

## 《民法典》概括条款的识别标准与类型构造

刘亚东<sup>\*</sup>

**内容提要：**民法学界对于概括条款的认识存有分歧，至今仍无共识。精准界定概括条款必须遵循“形式特征+实质功能”双重标准。形式特征为不确定性、要求价值补充、不可直接涵摄以及结构上的兜底性；实质功能为接受援引、灵活适应以及授权。遵循此标准，《民法典》中存在微观层次、中观层次以及宏观层次三类概括条款。微观层次的概括条款可称之为小概括条款，调整的是民法中的某一条规范，作为某一条款的兜底条款；中观层次的概括条款可称之为中概括条款，调整的是《民法典》中的某一分编，作为某一分编的兜底条款；宏观层次的概括条款可称之为大概括条款，作为整个《民法典》的兜底条款。三类条款均是转介条款，均适用案例群方法，但是由于各类条款解决问题的不同，形成各自案例群所转介的因素也遵循从微观到宏观的原则。

**关键词：**小概括条款 中概括条款 大概括条款 《民法典》

### 一、问题的提出

民法学界一般将《民法典》第7条所规定的诚实信用、第8条所规定的公序良俗称为典型的概括条款，<sup>〔1〕</sup> 在比较法上亦如是，<sup>〔2〕</sup> 但是这并非概括条款的全部。我国民法学界对于概括条款存在多种认识，例如有的学者将《民法典》侵权责任编第1165条规定的过错责任、1236条规定

<sup>\*</sup> 刘亚东，首都经济贸易大学法学院讲师。

本文受首都经济贸易大学北京市属高校基本科研业务费专项资金资助（XRZ2021022）。

〔1〕 参见梁慧星：《诚实信用原则与漏洞填补》，载《法学研究》1994年第2期；于飞：《民法基本原则：理论反思与法典表达》，载《法学研究》2016年第3期；易军：《民法基本原则的意义脉络》，载《法学研究》2018年第6期。

〔2〕 Vgl. Wiedemann, Richterliche Rechtsfortbildung, NJW Heft 33 (2014, 2407, 2410；吴从周：《论暴利行为：兼评“最高法院”103年度台上字第2445号判决》，载《台大法学论丛》第47卷第2期；苏永钦：《寻找新民法》（增订版），北京大学出版社2012年版，第317-338页。

的危险责任条款称为概括条款；〔3〕有的学者从立法技术的角度将某一条款的兜底性规定也称为概括条款。〔4〕由此可知，对于《民法典》中的概括条款至少有如上三种认识，在此存在的问题便是到底应该如何认识概括条款，这三类规范是否为同一事物，也就是说对于概括条款到底是应该做统一性的处理，还是应当做层次化处理，民法学界对此未有体系化的认识。这也决定了必须在体系化的视角下来重新认识概括条款，将以上都有概括条款之称的规范一并考察，厘清彼此之间的区别。基于此，本文要回答的问题便是在《民法典》的规范体系之中如何认识概括条款这一问题。本文的行文结构为首先介绍概括条款的识别标准，然后以此为标准一一检视我国民法上那些被称为概括条款的法规范是否能够被称为概括条款，最后将概括条款区分为微观、中观、宏观三个层次，分别称为小概括条款、中概括条款、大概括条款。

## 二、概括条款的识别标准

概括条款在法理论以及方法论上具有重要地位。虽然学界对于概括条款的认识已经取得了相当多的共识，但是对于如何定义、识别概括条款这一最低限度的共识却仍然无法达成。〔5〕在概括条款的识别上唯一存在的认识就是，概括条款在规范表述上以语言上的不确定法律概念为基本特征，〔6〕内容高度抽象且需要价值评价。〔7〕例如诚信、善良风俗等典型的概括条款均包含了不确定法律概念且需要价值评价。如果对于上述的识别标准进行细分，则分别对应于概括条款的形式特征和实质功能。因此虽然对概括条款进行定义存在诸多困难，但是可以将概括条款的形式特征和实质功能作为概括条款的识别标准，以及作为与其他规范进行区分的依据。

### （一）基于形式特征的识别标准

如果考察不同的定义和解释方法，可以总结出一些概括条款的固定特征。一些特征与所使用的概念相关，如不确定性、价值填充需要（Unbestimmtheit, Wertausfüllungsbedürftigkeit）；一些特征在形式上与规范结构和制定法技术有关。〔8〕综合而言，关于概括条款的形式特征，可以总结为如下四个层面：不确定性、价值填充性、不可涵摄性以及结构上的兜底性。

#### 1. 不确定性

概括条款主要通过模糊性、需要精确化以及不确定性的语言来表述。概括条款在规范文义上具有不确定性。〔9〕因此，概括条款在需要补充的程度上与其他法律条款有所不同，它们特别模

〔3〕 参见王利明：《侵权责任法研究》（上），中国人民大学出版社2016年版，第137页。

〔4〕 参见于是：《〈反不正当竞争法〉一般条款适用的泛化困局与绕行破解——以重构“二维指征下的三元目标叠加”标准为进路》，载《中国应用法学》2020年第1期；吴峻：《反不正当竞争法一般条款的司法适用模式》，载《法学研究》2016年第2期。

〔5〕 Vgl. Weber, Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen, AcP 192 (1992), 516, 523; Röthel, Normkonkretisierung, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, S. 30; Kamanabrou, Interpretation zivilrechtlicher Generalklauseln, AcP 202 (2002), 662, 663. 根据笔者统计，对于概括条款至少存在7种界定方式。

〔6〕 Vgl. Mahlmann, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 2010, S. 247f., S. 261.; Müller/Christensen, Juristische Methodik I, 9. Aufl., 2004, S. 279f.

〔7〕 Vgl. Looschelders/Roth, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung, 1996, S. 135f.

〔8〕 Vgl. Auer, Materialisierung Flexibilisierung Richterfreiheit, 2005, S. 127ff.

〔9〕 Vgl. Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl., 1983, S. 82; Rüthers, Die Unbegrenzte Auslegung, 6. Aufl., 2005, S. 212; Ohly, Generalklausel und Richterrecht, AcP 201 (2001), 1, 5; Heinrich, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, 2000, S. 316.

糊，特别抽象。<sup>〔10〕</sup>概括条款的模糊性取决于其规范文本的抽象程度。

如果将民法典的规范体系理解为一段频谱，频谱的一端是诸如期限和年龄等最为固定的纯粹数字规定，而频谱的另一端则是居于最大抽象层次的概括条款。而最大抽象层次的概括条款之所以不确定，其原因就是所使用的构成要件概念（Tatbestandsbegriffe）带有不可避免的不精确性，这一不精确性不仅体现在概念边缘（Begriffshof）部分，在概念核心（Begriffskern）部分同样无法得到澄清，如此便使整个规范具有模糊性。<sup>〔11〕</sup>也就是说，在概括条款所使用的的不确定概念之中，概念核心尚且无法辨明，更何况概念边缘。<sup>〔12〕</sup>

某一概念除概念核心和概念边缘的区别外，从语言学上，还可以将其区分为“三领域模型”（Drei-Bereiche-Modell），分别为“肯定候选项”（positive Kandidaten）、“否定候选项”（negative Kandidaten）和“中性候选项”（neutral Kandidaten）。所谓肯定候选项，就是某些对象能够明确适应于这一概念；所谓否定候选项，就是某些对象不能适应于此概念；所谓中性候选项，就是无法确定是否适用于此概念。<sup>〔13〕</sup>如果采用此种区分标准，则可以说概括条款基本上处于中性候选项之下，属于积极候选者的情形基本趋近于零。这也就同时说明了为什么文义解释难以适用于概括条款。

在这里，区分不确定法律概念与概括条款的标准是，不确定法律概念即使概念核心或肯定候选项很小，但是也具备概念核心；而概括条款则不存在概念核心或肯定候选项。<sup>〔14〕</sup>概括条款是立法者使用具有高度抽象性和内容上极度不确定的概念来指称无法详尽描述的大前提，而所使用的这一概念不仅概念边缘无法澄清，概念核心也不存在。<sup>〔15〕</sup>

## 2. 要求价值补充

概括条款的另一个特征是要求价值填充（Wertausfüllungsbedürftigkeit）。诸如诚信、善良风俗等概括条款通常具有价值开放性，并且只能在具体个案中运用价值权衡的方法转化为具体的规范予以适用。<sup>〔16〕</sup>概括条款的价值填充性主要是通过规范性概念予以实现。<sup>〔17〕</sup>在此一层面上，众多学者将规范性概念称为“价值概念”（Wertbegriff）或者是“需要价值补充的概念”（wertausfüllungsbedürftigen），它包含了“价值授权”（Wertungsermächtigung）的暗示。<sup>〔18〕</sup>

〔10〕 Vgl. Naucke: Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht, ders. in: NS-Recht in historischer Perspektive (1981), S. 71ff; Bydlinski, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., 1991, S. 582.

〔11〕 概念核心和概念边缘的区分首先要追溯到黑克，他借助概念核心和概念边缘的区分清晰地介绍了法律概念的不确定性。在概念核心里，事实毫无疑问可以归属于该概念之下，也就是说事实可以直接涵摄入该概念。相反，案件事实是否归属于概念边缘部分，则需要视情况一一检视。Vgl. Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, AcP 112 (1914), 1, 173.; Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl., 2008, S. 34.

〔12〕 Vgl. Weber, Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen, AcP 192 (1992), 516, 524.

〔13〕 参见〔奥〕克莱默：《法律方法论》，周万里译，法律出版社2019年版，第29页。

〔14〕 Vgl. Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 2. Aufl., 1972, S. 56.

〔15〕 Vgl. Weber, Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen, AcP 192 (1992), 516, 524.

〔16〕 Vgl. Rütters, Rechtstheorie, 4. Aufl., 2008, S. 128f.

〔17〕 规范性概念与描述性概念相对，详见前引〔13〕，克莱默书，第27、33页；王利明：《法学方法论》，中国人民大学出版社2016年版，第307页。

〔18〕 Vgl. D. Looschelders/W. Roth, Juristische Methodik im Prozess der Rechtsanwendung, 1996, S. 135f.; H.-J. Koch, Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht, 1979, S. 21ff.

### 3. 不可直接涵摄性

概括条款的另一项特征是不能直接涵摄性（Nichtsubsumierbarkeit）。据此，概括条款不允许直接涵摄适用，因为不具备直接涵摄的能力，也就是说，没有足够确定的大前提（Obersatz）。〔19〕这也就再次证明了以下事实：在概括条款中所使用构成要件概念的不确定性不仅存在于概念边缘，更扩展到了概念核心。在概念核心部分，案件事实可以直接涵摄于某概念之下。但是由于概括条款缺乏清晰的概念核心，涵摄方法在概括条款中无法适用，也就是说传统的法律适用三段论方法对于概括条款是不适合的。〔20〕如果在“三领域模式”之下观察概括条款，中立候选项的数量占主导地位，而积极候选的数量则可以忽略不计，同样可以看出概括条款无法直接涵摄适用。这也同时表明不确定性和不可涵摄性是同一枚硬币的两个方面。

### 4. 结构上具有兜底性质

概括条款最后一个特征存在于立法技术领域。由于其很大的普适性，概括条款可以使一大组事实构成无漏洞地和有适应能力地承受一个法律结果。〔21〕概括条款是与具体列举构成要件相对应的一种立法技术。这种立法技术可以满足两方面的要求，一方面列举规定可以满足法的确定性要求，另一方面概括条款也为个案正义以及未来法律发展提供了规范基础。〔22〕因此在概括条款的框架内，立法机关放弃了具体列举的构成要件，而是仅规定一个一般的案件领域。〔23〕立法者这样规定的目的是应对社会价值的快速变迁所引发的新型法律关系，因此选择具有兜底性质的概括条款，以实现较低程度的“规范密度”。虽然这种纯形式的特征有时候并不包含诸如不确定性、需要价值填充性之类的内容标准，〔24〕但是需要注意的是，即使是不包含上述特征的立法技术意义上的概括条款，它的目的也是将那些未被法律所规制的情形涵摄到法律规范之内，而非仅仅是引致性规范所援引的其他规定。

也就是说，概括条款的表现形式，依据法条结构的形式来看，以是否为列举规定的部分，而可分为列举规定中的概括条款及非列举规定的概括条款两种。笔者在此将列举规定中的概括条款称为“补充性的概括条款”，因其在列举规定中，是作为补充列举事项的概括规定的部分。立法技术意义上的概括条款与上述包含不确定性以及价值填充性的概括条款在适用方法以及功能担当上并无二致，只是表现形式存在差异。

### （二）基于实质功能的识别标准

概括条款与其他法律条款的区分除了上述所介绍的形式特征之外，另一种区分标准就是实质

〔19〕 Vgl. Heinrich, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, 2000, S. 317; Wank, Die Auslegung von Gesetzen, 6. Aufl., 2015, S. 51.

〔20〕 Vgl. Ohly, Generalklausel und Richterrecht, AcP 201 (2001), 1, 2.

〔21〕 参见〔德〕恩吉斯：《法律思维导论》，郑永流译，法律出版社2004年版，第152-153页。

〔22〕 Vgl. Schünemann, Generalklausel und Regelbeispiele, JZ 6 (2005), 271, 271.

〔23〕 Vgl. Werner, Zum Verhältnis von gesetzlichen Generalklauseln und Richterrecht, 1966, S. 7.

〔24〕 有的时候作为概括条款的兜底条款，包含不确定性以及需要价值填充的内容。如我国《民法典》第500条规定：“当事人在订立合同过程中有下列情形之一，造成对方损失的，应当承担赔偿责任：（一）假借订立合同，恶意进行磋商；（二）故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况；（三）有其他违背诚信原则的行为。”还有纯粹形式意义上的概括条款，如《民法典》第527条规定的不安抗辩权，即“应当先履行债务的当事人，有确切证据证明对方有下列情形之一的，可以中止履行：（一）经营状况严重恶化；（二）转移财产、抽逃资金，以逃避债务；（三）丧失商业信誉；（四）有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形”。类似情形在《民法典》中还有许多，如第39条、第194条、第195条、第278条、第414条、第1033条等。

功能，即在法律体系内概括条款具备何种功能。概括条款的本质就是转介条款。<sup>〔25〕</sup> 详言之，概括条款作为转介条款，主要可以区分为三大功能群：接收援引功能（Rezeption, Verweisung）、灵活性和适应性（Flexibilität und Anpassung）、授权功能（Delegation und Ermächtigung）。

### 1. 接收援引功能

根据接收援引功能，概括条款的任务是充当法律体系的切入点（Einbruchsstellen），也就是说，对法外规范保持开放性，并通过概括条款将其纳入法律体系之中。<sup>〔26〕</sup> 根据奥利（Ohly）的观点，诸如诚信、善良风俗等典型的概括条款，具备援引结构特征，这些条款本身并不包含实质内容，而是根据其结构特征，援引法律以外的价值。<sup>〔27〕</sup> 陶皮兹（Taupitz）认为，概括条款甚至不确定法律概念是“窗口”或“制定法的阀门”（Fenster, gesetzliche Einfallstore），通过这些窗口，法典以外的价值评价和社会观点就会进入一个明显封闭的法典体系。<sup>〔28〕</sup> 德雷尔（Dreier）认为，概括条款甚至不确定的法律概念均具有将非法律方面，特别是伦理道德引入法律体系的功能。<sup>〔29〕</sup> 比德林斯基认为，概括条款为在社会中直接占主导地位的价值开启了阀门。概括条款应理解为对不同具体化材料的引用，例如法律内的宪法及其价值（Gesetzliche Grundwertungen einschließlich solcher der Verfassung）、法律公认的法伦理以及社会伦理原则规范（Anerkannte rechtsethische Prinzipien, die sozialetischen Anschauungen）等等。<sup>〔30〕</sup> 维亚克尔也认为，概括条款是对超实证法的社会道德的一种让步。<sup>〔31〕</sup> 概括条款使得法典对于不断变迁的社会价值及其产生的新型社会关系始终保持开放，以此体现法典的与时俱进性，因而也就无需立法者频繁地修正法典。因此，这也就是为什么在高速发展的现代社会，在立法技术上，越来越多的法典规定概括条款。

### 2. 灵活适应功能

此外，概括条款经常被描述为具备灵活性功能。这一功能的目的是为了促进个案正义。<sup>〔32〕</sup> 正是由于概括条款极度抽象不确定，或者具有具体列举的构成要件无法涵盖全部案件事实这一特征，法官才可以使用概括条款这一工具，面对不可预见的新情况，在无需更改规范文本的情形下，为非典型个案的公正裁判创造空间，并使法律能够不断适应社会发展变化。<sup>〔33〕</sup>

〔25〕 参见前引〔2〕，苏永钦书，第 277 页。

〔26〕 这种区分来源于托伊布纳（Teubner）对于概括条款的功能划分，他将概括条款区分为三大功能，分别为接纳功能（Rezeptionsfunktion），转移功能（Transformationsfunktion），授权功能（Delegationsfunktion）。Vgl. Teubner, Standards und Direktiven in Generalklauseln, 2. Aufl., 1971, S. 39, 61, 65ff.; Bydlinski, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., 1991, S. 583; ders., Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 2005, S. 91f.

〔27〕 Vgl. Ohly, Generalklausel und Richterrecht AcP 201 (2001), 1, 11.

〔28〕 Vgl. Taupitz, Die Standesordnungen der freien Berufe, 1991, S. 1107.

〔29〕 Vgl. Dreier, Rechtsphilosophische Standpunktprobleme, in: Brugger/Neumann/Kirste (Hrsg.), Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert, 2008, S. 332.

〔30〕 Vgl. Bydlinski, Möglichkeiten und Grenzen der Präzisierung aktueller Generalklauseln, Rechtsdogmatik und praktische Vernunft, Symposium zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker. Hrsg. von Okko Behrends., 1990, S. 203. 托伊布纳也持类似观点。Vgl. Teubner, Standards und Direktiven in Generalklauseln, 2. Aufl., 1971, S. 61, 117f.

〔31〕 Vgl. Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, 2. Aufl., 1967, S. 476.

〔32〕 Vgl. Schwacke, Juristische Methodik, 5. Aufl., 2011., S. 49.

〔33〕 Vgl. Beater, Generalklauseln und Fallgruppen, AcP 194 (1994), 82, 86; Röthel, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, S. 31.



### 3. 授权功能

除此之外，在概括条款授权功能的框架内法官还被赋予了法律续造的功能。赫德曼除了提及概括条款特别的不确定和委托理念外，还将概括条款作为公开立法（offengelassener Gesetzgebung）的一部分。<sup>〔34〕</sup>比德林斯基（Bydlinki）将概括条款视为授权规范，使法官能够通过自我评价在个案中制定特定规则。<sup>〔35〕</sup>埃塞尔认为，法官可以在概括条款框架内自行设计规范。<sup>〔36〕</sup>诺瓦克（Nowak）认为，立法机构已将需要制定规范的权力授予司法机构。<sup>〔37〕</sup>根据希曼（Seelmann）的说法，要求价值实现的概括条款包含立法者对于法律适用者的隐含授权。<sup>〔38〕</sup>吕特（Röthel）认为，由于接受和转介功能逐渐趋于授权功能，概括条款已成为法官自我评价和法律创造的主要授权规范。<sup>〔39〕</sup>因此概括条款的具体化就是授权法律发现。

总之，概括条款在概念界定上存在困难，因此必须以形式特征和实质功能作为与其他类型规范区分的标准。以此为识别标准可以判断出我国《民法典》中存在三种类型的概括条款，下文对其辨别同异，实现对概括条款的层次化认识。

## 三、微观层次的概括条款

虽然我国民法学界经常将某一条款的兜底性规定作为概括条款，<sup>〔40〕</sup>或曰例示规定，<sup>〔41〕</sup>但是对于此类兜底条款的认识还较为粗糙，并且经常与引致性规定混为一谈，<sup>〔42〕</sup>因此某一兜底性规定是否为概括条款必须经过上述识别标准的系统检视。

### （一）引致性的兜底条款不是概括条款

引致性规范（Verweisungsnorm），是指规范本身没有独立的内涵，甚至不具有解释规则的意义，而是单纯引致到某一具体规范，法官需要从所引致的具体规范的目的去确定其效果的法律条款。<sup>〔43〕</sup>《民法典》第68条法人清算的原因第3项所规定的“法律规定的其他原因”、第69条法人解散事由第5项所规定的“法律规定的其他情形”、第106条非法人组织解散事由的第3项“法律规定的其他情形”、第123条对于知识产权客体的规定第8项“法律规定的其他客体”、第153条第1款“违反法律行政法规的强制性规定”、第175条关于法定代理终止事由第4项所规定的“法律规定的其他情形”、第261条集体成员决定事项第5项“法律规定的其他情形”、第393

〔34〕 Vgl. Hedemann, Flucht in die Generalklauseln, 1933, S. 58.

〔35〕 Vgl. Bydlinki, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 2005, S. 92.

〔36〕 Vgl. Esser, Grundsatz und Norm in der Rechtsfindung: Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis, 2. Aufl., 1972, S. 150f. 还有诸多学者也持类似观点，如 Teubner, Standards und Direktiven in Generalklauseln, 2. Aufl., 1971, S. 61, 106ff.

〔37〕 Vgl. Nowak, Die praktische Bedeutung der Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffe in den großen Kodifikationen der Deutschen Demokratischen Republik, 1993, S. 4.

〔38〕 Vgl. Seelmann, Rechtsphilosophie, 2. Aufl., 2001, S. 127.

〔39〕 Vgl. Röthel, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, S. 49, 59.

〔40〕 参见王利明：《法律解释学导论——以民法为视角》（第2版），法律出版社2017年版，第512页。

〔41〕 参见刘风景：《例示规定的法理与创制》，载《中国社会科学》2009年第4期。

〔42〕 参见江平主编：《中华人民共和国合同法精解》，中国政法大学出版社1999年版，第80页。

〔43〕 参见苏永钦：《私法自治中的经济理性》，中国人民大学出版社2004年版，第35页。

条担保物权消灭事由第4项“法律规定担保物权消灭的其他情形”、第423条最高额抵押权债权人债权确定第6项“法律规定债权确定的其他情形”、第557条第6项“法律规定债权债务终止的其他情形”、第563条合同解除第1款第5项“法律规定的其他情形”、第570条提存规则第4项“法律规定的其他情形”、第1186条法定补偿条款按照法律规定由双方分担损失等等均属于引致性规定。<sup>〔44〕</sup>

以《民法典》第563条第1款第5项为例,“法律规定的其他情形”涵盖两种情形:一是《民法典》在第563条之外规定的合同解除,例如在《民法典》合同编分则部分规定的买卖合同的解除、租赁合同的解除以及委托合同的解除等等;二是在民事特别法中规定的合同解除,如《保险法》中保险合同的解除。<sup>〔45〕</sup>按照上文对于概括条款形式特征以及实质功能的理解,《民法典》第563条第1款第5项的内容虽然是合同解除的兜底条款,但是并不符合上文关于概括条款的识别标准,因为在此意义上的兜底条款,仅仅具有引致其他法律规范的功能,而不具备将那些未被法律所涵盖的情形涵摄到法律规范之内这一功能。因此,《民法典》第563条第1款第5项并非合同解除的概括条款。

## (二) 具有裁量性质的兜底条款是概括条款

裁量条款(Ermessenklauseln)由法律所承认。裁量条款取决于个人信念(如法官)在具体案件中的正确性决定。被委托和托付给能胜任具体决定的个人,不仅是因为理性人不能通过更加具体的规则排除不确定性的剩余,而且在一定的活动余地内,一个被认为有责任意识的人,使自己的观点发挥作用是更好的安排。因此具体案件的客观独立性和判断者的主观独特性彼此相遇。<sup>〔46〕</sup>裁量条款具有产生新的案例群或构成要件特征的功能,完全符合概括条款所具备的形式特征和实质功能。

裁量条款的司法适用,就是法院在具体案件中将当前法律所体现的公平正义在个案中体现出来。这时候法官虽然存在多种选择的可能性,必要时可以依据自己个人的观点做出选择,但是也必须要注意裁量必须紧贴所要裁判的案件事实以及立法者已经明示和暗示出的价值取向。《民法典》中存在大量的裁量条款。<sup>〔47〕</sup>具体可以区分为两类:一类是与列举性规定一并规定的裁量条款;另一类是没有具体列举规定,而仅仅是给出了一些供法官参考的因素。

属于前一类的,如我国《民法典》第36条撤销监护人资格第3项“实施严重侵害被监护人合法权益的其他行为”、第39条监护关系终止的第4项“人民法院认定监护关系终止的其他情形”、第194条诉讼时效终止的第5项“其他导致权利人不能行使请求权的障碍”、第278条业主共同决定的事项第9项“有关共有和共同管理权利的其他重大事项”、第500条缔约过失责任第3

〔44〕 在本文处,引致性规定主要是指开放引致性规定。又可以分为常态开放引致条款和例外开放引致条款。所谓常态开放引致条款,即《民法典》有意预留的、由其他法律进行规定的内容,通过在《民法典》法条中进行叙述达到引用的目的。所谓例外开放引致条款,即《民法典》作出了一般性规定,但例外地允许其他法律对该问题作出特别规定,通过“法律另有规定”的导语,达到引致的目的。具体参见王竹:《论实质意义上侵权法的确定与立法展望》,载《四川大学学报(哲学社会科学版)》2011年第3期。

〔45〕 参见杜景林:《合同解除的体系建构》,载《法商研究》2020年第3期。

〔46〕 参见前引〔21〕,恩吉斯书,第145页。

〔47〕 有的学者具体分析了我国《民法典》中存在大量裁量规范的五种原因,具体参见王成:《民法典与法官自由裁量的规范》,载《清华法学》2020年第3期。

项“有其他违背诚信原则的行为”、第527条不安抗辩权第4项“有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形”、第1015条在父姓和母姓之外选取姓氏第3项“有不违背公序良俗的其他正当理由”、1033条第6项“以其他方式侵害他人隐私权”、第1036条处理个人信息不承担责任的第3项“为维护公共利益或者该自然人合法权益，合理实施的其他行为”、第1079条判决离婚时第3款第5项“其他导致夫妻感情破裂的情形”等等。

属于后一类的，如《民法典》第998条规定：“认定行为人承担侵害除生命权、身体权和健康权外的人格权的民事责任，应当考虑行为人和受害人的职业、影响范围、过错程度，以及行为的目的、方式、后果等因素。”又如最高人民法院发布的《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》在调整违约金数额部分要求各级法官充分考量国家宏观经济形势以及企业的经营状况等。

总之，对于裁量条款，法律会通过例示规则或要考虑的因素给出一些参考，如前一类裁量性概括条款的适用总是要受到例示性规定所蕴含的价值取向束缚，而后一类裁量性概括条款虽然没有前一类明确的价值判断结论作为依据，但立法者也给出了可以参考的动态因素。必须要注意的是上述参考因素并不构成对于法官的束缚，恰恰相反，其仅仅是法官思考的出发点，概括条款的实质功能就在于因应社会关系的发展，因此，法官的造法因素在概括条款中尤为重要。更有学者将此处的兜底性概括条款称为法内漏洞，在方法论上属于授权式类推适用。<sup>〔48〕</sup>

### （三）裁量性的兜底条款是微观层面的概括条款

针对某一条款或某一制度的概括条款，本文将其称为微观层面的概括条款，或小概括条款、补充性的概括条款。因为它的适用范围较窄，仅适用于某一制度或规范。但是这种类型的概括条款的适用同样会牵涉到互相冲突的利益权衡问题，只不过这些判断必须以某一条款或制度所体现出来的价值观点或标准为基础。<sup>〔49〕</sup>

例如在判断《民法典》第500条第3项规定的“其他违反诚信原则的行为”时，需要权衡的价值就是缔约阶段缔约人的缔约自由与相对人的信赖保护，这也是这一制度必须始终处理的矛盾。虽然立法者已经明确肯定第500条前两项以及第501条所确立的违反先合同义务的行为（诚信缔约义务、告知义务、保密义务），但这仅仅是缔约过失责任所要平衡的基本矛盾的当前思考。随着社会的发展，先合同义务的内涵也会不断发展，日益丰富。因此就需要法官结合具体时空，面对不断涌现出的需要处理的个案逐个提炼，随着个案的不断增多，运用案例群方法，发展成为新型的案例类型或者形成新的例示规则。<sup>〔50〕</sup>需要提及的是，有的学者未雨绸缪，从理论上为第500条第3项的司法适用构想出恶意并行磋商行为、胁迫行为、未按规定或约定办理申请批准或申请登记的行为、以法定书面形式为手段实施的欺诈行为等先合同义务类型，<sup>〔51〕</sup>但是否适当还需要法官在具体的司法实务中进行检验。

〔48〕 参见黄茂荣：《法学方法与现代民法》，中国政法大学出版社2001年版，第309页。

〔49〕 参见李军：《兜底条款中同质性解释规则的适用困境与目的解释之补足》，载《环球法律评论》2019年第4期。

〔50〕 参见韩世远：《合同法总论》（第4版），法律出版社2018年版，第183页。

〔51〕 参见朱广新：《合同法总论》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第171-172页。



微观层面概括条款的适用需要遵循案例群方法。<sup>[52]</sup> 微观层次的概括条款着眼于某一制度、某一具体规范的发展,需要权衡的价值较为具体,并且微观层面的概括条款具有例示性规定,从这些例示性规定中可以凝练出立法目的,因而,可以为对应的兜底性规定提供指引,兜底性规定细化发展出案例类型之后再行涵摄。从这个意义上讲,微观层次的概括条款在《民法典》上应该被称为小概括条款。

#### 四、中观层次的概括条款

我国民法学者经常将《民法典》第1165条(《侵权责任法》第6条)的过错责任、第1236条所规定的危险责任<sup>[53]</sup>称为侵权法上的大概括条款,本文认为应该称之为中观层次的概括条款,因为其适用范围仅限于《民法典》侵权责任编,其所权衡的价值也仅限于成立侵权责任所要处理的基本矛盾。除了学界谈论较多的过错责任作为概括条款之外,能够称为中观层次概括条款的法规在我国《民法典》中还有很多,例如合同编第153条控制合同效力的善良风俗条款、人格权编第990条第2款规定的一般人格权条款皆可称为中观层次的概括条款。中观层次的概括条款主要针对《民法典》的某分编,处理《民法典》某一分编所要协调的法律关系的基本矛盾。<sup>[54]</sup> 中观层次的概括条款在司法实践中同样不能直接涵摄适用,虽然从表象上法官是以诸如过错责任、危险责任、善良风俗、一般人格权等作为裁判依据,但是实质上均需要法官对这些抽象构成要件运用各种方法进行具体化之后才能适用,并不能直接涵摄,这也正是不可直接涵摄性的真正意义所在。<sup>[55]</sup> 所以上述条款完全符合概括条款的识别标准。

##### (一) 合同编的概括条款

在意思自治的合同领域,根据所协调的利益关系是处于当事人之间还是处于当事人与社会公共利益之间,可将《民法典》合同编的概括条款区分为两个,一个是协调当事人之间或私人利益的兜底条款,即诚实信用;另一个是协调当事人利益与社会公共利益或私人利益与社会公益的兜底条款,即公序良俗。<sup>[56]</sup>

诚信规制权利的产生以及行使,要求双方之间存在一定的接触信赖关系,贯彻于合同双方从缔约接触至合同的履行、履行的障碍,以及履行完毕之后的全过程,由此产生一系列已被《民法典》实证法化的缔约过失、格式条款的控制、情势变更、权利滥用等制度。这些制度均是通过合同行为“不存在”“可撤销”或者《民法典》第466条第2款等安排,矫正因意思表示不真实或不自由而导致的当事人之间的利益失衡,其并不涉及合同的有效性。所以,此概括条款的目的是保护私益。<sup>[57]</sup> 当然在此处适用诚信这一概括条款,也必须是穷尽上述所有的实证法化的制度安

[52] 关于概括条款适用的案例群方法,详见刘亚东:《民法案例群方法适用的中国模式》,载《环球法律评论》2021年第1期。

[53] 参见朱岩:《危险责任的一般条款立法模式研究》,载《中国法学》2009年第3期。

[54] 由于物权编实施严格的物权法定,不容许当事人创设法律以外的物权,在物权编领域不存在中观意义上的概括条款。婚姻家庭以及继承编在《民法典》上也缺乏中观层次意义上的概括条款。

[55] 参见前引[40],王利明书,第519-520页。

[56] 参见董学立:《诚实信用原则与公序良俗原则的界分》,载《法学论坛》2013年第6期。

[57] 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。

排之后的选择。

公序良俗是规制权利行使的内容，是底线性法律评价标准。<sup>〔58〕</sup>此概括条款设定了私法自治的基本框架，将合同双方违反社会公共秩序和公共利益的行为作为限制法律行为效力的消极要件，通过主体均可以主张绝对无效的制度安排，彻底否定合同的效力，以维护公共利益。<sup>〔59〕</sup>当然在此处与诚信的适用一样，必须检索是否有《民法典》第153条第1款的适用余地。如果不能适用第1款，方可适用公序良俗这一兜底性规定。针对公序良俗这一概括条款，我国学者立足本土司法实践总结出一系列案例群，如请托行为、违反性道德而为之赠与等等。<sup>〔60〕</sup>

## （二）人格权编的概括条款

滥觞于德国民法的一般人格权由我国《民法典》第109条、第990条第2款予以实证法化，其实质是作为人格权的概括条款。<sup>〔61〕</sup>《民法典》总则编第110条以及人格权编对于具体人格权的列举性规定，共同形成“一般人格权概括条款+具体人格权”的人格权体系。<sup>〔62〕</sup>一般人格权作为《民法典》人格权编的概括条款，以人格尊严、人格自由等法秩序内涵的基本价值为基础，这也就决定了一般人格权并非像列举的那些具体人格权一样具体确定、可以直接涵摄适用，而是一个非常广泛、难以界定、非终局性与待具体化的条款。<sup>〔63〕</sup>同时也表明一般人格权具有极强的包容能力、巨大的扩展和伸缩功能，以便法官能够以此为基础利用一般人格权这一概括条款补充生成具体人格权，<sup>〔64〕</sup>从而应对社会的不断发展对于人格权发展造成的新挑战和新要求。

作为概括条款的一般人格权理论没有确定内涵，是一种框架性权益，<sup>〔65〕</sup>虽然赋予法官根据具体情况判断是否对某项利益进行保护的自由裁量权，但是法官也并非随意发挥，而是应该基于人格权编最为基本的价值取向来作出决定，具体来讲就是某一项人格利益是否具有保护的必要性。其所调和的人格权编的基本矛盾就是：充分为人格利益遭受侵害的权利主体提供救济，充分实现人之尊严和人格自由，尽可能地将涉及该领域的人格利益纳入人格权法保护体系；但另一方面，一般人格权所包含的人格利益并没有明确的界限，如果对其保护过于宽泛，则难免会有侵蚀其他主体行为自由及社会公共利益之嫌。<sup>〔66〕</sup>例如有学者就基于我国的司法实践，对一般人格权

〔58〕 参见于飞：《〈民法典〉公序良俗概括条款司法适用的谦抑性》，载《中国法律评论》2022年第4期。

〔59〕 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。

〔60〕 关于公序良俗的案例群，各位学者的总结有所不同。具体参见李岩：《公序良俗原则的司法乱象与本相——兼论公序良俗原则适用的类型化》，载《法学》2015年第11期；蔡唱：《公序良俗在我国的司法适用研究》，载《中国法学》2016年第6期；黄喆：《合同效力之判定与公序良俗》，载《南京社会科学》2014年第4期。

〔61〕 参见朱晓峰：《民法一般人格权的价值基础与表达方式》，载《比较法研究》2019年第2期；房绍坤、曹相见：《论人格权一般条款的立法表达》，载《江汉论坛》2018年第1期；叶金强：《民法总则“民事权利章”的得与失》，载《中外法学》2017年第3期；尹志强：《论人格权一般保护之民法实现——兼评〈中华人民共和国民法总则〉第109条》，载《新疆社会科学》2017年第4期；易军：《论人格权法定、一般人格权与侵权责任构成》，载《法学》2011年第8期。

〔62〕 参见梁慧星：《民法总则讲义》，法律出版社2018年版，第97页；张新宝：《中华人民共和国民法总则释义》，中国人民大学出版社2017年版，第215页；杨立新主编：《中华人民共和国民法总则要义与案例解读》，中国法制出版社2017年版，第404页；陈甦主编：《民法总则评注》（下册），法律出版社2017年版，第750页。

〔63〕 参见冉克平：《一般人格权理论的反思与我国人格权立法》，载《法学》2009年第8期；韩强：《人格权确认与构造的法律依据》，载《中国法学》2015年第3期。

〔64〕 参见刘召成：《民法一般人格权的创设技术与规范构造》，载《法学》2019年第10期。关于一项权利如何生成的过程，详见方新军：《一项权利如何成为可能？——以隐私权的演进为中心》，载《法学评论》2017年第6期。

〔65〕 参见鲁晓明：《论一般人格权理论的反思与我国人格权立法》，载《法律科学》2013年第4期。

〔66〕 参见朱晓峰：《作为一般人格权的人格尊严权》，载《清华法学》2014年第1期。

这一概括条款的适用归纳出如下类型：一是对生命周期的破坏行为，二是欺诈性抚养行为，三是严重侮辱他人的行为，四是非法剥夺人身自由的行为，五是侵犯他人信用的行为等。<sup>〔67〕</sup>虽然这些类型的合理性有待考察，但是这毕竟是我国本土司法实践对于一般人格权创新发展作出的有益尝试，为我国新型具体人格权的创设奠定实践基础。因此，一般人格权作为人格权编的概括条款是整个人格权编的兜底条款，不仅弥补了各具体人格权列举不足的缺点，更是作为各具体人格权生成的规范基础。

### （三）侵权责任编的概括条款

传统上侵权法均以过错归责作为侵权行为的概括条款，然后对一些比较典型的类型作出列举式的规定，如我国《民法典》侵权责任编部分对于各种特殊侵权行为的调整。当这种列举式所规定的侵权类型，滞后于经济社会的发展时，过错归责的概括条款就会起到兜底的作用。<sup>〔68〕</sup>

在德国，侵权行为过错归责具体由《德国民法典》第823条以及第826条来调整，这就是著名的“三个小概括条款”（drei kleine Generalklausel）。<sup>〔69〕</sup>从法条上看，《德国民法典》第823条以及第826条均是具有完整构成要件的完全法条，但是为什么其会被称为概括条款呢？德国民法学的主流观点认为，《德国民法典》第823条所保护的客体是“法益”以及“所有权和其他权利”，<sup>〔70〕</sup>“法益”具体是指“生命、身体、健康、自由”，“所有权”就是指那些符合“归属效能、排除效能和社会典型公开性”特征的权利，立法者将这两类对象运用过错原则予以保护。<sup>〔71〕</sup>问题就出在“其他权利”之上，在近几年关于“其他权利”的司法适用上，已经呈现出了非常成熟的并且已经教义学化的“一般人格权”“企业框架权”等“其他权利”，也正是在此意义上本条被称为概括条款，<sup>〔72〕</sup>“其他权利”同时也是利益发展成为权利并与“法益以及所有权”同等保护的通道。<sup>〔73〕</sup>《德国民法典》第823条第1款是针对权利保护的条款。但是对于利益的保护，主要是以《德国民法典》第826条作为规范依据。

如上文所述，从历史上看，《德国民法典》第826条最早应用于《德国反不正当竞争法》（UWG）对于利益进行的保护，在司法适用上，第826条的“故意以违反善良风俗的方式”应该是最早被司法适用的概括条款。<sup>〔74〕</sup>利益的内涵和外延均极度不确定，因此，立法者对于利益的保护明显要严格于对权利的保护，比如第826条增加了“故意”以及“善良风俗”作为特别的构成要件。这一条款就是对所有利益进行保护的规范基础，至于哪些利益应该受到保护，这取决于

〔67〕 参见李岩：《一般人格权的类型化分析》，载《法学》2014年第4期。

〔68〕 参见前引〔3〕，王利明书，第134页。

〔69〕 Vgl. Medicus /Lorenz, Schuldrecht II Besonderer Teil, 17. Aufl., 2014, S. 454f.

〔70〕 Vgl. Esser /Weyers, Schuldrecht, Band 2, Besonderer Teil, Teilband 2, 8. Aufl., 2000, S. 151ff.

〔71〕 具体参见于飞：《侵权法中权利与利益的区分方法》，载《法学研究》2011年第4期。

〔72〕 Vgl. Thomas Zeres, Bürgerliches Recht: Eine Einführung in das Zivilrecht und die Grundzüge des Zivilprozessrechts, 7. Aufl., 2013, S. 336.

〔73〕 这里的处理方式，在我国已经为人格权编的一般人格权条款取代。

〔74〕 之前的《德国反不正当竞争法》第3条被认为是列举性条款，它将“疏忽”的定义与下列事实构成联系在一起：“凡在以竞争为目的的交易行为中，对交易关系，尤其是对具体的商品或产品性能或总的供给的性质，原产地，制造方式或价格安排，对价格清单……作出欺骗的说明的……”而没有现在该法第1条规定的概括条款：“凡是在以竞争为目的的交易行为中作出有违善良风俗的……”参见前引〔21〕，恩吉斯书，第150页。

社会的发展，并未有固定的标准，这也就是为什么这个条款被称为概括条款的原因。<sup>〔75〕</sup>《德国反不正当竞争法》修改之后补充了概括条款（现《德国反不正当竞争法》第3条），且包含了善良风俗这一价值判断标准。<sup>〔76〕</sup>《德国民法典》的立法者已经意识到概括条款在法律适用时，为法官提供了较大的自由裁量空间。善良风俗的内涵不断地改变，特别是在一战以及以后的经济领域中。借助同样的方式，政治变革也很快得以完成。<sup>〔77〕</sup>当然，虽然名义上《德国民法典》第823条第2款被笼统地称为概括条款，但是其与真正的概括条款有所不同，本款所援引的“保护性法律”依然在法律之内，因此属于上文所介绍的“引致性规定”。

我国侵权法采取的模式是“全面的概括条款+全面列举”，即《民法典》第1165条规定过错责任的大概括条款，在保护范围上采取的是“权益一体保护”模式，二者结合构成了我国侵权法不区分权利与利益的“大概括条款”（eine große Generalklausel）模式。<sup>〔78〕</sup>在分则部分对侵权的特殊主体以及特殊行为加以全面列举。<sup>〔79〕</sup>从法律文本上来看，对权利与利益的侵害认定采用一套标准，虽然被侵害的民事主体得到了全方位的保护，但是其缺点也显而易见，就是保护的范围过于宽泛，过度限制行为人的行为自由。<sup>〔80〕</sup>这也无怪乎诸多学者还是运用解释论将我国立法上所规定的“大概括条款”解释为德国式的“三个小概括条款”。<sup>〔81〕</sup>

《德国民法典》的三个小概括条款模式相比于我国侵权法上的大概括条款，概括程度显然更低，但这也并非质的区别，而仅仅是程度的差异。二者都为陌生人领域的行为提供了最低限度的标准，即过错归责，只是德国法的标准在判断上更为细致清晰，而我国侵权法的标准更为概括。<sup>〔82〕</sup>

传统大陆法系侵权法中所规定的危险责任非常有限，即“动物侵权”以及“建筑物侵权”两类，各国民法典中并没有所谓的“危险责任概括条款”，也就是说，危险责任并没有取得与过错责任等量齐观的地位，仅仅是例外规则。但是侵权法发展至当代，早已突破了传统过错归责的范畴，危险责任正在慢慢地走向概括条款化。<sup>〔83〕</sup>当然，在侵权责任编中危险责任是否能够成为与过错归责并驾齐驱的概括条款，还有待理论的进一步发展观察。<sup>〔84〕</sup>

侵权法的过错责任条款作为《民法典》侵权责任编的大概括条款，像一般人格权条款一样具有发展功能，兼顾权利救济与行为自由，在二者之间实现动态平衡。在此意义上，无论是人格权

〔75〕 Vgl. Maximilian Fuchs/Werner Pauker, Delikts- und Schadensersatzrecht, 8. Aufl., 2012, S. 3.

〔76〕 参见前引〔13〕，克莱默书，第43页。

〔77〕 参见〔德〕魏德士：《法理学》，吴越、丁晓春译，法律出版社2003年版，第83-84页。

〔78〕 参见王利明：《我国侵权责任法的体系建构——以救济法为中心的思考》，载《中国法学》2008年第4期；杨立新：《论埃塞俄比亚侵权行为法对中国侵权行为法的借鉴意义》，载《扬州大学学报（人文社会科学版）》2005年第9期。

〔79〕 参见张新宝：《侵权行为法一般条款》，载《法学研究》2001年第4期；张新宝：《侵权立法模式：全面的一般条款+全面列举》，载《法学家》2003年第4期。

〔80〕 之所以造成这种适用不清楚的情况，完全是因为保护范围中囊括了本应该由一般人格权这一概括条款调整的内容。

〔81〕 参见王成：《侵权之“权”的认定与民事主体利益的规范路径——兼论〈侵权责任法〉的一般条款》，载《清华法学》2011年第2期；葛云松：《侵权责任法保护的民事权益》，载《中国法学》2010年第3期；陈现杰：《〈侵权责任法〉一般条款中的违法性判断要件》，载《法律适用》2010年第7期。

〔82〕 关于大小概括条款的讨论，详细参见李承亮：《侵权责任的违法性要件及其类型化——以过错侵权责任一般条款的兴起与演变为背景》，载《清华法学》2010年第5期。

〔83〕 参见前引〔53〕，朱岩文；前引〔3〕，王利明书，第137页。

〔84〕 侵权法的理念主要着眼于“矫正正义”，因此过错归责可以成为侵权法的概括条款，但是危险责任着眼于“分配正义”，这明显与侵权法的基本理念相矛盾，因此将其作为例外尚能接受，如果将其一般化，则不甚妥当。



编的一般人格权抑或是侵权责任编的过错制度均是筛选机制,通过此筛选机制,将利益区分为两个层次,要么将部分利益认定为可赔偿的利益,要么将部分利益的损失认定为受害人自行承担。因此过错责任以及一般人格权均构成各自分编的兜底条款。

中观层面的概括条款同样适用案例群方法,相比于微观层面的概括条款有指引性规定,中观层面的概括条款需要权衡的因素更为宽泛,需要法官在每一编中寻找本编所要解决的基本矛盾,并从中寻找需要权衡的因素,进而形成案例群。

## 五、宏观层次的概括条款

总则编一般规定部分规定的概括条款是第7条的诚信以及第8条的公序良俗。<sup>〔85〕</sup>可以发现这两个概括条款在中观层次的合同编中已经出现,这时候面临的问题就是一般规定部分中的这两个概括条款与合同编中的两个概括条款是否相同。如果相同,为什么要重复规定两次;如果不同,有何实质差异。有学者认为此部分的诚实信用和公序良俗在规范属性上是法律原则,是从《民法典》各分编中的诚信和公序良俗通过整体类推的方式所得出,不能直接作为裁判依据充当三段论的大前提。<sup>〔86〕</sup>笔者认为,一般规定部分的诚信与公序良俗与分编部分的诚信与公序良俗在解释论上构成“一般与特殊”的关系,在合同编中需要适用概括条款时,直接适用合同编中的规定,而无需援引一般规定部分的概括条款。这仅是在合同编中遇到的情况,其他的各编较少或不存在类似情况。无论各编独立成编的理由有何不同,但是一般规定部分的诚信与公序良俗总是存在适用于各编的空间。总则编一般规定部分的概括条款作为宏观层次的概括条款,主要体现在两个层面:一是适用领域较广,主要承担补漏作用,如第8条的公序良俗条款也可以用于侵权领域用来调节对于利益的保护程度;二是所调节的私法基本矛盾更为根本,辐射的利益更为广泛。因此这两个条款可以称为整个《民法典》的兜底条款。

### (一) 适用领域的广泛性

诚信作为帝王条款适用领域宽泛,自不待言。<sup>〔87〕</sup>这里着重以公序良俗为例来谈宏观层次概括条款适用领域的广泛性。<sup>〔88〕</sup>在比较法上大多数国家和地区的侵权法均采用“权益区分保护”的思路,因此,均在侵权法中规定善良风俗条款作为利益保护的调节器,如《德国民法典》第826条,我国台湾地区“民法”第184条第1款第2句,均规定了故意以悖于善良风俗之方法损害他人的情形。但是我国《民法典》侵权责任编继续沿袭《侵权责任法》“权利与利益一体保护”的思路,在形式上并没有直接规定违反善良风俗这类侵权行为。

但是这种形式上不区分权利利益进行一体保护的思路,并不意味着司法实务遵循相同的方法论。恰恰相反,为了避免对于行为自由、市场竞争等价值造成过度侵害,<sup>〔89〕</sup>我国学界的主流意

〔85〕 诚信和公序良俗与平等、自愿、公平、绿色不同,前者对于民事交往具有消极控制的意义,而其他的均是私法的基本理念,并不能被直接援引为裁判依据,不具有适用性。详见朱庆育:《民法总论》(第2版),北京大学出版社2016年版,第32页。

〔86〕 详见于飞:《基本原则与概括条款的区分:我国诚实信用与公序良俗的解释论构造》,载《中国法学》2021年第4期。

〔87〕 参见梁慧星:《民法总论》(第5版),法律出版社2017年版,第274-275页。

〔88〕 公序良俗可以区分为公共秩序和善良风俗,在本文中不严格区分二者,在同一意义上使用。

〔89〕 参见陈忠五:《契约责任与侵权责任的保护客体——权利与利益区别正当性的再反省》,新学林出版股份有限公司2008年版,第102页。

见还是主张对利益进行有限度的保护，在解释论上均主张借鉴比较法上的经验，进行限缩。<sup>〔90〕</sup>在目标设定上，理论界将立法上的“权益一体保护”转向司法适用上的“权益区分保护”，但是这一目标的达成，需要考虑在我国法上是否具有可行性。显然，合同编领域的善良风俗无法在这里适用，能够起作用的只有总则编一般规定部分第8条所规定的公序良俗条款，从这个意义上讲，公序良俗条款也同样适用于《民法典》侵权责任编。<sup>〔91〕</sup>另外遍观我国《民法典》的规定，可以发现公序良俗条款还适用在第10条法源条款用来限制习惯的适用、第979条第2款无因管理中限制受益人的真实意思、第1012条姓名权不得违反公序良俗、第1015条姓氏选取不得违反公序良俗等等。因此，总则编一般规定部分的公序良俗起到补漏的作用，适用范围宽广，但是在适用上具有劣后性。

## （二）调节利益的根本性

民法调整的关系为私人与私人之间的关系、私人与公共利益之间的关系。<sup>〔92〕</sup>虽然传统的民法理论倾向于将私法的价值基础作为规范统一和无矛盾的一致原则体系或内在体系，<sup>〔93〕</sup>但概括条款功能恰恰反映出私法基本价值之间存在冲突，需要动态平衡。宏观层次的概括条款针对整个《民法典》，需要权衡的价值也是民法最为基本的价值，可以概括为民法的三大基本矛盾。<sup>〔94〕</sup>

### 1. 实质性冲突：从意思自治到实质化价值的变迁

实质性价值冲突主要表现为意思自治与实质化价值之间的矛盾。意思自治和实质化价值这一对价值矛盾时刻处于紧张关系之中，民法中的任何一种制度均能找到其身影。也就是说，整体民法秩序不可避免地表现为意思自治和实质化价值两个相反极点之间的折中方案，民法的价值体系既不基于单一的意思自治也不基于单一的实质化价值，而始终是二者相互妥协的中间方案。这两个基本价值之间相冲突的张力始终存在。

概括条款在理论上被描述为“在个案中遁入实质化价值之门”（Einfallstore materialer Wertungen）。概括条款与民法中的其他规范不同，正因为存在概括条款，实质化价值的突破才在规范逻辑上成为可能。在法典中，概括条款被设置为开放的价值构成要件，从法典通过之初就将其作为私法秩序的基础，特别是在社会价值观剧烈变化需要寻找突破口的时期，作为平衡意思自治和实质化价值之间的价值差异，以及修正形式化私法所导致的不正义的法律效果的规范基础。比如在德国法上，有学者认为，如果《德国民法典》最初没有规定第242条的诚信作为适当的规范起点，那么就没有行为基础丧失理论（情势变更），或者换句话说，像行为基础丧失理论一样的其他法律制度几乎都以《德国民法典》第242条为规范依据。<sup>〔95〕</sup>

意思自治和实质化价值之间的价值差异导致了概括条款的出现。概括条款并非原因，而是民

〔90〕 参见于飞：《权利与利益区分保护的侵权法体系之研究》，法律出版社2012年版，第245页；前引〔81〕，葛云松文。

〔91〕 参见王道发：《公序良俗原则在侵权法上的展开》，载《法学评论》2019年第2期。

〔92〕 参见王轶：《民法典物权编规范配置的新思考》，载《法学杂志》2019年第7期。

〔93〕 参见〔德〕拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第348页以下；前引〔48〕，黄茂荣书，第405页以下。

〔94〕 Vgl. Auer, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, 2005, S. 10ff.

〔95〕 Vgl. Auer, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, 2005, S. 43.; Rütters, Die Unbegrenzte Auslegung, 6. Auf., 2005, S. 13ff.

法中存在实质化价值的结果；它的目的不是单一地将实质化的价值纳入民法中，而是在意思自治和社会化价值这对紧张的价值冲突中不断地进行新的权衡。

## 2. 形式性冲突：从形式理性到实质理性的变迁

形式性冲突就是法律安定性与个案正义之间的冲突，或称为形式理性与实质理性之间的冲突。通常认为，概括条款被用于个案正义和公平。<sup>〔96〕</sup>因此在形式理性和实质理性这一结构中，这一观点完全对应于上文已经提到的“实质价值之突破口”这一概括条款的主要特征。在此之后，概括条款似乎不仅要考虑社会化价值的可能性，而且由于其具备不确定性的形式特征，也同时承担着确保个案正义的任务。正是在法典中嵌入的概括条款，似乎使法官有机会在个别情况下修正因严格实施法律规则而引起的不公平现象。<sup>〔97〕</sup>因此可以得出结论：基于概括条款固有的创设性特征，它与法典中其他法律规范均有所不同。

最终，如维亚克尔所承认的那样，诸如《德国民法典》第242条之类的概括条款不过是法律确定性与个案正义之间冲突的表达：合目的性和可预测性，或更确切地说，个案正义和普遍性都是法律和正义的必要组成部分，但它们通常在实际的司法实践中会发生冲突。<sup>〔98〕</sup>因此概括条款是为了确保个案正义的开放式条款。

## 3. 制度性冲突：从法官拘束到法官造法

除了前面所讨论的实质以及形式冲突之外，现代民法的第三对价值冲突是制度层面的冲突，这主要涉及法官的法律续造问题。概括条款在处理法官拘束与法官自由之间的价值冲突时也扮演着重要角色。在关于法官造法的正当性讨论中，概括条款扮演了一个极为重要的角色。概括条款在民法中成为法官拘束与法官自由之间价值冲突的缓冲器。

概括条款作为“授权规范”，是司法自由裁量权和接纳法律外论证的突破口。例如行为基础丧失理论的出现，只有概括条款才能使法官创造成为可能。简言之，概括条款在法典中的规定似乎成为在其基础上发展法官法的必要条件。在此背景下，将概括条款称为“授权规范”，也就是说把本该属于立法者的权力转移给法官。<sup>〔99〕</sup>进一步讲，概括条款是立法部门和司法部门之间权力正常分配的例外情形，该条款授权法官具有造法权限，否则法官的任务仅在于执行宪法和法律的规定。概括条款的授权功能充当法官造法的依据。简言之，概括条款是法官约束和法官自由之间价值互相权衡的结果，并努力实现法官约束与法官自由之间的动态平衡。

总之，宏观层次的概括条款不仅适用范围广泛，而且协调的私法利益更为根本，宏观层次的概括条款明确地揭示出民法本身所蕴含的价值冲突。在具体适用时，相对于微观以及中观层面的

〔96〕 Vgl. Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., 1991., S. 366f.; Teubner, Standards und Direktiven, in: Generalklauseln, 2. Aufl., 1971, S. 59.

〔97〕 参见黄忠正：《论 Radbruch 公式》，载《政法法律评论》2013年第1期；雷磊：《再访拉德布鲁赫公式》，载《法制与社会发展》2015年第1期。

〔98〕 Vgl. Wieacker, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, 1956, S. 10.

〔99〕 关于“授权规范”这一提法，最早可以追溯到利益法学派的主张。Vgl. Heck, Grundriß des Schuldrechts, 1929, § 4, S. 11ff.; Hedemann, Flucht in die Generalklauseln, 1933, S. 58; 最近的讨论可以参见 Teubner, Standards und Direktiven, 1971, S. 61; Bydlinski, Möglichkeiten und Grenzen der Konkretisierung aktueller Generalklauseln, in: O. Behrends/M. Dießelhorst/R. Dreier (Hrsg.), Rechtsdogmatik und praktische Vernunft. Symposium zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker, 1990, S. 189, 199; Ohly, Generalklausel und Richterrecht, AcP 201 (2001), 1, 7.

概括条款，宏观层面的概括条款在形成案例群时需要权衡的因素必须聚焦于民法学本身，基于民法学本身要权衡的基本矛盾来形成案例群。在此基础上宏观层次的概括条款通常被称为“实质性价值的阀门”“考虑个案正义的开放式条款”或“立法者对法官的授权规范”。

## 六、结 论

在民法中笼统地谈论概括条款，并不精确。虽然不同层次的概括条款都使用“概括条款”这一表述，但是各自的适用场域、承担功能均存在明显不同，因此在以后的学术研究、司法适用中必须仔细甄别，防止误用滥用。三个层次概括条款这一立法技术的安排，代表《民法典》的某一规范、《民法典》某一分编、整个《民法典》三种类型由内及外的渐次开放性，这同时也表明我国《民法典》并不拘泥于单一价值，而是秉持开放多元的立法理念，积极回应时代变迁，努力实现“以不变应万变”的法典理念。

---

**Abstract:** There are differences in the academic understanding of the general terms in the civil law, and there is still no consensus. The precise definition of general terms must follow the double standard of “formal features” and “substantial functions”. The formal features are uncertainty, requiring value supplementation, non-direct sufficiency, and structural ambiguity, and the substantial functions are accepting and citing, flexible adaptation, and authorization. Therefore, there should be three types of general clauses in Civil Code: micro-level, meso-level and macro-level. The general clauses at the micro level, or small general clauses, regulate a certain norm in civil law and serve as the bottom line of a clause. The general clauses at the meso level, or medium general clauses, refer to a certain subsection of the Civil Code, and serve as the bottom line clause of a subsection. The generalized clauses at the macro level, or generalized clauses, serve as the bottom line clauses of the entire Civil Code. These three types of clauses are all referral clauses, and they all apply the case group method. However, due to the different problems solved by each type of clause, the factors that form the referral of each case group also follow the principle from micro to macro.

**Key Words:** small general clause, medium general clause, big general clause, hierarchy, civil code

---

(责任编辑：殷秋实 赵建蕊)