

公序良俗与私法自治：原则冲突与位阶的妥当性安置

谢 潇

(厦门大学法学院, 福建 厦门 361005)

摘 要: 公序良俗与私法自治在传统民法理论中常常同时被作为民法的基本原则而并立于民法之中, 不过自法理视角而观之, 二者事实上存在着难以调和的价值矛盾。公序良俗具有浓厚的国家与伦理性格, 其更具有理性的色彩; 而私法自治则更关注个人, 其更富有尊重个人自由的因素。在市民社会的范畴内, 理性与自由难以等量齐观地实现协调。职是之故, 应当在明确私法自治作为民法基本原则的前提下, 重塑公序良俗的地位。基于理性与自由两种价值之考量, 私法自治与公序良俗应当在原则位阶的妥当性安置下实现和解, 公序良俗具有补充、矫正与解释私法自治之功效, 其更适合成为民法的次级原则。未来的民法典不宜将公序良俗规定为民法的一项基本原则。

关键词: 公序良俗; 私法自治; 理性; 自由; 民法典

中图分类号: DF5

文献标识码: A

文章编号: 1006-6128(2015)06-0093-16

一、问题的缘起

依学界的普遍认知, 所谓公序良俗, 系指“公共秩序”与“善良风俗”,^①前者乃系国家社会的一般利益,^②后者则主要指体现在一国现行法律秩序之中的国家社会一般道德, 包括整个法秩序的价值理念与规范原则, 尤其是宪法中关于基本人权的規定。^③当然, 前述简短的定义性概括很难将公共秩序与善良风俗描述清楚, 乃因公序良俗在具有抽象性格的民法概念体系中, 亦属高度抽象之概念。而私法自治, 依一般法理, 系指个人基于自己意思, 为自身利益而形成法律关系的原则。^④从更为一般的角度审视公序良俗与私法自治, 则会发现, 前者更具有基于伦理与理性之原则而衍生出的对秩序与道德的遵从感, 而后者则更富有缘于自由原则的, 令个人保有自主决定自己事务之自由的色彩。对于秩序面向的公序良俗与自由面向的私法自治同处民法体系之中究竟孰重孰轻, 何者为本位, 或者说谁具有更至上权威的问题而言, 民法学界存在不同意见。一派学者认为, 民法之公序良俗乃私法自治的前提, 公序良俗本身便是对私法自治的限制。例如郑玉波先生认为,

收稿日期: 2015-02-10

作者简介: 谢潇(1988-), 男, 重庆璧山人, 厦门大学法学院博士研究生。

①参见曾世雄《民法总则之现在与未来》, 中国政法大学2001年版, 第28页。

②参见[日]我妻荣《新订民法总则》, 于敏译, 中国政法大学出版社2008年版, 第254页。

③参见杨德群《公序良俗原则比较研究》, 湖南师范大学2014年博士论文。

④参见[德]维尔纳·弗卢梅《法律行为论》, 迟颖译, 法律出版社2013年版, 第1页。

“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（二十世纪法律与道德破镜），且对于固有道德之恢复，亦不无助力也”；^{[1]472}另一派学者则认为，公序良俗作为非确定性概念，其潜藏着以维护伦理道德之名而被滥用，进而侵害私法自治的致命危险性^①而较之于公序良俗而言，私法自治作为私法主体根据自己的意思形成私法关系的自由，方能彰显民法之精髓。^②正如孟德斯鸠所言，“自由的主要意义就是，一个人不被强迫做法律所没有规定要做的事情；一个人只有受民法的支配才有自由。因此我们自由，是因为我们生活在民法之下。”^{[2]190}对于公序良俗与私法自治的关系而言，民法学界常常藉由域外学说之继受而实现该问题之消解，但由于各派学者立场不同，故而对这一问题大多局限于观点之争与学说之介绍与评论，而较少对这一民法基础理论问题给予较为严格的法理论证。^③依笔者之拙见，对于公序良俗与私法自治这类民法最为基础的原则之间的关系问题而言，仅依比较法与法教义学的方式并不能获得对该问题的完满诠释，乃因法教义学以法律自身的系统性正确与不可批判性为预设前提^④而公序良俗与私法自治在民法教义学体系内均属于被民法，尤其是实证的民法典（当然主要是欧陆法系国家的民法典）所给定的抽象事物^⑤故而民法教义学常常倾向于在两者之间达成某种妥协，以维持民法体系的安定性。而比较法学仅就理论而言则事实上只具有可类推的选择性，其所遵循的乃是“彼既可为之，则吾固亦可为也”的逻辑，因此“‘比较法’就像魔女诱惑性的歌声，常常会以学习外国法、将其本土化作为诱人的口号”，^{[3]14}实际上仅蕴含有限的横向参考价值。对于公序良俗与私法自治这一问题而言，更为合理的理论路径仍然应当回归法理之审慎思考进路上来，因为在教义学下，公序良俗与私法自治均不同程度地系属高度抽象与形式化的法律符号化现象^⑥而唯有批判性的法理思考，才可揭开蒙在公序良俗与私法自治上的符号化“面纱”，尽量排除由民法历史与实践所添附的，阻却思维推进的，关于公序良俗与私法自治的教义性因素。

二、正题：公序良俗——理性原则

公序良俗究竟在民法体系中扮演什么角色？其是否仅仅如有的学者所言，公序良俗只是一道阀门式的，调控性存在？在法理层面上，借助思想试验的方式更能在思辨意义上把握问题的关键，因为“从事思想实验就是在假定的框架内进行推理论证。……虚构的情境在帮助我们决定应当做什么方面与真实的一样有效”。^{[4]1-3}职是之故，就公序良俗与私法自治关系的法理探究而言，思想试验是一种良好的研究方法。

从社会构成上来讲，一个人显然无法形成社会，因为倘若世界上只有一个人，那么他自然可以对天地万物主张权利而不会招致反对，因为没有任何反对者，故而，他也绝对不会有权利的观念。而倘若将人数提高为N，并进一步假设给定的N个人均拥有一定的现代理性能力，且既定的资源总量无法满足所有人的需求时，那么他们便会陷入一种关于定分正名的争执，以便解决康德所言之

①参见易军《民法上公序良俗条款的政治哲学思考——以私人自治的维护为中心》，《法商研究》2005年第6期，第95页。

②参见李军《私法自治的基本内涵》，《法学论坛》2004年第6期，第78页。

③就既有文献而言，易军的《民法上公序良俗条款的政治哲学思考——以私人自治的维护为中心》（《法商研究》2005年第6期）与于飞的《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）是关于公序良俗与私法自治这一主题的论证最为充分，参考价值最大的文章与著作。不过相对来说，两者的论证集中在法教义学的框架范围内，兼采哲学的元素展开论证，对公序良俗相关问题进行了非常有力而丰富的探究，但法理的论述稍显不足。

④Vgl. Kaufman & Hassemer & Neumann, Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 8. Aufl., C. F. Müller, 2011, S. 1-2.

⑤Vgl. Jan C. Schuhr, Rechtsdogmatik als Wissenschaft, Dunker & Humblot GmbH, Berlin, 2006, S. 25, 45.

⑥参见牛玉兵《法律符号化现象研究》，《法制与社会发展》2013年第6期，第106页以下。

“我的与你的”的问题。^①而在最糟糕的情况下，“在没有一个共同权力使大家慑服的时候，人们便处在所谓的战争状态之下”，^{[5]94}并且“这种战争是每一个人对每个人的战争”。^{[5]95}显然，对于由N个人所组成的无政府社会而言，战争并非是一项能够让大家都获益的选择。对于既定社会框架内的人而言，人们首先应当做对社会有益的事，以维持社会框架结构的稳定性，然后在稳定的社会框架结构内追求个人的利益，惟其如此，才能让框架内的成员均能获益——尽管这种获益在很大程度上并不平衡，但却的确达致了一种所有社会成员都能够获得利益的共赢状态。因此，倘若从经济学与博弈论的角度来看，则得以实证化并且为绝大多数社会成员长期接受的公序良俗必然意味着博弈论意义上的某种均衡的状态。^②简单来说，维持这种均衡状态的基本规则，便可以称之为公序良俗。例如，《潘德克顿》D. 1. 1. 10. 1便提到，“诚实生活，不损害他人，令所有人各自保有自己所有的。（*Iuris praecepta sunt haec; honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.*）”，^③此法言即系为了维护社会框架范围内所有成员底线利益的均衡原则的简约而朴素表达，因为倘若不遵循这一格言，那么人们便必须投入巨大的精力来看守、保卫自己的财产，否则极有可能遭遇偷窃与抢劫。因此，公序良俗的塑造，在原初意义上，应系为维系社会共同体底线性的一般利益而由大家所公认的准则。

显然，到此为止，公序良俗似乎成为了社会契约意义上的契约条款，甚至成为了社会契约的全部内容。当然，我们也可以认为公序良俗原本便是社会契约条款在民法领域的一种映射。社会契约论者，如霍布斯与卢梭，相对而言是较为激进的学者，他们认为在社会契约订立的过程中，所有社会成员会将自己的一切权利让渡给主权者，例如霍布斯便认为，一旦订立社会契约，社会成员的一切权利便归主权者所有，反对主权者则是一种违约行为，是“自己反对自己”的虚妄僭越^④而卢梭则认为，社会契约的基本内容“可以全部归结为一句话，那就是：每个结合者及其自身的一切权利全部都转让给整个集体”。^{[6]19}那么倘若前述提及的社会在为所有成员的一般利益而采纳“霍布斯——卢梭”模式订立社会契约，社会契约下的公序良俗又会是怎样的一种状态呢？

由于个人向主权者（或者是君主，或者是集体）让渡权利的彻底性，个人的人格便会被主权者完全吸收，那么尽管在每一个主权框架体系中，主权者均会提倡主权下的个人必须遵守一定的公共秩序与善良风俗，但由于主权乃国家对公民所保有之绝对、最高与永恒之权力^⑤故倘若个人并无相对于国家与主权者的独立人格与保留权利，那么所谓的公序良俗便只会是主权者所喜好的公序良俗，或者只符合主权者利益的公序良俗。而一旦由于主权者之任性而导致公序良俗发生异变，尤其是公序良俗反叛了其最初的底线性功能时，其将蜕化为一项积极的事物。申言之，原本公序良俗的主要功能在于维系社会共同体成员得以生存的最低底线，但以主权者喜好或者利益为中心的公序良俗却会以非底线性积极姿态介入到个人生活之中。主权者要么为个人设定一个更高的道德水准，要么要求个人无条件地服从国家，尤其是主权者的利益。而在这种强调国家与社会整体利益的理论与实践，公序良俗将具有改造与形塑个人的功能，换言之，公序良俗将会倡导一种理性的，能够将国家、社会与个人利益最大化的生活模式，而与这种生活模式相违背的行为，则会被主权者所认可的民法给予否定性评价，具体来说便是违反公共秩序与善良风俗的法律行为将会被作为无效

①参见【德】康德《法的形而上学原理——权利的科学》，商务印书馆1991年版，第53页。

②See Ian Ayres, 'Playing Games with the Law', *Stan. L. Rev.* 42 (1989-1990), pp. 1291-1318.

③See Justinian, *The Digest of Justinian VOL. 1*, Translation Edited by Alan Watson, University of Pennsylvania Press, 1985, p. 2.

④参见【英】霍布斯《利维坦》，商务印书馆1985年版，第133-142页。

⑤See I. Bodin, *The Six Books of a Commonweale*, out of the French and Latine Copies, done into English by Richard Knolles, Impen[is] Bi[h]hop, 1606, p. 84.

法律行为对待。^① 不过一旦作如此之推论，国家其实就已然被潜在地拟制为一个全知全能的人间上帝，或者用霍布斯的话来说，“这就是伟大的利维坦（Leviathan）的诞生——用更尊敬的方式来说，这就是活的上帝的诞生”。^{[5]132} 而倘若国家以人间上帝的姿态君临天下，教导众生，那么公序良俗自然会以一种大一统且要求渐趋升高的方式得以演进，这种演进方式将以教育与压制的双重方式展开。在《理想国》中，苏格拉底便提到，倘若要让护卫者真正愿意放弃像普通人一样的幸福，那么只能借助一个“高贵的谎言”，即因人天生的黄金、白银、铁与铜的属性，人只能做符合自己属性的事。^② 尽管格劳孔认为也许人们不会相信这个故事，但是苏格拉底却坚持认为“他们的下一代会相信的，后代的后代子子孙孙迟早会相信的”，^{[7]181} 这样，某种理念与道德便可以经由一种连续性的教育而被人为地得以树立。而除了教育这种方式以外，压制也是一种有效手段，奥威尔笔下的《1984》清晰地描述了国家如何通过压制性的宣传与明示性的国家暴力以及惩罚机制使一种思想深深地印刻在个人的大脑中^③——奥威尔的描写显然具有夸张的成分，不过只需要想想古往今来极权主义政体之下人民的精神状态，便已经足够了。

也许奥威尔所描述的是一种极端状态？倘若主权者所塑造的公序良俗乃是依据某种理性原则，例如，根据边沁“最大多数人的最大幸福”之功利主义原则而塑造的，那么公序良俗便具有正当性了么？启蒙哲学时代的立法者也许会赞同这种想法。例如，规模空前的1794年《普鲁士普通邦法》法条多达19000多条，其规定极尽琐细之能事，有关杀婴条文就多达115条，以至于该法的主要起草人 Carl Gottlieb Svarez 甚至在题为“法律能简短吗？”的演讲中认为最好的状况应当是同时制定两部法律，一部简短，告诉人民如何行动，即作为行为规范，另一部则巨细靡遗，让法官受到完全之节制，即作为裁判规范。^④ 这种行为充分彰显了17世纪所特有的对理性的崇拜，那时的人们认为依据理性可以很好的规范人们的行为，并使之符合社会公共利益。然而也正如维亚克尔所评论的，法典的理性是僵化的，倘若仅仅依某一时代（甚至是某一阶层，尤其是统治阶层）的理性而编纂法典，那么“理性将变为荒谬，福音亦化作鸩毒”，^⑤ 以理性的名义将少数高尚者的行为模式抬升为社会全体成员都必须遵守的道德、伦理、国家崇拜与秩序信仰（在民法领域便体现为公序良俗），这是否具有正当性与合法性呢？从理性主义的角度来讲，设置积极性格的公序良俗是使人成其为人的必要途径。理性主义在定义上便为人设定了一种相对完满的形象：人是万物的尺度。^⑥ 在理性主义学者们看来，倘若人得以成为万物的尺度，那么就应该以人的意志自由律超越支配自然的因果律，从而实现真正意义上的自由。而在这一思维路径下，沃尔夫、普芬道夫、康德、黑格尔乃至马克思都对人所应当恪守的义务与道德律提出了相应的要求。康德略带鄙夷而又充满希望地说道，“人类诚然是够污浊的，不过他必须把寓于他的人格中的人道看作是神圣的。在整个宇宙中，人所希冀和所能控制的一切东西都能够单纯用作手段；只有人类，以及一切有理性的被造物，才是一个自在目的。那就是说，他借着他的自由的自律，他就是神圣道德法则的主体”，^{[8]90} 马克思亦在《共产党宣言》中写道，共产主义的最高目标乃是“每个人的自由发展是一切人自由发展的条件”；^{[9]273} 但在此种意志自由主义观念下，人的本质被哲学家们所确定，更有可能被政治家们所规定，因此强制自由的推导会应运而生：一个不符合高尚的人的定义的人将接受强制的教育乃至惩

① 参见史尚宽《民法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第40页。

② 参见〔古希腊〕柏拉图《理想国》，商务印书馆1986年版，第181页。

③ 参见〔英〕乔治·奥威尔《1984》，董乐山译，上海译文出版社2009年版，第3页以下。

④ 参见苏永钦《寻找新民法》，北京大学出版社2012年版，第4页。

⑤ See Franz Wieacker, *A History of Private Law in Europe*, Translated by Tony Weir, Oxford University Press, 1995, p. 280.

⑥ 参见唐凯麟主编《西方伦理学经典命题》，江西人民出版社2009年版，第17页。

戒，因为他不知道自己的自由以及作为人的神圣性所在，以强制的手段帮助他恢复或者接近自由在伦理与道德上是具有正当性的——这样一来，自由与强制便以一种近乎悖论与荒诞的方式完美地结合到了一起。诚如以赛亚·伯林所言，依循这一思维路径，则“依据理性的强制不是强制，强迫人民服从理性的命令就是强迫他们理性地行动，就是提供给他们真实或真正的需求之满足……因此使他们自由，反对这种解放只能证明他本人不理性，无能力知道什么会在事实上使他自由”，^{[10]132}而这一推论，无疑是整个人类思想史上“最强有力和最危险的论点之一”。^{[10]132}

倘若民法中的公序良俗依循意志自由主义与理性主义以本质性规定的方式嵌入民法规范体系之中，那么对于社会成员来说，普遍提升的公序良俗要求只会迫使人们减少市民社会的活动，或者趋向虚伪与铤而走险。哲学家、政治家乃至法学家对人的神圣定义或许具有某种高尚性质与道德规劝力量，不过从神学角度来说，人本身是神性与兽性的结合体，不可否认的是，芸芸众生之中，人依循兽性而具有的天然属性是无法祛除，甚至应当得到尊重的。类似普鲁士那样以理性的名义将事无巨细的法典强加给人民，则法典中的公序良俗与其说是人民自由的圣经，不如说是国家这一庞然大物忽视个人意志的僭越。而当公共利益获得超然于个人利益的不可辩驳的法律地位时，公序良俗也就脱离了在思想试验初期所具有的底线原则性质，而成为了国家与团体利益的根本原则。随之而来的后果是，私法自治事实上遭到了取消，即使私法自治仍然残存于文本意义上的民法典之中，但其所能发挥的作用也将微乎其微，因为一个超然的国家将以公序良俗的名义而随意侵入私法自治的疆土，私人之间的道德判断与利益评价最终都会由具有实体道德而不仅仅具有程序道德的裁决者评判，最终，私人间的自治将荡然无存。

然而推论至此，所需要进一步追问的是，私法自治就一定那么重要么？在一个社会共同体范围内，众人依据理性而生活，不是自治，而是依照贤明的统治者所制定的理性公共秩序以及高尚者所倡导的善良风俗生活，这样的生活难道真的不是可欲的吗？这难道不正是苏格拉底所赞许的哲学王的统治？在思想试验中，我们当然可以预设这样一位全知全能的哲学王，并设定其能够洞察最符合社会公共利益的高度理性。那么进一步推导，假设真的有这么一位哲学王，那么他一旦确定了公共秩序的范围与善良风俗的标准，则其他社会成员们便应当彻底抛弃私法自治么？倘若果真如此，则整个社会中，最终仍在思考的人只有哲学王本人，而其他则人则会终止思考。最后，遵循哲学王的命令与思想会成为其他人的本能，人的国度将蜕变为行尸走肉的地狱——尽管大可赞誉这样的社会让每一个人都融合在了一起，如同整个社会就是一个人那样，但是这样的社会只会像赞恩笔下的蚂蚁社会那样，高效、勤劳而稳定，但却缺少灵魂与改变。^①因此，康德等哲学家们的理论包含一个致命的缺陷，那就是几乎所有人都能够凭直觉发现我们保有一种“放弃自由的自由”，^②申言之，每一个人作为一个独立的主体，在法律所允许的范围内，他享有放弃高尚、追求庸俗甚至因自身的愚蠢而蒙受损失的自由。当然，哲学家们大可鄙夷这些浪子与庸人放弃了作为人的神圣性与尊严，而自甘堕落，宁愿受兽性的支配，但是，倘若承认每一个人是一个独立的，具有思考能力的主体，那么在某一主体无涉其他主体的利益时，在其自己的世界里，他就应当是唯一的王，任何主体都没有充分的理由干预他的选择与思考，即使他的选择在其他主体看来是非理性的。这一原则在密尔那里被称之为“伤害原则”，即倘若个人行为并未伤害他人的利益，那么便没有任何理由让个人受制于他人的偏见。^③而在某种程度上，我们可以认为，公序良俗本质上都是一部分人，尤其是精英对于

^①See John Marcy Zane, *The Story of Law*, Kiesinger Publishing, 2005, pp. 1 - 17.

^②显然，两种自由并不一致，前者是使人成其为人的自由，而后者是排除他人干涉的自由。

^③See John Stuart Mill, *On Liberty*, Ticknor and Fields, 1863, pp. 144 - 154.

社会秩序与道德的“偏见”。诚然，这种“偏见”依照理性与伦理的标准来看，它更为美好，或者用柏拉图主义的话来说，它更加趋向于实体的“善”。^①但如此一来，矛盾便产生了：究竟是过一种理性的生活——即使这种理性的生活模式是别人发现甚至强加的——重要呢？还是固守依据自己经验与思考的生活模式重要呢？而且果真有这种“善”存在么？这究竟是一种拟制，还是直觉，抑或只是幻想？为了获致善，即使付出舍弃私法自治的代价，也是值得的吗？倘若不踏入柏拉图主义者的逻辑中，自然会发现他们的说教带有浓厚的教义色彩。而假如我们坚信个人理性的有限性与偏见性，那么与其接受给定的关于秩序与道德的判断，不如保有一种个体的自由，而由个人自己去寻找与判断，去过一种自在自为而不受阻滞的生活，而这一过程便足以称得上是自治。

三、反题：私法自治——自由原则

思想试验的推进当然在逻辑上容易陷入“累积悖论”^②的逻辑陷阱，事实上，除了部分国家践行过高度道德化、国家公益化的公序良俗原则以外，其他国家的公序良俗原则基本上处于与私法自治并列的状态。因此，思想试验的推进只能作为一种智识上的可能性与参考。而在探讨了公序良俗作为绝对原则的不可接受性之后，需要进一步思考的是私法自治在思想试验中的运行。

前述所预设的社会共同体，其原初所坚持的公序良俗乃是为了维系社会共同体的稳定与维护每一个社会成员的公共利益。换言之，依照此逻辑，倘若我们认为人必须过社会生活，是一种“天生的政治动物”^③，那么一定程度的公序良俗反而会成为一种前提。至此，我们必须摒弃康德关于自由与自律的结合观念，因为在康德看来，于道德意志自我决定的激进意义上，合乎道德的生活即自律，而自律则等同于自由。^④而此处所使用的“自由”语词，是在其字面意思层面，而非哲学超越层面上被使用的，此处的“自由”即伯林所说的“不被其他个体或群体干涉”，^{[10]132}这种自由属于人的天然禀赋，个人依其直觉便喜欢享受一种没有障碍的随心所欲的生活。不过倘若在多人所组成的社会中，由于每一个人的自由都可能形成另一个人自由的障碍，因此，倘若不为每一个人的自由设置范围，那么每个人的自由也将不复存在，因为每项自由的大声申张都会遭遇其他自由的无情抗辩。此时，公共秩序与善良风俗的介入便成为了一种必要，因为在一定公共秩序的维持与善良风俗的教化之下，个人可得保有自己的自由，而只要自己不去侵犯他人的被公共秩序所确定以及被善良风俗所承认的自由领地，那么自己便可得享有自己的一份自由；同时，也正是因为自己恪守了不去侵犯他人自由的义务，所以作为回报，他人也相应地放弃了侵犯自己的自由。这种自由不是需要通过自省，以超脱自然加诸己身束缚的方式才可以实现的哲学性的自由，而是罗尔斯所定义的，一种秉承独立于任何特殊的完备性宗教、道德、哲学学说之正义观念的，可供政治操作的“政治自由”。^⑤这种自由是抽离了内容的形式自由，换言之，可供操作的政治自由只是提供了自由的基本

①在柏拉图的理念论中，作为高于现实存在的善的世界具有优先性，而唯有哲学才能发现善并使现实存在趋近于善。参见范志均：《善高于存在》，《伦理学研究》2010年第5期，第39-45页。

②累积悖论是由亚里士多德时代的逻辑学家欧布里德提出的一个逻辑悖论，其提出，倘若一粒沙子是一粒沙子，两粒沙子是两粒沙子，那么推导下去，只会有无数粒沙子而不会有沙堆。故又称“沙堆悖论”。参见张立英《含糊性及累积悖论研究》，《哲学动态》2013年第10期，第109-112页。

③这是亚里士多德提出的命题，其认为“城邦出于自然的演化，而人类自然是趋向于城邦生活的动物（人类在本性上，也正是一个政治动物）。凡人由于本性或由于偶然而不归属于任何城邦的，他如果不是一个鄙夫，那就是一位超人。”参见《古希腊》亚里士多德《政治学》，商务印书馆1965年版，第7页。

④参见【加拿大】查尔斯·泰勒《黑格尔》，张国清、朱进东译，译林出版社2012年版，第43页。

⑤参见谭安奎《政治的优先性及其限度——对〈政治自由主义〉的一个理论预设的反思》，《现代哲学》2010年第3期，第62页。

框架与程序，至于自由到底是什么，反而并非需要操心之事。一言以蔽之，在政治性的形式自由语境中隐藏着这么一条绝对戒律，即“在我与你的交往中，我对自由的理解就是，不是你告诉我什么叫做自由，它便是自由，而是我愉悦地接受什么又可以毫无顾忌地拒绝什么，这才是自由”。当然，这种“愉悦与毫无顾忌”也会遭遇作为其对立面的他人的“愉悦与毫无顾忌”的阻滞，因此正义的公序良俗便在这种调和自由之间的矛盾的背景中诞生。显然，公序良俗作为使每个人自由而可得共存的基本条件存在，决不能将对它的解释权柄置于每一个人的手中，否则便会出现黑格尔在《精神现象学》中所列举的关于侵占的法律悖论。^① 因此，最为古典的正义也宣称“正义乃给予每个人公正法律与裁判的坚定而恒久的意志（Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi.）”。^② 职是之故，一个中立而公正的裁决者将是社会得以维系的必要条件——每个人为了社会共同体的维系，将自己的权力（立法权与法律执行权）委诸共同体权力保有者，并由他们来维护社会公共利益。^③ 在我国民法的理论语境中，社会公共利益（以及社会公共道德）几乎是公序良俗的另一种修辞形式。^④ 而公序良俗的根本动因应当归于作为个人利益保护手段的社会公共利益之维护，公序良俗不应成为群体性偏见的人质，尤其不应为压倒性的非底线性的道德观所绑架。以名噪一时的“二奶继承案”为例，法官在判决书中却写下了足以颠覆私法自治的论证：

“公序良俗”原则所包括的“社会公德”与“社会公共利益”，又可称作“公共秩序”和“善良风俗”，两者的概念基本一致，相辅相成。在确定“公序良俗”原则中“社会公德”或“社会公共利益”的法律内涵进行具体法律适用时，必须也只能通过不同历史时期法律具体规定所体现的基本社会道德观念和价值取向加以确定。……违反已从道德要求上升为具体法律禁止性规定所体现的维持现行社会秩序所必须的社会基本道德观念的行为，则必然属于违反社会公德或社会公共利益的行为，依法应为无效民事行为。……上诉人实质上因其与黄永彬之间的非法同居关系而谋取了不正当利益。我国《民法通则》第58条规定“民事行为违反法律和社会公共利益的无效”，因此，遗赠人黄永彬的遗赠行为，应属无效民事行为。无效的民事行为，从行为开始就没有法律约束力。……遗赠人黄永彬的遗赠行为虽系黄永彬的真实意思表示，但其内容和目的违反了法律规定和公序良俗，损害了社会公德，破坏了公共秩序，应属无效民事行为。^⑤

上述判决书中逻辑值得商榷。本于人类自由的天性，人之所以愿意自由受到束缚，是为了使自己的自由领域获得他人尊重，而不是为了取悦他人，他人自然没有充足理由要求个人完全服从其道德观念。在应然层面上，公序良俗应当作为私法自治的底色与背景存在，其应当具有底线性、消极性与防御性，而不能具有过分高尚性、积极性与攻击性。事实上，根据《继承法》规定，个人有权对个人财产进行遗赠，并且依据私法自治的精神，即使个人处于婚姻关系之中，在家庭共有财产以外，个人也对其个人财产享有绝对支配权与处分权。婚姻关系的结成以及婚姻共同体的存续应以

①黑格尔在《精神现象学》中列举了一个十分有趣的例子，其写到“让我们假定，由我代人保管一项一项存款。这项存款是别人的所有物，或者说它作为别人的所有物存在着，而我所以承认它是别人的所有物，因为它是如此存在着，并且我毫不动摇地保持着我与存款的这种关系。可是如果我把这代人保存的款项据为己有，那么按照我的审核原则、同语反复来说，我也丝毫不发生什么矛盾；因为到这时候我已经不再把它视为一个别人的所有物了；把我并不视之为别人的所有物的东西据为己有，是完全说得的。……就我来说，我完全可以把我所愿意的一切东西都立为法律，同样我也可以说不能把任何东西立为法律。”参见[德]黑格尔《精神现象学》（上卷），贺麟、王玖兴译，商务印书馆1979年版，第327页。

②See Justinian, *The Digest of Justinian VOL. 1*, Translation Edited by Alan Watson, University of Pennsylvania Press, 1985, p. 2.

③See Jon Locke, *Two Treatises of Government*, Printed for Whitmore and Fenn; and C. Brown, Duke Street, Lincoln's - Inn - Fields, 1821, pp. 313 - 316.

④参见史尚宽《民法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第334页；王利明《民法总论研究》，中国人民大学出版社2012年版，第133页；杨代雄《民法总论专题》，清华大学出版社2012年版，第45页。

⑤参见四川省泸州市中级人民法院（2001）泸民一终字第621号民事判决书。

个人幸福为依归,否则我国《婚姻法》与《继承法》也不会明确承认包括结婚自由与离婚自由两方面的婚姻自由原则与遗赠规则。^①检讨公序良俗的原初意义与功能,则不宜承认在“二奶继承案”中,法官享有以社会通行道德观念,但绝非底线性的道德观念为标准,违背当事人真实意思的权力,因为倘若这种权力为法官所普适性运用,则私法自治将难以维系,届时,由法官所判断的更为抽象、理性与伦理化的公序良俗原则可能获得轻松推翻个人意志,颠覆个人自治状态的威力。

不过推导至此,倘若为进一步追问,则需要慎思一个问题,即个人自由的基础性价值地位何以具有先导性。在麦金太尔看来,将个人自由作为优先性基础的自由主义学说具有不可避免的缺陷,即德性的堕落;麦金太尔以西方病态而混乱的社会现状为根据,认为由于自由主义的影响,道德相对主义盛行,人们无法在一些重大问题上获得统一的道德评价标准,对道德的追求只能徘徊于零散且无序的教条式论证和因循之中,最终的结果是,道德丧失了其价值与统一性,成为了工具性的碎片化存在。^②同时,以个人自由为基础的观念与学说事实上乃是将个人抽离出共同体而作的形而上的假设性思考,即“在个人主义看来,我是什么取决于我的选择。只要我愿意,我总是能够把被看做我的存在的那些纯粹偶然的社会特征放在一边”,^{[1]33}然而事实上,根本没有这样的人存在,因为真实的情况是,“我”是某人的子女,“我”属于某个家族、部落、城邦乃至国家,这样的“我”事实上从“我”的家族、部落、城邦或者国家那里承继了他们的遗产、正当期望乃至义务,因此,自由主义下的个人实际上并不存在,因为这种模式下的人被祛除了各种具体的社会特征,是没有历史的人。^③狄骥则更为直白地提出,由于人生活在社会之中,并且也只能生活在社会之中,因此人们之间必然会产生基于社会的相互依赖、相互援助、彼此协作的连带关系,这种连带关系构成社会生活的第一要素。^④因此,论及于此,亦可发现前述论证中以个人自由为基础的私法自治正当性的思想试验其实是排除了个人所处的社会关系锁链而进行的推导,而由于人的意志必然会涉及其他利害关系人的主观意志与客观利益,因此我们的思想试验必须解决这么一个命题,即个人作为社会中享受社会共同体便利的一员,其是否有义务为他人的利益贡献力量?普芬道夫的答案是肯定的,其在八卷本煌煌巨著《自然法与万民法》第三卷中,详尽地论述了作为社会成员的个人所应当负担的各种义务,如对自己所造成的损害为赔偿的义务,与他人交往的义务,诚信义务等等;^⑤而沃尔夫则进一步教导说,“人类的最高义务便是力求完善。……与努力促进他人完善相结合的自我完善的这种道德义务,乃是正义和自然法的基础。自然法要求人们去做那些既有助于完善自身又有助益于完善其状况的事情”;^⑥ Charles Bray 甚至站在教化的高度上将道德视为一种源于人类本性的自然法,道德甚至可以称得上是科学,“人,作为自然的仆人与解释者,只能在一定程度上理解并如同其所理解的自然秩序那样行事……为了知道得更多,我们必须让自己变得更为丰富”,^⑦倘若将个人自由置于优先位置,那么也可以称之为人类堕落的开始。麦金太尔更是一针见血地指出,人本质上是“依赖性的理性动物”,人身上固有的动物性格使人普遍具有脆弱性与依赖性,人在其一生中很多时候也是依赖性的存在,故而除了自由主义所宣扬的“独立性的德性”,事实上也需要

①参见周伟《国家与婚姻:婚姻自由的宪法之维》,《河北法学》2006年第12期,第17-19页;《中华人民共和国继承法》第16条。

②参见张俊峰《道德衰败的反思与德性的重构——麦金太尔反自由主义思想剖析》,《学术论坛》2004年第4期,第33页。

③参见姚大志《麦金太尔的自由主义批判》,《社会科学辑刊》2012年第1期,第21页。

④参见刘绍贤、刘承学编《欧美近现代政治思想史》(下册),大连海运学院出版社1992年版,第215页。

⑤See Pufendorf, *Of the Law of Nature and Nations*, Oxford: Printed by L. Lichfield, R. Sare, R. Bonwicke, W. Freeman, T. Goodwyn, M. Wotton, S. Manship, Nicholson, R. Parker, B. Tooke, and R. Smith, 1710, pp. 169-245.

⑥转引自[美]埃德加·博登海默《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第50页。

⑦See Charles Bray, *The Philosophy of Necessity or Natural Law as Applicable to Moral, Mental, and Social Science*, London: Longman, Green, Longman & Roberts, 1863, pp. 1-2.

一种“依赖性的德性”；申言之，具体的个人生活存在于各种地方性共同体中，如家庭、邻居、工作单位、各种行业协会，地方教会等等，这些共同体中的人与人之间都存在一种基本的给予和接受的关系，而这种关系的存在需要人们相互给予与接受的德性予以维持，因为这些地方性共同体在某种程度上正是以人的生命脆弱性与无能性为背景的。^①因此，给予个人以完全的自由，不仅不是赐福，反而是一种灾难，因为个人一旦失去了共同体的扶持与帮助，将无法生存。这种理念甚至在罗马法上都有所体现：在罗马法中，家父解放家子，给予家子完全独立人格的行为在罗马法上使用是“人格减等”这个术语，因为家子被家父解放后不仅丧失了继承权，也会失去家族的庇佑，^②而以当时罗马人的观念来看，这和人格减等为奴隶同样悲惨。因此，由于每一个具体的人自共同体中均获得了相当多的给予与帮助，自然与之相对应的是，个人也不应为了自由而无视社会需要其遵守的义务，而只有每一个人在一定时段内恪守其应当履行的义务，各种共同体才能得以维持，人类的依赖性才能获得妥帖性安放，而这种义务在很多时候便体现为一种公序良俗上的社会对个人的一般要求，例如《婚姻法》中的夫妻忠实义务，《合同法》中的诚实信用义务等等。因而站在让人类生活更美好的高度上来看，公序良俗不仅应当为私法自治提供一个底线性的背景保护，而且应当以社会公共利益之名，伫立于私法自治之侧，甚至高于私法自治，给予私法自治必要的指导与矫正——恰如耶林所言“没有任何东西是纯粹属于你自己的，社会或作为其利益代表的法律与你如影随行。在任何地方社会都是你的伙伴，希望分享你所拥有的一切：你自身、你的劳动力、你的身体、你的孩子以及你的财富。法律是在个人与社会之间确立的伙伴关系。”^③

那么推导至此，公序良俗与私法自治之间的对立的的确是某种不可调和的宿命么？对二者关系进行法理追问的努力是徒劳的吗？也许我们应当以维特根斯坦的名言“倘若我们不能言说，我们便应当保持沉默”^④作为结尾而结束论证与思考，然后容忍法官在实务中凭借自身朴素的情感而为裁判么？尽管再进一步，或许就是荒谬与错误，但也应当勇敢作出一项答复。

四、合题：公序良俗与私法自治于民法规范体系中的妥当性应然安置

前述的论理性分析其实刻意地镶嵌着一种强烈的区分欲望，换言之，为了找寻公序良俗与私法自治之间的差异性，而尽量从两者对立最为明晰的地方着手展开思维上的推导，而在正反两个方向的推导中，我们可以发现公序良俗与私法自治各自在法理上的优越性。不过观念的复杂性却使得公序良俗与私法自治各自在内部均存在一些可供交流与耦合的部分。例如，虽然公序良俗在很大程度上具有国家理性的因素，但是仔细审视公序良俗则会发现，尽管善良风俗也是由国家所承认的具有法律意义的伦理，但与公共秩序相比，善良风俗其实蕴含更多的社会性格，它的形成具有习俗的因素。不过，由于并非所有的风俗均具有法律意义，“善良”二字亦包含了理性的道德判断因素，而作出这一理性道德判断的人，无疑又是享有国家司法权的法官，因而在某种程度上，尽管具有社会性与民众性，善良风俗仍然潜藏着国家理性而审慎的价值判断成分。同时，私法自治也并非仅仅只是自由的子嗣，在私法自治中，其实也蕴含着对国家所确立的私法秩序须予以尊重的意涵，而公序

^①参见龚群《德性思想的新维度——评麦金太尔的〈依赖性的理性动物——为什么人需要德性〉》，《哲学动态》2003年第7期，第43页。

^②[意]彼得罗·彭梵德《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社2005年版，第92-94页。

^③Rudolf von Jhering, *Der Zweck im Recht*, Bd. 1, 4. Aufl., 1904, S. 58 ff. 转引自朱庆育《民法总论》，北京大学出版社2013年版，第488页。

^④See Ludwig Wittgenstein, *Tractatus Logico-Philosophicus*, Translated by C. K. Ogden, Barnes & Noble Books, 1922, p. 157.

良俗甚至在某种程度上便是私法秩序的一种抽象概括，公序良俗本身也具有为私法自治划定疆域的功能。由此，我们便会发现，公序良俗与私法自治之间的复杂关系——前者是对后者的管束与宽容，而后者则是对前者的妥协与斗争。

公序良俗与私法自治应当以何种状态共处于民法规范体系中是一个值得思考的问题，因为没有公序良俗制约的私法自治或者没有私法自治张扬的公序良俗均是理论与实践所不可接受的。那么破题之处在哪里呢？德沃金的“原则理论”提供了一个可供参考的理论框架。根据德沃金的“原则理论”，在“整体性的法律理念”之下，我们能够对疑难问题给出唯一而正确的答案，在这一过程中，我们能够避免在不同的价值之间做出悲剧性的选择。^① 德沃金的原则理论扬弃了伯林所提出的价值多元主义及价值冲突范式，而依德沃金的观点，像伯林那样简单地将自由与平等作为两种得以被等量齐观的价值摆在世人面前，并以迫使人们做出选择的提问方式，会造成天然的选择困境，因为无论做出何种选择，都可能在理论上出现多数人的暴政或者极权主义的悲剧性结果。^② 由此，德沃金区分了原则式的论证与政策式的论证，前者系“诉诸个别公民政治权利的政治原则论证”，^{[12]5} 而后者则是“主张特殊判决将有助于倡导总体福利或公共利益观的政治政策论证”。^{[12]5-6} 而德沃金为了避免价值冲突中的选择疑难，坚持认为应当基于政治原则处理争议案件，^③ 并认为惟其如此，才可以避免法律多元化答案的局面。德沃金的原则理论具有相当意义上的启示意义。而回到公序良俗与私法自治的关系问题中，我们需要避免的便是将公序良俗与私法自治作为具有相同地位的原则而予以对待的思考方法。恰如德沃金所言，“法律的帝国并非由疆界、权力或程序界定，而是由态度界定”，^{[13]367} 倘若意欲诚心诚意地以理性思考而非感性直觉的方式处理公序良俗与私法自治之间的关系问题，则必须明确地昭彰对公序良俗与私法自治的不同立场与差异性态度。而因应于民法乃市民社会之法的价值预设，那么首先便应当肯认，民法作为市民社会之法，其所规范的一切均是为了承认私主体得以不受阻滞且不妨碍他人地享有最大限度的自由；其次，公序良俗之旨趣，乃是既使私主体不受他人阻滞，又令其不得妨碍他人，故而公序良俗本质上乃是私法自治的边界，其具有合理限制私法自治的功能，但却不应获得压制甚至取消私法自治的能动地位；最后，在民法原则位阶的安置上，宜将私法自治设定为私法的基本原则，而将公序良俗设作系为私法自治服务的第二性原则（补充与解释原则），公序良俗发生作用应以不妨碍私法自治或者矫正私法自治异化为前提，惟其如此，二者才能够实现诠释学意义上的和解与共存。在此意义上，我们甚至可以认为私法自治是唯一的原则，而公序良俗本质上只是私法自治原则的一种自我克制的消极彰显与演绎，本身并不具有独立性。职是之故，尽管我们可以在分析意义上区分私法自治原则与公序良俗原则，但在诠释意义上，私法自治与公序良俗却是一体化的，申言之，公序良俗只是私法自治原则关于其自身边界的一种观念上的约束性表达，反之，私法自治所彰显的，其实也是一种理性的自由，而非任性的自由，一项正当的私法自治行为，同时也必须是符合公序良俗的行为。兹予以具体论证。

（一）私法自治系民法之唯一基本原则

依学界通说，公序良俗原则一般具有民法基本原则之地位。如有学者便认为，民法应当有六大基本原则，包括主体平等原则、私法自治原则、权利保护原则、诚实信用原则、公序良俗原则、权利滥用禁止原则。^④ 也有学者只承认五大基本原则，即平等原则、意思自治原则、诚实信用原则、

① 参见朱颖 《德沃金与伯林之争 “原则” 与 “价值” 的内在线索》，《法制与社会发展》2014 年第 5 期，第 109 - 115 页。

② 参见朱颖 《德沃金与伯林之争 “原则” 与 “价值” 的内在线索》，《法制与社会发展》2014 年第 5 期，第 113 页。

③ 参见 [美] 德沃金 《原则问题》，张国清译，江苏人民出版社 2012 年版，第 6 页。

④ 参见董学立 《民法基本原则研究——在民法理念与民法规范之间》，《政法论丛》2011 年第 6 期，第 3 - 13 页。

公序良俗原则和权利不得滥用原则。^①民法学者对民法基本原则的择取大多大同小异，但绝大多数均把公序良俗作为民法的基本原则。^②不过，实值商榷的是，民法基本原则究竟系指何物？有学者将之阐述为“贯穿于整个民事立法，对各项民法制度和民法规范起统率和指导作用的立法方针”，“一切民事主体均应遵循的行为准则”，“解释民事法律法规的依据”，“补充法律漏洞、发展学说判例的基础”，^{[14]44-45}也有学者将之定义为“效力贯穿民法始终的民法根本规则，是对立法者在民事领域所行政策的集中反映，是克服法律局限性的工具”，^{[15]9}或者“制定、解释、执行和研究我国民法的出发点和依据”；^{[16]33}还有学者更为具体地将民法基本原则定义为“表述民法的基本属性和基本价值、为民法所固有、对民事立法和司法活动具有最高指导意义的标准。民法的基本原则，是全部民事规范的价值主线和灵魂所在”。^{[17]75}依笔者之见，民法基本原则既系民法之根本原则，那么其自然应当具有某种至高无上性与超越性，相互冲突的两种价值不能够同时成为民法的基本原则，辅助性的价值考量也不能上升为基本原则。因此，管见以为，民法的基本原则理应只有一个，即私法自治。诚如学者所言，民法基本原则作为民法中最高层次的价值准则，其是历史与传统的产物，其作为民法的主导思想，构成了民法的伦理基础。^③而就当代我国的民法理论与实践而言，若欲促进市场经济的繁荣与活跃，理应进一步倡导国家干预的谨慎与私人意志的张扬与自治。其缘故在于，民法乃市民社会之法，^④在政治国家与市民社会分野的思维范式之下，市民社会的每个人都以自身为目的，其他人不过是满足自己，达成自己目的的手段，^⑤尽管市民社会以国家为前提，^⑥但事实上，“市民社会是个人私利的战场，是一切人反对一切人的战场”，^{[18]309}其本质上乃“自然状态的残余”，^{[18]211}换言之，市民社会所奉行的基本原则，乃是祛除了暴力色彩的霍布斯原则，在市民社会的范畴中，每一个人都应当依自己的意志行事，并对自己的行为负责。诚如哈耶克所言，市民社会秩序乃是一个由个人与团体所构成的自然而然的社会秩序（the Spontaneous Order of Society is made up of Individuals and Organization），^⑦国家对于这种秩序的态度应当是予以确认并给予一定程度的救济，且若无必要，则应承认私人享有对自身事务的管理与处置权利，私人在市民社会中享有一种自由状态，即“从统治权产生的不平等状态中解放出来，并进入一个既不存在统治、也不存在被统治的领域”，^{[19]25}市民社会中的私人既不需要国家的怜悯，更不欢迎国家的蛮横干预，其所企求的，不过是在民事范畴内保有自己统治自己的自由罢了。而作为市民社会成员自己统治自己的理念展现，私法自治应系作为市民社会之法的民法之唯一基本原则，其应当成为民法的第一规定性存在。那么公序良俗原则等其他原则又应当如何自处呢？管见以为，平等原则系市民社会的前提，因此倘若各成员之间无法平等，那么自治也就无从谈起，故而平等原则应当纳入私法自治的内涵之中，而诚实信用原则、公序良俗原则、权利不得滥用原则等原则不具有基础性，它们仅仅起着矫正私法自治异化的作用，因此可以作为民法的次级原则，或者说矫正原则与解释原则存在。对于私法自治原

①参见尹田《论民法基本原则之立法表达》，《河南省政法管理干部学院学报》2008年第1期，第44-47页。

②参见梁慧星《民法总论》，法律出版社2007年版，第49-50页；王利明《民法总则研究》，中国人民大学出版社2012年版，第132-141页；杨代雄《民法总论专题》，清华大学出版社2012年版，第44-47页；罗思荣、陈永强《民法原理导论》，中国法制出版社2011年版，第75-80页；苏号朋主编《民法学》，中国对外经济贸易出版社2011年版，第37-38页；孙玉荣主编《民法学》，北京工业大学出版社2006年版，第33-34页；王国征《中国民法原理》，山东人民出版社2004年版，第16-17页；傅静坤主编《民法总论》，中山大学出版社2002年版，第23-24页。

③参见龙卫球《民法总论》，中国法制出版社2000年版，第55页。

④参见陈华彬《民法总论》，中国法制出版社2011年版，第26页。

⑤参见[德]黑格尔《法哲学原理》，范扬、张企泰译，商务印书馆1961年版，第197页。

⑥参见[德]黑格尔《法哲学原理》，范扬、张企泰译，商务印书馆1961年版，第197页。

⑦See F. A. Hayek, *Law, legislation and Liberty: A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy*, Routledge, 2013, p. 44.

则以外其他原则的援用，在较大程度上应以恢复私法自治的正常状态为限。

（二）公序良俗乃现代民法之框架性民事裁判伦理

仔细审视公序良俗，则会发现，公序所指称的公共秩序与良俗所指称的善良风俗均具有浓厚的国家与社会伦理色彩。前已述及，所谓公共秩序，系国家社会的一般利益^①而对公共秩序的一般理解，乃自公共权力的层面将公共秩序定性为以国家形态展现出来的社会关系体系，即公共权力秩序。^②尽管很多学者深感将公共秩序单纯解释为公共权力秩序有违现代注重公民权利保障的精神，因此也有学者将公共秩序解释为不单纯依靠强制力维系的，与社会上占主导地位的价值观念与文化公理相一致的，由大多数社会成员自愿合作与承认所形成的秩序；^③也有学者从回避公共权力的角度，转而站在公共利益维护的面向，将公共秩序解释为“本质上是公共利益的体现，是通过保障公共利益而建构和维护的公共关系结构及其规范形式”，^{[20]55}甚至有学者站在权利的角度，将公共秩序理解为个人权利被相互平等对待的状态，尤其是公共权力对处于弱势状态下的公民权利的主动尊重与保护的那种状态，并主张现代社会公共秩序的核心是个体自由，^④不过学者们无法回避的事实是，公共秩序的型构，最关系的因素乃是公共权力的介入与干预，因此，在政治学意义上，人类对合理公共秩序的追求堪称政治文明的主题，秩序本身也是政治的基本价值。^⑤故而可以说，公共秩序本质上乃是哈耶克所描述的，依据组织原则所建构的人为秩序，^⑥而不是市民社会那样属于自然而然的人之行动而非人之设计的秩序。由此，公共秩序在本质上乃是与市民社会秩序相区隔的存在物，两者所奉行的基本原则几乎处于对立状态：公共秩序更强调权力体系下的命令与服从，而市民社会秩序更主张成员自治。尽管我们可以承认公共秩序对市民社会的辅助与救济作用，但将公共秩序奉为民法的基本原则却会不可避免地于逻辑与伦理方面产生不融洽。对于民法来说，公共秩序更适合作为守夜人的角色而存在，其并不需要基本原则的地位来彰显自身的价值，公共秩序作为国家权力介入市民生活的理由与通道，理应以更为谨慎的姿态自处于民法体系之中，而不宜以基本原则的形态与私法自治一道，等量齐观地屹立于民法之巅。

如果说公共秩序因富有浓厚的国家干预色彩而与民法的基本精神存在抵牾的话，那么善良风俗的规范价值便更值得怀疑。善良风俗源于罗马法传统，在罗马法上，违反善良风俗（*contra bonos mores*）的法律行为不能产生请求权或者不能提出恶意抗辩，^⑦而在《潘德克顿》第45卷第1题第26段（D. 45, 1, 26）中，乌尔比安说得更为直白，即“【我们】创立了【新的规则】，那就是不道德的要式口约无效。（*Generaliter nouimus turpes stipulationes nullius esse momenti*）”，^⑧由此可见，善良风俗本身便属于民法体系中的道德因素。然而一旦与道德相联系，则善良风俗的非法律性格也就慢慢地浮出了水面。严格来说，道德也属于一种社会规范，在传统理论上，道德被解释为要么起源于宗教，要么则起源于习俗，前者更强调道德的神圣性与超越性，而后者则更强调道德的世俗性与约定俗成性。^⑨不过不管是神圣的道德还是约定俗成的道德，以道德的名义约束私法自治至少在奉行法律实证主义的民法学那里并无太多正当性可言。法律实证主义主张法律与道德的分离，尽管

①参见【日】我妻荣《新订民法总则》，于敏译，中国政法大学出版社2008年版，第254页。

②参见孙宏伟《公共秩序的结构分析》，《新疆社会科学》2013年第5期，第1页。

③参见周光辉《政治文明的主题：人类对合理的公共秩序的追求》，《社会科学战线》2003年第4期，第189页。

④参见潘自勉《公民伦理与公共秩序——基于当前政府伦理状况的理论思考》，《道德与文明》2011年第2期，第118页。

⑤参见周光辉《政治文明的主题：人类对合理的公共秩序的追求》，《社会科学战线》2003年第4期，第186页。

⑥See F. A. Hayek, *Law, legislation and Liberty: A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy*, Routledge, 2013, p. 50.

⑦参见【德】维尔纳·弗卢梅《法律行为论》，迟颖译，法律出版社2013年版，第430页。

⑧See Justinian, *The Digest of Justinian VOL. 4*, Translation Edited by Alan Watson, University of Pennsylvania Press, 1985, p. 653.

⑨参见赵敦华《谈谈道德起源问题》，《云南大学学报（社会科学版）》2005年第3期，第14页。

这种分离既有哈特式的弱分离模式（即主张法律也包含最低限度地自然法的内容），也有奥斯丁式的强分离模式，但总体而言，道德原则上不影响法律事务，是法律实证主义的精神内核。^①而作为实证部门法的民法，自身带有强烈的法律实证主义色彩，甚至当代越来越多的民法学者奉法教义学为正宗，民法学越来越具有面向实务的法律解释学趋势。在此趋势下，不具有稳定规范内容善良风俗是否能够作为教义学框架的基础理念实值商榷。德国民法学家弗卢梅便坦率地认为善良风俗这一概念的不确定性与法律稳定性的要求是矛盾的^②，日本民法学家内田贵甚至警告说，由于善良风俗并不具备明确的内容，因此存在极大的解释余地，这样便可能造成法官任性为主观性判断的危险。^③甚至连采纳善良风俗这一概念的《德国民法典》立法者在立法理由书中也无不诚恳地说道：“【善良风俗】该条规定虽然是立法所迈出的重要一步，但它也许并非不无问题。法官获得了这一广大法律领域中迄今为止前所未有的自由裁量空间。错误的出现在所难免。”^④正因为此，《德国民法典》只是将善良风俗置于第138条，作为对法律行为的一种效力控制工具，而没有将其提升为民法的基本原则。^⑤因此，将善良风俗这一明显的道德规范立为民法的基本原则，显然是不太合适的。

不过进一步来说，即使公序良俗不宜作为民法的基本原则，但也不能说公序良俗在民法体系中无足轻重甚至可以抛而弃之。仔细比较私法自治与公序良俗，我们会发现，私法自治其实并没有具体的内容，它仅仅是一项程序性和形式上的原则，每一个人保有自主决定和自己责任的自由，这便是私法自治，但私法自治的具体内容，却因人而异，此之谓“自由”。但是与之不同的是，公序良俗是一个需要明晰其内容，或者大致内容的概念，其是一个实体性的原则，具有某种统一正确性的倾向，此之谓“理性”。^⑥不过在柏拉图主义崩溃与现代性祛魅之后，国家崇拜失去了土壤，道德相对主义也逐渐盛行，普罗泰戈拉的信念开始在现代社会中取得价值优越地位，这种信念认为，判断一个行为是否道德，取决于判断者关于善恶的观念与标准，对同一行为的不同道德判断都可能是正确的，因为它可能符合不同的善恶观念，而就善恶观念而言，并无客观标准可以决定其优劣。^⑦为了解决道德相对主义所带来的理论困境，德国的主流学说认为，善良风俗（德国学说认为善良风俗包括公共秩序的内容^⑧）作为民法的一般条款，实际上是一项超越私法的社会性规范，其已经脱离了单纯由私法控制的领域，而带有公法的色彩；因此，以宪法（德国称基本法）中的基本权利条款作为善良风俗的内容充实物即可。^⑨然而这一理论进路却使公序良俗的私法性格丧失殆尽，一旦将这一理论引入我国，则公序良俗将更加不具备民法基本原则的资格，因为很难想象一个非私法的理念存在物竟然可以成为一项民法的基本原则。而接下来的问题便是，公序良俗究竟在民法中应当扮演何种角色。管见以为，公序良俗其实属于法官在面临既定法律规范供给不足时，可得援用

① 参见范立波《分离命题与法律实证主义》，《法律科学（西北政法大学学报）》2009年第2期，第12-21页。

② 参见[德]维尔纳·弗卢梅《法律行为论》，迟颖译，法律出版社2013年版，第431页。

③ 参见内田贵《民法I总论·物权总论》，东京大学出版社2008年版，第281页。

④ 转引自[德]维尔纳·弗卢梅《法律行为论》，迟颖译，法律出版社2013年版，第431页。

⑤ 《德国民法典》第138条第1款规定“违反善良风俗的法律行为无效。”参见陈卫佐译注《德国民法典》（第4版），法律出版社2015年版，第49页。

⑥ 当然，这里的“理性”是区别于“消极自由”的理性。事实上，作为公序良俗中的习俗因素也可能与严格意义上的理性形成对立，例如蒙田便认为，“一旦习俗在场，理性就会离场，连上帝都知道，我们多么经常地做不合理的事情。”参见[英]史蒂文·卢克斯《道德相对主义》，陈锐译，中国法制出版社2013年版，第30页。一般的习俗不一定是善良风俗，因为善良风俗的“善良”限定语，本身便包含了理性判断的因素。

⑦ 参见陈真《道德相对主义与道德的客观性》，《学术月刊》2008年第12期，第41页。

⑧ 参见[德]维尔纳·弗卢梅《法律行为论》，迟颖译，法律出版社2013年版，第434页。

⑨ 参见[德]迪特尔·梅迪库斯《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2013年版，第519-529页；田芳《宪法调控民法的路径与意义——以中德相关案例为基础》，《南京大学学报（哲学人文科学社会科学版）》2014年第5期，第68页。

的“框架性民事裁判伦理”，概而言之，由于法律规范的不完备性，法律漏洞在所难免^①，但基于法官不得拒绝裁判的理念，法官有义务运用法律漏洞的补充方法使特殊案件得到妥善处理。^②客观上，由于立法者造法之“事后造法”的局限性、抽象性与模糊性，法官造法因其灵活性而具有现实的需求与机会^③，但是在大陆法系国家，法官造法不可能表面化与公开化，否则便有僭越司法操守，侵夺立法者权力危险之嫌疑。因此，公序良俗在我国语境下，更适合被理解为法官对立法者给定的法律体系的一种框架性解释工具，在这一规范框架中，应当被尊重的国家与社会秩序以及为一般社会公众所广泛承认的道德，或者简单称之为国家与社会的一般伦理，是公序良俗的实体内容。不过这一语词上的表述并不意味着公序良俗的内容便是确定的，事实上其常常处于流变之中，尤其是对于像我国这样身处伟大转型期的国家而言，公序良俗的嬗变性格更为突出。^④事实上，公序良俗在裁判上的援用与确定基本上有赖于法官的自由裁量，对于这一点，德国民法典立法理由书说得非常明确，即“就德国法官认真负责的工作态度而言，人们可以毫无疑问地确信法官仅在其制定使所具有的意义上适用这一条款”^⑤。换言之，对于公序良俗的运用而言，德国的立法者们也只能寄希望于法官们的节制与审慎。因此，公序良俗因其内容上的不确定性与潜在的对市民社会的干预性应当在适用方面受到极大的限制，法官们必须极为谨慎地适用这一民法一般条款，稍有不慎便可能对私法自治造成较大伤害。有鉴于此，公序良俗作为现代民法之框架性民事裁判伦理，只能以补充与解释原则的身份留存于民法体系中，而不能获得民法基本原则之神圣至尊地位。

（三）以私益为限，私法自治优于公序良俗；但公序良俗保有干预的空间与权限

前已述及，公共秩序与善良风俗因其各自浓厚的国家干预色彩和社会道德压制因素而不宜成为民法的基本原则，在市民社会范围内的私人事务方面，私法自治具有程序上与价值判断上的双重优先性。通常情况下，只要当事人的自治行为并未与既定的具体规范发生龃龉，则法官便应当承认这一行为的正当性与有效性，而不能以公序良俗为由阻止当事人意思之实现。同时，并非任何具体规范都具有否定当事人意志的效力，例如《婚姻法》中的“夫妻应当互相忠实，互相尊重；家庭成员间应当敬老爱幼，互相帮助，维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系。”（《婚姻法》第4条）；“禁止包办、买卖婚姻和其他干涉婚姻自由的行为。禁止借婚姻索取财物。禁止重婚。禁止有配偶者与他人同居。禁止家庭暴力。禁止家庭成员间的虐待和遗弃。”（《婚姻法》第3条）等规定欠缺具体的法律效果规定，系倡导性规范，便不宜直接作为判断当事人行为效力的基础规范。

尽管私法自治具有优先性与民法基本原则的地位，但公序良俗也非可以绝然自民法体系中祛除之物。在以宪法为根本法的规范体系中，公序良俗应当成为彰显宪法价值观，克服民法成文法局限性与矫正私法自治异化的有效工具。不过公序良俗的干预边界在哪里呢？德国民法学家梅迪库斯提

^① 参见吴丙新 《法律漏洞补充理论的三个基本问题》，《法制与社会发展》2011年第2期，第18页。

^② 参见屈茂辉 《类推适用的私法价值与司法运用》，《法学研究》2005年第1期，第9页。

^③ 参见何家弘 《论法官造法》，《法学家》2003年第5期，第137页。

^④ 伦理学家们更为关注在转型期的所谓“道德失范现象”。相关论述参见邵刚 《试论社会转型期的道德信念危机及其克服》，《兰州学刊》2006年第10期，第157-159页；巩军伟 《我国社会转型期的道德失范与道德治理》，《西北师大学报（社会科学版）》2014年第6期，第130-134页；孙希红 《试论转型期道德体系建构的必要性和紧迫性》，《西南民族大学学报（人文社科版）》2004年第10期，第435-438页。不过很大一部分道德失范现象其实也可以理解为道德在转型时期发生了较大变化。例如在当代，对见死不救问题的考虑更加宽容，见义勇为只是单纯的社会倡导，普通民众并不负有见义勇为的法律义务甚至道德义务。相关论述参见池应华 《“见死不救”行为的事实认定与法律评价——社会心理学关于亲社会行为理论的启示》，《法商研究》2005年第6期，第11-15页。而在公共秩序方面，很多以破坏公共秩序的名义被认定为无效甚至犯罪的行为也逐渐变得有效与合法，如企业间的资金拆借行为长期被认定为破坏金融秩序而被认定为无效，甚至可能涉嫌金融犯罪，不过当前的司法态度是企业间的资金拆借行为因并未违反法律、行政法规的强制性规定，故而不能一律认定为无效。相关论述参见龙翼飞、杨建文 《企业间借贷合同的效力认定及责任承担》，《现代法学》2008年第2期，第53-61页。

^⑤ 转引自[德]维尔纳·弗卢梅 《法律行为论》，迟颖译，法律出版社2013年版，第431-432页。

出了一种“剪裁理论”来确定善良风俗（公序良俗）的介入疆界，这种理论认为：第一，民法中的公序良俗只是从道德秩序中裁剪下来的，带有浓厚法律印记的那部分，这种选择具有底线性，因此公序良俗被引入民法并不意味着民法接受了某种崇高的伦理标准；第二，公序良俗的确立并不意味着法律秩序将广泛地服务于道德秩序，事实上，绝大多数道义责任不会转化为法律义务。^①梅迪库斯在总结《德国民法典》第138条善良风俗条款的作用时，十分审慎地写道“第138条只是为了阻止法律行为为实施不道德行为提供服务。人们不得通过法律行为，使不道德的行为变成法律上可强制要求履行的行为。简言之，法律秩序拒绝给不道德的行为提供履行强制。”^{[21]511}这一论断为公序良俗佩带上了消极与被动的枷锁，即公序良俗这一要素其实只是使当事人的不道德行为无法获得强制履行之救济，而当事人一旦通过不道德行为获得了给付，那么受损的一方反而并无正当理由请求救济。管见以为，因应于市民社会与政治国家的现代性分野，以及现代社会道德伦理的相对化趋势，“剪裁理论”之于我国具有合理性，可资镜鉴。但“剪裁理论”也有进一步修正的必要，因为即使承认私法自治在民法体系中的神圣基本原则地位，但民法却并非一国法教义体系中的最高位阶法律，一旦当事人的自治行为明显有悖宪法的基本权利价值与国家秩序塑造，则法官以当事人之行为违背社会最基本的公序良俗为由裁判该行为无效，无疑具有正当性与合理性。因此公序良俗尽管绝大多数情况下应当以消极的民法解释原则身份介入民事，但是一旦涉及宪法性价值，则公序良俗便可以宪法性价值为内容导引，积极介入到市民社会生活之中，从而使市民社会成员的行为不至于与基本的政治共识相左，抑或褫夺与侵害其他成员的宪法基本权利与其他根本利益。

五、结 论

亚里士多德在《范畴篇》中提出了本体论的一项重要原理，即“当若干事物虽然有一个共通的名称，但与这个名称相应的定义却各不相同，则这些事物乃是同名而异义的东西”，^{[22]9}换言之，在语言学意义上，某一概念所涵盖的外延可能包含在内涵方面各各不同的事物。也正因为此，倘若某一事物无法用统一化概念予以充分定义的话，则很大程度并非语言的问题，而系事物本质所致。^②而根据前述法理慎思与追问，我们已经确知，尽管公序良俗与私法自治在传统民法理论中共享“民法基本原则”之名，但事实上公序良俗与私法自治却是一对民法规范体系中的对立存在，甚至它们各自语词中的“公”字与“私”字也已经在一定程度上昭示了二者不可完全调和的价值对决宿命。自法理的角度而言，公序良俗包含理性的素养，它总是不断提示着在市民社会中，人们究竟应当如何作为，才是一个符合道德判断的真正的人；而私法自治是自由在民法中的嫡子，它总是张扬着市民社会那种祛除了暴力色彩的，残余自然状态的浪漫与任意气质。尽管很难在理论上将二者分出高下，但在此理性与自由你方唱罢我登场的民法现代性剧场上，我们必须选定主角与配角。而因应于“民法乃市民社会之法”的价值设定与历史事实，至少在民法范畴内，以自由为价值内核的私法自治应当享有民法基本原则的地位，而公序良俗则应当成为私法自治的底色与背景，其应当保有底线性、消极性与防御性之节制品格，成为克服私法自治异化，以恢复私法自治和彰显宪法基本价值为主要任务的民法次级原则与解释原则。职是之故，对于未来的作为“民事生活典范”^{[23]75}的民法典编纂而言，一方面应当更为明确地将私法自治（或者意思自治）确立为民法的基

^①参见 [德] 迪特尔·梅迪库斯 《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2013年版，第511页。

^②德国法学家阿图尔·考夫曼（台湾地区翻译为亚图·考夫曼）认为，对于类型理论而言，法学家们发现事物的本质是划定法律上各种事物类型的基础。参见亚图·考夫曼 《类推与“事物本质”——兼论类型理论》，吴从周译，台湾学林文化事业有限公司1999年版，第87页以下。

本原则（甚至是唯一的基本原则），另一方面则不宜将公序良俗规定为民法的基本原则，而是可以返璞归真地镜鉴《德国民法典》的模式，将公序良俗作为法律行为效力的控制事由，并明确其一般意义上的消极规范性格与为保卫宪法基本价值而可特别介入民事的积极规范性格，从而实现私法自治与公序良俗于未来民法典体系中的妥当性安置。

参考文献:

- [1] 郑玉波. 民法总论 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2003.
- [2] [法] 孟德斯鸠. 论法的精神 (下) [M]. 张雁深, 译. 北京: 商务印书馆, 1995.
- [3] [日] 大木雅夫. 比较法 [M]. 范愉, 译. 北京: 法律出版社, 2006.
- [4] [美] 佩格·蒂特利. 图利的猫——世上最著名的116个思想悖论 [M]. 李思逸, 译. 重庆: 重庆大学出版社, 2012.
- [5] [英] 霍布斯. 利维坦 [M]. 黎思复, 黎廷弼, 译. 北京: 商务印书馆, 1985.
- [6] [法] 卢梭. 社会契约论 [M]. 何兆武, 译. 北京: 商务印书馆, 2003.
- [7] [古希腊] 柏拉图. 理想国 [M]. 郭斌和, 译. 北京: 商务印书馆, 1986.
- [8] [德] 康德. 实践理性批判 [M]. 关文运, 译. 南宁: 广西师范大学出版社, 2001.
- [9] 马克思恩格斯选集 (第一卷) [M]. 北京: 人民出版社, 1972.
- [10] [英] 以赛亚·伯林. 浪漫主义时代的政治观念 [M]. 王崇兴, 张蓉, 译. 北京: 新星出版社, 2011.
- [11] 张俊峰. 道德衰败的反思与德性的重构——麦金太尔反自由主义思想剖析 [J]. 学术论坛, 2004, (4).
- [12] [美] 德沃金. 原则问题 [M]. 张国清, 译. 南京: 江苏人民出版社, 2012.
- [13] [美] 德沃金. 法律帝国 [M]. 李常清, 等译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1995.
- [14] 梁慧星. 民法总论 [M]. 北京: 法律出版社, 2011.
- [15] 徐国栋. 民法基本原则解释——诚信原则的历史、实务、法理研究 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2013.
- [16] 佟柔, 主编. 民法原理 [M]. 北京: 法律出版社, 1983.
- [17] 张俊浩, 主编. 民法学原理 (上册) [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2000.
- [18] [德] 黑格尔. 法哲学原理 [M]. 范扬, 张企泰, 译. 北京: 商务印书馆, 1961.
- [19] [美] 汉娜·阿伦特. 人的条件 [M]. 竺乾威, 等译. 上海: 上海人民出版社, 1999.
- [20] 窦炎国. 论公共秩序——以奥林匹克赛事为例 [J]. 哲学动态, 2008, (7).
- [21] [德] 迪特尔·梅迪库斯. 德国民法总论 [M]. 邵建东, 译. 北京: 法律出版社, 2013.
- [22] [古希腊] 亚里士多德. 范畴篇 [M]. 方书春, 译. 北京: 商务印书馆, 1986.
- [23] 邱本. 论民事生活与民法典 [J]. 法制与社会发展, 2015, (4).

[责任编辑: 乔楠]