

# “公序良俗”起源考<sup>\*</sup>

何勤华<sup>\*\*</sup> 袁晨风<sup>\*\*\*</sup>

**摘要：**公序良俗原则被称为现代民法至高无上的基本原则之一，它构建了一座融汇、沟通人类道德和法律的重要桥梁。根据传统观点，“公序良俗”发端于古罗马法。而事实上，在人类早期法治文明中，体现“公序良俗”的法律精神与相关法律规范即已存在，并较多地体现于借贷契约、利息限制与婚姻家庭法律规范之中。从人类历史早期的美索不达米亚与埃及文明为起点，遍历罗马法、教会法及日耳曼法，直至近代的大陆法系与英美法系，通过剖析它们的“公序良俗”精神及规定，探究“公序良俗”的起源与诞生史话。

**关键词：**公序良俗；起源；“非常损失”规则；暴利行为；公共政策

DOI:10.13519/b.cnki.nulr.2022.04.007

酝酿已久的《中华人民共和国民法典》(以下称《民法典》)终于得以颁行实施,在其中的第四条至第十条,平等、自愿、公平、诚信、守法、绿色和公序良俗等民法基本原则渐次排列,充当着《民法典》总则部分的“先锋军”。诚如学者所言,“把民法建立在不多几条根本原则和基本概念的基础之上”是民法法典化思潮的重要表现形式之一。<sup>[1]</sup>在诸多基本原则之中,公序良俗原则被称为“现代民法至高无上的基本原则之一”,甚至被认为是与诚实信用原则并称的“唯二”的民法基本原则。<sup>[2]</sup>

国内学界在近些年关于公序良俗原则的研究,具有代表性的作品主要有两部专著与一篇博士论文:第一部著作是于飞所著的《公序良俗原则研究——以基本原则的具体化为中心》一书,该书全面地研究了公序良俗原则。从“公序良俗”概念的含义、其缘起与发展的过程及相关基本理论问题的“一般论”为端,阐释了以公序良俗原则为例的基本原则具体化的“方法论”,最后探讨了公序良俗原则具体的“适用论”。<sup>[3]</sup>第二部著作是赵万一所著的《公序良俗

\* 本文系国家社会科学基金重大委托项目“中华法系与中华法律文化问题研究”(项目编号:20@ZH038)的阶段性成果。

\*\* 华东政法大学法律文明史研究院教授。

\*\*\* 北京大学法学院,博士研究生。

[1] [美] 克劳斯·威廉·卡纳里斯:《欧洲大陆民法典的典型特征》,郑冲译,载孙宪忠主编:《制定科学的民法典——中德民法典立法研讨会文集》,法律出版社2003年版,第44页。

[2] 参见李双元、温世扬主编:《比较民法学》,武汉大学出版社1998年版,第70页。

[3] 参见于飞:《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。

问题的民法解读》，主要从民法的基础理论与法律应用两个层面解读公序良俗。<sup>[4]</sup>此外，就是湖南师范大学杨德群博士的论文，论文中有专章概述“公序良俗”的流变，但其目的最终在于考察“公序良俗”原则在不同法律领域的具体适用问题。<sup>[5]</sup>除此之外，关于公序良俗原则的研究，主要涵盖在其他若干论题及领域之中。<sup>[6]</sup>

综上所述，学界对于公序良俗原则的大多数研究均是立足于立法需要、司法实践的需要或具体民商法上之法理问题而展开，而对于“公序良俗”原则或规定的法律史意义上的考察与溯源却较少，至多只是简单地在文章中提及公序良俗原则的起源并将历史上的部分立法例予以展示。<sup>[7]</sup>不过可喜的是，公序良俗原则的历史演进在于飞和赵万一的专著以及杨德群的博士论文中已经作出相对完整的梳理。本文力图在前人的基础上，运用法律史的研究方法，使公序良俗原则的形成与发展的历史脉络能够更加清晰、准确地展现，并希冀这篇文章最终能够为中国公序良俗原则的发展，乃至中国整个民法基本原则体系的进步提供帮助。

## 一、人类早期法治文明中的“公序良俗”规定

人类早期还不存在现代意义上的“法治国家”，也并未形成系统严密的法律规范和法律概念体系，更不存在“公序良俗”这一法律术语。但如学者所言，法律文明是人类文明中与法律相关的各项元素的总和，其中包括自古代以来人类文明中的法律意识、思想、规范及法律遗存等。<sup>[8]</sup>由公共社会秩序与善良风俗构成的“公序良俗”不是一日而成，它与人类社会文明的成长历程存在千丝万缕的关系，并从不同时期的法律文明的遗存中厚积薄发。“公序良俗”从人类早期发端并贯穿于人类法治文明的发展历程，其经历了从基于宗教伦理及道德风尚的经验性粗放式立法，走向近现代注重逻辑性、概念性与抽象性的精密式立法的历史发展过程。因此，我们有必要首先探析人类早期文明中所遗存的“公序良俗”规定，它们体现在人类早期文明对伦理、道德、宗教、神灵、律法之杂糅体的信仰与敬畏之中。<sup>[9]</sup>

古老的美索不达米亚文明是人类早期以法治著称的文明，这一时期宗教、道德与法律呈

[4] 参见赵万一：《公序良俗问题的民法解读》，法律出版社2007年版。

[5] 参见杨德群：《公序良俗原则比较研究》，湖南师范大学2014年博士学位论文。

[6] 如公序良俗原则与其他民法原则的比较研究，参见王利明：《论公序良俗原则与诚实信用原则的界分》，载《江汉论坛》2019年第3期；如公序良俗原则的法理分析与研究，参见陈林林、严崑：《公序良俗的法理分析：性质、类型与适用》，载《南京社会科学》2021年第2期；郭剑平：《关于我国公序良俗原则司法适用的法理思考》，载《河南社会科学》2020年第9期；如公序良俗原则在具体民事诉讼案例中的适用问题，参见张雯、颜君：《“暗刷流量”合同违背社会公序良俗应属无效——常某某诉许某马某某网络服务合同案》，载《法律适用》2020年第16期；公序良俗原则在其他部门法领域的适用可能性问题，参见刘艳红：《公私法一体化视野下公序良俗原则的刑法适用》，载《现代法学》2020年第4期；公序良俗原则在我国台湾地区的适用情况，参见薛永慧：《公序良俗原则在台湾法院认可大陆法院判决实务中的适用》，载《台湾研究集刊》2020年第3期。

[7] 参见谢晖：《论“可以适用习惯”“不得违背公序良俗”》，载《浙江社会科学》2019年第7期；戴孟勇：《法律行为与公序良俗》，载《法学家》2020年第1期。

[8] 参见何勤华等：《法律文明的起源》，载何勤华主编：《法律文明史》（第1卷），商务印书馆2019年版，第30页。

[9] 如学者所言，“公序良俗”问题自国家与社会起源时就已经受到统治者的重视，它主要表现在政治制度安全中的社会利益（国家政治秩序）、家庭制度安全中的社会利益（家庭关系秩序）与一般道德原则中的社会利益（善良道德秩序）这三个方面。同前注[4]，赵万一：《公序良俗问题的民法解读》，第27页。

现相互紧密纠缠的状态,许多谕令和法令的内容都体现了对国家秩序与善良风俗的重视与维护。在其古老的乌鲁卡基那(Urukagina)铭文中,就已经开始强调“以神宁吉尔苏的名义保护‘幼子和寡妇免受强人压迫’,债务契约被废止”的宗旨与精神。<sup>[10]</sup>在公元前2095年,由乌尔第三王朝君主乌尔纳姆(Ur-Nammu,前2112—前2095)之子舒尔吉国王(Shulgi,前2094—前2047)<sup>[11]</sup>颁布的《乌尔纳姆法典》的序言之中即写道:法律应该公平与诚实,应该在其管辖的土地上建立公正秩序,驱散诅咒、暴力和纷争,并希望孤儿不被富人所奴役,寡妇不被权贵所玩弄,穷人也不必向富人卑躬屈膝等。<sup>[12]</sup>与《乌尔纳姆法典》类似,在《汉穆拉比法典》的序言中,汉穆拉比提出制定法律的目的是:“令公义彰显于大地,使奸恶尽除,强不凌弱,(让我)如沙马什(Shamash)般升起临于黔首,光耀天下。”<sup>[13]</sup>由于存在民刑合一以及宗教、道德、法律杂糅的特点,《汉穆拉比法典》中多处都体现了对社会公共秩序、善良风俗及优良道德的维护。在债务方面,由于高利贷对社会经济发展与秩序稳定造成了严重侵蚀,历代国王及政府都对高利贷进行严厉打击,确保债务人的根本法律权益。<sup>[14]</sup>根据法典,与塔木卡(Tamkārūm)签订借贷契约后,若不能以足额银币偿还,可以谷物代偿,但利息不能超过国王颁布条例所规定的利率,否则将被全部罚没。<sup>[15]</sup>此外,法典第128—132条规定了法律对于同居、通奸和强奸的规定;<sup>[16]</sup>法典第148—149条规定了丈夫对患病妻子的照顾及离婚赔偿义务;<sup>[17]</sup>第153—164条规定了对各种违背人伦的行为之惩罚等。<sup>[18]</sup>此外,据学者们的研究,在巴比伦时期,也存在与罗马法上的“非常损失规则”或中世纪的“公平价格”理论类似的法律规范。如《汉穆拉比法典》第108条规定:“如果卖酒人不接受谷物而接受银币,致酒价低于谷价者,应行检举,投入水中。”<sup>[19]</sup>尽管该时期的法典中充斥着诸如宗教的神秘性、原始刑罚的残酷性、同态复仇的落后性与身份的不平等性等因素,但不可否认的是,这些规定都是为维护当时的文明秩序与社会风俗习惯而服务的。

同样地,古埃及法在很大程度上也是经验式的概括,并未产生罗马法上的那些特定的法律概念与术语。<sup>[20]</sup>古埃及法亦与宗教和道德关系密切,体现了对人类社会中正义与秩序的

[10] 参见[俄]维克多·V.瑞布里克:《世界古代文明史》,师学良、刘军等译,上海人民出版社2010年版,第62页。

[11] 传统观点认为是乌尔纳姆(Ur-Nammu),根据最新的考古资料显示,《乌尔纳姆法典》是由其子舒尔吉(Shulgi)制定并颁布的。同前注[8],何勤华等:《法律文明的起源》,第31页。

[12] Code of Ur-Nammu, [http://en.wikipedia.org/wiki/Code\\_of\\_Ur-Nammu](http://en.wikipedia.org/wiki/Code_of_Ur-Nammu)(访问时间:2021年3月27日)。

[13] See M.E.J. Richardson, *Hammurabi's Laws: Text, Translation and Glossary*, London: Sheffield Academic Press, 2000, p.30—31.

[14] 参见魏琼:《契约文明起源考:以古代西亚为中心》,载《中国法学》2020年第3期,第90页;于殿利:《巴比伦法的人本观——一个关于人本主义思想起源的研究》,生活·读书·新知三联书店2011年版,第257—266页。

[15] Supra note[13], M.E.J. Richardson, p.71.

[16] Supra note[13], M.E.J. Richardson, p.81—82.

[17] Supra note[13], M.E.J. Richardson, p.87.

[18] Supra note[13], M.E.J. Richardson, p.89—93.

[19] Supra note[13], M.E.J. Richardson, p.75.

[20] See Jac Janseen, *Rules of Legal Proceeding in the Community of Necropolis Workmen at Deir el-Medina*, 32 *Bibliotheca Orientalis* 291, 1975, p.293.

追求与重视,这些本源性的法治价值与规范凝结着人类寻求公平正义的努力。<sup>[21]</sup> 在古埃及国王直接颁布法令,埃及的王权和“正义”“善良”“秩序”之间形成了一种水乳交融的关系。国王经常自称“正义的太阳”或“玛阿特”(Maat),如《对美里卡拉王的教谕》中所述,<sup>[22]</sup>他必须以象征着正义的“玛阿特”<sup>[23]</sup>为中心,在统治中贯彻社会秩序及正义。<sup>[24]</sup> 在以“玛阿特”为中心的秩序之下,古埃及人将法律、自然界、人们日常行为、内心世界及道德规则都囊括其中。<sup>[25]</sup> 井涛在其《古埃及法研究》中提道,古埃及人“对道德的认可胜于法律的尊严”。<sup>[26]</sup> 在古埃及的婚姻家庭法律规范中即体现若干“公序良俗”的规定:如男子在婚后厌恶妻子而离婚,应当返还聘礼的二分之一,并将婚姻存续期间获得的财产的三分之一给予女方。在希腊人统治时期,更是存在将所有嫁妆返还女方的婚姻协定;男子丧偶再婚时必须将财产的三分之二留给子女;在离婚时也有类似的财产分割要求以确保妻子和孩子的正常生活,并需要对造成离婚的过错进行认定;在对通奸和强奸等违背人伦行为的法律规制方面也异常严厉;在古埃及的法律中还存在如反对家庭暴力的重视家庭风气的规定。<sup>[27]</sup> 此外,如同《乌尔纳姆法典》和《汉穆拉比法典》一样,古埃及的法律也对高利贷与债务奴隶制度进行了法律上的限制。在古埃及第 24 王朝时期,统治者就制定了限制高利贷和债务奴役的法律。如法老博克霍里斯(Bocchoris)曾经立法,规定借贷契约所收回的利息不得超过本金的一倍,并且限制只能以财产代偿而不能以人身代偿,否则将使私人利益践踏于公共利益之上。<sup>[28]</sup>

可以看到,在以美索不达米亚与古埃及为代表的早期社会中,“公共秩序”与“善良风俗”已在国家统治及法律秩序中占有一席之地,它们均与当时各地区的宗教信仰、氏族规范和社会伦理紧密相关。这个时期,“公序良俗”规定主要呈现出几个特点:第一,它与宗教及王权联系紧密,国王作为神权与世俗权力的最高象征统御着“正义”“公平”与“善”等概念的确立与具体适用;第二,它们大多是对社会既存伦理道德秩序的法律确认,并主要分布于关于债权债务关系与婚姻家庭关系的法律规范之中;第三,它们主要是经验性与个案性的法律规范,并未形成“公序良俗”这一抽象的概念与逻辑体系;<sup>[29]</sup> 第四,由于民刑合一的影响,这些规定不仅仅局限于对民法中法律行为效力的评价体系之内,往往还带有严厉的原始酷刑。

[21] 何勤华:《中国古代法学的死亡与再生——关于中国法学近代化的一点思考》,载何勤华:《法律文化史谭》,商务印书馆 2004 年版,第 157 页。

[22] See R. O. Faulkner, *A Concise Dictionary of Middle Egyptian*, Oxford: Griffith Institute at the University Press, 1962, p.121.

[23] 玛阿特(Maat)是埃及的正义女神,她的像章被大法官佩戴在金色的衣领上。其在埃及语里的基本意义是“直”或“真”,引申为“正义”。

[24] Nili Shupakm, *A New Source for the Study of Judiciary and Law of Ancient Egypt: The Tale of the Eloquent Peasant*, 51 *Journal of Near Eastern Studies* 1, 1992, p.15.

[25] James H. Breasted, *The Development of Religion and Thought in Ancient Egypt*, Hodder & Stoughton, 1912, p.166.

[26] 参见井涛:《古埃及法研究》,于明补遗,商务印书馆 2015 年版,第 42 页。

[27] 同上注[26],井涛:《古埃及法研究》,第 130—135 页。

[28] 参见刘文鹏:《古代埃及史》,商务印书馆 2005 年版,第 572 页。

[29] 这在《法律文明的起源》中有较为详细的研究。同前注[8],何勤华等:《法律文明的起源》。

## 二、“雏形初诞”——罗马法中的“公序良俗”规定

恰如在研究人类文明与思想源泉时“言必称希腊”的说法,在研究私法的历史演进历程中,可以毫不夸张地主张“言必称罗马”。根据主流观点,“公序良俗”相关的多数法律概念与制度均缘起于罗马法,“公序良俗”在罗马法中已经具备雏形。自《十二铜表法》至《国法大全》,罗马法对民法理论与近现代各国的民事立法与司法等方面都产生了不同程度的影响,“世界上迄今还没有哪一个国家的法律能够比得上它”<sup>[30]</sup>。鉴于罗马法强烈的实践色彩,罗马法中并无现今民法上公序良俗的完整概念,但这恰好弥补了单纯热衷于抽象思考的“希腊式”思维。内秉于公序良俗的诸多价值理念已经在罗马法中有所体现。<sup>[31]</sup>根据优士丁尼(Iustinianus I, 482—565)的《国法大全》的内容记载,罗马法上的“公序良俗”规定主要体现在三个方面:第一,在罗马法的法治理念与精神中,已经体现了对“善良风俗”的重视;第二,在罗马法中存在诸多基于道德风俗和公共秩序的考量;第三,在罗马法的其他法律领域中(如婚姻法、亲属法、继承法)存在“公序良俗”规定。

### (一) 罗马法的精神——“公正与善良”

在罗马王政时期与共和国时期,道德观念在罗马人的日常生活中就已经占有重要的地位,诸多宗教方面的祭礼与自然形成的道德习惯经由公共政治权利予以保障,擢升至法律的维度,亦即构成罗马习惯法的重要来源。<sup>[32]</sup>这些习惯法来源于一个民族长期的共同生活,从风俗演变至习惯,后又通过公共意志及权力上升为法律,法律与风俗之间的界限已经很难作清楚的划分。德国法学家萨维尼认为一切法首先均源自民众信仰与习俗。<sup>[33]</sup>根据罗马法学家的观点,“公序良俗”一方面维护国家安全与人民根本利益,另一方面则是人民一般道德准则与意识的体现。它的内涵与外延随时代变迁而不断更迭。<sup>[34]</sup>

在古罗马时期,关于善良风俗的法律规定、司法案例与法学学说便已经初见端倪,这些内容主要整理汇编在优士丁尼的《国法大全》之中。首先,在罗马法的一般精神与观念中,秉持公正与善良价值理念的自然法思想以及诸多上升至法律规范层次的习惯法,凸显了罗马法对公正与道德的追求。在罗马法的理论中业已存在背俗行为(*turpia*)的概念,若作出背俗行为,其会因损害祖先与善良风俗(*contra bonos mores*)而受到法学家的抑制与皇帝的惩罚。<sup>[35]</sup>

罗马法的法治精神承继希腊斯多葛学派(Stoicism)的自然法思想,根据斯多葛学派的主张,“自然”囊括了人类物质与精神世界的整体,人类必须利用自身正确的、与自然及自然法并

[30] 参见周栢:《罗马法原论》(上册),商务印书馆2009年版,第17页。

[31] 参见何勤华:《西方法学史纲》,商务印书馆2016年版,第60页。

[32] 同前注[30],周栢:《罗马法原论》(上册),第32页。

[33] 参见[英]霍尔斯特·海因里希·雅科布斯:《十九世纪德国民法科学与立法》,王娜译,法律出版社2003年版,第8—9页。

[34] 同前注[6],王利明:《论公序良俗原则与诚实信用原则的界分》,第130页。

[35] 背俗行为的具体准则即来自正常的民众道德,而非宗教或哲学学说。参见[德]马克斯·卡泽尔、罗尔夫·克努特尔:《罗马私法》,田士永译,法律出版社2018年版,第130页。

行不悖的理性来约束自己的行为 and 思想。法律亦复如是。在这种自然法的思想之下,人类的物质世界上便附加了一个道德世界。<sup>[36]</sup> 如西塞罗(Marcus Tullius Cicero,前106—前43)所言:“真正的法律是与自然和谐一致的,它代表正确的理性,对所有人均有约束力,且万古不变,人类立法不得与之背离。”<sup>[37]</sup> 法之最基本的内涵就是“公正”,并要求人们在社会生活之中秉持正直与善良的信念,“不害他人,各得其所”。保罗(Julius Paulus Prudentissimus)因此提出:“人们将任何时候均公正与善良的事物称之为‘法’”。<sup>[38]</sup> 塞尔苏斯(Publius Juventius Celsus,67—130)亦认为法律属于善良与公正的艺术。<sup>[39]</sup> 因此,在罗马法发展的过程中,公正与善良成为了一对难舍难分的“双生子”。善良要求律法的公正,公正维系着善良存在之根本,法律与道德在罗马法中水乳交融。如乌尔比安(Domitius Ulpianus,170—228)所言,“法”作为“关于正义与不正义的学问”<sup>[40]</sup>,在伦理学的范畴内即与人之基本的道德风尚联系紧密,在注重“私法”的罗马法秩序之内,道德的力量更是不可忽视。

此外,据《学说汇纂》的记载,保罗在《论琴其亚法》(*Cincia*)中曾论及:“做法律所禁止之事的人是在违反法律,而那些不触犯法律言辞却违背法律精神的人则是在对法律进行欺诈。”<sup>[41]</sup> 这意味着,违反法律所禁止的行为固然违法,而表面上并未违反具体法律规定却在本质上与法律基本精神与价值相悖的行为,更是一种对法律的“欺诈”。尽管法律精神与基本价值理念通常借由“实在法”表现,但却不可能借由后者完全地展现。“违法性的概念若要周延,就必须涵盖法律禁止之外的领域。”<sup>[42]</sup> “实在法”作为人类理性指导下的产物,需要通过“法”之精神的指导,借由法学家的理论、具体的司法裁判及法律的解释加以贯彻实施,而罗马法注重善良与公正的价值与精神,正是它们生根发芽的土壤。

## (二) 债法中的“公序良俗”规定

“债”在《法学纲要》(即《法学阶梯》)中被规定为“依国法使他人一定给付的法锁”。<sup>[43]</sup> “公序良俗”的规定在债法领域中的表现相对较多:

### 1. 债之成立的合道德性要求

罗马法关于债之标的存在诸多涉及“善良风俗”的规定。如彭梵得(Pietro Bonfante, 1864—1932)在《罗马法教科书》“债之标的”一节中的说法:“标的应当在道德上也是合法的。因为,如果说法不接受道德的保护的话,它也从不愿接受非道德化的保护。”<sup>[44]</sup> 例如,为金钱而赌博是被禁止的,因此,关于赌博所赢金额的要式口约也是无效的。<sup>[45]</sup> 周相在《罗马法原论》中也提及:“优帝《学说汇编》认为下列诸例均属不正当,如以杀人、侮辱人、行窃等为标的,

[36] [英] 梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1959年版,第31页。

[37] Cicero, *On the Commonwealth*, New York: Mecomillan Publishing Company, 1976, p.215.

[38] 黄风:《罗马私法导论》,中国政法大学出版社2010年版,第20页。

[39] 同前注[5],杨德群:《公序良俗原则比较研究》,第64页。

[40] 江平、米健:《罗马法基础》,中国政法大学出版社2004年版,第66—67页。

[41] [意] 桑德罗·斯其巴尼选编:《民法大全选译——正义和法》,黄风译,中国政法大学出版社1992年版,第61页。

[42] 同前注[3],于飞:《公序良俗原则研究——以基本原则的具体化为中心》,第52页。

[43] 参见周相:《罗马法原论》(下册),商务印书馆2009年版,第677页。

[44] [意] 彼得罗·彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社2005年版,第219页。

[45] 同前注[35],马克斯·卡泽尔等:《罗马私法》,第424页。

这是行为的不法;如使人勿控告盗贼,预约不需负刑事责任,这是庇护和鼓励犯罪;如约定终身不结婚、不离婚、必离婚,必信奉某教、不信奉某教,不立某人为继承人、必立某人为继承人等,则为限制婚姻、宗教和遗嘱的自由;如以赌博、为娼为标的,这是伤风败俗,以上行为,均属无效。”<sup>[46]</sup>这集中体现了“善良风俗”对“债之标的”选择的限制与束缚。在《论告示》第33编中,保罗认为人口贩卖(自由民)以及部分附条件的契约应该是被禁止的:“在明知的情况下,我们不能购买一个自由人;也不能允许附有‘当他成为奴隶时’这样条件的买卖契约或要式口约存在。尽管我们说过可以购买未来的物品,但是,期望这样的情况出现是不能被允许的。”<sup>[47]</sup>这一论述的前半段是禁止以自由人为标的进行交易,而后半段则是从道德的角度对“债的条件”的约束。又如在《论行省告示》第10编中,盖尤斯(Gaius,约130—180)认为不能订立购买有毒药物的契约,任何涉及有毒物品的合伙和委托均无效(D. 18,1,35,2)。

罗马法关于要式口约的法律规定,亦可以视为对契约之债的道德性约束。罗马的要式口约(*stipulatio*)最初也是更加注重形式,其负担义务的基础完全在于“仪式性词语形式中,即使负担义务非其所愿,也会使人产生受拘束的效力”。<sup>[48]</sup>但随着罗马法实践与理论的发展,当事人的合意(*consensus*)逐渐受到重视与强调,并逐渐成为了契约成立的唯一实质性要素。同时,乌尔比安对要式口约提出一种道德上的限制:“我们创造(*novare*)了(这样的新规则);不道德的要式口约,无任何效力。”<sup>[49]</sup>关于此处使用的“创造”(*novare*)一词,其拉丁文本意是“初次创造、新创造”。<sup>[50]</sup>而徐国栋先生则提出乌尔比安使用这一动词意味深长,作为法律术语,它具有债的更新与更改之含义。在此处其意思是“重造(*renew*)一个已有的东西”,与债的变更大体接近,但变更的是法律而非“债”本身。借此,乌尔比安为罗马法中的要式口约增加了合道德性的要求,对债之标的作出了道德性质的约束。<sup>[51]</sup>于是,先有对契约合意的强调,后又将道德因素掺入对合意效力的评价体系之中,这都体现了罗马法对善良风俗、交易诚信与习惯的逐渐重视。有学者认为,正是这一现象吹响了罗马契约法革命以及法律行为制度形成的序曲。<sup>[52]</sup>

罗马法关于债之原因的论述中也体现了对道德因素的重视。《法学阶梯》中写道:“由于不道德的原因允诺之事,例如,如果某人允诺自己去做杀人或亵渎神明之事,不生效力。”(I. 3,19,24)由此可见,在罗马法中债的原因若涉及违背道德、宗教规范或人类社会根本伦理时,将会导致法律行为的效力或救济受到不同程度的影响。在《问题集》第3卷中,保罗对一桩案

[46] 同前注[43],周相:《罗马法原论》(下册),第646页。

[47] 同前注[41],桑德罗·斯其巴尼选编:《民法大全选译——正义和法》,第130页。

[48] 要式口约是在罗马贸易中设立债权债务关系普遍采用的要式契约之一,其最古老的形式当属“誓约”(*Sponsior*)。它几乎可以把任何契约变成一个有约束力的义务。要式口约最初必须具备严苛的条件和程序才具有效力,如:仅适用于罗马市民,仅限用拉丁语,仅限用承诺(*sponsio*)一词,有严格的问答次序等,若不遵守则一律无效。同前注[35],马克斯·卡泽尔等:《罗马私法》,第403页;前注[44],彼得罗·彭梵得:《罗马法教科书》,第271—274页;[英]佩特·施特因:《古代罗马法》,侯一川译,载《湘江法律评论》2015年第2期,第173—174页。

[49] 《萨宾评注》第42卷,D. 45,1,26。

[50] P. G. W. Glare, *Oxford Latin Dictionary*, Oxford: Oxford University Press, 1968, p.1196.

[51] 同前注[41],桑德罗·斯其巴尼选编:《民法大全选译——正义和法》,第71页。

[52] 参见董安生:《民事法律行为——合同、遗嘱和婚姻行为的一般规则》,中国人民大学出版社1994年版,第3—12页。

件提出意见:若因不合道德的原因而作出允诺,尽管可以凭借恶意欺诈的抗辩或基于事实的抗辩对抗相对方的诉求,但由于契约的近因已经随抗辩权的行使而失效,自身已经作出的给付或清偿行为则无法撤销或索回。<sup>[53]</sup>又如,以不道德的原因赠与的房屋,在转让房屋所有权后,也不能要求占有人返还不当得利。<sup>[54]</sup>

此外,罗马法对故意与过失责任原则的发展以及对诈欺行为(*dolus malus*,或译为故意)的界定也体现了对道德规范及善良风俗的重视。<sup>[55]</sup>

## 2. 简约与诚信审判

王利明和于飞均指出,诚实信用与公序良俗原则在功能上均是对社会公共秩序及善良道德风俗的维护,起到了弥补私法自治与法律规则缺失的作用,在司法适用上二者则常常伴随着交叉或重合的情况,导致该两项原则往往被法官同时援引。<sup>[56]</sup>由于公序良俗原则与诚实信用原则的这种天然“亲密性”关系,在尚未形成严密法典化与民事法律原则的罗马法体系中,有关诚实信用原则的法律规定亦可视为对公序良俗原则的必要补充。

在罗马法的契约中有一种叫作简约(*pacta*)的契约种类。<sup>[57]</sup>在早期,由于罗马注重形式主义的特点,基于单纯合意而形成的简约并不能产生诉权,而只能产生自然之债。后来,随着诚信审判(*bonae fidei inducia*)的发展与法律实践的现实需求,就形成了附加简约(*pacta adiecta*),并赋予其一定的法律效力,于是当事人便可以按照自己的意愿变更债的内容。同时,在《论问题》第28编中,帕比尼安(Aemilius Papinianus,约140—212)提出“善意诉讼不应允许违背善良风俗的给付”。这意味着,在诚信审判中,法律赋予了法官一定的自由裁量权,法官由此可以根据“被告基于信义诚实有义务向原告给付者给付”( *quidquid ob eam dare facere oportet ex fide bona*)这一标准进行裁决。<sup>[58]</sup>于是,信义和善意成为审判中自由裁量权之适用所须考虑的内容,即法官不仅要参照成文法律规范,也要考虑地方习俗和一般交易习惯。同时,简约及附加简约本身也受到罗马法的严格限制,如彭波尼(Sextus Pomponius)与乌尔比安所言,附加简约本身不能与“公法”相悖,不能约定与现行法律相悖的内容,从而强调对

[53] “如果你由于不道德的原因对蒂丘斯作出了允诺,尽管如果他提起诉讼,你可以以恶意欺诈的抗辩或基于事实的抗辩挫败他,但如果你作出了清偿,你不能索回,因为要式口约的最近原因已经失效,它因行使抗辩权而变得无用。过去的原因,即不道德行为——保留下来。进而言之,如果给付人和收受人都有不道德的原因,占有人处在更好的地位。那么,尽管已根据要式口约作了偿付,不得索回(已作之偿付)。”(D. 12,5,8)

[54] “如果你承认,你已经为了不道德原因、违背我的时代的原则把房子送给女相对人,你又徒然地要求把它还给你,在同等情况下,占有人的地位被认为优于(其相对人)。”(C. 4,7,2,安东尼皇帝致基鲁斯)

[55] 罗马共和国末期贸易的发展与“信义”( *fides*)的降低使得诈欺行为增加,与此同时,罗马法的形式主义风格逐渐走向弱化,“善良风俗”亦逐渐获得认可。同前注[44],彼得罗·彭梵得:《罗马法教科书》,第56页。

[56] 同前注[6],王利明:《论公序良俗原则与诚实信用原则的界分》,第129页;参见于飞:《公序良俗原则与诚实信用原则的区分》,载《中国社会科学》2015年第11期。

[57] 简约(*pacta*):该词原指放弃诉讼的和解协议,后指所有不属于有名契约的协议。简约在最初只可作为抗辩被援用,可以产生自然债务,但不产生诉权。但后来,在某些案件中简约可以产生诉权,在法律上发生效力。参见薛波主编:《元照英美法词典》(缩印版),潘汉典总审订,北京大学出版社2013年版,第1019页。

[58] 同前注[35],马克斯·卡泽尔等:《罗马私法》,第345页。



罗马公共秩序的维护。<sup>[59]</sup>

### 3. “非常损失”规则

罗马法中的“非常损失”规则(*laesio enormis*)是戴克里先皇帝(Gaius Aurelius Valerius Diocletianus, 244—312)的一项重要创造,如学者所言,“戴克里先皇帝是一个脚踏两个时代的人物。”<sup>[60]</sup>如前文所述,这一规则的精神在《汉穆拉比法典》中有关货物交易及借贷的规定中已有所体现,罗马法则正式确立了这一规则。戴克里先皇帝希冀通过该规则来平衡古罗马传统的契约自由与当时混乱的商品流通现状之间的张力关系,尽管在戴克里先皇帝的敕令中该规则仅适用于土地买卖。<sup>[61]</sup>而在契约形式主义、自由主义与贸易中讨价还价的自然利益取向向三重因素的影响之下,罗马古典时期并不允许以非常损失为理由撤销契约。<sup>[62]</sup>这项规则是通过两项针对个案的敕令设立的,以这两项敕令为源头,法学家们发展出了“非常损失规则”,这也与当时古希腊亚里士多德的交换正义(*exchange justice*)的思想及基督教神学正义思想不谋而合。其中一条敕令规定:当以较低价格(一般指不足应付价款的一半)出售或购买物品时,要么由卖家退付款项并在司法人员的公证下收回物品,要么由买方在其同意的基础之上补缴售价较实际价值(*iustum pretium*)少收的部分;另一条敕令则对前面一条作出了补充规定:在土地等不动产交易中,若卖方希望宣布交易或契约无效,不能仅仅以价格较土地实际价值低为理由,而是应当证明有以下情况出现:买方欺诈;买方以残废相威胁;买方使用肉刑迫使交易进行。这是因为,正常商品交易中的“讨价还价”行为应当予以尊重,这是人类社会在商品互易过程中的自然倾向与社会习惯,只有同时出现前述几种情况时才能导致以不合理低价出售土地的卖方之意思表示出现瑕疵。<sup>[63]</sup>

与此同时,在具体的争讼案件中,法官在认定与判断意思表示瑕疵的时候必须依赖于社会的一般道德观念与善良风俗。正如法学家乌尔比安所说:“没有比暴力与胁迫更加违反同意的,如对此种行为予以确认,则有违善良风俗。”<sup>[64]</sup>

### 4. 罗马法对高利贷的限制

由于贸易自由与契约形式主义的流行,在罗马早期并未对利息或高利贷作出限制。但根据塔西佗(Publius Cornelius Tacitus, 55—120)的记载,古罗马人反对高利贷的传统可以追溯

[59] 在《论萨宾》第16编中,彭波尼提道:“诉讼开始后,不得以私人协议对大法官法或市民法作任何修改。即使是依据法律或依据已缔结简约之抗辩(*per pacti conventi exceptionem*)允许以简约形式对债设立的原因进行修改,亦不得据此对上述法律进行修改。因为,法律或裁判官规定的应赋予当事人的诉讼权利不允许被私人协议加以改变。诉讼开始前当事人双方就先把何种诉讼达成协议的除外。”D. 50, 17, 27; 乌尔比安在《论告示》第30编中,乌尔比安提道:“私人间的协议不能修改公法。”D. 50, 17, 45, I。

[60] 徐涤宇:《非常损失规则的比较研究——兼评中国民事法律行为制度中的乘人之危和显失公平》,载《法律科学(西北政法学院学报)》2001年第3期,第111页。

[61] 当时的罗马正面临内忧外患的局面,蛮族入侵与频繁的军事行动使得国家陷入沉重的经济泥潭,随之而来的就是公元3世纪不断加剧的货币超发与通货膨胀。参见[美]M.罗斯托夫采夫:《罗马帝国社会经济史》(下册),马雍、厉以宁译,商务印书馆1985年版,第688页;同前注[35],马克斯·卡泽尔等:《罗马私法》,第437页;徐国栋:《公平与价格——价值理论——比较法研究报告》,载《中国社会科学》1993年第6期,第122—123页。

[62] 大村敦志『公序良俗と契约正义』(有斐阁,1995年)66—67页参照。

[63] 敕令一:C. 4, 44, 2; 敕令二:C. 4, 44, 8。参见[意]桑德罗·斯奇巴尼选编:《债:契约之债》,载《民法大全选译》(第三辑),丁玫译,中国政法大学出版社1992年版,第37页。

[64] 同前注[38],黄风:《罗马私法导论》,第109页。

至十大执政官之前的时代,并认为高利贷是“叛乱”和“不和”的源泉。<sup>[65]</sup>《编年史》第六卷记载了公元 33 年的一次债务人暴动,他们反对继续适用独裁官凯撒(Gaius Julius Caesar,前 100—前 44)颁布的关于房贷利率的法律规定,并以暴动的形式抗议从中牟利的高利贷者。实际上,由于公共利益被置于私人利益之下,所以凯撒所制定的这项法律“很久以来就为人们所弃置不问了”。<sup>[66]</sup>

根据学者的主流意见,罗马法对利息限制及惩罚是从《十二表法》开始的。尽管对于《十二表法》中所限制的具体利率在学术上仍有极大争议,但并不妨碍我们确证罗马法上存在限制利息及利率的立法与实践。<sup>[67]</sup>根据《十二表法》第八表中第 18 条的记载,“任何人不得取得超过百分之一(月)息,而在这种规定之前,是随财主所欲取息。”而对于超过者,“我们祖先曾有(惯例),并在法律内规定,对高利贷者则(处以)(所得利息)之四倍的惩罚”。<sup>[68]</sup>其次,公元前 357 年的《杜伊流斯和梅奈纽斯平民会决议》重申了《十二表法》中 1/12 的法定利率。<sup>[69]</sup>再次,据塔西佗的记载,公元前 347 年有一项平民会决议所通过的保民官的法案,该法案主张将最高利率限制从 1/12 降低到 1/24。<sup>[70]</sup>最后,据记载罗马完全禁止了有息借贷。至少根据李维(Titus Livius,前 59—17)所记载的《格努求斯平民会决议》内容,在公元前 342 年“平民保民官路求斯·格努求斯(Lucius Genucius,一前 362)向平民提议立法禁止有偿房贷”。这意味着罗马社会已经存在全面禁止利息的意图。<sup>[71]</sup>至查士丁尼时期,法律则一律禁止复利。<sup>[72]</sup>

总而言之,罗马法对于利息及高利贷的限制已经充分地反映出对善良风俗和交易客观公平的强调、追求与维护,并对违法放贷之人设置了相应的法律责任与惩罚。

### (三) 婚姻家庭法中的“公序良俗”规定

彭梵得认为:“家、社会或自然家庭是一种以维护两性间关系的伦理秩序、繁衍和子女教育为目的的制度。除法律外,家关系也广泛地受道德、习惯和宗教的调整……家庭与其说是一种法律制度,不如说是一种社会制度。”<sup>[73]</sup>由此可见,婚姻和家庭与道德伦理具有天然不可分割性,有关婚姻及家庭的法律规范及制度更不可能缺乏道德、风俗、公共秩序等方面的考量。对家庭的规范一般在习惯法和道德的范围内,古罗马的王政时期就存在着严格的道德和习惯法,对家庭内部生活也进行严格的规范。<sup>[74]</sup>

首先,罗马法非常注重道德习俗对婚姻的评判。如乌尔比安在《论订婚》中写道:“若父亲

[65] [意]里卡尔多·卡尔迪里:《古罗马共和时期的阶级斗争与反高利贷立法》,史志磊译,载《厦门大学学报(哲学社会科学版)》2014年第1期,第82—83页。

[66] [古罗马]塔西佗:《编年史》(上册),王以铸、崔妙因译,商务印书馆2017年版,第313页。

[67] 同前注[3],于飞:《公序良俗原则研究——以基本原则的具体化为中心》,第58—59页。

[68] 《十二表法》第八表的第18条所记载的法律主要还原于塔西佗的《编年史》与加图(Marcus Porcius Cato,前234—前149)的《农业志》。参见叶志宏等编:《外国著名法典及其评述》,中央广播电视大学出版社1987年版,第91页;同前注[43],周枬:《罗马法原论》(下册),第1014—1015页。

[69] 同前注[65],里卡尔多·卡尔迪里:《古罗马共和时期的阶级斗争与反高利贷立法》,第86页。

[70] 同前注[66],塔西佗:《编年史》(上册),第314页。

[71] 同前注[65],里卡尔多·卡尔迪里:《古罗马共和时期的阶级斗争与反高利贷立法》,第88页。

[72] 同前注[43],周枬:《罗马法原论》(下册),第689—691页。

[73] 同前注[44],[意]彼得罗·彭梵得:《罗马法教科书》,第106页。

[74] 罗冠男:《从罗马法的姘居制度看欧洲“事实家庭”的规制——从与中国比较的视角》,载《政法论坛》2015年第5期,第150页。

选择的未婚夫是一个有丑陋习惯或是一个下流之徒,女儿有对父亲的意见持有异议的自由。”<sup>[75]</sup> 保罗在《论解答》与《论告示》之中阐述两种情况:其一,以不符合良俗的书面婚姻协议为由而强制缔结婚姻是不公平的;其二,精神病人由于不具备认识及行为能力,并不能做出有效的意思表示,因此不能缔结婚姻。<sup>[76]</sup> 查士丁尼时期还规定,当丈夫缺乏支付能力或挥霍家财时,其妻子可以要求返还嫁妆。<sup>[77]</sup>

其次,罗马法对违背人类根本伦理道德的婚姻予以禁止。保罗即认为家人之间的乱伦通婚是违背自然法与伦理观的。<sup>[78]</sup> 又如罗马社会对于通奸的法律规制。在夫权婚姻盛行的时代,男女通奸的条件呈现一种双重标准的局面。<sup>[79]</sup> 而到帝国时期,这种双重标准的局面有所缓解,丈夫与他人通奸,会被剥夺控告妻子犯通奸罪的权利。如学者所言:“法律已在外形上改变了旧罗马的风俗和传统的家庭、道德观,使过去所不容忍的‘堕落行为’成了法庭公开审理的对象,登上了大雅之堂。”<sup>[80]</sup>

再次,罗马法对有伤风化、道德的婚姻进行规制。如禁止通奸者之间、拐骗者与被拐骗者之间、原继父与原继子的妻子之间以及原丈夫与原妻子的继母之间等一系列有伤道德风化的婚姻关系的缔结。<sup>[81]</sup> 此外,公元前15年和公元10年颁布了两部重要的立法,即《惩治通奸的尤里安法》(Lex Julia de adulteriis coercendis)以及《尤里安和巴比亚法》(Lex Julia et Papia Poppea de maritandis ordinibus)。前者将婚姻之外所有的两性结合都定性为通奸或强奸,对其进行惩罚;而后者第一次通过法律禁止了不同社会地位的人们之间的通婚。<sup>[82]</sup>

最后,罗马法对于姘居的法律规制也相对完善。伴随着罗马共和国后期逐渐的强大与扩张,严格的家庭道德与伦理氛围遭到破坏,“百姓的婚姻家庭观念淡薄,离婚成了家常便饭,通奸现象司空见惯,家庭解体蔚然成风”<sup>[83]</sup>。这间接地推动了姘居制度的风行。后来基督教成为罗马国教,于是基督教皇帝们试图双管齐下解决姘居的问题。一方面,姘居被视为不正当、不合道德与宗教伦理的行为而被加以禁止,并通过谕令削弱姘居双方及其子女的人身财产权利;另一方面,通过准正制度推动姘居向正常婚姻制度的转变。<sup>[84]</sup>

综上所述,罗马时代的“公序良俗”规定与人类早期法治文明已经有所不同,主要呈现出

[75] [意] 桑德罗·斯奇巴尼选编:《婚姻·家庭和遗产继承》,费安玲译,中国政法大学出版社2001年版,第23页。

[76] 同上注[75],桑德罗·斯奇巴尼选编:《婚姻·家庭和遗产继承》,第25,31页。

[77] See Bruce W. Frier, Thoma A. J. McGinn, *A Casebook on Roman Family Law*, Oxford: Oxford University Press, 2004, p.141.

[78] 同前注[75],[意] 桑德罗·斯奇巴尼选编:《婚姻·家庭和遗产继承》,第35页。

[79] 例如女人与不是她丈夫的任何男人发生性关系即被认为是通奸;而男人与已婚妇女、高贵的妇女发生性关系才被认为犯通奸罪,与奴隶、妓女及未婚女子发生性关系,不论他们是否已婚,不认为是通奸。See R Alston, *Aspects of Roman History AD14—117*, New York: Routledge, 1998, p.291.

[80] 李平:《世界妇女史》,南海出版社1995年版,第130页。

[81] 同前注[30],周栢:《罗马法原论》(上册),第188—189页。

[82] 同前注[74],罗冠男:《从罗马法的姘居制度看欧洲“事实家庭”的规制——从与中国比较的视角》,第151页。

[83] [法] 让·诺埃尔·罗伯特:《古罗马人的欢娱》,王长明等译,广西师范大学出版社2005年版,第19页。

[84] 同前注[5],杨德群:《公序良俗原则比较研究》,第68页;See F. D. Busnelli, M. Santilli, *Il problemadellafamiglia di fatto*, in *Una legislazione per la famiglia di fatto?*, Napoli: EdizioniScientificheItaliane, 1988, p.99.

几个新的特点:第一,有关“公序良俗”的规定已经逐渐与宗教信仰相分离,脱离了神意法的范畴;<sup>[85]</sup>第二,由于罗马法首次出现了公私法的划分,“公序良俗”规定已经在很大程度上归类于私法的范畴之内,摆脱了早期民刑合一的杂糅形态;第三,由于法学家法的传统,罗马法中的“公序良俗”规定更加体系化和逻辑化,且已具备精深的法理与缜密的表述,不再仅仅处于将社会既存的伦理规范和风俗加以法律确认的程度,走向了相对精确式的立法。<sup>[86]</sup>虽然罗马法体系中的“公序良俗”依旧未能成为一个正式的法理学理论概念或术语,但如“后世民法中的标的非法、原因非法、条件非法及引入公法和道德对契约进行效力评价的基本观念,都可以在罗马法中找到其渊源”,它作为一种法治价值和理念已经深深地扎根于罗马法治文明的肥沃土壤之中。<sup>[87]</sup>

### 三、“漫长的蛰伏”——中世纪的“公序良俗”规定

在中世纪漫长的岁月中,“公序良俗”处于发展的蛰伏期。“公序良俗”的规定在这一时期,主要分布在日耳曼法与教会法之中,且几乎未能够突破罗马法所确立的基本框架。

#### (一)“团体主义”——日耳曼法与“公序良俗”

日耳曼法作为一种建立在团体本位之上的法律体系,非常注重社会伦理与善良风俗,并将它们运用在对法律行为的评价之中。萨克森王国有一句谚语非常生动地体现了日耳曼法对道德价值的重视,即“不名誉之人无异于行尸走肉”,失去信誉的人则可能将失去自己一切法律权利。<sup>[88]</sup>

在西哥特王国,国王经常颁发谕令与规则,其中就包含诸多“道德训诫”的内容,这一方面表明了国王具有道德人格,另一方面则是为加强法律的道德教化功能以规范行为。<sup>[89]</sup>日耳曼法团体主义的精神加强了维护道德和尊重风俗的风气,因此其在受到罗马法强烈影响的同时,保留着自身约束性和集团性的色彩。<sup>[90]</sup>在日耳曼社会中,个人始终应当将家庭及社会“共同体”的利益放在首位,即便是家长权也会受到家庭整体利益的制约。因此,绝大多数的日耳曼法规范都来自“共同体”的若干行为模式与规范,产生于社会风俗与社会惯例。<sup>[91]</sup>此外,日耳曼法中已经开始存在“私法公法化”的特征,这其实与近现代所确立的“公序良俗原则”价值内涵中对绝对私法自由与私权利滥用的约束异曲同工,其目的即维护日耳曼社会公共秩序的良好运转。

在具体的法典及法律规范中,日耳曼法关于“公序良俗”的规定主要集中在物权与婚姻继承法律之中。

[85] 同前注[30],周相:《罗马法原论》(上册),第10页。

[86] 同前注[31],何勤华:《西方法学史纲》,第56页。

[87] 同前注[3],于飞:《公序良俗原则研究——以基本原则的具体化为中心》,第58—59页。

[88] 陈惠馨:《德国法制史——从日耳曼到近代》,中国政法大学出版社2011年版,第168页。

[89] 李秀清:《日耳曼法研究》(修订版),社会科学文献出版社2018年版,第10页。

[90] 参见李宜琛:《日耳曼法概说》,中国政法大学出版社2003年版,第109页。

[91] 同前注[89],李秀清:《日耳曼法研究》(修订版),第437页。

在物权法律规范方面,如《萨克森明镜》对不动产所有权的限制,规定“村庄的建筑物原则上不得因任何不法行为被拆除……但如果……有少女或女性被强制性交,或被强制带入时则不在此限,这种行为应该被处罚”。<sup>[92]</sup>关于不动产相邻关系的规定也体现了对社会善良风俗的有意维护,如《萨克森明镜》中规定任何人不能使自己的排水沟延伸入他人的庭院,每个人应当照顾好自家的炉灶和火墙以防止火星溅射到他人场院,以及保证相邻住宅地的安全和卫生等。<sup>[93]</sup>在动产方面也存在若干规定:例如若任何人敢把自由民作为标的出卖,法官应该立即将其逮捕并交纳100索尔弟罚金,若无足额资金则须受到公开鞭笞并成为被其出卖之人的奴隶;<sup>[94]</sup>父母也被禁止出售自己的子女,买方也不得购买他人子女;<sup>[95]</sup>在货币借贷关系方面法律对高利贷进行限制,其对附利息借贷约定的年利率不得超过12.5%,否则借贷契约无效。<sup>[96]</sup>

在家庭与婚姻领域关于“公序良俗”的规定更为凸显。例如在家庭成员身份的问题上,日耳曼法非常注重宗族传统。在《撒里克法律公约》与《加洛林撒里克法典》中规定,希望脱离自己所在亲属团体的人需要进行一系列仪式并丧失继承权;<sup>[97]</sup>在婚姻方面,日耳曼法经历了一个逐渐摒弃买卖婚的历史过程,早期日耳曼人以购妻为主要的婚姻方式,而后逐渐被更符合道德的婚姻形式所代替。<sup>[98]</sup>在具体婚姻法律规范中,若男子掠夺成婚,则不能视为合法婚姻,且要偿付900索尔弟的赔偿金。<sup>[99]</sup>根据记载,在7世纪末期若掠夺成婚,则会被作为抢劫犯处以死刑并罚没财产,可谓十分严厉;<sup>[100]</sup>最后,日耳曼法对通奸、强奸、近亲乱伦等有违人伦的行为以及夫妻忠贞义务存在诸多规定与严厉惩罚,都体现了对道德风俗的坚决维护。<sup>[101]</sup>

虽然在总体上,日耳曼法的水平尚不及罗马法,日耳曼统治时期被学者认为是欧洲的“黑暗时代”,日耳曼法也被称为“粗俗罗马法”。<sup>[102]</sup>并且,日耳曼法体系凌乱、相对残酷、缺乏逻辑与抽象思维,其有关婚姻家庭的法律规定也往往难以落实。如李秀清教授所言,日耳曼人在通常情况下,他们“家庭的习惯与公共的法律是相矛盾甚至完全相反的”。<sup>[103]</sup>甚至有学者认为,这个时期的婚姻从来不是基于情感的结合,而是一种野蛮的强制婚姻。<sup>[104]</sup>但不可否认

[92] 同前注[88],陈惠馨:《德国法制史——从日耳曼到近代》,第133—134页。

[93] 参见高仰光:《〈萨克森明镜〉研究》,北京大学出版社2008年版,第168页。

[94] The Visigothic Code (Forum Judicum) Book V. Title IV. XI.

[95] Ibid, Title IV. XII.

[96] Ibid, Title V. VIII.

[97] 同前注[89],李秀清:《日耳曼法研究》(修订版),第179页。

[98] See Ernest Young, *The Anglo-Saxon Family Law, Essays in Anglo-Saxon Law*, Boston: Little, Brown and Company, 1876, p.164—165.

[99] Rothair's Edict 215.

[100] See Katherine Fischer Drew Translated, *The Laws of the Salian Franks*, Pennsylvania: University of Pennsylvania Press, 1991, p.144.

[101] 同前注[89],李秀清:《日耳曼法研究》(修订版),第193—204页。

[102] See Thomas Glyn Watkin, *An Historical Introduction to Modern Civil*, Hampshire: Dartmouth Publishing Company Limited, 1999, p.68; Ernest Levy, *West Roman Vulgar Law*, Philadelphia: American Philosophical Society, p.6—7; Fritz Schulz, *History of Roman Legal Science*, Oxford: Clarendon Press, 1946, p.273.

[103] 同前注[89],李秀清:《日耳曼法研究》(修订版),第175页。

[104] 参见[美]汤普逊:《中世纪社会经济史》(下册),耿淡如译,商务印书馆1963年版,第339页。

的是,在奉行“团体主义”的日耳曼法中真实地存在“公序良俗”规定,且它们在一定程度起到了对私权利滥用与绝对自由主义的约束作用。它们主要侧重于对日耳曼国家、民族、社会及家庭秩序的维护,强调“公共秩序”的良好运转。

## (二) 教会法的“公平价格”理论

“公序良俗”在基督教文明影响下的中世纪时期呈现出一道独特的发展轨迹,其主要表现为“公平价格”理论——这一承自罗马法中“非常损失”规则而发展出来的理论。<sup>[105]</sup> 这一理论与制度构建开启了以公序良俗原则维护交易公平并将利益衡量纳入考量范畴的先河,并影响了后世法国合同损害规则、德国“暴利行为”以及英美法上公共政策理论的塑造。“公平价格”理论在中世纪主要是通过两条进路完善:第一,注释法学派推动罗马法学的复兴。注释法学派与后注释法学派将“非常损失”规则的概念及适用范围进行了广泛地扩张;<sup>[106]</sup>第二,教会法学家的法学理论贡献。这种基于“合理”和“平等”思想并要求双方收益及损失均衡的观点,成为12世纪教会法学家和罗马法学家的共识。<sup>[107]</sup>

在12世纪末,注释罗马法的风气在教皇英诺森三世(Innocent III, 1198—1216在位)的领导以及第四次拉特兰宗教会议(Lateran Council)召开的背景下掀起一波高潮。<sup>[108]</sup> 教皇随即不断地通过敕令将罗马法和早期教父提倡的“非常损失”规则引入教会法体系。<sup>[109]</sup> 与早期教父及罗马法学者不同的是,该时期的法学家认为“公平价格”不仅仅适用于土地,也并非仅仅适用于出售货物的一方。如在12世纪早期的一本名为《罗马法纲要》(*Brachylogus*)的教科书中,该规则被扩大适用于各种买卖契约。<sup>[110]</sup> 此外,所谓“公平价格”并非固定不变——而应当是普遍公认的估价即市场价格。<sup>[111]</sup> 但与此同时,教会法学家依然尊重正常的市场交易行为,在许多情况下,“低买高卖”行为都被认为是正当而非违法的。<sup>[112]</sup> 教会法学家还将某些可以获得超额利润的行为也视为正当价格,如英诺森四世(Innocent IV, 1243—1254在位)就曾经允许“出售合同中的价格的提高以补偿劳动力和风险”。<sup>[113]</sup> 他们甚至提出,当公平价格被误用或滥用时,蒙受损失的一方可以援引“非常损失规则”进行救济。然而,教会法学家并不仅局限于将“公平价格”作为一种市场价格理论的构成元素,而是希望更多地赋予其法律意

[105] 又被称为“正当价格”、“公平价格”( *iustum pretium* )原则,该词取自《学说汇纂》中的一节。参见[美] 哈罗德·J. 伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,法律出版社2018年版,第326页。

[106] 同前注[3],于飞:《公序良俗原则研究——以基本原则的具体化为中心》,第58页。

[107] 参见前注[105],哈罗德·J. 伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,第328页。

[108] See B. K. Kuiper, *The Church in History*, Michigan: Eerdmans, 1988, p.358.

[109] 参见韩福祥:《中世纪公平价格研究》,复旦大学2008年硕士学位论文,第11页。

[110] Kenneth S. Cahn, *Roman and Frankish Roots of the Just Price of Medieval Canon Law*, Studies in Medieval and Renaissance History, Lincoln: University of Nebraska Press, 1969, p.18.

[111] See J. R. Gordley, *Equality in Exchange*, 69 California Law Review 1587, 1981, p.1640; See also John W. Baldwin, *The Medieval Theories of Just Price: Romanists, Canonists, and Theologians in the Twelfth and Thirteenth Centuries*, Philadelphia: The American Philosophical Society, 1959, p.53.

[112] See John T. Gilchrist, *The Church and Economic Activity in the Middle Ages*, New York: St. Martin's Press, 1969, p.274.

[113] *Supra* note[111], John W. Baldwin, p.52.

义,使其逐渐演变成一个正式的法律用语和具有普遍约束力的规范。<sup>[114]</sup>正如伯尔曼(Harold J. Berman, 1918—2007)所说,教会法并不禁止商人追求利润,其所谴责的是“不义之财”。于是,公平价格理论在实质上由两项规则构成:第一项是“针对压迫性教义的违反良心规则”,第二项则为“违反市场规范行为的不公平竞争规则”。<sup>[115]</sup>

如此,法学家们就将“公平价格”规则设立在诸如“公正”“善良”及“良心”的道德与价值追求之上。在他们看来,若合同妨碍了公正、诚信及良心,它即无效。<sup>[116]</sup>注释法学派的维维亚诺·托斯科(Viviano Tosco)在注释《国法大全》中“在合同中考虑诚信,是公平的”(Bonamfide in contractibus considerari, equum est)这一规定时写道:“在所有的合同中都存在诚信,而不仅仅存在于诚信诉讼中。”<sup>[117]</sup>其意指合同中的交换价格也应该遵循诚信与公正的基本精神。

除“公平价格”理论以外,教会法对高利贷的谴责与禁止非常严厉,教会法学家一直都在剖析高利贷的非道德性与非正义性。格兰西(Gratian)在《教会法汇要》中就将高利贷定义为“任何要求超过本金之外金钱的借贷”,并主张应当将超过部分返还。<sup>[118]</sup>托马斯·阿奎那(Thomas Aquinas, 1225—1274)认为金钱用来放贷本身就是不公正的,其与正义本然相悖。<sup>[119]</sup>如伯尔曼所言,在中世纪后期,教会法对于高利贷的规定逐渐成为一种高利贷禁令的例外制度,与公平价格一样成为一项“既对抗违抗良心行为又对抗不公平竞争行为的规则……通过将预先存在的道德义务(causa)作为确定契约有效的关键因素,通过关于以不正当价格和高利贷为表现形式的违反良心和不公平竞争学说……教会法学家便能够在整个教会法律体系之内创造一种契约法律的次级体系”。<sup>[120]</sup>

总而言之,前述这种关注交易公平的精神沿袭了罗马法的“非常损失规则”,并进一步地予以完善,同时它还将基督教“爱邻如己”和以神学正义为基础的道德伦理价值融入其中,形成了中世纪教会法中独特的“公序良俗”规定。<sup>[121]</sup>直至如今,我们都可以看到历代的教会法学家重视信仰和道德观念对法律的控制与指导作用。<sup>[122]</sup>

在中世纪,“公序良俗”规定蛰伏在日耳曼法体系凌乱的蛮族法典与教会的道德训诫与法律规范之中,它看似呼之欲出却又最终归于“含苞待放”的状态。虽然日耳曼法在法律技术与体系化方面不如罗马法先进,但其团体主义精神展现了法律对于“公共秩序”的强调;注释法学派承继并发展了罗马法中的“非常损失规则”,并通过“公平价格”理论的创造将利益衡量与交易公平之精神传承于后世,并最终在两大法系中得以全新发展;教会法则通过基督教教义

[114] Supra note[111], John W. Baldwin, p.8.

[115] 同前注[105],哈罗德·J.伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,第327页。

[116] Supra note[111], John W. Baldwin, p.30.

[117] 参见徐国栋:《民法基本原则解释——诚信原则的历史、实务、法理研究(再造版)》,北京大学出版社2013年版,第167页。

[118] C. 14, q. 4.

[119] 参见赵立行:《商人阶层的形成与西欧社会转型》,中国社会科学出版社2004年版,第45页。

[120] 同前注[105],哈罗德·J.伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,第329页。

[121] 当然,诸如教会法的婚姻法及继承法中也存在诸多体现“公序良俗”价值理念的规定,如受胁迫、恐吓或欺诈形成的婚姻无效,如强化继承法对活着的配偶及子女的保护,又如设立类似近现代法律规范中的遗嘱执行人及管理人等制度,它们都构成了教会法“公序良俗”规定的一部分。

[122] 彭小瑜:《教会法研究》,商务印书馆2011年版,第115页。

与罗马法精神的结合,将法律与“基督之爱”和“仁慈”“善良”等人类伦理道德规范及“公正”“平等”的社会秩序相融合。“公序良俗”理论在它们的铺垫下,终将破土而出。

#### 四、“千呼万唤始出来”——“公序良俗”原则的确立

至16世纪,善良风俗原则逐渐从教会领域步入世俗领域,公共秩序也在16—17世纪逐渐成为一种世俗化的标准与规范。正如法国法学家多玛(Jean Domat,1625—1696)所言,“契约的运用乃是民事社会秩序的自然反映,也是上帝与人类连接的方式”,“所有协议均应与社会中的秩序相协调”。<sup>[123]</sup>这意味着调整并约束契约自由的“公序良俗”规定已经逐渐开始步入新的发展轨道,正式的“公序良俗”作为一项法律基本原则最终诞生于近代民法。启蒙运动后,资产阶级作为新的政治力量登上历史舞台,契约自由原则和私有财产权神圣不可侵犯的原则成为经济和法律领域中的基本原则而得以确立。但随着资本主义社会的发展,绝对自由和自由竞争带来了资本无序竞争,已经严重影响了社会经济秩序的正常发展。因此,经济公序的观念得以确立,并与秩序维持和基本权利保护二者一起成为“公序良俗”规定的有机组成部分。<sup>[124]</sup>基于此,法国、德国与英美法系分别以不同的方式建立了自己的“公序良俗”体系。<sup>[125]</sup>

##### (一)以“公共秩序”为核心——法国的“公序良俗”

在近代法国私法发展的历史演进过程中,法律对私法自由的限制一直存在,“意思自治也从未在法律上被绝对化”。<sup>[126]</sup>1804年的《法国民法典》第一次提出“公序良俗”的概念,以明确的立法形式将其确立,并形成了以“公共秩序”为核心的公序良俗体系。对于法国而言,“它是法律的基本价值的体现,同时也是社会生活存续的核心”。<sup>[127]</sup>法国法中的公共秩序存在两种划分:其一,经济公序与政治公序;其二,立法公序与司法公序。<sup>[128]</sup>它们分别扮演不同的角色、承担不同的责任以确保社会经济秩序的平稳运行。

<sup>[123]</sup> 许中缘:《论法国公共秩序理论的新发展——兼论我国民事立法与司法的启示》,载《当代法学》2008年第2期,第143页。

<sup>[124]</sup> 同前注[3],于飞:《公序良俗原则研究——以基本原则的具体化为中心》,第60页。

<sup>[125]</sup> 其他如瑞士、日本、中国澳门地区与台湾地区、俄罗斯等国家或地区也都存在诸多“公序良俗”的立法例及相关规定,但它们几乎都继承或受到法国与德国立法例的影响。同前注[3],于飞:《公序良俗原则研究——以基本原则的具体化为中心》,第27—40页。

<sup>[126]</sup> 尹田:《法国现代合同法:契约自由与社会公正的冲突与平衡》,法律出版社2009年版,第20页。

<sup>[127]</sup> 同前注[123],许中缘:《论法国公共秩序理论的新发展——兼论我国民事立法与司法的启示》,第142页。

<sup>[128]</sup> 经济公序的目的在于对经济关系——即当事人之间的财产或服务的交换进行干预,以更好地维护社会整体利益,其又可以细分为保护性公序(如对高利贷、商事信用与消费者知情权等的法律规制)和指导性公序(如价格管制公序、控制通货膨胀及国家金融管制等);政治公序则是传统意义上的公序,主要是保护国家和家庭,使之不被当事人个人自由意志所侵害;而立法公序则是指通过法律明文规定的方式来确定公共秩序,而司法公序则是通过法院的司法活动来确定公共秩序的具体内容。同前注[3],于飞:《公序良俗原则研究——以基本原则的具体化为中心》,第60—61页;同前注[4],赵万一:《公序良俗问题的民法解读》,第32页;同前注[123],许中缘:《论法国公共秩序理论的新发展——兼论我国民事立法与司法的启示》,第143—144页。



《法国民法典》第6条以明文立法的形式正式地设立了公序良俗原则,规定任何人均“不得以特别约定违反有关公共秩序与善良风俗之法律”。<sup>[129]</sup>这是历史上第一次正式确立“公序良俗”的概念并将其创设为民法的一项基本原则,它彻底结束了从早期文明至中世纪漫长岁月中粗放式、经验式、个案式的规范模式,将“公序良俗”规定以体系化、逻辑化的概括性条款之形式呈现。除第6条之外,《法国民法典》从契约成立条件的角度出发规定了几种具体情况:首先,根据《法国民法典》第1108条、第1131条及第1133条的规定,公序良俗原则成为契约成立的消极要件——即债的原因不法不能产生法律效力。<sup>[130]</sup>其次,债因标的非法违反公序良俗而归于无效的规范则规定在《法国民法典》第1128条,即“得为契约标的者,以许可交易之物为限。”<sup>[131]</sup>学者一般认为这里是将法条进行扩张解释而认定为“标的非法”。<sup>[132]</sup>再次,附条件之债若违反公序良俗,亦不产生法律效力。根据《法国民法典》第1172条及1174条的规定,“以不可能之物为条件,或者违反善良风俗或法律禁止的任何条件,均无效,并使有赖于此种条件的契约无效”以及“凡是按照负担债务的一方当事人的任意条件缔结的债,一律无效”。<sup>[133]</sup>最后,公序良俗也涉及当事人的生前处分和遗嘱处分行为的效力。根据《法国民法典》第900条规定,“在一切生前处分或遗嘱处分中,规定不可能的条件和违反法律或善良风俗的条件,均视同未予订立”。<sup>[134]</sup>可以看出,《法国民法典》的若干法律条款形成一套以“公序良俗”为核心的法律运作体系。根据这套体系,除法典规定的具体情况以外,所有涉及违背公序良俗原则的特殊情况都可以依据第6条处理,这一做法对后世各国民法典产生了深刻的影响。<sup>[135]</sup>

此外,“非常损失”规则在法国法上得到了进一步的发展,并形成了《法国民法典》第1118条的“合同损害”(lesion)规则——即“因显失公平,致使一方当事人遭受损失之事实,如同本编第五章第七节规定的情形与方式,仅产生请求宣告其无效或应予撤销之诉权”。<sup>[136]</sup>在民法典编纂过程中曾围绕这一规则的制定有过激烈的争论,由于法国在共和历三年时以法律的形式将“非常损失”规则废止,加之正当价格或公平价格在实务中难以界定,反对派便认为不应当在《法国民法典》中确立该规则,否则将会造成社会秩序混乱。赞成派则认为在罗马及中世纪时期“非常损失”规则均得到承认并逐渐扩大适用范围,其应当被写入民法典。<sup>[137]</sup>最后,拿破仑(Napoléon Bonaparte, 1769—1821)亲自裁定继承该规则,但先将其限定在不动产买卖的范围内。“合同损害”规则的设立体现了法国法上对经济公序的充分考量,在追求整体社会

[129] 《法国民法典》,罗结珍译,北京大学出版社2010年版,第1页。

[130] 《法国民法典》第1108条规定:契约有效成立应具备四项根本条件,负担债务的当事人的同意、其订立契约的能力、构成义务承诺之内容的确定标的、债的合法原因;第1131条规定:无原因之债,或者基于错误原因或不法原因之债,不发生任何效力;第1133条规定:原因为法律禁止或者违反善良风俗或公共秩序时,为不法原因。同前注[129],《法国民法典》,罗结珍译,第296,303页。

[131] 同前注[129],《法国民法典》,罗结珍译,第302页。

[132] 后藤卷则『フランス法における公序良俗論とわが国への示唆』榎寿夫=伊藤进编『公序良俗范围の研究』(日本评论社,1995年),152—164页参照。

[133] 同前注[129],《法国民法典》,罗结珍译,第311页。

[134] 同前注[129],《法国民法典》,罗结珍译,第256页。

[135] [法]勒内·达维:《英国法与法国法——一种实质性比较》,潘华仿等译,清华大学出版社2002年版,第133页。

[136] 同前注[129],《法国民法典》,罗结珍译,第299页。

[137] 同前注[3],于飞:《公序良俗原则研究——以基本原则的具体化为中心》,第64页。

利益的同时,也重视对部分弱者利益的保护。

至于善良风俗,它在法国法中除《法国民法典》第6条中“善良风俗”的字眼之外,再无其他条文对其进行重述,而是通过司法活动加以确认。<sup>[138]</sup>法官在具体的案件中应该根据社会生活中占据主导地位的道德准则并结合当时社会的习惯及舆论等因素来综合判断,主要出现于涉及赌博、违反性道德、违背家庭伦理道德等合同的案件中,其所依据的判断标准也随社会实际情况的变化而改变。

自20世纪至今,《法国民法典》在经过几次修订之后在“公序良俗”方面有了一些新的变化,但它依然保持了以“公共秩序”为核心的立法风格。如在1994年修订的《法国民法典》中,增加了尊重身体(Du respect du corps humain)的条款,并于第16条第9款中明文规定“本章的规定属于公共秩序”。<sup>[139]</sup>在2016年修订的《法国民法典》中,“公序良俗”规定更具有统摄性,将旧法典中的第1108、1131、1133条等条文删除,而取代以更具总括性的立法方式,这尤其体现于合同编之中。其第1102条与第1104条取代了旧法典中的第1108条,更好地维护了私法自治与公序良俗间的平衡关系。在“契约内容”的规定中,新修订的法典以第1162条再次强调:“无论是否明知,契约不能因其内容或目的而损害公共秩序。”<sup>[140]</sup>

## (二)以“善良风俗”为核心——德国的“公序良俗”

《法国民法典》设计了一套以“公共秩序”为核心的体系,德国法则如法学家拉伦茨(Karl Larenz,1903—1993)所说,它以伦理学的人格主义构成其精神基石,<sup>[141]</sup>最终形成了一套以“善良风俗”为核心的公序良俗制度。<sup>[142]</sup>根据学者的推测,德国法对“公共秩序”的排除不完全由于其概念上的缺陷,而很可能还与德国法继受罗马法的历史传统以及德国法“善良风俗”概念的客观性特征相关。<sup>[143]</sup>况且,随着19世纪市民社会向现代国家的演进过程的加速与垄断资本主义的产生,立法者和法官也不得不对资本主义契约自由与私权神圣的原则加以普遍修正与限制。<sup>[144]</sup>

德国法关于“公序良俗”的明文规定主要有以下几个条款:《德国民法典》第138条及第826条,是关于善良风俗的一般条款。第138条规定违反善良风俗的法律行为和暴利行为无效,总则中的这一条款以高度概括性的表达将公序良俗确立为民法的基本原则,统摄一切法律行为。<sup>[145]</sup>关于暴利行为的规定,是《德国民法典》对罗马法“非常损失规则”与中世纪“公平

[138] 同前注[126],尹田:《法国现代合同法:契约自由与社会公正的冲突与平衡》,第195—196页。

[139] 同前注[129],《法国民法典》,罗结珍译,第4页。

[140] 第1102条规定:在法律规定的范围内,得自由订立或不订立契约,选择契约当事人、决定契约的内容与形式。契约自由不能损害公共秩序;第1104条规定:契约双方应当真诚地协商、订立和履行契约。该项规定属于公共秩序。See Code Civil, 11<sup>th</sup> April 2022, [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section\\_lc](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc).

[141] 参见[德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》,王晓晔等译,法律出版社2003年,第110页。

[142] 在《德国民法典》第一草案中是将“公共秩序”与“善良风俗”一并提出的。但由于诸多学者的批判,最后并未被收入到第二草案中。学者们认为公共秩序概念过于模糊,并且类似问题完全可以通过适用“良俗”规则来解决。

[143] 详情同前注[3],于飞:《公序良俗原则研究——以基本原则的具体化为中心》,第65—66页;同前注[4],赵万一:《公序良俗问题的民法解读》,第33页。

[144] 参见[德]茨威格特、克茨:《比较法总论》(上),潘汉典等译,中国法制出版社2018年版,第278—279页。

[145] 《德国民法典》(第4版),陈卫佐译注,法律出版社2015年版,第49页。

价格”理论的继受与发展成果。它的形成具有其特有的社会背景。自19世纪后期开始,自由经济主义思想逐渐遭遇危机,对实质正义的需求逐渐进入立法者的视野,因此德国在19世纪末颁布了两部限制利息的法律,但其适用范围较窄而不具备一般条款的特性。因此,便形成了规定在《德国民法典》第138条第2款的“暴利行为”。在20世纪后期,通过司法判例又对“暴利行为”进行了一次改革,发展出了“准暴利行为”理论。此外,第826条则规定违反善良风俗的故意侵害行为应承担赔偿义务。<sup>[146]</sup>这一条规定在法典的第27节侵权行为之中,承担兜底性条款的作用,以弥补第823—825条的不周延性与滞后性,体现了对实质正义与公平的追求,也彰显了德国法严密的逻辑性与体系性之特点。此外,在不当得利中也规定了善良风俗条款——即《德国民法典》第817条与第819条,对不当得利制度进行了道德规范上的约束、补充与完善。<sup>[147]</sup>

总而言之,德国法以其独特的理性化色彩设计了以“善良风俗”为核心的公序良俗体系,显示出德国法理之精深、逻辑之严密、术语之严谨和层次之分明的特征。<sup>[148]</sup>其他国家的民法典中尽管也存在诸多与道德规范相联系的规则及条文,但却并未能够如德国法一样形成这样一套鳞次栉比的调控体系。<sup>[149]</sup>它比法国法更加严谨细密,并通过四个法律条款配合诚实信用原则(《德国民法典》第242条)成为统摄整部民法典及整个德国私法体系的两大基本原则,它就像一栋“完全艺术化分类的、系统而明确设计的建筑”<sup>[150]</sup>。

### (三)“另辟蹊径”——英美法系的“公序良俗”

与大陆法系的法国与德国不同,英美法系主要以判例法为核心,其“公序良俗”规定的发展主要通过司法判例活动得以确定,并逐渐通过制定法对其中一部分判例进行成文化的完善。在英美法系中,“公序良俗”规定大抵相当于其公共政策(public policy)。英美法中有关公共政策的定义一直非常模糊,法律词典中的定义也可以看出其精确性缺乏的突出特征。<sup>[151]</sup>它主要通过普通法所创设的判例来得以确定,也通过部分制定法或如美国通过重述的方式作为具体司法活动的参考。它的外延较之于大陆法系所创设的“公序良俗”概念更为广泛,包括功利与道德两方面的考量,其既要考虑正义及公平等基本价值,又要衡量效益、效力及福祉等社会效益,可以说其本身就扎根于法律自身的概念之中。<sup>[152]</sup>或者说,尝试去为其找出一个精确

[146] 同前注[145],《德国民法典(第4版)》,陈卫佐译注,第318页。

[147] 同前注[145],《德国民法典(第4版)》,陈卫佐译注,第315—316页。

[148] 同前注[31],何勤华:《西方法学史纲》,第273页。

[149] 参见[德]罗伯特·霍恩、海因·科茨、汉斯·G. 来塞:《德国商法导论》,楚建译,中国大百科全书出版社2002年版,第148页。

[150] 同前注[144],茨威格特等:《比较法总论》(上),第258页。

[151] 在《牛津法律大辞典》与《元照英美法词典》中对其有过定义:前者定义为“英美法院有时诉诸的一种很不确切的道德价值以证明其判决,据说它是一种基于社会现实需要的立法或法律解释原则;它一般是禁止性的,很少是许可性的,其标准用语是违反公共政策;它不取决于证据,而是取决于是否合乎代表一般公共利益的司法印象”;后者定义为“被立法机关或法院视为与整个国家和社会根本相关的原则和标准,该原则要求将一般公共利益与社会福祉纳入考虑的范围,从而可以使法院有理由拒绝承认当事人某些交易或其他行为的法律效力。”参见[英]沃克:《牛津法律大辞典》,李双元等译,法律出版社2003年版,第920页;同前注[57],薛波主编:《元照英美法词典》(缩印版),第1117页。

[152] See Alan B. Handler, *Judging Public Policy*, 31 Rutgers Law Journal 301, 2000, p.303.

的定义是徒劳的。<sup>[153]</sup> 虽然如此,公共政策还是冲破重重障碍,成为当代的法律原则之一。<sup>[154]</sup>

在英国,公共政策最早出现在关于不法契约与无效合同的讨论中。在 18 世纪后半叶,以“不法约定”和“对善良风俗的违反”为理由而否定契约之法律效力的判例逐渐出现。如 1768 年“罗威诉皮尔斯案”(Lowe v. Peers),法官便认定在结婚时以一方当事人不得与除另一方当事人以外的人结婚,否则将支付损害赔偿的约定是无效的。<sup>[155]</sup> 因为它只是一种纯粹限制婚姻的协议,任何人都没有义务只和特定之人结婚。19 世纪之后,英美法上更多援用公共政策的判例涌现出来。如“理查德森诉梅丽什案”(Richardson v. Mellish)<sup>[156]</sup>,在这一案件中对公共政策的适用被反对派法官认为是“难以驾驭的烈马”。在“皮尔斯诉布鲁克斯案”(Peers v. Brooks)中,<sup>[157]</sup>原告让妓女以美色为自己的马车招揽顾客,并承诺妓女可以分期的方式租赁马车。由于妓女没有按照约定履行招揽顾客的义务,原告遂将妓女诉至法庭。法官认为该合同由于目的不道德,因而是非法合同。在 1870 年的“艾利欧特诉理查德森案”(Elliott v. Richardson)<sup>[158]</sup>中,法官以公共政策为由否定了一项以延迟破产程序为目的从而损害劳工利益的合同。又如在“哈特利诉赖斯案”(Hartley v. Rice)中<sup>[159]</sup>,法院认定两名男子押注其中一人在规定时间内不结婚的协议无效,因为其违反了善良风俗并将人的婚姻状态看作金钱利益而进行博弈。此外,关于公共政策的考量体现在英美法中的诸多领域:诸如在领养案件中衡量家长监护权利与孩子自身最大利益;对精神病领域一些特殊疾病的考虑,如行为人利用罹患受虐妇女综合征(battered woman's syndrome)的刑事规制问题;还有赌博,甚至延伸至性别歧视等。<sup>[160]</sup>

美国则通过“合同法重述”的形式对违反公共政策的合同进行规制,并经历了一个逐渐从“违法合同”转向“违反公共政策的合同”的过程。<sup>[161]</sup> 在科宾(Arthur Linton Corbin, 1874—1967)担任顾问、威利斯顿(Samuel Williston, 1861—1963)担任报告人所完成的《第一次合同法重述》中,对“违法合同”的定义是:“该合同的构成或者履行是犯罪的、侵权的或是其他违背公共政策的。”<sup>[162]</sup> 科宾在其著作中详细地列举了一些违反公共政策的合同类型,其中包括涉及限制竞争的合同、涉及家庭关系的合同、礼拜日合同、有害司法公正实施的合同、欺诈或在其他方面伤害第三人的合同、赌博合同、高利贷合同以及 9 种违反公共政策的混杂合同。<sup>[163]</sup> 而威利斯顿则通过联系两次合同法重述,以抽象概括的方式将违法或不能强制执行的合同分为五类:第一,承诺中之对价是违法的作为或不作为;第二,契约中的某种承诺是违法的,虽然

[153] Gerhart Husserl, *Public Policy and Ordre Public*, 25 Virginia Law Review 37, 1938, p.40.

[154] See John B. Corr, *Modern Choice of Law and Public Policy: The Emperor Has the Same Old Clothes*, 39 University of Miami Law Review 647, 1985, p.693.

[155] Lowe v. Peers, 4 Burr. 2225 (1768).

[156] Richardson v. Mellish, 130 Eng. Rep. 294 (1824).

[157] Peers v. Brooks, LR. 1 Ex 213 (1865).

[158] Elliot v Richardson, LR 5 CP 744 (1870).

[159] Hartley v. Rice, 261 P. 689, 123 (1927).

[160] Supra note [152], Alan B. Handler, p.303.

[161] 参见高放:《美国违反公共政策之合同类型探析》,载《西安电子科技大学学报(社会科学版)》2013 年第 2 期,第 112 页。

[162] See Restatement (First) of Contracts, § 512 (1932).

[163] See Timothy Murray, Arthur L. Corbin, Joseph M. Perillo, John E. Murray, Jr., *Corbin on Contracts Desk Edition*, vol.15, New York: Lexis Nexis, 2019.

承诺的内容可以合法履行;第三,承诺的某种履行是违法的;第四,某条款中包含了违反法律的条件;第五,若法律规定某种承诺或其他条款是不可执行的,或者执行这些承诺与条款的利益明显地超出了公共政策就执行所允许的范围。<sup>[164]</sup>无论是具体枚举还是抽象概括,以公共政策限制合同自由在美国已得到了普遍认同。<sup>[165]</sup>在《第二次合同法重述》中,美国抛弃了“违法合同”的概念,在第178条第1款规定中转而强调违反公共政策的合同不能得到强制执行。<sup>[166]</sup>与大陆法系中公序良俗作为契约成立构成要件不同,一个违反公共政策的合同并非无效,而是不能得到强制执行,而法院拒绝强制执行合同的真正理由则恰好应当是其违反公共政策。<sup>[167]</sup>在该条第2款和第3款则对衡量利益得失与认定违背公共政策时所考虑的因素作出不完全枚举。<sup>[168]</sup>第179条第2款则体现了通过法院司法活动确立公共政策的类型。<sup>[169]</sup>

综上,英美法中公共政策主要存在以下特点:第一,它的外延远远大于法国与德国在民法典中规制的范围,但如丹宁大法官(Alfred Thompson Denning,1899—1999)所说:“公共政策虽然是一匹烈马,但有能力的人亦可驾驭。公共政策具有较强的适应性,更易于变革,其内涵随舆论与道德的发展而不断得以充实。”<sup>[170]</sup>第二,它不是仅关注公序良俗对法律行为效力的评价,而是将不法性涵摄于违反公共政策之中,它避免了仅仅将违法等同于无效的逻辑,更能体现个案正义。<sup>[171]</sup>第三,由于受判例法传统的影响,法官在认定违反公共政策的合同效力时具有较大的自由裁量权,更具灵活性并尽可能地缓和相对苛刻与僵化的立法规定。

## 五、余论

纵观“公序良俗”规定的起源及变迁之历程,从人类早期文明道德、宗教、法律的融合到私法发达闻名的罗马法而诞生雏形,经过中世纪“蛰伏”过程中来自日耳曼法与教会法的有力补充,直至近代大陆法系与英美法系中“公序良俗”的最终确立,它展现了一个从具体到抽象、从粗放到集约、从碎片化到体系化的过程,最终成为统摄各国法律体系的基本原则。“公序良俗”发达于大陆法系民法中的“公序良俗原则”却又不限于民法,它通过英美法系立法与司法活动中的“公共政策”理论得以扩展其评价体系的覆盖面,并延伸入公法之中,促进了公私法价值的融合。但此时与早期人类的公序良俗体系已然迥乎不同,前者杂乱无章,而现在它已经具备内部自洽的逻辑与外部多样化与多层次的立体化结构。

<sup>[164]</sup> Samuel Williston, Richard A. Lord, *A Treatise on the Law of Contracts*, Berkeley: West Group, 2009, p.389.

<sup>[165]</sup> 同前注[5],杨德群:《公序良俗原则比较研究》,第86页。

<sup>[166]</sup> See Restatement (Second) of Contracts § 178 (1) (1981).

<sup>[167]</sup> 参见王军:《美国合同法》,对外经济贸易大学出版社2004年版,第129页。

<sup>[168]</sup> 利益衡量时应当考虑:如双方当事人的正当期待,不予执行造成的罚没后果,执行特定条款时的特殊公共利益;认定违反公共政策时应当考量:立法或司法判决所表明公共政策之力度,拒绝执行某条款会促进公共政策的可能性等。See supra note[166], § 178 (2) (3) (1981).

<sup>[169]</sup> See supra note[166], § 179 (2) (1981).

<sup>[170]</sup> [英] A. G. 盖斯特:《英国合同法与案例》,张文镇等译,中国大百科全书出版社1998年版,第318—319页。

<sup>[171]</sup> 参见黄忠:《合同自由与公共政策——〈第二次合同法重述〉对违反公共政策合同效力论的展开》,载《环球法律评论》2010年第2期,第122页。

## Investigation on the Origin of Public Order and Morals

He Qinhua Yuan Chenfeng

**Abstract:** The principle of public order and morals is known as one of the supreme basic principles of modern civil law. It builds an important bridge that integrates and communicates human morality and law. According to the traditional view, the principle of public order and morals originated in ancient Roman law. In fact, in the early civilization of the rule of law of mankind, the legal spirit and related legal norms that embody the principle already existed, and they are more embodied in loan contracts, interest restrictions, and legislations of marriage and family. The dissertation will start from the civilizations of Mesopotamia and Egypt in the early human history, traverse Roman law, Canon law, and Germanic law to the modern civil law system and Anglo-American law system, and analyze the spirit and regulations of the principle respectively, to explore its the origin and birth history.

**Key Words:** Public Order and Morals; Investigation on Origin; *Laesio Enormis*; Profiteering Acts; Public Policy

(编辑:尚连杰)