

公序良俗在我国的司法适用研究

蔡 唱*

内容提要 公序良俗在裁判中的运用自 2013 年起增加迅速,涉及法律行为、侵权行为和不当得利等各领域。司法适用中存在以一般道德标准替代公序良俗、概念混用和割裂公共秩序与善良风俗等公序良俗界定问题,也包括判断对象错误、向一般条款逃逸等适用不规范问题。公序良俗司法适用问题之应对策略包括两大方面:一是要实现民法外部与内部价值有效沟通,具体包括界定公序良俗原则以增加确定性、充分发挥其引致作用、加强原则在民法内部区分控制。二是保障公序良俗原则之科学适用,具体包括明确适用条件、采取类型化适用方法、总结裁判中成熟类型和关注债务人超出自己预计给付能力、基本权利维护等我国裁判中尚未涉及之类型。

关键词 公序良俗 司法适用 类型化方法

公序良俗作为连结社会公共利益、社会一般道德与民法的纽带,作为民法沟通自身与体系之外的通道,犹如一根虹管,使民法得以借助法官之力汲取体系外多方面的营养,从而可以紧随现实之发展。^① 本文从 2007 年至 2016 年样本裁判入手,研究公序良俗在我国司法适用状况,试图找寻原则之设想与司法实践距离和原因,以期对其理论发展和司法实践有所助益。

一、我国裁判中公序良俗司法适用状况

为直观了解我国公序良俗司法界定与适用状况,从司法裁判入手,对近年法院的判决进行采样和总体分析。具体情况如下:

* 湖南大学法学院教授,博士生导师。

感谢郑显芳副教授为本文样本裁判的收集和整理工作所做的贡献。

① 于飞:《公序良俗原则研究——以基本原则的具体化为中心》,北京大学出版社 2006 年版,第 2 页。

(一) 司法裁判运用公序良俗情况概览^②

在“中国裁判文书网”以“公序良俗”和“善良风俗”为关键词搜索,含有关键词“善良风俗”的裁判文书44份,包括法院根据案件事实以行为人的行为违反“善良风俗”作出认定和裁判的案件5件,其余案件系当事人主张按违反善良风俗处理或提出对方当事人行为违反善良风俗,但法院适用其他法律依据加以裁判。5份裁判中2件是解决家属对逝者安葬习俗争议的判决。法院认为挖坟取骨和要求他人迁坟行为违背善良风俗。^③第3件是侵权纠纷,两受害人婚外同居,因违反安全操作常识使用宿舍热水器致窒息死亡。法院认为受害人婚外同居违反善良风俗,自身对其死亡后果的发生具有重大过错,应自行承担50%的责任。^④第4件为共同饮酒者对醉酒者所受损害的责任。法院认为一同饮酒者看到了受害人酒后失态行为,违背善良风俗和基本的道德要求,没有尽到相互照顾的义务,将受害人独自一人留在酒店,最终酒精中毒死亡,对其死亡负有次要责任。^⑤第5份判决中,法院认为当事人采取假结婚方法,违反善良风俗,以此骗取征收补偿款的行为属于“合法形式掩盖非法目的”,判决返还不当得利。^⑥

搜索到含有关键词“公序良俗”的样本裁判699份,时间跨度从2007年到2016年。裁判文书集中在中级法院和基层法院(分别为335件和318件),最高法院2份,高级人民法院44份。其中以行为人的行为违反“公序良俗”或直接用公序良俗对案件做出认定和裁判的案件85份。这85份判决中包括了5份案由为“劳动合同”或“劳动报酬纠纷”案件,由于其对法院理解公序良俗有参考意义,从公序良俗分类的理论讨论中,也有违反劳动秩序的类型,所以统计进来。有一份案由是行政登记,但判决中涉及对姓名权的理解,属于民事权利的保护,也统计进来。其他案由都属于民事案件。综合分析,这些案件在司法适用中有明显特点。

1. 运用公序良俗之裁判于近三年增长迅速。对包含“公序良俗”的裁判文书进行分析,发现其有非常明显的时间变化特征。从2007到2012年时间段案件少,呈缓慢上升趋势。六年内由1件每年上升到2012年的10件每年。由于假期及法院审判周期特征,2016年的3件没有代表性,我们将该数字剔除。从2013到2015年案件数量呈爆发式增长,分别为56件、247件和211件^⑦。这表明法官越来越多地运用公序良俗概念或理念作为裁判依据,或者运用其来论证裁决的正确性。

2. 对公序良俗的运用涉及民法各领域。85件运用公序良俗进行裁判的案件中,运

② 样本裁判是在中国裁判文书网 <http://wenshu.court.gov.cn>,以关键词“善良风俗”和“公序良俗”进行查询,所搜索到的结果。截止搜索日2016年3月22日,中国裁判文书网上共有16151986份文书,本文所统计的为在这些裁判文书中使用了“善良风俗”和“公序良俗”关键词的文书。

③ 参见(2014)苏审二民申字第167号《民事裁定书》和(2014)沈中民五终字第2414号《民事判决书》。

④ 参见(2015)渝一中法民终字第06254号《民事判决书》。

⑤ 参见(2014)郴民一终字第332号《民事判决书》。

⑥ 参见(2015)潭中民一终字第94号《民事判决书》。

⑦ 需特别注明的是,该统计数字中所指的违反公序良俗案件,不是依据法院所列的案由进行分类,而是按照案件中运用公序良俗解决的具体问题进行分类。

用公序良俗理念所解决的问题几乎囊括民法各领域。裁判中有对民事法律行为效力的判断,如一般合同和涉及婚姻、继承等身份关系合同、遗嘱等单方民事行为及劳动合同等效力的判断。裁判涉及对侵权行为的判断,如判断是否侵害物权、人身权。裁判还包括民事权利的确权,如判断物权、人身权是否存在。还有运用公序良俗理念判断不当得利的裁判。公序良俗理念在裁判中的运用集中在对民事法律行为和侵权行为的判断。从样本裁判中,我们可以得出结论,司法实践中运用公序良俗解决纠纷的类型广泛,涉及民法各领域,而不仅仅是作为法律行为领域的基本原则。为了对此有更清晰了解,接下来对这些领域加以具体分析。

(二) 公序良俗运用领域之具体分析

1. 用之于判断民事法律行为效力。公序良俗的运用主要集中于该领域,共有 50 份判决,占比 58.8%。两类案件有突出代表性:第一类为委托合同。委托事务包括“为受托人找关系解决就业”、“找关系打赢官司”、“调查婚外不正当关系”等。此类案件一共有 17 件,类似于学者总结的“以从事犯罪或帮助犯罪行为作为内容之合意”^⑧类型。比较法上看,法国学者认为承诺行为是禁止的标的,承诺无效。德国学者认为“支付行为的目的为法律禁止,故支付也为无效。”^⑨而裁判样本认定“好处费违反公序良俗,损害社会公共利益”。第二类为运用公序良俗判断存在婚外同居或不正当性关系当事人之间的民事法律行为效力,包括当事人之间以赠与合同、欠条、承诺书等方式,约定一方赠与对方财产。所有的 12 件裁判样本中,法院都是以协议或承诺内容违反公序良俗为由,判决赠与或者其他承诺无效。

2. 运用公序良俗认定侵权行为违法性。该类裁判样本有 19 件,占比为 22.4%,涉及侵权行为所侵害的权益包括物权、人格权和人格利益。其中比较集中的类型是对祖坟侵害案件,一共有 7 件。法院认为造成他人祖坟破坏、遮盖祖坟行为、违背当地风俗立碑行为侵害他人权益,判决加害人承担排除妨碍、赔偿损失等责任。其他运用公序良俗判断的侵权行为还有向他人财产泼粪泄愤、殴打、共同饮酒未防止损害发生、堵塞排水沟等。样本裁判都没有写明违法性问题,但从行文及作用分析,是确定侵权行为违法性或者对其予以说明。

3. 运用公序良俗解决物权纠纷。法院以公序良俗判断单纯的物权请求权问题,共有三份判决样本。第一份判决中法院认定被告未经许可便在其房屋土地使用权范围之外用混凝土浇筑通道,使得部分混凝土压住了几家坟头的行为违反了社会公德和当地的风俗习惯,故判决立即恢复原状。^⑩第二份判决中法院认定被告擅自将厨房和卫生间互换位置,将坐便器置于原告房屋灶台之上的位置等行为违反公序良俗,对相邻方造成

^⑧ 梁慧星:《市场经济与公序良俗原则》,载《中国社会科学院研究生院学报》1993年第6期。

^⑨ [德]康·茨威格特、海·克茨:《违背法律与善良风俗的法律行为后果比较》,孙宪忠译,载《环球法律评论》2003年冬季号。

^⑩ 参见(2015)雅民终字第755号《民事判决书》。

心理压力和不便,判决恢复原状。^⑪ 第三份判决为婚外同居关系间的析产纠纷。法院认定在婚姻存续期间与他人同居,双方行为违背公序良俗原则。同居期间一方出资购买房屋及车辆并登记在对方名下的行为无效,判决返还财产。^⑫

4. 以公序良俗辅助解决人格权与身份权纠纷。该类裁判共6份,两份是关于祖坟引起的纠纷,法院以一般人格权或人格权作为案由。一个案件是逝者亲属之间有分歧,没有相关遗嘱时,依据传统风俗习惯确定安葬问题。^⑬ 另一起裁判认为维护祖坟完好是公序良俗,祖坟毁坏,则是侵害逝者人格利益。^⑭ 其余几份裁判分别为:婚姻关系存续期间与他人同居违反善良风俗,因此离婚时将孩子抚养权判给对方;^⑮在登记姓名的时候,公安机关认为父母自创姓氏的做法不符合公序良俗对姓名的规制要求,拒绝登记引起的诉讼,^⑯该样本是对于姓氏的传承是否公序良俗要求的诠释。在另一样本中,法院认为母亲作为监护人使用共有房产没有保护未成年人健康成长环境,其监护权的行使有悖于社会公序良俗。^⑰ 此外,有裁判样本认为断绝父子关系诉求违反公序良俗。^⑱

5. 运用公序良俗裁决继承和离婚纠纷。裁判样本中,离婚和继承纠纷中运用公序良俗的各一份。一份裁决中法院从宅基地管理、登记和使用的现实情况并结合公序良俗,认定涉案宅基地上的房屋是被继承人夫妻共同财产,然后从我国农村的公序良俗分析,认为父母将自己的房产分配给子女使用所订立的赠与协议具有遗赠扶养协议的性质,子女必须对丧失劳动能力的父母尽赡养义务后,才能有条件地获得该房屋的相关权利。^⑲ 在离婚纠纷中法院认为夫妻有婚生子患有先天性疾病,都负有不可推卸的抚养义务与责任。置患病未成年人的生存不顾,互相推卸责任和义务的行为违反公序良俗,违背社会公德,驳回离婚诉讼请求。^⑳

6. 违反公序良俗是否符合解除劳动合同事由的判断。包括五个案件,判决结果不一。一份样本中法院认为在公共场合小便确系违反公序良俗之错误行为,但不属于用人单位可以据以解除劳动合同的法定理由。^㉑ 其他四份样本则都是认为违反公序良俗是严重违纪行为,可以解聘。这里面有三份判决认定打架斗殴违反公序良俗^㉒,一份判

⑪ 参见(2015)沪一中民二终字第2871号《民事判决书》。

⑫ 参见(2015)宁民三终字第00146号《民事判决书》。

⑬ 参见(2015)沪二中民一终字第1581号《民事判决书》。

⑭ 参见(2015)常民四终字第158号《民事判决书》。

⑮ 参见(2015)杨民初字第00816号《民事判决书》。

⑯ 参见(2010)历行初字第4号《行政判决书》。

⑰ 参见(2015)深中法房终字第372号《民事判决书》。

⑱ 参见(2014)藁民初字第02373号《民事判决书》。

⑲ 参见(2015)廊民再终字第8号《民事判决书》。

㉑ 参见(2014)吉中民一终字第404号《民事判决书》。

㉒ 参见(2014)常民终字第430号《民事判决书》、(2015)深龙法横民初字第403号《民事判决书》、(2015)桂民申字第186号、187号《民事裁定书》。

㉓ (2014)沪一中民三(民)终字第1530号《民事判决书》。

决认为营业员偷窃属于违反公序良俗。^{②③}

二、中国公序良俗司法适用凸显之问题

如学者所忧虑的那样,私人自治在推行醇风美俗的良好心理预期下被践踏的现象频频发生,公序良俗能否承载诸如“恢复固有道德”之类如此神圣的使命其实值得怀疑。通过对裁判样本的研究,发现对公序良俗司法适用存在诸多问题。

(一) 公序良俗界定问题

1. 一般道德标准替代公序良俗

裁判中存在一个普遍现象是不具体界定公序良俗,用抽象的一般道德标准代替公序良俗。只要有违背一般道德标准的问题,法院就作出不利判决。最有代表性的是因婚外同居关系的当事人的同居行为违反公序良俗而判决他们之间其他法律行为无效。比较相关样本裁判和被称为“公序良俗第一案”的泸州继承案,发现这些案件无一例外重复泸州继承案的错误认识,对公序良俗之界定没有任何进展。泸州继承案中法院认为原则在法律适用上有高于法律具体规则适用之效力,判决遗赠行为无效。^{②④} 判决后学术界对案中公序良俗原则适用反对声和“群众”赞美声一样强烈。法律人士专业剖析包括几个方面,如在法律适用中,没有区分婚外同居行为与给付生活费用的行为、给付财产的协议、赠与行为;以婚外同居违反善良风俗否定其他行为的效力,判决无视继承法的具体规定向一般条款逃逸,不符合公序良俗适用条件;关于公序良俗界定方面,应该以公序良俗为依托,分动机区别对待等等。^{②⑤} 形成鲜明对比的是德国情妇遗嘱案中对公序良俗检讨和公序良俗界定之精细化。法院从1965年到1970年,历经三审,改变最初态度,对遗嘱中公序良俗进行界定,区分当事人的动机、立法者的价值秩序等问题来讨论和判决,而不是笼统地以一般社会道德来决定。

将公序良俗理解为社会一般利益、一般道德,偏离了公序良俗之本意。将善良风俗诠释为“社会一般道德观念”忽略了“善良”二字的评价功能。^{②⑥} 检视公序良俗的原初含义,我国不宜承认法官享有以社会通行道德观念、而非底限性的道德观念为标准,以法官更为抽象的判断来颠覆个人自治状态。^{②⑦} 以公众媒体中的道德代替社会一般道德,不深究法理和规则,仅以相关的社会关系中存在违背道德行为判决法律行为无效。这一公序良俗理解和适用问题,并不因判决的一致性能够掩盖。

2. 将公序良俗与其他概念混用

样本裁判中的问题还表现在将“公序良俗”与其他概念混用。如将“公序良俗”和

^{②③} 参见(2016)沪02民终1028号《民事判决书》。

^{②④} 参见(2001)纳溪民初字第561号《民事判决书》、(2001)沪民一终字第621号《民事判决书》。

^{②⑤} 参见金锦萍:《当赠与(遗赠)遭遇婚外同居的时候:公序良俗与制度协调》,载《北大法律评论》2004年第1辑。

^{②⑥} 参见黄立:《民法总则》,中国政法大学出版社2002年版,第335页以下。

^{②⑦} 参见谢潇:《公序良俗与私法自治:原则冲突与位阶的妥当性安置》,载《法制与社会发展》2015年第6期。

“社会公共利益”并列使用,认为“委托事项(找关系安排工作)违反公序良俗和社会公共利益”^{②8},或写为“违反公序良俗,损害了社会公共利益”^{②9}。将“公序良俗”概念和“社会公德”、“道德规范”并列使用。判决写道“为结束这种关系签署协议约定给付分手费或类似性质钱款,违反公序良俗和社会公德。”^{③0}还有裁判以“违反公序良俗及法律、行政法规的强制性规定”或“禁止性规定”,认定违法性而确认协议无效。^{③1}这些混用,表明法院不但对概念内涵、外延、适用范围、界限等问题认识不清,而且根本无视概念差异问题。

问题还表现为裁判文书中术语表达不规范不统一。判决中主要使用“公序良俗”,也有少数使用“善良风俗”。在743份判决中引用“善良风俗”和“公序良俗”,其中用“善良风俗”的44件。适用过程中,裁判文书绝大多数用“公序良俗”概念,只有个别案件用了“公序良俗原则”概念。^{③2}

3. 割裂公共秩序与善良风俗

我国法律适用存在割裂公共秩序与善良风俗问题。样本裁判中体现的公序良俗内容片面。很多判决中用词是“公序良俗”,实质问题是善良风俗,主要涉及家庭关系和性道德。亦即司法适用中,对公序良俗理解处于传统道德观念占主导地位阶段。理论上公序良俗原则所包含的内容应该有公共秩序和善良风俗,而司法实践仅仅为传统道德,两者存在巨大差异。

能体现公共秩序的裁判为前述5件劳动合同纠纷,体现经济秩序裁判仅为2件。第一件将“因国有小型企业出售必须经过特殊程序的批准,以防止出现侵吞国有资产,造成国有资产不当流失”行为认定为违反公序良俗的行为。^{③3}该判决中,公序良俗的运用最多起到说明违法行为作用。法律规定应经审批程序,没有履行该程序,本身就是违法行为。因此,该案中公序良俗的运用属画蛇添足,不是正确运用方式。另一判决认为“法律的实施不应产生使恶意行为人为受益之违反公序良俗之后果”。^{③4}该案件是唯一在经济领域运用公序良俗原则判决,但将公序良俗与违反合同法诚实信用原则并列使用。

综观样本裁判,可见我国司法适用,在经济领域尚未形成公序良俗的判决经验。这一点与其他国家的发展不一样。如在日本最近判例显示三类判例增加:有关经济活动

^{②8} 参见(2015)沈中民一终字第01623号《民事裁定书》、(2015)沈中民三终字第259号《民事判决书》、(2014)昌中民申字第57号《民事判决书》。

^{②9} 参见(2015)哈中民一终字第238号《民事判决书》、(2014)东中法民二终字第1030号《民事判决书》、(2015)青民二商终字第371号《民事判决书》。

^{③0} 参见(2014)玄锁民初字第70号《民事判决书》、(2013)太民一初字第02871号《民事判决书》、(2015)黔毕中民终字第1361号《民事判决书》、(2011)宝市中法民一终字第584号《民事判决书》。

^{③1} 参见(2014)阿左民一初字第1476号《民事判决书》、(2015)锦民终字第00198号《民事判决书》。

^{③2} 参见(2015)镇民终字第01330号《民事判决书》。

^{③3} 参见(2015)鲁商终字第506号《民事判决书》。

^{③4} 参见(2015)川民再终字第14号《民事判决书》。

的判例、有关法令违反的判例和有关保护个人权利、自由的判例。^⑤我国公序良俗理论上有暴利行为的总结,但实践中缺乏相关的案件发展来提供支撑。公序良俗概念下,关于公共秩序的案件非常少,主要体现的是善良风俗,但没有用公序良俗限制习惯法的判例。

(二) 公序良俗适用不规范

从裁判文书中可以发现对于原则、概念适用的不规范性,具体表现为判断对象错误、向一般条款逃逸及判决结果矛盾问题。

1. 判断对象错误

这一问题最直观体现为对同居关系当事人间法律行为之判断。裁判不区分判断对象,只要涉及婚外同居关系,就以婚外同居违背公序良俗而确定其他法律行为无效。该做法始作俑者为泸州继承案,样本裁判无一例外重复该错误。法院对非婚外同居与婚外同居持截然不同态度。非婚外同居者之间的协议不受同居关系的影响,独立判断。法院认为除相互寻求情感慰藉外,原告亦需要被告对其日常生活照料,故他们之间关于支付护理费的约定不宜认定为违反公序良俗,确认双方应按协议分割同居财产。^⑥

如果说泸州继承案中,法官未及对公序良俗的判断对象进行理性思考和具体界定,未对遗嘱合法性和有效性作深入思考和评价而导致错误还可以理解,从2007年到2016年将近10年时间,法院不作任何检讨的现象则发人深省。公序良俗条款内容不确定,对其内涵和判断对象理论和实践差异巨大,判决却出奇地保持一致。遗憾的是一致地坚持谬误。涉及“舆情”案件,裁判者对非专业性的社会反映重视程度,远超对法律精神和法律尊严的维护。只要当事人的行为中涉及到违背公序良俗问题,不管判断对象,不管责任构成的基本条件,都以违背公序良俗作出不利裁判。如两受害人婚外同居使用热水器死亡案,法院判决中确认的过错竟是受害人婚外同居违反善良风俗。^⑦在离婚案件中,法院认为夫妻只考虑离婚,置患先天性疾病的孩子不顾的行为违反公序良俗驳回离婚诉讼请求。^⑧这两起案件,受害人同居行为与侵权行为完全是两码事,离婚法定条件与对患有疾病孩子照顾义务也不相同,法院的裁判混为一谈,违背最基本的法律适用规则。

2. 向一般条款逃逸

向一般条款逃逸是指裁判中不管强制性规范,直接适用公序良俗一般条款来解决,典型如泸州继承案中抛却继承法,适用公序良俗一般条款。样本裁判中向一般条款逃逸现象还包括另一种情形,即有其他可资适用规则时,适用公序良俗一般条款,这里称之为向一般条款逃逸的非典型表现。如有明确的法律规定时,将公序良俗原则或者概念与其他法律规定并列适用。依据侵害财产权、侵害人身权具体规范可解决问题,却

^⑤ 参见[日]山本敬三:《民法讲义I》,解亘译,北京大学出版社2004年版,第180页。

^⑥ 参见(2015)垦民终字第262号《民事判决书》。

^⑦ 参见(2015)渝一中法民终字第06254号《民事判决书》。

^⑧ 参见前引⑩,《民事判决书》。

将“公序良俗”作为万金油用。认为“侵吞国有资产,造成国有资产的不当流失”是违反公序良俗的行为,^{③⑨}认为殴打他人是违反公序良俗行为,^{④⑩}认为法律的实施使恶意行为人为人受益是造成违反公序良俗之后果^{④⑪}。也包括将公序良俗与其他法律一起,确定行为的违法性。如同时以“违反物权法的相关规定”或“侵害物权”和“违反社会公德和当地的风俗习惯”判决恢复原状。^{④⑫}还出现将公序良俗与诚实信用并用,同时用两个原则否定请求解除合同的诉求。^{④⑬}这些问题的出现提醒我们迫切需要重新思考布林科的警告:“我们最好是将法律现实主义的不确定性论视为针对疑难案件的主张,而非关于法律和司法的普遍性理论。”^{④⑭}

3. 同案不同判现象严重

对不同法院类似案情的判决结果进行比较分析,发现在同样以公序良俗否定协议(合同效力)时,出现矛盾,甚至是同类案情出现完全相反判决结果。如法院认定“请托行为”内容违反公序良俗,但判决结果差异很大。有法院判决“不属于民事案件受理范围,驳回起诉。”^{④⑮}有法院认为请托违反公序良俗,合同无效,应返还财产。典型判决中写道:“托熟人、找关系的方式实现就业目的,严重违背平等选拔用人制度,行为后果危害社会公共利益,违反公序良俗原则,但因该委托关系引发的财产纠纷,人民法院应予以受理。原审以因违法委托关系产生的争议不属人民法院民事案件的受理范围驳回不妥。”^{④⑯}

除样本裁判外,考察涉及公序良俗理解适用的非样本裁判,也能发现其重大分歧。如有的法院否定了分手合同的效力,仅以公平原则判定被告给予原告适当补偿,^{④⑰}也有法院据《合同法》第7条判决同居期间财产处理的协议,认为该条规定判断当事人签订的协议没有违反社会公序良俗,是合法有效的,双方当事人均应依法履行协议。^{④⑱}非样本案件的判决分歧还表现在对风俗是否“善良”的理解上。如有的法院断定装修工人在房屋内非正常死亡降低房屋价值属于恶俗,而有些法院则在存在非正常死亡时,判决管理不善的承揽人承担赔偿责任。^{④⑲}

^{③⑨} 参见前引^{③③},《民事判决书》。

^{④⑩} 参见(2014)鄂襄阳中民二终字第00541号《民事判决书》。

^{④⑪} 参见前引^{④⑩},《民事判决书》,(2014)渝四中法民终字第00383号《民事判决书》。

^{④⑫} 参见前引^{④⑩},《民事判决书》。

^{④⑬} 参见(2015)阿民一终字第208号《民事判决书》。

^{④⑭} 胡君:《原则裁判论》,西南政法大学2009年法学理论专业博士学位论文,第19页。

^{④⑮} 参见(2016)苏06民终289号民事裁定书、(2015)聊民一终字第760号民事判决书、(2015)沈中民一终字第01623号《民事裁定书》、(2015)聊民一终字第761号《民事判决书》、(2014)聊民一终字第762号《民事判决书》、(2015)沈中民三终字第259号《民事判决书》、(2014)昌中民申字第57号《民事判决书》、(2015)聊民一终字第968号《民事判决书》。

^{④⑯} 参见(2016)鲁01民终69号《民事判决书》。

^{④⑰} 参见(2006)深罗法民一初字第467号《民事判决书》。

^{④⑱} 参见(2005)沈民二房终字第1185号《民事判决书》。

^{④⑲} 参见陈吉生、金锦成:《公序良俗的非确定性与裁判结果的确定性探析》,载《法律适用》2006年第5期。

三、中国公序良俗司法适用问题产生之因由

我国公序良俗司法适用问题产生的原因和理由非常复杂,且互相影响,不易分类。为了便于说明,以下从原则本身、司法裁判角度分析。

(一) 公序良俗本身之因由

1. 公序良俗内涵不确定性及填补的非科学性

对公序良俗司法适用问题的成因在于其内涵的不确定性。适用法律需要评价相关法律规定的含义,并将一定条文正确适用于具体事实,达成合法适当的裁判。^⑩ 公序良俗原则性条款是《民法通则》第7条,该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。社会公德与社会公共利益都非常宽泛,其内涵会随着社会、经济等因素变化发展。适用中主要困难来自语言这种表达手段的性质和理解的分歧。确定法条的三段论方法适用在案件事实及法效果均相当确定时。公序良俗作为不确定的概念,价值判断千差万别,裁判者对其内涵的评价存在巨大差异可能性。因此公序良俗内容的不确定性是产生司法裁判不一致的根本因由。

法律适用不是适用个别法条,而是整个规则体系。抽象的法律原则性规定需科学填补。公序良俗要参照当时被承认的社会伦理,而具有支配力的社会伦理本身难以确定。司法裁判是依据特定的法律评价标准来具体化“社会伦理”。判断者必须先填补判断的标准,使其具体化到可以适用于个案。研究其他国家如何填补和正确适用,可以找到我国司法裁判问题之因由。对我国立法影响深远的法国和德国,除相关一般性规定外,还有其他规则或制度来达到系统控制目的。如法国通过原因理论对合同加以控制。其《民法典》第1133条规定原因为法律所禁止、违反善良风俗或公共秩序时,此种原因为不法原因。在侵权法领域,公共秩序则是通过判例限制利益的保护范围角度发挥作用。^⑪ 《德国民法典》第138条构成要件不确定,但其他领域,如法律行为制度、侵权法中,公序良俗都以具体条款的方式加以控制。如以故意违背善良风俗条款对侵权行为的控制。实践中则以对新问题精益求精的判例来界定公序良俗和明晰其适用条件。如情妇案中,从州法院到联邦最高法院,对公序良俗的适用条件、价值判断等问题确立了一般可适用之规则。^⑫

我国民法规则体系也通过一定的途径进行公序良俗原则的补充和控制。由于没有统一的理论指导、立法时间不一、立法技术不一等原因,产生了矛盾和疏漏,从而使这些填补未能续造公序良俗。样本裁判中公序良俗主要为善良风俗,缺乏公共秩序,这与我

^⑩ 参见施启扬:《民法总则》,中国法制出版社2010年版,第39页。

^⑪ 参见毛永俊:《公序良俗原则与侵权责任法一般条款》,载《贵州师范大学学报》2010年第2期。

^⑫ 参见邵建东、丁勇:《情妇遗嘱是否违反善良风俗——德国联邦最高法院“情妇遗嘱”案评析》,载《中德法学论坛》2003年卷,第182页以下。

国填补方式有关。我国的立法以偏概全,用词不一。对法律行为进行控制的条款,立法上只用“社会公共利益”,并不包括善良风俗。2004年修订的《宪法》第10条规定国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。《物权法》多个条文将公共利益作为征收征用的基本条件。截至2016年4月2日,在中国裁判文书网上民事案件类别中搜索“社会公共利益”的关键词,找到73335个判决。从其类型看,大都是合同纠纷,法院以“其在内容和形式上违反了法律、行政法规的强制性规定和社会公共利益”判决合同无效。这就很好地解释了为何我们以“公序良俗”为关键词的样本中很少有对于公共秩序的运用。

2. 对公序良俗地位和适用领域的分歧

对公序良俗是否民法基本原则认识的分歧是产生问题因由之一。主流观点为基本原则说,该说认为“公序良俗在今日已为私法上之至高原则。我国素称礼仪之邦,而民法上特别重视此一观念,不仅能迎合世界之新潮流(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。”^{⑤③}在各民法教材和民法典草案建议稿中,大都将其作为基本原则加以规定。也有学者否定其基本原则地位。^{⑤④}有人认为公序良俗只是民法中的次级原则,未来的民法典不宜将其作为基本原则加以规定。宜为私法自治的补充、矫正和解释之功效。^{⑤⑤}

地位的分歧还见之于公序良俗与其他原则关系上。对公序良俗原则与诚实信用原则关系上,有同一论和区别论。同一论认为两者在功能、价值、适用范围大体相似,无需两立。区别论者主张两个原则适用不同领域,有人主张其不同位阶,有人认为其适用不同层级,有人主张适用不同效力。^{⑤⑥}认为诚实信用原则的具体调整范围主要在财产关系领域,公序良俗原则主要适用于人身关系领域,但两项原则在财产关系适用中仍有重叠之处。^{⑤⑦}

《民法通则》规定公序良俗一般条款,未提及适用领域。理论上对该问题认识不一。有人认为公序良俗原则只能适用于法律行为,不包括事实行为。^{⑤⑧}有人认为公序良俗原则在法律行为中和非法律行为中同样有广泛的适用,但常为讨论者所忽视。具体适用领域包括在侵权行为中作为判断违法性的要件、在不当得利中构成不法原因、确定习惯法为民法渊源时限制习惯法的范围以及在确定外国法为民法渊源时限制外国法的范围。^{⑤⑨}还有观点认为公序良俗原则调整公私间法律关系,其制度目的在于保护公共利益,主张公序良俗原则能且只能调整公私间法律关系。^{⑥⑩}言下之意,民法中私主体之间

^{⑤③} 参见郑玉波:《民法总则》,中国政法大学出版社2003年版,第335、472页。

^{⑤④} 参见李永军:《民法总论》,法律出版社2009年版,第37页。

^{⑤⑤} 参见前引^{⑤②},谢潇文。

^{⑤⑥} 参见董学立:《诚实信用原则与公序良俗原则的界分》,载《法学论坛》2013年第6期。

^{⑤⑦} 参见李岩:《公序良俗原则的司法乱象与本相》,载《法学》2015年第11期。

^{⑤⑧} 易军:《民法上公序良俗原则的政治哲学思考》,载《法商研究》2015年第6期。

^{⑤⑨} 参见前引^{⑤①},于飞书,第4页。

^{⑥⑩} 参见董学立:《民法基本原则研究》,法律出版社2011年版,第212页。

的关系不能适用公序良俗原则。

3. 公序良俗规范体系因由

产生司法裁判中的运用不规范、裁判内容片面等问题的因由还可以从公序良俗规范体系中寻找。我国缺乏对违反公序良俗的侵权责任和对违反公序良俗的身份行为的具体指导规则,缺乏对协议执行产生违背公序良俗后果的含意的规定,没有对一般条款的适用制定具体程序性规范和实质条件。

首先从法律行为制度中的公序良俗规范分析。《民法通则》和《合同法》构建违背公序良俗无效的法律行为体系。《合同法》规定比较科学,却不能适用于身份行为。《民法通则》第7条、55条和58条规定都有涉及,但表述不一。第7条是一般规定,第55条和58条从民事法律行为需具备的积极要件角度规定“不违反法律和社会公共利益”后果。虽然有学者认为规定中“社会公共利益”地位和作用相当于其他立法例中的公序良俗,^①但根据这些规则,“社会公共利益”并不总是与“社会公德”伴生。因此审判实践中运用社会公共利益条款确认合同无效的案件非常多,并且造成了违反社会公共利益与违反善良风俗理解和适用上的割裂。作为涉及身份关系法律行为的规范,《继承法》第22条规定遗嘱无效原因中未涉及公序良俗。这种立法状况下,存在婚外同居关系的人之间的法律行为问题无统一解决方案。有人主张赠与婚外同居者财产可直接适用《合同法》第51条关于效力待定规定,通过拒绝追认无权处分行为效力从而认定赠与无效。^②该主张忽视了该法第2条排除有关身份关系的协议适用的规定。

其次,侵权责任法领域公序良俗的统一控制阙如。我国《侵权责任法》第2条和第6条概括条款中,权利(绝对权)和法益在形式上受到平等对待,立法层面未对法益保护条件限缩。我国侵权责任法与法国法都属于保护范围广泛模式,这种模式导致公序良俗原则不能发挥其效用,无法在权益保护与自由之间取得平衡,需要加以改进。^③虽然《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第1条第2款规定,在隐私或者其他人格利益受侵害的侵权行为构成中,包括了“违反社会公共利益、社会公德”。但该款的适用范围窄,不能作为统一规范控制。

不当得利领域理论亦无一致解决方案。《民法通则》第92条仅规定没有合法根据,取得不当利益,造成他人损失的,应当将取得的不当利益返还受损失的人。将公序良俗在不当得利制度上加以控制的国家,则规定了违反公序良俗这种不法原因给付的不当得利法律效果。如《德国民法典》第817条,针对给付人自己对此种违背负有过错的情形,设置得利返还之排除事由,原则上排除其返还请求权之主张。^④我国样本裁判中,“找关系安排工作”、“调查隐私”、“为送礼筹款”等行为就是违反公序良俗的不法原因,构成不法原因的不当得利。如有统一规定则可以避免此类矛盾。

① 参见前引①,于飞书,第1页。

② 参见前引⑦,李岩文。

③ 参见前引⑩,毛永俊文。

④ 参见《德国民法典——全条文注释》,杜景林、卢谔译注,中国政法大学出版社2015年版。

(二) 司法裁判之因由

司法裁判工作中的指导思想、考量因素等是公序良俗适用问题产生的重要原因。

1. 适用前提角度:不探求法律原则适用条件

正确的裁判需要裁判者对相关原则、规则的适用条件不断思索和探求。但公序良俗的具体适用条件,样本裁判中没有体现裁判者重视。一方面需查明公序良俗的内容,查明现实生活中是否存在相应的公序良俗,另一方面需判断行为是否违反公序良俗。我国司法适用中,对这两个方面的问题都未加以重视。公共秩序由哪个机关进行权威认定,如何判断善良风俗是否存在,在法律没有规定情况下,法院也没有总结审判中有益经验来指导不同类型的案件,对法律原则和规则加以补充和统一适用。

裁判者对公序良俗一般规定和民法规则关系认识不清,导致向一般条款逃逸。公序良俗条款是原则性规定,是弥补法律漏洞或解决法律冲突的工具,其仅在没有规则或规定出现漏洞等情况下起到填补法律空缺的作用。裁判者对同一规范的不同条款适用先后的理解不一,也会导致向公序良俗逃逸的现象。根据违反法律的强行性规定和公序良俗判令合同无效,不同国家采用了不同的立法安排,即所谓的“一元论立场”和“二元论立场”。持“一元论立场”的国家如意大利、奥地利、瑞士,将违法与公序良俗并列为一个条款,用违反公序良俗统一违法性。其理由在于公法上各种强行规范的政策目的虽然不同,体现的利益也千差万别,但最终都可以归结为公共利益,受公序良俗的统辖。^⑤“二元论”立场则是将违反法律的强制性规定和违反公序良俗在结构上予以分开,二者都是导致法律行为无效的原因,同时,后者又是对前者的补充。在该种方式下,私法自治受到来自公法层面的较为严格的审查。德国、日本和我国台湾地区采取该种做法。从我国《民法通则》和《合同法》的相关内容来看,我国所采取的是“二元论”立场。《合同法》第52条第5项“违反法律、法规的强制性规定”与第4项“违反社会公共利益”适用关系上,第5项具有指引具体强制性规定及引入公法强制性规定功能,第4项具有法律适用上的价值补充与漏洞填补功能。

为求尽可能避免公法规范对私法自治空间的过度挤压,我国正逐步限缩作出强制性规定的“法律”的范围,由此带来审判实务上,有将违法向公序良俗遁入的趋势。^⑥裁判机构不探究一般规定与具体规则的适用条件、不思考有包容关系的相关规则之间的适用条件,而公序良俗原则内含的“公共秩序”和“善良风俗”几乎是无所不容,任何一个法律条文都可以被宽泛地解释到这个“黑洞”,再加上对原则、规则认识不清这些原因,裁判者顺手拿来、不加论证,使公序良俗成为司法适用中逃逸的天然良港。

2. 适用的外部环境角度:司法政治角力

公序良俗原则适用中凸显问题的产生因由,很大程度上与我国政治角力对司法实践的影响有关。要求法律效果和社会效果统一的司法能动政策致使法官过分依赖对法

^⑤ 参见谢鸿飞:《论法律行为生效的“适法规范”》,载《中国社会科学》2007年第6期。

^⑥ 参见黄喆:《合同效力之判定与公序良俗》,载《南京社会科学》2014年第4期。

外后果的考量,过多道德与政策考量使裁判者易弃立法于不顾。涉及公序良俗案件,极易演变成“过度曝光的案件”,从而使这类案件结果为司法政治角力影响,典型如泸州继承案。

民意是司法政治角力中考量的典型因素。裁判者往往担忧公案的裁判没有遵从民意,给自己带来不利后果,因而将其放在重要位置。但民意产生于朴素的义愤、具有不独立性、易受外界诸因素诱导而发生变化,呈现“群体极化”、碎片化特征,世界观、人生观和是非观的分裂化等特点。^{①7} 民众的反映,往往不单纯是对案件的关注,常为表达对社会的不满。裁判者如以民意作为定案依据,会出现法律适用上与法律目的和精神之间的偏差。在泸州继承案中,民众无法从道德情感上理解法律的逻辑,从而干扰法律,迫使司法判决尊重道德情感。^{①8} 从2007年至今关于公序良俗的类似案件结果来看,此后的案件,只要涉及婚外赠与都受该案影响。在司法的政治角力中,法院以不引起“政治偏差”为己任,不敢越雷池半步。

3. 适用过程角度:非理性思维方式与理性需求之碰撞

问题之产生还与中国传统非理性思维方式有关。“在中国文化中,理性思维的独立性一直未受充分的重视,人们往往将一些应分、可分的观念混为一谈,或以自信之理充当必然法则,以强烈的价值态度去处理实际事务。^{①9} 很多司法裁判者患有“情绪化”毛病,不注重建立在对相关事实的细致分析和严密法律规则运用之上的法律推理,喜用“民愤极大”类情绪化用语打动听众情感,并为判决寻求道义根据。^{②0} 在民事领域虽然用词没有那么博人眼球,但其思维模式影响是一致的。加上公序良俗条款本身体现了私法中非理性因素,放大了适用过程中非理性思维的弊端。公序良俗包含着明显的道德标准,需要法官在个案中进行价值补充,这就使得当事人难以获得稳定的预期。非理性因素的存在极易导致法官在诸如法律行为有效与否判断上恣意妄为,产生司法适用诸问题。

缺乏有效理性的案件累积也属于司法裁判问题产生因由。法院裁判的案件越多,提供给大家比较的机会和可能性越大,作出确实可靠裁判的机会随之增加,作出不确定性的裁判空间相应缩小。从已有裁判文书分类可知,累积的判例主要集中在用善良风俗判断法律行为和侵权行为,违反社会公共利益的案件实质上就是单独案由判决。对于违反社会经济秩序、违反宪法确立的法律秩序等案件,尚无相关案件积累和法院的理性归类总结。此外,法院工作中调解、和谐等指导思想都是不可忽视的原因,正是这些因素一起导致了司法适用问题。

除上述公序良俗本身与司法裁判两方面的因由外,对公序良俗研究与司法实践脱节也是造成司法适用问题的重要因素。公序良俗所涉及价值判断不是在陈述判断者内

^{①7} 参见孙笑侠:《公案的民意、主题与信息对称》,载《中国法学》2010年第3期。

^{①8} 参见孙笑侠:《司法的政治力学》,载《中国法学》2011年第2期。

^{①9} 唐逸:《中国文化中的理性思维》,载甘阳编:《文化:世界与中国》第5辑,三联书店1988年版,第12页。

^{②0} 参见梁治平:《法律解释问题》,法律出版社1998年版,第264页。

心的评价行为,而是依法秩序的要求及评价标准,对案件进行判断。理论研究的任务是使评价“客观化”。在客观化不到位,或是司法裁判中对其不认账时,就出现两者之间的脱节,产生对相关案件截然不同的判决。如对公序良俗第一案,学者强调私人财产权的神圣不可侵犯,权利人的处分自由必须得到尊重,认为法官将同居行为与财产处分行为混为一谈,以婚外非法同居行为的违背公序良俗性来否认遗赠人的财产处分权,是以道德为借口首开以《民法通则》中的兜底条款侵蚀财产权利之恶例。^①认为法官应本着衡平理念,根据案件具体情况,将遗产在原、被告之间进行合理分配。从2003年该案判决后,历经十余年,公序良俗原则的适用成果颇丰。然司法实践不为所动,理论上已有的类型化尝试对司法实践影响甚微。理论和实践的脱节还体现在对公序良俗原则条款能否直接在具体案件中适用上。理论上认为原则上公序良俗法律原则除了作为解释基础外,还应承认其授权为法律补充的意义。存在法的续造必要时,法官可援引原则条款通过具体化过程,创制具体规则,进行法律补充。法律实务界则是相反做法。最高人民法院甚至以公报的形式,赞许直接引用民法基本原则条款单独作为个案裁判依据的实践。^②这种脱节的存在,自然就产生了裁判矛盾、随意的后果。

四、中国公序良俗司法适用问题之应对策略

(一) 实现民法内部和外部价值秩序之有效沟通

1. 界定公序良俗原则以增加确定性

对公序良俗原则内涵的不同理解的主要区别在于对公共秩序与善良风俗关系的不同态度。我国民法典编纂过程中,立法建议也可分为三种。第一种将公共秩序、社会公德与公共利益并列使用,如2015年4月中国法学会建议稿。第二种将法律、行政法规强行性规定与社会公德、社会公共利益和社会经济秩序并用,如王利明教授主持的民法典建议稿中公序良俗原则表达。^③第三种简洁表述为公序良俗,如绿色民法典写到“当事人进行民事活动,应遵循公序良俗原则”。^④2016年6月全国人大审议的《民法总则》草案(以下简称2016《民法总则》草案)采用这种进路。其第8条、10条、121条和132条都统一用公序良俗概念。笔者赞同第三种方式,主张用“公序良俗”作为公共秩序和善良风俗统称。理由有四:其一,“公序良俗”本身就可合一理解,该表达更通用、简洁,无需增加“社会妥当性”概念。其二,公共秩序和善良风俗两个概念界限模糊,不易区分。其三,实践中区分并无实益。^⑤其四,避免现有法律中将社会公共利益和社会公德分别规定所导致人为割裂公共秩序和善良风俗问题。

^① 王怡:《脆弱的财产权》,载《二十一世纪经济报导》2001年12月3日第31版。

^② 参见龙卫球:《民法总论》(第2版),中国法制出版社2002年版,第64页。

^③ 参见王利明:《中国民法典草案建议稿及说明》,中国法制出版社2004年版,第5页。

^④ 参见徐国栋主编:《绿色民法典草案》,社会科学文献出版社2004年版,第4页。

^⑤ 参见前引①,于飞书,第22页。

公序良俗的界定包括对其地位的确定。宜将其规定为民法基本原则。这是现在建议稿和学者的主流观点,实践也采取将其作为基本原则使用的做法。裁判样本中,使用公序良俗进行的裁判囊括了民法各个部分。建议修改2016《民法总则》草案相关条款,将公序良俗作为独立条款加以规定。改变草案第8条和第10条将公序良俗与其他内容混杂在一起的做法。第8条规定的“遵守法律”、“不得损害他人合法权益”实际上是民法学问题而不是民法问题,属于法律中不言自明的内容。第10条中公序良俗仅仅用来限制习惯之适用。建议将第8条提前到自愿原则之后,条款行文力求简练,规定“民事活动不得违背公序良俗”即可。

确定公序良俗内涵还需要明晰几个问题:第一,公序良俗与强行性规范的关系。公序良俗不包括在强行性规范中。该原则性质上属于一般性、授权条款,用以弥补强行性规定之不足。明确了该问题,就可以避免实践中,法院将公序良俗原则与其他强行性规则并用问题。第二,善良风俗,需要强调“善良”。公序良俗中的风俗,不是一般的习惯或者风俗,是善良的风俗。裁判时需对运用的风俗习惯仔细甄别,确定其为善的风俗才能运用。凡行为能助长或维持此种或彼种“善”者,我们即认可,反之则不予认可。样本裁判中两审法院关于买卖“凶宅”未告知,是否为违反公序良俗的分歧,实际上就是善与非善理解差异。

建议在立法中不再使用社会公共利益概念,以公序良俗中的公共秩序取而代之,以避免概念混乱。公共利益和公共秩序概念从内涵、适用范围和特性来说都是共同的,可以统一。从适用范围来看,公共利益是整个私法领域的一个重要概念,除了物权法之外,在合同法、侵权法、人格权法等领域也有适用。对社会公共利益的理解,存在很大分歧。社会公共利益概念有可能就等同于公序良俗概念。公共秩序的概念也适用于民法各个部分,其特征相同。从认定机构来说,两者都应该是由司法机关按照法律表决程序和规则来认定,而适用方法上,都主张采用类型化方法。民法中以两个概念来表达公共利益,除了引起概念和适用混淆外,实无助益。因此赞同梁慧星教授认为应该用“公共秩序”和“善良风俗”取代“社会公共利益”与“社会公德”的观点。^{①6}对于在不同领域的区分,可用实践中的类型化方法解决。

2. 充分发挥公序良俗原则作为外部秩序与民法沟通接口之效用

(1) 促进公共秩序向民法体系的有效引致

由于公序良俗条款包容性以及宪法与民法的关系,尤其是宪法权利的特点,决定了公序良俗条款发挥宪法实施私法化的桥梁和媒介作用,是宪法权利及价值纳入私法领域不可或缺的具体路径。我国《宪法》第51条和《民法通则》第58条之间的共同性,使宪法权利私法化不仅具有宪法上的依据而且具有实行的条件。^{①7}宪法基本权利的第三人效力问题,我国现在采纳间接效力解决方法。最高人民法院废止了对齐玉苓案的批

^{①6} 参见梁慧星:《民法总论》,法律出版社2001年版,第53页。

^{①7} 参见余延满、冉克平:《论公序良俗对宪法权利的保护》,载《时代法学》2006年第2期。

复。宪法中确认的一些基本权利不能直接作为民事案件的请求权基础,宪法性基本权利规范不宜直接作为民事判决依据,宜透过公序良俗间接作为民事判决的说理依据。而通过民法保护并可作为民事裁判说理依据的基本权利有平等权、自由权、人格权及部分社会性基本权利。^⑩

公序良俗可作为将宪法中的基本权利体系引入民法的框架性概念。民法中确定公序良俗原则,在各个领域通过具体规则来发生效用,这是民法与宪法有效衔接,实现宪法和民法功能的需要。公序良俗的引致和在民法内部体系的确定,需要从标本案例失败原因中汲取经验和教训。第一,应根据一套实体原则或价值体系对以“公序良俗”之名义广泛授予的自由裁量权进行有效定位和规范。第二,在实践中公序良俗概念不能只反映某一类价值(如经济价值)而排斥其他具有合法性的民主考量。第三,法律体系应发展出一套概念性框架,认可公序良俗价值,并给予稳定的合法性保护。

(2) 完善将社会道德伦理向民法体系的引致

善良风俗指向社会伦理道德,需借助公序良俗与民法体系相沟通。善良风俗以内在的道德为着眼点,将法外的道德引入到法律体系中,从而使民法调整与其他社会调整协调起来,共同实现对社会的有效控制。公序良俗作为概括性条款,可将善良风俗引入民法体系。因概括条款使法律的适用更能接近社会现实,与法律外的规范体系建立更密切的互动关系。^⑪为了使民法典体系与外部法律体系协调,确定公序良俗原则作为基本原则的地位的同时,完善将社会伦理道德向民法体系的引致。在法律实施过程中通过总结善良风俗的类型、适用条件等来解决涉及善良风俗的个案,适应社会发展。通过总结分析已有裁判,引进变迁中的伦理观念,使民法能与时俱进,实践公序良俗将善良风俗引致到民法体系的功能。

3. 加强公序良俗在民法体系内部区分控制效果

公序良俗的科学规范中的重要一环在于民法体系各部分规范的协调统一。公序良俗原则运用和控制应贯穿到整个民法体系中,并对每一领域的控制进行科学论证和规范设计。

(1) 对法律行为的控制规范

我国裁判中公序良俗的运用主要集中在对民事法律行为效力的判断。两类案件有突出代表性,即“以从事犯罪或帮助犯罪行为作为内容之合意”类型和当事人存在婚外性关系时法律行为效力类型。第一类裁判结果是因“好处费违反公序良俗,损害社会公共利益”无效,而第二类则笼统地以“协议或承诺内容违反公序良俗”为理由,判决赠与或者承诺无效。裁判混淆同居行为与其他法律行为,存在判断对象错误问题,缺乏对于法律行为控制的规则。针对这一问题,建议增加动机要件,控制违背公序良俗法律行为。动机是法律行为的远因,也称为原因的原因。引起法律行为无效的违法性应该以

^⑩ 参见张红:《方法与目标:基本权利的民法适用的两种考虑》,载《现代法学》2010年第2期。

^⑪ 参见王泽鉴:《法律思维与民法实例:请求权基础理论体系》,中国政法大学出版社2001版,第245页。

法律行为的全部特征加以考量,并考虑法律行为特色的一切情况,即法律行为内容、当事人动机、当事人所追求目的以确定这一法律行为是否抵触有公正、正义感的人的情绪。

比较法角度,德国和法国都有相关规定。在德国如果当事人是出于某种值得尊敬的动机,感谢对方的支持、照顾生活或者抚养等,给与物质报酬的行为是有效的。^⑩他们认为考察动机与传统民法理论并不背离,涉婚外同居的赠与(遗赠)与违反公序良俗之间的关系被割裂开了,只有那些将赠与附上性交易色彩的行为才违背公序良俗。^⑪法国对动机的区分在原因理论中有所体现。原因不法之债只有在缔约人的动机违法时才导致债的无效。为保护婚姻,曾规定姘居者相互之间不具备受领和赠与资格。鉴于该规定过于激进和刚性,其民法典以不法原因的审查取而代之。只有在姘居者的目的是建立或维持姘合关系时,其相互之间的赠与才因原因不道德归于无效。^⑫

我国民事行为中没有原因理论加以控制,将公序良俗原则的构成中加入动机这一要件控制法律行为才更有必要。动机的控制可以将公序良俗原则具体化,防止一般条款滥用。条款可以表述为“以违反公序良俗为目的达成的法律行为无效”。这一规则适用于所有法律行为,包括涉及身份关系和不涉及身份关系的协议。这就能改变类似泸州继承案中不区分具体情况向一般条款逃逸问题,又能给法官以区分具体情况,判断是否违反善良风俗的空间。

(2)对侵权行为的控制规范

虽然从整体上我国《侵权责任法》与对权利和利益保护步步扩展的德国民法典递进式的概括性条款是不同进路,但将公序良俗作为侵权行为类型是可资借鉴。理由有二:第一,有效控制法益范围。在该问题上公序良俗的作用与德国法不同。《德国民法典》第826条规定故意违背善良风俗是对保护范围进行拓展,属于“补丁”式的“受到保护的权益”列举。公序良俗与违反一切法律、违反一般注意义务等共同作为违法性的判断标准。^⑬我国运用公序良俗的作用与其相反,是在立法和解释上利用公序良俗概念发挥其限制利益范围的功能。^⑭第二,这是实践的有益总结。司法实践中就以公序良俗判断违法性。样本裁判中,以使用“善良风俗”确认侵权行为的有2件,占该类5件中的40%,以“公序良俗”直接或辅助判断侵权行为的19件,占该类中的22.4%。在司法解释中也有以公序良俗控制的规范。最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第1条将人格权利与人格利益区分为两款,规定侵害人格利益的精神损害赔偿之构成要件包括“违反社会公共利益、社会公德”。该条款参考有关国家和地区立法将侵权行为类型化的方法,将侵害隐私纳入违反公序良俗致人损害的侵权类型。根

^⑩ 参见前引⑨,[德]康·茨威格特、海·克茨文。

^⑪ 参见前引⑩,金锦萍文。

^⑫ 参见徐涤宇:《原因理论研究》,中国政法大学出版社2005年版,第145页。

^⑬ 参见张新宝:《侵权责任构成要件研究》,法律出版社2007年版,第31、48页。

^⑭ 参见于飞:《公序良俗概念在侵权行为法中的功能》,载《学术交流》2007年第5期。

据《民法通则》第7条,采取“社会公共利益”或者“社会公德”的提法,其规范功能与“公序良俗”原则基本是一致的。^⑤第三,比较法的支持。以公序良俗对权益保护和确定侵权行为,不仅是大陆法国家,在英美也有该做法。如美国,也存在以公共政策来确定权利和法益的保护和侵权行为。如在 Kelly v. Gwinnell 案中,主人在聚会中给客人提供酒,客人酒后开车给他人造成损害的情况下,法院认为酒驾是违背所在州的公共政策,而因此产生了主人对第三人的义务,主人对客人酒驾造成损害的预见可能性。^⑥在该问题上,我国的样本裁判用的是“公序良俗”和“基本道德要求”。^⑦

(3) 对民事权利领域控制的规范

公序良俗原则在民事权利领域的控制也应加以规范,这里仅讨论权利的客体、权利的行使。公序良俗对权利的控制在《物权法》中有直接体现,但其第7条用词是“应当遵守法律,尊重社会公德,不得损害公共利益”。该法第85条所称“交易习惯”实质上也可以用善良风俗代替,因为公序良俗原则是最常见的对习惯进行控制的法律要素。^⑧2016《民法总则》草案第10条就是将公序良俗作为适用习惯的控制。从公序良俗在物权的宏观控制上需要有统一规则,建议规定“物权的取得和行使应当符合公序良俗”。物权法中公序良俗问题,在样本裁判没能全面地展现。3件物权的裁判分别是恢复祖坟原状、相邻权和婚外同居关系中物的返还问题。远没有我国样本裁判之外的判决所涉及问题丰富。这些裁判包括如何以公序良俗规范具体的、有人格意义的物的取得和行使、器官移植中公序良俗原则的体现、^⑨冷冻胚胎纠纷的解决等问题。^⑩这里仅以物权为例,关于民事权利的取得、行使等需要符合公序良俗的控制涉及所有权利类型,篇幅关系,不拟详述。需强调的是,民事权利的取得和行使问题,不是单纯一句符合公序良俗或不违背公序良俗就可解决。需要区分不同的权利和权利行使的不同来具体化,以增加法律确定性和保护私权。

(4) 对不当得利领域控制的规范

涉及用公序良俗判断不当得利的裁判样本有9件,体现了实践中运用公序良俗判断不当得利的需求。在不法原因给付型不当得利的构成要件之一即“不法”的认定上,通说认为其包括公序良俗之违背及强行法规之违反,^⑪主张立法上明晰不法原因给付不当得利的要件可包括给付、给付不法和当事人对不法性认识的故意或过失。不法原因

^⑤ 参见陈现杰:《人格权司法保护的重大进步和发展〈最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释〉的理解与适用》,载《人民法院报》2001年3月28日第1版。

^⑥ Victor E. Schwartz Kathryn Kelly, David F. Partlett. Prosser, Waad and Schwartz's Torts Cases and Materials, (Eleventh Edition), at 345 (Foundation Press., 2005).

^⑦ 参见前引⑤,《民事判决书》。

^⑧ 参见前引①,于飞书,第244页。

^⑨ 参见余能斌、涂文:《论人体器官移植的现代民法理论基础》,载《中国法学》2003年第6期。

^⑩ 参见李燕、金根林:《冷冻胚胎的权利归属及权利行使研究》,载《人民司法》2014年第13期。

^⑪ 参见王泽鉴:《债法原理(第二册):不当得利》,中国政法大学出版社2002版,第125页。

存在于给付人一方时不得请求返还,存在于受领人一方时得请求返还。^⑫我国现有规则缺乏不法原因给付之规定。2016《民法总则》草案第107条仅粗略规定“没有合法根据,取得不当利益,造成他人损失的,应当将取得的不当利益返还受损失的人”。建议增加关于不当得利返还请求的例外,将“因违反法律或者公序良俗等不法原因而为给付”作为不当得利返还的除外事由。^⑬将违反公序良俗的不法给付区分开来。违反强行法的不法给付可由国家没收,违反公序良俗的不法给付不得请求返还。因为通常情况,违反公序良俗的不法给付,双方对公序良俗的违反都有认识,都予以没收会导致该类型不当得利全收归国家,导致公权力介入私权的程度太深。明确这些规则后,裁判样本中几个案件结果就非常清晰。其当然属于民事案件的受理范围,可根据当事人之间是否存在不法原因给付,以及对不法原因的认知等条件来确定是否返还。

(二) 保障公序良俗原则之科学适用

1. 明晰公序良俗原则适用条件

为保证原则的正确适用,建议明晰的适用条件有:第一,穷尽法律规则。民法典确立具体规则优先适用,不仅仅是针对公序良俗原则,而是作为民法基本原则与规则关系的准则。概括条款的遁入,应予必要的克制,否则将使法律制度、法律适用及法律思维松懈或软化。^⑭穷尽法律规则的规定可以预防“遁入”危机。优先适用具体的民法规范,是防止向一般条款逃逸、防止遁入危机的要求。

第二,在各具体控制领域,公序良俗作为兜底条款适用。例如合同效力判断中违反法规无效型与违反公序良俗无效型的适用。在《合同法》第52条第4款和第5款都可以适用时,第4款的社会公共利益则应当不是一个规范问题,而属于一般条款,其实质在于授权法官通过援引基本原则,结合个案情形进行价值补充。对损害社会公共利益与其他条件的适用没有进行区分,导致判决中认定“以合法形式掩盖非法目的并损害社会公共利益,应系无效合同”^⑮的混乱现象。建议《合同法》关于合同无效规定中,扩展社会公共利益为公序良俗,并将违反公序良俗导致合同无效作为兜底条款。

第三,从实践中总结价值秩序排列,确定公序良俗违背与否。对违背公序良俗问题的解决,应进行不同价值秩序总结与研究,让原则在更为精准的条件下运用。这一点德国法院的经验值得借鉴。该国对遗嘱自由的限制中,只有例外情形下,被继承人才能剥夺和限制这些权利。法院会区分不同的价值秩序,对其顺序进行排列。如依照德国民法的价值秩序,除特留份领域外,通常情况下,婚姻和亲属关系相对于被继承人的遗嘱自由而言,应当属于次要位置。通过遗嘱给予通奸对方财产,作为保持关系的酬谢行为,只有在被继承人的配偶和有特留份的直系卑亲属因此受到损害情况下,才是道德上

^⑫ 参见前引①,于飞书,第242页以下。

^⑬ 参见黄茂荣:《债法通则之四:无因管理与不当得利》,厦门大学出版社2014年版,第245页。

^⑭ 参见前引⑦,王泽鉴书,第245页。

^⑮ 参见最高人民法院:(2015)民二终字第69号《民事判决书》。

应予谴责的行为。^⑥ 这种价值秩序精细考量的方法,可以更为准确把握公序良俗精髓。

第四,公共利益优先并非必然逻辑。在涉及公共利益和私人利益衡量时,我国多强调私人利益对社会公共利益的依赖和服从。缺乏公民权、平等这类民主性期望作为坚实价值基础,其功用很容易被主导的经济利益扼杀,使公共利益沦为一种维护既有权力不平等状态的保守主义力量。^⑦ 社会主义市场经济的建立与发展,带来我国社会结构深刻变化,使公共利益问题变得突出。国家与社会相分离的社会结构,法律伴生从权力到权利的结构分化过程。在这一分化过程中,产生多元权利主体,使社会利益关系趋向复杂。利益结构的多元化,推动了社会价值观念多元化,使市场经济条件下的利益协调,绝不再是一个单纯地使个人利益无条件服从于集体利益、国家利益的过程。市场经济时期,公共利益绝对优于个人利益的观点受到挑战,公共利益优先并非必然逻辑。^⑧ 公序良俗中包含了公共利益问题,样本裁判中常常出现其他的私人利益碰到公序良俗都让路的情形。因此公序良俗的适用中,更需明确公共利益优先并非必然的逻辑。

2. 公序良俗原则类型化适用方法

公序良俗类型化方法是通过固定的类型进行价值填充,以限制自由裁量权的有效方法。我国要在司法实践中大力提倡和践行该方法。

(1) 类型化适用方法的运用

在符合公序良俗特征的前提下对所包含的复杂法律关系进一步分类,使其内涵和适用条件趋于明确、便于区分,利于法官依据法律关系的“同理性”对同一类型案件进行裁判。公序良俗类型化适用不仅有利于实现个案正义,而且可缓解该原则对法的安定性的危害。公序良俗可以分为哪些类型,是各国学者都在努力的课题,我国学者在结合中外经验基础上对其有诸多分类,如史尚宽先生、王泽鉴先生、梁慧星先生、于飞先生的分类成果。

篇幅原因,本文无意就各种类型进行概括,仅归纳司法裁判研究基础上认识到的类型化方法运用应注重之因素。第一,从司法实践中吸取类型化有益经验,体现本土特征。虽说现代各国法的精神、善良习俗有很多共同之处,但一国现行法秩序之外法的一般精神,以及蕴藏于社会生活之中的善良风俗有着其特质。由此背俗要件的判断标准存在于判例之中。应当借鉴动态系统理论,以本土判例为素材,建构我国的“背俗故意致损”判例类型。第二,从实践中提炼成熟类型。我国公序良俗适用存在诸多问题,没有形成统一类型和符合法理的运用方法,但这并非说实践没有意义。可以通过对实践经验和教训的总结,运用民法理论加以提炼,找到社会生活中争议较多问题,归纳出其类型化特点和运用规则。第三,已有类型优先适用。对于通过理论提炼出成熟公序良俗类型,应以司法解释或者先例的方法加以固定,并确定已有类型优先适用的规则。

^⑥ 参见前引^②,邵建东、丁勇文。

^⑦ 参见[英]迈克·费恩塔克:《规制中的公共利益》,戴昕译,中国人民大学出版社2014年版,第36页。

^⑧ 参见褚江丽:《中国宪法公共利益原则研究》,中国社会科学出版社2013年版,第103页以下。

(2) 实践中可总结之成熟类型

从裁判样本分析,我国有比较一致的公序良俗类型,具体包括几类:其一,请托行为违反公序良俗。虽然样本裁判中对涉及请托行为协议效力处理结果不一,但裁判中一致认为“花钱找关系欲解决纠纷的行为”违反公序良俗,是社会不正之风。请托办事行为扰乱了公共秩序,包括经济秩序、教育秩序和司法秩序等,通过公序良俗的适用,可以实质性地矫正非公平性竞争导致的利益失衡,恢复被扭曲的社会秩序。其二,对逝者不尊重的行为违背公序良俗。从遍布各地的裁判样本可以得知,入土为安,逝者不受打扰是我国传统习俗(样本中未涉及特殊丧葬习俗民族)。其三,婚外同居行为违反公序良俗。虽对婚外同居者涉及财产赠与等关系时,裁判存在错误,但不妨碍我们从所有的裁判中得到一致认识。

类型的总结需要作为法院系统常规工作,包括各级法院建立对公序良俗收集、整理、讨论、报告和确认制度。从裁判样本看,一些典型类型的善良风俗判决已经比较多,但裁判结果存在矛盾和法律适用上的错误,凸显了裁判内容和方法缺乏有效的、正确的理论指导和事后总结梳理。审判机关内部建立常规的善良风俗的收集、整理、讨论和报告制度可助力于该问题的解决。建议逐步收集、整理和确认。这是由于不同的阶段,大家对公序良俗的内涵理解不一,其内涵不断发展。我们需要切合实践的总结,而不是脱离社会现状来罗列。

(3) 未来需关注类型

从裁判中能总结出的公序良俗类型方面的一致内容相对偏少,局限性非常大。公序良俗类型的发展仅仅源于已有裁判的话,无法跟上时代的步伐。建议将来关注和完善以下几种类型:

第一,关注债务人超出自己预计给付能力的债务违反公序良俗之类型。这些情形在我国经济和社会生活变得常见。比较法上,存在以过度负债违反对人的基本生活和尊严的保障为理由,确认违反公序良俗类型。

第二,关注基本权利维护型公序良俗类型。这里的基本权利是指宪法规定的公民所享有的权利。关注此类型,使即使没有特别法令情形下,当事人的基本权利因法律行为而受到侵害时,利用公序良俗保护当事人。^⑨

第三,关注保护环境的公序良俗类型。2016《民法总则》草案中试图以“人与自然和谐”作为基本原则的做法并不妥当,可考虑将保护环境、维护人与自然的和谐总结为公序良俗的一种类型,在民法中为环境保护留下接入口。

结 语

回顾我国司法实践中公序良俗原则之理解与运用,不禁感叹其适用之粗疏和随意。

^⑨ 参见前引⑤,[日]山本敬三书,第185页。

在民法典编纂之际,应予以足够重视。应确立公序良俗的基本原则地位,系统化、细化相关规则,实现其在民法各个领域的科学控制。逐步在司法实践中统一适用规则,总结有益经验。社会变化,公序良俗也在发展变化。尤其是网络社会已经并将更为深刻地影响民法的变迁和民法公序良俗理念的走向时,会不断为公序良俗的界定、判断和运用提出新的课题。

网络社会与公序良俗互为关联和发展,须正视网络发展后社会与传统社会的联系与差异,传承而不是颠覆现实社会的法律。网络社会的无国界性会为跨越国界的共同的价值观和伦理观的产生提供空间和可能性,需在确定公序良俗观念时,对其观察。已经出现的网络空间特殊“民事法律关系”,网络婚姻、网络虚拟人的名誉纠纷等在国外引起广泛讨论。研究中需要关注在真实社会和在网络社会中人格特征表现存在的差异。当然,中国当下公序良俗原则司法适用问题的解决不可能有时间表,需在理论和实践中不断汲取历史长河中公序良俗内涵之精髓,把握时代脉搏,放眼未来发展,才能让我们在理论和实践上不断前进。

Abstract: Since 2013, the public order and good custom are much applied in judgment in many fields such as legal acts, torts and unjust benefits. In judicial application, there exists defining issues on public order and good custom such as replacing public order and good custom with general moral standards, mixed use of concepts and separating public order with good custom, as well as the nonstandard application issues including incorrect judgment of objects, and applying general articles instead of specific articles. There are two methods to deal with judicial application issues of public order and good custom: first, in order to achieve effective communication between external and internal values in Civil Law, which includes defining the principle of public order and good custom to increase the definiteness, fully playing its leading role, and strengthening the principle's distinction and control in Civil Law. Second, guaranteeing scientific application of the principle of public order and good custom, including making clear the application condition, applying stylized application methods, summarizing mature types in judgment, paying attention to the debtor' excess of his estimated prestation capacity, the maintenance of basic rights, and other types not included in Chinese judgment.

(责任编辑:王莉萍)