

法律专业学生 | 推荐教材
民事法官 律师培训 |



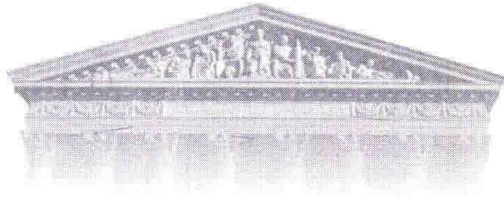
读条文 学民法

(第二版)

Dutiaowen Xueminfa

梁慧星◎著

人民法院出版社



读条文 学民法

(第二版)

Dutiaowen Xueminfa

梁慧星◎著

图书在版编目 (CIP) 数据

读条文 学民法/梁慧星著. —2 版. —北京:人民法院出版社, 2017. 8

ISBN 978 -7 -5109 -1805 -6

I. ①读… II. ①梁… III. ①民法 - 基本知识 - 中国
IV. ①D923. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 090427 号

读条文 学民法(第二版)

梁慧星 著

责任编辑 兰丽专 赵作棟
出版发行 人民法院出版社
地 址 北京市东城区东交民巷 27 号(100745)
电 话 (010)67550626(责任编辑) 67550558(发行部查询)
65223677(读者服务部)
网 址 <http://www.courtbook.com.cn>
E - mail courtpress@sohu.com
印 刷 保定彩虹印刷有限公司
经 销 新华书店

开 本 787 ×1092 毫米 1/16
字 数 546 千字
印 张 31.75
版 次 2017 年 8 月第 2 版 2017 年 8 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978 -7 -5109 -1805 -6
定 价 86.00 元

版权所有 侵权必究

序言

本书的编撰源于作者对民法第三种学习方法的提倡。

所谓民法第三种学习方法，是相对于第一种方法即以民法概念为对象的方法（通称教义学方法）及第二种方法即以民法案例为对象的方法（通称案例分析方法）而言的。这种学习方法有三个要点：其一，以民法条文为对象，记忆条文、理解条文；其二，要求掌握条文与条文之间的逻辑关系；其三，以民法条文贯穿民法理论、规范构成、司法解释、裁判实务。

中国属于大陆法，法官必须按照立法机关制定的法律条文裁判案件。我们通过第一种学习方法掌握了民法理论体系，为我们从事法律职业奠定了知识基础，但我们担任法官或者律师，所理解、解释、适用的是民法条文，而不是民法理论。因此，须将所掌握的民法理论体系转换为现行民法条文体系。这是作者提倡第三种学习方法的理由。

本书作为民法第三种学习方法的推荐教材，由人民法院出版社于2014年出版。因民法总则颁布施行，本版用“民法总则条文解读”，替换了原“民法通则条文解读”，请读者留意！

谨向为本书出版付出辛勤劳动的人民法院出版社的领导和同志们表示衷心感谢！

中国社会科学院学部委员
北京理工大学珠海学院民商法律学院名誉院长



2017年4月12日

凡 例

一、法律、法规、规章和规范性文件名称中的“中华人民共和国”一律省略。例如，《中华人民共和国民法通则》简称为民法通则。

二、叙述法律、法规、规章和规范性文件，必要时在名称前标明其制定机关和制定、修改年份。例如，2013年消费者权益保护法。

三、对于本书以下出现较多的司法解释，使用缩略语：

1. 《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》，简称为《民通意见》。

2. 《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》（法释〔2008〕11号），简称为《适用诉讼时效制度的规定》。

3. 《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》（法释〔2012〕8号），简称为《买卖合同解释》。

4. 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》（法释〔1999〕19号），简称为《合同法解释（一）》。

5. 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》（法释〔2009〕5号），简称为《合同法解释（二）》。

6. 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》（法释〔2011〕18号），简称为《婚姻法解释（三）》。

7. 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》（法释〔2000〕44号），简称为《担保法解释》。

8. 《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2003〕20号），简称为《人身损害赔偿解释》。

9. 《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》（法释〔2001〕7号），简称为《民事侵权精神损害赔偿解释》。

10. 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》（法释〔2014〕2号），简称为《公司法解释（三）》。

Contents | 目 录

壹

民法总则条文解读

第一条	[立法目的]	003
第二条	[调整范围]	006
第三条	[保护民事权益原则]	008
第四条	[平等原则]	009
第五条	[意思自治原则]	010
第六条	[公平原则]	012
第七条	[诚信原则]	013
第八条	[公序良俗原则]	016
第九条	[绿色原则]	018
第十条	[民法的法源]	019
第十一条	[特别法优先适用]	023
第十二条	[民法的效力]	026
第十三条	[民事权利能力的起止]	026
第十四条	[民事权利能力平等]	027
第十五条	[出生、死亡时间的认定]	028
第十六条	[胎儿利益保护]	030
第六十一条	[法定代表人及其越权行为]	032
第六十二条	[法定代表人的侵权行为]	035
第六十五条	[法人登记不一致]	036
第七十五条	[设立人的责任]	037
第八十三条	[小股东诉权与法人格否认]	038
第八十四条	[滥用关联关系]	039

第八十五条	[决议撤销]	040
第一百零九条	[人身自由、人格尊严]	041
第一百一十条	[特别人格权]	042
第一百一十一条	[个人信息保护]	048
第一百一十二条	[身份关系上的人身权保护]	049
第一百二十一条	[无因管理]	050
第一百二十二条	[不当得利]	053
第一百二十七条	[数据和虚拟财产]	055
第一百三十二条	[禁止权利滥用]	056
第一百三十三条	[民事法律行为]	060
第一百三十五条	[法律行为的形式]	062
第一百四十三条	[民事法律行为有效要件]	062
第一百四十四条	[无民事行为能力人的行为]	065
第一百四十五条	[限制民事行为能力人的行为]	065
第一百四十六条	[虚伪表示与隐藏行为]	067
第一百四十七条	[重大误解]	069
第一百四十八条	[欺诈]	070
第一百四十九条	[第三方欺诈]	071
第一百五十条	[胁迫]	072
第一百五十一条	[显失公平]	073
第一百五十二条	[撤销权的消灭]	074
第一百五十三条	[违反法律、公序良俗无效]	076
第一百五十四条	[恶意串通]	080
第一百五十五条	[无效或者撤销的效力]	081
第一百五十六条	[部分无效]	085
第一百五十七条	[恢复原状及损害赔偿]	086
第一百五十八条	[法律行为附条件]	087
第一百五十九条	[条件成就、不成就的拟制]	089
第一百六十条	[法律行为附期限]	090
第一百六十一条	[民事法律行为的代理]	091

第一百六十二条	[直接代理]	092
第一百六十三条	[代理的类型]	094
第一百六十五条	[授权委托书]	095
第一百六十七条	[违法代理]	095
第一百六十八条	[禁止自己代理、双方代理]	096
第一百七十条	[职务代理]	097
第一百七十一条	[狭义无权代理]	098
第一百七十二条	[表见代理]	100
第一百八十一条	[正当防卫]	101
第一百八十二条	[紧急避险]	103
第一百八十四条	[自愿紧急救助行为]	105
第一百八十五条	[英烈人格保护]	105
第一百八十六条	[责任竞合]	107
第一百八十七条	[民事责任优先]	108
第一百八十八条	[诉讼时效期间]	110
第一百八十九条	[分期履行的请求权]	116
第一百九十条	[对法定代理人的请求权]	116
第一百九十一条	[未成年人受性侵害的请求权]	117
第一百九十二条	[诉讼时效的效力]	118
第一百九十三条	[法院不得主动适用时效]	120
第一百九十四条	[诉讼时效中止]	121
第一百九十五条	[诉讼时效中断]	122
第一百九十六条	[不适用诉讼时效的请求权]	124
第一百九十七条	[诉讼时效的强制性]	125
附录 1	为中国民法典而斗争	127
附录 2	我国民法是否承认物权行为	136

贰

合同法总则条文解读

第一条	[立法目的]	149
第二条	[合同定义]	151
第三条	[平等原则]	155
第四条	[合同自由]	157
第五条	[公平原则]	159
第六条	[诚信原则]	161
第七条	[公共秩序与善良风俗]	164
第十条	[合同的形式]	166
第十二条	[合同条款]	168
第十三条	[要约、承诺]	169
第三十六条	[形式欠缺的补正(一)]	170
第三十七条	[形式欠缺的补正(二)]	171
第三十九条	[格式条款]	171
第四十条	[格式条款的无效]	173
第四十一条	[格式条款解释规则]	174
第四十二条	[缔约过失责任]	175
第四十三条	[违反保密义务]	177
第四十四条	[合同的生效]	177
第四十七条	[限制行为能力人订立合同]	179
第四十八条	[狭义无权代理]	180
第四十九条	[表见代理]	181
第五十条	[越权行为]	183
第五十一条	[无权处分合同]	185
第五十二条	[无效合同]	195
第五十三条	[免责条款无效]	197
第五十四条	[可撤销合同]	198
第五十七条	[仲裁条款的效力]	200
第五十八条	[合同无效的法律效果]	200
第五十九条	[合同无效的特别效果]	202

第六十条	[合同履行原则、附随义务]	202
第六十四条	[向第三人履行的合同]	206
第六十五条	[由第三人履行的合同]	207
第六十六条	[同时履行抗辩权]	209
第六十七条	[后履行抗辩权]	212
第六十八条	[不安抗辩权(一)]	213
第六十九条	[不安抗辩权(二)]	214
第七十三条	[债权人代位权]	217
第七十四条	[债权人撤销权]	220
第七十五条	[除斥期间]	225
第七十七条	[合同变更]	226
第七十八条	[推定未变更]	227
第七十九条	[债权转让的原则]	228
第八十条	[债权转让通知]	230
第八十四条	[债务转移的要件]	231
第八十六条	[从债务的转移]	233
第八十八条	[债权债务一并转让]	233
第九十一条	[合同终止的原因]	234
第九十九条	[抵销]	234
第一百零一条	[提存]	237
第一百零三条	[风险承担、孳息归属]	237
第一百零四条	[提存物的领取]	238
第一百零五条	[债务免除]	239
第一百零六条	[主体混同]	239
第九十二条	[后合同义务]	240
第九十三条	[协议解除、约定解除权]	240
第九十四条	[法定解除权]	242
第九十五条	[行使期限]	245
第九十六条	[解除权行使、异议]	247
第九十七条	[合同解除的效果]	248

第一百零七条	[违约责任]	249
第一百零八条	[预期违约]	253
第一百零九条	[金钱债务的履行]	254
第一百一十条	[强制实际履行]	256
第一百一十一条	[瑕疵担保责任]	258
第一百一十二条	[履行、补救措施后的 损害赔偿]	261
第一百一十三条	[法定损害赔偿、不可预见规则]	262
第一百一十四条	[违约金]	266
第一百一十五条	[定金]	269
第一百一十七条	[不可抗力]	270
第一百一十九条	[减轻损害规则]	271
第一百二十一条	[合同相对性]	272
第一百二十二条	[责任竞合]	273
第一百二十三条	[特别法优先适用原则]	274
第一百二十四条	[无名合同]	274
第一百二十五条	[合同解释规则]	275
附录3	中国合同制度：从“三法并立”走向统一 合同法	276
附录4	如何理解合同法第五十一条	287
附录5	合同法第二百八十六条的权利性质及其适用	291
附录6	对《买卖合同解释》的解读和评论	295

叁

物权法基本条文解读

第二条第二款	[物的定义]	325
第五条	[物权法定原则]	328
第六条	[物权公示原则]	332
第九条	[登记生效主义]	333
第十二条	[登记机构的职责]	334

第二十一条	[登记错误的赔偿责任]	334
第十四条	[物权变动与原因行为的区分 原则(一)]	336
第十五条	[物权变动与原因行为的区分 原则(二)]	336
第十六条	[不动产登记簿的证据资格]	340
第十七条	[权属证书的证据资格及证据力]	340
第十九条	[更正登记、异议登记]	343
第二十条	[预告登记]	345
第二十三条	[交付生效主义]	346
第二十四条	[登记对抗主义]	347
第二十五条	[先行占有]	349
第二十六条	[移转返还请求权代替交付]	349
第二十七条	[占有改定]	350
第二十八条	[因法院判决、仲裁裁决和征收 决定发生物权变动]	351
第二十九条	[因继承发生物权变动的生效]	352
第三十条	[因事实行为发生物权变动的 生效]	353
第三十二至三十八条	[物权的保护]	354
第一百零六条	[统一的善意取得制度]	356
第一百零八条	[善意取得动产的特殊问题]	358
第一百一十七条	[用益物权定义]	359
第一百七十六条	[人保与物保并存]	361
第一百八十一条	[特别动产集合抵押]	362
第一百八十二条	[房、地一并抵押原则]	363
第一百九十一条	[抵押物的转让]	365
第二百零二条	[抵押权的消灭]	366
第二百二十三条	[权利质押]	367
附录7	物权法解析:意义、对策、创新与不足	368
附录8	关于质、押、典、当和按揭担保	382

附录9 特别动产集合抵押——解读物权法

第一百八十一条..... 393

肆

侵权责任法条文解读

第二条	[一般条款、保护客体]	404
第四条	[侵权责任优先原则]	407
第五条	[特别法优先适用原则]	409
第六条	[过错责任原则]	410
第七条	[无过错责任原则]	411
第八条	[主观共同侵权]	412
第十一条	[客观共同侵权]	412
第九条	[教唆和帮助]	414
第十条	[共同危险行为]	415
第十二条	[原因竞合]	416
第十三条	[连带责任的承担]	419
第十四条	[责任份额与追偿权]	419
第十六条	[人身损害的赔偿项目]	420
第十七条	[多人死亡情形的死亡赔偿金]	420
第十九条	[财产损失的计算]	422
第二十条	[侵害人身权益造成财产损失的赔偿]	423
第二十二条	[精神损害赔偿]	423
第二十一条	[停止侵害等请求权]	424
第二十四条	[双方均无过错时的损失分担]	425
第二十六条	[过失相抵规则]	426
第三十四条	[单位用人责任]	427
第三十五条	[个人用人责任]	427
第三十二条	[监护人责任]	431
第三十六条	[网络侵权行为]	433

第三十七条	[安全保障义务]	435
第三十八条	[校园伤害(一)]	438
第三十九条	[校园伤害(二)]	438
第四十条	[校园伤害(三)]	438
第四十七条	[惩罚性赔偿]	441
第五十三条	[道路交通事故社会救助基金]	444
第五十四条	[医疗损害的过错责任原则]	445
第五十五条	[说明义务及患者同意]	446
第五十六条	[紧急情况下的抢救措施]	446
第五十七条	[一般注意义务]	447
第五十八条	[不可推翻的过错推定]	448
第五十九条	[医药产品缺陷致害及输血感染]	449
第六十条	[法定免责事由]	450
第六十三条	[禁止不必要的检查]	451
第八十五条	[建筑物管理瑕疵损害责任]	451
第八十六条	[建筑物缺陷倒塌损害责任]	452
第八十七条	[高楼坠物损害的补偿]	454
附录 10	侵权责任法的立法成就与不足	456
附录 11	如何正确理解、判断因果关系	480
附录 12	侵权责任法是否承认不真正连带债务	486

壹

民法总则条文解读

第一条【立法目的】

为了保护民事主体的合法权益，调整民事关系，维护社会和经济秩序，适应中国特色社会主义发展要求，弘扬社会主义核心价值观，根据宪法，制定本法。

本条通常称为立法目的条款。实际上，条文前段“保护民事主体的合法权益，调整民事关系，维护社会和经济秩序”是关于立法目的的规定；后段“适应中国特色社会主义发展要求，弘扬社会主义核心价值观，根据宪法”，是关于立法根据的规定。鉴于本法为民法典的总则编，故本条属于民法典的“立法目的、立法根据条款”。

关于立法根据，本法以宪法关于市场经济体制、平等保护公有制经济和私有经济的规定为立法根据，及以宪法授予最高立法权为立法根据，无须解释。对本法以社会主义核心价值观为立法根据，须稍作说明。实际上，所谓社会主义核心价值观的内容，大部来自近现代民法的基本精神和基本价值，例如自由、平等、公平、正义、诚信等，民法典应当充分体现这基本精神和基本价值，并可以经由充分体现这些基本精神和基本价值的民法各项制度、规则的贯彻实施，达到弘扬这些基本精神和基本价值的目的。

下面介绍民法总则的立法目的：

1. 保护民事主体的合法权益。这里的“合法权益”，既包括民事权利，也包括民事利益。民法保护一切合法的民事权利，包括人身权利、财产权利以及混合性权利（包含了财产权利和人身权利的因素），而民事利益是否受民法的保护，则取决于法律的规定。民法的主要任务即为捍卫民事主体包括自然人、法人和非法人组织的合法的民事权益，以建立稳定和谐的社会秩序和经济秩序，最终促进民主政治的形成以及个人的自由发展。

2. 正确调整民事关系。民法调整民事关系，是通过为民事主体设立行为规范，和为法院裁判民事纠纷案件设立裁判规范来实现的。法律规范，有行为规范与裁判规范之分。所谓行为规范，指法律主体从事活动所应遵循的规则；裁判规范，指法院裁判案件所应遵循的规则。例如，刑法、刑

事诉讼法、民事诉讼法均属于裁判规范。如刑法第二百三十二条关于犯故意杀人罪处死刑、无期徒刑或十年以上有期徒刑的规定，非行为规范，而属于裁判规范。民法，首先是为一切民事主体规定的行为规则，无论经济生活如订立和履行合同，或家庭生活如结婚、离婚，均应遵循。此种行为规范，是以国家强制力为其保障。如不遵守此行为规范，发生民事纠纷，诉请法院裁判时，法院应以民法作为裁判之基准。因此，民法也是法官裁判民事纠纷案件的裁判规范。民法兼具行为规范与裁判规范的双重属性，是行为规范和裁判规范的统一体。民法正是通过为民事主体预设行为规范和为法官裁判民事纠纷案件预设裁判规范，以实现正确调整民事关系的立法目的。

这里要谈到民法的功能。目的与功能，是具有密切联系的不同概念。一方面，民法的目的决定民法所应发挥的功能；另一方面，正是通过民法功能的充分发挥，以实现民法的立法目的。本条明定中国民法的立法目的，也就决定了中国民法可能和应当发挥下述功能：

1. 为现代市场经济活动提供行为规范。民法为现代化市场提供一般规则及市场活动的行为规范。使市场参加者可以遵循这些规则从事活动，进行预测、计划和冒险，并建立和维护正常的市场秩序。例如，合同法规定市场交易的基本规则。一些特殊的市场，如证券市场和期货市场的特殊交易规则，则由作为民事特别法的证券法和期货法规定。可见民法的作用之一，是促进社会主义市场经济的发展。

2. 为人权提供基础性保障。所谓人权，指作为一个人应有的权利。什么是人权？1966年联合国大会通过“国际人权两公约”，实现了人权的定型化。1977年的12月16日，联合国大会第105次全体会议，通过32/130号决议，即《关于人权新概念的决议案》，明文规定了12类基本人权。^①这12类人权与民法典规定的民事权利，既有区别也有联系。例如，民事权利中的“生命权”（民法总则第一百一十条），就是“生存权”的基础，“自然人的人身自由”（民法总则第一百零九条），就是“基本自由”的基础。没有“生命权”，作为基本人权的“生存权”就无从谈起；没有“人身自由”，作为基本人权的“基本自由”也无从谈起。宪法第三十三条规

^① 《联合国关于人权新概念的决议案》规定的12类基本人权是：第一，生存权；第二，平等权；第三，社会保障权；第四，环境权；第五，自决权；第六，发展权；第七，知情权；第八，接受公正审判权；第九，安全权；第十，基本自由；第十一，受教育权；第十二，和平权。

定：“国家尊重和保障人权。”保障人权是公法和民法共同的任务。按照侵权责任法，无论侵害“生命权、健康权”还是侵害“人身自由”，均将被追究侵权责任。合同法第五十三条规定，免除人受伤害责任的免责条款无效。鉴于民事权利是享受基本人权的基础，民法保护民事权利，也就是保护基本人权。可见，民法为人权提供基础性的保障。

3. 维护社会公平正义。在现代市场经济条件下，民法担负着维护社会公平正义的重要作用，发挥着协调各种利益冲突的调节器的功能。所谓公平正义，指不同的人群、阶层、行业以及生产者、经营者、消费者和劳动者，在利害关系上大体平衡，不致过分悬殊。民法保护一切企业和个人在不损害他人利益和社会利益的前提下谋求自己的利益，不允许靠损害他人利益和社会利益而发财致富，妥善协调各种利益冲突，被称为社会利益冲突的调节器。

4. 促进民主政治。民法要求划分民事生活和政治生活，民事生活领域实行私法自治原则，有利于抑制行政机关的膨胀和限制行政权力滥用。行政机关侵害民事权利亦应依法承担法律责任。最终有利于实现政府职能转换，实现社会主义民主政治。

5. 维护公序良俗，促进物质文明和精神文明。中国民法的物质基础，是中国特色社会主义的市场经济和婚姻家庭关系。民法反映社会主义市场经济和婚姻家庭关系的本质特征和要求，通过对财产关系的民法调整，建立和维护竞争、公平、健康有序的市场经济法律秩序，通过对身份关系的民法调整，建立和维护和睦、健康、亲情的婚姻家庭生活秩序。中国已经确立全面建设小康社会和建设社会主义和谐社会的目标，民法所蕴涵的诸如自由、平等、博爱、公平、正义、法治、协商、自尊、自爱、自强、廉洁自律、人格尊严、意思自治、契约自由、自己责任、平等保护、诚实信用、公序良俗、利益衡量及禁止权利滥用等等理念和原则，当然是社会主义和谐社会的应有之义，应当吸收并融入正在建构的中国特色社会主义价值体系当中！应当重视和发挥民法的重要作用，促进社会主义物质文明和精神文明的发展，实现全面建设小康社会和社会主义和谐社会的伟大目标。

第二条【调整范围】

民法调整平等主体的自然人、法人和非法人组织之间的人身关系和财产关系。

本条规定包含两层意思：（1）明确了民法调整的社会关系包括两种，即人身关系和财产关系。本条所谓“人身关系”，是指婚姻、家庭关系，亦即传统民法理论所谓“身份关系”。须注意的是，不可将此“人身关系”误认为所谓“人身权关系”。因为，民法上本无所谓“人身权关系”或者“人格权关系”。本条所谓“财产关系”，包括物权关系、债权关系、遗产继承关系等。（2）明确了民法调整的社会关系的主体，包括自然人、法人和非法人组织。在传统民法理论和立法例，民事主体只有自然人和法人两种。须注意的是，民法通则制定时，曾发生所谓两主体说与三主体说的争论。民法通则第二章规定自然人、第三章规定法人，却在第二章自然人中规定了“个体工商户、农村承包经营户”（第4节）及“个人合伙”（第5节），在第三章法人中规定了“联营”（第4节），在形式上维持了两主体说，而在实际上承认了既不是自然人也不是法人的第三主体。后来制定合同法，将此第三主体称为“其他组织”，本法改称“非法人组织”。

民法是调整民事生活，包括经济生活和家庭生活的法律。按照现代法律思想，整个社会生活被划分为两个领域：民事生活领域和政治生活领域。民事生活领域涵盖了全部经济生活和家庭生活，亦称“市民社会”。政治生活领域包括国家的组织、国家的活动即立法、司法、行政以及公民政治权利的行使等，亦称“政治国家”。民事生活领域和政治生活领域所应遵循的法律规则不同，民法就是民事生活领域的法律规则，公法是政治生活领域的法律规则。

一个国家的全部法律规则，构成一个内部井然有序的法律体系。法律体系划分为若干重要构成部分，每一个重要构成部分，称为一个独立的法律部门。民法是中国统一的社会主义法律体系的一个重要构成部分。作为独立的法律部门的民法，以民事生活领域为其调整范围。但是，民事生活领域存在多种社会关系，并非都适于由法律调整，例如，社交、情感、友谊等关系，就既不适于也无必要由法律调整。适于且有必要由法律调整的，只是其中的财产关系和人身关系。根据本条规定，中国民法的调整对象包括两种社会关系，即发生在自然人、法人、非法人组织之间的财产关系和人身关系。中国民法是调整自然人、法人、非法人组织之间的人身关

系和财产关系的法律规范的总称。

按照现代法律思想，法人、非法人组织，属于社会组织体，法律赋予其权利主体资格，是为了适应经济生活的需要。法人、非法人组织，只参加经济生活，只发生财产关系，不参加家庭生活，不发生人身关系；法人、非法人组织，只能成为财产关系的主体，不能成为人身关系的主体。民法调整的财产关系范围甚宽，包括物权关系、债权关系、知识产权关系、遗产继承关系。法人、非法人组织不能参加家庭生活，也就不能成为遗产继承关系的主体。本条规定的中国民法的调整对象，包括自然人、法人、非法人组织之间的财产关系，以及自然人之间的人身关系。

所谓“人身关系”，传统民法理论称为“身份关系”。民法通则改称“人身关系”，是受前苏联和东欧国家民事立法的影响。须特别注意，民法上所谓“身份”，特指夫妻、亲子、家庭成员和近亲属的身份。所谓“人身关系”，不涉及“人格权”。人格权与人格（主体资格）不可分离，作为人格权客体的自然人的生命、身体、健康、自由、姓名、肖像、名誉、隐私等，是人格的载体。人格权与人格（主体资格）相始终，人格不消灭，人格权不消灭，人格消灭，人格权同时消灭。人格权是存在于主体自身的权利，不是存在于人与人之间的关系上的权利。只在人格权受侵害时才涉及主体与他人之间的关系，但这种关系是侵权责任关系，性质上属于债权关系。故无所谓“人格权关系”。

所谓“调整”，是指运用民法的基本原则和各项具体规定，对现实生活中发生的属于民法调整范围的各种人身关系和财产关系，分别予以确认、保护、限制，旨在保障民事主体的合法权益，建立和维护竞争、公平、统一的经济生活秩序，及和睦、健康、亲情的家庭生活秩序。

最后补充一点，本条虽然是以民法通则第二条的规定为依据，却将“财产关系”和“人身关系”的顺序调换了。民法通则的规定是：民法调整“财产关系和人身关系”，现在的条文改为：民法调整“人身关系和财产关系”。这与此前民法学界关于民法调整对象的争论有关，当时有学者批评民法通则是“重物轻人”。但是，现在民法总则将“财产关系和人身关系”改为“人身关系和财产关系”，能否因此就认为民法通则的规定错了？能否因此认为人身关系比财产关系更重要？我认为不能。如前所述，民法是调整经济生活和家庭生活的法律，尤其对于自然人而言，同时生活在财产关系和人身关系中，既不能说财产关系比人身关系更重要，也不能说人身关系比财产关系更重要。但民法总则将两者的位置颠倒过来，把人身关系摆在财产关系的前面，也必定有其立法者意思！

中国经过 30 多年的改革开放，实现了经济起飞，国家强大了，人民生活富裕了，在这种情形下，民事立法应当更加关注人身关系的法律调整，更加关注人民群众非财产权利（人格权、人身权）的实现。这样理解，可以从本法第五章民事权利的排列顺序调整得到证明。民法通则第五章民事权利，其顺序是财产权在先、人身权在后（第 1 节物权、第 2 节债权、第 3 节知识产权、第 4 节人身权），本法第五章民事权利（不分节），其顺序是人身权在先（第一百零九条至第一百一十二条），然后依次规定物权（第一百一十四条至第一百一十七条）、债权（第一百一十八条至第一百二十二条）、知识产权（第一百二十三条）、继承权（第一百二十四条）、股权和其他投资性权利（第一百二十五条）、其他民事权利和利益（第一百二十六条）。按照本条规定所体现的立法者意思，则将来编纂民法典，可能会将“人身关系法”（婚姻家庭编、继承编）安排在“财产关系法”（物权编、合同编、侵权责任编）的前面。

第三条【保护民事权益原则】

民事主体的人身权利、财产权利以及其他合法权益受法律保护，任何组织或者个人不得侵犯。

本条规定法律保护民事权益的基本原则。

依据本条规定，法律保护民事主体的人身、财产权利及其他合法权益，是为民法之基本原则。但此项基本原则，亦有其例外，即：于具备法定条件时，将对民事权益予以限制。须特别说明的是，对于人身权利，民法不能规定任何限制。对民事权益予以限制，仅指民事权益中的财产权利。限制财产权利，必须符合两个条件：一是基于社会公共利益的目的；二是根据合法程序。例如，物权法第四十二条规定：“为了公共利益的需要，依照法律规定的权限和程序可以征收集体所有的土地和单位、个人的房屋及其他不动产。”

民法以保护民事权益为目的。因此，民法性质上属于“权利法”。民法思想上称为“私权神圣”，故保护民事权益，是民法的基本原理、基本原则、基本理念。

所谓民法是权利法，其含义是，与其他法律相比，民法规范基本上属于授权性规范。民法确立的是一种客观的权利，个人完全可以依据民法规范的指引，通过实施法律行为，把法律上规定的权利转化为自己实际享有

的权利。因此，民法常常被称之为“权利宣言书”。

本法严格以权利为中心进行编排，第二、三、四章规定权利主体；第五章概括规定各种民事权利，包括人身权、物权、债权、知识产权、继承权、股权等；第六章规定作为取得权利主要方法的法律行为制度；第七章规定代理制度，第八章概括规定民事责任，即保护民事权利的民法方法；第九章规定诉讼时效，即向人民法院请求保护民事权利时间限制；第十章规定期间的计算。鉴于本法是即将完成的中国民法典的总则编，本法的编排体例也就决定了中国民法典的结构体例和中国民法的理论体系。

须补充说明，保护民事权益作为民法基本原则，是由刑法上的刑事责任制度和民法上的民事责任制度，予以切实保障的。侵犯民事权利的行为，包括非基于社会公共利益的目的或者非依法定程序对民事权利予以限制的行为，均属于违法行为，重者可构成刑事犯罪，轻者可以成立民事责任。

第四条【平等原则】

民事主体在民事活动中的法律地位一律平等。

平等原则的含义是，当事人在民事生活中，法律地位相同，不存在任何差异，当事人的人格完全平等。它是宪法中的法律面前人人平等原则的具体表现。最集中地反映了民法所调整的社会关系的本质特征，是民法区别于其他部门法的主要标志。在民事法律关系中，当事人的具体情况，如自然人的身份、性别、资产、年龄、识别能力、政治地位、文化程度、宗教信仰、民族和种族等，法人的具体组织形式、规模大小和经济实力强弱等，全都悬而不论，都拥有法律上平等的人格。具体表现在：其一，自然人的民事权利能力平等、法人和非法人组织法律地位平等。其二，在具体的民事法律关系中，当事人的法律地位平等，由当事人双方协商一致，决定各自享有的民事权利和负担的民事义务。其三，法律对民事主体实行平等的保护。其四，作为平等原则的一个逻辑结果，当事人的意思也是平等的，“任何一方不得将自己的意思强加给另一方”。本条规定属于强行性规范，任何人违背平等原则，将自己的意思强加于对方，均将承担对自己不利的法律后果。

平等原则要求，参加民事活动的当事人，无论是自然人或法人，无论其所有制性质，无论其经济实力强弱，其在法律上的地位一律平等，任何

一方不得把自己的意思强加给对方，同时法律也对双方提供平等的法律保护。须特别注意，平等原则所要求的平等非指经济地位上的平等或经济实力的平等，而是“法律地位”的平等。

平等原则反映市场经济的本质特征，即自由的、平等的商品所有者之间的交换关系。这一原则，在许多著名的民法典中均未有明文规定，被学者称为“无须明文规定的公理性原则”。鉴于中国在实行计划经济体制时期曾经背离平等原则，靠隶属关系和行政手段组织生产和供应，改革开放以来也曾发生过“强迫交易”“霸王合同”等违反平等原则的现象，因此法律明文规定平等原则，有其重要意义。

第五条【意思自治原则】

民事主体从事民事活动，应当遵循自愿原则，按照自己的意思设立、变更、终止民事法律关系。

所谓意思自治原则，指参加民事活动的当事人在法律允许的范围内享有完全的自由，按照自己的自由意思决定缔结民事法律关系，为自己设定权利或对他承担义务，任何机关、组织和个人不得非法干预。

意思自治是建立在19世纪个人自由主义之上的基本原则。意思自治原则，对于排除当时封建身份关系及各种封建法律对个人之束缚，废除法人尤其是公司之特许主义，保障私有财产之处分，实践营业自由，维护个人之自由与尊严，促进社会经济之发展、文化之进步，发挥了极重大的作用。中国在改革开放之前，实行单一公有制和计划经济体制，民法理论否定意思自治原则。改革开放以来，实行社会主义市场经济，为意思自治原则提供了物质条件。

意思自治原则，适用于一切私法关系和私法领域。在财产法领域，意思自治原则要求经济活动之运作不受国家行政权力的支配，经由个人意思之决定以体现自由竞争。个人自主、自决及自由竞争，在市场经济体制之下，可以将劳动力与资本导向能产生最大利益之场所，实现资源合理配置。国家行政权力的干预，应当限制在进行宏观调控和维护竞争有序的市场秩序的必要限度之内。超越此必要限度之国家干预，往往造成资源配置的不合理和低效率，且必然导致腐败。

在现代市场经济条件下，意思自治原则之发挥作用，须以当事人的法律地位平等、意思自由，及由此而产生的自由竞争、机会均等和正当程序

为前提条件，才能确保法律行为内容之妥当性。一个离乡背井之劳动者，靠出卖劳动力换取工资以维持生活，如何能与企业主讨价还价，磋商劳动条件？一个无资力的市民，仅能购买最低廉之商品，合同自由原则，也就徒具虚名，而无多大意义可言。一般消费者，零散孤立，欠缺必要信息，怎么能够对抗在市场上居于优势地位之经营者？在这些情形，必须通过国家法律的介入，协调当事人之间的法律关系，对劳动者、消费者等社会生活中的弱者以特殊保护，维护社会正义。此即制定各种特别法的必要性之所在。民法本身对如何醇化意思自治，亦应设立规定。如规定法律行为内容违反强制性规定者无效，规定法律行为违背公共秩序或善良风俗者无效，规定诚实信用原则和禁止权利滥用原则，以限制意思自治原则之滥用。

须注意的是，意思自治原则在民法分则及特别法中有不同的称谓，在合同法称为合同自由原则，在物权法称为所有权自由原则，在婚姻家庭法称为婚姻自由（包括结婚自由和离婚自由）原则和收养自由原则，在继承法称为遗嘱自由原则，在商事特别法称为营业自由原则。其中，以合同自由原则为典型，多数立法例往往对合同自由原则设有明文规定，而对意思自治原则却鲜有规定。因此，民法理论和立法例常以合同自由原则代替意思自治原则。

例如，法国民法典第 1134 条：依法成立的契约，在缔结契约的当事人间有相当于法律的效力。前项契约，仅得依当事人相互的同意或法律规定的原因取消之。^① 2013 年匈牙利新民法典第 6：59 条：双方当事人有订立合同和选择相对人的自由，有决定合同内容的自由，双方当事人可以合意改变关于其权利义务的条文，但本法对此有禁止规定的除外。美国统一商法典第 1-302 条（a）款：除本条（b）款及本法另有规定外，合同可以变更本法的规定。俄罗斯联邦民法典第 421 条、白俄罗斯民法典第 391 条：自然人与法人在订立合同上享有自由……当事人可以订立法律或其他法律文件规定或未规定的合同……合同条款依据当事人的意思决定。此外，国际实体法文件如国际商事合同通则（PICC）第 1.1 条、欧洲合同法通则（PECL）第 1：102 条、欧洲民法典草案（DCFR）第二编合同及其他法律行为第 1：102 条均明定合同自由原则。其他国家民法典虽未就合同自由原则设置明文规定，但理论和实务均一致承认合同自由（意思自治）为民法基本原则。20 世纪以来，基于社会本位之立法思想，合同自由（意思自

^① 2016 年法国债法修正后，条文序号变为第 1103 条。

治) 原则受到民法和公法上的一定限制, 但其基本原则地位并未动摇。

第六条【公平原则】

民事主体从事民事活动, 应当遵循公平原则, 合理确定各方的权利和义务。

所谓公平原则, 指法律行为内容的确定, 应当遵循公平的原则。由当事人一方或第三方确定法律行为内容的, 其确定只在符合公平原则时, 始得对他方当事人发生效力。公平原则在现行法上的根据, 除民法总则第五条外, 还有合同法第五条规定: “当事人应当遵循公平原则确定各方的权利和义务。”

立法例关于公平原则大多设有明文规定, 例如法国民法典第 1135 条: 契约不仅依其明示发生义务, 并按照契约的性质, 发生公平原则、习惯或法律所赋予的义务。德国民法典第 315 条: 由契约当事人一方确定给付者, 在有疑义时, 应依公平的方法确定之。依公平的方法确定给付者, 其确定只于适合公平时始得对他方当事人发生拘束力。第 317 条: 给付由第三人确定者, 在有疑义时, 第三人应依公平方法确定之。第 319 条: 给付由第三人依公平方法确定者, 如其确定显系不公平时, 对于契约当事人不发生效力。

民法公平原则, 主要是针对合同关系而提出的要求。是当事人缔结合同关系, 尤其是确定合同内容时, 所应遵循的指导性原则。现代民法设立公平原则之目的, 在对于市场交易的合同关系, 要求兼顾双方的利益, 并为“诚实信用”原则、“情事变更”原则、“显失公平”规则树立判断基准。

民法总则第六条规定: “民事主体从事民事活动, 应当遵循公平原则, 合理确定各方的权利和义务。”考虑到“民事活动”一语文义过宽, 既包括合同的订立也包括合同的履行, 而公平原则的实质是要求合同当事人之间在利害关系上大体平衡, 系着重针对合同订立时权利义务的确定, 至于合同的履行等则主要受诚信原则之支配, 因此, 民法总则第六条以“合理确定各方的权利和义务”限定公平原则的适用范围, 值得注意。合同法关于公平原则的规定比较简明, 其第五条规定: “当事人应当遵循公平原则确定各方的权利和义务。”考虑到现实生活中存在依一方预先制定的格式合同条款签约的情形, 因此, 合同法第三十九条规定: “采用格式条款订

立合同的，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务。”前已论及，公平原则不具有授权条款的性质，不得作为裁判案件的依据，此不赘述。^①

第七条【诚信原则】

民事主体从事民事活动，应当遵循诚信原则，秉持诚实，恪守承诺。

诚实信用原则，简称诚信原则。诚信原则要求一切市场参加者遵循诚实商人和诚实劳动者的道德标准，在不损害他人利益和社会公益的前提下，追求自己的利益。诚实信用原则并没有固定的意义，作为民法最重要的原则，其含义不能从语义的角度来理解，它属于一般条款，外延和内涵都不确定。

依本条规定，当事人进行“民事活动”应当遵循诚实信用的原则。但“民事活动”语义过宽，应采限缩解释，解释为“行使权利、履行义务”应遵循诚信原则。民事活动中，无关权利行使和义务履行的活动（行为），不发生诚实信用问题。诚信原则在现行法上的依据，除本条规定外，还有合同法第六条：“当事人行使权利、履行义务应当遵循诚实信用原则。”以及消费者权益保护法第四条：“经营者与消费者进行交易，应当遵循自愿、平等、公平、诚实信用的原则。”

诚信原则在各国和地区大都有明文规定。如法国民法典第1131条：“契约应以善意履行之。”^②德国民法典第242条：“债务人应依诚实信用之要求，并顾及交易习惯，履行其给付。”瑞士民法典第2条第1款：“任何人均应依诚实信用行使权利履行义务。”我国台湾地区民法第219条：“行使债权，履行债务，应依诚实及信用方法。”系将诚信原则的适用范围局限于债权债务。该民法于1982年修订时，在总则编第148条增设第2款：“行使权利，履行义务，应依诚实及信用方法。”将诚信原则的适用范围扩

^① 法院审理案件查明法律行为（合同）成立时显失公平的，应当以民法总则第一百五十一条（合同法第五十四条）关于显失公平的规则为裁判依据；法律行为（合同）成立之后情事变更导致显失公平的，应当以最高人民法院关于情事变更的解释规则为裁判依据。属于依格式条款订立合同违背公平原则的，应当以合同法第四十条为裁判依据。

^② 2016年法国债法修正后，条文序号变为第1104条。

及一切民事权利义务。日本民法典本无关于诚信原则的规定，于1947年修订时增设第1条第2款：“行使权利及履行义务，应恪守诚实信用。”1994年魁北克民法典第6条：“任何人行使权利应遵守诚实信用。”英美法上原无诚实信用的一般原则，美国统一商法典采此原则，规定在第1-304条：“履行或执行本法范围内的每一合同，应负诚实信用义务。”^①美国第二次合同法重述第205条：“每一合同的每一方当事人在合同履行与执行中负有诚实信用与公平交易义务。”国际法律文件如国际商事合同通则（PICC）第1.7条、欧洲合同法通则（PECL）第1:201条、欧洲民法典草案（DCFR）第一编总则第1:103条^②，受美国第二次合同法重述及统一商法典影响，将公平与诚实信用合称为诚实信用与公平交易义务，或诚实信用与公平交易原则（good faith and fair dealing）。

诚实信用为市场经济活动中的道德准则。市场经济条件下，每一个有劳动能力的人，都应当通过市场交换获取利益和生活资料。第一种方式，是用已有金钱投资牟利；第二种方式，是用自己的技术、知识换取报酬；第三种方式，是用自己的体力劳动换取工资。靠这三种方式获取利益，即为诚实信用，是正当的、合法的，应受法律保护。法律绝不允许靠损害他人利益和社会利益，以获得利益。诚实信用原则，要求一切市场参加者符合于诚实商人和诚实劳动者的道德标准，在不损害他人利益和社会公益的前提下，追求自己的利益，目的是在当事人之间的利益关系和当事人与社会之间的利益关系中实现平衡，并维持市场道德秩序。诚实信用原则性质上属于一般条款，其实质在于，当出现立法当时未预见的新情况、新问题时，法院可依诚实信用原则行使公平裁量权。

诚实信用原则涉及两重利益关系，即当事人之间的利益关系和当事人与社会之间的利益关系。诚实信用原则的目标，是要在这两重利益关系中实现平衡。在当事人之间的利益关系中，诚实信用原则要求尊重他人利益，以对待自己事务之注意对待他人事务，保证法律关系的当事人都能得到自己应得的利益，不得损人利己。当发生特殊情况使当事人间的利益关系失去平衡时，应进行调整，使利益平衡得以恢复，由此维持一定的社会

① 主持统一商法典起草的卢埃林教授曾在德国从事研究，统一商法典上的诚实信用、显失公平等规定受到德国法影响。统一商法典此后又影响到欧洲民法。此亦为两大法系融合之适例。

② Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition, I. - 1: 103.

经济秩序。在当事人与社会的利益关系中，诚实信用原则要求当事人不得通过自己的活动损害第三人利益和社会公共利益，必须以符合其社会经济目的的方式行使自己的权利，履行自己的义务。

诚实信用原则是一项古老的道德戒律和法律原则。是大陆法系民法中重要的基本原则，被称为“帝王规则（条款）”。关于诚实信用原则之本质，学者间有不同认识。第一说，以诚实信用原则之本质为社会道德理想、法律伦理；第二说，认为诚实信用原则本质上为市场交易中，人人可得期待的交易道德之基础；第三说，认为诚实信用原则之本质，在于当事人利益之平衡。第一说未免过于抽象，难于适用。第二说与第三说较为具体，便于适用。将第二说与第三说结合考虑，可以准确把握诚实信用原则之本质：唯在市场经济条件下，方才发生交易双方利益冲突及双方与社会一般公共利益冲突的问题；诚实信用原则，旨在谋求利益之公平，而所谓公平亦即市场交易中的道德。

须注意诚实信用与善良风俗的界限。诚实信用与善良风俗均属于一种道德准则，但二者存在和发生作用的领域不同。诚实信用系市场交易中的道德准则，善良风俗系家族关系中的道德准则，亦即性道德和家庭道德。只要把握诚实信用原则为市场经济活动中的道德准则，便不至于与公序良俗原则发生混淆。

诚实信用，在被立法者规定为民法条文之后，已经不再是单纯的道德规则，而成为一项法律规范。但诚实信用与普通法律规范亦有不同，它是以道德为内容的法律规范。换言之，诚实信用原则，是将道德规则与法律规则合为一体，而同时具有法律调节和道德调节的双重功能，使法律获得更大的弹性，法官因而享有较大的公平裁量权。

诚实信用原则之特征在于，其内涵和外延的不确定性。它是概括的、抽象的、无色透明的。它所涵盖的范围极大，远远超过其他一般条款。究其实质，是立法者通过规定诚实信用原则，授予法官自由裁量权，使之能够应付各种新情况和新问题。

诚实信用原则，从仅适用于债之关系的原则，上升为涵盖整个私法领域的基本原则，由补充性规定上升为强行性规定，可不经当事人主张而由法庭依职权适用。诚实信用原则具有三项功能：指导当事人行使权利履行义务；解释评价和补充法律行为的功能；解释和补充法律的功能。

诚实信用原则的适用，应当遵循以下原则：当法律有具体规定时，应优先适用该具体规定，而不能适用诚信原则；虽无具体规定，如能够以类推适用等漏洞补充方法予以补充，亦不得适用诚信原则；只在依类推适用

等漏洞补充方法仍不能解决时，才能适用诚信原则；虽无法律具体规定而有判例的情形，如适用诚信原则与适用判例，可得出同一结论，则应适用判例而不适用诚信原则；如适用诚信原则与适用判例，得出相反的结论，则应适用诚信原则而不适用判例。

第八条【公序良俗原则】

民事主体从事民事活动，不得违反法律，不得违背公序良俗。

公共秩序和善良风俗，简称公序良俗，是现代民法一项重要的基本原则。在现代市场经济条件下，有维护国家利益、社会公共利益及一般道德观念的功能。公序良俗属于不确定概念和一般条款，其内涵和外延均不确定。民法之所以需要规定公序良俗，是因为立法当时不可能预见一切损害国家利益、社会公益和道德秩序的行为而作出详尽的禁止性规定，故以公序良俗弥补禁止性规定之不足。公序良俗原则，性质上为授权型规定。目的在于，遇有损害国家利益、社会公益和社会道德秩序的行为，而又缺乏相应的禁止性法律规定时，法院可以违反公序良俗为由认定该行为无效。

公序良俗原则为现代民法一项重要的基本原则，在现代民法上占有极重要的地位，具有修正和限制私法自治原则的功能。这一重要功能正是通过使违反公序良俗的法律行为无效，来实现的。亦即，违反公序良俗，成为现代决定法律行为无效的最重要的原因。如法国民法典第6条规定：任何人不得以特别约定违反有关公共秩序和善良风俗的法律。德国民法典第138条规定：违反善良风俗的行为，无效。日本民法典第90条规定：以违反公共秩序或善良风俗的事项为标的的法律行为无效。荷兰新民法典第3：40条第1款规定：内容或应有含义违反善良风俗或公共秩序的法律行为无效。我国台湾地区民法第72条规定：法律行为，有背于公共秩序或善良风俗者，无效。我国民法总则第一百五十三条第二款规定，违背公序良俗的民事法律行为无效。

下面介绍公序良俗原则的发展趋势：

1. 从政治的公序到经济的公序。自法国民法典规定公序良俗原则以来，在长达一个多世纪的时期，这一原则以保卫社会主要组织即国家和家庭为目的，因此称为政治的公序。政治的公序与财产和劳务的交换即市场经济活动无直接关系。因为，市场经济活动应由当事人依契约自由原则去

决定，公序良俗原则仅在于防止无限制的契约自由损害国家和家庭秩序。二战后，由于市场经济的发展及国家经济政策的变化，导致公序良俗概念的扩张，即在传统的政治的公序之外，认可经济的公序。所谓经济的公序，指为了调整当事人间的契约关系，而对经济自由予以限制的公序。经济的公序，目的在于使国家可以介入个人间的契约关系。

经济的公序又分为指导的公序与保护的公序。指导的公序是统治经济所产生的概念，为了贯彻国家经济政策，从个人间的契约关系中强行排除不符合国家经济政策的东西。例如，认定违反国家定价的契约无效。从70年代以后，各国改变凯恩斯经济政策，废止价格管制法规之后，指导的公序已经不再占据重要位置，而让位于保护的公序。所谓保护的公序，指保护劳动者、消费者、承租人和接受高利贷的债务人等现代市场经济中的弱者的公序。指导的公序，是关系全体人民利益的公序，而保护的公序，则是对市场经济中的弱者个人利益予以特殊保护的公序。从判例学说来看，保护的公序是近年来最为活跃的领域。

2. 以公序良俗原则作为保护消费者的手段。以日本为例，自70年代中期以来，有关各种“恶德”交易方法受害，而给予受害消费者损害赔偿救济的判例增加。所谓“恶德”交易方法，如连锁贩卖交易或无限连锁推销方式（俗称老鼠会），使消费者蒙受重大损害。法院在这类判例中，运用公序良俗原则作为保护消费者的手段，以交易方法、交易结构本身的不当性、劝诱方法的不当性为由，认定构成公序良俗违反，使消费者获得损害赔偿。于是，在现代市场经济条件下，公序良俗原则，成为保护消费者的一种法律手段。

3. 以公序良俗原则作为保护劳动者的法律手段。战后判例实务的另一个突出特点，是法院运用公序良俗原则，强行干预劳动关系，以达到保护劳动者的目的。这方面的判例大致可分为两类：一是公司利用自己的经济优势，在与雇员签订的劳动契约、劳动协议中，给予雇员不当的不利益。例如，规定以雇员对公司无不利行为作为支付退职金的条件；关于奖金的不利于雇员的规定；对出勤率低的雇员不予加薪的规定，等等。二是公司在劳动契约中规定的男女差别条款，如女子提前退休条款；女雇员一经结婚视为自动离职的条款；男女劳动报酬差别的规定，等等。尤其20世纪70年代以来，各国法院频繁地作出上述条款和规定违反公序良俗原则而无效的判决，以实现保护劳动者的目的。表明法院为了改善劳动条件，维护劳动关系的公正，利用公序良俗原则，作为强行介入劳资关系的法律手段。

4. 从绝对无效到相对无效。公序良俗违反的效果，为该法律行为绝对无效。此系判例学说一贯的立场。所谓绝对无效，指从该法律行为成立之时起，当然、确定、全部无效，无论何人均可主张其无效。绝对无效，对于违反政治的公序及违反经济的公序中的指导的公序，均不发生问题。唯独对于违反经济的公序中的保护的公序，则有可能不利于应受保护一方的利益。因此，在违反保护的公序的情形，法院改采相对无效：使受保护一方有主张无效的权利；在无效的范围上，从全部无效改为部分无效，亦即依应受保护一方的利益，仅认定违反公序良俗的条款无效，而使其余条款继续有效；并允许有权主张无效的一方可以溯及地予以追认。在公序良俗违反的效果上承认相对无效，就使法院获得更大的机动性，可以更好地协调当事人之间的利害关系，达到保护经济上的弱者之目的。

补充一点，鉴于民法总则专设第一百五十三条第二款明文规定“违背公序良俗”的法律行为无效。第一百五十三条第二款性质上属于具体规定（裁判规范），而本条属于一般原则（基本原则），故法庭或者仲裁庭裁判违背公序良俗的案件，应当直接适用第一百五十三条第二款，而不得适用本条。此与传统民法理论认为公序良俗原则具有授权条款性质、可以作为裁判依据不同，值得注意。

第九条【绿色原则】

民事主体从事民事活动，应当有利于节约资源、保护生态环境。

本条作为一项民法基本原则，符合当今时代的要求。此项基本原则可以简称“绿色原则”。“绿色原则”是民事主体从事民事活动、生产活动和消费活动的行为准则。“绿色原则”是民法典侵权责任编规定、追究环境侵权行为的民事责任的法理基础和立法根据。当今，中国自然环境受到严重破坏，空气、水、土壤严重污染，本法要求一切民事主体从事民事活动均应遵循绿色原则，具有极为重大的现实意义。

第十条【民法的法源】

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。

本条是关于民法法源的规定。法源，亦称法的渊源，其含义是法律的来源或者法律的存在形式。依据该条规定，我国民法的法源分为两个层次：一是法律，二是习惯。

在民法典中规定法源，最早始于瑞士民法典，瑞士民法典第1条规定：“本法有规定的法律问题，适用本法；无规定者，以习惯法裁判；无习惯法，依法官提出的规则；同时应遵循既定学说和传统。”制定时间在前的德国民法典、法国民法典都没有对法源的明文规定。瑞士民法典的这种做法对很多国家和地区的民事立法产生了影响，例如日本、韩国、我国台湾地区的民法典中都有对法源的规定。这些国家对法源的规定一般分为三个层次，第一是法律、第二是习惯、第三是法理。但是民法总则本条仅规定了法律和习惯，却没有规定法理。

本条所谓“法律”，不限于全国人大及其常委会制定的法律，还应该包括国务院依据行政立法权制定的行政法规，但不包括地方性法规和规章（部门规章及地方人民政府规章）。这样理解还不够，还应当注意法律规定（条文）的类型区分。

法律、行政法规的规定（条文）分为：（1）“原则性规定”，例如，本法第三条至第九条关于民法基本原则的规定、第十一条关于法律适用原则的规定、第一百三十二条关于禁止权利滥用原则的规定；（2）“概括性规定”，例如，本法第六十条关于法人独立承担责任的规定、第一百零四条关于非法人组织的出资人或者设立人承担无限责任的规定、第一百零九条关于一般人格权的规定、第一百四十三条关于民事法律行为有效要件的规定，物权法第十四条关于不动产登记生效主义的规定、第一百零六条关于善意取得制度的规定等；（3）“定义性规定”，例如，本法第五十七条关于法人定义的规定、第七十六条关于营利法人定义的规定、第一百三十三条关于民事法律行为定义的规定，物权法第二条关于物、物权定义的规定，合同法第一百三十条关于买卖合同定义的规定等；（4）“辅助性规定”，例如，本法第十五条关于出生时间、死亡时间认定的规定、第六十四条关于申请变更登记的规定，物权法第十九条关于变更登记、预告登记的规定等；（5）“法律具体规定”，即关于民事法律行为成立、不成立、生

效、不生效、可撤销、解除的规定，关于民事主体享有权利、承担义务和责任的规定。

须特别注意，本条所谓“法律”，非指法律、行政法规一切规定（条文），仅指其中可以作为裁判依据的规定（条文），主要是“法律具体规定（条文）”，以及可以作为裁判依据的某些“原则性规定”，如诚信原则（本法第七条）、禁止权利滥用原则（本法第一百三十二条），和可以作为裁判依据的某些“概括性规定”，如本法关于非法人组织的出资人或者设立人承担无限责任的规定（第一百零四条）、关于民事法律行为有效要件的规定（第一百四十三条）、关于一般人格权的规定（第一百零九条），及物权法关于不动产物权登记生效主义的规定（物权法第十四条）、关于善意取得制度规定（物权法第一百零六条）等。

本条所谓“习惯”，指民事习惯。现行合同法仅规定交易习惯。本条中“习惯”的含义涵盖交易习惯及交易习惯之外的民事习惯。关于什么是交易习惯，《合同法解释（二）》第七条解释说：“下列情形，不违反法律、行政法规强制性规定的，人民法院可以认定为合同法所称‘交易习惯’：（一）在交易行为当地或者某一领域、某一行业通常采用并为交易对方订立合同时所知道或者应当知道的做法；（二）当事人双方经常使用的习惯做法。（第一款）对于交易习惯，由提出主张的一方当事人承担举证责任。（第二款）”理解本条所谓习惯（民事习惯），当然可以参考上述关于交易习惯的司法解释。按照本条规定，法庭采用来作为裁判依据（法源）的习惯，不得违背善良风俗，其不得违反法律、行政法规的强制性规定，自不待言。

虽然本条明文规定的民法法源仅有法律和习惯两项，但根据我国裁判实践，应当解释为，尚有第三项法源“最高人民法院司法解释”，及第四项法源“指导性案例”。我国最高人民法院制定了很多司法解释，司法解释被认为具有相当于法律的效力，在裁判中可以被援引为裁判依据，法庭可以直接依据某一个司法解释的某一条解释文对案件作出判决。

但须注意，司法解释可区分为两种类型：一是“法条解释型”司法解释，例如，对合同法第七十三条债权人代位权的解释（法释〔1999〕19号第十二条、第十三条）、对合同法第七十四条债权人撤销权的解释（法释〔2009〕5号第十八条、第十九条）、对合同法第五十二条第（五）项“法律、行政法规的强制性规定”的解释（法释〔2009〕5号第十四条）；二是“补充漏洞型”司法解释，例如，对买卖预约的解释（法释〔2012〕8号第二条）、对情事变更原则的解释（法释〔2009〕5号第二十六条）。

严格言之，具有民法法源地位的司法解释，仅指“补充漏洞型”司法解释。

除了制定司法解释之外，最高人民法院近年来还发布指导性案例。指导性案例类似于国外的判例。我们的指导性案例是经过最高人民法院筛选的，对案件事实、关键词、相关法条、裁判要旨等进行概括和归纳，赋予其某种法律效力。依据《最高人民法院关于案例指导工作的规定》第七条，各级人民法院审理的案件，在基本案情和法律适用方面，与最高人民法院发布的指导性案例相似的，应当参照相关指导性案例的裁判要点作出裁判。依此规定，法官对于指导性案例是参照适用，而不是直接适用。

换言之，法庭对于与指导性案例相似（类似）的案件，既可以按照指导性案例的裁判方案进行裁判，也可以不按照指导性案例裁判方案进行裁判。当法官选择不按照指导性案例的裁判方案裁判，作出与指导性案例不同甚至相反的判决时，应当在裁判文书中说明理由。而如果法庭选择按照指导性案例的裁判方案进行裁判，应当在判决书的裁判理由部分引述指导性案例的编号和裁判要点，但不能引用指导性案例作为判决依据，而应当引用指导性案例的同一判决依据，作为本案的判决依据。例如，该指导性案例以诚实信用原则作为裁判依据，则本案也同样引用诚信原则作为判决依据。

前面谈到，法庭在参照指导性案例之后，可以不采用指导性案例的裁判方案、作出与指导性案例不同的判决，这种情形法庭有说理的义务，应当在判决书中说明这样做的理由。法官当然不能说指导性案例错误，而应当说明本案事实与指导性案例的事实有差别，如果采用指导性案例的裁判方案将导致本案判决结果违背诚信原则（即未在当事人之间实现公平正义）。换言之，法官参照指导性案例，应当以诚信原则作为评价标准：凡采用指导性案例（的裁判方案）能够使本案判决结果符合诚信原则（在当事人之间实现公平正义）的，即应当按照指导性案例裁判本案；反之，则不应按照指导性案例而应当直接依据诚信原则裁判本案。

须注意，最高人民法院发布的指导性案例，亦可分为两种类型：一是“法条解释型”案例，例如，第33号案例解释合同法第五十二条第（二）项恶意串通行为无效、第83号案例解释侵权责任法第三十六条第二款的“通知”和“必要措施”；二是“补充漏洞型”案例，例如，第50号案例创设“夫妻同意人工生殖子女视为婚生子女”规则、第65号案例创设“专项维修资金不适用诉讼时效”规则。严格言之，具有民法法源地位的指导性案例，仅指“补充漏洞型”指导性案例。

此外，虽然本条未明文规定“法理”为法源，并不等于裁判中不能适用法理。应当肯定，法庭所裁判的案件，既没有可以适用的法律、习惯，也没有相应的司法解释、指导性案例时，是可以引用相关法理作为裁判依据的。例如，《最高人民法院公报》2012年第6期刊载成都某法院判决的一个案件，就引用了关于代物清偿的法理作为裁判的依据。最高人民法院在2014年的民提字71号案民事判决，就引用民法关于虚伪表示无效不得对抗善意第三人的法理作为裁判依据。

民法总则制定时，有学者建议规定“政策”为法源。此项建议未被采纳，理由如下：按照马克思主义法学原理，法律是通过国家立法程序予以规范化（法律化）并以国家强制力保障其实施的国家意志。法律的本质特征，一是规范性，经立法机关制定为法律规范，具有明确的适用范围、构成要件和法律效果，可以作为法院裁判的依据（即“法源”）；二是国家强制性，即由国家强制机关（公安、法院、检察院、羁押场所、监狱等）作为后盾，对违法行为人予以惩戒，保障法律的实施。这是法律与其他一切意识形态、行为规则（风俗习惯、宗教教规、团体内部规范）的根本区别所在。

执政党的各项政策，经国家立法机关、通过立法程序，制定为国家法律予以颁布，使执政党的政策法律化、具有了法律的规范性和强制性，才能要求全体国民一体遵行，才能作为法院裁判案件的根据（即“法源”）。质言之，政策是法律的依据和内容，法律是政策的规范化（法律化）。现行各项法律，实质上大多是党的各项政策的法律化（规范化）。政策，在经立法机关、立法程序予以规范化成为现行法律之前，不具有规范性和国家强制性，不能在法院裁判中引用、作为判决依据。这是政策不能作为“法源”的根本原因。

即使在法律很不完备的条件下，党的政策在经立法机关、立法程序制定为法律规范（法律化）之前，法院裁判案件也不能直接适用，而是由最高人民法院通过司法解释权之行使，将党的各项民事政策制定为具有某种规范性的司法解释规则，才能作为法院裁判的依据，才能成为“法源”。例如，上世纪60年代初，民法领域仅有一部婚姻法，人民法院审理婚姻案件之外的民商事案件，缺乏裁判规范，因此，最高人民法院收集归纳整理当时党中央有关政策文件中涉及各类民事关系的政策精神，制定为具有某种规范性的司法解释文件，即《关于贯彻执行民事政策几个问题的意见（修正稿）》（1963年8月28日），下发各级人民法院，作为裁判民商事案件的根据。当时法院裁判民事案件所适用的、判决书中所引用的“法源”

(裁判依据),是此司法解释文件,而不是直接引用“政策”。可见,在中国走上法治之路、贯彻中共中央十八届四中全会《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》的当下,民法总则不规定“政策”为法源,值得肯定。

第十一条【特别法优先适用】

其他法律对民事关系有特别规定的,依照其规定。

先介绍什么是法律适用。如果对法律适用作广义的理解,则应指运用法律规范调整社会关系。因此,自然人和法人自觉按照法律规定从事民事活动,如缔结合同,履行义务,亦可称为法律适用。但通常所谓法律适用,属于狭义,其范围较窄,仅指法院或仲裁机构依据法律规范解决各类案件的活动。自然人和法人自觉按照法律规定从事活动,不称法律适用,而称为法律的遵守。

中国为成文法国家,虽未颁布民法典,但是仍有比较完善的民法规范体系。民法的适用,是指在查清案件事实的基础上,正确引用法律规范,采用逻辑方法,作出裁判或裁决。即以法律规范为大前提,案件事实为小前提,以求得正确的结论。

本条规定特别法优先适用原则。民法分为普通法与特别法。以适用之地域划分,则适用于一切地域的法律为普通法,而仅适用于特定地域的法律为特别法。如继承法的规定为普通法,而民族自治地方关于继承的特殊规定为特别法。以所适用之主体划分,则适用于一切民事主体的法律规定为普通法,而仅适用于特殊主体的规定为特别法。如民法总则关于民事责任的规定为普通法,而食品安全法第九章关于食品生产经营者、食品检验机构等特别主体侵权责任的规定为特别法。以法律规定的事项为标准,则关于一般民事关系的规定为普通法,而关于特殊民事关系的规定为特别法。如民法总则为普通法,票据法、海商法为特别法。须注意,普通法与特别法的关系是相对的。例如,保险法关于保险合同的规定,相当于合同法而言,是特别法;但相对于仅规定海上运输保险合同的海商法而言,保险法规定一切保险合同关系,因此又属于普通法。

须特别注意,何者为普通法,何者为特别法,在本法生效之前和生效之后,是有差别的。在本法通过生效之前,现行民事立法是以民法通则及若干民事单行法构成的立法体系,其中,民法通则是普通法,合同法、物

权法、侵权责任法等民事单行法属于特别法。但在本法通过、生效之后，本法（民法总则）将作为民法典的总则编，合同法、物权法、侵权责任法、继承法、婚姻家庭法（婚姻法、收养法）等单行法将作为民法典的各（分则）编，经过适当立法程序组成一部完整的民法典。本法与合同法、物权法、侵权责任法、继承法和婚姻家庭法之间，不构成普通法（基本法）与特别法的关系。如本法的规定与合同法等的规定不一致，应适用“新法废改旧法的原则”，而不适用“特别法优先适用原则”。因此，本条所称“其他法律”一语，是指将置身于中国民法典之外的票据法、海商法、保险法、证券法、著作权法、专利法、商标法等民（商）事单行法。另须注意，现行公司法虽然与本法构成特别法与一般法的关系，但因本法第三章第一节关于法人的一般规定和第二节关于营利法人的规定吸收了现行公司法的许多规定并有所修改，故于本法规定与公司法的规定不一致的情形，应依新法（本法）废改旧法（公司法）原则适用本法的规定，而不能依特别法优先原则适用公司法的规定。

还须注意，民法适用原则非止一项，特别法优先适用原则，仅是其中之一。另有大家熟知的新法改废旧法原则等。下面介绍其他适用原则。

（一）强行法优先于任意法适用

法律规范均有强制性，但以其强制性之强弱不同而划分为强行法与任意法。强行法，因所规定的事项涉及国家安全及公共秩序的维持，或基于其他公益上的理由，不允许个人依自由意思予以变更，而要求必须遵守，即排除了当事人的意思自由。例如，宪法、刑法、行政法等属于公法的法律，原则上均为强行法。任意法因所规定的事项与公益并无直接影响，而允许当事人予以变更，以意思表示排除其适用，即任意法仅作为当事人意思之补充。民法兼有强行法规范和任意法规范，如本法关于权利能力、行为能力的规定，关于法人设立、终止的规定，关于民事法律行为无效的规定，关于诚信原则、公序良俗原则、禁止权利滥用原则的规定等，均属于强行法规范；物权法关于物权公示的规定，为强行法规范；合同法规范大多为任意法规范，少数为强行法规范（如关于合同无效的第五十二条、第五十三条，关于格式条款的第三十九条、第四十条、第四十一条等）。

民法的适用，以强行法优先于任意法为原则。凡对于该事项有强行法规范，即应适用强行法规范，而不能适用任意法规范。如民法总则关于民事责任的规定为任意法规范，而消费者权益保护法第二十六条第二款、第三款关于经营者减轻、免除其损害消费者合法权益所应负民事责任的格式

合同条款无效的规定，则为强行法规范。在涉及消费者合同的免责条款时，应优先适用该第二十六条第二款、第三款的规定。

（二）例外规定排除一般规定

民法关于一般情形时适用之规定，为一般规定，而关于特别情形时适用的规定，为例外规定。一般规定与例外规定之区别，不同与普通法与特别法之区别。无论普通法或特别法均包含有一般规定和例外规定。如民法总则关于自然人民事权利能力始于出生的规定，为一般规定，而关于胎儿的规定为例外规定。如民法总则第一百八十条规定：“因不可抗力不能履行民事义务的，不承担民事责任。法律另有规定的，依照其规定。”条文第一句规定“不承担民事责任”为一般规定，第二句法律另有规定的应承担民事责任，属于例外规定。同法第一百八十一条第一句规定正当防卫造成损害不承担民事责任，为一般规定，第二句规定正当防卫超过必要限度（防卫过当）的应承担适当的民事责任，属于例外规定。凡法律条文设有例外规定的，首先应考虑案件事实是否符合例外规定的适用范围，符合的应当优先适用例外规定，而不适用一般规定；只在案件事实不属于例外规定范围的情形，才能适用一般规定。

（三）无具体规定时方可适用原则性条文

法律由具体规范与原则性条文构成一个规范体系。凡有具体规定时，应适用具体规定，只在无具体规定时，才能直接适用原则性条文。值得注意的是，民法总则规定了私权保护原则（第三条）、平等原则（第四条）、意思自治（合同自由）原则（第五条）、公平原则（第六条）、诚实信用原则（第七条）、公序良俗原则（第八条）及禁止权利滥用原则（第一百三十二条），其中仅诚实信用原则和禁止权利滥用原则，于未有具体法律规定时，可以作为裁判的依据。

如诚实信用原则为原则性条文，但诚实信用原则之精神体现在许多具体规定中。例如，关于缔约过失责任的规定（合同法第四十二条），关于合同当事人负有附随义务的规定（合同法第六十条第二款）等。凡对于该事项有具体规定的，应适用具体规定，不能直接适用诚实信用原则；只在无具体规定时，才能直接适用诚实信用原则。于法律有具体规定情形，却适用原则性规定、不适用具体规定，即构成法律适用错误。