

民法学说判例与立法研究(二)

梁慧星 著

国家行政学院出版社

序 言

20年前我有幸考上中国社会科学院研究生院第一届民法研究生,从此走上民法学术之路。我选择民法专业,得益于西南政法学院张序九教授的建议。准备考试中,得到云南大学屈野教授的指导。虽说是1966年毕业于西南政法学院,但大学期间经常性的政治学习、劳动、下乡参加四清等占去很多时间,有限的专业课也没有讲多少法律知识。反倒是古汉语课、作文课及课余阅读小说,培养了一定的中文能力。从事民法学术的初步基础,是研究生期间累积的。王家福教授讲苏俄民法,余鑫如教授讲中国民法,谢怀栻教授讲外国民法。三位先生不仅传授知识,还教我如何做人。导师王家福先生是法学界鼓吹改革开放最力的学者。我受其影响,在前10年特别关注改革开放的重大法律问题,积极参加关于民法和经济法的论争和关于国有企业财产权的论争。这一时期的文章,编入我的第一本文集《中国民法经济法诸问题》(法律出版社1991年)。后转向专题研究和判例研究,1989年至1992年的文章和译文,编入第二本文集《民法学说判例与立法研究》(政法大学出版社1993年)。这是我的第三本文集,编入1993年以来的论文、文章和译文,内容与第二本文集相近,以《民法学说判例与立法研究(二)》为书名。是为序。

作者于北京东城三槐堂

1998年7月15日

目 录

序言

1. 市场经济与公序良俗原则·····	(1)
2. 原始回归,真的可能吗? ——读《权利相对论——权利和(或)义务价值 模式的历史建构及现代选择》一文的思考 ·····	(22)
3. 日本现代担保法制及其对我国制定担保法的启示 ·····	(49)
4. 从近代民法到现代民法 ——二十世纪民法回顾 ·····	(77)
5. 以公司形式改组国有企业·····	(105)
6. 从“三足鼎立”走向统一的合同法·····	(115)
7. 中国合同法起草中的争论点·····	(130)
8. 关于中国统一合同法草案第三稿·····	(138)
9. 从过错责任到严格责任 ——关于合同法草案征求意见稿第 七十六条第一款 ·····	(154)
10. 中国统一合同法的起草 ·····	(161)
11. 关于中国道路交通事故赔偿法律制度 ·····	(193)

12. 电视节目预告表的法律保护与利益衡量	(206)
13. 谁是“神奇长江源探险录像”的作者?	(223)
14. 一审判决并无不当,宁电公司不应免责 ——也评海南公司诉宁电公司购销合 同案两审判决	(236)
15. 医院的艾滋病病毒感染诊断是否侵害名誉权	(244)
16. 合同解释规则 ——陕西省机械进出口公司与陕西省石油化工物资 供销公司经营部购销合同纠纷上诉案评释	(255)
17. 民法的解释与利益衡量	(269)
18. 论专家的民事责任 ——其理论架构的建议	(293)
19. 论专家的民事责任的法律构成与证明	(308)
20. 德国的专家责任	(328)

市场经济与公序良俗原则

目 次

- 一、引言
- 二、各国法制上的公序良俗
- 三、公序良俗规定的含义、性质和作用
- 四、公序良俗原则的发展
- 五、公序良俗违反行为的类型
- 六、结语

一、引 言

公共秩序和善良风俗，合称公序良俗，是现代民法一项重要法律概念和法律原则，在现代市场经济社会中，有维护国家社会一般利益及一般道德观念的重要功能，被称为现代民法至高无上的基本原则。^①我国现行法未使用公序良俗概念，是受前苏联民法立法和理论影响的结果。^②《民法通则》第7条规定，“民事活

① 郑玉波：《民法总则》，1979年版，第338页。

② 周林彬主编：《比较合同法》，兰州大学出版社1989年版，第418页。

动应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益”。第 58 条规定，“违反法律或者社会公共利益”的民事行为无效。按照民法学者的解释，此所谓“社会公共利益”，其地位和作用相当于各国民法中的“公共秩序和善良风俗”。^①

现今中国大陆正处在由权力高度集中的计划经济体制向社会主义市场经济体制转变的过程中。改革开放和发展社会主义市场经济的实践，已经取得了举世瞩目的经济成就。同时也发生了许多损害国家社会一般利益和违反社会一般道德准则的丑恶现象。因此，研究市场经济条件下公序良俗原则的地位和作用，借鉴和吸收市场经济发达国家和地区关于公序良俗的立法经验及判例学说，对于完善市场经济法制和建立健康有序的市场经济法律秩序，无疑有重大意义。

二、各国法制上的公序良俗

1. 法国法

《法国民法典》第 6 条规定：个人不得以特别约定违反有关公共秩序和善良风俗的法律。第 1133 条规定：如原因（Cause）为法律所禁止，或原因违反善良风俗或公共秩序时，此种原因为不法的原因。按照第 1131 条的规定，基于不法原因的债，不发生任何效力。此外，第 1128 条亦属于有关公序良俗的规定。

第 1128 条规定：得为契约标的（Object）之物以许可交易者为限。属于关于标的不能的规定。但由于法国民法中没有直接规范标的不法的规定，因此判例学说均从第 1128 条寻求认定标的不法之契约无效的根据。并须注意，该条所谓得为契约标的之“物”，不限于有体物，债务人的“行为”亦包括在内。因此，不

^① 王家福主编：《中国民法学·民法债权》，法律出版社 1991 年版，第 356 页。

仅约定买卖法律禁止流通物如毒品的契约，可依第 1128 条认定为无效，约定从事违法行为的合意，亦依同一条文判定为标的的不法而否定其效力。

标的的不法与原因不法是严格区分的。例如，转让妓馆经营权的契约，属于标的的不法，应依第 1128 条判定其无效。为了开设妓馆而购买房屋或承租房屋，此种契约不构成标的的不法。但依法国现时的判例学说，当事人开设妓馆的意图成为决定契约缔结的动机，构成原因不法，该房屋买卖或租赁契约应依第 1131 条、1133 条认定为无效。

关于判断是否构成公序良俗违反，历史上比较重视契约之标的，而现今比较重视原因。今日的判例，以原因不法及合意违反有关公序良俗的法律作为理由，认定违反公序良俗的情形较多，而作为标的的不法性问题处理的较少。^①

2. 德国法

《德国民法典》只有善良风俗概念，而无公共秩序概念。这是德国法与法国法、日本法及我国台湾法不同点之一，另一不同点是，将暴利行为作为违反善良风俗之一特例加以规定。

《德国民法典》第 138 条规定：（1）违反善良风俗的行为，无效。（2）特别是，法律行为系乘他人的强制状态、无经验、判断力欠缺或显著意志薄弱，使其对自己或第三人的给付作财产上利益的约定或提供，而此种财产上利益比之于该给付显失均衡者，该法律行为无效。^② 此外，《德国民法典》第 826 条规定：以违反善良风俗的方法对他人故意施加损害的人，对受害人负损

① 以上参见后藤卷则：《法国法上的公序良俗论及其对我国的启示》，《法律时报》65 卷 2 号，第 80 页。

② 138 条第 2 款原文为“乘他人穷迫、轻率或无经验”，1976 年修改为“乘他人的强制状态、无经验、判断力欠缺或显著意志薄弱”。参见林幸司：《德国法上的良俗论与日本法的公序良俗》，《法律时报》64 卷第 13 号，第 247 页。

害赔偿的义务。将善良风俗违反行为作为侵权行为之一种。

须加说明的是，《德国民法典》第一草案第 106 条曾经同时规定了公共秩序和善良风俗两个概念。起草理由书关于并用两概念的理由指出，善良风俗属于“道德的利益”，而公共秩序属于“国家的一般利益”，两个概念并不完全重合，例如营业自由的原则，就只能说是公共秩序，而不能说是善良风俗。由于受到多数论者的批评，在第二草案中删去了公共秩序概念。主要理由是：其一，公共秩序概念界限不明，属于不确定概念；其二，所谓违反公共秩序的一切情形，包括侵害营业自由原则在内，均可用“违反法秩序”及“违反善良风俗”予以说明。

令人难以理解的是，公共秩序概念与善良风俗概念，均属于不确定概念，何以独以概念的不确定性为由排斥公共秩序概念？首先是因为，公共秩序乃是法国法上固有的概念，德国民法典第一草案采自法国民法典。此前的德国普通法学完全不知有此概念。删除公共秩序概念的原因，主要是在德国当时将公共秩序作为法律概念的时机尚不成熟。其次，善良风俗概念本来的涵义，虽以道德为其核心，像营业自由及人权等原则亦可涵括，是一个相当概括的概念。

《德国民法典》施行后，1901 年莱比锡最高法院判决，关于是否违反善良风俗，由法官按照“考虑正当且公平的一切大的道义感”进行判断。由于这一判断基准的确立，使善良风俗概念具备了适应社会变化的极大弹性，成为依法官裁量无论什么内容均可装进去的“黑洞”。善良风俗概念的“黑洞化”，有时为法官恣意破坏法秩序开了方便之门，1936 年 3 月 13 日莱比锡最高法院判决，将“健全的国民感情”即纳粹的世界观视同善良风俗，即是明证。于是，出现了将善良风俗的范围限定于性道德及家族道

德问题，另外规定公共秩序概念的主张。^①

3. 日本法

日本民法虽说是继受德国法，却未像德国民法典那样排斥公共秩序概念，而是并用公共秩序与善良风俗两概念。《日本民法典》第90条规定：以违反公共秩序或善良风俗的事项为标的的法律行为无效。另外，日本民法未特别规定暴利行为，学说和判例将暴利行为作为违反公序良俗行为之一种。

日本民法学曾经深受德国法解释学的影响，其表现是：重视理论体系的确立，概念、论理的细致精密，忽视判例的作用。^②大正10年以后，日本民法学试图摆脱概念法学的影响。以末弘严太郎为首创立了民法判例研究会，并对日本民法追随德国解释法学的一边倒状况进行痛烈的批判，认为离开判例研究根本不可能了解现行法。由于受末弘先生的影响，学者我妻荣尝试判例综合研究方法，对违反公序良俗的行为进行类型化，将判例所处理的违反公序良俗行为分为以下七种类型：（1）违反人伦的行为；（2）违反正义观念的行为；（3）乘他人穷迫、无经验获取不当利益的行为；（4）极度限制个人自由的行为；（5）限制营业自由的行为；（6）处分生存基础财产的行为；（7）显著的射幸行为。^③此即著名的“我妻类型”。在一个相当长的时期，“我妻类型”成为法官裁判案件的基准，起到了确保具体妥当性、法律安定性及预测可能性的重要功能。但“我妻类型”也是时代的产物，难以超越时代的局限。作为其基础的判例，基本上是战前的判例。由于战后日本社会经济政治生活发生了巨大变化，“我妻类型”已

① 以上参见林幸司：《德国法上的良俗论与日本法的公序良俗》，《法律时报》64卷13号，第245、246页。

② 椿久美子：《关于公序良俗的我妻类型》，《法律时报》64卷12号，第63页。

③ 最初发表的论文中为八类型，后经修正定为七类型。

与战后新判例实践不相符合，其价值因而大为减杀。^①

4. 中国法

我国清朝末年实行法制改革，聘请日本学者起草民法典草案，称为第一次草案。其中仅规定“公共秩序”概念，而未提及善良风俗。民国成立后以第一次草案为基础，制定第二次草案，用“风化”二字取代公共秩序概念。国民政府于1929—1930年正式颁布的《中国民法》第72条规定：法律行为，有背于公共秩序或善良风俗者，无效。此将“公共秩序”与“善良风俗”并用，显系参考法、日立法例。^②该民法典于1949年在我国大陆被废止，迄今仅适用于我国台湾地区。因此，以下称为台湾法。

史尚宽先生指出，何种事项属违反公共秩序及善良风俗，难以一一列举。盖以社会之一般秩序、一般道德为抽象的观念，其具体的内容，随时代而变迁，应按照时代需求而各别具体决定。先生依日本判例、我国民国时期判例及台湾地区判例，提出下列判断标准：（1）有反于人伦者。指违反亲子夫妻间之人情道义之法律行为，例如约定母子不同居之契约。（2）违反正义之观念。指劝诱犯罪或其他不正行为或参加其行为之契约，例如赃物收买之委托、拍卖或投标时之围标约定。（3）剥夺或极端限制个人自由者。如以人身为抵押标的之契约。（4）侥幸行为。例如赌博、买空卖空、彩票、马票等，但经政府特许者除外。（5）违反现代社会制度或妨害国家公共团体之政治作用。如当事人均为中国人并在中国境内缔结契约，为规避中国强行或禁止法规，而约定适用外国法律。^③

^① 椿久美子：《关于公序良俗的我妻类型》，《法律时报》64卷12号，第66页。

^② 郑玉波：《民法总则》，第335页。

^③ 史尚宽：《民法总论》，台北3版，第301—304页。

中国大陆在 1949 年后曾经进行过三次民法典起草，各次草案均未使用公序良俗概念。如 1957 年 1 月 15 日的民法典总则篇（第四次草稿）第 3 条规定：民事权利的行使和民事义务的履行，不能违反法律和公共利益。1981 年的民法典草案（第 3 稿）第 124 条规定：合同的内容，不得违反法律、法令和国家计划的要求，不得与社会公共利益或者社会主义道德准则相抵触。《民法通则》的颁布和施行，使“社会公共利益”成为一项正式的民法概念。《民法通则》作为一项基本原则在第 7 条规定：民事活动应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益，破坏国家经济计划，扰乱社会经济秩序。第 55 条规定，民事法律行为应当具备的条件之一是：不违反法律或者社会公共利益。第 58 条规定，违反法律或者社会公共利益的民事行为无效。此外，《民法通则》关于对企业法人追究法律责任的第 49 条，及关于适用外国法律和国际惯例的第 150 条均涉及社会公共利益概念。

认为《民法通则》上的“社会公共利益”相当于法、德、日及我国台湾法上的公序良俗概念，乃是大陆民法学者之通说。^①关于“社会公共利益”这一概念的含义，有学者认为，既包括“社会主义物质文明建设方面的利益，也包括社会主义精神文明建设方面的利益；既包括巩固人民民主专政和进行社会主义现代化建设所必须的法律秩序，也包括社会主义的社会公德；既包括国家的、集体的利益，也包括公民个人的合法利益。”^②笔者亦曾指出，所谓社会公共利益，是一个极抽象的范畴，凡我国社会生活的基础、条件、环境、秩序、目标、道德准则及良好风俗习

① 王家福主编：《中国民法学·民法债权》，第 356 页；佟柔主编：《中国民法学·民法总则》，公安大学出版社 1990 年版，第 21 页；梁慧星：《民法》，四川人民出版社 1988 年版，第 129 页。

② 最高人民法院民法通则培训班：《民法通则讲座》，第 136—137 页。

惯皆应包括在内。^① 这些解释均失之空泛，难以作为法官判断的基准。

另须说明的是，《民法通则》有关的规定还有第 58 条关于“乘人之危”的规定，以及第 59 条关于“显失公平”的规定，此系借鉴《南斯拉夫债务关系法》的经验，将传统民法上的暴利行为规则分为两条。其利弊得失本文后面将要涉及。

三、公序良俗规定的含义、性质和作用

1. 什么是公序

什么是公共秩序？迄今并无统一的界说。史尚宽先生说，公共秩序谓为国家社会之存在及其发展所必要的一般秩序。不独宪法所定之国家根本组织，而且个人之言论、出版、信仰、营业自由，乃至私有财产、继承制度，皆属于公共秩序。^② 黄茂荣先生认为，所谓公共秩序当指由现行法之具体规定及其基础原则、制度所构成之“规范秩序”，它强调某种起码秩序之规范性。^③ 按照法国当前有代表性的体系书的叙述，公共秩序分为政治的公序与经济的公序。其中政治的公序为传统的公序，经济的公序为现代的公序。政治的公序包括：（1）关于国家的公序，即国家的基本秩序。宪法、刑法、税法及关于裁判管辖的法律，与之相当。（2）关于家族的公序，指家族关系中非关于财产的部分。（3）道

① 梁慧星：《民法》第 129 页。

② 史尚宽：《民法总论》第 300 页。

③ 黄茂荣：《民法总则》第 539 页。

德的公序（实际上指善良风俗）。^① 经济的公序，为对传统公序概念加以扩张的结果，分为指导的公序和保护的法秩序。日本学者亦谈到公序包括宪法秩序、刑法秩序、家族法秩序等。^② 这就在实际上将公共秩序等同于法秩序。

将公共秩序等同于法秩序，即应推出如下结论：只有在有相应的法规时，才能作出违反公共秩序的判断。法国的判例学说曾经长期坚持这一立场。1929年法国最高上诉法院对于法律未有禁止规定的行为作出违反公共秩序的判决之后，判例学说所采取的立场是：关于公序的法律不存在的场合，亦可发生公序违反问题。^③ 由此可见，公共秩序未必是法律所规定的秩序，公共秩序概念比法秩序概念的外延更宽。除现行法秩序外，还应包括作为现行法秩序的基础的根本原则和根本理念等内容。

2. 什么是良俗

什么是善良风俗？史尚宽先生认为，善良风俗谓为社会国家之存在及其发展所必要之一般道德。^④ 黄茂荣先生认为，善良风俗指某一特定社会所尊重之起码的伦理要求，它强调法律或社会秩序之起码的“伦理性”，从而应将这种伦理要求补充地予以规范化，禁止逾越。^⑤ 可见，善良风俗应是以道德为其核心的概念，与我国《民法通则》第7条所谓“社会公德”相当，应解为某一特定社会应有的道德准则。

有必要涉及善良风俗与诚实信用原则的关系。依学者之通

① 难波让治：《法国判例中的公序良俗》，《法律时报》65卷3号，第88页。

② 林幸司：《德国法上的良俗论与日本法的公序良俗》，《法律时报》64卷13号，第248号。

③ 后藤卷则：《法国法上的公序良俗论及其对我国的启示》，《法律时报》65卷2号，第81页。

④ 史尚宽：《民法总论》第300页。

⑤ 黄茂荣：《民法总则》第539页。

说，诚实信用亦属于社会应有的道德准则。^① 因此，仅指明善良风俗为社会国家存在和发展所必要之一般道德，或者某一特定社会所尊重之起码的伦理要求，尚不确切。我赞成将善良风俗概念限定在性道德及家庭道德的范围内，^② 这样，与作为市场交易的道德准则的诚实信用原则，^③ 便不至发生混淆。

3. 公序与良俗的关系

德国法因排斥公共秩序概念，而将本属于公共秩序的内容，例如营业自由原则，纳入于善良风俗概念。法国法、日本法及我国台湾法，将公共秩序与善良风俗并列，因而发生二者的关系问题。前面提到法国有代表性的体系书，关于公序的分类，将善良风俗纳入公共秩序概念，属于政治公序中的“道德公序”，或称为“政治的道德的公序”，或用“社会的公序”包含政治的公序与善良风俗。^④ 日本法上从来占支配地位的学说，对公共秩序与善良风俗不作区分，而以“社会的妥当性”一语替代之。判例亦不探究公序良俗本来的意味，而将二概念合为一体，作为一个其本身并无内容的概念使用。^⑤ 史尚宽先生指出，公共秩序与善良风俗大部分同其范围，而且有时明为区别，亦甚困难。唯一者自外部的社会秩序方面言之，一者自内部的道德观念言之，同系以社会国家健全的发展为目标，而使障害此发展之一切法律行为悉为无效。然善良风俗与公共秩序亦非完全一致，有不违反善良风

① 史尚宽：《债法总论》，台北1978年版，第319页。

② 德国学者K·Simitis的见解，见林幸司：《德国法上的良俗论与日本法的公序良俗》，《法律时报》64卷13号，第246页。

③ 王家福主编：《中国民法学·民法债权》第389页。

④ 难波让治：《法国判例中的公序良俗》，《法律时报》65卷3号，第88页。

⑤ 林幸司：《德国法上的良俗论与日本法的公序良俗》，《法律时报》64卷13号，第247—248页。

俗而违反公共秩序者，亦有不违反公共秩序而违背善良风俗者。^①

在判例实务中，法庭往往并不区分案件事实是属于违反公序或者违反良俗，只是宣告该案件事实“违反公序良俗”。这样一来，公序良俗成为使法庭所作价值判断正当化的工具。^②这就关系到应当如何认识公序良俗规定的性质及作用的问题。

4. 公序良俗规定的性质和作用

关于公序良俗的规定性质上为一般条款。^③ 鉴于立法者不可能就损害国家一般利益和违反社会一般道德准则的行为作出具体的禁止规定，因而通过规定公序良俗这样的一般条款，授权法官针对具体案件进行价值补充，以求获得判决的社会妥当性。因此，公序良俗规定相对于法律强行性和禁止性规定而言，具有补充规定的性质。其作用在于弥补强行性和禁止性规定之不足，以禁止现行法上未作禁止规定的事项。^④

按照私法自治原则，市场经济活动及其他民事活动，应由立于平等地位的当事人自由协商决定他们之间的权利义务关系，非基于正当的重大事由，国家不应加以干涉。公共秩序和善良风俗，属于国家一般利益及社会一般道德准则，毫无疑问，为正当的重大事由。以公序良俗限制私法自治原则的范围，乃是罗马法以来所认之法则。但在《法国民法典》制定时代，不过是对契约自由原则作例外的限制，其适用范围较窄，而在今日，公序良俗已成为支配私法全领域的基本原则。不独契约自由，如权利的行使，义务的履行，自力救济的界限，法律行为之解释等均属于公

① 史尚宽：《民法总论》第 301 页

② 林幸司：《德国法上的良俗论与日本法的公序良俗》，《法律时报》64 卷 13 号，第 248 页。

③ 黄茂荣：《民法总则》第 537 页。

④ 黄茂荣：《民法总则》第 537 页。

序良俗原则的支配范围。^① 学者进一步指出，公序良俗原则的作用在于限制私法自治原则，当然具有足以与私法自治原则相匹敌的强行法性格。^②

四、公序良俗原则的发展

1. 从政治的公序到经济的公序

自法国民法典规定公序良俗以来，在长达一个世纪的时期，以保卫社会主要组织即国家和家庭为其目的。因而称为政治的公序。例如依公序良俗违反认定买卖投票用纸的契约无效，认定禁止结婚、再婚的合意无效。同时为了维持这些组织正常的机能，则要求其成员遵守一定的道德，因此依公序良俗违反认定企图获取不道德利益的合意无效。如赌博契约、为开设妓馆而购买或租赁房屋的契约，及违反性道德的合意、姘居夫妇间的赠与契约。政治的公序与财产和劳务的交换即市场经济活动无直接的关系。因为财产和劳务的交换，应由当事人依契约自由原则去决定，公序良俗原则旨在防止无限制的契约自由损害国家和家庭秩序。^③

战后以来，由于市场经济的发展及国家经济政策的变化，导致公序良俗概念的扩张，即在传统的政治公序之外，认可经济的公序。所谓经济的公序，指为了调整当事人间的契约关系，而对经济自由予以限制的公序。政治的公序与财产及劳务的交换无直接关系，而经济的公序恰好相反，其目的在使国家介入个人间的契约关系。

① 史尚宽：《民法总论》第300页。

② 林幸司：《德国法上的良俗论与日本法的公序良俗》，《法律时报》64卷13号，第248页。

③ 后藤卷则：《法国法上的公序良俗论及其对我国的启示》，《法律时报》65卷2号，第81—82页。

经济的公序又分为指导的公序和保护的法序两类。指导的法序是统制经济所产生的概念，以贯彻一定的国家经济政策为目的，从个人间的契约关系中强行排除违反国家经济政策的东西。例如实行价格管制时期，认定违反国家定价的契约无效。此外，关于货币的法序亦属于指导的法序。在各国改变凯恩斯经济政策，废止价格管制法规之后，指导的法序已经不再占有过去的重要地位。于是保护的公序逐渐占居了重要位置。所谓保护的公序，指保护劳动者、消费者、承租人和接受高利贷的债务人等现代市场经济中的弱者的公序。指导的法序，是关于全体人民利益的公序，而保护的公序，则是对市场经济中的弱者个人利益予以特殊保护的公序。^① 从判例学说来看，保护的公序是近时最为活跃的领域。

2. 以公序良俗作为保护消费者的法律手段

以日本为例，自 70 年代中期以来的判例实务中，关于各种“恶德”交易方法受害，而给予受害消费者以损害赔偿救济的判例增加。所谓“恶德”交易方法受害，如“连锁贩卖交易”(Multilevel Marketing Plan)、“无限连锁推销方式”及私设期货交易，交易方法本身具有欺瞒性，加上显著不公正的劝诱方法，使消费者丧失自由意思决定，蒙受重大损害。法院在这类判例中，运用公序良俗原则作为保障消费者自由意思决定的手段，以交易方法、结构本身的不当性、劝诱方法的不当性为由，认定构成公序良俗违反，使消费者获得损害赔偿。在现代市场经济条件

^① 以上参见后藤卷则：《法国法上的公序良俗论及其对我国的启示》，《法律时报》65 卷 2 号，第 82 页；难波让治：《法国判例中的公序良俗》，《法律时报》65 卷 3 号，第 90 页。