



上大法学文库
SHANGDA FAXUE WENKU

公序良俗问题的 民法解读

赵万一◎主编

公序良俗问题的民法解读



法律出版社
LAW PRESS·CHINA



上大法学文库
SHANGDA FAXUE WENKU

独角兽工作室
平面设计

上架建议：民法·总论

ISBN 978-7-5036-7824-0



9 787503 678240 >

定价：22.00元



上大法学文库
SHANGDA FAXUE WENKU

公序良俗问题的 民法解读

赵万一◎主编



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

公序良俗问题的民法解读/赵万一主编. —北京:
法律出版社, 2007. 11
(上大法学文库)
ISBN 978-7-5036-7824-0

I. 公… II. 赵… III. 民法—研究—中国
IV. D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 163480 号

©法律出版社·中国

责任编辑/郭 涛	装帧设计/汪奇峰
出版/法律出版社	编辑统筹/法律出版社上海出版中心
总发行/中国法律图书有限公司	经销/新华书店
印刷/北京北苑印刷有限责任公司	责任印制/陶 松
开本/A5	印张/10.625 字数/277 千
版本/2007 年 12 月第 1 版	印次/2007 年 12 月第 1 次印刷
法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	销售热线/010-63939792/9779
网址/www.lawpress.com.cn	咨询电话/010-63939796
中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)	
销售热线/010-63939792/9779	传真/010-63939777
全国各地中法图分、子公司电话:	
第一法律书店/010-63939781/9782	西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908
上海公司/021-62071010/1636	北京分公司/010-62534456
深圳公司/0755-83072995	苏州公司/0512-65193110
书号:ISBN 978-7-5036-7824-0	定价:22.00 元
(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)	

《上大法学文库》编委会

主 任:赵万一

副主任:陶鑫良

委员(以姓氏笔画为序):

王卫国 李瑜青 陈剑平 张秀全

赵万一 姜一春 陶鑫良 徐静琳

秘 书:瞿 琨 李凤章 郑 飞

目 录

绪论：公序良俗——民法中的弹性法律规范	1
第一节 公序良俗与民法伦理	1
第二节 公序良俗对构建完备法律制度及和谐社会的作用	8

上编 基础理论编

第一章 公序良俗基本理论问题探讨	10
第一节 公序良俗概述	10
第二节 公序良俗立法的历史沿革	27
第二章 公序良俗的产生基础	53
第一节 公序良俗产生的社会原因——社会秩序	53
第二节 公序良俗产生的经济原因——经济公序	60
第三节 公序良俗产生的法律原因——守宪义务	67
第三章 公序良俗原则的构成	74
第一节 公序良俗原则的构成	76
第二节 立法尊重义务与宪法尊重义务	80
第三节 立法型公序良俗与司法型公序良俗	82

第四节	基本权利型公序良俗和政策实现型公序良俗	88
第四章	公序良俗与公法规制——公民基本权利与公序良俗	97
第一节	法律行为侵害公民基本权利的可能性	98
第二节	宪法秩序中国家的作用	102
第三节	宪法规范对个人的适用	106
第四节	公法的私法性效力	112
第五节	基本权利的衡量与违反公序良俗原则的判断	119
第五章	公序良俗与社会习惯、社会传统和道德	125
第一节	公序良俗与社会习惯	125
第二节	公序良俗与民族传统	130
第三节	公序良俗与民间法	139
第四节	公序良俗与伦理道德	142
第五节	公序良俗与诚实信用原则	145
第六节	权利冲突、权利滥用与公序良俗	173
第六章	公序良俗与意思自治	185
第一节	契约自由的产生基础及其对社会经济的影响	186
第二节	意思自治与契约自由在民法中的地位及其法律保障	193
第三节	契约自由的限制与公序良俗的产生	195
第七章	公序良俗视野下的民法与经济法	208
第一节	民法的公序良俗——立足于公序良俗的基本范畴	208
第二节	经济法与社会整体利益之维护——立足于经济法的任务、性质及追求	210
第三节	社会整体利益与公序良俗——经济法与民法的契合	214

下编 法律应用编

第八章 公序良俗与违反伦理的行为	218
第一节 公序良俗与违反个体人格的行为	219
第二节 公序良俗与违反婚姻家庭关系的行为	222
第三节 公序良俗与违反其他社会道德的行为	228
第九章 公序良俗与违反社会秩序之行为	231
第一节 公序良俗与乘人之危	231
第二节 公序良俗与欺诈行为	234
第三节 公序良俗与胁迫行为	238
第四节 公序良俗与不当得利	241
第五节 公序良俗与射幸行为	243
第六节 公序良俗与不正当竞争行为	246
第十章 公序良俗与不当限制行为	250
第一节 公序良俗与限制个人自由的行为	250
第二节 公序良俗与垄断行为	252
第十一章 公序良俗与不当处分行为	258
第一节 公序良俗与无权处分行为	258
第二节 公序良俗与处分他人基本生活财产的行为	271
第十二章 公序良俗与不当私力救济行为	276
第一节 私力救济概述	276
第二节 公序良俗与防卫过当	285
第三节 公序良俗与自助行为的滥用	288

第十三章	公序良俗与有伤风化的行为	295
第一节	有伤风化行为概述	295
第二节	有伤风化行为的主要内容	302
第三节	有伤风化与卖淫行为的法律控制	306
第四节	有伤风化与反性骚扰立法	319

绪论：公序良俗——民法中的弹性法律规范

• 第一节 公序良俗与民法伦理

一、为什么要研究公序良俗

一百多年前，英国著名法学家亨利·梅因曾提出了一个著名的论断，即判断一个国家文明程度的高低，只要观察一下民法和刑法在该国法律文化中的地位即可获知答案。大凡文明程度比较高的国家，其民法就相应地比较发达，并且会在整个国家的法律文化中居于核心和灵魂地位。与此相反，在文明程度比较低的国家，其刑法就特别发达，而民法则相对萎缩。^①我们经常说中国法律文化不发达，其中主要指的是民法文化不发达，而民法文化的不发达又直接源于中国长期遵行的“重刑轻民”传统。在现代社会，由于民法作为“经济关系直接翻译为法律原则的法律，是以法律形式表现了社会经济生活条件的准则”，^②从而使“民法典不管是在哪里，都往往被当做整个

① 郝铁川：“民法理念：现代法治的基石”，载《检察日报》1999年12月22日版。

② 《马克思恩格斯选集》（第4卷），人民出版社1972年版，第248页。

法律制度的核心”。^① 因此,对民法观念的弘扬成为各国法治现代化的首要任务。另外,由于不同社会对法律的作用和功能以及法律与其他社会规范的关系的看法不同,因此不同的法律文化在法律制度上表现出巨大的差异。在有些国家中由某种法律制度所调整和控制的社会关系,在另一些国家中却由非法律的其他社会规范调整和控制。譬如,古代罗马的私法所调整的很多民事关系,在中国古代则由民间的礼俗和习惯来调整。不仅如此,就其本质而言,民法具有非常强的正义性品质,它把维护人的尊严、自由和人格独立作为整个民法制度赖以建立的基础,把个人视为法律关注的焦点,并把维护社会关系的稳定作为首要任务,而在维护现存的社会关系方面,公序良俗原则无疑起着非常重要的作用。

从语言学的角度来说,“公序良俗”包括“公序”和“良俗”两个彼此关联的内容。我国法律和理论上所指的公序是公共秩序的简称,通常指的是经济公序,基本等同于社会经济秩序。对此,民法通则第7条规定,民事活动应当尊重社会公德,不得扰乱社会经济秩序。所谓社会经济秩序,是指为了调整当事人之间的契约关系,而对经济自由予以限制的公序。经济的公序分为指导的公序和保护公序两类。良俗,即善良风俗,学界一般认为是指为社会、国家的存在和发展所必须的一般道德观念,是特定社会所遵从的起码的伦理要求。

公共秩序和善良风俗天生并不是法律的概念,就其本来的意义来讲属于社会学、伦理学、政治学、人类学的范畴,是开放性极强的概念。现代汉语词典对秩序的解释是:“有条理,不混乱的情况。”社会学家的定义是:“所谓‘秩序’我们将一以贯之地意指这样一种事态,其间,无数且各种各样的要素之间的相互关系是极为密切的,所以我们可以从我们对整体中的某个空间部分或某个时间部分所做的了解中学会对其余部分做出正确的预期,或者至少是学会做出有希望被

① [美]艾伦·沃森:《民法法系的演变及形成》,李静冰、姚新华译,中国政法大学出版社1992年版,第172页。

证明为正确的预期。”^①可以看出“秩序”是一种指向条理、指向正确的状态。逻辑上,法律是正义与公平的化身,因此“秩序”也当然地成为法律追求的价值目标。法学家把公共秩序理解为国家和社会的一般利益。以法国为例,公序可分为古典政治公序(*order public politique*)和现代经济公序(*order public economique*)两种存在形态。政治公序是站在对于个人而言的社会优越地位的立场上,防止无限制的契约自由对社会主要组织、国家和家族利益的侵害的公序。这类公序具体又分为:(1)关于国家利益的公序;(2)关于家族利益的公序;(3)关于道德的公序。其中关于道德的公序又包括:违反人格尊严的合意,如禁止结婚和禁止再婚的契约;谋取不法利益的合意,如赌博契约、以开设妓馆为目的的房屋买卖或租赁契约;违反性道德的合意,如非法同居协议、姘居男女的赠与协议等。第三类关于道德的公序实际上都是规定的良俗的内容。^②由此可见,法国法的公序良俗理论实际上是把良俗概念作为与道德相关的公序内容来把握的。而经济公序则是为了调整契约当事人的契约关系对经济自由进行适当限制的公序。其表现形态是国家介入个人间的契约关系。对经济公序,从国家介入的目的来分,主要可分为指导型公序(*order public de direction*)和保护型公序(*order public de protection*)。指导型公序是与统制经济相联系的概念,以贯彻一定的国家经济政策为目的,将个人契约有条件地纳入国家的宏观经济政策之内,其中,较为典型的为价格规制公序。保护型公序是为了对劳动者、赁借人、消费者、高利贷债务人进行保护的公序。例如,对高利贷的规制、对商事信用的规制、对消费者知情权的规制等。^③由于指导型公序所追求的是整个社会的利益,而保护型公序所追求的是部分个人(弱者)的利益。因此,

① [英] 费里德利希·冯·哈耶克:《法律、立法与自由》(第1卷),邓正来等译,中国大百科全书出版社2000年版,第54页。

② [日] 难波让昭:“法国判例中的公序良俗”,载《法律时报》第65卷3号。

③ [日] 椿寿夫、伊藤进:《公序良俗违反的研究》,日本评论社1995年版,第156~157页。

法国的学说中多把对政治公序和经济公序中的指导型公序的违反视为绝对无效的行为,而把对保护型公序的违反作为相对无效的行为来处理。这样一来更有利于对弱者的保护。^①

善良风俗,又称良俗,学界一般认为系指社会的一般道德观念,即为社会、国家的存在和发展所必需的一般道德,是特定社会所遵从的起码的伦理要求。法学家一般认为,“公序”是以国家的社会秩序为着眼点,而“良俗”则是以社会道德为着眼点的,其主要作用乃在于维护社会的道德规范。以德国法为例,出于对罗马法的认同,德国的普通法学者对源起于罗马法的良俗概念有着相当深刻的共同理解。这一概念从《德国民法典》成立的当初开始,本来的语感就表示为以道德为核心,同时包括的营业自由、人权原则等也可作为道德问题涵盖进去,是一个包括性很广的概念。^②

史尚宽先生认为,公共秩序与善良风俗大部分同其范围,而且有时明为区别,亦甚困难。唯一者自外部的社会秩序方面言之,一者自内部的道德方面言之,同系以社会国家健全的发展为目标,而使障害此发展之一切法律行为悉为无效。然善良风俗与公共秩序亦非完全一致,有不违反善良风俗而违反公共秩序者,亦有不违反公共秩序而违反善良风俗者。从其着眼点而言,公序主要关注的是国家社会的一般利益,而良俗所强调的则是社会的一般道德观念。就其规范内容来说,公序通常与强制性规范(强制性法律秩序)联系较为密切,而以维持社会道德规范为己任的良俗则更多地表现为非强制性规范。也有人认为,为了将公序良俗原则与诚实信用原则区别开来,应将善良风俗概念限定在非交易的道德领域内,从而使其与作为市场交易的道德准则的诚实信用原则各司其职。

① 梁慧星:“市场经济与公序良俗”,载《民商法论丛》(第1卷),法律出版社1994年版,第54页。

② [日]林幸司:“德国法的良俗论与日本法的公序良俗”,载《法律时报》第64卷13号。

二、民法规范作为伦理性规范不能无视公序良俗的要求和影响

所谓民法规范是指以实现公平为目的,按照一定程序制定出来的为市民社会主体所必须遵守的行为准则。从社会学角度观察,法律条款无非包括伦理性条款和技术性条款两大类。一般而言,民法规范为商品经济和市场经济提供了一般的行为规则,这些一般行为规则是对整个市民社会及其经济基础的抽象和概括,是人们理性思维的结果,一般较为合理也较为稳定。正是基于这种调整对象的性质和特征以及调整手段的特点,民法条款绝大多数属于伦理性条款,即凭社会主体的简单常识和伦理判断就可确定其行为性质,而并不需要当事人必须有丰富的法律专业知识和专业判断能力。法律作为一套行为规则体系,是通过规定一定的行为模式来规范人们的行为,并对人的行为、活动产生直接的法律效力。而伦理道德主要用于调整人的观念,并通过调整人的观念来影响人的行为,因而伦理道德对于人的行为的效力是间接的。但不论是直接的还是间接的作用于人的行为,伦理道德与法律都具有调整功能,这就决定了伦理道德与法律之间有着共性。它们各自通过自己的方式作用于人的行为,对人的行为发生影响。伦理道德的普遍适用意味着伦理道德通过观念调整人的行为,它会随着社会生活的积累而固定下来,形成一定的行为规则来调整人的行为。伦理道德与法律的调整对象在内容上有交叉重合之处,即有些对象既受伦理道德的调整,也受到法律的调整。在这种情况下就需要把具有普遍化特征的伦理道德规范上升为法律规定,即实现伦理道德的法律化。典型的如民法中的公序良俗的规定,就既是法律规定,同时也是伦理的要求。任何法律体系,都不可能离开法官的自由裁量权,而法官的这种权力,依据的就是公平、正义、良心和公序良俗等。

由于民事活动本身就是社会伦理生活的一部分,民法规范具有高度的概括性、较大的不确定性和极强的伦理性,这就决定了法律的适用必须以伦理性的基本原则和民事习惯为指导,并依据各种事实关系与法律规定的内容进行对照,然后做出相应的价值

判断。对此,《瑞士民法典》第1条规定,如果法官于制定法中不能发现相应的明确规定,则必须根据习惯法做出判决,而在没有相应习惯时,“则根据如果他作为一个立法者应采取的规定”。我国台湾地区“民法”第1条也规定,“民事法律所未规定者,依习惯,无习惯者,依法理”。

三、民事立法必须体现公序良俗的基本要求

法律作为当今社会调控的主要手段之一,必须首先反映社会生活的一般要求。马克思说过,法律应该是社会共同的,由一定物质生产方式所产生的利益和需要的表现。^①其次,法律的制定还必须考虑公序良俗的要求,必须将部分公序良俗要求和基本公序良俗要求上升为法律规定,通过立法确认某些公序良俗标准为法律标准。伯尔曼说:“所有的法律制度都不仅要求我们在理智上承认——社会所倡导的社会美德,而且要求我们以我们的全部生命献身于它们,所以正是由于宗教激情、信仰的飞跃,我们才能使法律的理想和原则具有普遍性。”^②同时,法律还要通过一些禁止性的规定防止不文明的和有违于公序良俗的行为的发生。分析实证主义法学家哈特认为,不容争辩的是,法律在任何时候和任何地方的发展,事实上受特定社会集团的传统道德、公序良俗、理想的深刻影响,这些影响或者通过立法突然地和公开地进入法律,或者通过司法程序悄悄地进入法律。不仅如此,任何法律规范都包括有立法者关于善与恶、是与非的价值判断,反映立法者允许什么、限制什么、禁止什么的价值取向。因此可以说,法律不能不反映社会普遍遵守的价值取向,并将一些公序良俗原则具体化,从而使得法律具有相应的公序良俗意蕴。在立法过程中,必须充分考虑公序良俗的要求,以适当形式将公序良俗的内容融入法律原则和法律规范之中。并且在立法中既不能违背正

① 《马克思恩格斯全集》(第6卷),人民出版社1979年版,第291~292页。

② [美]伯尔曼:《法律与宗教》,三联书店1991年版,第54页。

义观念、公共利益,也不能根本漠视公序良俗的基本要求,否则即是恶法。

四、公序良俗观念对民事守法的作用

法的实现是法律规范在人们行为中的具体落实。法律的生命在于它的实现,把应然转化为实然,将可能性转化为现实性。法律所具有的一体遵行的效力,表现为权利被行使、义务被履行、禁令被遵守、责任被承担。法律要实现这种调整社会关系、维护社会秩序的价值目标,必须依赖于社会成员对法律的自觉信仰与普遍遵从。守法在很多情况下是一种伦理义务,大多数社会成员并不仅仅是因为法律的强制力而守法,在许多情况下是由于这些法律规定符合他们已经习惯的公序良俗的基本要求。对此,伯利克利指出:“在我们私人生活中,我们是自由的和宽恕的;但是在公家的事务中,我们遵守法律。这是因为这种法律深使我们心服。……我们服从法律本身,特别是那些保护压迫者的法律,那些虽未写成文字,但是违反了就算是公认的耻辱的法律。”^①一个国家,一个社会,为了保障其存在和良性发展,必须将维持这种存在和良性发展所必需的公序良俗予以一定的强制力。另外,民事守法也需要借助于道德伦理和公序良俗所具有的赏善罚恶功能,即诉诸人的怀赏畏罚心理,诉诸人的功利心、荣辱心或成就需求并进而调动人的良知,从而造就有效的公序良俗秩序,并培养出有自律精神的法律人格。同时,由于公序良俗具有能够现实而强有力地作用于人的行为层面这个特点,因此在我国亟待以健康的公序良俗精神对个人进行价值导向和行为导向,对民族精神进行整合,对公序良俗要求和法律要求进行协调,从而借助于社会赏罚,减少违反公序良俗行为和违法行为的发生,为建立良好的公序良俗秩序和法律秩序提供良好的条件。

^① [美] 庞德:《通过法律的社会控制》,沈宗灵等译,商务印书馆1984年版,第106页。

• 第二节 公序良俗对构建完备法律制度及和谐社会的作用

社会秩序作为人造秩序与自发秩序的综合体,是一个外延极为广泛的概念,几乎涵盖了人类社会的所有实践领域,其中主要包括政治秩序、经济秩序、文化秩序、伦理道德秩序、日常生活秩序等。

一、公序良俗对维持正常社会秩序的功效

为了维持社会的和谐与进步,就必须有秩序。良好的社会秩序能够为社会带来和平、稳定与安全。和平主要表现为由于利益分配结果的确定性而在权利主体之间形成的一种相安无事的状态。稳定则要求具有利益分配结果状态的连贯性和持续性。而安全通常表现为正常行为发生预期之正常结果的确定性。正因为社会秩序具有以上三种价值,所以它首先是一种需要;否则,不会有任何秩序模式的形成。在人类社会发展到国家形式的合理运动过程中,“秩序规范”有效地促进了这一进程。随着人类在文明进化中对自身弱点有了清醒的认识,逐渐懂得了维系人与人之间的正常和谐关系十分必要时,就必须约束由于私人欲望的扩张所引发的犯罪恶行,这就为共同秩序的建立提供了客观上的需求。

二、公序良俗在构建和谐社会中的作用

在现代社会中,社会道德和社会秩序具有举足轻重的作用,在某种程度上说,没有社会秩序,就没有现代社会。在社会关系的维系方面,法律无疑发挥着十分重要的作用。但因为人类理性不足以使我们充分理解现实世界中各种具体细节所具有的全部含义,所以就会导致法律的缺陷可能从一开始就存在;因为立法者没有发现这些问题,法律的缺陷也可能随着时间的推移而不断出现。在这种情况下,作为一项概括性规定,“公序良俗”就有非常大的作用发挥空间,成为在法律没有明确规定或者法律规定有缺陷的场合下的民法基本原则。公序良俗之所以能够担当此任,是因为公序良俗承载着人类