

# 浅析民法公序良俗原则的适用困境及完善路径

田钱莉

贵州大学法学院, 贵州 贵阳

收稿日期: 2023年7月24日; 录用日期: 2023年8月3日; 发布日期: 2023年9月21日

## 摘要

与刑法、行政法等公法不同, 民法强调意思自治, 赋予了民事主体极大的自由发挥空间。但民事主体的行为不能完全不受约束和限制, 公序良俗原则作为现代民法中的一项基本原则, 就发挥了对私法行为进行必要限制的作用。尤其是《中华人民共和国民法典》正式颁布实施以后, 公序良俗不再仅仅是广为人知的道德观念, 更是成为了一种判断民事行为效力的法律依据。但该原则目前在适用上还存在较多问题, 本文旨在探讨公序良俗原则的适用困境, 剖析困境产生的原因, 进而探析其完善路径, 以期能够对该原则的适用及完善提供一些建议和参考价值。

## 关键词

公序良俗, 法律原则, 适用困境

## A Brief Analysis of the Application Dilemma of the Principle of Public Order and Good Custom in Civil Law and Its Improvement Path

Qianli Tian

School of Law, Guizhou University, Guiyang Guizhou

Received: Jul. 24<sup>th</sup>, 2023; accepted: Aug. 3<sup>rd</sup>, 2023; published: Sep. 21<sup>st</sup>, 2023

## Abstract

Unlike public laws such as criminal law and administrative law, civil law emphasizes autonomy of will and gives civil subjects great freedom to play. However, the behavior of civil subjects cannot be completely free from restrictions and restrictions. As a basic principle in modern civil law, the

principle of public policy doctrine has played a role in restricting the behavior of private law. Especially after the official promulgation and implementation of the Civil Code of the Civil Code of the People's Republic of China, Public policy doctrine are not only widely known moral concepts, but also become a legal basis for judging the effectiveness of civil acts. However, there are still many problems in the application of this principle at present. This paper aims to explore the application dilemma of the Public policy doctrine principle, analyze the causes of the dilemma, and then explore its improvement path, in order to provide some suggestions and reference value for the application and improvement of this principle.

## Keywords

Public Policy, Legal Principle, Application Dilemma

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 公序良俗原则的概述

### 1.1. 公序良俗原则的内涵

一直以来，公序良俗原则作为民法的一项基本原则，被视为民法联结价值世界的管道[1]。但迄今为止，对该原则的内涵还没有形成一个统一的定论，就目前而言，我国学界普遍认同的观点是将其理解为公共秩序与善良风俗的合称。公序即公共秩序，指政治、经济、文化等领域的基本秩序和根本理念，是与国家和社会整体利益相关的基础性原则、价值和秩序。良俗即善良风俗，是指全体社会成员所普遍认可、遵循的道德准则。公序良俗原则起源于罗马法，罗马法中的公序强调的是国家的安全、市民的根本利益；而良俗则强调市民的一般道德准则。在德国民法里，善良风俗一词是与公序良俗相当的概念，在英美法里，公共政策是与公序良俗相似的概念。

《中华人民共和国民法典》多次提到公序良俗，例如第 8 条规定：民事主体从事民事活动，不得违反法律，不得违背公序良俗。又如第 10 条规定：处理民事纠纷，应当依照法律；法律没有规定的，可以适用习惯，但是不得违背公序良俗。再如第 143 条规定了民事法律行为有效的要件，不违背公序良俗是其中之一；第 153 条第 2 款相应的规定了违背公序良俗的民事法律行为无效。这些规定确立了公序良俗原则的法律地位，其重要性和价值不言而喻。

在公共秩序和善良风俗的关系上，二者是两个既有区别又有联系的概念。二者不是完全相同的概念，其存在内容、侧重点方面的不同，“公序”更侧重于强调国家、社会这样宏观层面的稳定、和谐、有序的状态；而“良俗”更倾向于强调民间约定俗成、代代相传的传统生活习惯。公共秩序和善良风俗在适用范围上也存在差异，尽管如此，二者毕竟共同构成了公序良俗原则，不存在太大的实质性区别，在理论和实务上都几乎将二者作为一个整体概念使用，极少有人对其进行详细区分。

### 1.2. 公序良俗原则的功能

公序良俗原则写入民法典中，意味着其法律地位得到正式确立。民法典确立公序良俗原则的地位不仅有极大的理论价值，在实践方面也有重大意义，笔者认为公序良俗原则的主要功能可以归纳如下。

公序良俗原则的功能之一是弥补法律漏洞。法律作为调整人们日常生活行为的规则，具有稳定性和可预测性，但社会生活日新月异、瞬息万变，法律制定者在制定法律时不可能穷尽所有情况，总有一些

领域是法律没有规定的，这就是成文法难以避免的滞后性。而法律原则不是具体的规定，其所具有的普遍性和灵活性就可以克服规则的刚性，弥补法律规则的漏洞与不足。裁判者在穷尽具体的法律规则时，原则便可以发挥其作用，为裁判者提供方向指引[2]。当立法空白，而又出现了明显违背社会道德的案件事实时，如果继续容忍该行为存在，会产生较为恶劣的社会影响。当当事人将这类新兴的纠纷诉至法院，法院不能拒绝裁判，法院必须寻找依据进行审理，做出一个公平公正的判决。此时，公序良俗原则就为法官的裁量提供了依据，弥补了法律的漏洞和成文法的不足，使得那些新兴的、明显违背社会道德的法律案件事实得到解决，从而更好地维护了法律的权威和正确的社会价值观。

公序良俗原则的功能之二是促进个案正义实现。我国法律既重程序也重实体，在追求程序正义的同时也追求实质正义，既追求法制统一，也追求个案正义。遵循法律事先已经规定好了的规则和程序是实现程序正义的必然要求，但由于上文所述的法律的滞后性，一味地强调遵循规则难以应对个案的特殊性。因此，实现实质正义、个案正义也需要借助法律原则的力量。在众所周知的我国公序良俗第一案，即泸州遗赠案中[3]，存在明确的有关遗赠和继承的具体法律规则，但出于对婚姻道德观念和社会主流价值观的考量，法官排除了法律规则的适用，以遗嘱违背公序良俗原则为由认定了遗嘱无效。通常情况下，如果存在具体的法律规则，法官是应当优先适用法律规则的，只有在穷尽法律规则而无相关规定后方可适用法律原则。但如果在个案中适用法律规则得出的结论极端不正义，极端不符合社会主流价值观的，则可以直接适用公序良俗原则。在这样的情形下，公序良俗原则也就发挥了促进个案正义实现的功能。

公序良俗原则的功能之三是助力利益衡平。公序良俗原则适用的社会基础是市场经济的发展，民法强调意思自治方面的自由，赋予民事主体极大的自由空间。然而人们在市场经济往来中如果没有边界，就容易以牺牲他人的利益来达到维护自己的利益的目的，因此，民事行为不能丝毫不受限制，需要划清自由与规则的边界。公序良俗原则和诚实信用原则一样具有迫使当事人在追求自己的利益的同时适当兼顾他人利益和社会利益的作用，从而可以促进各方当事人之间的利益、个人利益与社会利益之间达到平衡。

## 2. 公序良俗原则的适用困境

### 2.1. 缺乏统一、明确的适用标准

我国法律目前只是以法律原则的形式来对公序良俗原则的地位进行明确，所有原则都在开篇总则中规定，但并未具体指明其含义和适用路径。缺乏具体化的裁判规则导致适用者模糊运用的几率大大增加，法院在适用公序良俗原则进行裁判的过程中，法官拥有较大的自由裁量权，导致同案不同判或二审改判现象较多，裁判争议较大，如在深圳遗赠案中[4]，该案的争议焦点为将房产赠与同居十多年的保姆的遗嘱是否有效。一审法院认为，该遗嘱是遗嘱人的真实意思表示，即使其在婚姻关系存续期间与他人同居存在过错，但该过错并不必然导致遗赠行为无效。然而二审法院认为遗嘱人的行为既违反了夫妻共同财产平等处理权的法律规定，也违背了公序良俗，因此认定遗嘱无效，撤销了一审判决。又如在一些合同纠纷中，同样的案件判决的结果却大相径庭，这样同案不同判或二审改判，总结而言是因为公序良俗统一适用标准的缺失，在没有明确、统一的适用标准的情况下，案件的处理结果很大程度上受法官自由裁量、个人主观意向的影响。综上，缺乏统一、明确的适用标准是我国公序良俗原则目前的适用困境之一。

### 2.2. 与其他原则的适用存在混淆

公序良俗原则在实务中与其他原则混用的现象较为突出，例如，和公平原则的混用。公平原则强调民事主体从事民事活动应当合理确定各方的权利义务，由此，其在理解上与公序良俗原则有交叉、重叠之处，因此二者之间出现一些混淆的情况。此外，与公序良俗原则混用最严重、最常见、也是最让适用

者难以区分的,其实是诚实信用原则。诚实信用原则与公序良俗原则都是由道德要求上升为法律规范的,二者都具有弥补法律漏洞的功能,也就都赋予了法官更大的自由裁量空间。二者在功能价值、内涵上的高度相似使得很多法官难以区分,但笔者认为,实际上公序良俗原则与诚实信用原则的侧重点并不相同。公序良俗原则侧重点在于特定民事行为的后果,裁判者将特定行为与公共秩序和善良风俗的道德观念进行比较,从而对行为进行价值评价,其适用并不关心行为者行为时的主观态度,故其既可以适用于侵权行为等,也可以适用于事实行为。而诚实信用原则不仅要求客观诚信,还要求主观诚信,其适用要求包括了行为以及行为人的主观状态,因此对于事实行为,诚信原则几乎不能进行调整。由此可见,虽然公序良俗原则和其他原则在表象上存在一些相似之处,但实质上它们并不相同。然而,在我国的司法审判中,还存在很大一部分裁判者忽视了二者的区别,将公序良俗原则与其他原则混用或随意替代。在这种情况下,公序良俗原则仿佛是一个万能原则,不论案件判决是否需要引用,都在依据中进行罗列,实际上也只是无意义的单纯罗列,并没有对此展开充分的说理与解释[5]。

### 2.3. 向一般条款逃逸的现象突出

向一般条款逃逸是指具有可以适用的法律规则,却偏偏对法律规则视而不见,转而直接适用法律原则进行裁判,导致具体法律规则被闲置。在审判过程中,法律适用规则既是每个裁判者都会遇到的问题,在某些情况下又是一个难题。我国法律明确了法律原则和法律规则的适用问题:必须穷尽法律规则,方得适用法律原则;除非为了实现个案正义,否则不得舍弃法律规则而直接适用法律原则。也就是说,在一般情况下,法律规则和原则的适用是存在先后顺序,应先适用规则,而后才能适用原则。但近几年公序良俗原则在民事案件中无论是适用的案件数量还是适用范围都处于逐年递增的态势[6]。从而,一些法官或受限于自身业务水平,或为图方便省事,并没有遵循法律适用的规则,而是向一般条款逃逸,在存在可适用的法律规则的情况下直接适用公序良俗原则。这带来的后果是要么导致了错判,要么结论正确但说理部分是不恰当的。

## 3. 公序良俗原则适用困境的成因

### 3.1. 原则本身具有的局限性

公序良俗作为法律原则,其本身在含义上极为模糊,难以运用传统的概念思维方式对之进行适用[7]。也就是说,公序良俗原则作为法律原则之一,天然地具有法律原则本身具有的特征,如高度抽象性、概括性等,法律原则不预先设定任何具体的、确定的事实状态。除了具备法律原则所共有的一些特征之外,公序良俗原则还存在其自身的特点,因为公序良俗本质上是人们在长期社会生活中形成的风俗习惯,故其还具有时代性、地方性等特点,每个地方、每个时代人们所普遍认同的善良风俗是有差异的。由于以上的特征,使得公序良俗原则很难形成一个明确、统一、类型化的适用标准,给裁判者带来了较大的适用困难。

### 3.2. 适用者的水平存在差异

公序良俗原则作为弹性较大的概括性条款,其本身内涵随着时代的发展而有所变动,探究其精确内涵需要结合实际案例加以研究[8]。然而中国幅员辽阔,十里不同风,百里不同俗,每一个地方的风土人情都有或大或小的差异,公序良俗原则具有地方性、时代性,导致对实际案例进行具体分析存在很大的实践困难。并且原则的适用者也即法官也成长、生活于各种各样的环境,使得其对公序良俗的认知水平存在较大的差异。在公序良俗原则的适用本身缺乏明确统一的标准的情况下,公序良俗原则的存在和适用都不得不依赖于适用者自身对案件事实、风俗习惯、生活等因素的认知和理解。如公序良俗原则适用



在泸州遗赠案这样的婚外同居赠与案件之中时，究竟如何判决会极大地受到法官本身认知水平的影响。对于婚姻观念比较保守的裁判者而言，其也许绝不能接受婚外同居行为，导致其在判决时过分强调公序良俗却忽略了多方利益的平衡；对于婚姻观念更为开放的裁判者而言，其可能对公序良俗原则的适用更为谨慎，更能全面地考虑当事人各方的利益和大众舆论的影响，当然，其也有可能完全忽视公序良俗的存在而直接适用赠与、继承相关的法律规则来作出判决。本文谈及二者的区别并非想要区分哪一种裁判者更好，而是想要论证不同的裁判者对公序良俗的认知、理解水平不一，就可能会导致同案不同判、类案不类判。

### 3.3. 未能保持适用的谦抑性

谦抑性本是刑法上的原则，但笔者认为该原则对作为民法基本原则之一的公序良俗原则的适用同样有参考价值。公序良俗原则作为一项法律原则，在存在具体法律规则时，其适用当然应当是消极的、谦抑的，笔者认为这是一切法律原则都应共同遵循的一般原理。法律原则的适用应当遵循谦抑性，也即在穷尽法律规则仍不能解决案件时，才能考虑适用原则来处理案件。因为法律原则本身是高度抽象、概括的，其没有法律规则那样切合案件事实，如果我们直接适用法律原则，那么就很容易出现乱用、误用，甚至是滥用。然而在实践中，一些法官为了图省事，跳过了法律规则的检索，直接适用原则来裁断案件，这就造成了公序良俗原则的滥用，这是不被允许的。简言之，公序良俗原则应当具有底线性、消极性与防御性，而不能具有过分的高尚性、积极性与攻击性[9]。

## 4. 公序良俗原则适用的完善路径

### 4.1. 明晰公序良俗适用标准

如前所述，公序良俗原则的适用目前没有统一的标准，处于一个混乱、亟待完善的时期。公序良俗原则作为法律原则，其内容是高度抽象、概括的，法官在适用时很大程度上要依赖于自身对该原则的理解，其理解可能是带有个人色彩的、片面的，不同法官对同一原则的理解不一。因此，公序良俗原则要走出目前在适用上的困境，必须将其内容、适用标准和规则具体化、类型化。公序良俗原则的类型化不仅可以保护法的安定性，维护个案正义，而且是各国较为通行的司法适用方法[10]。为规范公序良俗原则的类型化适用，应发展出一套相应的框架性规制方法，优先适用已经过理论研究并在实践中被普遍认可而精粹出的成熟类型[11]。但因为公序良俗的内容会随着时代的变迁而不断变化，因此这种成熟类型不会是一劳永逸的，我们需要在实践中不断提炼、归纳，对原有类型及时进行更新，这样才能帮助公序良俗原则走出当前的适用困境。

### 4.2. 提升适用者的适用水平

公序良俗原则系从习惯发展而来，而习惯向来就是具有多元性、时代性、复杂性的地方性知识，不同时代、不同地域、不同人群、不同社会生活中，有着不同的习惯[12]。因此，对于公序良俗的判断不能一概而论。判断地域性的道德观念和风俗习惯是否已被现代社会大部分人接受和认可，能否成为公序良俗原则的内容，从而用该原则进行规制还没有一个统一、明确的标准，需要适用者根据社会主流价值观、区域文化等多种因素进行综合判断。地域、民族的差异性使公序良俗原则的适用缺乏稳定性。还需要注意的是，随着时代的发展，社会观念也在潜移默化地变化，公序良俗原则的适用若以一成不变的落后的观念去评价案件，可能会造成不公正的结果。时代的变迁与道德观念的发展对公序良俗原则的内涵和司法适用都具有很大的影响，因此，公序良俗原则的适用对适用者提出了更高的要求，需要在加强该原则的类型化适用的同时，提升法律人才队伍的素质，提升适用者的适用水平，才能使该原则更好地发挥其

价值。

### 4.3. 严格禁止向一般条款逃逸

我国公序良俗原则在适用中存在诸多乱象，根治该问题的关键在于清楚认识和妥当把握公序良俗原则适用的谦抑性<sup>[13]</sup>。而谦抑性正是禁止向一般条款逃逸的应有之义。公序良俗原则虽然在适用时更加方便省事，为适用者节省了大量检索法律规则、筛选规则适用的时间，但不分情况就任意适用该原则，不仅不利于该规则的价值发挥，甚至会出现错误的裁判。因此，对法律原则的适用要受到严格的限制。在同时存在法律规则与法律原则，且将获得同样的裁判结果时，要优先适用法律规则而非法律原则，否则原则可能会僭越规则，构成“向一般条款逃逸”<sup>[14]</sup>。在适用原则和规则得出的结论不一致时更应严格把握究竟应该适用规则还是原则，结合适用规则、社会效果、实质正义等诸多方面来进行衡量。在上文提到的泸州遗赠案和深圳遗赠案中，虽很多人认为婚姻关系的第三者没有得到遗产是大快人心的结果，但依然有部分人是不赞同这样的做法的，类似这样案件的裁判结果其实一直都存在争议。争议本质在于适用公序良俗原则对法律漏洞进行价值补充的过程中如何把握恰当的尺度，以免法官成为道德的裁判者，同时也要避免法律向法外空间过度倾斜<sup>[15]</sup>。道德与法律在人类社会发展过程中是由融为一体逐渐发展到相互独立而又相互影响的，其界限一直都较为模糊。我们不能抱着外行看热闹的心理来对待公序良俗原则目前的适用问题，为了迎合大多数人的想法滥用该原则。现阶段应严格禁止向一般条款逃逸，尽可能避免其被滥用。

## 5. 结语

公序良俗原则作为现代民法的基本原则之一，在我国理论界和实务界均占据重要地位，其存在也确实为一些疑难个案的解决提供了思路，发挥了较大的功能价值。但由于法律原则自身固有的高度抽象性、概括性等局限性导致其内容模糊、缺乏统一适用标准，因此对适用者提出了更高的要求，然而适用者的业务水平却又存在差异，使得同案不同判现象突出；加之该原则在适用上未能保持谦抑性，导致向一般条款逃逸，目前在适用上面临许多亟待解决的问题。本文在分析公序良俗原则的适用困境、原因的基础上，针对这些问题提出了一些完善建议，希望能对该原则的适用提供一些价值，期待公序良俗原则在学界和实务界的共同努力下，能够走出现存困境，使法律原则与法律规则相得益彰，我国法治建设更上一层楼。

## 参考文献

- [1] 秦小建, 周瑞文. 《民法典》公序良俗规定的宪法向度[J]. 湖北大学学报(哲学社会科学版), 2021, 48(4): 97-109, 177. <https://doi.org/10.13793/j.cnki.42-1020/c.2021.04.011>
- [2] 申玖聪. 公序良俗原则民事司法适用研究[D]: [硕士学位论文]. 太原: 山西财经大学, 2023.
- [3] 陆丹. 公序良俗原则在遗嘱继承中的适用研究——以“泸州遗赠案”为视角[J]. 吉林工商学院学报, 2018, 34(3): 99-103. <https://doi.org/10.19520/j.cnki.issn1674-3288.2018.03.019>
- [4] 施竹婧. 公序良俗在司法裁判中的功能研究[D]: [硕士学位论文]. 上海: 华东政法大学, 2022. <https://doi.org/10.27150/d.cnki.ghdzc.2022.000498>
- [5] 罗景文. 公序良俗的司法适用问题研究[D]: [硕士学位论文]. 长春: 吉林大学, 2022. <https://doi.org/10.27162/d.cnki.gjlin.2022.001599>
- [6] 胡学文. 公序良俗原则民事司法适用研究[D]: [硕士学位论文]. 济南: 山东大学, 2022.
- [7] 常春. 嵌入劳动法的公序良俗原则[J]. 西南交通大学学报(社会科学版), 2022, 23(5): 120-129.
- [8] 程瑞. 公序良俗原则在婚外同居赠与合同中的适用[J]. 哈尔滨学院学报, 2023, 44(1): 53-57.
- [9] 吴尧. 公序良俗原则下“不良影响”条款研究[J]. 中华商标, 2023(2): 74-78.

- 
- [10] 徐亚文, 李紫琦. 公序良俗原则司法适用的实践研究[J]. 河南科技大学学报(社会科学版), 2022, 40(2): 75-82.  
<https://doi.org/10.15926/j.cnki.hkdsk.2022.02.012>
- [11] 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[J]. 法学, 2015(11): 54-68.
- [12] 范忠信. 公序良俗原则确立与《民法典》的人文升华[J]. 探索与争鸣, 2023(3): 132-146, 180.
- [13] 于飞. 《民法典》公序良俗概括条款司法适用的谦抑性[J]. 中国法律评论, 2022, 46(4): 52-61.
- [14] 包可扬. 民法视域下公序良俗原则之探究[J]. 江南论坛, 2022(5): 55-58.
- [15] 徐颖. 冥婚案件中公序良俗原则的司法适用研究[D]: [硕士学位论文]. 包头: 内蒙古科技大学, 2022.