

法国违法合同无效制度探析

叶名怡

内容提要:法国法上合同违法有三层含义,广义上的合同违法包括违反法律禁止性规定(最狭义违法)、违反公序以及违反良俗三种情形;前两种合并构成狭义上的合同违法。从合同要素角度看,合同违法有两种可能,即标的违法和原因违法,其中合同主体不适格被纳入到标的违法之中,合同形式违法及其效果则另外单列,惟合同形式违反公证要求时方导致合同绝对无效。标的违法又有两种情形:标的物为不可交易物与标的违反公序。原因违法则指缔约人的决定性动机不法或不道德。违法合同有两种命运:绝对无效和相对无效。二者区分的深层依据在于前者对应于总体利益受到侵害,后者则对应于私人利益受到侵害。二者区分的具体标准是:前者对应于政治公序、指令性经济公序以及善良风俗的违反,后者则对应于保护性经济公序的违反。指令性经济公序如今主要集中在竞争法方面,而保护性经济公序主要存在于消费者法、劳动法、保险法等需平衡合同双方强弱力量对比悬殊的法律部门。

关键词:法国法 违法合同 无效 公序良俗

叶名怡,西北政法大学副教授。

违法合同的效力如何,在绝大多数国家均系一重要法律课题,因为它涉及到意思自治与政府管制这一对基本对立的范畴。在我国,该问题不仅在司法实务中是难点,而且在理论上也引发了持久而激烈的争议。特别是晚近,围绕该问题及《合同法》第52条第(五)项,学者们发表了大量著述,其中不乏对德国、日本、英美及我国台湾地区相关法制的引介和分析。不过遗憾的是,作为大陆法系重要领头羊之一的法国法相关内容,却似未见专题论文。职是之故,笔者不揣浅陋,拟对法国法违法合同无效制度(以《法国民法典》第6条为核心),作一集中深入的介绍和评析,希对学界同仁有些微参考之意义。

一 合同违法的两种可能:标的违法与原因违法

《法国民法典》第1108条规定了合同的四项基本要素:缔约能力、同意、标的及原因。这四项要素的缺乏或者瑕疵,都会导致合同效力的欠缺。法律对意思自治的最低限制,正是通过对标的和原因的要求来达成,也只有这两项要素才涉及有可能违法的问题。首先须叙明的是,法国法上的合同违法,有广义、狭义以及最狭义三种含义,广义上的违法包括狭义违法和违反善良风俗;而狭义违法包括最狭义违法和违反公共秩序。为了使合同有效,合同标

的和原因均应是合法的(狭义)和合乎道德的。^[1]

(一)合同标的违法

《法国民法典》从第 1126 条到第 1130 条规定了“标的”,不过时而表述为“债的标的”,时而表述为“合同标的”,由此引发了了诸多理论争议。有见解认为,合同标的包含两层意思,一是指债的标的,即给付本身,二是给付标的,即给付所指向的对象;另有观点主张,合同标的是所追求的法律上的债务,而债的标的是承诺的三种给付。^[2] 卡尔博尼埃认为,合同标的实指合同的内容;合同目的是产生债,而每种债均有其标的;民法典实际上是将债的标的归结到合同本身,这是一种缩略用法。^[3] 因此,合同标的就是指合同指向的“事物”,包括:物的给予、作为或不作为。法律对于标的的要求是存在、确定或可确定的、可能的以及合法的。

标的的合法性要求可从《法国民法典》第 6 条、第 1128 条以及第 1158 条中推得:其中第 6 条规定合同不得违反涉公序良俗的法律;第 1128 条规定,只有属于商业交易范围内的事物才能成为合同的标的;第 1158 条规定,属于商业交易范围内的一切事物都可以买卖,除非特别法禁止其转让。据此,标的违法的第一大类是合同标的属于商业交易范围以外的事物。典型的不可交易之物包括属于国家或公共集体相关的物,例如公共领域的财产、公共职位、通过选举产生的政治职位、政府机关职务以及主权要素(如选举权)。为了保护公众健康考虑,有传染病的动物和有毒的物质,隐秘药物与麻醉品,以及某些不能保证使用人合理期待的安全性的财产或服务,都属于商业交易范围外的事物。^[4] 传统上,墓地、人体及其器官等也属于不得交易的对象。例如,在著名的“玫瑰纹身案”中,纹身通过皮肤手术提取并被出售,此类合同被法院认定无效,因为人身属于不可交易物,因而合同无效。^[5] 不过,判例容忍这些物成为无偿合同(赠与)的标的。例如,在有关墓地赠与的一起案件中,Pierre Y 先生于 1928 年获得一块墓地,后赠与其妻子 A 夫人;后者死后,其权利又传给其侄孙女 X 夫人。法国最高法院在判决中指出,“如果说对墓地的权利属于不可交易物,那么没有任何法律规定禁止权利人将此项权利让渡给其他的家庭成员……既然 A 已因其丈夫的赠与而成为这块墓地的唯一权利人,那么她以其娘家家庭成员的身份将该墓地传给 X 夫人,亦属有效。”^[6]

值得注意的是,关于“顾客关系”的买卖,在过去长达一百多年的时间内均被禁止。此立场由 1846 年的一个判例所创立:医患之间唯一的纽带是信任,这种信任关系不得成为合同之债的标的。^[7] 例如 1984 年法国最高法院民一庭指出,“顾客关系具有人身属性,因而不可转让。”^[8] 但法国最高法院在 2000 年改变了立场,转而认为,“只要患者的自由选择权获得保障,则作为自由资产的医疗顾客关系的转让并非不法。”^[9]

[1] J. Hauser, L'ordre public et les bonnes mœurs, in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Dalloz, 2003, p. 105.

[2] V. Larribau-Terneyre, *Droit civil, Les obligations*, 12e éd., Sirey, 2010, no 833, p. 298.

[3] J. Carbonnier, *Droit civil, Les obligations*, 22e éd., PUF, 2000, no 54, p. 117.

[4] V. Larribau-Terneyre, *Droit civil, Les obligations*, 12e éd., Sirey, 2010, no 859, p. 305.

[5] TGI Paris, 3 juin 1969, D. 1970. 186, note J. P.; Civ. 1re, 23 févr. 1972, JCP, 1972. II. 17135.

[6] Cass. civ. 1re, 2 mars 1999, *Pers, et fam.* 1999. 26, obs. J. Casey.

[7] Tribunal civil de la Seine, 25 février 1846.

[8] Cass. civ. 1re, 27 novembre 1984, 83 - 11. 265.

[9] Cass. civ. 1re, 7 nov. 2000, JCP 2001, I, 301, obs. J. Rochfeld.

标的违法的第二大类,是标的违背公序良俗。有些是直接违反条文规定的公序,即立法公序,这涉及到严格意义上的违法,因为法律对这些作为给付的行为直接予以禁止。^[10] 刑法上的许多规定都属于这样的禁止性规定。例如,在2001年的一个判例中,两个旨在组织在纪龙德省(Gironde)捕猎斑鸠的社团被判令解散,因为这种捕猎在12年前即属非法,亦即社团协议的标的非法。^[11] 另外,若提供某种给付的当事人不具有从事该行为的法定资质,则这种给付也会被归入到标的违法之列。例如,在2008年的一个判例中,旨在允许某人进行证券管理行为的合同被宣布无效,因为后者缺乏必备的资格要件,导致该合同标的被判违法。^[12]

还有一些是标的违反潜在的公序,即司法公序,它是指由法官通过对法律规范的创造性解释而得出的公序。此时争议合同并未违反某个恰好精确对应的条文,因而法官要认定该合同违法而无效,必须进行创造性解释。^[13] 例如,没有哪一个条文直接就代孕代育行为作出规范,法官认定此类合同无效,是对《法国民法典》第16-7条(关于人性尊严不可侵犯之规定)进行解释而得出的结论。^[14] 又如,在2004年的一起案件中,原告在被告的家具店购买了一套家具,其后主张买卖合同无效,理由是卖方并未遵循《1986年3月14日法令》第2条关于商品标签应包含一切必要的记载之要求;法国最高法院认为,尽管该法令以及相关适用公告无一处明确说,违反该法令即导致买卖合同无效,而只是规定其法律效果是指向《消费者法典》第213-1条,后者仅涉及到刑事制裁,但后者中包含的刑事秩序,因而该法令属于《法国民法典》第6条所称的包含公序良俗之法律,故而合同应属无效。^[15] 有的判例还会判决一个合同即便未违反任何法条也可能违反公序。例如法国最高法院曾认定,一个利用病人而进行夸大性广告宣传,且旨在影响公众的合同是无效的。^[16]

作为法国合同法改革的重要成果,卡塔拉(Catala)草案和戴黑建议稿及司法部草案对待合同标的的态度不同。^[17] 卡塔拉草案保留了合同原因这个概念,并延续合同标的和合同原因之间的区分,其规定总体上与现行法差别不大。该草案第1222条区分了标的违法与标的的不存在,前者导致合同绝对无效,后者导致相对无效,而这与现行判例赋予二者相同效果并不一致。戴黑草案和司法部草案,则追随欧洲合同法原则,合同标的退隐于“合同内容”概念之后。戴黑草案第59条规定,“合同不得违反公序或良俗,无论其内容或目的,无论该目的是否为所有合同当事人所知晓。”^[18] 法国司法部草案规定,“合同的标的或目的违反公

[10] J. Carbonnier, *Droit civil, Les obligations*, 22e éd., PUF, 2000, no 69, p. 145.

[11] Cass. civ. 1re, 16 oct. 2001, *JCP* 2002 II, 10022, note Y. Chartier.

[12] Cass. com. 4 nov. 2008, *RTD civ.* 2009. I. 115, obs. B. Fages.

[13] 当然,法官的这种解释权可能会受到法国最高法院的审核。例如在1999年的一个判例中,法官认定1969年1月3日法律(关于海船装备的法律)具有强行法特征,法国最高法院对此进行了审核。V. Cass. Ass. Ass. Plén., 26 mars 1999, *D.* 1999. 369, note Delebeque, *RTD civ.* 1999. 615, obs. Mestre.

[14] Paris, 30 avr. 1963, *JCP* 1963, II. 13205.

[15] V. Cass. civ. 1re, 7 déc. 2004, *JCP* 2005, IV. 1155; *JCP* 2005. I. 141, obs. A. Constantin.

[16] V. cass. Civ., 4 déc. 1929, S. 1931. I. 39 note P. Esmein, *Grands arrêts*, t. 1, no 13.

[17] 这两部草案分别以领衔组织起草者的学者名字命名,另有司法部的债法改革草案(Le projet de la Chancellerie)。卡塔拉草案参见 http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf, 戴黑建议稿参见 F. Terré (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2009; 司法部草案参见 http://www.chairejlb.ca/pdf/reforme_all.pdf, 访问时间:2012年11月12日。

[18] F. Terré (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2009, p. 18.

共秩序时,合同违法。”^[19]

(二) 合同原因违法

依《法国民法典》第 1131 条、第 1133 之规定,债的原因必须真实存在且合法、合乎道德。^[20] 原因有双重含义:其一指客观抽象层面的含义,即直接目的或给付对价;其二指主观具体层面的含义,即深层次目的,^[21] 或决定性动机。^[22]

在探究原因存在与否时,针对的是直接目的,同类型合同有相同的直接目的;当审查原因合法与否时,它指的是深层次目的,该目的因个案而异。这意味着,当关乎公序良俗,而非仅仅保护合同当事人一方的最低公平需求时,法官需要考察得更深远,因为针对直接目的的原因合法性审查,有可能毫无结果。^[23] 例如贿选,因其标的(选举权)非法,故此种购买亦非法。这种客观层面之原因的不法性审查,并不能提供任何新的意义。无偿合同也可能存在非法原因,例如赠与是为了获得一份法律或道德不允许的优待或服务。例如对酒廊租赁权转让价款之债的承认,目的是为了改变宣告该酒廊关门停业的刑事判决;^[24] 合同当事人为了建立或保持不正当关系而对姘妇的赠与传统上也认为原因非法。^[25]

这就要求探查激励各合同当事人缔约的主观动机,必须研判合同当事人有无打算违反公共秩序。例如法国最高法院在 1987 年的一个判例中指出,任何旨在为收养之中介服务给付酬金的合同都具有非法的原因,均属无效合同。^[26] 而在 2004 年的一起案件中,买卖合同双方约定,向税务机关提交的申报价比实际交易价低,以达到逃税的目的,最高法院宣布合同因为原因违法而无效,卖方应当退回买方私下额外的付款。^[27] 同样,以下合同中也明显存在非法原因:房屋租赁是为了建立假币制造厂或开设妓院;借贷合同的借款人(赌徒)打算用借款继续赌一盘,^[28] 或者用来为妓院提供金融支持,^[29] 或是用于资助一个不被法律许可的顾客关系之转让。^[30]

一般说来,对当事人缔约动机的评价标准,是在意思表示作出时的法律。例如,在一起案件中,原告在 1990 年与被告签约,按约定原告为被告介绍客户,被告应支付酬金但后来违约,原告起诉求偿;1998 年法国最高法院认定,按照签约时的《刑法典》第 R34,7o 的规定,占卜职业者应受刑事制裁,因而 1990 年双方签订的合同因原因违法而无效,尽管该刑法条文

[19] V. Larribau-Terneyre, *Droit civil, Les obligations*, 12e éd., Sirey, 2010, no 862, p. 308.

[20] 《法国民法典》第 1133 条原因违法进行了界定:“合同原因被法律所禁止,或是违反良俗或公序时,为违法原因。”从该条文看,原因违法有三种情形:违反法律禁止性规定(最狭义违法)、违反公序,或是违反良俗。就此而言,那种认为法国法将违反强行法规定与违反公序良俗“作一元化处理,适用时不加细分”的观点显然值得商榷,此种观点参见孙鹏:《论违反强制性规定行为之效力——兼析〈中华人民共和国合同法〉第 52 条第 5 项的理解与适用》,《法商研究》2006 年第 5 期。

[21] 也有学者将这两种含义的原因分别称之为债的原因与合同的原因。参见 J. Carbonnier, *Droit civil, Les obligations*, 22e éd., PUF, 2000, no 58, p. 125.

[22] J. Ghestin, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, L. G. D. J., 2006, no 129, p. 90.

[23] F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, 10e éd., Dalloz, 2009, no 361, p. 379.

[24] Cass. Civ. 3e, 10 oct. 1968, D. 1969, somm. p. 37, *Bull. civ.* III, no 371, p. 285.

[25] Rapp. Civ. 1re, 28 juin 1988, D. 1989, 181, note I. Najjar.

[26] Cass. civ. 1re, 22 juill. 1987, D. 1988, 172, note J. Massp.

[27] Cass. civ. 3e, 25 févr. 2004, *Juris-Data* no 2004-022. 472; *JCP* 2004. I. 149, obs. F. Labarthe.

[28] Req., 4 juill. 1892, *DP* 92. 1. 500.

[29] Potiers, 8 févr. 1922, *DP* 1922. 2. 33, note R. Savatier.

[30] Cass. civ. 1re oct. 1996, *CCC* 1997, no 3, note Leveneur, D. 1997, somm. com. p. 171, obs. R. Libchaber, *RTD civ.* 1997. 116, obs. J. Mestre.

自1994年3月1日起被废止,但评价时点应以缔约时法律为准。^[31]判例采此立场是为了避免此类合同在上述期限内具有法律效力。

着眼于主观动机的原因审查,若走得太远,会严重影响合同稳定性。因为沿着这种逻辑一直追问下去,任何一个合同都有可能遭受合法性质疑。对此,判例创造出两种缓和机制。首先,判例认为,只有决定性动机才能被当做合同无效的原因。决定性动机是推动当事人从事某项交易的根本动因。不过,在审判实践中,当在激励当事人的许多动机中间,法官发现了一个违法动机或不道德动机时,他有时可能会倾向于将其界定为决定性动机,即使它并不比其他动机更有决定性意义。^[32]其次,判例长期坚持,违法或违背道德的动机即便是决定性的,也只有当其被合同对方当事人知晓时才会导致合同无效。这是为了确保合同法律关系的安定性,保护善意合同当事人的合理期待利益。不过,对此也有质疑。一方面,该要件稀释了原因违法合同无效制度的道德教化作用;另一方面,狡猾的当事人可能因此而隐匿动机,不为对方所知,从而避免合同被撤销的结果。^[33]

故而,有些学者主张,应将不法原因理解为“合同所有当事人或其中一方当事人所具有的不法或不道德的目的,内嵌于法律行为的内容之中,必然存在于合同的缔结或其结果之中”,^[34]至于该动机是否为对方当事人知晓则无关紧要。该学术建议最终被法国最高法院采纳,在1998年的一起案件中,X先生承认欠其妻子一笔钱,二人离婚后,1989年双方签订合同,约定这笔债将以向其前妻增加抚养费的形式给付,但该协议由于X先生意图逃税而被其前妻主张无效;面对X先生的抗辩——只有不法动机为双方所共知时合同才会无效,法国最高法院认为,即便当决定当事人一方缔约的动机并未为对方知晓时,该合同也可能因为不法或不道德而被撤销。^[35]善意合同当事人的利益,可通过侵权责任获得救济,^[36]或是通过“可耻之抗辩”从而拒绝已受领的对方给付。^[37]当然,只有原因不道德时,可耻之抗辩才有适用余地。^[38]“当合同违反公共秩序时是(狭义上的)违法合同,当合同违反善良风俗时则是不道德合同。”^[39]曾经存在许多判例,认定合同无效的理由是违反道德,而不是违反法律。例如曾有大量的判例宣布,那些旨在开设或运营妓院的合同由于原因不道德而无效。^[40]

[31] Cass. civ. 1re, 10 févr. 1998, *JCP*. II. 10142 note B. Fages, *D.* 2000. 442, note L. Gannagé, *RTD civ.* 1998. 669, obs. Mestre.

[32] F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, 10e éd., Dalloz, 2009, no 366, p. 384.

[33] J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations, Tome I: L'acte juridique*, 14e éd., Sirey, 2010, no 269, p. 248. .

[34] C. Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitution et responsabilité*, thèse Paris I., 1993, no 415.

[35] Cass. civ. 1re, 7 oct. 1998, *D.* 1998. 563 concl. Sainte-Rose, 1999 somm. com. p. 110, obs. Delebecque, chron. Tourmafond, p. 237.

[36] C. Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitution et responsabilité*, thèse Paris I., 1993, no 426.

[37] A. Weill, *Connaissance du motif illicite ou immoral déterminant et exercice de l'action en nullité*, *Mélanges Marty*, 1978, p. 1165 et s.

[38] “可耻之抗辩”源于古老的罗马法规则“*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (任何人都不得援引其自身的卑鄙)”,其另外一种表达是:“*in pari causa turpitudinis cessat repetitio* (若双方系同一可耻行为的同等参与者,则不存在返还)”。

[39] F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, 10e éd., Dalloz, 2009, no 386, p. 401

[40] TGI Paris, 28 juin 1985, *Gaz. Pal.* 1986, 1 somm. P. 45, Defrénois 1985. 1161, obs. G. Champenois. 不过必须指出,由于人权观念的膨胀,许多从前被认为不道德而无效的合同,逐渐褪去了不道德的色彩。例如法国最高法院在最近的一个判例中宣布:在通奸关系中的赠与并不因为与有与良俗相悖的原因而无效。Cass. civ. 1re, 3 févr. 1999, *JCP* 1999. II. 10083, note Billiau et Loiseau; Cass. Ass. Plén., 29 oct. 2004, *D.* 2004, p. 3175, note D. Vigneau, *JCP* 2005. II. 10011, note F. Chabas, I. 187, no 7.

当合同并未明确规定原因时,《法国民法典》第 1132 条推定原因存在并合法,因而主张原因不法的合同当事人或第三人负有该项主张的证明责任。^[41] 后者在证明一项法律交易的不法或不道德时,可通过法律许可的一切方式来进行。^[42]

对于合同原因这一“当今法国债法最令人感兴趣、最富有争议的概念”,^[43] 三个债法改革草案建议稿采取了不同的立场。卡塔拉草案保留了合同原因制度,但戴黑建议稿和司法部草案删除了合同原因这个概念,^[44] 司法部草案 2008 年的最初版本还一度以“合同利益”这个概念作为替代,不过新版本又删除这一概念,如同戴黑草案一样,这也意味着围绕合同原因删除及其替代方案的争论远未结束。对于现行法上原因合法要件,戴黑建议稿和司法部草案均要求“合同目的”,不得违反公序良俗。^[45]

最后需要补充的是,一个合同即便不存在不法或不道德的原因,但当它构成对法律欺诈,亦即其唯一的目的在于规避法律时,也可能因为其不法而被宣布无效;这实际上源于罗马法规则“诈欺使一切归于无效”。^[46]

二 合同无效的两种命运:相对无效与绝对无效

《法国民法典》第 6 条没有规定违法合同的法律效果,但通说认为,违法合同会遭受无效的制裁。^[47] 法国法上的合同无效分为绝对无效和相对无效,^[48] 合同违法并不必然会导致合同绝对无效。无论是合同绝对无效还是相对无效,其理由都是合同有效之基本要素的不具备或者不符合要求。合同无效是对违反合同形成条件的制裁。^[49] 因此,法国法语境下,合同绝对无效既可能是因为合同违法,也可能是因为合同要素的缺乏(合意不存在),^[50] 而后者在德国法系下被认为属于合同不成立的情形。^[51] 另外,当法律对合同形式有正式要求,^[52] 而相关合同违反此法律规定时,也属于绝对无效合同。^[53]

合同的绝对无效,分为条文规定的无效和潜在的无效。在 2009 年的一起案件中,法国最高法院明确指出,“法无明文不无效”的原则,并无一般性的适用;该案中,作为公法人的

[41] Cass. civ., 22 déc. 1896, DP 98. 1. 537.

[42] Cass. civ., 2 janv. 1907, DP 1907. 1. 137, note Colin. S. 1911. 1. 585, note Wahl, *Grands arrêts*, t. 1. no 122.

[43] J. Ghestin, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, L. G. D. J., 2006, no 4, p. 5.

[44] 关于戴黑草案和司法部草案删除合同原因的背景分析,参见秦立崑:《〈法国民法典〉合同制度改革之争》,《环球法律评论》2011 年第 2 期。

[45] V. Larribau-Terneyre, *Droit civil, Les obligations*, 12e éd., Sirey, 2010, no 901, p. 321.

[46] P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, *Les obligations*, 4e éd., Defrénois, 2009, no 654, p. 328.

[47] P. Malinvaud, D. Fenouillet, *Droit des obligations*, 11e éd., Litec., 2010, no 275, p. 216.

[48] 法国法上的合同相对无效大体上相当于德国法和我国法上的可撤销的合同。

[49] F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, 10e éd., Dalloz, 2009, no 82, p. 100.

[50] V. Larribau-Terneyre, *Droit civil, Les obligations*, 12e éd., Sirey, 2010, no 987, p. 348.

[51] 法国法主流立场虽不区分合同不成立与合同绝对无效,但仍存在若干与合同无效相近的概念,如同合同无对抗力、失效、缩减及摒除等。本文语境下值得关注的是摒除,它是指合同某个条款由于违法而自动(无需法官介入)被视为未写入,实际上即个别条款无效。参见 F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, 10e éd., Dalloz, 2009, no 82, p. 103。

[52] 合同的形式要求可分为公证形式和一般书面形式,前者如婚姻合同、设立抵押合同等,后者如专利让与合同等。通常只有前一种形式要求被违反时才会导致合同绝对无效。参见 V. P. Delebecque, F.-J. Pansier, *Droit des obligations*, 5e éd., Litec., 2010, no 240 et s., p. 151。

[53] J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations, Tome I: L'acte juridique*, 14e éd., Sirey, 2010, no 323, p. 298.

出租人违反了《乡村法典》第 411—15 条(从事农业经营者享有优先权),但该法条并未明示违反此优先权规定的合同无效,法国最高法院认为,该规定中出租人(公法人机构)的义务具有公共秩序的性质。^[54] 这表明,作为合同绝对无效的最主要法条依据的《法国民法典》第 6 条,具有明显的一般法特点;相对而言,合同相对无效的法条依据更具有特别法色彩,主要位于《法国民法典》第 1304 条及以下规定。

当合同因为违法而无效时,究竟是绝对无效还是相对无效,其内在理论根据在于该合同的违法特质侵害的是总体利益,还是个体利益或私人利益;当被违反的法律规定旨在保护总体利益时,合同绝对无效;当该法律规定旨在保障私人利益时,合同相对无效。^[55] 在 1996 年的一起案件中,不动产融资租赁的承租购买人指称出租人违反了《1966 年 7 月 2 日法律》第 1 条、第 2 条第 2 款,有关融资租赁承租购买人的合同撤销权条件的规定,据此主张合同绝对无效,但法国最高法院认为,该法律规定仅仅旨在保护融资租赁合同的一方当事人(承租购买人),因而,导致的合同无效仅为相对无效。^[56] 可见,两类无效的界限在于,相对无效是一种保护性无效,而绝对无效则是对违反总体利益或公共秩序的制裁。^[57] 决定制裁性质的正是被违反之强制规范的内在基础。^[58]

合同无效二分与利益二分的对应关系,还可以从原因缺乏之合同在新旧观念的不同命运获得印证。判例长期坚持,缺乏原因的合同属绝对无效合同,其理由恰恰是此类合同不能实现交换的社会功能,从而违反了总体利益。^[59] 法国最高法院商事庭在 2007 年一个案例中仍做如此认定。^[60] 但在个体利益和总体利益更清晰区分的现代观念影响下,法国最高法院民事庭近来均认定此类合同属相对无效合同。^[61]

总体利益主要是指涉及国家、社会有序运行的最基本利益。其首先是国家在公共服务或公共组织的框架下实施的某些活动,尤其是司法、警察、军队、税收等;其次,为了实现管理职责,国家经常要从事可能属于私人部门的活动,如教育、健康、交通、能源、通讯等等;另外,国家通过经济政策,诸如规划、价格政策、税收政策、信贷管理等等来介入的,也被赋予总体利益的名义。这些政策同样会给合同自由带来障碍。^[62] 总体利益的范围可通过《法国刑法典》的规定获得一个大致印象。《法国刑法典》第四卷题为“针对民族、国家和公共和平的犯罪”,此名下的犯罪均属于没有受害人的犯罪,如侵害国防秘密。法国最高法院刑事庭一开始就发展“总体利益犯罪”这样的概念,以便限制在刑事诉讼中民事诉讼的提起;不过,1970 年的于斯特判例表明,总体利益与私人利益可叠加,相关立法为了保卫总体利益这一主要目标的事实,并不必然构成对个人或群体提起民事诉讼的障碍;^[63] 这种演进也让“总体利益犯

[54] Cass. civ. 3e, 10 juin 2009, no 08 - 15. 553; *Juris-Data* no 2009 - 048519, JCP 2009. 574, no 16. obs. P. Grosser.

[55] P. Malinvaud, D. Fenouillet, *Droit des obligations*, 11e éd., Litec., 2010, no 388 et s., p. 301 et s.

[56] Cass. civ. 3e, 15 mai 1996, *Contr. conc. consom.*, août 1996, no 138, obs. Leveneur.

[57] V. Larribau-Terneyre, *Droit civil, Les obligations*, 12e éd., Sirey, 2010, no 983, p. 347.

[58] J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations, Tome I: L'acte juridique*, 14e éd., Sirey, 2010, no 328, p. 303.

[59] J. Ghestin, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, L. G. D. J., 2006, no 996, p. 649.

[60] 该案大致案情为:夫妻二人各占公司 50% 股份,妻子将其拥有的 49% 股份以 1 法郎的价格转让给其丈夫,其后妻子起诉要求确认合同绝对无效,最高法院支持了该诉求。参见 Cass. com. 23 oct. 2007, *D.* 2007, AJ, 2812, *Deffrénois* 2007, 1729, obs. Libchaber。

[61] Cass. civ. 1re, 9 nov. 1999, *Deffrénois* 2000. 250, obs. Aubert; civ. 3e 29 mars 2006, *Bull. civ.* III, no 88, p. 73.

[62] P. Malinvaud, D. Fenouillet, *Droit des obligations*, 11e éd., Litec. 2010, no 37, p. 22.

[63] Cass. Crim. 22 janv. 1970, no 69 - 90. 898, *juste*, *Bull. crim.*, no 37; *D.* 1970, 167.

罪”理论有了更新,但此概念并未被废,因为总是存在无受害人的犯罪。^[64]

当然,总体利益与私人利益的区分有时并不容易。因为一方面,二者的界限并非泾渭分明,法律规定或多或少都会体现出保护总体利益的特性——若非如此,它就不会以法律的形式公布出来;另一方面,对私人利益的保护亦会有所侧重,例如有些法律规则并非只想要保护合同一方利益,而是同时想要保护双方,而另一些规则可能会更加侧重保护某个群体的利益,而少顾及总体利益。^[65] 尽管如此,二者的界限大抵是清楚的。因为私人利益受损,往往体现为合同正义的扭曲,^[66]即双方当事人利益的失衡;而总体利益受损,往往体现为公共秩序的破坏。是否应判决合同绝对无效,法国最高法院采取的方法是根据所保护的利益不同而进行个案审查,在立法者没有明确规定法律效果时,遵循合同无效制裁上的谦抑性原则以及比例原则。当然,个案审查的方法也会导致可预见性的降低,结果的某种不确定性。绝对无效和相对无效的各自领域,必然交由判例来判定,而判例给出的回答经常受到经验主义和传统的影响。^[67]

最后要说明的是现有三个合同法改革草案,在此问题上有不同立场。卡塔拉草案没有直接涉及到合同绝对无效和相对无效的区分根据问题。戴黑建议稿和法国司法部草案则是重申了现行标准,《合同法改革草案》第 79 条规定,当违反了旨在保护总体利益的规则时,合同绝对无效;当违反了保障私人利益的规则时,合同相对无效。^[68]

三 违法合同无效二分的具体标准:公共秩序的类型化

如上所述,总体利益与私人利益的区分是违法合同无效类型的内在理论基础,那么如何识别总体利益和私人利益? 法国法主流立场给出的回答是:根据合同违反的是保护性经济公共秩序,还是政治公共秩序、指令性经济公共秩序或善良风俗;前者对应于私人利益,后者对应于总体利益。违背善良风俗的合同一律绝对无效。因为善良风俗表征的是超越了个体利益的总体利益,^[69] 本文对此不拟展开。以下主要就基于公共秩序的分类逐一详述。

(一) 违反政治公序的合同绝对无效

作为一个存在诸多争议的概念,公共秩序也存在于民法之外的许多领域,尤其是公法领域。^[70] 公共秩序的内涵随着时代发展不断革新和丰富。19 世纪的法国被称为警察国家,作为国家利益捍卫者的公共秩序更多的是一种政治公序或古典公序。作为保卫“社会—国家”、家庭和个人的柱石,古典公序多被理解为永恒不变的价值。^[71] 因而,法国主流见解认

[64] P. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 8e éd., Dalloz, 2010, no 578, p. 244.

[65] J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations, Tome I: L'acte juridique*, 14e éd., Sirey, 2010, no 328, p. 303.

[66] 所谓合同正义 (la Justice Contractuelle) 意指: 如果缔约系自由意志下之同意接受, 则推定合同是正义的, 因为有理由认为个人对其自身利益最敏感并有足够智识去处置。这种合同正义与所谓交换正义 (la justice commutative) 有相通之处。V. Jean Carbonnier, *Droit Civil, Volume II: Les Biens, les Obligations*, Paris, Presses universitaires de France, 2004, p. 2041.

[67] J. Ghestin, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, L. G. D. J., 2006, no 998, p. 650.

[68] F. Terré (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2009, p. 21.

[69] F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, 10e éd., Dalloz, 2009, no 371, p. 388.

[70] L. Jullot de la Morandière, *L'ordre public en droit privé interne, Etudes Capitaines*, 1939, p. 381 et s.

[71] F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, 10e éd., Dalloz, 2009, no 377, p. 393.

为,合同违反涉及古典公序的法律规范,将会导致绝对无效。〔72〕

古典公序主要包括以下四类:

首先是有关国家的政治公序,即涉及国家宪法组织、行政和司法组织的政治公序等。因此,试图影响选民投票的合同是绝对无效的。〔73〕 同样无效的还包括旨在令公务员辞职的合同,〔74〕 公务员承诺给对方以优待的合同;〔75〕 试图逃避刑法适用的合同(例如犯罪受害人承诺不控告犯罪人),〔76〕 旨在保障某人不受可能遭受的刑事判决的保险合同,以及修改属物管辖的当事人之间的协议。〔77〕

其次,调整家庭关系的法律规范原则上也是古典公序。传统上,涉及家庭组织的、人身关系的合同被禁止。最典型的是《法国民法典》第 1388 条的规定。〔78〕 不过,有关家庭的公共秩序有逐渐宽松化的趋势。因为关于家庭,“与其说是作为一个本身具有价值的制度,毋宁是一个为每个人提供其个性充分发展的制度”。〔79〕 家庭公序与善良风俗一样,在现代人权意识膨胀的大背景下,其整体阵地在明显后撤之势,但在某些方面也有推进,最典型的如《欧洲人权公约》第 8 条关于“正常家庭生活”概念的创立。〔80〕 在 1996 年的一起案件中,巴黎市城市规划和建设局(OPAC)作为住房出租人起诉承租人 Z 女士,因为双方曾在住房租赁合同中约定,出租房仅限于承租人及其子女居住,不得留宿第三人,但承租人后来违约,留宿了其两个幼子的父亲 Y 以及该父亲的妹妹 X 居住;原告一审败诉后上诉至法国最高法院,理由之一是租房合同条款仅仅是禁止承租人长期留宿第三人,并没有禁止后者暂时留宿第三人,因而并不违法,应属有效;但法国最高法院指出,“既然根据《欧洲人权公约》第 8.1 条的规定,住房租赁合同条款不得有剥夺承租人留宿其亲戚的可能性,则上诉法院关于 Z 女士留宿其两个幼子的父亲 Y,以及 Y 的妹妹 X 小姐,并未违反合同义务的判定,在法律上诚属正当。”〔81〕

再次,关于人本身的公序也属于古典公序。原则上,一切允许侵害个人独立或其完整性的合同都是无效的。据此,以人身为标的的合同原则上无效。例如,在 1963 年的一起案件中,巴黎上诉法院判定,法国航空公司与其所雇空姐签订的“单身条款”约定无效。〔82〕 再如,1991 年法国最高法院曾撤销巴黎上诉法院的一个判决,该案涉及到一名男子将其精子提供给另外一名女子,由后者进行人工受精;巴黎上诉法院认为在现有医学条件下,按当时的善良风俗,这种替代生育应属合法,并不违背公序。但最高法院认为,这种母方代孕合同违反了人身不可处分之原则,因而是非法无效的。〔83〕 该判例立场后被立法所继受。《1994 年 7 月 29 日关于尊重身体之法》(loi n° 94 - 653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps

〔72〕 F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, 10e éd., Dalloz, 2009, no 385, p. 401.

〔73〕 T. Civ. Tarbes, 14 mars 1899, *DP* 1904. 2. 201, *S.* 1900. 2. 219.

〔74〕 Paris, 18 nov. 1837, *S.* 38. 2. 65.

〔75〕 Req., 5 févr 1902, *DP* 1902. 1. 158.

〔76〕 Paris, 15 mai 1925, *S.* 1925. 2. 78.

〔77〕 Req., 4 nov. 1885, *S.* 88. 1. 459.

〔78〕 该条规定,“夫妻不得违反因婚姻所产生的权利与义务,亦不得违反有关亲权、法定管理和监护的各项规则。”

〔79〕 J. Carbonnier, *Essais sur les lois, Répertoire du notariat Defrénois*, Paris, 1979, p. 171.

〔80〕 该条规定:人人有权享有使自己的私人和家庭生活、家庭和通信得到尊重的权利。

〔81〕 Cass. civ. 3e, 6 mars 1996, *Bull. civ.* III, no 60, p. 41, *JCP* 1996. 1. 3958, no 1, obs. C. Jamin.

〔82〕 CA Paris 30 avril 1963, *D.* 1963, p. 428 note A. Rouast.

〔83〕 Cass. assemblée plénière, 31 mai 1991. n° de pourvoi: 90 - 20105.

humain), 亦即现行《法国民法典》第 16—7 条规定, 为他人利益的一切代育或代孕合同均属无效。不过, 在科学需要和经济需求的压力下, 人也有逐渐“物化”的趋势, “从前一切避免经济评价的东西在今天都顺从于合同, 如姓名、私生活、肖像、精神作品、痛苦、情感有时都能有偿转让”, 而器官赠与、代孕、动植物生命的可专利化也并非不法。^[84]

最后, 古典公序还包括职业公共秩序,^[85] 即着眼于保护总体利益和保障公众免受相关从业者的无能力或不道德之害的执业规则。^[86] 在 2006 年的一起案件中, 一名药剂师和一名兽医成立了一家合伙公司, 由前者出售无处方的兽药, 由后者配合对前者的行为予以“合规化”的漂白; 后公司被解散, 药剂师起诉要求返还出资和分得盈利; 一审商事法庭和雷恩 (Rennes) 上诉法院均认定公司标的违法因而公司设立合同无效, 药剂师败诉; 后者上诉到法国最高法院, 理由是, 公司的活动仅仅构成对职业伦理规则的简单违反, 在该合同未违反公序的情况下, 这种违反不应导致合同因原因违法而无效; 最高法院认定, 关于药剂师的职业伦理规则与公共健康法典的规定一致, 其中包含了公共秩序, 故上诉法院的合同无效判决无误。^[87] 当然这不意味着, 所有旨在明确从业者义务的职业伦理规则都是公序。法国最高法院在 1991 年的一个判例中指出, “其目的仅在于确定职业人员一般注意义务的职业伦理规则, 只会与纪律制裁相配套, 其本身并不会导致违反该规定而缔结的合同无效。”^[88] 实际上, 只有当那些执业规则具有充分保障合同对方当事人利益的特点时, 才构成职业公序, 才会导致合同绝对无效。关于职业伦理规则中是否包含职业公序的认定, 有时并不容易。对于与被剥夺了行政许可从而丧失相关营业资质的信贷机构所签订合同的效力, 法国最高法院曾经有过自相矛盾的判决: 在 1995 年某起案件中, 最高法院民一庭宣布合同有效;^[89] 而在 1991 年和 2001 年的两起案件中, 最高法院商事庭两度宣布此类合同属于绝对无效合同;^[90] 最后, 在 2005 年的一起案件中, 最高法院全体法官联席庭又倾向于赞同民一庭的立场。^[91]

综上, 除了违反职业公共秩序的合同效力存在某种不确定性之外, 违反其他古典公序的合同, 均属于绝对无效合同。

(二) 违反指令性经济公序的合同绝对无效

20 世纪的法国被称为保障国家。相应地, 出现了区别于古典公共秩序的现代公共秩序。古典公共秩序本质上是保守主义的, 是为了捍卫传统社会; 而新公序则是革新的, 因为它想要改变社会; 前者本质上是消极的, 因为它提出了很多禁令; 后者则是积极的, 因为它对当事人课以义务, 毫不犹豫地调整某些合同的内容, 以便促进经济或有利于保护弱势一方。与自由主义泛滥的 19 世纪不同, 20 世纪的社会主义思潮认为, 国家可以为合同确定行进方向, 将其往有利于社会效益的方向引导, 国家也应当介入到合同关系中, 调整不对等经济力

[84] B. Oppetit, *Droit et économie in Archives de philosophie du droit*, 1992, t. 37, p. 26.

[85] Malaurie 教授将职业公序不是作为古典公序, 而是作为经济公序。参见 P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, *Les obligations*, 4e éd., Defrénois, 2009, no 650, p. 325。

[86] F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, 10e éd., Dalloz, 2009, no 381, p. 395.

[87] Cass, com. 11 juillet 2006, no 04 - 16759.

[88] Cass. civ. 1re, 5 nov. 1991, *Bull. civ.* I, no 297 p. 195, CCC 1992 no 24, note L. Leveneur, *RTD civ.* 1992, 383, obs. J. Mestre.

[89] Cass. civ. 1re, 30 mars 1995 *RTD civ.* 1995, 100, obs. J. Mestre.

[90] Cass. com., 30 mars 1991, *RJDA* 1991, no 1053, rapp. Leclercq. *RTD civ.* 1992, 381, obs. J. Mestre; 27 févr. 2001, *D.* 2002, somm. Com., p. 636, obs. H. Synvet.

[91] Cass. Ass. Plen., 4 mars 2005, *RDC* 2005, 1046, obs M. -A Frison-Roche, *RTD civ.* 2003, 388, obs., J. Mestre et B. Fages.

量的合同当事人,以便保护弱势一方。^[92] 指令性经济公序和保护性经济公序随之出现。

指令性经济公序,是指国家借以引导合同行为,使之社会效用最大化的规则所蕴含的公序。最典型的如限价规定。不过,随着经济政策的转向和经济全球化和区域经济一体化的发展,国家不能长期对价格予以直接命令,货币和价格首先属于市场法则调整的范围。由此,随着1986年关于价格和竞争自由的法令通过,除了特殊规定外,政府不再对价格进行管控。社会主义观念下的指令性经济公序逐渐让位于新自由主义观念下的经济公序。当然,先前那种指令性公序并未完全消失;严格规范“自动调整条款”的货币公序仍然存在,至少在国内合同中还存在。^[93] 违反指令性经济公序的合同绝对无效。在2001年的一个标志性判例中,GIE公司与其员工Z签订的合同中有不竞争条款,约定10年内该员工不得从事与该公司业务有竞争关系的活动,违反了《1986年11月1日条令》第7条的规定,按照法国竞争委员会的解答,不竞争条款的期限应改为2年,基于此,法国最高法院认定,“被违反的条文针对的是反竞争行为,它包含了一种指令性经济公序,违反该条文将会导致被禁止行为的绝对无效。”^[94] 指令性公序如今主要存在于竞争法领域,其重要性不断升高。一个合同若想有效,仅仅满足民法上的要求还不够,它同时还必须满足竞争法的要求。正如法国最高法院一再强调的那样,那些以某种形式旨在阻止、限制或扭曲竞争机制,或实际上具有此类效果的合同是无效的。例如石油公司和加油工之间的合同约定,合同期满加油工应当将前者提供给他油桶原物返还,该合同条款被最高法院商事庭宣布无效,因为该条款是吓阻加油工不得与其他石油公司签订合同,构成了对竞争的限制。^[95] 破坏竞争机制的表现手法极其多样,如强制销售、歧视性禁止、垄断协议等等,这些手法具有改变大多数合同效力的性质(《法国商法典》第420—1条)。

同样,因支配地位的滥用而签订的合同或其条款(排他性条款、不竞争条款)的效力,也都容易受到挑战(《法国商法典》第420—2条)。相关的法律规定还包括《2001年5月15日新经济管制法》(loi NRE)、《2008年8月4日关于经济现代化的法律》,以及《竞争法典》第442—6条等。它们均会对合同效力产生直接影响。在2012年的一个判例中,某减肥产品的商业公司授权委托某自然人为特定地区的非排他性代理商,在商事代理合同中有一个不竞争条款,禁止代理人从事减肥产品分销相关的一切活动(如销售咨询、居间、分销等);代理人后诉求该条款无效,一审败诉后上诉;上诉法院认定该不竞争条款无效,作为委托人的公司于是上诉至最高法院;最高法院指出,“委托人的经营范围仅仅是向个人销售减肥产品,而该不竞争条款的范围过于宽泛,其对于委托人利益的保护而言并非必要,因而上诉法院的判决并无不当。”^[96] 有些合同,从民法规定看并无问题,但从竞争法角度看,则属于违法合同,诸如对当事人的身份予以特别考虑的合同(最典型的如特许经营权合同),因为基于“导致排除其他经济伙伴的主观选择”,它们“在性质上包含一种反竞争的目的”,此类合同有可能会走向消亡。^[97] 另外,根据证券交易委员会的观点,无视证券交易规则的合同,违反

[92] M Salah, Les transformations de l'ordre public économique, Vers un ordre public régulateur, *Mélanges G. Farjat*, 1999, p. 261.

[93] F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, 10e éd., Dalloz, 2009, no 1331, p. 1322.

[94] Cass. com., 27 février 2001, no 99 - 15. 414.

[95] Cass. com., 26 mai et 18 févr. 1992, *D.* 1993. 57, note Hannoun.

[96] Cass. com., 15 mai 2012, N°: 11 - 18330.

[97] B. Oppetit, La liberté contractuelle à l'épreuve du droit de la concurrence, *Rev. sc. morales et politiques* 1995, p. 241.

了指令性经济公序,因而属于绝对无效合同。^[98]

当然,在这种路径下,合同法也面临着可能蜕化成经济政策的工具的危险。但是,经济政策未必精准,而法律概念退隐到经济标准背后,只可能导向“选择的专断性和偶然性”。^[99]因此,如何限制指令性公序对合同法的消极影响,也是法国学者思考的一个问题。

(三)违反保护性经济公序的合同相对无效

与指令性经济公序相对的是保护性经济公序,后者旨在保护合同当事人中相对弱势的一方。由于合同角力规则并不会自发地实现强势一方和弱势一方的平衡,因而这种平衡需要重建。为此,立法者通过强制性规范,对在结构态势上通常不平等的双方所缔结的合同,强行调整其内容,这种不对等的情形通常发生在雇主和雇员、保险人和被保险人、出租人和承租人或佃户、生产者、销售者和消费者之间。^[100] 此类保护性经济公序最典型的例子是告知义务的形式主义要求,^[101] 以及滥用条款规则。^[102]

此类强制性规范的目的虽值肯定,但那样的立法发展并非没有负面效果。一方面,大量的特别法增加,很容易导致立法失控;另一方面,很多时候它会导致对弱势一方的过度保护,这在短期内看似对弱势一方有利,但从长远看则未必。例如,对承租人的过度保护将会对业主带来负面激励,从而导致建筑市场的萎缩,由此埋下了未来长期危机的种子。因此,在保护性公序方面,存在一种转向,即从社会主义向一个新自由主义的观念接近。这种趋势在消费者保护领域表现得尤为明显:法律不再主动调整合同内容,而是设计一套程序,使得对滥用条款的识别和禁止成为可能,被认为有智慧的消费者在获得程序手段后能有效捍卫自身利益。

违反经济保护性公序的合同通常被认为属于相对无效合同。因为合同涉及到保护某些当事人的利益。因而合同无效的提出应当保留给这些人为宜。^[103] 在 2007 年一起案件中,某保险经纪公司的推销员在上门推销过程中,在订立保险合同中,没有给客户选择权,并且在考虑期届满前就提前收取保险费,这违反了《消费者法典》第 121—23 至 121—29 条,此举不仅触犯刑法规定,而且在民法上也违背了公共秩序,但法国最高法院认定,被违反法条所包含的公序为保护性公序,相关合同属相对无效合同。^[104]

这种保护性公序还存在于建筑法上。在 2011 年的一个判例中,原告 X 夫妇与 PCA 公司签订一份房屋建设合同,约定由后者进行包括移除树木、土方工程、半石面地基在内的所有工程的施工建设,但根据实际的施工许可,土方工程由第三人公司实施,于是 X 夫妇诉请法院确认合同无效;最高法院指出,PCA 公司的行为的确违反了《建设与住房法典 (code de la construction et de l'habitation)》第 231—2 条的规定,但该规定仅“构成对建设工程业主利益的保护,违反该规定的法律效力是合同相对无效”。^[105]

[98] Dec. COB, 11 avril 1995, *Dr. sociétés* 1995, no 155, obs. Hovasse, *RTD civ.* 1996, 151, obs. J. Mestre.

[99] B. Oppetit, *Droit et économie, Archives de philosophie du droit*, t. 37, 1992, p. 25.

[100] P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, *Les obligations*, 4e éd., Defrénois, 2009, no 650, p. 326.

[101] 法国最高法院指出,《消费者法典》关于房产信贷领域的(告知)形式要求仅仅是为了保护债务人而设立,也只有债务人才能申请合同无效。V. Cass. civ. 3e, 7 nov. 2007, no 06 - 11. 750, *Bull. civ.* III, no 199.

[102] 判例认定,《消费者法典》第 312—16 条的公共秩序禁止带有超越条文要求的、增加买方合同义务的约定。V. Cass. civ. 3e, 7 nov. 2007, no 06 - 11. 867, *Bull. civ.* III, no 201.

[103] F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, 10e éd., Dalloz, 2009, no 385, p. 401.

[104] Cass. civ. 1re, 2 oct. 2007, *CCC* 2008 no 29, note G. Raymond.

[105] Cass. civ. 3e, 6 juillet 2011, N°: 10 - 23438.

值得注意的是,合同相对无效的诉讼原则上只能由被违反规则旨在保护的弱势一方有权提起,法院不能依职权宣布合同无效,^[106]但唯一的例外是职业者与非职业者或消费者之间缔结的合同。^[107]当然,也有学者认为,消费者保护法并不单纯是为了保护消费者,而是同时也保护市场整合和某些经济秩序。^[108]更有个别学者主张,合同违反保护性公序应一般性地受到绝对无效的制裁,因为,在保护相关弱势群体之外,还涉及到合同关系整体的道德化。^[109]另外,尽管指令性公序和保护性公序之违反分别对应合同绝对无效和相对无效,但在实践中,如何区分这两种公序并不容易,它们仅仅是程度上的差别。^[110]例如,关于劳动时间缩短的强行规范,当它旨在确保工人薪水并不因此而减少时,它看上去是一个保护措施;当它伴随着薪水减少时,它是要避免令工人失业,此时又可作为指令性公序;类似的还有汇率风险负担条款,兼具保护债务人和防范通胀的目的,故同属两类公序。^[111]

这种模棱两可并不难解释:在所有保护规则后面,都存在着社会利益。若没有社会利益,立法者就不会制定该规则。但是,当它是一种总体利益,足以和保护个体利益并驾齐驱时,它首先就是指令性公序,导致合同绝对无效性质的公序。因此,违反汇率风险管控规则的合同,属于绝对无效合同。^[112]

四 结论

法国法上的合同违法,包含广义、狭义和最狭义三种含义:违反禁止性法律(最狭义违法)、违反公共秩序以及违反善良风俗,前两种情形有时又合称为不法合同(狭义违法),与第三种情形不道德的合同相对。

从违法的合同要素来看,合同违法可分为标的违法和原因违法。标的违法有两种可能:第一,标的为不可交易物(《法国民法典》第1128条、第1158条);第二,标的违反公序良俗。在前者,认定合同无效可径自依据相关条文,无需援引《法国民法典》第6条;而在后者,违反公序可区分违反条文上的公序和违反潜在的公序,后一种需要法官对公共秩序的“发现”,这也是《法国民法典》第6条发挥效用的最主要战场。合同原因违法主要是指合同当事人缔约的决定性动机违反法律禁止性规定、违反公序或良俗。原因不法与原因不道德而导致合同无效的法律效果并不相同,后者可以有“可耻之抗辩”的适用。

从违法合同的法律效果来看,违法合同有两种命运:合同绝对无效和相对无效,其区分的外在表征是绝对无效是合同要素出现严重的致命缺陷,相对无效是合同要素存在不太严重、可以补正的瑕疵。二者区分的内在法理在于,前者是对总体利益的侵害,后者是对合同当事人一方私人利益的侵害。至于二者的具体判断标准,则要分析合同违反的具体公序良俗类型。法国法将影响合同效力之强制规范所欲保护的公共秩序,分为古典政治公序(又

[106] Cass. civ. 1re, 15 févr. 2000, *Bull. civ.* I, no 49; JCPG, 2000 IV. 1579.

[107] 自2008年1月3日起,新的《法国消费者法典》第141—4条文规定,“法官可以依照职权在涉及该法典的诉讼中援引该法典的规定。”据此,法官可依职权宣布相关争议中的合同无效。

[108] J. Pizzio, *Le droit de la consommation à l'aube du xxie siècle, Mélanges Calais-Auloy*, 2004, p. 877.

[109] F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, 10e éd., Dalloz, 2009, no 385, p. 401.

[110] J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations, Tome I: L'acte juridique*, 14e éd., Sirey, 2010, no 297, p. 274.

[111] P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, *Les obligations*, 4e éd., Defrénois, 2009, no 650, p. 327.

[112] Cass. com., 3 nov. 1988, *D.* 1989. 93 note Ph. Malaurie, *somm. com.* p. 234, obs. J.-L. Aubert.

分为涉及国家、社会、家庭、个人及职业公序)、指令性经济公序、保护性经济公序三大类;侵害前两类公序以及违反善良风俗的合同被认为绝对无效,而侵害保护性经济公序的合同被认为相对无效。

我国违法合同无效制度中最需要纠正的问题莫过于效力性强制性规范的认定过于宽泛,例如《城市房地产管理法》第 38 条第 4 项和第 6 项,^[113]在实务中常被误认为是效力性强制性规范。另外,指令性经济公序的法律规范仍然过多,很大程度上限制了交易,影响了经济活力,如关于民间融资的禁止性规定等等。在这些问题上,法国法上合同无效二分与私人利益、总体利益之二分的对应关系,指令性经济公序与保护性经济公序的区分等法制经验,无疑可为我们提供极为有益的启示。

[Abstract] In French law, illegal contract refers to such three kinds of implications in broad sense as to the contracts in violation of prohibitive rules, public order and good custom, the first two of which constitute the illegal contracts in narrow sense, and the contracts in violation of prohibitive statutes is the one in narrowest sense. From the perspective of contract elements, there are two situations for illegal contracts: the object of contract violates the public order and the cause of contract is illegal; there is separate provision for the violation of the contract form and its effect, and only the violation of the notarization requirements as to the form of contract shall render the contract null and void absolutely. The illegal object can be categorized as those not transferrable and those in violations of public order. As to the illegal cause of contracts, it refers to the illegal or immoral motivation of the contractor. The results of the illegal contracts may be of absolute nullity and relative nullity, and the basis of the distinction between the two is the different correspondence to the invasion of entire interests or the private interests. And the former one refers to the violation of the political public order, directive economic order, good faith and morals, the latter one refers to the protective economic public order. Nowadays, directive economic order exists mainly in the area of competition law while protective economic public order is vigorous in the domains of customer law, labor law and insurance law in which the relationship between parties of contract is quite unbalanced.

(责任编辑:姚 佳)

[113] 这两项分别规定未取得其他共有人同意的,以及未取得权属证书的房地产“不得转让”。