法机关也秉持着这一思路²¹,去年的《九民纪要》也将此思路明确到各类“须经行政机关批准生效的合同”中适用。

实践中,很多不履行合同的一方拿《合同法》原条文做“挡箭牌”,而如果法律允许他们这样“跳单”,或给他们“跳单”提供空间,将使不守信的当事人对公共秩序污名化,有违“任何人不得因其不当行为获益”的基本法理。

我们认为,所谓审批,实际上“批不批”是公权力的事(行政审批裁量权)，“报不报”是私权利的事(合同权利义务),不必过度绑定。《民法典》新增的这项内容,就是把这种“公”、“私”分开,使意思

²⁰摘自《释义》P.963。

²¹ 可参见最高院指导案例 123 号

(<https://www.chinacourt.org/article/detail/2020/01/id/4771966.shtml>)。

自治发挥更大的作用。

3、观察二

另一方面，在公共秩序遭受重大、根本性的挑战时，《民法典》也不会缺位，将发挥其应有的作用。

例(1): 审批生效的合同中“审批”与“生效”的关系

仍以上文举例的合同审批生效条款为例，上文提及的是此次该条款三项修改中的两项，此处要探讨的是另一项修改，即将《合同法》“规定应当办理批准等手续生效的”中相关“生效”二字删除的有关问题。

现《合同法》该款所谓“法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的”是该款的适用情形，“依照其规定”是该款的法律效果。如果从该款文义出发，其适用要件有二：

- (1) 法律、行政法规规定应当办理相关手续的；
- (2) 规定应当办理相关手续为其生效条件的。

也就是说，只有满足上述两个条件，才纳入到该款的规制范围内。按立法参与者的统计，“目前看来，规定合同应当办理批准等手续的法律、行政法规较多，但明确规定必须办理批准等手续合同才生效的，只有国务院于1998年颁布的《探矿权采矿权转让管理办法》。”²²换言之，如果继续延用《合同法》的措辞，则本款或将变成“矿权转让专用条款”，失去了其作为基础性法律的普遍性意义。

那么删除“生效”二字，实际上就是删除了上述第(2)项适用要件，大大降低了该款的适用门槛，但对对应的法律效果呢？如前所述，该款的法律效果为“依照其规定”，此次并未修改。该内容在立法技术上属于“转引”，即没有给出直接的法律效果，而要求

适用具体的规定。仅从文义上来看，似乎可以得出以下结论：

情境	法律、行政法规规定的内容	产生的法律效果
1	应当为合同办理相关手续	须办理相关手续
2	办理相关手续为合同生效前提	合同须自手续办妥后方生效

但是，该款处在合同生效条文中，如前所述，若情境2只适用于矿权转让，而大量的实际情况将进入情境1，那么此内容出现在合同生效制度中的必要性又是什么呢？或者说在情境1中，真的就只是按相关规定办理手续，而与合同生效问题无涉吗？

就这一问题，读者朋友们不妨先将《民法典》放在一处，和我们来看下《九民纪要》中的这一条：

“法律、行政法规规定某类合同应当办理批准手续生效的，如商业银行法、证券法、保险法等法律规定购买商业银行、证券公司、保险公司5%以上股权须经相关主管部门批准，依据《合同法》第44条第2款的规定，批准是合同的法定生效条件，未经批准的合同因欠缺法律规定的特别生效条件而未生效。”

如果翻阅上述引用的银行、证券、保险三法，会发现其规定的是银行、证券、保险公司相关股东的变更需要由监管部门审批；而《九民纪要》对此的表述是“购买相关股权需要经过批准”。实际上，购买股权的主体是股东、而股东变更的主体是相应金融机构，申请审批的主体也是金融机构。相关行为的主体不同、事项也不同；另外这三部法律自身也没有提出《合同法》或《民法典》所说的“（股权转让）合同应当办理批准”的要求（虽然根据监管机构的具体部门规章或办事指南，相应合同是报批时的申请文件之一，但实务上通常认为监管批准的是股

²²摘自《释义》P.962-963。

东变更的行为，而不是变更背后缔结合同的行为，三部法律在此的措辞与前文提到的矿权转让规定及之前最普遍适用本条的“三资企业法”中的措辞明显不同)。

那么，《九民纪要》为何要这样解释法律适用，特别是在前文提到的其颁行的特殊时点上？我们认为，这恐怕需要结合防范化解金融风险的大背景去看这个问题。前文提到的《市场经济司法保障意见》中提出：“(法院要) 主动加强与金融监管机构的沟通协调，支持、促进金融监管机构依法履职…协助做好金融风险预警预防和化解工作。”要知道，这份文件的会签部门中并没有金融监管机构，可以说是最高院自主提出了这些工作要求。这或许意味着除了传统的金融监管机构外，“协助金融风险预警预防和化解工作”似乎也成为了当今司法系统的内生性任务。这时回看《九民纪要》的上述条文中，在很多金融机构被违规持股、特别是隐匿情况违规持股的背景下，这样的法律解释也就不难理解了。

理解了《九民纪要》的有关条款，再回过头看《民法典》的这一处理，恐怕就不会得出上文文义解释中的唯一结论了。我们认为，情境 1 的法律效果应当做具体化判断，用《释义》中的话说，就是因“涉及法律、行政法规通过设定有关批准等手续进行社会管理的性质、目的判断问题，需要结合具体情况，在设定批准等手续的社会管理政策与本法合同编保障意思自治、鼓励交易之间作平衡性判断”²³，而不宜得出简单的、一概性结论。

例(2): 违法行为(合同)无效的发展

如前所述，此次《民法典》将合同无效情形在总则民事法律行为效力中统一。其中备受关注的的是违反法律、行政法规的民事行为(合同行为)效力问题。

原法律		《民法典》		
《民法通则》	第 55 条	民事法律行为应当具备下列条件: … (三) 不违反法律或者社会公共利益。	具备下列条件的民事法律行为有效: … (三) 不违反法律、行政法规的强制性规定, 不违背公序良俗。	第 143 条
	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;	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。	第 153 条
《合同法》第 52 条		有下列情形之一的, 合同无效: … (四) 损害社会公共利益; (五) 违反法律、行政法规的强制性规定。		

《民法典》第 143 条沿革自原《民法通则》第 55 条，是从正面提出民事法律行为有效所须要件；《民法典》第 153 条，则是对原《民法通则》第 58 条和现《合同法》第 52 条特定款项的承接，从反面提出违法或违反公序良俗的行为无效。

由于《民法典》在这一问题上，从体例、语言和内容上都相较于原民法进行了一定的更新，因而在

²³摘自《释义》P.963。

本例中，我们不采取对比手段加以分析，而对《民法典》第 153 条的两款三句话进行逐一品读，希望引起各位的思考。

首先，针对第一句话。目前《合同法》的对应条款，同样采用的是“法律、行政法规的强制性规定”的措辞。《〈合同法〉解释二》对此处的“强制性规定”进一步限定在“效力性强制性规范”中。在《民法典》编纂过程中是否要将这一限定性解释吸纳入法典，曾引起一定争议，最终立法机关没有直接将这一司法解释上升为法律²⁴。

不过我们认为，这个限定性解释的精神在今后的司法实践中可能仍会延续。做出这个判断的来源是《九民纪要》。因为《九民纪要》中特意要求法院将《民法总则》第 153 条（实际就是本条）与《〈合同法〉解释二》的这个解释放在一起考虑。也就是说，司法系统并不认为《民法典》这一条与《〈合同法〉解释二》的这一解释不能兼容。但同时，《九民纪要》又提出要将涉及金融安全、市场秩序、国家宏观政策等公序良俗的强制性规定认定为效力性强制性规定。那么这个“金融安全等公序良俗的强制性规定”又是个什么范畴？这就要和第三句中的“公序良俗”结合来看。

“公序良俗”的问题此处先按下不表，再来看看最拗口的第二句话，即“但是，该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外”。

如前文所述，合同是合意法律行为，如果一个规定致使某个合同无效，是对合意各方的一种惩罚（对他们合意行为的全面否定，实际是民法上的“极刑”）。如果一个规则仅旨在惩罚其中一方，特别是当这个规则的主旨就是为了保护合同另一方时，那么这时若再“各打五十大板”，恐怕就违反了立法原意。

举例而言，在目前的金融风险处置工作中，许多“暴雷”的金融机构被查出违反有关规定或监管口径（暂不讨论相关规定能否上升至法律、行政法规层面的问题）销售金融产品（如保险产品），而这些规定若是旨在规范金融机构的产品研发和销售、保护金融消费者的，则我们认为就存在着不影响消费者的产品合同的解释空间。但同样需要指出的是，所谓“强制性规定不导致该民事法律行为无效的”，在实际应用中也许不仅要对其具体规定的性质进行分析，可能也需要与具体情境下当事各方的地位、性质结合视之。譬如，在金融机构违规销售金融产品中，除金融消费者外，其它很多同业金融机构或资产管理机构也是这些产品的买方，它们熟知相应的产品规则，因而同样是一份产品合同，“暴雷”金融机构与普通金融消费者间的效力同与其它金融机构、资管机构间的效力或许不一定完全相同。

回过头来我们最后来看“公序良俗”这句话。公序良俗是生活在法律背后的“神秘人”，它具体的样貌恐怕没人能像诵读法条一样的说清楚；公序良俗更不能自己开口说话，谴责谁违反了它。因此，这就需要靠前文讲到的“代言人”们不断地为它代言、勾勒它的样貌。那具体到金融行业，什么是前文提到的“金融安全等公序良俗”呢？

《九民纪要》中也提出了看法：“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。”从这个解读中，是否可以看到一个方向，就是就当下而言，凡涉及金融安全的规定，不管是法律、行政法规还是规章，都可能被解释为“公序良俗”，而不得违反、违

²⁴参见《释义》P.283。

反无效？

我们认为，这种趋势是可能存在的。

譬如，《九民纪要》提出“信托公司、商业银行等金融机构作为资产管理产品的受托人与受益人订立的含有保证本息固定回报、保证本金不受损失等保底或者刚兑条款的合同，人民法院应当认定该条款无效。实践中，保底或者刚兑条款通常不在资产管理产品合同中明确约定，而是以‘抽屉协议’或者其他方式约定，不管形式如何，均应认定无效。”这就是所谓“刚兑约定无效”条款。

“刚兑”这个问题，之前已散见在各类资产管理行业的规则中，并系统地提出于2018年由中共中央全面深化改革委员会审议通过、由“一行两会”及外管局联合发布的《关于规范金融机构资产管理业务的指导意见》（以下简称“《资管新规》”）中。《资管新规》将“约定刚兑”、“滚动销售”和“事后代偿”等情形归纳为“刚性兑付行为”，并从行政管理角度加以禁止。《九民纪要》的上述条款在《资管新规》禁止金融机构刚兑行为的基础上，从民事诉讼角度对相关交易各当事人提出刚兑约定无效，或者说“刚兑约定一概无效”。

值得注意的是，仅从法律位阶上看，《资管新规》不是法律、行政法规，也不是前文提及的部门规章，而算是“一般规范性文件”。另外，在《资管新规》严格禁止刚兑行为的同时，对存款和非存款金融机构的刚兑事件采取了不完全相同的处理方式。而《九民纪要》并未就约定刚兑的主体加以区分——将“商业银行”这种典型的“存款类金融机构”明确纳入“一概无效”条款规制的范围内。本文并非意在

对存款和信托（资产管理）业务的区分做深入探讨，只是希望探讨《九民纪要》在“刚兑约定”问题上的处理态度是否较《资管新规》更为严格？这其实可以衍生出另一个问题，就是今后是否凡是金融行业的规定或监管趋势，或至少是事实上由更高层级通过的监管文件，都可能属于“涉及金融安全的公序良俗”？譬如第二点中谈到的“强制性规定不导致该民事法律行为无效的”情况，会否将在金融领域无迹所踪？我们认为这就需要按《九民纪要》给出的方向，“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”，恐怕很难给出确定性的判定。

综上所述，我们认为，保险资管行业是金融业的一部分，而金融业在我国是强监管行业。保险资管业务日常触及的法律问题通常可归结为两类事项，一类是民事/商事关系，一类是监管关系，其实这就体现了以上意思自治和公共秩序的两元。因此，金融人或者至少金融法律人每天的工作实质就是考虑怎样去统筹、协调这两者在具体业务中的关系。尽可能地探清公共秩序（监管）和意思自治的边界，可以帮助大家最大化自己的经济利益，又不碰触公共秩序的红线。同时，也需要理性的看到，法律之于公共秩序，就好比海面之于海底，经验再丰富的导航员、再灵敏的探测器，也难以准确地探知海底的全部、准确、实时的情况，这就需要我们不断地摸索、探求并在个案中积累经验和感觉。

邓 梁 合 伙 人 电 话：86 10 8519 1276 邮 箱：dengl@junhe.com
王达维 律 师 电 话：86 10 8553 7749 邮 箱：wangdw@junhe.com

本文仅为分享信息之目的提供。本文的任何内容均不构成君合律师事务所的任何法律意见或建议。如您想获得更多讯息，敬请关注君合官方网站“www.junhe.com”或君合微信公众号“君合法律评论”/微信号“JUNHE_LegalUpdates”。

