

## 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

黄 忠

**内容提要:**任何国家都面临着如何平衡公共政策与合同自由间紧张关系的问题。就违反公共政策的合同,《第二次合同法重述》原则上是不予强制执行和恢复原状的,但并非一出现违反公共政策的情形,合同就必然失去强制力。《第二次合同法重述》通过引入利益衡量的方法为违反公共政策合同的效力判断作了精细规范;同时又通过设置缓和和技术对因违反公共政策而不得强制的合同予以充分救治,以此来最大限度地协调当代社会所面临的公共政策与合同自由间的矛盾。

**关键词:**第二次合同法重述 公共政策 强制执行 利益衡量

黄忠,西南政法大学民商法学院讲师。

近年来,我国民法学界对合同效力的探讨不断深入,在此当中,比较法的研究堪称展开这一讨论的先导——德、日等国相关学说的评介极大地拓展了我们就合同(法律行为)效力的认知。<sup>[1]</sup>但是,相比较而言,对英美国家就此问题的经验、做法反倒被忽略了。应当承认,不论哪个国家都存在着私法自治与国家干预间的矛盾,所以各国都面临着如何斟酌违反公共政策合同的效力问题。因而了解英美国家就违反公共政策合同效力的态度对于丰富我们的认知是有益的。考虑到以德、日为代表的大陆法系民法理论“唯理论化”的倾向,对于合同效力判断这样一个深富实践意义的论题,参考更为务实的英美法经验实属必要。本文将以此《第二次合同法重述》<sup>[2]</sup>(以下简称《重述》)为中心,结合学说和案例对美国法就此的经验予以阐释。

\* 本文系2008年西南政法大学青年项目“无效民事行为研究”(08XZ-QN-01)的一项成果。

[1] 参见解亘:《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;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;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;耿林:《强制规范与合同效力——以〈合同法〉第52条第5项为中心》,清华大学博士学位论文,2006年。

[2] 《合同法重述》先后发表了两次,本文是以《第二次合同法重述》(*Restatement of the Law, Second, Contracts*)为蓝本而展开的。

## 一 《重述》对违反公共政策合同的基本态度

英美法通常将违反公共政策的合同归于不法合同(交易)的概念之中。<sup>[3]</sup>实际上,《第一次合同法重述》也使用的是不法合同的概念。但由于《重述》所强调的是就违反公共政策合同的不得强制执行性,并不涉及就违反公共政策合同的其他惩罚。而且,一如学者所言,严格来说,违法并非是法院拒绝强制执行合同的真正理由,违反公共政策才是其真正的理由。<sup>[4]</sup>因此《重述》最终改用不可强制性取代了不法性的表述。<sup>[5]</sup>

要理解不得强制合同的含义,须先就合同的一般状态,即有效合同的效力予以了解。一般认为,有效合同的效力主要体现在对其违反时的救济上。正如《重述》开篇所言:合同是一项或一组允诺,于违反时法律予以救济,或法律以某种方式将对此的履行视为义务。相反,一个效力不完全的协议,其与有效合同的关键区别就在于,当有违反时,法律不予救济。因此,不得强制合同是指在违反时不得请求损害赔偿或实际履行的救济的协议。<sup>[6]</sup>可见,合同因违反公共政策而首先受到影响的是合同的可强制执行性。换言之,当合同违反了公共政策是否仍可被强制执行?如果认为仍可强制,那么接下来的问题就是如何确保合同的实现。如果认为不得强制,那么接下来的问题就是是否允许损害赔偿以及恢复原状?所以当合同面临违反公共政策的情形时,私法上所引发的两个问题就是:合同的强制性(包括实际履行及损害赔偿)以及恢复原状。前者所关注的是合同未履行或未完全履行的情形;后者所针对的是就已履行合同的处理。

普通法对违反公共政策的合同存在两个一般的处理原则:其一,该合同在诉讼上无强制力;其二,除非构成例外,否则法院将不会帮助该合同的当事人。<sup>[7]</sup>据此,一旦法院判决合同不得强制,那么通常也不会给予当事人以损害赔偿的救济。因为一方面判决不予强制执行,而另一方面又判决损害赔偿,则在事实上无异于强制执行了该合同,这显然是矛盾的。

与此相似,对于当事人已经履行完毕的合同,法院原则上也是不允许当事人再主张恢复原状的。在《重述》中,不得强制与不得恢复原状是一体把握的,即当法院依公共政策而不准许当事人主张强制执行时,通常也不会准许其主张恢复原状。而之所以不允许恢复原状,其理由据说可以追溯到两个拉丁格言:ex turpi causa non oritur actio(不法原因不得起诉)以及 in pari delicto, potior est conditio defendentis(在同样过失时,被告占优势)。曼斯菲尔德(Mansfield)法官在 Holman v. Johnson 案<sup>[8]</sup>中指出,法院这样做的理由其实不是为了被告的

[3] 法院也喜欢使用不法的表述。如 Crichfield v. Bermudez paving Co., 51 N. E. 552 (Ill. 1898)。

[4] 王军:《美国合同法》,对外经济贸易大学出版社2004年版,第129页。

[5] 据此而言,《重述》上的违反公共政策的合同与普通法上所谓的不法合同大体相当。在我国现行法上,这里所谓的违反公共政策的合同则包括了违法合同和损害社会公共利益合同两种类型。参见王军:《美国合同法》,对外经济贸易大学出版社2004年版,第129页。

[6] 《重述》第8条。

[7] 这两个原则是普通法处理不法合同的传统规则,早在维多利亚女王时期的一系列案件中就得到广泛应用。如 Pearce v. Brooks (1866) LR 1 Ex 213(租马车从事卖淫); Shackell v. Rosier (1836) 2 Scott 59(出版带有诽谤性的书籍); Hopkins v. Prescott (1847) 4 CB 578(带有不法性的商业买卖合同); Alexander v. Rayson (1936) 1 KB. 169(欺骗税务机关的合同)。其基本理由是保持法院的纯洁性、惩罚不法者、威慑不法以及洁手原理等。参见 J. W. Wade, *Benefits Obtained Under Illegal Transactions - Reasons For and Against Allowing Restitution* (1946) 25 *Texas L. Rev.* 31。

[8] (1775) 1 Cowp. 341 at 343, 98 E. R. 1120 at 1121.

利益,而是因为不想给予原告以帮助。因此,即便原、被告的位置相互调换了,其结果亦是如此。<sup>[9]</sup>

综上,《重述》对于违反公共政策合同的基本态度是不得强制执行(包括实际履行、损害赔偿)和恢复原状。<sup>[10]</sup>

## 二 《重述》对违反公共政策合同之强制力的判断规则

虽然合同自由有着重要的价值,但自由的运用亦绝非毫无限制。<sup>[11]</sup>《重述》第178条规定,“若法律规定其不可强制,或依具体情况,拒绝强制执行的利益明显要较予以强制执行所获得的利益更为重要,则合同的一项允诺或其条款将因公共政策之理由而不得强制。”可见,如果合同违反了法律或有悖于公共政策时,<sup>[12]</sup>其强制执行力就会遭到怀疑。

### (一) 因违反法律而不得强制

因违反法律而不得强制包括两种情形:(1)法律明确规定某合同不得强制;(2)法律对合同的订立作了限制。第一种情形,由于法律已明确规定某合同不得强制,因此至少在解释论上不会存在异议。这里值得注意的是,在美国,可以规定合同不得强制的法律的范围是广义的。按照《重述》第178条评论a的解释,包含了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。<sup>[13]</sup>此外还包括依冲突法规则而适用的外国法。可见在美国,地方法令或行政规章也能影响合同效力。这与我国《合同法》将可以影响合同效力的法律渊源限制在“法律和行政法规”的做法显然不同。《重述》之所以采广义的法律渊源说,主要的理由在于公共政策不仅会体现在制定法中,而且也会体现在宪法、地方法令、行政规章等当中。

当然,虽说各种法律都可能体现某种公共政策,但不同的法律所蕴含的公共政策的强度却是不同的。换言之,法律位阶的不同,其所代表的公共政策的重要程度可能会有差异。因此,法院对于位阶较低的行政规章和地方法令应特别注意其是否体现了公众福利,<sup>[14]</sup>并且考虑到,在一个自由市场国家,最大限度地维护合同自由也是一项极为重要的公共政策,因此,虽然《重述》第178条第1款规定“若法律规定其不可强制”时,合同就不得强制执行,但实际上,这一结论也并非当然,在“法律规定其不可强制”时,合同的强制力问题仍然需要法官就具体个案进行权衡。

而且,一般来说法律很少会明确规定某一合同不得强制,毋宁说更多的情况是:法律虽然对合同的订立作了限制,但却未就违反该规定时的合同效力予以明确。<sup>[15]</sup>比如,一方当

[9] 在 *Coppel v. Hall*, 74 U. S. (7 Wall.) 542 (1886) 中法官还指出,之所以认同被告的抗辩,并非是为了被告的利益,而系为了法律自身的利益。

[10] 参见《重述》第178条评论a。由于不得强制执行和恢复原状在《重述》中是被一体把握的,因此下文在涉及不得强制的定性时已经当然地包含了不得恢复原状的含义。

[11] 参见 Brian A. Blum:《合同法:案例与解析》(注释本),中国方正出版社2004年版,第12页。

[12] 违反法律实际上也是违反公共政策,因此这里所谓的公共政策是从狭义上而言的,大体相当于我国合同法上的社会公共利益或大陆法系的公序良俗。

[13] 甚至还包括职业行为规范。如合同因违反全国大学生运动员协会(NCAA)的惯例而被判为不得强制,参见 *New York Football Giants, Inc. v. Los Angeles Chargers Football Club, Inc.*, 291, F.2d 471 (1961)。

[14] E. Allan Farnsworth, *Contracts*, Aspen Law & Business, 3rd ed. 1999, p. 346.

[15] 同上, p. 344。

事人因未取得执照,而被禁止从事某一行为,那么其违法签订的合同是否会当然失去强制执行效力?

《重述》第 181 条规定,只有在“这一规定具有管制目的,并且该规定背后之公共政策的利益明显超过执行该合同的利益”时,才可基于公共政策的理由主张不得强制执行。因此,这里就合同强制力的判断涉及到了两个问题:(1)当事人所违反规定的性质,即其是否有管制目的;(2)当其属于管制性法律时,还需将否定合同执行力的利益与肯定合同执行力的利益进行比较权衡。后一问题容后详述,在此需要分析的是如何判断当事人所违反的法律规定的性质。

《重述》要求法院在决定是否需要拒绝强制执行合同时,必须区分管制目的的规范和其他目的的规范。只有管制性规范才有排除合同强制执行力的可能性,而那些没有管制目的,只是为增加税收的规定则是不能否定合同强制执行力的。<sup>[16]</sup> 在确定一项规定是否具有管制目的时,法院应就整体立法方案,包括任何相关的目的进行考量。<sup>[17]</sup> 一般来说,管制性法律包括进入之最低标准的规范和那些规定有保证金或吊销执照条款以维护上述标准的规定。<sup>[18]</sup> 但是如果对于某项登记,登记机关虽然要收取相关费用,实际上却不作任何实质审查,那么通常认为该登记也不具管制目的。

## (二) 因违反公共政策而不得强制

杰塞尔(Jessel M. R.)曾指出:“必须牢记的是,你们不能够将这些关于合同因违反公共政策而无效的规则任意扩张,因为,如果公共政策上有一种更重要的要求的话,那就是,成年且具有健全智力的人应该享有最大限度的合同自由,他们自由并且自愿达成的合同应当被视为是神圣的,理应得到法院的强制执行。”<sup>[19]</sup> 因此就在违反公共政策而不得强制的判断中,必须确定的是“拒绝强制执行的利益要明显超过予以强制执行所获得的利益”<sup>[20]</sup>。而这一判断的本质就是利益的衡量,即就合同之执行利益与否定合同的强制执行力的公共政策间的权衡。

### 1. 肯定合同之执行力的利益群

合同之执行利益主要包括:(1)当事人的正当预期。合同本属对当事人之履行期待的保护,然一旦失去强制执行效力后,则当事人的正当预期就会受到威胁。(2)被拒绝强制所导致的任何剥夺。这是指在一方已经履行了合同义务时,因为不得恢复原状的原则,会导致对其履行利益予以剥夺的后果。因此在评价合同之强制力时,在当事人方面应就当事人的正当预期之维护和履行利益的剥夺之防止予以考量。

一般来说,维护正当预期和防止剥夺已基本上包含了合同上所有的执行利益。但在特殊场合,合同之特定条款的不予强制执行,将不仅会损害私利益,而且还可能危及某些特殊的公共利益。《重述》第 179 条的评论指出:在某些情形中,拒绝执行合同可能会挫败而非促进公共政策的实现。比如,当原告属于法律所保护的特定群体之一员时,拒绝强制执行该

[16] Commercial Trust & Sav. Bank v. Christensen, 535 N. W. 2d 853(S. D. 1995).

[17] Benjamin v. Koepfel, 650 N. E. 2d 829(N. Y. 1995).

[18] 参见《重述》第 181 条评论 b。

[19] 参见 Printing & Numerical Registering Co. v. Sampson, L. R. 19 Eq. 462(1875)。

[20] Town of Newton v. Rumert, 480 U. S. 386(1987)。

合同就会使合同对保护包括原告在内的特定阶层的政策目的落空。<sup>[21]</sup>

因此,可以认为,维护合同之强制执行力主要属于合同当事人之私益的维持问题,但在特殊情形下也涉及确保法律所保护的特殊公益的实现问题。

## 2. 否定合同之执行力的公共政策

首先,可以用于否定合同强制力的公共政策应是那些重要的公共政策,轻微的公共政策不能用来否定合同的强制执行力。这是《重述》第178条评论b所强调的意思。公共政策重要性的判断有赖于对立法本身或相关判例的理解。如果某项法律对某一行为规定了极为严厉的惩罚,就可以认为其所维护的公共政策具有重要性。因为若非如此,法律就没有必要规定如此严厉的惩罚。

其次,即便公共政策具有重要性,但也不能仅以此就直接否定合同的强制执行力,因为《重述》还将“拒绝执行此合同对促进该政策的可能性”也纳入了利益衡量之中。换言之,如果拒绝执行此合同不能促进公共政策的实现,那就不应否定合同的强制执行力。比如在黑工合同中,对雇员工资请求权的拒绝,并不能促进公共政策的实现,反而可能会进一步鼓励违法用工行为的发生。<sup>[22]</sup>

再次,还需对所涉及之不当行为的严重性及蓄意程度予以考量。质言之,唯有不当行为的后果及行为人的主观恶性都比较严重时,才有必要去否定合同的强制力。这里需要补充的是有关当事人没有认识到合同违反公共政策时合同强制力的判定问题。作为原则,法律总是推定所有人都了解法律。所以法律通常不允许当事人以“不知法”进行抗辩。但《重述》第180条和第198条却规定了“可宽恕的不知”。应当说,这一“宽恕”并非是对法治精神的违反。在现代社会,法律,尤其是行政法规呈几何数量出现,对于任何一个普通人而言,确实很难对所有法律有充分认识。在此,不知法反成了一个普遍事实。而且在判例法背景下,司法还可就个案创造出某项新的公共政策,因此对于这种在个案中产生的公共政策显然是不能推定当事人在事前就有所认识的。

既然不知法是一个不可否认的客观事实,但同时,不得以不知法进行抗辩作为一个原则又需加以维持,因而就两者间之抵牾的调和注定只能是在一定限度内的。正如《重述》第178条评论a所言,“惟有不知之法律,乃为地域性、专业性或技术性的法律,并且他方当事人对此有所认识时”的不知情才可被宽恕。可见,这一调和包含两点限制:(1)不知的对象一般只能是那些地域性、专业性或技术性的法律或其他不重要的事实。(2)对方当事人应不存在可宽恕的不知。换言之,对方当事人应该是对合同的违法事实存在认识的。当然,如果对方当事人对合同所涉领域有专门的知识,那么其就有可能被推定为对合同所涉及的法律有所认识,因为这里存在对于专业人士的信赖保护问题。而且,应予注意的是,可宽恕之不知方的权利是可以向不存在可宽恕之不知的对方当事人主张合同履行不能的损害赔偿。这里隐含的意思是即便是可宽恕的不知方也不得主张继续履行,而只能主张作为履行之替代的损害赔偿。<sup>[23]</sup>另外,如果合同双方都存在可宽恕的不知,那么任何一方都不得主张损害赔偿,此时对于双方的救济只能是恢复原状。<sup>[24]</sup> 还需强调的是,可宽恕之不知方如想获

[21] 参见《重述》第179条评论c。

[22] 参见[美]罗格·I.鲁茨:《法律的‘乌龙’:公共政策的意外后果》,刘呈芸译,《经济社会体制比较》2005年第2期。

[23] Weinsklar Realty Co. v. Dooley, 228 N. W. 515 (Wis. 1930)。

[24] 参见《重述》第180条评论c。

得损害赔偿,不仅不得主张继续履行,而且还必须就此悬崖勒马。<sup>[25]</sup>

最后,若要因为严重的不当行为而否定合同的强制执行力,还需具备的必要条件是,该合同应与不当行为本身有直接的关联。这种关联主要有两种:(1)不当行为本身就是合同的主要内容或目的,如甲与乙约定,若甲在其所经营的报纸上发布有关丙的虚假信息,乙将支付报酬;<sup>[26]</sup>(2)合同的内容或目的本身虽不违法,但该合同却会诱发不当行为的发生。<sup>[27]</sup>相反,如果不当行为与合同的关系过远,就不能以不当行为为由来否定合同的强制执行力。<sup>[28]</sup>

### (三)违反公共政策之典型合同的强制执行力判断

公共政策的具体构成原本是一个由法院在审判实践中加以灵活裁量的问题,但在长期的审判实践中,也逐渐形成了一些固定的类型。比如,当合同目的有害于司法管理,或危及公共安全,或违背善良道德,或当其目的旨在骗税,或有损家庭关系时,则都属违反公共政策的合同。然而,对于公共政策的具体类型却存在不同的理解,难以统一,以至于我们可以发现,几乎每一个英美法学者都有自己的一套概括。<sup>[29]</sup>实际上,判例所展示的各个类型背后的产生基础是不同的,因而不可能就此予以严格的类型化。而且,公共政策的概念也会随着时间的流逝而出现变化,所以,《重述》并未就公共政策的具体类型作出完全式列举,而更多地是将合同是否违反公共政策、违反什么公共政策以及违反公共政策的后果等问题留给了司法。当然,就一些典型的违背公共政策的合同作出规定无疑可以为司法提供便利,因而也是必要的。

#### 1. 限制贸易自由的合同

贸易自由乃市场经济形成和维系的基本条件,是故,作为自由经济之代表的美国当然就会对任何限制贸易自由的做法十分警惕。事实上,普通法很早就形成了一套旨在防止不当限制贸易自由的法律制度。而《重述》所针对的主要是不合理限制贸易的合同问题。恰如《重述》第186条第1款所言:“某一合同不合理地限制了贸易自由,则基于公共政策的理由属于不得强制。”据此可知,在判断某一限制贸易自由的合同是否违反公共政策时的核心问题是:(1)该合同是否存在对贸易的限制?(2)此限制是否合理?对于前一问题,《重述》采用了一种法律拟制的方法。依《重述》第186条第2款规定,“如果合同的履行将限制某一行业的竞争,或限制合同一方从事有偿职业活动”,就视为存在对贸易的限制。而对该限制是否合理的判断则主要应依靠个案的具体情况来定,这其中既包括对个案事实的考量,也包括就一般的社会和经济情况的权衡。具体来说需要就限制贸易一方的合法利益、被限制一方由此而导致的不利以及这一限制对当事人以外的社会公众造成的危害三个因素进行权衡。<sup>[30]</sup>

在对此的权衡上,《重述》所采取的是一种类型化的处理方法。《重述》以限制贸易的合同(条款)是否附属于某一有效的交易或关系而将对贸易的限制分为非附属性限制和

[25] Bond v. Charlson, 374 N. W. 2d 423 (Minn. 1985).

[26] 参见《重述》第178条释例6。

[27] Livingston v. Page, 52 A. 965 (Vt. 1902).

[28] 但如果该不当行为性质极其恶劣,则仍会导致合同不得强制,如 McConnell v. Commonwealth Pictures Corp. 166 N. E. 2d 484, 497 (N. Y. 1960)。

[29] 如 Cheshire 曾将公共政策的违反类型概括为 9 种,而 Treitel 则将其归纳为 14 种。

[30] Weaver v. Ritchie, 478 S. E. 2d 370 (1996)。

附属性限制。一般而言,非附属性限制原则上都属于不合理的限制;<sup>[31]</sup>而附属性限制则有可能属于合理的限制。<sup>[32]</sup>之所以作这样的区分,其理由在于,当限制合同(或条款)不附属于任何有效的交易或特殊的关系时,这一限制就纯粹是为限制竞争,即限制贸易的一方本身没有任何可兹保护的利益存在。而附属性限制由于是附属于某一有效交易或特殊关系的,因此就限制贸易的一方而言,其可能存在受法律保护的利益。但依照《重述》第188条第1款的规定,“如果这一限制超过了限制一方当事人所应被保护的利益,或当这一限制对被限制一方造成的不利和对社会公众可能造成的损害要较限制一方当事人的利益更重大”,即存在限制方过度获利或相对方和社会过度损害,则此时的附属性限制也不得强制。

可见,“度”的问题是这一判断的关键。当然,度的衡量有赖于个案的具体情形来予定夺。实际上,不同的附属性限制在给限制一方当事人带来的利益、给被限制一方产生的不利以及对社会公众可能造成的损害的程度是不同的。以雇佣合同中的竞业禁止条款为例,在雇佣合同中,雇主限制雇员择业的主要利益是其所享有的商业秘密和所建立的商业联系;雇员对此的利益主要有自由择业和基本生活保障的权利;而社会在此的考虑主要是确保人才的自由流动。因此,如果雇员所从事的只是一般性的劳动,并不知悉雇主的商业秘密,也未建立商业联系,那就不能对其自由择业予以限制,否则就属于过度限制。<sup>[33]</sup>

## 2. 妨碍婚姻和家庭关系的合同

婚姻不仅具有重大的伦理意蕴,而且还是人类延续的主要途径,一直以来都被法院看作是“我们文明的基础”。<sup>[34]</sup>因此除非有重大的理由,婚姻自由一般都是不得限制的,否则就属于对婚姻当事人以及社会利益的侵害。但对于婚姻予以限制的合同却并非当然不能强制。对其强制力的判断应和限制贸易的合同之强制力的认定一样,关键都是对限制程度的拿捏。一如《重述》第189条所言:“如果合同不合理地限制了婚姻自由,则基于公共政策的理由,该合同不具强制执行力。”可见,这里的关键也是判断限制的合理性问题。<sup>[35]</sup>比如,甲和21岁的儿子乙约定,若乙在10年内不结婚,则甲给予其10万元。这里,乙10年不结婚的约定属于不合理地限制了婚姻自由,因此,基于公共政策就是不得强制的。但如果约定乙只是在大学毕业前不得结婚,则结果可能会有所不同。<sup>[36]</sup>

结婚本身对于国家是重要的,在结婚之后,婚姻的维系和稳定对于国家和个人亦是极为重要的。婚姻的稳定、和谐对于婚姻双方、子女以及社会的和谐都具有重要意义。因此任何有可能破坏婚姻关系稳定的合同的强制执行力都会遭到质疑。依《重述》第190条的规定,分居协议通常是无效的,因为分居协议有鼓励婚姻当事人结束婚姻关系的倾向。但是,如果分居协议是在婚姻关系结束后或双方即将分居时达成的,就会具有强制执行力。因为此时双方既然已经分居或即将分居,那分居协议的达成就不存在鼓励分居的问题。<sup>[37]</sup>

[31] *JAK Prods. v. Wiza*, 986 F.2d 1080 (7th Cir. 1993).

[32] 附属性限制在营业转让协议中最为常见。参见 *Mitchel v. Reynolds*, 24 Eng. Rep. 347, 352 (K. B. 1711); *Horner v. Graves*, 131 Eng. Rep. 284, 287 (C. P. 1837); *Hophins v. Crantz*, 54 N. W. 2d 671 (Mich. 1952)。

[33] *Reddy v. Community Health Found. Of Man*, 298 S. E. 2d 906 (W. Va. 1982)。

[34] *Estate of Duncan*, 285 P. 757, 758 (Colo 1930)。

[35] *Barnes v. Hobson*, 250 S. W. 238 (Tex. Civ. App. 1923)。

[36] 参见《重述》第189条释例1与释例2。

[37] 参见《重述》第190条释例1与释例2。

### 3. 免责条款的效力问题

按照《重述》第 195 条的规定,免除故意或重大过失所导致的责任的免责条款是不具强制力的,<sup>[38]</sup>这和我国《合同法》第 53 条的规定相似。但《重述》就一般过失时的免责条款的强制执行力原则上是承认的。<sup>[39]</sup>当然,如果受害人属于受保护的對象时,此时的免责条款就会因违背公共政策而无效。即免责一方对他方负有保护义务时,即使是一般过失时的免责也属不得强制。《重述》第 195 条第 2 款对此列举了两种典型情形:(1)雇主不得预先免除对雇员因过失所致的损害责任;<sup>[40]</sup>(2)负有公共服务责任的机关,如公共承运人或公用事业单位,不能事先免除其过失责任。<sup>[41]</sup>可见,与我国《合同法》以人身和财产的区别来对一般过失免责条款之效力进行区别对待的处理方法不同,美国《重述》就一般过失的免责没有从损害性质的角度进行差别化对待,而是考虑免责方是否负有对受害人的保护义务来确定免责条款的效力。

产品责任中的免责条款具有一定的特殊性。依《重述》第 195 条第 3 款的规定,免除缺陷产品致人身体伤害之责任的条款原则上没有强制力,除非该条款经过了公平协商并与产品缺陷责任背后的政策相符。据此,在产品责任中,由于双方地位、能力的不对等,免责条款原则上是不可强制的。但是,如果该免责条款是经过了公平协商并且也与产品缺陷责任背后的政策相符,那就可以被认为是有效的。<sup>[42]</sup>换言之,当消费者有了足够的信息并具备了充分的议价能力,尤其是当由信息获得充分,经济实力强大的消费者团体或中间人作为代表时,则可能需要承认该免责条款的效力。<sup>[43]</sup>

## 三 《重述》对因违反公共政策而不得强制合同的缓和规则

不可否认,以公共政策为由去否定合同的强制力对于合同当事人而言确实过于苛刻。<sup>[44]</sup>尤其是当一方已进行了履行时,法院将会陷入一个两难困境:一方面,如果允许强制执行合同,法院就势必是在帮助不法之人;另一方面,如果拒绝强制执行,那就会使违法一方获利。这一困难又因法院通常也不会予以恢复原状的原则而变得更加严重。<sup>[45]</sup>因此,《重述》一方面在对合同的强制力的判断上通过利益衡量的方法而予以慎重处理;同时又通过对那些因为违反公共政策而不得强制的合同进行缓和来处理来最大限度地协调公共政策与合同自由间的紧张关系。概言之,这些缓和和技术包括对违法合同的分离、一方履行时的例外以及恢复原状的例外。

### (一) 违法合同的分离

违法合同的分离主要是为缓和不得强制执行的一般原则在适用时所产生的严厉后果的

[38] 判例也持此观点。参见 *Martin Marietta Corporation v. International Telecommunications Satellite Organization*, 991 F.2d 94 (4th Cir.1993)。

[39] 参见《重述》第 182 条评论 a; *Restatement, Second, Torts* § 282; *O'Callaghan v. Waller & Beckwith Realty Co.*, 155 N.E. 2d 545 (Ill. 1958)。

[40] *Pittsburgh. C. C. & St L. Ry. Co. v. Kinney*, 115 N.E. 505, 506-07 (Ohio 1916)。

[41] *Curtiss-Wright Flying Serv. v. Glose*, 66 F.2d 710 (3d Cir. 1933)。

[42] 依照《侵权法重述》的规定,这里的例外还包括有关旧货的例外。

[43] *Keystone Aeronautics Corp. v. R. J. Enstrom Corp.*, 499 F.2d 146 (3d Cir. 1974)。

[44] *E. Allan Farnsworth, Contracts, Aspen Law & Business*, 3rd ed. 1999, p. 353.

[45] 参见《重述》第 8 章第 5 节引言。



一项法技术。《重述》第183条规定,“如果合同当事人的义务可以被分离为数组相应的部分,并且每一对应部分都被恰当地为双方所认可,而且这一部分并不违反公共政策,则未为严重不当行为之当事人得主张对该部分的强制执行。”据此,要对违法合同进行分离,须先具备以下条件:(1)合同必须具备可分性,即合同之义务必须是可以被分成几个相当的部分;(2)几个相应部分必须为双方所大致认同为对等的,这主要是基于公平的考虑;(3)分离后的剩余部分不得违反公共政策;(4)请求强制执行的当事人不能有严重的违法行为。换言之,若当事人的不当行为如此严重以至于法院认为拒绝强制执行才是阻止该不当行为的恰当制裁时,法院就不会运用这一缓和技术的。<sup>[46]</sup>

但有一些合同本身是不能分离的。比如某服装企业的雇主甲和雇员乙约定,乙在其离职后5年内不得在同一城市内从事服装工作。由于乙在甲工作期间并未直接接触顾客,也未知悉任何相关的商业秘密,因此基于公共政策5年的竞业禁止规定实非合理,自属不得强制。但这一合同却无法分解成为几个部分,因此无法适用《重述》第183条的规定。但当合同中的义务不能被分解成为相对应的数个部分时,却并不意味着整个合同将全部不可强制执行。如果合同中的不可强制的条款与整个合同的关系不太重要,那除此以外的其他内容仍具有强制执行力。《重述》第184条规定:如果按照第178条之规定,并非所有的合同条款都属于不可强制,并且合同中不得强制执行的条款并不构成合同内容的实质部分,法院得基于未为严重不当行为之当事人的利益而执行合同的剩余部分。如果寻求强制执行之当事人系诚信行事,并且准照了公正交易的合理标准,则法院可依前款之规定认定合同中仅有部分条款不得强制执行。据此规定,合同的部分条款不得强制,并不必然导致整个合同失去强制力。只有在不得强制的条款构成合同的实质内容时,才能否定整个合同的执行力。不可强制条款是否构成合同的实质部分应视该条款在整个合同中的重要性来判断。对于条件的违法,《重述》也采取了类似的策略。<sup>[47]</sup>

需要强调的是,法院原则上只有对违法合同或违法条款予以分离的权力,而没有变更合同内容的权力。这就是著名的“蓝铅笔”规则。<sup>[48]</sup>比如,当合同中的某一条款因为限制过于宽泛而不能被强制执行时,按照第184条第2款的规定,法院可能的选择就是对合同的其余部分予以强制,而不能去变更合同内容。但是,如果合同的当事人没有诚信行事,也没有遵照公正交易的合理标准,而是利用其优势地位规定了过于宽泛的条款,则其就丧失了依据第184条第2款获得救济的权利,即在此时,法院可以对该不合理的条款予以修正。<sup>[49]</sup>

## (二)一方已履行时的例外

《重述》第182条规定:“如果一方当事人已经在实质上履行了合同义务,且对方当事人就因履行所获得之物故意为不当使用,那么除非该方当事人的履行是旨在促进对方的不当利用,或该方当事人知悉对方的利用目的且明知该利用会造成严重的社会危害,否则就不能基于公共政策的理由而排除合同的强制执行力。”据此可知,如果对方的不当利用涉及严重

[46] 参见《重述》第182条评论b。

[47] 参见《重述》第185条。

[48] 该原则源于英国,主要适用于有关限制竞争协议的案件。参见 *Mallan v. May*, 152 Eng. Rep. 967.973 (Ex. 1843)。

[49] 参见《重述》第184条评论b。但在最近几十年中,“蓝铅笔”规则在美国遭到了诸多批评,许多法院开始抛弃这一规则而改采合理性规则。参见 *General Adjustment Bureau v. Ingram*, 678 S. W. 2d 28, 37 (Tenn. 1984); *Data Mgt. v. Greene*, 757. p. 2d 62 (Alaska 1988)。

的社会危害,比如,存在对人类生活的危害,那已履行一方只要知晓对方的不当利用就足以使其丧失救济权利。相反,如果不当使用并不涉及严重的社会危害,则原则上并不因此而否定已履行方的权利,除非其不仅知道对方的不当目的,而且还以行动促使该目的的实现。已履行方是否存在促使对方为不当行为的判断是一个事实问题。一般来说,这一事实可以通过履行一方是否存在为促进对方的不当使用而为特别行动的考察来予以辨识。在司法实践中,法院还会考虑拒绝救济的结果是否会使当事人铤而走险,一错再错,以防止已履行方为达到预期目的而再次违法。<sup>[50]</sup>

因此,当一方当事人已经履行完毕后,除非其履行被对方不当利用,并且对方的不当利用具有严重的社会危害性,否则原则上并不否定已履行方强制执行的请求。并且即使已履行方知晓对方的不当目的,但只要其没有促进该不当目的的行动,其仍然可以主张强制执行。<sup>[51]</sup>《重述》的这一处理方法蕴含着一种个人主义的思想:每一个人都是独立的,每一个人都对自己,且仅对自己的行为负责,并不担负监督他人合法行事的义务。因此,已履行方即使知道对方的不当目的,但只要其没有促使该不当目的的实现,那合同的强制执行力就不能被否定,除非对方的不当使用具有严重的社会危害性。

### (三)不得恢复原状的例外

如前所述,法院依公共政策使合同失去强制执行力时,通常也是不会准许当事人主张恢复原状的。但为了避免不当得利,普通法中也形成了一些例外。这些例外主要包括:不当没收之例外;当事人存在可宽恕之不知或当事人的过错不相等之例外和当事人已从违法中撤出或不予恢复原状将有违公共政策之例外。在上述情况中,法院将例外地允许恢复原状。<sup>[52]</sup>

不当没收之例外主要涉及的问题是,当违反的公共政策或法律主要是一些技术性与管理性的规定时,若予严格适用,而不准恢复原状,就会导致没收的严厉后果,因此法院会考虑作例外处理。<sup>[53]</sup>在判断没收是否恰当时,法院会考虑当事人的蓄意程度、不当行为的严重程度以及公共政策的重要程度等因素。<sup>[54]</sup>

当事人存在可宽恕的不知中有关可宽恕的不知的认定和前述《重述》第180条的标准基本上是一样的。<sup>[55]</sup>这里需要补充的是,依《重述》第180条的规定,可宽恕的一方主张损害赔偿的一个条件是对方不存在可宽恕的不知,而依《重述》第198条的规定,可宽恕的一方主张恢复原状却并不要求对方不存在可宽恕的不知。换言之,在双方都存在可宽恕的不知时,损害赔偿是不能主张的,但恢复原状却可以提出来。

所谓的当事人的过错不相等之例外,又称没有同等过错之例外,是指寻求恢复原状救济的一方当事人与对方当事人间不存在同等的过错。在通常情况下,这一例外主要适用于以

[50] 《重述》第182条评论b。

[51] *Carroll v. Beardon*, 381 p. 2d 295 (Mont. 1963) (仅出卖人知道买受人利用房屋卖淫的事实不足以导致合同本身无效)。

[52] 就恢复原状的具体法律问题,美国法律研究院有专门的《恢复原状法重述》(*Restatement of Restitution*)。这里主要讨论的是违反公共政策与恢复原状的关系问题,而不涉及具体的恢复原状问题。

[53] *Yank v. Juhrend*, 729 P. 2d 941 (Ariz. App. 1986)。

[54] *Edwards v. City of Renton*, 409 p. 2d 153 (Wash. 1965)。

[55] 参见《重述》第198条评论a。

下两种情形:第一,请求人系法律所保护的主体,则其将被视为是轻微过错者。<sup>[56]</sup> 在此时,纵使不允许其主张强制执行合同,却仍可准许恢复原状。第二,请求人系对方的虚假陈述或胁迫的受害者,也会被视为是轻微过错者。<sup>[57]</sup> 当然这里的虚假陈述或胁迫的强度并不需要达到使受害人可以依照《重述》第7章的规定而享有撤销权的程度。换言之,只要对方对合同的合法性予以了保证或对方依信托、信任等原因而居于特殊地位时就可以推定双方不存在同等过错。<sup>[58]</sup>

当事人已从违法中撤出之例外的目的在于最终维护公共政策本身。当合同涉嫌违法,但在违法目的实现之前,当事人若能自动中止,法律就应给其恢复原状的权利。允许恢复原状在此的目的主要是为鼓励合同当事人能悬崖勒马,尽早从不法合同中撤出。因此,当违法行为人及时撤出时,对其予以救济就不能视为是对司法权力的滥用。但当事人的悔过也是有限制的,即如果已经在实质上实现了合同的不法目的,当事人就失去了悔过的时机。<sup>[59]</sup> 此外,非因当事人的主观意愿而致合同目的无法实现也不能作为悔过来处理,因为这里的悔过应是当事人自觉的行为。

最后还有一种例外,即不允许恢复原状会使一方占有对方所交付的财产,而这一状态将会违背公共政策,那么就应允许恢复原状。典型的例子如,在赌博合同因违法而不得强制时,<sup>[60]</sup> 赌博当事人却可以向赌资保管人主张返还其所交付的赌金,即使赌博活动已经进行完毕了。<sup>[61]</sup> 这是因为如果不允许当事人向保管人主张返还,即会造成财产不稳定的状态,而这一状态将会限制财产的流转,<sup>[62]</sup> 有违公共利益。

#### 四 《重述》的特点与启示

综上所述,《重述》在处理违反公共政策合同效力问题上的经验可总结如下,以启迪我国的民事立法和司法。

1. 与大陆法系通常以无效来定性违反公共政策的合同不同,《重述》在正式条文中没有采用无效合同的表述,也未就违反公共政策合同的效力作抽象的界定,而是就违反公共政策合同的效力作具体的评判。这在一定程度上可以避免就无效合同本身性质的争论,而使司法能更多地关注于具体个案中的利益衡量,而不是去维护“无效合同”概念本身的统一。

2. 《重述》采用一元化模式,将违法涵摄于违反公共政策之中。毋庸置疑,在现代社会中,公共利益的最典型体现就是法律。因此,将违法合同作为违反公共政策合同的一种类型在理论上是可行的。而且这一模式更重要的实践价值在于,它可以避免违法=无效(不得强制)的简单推论,而将司法引向就个案进行利益衡量的正确道路。

[56] *Capo v. Century Life Ins. Co.*, 610 P.2d 1202 (N. M. 1980).

[57] *Webb. Fulchire*, 25 N. C. (3 Ired.) 485, 487 (1843).

[58] *Peyton v. Margiotti*, 156 A. 2d 865 (Pa. 1959).

[59] *Woel v. Griffith*, 253 A. 2d 353 (Md. 1969).

[60] 赌博协议在英国法上一般是可强制执行的,但在美国大多数州却是不得强制的。如 *Cudahy Junior Chamber of Commerce v. Quirk*, 165 N. W. 2d 116 (Wis. 1969)。

[61] *Gehres v. Ater*, 73 N. E. 2d 513 (Ohio 1947).

[62] 防止对财产转让的限制是美国的一项公共政策,参见 *Proctor v. Foxmeyer Drug Co.*, 884 S. W. 2d 853 (Tex. Ct. App. 1994)。

3.《重述》在“违法”之“法”的渊源上并没有像我国《合同法》那样进行缩限,相反,其就法的界定是广义的。从宪法的视角而言,社会秩序、国家利益以及公共利益不可能只体现在法律和行政法规当中。换言之,地方性法规和行政规章都有可能体现公共利益。因此,我国《合同法》将违法之法限制为法律和行政法规的做法就难谓正确。

4.《重述》在违反公共政策之合同的效力判断上引入了利益衡量的方法,并尽量予以缓和。虽说违反公共政策的合同原则上是不得强制的,但《重述》对此的认定却非常强调司法应针对个案的具体情况进行利益衡量。为此,《重述》不仅概括了执行利益和公共利益的基本类型,而且还就具体的考量因素作出了提示。另一方面,《重述》还创设了诸多尽量维持合同效力的缓和和技术。通过利益衡量及相关的缓和和技术,《重述》对当代社会所共同面临的公共政策与合同自由间的冲突予以了最大限度的平衡。

可以发现,利益衡量及缓和技术的实质是赋予法官就个案的具体情形进行自由裁量的权力。这也是英美法在处理违反公共政策合同效力问题上的一个共同趋势。<sup>[63]</sup>事实上,对于违反公共政策之合同效力这类两难问题,立法的作为是有限的,毋宁说更多地应依赖于绵延而灵活的司法。毕竟正义不能只是抽象和僵化的,而更应是具体和丰富的。

---

[ **Abstract** ] How to balance the tension between public policy and freedom of contract is a common problem faced by every country. On the ground of public policy, The Restatement (Second) of Contracts provides that some kinds of promises or terms contained in a contract are unenforceable and the court shall not grant a wrongdoer who concluded a contract in violation of public policy restitution of a benefit conferred upon the other party. However, it is not necessary that once a contract contradicts certain public policy, it becomes unenforceable inevitably. The Restatement (Second) of Contracts, through introducing the method of interests - weighing and the technology of mitigation, has provided detailed rules for deciding the validity of a contract in violation of public policy and supporting transactions freely entered into by parties concerned. In this way, the tension between public policy and freedom of contract faced by today's society can be coordinated to the maximum.

---

(责任编辑:陈洁)

[63] 新西兰的《不法合同法》,澳大利亚、加拿大、新加坡等国的法律改革委员会也都认为对此的恰当方案应是授予法院以自由裁量权。