

民法基本原则解释:意思自治原理及其展开

侯佳儒

内容提要:如何理解和阐释民法基本原则,是关系到如何建构民法体系、民法学体系的大问题。目前的研究基本上都是从外部视角、从功能角度界定“民法基本原则”,都片面依赖归纳法建构相应理论,成果虽众说纷纭,但却大同小异,难得实质性突破。因此,当下应转变研究思路。本着“从内部理解私法”的立场,综合运用归纳和演绎两种逻辑,同时采用庞德所谓的“分析方法”和“哲学方法”,民法基本原则可以被理解为“意思自治”这一私法理念在民法体系、民法学体系里的展开和具体化。民法基本原则即是“意思自治”通过演绎逻辑推演而形成的体系(发生角度定义),是构造民法上的“人格体”的框架性原则(功能角度定义),其外延包括意思自治、私权神圣、个人责任、人格平等、诚实信用和公序良俗六条原则,这些原则通过对“意思自治”的演绎推理得到识别、解释和定义。

关键词:民法基本原则 意思自治 私权神圣 人格平等 个人责任 诚实信用 公序良俗

侯佳儒,中国政法大学副教授。

一 问题、假说及研究目的和方法

什么是“民法基本原则”,其包括哪些内容?这是本文要回答的基本问题。把“民法基本原则”视为“意思自治原理”通过演绎逻辑推演而形成的体系,把“民法基本原则”一词所指代的全部对象通过对“意思自治原理”的演绎推理来确认、解析和定义,这是本文的研究方法,也是本文的首要观点和基本假说。由此,本文核心问题还将包括这样两项:第一,关于“意思自治原理”——何谓“意思自治”?何谓“基本原理”?又如何理解“意思自治是民法学的基本原理”?第二,“民法基本原则是意思自治原理的演绎体系”——那么,用演绎逻辑推演民法基本原则体系,有何根据?又有哪些要求?民法基本原则如何从“意思自治原理”中推演出来?撰写本文有三个目的:

目的之一,对民法基本原则问题作出新的阐释,澄清理论悬疑。对基本原则的研究,法学界一向众说纷纭,鲜有共识。在民法基本原则问题上,亦是如此。对于“民法基本原则”,目前学界多从其外部特征、功能作用角度考察并作出描述,但对其本质、形成原因却鲜有探

究;在研究方法上,研究者基本上采用学说的归纳整理、比较法的经验借鉴、历史分析、法社会学分析等方法,过于依赖归纳逻辑,这使得相应研究成果大同小异,难得实质性突破。本文将转求演绎逻辑,从发生角度探究民法基本原则的来源、本质和功用。这种研究思路,采取了全新的立场和方法,涵纳了全新的理论视域,拥有了全新的问题意识,为此,对既有观点、学说,本文将不作专门检讨、回应;相关论点争议,在本文将被视作“入门的向导”、视作一份问题清单,在将民法基本原则作为“意思自治”的演绎体系进行推理的过程中,对问题清单上涉及到的争议、分歧,将直接表明立场、观点,不作展开;对问题清单上涉及到的每一具体原则,也将直接检验其有无存在合理性,直接界定其与其他原则存在何种秩序、关系。

目的之二,通过阐释民法基本原则,重申“意思自治”——民法学的基本原理。在当前的民法学研究中,“意思自治”是一个被冷落、被遗忘的话题。它要么被当成传统民法学过时的主张,要么被当成美丽空洞、且无实益的私法理念。虽然人们依然在说“意思自治是民法学基本原理”,但却少有人真正知晓、意欲知晓其究竟有何深意。恰恰相反,对意思自治弊端、“私法社会化”、“民法社会化”、“私法公法化”这些议题,学界却耳熟能详。事实上,如果不弄清民法何以“意思自治”、如何“意思自治”、“意思自治”之于民法究竟有何意义,那么,任何“民法社会化”、“私法公法化”之类的论调都缺少根基,任何相关研究都缺少参考坐标和维度。因此,本文将通过重新阐释民法基本原则而重申“意思自治原理”。本文同时具有“分析方法”和“哲理方法”两种特征:一方面,“意思自治”在本文被视为民法体系的理想、主旨,借助这条线索来梳理民法规范体系的内在经纬,这符合“哲理方法”^[1]的理路;另一方面,本文对民法体系的理想、主旨和逻辑前提穷根究底,通过对民法规范、制度和基本原则的体系化阐释,反过来,就是为证明、再现和重塑民法的理想——作为民法文本之“前见”和源始预设的“意思自治”——这又符合“分析方法”^[2]的特征。事实上,将“分析方法”与“哲学方法”结合起来,兼顾经验与逻辑双重维度,不但可行,对当代民法学、乃至法学的研究也是十分必要的,“从私法制度中寻找法律的精神,从法哲学的抽象中寻找法律实践的意义,应该是法哲学界和法理学界共同的任务。当民法学界和法理学界携手起来,共同探求私法制度及其理念,我们才能找到我们自己的真正的民法学和法理学”^[3]。

目的之三:通过意思自治原理推演民法基本原则,通过解释民法基本原则重申意思自治,最终目的,为了重申和践行当代中国民法学的三大使命。民法转型是当今时代潮流,但中国民法转型身处特别境遇。西方民法转型只涉及时间一个维度,是从“近代民法”向“现代民法”转变,其本质是近代民法模式发生了“后现代转向”。但在我国,“当代民法”转型具有双重维度:在时间维度上,当代民法驻足“现代”向“后现代”转向的路口,介于“近代民法”与“现代民法”之间,它经受现代主义和后现代主义双重思潮的侵蚀和蛊惑;在空间维度上,“当代民法”介于东、西方文明的交汇处,儒家文化与西方文化的交汇口,它时刻感受文明的冲突与“文化震撼”。这种时空境遇,决定了当代民法有三项任务:继承西方“近代民法”遗产,应对西方“现代民法”带来的挑战,完成中国私法文化的启蒙、整合和重构;这种时空境遇,“现代”与“后现代”大交接、中西文化视域大融合,赋予当代中国民法肩负沟通东西

[1] [美]罗斯科·庞德:《法理学(第一卷)》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第20页。

[2] [美]罗斯科·庞德:《法理学(第一卷)》,第19页。

[3] [加]欧内斯特·J.温里布:《私法的理念》,徐爱国译,北京大学出版社2007年版,“译者前言”,第7-8页。

文化、由近代民法向现代民法转型和重申启蒙精神的三大使命。这三大使命,是本文内在的问题意识。实际上,重申意思自治,即在重申启蒙理想;通过建构民法基本原则体系来重申意思自治,即是在当下时空,在“现代民法”枝叶凋零、碎片飞扬的境况下,重塑近代民法;而通过重新理解和阐释“公序良俗原则”的当下意义,赋予“公共秩序”和“善良风俗”以“有创意的误解”,^[4]则可能为民法的跨文化沟通开辟可行之路。

二 三项准备工作

(一)作为逻辑大前提的意思自治

“意思自治”是私法的理想,它主张个人生活应自主、自治而不受非法干涉。简单说,其伦理根基就是这样一条道德律令:“人间最高贵的事就是成为人”,“法的命令是:‘成为一个人,并尊敬他人为人’”。^[5]以“意思自治”为基本原理的民法,就是使每个人“成为一个人,并尊敬他人为人”的规范体系。

在民法学话语体系里,其实有两个“意思自治”:一个是“意思自治原理”,一个是“意思自治原则”。作为民法演绎体系大前提的,是“意思自治原理”,即私法的理想。这一私法理想,是近代西方社会的产物,是一种“地方性知识”,它植根启蒙时代的文化土壤,因此它对“人”、“法律”和人世伦理的理解,都颇具启蒙时代的精神和气质:关于“人”,“人是自身目的”,因为人具有理性和自由意志;^[6]每个人都应使自己成其为“人”、自由为“人”,“不自由,毋宁死”,自由系人对自身的自然法义务。关于“法律”,个人自由系法律之基础,“一个依照法律的人类最高自由的组织,由于这个,人人的自由,可以与他人的自由相调和的……这个不单是必须放在国家组织第一计划,而且必须放在他的一切法律的基础上面”^[7]——因此,以个人自由为“基础”的法律,须满足每个人的自由都相互“调和”,须奠基在人与人互相尊重的人世伦理上,即“每个人得要求他人尊重其存在及尊严,而此更须以尊重他人作为前提”。^[8]

“意思自治是民法学基本原理”,这一命题表明民法对个人与自我、他人、社会、国家之间关系的规范,系采取个人主义的立场、观点:它确认个人相对于万物,居于中心位置并具有“主体性”地位;它肯定个人自由至上、个人权利至上,主张个人仅以满足私域共存为最大对价去换取个人最大限度的自由;它要求民法对社会关系的调整、民法学对问题的解释和阐释,都须从个人的立场、角度、视野出发,都须采取以个体为本位、以权利为本位的模式。“意思自治是民法学基本原理”,就是说,如果民法是一个被解读的文本,那么“意思自治”就是这个文本全部的要义、秘密和理想:所谓“要义”,即“意思自治”是整个民法规范体系内在的精神、灵魂,它赋予现行民法规范体系以生命意志和发展动力;所谓“秘密”,即对于我们理解民法而言,“意思自治”是最基础、最根本、甚至最终有效的“语言中介”,^[9]它是我们趋

[4] [德]弗朗茨·维亚克尔:《近代私法史》,陈爱娥、黄建辉译,上海三联书店2006年版,第30页。

[5] [德]黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆1996年版,第46页。

[6] [德]黑格尔:《历史哲学》,三联书店1960年版,第73页。

[7] [德]康德:《纯粹理性批判》,蓝公武译,商务印书馆1960年版,第312页。

[8] [德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》,王晓晔等译,法律出版社2003年版,第45-47页。

[9] 关于“语言中介”的进一步解释,参考[美]斯蒂文·贝斯特、道格拉斯·凯尔纳:《后现代理论》,中央编译出版社1999年版,第5页。

近民法的基本路径,是我们打开民法帝国的入门钥匙;所谓“理想”,即“意思自治”是民法制度的终极价值取向,是私法文化对个人生命价值和意义的最终信仰。

在这里,“意思自治”被当作演绎推理的逻辑大前提,实际上包含两个假设:第一个假设是,如果民法规范体系可以借助演绎逻辑推导而获取,那么,意思自治就是推演民法规范体系的逻辑大前提;第二个假设是,因为意思自治是民法学的基本原理,因此意思自治是民法理论体系的初始假设和逻辑大前提。

对于第一个假设,其假设前提——“如果民法规范体系可以借助演绎逻辑推导而获取”——是可以成立的。实际上,“从抽象的价值形式导出整体法律”,这种思路早在 19 世纪的自然法运动中就已存在。^[10] 其后的法典化运动,使民法不但成为具有“形式理性”的概念体系,也成为有机的价值体系,即各种规范、制度、原则通过更高层次的共同目的,达到了内在有机统一^[11]——这个“更高层次的共同目的”,即可视为民法规范体系推演的逻辑大前提。这个前提的真实性,还可用“系统论”关于系统的“要素”、“结构”和“功能”三者关系的原理来证明:民法就是一个系统,由规范、制度、原则等“要素”构成,这些要素间存在各种关联的“结构”,能使民法系统产生一定的“功能”——这个功能,就可以视为民法体系推演的逻辑大前提。对于假设结论——“意思自治就是推演民法规范体系的逻辑大前提”,如果我们承认“意思自治是民法学基本原理”,那么对它也就毋庸置疑了。

对于第二个假设,得从“理论”的概念说起。“理论”可以从两个角度观察:在内容上,理论反映了人们对事物的认识和理解;在形式上,理论表现为一系列概念、假设、命题和原理的组合。以此观点考察“意思自治原理”,则就内容而论,“意思自治原理”是对民法理论内容最抽象、最本质的概括;就形式而论,民法学理论作为一组假设命题的逻辑体系,“意思自治原理”就是这个假设命题体系的最原始假设、最源初命题——凡理论问题,都可被穷根尽底、永无限度地追问下去,但一旦一个命题被预设“基本原理”,就意味着其不容置疑,它是我们为思考所预设的逻辑起点;任何理论都可能存在观点上的分歧、争论,但“基本原理”是对该问题领域辨别是非的根本标准。由是观之,则“意思自治原理”就应当是我们解释民法规范、构筑民法学知识体系的根本依据,是我们评价、仲裁民法学理分歧的最终尺度。

当然,这些都是假设。这些假设是否有效、在多大程度上有效,这正是本文将要检验的。其实,先提出假说,然后再根据逻辑和经验对之进行检验,这正是理论研究的过程和实质。^[12]

(二)作为基本方法的演绎法

民法基本原则是对“意思自治”进行演绎逻辑推演而形成的体系。那么,用演绎法推演“意思自治”,有何根据?简单说,有三个理由:

第一,演绎法是有关道德哲学、规范科学的必要艺术,演绎法也是研究法律体系、民法规范体系的必要方法之一。

第二,演绎法是民法学的方法论诉求。民法学的思维逻辑本质上是个人主义的,而演绎法的运用是个人主义方法论的内在要求。个人主义视“个人系原始的既与的事实,系简单

[10] 吴从周:《概念法学、利益法学与价值法学:探索一部民法方法论的演变史》,中国法制出版社 2011 年版,第 33 页,第 40 页,第 42 页。

[11] [美]艾伦·沃森:《民法法系的演变及形成》,李静冰、姚新华译,中国政法大学出版社 1992 年版,第 32 页,第 20 - 32 页。

[12] [英]K. R. 波珀:《科学发现的逻辑》,查汝强、邱仁宗译,科学出版社 1986 年版,第 1 页,第 6 页。

的自明的事实,一切超越个人的关系都必须以个人作为解释的出发点”——其实,这也是整个启蒙运动哲学的“默契的前提”^[13]——从一个理想社会个体模型出发构建道德规范和法律规范,这是个人主义思维方式的内在逻辑。

第三,演绎逻辑是建构理论的基本方法。理论的本质,是规范人们思想和行为的概念体系。一个理论体系的建立,是从最精炼的原始概念、初始条件出发,以严密的逻辑手段推演出一系列的定理、定律、公式,从而形成普遍性、预测性的结论,其最终目的,是“为理解、描述、刻画和解释世界提供强有力的逻辑”。^[14]而我们说“意思自治是民法学的基本原理”,即是确认在民法学理论体系中,意思自治具有公理地位,即在整个民法理论体系中,意思自治是第一定理、首要假设。

我们要借助演绎法推演“意思自治”来获得民法基本原则体系。那么,运用演绎法有哪些要求?

第一,每一条民法基本原则都必须是充足而必要的,多一条是累赘,少一条是缺憾。如果缺少必要的原则,民法基本原则体系会残缺,无法充分表达“意思自治原理”的全部内涵;如果原则过多,会引起原则体系内部的重叠、冗余和混乱,还会在法律适用过程中导致法律依据不清。第二,这些原则之间应具有特定的秩序、层级关系,它们不能引出相互矛盾的结果;这些原则之间还应相互独立,每一条原则与其他原则在逻辑关系上都应地位平等。如果某一条原则的存在及其合理性,必须、且只需借助其他原则能够获得证明,那么,这一条原则就是不必要的。第三,这些原则在整体上要与“意思自治”包含等量信息;必须是一个封闭而周延的体系;在适用方面必须保持逻辑上的自足,而无需求助于原则体系之外的其他规则。这一要求的意义是:通过对封闭原则体系的周密定义,可以避免为公权干涉私域留下“通道”,从而确保个人意思自治免于非法干涉。第四,这些原则的界定,必须清晰、明确。如果含糊不清、模棱两可,从立法上讲,这必然会导致立法体系内部冲突;从适用上讲,会使人无所适从,无章可循,客观上会更依赖法官自由裁量权的行使,从而为意思自治的保障留下隐患。第五,演绎法无法通过纯粹的逻辑形式来应用,因此,演绎法的应用必须借助经验归纳法的补充。对民法基本原则体系的推演,也不例外。针对这一要求,本文首先根据传统“民法三大原则”学说,将意思自治、私权神圣和个人责任三条原则作为演绎推理的基础;同时,通过整理目前学界的观点和学说,把涉及到的每一条具体原则都列为考察对象,然后在民法基本原则体系的演绎推理过程中,对每一条原则都进行检验,确认其有无存在的合理性、确认其与其他原则有何关系。

(三)民法基本原则推演的逻辑、层次和总体过程

“意思自治”,即个人凭借理性自主生活的私法理想,是我们进行演绎推理的逻辑大前提,是推演民法基本原则体系的出发点。那么,如何推演?——考虑到,民法学思维系属个人主义范式,而个人主义思维又内在地要求从一个理想的“人”的模型出发来构建法律秩序,因此,推演民法基本原则也应从一个单个的“人”的模型着手——基于个人主义方法论具有的主观语境特征——其实应该从“我”的模型出发,从每一社会个体理想中的、抽象的“自我形象”出发。具体来说,应包括四个阶段:

阶段一:关于“我”——“人”的理想模型塑造,其伦理根基在于“使人成其为人”。在民

[13] [德]文德尔班:《哲学史教程(下卷)》,罗达仁译,商务印书馆1997年版,第688-689页。

[14] 孙正聿:《哲学导论》,中国人民大学出版社2000年版,第72页。

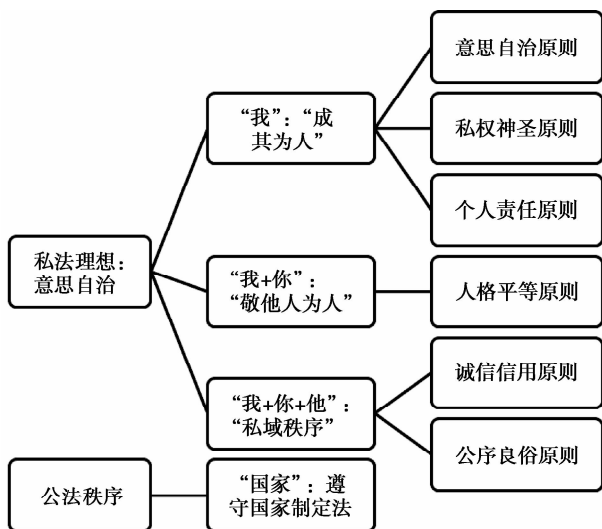
法中，“我”是一个“意志自由”的人的形象，是一个凭借自身理性能力得以意思自治的“人”的形象。为缔造这样一个“人”，民法确立了意思自治、私权神圣和个人责任三大原则，即关于“个人意志自由”的三大原则。

阶段二：在“我 + 你”的关系中，民法确立了“人格平等原则”，其伦理根基在于“敬他人 为人”。因为民法保障的自由，是“人人的自由，可以与他人的自由相调和（不是最大幸福的，因为这个是必然的与前者相随）”^[15]的自由，是人人均享的“个人自由”。“人人均享自由”蕴含了“人格平等”的理念，构成每个人得享自由的条件。

阶段三：“意思自治”的私法理想，强调个人可凭借其理性自由、自主生活；基于人格平等，则“意思自治”的内涵又进一步包含了人人皆可凭借其理性自由、自主生活的内容。当私法体系的推演和扩展从“我”的视域、进入到“我 + 你”的视域，进而扩展到“我 + 你 + 他（第三人）”的空间，意思自治就有了“私域自治”的第三层内涵：“我”、“你”和泛指任一第三人的“他”加在一起——“我们”——就构成了“私域”，“意思自治”与“私法自治”、“私域自治”向来为同义语。“我 + 你 + 他（第三人）”的关系已经进入公共空间，因此需要公共秩序——这里的“公共秩序”，内涵仅仅限于保障“私域”空间的存续，包括两条原则：在“我 + 你”、“你 + 他（第三人）”、“我 + 他（第三人）”的交往关系中，都应遵守诚实信用原则；“我”、“你”、“他（第三人）”作为一个文化共同体的成员，有遵守善良风俗原则的义务；“我”、“你”、“他（第三人）”作为一个社会成员，有遵守公共秩序原则的义务。

阶段四：作为国家的公民，“我”有遵守国家制定法的义务。但这一遵守国家制定法的原则，其实质是如何界分公法和私法的问题，并非民法基本原则，本文将不再赘述。

据此，民法基本原则包括如下内容：第一，缔造“个人意志自由”的原则三条：私权神圣原则、意思自治原则和个人责任原则。第二，关于“人人均享自由”的原则一条：人格平等原则；第三，“保障私域存续”的原则两条：诚实信用原则和公序良俗原则。^[16] 具体推演关系图如下：



图一 民法基本原则的推演体系结构

[15] [德]康德：《纯粹理性批判》，第 312 页。

[16] 通览目前有关的民法专著和教材，除措辞差异，如下内容被学者视之为“民法基本原则”：私权神圣、意思自治（自愿原则、合同自由原则）、个人责任（过错责任）、人格平等（法律地位平等）、诚实信用原则、公序良俗原则、禁止权利滥用、公平原则、守法原则。

根据“意思自治原理”,民法制度设计的偏好是:个人自由应是最大化的,越多越好,多到仅以不干扰私域共存为前提;私域共存作为条件性约束,应是尽可能少的,越少越好,少到仅以满足私域共存为必要。而民法基本原则研究的重点,是关于私域共存的原则。传统民法学的“三大基本原则”,建构了关于“个人自由”的法律框架;本文的重点即放在有关“私域共存”的具体原则,将它们从隐而不宣的存在中昭示出来,并结合当下中国的历史情境、问题意识和论辩氛围予以阐释。“私域共存”构成对“个人自由”的限制,但这种限制的存在及其合理性,须为意思自治原理的内在逻辑要求,须内生于私法自治的封闭体系。因此,研究私域共存原则的关键,就是要借助意思自治原理的观照,去考察每一私域共存原则的存在及其合理性,同时,要把不必要的公权力——非基于意思自治原理内在逻辑需求而介入的公权力、无法通过“从内部去理解私法”^[17]的方法获得合理性的公权力、无法从民法基本原则的密闭体系找到存在依据的公权力——全部的、彻底的,从私域共存原则体系中清理出去。在民法基本原则问题上,要尽一切可能避免为非法干涉私域留下“后门”,尽一切可能避免在字里行间为自由的理性张扬设置不必要障碍,这其实是民法基本原则研究的核心任务。^[18]

三 重构民法基本原则的间性及其体系

(一) 意思自治原则

“意思自治原则”,即个人得依个人意思处理个人事务,不受非法干涉,其在民法中有两种表现方式:其一,以自明性语言的语言,宣示私法的理想;^[19]其二,通过对“非法干涉”予以清理、排除和矫正,为个人自由空间安置隔离带和防护栏。第一种表现方式是诗性的语言,它能够强烈冲击我们体察私法的直观感受,陶冶我们的私法情感,唤醒我们的私权意识,激发我们崇尚自由、追慕正义的理想和豪情;第二种表现方式存在于个人自治的法律制度设计当中:法律的真义不是宣言式的表白自由,而是在制度设计层面缔造个人自由空间,为自由屏蔽非法干涉。这种基于“意思自治”缔造的法律制度,不是束缚个人自由的绳索,而是保障个人自由免于非法侵犯的隔离带、防火墙。

这里要强调两个问题。一个是,按照前文演绎逻辑体系第三项特征的要求,即民法基本原则体系须为“封闭体系”的观点,对意思自治原则——也包括后文的私权神圣原则——的限制性因素,须存在于民法基本原则体系之内部,否则民法基本原则之演绎体系即在逻辑上不能自足。因此,对意思自治原则的限制,须在有关私域共存的三条原则框架下找到根据,即人格平等、诚实信用和公序良俗三条原则应该涵纳对意思自治原则的全部的合理限制,非此三项原则所要求者,即视为违背意思自治原理。这也可看作是“从内部去认识私法”的一个具体要求。

这里还要强调一点:构成民法基本原则的核心是意思自治原则,而非契约自由原则,但在近代社会背景下,契约自由却被定义为意思自治原则的核心内容。^[20]对这一点,有这样的考虑:中国选择民法,主要是基于民法具有的工具价值,即民法的经济调整功能满足了改

[17] [加]欧内斯特·J.温里布:《私法的理念》,第9-19页。

[18] [英]安东尼·德·雅赛:《重申自由主义》,中国社会科学出版社1997年版,第74页。

[19] 各国立法直接确认意思自治原则的,一般认为主要包括:《法国民法典》第1134条第1款、第2款;《德国民法典》第305条;《乌克兰民法典》第3条;我国《民法通则》第4条。

[20] [德]罗伯特·霍恩、海因·霍茨、汉斯·G.莱塞:《德国商法导论》,楚建译,中国政法大学出版社1996年版,第90页。

革开放以来国家发展经济的“意义期待”，所以民法兴盛于当代中国；但当下审视，民法承载的私法文化，民法蕴涵的伦理观念、启蒙精神，本身就具有目的价值，其实能负载国人更多角度、更多层面的“意义期待”。因此，弘扬民法，应超越经济狭窄的视角，而应放在文化这一广阔视域上面。其实，缺乏全面的私法文化支撑，民法对经济生活的调整，其根不深，其行不远。

（二）私权神圣原则

私权神圣原则，肯定个人权利神圣不可侵犯。与意思自治原则类同，其在民法中也以两种方式表现出来：其一，以自明性的语言，宣示个人权利神圣，不可侵犯；^[21]其二，通过否定侵犯权利的行为，为私权保护树立屏障。“私权神圣原则”可以定义为：“民事权利受到法律充分保障，任何人或任何威权均不得侵犯，并且非依公正的司法程序，不得限制或褫夺”。^[22]

私权神圣是一条民法基本原则，这是以意思自治为基本原理的民法的必然诉求。私权神圣之“私权”即“权利”。尽管对“权利”概念的界定众说纷纭，^[23]但“权利”内容即为法律所允许之个人行为空间，这一点却有共识。因此，弘扬“私权神圣”，即弘扬个人行为自由之空间神圣不可侵犯；民法崇尚个人自由至上，其实就是崇尚个人权利至上；而民法主张以权利为本位、以个体为本位，^[24]其实就是个人行为自由为本位。可见，私权神圣原则与意思自治原则诉求一致。根据拉伦兹的观点，“权利范围”即“某个人……全部的权利或者受法律保护的利益的总和……也可以把法律意义上的人看作是其所享有的权利范围的核心”^[25]——由是观之，所谓私权神圣原则即是承认人之尊严神圣不可侵犯。而人之尊严神圣，近代社会背景下，突出体现在人格权神圣和所有权神圣两点。在私法视野中，“财产与人格两位一体，无财产即无人格”，但“人永远是目的，而不能成为个人实现其目的的手段或工具”，因此“私权神圣首先是人格权神圣，亦即自然人的‘人格权神圣’”。^[26]而在人格权体系中，生命权和身体权是基础，自由权是核心^[27]——可见，在人格权方面，私权神圣原则弘扬之人格权神圣与意思自治原则弘扬之人格自由得到契合，二者其实是一体两面。而在财产权方面，财产安全是个人自由之基础，因此弘扬财产权神圣，亦在捍卫个人自由——意思自治原则与私权神圣原则之宗旨再次契合。可见，在私法中，意思自治原则与私权神圣原则具有同等地位，二者一体两面，正是借助“权利”概念这一法律技术手段，二者目的、功能达到高度一致，实为民法两大“帝王条款”：二者都以捍卫人的自由与尊严为宗旨，而“人及人之尊严是整个法律秩序的最高原则”，“基于人的本位与人的尊严的伦理基础”，进一步而衍生出民法基本原则之体系建构。^[28]

私权神圣原则在近代社会的确立，意义深远；人格权神圣与财产权神圣观念之弘扬，价值殊巨。人格权是私权神圣原则的核心内容，肯定了人权相对于神权、王权与他人的主体地位。“从身份到契约”是近代社会转型的经典命题，如果从私权保护、从独立的私法人格缔造这一角度出发，这一命题也可表述为“从关系到人格”。缺乏财产权保障的人格权，是虚

[21] 一般认为，私权神圣原则在各国立法上的体现主要包括：《法国民法典》第 545 条；《日本宪法》第 29 条；《美国宪法》第 5 条修正案；《意大利民法典》第 834、835 条等。

[22] 张俊浩主编：《民法基本原理（上）》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 28 页。

[23] 梁慧星：《民法总论》，法律出版社 2001 年版，第 76 页。

[24] 谢怀斌：《外国商法精要》，法律出版社 2006 年版，第 9 页。

[25] [德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》，第 48 - 49 页。

[26] 王泽鉴：《民法总论》，中国政法大学 2001 年版，第 35 页，第 36 页。

[27] 张俊浩主编：《民法基本原理（上）》，第 29 页。

[28] 王泽鉴：《民法总论》，第 35 - 36 页。

伪的人格权,财产权因此成为私权神圣原则保护的重点。而在财产权体系中,私人所有权是基础,因此近代社会背景下,私权神圣原则突出表现为财产权神圣原则,而且是私人所有权神圣原则的存在。在当代中国社会背景下,应在弘扬私权神圣原则的语境下来提倡对私人财产权的保护,因为在跨文化的私法移植过程中,一般的、普遍的私权观念更为基本,缺乏私权观念、私法意识支撑的私人财产权保护,其行不远。

(三)个人责任原则

私法肯定个人意思自治系私法理想,因为“人是自身目的”、人具有“理性”和“自由意志”两种“神圣的东西”。^[29] 而人既然是“自身目的”,个人事务就应交给个人自决、自理,但个人亦须自负后果——这即是“个人责任原则”,包含两个内容:一是自己责任原则,二是过错责任原则。

“自己责任原则”,即个人只对自己的行为负责,且必须对自己的行为负责。第一,根据意思自治原理,个人行为是个人意思之外化,相应结果系个人理性的选择,而个人选择其行为亦应担负其行为结果,符合正义概念;第二,个人仅对自己的行为负责,他人行为后果须由他人担负,不可替代、不可连坐;^[30] 第三,自己责任原则存在不同体现形式,在侵权法上为过错责任原则的确立,在契约法上为契约应予遵守原则及债务不履行的责任。^[31] “过错责任原则”,也称“过失责任原则”,即个人对他人损害承担责任,须以自身具有过错为必要条件。这一原则,是自己责任原则的延伸和补充。首先,凡有损害发生,个人须自担后果;他人遭受损害,他人须自担其损失,这是自己责任的要求,“良好的政策应让损失停留于其所发生之处”;第二,但如果有“特别干预的理由”,个人须对他人损害承担责任;^[32] 第三,在民法基本原则层次,这一“特别干预的理由”,即是个人对他人损害的产生具有过错。

个人责任是意思自治原理的题中之义。私法追慕个人生活自治,尊重和肯定个人具有自由和理性能力,“作为对价,个人就过错行为承担责任,体现了对人的尊重”。^[33] 反过来,对个人的过错行为“课以责任,因此也就预设了人具有理性行动的能力,而课以责任的目的,则在于使他们的行动比在不负责任的情况下更具理性。它还预设了人具有某种最低限度的学习能力和预知能力,亦即他们会受其对自己行动的种种后果的引导”,^[34] 即个人之所以承担责任,即在于法律尊重理性个人的生活自治。

(四)人格平等原则

关于“个人意志自由”的三条原则,就“个人”论“个人”,为“个人自由”制度的构建奠定基础。从人格平等原则起,民法基本原则的演绎开始进入个人与他人的交往世界,即作为个人的“我”与作为交往对象的“你”的世界。在“我+你”这样“一对一”的二人世界里,有两条交往规则:一个是人格平等原则,另一个是诚实信用原则。^[35]

[29] [德]黑格尔:《历史哲学》,第73页。

[30] 张俊浩主编:《民法学原理(上)》,第33页。

[31] 王泽鉴:《民法总则》,第36页。

[32] 王泽鉴:《侵权行为法(第一册)》,中国政法大学出版社2001年版,第11页。

[33] 王泽鉴:《侵权行为法(第一册)》,第13页。

[34] [英]弗里德里希·F.哈耶克:《自由秩序原理(上册)》,邓正来译,三联书店1997年版,第90页。

[35] 从约束的关系类型看,诚实信用原则规制的对象系“一对一”的二人交往关系,限于“我+你”、“你+他(第三人)”和“我+他”的关系结构。但从该原则存在合理性角度分析,本文借鉴奥地利经济学派的观点,是从有关社会秩序维护、保障社会共存的角度来论证,即在私域(我+你+他)的关系框架下考察诚信原则的理论根基。

民法的理想世界,是自由人共同自由生活的世界;这个世界里,每个人都是自由的,每个自由人与其他自由人同享自由,每个自由人均承认他人与自己一样得享自由。可见,在自由人的私域社会里,“人格平等”是私域存在的基础性条件。在民法里,人格平等是“人类社会生活及每一个个别法律关系的基石”,它要求自由人之间须“相互肯定为同享权利与义务的主体”^[36]——这其实就是“人格平等”的基本涵义。需要进一步说明的是,这一“人格平等”,仅仅是“法律人格”平等;这一“法律人格”,是不考虑人之出身、教育、社会、经济等具体背景差异的“抽象人格”;而这一“抽象人格”,“可由自身意思自由地成为与自己有关的立法者”,其理想是一个“在理性、意思方面强而智的人的人像”^[37]——可见,人格平等原则之“人格”,首先是意思自治的“法律人格”;而得以意思自治的“法律人格”,是具备理性和自决之意思的、“强而智”的“法律人格”;而且,还是承认他人与自己同样具备法律人格的“法律人格”。

人之平等,是私法不灭的追求和向往。早在公元前五世纪,雅典执政官伯里克利就提出,“在公民私权方面,人人平等”。到了启蒙时代,这个口号成为反封建等级特权的战斗宣言,在资产阶级革命胜利以后,通过“法律面前人人平等”这一原则载入各国宪法。近代民法受启蒙思想影响,也宣示了人格平等原则。《法国民法典》首开先河,第 8 条规定:“一切法国人均享有民事权利”;其后,这一原则为各国民法所继承。^[38] 这里要指出,尽管人格平等原则为法律明文规定,已时间久远,但真正的人人得享平等法律人格,则是近代以后的事。在古代罗马,因承认奴隶制度而区分人格等级,因此不存在普遍的法律人格平等;在欧洲中世纪,人格平等也只在少数特权阶层存在;直到近代,资产阶级革命废除封建奴役和教会奴役,一切人得享平等法律人格渐渐成为现实。

(五) 诚实信用原则

在“我+你”的世界里,诚实信用是两个自由人交往的第二条规则。它包含两个内容:诚实原则,即对待他人诚实不欺;信用原则,即承诺必须遵守。一般认为,诚实信用观念起源于罗马法,《法学阶梯》第 1 卷第 3 条写道:“诚实生活、不犯他人、各得其所”。但其成为一条民法基本原则,则始于 1907 年《瑞士民法典》,并在其后一些国家的民事立法中,其基本原则的地位得到进一步确认。^[39]

诚实信用原则是一条民法基本原则,这是学界定论;诚实信用一直是民法体系的一项基本原则,这是本文要特别强调的观点。

第一,诚实信用不仅仅是一个道德律令,它是个人与他人交往的必要准则,是自由人共同体得以存在的必要条件。这正如雅赛所言:“说话的意义在于向另一个人传达信息。说谎也许可以满足说谎者的特殊需要,但是如果大家都说谎,说话的意义也就被消除了,因为

[36] 王泽鉴:《民法总则》,第 35 页。

[37] [日]星野英一:《私法中的人——以财产法为中心》,王闯译,载梁慧星主编:《为权利而斗争》,中国法制出版社 2002 年版,第 331-332 页。

[38] 如《德国民法典》、1907 年《瑞士民法典》第 11 条、1947 年经修正的《日本民法》第 1 条第 2 款和我国《民法通则》第 3 条。

[39] 诚信原则的法律渊源,一般认为包括 1907 年《瑞士民法典》第 2 条第 1 款、我国台湾地区“民法典”第 148 条第 2 款和我国《民法总则》第 4 条、《合同法》第 6 条、《担保法》第 3 条、《日本民法典》第 2 条第 1 款、《韩国民法典》第 2 条第 2 款。在德国和法国的民法中,诚实信用为契约法的基本原则:《德国民法典》第 157 条和第 242 条,《法国民法典》第 1134 条第 3 款。

没有任何人还相信所传达的东西。同样,承诺的意义在于使一个人对一个行动的义务让另一个人觉得可以信赖。违背承诺也许对违约者有利,但是如果大家都违背承诺,承诺就没有任何意义了”^[40]——如果说话和承诺都失去了意义,则个人与他人的交往就失去预期,社会也失去存在的根基。所以,诚实信用原则是一个社会得以存在的必要条件,它自然也是民法体系的构成性原则。

第二,诚实信用原则一直就是民法基本原则之一,因为诚实信用原则内生于以意思自治为基本原理的民法制度体系。这一点还可借用雅赛的话来解释:“如果没有对法律的尊重,法律也是可能和可行的;没有对所承诺的道德约束力量的信念和关于违约可耻的信念,契约也是可能的和可行的,那样法律和契约的生存就是以强制性的制度安排为条件的,而强制性的制度安排最终是与一个自由主义秩序不相容的”^[41]——民法秩序显然是自由主义秩序,所以,诚实信用原则是意思自治原理的题中之义,符合私法内在逻辑,通过意思自治推演民法基本原则体系会自然导出诚实信用原则。

上述观点会引起两个质疑:第一,既然诚实信用原则一直是民法基本原则体系的重要内容,那么,为何传统学理上的“民法三大原则”一说并没有提到它?第二,既然诚实信用原则一直存在,为什么直到1907年《瑞士民法典》才通过立法确认其基本原则地位?对这两个问题应这样理解:

首先,传统民法的“三大原则”一说并不是体系化的理论,其宣示性价值大于其对民法制度进行具体构建和阐释的技术性价值。但传统“民法三大原则”是民法基本原则体系的核心,它们从正面积极确认意思自治这一私法理想,这“三大原则”可以视为民法基本原则体系化的历史起点和逻辑起点,是民法基本原则体系的胚胎和模型。对于本文,它正是民法基本原则理论建构的最初“入门向导”。

其次,诚实信用原则是一直都存在的,这在逻辑上具有必然性;直到1907年才在《瑞士民法典》里首次亮相,这个事件需要重新解读,这只能理解为是当时社会的特定语境使然:诚实信用原则只是民法对当时及其后种种社会危机的一种制度因应措施,诚实信用原则不过是从“隐而不宣”的存在中渐次显露而走到前台。这里所谓的“种种社会危机”,可以概括为近代社会之“现代性危机”;民法因之而生的制度因应,即所谓“近代民法发生后现代转向”而表现出的种种变化。

第三,理论对实践的理解、阐释都是历史的、流动的、开放的,理论应该具备“向上的兼容性、时代的融涵性和逻辑的展开性”。^[42]法律基本原则其实是一种法律技术手段,一国是否确认一项法律规则为原则、何时确认其法律规则,这具有历史的偶然性,它取决于社会现实需要、取决于既有法律技术手段是否充足及其充足程度、取决于当时的主流理论认识等因素。因此,“民法三大原则”学说里并没有诚实信用原则,《瑞士民法典》第一次通过成文法典确认诚实信用是基本原则,即使这两点是事实,也不能构成对“民法基本原则体系一直包含诚实信用原则”这一命题的否定;恰恰相反,我们通过“民法基本原则体系一直包含诚实信用原则”这一观点,却可以重新省视、修正传统“民法三大原则”一说,可以重新思考《瑞士

[40] [英]安东尼·德·雅赛:《重申自由主义》,第87页。

[41] [英]安东尼·德·雅赛:《重申自由主义》,第84-85页。

[42] 孙正聿:《哲学导论》,第74页。

民法典》及其后民事立法中,诚实信用原则之所以价值凸显的背景、根由和意义。其实,借助更宽广的历史视域来重构诚信原则的当下意义,这正是理论“向上的包容性”这一特征的表现和要求。

(六)公共秩序和善良风俗原则

人格平等和诚实信用两条原则是“我+你”这个二人世界的交往规则,到了公序良俗原则,就进入了公共领域,在“我+你”框架下,加入了“他/她”——不特定之任意第三人——“我+你+他/她=我们”——一个自由人生活、交往的领域,即所谓“私域自治”之“私域”。

公序良俗原则,即个人得享意思自治、自主生活,须以尊重公共秩序与善良风俗为前提。它包含公共秩序原则与善良风俗原则两项内容,二者虽然都在“公序良俗原则”名下,但各自地位应均与其他民法基本原则等同。而且,在民法基本原则即民法体系之构成性原则、框架性原则——这一观点下,二者各有功用,价值殊巨。

先说公序良俗原则,即“公共秩序原则”和“善良风俗原则”的共有特征。有两点:

第一,“公共秩序”与“善良风俗”都是对意思自治的制约。二者的界定及区分,通过简单的语义分析、比较法研究无法获知,而应当“从私法内部去观察”、必须从意思自治原理出发才能界定其内涵、内容。明白这一点很重要,公序良俗原则为一般的、抽象的法律条款,有学者谓之“透明条款”,有些道理;但进一步谓之“帝王条款”、“空白条款”、谓之法官自由裁量权的“授权书”,却失之准确,铸成大错了。公序良俗原则须就意思自治原理方可获得理解,因此,与“意思自治”比较,其为“臣下”,后者才是“帝王”。

第二,根据意思自治原理,在民法内,对个人自由的限制越少越好,其限制仅以满足私域共存为必要;而民法基本原则研究的核心任务,即为实现个人自由的最大化,应在民法基本原则层面,尽可能把不必要的、非为意思自治原理内在逻辑所需求的公权介入清除出去。而公序良俗原则,是对意思自治最大的威胁,因此应在法律技术层面,对旨在限制意思自治的公序良俗原则也施加限制。通过对“公序良俗原则”的具体化有助于达到这一目的,具体限制方法有二:(1)对公序良俗的内容,必须具体化、定型化,学理、法律及相应司法实践须尽可能详尽罗列其具体内容,从而减少将公序良俗原则作为一般性条款予以适用的空间;(2)对公序良俗原则的内涵、内容、功能及适用课以特殊要求,即须从私法内部的视角去解释和适用,须就意思自治原理的观照来解释和适用。

私法中的“公共秩序原则”,规定了一个作为“私域”的共同体得以存在的最基本条件和最低要求。“公共秩序”所涵盖之内容,系“公法”与“私法”交接的灰色地带,^[43]但“公共秩序原则”规定之内容,本质上属于私法调整的领域,这一领域的特殊之处仅仅在于:这是一个“灰色地带”,具有模糊性,而且看似“两可”,因此,对其识别和界定,须结合个案予以特殊考察、考量。“公共秩序原则”积极地表明,个人自由须受有关“公共秩序”这一强行性规范的制约;但其内容的确定方式,却是消极的,即须从私法视角、须“从私法内部去观察”、须结合意思自治原理,来具体考察涉及“公共秩序原则”的事项——是否对“意思自治”构成不当干预、是否逾越“私域”得以存在所必须之最低条件。因此,“公共秩序原则”的适用,是一项

[43] 这里不可避免会涉及“社会法”的概念。笔者认为,目前的“社会法”概念只是一个贴了“社会法”标签的筐,筐里装的只是那些“公法、私法”理论没有解决的问题。但贴了这个标签,问题也没有解决。如果对公法、私法理论进行重新阐释,就能够解决“社会法”理论所意图解决的问题。

技艺,是一套方法和程序。

“公共秩序原则”构成私法和公法之间的隔离带,但其属于私法的内容,因为其蕴含的理念和精神属于私法的。虽然,目前学界对“公共秩序原则”与“公法”概念的界定几近一致,但二者实则分明:(1)公法对于私法而言,是异质的,而“公共秩序原则”之精神、意蕴、内容与私法同质;(2)“公共秩序原则”体现了一个自由人的共同体、一个私域社会得以存在的最基本条件,其内容受意思自治原理制约,无关共同体内部每一成员的意志;但在“公法”,本质上是自由人联合的事业,应视为社会成员共同意志的表达,是社会成员的“公共选择”之产品、结果;(3)基于“公共秩序原则”对意思自治的限制,意在“恢复”和“矫正”,其限制是消极的,其考察视角是私法的,性质属于“矫正正义”;但公法对意思自治的限制,源自集体选择,其限制是积极的,其考察视角则是公法的,性质则属于“分配正义”。

再说善良风俗原则,也有两点需要特别说明:

第一,“意思自治”须接受善良风俗的限制,这符合、至少不违背“意思自治原理”的要求。根据自由主义理论的观点,一个风俗得为风俗,须为社会所共知——或者,至少这一社会之成员可以善意推知——因此,风俗系共同体内部成员之间的“非正式的无言的契约”。^[44] 这些“非正式的无言的契约”具有“最终自我强制执行”的特性:遵守某一风俗比违背它更容易,促使人遵守规则的力量超过违反规则的力量,因此每个人都遵守风俗、习惯,风俗、习惯得以自我强制执行。^[45] 这种风俗、习惯“自我强制执行”的力量如此强大,以至于每一社会成员对其遵守已成习惯本能,因此,遵守风俗习惯不可能违背个人自治意思,因为个人甚至于无法对风俗习惯之内容产生自治之“意识”、“意思”。由是推之,遵守风俗习惯与奉行意思自治兼容不悖。善良风俗须得到弘扬,它是社会的黏合剂,它的存在有助于增进个人对自身事务安排的理性预期。因此,自由人共同生活的私域,需要风俗和习惯的支撑;风俗和习惯,是私域内自治个人缔结的“无言契约”。

对于习俗,“明白事理的人在大多数情况下执行其主要规定,偶尔也有违反的行为。只有不明事理的人才在大多数情况下违反规定”。^[46] 因此,如果公权欲对违背风俗的行为予以矫正,需综合考虑如下因素:(1)只能矫正恶意违反风俗者,即违反者应是“明白事理的人”,而非“不明事理的人”;(2)致他人合法权益遭受损害,是违反习俗者承担责任的法律要件之一;(3)风俗须为“善良风俗”,“善良风俗”因时因地而异,最难把握,其内容应予具体化、类型化,其判断应综合衡量各民法基本原则的具体内容,综合衡量民法所保障之各种利益关系权重;(4)最为重要的,对善良风俗原则的解释方法,也应从私法内部的视角并就意思自治原理的框架来考察。

第二,中国当下处于私法移植进程之中,要重视、发挥“善良风俗原则”在沟通异质文化方面具有的功能。民法是西方文化的产物,作为一种“地方性的知识”,其与我国固有文化传统多有差异、冲突和亟待协调之处。我们的民法移植,不是对我国既有风俗、习惯的全盘否定,二者之间须留有沟通的渠道、对流的接口。在技术层面,善良风俗原则应该、也能够成为沟通东西方文化、连接两种私法文明的制度设计。事实上也是如此,善良风俗原则的功能

[44] [英]安东尼·德·雅赛:《重申自由主义》,第100页。

[45] 详细论证参考“雪中的路”的经济学解释,参见[英]安东尼·德·雅赛:《重申自由主义》,第103-104页。

[46] [英]安东尼·德·雅赛:《重申自由主义》,第100页,第105页。

就体现在“对习惯的调控”上：“在民法中，习惯要上升为习惯法，一个基本的条件就是不能违背公序良俗原则。这有力地遏制了不符合社会发展进步的习惯无限制地进入到民法中，为习惯法提供了过滤器，同时又为有益于社会的习惯进入到民法中提供了通道”。^[47] 对公序良俗原则的判断标准，虽然有地域取向标准、时间取向标准之分，但两种观点都认为，要判断个体行为是否违背公序良俗，须结合特定时空之人文背景、社会条件与主流伦理标准，^[48] 就事论事——这实际上也是将公序良俗原则的考察，奠基在成文法与社会既有习俗的协调上面，这些观点无疑都是合理的。

四 结 论

（一）发生角度的定义

回到最初的提问：什么是“民法基本原则”？——如果从发生角度进行定义，则“民法基本原则”就是通过对“意思自治”进行逻辑演绎而形成的原则体系。由于本文将“意思自治原理”视为演绎推理的大前提，它包含两个假设：第一个假设，如果民法是一个可以借助演绎逻辑推导而获得的规范体系，则意思自治就是推演民法规范体系的逻辑大前提；第二个假设，如果民法学理论是由一系列假设、命题和定理构成的逻辑体系，则意思自治构成民法学理论体系的初始假设和逻辑大前提。所以，将“民法基本原则”视为“意思自治”通过逻辑推演而形成的原则体系，就有了两层涵义：第一，在民法规范形态上，民法基本原则体系是通过推演“意思自治”这一私法理想，而获取的抽象的、一般的法律原则体系；第二，在民法学理论形态上，民法基本原则是通过“意思自治”这一民法学第一公理预设推演出来的，是构成民法学理论体系核心框架的若干假设、定理、原则、命题，而民法基本原则体系就是基于意思自治原理而展开的公理化命题系统。

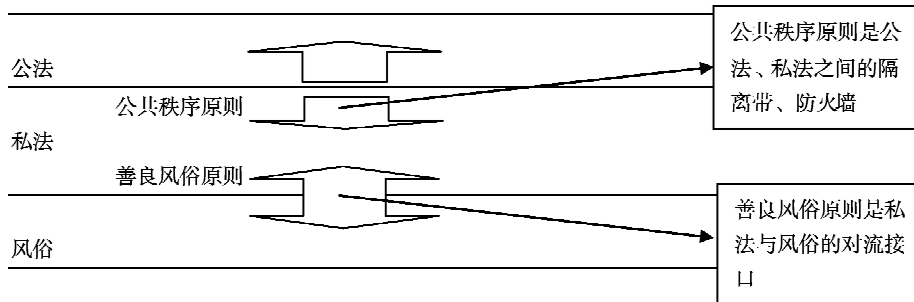
进一步解释“民法基本原则”的外延：在规范形态上，包括意思自治、私权神圣、个人责任、人格平等、诚实信用和公序良俗六项具体基本原则；在理论形态上，包括意思自治、私权神圣、个人责任、人格平等、诚实信用和公序良俗六项命题、定理、假设、原则。这六项具体原则之间，存在秩序、位次和价值权重的差异：第一，民法是使每个人“成为一个人，并尊敬他人”的规范体系，“意思自治原理”蕴含个人自由与私域共存双重价值，包含“个人自由”和“私域共存”两个原则体系。第二，意思自治和私权神圣是民法基本原则体系中的“帝王条款”、民法学理的核心假设。二者的排序是形式上的，实际上，借助“权利”概念的构造，二者互为表里、一体两面：私权神圣之“私权”，即法律保障之自由；法律保障个人的意思自治，不过赋予个人之行为空间以权利外衣。第三，接下来，是个人责任原则。自由为理性个体之自由，意思自治以意思能力之具备为前提；法律肯定个人的自由意志，个人因此得自主行为，但个人亦应自担后果，这是意思自治的题中之义。意思自治、私权神圣和个人责任这三条原则，缔造出民法关于个人自由的制度建构。第四，人是社会动物，因此必与他人交往。作为交往对象的，是“你”——“我”的交往相对人，在“我+你”这个“私域”之世界，“我”与“你”须同享自由，须互相尊重对方也作为自由人之存在与尊严，因此产生“人格平等原则”。第

[47] 梁慧星主编：《中国民法典草案建议稿附理由（总则编）》，法律出版社 2004 年版，第 13 页。

[48] 董学立：《民法基本原则研究——在民法理念与民法规范之间》，法律出版社 2011 年版，第 164 - 168 页。

五,“我+你”的交往,还须互相负担“诚实信用”的义务,诚实信用原则是私域共存的基本条件,系“私域”之构成性原则。第六,个人得享意思自治的“私域”世界,即是“我+你+他/她=我们”——一个自由人生活、交往的社会领域。为保障个人自由与私域共存,个人须遵守“公序良俗”——公共秩序原则,是自治之“私域”得以存在的最低要求、最基本条件的法律表达;而遵守善良风俗,不但为私域自治所必需,同时有醇化文化、沟通文化的意味。

这六条原则的层次、位序和结构,可以从公法、私法、习惯法和社会风俗之间的关系上考察(如图二),它能表明公法、私法、社会习俗之间的界分以及“公共秩序原则”的位置和价值;在私法体系内,公共秩序原则构成私法与公法的隔离带、防火墙;而善良风俗原则是习惯、风俗纳入私法体系的通道,东西私法文化对流的接口;以民法基本原则体系为核心架构的私法,具有自然法的根基、符合自然法的精神和理念;风俗、习惯是私法之外的社会规范手段,体现中国本土文化的习俗、习惯与代表西方文化的民法规范之间,文化的沟通、整合和重塑是中国民法研究的一个重点;私法的“意思自治原理”,实际上对“国家”、“国家治理”都有特定理解,并部分地体现在“公法”的私法理解方式上面,体现在“遵守法律”、“遵守制定法”的私法理解上。



图二 公法、私法、习惯法、社会风俗和公序良俗原则的关系

(二) 功用角度的定义

从功用角度定义,民法基本原则是私法之理想“人格体”的构造原则。

“人格体”是“人”的法学成像。民法把“人”变成民法上的“人格体”,^[49]因此,“人格体”的图释须借助民法规范、民法学语言;“人格体”是社会的存在,因此“人格体”的图释,须“通过其与其他人的关系即其角色来确定”。^[50]根据这两项标准,可以认为:民法基本原则就是民法上人的“人格体”的素描线条,它勾勒出民法上“人格体”的轮廓、骨骼和基本框架。

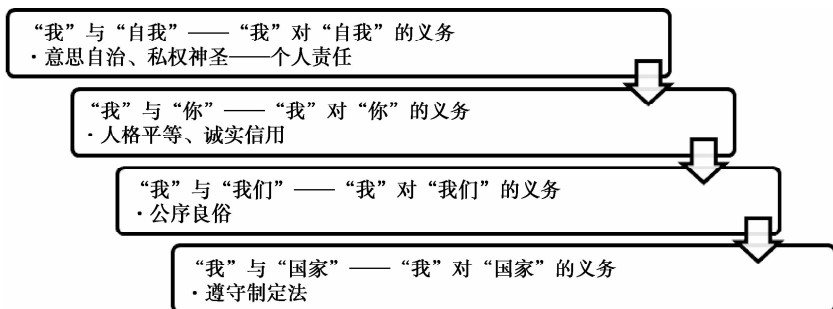
首先,“民法基本原则”是民法规范体系的构成内容,其本质系一般的抽象规范;而民法基本原则又是民法学的表述语言,其构成民法学理论的核心假设和命题。因此,界定民法基本原则为民法上“人格体”的构造原则,这满足民法上“人格体”构造须借助民法规范、民法学语言的要求。

其次,民法基本原则的六条内容,其层次、位序和结构可以从个人对自我、他人、社会和国家所担负的伦理义务角度考察,它能反映出,一个个人欲实现意思自治,在处理与自我、他

[49] [德]京特·雅科布斯:《规范·人格体·社会——法哲学前思》,冯军译,法律出版社2001年版,“译者后记”,第132页。

[50] “规范”、“人格体”和“社会”互为前提,关于三者关系详细论述,参考[德]京特·雅科布斯:《规范·人格体·社会——法哲学前思》。

人、社会和国家的关系上,各种权利主张和义务负担的来源、层次与结构(见图三):



图三 个人对自我、他人、社会、国家的义务

因此,将民法基本原则视为民法上“人格体”的构造原则,满足“人格体是通过其与其他人的关系即其角色来确定”^[51]这一要求。但民法把“人”变成民法上的“人格体”,是整个民法规范体系的任务,就民法基本原则而论,它只是对民法上“人格体”的粗线条素描,民法基本原则把握民法上“人格体”的精神和意蕴,勾勒出民法上“人格体”的轮廓、骨骼和基本框架。

将民法基本原则概括为人格体构建原则,有如下要点:

第一,民法奉行意思自治,民法借助“权利”概念的构造,将“人”、“权利主体”和“权利能力”三者等同视之,^[52]因而“人”的私法画像——即私法上的“人格体”,是全部民事权利及其约束的抽象集合体。因此,民法崇尚意思自治,不用宣言、口号去呼唤自由,而是通过“权利”概念为个人行为自由划出疆域、缔造空间,通过对限制和约束“权利”之因素的界定、清理,为个人自由设定防护栏、隔离带、防火墙——在这里,“权利”的界定主要借助意思自治和私权神圣两条原则,而疆域划分和地界隔离,则是人格平等、诚实信用和公序良俗三原则的任务。还要看到,在“权利”话语中,“私法规范”、“私法人格体”和“私域之社会”互为前提,所以在私法学话语中的“私法自治”、“意思自治”和“私域自治”虽言及不同,但所言者同一。

第二,“权利”概念为个人界定群己权界,民法上的“人格体”又是一个抽象的、各种民事权利的集合体,也就是一个人受到法律保护的、各种行为的全部可能性集合。那么,民法基本原则作为“人格体”的构造原则,实际上也是“人格体”之自由行为空间的构造原则。这意味着,用民法基本原则体系来解释民事法律行为制度,是应当的、必要的、可能的。因此,所谓的民法基本原则,实际上也是民事法律行为制度的构造性原则。

第三,民法基本原则是私法上的“人格体”的缔造原则。对此,可以进一步从多角度对其功能作出展开探讨:(1)从立法角度来看,“民法基本原则”是建构整个民法制度的构成性原则、框架性原则。“意思自治”是支撑和搭建整个民法体系的地基,民法基本原则就是支柱、栋梁。民法基本原则向上承接民法价值体系,向下链接民法制度体系,承上启下,使得民法规范体系建构上下勾连,经纬纵横,具备了体系化的可能。(2)从司法角度来看,民法基本原则是民法适用的重要工具。在法的“功能——结构”模式下,凡遇有成文法律规范存在

[51] [德]京特·雅科布斯:《规范·人格体·社会——法哲学前思》,第30页。

[52] 王泽鉴:《民法总则》,第35页。

漏洞、空白、矛盾之处,必然求助于上位法律概念,在这种情况下,民法基本原则的确表现了“克服成文法局限性”的功能,但民法基本原则之所以具有克服成文法局限性的功能,概因民法基本原则本质上是民法制度之构成性原则的缘故;(3)从学理角度来看,民法基本原则体系构成民法学理论体系核心框架,是基于意思自治原理而展开的公理化命题系统,因此,民法基本原则是我们理解民法的基本路径,是步入民法帝国的入门向导,它既是我们解释民法规范及其知识体系的重要依据,也构成我们评价私法理论实践和制度实践的可靠标尺。(4)对于常人而言,民法基本原则表述简洁、直白、自明,容易为人所理解、接受,容易激发人的道德共鸣,从而能够指引人的日常交往与生活。又由于民法基本原则植根私法文化,从这个角度看,宣扬民法基本原则,就有了普及私法文化,弘扬私法精神的启蒙价值和意义了。

总之,民法基本原则是意思自治在民法规范体系、民法学理论体系里的延伸和具体化,民法基本原则问题实际上是民法体系和民法学理论的构造问题。

[Abstract] How to interpret the fundamental principles of Civil Law is a matter of how to construct China's civil law system and also its civil law theory. The existed literature defines "the fundamental principles of civil law" only by its functions and constructs the theoretical system just by using the inductive logic, and all the findings vary in form but are alike in essence. To advance the research on this subject needs fresh approaches and perspectives. Considering China's unique legal context, the paper points out that the fundamental principles of civil law should be deduced from the basic idea of personal autonomy of civil law. From a functional perspective, the fundamental principles of civil law sketch the spirit and contours of the persona in civil law's context. The fundamental principles of civil law include the principle of inviolability of private rights, the principle of equality of personality, the principle of self-liability, the principle of good faith and that of public order and good custom and these principles could be identified, explained and defined by deductive reasoning of the personal autonomy.

(责任编辑:姚佳)