

doi: 10.11835/j.issn.1008-5831.2018.05.013

欢迎按以下格式引用:罗时贵.中国民法公序良俗原则的法律性质[J].重庆大学学报(社会科学版),2018(5):139-150.

Citation Format: LUO Shigui. On the legal nature of the civil law principle of public order and good custom in China[J]. Journal of Chongqing University(Social Science Edition), 2018(5): 139-150.

# 中国民法公序良俗原则的法律性质

罗时贵<sup>1,2</sup>

(1.中国政法大学,北京 100088;2.江西科技师范大学,江西 南昌 330038)

**摘要:**“公序良俗原则”同其他民法基本原则(平等、自愿、公正、诚信)相比,具有价值的独特性和地位的至高性。其价值独特性在于兼具“价值宣示”和“裁判规范”的双重法律性质;地位至高性在于承载了民法最根本性的价值目标。“公序良俗原则”具有的事实面相、事实可还原性,以及立法技术的开放性要求——完整地给出了其具有双重法律性质的理由。“公序良俗原则”作为法律规范进行适用时,需要经过创造性解释环节,使其达到法律规则要求的确定性程度,同时消除可能存在的分歧。故此,必须执行禁止“向一般条款逃逸”和“谦抑性”要求,以防止“公序良俗原则”适用时所出现的各种“乱象”。

**关键词:**公序良俗原则;法律性质;适用

中图分类号:D923

文献标志码:A

文章编号:1008-5831(2018)05-0139-12

中国《民法总则》第8条规定了公序良俗原则,首次在民事立法中采用了“公序良俗”的表达,用“善良风俗”替代了《民法通则》第7条“社会公德”的表达。这种表达的变化旨在避免道德多元主义的困扰,增进法律原则的确定性,有助于对“公序良俗原则”的正确理解和适用。但学界对“公序良俗原则”的法律性质产生分歧,一种认为是价值宣示;一种认为是裁判规范。在《民法总则》颁布实施之前,中国司法审判运用“公序良俗原则”作为裁判规范的数量从2013年起爆发性增加,而且每年呈上升趋势,2016年案件数量多达5785件<sup>[1]</sup>。从司法审判中回应了“公序良俗原则”被理解为裁判规范的主张;但仅从审判实践来推断“公序良俗原则”具有裁判规范性质的主张在法理上至少有违休漠的“是”与“应当”的区分原则,况且从中国司法实践中运用“公序良俗原则”进行裁判的243个案例统计分析来看,以“公序良俗原则”作为裁判的唯一根据仅占13.2%,需要结合或补强其他法律条款的裁判占84.3%<sup>[2]</sup>。统计资料分析表明,“公序良俗原则”在司法实践中起“弥补漏

修回日期:2018-04-19

基金项目:江西社会科学“十二五”规划项目“自然法传统与法治的道德基础”(15FX08)

作者简介:罗时贵,男,江西南昌人,中国政法大学博士研究生,江西科技师范大学副教授,主要从事民法及法理学研究。Email: lsgaaa@

洞”和“增强解释与论证”这两项作用,“补漏功能”已为学界认可,但是否为“裁判规范”性质却存在不同认识,一种认为“公序良俗原则”具有模糊性、抽象性不可直接适用;另一种则认为,为弥补制定法的不足,可直接适用。

上述情形可以表明,学界对“公序良俗原则”的价值宣示性质及其补漏功能基本形成共识,但对“公序良俗原则”是否具有裁判规范的法律性质却存在分歧。对于这个问题的答案,目前较为适切的说明是于飞教授的主张,他认为在《民法总则》颁布施行之前,“公序良俗原则”具有裁判规范的性质,可作为裁判依据,但《民法总则》颁布施行之后,“公序良俗原则”与其他民法基本原则一样,不能直接作为裁判依据,而是发挥法律解释及漏洞补充作用。主要理由是《民法总则》第153条第2款已经规定了“公序良俗”作为裁判依据,如果再将第8条“公序良俗原则”作“裁判规范”的解释,与第153条第2款为重复立法。此时《民法总则》新增确立的基本原则意义是发挥解释与说理的补充因素,从而减少纷争,统一认识,提升操作方法之功效<sup>[3]</sup>。简言之,于飞教授表达了“公序良俗原则”已从裁判规范性质转向了补漏、解释功能。

但笔者不太认同于飞教授的这一主张,保留意见是“公序良俗原则”与其他民法基本原则相比,具有双重的法律性质而较为独特,即兼具价值宣示与裁判规范。笔者作这种判断,主要从“公序良俗原则”独特性、地位、目标,以及内在的结构特点等综合因素进行考虑。故此,本文的论证纲要和思路是:(1)说明“公序良俗原则”不同于其他民法基本原则而具有独特性;(2)兼具价值宣示和裁判规范双重性质的理由是什么;(3)“公序良俗原则”作为裁判规范在适用时应当进行哪些规制。

## 一、“公序良俗原则”的独特性与地位

为更好地说明“公序良俗原则”的法律性质,有必要探究“公序良俗原则”的历史背景,通过背景性资料的分析,以此说明中国民法为何要确立“公序良俗原则”的历史原因及其意义。

### (一)中国民法“公序良俗原则”确立的背景

“公序良俗原则”是个古老的原则,其起源可追溯到古代罗马法。查士丁尼的《学说汇纂》规定以赌博为标的的行为、对是否结婚的约定,以及对宗教信仰的约定都是违反公序良俗的,因此在法律上都是无效的行为。在罗马法上,国家的基本安全以及人民的根本利益称为“公序”,公民的一般道德准则称为“良俗”。公序良俗的含义非常广泛,且随着时间和空间的变化而变化<sup>[4]</sup>。欧陆国家深受罗马法的影响,在进行民法法典化运动时,相继将“公序良俗原则”写进法典,如《法国民法典》第6条、第1131条规定,当事人的约定不能违反法典中所提及的公共秩序和善良风俗,否则被归结为不法原因,不具备法律效力。《德国民法典》第138条、第826条规定,违法善良风俗的法律行为无效,以违反善良风俗的方式故意损害他人,需承担赔偿责任。《瑞士民法典》《苏俄民法典》以及《日本民法典》都有类似规定。晚清民初,清朝在内煎外压双重交迫下,1902年任命沈家本变法修律,试图延缓清王朝的统治。沈家本在比较各国法制后得出结论:“日本法系本属支那法系,而今取法于德、法诸国,其国势乃日益强盛……唯日本特为东亚之先驱,为足以备呈明之采择。”之后仿效日本继受欧陆法制的经验,大量引进欧陆、日本等国的法律制度与各类新律,遵循欧日近代法典编纂的轨迹推进<sup>[5]</sup>。1929年,由政府立法院起草,聘请法国学者宝道为顾问,以《德国民法典》为主要继受对象,最先完成《总则编》。

中国《民法通则》受《苏俄民法典》的影响,承袭《苏俄民法典》中的表述,没有使用“公序良俗原

则”，仅在第7条规定，民法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。中国大部分民法学者，如梁慧星、王利明等将第7条解释为“公序良俗原则”<sup>[6]</sup>。当然为什么要将“善良风俗”替代“社会公德”，正如尹田教授所言：“相对于‘社会道德’的多元性、模糊性和不确定性，民法上的‘善良风俗’具有更为严谨和准确的特点。以‘善良风俗’替代‘社会道德’，有助于对民法上的‘公序良俗’原则的正确理解和适用。”<sup>[7]</sup>

从“公序良俗原则”的起源、形成和发展的历史背景看，无论是欧陆或是大陆法典化国家，均将“公序良俗原则”作为一项基本原则进行确定，并作为民事行为是否有效的一项判准准则。中国《民法总则》确定“公序良俗原则”，从历史背景看，受欧陆立法技术的影响较大；但从当下和民法价值目标来看，是对新时代“中国梦”这一最根本性价值的响应，反映和遵循了中国古代“礼治”的文化传统。

## （二）中国民法“公序良俗原则”的独特性

考察中国民法“公序良俗原则”的独特性，只能与中国民法的其他基本原则相比而论。中国《民法总则》从第4条到第9条规定了民法的六项基本原则，其中第9条节约资源、保护生态环境原则为新增，“公序良俗原则”是对《民法通则》第7条的重新表述与完善，其他四项原则（平等、自愿、公平、诚信原则）完全承袭了《民法通则》的既有规定和表述。对于民法原则问题、焦点问题主要集中于这些原则的法律性质，它们仅仅是一般价值的宣示性条款而非具有裁判规范的概括条款，宣示性条款主要作用在于引导人们应当如何行为，对人们怎样行为一般不作法律上的评价，所以它不具备裁判规范的特点。具有裁判规范的概括条款不仅引导人们应当如何行为，而且还要对人们的行为作出法律合法性的评价，据以肯定或否定人们行为的效力性。要作出该种判断，我们可从大陆法系的脉络中寻找答案。

上文所述，中国民法深受欧陆国家民事立法的影响，甚至是“为我所用”。因此，我们可以考察以德国民法为继受对象的《德国民法典》关于民法原则的性质规定。德国民法学者将民法基本原则视为两类，一类是“一般法律思想”（或最高层的原则）；另一类是概括条款（或下位原则）。在德国民法学者看来，民法基本原则有高低层次之分，如拉伦茨就区分了“最高层的原则”和“下位原则”。“最高层的原则”根本不区分构成要件及法效果，其毋宁只是作为进一步具体化工作指标的“一般法律思想”，具体为“法治国原则”“社会国原则”“尊重人性尊严的原则”“自主决定与个人负责的原则”。相对应的“下位原则”则是区分构成要件及法效果，其构建的规则有“同案同判原则”和“信赖原则”<sup>[8]</sup>。德国其他民法学者（如卡纳里斯、沃尔夫）对哪些是民法的基本原则存在不同的认识和看法，但他们对民法基本原则的层次性以及作为“一般法律思想”的最高层原则不入民法典存在共识，在他们看来，民法典的存在，就内含了“一般法律思想”的存在，属于理所当然、不言自明之事。另一重要原因是“一般法律思想”不是裁判规范，没有必要规定在民法典中。拉伦茨明确指出，法律原则是法律规则的指导思想，该思想还不是可适用的规则，但能够向可适用的规则转化<sup>①</sup>。卡纳里斯也强调，原则并非规范，因而不能不经中介地适用，而是必须首先使之要件固化或者说“规范化”<sup>②</sup>。他们所要表达的一个共同思想是民法基本原则不是法律规范，不能直接适用个案的裁判，只能转化为

<sup>①</sup>Larenz, *Richtiges Recht*, 1979, S.23.

<sup>②</sup>Vgl. Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2. Aufl., 1983, S.57.

法律规则或者原则,使之具体化后才能作为裁判的准则。

沃尔夫认为,“概括条款”是一般法律原则的具体化,其本身不构成一般法律原则。沃尔夫说,私法自治原则、合同自由原则是一般法律原则,一般法律原则能够通过诚实信用这样的概括条款而具体化<sup>③</sup>。沃尔夫在此引进了“概况条款”的概念以区别民法基本原则,按照《德语法律百科全书》对“概括条款”的解释,它是指一种法律规范,其设立了一个一般准则,其在个案中的具体含义则需委托法官在学说的帮助下确定<sup>④</sup>。如此,我们可以清晰地看出,德国民法学者区分了民法基本原则中的“一般法律思想”与“概括条款”,基本类似于我们语境下的原则与规则的划分,“一般法律思想”属于民法基本原则,不能作为裁判规范,而“概括条款”则属于民法规则,属于裁判规范。这也成为“一般法律思想”与“概括条款”的根本性区别所在。

在明了德国民法学者关于民法基本原则性质分析后,我们反观《民法总则》中确定的六项基本原则的价值属性,如果按照德国民法学者的解释逻辑,这六项民法基本原则都是一般基本原则的具体化,即“概括条款”,因为作为“一般法律思想”的民法基本原则无需入典。但情况并非如此,尽管中国《民法总则》精神上继承了德国民法学者关于“一般法律思想”与“概括条款”的层次区别<sup>⑤</sup>,但在立法体例上将两种不同层次的民法原则都载入法典,导致难以区分哪些原则是“一般法律思想”,哪些是“概括条款”。于飞教授就此评论说,《民法通则》中的基本原则其实包括了一般的法律思想(平等、自愿、公平、权益受保护)和概括条款(诚实信用、公序良俗),实际上把两种完全不同的事物混在一起<sup>[9]</sup>。

那么,我们如何识别《民法总则》中的六项基本原则哪些是“一般法律思想”,哪些是“概括条款”,或者说那些兼具“一般法律思想”与“概括条款”的双重性质。笔者认为,只有“公序良俗原则”才兼具“一般法律思想”与“概括条款”的双重性质,其他五项基本原则均为“一般法律思想”,这就是为什么说“公序良俗原则”不同于其他基本原则的独特性所在,只是问题在于得出该结论的理由何在。为了充分阐释和论证该项结论的理由,笔者将第三部分进行专门说明。

### (三) 中国民法“公序良俗原则”的地位

相参《民法通则》第一章基本原则的规定,《民法总则》一项重大的变化在于把弘扬社会主义核心价值观作为民法根本性任务和要求。也就是说中国民法的价值目标和取向已经发生重大变化,那么,包括民法基本原则在内的所有民事行为,必须遵循和契合社会主义核心价值观,如在国家层面,提倡“富强、民主、文明、和谐”,即经济上追求富强、政治上实行民主、文化上彰显文明、社会生态上实现和谐,是对“五位一体”战略布局的浓缩;在社会层面,提倡“自由、平等、公正、法治”,即追求意志上的自由、人格上的平等、权利上的公正、行为上的法治,是对整体社会价值共识的概括;在个人层面,提倡“爱国、敬业、诚信、友善”,即在政治上热爱祖国、在职业上敬重事业、在道德上诚实信用、在态度上友爱和善,是对民众价值准则的统领<sup>[10]</sup>。在新时代中国特色社会主义建设行进中,面

③Vgl. Larenz/Wolf, Allgemeiner Teildes BGB, 9. Aufl., 2004, § 3, Rn.36ff.

④Tilch/Arloth, Deutsches Rechts-Lexikon, 3. Aufl., 2001, S.1870.

⑤徐国栋教授指出,中国民法原则应分为两类,一类是价值宣示意义上的原则,包括权利受保护、平等、自愿等;另一类是克服成文法局限性意义上的原则,即诚实信用和公序良俗。参见徐国栋《民法基本原则解释——成文法局限性之克服》(中国政法大学出版社,1992年版第10页)。梁慧星教授也明确指出,可直接适用作为裁判依据的基本原则,只是属于授权条款性质的诚实信用原则、公序良俗原则、禁止权利滥用原则。其他基本原则,如平等原则、公平原则、合同自由原则,不具有授权条款的性质。参见梁慧星《中国民法典草案建议稿》(法律出版社,2013年版第46页)。

对当前国内外形势正在发生的深刻复杂的变化,中国发展仍处于重要战略机遇期,党的十九大报告明确、及时地提出“为实现中华民族伟大复兴的中国梦不懈奋斗”。“中国梦”由此成为新时代中国特色社会主义的主旋律,是统帅、主导其他核心价值的最根本性价值。

从《民法总则》弘扬社会主义核心价值观这一意义上说,如果平等、自愿、公平、诚信是对社会主义核心价值观的呼应,那么“公序良俗”则是对“实现中华民族伟大复兴的中国梦”这一最根本性价值的响应。“中国梦”就是要弘扬、继承中华优秀传统文化,而“礼仪之邦”则为中华优秀传统文化的典范,表现在法律领域,就是实行“礼治”的文化传统,从而达到无讼、和谐的社会状态。

所谓“礼”,指一切社会规范,涵括法律规范和道德规范,大到国家的“道”与“治”,小到风俗习惯、行为举止<sup>[11]</sup>。荀子对“礼”也做过类似解读,荀子说:“礼者,法之大分,类之纲纪。”其中,“礼”主要近似道德,“法”是成文法典,“类”相当于现代判例法,“大分”“纲纪”则是根本或原则之内容。荀子要强调的是,无论是“法”还是“类”都必须以“礼”作为根本的指导原则。孔子作为西周的后裔,继承和发展了“周公制礼”的传统,认为“礼治”最为重要,是国家治理的根本和上策。《论语》中有记载,子曰:“道(导)之以政,齐之以刑,民免而无耻;道(导)之以德,齐之以礼,有耻且格。”<sup>⑥</sup>孔子倡导“仁政”,要通过“礼治”来实现,以此恢复和重建一个理想的社会秩序,达到一个“无讼”的理想社会,所以孔子主张“克己复礼为仁。一日克己复礼,天下归仁焉”<sup>⑦</sup>,要实现“仁”,须以“礼”来规制行为,以“礼”为准则,“非礼勿视,非礼勿听,非礼勿言,非礼勿动”<sup>⑧</sup>。《礼记·曲礼》也说:“道德仁义,非礼不成。”

中国古代的“礼”主要来源或形成于祭祀风俗,之后表现形式为各种风俗习惯。恩格斯曾经有过描述:“在社会发展某个很早的阶段,产生了这样的一种需要:把每天重复的生产、分配和交换产品的行为用一个共同规则概括起来,设法使个人服从生产和交换的一般条件。这个规则首先表现为习惯,后来便成了法律。”<sup>[12]</sup>风俗习惯在中国古代是作为一种重要“礼治”的根基和渊源,因为“规矩不是法律,规矩是‘习’出来的礼俗。从俗即是从心”<sup>[13]</sup>。正因如此,费孝通先生才担忧当时的司法制度对乡村“礼治”的破坏和副作用,他说:“现行的司法制度在乡间发生了很特殊的副作用,它破坏了原有的礼治秩序,不能有效地建立法治秩序。法治秩序的建立不能单靠制定若干法律条文和设立若干法庭,重要的还得看人民怎样去应用这些设备。更进一步,在社会结构和思想观念上还得先有一番改革。如果在这些方面不加以改革,单把法律和法庭推行下去,结果法治秩序的好处未得,而破坏礼治秩序的弊病却已先发生了。”<sup>[14]</sup>费孝通先生的潜在台词是要说明当时司法裁判必须遵循乡土中国的“礼俗”规矩,“礼俗”才是最高的行为判准。这就可以说明中国《民法总则》为什么规定习惯作为法律渊源,并首次规定“公序良俗原则”作为中国民法的基本原则。

通过上面的分析,我们可以明晰地看到,“公序良俗原则”就是对中国古代“礼治”传统的恢复与重建,通过立法、司法的方式,用“公序良俗原则”替代“礼治”,“礼治”以司法的面貌进行投放与运作,使“礼治”更具合法性和正当性。从这个方面说,“公序良俗原则”担当了“实现中华民族伟大复兴

⑥孔子说:“施政,如果以法律政令作引导,用刑罚来规范,民众或许可以免于刑责,却没有羞耻之心;如果采用道德教化去引导,用礼教来约束,民众既有羞耻心,又能纠正自己的错误。”参见栾贵川《论语教程》(中国社会科学出版社,2010年版第343页)。

⑦克制自己回归到礼就是仁德。一旦能够做到克制自己回归到礼,天下人就会称许其仁德。参见栾贵川《论语教程》(中国社会科学出版社,2010年版第113页)。

⑧不合乎礼的不看,不合乎礼的不听,不合乎礼的不说,不合乎礼的不做。参见栾贵川《论语教程》(中国社会科学出版社,2010年版第113页)。

兴的中国梦”最根本价值的排头兵和急先锋,占有举足轻重的地位。故郑玉波教授指出:“公序良俗在今日已为私法上之至高原则。中国素称礼仪之邦,而民法上特别重视此一观念,不仅能迎合世界之潮流(20世纪法律与道德破镜重圆),且对于固有道德之恢复,亦不无助力也。”<sup>[15]</sup>

## 二、“公序良俗原则”兼具双重性质的理由

上文分析和说明了“公序良俗原则”法律性质的独特性和地位的至高性,主要表明不能将“公序良俗原则”与其他民法基本原则等量齐观。在践行社会主义核心价值观成为民法的根本任务后,“公序良俗原则”则成为这一目标实现的主要助力器,它不可与其他价值(平等、自愿、公平、诚信)一样,仅为价值宣示意义上的,它必然是作为司法治理的一项重要功能,而这一司法治理功能的实现,就是通过该原则作为裁判规范的身份以规制人们的行为,从而达到一种和谐、和睦的社会样态。这是从政治逻辑上观察“公序良俗原则”的性质与特征。但要进一步论证和说明“公序良俗原则”的双重法律性质,即价值宣示和裁判规范,还需要从法律逻辑上展开论证。

由于学界对“公序良俗原则”的价值宣示性质基本形成共识,不持异议,仅对“裁判规范”性质存在分歧,主要存在着肯定和否定两种观点,比如于飞教授从原来肯定主张转变为否定主张。大部分否定主张者认为“公序良俗原则”过于抽象与模糊,不能直接适用,肯定主张者认为为弥补法律漏洞,可以直接适用。但上述解释有些牵强附会,颇有遁词。因此,本文将着重论证“公序良俗原则”兼具“裁判规范”性质的理由,在展开论证之前,有必要澄清一组概念以备论证所需。上文分析,关于民法基本原则的性质,存在着两种区分或表述,德国学者区分、表述为“一般法律思想”和“概括条款”;中国学者区分、表述为“价值宣示的原则”和“裁判规范的原则”;美国学者德沃金则用了“原则”与“规则”的区分。实质上,“一般法律思想”“价值宣示的原则”相近于德沃金语境下的“原则”,而“概括条款”和“裁判规范的原则”则是德沃金语境下的“规则”。所不同的是,德沃金将原则与规则都统摄到法律规范之名下,而德国学者与中国学者将原则与规则区隔为两个不同法律规范领域。

尽管德沃金认为规则与原则都是法律规范,但它们之间存在着逻辑上的差异,一是规则的适用是以完全有效或者完全无效的方式<sup>[16]24</sup>,即是说规则要么被适用成为有效,要么不被适用即无效。而原则却不同,即使一项原则没被适用,这项原则仍有效;二是原则具有分量和重要性的特点<sup>[16]27</sup>。原则分量是指原则内容的重要性程度,它决定了原则实现的优先性考量。当原则适用产生冲突时,就必须根据所冲突的原则分量和重要性进行权衡优先适用哪个原则。而规则不存在像原则一样的分量和重要性程度的特点。德沃金通过逻辑差异来判别原则与规则的特点,为我们鉴别“公序良俗原则”兼具法律规范的性质提供了一定的帮助。

### (一)“公序良俗原则”具有法律规则的事实面相

从裁判逻辑结构看,裁判过程实质上是从事实到规则的涵摄推理过程,规则的适用需要依赖事实这一前提。没有事实相参,无法形成确定的规则。比如我们在确定比赛项目的规则时,首先必须将该项目列入比赛项目范围,才能确定具体的比赛规则,否则,将没有意义。规则涵摄事实这一特点使得规则能够清晰、具体,具有可操作性。而纯粹的价值性原则却不具有规则这一特点,相比规则而论,价值性原则具有先验性特点,无需经验性事实作为相参。如上述所涉及的平等、自愿、公平、诚信诸类价值性原则,它们无需关乎平等的事实、公平的事实来验证何谓平等、公正,也无法用事实进行描述什么是平等、公平,它们都属于一种解释性概念,只能通过理由加以论证何谓平等、公

正。那么我们可以暂时得出一项简单结论,一项规则分属于事实领域,如拉兹主张的法律“社会渊源论”,明确法律规则为社会事实,即每一条法律的存在和内容完全是由社会渊源决定的,法律是什么不是什么是社会事实问题<sup>[17-18]</sup>,而一项价值性原则分属于价值领域。

如果这一结论能够成立的话,我们可以明晰地观察到,“公序良俗原则”具有事实性面相。“公序良俗”为公共秩序和善良风俗的合称<sup>[19]</sup>,风俗是可感观的事实,比如中国盛行过年回家团聚的风俗,清明节祭奠祖先的风俗。更为可靠的证据是,中国一些民法学者将“公序良俗原则”进行了类型化<sup>⑨</sup>,直接表证“公序良俗原则”具有法律规则的事实特征。

法律规则涵摄事实的特点使法律规则成为裁判依据变得可能,因为裁判过程就是对人们行为事实进行法律上的评价,如果法律缺乏明确、具体的行为事实规则,就缺乏评价行为事实的标准。价值性原则属价值领域,价值领域是否存在客观与真实却是一个未决问题,而且价值多元主义、主观主义的客观存在不可避免地造成对行为评价结果的不确定性,用一个不确定性的价值性原则来裁判案件,其结论的可靠性、合法性值得怀疑,与其说是按法律原则裁判,不如说是为法官的偏好进行辩护,这也就说明价值性原则不能成为裁判规范的深层原因。值得提示的是,这里所讲的法律原则,是指德国学者所言的“一般法律思想”,而不是德沃金意义上的法律原则。

## (二)“公序良俗原则”具有事实可还原性的特点

“公序良俗原则”与其他一些诸如平等、自愿、公平、诚信等价值性原则相较,“公序良俗原则”具有事实可还原性的特点,也就是说善良风俗可还原为一项具体的事实,如上文所述的中国清明祭奠祖先的善良风俗。而其他价值性原则却不具有事实可还原性特点,它们归属于价值领域,甚至存在反事实的价值判断。比如我们深信中国封建社会要求女人裹脚这一风俗是恶习或陋习,但价值性原则却存在两种可能性的判断,即恶习或良习。这样,适用价值性原则会造成人们的不安全感。由于平等、公平等价值性原则无法还原为一项具体的事实,也就是说没有相应的事实性支持,它们就无法成为一项裁判性规则,这也是由法律规则涵摄事实性特征所决定的。

德沃金认为,一项法律原则要成为裁判依据,必须具备两个条件,一是妥当感(sense of appropriateness)标准,即“作为法律原则的这些原则并不来源于某些立法机关或者法院的决定,而是在法律专业与公众之中长期发展而来的妥当感,它们持续的力量有赖于妥当感的维持”<sup>[16]40</sup>。如果人们对适用这些原则缺乏妥当感,那么这些原则就不能作为裁判的依据。二是制度性支持,当说某项原则是法律原则时,那么,公权力机关必须考量——把那些与案件相关的原则当成指向某个方向的论据,原则或者被引用,或者在论据中得到表达。所谓制度性支持的判断标准,主要包括制度性的责任、制定法的解释规则、各种判例的约束力、所有这些材料与当下道德实践的关联性,以及其他一长串这类变迁、发展中且相互影响的原则搏斗,以支持特定原则。德沃金说:“如果找不到这种制度性支持,我们的主张可能就不能成立。而找到越多的制度性支持,就越能赋予那条原则更多分量”<sup>[16]41</sup>。引入“制度性支持”标准的原因在于,“妥当感”的判断会随着时空的变化以及个体差异而

⑨如梁慧星教授将违反公序良俗的行为归纳为:(1)危害国家公序行为类型;(2)危害家庭关系行为类型;(3)违反性道德行为类型;(4)违反人权和人格尊严行为类型;(5)限制经济自由行为类型;(6)违反公平竞争行为类型;(7)违反消费者保护行为类型;(8)违反劳动者保护行为类型;(9)暴利行为类型。参见梁慧星《读法条学民法》(人民法院出版社,2014年版第15-6页)。于飞教授将违反公序良俗的行为归纳为:(1)违反基本权利保护行为类型;(2)危害国家公序行为类型;(3)危害家庭关系行为类型;(4)违反性道德行为类型;(5)射幸行为类型;(6)限制经济自由行为类型;(7)暴利行为类型;(8)违反消费者保护行为类型。参见于飞《公序良俗原则研究》(北京大学出版社,2006年版第135-143页)。

有所不同,需要一个相对稳固的因素作为支撑。

总结德沃金关于法律原则能够作为裁判依据的核心主张,就是原则的适用应当是稳固、可靠的,能够获得制度性支持。那么在事实与价值的评判准则上,事实的可靠性、稳固性当然高于价值评判。“公序良俗原则”可还原于事实的特点决定了它具备裁判规范的基本条件,这是其他价值性原则犹恐不及的。当然,对于“公序良俗原则”的适用需具备基本的构成要素或者说是予以适用的判断准则,德国司法实践中最为常用的基本判断准则是“一切公平和正义的思想者之礼仪感”<sup>[20]</sup>。

### (三)“公序良俗原则”能够满足立法技术的双重结构要求

由于人们认识能力的有限性以及社会发展的多样性、变化性,在立法技术上必须预留一定的法律适用空间以适应未来的社会发展与变化,而不至于落入形式法学或机械法学的窠臼。再加上法律规则难免出现模糊地带,即哈特所说的规则具有“开放性结构”(open texture)<sup>[21]</sup><sup>117</sup>,以及司法审判中频繁遇到的疑难案件,这些都是法律规则难以触及的地方。因此必须通过法律原则来澄清法律的模糊地带以便弥补法律的缺漏问题,履行“法官不得拒绝裁判”的法律义务。

要实现上述立法技术,作为裁判规范的法律原则,它就必须满足相对确定性和哈特所言的一定程度的“开放性”这种双重结构。哈特认为,承认法律规则存在“开放结构”既可以避免机械法学的僵硬呆板,又可以避免现实主义认为法律完全不确定所带来的危险。规则的程度“开放性”既保证法律在绝大多数情形下的确定性又具有灵活性<sup>[21]</sup><sup>132</sup>。然而,符合这种双重结构或特性的法律原则只有“公序良俗原则”,其他原则都不具有相对确定性特征从而予以排除。从立法技术的要求看,必须选择一项原则用来担当此任,以保持民法的活力与时俱进,推进民法的发展以避免滞后性。同时又不失民法的相对稳定性,保持法律的确定性以避免陷入法官裁判的偏好性、任意性。“公序良俗原则”一方面具有法律基本原则的原则性特点,另一方面又具有规则的事实性特点,其双重特点和结构能够满足立法同时具备稳定性和开放性的条件。

从立法技术的视角能够充分说明“公序良俗原则”兼具裁判规范的性质。我们仔细比较分析《民法总则》第一章关于民法基本原则的立法表述,就会发现“公序良俗原则”是唯一用禁止性规范来进行表述的,而其他原则均是通过倡导性(应当)规范来表述各自的原则。禁止性规范直接对人们的行为做出否定性评价,人们没有选择的余地或空间,因此,禁止性规范必须具体、明确。倡导性规范主要引导人们的行为方向,具有建议性和任意性特点,不主动介入评价人们的行为,无需具体、明确,只需确定一般性原则方向即可。比如我们在裁判离婚案件时会倡导平等原则,但在具体分割财产时并非一定平均分割财产才算是尊重了平等原则,而恰恰是根据个案的具体情况,有差别地分割财产,才体现真正意义上的平等。倡导平等原则与具体实现平等要求存在实践差异,这是价值性原则难以避免的落差。因此,像平等、自愿、诚信等价值性的基本原则,仅仅具有宣示性的作用,故而不能成为裁判规范。《民法总则》对“公序良俗原则”与其他民法基本原则作区分表述,恰恰是尊重了两种不同性质的民法原则。

于飞教授认为在《民法总则》颁布施行前,“诚信原则”与“公序良俗原则”为“概括条款”,其余均为“一般法律思想”;之后,所有原则均为“一般法律思想”,只能作为法律解释和补漏功能,而不能作为裁判规范。主要理由是“诚信原则”与“公序良俗原则”已被其他条款规定,为避免立法上的重复,所以,将其视为“一般法律思想”。于飞教授在此陷入两难,由于“诚信原则”与“公序良俗原则”作为“概括条款”已经规定在其他章节中。因此,关于规定基本原则的第一章中的“诚信原则”与



“公序良俗原则”就不再视为“概况条款”,这显然是矛盾的。用德沃金的思想来看,要遵循立法上的整全性原则(principle of integrity)<sup>[22]</sup>,就是要使这些原则保持前后一致性,否则,就不符合立法整全性原则要求,这也是对立法者的基本要求。

### 三、“公序良俗原则”适用的规制性要求

上文简要提及“公序良俗原则”作为裁判规范适用时,需要具备一定的标准或条件。如德国学者提到的“礼仪感”判断准则,德沃金强调的妥当感和制度性支持两项条件。笔者称其为“公序良俗原则”适用的内部条件,但除此以外,“公序良俗原则”在适用时还需执行一些外部规制性要求,比如禁止“向一般条款逃逸”“谦抑性”要求,以及“适用的解释性要求”等。本文在此讨论一些外部规制性要求,其主要原因在于司法审判中出现“公序良俗原则”适用乱象<sup>⑩</sup>,以澄清和把握在什么情况下适用以及怎样适用“公序良俗原则”。

在此,我们首先要明确“公序良俗原则”的立法目的和任务是什么,在此前提下,我们才能够把握“公序良俗原则”的适用要求。较为代表性的说法如郭明瑞教授认为,“公序良俗原则”的目的是弘扬社会公德,维护社会基本秩序,其作用、任务在于限制私法自治和填补法律漏洞<sup>[23]</sup>。笔者基本认同,但稍有区别的是“限制私法自治”应当是“公序良俗原则”作用的结果而非基本任务。“公序良俗原则”的唯一任务就是弥补法律漏洞,即构建新的法律规则以适用裁判需要,这一任务吻合上文所述的中国立法技术开放性要求。由于补漏涉及法官自由裁判权,实际上赋予了法官造法权力,有涉司法僭越立法之嫌。因此,对“公序良俗原则”的适用就必须规制一些外部基本要求。

#### (一) 禁止“向一般条款逃逸”

禁止“向一般条款逃逸”是民法基本原则适用时的一项共识性要求。其核心要点是规则优先适用的前置原则,即当同时存在适用法律规则和法律原则获得同样裁判效果时,优先适用法律规则,而不适用法律原则。否则,法律原则就是僭越法律规则从而构成“向一般条款逃逸”。上文谈到,“公序良俗原则”的任务是弥补法律漏洞,只有当法律规则缺失时,才能运用“公序良俗原则”构建新的规则以适用裁判。相比而论,法律规则的具体、确定性程度远高于法律原则,适用法律原则不可避免地存在法官解释和自由裁量的问题,形成裁判不确定、主观性的风险,也可能导致裁判结果的不正确性。故此,王泽鉴教授曾批判说,一般条款遁入有三大危及,即立法遁入、司法遁入和法律思维遁入。其中,司法遁入危害最大,它使法官在法律适用时,根本无视具体的法律规范,直接以一般条款径行判决<sup>[24]</sup>。

笔者认为,只有当出现以下两种情况时,才可直接适用“公序良俗原则”,一是在缺乏明确的规则、存在法律漏洞的情形下可直接适用“公序良俗原则”裁判案件。比如在中国《物权法》没有规定居住权的情形下,法官可以根据个案情形,通过解释与论证,决定判决当事人是否享有居住权,此时可以直接引用“公序良俗原则”作为裁判依据;二是当出现了“原则的规则化结论”与“公序良俗原则”产生冲突时,可以直接否定“原则的规则化结论”,而变更适用“公序良俗原则”,如中国四川

<sup>⑩</sup>李岩撰文描述了“公序良俗原则”适用乱象的具体情形有:(1)作为僭越法律而沦为“道德审判”的工具;(2)作为增强法院判决说服力的工具;(3)作为其他民法基本原则的替代形式(如替代公平、诚信原则);(4)作为公平责任的替代形式;(5)作为其他种类无效法律行为的替代形式;(6)作为效力待定行为原因的替代形式;(7)作为单行法中公序良俗原则替代形式的总则。参见李岩《公序良俗原则的司法乱象与本相》(《法学》,2015年第11期54-68页)。

2003年裁判的“泸州遗赠案”<sup>①</sup>。在理论上,不存在着原则之间的冲突,因为上文分析得出作为裁判规范的基本原则只有“公序良俗原则”,其他基本原则(如平等、自愿、公正、诚信)均是价值宣示性原则,不能成为裁判规范,作为裁判依据。但并不能否认这些价值宣示性原则对裁判活动的影响,它们可以通过“原则的规则化”形式来影响裁判的效果,比如自愿原则在合同法中规则化为缔约自由,在继承法中规则化为自愿遗赠,诚信原则在合同法中规则化为缔约过失责任等随处可见。然而一旦在“原则的规则化结论”如“代孕合同”“自愿换妻”等有背“公序良俗原则”的情形下,“公序良俗原则”可以直接否定“原则的规则化结论”,并作为裁判的法律依据。

## (二)“谦抑性”要求

“谦抑性”是刑法中的一项原则,在此借喻说明“公序良俗原则”应当贯彻“谦抑性”要求。在一些学者看来,“公序良俗原则”除了弥补漏洞外,还存在“兜底原则”的认识<sup>[25]</sup>;协调法律体系的内涵与外延、限制意思自治<sup>[1]</sup>;实现宪法与民法功能<sup>[26]</sup>。在适用“公序良俗原则”时,还可能面临着与规则适用如何协调的问题,与其他原则产生冲突如何权衡的问题,以实现宪法与民法功能的需要<sup>[27]</sup>。

其实,“奥卡姆剃刀”定律告诉我们,如无必要、勿增实体。上文谈到,“公序良俗原则”唯一任务就是弥补法律漏洞,以迎合民事立法的开放性要求,保持立法的原则性与灵活性。理论上不存在民法原则之间的冲突(理由同上文),如果与其他原则之间发生冲突,可遵循德沃金关于权衡原则之间的分量和重要性予以处理;如果原则与规则之间发生冲突,从法律地位来看,原则高于规则;如果规则之间发生冲突,按照规则冲突的适用办法进行处理,如上位法优于下位法、特别法优于一般法、新法优于旧法。在法体系存在法律冲突的情形下,已有的制度能够妥当处理,“公序良俗原则”无此必要进行介入。

因此,“公序良俗原则”仅存在上文出现的两种情形时(弥补漏洞和与“原则的规则化结论”冲突)才能直接适用,作为裁判依据。在此所强调的是“公序良俗原则”否定其他“原则的规则化结论”,并不是限制其他原则的适用,而是在冲突前提下进行权衡的法律后果,一些学者提到的“限制意思自治”作为“公序良俗原则”的一项功能的理解是不准确的,它们纯属两种不同性质的问题。只有澄清“公序良俗原则”弥补法律漏洞的唯一任务和任务目标,才能遏制“司法乱象”。因此,必须杜绝“公序良俗原则”沦为口袋原则,正确处理与其他法律基本原则、规则之间的关系,不能僭越其他法律原则、规则的地位与功效,否则有违“谦抑性”的要求。

## (三)“公序良俗原则”适用的解释性要求

“公序良俗原则”具有裁判规范的性质,可以成为法律裁判的依据。但它又不同于法律规则的适用,法律规则的适用通常以三段论的方式进行逻辑推理而完成。但“公序良俗原则”介于其他法律基本原则与法律规则之间,其确定性程度高于其他法律基本原则,低于法律规则。因此,其适用需要对内容的确定性达到法律规则标准,而要实现这一结果,就必须借助法律解释对该原则内容进行确定和固化。

通常情形下,解释存在着两种类型,一种是说明性的解释,比如自然科学的解释就属于这类。说明性解释主要通过因果关系进行推理,从结论中回溯原因,比如苹果为什么落地,是因为地球的吸引力,因果说明纯属客观的,没有人的主观意志介入。说明性解释一般存在自然科学领域;二是

<sup>①</sup>详见“张学英诉蒋伦芳遗赠案”(“纳溪民初字第[2001]561号”判决书)。

创造性解释,德沃金又称建构性解释(constructive interpretation),创造性解释是目的与对象的互动<sup>[22]</sup><sup>52</sup>。换言之,创造性解释是论辩性的,它要给出作出何种解释的理由,是对解释理由的论证,因此它不可避免地存在个人主观价值的介入。比如某地存在兄长死亡后,弟可以娶嫂的风俗。但人们会对“弟娶嫂”这一风俗产生分歧,此风俗究竟是好风俗还是恶风俗,此时创造性解释就是对个人主张进行论证,给出“弟娶嫂”是“好”还是“恶”的理由。创造性解释一般存在社会科学领域。由此,“公序良俗原则”的解释则属于创造性解释,也就是说对“风俗”是否为“良俗”要进行论证,给出理由。

为什么要经过解释后“公序良俗原则”才能成为裁判依据,原因在于原则的抽象性与不确定性导致原则本身可能存在着分歧,在有分歧出现的情形下,就不能直接适用原则进行裁判案件。因此,解释实际上是消除原则分歧,形成一项可接受性的共识,这样才具备裁判规范的要求。所以,“公序良俗原则”要形成一项裁判案件的法律规则,它必须经过创造性解释这一环节,使原则的内容达到法律规则要求的确定性程度,消除可能存在的分歧,条件成熟时,才可进行适用。这是“公序良俗原则”与法律规则在适用时的关键区别,简言之,法律规则是直接适用,而“公序良俗原则”是附条件适用(需经过解释环节)。然而问题在于创造性解释是论辩性的,给出的理由是主观性判断,是否存在着唯一正确答案是个悬而未决的复杂工程,这势必给“公序良俗原则”的适用带来巨大的风险和困难,从这个角度说,可以佐证上述两项关于“公序良俗原则”的适用要求,即禁止“向一般条款逃逸”和“谦抑性”要求。

至此,本文对“公序良俗原则”的法律性质已形成结论,它既有法律价值宣示性质,又有法律裁判规范性质,这是它不同于其他民法基本原则的独特性所在。相较于《民法通则》,《民法总则》提出了“弘扬社会主义核心价值观”这一价值目标和任务,民法从主体性关注走向了社会性关注,承载中国特色社会主义最根本性价值的“公序良俗原则”自然赢得法律基本原则地位的至高性。

尽管“公序良俗原则”具有独特性、至高性的特点,但它的法律规范性质直接来自它具有法律规则的事实面向、事实可还原性,以及中国立法技术的确定性与开放性的双重结构要求,这些特点充分论证了“公序良俗原则”兼具价值宣示和裁判规范的双重法律性质。

不同于法律规则的直接适用优势,“公序良俗原则”的适用需要经过创造性解释环节,使原则内容达到规则的确定性程度,同时消除法律原则潜在的分歧。故此,对“公序良俗原则”的适用提出了禁止“向一般条款逃逸”和“谦抑性”要求,以防止“公序良俗原则”适用时所出现的各种“乱象”。

#### 参考文献:

- [1]戴芷宣.公序良俗原则适用研究[D].南京:东南大学,2017.
- [2]向森.公序良俗原则司法适用的模式与类型[J].复旦学报(社会科学版),2015(5):153-162.
- [3]于飞.“内在体系外显”的功能与局限:民法总则基本原则规定评析[J].人民法治,2017(10):12-14.
- [4]周枏.罗马法原论(下册)[M].北京:商务印书馆,1994:646.
- [5]黄源盛.中国法史导论[M].桂林:广西师范大学出版社,2014:334.
- [6]徐国栋.民法基本原则解释[M].增删本.北京:中国政法大学出版社,2004:160.
- [7]张璁.确立民法的基本原则[N].光明日报,2017-04-26(17).
- [8]拉伦茨.法学方法论[M].陈爱娥,译.北京:商务印书馆,2003:348.
- [9]于飞.民法基本原则:理论反思与法典表达[J].法学研究,2016(3):89-102.
- [10]吴俊明.论现代治理模式的选择[J].法学杂志,2007(5):28-38.

- [11] 梁贵川. 论语教程[M]. 北京: 中国社会科学出版社, 2010: 6.
- [12] 马克思恩格斯文集(第3卷)[M]. 北京: 人民出版社, 1995: 211.
- [13] 费孝通. 乡土中国[M]. 北京: 人民出版社, 2012: 7.
- [14] 费孝通. 乡土中国 生育制度[M]. 北京: 北京大学出版社, 1998: 58.
- [15] 郑玉波. 民法总则[M]. 台北: 三民书局, 1979: 472.
- [16] DWORKIN. Taking rights seriously[M]. Cambridge Mass: The Harvard University Press, 1977.
- [17] JOSEPH RAZ. Legal Positivism and the Sources of Law[M]// Essays on law and morality. Oxford: Oxford University Press, 1979: 53.
- [18] 比克斯. 法理学: 理论与语境[M]. 邱昭继, 译. 北京: 法律出版社, 2008: 58-59.
- [19] 罗时贵. 论和谐社会的构建与民法基本原则的平衡协调[J]. 河北法学, 2008(11): 81-84.
- [20] 梅迪库斯. 德国民法总论[M]. 邵建东, 译. 北京: 法律出版社, 2000: 512.
- [21] 哈特. 法律的概念[M]. 许家馨, 李冠宜, 译. 北京: 法律出版社, 2006.
- [22] DWORKIN. Law's Empire, Cambridge[M]. Mass.: Harvard University Press, 1986.
- [23] 郭明瑞. 用好公序良俗原则[N]. 人民日报, 2016-03-28(16).
- [24] 王泽鉴. 法律思维与民法实例[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2000: 245.
- [25] 凌咏菲. 对“公序良俗原则”的解读[J]. 赤峰学院学报(汉文哲学社会科学版), 2017(1): 62-65.
- [26] 蔡唱. 公序良俗在我国的司法适用研究[J]. 中国法学, 2016(6): 236-257.
- [27] 陈林林. 基于法律原则的裁判[J]. 法学研究, 2006(3): 3-15.

## On the legal nature of the civil law principle of public order and good custom in China

LUO Shigui<sup>1,2</sup>

(1. China University of Political Science and Law, Beijing 100088, P. R. China;

2. Jiangxi Science & Technology Normal University, Nanchang 330038, P. R. China)

**Abstract:** Compared with other basic principles of civil law (equality, voluntariness, fairness and integrity), the principle of public order and good custom has the uniqueness of value and the highest status. The uniqueness of its value lies in the dual legal nature of “value declaration” and “referee’s standard”, and its status is highest in that it carries the most fundamental value goal of civil law. The fact that the principle of public order and good custom has the factual face, the reducibility of the fact, and the open requirement of legislative technology gives the reasons for its dual legal nature. When the principle is applied as legal norm, it needs to be interpreted in a creative way, to meet the degree of certainty requirement of legal rules, and to eliminate possible differences. Therefore, it is necessary to enforce the requirements of “no escape to general provisions” and “modesty”, in order to prevent the chaos appearing in the application of the principle of public order and good custom.

**Key words:** the principle of public order and good custom; legal nature; application

(责任编辑 胡志平)