

论宪法视角下公序良俗的规范性认定

李 想

内容提要:公序良俗原则因其社会性内容及概括条款属性而受宪法积极调控,应借助宪法价值为其内容认定提供规范性指引。公序良俗原则由具有不同宪法地位的“公共秩序原则”“公领域善良风俗原则”以及“私领域善良风俗原则”三部分组成。《宪法》第 53 条将公共秩序和公领域善良风俗设定为公共利益,并建立起结合规制与促进手段的保护体系。私领域善良风俗并不构成公共利益,但仍需宣传、推广。公序良俗原则的规范属性要求宪法基本原则作为公共秩序和公领域善良风俗的实质判断基础。“尊重基本权利本质内容”构成私领域善良风俗的组成部分。

关键词:概括条款 公共利益 宪法基本原则 公序良俗原则

李想,中国政法大学比较法学研究院讲师。

一 问题的提出

长久以来,对公序良俗原则内容的确定游走在规范性与事实性之间。公序良俗原则直接规定于私法规范之中,其内容的认定应通过规范性方法解读法律所设定的规范性标准来进行。然而公序良俗原则的条文表述往往高度精炼,立法者直接设定的规范性标准有限,内涵也常模糊不清。这导致公序良俗的内容认定面临困难。为此,法适用者不得不倚赖社会现实确定公序良俗的内容。如德国民法典虽然对善良风俗概念设定了“所有有公平正义思想的人的体面感”的规范解释标准,^[1]但法院仍指出“思想者”的观念会随时间变迁。^[2]因此,德国法院主张关注社会实证观念,倾向于通过社会调查等手段对善良风俗的含义进行实证性认定。^[3]与之类似,我国司法实践与学术研究亦主要关注社会现

[1] [德]汉斯·布洛克斯、沃尔夫·迪特里希·瓦尔克著:《德国民法总论》(第 33 版),张艳译,中国人民大学出版社 2014 年版,第 146 页。

[2] Vgl. Moufang, in: Patentgesetz mit Europäischem Patentübereinkommen; Kommentar auf der Grundlage der deutschen und europäischen Rechtsprechung, 8. Aufl. 2008, § 2 Rn. 19.

[3] Vgl. Mayer-Maly, Was leisten die guten Sitten?, AcP 1994, 105, 108 f.

实与当前价值取向,主张根据当案事实及公共舆论,或依据占主导地位的道德判断对公序良俗进行价值填充,^[4]强调追求社会妥当性,也即对社会现实性、普遍性与正义性进行兼顾,^[5]同样以事实性为底色。

然而,若公序良俗的内容仅借社会现实予以确定,相关法律条款将难以有效发挥规范引导功能,因为主体的行为将不必再合于规范,反而是其行为决定了规范内容。由于缺乏具体的规范性标准,法官还可能代入主观价值理解公序良俗,因为维持公平正义的要求与法官职责本相符合。^[6]种种因素导致在我国司法实践中公序良俗原则的适用存在不足。^[7]

为了避免实证性认定方法对公序良俗法规范的冲击,学者多试图探求事实性与规范性间的折中出路。米勒·弗赖恩费尔斯(Müller-Freienfels)提出,在处理善良风俗争议时,除考察实证社会观念外,还应考虑法秩序及其原则对善良风俗的影响,以免判决陷入意识形态偏见。^[8]近年来,我国亦逐渐出现通过沟通事实与规范解决公序良俗原则适用乱象的尝试。如章程认为,应当引入宪法基本权利,逐步完善并运用完全的释义学方法对公序良俗原则适用问题加以分析。^[9]由此观之,将法秩序及其原则尤其是宪法及其基本权利价值视作多元社会中的价值共识并作为筛选公序良俗的规范标准,应是解决其内容认定难题的可行之法。

有鉴于此,本文立足规范进路,将探究公序良俗原则的宪法依据,继而借助《宪法》相关规定明确公序良俗的规范性质,最终提出符合宪法价值的公序良俗内涵判断方法与标准。为了区分公序良俗原则适用过程中的不同步骤,下文将以“公序良俗(内容)”指代公序良俗原则有待规范认定的内容,“公序良俗原则”仅见于该原则的适用过程论述及一般性论述之中。

二 宪法作为公序良俗原则的调控基础

(一) 宪法调控民事法律的正当性

民事立法在“权源”与“法源”两方面均应接受宪法的控制。^[10]权源方面,立法者作为法律制定主体,其权力来源及权力行使应当具有宪法正当性,并且规范性文件的制定形

[4] 参见胡吕银:《法律行为内容的限制与违反善良风俗的适用——对一起遗嘱继承案的法理剖析》,《法学论坛》2002年第3期,第77页;焦富民:《论公序良俗》,《江海学刊》2003年第4期,第129页。

[5] 参见肖和保、刘锦海:《论公序良俗原则滥用的限制》,《法学杂志》2009年第9期,第68页;胡玉鸿:《公序良俗与司法活动——诉讼过程的动态分析之二》,《政法论坛》2002年第4期,第50页。

[6] Vgl. Sack, Das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden und die Moral als Bestimmungsfaktoren der guten Sitten, NJW 1985, 761, 761 ff.

[7] 参见李岩:《公序良俗原则的司法乱象与本相——兼论公序良俗原则适用的类型化》,《法学》2015年第11期,第55-68页。

[8] Vgl. Müller-Freienfels, Zur Rechtsprechung beim sog. „Mätressen-Testament“: Zugleich eine Besprechung des Urteils des BGH vom 26. 2. 1968 — III ZR 38/65, JZ 1968, 441, 449.

[9] 参见章程:《从基本权理论看法律行为之阻却生效要件——一个跨法域释义学的尝试》,《法学研究》2019年第2期,第37-40页。

[10] 参见叶海波:《“根据宪法,制定本法”的规范内涵》,《法学家》2013年第5期。

式也应当服从法律保留原则的要求;法源方面,立法者在制定法律时应当明了宪法对于该部门法领域的价值和规范设定,并通过更为具体的法律规范将其落实为部门法秩序。^[11]此外,基本权利的客观价值决定要求国家履行对公民基本权利的保护义务,这同样适用于解决平等主体间争议的民事法律中。进言之,宪法在实质上还承担了构建我国法秩序的任务。^[12]因此,民法的内容应当体现宪法所保护的基本权利价值。

(二) 宪法调控公序良俗原则的正当性

根据民法条文的内容差异,宪法对民法提出了不同的统率要求。整体而言,民法中规定的内容主要涉及两个层次,即非社会公共性的内容与社会公共性的内容。规定非社会公共性内容的条文主要为任意性规范,一般仅涉及平等主体间利益调配,具有极大的形成空间。只要条文内容不逾越宪法的边界,立法者就可以自由决定民法规范的具体内容。而规定社会公共性内容的条文旨在处理公共事务,所追求的目的也是维护公共利益。公共事务的实现与公权力直接相关,但在其实现的过程中,公民基本权利也常由于保护公共利益的考虑而被限制。为了对基本权利提供保护,宪法应该作为这部分民事立法积极的内容依据。换言之,宪法可以更多地介入这类社会性内容。^[13]

公序良俗原则就属于民法中具有社会公共性内容的条文,承担了沟通民法与宪法的作用。有学者甚至认为公序良俗就是“被纳入民法并加以保护的基本权利”。^[14]然而,虽然《民法典》中公序良俗原则有关规定大致形成体系,但由于缺乏基础性法律制度支撑,加之民法原则间往往存在竞争关系,因此其很大程度上停留于价值宣示层面。^[15]与之相对,宪法基本权利理论的发展则逐渐推动“第三大法律部门”社会法形成,并对社会法律关系进行调整。在公私法一体化背景下,严格的公私法二元划分界限逐渐模糊,公法价值和私法价值基于法秩序统一原理频繁沟通。相较民法调整范围逐渐局限于平等主体的法律关系,宪法基本权利可以在更多领域发挥作用。因此,在法律领域共识价值可经由宪法规范达成,基本权利作为客观价值,对一国整体法秩序都具有约束作用。^[16]在运用公序良俗原则时,应当遵循宪法及基本权利的价值指引。

除宏观上宪法及基本权利价值对民法的社会性内容具有调控意义外,公序良俗原则自身的规范性质亦要求作为上位规范的宪法提供指引与约束。公序良俗原则属概括条款,其适用实际上是对立法机关有意遗留之缺口(geplante Lücke)进行填补的过程。^[17]由于在立法机关制定法律之时诸多权益冲突情况尚未显现,抑或争议所涉及的各项权利与利益间难以普遍地权衡优劣,因此在法律中往往会保留具有丰富内涵的“空白条款”,

[11] 参见张翔:《宪法与部门法的三重关系》,《中国法律评论》2019年第1期,第28页。

[12] 参见李想:《“根据宪法,制定本法”的宪法解读》,载卢建平主编《京师法律评论》(第11卷),中国法制出版社2018年版,第68-69页。

[13] 参见林来梵等:《对话一:民法典编纂的宪法问题》,《交大法学》2016年第4期,第28页。

[14] 张红:《民法典之外的民法法源》,《法商研究》2015年第4期,第17页。

[15] 参见秦小建、周瑞文:《〈民法典〉公序良俗规定的宪法向度》,《湖北大学学报(哲学社会科学版)》2021年第4期,第104页。

[16] 参见谢鸿飞:《公序良俗原则的功能及其展开》,《探索与争鸣》2020年第5期,第30-31页。

[17] Vgl. Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 12. Aufl. 2022, Rn. 836 ff.

以维持法律对随时变化的情况的适应能力以及对社会主导价值观念的开放态度。^[18] 此时立法者实际上将部分立法权限让渡给司法机关,允许司法机关在特定情况下借助概括条款获得新的规则。司法机关对概括条款的运用已经超越已有法律规范的字义所限,较法律解释而言毋宁属于法律续造。^[19] 因此,司法机关承担了“规范制定任务”,^[20] 其对“法官法”的创设与应用行为应当以立法权为限,在实质与程序方面均应受宪法及其它法律规范的约束。^[21] 换言之,公序良俗原则的属性亦要求其在进行续造的过程中兼顾法律的体系价值,尤其是宪法所蕴含的价值。

(三)“基于宪法的解释”作为调控方法

为确保公序良俗原则的内涵与适用符合宪法要求,应当在我国实践中适用“基于宪法的解释”。基于宪法的解释指“在对能被做出解释的、拥有被解释空间的规范进行解释和适用的时候,要注意宪法中的基础性决定”。^[22] 由此,宪法价值通过解释与续造的方式进入民法条文中,指导公序良俗的内容识别与后续司法适用。

虽然宪法仅将全国人大常委会明文规定为宪法解释主体,但我国司法机关同样负有贯彻宪法精神的义务,^[23] 我国亦不乏通过解释宪法规范处理民法问题的司法实践。^[24] 故此,为维护现有法律的存续与稳定,更好地保护公民的基本权利,司法机关应当把基于宪法的解释方法作为调控方法,对概括条款如公序良俗原则进行续造,将基本权利等宪法价值填充至部门法并借以确立公序良俗内容的认定标准与方法。

三 公序良俗原则的宪法依据

(一)《宪法》中对“公序”和“良俗”的规定

公序良俗原则由“公序”与“良俗”两部分构成。“公序”即公共秩序原则,指国家社会的一般利益;^[25] “良俗”即善良风俗原则,指为社会、国家的存在和发展所必要的一般道德,是特定社会所尊重的起码的伦理要求。^[26] 因此,二者具有不同含义,应当区分二者分别在《宪法》中识别条文依据。

1. 《宪法》对公共秩序的规定

我国《宪法》中有关公共秩序的条文主要有第 15 条第 3 款、第 28 条、第 36 条第 3 款

[18] Vgl. Bydlinski, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 4. Aufl. 2023, S. 129 ff.

[19] Vgl. Zippelius, Methodenlehre, 12. Aufl. 2021, S. 60.

[20] Wienbracke, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 230 und Fn. 3.

[21] 参见王吉中:《公序良俗条款的适用方法——以法内评价的规则续造为核心》,《甘肃政法大学学报》2021 年第 1 期,第 38-40 页。

[22] [德]克劳斯·施莱希·斯特凡·科里奥特著:《德国联邦宪法法院:地位、程序与裁判》,刘飞译,法律出版社 2007 年版,第 454-455 页。事实上,该方法并非纯粹的解释方法,其构成对宪法规定的解释以及对部门法规定的续造。参见王锴:《合宪性解释之反思》,《法学家》2015 年第 1 期,第 48-50、52-54 页。

[23] 参见陈征:《中国法院进行违宪审查的可能性与必要性》,《学习与探索》2011 年第 5 期,第 105-107 页。

[24] 参见税兵:《宪法规范何以进入民事裁判:1995-2015》,《华东政法大学学报》2018 年第 1 期。

[25] 参见杨德群、欧福永:《“公序良俗”概念解析》,《求索》2013 年第 11 期,第 171 页。

[26] 参见赵万一、吴晓锋:《契约自由与公序良俗》,《现代法学》2003 年第 3 期,第 53 页。

以及第 53 条。其中,第 15 条是对我国经济体制的规定,仅强调维护经济领域内的秩序,不能涵盖公共秩序的全部范围;第 28 条则意在通过对犯罪活动以及犯罪分子进行防范及惩戒,注重以刑事手段维护社会秩序,与民法规定存在规制手段差异;第 36 条属具体基本权利条款,虽规定“社会秩序”,但其适用范围较民法公序良俗原则更窄。相较而言,第 53 条中的“遵守公共秩序”在用语上更加贴近公共秩序原则的表达,适用范围的指向也更为宽广,更符合公共秩序原则的价值内涵,是公共秩序原则的立法依据。

2.《宪法》对善良风俗的规定

(1) 善良风俗概念的构成

《宪法》中没有针对“善良风俗”的直接规定,但善良风俗的价值并非没有体现其中。一般而言,习惯以及道德、风俗是理解善良风俗内涵的基本进路。^[27] 其中,我国《民法典》第 10 条已经将习惯规定为法源之一,公序良俗原则不再承担引入习惯法的功能。因此,应通过道德与风俗把握善良风俗内涵。

(2)《宪法》第 53 条作为善良风俗的依据

“道德”与“风俗”在我国《宪法》中表述众多,有第 4 条第 4 款、第 24 条、第 46 条以及第 53 条,用词包括“道德”“品德”“风俗”“公德”以及“社会公德”等。不难发现,“道德”与“品德”内涵相仿,是“善良风俗”的同义词。同时,由于宪法并不会保护受负面评价的“恶俗”,因此可以认为《宪法》中“风俗”亦等同于“善良风俗”。尽管如此,《宪法》第 24 条提及的“道德教育”以及第 46 条设定的青少年“品德”培养,实际上重在强调国家应积极承担道德方面的教育任务,对道德价值本身的追求与维护并非规制重心,因此不宜作为善良风俗原则的依据。此外,第 4 条所描述的“风俗”关注的是对不同民族文化与生活方式的尊重与保障,实质上规范目的在于保护少数民族利益,而非维护道德观念,因此也不宜作为善良风俗原则的依据。

与此相比,虽然《宪法》第 24 条第 2 款以及第 53 条仅提及“公德”或“社会公德”价值,对善良风俗的范围有所限缩,但是它们均承认公领域善良风俗之价值需要受到宪法及法律保障,因此更宜作为善良风俗原则的依据。其中,前者规定过于具体,仅构成对“社会公德”的内涵解释。^[28] 后者规定更为抽象,是“尊重社会公德”的一般性表达,应构成善良风俗原则的立法依据。根据宪法修改史,在 1982 年《宪法》制定过程中,《中华人民共和国宪法修改草案》(下称“《修改草案》”)第 50 条即选取与“善良风俗”更为贴近的“尊重社会公德和优良风俗习惯”这一表述。^[29] 因此,可以认为宪法修改者在修宪过程中亦已经将该条视作善良风俗原则的宪法依据。

由此,《宪法》第 53 条的价值内涵与公序良俗原则最为贴切,构成该原则的宪法依据。下文将对该条规定的文本表达进行规范梳理与分析,以明晰公序、良俗各自的宪法规

[27] 参见于飞:《违背善良风俗故意致人损害与纯粹经济损失保护》,《法学研究》2012 年第 4 期,第 47 页。

[28] 参见吴杰、廉希圣、魏定仁编著:《中华人民共和国宪法释义》,法律出版社 1984 年版,第 93 页。

[29] 《修改草案》第 50 条:中华人民共和国公民必须保守国家秘密,爱护公共财产,遵守劳动纪律,遵守公共秩序,尊重社会公德和优良风俗习惯。参见《中华人民共和国宪法修改草案》,《中华人民共和国国务院公报》1982 年第 9 号,第 355-378 页。

范性质。

(二)对《宪法》第 53 条的解释

1. 公领域善良风俗与私领域善良风俗的界分

在对《宪法》第 53 条进行解释前,需要注意到该条所维护的“社会公德”与“善良风俗”或其同义词“道德”尚存内涵差异。有必要进一步处理这组概念,对善良风俗内涵进行细分。

“公德”意指“公共道德”,^[30]强调道德中具有公共属性的方面。与之相对,具有私密性的道德则被定义为“私德”。二者主要通过公域与私域的区别界分。^[31]雅诺斯基将现代社会划分为四个相互起作用的生活领域:第一,国家领域,包括立法、行政和司法组织;第二,私人领域,包括家庭生活、亲友关系及个人财产的处理;第三,市场领域,包括通过商品生产和服务而实际创造收入和财富的私营组织及若干公营组织;第四,公共领域,包括政党、福利协会、社会运动及宗教团体等组织。^[32]以该划分来看,除了第二类“私人领域”落入私德范围,适用于第一、三、四类范围中的道德均属于公德。

在民法领域“公德”与“社会公德”含义相仿,主要囊括职业与公共交往的生活领域。

除了领域界分,亦可从其它三方面对公德与私德进行区分:第一,主体身份。以社会成员身份处理各种关系时体现之美德是公德,而以私人身份处理各种关系时体现的是私德。道德行为的主体间情感联系越紧密、利益关系越直接,则道德行为越倾向于私德。^[33]第二,适用场合。适用场合是指道德行为发生的具体场合。若发生场合属公共场合,则道德行为更倾向于公德;若属私人场合,则道德行为更可能是私德。^[34]第三,行为目的。若行为旨在增进自己或直接相关者的利益,也即持“利己”目的,那么该行为体现的德性属私德;反之,若目的是增进或不妨碍陌生人及不特定多数人的利益,也即“利群”,则行为体现的是公德。^[35]

为了更好地界分公德与私德并避免表述混淆,下文将通过公、私领域的划分法,对善良风俗进行区分,以“公领域善良风俗”代称“公德”及“社会公德”,以“私领域善良风俗”代称“私德”。

2. “公共秩序”与“公领域善良风俗”作为公共利益

从制定史与《宪法》结构观之,第 53 条属公民基本义务之规定。^[36]但权利本位的宪政理念要求基本义务必须置于基本权利规范框架与理论逻辑中进行理解,二者并不具有对等性,否则基本义务会成为国家权力注入个人领域的渠道,从而冲淡权利条款的防御、

[30] 参见中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》(第 7 版),商务印书馆 2016 年版,第 451 页。

[31] 参见廖加林:《我国社会公德的现代建构》,《西南政法大学学报》2005 年第 5 期,第 55 页。

[32] 参见[美]托马斯·雅诺斯基著:《公民与文明社会》,柯雄译,辽宁教育出版社 2000 年版,第 16-21 页。

[33] 参见廖加林:《我国社会公德的现代建构》,《西南政法大学学报》2005 年第 5 期,第 55 页。

[34] 参见张建英、罗承选、胡耀忠:《公德与私德概念的辨析与厘定》,《伦理学研究》2010 年第 1 期,第 85 页。

[35] 参见陈乔见:《公德与私德辨正》,《社会科学》2011 年第 2 期,第 129 页。

[36] 制定史证据,如许崇德著:《中华人民共和国宪法史(下)》,福建人民出版社 2005 年版,第 493 页;对宪法结构的解读,参见郑禄主编:《〈中华人民共和国宪法〉最新释义读本》,湖南人民出版社 1999 年版,第 161-164 页;朱锋主编:《〈中华人民共和国宪法〉释义》,人民出版社 1993 年版,第 127-131 页。

拘束功能。^[37]事实上,基本义务旨在为公民设定参与公共事务的责任,具有公共属性并构成对公民行使基本权利的限制。^[38]根据《宪法》第51条,公民基本权利只能出于维护“国家的、社会的、集体的利益”(公共利益),^[39]或他人自由和权利的目的受到限制。^[40]因此,第53条毋宁将“公共秩序”及“社会公德”认定为公共利益进行保障。^[41]

具体言之,《宪法》对二者的维护要求有所区别。从条文表述观之,针对公共秩序利益,《宪法》规定的要求为“遵守”;而对“社会公德”利益则要求“尊重”。“遵守”指“依照规定行动;不违背”,“尊重”则解释为“重视并严肃对待”。^[42]尽管“尊重”一词要求行为人认真对待某一事物,但是其仅强调对事物价值的承认,并未对行为人提出积极性和强制性的行为要求。换言之,“尊重”仅要求行为人在承认事物或规则之价值的基础上,不对其进行破坏、违反即可,属于一种消极性的要求;而“遵守”的要求更加严格,不仅要求行为人需要“不违背”一项规则,还要求其“依照规定”积极行动。

此外,纵观《宪法》全文,共有九处出现“遵守”一词,其中七处“遵守”的对象都是国家制定的宪法、法律等规范性文件。在第53条中,除了要求“遵守”公共秩序,还提出应“遵守宪法和法律”,这恰恰也说明了公共秩序具有比肩法律规范的重要性。而规定“尊重”的条文,除第53条外,仅有第33条第3款“国家尊重和保障人权”。此处“尊重”含义对应公民基本权利的主观价值,要求国家公权力的消极不侵犯,同样是消极性的要求。

不论是从字义抑或宪法体系上进行理解,“遵守”都要求行为人积极的履行,“尊重”要求行为人消极的不破坏。可以看出,“公共秩序”与“社会公德”二者在宪法上所受保护的力度不同,对“公共秩序”的保护力度强于对“社会公德”的保护力度。国家为保护“公共秩序”可能采取更强的手段,亦可能对基本权利造成更高限制。

3. “私领域善良风俗”不宜构成公共利益

除了《宪法》明确规定的“社会公德”(公领域善良风俗),私领域善良风俗是否也构成一项公共利益?

私领域善良风俗本身不宜构成一项公共利益。原因有二:第一,私领域的善良风俗本身即道德规范,所设定的约束标准一般高于法律规范。如果将其纳入法律体系中进行保护,势必导致道德规范与公民基本权利的价值冲突,进而引发道德审判风险。第二,私领域善良风俗的应用领域主要是家庭、财产等纯粹私人领域,基本权利主体在这些领域内享有较大的意思自治空间,引入私领域善良风俗作为公共利益调整这些领域将导致私法自治的法治原则受到挑战。尽管如此,不引入“私领域善良风俗”作为公共利益并不意味着

[37] 参见于文豪著:《基本权利》,江苏人民出版社2016年版,第204-207页。

[38] 参见王锴:《为公民基本义务辩护——基于德国学说的梳理》,《政治与法律》2015年第10期,第124页。

[39] 虽然“公共利益”表述仅见于《宪法》征收(征用)条款,但公共利益概念并非只适用于该领域。通说认为,“国家的、社会的、集体的利益”即指公共利益。根据《宪法》第51条,公共利益是限制任何基本权利的正当价值之一。参见胡锦涛、王锴:《论我国宪法中“公共利益”的界定》,《中国法学》2005年第1期,第21-23页;韩大元:《宪法文本中“公共利益”的规范分析》,《法学论坛》2005年第1期,第6、9页。

[40] 参见陈征:《论比例原则对立法权的约束及其界限》,《中国法学》2020年第3期,第148页。

[41] 参见谢立斌:《论基本权利的立法保障水平》,《比较法研究》2014年第4期,第47页。

[42] 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》(第7版),商务印书馆2016年版,第1754页。

对其不应宣传、促进,私领域善良风俗仍然是公民安居乐业的保障之一。

综上所述,《宪法》将公序良俗划为公共秩序与善良风俗两部分,善良风俗又得以划分为公领域善良风俗与私领域善良风俗两部分。其中,公共秩序以及公领域的善良风俗作为公共利益受宪法保障,但前者受保护力度更大,宪法允许采取更为严厉的保障措施;与之相反,私领域的善良风俗不应作为公共利益被保护。

四 宪法对公序良俗内容认定的规范指引

公共秩序以及公领域善良风俗作为宪法公共利益的规范地位已获明确。在此基础上,相关宪法概念及价值如“(社会)经济秩序”“社会主义核心价值观”等或可成为公序良俗的具体类型。然而,仅针对宪法规定进行类型总结尚不能全面地把握公序良俗内涵。究其原因,公序良俗作为不确定概念,其具体内容及确定方式本就有待立法者积极形成,宪法明文规定的价值仅仅是其内涵组成部分;同时,宪法规定具有原则属性,宪法条文存在广阔的理解空间。在缺乏明确的规范性认定标准及认定方法的情况下,宪定公序良俗的类型化也难免错漏;再有,私领域善良风俗并非受宪法和法律直接维护的公共利益,其认定方式本身也不同于公共秩序以及公领域善良风俗。仅通过宪法价值进行类型化总结无疑忽视了私领域善良风俗的内容认定问题。有鉴于此,仍需使用更多具有可操作性的标准对公序良俗内容进行识别。下文将结合宪法理论与规定进一步明晰公序良俗认定的实质与形式要求。

(一) 宪法基本原则作为公序良俗的实质标准

宪法基本原则能够为公序良俗原则的运用提供助益。首先,为公序良俗内容的范围提供确定依据。通过宪法基本原则,公序良俗的内涵得以明确限制在法律价值之中,既可限缩司法机关自由裁量的余地,也排除了道德等非法律因素影响司法的可能性。其次,更为明确地通过宪法价值约束公序良俗原则,与《民法典》第 1 条“根据宪法,制定本法”的规定相呼应。最后,只有在公序良俗的诉求经过宪法基本原则检验后,才能被认定其属于公序良俗原则所保护的一般利益或一般道德。

需要注意的是,公序良俗下的公共秩序以及公领域善良风俗,作为《宪法》明确规定的公共利益,应当受到宪法基本原则规制,其内涵应当符合宪法的价值。但私领域的善良风俗并未直接纳入法律体系进行保护,即使很多时候道德价值与法律价值不谋而合,但其本质上仍属于道德价值。因此,只有在特定情况下才能借助宪法基本原则确认私领域的善良风俗内容。

(二) 公序良俗的具体确定

1. 公序良俗内容确定的一般方法

(1) 对公序良俗涉及领域的确认方法

公共秩序以及公领域善良风俗作为《宪法》规定下的两项公共利益,各自拥有一套相对完备的保护体系。由于它们均应受到宪法基本原则的约束,因此其领域界分可以在我国法秩序体系中获得。如上所述,《宪法》第 53 条提出了对公共秩序以及社会公德不同

力度的保护。面对一项公共秩序规范,行为人应当谨遵其内容积极履行;而面对一项公领域善良风俗规范,行为人则享有较大的意思自由空间。二者的要求恰恰与公、私法的性质不谋而合。“法无禁止即可为,法无授权即禁止”也同样要求行为主体面对公法规范时积极履行(公权力主体),而面对私法规范时享有较大的意思自由(平等主体)。因此,原则上公共秩序与公领域善良风俗的分岭,正是公法与私法的界线。与此类似,私领域的善良风俗本身即涉及的是私人生活领域,主要属于私法领域。

我国目前的法律体系中,行政法、刑法与诉讼及非诉讼程序法等均属于公法范畴,其构成的法秩序应当蕴含公共秩序价值;而民商法则属于私法范畴,其构成的法秩序应体现善良风俗的价值。值得注意的是,经济法以及社会法的内容较为庞杂,既包含公法也包含私法。根据《宪法》的相关规定,从国家经济体制中抽象出的“社会经济秩序”也属于公共秩序的内容之一,因此在经济法中,至少有关调整国家整体经济体制的法律等,应当属于形成公共秩序的公领域法秩序。针对社会法领域,最具代表性的《劳动法》以及《劳动合同法》等调整的仍是私主体之间的法律关系,故应当将其归类至私领域的法秩序中;而社会保障法等法律要求国家的参与,可归类至公领域的法秩序。

(2) 对公序良俗内容的确认方法

领域的界分导致公共秩序内容认定应当于公法秩序中追寻,善良风俗的内容认定则应专注私法、社会法秩序。

空间上,公共秩序以及公领域善良风俗属法律秩序的一部分,如果对不同地区区别对待可能会导致国家法治的不稳定。除秉持国家整体标准外,《宪法》第4条第4款还强调了对于不同民族风俗区别保护的必要性,这要求在识别善良风俗的内容时,亦应考虑少数民族所具有的不同风俗。

内容上,一方面,公共秩序主要反映社会的一般利益,多涉及社会整体的经济、政治利益,国家在制定相关政策时往往需要通过多层次的调研以了解社会不同群体的不同需求,并且需要参考有关领域专家的意见;另一方面,善良风俗“往往是人们在长期的社会生活中达成的最低限度的共识”,^[43]因此采用普通人标准判断风俗较为适宜,而“善良”价值则更依赖具有理性思维的普通人进行认定。因此,在审理案件认定公共秩序内容时,司法机关在考察普通人观点的同时有必要特别重视有关专家的意见,而认定善良风俗内容时应采取理性普通人标准。

(3) “尊重他人基本权利本质内容”作为私领域善良风俗的类型

公序良俗原则受宪法价值指引,其中基本权利自然应受重视。过往研究中,“尊重他人基本权利”常被评价为一项公序良俗内容。^[44]由于在价值考量方面法律通过权衡各方权益而追求公正结果的行为本身具有伦理属性,^[45]因此将基本权利作为一种道德价值

[43] 戴孟勇:《论公序良俗的判断标准》,《法制与社会发展》2006年第3期,第50页。

[44] 参见于飞著:《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134-143页;vgl. auch Ambrüster, in: Münchener Kommentar zum BGB, 10. Aufl. 2025, § 138 Rn. 33 ff.

[45] Vgl. Sack, Das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden und die Moral als Bestimmungsfaktoren der guten Sitten, NJW 1985, 761, 768.

纳入公序良俗具有可行之处,但这有待相关宪法理论以及公序良俗原则适用逻辑的进一步检讨。在此,应当重视我国法秩序对于公共秩序、公领域善良风俗以及私领域善良风俗的不同定位。

首先,公共秩序以及公领域善良风俗在我国宪法中被设定为公共利益,具有与基本权利不同的价值地位。因此,“尊重他人基本权利”难以成为公共秩序与公领域善良风俗的内容。

其次,将“尊重他人基本权利”纳入私领域善良风俗亦存在困难。一方面,公权力干预基本权利的形式主要有三种:直接、间接以及事实上的干预。直接干预与间接干预带有明确的目的指向,并为相关权利主体带来公权力机关所预期的限制结果。事实上的干预则是公权力行为带来的“无心之失”,行为虽在结果上限制了基本权利,但并无限制的预期目的。^[46] 与此类似,在平等主体的基本权利冲突中,当事人也可能并无主观恶意。此时,行为人可能根本没有意识到行为领域内的善良风俗内容,故至少很难将“无心”造成的基本权利冲突评价为违反公序良俗。^[47] 另一方面,更重要的是,私领域善良风俗问题需要国家介入调停私主体间的冲突,其实际上解决的是两组或多组平等主体与公权力机关的关系。^[48] 在此,基本权利对部门法的辐射效力应保持克制,宪法基本权利仅能够借助概括条款或不确定法律概念渗透进入私法领域。换言之,只有在确定民事活动违反私领域善良风俗所蕴含的价值后,司法机关才能够借助该原则对公民间基本权利冲突进行权衡协调。然而,如若认定“尊重他人基本权利”属于一类具体公序良俗,公序良俗原则的介入时机将转变为“他人基本权利未获尊重”。这意味着必须首先证成国家机关疏于履行基本权利的保护义务,才得以援引私领域善良风俗原则为相对人提供保障,这实际上违反了基本权利渗透私法的克制要求。因此,“尊重他人基本权利”亦不宜作为私领域善良风俗的内容。

事实上,应将“尊重基本权利”的内涵进行限缩,仅强调平等主体应重视“尊重他人基本权利的本质内容”这一私领域善良风俗。若基本权利冲突触及一方权利的核心领域,那么权利主体往往已遭受极大损害,出于维护基本权利尤其是人性尊严等本质内容不受损害的理由而将争议民事活动定义为违反私领域善良风俗,符合法秩序之要求。该限缩方式亦可以消除司法机关适用私领域善良风俗原则所遇之程序阻碍。相较“本质内容”从客观角度为基本权利设定底线价值,禁止保护不足原则一般选取相对主观的“基本权利主体期待可能性”标准约束国家的保护义务。^[49] “尊重他人基本权利本质内容”的证立并未违反宪法渗透部门法的克制要求,国家是否充分履行保护义务仍有独立分析的意义。

2. 公共秩序内容确定的具体方法

借助宪法基本原则以及各种辅助判断标准已经可以相对清晰地认定公共秩序。应当

[46] Vgl. Hufen, Staatsrecht II. Grundrechte, 10. Aufl. 2023, § 8 Rn. 5 ff.

[47] Vgl. Dörner, in: HK-BGB, 10. Aufl. 2019, § 138 Rn. 3.

[48] 私领域善良风俗原则的具体适用流程,参见李想:《论宪法视角下公序良俗原则的适用——以“遗赠非法同居人案”为例》,《中国法律评论》2022年第5期。

[49] 对禁止保护不足原则适用期待可能性的分析,参见陈征:《宪法中的禁止保护不足原则——兼与比例原则对比论证》,《法学研究》2021年第4期,第68页。

重视相应部门法所营造之秩序,如刑法、行政法对维护社会、经济秩序的有关规定。未尽的问题,是如何对待未写入实证法律或规范文件而受公权力推广的其它公共政策。

事实上,公共秩序作为一项公共利益,国家除通过立法规制的方式对其进行保护外,还会通过倡议等方式对其进行推广。虽然国家法治原则着重强调法律应具有确定性,要求国家行为应当找到宪法或法律的支撑依据,但是法治原则也同样提出了行政合法性以及法律合宪性的要求。^[50] 故被推广的公共政策虽然未被纳入法律文本,但如果在实质上满足合法性与合宪性的要求,形式上满足民主正当性的要求,也应当构成公共秩序的内容。公共秩序领域内国家监管机关的有关规范文件等所设定之行业规范中的经济秩序即为一例。

3. 善良风俗内容确定的具体方法

根据《宪法》的规定,善良风俗多通过宣传、普及的方式进行保护。因此,在确定其内容时,考察国家提出并倡导的价值观是重要方法之一。《宪法》中明文规定“倡导”的“社会主义核心价值观”“精神文明的建设”以及国家有关部门编订的未成年人道德教材、青少年行为规范等都载有善良风俗的价值观内容,应当在确定善良风俗价值时予以考虑。除此以外,国家推广、宣传的其他价值观也具有构建良善道德价值观念的功能。

事实上,约束法规范的宪法原则并非完全无法对私领域善良风俗施加影响。《宪法》中的相关条文明确提出了公权力机关倡导、推广、促进道德价值观的任务,而公权力机关履行上述任务的行为应当符合宪法原则的要求。换言之,受推广的价值观如果有明确的法律规范指引,也应当遵循宪法原则的内涵并构成合宪性秩序的一部分。此外,法适用者亦可在宪法原则的框架以外对其它价值观是否构成私领域善良风俗内容进行识别。

五 结语

公序良俗原则承担了沟通宪法与民法的功能,虽然其被规定为一项民法基本原则,但同样具有宪法上的依据。《宪法》将公序良俗原则中的公共秩序以及公领域善良风俗设定为公共利益,形成了以第 53 条为基础规定、综合保护及规制为手段的公序良俗保护体系。私领域善良风俗虽然无法作为公共利益受到保护,但国家同样对其负有宣传、教育的促进义务。在此基础上,公共秩序以及公领域善良风俗的内涵需要受到宪法基本原则等的约束。私领域善良风俗还包含“尊重他人基本权利本质内容”的价值要求。

以往对公序良俗的研究多局限于部门法领域,部门法间以及部门法与宪法的交流及互动并不多见,这导致对公序良俗原则的研究缺乏体系化的思考。这种现象并非仅见于公序良俗原则的研究中,甚至不仅仅发生于宪法与民法的互动之中。只有宪法学界与部门法学界相互借鉴学习,宪法与部门法相互融贯并自我调整,才能完成我国法治建设的目标。因此,在中国的法律体系和制度要求之下,部门法学者和宪法学者应当相向而行,协力完成对法治国家的建设以及对基本权利的保护。

[50] Vgl. Degenhart, Staatsrecht I: Staatsorganisationsrecht, 38. Aufl. 2022, Rn. 372.

Determination of the Normativity of Public Order and Good Morals from the Perspective of the Constitution

[**Abstract**] The determination of the content of the principle of public order and good morals often faces conflicts between normativity and factuality. This arises from, on the one hand, the rejection by today's pluralistic society of the notion of a singular moral truth and, on the other hand, the impossibility of effectively fulfilling the guiding function of this legal principle by merely following societal realities. The legal system and legal order - particularly constitutional values - should be regarded as the value consensus of the national community and incorporated into the discussion as moral concepts and normative methodologies. The principle of public order and good morals should be actively regulated by the Constitution because of its social content and its nature as a general clause. It consists of three parts with different constitutional statuses: the principle of public order, the principle of good morals in the public sphere, and the principle of good morals in the private sphere. Good morals in the public and private spheres are distinguished based on the sphere of activities involving moral disputes, the subjects of the behavior, the contexts of the activities, and the purposes of the behavior. Article 53 of the Constitution designates public order and good morals in the public sphere as matters of public interest and establishes a protection system combining regulatory and promotional measures. Good morals in the private sphere do not constitute public interests but still require the state to undertake tasks of dissemination and promotion. The normative quality of this principle requires the constitutional order as the basis for judging the substance of public order and good morals in the public sphere, while the democratic relevance of public interest requires the theory of legalization chain as the basis for judging their form. Good morals in the private sphere are generally considered extralegal values, but some of their content can be found in legal provisions and, therefore, are subject to the constitutional order. The national standard and the standard of the average person should be adhered to in identifying the specific content of public order and good morals. Public order should be identified within the domain of public law, with particular attention to expert opinions, while good morals (in the public sphere) should be identified within the domain of private law, taking into account the perspectives of ethnic groups alongside those of a rational individual. "Respecting the essential content of others' basic rights" constitutes the content of good morals in the private sphere. Extralegal public policies that meet the standards of the constitutional order and the theory of legalization chain should also be incorporated into public order. Good morals should also include values promoted by the state.

(责任编辑:田 夫)