



FALU ZHUANYE RENYUAN
GAOJI ZHUSHOU SHUXI

洪学军 主编

民法通则

精要 依据指引

ZHUANYE

QUANWEI

SHIYONG

法律专业人员
高级助手书系

人民出版社

法律专业人员
高级助手
书系

民法通则精要 与 依据指引

洪学军 主编

撰稿人：

洪学军 吴军良 祝建军 韩中节
王 凯 林楚泉 张秀琴

人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

民法通则精要与依据指引 / 洪学军 主编.
北京: 人民出版社, 2005.1
(法律专业人员高级助手书系 丛书 / 主编)

ISBN 7-01-004638-7

I. 民...

II. 洪...

III. 民法-总则-中国-问答

IV. D923.15

中国版本图书馆CIP数据核字(2004)第113739号

法律专业人员高级助手书系

民法通则精要与依据指引

MINFA TONGZE JINGYAO YU YIJU ZHIYIN

洪学军 主编

人民出版社 出版发行
(100706 北京朝阳门内大街166号)

北京冠中印刷厂印刷 新华书店经销

2005年1月第1版 2005年1月第1次印刷
开本: 787毫米×1092毫米 1/16 印张: 29
字数: 914千字

ISBN 7-01-004638-7 定价: 56.00元

总序



最高人民法院一位资深法官曾经说过，在中国这样一个成文法国家，法官判案过程实际上就是一个查找法律依据和运用法理解释法律的过程。对此，很多法律专家深有同感。

事实上，无论是法官还是其他法律专业人员，遇到具体法律问题着重需要做的事情，一方面是要判断该问题在法理上属于什么性质和范畴，另一方面就是查找相关的法律依据，并在此基础上运用法理适用法律，解决问题。从这个意义上说，目前的法学教材和法学理论著作与法律专业人员的实际需要衔接得还不够紧密，其他法律实务类图书也存在类似的问题，要么是简单的法律条文释义，要么是法律法规的罗列汇编，不能很好地满足法律专业人员的深层次需要。

基于以上认识，我们先后召开两次由资深法官、律师参加的论证会，在充分了解法律专业人员实际需要的基础上，组织近百位法律专家，按不同的法律门类，分成十八个专家小组，历时两年，编写了这套《法律专业人员高级助手书系》。

综合考虑涉及面的广泛程度和司法实践中的重点、难点等因素，本书系首批选择了十八个常用的法律门类分别编写成书。书系对依各法律门类列出的问题的论编，分别由“精要”与“依据指引”两部分组成。

“精要”题目是根据现行法律文件设定的问题(条文主旨)及司法实践中可能遇到的其他疑难问题归纳总结出来的。表面上看，这些题目并不像问答、案例类题目那样有针对性，有些甚至像干巴巴的词条，但实际上，这些题目正是各法律门类的“点”，实践中某一法律门类上的任何问题，都能归类到这些“点”上。题目内容的撰写也不是像学术专著或论文那样长篇大论，而是以专家意见的形式，简明扼要地阐明法理，指

总序

出司法实践中应注意的问题。

“依据指引”部分则是将题目所涉及到的具体法律依据尽可能全面地列示出来。我国的法律依据是多层次的，有全国人民代表大会及其常委会制定的法律，也有国务院及其各部门通过的行政法规、部门规章及规范性文件，还有最高人民法院、最高人民检察院发布的司法解释。在以上依据中，法律的效力级别当然最高，但有些法律规定比较原则，对实践中碰到的许多具体问题的理解和处理，还需要以行政部门和司法部门发布的相关依据作补充，因此，“依据指引”部分将上述全部依据的名称、发布时间、发布部门一一予以明确，并附以精要题目所适用的具体条文内容(个别题目较大，需要援引依据全文或依据本身属不常用的专业问题，为节省篇幅，我们仅注明了依据名称、发布时间、发布部门，具体条文内容予以省略，读者可在后面的具体题目中或其他法律汇编中查找)。

有了“精要”题目的清晰脉络，有了专家法理上的权威意见，再附以详细、具体的法律依据，形成了书系中各法律门类的完整体例。我们相信，这种法律图书的创新体例，能够在很大程度上满足法律专业人员的实际需要，并将成为他们方便实用的参谋助手。

需要说明的是，由于本书系涉及的法律门类众多，编写工作量大，参与编写的作者有的来自司法实践部门，有的来自教学、科研部门，分属不同行业和专业，尽管我们力求做到编写体例上的统一，但在语言风格、表述方式等方面，不同图书还存在明显差别。另外，书系使用资料的截止时间为2004年11月。对以上方面存在的问题，希望专家和从事法律实践工作的读者为我们及时提供宝贵意见，以便需再版时一并修订、补正。

第一章 基本原则

▶ 本章为读者提供与以下题目有关的法律问题的专家意见及法律依据

■民法的基本原则 1 ■平等原则 2 ■自愿原则 3 ■诚实信用原则 4 ■公序良俗原则 5 ■民法的渊源 5 ■民法的调整对象 7

第二章 公民(自然人)

第一节 民事权利能力和民事行为能力

▶ 本节为读者提供与以下题目有关的法律问题的专家意见及法律依据

■公民(自然人)8 ■自然人的民事权利能力 9 ■完全民事行为能力 10 ■限制民事行为能力 11 ■无民事行为能力 15 ■未成年人 18 ■精神病人 21 ■无民事行为能力人和限制民事行为能力人的法定代理 23 ■户籍 24 ■自然人住所 26

第二节 监护

▶ 本节为读者提供与以下题目有关的法律问题的专家意见及法律依据

■监护 29 ■监护人 32 ■未成年人的监护人顺序 36 ■精神病人的监护人顺序 37 ■监护职责 38 ■无民事行为能力、限制民事行为能力的宣告 40

第三节 宣告失踪和宣告死亡

▶ 本节为读者提供与以下题目有关的法律问题的专家意见及法律依据

■宣告失踪 42 ■宣告失踪的条件 43 ■宣告失踪的法律后果 44 ■宣告失踪的撤销 45 ■宣告死亡 46 ■宣告死亡的条件 47 ■宣告死亡的法律后果 48 ■宣告死亡的撤销 49

第四节 个体工商户、农村承包经营户

▶ 本节为读者提供与以下题目有关的法律问题的专家意见及法律依据

■个体工商户 50 ■个体工商户与个人独资企业 51 ■私营企业 53 ■字号 60 ■农村承包经营户 61 ■农村承包合同 65

第五节 个人合伙

▶ 本节为读者提供与以下题目有关的法律问题的专家意见及法律依据

■个人合伙 67 ■合伙合同 68 ■隐名合伙 69 ■有限合伙 70 ■合伙人的出资形式 71
■入伙 73 ■退伙 73 ■合伙财产 75 ■合伙债务 76 ■合伙事务的决定 77 ■合伙企业的清算 78

第三章 法人

第一节 一般规定

▶ 本节为读者提供与以下题目有关的法律问题的专家意见及法律依据

■法人 80 ■法人的民事权利能力 81 ■法人的民事行为能力 82 ■法人的民事责任能力 83 ■法人的财产 85 ■法人的住所 87 ■法人的名称 88 ■法人的经营范围 93
■法人的组织机构 94 ■法人的章程 97 ■法定代表人 99 ■法人的民事责任 100
■法人的清算 103

第二节 企业法人

▶ 本节为读者提供与以下题目有关的法律问题的专家意见及法律依据

■企业法人 105 ■企业法人登记 106 ■企业法人的分支机构 120 ■企业法人的经营范围 121 ■企业法人的民事责任 122 ■企业法人的注销登记 124 ■企业法人的变更 125 ■企业法人的分立 126 ■企业法人的合并 126 ■企业法人的终止 127 ■企业法人的撤销 127 ■企业法人的解散 128 ■企业法人的破产 128 ■企业法人的清算 138

第三节 机关、事业单位和社会团体法人

▶ 本节为读者提供与以下题目有关的法律问题的专家意见及法律依据

■机关法人 140 ■机关法人的民事权利能力 141 ■机关法人的民事责任 141 ■事业单位法人 142 ■事业单位法人的民事权利能力 144 ■社会团体法人 144 ■社会团体法人的登记 145

第四节 联营

▶ 本节为读者提供与以下题目有关的法律问题的专家意见及法律依据

■联营 148 ■联营合同的保底条款 151 ■法人型联营 151 ■合伙型联营 152 ■合同型联营 152 ■半紧密型联营的法律责任 153

第四章 民事法律行为与代理

第一节 民事法律行为

▶ 本节为读者提供与以下题目有关的法律问题的专家意见及法律依据

■民事法律行为 154 ■民事行为 155 ■意思表示 156 ■民事法律行为的实质要件 157 ■民事法律行为的形式要件 160 ■民事法律行为的法律约束力 165 ■无效的民事行为 167 ■欺诈 169 ■胁迫 171 ■乘人之危 172 ■恶意串通 173 ■国家指令性计划 173 ■以合法形式掩盖非法目的 174 ■可变更可撤销的民事行为 175 ■撤销权 175 ■重大误解 177 ■显失公平 178 ■效力未定民事行为 178 ■追认权 180 ■催告权与撤销权 181 ■民事行为部分无效 181 ■民事行为无效或者被撤销的法律后果 182 ■附款的民事法律行为 184 ■附条件的民事法律行为 184 ■附期限的民事法律行为 185 ■附负担的民事法律行为 186

第二节 代理

▶ 本节为读者提供与以下题目有关的法律问题的专家意见及法律依据

■代理 187 ■代理权 187 ■代理权限 188 ■代理关系 189 ■代理行为 190 ■禁止代理的行为 191 ■代理的种类 191 ■委托代理 191 ■法定代理 193 ■指定代理 194 ■授权委托书 195 ■有权代理 195 ■无权代理 196 ■被代理人追认 197 ■共同代理 197 ■本代理 198 ■复代理 198 ■代理人复任权 199 ■隐名代理 200 ■间接代理 200 ■本人介入权 201 ■第三人选择权 202 ■代理中的连带责任 202 ■表见代理 203 ■表见代理的构成 203 ■表见代理的法律效力 204

第五章 民事权利

第一节 财产所有权和与财产所有权有关的财产权

▶ 本节为读者提供与以下题目有关的法律问题的专家意见及法律依据

■财产所有权 206 ■所有权的权能 210 ■所有权的取得 211 ■原始取得 211 ■继受取得 212 ■动产善意取得 213 ■不动产善意取得 213 ■相邻关系 215 ■国家财产所有权 215 ■集体财产所有权 217 ■公民个人所有权 218 ■共有 219 ■按份共有 220 ■共同共有 221 ■共有物分割 222 ■准物权 224 ■典权 225 ■所有权保留 227 ■不动产登记 227 ■动产交付 233 ■拾得遗失物 233 ■发现埋藏物 234 ■添附 234 ■用益物权 235 ■担保物权 239 ■土地承包经营权 247 ■宅基地使用权 254 ■国有土地使用权 256 ■继承权 265

第二节 债权

▶ 本节为读者提供与以下题目有关的法律问题的专家意见及法律依据

■债的本质 266 ■债的要素 267 ■债权 269 ■债务 269 ■按份之债 272 ■连带之债 273 ■债发生的原因 274 ■不当得利 276 ■无因管理 276 ■债的履行 277 ■债的保全 278 ■债的担保 280

第三节 知识产权

▶ 本节为读者提供与以下题目有关的法律问题的专家意见及法律依据

■知识产权 288 ■著作权 289 ■著作权人 300 ■著作权的归属 301 ■作品 303 ■著作人身权 304 ■著作财产权 306 ■著作权保护期 308 ■邻接权 309 ■专利权 311 ■专利权人 328 ■发明创造 329 ■授予专利权的条件 330 ■专利权的限制 331 ■专利权的期限、终止与无效 332 ■商标权 334 ■商标权人 345 ■注册商标 345 ■驰名商标 347 ■商标权的期限和续展 348 ■商标权终止 349 ■发现权 350 ■发明权 357 ■其他科技成果权 357

第四节 人身权

▶ 本节为读者提供与以下题目有关的法律问题的专家意见及法律依据

■人格尊严 359 ■人身权 360 ■人格权 361 ■身份权 365 ■生命权 366 ■健康权 366 ■名誉权 367 ■肖像权 370 ■隐私权 371 ■姓名权 372 ■名称权 373 ■荣誉权 373 ■婚姻自由权 374 ■亲权 374 ■配偶权 375 ■亲属权 375

第六章 民事责任

第一节 违反合同的民事责任

▶ 本节为读者提供与以下题目有关的法律问题的专家意见及法律依据

■违约行为 378 ■根本违约 378 ■违约责任 379 ■免责事由 380 ■违约损害赔偿 381 ■违约金 381 ■双方违约 382 ■实际履行 382 ■合同的变更和解除 383 ■合同的相对性 384 ■避免损失扩大义务

第二节 侵权的民事责任

▶ 本节为读者提供与以下题目有关的法律问题的专家意见及法律依据

■侵权行为 285 ■过错责任原则 388 ■混合过错 389 ■共同过错 390 ■过错推定原则 391 ■无过错责任原则 392 ■公平责任原则 393 ■正当防卫 394 ■紧急避险 394 ■不可抗力 394 ■受害人同意 396 ■职务侵权责任 397 ■被监护人致人损

害侵权责任的构成 406 ■被监护人致人损害侵权责任的承担 409 ■产品侵权责任的构成 410 ■产品侵权责任的抗辩事由 412 ■高度危险作业致人损害侵权责任的构成 412 ■高度危险作业致人损害侵权责任的抗辩事由 414 ■地面施工致人损害侵权责任的构成 416 ■动物致人损害侵权责任的构成 417 ■动物致人损害侵权责任的抗辩事由 417 ■污染环境致人损害侵权责任的构成 418 ■污染环境致人损害侵权责任的抗辩事由 419 ■工作物致人损害侵权责任的构成 421 ■工作物致人损害侵权责任的抗辩事由 422 ■侵害财产的赔偿范围 423 ■侵害人身的赔偿范围 426 ■侵权责任与违约责任竞合 432

第七章 诉讼时效

▶ 本章为读者提供与以下题目有关的法律问题的专家意见及法律依据

■诉讼时效 433 ■诉讼时效的效力 434 ■诉讼时效的适用范围 435 ■除斥期间 436 ■诉讼时效期间 437 ■诉讼时效中止 440 ■诉讼时效中断 441 ■诉讼时效的延长 442 ■期间 443 ■诉讼时效期间的起算 443

第八章 涉外民事关系的法律适用

▶ 本章为读者提供与以下题目有关的法律问题的专家意见及法律依据

■涉外民事关系的法律适用 446 ■涉外民事行为能力的法律适用 447 ■涉外不动产所有权关系的法律适用 448 ■涉外合同的法律适用 449 ■涉外侵权行为的法律适用 450 ■涉外婚姻的法律适用 450 ■涉外扶养监护关系的法律适用 451 ■涉外继承的法律适用 452 ■公共秩序保留 452

第一章 基本原则

▶ 本章为读者提供与以下题目有关的法律问题的专家意见及法律依据

- 民法的基本原则 ■ 平等原则 ■ 自愿原则 ■ 诚实信用原则 ■ 公序良俗原则
- 民法的渊源 ■ 民法的调整对象

【民法的基本原则】

民法的基本原则是对作为民法存在基础的市民社会 and 商品经济根本要求的体现，它贯穿在民事立法、司法、守法始终，具有普遍适用效力和平衡作用的指导思想和基本准则，是民法的精神或理念。民法基本原则在内容上具有根本性，在效力上具有贯彻始终性，在形式上具有非规范性，在功能上具有补救性。

近年来，民法基本原则的功能和价值，在司法审判过程中倍受关注。一般而言，民法基本原则的功能主要体现在以下几个方面：第一，具有立法准则的功能。民法基本原则贯穿于整个民事立法，统帅和指导各项民法制度和民法规范的制定，以避免民法内部矛盾，从而保持民法体系的和谐一致，借以实现民法整体功能。第二，具有行为准则的功能。第三，具有法律解释准则的功能。由于成文法自身的不可避免的局限性（一般规则对具体案件之局限性，有限规则对无限客体之局限性，模糊规则对确定事项之局限性，稳定规则对发展事物之局限性，刻板规则对丰富内涵之局限性），克服成文法局限的经常性手段是立法解释和司法解释。无论是立法机关的立法解释还是最高司法机关的司法解释，民法基本原则都是其解释的准则。从司法认识论看，法官适用法律的过程就是一个解释法律的过程。法官在审理民事案件时，对所适用的法律条文进行解释，阐明法条的含义，如有两种以上含义时，则应采用其中符合民法基本原则的含义。无论采用何种解释方法，其解释结果均不能违反民法基本原则。第四，具有补充法律漏洞的功能。法院在审理案件时，从现行法中不能获得裁判依据，说明现行法存在法律漏洞，此时，民法基本原则就可用来补充法律漏洞，法官可依据民法基本原则裁判案件。

根据《民法通则》的规定，我国民法确立的基本原则有平等原则、自愿原则、公平原则、诚实信用原则、公序良俗原则等。

依据指引：

① 《中华人民共和国民法通则》（1986年4月12日）

第三条 当事人在民事活动中的地位平等。

第四条 民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则。

第五条 公民、法人的合法的民事权益受法律保护，任何组织和个人不得侵犯。

第七条 民事活动应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益，破坏国家经济计划，扰乱社会经济秩序。

② 《中华人民共和国合同法》（1999年3月15日）

第三条 合同当事人的法律地位平等，一方不得将自己的意志强加给另一方。

第四条 当事人依法享有自愿订立合同的权利，任何单位和个人不得非法干预。

第五条 当事人应当遵循公平原则确定各方的权利和义务。

第六条 当事人行使权利、履行义务应当遵循诚实信用原则。

第七条 当事人订立、履行合同，应当遵守法律、行政法规，尊重社会公德，不得扰乱社会经济秩序，损害社会公共利益。

③ 《中华人民共和国婚姻法》（2001年4月28日修正）

第二条 实行婚姻自由、一夫一妻、男女平等的婚姻制度。

保护妇女、儿童和老人的合法权益。

实行计划生育。

第三条 禁止包办、买卖婚姻和其他干涉婚姻自由的行为。禁止借婚姻索取财物。

禁止重婚。禁止有配偶者与他人同居。禁止家庭暴

力。禁止家庭成员间的虐待和遗弃。

第四条 夫妻应当互相忠实，互相尊重；家庭成员间应当敬老爱幼，互相帮助，维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系。

④《中华人民共和国收养法》（1998年11月4日修正）

第二条 收养应当有利于被收养的未成年人的抚养、成长，保障被收养人和收养人的合法权益，遵循平等自愿的原则，并不得违背社会公德。

第三条 收养不得违背计划生育的法律、法规。

⑤《中华人民共和国立法法》（2000年3月15日）

第七条 全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会行使国家立法权。

全国人民代表大会制定和修改刑事、民事、国家机构的和其他的基本法律。

全国人民代表大会常务委员会制定和修改除应当由全国人民代表大会制定的法律以外的其他法律；在全国人民代表大会闭会期间，对全国人民代表大会制定的法律进行部分补充和修改，但是不得同该法律的基本原则相抵触。

【平等原则】

平等原则是民法首要的、核心的基本原则，它是由民法调整的社会关系，即平等主体之间的财产关系和人身关系的性质所决定的。平等原则最集中地反映了民事法律所调整的社会关系的本质特征，是市场经济的最基本要求，也是民事法律区别于其他部门法的主要标志。

在司法实践中关于平等的理解要注意两个不同的层面，即一种是实质平等，此一层面上的平等要求结果上的平等；另一种是形式平等，此一层面上的平等只要求参与民事活动的机会平等，不要求参与结果的平等。民法平等原则所弘扬的只能是形式平等、机会平等，而不能是实质平等、结果平等。

理解平等原则的含义要注意如下四个方面：

1. 民事主体的法律地位平等。从抽象性看，民事主体的主体资格即民事权利能力平等，从具体性看，在现实的各类民事法律关系中，当事人地位平等，各自独立，互不隶属。

2. 民事主体的权利义务对等。民事主体在民事领域内享有的权利和依法承担的义务应是对等的。民事主体从其他民事主体处得到的利益，除法律规定和当事人约定可以无偿的以外，均应支付一定的代价。

3. 民事主体的合法权益受法律的平等保

护。

4. 民事主体的民事责任平等。任何一方不法损害他人的利益，都应依法承担相应的民事责任。民事责任具有补偿性，这与刑事责任、行政责任具有惩罚性不同。任何民事主体承担的民事责任范围都应以损害的范围为准，民事法律关系的当事人相互间不存在惩罚和制裁的关系。目前惩罚性损害赔偿问题受到学界的广泛关注，在立法实践中也有所体现，如《消费者权益保护法》、《著作权法》、《商标法》、《专利法》在赔偿范围的确定上都体现了一定程度的惩罚性。在司法实践中，基于民法的平等原则，除非法律有明确的惩罚性赔偿规定，或当事人有惩罚性赔偿的约定，法官不能适用惩罚性赔偿。

依据指引：

①《中华人民共和国民法通则》（1986年4月12日）

第三条 当事人在民事活动中的地位平等。

第四条 民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则。

第十条 公民的民事权利能力一律平等。

第一百零五条 妇女享有同男子平等的民事权利。

②《中华人民共和国反不正当竞争法》（1993年9月2日）

第二条 经营者在市场交易中，应当遵循自愿、平等、公平、诚实信用的原则，遵守公认的商业道德。

本法所称的不正当竞争，是指经营者违反本法规定，损害其他经营者的合法权益，扰乱社会经济秩序的行为。

本法所称的经营者，是指从事商品经营或者营利性服务（以下所称商品包括服务）的法人、其他经济组织和个人。

③《中华人民共和国消费者权益保护法》（1993年10月31日）

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。

第四十九条 经营者提供商品或者服务有欺诈行为的，应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失，增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的一倍。

④《中华人民共和国合同法》（1999年3月15日）
第二条 本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。

婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用其他法律的规定。

第三条 合同当事人的法律地位平等，一方不得将自己的意志强加给另一方。



⑤《中华人民共和国婚姻法》(2001年4月28日修正)

第二条 实行婚姻自由、一夫一妻、男女平等的婚姻制度。

保护妇女、儿童和老人的合法权益。

实行计划生育。

【自愿原则】

自愿原则又称为意思自治原则,是指民事主体依照自己的理性判断,自主参与民事活动,管理自己的私人事务,不受国家权力和其他民事主体的非法干预。自愿原则是民法平等原则的表现和延伸。没有平等就没有自由,同样,没有自由也就没有平等。自愿原则或意思自治原则包含了以下两个相辅相成的方面:

1. 自主选择,自主参与。民事主体作为一个有理性、有自由的人,他能够而且应当自主选择、自主参与民事活动。自主选择、自主参与意味着民事主体依自己的意愿和判断选择、参与民事活动,实施民事法律行为。在法律许可的意志自由范围内,有权决定是否进行某项民事活动,有权选择合作伙伴和对方当事人,有权决定自己所进行的民事活动的内容。

2. 自己责任,过错责任。自己责任、过错责任是自主选择,自主参与的必然逻辑结果。民事主体对因基于自己意愿而选择、参与的民事活动的结果,无论是财富,还是损失都应自己承受。民事主体一般也只有在是因其过错,包括故意和过失,而致他人损害时才承担相应的民事责任,反之,如果民事主体对自己的行为,没有过错,即使致他人损害,亦不承担责任,因为在此情况下,致害人所为的行为并不是出于自主,甚至是在无意志的情形下所为。对自愿原则或意思自治原则的尊重反映了时代的进步,《合同法》关于合同效力类型的区分较之于《民法通则》对民事行为的类型划分更充分地体现了意思自治。在立法上,对于违背意思自治而为的民事行为,不应一概将其纳入无效范围,而应将其交由当事人基于意思自治自由决定该行为的最终的效力归属。在司法实践中,基于民法的意思自治原则,对于民事主体所为的民事行为的效力判定上,应实行有效推定,除非属于法律明确规定的无效、可变更、可撤销、效力待定类型。

依据指引:

①《中华人民共和国民法通则》(1986年4月12日)

第四条 民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则。

②《中华人民共和国反不正当竞争法》(1993年9月2日)

第二条 经营者在市场交易中,应当遵循自愿、平等、公平、诚实信用的原则,遵守公认的商业道德。

本法所称的不正当竞争,是指经营者违反本法规定,损害其他经营者的合法权益,扰乱社会经济秩序的行为。

本法所称的经营者,是指从事商品经营或者营利性服务(以下所称商品包括服务)的法人、其他经济组织和个人。

③《中华人民共和国消费者权益保护法》(1993年10月31日)

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。

④《中华人民共和国合同法》(1999年3月15日)

第四条 当事人依法享有自愿订立合同的权利,任何单位和个人不得非法干预。

⑤《中华人民共和国婚姻法》(2001年4月28日修正)

第二条 实行婚姻自由、一夫一妻、男女平等的婚姻制度。

保护妇女、儿童和老人的合法权益。

实行计划生育。

第三条 禁止包办、买卖婚姻和其他干涉婚姻自由的行为。禁止借婚姻索取财物。

禁止重婚。禁止有配偶者与他人同居。禁止家庭暴力。禁止家庭成员间的虐待和遗弃。

第五条 结婚必须男女双方完全自愿,不许任何一方对他方加以强迫或任何第三者加以干涉。

⑥《中华人民共和国证券法》(2004年8月28日修正)

第四条 证券发行、交易活动的当事人具有平等的法律地位,应当遵守自愿、有偿、诚实信用的原则。

【诚实信用原则】

诚实信用原则要求人们在进行民事活动时应具有良好主观心理状态,即善意、诚实、信用,对一切民事法律关系,应依正义衡平理念加以调整,从而达到平衡当事人之间利益,实现市民社会安全价值的目的。

诚实信用是欺诈、胁迫、乘人之危、恶意串

通损害他人利益等不道德行为的对立物，为维护公平竞争、保护消费者利益，也就必须把诚实信用原则由道德规范上升为民法的基本原则，赋予其以普遍的效力，使其成为在商品经济领域和整个民事领域反对欺诈、胁迫、乘人之危、恶意通谋等不正当行为的重要手段。

诚实信用原则的含义和适用范围相当广泛，主要体现在：第一，民事主体在民事活动中要诚实，不弄虚作假，不欺诈，进行正当竞争；第二，民事主体应善意行使权利，不以损害他人和社会利益的方式来谋取私利；第三，民事主体应信守诺言，不得擅自毁约，严格按法律规定和当事人约定履行义务，兼顾各方利益；第四，在当事人约定不明确或订约后客观情势发生重大变化时，应依诚实信用原则的要求确定当事人的权利义务和责任。

诚实信用原则性质上属于一般条款，其实质在于，当出现立法时未预见的新情况、新问题，法院可依诚实信用原则行使公平裁量权，直接调整当事人之间的权利义务关系。因此它是一项司法原则。一方面，它是法院解释契约，解释其他意思表示（如遗嘱），从而干预当事人民事活动的依据和指导原则；另一方面，它又是法院演进法律，填补法律漏洞的依据和指导原则。但法院在依诚实信用原则处理民事纠纷时，不得依此原则滥用自由裁量权，也不能违反平等原则和自愿原则。

随着市场经济的发展，法律贯彻诚实信用原则的力度越来越强，手段也越来越多样化。首先，在民商法范围内，广泛采用公示主义，通过国家主管机关的登记向社会昭示商品生产者的资产信用状况、不动产物权以及知识产权的享有状况；规定因欺诈、胁迫、乘人之危、恶意通谋等原因而实施的民事行为无效或可以撤销等。其次，在民商法范围外，制定了融民事、行政于一体的综合性单行法律，针对市场经济领域中的各种不正当行为运用综合性法律手段进行治理。属于这一类单行法律的，有反不正当竞争法、消费者权益保护法、产品质量法等，此外，刑法亦加强了对违背诚实信用行为的刑事制裁力度。

依据指引：

①《中华人民共和国民事诉讼法通则》（1986年4月12日）

第四条 民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、

诚实信用的原则。

②《中华人民共和国反不正当竞争法》（1993年9月2日）

第二条 经营者在市场交易中，应当遵循自愿、平等、公平、诚实信用的原则，遵守公认的商业道德。

本法所称的不正当竞争，是指经营者违反本法规定，损害其他经营者的合法权益，扰乱社会经济秩序的行为。

本法所称的经营者，是指从事商品经营或者营利性服务（以下所称商品包括服务）的法人、其他经济组织和个人。

③《中华人民共和国拍卖法》（2004年8月28日修正）

第四条 拍卖活动应当遵守有关法律、行政法规，遵循公开、公平、公正、诚实信用的原则。

④《中华人民共和国招标投标法》（1999年8月30日）

第五条 招标投标活动应当遵循公开、公平、公正和诚实信用的原则。

⑤《中华人民共和国消费者权益保护法》（1993年10月31日）

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。

第四十九条 经营者提供商品或者服务有欺诈行为的，应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失，增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的一倍。

⑥《中华人民共和国合同法》（1999年3月15日）

第六条 当事人行使权利、履行义务应当遵循诚实信用原则。

第四十二条 当事人在订立合同过程中有下列情形之一，给对方造成损失的，应当承担损害赔偿责任：

（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）有其他违背诚实信用原则的行为。

⑦《中华人民共和国证券法》（2004年8月28日修正）

第四条 证券发行、交易活动的当事人具有平等的法律地位，应当遵守自愿、有偿、诚实信用的原则。

⑧《中华人民共和国保险法》（2002年10月28日修正）

第五条 保险活动当事人行使权利、履行义务应当遵循诚实信用原则。

⑨《中华人民共和国商业银行法》（2003年12月27日修正）

第五条 商业银行与客户的业务往来，应当遵循平等、自愿、公平和诚实信用的原则。

⑩《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》

(2001年12月21日)

第七条 在法律没有具体规定，依本规定及其他司法解释无法确定举证责任承担时，人民法院可以根据公平原则和诚实信用原则，综合当事人举证能力等因素确定举证责任的承担。

【公序良俗原则】

公序良俗即公共秩序和善良风俗。公序良俗原则是指民事主体民事活动的内容和目的不得违反公共秩序和善良风俗。我国《民法通则》所谓“社会公共利益”及“社会公德”，在性质和作用上与公序良俗原则相当，“社会公共利益”相当于“公共秩序”，“社会公德”相当于“善良风俗”。公序良俗原则是现代民法的一项重要基本原则。有维护国家利益、社会公共利益及一般道德观念的功能。

公共秩序和善良风俗是极为抽象的概念，至于何种事项属于违反公共秩序和善良风俗，难以一一列举，其具体内容与时俱变，一般地，以下几种属于违反公序良俗的行为：

1. 危害国家公序的行为，如委托杀人的行为，因销赃而成立的委托、拍卖行为；
2. 危害家庭关系的行为，如约定母子不同居或断绝父子关系的合同；
3. 违反性道德的行为，如因嫖娼而为之给付，以非法同居为目的而为之赠予；
4. 射幸行为，如赌博、买空卖空、彩票、马票等，但经政府特许者除外；
5. 违反人权和人格尊重的行为，如以人身为抵押标的的合同，人口买卖合同；
6. 限制经济自由的行为；
7. 违反公平竞争的行为；
8. 违反消费者保护的行为；
9. 违反劳动者保护的行为；
10. 暴利行为。

鉴于立法者不可能预见一切损害国家利益、社会公共利益和道德秩序的行为而作出详尽的禁止性规定，因而设立公序良俗这一一般条款，以弥补禁止性规定的不足。其目的在于，一旦遇有损害国家利益、社会公共利益和社会道德秩序的行为，而又缺乏相应明确的禁止性法律规定时，可授权法官直接适用该原则，针对案件的具体情况价值补充，从而判决该行为无效。

依据指引：

① 《中华人民共和国民事诉讼法》（1986年4月12日）

第七条 民事活动应当尊重社会公德，不得损害社

会公共利益，破坏国家经济计划，扰乱社会经济秩序。

② 《中华人民共和国合同法》（1999年3月15日）

第七条 当事人订立、履行合同，应当遵守法律、行政法规，尊重社会公德，不得扰乱社会经济秩序，损害社会公共利益。

第五十二条 有下列情形之一的，合同无效：

（一）一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；

（二）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；

（三）以合法形式掩盖非法目的；

（四）损害社会公共利益；

（五）违反法律、行政法规的强制性规定。

第五十三条 合同中的下列免责条款无效：

（一）造成对方人身伤害的；

（二）因故意或者重大过失造成对方财产损失的。

第五十九条 当事人恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的，因此取得的财产收归国家所有或者返还集体、第三人。

③ 《中华人民共和国专利法》（2000年8月25日第二次修正）

第五条 对违反国家法律、社会公德或者妨害公共利益的发明创造，不授予专利权。

④ 《中华人民共和国商业银行法》（2003年12月27日修正）

第八条 商业银行开展业务，应当遵守法律、行政法规的有关规定，不得损害国家利益、社会公共利益。

⑤ 《中华人民共和国保险法》（2002年10月28日修正）

第四条 从事保险活动必须遵守法律、行政法规，尊重社会公德，遵循自愿原则。

【民法的渊源】

民法的渊源，又称为民法的法源，是指民事法律规范的来源或表现形式。在民法的渊源上有一元制和多元制两种体制。一元制就是只承认制定法为民法渊源的体制；多元制，就是承认民法的渊源除了制定法外，还包括习惯、判例、法理等法源的体制。我国民法在民法渊源问题上采多元制。在目前，我国承认其法律效力的民法渊源主要指制定法、国家政策和习惯，判例和法理迄今未被承认为我国民法的渊源。

我国从传统上属于成文法国家，以制定法为民法的主要渊源。作为我国民法渊源的制定法具体包括宪法、民法通则、民事单行法、国务院颁布的民事法规、决议和命令、地方性民事法规、最高人民法院的指导性文件；此外，还有国家政

策、民事习惯。

民法的各类渊源构成一个体系,相互间有着严密的结构。法院在适用各类民法渊源的规定裁决案件时应明确各种民法渊源适用的不同条件和相互间的位阶性。在制定法有规定时应适用制定法,只有在制定法没有规定时才可以适用政策和习惯。在适用制定法时,位阶性高的法优于位阶性低的法;一般法优于特别法;强行性规范优于任意性规范;例外规定排除一般规定;具体规定优于一般性条款。

国家政策作为民法的渊源应具备以下条件:其规范的事项须为法律、法规没有规范的事项;其适用须不违反法律、法规关于民事基本权利的规定。习惯作为民法的渊源应具备以下条件:经国家法律认可;所规范的事项须为法律、法规所没有规定的事项;其适用不违反民法的基本原则。

依据指引:

① 《中华人民共和国民事诉讼法通则》(1986年4月12日)

第六条 民事活动必须遵守法律,法律没有规定的,应当遵守国家政策。

第八条 在中华人民共和国领域内的民事活动,适用中华人民共和国法律,法律另有规定的除外。

本法关于公民的规定,适用于在中华人民共和国领域内的外国人、无国籍人,法律另有规定的除外。

② 《中华人民共和国合同法》(1999年3月15日)

第六十一条 合同生效后,当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的,可以协议补充;不能达成补充协议的,按照合同有关条款或者交易习惯确定。

第一百二十六条 涉外合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律,但法律另有规定的除外。涉外合同的当事人没有选择的,适用与合同有最密切联系的国家的法律。

在中华人民共和国境内履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同,适用中华人民共和国法律。

③ 《中华人民共和国立法法》(2000年3月15日)

第八条 下列事项只能制定法律:

(一) 国家主权的事项;

(二) 各级人民代表大会、人民政府、人民法院和人民检察院的产生、组织和职权;

(三) 民族区域自治制度、特别行政区制度、基层群众自治制度;

(四) 犯罪和刑罚;

(五) 对公民政治权利的剥夺、限制人身自由的强制

措施和处罚;

(六) 对非国有财产的征收;

(七) 民事基本制度;

(八) 基本经济制度以及财政、税收、海关、金融和外贸的基本制度;

(九) 诉讼和仲裁制度;

(十) 必须由全国人民代表大会及其常务委员会制定法律的其他事项。

第九条 本法第八条规定的事项尚未制定法律的,全国人民代表大会及其常务委员会有权作出决定,授权国务院可以根据实际需要,对其中的部分事项先制定行政法规,但是有关犯罪和刑罚、对公民政治权利的剥夺和限制人身自由的强制措施和处罚、司法制度等事项除外。

第十条 授权决定应当明确授权的目的、范围。

被授权机关应当严格按照授权目的和范围行使该项权力。

被授权机关不得将该项权力转授给其他机关。

第十一条 授权立法事项,经过实践检验,制定法律的条件成熟时,由全国人民代表大会及其常务委员会及时制定法律。法律制定后,相应立法事项的授权终止。

第五十六条 国务院根据宪法和法律,制定行政法规。

行政法规可以就下列事项作出规定:

(一) 为执行法律的规定需要制定行政法规的事项;

(二) 宪法第八十九条规定的国务院行政管理职权的事项。

应当由全国人民代表大会及其常务委员会制定法律的事项,国务院根据全国人民代表大会及其常务委员会的授权决定先制定的行政法规,经过实践检验,制定法律的条件成熟时,国务院应当及时提请全国人民代表大会及其常务委员会制定法律。

第六十三条 省、自治区、直辖市的人民代表大会及其常务委员会根据本行政区域的具体情况和实际需要,在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下,可以制定地方性法规。

较大的市的人民代表大会及其常务委员会根据本市的具体情况和实际需要,在不同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规相抵触的前提下,可以制定地方性法规,报省、自治区的人民代表大会常务委员会批准后施行。省、自治区的人民代表大会常务委员会对报请批准的地方性法规,应当对其合法性进行审查,同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规不抵触的,应当在四个月内予以批准。

省、自治区的人民代表大会常务委员会在对报请批准的较大的市的地方性法规进行审查时,发现其同本省、自治区的人民政府的规章相抵触的,应当作出处理决定。

本法所称较大的市是指省、自治区的人民政府所在地的市,经济特区所在地的市和经国务院批准的较大的

市。

第七十一条 国务院各部、委员会、中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构，可以根据法律和国务院的行政法规、决定、命令，在本部门的权限范围内，制定规章。

部门规章规定的事项应当属于执行法律或者国务院的行政法规、决定、命令的事项。

【民法的调整对象】

民法的调整对象是指民法规范所调整的各种社会关系。民法的调整对象的特殊性是民法作为一个独立的法律部门的根据，也是民法区别于其他部门法的主要标准。法院在判断一个案件是否属于民事案件也是依该案件所涉及的社会关系是否属于民法所调整的范围。根据《民法通则》的规定，民法的调整对象是平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系。由此，可以看出民法调整的社会关系发生在法律地位平等的公民之间、法人之间、公民和法人之间；民法调整的是上述平等主体之间的财产关系和人身关系，即主要是横向的财产关系和人身关系。民法调整的不是所有的社会关系，只是财产关系和人身关系，也不是所有的财产关系和人身关系，只是平等主体之间的财产关系和人身关系。

如何具体判定一种财产关系或人身关系是否属于民法的调整对象，关键是把握这种财产关系或人身关系的主体双方是否平等。作为民法调整对象的平等主体之间的财产关系要注意以下几点：第一，主体平等。在这类具体的财产关系中，主体在法律上都具有独立的人格，其地位平等，互不存在隶属关系。第二，意志自由。在这类具体的财产关系中，主体均有较为充分的意志自由，

其财产关系的发生、变更和消灭，须基于当事人的自愿，不得违背任何一方的意志。第三，等价有偿。在这类具体的财产关系中，主体之间发生的财产流转实行等价有偿原则。

作为民法调整对象的平等主体之间的人身关系要注意以下几点：第一，人格平等。在这类具体的人身关系中，主体相互间没有管理和被管理、领导和被领导的关系。凡是主体地位不平等，相互之间一方可以支配另一方的人身关系，则不属于民法调整的对象。第二，与民事权利的享受和行使有关。对基于自然人的身体、健康、姓名、名誉而发生的人身关系，与自然人享受和行使民事权利有关，属于民法调整的人身关系；而与选民身分或基于某一党团员身分而发生的人身关系，则与民事权利的享受和行使无关，故不属于民法的调整对象。第三，与主体的人身不可分离并不具有经济内容。人身关系与主体的人身是不可分离的，这类社会关系不具有经济内容而是以特定的精神利益为内容的。

依据指引：

① 《中华人民共和国民法通则》（1986年4月12日）

第二条 中华人民共和国民法调整平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系。

② 《中华人民共和国合同法》（1999年3月15日）

第二条 本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。

婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用其他法律的规定。