

英美违法合同禁止返还规则的例外

李爱平

内容提要:英美法处理违法合同的一般规则是不得强制履行,对已履行的部分法院亦不得提供返还救济。这一规则的价值与立论依据值得肯定,但在违法认定较为模糊的语境下却显得过于僵硬和严苛。因而在面对具体案件时,法院往往借助“例外”来予以缓和,并逐步呈现类型化趋向,但这种类型化的处理模式在具体适用过程中也会遭遇种种困顿。对于一般规则及其例外的发展走向,有学者指出,“允许返还”实际上正逐步颠覆一般规则的传统地位,另有学者则认为解决例外情况适用困境的改革方向是将法院的自由裁量权成文化。但笔者认为这两个论断的得出都还显得为时过早,诸多证据表明“禁止返还加例外”之适用模式仍会在英美法上继续沿用。虽然自由裁量权的成文化取向尚未成为主流,但学者们在论证其可行性过程中就主要衡量因素所做的框架性设计却具有重要的启示意义。

关键词:违法合同 公共政策 返还 自由裁量权

李爱平,神华科学技术研究院。

从比较法的角度看,无论是大陆法系还是英美法系,关于违法合同效力及其法律后果的规定都稍显错乱。英美法上所述的违法合同主要是指所有违反法律禁令或者违反公共政策的合同,对于这类合同的效力,其一贯立场是:违法合同即为无效合同,^[1]并禁止合同当事人通过诉请以支付劳务或者货物的报酬等方式予以履行。但若该合同已经完全或部分履行,已交付的标的物到底应该返还抑或不返还?这一问题不仅关乎系争财产或金钱的归属,亦关乎违法合同制度的设计理念,因此不管是从理论还是实践的角度看,都需要认真对待。

对此,大陆法系国家主要通过不法原因给付规则加以处理,且态度基本一致:基于不法原因的给付不得返还,除非不法原因仅存在于受领一方当事人基于违法合同而提起的返还请求。英美法则通常将返还问题与不得强制执行一体把握,即返还诉请一般也会因其违法性而遭到拒绝,如《美国合同法重述》(第二次)第178条评论a(下文简称《重述》)对于违反公共政策合同的基本态度是不得强制执行和恢复原状。但在司法实践中,某些案件的返还

[1] *Mogul Steamship Co v McGregor, Gow & Co* [1892] AC 25 at 39 per Lord Halsbury. 尽管“违法”合同与“无效”合同之间有时存在一定差异,但两者的法律结果不易于区分,因而两者的区别也就显得极为模糊,法院有时也将它们作为相互替代的概念进行使用(R. A. Buckley, *Illegality and Public Policy*, Sweet & Maxwell, 2002, p. 246.),因而本文亦不做细致的区分,而总体论述。

请求权却得到了支持,出现本文所讨论的问题——禁止返还之例外。例外情形在一般规则语境下出现,其背后的基本考量是什么?适用过程中是否会遭遇困顿?解决这些困惑的出路又在何方?本文欲在整理、分析和概括英美相关判例及学说的基础上,系统论述英美违法合同禁止返还之例外问题,并试图探寻其对完善我国违法合同相关立法的启示。

一 禁止返还规则之例外的理论依据与争议

(一)英美违法合同禁止返还规则的立论依据

英美法的传统理论主要是从“洁手原理”、不干预、惩罚和威慑四个方面^[2]来构筑禁止返还规则的正当性依据。但细究之,“洁手原理”与不干预、惩罚和威慑实际是从不同角度论述了两个问题:一是合同之违法性对诉讼的影响,二是违法合同规则所欲实现的目的,故这里合并论述。

1. “洁手原理”与不干预

“洁手原理”可以溯源至罗马法的“任何人不得对其恶行主张权利”,据此,原告若想获得衡平法救济,其本身必须未从事不法或有悖道德的行为。这一点最早是由 Willmot 法官在 *Collins v. Blantern* 案^[3]中提出来的:对于那些以不法或不道德行为为基础而提起诉讼的当事人,即使已经根据无效契约支付了价款或交付了货物,法院也不予救助。

由此不难看出,“洁手原理”其实是从违法性对合同当事人的诉讼地位所造成的影响这一角度出发,来阐述禁止返还的正当性。与此相对应的是法院对于违法行为当事人的态度,从而引出不干预原则,其背后的政策考量是:法院对事关违法合同的争议作出裁定是有失体面、不合时宜的。因为一旦法院允许不法者就已履行的部分主张返还,实际上是协助恶人达其所欲,这显然有损法院的尊严。

2. 惩罚与威慑

处理违法合同之返还问题的关键,是无法确定由何方当事人保有不法获利更为妥当。现有规则的基本取向似乎是将损失强加于原告,也即对原告参与不法行为施以惩罚,而惩罚的手段是阻止其诉请返还之前欲通过不法行为获利而交付的标的物,并希望藉此在第一时间阻断类似交易的形成。这一立场的逻辑预设是:出于对禁止返还之后果的畏惧,先履行违法合同的一方当事人自然会对是否支付预付款或提供服务有所犹豫,因为一旦履行,便可能面对较为严格的法律制裁——没收。而这也揭示了违法合同禁止返还规则背后的另一项重要考量因素——威慑。

有学者指出,威慑理论是证明违法合同规则正当性的最有力论据。^[4]因为英美法违法合同相关规则的设定主要是基于公共政策的考量,法院则通过将非法合同定性为“无效”,并否认其法律效力来彰显他们对公共政策的关注。他们认为,一旦拒绝对基于违法行为而引发的诉讼进行干预,便会在不法行为实施之初对违法合同当事人产生威慑,^[5]进而威慑合同以外的人。从这个角度看,可以将惩罚和威慑理解为手段与目的的关系,通过两者的互

[2] J. W. Wade, Benefits Obtained Under Illegal Transactions-Reasons For and Against Allowing Restitution. (1946) 25 *Texas L. Rev.* 29, 31.

[3] (1767) 2 Wils. K. B. 347 at 350, 95 E. R. 80 at 852.

[4] J. Shand, Unblinkering the Unruly Horse: Public Policy in the Law of Contract, (1972) 30 *Camb. L. J.*, pp. 152 - 153.

[5] Juliet P. Kostritsky, Illegal Contracts and Efficient Deterrence: A Study in Modern Contract Theory, *Iowa Law Review*, October, 1988, pp. 115 - 163.

动,防止不法行为当事人再行不法,同时也阻吓潜在的不法行为人涉足不法。

上述禁止返还规则的立论依据,主要是围绕“违法性”要素展开的,而近年有学者提出主张违法合同禁止返还的一个重要理由是防止自我否定,因为认可返还请求权的行使会使拒绝强制履行合同变得毫无意义。从结果的角度看,履行了非法合同的原告仍能获得返还,则相当于赋予了违法合同当事人一项特权——鱼和熊掌兼得,即如果他们对履行结果感到满意,就可以止于履行的现状;如果不满则可以要求返还,这种特权的存在是对法律规则、条款本身一种自我否定。也就是说,相当于使那些禁止给违法合同提供救济的法律形同虚设,从而导致立法者对这一问题所持的基本立场面临难于弥合的悖论。

(二)禁止返还规则面临的挑战——诸多“例外”应运而生

基于上述考虑,禁止返还规则一直被视为英美法处理违法合同返还诉讼的基本出发点,这些立论依据有其合理性,但也并非无可指摘,甚至在理论与实践方面均面临诸多挑战,而这也是导致例外情形出现的直接原因。具体挑战包括如下几个方面:

1. 反对没收的传统立场

英国议会以立法的形式确定一点:在特定场合因犯罪行为而获益的,该收益会被没收。设立这一规则的基本考量是“任何人不得基于自身的违法而获益”,^[6]议会希望藉此避免当事人因参与非法行为而获益。例如在一些当事人对基于非法交易移转财产所有权而发生争议的案件中,国家便会介入并将该财产收入国库。英国法律委员会认为没收条款是被作为排斥违法抗辩的因素而适用的,但这也不代表其可以将民法中违法抗辩之规定取而代之。究其理由:一方面严格而言“没收”是一种可归入行政制裁手段或刑事制裁措施的惩罚手段,而非民事责任形式;另一方面在实践中“没收”很可能会殃及无辜的其他债权人的利益。正如贝卡利亚曾告诫人们的:“某些人认为:没收财产是对复仇能力和私人势力的约束。但是,他们没有考虑到,这些刑罚尽管具有一定的合理性,但并不完全符合正义标准,因为,被称为正义的刑罚应该是必要的刑罚……而没收财产很多时候加诸于软弱者身上,它使无辜者也忍受着罪犯的刑罚”。^[7]因而反对没收也被英美合同法视为处理违法合同一项重要的原则。例如,在处理违反公共政策的合同时,美国法院若认为拒绝强制执行该合同虽有利于贯彻公共政策,却会导致没收,他们便会尽可能地使该合同得以履行,除非合同所违反的公共政策的重要性超过了没收的负面影响。^[8]禁止履行规则尚需为“反对没收”让路,禁止返还规则自然也不例外。《重述》采纳了这一思路,其178条(c)明定“在权衡是否强制执行一项合同条款时,需要考虑的是……如果拒绝强制执行会否带来任何没收的结果”。此外,它还表现出这一倾向:在一方当事人已经部分履行合同并交付的情况下,该当事人应该会提起诉讼要求返还,但如果“拒绝返还可能会导致不合理的没收”(第197条),法院应考虑通过提供司法救济的方式避免没收的结果发生。

2. “违法合同”的认定具有不确定性

在英美法上,一旦合同的形式、内容或者履行过程中存在违法情形,就可能被认定为违法无效,而据以认定合同违法的法律又极为宽泛和不确定,^[9]《重述》更是将该问题纳入公

[6] The Proceeds of Crime Act 2002, The Statutory Regimes For Criminal Confiscation and Civil Recovery, p. 6.

[7] [意]贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社1993年版,第5页。

[8] 王军:《美国合同法》,中国政法大学出版社1996年版,第144,151页。

[9] 如按照《重述》第178条评论a的解释,据以认定合同无效的法律包含任何有立法权的机关所制定的各种法律,这其中不仅包括制定法,还包括宪法和地方法令,以及据此而制定的行政规章。

共政策的麾下,进一步强化了“违法”认定的不确定性。这主要体现在如下几个方面:第一,对合同的限制一般源于成文法、规则及普通法学说,而它们的语言和范围并不确定,外加“公共政策”的内涵异常庞杂,因此极难确定系争合同是否违法;第二,成文法本身往往不明示或默示禁止某行为,从而导致具体适用中也存在一些悖论。例如,英国 1845 年的赌博法案规定:“所有……以博彩或者赌博形式出现的合同或者协议,应当无效。”但该法案未明示是否禁止博彩和打赌,且从历史上看,类似合同在普通法上通常被认为有效。可见,尽管这一政策已被制定为法规,但没有明确途径使违法合同规则适用于这些合同,且大多合同法教材也并不将这些交易视为“违法”,自然不倾向对它们适用违法性规则。^[10] 第三,法律很少明确指出合同所含的不法性可能导致怎样的后果,也很少明文规定违反相关规定的合同其效力到底如何,增加了法律适用的不确定性。

也正因为此,合同当事人在很多情况下无法预见自身行为是否构成违法,此时,强硬要求当事人仅在自洁其手时方可获致法院的救济,或者因其无心之过而接受不得履行、禁止返还的惩罚,以求威慑之功效,无疑显得过于苛责。这种处理方式也不符合基本法律理念,即若要剥夺财产权利,所依据的法律必须是明确、适度而公正的——这是人权保护的基本要求。^[11] 此外,在判定合同是否违法及是否适用违法合同规则都缺乏直接法律依据的情况下,还会导致一个非常棘手的问题:过度威慑。因为失去任何法律保护的威胁将会促使部分当事人避免或尽量减少合同行为,尽管他们有时具有较为充分的理由相信某项合同的合法性。

3. 司法裁判角度的妥适性检验

这一点主要可以从以下两个方面来认识:

第一,源于公正性的拷问。一般而言“洁手原理”同相应的惩罚性相结合,极易导致法院形成偏向被告的判决。对此,有学者认为在违法合同场合,无论将惩罚施于原告还是被告,其目的并不在于公正地解决纠纷,而是出于维护公共利益之“一般政策性”的考量。正如 Mansfield 勋爵曾在 *Holman v Johnson* 案中指出的:即使抗辩获得支持,也不是为了维护被告的利益……而是建立在一般的政策原则基础之上,与实质正义相反,根据这一原则被告偶然地占据优势……^[12]

尽管如此,这一思路将原告排除在救济范围之外,尤其是在被告也参与了不法行为,甚至具有更高的可归责性时,势必会遭致如下质疑:同样双手不洁的被告,不但无需接受惩罚,还可以保有利益,其理何在? 虽有“相同过失,被告占优”之法谚为据,但“任何人都不得从自己的不法行为中获益”之格言所昭示的也是自明之理。尤其在曼斯菲尔德(Mansfield)勋爵明确指出这一点后,人们已逐步认识到违法性规则背后隐含的不公。对此,罗斯(F. D. Rose)教授直截了当地指出:“拒绝为进入违法合同的原告提供救济的规则……通常被认为是粗糙且过于宽泛的,一般都未能区分双方当事人的相对过失,而仅不合理地对不法行为的原告施以惩罚。”^[13]

第二,对法院不干预立场的质疑。在判例法中,有诸多迹象表明法院拒绝干预的真正理由是:与其屈尊去探寻当事人之间的是非曲直,不如简单地将他们置于原地,以维护法院的

[10] The Law Commission Consultation Paper No 154: *Illegal Transactions: The Effect of Illegality on Contracts and Trusts*, p. 6.

[11] The Law Commission Consultation Paper No 320: *The Illegality Defence*, p. viii.

[12] See *Holman v Johnson* (1775) 1 Cowp 341, 343; 98 ER 1120, 1121.

[13] See F. D. Rose, *Gratuitous Transfers and Illegal Purposes* (1996), 112 *Law Quarterly Review*, pp. 386, 388.

权威。典型的如在臭名昭著的 *Everet v. Williams* 案^[14] 中,法院不仅拒绝了一个强盗与同伴平分利益的诉请,还对代理这一诉讼的律师施以罚款,理由是他企图损害“法院的尊严”。毫无疑问,如果法院认为实施了不法行为的原告可以主张合同请求权,通过不法行为获利,肯定是不合适的。但法院似乎又没有贯彻这一立场的必要措施。相反,依据同样的规则,若出现原告中止不法目的等情形,他们会认为支持原告之返还请求权是公正的。这似乎是建议法院按下述方式发挥其功能:像对待有效合同(只是已按约定或因受挫而终止)那般先确定原告的地位,进而实现当事人之间的公平对待。^[15] 也就是说法院应通过合理权衡作出裁决,或者基于原告的违法行为仅判处相应的金钱惩罚,或者在必要时否认原告请求权。有人认为这种在当事人之间寻求惩罚和正义之平衡点的做法是“中间路线的转向”,^[16] 它符合法律并非全有或全无的规定模式(即原告的诉讼请求或者全部得到支持或者全部被否认)。因此,英国法律委员会认为,仅在系争违法合同从道义上看极为令人震惊,或原告的行为令人发指的情况下,法院基于维护尊严的立场拒绝提供任何帮助才具有正当性。因为法院的尊严只有在涉案合同的违法性极其严重,而非仅仅违反了一些琐碎的技术性法律规则时才会面临挑战。^[17]

从某种意义上说,“自我否定”之立论其实更多的是基于违法合同所涉之法律背后的政策考量,而允许返还的真正动机也是对违法规则背后的基本政策加以保护。提供返还救济的确会使法律面对自证其否的风险,但如果存在如下情形便不构成“自我否定”:允许返还将有利于实施违法合同规则背后的政策;违法性源于错误或胁迫;否定返还诉求将导致更大的罪恶。^[18] 也就是说,这里所需思考的重点是:允许不当得利返还,是否会使法律对非法行为的谴责,以及拒绝执行非法合同的规则沦为一纸空文。如果原告可以证明存在以下情形,“自我否定”之立论便失却了其现实意义:只需对诉讼进行适当的限制(如对返还数额和返还主体进行限制)就不会导致法律拒绝履行违法合同的目的落空;对其他价值的保护高于表面的自我否定;拒绝不当得利返还将否定立法的价值。

从上文可以看出,对基于违法合同的给付,绝对禁止返还是不尽合理的:不仅理论上无法圆满,实践中亦会导致不公。但英美法现行的基本取向是继续将其作为一般规则,只是这一僵硬而严苛的规则与英美立法及司法之“政策化”倾向相结合,必然导致司法实践中存在大量突破该一般规则的情形,从而形成以禁止返还为原则,允许返还为例外的适用模式。

二 禁止返还的例外情形及其适用困境

从理论上而言,例外情形是在一般原则的大背景下慢慢发展起来的,但从实践角度看,在经历司法实践和学者的多年演绎之后,也已形成较为系统的类型化适用框架。

(一) 例外情形的类型化适用

1. 可归责性较弱一方请求返还

这一例外类型的基本预设是:如果双方当事人间不存在可归责性差异,法院应以“将他

[14] *Everet v Williams* (1725), 具体案情见 <http://www.hosteny.com/funcases/highwayman.html>.

[15] See Peter Jaffey, *The Nature and Scope of Restitution*, Hart Pub., 2000, p. 222.

[16] See *Saunders v Edwards*, [1987] 1 WLR 1116, 1134.

[17] The Law Commission Consultation Paper 320, p. 87.

[18] The Law Commission Consultation Paper 160, p. 82.

们留于原地”的方式来处理违法合同,其依据是私法自治原则——即使失败的交易也是各方当事人深思熟虑的结果,各方都应承担由此带来的损失,而司法干预则会破坏这种分配机制。但如果由于一方当事人对违法性缺乏认知、存在地位或者获致律师辩护可能性上的差异、当事人间存在持续性的或者信托类的关系等不同可归责性的情形,从经济学角度而言他就不太可能进行明确地将损失分配于最低成本规避一方的交易。因为此时弱势一方极可能对所要分配的风险认识不足,或者对可能发生的破坏性突发事件存在误信,而这些都有可能影响当事人的谈判能力。因此在这类案件中,法院可以通过允许执行、撤销,或允许返还的方式提供救济。

第一,因双方当事人地位导致可归责性程度的差异。

首先,“地位悬殊”一般指当事人之间专业地位的差距,如一方当事人是某领域专家、受过更好的教育,也可指经济上优于对方。若双方存在专业地位差异,仍严格按禁止返还规则适用往往会造成不公,因为其他诸如认知程度、专业知识差异,或议价能力的不相称等通常都与此相关。是故,一些法院明确地将地位悬殊因素作为给予救济的理由,而有些法院则将它作为影响判决结果的隐性因素^[19]。

其次,受保护群体的例外。如果一方当事人属于法律有意保护的那一类主体,且没有政策禁止对其所作允诺的强制履行,法院会倾向于允许违法交易的该方当事人获得返还。也就是说,如果制定法的目的在于保护原告身属其中的弱势群体,且法律禁令的直接目的是管理,则不法性不构成返还的抗辩。在 *Kiriri Cotton Co v. Dewani* 案^[20] 中,承租人为租赁一套公寓而向房东支付了 1 万先令的敲门费,这一行为无疑违反了《乌干达限租令》第 3 条第 2 款的规定,但枢密院支持了承租人的返还诉请,对此,丹宁法官的判词如下:本案适用“双方过失相等,则优遇被告”原则时,首先需要探询的是,在当时住房紧缺的背景之下,限租令的目的是否在于保护承租人免受房东的盘剥?敲门费是出租人囤屋居奇、漫天要价的工具;限租令第 3 条第 2 款的颁行,旨在保护承租人免遭此种不幸。对此,从法条仅惩罚房东或其代理人而不惩罚承租人,便可见一斑……承租人有可能手头宽裕,在此只是略施小惠以图获得更多便利,也可能迫不得已,为求栖身之所不得已而为之。但无论如何,其可归责性程度,肯定不及利用自己的财产权利、剥削那些但求片瓦遮顶之人的出租人。但有一点需要明确:如果主张权利的一方参与了严重的不法行为,即便他可归入受保护的行列,也会失去请求返还的权利(《重述》第 195 条)。

最后,对法律和事实的认知存在差异。虽然现代法律的基本原则是“不知法”不构成当事人从事违法行为的正当理由,但从英美的司法实践看,一方当事人对潜在违法性的认知程度也会影响其获得返还救济的可能性。如果当事人是在对造成违法性的事实存在“可谅解的不知情”,或者对交易本身的非法属性不知情的情况下从事不法行为,且这种不知情主要是受其自身特性所限,法院便极可能对其提供救济。《重述》采纳了这一点,其第 180 条和第 198 条明确指出“可宽恕之不知的效果”,当然这一例外的适用也受到一定的限制(第 178 条之评论 a):仅在当事人所不知的法律为地域性、专业性或者技术性规定,且他方当事人对此有所认知时,其不知情方能得到宽宥。

[19] See *Beynon v. Garden Grove Medical Group*, 100 Cal. App. 3d 698, 705, 161 Cal. Rptr. 146, 150 (1980).

[20] *Kiriri Cotton Co v. Dewani*, [1960] AC 192.

第二,对违法合同的意愿因素导致的可归责性差异。

该例外主要包括以下几种情形:

首先,目的取向的意愿差异——暴利因素。这一例外的基本考虑是:如果因不得强制履行和禁止返还规则产生了暴利,获益人便会有更强的动机去从事违法行为,并以违法性作为抗辩逃避责任。如果其他当事人并非意欲凭借不干预规则获取同样的暴利,他订立违法合同的动机就没有那么强烈。学者认为,当事人涉足违法或违反公共政策的动机不相同时,以一种能够消除强烈动机的方式适用救济规则会显得更为经济。^[21]

其次,磋商过程中存在意愿瑕疵——欺诈、胁迫或其他越权行为。一般而言,如果在磋商过程存在缺陷使非法协议的当事人“被自愿”参与协议,法院则更倾向于撇开非法性,而对欺诈及其他越权行为的受害一方当事人的无效权利提供救济。从理论角度看,法律可以基于如下理由使受害者免受损失:同意原则;福利最大化;实质性公正原则。^[22] 如果一方当事人通过胁迫等方式控制了对方的意志,此时没有理由强制对方执行该项义务,因为欠缺构成合同责任的最关键要素——自愿。法院还有可能基于如下理由偏离传统规则,而对当事人提出的诉请进行干预:行使经济胁迫;缺乏议价能力。*Karpinski v. Collins* 案^[23] 揭示了胁迫因素对案件的影响。在该案中,原告声称自己是为了获得 A 级牛奶合同而被迫支付回扣,诉请返还,被告则以回扣的非法性提出抗辩。上诉法院驳回了抗辩,其理由是“原告是一个小奶牛场老板,在经济上完全依存于其能否获得 A 级牛奶合同,而在当地订立该类合同极其困难,因而他很容易受被告的胁迫”。至于欺诈,一些学者认为,由于受欺诈的一方当事人无法获得充分的信息,来决定哪些交易符合价值最大化要件,也就无法最优化分配其资源,故凭欺诈手段诱导的合同不符合福利最大化,如此一来,对受欺诈方的“无效权利”提供救济也就具有了正当性。

最后,履行过程中的意愿差异——参与程度不同和及时退出。虽然诉讼当事人均知悉潜在的违法性,但假使被告是积极行为人而原告系被动地参与不良行为,后者仍可能获得返还。*Holman v. Johnson* 案^[24] 即表明了这一立场,在该案中,原告允诺将茶叶卖给打算将茶走私往英格兰的被告,事后被告拒绝对已交付的货物付款,原告提起诉讼要求被告按照协议价款支付价金。在判决过程中,法院对两类案件做了区分处理,即“交易中买方需要对使货物着陆支付费用”的案件,以及在货物着陆前,原告并不关心货物是否用以走私而只是以合法出售货物的形式从事交易的案件。并据此得出结论:本案中原告对于违法目的的知悉和参与程度并不足以导致合同不得强制履行的后果。

另外,一方当事人若能及时退出违法合同,便可取回其基于违法合同交付给对方当事人的利益。不难看出,法律有意藉此创设一项激励机制,促使当事人退出或者中止违法合同。对此,合理的解释是:不能仅仅因为原告基于不诚实的目的支付了价金,而终局地将其认定为不法行为人,只要非法或不诚实的目的尚未完成,其仍有机会从中抽身,除非他是以一种

[21] Juliet P. Kostritsky, *Illegal Contracts and Efficient Deterrence: A Study in Modern Contract Theory*, *Iowa Law Review*, October, 1988, pp. 115 - 163.

[22] Juliet P. Kostritsky, *Illegal Contracts and Efficient Deterrence: A Study in Modern Contract Theory*, *Iowa Law Review*, October, 1988, pp. 115 - 163.

[23] 252 Cal. App. 2d 711, 60 Cal. Rptr. 846 (1967).

[24] *Holman v. Johnson*, 98 Eng. Rep. 1120 (1775).

有悖合理限度的状态积极从事这一行为。^[25] 当然,这一例外的适用亦需受一定的限制,即如果当事人仅仅是基于如下原因退出违法合同,并不构成真正意义上的退出:(1)已经被发现;(2)被告拒绝继续履行合同;(3)一些超出他控制范围的因素使违法行为受挫。

2. 非直接以“违法性”为依据请求返还

首先,当事人对系争财产存在独立于违法合同之外的法定或者衡平法上的所有权。在很多情形,一方当事人虽然基于违法合同移转财产,却可以根据独立于该合同的法定或衡平法上的所有权权益,而请求返还财产,也就是说假使一方当事人非以不法合同本身为由诉请返还,该诉求便可得到法院的支持,构成所谓的“不依赖原则”。很显然,此时可获准许的诉请是:“还给我,这是我的!”不能获得准许的诉请是:“还给我,你是基于我们之间的违法合同获得财产的。”

由于这一例外最早是在 *Bowmakers Ltd v. Barnet Instruments Ltd.* 案^[26] 中被适用的,因此也被称为 *Bowmakers* 规则,经过多年的争议,于近 50 年后的 *Tinsley v. Milligan* 案^[27] 中再次得到确认,在该案中,上议院重申了这一处理规则:若原告不以违法本身为由,便可主张返还其财产权利,且不论其所拥有的是普通法上还是衡平法上的权利。至此,旨在保护原告法定所有权权益的规则,被延伸至衡平法上财产权益的保护,即便该权益在非法转让前并不存在。当然,在构成预付财产的推定(推定赠与)场合,该例外情形不得适用,主要是指丈夫给予妻子的利益和父母给予子女的利益等场合。

其次,所涉违法合同仅构成间接违法。法院通常会对那些违法性“内在于”交易本身的案件拒绝提供救济,而对仅具间接违法性的案件采取不同立场。《重述》第 178 条(3)d 款的内容体现了这一例外情形,根据该条款,在某一合同条款因违反公共政策而不得强制执行,并斟酌其背后反对履行该条款的公共政策时,需考量不当行为与合同条款的直接关联性。这里所述的直接关联性主要包括以下两种情形:一是不当行为本身构成合同的主要内容或目的;二是合同虽不以不当行为为目的,却可能诱发不当行为的发生。

(二) 适用困境

如上文所述,据以认定合同违法的因素宽泛而庞杂,且各式案件的具体情境亦千差万别,纵使法院努力尝试对例外规则进行类型化处理,来指引这一领域的司法实践,但在适用过程中还是给法院造成了很大的困扰,陷入裁判因素难于确定的困境,甚至有学者认为在很多时候它都很难自圆其说。^[28] 因而在审判实践中往往出现这样的结果:法院有时将违法行为忽略了(例如,一个船主运载的货物超出了法律规定的限载范围,仍可以诉请获得报酬),有时却又主张以违法性阻却一方当事人基于合同提出诉讼。^[29] 但对于到底应该如何对相近案例进行区分却不甚明了。其结果是判例法成了由一些难于确定和区分的混乱规则构成的错综复杂的网络。^[30] 现结合不同的例外情形,分析如下:

[25] See Peter Jaffey, *The Nature and Scope of Restitution*, Hart Pub., 2000, p. 220.

[26] *Bowmakers Ltd v. Barnet Instruments Ltd.*, (1945) 1 K. B. 65.

[27] See *Tinsley v. Milligan*, (1994) 1 AC. 340.

[28] The Law Commission Consultation Paper No 154: *Illegal Transactions: The Effect of Illegality on Contracts and Trusts*, p. 81.

[29] *Hall v. Woolston Hall Leisure*, [2001] 1 WLR 225.

[30] The Law Commission Consultation Paper No 320: *THE ILLEGALITY DEFENCE*, London: The Stationery Office, Ordered by The House of Commons to be printed 16 March 2010, p. 42.

1. 地位差异之例外的适用难题——适用空间的有限性

首先需要指出的是,受保护群体规则的适用空间是非常有限的,因为若要援引这一规则,法院必须做到以下三点:(1)洞悉应如何更好地保护这一群体;(2)确定哪些人属于这一群体;(3)明晰判决将对类似合同产生何种影响。但法院往往不愿主动对违法或违反公共政策的合同施加影响,而且法律条文通常未明确指出违反成文法会对合同造成怎样的影响,因而法院也往往不会机械地根据“立法机关意欲保护谁”来进行裁决。因此这一例外情形的适用范围问题远未解决,甚至在很多情况下,即使成文法明确指出其所保护的群体,法院也有可能因为某些因素的出现而拒绝给予保护。^[31] 例如在著名的 *Green v Portsmouth Stadium Ltd.* 案^[32] 中,原告是个赌马经纪人,常年出入赛马场,事后他起诉称,其每次进入被告的场地都支付了2英镑,而这显然超出了1934年博彩法案第13条设定的限额,因而请求返还。上诉法院法官丹宁认为“违反制定法本身并不能当然产生返还请求”,“这取决于对制定法的正确解释,是否意在允许当事人通过诉讼请求返还多缴的款项”,他认为博彩法案的目的系规范赛马场的运营,而非保护博彩经纪人,原告的返还请求遂被驳回。其次,当事人地位对法院裁判的影响幅度该如何界定,也不是一目了然的,如在 *Bateman Eichler, Hill Richards, Inc. v. Berner* 案^[33] 的判决中,法官面临一个争点:公司内部人员和经纪人歪曲非公众所知的重要内部信息,诱使投资者购买其股票,他们能否主张普通法上的互有过错抗辩而阻止投资者依据联邦证券法提起返还诉讼? 在其他类似的案件中,泄露证券内幕消息者提供了虚假信息,而消息获取者据此进行了交易,此时他们均违反了证券交易法。在不当获取内幕信息者起诉经纪交易商时,对方通常会以“共同过错抗辩”来进行自我防御。对于该类诉讼,贝特曼埃奇勒法院通常主张不适用不法行为抗辩,但不同法院对这一抗辩的有效性依然存在很大分歧。

2. 非自愿情形之例外的适用难题——基础假设的合理性论争

该例外的重要预设前提是,如果一方的特性决定了其更易于上当受骗,则表明拒绝提供司法救助的制裁不太可能阻止该人今后再缔结类似的合同,因为具有无经验或不成熟特点的受害者往往会过高地估计交易的潜在利益,而低估不可强制执行的风险,因此也就不可能正确面对无效规则的潜在阻吓作用。但在类似案件中,法院也可能倾向于适用不干预规则,并得出这样的结论:若非如此,那些易受欺骗或经济胁迫的人将无法对不得强制执行成本给予足够的重视,甚至可能受很强的自利动机驱使而无视法律,并继续选择承担该风险,以实现自己的利益目标。^[34]

3. 知情程度差异之例外的适用难题——法律认知程度的影响力界定

该例外情形所需面临的问题主要在于当事人对法律认知程度存在差异的情况。一个多次从事该行为的当事人,势必对合同的潜在违法性较他方当事人更为了解,例如一家保险公司与其潜在的客户,双方在违法合同价格的掌控能力上存在很大的差异。保险公司自知某

[31] Juliet P. Kostritsky, *Illegal Contracts and Efficient Deterrence: A Study in Modern Contract Theory*, *Iowa Law Review*, October, 1988, pp. 115 - 163.

[32] *Green v Portsmouth Stadium Ltd.*, [1953] 2 QB 190.

[33] *Bateman Eichler, Hill Richards, Inc. v. Berner*, 472 U. S. 299 (1985).

[34] Juliet P. Kostritsky, *Illegal Contracts and Efficient Deterrence: A Study in Modern Contract Theory*, *Iowa Law Review*, October, 1988, pp. 115 - 163.

人寿保险合同有可能被认定为非法,而禁止履行规则将使其有机会避免履行合同,因而其提出以较低的价格订立合同。客户不具备这方面的认知,因此容易受较低的价格引诱而购买该保单。这类不良交易的潜在可能性或许可以证明《重述》第 198 条(a)的正当性,即若一方当事人“对次要法律规定的不知情”是可以谅解的,可以允许返还。然而,这一立场却没有提供太多指导性说明,以确定什么类型的不知情是可以谅解的,以及如何分辨哪些法律规定是次要的。这也进一步导致不同法院对类似案件的处理存在很大差异,如在上文提到的 *National Bank v. Petrie* 案中,法院根据当事人的职业情况推断其对违法性的知情程度存在差异,而支持了返还诉讼,而在类似的 *Harse v Pearl Life Assurance Co.* 案^[35]中,原告不明智地基于一个违法且无效的保险合同支付了保费,法院却基于被告保险人也不知道保险合同的违法性,认定双方当事人具有同等过失,而没有支持原告的返还诉讼。

4. 及时退出之例外的争议点——退出时点的界定

通常认为判断是否构成及时退出的依据,是非法交易的部分甚至是全部履行是否构成违法合同之主要目的的达成。上诉法院在 *Tribe v Tribe* 案^[36]中明显放宽了对“及时退出”之认定的要求,他主张即便所涉交易已经没有必要,只要当事人自主退出合同就可以请求返还。因此,法院允许一个父亲索回其在金融风暴期间为躲避债权人的追索而转让给儿子的股权,而这一欺诈之所以没有继续是因为金融风暴已然退去,债权人的追索问题已不复存在。但针对此案,有学者提出了较为尖锐的批评,认为对在违法合同本身已没有价值的情况下退出合同的当事人给予激励,不仅没有必要,甚至匪夷所思。^[37]而且 *Tribe* 案对“何时剥夺当事人退出违法合同的机会为宜,也即部分履行是否会导致当事人失去退出的机会?”这一问题,也未能给出合理的答案。法院对这一问题的态度可谓沉浮不定:在 *Taylor v. Bowers* 案中的法官给出的答案是:不会,仅在全履行完毕的状况下才失却机会。而在 *Kearley v. Thomson* 案中,法院却认为:一旦实质履行,就无法构成有效的退出,也就是说,如果非法目的的主要部分已履行,一方当事人的退出便不具有现实意义。在 *Tribe* 案中,尽管父亲已经全部履行了违法合同(即移转了股份),仍被判构成有效退出。而在较近的 *Q v. Q* 案^[38]中,法官的异议意见指出,违法目的应当被宽泛界定,只要任何取向该目的之达成,却又超出了在当事人家庭内部确立合同之范围的步骤已经被实施,退出诉求就不应得到支持。

5. 非直接以“违法”为依据之例外的适用难题——非独立性确认的合理性

对于该例外情形,争议最大的是当事人对系争财产享有独立于违法合同之外的实定或衡平法上的所有权的情况。以上文提及的 *Tinsley* 案为例,不难发现其裁判存在如下问题:第一,*Tinsley* 的衡平法上的财产权益并不独立于非法交易,在非法交易前它并不存在,很显然它是因该交易而产生的。第二,它更多地依赖于物权法规则来处理,其中一项规则是:当非法合同的当事人意欲转让财产权益时,合同的无效性并不能阻止财产的转让。此时财产所有权已经移转,除非基于主张合同违法,转让人无法主张自己是所有权人,其返还请求也就失去了依据。虽然独立财产所有权的方法可以避免不当得利返还的适用,但它过分地依赖于对“技术性很强的程序性概念的机械运用”,避免了直面“违法性”判断这一难题,也未

[35] *Harse v Pearl Life Assurance Co.*, (1904) 1 KB 558.

[36] *Tribe v Tribe*, (1995) 4 ALL ER 236.

[37] R. A. Buckley, *Illegality and Public Policy*, Sweet & Maxwell, 2002, p. 246.

[38] *Q v. Q*, [2008] EWHC 1874 (Fam), [2009] 1 FLR 935.

就各方当事人的参与程度和责任范围及因不当得利导致的不公平程度等作出评价。^[39] 第三,在该案中,如上文所述一旦存在推定赠与(若 Milligan 是 Tinsley 的丈夫或者父母),其诉请将得不到法院的支持。米利根(Milligan)的诉求之所以能够成功,是因为她和 Tinsley 是女同性恋关系,因而不构成上述推定的任何一种。但在婚姻家庭观念发生巨变的今天,将审判结果建立在双方当事人是否结婚,或者原告是不是丈夫或妻子这一前提之上的做法显然是值得商榷的。第四,尤为重要的一点,从裁判的社会效果看,这可能会在类似案件中扩大推定信托和复归信托的适用,进而有利于当事人对债权人或潜在债权人或前配偶隐匿财产。人们也可能利用信托关系来规避税收,或者向国家申请其原本不该享受的利益。^[40] 另外,间接性违法规则的效用范围亦很有限,由于没有精确的规则可以区分哪些诉讼是间接违法,而哪些案件的违法性又是“内在于”交易本身的,这使得该规则的适用较为困难,因而法院在面对较大案件时会任意地适用该规则。^[41]

正因为存在上述的适用难题,无论诉讼当事人还是其代理人都无法拥有足够的自信去预测法院可能会循着哪条路径进行判决,从而导致违法合同禁止返还之例外规则在不同法院适用与否,以及适用结果均具有高度的不确定性。正如英国大法官法院律师协会在回应法律委员会 2009 年的咨询报告时所指出的:“其结果是一项取决于诉讼以外或者当事人操控能力的法庭抽奖。”^[42]

三 违法合同禁止返还及其例外规则的发展走向

(一)传统立场应予延续抑或颠覆?

有学者从 Tinsley v. Milligan 和 Tribe v. Tribe 这两个案例出发,鉴于原告都存在非善意的违法行为,但都从失信的对方当事人处返回了已转让的财产。进而认为该类案例表明在英格兰,乃至在世界所有普通法系中,人们已经失去对传统立场(禁止返还)的信仰。^[43] 戈拉罕·维尔戈(Graham Virgo)则更为鲜明地指出:需将这一问题交由立法委员会通过成文法的方式来解决的时机已经成熟,并建议是以立法的方式来改变现有的规则。也就是说维尔戈先生所欲看到的结果是:以拉丁法谚“双方当事人的过失相等时,被告人占优”为依托的传统规则被推翻,如此一来原告无需证明自己“不具有违法性或者违法性程度不一致”,就可以获得返还。^[44]

这种立场在某些国家和地区的立法与司法中也有所体现,如《马来西亚合同法》第 66 条并未区分无效的具体原因,而采统一允许返还的立场。尽管学界和实务界都曾一度反对,但从最近的判决看,其最高法院仍然认同该规定在所有违法合同返还诉讼中适用。^[45] 《印

[39] See R. A. Buckle *op. cit.* 246 ff.

[40] The Law Commission Consultation Paper 320, para. 1. 28, p. x.

[41] Juliet P. Kostritsky, *Illegal Contracts and Efficient Deterrence: A Study in Modern Contract Theory*, *Iowa Law Review*, October, 1988, pp. 115 - 163.

[42] The Law Commission Consultation Paper 320, para. 1. 2, p. 1.

[43] Peter Birks, *Restitution and Unjust Enrichment: Recovering Value Transferred Under an Illegal Contract*, *Theoretical Inquiries in Law*, January, 2000, pp. 155 - 202.

[44] Graham Virgo, *The Effect of Illegality in Claims for Restitution in English Law*, in Swadling, pp. 141, 177 - 85.

[45] 对此可见黄忠:《无效法律行为制度》,西南政法大学 2009 年博士学位论文,第 344 页。

度合同法》与文莱《合同法》亦有相同的规定。这似乎表明这些国家在面对禁止返还规则为原则,特殊情形为例外之一般处理模式问题上,出现了从一个极端走向另一个极端的趋向。

但或许是因为禁止返还原则背后的法理考量仍居主导地位,也或许是因为例外情形的适用亦存在诸般困顿,就目前而言这一取向并未成为英美法的主流,在新西兰、不列颠哥伦比亚及南澳大利亚等地区,基于不法合同的给付不得返还这一原则在表面上继续适用,但法院在恰当的时候,可以对不法合同当事人提供救济。^[46] 美国《重述》的立场与此基本相同。从英国的现有裁判看,遵守拉丁法谚的传统立场也还一直被执拗地沿用着,除非能够证明原告是“可归责性较小”的一方当事人。英属哥伦比亚法律改革委员会也曾经考虑这一规则是否应予保留的问题,其结论是:应予保留。不仅如此,它还坚持:该一般规则确实发挥了有益的作用。^[47] 而英国法律委员会经过多年的调查分析,也得出了类似的结论:在适用违法抗辩的过程中放弃严格规则是不太可能的。^[48] 但他们主张,法院应当拥有一定的自由裁量权,在合适的情况下给予救济。

(二)关于自由裁量权应否法定化的争议与取向

如上文所述,例外情形虽经类型化处理,适用中仍存在很多问题,因而许多学者提出通过制定法的方式赋予法官自由裁量权,藉此减少法院在确定适用与否问题上的任意性,而这也得到了部分国家和地方立法的认可,如新西兰《不法合同法(1970)》第7条赋予了法院非常广泛的自由裁量权,法官可以根据一个极为开放的清单斟酌多种因素以决定是否给予救济。有学者研究发现,南澳大利亚的法律改革委员会也曾在其咨询报告中建议在未来的立法改革中采用这一模式,^[49]但即便如此,这一模式是否会解决现有规则之适用困境的理想出路,也未成定论。

自由裁量权应否法定化?诸多例外情形的存在,已从某种程度上表明法院已经认识到了应以更为灵活的方式处理这类案件,而这恰恰表明一点:欲实现“当事人之间的公平”与对“履行违法合同进行一般的政策考量”之间的平衡,是一项极其微妙而艰巨的任务。因此相较于机械适用严苛的一般原则,或者将裁判结果建立在偏于技术性的类型化处理模式而言,全面考量个案的所有情况,继而得出综合的结论应该是更为理想的解决之道,^[50]灵活的自由裁量验证方式也因此得到了一定的发展,法院借此允许返还,除非这样做会触犯公众良知。^[51]

在上文已经提及的 *Tinsley* 案中,虽然有学者认为这种拒绝酌情处理,而适用技术化之财产所有权路径的做法是令人遗憾的,^[52]但上议院仍拒绝了类似的验证,其认为:以自由裁量的方式进行裁判存在以下问题:第一,它与一项长期存在的权力相冲突,而这一权力可追溯至 *Holman v Johnson* 案,即法院不会救济那些将自己置于非法状态的人。第二,它将使司

[46] 加拿大不列颠哥伦比亚法律改革委员会建议说,一般原则仍应适用于违法交易,但应受到法院自由裁量权的制约。(See Law Reform Commission of British Columbia, Report No. 69: Report on Illegal Transactions, 1983, p. 117) 南澳大利亚法律改革委员会则采取了补充规则的态度,他们的意见是授予救济的权力应限于对普通法之救济的补充,而非完全取代。(See Law Reform Commission of British Columbia, Report No. 69: Report on Illegal Transactions, 1983, p. 25)

[47] Law Reform Commission of British Columbia, Report on Illegal Transactions (1983) pp. 55 - 56.

[48] The Law Commission Consultation Paper 320, p. 6.

[49] 参见黄忠:《无效法律行为制度》,西南政法大学 2009 年博士学位论文,第 345 页。

[50] [英] P. S. 阿狄亚著:《合同法导论》(第五版),赵旭东等译,法律出版社 2002 年版,第 359 - 360 页。

[51] Euro-Diam Ltd v. Bathurst, (1990) p. 35.

[52] R. A. Buckley. *Illegality and Public Policy*, Sweet & Maxwell, 2002, 246 ff.

法救济建立在自由裁量权而不是规则的基础上,这应当得到立法机关的认可。上议院对于该案的态度使得自由裁量改革方案遭受了重大的挫折,但却引出了一个需要探讨的问题:是否需要通过立法改革的方式,也即以实定法方式赋予法院自由裁量权?

英国法律委员会在 1999 年的咨询报告中主张就部分违法抗辩引入比例化补救方案,而不采现行“全有或全无”的立法方式。据该委员会的调查发现,大多数被调查者支持他们的建议,但也有一些受访者认为,这一方法将会导致更多的不确定性,甚至是“棕榈树”式的司法(即完全依赖法官自由意志的司法模式)。^[53] 因而有学者认为至少在非法交易问题上,所需进行的必要改进最好限制在法律解释的限度内,而无需通过立法的形式,也不需要一个明确的法律条款来对自由裁量权进行正式的确认。^[54] 该委员会结合自身咨询报告的反馈情况及其后续的调研结果亦得出了近似的结论:即无须就所有违法性案件进行立法改革,对于涉及诉请履行合同、返还不当得利以及诉请保护合法财产权利之类的案件,进行立法改革是不必要的。^[55]

那些赞成通过自由裁量权法定化模式处理违法合同案件的论者,应该是出于如下两点考虑:第一,最近的历史表明,英国的普通法制度,不能被誉为明智的选择。因为未能给案件的处理提供一个清楚、完整,且令人满意的确定性答案,有时反而制造了一个充满矛盾和托词的迷宫。第二,法定自由裁量权是可以构建的,且需要考量的因素也是可以确定并按轻重缓急予以排序的。

对于第一点,我们认为虽然在错综复杂的案件事实面前,必然存在需要加以权衡和平衡的空间,但不容忽视的一点是普通法本身就是权衡和平衡的产物,且其最大的一个优势是,当裁判陷入困顿时,法官无须陷于某一判例无法自拔,而是可以通过遵循先例之外的途径引领自己脱离困境。对于第二点,我们说对违法合同禁止返还规则进行软化处理,其根本原因是以前的法律在对待非法行为问题上所秉持的严格态度,已不符合我们这个时代的精神。这主要体现在其未能公开承认和揭露两个相互作用的原因:一是,判例法源于道德良心单一化的时代,而我们生活在一个更加多元化、不确定和宽容的社会。我们面对违法行为时已经不像以往那么震惊,也更倾向于分担犯罪之人的罪过。二是,非法行为大大增加。可以说,撒切尔主义并没有削弱我们逐步滑向强化管理型社会的趋势。由于几乎所有的行为都要受到规制,因而出现了更多的非法行为,这也正是为何一个较为宽松的,减少对违法性进行裁决的态度已经被接受的独立原因。在这样的背景之下,自由裁量权就与多元化尴尬地组合在了一起。我们都知道,自由裁量即便是经过结构化的构筑,在很大程度上也仰赖于道德直觉,如若不存在一项被公认为可以调控所有交易的道德准则,它就不可能繁荣兴盛。而透明的法律理性则是独立于道德多元化的城池。因此,我们不应急于以立法的形式确立自由裁量之解决方案,而应将其继续视为最后的手段谨慎地使用。^[56]

也正是因为此,虽然新西兰和以色列在违法合同(包括返还)问题上采取了自由裁量权

[53] The Law Commission Consultation Paper 320, para. 1. 16, p. 4.

[54] Peter Birks, *Restitution and Unjust Enrichment: Recovering Value Transferred Under an Illegal Contract*, *Theoretical Inquiries in Law*, January, 2000, pp. 155 – 202.

[55] The Law Commission Consultation Paper 189, para 1. 13, p. 4.

[56] Peter Birks, *Restitution and Unjust Enrichment: Recovering Value Transferred Under an Illegal Contract*, *Theoretical Inquiries in Law*, January, 2000, pp. 155 – 202.

法定化的模式,但英美法大多国家仍将继续沿着禁止返还之一般规则与例外情形并存的道路前进,但为了规避因上文所述的适用困境而导致的高度不确定性,需要在具体案件中就不同的案情进行综合权衡,而不过分拘泥于技术性的类型化分析,并需在最终判决中详细释明裁判理由。

四 对我国违法合同返还制度的启示

(一) 我国违法合同返还制度述评

英美法上的违法合同返还问题之所以显得如此错综复杂,一个主要原因是其违法与无效概念并不像大陆法系尤其是德国法那般精确。对于这一问题,德国法基本上沿袭其一贯的抽象化思维,做了细致的理论区隔,将合同的违法性问题交由民法总论或者合同法总论来处理,而将返还问题交由不当得利制度来予以规范。虽然,我国目前理论和实践对于物权行为理论的认识存在分歧,因而对于违法无效合同之返还请求权的性质尚存争议。但很明显地,对于违法无效合同的认定问题,基本上是沿用二分法的思维模式将法律规范划分为强行性规范与任意性规范,而强行法规又包括强制规范与禁止规范,并进一步将禁止规定分为取缔性规范(或管理性规范)与效力性规范,最后将合同效力的确定维系于后者,也就是说其基本立场是“违法 \neq 无效”。可见,我国的相关立法将违法合同之效力认定过程中所需从事的艰难解释工作,放在了返还之前。而英美法则确立了统一视不法合同为无效,且禁止履行和返还的一般规则,但因为违法性问题的模糊性和宽泛性与一般原则的严苛性相结合,在适用中会出现不可协调的矛盾,从而衍生出了诸多例外,应该说其技术路径更接近于“违法 $=$ 无效 \neq 返还”的范式,而且更倾向于将大陆法上划归一般法处理的内容,统统交由返还法予以规范。两相比较而言,将“违法”的认定问题与返还问题作区分处理的模式是循着我国的传统立法体例和思维习惯做出的选择。

但这并不代表我国关于违法合同返还问题的规定是无可指摘的,我国现行立法对于该规则的相关规定,主要集中在《民法通则》第 61 条和《合同法》第 58 条、第 59 条,综合前文,我们认为至少有如下两个问题值得进一步思考:

第一,现行法关于法律行为无效后果的规定,并未区分无效原因,而是做了一体规定。对于返还问题,自然也没有按照无效的不同原因作区别对待,仅原则性地规定统一发生返还的后果。近年来,为有效维护私法自治,合同法大大限缩了无效合同的范围,即四种:违法;恶意串通损害国家、集体或者第三人利益;损害公共利益和欺诈、胁迫订立的损害国家利益的合同。根据《合同法》第 59 条,仅在当事人恶意串通,损害国家、集体或者第三人利益的情形产生“收归国有”的法律后果,其他违法合同则一并发生返还的法律后果,而对违法性的严重程度,以及返还是否会产生与立法目的相悖的后果等问题却一概不予考虑,这种立法模式似乎有失妥当。

第二,在违法合同的救济问题上,赋予法院法定自由裁量权的做法似乎并未真正成为英美法立法改革的取向,但无疑都倾向于赋予法官一定的权限,以摆脱禁止返还规则的束缚,跳出具有高度技术性的类型化例外规则的藩篱,而根据个案情况综合权衡各种因素以确定违法合同的最终命运。这一趋势在我国违法合同之制度构建中无疑值得借鉴。而我们可以看到,对与合同效力认定有关的法律规范二分处理的思路,很接近于类型化分析的路径。但

这种类型化的区分无论从字面,还是从具体条文的内涵角度看都具有很高的抽象性和模糊性,这无疑为法官的自由裁量提供了作用空间。另外,无论是我国法上违法合同的效力认定问题还是与英美法上违法合同的返还问题,就其目的旨趣而言具有高度的相似性,即旨在更好地维护立法背后的目的考量,同时又不过分损害合同当事人的利益。正如茨威格特等所指出的:“问题的症结在于规制合同无效之立法的目的,到底是应该通过允许受领人继续保有基于违法合同而获致的财产,还是通过返还该财产而得到最大程度的实现。”^[57]而这种政策化考量无论是存在于认定违法合同的目的性解释过程中,还是在违法合同无效后返还与否的确定过程中,都需要自由裁量权在期间发挥一定的功效。但自由裁量权能在多大范围和层面发挥其应有的功能?对于这一问题的答案,英美法或能提供一定借鉴。

(二)源于自由裁量因素框架化构建思路的启示

如前文所述,自由裁量权法定化的模式虽然尚未成为英美法处理违法合同问题的主流,但该模式之主张者就主要衡量因素所作的框架性设计仍具有重要的参考价值。

1. 主要衡量因素的框架性设计

正如前文所述,对于应否强化法院自由裁量权有所争议的症结点失对其不确定性的顾虑。因此许多国家和地区的法律委员会建议在赋予法院自由裁量权的同时,需将法院所应考量的因素限定在一定的框架体系内,如英国法律委员会认为此时所需考量具体内容如下:(1)违法的严重性;(2)申请强制执行违法合同或者返还财产的一方当事人对违法性的认知程度及主观意图;(3)拒绝赋予合法权利和提供救济是否能阻止违法行为;(4)强化对违法交易进行规制之条款的立法目的;(5)拒绝赋予合法权利和提供救济是否与违法交易的非法性程度成比例。《重述》也表达了这种倾向,其第178条(c)规定,在衡量反对执行某合同的公共政策时应对如下因素予以考量:第一,制定法和司法判例所体现出来的该公共政策的重要程度;第二,拒绝执行此合同对促进该政策的可能性;第三,所涉不当行为的严重性及恶意程度;第四,不当行为与合同的直接关联性。

其他一些国家和地区的法律委员会对衡量因素的界定,虽表述方式上略有差异,但也体现了框架性构造的倾向,其中新加坡法律改革委员会在考察各国立法(及立法改革建议)的基础上,对诸种因素作了汇总,可资参考:(1)公共利益;(2)违法的严重性;(3)拒绝救济是否能带来有效的威慑;(4)拒绝救济是否能强化规制违法交易之规则的目的;(5)拒绝救济是否与合同所含的违法性成正比;(6)订立和履行违法合同的环境,包括意图、认知程度、行为以及当事人之间的关系;(7)任何一方当事人,在关键时刻,是否基于对事实或法律的认识错误而进行违法交易;(8)违法交易的履行程度;(9)规制违法交易的成文法是否得到根本的遵守;(10)规制违法交易的成文法是否以及在何种程度上提供了救济;(11)拒绝救济的其他后果。^[58]

2. 几项重要因素的具体解析

首先,关于立法政策和目的。通常,一旦法院认为自由裁量权的运用会破坏制定法的目的,便会拒绝该方法的运用。但某些情况下,不加区别地拒绝强制执行合同,很可能会反向

[57] K Zweigert and H Koetz, *An Introduction to Comparative Law*, Tony Weir trans., Clarendon Press, 1998, p. 580.

[58] See Law Reform Commission of Singapore, *Relief from Unenforceability of Illegal Contracts and Trusts, Illegal Transactions (Relief) Act 2002*, Appendix I.

削弱制定法所体现的政策目的。如在 *Nizamuddowlah v. Bengal Cabaret Inc.* 案中,一个外国人违反联邦移民和国籍法关于外国人不得在美国订立雇佣合同的规定,在被告的餐厅工作但没有拿到报酬,因而提起诉讼。面对这个案件,法院陷入进退两难的境地:允许返还相当于履行了非法雇佣合同;但若拒绝返还则显然与立法本旨不符,因为该立法旨在为美国的劳工阶层提供保护,防止外国人夺去他们的就业机会;如果雇主在雇佣了外国人之后可以不受任何惩罚地拒绝向他们支付报酬,这一立法目的不仅不能实现,反而会导致因违法合同而获益的雇主更乐于雇佣外国人,同时也会增加雇主严重剥削(甚至接近奴役)外国人的可能性。最后法院通过最低工资标准的运用,在允许返还金额的确定与如果不存在违法行为需要返还的合理报酬间做了协调,判决该外国人从雇主那里按照法定最低工资标准得到了报酬。而将“移民法内在的政策需要通过刑法的制裁来进行充分保障。”^[59]也正因为如此,美国《重述》第 181 条规定,只有在“法律条文本身具有管制目的,而且其背后的公共政策利益明显超出执行该合同的利益”时,才可基于公共政策的理由主张不得强制执行。

但立法政策和目的的考量极为复杂,对此,英国法律委员会认为,有益的思路是法院行使自由裁量权确定履行一项违法合同或者提供返还救济是否符合公共利益,而且他们坚信,只有通过这一方法,法院才能获致体现违法规则背后政策目标的公平裁判。因为在藉由公共利益进行裁判的过程中,法院不仅需考虑系争双方当事人之间的公正,还需权衡现行违法行为规则背后更为广泛的政策问题(如法院的尊严及对严重不法行为的威慑)。^[60]

其次,关于双方当事人的权衡。有学者认为,任何新规则的适用都要顾及寻求补救措施与当事人的认知程度和主观意图等因素间的平衡。在当事人有能力通过价格手段弥合预期的救济措施的情形,还需遵循以下思路:从某些交易造成危害的程度看,欲阻吓它们较为困难,对这类合同更合理的是运用民事和刑事诉讼方式,而非依靠违法合同救济措施的激励效果,因为这些措施难于影响合同利益的最终分配。^[61]当然,在此还需考虑当事人进入不法合同时的境遇,如在 *Liebman v. Rosenthal* 案^[62]中,原告及其家人都是法国犹太人,他们为躲避纳粹组织的迫害,而从巴黎逃往西南部,且在途中遇到了被告。被告宣称自己能够帮这家人从葡萄牙领事获得签证,原告信其言而向其交付了价值近 \$ 30,000 的珠宝,但该被告收到贿赂后随即潜逃。数年后,原告在纽约遇到被告,遂起诉至法院并获得胜诉。其中一位上诉法官阿德尔坚决反对多数人同意返还的观点,但最后的审判结果遵从了多数人的意见,这显然是恰当的,而这种正当性源于原告面对的巨大压力,即他们面对迫害、监禁甚至死亡的威胁。而帕金森(Parkinson)虽然也受到了欺骗,但他作为欺骗行为的受害者这一事实不足以抵消他的罪恶。因为诉请返还的权利显然会成为有效的诱因,促使其做出更大的努力以达致腐败的目的。

当然,还有一个需要考量的因素是相关第三人不应受到惩罚,因为对合同所涉第三方当事人构成的危害会成为违法合同消极社会成本的主要来源,但现有规则对合同所产生的社

[59] Peter Birks, *Restitution and Unjust Enrichment: Recovering Value Transferred Under an Illegal Contract*, *Theoretical Inquiries in Law*, January, 2000, pp. 155 – 202.

[60] The Law Commission Consultation Paper 154, p. 94.

[61] See Adam B. Badawi, “Harm, Ambiguity, and the Regulation of Illegal Contracts,” *George Mason Law Review*, Vol. 17, No. 2, 2010.

[62] 此处的两个案例均转引自 Peter Birks, *Restitution and Unjust Enrichment: Recovering Value Transferred Under an Illegal Contract*, *Theoretical Inquiries in Law*, January, 2000, pp. 155 – 202.

会成本和效益都不敏感,因为这些补救措施的应用很少顾及第三方的利益。因此英国法律委员会建议将第三方(通常是国家)的损失也作为违法合同的后果。如果违法行为所带来的收益以第三方损失为基础,在区分决定各方当事人的权利及法律责任时,法院有权要求返还非法所得,避免一方或双方当事人保有不法之财,除非当事人已为第三人的利益支付了价款。^[63]

最后,对类似合同的威慑效用。这一点与我国法上的预防效果较为类似。因存在上文所述过度威慑的可能性,英美部分学者认为,这一弊端或许能通过一项补救分析而最小化,该补救思路主要是权衡合同的潜在危害性,以及法律的不确定性会对事前决策产生的影响等因素。从这个角度来说,对于过度威慑的考量涵盖了框架性衡量因素中的多项内容,是一个综合化的分析过程。

第一,违法合同立法的模糊性。合同违法性立法的模棱两可是必须正视的问题,因为在这一语境下适用禁止返还的规则,极可能会导致当事人小心谨慎地遵循“如有疑问,别实施”的建议,远离可能具有违法性的合同,以避免可能的处罚,但这种做法无疑会限制其进行交易的积极性,对其事业乃至社会普遍繁荣造成不必要的限制。^[64]对此,波斯纳法官在一个涉及远期合约合法性问题的案件中暗示:“若预先确定合同合法性不容易,这就有可能构成反驳非法合同不得履行之推定的一项重要因素。”^[65]而此时,允许恢复原状会降低禁止履行和返还对部分有利合同的威慑效用,因为该补救措施让买受人有机会在卖方违约的情况下通过诉讼收回预付款,从而减少损失和顾虑。^[66]

至少《重述》(第178条(2)a)提供了纳入这一关注点的机制,即对“当事人的合法预期”的考量。对此,有学者认为法院可通过两种途径具体化这一规则,^[67]其一是将确认违法从履行交易中分离。在这类案件中,法院确认系争协议违法,但仍然允许履行,前提是这样做可以保护对于协议合法的期望利益。其二是将确认合同是否违法(或者违法公共政策)与当事人的合法期望相联系。在确定适当的救济措施时,上述两种路径都可以涵盖当事人对合法性的事前确信,从而将对当事人的合法性信念的评估纳入其中。也就是说法院需根据当事人对合同是否有可能被认定为合法的确信程度进行认定,进而决定相应的救济措施。如果存在合理确信的可能性,案件被判禁止履行和返还的可能性就会比较小。一旦这种确信没有那么强烈,反对禁止履行和返还的声音也会减弱。

第二,违法程度。对违法合同现行一般规则的主要批判,在于它很少关注合同违法性的严重程度。例如,该规则在以下两类案件中的适用结果基本没有区别:即一方当事人进入合同的目的在于实施谋杀,以及一方当事人进入合同的目的仅在于从事一项违反停车规则的行为。^[68]这种僵化的处理方式会导致仅从事了轻微违法行为、损失可能较大的原告被剥夺

[63] The Law Commission Consultation Paper 154, p. 122.

[64] Arthur Linton Corbin, *Corbin on contracts*, § 1374 (1952).

[65] *Nagel v. ADM Investor Services, Inc.*, 217 F.3d 436, 441 (7th Cir. 2000).

[66] Adam B. Badawi, “Harm, Ambiguity, and the Regulation of Illegal Contracts,” *George Mason Law Review*, Vol. 17, No. 2, 2010.

[67] Adam B. Badawi, “Harm, Ambiguity, and the Regulation of Illegal Contracts,” *George Mason Law Review*, Vol. 17, No. 2, 2010.

[68] J D McCamus, “Restitutionary Recovery of Benefits Conferred under Contracts in Conflict with Statutory Policy—the New Golden Rule” (1987) 25 *Osgoode Hall LJ* 787, 821.

其正常的权利和救济。因此,英国法律委员会认为,这种政策需要谨慎适用,在设计改革方案时,重要的是任何可能适用于违法交易的惩罚性功能都必须与行为本身的违法性程度相一致,^[69]并认为其仅适用于原告确系“罪犯”的情形,而不在一些仅涉及技术性违法要素的案件中予以适用。

第三,合同所造成之外部危害的严重性。法院在确定救济措施时应权衡非法合同的预期危害,当其外部危害微不足道或者很轻微时,应适用例外规则,因为此时强调阻吓作用的后果是以阻止许多有益合同的代价减少了极小的危害。相反,如果系争合同具有导致重大危害的潜在可能性,则适用一般规则(禁止履行和返还),此时其强大的威慑作用将是有益的。从字面上看,美国《重述》未能提供一个直接的机制将这一考量纳入不法合同法,却规定法院在确定救济措施时必须权衡“在实施违法合同条款时的一些特殊的公共利益”以及“任何不当行为蕴含的严重性”,此处的用语极为宽泛,似乎可将危害概念有效纳入其中。虽然实践中,这些条文的应用很多时候并不注重对合同可能造成之外部危害的分析,而且对“任何不当行为蕴含的严重性”要素的考量结果,通常是追究个人的罪责,而不是弥补外部损害。但目前已有几个法院在具体公共利益缺失时适用“特殊公共利益”要素,并将其作为支持履行某些合同的原因,他们已经注意到“外部危害”因素在指导非法合同补救措施之选取过程中的重要性,^[70]这是值得借鉴的。

[**Abstract**] Illegal contract or contract against public policy cannot be executed under traditional common law. If they were executed, restitutionary claims would generally be forbidden. Such a basic legal rule could be partially justified, but the uncertainty and ambiguity of illegal make its application in practice become too harsh and rigid. Many jurisdictions have created some exceptional rules and use case-types approach to mitigate its opposite effects, but these efforts also have too many difficulties to cope with. Maybe judicial discretions is a possible way out of the judicial dilemma. So someone argued for the abolition of the general rule, others argued that judicial discretions is the rational way, but lots of evidences show that the general rule will continue to be allowed in Anglo-American law. Though the pattern of legislating discretionary rights has not become predominant, the scholars' efforts in setting out a list of factors guiding the court towards the relevant points to take into account are of significant reference value.

(责任编辑:姚 佳)

[69] The Law Commission Consultation Paper 154, p. 90.

[70] See *Mincks Agri Ctr., Inc. v. Bell Farms, Inc.*, 611 N. W. 2d 270, 292 (Iowa 2000).