



民法中的「公序良俗」

□ 林云生

害社会公共利益”等，而现在明确将公序良俗上升为我国民法的一项基本原则，这是当代法治精神在我国民事法律制度中的集中体现。

民法之所以规定公序良俗原则，是因为法律不可能预见一切损害国家利益、社会公益和道德的行为并对其进行规制，因此设置这一概括性的弹性原则，以弥补法律规则上的客观不足。公序良俗原则最初是为了限制契约自由原则而产生的，但它不是对契约自由原则的根本性否定，而只是适当的限制和调整，强调了契约自由的合理边界，以期在个人自由与社会公共利益之间达到一种适当的平衡，从而既保障契约自由，也维护公共利益。

公序良俗的生命力和争议点都在于它的不确定性。用公序良俗的标准来判断法律行为的效力，依据的不是具体的法律规范，而是存在于法律本身的价值体系或法律外的伦理秩序，其目的在于不能使人们通过法律行为，使不道德的行为变为法律上可强制要求履行的行为。虽然公序良俗原则的适用领域随着社会的发展而不断扩大，但它始终是判断法律行为效力的最底线。因此，它永远具有顽强的生命力。但也正因如此，法官作为判断某行为是否违背公序良俗的主体，其个人社会经历、法律素养、价值观念等各种因素，都会直接影响到他们对公序良俗的理解，因而法官对于该原则的判断适用很大程度上是主观和感性的。在司法实践中，不可避免地出现对于同一个行为，不同的法院、不同的法官作出了不同的判决，即“同案不同判”，影响了司法的公平、公正。基于此，我国《民法总则》在总结我国现有民事立法司法实践经验和借鉴国外民法典立法成果的基础上，对公序良俗进行了全面、系统的整合。除了第8条外，还在另外几处涉及该原则：一是对适用新增设的习惯民法渊源时的限制，即第10条：“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。”当民事主体之间对设立、变更、消灭民事法律关系出现争议时，司法部门首先要根据法律之规定对其进行分析判断，当然在法律没有明确规定的情况下也可以适用习惯，但前提条件是必须遵守公共秩序和善良风俗，这是处理民事争议必须坚守的最基本的道德底线。该规定对于社会上存在的一些不良风俗，可以起到明显的矫正和引领作用。二是以肯定和否定两个层面对民事法律行为的效力作出了明确的规定。一方面，民事权利的行使和民事法律行为的有效，必须同时符合包括不违背公序良俗在内的条件；另一方面，各民事主体在实施民事法律行为时，不管目的方面还是内容方面，只要违反了公序良俗原则，即使法律对其没有明确的禁止性规定，司法部门也应认定该行为无效。

法律与善和正义是密不可分的。维护和规范社会公序良俗，不仅是人们的共同期待，也是法治的重要目标。灵活引用公序良俗原则，可以在协调复杂利益冲突、维护社会正义的同时，恰当引导社会利益与公共道德秩序，这应是公序良俗原则的根本价值。

“谈话”制度的三个监察功能

□ 金成波 张 航

“谈话”源于纪委谈话制度，在监察体制改革中转型为监委谈话制度。《监察法》第19条规定：“对可能发生职务违法的监察对象，监察机关按照管理权限，可以直接或者委托有关机关、人员进行谈话或者要求说明情况。”该条文将“谈话”以法律的形式固定下来，是监察机关12种调查措施之一，也是一项贯穿于监察活动始终的制度，兼具监督、调查和处置功能。

监督功能

监察机关的监督职能主要是针对国家工作人员遵守法定职业规范的情况进行监督，对其依法履职、秉公用权、廉洁从政从业以及道德操守情况进行监督检查并开展相应的廉政教育。监督包括事前预防、事中监督和事后检查，而预防、监督和检查的形式可以多样。“谈话”就是具有这种监督功能的典型手段，属于监察机关积极主动防止权力滥用、防止腐败发生、防止由违纪违法向违法犯罪嬗变的初始性手段。

从具体操作和实践运用来看，谈话是一种极为灵活的监督手段。首先，谈话的形式相对自由，既可以通过平和的沟通了解情况，在发现问题后查找线索，也可以通过严肃的谈话警示问题，有针对性地提醒劝诫、鼓励勉励。其次，谈话的内容不限，既可以通过宣讲党章党规予以说服教育，也可以通过理想信念教育予以激励感化，促使被谈话人在思想上积极转变，主动交代问题，真诚悔过改错。再次，谈话的适用不会对被谈话人的名誉、心理以及正常工作产生重大影响，谈话的情况反馈也可以作为干部考核的重要参考标准。最后，谈话本身也可以作为党风廉政建设的重要途径，引导党员干部在政治思想、道德品质、勤政廉政和个人作风等方面加强自律自觉。

要实现反腐败的源头治理，就必须加强监察机关的监督功能，充分发挥谈话制度在监督阶段的作用。对所有公职人员行使公权力实现事前和事中的全面监督和制约，让“红脸、出汗”成为监察常态，这对于全面

从严治党具有重要意义。通过谈话，在思想上降低贪腐的倾向性，在行动上减少贪腐的可能性，才能真正形成“不敢腐、不能腐、不想腐”的有效制约机制，做到治贪反腐防范于未然。

调查功能

监察机关的调查职能主要是针对涉嫌贪污贿赂、滥用职权、玩忽职守、权力寻租、利益输送、徇私舞弊以及浪费国家资财等职务违法和职务犯罪依法进行调查取证、查证揭露。谈话作为一种调查措施，在初查核实和正式调查过程中均发挥着不可替代的重要作用。

根据法律规定，调查活动以立案为界限。立案前为初查阶段，根据监察对象所涉及的问题线索进行初步核实，“经初步核实，对涉嫌职务违法犯罪，需要追求法律责任的”，依法办理立案手续从而进入正式的调查程序。从12项调查措施规定的表述来看，只有谈话是针对“可能发生职务违法的公职人员”，而其它11项强制措施的适用对象均表述为“被调查人”，而一般只有在正式立案调查后才称之为“被调查人”，由此可见谈话不仅适用立案前，也可适用于立案后。

在初步调查阶段，谈话是立案调查前初步核实有关问题和线索的主要方式。监察机关在接到报案或举报后，应当对有关问题线索进行初步核查处置，而谈话措施在问题线索的初步核实过程中就是一种合理有效的处理方式。当有关问题线索指向轻微的违纪违法行为时，谈话更宜采取一种“有则改之无则加勉”的温和方式；当被调查人可能涉嫌严重的职务违法犯罪时，监察机关采取谈话措施就必须严格遵循审批和执行程序，根据正式谈话笔录调查核实后形成初核报告，制定处理方案，根据具体情形进行案件分流。

在立案调查后，谈话措施是监察机关依法收集言辞证据的重要途径。谈话措施适用的对象为“可能发生职务违法的监察对象”，这一范围界定基本同步实现了监察全覆盖的原则。《监察法》第20条规定的讯问措施，其对象是“涉嫌贪污贿赂、失职渎职等职务犯罪的被调查人”。针对性质不同、

情节严重程度不同的案件，监察机关可以选择适用强度不同的调查措施，其中谈话措施的适用就适合于比较轻微的、一般性违纪违法的行为对象。此外，讯问只能针对被调查人，而谈话还可以适用于其他可能涉案或知情的人员，这对于进行外围取证、加快案件突破起到关键性作用。

谈话措施要严格遵循法定权限和程序限制，在调查阶段的适用尤其如此，这是反腐败法治化的必然要求。谈话的方案包括对象、时间、地点、内容等应当由核查、调查案件组共同研究决定；谈话的方案应当严格执行，不得随意变更调查的方向或改变调查的范围；谈话人与被谈话人不得进行案外接触或联络；谈话笔录的形成和固定应当根据具体规范的程序操作；在涉嫌职务犯罪的案件中，谈话过程应当录音录像等，确保证据的收集与刑事诉讼证据的要求和标准相衔接。此外，谈话应当尊重被调查人的人格尊严与合法权利，严禁通过非法手段进行取证。

“谈话”属于具有监察体制改革特色的调查措施，是传统诉讼法所没有的。在传统纪检监察实践中，该措施的广泛合理运用取得了良好效果，因此纳入到监察调查措施中，丰富了调查活动的手段，有助于形成功能齐备、结构合理、张弛有度、衔接紧凑，方法灵活、高效合理的监察调查措施体系，有利于提高调查的效率和效果。

处置功能

处置职能是指对于查证属实的违规违法问题依照相应法律法规予以审查定性并给予相应的处理，如处分问责、提出监察建议或移送人民检察院依法审查、提起公诉等。“谈话”制度是一种非常重要的处置措施。《监察法》第45条规定“对有职务违法行为但情节较轻的公职人员，按照管理权限，直接或者委托有关机关、人员，进行谈话提醒、批评教育、责令检查，或者予以诫勉”。同时，党内《监督执纪工作规则》规定了谈话提醒是一种组织处理方式，纪检监察对反映问题较轻、不需要追究党纪责任的，可以采取谈话提醒等方式处理。

监察体制改革的首要逻辑就是“监察全面覆盖”：纪检监察不仅要着力围猎“大老虎”，也要全面围剿“蝇虫害”。实现监察对象全面覆盖的同时，也要实现“监察事项”的全面覆盖——不仅要对违法犯罪的“大腐败”斩草除根，也要对违规乱纪的“微腐败”刮骨疗毒。因此，既要依据严刑峻法惩治贪腐、继续发挥“不敢腐”的震慑作用基础上，更需要发挥“谈话”制度的治理效能，坚持抓小、抓常、抓细，构筑“不能腐”“不想腐”的体制机制。不同于监督、调查阶段，“谈话”在处置阶段的目的不再仅仅是反腐，而在于教育感化——发挥“惩前毖后，治病救人”的政策感召力，从思想政治上挽救出现问题的党员干部。在党内监督中以谈话提醒作为处置方式，正是一种和风细雨、治病救人的办法。政务处分、监察建议和移送司法机关等处置措施充分表现了监察机关在反腐败斗争中敢于动真碰硬，极具反腐刚性。但同时需要更为“柔性”的谈话提醒进行引导感化。因此，谈话提醒在监察处置过程中可以独立适用，也可以附加适用，并可以作为经常性的附加适用措施，构建起刚柔并济、软硬兼施的监察处置措施体系。

“治人者必先自治”，国家监察力量的强大内生动力源于党的监察力量，必须充分发挥以党内监督引领国家监督，以党内反腐带动国家反腐的治理效能。无疑，“谈话”就是贯穿监察体制始终、贯通党的监察和国家监察的重要制度。“谈话”在监察活动中的适用表现为监察机关与监察对象之间面对面的“较量”，然而在监督、调查和处置不同的阶段，“谈话”却有着不同的功能性侧面，这一制度的运用可谓兼具政治性、实效性和艺术性。因此，要在监督、调查和处置的不同阶段，用好“谈话”，不断加以完善，以期尽快将“谈话”制度优势转化为反腐治理效能。



中国古代的“普法”活动

核心阅读

我国古代产生过一些行之有效的普法教育形式，使得普通民众了解法律，接受法律熏陶，对于维护社会秩序、预防违法犯罪治治犯罪，引导社会成员的法律观念具有重要的价值和意义，也在一定程度上推动了中华法系的发展成熟。

□ 李亚龙

我国现代意义的普法活动肇始于20世纪80年代。1985年11月，中共中央、国务院转发了中宣部、司法部《关于向全体公民基本普及法律常识的五年规划》，这就是“一五普法”。从“一五普法”到“七五普法”，普法作为一项制度延续下来，成为具有中国特色的法治实施的重要机制。在我国古代，尽管法律体系和法律观念与现代社会有本质差异，但也产生过一些行之有效的普法教育形式。

悬法象魏。守法用法的前提是知法。记载于《周礼》之中的“悬法象魏”，就是让人知晓法律的方式之一，是指将法令悬挂在王宫官口外的高台之上，公示于民，使百姓了解法律。在公布法律后，各部门还要组织内部官员学习讲读法律的内容。为了

保证对法律传播的有效监督，西周专门设置了布宪一职，作为掌刑法禁令的官员，负责颁布法令并监督法令的传播。国家将法律内容公布之后，需要官员逐级进行法律传播，布宪则要巡回四方，对各级官吏是否将法律传播到位进行检查和监督。春秋时期著名的“铸刑书”“铸刑鼎”事件，通过刻法律于鼎器之上的形式，向全国公布法律。秦朝将“以法为教，以吏为师”作为指导方针，这里的“吏”专指法官、法吏，即由专门的法官负责向国民教授法律知识。汉代法律宣传，又分两个步骤进行，一是以书面方式公布、张挂法律文书，二是将民众召集到一起进行口头讲读。两种方式相互结合，互相弥补不足，尽可能保证和实现了法律信息在民间社会的传播效果。

讲读律令。明清两大大兴“讲读律令”政策。自明代开始，社会经济的迅速发展、文化知识的普及、人口的增长、百姓权利意识的增强，对于法律传播的需要也发生了变化。在这样的时代背景之下，明清之际的法律传播，呈现出更为多元化的活跃局面。《大明律》《大清律例》均针对宣传法律而专设条款，尤其是规定“百司官吏务要熟读，讲明律意，剖决事务”，将官员作为能否熟读讲读法律作为年终考核的重要指标，讲读律令的内容十分广泛，涵盖了从中央到地方颁布的各种具有法律性质的文书，包括为官断案所需要的法律、谕令、告示、判牍等。为了敦促官员学习律令，明代还非常重视学堂里的律学教育，把“讲读律令”纳入科举考试的必经环节，这一系列举措的目的是让



人们在读法学法以后，能够怀刑知耻、明法守纪。

律令直解。明代强调法律文本应当简明扼要、通俗易懂，“人人通晓，则犯法者自少”，因考虑到普通民众的认知能力，明太祖朱元璋因人制宜调整法律传播政策，命人将所定律令按照民间所涉及的事宜，将法律条文翻译成白话文，编纂成《律令直解》，张贴于全国，以便让老百姓尽快了解律令内容。又鉴于“田野之民，不知禁令，往往误犯刑宪”，于是在各地设置了申明亭，凡是辖区内有人犯罪的，都要把其过错，在亭上贴出，以警世人，使民众在褒贬评价之中受到法律熏陶。清代在乡约集会时开展宣讲《圣谕广训》的活动，为了让老百姓能理解其精神内涵，宣讲者有的专门编写讲稿，在每条圣谕下面附录相关的律例、故事及案例，极致详尽之事，力求通俗易懂；有的地区方言比较特

别，宣讲者还专门用当地的方言和俚语进行讲解；为了照顾到不识字的老幼妇孺，还专门绘制图像，以通俗化、故事化的方式来讲解法律，以求宣传效果的最大化。

中国古代的法律传播活动，其传播内容和手段涵盖了法律典籍、禁令命令、诏书告示、法律教育、法律解释等各方面，中央和地方政府共同组成国家法律传播的主体。这些独具特色的“普法”模式，为古代立法、司法和执法活动之间的相互联系、和谐运作建立了桥梁，使得普通民众了解法律，接受法律熏陶，对于维护社会秩序、预防违法犯罪具有重要的价值和意义，也在一定程度上推动了中华法系的发展成熟。