

民法基本原则： 理论反思与法典表达

于 飞 *

内容提要：我国制定民法总则要不要沿袭民法通则体例，将民法基本原则集中规定于法典开篇，这一问题具有重要的立法意义，但却未经真正的讨论。传统民法知识体系中，基本原则指不具裁判功能的“一般法律思想”，并不在民法典中规定；其与作为裁判规范的诚实信用、善良风俗等概括条款迥然不同。民法通则“基本原则”章实际上是把“一般法律思想”与“概括条款”混而为一，导致了诸多理论误区与实践弊端。民法通则“基本原则”章的产生，有其特定的社会背景和历史原因。民法总则不应再于法典伊始集中规定基本原则，也不应再将一般法律思想明文化。诚实信用、公序良俗这些概括条款应当各归其位，放在各自的适用领域之中。

关键词：民法总则 基本原则 一般法律思想 概括条款

一、问题的提出

全国人大法工委的“民法总则”（征求意见稿·草案）第一章“一般规定”集中规定了民法基本原则。各民法总则专家建议稿也普遍采取了开篇设专门章节集中规定“基本原则”的体例。^{〔1〕}以上属于实质相同的立法设计，章节名称不同只是形式。这些立法设计共

* 中国政法大学民商经济法学院教授。

本文为《法学研究》2015年秋季论坛“民法典编纂的前瞻性、本土性与体系性”征文。本文受国家社科基金重大项目“中国民法重述、民法典编纂与社会主义市场经济法律制度的完善”（14ZDC018）、国家社科基金青年项目“公序良俗原则的司法适用研究”（10CFX036）、中国政法大学优秀中青年教师培养支持计划资助项目“中国民法概括条款具体化的理论、方法与实践”的资助。

〔1〕 参见梁慧星主编：《中国民法典草案建议稿》第一章第二节“基本原则”，法律出版社2013年版，第3页以下；王利明主编：《中国民法典学者建议稿及立法理由·总则编》第一章第一节“民法的调整对象和基本原则”，法律出版社2005年版，第13页以下（熊谓龙执笔）；徐国栋主编：《绿色民法典草案》第一题第二章“基本原则”，社会科学文献出版社2004年版，第3页以下（徐国栋执笔）；中国法学会：《中华人民共和国民法典·民法总则专家建议稿（征求意见稿）》第一章第一节“基本原则”，http://www.chinalaw.org.cn/Column/Column_View.aspx?ColumnID=81&InfoID=14364；杨立新：《中华人民共和国民法总则（草案）建议稿（2.0版）》第一章第三节“法律原则”，<http://www.lawinnovation.com/html/xjdt/13857.shtml>；北航法学院课题组（龙卫球主持）：《〈中华人民共和国民法典·通则编〉草案建议稿》第一章第二节“基本原则”，<http://www.lawinnovation.com/html/xjdt/15061.shtml>。所引互联网资料均于2016年3月7日最后访问。

同渊源于民法通则第一章“基本原则”。在这种体例框架内，民法总则“基本原则”的立法讨论，基本等同于“要哪几个”基本原则的问题。前述不同立法设计，就表现为不同数量和内容的基本原则的不同组合方式。

与前述立法设计不同，本文试图回溯一步，去反思一个更为前提性的问题：我们要不要采取在法典开篇集中规定基本原则的体例？显然，只有在该问题上作出“要”的回答之后，逻辑上才会存在“要哪几个”的问题。然而，我们在“要不要”这个问题上并未真正讨论过。民法研究者面对着现行法——民法通则第一章“基本原则”，“要不要”的问题似乎无法讨论，也没有必要讨论。如果向前追溯，公开出版物中最早可查的民法总则草案——1955年10月5日的“中华人民共和国民法总则草稿”，其第一章就是“基本原则”。〔2〕建国后的第一部民法教材——中央政法干校编的《中华人民共和国民法基本问题》，第一章也设有“我国民法的任务和基本原则”的专节。〔3〕对我们而言，“基本原则”的独立结构几乎是一个起点上的既成事实。

民法总则的制定使我们有了重新考虑选择的机会。以往未经真正讨论的“要不要”的问题，现在能够被讨论了；它也应当被认真地讨论。假设民法通则开篇集中规定基本原则的立法体例并不妥当，若无历史再选择关口上的深刻反思，错误会因惯性而被沿袭下去。假设该体例是正确的，讨论仍然有价值，因为它会对既有基本原则的立法设计——无论是哪一种——的正当性基础进行补强甚至是补白，反思之后的前进就不会再被质疑。

本文反思的切入口和关键所在，是对民法通则规定的诸基本原则进行内部区分。看似浑然一体的民法通则“基本原则”章内部，实际上表述了完全不同质的事物，而不同事物要求立法上的不同对待。本文将依以下思路展开：首先从体系和逻辑两个视角区分基本原则与概括条款，作为一般法律思想的基本原则不需要在民法典上明文规定；其次对我国民法基本原则的立法体例及基础理论进行反思，这些基础理论有弥合立法例上两类异质事物之间裂隙的效果，但反思使我们认识到该目的不能达到；再次对我国民法通则“基本原则”章的特殊立法例给予具体历史场景下充满代入感的理解，而历史的合理性也会随着历史变迁而逝去；最后给出结论，就民法总则中基本原则的立法安排谈若干浅见。

二、基本原则与概括条款的区分

民法通则第一章“基本原则”规定了平等原则（第3条）、自愿原则（第4条）、公平原则（第4条）、诚实信用原则（第4条）、合法权益受保护原则（第5条）、公序良俗原则（第7条）。〔4〕以上是否为同质性事物？如果是，则将其集中规定并予以统一命名的立法例有可能是合理的。如果不是，则不同的事物可能会要求立法上的区别对待。

〔2〕 参见何勤华、李秀清、陈颐编：《新中国民法典草案总览》上卷，法律出版社2003年版，第3页。

〔3〕 参见中央政法干部学校民法教研室编著：《中华人民共和国民法基本问题》，法律出版社1958年版，第21页以下。教科书中包含民法基本原则部分，堪称我国民法总论教科书的一个定例。笔者所见的一个比较显著的例外，是朱庆育之《民法总论》（北京大学出版社2013年版）。该书没有“基本原则”章节，可能是受德国民法总论教科书撰写体例的影响。

〔4〕 通说认为，民法通则第7条是解释上的公序良俗原则。参见梁慧星：《民法总论》，法律出版社2011年版，第50页；王利明：《民法总论研究》，中国人民大学出版社2012年版，第135页。

（一）区分的体系视角——利用德国民法体系的论证

在《法学方法论》一书中，拉伦茨有一段非常重要的阐释：“最高层的原则根本尚不区分构成要件及法效果，其毋宁只是——作为进一步具体化工作指标的一般法律思想。此类原则有：法治国原则、社会国原则、尊重人性尊严的原则及自主决定与个人负责的原则。区分构成要件及法效果的第一步，同时也是建构规则的开始则是：相同的案件事实在法律上应予相同处置的命令以及各种不同方向的信赖原则（例如负担性法律溯及既往之禁止以及——作为私法中“信赖责任”的基础之——在所有法律上的特别关系均应循行“诚信”的要求）。”〔5〕下文分三点对这段论述进行分析：

1. 原则具有层次性。

拉伦茨认为，原则及“下位原则”〔6〕构成一个“内在的阶层秩序”，〔7〕从而使体系的形成成为可能。其中，达到我们所谓基本原则层级的“最高层的原则”，拉伦茨列举了四个：法治国原则、社会国原则、尊重人性尊严的原则、自主决定与个人负责的原则。其下位存在着“相同的案件事实在法律上应予相同处置的命令”及“信赖原则”。信赖原则之下才出现了“诚实信用”以及法不溯及既往。

不同的德国学者对于“基本原则”有哪些，也有不同认识。如卡纳里斯认为，现行德国民法中的“一般法律原则”有自我决定原则、自我负责原则、交往及信赖保护原则、尊重他人人格及自由原则等。〔8〕而他同样认可原则的层次性：“为求自身的实现，原则需要通过包含有独立实质内容的下位原则及个别评价行为进行具体化。”〔9〕

2. 最高层的原则是“一般法律思想”，民法典不作规定。

相当于我们所称的基本原则层级的“最高层原则”，拉伦茨称其实质是“一般法律思想”。此外拉伦茨还用“法理念的特殊表现”、“法理念的特殊化”、“实质的法律思想”、〔10〕“主导性法律思想”〔11〕等来称呼此类原则。

不同的德国学者在有哪些基本原则的认识上或有参差，但一个普遍共同点是，他们所认为的基本原则都未在德国民法典中明文规定。如法治国原则、社会国原则以及尊重人的尊严与自由原则，均规定于宪法（分别参见德国基本法第28条第1款、第20条第1款、第1条第1款、第2条第2款）。建立和维护法治、提供社会福利、尊重和保障人的尊严与自由，毋宁说首先是国家的义务，若规定于民法典，反而搞错了义务对象，降低了相应基本权利的保护程度。而自我决定原则、自我负责原则、交往及信赖保护原则属于纯粹的私法原则，此类原则德国民法典也没有明文规定。沃尔夫甚至将“一般法律原则”直接归入“不成文法”中，与习惯法、法官法、交易习惯及商业需求相并列。〔12〕

〔5〕〔德〕拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第348页。

〔6〕同上。

〔7〕同上书，第349页。

〔8〕Vgl. Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl., 1983, S. 48.

〔9〕同上书，第57页。

〔10〕前引〔5〕，拉伦茨书，第348页。

〔11〕同上书，第353页。

〔12〕Vgl. Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des BGB, 9. Aufl., 2004, § 3, Rn. 31ff. 文中所引内容是沃尔夫续写拉伦茨教科书时所加，系沃尔夫的观点。

宪法原则不宜规定在民法典中可以理解，私法原则为什么也不规定在民法典中？拉伦茨以契约自由及债权契约形式自由原则为例解释道：“法律虽未明白言及，但因法律就其例外特为明定，可见其乃包含于法律之中。立法者之所以不明白言及，因其认为该原则系如此‘理所当然’之事，因此根本不须提及原则，而只须表明其例外情况。”^{〔13〕}如私法自治、契约自由、交易保护、信赖保护、善意保护之类，实为民法典赖以存在的前提。民法典的存在，就意味着这些前提一定存在，此即属于“理所当然”而不言自明之事。

另一个重要原因，是因为这些原则是“一般法律思想”，不是具有裁判功能的规则，因此没有必要规定于民法典中。拉伦茨明确指出：“法律原则是（可能的或既存的）法律规则的指导思想，该思想还不是可适用的规则，但能够向可适用的规则转化。”^{〔14〕}卡纳里斯也强调：“原则并非规范，因而不能不经中介地适用，而是必须首先使之要件固化或者说‘规范化’。”^{〔15〕}拉伦茨与卡纳里斯表述的关键之处，在于均强调了原则不是“规则”或“规范”，“不能直接适用以裁判个案，毋宁只能借其于法律或者司法裁判的具体化才能获得裁判基准”。^{〔16〕}

于是，这些作为“一般法律思想”的“最高层原则”，即使在民法典中不作规定，也“理所当然”地存在着，而规定在民法典中也没有裁判上的意义，因此就形成了基本原则不入法（民法典）的状况。

3. 诚实信用并非最高层原则，其性质实为“概括条款”。

在前述拉伦茨、卡纳里斯的原则体系中，最高层的原则中都没有诚实信用。沃尔夫亦同，他在对“一般法律原则”举例时称：“私法自治原则、合同自由原则是一般法律原则，在某些法律领域中善意保护及信赖保护也是一般法律原则，表见代理就是一例。一般法律原则能够通过诚实信用（德国民法典第242条）这样的概括条款而具体化。”^{〔17〕}可见，沃尔夫是将诚实信用作为一般法律原则的一个具体化表现，其本身尚不构成一般法律原则。

对于诚实信用，沃尔夫将其称为“概括条款”。然则概括条款与一般法律原则有什么区别？《德语法律百科全书》对概括条款的解释是：“概括条款是一种法律规范，它仅设立了一个一般准则，其在个案中的具体含义则委托法官在学说的帮助下去确定（例如德国民法典第242条、第138条）。”^{〔18〕}这里我们可以看到一个重大差异：前述最高层原则或一般法律原则，拉伦茨、卡纳里斯都在强调它们不是“规则”或“规范”，只是一般法律思想或法律理念，不能直接用于裁判案件；而概括条款则是“规范”的一种，它具有裁判功能，可以直接作为法官的裁判工具。前述《德语法律百科全书》将德国民法典第242条（诚实信用）、第138条（善良风俗）作为概括条款的典型例子，德国法官利用这些概括条款创造了浩如烟海的判例。^{〔19〕}

（二）区分的逻辑视角——利用德沃金、阿列克西的原则理论的论证

由德沃金开创并由阿列克西发展和精致化的原则与规则区分理论，其目的并非是为了

〔13〕 前引〔5〕，拉伦茨书，第353页。

〔14〕 Larenz, Richtiges Recht, 1979, S. 23.

〔15〕 前引〔8〕，Canaris书，第57页。

〔16〕 前引〔5〕，拉伦茨书，第353页。

〔17〕 前引〔12〕，Larenz/Wolf书，第3章，边码36。此处也是沃尔夫的观点。

〔18〕 Tilch/Arloth, Deutsches Rechts-Lexikon, 3. Aufl., 2001, S. 1870.

〔19〕 在《施陶丁格法典评注》中，德国民法典第242条有365页评注，第138条有265页评注，主要内容即判例的类型化研究。Vgl. Staudinger/Looschelders/Olzen, 2009, § 242, Rn. 1ff. Staudinger/Sack, 2003, § 138, Rn. 1ff.

解决民法上的问题；以上法理学家对相关概念的用法，也与民法学者有所不同。因此须先作两点前提性说明：

第一，规范、规则、原则之间的关系。在德沃金与阿列克西的语境下，规范是规则与原则的共同上位概念。因此，原则是规范的一种。而在拉伦茨、卡纳里斯的语境下，规范与规则基本是同义词，都是原则的对立物。因此，原则既不是规则，也不是规范。在本部分讨论中，将按照德沃金与阿列克西的用法来使用相关概念。

第二，原则能否适用。在拉伦茨、卡纳里斯的语境下，出于对法律安定性的追求，强调最高层原则不能直接适用，它们须经下位原则一步步地具体化为规则，最终被适用的也只能是规则。只有这样，原则才不会化身为任意司法，其在法秩序中的作用才能控制和检验。而在德沃金、阿列克西的语境下，前述在原则的指导下寻找、确定实质规则的过程，被认为是在适用原则。

以下论述将借助一个简单但重要的图示来完成： $A \rightarrow B$ 。其中，A代表“适用条件具备”，B代表“规范得到适用”，“ \rightarrow ”代表蕴涵词“如果，则”。

1. 全有或全无（all or nothing）的适用方法

这是德沃金所称原则与规则之间“逻辑的”区别之关键点。“规则在适用时，是以完全有效或者完全无效的方式。如果一条规则所规定的事实是既定的，那么，或者这条规则是有效的，在这种情况下，必须接受该规则所提供的解决办法。或者该规则是无效的，在这样的情况中，该规则对裁决不起任何作用。”^[20]而原则不是这样运作的，即使是“那些看来同规则十分类似的原则，也没有列举出当规定的条件被满足时自动发生的法律后果”。^[21]因为还存在其他与之相冲突的原则，各原则需要较量它们在个案中的分量，来决定最终的适用。这一在个案中较量分量来决定适用的过程，阿列克西称为“权衡”，并用“重力公式”来论证权衡是一种理性程序。^[22]

对于规则，在A满足（适用条件具备）之时，B确定地发生（规则得到适用）；若A不满足，则B确定地不发生。这就是全有或全无地适用。原则的独特性在于，即使A满足，B也不会确定地发生，而是开启一个权衡的过程，由权衡来决定最终的结果。

概括条款属于规则。例如，“违反公序良俗的法律行为无效”，如果A满足（法律行为违反公序良俗），则B确定地发生（该条获得适用，产生无效后果）；若A不满足（未发生背俗情事），则B确定地不发生（该条与本案无涉而不被适用）。这就是“全有或全无”。诚实信用也是如此。“行使权利、履行义务须遵循诚实信用”，一个具体权利行使行为要么合乎诚信要求，从而导致权利行使发生相应法律效果；要么不合乎诚信要求，从而不发生权利行使的效果。

原则则不同。例如“权益受保护原则”（民法通则第5条，“公民、法人的合法的民事权益受法律保护”），即使A满足（存在一个合法的民事权益），B也未必发生（未必适用该条并产生“受法律保护”的后果），因为存在信赖保护（具体如善意取得）、公共利益

[20] [美] 德沃金：《认真对待权利》，信春鹰、吴玉章译，中国大百科全书出版社1998年版，第43页。

[21] 同上书，第44页。

[22] 参见[德]阿列克西：《重力公式》，载阿列克西：《法：作为理性的制度化》，雷磊编译，中国法制出版社2012年版，第148页以下。

(具体如征收)等与之相冲突的其他原则或理念。原则之间的冲突导致原则的例外不可穷尽,^[23]这就决定了原则无法像规则一样“全有或全无”地确定适用,而是只能进入一个原则之间的权衡程序。德沃金在讨论众所周知的里格斯诉帕尔默一案中提出的“任何人不得从自己的错误行为中获利”,^[24]也同样符合原则的特征。

这里必然会有一个关于“权衡”的疑问:概括条款在适用中不是也需要权衡或利益衡量吗?在判断是否违反“诚实信用”或“公序良俗”时,显然也需要法官综合一切情况进行考量,这是否意味着原则与概括条款实质上并无分别?贡特尔指出规则适用中也存在“考量所有情形”的情况。阿列克西回击道:“贡特尔理解了‘考量所有情形’。然而,考量所有情形并不等同于最佳化。这一点可通过以下事实得到说明:考量所有的情形同样可能意味着以‘全有或全无’的方式来适用规范”。^[25]这就是关键,虽然概括条款在适用条件是否具备上需要“考量所有情形”,但适用条件一旦具备(或不具备),概括条款仍然是“全有或全无”地适用的。

原则是在“→”上需要权衡,A满足后未必发生B,而是要权衡地决定;概括条款则是在“A”上需要权衡,A一旦确定之后,在“→”上没有权衡的余地,仍然是“全有或全无”地适用。原则与规则区分的关键在于“→”上是否需要权衡,在“A”上是否需要权衡则非所问。在“→”不可权衡之时,该规范已然确定地属于规则;然后,若在“A”上也不可权衡,则属于一个一般或典型的规则;若“A”需要权衡(通常是A中包含有“须评价地予以补充的概念”^[26]导致的),则属于规则中的概括条款。

借此可以分析我们习以为常的一些误用。如情事变更原则(《最高人民法院关于适用〈合同法〉若干问题的解释(二)》第26条),虽然该条在要件上包含了“重大变化”、“明显不公平”这样的表述,但不能否定构成要件满足之后该条会确定地得到适用的规范特点,因此其属于规则。要件上包含了须权衡方能确定的概念,则使之进一步构成了规则中的概括条款。这是一个虽常被称为原则,但实为概括条款的典型例子。诚实信用原则、公序良俗原则也是如此。

2. 最佳化命令与确定性命令

阿列克西明确指出:“按照原则理论的标准定义,原则是一种要求某事在事实上和法律上可能的范围内尽最大可能被实现的规范。因此,原则是最佳化命令。它们能以不同的程度被实现。实现的强制程度不仅取决于事实因素,也取决于法律上的可能性。后者的范围取决于与其相冲突的原则和规则。相反,规则是一种仅能以被遵守或不被遵守的方式来实现的规范。如果一项规则是有效的,它就要求人们不多不少地实现它所规定的内容。因此,规则在事实上和法律上可能的范围内构成一种决断。它们是确定性命令。”^[27]

对于原则,最佳化命令意味着相冲突的诸原则在个案中都要求在可能范围内得到最大的实现和满足,权衡的目的也正是使处于紧张状态的诸原则在个案中获得一种理想的平衡,

[23] 关于原则的例外不可穷尽的论述,参见前引[20],德沃金书,第44页以下。

[24] 同上书,第44页。

[25] 阿列克西:《法律原则的结构》,载氏著前引[22]书,第139页。

[26] 对须评价地予以补充的概念,可参见黄茂荣:《法学方法论》,中国政法大学出版社2001年版,第297页。

[27] 前引[25],阿列克西文,第132页以下。

最终达到整体的最佳化。这就意味着原则可以在一定程度上实现或部分地得到满足。换言之，原则的适用结果可以位于1（适用）和0（不适用）之间的任意一点上（包括1和0，因为有可能某个原则在权衡中完全获胜），或者说原则在其关涉的类型案件中的适用结果有无穷多的可能。对于规则，由于其只能根据适用条件满足与否来决定是否适用，因此规则只有1和0两种适用可能，没有第三种状态或中间状态，也不能部分适用。

阿列克西认为宪法基本权利具有原则的属性，^[28]他用原则理论对宪法判例香烟强制标示案进行了分析。^[29]该案一方面涉及烟草生产者的职业自由，另一方面涉及公众健康，以上利益均受德国基本法保护。但在权衡中，我们无法得出为了公众健康而禁止烟草生产或为了职业自由而放任烟草生产的结论，也即1或0都不能满足最佳化的要求。阿列克西遂将对烟草生产者的可能限制区分为轻（烟草生产者有义务在其产品上标示吸烟的危害性）、中（禁止某些经营方式，如禁止安装自动售烟机以及只限于特定商店才能销售烟草制品）、重（完全禁止销售任何烟草制品）三个等级，而现代医学已经证明吸烟对人体有严重危害，也即对该职业自由进行限制的理由的重要程度很高，故该案中分量很重的公众健康能够证成对职业自由的轻度侵害，最终阿列克西的结论——也是德国联邦宪法法院的结论——是，烟草生产者有义务在其产品上标示吸烟的危害性。该结论就落在了1和0之间，使得公众健康和职业自由两项基本权利（原则）都得到了一定程度的实现或满足。在冲突的原则之间取折衷，这无论在理论上还是在实践中都是可能的，也是必须的，这就是最佳化命题。

综上，规则是在A满足之后确定地发生B，在“→”上不可权衡；原则是在A满足之后未必发生B，而是开启一个权衡的过程，这是其一。原则权衡的结果，也并非只有完全适用或完全不适用两种可能，而是可以部分地适用，以实现最佳化，这是其二。显然，诚实信用、公序良俗这些概括条款既在“→”上不可权衡，又不能部分地适用，因此不是原则，而是规则（具体属于概括条款）。它们与自愿、平等、权益受保护这些原则（一般法律思想或理念）有“逻辑的”区别。

三、对我国民法通则上两类“基本原则”的反思

（一）民法通则第一章“基本原则”内容的两分

借助体系与逻辑之镜，我们发现民法通则第一章中的“基本原则”实际上由两部分构成。

第一部分是民法通则第4条中的“诚实信用”及第7条“公序良俗”。这两者的性质是“概括条款”，它们是法官的裁判规范；两者的任何一个都不能缺少，也不能合并。原因在于，一定意义上，我们可以说民法主要解决两个问题：其一，权利如何产生；其二，权利如何行使。民法奉行“法无禁止即自由”，问题在于具体禁止性规定总是不足，因此需要兜底性质的条款。公序良俗就是在权利产生阶段弥补禁止性规定不足的概括条款，目的在于通过宣告法律行为无效来否定权利，此即所谓针对法律行为内容进行的“内容审查”。诚实

[28] 阿列克西将其原则理论主要运用于基本权利领域，他明确有“作为原则的基本权利”的表述。见前引〔22〕，阿列克西文，第155页。

[29] 同上文，第150页以下。

信用则是在权利行使阶段弥补禁止性规定不足的概括条款，目的在于否定既存权利的某个具体行使行为，但权利仍然存在，在调整行使方式符合诚信要求之后，权利仍得继续行使，此即所谓针对权利行使行为进行的“行使审查”。因此，虽然两者都是赋予法官自由裁量权的“委任状”，都是克服成文法局限性的工具，但却在作用阶段和根本功能上有质的差异。两者若欠缺任何一个，实践中就一定会有纠纷找不到裁判依据。^[30]

第二部分是民法通则第一章中的其他所谓“基本原则”，包括平等原则、自愿原则、公平原则、权益受保护原则，这些实际是没有裁判功能的一般法律思想或法律理念。如平等原则在体现平等的法律条文（如民法通则第10条自然人权利能力平等）之外，自身并无独立的裁判功能；自愿原则在体现自愿的法律条文（如合同法第52条第1项反欺诈、胁迫条款）之外，自身并无独立的裁判功能；权益受保护原则在体现权益保护的条文之外，自身并无独立的裁判功能。这些原则即属拉伦茨所谓“法律的理由”，而非“法律本身”。^[31]实践中“适用”以上原则进行裁判的案件，绝大部分都是将这些原则作为一个“理由叠加”，与相关具体法律规范一并适用。少数单独“适用”此类原则的案件，也可以归于若干误用的类型。^[32]实际上，有具体规范时适用原则，是“向一般条款逃避”，故此举不应当；同时，有具体规范时，原则适用已经是法技术上的冗余，故此举不必要。

对公平原则需单独进行解释。由于实践中存在相当多的直接且实质依公平原则裁判的案例，故可能引起公平原则有裁判功能的观感。公平原则的本质是追求当事人之间的实质公平或结果公平，^[33]也只有在这个意义上才能将其与表征形式公平的平等原则、自愿原则等区分开来。然而，民法以追求形式公平为原则，以追求实质公平为例外，关键在于例外必须是法定的，所以民法中才有了“显失公平”规则（合同法第54条第1款第2项）、“公平分担损失”规则（侵权责任法第24条）等法定规范。所谓公平原则，在体现实质公平的具体规范之外，不应有适用余地。否则，就意味着追求实质公平的例外不再是法定，而是可以由法官在个案中自由裁量地确定。这是不合理的，也是危险的。

正如弗卢梅以买卖合同为例所作的经典论述：“除法律对买卖合同不予认可的几种例外情形（例如，第134条、第138条）之外，在对买卖合同所约定的法律效果进行法律评价时，并不考虑该约定的‘合理性’。其合理性来源于合同的约定，即意思自治。意思自治在

[30] 参见于飞：《公序良俗原则与诚实信用原则的区分》，《中国社会科学》2015年第11期，第146页以下。

[31] 参见前引[5]，拉伦茨书，第353页。

[32] 笔者在“北大法宝”中，运用法条联想功能对适用民法通则第3、4、5条进行裁判的案例进行了检索和梳理。截至2016年3月7日，适用第3条裁判的案例有13个，适用第4条裁判的案例有1556个，适用第5条裁判的案例有1805个。以上绝大部分案例是将基本原则与其他具体民事实体规范并用，共有3165个，约占总数的93.8%。此时基本原则仅起到“理由叠加”的作用，实为无必要性的法技术上的冗余。未与具体实体规范并用的情况仅为209个，约占总数的6.2%。这些案例中，除少数适用诚信原则进行裁判的案件外，其他案例大致可以分为以下四种类型：第一，应当直接适用民法中的其他具体规定；第二，应当直接适用当事人之间的协议或约定；第三，应当直接适用举证责任规定；第四，主张权利者无权利。以上四种情况都不需要民法基本原则。上述案例检索当然不全面，但对实践中非概括条款性质的基本原则的适用情况进行考察，可为此类基本原则不具有裁判功能提供佐证。

[33] 参见前引[4]，梁慧星书，第48页；前引[4]，王利明书，第122页；马俊驹、余延满：《民法原论》，法律出版社2010年版，第39页。合同法第5条规定：“当事人应当遵循公平原则确定各方的权利和义务”，可印证“公平原则”系指实质公平。

为法律秩序所认可的范围内先于法律价值评判而存在。”^[34]这段话最具启发之处，在于告诉我们意思自治的结果是不受价值评判的，我们不能再说意思自治的结果好或不好、公平或不公平，意思自治已经为这一结果提供了合理性。若要存在例外，则仅限于“法律不予认可的几种例外情形”，如弗卢梅所明确例示的德国民法典第134条（违反禁止性规定的法律行为无效）、第138条（违反善良风俗的法律行为无效），也即超出意思自治追求实质公平的例外必须是法定的。公平原则只要超出法定的例外情形被法官适用了，就构成了一个被弗卢梅称之为“自相矛盾”的所谓“正义性”评判；^[35]而如果公平原则只能在有法定例外时适用，这种适用就只是一种法技术上的冗余。

综上，民法通则第一章“基本原则”其实包括了一般法律思想（平等、自愿、公平、权益受保护）和概括条款（诚实信用、公序良俗）两部分内容，这实际上是把两种完全不同的事物混在一起了。^[36]

（二）对我国民法“基本原则”基础理论的反思

我国民法中一直有一套“基本原则”的基础理论，与我们的“基本原则”立法体例之间有相互证成的作用。若仅反思立法体例而不反思作为其基础的相关理论，这一反思就不彻底。

1. 基本原则的“效力贯彻始终性”

我国学者常以“效力贯彻始终性”来诠释何谓“基本”，从而将基本原则与某一特定民法领域的具体原则区分开来。^[37]本文就此作三点分析。

（1）概括条款的效力不可能贯彻民法始终。如前文所述，在权利产生与权利行使两个阶段，公序良俗与诚实信用各自控制其中一个，用以弥补特定阶段上的禁止性规定之不足，因此，二者都没有贯彻民法始终。而且，如拉伦茨所说，诚实信用仅适用于当事人之间存在“特别关联”之时，该特别关联的范围虽远超债的关系，但并不涵盖民法全部领域。如在陌生人之间不存在任何特别关联，此时不侵害他人就足够了，不需要对这些人课以依诚信标准行为的义务。^[38]对陌生人负较高标准的诚信义务是不必要地增加了主体负担，限制了行为自由。从根本上说，任何概括条款都有其确切的适用领域或要解决的具体问题，故都不可能适用于民法全体或效力贯彻民法始终。

（2）“效力贯彻始终性”的真实意图是试图解说那些不具裁判功能的一般法律思想，如平等、自愿、公平、权益受保护。然而，这些一般法律思想无法适用于裁判，其所谓贯彻民法始终的“效力”是指什么？这时我们会发觉，我们似乎是把法律思想被法条体现称

[34] [德] 弗卢梅：《法律行为论》，迟颖译，法律出版社2013年版，第5页。

[35] 同上书，第9页。

[36] 徐国栋指出，基本原则应分为两类：一类是价值宣示意义上的原则，包括权利受保护、身份平等、意思自治等，另一类是克服成文法局限性意义上的原则，只有两个，即诚实信用和公序良俗。参见徐国栋：《民法基本原则解释——成文法局限性之克服》，中国政法大学出版社1992年版，“自序”第11页以下。梁慧星亦明确指出：“可以直接适用作为裁判依据的基本原则，只是属于授权条款性质的诚实信用原则、公序良俗原则、权利滥用的禁止原则。其他基本原则，如平等原则、公平原则、合同自由原则，不具有授权条款的性质。”见前引[4]，梁慧星书，第46页注1。

[37] 参见前引[4]，王利明书，第110页；徐国栋：《民法基本原则解释——诚信原则的历史、实务、法理研究》，北京大学出版社2013年版，第31页；魏振瀛主编：《民法》，北京大学出版社、高等教育出版社2013年版，第19页；前引[33]，马俊驹等书，第32页。

[38] Vgl. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 1987, S. 127f.

为有“效力”了。《中国大百科全书·法学》对“法律的效力”的解释是，“法律效力……主要指两个方面：一是指一定法律依法公布并宣告在一定时日开始施行，即该法开始生效，对所有人均有效，都有约束力；同时也使有关当事人或组织可依法享有权利或承担义务，或拥有职权、权力并承担义务、职责。二是指这种法律效力四个方面的生效范围”，即“对人的效力”、“对事的效力”、“对空间的效力”及“对时间的效力”。^[39]显然，法律思想被法条体现这一含义已逸出“法律效力”的内涵范围。

而且，即使将思想或理念在具体条文中得到体现称为有“效力”，在我国民法中大量存在强者受特殊限制、弱者受特殊保护、强制缔约、格式合同、征收、征用等具体条文的背景下，我们还能说平等、自愿、权益受保护的效力贯彻了民法“始终”吗？有学者注意到了这一点，并在强调“效力的贯彻始终性”之后，立刻表示“既然是基本原则，就应允许有例外”，^[40]而这实际上也就意味着对“效力贯彻始终”的否定。

（3）“效力贯彻始终性”理论带来的实践弊端

第一，将本不具有裁判功能的一般法律思想作为裁判依据在全民法领域内适用。最典型的就是公平原则。前已论及，追求实质公平的例外必须法定化。公平原则入法且荣任“基本原则”，在“效力贯彻民法始终”的注解之下，等于允许法官在一切个案中以自由裁量的方法追求实质公平。这是公平原则产生消极实践效果的根源。

第二，将原本只能在特定领域中适用的概括条款在整个民法领域适用。诚实信用、公序良俗作为概括条款，都有其确定的适用领域；若将它们视为“基本原则”并强调“效力贯彻民法始终”，一样会造成其适用范围的不适当扩大。例如，具体权利行使行为违反诚信会导致权利行使不产生相应效果，但并不否定权利本身，产生权利的法律行为也非无效。法律行为效力领域是公序良俗的适用范围。而我国实务中，就有以违反诚信原则（合同法第6条）为由直接否定自由磋商合同之效力的案例，即属这种功能不适当扩大的典型表现。^[41]

2. 基本原则的立法准则、司法准则、行为准则功能

这又是我国基本原则理论的一个关键点。该表述扩张了基本原则的功能和控制领域，使“基本”二字的语义得到进一步的发挥。^[42]

（1）基本原则的立法准则功能

所谓立法准则功能，其实质是加诸立法者义务。然而，私法只能加诸私人义务，凭什么加诸立法者义务？如果要加诸立法者义务，只能由宪法或立法法为之，如德国基本法第1条第3款规定：“下列基本权利作为直接有效的法律，约束立法、行政和司法”。依此，立法者就有了在立法时尊重和积极实现基本权利的义务。但若以私法为立法者设定义务，则无从谈起。

（2）基本原则的行为准则功能

民法基本原则具有行为准则或行为规范功能，这一点看起来似乎不言而喻，事实上

[39] 江平主编：《中国大百科全书·法学》，中国大百科全书出版社2006年版，第78页（沈宗灵执笔）。

[40] 参见前引[33]，马俊驹等书，第32页。

[41] 参见“贾建业诉李生文确认合同无效纠纷案”，（2013）宁民提字第26号，【法宝引证码】CLI.C.2227798。值得指出的是，本案一、二审法院以违反诚信（合同法第6条）为由宣告合同无效，而检察院抗诉意见及再审法院认为此系适用法律错误。

[42] 参见前引[4]，王利明书，第104页以下；前引[37]，徐国栋书，第34页；前引[37]，魏振瀛主编书，第19页；前引[33]，马俊驹等书，第32页。

却并非如此。

对行为规范与裁判规范之间的关系，黄茂荣指出：“行为规范在规范逻辑上当同时为裁判规范”，若行为规范的法律效果不能在裁判中贯彻，它就会失去命令或诱导人们行为的功能；而“裁判规范并不必然是行为规范”，因为有的裁判规范系专为裁判者而发，不涉及调整人的行为，如各种衡平规定及法源规定。^[43]故裁判规范是个更大的概念，行为规范被包含在其中。

于是，逻辑上我们可以得出结论：凡不是裁判规范的，也不属于行为规范。平等民法理念并非裁判规范，无法独立地在司法中适用。因此，人们也就无从感知这些理念的“法律拘束力”，亦无从根据该拘束力调整自己的行为。若说平等、自愿、公平这些表述本身就有一定的导人向善作用，那也是这些理念作为道德规范所固有的，并不是作为法律规范的行为准则功能。质言之，无论是否将这些民法理念写入法典，道德伦理上的劝导功能它们都具备；相应地，无论是否将这些民法理念写入法典，作为法律规范意义上的行为规范功能，它们都不具备。

综上，所谓民法“基本原则”的立法准则与行为准则功能都是值得怀疑的。能够确定无疑的仅限于司法准则功能，也即以之作为裁判依据，授予法官自由裁量权并克服成文法局限性。具备上述司法功能的，只有诚实信用与公序良俗这两个概括条款。

至此也就可以明了，平等、自愿、公平、权益受保护这些一般法律思想，与诚实信用、公序良俗这些概括条款是两类性质完全不同的事物。我国以往的立法和理论将两者揉在一起，称它们为无差别的事物，实为严重的混淆。而像“效力贯彻始终性”、“立法准则、司法准则、行为准则功能”这些民法基本原则理论，其实质作用恰恰在于总结一些看似说得过去的共性，从而把这两类事物揉在一起，为民法通则第一章“基本原则”提供解释基础。

四、民法通则将传统民法理念明文化的原因

民法通则为什么要将传统民法理念——尤其是不构成概括条款的一般法律思想——予以明文化？我们越作比较法上的映照，这种疑窦就越深。传统大陆法系民法典没有以“基本原则”为首章的立法体例；1922、1964年苏俄民法典第一章为“基本原则”，但在内容上并不包含传统民法理念。^[44]以主要民法理念构成民法典第一章“基本原则”，这几乎是一个比较法上未见先例的立法设计。民法通则的立法者为什么要作这种创新？

我们需要从私法传统上去认识。大陆法系法治发达国家具有绵亘久远的私法传统，这一私法传统一般认为渊源于罗马法。有学者认为：“近代欧洲国家吸收共同的文化成果，在承继罗马法的基础上，复兴和发展了民法。在这些国家，尽管存在各自的立法政策的一些差别，但是由于共同承继了罗马私法传统价值观，同时又共同接受了欧洲启蒙思潮的影响，在民法上，形成了一套共同的较为稳定的法律价值观，并且依不同层次的法律原则加以表现。其中，居于最高层次的贯穿全部民法体系的共同性价值准则，我们称之为民法的基本原则。这些原则如此根深蒂固，成为之后西方社会对私法的一般理解，以至于之后立法者

[43] 参见前引[26]，黄茂荣书，第111页。

[44] 参见《苏俄民法典》，郑华译，法律出版社1956年版，第3页；中国社会科学院法学研究所民法研究室编：《苏俄民法典》，中国社会科学出版社1980年版，第4页以下。

都自觉地将之贯彻于私法，作为民法制定法的基本指导准则。”〔45〕在有悠久私法传统的大陆法系国家，民法是其自身历史自然发展的一个结果。自由、平等、权利理念并非民法典的衍生物或民法典的结果，而是民法典赖以产生的前提，这些前提性因素蕴含在久远的私法传统之中，不需要借助民法典规定的方式去无中生有地创造出来。在这个意义上，我们才能理解为什么拉伦茨认为一些原则在民法中的存在是“理所当然”的，因此根本不须规定，只须表明例外即可。

中国没有私法传统。〔46〕民法通则制定是一种自上而下的自觉改革，而非自下而上的自发演进。这种法制发展方式决定了我们的需求和经验与西方恰恰相反。我们的社会无法向民法提供必需的前提性因素，反而需要我们的立法先将这些前提因素明确规定出来，再向社会输出，以促进社会进步。民法通则刚刚颁布时，权威机关与权威人士对“基本原则”的阐述，能够透露“基本原则”立法的背景和意图。

时任全国人大法工委副主任的顾昂然于1986年在最高人民法院就民法通则作报告谈到“平等原则”时称：“无论是国家机关还是普通百姓，无论是领导还是被领导，无论是中央单位还是地方单位，也无论是国有企业、集体企业还是个体工商户，只要在民事活动中，法律地位都是平等的”。〔47〕全国人大法工委编写的《民法通则讲话》就“平等原则”指出：“作为民事主体的公民、法人，不同于家庭关系中的父子关系，也不同于劳动关系中的管理者与被管理者的关系，亦不同于行政关系中的上下级之间的关系，而是一种相对离异、彼此间既无血缘、又非行政隶属的关系。”〔48〕学者认为：“全民所有制的企业法人不得以‘所有制优越’为由，在具体的民事法律关系中向集体所有制企业主张不平等的权利；全民和集体所有制企业与公民进行民事活动，不能以其‘财产的社会主义性质’为由，向作为私有财产所有者的公民主张特别的权利。”〔49〕

顾昂然谈到“自愿原则”时举例称：“上下级之间，在工作中，下级可以提出不同意见，但上级决定了，下级应当执行。但是在民事活动中，不管是谁，都应当遵循自愿的原则，从这个角度说，没有领导和被领导的关系。”〔50〕学者就“自愿原则”强调：“要使这个原则实现，得到很好的保证，还必须把国家职责和企业职责分开，国家不再直接管理企业。违反企业自愿原则在很大程度上是我们的国家机关造成的。”〔51〕

顾昂然谈到“等价有偿”时特别强调“不能无偿调拨”。〔52〕学者指出：“民事活动中的各种交易都应该是等价有偿的……只有这样，才能真正杜绝刮‘共产风’、无偿平调”，〔53〕

〔45〕 龙卫球：《民法总论》，中国法制出版社2002年版，第50页。

〔46〕 在中国古代有没有民法这一问题上，学界或存在分歧，可参见俞江：《关于“古代中国有无民法”问题的再思考》，《现代法学》2001年第6期。但在中国没有以“自由”、“平等”、“权利”为内涵的私法传统这一点上，应当没有争议。

〔47〕 顾昂然：《〈民法通则〉的制定情况和主要问题（1986年7月28日最高人民法院民法通则培训班）》，载顾昂然：《立法札记》，法律出版社2006年版，第218页。

〔48〕 《民法通则讲话》编写组：《民法通则讲话》，经济科学出版社1986年版，第30页（魏军执笔）。

〔49〕 佟柔主编：《中华人民共和国民法通则简论》，中国政法大学出版社1987年版，第16页（张新宝、蔡超行执笔）。

〔50〕 顾昂然编：《民法通则知识》，中国经济出版社1987年版，第5页。

〔51〕 最高人民法院《民法通则》培训班编：《民法通则讲座》，北京市文化局出版处1986年版，第三讲“民法的基本原则”，第84页（王家福执笔）。

〔52〕 前引〔47〕，顾昂然文，第219页。

〔53〕 前引〔49〕，佟柔主编书，第20页（张新宝、蔡超行执笔）。

“这个原则不允许巧取豪夺，不允许用超经济的办法取得利益，不允许无偿平调，不允许凭借优势地位强迫对方接受不等价的交换”。〔54〕

对于“合法民事权益受保护原则”，顾昂然称，“过去有一段时期由于法制观念不强，发生过侵犯公民合法民事权益的情况，特别是‘文革’期间，公民的民事权益被任意侵犯”。〔55〕学者指出：“《民法通则》将保护公民和法人的合法权益，作为民法的基本原则，这是总结了我国三十多年来深刻的经验教训。五十年代末期，席卷全国的共产风和平调风，由于严重侵犯了公民和法人的财产权益，成为导致之后三年经济困难的主要原因。‘文化大革命’十年动乱中，大规模地侵犯公民的合法权益，任意摧残蹂躏公民人身、生命、人格、自由、财产，使整个国家和民族陷入严重的灾难。正是总结了这些历史经验教训，才把保护公民和法人的权益，规定为我国法律的最重要的基本原则之一。”〔56〕

前述民法通则刚颁布时，立法者、最高院、代表性学者的阐述，可以帮助我们回顾当时的社会情态，也更好地理解民法通则“基本原则”立法的所欲所求。与大陆法系传统民法典立法不同，我们传统社会中缺乏平等、自由、权利这些民法典的前提性因素，也就无法向民法典供给。我们的需要是先在民法中明定这些因素，再以之改造社会。至于这些前提因素是不是裁判规范，已经无法放在第一位去考虑了。

结论：我国民法总则中“基本原则”的立法表达

民法总则中，我们还“要不要”采取在法典开篇集中规定基本原则的体例？综合前文所述，该问题可作以下回答。

第一，民法通则所规定的“基本原则”，其实是由不具裁判功能的“一般法律思想”和作为裁判规范的“概括条款”两部分构成。概括条款是肯定要规定的。故真正的问题在于是否还有必要将一般法律思想在法典上明文化。

第二，民法通则的做法有其特定时代背景与原因。而现在民法通则颁布已经30年了，我们的经济、社会、法律制度、思想观念上都已有了巨大变化。例如，我们已从“有计划的商品经济”转为了“社会主义市场经济”；已经提出了全面推进依法治国，建设社会主义法治国家的总目标；各类法律制度庶几齐备，体现自由、平等、权利保护的合同法、物权法、侵权责任法等大量民商事法律已经实施多年；“维权”、“自由签约”、“法律上人人平等”已经成为社会普遍认可和接受的理念。若说时至今日，社会上还不存在民法赖以存在的前提因素，还必须依靠法典规定的方式才能创造出来，恐怕难以令人信服。

更重要的是，在法技术层面，“一般法律思想”与“概括条款”的混淆不仅无益，而且有害。一旦将两类完全异质的事物等同视之，就一定会产生误解。误解可能表现为把一般法律思想视同为概括条款在司法裁判中广泛适用，典型如公平原则；也可能表现为把概括条款视为“效力贯彻民法始终”的一般法律思想，从而不适当地扩大其适用范围，如实践中以违反诚信否定合同效力的案例。

〔54〕 前引〔51〕，《民法通则讲座》第三讲，第85页（王家福执笔）。

〔55〕 前引〔47〕，顾昂然文，第220页。

〔56〕 前引〔51〕，《民法通则讲座》第三讲，第85页（王家福执笔）。

没有裁判功能的法律思想是不需要在民法典中规定的,“平等”、“自愿”、“公平”、“权益受保护”都属此类。

第三,“诚实信用”、“公序良俗”这两个概括条款必须在民法典中明定,两者任缺一,法官都会在实践中遇到找不到裁判依据的情形。这两者的实质是有明确适用领域的概括条款,应当各归其位,放在其各自的适用领域之中。诚实信用的核心功能是规制权利的行使,故应将其放在总则编“权利的行使”章中,公序良俗的核心功能是否定法律行为效力,故应将其放在总则编法律行为章“无效”一节。

第四,最后再引申一步。在明确认识一般法律思想与概括条款的区分之后,似可在立法体例上作一种折衷,即将概括条款各归其位,将一般法律思想(基本原则)集中规定于民法典开篇,并在立法理由上强调基本原则的规定并非为了适用,而是为了建构民法的“内在体系”,^[57]以利解释。这样,既避免了混淆和误用,又能照顾我国自身的立法传统。以上无疑已经是一个进步,但仍存在学理问题。“内在体系”的建构与解释功能的发挥,并不取决于一般法律思想是否进入民法典;入了民法典,反而把“内在体系”固化了,妨碍了民法根基上的解释与成长的余地。尊重人格尊严、信赖保护之所以能成为现代德国法语境下有相当共识度的一般法律原则,正是因为德国民法典没有把民法价值理念在法典上固化,从而对内在体系进行新的解释才比较容易。否则,将未在法典上规定的理念与法典上明文规定的理念解释得可以等同视之,将会是比较困难的工作。即使能做这种等同视之的解释,反倒说明理念入法典是没有意义的。

Abstract: Should the General Part of the Chinese Civil Code follow the legislative mode of the current General Principles of the Civil Law and codify the basic principles of the civil law in its opening chapter? This question is of great legislative significance, but has not yet been discussed rigorously. In traditional civil law paradigms, such as the German civil law, basic principles refer to “basic legal thinking” that are not imbued with deciding force and are not codified in the civil code; they function very differently from general clauses applied in the making of judicial decisions, such as “good faith” and “good morals”. Dworkin’s and Alexy’s theories of principles can help us to distinguish more clearly between principles and general clauses. The opening chapter of the General Principles of the Civil Law fails to make this important distinction, thus leading to many mistakes both in theory and in practice. The General Part of the Chinese Civil Code should no longer codify basic principles in its opening chapter, nor should it continue to codify basic legal thinking, and the general clauses such as “good faith” and “public order and good morals” should be moved to the appropriate sections where they can perform their proper functions.

Key Words: the General Part of Chinese civil code, basic principles, basic legal thinking, general clauses

[57] [德]拉伦茨:《德国民法通论》,王晓晔等译,法律出版社2003年版,“沃尔夫序”,第1页。