马克思主义理论研究
和建设工程重点教材

民法学

《民法学》编写组

主　编　王利明

副主编　王卫国　陈小君

主要成员

（以姓氏笔画为序）

王　轶　王歌雅　许德峰

孟　强　房绍坤　周友军

姚　辉　高圣平　程　啸

高等教育出版社·北京

图书在版编目(CIP)数据

民法学 /《民法学》编写组编. -- 北京：高等教育出版社，2019.1
马克思主义理论研究和建设工程重点教材
ISBN 978-7-04-045924-1

Ⅰ.①民… Ⅱ.①民… Ⅲ.①民法－法的理论－中国－高等学校－教材 Ⅳ.①D923.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 230857 号

责任编辑 帅映清　　封面设计 王 鹏　　版式设计 范晓红　　责任校对 刘 莉
责任印制 耿 轩

出版发行	高等教育出版社	网　址	http://www.hep.edu.cn
社　址	北京市西城区德外大街 4 号		http://www.hep.com.cn
邮政编码	100120	网上订购	http://www.hepmall.com.cn
印　刷	北京市白帆印务有限公司		http://www.hepmall.com
开　本	787mm×1092mm　1/16		http://www.hepmall.cn
印　张	30.5		
字　数	540 千字	版　次	2019 年 1 月第 1 版
购书热线	010-58581118	印　次	2019 年 6 月第 2 次印刷
咨询电话	400-810-0598	定　价	58.60 元

本书如有缺页、倒页、脱页等质量问题，请到所购图书销售部门联系调换
版权所有　侵权必究
物 料 号　45924-00

目　录

绪　论 …… 1

一、马克思主义是民法学研究的理论基石 …… 1

二、从民法的历史发展认识民法 …… 3

三、构建中国特色的民法学理论体系 …… 9

四、学习民法学的具体方法 …… 14

第一章　民法总论 …… 16

第一节　民法概述 …… 16

一、民法的概念 …… 16

二、民法的任务 …… 17

三、民法的调整对象 …… 18

四、民法与其他部门法的关系 …… 20

五、民法的渊源 …… 23

六、民法的基本原则 …… 25

七、民法的适用 …… 32

第二节　民事法律关系 …… 33

一、民事法律关系的概念和特征 …… 33

二、民事法律关系的分类 …… 34

三、民事法律关系的要素 …… 35

四、民事法律关系的产生、变更和消灭 …… 37

第三节　民事权利 …… 39

一、民事权利的概念、特点和分类 …… 39

二、民事权利的取得、变更和消灭 …… 43

三、民事权利的行使 …… 44

四、民事权利的救济 …… 45

第四节　民事义务与民事责任 …… 46

一、民事义务与民事责任概述 …… 46

二、民事责任的种类 …… 47

三、民事责任的免责事由 …… 48
第五节 民事主体 …… 49
一、自然人 …… 49
二、法人 …… 56
三、非法人组织 …… 61
第六节 民事法律行为 …… 63
一、民事法律行为的概念、特征和分类 …… 63
二、意思表示 …… 65
三、民事法律行为的成立和生效 …… 67
四、效力待定的民事法律行为 …… 70
五、无效民事法律行为 …… 72
六、可撤销的民事法律行为 …… 75
七、民事法律行为被宣告无效或者被撤销的法律后果 …… 79
八、附条件和附期限的民事法律行为 …… 81
第七节 代理 …… 84
一、代理的概念和法律特征 …… 84
二、代理的种类 …… 85
三、代理权的行使 …… 89
四、无权代理 …… 91
五、表见代理 …… 93
六、代理关系的终止 …… 94
第八节 时效 …… 97
一、时效制度概述 …… 97
二、诉讼时效 …… 98
三、除斥期间 …… 107

第二章 人格权法 …… 109
第一节 人格权概述 …… 109
一、人格权的概念与特征 …… 109
二、人格权的主要权能 …… 110
三、人格权与其他权利 …… 111
第二节 具体人格权 …… 113

一、生命权、健康权、身体权…… 113
二、姓名权、名称权…… 116
三、名誉权…… 118
四、肖像权…… 119
五、隐私权…… 121
六、其他人格权…… 122
第三节 一般人格权…… 123
一、一般人格权的概念和特征…… 123
二、一般人格权的功能…… 124
三、一般人格权的适用…… 125
第四节 人格权的保护…… 126
一、人格权与其他权利的冲突及解决方式…… 126
二、人格权的经济利用…… 128
三、自然人死后人格权的保护…… 129
四、侵害人格权的民事责任…… 130

第三章 物权法…… 134
第一节 物权和物权法概述…… 134
一、物权概述…… 134
二、物权的分类…… 137
三、物权法的基本原则…… 138
四、物权的变动…… 142
五、物权公示的方法：不动产登记和动产交付…… 144
六、船舶、航空器等特殊动产物权的变动…… 149
七、物权的行使…… 150
八、物权的确认请求权与物权请求权…… 151
第二节 所有权…… 153
一、所有权概述…… 153
二、所有权的种类…… 154
三、所有权的取得…… 158
第三节 建筑物区分所有权…… 163
一、建筑物区分所有权概述…… 163

二、专有权…… 164
三、共有权…… 165
四、共同管理权…… 167
第四节 相邻关系…… 169
一、相邻关系概述…… 169
二、相邻关系的类型…… 170
三、处理相邻关系的原则…… 173
四、违反相邻关系的后果…… 174
第五节 共有…… 175
一、共有概述…… 175
二、按份共有…… 176
三、共同共有…… 179
四、共有财产的分割…… 182
第六节 用益物权…… 185
一、用益物权概述…… 185
二、土地承包经营权…… 187
三、建设用地使用权…… 195
四、宅基地使用权…… 203
五、地役权…… 208
六、特别法上的用益物权…… 213
第七节 担保物权…… 217
一、担保物权概述…… 217
二、抵押权…… 223
三、质权…… 229
四、留置权…… 237
第八节 占有…… 240
一、占有概述…… 240
二、占有的分类…… 242
三、占有的取得与变更…… 244
四、占有的效力…… 245
五、占有的内容…… 247
六、占有的保护…… 248

七、占有的消灭…… 250

第四章 债与合同法…… 252

第一节 债的概述…… 252

一、债与债法的概念…… 252

二、债法在民法中的地位…… 253

三、债权与债务…… 253

第二节 债的发生原因…… 256

一、合同…… 256

二、侵权行为…… 256

三、不当得利…… 256

四、无因管理…… 257

五、缔约过失…… 258

第三节 债的分类…… 258

一、法定之债与意定之债…… 258

二、主债与从债…… 259

三、特定之债与种类之债…… 259

四、简单之债与选择之债…… 260

五、按份之债与连带之债…… 260

六、可分之债与不可分之债…… 261

七、货币之债与利息之债…… 261

第四节 债的履行…… 262

一、概述…… 262

二、债的履行原则…… 263

三、债的履行规则…… 264

四、债的不履行…… 266

第五节 债的保全…… 268

一、概述…… 268

二、债权人代位权…… 268

三、债权人撤销权…… 272

第六节 债的担保…… 274

一、概述…… 274

二、保证…… 276
三、定金…… 280
第七节 债的移转…… 282
一、概述…… 282
二、债权让与…… 282
三、债务承担…… 284
四、债权债务的概括承受…… 286
第八节 债的消灭…… 287
一、概述…… 287
二、清偿…… 287
三、抵销…… 288
四、提存…… 290
五、免除…… 291
六、混同…… 292
第九节 合同法概述…… 292
一、合同的概念与特征…… 292
二、合同法的概念与本质…… 294
三、合同法的基本原则…… 295
第十节 合同的分类…… 301
一、合同分类概述…… 301
二、典型合同与非典型合同…… 301
三、双务合同与单务合同…… 302
四、有偿合同与无偿合同…… 303
五、诺成合同与要物合同…… 304
六、要式合同与不要式合同…… 304
七、一时性合同与继续性合同…… 305
八、主合同与从合同…… 305
九、预约与本约…… 306
十、束己合同与涉他合同…… 306
第十一节 合同的订立…… 307
一、要约…… 307
二、承诺…… 309

三、以要约承诺以外的方式订立合同…… 310
四、合同的形式…… 310
五、合同成立的时间与地点…… 311
六、缔约过失责任…… 311
第十二节 双务合同履行中的抗辩权…… 313
一、概述…… 313
二、同时履行抗辩权…… 314
三、先履行抗辩权…… 315
四、不安抗辩权…… 316
第十三节 合同的变更和解除…… 317
一、合同的变更…… 317
二、合同的解除…… 317
第十四节 违约责任…… 321
一、违约责任的概念及归责原则…… 321
二、违约行为…… 321
三、承担违约责任的方式…… 323
四、免责事由…… 326
五、双方违约与因第三人的原因违约…… 327
六、违约责任与侵权责任的竞合…… 328
第十五节 合同法分则概述…… 329
一、合同法分则的功能…… 329
二、合同法分则的体系…… 330

第五章 婚姻家庭法…… 340
第一节 婚姻家庭法概述…… 340
一、婚姻家庭法的概念和内容…… 340
二、婚姻家庭制度的历史类型…… 341
三、我国婚姻家庭法的基本原则…… 343
第二节 结婚制度…… 346
一、结婚制度概述…… 346
二、结婚的条件…… 346
三、结婚的程序…… 347

四、婚姻无效和撤销…… 348
五、婚姻的效力…… 350
第三节 离婚制度…… 353
一、离婚制度概述…… 353
二、登记离婚…… 354
三、诉讼离婚…… 355
四、离婚的效力…… 357
第四节 亲属制度…… 366
一、亲属制度概述…… 366
二、亲系与亲等…… 368
三、亲子关系…… 368
四、其他家庭成员关系…… 369
五、亲属关系的法律效力…… 370
第五节 收养制度…… 370
一、收养制度概述…… 370
二、收养的成立…… 372
三、收养的解除…… 375

第六章 继承法…… 377
第一节 继承法概述…… 377
一、我国继承法的存在根据与基本原则…… 377
二、继承权…… 380
三、遗产…… 383
四、继承的开始…… 384
第二节 法定继承…… 385
一、法定继承的概念、特征和适用范围…… 385
二、法定继承人的范围和继承顺序…… 386
三、代位继承…… 390
四、法定继承的遗产分配…… 392
第三节 遗嘱继承…… 394
一、遗嘱继承的概念、特征和适用条件…… 394
二、遗嘱概述…… 395

三、遗嘱的效力…… 398
四、遗嘱的变更与撤回…… 399
五、遗嘱的执行…… 401
第四节 遗赠与遗赠扶养协议…… 402
一、遗赠…… 402
二、遗赠扶养协议…… 403
第五节 遗产的处理…… 405
一、遗产的保管…… 405
二、遗产的分割…… 405
三、遗产债务的清偿…… 408
四、无人承受遗产的处理…… 409

第七章 侵权责任法…… 411
第一节 侵权责任法概述…… 411
一、侵权责任法的概念和功能…… 411
二、侵权责任法的保护范围…… 412
三、侵权责任承担方式…… 412
四、侵权责任归责原则…… 413
五、多元化的损失补救制度…… 414
第二节 一般侵权责任…… 415
一、一般侵权责任的概念和构成要件…… 415
二、加害行为、民事权益被侵害与损害…… 416
三、因果关系…… 418
四、过错…… 420
五、免责事由…… 422
第三节 多数人侵权责任…… 423
一、概述…… 423
二、共同加害行为…… 424
三、共同危险行为…… 425
四、教唆帮助行为…… 427
五、无意思联络的数人侵权…… 428
第四节 特殊侵权责任…… 430

一、特殊侵权责任概述…… 430
二、监护人责任…… 431
三、用人者责任…… 433
四、网络服务提供者的侵权责任…… 437
五、违反安全保障义务的侵权责任…… 440
六、教育机构的侵权责任…… 442
七、产品责任…… 445
八、机动车交通事故责任…… 447
九、医疗损害责任…… 452
十、环境污染责任…… 455
十一、高度危险责任…… 457
十二、饲养动物损害责任…… 460
十三、物件损害责任…… 462
第五节 侵权损害赔偿责任的承担…… 463
一、侵权损害赔偿责任概述…… 463
二、侵权损害赔偿范围的确定…… 464
三、财产损害赔偿…… 466

阅读文献…… 470

后 记…… 472

绪　论

一、马克思主义是民法学研究的理论基石

民法是调整平等主体的自然人、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，其以民事主体地位平等、意思自治、公平、诚实信用、公序良俗等为基本原则，主要包括民法总则、合同法、物权法、侵权责任法、婚姻家庭法、继承法、知识产权法等法律，它是中国特色社会主义法律体系的重要组成部分。

以民法为研究对象的学科就是民法学，它以研究民法在规范平等主体之间的人身关系和财产关系过程中的规律为内容。民法学和民法相辅相成，一方面，民法学是民法研究的结晶，为民法的发展和完善提供指导，并促进民法的发展和完善。另一方面，民法的发展和完善也促进了民法学的发展。民法学是关于民法的学科，其主要目的是建构对本国民事立法、民事司法以及和民法有关的社会实践具有解释力的学说体系。

民法学应以马克思主义为指导，具体表现在如下几个方面：

第一，民法学的研究方法。我国民法学应当以马克思主义为指导。辩证唯物主义和历史唯物主义是马克思主义最根本的世界观和方法论，应作为民法学研究的基本方法。唯物史观和唯物辩证法也为民法学研究奠定了世界观和方法论基础。恩格斯指出，民法是“将经济关系直接翻译成法律原则”①，其只是“以法的形式表现了社会的经济生活条件”②。按照马克思主义关于经济基础决定上层建筑的历史唯物主义观点，法律是社会的上层建筑，“但社会不是以法律为基础的。那是法学家们的幻想。相反地，法律应该以社会为基础”③。民法植根于本国的社会经济生活实践，也服务于经济基础。民法学研究必须从本国的基本国情出发，尤其是要从中国社会主义市场经济和社会生活实践出发。

第二，民法根植于市场经济。马克思主义在产生之时就认识到了民法与社会经济生活之间的内在关联，尤其是民法与商品经济之间的联系。恩格斯曾经指出，“把商品生产者社会的第一个世界性法律即罗马法以及它对简单商品占有者的一切本质的法的关系（如买主和卖主、债权人和债务人、契约、债务等等）所作的无

---

① 《马克思恩格斯文集》第10卷，人民出版社2009年版，第598页。
② 《马克思恩格斯文集》第4卷，人民出版社2009年版，第307页。
③ 《马克思恩格斯全集》第6卷，人民出版社1961年版，第291页。

比明确的规定作为基础”①，这就深刻地阐述了民法与市场经济的联系。欧洲中世纪后期，由于资本主义商品生产和交换在封建的自然经济的空隙中产生和发展，导致了罗马法的复兴。1804 年的《法国民法典》以罗马法为蓝本，巧妙地运用法律形式把刚刚形成的资本主义社会的经济规则直接译成法的语言，从而“成为世界各地编纂一切新法典时当做基础来使用的法典”②。列宁在“十月革命”胜利后，就提出了要按商业原则管理经济，因此需要制定民法典。他说，当前的任务是发展民事流转，这是新经济政策的要求，而这样就要求加强革命法制。③ 马克思主义经典作家为了解民法与市场经济的关系、把握民法的发展规律提供了理论指导。

第三，从民法的调整对象来看，民法调整的财产关系实际上主要是财产归属关系和财产流通关系。在市场经济条件下，财产归属关系是财产交易的前提，而交易的最终目的也是为了实现财产归属的转换。马克思在描述商品交换过程时指出：“商品不能自己到市场去，不能自己去交换。因此，我们必须找寻它的监护人，商品占有者。……为了使这些物作为商品彼此发生关系，商品监护人必须作为有自己的意志体现在这些物中的人彼此发生关系，因此，一方只有符合另一方的意志，就是说每一方只有通过双方共同一致的意志行为，才能让渡自己的商品，占有别人的商品。可见，他们必须彼此承认对方是私有者。”④ 这就表明商品关系的形成必须具备三个条件：一是必须要有独立的商品“监护人”（所有者）；二是商品交换者必须对商品享有所有权；三是商品交换者必须意思表示一致。这是在交换过程中形成商品关系的内在要求，这也是以调整财产所有和财产交换为目的的，由民事主体、物权、债和合同等制度组成的具有内在联系的民法体系得以建立的前提。上述马克思主义观点对准确把握民法的调整对象和范围具有重要的理论指导意义。

第四，民法主要是权利法。马克思指出，罗马私法在法律发展史上的创举在于，“罗马人最先制定了私有财产的权利、抽象权利、私人权利、抽象人格的权利”⑤，在民法的发展史上，无论古罗马法、19 世纪的法国民法如何主张个人本位，现代民法如何倡导团体本位，也无论在不同历史时期、不同所有制的社会的

---

① 《马克思恩格斯选集》第 4 卷，人民出版社 2012 年版，第 259 页。
② 《马克思恩格斯文集》第 10 卷，人民出版社 2009 年版，第 598 页。
③ 参见《列宁全集》第 42 卷，人民出版社 1986 年版，第 353 页。
④ 《马克思恩格斯文集》第 5 卷，人民出版社 2009 年版，第 103 页。
⑤ 《马克思恩格斯全集》第 1 卷，人民出版社 1956 年版，第 382 页。

民法所保障的权利在性质上存在着何种区别，各个社会的民法都坚持了一个最基本的共性——以权利为核心，这就证明了马克思主义经典作家关于民法是权利法的深刻论述。明确民法是权利法，不仅有助于明确民法的性质和功能，还有助于我们在当前的民事立法中，贯彻以民事权利为中心构建私法体系的思想，使我国民法典真正成为一部现代的权利宣言和权利宪章，为我国社会主义市民社会的发育和市场经济的完善提供制度支撑。

马克思主义经典作家关于民法的论述既为民法学研究提供了方法论指导，也为民法学理论体系的构建提供了思想资源。民法学就是研究民法的学科，是为民事立法、司法提供指导的学科。一国民法学的主要目的是建构对本国民事立法、民事司法以及和民法有关的社会实践具有解释力的学说体系。我们的民法学研究必须坚持马克思主义方法论，以习近平新时代中国特色社会主义理论为指导，以社会主义法治理论为基础，只有这样，才能从根本上保障我们民法学研究的科学性。

二、从民法的历史发展认识民法

（一）民法主要起源于罗马法

罗马法，顾名思义，就是指罗马奴隶制国家施行的法律。它通常是指自罗马产生起至《查士丁尼法典》颁布止的罗马法律。[①] 由于罗马时期，在自然经济的土壤上，简单商品经济得到了充分发展，从而产生了调整私人财产关系的发达的古罗马私法。在罗马的法典编纂方面，最有成效、影响最深远的是东罗马帝国皇帝查士丁尼的《国法大全》，即《查士丁尼法典》《学说汇纂》《法学阶梯》和《新律》。罗马法以抽象的方法表现了商品经济社会的一般形态，反映了商品经济社会的正常要求，其内容主要是关于自然人和法人等权利主体的法律包括物权法、债权法、婚姻家庭法、继承法等，已经涵盖了现代民法的主要内容。罗马法中的诸多制度，如人格制度、住所制度、时效制度、无因管理制度、不当得利制度、遗嘱继承制度、特留份制度等，至今仍是各国民法典中的基本民事制度。[②]

（二）从近代民法到现代民法

1. 近代民法

近代民法是指经过十七八世纪的发展，于 19 世纪经欧洲各国编纂民法典而逐

---

① 参见［意］朱塞佩·格罗索著，《罗马法史》，黄风译，中国政法大学出版社 1994 年版，第 4 页。

② 参见吴汉东：《罗马法的传播与法律科学的繁荣》，《法商研究》1994 年第 6 期。

步形成的一整套民法概念、原则、制度、理论和思想的体系，在范围上包括德国、法国、瑞士等大陆法系国家民法。近代民法的主要特点表现在：

（1）抽象的人格平等。近代民法承认的人格平等，是一种形式上的平等。法国《人权宣言》第1条就指出，人人生而平等。因此，近代民法所调整、保护、关切的对象是抽象的人，它对于民事主体仅作抽象的规定，而不作年龄、性别、职业等区分。在近代民法典中，人被作为抽象掉了种种能力的个人，并且是以平等的自由意思行动的主体被对待。近代民法注重维护形式正义，强调当事人必须依法订约，并严格遵守合同，从而实现契约的形式正义。

（2）无限制私有权原则。无限制私有权原则又称为绝对私有权原则，是指私人对其财产享有绝对的、排他的、自由处分的权利。1804年《法国民法典》第544条规定：所有权是对于物有绝对无限制的使用、收益及处分的权利。这是对这一原则的准确表述。

（3）契约自由。契约自由是近代民法的一项基本原则，其主要内容为：第一，契约必须是当事人自由意志彼此一致才能生效，契约可以优先于任意法规定而适用；第二，契约的内容由当事人自由决定；第三，契约的方式以及相对人的选择等由当事人决定，任何人无权干涉。

（4）过失责任原则。过失责任原则也称为自己责任原则。1804年《法国民法典》第1382条规定："任何行为使他人受损害时，因自己的过失而致行为发生之人对该他人负赔偿的责任。"这一简短的条文是对罗马法债法中的过失原则的重大发展，由此确立了过失责任原则，该原则先后为大陆法系各国的民法典所沿袭。它不仅具有道德的价值，而且具有教育、惩戒和预防损害发生的功能。

2. 现代民法

19世纪末20世纪初，近代民法开始向现代民法转变。所谓现代民法，是近代民法在20世纪的发展与修正，它是在近代民法的法律结构基础上对近代民法的原理、原则进行修正、发展的结果。[①] 现代民法主要具有以下特征：

（1）对所有权的限制。19世纪末，个人主义的所有权观念日渐式微，社会的所有权观念日益发达。这种观念认为，所有权的行使应当顾及社会公共利益，不允许个人滥用权利，损害他人利益和公共利益。从维护社会公共利益出发，应对所有权作适当的限制。例如，1919年德国《魏玛宪法》第153条第3项规定："所

① 参见［日］北川善太郎：《关于最近之未来的法律模型》，梁慧星主编：《民商法论丛》（第6卷），法律出版社1997年版，第286—287页。

有权为义务，其使用应同时为公共福利之役务”。

（2）对合同自由的限制。20世纪以来，合同自由原则因国家干预经济的加强而受到越来越多的限制，因此，对合同自由的限制成为20世纪以来合同法发展的一个重要趋势。合同法对合同自由的限制主要表现在强制缔约制度的产生、对格式条款和免责条款的限制、对某些特殊合同的形式作特殊要求以及通过诚信原则等对合同关系进行干预等。

（3）归责原则的多元化。随着20世纪以来社会生活的变化，归责原则理论本身呈现出从单一过错归责理论向过错推定、无过错责任等多元归责理论演化的过程。许多大陆法系国家在特别法中规定了诸多无过失责任，以保护受害人的利益。

（4）人格权制度的勃兴。人类社会两次世界大战，尤其是第二次世界大战，对世界各国人民造成了极大的伤害，人们越来越强调对作为社会个体的公民之间的平等、人格尊严不受侵犯以及人身自由的保护。这也极大地促进了20世纪中叶世界各国人权运动的发展，尤其是促进了民法上的人格权发展。一些国家在立法上确认了民事主体的生命、健康、身体、名誉、肖像、隐私等人格权，强化了对人格权的保护。

（5）侵权法的独立与扩张。20世纪以来，随着工业社会的发展、风险社会的来临，侵权法在分配风险、救济受害人方面发挥着日益重要的作用，这也使得侵权法的地位日益突出。与此相对应，侵权法的适用范围也在逐渐扩张，归责原则呈现多元化趋势，各类特殊侵权在法律上作出了特别规定。侵权法的内容越来越复杂。

（6）交易规则的国际化趋势。20世纪以来，随着经济全球化和跨国贸易投资的迅速发展，客观上要求法律规则的趋同和统一，作为交易共同规则的合同法以及有关保险、票据等法律的规则日益国际化，两大法系在有关合同、担保等方面的相关规则也正逐渐融合。

（7）注重对弱势群体的保护。20世纪以来，社会经济结构发生巨变，对消费者、劳动者、妇女、未成年人、残疾人等弱势群体保护的问题凸显出来。民法在维护形式正义的基础上，已逐渐兼顾和强化对消费者和劳动者的保护，从而维护实质正义。

（三）我国民法的发展及未来

中国古代实行“诸法合一、民刑不分”，并没有形成近代意义上的民法。清末变法时，清政府于1911年制定了《大清民律草案》。辛亥革命以后，国民政府的修订法律馆在北京开始了民律草案的起草工作。1925年，草案完成，史称“第二次民律草案”。以后，南京国民政府于1929年5月30日颁布民法典总则；1929年

11 月 22 日颁布民法债编；1929 年 11 月 30 日颁布物权编；1930 年 12 月 26 日颁布亲属编和继承编。该“法典”仍在我国台湾地区继续适用。

新中国成立以后，1986 年 4 月 12 日第六届全国人民代表大会第四次会议正式通过了《民法通则》，这是我国第一部调整民事关系的基本法律，也是我国民事立法发展史上的一个新的里程碑。随着改革开放的深化和市场经济的发展，我国陆续制定了一系列规范市场活动的民事基本法。例如，1999 年的《合同法》统一了我国的合同法律制度，建立和完善了市场交易的基本规则和原则；2007 年颁行了《物权法》，对所有权、用益物权、担保物权等物权制度作出了全面规定；2009 年颁行了《侵权责任法》，对民事权利进行了更加周密的保护。此外，我国立法机关还先后制定了《公司法》《合伙企业法》《个人独资企业法》等法律，完善了市场主体法律制度；颁布了《婚姻法》《收养法》《继承法》等法律，建立和完善了婚姻家庭制度。为保护知识产权，先后颁布实施了《专利法》《商标法》和《著作权法》。① 这些法律都是我国民法的重要组成部分，其颁行是完善我国民事立法体系的重要步骤。

2013 年党的第十八届中央委员会第三次全体会议指出，要紧紧围绕使市场在资源配置中起决定性作用深化经济体制改革。2014 年中国共产党十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》明确提出，要“加强重点领域立法”，特别是“加强市场法律制度建设，编纂民法典”。民法典是“社会生活的百科全书”，也是社会主义市场经济最基本、最重要的法律，更是法官裁判民商事案件的宝典。民法典是社会经济生活在法律上的反映，更是一国生活方式的总结和体现。民法典是法治现代化水平的标志，也是法律文化高度发达的体现。法典的体系性、逻辑自洽性、价值一致性等特点，都是单行法所不可比拟的。第十二届全国人大第五次会议审议通过了《民法总则》，极大地推进了民事立法体系化进程，进一步完善了市场经济制度和社会生活的基本规则，在中国民事立法史上具有里程碑式的意义。

（四）从民法的基本特征认识民法

从民法的历史发展过程及比较法的经验来看，民法具有如下几个基本特征：

1. 民法是私法

大陆法系学者大都是从公法和私法区分的角度来界定民法的性质，民法是私法的核心。公法和私法的区分最初由罗马法学家乌尔比安提出，并为《学说汇纂》

① 本教材所涉及的法律法规一般用简称，特殊注明的除外。

所采纳。原则上说，凡是平等主体之间的财产关系和人身关系，都属于私法关系，而具有等级和隶属性质的法律关系，则应属于公法关系。私法关系的参与主体都是平等主体，国家介入也是作为特殊的民事主体来参与的，而公法关系中必然有一方是公权主体，其参与社会关系也仍然要行使公权力。

在公法领域中应当遵循公共权力法定原则，“法无授权不可为”，没有国家法律的明确授权，公权力机关就不得任意从事行为。而私法领域奉行私法自治的理念，“法无禁止即可为”，实行负面清单模式，赋予当事人广泛的自由。这两项原则也符合“规范公权、保障私权”的法治理念。由于民法是私法，因此，要贯彻私法自治原则，赋予民事主体广泛的行为自由，并使当事人之间的合法约定能够具有优先于任意法适用的效力。在纠纷发生后，如果涉及私法关系，产生的就是私法上的后果，即民事主体之间的责任；如果涉及公法关系，则产生国家对个人的义务以及个人对国家的责任等问题。①

2. 民法是市场经济的基本法

从历史沿革来看，民法始终是与商品经济、市场经济的发展紧密联系在一起的。从民法的内容来看，民法调整的财产关系主要就是财产归属关系和财产流通关系。与此相适应，形成了以调整财产所有和财产交换为目的，由民事主体、物权、债和合同等制度组成的具有内在联系的民法体系。②

民法是市场经济的基本法，市场经济的建立和完善离不开民法的支持。同时，民法制度也应当按照市场经济的内在要求来构建，并符合市场经济的运行规律。如果我们要确认我国的经济是平等等价和自由竞争、由市场引导生产要素自由流转和组合的市场经济，那么就应当充分贯彻意思自治、诚实信用、鼓励交易、公平正义等价值理念，尽量减少国家对经济生活的干预，加强对民事主体权利的保障。所以，市场经济的成熟很大程度上是以民商事规则的成熟为标志的。

3. 民法是权利保障法

现代法治的精神是“规范公权、保障私权”，而民法最基本的职能在于对民事权利的确认和保护，③ 这就使得民法具有权利保障法的特点。

---

① 参见谢怀栻：《外国民商法精要》，法律出版社 2002 年版，第 51—52 页。

② 参见佟柔、王利明：《我国民法在经济体制改革中的发展与完善》，《中国法学》1985 年第 1 期。

③ 应当指出，尽管民法保护的重心是权利，但不限于此，合法利益也在民法的保护范围之内，所以我国《民法总则》第 3 条规定：“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，任何组织和个人不得侵犯”。

首先，从历史来看，民法就是为了对抗公权力的干预、保障公民权利不受侵犯而产生的。在民法的发展历史上，不同时期的民法都坚持了一个最基本的共性——以权利为核心，我国民法也是权利法，以全面民事权益为宗旨。

其次，大陆法系国家的民法典体系基本上是以民事权利为中心构建的。民法总则被称为民事权利宣言书，民法总则的体系是以私权为“中心轴”而展开的，其所规定的民事主体（自然人、法人、非法人组织）是民事权利的享有者和民事义务的承担者，各项民事权利是私权完整的内容和结构，民事法律行为是行使私权而从事的行为，而民事责任既是因侵害私权而产生的法律后果，也是保障私权实现的强有力手段。民法典分则就是围绕人格权、物权、债权、亲属权、继承权等而展开的，权利保护的规则构成了民法的完整体系。

再次，民法通过权利确认当事人的行为规则。权利表现为行为的自由，权利人行使权利是其依法享有的自由，但“自由止于权利”，行使权利不得妨害他人的权利，所以我国民法确认了诚实信用、权利不得滥用等法律原则，对权利进行必要的限制，从而平衡权利的冲突和正确地解决人际纠纷。

最后，从权利救济的角度来看，无救济则无权利。民法提供的各种救济方法是确认权利的重要手段。民法不仅对各项民事主体的权利实行平等的保护，而且通过民事责任制度对民事权利提供充分的保障。

强调民法是权利法，主要是要突出对民事权利的保护，但这并不意味着要割裂权利和义务的关系。在民法上，没有无权利的义务，也没有无义务的权利，二者是相辅相成的。

4. 民法是人法

21 世纪是走向权利的世纪，是弘扬人格尊严和维护人的价值的世纪。当今世界，尊重与保护个人权利已经成为国际社会的共识，并成为当代法律关注的重点，对人的尊重和保护被提升到前所未有的高度。“在民法的慈母般的眼里，每一个个人就是整个的国家”①。我国民法也应当充分反映这样的时代精神，充分体现人文关怀，成为充分关心人、爱护人、保障人的尊严的法律。在现代民法中，主体制度经历了从抽象的人向具体的人的发展过程。这表明民法更强调对弱势群体的关怀，基于保障社会的公平正义、维护交易安全和秩序等价值考虑，民法已经开始注入越来越多的实质平等的因素。例如，在债和合同制度中，强化对消费者的保护，在租赁合同中强化对承租人的保护等，都体现了这一发展趋势。另外，现代

① ［法］孟德斯鸠：《论法的精神》（下册），张雁深译，商务印书馆 1997 年版，第 190 页。

网络通信技术、计算机技术、生物工程技术等高科技的迅猛发展给人类带来了巨大的福祉，但同时也改变了传统生产和生活的形式，增加了民事主体权利受侵害的风险。例如，许多高科技的发明对个人隐私权的保护带来了巨大的威胁，因而有学者认为隐私权变成了“零隐权”（zero privacy）①。科学技术使生命、身体、健康等人格权的保护面临新的挑战，民法通过对人格权的保护，进一步强化对个人人格尊严的保护，形成了民法人文关怀的核心内容。

三、构建中国特色的民法学理论体系

（一）中国特色民法学理论体系的含义

民法学理论体系，是在研究民法及其发展规律的过程中针对民法学中的主要问题，按照一定方法和逻辑顺序所构建的理论体系。民法学理论体系除了服务于法学研究和法学教育之外，还具有促进民法法典化、人文社会科学思想理念的更新、学术的繁荣和发展等功能。不同国家因其历史传统、经济文化和社会制度的不同，民法学理论体系也不同。中国特色民法学理论体系就是对中国民事立法、民事司法具有解释力的理论体系，在内容上以传统民法基本制度为参照，并结合中国的民事立法和实践形成了自己的理论体系。

在体系构建上，自清末变法以来，我国民法全面借鉴甚至照搬了大陆法系国家特别是德国的民法，许多民法的制度和术语均来自欧陆国家。改革开放以来，随着社会经济实践的发展和法治建设进程的推进，中国民法学研究获得了长足的发展。一方面，注重使用抽象的技术性概念，追求制度的逻辑性和体系性，初步形成了具有自身特色的总则、物权、合同、人格权、侵权等理论体系；另一方面，也针对中国现实问题，建构了反映中国国情和服务中国实践的民法学制度。与此同时，比较法的研究以及对审判实践经验的总结都取得了很大进步。在此背景下，我们应当努力构建自己的民法学理论体系，回应社会的现实需要，增强我国在国际民法学界的话语权，增强我国文化软实力和学术影响力。

党的十九大报告提出，“发展中国特色社会主义法治理论”，并提出“保护人民人身权、财产权、人格权。”这为民法学的发展指明了方向。就民法学而言，我们要构建具有中国特色的民法学理论体系，这样一个体系应当立足于中国实践、内生于中国文化传统、回应中国社会现实需求、展示民族时代风貌。尤其需要注

① See A. Michael Froomkin, Cyberspace and Privacy: A New legal Paradigm? The Death of Privacy? 52 Stan. L. Rev. 1461, 2000.

意的是，我国的民法学理论体系应坚持以马克思主义方法论和习近平新时代中国特色社会主义理论为指导，以社会主义法治理论体系为基础，最充分地反映广大人民群众的利益和意愿，反映公平正义的法治理念，以全面保护公民权利、推进社会主义法治为重要目的。

中国特色的民法学理论体系应当随着民法典的编纂而不断深化和发展。由于市场经济的发展和改革开放的深化，对民事立法提出了新要求，我国民法学也应该积极回应实践的需要，适应新挑战，解决新问题，不断满足社会主义市场经济建设和运行的法治需求。尤其是，在转型时期编纂民法典，是一项前所未有的浩大工程，民法学的发展始终要与民法典的编纂和修订相辅相成、相互促进。我国民法学也应随着民法典的编纂，不仅在内容和体系上进一步完善，同时也借助于民法典编纂的契机，积极回应我国的重大理论和实践问题，学习借鉴人类文明的一切优秀成果，努力构建具有中国特色、中国风格、中国气派的民法学术话语体系和理论体系。

（二）中国特色民法学理论体系的特征

1. 本土性。中国特色的民法学应当从中国的实际出发，在结构和内容上应充分回应中国市场经济建设过程中出现的诸种现实问题，其研究对象包括作为市场经济基本规则和市民生活“百科全书”的民法和商法。也就是说，中国民法学理论体系应当植根于中国大地，以中国问题为中心。例如，在公有制基础上实行市场经济，是人类历史上从未有过的伟大实践，物权法理论既要维护公有制，又要依据市场经济的基本规律探索土地等资源进入市场、实行资源优化配置的规律。再如，中国民法应当反映我国优秀的传统文化、善良风俗，从传统道德中汲取营养。我们应当努力构建立足我国国情、解决中国现实问题的话语体系、理论体系，而不能盲目照搬国外的学说和理论。

2. 实践性。法学本身是一门实践性很强的学科，民法更是如此，我国民法学不仅要反映中国的现实，而且要解决现实问题。民法学研究应当来源并服务于中国改革开放的伟大实践，对社会生活中产生的现实问题提出创造性的解决方案，以此为民主法治建设作出贡献。民法学要成为一门治国安邦、经世济民、服务社会的学问，就必须以中国的现实问题为依归，提出科学合理的解决方案，在具体规则适用方面，民法学应当以我国民事法律法规、司法解释为解释对象，通过法律解释方法的妥当运用，搭建法律与现实之间的桥梁，提出能够指导个案裁判的理论建议。在全面深化改革的时代，社会生活快速变化，作为调整社会生活的民事法律规则也应当不断调整和变化，民法学也应不断研究新情况、解决新问题。

3. 包容性。中国特色的民法学应当具有对世界优秀民法文化的开放和包容态度。构建以研究我国现实问题为重心的民法学理论体系并不意味着对异域法律文化的排斥。相反，在全球化背景下，中国民法学体系应当是一个包容世界民法文化精髓的体系，反映人类社会发展进程中面临的共同问题和应对智慧。对人类法律文明的优秀成果，应秉持鲁迅先生所说的，“我们要运用脑髓，放出眼光，自己来拿”①。民法学的研究应当有广阔的视野和开阔的胸襟，广泛借鉴两大法系的先进经验，服务于我国民事立法和司法的需要。为此，我们需要高度重视比较法的研究和外国法的研究，高度重视国际上民商法学的发展趋势。当然，外国的制度、理论，都只能是我们借鉴的素材，最重要的是要从中国实际出发，绝不能完全从希腊、罗马出发，照搬照抄他国经验，离开了本土化的比较法是没有根基的，当然，一味地强调本土性而拒绝借鉴任何域外的先进经验，闭门造车，也是愚昧的、不可取的。

4. 时代性。一方面，中国特色的民法学应当不断地与时俱进，随着我国市场经济的发展而不断发展，并与改革开放相伴而行，不断反映和确认改革开放的成果，为国家的法治改革建言献策。另一方面，民法学也应当反映时代精神、体现时代特征。具体来说，应当不断反映互联网时代、高科技时代、大数据时代的特点，反映经济全球化的发展趋势。例如，网络技术的发展，创造出了多项前所未有的权利类型，人格利益也具有多元性，网络虚拟财产权、个人信息权、信息财产权等都亟须在民法中得到确认和保护；电子商务的快速发展使得电子合同的适用范围日益广泛，其订立、确认、履行等规则也需要继续研究。

5. 科学性。民法学之所以是一门科学，是因为民法本身具有科学的理论体系和科学的研究方法，一方面，经过两千多年的发展，民法学在自身独特的研究对象基础上，已经形成了一些具有共识性的概念、规则和制度，形成了富有逻辑、体系严谨的理论体系。另一方面，民法学以私法自治等原则为基础，构建了自身独特的价值体系，并形成了自身的研究方法，通过这些方法的运用，对同一问题能够相互交流，进而达成具有共识性的结论。进入 21 世纪以后，民法学必须适应与时俱进，在内容和方法上不断创新，以解决现实问题为依归，永葆民法学研究的时代性和科学性。

（三）未来我国民法学的发展

我国民法学的任务，不仅仅是解释法条，也不仅仅是构建概念体系，还应当

---

① 鲁迅：《且介亭杂文》，印刷工业出版社 2001 年版，第 32 页。

以民法规范的适用、民法问题的解决为内容。当前，我国民法学的主要任务应当是：第一，研究民事法律规范的内在规律。把组成民法的法律规范作为一个完整的体系来研究，研究各种民事法律关系、各项民事法律制度及其关系以及与其他部门法的联系，揭示其内在的规律性。第二，总结民事法律规范在适用中的经验。我国民法学还要研究民事法律规范的来源和立法原意，分析大量的判例，总结民法规范在适用中的经验，以正确理解和运用民法。第三，为民事立法提供理论依据。我国民法学还要研究民事立法的问题，通过理论和实践的结合，为我国民事立法提供理论依据。

改革开放以来，民事立法注重保障人的尊严与人身自由，保护公民的财产和人身权益，稳步推进我国民事立法的科学化、体系化等，这实际上也是改革开放四十年来中国民法发展留给我们的丰厚而宝贵的财富，这也为我国民法学今后的发展奠定了基础。未来中国民法学具有如下重要趋势：

第一，民法价值的发展。民法历来以私法自治为基本的价值理念，但进入21世纪以来，尊重与保护人的基本权利已经成为整个国际社会的普遍共识，人文关怀价值已经成为民法的重要价值，主要表现在立法和判例中越来越重视对人格权和其他人身利益的保护，即使在财产交易中，也重视对人格尊严的维护。在人格尊严与私法自治发生冲突的情形下，法律优先保护人格尊严。我国未来民法在理念上，除了强化意思自治以外，还要赋予人的尊严和人身自由以同样重要的价值，并贯彻在民法各项制度和规则之中。在民法典编纂中，应充分考虑社会相对弱势群体一方的利益和诉求，给予相对弱势的一方充分表达自己意思的途径，充分尊重其人格尊严，保障其合法权益。

第二，民法内容的发展。为适应现代市场经济和社会生活发展的需要，民法的物权、债和合同、亲属、继承等都有了重要发展，尤其是出现了两个重要的新的“增长点”：一是人格权制度。为适应21世纪互联网、高科技的发展需要，民事权利呈现从财产到人格的发展趋势，人格权的保护范围不断拓宽，具体人格权的类型不断增多，个人信息权也从传统的隐私权中独立出来。现代科技的高度发展和工业社会的发展，都要求强化对隐私权的保护，隐私权的保护比以往任何时候都更重要。互联网的发展使人格权进一步发展，防止网络侵犯人格权的任务更加艰巨。二是侵权法内容和范围不断扩张，归责原则与救济方式日益多元化。由于现代社会高科技的发展，事故频繁发生，核事故、严重的交通事故和医疗事故、化学品泄漏等都在威胁个人的安全。市场经济的发展导致侵犯消费者权益现象时有发生，食品安全、产品缺陷等导致的侵权日益严重。生态环境日益恶化，环境

污染已经成为严重的社会问题。因此，侵权法调整的范围在不断扩张，其功能不仅在于填补损害，还要积极介入风险源之中，对损害予以预防。这些都使得侵权法和人格权法的发展成为现代民法最为重要的发展趋势。

第三，民法体系的发展。我国民法体系应当随着民法典体系的构建而不断完善，在我国民法典编纂中，关于民法典体系的构建一直存在争议，但鉴于我国立法机关已经颁布了《民法总则》《合同法》《物权法》《侵权责任法》《婚姻法》《继承法》等重要的民事法律，未来民法典应当将这些法律分别纳入其中，通过修改、补充、完善，将其作为民法典的重要一编，同时，应当制定人格权法，并作为民法典分则的重要一编。因而，我国未来民法体系就是在民法总则的统辖下，由民法典分则的人格权、物权、合同、侵权、婚姻、继承以及民事特别法，如知识产权法、公司法、保险法、票据法、破产法等法律所构成的具有内在一致性的民法体系。

第四，民法与相关法律部门的衔接。在现代社会中，民法必须与相关法律部门相互配合、相互借鉴、相得益彰，共同实现对社会生活的有效调整，维护社会的安定有序。民法要以宪法为指导，充分体现宪法的基本精神，具体落实宪法所规定的公民的基本权利。民法要与行政法、刑法相互配合，共同发挥“规范公权，保障私权”的作用。民法要与经济法、社会法合理协作，实现对经济关系和社会关系的综合调整。例如，发生了严重的道路交通事故、爆炸损害事故以后，侵权法的损害赔偿很难对受害人进行全面救济，仍需要多元化的救济机制，通过社会保障制度、商业保险制度、社会救助制度的补充，实现对受害人的全面救济。

第五，民法方法的多样性。传统民法以概念法学为主，注重概念的推导。之后逐渐形成耶林和赫克倡导的利益法学、埃利希倡导的自由法学，这些实际上都是在法律中引入多种分析方法，观察和分析民法的现象。在现代社会大数据时代，大数据不仅为民法学提供了更为可靠的素材，也要求民法学借助于数据分析使得其研究更为精细，并进行社会实证分析。同时，法律本身是一种社会现象，也应借助伦理学方法研究婚姻家庭，借助经济分析方法研究交易法则，借助逻辑分析方法研究规则设计的合理性。跨学科方法的运用，可以增强民商法学研究的科学性和实用性。[①] 此外，随着民法渊源的多样性和开放性发展，案例也将成为民法研究的重要资料和对象。

最后，需要指出的是，我们应当注重民商法学与其他法学学科以及法学以外

① 参见王轶：《对中国民法学学术路向的初步思考》，《法制与社会发展》2006 年第 1 期。

的其他人文社科之间的有效沟通和交流，避免形成“隔行如隔山”的学科壁垒和知识割裂。法学学科的发展还必须加强法学内部各学科的知识融合，加强法学学科与其他学科的知识融合，唯有如此，法学才能形成知识有机关联的学科体系，才能真正融入整个社会科学知识系统之中。

四、学习民法学的具体方法

任何科学都应当遵循一定的方法。“工欲善其事，必先利其器。”方法是达到目的的途径和手段，只有掌握了正确的方法才能学好民法，才能很好地理解民法和运用民法。在互联网和信息化时代，虽然我们可以通过网络等途径方便地获取海量的信息，但这些信息都是碎片化的，很难使我们掌握科学的方法。所以，在深入了解民法的基础上，还应当掌握正确的方法，准确地学习民法。

一是准确掌握民法概念。学习民法学，首先要准确掌握民法概念。民法概念是民法学科大厦的基石。学习民法不是简单地背诵条文，而是要注重对法律概念、法律条文和法律原则的理解、掌握和运用。通过界定民法概念的内涵和外延，准确把握法律条文的意旨。“名者，实之宾也”①。在理解每一个法条的含义时，应当准确把握其所涉及的法律概念的内涵和外延，如果法律概念把握不准确、思路混乱，则很难准确理解、适用法律条文以及其背后的法律规则。对法律概念的认识模糊不清甚至理解错误的人，是不可能形成正确的法律思维的。②

二是娴熟地运用类型化和体系化的研究方法。所谓类型化研究方法，就是通过分类的方式来实现对具体问题的分析。考夫曼指出，“所有的法律思维都是类型思维”。③ 通过类型化思维，可以揭示民法现象的本质，认识民法在调整社会关系过程中的规律。例如，诚实信用的概念是较为抽象的，如果在具体个案中将其类型化，转化为情事变更、禁止权利滥用、禁止获取非法利益等具体的法律规则，则可以提高其适用的准确性和针对性，这也反映了类型化研究方法在法律思维中的重要性。体系化研究方法也是法律思维和研究的基本方法，可以说，没有体系就没有法律。所谓体系化，则是源于马克思主义经典著作经常强调的事物间普遍联系的观点。“如同自然科学一样，法学也具有高度的系统性。从法律的一般材料中经过科学研究所得出的原则，用复杂的组合形成一个体系，以后一旦发现新的

---

① 《庄子·逍遥游》。

② 韭开军：《法官思维：个性与共性及其认识误区》，《中国法学》2010 年第 6 期。

③ [德] 考夫曼：《类推与“事物的本质”》，吴从周译，学林文化事业有限公司 1999 年版，第 119 页。

原则就归并到这个体系中去。"① 民法本身就是体系化的产物，在法典化的情形下，法典化就是体系化。只有借助于体系化的方法，才能准确把握民法的精髓，并在此基础上构建完整的民法典。例如，无权处分他人财产，既涉及合同法上的违约行为，又涉及债法中的不当得利返还、侵权损害赔偿等。如果缺乏体系化的研究方式，观察者的视野可能只是局限于某一个部门或某一个制度之中，这可能导致观察者"一叶障目，不见泰山"，无法理解该问题在民法中的真正性质。

三是重视运用逻辑的方法。逻辑的方法是指运用演绎推理、归纳推理等形式逻辑的方法进行法律思维。张岱年先生认为，中国传统思维方法的重大缺陷是重视整体思维，缺乏逻辑思维。② 其实，逻辑思维是法律人的重要思维方式。法学研究是依据传统的形式逻辑方法进行的，而逻辑推理贯穿于法学研究的全过程。这样一个过程也是体系构建的最基本的方法。③ 而在法律推理的过程中，法律人也应当在三段论的框架内进行逻辑推理，重视概念和规则的逻辑性，注重说理论证中的逻辑性。

四是掌握法律解释的方法。法谚云："法律非经解释不得适用"。法律解释方法就是对法律条文进行研究，确定其含义的方法。在这个意义上，法律解释的方法也是法学研究的方法。例如，文义解释、体系解释、目的解释等，都是学习和研究民法的基本方法。法律解释方法也是法学研究的主要方法，因此，法律解释学也常被称为法学方法论。

五是注重借鉴经济学、社会学、哲学、历史学、心理学甚至统计学等其他社会科学的研究方法。法学与其他社会科学具有密切的联系，它和其他社会科学一样，都是为了观察、理解和解决社会问题。因此，法学的研究和学习也应当借助于其他社会科学的方法。例如，社会学的重要研究方法是实证研究。在民法学的研究中，也应当注重这一方法。这种方法的特点就是强调通过观察、经验或者试验来发现真实的世界。也只有通过这样的实证考察，我们才能够摆脱"僵化的法条"的束缚，逐渐形成"活跃的法学"文化。④

---

① ［美］约翰·亨利·梅利曼：《大陆法系》（第二版），顾培东、禄正平译，法律出版社 2004 年版，第 66 页。

② 张岱年：《文化与哲学》，教育科学出版社 1988 年版，第 208 页。

③ 参见［美］约翰·亨利·梅利曼：《大陆法系》（第二版），顾培东、禄正平译，法律出版社 2004 年版，第 68 页。

④ 参见刘尚志、林三元：《从"僵化"的法条到"活跃"的法学：台湾法学实证研究发展现状之分析》，刘尚志、陈惠馨主编：《第二届全国法学实证研究研讨会问题》，第 202 页。

第一章 民法总论

第一节 民法概述

一、民法的概念

民法作为调整平等主体之间财产关系与人身关系的法律，在各国法律体系中都占据着重要地位。近代一些大陆法系的国家所使用的“民法”① 一词，皆由罗马法上的市民法（jus civile）转译而来。中文“民法”一词是由日文转译而来的。

“民法”一词可以从两方面理解：一是形式意义上的民法，即民法典。民法典是指按照一定的体系结构将各项基本的民事法律制度加以系统编纂而形成的规范性文件。民法典是体系化、系统化的产物，满足了形式理性的要求，所以民法典属于民事法律中最高形式的成文法。在大陆法系国家的法律体系中，民法作为规范市民社会的基本法，具有仅次于宪法的地位，它确立了各类主体的基本行为规则，是“社会生活的百科全书”，确定了市场经济运行的基本条件，所以也有“小宪法”之称。也正因为民法在大陆法系国家的法律体系中居于如此重要的地位，大陆法系也被称为民法法系。二是实质意义上的民法，即所有调整民事关系的法律规范的总称，它包括民法典和其他民事法律、法规。我国虽然尚未制定民法典，但改革开放以来，颁布了《民法通则》《合同法》《物权法》《侵权责任法》《婚姻法》《继承法》等重要的民事法律，尤其是第十二届全国人大第五次会议审议通过了《民法总则》，极大地完善了我国的民事立法。同时，国务院也颁布了一些重要的民事法规，最高人民法院也相继出台了一系列的司法解释。因此，在我国虽然不存在着形式意义上的民法，但是存在实质意义上的民法。

我国《民法总则》第2条从民法的调整对象和任务的角度，给民法下了一个定义，即民法是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的法律规范的总和。这一定义科学地揭示了我国民法调整的社会关系的范围和任务，从而明确地划定了民法与其他法律部门的界限，解决了长期以来学理上对民法定义的争论。该条文确立了我国民法统一调整平等主体之间的财产关系，而平等主体之间的财产关系实质上就是指商品关系或交易关系，因此，无论是何类民事主体，只要它们以平等的民事主体的身份从事交易，就应当遵循民法的规范，并受民法的调整。

---

① 法语为 droit civil，英语中为 civil law，德语为 Bürgerliches Recht，荷兰语为 Burgerlyk Regt。

《民法总则》第2条实际上也确立了我国的民商合一体制。商法又称商事法，形式上的商法专指在民法典之外的商法典以及公司、保险、破产、票据、海商等单行法，而实质上的商法则是指一切有关商事的法律规范。关于民法和商法的关系历来存在着民商合一和民商分立的观点。所谓民商合一，就是指制定一部民法典，将其统一适用于各种民商事活动，不再单独制定商法典；民商分立则意味着严格区分民法与商法，在民法典之外还要制定单独的商法典。我国历来采用民商合一体制。从我国《民法总则》的规定来看，其并未根据主体或行为的性质区分普通民事主体和商事主体，并在此基础上规定不同的行为规则，即我国民法不区分民商事关系，这种做法符合现代民事立法的趋向，消除了民商分离所产生的法律冲突的弊端。在《民法总则》确定的民商合一体制下，商法是作为民法的特别法而存在的，并未与民法相分离而独立存在。

二、民法的任务

依据《民法总则》第1条，我国民法的任务主要包括如下几点：

（一）保障民事权益

制定民法典的首要目的是要保护民事主体的合法权益。民法典常常被称为“私权保护法”“民事权利的宣言书”。它以确认、保障民事权益为基本宗旨。《民法总则》通过构建完整的民事权利体系，强化了私权保障，也为法治建设奠定了重要的基石。法治的基本价值是“规范公权，保障私权”。法律的主要功能在于确认权利、分配权利、保障权利、救济权利，其价值在于保障私权、限制公权。《民法总则》构建了民事权利体系，弘扬了私权神圣和私法自治，强化了对人格尊严价值的保障，这些都为中国的法治建设提供了坚实基础与有力保障。

（二）调整民事关系

民法之所以能够成为我国最重要的法律部门之一，首先是因为它具有特定的调整对象，即调整平等主体之间的人身关系和财产关系。由于民法调整对象的特殊性，决定了其主要通过任意法规范赋予当事人以私法自治的权利（主要是通过民事法律行为），并以此种方式调整平等主体之间的社会关系。还要看到，特定的调整对象决定了特定的调整方法。民法调整对象的特殊性决定了它要采用平等、有偿、自愿等调整方法，并以私法自治作为其基本的价值理念。

（三）维护社会和经济秩序

民法典被称为市民社会的百科全书和市场经济的基本法。民法调整的人身关系和财产关系涉及社会生活的方方面面，直接关系到人民群众的切身利益和社会

的生产生活秩序，同每个民事主体都密切相关。民法通过规定完善的民商事法律制度的基本规则，引领经济社会发展，更好地平衡社会利益、调节社会关系、规范社会行为，维护社会经济秩序。例如，民法所确认的财产权制度，就是维护社会和经济秩序的基本制度。中国古代就有“一兔走，百人追之；积兔于市，过而不顾，非不欲兔，分定不可争也”的说法。产权的目的就是明确财富的归属，明晰权利的主体，进而可以达到定分止争的效果。财富归属上的安定性是人类社会生活的前提，是人类的基本安全，也是保证人格发展的必要前提。完善产权保护制度是推动经济持续健康发展的保障。保护产权就是要形成恒产恒心。

（四）适应中国特色社会主义发展要求

民法作为上层建筑，是服务于经济基础的。中国特色社会主义是在中国共产党领导下，立足基本国情，以经济建设为中心，坚持四项基本原则，坚持改革开放，解放和发展社会生产力。我国《宪法》确认了以公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度，同时规定国家实行社会主义市场经济。民法典被称为市场经济的基本法，其必然要维护我国基本经济制度，适应中国特色社会主义发展要求，促进社会经济的健康、有序发展。民法通过全面确认和保障私权而起到有效规范公权的作用，为国家治理的现代化奠定了制度基础。民法贯彻“私法自治”的精神，对私权的行使采取“法无禁止即可为”的原则，可以充分发挥个人在现代社会治理中的作用。

（五）弘扬社会主义核心价值观

社会主义核心价值观是社会主义核心价值体系的内核。核心价值观是中华民族赖以维系的精神纽带和思想道德基础，是每一个中国人的精神给养，也是我们的宝贵精神财富和强大精神力量。《民法总则》第1条开宗明义地指明，我国民法典的立法目的之一，是要弘扬社会主义核心价值观。将社会主义核心价值观融入全过程，弘扬中华民族传统美德，强化规则意识，增强道德约束，倡导契约精神，弘扬公序良俗。[①] 再如，《民法总则》确认了公平原则，要求民事主体合理确定其权利义务，避免当事人之间的权利义务失衡。这一原则实际上是“公正”价值的重要体现。总之，民法通过其基本原则、具体制度和规则的构建，为弘扬社会主义核心价值观发挥了重要作用。

三、民法的调整对象

民法的调整对象就是民法规范所调整的各种社会关系。根据《民法总则》第2

① 李建国：关于《中华人民共和国民法总则（草案）》的说明。

条的规定，我国民法调整平等主体之间的人身关系和财产关系。民法调整的社会关系的本质特点在于其为平等主体之间的关系。所谓平等主体，是指主体以平等的身份介入具体的社会关系，而不是在一般意义上判断主体间的平等性。例如，政府和公民虽然在一般意义上不是平等关系，但只要在其相互间发生买卖、租赁、承揽等关系，其法律地位就是平等的，并应受民法调整。

民法调整对象的平等性主要表现在：第一，当事人参与法律关系时，其地位是平等的，任何一方都不具有凌驾或优越于另一方的法律地位。正是法律地位的平等，决定了当事人必须平等协商，不得对另一方发出强制性的命令或指示。第二，适用规则平等。任何民事主体参与民事活动都要平等地受到民事法律的拘束，不享有法外的特权，不能凌驾于法律之上，即“法律面前人人平等”。第三，权利保护平等。在任何一方的权利受到侵害之后，他们都应当平等地受到民法的保护和救济。

（一）民法调整平等主体之间的人身关系

所谓人身关系，是指没有直接的财产内容但有人身属性的社会关系。人身关系包括两类：

1. 基于自然人、法人和非法人组织的人格产生的人身关系。这些关系在民法上表现为自然人和法人的人格权，包括自然人的生命权、身体权、健康权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私法、婚姻自主权等权利，以及法人、非法人组织的名称权、名誉权、荣誉权等权利，此外，凡是属于《民法总则》第109条所规定的自然人的人身自由、人格尊严范畴的人格权益，都属于因人格而产生的人身关系。

2. 基于自然人、法人和非法人组织的一定身份产生的人身关系。身份关系是人们基于彼此间的身份而形成的相互关系。本书认为，可以将身份界定为民事主体在特定的社会关系中所具有的地位，具体包括：一是在亲属关系中的地位。这类关系在民法上表现为公民的身份权，包括夫妻之间、父母子女之间、有扶养关系的祖父母与孙子女或外祖父母与外孙子女之间依法相互享有的身份权，以及因监护关系产生的监护权等。二是基于知识产权获得的地位。例如，自然人、法人和非法人组织通过智力创作活动取得著作、专利、商标而享有的人身权，以及公民享有的发现权和发明权中的人身权。

民法在调整人身关系时贯彻人本主义，其基本理念就是强调人格平等、人格自由和人格尊严。民法调整的人身关系具有如下特点：一是非财产性。人身关系不能直接表现为一种财产利益，它体现的是人们在精神上和道德上的利益。尽管在市场经济条件下，某些人身关系也可以转化为财产利益，或者在受到侵害时可以采用财产补偿的方式，但是人身关系本身不以财产为客体，也不以财产为内容。

二是专属性。人身关系中所体现的利益与人身是很难分离的。尽管有一些人身权的内容可以由权利主体转让，但与财产权相比较，人身权的专属性更为突出。总体上说，人身权作为一种整体性的权利是不能转让的。① 三是人格关系的固有性。人格关系中的利益大多是民事主体必需的利益，例如，生命、健康是民事主体与生俱来、终身享有的，否则，民事主体就很难享有人格独立与自由，甚至难以作为主体而存在。当然，身份关系不一定具有固有性。

民法对人身关系的调整，在价值上具有优先性，贯彻人本主义精神，其基本理念就是关爱人、尊重人，维护个人的人身自由和人格尊严。因此，《民法总则》第2条在规定民法的调整对象时，将人身关系置于财产关系之前，这也体现了对人身关系的重视。

（二）民法调整平等主体之间的财产关系

所谓财产关系，是指人们在产品的生产、分配、交换和消费过程中形成的具有经济内容的关系。财产关系是以社会生产关系为基础的，涉及生产和再生产的各个环节，包括各类性质不同的关系。民法所调整的财产关系只是发生在平等的民事主体之间的财产关系。

平等主体间的财产关系包括财产归属关系和财产流转关系。财产归属关系是指财产所有人和其他权利人因占有、使用、收益、处分财产而发生的社会关系。财产流转关系是指因财产的交换而发生的社会关系。财产归属关系往往是发生财产流转关系的前提条件，财产流转关系通常又是实现财产归属关系的方法。

民法调整的财产关系的重心是交易关系。所谓交易，是指独立的、平等的市场主体就其所有的财产或利益进行的交换。在民法上，交易的表现形式多种多样，其普通形式是合同，其特殊形式是侵权损害赔偿和不当得利返还等。为了适应交易关系调整的需要，产权的确认和保护十分必要。

四、民法与其他部门法的关系

（一）民法和宪法

宪法是国家根本大法，具有最高的法律效力。宪法与民法是不同的法律部门，但两者之间存在密切的联系：一方面，作为国家根本法的宪法，是民法的制定依据，尤其是，宪法关于公民基本权利的规定是民事权利的上位法依据。我国《民法总则》第1条明确规定，“根据宪法，制定本法”，这表明民事立法以宪法为指

① 参见张俊浩主编：《民法学原理》，中国政法大学出版社1991年版，第138页。

导。另一方面，宪法对于民法的解释和适用也具有重要的指导意义。在一些国家，法官可以直接援引宪法的精神解释民法规则，借助于“基本权利的第三人效力”“基本权利对民法的辐射作用”等原理，直接以宪法规范来保护基本权利。在我国，虽然宪法尚不具有可司法性，法官也不能直接援引宪法裁判民事案件，但在司法实践中，法官仍然可以以宪法作为价值指导，选择适用民法裁判规则，并对民法规范进行合宪性解释，也可以援引宪法作为论证依据。

但作为两个不同的法律部门，民法和宪法也存在较大的区别，宪法在本质上是公法，主要调整国家和公民之间的关系；民法属于私法，主要调整平等主体之间的人身关系和财产关系。而民法作为重要的法律部门，其具有贯彻宪法规则与原则的作用。宪法义务虽然对公民也有约束力，但宪法所设定的许多义务主要是针对国家的，并不能直接规制公民的行为，而是要求国家机关制定相关的法律法规，为公民的行为规范提供法律依据。民法所设定的义务主要是针对民事主体，每个民事主体都负有遵守的义务。基于这一原因，民事主体违反民法义务时并不一定导致其违反宪法义务。

（二）民法和行政法

行政法就是国家通过各级行政机关管理国家政治、文化、教育、劳动人事、卫生等事务的法律规范的总和，是国家发挥其组织、指挥、监督和管理职能的法律形式。行政法是我国法律体系中的一个重要部门。它是规范和控制行政权的法律规范的总称。

尽管民法与行政法之间存在一定的交叉和融合，但两者之间存在明显的区别。从本质上来说，行政法属于公法的范畴，民法属于私法的范畴。两者存在如下几个方面的区别：一是调整对象不同。行政法所调整的行政关系与民法所调整的一定范围的人身关系和财产关系是不同的，行政关系主要是根据国家意志产生的，国家对各个领域的组织、指挥、监督和管理都体现了国家权力的运用。而民事关系主要是基于民事主体的自主自愿而产生的，是平等主体间的关系，遵循平等、自愿、等价有偿的原则。二是行政法是控制和规范行政权的法。它是控制公权力行使的法，其产生是为了保障依法行政。而民法是保障私权的法。它通过确认保障自然人、法人等的人身权和财产权，来维护公民、法人的合法权益，鼓励人们从事广泛的民事行为，促进社会经济的发展。三是规范的性质不同。行政法大多是一些程序性的规定，主要是通过行政组织法来控制行政权的权源，通过行政程序法规范行政权行使的方式①。但民法规范主要是实体规范，民法以规定民事主体

① 参见姜明安：《行政法》，北京大学出版社2017年版，第37页。

的权利义务为主要内容。四是调整方法不同。民法具有任意性，由于民法以意思自治为原则，所以民法中的大多数规范，特别是债和合同法规范体现了较强的任意性特点，当事人的意思可在合法的前提下优先于任意法而适用。而行政法具有强制性，一般不允许当事人通过协商来改变法律的规定。

（三）民法与经济法

关于经济法的概念，学界众说纷纭，存在不同观点，本书认为，经济法实际上就是经济行政法，它是国家权力作用于经济生活，由国家行政机关对经济实行组织、管理、监督、调控的法律规范的总称，它是实现国家宏观调控政策的工具。经济法在内容上主要包括预算法、价格法、中国人民银行法、反不正当竞争法、反垄断法、企业所得税法、个人所得税法、车船税法、税收征收管理法、农业法、农产品质量安全法等法律。民法和经济法的根本区别在于，民法采取平等、自愿、公平、诚实信用、公序良俗的原则调整平等的民事主体之间的横向财产关系和人身关系。而经济法则采取国家干预经济的原则调整国家机关与企业事业单位和公民之间的纵向经济关系，其宗旨在于克服市场自身的弱点和消极作用，维护公平的竞争秩序，实现政府对经济的宏观调控。经济法主要调整经济管理关系，在性质上属于公法；民法不仅调整平等主体之间的财产关系，还调整平等主体之间的人身关系，其性质为私法。

（四）民法和社会法

社会法是调整个人基本生活权利保障而衍生的相关社会关系的法律规范的总称。社会法是近几十年发展起来的、跨越公法和私法的法律部门，其内容主要包括劳动法、社会保障法、社会救助法等法律。社会法以保护社会大众和弱势群体为宗旨，在缓和社会矛盾、维护社会稳定方面发挥着重要的作用。

社会法和民法的主要区别在于，第一，从法律性质上说，民法是私法，以维护民事主体的私人利益为主要目标，尽管现代民法已经从个人本位向社会本位演进，也加强了对私人关系的干预，以维护社会公共利益，但毕竟民法维护的主要还是私人利益。而社会法作为以维护社会公共利益为其主要目标的法律，在性质上并不是私法，它的目的在于建立较为完备的社会保障制度，维护社会全体成员的共同福利，谋求社会大众共同福利的增进，因此其与民法的性质不同。第二，民法以私法自治为原则，表现出较强的任意法的特性。而社会法主要是强行法，它不允许当事人之间自由设立权利义务。例如，就社会保险而言，尽管存在自愿险，但更多的是法定的强制险。当然，社会法中也有自治的内容，如劳动合同中部分内容也允许当事人自由约定。第三，民法注重维护形式正义，而社会法则注

重维护实质正义。民法调整的是平等主体之间的关系，而社会法不以平等主体之间的社会关系为起点，而是以实质平等的价值理念来构建其规则体系的，尤其是注重保护弱势群体的权益。第四，民法的许多规则，如债与合同、物权制度、知识产权制度等，都具有创造财富的功能，而社会法主要体现满足社会成员的基本生活需要的财富分配功能。第五，社会法以保护公民的生存权为目标，即实现社会保障的根本目的就是为了使公民获得基本的生存条件。而民法不仅要保护民事主体的生存权，而且要保护民事主体参与市民生活所应当享有的各种权利。①

（五）民法与民事诉讼法

民事诉讼法是用来调整当事人、人民法院及其他诉讼参与人之间实施诉讼活动以及由此形成的诉讼关系的法律规范的总称。马克思曾经指出："诉讼和法二者之间的联系如此密切，就像植物外形和植物本身的联系，动物外形和动物血肉的联系一样。使诉讼和法律获得生命的应该是同一种精神，因为诉讼只不过是法律的生命形式，因而也是法律的内部生命的表现。"② 可见，民法和民事诉讼法是相互依赖、密不可分的。一方面，民法所规定的实体规则在很大程度上决定了民事诉讼法的规则设计。例如，就侵权责任而言，民事诉讼法所规定的举证责任分配规则应当以侵权责任法的规定为基础。另一方面，民事诉讼法可以从程序上起到对民事权利的全面保障作用，为民事权利提供了规则化、体系化的程序保护规则。

当然，作为不同的法律部门，民法和民事诉讼法也存在如下区别：第一，性质不同。民事诉讼法是程序法，旨在规范民事主体实现其民事权利的民事诉讼程序；民法是实体法，旨在规范民事主体之间实体的民事权利义务关系。与此相应，民法属于私法，而民事诉讼法属于公法，因为后者以规范国家司法权的行使作为其重要内容。第二，调整对象不同。民法调整民事主体之间的人身关系和财产关系，而民事诉讼法是调整民事诉讼活动和民事诉讼关系的法律。民法主要调整实体权利义务关系，而民事诉讼法主要规范当事人、人民法院和诉讼关系人实施的民事诉讼法律关系。民法主要是任意法，以当事人意思自治为原则，而民事诉讼法为强行法，采纳程序法定主义。第三，从立法目的来说，民事诉讼法以保护民法上的实体权利为目的。当事人在通过诉讼方式维护自身权利时，应当遵循民事诉讼法所规定的程序。

五、民法的渊源

民法的渊源是指民事法律规范借以表现的形式，它主要表现在各国家机关根

① 参见林嘉：《社会保障法的理念、实践与创新》，中国人民大学出版社 2002 年版，第 23 页。
② 《马克思恩格斯全集》第 1 卷，人民出版社 1995 年版，第 287 页。

据其权限范围所制定的各种规范性文件之中，包括裁判规则和行为规则两个方面。

（一）宪法

宪法是国家的根本法，具有最高的法律效力。它是民事法律制定的依据，宪法中关于社会主义建设的方针和路线的规定、关于财产所有制和所有权的规定、关于公民基本权利和义务的规定等，都是调整民事关系的重要法律规范，也是《民法总则》和各种单行民事法规制定时必须遵循的法律依据。在民事审判中，尽管法官不能直接援引宪法规定裁判，但宪法对民法的解释和适用也具有重要的指导意义，从这个意义上说，宪法也可以成为民法的渊源。

（二）民事法律

民事法律是由全国人民代表大会及其常委会制定和颁布的民事立法文件，是我国民法的主要表现形式。目前我国已经颁布的基本民事法律除《民法总则》外，还包括《合同法》《物权法》《侵权责任法》《涉外民事关系法律适用法》《婚姻法》《收养法》《继承法》等一系列重要的民事法律。可见，我国民事法律的基本规则已经建立，但仍然需要制定一部民法典予以完善。

（三）国务院发布的行政法规

国务院是最高国家行政机关，它可以根据宪法、法律和全国人民代表大会常务委员会的授权，制定、批准和发布法规、决定和命令，其中有关民事的法规、决定和命令，是民法的重要表现形式，其效力仅次于宪法和民事法律。例如，2007年1月31日国务院颁布的《商业特许经营管理条例》、2011年1月21日国务院颁布的《国有土地上房屋征收与补偿条例》等都是重要的民法的渊源。

（四）最高人民法院的司法解释

全国人民代表大会常务委员会《关于加强法律解释工作的决议》第2条规定："凡属于法院审判工作中具体应用法律、法令的问题，由最高人民法院进行解释。"《人民法院组织法》第32条也规定了这种解释权。从法理的角度来看，司法解释并不属于法律体系的组成部分，但在司法实践中，司法解释已经成为我国各级审判机关在处理具体案件中的裁判规则，已经成为民法渊源。

（五）地方性法规、自治条例、单行条例和行政规章

地方性法规、自治条例、单行条例是指地方各级人民代表大会、地方各级人民政府、民族自治区的自治机关，在宪法、法律规定的权限内所制定、发布的规范性法律文件。这些法规虽然在效力范围上具有从属性，且在适用范围上具有地域局限性，但它们是地方国家权力机关依据宪法的授权而制定的法规，同样具有法律效力，其中调整民事关系的内容属于民法的渊源。

国务院各部委依据法律、行政法规所制定的规范性文件，称为行政规章。在民事裁判中不可以直接援引规章作为裁判依据，但根据审理案件的需要，经审查认定为合法有效的规章，可以作为裁判说理的依据。需要指出的是，地方性法规、行政规章不能作为判断合同效力的直接依据。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）》第4条规定："合同法实施以后，人民法院确认合同无效，应当以全国人大及其常委会制定的法律和国务院制定的行政法规为依据，不得以地方性法规、行政规章为依据。"

（六）国际条约和国际惯例

国际条约是两个或两个以上的国家或地区就政治、经济、贸易、军事、法律、文化等方面的问题确定其相互权利义务关系的协议。国际条约的名称包括条约、公约、协定、和约、盟约、换文、宣言、声明、公报等。国际惯例也称为国际习惯，分为两类：一类为属于法律范畴的国际惯例，具有法律效力；另一类为属于非法律范畴的国际惯例，不具有法律效力。①《民法通则》第142条规定："涉外民事关系的法律适用，依照本章的规定确定。中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同中华人民共和国的民事法律有不同规定的，适用国际条约的规定，但中华人民共和国声明保留的条款除外。中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的，可以适用国际惯例。"可见，我国签订或加入的国际条约以及国际惯例也可以成为我国民法的渊源。

（七）不违背公序良俗的习惯

在我国，习惯作为民法的渊源是受限制的，只有经国家认可的习惯，才具有民法渊源的意义。所谓习惯，是指当事人所知悉或实践的生活和交易习惯。习惯要成为民法渊源，其应当具有长期性、恒定性、内心确信性以及具体行为规则属性，且不违反法律、行政法规的强制性规定和公序良俗。《民法总则》第10条规定："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。"依据该条规定，习惯要成为民法渊源，并成为裁判的依据，其必须经过"合法性"判断，即不得违反法律的强制性规定和公序良俗。

六、民法的基本原则

民法的基本原则是民法的主旨和基本准则，是制定、解释、适用和研究民法的出发点，它贯穿于整个民法制度和规范之中，是民法的本质和特征的集中体现，

① 参见黄进：《国际私法》，法律出版社1999年版，第82页。

也是高度抽象的、最一般的民事行为规范和价值判断标准。民法的基本原则虽不直接涉及当事人的具体权利、义务，但仍然具有广泛的适用范围。从规范的性质来看，民法上关于基本原则的规范是强行性规范，不允许当事人排除适用。

（一）民事权益受法律保护原则的内涵

《民法总则》第3条规定："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。"这就确立了民事权益受法律保护的原则，该原则包括如下几方面内涵：

第一，民法主要保护人身、财产等权益。《民法总则》系统全面地规定了民事主体所享有的各项人身、财产权益。例如，该法对知识产权的客体进行了详尽地列举，扩张了知识产权的保护范围，进一步强化了对知识产权的保护。当然，从《民法总则》的规定来看，其所保护的民事权益范围虽然非常宽泛，但并非所有的权益都受到民法的保护，一些公法上的权利，如劳动权、受教育权，主要受公法保护，民法保护的主要是私权，其中以人身、财产权益为基本内容。

第二，民法不仅保护权利，而且保护利益。《民法总则》第3条采用"其他合法权益"这一表述，这就意味着，不论是权利还是利益，都受到法律保护。这为将来对新型民事权益的保护预留了空间，保持了民法总则规则的开放性。

第三，对新型民事权益进行保护。在民事权益受法律保护原则的指导下，《民法总则》强化了对新型民事权益的保护，体现了当代中国的时代特征，回应了当今社会的现实需求。例如，该法针对互联网和大数据等技术发展带来的侵害个人信息现象，《民法总则》规定了个人信息的保护规则，维护了个人的人格尊严，并将有力遏制各种"人肉搜索"、非法侵入他人网络账户、贩卖个人信息、网络电信诈骗等现象。

第四，在民事权益受到侵害时，民法主要通过民事责任对权利人进行救济。在权利人的权利受到侵犯时，权利人可以依法请求有关行政机关给予保护，也可以诉请人民法院或仲裁机关予以判决或仲裁。

（二）平等原则

所谓平等原则，是指民事主体的法律地位是平等的，其合法权益应当受到法律的平等保护。《民法总则》第4条规定："民事主体在民事活动中的法律地位一律平等。"民法的平等原则集中反映了民法所调整的社会关系的本质特征，体现了民法的调整对象和调整方法的特点，也充分反映了市场经济的本质要求。因为市场经济最本质的特征就体现在主体之间的平等性上。同时，平等原则也充分体现了现代法治的基本精神，有助于社会主义的政治文明建设。平等原则主要包括如

下内容：

第一，人格平等。人格平等就是在法律上不分尊卑贵贱、财富多寡、种族差异、性别差异，而一律认为人与人的抽象人格是平等的。民事权利能力与生俱来，为公民终身享有，并且在范围上是平等的。《民法总则》第14条规定："自然人的民事权利能力一律平等。"除法律特别规定的以外，任何单位和个人不得限制和剥夺公民的民事权利能力。

第二，当事人在具体的法律关系中的法律地位平等。在民事法律关系中，尤其是在合同关系中，当事人的法律地位是完全平等的。平等原则还表现在民事主体在民事法律关系的产生、变更和消灭上必须平等协商，任何一方当事人不得将自己的意志强加给另一方当事人。民法规则应当平等地对待所有的民事主体，当然，在特定的法律关系中，法律也可能对特定主体的利益进行倾斜保护，例如，在消费者保护领域，法律一般会侧重保护消费者的合法权益。

第三，在补救方法上，也要充分贯彻平等性。无论民事主体在所有制、经济实力等方面存在何种差异，当其权利受到侵害时，法律都给予一体保护。民事主体地位的平等性决定了在民事责任方式上，应当贯彻损失填补原则，以弥补受害人的损失为宗旨，一般不能对加害人的行为施以类似于公法上的惩罚性措施。当然，在追究了民事责任以后，并不影响追究违法者其他公法上的责任，这两种责任并行不悖。

应该指出，民事主体在法律地位上的平等，不等于在具体的民事法律关系中，每个当事人所享有的具体的民事权利和承担的民事义务都是一样的。在具体的民事法律关系中，各个当事人根据法律和自身的意志，享有不同的权利和义务。

（三）意思自治原则

意思自治也称为私法自治，是指民事主体依法享有在法定范围内广泛的行为自由，并可以根据自己的意志产生、变更、消灭民事法律关系。在《民法总则》中，该原则被称为"自愿原则"，该法第5条规定："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。"尽管该原则在民法的各部分（如身份法和财产法、物权法和债权法）中的体现程度不同，但意思自治原则作为民法的一项基本原则，贯彻于整个民法之中，体现了民法最基本的价值理念。在私法领域，"法无禁止皆自由"。所有公法不加以禁止的范围，均由私法主体进行意思自治。

意思自治原则是私法任意性特点的集中体现。也就是说，当事人可以约定相互之间的权利义务，只要不违反法律的强制性规定和公序良俗，这一约定就是有

效的。由于民法贯彻意思自治原则，所以，其大多数规范都属于任意性规范。这种任意性的特点赋予市场主体以法定范围内广泛的行为自由，减少了国家的干预，从而能够激发市场主体的活力，使其能够广泛地从事各种交易和创造财富的活动。因此，这一原则奠定了民法作为市民社会基本法的地位。

意思自治的实质就是允许当事人在法律规定的范围内，自主决定自己的事务，自由从事各种民事行为，最充分地实现自己的利益。它具体包括如下几个方面：一是当事人有权依法从事某种民事活动和不从事某种民事活动。也就是说，在民事领域中，除了法律另有规定之外，当事人是否从事某种行为，是否行使某种权利，应当完全由当事人自由安排。二是当事人有权选择其行为的内容和相对人。当事人可以通过平等协商的方式，为自己设定权利和承担义务，当客观情况发生变化以后，可以依法变更权利和义务的内容。当事人之间的协议一经合法成立，就具有法律效力，并可以改变民法的任意性规定。三是民事主体有权选择其行为的方式。除法律另有规定之外，民事主体有权选择自己从事民事法律行为的方式。四是民事主体有权选择救济方式。通常情况下，受害人能够选择对自己最为有利的责任方式，即便受害人选择不适当，除非其受到了不正当的影响，否则也应当由该受害人自己负担不利的后果。

当然，任何意思自治都不是绝对的自由，而是相对的、有限制的自由。在19世纪，由于个人主义思潮的盛行，意思自治原则曾经被绝对化，但自20世纪以来，随着国家加强了对经济领域的干预，私法自治原则受到了越来越多的限制。近代民法的三大原则①都已经受到不同程度的限制，尤其是对合同自由或契约自由的限制表现得尤为突出。

（四）公平原则

所谓公平原则，是指民事主体应本着公平的观念实施民事行为，司法机关应根据公平的观念处理民事纠纷，民事立法也应该充分体现公平的理念。《民法总则》第6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。"这就在法律上明确确认了公平原则。公平原则的特点表现为：

第一，公平原则本身是民事活动的一项基本原则。民事主体在从事民事活动的过程中，应当按照公平的观念正当行使权利和履行义务。例如，在合同订立后，应当从顾及对方当事人的利益的角度出发，进行充分的准备。在权利的行使过程中，要充分顾及他人的利益，不得滥用权利。

---

① 近代民法的三大原则是指：所有权神圣不可侵犯，契约自由，过失责任。

第二，公平原则是民事活动的目的性的评价标准。这就是说，任何一项民事活动，是否违背了公平原则，需要从结果上根据是否符合公平的要求来进行评价。如果交易的结果造成当事人之间极大的利益失衡，除非当事人自愿接受，否则法律应当作出适当的调整。所以公平原则更多地体现了实质正义的要求。

第三，公平原则是法官适用民法应当遵循的重要理念。法谚云："法律是善良公平之术"，而民法最充分地体现了公平正义的要求，这是民法最基本的价值理念。法官应当依据社会的一般公平正义观念进行司法活动。不过，正是因为公平原则过于抽象，所以它只能作为一种理念，而不能替代具体的民法规则。

公平原则作为一种基本的价值理念，应当体现在立法、司法及法学研究中。公平原则也是一项重要的司法原则，既适用于合同责任，也适用于侵权行为责任。公平原则也是一项"弹性"很强的原则，该原则给予司法人员一定的自由裁量权，使其能够针对案件的具体情况，公平合理地处理民事纠纷。

（五）诚实信用原则

诚实信用原则是指民事主体在民事活动中应当诚实、恪守信用，并依照善意的方式行使权利、履行义务。该原则常常被称为民法（特别是债法）中的最高指导原则或"帝王规则"。诚实信用原则从道德规范到被确认为法律原则以后，已成为法律上一项重要原则。《民法总则》第7条规定："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。"这就在法律上确认了诚信原则。诚实信用原则具有如下内容和功能：

一是确立行为规则的功能。所谓秉持诚实，是指当事人要真实、真诚，在合同订立中，要如实披露相关订约信息，告知相关真实情况，不坑蒙拐骗，不欺诈他人。在物权的行使中，也要秉持诚信原则，不得滥用物权。所谓恪守承诺就是指严守契约和允诺。严守合同、信守允诺曾被认为是自然法的基本规则，也是基本的商业道德。诚实信用原则也是一项抽象的法律原则，依据该原则可以产生各种具体的民事义务。例如，在合同订立过程中，当事人应当依据诚实信用原则履行契约义务，否则应当承担缔约过失责任。合同履行期到来以后，当事人不仅应当按照法律和合同的规定履行义务，而且应当按照诚实信用原则的要求，作出履行和接受履行，并负担附随义务。

二是解释的功能。这就是说，诚实信用原则可以用于解释法律规则的内涵，例如，在适用法律方面，诚实信用原则要求司法工作人员能够依据诚实信用、公平的观念正确解释法律、适用法律，弥补法律规定的不足。在比较法上，一些国家的法官，依据诚实信用原则解释民法典，从而创设了缔约过失、情事变更、禁

止滥用权利、附随义务等一系列规则。在合同发生争议时，诚实信用原则也可以用于解释合同条款的内涵，为解释合同确定准则。

三是衡平的功能。诚实信用原则要求平衡当事人之间的各种利益冲突和矛盾。在民事活动中，各方当事人之间的利益常常会发生冲突或矛盾，甚至发生当事人利益与社会利益之间的冲突，这就需要借助诚实信用原则加以平衡。因此，当事人在从事民事活动过程中，要充分尊重他人和社会的利益，不得滥用权利，损害国家、集体和第三人的利益。

四是填补法律和合同漏洞的功能。诚实信用原则也可以运用于填补法律和合同的漏洞。例如，当事人在合同中没有对相关内容作出约定（如缺少对标的物质量的约定），或者约定不明确，则可以依诚实信用原则加以完善，填补合同漏洞。

五是降低交易费用和增进效率的功能。诚实信用原则有助于强化人们诚实守信的观点，督促当事人认真履行合同，这既有助于维护交易安全、交易秩序，也有助于降低交易费用，节约交易成本。

诚然，诚实信用原则是对伦理观念的法律确认，但这并不是说诚实信用原则只是一项道德原则。诚实信用原则将道德规范确认为法律原则以后，已成为法律上一项重要原则。在法律上，诚实信用原则属于强行性规范，当事人不得通过协议加以排除和规避。

（六）符合法律和公序良俗原则

1. 合法原则

在狭义上讲，合法是指所有民事法律行为都不得违反法律的强制性规定。而在广义上说，合法还包括民事法律行为不得违反公序良俗。因为本条就公序良俗作出了特别的规定，所以，此处所说的合法原则是从狭义上理解的。《民法总则》第 8 条规定："民事主体从事民事活动，不得违反法律，不得违背公序良俗。"该条将合法原则表述为"不得违反法律"，但其应当仅仅理解为不得违反法律的强制性规定。

2. 公序良俗原则

依据《民法总则》第 8 条的规定，民事主体从事民事活动，不得违背公序良俗。如前所述，在广义上理解，违法也包括违背公序良俗。《民法总则》第 153 条第 2 款也规定："违背公序良俗的民事法律行为无效。"因此，任何违背公序良俗的行为，应当宣告其无效。我国民法所规定的公序良俗原则，不仅适用于财产关系，也适用于人身关系。它是社会主义核心价值观的体现，与《民法总则》第 1 条所确立的"弘扬社会主义核心价值观"的目的是一致的，对于维护社会伦理，

维护社会秩序，都具有重要意义。

所谓公序，主要包括社会公共秩序和生活秩序。对公共秩序的维护，在法律上大都有明确的规定，危害社会公共秩序的行为通常也就是违反强行法规定的行为。但法律的强制性规定不可能涵盖无余，需要以公序良俗作为补充，依公序良俗原则，凡订立的合同危害国家公共安全和秩序，即使没有违反现行的法律规定，也应当被宣告无效。例如，购买“洋垃圾”、有损人格尊严、不当限制人身自由的合同等，都是无效的。

所谓良俗，也称为社会公共道德，它是指由社会全体成员所普遍认可、遵循的道德准则。善良风俗的含义包含两个方面：一是指社会所普遍承认的伦理道德，二是指某个区域社会所普遍存在的风俗习惯。尊重社会公德的原则不仅适用于财产关系，也适用于人身关系。例如，借腹生子协议、包养协议等，都属于违反善良风俗的协议，应宣告无效。

在我国，善良风俗不仅应该成为规范民事法律行为的准则，而且应该成为整个民法的原则。公序良俗原则，既有助于弥补强行法规定的不足，也有助于对私法自治进行必要的限制。此外，该原则还有助于弘扬社会公共道德，建立稳定的社会秩序。

（七）绿色原则

所谓绿色原则，是指民事活动中应当遵循节约资源、保护生态环境的原则。《民法总则》第9条规定：“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。”这就从基本原则的层面，提出了生态环境保护的要求。绿色原则是我国民法典积极回应现代社会问题的体现，也是我国传统法律文化的传承。它既传承了天地人和、人与自然和谐共生的我国优秀传统文化理念，又体现了党的十八大以来的新发展理念，与我国是人口大国、需要长期处理好人与生态资源的矛盾的国情是相适应的。《民法总则》规定绿色原则，将其作为民法的基本原则，将对民法典各编的制度、规则产生重大影响，对法院正确解释合同、确立侵害环境和生态的责任等，都具有重要的指导意义。

绿色原则包括如下两方面内容：一是有效率地利用资源。绿色原则要求人们的生产、生活等活动要与资源、环境相协调，要实现人与自然的和谐相处，有效率地利用资源、节约资源。我国民法确认和保护产权本身，也是为了有效利用资源，因为只有产权界定明晰，才能更好地发挥资源的经济效用。二是保护环境和生态。我们要建设的小康社会，应当是环境友好、人与自然充分和谐的社会。因此，民法也必须承担保护环境、维护生态的功能，对财产权的客体、权能、属性、

用益物权、相邻关系以及征收等制度进行完善，强化不动产所有人、使用人负有保护环境、维护生态的义务。对破坏生态环境的，应当追究其侵权责任。

七、民法的适用

（一）民法在时间上的适用范围

民法在时间上的适用范围，是指民事法律规范在时间上所具有的法律效力。一般来说，民法的效力自实施之日发生，至废止之日停止。法律规范何时开始实施，可以由法律规范本身规定，也可以由制定法律的机关以命令或决议予以规定。如果立法对法律规范效力的停止日期不加规定，应认为法律一直有效，直至法律明文废止或修改时才停止生效。

民事法律规范有无溯及既往的效力，是民法在时间效力上的一个重要问题。法律是否溯及既往，是指新的法律颁布实施后，对它生效之前发生的事件和行为是否适用。如果适用，即具有溯及力；如果不适用，即不具有溯及力。[①] 一般的原则是新法没有溯及既往的效力。法律不得溯及既往的根据在于：在法律尚未公布之前，人们只能按照旧的法律实施行为，而依据旧的法律所作出的任何行为都是合法的。如果在新的法律颁布以后，新的法律产生推翻人们依据旧的法律所实施的行为的效力，就会打破人们对依据法律而行为的后果的合法预期。如果人们按照现行的法律去行为，由此形成的各种法律关系却被未来的法律所否定，也不利于社会秩序的稳定和法律权威性的保证。所以，法律不溯及既往的原则，旨在提醒人们遵守法律。

当然，法律不溯及既往不是绝对的，在特殊情况下，尤其在旧法对特殊民事活动无规定时，民事法规也可以作出有溯及力的规定。例如，《立法法》第93条规定："法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章不溯及既往，但为了更好地保护公民、法人和其他组织的权利和利益而作的特别规定除外。"一般来说，在民事领域，例外情况下实行法律溯及既往原则，必须遵循有利追溯原则，即这种溯及既往对各方当事人都是有利的，且不损害国家利益和社会公共利益。

（二）民法在空间上的适用范围

民法在空间上的适用范围，是指民事法律规范在地域上所具有的效力。任何国家都是根据主权、领土完整和法制统一的原则，来确定各种法律、法规的空间效力范围的。空间效力一般可以分为域内效力和域外效力。

所谓域内效力，是指一国的法律效力可以及于该国管辖的全部领域，而在该

① 参见公丕祥主编：《法理学》，复旦大学出版社2002年版，第384页。

国管辖领域以外无效。就民事法律而言，一般的原则是，我国民事法律规范的效力及于我国主权管辖的全部领域，但在确定某一个具体民事法律法规的效力时，由于制定、颁布民事法律法规的机关不同，民事法律法规适用的空间范围也不相同，这大体上有两种情况：（1）凡属全国人民代表大会及其常务委员会、国务院制定并颁布的民事法律法规，适用于中华人民共和国的领土、领空、领海，以及根据国际法、国际惯例应当视为我国领域的一切领域，如我国驻外使馆，我国航行或停泊于我国境外的船舶、飞机等。（2）凡属地方各级立法机关根据各自的权限所颁布的民事法规，只在该立法机关管辖区域内发生效力。

所谓域外效力，就是指法律在其制定国管辖领域以外的效力。[①] 在我国，为保护国家和公民、法人的利益，在某些情况下法律也规定了域外效力。例如，《海洋环境保护法》第2条第3款规定："在中华人民共和国管辖海域以外，造成中华人民共和国管辖海域污染的，也适用本法"。

（三）民法对人的适用范围

民法对人的适用范围，就是指民事法律规范对于哪些人具有法律效力。我国民法对人的适用范围主要有以下几种不同的情况：

一是我国民法对居住在中国境内的中国公民或设立在中国境内的中国法人，具有法律效力。中国公民、中国法人在中国领域内一律适用中国法律。

二是我国民法对居留在我国境内的外国人、无国籍人和经我国政府准许设立在中国境内的外国法人，原则上具有法律效力。

三是居留在外国的我国公民，原则上应适用我国民法，但依据《民法总则》和《涉外民事关系法律适用法》另有规定的除外。例如，《涉外民事关系法律适用法》第11条规定："自然人的民事权利能力，适用经常居所地法律"。

由于民法法源的多元化，民法的适用应当遵循一定的原则，以便准确适用法律。民法在适用中应当遵循上位法优于下位法原则、新法优于旧法原则、特别法优于普通法原则、法律文本优于法律解释原则以及强行法优于任意法原则。

第二节　民事法律关系

一、民事法律关系的概念和特征

民事法律关系是指民法调整所形成的、以民事权利义务为核心内容的社会关

---

① 参见公丕祥主编：《法理学》，复旦大学出版社2002年版，第383页。

系。民事法律关系的各构成要素以及各种具体类型的民事法律关系，是民法学的核心内容。例如，主体制度、民事权利制度是民事法律关系构成要素的展开；物权法律关系、债权法律关系、人格权法律关系、知识产权法律关系、亲属法律关系、继承法律关系等都是对民事法律关系的具体化。概括而言，民事法律关系具有如下特征：

1. 民事法律关系是人与人之间的关系。虽然民事法律关系通常与物有关，但民事法律关系中涉及的物只能作为人与人之间的民事法律关系的客体。即使是物权法律关系，也是人与人之间的关系。

2. 民事法律关系是平等主体之间的关系。民法调整的社会关系是平等主体之间的人身关系和财产关系，平等性是民事法律关系的基本属性。这是民事法律关系区别于行政、刑事法律关系的重要特征。

3. 民事法律关系是以权利义务为基本内容的关系。民事法律关系一经确立，当事人一方即享有权利，另一方便负有义务，而且通常一方的权利就是另一方的义务，一方的义务就是另一方的权利。这种权利义务关系可能具有财产性质也可能具有非财产性质。

4. 民事法律关系是受民法调整的社会关系。社会生活中有很多受不同法律规范调整的社会关系，民事法律关系是依民法规范确立的法律关系。只有将民事法律规范实施于社会生活，才会有民事法律关系的产生。因此，有些社会交往关系，其主体具有平等性，也是当事人之间自主形成的，只要不属于民法的调整范围便不是民事法律关系。

二、民事法律关系的分类

（一）财产法律关系和人身法律关系

这是以民事法律关系的性质为标准进行的划分。财产法律关系是指直接与财产利益有关的具有财产利益内容的民事法律关系，如物权法律关系、合同法律关系。人身法律关系是指与民事主体人身不可分离的、不具有直接财产利益内容的民事法律关系，可分为人格权法律关系和身份权法律关系。

这种区分的意义主要有三方面：（1）适用的法律原则不同。例如，等价有偿原则可以适用于财产法律关系，而对于人身法律关系则不可适用。（2）保护方式不同。财产法律关系的保护通常采用财产责任方式，如返还财产等；人身法律关系的保护则可以采用非财产责任方式，如赔礼道歉等。（3）权利义务的可让与性不同。财产法律关系中的权利通常可以让与他人，而人身法律关系中的权利一般

不具有可让与性。

（二）绝对法律关系和相对法律关系

这是以民事法律关系的效力范围和实现条件为标准进行的划分。绝对法律关系是指基于绝对权成立的民事法律关系，其特点是义务主体为不特定人，即权利人之外的一切人，其义务主要为消极义务（不作为义务），如所有权法律关系、人身权法律关系。相对法律关系是指基于相对权而成立的民事法律关系，即债权法律关系，其特点是义务主体为特定人，义务主要为积极义务（作为义务）。

这种区分的意义主要有两个方面：（1）义务主体的范围不同。在绝对法律关系中，义务主体是权利人之外的一切人，而相对法律关系中的义务主体是特定的人。（2）义务主体履行义务的方式不同。在绝对法律关系中，义务主体的义务是消极义务，义务人只要不妨碍权利人实现权利即可。例如，所有权的行使只需要所有权人支配财产的行为，而不需要义务人的积极协助。在相对法律关系中，义务主体的义务一般是积极义务，义务人必须以积极行为协助权利人实现权利。例如，买卖合同中买方权利的实现有赖于卖方交付标的物。

（三）单一法律关系和复合法律关系

这是以民事法律关系内容的复杂程度为标准进行的划分。单一法律关系是指只以一组对应的权利义务为内容的民事法律关系。在这种法律关系中，权利义务关系比较简单，当事人一方享有单一的权利，另一方相应负有单一的义务，如就某物形成的所有权关系。复合法律关系是指以两组以上对应的权利义务为内容的民事法律关系。例如在买卖合同中，既有买受人享有的请求出卖人交付标的物并转移其所有权的权利和出卖人承担的交付所有权并移转其所有权的义务，又有出卖人享有的请求买受人支付价款的权利和买受人承担的支付价款的义务。

这种区分的意义主要在于正确界定当事人的权利和义务。因为单一法律关系中义务主体不享有权利，因而对其履行义务的要求相对较低，如法律对无偿保管合同中保管人义务的规定就比较宽松。而在复合法律关系中，双方都既享有权利也负担义务，为保护双方当事人的利益，法律对义务主体履行义务的要求以及相应的责任规定得较为严格，如同时履行抗辩权、不安抗辩权等只适用于复合法律关系。

三、民事法律关系的要素

民事法律关系是受民法调整的平等主体之间的权利义务关系。民事法律关

系必须具备主体、内容和客体三个要素。其中，主体是权利义务的享有者与承担者，客体是权利义务的具体承载者，而内容是指具体的权利义务。三个要素相互联系、缺一不可。任何一个要素发生变化，都会引起民事法律关系的相应变化。

（一）民事法律关系的主体

民事法律关系的主体简称民事主体，是指参与民事法律关系，享有民事权利和承担民事义务的人。其中，享有权利的一方称为权利主体，承担义务的一方称为义务主体。在有些法律关系中，权利人是特定的，义务人是不特定的，如物权关系；有些情况下，权利人和义务人都是特定的，如债权关系。

民法通常将民事主体概称为“人”，包括自然人和法人。现代民法中，民事主体的范围逐渐扩大，法人之外的社会组织，甚至是一定的职位或财产也可以获得主体资格。

（二）民事法律关系的客体

民事法律关系的客体又称“标的”，与民事法律关系的主体相对应，是指民事主体之间得以形成民事法律关系内容的目标性事物。权利义务归属于主体，依附于客体。没有民事法律关系的客体，就无法产生民事权利和义务，也就不存在民事法律关系。

随着社会的发展，民事法律关系的客体也在不断扩张。可以肯定的是，不同类型的民事法律关系，其客体也不可一概而论。概括而言，主要包括财产、行为和人身利益。

作为民事法律关系客体的财产，在各国民法上的规定并不相同，有狭义与广义之分。狭义财产以德国民法为代表，奉行“物必有体”，只承认有体财产。广义财产包括了有体财产和无体财产，以法国民法和荷兰民法为代表。在现代社会中，知识财产、信用财产等无体财产在经济生活中占据着越来越重要的地位。

行为是指在债权法律关系中，债务人所为的给付。它主要包括三种类型：一是给付财产的行为，如买卖合同中出卖人给付标的物的行为；二是完成一定工作并交付工作成果的行为，如承揽合同中承揽人的给付行为；三是提供劳务或服务的行为，如运输合同中承运人的行为。

人身利益包括人格利益和身份利益。人格利益是指民事主体对其人身和行为自由、安全、精神自由等方面享有的利益，如名誉、隐私、健康等；身份利益是指民事主体在亲属关系及其他非亲属的社会关系中所处的稳定地位，以及由该种

地位所产生的与其自身不可分离，并受法律保护的利益，如父母对未成年子女的抚养和管教。

（三）民事法律关系的内容

民事法律关系的内容，主要是指民事主体所享有的权利和承担的义务。例如，所有权法律关系的内容是所有权人享有对财产的占有、使用、收益和处分的权利，其他人则负有不得妨碍该所有权人行使权利和不得侵害该财产的义务。权利和义务是民事法律关系中起主导作用的要素，是确定民事法律关系的性质和类型的重要依据。

四、民事法律关系的产生、变更和消灭

（一）民事法律关系产生、变更和消灭的概念

民事法律关系的产生是指建立民事法律关系。例如甲、乙二人经登记结婚而缔结婚姻关系。

民事法律关系的变更是指民事法律关系的要素发生变化，包括主体变更、客体变更和内容变更三种情形。其中，民事法律关系的主体变更是指原权利主体或义务主体发生了变化。例如，债权人将其权利转让给第三人，从而使合同中的债权主体发生了变更。民事法律关系的客体变更是指民事法律关系权利义务指向的对象在性质或范围方面发生了变化。例如在质押法律关系中，质押物部分损毁后导致质押权的客体范围缩小。民事法律关系的内容变更是指民事权利义务的性质或范围发生了变化，如将借用关系变更为买卖关系，从而使民事法律关系的内容发生了变化。

民事法律关系的消灭是指终止民事法律关系。例如配偶一方死亡导致婚姻关系终止。

（二）民事法律事实

1. 民事法律事实的概念

民事法律事实，是指能够引起民事法律关系产生、变更或消灭的客观情况。例如，致人损害导致赔偿义务的发生，旅客购买机票导致运送合同的成立，房屋倒塌导致租赁合同的终止，等等。但是，并非一切客观情况均称为民事法律事实。民事法律事实应该具备以下两个基本特征：

（1）客观性。民事法律事实是一种客观情况，而不是主观想象。当然，一种客观情况是不是民事法律事实，要取决于它对民事法律关系有没有影响。例如，下雨是客观的自然现象，但通常情况下不会对民事法律关系产生影响，因而不成

为民事法律事实。但是，如果暴雨导致航班取消，则成为引起合同变更或解除的民事法律事实。

（2）法定性。民事法律关系是民事法律规范对社会关系调整的结果，法律规范由法律要件和法律效果构成。法律事实是构成法律要件的内容，一旦发生某项法律要件要求的法律事实，即产生民事法律关系变动的法律效果。

2. 民事法律事实的分类

民事法律事实多种多样，理论上依其是否与民事主体的意志有关将其分为自然事实和人的行为。

（1）自然事实。自然事实是指与民事主体的意志无关、能够引起民事法律关系变动的客观现象，包括事件和状态。事件是指某种客观现象的发生，如出生、死亡、地震、战争，事件本是自然现象，只有引起民事法律关系的变动，才成为法律事实。此类事件可能对民事法律关系产生影响，如婴儿出生导致亲属关系的产生。状态是指某种客观现象的持续，如人的下落不明、对物的持续占有、时间的经过等。状态会对民事法律关系产生影响，如自然人下落不明状态达到法定时间的，可以被宣告死亡。

（2）人的行为。人的行为是指通过人的作为或不作为而形成的事实状态，是与人的意志有关的客观现象。法律区分不同的行为，赋予其不同的法律效果。根据该行为是否被法律禁止，可将人的行为分为适法行为和非法行为。适法行为是指受法律保护或法律不予禁止的行为。根据是否以行为人的意思表示为要素，可以将适法行为分为表示行为和非表示行为。表示行为是指以行为人的意思表示为要素的适法行为，包括法律行为和准法律行为。非表示行为也称事实行为，是行为人主观上没有产生民事法律效果的意思表示，客观上却引起法律效果发生的行为，如拾得遗失物、紧急避险等。非法行为是指为法律所禁止的行为。根据行为人的主观状态，可以将非法行为分为故意违法行为、过失违法行为和无过失违法行为。

3. 民事法律事实的构成

民事法律事实的构成，是指能够引起民事法律关系产生、变更或消灭的若干客观现象的组合。通常情况下，一个客观现象就能够引起一个民事法律关系的产生、变更或消灭。但也有一些民事法律关系的变动需要两个甚至更多的民事法律事实来引起。比如，男女双方的合意再加上合法的婚姻登记这样两个事实才引起一个婚姻法律关系的发生。明确民事法律事实构成的意义主要在于，当民事法律关系的变动需要民事法律事实构成时，如果所需民事法律事实未全部成就，则不

能产生该民事法律关系变动的法律效果。

第三节 民事权利

一、民事权利的概念、特点和分类

（一）民事权利的概念、特点

一般认为，民事权利是指民事法律关系中的主体依法律规定或合同约定，根据自己的意志实现一定利益的可能性。其本质上是法律为了保障民事主体的正当利益，而对其实现和维护利益的主张予以承认和保护的结果。概括地说，民事权利具有以下几个特点：

1. 民事权利由民法所确认

广义的民事权利包括民法、劳动法、社会法等规定的权利，狭义的民事权利仅指民法规定的权利。这里所说的民事权利是指狭义的民事权利。公民的民事权利与公法权利不同。公民的公法权利与权力机关的公权力不是对等关系，双方的赋权依据和行权方式均不相同，而公民（自然人）的民事权利是平等主体之间的关系，他们的权利能力和行为规则都是相同的。

2. 民事权利以民事主体的利益为核心

民事权利的设定大多体现了民事主体一定的利益目的。财产权的核心内容是财产利益，人格权的核心内容则为人格利益。社会的发展和民事生活的日益丰富，要求法律通过创设新的权利来回应社会中新的利益需求。例如，我国《民法总则》适应信息社会的需要，制定了个人信息保护和数据、网络虚拟财产保护的规定。在权利的内容中，不仅包括民事主体的个人利益，一定情况下可能还包括社会公共利益。《民法总则》制定对未成年人、老年人、残疾人等特殊社会群体的保护规定，就是相关社会政策的彰显。需要指出的是，利益是权利内容的核心，但并不是所有的利益都能够表现为权利。我国《民法总则》第3条规定："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。"此处采用"权益"概念，表明在权利之外，还存在一些受法律承认和保护的利益，如《民法总则》第16条规定的胎儿继承遗产和接受赠与的利益。

3. 民事权利体现为民事主体一定范围内的行为自由

权利中的自由和利益是密切联系在一起的。正是法律给予了民事主体一定的自由，主体才有可能去实现其利益。而且，有时自由本身就是一种权益。权利人

享有的自由包括是否行使权利的自由，处分非专属性权利的自由，选择权利行使方式的自由和选择权利救济方式的自由。需要指出的是，在一定情况下，权利自由要让步于公共利益。现代民法承认，国家为了公共利益，可以在公平补偿的条件下，依法对个人财产进行征收、征用。我国《民法总则》也有这样的规定。当然，为了防止公权力滥用，法律必须对财产征收、征用行为严加约束。

4. 民事权利都受到国家强制力的保障

权利在性质上是一种法律上之力。权利人依法可以请求义务人为一定行为或不为一定行为，以保证其享有或实现某种利益。在权利与义务的对应关系基础上，形成了国家强制力保障下“人人各得其所”的民事生活秩序。当权利人的利益因他人的行为而受到侵害时，法律赋予其请求有关国家机关采取强制措施予以保护的诉权。诉权是民事权利的派生和延伸。简言之，任何民事权利都能够获得民法上的救济，无救济则无权利。另一方面，某种权利能否获得民法上的救济，也是区分民事权利和公法权利的重要标准。

5. 民事权利具有平等性

民事主体平等原则体现在民事权利上，就是人人权利之并行和权利与义务相一致的基本准则。没有无义务的权利，也没有凌驾于他人权利之上的特权。民法基于公平正义的理念，确立了禁止权利滥用的原则。同时，通过对权利边界的界定和对权利行使的规范，化解权利冲突，实现利益平衡。

（二）民事权利的分类

民事权利的种类很多，各种权利的性质千差万别，因此我们有必要把各种不同性质的权利加以梳理分类，使之成为一个比较系统和完整的体系。分类要有一定的标准。一般的分类标准主要有：依权利的内容分为财产权与非财产权；依权利的效力范围分为绝对权与相对权；依权利的作用分为支配权、请求权、形成权与抗辩权；等等。

1. 财产权与非财产权

这是以权利保护的利益是否具有财产属性为标准进行的划分。

财产权是以财产利益为内容或直接体现为财产利益的民事权利，财产权有广义与狭义之分。广义财产权不仅包括有体财产权（如物权），还包括债权、知识产权、股权、金融期权、数据财产权、网络虚拟财产权等无体财产权。

非财产权是指基于一定的人格利益、身份利益而设定的权利，可具体分为人格权和身份权。人格权是指以权利主体的人格利益为客体的民事权利。《民法总则》规定，自然人享有生命权、身体权、健康权、姓名权、肖像权、名誉权、荣

誉权、隐私权、婚姻自主权等权利，法人、非法人组织享有名称权、名誉权、荣誉权等权利。身份权主要是指因婚姻、家庭关系产生的亲属权等人身权利。与团体相联系的社员权也属于身份权。

2. 绝对权与相对权

这是以权利的效力所及的范围为标准进行的划分。

绝对权，又称对世权，是指可以相对于每一个人产生效力的权利，即任何一个人都必须尊重的权利。绝对权的义务主体是不特定的一般人，义务的内容是对权利人的权利的尊重、容忍和不侵扰。在民事权利中，人格权、身份权、物权、知识产权及其他无体财产权等，都属于绝对权的范畴。

相对权，又称对人权，是指能够请求特定人为一定行为或不为一定行为的权利。与绝对权不同的是，相对权人只能向特定人提出请求，即只对特定的义务人发生履行上的约束力。债权为典型的相对权。相对权的义务主体即债务人，其义务的内容主要是积极作为的义务即给付义务，如交付货物，有时也包括不作为的义务，如保密义务。

3. 支配权、请求权、形成权与抗辩权

这是以民事权利的作用为标准进行的划分。

支配权是指权利主体对于作为权利客体的事物进行直接支配并享受其利益的权利，如物权、知识产权、人身权均属于此。

请求权是指特定人对于特定他人能够请求一定给付的权利。其中享有权利的特定人称为请求权人。而所谓给付，是指满足请求权利益的他人行为。例[21]如承揽关系中承揽人完成一定工作。在民事权利体系中，请求权处于枢纽地位。除了债权本身以请求权为内容并直接以请求权的方式实现以外，各种绝对权如人格权、财产权、知识产权等在遭到侵害时，均需要通过救济性的请求权来获得法律保护。请求权是基于一定的原因或基础权利而发生的。依原因或基础权利的不同，可以将请求权分为债权请求权、物权请求权、准物权请求权、知识产权请求权、人格权请求权等。其中，债权请求权为典型的请求权。

形成权是指权利人完全凭借单方的意思表示就能使既存的法律关系发生变动的权利。在特定情形下，法律允许权利主体对某项法律关系采取单方面的行动。这种权利便是形成权。比如，在租赁关系中，承租人有权行使单方终止租赁关系的形成权。形成权的范围广泛，可依不同的标准对其进行分类。形成权依所生效力可以分为三类：第一，生效形成权，如权利人对无权处分行为的承认权、本人对无权代理行为的承认权等。第二，变更形成权，如选择之债因选择权的行使使

之转化为简单之债。在发生重大误解行为中当事人的变更权。第三，消灭形成权，如抵销权、撤销权、解除权、继承抛弃权等。

抗辩权是指权利人用以对抗请求权或其他权利效力的权利。抗辩是一种拒绝表示。抗辩权的主要作用在于阻止请求权或其他权利的效力，从而使抗辩权人能够拒绝向相对人履行义务，而不在于否认相对人的请求权或其他权利。一般而言，抗辩权是与请求权相对应的，享有抗辩权的民事主体有权拒绝对方请求给付的要求。不过，抗辩权不限于用以对抗请求权，它也可以用来对抗形成权。例如，合同一方当事人行使解除权（在性质上属于形成权）时，另一方当事人可以行使抗辩权予以拒绝。应当注意的是，抗辩权的作用不在于否认相对人权利的存在，也不在于变更或消灭相对人的权利，而在于阻止相对人权利的效力发生。如果一方在权利已经消灭的情况下仍然向相对人主张权利，则相对人可以拒绝，但这并不属于行使抗辩权。这是因为，抗辩权必须是用来对抗某一民事权利的。如果对方并不享有民事权利，则抗辩权也就没有存在的必要。由此可见，抗辩权仅仅是一种防御性的权利。依权利的效力范围，可以将抗辩权分为一时性的抗辩权和永久性的抗辩权。一时性的抗辩权，其效力主要在于暂时地阻止请求权的效力，又称延期抗辩权。同时履行抗辩权、不安抗辩权等均属于一时性的抗辩权。永久性的抗辩权，其效力在于永久地阻止请求权的效力。诉讼时效完成的抗辩权即属于永久性的抗辩权。

4. 既得权与期待权

这是以是否已经完全具备权利的成立要件为标准进行的划分。

既得权，也称完整权，是指已经具备权利取得的全部要件，从而被当事人实际享有的权利。期待权是指仅具备权利取得的部分要件，须等到其余要件具备时才能实际发生的权利，如附延缓条件的债权等。期待权不是已经实际取得的权利，其实质是将未来可能取得的权利作为一种现实的合法利益加以保护，或者说，是对权利的提前保护。

5. 原权利与救济权

这是以权利效力目的为标准进行的划分。

原权利，又称原权，是原有的、基于法律规定或当事人意思产生的权利。救济权是在原权利受到侵害或存在受侵害的危险时对原权利产生救援性作用的权利。例如，民事主体依法享有人身权，当有人侵害其人身权时，民事主体依法享有请求侵害人停止侵害的权利。在这一权利结构中，人身权是原权利，请求侵害人停止侵害的权利属于救济权。

6. 主权利与从权利

这是以权利是否能独立存在或者以相互关联的几项民事权利的不同地位为标准进行的划分。

主权利是指相互关联的几项民事权利中不依赖其他权利而独立存在的权利；从权利是指须以主权利存在为前提的权利，二者为主导和从属的关系。例如在抵押借款合同中，请求偿还本金和利息的权利为主权利，抵押权为从权利。除非法律另有规定或当事人另有约定，主权利与从权利之间存在依附从属关系，即从权利随主权利的移转或消灭而移转或消灭。

需要注意的是，主权利与从权利的划分具有相对性。主权利与从权利的区分只在具有关联关系的若干并存权利中才存在，而且并不存在绝对的主权利或绝对的从权利。

7. 专属权与非专属权

这是以权利是否可与其主体分离为标准进行的划分。

专属权是指依附于民事主体，专属民事主体享有、行使，不能任意移转的权利，如著作权人享有的署名权。专属权包括享有上的专属权和行使上的专属权。享有上的专属权是指专属于特定主体享有，不可让与或继承但可以由他人代为行使的权利。行使上的专属权是指不仅专属于特定主体享有，而且权利是否行使也只能由权利人自己决定，他人不得代为行使的权利。人格权原则上为专属行使权。

非专属权是指不依附于民事主体，得与民事主体相分离，可以在民事主体之间移转的权利。财产权原则上属于非专属权，但法律规定某些只能由国家或者其他特定主体享有的财产权则具有专属性，如国有土地所有权、公民的受抚养权。法律设置这些权利是以一定的社会政策为依据的。

二、民事权利的取得、变更和消灭

（一）权利的取得

权利的取得，也称权利的发生，包括民事权利绝对的发生和相对的发生。前者称原始取得，后者称继受取得。

原始取得，是指独立的、不以他人既存权利为前提而取得权利的情形，如因合法建造房屋而取得房屋所有权。

继受取得，又称传来取得，是指基于他人既存权利而取得权利的情形，如因买卖而取得标的物的所有权。继受取得又可分为移转的继受取得与设定的继受取

得。前者指权利主体变更而权利内容不变，如因让与而取得债权。后者指前权利主体仍保留其权利，而基于该权利为另一主体设定新权利，如所有权人为他人设定担保物权。

（二）权利的变更

既成的权利可以通过变更或者消灭而发生改变或者丧失。

民事权利的变更包括民事权利主体、内容等方面的变更。民事权利在不同主体间移转而生的变更属于民事权利主体的变更。民事权利内容的变更可分为量的变更和质的变更。前者如所有权客体的增减、债权因部分清偿而发生变更等；后者如债权因债务人不履行债务而变更为损害赔偿请求权、不得对抗第三人的权利经登记变更为可以对抗第三人的权利等。

（三）权利的消灭

民事权利的消灭，是指特定主体的权利不复存在，包括绝对消灭和相对消灭。前者如所有权的标的物灭失；后者如出卖人因转让而丧失所有权。民事权利的相对消灭对于相对方而言，则为民事权利的取得。

三、民事权利的行使

民事权利必须通过人的一定行为才能实现。民事权利的行使是权利人实现其权利内容以满足其需要的过程，而民事权利的保护则是民事权利实现的一个特殊环节，也称民事权利的救济。

民事权利的行使，是指权利的享有者为实现自己的权利而依照权利的内容和范围实施的一定行为。民事权利表现为权利人为实现自身合法民事权益而得为一定行为（作为或不作为）或得要求他人为一定行为（作为或不作为）并受到法律承认和保护的可能性。民事权利的行使就是将这一可能转变为现实的过程。

权利的行使与权利的主张、权利的实现、权利的处分不同。权利的主张是在权利的存在或权利的行使受到妨碍时，对特定人提出的承认权利存在或排除妨碍以保障权利行使的要求。权利的实现是权利行使的最终目的，权利实现的过程表现为权利行使，权利的行使是权利实现的手段，但并不是所有权利的行使均可获得权利的实现。权利的处分不是针对权利的内容，而是直接针对权利本身，其结果不是权利的实现，而是权利的变更或消灭。

权利往往对应义务，权利的实现过程不仅影响权利人的利益，而且会不同程度地影响义务人乃至社会整体的利益，因此法律在保护权利行使的同时，也应对

权利的行使施加一定的限制。民事权利的行使受到公平正义原则、公序良俗原则和诚实信用原则的限制。公平正义原则要求行使民事权利不得背离法律设立和保护权利的社会目的，也不得超越权利应有的边界。公序良俗原则要求行使民事权利应当顾及并且不违反公共秩序和善良风俗，尊重社会利益。诚实信用原则要求行使民事权利应当诚实守信，不侵害他人，尊重社会公德。

我国民法充分尊重权利人行使权利的自由。《民法总则》第130条规定："民事主体按照自己的意愿依法行使民事权利，不受干涉。"与此同时，我国民法也对民事权利的行使自由设定了两个条件。一是权利行使与义务履行相一致。《民法总则》第131条规定："民事主体行使权利时，应当履行法律规定的和当事人约定的义务。"其中，法律规定的义务既包括民事义务，也包括民事主体对国家和社会承担的其他法律义务，如纳税义务、保护环境的义务。二是禁止权利滥用。《民法总则》第132条规定："民事主体不得滥用民事权利损害国家利益、社会公共利益或者他人合法权益。"违反这些条件可能导致权利行使受限制甚至权利被剥夺。例如，利用污染土地的方式行使农村土地承包经营权，在自己的院落堆放恶臭垃圾，影响邻居生活等。

四、民事权利的救济

民事权利的救济性保护，根据实施主体的不同，分为国家保护和自我保护。在现代法治国家，民事权利的救济以国家保护为主，自我保护为辅。前者称公力救济，后者称自力救济。

（一）公力救济

公力救济是指当义务主体不履行义务或者侵犯他人权利时，国家机关根据权利主体的请求，对受到侵害的权利予以救济的保护行为。在现代社会，国家保护已成为民事权利最主要的保护方法。国家提供的民事权利保护方法主要是民事诉讼程序和仲裁程序。民事诉讼依当事人提出诉讼请求的目的和要求的不同，可以分为确认之诉、给付之诉和变更之诉。确认之诉是在权利的存在或归属发生争议时，请求法院予以确认而提起的诉讼；给付之诉是请求法院责令对方为一定行为以实现民事权利的诉讼；变更之诉是请求法院对现有的民事权利义务关系予以变更的诉讼。

（二）自力救济

自力救济，又称私力救济，是指权利主体在法律允许的范围内，凭借自身的力量实施的权利保护行为。在大陆法系的发展过程中，自力救济主要体现的是私

权利主体间的直接对抗，通常表现为一定程度上的侵害性行为。随着国家力量的强大以及国家机器职能的完备，公权力介入社会生活的范围得以扩大，国家以公权力实施的保护日益重要。因此，国家保护逐渐取代自我保护成为权利保护的主要方式。不过，在某些情况下，特别是在权利人来不及寻求公力救济的情况下，为了有效地保护权利，法律允许权利人采取一定程度的自力救济。目前，法律允许的自我保护方式为自卫行为和自助行为。

自卫行为，是指为了使自己或他人的财产或人身免受侵害或遇到紧急危险时，防止损害的发生或扩大而采取的必要措施。依法实施的使自己或他人利益免于受损的行为，包括正当防卫和紧急避险。

自助行为，是指民事主体为保护自身请求权的实现，在情势紧急又不能及时请求国家公权力予以救济的情况下，实施的扣押他人财产、拘束他人自由的合法措施。自卫行为赋予权利人对积极侵害的抵御能力，而自助行为则为权利人提供了实现权利的机会。与自卫行为相较而言，自助行为更具有积极性，因而在法律上应受到更为严格的限制。

我国法律对自助行为尚无规定，但在日常生活中，自助行为广泛存在，如餐馆可以阻留用餐后不付账而欲离去的顾客，旅馆可以暂扣住宿后不付费而离去的顾客的行李物品等。在这里，情势紧急且国家保护不能及时发挥作用是实施自助行为的前提条件。行为人实施自助行为的方法和程度不得超出足以保障其请求权实现的限度。在实施自助行为后，行为人应及时请求国家机关处理，如请求有迟延且无正当理由或请求被驳回，行为人则应承担相应的损害赔偿责任。

第四节 民事义务与民事责任

一、民事义务与民事责任概述

民事义务是指民事法律关系的当事人一方为了满足他方利益所应实施的行为限度，是法律加于当事人的作为或不作为的拘束，通常与权利相对应。

民事义务包括法定义务和约定义务。与人格权、物权、知识产权等绝对权和法定请求权相对应的义务为法定义务。基于民事生活秩序和其他社会秩序的要求由法律或其他社会规范规定的行为义务也属于法定义务。例如从事危险活动时的注意义务。违反法定义务致人损害的，通常承担侵权的民事责任。基于当事人意思表示产生的义务为约定义务。约定义务主要是合同义务。违反约定义务的，承

担违约的民事责任。

民事义务可以分为积极义务和消极义务。积极义务又称作为义务，是指义务人为一定行为的义务，如交付标的物的义务。消极义务又称不作为义务，是指义务人不为一定行为的义务，或者说是义务人仅负有尊重、容忍他人的作为的义务，如不干涉权利人行使权利的义务。违反积极义务以不作为或不当之作为致人损害的，或者违反消极义务的以不当之作为致人损害的，应当承担民事责任。

民事责任是民事主体违反民事义务的法律后果。《民法总则》第176条规定："民事主体依照法律规定和当事人约定，履行民事义务，承担民事责任。"在民法的规范体系中，民事义务和民事责任是密切联系的两个概念。在民事审判实践中，界定民事义务和认定违反义务的事实，通常是确定民事责任的前提。

二、民事责任的种类

民事责任可以作如下分类：

1. 财产责任与非财产责任。这是依民事责任的承担方式进行的划分。财产责任是指以一定的财产给付为内容，由责任人承担财产上的不利后果，补偿受害方所受损失的民事责任，如返还财产、恢复原状、赔偿损失、支付违约金等。非财产责任是指责任人为补偿受害方的非财产利益损失而承担的不以财产给付为内容的民事责任，如停止侵害、排除妨碍、消除危险、消除影响、赔礼道歉、恢复名誉等。民法上有同质补偿原则，因此应根据损害的不同性质适用适当的民事责任形式。

2. 单独责任与共同责任。这是以承担民事责任的主体的多寡为标准进行的划分。单独责任是由一个民事主体独立承担的民事责任。共同责任是两个以上具有共同民事法律关系的民事主体共同实施违法行为，从而应共同对损害发生承担的民事责任。

3. 按份责任与连带责任。这是依承担民事责任的共同责任人之间的关系进行的划分。按份责任是指共同责任人各自按自己的份额承担的责任，各共同责任人之间无连带关系。连带责任是指共同责任人中的任何一人均有义务就共同责任向权利主体全部承担，即权利人有权请求部分或者全部连带责任人承担责任。至于连带责任人之间的责任分配，根据各自责任大小确定；难以确定责任大小的，平均承担责任。实际承担责任超过自己责任份额的连带责任人，有权向其他连带责任人追偿。只有在法律有特别规定或当事人有特别约定时，共同责任人才承担连带责任。

4. 侵权责任与违约责任。这是依民事责任的产生原因进行的划分。侵权责任是指义务主体违反法定义务而损害他人权利所应承担的民事责任。违约责任是指义务主体不履行合同约定的义务所应承担的民事责任。违约责任的发生以合同关系的存在为前提，侵权责任则不以合同关系的存在为必要条件。这一区分的意义在于，两者的责任构成要件、免责事由、责任形式和责任范围均有所不同。同一行为既构成违约责任，又构成侵权责任的（责任竞合），受害人有权选择请求对方承担其中一种责任。

5. 过错责任、无过错责任与公平责任。这是依民事责任的归责方法进行的划分。在行为人违反民事义务并致他人损害时，根据行为人是否有过错来决定其是否承担责任，“无过错即无责任”。过错责任是以过错为责任要件的民事责任，它是民事责任的一般归责原则。无过错责任是指不以过错为要件的民事责任，即在法律特别规定的情况下，只要给他人造成损失，行为人或者对致害原因负有责任的人不论有无过错均应承担的民事责任。公平责任是指在双方当事人均无过错的情形下，根据社会一般公平观念，由人民法院根据实际情况，依公平原则判定各方分担损失。公平责任实质上仅仅是一种损失分配方法，而不是一种归责原则。

三、民事责任的免责事由

具备法律规定的免责事由的，行为人可以不承担民事责任或者仅承担适当的补偿责任。以下为我国《民法总则》规定的几种主要的免责事由。

1. 不可抗力。依据《民法总则》第 180 条第 2 款的规定，不可抗力是指不能预见、不能避免且不能克服的客观情况。这里所说的“客观情况”，可以是自然事件，如地震、台风，也可以是社会事件，如战争、政府禁令。因不可抗力不能履行民事义务的，不承担民事责任。

2. 正当防卫。正当防卫是指为了保护本人或他人的人身或财产免受正在进行的不法侵害，针对不法侵害人实施的自卫行为。依据《民法总则》第 181 条的规定，因正当防卫造成损害的，不承担民事责任。正当防卫超过必要的限度，造成不应有的损害的，正当防卫人应当承担适当的民事责任。

3. 紧急避险。紧急避险是指为了保护本人或他人的人身或财产免受正在发生的危险，不得已采取的致他人损害的行为。依据《民法总则》第 182 条的规定，因紧急避险造成损害的，由引起险情发生的人承担民事责任。危险由自然原因引起的，紧急避险人不承担民事责任，可以给予适当补偿。紧急避险采取措施不当或者超过必要的限度，造成不应有的损害的，紧急避险人应当承担适当的民事

责任。

4. 自愿救助行为。对身处紧迫危难或遭受不法侵害的他人施以援救或保护的“见义勇为”行为，为我国道德所提倡，也为法律所保护。依据《民法总则》第184条的规定，因自愿实施紧急救助行为造成受助人损害的，救助人不承担民事责任。《民法总则》第183条还规定，因保护他人民事权益使自己受到损害的，由侵权人承担民事责任，受益人可以给予适当补偿。没有侵权人、侵权人逃逸或者无力承担民事责任，受害人请求补偿的，受益人应当给予适当补偿。

第五节 民事主体

一、自然人

自然人即生物学意义上的人，是基于出生而取得民事主体资格的人。其外延包括本国公民、外国公民和无国籍人。自然人与公民不同，公民仅指具有一国国籍的人。《民法通则》使用“公民（自然人）”，将公民等同于自然人。《合同法》则直接使用“自然人”，我国未来民事立法应沿袭《合同法》的做法。

（一）自然人的民事权利能力

《民法总则》第13条规定：“自然人从出生时起到死亡时止，具有民事权利能力，依法享有民事权利，承担民事义务。”自然人的民事权利能力是指自然人依法享有民事权利和承担民事义务的资格。民事权利能力与具体民事权利不同。民事主体享有民事权利能力只是具备了取得具体民事权利和承担具体民事义务的前提和可能性，而享有具体民事权利和承担具体民事义务是其参加民事法律关系，实现民事权利能力的结果。

1. 民事权利能力的法律特征

（1）民事权利能力具有平等性。《民法总则》第14条规定：“自然人的民事权利能力一律平等。”在我国，人人享有并同等享有完全的民事权利能力，不受民族、种族、性别、年龄、职业、职务、家庭出身、宗教信仰、教育程度、财产状况等条件的限制。（2）民事权利能力具有不可剥夺性。现代社会中，从事民事活动为自然人生存和发展所必要，而民事权利能力则是从事民事活动的前提和基础。因此，民事权利能力与主体的生存须臾不可分，剥夺其民事权利能力无异于将其放逐于社会之外，使之失去生存保障。（3）民事权利能力具有不可放弃和不可转让性。现代社会致力于承认并保障每个人的主体地位，反对一切将人视作客体的

做法。为了确保这种秩序，法律对主体的自由范围作了限制，即民事权利能力不得放弃与转让。任何人要转让、抛弃民事权利能力，法律都不予允许。(4) 自然人只能在法律赋予其能够享有民事权利和承担民事义务的范围内进行民事活动，否则不能获得其预期的法律效果。

2.. 自然人民事权利能力的开始和终止

自然人的民事权利能力于出生时开始，于死亡时终止。《民法总则》第 15 条规定："自然人的出生时间和死亡时间，以出生证明、死亡证明记载的时间为准；没有出生证明、死亡证明的，以户籍登记或者其他有效身份登记记载的时间为准。有其他证据足以推翻以上记载时间的，以该证据证明的时间为准。"胎儿在出生前，原则上没有民事权利能力。但是，作为例外，在涉及遗产继承、接受赠与等胎儿利益保护的情况下，胎儿视为具有民事权利能力(但以胎儿娩出时为活体的为限)。自然人死亡后，其民事权利能力即终止。其原有的民事法律关系，或者因身份关系消灭而终止，或者因继承而转移。但是，死者在生前享有的某些人格权和知识产权，由于其亲属利益或社会利益的需要，在一定程度上仍受法律保护。

拓展阅读

秦惠其等诉万泉公司道路交通事故及死者遗腹子抚养费赔偿案

(二) 自然人的民事行为能力

自然人的民事行为能力，是指自然人能够通过独立意思表示，实施民事法律行为的能力。现实社会是由成年且心智健全的人主导的社会，民法设立自然人的民事行为能力制度，意在保护未成年人和精神病人的利益。自然人要具有民事行为能力，一方面要达到一定的年龄，从而具备一定的社会活动经验；另一方面，还要有正常的精神状态，能够自主地进行民事活动。我国现行民事立法就是以自然人的年龄和精神健康状况作为确定自然人民事行为能力状况的依据。具备民事行为能力者，通常在事实上就有相应的正确识别事物、判断事物的能力，即有相应的意思能力。在这种意义上，可以说意思能力是自然人具有民事行为能力的基础。

《民法总则》根据我国自然人的具体情况，按照年龄的不同和智力是否正常，将自然人的民事行为能力划分为如下三种：

1. 完全民事行为能力。这是指自然人具有的通过自己独立的意思表示实施民事法律行为的能力。在一般情况下，自然人成年的时候，不仅能够有意识地实施民事行为，而且能够理智地理解和判断法律规范和社会共同生活规则，能够估计实施某种行为可能发生的后果及对自己的影响。因此，已成年的自然人一般被认

为是具有完全民事行为能力的人。各个国家和地区关于成年的年龄规定不一。我国《民法总则》规定，18周岁以上的自然人为成年人。不满18周岁的自然人为未成年人。成年人为完全民事行为能力人，可以独立实施民事法律行为。16周岁以上的未成年人，以自己的劳动收入为主要生活来源的，视为完全民事行为能力人。

2. 限制民事行为能力。这是指自然人通过独立意思表示实施民事法律行为的能力受到一定的限制。根据《民法总则》的规定，限制民事行为能力人包括两种，一是8周岁以上的未成年人，其实施民事法律行为须由法定代理人代理或者经法定代理人同意、追认，但是可以独立实施纯获利益的民事法律行为或者与其年龄、智力相适应的民事法律行为。二是不能完全辨认自己行为的成年人，其实施民事法律行为须由法定代理人代理或者经法定代理人同意、追认，但是可以独立实施纯获利益的民事法律行为或者与其智力、精神健康状况相适应的民事法律行为。

拓展阅读

徐高生诉限制民事行为能力人葛荣明偿还读初中时写下欠条的欠款案

3. 无民事行为能力。这是指自然人不具有以自己独立的意思表示实施民事法律行为的能力。根据《民法总则》的规定，无民事行为能力人包括两种，一是不满8周岁的未成年人，二是不能辨认自己行为的成年人。他们都要由法定代理人代理实施民事法律行为。此规定也适用于不能辨认自己行为的8周岁以上未成年人。

对成年人的无民事行为能力和限制民事行为能力，可以通过司法程序进行认定。《民法总则》第24条规定，不能辨认或者不能完全辨认自己行为的成年人，其利害关系人或者有关组织，可以向人民法院申请认定该成年人为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人。并规定，被人民法院认定为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的，经本人、利害关系人或者有关组织申请，人民法院可以根据其智力、精神健康恢复的状况，认定该成年人恢复为限制民事行为能力人或者完全民事行为能力人。这里所说的“有关组织”，包括居民委员会、村民委员会、学校、医疗机构、妇女联合会、残疾人联合会、依法设立的老年人组织、民政部门等。

（三）自然人的住所

1. 自然人住所的意义

自然人的住所是指自然人长期居住、生活的地点，是自然人生活和进行民事活动的中心处所。住所与居所不同，居所是自然人非以久居之意思居住的处所。住所作为自然人生活或活动的中心，其意义主要包括：（1）确定自然人权利享有地和义务履行地；（2）作为决定下落不明的空间标准；（3）决定监护人的指定组织；（4）决定婚姻登记的管辖地；（5）决定涉外案件的准据法；（6）确定民事案

件的诉讼管辖法院和司法文书的送达地；（7）确定继承开始地；（8）其他法律意义。

2. 自然人住所的确定

自然人以户籍登记或者其他有效身份登记记载的居所为住所；经常居所与住所不一致的，经常居所视为住所。

（四）监护

1. 监护职责和监护权

监护是指对未成年人和无民事行为能力或者限制民事行为能力的成年人的人身、财产及其他合法权益进行监督和保护的民事法律制度。履行监督和保护职责的人，称为监护人；被监督、保护的人，称为被监护人。设立监护制度，既是为了保护无民事行为能力人和限制民事行为能力人的权益，也是为了保护他人的安全和社会秩序。

《民法总则》第34条规定："监护人的职责是代理被监护人实施民事法律行为，保护被监护人的人身权利、财产权利以及其他合法权益等。监护人依法履行监护职责产生的权利，受法律保护。"监护人依监护职责享有的权利，称为监护权。监护人有权保护被监护人的人身、管理其财产和事务，代理被监护人实施民事法律行为和进行诉讼。监护权是一种特殊的权利。相对于社会而言，这种权利是监护行为的合法性依据，并使监护人得排除他人对其监护活动的不法妨碍。相对于被监护人而言，监护人有对被监护人进行管束的权利，同时有保护被监护人权益和谨慎管理的义务。监护权在本质上不是自益权而是他益权，其目的不是维护监护人自身的利益而是维护被监护人的利益。

根据监护制度的他益性，《民法总则》规定，监护人履行监护职责和行使监护权须遵循以下原则：（1）最有利于被监护人原则。监护人应当按照最有利于被监护人的原则履行监护职责。监护人除为维护被监护人利益外，不得处分被监护人的财产。（2）尊重被监护人真实意愿原则。未成年人的监护人履行监护职责，在作出与被监护人利益有关的决定时，应当根据被监护人的年龄和智力状况，尊重被监护人的真实意愿。成年人的监护人履行监护职责，应当最大程度地尊重被监护人的真实意愿，保障并协助被监护人实施与其智力、精神健康状况相适应的民事法律行为。对被监护人有能力独立处理的事务，监护人不得干涉。

监护人不履行监护职责或者侵害被监护人合法权益的，应当承担法律责任。

2. 监护人的设定

根据《民法总则》的规定，监护人的设定方式有三种：一是法定监护，二是

意定监护，三是指定监护。

（1）法定监护。其是指在法定范围内直接确定监护人的监护。根据《民法总则》的规定，未成年人的法定监护人由其父母担任。未成年人的父母已经死亡或者没有监护能力的，由下列有监护能力的人按顺序担任监护人：祖父母、外祖父母；兄、姐；其他愿意担任监护人的个人或者组织，但是须经未成年人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门同意。无民事行为能力或者限制民事行为能力的成年人，其监护人由下列有监护能力的人按顺序担任：配偶；父母、子女；其他近亲属；其他愿意担任监护人的个人或者组织，但是须经被监护人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门同意。

（2）意定监护。依据《民法总则》第33条的规定，所谓意定监护，是指具有完全民事行为能力的成年人，可以与其近亲属、其他愿意担任监护人的个人或者组织事先协商，以书面形式确定自己的监护人，约定其在自己丧失或者部分丧失民事行为能力时履行监护职责。

（3）指定监护。其是指监护人由有关部门或人民法院指定的监护。对监护人的确定有争议的，由被监护人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门指定监护人，有关当事人对指定不服的，可以向人民法院申请指定监护人；有关当事人也可以直接向人民法院申请指定监护人。在指定之前，如果被监护人的合法权益处于无人保护状态，由上述有关组织或者民政部门担任临时监护人。

居民委员会、村民委员会、民政部门或者人民法院应当尊重被监护人的真实意愿，按照最有利于被监护人的原则在依法具有监护资格的人中指定监护人。如果没有依法具有监护资格的人，则由民政部门或者具备履行监护职责条件的被监护人住所地的居民委员会、村民委员会担任监护人。

监护人一经指定不得擅自变更；擅自变更的，其责任不予免除。

3. 监护人的撤销

监护人有下列情形之一的，人民法院根据有关个人或者组织的申请，撤销其监护人资格，安排必要的临时监护措施，并按照最有利于被监护人的原则依法指定监护人：（1）实施严重损害被监护人身心健康行为的；（2）怠于履行监护职责，或者无法履行监护职责并且拒绝将监护职责部分或者全部委托给他人，导致被监护人处于危困状态的；（3）实施严重侵害被监护人合法权益的其他行为的。

有权提出上述撤销申请的个人和组织包括：其他依法具有监护资格的人，居民委员会、村民委员会、学校、医疗机构、妇女联合会、残疾人联合会、未成年人保护组织、依法设立的老年人组织、民政部门等。其中，民政部门在个人和其

他组织未及时申请的情况下，有义务提出申请。

依法负担被监护人抚养费、赡养费、扶养费的父母、子女、配偶等，被人民法院撤销监护人资格后，应当继续履行负担的义务。

4. 监护关系的终止

有下列情形之一的，监护关系终止：（1）被监护人取得或者恢复完全民事行为能力。其中，对于未成年人的监护，自被监护人成年之日起，监护关系自然终止。（2）监护人丧失监护能力。这包括丧失民事行为能力或履行监护职责所必要的其他能力。（3）被监护人或者监护人死亡。（4）人民法院认定监护关系终止的其他情形。监护关系终止后，被监护人仍然需要监护的，应当依法另行确定监护。

（五）宣告失踪和宣告死亡

为了尽早确定长期下落不明的失踪人在原先的家庭及社会生活中形成的各种财产关系和人身关系，以稳定社会经济秩序和保护利害关系人的合法权益，我国民法规定了宣告失踪和宣告死亡制度。

1. 宣告失踪

宣告失踪是指法院根据利害关系人的申请，依法宣告下落不明满一定期限的自然人为失踪人，以处理其财产关系的一种制度。

根据我国民法，宣告失踪的条件包括：（1）该自然人须处于持续的下落不明状态。下落不明是指自然人最后确切行踪消失后没有音讯，处于生死不明的状态。（2）该自然人下落不明必须达到一定期限。在我国，这一期限为 2 年。下落不明的起算时间，应从自然人失去音讯之日起计算；战争期间下落不明的，应从战争结束之日或者有关机关确定的下落不明之日起计算。（3）须由该自然人的利害关系人向法院申请。在我国，有权提出申请的利害关系人包括两类：一是被申请宣告失踪人的近亲属，包括配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女；二是与被申请宣告失踪人有民事权利义务关系的人，如债权人、合伙人、对该自然人有监护责任的人等。（4）须经法院依法宣告。在我国，宣告失踪案件应依《民事诉讼法》规定的特别程序审理。

宣告失踪的法律后果是确定失踪人的财产代管人。对此，《民法总则》有如下规定：（1）财产代管人的选任。法定人选为失踪人的配偶、成年子女、父母或者其他愿意担任财产代管人的人。无法定人选或者法定人选无代管能力的，由人民法院指定。（2）财产代管人的职责。财产代管人应当妥善管理失踪人的财产，维护其财产权益，包括保管财产、主张债权、清偿债务和缴纳税款等。代管取得的财产和收益归属于失踪人的财产，代管发生的债务和税费从失踪人的财产中支付。

（3）财产代管人的民事责任。财产代管人因故意或者重大过失造成失踪人财产损失的，应当承担赔偿责任。（4）财产代管人的变更。财产代管人不履行代管职责、侵害失踪人财产权益或者丧失代管能力的，失踪人的利害关系人可以向人民法院申请变更财产代管人。

失踪人重新出现，经本人或者利害关系人申请，人民法院应当撤销失踪宣告。重新出现的失踪人有权要求财产代管人及时移交有关财产并报告财产代管情况。

2. 宣告死亡

宣告死亡，又称推定死亡，是指自然人失踪达一定期间后，由利害关系人申请，法院宣告该自然人死亡，以便结束以其生前住所地为中心的民事法律关系的制度。

宣告死亡的构成要件包括：（1）自然人须处于持续下落不明状态并达到一定期间。这里的“一定期间”分为普通期间和特殊期间。普通期间是指下落不明满4年，一般从下落不明次日起算。特殊期间是指因意外事故而下落不明的，从意外事故发生起算满2年。但是，经有关机关证明该自然人不可能生存的，不受此2年时间的限制。（2）必须由利害关系人向法院提出申请。这里的“利害关系人”包括：配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女、其他有民事权利义务关系的人。符合宣告死亡条件的自然人，其利害关系人有的申请宣告死亡，有的申请宣告失踪的，人民法院应当宣告死亡。

被宣告死亡的人，人民法院宣告死亡的判决作出之日视为其死亡的日期；因意外事件下落不明宣告死亡的，意外事件发生之日视为其死亡的日期。

自然人被宣告死亡后，其民事法律关系产生与自然死亡同样的法律后果，包括继承开始、婚姻关系消灭、子女可以被他人依法收养等。

被宣告死亡但是并未死亡的自然人，在被宣告死亡期间实施的民事法律行为的效力，不受宣告死亡的影响。

被宣告死亡的人重新出现或确定他没有死亡，经本人或利害关系人申请，人民法院应当撤销对他的死亡宣告。撤销死亡宣告后，相关民事法律关系按如下规则处理：

第一，财产关系的处理。被撤销死亡宣告的人有权请求依照继承法取得其财产的民事主体返还财产。无法返还的，应当给予适当补偿。利害关系人隐瞒真实情况，致使他人被宣告死亡取得其财产的，除应当返还财产外，还应当对由此造成的损失承担赔偿责任。

第二，婚姻关系的处理。被宣告死亡的人的婚姻关系，自撤销死亡宣告之日起自行恢复，但是其配偶再婚或者向婚姻登记机关书面声明不愿意恢复的除外。

第三，子女被收养的处理。被宣告死亡的人在被宣告死亡期间，其子女被他人依法收养的，在死亡宣告被撤销后，不得以未经本人同意为由主张收养关系无效。

二、法人

（一）法人概述

1. 法人的概念和特征

法人，是指具有民事权利能力和民事行为能力的组织。民法中不仅确立了自然人的民事主体资格，也逐步确立了法人的民事主体资格。

法人主要具有下列法律特征：

（1）依法成立。依法成立是指依照法律规定的条件和程序而成立。在我国，具体包括：第一，法人成立在实体上应符合法律规定，包括有自己的名称、组织机构、住所、财产或者经费。第二，法人成立在程序上应符合法律规定。法人成立的具体条件和程序，依照法律、行政法规的规定。

（2）具有独立法律人格的社会组织。法人依法独立享有民事权利和承担民事义务，可以自己的名义参与民事法律关系，也可以自己的名义在法院起诉和应诉。

（3）存续的长期性。这是指除非法律或法人组织章程有相反的规定，法人的存续不因成员的变化、某些成员民事行为能力的变化而受影响。或者说，法人可超越自然人生命而长期存在。

（4）独立承担民事责任。依据《民法总则》第 60 条的规定："法人以其全部财产独立承担民事责任。"这就意味着，相对于自然人和非法人组织而言，法人的一个重要特征就是适用有限责任制度即法人的出资人或设立人在其出资义务的范围以外，不必对法人的债务或责任负清偿责任。

2. 法人的分类

（1）大陆法系国家的法人分类

第一，公法人和私法人。这是以法人设立的法律依据为标准对法人所作的划分。一般认为，公法人是指根据宪法、行政法、政府命令等成立，具有政府职能的法人。我国现行法上的国家机关法人和部分事业单位法人都属于公法人的范畴。私法人是指根据民法、民事特别法成立的法人。

第二，营利法人、公益法人和中间法人。这是以法人活动的目的为标准对法人所作的划分。营利法人，是指设立的宗旨在于从事营利活动，并将所取得的盈利在成员中进行分配的法人，如公司。公益法人，也称非营利法人，是指为公益、

慈善、教育等目的而组建，于任何情况下都不得将利益在成员中进行分配的法人，如慈善机构。中间法人，是指那些既不宜归于营利法人，也不宜归于公益法人的社团法人，如商会、工会等。需要注意的是，认定法人是否营利的关键不在于法人是否从事经营活动和谋取经济利益，而在于其所获利益之归属。

第三，社团法人和财团法人。这是以法人成立的基础为标准对法人所作的划分。社团法人是以人的集合为成立基础，由两个以上的成员组成，根据法律取得独立人格的法人，如股份有限公司。财团法人是以捐赠财产为成立基础，为一定的目的而存在的财产集合体，如各类基金会组织。

第四，本国法人与外国法人。这是根据法人的国籍对法人进行的划分。具有本国国籍的法人为本国法人，不具有本国国籍的法人为外国法人。这一分类的意义主要在于各国一般对外国法人有专门的认许制度，并对外国法人在民事权利能力上进行特别的限制。

（2）我国民法上的法人分类

第一，营利法人和非营利法人。《民法总则》将法人划分为营利法人与非营利法人。其中，以取得利润并分配给股东等出资人为目的成立的法人，为营利法人。为公益目的或者其他非营利目的而成立，不向出资人、设立人或者会员分配所取得利润的法人，为非营利法人。非营利法人包括事业单位法人、社会团体法人和捐助法人。可以说，企业法人与营利法人、非企业法人与非营利法人在外延上基本重合。不同的是，非营利法人不包括机关法人。二者的主要区别在于：一是是否获得利润。一般而言，营利法人的设立是以获得利润为目的的，而非营利法人的设立一般并不具有营利的目的。二是是否将获利分配给其成员或者出资人。

在非营利法人中，事业单位是指为适应经济社会发展需要，提供公益服务而设立，具备法人条件的组织。社会团体是指基于会员共同意愿，为公益目的或者会员共同利益等非营利目的设立，具备法人条件的组织。捐助法人是指为公益目的而捐助财产设立，具备法人条件的基金会、社会服务机构等组织。有独立经费的机关和承担行政职能的法定机构，作为机关法人从事为履行职能所需要的民事活动，享有与其他民事主体平等的法律地位。

我国民事立法中没有采用财团法人的概念，法规中将各种基金会归入捐助法人。根据我国《基金会管理条例》第2条的规定，基金会是指“利用自然人、法人或者其他组织捐赠的财产，以从事公益事业为目的，按照本条例的规定成立的非营利性法人”。实际上，基金会的成立基础是财产，其本质上是财产的集合，而不是人的集合。所以，基金会在学理上应解释为相当于大陆法系法人分类中的财

团法人。

第二，登记法人和非登记法人。经法人登记而设立的法人为登记法人。在我国，营利法人均为登记法人。依法不经法人登记而设立的法人为非登记法人。根据相关法律或行政命令设立的机关法人、依法不需要办理法人登记的事业单位法人和社会团体法人，属于非登记法人。登记法人和非登记法人除了设立和终止的规则有所不同，在民事活动中适用统一的法律规则。

（二）法人的能力

1. 法人的民事权利能力

法人的民事权利能力是指法人享有民事权利和承担民事义务的资格。法人的民事权利能力与自然人的民事权利能力存在着以下区别：

（1）产生、消灭的时间不同。依法律的规定，法人的民事权利能力从法人成立时产生，至法人终止时消灭；自然人的民事权利能力于出生时产生，至死亡时消灭。

（2）内容不同。法人的民事权利能力和自然人的民事权利能力相比，在诸多方面受到限制。主要包括：一是法律规定的限制，如规定未经批准不得成立金融机构等。二是法人性质的限制，法人无法享有某些专属于自然人的权利，如健康权、生命权、婚姻自主权、抚养和赡养请求权等。

2. 法人的民事行为能力

法人的民事行为能力是指法人在法律规定的范围内以自己的行为取得民事权利和承担民事义务的资格。与自然人的民事行为能力相比较，法人的民事行为能力有如下特点：

拓展阅读



法人的民事行为能力

（1）法人的民事权利能力和民事行为能力同时发生、同时消灭。法人一经成立，就在同一时刻产生民事权利能力和民事行为能力。而且，在法人存续的整个期间，民事权利能力和民事行为能力始终相伴随，并随着法人终止而同时消灭。

（2）法人的民事权利能力和民事行为能力的范围一致。法人的民事行为能力的范围应以法人的民事权利能力的范围为准。

（3）法人的民事行为能力以团体意思为前提，通过法人的机关来实现。民事行为能力的前提是有一定的意思能力。法人可以依据其组织章程产生自身的意思机关，并通过该机关形成和表达其意思。所以，不存在无行为能力和限制行为能力的法人。

3. 法人的民事责任能力

总体而言，法人的民事责任对法人自身而言是独立责任，即以自己的财产对自己的债务承担责任，而对法人成员而言则是有限责任，即法人的出资人对法人债务的责任以其出资为限。具体而言，以下规则值得注意：

（1）法人对其法定代表人及其他工作人员的职务行为承担民事责任。依据我国法律的规定，法人的法定代表人及其他工作人员执行职务的行为视为法人的行为，其职务行为的法律后果由法人承担。

（2）法人对自己的民事违法行为承担民事责任。法人因违法行为给他人造成损失的，应对受害人承担民事责任。法人的工作人员因执行工作任务造成他人损害的，由法人承担民事责任；法人在对外承担民事责任后，可根据法律和章程的规定，向有过错的责任人员追索。

（三）法人的住所

法人的住所在法律上具有重要意义，如决定债务履行地、决定登记管辖、决定诉讼管辖、决定法律文书送达的处所、决定涉外民事法律关系的准据法等。在我国，法人以主要办事机构所在地为住所。

（四）法人的机关

1. 法人机关的含义

法人的机关，是指根据法律或法人章程的规定，形成法人意思、管理法人事务和对外代表法人的单个自然人或者由多个自然人组成的集体。法人的机关是法人存在并维持其法律人格必不可少的条件，也是法人设立的必要条件。

法人机关不同于法人机关的担当人。法人机关是法人组织体的组成部分，存在于法人内部，由自然人担任或组成，但其本身并不具有独立的法律人格。而担当人即担任法人机关职务的自然人，在法律上有独立的法律人格，可以独立地享有权利和承担义务。

法人机关不同于代理人。法人机关是法人组织体的一个组成部分，因此法人机关与法人属于同一人格。法人机关的意思就是法人的意思，法人机关的行为就是法人的行为，其行为后果当然归属于法人。而在代理关系中，代理人与被代理人具有不同的人格，代理人在代理活动中独立为意思表示，其行为的法律后果依照代理规则归属于被代理人。

2. 法人机关的种类

（1）意思机关。意思机关是法人形成自己意思的机关，又称权力机关，如有限责任公司的股东会。意思机关的担当人是法人的全体成员（股东）。法人的意思

通过成员（股东）大会的决议来形成。在成员（股东）人数较多时，章程往往规定由成员（股东）代表大会作为意思机关。意思机关有权决定法人的重大事项，但通常不能代表法人对外进行民事活动。

（2）执行机关。执行机关是执行法人意思机关所形成的决议或其他指定事项的机关。执行机关的主要负责人是法定代表人。例如，公司法人的执行机关是董事会，捐助法人的执行机关是其理事会，机关法人、事业单位法人的负责人为其执行机关。执行机关按照法人章程或权力机关的授权，就法人日常业务享有决策权和代表权。

拓展阅读



法人机关中的法定代表人

（3）监督机关。监督机关是监督执行机关行为的机关，如公司监事会。但是，并非所有的法人都有监督机关。

3. 法定代表人

法定代表人是依照法律或者法人章程规定，代表法人从事民事活动的负责人。在对外活动中，法定代表人的行为就是法人的行为。法定代表人没有独立人格，其与法人属同一法律人格，是同一个法律主体，而不是性质不同的两个民事主体。法定代表人对外执行法人事务实际上是法人在执行法人事务，其产生的民事法律后果应由法人承担。《民法总则》规定，法定代表人以法人名义从事的民事活动，其法律后果由法人承受。法定代表人因执行职务造成他人损害的，由法人承担民事责任。

（五）法人的终止

法人的终止是指法人人格的消灭，亦即法人作为民事主体的资格丧失，法人的民事权利能力和民事行为能力不复存在。法人终止后，不能再以法人的名义对外进行民事活动。

1. 法人终止的原因

根据《民法总则》第68条的规定，法人终止的原因包括：（1）法人解散；（2）法人被宣告破产；（3）法律规定的其他原因。其中，法人解散的事由包括以下情形：（1）法人章程规定的存续期间届满或者法人章程规定的其他解散事由出现；（2）法人的权力机构决议解散；（3）因法人合并或者分立需要解散；（4）法人依法被吊销营业执照、登记证书，被责令关闭或者被撤销；（5）法律规定的其他情形。

2. 法人的清算

法人的清算，是指在法人终止前，清理其财产，收取其债权，并了结其债务的活动。

法人终止，应当依法进行清算。清算期间法人存续，但是不得从事与清算无关的活动。法人解散的，除合并或者分立的情形外，清算义务人应当及时组成清算组进行清算。法人清算后的剩余财产，根据法人章程的规定或者法人权力机构的决议处理。清算结束并完成法人注销登记时，法人终止；依法不需要办理法人登记的，清算结束时，法人终止。

拓展阅读

筹建中的法人与法人的民事主体资格



法人被宣告破产的，依法进行破产清算并完成法人注销登记时，法人终止。

三、非法人组织

（一）非法人组织的概念和特征

非法人组织是指不具有法人资格，但可以自己的名义进行民事活动的社会组织。在现代社会中，存在大量的社会组织。它们以各种方式参与民事活动，在经济、文化和其他社会领域发挥作用。《民法总则》第102条规定："非法人组织是不具有法人资格，但是能够依法以自己的名义从事民事活动的组织。"由此可见，非法人组织在我国已经被承认为除自然人和法人以外的一个民事主体类别。

非法人组织具有下列主要法律特征：（1）具有以成员为基础的稳定的组织体；（2）有特定的目的和民事活动范围；（3）以组织体的名义进行民事活动；（4）组织体的民事责任不以成员的出资为限，当组织体的财产不足以清偿债务时，其出资人或者设立人承担无限责任；（5）应当依法登记设立。依据《民法总则》第103条的规定，非法人组织应当依照法律的规定登记。

由此可见，非法人组织具有一些与法人相同的特征。因此，《民法总则》规定，非法人组织除适用对它们的专门规定外，参照适用对法人的一般规定。

（二）非法人组织的法律地位

在现实生活中，存在着大量的不具有法人资格的组织体，其中有营利性的，如合伙企业、合伙制专业服务机构（如律师事务所、会计师事务所等）、个人独资企业、非法人外商投资企业（中外合作经营企业、外商独资企业）、非法人集体企业、非法人合作社、不动产业主组织等，也有非营利性的，如非法人的文化艺术团体、学术研究团体、社区服务机构、公民联谊团体等。这些非法人组织与法人的主要差别在于：当这些组织体不能以自有财产清偿自己的债务时，应由它们的出资人、开办人或者全体成员承担连带责任。而它们与自然人的主要差别则在于，它们能够以组织的名义对外开展民事活动，成为民事法律关系中的权利义务主体。

从我国的社会实际来看，赋予这些非法人组织以民事主体资格，既有利于鼓励社会成员的合作与共享，提高经济效率和增进社会活力，也有利于规范这些有组织的民事活动，保护参与者的合法权益，维护民事交往秩序。

（三）非法人组织的分类

1. 营利性非法人组织和非营利性非法人组织

非法人组织，以取得经济利益并分配给其成员为目的的，为营利性的非法人组织。不以取得经济利益并分配给其成员为目的的，为非营利性的非法人组织。非营利性非法人组织的宗旨，可以是为了成员的共同利益（如学术交流，增进友谊），也可以是为了社会公益或其他非营利目的。

2. 须经批准的非法人组织和无须批准的非法人组织

《民法总则》第103条规定："非法人组织应当依照法律的规定登记。设立非法人组织，法律、行政法规规定须经有关机关批准的，依照其规定。"由此可见，在我国，非法人组织须经登记才能取得民事主体地位。而其他共同出资、共同参与的民事活动，如众筹投资、募资捐灾、组团旅游等，由于未经登记，只能以发起者、主持者的个人名义或者参与者的共同名义为民事法律行为。非法人组织在办理登记时是否以有关机关的批准为条件，要根据法律、行政法规的规定来确定：法律、行政法规有规定的，依照其规定；没有规定的，为无须批准的非法人组织。

3. 合伙型非法人组织和独资型非法人组织

合伙是指两个或两个以上的民事主体订立合伙协议，共同出资、共同经营、共享收益、共担风险，对合伙债务承担无限连带责任的营利性组织。合伙组织以普通合伙为基本类型，其法律特征如下：（1）以合伙人订立合伙协议为基础。（2）以共同出资为前提。（3）合伙人共同经营、共享收益、共担风险。因此，合伙的重要决定，原则上须经全体合伙人一致同意。（4）合伙财产具有相对独立性。合伙财产为全体合伙人共有。在合伙存续期间，合伙人不得请求分割合伙财产。（5）合伙的经营具有相对独立性。合伙组织可以有自己的名称，可以以自己的名义进行经营，可以作为诉讼当事人参与诉讼。（6）合伙人对合伙债务承担无限连带责任。合伙企业对其债务，应先以其全部财产进行清偿，如果合伙企业不能清偿到期债务，则由合伙人承担无限连带责任。

合伙组织的基本规则和法理，不仅适用于合伙企业和合伙型的其他经营实体，也适用于非企业的合伙型组织。例如，《合伙企业法》第107条规定："非企业专业服务机构依据有关法律采取合伙制的，其合伙人承担责任的形式可以适用本法关于特殊的普通合伙企业合伙人承担责任的规定"。

独资型非法人组织是指由单一民事主体投资并承担无限责任，有自己的名称、住所和经营范围，经登记设立，能以自己名义从事民事活动的组织体。在我国，其典型形态是个人独资企业。根据《公司法》第11章的规定，外国公司在中国境内设立的分支机构也属于独资型非法人组织。

（四）非法人组织的终止

非法人组织终止的原因与法人相同，即解散、被宣告破产和法律规定的其他原因。其中，非法人组织解散的事由包括：（1）章程规定的存续期间届满或者章程规定的其他解散事由出现；（2）出资人或者设立人决定解散；（3）法律规定的其他情形。

非法人组织解散的，应当依法进行清算。

第六节　民事法律行为

一、民事法律行为的概念、特征和分类

（一）民事法律行为的概念和特征

所谓民事法律行为，是以意思表示为核心、能够产生当事人预期的法律效果的行为。《民法总则》第133条规定："民事法律行为是民事主体通过意思表示设立、变更、终止民事法律关系的行为。"作为民法的重要调整手段，民事法律行为制度通过赋予当事人自由意志以法律效力，使当事人能够自主安排自己的事务，从而实现了民法主要作为任意法的功能。因此，民事法律行为是民法中最为核心的制度之一。其特点在于：

1. 民事法律行为是民事主体实施的以发生民事法律后果为目的的行为。民事法律行为作为一种法律事实，是由当事人实施的能够产生一定法律效果的行为。这就是说，民事法律行为首先必须是由民事主体实施的行为，非民事主体实施的行为，如法院的判决和仲裁机构的裁决，其虽然也能发生法律后果，但不是民事法律行为。其次，民事法律行为应当产生一定的法律效果，即民事权利义务关系的设立、变更和终止。例如，当事人通过意思表示一致成立买卖合同关系。无论当事人从事民事法律行为的目的为何，只要当事人达成的民事法律行为依法成立并生效，就会对当事人产生法律效力，当事人也必须依照民事法律行为的规定享有权利和履行义务。

2. 民事法律行为是通过意思表示而实施的行为。所谓意思表示，是指向外部

表明意欲发生一定私法上效果之意思的行为。[①] 意思表示是德国法律行为理论中最为基础的法律概念和制度构造，是法律行为制度的精华所在。民事法律行为都是通过意思表示作出的，即表意人将其内心意思表示于外，为他人所知晓。如果民事法律行为能够产生主体预期的后果，按照当事人的意愿安排他们之间的利益关系，当事人必须能够自主作出意思表示，而且这种意思表示能够依法在当事人之间产生拘束力，这也是法律行为与事实行为的根本区别，事实行为并不以意思表示为要件。

3. 民事法律行为是能够产生当事人预期的法律效果的行为。民事法律行为作为引起法律关系变动的原因，其不仅导致民事法律关系的产生，而且可以成为民事法律关系变更和终止的原因。无论当事人从事民事法律行为旨在达到何种目的，只要当事人达成的民事法律行为依法成立并生效，就会对当事人产生法律效力，当事人也必须依照民事法律行为的规定享有权利和履行义务。当然，民事法律行为并不是可以产生任何法律上的效果，而仅仅是可以产生私法上的效果。[②] 所谓私法上之效果，即导致法律关系的产生、变更、消灭。此外，民事法律行为不仅能产生私法上的效果，而且能够产生当事人所预期的法律效果，这也是法律行为与事实行为的重要区别。也正是因为这一原因，民事法律行为成为民事主体私法自治的重要工具。当然，虽然民事法律行为能够产生当事人所预期的法律效果，但如果该行为违法或违反公序良俗，则可能难以产生当事人所预期的法律效果。

（二）民事法律行为的分类

《民法总则》第 134 条第 1 款规定："民事法律行为可以基于双方或者多方的意思表示一致成立，也可以基于单方的意思表示成立。"据此，民事法律行为可以分为如下三种类型：

一是单方法律行为，它是指根据一方的意思表示就能够成立的行为。单方法律行为大体上可以分为两种：一是因行使个人权利而实施的单方行为，而该行为仅仅发生个人的权利变动，如无主物先占、抛弃所有权和其他物权等。二是该行为涉及他人权利的发生、变更或消灭等，如授予代理权、授予处分权、立遗嘱和抛弃继承、委托代理的撤销，以及行使解除合同权、选择权、择定权等。[③]

---

① 参见梁慧星：《民法总论》，法律出版社 2011 年版，第 189 页。

② 参见郑玉波：《民法总则》，中国政法大学出版社 2003 年版，第 296 页。

③ [德] 迪特尔·梅迪库斯著，邵建东译：《德国民法总则》，法律出版社 2003 年版，第 431 页。

二是双方法律行为，它是指双方当事人意思表示一致才能成立的法律行为。双方法律行为的典型形式是合同。合同的成立必须要有两个以上的当事人，各方当事人须互相作出意思表示。这就是说，当事人各自从追求自身的利益出发而作出意思表示，双方的意思表示是交互的才能成立合同。

三是多方法律行为，又称共同法律行为，它是基于两个或两个以上共同的意思表示一致而成立的法律行为，例如，设立公司章程、合伙协议。共同法律行为不同于双方法律行为：一方面，在实施共同法律行为时，当事人所追求的利益是共同的，而在双方法律行为中，当事人的利益是相对的。① 另一方面，在实施共同法律行为时，共同的意思表示的达成需要多数人的意思表示一致，并遵循一定的程序，而双方法律行为只需要双方意思表示一致即可。

还需要指出的是，《民法总则》第 134 条第 2 款规定："法人、非法人组织依照法律或者章程规定的议事方式和表决程序作出决议的，该决议行为成立"。该条对决议行为作出了规定。决议行为就是指由一般的企事业单位依据法律和章程所作出的决议，其与一般的民事法律行为虽然都是意思表示的产物，但二者存在一定的区别：一是主体不同。决议行为是法人和非法人组织及其内部所作出的决议，原则上只适用于法人或者非法人组织的内部决议事项，② 其并不适用于自然人。而一般的民事法律行为既可以是自然人所实施的行为，也可以是法人所实施的行为。二是是否需要意思表示一致不同。只要符合法律和章程规定的程序所作出的决议，决议行为即使没有得到所有成员的同意，也能够产生效力，而且不论成员是否参与表决该决议，或者是否同意该决议，都要受到该决议的约束。而对一般的民事法律行为而言，必须各个当事人意思表示一致，否则无法成立。三是是否需要按照一定的程序表决不同。决议行为必须按照法定或者约定的程序作出，例如，按照多数决规则作出决议。而实施一般的民事法律行为一般并不需要遵守某种特定的程序。

二、意思表示

意思表示是指行为人将其设立、变更、终止民事权利、义务的内在意思表示于外部的行为。意思表示是法律行为的核心。民事法律行为之所以能够产生当事人追求的私法效果，就是因为其作出的意思表示真实、合法，因此，国家赋予该

① 参见郑玉波：《民法总则》，中国政法大学出版社 2003 年版，第 299 页。

② 参见李适时主编：《中华人民共和国民法总则释义》，法律出版社 2017 年版，第 420 页。

意思表示以法律上的拘束力。民事法律行为是通过意思表示作出的行为，没有意思表示就没有法律行为，意思表示与法律行为关联密切，现代民法理论认为意思表示是法律行为的核心。《民法总则》规定了意思表示生效的几种情形：

一是有相对人的意思表示的生效。所谓有相对人的意思表示，又称为需要受领的意思表示，它是指对相对人发出的意思表示。根据意思表示作出的方式，又可以将有特定相对人的意思表示区分为以对话方式作出的意思表示和以非对话方式作出的意思表示，所谓以对话方式作出的意思表示，是指当事人直接以对话的形式发出意思表示。所谓以非对话方式作出的意思表示，是指当事人以对话以外的形式发出意思表示。依据《民法总则》第 137 条的规定，对以对话方式作出的意思表示而言，只有在表意人的意思表示被相对人知悉对话的内容时，意思表示才能够生效。如果相对人并不知道意思表示的内容，也无法作出相应的意思表示，此时，应当认定意思表示未生效。对以非对话方式作出的意思表示而言，到达相对人时生效。所谓到达，是指根据一般的交易观念，已经进入相对人可以了解的范围。到达并不意味着相对人必须亲自收到，只要意思表示已进入受领人的控制领域，并在通常情况下可以期待受领人能够知悉意思表示的内容，就视为已经到达。① 此外，在互联网时代，采用数据电文形式作出意思表示也是作出民事法律行为的重要方式。

二是无相对人的意思表示的生效。所谓无相对人的意思表示，是指意思表示没有相对人。例如，设立遗嘱，就属于无相对人的意思表示。《民法总则》第 138 条规定："无相对人的意思表示，表示完成时生效。法律另有规定的，依照其规定。"依据该条规定，对无相对人的意思表示而言，除法律另有规定外，意思表示完成之时即是其生效之时，因为对于无特定相对人的意思表示，不需要到达相对人，因此，其在发出时即已生效。当然，依据《民法总则》第 138 条的规定，对无相对人的意思表示而言，如果法律对其生效专门作出了规定，则依据该特别规则认定其效力。例如，《继承法》明确规定遗嘱人自死亡时方发生继承遗产的效力。

《民法总则》第 142 条第 1 款规定："有相对人的意思表示的解释，应当按照所使用的词句，结合相关条款、行为的性质和目的、习惯以及诚信原则，确定意思表示的含义。"该条第 2 款规定："无相对人的意思表示的解释，不能完全拘泥于所使用的词句，而应当结合相关条款、行为的性质和目的、习惯以及诚信原则，

① 参见徐国建：《德国民法总论》，经济科学出版社 1993 年版，第 96 页。

确定行为人的真实意思。”这就对有相对人和无相对人的意思表示的解释作出了规定，区别这两种意思表示的解释的意义在于：

第一，是否要考虑对相对人的合理信赖予以保护。对有相对人的意思表示而言，其解释应当考虑相对人对意思表示内容的合理信赖，这就不能完全按照表意人的内心真意来解释。而对无相对人的意思表示而言，因为一般不存在对相对人的信赖利益保护问题，因此，更应当注重“确定行为人的真实意思”。

第二，是否需要考虑受领人的理解水平不同。对有相对人的意思表示进行解释，法官应当考虑一般的受领人的理解水平。但是对无相对人的意思表示进行解释，则不需要考虑受领人的理解水平。

第三，词句在意思表示解释中的作用不同。上述两种意思表示的解释虽然都应当从表意人所使用的词句出发，但表意人所使用的词句在其意思表示解释中的作用并不完全相同，对有相对人的意思表示解释而言，需要从相对人一般情况下如何理解来探求表意人所使用词句的意思。而对无相对人的意思表示而言，表意人所使用的词句是探求当事人内心真意的依据之一，因此，对此种意思表示的解释“不能完全拘泥于所使用的词句”。

三、民事法律行为的成立和生效

（一）民事法律行为成立和生效的区别

所谓民事法律行为的成立，是指民事法律行为已经具备了成立要件而客观存在。例如，合同经过要约和承诺而形成了合意。再如，遗嘱已经由遗嘱人作出。

所谓民事法律行为的生效，是指已经成立的法律行为因符合法定的生效要件，从而能产生法律上的拘束力。此处所说的法律拘束力，首先是指私法上的效力，而不应当包括民事法律行为生效以后所可能引起的公法上的效果。其次是指民事法律行为发生了行为人所意欲发生的法律效果，这种效果因民事法律行为形态的不同而异。

第一，两者的性质不同。民事法律行为的成立只涉及当事人个人意思的问题，其基于自主、自愿实施了一定的行为；民事法律行为的生效则意味着法律采取一定标准对当事人的意思表示作出评价或干预。

第二，两者的构成要件不同。民事法律行为的成立要件包括当事人、当事人作出意思表示、当事人就意思表示达成合致。而依据《民法总则》第143条的规定，民事法律行为的生效则需要具备下列条件：一是行为人具有相应的民事行为能力；二是意思表示真实；三是不违反法律、行政法规的强制性规定，不违背公

序良俗。

第三，两者体现的国家干预的程度不同。民事法律行为的成立是当事人作出意思表示或意思表示达成合意。因此，它主要表现了当事人的意思，至于法律行为的内容中是否存在着欺诈、胁迫或其他违法的因素，则不是民事法律行为的成立制度而是民事法律行为的生效制度调整的范围。而民事法律行为的生效是指国家对已经成立的民事法律行为予以认可，如果当事人的合意符合国家的意志，将被赋予法律拘束力。民事法律行为生效制度体现了国家对法律关系的肯定或否定的评价，反映了国家对民事关系的干预。

第四，两者的法律后果不同。民事法律行为的不成立和无效产生的法律后果是不同的。[①] 如果民事法律行为一旦被宣告不成立，那么有过失的一方当事人则应根据缔约过失责任制度，赔偿另一方所遭受的利益的损失，如果当事人已经作出履行，则应当各自向对方返还其已接受的履行。对于无效民事法律行为来说，由于其根本上违反了国家意志，所以其不仅要产生民事责任（如缔约过失责任、返还不当得利责任），而且将可能引起行政责任甚至刑事责任。

（二）民事法律行为的生效条件

依据《民法总则》第143条规定，民事法律行为应当具备下列条件：

1. 行为人具有相应的民事行为能力

行为人具有相应的民事行为能力的要件，在学理上又被称为有行为能力原则或主体合格原则。《民法总则》将自然人分为三类，即完全民事行为能力人、限制民事行为能力人和无民事行为能力人。除法律有特别规定外（如《婚姻法》对结婚年龄的规定），完全民事行为能力人可以独立实施所有民事法律行为。

由于限制民事行为能力人具有一定的判断和理解能力，因此，其可以独立实施一定的民事法律行为。《民法总则》第145条第1款规定："限制民事行为能力人实施的纯获利益的民事法律行为或者与其年龄、智力、精神健康状况相适应的民事法律行为有效；实施的其他民事法律行为经法定代理人同意或者追认后有效。"据此，限制民事行为能力人只能独立从事两种类型的民事法律行为：一是纯获利益的民事法律行为，即仅仅获得法律上的利益，而不会负担法律义务或减损其既有民事权利。二是与其年龄、智力、精神健康状况相适应的民事法律行为。依据《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）》第3条的规定，对此，要从行为与本人生活相关联的程度、本人的智力

① 参见王家福主编：《民法债权》，法律出版社1991年版，第315页。

能否理解其行为，并预见相应的行为后果，以及行为标的数额等方面认定。

无民事行为能力人不具有独立作出意思表示的能力，因此，其不能独立实施民事法律行为，依据《民法总则》第144条的规定："无民事行为能力人实施的民事法律行为无效"。无民事行为能力人只能通过其法定代理人代理其实施民事法律行为。

2. 意思表示真实

所谓意思表示真实，是指表意人的表示行为应当真实地反映其内心的效果意思。也就是说，意思表示真实要求表示行为应当与效果意思相一致。《民法总则》强调意思表示必须真实，才能发生相应的法律效力，主要是为了保障当事人的自主、自愿，充分实现私法自治，同时，否定意思表示不真实情况下民事法律行为的效力，有利于保护处于弱势地位一方当事人的利益，也有利于维护交易安全。

3. 不违反法律、行政法规的强制性规定和公序良俗

第一，不违反法律、行政法规的强制性规定。法律规范可以分为任意性规范和强制性规范。所谓强制性规范，是指这些规定必须由当事人遵守，不得通过其协议加以改变。所谓任意性规范，是指当事人可以通过协议加以改变的规定。任意性规范通常以"可以"做什么来表示，它不要求当事人必须执行，而只是提供了行为的一种标准；强行性规范通常以"必须""不得"等词语表示，它要求当事人必须严格遵守而不得通过协商加以改变。依据《民法总则》第143条的规定，只有违反法律、行政法规的强制性规范时，民事法律行为才无效，民事法律行为违反法律、行政法规的任意性规范，并不当然导致该民事法律行为无效。

第二，不违反公序良俗。公序良俗包括公共秩序与善良风俗，是一个国家经济社会发展所必需的一般道德，其主要是指社会公共利益和社会公共道德。社会公共利益体现了全体社会成员的最高利益。公序良俗主要是为了使法律得以促进道德的调整。[①]《民法总则》将不违背公序良俗作为法律行为的生效要件，一方面极大地弥补了法律规定的不足。另一方面，对于那些表面上虽未违反现行立法的禁止性规定，但实质上损害了全体人民的共同利益，破坏了社会经济生活秩序和善良风俗的行为，都应认为是无效的，从而有利于维护社会公共秩序和社会公共道德。

① 参见许中缘：《民法强行性规范研究》，法律出版社2010年版，第104—105页。

四、效力待定的民事法律行为

（一）效力待定的民事法律行为的概念和特征

所谓效力待定的民事法律行为，是指民事法律行为成立之后，是否能发生效力尚不能确定，有待于其他行为或事实使之确定的民事法律行为。效力待定的民事法律行为具有如下特征：

1. 效力待定的民事法律行为已经成立，但其因缺乏处分权或缺乏行为能力而效力并不齐备。对效力待定的民事法律行为而言，在其成立以后，民事法律行为并不当然发生拘束力：一方面，此类民事法律行为因当事人意思表示一致已经宣告成立，如果在此类民事法律行为中存在意思表示不真实的情况，如欺诈、胁迫等，那么就可能转化为一个可撤销的民事法律行为。另一方面，此类民事法律行为虽然已经成立，但因为主体缺乏缔约能力和处分能力，所以不完全符合民事法律行为的有效条件。

2. 效力待定的民事法律行为的效力既非完全无效，也非完全有效，而是处于一种效力不确定的中间状态。一方面，效力待定的民事法律行为即使在追认之前，对当事人也并非当然无效，只是处于一种不确定的状态，否则就难以与无效的民事法律行为相区别。另一方面，在追认之前它亦非完全有效，这一点也不同于可撤销的法律行为，可撤销的民事法律行为在未被撤销之前是有效的。

3. 效力待定的民事法律行为是否已经发生效力尚不能确定，有待于其他行为或事件使之确定。这也充分体现了私法自治的精神，并贯彻了鼓励交易的原则。例如，未成年人在其房屋漏雨时请人修缮房屋，是符合本人及其法定代理人利益的，对此类民事法律行为的效力应由法定代理人行使追认权予以确认，如果法律规定此类民事法律行为一概无效，则根本违反了未成年人及其法定代理人的利益。

效力待定的民事法律行为不同于无效的民事法律行为。从法律来看，效力待定和无效是存在严格区别的，主要表现在：一方面，无效民事法律行为是当然无效、自始无效；效力待定的民事法律行为只是效力处于不确定的状态。另一方面，对无效民事法律行为来说，法律将确认无效的权力赋予法院和仲裁机构，使其可以主动审查法律行为的效力；对效力待定的民事法律行为来说，法院没有权力主动审查其效力，确定其有效与否。法律规定这类民事法律行为的目的就是把法律行为效力的确认权赋予当事人，从而排除法院干预的权力。

（二）效力待定的民事法律行为的类型

1. 限制民事行为能力人从事的依法不能独立实施的法律行为。《民法总则》

第145条第1款规定，限制民事行为能力人“实施的其他民事法律行为经法定代理人同意或者追认后有效”。据此可见，《民法总则》将此类行为规定为效力待定的民事法律行为，必须要经限制民事行为能力人的法定代理人同意或者追认后才能生效。

2. 无代理权人因无权代理而从事的法律行为。《民法总则》第171条第1款规定：“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后，仍然实施代理行为，未经被代理人追认的，对被代理人不发生效力。”因此，无权代理行为也是效力待定的民事法律行为。只有经过被代理人的追认，该民事法律行为才能生效。当然，无权代理行为如构成表见代理，则为有效的民事法律行为。

3. 无处分权人因无权处分而从事的法律行为。《民法总则》没有对无权处分行为作出规定，但《合同法》第51条规定：“无处分权的人处分他人财产，经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的，该合同有效”。据此可见，无处分权的人处分他人之物或权利，只有该当事人事后取得了有处分权人的追认或取得处分权，该民事法律行为方可生效。

（三）效力待定的民事法律行为的效力的确定

能够确定效力待定民事法律行为效力的法律事实包括两类：一类是行为，另一类是事件。从行为角度来看，包括三个方面：

一是真正权利人行使追认权，根据《民法总则》第145条第1款和第171条第1款，效力待定的民事法律行为必须经过追认才能生效。所谓追认，是指权利人对无缔约能力人、无代理权人、无处分权人与他人从事的有关民事法律行为的事后承认。追认权是形成权，其归属于真正的权利人，权利人的追认与否决定着效力待定民事法律行为的效力。在权利人尚未追认以前，效力待定民事法律行为虽然已经实施，但并没有实际生效。

二是善意相对人行使撤销权，从而使效力待定的民事法律行为归于无效。《民法总则》第145条第2款规定：“民事法律行为被追认前，善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。”在效力待定的民事法律行为中，如果相对人出于善意，对对方无行为能力、代理权、处分权的事实处于不知或不应知的状态，那么其在民事法律行为成立以后，依法享有撤销该民事法律行为的权利。一旦其行使撤销权，该民事法律行为归于无效。但撤销权的行使必须及时，如果超出合理的期限则丧失撤销权。

三是善意相对人的催告权。《民法总则》第145条第2款规定：“相对人可以催告法定代理人自收到通知之日起一个月内予以追认。法定代理人未作表示的，

视为拒绝追认。”《民法总则》第171条第2款规定：“相对人可以催告被代理人自收到通知之日起一个月内予以追认。被代理人未作表示的，视为拒绝追认。”依据上述规定，在相对人催告法定代理人或者被代理人是否追认时，法定代理人或者被代理人可以在收到催告通知之日起一个月内决定是否追认。法定代理人或者被代理人未作表示时，视为拒绝追认。

五、无效民事法律行为

（一）无效民事法律行为的概念和特征

无效民事法律行为，是指虽然已经成立，但因其在内容上违反了法律、行政法规的强制性规定或公序良俗而应当被宣告无效的民事法律行为。例如，无效合同、无效遗嘱等都属于无效的民事法律行为。无效民事法律行为具有如下几个特点：

1. 无效民事法律行为具有违法性

所谓违法性，包括两个方面的内容：一是违反了法律和行政法规的强制性规定。判断无效的标准，也应当以法律和行政法规的规定为依据。在强制性规范中，有必要进一步区分效力性规定与取缔性规定，违反取缔性规定并不导致民事法律行为无效。二是违反了公序良俗。例如，当事人订立进口“洋垃圾”合同的行为，即使其内容并未违反现行法律规定，但因其内容违反了社会公共利益，所以也是无效的。无效民事法律行为的违法性表明此类行为根本不符合国家意志，因此此类行为不发生效力。

2. 对无效民事法律行为实行国家干预

由于无效民事法律行为具有违法性，因而对此类民事法律行为应实行国家干预。这种干预主要体现在：法院和仲裁机构无须当事人请求确认民事法律行为无效，便可以主动审查民事法律行为是否具有无效的因素，如发现民事法律行为属于无效民事法律行为，便应主动确认民事法律行为无效。正是从这个意义上说，无效民事法律行为是当然无效的。对无效民事法律行为的国家干预还表现在，有关国家行政机关可以对无效民事法律行为予以查处，追究无效民事法律行为当事人的行政责任。

3. 无效民事法律行为具有不得履行性

所谓无效民事法律行为的不得履行性，是指当事人在实施无效民事法律行为以后，不得依据民事法律行为实际履行，也不承担不履行的法律责任。即使当事人在实施民事法律行为时不知该民事法律行为的内容违法（如不知法律行为标的

物为法律禁止流转的标的物），当事人也不得履行该无效民事法律行为。对于无效民事法律行为而言，尽管当事人不能实际履行无效民事法律行为，但当事人可以依据法律的规定，对民事法律行为予以修正，剔除违法的部分，使行为的内容完全合法。如果经过修正使民事法律行为在内容上符合法律的规定，则该民事法律行为已转化为有效民事法律行为。

4. 无效民事法律行为自始无效

由于无效民事法律行为从本质上违反了法律规定，因而国家不承认此类民事法律行为的法律效力。民事法律行为一旦被确认无效，就将产生溯及力，使民事法律行为自实施之时起就不具有法律效力，以后也不能转化为有效民事法律行为。对已经履行的，应当通过返还财产、赔偿损失等方式使当事人的财产恢复到民事法律行为实施之前的状态。

（二）无效民事法律行为的类型

1. 无民事行为能力人实施的民事法律行为

根据《民法总则》第144条规定："无民事行为能力人实施的民事法律行为无效。"依据该条规定，凡是无民事行为能力人实施的民事法律行为均无效，无民事行为能力人包括十八周岁以下的未成年人，以及不能辨认自己行为的人。法律作出这种规定的原因，主要是为了保护无民事行为能力人的利益，防止其受到欺诈等，因为无民事行为能力人不能够判断行为的性质，理解自己行为的后果，很容易遭受他人的欺骗。

2. 虚假的民事法律行为

《民法总则》第146条第1款规定："行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效。"该条规定了虚假的民事法律行为的无效。所谓虚假的民事法律行为，是指行为人与相对人共同实施了虚假的意思表示，也称为通谋虚伪表示。[①] 例如，为逃避债务而虚假赠与财产、为逃避房地产收费而虚构离婚、为了规避房屋限购政策而虚假离婚、虚构建筑物施工合同中的债权以达到行使法定优先权的目的等。

《民法总则》第146条第2款规定："以虚假的意思表示隐藏的民事法律行为的效力，依照有关法律规定处理。"这就对隐藏的民事法律行为作出了规定。所谓隐藏的民事法律行为，是指被虚假的意思表示所隐藏的民事法律行为。[②] 例如，为

① 参见郑玉波：《民法总则》，中国政法大学出版社2003年版，第339页。

② 参见郑玉波：《民法总则》，中国政法大学出版社2003年版，第341页。

了逃税，当事人订立了“黑白合同”，其中的“白合同”就是虚假的意思表示，而“黑合同”就是隐藏的民事法律行为。如果被隐藏的民事法律行为是合法的，则该隐藏行为是有效的；如果被隐藏的民事法律行为是非法的，则该隐藏行为是无效的。

3. 违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为

《民法总则》第153条规定：“违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效，但是该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。”依据这一规定，违反法律、行政法规强制性规定的民事法律行为无效。该条规定不仅确立了一种无效民事法律行为的类型，而且，确立了判断民事法律行为无效的标准。因违法而无效的民事法律行为，必须具备如下条件：一是必须违反了法律或行政法规。二是必须违反了法律或行政法规的强行性规定。需要指出的是，《合同法司法解释二》第14条规定，“《合同法》第五十二条第（五）项规定的‘强制性规定’，是指效力性强制性规定”。这一规定实际上将违反法律和行政法规的强行性规定的行为，进一步区分为违反效力性强制性规定和管理性强制性规定的行为。所谓效力性强制性规定，是指不仅要取缔违反的行为，对违反者加以制裁，而且对其行为在私法上的效力也加以否认。违反该规定，会导致法律行为归于无效。[①] 例如《合同法》第52条关于合同无效情形的规定就属于效力性强行性规范。所谓管理性强制性规定，是指为了实现行政管理的目标而要求当事人应当遵守的规范，违反此类规范并不必然导致行为在私法上的无效。一般的强制性规定大多属于此种类型。通过对这两类规定的区分，可以尽可能地限制合同无效的范围，保障私法自治的实现，并促进和鼓励交易的发展。

4. 违反公序良俗的民事法律行为

《民法总则》第153条第2款规定：“违背公序良俗的民事法律行为无效。”依据该条规定，违反公序良俗的民事法律行为包括两类行为：一是违背公共秩序的民事法律行为。例如，购买“洋垃圾”、规避课税的合同等，即使现行法律没有明确作出规定，也应当认为是无效的。二是违背善良风俗的民事法律行为。实践中出现的双方离婚后约定禁止一方当事人生育，约定断绝亲子关系，夫妻在离婚时约定禁止任何一方在离婚后再婚等，均属于无效的民事法律行为。

---

① 也有学者认为其可以包括五种类型：（1）训示规定，若不具备并非无效，仅有提示作用者；（2）效力规定，若未按规定为之，则无效；（3）证据规定；（4）取缔规定，违反之所签合同依然有效；（5）转换规定，本应为无效，但法律另有转换成某一效果的规定。参见林诚二：《民法总则讲义》（下），瑞兴图书股份有限公司1995年版，第15页。

5. 恶意串通的民事法律行为

恶意串通的民事法律行为是指双方当事人非法串通在一起，进行某种民事法律行为，造成国家、集体或第三人利益损害。例如，企业的委托人与托管人恶意串通，借企业托管经营故意损害债权人利益。《民法总则》第154条规定："行为人与相对人恶意串通，损害他人合法权益的民事法律行为无效。"法律上作出此种规定的原因在于，在恶意串通的民事法律行为中，行为人的行为具有明显的不法性。

六、可撤销的民事法律行为

（一）可撤销的民事法律行为的概念和特征

所谓可撤销的民事法律行为，又称可撤销民事法律行为，是指当事人在从事民事法律行为时，因意思表示不真实，法律允许撤销权人通过行使撤销权而使该已经生效的民事法律行为归于无效。我国《民法总则》第147条至第152条确认了可撤销民事法律行为。可撤销民事法律行为具有以下特征：

1. 可撤销民事法律行为主要是意思表示不真实的民事法律行为。民事法律行为的生效要件之一就是意思表示真实，如果当事人的意思表示有瑕疵，就不能实现当事人的真实意愿，也不能够充分保障表意人的利益。因此，该民事法律行为也属于可撤销的民事法律行为。应当指出的是，意思表示是否真实往往只有表意人或意思表示受领人才能知道，这就需要由当事人撤销不真实的意思表示。即使意思表示不真实，如果表意人不愿意撤销，那么按照私法自治的原则，法律也不应当对此进行干预。

2. 可撤销民事法律行为须由撤销权人主动行使撤销权。由于可撤销民事法律行为主要涉及当事人意思表示不真实的问题，而当事人的意思表示是否真实，局外人通常难以判断，即使局外人已得知一方当事人因意思表示不真实而受到损害，但如果当事人不主动提出撤销而自愿承担损害的后果，法律也应允许这种行为有效。所以，法律要将是否主张撤销的权利留给撤销权人，由其决定是否撤销该民事法律行为。因此撤销权人通常系意思表示不真实的表意人本人。对此类民事法律行为的撤销问题，法院应采取不告不理的态度，如果当事人不提出撤销，法院不能主动地撤销该民事法律行为。

撤销权在性质上为一种形成权，权利人通过单方的意思表示行使撤销权，即可导致此种民事法律行为的效力溯及既往地消灭。撤销权也是一种专属的权利，只能由意思表示不真实、不自由、意思与表示不一致的一方当事人行使，

而不能转让给他人。此外，撤销权还是一种受期限限制的权利，撤销权必须在规定的期限内行使，超过一定的期限，则撤销权归于消灭。由于撤销权在本质上是一种实体权利，当事人可以放弃，因而一旦撤销权人放弃撤销权，撤销权也发生消灭。

一般而言，撤销权的行使可以采取两种方式：一是撤销权人通过其意思表示直接行使撤销权。例如，无权代理人从事无权代理以后，善意相对人在本人追认前，享有撤销合同的权利。[①] 这就是说，善意相对人只需要向本人作出撤销的意思表示，就可以撤销该合同。二是通过提起撤销之诉行使撤销权。最典型的表现为可撤销的合同。严格地说，可撤销合同并不是指享有撤销权的一方可以在符合法律规定的撤销条件的情况下，单方面通过行使撤销权而撤销合同，其含义是指享有撤销权的人必须通过提起撤销之诉而请求法院撤销合同。

3. 可撤销民事法律行为在未被撤销以前仍然是有效的。可撤销民事法律行为在未被撤销前，既非效力待定，亦非当然无效，可被认为自成立之时起已经生效。这是此类民事法律行为与无效和效力待定民事法律行为的区别所在。当事人仍应依民事法律行为规定履行义务，任何一方不得以民事法律行为具有可撤销的因素为由而拒不履行其义务。

（二）可撤销民事法律行为的分类

1. 基于重大误解实施的民事法律行为

《民法总则》第147条规定："基于重大误解实施的民事法律行为，行为人有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。"所谓重大误解的民事法律行为，是指一方因自己的过错而对民事法律行为的内容等发生误解而从事的某种民事法律行为。例如，对价金数额发生误解而多支付了价款。因此，误解直接影响到当事人所应享有的权利和承担的义务。

误解既可以是单方面的误解（如出卖人误将某一标的物当作另一物），也可以是双方的误解（如买卖双方误将本为复制品的油画当成真品买卖）。因重大误解实施的民事法律行为的成立需要具备如下条件：一是表意人对民事法律行为的内容等发生了重大误解。二是表意人因为误解作出了意思表示。表意人作出的意思表示必须是因为误解所造成的，也就是说，表意人的错误认识与其作出意思表示之间具有因果关系。三是误解是由误解方自己的过错造成的，而不是因为受他人的欺骗或不正当影响造成的。

---

① 参见《合同法》第48条。

2. 因欺诈实施的民事法律行为

《民法总则》第148条规定："一方以欺诈手段，使对方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为，受欺诈方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。"因欺诈而从事的民事法律行为，是在受欺诈人因欺诈行为发生错误认识而作出意思表示的基础上产生的。

应被撤销的因欺诈行为而实施的民事法律行为须具备以下条件：一是欺诈方具有欺诈的故意。所谓欺诈的故意，是指欺诈的一方明知自己告知虚假情况或隐瞒真实情况会使被欺诈人陷入错误认识，而希望或放任这种结果的发生。欺诈方告知虚假情况或隐瞒真实情况，不论是否使自己或第三人牟利，均不妨碍恶意的构成。二是欺诈方实施欺诈行为。所谓欺诈行为，是指欺诈方将其欺诈故意表示于外部的行为。在实践中，大都表现为故意陈述虚假事实或故意隐瞒真实情况使他人陷入错误。三是被欺诈的一方因欺诈而陷入错误。基于此种错误而实施了民事法律行为，如果欺诈人实施欺诈行为以后，受欺诈人未陷入错误或者发生的错误认识并不是欺诈造成的，则不构成欺诈。四是被欺诈人因错误而作出了意思表示。被欺诈人在因欺诈发生了错误认识以后，基于错误的认识作出了意思表示并实施了民事法律行为。这就表明欺诈行为与受害人的不真实的意思表示之间具有因果联系。如果被欺诈人虽因欺诈行为陷入错误，但并未作出意思表示，则不能认为构成欺诈。

欺诈行为也可以由第三人实施，所谓因第三人欺诈而实施的民事法律行为，是指因第三人实施欺诈行为而使当事人一方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为。例如，生产者从事虚假广告宣传，导致消费者上当受骗，由于合同关系在消费者和销售者之间成立，而生产者是第三人，因此，此类情形构成第三人欺诈。《民法总则》第149条规定："第三人实施欺诈行为，使一方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为，对方知道或者应当知道该欺诈行为的，受欺诈方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。"依据该条规定，在第三人实施欺诈行为时，必须对方知道或者应当知道该欺诈行为时，受欺诈方才能请求撤销该民事法律行为。例如，生产者从事虚假广告宣传时，如果销售者对生产者的虚假广告宣传并不知情，也不应当知情，则消费者不得主张撤销合同；如果销售者知道或者应当知道生产者进行了虚假广告宣传，则消费者应当有权撤销合同。

3. 因受胁迫而实施的民事法律行为

《民法总则》第150条规定："一方或者第三人以胁迫手段，使对方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为，受胁迫方有权请求人民法院或者仲裁机构

予以撤销。”胁迫是以将来要发生的损害或以直接施加损害相威胁，使对方产生恐惧并因此而作出某种行为。依据这一规定，因受胁迫而作出的民事法律行为包括了一方或者第三人实施胁迫，受胁迫方因此所实施的民事法律行为属于可撤销的民事法律行为。所谓第三人实施胁迫，是指当事人以外的人实施了胁迫行为。例如，出租人要求承租人退租，但一直没有协商成功，后来出租人找到第三人，第三人通过暴力胁迫的方式，强迫承租人退租，此种情形就属于因受胁迫而实施的民事法律行为。

因胁迫而实施的民事法律行为，必须是一方或者第三人实施了胁迫行为。胁迫行为包括两种情况：一是以将要发生的损害相威胁。所谓将要发生的损害，是指涉及生命、身体、财产、名誉、自由、健康、信用等方面的损害。二是胁迫者以直接面临的损害相威胁。胁迫行为是非法的。通常，胁迫人具有胁迫的故意。表意人因为受到胁迫而产生恐惧心理，并在此种心理状态的支配下实施了民事法律行为。如果行为人的胁迫行为并没有使表意人产生恐惧心理，或者虽然产生了恐惧心理，但并没有因此作出相应的意思表示，则表意人无法依据该规则主张撤销该民事法律行为。

4. 显失公平的民事法律行为

所谓显失公平的民事法律行为，是指一方在从事某种民事法律行为时因情况紧迫或缺乏经验而作出了明显对自己有重大不利的行为。《民法总则》第 151 条规定：“一方利用对方处于危困状态、缺乏判断能力等情形，致使民事法律行为成立时显失公平的，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。”显失公平主要适用于双务、有偿的民事法律行为，对无偿民事法律行为，因不存在对价问题，所以不存在双方利益的不平衡和显失公平。显失公平规则是民法公平原则的具体体现，法律规定显失公平的民事法律行为可撤销，有利于保障交易的公平合理，维护正常的交易秩序。

依据《民法总则》第 151 条的规定，显失公平的构成要件，应包括客观和主观两个方面：一是客观要件，即当事人在给付与对待给付之间失衡或造成利益不平衡。例如，双方订立的合同价款比市场价格高出了数倍，对一方当事人明显不公平。二是主观要件，即在订立合同时一方具有利用优势或利用对方轻率、无经验等而与对方订立显失公平合同的故意。此种主观状态已表明行为人背离了诚实信用原则的要求。在法律上之所以要求考虑主观条件，其目的在于保障交易的公平和公正，维护商业道德，保护处于弱者地位的消费者的利益。只有同时符合上述主、客观两方面的要件，才能构成显失公平。当然，对于利用对方没有经验或

轻率的情况，应作严格限定。受害人应当举证证明对方有利用行为，而不能仅证明自己在订约时无经验或轻率。

（三）撤销权的行使

撤销权通常由因意思表示不真实而受损害的一方当事人享有，如重大误解中的误解人、显失公平中遭受重大不利的一方。撤销权是一种专属的权利，不得与法律行为相分离而单独转让。一般来说，如果撤销权人向对方作出撤销的意思表示，而对方未表示异议，则可以直接发生撤销民事法律行为的后果；如果双方对撤销问题发生争议，则必须提起诉讼或仲裁，要求人民法院或仲裁机构予以裁决。

撤销权因撤销权行使期间的经过而消灭。依据《民法总则》第152条，撤销权的行使期限包括如下几种情形：

第一，当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内、重大误解的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起三个月内没有行使撤销权；依据该条规定，撤销权的行使期限通常为一年。该期限在性质上属于除斥期间，属于法定的不变期间，不存在中止、中断、延长的情形。但是，对于重大误解的当事人而言，自知道或者应当知道撤销事由之日起三个月内没有行使撤销权，则撤销权消灭。

第二，当事人受胁迫，自胁迫行为终止之日起一年内没有行使撤销权。与欺诈、重大误解等行为不同，胁迫行为也具有特殊性，胁迫不终止，被胁迫人不可能自由提起撤销诉讼。因此，只能在胁迫终止后的一定期限内行使撤销权。

第三，当事人知道撤销事由后明确表示或者以自己的行为表明放弃撤销权。撤销权仍然属于私权的范畴，按照私法自治原则，权利人可以放弃其权利。如果撤销权人知道撤销事由存在，但放弃了其权利，法律自然不必干涉。这里所说的明确表示，可以采取书面形式、口头形式或其他形式。另外，放弃撤销权，也可以以默示的方式，即以自己的行为表明放弃撤销权。

《民法总则》第152条第2款规定："当事人自民事法律行为发生之日起五年内没有行使撤销权的，撤销权消灭。"该规定是撤销权行使的最长期限，也就是说，一旦相关的民事法律行为实施超过五年，不论当事人是否知道相关的情况，只要其没有行使撤销权，该撤销权都消灭。此种计算方法的优点在于，时间确定，便于计算，有利于法律关系的尽快稳定。

七、民事法律行为被宣告无效或者被撤销的法律后果

《民法总则》第155条规定："无效的或者被撤销的民事法律行为自始没有法

律约束力。”据此可见，被确认无效和被撤销的民事法律行为自始无效，而不是从确认无效之时起无效。民事法律行为被确认无效或被撤销以后，虽不能产生当事人所预期的法律效果，但并不是不产生任何法律后果。无效民事法律行为的违法性，决定了法律不仅要使这些行为无效并使当事人负返还财产、赔偿损失的民事责任，而且当事人所实施的无效民事法律行为也可能损害法律所保护的社会秩序和社会公共利益，因此，当事人还可能需要承担其他法律责任。

（一）返还财产

《民法总则》第157条规定：“民事法律行为无效、被撤销或者确定不发生效力后，行为人因该行为取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。”所谓返还财产，是指一方当事人在民事法律行为被确认无效或被撤销以后，对其已交付给对方的财产享有返还请求权，而已经接受对方交付的财产的一方当事人则负有返还对方财产的义务。返还财产的对象仅限于原物及原物所产生的孳息。如果当事人接受的财产是实物或货币时，原则上应返还原物或货币，不能以货币代替实物或以实物代替货币。如果当事人接受的财产是利益，则应以当时国家规定的价格或市场价格折合成钱款予以返还。

一方行使返还财产的请求权原则上不应当考虑对方是否具有过错。这就是说，如果另一方接受了一方交付的财产，只要该财产仍然存在或能够返还，便应当负有返还责任，而不考虑其在主观上是否具有过错。当然，如果当事人对民事法律行为被撤销有过错，则依据《民法总则》第157条，有过错的一方应当赔偿对方由此所受到的损失。

（二）赔偿损失

民事法律行为被确认无效或被撤销以后，也将产生损害赔偿的责任。《民法总则》第157条规定：“民事法律行为无效、被撤销或者确定不发生效力后……有过错的一方应当赔偿对方由此所受到的损失；各方都有过错的，应当各自承担相应的责任。法律另有规定的，依照其规定。”但民事法律行为无效后的损害赔偿责任的构成，须具备如下要件：一是损害事实的存在，即当事人确因民事法律行为被撤销而遭受了损害。损害必须是实际发生的且可以确定的，而不是当事人主观臆测和设想的。二是赔偿义务人具有过错。根据《民法总则》第157条的规定，民事法律行为无效或者被撤销后，有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，各方都有过错的，应当各自承担相应的责任。也就是说，如果是单方过错，则由有过错的一方向非过错的一方承担因其过错而给对方造成的损失；如果各方均有过错，则应当各自承担相应的责任。三是过错与损失之间存在因果关系，即一方

或双方的过错与另一方或双方遭受的损失之间的前因后果联系。如果不存在因果关系，则即使一方具有过错，也不能赔偿另一方的损失。例如，一方违反现行法律规定出售货物给对方，另一方接受货物后因保管不善使货物遭受毁损，尽管该合同被确认无效，但另一方遭受的损失是因其自身保管不善造成的，而非合同无效所致，因此受害人的损失与对方的过错之间没有因果联系。

八、附条件和附期限的民事法律行为

（一）附条件的民事法律行为

所谓附条件的民事法律行为，是指当事人在法律行为中特别规定一定的条件，以条件的是否成就来决定法律行为效力的发生或消灭的法律行为。《民法总则》第158条规定："民事法律行为可以附条件，但是按照其性质不得附条件的除外。附生效条件的民事法律行为，自条件成就时生效。附解除条件的民事法律行为，自条件成就时失效。"附条件的民事法律行为能够将当事人的动机表现在法律行为中，从而能充分尊重当事人的意志，满足当事人的各种不同需要。

所谓附条件的民事法律行为中的"条件"，是指决定民事法律行为的效力产生和消灭的未来不确定的事实。在附条件的民事法律行为中，条件具有限制民事法律行为效力的作用。民事法律行为中所附的条件，必须具备如下要求：

1. 条件必须是将来发生的事实。能够作为附条件民事法律行为中的条件的，必须是当事人从事民事法律行为时尚未发生的事实，过去的、已经发生的事实不能作为条件。以过去的、已经发生的事实作为条件时，该种条件称为"即成条件"或"即定条件"。当事人把已知的、已经发生的事实作为条件，如果该条件决定着民事法律行为效力的产生，则视该民事法律行为为未附任何条件。当事人不知作为条件的事实已经发生，而将这一事实作为条件的，如果当事人知道该事实已经发生后就不会从事该民事法律行为，该民事法律行为无效；如果当事人知道该事实已经发生后仍希望从事该民事法律行为，则应按已知的情况处理。

2. 条件必须是不确定的事实。条件在将来是否发生，当事人是不能肯定的。如果在民事法律行为成立时，当事人已经确定作为条件的事实必然发生，则实际上应当解释为当事人在民事法律行为中附期限，而不是在民事法律行为中附条件。

3. 条件成就必须可能。如果作为民事法律行为所附的条件是根本不可能发生的，如甲向乙表示"如果地球停止转动，则借钱给你"，则视为当事人根本不希望作出民事法律行为。如果当事人将不可能发生的事实作为民事法律行为失效的条件，视为根本未附条件。

4. 条件必须是由当事人意定的而不是法定的。附条件民事法律行为中的条件是当事人所附加的条件，也称为“附款”，这是当事人意思表示的一部分。作为条件的事实必须是当事人自己选定的，是当事人意思表示一致的结果，而不是法律规定的条件（如法律规定，继承的发生以被继承人的死亡为条件）。如果民事法律行为中附有法定条件，则视为未附条件。

5. 条件必须合法。附条件民事法律行为中的条件，必须符合法律的规定和公序良俗。以违法或违背公序良俗的事实作为民事法律行为的条件，称为不法条件。原则上说，条件必须合法，附违法条件的民事法律行为一般应当宣告无效。但在特殊情况下，如果民事法律行为不具有违法性，可单独宣告条件无效，为了保护相对人的利益，该民事法律行为仍为有效。例如，某雇主与雇员约定，以雇员怀孕为解除条件订立劳动合同，则该条件因违法应当被宣告无效，而该劳动合同仍然有效。

根据条件对于民事法律行为本身所起的作用，可将条件分为停止条件和解除条件。停止条件又称为延缓条件或生效条件，是指限制法律行为效力发生的条件。《民法总则》第 158 条规定：“附生效条件的民事法律行为，自条件成就时生效。”在附停止条件的民事法律行为中，民事法律行为虽然已经成立，但暂时停止发生效力。此时，权利人不能行使权利，义务人也不必履行其义务。只有在生效条件成就以后，权利人才可以请求义务人履行义务，义务人也必须履行义务。

解除条件又称为消灭条件，是限制民事法律行为效力消灭的条件。《民法总则》第 158 条规定：“附解除条件的民事法律行为，自条件成就时失效。”在附解除条件的民事法律行为中，民事法律行为所确定的权利、义务已经发生了效力，在条件成就以后，民事法律行为所确定的权利、义务消灭，恢复到以前的法律状态。但在解除条件成就时，民事法律行为并不发生溯及既往的效力，而在条件未成就以前，民事法律行为继续有效，如果条件确定不成就，则该民事法律行为一直有效。

《民法总则》第 158 条规定：“附生效条件的民事法律行为，自条件成就时生效。附解除条件的民事法律行为，自条件成就时失效。”附条件的民事法律行为成立以后，就已经在当事人之间产生了法律拘束力，当事人不得恶意促成条件成就或者不成就。《民法总则》第 159 条规定：“附条件的民事法律行为，当事人为自己的利益不正当地阻止条件成就的，视为条件已成就；不正当地促成条件成就的，视为条件不成就。”依据该条规定，如果当事人恶意阻止条件成就，则视为条件已经成就。例如，甲、乙双方在租赁合同中规定，如果甲之子从外地回来，乙应搬

出另租房屋。该条件属于解除条件。乙不得采取任何不正当的方式阻止甲之子从外地回来。否则，将视为条件已成就。反之，如果当事人恶意促成条件成就，则视为条件不成就。例如，甲、乙订立合同时约定，如甲子从外地回来，甲就将房屋出卖给乙，如果乙恶意诱骗甲子回来，则属于恶意促成条件成就，此时，视为条件不成就。法律作出此种规定的目的在于制裁不法行为人，保护善意当事人的合法权益。

（二）附期限的民事法律行为

所谓附期限的民事法律行为，是指当事人在法律行为中设定一定的期限，并将期限的到来作为民事法律行为效力发生或消灭根据的民事法律行为。例如，当事人双方在合同中约定自 2015 年 10 月 1 日起，甲方将房屋租赁给乙方，为期两年。此民事法律行为便属于附期限的民事法律行为。《民法总则》第 160 条规定："民事法律行为可以附期限，但是按照其性质不得附期限的除外。附生效期限的民事法律行为，自期限届至时生效。附终止期限的民事法律行为，自期限届满时失效。"

民事法律行为中所附的期限与民事法律行为中所附的条件一样，都是对民事法律行为效力的特别限制，都能够直接限制民事法律行为效力的发生或消失。但两者是有区别的，主要表现在：作为条件的事实是否发生是不确定的，而期限的到来却具有必然性。条件的成就与不成就是当事人所不可预知的，条件可能成就，也可能不成就，因此，条件是不确定的事实。而期限的到来是必然发生的，能够为当事人所预知的，所以期限是确定的事实。

期限具有如下特征：第一，期限是民事法律行为的一种附款。它与民事法律行为的其他内容共同构成了附期限的民事法律行为。期限原则上应当由民事法律行为的当事人自由约定。第二，期限是限制民事法律行为效力的附款。如果民事法律行为约定了生效期限和终止期限，则民事法律行为的效力在时间上受到限制。有的期限直接决定着民事法律行为效力的发生，有的期限决定民事法律行为效力的消灭。第三，期限是以将来确定事实的到来为内容的附款。因为期限是必然到来的，所以期限到来时，民事法律行为必然生效或终止。

期限约定的作用，在于使民事法律行为的效力在时间上受到限制。所以，附生效期限的民事法律行为，当期限到来时，民事法律行为发生效力；附终止期限的民事法律行为，当期限到来时，民事法律行为丧失效力。在期限到来之前，当事人虽然未实际取得一定的权利或者使一定的权利恢复，但存在取得权利或恢复权利的可能性，因此与附条件的民事法律行为一样，当事人享有期待权，这种权

利也应受到法律保护。[①] 如果期待权受到侵害，受害人享有请求损害赔偿的权利。

期限约定的效力，在于使民事法律行为的效力在时间上受到限制。所以，附生效期限的民事法律行为，当期限到来时，法律行为发生效力；附终止期限的民事法律行为，当期限到来时，法律行为丧失效力。在期限到来之前，当事人虽然未实际取得一定的权利或者使一定的权利恢复，但存在取得权利或恢复权利的可能性，因此与附条件的民事法律行为一样，当事人享有期待权，这种权利也应受到法律保护。[②]

第七节 代 理

一、代理的概念和法律特征

代理，是指代理人以被代理人名义实施的，其法律效果直接归属于被代理人的行为。《民法总则》第161条第1款规定："民事主体可以通过代理人实施民事法律行为。"在代理关系中，被代理人又称为本人，代理他人从事民事行为的人称为代理人，与代理人实施民事行为的人称为相对人。我国《民法通则》第63条规定：代理人在代理权限内，以被代理人的名义实施民事法律行为。被代理人对代理人的代理行为，承担民事责任。在现代社会，代理既是交易的工具，也是人们从事社会交往所不可缺少的手段。代理的功能主要体现在：一是辅助功能。这主要体现在法定代理和指定代理中，通过代理被代理人进行意思表示，可以保护限制行为能力人或无行为能力人的利益。二是延伸功能。由于时间、精力、专业技能等方面的原因，被代理人对许多事情不可能亲自进行，但又必须实现自己的利益，此时可以通过代理人的行为来实现。代理的主要法律特征如下：

1. 代理涉及三种法律关系。一是本人和代理人之间的授权关系。本人对代理人的授权，既可以根据被代理人的授权产生，也可以基于法律的规定和法院等有权机关的指定产生。这种授权关系与本人和代理人之间的基础关系，如委托合同、雇佣合同等，是不同的。二是代理人和相对人之间的关系，即代理人依据代理权实施代理行为，以被代理人的名义向相对人为意思表示或接受意思表示。三是效果承担关系，即代理人在代理权限内，以被代理人的名义同第三人所实施的行为，

① 参见梁慧星：《民法总论》，法律出版社2011年版，第179页。
② 参见梁慧星：《民法总论》，法律出版社2011年版，第179页。

其法律效果由本人完全承担。

2. 代理人必须以被代理人的名义行为。《民法总则》第162条规定："代理人在代理权限内，以被代理人名义实施的民事法律行为，对被代理人发生效力。"可见，《民法总则》规定的直接代理仅指显名代理，即代理人在对外从事民事活动时必须表明是以被代理人的名义从事一定行为。代理人以自己的名义从事一定的民事行为，如果不能构成间接代理或者行纪，只能认为是代理人自己的行为，由此产生的法律效果应当由其自己承担。如果代理人所为的意思表示不能辨明是以他人的名义作出的，应认为是代理人以自己的名义所为的意思表示。①

3. 代理人在从事代理行为时，独立进行意思表示。代理行为本质上仍然是代理人有意志的行为，代理人在从事代理行为的过程中，不是机械地执行本人的意志，而是可以在授权范围内独立地进行或接受意思表示。

4. 代理的法律效果由本人承担。代理人以本人的名义与第三人从事民事行为，由此产生的法律效果完全归属于本人。这就是说，代理人在代理权限内以被代理人名义所实施的民事行为，由此而形成的权利、义务应当由本人享有、承担。当然，如果代理人从事无权代理而又不构成表见代理，或者代理行为违法的，所产生的法律后果不应当完全由本人承担。

二、代理的种类

（一）委托代理、法定代理

1. 委托代理

委托代理，是指基于被代理人的委托授权而发生代理权的代理。此种代理又称为授权代理。由于委托授权行为是基于被代理人的意志而进行的，本人的意思是发生委托代理的前提条件，所以，委托代理又称为意定代理。②《民法总则》第163条第2款规定："委托代理人按照被代理人的委托行使代理权。"依据该条规定，在委托代理中，代理人是按照被代理人的委托行使代理权的，委托合同是代理权赖以产生的基础关系。委托代理产生的基础在于委托授权，但并不意味着委托合同是委托代理唯一的基础关系，在实践中，委托代理的基础关系还包括雇佣或劳动关系以及夫妻关系。

《民法总则》对委托授权的形式也作出了规定，该法第165条规定："委托代

① 参见《德国民法典》第164条第2款。

② 参见柳经纬主编：《民法总论》，厦门大学出版社2008年版，第223页。

理授权采用书面形式的，授权委托书应当载明代理人的姓名或者名称、代理事项、权限和期间，并由被代理人签名或者盖章”。受托授权可以采取口头和书面形式，如果采用书面形式，则其应当包括如下内容：一是代理人的姓名或者名称。如果代理人是自然人，应当记载其姓名；如果代理人是法人或非法人组织，则应当记载其名称。二是代理事项。根据代理事项的不同，可以将代理区分为一般代理和特别代理。一般代理是指对代理权没有特别限定的代理。一般代理在性质上属于概括授权。所谓特殊代理，即代理权限定于某一特定法律行为的代理。①不论是一般代理，还是特殊代理，都应当在授权委托书中写明代理事项。三是代理权限。代理权限是代理权的核心内容，代理证书应当载明代理人的姓名或者名称、代理事项、权限和期间，并由被代理人签名或者盖章。在授予代理权限时应当注明是一般代理还是特殊代理，如果是特殊代理，应当准确地说明代理的具体事项；如果要代理特定事项，则不得采用“全权代理”“总委托”之类的表述，而应当明确代理的具体事项。四是期间。此处所说的期间，是指代理权的存续期间。为了保护交易安全，授权委托书应当载明代理期间。如果授权委托书没有载明代理期间，而只是记载了代理事项，则应当解释为代理期间截止到代理事项完成之时。五是被代理人签名或者盖章。授权委托书只有被代理人签字或者盖章，才能正式生效。

委托代理还包括职务代理。所谓职务代理，是指根据代理人所担任的职务而产生的代理，②《民法总则》第170条第1款规定：“执行法人或者非法人组织工作任务的人员，就其职权范围内的事项，以法人或者非法人组织的名义实施民事法律行为，对法人或者非法人组织发生效力。”该条规定承认了职务代理。例如，公司主管销售的经理对外代表公司订立销售合同，属于在其职权范围内所从事的职务代理行为。职务代理的特征主要表现在：一是被代理人必须是法人或非法人组织。这就是说，职务代理只可能是法人或非法人组织的工作人员在其职务范围内实施的行为。二是代理人必须是法人或非法人组织的法定代表人以外的其他工作人员。职务代理不同于代表行为，代表行为是法定代表人在其职务范围内的行为，而职务代理是法定代表人以外的其他工作人员在其职务范围内的行为。三是代理权的来源是法人或非法人组织内的特定职权范围。就职务代理而言，并不需要代理权的授予行为，职务代理中代理人是被代理人的工作人员，其担任一定的职务所具有的职权范围就是其获得的代理权。对职权范围，法人或者非法人组织在内

① 参见李双元、温世扬主编：《比较民法学》，武汉大学出版社1998年版，第196页。

② 参见江平、张佩霖：《民法教程》，中国政法大学出版社1986年版，第95页。

部可能会对相关人员的职权作出一定的限制，例如，禁止销售经理对外签订标的额超过50万元的合同，但此种限制只是内部的限制，不能对抗善意的相对人。当然，如果相对人明知或者应当知道此种限制而仍然同该销售经理订立超过50万元的合同，则该合同构成无权代理，而且该相对人并不属于善意相对人。

2. 法定代理

法定代理，是指依据法律规定而产生代理权的代理。《民法总则》第163条第2款规定："法定代理人依照法律的规定行使代理权"，依据这一规定，法定代理权的发生不需要依赖于任何授权行为，而直接来源于法律的规定。取得法定代理的资格不需要当事人作出意思表示，一般也不需要取得被代理人的同意。法定代理主要是为无行为能力人和限制行为能力人设定的代理，由于无行为能力人和限制行为能力人本身欠缺相应的行为能力，需要由他人代理其行为，而其自身又不能为自己委托代理人，因此在法律上有必要为其设定法定代理人。法律直接规定代理关系的产生，主要是为了保护被代理人的利益，弥补意思自治的不足，法定代理人就是被代理人意思能力的延伸。

法定代理主要有如下几种情况：一是父母及其他近亲属作为监护人时，对被监护人享有的代理权。二是夫妻日常家事代理权。为了保护善意相对人的信赖，由法律直接规定对于日常家务，夫妻可互为代理人。三是基于紧急状态法律特别授权的代理。例如，在某种紧急的特殊情况下，船长、承运人、保管人依据法律规定的紧急代理权，可以作为货主的代理人。①

（二）直接代理和间接代理

直接代理是指代理人以被代理人的名义在授权范围内从事代理行为，代理的效果直接由被代理人承担。许多学者认为，直接代理就是显名代理，或称为显名主义。②

所谓间接代理，是指代理人以自己的名义从事民事法律行为，并符合《合同法》关于间接代理构成要件的代理，它是与直接代理相对应的。大陆法系国家民法一般将间接代理称为行纪，但我国《合同法》承认符合间接代理要件的属于传统民法上的行纪行为可构成间接代理，此也为代理的一种。例如，《合同法》第402、403条规定，"第三人在订立合同时知道受托人与委托人之间的代理关系的"或"第三人不知道受托人与委托人之间的代理关系的"，并确认此种符合间接代理

① 参见梁慧星：《民法总论》，法律出版社2011年版，第221页。

② 参见史尚宽：《民法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第469—474页。

要件的行纪行为为代理。由于此种代理不同于《民法通则》所规定的直接代理，在法律上将其称为间接代理。

间接代理和直接代理具有一些共性，它们都需要通过委托和授权才能产生，这种委托和授权构成了代理人和被代理人之间的内部关系，而代理人以被代理人的名义或以自己的名义对外发生联系，形成真正的代理关系。在直接代理的情况下，由于代理人是直接以被代理人的名义对外行为的，因此代理直接对被代理人产生效力；在间接代理中，如果第三人行使了选择权，则间接代理也会发生和直接代理一样的效力。

尽管直接代理和间接代理有一定的相似性，但也存在明显区别，主要表现在：直接代理是指代理人以被代理人的名义并为了被代理人的利益同第三人为民事法律行为。直接代理也可以称为显名代理。此处所说的显名不仅要求代理人与第三人发生交易时，要向第三人披露被代理人的姓名并要以被代理人的名义行为，还包括代理人在订立合同时，必须以被代理人的名义订约。间接代理则是指代理人以自己的名义但是为被代理人的利益与第三人为民事法律行为。在间接代理中，由于代理人是以自己的名义对外行为的，所以，按照传统的大陆法系关于代理必须显名的要求，此种代理在性质上不属于真正的代理。对于间接代理，大陆法系传统上称为行纪，而不称为代理。①

（三）本代理和复代理

根据代理人的选任和产生的不同，代理可以分为本代理和复代理。所谓本代理，是指由被代理人本人选任代理人或者直接依据法律规定产生代理人的代理，一般的代理都是本代理。所谓复代理，又称为再代理，是指代理人为了实施其代理权限内的行为，以自己的名义选定他人担任被代理人的代理人的代理。复代理是相对于本代理而言的。依据《民法总则》第169条，复代理的特征主要表现在：

第一，代理人以自己的名义为被代理人选定代理人。代理人选定复代理人，应该是为了被代理人的利益，而不是为了代理人的利益。在复代理关系形成以后，代理人并没有完全退出代理关系，但是其代理的主要权限已经转移给复代理人，由复代理人行使，代理后果直接归属于被代理人。

第二，复代理人是被代理人的代理人，而不是代理人的代理人。因此复代理人从事代理行为所产生的一切法律效果，也应当由被代理人承担。

第三，复代理人是代理人基于复任权而选任的。复任权，是指选择他人作为

① 参见郑自文：《国际代理法研究》，法律出版社1998年版，第3页。

复代理人的权利。复代理人因为代理人行使复任权而成为复代理人，其代理权限直接来源于代理人所享有的代理权，因此，复代理人的权利不能超过代理人的权限。如果因为复代理人的选任的过失，造成了被代理人的损害，代理人应当承担选任上的过错责任。

在委托代理中，复代理的产生必须符合如下条件：

一是委托代理人为被代理人的利益需要转托他人代理的，只有在代理人因为种种原因，不能够亲自执行代理事务、完成预定的代理任务情况下，为了被代理人的利益，才有必要实行转委托。所以转委托也是完成代理事务的一种特殊方式。

二是如果为了被代理人的利益确实需要转委托，要取得被代理人本人的同意。《民法总则》第169条第1款规定："代理人需要转委托第三人代理的，应当取得被代理人的同意或者追认。"即使代理人为了本人利益考虑，有必要将委托的事务全部或部分地委托他人，也必须要事先取得被代理人本人的同意。如果没有取得本人的同意，代理人擅自将代理事项委托他人行使，也可以在代理人和第三人之间形成代理关系，但并不是复代理关系。在此情况下，应当由代理人向被代理人本人承担责任。

三是出现紧急情况，复代理不需要取得被代理人本人的同意。《民法总则》第169条第3款规定："转委托代理未经被代理人同意或者追认的，代理人应当对转委托的第三人的行为承担责任，但是在紧急情况下代理人为了维护被代理人的利益需要转委托第三人代理的除外。"依据这一规定，通常情况下，复代理人必须取得被代理人的同意，但法律上存在一个例外，即存在紧急情况。这主要是指由于急病、通信联络中断等特殊原因，委托代理人自己不能办理代理事项，又不能与被代理人及时取得联系，如不及时转托他人代理，会给被代理人的利益造成损失或者扩大损失的情形。

三、代理权的行使

（一）代理权行使的一般原则

代理权的行使，是指代理人在代理权限内，以被代理人的名义实施的代理行为。代理人在代理权限内所从事的代理行为而产生的法律效果，都应当由被代理人承担。代理人在行使代理权的过程中，必须在代理权限内从事代理行为，未经被代理人的同意，不得擅自扩大和变更代理权限。代理人必须亲自从事代理行为。除非经被代理人同意，或者有紧急情况，不得将代理事务转委托他人。代理人在实施代理行为时可以使用辅助人，但不得让他人替代自己实施代理行为。代理关

系基于人身的信赖性质，故代理权一般不得转让。尤其应当看到，代理人必须按照诚信原则从事代理行为，必须努力尽到勤勉和谨慎的义务，充分维护被代理人的利益。

代理人在从事代理行为时，应当依据法律规定和诚信原则正当行使其代理权，不得从事如下行为：

第一，不得从事自己代理行为。所谓自己代理，是指代理人以被代理人本人的名义与自己从事民事法律行为。《民法总则》第168条第1款规定："代理人不得以被代理人的名义与自己实施民事法律行为，但是被代理人同意或者追认的除外。"这就明确了代理人不得从事自己代理行为。对自己代理行为，如未经被代理人同意或追认，则应认定为无效。

第二，不得从事双方代理行为。双方代理是指同时代理本人和相对人为同一民事法律行为，俗称"一手托两家"。《民法总则》第168条第2款规定："代理人不得以被代理人的名义与自己同时代理的其他人实施民事法律行为，但是被代理的双方同意或者追认的除外。"在双方代理的情形下，由于交易双方的利益难免冲突，一人操纵包办，不免顾此失彼，并且名为双方协议，实际上却毫无协商余地，因而很容易损害被代理人的利益。对双方代理行为，如未经被代理的双方当事人同意或追认，则应认定为无效。

第三，代理人不得与相对人恶意串通，损害被代理人的利益。按照《民法总则》第164条第2款规定："代理人和相对人恶意串通，损害被代理人合法权益的，代理人和相对人应当承担连带责任。"例如，代理人和相对人串通，约定为被代理人高价购买一台设备，相对人给付代理人一定的回扣。在互相串通的情形下，当事人在主观上都具有共同的意思联络、沟通，都希望通过实施某种行为而损害被代理人的利益。如果因此损害被代理人的合法权益，则代理人和相对人应当承担连带责任。

（二）代理权行使的效果

代理行为的法律效果是指代理人从事代理行为后产生的法律效果。原则上说，只要授权行为是合法有效的，或者符合表见代理的要件，代理行为的法律效果就应当由被代理人本人承担，具体而言：第一，在代理行为有效成立的情况下，代理人在代理权限内以被代理人的名义发出或接受意思表示，直接对被代理人发生效力，[①] 代理的效果应当归属于被代理人本人。只要代理人在代理权限范围内从事

① 参见《德国民法典》第164条，《日本民法典》第99条。

合法有效的代理行为，或者在实施无权代理行为后获得被代理人本人的追认，由此产生的一切权利义务关系都应当由被代理人本人承担。第二，授权行为合法有效，但代理人代理被代理人与第三人订立的合同不成立、被宣告无效或者被撤销，原则上应当由被代理人本人向第三人承担责任，因为代理人并非该合同的当事人。但法律规定代理人应当承担责任的情况除外。第三，在代理人从事无权代理行为构成表见代理时，代理的效果由被代理人本人承担。第四，代理行为违法导致他人损害的赔偿责任，原则上应当根据过错原则来确定被代理人本人的责任。

四、无权代理

（一）无权代理的概念和类型

所谓无权代理，顾名思义，是指代理人在从事代理行为时未获得代理权。代理权是代理行为发生的基础和前提，代理人只有基于代理权才能从事有效的代理行为，而在没有代理权的情况下所实施的任何行为，都构成无权代理。《民法总则》第171条第1款规定："行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后，仍然实施代理行为，未经被代理人追认的，对被代理人不发生效力。"

无权代理从形态上包括三种类型：

第一，根本无代理权的代理。这就是说，代理人在未得到任何授权的情况下，便以被代理人本人的名义从事代理行为，或者根本不是法定代理人而以法定代理人名义从事代理活动。至于无权代理人利用他人的废、假支票进行诈骗或者伪造他人的公章、营业执照、名章、合同书文本、介绍信等从事欺诈行为，则属于典型的无权代理行为。

在授权的意思表示未到达代理人时，代理人以本人的名义从事了代理行为，也构成无权代理。因为在此情况下，本人的授权意思表示根本没有到达代理人，授权的意思表示并未生效，因此该授权行为不能成立。因为单方法律行为只有到达相对人方可成立。

尽管无权代理行为从根本上违反了本人的意志，但该行为并非当然无效。如果代理人的代理行为虽然是无权代理，但善意相对人客观上有理由相信代理人有代理权，法律为了保护交易安全和秩序，仍然承认此种代理发生有权代理的效力，此时无权代理将转化成表见代理。

第二，超越代理权的无权代理，即代理人虽享有一定的代理权，但其实施的代理行为超越了代理权的范围或对代理权的限制。超越代理权可分为量的超越和质的超越，如超过规定的数量而购买某种产品，称为量的超越，本应购买某种商

品而购买其他商品则属于质的超越，这两种情况都构成超越代理权限制范围的行为。①

第三，代理权终止以后的无权代理。代理权可能因本人撤销委托、代理期限届满等原因而终止。在代理权终止以后，代理人明知其无代理权仍然以被代理人本人名义从事代理活动，或者因过失而不知道其代理权已丧失而继续进行代理活动，都会发生无权代理。被代理人本人向代理人作出限制和撤回授权的通知以后，代理人超越授权的范围而行为，也构成无权代理。

（二）无权代理的法律效果

1. 本人的追认权和否认权

《民法总则》第171条第1款规定："行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后，仍然实施代理行为，未经被代理人追认的，对被代理人不发生效力。"因此，无权代理行为未经被代理人追认，对被代理人不发生效力。所谓追认，是指被代理人对无权代理行为在事后予以承认的一种单方意思表示。追认具有溯及既往的效力。如果本人明确表示拒绝承认，则无权代理行为自始无效，因无权代理所订立的合同不能对本人产生法律效力。所谓否认权，是指拒绝承认无权代理行为的效力的权利，一旦本人否认无权代理的效力，则该代理行为将对本人不发生效力。

2. 相对人的催告权和撤销权

《民法总则》第171条第2款规定："相对人可以催告被代理人自收到通知之日起一个月内予以追认。被代理人未作表示的，视为拒绝追认。行为人实施的行为被追认前，善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。"该条对无权代理中相对人的催告权和撤销权作出了规定。所谓催告，是指相对人催促被代理人自收到通知之日起一个月内明确答复是否追认无权代理行为。所谓撤销权，是指善意相对人在被代理人未承认无权代理行为之前，可撤销其与无权代理人之间实施的法律行为。

3. 善意相对人对代理人的请求权

《民法总则》第171条第3款规定："行为人实施的行为未被追认的，善意相对人有权请求行为人履行债务或者就其受到的损害请求行为人赔偿，但是赔偿的范围不得超过被代理人追认时相对人所能获得的利益。"依据这一规定，代理人实施了无权代理行为之后，如果该行为未被追认的，善意相对人对代理人享有如下

① 参见章戈：《表见代理及其适用》，《法学研究》1987年第6期。

两项请求权：一是请求行为人履行债务的权利。这就意味着，如果无权代理行为没有获得本人追认，善意相对人可以直接要求无权代理人履行债务。当然，在此种情况下，合同当事人实际上已经发生了变化，即由原来被代理人和第三人实施的法律行为，转化为代理人和第三人实施的法律行为。二是损害赔偿请求权。在无权代理的情况下，因无权代理造成的损害，善意相对人可以请求赔偿。当然，善意相对人主要是信赖利益的损失，即因无权代理而遭受的各种费用的损失，请求赔偿的数额不得超过被代理人追认后、合同有效情形下相对人所获得的履行利益。

4. 恶意相对人的责任

《民法总则》第 171 条第 4 款规定："相对人知道或者应当知道行为人无权代理的，相对人和行为人按照各自的过错承担责任。"依据这一规定，相对人知道或者应当知道行为人无权代理，仍然与代理人实施民事法律行为，此时，如果代理行为没有被追认，相对人不能请求代理人履行债务，也不能依据该条第 3 款的规定请求代理人赔偿。但在此情况下，相对人和无权代理人可能都遭受一定的损害，应当按照各自的过错承担责任。

五、表见代理

（一）表见代理的概念

依据《民法总则》第 172 条，所谓表见代理，是指行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后，以被代理人名义订立合同，相对人有理由相信行为人有代理权的，该代理行为有效。我国民法采纳表见代理制度的根本原因在于保护交易安全。因为不可能要求第三人在任何情况下都必须详细考察本人的意思，这不仅要花费很大的成本，而且客观上也难以做到。只要第三人对表面上的权利状态形成了合理信赖，即使实际情况相反，也应保护这种信赖的利益，从而维护交易的安全。

从广义上说，表见代理属于无权代理的一种。代理权是代理行为发生的基础和前提，代理人只有基于代理权才能从事有效的代理行为。而在没有代理权、逾越代理权限的情况下所实施的任何行为，都构成无权代理。尽管无权代理行为从根本上违反了本人的意志，但该行为并非当然无效。

（二）表见代理的构成要件

表见代理的构成要件如下：

第一，无权代理人并没有获得被代理人的授权。表见代理只能在代理人无代理权而从事代理行为的情形下发生。需要指出的是，授权不明的代理行为并非无

权代理，而是有权代理行为，此种行为不构成表见代理，而应当由被代理人向相对人承担责任。

第二，第三人有合理的理由相信，无权代理人的行为已经在外部形成了一种表象，能够使第三人有合理的理由相信无权代理人已经获得了授权。例如，如果无权代理人是被代理人的高级管理人员，其对外以被代理人的名义与相对人从事了与其职责相关的民事活动，就可能使相对人有理由相信其具有代理权。再如，代理人是否容忍无权代理人从事的无权代理行为、被代理人是否在代理权终止后收回代理证书及授权委托书。

第三，相对人主观上是善意的。所谓主观上的善意，是指相对人不知道或不应当知道无权代理人实际上没有代理权。例如，在代理终止之后尽管被代理人本人已经发出了公告或者在公章被盗之后已经公告了该公章作废，但相对人并没有阅读有关的报刊，则可以推定相对人主观上不应当知道代理人不具有代理权。

第四，相对人必须是无过失的。所谓无过失，是指相对人不知道行为人没有代理权并非因疏忽大意或懈怠而造成的。如果相对人明知行为人无代理权，或者应当知道行为人无代理权，却因过失而不知，则其对无权代理行为亦负有责任，在法律上则没有必要对其进行保护。

第五，无权代理行为的发生与被代理人本人有关，属于应由本人承受的风险范围。如果无权代理行为的发生与被代理人本人无关，则不成立表见代理。例如，无权代理人假冒他人的名义与第三人订约，尤其是私刻被代理人本人的公章、伪造被代理人本人的营业执照或合同书等，被代理人本人对此毫不知情也无法加以防范，此时即不成立表见代理。

（三）表见代理的效果

《民法总则》第172条规定："行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后，仍然实施代理行为，相对人有理由相信行为人有代理权的，代理行为有效。"因此，在表见代理的情况下，虽然代理人从事了无权代理行为，但相对人只要有合理的理由相信无权代理人具有代理权，法律应当对于此种信赖利益予以保护，使表见代理行为有效。在此情况下，不论被代理人是否愿意，该无权代理行为所产生的法律效果都要由被代理人承担。

六、代理关系的终止

代理权的终止，又称为代理权的消灭，是指代理人与被代理人之间的代理关系消灭。《民法总则》分别对委托代理和法定代理终止的原因作出了规定。

（一）委托代理终止的原因

根据《民法总则》第173条，委托代理因下列原因而终止：

1. 代理期间届满或者代理事务完成。代理期间是被代理人授权代理人行使代理权的期间，代理人只能在代理期间内行使代理权。被代理人在授权代理人从事某项事务时，其可能没有授予明确的代理期间，此时，在代理事务完成时，委托代理也应随之终止。

2. 被代理人取消委托或者代理人辞去委托。一方面，在代理关系存续期间内，被代理人有权取消委托，如果被代理人取消委托的，代理关系也随之终止。另一方面，代理人也可在完成某项代理事务后，随时提出终止代理关系。

3. 代理人丧失民事行为能力。在代理关系存续期间，如果代理人丧失民事行为能力，无法从事代理行为，则代理关系也随之终止。当然，如果代理人并非完全丧失民事行为能力，实际成为限制民事行为能力人，而且不因此影响其实施代理行为的，则代理关系并不当然因此终止。

4. 代理人或者被代理人死亡。代理关系具有严格的人身属性，代理权必须由代理人亲自行使，代理人死亡以后，代理关系自然终止。同时，被代理人死亡的，代理关系也应当随之终止。当然，依据《民法总则》第174条第1款的规定，在如下情形下，即便被代理人已经死亡，代理人所实施的代理行为仍继续有效：一是代理人不知道且不应当知道被代理人已经死亡的，此时，为了保障代理人的利益，代理关系并不终止；二是被代理人死亡后，如果被代理人的继承人对代理人实施代理行为予以承认的，则代理关系也不终止；三是如果被代理人在授权时没有明确委托代理的期间，而是规定必须完成代理事务，此时，即便被代理人死亡，委托代理也不终止。①四是在被代理人死亡后，如果继续实施代理行为对被代理人的继承人是有利的，则代理关系不终止。当然，如果继承人提出异议，也应当允许其终止代理关系。

5. 作为代理人或被代理人的法人终止。如果法人是代理人或被代理人，法人因各种原因终止的，其民事主体资格不复存在，代理关系因为缺乏一方主体，也不应当继续存在。但是，法人被吊销营业执照，其主体资格并没有消灭，不能认为法人终止。在清算期间，法律允许清算法人从事必要的事务，如果已经成立代

① 参见石宏主编：《中华人民共和国民法总则条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社2017年版，第408页。

理关系，则应当继续有效。①

（二）法定代理的终止原因

《民法总则》第175条规定："有下列情形之一的，法定代理终止：（一）被代理人取得或者恢复完全民事行为能力；（二）代理人丧失民事行为能力；（三）代理人或者被代理人死亡；（四）法律规定的其他情形。"依据这一规定，法定代理因下列原因而终止：

1. 被代理人取得或恢复完全民事行为能力。法定代理产生的原因是被代理人不具有或不完全具有民事行为能力，但如果被代理人取得或恢复民事行为能力，如未成年人年满18周岁，或者精神病人恢复精神健康等，法定代理和指定代理的原因不复存在，应导致代理权终止。

2. 代理人丧失民事行为能力。在法定代理中，如果被代理人死亡，代理关系应当终止。代理关系的终止时间，应以代理人知道被代理人死亡的时间为准。如果代理人死亡，则和委托代理一样，将自动导致代理关系的终止。

3. 代理人或者被代理人死亡。在法定代理中，如果代理人或者被代理人死亡，法定代理关系存在的意义也将不复存在。此处所说的"死亡"不限于自然死亡，还包括宣告死亡。②

4. 法律规定的其他情形。例如，收养关系的解除，收养人和被收养人之间的监护关系消灭，则收养人的代理资格丧失。③

（三）代理关系终止的法律后果

在代理关系终止以后，代理权归于消灭，代理人不得再以被代理人的身份从事代理活动，否则构成无权代理。代理关系一旦终止，代理人应当依据法律规定和诚实信用原则履行如下义务：

一是及时报告代理事宜和移交财产的义务。代理人应当向被代理人以及其继承人、清算人等就有关代理的事务和财产事宜及时报告和移交，妥善处理善后事宜。

二是及时交回代理证书的义务。也就是说，在代理权终止以后，代理人不得保留代理证书，也不得以代理人的名义继续行为，否则构成无权代理。

三是履行忠实、保密等附随义务。代理人应当按照诚信原则履行后契约义务，即忠实、保密等义务。代理人不得向他人泄露有关被代理人的秘密，不得利用被

① 参见佟柔主编：《中国民法》，法律出版社1990年版，第217页。

② 参见郑玉波：《民法总则》，中国政法大学出版社2003年版，第429页。

③ 参见魏振瀛主编：《民法》（第四版），北京大学出版社、高等教育出版社2010年版，第184页。

代理人的有关文件从事不正当行为等。

第八节 时 效

一、时效制度概述

（一）时效制度的概念和特征

顾名思义，时效就是时间的法律效力，是指一定的事实状态在法定期间内持续存在，从而产生与该事实状态相适应的法律效力的法律制度。[①] 时效是各国所普遍承认的法律制度。一般而言，时效制度分为取得时效和消灭时效。这两种时效制度在构成要件、法律效果方面虽存在明显的区别，但它们均具有如下几个特征：

第一，时效是以一定的事实状态的存在和持续为前提的。法律之所以赋予时效以一定的法律效果，是因为一定的事实状态持续不断，不论其与真实权利关系是否一致，民事主体都已经习惯在这种社会状态下生活，并且具有一定的社会稳定性。因此，这就需要在法律上对这种事实状态予以一定的规制，从而产生了时效制度[②]。

第二，时效系以一定期间的经过为要素。时间是影响法律关系产生、消灭、变更的一个重要因素。任何法律关系都可能受到时间的影响，而时效是时间对法律关系产生影响的最直接的体现。在取得时效中，一定时间的经过，将使无权占有人取得一定的法律上的权利。在消灭时效中，一定时间的经过，将使权利人丧失一定的法律上的权利。

第三，时效为法律事实。对于时效究竟属于事件还是属于自然事实中的状态，学者有不同的看法。本书认为，不论时效的构成要件属于事件，还是自然事实，与当事人的有意志的行为在性质上是不同的，所以，不能将其归入行为的范畴，而应当将其归入行为之外的法律事实。因为时效的要件是权利不行使的状态持续一段时间，所以它不属于事件，而应属于一种事实状态。

一定的事实状态的经过固然可以导致取得某种权利或者丧失某种权利，但时效的完成不能导致起诉权的消灭。起诉权（向法院提出请求的权利）是在任何时候都不会丧失的，因为任何人都可以请求法院保护他被侵犯的权利，这种请求权

① 参见魏振瀛主编：《民法》（第五版），北京大学出版社 2013 年版，第 190 页；梁慧星：《民法总论》，法律出版社 2011 年版，第 236 页。

② 参见洪逊欣：《中国民法总则》，三民书局 1992 年版，第 544 页。

是不能被剥夺的。[①] 在时效届满以后，有关当事人可以到法院提起诉讼主张，法院仍然应当受理，法院不得以时效届满为由驳回起诉。但对方当事人可以主张时效利益，即主张依取得时效而取得一定权利，或主张因诉讼时效届满致使对方权利消灭。

（二）时效制度的功能

如果权利人在相当长的时间内不行使权利，财产的占有人就可能因为事实上的占有而形成某种事实上的财产秩序，并获得某种利益。从维护交易安全、稳定正常的财产秩序和生活秩序出发，需要对事实状态予以保护，产生一些法律权利上的变更。

时效制度具有督促权利人及时行使权利、维护既定的社会秩序的作用。在社会生活中，一定的事实状态的继续必然会产生相应的法律秩序。如果经过相当长的时间，权利人行使权利将推翻既定的社会秩序，则不利于法律秩序的稳定。此外，该制度也有利于证据的收集和判断，并及时解决纠纷。因为民事案件证据的收集通常较为复杂，年代越久，诉累越重，如无时间的限制，会使原权利人举证负担沉重，现在的权利人不堪其扰，法院也会增加审判的负担，所以，法律规定时效制度，有利于证据的收集和判断，并及时解决纠纷。

（三）时效的类型

时效分为两种类型，即取得时效和诉讼时效。取得时效，又称为占有时效，是指占有他人的动产、不动产或者其他财产权的事实状态经过一定的期限以后，将取得该动产和不动产的所有权和其他财产权。诉讼时效又称为消灭时效，是指权利人于一定期间内不行使权利即导致义务人有权提出拒绝履行的抗辩权的法律制度。我国《民法总则》仅规定了诉讼时效，而没有规定取得时效。除《民法总则》之外，我国在《合同法》《继承法》《海商法》等民事立法中也分别规定了特别诉讼时效，此外，最高人民法院关于诉讼时效问题颁布了一些司法解释，从而构建了我国完整的诉讼时效制度。

二、诉讼时效

（一）诉讼时效的概念和特征

所谓诉讼时效，是指权利人在法定期间内不行使权利即导致义务人有权提出

---

① 参见［苏］诺维茨基著：《法律行为·诉讼时效》，康宝田译，中国人民大学出版社1956年版，第155页。

拒绝履行的抗辩权的法律制度。在民法上，期限类型很多，因为民事法律关系的产生、变更和消灭，常常和期限联系在一起，诉讼时效不过是期限的一种类型。但和其他期限相比较，诉讼时效具有如下特点：

1. 法定性。诉讼时效是权利人请求人民法院保护其民事权利的法定期限。超过该期限以后，当事人的民事权利的效力就会受到一定的影响。① 诉讼时效不是当事人约定的期限，而是由法律直接规定的期限。

2. 强制性。诉讼时效的强制性包括如下方面：一是禁止当事人通过约定排斥时效规范的适用。二是禁止当事人违反时效的规定约定延长或缩短诉讼时效期间。②《民法总则》第 197 条对诉讼时效的强制性作出了规定，明确禁止当事人通过约定延长或缩短诉讼时效期间。三是禁止当事人就诉讼时效的计算方法作出约定。如果允许当事人就诉讼时效的计算方法进行约定，实际上等同于允许其延长或缩短诉讼时效期间。四是禁止当事人就诉讼时效中止、中断的事由作出约定。诉讼时效中止或中断的事由必须由法律规定，如果允许当事人任意约定，诉讼时效的强制性就受到很大的影响。

3. 体现了义务人的时效利益。所谓时效利益，是指诉讼时效期间届满以后，权利人丧失了请求法院依诉讼程序强制义务人履行义务的权利，义务人因此可以不履行义务，继而获得其本来不应该获得的利益。当然，诉讼时效期间届满后，义务人所享有的时效利益本质上是当事人的私益，其有权予以抛弃。但是，考虑到债务人利益的保护，《民法总则》第 192 条第 2 款禁止诉讼时效利益的预先抛弃。

（二）诉讼时效的分类

1. 普通诉讼时效期间

所谓普通诉讼时效期间，是指由民事基本法规定的普遍适用于应当适用时效的各种法律关系的时效期间。《民法总则》第 188 条第 1 款规定："向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为三年。法律另有规定的，依照其规定。"依据该条规定，普通诉讼时效期间为 3 年。

2. 特别诉讼时效期间

所谓特别诉讼时效期间，是指由民事基本法或特别法针对某些民事法律关系规定的时效期间。按照特别法优先于普通法的一般规则，如果符合特别诉讼时效

---

① 当然，各国对于超过诉讼时效期间的法律效果有不同的规定，有抗辩权发生说、实体权消灭说、胜诉权消灭说等各种立法例。

② 参见《梁伦喜等与梁金翠物权保护纠纷上诉案》，（2010）宜中民一终字第 00487 号 。

规定的情况的，应当适用特别诉讼时效，而不应当适用普通诉讼时效。例如，《海商法》第257条规定：就海上货物运输向承运人要求赔偿的请求权，时效期间为1年。

3. 最长诉讼时效期间

所谓最长诉讼时效期间，学说上又称绝对时效期间，是指不适用诉讼时效中止、中断规定的时效期间。《民法总则》第188条第2款规定："诉讼时效期间自权利人知道或者应当知道权利受到损害以及义务人之日起计算。法律另有规定的，依照其规定。但是自权利受到损害之日起超过二十年的，人民法院不予保护；有特殊情况的，人民法院可以根据权利人的申请决定延长。"依据该条规定，最长诉讼时效期间为20年。最长诉讼时效期间具有如下特点：一是固定性。也就是说，最长诉讼时效期间不适用诉讼时效中止、中断的规定，否则可能使其成为可变期间，二是在起算上，从权利产生之日起计算，而不采用主观主义的计算方法，即不是从权利人知道或者应当知道权利遭受侵害之日起计算。三是不适用诉讼时效延长的规定。如果最长的期限仍然可以延长，且对延长的上限没有限制，这就造成最长诉讼时效成为可变期限，也会使最长诉讼时效的功能丧失。

（三）诉讼时效的适用范围

诉讼时效主要适用于债权请求权。诉讼时效的适用范围也称诉讼时效的客体。《民法总则》第188条第1款规定："向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为三年。法律另有规定的，依照其规定。"该条对诉讼时效作出了规定，但其只是使用了"民事权利"这一表述，而没有对诉讼时效的适用范围作出明确界定。但是，《民法总则》第196条关于不适用诉讼时效的请求权的情形，主要针对的是物权请求权，由此可见，诉讼时效应当主要适用于债权请求权。另外，《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》（以下简称《诉讼时效司法解释》）第1条规定："当事人可以对债权请求权提出诉讼时效抗辩"。该条实际上明确了诉讼时效的适用范围原则上限于债权请求权。

并不是所有的请求权都可以适用诉讼时效，依据《民法总则》第196条的规定，以下几种请求权并不适用诉讼时效：

第一，请求停止侵害、排除妨碍、消除危险。这三种情形都是绝对权受侵害的情形，不应当适用诉讼时效，主要理由在于：一方面，上述三种请求都涉及绝对权的保护问题。如前所述，学理上一般认为，物权请求权一般不适用诉讼时效①。例如，

① 参见王泽鉴：《民法总则》，北京大学出版社2009年版，第497页。

某人在他人的房屋旁边挖洞，影响他人房屋安全，行为人一直未将该危险消除，此时，受害人请求消除危险不能认为诉讼时效已经届满。此外，在请求停止侵害、排除妨碍、消除危险的情形下，由于行为人的侵权行为一直处于持续状态，诉讼时效无法确定起算点，因此，不应当适用诉讼时效。需要指出的是，无论是侵害物权，还是侵害人格权、知识产权，都可以适用停止侵害，从而都不适用诉讼时效。

第二，不动产物权和登记的动产物权的权利人请求返还财产。一是不动产物权。我国对不动产物权采用登记要件主义，不动产物权的设立、变更、消灭都要办理登记，登记簿本身能够产生一定的公信力，当事人在交易时负有查询登记簿的义务。因此，不动产物权的保护不应当受到诉讼时效的限制，权利人可以随时请求返还财产。二是登记的动产物权。登记的动产物权是指依据我国法律规定进行登记的动产。例如，《物权法》第24条规定，“船舶、航空器和机动车等物权的设立、变更、转让和消灭，未经登记，不得对抗善意第三人”。虽然我国物权法对特殊动产的登记采登记对抗主义，但对已经登记的动产，和不动产登记一样，也会产生一定的公信力，当事人在交易时也负有查询登记的义务，因此，也不宜适用诉讼时效。

第三，请求支付抚养费、赡养费或者扶养费。所谓抚养费，是指义务人因抚养义务而应当支付的费用；所谓赡养费，是指义务人因赡养义务而应当支付的费用；所谓扶养费，是指义务人因扶养义务而应当支付的费用。[①] 法律之所以作出此种规定，是因为一方面，被支付抚养费、赡养费或者扶养费的权利关系到权利人的基本生活保障，如果受到诉讼时效的限制，则可能影响权利人的基本生活。另一方面，从诉讼时效的功能来看，其主要是维持相关的财产秩序、保护当事人对相关财产秩序的合理信赖，但就支付抚养费、赡养费或者扶养费的权利而言，其并不涉及维持财产秩序、保护交易当事人合理信赖的问题。因此，上述请求权不应当受到诉讼时效的限制。

第四，依法不适用诉讼时效的其他请求权。例如，《诉讼时效司法解释》第1条对不适用诉讼时效的请求权作出了规定，该条规定：“当事人可以对债权请求权提出诉讼时效抗辩，但对下列债权请求权提出诉讼时效抗辩的，人民法院不予支持：（一）支付存款本金及利息请求权；（二）兑付国债、金融债券以及向不特定对象发行的企业债券本息请求权；（三）基于投资关系产生的缴付出资请求权；

① 参见李适时主编：《中华人民共和国民法总则释义》，法律出版社2017年版，第625—626页。

（四）其他依法不适用诉讼时效规定的债权请求权。”这些情形都不应适用诉讼时效。

（四）诉讼时效的起算

1. 诉讼时效期间起算的一般规则

所谓诉讼时效期间的起算，是指诉讼时效期间开始计算的时点，换言之，是从何时开始计算诉讼时效期间。《民法总则》第188条第2款规定：“诉讼时效期间自权利人知道或者应当知道权利受到损害以及义务人之日起计算。法律另有规定的，依照其规定。但是自权利受到损害之日起超过二十年的，人民法院不予保护；有特殊情况的，人民法院可以根据权利人的申请决定延长。”该条对诉讼时效期间起算的一般规则作出了规定，即诉讼时效期间自权利人知道或者应当知道权利受到损害及义务人之日起计算，具体而言：一是必须是权利在客观上遭受侵害。在确定起算点时，法官应当确认权利是否遭受侵害的事实，权利遭受侵害是诉讼时效适用的前提。二是从权利人知道或应当知道其权利遭受侵害之时起算。这是一种主观主义的计算方法，所谓知道，是指权利人已经事实上了解其权利遭受侵害的事实。所谓应当知道，是指按照一个合理的人的标准来判断，权利人作为一个合理的人在当时的情况下应当知道其权利受到侵害的事实。① 三是权利人知道或应当知道其权利遭受侵害还应当包括知道具体的义务人。也就是说，权利人不仅知道权利的存在，而且知道何人侵害了其权利，也就是说，权利人要知道具体的义务人，否则时效也不能开始计算。

2. 诉讼时效起算的各种特殊情形

（1）分期履行债务中的诉讼时效的起算。《民法总则》第189条规定：“当事人约定同一债务分期履行的，诉讼时效期间自最后一期履行期限届满之日起计算。”例如，双方签订了分期付款买卖合同，购买一台冰箱，价值3 000元，分3期支付，在订立合同时交付一次，每月交付一次，则该债务的诉讼时效应当自最后一期债务履行期限届满时起算。

（2）无民事行为能力人或者限制民事行为能力人对其法定代理人的请求权。《民法总则》第190条规定：“无民事行为能力人或者限制民事行为能力人对其法定代理人的请求权的诉讼时效期间，自该法定代理终止之日起计算。”法律之所以作出此种规定，主要是为了保护无民事行为能力人和限制民事行为能力人的利益。因为无民事行为能力人、限制民事行为能力人的法定代理关系通常都是基于亲属

① 参见李适时主编：《中华人民共和国民法总则释义》，法律出版社2017年版，第593页。

关系产生的。在代理期间，代理人滥用代理权侵害被代理人利益的，被代理人由于民事行为能力的欠缺，难以判断其利益是否受到了侵害。而且法定代理人和被代理人之间具有一种照管关系和信赖关系，被代理人即使知道其权利遭受了侵害，在该法定代理关系终止前，其也难以主张权利。

（3）未成年人遭受性侵害的损害赔偿请求权

《民法总则》第191条规定："未成年人遭受性侵害的损害赔偿请求权的诉讼时效期间，自受害人年满十八周岁之日起计算。"法律作出此种规定，主要是为了保护受害人的利益，因为在受害人成年前，其一方面难以判断受损害的具体程度，甚至不知道自己遭受了侵害，而且在受害人成年前，应当由其法定代理人代为行使请求权，如果受害人在年满十八周岁以后，对法定代理人的处理不满意，可以再次主张其请求权。①

（五）诉讼时效的中断

所谓诉讼时效的中断，是指诉讼时效进行中因法定事由的发生，推翻了诉讼时效存在的基础，因此使已进行的期间全部归于无效，诉讼时效重新起算。② 根据《民法总则》第195条规定，中断的事由主要有如下几种：

1. 权利人向义务人提出履行请求。权利人向义务人提出履行请求，此种情形就是民事主体的权利行使。权利人既可以向义务人主张权利，也可以向其代理人主张权利。一旦提出"履行请求"，就表明权利人积极行使了权利，从而应当导致时效的中断。③

2. 义务人同意履行义务。义务人同意履行义务，也称为"认诺"，是指义务人对权利人表示承认其权利的存在，愿意履行义务。认诺将导致诉讼时效中断。认诺既可以是明示的，也可以是默示的。④

3. 权利人提起诉讼或者申请仲裁。权利人提起诉讼是指权利人在人民法院提起诉讼，请求法院强制义务人履行义务。此处所说的诉，是指民事诉讼，无论是本诉、反诉还是刑事附带民事的诉讼，均为行使权利的行为。一旦提起诉讼，即导致时效中断。权利人申请提起仲裁，是指权利人在仲裁机构申请就争议进行仲裁。只要权利人的仲裁申请符合法律规定，就可以发生时效中断的效力。

---

① 参见石宏主编：《中华人民共和国民法总则条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社2017年版，第455页。

② 参见王泽鉴：《民法总则》，北京大学出版社2009年版，第533页。

③ 参见郑玉波：《民法总则》，中国政法大学出版社2003年版，第508页。

④ 参见王泽鉴：《民法总则》，北京大学出版社2009年版，第508页。

4. 与提起诉讼或者申请仲裁具有同等效力的其他情形。如果出现了与提起诉讼或者申请仲裁具有同等效力的其他情形，也足以表明权利人已经积极行使了其权利，理应导致诉讼时效的中断。例如，权利人向人民调解委员会以及其他依法有权解决相关民事纠纷的机构提出请求。再如，权利人向公安机关、人民检察院、人民法院报案或者控告。上述情形都可以导致诉讼时效期间的中断。

诉讼时效一旦中断，将发生如下效果：一是原有的已经经过的时效统归无效，已经计算的时效只要尚未届满都可以因为中断事由的出现而失去效力。二是中断事由消除以后，时效期间重新计算。诉讼时效中断后，已经经过的诉讼时效将归于无效，诉讼时效将重新计算。诉讼时效中断后，重新计算的时效期间究竟应当有多长？本书认为，既然法律根据不同的情况适用普通时效和特殊时效，那么在中断以后仍然应当适用原来的时效期间重新计算。这就是说，原来是普通时效的，中断后仍然适用普通时效的期间；原来是特殊时效的，中断后应当按照特殊时效期间重新计算。

（六）诉讼时效的中止

所谓诉讼时效的中止，是指在诉讼时效期间进行中，因发生一定的法定事由使权利人不能行使请求权，从而暂时停止计算诉讼时效期间。

诉讼时效中止不同于诉讼时效中断，二者的区别主要表现在：一是发生的时间不同。时效中止发生在时效期限届满前6个月，而时效中断可以发生在时效进行中的任何一个阶段。二是发生的事由不同。中止的法定事由通常是当事人主观意志所不能控制的，如不可抗力。而中断的法定事由一般都是当事人主观意志所能够左右的。三是法律效果不同。中止的法律效果在于使中止事由发生的时间不计入时效期间，或者说将该期限从时效期间内排除，中止事由发生前经过的时效期间仍然有效，诉讼时效期间中止的事由消除后，诉讼时效期间仍有6个月才届满。而诉讼时效中断的法律效果是在中断事由发生以后，已经经过的时效期间全部归于无效，重新开始计算时效期间。

依据《民法总则》第194条的规定，诉讼时效期间中止的事由有如下几种：

1. 不可抗力。不可抗力是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况，① 如战争、地震等。不可抗力是导致时效中止的主要事由，在发生不可抗力的情形下，权利人因为其意志以外的原因而无法主张权利，如果时效不中止，将导致不公平的后果。

---

① 参见《民法通则》第153条。

2. 无民事行为能力人或者限制民事行为能力人没有法定代理人，或者法定代理人死亡、丧失民事行为能力、丧失代理权。如果在诉讼时效期间的最后6个月内出现上述情形，诉讼时效也将中止，从而为权利人预留必要的权利行使期间，以更好地保护无行为能力人和限制行为能力人的权利。

3. 继承开始后未确定继承人或者遗产管理人。在继承开始后，继承人尚未确定或非因继承人的原因导致遗产管理人不明确，如果此种情况正好发生在时效期间的最后6个月内，也将导致继承人不能行使权利。此时，将产生诉讼时效中止的效力。在继承人或者遗产管理人确定后，诉讼时效期间仍有6个月才届满。

4. 权利人被义务人或者其他人控制。如果权利人被义务人或者其他人控制，也将导致权利人客观上无法行使权利。此处所说的“控制”，一般应理解为权利人被限制人身自由。例如，权利人因被义务人扣押、拘禁而丧失行为自由，客观上无法主张权利。此时，可以导致诉讼时效的中止。

5. 其他导致权利人不能行使请求权的障碍。例如，夫妻之间的家庭暴力，导致损害赔偿请求权，我国现行立法对此没有规定。但许多学者认为从我国“亲亲相隐”的法律传统考虑，应当将其作为诉讼时效中止的理由。①

诉讼时效期间中止将产生如下效力：一是诉讼时效期间停止计算。依据《民法总则》第194条第1款的规定，一旦出现诉讼时效中止的事由，诉讼时效期间即停止计算，中止事由消除之前的期间将不计入诉讼时效期间。二是中止事由发生前的时效期间仍然有效。在诉讼时效中止的情形下，已经经过的时效期间仍然有效，中止事由的发生而使时效期间的计算暂时停止，等到中止事由消灭以后，时效期间继续计算。三是中止事由消除后诉讼时效期间再计算6个月。依据《民法总则》第194条第2款规定，“自中止时效的原因消除之日起满六个月，诉讼时效期间届满”。这就是说，不论诉讼时效期间中止前诉讼时效期间还剩余多少，在中止事由消灭后，剩余的诉讼时效期间都为6个月。例如，在甲的请求权的诉讼时效期间还剩余2个月的情形下发生了诉讼时效期间中止的事由，则在中止事由消除之日起满6个月，其请求权的诉讼时效期间才届满。法律作出此种规定，有利于在诉讼时效期间中止的情形下简化诉讼时效期间的计算方法，从而减少相关的纠纷。

（七）诉讼时效的延长

所谓诉讼时效的延长，是指在诉讼时效期间届满以后，权利人基于某种正当理由，而要求人民法院根据具体情况延长时效期间，经人民法院依职权决定延长

① 参见魏振瀛主编：《民法》（第四版），北京大学出版社、高等教育出版社2010年版，第199页。

的制度。《民法总则》第188条第2款规定，“但是自权利受到损害之日起超过二十年的，人民法院不予保护；有特殊情况的，人民法院可以根据权利人的申请决定延长”。该条是针对20年最长权利保护期间所作的规定，它不同于一般的诉讼时效期间的延长。最长权利保护期间的确定，是为了避免因诉讼时效的主观计算（即自权利人知道或应当知道权利受到损害以及义务人之日起算）可能导致时效期间过长、法律关系不确定的问题。

（八）诉讼时效届满的后果

《民法总则》第192条第1款规定：“诉讼时效期间届满的，义务人可以提出不履行义务的抗辩。”依据这一规定，诉讼时效届满后，义务人享有拒绝履行的抗辩权。也就是说，如果权利人向义务人提出请求，则义务人可以以时效届满为由拒绝履行。具体来说，包括两个方面的后果：

一是对义务人的后果。《民法总则》第192条第2款规定：“诉讼时效期间届满后，义务人同意履行的，不得以诉讼时效期间届满为由抗辩；义务人已自愿履行的，不得请求返还。”依据该条规定，对于义务人来说，时效届满之后，义务人援引时效抗辩权，不仅可以拒绝权利人的请求，而且将导致其义务转化为自然债务，从而产生某种时效利益，这种利益本质上也是一种民事权益，应当依据私法自治原则由当事人自愿行使。同时，诉讼时效期间届满后，该债权并不消灭，如果债务人自愿作出给付的，债权人仍有权保有该给付利益，而不构成不当得利，债务人不得请求返还。

二是对权利人的后果。对于权利人来说，时效届满以后，权利人的实体权利和诉权均不发生消灭，只是会使其权利的效力减弱，权利人的权利已经转化为一种自然权利，即只要义务人援引时效抗辩权，债权人的权利将难以实现。因此，债权人仍然可以向义务人提出请求。同时，时效期间届满不导致诉权的消灭。权利人仍然可以基于其程序意义上的诉权向法院提起诉讼，只要符合起诉的条件，法院应当受理，而不得直接以时效期间届满为由驳回起诉或不予受理。

三是对法院的效果。《民法总则》第193条规定：“人民法院不得主动适用诉讼时效的规定。”这一规定明确了时效利益实现上的当事人主义，这就是说，时效利益纯属义务人的利益，按照意思自治的原则，完全应由义务人自行决断是否抛弃。法院不得主动适用诉讼时效的规定。[①] 具体而言，时效届满以后，法院不应当主动依据职权审查时效是否已经届满，无论是在起诉阶段，还是在诉讼过程中，

① 参见王宇华：《法官不应主动审查诉讼时效》，《人民法院报》2002年3月6日。

法院都不能主动援引时效规定。如果当事人没有提出诉讼时效的抗辩，应当认为其抛弃了时效利益。[①] 但一旦义务人提出时效的抗辩，无论是在正式答辩中提出，还是在法庭辩论中提出，法院都有义务审查时效届满的情况。

三、除斥期间

（一）除斥期间的概念和特征

所谓除斥期间，也称不变期间。《民法总则》第199条规定："法律规定或者当事人约定的撤销权、解除权等权利的存续期间，除法律另有规定外，自权利人知道或者应当知道权利产生之日起计算，不适用有关诉讼时效中止、中断和延长的规定。存续期间届满，撤销权、解除权等权利消灭。"该条规定确立了除斥期间的基本规则，对除斥期间的起算规则、除斥期间届满后的法律效果作出了规定，确立了撤销权、解除权等形成权的行使规则。除斥期间的主要特点在于：

第一，它是撤销权、解除权等权利的存续期间。撤销权是当事人请求撤销民事法律行为的权利；解除权是当事人主张解除民事法律关系的权利。从性质来看，撤销权、解除权等权利都是形成权，按照同类解释规则，该条中的"等权利"应当指的是形成权，所以，除斥期间的适用对象主要为形成权。

第二，它可以由法律规定或者当事人约定。一方面，除斥期间可以由法律规定。例如，我国《个人独资企业法》第28条规定："个人独资企业解散后，原投资人对个人独资企业存续期间的债务仍应承担偿还责任，但债权人在五年内未向债务人提出偿债请求的，该责任消灭"。另一方面，与诉讼时效所不同的是，除斥期间还可以由当事人约定。例如，当事人可以在合同中约定合同的解除权，该期间经过，导致解除权消灭。

第三，它一般自权利人知道或者应当知道权利产生之日起计算。所谓知道，是指由明确的证据表明当事人知晓了权利产生。所谓应当知道，是指虽然没有明确证据证明，但是根据社会的一般常识，可以推定当事人知悉，或者当事人有义务知悉。例如，依据《合同法》第55条的规定，可撤销合同中的撤销权期限为当事人知道或应当知道撤销事由之日起1年。

第四，不发生中止、中断和延长。由于形成权的行使仅依一方当事人的意思就可以使法律关系产生、变更、消灭，如果允许除斥期间中断、中止、延长，可能会使法律关系长期处于不确定状态，从而难以实现除斥期间法律制度的目的。

---

① 参见洪逊欣：《中国民法总则》，三民书局1992年版，第367页。

（二）除斥期间与诉讼时效

除斥期间和诉讼时效都是对权利行使的一种时间限制，都具有督促权利人及时行使权利、保持社会关系稳定的作用，并且除斥期间与诉讼时效都是民事法律事实，因一定时间的经过而使法律关系发生变动，但二者具有显著区别，主要体现为：

第一，适用对象不同。除斥期间主要适用于撤销权、解除权等形成权；诉讼时效主要适用于债权的请求权。二者适用对象的差别也决定了二者的具体规则与法律效果存在一定的差别。由于诉讼时效适用于债权请求权，可以在民法总则中对其进行抽象规定。而除斥期间适用于形成权，而各个形成权的规则较为特殊（例如，不同情形下的撤销权、解除权的规则即存在较大差别），因此很难进行统一规范，因而应当根据所限制的形成权的具体内容而分别进行具体规定。

第二，能否由当事人约定不同。从《民法总则》第 199 条的规定来看，除斥期间既可以由法律规定，也可以由当事人约定。如前所述，法律关于诉讼时效期间的规定属于强制性规范，不得由当事人通过约定加以改变。

第三，期间是否中止、中断、延长不同。除斥期间旨在排除形成权行使所导致的法律关系的不稳定性，因此，依据《民法总则》第 199 条规定，除斥期间一般不得中断、中止、延长。诉讼时效在性质上是可变期间，可因法定事由而中止、中断，例外情形下还可以延长。

第四，届满后的法律效果不同。除斥期间在性质上属于形成权的存续期间，依据《民法总则》第 199 条规定："存续期间届满，撤销权、解除权等权利消灭。"也就是说，一旦除斥期限届满，则直接消灭权利本身。诉讼时效期间届满，相关的请求权并不因此消灭，而只是使义务人产生相关的抗辩权。

第五，是否允许法院主动援引不同。除斥期间届满后，将使权利人的权利消灭，权利人不得再行使该权利，因此，法院有权依职权进行审查。诉讼时效期间届满只是使义务人产生一定的抗辩权，是否主张该抗辩权，应当由义务人自主选择，法院不得依职权进行审查。

▶ 自测习题及参考答案



第二章　人格权法

第一节　人格权概述

一、人格权的概念与特征

依据现代民法学的主流认识，所谓人格权，是指以主体固有的人格利益为客体，以维护和实现人格平等、人格尊严、人身自由为目标的权利。[①] 党的十九大报告提出“保护人民人身权、财产权、人格权”。人格权是一项基本的民事权利，与其他民事权利相比较，人格权主要具有以下特征：

1. 人格权是民事主体依法所固有的基本权利。人格权是人身权的一种。所谓固有，是指从自然人出生、非自然人成立之日起，就享有人格权，其取得无需民事主体积极作为，而是由法律直接赋予。作为一种固有权利，人格权与民事主体相伴始终。当然，肯定人格权为一种固有权利并非对所谓“天赋人权”理论的延续和扩展，也并不意味着可以将人格权视为一种超越法律而存在的自然权利。人格权在性质上仍是一种法定权利，人格利益的保护范围和方式等也皆因法律的肯定才得以为权利人所实际享有。

2. 人格权是民事主体专属享有的民事权利。一方面，人格权是民事主体资格得以维持的前提，人格权的阙如，将导致民事主体资格的虚化；另一方面，从其权利要素来看，任何一项人格权皆须以具体的民事主体为依托，并借此表现其价值和个性，否则人格权就没有价值可言。在具体的法律效果上，人格权的专属性特征则集中体现于对权利继承和转让的限制中。当今域内外主流的民法学理论都认为，人格权由权利人专有，不得让与或继承，也和权利能力一样，不得抛弃，并不得由他人代为行使。[②]

3. 人格权以民事主体的人格利益为其客体。作为人格权客体的人格，是应受法律保护的利益。与有形的财产利益不同，作为人格权客体的人格利益，无论是抽象的抑或具体的，在很大程度上皆体现于精神范畴，都是行为与精神活动的自由和完整的利益，且以人的精神活动为核心而构成。如果说法律对财产利益的保护旨在维持主体的生存发展以及提供其从事各种活动的物质基础，那么，对无形

---

① 参见王利明：《人格权法》，中国政法大学出版社 2009 年版，第 5 页。

② 参见谢怀栻：《论民事权利体系》，《法学研究》1996 年第 2 期。

的人格利益的保护则旨在维持主体作为人的存在，并且为主体从事财产活动提供前提条件。在这个意义上讲，人格利益是人的最高利益。作为一种受法律保护的利益，人格是以权利主体与他人建立起来的社会关系的存在为前提的。作为权利义务具体指向的人格利益，也就因此呈现出多样化的姿态。

人格权是人权的具体化和制度化体现。人权实质上是对人基于其自然属性所产生的诸多基本需求的高度抽象和理念化表达，其内涵丰富且具有浓厚的道德权利色彩。人格权以人权为其价值基础，是人权理念和思想在民事法律领域的延续和具体表现。人权的主要内容如人格尊严、人格平等和人身自由等，也借由人格权的规范形式获得制度化的表达，进而获得了更加充分的保护和实现。当然，作为两个不同法域的概念，两者之间也存在明显的区别。首先，人权是一个十分复杂和多元的概念，既有作为自然权利（道德权利）的一面，又有作为法律权利的一面。即便是在法律的语境内，人权的内容也并不以人格权所指向的生命、健康、人格尊严等人格利益为限，还包括言论自由、选举权与被选举权、监督权等公法权利的内容，其概念所涵摄的范围十分广泛。人格权作为一项以维护民事主体人格利益为目的的权利，虽然借助一般人格权之类的框架性权利而具备了较大的开放性，但仍是一个具有明确范围限制的民事权利。所以，人格权仅是人权的一个组成部分。其次，人格权作为一项民法权利，其救济主要依靠法律手段，由各国法院通过行使司法权实现。而人权中具有很多道德权利内容，而且常常成为政治团体乃至国际社会各方处理相互关系的口号和工具。虽然对于人权保护而言，法律的手段不可或缺，但因其内容十分复杂，权利的保护形式也是多种多样的。

二、人格权的主要权能

一般认为，权能是权利的作用，也是权利人为实现其权利所体现的目的利益依法所能采取的手段，是体现权利人的意思支配力的方式。对于人格权而言，基于特殊的内涵和属性，其权能主要体现为：

1. 支配权。人格权是民事主体以自己的意思对自身的人格利益进行控制的权利。权利人仅凭自己意志即可直接保有或支配其人格利益。例如，自然人可出于对自身行为自由和生活安宁的维护而对其姓名、肖像和隐私等人格要素的公开或传播加以限制；法人基于对其信誉和经营形象塑造的需要，可对其名称、信誉等人格利益加以维护；等等。

2. 利用权。权利主体可以依法通过自己的意志去实现人格利益，即从事各种

活动，体现个体活动的特征、特点以区别于他人，体现个人存在的价值以满足自身需要。例如，利用姓名、名称于社会活动和商业活动，以区分不同个体；利用肖像于身份证、护照以及其他证明身份的场合，以区分个体的形象；等等。

3. 一定范围内的处分权。人格权原则上不能转让，但某些人格利益的利用依法可转让给他人，典型的处分方式如姓名（名称）、肖像的许可使用等。人格利益是法定的无形利益，所谓法定，指作为人格权客体的利益不是无限的。对人格利益的处分，须以适当的范围和程度为限制，须遵从法律和社会公序良俗，不能允许权利主体毫无限制地将其人格利益加以抛弃、转让或不当利用。

三、人格权与其他权利

（一）人格权与身份权

身份权是民事主体基于其特定地位或资格而享有人身利益的权利，在外延上包括两大类，即基于亲属关系而产生的身份权和基于其他身份关系而产生的身份权，前者如亲权、亲属权、监护权等，后者如作者权、社员权等。

1. 人格权与身份权的共性

作为人身权概念下的两项基本的权利类型，人格权与身份权的联系无疑是最为密切的，二者之间具有许多共通性：

（1）人格权与身份权都是专属性的民事权利。无论生命、健康、姓名、名誉等人格利益，还是夫妻之间、父母与子女之间的身份利益，都须与特定主体的人身紧密联系才有意义，否则就失去其存在价值。由此决定了人格权与身份权都只能由权利人专属享有和行使，不得转让或由他人继承。

（2）二者都是非财产性权利。无论人格抑或身份都不是财产，不能用金钱来衡量其价值。尽管人身权的行使与财产权有相当的联系，并且会为权利人带来一定的财产利益，但是人身权的行使主要是为了实现主体的内在价值，满足其精神需要，而不是为了谋取经济利益。

（3）从法律保护的目的来看，二者表达了共同的价值关怀。作为人身权的人格权和身份权都体现了个人的价值和尊严，并都以人格的独立和平等为基础，所以对这两种权利的保护都旨在实现和维护人格的独立和平等，确认人的共同价值并鼓励个人以自己的意志支配自己的活动，自主地从事各项正当的社会交往。

2. 人格权与身份权的区别

（1）权利客体上的差别。人格权以人格利益为客体，基于人格平等的思想，

除自然人与法人因各自自然属性的不同而有所差别以外，各民事主体所享有的人格权内容是基本一致的，尤其是一般人格权，为一切自然人或团体所普遍享有。即使在具体人格权上，法人亦可享有其中的名称权、名誉权、信用权等。而身份权的客体则具有多元性，不同的身份权所指向的身份利益具有明显差别，如夫妻间的身份利益是共同生活，共同享受相互依靠、扶助、体贴、关爱的人类情感；父母子女之间的身份利益则体现为父母对未成年子女的教育、抚育、管理以及相互尊重、爱护的亲情和责任等。① 基于亲属身份而产生的身份利益，则只有自然人得以享有。

（2）权利取得上的差别。人格权因自然人的出生和团体的法律人格的取得而获得。换言之，人格权系基于出生的自然事件或成立的事实而自然地取得。而身份权的取得，既可基于身份事实，也可基于身份行为。在以身份行为创设身份权的场合，行为人不仅要有行为能力，而且受一定的法律限制。仅以配偶权的取得为例，配偶权因结婚行为而获得，但结婚不仅要符合实质要件，具备法律规定的行为能力，而且还要符合形式要件。

（3）权利存续的期间不同。人格权以权利人的生存为基础，伴随权利人的存在而存在，没有期限限制。而身份权中的具体权利既可是无期限权利，如基于亲属身份而产生的身份权，在自然状态下，随身份关系的存续而始终，属无期限权利；也可由当事人设定权利存续期间或因当事人一定的身份行为而随时产生或终止，如离婚当事人可基于婚姻关系的主动解除而使配偶关系人为丧失。

（二）人格权与财产权

1. 人格权与财产权的联系

（1）人格权的享有和保障是民事主体取得和行使财产权的前提。一方面，人格权与民事权利能力密不可分，是民事主体作为民法中的“人”的基本条件，也是其取得和行使包括财产权利在内的诸多民事权利的基础和前提。另一方面，对民事主体人格权的侵害往往也将伴生财产损害的后果，如健康权受到侵害时，受害人除身体及精神上的痛苦外，还会因治疗费和误工费等方面的支出而承受财产损失。

（2）财产权的享有和行使可以为民事主体人格权的享有提供更为充分的保障。在制度体系构造上，财产权和生命权、自由权作为基本权利，一直以来是法律的基本价值之所在。在市场经济时代，财产构成社会主体参与社会关系、实现自身

① 参见杨立新：《人身权法论》（第三版），人民法院出版社 2006 年版，第 90—91 页。

价值的物质基础，也为民事主体充分地享有其人格利益提供必要的现实条件。对法人而言，拥有自己独立的财产更是其作为独立民事主体、享有法人人格权的基本条件之一。

（3）人格权也部分包含财产利益的因素。传统民法认为，人格权、人格利益具有固有性、专属性、非财产性，本身并不具有直接的财产内容。然而，不承认财产为其主要内容，并非对人格权内涵中财产性因素的绝对否定。毕竟，一方面，人格权的损害大多仍需以财产赔偿作为救济；另一方面，某些人格权的利用，如名称权或肖像权的许可使用，也确实可以为权利主体带来财产上的收益。尤其是随着人格权经济利用的发展，人格权与财产权的区别已经从绝对的区别走向相对的区分，两者的发展有接近的趋势。①

2. 人格权与财产权的区别

（1）权利客体不同。人格权以人格利益为其客体，而人格利益不论是具体的生命、健康、身体、肖像、姓名、名誉，还是抽象的人格独立、人格自由、人格尊严，皆主要表现为权利人精神层面的利益，不具直接的财产内容，无法以经济价值估量之。对于财产权而言，其客体或是物，或是行为，或是智力成果，都体现为一定财产利益，均可以金钱计量其价值。

（2）专属与否不同。人格权与民事主体资格密不可分，只能由权利主体专属享有和使用，不能转让且无法继承，即便部分人格权的权利客体（如肖像、名称）可以通过许可使用或者转让的方式流转，也仍须受到较为严格的限制。而对于财产权来讲，处分权是其基本权能，民事主体基于意思自治可以转让或者继承，也可以抛弃。只要其行为不违背法律和社会公共利益，权利人得自由处分其财产权。

第二节　具体人格权

一、生命权、健康权、身体权

1. 生命权

生命是法律所保护的最高利益。生命权就是以自然人的生命安全的利益为内容的权利。将生命权作为一种独立的权利，是世界大多数国家的立法例。生命的

① 参见程合红：《商事人格权论》，中国人民大学出版社 2002 年版，第 46 页。

存在和生命权的享有，是每个人的最高人身利益，生命安全是自然人从事民事活动和其他一切活动的前提和基本要求。因此，法律赋予每个自然人以生命权，禁止任何机关、单位和个人非法剥夺他人的生命。

生命权的主要特征在于：第一，生命权的客体是生命及其安全利益，这与身体权和健康权明显不同。第二，生命权只有在生命安全受到威胁，或者处于危险状态时，才能够行使，否则没有主张权利的必要。而且，对于生命权的主体来说，该项权利的主要内容在于排除生命安全所受到的危险和威胁。例如，请求他人消除危险、排除妨害，对所受不法侵害进行正当防卫，对威胁生命安全的危险采取紧急避险措施等。第三，生命权一旦受到实际侵害，任何法律救济对于权利主体都是毫无意义的，法律救济的唯一功能在于使权利主体的利害关系人得到财产上的补偿和精神上的抚慰。因为，人的死亡意味着主体在法律上的灭失，也就不可能再以自己的名义向加害人提出任何赔偿请求。实际上，生命权是人格权中唯一一项对其侵害只能由第三人主张赔偿的权利，因为致人死亡的后果是由生命权人以外的人来承受的。

生命权的内容包括生命安全维护权和生命利益支配权。生命安全维护权的首要内容是维护生命延续，具体包括禁止他人非法剥夺生命，为维护生命安全采取相应保护措施或排除危害，等等。关于生命权中所包含的生命利益支配权，实际上关乎生命权人可否处分自己的生命。对此，传统理论持否定态度，认为一旦确认自然人有权处分自己的生命，就给自杀提供了合法的根据。现代人格权法理论则主张有限制的生命利益支配权，认为生命尽管对于个人来说具有最高的人格价值，但是，当人们认识到个人的生命利益与他人的社会公共利益相比，后者具有更高的价值的时候，权利主体毅然放弃自己的生命利益，这种对于自己生命利益的处分，不仅可获得道义上的尊敬和赞扬，而且从法律角度来看也是合法的行为。

2. 健康权

健康是指人体各器官系统良好发育及保持正常功能的状态，包括肉体组织和生理及心理机能三个方面，无论对哪一方面的侵害，都构成对自然人健康的侵害。健康权则是自然人依法享有的以维护人的身体的上述状态和利益为内容的权利。

健康权的内容主要体现为自然人对自身健康状况予以维护的权利。这不仅包括自然人维护自身生命、提高生活质量、追求体格完美，以及在生理机能、功能出现不正常的状态时请求医疗、接受医治的权利，同时也具有维护社会利益和提高人类生存质量的意义。这些权利的行使，不受任何他人的强制或干涉。

关于劳动能力是否属于健康权的内容，存在几种不同的认识。一种认为劳动能力是人格权，是指自然人以其脑力体力功能利益为内容的物质性人格权。另一种认为其既不是身体权的内容，也不是健康权的内容，而是一项独立的人格利益。还有一种观点则认为劳动能力既不是独立的人格权，也不是独立的人格利益，而是健康权的基本内容。因为劳动能力就是自然人从事创造物质财富和精神财富活动的脑力和体力的总和，是自然人健康权的一项基本人格利益，存在于健康权之中，不具有独立人格利益的地位。

健康权和生命权不同，应予区别。生命和健康虽同样存在于身体之中，但生命为存在之本身，而健康则是维持人体正常生命活动的基础。生命的丧失具有不可逆转性，当生命权受到损害的时候，无法得到恢复。而健康受到损害时，无论是发生器质性的改变，还是功能型的改变，大多可以经过医治而使其康复或好转，保持人体的生命活动。健康损害的可康复性和生命损害的不可逆转性，是生命权和健康权的首要及最显著区别。

3. 身体权

身体权，是指自然人保持其身体组织完整并支配其肢体、器官和其他身体组织的权利。身体是生命的物质载体，是生命得以产生和延续的最基本条件，由此决定了身体权对自然人至关重要。身体权与生命权、健康权密切相关，侵害自然人的身体往往导致对自然人健康的损害，甚至剥夺自然人的生命。生命权保护自然人生命的延续，健康权保护身体各组织及整体功能正常，身体权所保护的是身体组织的完整及对身体组织的支配。

身体权区别于其他人格权的主要特征在于其以身体及其利益为客体，在内容上表现为：第一，保持身体组织的完整性，禁止他人的不法侵害。第二，支配其身体组织，包括肢体、器官、血液等。传统的伦理观念认为，身体组织的构成部分不得转让，因此，传统的民法理论认为身体权并不包括对身体组织的支配权。但是，医学的发展推动了伦理观念的变化，也为身体权注入了新的内容。身体器官的移植、血液的有偿或者无偿奉献，都是自然人行使身体权的方式。第三，损害赔偿请求权。任何权利在受到损害时都能依法寻求赔偿，身体权也不例外。《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》第1条第1款第1项明确使用了“身体权”的概念，《民法总则》亦对健康权与身体权进行了区分表述。健康权和身体权的客体即健康和身体的区分，在于身体系肉体之构造，而健康则系生理之机能，二者的区分是明显的。健康权保护的是保持正常健康水平的权利，而身体权保护的是自然人保持其身

体之完好的权利。

二、姓名权、名称权

1. 姓名权

姓名权是自然人依法享有的决定、变更和使用自己的姓名并得排除他人干涉或非法使用的权利。此处所谓姓名应作广义理解和解释，不仅指公民在户籍和居民身份证上显示的姓名，还包括曾用名、笔名、艺名及我国传统文化中所独具的“字”“号”等。

姓名权的人格权属性包括：第一，姓名权具有专有性。它与自然人的人身不可分离，也不得由权利人抛弃。而且，依照我国法律规定，姓名权主体仅限于自然人，学理上也一向区分自然人的姓名权和法人所享有的名称权。第二，姓名权具有非财产性。它本身不具有直接的财产内容，也无法体现为确定的财产价值。姓名权的客体——姓名也不像财产权客体一般可以转让或继承。第三，姓名是使自然人特定化的标志，是自然人人格的外在表现。姓名权正是以姓名以及与姓名相关联的人格利益为客体的权利。

2014 年，第十二届全国人大常委会第十一次会议作出法律解释，进一步重申，“公民依法享有姓名权”。该解释规定：公民行使姓名权，还应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益。在中华传统文化中，姓氏体现血缘传承、伦理秩序和文化传统，公民选取姓氏涉及公序良俗。公民原则上应随父姓或母姓。但有下列情形之一的，可以在父姓和母姓之外选取姓氏：一是选取其他直系长辈血亲的姓氏；二是因由法定扶养人以外的人扶养而选取扶养人的姓氏；三是有不违反公序良俗的其他正当理由。少数民族公民的姓氏可以从本民族的文化传统和风俗习惯。

一般而言，侵害姓名权的行为具体包括以下几种：

（1）干涉。这是指针对他人的姓名实施某种积极的侵害行为。例如，干涉养子女决定和使用其姓名，干涉被监护人决定和使用其姓名等。干涉他人姓名权的行为，仅以违背本人意思为构成要件，而不论是否有不正当目的。

（2）盗用。这是指未经他人同意或授权，擅自使用他人姓名实施有害于他人和社会的行为。例如，擅自以他人的姓名签字于罚款通知书，以他人的姓名签字领取不合法收入，等等。盗用他人姓名，行为人通常出于某种不正当目的，行为的结果则直接损害他人或社会利益。另外，这种行为也常常构成对他人名誉权的侵害。

（3）假冒。这是指冒名顶替、冒充他人姓名进行活动。例如，未经他人同意，

擅自在自己的作品中署上他人姓名等。假冒他人姓名者，通常是利用社会对知名人士的崇敬和信赖，冒用知名人士的姓名从事活动。假冒他人姓名与盗用他人姓名均属非法使用他人姓名，并侵害了权利人的姓名权。盗用的结果通常表现为直接损害被盗用者的利益，冒用的结果常常并不直接损害被假冒者的利益，而只是为了谋取个人的非法所得，这是二者的区别之处。

对姓名权的限制主要体现在以下几个方面：

（1）任何人在从事重要法律行为时，都负有使用其在户籍上登记的正式姓名的义务。每个人都可以自由选择使用多个名字，但经过登记记载于户籍簿上的正式姓名只能有一个。当自然人参与各种重要的民事法律关系并行使权利、承担义务时，如取得、设立、转移或变更财产权，或在具有法律意义的证书、合同及其他文件上签字，必须使用其正式姓名，否则必然会导致法律关系的混乱，使权利义务主体不明确，从而影响社会经济秩序和公民的个人利益。

（2）自然人不得基于不正当目的而取与他人相同的名字，不得故意造成姓名权的冲突。所谓姓名权冲突，是指两个以上自然人使用相同姓名并且因此导致的在姓名权行使上的相互妨碍。导致姓名权冲突的直接原因是重名。姓名是借助有限的文字符号予以表示的，因此，重名现象在所难免。合法取得相同姓名者，即使第三人发生误认并导致权利义务上的混乱，如被误认者并不知情，则不构成侵害姓名权。但是，如果基于不正当的目的，故意取与他人相同的姓名，并且造成他人利益的损害，则已超出了合理的姓名权冲突范围，构成侵权行为。

（3）不得滥用姓名权。权利人有充分行使自己权利的自由，但是权利的行使和处分不应损及他人的合法权益，姓名权的行使也不例外。滥用姓名权的行为有多种表现，如基于不正当目的而改名换姓、随意更改姓名造成权利义务关系混乱、以违背公序良俗方式而允许他人使用自己的姓名、非法转让姓名，等等。

2. 名称权

名称，是特定团体区别于其他团体的文字符号。名称权，即特定团体依法享有的决定、使用、变更及依照法律规定转让自己的名称，并得排除他人的非法干涉及不当使用的权利。《民法总则》第 110 条规定："法人、非法人组织享有名称权、名誉权、荣誉权等权利。"从《民法总则》的规定来看，名称权与姓名权是两个概念，名称权专指除自然人以外的各类法人或非法人团体所享有的人格权利，不能为姓名权所包括。

名称和字号、商号也有区别。字号在我国古代兼指编次符号和商店名称，而在现代语义学中则仅指商店的名称。日常用语中也扩张用于指个体工商户、个人

合伙等不具独立主体资格的社会组织的名称。字号的确立，可以经登记也可不经登记。商号又称商业名称，广义上与企业名称同义。在商法上，则是商人的特定名称，是商事主体依商法申请登记，用以表示其营业的名称。商号的主要特征在于：首先，商号是表现营业本身的标志；其次，商号须经依法登记。由上述比较可知，字号、商号均为名称的一种，而不是名称的全部。

特定团体或社会组织享有决定自己名称的权利，这是名称权的最基本内容。名称权主体可以按照自己的意愿选取名称，他人不得强制干预。由于名称的设定及使用是一个社会化的行为，关乎国家及社会公共利益，因此法律对不同的团体或组织的名称设定有各不相同的具体要求。另外，名称权人在行使其独占使用权时也要受到一定的限制。这些限制主要包括：禁止使用持不正当目的而使公众误认是他人营业的名称，禁止使用有可能对公众造成欺骗或误解的名称，禁止使用外国国家（地区）名称、国际组织名称，等等。

名称权在性质上应属人格权，但却同时具有某些无体财产权的性质，最明显的就是名称权所具有的可转让性。

三、名誉权

名誉是指社会或他人对特定自然人、法人的品德、才干、信誉、商誉、资历、声望和形象等方面的客观评价。这种评价直接关系到民事主体的社会地位和人格尊严，属于其重要的人格利益。名誉权就是自然人或法人依法享有的维护所获得的社会公正评价并排斥他人侵害的权利。①

名誉权的法律特征主要有：

1. 名誉权的客体是名誉。所谓名誉，是指对民事主体的人格价值的一种客观的社会评价。它体现了民事主体的精神利益和人格利益。名誉权的客体不包括名誉感，因为侵害名誉权的行为后果通常为社会评价的降低，而名誉感是民事主体内心的一种情感，对名誉感的侵害往往并不会导致社会评价的降低。法律对名誉感的保护可以通过对人格尊严的保护加以实现。

2. 名誉权的内容是就名誉受有利益和排除他人的侵害。受有利益主要表现在：

---

① 除名誉权外，《民法总则》尚规定有“荣誉权”。第110条规定：自然人享有生命权、身体权、健康权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权、婚姻自主权等权利。法人、非法人组织享有名称权、名誉权、荣誉权等权利。将“荣誉权”明确为一项法定人格权，为中国民法所独有。但学说上，对所谓“荣誉权”一直存有争议。就其性质如何，学界存有人格权说、身份权说和双重属性说等诸多不同见解。

其一，民事主体就自己的客观公正之社会评价获得精神上的满足。其二，民事主体利用自己良好的名誉取得财产上的利益。特别是对以营利为目的的民事主体而言，此种权能尤为重要。排除他人的侵害表现在：第一，维护名誉，使自己的社会评价免于不正当的降低和贬损。第二，在名誉受到侵害时，有权获得法律救济，特别是使名誉恢复到受侵害之前的状态。

3. 名誉权的主体包括自然人和非自然人。与隐私权、肖像权等由自然人专有的人格权不同，名誉权的主体也可以是非自然人的法人、合伙或者非法人的社会团体等。与自然人的名誉相比较，非自然人的名誉的最显著的特点在于其与财产利益的联系更为密切。比如，侵害法人名誉权，可能会构成不正当竞争行为，并依反不正当竞争法的有关规定承担责任。

损害名誉的行为方式主要包括侮辱和诽谤。所谓侮辱，是指故意以暴力或其他方式贬低他人人格，毁损他人名誉的行为；所谓诽谤，则是指因过错捏造并散布某些虚假的事实，损害他人名誉的行为。同时，基于名誉权作为人格权须与特定主体资格相联系并为其专属享有的特点，上述侮辱和诽谤行为必须是针对特定的民事主体实施的，方可认定为对名誉的损害。至于侮辱和诽谤的具体行为方式，根据最高人民法院《执行民通意见》第 140 条规定，既可以是书面，也可以是口头，还可以是其他形式。

名誉权的客体是作为社会客观评价的名誉，因此，判断名誉权是否受到侵害的重要指标之一，就是看受害人的社会评价是否因侵权行为而有所降低。因此，如何确定公众对受害人的社会评价已经降低，则是认定侵害名誉权的关键问题。对此，域外的立法经验和我国学者主张采取“公示”或“第三人知悉”作为其基本标准，即只要因被告的原因而使其诽谤行为公示给第三人，为第三人所知悉，即导致对原告的社会评价的降低，应认为构成毁损名誉行为。①

四、肖像权

（一）肖像权的特征

肖像权作为人格权的一种，除了具备人格权共有的绝对性、专属性等特征外，还有以下两项重要特征：第一，肖像权的主体只能是特定的自然人。肖像是自然人形象的外在表现，反映的是自然人的外部生理特征，所以肖像权只能为自然人所享有。换言之，法人等团体或社会组织无法拥有肖像权。第二，与其他人格权

① 参见王利明：《人格权法研究》，人民法院出版社 2005 年版，第 517—518 页。

种类相比，肖像权具有更多的财产利益。肖像中所包含的艺术价值在市场交易中可以直接体现为一定的财产价值。当然，肖像权所包含的这种物质利益，究其根源是由肖像权的人格利益所派生和转化而来的，并不足以改变肖像权的人格权属性。

（二）侵害肖像权的民事责任的构成要件

构成侵害肖像权的民事责任，须具备以下两个要件：

1. 未经许可而制作或使用他人肖像。肖像权的内容，就其积极方面而言，主要体现为制作和使用的专有权。未经许可擅自制作或使用肖像权人的肖像，是侵害肖像权民事责任构成中最主要的损害事实。此处所谓使用，并不仅仅指商业上的利用，而是包括一切对权利人肖像的公布、陈列、复制、销售等使用行为。使用他人的肖像，只能在权利人许可的范围之内，如果行为人虽经肖像权人同意使用其肖像，但其后改变约定的使用范围和用途，则仍然构成对肖像权的侵害。

2. 无正当理由。虽然未经许可而制作或使用他人肖像，但如果有正当理由，即可阻却违法性，从而使该制作或使用行为合法。

世界各国民事立法对于肖像使用权的保护一般采取两种做法：一是全面保护制度，即未经许可不得以任何方式使用他人肖像；二是有限保护制度，即未经许可不得以营利方式使用他人肖像。

（三）肖像权的合理使用

肖像权的行使，在某种场合下要受到限制，这主要是基于国家、社会的公共利益的需要。各国法律在其肖像权制度中都对自然人的肖像权进行了某些限制，这种限制被称为肖像的合理使用。在符合合理使用条件时，未经本人同意而使用其肖像阻却违法性，不构成对肖像权的侵害。肖像的合理使用可以大致归纳为以下几种情况：

1. 使用具有新闻价值的人物的肖像。政治家、外交官、人大代表、知名学者、社会活动家、作家、艺术家、运动员等各类社会知名人士，其活动往往为社会公众所普遍关注，而其活动本身通常也同时体现国家的政治生活、国事活动、社会焦点或公众兴趣。为了报道这些人士的活动和事迹而使用其肖像，即使未征得本人同意，亦不构成侵权。

2. 国家机关为执行公务而强制使用公民的肖像。例如，公安机关为通缉犯罪嫌疑人而使用其肖像，司法机关在诉讼活动中作为证据而使用当事人的肖像等。

3. 使用在特定场合出席特定活动的人物的肖像。例如，参加集会、游行、仪式、庆典等活动的人的肖像。这类活动往往具有新闻报道价值，而参加者将自己

置身于此类场合，亦即在一定意义上处分了自己的肖像权益，所以任何人在参加这些于特定场合进行的特定活动时，都应允许将自己的肖像用于公开的场合。

4. 为了自然人本人的利益或社会公共利益而使用其肖像。例如，为了寻找下落不明者而在寻人启事上使用其肖像，为了行使正当舆论监督而使用他人肖像等。

5. 为了科学研究和文化教育的目的而在一定范围内使用他人肖像。例如，出于临床医学教学科研的目的而在特定场合或专业报刊上展示病人照片等。

6. 基于肖像作品著作权的使用。

五、隐私权

隐私是指个人生活安宁和生活秘密不受他人披露和干涉的状态，具有私人性、非公开性的基本特点。隐私权就是指个人对其私生活安宁、私生活秘密等享有的权利，是自然人享有的对其个人的、与公共利益无关的个人信息、私人活动和私有领域进行支配的一种人格权。① 此种权利的基本特征包括：

1. 主体的特定性。隐私权只能由自然人享有，而不能由法人享有。隐私本身源于自然人的精神活动，体现了对个人的尊重和对人格尊严的维护，因此，隐私的主体仅仅限于自然人，而法人作为一种组织体不可能享有隐私权。②

2. 内容的广泛性。从内容来说，隐私权包括私生活的信息秘密、私生活的安宁，甚至扩及个人对私生活事务的自主决定权。可以说，凡是与公共利益无关的私人信息和私人生活都应当属于隐私权的保护范围。

3. 客体的可利用性。隐私权虽然在性质上是一种精神性人格权，但也具有一定的财产属性。隐私本身作为一种个人控制的信息资源，可以进行商业化利用。在现代社会，这种隐私权的商品化也是隐私权发展的重要趋势。

隐私权人有权保护自己的隐私不受到他人的非法披露和公开，禁止任何个人和组织非法披露他人隐私，还包括对生活安宁状态的享有，不受其他组织和个人的非法侵扰。隐私的维护权是一种消极性的权能，只有在受到外来侵害时才发挥作用。基于此种权能，权利人有权在自己隐私受到侵犯时，采取自力救济手段和公力救济手段，对加害人的行为予以制止，维护自己的利益。

隐私权人在法律和道德的范围内有权公开自己的隐私。同时，行使个人的隐私权时，须注意隐私权的保护不是绝对的。当国家安全等利益与个人的隐私权发

---

① 王利明主编：《人格权法新论》，吉林人民出版社 1994 年版，第 487 页。

② 张新宝：《隐私权的法律保护》（第二版），群众出版社 2004 年版，第 21 页。

生冲突的时候，在必要的范围内隐私权应依法予以适当让步。自然人对于其个人信息、私人活动和私有领域进行控制和利用，也须以不违背公共利益为前提。当个人隐私与公共利益相冲突，如公众人物的隐私与社会公众知情权冲突时，就需要对个人的隐私权的行使和享有作出适当限制。特别是对隐私的公开和利用而言，权利人必须遵守社会公共道德的要求。

六、其他人格权

（一）个人信息

个人信息是指与特定个人相关联的、反映个体特征的具有可识别性的符号系统，包括个人身份、工作、家庭、财产、健康等各方面的信息。《民法总则》第111条明确规定，“任何组织和个人需要获取他人个人信息的，应当依法取得并确保信息安全”，不得非法收集、利用他人的个人信息。

个人信息可以区分为一般信息和个人敏感信息。个人敏感信息是指与个人私人生活安宁等密切相关的信息，如个人的家庭住址、身份证号码、银行账号等。除此之外的个人信息则属于一般信息。一般而言，对敏感信息的使用必须取得本人明示同意，在收集和利用之前，必须首先获得个人信息主体明确的授权。而对非敏感信息则可以采用默示同意的方式。

作为一项人格权益，个人信息权利人享有下列权利：信息控制权、信息利用权、信息知情权以及删除、更正权。信息控制者对个人信息的收集、处理和利用应当尊重信息主体的上述权利。任何人非法收集他人个人信息、未经他人许可而使用或出卖他人个人信息、非法加工或修改他人个人信息的，都构成对个人信息的侵害，应承担相应的法律责任。

（二）信用权

信用是对民事主体的经济能力包括经济状况、生产能力、产品质量、偿付债务能力、履约状态、诚实信用的程度等的评价，信用权就是指民事主体享有并支配其信用及其利益的人格权，或者说是自然人、法人或者其他组织对其经济活动及其能力的良好评价所享有的权利。一方面，信用代表着对民事主体经济能力的综合评价，在较大程度上被视为企业和个人的无形财产，体现了一定的财产属性。另一方面，信用权本质上还是社会对当事人的经济能力的评价，具有很强的人格属性，和民事主体的人身利益是密切联系在一起的。

信用权的内容主要是指信用权人有权享有并维持对其信用的完整的、客观的、全面的评价的权利。该项权利主要可通过对信用信息的控制加以实现。信用权人

可以保持自身信用的私密性，任何人如果没有正当的理由，不得要求查询以及传播当事人的信用信息。信用权人有权维护自身的信用不受他人的侵害，也可以通过对其信用的支配，利用其信用从事经济活动，如向金融机构申请融资贷款等，甚至可以依法将信用资料本身作为财产予以转让，以获取相应的合法经济利益。

第三节　一般人格权

一、一般人格权的概念和特征

一般人格权是一项法律方法论意义上的构造，是指法律采用高度概括的方式赋予民事主体享有的关于人的存在价值及尊严的框架性权利。相较于具体人格权，一般人格权体现出以下特征：

1. 概念内涵的抽象性。具体人格权系借助已知的人格要素和人格利益种类，采取类型化的方法阐释人格权的内涵；一般人格权则以抽象演绎的方式，概括人格权的价值内核。由于并非以具体的人格要素为判断标准，因此，一般人格权在形式上又体现出框架性权利的特点，权利的具体内容并不明确，需要借助法官的裁判，根据案件的具体情况，通过解释予以补充。

2. 权利内容的广泛性。借由抽象的概念内涵，一般人格权体现出较强的涵盖能力，其既可以包含已经法律明确肯定的人格权内容，也可以吸收法定人格权以外的其他人格利益。依据我国《民法总则》第 109 条的规定，一般人格权包括两方面内容，一是人身自由，人身自由是指自然人享有的人身免受非法限制、拘束、干涉或妨碍，可以在法定范围内依据自己的意志自由活动的权利。二是人格尊严，人格尊严是指个人作为一个人所应有的最基本的社会地位并且应当受到社会和他人的最基本的尊重，是个人基于自己所处的社会环境、地位、声望、工作环境、家庭关系等各种客观条件而对自己和他人的人格价值和社会价值的认识和尊重。在我国，人格尊严受宪法保护，其同时也应作为民法上的一般人格权来对待。

3. 权利地位的基础性。一方面，作为一种对人格权内涵的高度概括和抽象，一般人格权可以更加全面地展示人格权的基本内含和价值；另一方面，作为对人格权价值内核的集中反映，一般人格权还在一定程度上扮演着具体人格权的价值基础和源泉的角色，为后者的合理性论证提供理论和规范上的支持。

我国立法并没有明确规定一般人格权的概念，仅《民法总则》第 109 条提及

的“人身自由”“人格尊严”系属一般人格权。这一方面使得人格权制度被严格限定于特定范围而成为一个封闭的体系；另一方面，也因仅有具体人格权制度导致体系上的不完整，并且难以解释对具体人格权的保护目的。《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》（以下简称《精神损害赔偿司法解释》）第1条规定：“自然人因下列人格权利遭受非法侵害，向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院应当依法予以受理：（一）生命权、健康权、身体权；（二）姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权；（三）人格尊严权、人身自由权。违反社会公共利益、社会公德侵害他人隐私或者其他人格利益，受害人以侵权为由向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院应当依法予以受理。”其中所提到的“人格尊严权、人身自由权”，在解释上被认为为一般人格权，是人格权利一般价值的集中体现，具有补充法律规定的具体人格权立法不足的重要作用。人民法院在处理具体案件时，可以将人格尊严作为一般人格权以补充具体人格权之不足。最高人民法院的上述司法解释，弥补了我国因一般人格权的欠缺而导致的人格权制度的不足。

二、一般人格权的功能

一般人格权为自然人人格利益的法律表现，其保护对象为自然人人格利益之抽象及总和，具有解释、创造和补充立法上明定的具体人格权的功能：

1. 解释功能。一般人格权凸显以人为本的理念，明确了人格权立法的目的与宗旨，对于进一步明确个别人格权保护目的，保证各具体人格权制度的正确适用，具有积极的启发和指导作用。特别是在司法裁判中，在遇到就具体人格权的法律规定应如何适用产生分歧或疑惑时，应依据一般人格权的基本原理进行解释，并要求其至少不得违背一般人格权所规定的内涵和价值的要求。

2. 创造功能。首先，一般人格权为生成新的具体人格权提供了基础和条件。立法者据此可以对法律没有类型化为具体人格权的人格法益进行权衡救济，适应社会经济文化的发展，充分实现现代法律以人为本的价值，因而具有明显的价值宣示功能，可以使人们明确人格平等、人格尊严、人身自由等价值的重要性，说明具体人格权存在的合理性与正当性，提供立法的指导精神与原则，进而使得某些人格利益先依一般人格权受到保护，在成熟之后，再提炼为具体人格权。法律之所以要将具体人格权以外的某些人格利益上升为一般人格权，就是希望通过一般人格权的设定形成兜底条款，为受法律保护的新型人格利益上升为独立的权利形态提供充分的空间，并经法官的公平裁量使之类型化，将其上升为法律保护的

权利，形成一种开放的人格权体系，不断扩大人格权保护的范围。[①] 其次，一般人格权属不确定的法律概念，严格来说，是内涵和外延均不确定的类型式概念，其功能的一个重要方面，就是使法院能够适应社会经济发展及伦理道德价值观念的变迁而适用法律，以使法律能够与时俱进，实现其规范功能。

3. 补充功能。在社会实践中，游离于既有的具体人格权以外的人格利益不乏存在。而当该人格利益受到侵害时，便需要发挥一般人格权的补充功能，弥补法律对之保护的不足。因为，从其概念特点来看，作为一种“框架性权利”，一般人格权的高度抽象和概括性特点赋予了其较强的涵摄能力，可以将广泛的人格利益内容涵盖其中加以保护；从其内涵来看，一般人格权实际上是对基于人格而发生的全部利益从整体上进行保护，在遇有具体人格权保护不足时，自然可以通过借助作为总括性权利的一般人格权加以弥补。

三、一般人格权的适用

一般人格权是开放的权利，也发挥了兜底条款的作用。法律上之所以承认一般人格权，其重要原因之一就是要使其适应社会中保护新型人格利益的需要。当新的“人格利益”产生之后，在确定此种利益是否构成人格利益时，应当考虑这些利益是否体现了人格平等、人格尊严和人身自由等基本价值。判断侵害这些人格利益的行为是否违反了一般人格权中所包含的价值目标，从而决定是否以一般人格权作为请求权基础予以保护。一般人格权是一种高度概括的权利，在具体适用上给予法官很大的自由裁量空间，如果对一般人格权的适用不加限制，可能使得一些不应受到人格权保护的利益受到保护，且有可能无限制地扩张精神损害赔偿的范围，造成法律的不确定性，所以一般人格权的适用应当具有严格的条件限制。此种限制主要包括：（1）一般人格权只有在不能适用具体人格权时才有适用余地，因为一般人格权只是补充具体人格权的规定；（2）必须通过个案的价值裁量来确定在具体案件中是否存在人格利益被侵害的情形，进而判断此种人格利益是否应当受到一般人格权的保护；（3）应当限制一般人格权所保护的法益的内容；（4）在通过适用一般人格权对受害人提供精神损害补救时，应当考虑受害人是否实际遭受了精神损害，应当结合社会的一般观念和受害人个人的感受来确定是否

拓展阅读

钱基秀与重庆市石桥铺殡仪馆一般人格权纠纷上诉案

① 参见薛军：《人格权的两种基本理论模式与中国人格权立法》，《法商研究》2004 年第 4 期。

遭受精神损害以及受害程度。

此外，因为一般人格权仍然属于权利而非利益，所以侵害一般人格权不应该如侵害法益般要求加害人主观上必须出于故意，也不必要求采用违背善良风俗的方式。当然，主观过错程度的不同，会对精神损害赔偿的范围产生影响。

第四节 人格权的保护

一、人格权与其他权利的冲突及解决方式

权利冲突之所以发生，是由于两种权利的界限相互交叉或重叠，或者权利的界限模糊而二者所涵盖的利益存在不可协调的部分。就人格权的冲突而言，学界通说大体上将其分为两类，即对内冲突和对外冲突。对内冲突指的是人格权在行使过程中彼此之间产生的，如名誉权、隐私权、肖像权彼此之间在各自的行使当中可能发生的冲突；对外冲突，指的是人格权的行使与其他民事权利或公法上权利的冲突。

（一）人格权与财产权的冲突

人格权和财产权是民法中的基本民事权利，两者之间可能会发生冲突。解决此种冲突涉及两个方面的问题：一是在发生权利冲突后对何种权利进行限制。一般来说，法律有明确的规则的，则应依法律；没有明确规制的，依社会的一般观念、习惯以及道德准则。行使财产权利时并未对他人人格权造成侵害的，就不得对其财产权作过多的限制。二是对哪一种权利进行优先保护的问题。原则上，在对财产权和人格权进行保护而发生冲突，特别是在财产权与生命健康权等物质性人格权发生冲突时，应该优先保护人格权。但人格权优先规则也并非绝对，如在土地上合法建造的临时设施与他人窗户临近，他人不得以侵犯其隐私为由主张拆除该建筑物，在此情况下不能以人格权优先来主张权利。

在特殊情况下，财产权和人格权会发生竞合，例如，擅自闯入他人房屋进行搜查，既侵害财产权，也侵害隐私权。受害人据此可以选择其中一种请求权提出主张或提起诉讼。一般来说，基于人格权提出请求，可以要求精神损害赔偿以及赔礼道歉等；基于财产权提出请求，就只能要求财产损失的赔偿。①

---

① 王利明：《人格权法》，中国人民大学出版社2009年版，第101—102页。

（二）人格权与著作权的冲突

人格权和知识产权的冲突主要体现在人格权与著作权的冲突方面，此种冲突主要表现在如下几个方面：第一，著作权和肖像权冲突。著作权的对象是作品，当作品的内容涉及具体人的肖像时，两者就可能发生冲突。第二，著作权和隐私权的冲突。例如，未经他人同意利用他人的隐私而创作文学作品。由于作品一经创作完成就自动产生著作权，所以，作者对作品享有著作权。若作品的内容体现了他人的隐私，一旦作者将作品予以公开发表，势必涉及对他人隐私的侵害。第三，著作权和名誉权的冲突。作品可以是虚拟的，也可以具有纪实性质，在后一种情况下，就有可能产生著作权和名誉权的冲突问题。作者对作品虽有著作权，但若著作含有侵害他人名誉的情节，此时，作品的发行就意味着对他人名誉权的侵害。

（三）人格权与言论自由的冲突

公民享有言论自由，但是在任何国家的法律中言论自由都是受一定限制的，这个限制就是言论自由的法定范围。除法律之外，任何组织和个人都不得对言论自由加以禁止或限制。[①] 自由止于权利，言论自由也应当尊重自然人、法人所享有的人格权，不得妨碍其正当行使权利。

在人格权与言论自由发生冲突时，原则上应对言论自由予以优先保护。其原因在于：一方面，言论自由所产生的舆论监督功能对于建立民主和法治、加强廉政建设具有重要作用；另一方面，完善对于言论自由的保护，实质是从根本上体现保护人格权的法律精神并对此加以深化。

（四）权利冲突的解决方式

囿于语言的模糊性、解释的非客观性、社会现象的复杂性以及立法的局限性等因素，期待以立法的方式确定此权利与彼权利的界限从而化解权利冲突，是难以实现的。权利冲突的协调和解决除完善立法外，还需倚重司法，即在司法过程中由法官对发生冲突的权利的边界进行重新划定，以此来消除权利边界的模糊性，最后解决权利之间的冲突。具体方法主要如下：

1. 权利限制。权利限制是解决权利冲突的根本方法。所谓权利限制，是指为了避免权利主体在权利行使中出现冲突以及为法院裁判提供裁量和权衡的依据，在具体的法律（令）中由权力机构对权利的行使及其范围作出限制性的规定。在人格权法中，典型的权利限制当属公众人物隐私权的克减。对于民事权利内容及

① 参见许崇德、张正钊：《人权思想与人权立法》，中国人民大学出版社 1992 年版，第 59 页。

行使上的限制，必须有明确充分的理由并经过正当的程序，且不得违反宪法中保护基本权利的规定。原则上，对民事权利行使的限制应当出于维护公共利益的目的，且必须要由法律、行政法规明确规定。

2. 利益衡量。利益衡量是解决权利冲突的基本方法，解决的是在个案中利益实现的先后顺序以及对冲突利益的取舍问题。利益衡量的通常步骤应当是：首先，寻找依基本法的“价值秩序”得以判断的较他种法益具有明显优越性的一种法益，例如，在人格权法中因为言论自由权及资讯自由权对于民主社会具有“结构性的意义”，所以，一般会赋予言论自由以更崇高的地位。其次，当涉及位阶相同的权利或者因涉及的权利歧义过大而无法抽象比较时，应当考虑以下三个方面：一是应受保护的法益被影响的程度，二是相关利益的受害程度，三是适用比例原则。最后，应将衡量得出的初步结论置于“宪法的基本价值体系”的背景中再审视，并兼顾法律政策的要求。

3. 公共利益。公共利益与个人利益相对应，在国家及社会因安全、秩序、发展等需要而必须适度限制或损害个人权利时，个人在国家给予补偿后必须尽容忍义务。所以，限制民事主体自由的足够充分且正当的理由之一就是公共利益，在此意义上，民事权利的边界需要借助公共利益予以划定，权利冲突的解决也需要公共利益的介入作为重要的方法而发挥作用。

二、人格权的经济利用

人格权的非财产性是对人格权及其客体人格利益的一项基本判断。然而经济的发展、科技的进步、传媒业的发达以及社会观念的更新使得人格权与财产权的分野不再泾渭分明，人格权并非只是单纯具有人格利益内涵而是包括经济利益的观点逐渐被学界接受。与此同时，司法实践中人格权经济利用案件数量的逐渐增多，例如，权利人可许可他人利用自己的姓名、肖像做广告，或允许他人将自己的隐私拍成电影。同时，依据我国现行立法规定，名称权可以依法转让。尽管在法学界，对人格权的商业化利用，不仅概念指称存在差异，对其法律属性也有不同观点，但人们均认可对人格权的经济利用可以扩张具体人格权的权能，符合社会发展的需要，并为社会观念所接受，在法律秩序上亦应该被肯认。

人格权经济利用的现有立法调整方式主要分为以下不同情形：

1. 民法的调整。《民法总则》第 110 条规定了自然人、法人以及非法人组织享有姓名权、名称权等，而对于自然人的姓名、肖像权的商业化利用，主要是通过授权他人使用的方式，即签订许可合同的方式来进行的。此外，人格权的民事救

济方式，除停止侵害、赔礼道歉、消除影响等责任形式之外，也可以适用损害赔偿。

2. 知识产权法的调整。人格权在经济利用的过程中无疑也会受到知识产权法律规范的调整。主要包括：第一，以自然人的姓名、肖像或者以企业的名称、商号作为商标或其组成部分加以使用时，受到知识产权法中的商标法律制度的保护。第二，根据《商标法》第32条的规定，注册商标因侵犯如姓名权、肖像权、著作权、工业品外观设计权及商号权等在先权利而可能被撤销。第三，对商事人格的保护体现在诸如《保护工业产权巴黎公约》《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》《与贸易有关的知识产权协定》等有关知识产权国际公约中。

3. 反不正当竞争法的调整。就商事人格权的保护而言，在知识产权法不能提供保护或超出其保护范围时，应由反不正当竞争法加以调整：第一，对商标法不能规范的侵害他人商事人格权的行为，即商业假冒行为进行规制，如《反不正当竞争法》第6条。第二，对侵害他人商事人格权的商业诋毁行为进行规制，如《反不正当竞争法》第11条。第三，对侵害他人商业秘密权之商事人格行为的规制，如《反不正当竞争法》第9条。第四，对侵害相应商事人格权的行为可予损害赔偿，如《反不正当竞争法》第23条。

在市场环境下，人格权中的经济价值得以充分发掘和利用，进而成为一项具有财产内容的权利，但是当人格权当中的财产权价值的保护与人格权的人格利益形成冲突时，法律的价值取向应当向人格利益倾斜，这在当今的理论和实践中都表现得非常明显。如何避免人格利益的过度被侵扰乃至侵害，是人格权经济利用环境下必须面对的问题。以下一些基本准则是必要的考量因素：第一，人格利益自治，即应当强调对于本人人格利益的意思自治加以维护的重要性。第二，公序良俗，即对于违反公序良俗原则的人格权经济利用行为，可依社会正义的一般观念确认其为无效。第三，表达自由，即较之于经济自由等权利，表达自由应当具有优先性的法价值。

三、自然人死后人格权的保护

自然人的民事权利能力始于出生、终于死亡，自然人死亡后即丧失民事主体资格，自然也就不应再享有专属于民事主体的人格权益。但从以下各方面考量，强调对死者人格利益的保护，也确有其充分的必要性：

1. 维护良好风尚，促进社会进步。漠视对死者人格利益的保护，实际上就是蔑视生者对于良好道德的追求，不鼓励人们正当行为，极容易引发道德风险，不

利于良好社会秩序的形成和维护。

2. 维护社会公共利益。死者生前乃社会一分子，其个人人格利益也与社会利益有着或大或小的关联，当其个人人格利益受到侵害时社会利益也会不同程度地受到侵害。对死者生前人格利益予以侵害的行为可能同时损及社会公共利益，此时，应出于社会公共利益维护的需要而提起权利请求和诉讼主张。这里涉及行使权利的代表人的问题，尚待进一步研究。

3. 抚慰死者近亲属，维护其正当权益。死者的人格利益与生者的感情、尊严、名誉等是不可分的，基于社会人伦，侵害死者人格也会侵害其近亲属的追思之情，理应依法予以救济。

理论上看，对死者人格利益的保护，主要仍是出于维护社会公共利益和抚慰近亲属的需要，死者的人格要素只是该种利益的载体或表现形式，而非其主要的价值根源。

从死者人格利益保护的规范依据来讲，虽然我国《民法总则》和《侵权责任法》都没有对死者人格利益保护作出明确的规定，但是，在司法实践中，最高人民法院针对审理死者人格侵害案件的需要，以判例和司法解释的方式，已为死者人格利益的保护提供了不少规范上的支持，主要包括《最高人民法院关于死亡人的名誉权应受法律保护的函》《最高人民法院关于范应莲诉敬永祥等侵害海灯法师名誉权一案有关诉讼程序问题的复函》《最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解释》《精神损害赔偿司法解释》等。就上述审判实践可以得出的结论是：第一，所谓对死者人格的侵害，实际上是对其活着的配偶、父母、子女和其他近亲属精神利益和人格尊严的直接侵害。而关于逝去亲人的怀念和哀思，是生者精神利益的重要内容。对自然人死后人格权的保护，归根结底是为了保护生者的人格利益和尊严。第二，保护的范围，限于侵害死者姓名、肖像、名誉、荣誉，非法披露、利用死者隐私，或者以违反社会公共利益、社会公德的其他方式侵害死者隐私，以及非法利用、损害遗体、遗骨，或者以违反社会公共利益、社会公德的其他方式侵害遗体、遗骨的情形。在构成要件上，强调行为对社会公序良俗的违反。第三，请求权人限于死者的“近亲属”。

四、侵害人格权的民事责任

（一）侵害人格权的民事责任概述

侵害人格权的民事责任主要涉及侵害人格权的责任构成、各种具体侵害形态、抗辩事由以及责任形式等内容。在行为人构成对他人人格权侵害的情况下，应当

承担何种侵权责任，体现了大陆法系两种不同的观点：（1）以恢复原状为主的责任制度，即在侵害人格权的情况下，通过损害赔偿使得受害人所遭受的损害恢复到损害发生前的利益状态。（2）以金钱赔偿为主的责任制度，即在人格权受到损害时，应以金钱赔偿作为主要责任形式。我国法律对于人格权侵害是通过各种责任形式对受害人予以补救的，即一方面强调受害人权益的全面保护，另一方面强调多种责任形式的综合运用。

依据《民法总则》《侵权责任法》《精神损害赔偿司法解释》的相关规定，在侵害人格权的情况下，应当适用如下各种民事责任形式：（1）停止侵害。即受害人正面临即将发生的损害的情况下，有权请求行为人停止侵害。（2）消除危险、排除妨害。消除危险是指行为人的行为对他人人身或财产安全造成威胁，或存在着侵害他人人身或财产的可能时，受害人有权要求行为人采取有效措施消除已经形成的危险；排除妨害既可能是对已经构成的妨害进行排除，也可能是在发生了妨害行为以后，为防止妨害行为继续扩散而予以排除。（3）消除影响、恢复名誉。消除影响是指行为人因其行为侵害了公民或法人的人格权，而应承担的在影响所及范围内消除不良后果的一种责任形式；恢复名誉是指行为人因其行为侵害了公民或法人的名誉，而应在影响所及的范围内将受害人的名誉恢复至未受侵害时的状态。（4）精神损害赔偿。这是对侵害人格权提供救济的特有方法，下文将予以详述。（5）财产损害赔偿。即侵害人格权而产生财产损害以后，行为人负有赔偿财产损害的义务。（6）赔礼道歉。即责令加害人向受害人公开认错、表达歉意。

上述各种侵权民事责任方式都是为保护民事主体的人格权而采取的措施，既可以单独适用，也可以合并适用。

（二）财产损害赔偿

法律上所谓的损害赔偿一般都是指财产损害赔偿，即使是对人身的侵害所造成的损害也要转化为财产损失。侵害人格权所产生的财产损害赔偿的特点在于：第一，是针对侵害人格权的行为采取的一种补救方式，通常必须是因侵害人格权而导致了受害人财产遭受损害；第二，具有财产性，即在人格权遭受侵害的情况下，受害人所遭受的财产损失是可以用金钱衡量的；第三，在功能上主要具有补偿性，人格权侵害中的财产损害赔偿与单纯的财产权遭受损害的赔偿是有区别的；第四，具有非专属性，侵害人格权所产生的财产损害赔偿和一般的金钱债权在性质上是一样的，也是一种债的关系。

在人格权侵害的补救方式中，损害赔偿是重要的救济方式，但是侵害人格权中的损害赔偿与侵害财产权中的损害赔偿毕竟是有区别的，主要表现在：第一，

侵害财产权行为所侵害的直接客体就是财产本身，而在侵害人格权中，直接受到侵害的是人格利益，受害人的财产损失系间接引发；第二，侵害财产权以后，损害赔偿几乎是唯一的补救措施，而侵害人格权后，损害赔偿只是辅助性的，是配合恢复名誉等其他补救方式共同发挥作用；第三，侵害财产权的损害赔偿通常不伴随精神损害赔偿，但在侵害人格权特别是物质性人格权时，往往会伴随精神损害赔偿。

（三）精神损害赔偿

自然人因人格权和其他人格利益受到不法侵害会导致精神痛苦，如果精神损害无法通过恢复原状等救济方式使受害人回复到原有的精神状态，法律上可以金钱赔偿方式对此种精神损害作出抚慰，间接弥补受害人的精神损害并制裁不法行为人。精神损害赔偿的主要特点就在于：第一，精神损害赔偿是针对自然人人格权及其他人格利益遭受侵害而进行补救的方式；第二，精神损害赔偿是针对自然人所遭受的精神痛苦的补救；第三，精神损害赔偿的主要目的在于对受害人的抚慰和对加害人的制裁，其功能具有多重性。

1. 精神损害赔偿的功能

与财产损害赔偿单纯地具有补偿功能不同，精神损害赔偿的功能是多元的，主要表现在如下方面：（1）克服功能。受害人因人格权等权利遭受损害而蒙受痛苦，此时需要金钱补偿对此种痛苦予以抚慰。精神损害赔偿即通过支付受害人金钱，使其精神上的损害得到一定程度的恢复。（2）抚慰功能。通过对受害人进行精神损害赔偿，使受害人感觉到正义得到伸张、其权益得到维护，从而缓解其精神痛苦。（3）惩罚功能。以金钱的支付，使加害人发生有所失之感，以赎其加于被害人的痛苦，进而教育和惩罚侵害人，引导和规范社会尊重他人的精神利益和基本人权。（4）调整功能。精神损害赔偿可以调和不同的民事责任方式，起到综合调整的作用。为此，法官在作出精神损害赔偿的决定时，需要考虑行为人的主观恶性和权利人受损权利的可确定性，最后确定合理的数额。换言之，精神损害赔偿的数额应当根据各种具体情况分别确定。

2. 精神损害赔偿的条件

依据《侵权责任法》第 22 条的规定，适用精神损害赔偿须具备以下条件：（1）须有精神损害后果。欲证明精神损害存在的事实，受害人必须证明三个方面的因素：一是其人格权或身份权遭受了侵害。二是确因人格权受侵害而遭受了精神损害。一般来说，这种损害应当是严重的，如果仅仅只是轻微的损害，不应当获得补救。三是这种精神损害是属于法律上能够补救的。（2）加害人主观上具有

过错。精神损害赔偿必须适用过错责任原则。如果在实施侵权行为过程中行为人并没有过错，受害人就不能要求精神损害赔偿。（3）因果关系。按照社会一般人的合理判断，认定行为人实施的侵害人格权的行为与受害人遭受的损害后果之间具有相当的因果联系，或者受害人所遭受的损害后果是行为人能够预见的，则行为人应当承担精神损害赔偿责任。

依据《精神损害赔偿司法解释》第 10 条，法官在确定精神损害的赔偿数额时，应当考虑如下因素：侵权人的过错程度，法律另有规定的除外；侵害的手段、场合、行为方式等具体情节；侵权行为所造成的后果；侵权人的获利情况；侵权人承担责任的经济能力；受诉法院所在地平均生活水平。

► 自测习题及参考答案



第三章 物 权 法

第一节 物权和物权法概述

一、物权概述

（一）物权的概念和特征

“物权”一词最早起源于罗马法。中世纪注释法学家在解释罗马法时，曾经从对物之诉和对人之诉中，引申出“物权”和“债权”的概念。《物权法》第2条第3款规定：“本法所称物权，是指权利人依法对特定的物享有直接支配和排他的权利……”《民法总则》第114条第2款进一步规定：“物权是权利人依法对特定的物享有直接支配和排他的权利，包括所有权、用益物权和担保物权。”这就在法律上明确了物权的概念，这不仅有利于界定物权的内容和效力，区别物权和债权，而且对于宣传普及物权的观念也十分重要。依据上述规定，物权是指权利人依法对特定的物享有直接支配和排他的权利，与其他财产权利不同，物权主要具有如下法律特征：

1. 物权的主体具有特殊性。与债权法律关系不同，在物权法律关系中，权利人是特定的，而义务人是不特定的第三人。我国《物权法》将物权的权利主体表述为权利人，其中包括了所有权人、宅基地使用权人、土地承包权人、建设用地使用权人、抵押权人、留置权人等。

2. 物权的客体主要是特定的有体物。物权的客体为特定物，所谓特定物，是指具有单独的特征、不能以其他物代替的物，如某辆汽车、某栋房屋。[①] 除了法律有特别规定之外，集合物不能作为物权的客体。物权的客体主要是有体物，[②] 主要包括动产和不动产。与知识产权等财产法律关系不同，物权一般不以无形财产、智力成果为客体，而主要以有体物作为其客体。当然，在例外的情形下，可以为人力所支配的无形的自然能量（如电力、光波、有线电视信号等），也可以准用物权的保护。

3. 物权在效力上具有优先性。所谓优先效力，应当是相对于某一物上存在的其他权利而言的。物权的优先效力主要体现在其与其他权利的比较中。物权的优

---

① 参见史尚宽：《民法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第254页。

② 参见陈华彬：《民法物权论》，中国法制出版社2010年版，第55页。

先效力一方面体现为物权具有优先于债权的效力，另一方面体现为各个物权内部的优先效力。通常而言，处于前面顺序的物权，不论其后是否存在着物权或者其他权利，都具有优先效力。

4. 物权具有支配性。所谓支配性，是指法律上或事实上的管理或控制。物权的支配性决定了物权所具有的优先性、追及性等特点。这种支配既包括对物的事实上的控制，也包括对物的法律上的控制。例如，担保物权人对担保物享有支配权，因此，在担保物被拍卖、变卖后，可以就拍卖、变卖后的价款优先受偿。

5. 物权具有排他性。物权的排他性具有以下几个方面的含义：一是所有权的排他性。因为同一物之上不得存在两个所有权，即一物不容二主。二是他物权的排他性。同一物之上不得成立两个在内容上相互矛盾的他物权。例如，将某物设定建设用地使用权之后，不能再为他人设定建设用地使用权。三是物权的对世效力。这就是说，任何人都负有不得侵害物权的义务。物权的效力可以对抗权利人之外一切不特定的人，[①] 任何人都负有不得妨碍权利人行使权利的义务。当然，物权的排他性是有限度的，而不是绝对的、无限的。

（二）物权和债权的区分

物权与债权的区分不仅关系到物权独立存在的必要性以及制定物权法的价值，而且还决定了物权法的内容以及体系的构建。按照通说，财产权是以财产利益为客体的民事权利，它可以分为物权与债权。[②] 物权是和债权相对应的一种民事权利，它们共同组成民法中最基本的财产形式，二者的联系十分密切，但存在以下区别：

1. 物权是支配权，而债权是请求权。物权是权利人支配特定物的权利，而债权是债权人请求债务人依照债的规定为一定行为或不为一定行为的权利。支配权是权利人以自己的意志对物行使权利，不需要以他人的意志为中介，也不需要他人从事积极的协助行为。而请求权则必须以相对人的意志作为中介，该权利的实现需要他人的积极协助行为。例如，当事人在买卖合同中约定，出卖人应于某年某月交货，在交货期到来之前，买受人只享有请求出卖人在履行期到来后交付货物的权利，而不能实际支配出卖人的货物。只有在交货期到来后，出卖人实际向买受人交付了财产，买受人才能对该物享受实际的物权。

2. 物权是对世权和绝对权，而债权是对人权和相对权。由于物权是对世权，

---

① 参见申卫星：《物权法原理》，中国人民大学出版社 2008 年版，第 45 页。

② 参见谢怀栻：《论民事权利体系》，《法学研究》1996 年第 2 期。

权利人可以对抗一切人，任何人都负有不得妨害或侵害的义务。而债权是对人权，债权受到侵害以后，债权人只能针对债务人主张权利，而不能针对其他第三人主张权利。物权在性质上属于绝对权，其受到侵权法的保护，任何人侵害物权或者妨害物权人行使权利的，权利人都可以通过提起侵权行为之诉来获得法律上的救济。但债权作为相对权，原则上不受侵权法的保护。如果债务人不履行债务，则债权人只能请求其承担违约责任。当然，在现代侵权法中，债权在特殊情况下也能受到侵权法的保护，如第三人恶意侵害债权的，债权人也有权请求其承担侵权责任。

3. 物权具有优先性，而债权具有平等性。所谓物权的优先性，主要表现在同一标的物之上同时存在物权和债权时，物权的效力优先于债权。当同一物上多项其他物权并存时，应当根据法律规定和物权设立的时间先后确立优先的效力。例如，抵押权优先顺位的确定就采取先来后到的规则，先设定的抵押权要优先于后设定的抵押权。而债权都是平等的权利。所谓平等，是指债权人之间的债权除法定优先权以外，不考虑其发生时间之先后、金额之多寡、债权发生的原因，债权人都应当平等地接受清偿。① 在债务人破产而其财产又不足以清偿全部债务时，应将债务人财产的总额在数个债权人之间按照各个债权数额的比例分配。

4. 物权具有公开性，而债权具有非公开性。由于物权是一种对世权，具有强烈的排他性，直接关系到第三人利益，因此，物权必须对外公开，使第三人知道，由此决定了物权在设定、变动时必须公示。当事人之间订立合同设立某项物权，如未公示，可能仅产生债权而不产生物权。而债权只是在特定的当事人之间存在的，它并不具有公开性，设立和变更债权也不需要公示。

5. 物权的设立采法定主义，而债权的设立采意思自治原则。物权的设立采法定主义，即物权的种类和基本内容由法律规定，不允许当事人自由创设物权种类或随意确定物权的内容，这有利于防止欺诈，维护交易安全。而债权则由当事人自由约定，只要不违反法律的禁止性规定和公序良俗，当事人均可以根据自己的意思设定债权，并自由约定债的内容和具体形式。

6. 物权的客体主要是有体物，而债权主要以行为为客体。物权作为支配权，必须以特定的物作为其支配的客体。而债权主要以行为为客体，虽然该行为本身也可能涉及一定标的物的给付，如买卖期房要以一定的期房作为标的物，但债权可以成立于某一未定和将来的法律关系之上，如当事人可以就未来产生的物订立

---

① 参见郑玉波：《民商法问题研究》（三），三民书局 1982 年版，第 31 页。

买卖合同。

7. 物权具有永久性或长期性，而债权具有一定的存续期限。物权在性质上属于长期稳定的财产权。例如，所有权是一种无期限限制的物权，他物权虽然有一定的存续期限，但其存续期限一般也较长。而债权的存续期限一般较短，一旦债务人履行债务，当事人之间债的关系即终止。

二、物权的分类

（一）所有权和他物权

所有权是指所有人依法享有的对其财产进行占有、使用、收益和处分的权利。所有权制度是物权制度的核心内容。在我国，所有权又可分为国家所有权、集体所有权、私人所有权。

他物权，又称为定限物权、有期物权，它是指根据法律规定和当事人的约定，由非所有人在所有人的财产上享有的占有、使用和收益权以及在特殊情况下依法享有的一定的处分权。我国《物权法》将他物权进一步区分为用益物权和担保物权。他物权与所有权一样，都具有直接支配并排除他人干涉的性质，同样能够产生优先权和追及权的效力。所有权是他物权产生的基础。尽管所有权与他物权存在密切关联，但二者属于不同的物权类型，二者的区别主要有以下几点：

1. 权利主体不同。所有权的权利主体是所有权人，义务主体是所有权人之外的其他主体，即除所有人以外的公民、法人和其他主体；他物权的权利主体则是所有人以外的其他权利人。《物权法》不承认所有权人可以为自己设立他物权。他物权因一定的法律事实产生而由所有人享有时，则因所有权与他物权的混同而导致他物权的消灭。不过，在他物权设定以后，所有人尽管不能实际占有、使用其财产，但仍然享有对物的最终处分权，也可以享有对财产的收益权。

2. 权利内容不同。所有权人对其物享有占有权、使用权、收益权和处分权，因而称为“完全物权”；他物权的内容则是受限制的、不完全的，他物权人必须依据法律规定行使其权利。如果他物权是通过合同的方式确立的，他物权人必须依据合同的约定行使权利。他物权在内容上受到法律和所有人意志的限制，因此又被称为“限制物权”。

3. 权利的存续期限不同。所有权原则上是无期限的权利，只要作为权利客体的物存在，所有权就可一直存续；他物权一般有一定的存续期限，如果他物权是通过合同的方式取得的，则其只能在合同约定的期限内存在，合同终止后他物权随之消灭。因此，他物权又被称为“有期物权”。

（二）用益物权和担保物权

依据对物的利用内容的不同，可以将他物权区分为用益物权和担保物权。此种分类方式是对他物权所作的进一步划分。所谓用益物权，是指非所有人对他人之物享有的占有、使用、收益的排他性权利。所谓担保物权，是指为了担保债权的实现，由债务人或第三人提供特定的物或者权利作为标的物而设定的限定物权。担保物权是为了确保债务的履行而对他人提供担保的物或权利的价值所享有的权利。

用益物权与担保物权主要具有如下区别：一方面，用益物权人支配的是标的物的使用价值，权利人设立该权利的目的是获取使用价值，因而用益物权又可称为“使用价值权”；担保物权则侧重于对标的物交换价值的支配，它不以对物的实体进行利用为目的，而是通过支配物的交换价值保障其所担保的债权获得圆满实现。① 另一方面，用益物权一般都是独立的权利，而担保物权因其主要是为担保主债权的实现而设定的，因此都是从权利。

（三）动产物权、不动产物权、以权利为客体的物权

依据客体的不同，可以将物权区分为动产物权、不动产物权以及以权利为客体的物权。所谓动产物权，是指以动产为客体的物权，如车辆、船舶、机器的所有权等。所谓不动产物权，是指以不动产为客体的物权，如土地所有权、土地使用权等。所谓以权利为客体的物权，主要是指在权利之上设立的物权，如权利质权、在建设用地使用权上设立的抵押权等。这种分类的主要意义在于：第一，通常在动产之上只能设立所有权和担保物权，甚至在传统的物权法中，动产只能出质而不能设定抵押，动产之上一般不能设立用益物权，而不动产则可以设立用益物权。第二，物权变动的公示方法不同，动产物权变动的公示方法为交付，而不动产物权变动则采取登记的公示方式。

三、物权法的基本原则

（一）平等保护原则

所谓物权法上的平等保护原则，是指物权的主体在法律地位上是平等的，依法享有相同的权利，遵守相同的规定。其物权受到侵害以后，应当受到物权法的平等保护。《民法总则》第113条规定：“民事主体的财产权利受法律平等保护。”

① 参见崔建远：《物权：规范与学说——以中国物权法的解释论为中心》（下册），清华大学出版社2011年版，第492页。

这就在法律上明确规定了财产权的平等保护原则。平等保护原则是我国民法基本原则在物权法中的具体体现。平等保护原则是物权法的首要原则，也是我国物权法的鲜明特色，对维护社会主义基本经济制度、激励社会财富的创造具有重要意义。

平等保护原则包括如下几个方面的内容：一是法律地位平等，即所有的市场主体在物权法中都具有平等的地位，这是我国宪法所确认的法律面前人人平等原则的具体体现。二是适用规则的平等性，即除了法律有特别规定的情况以外，任何主体在取得、设定和移转物权时，都应当遵循共同的规则。三是保护的平等性，即在物权归属发生争议以后，针对各个主体都应当适用平等的规则解决其纠纷。即使是国家与其他主体在物权归属上发生纠纷，当事人也有权请求法院明晰产权、确认归属。在物权受到侵害后，各个物权主体都受到法律的平等保护。

按照《宪法》第6条的规定，我国目前处于社会主义初级阶段，实行以公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度。物权法的平等保护原则正是对这种基本经济制度的充分反映和具体体现。确立平等保护原则，保障所有参与市场经济活动的主体的平等地位，确立起点的平等，使得每一主体能够进行平等的交易和公平的竞争。

（二）物权法定原则

物权法定原则，是指物权的种类、内容应由法律明确规定，而不能由法律之外的其他规范性文件确定，也不能由当事人通过合同任意设定。《物权法》第5条规定："物权的种类和内容，由法律规定。"物权法定是大陆法系各国物权法所普遍承认的基本原则。它对于准确地界定物权、定分止争、确立物权设立和变动规则、建立物权的秩序都具有十分重要的意义。物权法定主要包括两个方面的内容：

1. 物权种类法定。所谓物权种类法定，是指哪些权利属于物权，哪些不属于物权，要由物权法和其他法律规定。此处所说的"法律"，必须是国家立法机关通过立法程序制定的规范性文件，只有这样，才能产生普遍适用的效力。物权必须由法律设定，而不得由当事人随意创设。例如，有的商业银行在交易中承认动产让与担保，但由于我国《物权法》没有承认此种物权，因此，当事人之间的这种约定不符合物权种类法定的要求，是无效的。

2. 内容法定。物权的内容必须要由法律规定，当事人不得创设与法定物权内容不符的物权，也不得基于其合意自由决定物权的内容，强调的是当事人不得作出与物权法关于物权内容的强行性规定不符的约定。比如，《担保法》第40条确认，当事人在设定抵押权的合同中，不得约定一旦债务人不能履行债务，抵押物

的所有权就转归抵押权人所有。这一规定属于强行性规定，即当事人不得约定债务人不能清偿债务时，抵押物的所有权就转归抵押权人所有。

此外，物权法定原则还应当包括物权效力法定，因为物权效力是由法律赋予的，物权的对世效力、优先效力都要对第三人发生，涉及交易安全，因此，不能由合同当事人自由作出安排。尽管《物权法》第5条没有明确提到效力法定的问题，但并不意味着物权法否定了效力法定的必要性，只不过是因为物权的定义以及物权的有关规定中已经涉及效力的问题，因此在物权法定的表述中没有提到。

物权法定原则具有强制性，违反物权法定原则的法律后果，应当区分以下情形分别确定：

第一，违反种类法定。这就是说，当事人在合同中创设了法律没有规定的物权类型，例如，当事人通过合同设定了居住权，如果在物权法中没有规定此种权利，那么这种创设就不具有物权的效力。种类法定在物权法定原则中相对于其他方面的限制更为严格，除了在例外的情况下可以由司法解释创设物权的类型之外，当事人所创设的物权必须要有明确的法律依据，否则不能产生物权设定的效果。

第二，违反内容法定。这要依据具体情况来决定。首先，要确定该内容是否属于该物权的基本内容。如果属于基本内容，则不能由当事人随意创设。例如，关于抵押权所具有的优先受偿权，属于法律确定抵押权的基本内容，当事人之间的合同不能对此加以改变。但如果当事人在合同中对所有权或其他物权的行使进行了某些限制，尽管这些限制没有明确的法律依据，如果这些限制没有改变物权的基本内容，就不能认为当事人的这些约定都是无效的。其次，要区分是否属于法律关于内容的禁止性规定。例如，违反法律关于禁止流质契约的规定的约定无效。

（三）公示、公信原则

1. 公示原则

所谓公示原则，是指物权的设立、变动必须依据法定的公示方法予以公开，使第三人能够及时了解物权的变动情况。《物权法》第6条规定："不动产物权的设立、变更、转让和消灭，应当依照法律规定登记。动产物权的设立和转让，应当依照法律规定交付。"这就确立了公示原则。由于物权的设立、变更可能涉及第三人的利益和交易安全，这就需要建立公示原则，将物权设立、移转的事实通过一定的公示方法向社会公开，从而使第三人知道物权变动的情况。

物权的公示方法必须要由法律明确规定，而不能由当事人随意创设，依据我国《物权法》的规定，不动产物权的变动一般以登记为公示方式，动产则以交付

为物权变动公示方式。此外，《物权法》还规定了动产、不动产之外其他权利的物权变动公示方式。例如，《物权法》第228条规定了应收账款质押应当自信贷征信机构办理出质登记时设立。

2. 公信原则

所谓公信原则，是指对于通过法定的公示方法所公示出来的权利状态，相对人有合理的理由相信其为真实的权利状态，并与登记权利人进行了交易，对这种信赖法律就应当予以保护。① 例如，甲购买一处房产之后，交给乙管理，乙通过非法手段将该房产变更到自己的名下，后来，乙将房产转卖给了善意的第三人丙。丙的合理信赖应当受到保护。这是因为，如果登记制度不能产生公信力，则不仅使登记制度形同虚设，也不利于交易安全的维护。②

物权法上所说的公信原则表现为两方面的内容：一是登记记载的权利人在法律上推定为真正的权利人。《物权法》第16条规定："不动产登记簿是物权归属和内容的根据。……"这一条实际上确立了登记的权利推定效力。不动产登记簿是不动产归属的依据。在某些情况下，可能会发生登记簿记载内容与产权证书不一致或者发生登记记载的内容与真实的权利状况不一致的情形。此时，首先应当以登记簿作为产权确认的依据，如果有人主张登记簿记载错误，应当由其承担相应的举证责任。这就是所谓权利的正确性推定规则。③ 也就是说，凡是记载于登记簿的权利人，就在法律上推定其为权利人。二是凡是信赖登记所记载的权利而与权利人进行的交易，在法律上应当受到保护。即便登记记载的权利和内容与真实的情形不符，第三人对此的信赖也应受到法律的保护。例如，在办理抵押登记之后，抵押登记中对主债权范围的记载为300万元，而抵押合同中约定的主债权范围为500万元。在此情况下，如果存在后顺位的抵押权人，则该抵押权担保的主债权范围应当以登记簿记载的300万元为准，而不能以抵押合同的约定为准。

当然，公信力实际上保护的是第三人的信赖利益，如果双方当事人之间发生产权争议，并不涉及公信力的，一般不能采用权利的推定效力来确定物权的归属或内容。最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国物权法〉若干问题的解释（一）》第2条规定："当事人有证据证明不动产登记簿的记载与真实权利状态不符、其为该不动产物权的真实权利人，请求确认其享有物权的，应予支持。"这就是说，如果某人有充足的证据证明登记簿所记载的权利有误，其是真实的权利人

① 参见谢在全：《民法物权论》（上册）（第二版），三民书局2003年版，第85页。
② 参见崔建远：《物权法》（第二版），中国人民大学出版社2011年版，第52页。
③ 参见孙宪忠：《德国当代物权法》，法律出版社1997年版，第84页。

的，其有权请求法院重新确权。

四、物权的变动

（一）物权变动的概念和分类

物权的变动是指物权的设立、变更、转让和消灭。在实践中，最为常见的就是基于双方民事法律行为即合同而发生的物权变动。

我国《物权法》第9条第1款规定："不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生效力；未经登记，不发生效力，但法律另有规定的除外。"第23条规定："动产物权的设立和转让，自交付时发生效力，但法律另有规定的除外。"可见，我国物权变动采用的是合意加公示的模式，实际上确立了一种以债权形式主义为原则，以公示对抗主义为例外的二元物权变动模式。

（二）基于民事法律行为的物权变动

所谓基于民事法律行为的物权变动，是指当事人基于合意或者其他民事法律行为，并在践行一定的公示方法之后，完成一定的物权变动。此种变动模式是物权变动的常态。它包括两方面内容：一是合意，即当事人就是否设定物权以及物权的内容等方面达成一致的意思表示。合意是依民事法律行为变动物权的基础。二是公示。物权的公示方法包括不动产的登记和动产的交付。

从比较法来看，大陆法系各国的物权变动模式主要有以下几种：一是意思主义。所谓意思主义，是指仅凭当事人的债权意思（如当事人达成合意），就发生物权变动的效力，而不需以登记或交付为其成立或生效要件。法国、日本采用了此种模式。二是形式主义，是指除了债权意思以外，当事人还必须履行登记或交付的法定方式，才能产生物权变动效力。

形式主义又分为物权形式主义和债权形式主义。所谓物权形式主义，是指物权变动法律效果的发生，除了债权意思以外，还必须有物权变动的意思表示，并履行登记或交付的法定方式。德国即采纳了此种模式。所谓债权形式主义，是指物权变动法律效果的发生，除了债权意思以外，还必须履行登记或交付的法定方式，但是并不存在物权变动的意思表示。[①] 这种模式又称为意思主义与登记或交付相结合的物权变动模式。

基于登记效力的不同，基于民事法律行为的不动产物权变动模式包括登记要件主义和登记对抗主义。所谓登记要件主义，是指登记是不动产物权变动的生效

① 参见谢哲胜：《财产法专题研究》，三民书局1995年版，第85页。

要件，未经登记，不动产物权不发生变动。[①]《物权法》第9条第1款规定："不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生效力；未经登记，不发生效力，但法律另有规定的除外。"可见，我国《物权法》明确了登记要件主义成为不动产物权变动的基本原则。例如，在房屋买卖合同中，房屋所有权的移转应当自办理变更登记时发生，如果出卖人只是将房屋交付买受人，那么房屋所有权并没有发生变动。登记要件主义是不动产物权变动的常态。

所谓登记对抗主义，是指未经登记，物权的变动在法律上虽可有效成立，但不能对抗善意第三人。依据《物权法》规定，某些特殊情形下的物权变动采取登记对抗主义。例如，关于船舶的物权变动采登记对抗主义。如果船舶所有人将其船舶转让给他人，即使没有办理登记，受让人也可以取得该船舶的物权，只不过，此种物权不能对抗善意第三人。此处所说的"善意第三人"，是指对转让人已经将标的物转让的情况不知情且已经通过交付或办理登记而取得物权的人。根据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国物权法〉若干问题的解释（一）》第6条，转让人的债权人被排除在善意第三人的范围之外。

两种不动产物权变动模式的主要区别在于登记是否为物权变动的生效要件。根据登记要件主义，只有依法办理登记，物权才能够有效地发生变动，即对基于法律行为发生的物权变动采取"合同+登记"模式，若没有办理登记，则只在当事人之间产生合同债权关系，并不发生物权变动效果。而按照登记对抗主义，即使没有办理登记，当事人之间仍然可以发生物权的变动，只不过该变动只在当事人之间发生效力，不能对抗善意第三人。

（三）非基于法律行为的物权变动

我国《物权法》第2章第3节规定了非基于法律行为的物权变动模式。所谓非基于法律行为的物权变动，是指基于法律规定的原因，如继承、法院生效判决、征收等事实导致物权的产生、变更和消灭。非基于法律行为的物权变动必须有特定的事实或者事实行为发生。这些事实或事实行为包括征收、新建建筑物或者自然灾害导致房屋的灭失等，但必须是法律所限定的特殊事实或事实行为。非基于法律行为的物权变动不以登记为物权变动的生效要件，而是直接依据法律的规定发生物权效力。[②] 例如，依据法院的判决所发生的物权变动，只是产生了物权变动的依据，最终权利人要想完整地享有处分权，还有赖于当事人办理登记。从我国

① 参见王泽鉴：《民法物权：通则·所有权》（第一册），三民书局1996年版，第107页。

② 参见孙宪忠：《论物权法》，法律出版社2001年版，第65页。

《物权法》的规定来看，非基于法律行为的物权变动主要有以下几种情形：

1. 因法院、仲裁委员会的生效法律文书而导致的物权变动。《物权法》第28条对此作出了专门规定。根据该条规定，法院、仲裁委员会的生效法律文书必须是针对物权变动而作出的。如果判决、裁定只是确定了支付金钱、提供劳务等，则不能够适用该条的规定。另外，此种判决和裁定必须是针对特定的动产和不动产的归属而作出的。这就是说，法院的判决和仲裁机关的裁定可能影响到诉讼当事人的所有财产，也可能只是影响当事人的特定财产。

2. 因继承和受遗赠而取得物权。《物权法》第29条规定："因继承或者受遗赠取得物权的，自继承或者受遗赠开始时发生效力。"就法定继承而言，在继承开始后，就会发生物权变动的效力，即继承人取得继承财产的所有权和其他物权，成为新的物权人。就遗嘱继承而言，自遗嘱生效时就发生物权变动的效力。因为如果强行要求交付或者登记，则在交付或者登记之前，遗产就可能处于无主状态，这样就不利于确定权利的归属，实现定分止争的目的。就遗赠而言，只要受遗赠人接受遗赠且遗赠人死亡，不管财产是否实际被受遗赠人占有，都不影响受遗赠人获得所有权。

3. 合法建造、拆除住房等事实行为。按照《物权法》第30条规定，合法建造、拆除房屋等事实行为成就就可以发生物权变动的效果。基于事实行为发生物权的变动，必须符合法律规定的构成要件，即行为人必须有合法的建房手续，而且必须已经建成房屋。如果房屋尚处于建设过程中，还没有形成不动产，不动产物权的客体尚不存在，自然不能取得不动产物权。不过，基于合法建房而事实上取得的物权，在登记之前，并不具有完全的所有权效力。根据《物权法》第31条规定，依据事实行为取得的物权，应及时办理登记；未经登记，在进行处分行为时，不发生物权的效力。

4. 征收。所谓征收，就是指国家为了公共利益的需要，在依法作出补偿的前提下，利用公权力强制性地将集体或私人所有的财产征归国有的行为。例如，对农村土地和对城市房屋的征收。依据《物权法》第28条的规定，一旦有关人民政府作出征收决定，下达征收令，该决定生效之后，就发生物权移转效果。

五、物权公示的方法：不动产登记和动产交付

（一）不动产登记

1. 不动产登记的概念和特征

不动产登记是指国家登记机构将不动产物权变动的事项记载于不动产登记簿

并供公众查阅。不动产登记是公示原则的固有内容。物权的公示原则要求当事人应当将物权设立、移转的事实通过一定的公示方法向社会公开，从而使第三人知道物权存在和变动的情况。不动产登记是不动产物权设立和变动的主要公示方法，其具有如下几个特征：

第一，不动产登记是登记机构将不动产物权的设立、变更和消灭的事实记载于登记簿的行为。所谓登记簿，是指由登记机构依据当事人的申请或者依职权将物权变动以及相关事项记载于其上并予以保管、公示的特定簿册。将登记的事实记录在登记簿之后，如果是权属登记，登记机构应该向登记权利人发放权属证书。所谓权属证书，是指证明物权的凭证。权属证书也可以作为权利存在的证据，但它不是确权的主要依据。权属证书必须根据登记内容来制作，其必须与登记内容保持完全一致。在权属证书与登记簿不一致的情况下，依据《物权法》第17条规定，除有证据证明不动产登记簿确有错误之外，以不动产登记簿为准。

第二，不动产登记是就不动产物权的变动进行的登记。不动产登记的事项主要是不动产物权变动的状况，而非不动产本身。虽然不动产本身的状况（如地址、门牌号码、建筑物附图等）也是登记内容，但其只是为不动产物权变动提供基础而已，登记的核心仍然是不动产物权变动的状态。不动产登记是一种公示方法，登记的一些内容应能够为人们所查阅。

第三，不动产登记的范围包括不动产及其相关权利。依据2014年国务院《不动产登记暂行条例》（以下简称《登记条例》）第5条的规定，登记的不动产权利内容包括集体土地所有权，房屋等建筑物、构筑物所有权，森林、林木所有权，耕地、林地、草地等土地承包经营权，建设用地使用权，宅基地使用权，海域使用权，地役权，抵押权等。当然，并非所有的不动产权利都需要进行登记，依据《物权法》第9条第2款的规定，“依法属于国家所有的自然资源，所有权可以不登记”。

第四，登记在性质上是一种公示方法。登记并非一种行政许可或者行政确认行为，而只是一种公示方法，当事人办理不动产物权变动登记，并不需要政府的审批和核准，而是将物权变动的事实对外公开。登记以当事人的合意而非登记机关的登记行为为基础，故其性质上主要是民事行为。依据我国《物权法》第21条第1款的规定，当事人提供虚假材料办理登记而给他人造成损害的，应承担赔偿责任，这种赔偿责任显然属于民事责任。

当然，登记行为也具有行政行为的属性，从登记机关的角度来看，其从事的登记活动是一种行政行为，必须按照法律规定进行活动，既不能超越法律的授权，

也不能违背法律赋予的职责。

2. 不动产登记的效力

一是物权变动的效力。一般来说，以民事法律行为发生的不动产物权变动，都是从登记之日起发生物权变动的效果。凡是依法需要办理登记的，其不动产物权的变动，都需要依法办理登记，只有从办理登记时起才发生物权的设立和变动。

二是权利推定的效力。所谓权利推定的效力，就是说登记记载的权利人应当被推定为法律上的权利人。在登记没有更正也没有异议登记的情况下，推定登记记载的权利人就是物权人。《物权法》第16条确认了此种登记的效力。当然，登记可能发生错误，但在未更正错误之前，只能依据登记记载的权利人作出权利人的推定。

三是善意保护的效力。它是指登记记载的权利人在法律上被推定为真正的权利人，即便以后事实证明登记记载的物权不存在或存有瑕疵，对于信赖该物权的存在并已从事了物权交易的人，法律仍然承认其行为具有与真实的物权相同的法律效果。[①] 在登记申请人办理了登记之后，任何人因为信赖登记，而与登记权利人就登记的财产从事了交易行为，符合善意取得的构成要件，应当受到善意取得制度的保护，取得该不动产的所有权。

《物权法》第15条规定："当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同，除法律另有规定或者合同另有约定外，自合同成立时生效；未办理物权登记的，不影响合同效力。"该条在民法上称为"区分原则"，即区分合同效力和物权变动的效力。该条主要适用于不动产物权的变动，但对于动产物权的变动也具有重要的参照意义。依据区分原则，未办理物权登记的，不影响合同效力，主要原因在于：一方面，登记直接指向的是物权的变动，而非合同的效力。另一方面，合同是否有效，应当依据法律行为有效要件进行判断。只要当事人之间的合同符合合同成立和生效的要件，该合同就应当是有效的，当事人是否办理登记，不应当影响该合同的效力。

3. 登记机构的审查义务和责任

所谓审查义务，是指登记机构在审查有关的登记申请中承担何种审查职责。依据《物权法》和《登记条例》的相关规定，不动产登记机构的主要审查义务包括查验、实地查看和调查义务。在不动产登记机构的调查中，申请人、被调查人

---

① 参见李昊、常鹏翱等：《不动产登记程序的制度建构》，北京大学出版社2005年版，第119页。

应当予以配合。

依据《物权法》第21条的规定，登记机构的责任包括两种情况：一是当事人提供虚假的权属证书等证明材料申请登记，给他人造成损害，如果登记机构没有尽到审查职责，则应当承担赔偿责任。二是因登记机构的过错造成真正权利人损害的，登记机构应当承担责任。《物权法》第21条第2款规定："因登记错误，给他人造成损害的，登记机构应当承担赔偿责任……"应当将该条所规定的"登记错误"的含义限定为"因登记机关的过错而导致的登记错误"。

如果因登记错误造成真正权利人受到损害，真正权利人有权请求登记机构承担赔偿责任，此种责任在性质上属于民事责任，而非行政责任。依据《物权法》第21条第2款的规定，登记机构在赔偿之后，享有向造成登记错误的人进行追偿的权利。

4. 登记的查询

登记作为一种公示方法，应当将不动产登记簿记载的事项对外公开，使第三人能够查阅。《物权法》第18条规定："权利人、利害关系人可以申请查询、复制登记资料，登记机构应当提供。"该条规定明确了权利人和利害关系人查阅不动产登记簿的权利。具体来说，查询主体包括两种类型：一是权利人，即对登记的财产享有财产权的主体。二是利害关系人，即对登记财产具有利害关系的人。利害关系人在查询不动产登记信息时需要提供证据证明其与相关的不动产具有利害关系。例如，查询人欲购买和承租登记的房屋，需要了解房屋之上的权属状况，则其应当享有查询的权限。对于毫无交易意愿的人，登记机构就没有向其提供查阅登记资料的义务，因为不动产登记信息可能涉及登记权利人的隐私或者商业秘密，一旦泄露可能对登记权利人产生重大不利。

登记机构作为专门负责登记的机构，不仅享有审查登记资料等权利，同时也承担公示的义务，此种义务就是向有权查阅的权利人和利害关系人提供查阅、复制登记资料的便利，从而促进不动产的交易安全。如果登记机关无正当理由拒绝权利人和利害关系人的查询，由此造成他人损害，应当承担责任。在获得登记权利人授权的情况下，登记机关也有义务向他人公开涉及登记权利人财产隐私的资料。

5. 预告登记

预告登记是与本登记相对应的概念，它是指为确保一项旨在将来发生物权变动的债权请求权之实现，而向登记机构申请办理的预先登记。依据《物权法》第20条第1款，预告登记主要适用于两种情况：一是买卖房屋协议，如果当事人签订买卖房屋的合同，可以进行预告登记，此处所说的买卖房屋包括普通的房屋所

有权转让和预售商品房的买卖；二是其他不动产物权变动的协议，如预购商品房设定抵押等。

预告登记本身并不是直接表彰物权变动结果的公示方法，而仅仅是在物权变动过程中为了保障权利人取得物权的一种公示方式。根据《物权法》第20条第1款规定，预告登记实际上产生“保障将来实现物权”的效力。如何理解此处规定的“不发生物权的效力”？根据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国物权法〉若干问题的解释（一）》第4条，一方面，未经预告登记的权利人同意，处分该不动产的，合同仍然有效。例如，出卖人将房屋转让给预告登记权利人以外的人，并为其办理了房屋登记，该房屋登记应当被更正，但买卖合同仍然有效，只不过因为履行不能，将使出卖人承担违约责任。另一方面，如果出卖人对不动产进行了处分，即便办理了登记手续，预告登记权利人也有权要求更正登记。

在办理预告登记后，在能够进行不动产登记的情况下，预告登记的权利人应当及时申请登记。《物权法》第20条第2款规定：“预告登记后，债权消灭或者自能够进行不动产登记之日起三个月内未申请登记的，预告登记失效。”

（二）动产交付

1. 动产交付的概念

交付是指权利人将自己占有的物移转其他人占有的行为。简言之，交付意味着占有的移转，动产的交付自动产移转给受让人占有时完成。依据《物权法》第23条的规定，动产物权的设立和转让，需要依法履行交付的义务。否则，即使合同有效，动产物权也不能设立或发生变动。当然，在法律有特别规定的情形下，可不适用交付规定。例如，依据《物权法》第189条，在动产抵押时，只要当事人所订立的抵押合同生效，抵押权即可设定，而不需要交付标的物。

2. 交付的具体方式

在物权法上，交付是指将自己占有的物移转给他人占有的行为。交付分为如下类型：

交付的第一种分类是现实交付和观念交付。所谓现实交付，是指动产物权的出让人将动产的占有实际地移转给受让人，受让人接受占有。若出让人将标的物置放于受让人控制的范围内，但未作通知，受让人未接受交付，主观上也无占有的意思，则不能构成交付。所谓观念交付，是指在特殊情况下，法律允许当事人通过特别约定，采用一种变通的交付办法来代替实际交付。[①] 依据《物权法》第

① 参见王泽鉴：《民法物权：通则·所有权》（第一册），三民书局1996年版，第67页。

25 条至第 27 条的规定，观念交付包括以下三种方式：

（1）现实交付。它是指动产物权设立和转让前，如果权利人已经依法占有了该动产，就无须再进行实际交付，从法律行为发生效力时起直接发生物权变动的效力。① 例如，出让人在转让动产物权之前，受让人已通过委托、租赁、使用借贷等方式而实际占有了该动产，则从移转标的物所有权的合同生效之时起，视为交付已经完成。

（2）指示交付。所谓指示交付，是指当事人在动产物权设立和转让时，如果该动产已经由第三人占有，负有交付义务的人可以将其对第三人的返还请求权转让给新的权利人，以代替物的实际交付。例如，出让人将其动产交付第三人保管，后出让人又将该动产转让，则一旦出让人将其对第三人的返还请求权转让给受让人，即完成了交付。当然，如果转让人不能实际行使返还原物的请求权的，也就不能通过指示交付发生物权的变动。

（3）占有改定。所谓占有改定，也称为继续占有，是指在动产物权转让时，如果转让人希望继续占有该动产，当事人双方可以订立合同，特别约定由转让人继续占有该动产，而受让人因此取得对标的物的间接占有以代替标的物的实际交付。例如，出让人在转让动产时，如果需要继续使用该动产，则可与受让人约定，由其继续占有该动产，则在该约定达成时，即完成了交付。

交付的第二种分类是实物交付和拟制交付。以交付的形式即是否需要交付实物本身为标准，可以将交付分为实物交付和拟制交付。所谓实物交付，是指标的物占有的现实移转。物权法上的交付通常是实物交付。但随着交付的发展，产生了所谓的拟制交付，它是指移转所有权的一方将标的物的所有权凭证（如仓单、提单等）交给受让人，以代替物的现实交付。拟制交付方式的发展，进一步加速了财产的流转。在学理上，实物交付和拟制交付都属于现实交付。

六、船舶、航空器等特殊动产物权的变动

所谓特殊动产，是指船舶、航空器和机动车等动产。依据《物权法》第 24 条的规定，船舶、航空器和机动车等特殊动产物权的设立、变更、转让和消灭，可以不经登记而发生物权的变动，适用登记对抗主义，也即当事人双方就船舶、飞行器和机动车等物权的设立、变更、转让和消灭达成协议的，只要出让人将标的物交付买受人，即使没有办理登记手续，在当事人之间仍然可以发生物权变动的

① 参见谢在全：《民法物权论》（上册）（第二版），三民书局 2003 年版，第 151 页。

效果。如果涉及物权的转让，则受让人可以依法取得物权，只是此种物权不能对抗善意第三人。船舶、航空器和机动车等特殊动产物权变动的登记对抗主义主要包含如下内容：

1. 必须要实际发生了交付行为。尽管在登记对抗模式中不需要办理登记，但仍然需要交付。如果没有实际交付动产，即使受让人交付了价款，双方之间也只是形成了债的关系，不能认为双方之间形成了物权的关系。

2. 在登记对抗的情况下，并非完全不考虑登记的效力。如果登记权利人在办理登记之前，就已经知道该财产已经转让，且已经交付，并为受让人占有，则登记权利人是恶意的，其不能依据登记取得物权。但如果登记权利人是善意的，则即使特殊动产已经交付，占有人也不能对抗登记权利人。

3. 未经登记不得对抗善意第三人。在通常情况下，善意第三人是指对船舶、航空器和机动车等物的交付不知情、支付了合理对价并办理了登记的第三人。具体来说，善意第三人具有如下特点：一是对船舶、航空器和机动车等特殊动产的交付不知情。二是已经支付了合理对价。三是满足了权利变动的其他要件。在登记对抗的模式下，虽然法律允许当事人可以就是否登记进行选择，但登记仍然具有明显强于交付的公示效力，因此，在未登记而已交付的情形下，受让人所享有的物权仅可以对抗一般的债权人。例如，甲乙双方就一艘船舶的转让达成协议，并已经交付，但未办理过户手续。在此期间，原所有权人为借款又将该船舶设定抵押。因船舶已经交付，即使没有办理登记手续，在当事人之间也已经发生了物权移转的效力。抵押权人是恶意的，买受人所享有的权利可以对抗抵押权人的权利，所谓对抗就是指可以主张自己享有的合法权利有效，该物上不存在任何物上负担。同时，亦可要求，恶意的登记权利人所进行的登记无效。

七、物权的行使

根据《物权法》第7条，物权的行使必须合法。物权人所享有的物权并不是绝对的、不受限制的权利，相反，现代民法对于物权的内容及其行使已设置了越来越多的限制，尤其在物权行使方面，不仅物权法，而且有关的特别法尤其是公法（如环境保护法、城市规划法、土地法等）也对物权的行使作出了一系列的限制。所有权的行使应当符合以下几项原则。

（一）必须符合法律和公序良俗的要求

物权的行使首先必须遵守法律，例如，林木的所有人不得随意砍伐林木。虽然从事这些行为不一定导致其所有权的丧失，但应当承担相应的法律责任。物权

的行使还必须符合社会公共利益的要求，并遵守社会公德。例如，建设用地使用权人不得在自己的土地上任意挖掘，危及邻居的房屋；不得在自己的土地上放养危险动物，危及他人的安全；不得在夜间制造噪声，影响他人休息等。

（二）必须兼顾生态环境保护的要求

《民法总则》第9条规定："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。"依据该条规定，物权人在行使权利时负有保护生态环境的义务，物权人不得滥用权利，破坏生态环境。例如，土地承包经营权人不得采用污染土地的方式耕种。

（三）不得损害他人的合法权益

任何物权人以加害他人为目的采用不正当的方式行使物权并造成他人的损害，将构成滥用权利，并应当承担相应的民事责任。例如，专有部分的所有人不得在自己的房间内非法装修或安装具有较大噪声的设施而严重影响邻人的休息，否则构成物权的滥用。

当然，由于物权是基本财产权，应当充分保障权利人行使物权的自由，对物权行使的限制必须慎重、必须依法进行，而且必须遵循法定的权限和程序。例如，对违章建筑的拆除和没收只能由法定机关依照法定程序来进行。

八、物权的确认请求权与物权请求权

（一）物权确认请求权

所谓物权确认请求权，是指利害关系人在物权归属和内容发生争议时，有权请求确认物权归属、明确权利内容。行使物权确认请求权必须向有关机关或人民法院提出请求，并最终由人民法院确权。

物权确认请求权包括两方面的内容：一是对物权归属的确认。物权确认请求权是保护所有权的前提，因为返还所有物、排除妨害等请求权都以所有权的确认为前提。同时，物权确认请求权也适用于对他物权的确认。例如，土地使用权因登记错误发生争议，真正的权利人有权请求法院确认土地使用权的归属。二是对物权内容的确认。所谓物权内容的确认，就是指当事人对物权的内容发生争议以后，请求人民法院对物权的内容加以确认。例如，登记机构将他人的房屋面积登记错误，或者将抵押权所担保的债权数额记载错误，权利人向登记机构提出更正登记遭到拒绝后，可以请求法院确认其物权。

（二）物权请求权

物权请求权是指基于物权而产生的请求权，也就是说，当物权人在其物被侵

害或有可能遭受侵害时，即使侵害人没有过错，也有权请求恢复物权的圆满状态或防止侵害。物权请求权是保护物权的特有的方法，该项请求权的行使不以相对人具有过错为要件。《物权法》所规定的物权请求权主要包括四种，即返还原物、排除妨害、消除危险和恢复原状请求权。

1. 返还原物请求权。所谓返还原物请求权，是指权利人对无权占有或侵夺其物的人，有权请求其返还占有物。该项请求权是由所有权所派生的请求权，并且是所有权效力的直接体现，只要他人无权占有或侵夺权利人的财产，权利人都可以通过行使该项请求权而恢复其物权的圆满状态。① 如果原物仍然存在，但是遭受了毁损，则物权人可以请求无权占有人返还，并承担修理、恢复原状的责任，如果物权人遭受了损失，还可以要求无权占有人承担侵权赔偿责任。

2. 排除妨害请求权。所谓排除妨害请求权，是指当物权的享有和行使受到占有以外的方式妨害时，物权人对妨害人享有请求其排除妨害、使自己的权利恢复圆满状态的权利。例如，某公司在他人房屋之上违章架设某种广播设备，可能发出某种辐射，如因此给他人造成妨害，权利人有权请求排除妨害。所谓“妨害”，是指以占有以外的方法，侵害物权或妨碍物权人行使其所有权，如在他人使用的土地上堆放垃圾，在他人的大门前停放车辆致妨害他人通行。妨害必须是不合法的，或者超越了正常的容忍限度。一般说来，物权人应当容忍他人的轻微的、正当的妨害。如果行为人实施某种行为具有法律上或合同上的依据，如承租人正当使用房屋、某人因紧急避险而给所有人造成妨害等，虽对物权人构成妨害，物权人也不得请求行为人排除妨害。

3. 消除危险请求权。所谓消除危险请求权，是指行为人的行为可能造成对他人的妨碍，并且构成一定的危险，权利人有权请求消除已经存在的危险。例如，某人的房屋即将倒塌，对周围邻居的房屋形成了危险。危险必须是可以合理预见的，而不是主观臆测的，而且危险必须是确实存在的且有对他人财产造成损害的可能。危险发生以后，应当由危险的形成人承担消除危险的责任，因此，消除危险的费用应当由危险设施的物权人或危险形成人承担。但如果在形成危险以后同时又造成了他人的损害，则受害人不仅可以行使物权请求权要求其消除危险，还可以基于侵权行为的请求权请求其承担损害赔偿责任。

4. 恢复原状请求权。恢复原状请求权，主要是指在物遭受侵害之后，如果能够通过修理、重作等方式恢复原状，应该采用各种方法使得这些物恢复到原有的

---

① 参见谢在全：《民法物权论》（上册）（第二版），三民书局 2003 年版，第 192 页。

状态，从而使得权利人恢复对物的圆满权利状态。财产毁损之后，行为人应当采取措施以恢复财产的原状。如果经过修补仍不足以弥补受害人的损失，受害人可以额外要求补偿。因此，恢复原状可以与损害赔偿并存。但如果财产已经灭失或者无法恢复原状，或者恢复原状费用过高，而权利人又不愿意修补，权利人只能够采取损害赔偿的方式，而不能采取恢复原状的方法。①

第二节 所 有 权

一、所有权概述

根据《物权法》第39条的规定，所有权是指“所有权人对自己的不动产或者动产，依法享有占有、使用、收益和处分的权利”。从法律关系的角度来看，所有权关系的主体则为所有权人及除所有权人以外的义务人。我国《物权法》从所有制性质出发，规定了国家、集体、私人三种所有权类型。除此之外，《物权法》第69条也规定了社会团体的所有权。同时，依据《物权法》第4条的规定，“其他权利人”的物权也受到保护，这就使得物权的主体的范围保持了一定程度的开放性。

依据《物权法》第39条的规定，所有权的内容主要有以下几点：

1. 占有权能。占有，是指民事主体对财产的实际控制。所有权的占有权能，是指所有权人或者其他合法占有人对所有物进行控制和管理的事实。占有人所享有的占有权，不过是从所有权中分离出来的权能。一般情况下，占有权并不是独立于所有权之外的法定权利。尽管占有权仅为所有权的一项权能，但其在大多数情况下与所有权是重合的，所有权只有从占有开始，才能由客观权利变为主观权利，而且只有当占有权回复到所有人手中，所有权才最终恢复其圆满状态。占有权也可以与所有权发生分离，从而成为一种独立的权利，这种分离的现象主要依合同而产生，例如，根据保管、租赁、担保合同而移转占有并移转占有权。占有人取得占有权后，可以排斥第三人的干涉，甚至可以对抗所有权人。

2. 使用权能。不论是所有权人还是非所有权人，他们占有财产，最终都是为了对财产有效地利用或从中获得经济上的利益。② 这种利用财产的权利，就是使用权。现代民法中物权制度出现从重所有向重使用的转化，表明使用权的地位逐渐

① 参见马俊驹、余延满：《民法原论》（第二版），法律出版社2005年版，第297页。

② 参见谢在全：《民法物权论》（上册），中国政法大学出版社1999年版，第123页。

突出。在各种物权中，用益物权的重要权能就是使用权，权利人设立这种权利的目的就是为了对物进行使用。物的使用权在本质上是由物的使用价值所决定的。获取物的使用价值以满足所有人的需要，是所有人的意志和利益的体现。另外，所有权人根据法律或合同的规定，也可将使用权移转给非所有权人行使。

3. 收益权能。收益权是指利用财产并获取一定的经济利益的权利，它是所有权的一项重要的权能。收益权是所有权一项重要的权能。收益权与使用权是所有权不同的权能，二者具有不同的经济目的。收益权的内容不仅包括获得天然孳息，还包括获得法定孳息；不仅仅是指利用物本身取得利益，还包括投资及其收益。收益权也可以基于所有权人的意志和利益而与所有权发生分离。例如，所有权人为他人设立用益物权以后，用益物权人就享有收益权。法律也可能对收益权作出规定。例如《物权法》第 54 条规定，国家举办的事业单位依照法律和国务院的有关规定享有收益权。

4. 处分权能。所谓处分权能，是指所有权人对其动产或不动产进行消费和转让的权利。所有权人享有处分权，意味着所有权人可以对其财产进行消费、清偿、赠与、交换、出租、寄托、加工等。对财产的消费（包括生产和生活的消费）属于事实上的处分，对财产的转让属于法律上的处分，两者都会导致所有权的绝对消灭或相对消灭。所有权人通常享有处分权，但处分权在法律上也可以受到限制，例如，农村集体经济组织对其土地享有处分权，但不能随意转让土地。

所有权人的权能包括了占有、使用、收益、处分四项权能。所有权的每一项权能都可以与所有权发生分离，并在此基础上形成由非所有权人享有的各种权利，所有权权能的分离是所有权人利用其物权的重要方式。

二、所有权的种类

（一）国家所有权

国家所有权作为社会主义条件下的一种所有权形式，是指国家对国有财产的占有、使用、收益和处分的权利，它是全民所有制在法律上的表现。[①] 依据《物权法》第 45 条的规定，法律规定属于国家所有的财产，即属于全民所有，从而确定了国有财产全民所有的性质。《物权法》确认和保护国家所有权，对于维护国家基本经济制度、保障国有财产的保值增值和防止国有财产流失具有重要意义。

国家所有权具有如下特征：一是主体的特殊性。国家既是主权的享有者、政

① 参见佟柔主编：《中国民法》，法律出版社 1990 年版，第 249 页。

权的承担者，也是国有财产的归属者。国家代表全体人民行使所有权，实现全体社会成员的利益需要。在我国现行体制下，国家所有权是通过国务院代表国家来行使的。二是客体的特殊性。国家所有权的客体具有广泛性。我国的国家所有权客体范围相当广泛，既包括了土地及其他自然资源的所有权，也包括了各类动产和不动产。根据《物权法》第41条的规定，依照法律规定专属于国家所有的不动产和动产，任何单位和个人都不能取得所有权。例如，城市的土地、矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源属于国家专有，禁止侵占或以买卖及其他方式非法转让。三是取得方式的特殊性。由于国家本身是主权的享有者和政权的承担者，国家可以凭借其公共权力通过征收、国有化、没收等方式，在符合法定程序和条件的前提下，强制性地将公民个人或集体的财产收归国有。四是行使方式的特殊性。国家所有权要由国务院代表国家统一行使。同时，国家作为一个抽象的实体，它难以直接行使所有权，必须通过法律法规授权的国家机关、企业事业单位以及国家投资的企业，在法律规定的范围内行使。此外，国家可以直接以国库的财产为基础，以特殊的民事主体的身份，发行国债、国库券。国家也可以设立专门的机构对国家的外汇储备进行管理和投资。

国家所有权是我国全民所有制的法律形式，保护国家所有权是维护国家基本经济制度的要求。尤其是在我国公有制仍然占主体地位的情况下，国家所有权直接关系到国家的经济安全和经济命脉，决定了国家宏观调控的基础和能力。所以，保护国家所有权对于保障我国社会主义市场经济的健康有序发展也具有重要意义。

（二）集体所有权

集体所有权是指集体组织以及集体组织全体成员对集体财产享有的占有、使用、收益和处分的权利，它是劳动群众集体所有制在法律上的表现。

1. 集体所有权的主体。它包括农村和城镇的各类集体组织。依据《物权法》第61条的规定，城镇集体所有的不动产和动产由本集体享有占有、使用、收益和处分的权利。集体所有权没有全国性的统一的主体，各个劳动群众集体组织都是独立的集体所有权的主体。[①] 农村集体所有权，是指农村集体经济组织成员对于本集体所有的动产和不动产所享有的所有权。依据《物权法》第59条第1款的规定，农村集体所有权在性质上应当属于本集体成员所有。集体成员对集体财产享有共同的支配权、平等的民主管理权和共同的收益权，涉及成员重大利益的事项必须经过成员集体决定。当然，本集体经济组织成员所有，是指本集体成员集体

① 参见崔建远：《物权法》（第二版），中国人民大学出版社2011年版，第172页。

所有，而集体所有并不意味着就是集体成员共有。

2. 集体所有权的客体。它是指属于该集体所有的不动产和动产。我国实行土地全民所有和集体所有两种形式。农村和城市郊区的土地，除由法律规定属于国家所有的以外，属于集体所有；宅基地和自留地、自留山，也属于集体所有。但就集体所有权的客体而言，不包括专属于国家所有的自然资源等专属性的财产。

3. 集体所有权的内容。它是指集体对其所有的财产享有占有、使用、收益和处分的权利。[①] 集体所有权的内容包括了所有权的各项权能，但是某些权能（如对土地所有权的处分权）又是受限制的，也就是说，集体的土地不能直接进入市场进行转让。

4. 集体所有权的行使，要依据法律、法规和有关规约，并且依照法定的程序。集体所有权的行使必须要依法实行民主管理，对于一些重大的事务必须由集体的成员依法民主作出决定。集体组织的负责人只是代表集体组织来行使权利，必须对集体成员负责，并接受他们的监督。一般来说，集体所有权的各项权能都是由集体自己行使的，但是根据生产和经营活动的需要，某个集体组织也可以将其所有权的权能转移给个人行使。

为了充分保障农村集体经济组织的成员的权利，促进集体经济的稳定发展，《物权法》规定了农村集体组织的成员权，它是指集体经济组织成员依据法律和章程对集体经济组织的财产权的行使和其他重大事务处理所享有的管理权和收益分配权等权利。《物权法》第59条第2款规定："下列事项应当依照法定程序经本集体成员决定：（一）土地承包方案以及将土地发包给本集体以外的单位或者个人承包；（二）个别土地承包经营权人之间承包地的调整；（三）土地补偿费等费用的使用、分配办法；（四）集体出资的企业的所有权变动等事项；（五）法律规定的其他事项。"因此，对于涉及集体成员的重大利益的事项，应由集体经济组织成员依照法定程序共同决定。如果集体经济组织及其负责人作出的决定侵害了集体成员的合法权益，受侵害的集体成员可以请求法院予以撤销。

集体所有的财产是我国社会主义公共财产的重要组成部分，受国家法律的保护，禁止任何单位和个人侵占、哄抢、私分、破坏。

（三）私人所有权

所谓私人所有权，是指公民个人依法对其所有的动产或者不动产享有的权利，

---

① 参见胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，法律出版社2007年版，第148页。

以及私人投资者投资到各类企业中所依法享有的出资人的权益。

私人所有权具有如下几个特征：第一，私人所有权的主体主要是自然人。私人所有权的主体范围不限于自然人，还包括个体工商户、合伙企业中的合伙人、个人独资企业的投资者等。第二，私人所有权的客体范围是非常宽泛的。《物权法》对私人所有权的客体采取了具体列举和抽象概括相结合的方式。从具体列举的角度来看，《物权法》列举了私人对其合法的收入、房屋、生活用品、生产工具、储蓄、投资等各类财产所享有的权利。《物权法》第66条还规定，私人的合法财产受法律保护，这实际上是一个概括性条款，也就是说，任何私人取得的合法财产都是其所有权的客体，并受到法律保护。第三，私人所有权的取得方式是多样的。私人所有权的取得方式既可以是合法的劳动，也可以是投资以及继承、赠与等。我国法律不禁止财产取得方式，但要求财产的取得合法。第四，私人所有权的内容广泛。私人所有权的内容包括私人对其动产与不动产所享有的占有、使用、收益和处分的权利。在合法的范围内，私人对其财产可以随意地处理，但是个人行使其所有权不得滥用权利，损害他人的利益。任何人不得以违反公序良俗的方式行使私人财产权。

私人所有权是私人所有制在法律上的反映。按照物权平等保护原则，《物权法》不仅要保护老百姓的财产，而且要对老百姓的财产予以同等保护，这对于保障民生，鼓励私人投资兴业，创造社会财富具有重要意义。但私人所有权的行使应当遵守法律规定和社会公德，不得损害国家利益、社会公共利益和他人利益。公民利用其财产从事生产经营和投资活动，必须遵守国家的法律和政策，依法纳税，服从有关国家机关的监督管理，不得通过非法手段获取财产。

（四）社会团体所有权

所谓社会团体所有权，是指各类社会团体依法对其所有的不动产和动产所享有的权利。《民法通则》第77条规定："社会团体包括宗教团体的合法财产受法律保护。"《物权法》第69条规定："社会团体依法所有的不动产和动产，受法律保护。"社会团体所有权是指各类社会团体对其财产享有的占有、使用、收益和处分的权利。[①] 在我国，社会团体种类很多，包括人民群众团体、社会公益团体、文艺团体、学术研究团体、宗教团体等。[②] 任何组织和个人都不得随意侵占、

① 参见梅夏英、高圣平：《物权法教程》（第二版），中国人民大学出版社2010年版，第91页。
② 参见刘保玉：《物权法学》，中国法制出版社2007年版，第165页。

破坏社会团体的合法财产。《物权法》在国家、集体和私人所有权之外专门规定社会团体所有权，不仅有利于确认各种财产的归属，解决产权的争议，而且有利于促进我国文化、教育、宗教等事业的发展。[①] 当然，社会团体在行使所有权时，必须遵循国家的法律和政策，不得超越登记批准的业务范围及活动地区进行活动。

三、所有权的取得

所有权的取得方式，是指民事主体获得财产所有权的方式和根据。《物权法》第7条明确规定："物权的取得和行使，应当遵守法律，尊重社会公德，不得损害公共利益和他人合法权益。"依据该条规定，财产所有权的取得必须是合法的，否则不被法律承认与保护。

（一）征收

所谓征收就是指国家基于公共利益通过行使征收权，在依法支付一定补偿的前提下，将单位或者个人的财产移转给国家所有。《物权法》第42条第1款规定："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。"《国有土地上房屋征收与补偿条例》（以下简称《征收与补偿条例》）对国有土地上房屋征收制度作了进一步完善。

征收与征用不同。所谓征用，是指国家因抢险、救灾等紧急需要而通过行使征用权，临时使用单位或者个人的财产。征收和征用都是国家通过行使行政权，基于公共利益对集体和私人所有权进行限制的方法，两者都是为了公共利益的需要；同时，两种情形下，国家都应当依法对被征收、征用人给予一定的补偿。但征收需要移转所有权，而征用并不需要移转所有权，而只是临时使用；另外，二者在补偿标准方面也存在区别。

征收应当具备如下几个条件：

1. 基于公共利益的需要。政府从事征收行为，必须是基于公共利益的需要。公共利益是由法律和行政法规规定的有关国家安全、促进国民经济和社会发展等方面的利益。公共利益在内涵上应当与国家和社会的整体利益保持一致，是社会成员多数人的利益，而不是某一个小团体、极少数人甚至个别人的利益。《征收与

---

① 参见全国人大常委会法制工作委员会民法室编：《中华人民共和国物权法条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社2007年版，第69页。

补偿条例》第8条专门对公共利益的范围作出了规定。[①] 当然，公共利益本身是一个开放的概念，具有不可穷尽性，也就是说其类型繁多，且随着社会的发展而不断发展。因不同社会的发展阶段、各国的具体国情、经济发展水平等差别，它会具有不同的内涵。

2. 符合法律规定的权限和程序。根据《物权法》第42条第1款的规定，征收必须依照法律规定的权限和程序进行。如此规定的理由主要在于：一方面，出于充分保护公民的财产权的需要。征收是永久性地剥夺公民的财产权利，为了防止一些地方政府及其工作人员以公共利益为名，滥用征收权力，损害被征收人的利益和农民的权益，必须强调要遵循法定的程序。另一方面，在征收中严格遵守法定的权限和程序进行，有利于督促政府机关依法行政。

3. 依法作出补偿。征收集体所有的土地的，除了足额支付征地补偿费、补偿承包经营权以外，还应当保障被征地农民的生活。征收单位、个人的住宅及其他不动产的补偿包括两个方面：一是依法给予拆迁补偿。只要对不动产进行征收，无论其所有权人是单位还是个人，都应当予以拆迁补偿。通常拆迁补偿都是支付一笔金钱。如果是以货币的方式进行补偿，所支付的货币应当能够保障被征收人的居住条件。二是保障居住条件。在被征收的房屋为个人的住宅时，在拆迁补偿之外，还应当保障被征收人的居住条件。

（二）善意取得制度

善意取得，又称为即时取得，是指无处分权人将其动产或不动产转让给受让人，如果受让人取得该财产时出于善意，则受让人将依法取得对该财产的所有权或其他物权。[②] 我国《物权法》第106条规定了善意取得制度，该制度的建立有利于维护交易安全，促进市场经济的有序发展。同时也有利于鼓励交易，促进财产的流转。[③] 善意取得制度保护了善意的买受人，只要其有合理的理由信赖登记，或

---

① 《征收与补偿条例》第8条规定："为了保障国家安全、促进国民经济和社会发展等公共利益的需要，有下列情形之一，确需征收房屋的，由市、县级人民政府作出房屋征收决定：（一）国防和外交的需要；（二）由政府组织实施的能源、交通、水利等基础设施建设的需要；（三）由政府组织实施的科技、教育、文化、卫生、体育、环境和资源保护、防灾减灾、文物保护、社会福利、市政公用等公共事业的需要；（四）由政府组织实施的保障性安居工程建设的需要；（五）由政府依照城乡规划法有关规定组织实施的对危房集中、基础设施落后等地段进行旧城区改建的需要；（六）法律、行政法规规定的其他公共利益的需要。"

② 我国台湾学者大多认为，善意取得适用对象仅限于动产。参见谢在全：《民法物权论》（上册）（第二版），三民书局2003年版，第445页。

③ 参见谢在全：《民法物权论》（上册）（第二版），三民书局2003年版，第448页。

者信赖动产的占有人有处分权，就不必支付大量的调查成本来审查转让人是否享有处分权，其所从事的交易能够产生预期的效力，这就极大地降低了交易费用，有利于鼓励交易。

根据《物权法》第106条和第108条的规定，善意取得的构成要件包括如下几项：

1. 无处分权人处分他人财产。所谓无权处分，是指没有处分权而处分他人的财产。换言之，即权利人无处分权而从事了法律上的处分行为。此处所说的“处分”是指法律上的处分，即通过买卖、赠与、抵押等使所有权发生转让或权能发生分离的情形。

2. 受让人取得财产时出于善意。根据《物权法》第106条的规定，适用善意取得制度必须“受让人受让该不动产或者动产时是善意的”。善意取得制度的核心在于保护受让人的合理信赖，因此，其核心要件就是受让人在取得财产时必须是善意的。所谓善意，是指不知情，即受让人不知或不应知道让与人转让财产时没有处分该项财产的权限。如果受让人为恶意，则无法成立善意取得。最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国物权法〉若干问题的解释（一）》第15条第1款规定：“受让人受让不动产或者动产时，不知道转让人无处分权，且无重大过失的，应当认定受让人为善意。”根据该司法解释第17条，受让人受让动产时，如果交易的对象、场所或者时机等不符合交易习惯，则应当认定受让人具有重大过失。例如，甲在路边遇见兜售名表的人，明知其形迹可疑，仍然与其交易的，则属于非善意。

3. 以合理的价格有偿转让。根据《物权法》第106条的规定，只有财产以合理的价格转让，才可能构成善意取得，这就是说，善意取得仅适用于有偿交易，受让人受让标的物时必须支付了合理的对价。所谓合理，即根据市场价格判断，受让人所支付的价款与标的物的价值相当。

4. 必须实际支付对价。适用善意取得，原则上必须以实际支付为要件，如果仅仅只是达成了协议，不能认为已经符合了善意取得的构成要件。以实际支付对价作为判断善意取得的标准，也可以为善意取得的构成提供明确的判断标准，有利于减少无权处分人和受让人之间的恶意串通，从而保护真正权利人。

5. 完成了法定的公示方法。依据《物权法》第106条第1款的规定，构成善意取得需要“转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记，不需要登记的已经交付给受让人”。这就意味着善意取得的构成必须以公示方法的完成为要件。①

① 参见崔建远：《物权：规范学说——以中国物权法的解释论为中心》（上册），清华大学出版社2011年版，第218、233页。

例如，转让人在转让其动产时，应当将标的物交付给受让人；在转让不动产时，应当办理登记。如果已经完成了交付或登记等公示方法，就符合了善意取得的构成要件。

此外，在善意取得的情况下，转让人和受让人之间的合同应当是有效的。因为善意取得制度本身就是为了保护交易安全而产生的一种法律制度。这种“交易”自然只能是指一种合法的交易，对违法的交易应当宣告无效，违法的交易不可能受到法律的保护，也无法产生善意取得的效果。当然，即使在转让人和受让人之间的合同被宣告无效的情形下，如果受让人将标的物转让给第三人，则第三人仍可基于善意取得的规定取得标的物所有权。

善意取得是原始取得，这就是说，只要符合善意取得的构成要件，受让人即时取得标的物所有权，原权利人的所有权将因此发生消灭。① 原权利人不得向善意的受让人主张返还原物，而只能要求转让人赔偿损失或者承担其他法律责任。例如，甲将其电脑抵押给乙，但未办理登记，后甲又将该电脑出卖给丙，如果丙在受让电脑时不知该电脑已经抵押的事实，则乙的抵押权应当消灭。

（三）遗失物的拾得

所谓遗失物，是指他人丢失的动产。所谓遗失物的拾得，是指发现并占有遗失物。由于遗失物并不是无主物，也不是所有权人抛弃的或因他人的侵害而丢失的物，而是所有权人、占有人不慎丢失的动产，因此，拾得遗失物应当返还失主。

构成遗失物必须具备以下几个条件：第一，必须是占有人不慎丧失占有的动产。如果所有权人故意放弃占有，其所有权因抛弃而消灭，该物则应当作为无主物处理。第二，必须是无人占有的动产。此处所说的占有，从主观来看，必须有占有的意图。客观上，拾得人必须实际上对物进行了管理和控制。第三，必须是拾得人拾得的动产。遗失物是所有权人丢失的动产，这就是说，它并非抛弃物，也不是无主物，而有明确的物权人。如果是抛弃的垃圾等无主物，则应当根据先占原则来确定归属。

根据《物权法》第109条规定，“拾得遗失物，应当返还权利人。拾得人应当及时通知权利人领取，或者送交公安等有关部门”。拾得人在拾得遗失物以后，负有返还遗失物的义务，该义务包括如下内容：一是及时通知义务。也就是说，拾得人应及时通知失主。二是妥善保管遗失物的义务。拾得人在拾得遗失物以后应该妥善保管遗失物，而且在保管期间拾得人对遗失物的占有是有权占有。三是返

① 参见谢在全：《民法物权论》（上册）（第二版），三民书局2003年版，第456—457页。

还遗失物的义务。拾得人负有的返还义务是一种法定义务，如果拾得人在拾得遗失物后，将遗失物据为己有，应当承担相应的责任。[①] 但拾得人在返还遗失物时，有权请求失主支付保管费用及承诺的报酬。

（四）漂流物的拾得、埋藏物和隐藏物的发现

所谓漂流物，是指在水上漂流的动产。所谓埋藏物，是指埋藏于地下，而所有权人不明的动产。所谓隐藏物，是指隐匿于他物之中的物。只要是从表面上不能发现的物，都应当纳入隐藏物的范畴。严格地说，埋藏和隐藏是有区别的：一方面，埋藏是指将物埋藏于他人的土地之中，而隐藏是指将物藏于他物之中。如果某物不是隐藏于他物之中，而具有显而易见性，则属于遗失物或抛弃物，拾得人拾得该物后，应当按照遗失物的归属或先占规则处理。另一方面，埋藏一般年代久远，[②] 而隐藏时间比较短暂。例如，在自己的房屋下发现了清代的银元，该银元就属于埋藏物。

《物权法》第 114 条规定："拾得漂流物、发现埋藏物或者隐藏物的，参照拾得遗失物的有关规定。文物保护法等法律另有规定的，依照其规定。"根据该条规定，拾得人应当将拾得的漂流物、发现的埋藏物或者隐藏物，返还失主。在拾得后，要妥善保管，并及时通知权利人。当然，在返还物时，也有权要求支付保管费用等。应当指出，在漂流物、埋藏物和隐藏物中，有些是具有历史、艺术和科学价值的文物，这些文物依法应归国家所有。

（五）孳息的取得

孳息是指由原物所生的物或收益，换言之，是指民事主体通过合法途径而取得的物质利益，包括天然孳息和法定孳息。孳息是与原物相对应的概念。[③] 孳息分为天然孳息和法定孳息两种。

天然孳息，是指原物因自然规律而产生的，或者按物的用法而收获的物，如母鸡生的蛋、树上结的果等。天然孳息可以是自然的，也可以是人工的（如从羊身上剪下的羊毛等），但是人工产生的物必须是没有对出产物进行过改造加工的，例如，牛乳制成的乳酪就不是天然孳息。根据《物权法》第 116 条的规定，在当

---

① 参见《执行民通意见》第 94 条。

② 关于埋藏物是否必须埋藏年代久远才构成，各国立法规定并不一致。《法国民法典》第 716 条规定："一切埋藏或隐匿的物件，任何人又不能证明其所有权且其发现又纯为偶然者，为埋藏物。"可见《法国民法典》并不要求埋藏时间久远。而德国民法认为，埋藏物须为长期埋藏的物。

③ 参见陈华彬：《物权法》，法律出版社 2004 年版，第 74 页。

事人没有特别约定的情形下，天然孳息原则上由所有人取得。但在既有所有权人又有用益物权人的情形下，则应当由用益物权人取得。[①] 因为用益物权主要是依据法律行为而设定的，当事人在合同中已经明确规定了由用益物权人占有不动产，所以，除了法律另有规定和当事人另有约定的情况外，在不动产上产生的天然孳息只能由用益物权人取得。

法定孳息，是指根据法律的规定，由法律关系所产生的收益，如出租房屋的租金、借贷的利息等。法定孳息是由他人使用原物而产生的。自己利用财产所得到的收益以及劳务报酬等，不是法定孳息。依据我国《物权法》的规定，关于法定孳息的归属的确定，当事人有约定的，按照约定取得；没有约定或者约定不明确的，按照交易习惯取得。

第三节　建筑物区分所有权

一、建筑物区分所有权概述

建筑物区分所有权，是指业主对建筑物内的住宅、经营性用房等专有部分享有所有权，对专有部分以外的共有部分享有共有和共同管理的权利。区分所有权是在对建筑物进行纵向和横向区分的基础上，由业主所享有的专有部分的所有权、共有权和共同管理权三项权利所组成的一种复合的权利。《物权法》设立专章（第6章）具体规定了业主的建筑物区分所有权，这对于保护公民的基本财产权、保障民生以及建设法治国家和和谐社会具有重要意义。

建筑物区分所有权具有如下法律特征：

1. 区分所有权是在对建筑物进行区分的基础上产生的。所谓区分是指因为对建筑物进行纵向和横向的区分，而形成了一层或者一套房屋的产权，从而在此基础上产生了专有部分的所有权、共有权和共同管理权，这些权利的集合就是建筑物区分所有权。

2. 区分所有权的权利主体是业主。业主既可以是自然人，也可以是法人或其他组织。只要是获得专有部分所有权并因此取得共有部分的人，都能成为业主。依据最高人民法院《关于审理建筑物区分所有权纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称《建筑物区分所有权司法解释》）第1条第1款的规定，通过

---

① 参见《物权法》第116条。

登记或者依法取得建筑物专有部分所有权的人，可以取得业主身份。原则上，业主必须要基于依法登记取得或基于事实行为取得建筑物专有部分的所有权。但在特殊情形下，为保护业主利益，也应当承认尚未登记但已经通过买卖合同而合法占有建筑物专有部分的人为业主。因为业主取得了对专有部分的所有权，才能享有对建筑物及其小区附属共有财产的共有权以及管理权。

3. 区分所有权的内容是由三项权利构成的。根据《物权法》第70条的规定，建筑物区分所有权的内容包括三个方面，即专有部分的所有权、共有权和共同管理权。可见《物权法》采纳的是三要素说。

4. 区分所有权的客体主要是建筑物，但也不限于建筑物。在我国，由于商品房开发都是以小区为单位进行规划和建设的，所以业主的区分所有权的范围已经从建筑物拓展到整个小区。例如，小区规划范围内的绿地、道路，按照《物权法》的规定，属于全体业主共同所有。小区中的其他公共场所和公共设施也属于业主共有。

我国《物权法》设立专章规定建筑物区分所有权，承认建筑物区分所有权为一种特殊的权利，这一方面有利于将此种权利与一般的所有权和共有区别开来，保证业主能够有效地行使其三项权利，尤其是强调业主对建筑物的共有财产以及小区的共有财产从整体上负有维护、维修的义务和责任。另一方面，法律也对建筑物区分所有权的行使确立了特殊的规则。例如，要求区分所有权人在行使权利时必须尊重业主所确立的管理规约。

二、专有权

专有部分所有权简称为专有权，是指区分所有人对其建筑物内的住宅、经营性用房等专有部分所享有的单独所有权。所谓专有部分，是指具有构造上及使用上的独立性，并能够成为分别所有权客体的部分。专有部分能够登记成为特定业主所有权的客体。专有部分所有权的特征在于：

1. 专有部分所有权具有所有权的效力。专有权人对其专有部分的所有权享有如同一般所有权一样的权能，包括占有、使用、收益和处分的权利，从这个意义来说，专有部分的所有权本质上仍然属于所有权。

2. 专有部分所有权的客体具有特殊性。一般所有权的客体是特定的动产或不动产。而区分所有权的专有权的客体不可能是独立的不动产，而只能是建筑物经分割后形成的具有一定独立性和可公示性的“专有部分”，其在构造和利用上具有独立性。

3. 专有部分所有权在行使上具有特殊性。在区分所有的情况下，某一业主都是和其他众多的业主共同生活的，形成一种住宅所有人共同体，因此其行使专有部分的所有权都直接关系到其他业主的利益。所以，在法律上有必要对专有部分所有权的行使作出更多的限制。例如，业主改变住宅用途，变更为经营性用房，可能影响到其他业主的生活安宁、安全，也可能会给小区的管理带来很大的不便。[①] 因此，《物权法》第77条对住改商设定了一定的限制条件，该条规定，“业主不得违反法律、法规以及管理规约，将住宅改变为经营性用房。业主将住宅改变为经营性用房的，除遵守法律、法规以及管理规约外，应当经有利害关系的业主同意”。

4. 专有部分所有权居于主导地位。尽管业主享有的建筑物区分所有权是由多种权利构成的，但在各项权利中，专有部分所有权居于主导地位，其他权利都是由专有部分所有权决定的。

依据《物权法》第74条的规定，车位、车库的归属由当事人通过出售、附赠或者出租等方式约定。如果建设单位在合同中保留了车位、车库的所有权，那么，车位、车库就归建设单位所有。如果其将车位、车库赠与业主，就由业主享有所有权。如果转让给业主，业主在支付了价款之后取得所有权。如果建设单位将车位、车库出租给业主，建设单位享有所有权，业主享有使用权。《物权法》的规定有利于鼓励建设单位修建更多的车位、车库，从而缓解许多城市所出现的“停车难”问题。但根据《物权法》第74条第1款的规定，确定车位、车库的归属时，应当坚持车位、车库首先满足业主的需要的原则。当然，满足业主需要只能是合理的需要，这就是说，只要满足业主基本的停车需要，就认为已经满足了需求。《建筑物区分所有权司法解释》第5条规定：“建设单位按照配置比例将车位、车库，以出售、附赠或者出租等方式处分给业主的，应当认定其行为符合物权法第七十四条第一款有关‘应当首先满足业主的需要’的规定。”

三、共有权

所谓共有权，是指区分所有人依据法律、合同以及区分所有人之间的规约，对建筑物的共用部分、基地使用权、小区的公共场所和公共设施等所共同享有的财产权利。例如，区分所有人对于小区的绿地、道路所享有的共有权。建筑物区分所有人的共有权具有如下特征：

---

① 参见胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，法律出版社2007年版，第180页。

1. 权利主体的特殊性。建筑物区分所有权中共有权的权利主体是业主大会或者全体业主。由于在建筑物区分所有中，共有人人数众多，不可能每一个人都参与共有财产的管理，通常需要由业主通过业主委员会或其委托的物业服务企业来实际行使管理权。

2. 共有部分附随于专有部分。在建筑物区分所有的状态下，区分所有人所享有的共有权与其对专有部分所享有的单独所有权是密切联系在一起的，共有权是由专有部分所决定的，并从属于专有部分的所有权。在区分所有的条件下，共有部分不能独立存在，也不能单独地转让和继承。只有在取得了专有部分的所有权之后才能相应地取得共有权。一般来说，专有部分的面积越大，共有部分的份额越大。转让专有部分所有权，共有部分也相应地转让。① 正是由于共有部分附随于专有部分，因此区分所有权中的共有，既不同于按份共有，也不同于共同共有，可以将其看做一种特殊的共有形态。

3. 客体范围较为广泛。依据《物权法》及相关规定，建筑物区分所有权中共有部分在范围上包括以下内容：（1）绿地。依据《物权法》第73条的规定，除属于城镇公共绿地或者明示属于个人的以外，业主对小区内的绿地享有共有权。（2）道路。它是指小区内没有经过市政规划的用于通行的道路。《物权法》第73条规定，除属于城镇公共道路外，建筑区划内的道路属于业主共有。（3）物业服务用房。《物权法》第73条规定，物业服务用房应当归全体业主共有。（4）维修资金。依据《物权法》第79条的规定，维修资金应当归全体业主共有。维修资金的使用必须通过全体业主经过法定的程序决定。（5）建筑区划内的其他公共场所和公用设施。依据《物权法》第73条的规定，建筑区划内其他公共场所和公用设施，属于业主共有。（6）小区内未纳入建筑区划的其他场地。依据《物权法》第74条第3款的规定，小区内未纳入建筑区划的其他场地应当归业主共有。（7）其他共有财产，如小区内种植的树木等。

4. 共有权的内容包括权利与义务。业主对建筑物专有部分以外的共有部分在享有共有权和共同管理权的同时，也要对建筑物共有部分的维护、维修等工作承担义务，分担有关物业管理、维护、维修的义务。如果因为小区的共有部分造成损失，也应当分担损失。

5. 权利行使方式具有特殊性。一是要依据法律的规定和管理规约来行使共有权。所谓管理规约，又称为规约、业主公约、住户规约，是由全体业主通过业主

① 参见陈华彬：《物权法》，法律出版社2004年版，第274页。

大会就物业的管理、使用、维护与所有关系等各方面所制定的规则，[①] 也是指由业主签订的有关如何管理、使用和维护共有财产以及规范其相互之间的关系的协议。管理规约是业主自治的产物。管理规约在性质上属于民法中的共同行为，只要按照一定的表决程序作出决定，就应当对全体业主产生拘束力。二是在建筑物区分所有的情况下，共有人行使权利，常常采用持有份的方式。依据《物权法》第80条的规定，建筑物共有部分及其附属部分的费用分摊、收益分配等事项，有约定的，按照约定，没有约定或者约定不清的，按照业主专有部分占建筑物总面积的比例确定。这实际上是确定了共有人在没有约定的情况下，应采取持有份的方式享有权利并承担义务。

四、共同管理权

所谓共同管理权，也称为管理权，是指业主基于专有部分的所有权从而依法享有对业主的共同财产和共同事务进行管理的权利。共同管理权是专属于业主的权利。因为管理权是由专有部分的所有权产生的，管理权在性质上是由业主享有的专有部分所有权所决定的，或者说是以各个业主享有的单独的所有权为基础的。任何人取得了专有部分所有权，自然取得了管理权。如果转让了专有部分所有权，其管理权也随之丧失，并由受让人取得成员资格。[②] 但共同管理权是一种私法上的权利，它是业主管理共有财产和共同事务的权利。具体而言，一是对共有财产进行管理。小区的共有财产不可能由小区的业主平等占有、使用，而只能通过业主大会或业主委员会等来实际管理，或者委托有关的物业服务企业或其他管理人对共有财产进行管理。二是针对共同事务进行管理，这些共同事务包括公共场所的使用、有关物业费的缴纳、禁止滥用专有部分所有权、禁止滥搭滥建等。当然，业主行使管理权需要遵循一定的程序。

业主必须依据法律、法规和管理规约的规定来具体行使共同管理权。共同管理权主要针对的是业主们的共有财产和共同事务，但是，业主无法单独、亲自、实际地管理每一项共有财产和共同事务，所以只能通过法律、法规和管理规约规定的方式来行使管理权。一般来说，共同管理权的行使方式主要有如下几种：

1. 参与业主大会，行使表决权。所谓业主大会，是指全体业主成立的、管理其共有财产和共同事务的自治组织。在建筑物区分所有的情况下，业主有权设立

① 参见万鄂湘主编：《物权法理论与适用》，人民法院出版社2005年版，第410页。

② 参见白江：《德国住宅楼管理制度之研究及启示》，《中外法学》2008年第2期。

业主大会，并通过业主大会来管理业主的各项共同事务。根据《物权法》第76条第1款的规定，下列事项应当由业主大会决定：制定和修改业主大会议事规则；制定和修改建筑物及其附属设施的管理规约；选举业主委员会或者更换业主委员会成员；选聘和解聘物业服务企业或者其他管理人；筹集和使用建筑物及其附属设施的维修资金；改建、重建建筑物及其附属设施；有关共有和共同管理权利的其他重大事项。各个业主参与管理事务，首先要通过业主大会行使表决权。表决权既可以由业主本人行使，也可以委托他人代为行使。

2. 参与业主委员会，行使共同管理权。业主委员会是业主大会的执行机构，受业主大会委托管理全体业主的共有财产和共同事务。业主有权出席业主大会，选举业主委员会，并有权通过业主大会对业主委员会进行监督或重新选举业主委员会。业主也有权参与业主委员会，管理业主的共有财产和共同事务。业主委员会主要享有以下职权：受全体业主的委托，与物业服务企业订立物业服务合同；请求确认物业服务合同无效或者部分无效；请求解除物业服务合同；在合同终止后，受全体业主的委托，请求物业服务企业退出和移交物业服务用房等。

3. 共同制定管理规约的权利。管理规约是全体业主共同意志的产物，性质上属于一种共同法律行为，是各业主对共同事项一致的意思表示，类似于公司章程，全体业主必须严格遵守。[①] 每个业主都有权参与业主大会，并通过法定的程序制定管理规约。不管业主是否参与了制定，也不问其入住的先后，或其是否同意该管理规约，同一小区内的所有业主都应该受管理规约的拘束。

4. 请求就重要事项召开会议讨论的权利。凡是关系到业主的重大利益的事宜，例如，公共财产的修缮、维护、处分以及公共停车场的使用等，如果管理规约中没有规定，业主有权发出动议，请求召开会议，对这些重大事项进行讨论。根据《物业管理条例》第13条，经20%以上的业主提议，业主委员会应当组织召开业主大会临时会议。业主一般要亲自参加会议，当然也可以委托他人参加。

5. 自行管理物业和小区其他事务的权利。在自行管理的情形下，业主有权直接管理物业和小区其他事务。小区内的物业管理源于业主的共同管理权。因为共同管理权是全体业主都享有的权利，而且管理权的行使关系到全体业主的利益，所以，自行管理小区事务应当由全体业主共同实施。不过，即使全体业主共同管理，也可以委托部分业主具体实施。

6. 请求公开与共同事务相关的信息资料。业主知情权的内容包括两项：一是

---

① 王泽鉴：《民法物权：通则·所有权》（第一册），三民书局1996年版，第263页。

请求公开与共同事务相关的信息资料的权利，如建筑物及其附属设施的维修资金的筹集、使用情况等；二是请求查阅相关信息资料的权利。业主请求的对象既包括物业服务企业，也包括业主委员会等。

业主作为团体成员，在享有共同管理权的同时，也应当承担相应的义务。例如，业主应当遵守管理规约、接受管理者管理等。对管理规约和业主委员会基于合法程序作出的决定，业主应当遵守。《物权法》第78条规定，业主大会或者业主委员会的决定，对业主具有约束力。实际上，这一规定对业主也施加了一种必须遵守该决定的义务。

第四节 相邻关系

一、相邻关系概述

所谓相邻关系，是指依据法律规定，两个或两个以上相互毗邻的不动产的所有人或使用人，在行使不动产的所有权或使用权时，因相邻各方应当给予便利和接受限制而发生的权利义务关系。简单地讲，相邻关系就是不动产的相邻各方因行使所有权或使用权而发生的权利义务关系。① 例如，甲的承包地处于乙的地块中间，甲要行使自己的土地使用权必须经过乙使用的土地，这样甲乙之间就产生了相邻关系。

相邻关系，从权利角度来讲又称为相邻权，它是为调节在行使不动产所有权时发生的权益冲突而产生的一种权利。根据法律的规定，不动产所有人和使用人行使权利，应给予相邻的不动产所有人和使用人以行使权利的必要的便利。这样，对于一方来说，因提供给对方必要的便利，就使自己的权利受到了限制；对于另一方来说，因为依法取得了必要的便利，则使自己的权利得到了延伸。相邻关系具有如下几个特征：

1. 相邻关系是依据法律的规定而产生的。法律为了维护相邻不动产权利人之间的和睦关系，防止行使权利中的各种冲突，保障一方最基本的生产和生活需要，规定了相邻的一方应当给另一方提供通风、采光、排水、取水、通行、排污等各方面的便利。因此，对提供便利的一方来说，其负有法定的义务是为另一方提供便利，而另一方也依法享有相应的权益。

---

① 参见史尚宽：《物权法论》，荣泰印书馆股份有限公司1957年版，第79页。

2. 相邻关系的主体必须是两个或两个以上的人。因为一人不可能构成相邻。相邻关系可以在公民之间，也可以在法人之间，或在公民与法人之间发生。相邻权的主体不管是公民还是法人，都必须是相邻不动产的所有人或使用人，对不动产享有合法权益。

3. 相邻关系是因为主体所有或使用的不动产相邻而发生的。例如，因为房屋相邻产生了通风、采光的相邻关系。相邻关系中所说的相邻“不动产”，不仅包括土地，还包括房屋。在许多情况下，相邻关系的发生也与自然环境有关。例如，甲、乙两个村处于一条河流的上下两个相连的地段，就自然构成了甲、乙两村互相利用水流灌溉和水力资源的相邻关系问题。在不可量物侵害的情况下，即使不构成不动产的相邻，也会发生相邻关系。

4. 相邻权的内容十分复杂。相邻权因种类不同而具有不同的内容，但是基本上都包括两个方面：一是相邻一方有权要求他方提供必要的便利，他方也应给予该便利。所谓必要的便利，是指非从相邻方处得到便利，否则不能正常行使其所有权或使用权。例如，从相邻人的土地上通行，必须是在无道路可走的情况下，才能要求相邻人给予方便。二是相邻各方行使权利，不得损害他方的合法权益。例如，从相邻方的土地通过，应尽量避免给对方造成损失。

5. 相邻关系的客体主要是行使不动产权利所体现的利益。相邻权的种类十分复杂，不同的相邻权因其内容不同，权利和义务所指向的对象及客体也不同。例如，在因土地使用权权属不清而发生的相邻关系中，其客体是不动产本身，但是大多数相邻权的客体是行使不动产的所有权或使用权所体现的财产权益和其他权益。

相邻权在性质上并不是独立的物权类型，而仍属于所有权的范畴，因为相邻的一方获得此种便利以后使其权利得到延伸，此种延伸仍属于所有权的范畴，而相邻的另一方因提供此种便利使其所有权受到限制。它不是法律设定的一种物权，而是两个不动产权利之间相互关系的制度安排，只是法律对所有权的限制，所以其不能够形成独立物权。因此，相邻权应当属于所有权的范畴。法律规定相邻关系主要是为了协调相邻不动产之间的权利冲突，并对一方的所有权进行干预，旨在保护个人的基本生存利益，实现物尽其用。

二、相邻关系的类型

（一）因用水、排水产生的相邻关系

《物权法》第86条规定，不动产权利人应当为相邻权利人用水、排水提供必

要的便利。该条实际上是规定因水资源的利用所形成的相邻关系，其包括用水和排水所产生的相邻关系。

1. 因用水而产生的相邻关系。不动产权利人应当为相邻权利人用水提供必要的便利，应当合理分配水资源。不能因为水资源缺乏而通过人为方式独占水源或者截断水流，因此影响邻地的用水。土地使用人不得滥钻井眼、挖掘地下水，使邻人的生活水源减少，甚至使近邻的井泉干涸。对相邻各方都有权利用的自然流水，还应当尊重自然形成的流向，禁止过度占用水资源。放水一般应按照“由近到远，由高至低”的原则依次灌溉、使用。一方擅自堵截或独占自然流水影响他方正常生产、生活的，他方有权请求排除妨碍；造成他方损失的，应负赔偿责任。

2. 因排水而产生的相邻关系。相邻一方必须利用另一方的土地排水时，他方应当允许。在自然排水时，对自然流水的方向，应当尊重自然流水的排放。这就是说，低地的权利人应当允许高地的权利人按照水流的自然方向进行排水。在水流有余时，低地段的相邻人不得擅自筑坝堵截，使水倒流，或者采取各种方法阻塞河流，影响高地的排水。在人工排水时，也应尊重水流的流向，如果因为人工排水而构造各种设施或工作物，改变了水流的方向，给他人造成损害的，该他人可以请求排除妨害、赔偿损失。在利用他人的土地排水时，使用的一方应采取必要的保护措施；造成损失的，应由受益人合理补偿。

（二）因通行所产生的相邻关系

《物权法》第87条规定：“不动产权利人对相邻权利人因通行等必须利用其土地的，应当提供必要的便利。”相邻通行关系包括如下情况：

1. 因袋地所产生的通行问题。例如，甲的一块土地，其周围的土地全部被乙所购买，导致甲的土地形成袋地，在此情况下，甲必须经由乙的土地，否则无路可走。即使是因为土地转让、交换等而产生袋地现象，相邻一方也应当提供通行的便利。[①] 如果相邻的另一方拒绝对袋地权利人提供便利，袋地权利人有权请求实现其通行权。但是，袋地权利人只能要求他方提供必要的通行便利，如果袋地权利人要求他人修筑道路，甚至加宽道路，满足其特殊的通行需要，则应当通过设定地役权的方式实现。

2. 通行困难，此种情况被称为准袋地。虽然不动产权利人有路通行，但如果不经另一方的土地通行，非常不便利，并且会发生较高的费用。尽管《物权法》第87

① 参见全国人大常委会法制工作委员会民法室编著：《中华人民共和国物权法精解》，人民出版社2007年版，第148页。

条规定的是土地上的通行问题，但也包括利用他人建筑物内的空间通行的问题。

3. 其他通行问题。例如，他人的物品坠落，落在某人的土地之上，土地权利人应当允许失主进入其土地取走。①

（三）因建造、修缮建筑物以及铺设管线所形成的相邻关系

因建造、修缮建筑物以及铺设管线所形成的相邻关系，主要存在着两种情况：一是一方因为建造、修缮建筑物需要利用相邻不动产的，相邻另一方应当提供必要的便利。例如，建造房屋时，需要临时在相邻的不动产上搭建脚手架或堆放必要的建筑材料。相邻一方因修建施工、架设电线、埋设管道等，需要临时占用他人土地的，他人应当允许。但是施工应选择对他人损失最小的方案，并按照双方约定的范围、用途和期限进行，施工完毕后应及时清理现场，恢复原状。因此给他人造成损失的，施工一方应当给予适当赔偿。② 二是铺设电线、电缆、水管、暖气和燃气、管线等必须利用相邻土地、建筑物的，相邻的另一方应当提供必要的便利。例如，电力公司为了供电需要铺设有关的线缆，因此有必要在他人的不动产上方或者地表以下进行施工。如果因为利用他人的不动产给他人造成损害，则可能需要双方进行协商，由一方给予另一方适当的补偿。

（四）因通风、采光而产生的相邻关系

相邻各方修建房屋和其他建筑物，必须与邻居保持适当距离，不得妨碍邻居的通风和采光。我国《物权法》第89条规定，建造建筑物，不得违反国家有关工程建设标准，妨碍相邻建筑物的通风、采光和日照。通风、采光、日照不仅是维持人们基本生产生活的要求，也是最低限度的生活条件。

依据《物权法》第89条的规定，在建造建筑物的过程中，有必要为他人提供通风、采光和日照等便利。不动产权利人虽然有权在自己的土地上建造建筑物，但此种权利的行使必须要考虑到他人的利益。不能滥用自己的所有权，在自己的土地上建造房屋阻挡他人的光线、日照、通风等。

按照《物权法》第89条的规定，在建造建筑物的过程中，不得违反国家有关工程建设标准，妨碍相邻建筑物的通风、采光和日照。国家工程建设标准是指由国家有关机关颁布的建筑标准（如2001年7月31日建设部颁布的《建筑采光设计标准》）。如果违反国家有关工程建设标准，妨碍相邻建筑物的通风、采光和日照的，相邻一方应当承担相应的责任。受害人有权要求停止侵害、恢复原状或赔偿损失。从

① 参见胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，法律出版社2007年版，第203页。

② 参见《执行民通意见》第97条。

我国司法实践来看，应当根据具体情况确定相应的责任形式。例如，房屋正在建造过程中，已经影响了邻人的通风、采光或日照，邻人可以请求停止侵害，如果房屋已经建造完毕，且没有违反规划，通常只能要求赔偿损害，而不能要求拆除房屋。但如果房屋已经违反了相关的建筑规划，则应当将该房屋予以拆除。

（五）因保护环境所产生的相邻关系

《物权法》第90条规定："不动产权利人不得违反国家规定弃置固体废物，排放大气污染物、水污染物、噪声、光、电磁波辐射等有害物质。"该条实际规定了因"不可量物"的侵害所引发的相邻关系的规定。所谓不可量物的侵害，是指按照通常的计量手段无法加以精确测量的某些物质因排放、扩散等致他人损害。不可量物包括气体、音响、光线、尘埃、电流、臭气、烟气、煤气等。① 至于固体或液体等物，例如沙石、污水等则不包括在内。② 不可量物的侵害，常常会给相邻的一方造成损害，严重的不可量物侵害常常会严重地影响环境，给许多不特定的人造成损害。例如，某企业安装了能反射出刺眼光芒的特殊玻璃，造成了辐射，影响附近许多人的正常生活。

（六）因挖掘土地、建造建筑物等发生的相邻关系

《物权法》第91条规定，不动产权利人挖掘土地、建造建筑物、铺设管线以及安装设备等，不得危及相邻不动产的安全。此种情况在学理上常常被称为"邻地损害的防免"③。例如，相邻一方在自己的土地上挖水沟、水池、地窖、水井和地基等，危及对方房屋、地基以及其他建筑物的安全。一方在自己的不动产上进行作业，属于行使所有权的范围，但是不得危及他人的不动产，否则应当依法承担相应的法律责任。例如，挖掘土地使他人房屋的地基动摇，或者在挖掘土地、建造建筑物、铺设管线以及安装设备等时，可能危及邻人房屋的安全。此时，邻人无须证明损害已实际发生，只要能证明存在着此种威胁，就可以要求施工方停止侵害行为。

三、处理相邻关系的原则

（一）依据法律法规和习惯处理相邻关系

《物权法》第85条规定："法律、法规对处理相邻关系有规定的，依照其规定；法律、法规没有规定的，可以按照当地习惯。"依据这一规定，如果法律法规

① 陈华彬：《德国相邻关系制度研究》，梁慧星主编：《民商法论丛》（第4卷），法律出版社1996年版，第227页。

② 参见王泽鉴：《民法物权：通则·所有权》（第一册），三民书局1996年版，第184页。

③ 王泽鉴：《民法物权：通则·所有权》（第一册），三民书局1996年版，第221页。

对相邻关系作出了明确的规定，则必须依据法律法规的规定处理相邻关系。例如，有关法规规定建筑工程施工等必须采取安全保障设施，但法律法规没有明确规定的，可以依据习惯处理。又如，关于通行权的确定，在一方给予另一方提供通行的便利时，究竟如何通行，也要考虑习惯问题，如果习惯就是走某一条道路，那么就应当按照习惯来确定。

（二）团结互助、兼顾各方的利益

相邻各方在行使所有权或使用权时，要团结互助、兼顾各方的利益，最大程度地减少对方的损失。例如，相邻一方给另一方提供通行的便利，而另一方不能踩踏该方的绿地等。相邻各方在因为不动产权利的行使发生争议的情况下，必须本着互谅互让、有利团结的精神协商解决；协商不成的，由有关国家机关和人民法院解决。为了维持人与人之间的和睦关系，需要确立当事人之间适当的容忍义务。只要邻人的行为不具有不法性，并且没有给其他不动产人造成明显损害，相邻另外一方应当予以容忍。

（三）有利生产、方便生活

相邻关系的规则就是要保证人们最基本的生活条件，保障人们的生产生活能够顺利进行。所以，在处理因相邻关系发生的纠纷时，应从有利于有效合理地使用财产、有利于生产和生活的立场出发。例如，在一方通行有困难的情况下，另一方是否有必要提供通行的便利，就要本着有利生产、方便生活的原则来确定，尽可能物尽其用。

（四）公平合理

相邻关系涉及各方不动产权利方面的争议甚至冲突，在发生纠纷以后，如果处理不当，就容易酿成比较严重的社会矛盾，危害社会的稳定和团结。所以，相邻各方在发生相邻纠纷以后，应当本着公平的原则予以处理。例如，一方的林木的树枝延伸到邻人的土地上，双方应当通过协商，并通过公平考虑来确定是予以剪除，还是允许其生长但给予补偿。[①] 相邻关系的种类很多，法律很难对各种相邻关系都作出具体规定，这就需要人民法院在处理相邻关系纠纷时，从实际情况出发，兼顾各方的利益，适当考虑历史的习惯，公平合理地解决纠纷。

四、违反相邻关系的后果

《物权法》第92条规定："不动产权利人因用水、排水、通行、铺设管线等利

① 参见全国人大常委会法制工作委员会民法室编：《中华人民共和国物权法条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社2007年版，第87页。

用相邻不动产的，应当尽量避免对相邻的不动产权利人造成损害；造成损害的，应当给予赔偿。”依据该条规定，如果不动产权利人因为违反相邻关系使相邻的不动产权利人受到损害，则应当赔偿该损害。

第五节 共 有

一、共有概述

所谓共有，是指某项财产由两个或两个以上的权利主体共同享有同一所有权，换言之，是指多个权利主体对一物共同享有所有权。例如，两个人共同所有一间房屋，三人共同所有一台机器。共有的主体称为共有人，客体称为共有财产或共有物。各共有人之间因财产共有形成的权利义务关系，称为共有关系。物权法上的共有，分为按份共有和共同共有。

由于共有只是数人对于同一物享有同一所有权而非数人对同一物分别享有所有权，共有只是所有权的一种形态，因而仍然要适用所有权的一般规则，如一物一权等规则。共有是相对于单独所有而言的。单独所有是指财产所有权的主体是单一的，即一个人单独享有对某项财产的所有权。共有关系具有如下法律特征：

1. 主体的特殊性。共有与单独所有的最大区别就表现在，共有的主体不是一个而是两个或两个以上的自然人或法人。多数人共同所有一物，并不是说共有是多个所有权，而只是指数人对同一物享有一个完整的所有权。换言之，在法律上，共有财产只有一个所有权，而由多人享有。①

2. 客体的特殊性。共有的客体即共有物是特定的财产，它可以是独立物，也可以是集合物（如共同继承的遗产）。共有物既可以是特定物，也可以是权利的集合，各种权利也可以作为准共有。例如，对小区的绿地使用权所享有的共有权，实际上是对权利的共有。由于每个共有人的权利及于整个共有财产，共有物在共有关系存续期间，根据约定不能分割的，只能由各共有人对共有物共同享有所有权。由此可见，共有不同于分别所有。

3. 内容的特殊性。在内容方面，共有人对共有物按照各自的份额享有权利并承担义务，或者平等地享有权利、承担义务。② 各共有人要对整个共有财产依据份

---

① 参见王泽鉴：《民法物权：通则·所有权》（第一册），三民书局 1996 年版，第 326 页。

② 参见陈华彬：《物权法》，法律出版社 2004 年版，第 382 页。

额或平等地享有权利，而不能仅仅只是针对某一共有财产或共有财产的某一部分享有权利。每个共有人对共有物享有的占有、使用、收益和处分的权利，① 不受其他共有人的侵害。在行使共有财产的权利，特别是处分共有财产时，必须由全体共有人协商，按共有人的共同的意志行使。

共有是多个权利主体基于共同的生活、生产和经营目的，将其财产联合在一起而产生的财产形式。共有和公有是不同的。前者属于法律上的所有权范畴，后者属于经济上的所有制范畴，二者存在本质区别：一方面，共有财产的主体是多个共有人；公有财产的主体是单一的，在我国，其只能是国家或集体组织，国家的财产属于全民所有，集体财产属于某一个集体组织所有。另一方面，公有财产已经脱离个人而存在，在我国，国家财产的主体只能是代表全体人民利益的国家，而集体财产只能属于代表该集体全体成员的集体组织，任何个人都不能成为公有财产的主体。而在共有的情况下，财产往往并没有脱离个人而存在。

二、按份共有

（一）按份共有的概念和特征

按份共有，又称分别共有，是指两个或两个以上的共有人按照各自的份额分别对共有财产享有权利和承担义务的一种共有关系。《物权法》第 94 条规定："按份共有人对共有的不动产或者动产按照其份额享有所有权。"例如，甲、乙合购一栋房屋，甲出资 100 万元，乙出资 50 万元，甲、乙各按出资的份额对房屋享有权利。按份共有具有如下法律特征：

第一，各个共有人对共有物按份额享有不同的权利。各个共有人的份额，又称为应有份额，其数额一般由共有人事先约定，或按照出资比例决定。应有份额只是意味着行使权利应按照一定的比例进行，但在共有关系存续期间，不能根据应有部分实际分割财产。在按份共有关系产生时，法律要求共有人应明确其应有的份额，按份共有人对共有的不动产或者动产享有的份额，没有约定或者约定不明确的，按照出资额确定；不能确定出资额的，视为等额享有。②

第二，各个共有人对共有财产享有权利和承担义务是依据其不同的份额确定的。换言之，各个共有人对共有物持有多大的份额，就要对该共有物享有多大权利和承担多大义务。对共有物持有的份额不同，各个共有人的权利和义务也是不

① 参见王泽鉴：《民法物权：通则·所有权》（第一册），三民书局 1996 年版，第 327 页。

② 参见《物权法》第 104 条。

同的。每个共有人都只能在预先确定的份额范围内享有并行使占有、使用和收益权，不得超出该范围行使权利。如果某一共有人超越其应有部分的范围行使权利，其他共有人有权基于物权请求权要求其停止侵害、排除妨害、赔偿损失。

第三，尽管在按份共有的情况下，各个共有人依据其份额享有权利并承担义务，但按份共有并不是分别所有，各个共有人的权利并不局限于共有财产的某一具体部分，或就某一具体部分单独享有所有权，而是及于该财产的全部。例如，在前述例子中，甲占有 2/3 的份额，乙占有 1/3 的份额，但两人是对全部房屋依据份额行使权利，而不是把房屋划分成三部分，分别行使权利。

（二）按份共有人的权利和义务

1. 按份共有人的权利

（1）按份共有人有权依其份额对共有财产享有占有、使用和收益权。共有人对于全部的共有财产依据其份额享有并行使权利，享有收益。份额越大，则使用共有财产并获取收益的权利就越大；份额越小，则使用共有财产并获取收益的权利就越小。在通常情况下，对共有财产的使用和收益方法应由全体共有人协商决定，各共有人不能根据自己的意志自由行使对共有财产的权利，也不得未经其他共有人的同意，擅自占有和使用共有财产。

（2）按份共有人有权按照约定管理其共有财产。关于共有物的利用，需要由共有人达成协议。同样，关于如何利用共有财产，也必须由全体共有人通过约定来确定。当然，共有人可以通过订立分管协议的方式，约定由部分共有人管理共有物。

（3）按份共有人享有物权请求权。按份共有人作为物权人的一种，在共有财产遭受侵害或妨害的情况下，也享有物权请求权，包括返还原物请求权、排除妨害请求权和消除危险请求权。各共有人对于第三人可以就共有物的全部享有物权请求权，这是各共有人的权利，各人均可以单独行使此项权利，而不必征得其他共有人的同意，但必须请求占有人向全体共有人返还共有物，而不得请求仅向自己返还。①

（4）按份共有人有权转让其应有份额。按份共有人的应有份额具有所有权的效力，可以由按份共有人自由处分。这种处分包括：一是分出。它是指按份共有人退出共有，将自己在共有财产中的份额分割出去。在分出份额时，通常要对共有财产进行分割。二是转让。它是指共有人依法将自己在共有财产中的份额转让

① 参见谢在全：《民法物权论》（上册）（第二版），三民书局 2003 年版，第 609 页。

给他人。共有人转让其份额，不得损害其他共有人的利益。为防止某一按份共有人转让其份额对其他共有人造成损害，《物权法》第101条规定，共有人转让其份额，其他共有人在同等条件下，有优先购买的权利。例如，甲、乙、丙三人合建一房屋，各占1/3的份额，在丙欲出让其份额时，甲、乙二人有权优先于他人购买该份额。优先购买权使出让人对财产的处分自由受到先买权的约束，只要先买权人在同等条件下行使了购买权，则出卖人不得将标的物再转让给先买权人以外的其他人，否则，该财产移转有可能被宣告无效。

2. 按份共有人的义务

按份共有人按照各自的份额，对共有财产分享权利，同时也要按各自的份额分担义务。该义务主要是承担对共有物的管理费用以及其他负担，如承担对共有物的保存费用、对共有物的改良费用以及承担因共有物给他人造成损害所产生的责任等。关于共有物费用的承担，如果有约定，应当按照约定；如果没有约定或者约定不明，按份共有人应当依据其份额来承担。如果某个共有人支付上述费用超出了其份额所应分担的部分，该共有人有权请求其他共有人偿还。

3. 处分共有财产或对共有财产作出重大修缮

所谓处分共有财产，是指共有人依据法定的程序从事将共有物转让或设置抵押等处分行为。所谓对共有财产作出重大修缮，是指对共有物进行重大改良或重大维修。依据《物权法》第97条的规定，对共有财产的处分或作出重大修缮，必须依照法定的程序，即处分共有的不动产或者动产以及对共有的不动产或者动产作重大修缮的，应当经占份额2/3以上的按份共有人或者全体共同共有人同意，但共有人之间另有约定的除外。这就意味着，对于按份共有，处分共有的不动产或者动产以及对共有的不动产或者动产作重大修缮的，不必经过全体按份共有人同意，而只是要求经占份额2/3以上的按份共有人同意即可。法律如此规定，也是为了实现物尽其用，因为作出处分和重大修缮本来是为了全体共有人的利益。如果因为某个共有人不同意，就不能进行对共有物的重大修缮，可能影响对物的利用效率。但多数人的决定不能够损害其他不同意处分或者重大修缮的按份共有人的利益，如果决定会对其他共有人的利益造成损害，应当允许其转让自己的份额或者请求分割共有物。另外，对共有财产的处分或重大修缮，如果共有人另有约定的，则不适用上述经占份额2/3以上的按份共有人同意的规则。这就是说，上述规定仍然是任意性规范，如果共有人之间已经达成了协议，当事人就应当遵守此种协议。

如果某个或某几个共有人未经全体共有人同意，擅自对共有财产进行法律上

的处分，对于其他共有人将不产生法律效力。就第三人而言，该行为属于效力待定的无权处分行为，如果其他共有人事后追认了该行为，则该无权处分行为有效；如拒绝追认，则应属无效，并应按无效的民事行为处理。但是如果转让的共有财产为动产，受让人取得该动产时系出于善意，则可以按照善意取得的原则处理。此时其他共有人不得主张转让行为无效，仅能对实施无权处分行为的共有人，依侵权行为或不当得利的规定而主张权利。①

4. 约定不明视为按份共有

《物权法》第103条规定，共有人对共有的不动产或者动产没有约定为按份共有或者共同共有，或者约定不明确的，除共有人具有家庭关系等外，视为按份共有。因为共同共有必须法定，且共同共有的前提是各共有人之间存在共同关系，只有在法律有明确规定的情况下，才能形成共同共有关系。因此，法律推定在没有特别约定的情况下，应当视为按份共有。

三、共同共有

（一）共同共有的概念和特征

共同共有，亦称为公同共有，是指两个或两个以上的公民或法人，根据某种共同关系而对某项财产不分份额地共同享有权利并承担义务。共同共有是共有的另一种形式。《物权法》第95条规定："共同共有人对共有的不动产或者动产共同享有所有权。"共同共有的特点主要表现在：

1. 共同共有根据共同关系而产生，必须以共同关系的存在为前提。例如，依照法律规定，夫妻关系的产生会形成夫妻财产共有关系。再如，家庭成员因共同劳动和经营而形成家庭财产的共有关系。所以，共同共有是以当事人之间存在着某种共同关系为前提的，它一般发生在互有特殊身份关系的当事人之间。

2. 在共同共有中，财产不分份额。只要共同共有存在，共有人对共有的财产就无法划分各人的份额或哪个部分属于哪个共有人所有，只有在共同共有关系终止、共有财产分割以后，才能确定各共有人的份额。② 财产不分份额，这是共同共有区别于按份共有的主要特点。

3. 在共同共有中，各共有人平等地享受权利和承担义务。《物权法》第95条规定，共同共有人共同享有所有权。这就是说，各共有人对整个共有财产，享有

---

① 参见谢在全：《民法物权论》（上册）（第二版），三民书局2003年版，第567页。

② 参见全国人大常委会法制工作委员会民法室编：《中华人民共和国物权法条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社2007年版，第168页。

平等的占有、使用、收益和处分权，同时承担共同的义务。

共同共有关系主要因共同关系的终止而解除，如婚姻关系解除等；也可以由于其他原因而消失，如共有物丧失、共有财产被转让等。共同共有终止时，对共有财产的分割，有协议的，按协议处理；没有协议的，一般可根据均等原则，并考虑共有人对共有财产的贡献大小以及共有人生产、生活的实际情况等处理。

（二）共同共有与按份共有的区别

第一，各共有人对共有物所享有的权利因共有关系的性质不同而存在区别。在按份共有关系中，各共有人依其份额享有权利并承担义务，在共同共有关系中，各共有人则不分份额共同地享有权利、承担义务。

第二，关于共有物的处分，在按份共有关系中，原则上只需要占份额 2/3 以上的按份共有人多数同意；在共同共有关系中，需要全体共有人的一致同意才能处分共有物。

第三，按份共有人可以转让其享有的共有的不动产或者动产份额，其他共有人在同等条件下享有优先购买的权利。但在共同共有的情况下，不存在优先购买权的行使问题。

第四，关于共有财产的分割，在没有约定或者约定不明确的情况下，按份共有人可以随时请求分割共有财产，共同共有人在共有的基础丧失或者有重大理由需要分割时可以请求分割。例如，夫妻双方在婚姻关系存续期间购买了一栋房产，对其归属未加以特别约定，则在婚姻关系存续期内应当认为是共同共有，不得请求分割。但如果婚姻关系解除，则一方可以请求进行分割。

在我国司法实践中，如果共有人对共有性质发生争议，部分共有人主张按份共有，部分共有人主张共同共有又无法查清的，或者在按份共有中各共有人的份额不明的，可以按共同共有处理。这种处理办法既简便易行，又能使案件的处理公平合理。

（三）共同共有人的权利和义务

共同共有关系主要是依照法律的规定或合同的约定而产生的，共同共有人相互间的权利义务也应依法律或合同而确定。其具体内容如下：

1. 共同共有人的权利。共同共有人对共有财产享有平等的占有、使用权，对共有财产的收益，不是按比例分配，而是共同享用；对共有财产的处分，必须征得全体共有人的同意，未经全体共有人的同意而处分共有财产，在法律上是无效的。[①] 但是

① 参见崔建远：《物权：规范与学说——以中国物权法的解释论为中心》（上册），清华大学出版社 2011 年版，第481 页。

如果根据法律规定或依据共有人之间的协议，某个共有人有权代表或代理全体共有人处分共有财产时，则该共有人依法或依协议作出的处分财产的行为是有效的。在某一共有人无权代理其他共有人擅自处分共有财产时，如果其他共有人明知而不提出异议的，则视为同意。

2. 共同共有人的义务。共同共有人对共有财产共同承担义务。《物权法》第98条规定，对共有物的管理费用以及其他负担，有约定的，按照约定；没有约定或者约定不明确的，按份共有人按照其份额负担，共同共有人共同负担。因而在共同共有的情况下，因对共有财产进行维护、保管、改良等所支付的费用由各共有人共同分担。① 各共有人因经营共同事业对外发生债务或对第三人造成损害的，由全体共有人承担连带责任。共同共有关系存续期间，各共有人一般不得请求分割共有财产。

（四）共同共有的形式

我国《物权法》没有规定共同共有的具体类型，一般认为，在我国，共同共有的基本形式有夫妻共同共有、家庭共同共有、遗产共同共有。此外，各合伙人对合伙财产的共有也应当属于共同共有。

1. 夫妻共同共有

夫妻在婚姻关系存续期间，对于共有财产享有平等的占有、使用、收益和处分的权利。② 所谓婚姻关系存续期间，是指从男女双方登记结婚之日起，至双方离婚或一方死亡之日止的期间。夫妻双方出卖、赠与属于夫妻共有的财产，应取得一致的意见。夫妻一方明知另一方处分财产而未作否定表示的，视为同意。夫妻共同财产只有在夫妻离婚或夫妻一方死亡、遗产继承开始时，才能进行分割。

2. 家庭共同共有

所谓家庭共同共有，是指由全部或部分家庭成员共同所有。③ 家庭共有财产，是指家庭成员在家庭共同生活关系存续期间共同创造、共同取得的共同财产。家庭共有财产的主体是对家庭共有财产的形成作出过贡献的家庭成员。在家庭中，

---

① 参见梅夏英、高圣平：《物权法教程》（第二版），中国人民大学出版社2010年版，第145页。

② 参见梅夏英、高圣平：《物权法教程》（第二版），中国人民大学出版社2010年版，第147页。

③ 参见崔建远：《物权：规范与学说——以中国物权法的解释论为中心》（上册），清华大学出版社2011年版，第479页。

并不是每一个家庭成员都享有对家庭共有财产的共有权。在家庭中，由于父母有劳动收入，而子女没有经济收入，也没有通过接受遗赠或赠与等方式对家庭财产作出贡献，因而不能和父母一起作为家庭财产的共有人。家庭共有财产的形式主要是家庭成员在共同生活期间的共同劳动收入，包括家庭成员交给家庭的财产、家庭成员共同受赠的财产以及在此基础上购置和积累起来的财产等。① 家庭共有财产以家庭共同生活关系的存在为前提，家庭共同生活关系终止，如基于成年子女分家、父母离婚、父母一方或双方死亡等原因导致家庭共同生活关系终止，就可能引起家庭共有财产的分割，使原有的家庭共有财产权归于消灭。

对于家庭共有财产，每个家庭成员都享有平等的权利。除法律另有规定或家庭成员间另有约定外，对于家庭共有财产的使用、处分或分割，应该取得全体家庭成员的同意，任何家庭成员都不得随意处分属于家庭所有的共同财产。

3. 遗产共同共有

关于遗产共同共有关系，我国《物权法》和《继承法》都没有对其作出规定，但应将此种共有关系界定为共同共有，即被继承人死亡后，遗产分割前，各继承人对遗产的共有也应属于共同共有。因为当有数个继承人时，任何一个继承人都不能单独取得遗产的所有权，而且在遗产分割前，各个继承人对遗产的份额也难以确定。因此，遗产在分割前应当属于各继承人共同共有。

四、共有财产的分割

（一）共有财产分割的概念和原则

所谓共有财产的分割，是指在共有关系存续期间内，共有人请求按照一定的份额或者均等地分割共有财产为每个共有人所有。分割共有财产应当尊重共有人意愿，最大程度地发挥物的效用。在分割共有财产时，共有人应当遵守法律的规定，不能把他人的财产当做共有财产分割。在分割财产时，按份共有人一般只能取得属于自己份额的财产，不能取得属于其他共有人份额的财产，否则应作为不当得利，返还给其他共有人。此外，共有人在分割共有财产时，特别是在分割家庭共有财产和夫妻共有财产时，应当体现男女平等、保护妇女和未成年子女利益的精神。在确定各共有人应分得的份额时，对于负担抚养、赡养、扶养其他家庭成员义务的共有人应当适当考虑多分。②

---

① 参见胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，法律出版社 2007 年版，第217 页。

② 参见杨立新：《共有权研究》，高等教育出版社 2003 年版，第 275—276 页。

（二）共有财产的分割请求权

在按份共有中，共有人可以随时请求分割，也就是说，在共有关系存续期间，共有人原则上可以随时请求分割共有财产。[①] 但依据《物权法》第 99 条的规定，“共有人约定不得分割共有的不动产或者动产，以维持共有关系的，应当按照约定，但共有人有重大理由需要分割的，可以请求分割”。如何理解重大理由？所谓重大理由，通常是指不分割共有物会严重损害共有人的利益。主要包括：一是出现重大亏损，如果不分割共有财产将使共有人蒙受损失。二是从管理和利用方面考虑，共有财产如果不分别管理可能会发生重大损害的，就必须通过分割而实行分别管理。三是如果基于各方面的原因共有难以继续维持，即使有不得分割的协议，也可以主张分割共有物。

在共同共有中，共有人在共有的基础丧失或者有重大理由需要分割时可以请求分割。根据《物权法》第 99 条的规定，不允许共同共有人在共同关系存续期间随时请求分割共有财产，除非是因为共有的基础丧失或者有重大理由需要分割，否则不得请求分割共有财产。所谓重大理由，是指出现了可以分割的事由，如果不分割可能对共有人的利益产生重大影响，或者某个或某几个共有人要脱离家庭共同生活。例如，《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）》（以下简称《婚姻法解释三》）第 4 条规定：“婚姻关系存续期间，夫妻一方请求分割共同财产的，人民法院不予支持，但有下列重大理由且不损害债权人利益的除外：（一）一方有隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产或者伪造夫妻共同债务等严重损害夫妻共同财产利益行为的；（二）一方负有法定扶养义务的人患重大疾病需要医治，另一方不同意支付相关医疗费用的。”

《物权法》第 99 条规定，“……因分割对其他共有人造成损害的，应当给予赔偿。”此处所说的“因分割对其他共有人造成损害”，并不是指一般的分割共有财产造成的损害，而是特指在按份共有的情况下，当事人签订了禁止分割的协议之后，因为重大理由要求分割；或者在共同共有中，在共有的基础丧失或者有重大理由需要分割时请求分割，由此给其他共有人造成的损害。

（三）共有财产分割的方式

按照《物权法》第 100 条第 1 款的规定，共有人可以协商确定共有财产的分割方式，如果共有人达不成协议，则按照如下方式进行分割：一是实物分割。它

① 参见最高人民法院物权法研究小组编著：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，人民法院出版社 2007 年版，第 308 页。

是指在不影响共有财产的使用价值和特定用途的情况下，以原物分配给各共有人，如分割蛋糕、布匹、土地等。二是变价分割。所谓变价分割，是指在共有财产不宜分割的情况下，采用变卖共有物的方法，将价金分配给各共有人。三是折价补偿。如果共有的动产或不动产难以分割或者分割会减损其价值的，应当对拍卖、变卖等取得的价款予以分割或者折价补偿。此种情况通常适用于共有物性质上不能以原物分配或者原物分配有困难的情形。① 此处所说的折价补偿，是指部分共有人获得共有财产，同时根据共有财产的市场价值对其他共有人给予补偿。例如，甲乙二人有耕牛一头，价值 1 000 元，甲愿获得该耕牛，则由甲取得耕牛所有权，并向乙支付 500 元的补偿金。

（四）共有财产分割的效力

根据我国司法实践，当全部共有财产分割以后，共有关系即归于消灭，如果就原物进行分配时，各共有人即就其分得部分取得单独的所有权。所以，分割的效力可以使各共有人取得单独的所有权，各共有人因分割取得的所有权的范围原则上应与其应有的份额相等。

关于财产分割后违反瑕疵担保义务的责任问题，《物权法》第 100 条第 2 款规定："共有人分割所得的不动产或者动产有瑕疵的，其他共有人应当分担损失"。据此，我国《物权法》已承认共有人的瑕疵担保责任。《物权法》作出此种规定，既有利于保障共有物分割的有序进行，也有利于保障各个共有人的权利，分割本身可以理解为一种交易，每个共有人依据诚信原则，负有类似于出卖人的担保义务。《物权法》第 100 条的规定包含两方面的内容：

其一，共有人负有瑕疵担保责任。瑕疵担保包括物的瑕疵担保和权利瑕疵担保。物的瑕疵是指标的物的质量存在瑕疵。如果标的物表面存在瑕疵，则共有人在进行实物分割时可以提出异议，因此，此处的瑕疵通常是指隐蔽瑕疵，即在共有物分割之时通常难以发现的瑕疵。如果当事人明知有瑕疵而仍然接受所分割的共有物的，应当视为当事人有承受此损失的意思。权利瑕疵是指共有人分得的共有物属于第三人所有，或者存在产权争议以及各种负担。如果某一共有人分得共有物之后，因第三人的追夺而遭受损失，其他共有人也应当承担损失。

其二，受害人有权请求其他共有人分担损失。共有人都应当对标的物的瑕疵负担瑕疵担保义务。如果分割以后属于某个共有人所有的财产，由于分割以前的原因而为第三人追索或发现有隐蔽瑕疵，或者因为存在权利瑕疵，而使得取得财

① 参见谢在全：《民法物权论》（上册）（第二版），三民书局 2003 年版，第 630 页。

产的共有人遇到他人追夺而遭受损失，则该共有人分得的部分与其应有的份额并不相符，从而必然使该共有人遭受损失。因此，为保护共有人的利益起见，各共有人都应有义务分担损失。例如，甲乙在分割共有财产以后，发现甲分得的财产是甲乙借用丙的财产，因此，甲应将该项财产返还给丙，而乙则应补偿甲的损失。再如，甲乙在分割共有财产以后，甲分得的财产因有瑕疵而不能使用，则乙应负责补偿甲的损失。

第六节 用益物权

一、用益物权概述

（一）用益物权的概念和特征

用益物权是物权的一种重要类型，《民法总则》第114条和《物权法》第2条均规定，物权是权利人依法对特定的物享有的直接支配和排他的权利，包括所有权、用益物权和担保物权。具体而言，用益物权是指权利人对他人之物在一定范围内进行占有、使用和收益的权利。《物权法》第117条规定："用益物权人对他人所有的不动产或者动产，依法享有占有、使用和收益的权利。"用益物权具有如下特征：

1. 用益物权是他物权。用益物权是基于他人之物而产生的权利，是对他人所有权设定的限制和负担，是定限物权、他物权，具有存续期限。因此，用益物权的主体是所有人之外的其他民事主体。在用益物权设定之后，所有权人也要受到用益物权设立合同的约束，不得再对标的物进行支配。

2. 用益物权的客体包括不动产和动产。大陆法系传统民法认为用益物权的客体仅限于不动产，因为不动产具有非消耗性的特点，适合交由他人使用而不易贬损其价值，而动产容易消耗受损，且多为种类物，可以购买替代，因此未将动产作为用益物权的客体。但随着时代的发展，人们对财产的利用方式也越来越多元化，应该赋予人们在动产之上设立用益物权的自由，从而实现物尽其用的目的。我国《物权法》对用益物权的客体进行了宽松的规定，即不动产或者动产均可以作为用益物权的客体。不过，从现行法的规定来看，尚未规定特定的存在动产之上的用益物权类型。

3. 用益物权的内容是占有、使用和收益。占有是指对物的实际控制。使用是指依物的自然属性、法定用途或者约定的方式对物进行实际上的利用。收益是指

通过对物的利用而获取天然孳息及法定孳息。用益物权中的“用益”，是使用、收益的合称，既可以是单独的使用或收益，也可以是基于使用而获得收益。①

（二）用益物权与担保物权的区别

用益物权与担保物权在性质上都属于他物权、定限物权，两者都具有期限性，都是对所有权的限制，因而都具有优先于所有权的效力。用益物权和担保物权作为两类并列的他物权类型，在如下几方面存在区别：

1. 权利的目的和内容不同

用益物权以对标的物进行物理上的使用和收益为目的，而担保物权则以获得标的物的经济价值为目的。因为用益物权人需要对标的物加以使用和收益，所以用益物权人需要取得对标的物的占有，这就决定了同一标的物之上不能同时存在两个或两个以上内容相冲突的用益物权。而担保物权以担保债权的清偿为目的，注重的是对标的物的经济价值的支配，通常又称为价值权，所以担保物权并不一定需要取得对标的物的占有，如抵押权人就不需要占有标的物。这也意味着在同一标的物之上，可以同时存在数项担保物权，只要标的物的价值足以清偿这些债权即可。

2. 权利的独立性不同

除地役权具有从属性、依附于需役地的权利变动以外，其他的用益物权都具有独立性，不依附于其他权利而存在，也不随其他权利的变动而变动。而担保物权则具有从属性，其以担保债权的清偿为目的，必须依附于债权而存在。当债权转让时，担保物权也随之转让；债权消灭时，担保物权也随之消灭。

3. 权利存续期间不同

两者都有存续期间的限制，用益物权的存续期间由当事人约定并进行登记，而且当事人的约定不得超过法律规定的上限。用益物权只有在物权关系被解除以后才归于消灭。担保物权原则上与其所担保的债权同始终，其存续期间不能由当事人约定，也无须登记，债权一旦实现，则担保物权也随之消灭。

4. 权利的消灭原因不同

在标的物灭失时，用益物权随之消灭，因为用益物权失去了标的物就无法进行使用和收益。而担保物权具有物上代位性，担保物权通常并不因标的物的灭失而消灭。当标的物灭失后，只要有其他赔偿金或替代品存在，则担保物权人仍能就其优先受偿。《物权法》第 174 条规定：“担保期间，担保财产毁损、灭失或者

① 参见房绍坤：《论用益物权的法律属性》，《现代法学》2003 年第 6 期。

被征收等，担保物权人可以就获得的保险金、赔偿金或者补偿金等优先受偿。”

二、土地承包经营权

（一）土地承包经营权的概念

土地承包经营权，即农村土地承包经营权，是指农业生产经营者以从事农业生产为目的，对集体所有或国家所有的由农民集体使用的土地进行占有、使用和收益的权利。我国1986年《民法通则》第一次以法律的形式规定了土地承包经营权，随后在同年颁布的《土地管理法》、1993年《宪法》、2002年《农村土地承包法》等法律中均承认了该权利。2007年的《物权法》明确肯定了土地承包经营权的用益物权性质。土地承包经营权具有如下特征：

第一，土地承包经营权的主体是农业生产经营者。土地承包经营权的主体是从事农业生产的自然人、法人及其他组织，一般是农村土地所属村集体经济组织的成员。非本集体组织成员的单位或个人在履行一定的程序之后也可以承包集体所有的土地。《农村土地承包法》不仅允许权利人通过转让、互换等方式移转其权利，而且允许对荒山、荒沟、荒丘、荒滩（简称“四荒”土地）通过招标、拍卖等公开竞价方式直接取得土地承包经营权。而对转让时的受让人、“四荒”土地公开竞价时的竞买人，法律并未限制为本集体经济组织的成员，而只是要求其具有农业开发经营能力即可。

第二，土地承包经营权的客体是集体所有或国家所有、由农民集体使用的农用地。《物权法》第124条第2款规定：“农民集体所有和国家所有由农民集体使用的耕地、林地、草地以及其他用于农业的土地，依法实行土地承包经营制度。”这就确立了土地承包经营权客体的范围。土地根据土地用途的不同可分为农用地、建设用地和未利用地。

第三，土地承包经营权的目的是在他人土地上从事农业生产。农业生产主要包括种植、养殖和畜牧。农业生产经营者应当维持土地的农业用途，不得将土地用于非农建设。即使在进行农业生产的过程中可能需要建造一定的构筑物，也必须与农业生产目的相一致。

（二）土地承包经营权的取得

土地承包经营权的取得有两种方式，即基于法律行为而取得和基于法律行为以外的原因而取得，前者包括通过订立土地承包经营权合同和土地承包经营权流转合同而取得，后者如继承取得土地承包经营权。

1. 土地承包经营权的设定

当事人通过订立土地承包经营权合同而设定土地承包经营权是取得土地承包

经营权的最主要的方式。

（1）土地承包经营权合同

土地承包经营权是通过当事人之间订立土地承包经营权合同而创设的，土地承包经营权自土地承包经营权合同生效时设立。土地承包经营权合同的主体是发包方和承包方。

土地承包经营权合同由发包方和承包方平等协商订立。土地承包经营权合同应当采用书面形式，一般应包括以下条款：一是发包方、承包方的名称，发包方负责人和承包方代表的姓名、住所。二是承包土地的名称、坐落、面积、质量等级。三是承包期限和起止日期。我国法律对土地承包经营权规定了较长的承包期限，当事人的约定不得违反法律的规定。承包期届满时，由土地承包经营权人按照国家有关规定继续承包。四是承包土地的用途。五是发包方和承包方的权利和义务。六是违约责任。

（2）土地承包经营权的确认

土地承包合同自成立之日起生效，土地承包经营权人自承包合同生效时取得土地承包经营权。土地承包经营权的取得不以登记为要件，土地承包经营权的登记仅仅是一种行政确认行为，不具有一般的物权登记的性质。土地承包经营权自土地承包经营权合同生效时设立。县级以上地方人民政府应当向土地承包经营权人颁发土地承包经营权证、林权证、草原使用权证，并登记造册，确认土地承包经营权。

2. 土地承包经营权的流转

土地承包经营权的流转是指土地承包经营权人依照法律的规定，采取转包、互换、转让等方式将土地承包经营权或其中的部分权能转移给他人的行为。《物权法》第128条和《农村土地承包法》均规定，土地承包经营权人有权将土地承包经营权采取转包、互换、转让等方式流转。当然，流转的期限不得超过承包期的剩余期限。未经依法批准，不得将承包地用于非农建设。允许农村土地承包经营权在农业生产者之间流转，有利于实现农地资源优化配置、进行规模化农业经营、提高农村土地的利用价值。根据2016年10月30日中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《关于完善农村土地所有权承包权经营权分置办法的意见》的规定，现阶段深化农村土地制度改革，顺应农民保留土地承包权、流转土地经营权的意愿，将土地承包经营权分为承包权和经营权，实行所有权、承包权、经营权分置并行，着力推进农业现代化，是继家庭联产承包责任制后农村改革又一重大制度创新。因此所有权、承包权、经营权的三权分置将会进一步推动土地承包经营权的流转。

（1）土地承包经营权流转的原则

根据《农村土地承包法》的规定，土地承包经营权的流转应当遵循下列原则：

第一，平等协商、自愿、有偿的原则。任何组织和个人不得强迫或者阻碍承包方进行土地承包经营权流转。农村土地承包经营权是一种物权，权利人一旦取得，就拥有对世效力，除非土地承包经营权人自愿进行流转，否则任何人不得干预和强迫。

第二，不得改变土地所有权的性质和土地的农业用途。土地承包经营权本来就是基于农业用途而设立的，进行流转之后，仍仅限于从事农业用途，且不得改变土地所有权的性质，即不得把农民集体所有或国家所有、依法由农民集体使用的土地变成个人或企业所有。

第三，流转的期限不得超过承包期的剩余期限。因为将土地承包经营权进行流转，是土地承包经营权人对承包经营权进行处分的结果，任何人不能处分自己不享有的权利，所以超出承包权剩余期限的流转，属于无权处分，超过的期限部分属于无效，并应当按照剩余期限计算。

第四，受让方须有农业经营能力。这是土地承包经营权的性质所要求的，即必须从事农业生产经营，所以受让方须具有农业经营能力。

第五，在同等条件下，本集体经济组织成员享有优先受让权。这是因为流转合同双方当事人都在同一集体经济组织之中，具有相互了解，容易预防、避免和化解纠纷的优势，且能够便利土地的就近利用，进行农地的连片开发使用。

（2）土地承包经营权流转的方式

依现行规则，土地承包经营权流转的方式主要有转包、互换、转让、出租和入股。

第一，转包。转包是指土地承包经营权人在承包期间内将土地承包经营权全部或部分地移转给他人从事农业生产经营的行为。转包不需要取得发包人的同意，但应当向发包人备案。转包后，承包关系的主体并没有发生变更，只不过是承包经营权人将其享有的权利部分移转给了第三人，而发包人和承包人之间的承包关系不变，因此，同时存在发包方与承包方、转包方与受转包方两个法律关系，原土地承包关系并不改变。就转包的对象而言，本集体经济组织成员享有优先转包的权利，但并不限于本集体经济组织的内部成员，有农业经营能力的其他主体都能够作为受转包方接受转包。转包当事人双方应当签订书面合同，且受转包人应当依据合同的约定向转包方支付转包费。承包方将土地交由他人代耕不超过 1 年的，可以不签订书面合同。

第二，互换。互换是指同一集体经济组织内部不同土地的承包经营权人之间基于方便耕种或者各自的需要，而将各自的土地承包经营权进行相互交换。在互换之后，双方当事人都丧失了各自原有的土地承包经营权，而取得了对方的土地

承包经营权。同一集体经济组织的土地承包经营权人之间进行互换之后，双方对互换土地原本享有的承包权利和承担的义务也相应互换，即在互换以后，原土地承包经营权设立合同约定的权利义务，由新的土地承包经营权人概括承受。

第三，转让。转让是指土地承包经营权人将其土地承包经营权让渡给他人，由该他人成为土地承包关系的主体，原承包人退出土地承包关系的行为。转让是一种交易行为，应当符合等价有偿的原则，转让可以采取全部转让的方式，也可以采取部分转让的方式。承包方有稳定的非农职业或者有稳定的收入来源的，经发包方同意，可以将全部或者部分土地承包经营权转让给其他从事农业生产经营的农户，由该农户与发包方确立新的承包关系，原承包方与发包方在该土地上的承包关系即行终止。

第四，出租。出租是指承包方将全部或部分土地承包经营权以一定期限租赁给本集体经济组织以外的人从事农业生产经营的行为。出租必须是出租给本集体经济组织以外的人，因为本集体经济组织内部的成员可以通过转包来取得承包方的土地承包经营权。出租后原土地承包关系不变，原承包方继续履行原土地承包合同规定的权利和义务，承租方按出租时约定的条件对承包方负责。出租不得改变土地的集体所有性质和农业用途。

第五，入股。入股是指土地承包经营权人将土地承包经营权量化为股权进行出资，组成股份公司或者合作社等从事农业生产经营。农村土地承包经营权的入股有利于土地的大规模合作生产开发和机械化作业，承包方之间为发展农业经济，可以自愿联合将土地承包经营权入股，从事农业合作生产。股份合作解散时入股土地应当退回原承包农户。

（3）土地承包经营权流转合同

土地承包经营权流转，当事人双方应当签订书面合同。土地承包经营权流转合同一般包括以下条款：双方当事人的姓名、住所，流转土地的名称、坐落、面积、质量等及流转的期限和起止日期，流转土地的用途，双方当事人的权利和义务，流转价款及支付方式，违约责任。

（4）土地承包经营权流转的公示

土地承包经营权人将土地承包经营权互换、转让，当事人要求登记的，应当向县级以上地方人民政府申请土地承包经营权变更登记；未经登记，不得对抗善意第三人。我国《物权法》对土地承包经营权的流转（仅限于互换、转让方式）采取了登记对抗主义，土地承包经营权的流转不以登记为要件，但未经登记的，不得对抗善意第三人。

（三）土地承包经营权的内容

土地承包经营权取得后即发生一定的效力，既排除他人的非法侵害，又约束承包方与发包方。一般而言，土地承包经营权的效力是指承包方与发包方之间的权利义务关系。

1. 土地承包经营权人（承包方）的权利

（1）占有、使用及收益权。土地承包经营权作为一种用益物权，主要价值在于土地承包经营权人对承包地进行占有、使用、收益，这是土地承包经营权对承包方最主要的效力。《物权法》第125条规定："土地承包经营权人依法对其承包经营的耕地、林地、草地等享有占有、使用和收益的权利，有权从事种植业、林业、畜牧业等农业生产。"占有，是指承包方对承包地的事实上的控制和支配。如果不对承包地进行占有，承包方就无法在其上从事农业生产。使用，是指承包方按照承包地的自然属性和承包合同的约定用途，对承包地进行使用。承包方有权自主处理出产物，其他任何人包括发包方都无权干涉。

（2）自主经营权。承包方有权自主组织农业生产经营活动，自主决定种植什么作物、种植多少面积或者安排什么种植、养殖项目，只要不改变农业用地的性质，不建造永久性建筑，不影响邻人的经营和邻人的种植，任何个人和组织都不得随意干涉。

（3）依法流转权。土地承包经营权属于用益物权，具备流转的法律基础。我国《农村土地承包法》与《物权法》均对土地承包经营权的流转予以认可，承包方可以依照法律的规定，对土地承包经营权采取法定的方式进行流转。

（4）承包地被国家征收的，有权依法获得相应的补偿。承包地被征收的，土地承包经营权人有权依照《物权法》第42条第2款的规定获得相应补偿，原来的土地是耕地的，按耕地的标准补偿，原来是林地的，按林地的标准补偿，原来是草地的，按草地的标准补偿。关于补偿范围，征收集体所有的土地，应当依法足额支付土地补偿费、安置补助费、地上附着物和青苗的补偿费等费用，安排被征地农民的社会保障费用，保障被征地农民的生活，维护被征地农民的合法权益。

（5）法律、行政法规规定的其他权利。发包方或者其他组织和个人针对承包地收取法律、法规规定以外的费用，或者违法进行集资、摊派、罚款等，承包方有权拒绝。

2. 土地承包经营权人的义务

（1）维持土地的农业用途，不得用于非农建设。我国实行土地用途管制制度，严格限制农用地转为建设用地，承包方应维持土地的农业用途，未经依法批准，

不得将承包地用于非农建设。

（2）依法保护和合理利用土地，不得给土地造成永久性损害。这项义务要求承包方不得擅自在承包地上建房、建窑、采矿、采石、挖沙、取土、造砖和建坟等，不得在承包的基本农田上种植林木和挖塘养鱼，不得毁坏森林、草原开垦耕地，不得围湖造田、侵占江河滩地。如果承包方违反了这一义务，对承包地造成永久性损害的，发包方有权制止，并有权要求承包方赔偿由此造成的损失。

（3）法律、行政法规规定的其他义务。为了充分发挥耕地的效用、避免耕地的闲置和浪费并确保国家的粮食安全，我国法律禁止耕地承包方的抛荒行为。《土地管理法》第37条第3款规定："承包经营耕地的单位或者个人连续二年弃耕抛荒的，原发包单位应当终止承包合同，收回发包的耕地。"

3. 土地承包经营权发包方的权利

（1）发包本集体所有的或者国家所有依法由本集体使用的农村土地。集体土地由集体经济组织享有所有权，而国家所有依法由集体经济组织使用的农业土地，其使用、收益权归集体经济组织所享有，这就决定了集体经济组织有权对这些农村土地进行发包。

（2）监督承包方依照承包合同约定的用途合理利用和保护土地。基于土地承包经营权的特殊性，承包方负有依照合同约定的用途合理利用和保护土地的义务，发包方对此有监督权。

（3）制止承包方损害承包地和农业资源的行为。如果承包方从事损害土地的行为，影响承包土地的有效利用，则发包方有权制止承包方的行为。

（4）在特定情况下收回承包地。第一，承包期内，承包方全家迁入设区的市，转为非农业户口的，应当将承包的耕地和草地交回发包方。承包方不交回的，发包方可以收回其承包的耕地和草地。第二，承包方连续两年弃耕抛荒的，发包方应当终止承包合同，收回发包的耕地。

（5）在特定情况下调整承包地。如因自然灾害造成承包地毁损时，发包方可以对承包地进行调整，但承包合同中约定不得调整的，按照其约定。

4. 土地承包经营权发包方的义务

（1）维护承包方的土地承包经营权。非因特定情形，承包期内不得调整或收回承包地。

（2）尊重承包方的生产经营自主权。在承包期内，不得干涉承包方依法进行的正常生产经营活动。

（3）依照承包合同约定，为承包方提供生产、技术、信息等服务。在我国农

村的生产经营中，作为发包方的集体经济组织具有自身的优势，可以聘请有关专家对承包方的生产经营进行指导，为承包方销售农产品提供信息等，这些都有利于承包方的生产经营。

（4）执行县、乡（镇）土地利用总体规划，组织本集体经济组织内的农业基础设施建设。

（5）法律、行政法规规定的其他义务。例如《农村土地承包法》第63条规定："本法实施前已经预留机动地的，机动地面积不得超过本集体经济组织耕地总面积的百分之五。不足百分之五的，不得再增加机动地。本法实施前未留机动地的，本法实施后不得再留机动地。"这就是一种法律规定的发包方的其他义务。

（四）土地承包经营权的消灭

1. 土地承包经营权消灭的原因

（1）土地承包经营权的提前收回。在土地承包经营权合同约定的承包期限届满之前，发包人在发生特定事由时将承包地提前收回，使土地承包经营权归于消灭。

（2）土地承包经营权的提前交回。承包期内，承包方在特定情况下将承包地交回发包方，其土地承包经营权归于消灭。土地承包经营权的提前交回分为两种情形：第一，承包期内，承包方全家迁入设区的市，转为非农业户口的，应当将承包的耕地和草地交回发包方。第二，承包期内，承包方可以自愿将承包地交回发包方，这在性质上属于土地承包经营权的抛弃。承包方自愿交回承包地的，应当提前半年以书面形式通知发包方。承包方在承包期内交回承包地的，在承包期内不得再要求承包土地。

（3）土地承包经营权的期限届满未继续承包。土地承包经营权是一种有期限的物权，承包期届满，由承包方按照国家有关规定继续承包，如未继续承包土地，承包经营权就归于消灭。

（4）承包地被征收。国家基于社会公共利益的需要可以征收集体所有的土地，土地承包经营权存在的前提是集体对土地享有所有权，如果国家因为社会公共利益的需要，依据法律规定的权限和程序而征收集体的土地，此时集体土地所有权变为国家土地所有权，在该土地上设立的土地承包经营权自然也归于消灭。当然，国家在征收承包经营地时，应当依法对土地承包经营权人进行充分合理的补偿。

（5）承包地灭失或严重毁损无法继续从事农业生产。承包方签订承包合同，是为了在承包地上进行使用、收益，如因自然原因使该承包地的使用价值丧失，土地承包经营权也应随之消灭。

（6）承包方死亡无继承人或继承人放弃继承。如果承包方死亡后无继承人，即承包方家庭成员全部去世而无人继承，或者继承人放弃继承土地承包经营权的，则土地承包经营权归于消灭。

2. 土地承包经营权消灭的法律后果

（1）承包方返还土地的义务。土地承包经营权消灭后，承包方须将土地交还给发包人。

（2）承包方的取回权。在土地承包经营权消灭后，承包方有权取回其在土地上的青苗、竹木以及相关附属设施，并负有恢复土地原状的义务。如果上述工作物不能取回，或者取回有损其使用价值，并且继续留存对土地利用有利的，承包方可不予取回，而要求发包人按价补偿。如果发包人希望获得这些工作物，应当以市场价格购买，发包人提出购买要求时承包人不得拒绝。

（3）特别改良费用或有益费用的补偿。承包方为增加地力或为促进土地利用的便利，而支出的特别改良费用或其他有益费用，发包方知道或应当知道，没有立即反对的，在承包期届满而没有续期时，承包方有权向发包方提出返还请求。返还的数额，以现存的价值增加额予以计算。

（五）“四荒”土地承包经营权

农村土地承包原则上采取农村集体经济组织内部的家庭承包方式，以本集体经济组织的农户作为承包人。但是，对于不宜采取家庭承包方式的“四荒”土地，也可以采取招标、拍卖、公开协商等方式承包（简称“其他方式的承包”）。我国《农村土地承包法》对以其他方式取得的土地承包经营权有一些特别的规定。

1. “四荒”土地承包经营权的承包方

家庭承包是一种内部承包，由本集体经济组织的农户作为承包方，而其他方式承包的承包方不以内部承包为限，本集体经济组织以外的单位或个人也可作为承包方。法律这样规定的理由主要在于：

（1）“四荒”土地属于未利用地。“四荒”地并不当然具有农业生产条件，因此可能需要进行特别的投入之后，方可用于耕作或种植。不能强行将其平均分配给农村集体经济组织成员进行开发，因为有的农户未必具有相应的资金、技术、劳动力等开发能力。

（2）“四荒”土地的开发。“四荒”土地的开发通常需要支付较大的开发成本，这就需要以一定的规模为基础，才能在合理的期限内收回投资。如果将“四荒”土地平均分配给农村集体经济组织成员进行开发，则可能无法实现规模效益，从而得不偿失。

本集体经济组织以外的人担任承包方受到以下三项限制：第一，以其他方式承包农村土地，在同等条件下，本集体经济组织成员享有优先承包权；第二，发包方将农村土地发包给本集体经济组织以外的人承包，应当事先经本集体经济组织成员的村民会议 2/3 以上成员或者 2/3 以上村民代表的同意，并报乡（镇）人民政府批准；第三，由本集体经济组织以外的人承包的，应当对承包方的资信情况和经营能力进行审查后，再签订承包合同。

2. “四荒”土地承包经营权的承包地

家庭承包的对象主要是耕地、林地、草地，而以其他方式承包的对象主要是荒山、荒沟、荒丘、荒滩以及果园、茶园、桑园、养殖水面等不适宜采取家庭承包方式的土地。

3. “四荒”土地承包经营权的内容

（1）承包费。家庭承包具有一定的福利性，本集体经济组织的成员取得土地承包经营权通常无须支付承包费或支付很低的承包费。而其他方式的承包，承包方应按照市场规则支付相应的承包费。

（2）承包期限。我国法律对“四荒”土地的承包期未明确规定。不过，国务院办公厅发布的相关行政法规规定“四荒”土地承包的期限最长不超过 50 年。因而，在其他方式的承包中，承包期限可以由当事人自由约定，但最长不得超过 50 年。

4. “四荒”土地承包经营权的流转

通过招标、拍卖、公开协商等方式承包荒地等农村土地，依照《农村土地承包法》等法律和国务院的有关规定，其土地承包经营权可以转让、入股、抵押或者以其他方式流转。“四荒”土地承包经营权的流转较为灵活，不仅可以转让，而且可以抵押、入股。

三、建设用地使用权

（一）建设用地使用权的概念和特征

建设用地使用权，是指自然人、法人或其他组织依法享有的在国有土地及其上下建造建筑物、构筑物及其附属设施的用益物权。建设用地使用权具有如下特征：

1. 建设用地使用权的客体为国家所有的土地，不包括集体所有的农村土地。我国《物权法》第 151 条规定：“集体所有的土地作为建设用地的，应当依照土地管理法等法律规定办理。”可见，使用集体所有的土地进行建设的，则不属于《物

权法》第12章所规定的建设用地使用权。同时，依据《物权法》第136条的规定，建设用地使用权可以在土地的地表、地上或者地下分别设立。这实际上承认了空间权。

2. 建设用地使用权的目的是建造并保有建筑物、构筑物及其附属设施。建筑物，是指定着于土地上或地面之下，具有顶盖、梁柱、墙壁，供人居住或使用的建造物，主要是指房屋；构筑物是指人们一般不直接在里面进行生产和生活活动的建造物，如桥梁、沟渠；附属设施是指与建筑物、构筑物不可分割的各种配套设施，包括电梯、水暖、除尘、通风、通信线路、输电线路、水电管道等。建设用地使用权人对土地的支配，并非对土地使用价值的全面概括支配，而是在建设用地特定用途内的支配。根据《物权法》第135条的规定，这种特定用途内的支配主要是“利用该土地建造建筑物、构筑物及其附属设施”。

3. 建设用地使用权的内容具有限制性。建设用地使用权作为一种用益物权，其对标的土地的支配不仅在范围上限于对土地使用价值的支配，而且这种支配也是有期限的。根据《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》的规定，建设用地使用权出让最高年限按下列用途确定：（1）居住用地70年；（2）工业用地50年；（3）教育、科技、文化、卫生、体育用地50年；（4）商业、旅游、娱乐用地40年；（5）综合或其他用地50年。

（二）建设用地使用权的取得

出让与划拨是设立建设用地使用权的两种基本方式，出让是有偿获得建设用地使用权，划拨是无偿取得建设用地使用权。我国依法实行国有土地有偿使用制度。但是，国家在法律规定的范围内划拨国有土地使用权的除外。

1. 以出让方式设立建设用地使用权

（1）建设用地使用权出让的含义和特征

以出让方式设立建设用地使用权是指国家以土地所有人的身份将建设用地使用权在一定期限内出让给土地使用人，由土地使用人向国家支付土地出让金的行为。与划拨相比，出让有以下几点特征：第一，交易性。与划拨带有行政性不同，出让是国家作为土地所有权人与土地使用权人之间的交易行为，须以书面合同形式完成。第二，有偿性。交易性决定了出让的有偿性，土地使用权人取得建设用地使用权均须缴纳土地出让金。第三，期限性。以出让取得的建设用地使用权均有期限限制。

（2）建设用地使用权出让的方式

依现行法律规定，建设用地使用权出让的方式主要有四种：

第一，协议出让，即国家以协议方式将建设用地使用权在一定年限内出让给土地使用者，由土地使用者向国家支付土地出让金的行为。我国现行法严格限制了以协议方式出让的土地的范围，禁止对商业、旅游、娱乐和商品住宅等经营性用地通过协议方式出让。对其他用地，如果同一地块有两个或者两个以上意向用地者的，也不得采用协议方式出让。此外，以协议方式出让时，出让金不得低于国家规定的最低价。

第二，拍卖出让，是指出让人发布拍卖公告，由拍卖人在指定时间、地点以公开竞价的形式将建设用地使用权出让给最高应价者的行为。如果对于土地使用者、土地的用途等无特殊要求，单纯以最大限度获取土地出让金为目的，那么采取拍卖的方式是一种理想的选择。

第三，招标出让，是指出让人发布招标公告，邀请特定或者不特定的自然人、法人和其他组织参加建设用地使用权投标，根据投标结果确定建设用地使用权人的行为。如果在获取较高的土地出让金外，还具有其他综合性的目标或某些特殊要求，那么采取招标的方式比较合适。

第四，挂牌出让，是指出让人发布挂牌公告，按公告规定的期限将拟出让土地的交易条件在指定的土地交易场所挂牌公布，接受竞买人的报价申请并更新挂牌价格，根据挂牌期限截止时的出价结果确定建设用地使用权人的行为。

上述四种方式中，协议出让属于非公开竞价的方式，其他三种属于公开竞价的方式。考虑到公开竞价更能保证建设用地使用权出让的公开、公平、公正，《物权法》第137条第2款规定，工业、商业、旅游、娱乐和商品住宅等经营性用地以及同一土地有两个以上意向用地者的，应当采取招标、拍卖等公开竞价的方式出让。

（3）建设用地使用权出让合同

采取出让方式设立建设用地使用权的，当事人应当采取书面形式订立建设用地使用权出让合同。建设用地使用权出让合同一般包括下列条款：当事人的名称和住所，土地位置、面积等，建筑物、构筑物及其附属设施占用的空间，土地用途，使用期限，出让金等费用及其支付方式，解决争议的办法。

2. 以划拨方式设立建设用地使用权

（1）建设用地使用权划拨的含义和特征

建设用地使用权的划拨，是指县级以上人民政府依照相关法律规定的权限和审批程序，将国有土地无偿地交付给符合法律规定条件的土地使用者使用，土地使用者因此取得建设用地使用权的行为。

建设用地使用权的划拨具有以下特征：

第一，公益性。以划拨方式设立建设用地使用权必须以公共利益为目的，经县级以上人民政府依法批准而取得。例如，国家机关用地和军事用地，城市基础设施用地和公益事业用地，国家重点扶持的能源、交通、水利等基础设施用地，可以通过划拨取得。

第二，无偿性。划拨区别于出让最主要的一点就是划拨是以无偿使用的方式取得国有土地使用权，而出让则是以有偿使用的方式取得国有土地使用权。国家将土地划拨给土地使用人，土地使用人无须向国家支付土地出让金。“无偿性”是建设用地使用权人对国家而言的，并不意味着建设用地使用权人不支付任何费用。在有些情况下权利人仍需支付补偿费、安置费，但此种费用的性质在法律上并非合同对价，也远远低于土地出让金，不能以此否定划拨的无偿性。

第三，无期限性。以划拨方式取得的建设用地使用权，除法律、行政法规另有规定外，没有使用期限的限制，这是由以划拨方式设立建设用地使用权的公益性所决定的。而通过出让方式取得的建设用地使用权，则根据土地的用途都设有最高年限限制，如居住用地为 70 年，工业和教科文卫体用地为 50 年，商业、旅游、娱乐用地为 40 年，综合或者其他用地为 50 年。

第四，限制流通性。以划拨方式设立的建设用地使用权，原则上不得进入市场进行交易。以划拨方式设立建设用地使用权的，转让房地产时，应当按照国务院规定，报有批准权的人民政府审批。有批准权的人民政府准予转让的，应当由受让方办理建设用地使用权出让手续，并依照国家有关规定缴纳土地出让金。以划拨方式设立建设用地使用权的，转让房地产报批时，有批准权的人民政府按照国务院规定决定可以不办理建设用地使用权出让手续的，转让方应当按照国务院规定将转让房地产所获收益中的土地收益上缴国家或者作其他处理。

（2）建设用地使用权划拨的适用范围

我国严格限制以划拨方式设立建设用地使用权。采取划拨方式的，应当遵守法律、行政法规关于土地用途的规定。下列建设用地使用权，确属必需的，可以由县级以上人民政府依法批准划拨：国家机关用地和军事用地，城市基础设施用地和公益事业用地，国家重点扶持的能源、交通、水利等项目用地，法律、行政法规规定的其他用地。

3. 建设用地使用权的登记

《物权法》第 139 条规定：“设立建设用地使用权的，应当向登记机构申请建设用地使用权登记。建设用地使用权自登记时设立。登记机构应当向建设用地使

用权人发放建设用地使用权证书。”由此可见，我国对建设用地使用权的设定采取了严格的登记要件主义，即建设用地使用权出让合同的生效，并不直接发生建设用地使用权这一用益物权设定的效力，而仅发生债的效力，即出让方有权请求受让人交付土地出让金；受让人则有权请求出让方交付土地并办理建设用地使用权登记。只有完成建设用地使用权登记，才发生建设用地使用权设定的效果。

（三）建设用地使用权的分层设立

传统物权法上，人们在土地上的权利范围是“上至苍穹，下及地心”，而随着社会的发展和科技的进步，人们对地上空间和地下空间开发利用的能力在不断增强，相关的需求也在不断增加，例如，在他人土地之下埋设管线、修建地铁，在他人土地之上修建空中走廊，等等。所以近代物权法开始对土地区分地表、地上和地下而进行分层利用。尤其是我国步入城市化进程之后，大量人口进入城市，城市土地资源非常紧张，生产和生活空间都极其稀缺，因而对地上和地下空间的分层利用越显重要。在此背景下，我国《物权法》第136条规定：“建设用地使用权可以在土地的地表、地上或者地下分别设立。”这种通过分层设立而形成的建设用地使用权，也被学者称为空间权。

建设用地使用权的分层设立将建设用地使用权细分为地表、地上和地下三个层面，丰富了土地利用的方式，创造了更多的可利用空间。无论是采取划拨方式取得的建设用地使用权，还是采取招标、拍卖、协议等出让方式设立的建设用地使用权，都可以进行建设用地使用权的分层设立。《物权法》第138条规定，建设用地使用权出让合同的条款中一般还应包括“建筑物、构筑物及其附属设施占用的空间”，因此，可以通过在出让合同中具体约定建筑物、构筑物及其附属设施占用的空间来进行建设用地使用权的分层设立和利用。

权利人取得分层设立的建设用地使用权之后，应当在约定的空间范围内使用建设用地，不得逾越空间界限。例如，约定使用固定范围的地下空间修建地下建筑的，就不能在地表之上修建建筑物。

此外，由于建设用地使用权的分层设立，是对空间的分层切割利用，容易影响甚至损害其他物权人的权利，因此必须确立在先权利优先的规则，来形成空间利用的良好秩序。这也就是《物权法》第136条强调的“新设立的建设用地使用权，不得损害已设立的用益物权”。例如，某一国有土地之上，已经设立了建设用地使用权，允许权利人在地表及地上一百米之内建造住宅楼，那么就不能再在这一范围内设立别的建设用地使用权，即便是在同一地表一百米以上的空间新设一项建设用地使用权以建造高空观光走廊，如果将会影响该住宅楼的采光、通风等，

则依法不得设立此项新的建设用地使用权。在具体确立用益物权的先后顺序时，应以各个用益物权的设立时间为依据，如果是登记要件主义，应当以登记时间为准；如果是登记对抗主义，应当以合同生效的时间为准。当然，如果以合同生效时间来确定物权的设立时间，还应当考虑第三人的善意和恶意分别确定其效力。

（四）建设用地使用权的内容

1. 建设用地使用权人的权利

建设用地使用权人对作为权利客体的土地，享有占有、使用、收益的权利，有权利用该土地建造并经营建筑物、构筑物及其附属设施。以出让方式设立的建设用地使用权，权利人还可依法转让、互换、出资、赠与或抵押。

2. 建设用地使用权人的义务

第一，支付出让金等费用。建设用地使用权人应当依照法律规定以及合同约定支付出让金等费用。这是建设用地使用权人的主要义务，违反这一义务，则出让方有权解除合同，主张违约责任。

第二，合理使用土地。建设用地使用权人应当按照土地的自然属性和法律属性合理地使用土地，维护土地的价值和使用价值。该项义务当事人不得以约定排除或改变，即使出让合同对此未作出明确约定，建设用地使用权人同样负有此种义务。

第三，按土地用途使用土地。土地用途关系到城市的规划，关系到建设用地使用权的期限和出让金的多少，建设用地使用权人应严格按照约定或规定的用途使用土地。需要改变土地使用权用途的，应当依法经有关行政主管部门批准，且应变更建设用地使用权出让合同，并相应调整出让金的数额。

第四，恢复土地原状。在建设用地使用权期限届满，建设用地使用权人取回地上建筑物或者其他附着物时，其负有恢复土地原状的义务。

（五）建设用地使用权的流转

建设用地使用权人有权将建设用地使用权转让、互换、出资、赠与或者抵押，但法律另有规定的除外。转让、互换、出资、赠与或抵押的流转方式，均涉及建设用地使用权主体的变更。确认建设用地使用权人有权对其权利进行依法处分，既肯定和保护了权利人的合法权益，也有助于促进土地权利的市场流动和提高利用的效率。

在建设用地使用权流转中要贯彻房地一并处分原则（也称为“地随房走”“房随地走”的原则）。房屋必须建造于土地之上，因此，建设用地使用权和建筑物所有权之间存在着紧密的联系，如果两者的权利主体不同，则无法行使权利，容易

产生纠纷。因此，按照建设用地使用权和建筑物所有权的主体保持一致的原则，我国法律要求建设用地使用权与建筑物所有权一并处分，即房地一并处分原则。例如《城市房地产管理法》第32条明确规定："房地产转让、抵押时，房屋的所有权和该房屋占有范围内的土地使用权同时转让、抵押。"《物权法》第146、147条也规定，建设用地使用权转让、互换、出资或者赠与的，附着于该土地上的建筑物、构筑物及其附属设施一并处分；建筑物、构筑物及其附属设施转让、互换、出资或者赠与的，该建筑物、构筑物及其附属设施占用范围内的建设用地使用权一并处分。因此，房产和地产在交易中，必须共同作为交易标的，不能分别对待。建设用地使用权及其地上建筑物所有权均不能单独转移、抵押和出租，必须同时转移、抵押和出租。

1. 建设用地使用权的转让

建设用地使用权的转让，是指建设用地使用人不改变权利的客体和内容，将其权利以合同方式再行转移的行为，包括互换、出资、赠与等形式。我国实行"房随地走"的原则，因此，建设用地使用权转让时，附着于该土地上的建筑物、构筑物及其附属设施一并处分。

（1）建设用地使用权转让合同。建设用地使用权转让合同必须以书面形式订立，一般包括下列条款：当事人的名称和住所，土地界址、面积等，建筑物、构筑物及其附属设施占用的空间，土地用途，使用期限，转让价款的数额及其支付方式，解决争议的方法。

（2）以出让方式设立的建设用地使用权转让的条件。以出让方式设立的建设用地使用权的转让依法应具备以下条件：第一，按照出让合同约定已经支付全部土地使用权出让金，并取得土地使用权证书；第二，按照出让合同约定进行投资开发，属于房屋建设工程的，完成开发投资总额的25%以上，属于成片开发土地的，形成工业用地或者其他建设用地条件。

（3）以划拨方式设立的建设用地使用权转让的条件。以划拨方式设立的建设用地使用权的转让须经有批准权的人民政府审批，并办理建设用地使用权出让手续。

（4）建设用地使用权转让的变更登记。变更登记是建设用地使用权发生变动的要件，亦即，未经变更登记，建设用地使用权转让不生效力，受让人并未取得建设用地使用权。但是，是否办理变更登记手续对建设用地使用权转让合同的效力没有影响。土地使用权人作为转让方与受让方订立土地使用权转让合同后，当事人一方以双方之间未办理土地使用权变更登记手续为由，请求确认合同无效的，

人民法院不予支持。

2. 建设用地使用权的抵押

建设用地使用权的抵押，是指抵押人以其建设用地使用权向抵押权人提供债务履行担保的行为，债务人不履行到期债务或出现当事人约定的实现抵押权的条件时，抵押权人有权依法从抵押的建设用地使用权的变价款中优先受偿。此种抵押在性质上属于权利抵押，而不是权利质押。

设立建设用地使用权抵押权应当订立书面合同，并应办理抵押登记，抵押权自登记时设立。根据“房随地走”和“地随房走”的规则，建设用地使用权抵押时，其地上建筑物、其他附着物也随之抵押。以建筑物抵押的，该建筑物占用范围内的建设用地使用权一并抵押。抵押人未依照前款规定一并抵押的，未抵押的财产视为一并抵押。

3. 建设用地使用权的出租

建设用地使用权的出租，是指建设用地使用权人作为出租人，将建设用地使用权随同地上建筑物、其他附着物租赁给承租人使用，由承租人向出租人交付租金的行为。

建设用地使用权出租的客体应当是已经完成了合同约定的开发任务的土地，未按土地使用权出让合同规定的期限和条件投资开发、利用的土地，土地使用权不得出租。这是为了防止建设用地使用权人取得土地使用权之后，不对土地作任何实际投资、不做任何开发建设，即进行出租，从而变相将建设用地使用权转手，哄抬地价，或者在层层转租中造成土地的闲置和浪费。

建设用地使用权出租时，出租人与承租人应当签订书面租赁合同。租赁期限应由当事人协商确定，但不得超过建设用地使用权的剩余期限。

（六）建设用地使用权的消灭

1. 建设用地使用权消灭的事由

依现行规则，建设用地使用权消灭的事由主要包括以下几种：

第一，存续期间届满。依据《物权法》第 149 条的规定，住宅建设用地使用权期间届满的，自动续期；非住宅建设用地使用权期间届满后的续期，依照相关法律规定办理。但非住宅建设用地使用权的续期应采取“申请续期”而不是“自动续期”制度，如果权利人未按时提出续期申请并办理相关手续，则其建设用地使用权即于期满之日消灭。

第二，国家因公共利益征收土地。建设用地使用权期间届满前，因公共利益需要提前收回该土地的，国家应当依照《物权法》的规定对该土地上的房屋及其

他不动产给予补偿，并退还相应的出让金。

第三，土地灭失。在土地全部灭失的情况下，建设用地使用权的标的已经不复存在，权利也应当消灭；在部分灭失的情况下，建设用地使用权就剩余的部分继续存在。

第四，建设用地使用权被收回。在两种情况下建设用地使用权会被土地所有权人收回：一是建设用地使用权人违反按照约定用途使用土地的义务，经所有权人请求停止仍不停止，或已经造成土地永久性损害的，土地所有权人可以收回建设用地使用权。二是建设用地使用权人未按合同约定开发土地达一定程度（满两年未动工开发的），国家可以无偿收回建设用地使用权。

第五，其他消灭事由。建设用地使用权还可以因权利人的抛弃、国家受让建设用地使用权从而发生混同而消灭。但此时，如果该权利为他人权利的标的，则建设用地使用权不能消灭。例如，该建设用地使用权上设定了抵押。

2. 建设用地使用权消灭的法律后果

建设用地使用权消灭的，出让人应当及时办理注销登记。登记机构应当收回建设用地使用权证书。

四、宅基地使用权

（一）宅基地使用权概述

1. 宅基地使用权的概念和特征

宅基地使用权，是指以建造住宅及附属设施为目的，对集体所有的土地进行占有和使用的权利。《物权法》第 152 条规定："宅基地使用权人依法对集体所有的土地享有占有和使用的权利，有权依法利用该土地建造住宅及其附属设施。"宅基地使用权是我国特有的用益物权形式，它具有如下特征：

第一，宅基地使用权的主体仅限于农村居民。宅基地使用权人是符合申请宅基地条件的农村集体经济组织成员，集体经济组织以外的人员一般不能申请宅基地。

第二，宅基地使用权的客体限于集体所有的土地。在国有土地上建造住宅，只能设立建设用地使用权。在集体所有的土地之上则可以为农村居民设立宅基地使用权以建造住宅。农村居民建造住宅，应当符合乡（镇）土地利用总体规划，并尽量使用原有的宅基地和村内空闲地。

第三，宅基地使用权的用途。宅基地使用权的用途仅限于依法建造个人住宅及其附属设施，包括农村村民所建住房以及与居住生活有关的其他建筑物和设施，

如住房、水井、地窖、车库、沼气池等。

第四，宅基地使用权的初始取得具有无偿性。宅基地使用权是一种带有集体福利性质的权利，由农村集体组织的成员无偿取得、无偿使用。

第五，宅基地使用权没有期限限制。我国现行法律没有对宅基地使用权的期限进行限制性规定。

第六，宅基地的流转受到严格限制。因为宅基地使用权尽管是一种财产权利，但是具有一定的身份性质，与农村集体的成员权紧密联系在一起，而且具有社会福利性质，所以不允许自由转让。依据我国《土地管理法》第62条的规定，农村村民一户只能拥有一处宅基地，农村村民出卖、出租住房后，再申请宅基地的，不予批准。

2. 宅基地使用权与相关权利的区别

（1）宅基地使用权与土地承包经营权。两者虽同属在集体所有的土地之上所设定的用益物权，但仍有不同之处：一是内容不同。宅基地使用权是在集体土地上建造住宅及其附属设施的权利，而土地承包经营权是在集体土地上从事农业生产经营活动的权利。二是存续期限不同。宅基地使用权没有期限限制，而土地承包经营权有期限限制，承包期届满未继续承包的，土地承包经营权归于消灭。

（2）宅基地使用权与建设用地使用权。宅基地使用权与建设用地使用权都是利用他人土地从事建造活动，但两者仍属性质不同的用益物权：一是对权利主体的身份限制不同。宅基地使用权的主体只能是自然人，且限于集体经济组织的成员。建设用地使用权的主体则基本上没有限制，自然人、法人和其他组织均无不可。二是权利内容不同。宅基地使用权不能转让、抵押或投资入股，而建设用地使用权则可以转让、抵押及出资。三是取得方式不同。宅基地使用权的取得采取审批方式，而建设用地使用权的取得则是通过出让或划拨方式。四是设立要件不同。宅基地使用权无须登记即可设立，而建设用地使用权以登记作为生效要件。五是是否有偿不同。宅基地使用权由本集体经济组织成员无偿取得，而以出让方式设立建设用地使用权时，必须缴纳土地出让金。六是存续期限不同。宅基地使用权没有期限限制，而建设用地使用权则有明确的期限，且不得超过法定的最高期限。

（二）宅基地使用权的取得

1. 宅基地使用权的设立

宅基地使用权的设立不是通过交易行为，因为村民取得宅基地无须支付对价，而是基于农民作为农村集体经济组织成员的成员权，即农民作为集体的一员，有

使用集体所有的一定土地建造住宅及附属设施的权利。依我国现行法律的规定，宅基地使用权依行政审批而设立。

（1）设立宅基地使用权的条件

一般来说，农村村民有下列情形之一的，可以申请设立宅基地使用权：因子女结婚等原因确需分户，缺少宅基地的；外来人口落户，成为本集体成员，没有宅基地的；因发生或者防御自然灾害、实施村庄和集镇规划及进行乡村公共设施和公益事业建设，需要搬迁的。

农村村民有下列情形之一的，通常不予批准使用宅基地：非本集体的农村村民；已拥有一处达到规定标准面积的宅基地；农村村民转让住房后，再申请宅基地的。

（2）设立宅基地使用权的程序

依现行规则，宅基地使用权的设立按照下列程序进行：第一，农户申请。准备建房的农户向本集体经济组织提出用地申请。第二，农村集体经济组织讨论。农村集体经济组织对农户的申请进行讨论，同意后，则将其申请递交给乡（镇）人民政府。第三，乡（镇）人民政府审核。乡（镇）人民政府应对农户的申请进行审核，提出审核意见，报送县级人民政府批准。第四，县级人民政府批准。县级人民政府依法对农户的申请进行审批，经审查符合条件的，予以批准。第五，县级人民政府批准后，由农村集体经济组织向宅基地申请者无偿提供宅基地使用权。

（3）设立宅基地使用权的限制

依现行规则，农村村民一户只能拥有一处宅基地，其面积不得超过省、自治区、直辖市规定的标准。由于土地资源的稀缺性，规定一户只能拥有一处宅基地，确保每户农民都能得到一处安身之所，无论贫富，结果均等，在很大程度上顺应了民心，符合人们朴素的公平观念，也实现了农村基本的社会保障。①

“一户只能拥有一处宅基地”的限制性规定，是基于宅基地的福利性及其所承载的社会保障功能而对宅基地使用权初始取得的限制，但不是对宅基地使用权继受取得的限制。由于继承关系的存在以及宅基地使用权在本集体经济组织之内流转的可能，客观上有可能存在一户多宅。法律上不应当禁止村民通过继承等方式取得两处以上的宅基地使用权。因此，准确的表述是“一户只能申请一处宅基地”。当然，村民拥有两处以上的宅基地可能会造成土地的浪费，如果宅基地长期

① 参见孟勤国：《物权法开禁农村宅基地交易之辩》，《法学评论》2005年第4期。

闲置的，集体应当有权重新规划、调整，以保证土地资源的有效利用，集体如果因规划调整需要收回宅基地的，应当给予恰当的补偿。

2. 宅基地使用权的流转

我国不允许宅基地使用权的单独流转，但是农村村民私有房屋的流转并不为法律所禁止，因此，宅基地使用权也可以通过房屋转让而一并取得。但是，宅基地使用权随房屋转让后，原权利人不得再次申请宅基地。此外，我国法律承认私人房屋为继承的标的，宅基地使用权也可因房屋的继承而取得。

3. 宅基地使用权的登记

宅基地使用权属于不动产权利，《物权法》规定不动产权利以登记为其公示方法，因此从理论来讲宅基地使用权也应当进行登记。但是，我国目前农村地区对宅基地使用权的登记制度尚不够完善，而且宅基地使用权主体在现行法下仅限于本集体经济组织成员，加之法律严格限制宅基地使用权的流转，本村村民占有宅基地之上的房屋即足以公示其对相应范围内的宅基地享有使用权，因此可以以占有为其公示方法。

从理论来讲，对宅基地使用权的设立、变更和消灭进行登记，既有利于加强土地管理，又有利于公示物权的状态，从而避免宅基地使用权变动时的风险，减少纠纷。《物权法》第155条规定："已经登记的宅基地使用权转让或者消灭的，应当及时办理变更登记或者注销登记。"该条考虑到我国广大农村的实际情况以及登记制度的现状，虽然没有明确要求所有宅基地使用权一旦发生变更都要登记，但是对于已经登记的宅基地使用权转让或者消灭的，则明确规定了应当及时办理变更登记或者注销登记。①

（三）宅基地使用权的内容

1. 宅基地使用权人的权利

第一，权利人有权在宅基地上建造房屋和其他附属物。经法定审批程序取得宅基地后，权利人有权在宅基地上建造住宅和其他附属物，这是宅基地使用权设立的主要目的。在宅基地以外的空地上，权利人还有权种植树林。

第二，权利人有权处分宅基地使用权。我国虽然禁止宅基地使用权的流转，但农村居民对宅基地上的房屋享有所有权并得自由处分，宅基地使用权人在经过本集体经济组织同意后，可以将建造的住房转让给本集体内符合宅基地使用权分配条件的农户，住房转让的同时，宅基地使用权随之一并转让。同时，由于房屋

① 参见胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，法律出版社2007年版，第341页。

可以继承，所以宅基地使用权实质上也可以继承。

对转让房屋所有权而导致的宅基地使用权的转移有以下三点限制：（1）农村村民一户只能拥有一处宅基地，农村村民出卖宅基地后再申请的不予批准，以此防止新的耕地流失；（2）受让人只能是本集体经济组织成员，若要转让给本集体经济组织外的人员，该人员必须先在本集体经济组织中落户并符合申请宅基地的条件；（3）受让方的宅基地的面积不得超过省、自治区、直辖市规定的标准，否则不得受让。

2. 宅基地使用权人的义务

宅基地使用权人的义务主要是按照规定的用途使用宅基地。宅基地是用以建造村民住宅的，宅基地使用权人不得擅自将宅基地挪作他用，如利用宅基地建设厂房、旅馆、酒店等。但考虑我国农村的实际情况，农村村民如果只是利用自家住房附带地从事小规模、家庭式的生产经营活动，则不属于改变宅基地的用途。

（四）宅基地使用权的流转

权利人有权处分宅基地使用权，即宅基地使用权能依法进行流转。但我国现行法对宅基地使用权的处分进行了一定的限制，主要包括如下几个方面：

第一，我国法律不允许宅基地使用权单独处分。农民集体所有的土地的使用权不得出让、转让或者出租用于非农业建设。《担保法》第37条对于宅基地使用权的抵押也明确加以禁止，这实际上也是禁止了宅基地使用权的单独处分。但是，我国法律允许宅基地使用权连同房屋一并处分。

第二，宅基地经处分后，原宅基地使用权人就不能再申请宅基地使用权。农村村民出卖、出租住房后，再申请宅基地的，不予批准。

第三，宅基地使用权的受让主体受到限制。宅基地使用权一般不允许向城市居民出让，而只能转让给本集体内的村民。

第四，一户只能拥有一处宅基地。农村村民一户只能拥有一处宅基地，而且其宅基地的面积不得超过省、自治区、直辖市规定的标准。

（五）宅基地使用权的消灭

宅基地使用权因以下事由而消灭：

第一，因自然原因而灭失。例如，由于洪水等自然灾害导致宅基地灭失，宅基地使用权也应随之消灭。出现这种情况时，应当对原宅基地使用权人重新分配宅基地。但是，如果只是宅基地上的房屋灭失，则不会影响宅基地使用权的继续存在，宅基地使用权人可以在宅基地上重新修建房屋。

第二，因宅基地的收回和调整而消灭。宅基地使用权作为一种物权，受到法

律保护。任何组织和机构不得擅自收回公民取得的宅基地使用权。但土地所有权人根据城镇或者乡村的发展规划，必要时可以收回宅基地使用权或者对宅基地使用权进行调整，调整后权利人原来的宅基地使用权消灭。土地所有权人依法收回或调整宅基地使用权的，应当及时另行批准相应的宅基地使用权，以保证农户的生活需要。

第三，因被征收而灭失。国家为了社会公共利益的需要，可以征收集体所有的土地，包括征收农村居民的宅基地。宅基地被征收的，宅基地使用权消灭。国家征收宅基地时，应当对宅基地上的房屋及其他建筑物给予相应的补偿。

第四，因其他原因而灭失。例如，因宅基地使用权人长期闲置、权利人抛弃权利等原因而消灭。此外，因宅基地使用权人去世、权利无人继承也会导致宅基地使用权的消灭。我国《继承法》第32条规定："无人继承又无人受遗赠的遗产，归国家所有；死者生前是集体所有制组织成员的，归所在集体所有制组织所有。"在此种情况下，宅基地使用权也将作为死者的遗产而由其生前所在的集体组织收回，从而消灭。

五、地役权

（一）地役权的概念和特征

地役权是指不动产权利人为某特定不动产使用的便利，经他人的同意而使用他人不动产的物权。地役权产生于两个不动产之间，其中接受使用便利的不动产称为需役地，提供便利的不动产则称为供役地。相应的，享有地役权的人称为地役权人，供役地权利人则称为供役地人。地役权是我国《物权法》首次确认的用益物权类型。与其他用益物权相比，地役权具有如下特征：

1. 从属性

地役权设立的目的就是为便于需役地所有人或者使用人利用需役地，因此，地役权依附于需役地所有权或者使用权而存在，与需役地不可分离，具有从属性。地役权的从属性具体表现在：（1）地役权的设定，以需役地的存在为前提。（2）地役权不得与需役地相分离而单独转让。（3）需役地所有人设立用益物权时，原地役权当然转归用益物权人享有。（4）地役权随需役地所有权或使用权的消灭而消灭。此外，我国物权法还规定，地役权不得单独设立抵押，供役地之上的土地承包经营权、建设用地使用权等抵押的，实现抵押时地役权一并转让。

2. 不可分性

地役权的不可分性，是指地役权存在于需役地和供役地的全部，不能被分割

为各个部分或仅仅以一部分单独存在。地役权的不可分性具体表现在：（1）地役权设定时的不可分性。在地役权设定时，需役地为数人共有的，各共有人不得仅就自己的应有部分取得地役权，而是整体取得地役权。供役地为共有的，各共有人也不能仅就自己的应有部分为他人设定地役权，一旦设定，效力及于供役地整体。（2）地役权享有或负担上的不可分性。需役地分割或部分转让时，地役权就各个部分而存在；供役地分割或部分转让时，地役权就各个部分而存在。（3）地役权消灭时的不可分性。当需役地的所有权或者使用权为两人以上共有时，任何共有人不能仅为自己的份额而消灭地役权。对于供役地而言，如果其所有权或使用权为两人以上共有时，各共有人不得仅为自己的份额而消灭地役权。

（二）地役权与相邻关系的异同

地役权是为自己土地的便利而利用他人土地的权利；相邻关系是指相邻不动产的所有人或使用人之间在对不动产进行使用时，彼此间给予便利或者接受限制而产生的权利义务关系。两者之间的相同之处主要表现在三个方面：（1）产生原因相同。地役权是缘于调和不动产利用过程中的冲突而产生的，与相邻关系的产生原因类似。（2）在权利内容方面，两者也有重合之处，如都涉及通行、排水、通风、采光、越界建筑等问题。（3）在法律救济途径上，由于两者同属于物权的范畴，因此，两者的权利人都可以请求适用物权的保护措施或者债权的保护措施。

尽管地役权与相邻关系之间存在着上述诸多相同之处，但两者之间也存在着许多差异：

（1）权利的产生原因及登记的效力不同。相邻关系依法自动产生，而地役权依合同产生。相邻关系不是一种独立的物权类型，是不动产所有权的当然内容，是不动产所有权内容的当然扩张或限制，基于法律的直接规定而产生。[①] 地役权则是为了增加需役地的利用价值而支配供役地的权利，地役权是一种独立的权利，是用益物权的一种类型，其产生是基于双方当事人之间的合意。与此相对应地，相邻关系无须登记即可成立，并可以对抗第三人；地役权虽然自地役权合同生效时设立，但其以登记为对抗要件，未经登记，不得对抗善意第三人。

（2）调整范围和方法不同。相邻关系发生在相邻的土地所有人或使用人之间，而地役权的主体可以是相邻的，也可以是不相邻的，只是基于需役地的需要去寻找能够实现其价值的供役地即可。相邻关系在调整权利义务关系时注重习惯的运用，而地役权在调整权利义务关系中侧重的则是当事人的自治性，可以限制或排

① 参见史尚宽：《物权法论》，中国政法大学出版社2000年版，第88页。

除当地习惯而另外约定相互间的权利义务。

（3）调节限度不同。相邻关系作为不动产所有权或使用权的法定扩张，是法律基于自身的强制性对邻近不动产使用给予的最低限度调节，避免当事人因细枝末节进行协商，从而大大节约社会成本。而地役权作为当事人意定而产生的他物权，法律规定的目的是赋予当事人在不动产所有和利用关系中的自治权，允许他们自由约定其权利义务，更加充分地实现不动产的利用价值。较之于相邻关系，地役权制度赋予了当事人在相邻权之外的自治空间，其调节利用的限度更大。

（4）是否有偿不同。相邻关系是对不动产利用的最低限度的调节，被视为所有权内容的当然扩张，所以通常是无偿的。地役权是为了自己土地的便利而利用他人土地的物权。其设立既可以是有偿的，也可以是无偿的，取决于双方当事人的合意。

（5）存续期间不同。相邻关系具有永久性和一时性相结合的特性，永久性表现在有不动产相邻的事实就有相邻关系的存在，而一时性表现在具体相邻关系的行使，可因一次行使就能实现，如相邻危墙的拆除。地役权的存续期间可由当事人约定，并可设定长期的地役权。

（三）地役权的取得

1. 地役权的设立

（1）订立地役权合同。地役权通常由需役地权利人与供役地权利人之间以合同方式设定。我国《物权法》第157条规定："设立地役权，当事人应当采取书面形式订立地役权合同。"根据该条的规定，地役权设定合同一般包括下列条款：当事人的姓名或者名称和住所，供役地和需役地的位置，利用目的和方法，利用期限、费用及其支付方式，解决争议的方法。

（2）地役权的设立登记。依据《物权法》第158条的规定，地役权自地役权合同生效时设立。当事人要求登记的，可以向登记机构申请地役权登记；未经登记，不得对抗善意第三人。因此，地役权的登记效力为登记对抗主义，只有登记了，地役权才能对抗善意第三人，未经登记，不得对抗善意第三人。此处对"善意第三人"的认定，要适用登记对抗主义物权变动模式下的一般原理。

2. 地役权的转让

地役权是一种从属性的权利，因此，地役权不能够被单独地转让。单独转让，是指地役权脱离了供役地和需役地的关系而成为单独的转让标的。如果当事人约定用益物权等权利移转而地役权不随之移转的，此约定有效。但是，如果当事人约定单独将地役权移转的，此约定无效。

虽然在一般情况下，地役权随着供役地和需役地的变动而变动，但是，地役权却不随着供役地或需役地的分割而分割。需役地以及需役地上的土地承包经营权、建设用地使用权部分转让时，转让部分涉及地役权的，受让人同时享有地役权。地役权的设立目的，是为了方便需役地的利用，提高需役地的价值，故地役权是为需役地全部而存在。设立地役权后，需役地被分割的，如果分割后的两块或多块土地都有需要的，那么这些分属不同所有权人的土地共同享有地役权；如果分割后只有部分土地有需要，则只有部分土地享有地役权，没有需要的土地，不享有地役权。在供役地被分割的情况下，如果分割后的土地都需要满足需役地的需要，这些分割后的供役地共同承担地役权的义务；如果只有分割后的部分土地需要满足需役地的需要，这些部分分割后的供役地承担地役权的义务，其他土地则不承担地役权的义务。

（四）地役权的内容

1. 地役权人的权利

第一，使用供役地的权利。地役权是权利人为其土地的便利而利用他人土地的权利，地役权人可以按照地役权设定合同约定的使用目的、范围和方法，行使其使用供役地的权利。供役地权利人应当按照合同约定，允许地役权人利用其土地，不得妨害地役权人行使权利。地役权人既可以与供役地权利人共同利用供役地，也可与其他地役权人同时或依次利用供役地。

第二，从事附属行为的权利。地役权人为实现其权利，可以在供役地上为必要的附属行为。例如，地役权人为实现其取水权，需要从供役地上通行，对于此种通行，供役地人也应当允许。

第三，设置附属设施的权利。地役权人为了实现其权利，可以在供役地上修建一些必要的附属设施。例如，为了取水可以在供役地上修建水泵等设施，为了通行可以在供役地上修建道路等。对于这些附属设施，可以由地役权人自行修建，也可以由地役权人与供役地人共同修建，双方协商确定出资比例和管理方式。

2. 地役权人的义务

第一，合理使用供役地的义务。地役权人必须按照地役权设定合同的内容使用供役地，不得随意扩大其使用范围。地役权是供役地为需役地所承受的负担，因此，地役权人应当采取对供役地损害最小的使用方法，地役权人使用供役地时，不能脱离需役地的需要而使用。

第二，支付费用的义务。地役权设立如果是有偿的，地役权人应当按照约定的数额、期限和支付方式，向供役地人支付费用。

第三，维持工作物或设置物的正常状态和对供役地权利人使用工作物的容忍义务。地役权人应维持工作物或设置物的正常状态，以防损害供役地的利用。“地役权人所以应负维持其设置的义务，在于避免供役地所有人因其设置的毁损，而受损害。”① 在供役地上设置的工作物，在不妨碍地役权人便利使用的前提下，地役权人应当允许供役地权利人的合理使用。当然，如果当事人之间另外有约定的，则依约定。

3. 供役地权利人的权利

第一，对附属设施的共同使用权。供役地人对于地役权人所设置的附属设施，如道路、取水设备、排水设施等，在不妨碍地役权人权利行使和实现的前提下，有共同使用的权利。

第二，费用支付请求权。地役权设立时双方当事人约定了支付数额、支付期限和支付方式的，供役地权利人有权按照约定要求地役权人支付。如果地役权人长期拖欠租金费用，供役地权利人有权依法解除地役权设定合同，终止地役权。

第三，利用场所及方法的变更请求权。地役权设立之后，供役地人对其土地的主体利用权依然存在。在供役地人使用其土地的过程中，如果产生了变更既存地役权行使或者实现方法的需要时，在不影响既存地役权实现的前提下，为了实现整个社会利益的最大化，可以请求需役地人予以变更。

4. 供役地权利人的义务

第一，允许地役权人利用土地。供役地权利人应当按照地役权设立的目的、范围和方式，允许地役权人使用其土地。对于双方需共同使用的，在设立地役权时约定了使用方式的，供役地权利人应按照约定允许地役权人使用。

第二，分担共用设施的维持费用。如果供役地权利人在不妨碍地役权行使的范围内而使用地役权人修建的附属设施的，供役地权利人应当在其受益的范围内负担该设施的保养和维护费用。如果在地役权设立时对共用设施的维护费用另有约定的，可以根据该约定执行。

（五）地役权的消灭

1. 地役权消灭的事由

地役权是一种不动产物权，不动产物权的一般消灭事由（如期限届满、抛弃、混同、约定的消灭事由发生）当然适用于地役权。此外，地役权消灭的特殊事由主要有：

---

① 王泽鉴：《民法物权 2：用益物权·占有》，中国政法大学出版社 2001 年版，第91 页。

第一，供役地或需役地的灭失。地役权的存在，以存在需役地与供役地两块分属不同主体的土地（包括建筑物）为前提，因此，只要两块土地中的一块灭失，地役权亦随之消灭。值得注意的是，供役地或需役地仅一部分灭失的，除已事实上不能行使外，不能认为地役权消灭。

第二，地役权的目的事实上已不能实现。由于客观情况的变化，导致设定地役权的目的已不能实现，地役权的继续存在对地役权人已经没有价值时，地役权应归于消灭。

第三，供役地人依法解除合同。依据《物权法》第168条的规定，“地役权人有下列情形之一的，供役地权利人有权解除地役权合同，地役权消灭：（一）违反法律规定或者合同约定，滥用地役权；（二）有偿利用供役地，约定的付款期间届满后在合理期限内经两次催告未支付费用”。在发生法定事由的情况下，供役地权利人可以行使合同解除权，该解除权属于形成权的一种，依供役地权利人的单方意思表示即可行使，不仅消灭地役权合同的效力，也导致地役权这种物权本身的消灭。

2. 地役权消灭的法律后果

第一，办理注销登记。已经登记的地役权变更、转让或者消灭的，应当及时办理变更登记或者注销登记。当然，由于我国《物权法》对地役权的设立采取登记对抗主义，未办理设立登记的地役权消灭时，就无须办理注销登记。

第二，取回工作物。地役权消灭后，地役权人应当将设置在供役地上的工作物取回，恢复供役地原状。

六、特别法上的用益物权

（一）特别法上的用益物权概述

特别法上的用益物权，是指自然人、法人或者其他组织依法享有的对特定空间内的自然资源进行开发和利用的权利，这些用益物权一般以特别法的形式进行规定，因此称为特别法上的用益物权。这些权利的性质和内容与用益物权较为相似但又有所不同，因此被有些学者称为准物权或准用益物权。[①] 同时由于这些权利的设定、流转、内容和效力等大多通过《海域使用管理法》《矿产资源法》《水法》《渔业法》等特别法加以规定，因此也被称为特别法上的用益物权。自然资源

① 参见崔建远：《准物权研究》，法律出版社2003年版；王利明：《物权法研究》（下卷）（修订版），中国人民大学出版社2007年版，第268页。

之上的用益物权包括海域使用权、探矿权、采矿权、取水权、养殖权、捕捞权等。

与建设用地使用权等一般用益物权相比，自然资源之上的用益物权有其特殊之处：

第一，权利标的不同。一般用益物权的权利标的为不可消耗的不动产或动产；自然资源之上的用益物权的权利标的则是特定空间范围内的自然资源，一般为消耗物。

第二，权利的取得方式不同。一般用益物权的设立无须行政许可，由当事人自主决定；自然资源之上的用益物权须由相应自然资源的主管部门发放行政许可方可设立。

第三，法律的限制程度不同。一般的用益物权具有明显的私权特征，法律对权利行使的限制较少，允许当事人依照合意来设定和行使；自然资源之上的用益物权往往涉及自然资源的开发和利用以及环境的保护问题，关乎社会公益，因此法律以特别法的形式设置了较多的限制性规定。

（二）海域使用权

海域使用权是指权利人经批准获得的对特定海域在一定期限内享有的排他性使用和收益的权利。根据我国《海域使用管理法》的规定，海域属于国家所有，具体包括我国内水、领海的水面、水体、海床和底土。

1. 海域使用权的取得

海域使用权的初始取得方式，包括使用人申请审批、招标取得和拍卖取得三种。在签订海域使用权出让合同之后，使用人应当交付海域使用金，然后持合同及海域使用金缴付凭证办理登记。自取得海域使用权证书之日起，使用人即取得海域使用权。

海域使用权的继受取得则包括转让及其他方式取得。海域使用权的转让是指海域使用权人将海域使用权转让给他人，从而使受让人取得海域使用权的行为。海域使用权继受取得的其他方式包括：因企业合并、分立或者与他人合资、合作经营而取得海域使用权；因依法继承而取得海域使用权；因行政机关的调解或人民法院的判决、裁定、调解等原因而取得海域使用权。

2. 海域使用权人的权利和义务

海域使用权设立后，海域使用权人可以占有、使用该海域收益，还可以将海域使用权依法出租和转让。海域使用权人在享有权利的同时，还应依法缴纳海域使用金，按规定的用途合理使用海域。发现所使用海域的自然资源和自然条件发生重大变化时，及时向海洋行政主管部门报告。同时，海域使用权对他人非排他

性用海负有容忍义务，海域使用权终止后还应恢复原状。

3. 海域使用权的消灭

海域使用权因期满、征用以及填海等原因而终止。海域使用权终止后，原海域使用权人应当拆除可能造成海洋环境污染或者影响其他用海项目的用海设施和构筑物。

（三）矿业权

矿业权是探矿权和采矿权的合称，是指依法在已经登记的特定矿区或者工作区内勘探和开采矿产资源、取得矿产品并排除他人干涉的权利。在我国，矿产资源属于国家所有，对矿产资源的开发利用需要通过设定矿业权的方式来实现。

1. 矿业权的取得

矿业权的取得有以下几种方式：第一，申请取得。即由矿山企业等向矿产管理部门提出取得探矿权或采矿权的申请，该管理部门对其申请进行审查，对符合条件的予以矿业权登记，并颁发勘察许可证或采矿权许可证。第二，以招标、拍卖的方式取得。第三，以转让方式取得。探矿权人有权在特定勘察作业区内进行规定的勘察活动，在其完成规定的最低勘察投入后，经依法批准可以将探矿权转让给他人。

2. 探矿权人的权利和义务

探矿权人的权利主要有：第一，按照勘察许可证规定的区域、期限、工作对象进行勘察，并排除他人干涉；第二，在勘探区及相邻区域架设供电、供水、通信的管线，进行通行或运输有关勘探设施；第三，优先取得勘察工作区内新发现矿种的探矿权和勘察工作区内矿产资源的采矿权；第四，除非法律另有规定，探矿权人可以取得并自行销售经勘探开采所获取的矿产品；第五，依法转让探矿权。探矿权人在完成规定的最低勘察投入后，经依法批准可以将探矿权转让给他人。

探矿权人的义务主要有：第一，在勘察许可证规定的期限内完成勘察工作；第二，向勘察登记管理部门报告开工等情况，以便有关部门进行监督管理；第三，在查明主要矿种的同时，对共生、伴生的矿产资源进行综合勘察、综合评价；第四，按照规定缴纳各种税费；第五，进行勘探活动时，遵守环境保护、劳动安全的有关法律规定；第六，勘察作业不得阻碍或损害航运、灌溉、防洪等活动或设施。在探矿活动结束时，及时采取各项安全措施，进行土地复垦。

3. 采矿权人的权利和义务

采矿权人的权利主要有：第一，在特定矿区开采矿产资源；第二，获得开采

的矿产所有权并自行销售，但法律或许可证另有规定的除外；第三，在矿区或工作区内建设采矿所需的生产和生活设施；第四，依法转让采矿权。已取得采矿权的矿山企业，因企业合并、分立，与他人合资、合作经营，或者因企业资产出售以及有其他变更企业资产产权的情形需要变更采矿权主体的，经依法批准可以将采矿权转让他人。

采矿权人的义务主要有：第一，在采矿许可证规定的期限和范围内开采矿产资源；第二，有效保护、合理开采和综合利用矿产资源；第三，依法缴纳各种税费；第四，遵守国家有关劳动安全、水土保持、土地复垦和环境保护的法律规定；第五，接受矿业行政主管部门的监督管理；第六，取得矿区土地使用权时依法缴纳土地使用权出让金。

（四）取水权

取水权，是指民事主体利用取水工程或者设施直接从江河、湖泊或者地下取用水资源的权利。我国的水资源归国家所有，水资源的所有权由国务院代表国家行使。农村集体经济组织的水塘和由农村集体经济组织修建管理的水库中的水，归各该农村集体经济组织使用。

1. 取水权的取得

取水权的取得方式有以下几种：第一，依申请取得。申请取水的单位或者个人，应当向具有审批权限的审批机关提出申请。第二，直接取得。即无须申请取水许可证而直接取得取水权。下列情形依法不需要申请领取取水许可证：（1）农村集体经济组织及其成员使用本集体经济组织的水塘、水库中的水的；（2）家庭生活和零星散养、圈养畜禽饮用等少量取水的；（3）为保障矿井等地下工程施工安全和生产安全必须进行临时应急取（排）水的；（4）为消除对公共安全或者公共利益的危害临时应急取水的；（5）为农业抗旱和维护生态与环境必须临时应急取水的。第三，依转让方式取得。

2. 取水权人的权利和义务

取水权人有权按有关主管机关核定的取水量，在确定的取水地点以及取水期限等范围内，直接从江河、湖泊或者地下取用水资源，并加以使用。取水权人的义务主要包括及时缴纳水资源费、保护水资源不受污染、维护水源附近的生态平衡和自然环境、不得进行破坏性的开采。

（五）渔业权

渔业权包括养殖权和捕捞权，是指自然人、法人或其他组织依法在一定水域从事养殖或者捕捞水生动植物的权利。

1. 渔业权的取得

渔业权的取得方式有以下几种：第一，直接取得。第二，依申请取得。养殖权通过权利人向渔业行政主管部门申请取得渔业经营者养殖证的方式设定；捕捞权依权利人向有关部门提出申请取得捕捞权许可证的方式设定。第三，以转让方式取得。

2. 渔业权人的权利和义务

养殖权人的权利主要表现在：第一，使用特定水域从事养殖业。第二，捕捞权。该项捕捞权能随养殖权的产生而自然具有，不是一项独立的权利，其捕捞方式可由养殖权人自行决定，并且该项权能不得单独转让。第三，对养殖的水产品和合法捕捞的水产品享有所有权。养殖权人的义务主要有：第一，养殖权人应当依法缴纳养殖水域、滩涂的使用费；第二，按照养殖许可证规定的条件从事养殖生产或捕捞作业活动；第三，养殖权人无正当理由不得使养殖水域、滩涂荒芜；第四，养殖权人负有保护和合理使用水域、滩涂的义务。

捕捞权人的权利主要表现为可以在特定渔场从事捕捞作业。捕捞权人有在捕捞许可证规定范围内进行捕捞作业的权利，并对捕捞的水产品享有所有权。捕捞权人的义务主要有：第一，捕捞权人应当依法缴纳渔业资源税；第二，捕捞权人应当按照捕捞许可证规定的场所、时限、渔具数量等进行捕捞作业；第三，不得使用破坏渔业资源的方法进行捕捞作业，不得在禁渔区、禁渔期进行捕捞；第四，不得出卖、出租和以其他方式转让捕捞许可证，不得涂改、伪造、变造捕捞许可证。

拓展阅读

用益物权

第七节 担保物权

一、担保物权概述

（一）担保物权的概念

担保物权是指为确保债权的实现，在债务人或第三人特定财产上所设定，当债务人不履行债务或发生当事人约定的其他实现情形时，债权人就该财产的变价款优先受偿的一种定限物权。作为支配物的交换价值的一种他物权，担保物权与以支配物的使用价值为目的的用益物权共同构成了我国物权法上的他物权体系。担保物权保障债权实现、促进资金融通的独特经济作用，使其成为物权法乃至民

法中最活跃的领域。

我国《物权法》第四编所规定的担保物权的主要特点在于：

1. 担保物权的设定以担保主债权的实现为目的。顾名思义，担保物权就是为担保债权而设定的物权。担保物权不同于用益物权就在于，权利人通过支配担保财产的交换价值，在债务人不履行债务或者发生了当事人约定的实现担保物权的情形时，就可以拍卖、变卖担保财产并从中优先受偿，从而保障其债权的实现。

2. 担保物权是一种从属性的物权。担保物权是为了担保主债权的实现而设立的，因此它必须以主债权的存在为前提。正因如此，担保物权在学理上通常被称为从权利。在例外情况下，虽然设定担保物权时，主债权可以不特定，但在实现担保物权之前，主债权必须特定，如最高额抵押。[①] 担保物权的从属性还体现为，担保物权的效力随主债权的变动而变动：主债权移转，担保物权也随同移转；主债权消灭，担保物权也相应消灭。

3. 担保物权以债务人或第三人一定的财产为客体。担保物权不同于保证之处，就在于它是以一定的财产为权利标的而担保债权的实现，而不是以担保人的一般责任财产或信用财产为基础。担保物权的客体既可以是物，也可以是权利。当然，并非任何物和权利都可以成为担保物权的客体。其中，能够成为担保物权的客体的物必须是有体的、特定化、可流通的物；能够成为担保物权的客体的权利必须是具有可让与性的财产权利。以上物和权利合称财产。

4. 担保物权人所支配的是交换价值。所有权是对物的全面支配，用益物权则是对物的使用价值的支配，而担保物权所支配的则是物的交换价值。担保物权以获取担保财产的交换价值为目的而设定，注重支配的是担保财产在拍卖、变卖时的价值。因此，同一物之上可以基于对交换价值的分割而设立多个担保物权，例如，在同一物之上设立多个抵押权。

5. 担保物权是一种定限物权。担保物权人不能对财产予以全面支配，不能像所有权人那样依照自己的意志和利益行使所有权的全部权能，而只能支配标的物的交换价值。

6. 担保物权人依法享有对担保标的物的变价权。对其他物权而言，权利人不仅可以直接支配标的物，而且可以直接依法享有对物的占有、使用等权能，并可

---

① 参见程啸：《担保物权》，王利明等：《中国物权法教程》，人民法院出版社 2007 年版，第 421 页。

以排除他人的非法干涉。但对担保物权来说，权利人一般不能直接自力实现担保物权，必须通过约定和法定的方式，如依据拍卖、变卖程序就担保财产进行变价，并就所得价款优先受偿。

在《物权法》颁行之前，我国民法尚未正式使用“担保物权”这一术语，但司法实务以及学理均普遍认同“担保物权”所具有的内涵。我国《物权法》设专编规定了抵押权、质权、留置权等担保物权。与《担保法》相比，《物权法》担保物权编实现了以下突破：第一，完善了担保物权体系，不仅承认了金融创新中出现的公路桥梁收费权质权、高等学校公寓收费权质权等，还规定了浮动抵押权、最高额质权制度，使得担保物权体系渐趋完善，融资担保渠道大大拓宽。第二，扩充了担保财产的范围，除了对《担保法》中担保物的范围予以确定之外，新增了原材料、半成品、产品，正在建造的建筑物、船舶、航空器，应收账款，并且允许“法律、行政法规未禁止抵押的其他财产”均可作为担保财产，广泛承认了可交易财产的金融价值。第三，修正了担保物权的实现规则，不仅完善了担保物权的实现条件，将“发生当事人约定的实现担保物权的情形”也规定于其中，而且完善了担保物权实现的途径，无须经过普通诉讼程序，可直接请求人民法院拍卖或者变卖担保财产。此外，《物权法》还根据《担保法》及其相关司法解释施行以来的经验，完备了最高额抵押制度，分别统一规定了不动产和动产抵押登记的效力，完善了有关担保物权设定、效力等其他方面的规则。

（二）担保物权的属性

1. 从属性。担保物权为确保债权实现而设定，在性质上是从属于主权利（即债权）的从权利。因此，担保物权的设立、移转及消灭，均应从属于债权。担保物权的从属性主要表现在三个方面：一是成立上的从属性。《物权法》第172条规定：“担保合同是主债权债务合同的从合同。主债权债务合同无效，担保合同无效，但法律另有规定的除外。”一般情况下，担保物权的成立应当以存在已经成立并生效的债权为前提。如果债权根本不成立或者未生效，则担保物权即使成立也是无效的。二是移转上的从属性。如果债权发生转让，则担保物权也应当相应地转让。三是消灭上的从属性。担保物权所担保的债权因各种原因而全部消灭时，担保物权也应当随之消灭。

2. 不可分性。担保物权人在其债权未完全受偿之前，可就担保财产的全部行使其权利，担保财产的价值变化及债权的变化并不影响担保物权的整体性。担保物权的不可分性主要体现在以下几个方面：一是担保财产的各个部分担保债权的全部，享有担保物权的债权人有权就担保财产的全部行使优先受偿权。例如，甲

对丙享有10万元的债权，丙以其房产作抵押。后来丙因为分家，抵押房产被分为多人所有。即便在房产产权被分割后，甲仍然对各个部分都享有优先受偿权。二是债权是否被分割对担保物权的存在不产生影响。担保物权设定以后，如果债权人将其债权分割并转让给多个受让人，则各受让人均对担保财产享有担保物权。三是担保物权所担保的债权是否已被部分履行，对担保物权的存在不产生影响。四是如果担保财产发生部分灭失，则未灭失的担保财产部分，仍应担保全部债权，而不能相应地缩小担保债务范围。当然，如果担保财产因为可归责于担保人的原因而发生部分灭失的，担保人有义务以其他财产补充担保财产所应具有的价值。

3. 物上代位性。当担保财产毁损、灭失或被征收而受到赔偿时，担保物权的效力及于担保财产的代替物（赔偿金），担保物权人可就该代替物行使其权利。例如，甲为了向乙借款，将其一辆汽车出质给乙，后因为发生火灾，该汽车被烧毁，甲从保险公司获得赔偿。则该赔偿金应当成为质押的标的，债权人可以对此赔偿金优先受偿。

（三）担保物权的分类

1. 法定担保物权与约定担保物权。这是根据发生原因或设立方式的不同对担保物权所作的分类。法定担保物权是指具备法律规定的条件或者原因而当然发生的担保物权，如留置权；约定担保物权是指当事人根据其意思而自由约定的担保物权，如抵押权、质权等。这里的“约定”，仅指该担保物权的设立是依当事人的意思，而非依法当然发生。

2. 移转占有型担保物权与非移转占有型担保物权。这是根据设定担保物权时是否移转担保财产的占有状态对担保物权所作的分类。移转占有型担保物权是指以标的物移转于债务人占有为要件而发生或存续的担保物权，如质权、留置权，在担保物权的效力期间，担保财产的所有人或者其他权利人不能行使对担保财产的使用、收益权，因此，在相当程度上限制了担保财产使用价值的发挥。非移转占有型担保物权是仅以获得债权的优先受偿为已足，并不以移转标的物的占有为要件的担保物权，如抵押权，即使设定了担保物权，担保财产的所有人或者其他权利人仍然可以享有对于担保财产的占有、使用、收益权，而以担保财产的交换价值来担保债务的履行，这样就可以充分地发挥担保财产的使用价值。

3. 动产担保物权、不动产担保物权与权利担保物权。这是根据担保标的物的物理性质对担保物权所作的分类。动产担保物权是设定或发生于动产之上的担保物权，如动产抵押权、动产质权等。不动产担保物权是指设定或发生于不动产之上的担保物权，如不动产抵押权。权利担保物权是晚近新兴的一类担保物权，是

指以权利为标的而成立的担保物权。

4. 登记担保物权与非登记担保物权。这是根据担保物权的设立是否必须登记对担保物权所作的分类。登记担保物权是指以登记为生效要件或对抗要件的担保物权。例如，抵押权非经登记，或不设立，或不具有对抗效力。非登记担保物权是指不以登记为生效要件或对抗要件的担保物权，动产质权、留置权即属此类。

5. 留置性担保物权与优先受偿性担保物权。这是根据效力的不同对担保物权所作的分类。其中，留置性担保物权是债权人占有债务人主观价值较高的财产，间接给予债务人以心理上的压力，从而促使其清偿债务的担保物权，留置权即其中的典型。优先受偿性担保物权是将担保财产的使用价值归债务人保有，而债权人仅掌握其交换价值，将来即就此而优先受偿的担保物权，如抵押权。质权则兼具留置性担保物权与优先受偿性担保物权的属性。

6. 保全型担保物权与投资型担保物权。这是根据担保物权与其所担保的债权之间有无牵连关系对担保物权所作的分类。保全型担保物权是指担保财产与所担保的债权之间有牵连关系并以保全该债权为主要功能的担保物权，留置权即属此类。投资型担保物权是指担保财产与其所担保的债权之间无需牵连关系而纯为融资或保障因其他原因而发生的债权之实现而设定的担保物权，抵押权、质权均属此类。

（四）担保物权的效力

1. 担保物权的担保范围。即担保物权在其所担保的债权届期未获清偿或发生当事人约定的实现担保物权的情形而实现，拍卖或者变卖担保财产的价金可以用来优先清偿的债权范围。当事人可以就担保债权范围在担保合同中明确约定，没有约定的，可依法律的直接规定而确定。在我国，担保物权的法定担保范围包括主债权、利息、违约金、损害赔偿金、保管担保财产的费用以及实现担保物权的费用等。

2. 担保物权的竞存及其处理。担保物权的竞存，是指同一财产上并存的数项担保物权之间发生的效力冲突。第一，动产抵押权和动产质权竞存时，最先取得对抗效力者优先。先设立的抵押权已经登记，取得对抗效力，而后设立质权时，先设立的抵押权自然可以对抗质权；先设立的抵押权未经登记，而后设立质权时，因先设立的抵押权未经登记，不得对抗第三人，尚未取得抵押权的对抗力，即不能对抗后设立的质权。第二，同一动产上已设立抵押权或者质权，该动产又被留置的，留置权人优先受偿。从法律政策来考量，留置权所担保的债权范围多是债权人所付出劳动的报酬的请求权、所投入的材料及垫付的其他费用的返还请求权，

以及依合同发生的违约损害赔偿请求权。其中债权人的报酬请求权系属工资、薪金性质，应予优先保护。

3. 人的担保与物的担保并存时的责任承担。人的担保是主债务人以外的第三人以其全部责任财产为主债务的履行提供的担保，以保证担保为其基本形式；物的担保是主债务人或第三人以其特定的动产、不动产或财产权利为主债务的履行提供的担保，包括抵押、质押和留置三种。但在解释上，物的担保不以上述三种方式为限，凡是民事法律中规定的具有优先受偿性质的物的担保，如船舶优先权、民用航空器优先权等，均在其列。在人的担保与物的担保并存时，应当按照下列规则处理：第一，如果当事人有特别约定的，则在债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形时，应当按照当事人的约定处理。第二，如当事人没有约定，同一债权既有人的担保又有债务人提供的物的担保的，债权人应先就物的担保实现债权。第三，如当事人没有约定，同一债权既有人的担保又有第三人提供的物的担保[①]时，保证人和物上保证人处于同一清偿顺序，债权人既可以要求保证人承担保证责任，又可以要求物上保证人承担担保责任。第四，保证人或物上保证人承担担保责任之后，对于主债务人而言，均发生追偿权，但就保证人与物上保证人之间的追偿关系，学说上尚存争议，司法实践中多依《担保法解释》的规定予以承认。第五，人的担保与物的担保并存时，债权人放弃物的担保的，如果该物的担保在债务人自己的财产上设定，则保证人在物上保证人丧失优先受偿权益的范围内免除担保责任，但在该物的担保由第三人提供时，债权人放弃该物的担保会对保证人的担保责任产生何种影响，法律并没有作出明确规定。

（五）禁止流押（质）契约

流押（质）契约，是指当事人双方在债务履行期届满前约定，当债务人不履行到期债务时，由债权人取得担保财产所有权的合同（条款）。其中，约定取得抵押财产所有权的，称流押契约；约定取得质押财产所有权的，称流质契约。由于流质契约不利于平衡双方当事人的利益，因此罗马法以来的多数国家立法一般对其加以禁止，我国《物权法》第 186 条和第 211 条分别禁止了流押契约和流质契约。

担保物权最主要的效力在于就担保财产的变价款优先受偿，从这个角度来讲，担保物权就是变价权。流押（质）契约使得在担保物权可得实现时无须变价，债

① 第三人提供的物的担保时，又称物上保证人。

权人直接取得担保财产的所有权，改变了法定的物权实现方式，极易损害债务人的利益。我国目前承认低值当物绝当时典当行可以直接取得当物所有权（《典当管理办法》第43条第2项），但这只是就典当这种特殊的交易所做的例外制度安排。

实践中，要注意区分流押（质）契约与担保物权实现方式的约定。我国《物权法》允许当事人之间就担保物权的实现方式作出约定，如约定债务人不履行到期债务时，以担保财产径直充抵担保债务。区分的关键是看约定是否排除了担保物权实现时对债权债务以及担保财产的清算程序。如约定对担保物权的实现采用担保财产折抵的同时，又约定排除清算程序的，则构成流押（质）契约；反之，应当属于担保物权实现方式的约定。值得注意的是，禁止流押（质）契约的主要目的是为了在担保合同订立时平衡担保物权当事人之间的利益，但在担保物权实现时，当事人约定债权人通过标的物折价的方式取得担保财产，并无不可。

（六）担保物权的消灭

担保物权的消灭，是指担保物权成立后因一定的法律事实而不再存在。担保物权消灭原因是指引起担保物权消灭的法律事实。根据我国《物权法》的规定，担保物权的消灭原因有以下几种：主债权的消灭、担保物权实现、债权人放弃担保物权以及法律规定担保物权消灭的其他情形。例如，质押财产的返还和质押财产占有的丧失即为质权消灭的特殊原因；再如，留置权人对留置财产丧失占有或者留置权人接受债务人另行提供担保的，留置权消灭。

应当注意的是，随着市场经济的快速运转，如果允许抵押权一直存续，抵押权人可能怠于行使抵押权，不利于发挥抵押财产的经济效用，制约经济的发展。因此，我国《物权法》第202条规定，抵押权人应当在主债权诉讼时效期间行使抵押权；未行使的，人民法院不予保护。

二、抵押权

（一）抵押权概述

抵押权，是指债权人对于债务人或第三人提供的、不移转占有而作为债务履行担保的财产，在债务人不履行到期债务或发生当事人约定的其他实现情形时，可就该财产折价或者就拍卖、变卖该财产的价款优先受偿的权利。在抵押权法律关系中，享有抵押权的人称为抵押权人；提供财产作为担保的债务人或第三人，称为抵押人；供作担保的财产，称为抵押财产。

抵押为物的担保的一种形态，就特定财产的优先受偿性使之比人的担保具有更优良的担保功能，对抵押权人颇为有利，同时，不移转抵押财产的占有，无碍

于抵押人对抵押财产的使用，抵押人可以充分利用该财产的使用价值，创造物质财富，强化其履约能力，对抵押人的利益损伤较小。因此，抵押制度对交易的安全与效益最大化的双重便利，使之获得担保各方的共同推崇，进而成为各国民法中最重要的担保制度，被誉为“担保之王”。

（二）抵押权的设定

1. 抵押财产的条件和范围

抵押财产是抵押人提供担保用于设定抵押权的财产。可以设定抵押权的财产应当满足以下三个条件：须是具有独立交换价值且法律允许转让的财产，须是权属明晰且抵押人有权处分的财产，须是宜于由抵押人占有使用且符合社会公共利益的财产。

依据《物权法》第180条的规定，可以设定抵押权的财产有：（1）建筑物和其他土地附着物；（2）建设用地使用权；（3）以招标、拍卖、公开协商等方式取得的荒地等土地承包经营权；（4）生产设备、原材料、半成品、产品；（5）正在建造的建筑物、船舶、航空器；（6）交通运输工具；（7）法律、行政法规未禁止抵押的其他财产。其中，第（7）项是我国《物权法》根据现实经济条件和信用担保实践，对抵押财产所作的变通规定，但该法中并未规定这些“其他财产”设定抵押权时的登记机构以及登记的效力。

依据《物权法》第184条的规定，下列财产不能抵押：（1）土地所有权；（2）耕地、宅基地、自留地、自留山等集体所有的土地使用权，但法律规定可以抵押的除外；（3）学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体的教育设施、医疗卫生设施和其他社会公益设施；（4）所有权、使用权不明或者有争议的财产；（5）依法被查封、扣押、监管的财产①；（6）法律、行政法规规定不得抵押的其他财产。

2. 抵押权登记

抵押权为物权的一种，而物权的变动须有足够外部可辨认的表征，由于抵押权的设定不转移抵押财产的占有，因此只能采取登记作为公示方法。

关于抵押权登记的效力，我国对于不动产抵押权和权利抵押权采取登记生效主义，对于动产抵押权采取登记对抗主义。登记生效主义，是指抵押权的设定以登记为发生效力的要件，换言之，未经登记，抵押权不仅不能对抗第三人，而且在抵押当事人之间也无约束力。在登记生效主义之下，当事人办理抵押财产登记

① 根据《海关法》第37条的规定，经海关同意，由海关监管的财产可以设定抵押权。

手续时，如果因登记部门的原因致使其无法办理抵押财产登记，但抵押人向债权人交付权利凭证的，则可以认定债权人对该财产有优先受偿权，但未办理抵押财产登记的，不得对抗第三人。登记对抗主义，是指抵押权依当事人之间的合意即可设定，但未经登记，不得对抗善意第三人。也就是说，当事人间依合意成立抵押权后，该抵押权虽已经在当事人之间有效设定，但抵押权人不得以其抵押权对抗善意第三人。这里的“善意第三人”，排除抵押人的一般债权人，包括破产债权人、人身损害债权人、强制执行债权人和参与分配债权人。登记对抗主义的基础是私法自治理念，即在抵押权的设定方面尊重当事人的意思自由。这一方面使抵押关系容易设定，方便资金融通和商品流通，维持了交易的便捷；另一方面，当事人可根据具体情况，决定是否申请登记，以维持抵押权的对抗力。同时，对于已登记的，第三人可通过查阅登记簿而明了抵押财产的实际权利状况，这也有利于维护交易安全。但已设定、未登记的抵押权仍属物权。既属物权，却没有对抗第三人的效力，增加了解释上的困难。

（三）抵押权的效力

1. 抵押权效力所及的标的物的范围

这一范围的确定不仅关系到抵押权的实现程序，而且影响后顺位抵押权人和一般债权人的利益。关于抵押权效力所及的标的物的范围，应当注意以下几点：第一，抵押权设定前为抵押财产的从物的，抵押权的效力及于抵押财产的从物。但抵押财产与其从物为两个以上的人分别所有时，抵押权的效力不及于抵押财产的从物。抵押权及于从权利的效力时亦同。第二，债务人不履行到期债务致使抵押财产被人民法院依法扣押的，自扣押之日起抵押权人收取由抵押财产中分离的天然孳息和法定孳息的，按照下列顺序清偿：收取孳息的费用；主债权的利息，主债权。第三，抵押财产毁损、灭失，其价值若转化为其他形态，则其他形态的价值载体便成为抵押财产的代位物，抵押权人可就该代位物行使抵押权，这是抵押权的物上代位性的体现。第四，标的物有加工、混合或附合的情形，抵押权的效力是否及于加工物、附合物或混合物，应区别对待。抵押财产因附合、混合或者加工使抵押财产的所有权为第三人所有的，抵押权的效力及于补偿金；抵押财产所有人为附合物、混合物或者加工物的所有人的，抵押权的效力及于附合物、混合物或者加工物；第三人与抵押财产所有人为附合物、混合物或者加工物的共有人的，抵押权的效力及于抵押人对共有物享有的份额。

2. 抵押权对抵押权人的效力

第一，抵押权人的优先受偿权。抵押权人的债权优先于一般债权人受偿；在

抵押人破产时，抵押权优先于普通债权，抵押权人享有别除权。第二，抵押权人的顺位权。当同一抵押财产上存在数个抵押权时，按抵押权的顺位受偿，先顺位的抵押权人有较后顺位的抵押权人优先受偿的权利。抵押权人对其顺位权可以处分，包括抛弃、转让和变更。同一财产向两个以上债权人抵押的，拍卖、变卖抵押财产所得的价款依照下列规定清偿：抵押权已登记的，按照登记的先后顺序清偿，顺序相同的，按照债权比例清偿；抵押权已登记的先于未登记的受偿；抵押权未登记的，按照债权比例清偿。第三，抵押权人的保全权。即抵押权人为保全其抵押权而可行使的权利。在抵押权存续期间，抵押人的行为使抵押财产的价值减少，或者使抵押财产的价值处于一种持续减少的状态，使抵押权人的抵押权受到侵害，抵押权人有要求抵押人停止侵害行为或排除妨害的权利，在此情形下，抵押权人还有权请求抵押人恢复抵押财产价值或者增加担保。在因第三人的侵害行为致使抵押财产毁损、灭失时，抵押权人将获得同质救济，即抵押权的效力及于赔偿物。第四，抵押权人的处分权。抵押权人的处分权包括对抵押财产本身的处分和对抵押权顺位权的处分。由于抵押权具有从属性，其可以随主债权的转让而一同转让，也可附随主债权作为其他债权的担保而一同作为担保。

3. 抵押权对抵押人的效力

第一，抵押人对抵押财产的处分权。抵押人对抵押财产的处分权是一种受限制的、有条件的处分权。抵押人对抵押财产的处分只能是法律上的处分，而不能是事实上的处分。抵押人转让抵押财产应经抵押权人同意。抵押人转让抵押财产所得的价款，应当向抵押权人提前清偿所担保的债权或者向与抵押权人约定的第三人提存。超过债权数额的部分，归抵押人所有，不足的部分由债务人清偿。第二，抵押人的出抵权。在抵押财产上设定抵押权后，抵押人还可以抵押财产高出抵押担保债权价值的部分价值再行出抵。第三，抵押人的出租权。在抵押权存续期间，抵押财产可以再行出租。抵押人将已抵押的财产出租的，抵押权实现后，租赁合同对受让人不具有约束力。抵押人将已抵押的财产出租时，如果抵押人未书面告知承租人该财产已抵押的，抵押人对抵押权实现造成承租人的损失承担赔偿责任；如果抵押人已书面告知承租人该财产已抵押的，抵押权实现造成承租人的损失，由承租人自己承担。第四，抵押人的收益权。抵押人的收益权是指在抵押合同存续期间，抵押人以抵押财产获取利益的权利。在抵押权存续期间，抵押人就抵押财产有收取天然孳息和法定孳息的权利。但抵押人的这种收益权是一种受限制的权利，不得对抗抵押权。第五，抵押人的追偿权。为债务人提供抵押担保的第三人，在抵押权人实现抵押权后，有权向债务人追偿。

（四）抵押权的实现

1. 抵押权实现的条件

第一，须抵押权有效存在；第二，债务人不履行到期债务或发生当事人约定的实现抵押权的其他情形。

2. 抵押权实现的途径

在抵押权的实现条件成就时，抵押权人可以与抵押人协议以抵押财产折价或者以拍卖、变卖该抵押财产所得的价款优先受偿。协议损害其他债权人利益的，其他债权人可以在知道或者应当知道撤销事由之日起1年内请求人民法院撤销该协议。抵押权人与抵押人未就抵押权实现方式达成协议的，抵押权人可以请求人民法院拍卖、变卖抵押财产。根据我国《民事诉讼法》和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》的相关规定，申请实现担保物权，由担保物权人以及其他有权请求实现担保物权的人依照《物权法》等法律，向担保财产所在地或者担保物权登记地基层人民法院提出。人民法院受理申请后，经审查，符合法律规定的，裁定拍卖、变卖担保财产，当事人依据该裁定可以向人民法院申请执行；不符合法律规定的，裁定驳回申请，当事人可以向人民法院提起诉讼。

3. 抵押权实现的方式

抵押权的实现方式包括折价、拍卖、变卖三种方式。其中，折价又称协议取得抵押财产，是指抵押权人以确定的价格取得抵押财产所有权以清偿其债权。

（五）最高额抵押权的特别规定

1. 最高额抵押权的界定

所谓最高额抵押，是指为担保债务的履行，债务人或者第三人对一定期间内将要连续发生的债权提供抵押财产，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的其他情形，抵押权人有权在最高债权额限度内就该担保财产优先受偿。由此可见，最高额抵押是为一定范围内的债权所提供的担保。该“一定范围”受到“最高债权额限度”“一定期间”“连续发生”三方面的限制。“最高债权额限度”是抵押权人基于最高额抵押权所得优先受偿的最高债权金额，它表明抵押权人对抵押财产交换价值的支配范围；“一定期间”即为最高额抵押权的存续期或决算期；“连续发生”是指最高额抵押权所担保的债权是因特定的、具有继续性的法律关系（基础关系）而产生。基础关系、最高债权额的存在，是最高额抵押与一般抵押的两项显著区别。

2. 最高额抵押权的确定

最高额抵押权的确定也称最高额抵押权的原本（即主债权）的确定或担保债

权的确定，是指最高额抵押权所担保的一定范围内的不特定债权，由于一定事由的发生而具体化、特定化。最高额抵押权的确定有利于确定最高额抵押权人的优先受偿范围，保护利害关系人的利益。最高额抵押权的确定事由主要有以下几类：第一，债权确定期间届满；第二，新的债权不可能发生；第三，抵押财产被查封、扣押；第四，债务人、抵押人被宣告破产或者被撤销；第五，法律规定债权确定的其他情形。

最高额抵押权确定后，将发生下列效力：第一，最高额抵押权转变为一般抵押权。最高额抵押权确定后，被担保债权从此丧失其不特定性和流动性，而转变为一般抵押权，也不再具有相对独立性，而具有了严格的从属性。第二，被担保债权的原本确定。只有在最高额抵押权确定时存在的原本债权，才属于抵押担保债权的范围。最高额抵押权确定后所发生的任何债权都不属于该抵押权担保的范围之内。第三，被担保债权确定时存在的被担保债权的利息、违约金、赔偿金、实现抵押权的费用，不论确定时是否已经发生，均属于被担保债权的范围。应当注意的是，可以优先受偿的原本债权、利息、违约金、赔偿金的合计总额不得超过抵押合同预定的最高限额，而实现抵押权的费用则不计入最高额，不受最高额的限制。

（六）浮动抵押权的特别规定

1. 浮动抵押权的概念

浮动抵押权是指企业、个体工商户、农业生产经营者以现有及将有的生产设备、原材料、半成品、产品抵押，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的其他情形，债权人有权就实现抵押权时的动产优先受偿的权利。

2. 浮动抵押权的效力

浮动抵押权的效力与动产抵押权的效力大体相同，二者最大的差别在于，浮动抵押权有一个效力休眠期。浮动抵押的休眠，也称浮动抵押的效力休眠，是指浮动抵押在抵押财产确定之前，抵押权人没有支配具体抵押财产的权利，或不产生禁止抵押人在正常经营范围内处分抵押财产的权利，除非当事人在抵押合同中对某些财产或处分行为作了相反的约定。浮动抵押权设定后，具有优先受偿的效力，但不得对抗正常经营活动中已支付合理价款并取得抵押财产的买受人。

3. 浮动抵押财产的确定

浮动抵押权设定后，因抵押人可以自由处分抵押物，抵押物具有不特定性，其形态变动不居，价值飘浮不定，因此，抵押权人要实现抵押权，首先要使浮动抵押停止浮动，让其固定下来，此即浮动抵押财产的确定。浮动抵押财产的确定

是因法定或约定事件的发生，抵押人丧失对抵押财产的自由处分权，抵押财产形态及价值特定化，此时，浮动抵押即转为固定抵押，抵押权人可就抵押财产主张优先受偿权。浮动抵押财产的确定是抵押权人实现抵押权的前提。依据《物权法》第196条的规定，浮动抵押财产确定的情形有以下四种：（1）债务履行期届满，债权未实现的；（2）抵押人被宣告破产或者被撤销的；（3）发生当事人约定的实现抵押权的情形的；（4）发生严重影响债权实现的其他情形的。

三、质权

（一）质权的概念和特征

质权，是指债务人或第三人将其财产或权利交债权人占有或控制，作为债权的担保，在债务人不履行债务或者发生当事人约定的其他实现情形时，债权人以该财产或权利折价或拍卖、变卖所得价款受偿的权利。在质权法律关系中，享有质权的人称为质权人；将财产移转于质权人占有而供债权担保的债务人或第三人，称为出质人；出质人移转给债权人占有以供债权担保的财产，称为质押物或质押财产。

质权为担保物权之一种，除具有担保物权的共有属性之外，还有其自身的特点：第一，质权以占有为公示方法。动产质权以质权人对标的物的占有为公示方法，权利质权则以质押人将权利移转由质权人控制为质权公示方法。第二，质权的标的为动产或财产权利，不包括不动产。权利可为抵押权的标的，也可为质权的标的。一般认为，基于不动产而产生的用益物权以及其他用益性权利，因与特定的不动产相联系，因而被纳入抵押财产的范畴，而其他类型的财产权利，如知识产权中的财产权、可转让的证券权利、应收账款等，由于其具有交换价值，同时在可移动性上又与动产相似，因而被归入质权的范畴，称为权利质权。第三，质权具有留置效力，并对标的物直接支配以实现质权。债务履行期届满质权人未受清偿或者发生当事人约定的其他实现质权的情形的，质权人可以继续留置质押财产，并以质押财产的全部行使权利。债务履行期届满，出质人请求质权人及时行使权利，而质权人怠于行使权利致使质押财产价格下跌的，由此造成的损失，质权人应当承担赔偿责任。

（二）动产质权

动产质权，是指债务人或者第三人将其动产移交债权人占有，将该动产作为债权的担保，债务人不履行债务或者发生当事人约定的其他实现情形时，债权人依法以该动产折价或者以拍卖、变卖该动产的价款优先受偿的权利。

1. 动产质权的标的物

动产充作质押财产须具备以下条件：第一，须是特定化的动产，包括特定物和特定化的种类物。第二，须是有交换价值的动产，否则，质权设定的目的将无从实现。第三，须有可让与性。质权人的权利重在对动产的交换价值的支配，亦即，质权即变价权，因此，质押财产应当具有可让与性，不可让与的财产或者法律禁止流通的财产，如禁止流通物（伪造的文书、淫秽书画等）、不能独立存在的物等，都不能成为质押财产。法律限制流通的物可以作为质押财产，只是实现质权时，质权人不能协议以质押财产折价或以拍卖、变卖的方式实现质押财产的变价，而只能由有权收购的部门收购质押财产，质权人从质押财产的价款中优先受偿。

2. 动产质权的设定

设立质权，当事人应当采取书面形式订立质权合同。质权合同是质权产生的前提，也是将来处理当事人之间纠纷的重要根据。当事人设定质权的行为，应当公示。动产质权的公示方法为占有，因此，动产质权设定的生效要件为占有。由此可见，动产质押合同自合同成立之时起生效，但法律另有规定或当事人另有约定的除外；动产质权自出质人向质权人移转质押财产占有时设定。

出质人向质权人移转占有的行为，也就是交付行为。交付有多种形式，如现实交付、简易交付、占有改定等。出质人移转质押财产的占有，并不以现实交付为必要，以其他方式交付亦可。例如，质押财产已由质权人占有的，则出质人无须现实交付，质权自质押合同签订之日起即设定。出质人并不直接占有质押财产，而仅间接占有质押财产时，也可以将返还请求权让与质权人的方法，代替现实交付。但出质人不得以占有改定代替质权人对质押财产的占有。因为，如出质人以占有改定的方式代替交付，则出质人或出质人的代理人直接占有质押财产，而质权人只能为间接占有，一则无法公示质权的存在，害及交易的安全；二则出质人仍直接占有质押财产，质权人无法行使对质押财产的留置的权利，使质权实际上丧失留置的效力。

3. 动产质权的效力

动产质权所及标的物的范围，除质押财产以外，主要包括从物、孳息、质押财产的代位物。动产质权的效力及于质押财产的从物。但是，从物未随同质押财产移交质权人占有的，质权的效力不及于从物。除非另有约定，质权人有权收取质押财产的孳息。收取的孳息按照下列顺序清偿：收取孳息的费用，主债权的利息，主债权。孳息的所有权仍然属出质人，质权人对于孳息仅取得质权。这里的

孳息，不限于天然孳息，法定孳息也包含在内。孳息可以是金钱，也可以是金钱以外的物。质权具有物上代位性，质权的效力当然也及于质押财产的代位物。质押期间，质押财产毁损、灭失或者被征收等，质权人可以就获得的保险金、赔偿金或者补偿金等优先受偿。被担保债权的履行期未届满的，也可以提存该保险金、赔偿金或者补偿金等。

动产质权对于质权人的效力主要体现在以下几个方面：第一，占有和留置质押财产的权利。质权人对质押财产的占有是合法的他主占有，在质权人的占有受到侵害时，可以依法提起占有恢复之诉。只要质权人未受完全清偿，质权人就有权拒绝出质人返还质押财产的请求。即使出质人将质押财产转让给第三人，质权人留置质押财产的权利也不受影响。第二，质押财产孳息收取权。质押财产孳息为质权效力所及。质权人有权收取质押财产的孳息并不是因为其已占有质押财产，而是因为有质权的存在。质权人收取由质押财产所生的孳息，并非取得孳息的所有权，而只是对孳息取得质权。第三，费用返还请求权。质押财产出质后仍由出质人享有所有权，质权人只是占有质押财产并负有妥善保管质押财产的义务。因此，质权人对于因保管质押财产所支出的必要费用有请求出质人予以偿还的权利。第四，转质权。质权人为担保自己或者他人的债务，有权以质押财产设定新的质权，称为转质。质权为财产权，质权人对质押财产的占有和收益享有利益，在合理的限度内，法律没有限制当事人利用和处分质权的必要。转质在性质上属于质权的再设定，只不过新设定的质权所支配的标的仍为原质权支配的标的，转质权是就质押财产取得更优先的支配力而已。转质有两种形式：一是承诺转质，即质权人征得出质人的同意而将质押财产转质于第三人的行为。此种情形下，质权人仅对因转质权人的过错而造成的损失承担责任，对质押财产转质后非因转质权人的过错而发生的损失，质权人不承担责任。二是责任转质，即质权人在质权存续期间，无须出质人同意而以自己的责任将质押财产转质于第三人的行为。在责任转质的情形下，质权人对质押财产转质后所发生的任何损失，包括因不可抗力而发生的损失，均应承担责任。我国《物权法》不承认责任转质。第五，物上代位权。质押财产毁损、灭失或被征收的，因此所得的保险金、赔偿金或者补偿金，应作为代位物为主债权继续提供担保；质押财产虽未灭失，但其价值有明显减少的可能，足以危害到质权人权利的，质权人可以要求出质人提供相应的担保，在出质人拒绝提供的情况下，质权人可以将质押财产变价，所得价金提存后，继续为主债权提供担保。第六，优先受偿权。质权人的优先受偿权主要表现在质权人较债务人的一般债权人即无质权担保的债权人优先受偿，在质押财产所有人破产

时，质权人享有别除权。第七，保管质押财产的义务。质权人在享有占有质押财产的权利的同时，也负有在占有期间妥善保管质押财产的义务。因质权人的保管不善致质押财产毁损、灭失的，质权人应当承担赔偿责任。第八，返还质押财产的义务。债务人履行债务或者出质人提前清偿所担保的债权的，质权人应当返还质押财产。

动产质权对于出质人的效力主要体现在以下几个方面：第一，质押财产的处分权。出质人虽将质押财产出质于质权人，并且移转占有于质权人，但并不丧失所有权，因此，出质人在法律上仍有权处分质押财产。但是，出质人转让质押财产时，不能于质权实现前现实交付，而只能采取指示交付的方式。因此，质权设定后，出质人对质押财产的处分权即受到一定的限制。第二，物上保证人的追偿权。为债务人质押担保的第三人在其代债务人清偿债务，或者因质权人行使质权致使其丧失质押财产的所有权时，出质人有权向债务人求偿。第三，质押财产受侵害时的救济权。在质权人不履行妥善保管质押财产的义务而侵害质押财产时，出质人有权请求排除侵害；在因质权人不能妥善保管可能使质押财产灭失或者毁损的情形下，出质人可请求质权人将质押财产提存，以排除侵害，质押财产的提存费用应由质权人承担。出质人也可以请求向债权人提前清偿债务而返还质押财产，以代替将质押财产提存。

4. 动产质权的实现

这是指质权人于其债权已届清偿期而未受偿或者发生当事人约定的实现质权的其他情形时，以质押财产的变价款受偿其债权。动产质权的实现方法有三种，即折价、拍卖、变卖。其中，折价是指债权已届清偿期而未受清偿或者发生当事人约定的实现质权的其他情形时，质权人与出质人订立协议，由质权人出价购买质押财产，取得质押财产的所有权以代替债务的履行。这种以折价而实现质权的方式，在性质上属于代物清偿。该折价协议须无害于其他债权人的利益，否则其他债权人可请求撤销质权人与出质人的折价协议；该折价协议还须于债权履行期届满后订立，而不得事先约定在债务履行期届满质权人未受清偿时，质押财产的所有权移转为质权人所有，否则将构成流质契约，因违反我国《物权法》第211条之规定而被认定为无效。

（三）权利质权

权利质权，是指以所有权、不动产用益权以外的可让与财产权为标的而设定的质权。在社会财富的类型逐渐由以有体财产为主转化为以权利为主的情况下，权利质权制度尤为重要。

1. 可以出质的权利

基于权利质权的物权性、担保物权性、质权性，可以出质的权利应当具备以下条件：第一，须为财产权；第二，须有让与性。不得让与的权利有：（1）根据权利的性质而不能让与的权利。包括基于权利义务关系人之间特殊的信任关系所生的权利、以特定身份为基础的权利、不作为的权利、从权利。（2）当事人约定不能让与的权利。（3）依法不能让与的权利。第三，须为适于设质的权利。财产权虽可以让与，但是其权利的行使被停止或质权人行使其权利不适当的，不可以设定权利质权。

根据《物权法》第223条的规定，可以作为权利质权的标的的权利具体有以下几种：（1）汇票、本票、支票；（2）债券、存款单；（3）仓单、提单；（4）可以转让的基金份额、股权；（5）可以转让的注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权；（6）应收账款；（7）法律、行政法规规定可以出质的其他财产权利，如《合伙企业法》规定，经其他合伙人同意，合伙企业的财产份额可以出质。

2. 票据质权

票据质权亦即票据法上所称票据（汇票、本票、支票）的质权，而不包括仓单、提单等的质权。票据质权是以票据权利为标的的质权，在性质上属于债权质权。以票据出质的，当事人应当订立书面合同，票据质权之设定以背书记载“质押”字样为必要。以票据出质，出质人与质权人没有背书记载“质押”字样，以票据出质对抗善意第三人的，人民法院不予支持。未背书的票据质押因不符合《票据法》的要求而不产生票据法上的效力。

票据质权设定后，质权人作为被背书人、持票人，已经取得完整的票据权利，但质权人尚不得真正行使票据权利，只有在主债务履行期届满主债权未获清偿或者发生当事人约定的实现质权的其他情形时，质权人才能行使票据权利：第一，行使付款请求权，并就所得款项优先受偿。付款请求权行使的对象包括汇票中的付款人、承兑人及其保证人、本票中的出票人及其保证人、支票中的付款人。如果票据主债务人将票款支付给质权人，票据质权即已消灭，但如票款超过了权利质押合同所约定的被担保债权的数额，超过部分应返还给出质人。当票据已经到期而其所担保的主债务尚未到期时，质权人也应有权兑付票款，并将票款提存，或与出质人协商以票款提前偿还主债务。第二，行使追索权，并就所得款项优先受偿。在质权人行使付款请求权而不能实现时，质权人在进行了行使或保全票据权利的行为后，即可向其前手追索。如经追索而获票款，则可优先满足自己的

债权。

3. 存单质权

存单，亦称存款单，是表明存款人与金融机构之间存在存款合同关系的凭证。存单在性质上属于证权证券，即证明存款人作为存款合同债权人的证书。该债权证书仅是证明事实，因此也只有证明效力，并不能用以表示某种权利的必然存在，债务人可以提供反证证明债权证书虽为债权人所持有，但该债权原本不存在或已经不存在。以存单出质，其性质上属于债权出质。

以存单出质的，应当在合同约定的期限内将权利凭证交付质权人。存单质权自权利凭证交付质权人时设立。以伪造、变造的虚假存单出质的，质押合同因标的虚假而为无效合同，质押合同为质权设定之基础，质押合同无效，依质押合同设定的质权自始无效。存单持有人以金融机构开具的、未有实际存款或与实际存款不符的存单进行质押，以骗取或占用他人财产的，该质押关系无效。利用存单骗取或占用他人财产的存单持有人对侵犯他人财产权承担赔偿责任，开具存单的金融机构因其过错致他人财产权受损，对所造成的损失承担连带赔偿责任。接受存单质权的人在审查存单的真实性时有重大过失的，开具存单的金融机构仅对所造成的损失承担补充赔偿责任。接受存单质权的人明知存单虚假而接受质押的，开具存单的金融机构不承担民事赔偿责任。

存单核押是质权人将存单质权的情况告知金融机构，并就存单的真实性向金融机构咨询，金融机构对存单的真实性予以确认并在存单上或以其他方式签章的行为。首先，存单核押具有存单出质通知的效力，该存款行对该存单出质的事实已经知悉，该存单已不能挂失，存单所载款项的支付即受限制；其次，存款行核押存单是其对存单的真实性的确认，因此，该存单无论实际存款情形如何，均应推定为具有完全权利内容的权利证书。以金融机构核押的存单出质的，即使存单系伪造、变造、虚开，质押合同均为有效。金融机构应当依法向质权人兑付存单所载的款项。

质权人的债权到期未受清偿或出现当事人约定的实现质权的其他情形时，质权人（债权人）可持质押担保合同，或者出质人自愿出质的证明文件，或者出质人申请的金融机构核押文书，或者人民法院确认债权人依法享有质权且已生效的判决书，凭质押存单，以质权人的身份，到存款行验质提款，实现质权。存款行出于保护储户利益的考虑，应对质权人提交的质押文书及存单进行审查，对依法不具有质押合同成立或生效条件的，存款行有权拒绝质权人（债权人）交单提款的要求。但不能以质权人不是存款权利人，不能单独取款为由而拒绝兑付，否则，

质权人可以向存款行提起给付之诉。质押存单期限先于主债务履行期限届满的，质权人可以提前兑现存单，并与出质人协议将兑现的价款提前清偿所担保的债权或向与出质人约定的第三人提存，质押合同另有约定的，从其约定。提存的具体办法由各当事人自行协商确定。

4. 股权质权

股权质权即出质人以其所拥有的股权作为质押财产而设立的质权。股权为股东享有的权利，其虽为社员权，但也具有财产价值，可以让与，所以，股权也可以设质，可为权利质权的标的。

以证券登记结算机构登记的股权出质的，质权自证券登记结算机构办理出质登记时设立。以其他股权出质的，质权自工商行政管理部门办理出质登记时设立。这里的“其他股权”，是指不在证券登记结算机构登记的股权，包括有限责任公司的股权、非公开发行的股东在200人以下的股份有限公司的股权等。值得注意的是，公司不得接受本公司的股票作为质权的标的。

外商投资企业的投资者以其拥有的股权设立质权，必须经其他各方投资者同意，并经审批机关同意。投资者用于出质的股权必须是已经实际缴付出资部分形成的股权，投资者不得质押未缴付出资部分的股权，除非外方投资者以其全部股权设立质权，外方投资者以股权出质的结果不能导致外方投资者的比例低于企业注册资本的25%。同时，投资者不得将其股权出质给本企业。

股权质权的实现，其结果是发生股权的转让，因此，出质股权的处分必须符合我国《公司法》关于股权转让的规定。对以股份有限公司股权出质的，应当在依法设立的证券交易场所或者按照国务院规定的其他方式进行转让。对以有限责任公司股权出质的，可以折价归质权人所有，也可以变卖或拍卖的方式转让给其他人，但公司其他股东在同等条件下有优先购买权。因股权质权的实现而使股权发生转让后，应进行股东名册的变更登记，否则该转让不发生对抗公司的效力。以外商投资企业投资者的股权出质的，质权实现时，如将出质股权转移为质权人或其他受益人所有的，企业应向批准设立该企业的审批机关报送下列文件：投资者股权变更申请书，企业原合同、章程及其修改协议，企业批准证书和营业执照复印件，企业投资者股权变更后的董事会成员名单，质权人或其他受益人获得原投资者股权的有效证明文件。审批机关根据上述文件和原出质审批文件以及有关法律、法规的规定进行审核。以外商投资企业中方投资者的股权出质的，其股权质权实现时，必须经国有资产评估机构进行价值评估，并经国有资产管理部门确认。

5. 知识产权质权

知识产权质权即以注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权利为标的而设定的质权。

以注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权出质的，当事人应当订立书面合同。质权自有关主管部门办理出质登记时设立。其中，注册商标专用权出质的登记机关是国家工商行政管理总局，国家工商行政管理总局商标局具体办理商标专用权出质登记；专利权出质的登记机关是国家知识产权局；著作权出质的登记机关是国家版权局。

知识产权中的财产权出质后，出质人不得转让或者许可他人使用，但经出质人与质权人协商同意的除外。出质人转让或者许可他人使用出质的知识产权中的财产权所得的价款，应当向质权人提前清偿债务或者提存。出质人未经质权人同意而转让或者许可他人使用已出质权利的，应当认定为无效，因此给质权人或者第三人造成损失的，由出质人承担民事责任。

6. 应收账款质权

应收账款是指权利人因提供一定的货物、服务或者设施而获得的要求义务人付款的权利，不包括因票据或者其他有价证券而产生的付款请求权，在性质上属于一般债权，包括尚未发生的将来债权，但仅限于金钱债权。这里的应收账款包括了公路、电网等收费权。

以应收账款出质的，当事人应当订立书面合同。质权自信贷征信机构办理出质登记时设立。目前，信贷征信机构是中国人民银行征信中心。

应收账款出质后，不得转让，但经出质人与质权人协商同意的除外。出质人转让应收账款所得的价款，应当向质权人提前清偿债务或者提存。这主要是为了保护质权人的利益，防止出质人随意处置应收账款，保证其所担保的债权的实现。

在应收账款的清偿期和质权所担保债权的清偿期同时到期的情况下，质权人可以直接向应收账款债务人请求给付。此时质权人行使直接收取权并非以出质人名义而是以自己的名义。在应收账款的清偿期先于质权所担保债权的清偿期的情况下，质权人的债权仅为一种期待权，应收账款债务人是否履行债务不得而知。质权人既不能要求应收账款债务人提前履行其债务，又不得直接实现质权。此时，质权人和出质人可以协商以出质人所收取的款项提前清偿被担保的主债权。如果出质人不同意提前清偿，质权人有权请求将收取的款项提存。应收账款的清偿期晚于质权所担保债权的清偿期的情况下，如应收账款债务人主动履行债务，则应收账款质权消灭；如应收账款债务人不主动履行债务，应收账款质权仍然存在，

但应收账款未届清偿期，应收账款债务人享有期限利益，质权人不得强迫其放弃期限利益而提前清偿债务。

四、留置权

（一）留置权概述

留置权，是指债务人不履行到期债务时，债权人所享有的留置其已经合法占有的债务人的动产，并就该动产优先受偿的权利。其中，债权人为留置权人，占有的动产为留置财产。

留置权是依法律规定直接产生的担保物权。不论债权人和债务人是否有约定，只要具备法定的条件，留置权当然产生。依照法律规定而产生的留置权，具有直接支配留置财产的效力，债务人不履行主给付义务时，债权人可以“留置”并依法变价留置财产，以对抗债务人的返还请求权及第三人对留置财产的权利主张。

留置权的效力具有双重性。留置权人在其债权未受清偿以前可以留置债务人的财产，剥夺其使用权，以造成债务人的心理压力，促使债务人履行债务。这是留置权的留置效力（权能），又称留置权的第一次效力，也是留置权的主要效力。在债务人超过一定的期限仍不履行债务时，债权人可以依法以留置财产折价或变卖、拍卖留置财产所得的价款优先受偿，这是留置权的变价与优先受偿效力（权能），又称留置权的第二次效力。

（二）留置权的成立

留置权为法定担保权，其成立基于法律的直接规定，当事人不得任意依约定创设留置权，但允许当事人以约定排除留置权的适用。

1. 留置财产的范围

留置财产仅限于动产，但并不仅限于债务人所有的动产。法律规定不得留置或当事人明确不得留置的动产不能作为留置财产。如果法律针对某一特定情形，明定“不得留置”，也有其政策考量，在此情形下不得留置。

2. 留置权的成立条件

第一，债权人已经合法占有债务人的动产。对债务人的动产，只有债权人取得事实上的管领、控制或支配力时，才能成立留置权。占有的方式，可以是直接占有，也可以是辅助占有和间接占有，但单纯的持有不是占有，不能成立留置权。第二，债权人占有的动产与债权属于同一法律关系，但企业之间留置的财产，可以不与债权属于同一法律关系。这里，“同一法律关系”应指同一个法律关系，而非同一种法律关系。第三，债务人不履行到期债务。留置权因债务人不履行债务

而发生，如果债权清偿期尚未届满，债务人仍处于自觉履行合同的状态中，债务人到期能否清偿债务还无法判断，因而留置权不能成立。债权人占有债务人的财产，若其债权未届清偿期而允许发生留置权，势必等于强制债务人提前清偿债务。这不仅不能实现留置权担保债权受偿的目的，而且易于诱发债权人滥用权利。只有在债权清偿期已届满，债务人仍不履行其债务时，债权人才可以将其合法占有的属于债务人的动产留置，即债权已届清偿期是留置权产生的条件。

（三）留置权的效力

1. 留置权对于留置权人的效力

第一，留置权人对留置财产的占有权。留置权人对留置财产有占有的权利，在其债权未受清偿前可以持续地占有留置财产，拒绝一切返还留置财产的请求。这是留置权的基本效力。留置权人在其债权受全部清偿前，可以就留置财产之全部行使留置权，此即留置权的不可分性。留置财产为可分物的，留置财产的价值应当相当于债务的金额。当留置财产为不可分物时，留置财产的价值可以不相当于债务金额。

第二，留置权人对留置财产孳息的收取权。留置权人占有留置财产期间，留置权人可以收取留置财产所生的孳息（包括天然孳息和法定孳息），以抵偿其债权。收取的孳息为金钱，可以直接充抵债务；如果是其他财产，留置权人则享有变价权，可以将其折价，优先受偿。留置财产孳息充抵债权清偿的顺序是先充抵收取孳息的费用，次及主债权利息，最后是主债权。

第三，留置权人对标的物的保管使用权。留置权为担保物权而非用益物权，留置权人原则上无权使用留置财产，然而出于保管和维持留置财产安全的需要，在必要时有一定的使用权。

第四，留置权人对留置财产的保管义务。具体内容包括：保障留置财产的安全、保障留置财产利益的收取、不为自己的利益利用留置财产。因保管不善致使留置财产毁损、灭失的，应当承担赔偿责任。

第五，留置权人有收取必要保管费用的权利。留置权人在留置期间对留置财产应妥善保管，由此而支出的保管、保养费以及其他必要的费用，留置权人有权请求债务人偿还，也可以作为债权从留置财产的变价款项中优先受偿。

第六，留置权人的优先受偿权。这是留置权效力的集中表现，是留置权人的最基本的权利，也是保障其债权的根本手段。留置权人的优先受偿权并不是债务履行期满即可行使，债务履行期满后一定宽限期的经过是留置权人行使优先受偿权的条件，这是留置权人的优先受偿权与抵押权人、质权人优先受偿权的区别之

所在。

第七，留置权人返还留置财产的义务。在留置权人对留置财产实行折价或变卖前，债务人履行了对留置权人的义务，或留置权因其他原因而消灭时，留置权人应将留置财产返还给债务人。如拒不返还，则为非法占有，应承担民事责任。在留置权人对留置财产实行折价或变卖后，以变价款抵偿债权后如有剩余，对剩余部分留置权人也应返还给留置财产所有人。

2. 留置权对债务人的效力

第一，债务人保有留置财产的所有权。留置权人留置财产，债务人并不因留置权的成立而丧失留置财产的所有权。债务人有权处分其所有物，或出卖，或赠与，均无不可，但留置权并不因此而受影响。

第二，债务人行使所有权受到限制。一般而言，债务人不仅自己不能对留置财产占有、使用和收益，而且也不能将留置财产用于设定质权和出租。

第三，债务人负有偿付必要费用的义务。留置财产被留置后，由于其所有权等权属并未发生变更，因而对于留置权人保管、维护留置财产的一切必要的费用，自然应由债务人承担。

（四）留置权的实现

留置权的成立，并不等于留置权的实现。留置权人实现留置权，必须依法定的条件、程序及方法进行。

1. 实现留置权的条件

第一，债权人持续地占有债务人的动产。留置权的发生和存续以留置权人占有留置财产为条件。留置权成立后，留置权人丧失对留置财产的持续占有，留置权均归于消灭。但因侵权行为致使留置权人暂时丧失留置财产，当债权人恢复占有而重新取得占有权的，不构成丧失占有，仍可实行留置权。这里所说的持续占有是指对留置财产的不间断地占有，不仅包括直接占有，也包括间接占有。第二，债务人在宽限期内仍未履行债务。债权人在行使留置权前，应当在宽限期内通知债务人履行债务。留置权人与债务人应当约定留置财产后的债务履行期间；没有约定或者约定不明确的，留置权人应当给债务人2个月以上履行债务的期间，但留置鲜活易腐等不易保管的动产除外。第三，不存在妨碍留置权实现的法定或约定情形。留置权人留置债务人的财产的权利行使应当符合法律规定及合同约定。留置权人留置债务人的财产如果违反了公共秩序或善良风俗，或者与债务人交付动产前或交付动产时所为的指示相抵触，或者违反债权人应承担的义务，即使债务人迟延履行义务，债权人也不得行使留置权。

2. 实现留置权的程序

第一，留置权人应对债务人发出履行债务的通知。在当事人已约定有宽限期的情况下，留置权人无须通知债务人履行债务。在当事人没有约定宽限期的情况下，债权人应向债务人发出通知，通知其在宽限期（不少于2个月）内履行债务。此通知具有催告的性质。通知的内容，一是已将合同标的物留置；二是告知债务人宽限期；三是催告债务人在宽限期内履行债务。债权人未经通知债务人上述内容，不得实现留置权。债务人在宽限期内仍不履行债务的，留置权人即可实行留置权。第二，折价或变卖、拍卖留置财产必须经过一定期间。与抵押权、质权不同，留置权人并不能在债务人于债务履行期限届满未履行债务时即实现留置权。留置权人在留置财产后须再经过一定期间，才可实现留置权。这里所说的一定期间，也就是给予债务人的履行债务的宽限期。债务人履行债务的宽限期，由当事人事先约定，如果未事先约定宽限期，则由债权人留置财产后自行确定，但留置权人确定的给予债务人的债务宽限期最短不得少于2个月。

3. 实现留置权的方法

留置权人实现留置权，主要有三种方法：其一，以留置财产折价；其二，拍卖留置财产；其三，变卖留置财产。

第八节 占 有

一、占有概述

（一）占有的概念和特征

占有在物权法上有两种含义：一是指所有权的占有、使用、收益、处分四项权能之一的占有权能；二是指作为一种民事主体对物进行控制的事实的占有，也就是我国《物权法》第五编专编规定的占有制度。此处所说的占有，即指占有人对物的事实上的控制和支配状态。占有的特征如下：

第一，占有的主体是实施占有的人。自然人、法人、非法人组织均无不可，且不限于物的所有人。由于占有是一种事实状态，因此，占有人不限于完全民事行为能力人，无民事行为能力人、限制民事行为能力人均可成为占有人。

第二，占有的客体是物。占有反映的是人对物的事实上的支配关系，因此，占有的客体仅限于物，包括动产和不动产。

第三，占有的内容是对物在事实上的控制和支配。占有是民事主体对物在事实上的控制和支配。控制是指物处于占有人的管理或影响之下，支配是指占有人能够对物加以一定的利用。对物的控制和支配必须是现实的、确定的，且须具备一定的外观，为外人所认识。① 至于占有是否存在权利基础、是否具有正当性均不影响占有的成立，对于偷来、抢来的物也不妨碍成立占有。

占有的成立除需具备上述“事实上的控制和支配”（体素）之外，占有人还需要具有占有的意思（心素）。所谓占有意思，是指占有人意识到自己正在占有某物，如果对自己占有某物毫无意识，或者意识到或者应当意识到是在为他人占有某物，则不具有占有意思，因此，无意识地占有物、占有辅助人的占有都不构成占有。

（二）占有与相关概念的比较

1. 占有与持有

持有是人对物的单纯的实际接触。关于占有和持有的区别，存在主观说与客观说的争论。这两种学说都承认占有需要有主观状态，但主观说认为占有必须具备体素与心素两个要件，即占有不仅要求形成对物事实上的控制，还要求主观上有据为己有的意思。只是对物具有事实上的控制而没有据为己有的心态，则只能成立持有。客观说则认为，占有并不需要有据为己有的意思，只需要有占有的意思即可，但是连占有的意思都不具备，则只能称为持有。大陆法系国家的民法大多采纳了客观说。② 因此，不具有占有意图的、纯粹的对物的事实控制就称为持有。

虽然我国《刑法》采用了“持有”的概念（如非法持有毒品罪），但在我国民事立法中却并未采纳“持有”的概念。持有与占有的不同主要表现在以下几个方面：第一，占有是民法上的一项重要制度，而持有仅是对事实状态的简单描述，不发生法律效力。第二，占有依抽象状态可以形成双重占有，即直接占有和间接占有，而持有只是一种实际控制状态，不存在双重状态。第三，占有的客体为流通物，不包括限制流通物和禁止流通物，而持有的客体可以为限制流通物和禁止流通物。第四，占有具有权利推定的效力，占有人在占有物上行使权利，推定其对占有物行使的权利合法，而持有则不发生此类效力。第五，占有依法定事实可以移转和继承，而持有则不能。

---

① 参见马俊驹、余延满：《民法原论》（第二版），法律出版社 2005 年版，第489 页。

② 参见史尚宽：《物权法论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 483 页。

2. 占有与占有权

占有是一种事实状态，但占有构成所有权或其他物权的外观，所以具有一定的效力，受到法律的保护。当民事主体对特定的物享有占有的事实状态时，民法承认民事主体对物享有占有权。因此，占有事实的存在与否，决定着占有权的取得与丧失。占有人的占有可能基于其所享有的本权，也可能并无本权支撑，但法律均赋予各种占有权以一定的法律效力，只不过是其效力强弱程度不同而已。如果占有人没有本权作为支撑，则其占有权不能对抗本权。

3. 占有与所有权的占有权能

所有权具有占有、使用、收益、处分四项权能。其中的占有权能与占有十分相似，两者都是权利主体对物的事实管理控制的状态。同时占有也具有保护所有权的功能，是所有权保护的第一道防线。如果占有背后的本权是所有权，那么此时的占有与占有权能就发生了重合。但是占有背后的本权不仅限于所有权，还包括其他物权和债权。而所有权中的占有权能也可以和所有权发生分离而让渡给他人行使，给他人创设占有权。因此，占有与占有权既相互区别又紧密联系。

二、占有的分类

（一）有权占有和无权占有

根据占有人是否具有本权，可将占有分为有权占有和无权占有。区分有权占有、无权占有的意义在于：

第一，有权占有除受占有制度的保护外，还受其他法律制度如所有权制度、他物权制度及合同法规定的保护；无权占有则只能根据其占有事实及状态受到占有制度的保护。我国《物权法》第241条规定："基于合同关系等产生的占有，有关不动产或者动产的使用、收益、违约责任等，按照合同约定；合同没有约定或者约定不明确的，依照有关法律规定。"

第二，有权占有人可以拒绝他人行使本权，但无权占有人遇到本权人请求返还占有物的，则负有返还义务。

第三，留置权的成立要求债权人事先已经取得对债务人动产的占有，此时的占有必须是有权占有，因侵权行为而占有他人之物的，占有人不得因此而取得留置权。

（二）善意占有与恶意占有

这是对无权占有的进一步分类。依照无权占有人主观心理状态上是否误信自

己有占有的权源，可分为善意占有与恶意占有。善意占有，是指误信自己具有占有的权源，且无怀疑而进行的占有；反之，明知无占有的权源，或对有无占有的权源有所怀疑而仍然进行的占有，是恶意占有。区分善意占有与恶意占有的意义在于两者受法律保护的程度不同：

第一，能否适用善意取得制度不同。善意占有能够依据善意取得制度而取得所有权或者他物权，恶意占有不能适用善意取得制度。

第二，对物的损害的赔偿责任不同。占有人因使用其所占有的不动产或者动产而造成财产损坏的，善意占有人无须承担赔偿责任，而恶意占有人则应承担赔偿责任。

第三，必要费用的返还不同。必要费用是为了维护占有财产的状态和价值所支付的有益费用。物权法规定，不动产或者动产被占有人占有的，权利人可以请求返还原物及其孳息，但应当支付善意占有人因维护该不动产或者动产支出的必要费用。

第四，占有物毁损灭失的赔偿责任不同。占有的不动产或者动产毁损、灭失，该不动产或者动产的权利人请求赔偿的，无论是善意占有还是恶意占有，占有人均应当将因毁损、灭失取得的保险金、赔偿金或者补偿金等返还给权利人；权利人的损害未得到足够弥补的，则只有恶意占有人还应当赔偿损失。

（三）直接占有与间接占有

根据占有人是否直接占有其物，可以将占有分为直接占有与间接占有。前者指在事实上对物的管理和控制；后者指对直接占有人享有返还请求权。间接占有人并不直接占有某物，但可以依据一定的法律关系而对直接占有某物的人享有返还占有请求权，所以对该物形成间接的控制和管理。由于间接占有是不对物进行实际控制的占有，所以属于观念上的占有。间接占有人也可以获得占有的保护。常见的如质权人、承租人、保管人、借用人等为直接占有人，相应的，出质人、出租人、寄存人、出借人等则为间接占有人。区分直接占有与间接占有的意义在于，直接占有可以独立存在，而间接占有不能独立存在，间接占有人与直接占有人之间必须存在一定的法律关系。间接占有人对直接占有人在该种法律关系终止后享有返还原物的请求权，而在此关系存续期间，间接占有人并不能享有此种请求权。

（四）自主占有与他主占有

根据占有人是否以所有的意思对占有物加以占有，可以将占有分为自主占有与他主占有。自主占有是指占有人基于将占有物据为己有的意思而对该物进行占

有。他主占有，是指占有人非以所有人的意思而进行占有，如承租人对标的物的占有。区分自主占有与他主占有的意义在于是否可依占有时效而取得所有权。占有人只有具有将财产据为己有的意思，才可依占有时效而取得所有权。由于我国《物权法》没有规定占有时效，所以在立法上也就没有区分自主占有与他主占有。

（五）自己占有与占有辅助

根据占有人是否亲自进行占有，可以将占有区分为自己占有与占有辅助。自己占有，是指占有人自己对物进行事实上的控制和支配；占有辅助，是指受占有人的指示而对物进行事实上的控制和支配。占有人与占有辅助人之间通常存在着某种关系，占有人有权指示占有辅助人从事某种占有物的行为，占有辅助人并不具有独立的占有意志。区分自己占有与占有辅助的意义在于确定真正的占有人：占有辅助人虽然事实上控制某物，但并不因此取得占有，而是以他人为占有人。占有辅助人不是占有人，所以不享有或承担基于占有而产生的权利和义务。

三、占有的取得与变更

（一）占有的取得

1. 占有的原始取得

占有的原始取得，是指不以他人的占有为根据而取得对物的占有，如遗失物的拾得、无主物的先占。占有的原始取得具有以下特征：

第一，占有的原始取得并非基于法律行为，而是基于事实行为、违法行为或者其他法律事实。因此，不要求占有人在取得占有时有民事行为能力。

第二，占有的原始取得，主要是指直接占有。

第三，占有的原始取得并不以取得人亲自进行为限，也可以指示辅助占有人代为进行。

第四，原始取得占有的标的物既可以是无主物，也可以是有主物；既可以是动产，也可以是不动产。

2. 占有的继受取得

占有的继受取得是指基于他人既存的占有而取得对物的占有。占有的继受取得可分为占有的创设取得和占有的移转取得。

占有的创设取得基于他人既存的占有再创设占有而取得，主要针对间接占有。占有的创设取得主要包括以下三种情形：一是直接占有人为自己创设间接占有。二

是直接占有人为他人创设间接占有。三是直接占有人将直接占有移转给他人，同时为另一人创设间接占有。①

占有的移转取得是指就他人既存的占有，不变更其原状而受让。占有的移转取得主要包括让与和继承两种情况。占有的让与即占有人以法律行为将其占有物交付他人，该他人因而取得占有。关于继承，我国《继承法》未明文规定占有也属于遗产，但占有对于占有人而言在法律上具有一定的利益，而且不具有专属性，因而可以成为继承的标的。

（二）占有的变更

占有的变更，是指占有从一种形态转向另一种形态。占有变更的情形主要有以下几种：

其一，有权占有变为无权占有。当占有人丧失其本权后仍进行占有的，则其有权占有变为无权占有。例如，承租人在租赁期限届满仍不向出租人返还租赁物时，其有权占有变为无权占有。当占有人的有权占有变更为无权占有时，物的所有权人有权行使返还请求权要求无权占有人返还原物。

其二，善意占有变为恶意占有。当无权占有人知道或者应当知道其占有没有合法根据之时，善意占有变为恶意占有。此外，依据传统民法，善意占有人在本权诉讼败诉时，自判决或仲裁裁决生效之日起，被视为恶意占有人。例如，甲认为其是某物的所有权人而对该物进行占有，当真正的所有权人乙提起诉讼要求返还原物而获得生效的胜诉判决时，甲从此时起被视为恶意占有人。

其三，他主占有变为自主占有。当他主占有人向使自己成为占有人的人表示了所有的意思时，他主占有成为自主占有。例如，承租人向出租人表示自己是租赁物的所有权人时，此时承租人所进行的他主占有变为自主占有。之所以要求他主占有人必须将其所有的意思加以表示，主要是为了保护他主占有人，使其取得占有的人的利益，以便使其能够及时行使权利防止占有人的时效取得。②

四、占有的效力

占有的效力，是指法律赋予占有以一定的法律效力。物权法之所以专门规定占有，是因为占有往往是所有权或他物权的外观表现。如果在任何交易中，交易双方都必须证明自己对财产的权利，则交易的成本必将过高。如果任何人都需要

---

① 参见温世扬：《物权法要义》，法律出版社 2007 年版，第 362 页。

② 参见王泽鉴：《民法物权 2：用益物权·占有》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 207 页。

证明自己对财产的权利之后，才能免受他人的侵害，在现实中也是不可能的。所以法律赋予占有一定的效力，通过保护占有事实的方式，提前保护占有背后可能存在的正当权利。学理上一般认为占有的效力主要包括权利推定效力和状态推定效力。

（一）占有的权利推定效力

占有的权利推定效力，是指法律基于占有人对物的占有事实，而推定其具有占有本权的效力。占有的权利推定，是占有的最主要的效力。

占有的权利推定效力体现在如下方面：

第一，受权利推定的占有人，免负举证责任，对其有无实质权利发生争议时，占有人可直接援用这一推定予以对抗。但若对方提出反证，占有人应承担推翻反证的举证责任。

第二，权利的推定，不仅占有人自己可以援用，第三人也可以援用。

第三，权利的推定，一般是为占有人的利益而设，但在特定情况下，对其产生不利益时，也可以援用。

第四，占有的权利推定效力是消极性的，占有人不得利用这种推定作为其行使权利的积极证明。换言之，占有的权利推定效力在于表彰权利的存在，而不具有使占有人确实地取得某项权利的作用。

物权法之所以承认恶意占有并且赋予其一定程度的保护而禁止他人的随意剥夺，是因为就动产而言，行为人对该动产的占有就构成了其对该动产享有正当权利的外观证据，对于不动产而言，行为人对不动产的居住、使用等行为，在他人查阅登记之前，同样是其享有正当权利有力的表面证据。至于占有人知道自己没有占有的正当权源则是一种主观心理状态，外人难以知晓，因此，对于占有人，民法首先推定其是有权占有，其次推定其为善意占有，只有在他人提出相反证据的情况下，才可以推翻这种推定，即“占有之为善意抑或恶意，系基于占有人之主观意思之知与不知，则殊难由外观证明，因而法律为保护占有人起见，对于占有则推定其为善意”①。这也体现了占有制度的维护社会秩序平和的主要功能。否则，任何人在提出确切证据之前，仅凭自己的感觉或单方面的主张，就可以随意认定他人的占有是无权占有、恶意占有，从而剥夺他人的占有，如此一来，社会秩序将会大乱，人们的财产权利也就不能得到保障。

---

① 郑玉波：《民法物权》，黄宗乐修订，三民书局股份有限公司2003年版，第409页。

（二）占有的状态推定效力

占有的状态推定效力，是指法律为了更好地保护占有人的利益，在无相反证据证明的情况下，推定占有人的占有是无瑕疵占有的规定。换言之，在没有他人举出有力的反证证明时，法律上推定占有人的占有为自主、善意、和平、公开占有；占有人主张继续占有的，只需证明前后两端为占有，即可推定其间为无间断的持续占有。

占有的状态不同，其效力也往往不一样。如果要求占有人对其占有属于何种状态一一予以证明，操作起来必将十分困难，不利于保护占有人的利益，为此法律承认占有的状态推定效力。占有状态的推定既然为推定，当然可以反证推翻，并且只有在有反证时才能被推翻。至于举证责任，则应由意图推翻无瑕疵占有之人承担。

五、占有的内容

占有人的权利与义务包括有权占有人的权利义务和无权占有人的权利义务。有权占有人通常可依其权利而不必借助占有进行自我保护，所以这里只涉及无权占有人的权利义务。

（一）占有人的权利

1. 对占有物的使用权和收益权

善意占有人因使用占有的不动产或者动产，致使该不动产或者动产受到损害的，其不负赔偿责任，但是恶意占有人应当承担赔偿责任。善意占有人在主观上没有过错，为保护善意占有人的利益，一般认为善意占有人对占有物享有使用权。如果善意占有人因使用占有物，致使占有物受到损害，该善意占有人无须承担损害赔偿责任。恶意占有人在法律上没有保护的必要，对占有物并不享有使用权。如果恶意占有人因使用占有物，致使占有物受到损害，该恶意占有人应承担赔偿责任。

《物权法》第243条规定："不动产或者动产被占有人占有的，权利人可以请求返还原物及其孳息，但应当支付善意占有人因维护该不动产或者动产支出的必要费用。"这就意味着善意占有人和恶意占有人都应当返还占有物及其孳息。

2. 费用偿还请求权

善意占有人对占有物所支出的必要费用，在返还原物时，有请求权利人偿还的权利。不动产或者动产被占有人占有的，权利人可以请求返还原物及其孳息，

但应当支付善意占有人因维护该不动产或者动产支出的必要费用。善意占有人只有在没有任何收益的情况下，才有权请求偿还。

（二）占有人的义务

1. 返还占有物的义务

无论是善意占有人还是恶意占有人，对于真正的权利人皆有返还占有物的义务：第一，只有无权占有人才负返还义务，有权占有人不负此义务。第二，无权占有人若属于善意占有人，同时又符合善意取得的构成要件，则也不负返还义务。换言之，只有恶意占有人和不符合善意取得要件的善意占有人才负返还义务。第三，善意占有人和恶意占有人返还占有物时须返还孳息。

2. 赔偿损失的义务

赔偿损失的义务是指无权占有人对于返还请求权人的因占有物毁损灭失所致损失的赔偿义务。当占有物因可归责于占有人的原因而毁损灭失时，占有人负有向权利人赔偿损失的责任。但这种赔偿因占有人的善意、恶意而不同：（1）善意占有人因为对于占有物行使的权利被推定为合法，当然不能预见到自己应负何种责任，这时如使善意占有人对占有物的全部损失负赔偿责任，未免失之过苛。因此，善意占有人仅在其因占有物的毁损灭失所得到的利益（保险金、赔偿金或者补偿金）范围内负赔偿责任。（2）恶意占有人的占有既无法律上的根据，又缺乏道德上的正当性，在法律上没有保护的必要，因此，《物权法》对于恶意占有人均规定了较重的责任。对于可归责于恶意占有人的占有物之毁损灭失，按侵权行为的原则处理，恶意占有人应负赔偿全部损害的责任。

当因不可归责于占有人的原因而致占有物毁损灭失时，善意占有人不负赔偿责任，而恶意占有人却有可能要负一定的赔偿责任。占有人因使用占有的不动产或者动产，致使该不动产或者动产受到损害的，恶意占有人应当承担赔偿责任。

六、占有的保护

占有虽然只是一种事实状态，而不是一项民事权利，但是，为维护社会财产秩序和生活秩序的稳定，法律对占有也同样给予保护。与对物权的保护可以分为自力救济和公力救济、物权法保护与债法保护一样，法律对占有的保护也可以分为自力救济和公力救济、物权法保护与债法保护。

（一）占有人的自力救济

占有人在其占有受到侵害时，如果侵害人没有比占有人更强的权利，则

占有人有权依其占有进行自力救济。对于占有人的自力救济，虽然《物权法》未设明文规定，但依据民法基本原理，应认为占有人可以依法进行自力救济。

占有人的自力救济包括自力防御和自力取回。占有人的自力防御，是指占有人对于侵夺或妨害其占有的行为，有权以自己的力量进行防御，以排除侵害。例如，房屋占有人在他人非法侵入其房屋时，有权将其驱逐。占有人的自力取回，是指占有人于占有物被侵夺时，有自行取回其物的权利。被侵夺之物如果是不动产，占有人有权即时排除侵害而取回；如果是动产，则可以就地或追踪向侵害人取回。

（二）占有保护请求权

占有保护请求权，是指占有的不动产或者动产被侵占的，占有人得以请求返还原物的权利，以及对妨害占有的行为、占有人得以请求排除妨害或者消除危险的权利。可见，占有保护请求权包括占有物返还请求权、排除妨害请求权、消除危险请求权三种。

1. 占有物返还请求权

占有物返还请求权，是指占有人在其占有物被他人侵夺以后，可依法请求侵占人返还占有物的权利。其构成要件是：第一，必须存在侵夺占有物的事实。所谓侵夺，是指占有人对占有物的控制被他人非法夺取，占有人丧失对物的控制和支配。例如，占有物被盗窃。侵夺占有物通常将导致占有人不能对其占有物行使占有权。第二，请求权人必须为占有人，包括直接占有人和间接占有人，占有辅助人一般不得行使该请求权。第三，必须针对侵占占有物的行为人提出该项请求。占有物返还请求权的实现将使占有人恢复对占有物的占有。

占有人的返还原物请求权，自侵占发生之日起1年内未行使的，该请求权消灭。该期间在性质上属于除斥期间。①

2. 排除妨害请求权

排除妨害请求权，是指占有人在其占有受到他人妨害时，有权请求他人除去妨害。其构成要件是：（1）必须存在妨害行为。妨害是指采用侵占以外的方法而妨碍占有人对占有物的控制和支配。（2）请求权人必须是占有人。（3）必须向妨害人提出请求。不管是对直接实施妨害行为的人，还是对间接造成他人占有妨害的人，占有人均可以向其提出请求。占有人请求妨害人排除妨害时，也有权请求

① 参见胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，法律出版社2007年版，第522页。

侵害人负担排除妨害的费用。

3. 消除危险请求权

消除危险请求权，是指占有人的占有有可能遭受他人的妨害时，占有人有权请求他人采取一定的措施以防止发生妨害占有的后果。占有人可否行使该项请求权，必须根据一般社会观念和当时周围环境加以判断，而不能根据占有人的主观臆断决定。例如，在他人房屋边挖洞确有可能危及他人房屋，在此情况下，占有人可行使该项请求权。

（三）损害赔偿请求权

占有的不动产或者动产被侵占并因侵占或者妨害造成损害的，占有人有权请求损害赔偿。如果占有人是基于物权而有权占有某物时，他人对该物加以侵占或妨害并造成损失时，该占有人不仅可以基于物权而行使物权请求权，还可以行使占有保护请求权，就所遭受的损害可以行使侵权损害赔偿请求权或违约损害赔偿请求权。但是，如果占有人是基于债权而占有某物，在他人对其占有物加以侵占或妨害时，该占有人则只能行使占有保护请求权。

七、占有的消灭

（一）直接占有的消灭

直接占有因占有人取得对占有物事实上的控制和支配而发生，也因占有人丧失对占有物事实上的控制和支配而消灭。对于占有物控制和支配的丧失的认定尚须结合具体事实，依法律规定及一般社会观念予以确认。

直接占有既可基于占有人的意思而消灭，也可能因占有人意志以外的原因而消灭，如占有物被盗、遗失、意外灭失等。

（二）间接占有的消灭

间接占有的消灭有如下原因：

第一，直接占有人丧失占有。直接占有是间接占有的基础，间接占有不能独立存在，如果直接占有人丧失占有，间接占有也随之消灭。

拓展阅读

占有

第二，直接占有人拒绝承认间接占有。直接占有人对间接占有人表示不承认其间接占有的地位，则间接占有归于消灭。

第三，返还请求权消灭。占有人在占有遭受侵夺以后，只要占有物本身没有丧失，占有人仍然享有占有返

还请求权，仍然有权请求返还占有。但是，自侵占发生之日起，如果经过了1年的诉讼时效仍然没有行使占有返还请求权的，则原占有人的占有就有可能归于消灭。

▶ 自测习题及参考答案



第四章　债与合同法

第一节　债的概述

一、债与债法的概念

民法上的债，是指特定当事人之间可以请求为或不为特定行为的法律关系。我国《民法通则》第84条对民法上的债作出了明确规定，即“债是按照合同的约定或者依照法律的规定，在当事人之间产生的特定的权利和义务关系，享有权利的人是债权人，负有义务的人是债务人。”作为一种法律关系，债的双方当事人都是特定的人，即债权人和债务人。债权人与债务人按照合同或者法律规定相互之间发生特别结合关系。当事人之间基于债的关系而产生的法律上的结合，只限于以给付为中心的债权债务关系，这种关系或直接表现为财产性质或者最终与财产有关。① 而且，与所有权具有永久性不同，债是有存续期限的法律关系。1987年1月1日起施行的我国《民法通则》在第五章“民事权利”规定了“债权”一节，我国民法理论在大陆法系传统“债”的概念的基础上建立了债的制度体系。2017年10月1日起施行的《民法总则》第五章“民事权利”部分对债权再次作出了提纲挈领的规定，为未来民法典中债法制度的完善奠定了基础。

债法是指调整债权债务关系的法律规范的总称。形式意义上的债法，是指有关债之关系的专门立法或民法典中的“债编”；实质意义上的债法，是指以债之关系为规范对象的所有法律规范，包括规范债之关系的单行法、有约束力的判例以及司法适用中的国际条约等。我国迄今未制定民法典或专门的统一债法，故我国不存在形式意义上的债法，但我国具有以《民法总则》为基础，以《合同法》《侵权责任法》和《担保法》等为重要组成部分的实质意义上的债法。

债法可从下列方面来理解：

1. 债法是财产法。债法调整的社会关系的范围极为广泛，无论是财产的交易、劳务的提供，还是损害的分配，多以债法予以规范。尽管债之关系非常复杂，其可基于合同、侵权行为、不当得利和无因管理等各种原因而发生，但债之关系最终都体现为一种财产利益的变动，故债法是财产法。

2. 债法是任意法。债是存在于特定当事人之间的财产关系，根据债的相对性

---

① 吴汉东、陈小君主编：《民法学》，法律出版社2013年版，第357页。

原理，其法律效果原则上仅及于债之关系的当事人，故在不违反法律法规的强制性规定和公序良俗的情况下，法律允许当事人自由约定债的具体类型和内容。因此，债法多为任意性规范，其中作为意定之债的合同之债的相关法律规范是典型的任意性规范，而法定之债尽管由法律直接规定构成要件及内容，从而具有一定的强行性，但债权人最终却可基于自由意志处分其债权。

3. 债法具有普遍性。债法是伴随近代市场经济的发展而日趋完善的，债法中最重要的合同制度与侵权责任制度为市场经济的发展提供了法制结构基础，并处理了由此产生的问题。① 与身份法、物权法不同，债法较少具有地方色彩和民族特色，随着社会经济愈加繁荣，财产流转更为频繁，故除不动产利用、农业劳动等方面仍深受各地区习惯影响外，各国（或地区）债法内容相互影响，从而出现了逐渐统一的国际趋势。

二、债法在民法中的地位

债法是民法的组成部分。民法是调整平等主体之间人身关系与财产关系的法律部门，其有人身关系法和财产关系法两个主要部分，债法和物权法同为财产关系法的重要支柱。物权法主要规范物的归属和利用关系，而无论是物的归属关系还是物的占有利用关系，都是静态的财产关系，物权法即以调整静态的财产关系为主。债法主要调整物的流通或交易关系，并建立财产与人身受到不法侵害时得以救济的规则，重点在于维护动态财产关系的安全。在工业未发达以前，民法以“土地”为财产之中心，而在工业发达之后，物权法被用以辅助债法且以债法来实现物权法中权利的经济价值。② 故在我国社会主义市场经济逐步完善的今天，虽然物权法仍具有重要地位，但债法较之于物权法之地位更显优越。

三、债权与债务

权利和义务是法律关系的内容，债之关系以债权人与债务人之间的权利义务即债权债务为内容。

（一）债权

债权是指债权人享有的以请求债务人为一定行为或者不为一定行为的权利。

---

① 王泽鉴：《债法原理：基本理论·债之发生》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 59—60 页。

② 林诚二：《民法债编总论——体系化解说（上）》，瑞兴图书股份有限公司 2000 年版，第 4 页。

1. 债权的法律特征

（1）债权为请求权。债权是债权人得请求债务人为特定行为的权利，在债务人作出给付之前，债权人既不能直接支配债务人应给付的标的物，也不能支配债务人的人身以强制其为给付，而只能通过请求债务人履行债务以实现其利益。在民法概念体系中，债权与请求权不能完全等同：一方面，请求权除债权请求权外，还包括物权请求权、知识产权请求权等；另一方面，请求权只是债权的权能之一，债权还包括其他类型的权能，如债权人代位权、债权人撤销权等。

（2）债权为相对权。债权的效力范围仅及于债务人，故债权人只能向债务人主张权利，请求其履行债务，除法律有规定外，即使因第三人的原因导致债权不能实现，债权人也不能基于债之关系向第三人主张权利。在现代民法中，作为相对权的债权同样受法律保护，任何人均不得侵害债权，否则应承担侵权的民事责任。

（3）债权具有非排他性。债权人只能向债务人提出给付的请求，而不能直接支配债务人应交付的标的物或者债务人的行为，因此，以同一给付为标的可以成立数个内容相同的债权，而各债权相互之间不会发生权利上的冲突。在此种情形下，虽然可能只有一个债权最终得以实现，但其他债权仍然有效，其转变为债务不履行的责任。

（4）债权具有平等性。同一债务人先后发生数个债权时，无论这些债权成立时间的先后，其效力一律平等。某债权人先申请强制执行以实现债权时，其他债权人享有的债权即使发生在前，也只能就债务人的剩余财产受偿。如果债务人陷入破产，数个债权人则根据债权数额的比例接受清偿。

2. 债权的权能

债权具有四项权能：其一，请求权能。请求权能是债权的请求力的体现，债权人可以直接请求债务人履行债务，也可以以诉讼方式借助于国家强制力来实现其请求。其二，保持受领权能。债务人履行债务或受强制执行而提出给付时，债权人有权接受并保持因此而获得的利益。债权的存在构成债权人受领债务人给付的合法原因。其三，保全权能。当债务人的某些行为害及债权时，债权人可以代债务人之位向第三人行使债务人的权利，或者请求撤销债务人与第三人之间的法律行为。债权人享有的保全债权的权能是对债的相对性原理的法定突破。其四，处分权能。广义上的债权的实现包括对债权的处分。债权人可以抵销、免除、让与债权和设定债权质权等。上述权能齐备的债权为完全债

权，如果债权欠缺某项权能则为不完全债权。不过，债权不得欠缺保持受领权能，否则，便不再是债权。

（二）债务

债务是指债务人依照约定或法律规定向债权人给付的义务。债务与债权相对应，其内容包括作为和不作为。债务具有如下法律特征：

1. 债务具有特定性。在任何债之关系中，债务人是特定的，债务的内容也是特定的。债务的内容或者依照当事人的协商确定，或者依法律规定确定。每一个具体的债务均有明确的标的及其数量、质量和履行期限、履行地点等。依法成立的债务非依法律规定或经当事人协商不得随意变更。

2. 债务具有期限性。任何债务都有确定或可确定的期限；如果允许设立无期限的永久性债务，将会使债务人的人身或者交易自由受到限制；这与现代民法的自由原则相背离而不得允许。

3. 债务的履行具有强制性。从本质上来说，债务是债务人应承担的不利益，如果债务人不履行债务，债权人有权通过追究债务人的民事责任满足其利益。责任是债务人履行债务的一种担保，如债务人不履行其应承担的债务，债权人得通过法律的强制作用获得保护。① 无责任的债务无法律约束力。

债务有给付义务与附随义务之分，而给付义务又分为主给付义务与从给付义务。所谓主给付义务，是指债之关系中所固有的、必备的用以决定债的类型的基本义务。在双务合同中，主给付义务构成对待给付义务。所谓从给付义务，是指辅助主给付义务的功能实现的义务。虽然从给付义务不决定债的类型，但可以确保债权人的利益获得最大的满足。从给付义务的发生原因有三：其一，基于法律的明文规定；其二，基于当事人的约定；其三，基于诚实信用原则及补充的合同解释。② 所谓附随义务，是指给付义务以外的，以诚实信用原则为依据而产生的协助、保护、照顾、保密等义务。附随义务种类繁多，其主要有两个方面的功能：一是辅助功能，即促进实现主给付义务，使债权人的给付利益获得最大可能的满足；二是保护功能，即维护对方当事人的人身或财产上的利益。③ 此外，在债之关系中还有“不真正义务”。不真正义务并没有一个与之相对应的权利，故该义务不可能被请求履行，当事人不履行不真正义务将承担法律上的不利后果。《合同法》

① 林诚二：《民法理论与问题研究》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 233—235 页。

② 王泽鉴：《债法原理：基本理论·债之发生》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 36—37 页。

③ 王泽鉴：《债法原理：基本理论·债之发生》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 41 页。

第119条规定的防止损失扩大的义务即不真正义务。

第二节 债的发生原因

债的发生原因，即债的发生根据，是指在特定当事人之间引起债之关系产生的法律事实。导致债之关系发生的法律事实既可以是行为，也可以是事件，其中行为包括表示行为和非表示行为（事实行为）。

关于债的发生原因，各国法律的规定并不相同。现代大陆法系国家中债的发生原因主要有合同、侵权行为、不当得利、无因管理、缔约过失以及法律规定的能够在当事人之间导致债关系产生的其他事由。英美法系没有严格的债法体系，其通常把债法划分为合同法、侵权法、返还法三个相对独立的部分。我国《民法总则》确立的债法体系基本遵循了大陆法系的债的发生原因体系。

一、合同

合同是平等主体之间设立、变更、终止除婚姻、收养、监护等有关身份关系之外的民事权利义务关系的协议。合同是引起债之关系产生的最常见、最重要的原因。

二、侵权行为

侵权行为是指侵害他人的民事权益，依法应当承担民事责任的行为。在民事活动中，民事主体的合法权益受法律保护，没有合法依据，任何人均不得损害他人的民事权益。在多数情况下，侵权行为都是由行为人以积极的加害行为侵害他人的民事权益构成，但在行为人负有积极保护他人的义务的情况下，其不作为也将构成侵权行为。基于侵权行为而产生的债被称为侵权之债，这是一种典型的法定之债。

三、不当得利

不当得利是指没有法律根据，取得不当利益，造成他人损失的事实。不当得利的事实发生后，没有合法根据取得利益的一方应当将该不当利益返还给受损失的一方，此即为不当得利之债。其中，没有合法根据取得不当利益的一方为受益人，是不当得利之债的债务人，负有向对方返还不当利益的义务；受有损失的一方为受损人，是不当得利之债的债权人，享有请求受益人返还不当利益的权利。

我国《民法总则》第122条规定："因他人没有法律根据，取得不当利益，受损失的人有权请求其返还不当利益。"这便是不当得利制度的规定。

不当得利之债的发生是基于法律的直接规定，与当事人意志无关，只要存在没有合法根据取得不当利益、造成他人损失的事实，则产生不当得利之债，故不当得利在性质上属于事件。不当得利之债的规范目的是为了依据衡平原则确保在财产变动过程中受益人具有保持所受利益的正当性，其功能在于矫正欠缺法律关系的财产移转和保护财产的归属。① 根据不当得利之债的发生是否基于给付行为，可以将不当得利区分为因给付而发生的不当得利和基于给付以外的事实而发生的不当得利两种类型。由于不当得利之债仅是要剥夺受益人无法律上的原因而受的利益，不是为了赔偿受损人所受的损害，所以，受益人是否具有故意或过失，其行为是否具有违法性，都不应被考虑②在不当得利之债中。受益人返还的不当利益的范围依其取得利益是否善意而不同：（1）受益人为善意，即受益人在取得利益时不知道其取得利益无合法根据的，则受益人以现存利益为限负返还义务；取得的利益已不存在的，受益人不负返还义务。（2）受益人为恶意，即受益人取得利益时知道其取得利益无合法根据的，则受益人应返还取得之全部利益，即使取得的利益已不存在，受益人仍负有返还义务。（3）受益人取得利益时为善意而嗣后为恶意的，受益人返还的利益范围以恶意开始时尚存的利益为准。

四、无因管理

无因管理是指没有法定的或约定的义务，为他人管理事务的行为。管理他人事务或为他人提供服务的人，为管理人；接受事务管理或服务的人，为本人。因本人一般会从管理人提供的管理或服务中收益，故又被称为受益人。我国《民法总则》第121条明确规定了无因管理制度，该条规定："没有法定的或者约定的义务，为避免他人利益受损失而进行管理的人，有权请求受益人偿还由此支出的必要费用。"

无因管理发生后，在管理人与本人之间产生无因管理之债，其中管理人有权要求本人偿付其管理事务或提供服务而支出的必要费用，本人则负有偿付该项费用的义务。

作为引起债发生的法律事实，无因管理与人的意志有关，其属于行为而非事

① 王泽鉴：《债法原理：不当得利》，中国政法大学出版社2002年版，第3页。
② 王泽鉴：《债法原理：不当得利》，中国政法大学出版社2002年版，第4页。

件。不过，在无因管理之债中，尽管管理人为管理行为需要有管理意思，即为他人谋利益的意思，但该意思并不以设立民事法律关系为目的，而且管理行为不以管理人的意思表示为要素，故无因管理是事实行为，而非法律行为。

在无因管理之债中，自管理开始，管理人应当以符合本人意思且有利于本人的方法进行管理。同时，在能够通知且有必要通知时，管理人应及时将开始管理的事实通知本人。在管理终止后，管理人需将管理事务获得的各种利益移交给本人。无因管理行为以管理人没有法定的或约定的义务为前提，但在管理过程中，本人对管理人的管理行为予以追认的，则无因管理之债转化为委托合同关系。

五、缔约过失

缔约过失，是指当事人在订立合同的过程中违反先合同义务的行为。在合同订立过程中，一方因违背其依据诚实信用原则和法律规定的义务致另一方的信赖利益的损失时所应承担的损害赔偿责任。我国《合同法》第42条、第43条专门规定了缔约过失责任制度。因此，缔约过失也是我国法律制度中重要的债的发生原因。

第三节 债的分类

一、法定之债与意定之债

按照债的设定方式以及债的内容是否依据当事人的自由意志确定，可以将债分为法定之债和意定之债。

法定之债，是指债的发生以及债的内容均由法律予以确定的债。法定之债包括侵权行为之债、不当得利之债、无因管理之债等，其特点在于发生与否非基于当事人自由意志，而是由法律直接规定。法定之债设定的理由在于，当法律特别规定的事由出现时，为了维护社会的平和稳定，实现社会的公平正义，直接确认在当事人之间发生债的关系，以平衡当事人之间的利益关系。①

意定之债，是指债的发生以及债的内容均依据当事人自由意志而发生的债。意定之债包括合同之债和单方允诺之债。根据意思自治原则，只要不违反法律、行政法规的强制性规定及公序良俗，当事人可自由设定债之关系，并确定债的性质、内容、履行方式以及不履行债务时应承担的责任等，法律对当事人的自主意

① 杨立新：《债法》，中国人民大学出版社2014年版，第33页。

愿予以确认并保护。意定之债在法律上的规定以任意性规范为主，当事人可通过自主意愿排除其适用。

二、主债与从债

按照两个相互关联的债之间的依存关系，可以将债分为主债和从债。

主债，是指在两个具有相互关联的债中居于主导地位，不依存于其他债的存在为前提而存在的债。从债，是指在两个具有相互关联的债中以主债的存在为前提而存在的债。例如，借款合同之债为主债，为担保借款人履行偿还义务的保证之债为从债。主债与从债是相对而言的，虽然两者之间因基于法律的直接规定或基于当事人的约定而具有主从关系，但两者却均各自独立存在。

区分主债与从债是为了明确两者在效力上的依存关系：主债是从债的发生依据，主债不成立，从债也不成立；从债的效力依附于主债，主债无效，从债也无效；主债因清偿、抵销、免除、混同等原因消灭的，从债也随之消灭。但从债不成立、无效或被撤销的，主债的效力不因此受到牵连。

三、特定之债与种类之债

按照债的给付标的物在债成立时是否特定，可以将债分为特定之债与种类之债。

特定之债，是指在债成立时，给付标的物就已经确立的债。特定之债一经成立就对当事人产生效力，债的标的物便不能为其他物所替代。特定之债有如下特点：(1) 债权人只能请求债务人交付特定的标的物，债务人负有交付特定的标的物的义务。(2) 特定之债的标的物灭失则发生履行不能的后果，如果不可归责于债务人，则债务人的给付义务消灭；如果标的物的灭失可归责于债务人，则债务人须承担违约责任。(3) 在移转标的物的所有权的特定之债中，当事人约定债成立时标的物的所有权移转于债权人的，即使债务人未实际交付标的物，该标的物的所有权也移转给债权人，标的物意外毁损灭失的风险亦自债成立时由债权人承担。

种类之债，是指在债成立时，以未加以特定的种类物为给付标的物的债。种类之债的标的物具有可替代性。种类之债有如下特点：(1) 种类之债的标的物只有在特定之后才能履行，特定的方式可以是债务人交付标的物的行为，也可以是当事人之间的约定。种类之债的标的物特定化后，原则上债务人不得进行更换。(2) 在移转标的物的所有权的种类之债中，除法律有特别规定或者当事人有约定

外，标的物的所有权自交付时起转移，交付之前标的物毁损灭失的风险由债务人承担。(3) 除该类型的种类物全部灭失，种类之债不因标的物毁损灭失发生履行不能，债务人不履行债务的，债权人仍可请求实际履行。

四、简单之债与选择之债

按照债的标的能否选择，可以将债分为简单之债与选择之债。

简单之债，又称单一之债，是指债的标的只有一个，债权人只能请求债务人给付该项标的且债务人也只能给付该标的，双方当事人均不得选择的债。

选择之债，是指债成立时有数个给付标的，当事人在履行时可选择其中一个标的进行给付的债。只有在债的给付标的为两个以上时，方构成选择之债。在履行债务之前，选择之债的给付标的必须特定，即通过在数种给付标的中选定一种而将选择之债转变为简单之债，否则无法履行。选择之债标的特定的方法主要有三种：一是在履行时由当事人合意选定一种标的作为给付标的；二是通过有选择权的当事人行使选择权予以特定；三是发生事实上的特定，即因其他标的发生履行不能而只剩下一种可给付的标的。[①] 通过当事人行使选择权使选择之债的给付标的特定是最常见的方法，该选择权在性质上属于形成权，选择权行使后不得撤回，其效力溯及债之发生时。除法律有特别规定或当事人有约定外，选择权一般属于债务人。

区分简单之债与选择之债有如下意义：(1) 简单之债的给付标的是特定的一种，当事人只能给付约定的标的，不能以其他标的替代；选择之债的给付标的有两种以上，须以一定方法特定使之转化为简单之债后才能履行。(2) 简单之债的给付标的无法履行时发生履行不能；选择之债的给付标的只有在均无法履行时才发生履行不能，如果仅某项给付标的不能履行，债之关系在其他给付标的上续存。

五、按份之债与连带之债

债的一方当事人或双方当事人为两人以上的债为多数人之债。按照债的多数主体之间的权利义务关系，可以将多数人之债分为按份之债与连带之债。

按份之债，是指债的一方当事人为多数人，多数人一方的当事人各自按照一定的份额享有权利和承担义务的债。债权人为多数且每个债权人按照各自的份额享有债权的，称为按份债权；债务人为多数且每个债务人按照各自的份额承担债

① 张广兴：《债法总论》，法律出版社 1997 年版，第 135 页。

务的，称为按份债务。

连带之债，是指债的一方当事人为多数人，多数人一方的当事人都有权请求对方履行全部债务或都有义务向对方履行全部债务的债。多数人享有同一债权且每个债权人均可请求债务人履行全部债务的为连带债权；多数人负有同一债务且每个债务人均有义务对债权人履行全部债务的为连带债务。

区分按份之债与连带之债的主要意义在于：二者发生的效力不同。在多数人之债中，当事人之间的法律关系区分为对外效力和对内效力。对外效力是指在债权人与债务人之间发生权利义务关系；对内效力是指在多数的债权人或多数的债务人相互之间发生权利义务关系。按份之债只发生对外效力，一般不发生对内效力。在按份之债中，各债权人的债权或债务人的债务都是独立的，按份债权人在自己享有的债权份额得到清偿或按份债务人履行了自己承担的债务份额后，即退出债之关系。连带之债既发生对外效力，也发生对内效力。在连带之债中，每个连带债权人都有请求债务人履行全部债务的权利，每个连带债务人都有履行全部给付的义务，在连带债权人中一人受领全部给付或连带债务人中的一人履行了全部债务后，连带之债归于消灭，此时连带之债在连带债权人或连带债务人之间转化为新的按份之债。

六、可分之债与不可分之债

按照债的给付是否能够分割为标准，可以将多数人之债分为可分之债与不可分之债。

可分之债，是指在债之关系中，给付标的可以分割的债。数个债权人分享同一可分给付的债权称为可分债权；数个债务人分担同一可分给付的债务称为可分债务。可分之债能够形成按份之债，并能够进行部分免除、抵销等。

不可分之债，是指在债之关系中，给付标的不能分割的债。其中，数人享有债权的为不可分债权；数人承担债务的为不可分债务。不可分之债既可以是依照给付的性质不可分而产生，也可以是给付性质上可分，但依照当事人的意思不可分而产生。在不可分债权中，每一债权人均有权请求债务人向全体债权人履行债务，且债务人只能向全体债权人履行债务，不得向部分债权人进行给付。在不可分债务中，因给付无法分割，债务人不得不负担全部的给付，故原则上适用连带债务的规定。

七、货币之债与利息之债

按照作为债的给付标的之金钱的不同作用，可以将债分为货币之债与利息

之债。

货币之债，又称金钱之债，是指以支付一定数额的货币为标的的债。这在现实生活中是最为常见的债的类型。货币之债可分为金额货币之债、特定货币之债和特种货币之债。金额货币之债是以一定金额的通用货币为给付标的的债。在金额货币之债中，当事人只注重货币的金额，债务人可自由选择何种类型的通用货币支付。货币特定化的最常见方式是“封金”，《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》（以下简称《担保法解释》）第85条对封金作出了规定。特种货币之债是以支付一定金额的特种货币为标的的债。学理上又分为绝对特种货币之债和相对特种货币之债。债务人不以约定的特种货币给付将无法达成债的目的的为绝对特种货币之债；当事人以取得一定金额为目的，附随约定以特种货币为给付标的的为相对特种货币之债。① 由于货币是一般等价物，故货币之债不发生履行不能；货币之债的债务人在履行迟延时，无论对迟延有无过错均应承担债务不履行的责任；货币之债的债务人不得因不可抗力的发生而免责。

利息之债，是指以给付一定利息为标的的债。利息是原物的一种法定孳息，故利息之债以本金之债的存在为前提，故相对于本金之债，利息之债为从债。利息可以分为法定利息与约定利息。法定利息由法律直接规定，约定利息依当事人的约定而发生。根据我国法律规定，办理贷款业务的金融机构贷款的利率，应当按照中国人民银行规定的贷款利率的上下限确定；自然人之间的借款合同约定支付利息的，借款的利率不得违反国家有关限制借款利率的规定。

第四节 债的履行

一、概述

债的履行，是指债务人按照合同的约定或依照法律规定履行义务，使债权人的债权得到完全实现的行为。债的履行是债之关系的双方当事人相互配合实现债的目的的动态过程，是债的最主要的效力。

债的履行是债务人所为的特定行为，债务人为该特定行为即为给付，但履行与给付存在区别。给付是债的标的，具有抽象的、静态的意义；履行则是债务人履行给付义务的行为，也就是债务人实施债的内容所要求的特定行为，具有具体

① 黄立：《民法债编总论》，中国政法大学出版社2002年版，第351页。

的、动态的意义。依现代债法的要求，债务人不仅要履行主给付义务，而且还应履行从给付义务以及附随义务，以帮助债权人完全实现其利益。

二、债的履行原则

债的履行原则是当事人在履行债务时应当遵循的基本准则。债的履行除应当遵循民法的基本原则外，还应当遵循以下仅适用于债的履行的基本原则。

（一）适当履行原则

适当履行原则，又称全面履行原则，是指当事人按照法律规定或合同约定由适当的主体在适当的履行期限、适当的地点，以适当的履行方式，全面履行债务的原则。《合同法》第60条第1款对该原则作出了规定。

适当履行要求当事人必须实际履行，即在履行中应交付标的物或提供服务，而且还要求交付的标的物或提供的服务符合法律的规定和合同的约定。可见，适当履行必然是实际履行，但实际履行却未必符合适当履行的要求。

（二）协作履行原则

协作履行原则，是指当事人应根据诚实信用原则的要求协助对方当事人履行债务的原则。《合同法》第60条第2款的规定即该原则的体现。债的履行不仅涉及债务人的履行行为，而且需要债权人积极配合，否则，债的内容将难以实现。协作履行原则是诚实信用原则在债的履行方面的具体化。

一般认为，协作履行原则包括以下内容：（1）债务人提出适当的履行请求时，债权人应当及时受领给付，无正当理由不得拒绝。（2）债务人履行债务时，债权人应当创造必要的条件，方便债务人履行债务。（3）债务人因故不履行或不能履行债务时，债权人应当积极采取措施，避免损失或防止损失的扩大。协作履行原则不漠视双方当事人各自独立的利益，以协作履行为由减轻债务人应承担的义务或加重债权人负担的，均与协作履行原则相违背。

（三）情事变更原则

情事变更原则，是指在合同依法成立后，因不可归责于双方当事人的原因致使构成合同基础的情事发生了不可预见的变更，若继续维持合同的原有效力则显失公平，而允许变更或解除合同的原则。《合同法司法解释二》第26条明确规定了该原则。情事变更原则实质上是诚实信用原则在债的履行中的具体运用，目的在于消除合同因情事变更致使合同基础丧失所产生的不公平后果。

情事变更原则的适用，应当符合以下条件：（1）须有情事变更的事实。所谓情事，是指作为合同成立基础或环境的一般客观情况，如政治、经济和社会形势，

包括物价、行政管理措施等。所谓的变更就是上述客观情况发生了重大变化。具体判断是否构成情事变更，应以是否导致合同基础丧失、是否致使合同落空、是否造成对价关系障碍作为判断标准。[①]（2）情事变更须发生在合同成立之后，履行完毕之前。如果合同订立之前或合同订立时发生情事变更，则该合同便是以已经变化的客观情况为基础的，故当事人不得主张情事变更；如果情事变更发生于合同履行完毕之后，则因合同关系已经消灭，从而使得情事变化与合同关系无关。（3）情事变更的发生须不可归责于当事人。若客观情况的重大变化可归责于当事人，则其应承担风险或违约责任，此时不适用情事变更原则。（4）情事变更须是当事人不可预见的。若当事人在订立合同时能够预见情事变更，则表明当事人愿意承担该风险，此时当事人不得主张情事变更。（5）须情事变更后继续履行合同对于一方当事人显失公平或不能实现合同目的。合同继续履行显失公平或不能实现合同目的包括履行特别困难、债权人受领严重不足、履行对债权人无利益等。如果客观情况的重大变化没有造成当事人之间的利益失衡，不能适用情事变更原则。

三、债的履行规则

债的履行规则是指在债的履行过程中需要遵守的具体规范。与债的履行原则可以适用于整个履行过程不同，债的履行规则只适用于履行过程中的某些特殊场合。债的履行规则包括一般规则和补充性规则。

（一）债的履行的一般规则

1. 履行主体

债的履行主体，是指履行债务和接受履行的人。在一般情况下，债是由债务人向债权人履行的特定行为，故债务人和债权人均为债的履行主体。

债务人的履行行为为事实行为时，不要求债务人有民事行为能力；债务人的履行行为为法律行为时，则债务人须具有相应的民事行为能力。如果债务人以转移财产权利进行履行的，需要对财产享有处分权。除法律规定、当事人约定或性质上必须由债务人亲自履行的债务以外，在履行行为是法律行为时，债务可由债务人的代理人履行。

履行债务只有在债权人受领时才能顺利完成，但在下列情形下，债权人无权受领：（1）债权人的债权被强制执行而禁止向债权人履行的；（2）债权人受破产

---

① 梁慧星：《中国民法经济法诸问题》，法律出版社 1991 年版，第 226 页。

宣告的；（3）履行行为为法律行为而债权人欠缺相应的民事行为能力的。债权人的代理人有权代为受领履行。持有债权人签名的收据的人、有足以使他人认定其为真实的债权人表征的债权准占有人，也可以受领履行。

在第三人代替债务人履行和第三人代替债权人受领履行时，第三人也为履行主体，但其却不是债的当事人，因此，作为债的当事人的债务人或债权人应当承担第三人履行债务或受领履行的后果。

2. 履行标的

履行标的，是指债务人应当给付的内容，包括交付标的物、移转权利、提供劳务、完成工作等。债的履行标的应当具体确定。

履行必须依债的本质进行，无论是在数量上还是质量上不符合事先确定的标的的要求而提出履行的，都不是适当履行，不发生清偿的效果。为了避免僵化适用上述规则在债的履行中产生不妥当的结果，我国法律依诚实信用原则对其作出了适当调整：（1）债权人可以拒绝债务人部分履行债务，但部分履行不损害债权人利益的除外。（2）债务人暂时无力偿还债务的，经人民法院裁决，可以由债务人分期偿还。

3. 履行地点

履行地点，是指债务人应当为履行行为的地点。履行地点应依法律的规定或当事人的约定而确定。一旦确定债的履行地点，债务人应在履行地点进行履行，债权人也应在履行地点受领履行。在其他地点履行债务的，不发生债的消灭的效力。

当事人一方为数人时，可以各自约定不同的履行地点。同一合同中的数个给付可以约定不同的履行地点，尤其是双务合同中的两个债务，可以在两个地点履行。对于一个债务也可以约定数个履行地点供当事人选择。在法律对履行地点有特别规定时，应依其规定。

4. 履行期限

履行期限，是指债务人应履行债务和债权人受领履行的时间。债的履行期限应根据法律的规定或当事人的约定确定，债务人可以在履行期限届满或该期限内的任何时候履行债务。当事人互负债务，没有先后履行顺序的，应当同时履行。

履行期限有为债务人利益的，有为债权人利益的，也有为双方当事人利益的，但如履行期限不是为债权人或者双方当事人的利益时，该期限推定为有利于债务人。原则上债权人不得在履行期限届满之前请求债务人履行债务。除法律、法规另有规定或者根据债的性质不宜提前履行的以外，通常债务人有权提前履行债务。

《合同法》第71条第1款明确规定，债务人提前履行不损害债权人利益时，债权人不得拒绝债务人提前履行债务。

5. 履行方式

履行方式，是指债务人履行债务的方法，如标的物的交付方法、工作成果的完成方法、运输方法、价款或者报酬的支付方法。履行方式与当事人的利益有密切关系，履行方式不符合要求的，有可能造成标的物缺陷、费用增加、迟延履行等后果。① 因此，债的履行方式有明确要求的，当事人应当按照确定的方式履行。

6. 履行费用

履行费用，是指履行债务的必要费用。在通常情况下，履行费用包括运送费、包装费、登记费、通知费、汇费邮资等，但不含债的标的物本身的价值。债的履行费用应由约定的当事人负担。债务人提前履行债务或部分履行债务给债权人增加的费用，由债务人负担。

（二）债的履行的补充性规则

在债的履行中，当事人对债的标的的质量、价款或者报酬、履行地点、履行期限、履行方式、履行费用的负担等有明确约定的，则应依当事人的约定履行。如果没有约定或者约定不明确的，根据《合同法》第61条的规定，当事人可以协议补充；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。如果当事人依照上述规定仍不能确定的，根据《合同法》第62条的规定予以确定：（1）质量要求不明确的，按照国家标准、行业标准履行；没有国家标准、行业标准的，按照通常标准或者符合合同目的的特定标准履行。（2）价款或者报酬不明确的，按照订立合同时履行地的市场价格履行；依法应当执行政府定价或者政府指导价的，按照规定履行。（3）履行地点不明确，给付货币的，在接受货币一方所在地履行；交付不动产的，在不动产所在地履行；其他标的，在履行义务一方所在地履行。（4）履行期限不明确的，债务人可以随时履行，债权人也可以随时要求履行，但应当给对方必要的准备时间。（5）履行方式不明确的，按照有利于实现合同目的的方式履行。（6）履行费用的负担不明确的，由履行义务一方负担。

四、债的不履行

债的不履行，是指当事人未按照约定或法律的规定完全履行自己的义务。债的不履行的形态多种多样，其形态不同，发生的法律后果也不同。债的不履行的

① 苏号朋：《合同法教程》（第二版），中国人民大学出版社2011年版，第166页。

形态主要有不履行、迟延履行、瑕疵履行和加害履行等。

（一）不履行

不履行，是指债务人没有实施履行行为。拒绝履行是不履行的主要形态。拒绝履行的构成须具备以下条件：（1）债务人负有债务且该债务能够履行。（2）债务人有不履行债务的意思表示。至于债务人不履行的意思表示为明示还是默示，则在所不问。（3）债务人不履行债务无正当理由。债务人拒绝履行债务具有正当理由的，不能构成拒绝履行。

拒绝履行既可发生在履行期限届满之前，也可发生在履行期限届满之后。债务人于债务履行期限届满前表示拒绝履行的，债权人有权解除合同，并请求债务人承担不履行的赔偿责任。债务人于债务履行期限届满后表示拒绝履行的，债权人有权请求人民法院强制债务人履行债务，并请求赔偿损失。

（二）迟延履行

迟延履行，是指在债务履行期限届满后，债务人能够履行而未履行债务。迟延履行的构成须具备以下条件：（1）债务人有有效债务存在。（2）债务的履行期限届满。（3）债务人能够履行债务而未履行。若债务不能履行，则发生履行不能，此时不发生迟延履行。（4）因可归责于债务人的事由而未履行。（5）债务人未履行债务无正当理由。如果债务人因行使同时履行抗辩权等而未如期履行，不构成迟延履行。

迟延履行发生以下法律后果：（1）债权人有请求债务人继续履行的权利。（2）债权人可请求赔偿债务人迟延履行造成的损失。（3）迟延履行后，如债务人的履行对债权人已无利益的，债权人有权拒绝受领而请求赔偿损失。（4）在合同之债中，当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行的，债权人可以解除合同；当事人迟延履行后发生不可抗力的，不能免除违约责任。

（三）瑕疵履行

瑕疵履行，是指当事人交付的标的物不符合质量标准，包括品种、规格、技术要求等方面不符合法律的规定或当事人的约定。瑕疵履行中债务人有积极的履行行为，但由于履行有瑕疵，使债权人的利益遭受损害。

对于瑕疵履行，债权人可依《合同法》第111条的规定，根据标的的性质以及损失的大小，合理选择要求债务人承担修理、更换、重作、退货、减少价款或报酬等责任。

（四）加害履行

加害履行，又称加害给付，是指因债务人的履行有缺陷而致使债权人遭受履

行利益以外的损害的行为。例如，因债务人交付患有传染病的家畜，致使债权人的其他家畜被传染而死亡。加害履行的构成须具备以下条件：（1）债务人履行了债务。（2）债务人的履行不符合法律的规定或当事人的约定。加害履行是瑕疵履行的一种特殊情形，只有在债务人履行有瑕疵时才能构成。（3）因债务人的履行而造成债权人履行利益以外的损失。

根据《合同法》第112条的规定，债务人因交付的标的物具有内在缺陷而给债权人造成人身或其他财产损害的，债务人应当承担损害赔偿责任。

第五节 债的保全

一、概述

债的保全，是指为了防止因债务人的责任财产不当减少危害债权人的债权实现，允许债权人干预债务人对其财产的自由处分的权利，从而保证债权实现的法律制度。债的保全包括债权人代位权和债权人撤销权两项制度。

债的保全制度涉及处于债之关系之外的第三人，属于债之关系的对外效力，是对债的相对性效力的扩张。债务人的全部财产就是债务履行的最后保障，理论上将债务人的全部财产称为“责任财产”。① 债务人的责任财产作为债的履行的一般担保，其不当减少将危及债权人的债权实现。虽然通过设立特别担保能够达到保障债权人债权实现的目的，但担保制度亦有其缺陷。例如，抵押权的设立通常需要当事人办理登记手续，交易成本较高；质权的设立需要移转质押物的占有，影响质押物的充分利用；留置权仅限于担保特定的债权情形；设立保证既需要选择愿意承担保证责任的保证人，又难以避免保证人责任财产减少危及债权人的债权实现的可能。因此，在担保制度之外，经过利益衡量，法律设立了允许债之关系的效力及于第三人的债的保全制度，以积极保障债权的实现。

二、债权人代位权

（一）债权人代位权的概念

债权人代位权，是指在债务人怠于行使其对第三人的权利而危及债权人的债

① 王家福主编：《中国民法学·民法债权》，法律出版社1991年版，第176页。

权实现时，债权人为保全其债权而以自己的名义代位行使债务人对第三人的权利之权利。

当债务人对第三人享有财产权利时，债务人权利的实现将使得其责任财产增加。如果债务人不积极行使其享有的对第三人的财产权利，其责任财产将出现应增加且能增加而未增加的情形，从而危及债权人的债权的实现。允许债权人代位行使属于债务人的权利，就会使债务人的责任财产及时增加，债务人承担财产责任的能力也将增强，从而达到保障债权实现的目的。

债权人代位权的行使不是为了扣押债务人的财产权利或使债权人就收取的债务人的财产享有优先受偿权，而是通过债权人代位债务人行使财产权利来增强债务人的履行债务能力，确保债权圆满实现。债权人的代位权不是债权人对于第三人即次债务人的请求权，其主要目的不是为了请求次债务人向债务人履行债务，而是为了保全自己的债权。债权人的代位权也不是形成权。尽管债权人的代位权的行使会使债务人与次债务人之间的法律关系发生变化，但这是基于债务人对次债务人享有的权利而发生的，不是依债权人一方的意思表示而形成的法律上的效力。

债权人代位权属于债权的对外效力，是债权的法定权能，也是债权人的固有权利，因而无论当事人是否约定，债权人都享有该权利。

（二）债权人代位权的成立要件

作为债权人享有的一项特别权利，债权人代位权不是从债之关系成立时起就存在的权利。债权人代位权的成立须具备下列条件：

1. 债权人对债务人的债权合法。债权合法是债权人行使代位权的前提条件。如果当事人之间没有合法的债权债务关系，也就不存在当事人一方作为债权人代位行使对方当事人对第三人享有的债权的基础，故无债权人的代位权可言。

2. 债务人须对第三人享有权利。由于债权人的代位权是债权的对外效力，其涉及第三人，如果债务人对第三人不享有权利，代位权就没有行使的标的。根据《合同法》第73条的规定，债权人能够代位行使的权利范围是债务人对第三人享有的到期债权。鉴于债权人代位权的立法目的和制度功能，对到期债权为代位权行使的对象，应采用目的性扩张的方法加以解释，从而可代位行使的债务人对于第三人的权利包括：（1）纯粹的财产权利，如合同债权，基于不当得利或无因管理而生的返还请求权，物权请求权，以财产利益为目的的形成权（如合同的解除权、抵销权等），清偿受领权等。（2）主要为财产利益而承认的权利，如对重大误

解等民事行为的变更权或撤销权。（3）诉讼上的权利，如申请强制执行的权利。[①] 因债权人代位权行使的目的在于增加债务人的财产总额，而不能增加债务人责任财产的权利的行使因不能达到代位权设立的目的，故不是代位权行使的对象。根据《合同法司法解释（一）》第12条的规定，基于扶养关系、抚养关系、赡养关系、继承关系产生的给付请求权和劳动报酬、退休金、养老金、抚恤金、安置费、人寿保险、人身伤害赔偿请求权等权利是专属于债务人自身的权利，债权人不得代位行使。

3. 债务人怠于行使权利。怠于行使是指债务人应行使且能行使而不行使的客观状态。所谓应行使是指债务人若不及时行使权利，权利就有消灭或减值的可能。所谓能行使是指债务人客观上有能力行使权利且行使权利不存在任何障碍。因此，在不应行使权利或不能行使权利的情形下，债务人未行使权利，债权人不得代位行使。在应行使且能行使权利时，只要债务人行使了自己的权利，即使债务人行使权利的方法不当或结果不佳，债权人也不得行使代位权，否则构成对债务人行使权利的不当干涉。在司法实践中，为了避免债务人以其已经向第三人主张债权为由逃避债权人代位权的适用，我国《合同法司法解释（一）》第13条对债务人行使权利的方式进行了限定，即债务人须以诉讼方式或仲裁方式行使权利，否则即属“怠于行使”；如果第三人不认为债务人怠于行使权利的，应当承担举证责任。

4. 债务人已陷于迟延。若在债务人的债务履行期限届满前，债权人的债权是否能够顺利实现还难以预料，此时若允许债权人行使代位权，则实属对债务人的过分干预。若债务人陷入履行迟延，其怠于行使对第三人的权利且无资力清偿债务，债权人的债权有不能实现的现实危险，这时债权人可行使代位权。但对于专为保存债务人权利的行为，如中断诉讼时效、申报破产债权等，虽然债务未届履行期，可例外地不需等到债务人迟延履行即可代位行使。这种保存行为不同于实行行为，其行使不构成对债务人行为的干涉，而是有利于债务人。[②]

5. 债权人的债权有保全的必要。债权人代位权的设定是以增加债务人的责任财产从而增强债务人的责任能力为目的的，如果债务人的责任财产足以清偿其应承担的所有债务，债务人即使怠于行使自己的权利也不会危及债权人的债权。此时债权人为满足债权只需请求债务人履行债务即可，如果债务人不履行债务，债

① 韩世远：《合同法总论》（第三版），法律出版社2011年版，第335页。

② 魏振瀛主编：《民法》（第四版），北京大学出版社2010年版，第365页。

权人有权请求法院强制执行，无需诉诸债权人的代位权。如果债务人的债务为特定的标的物，与债务人的一般责任财产的状况无关，则不以债务人陷入无资力为要件，① 债权人于此种情形下可直接行使代位权。

（三）债权人代位权的行使

债权人代位权行使的主体是债权人，债务人的各个债权人在符合法律规定的条件时均可行使代位权。在此种情形下，各个债权人是共同原告。两个或两个以上债权人以同一次债务人为被告提起代位权诉讼的，人民法院可以合并审理；债权人以次债务人为被告向人民法院提起代位权诉讼，未将债务人列为第三人的，人民法院可以追加债务人为第三人。若某一债权人已行使代位权，其他债权人虽然仍有权起诉债务人，请求其履行债务，但不得就债务人的同一权利再行使代位权。

债权人行使代位权须以自己的名义进行。债权人代位权的行使范围以保全债权为必要，故代位权的行使范围以债权人的债权为限。在代位权诉讼中，债权人行使代位权的请求数额超过债务人所负债务额的，对超出部分人民法院不予支持。由于债权人代位权的行使无需取得债务人的同意，故原则上债权人不得对债务人的权利进行处分，但处分行为可增加债务人的责任财产的，应予允许。

债权人代位权的行使方式，在立法例上有直接行使和裁判行使两种。根据我国《合同法》的规定，债权人代位权的行使必须通过法院进行，即应以裁判行使方式为之。

（四）债权人代位权行使的效力

1. 对债务人的效力。债权人代位权行使的效果直接归属于债务人，因为债权人是代位行使债务人的权利，其所得利益应为债务人的财产。债权人行使代位权后，债务人不得就其权利行使妨碍代位权行使的处分行为。债权人行使代位权的必要费用，由债务人负担。此外，债权人提起代位权诉讼，既发生债权人的债权的诉讼时效中断的效果，也发生债务人的债权的诉讼时效中断的效果。

2. 对第三人的效力。债权人代位权的行使结果将使得第三人向债务人履行债务。债权人获得债务人的同意或债务人怠于受领的，债权人在第三人履行时可代为受领。第三人对于债务人的债务在债务人受领或债权人代为受领后归于消灭。为确保第三人法律上的地位不因债权人行使代位权而受到不利影响，在代位权诉讼中，次债务人对债务人的抗辩，可以向债权人主张。但在代位权诉讼中，债权

① 史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第464页。

人胜诉的，诉讼费由次债务人负担，从实现的债权中优先支付。

3. 对债权人的效力。一般认为，债权人不能直接将行使代位权的结果归于自己，或直接实现自己的债权。但我国司法实践未接受上述学说，而于《合同法司法解释（一）》第20条规定，债权人向次债务人提起的代位权诉讼经人民法院审理后认定代位权成立的，由次债务人向债权人履行清偿义务，债权人与债务人、债务人与次债务人之间相应的债权债务关系即予消灭。

三、债权人撤销权

（一）债权人撤销权的概念

债权人撤销权，是指债权人为保全其债权，在债务人与第三人实施减少财产的行为而危及债权人的债权实现时，可以请求法院撤销债务人的行为的权利。债权人的撤销权制度在我国《民法通则》中未予以规定，但在我国《合同法》中被确立，其适用于债务人的财产不应减少而因债务人的不当行为发生减少的情形。

关于债权人撤销权的法律性质，有请求权说、形成权说、责任说、折中说。请求权说认为，撤销权的实质是对于因债务人的行为而受有利益的第三人请求其所得利益的权利；形成权说认为，撤销权是依债权人的意思表示而使债务人与第三人之间的法律关系溯及地消灭；责任说认为，债权人不需请求受益人返还利益，即得将其视为债务人的责任财产，申请法院径行对其强制执行；折中说认为，撤销权不仅以撤销债务人与第三人之间的行为为内容，且含有请求恢复原状以取得债务人财产的作用，因而兼具请求权与形成权的性质。折中说为通说。①

（二）债权人撤销权的成立要件

债权人撤销权的成立要件可分为客观要件与主观要件，且依债务人所为行为是否有偿而不同。债务人的行为如系无偿行为，只需具备客观要件即可；如系有偿行为，则须同时具备客观要件与主观要件。

1. 客观要件。撤销权成立的客观要件为债务人实施了一定的危害债权人债权的行为，理论上称诈害行为。该要件包括以下内容：（1）债务人须于债权成立后实施了法律上的处分行为。债务人所为的法律上的处分行为是合同行为还是单方行为，是有偿行为还是无偿行为，在所不问。（2）债务人的行为须为使其责任财产减少的行为。根据《合同法》第74条的规定，债权人可以撤销的债务人的行为有三种：一是放弃到期债权的行为，二是无偿转让财产的行为，三是以明显不合

① 王利明主编：《民法》（第四版），中国人民大学出版社2008年版，第397页。

理的低价转让财产的行为。此外，债务人放弃其未到期的债权或者放弃债权担保，或者恶意延长到期债权的履行期的行为，债权人也有权予以撤销。在界定债务人转让财产的价格是否为“明显不合理的低价”时，人民法院应当依交易当地一般经营者的判断，并参考交易当时交易地的物价部门指导价或者市场交易价，结合其他相关因素综合考虑予以确认：转让价格达不到交易时交易地的指导价或者市场交易价的70%的，一般可以视为明显不合理的低价，对转让价格高于当地指导价或者市场交易价的30%的，一般可以视为明显不合理的高价；债务人以明显不合理的高价收购他人财产，人民法院可以根据债权人的申请，参照《合同法》第74条的规定予以撤销。（3）债务人的行为对债权人造成损害，即危及债权实现。债务人的行为造成责任财产减少，使自己的资产不足，在债权人行使撤销权时仍不能清偿所有债权或发生清偿困难，可认定为危及债权实现。

2. 主观要件。撤销权成立的主观要件为债务人和第三人具有主观上的恶意，即明知行为有害于债权而仍为之。对于债务人以明显不合理的低价转让财产而对债权人造成损害的行为，债权人只有在债务人和第三人具有恶意时才能行使撤销权。关于债务人的恶意如何认定，有两种立法例，即意思主义和观念主义。意思主义认为，恶意指的是债务人在从事转让财产的行为时有诈害债权的故意。观念主义认为，恶意指的是债务人明知其转让财产的行为损害债权人的债权而仍从事该行为。我国合同法采用观念主义。债务人是否存有恶意，以其行为时的客观情况为准。关于第三人恶意的认定，以其在与债务人进行行为时，知道债务人所为的行为对债权人造成损害即可，无需与债务人有害及债权的串通。

（三）债权人撤销权的行使

在符合撤销权行使的要件时，任一债权人均可行使撤销权。债权人行使撤销权应以自己的名义，通过诉讼方式进行。两个或两个以上债权人以同一债务人为被告，就同一标的提起撤销权诉讼的，人民法院可以合并审理。债权人提起撤销权诉讼时只以债务人为被告，未将受益人或者受让人列为第三人的，人民法院可以追加该受益人或者受让人为第三人。

债权人撤销权的行使范围以债权人的债权为限。此处的债权人应理解为行使撤销权的债权人。如果债务人所为的法律上的处分行为的标的物是不可分物，债权人可就该不可分物的整体行使撤销权。

撤销权自债权人知道或者应当知道撤销事由之日起1年内行使。自债务人的行为发生之日起5年内没有行使撤销权的，该撤销权消灭。

（四）债权人撤销权行使的效力

债权人撤销权行使的效力即债权人行使撤销权产生的法律后果，其对债务人、第三人（即受益人）和债权人产生不同的法律效力。

1. 对于债务人的效力。债权人提起撤销权诉讼，请求人民法院撤销债务人放弃债权或者转让财产的行为，人民法院应当就债权人主张的部分进行审理，债务人的行为被依法撤销的，该行为自始无效。

2. 对于第三人的效力。第三人已受领债务人财产的，负有返还财产的义务，不能返还财产的应折价返还其利益。第三人向债务人已支付的代价得请求债务人返还。

3. 对于债权人的效力。提起撤销权诉讼的债权人应将行使撤销权所得的财产加入到债务人的责任财产，作为一般债权人的共同担保，无优先受偿的权利。债权人行使撤销权所支付的律师代理费、差旅费等必要费用，由债务人负担；第三人有过错的，应当适当分担。

第六节 债的担保

一、概述

（一）债的担保的概念

债的担保，是指法律为确保特定债权人的债权实现而规定的以第三人的信用或以特定财产担保债务人履行义务的法律制度。债的担保不同于债的保全。债的保全担保的是全体债权人的利益，是债的一般担保；债的担保担保的是特定债权人的利益，是一种特殊担保，目的在于使特定债权人可以从第三人处得到清偿或就特定财产优先于其他债权人受偿。

（二）债的担保的特征

债的担保是担保债权实现的法律措施，具有如下特征：

1. 从属性。担保之债与被担保的债为主从关系，担保之债为从债，从属于被担保的债。被担保的债作为主债，其不成立或无效，担保之债将不发生效力；被担保之债消灭，担保之债亦将随之消灭。

2. 补充性。在被担保的债得以顺利履行时，担保之债无需履行，如被担保的债不履行或不能履行，则担保人将承担相应的责任，以增加债务人履行债务的压力，增强债权人权利实现的可能性，从而使被担保的债的效力得到了补充。

3. 相对独立性。债的担保不是主债之法律关系的一部分，而是独立的另一种法律关系，具有相对的独立性。例如：担保的设定须有当事人达成独立的合意；担保的范围须由当事人另行约定；担保的存续期限不必然与主债的存续期限相同；担保的不成立、无效或被撤销，对所担保的主债之法律关系不发生影响等。

（三）债的担保的分类

1. 人的担保、物的担保和金钱担保

根据担保标的的性质不同，债的担保可分为人的担保、物的担保和金钱担保。

人的担保，指的是以债务人以外的第三人的信用设立的担保。在我国，人的担保形式主要是保证。在人的担保中，当债务人不履行债务时，债权人得请求担保人清偿债务以实现债权。对于担保人来说，债权的实现通常由其以责任财产承担，故人的担保最终要落实到担保人的财产上，只是人的担保针对的是担保人的全部财产。

物的担保，是指以债务人或第三人提供的特定财产为标的设立的担保。如果债务人不履行其债务，债权人可以对作为担保标的的财产进行处分，并就所得的价款优先受偿。物的担保就是担保物权，在我国主要有抵押、质押和留置等形式。

金钱担保，是指以金钱为标的设立的担保。这种担保是一种特殊的物的担保，其最重要的形式是定金。

2. 法定担保和约定担保

根据担保设立方式的不同，债的担保可分为法定担保和约定担保。

法定担保，是指直接依法律的规定而设立的担保。法定担保只需符合法律规定的条件即可成立，无需当事人的约定。在我国，典型的法定担保是留置权。

约定担保，是指根据当事人约定而设立的担保。约定担保是当事人自由意志的产物，在担保制度中最为常见、普遍。在我国，抵押、质押、保证、定金均为约定担保。

3. 原担保与反担保

按照所担保的债的不同，债的担保可分为原担保和反担保。

原担保，是指以债权人对债务人的债权为担保对象的担保。原担保人既可以是债务人，也可以是第三人。

反担保，是指为担保之债而设立的担保。我国《担保法》第 4 条规定："第三人为债务人向债权人提供担保时，可以要求债务人提供反担保。"提供反担保的人一般是债务人，但债务人也可以委托第三人提供反担保。

抵押、质押和留置等担保形式在性质上归属物权，其内容在本书第三章"物

权法”的第七节“担保物权”中已进行了具体论述。本章仅就债的担保中保证和定金制度加以分析。

二、保证

（一）保证的概念

保证，是指债务人以外的第三人与债权人约定，当债务人不履行债务时，该第三人按照约定履行债务或者承担责任的一种担保。提供担保的第三人称为保证人。主合同中的债权人又是保证合同的债权人。保证人在债务人不履行债务时按照约定履行的债务或者承担的责任，称为保证债务或保证责任。

（二）保证合同

1. 保证合同的概念和特征

保证合同，是指保证人与债权人订立的在债务人不履行其债务时，由保证人承担保证责任的协议。保证合同的特征在于：

第一，它属于人的担保的范畴。所谓人的担保，是指民事主体（自然人、法人等）以其自身的责任财产担保债务履行的法律制度，实际上就是以设立合同债权的方式来担保某一债权的实现。保证之所以被称为“人的担保”，是因为它并不是在特定的物上设立的担保，不产生担保物权。

第二，它以保证人代为履行债务或者承担债务不履行的法律责任为内容。我国《担保法》第 6 条规定：“本法所称保证，是指保证人和债权人约定，当债务人不履行债务时，保证人按照约定履行债务或者承担责任的行为。”可见，保证责任实际上包括两种：一是代为履行，即在主债务人不履行债务时，保证人代主债务人履行其债务；二是承担债务不履行的责任，即因为主债务人不履行债务而产生的责任，都由保证人承担。

第三，它是单务、无偿合同。保证人承担义务而不享有权利，债权人只享有权利而不承担义务，故保证合同是单务合同。同时，保证人对债权人承担保证债务，债权人对此不负对待给付义务，因而保证合同又是无偿合同。

第四，它是从合同。保证合同是从属于保证所担保的债务所在的主合同而存在的。主债权债务关系无效，则保证合同无效，但保证合同无效不影响主债权债务关系的效力。

2. 保证合同的当事人

保证合同的当事人是保证人和债权人。保证人必须是主合同债权人、债务人以外的第三人。具有代为清偿债务能力的法人、其他组织和自然人均可以作保证

人。是否具有代为清偿债务能力，取决于主体拥有的财产或取得财产的能力。由于保证人最终可能要为债务人代为清偿债务，如果其没有相应的财产或取得财产的能力，一旦债务人不履行债务而需要其代为清偿债务时，则其将无法履行。不过，《担保法解释》第14条规定，“不具有完全代偿能力的法人、其他组织或者自然人，以保证人身份订立保证合同后，又以自己没有代偿能力要求免除保证责任的，人民法院不予支持”。可见，不具有完全代偿能力的人签订的保证合同亦为有效的保证合同。

根据《担保法》第8—10条的规定，下列组织不得为保证人：（1）国家机关。（2）学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位。（3）企业法人的分支机构、职能部门。《担保法》第10条规定：“企业法人的分支机构、职能部门不得为保证人。企业法人的分支机构有法人书面授权的，可以在授权范围内提供保证。”

3. 保证合同的内容和形式

根据《担保法》第15条的规定，订立保证合同，一般应包括以下条款：被保证的主债权种类、数额，债务人履行债务的期限，保证的方式，保证担保的范围，保证的期间，双方认为需要约定的其他事项。保证合同不完全具备这些条款的，可以补正。

保证合同应采取书面形式签订。第三人单方以书面形式向债权人出具担保书，债权人接受且未提出异议的，保证合同成立。主合同中虽然没有保证条款，但是，保证人在主合同上以保证人的身份签字或者盖章的，保证合同成立。

（三）保证的担保范围

保证的担保范围，是指保证所担保履行的保证债务的范围，即保证人承担保证责任的范围。保证的担保范围直接关系到债权人的债权实现和保证人承担保证责任的轻重，因此，通常构成保证合同的主要条款，当事人可以在不超过主债务的范围内自由约定保证债务的范围。如果当事人对保证的担保范围没有约定或者约定不明确的，保证人应当对全部债务承担责任。根据《担保法》第21条的规定，保证的担保范围包括：（1）主债权，即保证合同成立时债权人对债务人享有的债权；（2）利息，包括法定利息和约定利息；（3）违约金；（4）损害赔偿金；（5）实现债权的费用。

在一般情况下，当事人对保证的担保范围的约定应当确定，但在特殊情况下也可允许约定保证的担保范围不确定的最高额保证。所谓最高额保证，是指对于债权人一定期间内不特定但连续发生的债权限定一个最高额，在最高额债权范围内由保证人对发生的债权额提供担保的保证。我国《担保法》第14条规定，可设

立最高额保证的合同为“一定期间连续发生的借款合同或者某项商品交易合同”。最高额保证合同的不特定债权确定后，保证人应当对在最高债权额限度内就一定期间连续发生的债权余额承担保证责任。

（四）保证方式

保证方式，是指保证人承担保证责任的方式。我国《担保法》规定了一般保证和连带责任保证两种方式。

1. 一般保证

一般保证，是指当事人在保证合同中约定，债务人不能履行债务时，由保证人承担保证责任的保证。一般保证的保证责任是补充责任，即补充主债务人责任财产的不足。

在一般保证中，保证人享有先诉抗辩权。所谓先诉抗辩权，又称检索抗辩权，是指保证人在主债权债务关系未经审批或者仲裁，并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前，对债权人可以拒绝承担保证责任的权利。在下列情形下，一般保证的保证人不得行使先诉抗辩权：（1）债务人住所变更，致使债权人要求其履行债务发生重大困难的；（2）人民法院受理债务人破产案件，中止执行程序的；（3）保证人以书面形式放弃先诉抗辩权的。

2. 连带责任保证

连带责任保证，是指当事人在保证合同中约定保证人与债务人对债务承担连带责任的保证。在连带责任保证中，当债务人在主债之关系中的债务履行期届满没有履行债务时，债权人可以要求债务人履行债务，也可以要求保证人在其保证范围内承担保证责任。在连带责任保证中，保证人不享有先诉抗辩权。

保证人与债权人对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照连带责任保证承担保证责任。

（五）保证期间

保证期间，是指保证人承担保证责任的存续期间。保证人仅在保证期间内承担保证责任。根据《担保法》和《担保法解释》的规定，债权人请求保证人承担保证责任的期间有以下几种情况：（1）一般保证未约定保证期间的，保证期间为主债务履行期届满之日起6个月。一般保证的债权人在保证期间届满前对债务人提起诉讼或者申请仲裁的，从判决或者仲裁裁决生效之日起，开始计算保证合同的诉讼时效。（2）连带责任保证未约定保证期间的，债权人有权自主债务履行期届满之日起6个月内要求保证人承担保证责任。连带责任保证的债权人在保证期间届满前要求保证人承担保证责任的，从债权人要求保证人承担保证责任之日起，开

始计算保证合同的诉讼时效。(3) 保证合同约定的保证期间早于或者等于主债务履行期限的，视为没有约定，保证期间为主债务履行期届满之日起6个月。保证合同约定保证人承担保证责任直至主债务本息还清时为止等类似内容的，视为约定不明，保证期间为主债务履行期届满之日起2年。(4) 主合同对主债务履行期限没有约定或者约定不明的，保证期间自债权人要求债务人履行义务的宽限期届满之日起计算。(5) 保证期间不因任何事由发生中断、中止、延长的法律后果。(6) 对于最高额保证，保证人就连续发生的债权作保证，未约定保证期间的，保证人可以随时书面通知债权人终止保证合同，但保证人对于通知到债权人前所发生的债权，承担保证责任。

(六) 保证的法律效力

保证人与债权人之间存在保证合同关系。在该关系中，债权人既是主合同中的债权人，又是保证合同中的债权人，其享有请求保证人承担保证责任的权利。对于保证人来说，当主债务人不履行债务时，其应当承担保证责任，此时保证人事实上就取得了债务人的地位。因此，保证人享有债务人的抗辩权，即使债务人放弃对债务的抗辩权，保证人仍有权抗辩。

保证人对债务人享有追偿权和代位权。

保证人的追偿权，又称保证人的求偿权，是指保证人在承担保证责任后，有向债务人请求偿还的权利。保证人承担保证责任在保证合同中没有任何对价，而保证责任的承担却使主债务人的债务消灭，可见，保证人承担保证责任实质上是清偿债务人的债务，故保证人承担保证责任后，有权向债务人追偿。保证人追偿权的产生必须具备以下条件：(1) 须是保证人已经对债权人承担了保证责任；(2) 须使主债务人因保证而免责；(3) 保证人须没有赠与的意思。[①] 人民法院受理债务人破产案件后，债权人未申报债权的，保证人可以参加破产财产分配，预先行使追偿权。

保证人的代位权，是指保证人承担保证责任后，取代债权人地位而行使其债权的权利。保证人的代位权实质上是债权的法定转移，债权人的债权受保证人清偿后，其应将债权让与保证人。主债权的法定移转是确保求偿权行使的方式。应注意的是，保证人必须在全面承担了保证责任后才享有对原债权人的代位的权利。

(七) 保证责任的免除

根据法律的规定，在下列情形下，保证人不承担保证责任：

---

① 魏振瀛主编：《民法》(第四版)，北京大学出版社2010年版，第384页。

1. 主债当事人双方串通，骗取保证人提供保证的。

2. 债权人采取欺诈、胁迫等手段，使保证人在违背真实意思的情况下提供保证的。

3. 主债的债务人采取欺诈、胁迫等手段，使保证人在违背真实意思的情况下提供保证的，债权人知道或者应当知道欺诈、胁迫事实的。

4. 保证期间内，债权人依法将主债权转让给第三人的，保证债权同时转让，保证人在原保证担保的范围内对受让人承担保证责任。但是保证人与债权人事先约定仅对特定的债权人承担保证责任或者禁止债权转让的，保证人不再承担保证责任。

5. 保证期间内，债权人许可债务人转让债务的，应当取得保证人书面同意，保证人对未经其同意转让的债务，不再承担保证责任。

6. 在当事人未约定时，债权人与债务人协议变更主债的，应当取得保证人书面同意，未经保证人书面同意的，保证人不再承担保证责任。

7. 保证期间内，一般保证的债权人未对债务人提起诉讼或者申请仲裁的，保证人免除保证责任；连带责任保证的债权人未要求保证人承担保证责任的，保证人免除保证责任。

8. 主债当事人双方协议以新贷偿还旧贷，除保证人知道或者应当知道的外，保证人不承担保证责任。如果新贷与旧贷系同一保证人的，保证人仍然承担保证责任。

9. 一般保证的保证人在主债权履行期间届满后，向债权人提供了债务人可供执行财产的真实情况的，债权人放弃或者怠于行使权利致使该财产不能被执行，保证人可以请求人民法院在其提供可供执行财产的实际价值范围内免除保证责任。

三、定金

（一）定金的概念和种类

定金，是指合同当事人约定一方在合同订立时或在合同履行前预先给付对方一定数量的金钱，以保障合同债权实现的一种担保方式。

不同国家的民事立法对定金的类别及功能各有取舍，概括地说，主要涉及下列种类的定金：（1）立约定金。即在订立主合同之前交付的定金，其目的在于担保将来正式订立主合同。（2）证约定金。即以定金的交付作为合同成立的证明。（3）成约定金。即以定金的交付作为主合同成立的条件。（4）违约定金。即以定金作为不履行合同的赔偿。（5）解约定金。即以定金作为保留主合同解除权的代

价，交付定金的当事人可以牺牲定金达到解除合同的目的。

（二）定金的性质

《民法通则》第89条规定："当事人一方在法律规定的范围内可以向对方给付定金。债务人履行债务后，定金应当抵作价款或者收回。给付定金的一方不履行债务的，无权要求返还定金；接受定金的一方不履行债务的，应当双倍返还定金。"《担保法》第89条也如此规定。可见，我国现行法中的定金兼有证约定金和违约定金的功能。《担保法解释》对立约定金、成约定金、违约定金和解约定金均给予了认肯。当然，合同当事人约定定金的类型时，只要该约定不违反法律强制性规定，应从其约定。此为合同自由之当然内容。

定金作为一种债的担保方式，也具有从属性。定金合同的有效以主合同的有效为前提。主合同无效时，定金合同也无效，但定金合同无效的，主合同并不因此无效。

定金还具有实践性。定金合同的成立不仅要有当事人的合意，而且需要现实交付定金。《担保法》第90条规定，定金合同从实际交付定金之日起生效。关于定金的交付时间，如系证约定金通常在主合同成立时交付，以起到证明主合同成立的作用；违约定金则既可在主合同成立时交付，也可在主合同成立后、履行前交付。

至于定金合同成立的形式，依《担保法》第90条的规定，必须以书面形式订立，故定金合同是要式合同。

（三）定金的效力

定金的效力因定金的性质不同而不同。我国《担保法》第89条规定："当事人可以约定一方向对方给付定金作为债权的担保。债务人履行债务后，定金应当抵作价款或者收回。给付定金的一方不履行约定的债务的，无权要求返还定金；收受定金的一方不履行约定的债务的，应当双倍返还定金。"据此确立了定金罚则，也体现了定金对债权的保障功能。

（四）定金的限制

定金罚则的适用往往会导致一方当事人的重大不利，有违民法公平原则，也违反民事责任以补偿为主的精神，故《担保法》第91条规定："定金的数额由当事人约定，但不得超过主合同标的额的百分之二十"。当事人约定的定金数额超过主合同标的额的20%的，超过的部分，人民法院不予支持。此外，实际交付的定金数额多于或者少于约定数额，视为变更定金合同；收受定金一方提出异议并拒绝接受定金的，定金合同不生效。

因当事人一方迟延履行或者其他违约行为，致使合同目的不能实现，可以适用定金罚则。当事人一方不完全履行合同的，应当按照未履行部分所占合同约定内容的比例，适用定金罚则。另外，依据《合同法》第116条的规定，当事人既约定违约金，又约定定金的，一方违约时，对方可以选择适用违约金或者定金条款。这实际上明确了，定金和违约金不能并用。

第七节 债的移转

一、概述

债的移转，是指不改变债的内容的同一性，债之关系的一方当事人依法将其债权或（和）债务全部或部分移转给第三人的法律制度。引起债的移转的原因多种多样，有的基于法律直接规定而发生，有的基于法院裁决而发生，还有的基于法律行为而发生。

债的移转属于债的变更，是债的主体发生变更，债之关系的内容不失其同一性，即债的效力不变，不仅其原有的利益（如时效利益）和瑕疵（如各种抗辩）均不受移转的影响，而且其从属的权利（如担保）原则上亦继续存在。[①] 债的移转包括债权让与、债务承担和债权债务的概括承受三种情形。

二、债权让与

（一）债权让与的含义

债权让与，是指不改变债的内容，债权人与第三人订立合同将其债权移转给第三人享有。其中债权人称为让与人，第三人称为受让人。

债权让与可分为全部让与和部分让与。前者指债权人将其债权全部转让给第三人，并在转让生效后退出债之关系，使受让人成为债权人；后者指债权人将其债权部分转让给第三人，在转让生效后并不退出债之关系，而与受让人共同成为债权人。在部分的债权让与中，转让协议约定了转让的债权份额的，在让与人与受让人之间成立按份债权；若没有约定转让的债权份额，则在让与人与受让人之间成立连带债权。

---

① 魏振瀛主编：《民法》（第四版），北京大学出版社2010年版，第393页。

（二）债权让与的限制

在现代交易社会，债权具有财货的功能，从而产生了自由流通的要求。债权转让制度在整体上有利于债权人，其尊重债权人对于债权的自由处分权，并增强了债权的利用价值。然而，在债权转让过程中，不能忽视对债务人的利益的保护。我国《合同法》第79条从保护债务人的目的出发，规定以下三类债权不得转让：（1）根据合同性质不得转让的债权。此类债权主要包括：基于特定身份关系发生的债权，如抚养费、赡养费之请求权；基于信赖关系而发生的债权，如委托人对于受托人之债权、定作人对于承揽人之债权等。（2）按照当事人约定不得转让的债权。根据合同性质，一些债权允许转让，但如债权人与债务人在合同中特别约定不得转让，则债权人不得将该债权让与他人。（3）依照法律规定不得转让的债权。有的债权关系到社会公共利益，因而法律禁止转让或规定转让须经有关部门批准。

（三）债权让与的通知

债权经让与人和受让人达成一致协议即移转于受让人，因让与合同没有公示性，此时债权虽然已经发生变动，但债务人无从知晓，故债务人仍可能向让与人履行合同。若以债权让与的效力于让与合同成立时即对债务人具有约束力，则意味着债务人不知债权已移转的事实而向让与人履行债务的行为无效，这对债务人而言有失公平。因此，从保护债务人利益出发，《合同法》第80条第1款规定："债权人转让权利的，应当通知债务人。未经通知，该转让对债务人不发生效力"。可见，在我国，债权让与在通知债务人后，始对债务人产生约束力。在接到债权让与的通知之前，债务人向让与人履行债务的，其履行有效。在债权让与通知到达债务人后，债务人应向受让人履行债务，此时撤销债权让与的通知将严重影响受让人的利益，故《合同法》第80条第2款规定，债权人转让权利的通知不得撤销，但经受让人同意的除外。

（四）债权让与的效力

1. 债权让与的对外效力。债权让与的对外效力，即让与合同对于债务人的效力，在让与通知到达债务人后，债权让与合同对债务人生效。债权让与对债务人的效力内容主要包括：（1）接到债权让与通知后，债务人应向受让人承担履行债务，债务人仍向让与人履行债务的，该履行无效，且不能对抗受让人。（2）债务人接到债权转让通知后，债务人对让与人的抗辩，可以向受让人主张。这里的抗辩权包括实体法上的抗辩权和诉讼法上的抗辩权。前者如受让债务未发生或已经消灭的抗辩等，后者如合意管辖的抗辩权、仲裁条款的抗

辩权等。（3）债务人接到债权转让通知时，债务人对让与人享有债权的，并且债务人的债权先于转让的债权到期或者同时到期的，债务人可以向受让人主张抵销。

2. 债权让与的对内效力。债权让与的对内效力即债权让与发生于让与人及受让人之间的效力，其主要包括：（1）让与合同一经生效，受让人便取得让与人转让的债权。（2）债权人转让权利的，受让人取得与债权有关的从权利，但该从权利专属于债权人自身的除外。（3）让与合同生效后，让与人应将所有证明债权的文件交给受让人，并告知受让人有关行使债权的必要情况，以便受让人能够完全行使债权。（4）让与人对让与的债权负权利瑕疵担保责任，即保证债权有效存在并不会受到他人追索。若因为债权存在瑕疵使受让人受到损失时，让与人应承担相应的赔偿责任，但受让人明知权利有瑕疵而仍接受转让的，则让与人不承担该责任。

三、债务承担

（一）债务承担的概念

债务承担，又称债务移转，是指不改变债的内容，将债务人的全部债务或者部分债务移转给第三人承受。债务承担包括免责的债务承担和并存的债务承担。债务承担与债权让与都是债的主体变更，不涉及债的内容变更。债务承担可因法律直接规定而发生，也可依当事人约定而发生。依当事人的合意发生的债务承担最为常见。在债务承担中，接受移转债务的第三人为新债务人，又称承担人。

（二）免责的债务承担

免责的债务承担，是指第三人代替原债务人承担全部债务，原债务人脱离债的关系。此为狭义的债务承担，实质为债务的全部移转。

1. 免责的债务承担方式。（1）债权人与第三人订立债务承担合同。按照这种方式移转债务，其债务于承担合同生效时移转于第三人，原债务人的债务被免除。我国《合同法》未规定该债务承担方式，但从合同法的一般规则来看，这种承担合同应有效。（2）债务人与第三人订立债务承担合同。《合同法》第 84 条规定："债务人将合同的义务全部或者部分转移给第三人的，应当经债权人同意。"债务人与第三人订立债务承担合同移转债务，必须经债权人的同意才发生移转债务的效力。对债权人来说，债务人的资信状况是债权实现的重要条件，如果移转债务不经债权人同意，可能会害及债权人的利益，故未取得债权人同意时，债权人有

权拒绝第三人的履行。(3) 债务人、债权人与第三人三方订立债务承担合同。在这种承担方式中，因为债权人是承担合同的一方主体，故无需另取得债权人同意，承担合同生效即可发生债务移转的效力。

2. 免责债务承担的效力。根据《合同法》的规定，免责债务承担发生全部债务移转的法律效力，内容具体包括：(1) 新债务人可以享有原债务人对债权人的抗辩权。《合同法》第85条规定："债务人转移义务的，新债务人可以主张原债务人对债权人的抗辩。"债务承担不改变债的同一性，故原债务的抗辩权不受影响，新债务人可以向债权人主张该抗辩权。(2) 债务移转时尚未产生的从债务，随主债务移转于新债务人。《合同法》第86条规定："债务人转移义务的，新债务人应当承担与主债务有关的从债务，但该从债务专属于原债务人自身的除外。"从债务包括利息债务、违约金债务和损害赔偿债务等。在债务移转前已经产生的从债务，除当事人有特别约定外，应视为随同主债务移转于新债务人。(3) 新债务人不得以对抗原债务人的事由对抗债权人。债务承担通常基于新债务人与原债务人之间的赠与、清偿他人债务等有因行为，但债务承担为无因行为，其原因行为不成立或无效的，不影响债务承担的效力，故新债务人不能以原因行为中对抗原债务人的事由对抗债权人。(4) 由第三人为债权设定的担保，除担保人继续同意担保外，因债务移转而消灭。但是，附着于债务的留置权以及新债务人自己为债务设定的担保物权应继续存在。

(三) 并存的债务承担

并存的债务承担，是指第三人加入债的关系与原债务人共同负担同一内容的债务。并存的债务承担实质上是债务的部分移转，其设立方式与免责的债务承担基本相同。

在并存的债务承担中，第三人加入债务人一方成为新债务人，使原来的单一之债转变为债务人为多数的多数人之债。因此，在并存的债务承担中，债权人与债务人之间的关系，以及各债务人之间的关系，应适用多数人之债的一般规则处理，具体如下：(1) 原债务为可分之债时，如果新债务人与原债务人约定按照份额分担债务且债权人同意的，则此并存的债务承担应按照按份之债来处理。(2) 若债的性质为不可分之债，或者第三人与债务人并未约定按照确定的份额分担债务的，则第三人加入债的关系与原债务人共同对债务承担连带责任。

司法审判中应予注意，根据《合同法司法解释（一）》第28条的规定，经债权人同意，债务人转移合同义务后，受让人与债权人之间因履行合同发生纠纷诉至人民法院，受让人就债务人对债权人的权利提出抗辩的，可以将债务人列为第

三人。

四、债权债务的概括承受

（一）债权债务的概括承受概述

债权债务的概括承受，又称债权债务的概括移转，是指债的当事人一方将自己的权利义务概括地移转给第三人。债权债务的概括承受可基于当事人合意而发生，也可基于法律规定而发生。前者称为合同承受，又称合同转让或意定概括承受，后者称为法定的概括承受。

合同承受与法定的概括承受不同，区别在于：（1）合同承受中的承受人可为任意第三人；法定的概括承受中的承受人只能是法定第三人。（2）合同承受须合同当事人一方与承受人订立转让协议，并取得合同另一方当事人的同意；法定的概括承受无须取得承受人同意，且对合同另一方当事人为通知或公告即发生效力。我国《合同法》第88条、第89条是关于合同承受的规定，第90条是关于法定的概括承受的规定。

（二）合同承受

合同承受，指合同的当事人一方经对方当事人同意，与第三人订立合同将其在合同中的债权债务全部或者部分移转给第三人。合同承受须具备以下要件：（1）合同承受须经合同当事人一方与第三人达成移转协议，并取得合同另一方当事人的同意。由于合同承受包含了债务的承担，故若未征得合同另一方的同意，移转无效。（2）被移转的合同须为双务合同。单务合同只能成立债权让与或者债务承担，不能成立合同承受。（3）法律、行政法规规定必须采取特定形式的，合同承受应遵循法律、行政法规的规定。

合同承受实为债权让与和债务承担同时发生，故《合同法》第89条规定，合同承受的法律效力适用有关债权让与和债务承担效力的规定。但合同承受并非债权让与和债务承担的简单相加。在合同承受中，第三人完全取代了合同的一方而成为新的合同当事人，所以，与合同命运相关的解除权、撤销权等形成权，也将全部移转于合同承受人，原合同当事人一方完全退出合同关系。

合同当事人一方经对方同意将其在合同中的权利义务一并转让给受让人，对方与受让人因履行合同发生纠纷诉至人民法院，对方就合同权利义务提出抗辩的，可以将出让方列为第三人。

（三）法定的概括承受

法定的概括承受，是指基于法律的直接规定而产生的债权债务的概括移转，

其主要包括法人合并和财产继承等。

法定的概括承受，依《合同法》第90条的规定，当事人订立合同后合并的，由合并后的法人或者其他组织行使合同权利，履行合同义务；当事人订立合同后分立的，除债权人和债务人另有约定的以外，由分立的法人或者其他组织对合同的权利和义务享有连带债权，承担连带债务。

法律规定当事人合并、分立后，原有的债权债务一并由新的当事人概括承受，目的在于避免与当事人有合同关系的第三人的利益因此遭受损害，从而保护交易安全。

第八节 债的消灭

一、概述

债的消灭，又称债的终止，是指因一定的法律事实致使债的当事人之间的债权债务关系不复存在。

债是债权人与债务人之间的权利义务关系，性质上其不能永久存在。债权人设立债的目的是为了取得一定的利益，只有债消灭了，债权人才能实现其目的。可见，债是一种动态关系，债权人通过债的发生到消灭过程满足自己的利益，实现债的功能。

债的消灭的原因大致可以分为四种：一是因债的目的实现而消灭，如清偿、抵销等；二是因债的目的不能实现而消灭，如因不可抗力造成债的履行不能，债归于消灭；三是因当事人的意思而消灭，如免除、提存等；四是基于法律的直接规定而消灭，如混同。

债消灭后，当事人之间的权利义务关系终止，债权的担保及从属的权利随之消灭，债权人应将负债字据返还给债务人。同时，债消灭后，当事人应当遵循诚实信用原则，根据交易习惯履行通知、协助、保密等义务。

二、清偿

（一）清偿的概念

清偿，是指依债务的本质，为实现债的目的而消灭债之关系所进行的给付。清偿与履行同义，只是清偿是从债的消灭的角度而言，而履行是从债的效力出发强调债务的实现过程。清偿是债的消灭的最正常与常见的原因。

（二）代物清偿

代物清偿，是指在债的履行过程中，债权人受领他种给付以代替原定给付而使债的关系消灭。欲产生代物清偿的法律效果，须具备以下要件：（1）有原债务存在；（2）经双方当事人约定，以他种给付代替原定给付；（3）有双方当事人关于代物清偿的合意；（4）债权人或其他有履行受领权的人现实地受领给付。代物清偿具有消灭债的效力。连带债务人、不可分之债的债务人之一所为的代物清偿，使其他债务人一同免责。①

（三）清偿抵充

清偿抵充，是指债务人对于同一债权人负担数宗同种类的债务，而清偿人提出的给付又不足以清偿全部债务时，决定以给付清偿抵充何宗债务的规则。债权人与债务人对清偿的债务或者清偿抵充顺序有约定时，依约定进行抵充。如果债权人和债务人没有约定的，根据《合同法司法解释（二）》的规定，债务人的给付不足以清偿其对同一债权人所负的数笔相同种类的全部债务，应当优先抵充已到期的债务。几项债务均到期的，优先抵充对债权人缺乏担保或者担保数额最少的债务。担保数额相同的，优先抵充债务负担较重的债务；负担相同的，按照债务到期的先后顺序抵充；到期时间相同的，按比例抵充。债务人除主债务之外还应当支付利息和费用，当其给付不足以清偿全部债务时，并且当事人没有约定的，应当按照下列顺序抵充：（1）实现债权的有关费用；（2）利息；（3）主债务。

三、抵销

（一）抵销的概念

抵销，是指当事人双方互负债务时，各以其债权清偿债务，使自己的债务与对方的债务在对等数额内相互消灭。依发生的依据不同，抵销可分为法定抵销和合意抵销。

（二）法定抵销

法定抵销，是指在符合法律规定的抵销条件时，以一方当事人的意思表示而使双方的债权债务按对等数额消灭的抵销方式。用作抵销的债权称为主动债权或自动债权，被抵销的债权称为被动债权。

1. 法定抵销的构成要件。依据《合同法》第99条规定，法定抵销的构成要件为：（1）须两人互负债务。债权人和债务人之间存在两个债权债务关系，可供抵

① 吴汉东、陈小君主编：《民法学》，法律出版社2013年版，第380—381页。

销之用，且主动债权和被动债权均合法有效。（2）须双方债务种类与品质相同。以标的种类和品质相同的债务为抵销，当事人双方的需要均可获得满足。两个债务标的的种类与品质不同，说明当事人双方需求各异，此种情形如果抵销将使一方或双方当事人的特定需要难以满足。（3）须双方所负债务均届清偿期。抵销的实质是相互履行，如果以已届清偿期的主动债权与未届清偿期的被动债权抵销，则属于强求对方提前履行义务。故仅在期限利益归债务人时，债务人才可以将未届清偿期的主动债权与对方已届清偿期的被动债权抵销。但依照破产法的规定，破产债权人享有的债权，无论是否已届清偿期，均可抵销。（4）抵销不得违反法律规定和当事人约定。不得抵销的债务包括：第一，依性质不得抵销的债务。依债务性质必须实际履行的债务，非清偿不能实现债的目的，其抵销将违反债务的本质，故不能抵销。例如，不作为债务、提供劳务的债务、与人身不可分离的债务等。第二，法律规定不得抵销的债务。这类债务主要有禁止强制执行的债务、故意侵权行为所引起的债务等。第三，当事人特别约定不得抵销的债务。根据合同自由原则，当事人特别约定排除适用抵销时，即使到期债权符合法定抵销的构成要件，当事人也不得主张抵销。为保护交易安全，这种约定不得对抗善意第三人。

2. 抵销权的行使方法。抵销权属于形成权，由主张债权人一方向对方作出抵销的意思表示即可发生法律效力，无需对方同意。根据《合同法》第99条规定，当事人主张抵销的，应当通知对方，通知自到达对方时生效；抵销不得附条件或者附期限。因抵销是以意思表示为要素的单方法律行为，故其适用法律关于法律行为以及意思表示的规定。

3. 抵销的效力。抵销使当事人双方的债权在对等数额内消灭，对于尚未抵销的债务部分，债务人仍负有履行义务。抵销具有溯及力，溯及抵销权成立之时，故抵销权成立后所产生的利息、违约金、损害赔偿金等债务将因抵销而一并消灭。

（三）合意抵销

合意抵销，是指根据当事人之间的协议，使双方的债权债务按对等数额消灭的抵销方式。《合同法》第100条规定："当事人互负债务，标的物种类、品质不相同的，经双方协商一致，也可以抵销。"此为合意抵销的明文规定。

合意抵销是合同自由原则的具体体现，法律不应禁止。合意抵销的发生条件、法律后果均须遵从当事人的约定。当事人可以协议排除法定抵销的要件、效力，故即使债务种类、品质及履行期限不同，当事人也可以约定予以抵销。

合意抵销是以抵销合同的形式进行的，抵销合同的成立及效力应该符合合同

法有关合同成立以及生效的一般规则。但除当事人有特别约定外，抵销合同没有溯及效力。①

四、提存

（一）提存的概念

提存，是指债务人在债务已届履行期时，将无法给付的标的物交给提存机关，从而使债消灭的行为。

在实际生活中，债务人履行债务往往需要债权人协助，如债权人拒绝协助，对债务人的履行无正当理由不予受领或债务人无法向债权人履行，则债之关系难以消灭，债务人将继续受债务拘束，处于随时准备履行的状态。法律设立提存制度并以提存作为债的消灭原因，可以使债务人通过提存摆脱债务约束的不利状态。

（二）提存的要件

1. 须有合法的提存人。根据《提存公证规则》的规定，提存人为履行清偿义务或担保义务的人，其不限于债务人。

2. 提存之债真实、合法，且提存标的与债的标的物相符。债务人申请提存必须基于真实、合法的债。同时，为防止提存损及债权人利益，提存的标的物须是原债的给付标的，而非替代物。

3. 须有合法的提存原因。根据《合同法》第 101 条的规定，债务人可以将标的物提存的原因包括：（1）债权人无正当理由拒绝受领；（2）债权人下落不明；（3）债权人死亡未确定继承人或者丧失民事行为能力未确定监护人；（4）法律规定的其他情形。例如《物权法》第 191 条第 1 款规定，抵押期间，抵押人经抵押权人同意转让抵押财产的，应当将转让所得的价款向抵押权人提前清偿债务或者提存。

4. 提存的标的物符合要求。交付提存的物可以是动产，也可以是不动产，一般有货币、有价证券、权利证书、贵重物品等。根据《合同法》第 101 条第 2 款的规定，标的物不适于提存的或者提存费用过高的，债务人依法可以拍卖或者变卖标的物，提存所得的价款。

（三）提存的效力

提存涉及三方当事人，即提存人（债务人）、提存机关和提存受领人（债权人），因而提存的法律后果涉及三个方面。

1. 提存人与提存机关之间的效力。根据《提存公证规则》的规定，我国提存

---

① 吴汉东、陈小君主编：《民法学》，法律出版社 2013 年版，第 432 页。

机关为公证处。提存人申请提存经提存机关审查接受后，在提存人与提存机关之间产生向第三人履行的保管合同关系，除当事人有特别约定外，在提存性质许可范围内适用保管合同的有关规定。提存物交付提存后，原则上提存人不得取回提存物，但根据《提存公证规则》第26条的规定，提存人可以凭人民法院生效的判决、裁定或者提存之债已经清偿的公证证明取回提存物；提存受领人以书面形式向公证处表示抛弃提存受领权的，提存人也可以取回提存物。提存人取回提存物的，视为未提存，因此产生的费用由提存人承担。提存人未支付提存费用前，公证处有权留置价值相当的提存标的。

2. 提存人与提存受领人之间的效力。根据《合同法》第102条、第103条的规定，标的物提存后，除债权人下落不明的以外，债务人应当及时通知债权人或者债权人的继承人、监护人；标的物提存后，毁损、灭失的风险由债权人承担；提存期间，标的物的孳息归债权人所有；提存费用由债权人负担。

3. 提存受领人与提存机关之间的效力。根据《合同法》第104条的规定，债权人可以随时领取提存物，但债权人对债务人负有到期债务的，在债权人未履行债务或者提供担保之前，提存部门根据债务人的要求应当拒绝其领取提存物；债权人领取提存物的权利，自提存之日起5年内不行使而消灭，提存物扣除提存费用后归国家所有。

五、免除

免除，是指债权人以消灭债务人的债务为目的而抛弃债权的行为。我国《合同法》第105条规定："债权人免除债务人部分或者全部债务的，合同的权利义务部分或者全部终止。"这就在法律上确认了免除是合同之债的消灭原因。

免除具有以下法律特征：（1）免除为单方法律行为。债权人可任意抛弃债权，无需征得债务人同意，故免除可根据债权人单方的意思表示而发生效力，属于单方法律行为。（2）免除为无偿行为。债权人抛弃债权，债务人无需支付相应的对价，故免除行为本身是无偿的。（3）免除为无因行为。免除仅依债权人表示免除债务的意思而产生效力，其原因如何，在所不问。免除的原因不是免除的内容，当免除的原因不成立或无效时，免除的效力不受影响，但债权人得依不当得利的规定，请求返还。[①]（4）免除为不要式行为。免除的意思表示不需采用特定形式，

① 史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第874—875页。

口头或书面方式均可。免除的意思表示一旦作出，不得撤回。

依债权人免除的意思表示，其债权发生全部或部分消灭的后果，附属于主债权的从债权也随同消灭，但免除不得损害第三人的合法权益。

六、混同

混同，是指债权与债务同归于一人，致使债之关系消灭的事实。债之关系必须要有债权人和债务人才能成立，债权与债务归于一人，从而导致债之关系消灭。因此，我国《合同法》第106条规定，债权和债务同归于一人的，合同的权利义务终止。

混同在性质上属于事件，只要发生债权与债务同归一人的事实，无需当事人的意思表示即产生债之关系消灭的后果，但《合同法》第106条规定，涉及第三人利益时，尽管发生混同，但债之关系不消灭。一般认为，涉及第三人利益的情况包括：（1）债权为第三人权利的标的。例如，甲以对乙所享有的债权质押给丙，后甲与乙合并，为保护质权人丙的利益，则此债权不得因混同而消灭。（2）他人对债权的存在具有正当利益。例如，甲和乙对丙享有连带债权，后甲与丙发生合并，因该连带债权的实现涉及乙的利益，故其不得因混同而消灭。（3）具有流通性的证券化债权。为贯彻票据的流通性，票据的债权人和债务人混同时，债之关系不消灭，票据在到期前仍可转让。

第九节 合同法概述

一、合同的概念与特征

合同又称为契约，是市场主体之间的交易关系在法律上的反映，是推动实现资源优化配置的法律形式，也是实现特定公共政策的中介。据学者考证，“合同”一词早在两千多年前即已出现在我国相关典籍中。我国《民法通则》第85条规定：“合同是当事人之间设立、变更、终止民事关系的协议。”我国《合同法》第2条规定：“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。”可见，合同既指称一种民事法律事实，又指称一种民事法律关系，它具有以下特征：

第一，合同是一种民事法律行为。民事法律行为是最重要的一种民事法律事实，属于表示行为的一种，以意思表示为核心要素，是行为人基于其意志设立、

变更、终止民事权利义务关系的行为。民事法律行为是实现行为人自由意志的民法工具，它对应着民法意定主义的调控方式，形成了不同于法定主义体系的独特法律调整制度，体现了民法调整方式的独特性。① 合同是当事人之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议，是当事人意思表示一致的结果，以意思表示为要素，并且得依据意思表示的内容赋予其法律效果，因此，合同是一种民事法律行为。

第二，合同是双方或多方民事法律行为。合同又称协议，而协议一词，在民法中也可以指当事人之间形成的合意。任何合同都必须是订约当事人意思表示一致的产物。由于合同是合意的结果，因而它包含以下要素：一是合同的成立要有两方以上的当事人；二是各方当事人须作出意思表示，且各方当事人作出的意思表示是一致的，也就是说当事人之间达成了协议。因此，合同是双方或多方民事法律行为。

第三，合同是以设立、变更、终止民事权利义务关系为内容和目的的民事法律行为。任何民事法律行为均有其内容和目的，合同以设立、变更、终止民事权利义务关系为内容和目的。所谓设立民事权利义务关系，是指当事人订立合同旨在形成某种法律关系，如形成买卖关系、委托关系等，从而具体地享受民事权利、承担民事义务。所谓变更民事权利义务关系，是指当事人通过订立合同使原有的民事法律关系在内容上发生变化。变更民事法律关系通常是在继续保持原民事法律关系效力的前提下变更其内容。如果因为变更使原民事法律关系消灭并产生一个新的民事法律关系，则不属于变更的范畴。所谓终止民事权利义务关系，是指当事人通过订立合同，旨在消灭原民事法律关系。

第四，合同是当事人各方在平等、自愿基础上实施的民事法律行为。在合同法上，当事人各方的法律地位在订立合同时都是平等的，所作出的意思表示都是自主自愿的。

第五，合同关系具有相对性。作为一种民事法律关系，合同不同于其他民事法律关系尤其是不同于物权法律关系的重要特征，就在于合同关系的相对性。所谓合同关系的相对性，主要是指合同关系只能发生在特定的合同当事人之间，只有合同当事人一方能够向另一方基于合同提出请求或提起诉讼；与合同当事人没有发生合同上权利义务关系的第三人不能依据合同向合同当事人提出请求或提起

---

① 王利明主编：《民法》（第六版），中国人民大学出版社 2015 年版，第 97 页。

诉讼，也不应承担合同上的义务或责任。①

二、合同法的概念与本质

合同法有形式意义与实质意义之分。形式意义的合同法是指以法律的形式所表现的合同法，如我国《合同法》等；实质意义的合同法是所有调整合同关系的法律规范的总称。

我国《合同法》第2条规定："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。"合同法是调整平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止财产权利义务关系的法律规范的总称。这一概念包括以下三层含义：一是合同法只调整平等主体之间的关系；二是合同法所调整的关系限于平等主体之间的合同关系；三是合同法所调整的合同关系为财产性质的合同关系，不包括人身性质的合同关系。

合同法并非一个独立的法律部门，而是民法的重要组成部分，其本质表现为：

第一，合同法是私法。学界通说认为法律存在公法与私法之别。公法与私法有着不同的调整范围和不同的调整规则。在公法领域，遵循"法无授权即禁止"的原则，而在私法领域，则信奉"法无禁止即自由"的原则。尽管学界关于公法和私法的划分标准历来存在着不同的观点，但无论依据何种学说，合同法作为民法的重要组成部分，都属于私法。

第二，合同法是实体法。私法有实体法与程序法之分，其中实体法调整民事法律关系，程序法规定民事权益救济程序，合同法属于实体法。

第三，合同法以任意性规范为主。合同法包含着类型丰富的法律规范，但其主要是通过任意性规范来调整交易关系的。② 例如，合同法虽然就各种有名合同确立了调整规则，但仅涉及合同当事人私人利益安排的事项，听任当事人各方协商以确定合同内容。只要当事人协商的条款不违背法律、行政法规的强制性规定，不损害公共利益，即可有效。

第四，合同法追求统一性和国际化。合同法是调整市场交易关系的基本法。市场经济是开放的经济，它要求各类市场统一而不是分割，以利于各类市场主体

---

① 王利明、崔建远：《合同法新论·总则》（修订版），中国政法大学出版社2000年版，第27—33页。

② 王轶：《民法典的规范类型及其配置关系》，《清华法学》2014年第6期。

能够在统一的市场中平等地从事各种交易活动。由此决定了作为市场经济基本法的合同法，不仅应反映国内统一市场的需要而形成一套统一规则，同时也应该与国际惯例相衔接。近几十年来，合同法的国际化已成为法律发展的重要趋向，调整国际贸易的合同公约，如《关于国际货物买卖合同成立统一法公约》（1964年）、《国际货物买卖统一法公约》（1964年）、《联合国国际货物销售合同公约》（1980年）等，都是合同法国际化的标志。

我国合同立法经历了一个发展和完善的过程。早在1981年，立法机关就颁布了《经济合同法》，1985年又颁布了《涉外经济合同法》，1987年颁布了《技术合同法》。三部专门的合同立法规范各自不同的领域和关系，相互之间存在不一致和不协调，且法律规定过于原则，可操作性不强，社会生活中还有许多合同缺乏法律规定。尤其是进入20世纪90年代后，“三足鼎立”的合同法格局已经不能够适应社会生活发展对法律调整的要求。[①] 因而自1993年开始，立法机关适时地将统一合同法的制定提上立法日程，1999年3月15日第九届全国人民代表大会第二次全体会议通过了《合同法》。这部统一的合同法，自始至终贯彻了鼓励交易的立法宗旨：[②] 反映了建立全国统一的大市场的要求，结束了三法并立的局面，实现了交易规则的统一；剔除了三部专门合同立法中反映计划经济体制的内容，使法律规则符合社会主义市场经济的性质和要求；针对我国转轨时期的特点和社会生活中出现的各种社会问题，规定各种法律对策；从中国改革开放、发展社会主义市场经济、建立全国统一的大市场和与国际市场接轨的实际出发，广泛参考借鉴发达国家和地区成功的立法经验和判例学说，采纳现代合同法的各项新规则和新制度。该法的颁布是完善我国社会主义市场经济法律体系的重要步骤。随着民法典编纂工作的逐步推进，这部统一的合同法经过进一步的修改和完善，将成为未来编纂完成的民法典的合同编。

三、合同法的基本原则

原则，即观察问题、处理问题的准绳。合同法的基本原则，即观察、处理合同法问题的准绳。它是合同法的本质和特征的集中体现，反映了市场经济的根本要求，表达了合同法的基本价值取向，是高度抽象的、最一般的合同行为规范和价值判断准则。

---

① 梁慧星：《统一合同法：成功与不足》，《中国法学》1999年第3期。

② 王利明：《合同法的目标与鼓励交易》，《法学研究》1996年第3期。

我国《合同法》规定了平等原则、合同自由原则、公平原则、诚实信用原则以及公序良俗原则。

（一）平等原则

所谓平等原则，也称为法律地位平等原则。我国《合同法》第3条明文规定：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。

平等原则首先体现为一项合同立法和合同司法的准则，即立法者和裁判者对于合同当事人应平等对待。这是分配正义的要求，因为正义一词的核心语义是公平，即一视同仁、平等对待。作为一种组织社会秩序的工具，合同法是通过对交易领域民事主体间冲突的利益关系以及民事主体利益与公共利益之间的冲突关系进行协调，来实现其组织社会秩序的功能。“而在分配利益和负担的语境中可以有两种意义上的平等对待。一种是强式意义上的平等对待，它要求尽可能地避免对人群加以分类，从而使每一个人都被视为‘同样的人’，使每一个参与分配的人都能够在利益或负担方面分得平等的‘份额’。另一种是弱式意义上的平等对待，它要求按照一定的标准对人群进行分类，被归入同一类别或范畴的人才应当得到平等的‘份额’，因此，弱式意义上的平等对待既意味着平等对待，也意味着差别对待——同样的情况同样对待，不同的情况不同对待。”①

现代合同法上的平等原则在侧重强式意义上的平等对待的同时，更加重视兼顾弱式意义上的平等对待。面对用人单位与劳动者、生产者与消费者之间的分化和对立，如果只单纯强调抽象的人格的平等，只追求形式上的平等，忽视实质上的平等，则已经无法维持社会的和平。弱式意义上的平等对待，日渐受到重视。其具体表现为：在生活消费领域内，将合同当事人区分为经营者和消费者，在生产经营领域内，将合同当事人区分为用人单位和劳动者，分别设置相应的法律规则，侧重对消费者和劳动者利益的特殊保护。

平等原则还体现为一项当事人进行合同交易的行为准则，即要求当事人之间应平等相待，这是合同法上平等原则的核心和灵魂。它是指当事人在进行交易活动时应认识到彼此都享有独立、平等的法律人格，其中平等以独立为前提，独立以平等为归宿。离开了当事人之间的平等相待，合同法的基本理念就失去了生存的土壤，合同法的其他各项基本原则以及各项合同法律制度也就丧失了存在的依据。

必须看到，合同法确认了平等原则，以当事人之间平等的假定作为前提和基

① 郑成良：《法律之内的正义》，法律出版社2002年版，第40页。

础，并通过兼顾弱式意义上的平等对待，在一定程度上推动了实质平等的实现。但实现交易领域当事人之间的实质平等，不是合同法独力承担的使命。还要借助民法以外的其他法律部门，如宪法、行政法、经济法、社会法等。例如被认为是经济法重要内容的反垄断法，其主要功能就体现为营造平等竞争的市场环境。

（二）合同自由原则

合同自由原则是意思自治原则的核心。合同自由反映了市场经济的内在要求。在市场上，准入的当事人被假定为自身利益的最佳判断者，因此，当事人自愿进行的各项自由选择应当受到法律的保障，并排除国家和他人的非法干预。我国《合同法》第4条规定，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。这就是合同自由原则的法律体现。一般认为，合同自由原则包括以下内容：（1）缔约自由，即当事人可以自由决定是否与他人缔结合同；（2）选择相对人的自由，即当事人可以自由决定与何人缔结合同；（3）内容自由，即双方当事人可以自由决定合同的内容；（4）变更或解除的自由，即当事人可以经由自由协商变更或解除合同，或可自由决定是否行使约定的、法定的解除权解除合同；（5）方式自由，即当事人有选择合同形式的自由；（6）争议解决方式的自由，即当事人可以经由自由协商，以确定双方争议解决的具体方式。

当然，合同自由原则所保障的当事人的自由从来都不是绝对的、无限制的自由。特别是20世纪以来，当事人的自由开始受到多方面的限制，包括来自公法上的限制以及来自私法本身的限制。公法上的限制主要体现为出于推动特定公共政策实现的目的，对自由竞争进行的规制；私法上的限制主要体现为诚实信用和公序良俗原则限定了合同自由的外部边界。公法上的限制欲在合同法领域内发挥作用，也需要借助公序良俗原则的引致功能。

可见，自由及其限制问题属于合同法上一个最为核心的问题。自由不能没有限制，否则自由本身就不可能实现或不可能很好地实现，但是又必须严格限制对自由的限制，应当强调只能在为了保证自由真正实现的情况下才能对自由加以限制。我国现行合同立法中，得以限制自由的足够充分且正当的理由就是公共利益，包括国家利益和社会公共利益。[①] 所谓国家利益，不能作宽泛的理解，应仅限于国家在整体上具有的政治利益、经济利益以及安全利益等。[②] 所谓社会公共利益，首

① 参见我国《合同法》第52条以及《物权法》第42条第1款的规定。

② 我国《国有土地上房屋征收与补偿条例》第8条第1项将为了国家利益的需要表述为“国防和外交的需要”。

先是指不特定第三人的利益;① 其次是与基本的法律价值相联系的私人利益，如生命利益、健康利益等;② 最后是弱势群体的利益。③ 必须指出，得以限制当事人自由的国家利益和社会公共利益，必须最终能够落实为个人的利益。国家利益和社会公共利益，归根结底也只不过是以“国家”或“社会”名义表达的个人利益。确认某类个人利益为国家利益或社会公共利益，从而使其能够在冲突的利益关系中处于优先地位，并得到确认和保护，是合同法协调交易领域利益冲突的重要策略。合同法组织社会秩序的功能，很大程度上要借助这一策略才能实现。当然，确认何种类型的个人利益为国家利益或社会公共利益，需要经过法律所认可的表决程序。这里所谓的表决程序，最终都要借助裁判机关的表决规则体现出来。换言之，裁判机关应当实质上拥有何为公共利益的最终决定权。

（三）公平原则

公平原则是进步和正义的道德观在法律上的体现，对于弥补法律规定的不足和在交易领域保证合同自由原则的实现，具有重要意义。我国《合同法》第5条规定，当事人应当遵循公平原则确定各方的权利和义务。

公平原则包括两层含义：一是立法者和裁判者在民事立法和司法的过程中应维持民事主体之间的利益均衡；二是当事人应依据社会公认的公平观念从事交易活动，以维持当事人之间的利益均衡。

公平原则的第一层含义是公平原则的核心，它包括两个方面的内容：其一，合同法上凡涉及当事人利益关系安排的法律规范，无论其是调整非交易领域利益冲突的简单规范，还是调整交易领域利益冲突的复杂规范，均应维持参与交易活动各方当事人之间的利益均衡。其二，一旦交易领域内当事人之间的利益关系非自愿地失去均衡时，应依据公平原则给予特定当事人调整利益关系的机会。使用“非自愿地失去均衡”这样的限定，意味着理解和适用公平原则不能仅着眼于利益衡量，还要考察导致利益关系失衡的原因。在这种意义上，公平原则也是对合同自由原则的有益补充。我国现行合同立法中，有不少制度在这种意义上体现了公平原则。④

公平原则的第二层含义主要是对在交易活动中处于优势地位的当事人提出的

---

① 我国《合同法》第52条第2项所谓“第三人利益”应指不特定第三人的利益。

② 我国《合同法》第53条第1项确认，合同中免除造成对方人身伤害责任的免责条款无效。

③ 认可弱势群体的利益为社会公共利益，有助于动用国家公权力对弱势群体进行倾斜保护。

④ 例如我国《合同法》第54条第1款第2项、第114条第2款的规定以及《合同法司法解释（二）》第26条的规定等。

要求。这种含义的公平原则属于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。它具体化为合同法上的基本原则就是合同正义原则。合同正义系属平均正义，要求维系合同双方当事人之间的利益均衡，如我国《合同法》第39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。在合同法上就一方给付与对方的对待给付之间是否符合公平原则的要求，是否具有等值性，其判断依据一般采主观等值原则，即当事人主观上愿意以此给付换取对待给付，即为公平合理，至于客观上是否等值，在所不问。因为的确不存在真正令人信服而又实用的标准来确定客观上是否等值。

（四）诚实信用原则

诚实信用原则要求处于法律上特殊联系的当事人应忠诚、守信，做到谨慎维护对方的利益、满足对方的正当期待、给对方提供必要的信息等。合同法上的诚实信用原则是最低限度的道德要求在法律上的体现。《合同法》第6条规定，当事人行使权利、履行义务应当遵循诚实信用原则。

诚实信用原则为合同法规范提供了正当性依据，也是解释法律和合同行为的依据。此外，诚实信用原则具有填补法律漏洞的功能，即当裁判机关在司法审判或仲裁实践中遇到立法当时未预见的新情况、新问题时，可直接依据诚实信用原则行使公平裁量权，调整当事人之间的权利义务关系。因此，诚实信用原则意味着承认裁判活动的创造性与能动性。[①] 法官在适用诚实信用原则进行漏洞填补时，应当参考类似的案例，借鉴合同法学说中认为对判断本案具有重要意义的指导性观点。

诚实信用原则着力维护最低限度的道德要求，这里的道德要求主要体现为交易道德的要求。而最低限度的交易道德又是市场经济能够顺利运行的前提，因此诚实信用原则实际上承担着保护社会公共利益的使命，它以强制性规范的形式对当事人提出了积极的要求，在功能上限制了合同自由原则发挥作用的范围。

诚实信用原则是法律吸收最低限度道德要求的产物，但何为最低限度的道德要求，需要借助特定国家和地区的合同立法，尤其是通过特定国家和地区的合同司法予以具体化。因此，合同法学对于诚实信用原则的研究，应当采取面向司法的姿态，着力整理司法审判实践中已有的案例，将其类型化，以明确诚实信用原

① 彭万林主编：《民法学》，中国政法大学出版社1994年版，第39页。

则的具体内容，为在合同立法上实现诚实信用原则的具体化奠定基础。①

（五）公序良俗原则

公序良俗是公共秩序和善良风俗的合称，其包括两层含义：一是从国家的角度来定义公共秩序，二是从社会的角度来定义善良风俗。公序良俗原则是现代合同法的一项重要法律原则，是指一切交易活动应当遵守公共秩序及善良风俗。在现代市场经济社会，它有维护国家社会一般利益及一般道德观念的重要功能。我国《合同法》第7条规定：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。

公序良俗原则属于一般条款，与诚实信用原则一样，需要借助特定国家和地区的合同立法，尤其是将特定国家和地区的合同司法予以具体化。与诚实信用原则相仿，公序良俗原则具有填补法律漏洞的功效。这是因为公序良俗原则包含了法官自由裁量的因素，具有极大的灵活性，因而能处理现代市场经济中发生的各种新问题，在确保国家一般利益、社会道德秩序，以及协调各种利益冲突、保护弱者、维护社会正义等方面发挥极为重要的机能。② 一旦人民法院在司法审判实践中，遇到立法当时未能预见到的一些扰乱社会秩序、有违社会公德的行为，而又缺乏相应的禁止性规定时，可通过适用公序良俗原则，认定该行为无效。

公序良俗原则承担着维护国家利益和社会公共利益的使命，在功能上构成了对合同自由原则的限制。

综上，就诸项合同法基本原则而言，平等原则是合同法的基础原则，它构成了合同自由原则的逻辑前提。离开了交易活动当事人之间平等的假定，合同法就丧失了存在的根基，也就无从谈起合同法的其他基本原则。合同自由原则是合同法最重要、最有代表性的原则，是合同法基本理念的体现。合同法最重要的使命，就是确认并保证当事人交易自由的实现。公平原则意在谋求当事人之间的利益衡平。在交易领域内，只有违背意思自治原则的不公平安排，方会成为合同法通过公平原则予以纠正的对象，因此，在交易领域内，公平原则是对合同自由原则的有益补充。诚实信用原则将最低程度的道德要求上升为法律要求，以谋求个人利益与社会公共利益的和谐。公序良俗原则包括公共秩序和善良风俗两项内容，对个人利益与国家利益以及个人利益与社会利益之间的矛盾和冲突发挥双重调整功

① 我国《合同法》即在总结审判实践经验的基础上，参考民法学说和域外的立法经验，对诚实信用原则进行了具体化，如第42条、第60条第2款、第92条等。

② 梁慧星：《民法总论》，法律出版社2001年版，第45页。

能。诚实信用原则和善良风俗原则虽然都是以道德要求为核心的，但善良风俗原则并不强制当事人在交易活动中积极地实现特定的道德要求，它只是消极地设定了当事人进行交易活动不得逾越的道德底线。诚实信用原则则强制当事人在交易活动中积极地实现特定的道德要求，它设定了当事人进行交易活动必须满足的道德标准。诚实信用原则和公序良俗原则是对合同自由原则的必要限制，力图谋求不同交易活动当事人之间自由的和谐共存。

第十节　合同的分类

一、合同分类概述

合同法的法律调整建立在对合同进行类型区分的基础上。合同是市场交易的法律形式，其类型因交易方式的多样化而各不相同。同时，随着市场交易的不断发展，合同的形态也在不断发生变化。尽管合同的形态复杂多样，但我们可以根据一定的标准从法律上对合同作出分类，并针对不同的合同确定其各自的规则。将合同按照一定的标准进行分类，有助于完善合同立法，有助于人民法院或仲裁机构在处理纠纷时正确适用法律，也有助于指导当事人订立和履行合同。

二、典型合同与非典型合同

根据法律是否对合同专设规范并赋予特定的名称，可以将合同分为典型合同与非典型合同。

典型合同又称有名合同，是指法律对其专门设有规范，并赋予名称的合同。例如，我国《合同法》分则部分所规定的合同、《担保法》所规定的保证合同等，都属于有名合同。有名合同的特点在于，法律对其确定了特定的名称和规则，为当事人订立和履行合同提供了指导。法律对有名合同的规定，主要是通过任意性规范指引合同的内容，或通过倡导性规范提倡和诱导当事人在交易中采用特定的行为模式，并非代替当事人订立合同。[①] 从合同法的发展趋势来看，为规范合同关系，保护合同当事人权益，各国合同立法都扩大了有名合同的范围。

非典型合同又称无名合同，是指法律尚未对其专设规范，也未赋予名称的

① 郭明瑞、房绍坤：《新合同法原理》，中国人民大学出版社2000年版，第19页。

合同。根据合同自由原则，合同当事人可以自由决定合同的内容，因此，即使当事人订立的合同不属于有名合同的范围，只要不违背法律、行政法规的强制性规定，不损害公共利益，也仍然可以是有效的。可见，当事人可以自由订立无名合同。

从交易实践来看，无名合同大量存在，学者一般将其归为三种类型：（1）纯无名合同，即以法律纯无规定的事项为内容的合同，或者说，合同的内容不属于任何有名合同的事项。（2）混合合同，即在一个有名合同中规定其他有名合同事项的合同。（3）准混合合同，即在一个有名合同中规定其他无名合同事项的合同。由于交易关系与当事人合意内容的复杂性，出现无名合同在所难免。无名合同产生以后，经过实践中的反复运用，其基本内容和特点已经成形，则可以由合同法予以规范，使之成为有名合同。在这种意义上，可以说合同法发展的历史就是一个无名合同不断转变为有名合同的过程。

区分有名合同与无名合同的意义主要在于两者适用的法律规则不同。对于有名合同，应当直接适用合同法的规定或其他有关该类合同的立法规定。对于无名合同来说，《合同法》第 124 条规定："本法分则或者其他法律没有明文规定的合同，适用本法总则的规定，并可以参照本法分则或者其他法律最相类似的规定"。

三、双务合同与单务合同

根据当事人双方是否存在对待给付义务，合同可以分为双务合同和单务合同。

双务合同是指当事人双方互负对待给付义务的合同，或者说，一方当事人所享有的权利即为他方当事人所负担的义务，如买卖、互易、租赁合同等均为双务合同。双务合同是双方负担合同的一种。除双务合同外，双方负担合同尚包括不完全双务合同。不完全双务合同是指双方都负担给付义务，但双方负担的给付义务并非对待给付。比如约定无需支付报酬的委托合同中，受托人负担处理委托事务的义务，委托人负担预付或事后补偿费用的义务，尽管委托人和受托人都负担给付义务，但并非对待给付。

单务合同又称一方负担合同，是指仅有一方负担给付义务的合同。在单务合同中，当事人一方承担给付义务，另一方并不负有相对义务，如赠与合同、保证合同等。

双务合同与单务合同的区分主要具有如下意义：（1）是否适用合同履行的抗辩权制度不同。在双务合同乃至不完全双务合同中，都存在着适用同时履行抗

辩权、先履行抗辩权、不安抗辩权等合同履行抗辩权的问题，单务合同则不适用合同履行的抗辩权。(2) 风险负担规则适用的法律效果不同。由于双务合同中双方的权利义务互相依存、互为条件，如果因不可抗力导致一方当事人不能履行合同义务，依据《合同法》第94条第1项的规定，合同当事人有权解除合同，不能履行合同义务的一方不再负担给付义务，同时也不得向对方主张对待给付。对方已经履行的，得主张恢复原状。而在单务合同中，如果负担给付义务的一方因不可抗力不能履行义务，在合同解除后，仅发生该方当事人不再负担给付义务的法律效果。(3) 当事人违约的法律效果不同。在双务合同中，当事人一方违约，须承担违约责任；若非违约方已经履行给付义务，可以请求违约方继续履行合同或承担其他违约责任；如果非违约方要求解除合同，则对于其已履行的部分有权要求违约方返还。但在单务合同中，在当事人一方违约时，不会发生上述法律效果。

四、有偿合同与无偿合同

根据当事人负担给付义务是否存在对价，可以将合同分为有偿合同与无偿合同。

有偿合同是指一方当事人负担给付义务，对方当事人需要支付相应对价的合同。买卖合同、供用电（水、气、热力）合同、租赁合同、融资租赁合同等均为有偿合同。有偿合同是商品交换最典型的法律形式。在实践中，绝大多数反映交易关系的合同都是有偿的。

无偿合同是指一方当事人负担给付义务，对方当事人无需支付对价的合同。赠与合同、保证合同为典型的无偿合同。此外，《合同法》一般将保管合同作为无偿合同对待。在无偿合同中，一方当事人虽不向对方支付对价，但并非不承担任何义务。例如在借用合同中，借用人无偿借用他人物品，负有正当使用和按期返还物品的义务。

区分有偿合同与无偿合同的意义主要在于：(1) 合同的稳定性不同。在通常情形下，有偿合同的稳定性较无偿合同的稳定性强。例如在赠与合同中，赠与合同的赠与人在赠与物的权利转移之前，享有任意撤销权。[①] (2) 是否适用买卖合同的有关规定不同。买卖合同以外的有偿合同适用与买卖合同有偿性有关的规定，

① 参见《合同法》第186条第1款。

而无偿合同不存在此项法律适用规则。[①] (3) 当事人注意义务的程度不同。在有偿合同中，负担给付义务的当事人注意义务的程度，一般要较无偿合同中负担给付义务的当事人注意义务的程度高。[②] (4) 对合同主体的要求不同。订立有偿合同的当事人原则上应具备完全行为能力。限制行为能力人非经其法定代理人同意，只能订立与他的年龄、智力、精神健康状况相适应的有偿合同。但对于纯获法律上利益的无偿合同，如接受赠与等，限制行为能力人和无行为能力人即使未取得法定代理人的同意也可以订立该合同。[③]

五、诺成合同与要物合同

根据合同的成立是否以交付标的物或完成其他给付为成立条件，可以将合同分为诺成合同和要物合同。

诺成合同是指当事人各方意思表示一致即可成立的合同。诺成合同是合同的典型形态。我国《合同法》所规定的买卖合同、供用电（水、气、热力）合同、赠与合同、金融机构作为贷款人一方订立的借款合同、租赁合同、融资租赁合同、承揽合同、建设工程合同、货运合同、多式联运合同、技术合同、仓储合同、委托合同、行纪合同、居间合同等都属于诺成合同。

要物合同又称实践合同，是指除当事人双方意思表示一致以外，尚需交付标的物或完成其他给付才能成立的合同。我国《合同法》规定的自然人之间订立的借款合同、客运合同、保管合同等属于要物合同。比如保管合同，必须要寄存人将寄存的物品交付保管人，合同才能成立。相对于诺成合同，实践合同是特殊合同。

诺成合同与实践合同成立的时间是不同的。诺成合同自双方当事人意思表示一致时起，合同即告成立；实践合同则在当事人达成合意之后，还必须由当事人交付标的物和完成其他给付，合同才能成立。

六、要式合同与不要式合同

根据合同是否应当或者必须依照法律或者行政法规采取特定的形式，可以将合同区分为要式合同与不要式合同。

---

① 参见《合同法》第 174 条。
② 参见《合同法》第 189 条、第 374 条。
③ 参见《合同法》第 9 条、第 47 条。

要式合同是指根据法律或者行政法规应当或者必须采取特定形式的合同。一般而言，法律或行政法规要求的形式为书面形式。不要式合同是指当事人订立的合同依法并不需要采取特定的形式，当事人可以采取口头形式，也可以采取书面形式。合同除法律或者行政法规有特别规定以外，均为不要式合同。根据合同自由原则，当事人有权选择合同形式，但对于法律或者行政法规有特别的形式要件规定的，当事人应当或者必须遵循其规定。

早期合同法注重交换的表征与安全，常以要式为原则，不要式为例外。近代以降，因推崇意志自由，奉行形式自由，则常以不要式为原则，要式为例外。

七、一时性合同与继续性合同

根据合同的给付形态的不同，可以将合同区分为一时性合同与继续性合同。

一时性合同是指因一次给付，义务即可履行完毕，合同关系即归于消灭的合同，如买卖合同。继续性合同是指合同的内容非一次给付即可完结，而是需持续进行给付行为，义务方可履行完毕的合同。继续性合同的特点在于，时间因素在合同义务的履行中居于重要地位，总给付的内容系于应为给付时间的长度。继续性合同可区分为固有的继续性合同和继续性供给合同。租赁合同、合伙合同属典型的固有的继续性合同，供用电（水、气、热力）合同属典型的继续性供给合同。

区分一时性合同与继续性合同的主要意义在于：第一，一时性合同的解除产生溯及效力，继续性合同的解除一般无溯及效力。第二，在合同当事人已经按照合同的约定履行义务的情况下，合同被确认不成立、无效、被撤销或确定不发生效力时，一时性合同得应当事人请求恢复原状，继续性合同则无法恢复原状。

八、主合同与从合同

根据合同相互间的主从关系，可以将合同分为主合同与从合同。

主合同是指不需要其他合同的存在即可独立存在的合同，如买卖合同。从合同是以其他合同的存在为存在前提的合同。例如，保证合同相对于主债务合同而言即为从合同。由于从合同要依赖于主合同的存在而存在，所以从合同又被称为“附属合同”。从合同的主要特点在于其附属性，即它不能独立存在，必须以主合同的存在为前提。主合同不成立，从合同就不能成立；主合同转让，从合同也不能单独存在；主合同被宣告无效或被撤销，从合同也将失去效力；主合同终止，从合同亦随之终止。

主合同与从合同是相对而言的，没有主合同即没有从合同；没有从合同，也

无所谓主合同。尽管主合同的存在并生效将直接影响到从合同的成立及效力，但因为主合同并不依附于从合同，可以独立存在，所以从合同不成立或无效一般并不影响到主合同的效力。

九、预约与本约

预约又称预约合同，是指当事人之间约定将来订立一定合同的合同。本约又称本合同，是指履行本约订立的特定合同。预约也是合同的一种类型，在合同法上，预约为例外的存在，因此，对某合同是属于预约还是本约有争议时，一般应认定为本约。

预约合同的成立和生效，仅使当事人负有将来按预约规定的条件订立主合同的义务，而不负履行将来要订立的合同中的义务。预约虽然仅使当事人负有订约义务，但也是一种合同。如果预约的一方当事人不履行其订立本约的义务，则另一方有权请求法院强制其履行义务及承担违约责任。

十、束己合同与涉他合同①

根据订约人是为自己的利益还是为第三人的利益订立合同，可以将合同区分为束己合同和涉他合同。

束己合同又称为订约人自己订立的合同，是指订约当事人订立合同是为自己设定权利，使自己直接取得和享有某种利益。由于当事人订立合同都是为了追求一定的利益，所以在绝大多数情况下，合同当事人订立合同都是为了给自己设定权利和义务。可以说，合同大都是束己合同。

然而，在特殊情况下，订约当事人并非为自己设定权利，而是为第三人的利益订立合同，合同将对第三人发生效力，这就是所谓涉他合同。合同当事人双方约定债务人向第三人履行义务，第三人由此取得直接请求债务人履行义务的权利。由于此类合同中的第三人仅享受权利而不承担义务，因而此类合同又称为“第三人利益合同”，第三人也常常被称为“受益人”。此种合同具有如下法律特征：

1. 第三人不是订约当事人。第三人不是订约当事人，他不必在合同上签字，也不需要通过其代理人参与缔约。不过尽管第三人不是订约主体，却可以依据合同享有接受债务人的履行和请求其履行的权利。这就是说，在合同成立并且生效以后，债务人应负有向该第三人履行的义务，如果债务人不履行义务，应承担违约责任。

---

① 陈小君主编：《合同法学》（第二版），高等教育出版社2009年版，第68页。

2. 该合同只能给第三人设定权利，而不得为其设定义务。在民法上，遵循意思自治原则，任何人未经他人同意，不应为他人设定义务，擅自为第三人设定义务的合同都不得向第三人主张其效力。正是因为这是为第三人利益订立的合同，只是使第三人享受利益并获取利益，所以，此种合同才受到法律的确认。当然，这并不是说在此种合同中第三人在享有权利时不承担任何义务，因为第三人在取得一定利益时，可能还需履行一定的义务。例如，在运输合同中，托运人为了收货人的利益而与承运人订立运输合同，但收货人在受领货物时也需要履行一定的义务，不过这种义务通常是与权利和利益的取得相联系的，尤其是第三人承担某种义务不能使其蒙受损失。正是由于第三人利益的合同将对第三人发生效力，所以此类合同是合同相对性的例外。

3. 该合同的订立，事先无需通知第三人或征得第三人的同意。合同一经成立，该第三人如不拒绝，便可独立享受权利。当然，合同当事人虽可以为第三人设定权利，但不应强迫该第三人接受此权利。对为第三人设定的权利，该第三人可以接受，也可以不接受。第三人接受权利的意思表示，既可以采取明示方式，也可以采取默示方式，但拒绝接受权利亦应向债权人和债务人作出意思表示。如果第三人拒绝接受权利，则合同所设定的权利由为第三人利益订约的当事人自己享有。在第三人接受权利以后，第三人有权请求债务人向其作出履行，同时债权人也可以请求债务人向第三人作出履行。如果债务人不履行义务，第三人和债权人均可以请求其承担违约责任。然而，第三人虽可以独立享受权利，却毕竟不是合同当事人，因此他不享有变更合同的权利，即使合同有可撤销的原因，第三人也不得主张撤销合同。

第十一节　合同的订立

合同的订立是指两个或两个以上当事人相互为意思表示，达成合意的过程。合同的订立与合同的成立不同。合同的成立，是当事人就合同主要条款达成一致，合同对各方当事人发生拘束力。该拘束力主要体现为当事人之间产生债权或期待权，任何一方不得任意变更或解除合同。

一、要约

（一）要约的概念、特征与要件

要约是一种期望和他人订立合同的意思表示，有以下两项特征：其一，内容

具体、确定；其二，包含若受要约人承诺，要约人即受该要约内容约束的意思。要约本身不构成一个独立的法律行为，但是合同这一法律行为的要素之一。

构成要约的意思表示，须具备如下要件：

1. 内容具体、确定，足以成立合同。要约的内容决定了合同的内容，这要求要约应当具备成立合同的最低限度的内容。关于何为“具体”和“确定”，应根据具体的合同类型、交易内容及交易习惯等加以判断。例如，《联合国国际货物销售合同公约》第 14 条第 1 款规定，“一个建议如果写明货物并且明示或暗示地规定数量和价格或规定如何确定数量和价格，即为十分确定”。在一些情况下，货物买卖合同只要具备了标的和数量，就可以有效成立，至于交易价格等要素可根据其他方法加以确定。

2. 有受拘束的意思。要约应当表明一旦经受要约人承诺，则要约人即受该要约及经承诺而成立的合同的拘束。当然，在交易现实中，当事人往往未必明确表明其受拘束的意思，在这种情况下，应根据当事人的表示及其他交易条件加以判断。实践中，要约的内容清晰具体、要约人为要约附加了期限等都可能被作为要约有拘束力的证明。

在认定要约时，要注意其与要约邀请的区别。后者是期望他人向自己发出要约的意思表示，寄送的价目表、拍卖公告、招标公告、招股说明书、商业公告等通常被认为是要约邀请。要约和要约邀请的界限，关键是当事人的真意。要约中包含当事人愿意接受要约拘束的意思，而要约邀请则是希望对方主动提出要约的意思表示。在一些特殊情况下，若商业广告的内容包含了受拘束的意思，则仍可被解释为要约。例如《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第 3 条规定：“商品房的销售广告和宣传资料为要约邀请，但是出卖人就商品房开发规划范围内的房屋及相关设施所作的说明和允诺具体确定，并对商品房买卖合同的订立以及房屋价格的确定有重大影响的，应当视为要约。该说明和允诺即使未载入商品房买卖合同，亦应当视为合同内容，当事人违反的，应当承担违约责任。”

（二）要约的生效

关于要约何时发生拘束力，我国采用到达主义。具体而言，根据《合同法》第 16 条、第 23 条、第 24 条的规定，要约以对话（包括直接沟通的电话）方式作出的，于相对人了解时发生效力；要约以信件或电报作出的，以信件载明的日期或电报交发之日或投寄该信件的邮戳日期作为要约生效的时间；要约以电话留言、传真等快速通信方式作出的，自到达受要约人时开始生效；要约以数据电文作出

的，以数据电文进入特定系统的时间，或（在未指定特定系统的情况下）进入收件人任何系统的首次时间作为生效时间。

（三）要约的撤回

根据《合同法》第17条的规定，要约人可以在要约到达受要约人之前或同时取消要约，为要约的撤回。按照该规定，撤回也应以意思表示为之。要约一经撤回，即失去效力。要约撤回后，接受要约的一方当事人所为的“承诺”应视为一项新的要约。

（四）要约的撤销

根据《合同法》的规定，在要约生效后，受要约人发出承诺通知之前，要约人可取消要约，是为要约的撤销。考虑到要约生效后，尽管受要约人尚未承诺，但已可能产生对要约的特殊信赖，因此，要约人的撤销权受到如下限制：其一，根据《合同法》第18条的规定，撤销要约的通知应当在受要约人作出承诺之前到达受要约人；其二，根据《合同法》第19条的规定，在要约人确定了承诺期限或者以其他形式明示要约不可撤销时，或受要约人有理由认为要约是不可撤销，并已经为履行合同作了准备工作的，要约不得撤销。

（五）要约的失效

我国《合同法》第20条规定，有下列情形之一的，要约失效：（1）拒绝要约的通知到达要约人；（2）要约人依法撤销要约；（3）承诺期限届满，受要约人未作出承诺；（4）受要约人对要约的内容作出实质性变更。

二、承诺

（一）承诺的概念与特征

承诺是受要约人向要约人发出的同意要约的意思表示。所谓“同意要约”，即全面接受要约。对此，我国《合同法》第30条采取了所谓的“镜像规则”，即承诺应像镜子一样反映要约的全部内容，在此以外不得增删损益。当然，严格的镜像规则也不利于交易的达成，为此，《合同法》第31条规定，承诺对要约的内容作出非实质性变更的，除要约人及时表示反对或者要约中表明承诺不得对要约的内容作出任何变更的以外，该承诺有效，合同的内容以承诺的内容为准。

（二）承诺的方式

《合同法》第22条对承诺的方式作出了规定：承诺应当以通知的方式作出，但根据交易习惯或要约表明可以通过行为作出承诺的除外。据此，承诺通常以通

知的方式作出，在特殊的情况下，可通过行为作出。

（三）承诺的生效时间

承诺是合同订立的最后步骤，其生效时间与合同成立的时点密切相关。我国《合同法》第26条规定，承诺通知到达要约人时生效。该规定既适用于以通知作出的承诺，也适用于以行为作出的承诺。以行为作出承诺时，承诺自受要约人作出相应行为时生效。

（四）承诺的撤回

与要约相同，承诺也可以被撤回。根据《合同法》第27条的规定，撤回承诺的通知应当在承诺通知到达要约人之前或者与承诺通知同时到达要约人。鉴于承诺到达要约人即产生合同订立的效果，因此，承诺到达要约人后，承诺不得撤销。

三、以要约承诺以外的方式订立合同

我国《合同法》第二章主要规定了依要约承诺的方式订立合同。除此之外，还有一些特别的订立合同的方式，如交叉要约、事实合同和悬赏广告等。其中，交叉要约指合同当事人采取非直接对话的方式，先后提出两个独立但内容一致的意思表示。对此，我国通说认为应承认其效力，以适应交易的需求和尊重当事人的意思。事实合同主要指非基于当事人的合意而成立的合同。对此，我国现行法并未作出规定。通说认为，从尊重当事人意思自由的角度来看，宜用其他相关法律制度调整有关关系，而不必附会适用合同法规则，即不承认事实合同的效力。关于悬赏广告，主要有“单方行为”与“要约”两种解释。对此，《合同法司法解释（二）》第3条规定，“悬赏人以公开方式声明对完成一定行为的人支付报酬，完成特定行为的人请求悬赏人支付报酬的，人民法院依法予以支持”，间接肯定了其要约的属性。

四、合同的形式

（一）合同的基本形式

根据我国《合同法》第10条第1款的规定，合同有书面、口头和其他形式。其中，口头指以对话方式表达合同内容并达成一致的形式；书面指合同书、信件和数据电文等可以有形表现所载内容的形式；其他形式则主要指默示达成一致或上述多种形式的混合。

（二）违背形式要件的法律后果

按照《合同法》第10条第2款的规定，法律、行政法规规定采用书面形式的，应当采用书面形式。当事人约定采用书面形式的，应当采用书面形式。当事人违反上述形式要件，主要的后果是合同不成立。例如《合同法》第238条第2款规定，“融资租赁合同应当采取书面形式”，在当事人未采取该形式时，合同不成立。需注意的是，对于合同的书面形式，我国《合同法》持较为宽容的态度。例如该法第36条规定，“法律、行政法规规定或者当事人约定采用书面形式订立合同，当事人未采用书面形式但一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立”。

从合同形式要求的功能来看，其很大程度上在于以形式上的严格要求防止当事人轻易地作出缔约决定，因此即便存在第36条的规定，仍应以诚实信用原则加以限制，避免当事人的轻率履行。

五、合同成立的时间与地点

合同成立的时间具有重要的法律意义，是缔约过失与违约的分界时点，是判断情事变更、显失公平、意思表示错误等状态的参考时点。具体而言，通常承诺生效的时点即为合同成立的时点。当事人采用合同书形式订立合同的，自双方当事人签字或者盖章时合同成立。

合同成立的地点对于合同案件的地域管辖、合同的法律适用有重要影响。若当事人无其他约定，则根据《合同法》第34条的规定，承诺生效的地点为合同成立的地点。另外，该法第34条规定：“采用数据电文形式订立合同的，收件人的主营业地为合同成立的地点；没有主营业地的，其经常居住地为合同成立的地点。当事人另有约定的，按照其约定。”

六、缔约过失责任

（一）缔约过失责任的概念及特征

缔约过失责任，指一方以订立合同为目的与他人接触时，负有以适当方式照顾与保护未来合同当事人的法益与利益的义务，如果违反了该义务，则负有以准合同方式进行损害赔偿的责任。我国《民法通则》第61条规定，“民事行为被确认为无效或者被撤销后……有过错的一方应当赔偿对方因此所受的损失”，可以说是承认了合同无效或撤销时的缔约过失责任，但未规定合同不成立时的缔约过失责任。《合同法》第42条、第43条、第58条则系统地规定了缔约过失责任，弥补

了《民法通则》的不足。缔约过失责任具有如下特征：

第一，诚信缔约义务发生于合同缔结阶段。合同的订立是一个渐进的过程，从当事人开始接触到最终达成一致，需要相互试探、妥协和让步。在这一过程中，一方对另外一方会逐渐产生信赖。当此种信赖足够强时，法律便要对其予以保护。需注意的是，强调缔约义务发生于合同缔结阶段，并不意味着仅在合同不成立、无效或被撤销时方可主张缔约过失责任。即使在合同成立、生效后回溯缔约过程，只要发现其中存在违反缔约义务的行为，同样可以主张缔约过失责任。

第二，缔约过失责任的根源在于缔约前当事人之间的信赖关系。其存在的基础不在于当事人的“意愿”，不在于当事人是否想受到这样的约束，而在于当事人必须以诚信方式行为的法律或习惯规定。这一要求也决定了缔约过失责任的范围是保护当事人的信赖利益，而非期待利益。

第三，它以过失方的行为造成了对方信赖利益损失为前提。缔约过失责任仍然是一种损害赔偿责任，所以，它必须以损害的存在为前提。如果没有损害，就不必承担责任。

（二）缔约过失责任的构成

根据我国《合同法》第42条、第43条的规定，缔约过失责任主要有如下几种类型：

1. 假借订立合同，恶意进行磋商。所谓“假借”就是根本没有与对方订立合同的目的，与对方进行谈判只是个借口，目的是损害对方或者他人利益。[①] 换句话说，一方本来并没有打算和对方谈判，而是为了拖延时间或为了使对方丧失商业机会而与对方谈判。例如，甲就某项合同的订立与乙进行谈判，目的在于阻止乙与丙订立合同，或者使乙丧失其他商业机会。所谓“恶意”，是指假借磋商、谈判，而故意给对方造成损害。在恶意的情况下，行为人主观上并没有谈判意图。恶意是恶意谈判构成的最核心的要件，然而，受害人的一方必须证明另一方具有假借磋商、谈判而使其遭受损害的恶意，才能使另一方承担缔约过失责任。

2. 故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况。构成此种行为，必须符合两个要件：一是欺诈方故意陈述虚假事实或隐瞒真实情况。也就是说，欺诈者主观上具有恶意。二是欺诈方客观上实施了欺诈行为，在实践中大都表现

---

① 参见胡康生主编：《中华人民共和国合同法实用问答》，中国商业出版社1999年版，第137页。

为故意陈述虚假事实或故意隐瞒真实情况而使他人陷入错误的行为。所谓故意告知虚假情况，也就是指虚伪陈述，如将赝品说成真迹，将质量低劣的产品说成优质产品。所谓故意隐瞒真实情况，是指行为人有义务向他方如实告知某种真实的情况而故意不告知。在订约过程中，一方当事人故意隐瞒上述与订立合同有关的重要情况，或提供虚假情况，实际上已构成欺诈，如因此给对方造成财产损失，应负赔偿责任。

3. 泄露或不正当使用商业秘密。构成此种行为必须符合如下要件：一是当事人必须知道披露的信息属于商业秘密。只要一方接触、了解另一方的信息，知道或者应当知道该信息属于商业秘密，包括秘密配方、技术诀窍和在劳动生产、技术操作方面的经验、知识和技巧以及产品的性能、销售对象、市场营销情况等各种商业秘密，就应依据诚实信用原则负保密义务。二是泄露和不正当使用商业秘密。所谓泄露，是指将商业秘密透露给他人，包括在要求保密的条件下向特定人、少部分人透露商业秘密，以及以不正当的手段获取商业秘密。① 所谓不正当使用，是指未经授权而使用该秘密或将该秘密转让给他人。例如，将商业秘密用于自己的生产经营，由自己直接利用商业秘密的使用价值的行为或状态，或非法允许他人使用，都构成侵权。三是因泄露和不正当使用商业秘密而给商业秘密的所有人造成了损失。

除此以外，只要“其他违背诚实信用原则的行为”满足缔约过失的要件，亦应承担缔约过失责任。

（三）缔约过失责任的法律效果

当事人违反缔约义务，将使对方当事人取得准合同上的请求权。缔约过失责任的具体内容是赔偿另一方信赖利益的损失，如为缔约所支出的费用损失，及因合同不能成立而产生的交易机会丧失的损失等。

第十二节　双务合同履行中的抗辩权

一、概述

双务合同履行中的抗辩权，指双务合同的当事人一方在对方未履行债务或履行债务不符合约定时，拒绝履行其相应债务的权利。双务合同履行中的抗辩权的

① 参见孔祥俊：《合同法教程》，中国人民公安大学出版社 1999 年版，第 150 页。

主旨是贯彻合同双方当事人关于履行先后顺序的约定，避免一方被迫先履行而授予信用给他方并承受他方不履行或不适当履行等的不利后果。在这个意义上，此类抗辩权具有自助救济的属性。

双务合同履行中的抗辩权反映了合同权利义务在成立、履行及存续上的牵连性。行使双务合同履行中的抗辩权的目的在于，暂时拒绝对方的履行请求，中止合同履行，同时又不影响合同关系的存续。一旦该事由消失，债务人仍应履行其债务。因行使该抗辩权而不履行合同义务是权利的正当行使而非违约，故其不具有违法性。

关于双务合同履行中抗辩权的内容，不同国家和地区的法律规则略有不同。我国《合同法》中并未明确使用“抗辩权”的概念，但在第66~68条规定了双务合同履行中抗辩权的实质内容，包括同时履行抗辩权、先履行抗辩权和不安抗辩权。

二、同时履行抗辩权

（一）同时履行抗辩权的概念

我国《合同法》第66条规定了同时履行抗辩权制度：“当事人互负债务，没有先后履行顺序的，应当同时履行。一方在对方履行之前有权拒绝其履行要求。一方在对方履行债务不符合约定时，有权拒绝其相应的履行要求。”

（二）同时履行抗辩权的构成要件

一般认为，同时履行抗辩权的行使应当符合如下构成要件：

1. 当事人因同一双务合同而互负债务。这一要件的核心是要求有关债务之间应具有牵连性。原则上，该抗辩权仅适用于双务合同，而不适用于各种单务合同。即所谓“当事人互负债务”，原则上要求有关的债务是源于同一合同的。若双方的债务是基于两个甚至更多的合同产生的，除非这些合同之间具有社会或经济关联，可被视为一项交易的整体，否则不发生同时履行抗辩权。

学理上有“同时履行抗辩权的扩张”一说，如在因履行不能而转化为损害赔偿债务的情形下，认为损害赔偿之债与对方当事人的债务之间具有牵连关系；在合同被撤销或解除时，认为两项返还义务之间也具有牵连关系。

2. 双方互负的债务须均已届清偿期。鉴于同时履行抗辩权制度的目的在于使合同双方债务同时履行、使双方享有的债权同时实现，因此，只有在双方的债务均处于到期状态时，才能行使同时履行抗辩权。

3. 必须是对方未履行债务或其履行不符合约定。这是判断是否有权行使同时

履行抗辩权的关键。其中，所谓“未履行债务”，指完全未履行；所谓“履行债务不符合约定”，包括部分履行、瑕疵履行等履行障碍的形态。

（三）行使同时履行抗辩权的法律效果

按照《合同法》第66条的规定，在享有同时履行抗辩权时，权利人可拒绝对方当事人“相应的履行要求”。此处的“相应”，指有关财产义务在价值上大致相当。例如，若合同一方当事人已履行了主给付义务，仅仅违反了附随义务，则另一方原则上不得援引同时履行抗辩权而拒绝自己主义务的履行，但在义务可分时，有权暂缓与对方未履行义务相当的履行。

三、先履行抗辩权

（一）先履行抗辩权概述

根据《合同法》第67条的规定，先履行抗辩权是指依照合同约定或法律规定，双务合同当事人互负债务且有先后履行顺序，应先履行义务的一方当事人届期未履行、履行义务不符合约定时，相对方为保护自身利益拒绝对方相应的履行要求的抗辩。先履行抗辩权可看做同时履行抗辩权的一种特殊情形。

（二）先履行抗辩权的构成要件

一般认为，先履行抗辩权的行使应当符合如下构成要件：

1. 当事人因同一双务合同而互负债务。这一要件为双务合同履行中的抗辩权均应具备的前提性条件，其内容与必要的例外在同时履行抗辩权中已有论述，在此不赘述。

2. 当事人互负的债务在时间上有先后之分。这是区分先履行抗辩权与同时履行抗辩权的关键。所谓“有先后履行顺序”，即依据当事人约定、法律规定或交易习惯，互负债务的双方当事人一方应先履行义务，另一方后履行义务的情形。

3. 应先履行债务的一方当事人未履行债务或其履行不符合约定。

在理解先履行抗辩时需要注意的是，即便双方当事人的债务均已到期，到期的法律意义也仍有所差异。具体而言，在债务的履行时间有先后而这两项债务均到期时，意味着在先的债务已陷入履行迟延的违约状态，很可能已全部或部分转化为因履行迟延而发生的损害赔偿义务，而履行期在后的债务名义上虽然已届履行期，但因在先债务尚未履行，故在行使先履行抗辩权的情况下，其尚不会转化为违约损害赔偿之债。同时，因履行的顺序有先后，故除非后履行一方有受领迟延，先履行一方不得行使同时履行抗辩权，要求履行顺序在后的一方于其履行次

给付义务的同时履行其义务。

四、不安抗辩权

（一）不安抗辩权概述

根据我国《合同法》第68条的规定，不安抗辩权指在双务合同中应先履行债务的一方，在合同订立后有确切证据证明后履行一方当事人有丧失或者可能丧失履行债务能力的情形，中止其债务履行的权利。

不安抗辩权是一种在后履行一方丧失履行债务能力时，先履行一方以消除对待给付无法获得危险为目的的救济措施。根据《合同法》第94条、第97条的规定，先给付一方如有确切证据证明后给付一方将不履行主要债务的，为防止损失扩大，除了可以行使不安抗辩权外，也可解除合同并要求损害赔偿，或根据第108条的规定要求债务人承担违约责任。与解除合同及主张对方当事人的违约责任不同的是，不安抗辩权为不愿立即解除合同的当事人保留了使合同存续、待后履行一方财务状况好转时再履行合同的法律工具。

（二）不安抗辩权的构成要件

1. 双方当事人因同一双务合同而互负债务。该构成要件的内容与必要例外在同时履行抗辩权中已有论述，此不赘述。

2. 后履行方有丧失或者可能丧失履行债务能力的情形。根据《合同法》第68条第1款的规定，债务人“丧失或者可能丧失履行债务能力”的情形主要有以下几种：（1）经营状况严重恶化；（2）转移财产、抽逃资金，以逃避债务；（3）丧失商业信誉等。需要注意的是，上述三种情形只是导致债务人丧失或可能丧失债务履行能力的三种常见原因，而非导致不安抗辩权的充分条件。例如，债务人经营状况严重恶化，并不必然导致其丧失履行义务的能力，只有当其严重程度足以达到不能履行债务时，方能导致不安抗辩权的发生。《合同法》并未明确规定后给付一方当事人的履行危险系源于其自身行为。不安抗辩权旨在消除履约风险，因此，无论该风险的来源如何，均应授予先履行一方抗辩权。即凡与后履行一方相关且威胁到先履行一方合同债权实现的情形，皆应纳入不安抗辩权的发生事由。

3. 不安事由危及对方债权的实现。不安事由的出现必须危及对方债权的实现，方能发生不安抗辩权。例如，若先履行一方的债权上附有足额担保，则即使对方经济状况严重恶化，也不会危及先履行一方债权的实现，则不会发生不安抗辩权。此外，受不安事由影响的预期无法实现的债权范围，既可以是全部债权，也可以是部分债权。

（三）不安抗辩权的行使

为平衡双方当事人的利益，先履行一方在行使不安抗辩权时，应负担两项附随义务。其一，先履行一方须负举证责任。先履行一方必须提供确切证据证明后履行一方存在丧失或可能丧失履行债务能力的情形。若当事人没有确切证据即中止履行的，根据《合同法》第68条第2款的规定，应当承担违约责任。其二，先履行一方须负及时通知义务。我国《合同法》第69条规定，“当事人依照本法第六十八条的规定中止履行的，应当及时通知对方”，以避免对方因中止履行而遭受不必要的损害，同时便于对方“在合理期限内”“提供适当担保”或“恢复履行能力”。依诚实信用原则，通知中应当陈述拒绝履行的原因并提供相应证据，但不以相对人同意为必要。

第十三节　合同的变更和解除

合同的变更与解除都涉及对合同关系的变动。通常所说的合同变更，指在合同主体不变的情况下，对合同内容进行变动。而合同的解除则主要指通过行使解除权而导致合同关系的终结。合同变更的动因是法律规定、法院等裁判机构的裁决或当事人的行为；合同解除则主要源于当事人解除权的行使。

一、合同的变更

合同的变更，指合同内容的变动，其与合同的更改有重要区别。后者主要指合同要素的重大变化，如将买卖电脑变更为买卖手机，将向企业借款改为收购股权。我国《合同法》并未对变更的内容作定义，若当事人自愿达成一致，则均可适用合同变更的规则。

根据原因的不同，变更可以分为以下两种类型：（1）裁判变更，指基于法院或仲裁机构的裁决而发生的变更，包括因重大误解、显失公平而请求法院变更合同，或基于情事变更而请求法院变更合同内容；（2）协议变更，指由合同双方当事人达成合意以变更合同。

原则上，合同的变更面向未来发生效力，即不影响已履行部分的效力。当然，当事人另有约定或裁判上另行确定的情况除外。

二、合同的解除

合同的解除，是指在合同有效成立后，因一方或双方当事人的意思表示而使

合同关系终了的制度。合同解除后，未履行的部分不必再履行，已经履行的部分，根据具体情形各自保有（如继续性合同）或进行清算、相互返还（如非继续性合同）。

（一）解除的类型

我国《合同法》上所规定的合同解除在类型上分为约定解除与法定解除两类。根据该法第93条的规定，约定解除又包括合同双方当事人“协商一致”而解除合同（第93条第1款）及双方事先约定合同解除的条件，条件成就时，有解除权的一方行使解除权而解除合同。法定解除，指基于法律规定的解除事由，有解除权的一方行使法律规定的解除权而解除合同。法定解除权又有一般解除权和特殊解除权之分，前者规定在《合同法》总则的第94条中，后者散见于合同分则，也可以规定在当事人订立的合同中。

按照所解除合同性质的不同，合同解除可分为狭义的解除与狭义的终止。狭义的解除指非继续性合同如买卖合同的终了，狭义的终止指继续性合同如租赁合同的终了。二者的法律后果不同：狭义的终止只是使合同关系消灭而无溯及力；狭义的合同解除可使合同关系溯及地消灭，因而产生相互返还等法律后果。

（二）解除的功能

合同一经签订便不得变更或解除。但若合同未依约履行或因其他原因导致合同目的不能实现时，仍坚持合同的拘束力，便可能有悖于合同双方当事人缔约时的意思及利益，在此种情况下，允许当事人单方或合意提前终了合同关系，便有重要意义。

约定解除权制度的存在，意味着只要出现了当事人约定的条件，即可使其从既有的合同关系中“解脱”出来。从这个意义上说，在合同效力体系中，约定解除权的功能仍在于对意思自治的尊重。法定解除权是保护非违约方的一项重要制度，但鉴于此种保护会严重影响对方当事人的利益，法律将解除权的事由特别限定在有限的、以合同目的不能实现为典型的几种情形上。

（三）法定解除的事由

我国《合同法》第94条列举了4种合同解除的事由，第5项是兜底条款，为“法律规定的其他情形”，以下详述之。

1. 不可抗力导致合同目的不能实现

根据第94条第1项的规定，“因不可抗力致使不能实现合同目的”时，当事人可以解除合同。此处的不可抗力，根据第117条第2款的规定，是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况；此处的合同目的，主要指合同一方当事人缔约

时所欲实现的主要目标。如果不可抗力的发生导致该目的的不能实现，则合同应当解除；如果不可抗力的发生仅仅是导致合同的部分不履行，并不影响当事人合同目的的实现，则可以通过变更合同而继续维持合同的效力；如果不可抗力只是暂时阻碍了合同的履行，且暂时延期并不影响当事人合同目的的实现，则可以延缓履行。需要注意的是，在根据不可抗力解除合同时，当事人应当履行通知的义务，这一制度安排有助于当事人双方互通情况、互相协助和各自采取相应的补救措施。

2. 拒绝履行

根据第94条第2项的规定，“在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务”时，相对人可以解除合同。其构成要件有以下两个：其一，当事人拒绝履行的行为违法。若当事人有正当理由拒绝履行，如行使同时履行抗辩权或不安抗辩权，则不构成可以导致另一方取得解除权的拒绝履行。其二，拒绝履行与客观的履行不能有所差异，即当事人本有履行能力而不履行义务，而不是不能履行。

3. 迟延履行经催告后仍未履行

根据第94条第3项的规定，“当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行”时，对方当事人可以解除合同。其构成要件有以下几点：其一，当事人迟延履行债务，该要件强调当事人陷入迟延的状态。其二，有关债务为主要债务，若仅仅是附随义务的迟延履行，则对方仅可主张损害赔偿或其他救济而不享有解除权。其三，当事人履行迟延并未导致合同目的不能实现，若导致合同目的的不能实现，则根据第94条第4项，对方当事人可无须催告而解除合同。其四，迟延一方接到催告后，在合理期限内仍未履行其义务。此合理期限应结合当事人的约定、交易的内容与交易习惯加以确定。

4. 不完全履行导致合同目的不能实现

根据《合同法》第94条第4项的规定，若存在“其他违约行为致使不能实现合同目的”，则非违约方可以解除合同。构成该法定解除事由的两个要件是：其一，不完全履行，即债务人虽然以适当的意思进行了履行，但该履行不符合法律的规定或合同的约定。其二，该不完全履行导致合同目的不能实现，即导致合同目的落空或构成根本违约。需要指出的是，该条款规定的非违约方有权解除合同实际上是赋予了非违约方在对方已构成根本违约的情况下解除合同的权利。根本违约是指一方违反合同而致另一方损害，导致非违约方缔约目的无法实现的违约行为。在根本违约情形下，非违约的一方当事人有权解除合同。该条不仅适用于

迟延履行，还适用于其他构成根本违约的各类违约情况。

（四）解除权的行使

对于解除合同的具体程序，我国《合同法》第96条第1款规定，“当事人一方依照本法第九十三条第二款、第九十四条的规定主张解除合同的，应当通知对方。合同自通知到达对方时解除。对方有异议的，可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除合同的效力”。即解除合同原则上要通知对方当事人，以便其作出相应的准备。关于一方当事人异议的期间，《合同法司法解释（二）》第24条规定，当事人对合同解除有异议，但“在约定的异议期限届满后才提出异议并向人民法院起诉的，人民法院不予支持；当事人没有约定异议期间，在解除合同或者债务抵销通知到达之日起三个月以后才向人民法院起诉的，人民法院不予支持”。这一规定应属不当：一方是否享有解除权，应做实质审查。在没有解除权的情况下，不因另一方是未有异议而取得解除权。

（五）解除的法律效果

按照《合同法》第97条的规定，“合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施，并有权要求赔偿损失”。另外，第98条规定，“合同的权利义务终止，不影响合同中结算和清理条款的效力”。这是我国法对解除法律效果的一般性规定，具体有如下几个方面。

1. 免除履行义务

合同解除的直接效果，就是排除合同对双方当事人的拘束力，免除当事人履行合同的义务。其中，对于非继续性合同，解除自始发生效力；对于继续性合同，解除面向未来发生效力（对此，亦有学者认为其并非真正意义上的解除，而不过是合同履行期限的变更）。

2. 恢复原状

恢复原状是有溯及力的解除所具有的效力：合同解除后，双方基于合同而发生的债务全部免除，故当事人之间权利义务的状态应恢复到履行之前的状态。关于恢复原状的性质，学说上主要有“直接效果说”和“清算关系说”两种。直接效果说认为，合同因解除而溯及地消灭，尚未履行的债务免于履行，已经履行的部分按不当得利或返还所有物的规则加以返还。清算关系说则认为合同解除并不导致合同关系的消灭，而只是合同关系从原来的履行与对待履行的义务，转化为相互返还的清算义务，其返还的基础仍是原合同关系。我国《合同法》从文义上并未对此种返还的属性作明确规定。权衡两种学说，清算关系说更符合合同解除

后恢复原状的本意。

3. 损害赔偿

我国《合同法》第97条规定，合同解除后，当事人有权要求赔偿损失。在《合同法》颁行之前，我国《民法通则》第115条规定，合同解除不影响当事人要求赔偿损失的权利。对于合同解除后的损害赔偿问题，应当注意以下几点：

其一，协议解除时，当事人可以自由约定损害赔偿的数额。

其二，在一方违约，另一方行使解除权的情况下，非违约方可以要求违约方赔偿可得利益的损失。在这种情况下，《合同法》第97条关于赔偿损失的规定，是第107条、第112条等条文的注意规定。① 另外，对于损害赔偿的范围，第113条第1款有适用余地。

第十四节 违约责任

一、违约责任的概念及归责原则

根据《合同法》第107条的规定，违约责任指当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定时，向另一方承担的继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等财产责任。这里的合同义务，包括主合同义务，也包括通知、协助、保密等附随义务。

违约责任的归责原则，指确立行为人应否承担违约损害赔偿责任的法律原则。目前我国通说认为，违约损害赔偿责任既包括严格责任，也包括过错责任。其具体规范，散见于《合同法》总则与分则的相关规定之中。如对于买卖合同，《合同法》第155条规定，“出卖人交付的标的物不符合质量要求的，买受人可以依照本法第一百一十一条的规定要求承担违约责任”，其归责原则为严格责任。而对于客运合同，根据第303条的规定，对于在运输过程中旅客自带物品的毁损、灭失，承运人只在有过错时才承担损害赔偿责任。对于保管合同，根据第374条的规定，保管人应尽妥善保管的义务，因保管不善造成保管物毁损、灭失的，保管人方承担损害赔偿责任，其归责原则都是过错责任。

二、违约行为

违约行为，是当事人违反合同义务的客观表现。为了明确、清楚地确定当违

① 注意规定，是在法律已作基本规定的前提下，提示司法工作人员注意，以免忽略的规定。

约行为出现后相对方享有何种请求权以保护自己的利益，违约被分为现实违约与预期违约两大类。现实违约包括履行不能、履行迟延、不完全履行等形态，预期违约则包括拒绝履行即明示的预期违约与以行为表明不履行合同义务即默示的预期违约。具体而言，违约行为主要体现为以下几类形态。

（一）履行不能

履行不能指合同债务在客观上无法履行。如在以提供劳务为标的的合同中，债务人丧失劳动能力，又如在特定物买卖合同中，标的物毁损灭失。在认定是否构成履行不能时，应当依社会一般观念判断，而非纯自然或物理标准。以发生时间为标准，履行不能又可以分为自始不能与嗣后不能。以涉及范围为标准，履行不能又可以分为全部履行不能与部分履行不能。

（二）履行迟延

履行迟延又称债务人迟延或逾期履行，指债务人虽能够履行，但在履行期限届满时未履行的状态。在判断是否构成履行迟延时，履行期限具有重要的意义。具体而言，履行期限可以分为确定期限、不确定期限和期限不明确三种情形。所谓确定期限，指当事人对合同履行的时间有明确的约定。在合同约定了确定的履行期限时，经过该期限仍未履行便构成履行迟延。所谓不确定期限，主要指双方仅约定了确定期限的方法，而并未确定具体的履行期限，如在买卖合同中约定“生产完成之日交付”，在此种情况下，若债务人在期限确定后仍未履行，则构成履行迟延。所谓不确定期限，主要指双方并未对合同的履行期限作出约定，对此，《合同法》第62条第4项规定，“债务人可以随时履行，债权人也可以随时要求履行，但应当给对方必要的准备时间”。

（三）不完全履行

不完全履行，又称不完全给付或者不适当给付，指债务人虽然履行了债务，但是履行不符合合同的约定。不完全履行又可以分为以下几种不同的形态：履行在数量上的不完整；标的物的品种、型号、规格不符合合同的约定或标的物有隐蔽瑕疵；加害给付，即履行造成合同以外的其他损害；履行的方式不完全；违反附随义务的不完全履行。

（四）拒绝履行

拒绝履行是债务履行期限届满后，债务人向债权人明确地表示不履行义务。此外，《合同法》第108条还规定，若“当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行合同义务的，对方可以在履行期限届满之前要求其承担违约

责任”。

三、承担违约责任的方式

承担违约责任的方式，主要有强制履行、赔偿损失和支付违约金等几种。

（一）强制履行

1. 强制履行的概念

强制履行又称强制实际履行或依约履行，指在违约方不履行合同时，由法院强制违约方继续履行合同义务，从而使守约方的债权可依约实现，包括限期履行应履行的债务或者采取修理、重作、更换等补救措施。强制履行虽然仍是履行原合同，但是其与一般的履行合同债务并不相同：其履行时间晚于原合同债务所约定的履行时间，并且是通过国家强制力的介入实现履行。在德国法上，强制履行被赋予很高的价值，在故意造成事实上难以履行的情况下，法律甚至会要求债务人承担客观上“不对等”的履行成本，以满足债权人实际履行的请求。在英美法上，对于特定的合同（如涉及不动产的合同），当事人也可以请求强制履行救济。

2. 强制履行的构成要件

一般认为，强制履行的首要前提是需要存在违约行为，包括迟延履行、不完全履行以及拒绝履行；其次，违约方能够继续履行合同义务，如果合同已经客观上无法履行，则强制履行无异于强人所难；最后，守约方有请求继续履行合同义务的行为，强制履行不能由法院依职权进行，而只能以守约方的意思为准，具体包括通知等明示方式或者主张抵销等默示方式。

3. 强制履行的限制

金钱债务一般并不存在履行不能的问题，因此，其通常可适用强制履行这一违约责任承担方式，除非依照商业习惯或当事人的惯常做法并不适用，或者强制履行违反诚实信用原则。非金钱债务存在履行不能的可能。按照《合同法》第110条的明确规定，非金钱债务在以下三种情形下不适用强制履行：第一，法律上或者事实上履行不能，此时合同标的已经不存在，不能强制履行，只能适用其他违约责任承担方式。第二，债务标的不适于强制履行或者履行费用过高。债务标的不适于强制履行包括债务的性质不宜强制履行及有关债务具有人身专属性；履行费用过高则指标的物强制履行代价过大，如继续履行会导致违约方作出不合理的努力与花费。第三，债权人在合理期限内未要求履行，“合理期限”的长度取决于合同的目的，需要法官结合案件具体情况进行判断，如果债权人未在此期限内主张履行，则丧失要求强制履行的权利。

（二）赔偿损失

1. 赔偿损失的概念

赔偿损失又称损害赔偿，指违约方不履行合同义务时赔偿守约方因违约行为而遭受的损失。其与强制履行可以同时适用，只要两者的并用未使非违约方的损害获得重复填补，如因迟延履行而造成的利息损失并非非违约方固有利益的损失，因此可与强制履行同时适用。《合同法》第112条也对此进行了规定，“在履行义务或者采取补救措施后，对方还有其他损失的，应当赔偿损失”。

2. 赔偿损失的构成要件

赔偿损失责任的构成，通常需要满足以下要件：

其一，须存在违约行为。其具体形态参见前文论述。

其二，须受害人受有损害。结合上述违约行为的形态，受害人所受损害又可分为因不履行而发生的损害、迟延损害、因履行义务不符合约定而发生的瑕疵损害等类型。根据损害的性质，又可分为财产损害与非财产损害。在存在违约行为的情况下，对于非财产损害是否赔偿，比较法上多持肯定态度，我国法则未做明文规定。按照《最高人民法院关于审理旅游纠纷案件适用法律若干问题的规定》第21条规定，“旅游者提起违约之诉，主张精神损害赔偿的，人民法院应告知其变更为侵权之诉；旅游者仍坚持提起违约之诉的，对于其精神损害赔偿的主张，人民法院不予支持”，似乎对违约情形下非财产损害赔偿的主张持否定态度。

其三，违约行为与损害之间具有因果关系。对此，主要是判断是否存在责任成立因果关系，即违约行为是否是造成损害的原因。其核心是判断违约是否构成损害的必要条件。

其四，违约方不存在免责事由。通常意义上的免责事由包括不可抗力、货物本身的自然性质、货物的合理损耗、债权人的过错等。

3. 赔偿损失的范围及其限制

一般而言，赔偿损失作为一种违约责任承担方式，是为了使守约方通过赔偿损失处于如同合同已经履行的状态，因此，通说认为，违约方应赔偿受害方因违约遭受的全部损失。这意味着违约损害赔偿并不以惩罚违约方为目的。我国《合同法》也承认完全赔偿原则，该法第113条规定：“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。”其中，“合同履行后可以获得的利益”，又称可得利益或所失利益，是当事人因违约而遭受的损害的一部分。

在判断可得利益损失的范围时，我国规定了两项重要的限制标准，其一为因果关系标准，其二为可预见性标准。因果关系标准，主要体现在第113条“损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失”的表述上，即应当存在责任范围因果关系。在判断责任范围因果关系时，通常认为应进行相当性的检验，判断违约行为是否构成损害的法定原因，包括违约行为是否足以造成损害，及有关损害是否在法律保护的目的范围之内等。可预见性标准主要体现在第113条第1款但书的规定上，即“但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失”。在判断是否满足可预见性的要求时，应采主客观相结合的标准，既要考虑社会一般主体的预见能力，也要根据个案情况，对违约方超出社会一般主体预见能力的因素加以考量。就可预见性内容而言，通常认为应当判断违约方是否能够预见违反合同可能造成的损失额，包括损失的种类和范围。关于可预见的时间点，根据第113条第1款的规定，决定性的时刻是“订立合同时”。对于因果关系标准与可预见性标准之间的关系，应当认识到，二者具有一定的重合性。尤其是在判断损害范围时，相当因果关系规则与可预见性规则具有相同的功能。从我国《合同法》的文义上看，应当认为，其在内容上更侧重于可预见性的标准。

除了因果关系和可预见性这两个标准外，合同法上还有其他几项限制损害赔偿数额的规则：（1）与有过失，指守约方对于损害的发生或损害范围的扩大也具有过失，在此种情况下，法院可以减轻赔偿金额，甚至免除违约方的赔偿责任。（2）减损规则，指在当事人违约后，对方应采取适当措施防止损失扩大，没有采取措施防止损失扩大的，不得就扩大的损失要求赔偿。所谓适当措施，指避免损失扩大所能采取的合理措施。同时，《合同法》第119条第2款规定，“当事人因防止损失扩大而支出的合理费用，由违约方承担”。（3）损益相抵，也称损益同销，指若守约方因违约方违约行为而受有损害的同时有所获益，则在确定违约方的损害赔偿数额时，应扣减该利益，以避免守约方因违约行为而获得额外的利益，破坏违约损害赔偿“填补损害”的原理。

（三）支付违约金

违约金，指依据当事人的事先约定，违约方于违约发生时向守约方支付一定数额的金钱。其主要功能在于免除守约方的举证责任，同时也提供一种“威慑”，确保债权的实现。我国《合同法》第114条第1款规定，“当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金，也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法”。

1. 违约金责任的成立

违约金责任的成立，须满足以下要件：其一，当事人间存在有效的合同关系。

其二，存在违约行为。其三，对于违约金责任的成立是否要求过错，应分别加以讨论。一般来说，若当事人违反结果性义务时（如交付符合约定的标的物），则不要求违约方有过错；而违反方式性义务，则一般要求存在过错。还须注意的是，如前所述，违约金责任的成立，不需要守约方证明实际损失的存在。

2. 违约金的调整

根据我国《合同法》第114条第2款的规定，“约定的违约金低于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少”。这意味着，损害的数额对于违约金的确定仍具有参照的意义。只不过在希望增加违约金时，需要守约方证明有关损失大于所约定的违约金数额，而在希望减少违约金时，需要违约方证明损失小于违约金的数额。《合同法司法解释（二）》第27条规定，“当事人通过反诉或者抗辩的方式，请求人民法院依照合同法第一百一十四条第二款的规定调整违约金的，人民法院应予支持”。在判断违约金是否过高时，法院应当以实际损失为基础，兼顾合同的履行情况、当事人的过错程度以及预期利益等综合因素，根据公平原则和诚实信用原则予以衡量，并作出裁决。该司法解释第29条第2款规定了通常的标准：“当事人约定的违约金超过造成损失的百分之三十的，一般可以认定为合同法第一百一十四条第二款规定的‘过分高于造成的损失’。”

四、免责事由

在判断违约方是否应承担违约责任时，最主要的免责事由是不可抗力。

（一）不可抗力的概念

不可抗力是违约责任的法定免责事由。根据《合同法》第117条的规定，“因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，部分或者全部免除责任，但法律另有规定的除外”。我国《合同法》借鉴了《联合国国际货物销售合同公约》（CISG）[①]、国际商事合同示范法（如《国际商事合同通则》[②]）和《法国民法

① CISG第79条第1款规定：“当事人对不履行义务，不负责任，如果他能证明此种不履行义务，是由于某种非他所能控制的障碍，而且对于这种障碍，没有理由预期他在订立合同时能考虑到或能避免或克服它或它的后果。”

② 《国际商事合同通则》第7.1.7条第1款规定：“若不履行的一方当事人证明，其不履行是由于非他所能控制的障碍所致，而且在合同订立之时该方当事人无法合理地预见，或不能合理地避免、克服该障碍及其影响，则不履行一方当事人应予免责。”

典》①，将不可抗力定义为“不能预见、不能避免并不能克服的客观情况”②。

（二）不可抗力的认定

在理解“不能避免”和“不能克服”时，应当认识到的是，法律上所说的不可抗力，从来不是从“外力”本身加以判断的，而是要考虑“外力”与有关交易的关系。即法律在判断是否构成不可抗力时，不应着眼于外力本身是否能避免或克服，而应以外力对合同的影响是否能够避免或克服为着眼点。如地震、火山爆发等自然现象固然不可避免和克服，但若对合同无实质影响，便不应认为是不可抗力。从这个意义上，在判断能否避免或克服的问题时，几乎毫无例外地要从个体的角度观察。在认定是否构成“不能预见”时，也应根据当事人的注意能力、个案的实际情况，同时参酌“正常合理人”的注意标准加以确定。

（三）不可抗力的效力

根据《合同法》的规定，因不可抗力不能履行合同的，部分或者全部免除责任。此处所说的“免除责任”包括全部免除依约履行的义务，同时不承担违约责任，也包括部分地免除依约履行的义务，同时不承担违约责任。此外，根据《合同法》第94条第1项的规定，对于“因不可抗力致使不能实现合同目的”的，合同当事人可解除合同。不过，第117条第1款又规定，“当事人迟延履行后发生不可抗力的，不能免除责任”。

欲主张不可抗力免责，当事人应当及时履行通知的义务，以便对方当事人了解有关合同履行的进展和安排，并作出相应的准备。为此，《合同法》第118条规定，“当事人一方因不可抗力不能履行合同的，应当及时通知对方，以减轻可能给对方造成的损失，并应当在合理期限内提供证明”。

五、双方违约与因第三人的原因违约

《合同法》第120条规定，“当事人双方都违反合同的，应当各自承担相应的责任”。《民法通则》第113条也规定，“当事人双方都违反合同的，应当分别承担各自应负的民事责任”。这是现行法关于双方违约的规定。严格而言，上述法律规定乃是“注意规定”——即便不作上述规定，当事人也应各自承担相应的违约责任。例如，在建筑工程合同中，发包方迟延付款造成承包方利息上的损失，承包

① 《法国民法典》第1148条规定，“不可抗力或偶发事故”即“如债务人系由于不可抗力或偶发事故而不履行其给付或作为的债务，或违反约定从事禁止的行为时，不发生损害赔偿责任”。

② 韩世远：《合同法总论》（第二版），法律出版社2008年版，第323页。

方则未依约施工造成工程质量的损失。这是两项独立的违约责任，在数额上可以相互抵销，但一方并不能以另一方同样有违约行为而提出免责的抗辩。在这一背景下，双方违约和与有过失仍有差别：与有过失所涉及的是一个损害，只不过对该损害的发生违约方有过错，非违约方也同样有过错；而在双方违约的情形，存在两个违约行为，即两项相互独立的损害。

我国《合同法》第121条规定，“当事人一方因第三人的原因造成违约的，应当向对方承担违约责任。当事人一方和第三人之间的纠纷，依照法律规定或者按照约定解决”。在理解该条规定时，应当首先界定第三人的范围，若认为此处的第三人主要指与“履行辅助人”类似的第三人，则该条并不具有独立价值，而不过是一个“注意规定”：债务人要为合同的不能履行承担相应的责任，只要第三人的行为对债务人而言不构成不可抗力，则即便合同不能履行是因第三人的原因造成的，债务人也要承担相应的责任。若认为此处的第三人是任何第三人，则很可能造成“安全保障义务”的人为扩张，导致债务人承担过重的责任。无论采哪种理解，这一条都不具有实益。

六、违约责任与侵权责任的竞合

（一）违约责任与侵权责任竞合的概念及成因

从违反义务的性质来看，合同责任是因为违反了合同义务而产生的责任，比较而言，侵权责任是一种因违反法定义务而产生的责任。但是，鉴于某些合同义务同时也构成法定义务，在现实生活中，违反合同约定的行为，也有可能构成对法定义务的违反。例如，当事人受托为他人照管财物，因其过失而未能妥善照料，造成他人财物的毁损，其行为便既构成对合同约定的违反，也构成对他人财产所有权的侵犯。产生此种情形的原因是由于合同法与侵权法分离后，形成各自独立的判断体系，前者注重义务源于合意的制度构造，后者注重对当事人权益的保护。但是从规范对象上而言，合同法和侵权法却并非完全对立，因此就形成了同一行为可能同时触发两种法律规范的问题。

我国《合同法》第122条对违约责任和侵权责任的竞合作了相应的规定，“因当事人一方的违约行为，侵害对方人身、财产权益的，受损害方有权选择依照本法要求其承担违约责任或者依照其他法律要求其承担侵权责任”。其中“侵害对方人身、财产权益的”的表述是对违约责任与侵权责任竞合情形的规定。

（二）解决规范竞合的主要学说

在解释《合同法》第122条时，应当首先了解关于规范竞合的学说。一般而言，解决请求权竞合的学说主要有以下三种：一是法条竞合说，即同一事实具有数个规范要件，根据规范之间的位阶关系判断适用其中一种规范。二是请求权竞合说，指同一事实具备不同规范的构成要件而产生独立并存的请求权。具体还可分为请求权自由竞合说和请求权相互影响说，前者认为当事人可择一行使，且除非其中之一的请求权的目的实现否则另一请求权依然存续；后者认为请求权之间可以相互作用，比如在合同法上的请求权与侵权法上的请求权相互竞合的时候，合同法上的规定可以适用于依侵权行为产生的请求权。三是请求权规范竞合说，即一个事实具备不同规范的要件时，产生的是拥有两个法律基础的单一请求权，该请求权只能一次履行、一次起诉、一次让与。

（三）我国对解决规范竞合学说的选择

《合同法》第122条规定，“受损害方有权选择依照本法要求其承担违约责任或者依照其他法律要求其承担侵权责任”，即为违约责任与侵权责任的竞合解决办法的表述。从其文义而言，应理解为当事人可以选择依照《合同法》有关违约责任的规定请求对方赔偿损失，也可以选择依照《侵权责任法》中有关侵权责任的规定请求对方赔偿损失。从“有权选择”的表述可以看出，我国并没有采取“法条竞合说”，因该学说本身便否定了当事人自由选择的权利。而从两个“要求”的表述可以看出，《合同法》认为当事人分别享有违约责任请求权和侵权责任请求权，并非将其作为一个请求权看待，并未采取请求权规范竞合说。因此，我国《合同法》第122条的规定采取的是请求权竞合说。进一步结合前述最高人民法院《关于审理旅游纠纷案件适用法律若干问题的规定》第21条的规定，可以看出，我国并不认为请求权之间的规定可以相互影响而择优适用，由此可确定我国采取的是请求权竞合说之下的请求权自由竞合说。当然，因为并无更高层级的法律，也不排除结合案件的实际情况对第122条作应考虑请求权之间的相互影响的解释。

第十五节　合同法分则概述

一、合同法分则的功能

合同法分则，是相对应于合同法总则的合同法组成部分。实质意义上的合同

法分则，是指规范有名合同的法律规范的总称。形式意义上的合同法分则，是指我国《合同法》的分则部分，即从第 130 条至第 427 条。这里的合同法分则是指实质意义上的合同法分则。

合同法分则是合同法的重要组成部分，它是以有名合同为基础，按照一定的逻辑关系形成的制度体系。合同法分则具有如下功能：一是规范各类典型的交易关系，二是引导当事人妥当缔约，三是降低交易费用，四是维护交易的公平，五是提供裁判规范。①

二、合同法分则的体系

合同法分则包含的有名合同林林总总，但若以类型化的思考方法进行类型区分，首先可以区分为对应着商品贸易的转移财产的合同，以及对应着服务贸易的提供劳务的合同。以我国《合同法》规定的有名合同为例，转移财产的合同包括买卖合同、供用电（水、气、热力）合同、赠与合同、借款合同、租赁合同、融资租赁合同、定作合同、技术转让合同等；提供劳务的合同包括加工合同、建设工程合同、运输合同、技术开发合同、技术咨询与服务合同、保管合同、仓储合同、委托合同、行纪合同、居间合同等。在我国《合同法》中，买卖合同作为商品贸易的最典型形态，确立了转移财产的合同法律适用的一般规则；委托合同作为服务贸易的最典型形态，确立了提供劳务的合同法律适用的一般规则。买卖合同是商品交换的基本法律形式，在所有的双务有偿合同中，它是最基本的合同类型。合同法总则部分的规则大多围绕着买卖合同展开，合同法的理论也大多由买卖合同发展而来。② 因此，买卖合同可谓合同法分则中最为重要的合同类型。下面着重介绍买卖合同。

（一）买卖合同的概念和特征

买卖合同，是出卖人转移标的物的所有权于买受人，买受人支付价款的合同。③ 依约定应交付标的物并转移标的物所有权的一方称为出卖人，应支付价款的一方称为买受人。

买卖合同具有以下法律特征：

1. 买卖合同是一方当事人转移标的物的所有权、另一方当事人支付价款的合同。买卖合同的出卖人负有交付标的物并转移其所有权于买受人的义务，买受人

---

① 王利明：《合同法研究》（第三卷），中国人民大学出版社 2012 年版，第 15—21 页。

② 崔建远主编：《合同法》（第五版），法律出版社 2010 年版，第 384 页。

③ 参见《合同法》第 130 条。

负有向出卖人支付价款的义务，两项义务互为对价，同属买卖合同当事人所负担的主合同义务。这两项主合同义务使买卖合同区别于其他移转财产所有权的合同，如赠与合同、互易合同以及移转财产使用权的合同，如租赁合同。

2. 买卖合同是双务合同。买卖合同的双方当事人在享有合同权利的同时，都负担相应的合同义务，因此，买卖合同是典型的双务合同。

3. 买卖合同是有偿合同。买卖合同中，出卖人所负担的交付标的物并转移其所有权于买受人的义务，与买受人所负担的支付价款的义务，互为对价，因此，买卖合同是典型的有偿合同。作为商品交换发展到一定阶段的产物，买卖合同是商品交换的基本法律形式。作为典型的有偿合同，《合同法》就买卖合同的有偿性所确立的原则，在其他类型的有偿合同未作特别规定或未有特别的交易惯例时，参照买卖合同的有关规定。①

4. 买卖合同是诺成合同。除法律另有规定或当事人另有约定外，买卖合同自双方当事人意思表示一致之时起成立，并不以一方当事人标的物的交付或一定行为的进行作为合同的成立要件，因此，买卖合同为诺成合同。

5. 买卖合同为不要式合同。法律和行政法规并未要求当事人之间的买卖合同关系采用书面形式，因此，买卖合同为不要式合同。

（二）买卖合同的当事人及标的物

1. 买卖合同的当事人。买卖合同的当事人包括出卖人和买受人。依据合同法的规定，买受人须具备相应的民事行为能力，除此以外，并无特别要求。但实际上，依据民法的基本原则、其他法律的规定以及特定买卖合同的性质，某些具有特别身份的人不得成为特定买卖合同中的买受人。如监护人负有保护被监护人、维护被监护人合法利益的责任。监护人不能购买被监护人的财产，否则就很难确保被监护人的利益。因此，监护人不得成为被监护人财产的买受人。再如受托人一般不得自行购买委托人委托其出售的财产；拍卖公司及其职员不得购买接受委托拍卖的财产；② 公务人员、其配偶及其近亲属不得购买由该公务人员依职权出售、变卖的财产；公司的董事、高级管理人员不得违反公司章程的规定或者未经股东会、股东大会同意，与本公司订立合同或者进行交易，③ 成为特定买卖合同的买受人。此外，军队、武装警察部队、司法机关和行政执法机关也不得成为商事

① 参见《合同法》第174条。
② 参见《拍卖法》第22条。
③ 参见《公司法》第148条第1款第4项。

经营活动中所订立的买卖合同的买受人。①

对于出卖人，除须具备相应的民事行为能力之外，根据《合同法》第132条第1款的规定，应当是买卖合同标的物的所有权人或其他有处分权人。该项规定属于倡导性规定，这表明，出卖人的资格应当符合法律的特别限定。所有权人，依据《物权法》第39条的规定，是指依法对自己的不动产或者动产享有占有、使用、收益和处分权利的人；所谓有处分权人是指经过所有权人授权或基于法律的规定，可以对他人的财产为出卖行为的人。如果订立买卖合同的出卖人，既非标的物的所有权人，又非标的物的有处分权人，出卖人与买受人之间的合同即为出卖他人之物的买卖合同。对于出卖他人之物的买卖合同，由于我国民法采取债权形式主义的物权变动模式，买受人取得标的物的所有权属于出卖人履行合同义务的法律效果，而非买卖合同生效的法律效果。买受人不能取得标的物的所有权，属于出卖人未能履行自己的合同义务，并不影响买卖合同的效力，因此，出卖他人之物的买卖合同同样应该认定为可以生效的合同。② 如果出卖人就同一标的物订立数个买卖合同的，数个买卖合同都可以成为生效的合同。数个买受人中，只有一个买受人得取得标的物的所有权。未取得标的物所有权的买受人，得对出卖人主张违约责任（某些场合为侵权责任）的承担。

2. 买卖合同的标的物。买卖合同的标的物，依据《合同法》第130条的规定，应认定为实物。买卖合同的标的物可以是现实存在的物，也可以是将来产生的物；可以是特定物，也可以是不特定物。

如果买卖合同的标的物是禁止流通物，该买卖合同应认定为无效合同③；如果买卖合同的标的物是限制流通物，该合同为尚未完全生效的合同④，合同当事人有义务去办理审批手续，促成买卖合同的完全生效。

（三）买卖合同的内容

买卖合同的内容主要由当事人约定，除了标的、数量和质量、价款、履行期限、履行地点、履行方式、违约责任、解决争议的方法等条款以外，买卖合同的当事人还可就包装方式、检验标准和方法、结算方式以及合同使用的文字及其效力等内容进行约定。

---

① 张新宝、龚赛红编著：《买卖合同赠与合同》，法律出版社2000年版，第13—14页。

② 参见王轶：《物权变动论》，中国人民大学出版社2001年版；《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）第3条。

③ 参见《合同法》第52条第5款。

④ 参见《合同法》第44条第2款。

（四）买卖合同的效力

买卖合同的效力是指生效买卖合同所具有的法律效力。广义的买卖合同的效力既包括买卖合同的对外效力，又包括买卖合同的对内效力。买卖合同对外效力的核心是合同债权的不可侵性，主要通过侵权责任法的规定予以调整。买卖合同的对内效力以买卖合同的内容为基础，主要表现为出卖人和买受人双方所享有的权利和所负担的义务。狭义的买卖合同的效力仅指买卖合同的对内效力。前已提及，买卖合同的对内效力主要体现为合同当事人所享有的权利和所负担的义务，由于买卖合同是典型的双务有偿合同，一方当事人所负担的合同义务是对方当事人所享有的合同权利，所以买卖合同的对内效力可以通过双方当事人所负担的合同义务来体现。

1. 出卖人的合同义务

（1）交付标的物的义务

在买卖合同中，出卖人应将买卖合同的标的物交付给买受人。交付标的物可分为现实交付、简易交付、占有改定、指示交付以及拟制交付。现实交付，是指出卖人将标的物置于买受人的实际控制之下，即移转标的物的直接占有。所谓简易交付，是指买卖合同订立前，买受人已实际占有标的物的，买卖合同生效时即发生物权变动的效力的交付方式。[①] 出卖人交付标的物的义务可以亲自履行，也可以由第三人履行。在第三人代为交付时，对交付中出现的违约情形，第三人不负违约责任，仍应由出卖人承担违约责任。

出卖人应当按照约定的期限交付标的物。约定交付期间的，出卖人可以在该交付期间内的任何时间交付，但应当在交付前通知买受人。出卖人提前交付标的物的，应取得买受人的同意，否则买受人有权拒收，但出卖人的提前交付不损害买受人利益的除外。[②] 出卖人提前交付给买受人增加的费用，由出卖人负担。[③] 当事人未约定标的物的交付期限或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同有关条款或交易习惯确定；仍不能确定的，可以随时交付，但应当给买受人必要的准备时间。

出卖人应当按照约定的地点交付标的物。当事人未约定交付地点或者约定不明确，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；仍不能确定的，适用下列规定：

---

① 参见《合同法》第140条。
② 参见《合同法》第71条第1款。
③ 参见《合同法》第71条第2款。

第一，标的物需要运输的，出卖人应当将标的物交付给第一承运人以运交给买受人。

第二，标的物不需要运输的，出卖人和买受人订立合同时知道标的物在某一地点的，出卖人应当在该地点交付标的物；不知道标的物在某一地点的，应当在出卖人订立合同时的营业地交付标的物。①

出卖人应当按照约定的数量交付标的物。出卖人多交标的物的，买受人可以接受或者拒绝接收多交的部分。买受人接收多交部分的，按照原合同的价格支付价款；出卖人少交标的物的，除不损害买受人利益的以外，买受人可以拒绝接收。买受人拒绝接收标的物的，应当及时通知出卖人。买受人怠于通知的，应当承担因此产生的损害赔偿责任。但出卖人交付的标的物数量在合理的磅差或尾差之内的，应为交付的数量符合约定的标准。合同中约定分批交付的，出卖人应按照约定的批量分批交付。出卖人未按照约定的时间和数量交付的，应就每一次的不适当交付负违约责任。

出卖人应当按照约定的包装方式交付标的物。对包装方式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；仍不能确定的，应当按照通用的方式包装；没有通用方式的，应当采取足以保护标的物的包装方式。

（2）移转标的物所有权的义务

取得标的物的所有权是买受人的主要交易目的，因此，将标的物的所有权转移给买受人，是出卖人的一项主要义务。移转标的物的所有权，是在交付标的物基础上，实现标的物所有权的转移，使买受人获得标的物所有权。依《合同法》第133条的规定，标的物的所有权自标的物交付时起转移，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。这表明，标的物所有权的转移方法，可以有所不同。

就动产而言，除法律有特别规定的以外，所有权依交付而移转。这表明，我国《物权法》就动产所有权的移转，确立了债权形式主义的物权变动模式。就船舶、航空器、车辆等特殊类型的动产，所有权一般也自交付之时起转移，但未依法办理登记手续的，所有权的移转不具有对抗第三人的效力。

不动产所有权的转移须依法办理所有权的转移登记。未办理登记的，尽管买卖合同已经生效，但标的物的所有权不发生转移。这表明，我国《物权法》就不动产所有权的移转，确立了债权形式主义的物权变动模式。

---

① 参见《合同法》第141条。

依据我国《合同法》第137条的规定，出卖具有知识产权的计算机软件等标的物的，除法律另有规定或当事人另有约定的以外，该标的物的知识产权并不随同标的物的所有权一并移转于买受人。

（3）物的瑕疵担保义务

依据《合同法》第153条的规定，出卖人应当按照约定的质量要求交付标的物。出卖人提供有关标的物质量说明的，交付的标的物应当符合该说明的质量要求。这一义务被称为物的瑕疵担保义务。

出卖人负担物的瑕疵担保义务，是由买卖合同的有偿性决定的。在我国《合同法》中，物的瑕疵担保义务被表述为质量担保义务，即出卖人应当担保其交付给买受人的标的物符合合同约定的或者法律确定的质量标准。因此，确定标的物的质量标准，是判断出卖人是否全面履行该项义务的前提。买卖合同中，当事人对标的物的质量标准没有约定或约定不明确的，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；仍不能确定的，出卖人交付标的物，应当具有同种物的通常标准或者为了实现合同目的该物应当具有的特定标准。

出卖人交付的标的物不符合质量标准的，属于对物的瑕疵担保义务的违反，在传统民法上，发生物的瑕疵担保责任的承担。但在我国《合同法》中，因就违约责任的归责原则一般（尤其是就商事合同）采严格责任原则，使得传统民法上违约责任与物的瑕疵担保责任的区别，丧失了依据。因此，出卖人应当按照当事人的约定承担违约责任。对违约责任没有约定或者约定不明确，也不能达成补充协议或者按照合同有关条款以及交易习惯仍不能确定的，受损害方根据标的物的性质以及损失的大小，可以合理选择请求修理、更换、退货或者减少价款。① 其中，作为救济手段的退货，在通常情形下就是行使解除合同的权利。因标的物的主物不符合约定而解除合同的，解除合同的效力及于从物。因标的物的从物不符合约定而被解除的，解除的效力不及于主物。② 标的物为数物，其中一物不符合约定的，买受人可以就该物解除，但该物与他物分离使标的物的价值显受损害的，当事人可以就数物解除合同。③ 此项解除权不得与减少价款同时主张，也不得与修理、更换同时并举。质量不符合约定，造成其他损失的，受损方可以请求赔偿损失。④

---

① 参见《合同法》第155条。
② 参见《合同法》第164条。
③ 参见《合同法》第165条。
④ 参见《合同法》第112条。

买受人要求出卖人承担违反物的瑕疵担保义务的违约责任，除非法律另有规定，以买受人及时向出卖人通知标的物质量不合格为条件。[①] 买受人在订立买卖合同时知道或者应当知道标的物质量不合格的，不得向出卖人主张违反物的瑕疵担保义务的违约责任。买卖合同的当事人也可以通过免责条款的方式，在不违反法律、行政法规强行性规定的情况下，预先免除出卖人违反物的瑕疵担保义务的违约责任。

（4）权利的瑕疵担保义务

依据《合同法》第 150 条的规定，出卖人就交付的标的物，负有保证第三人不得向买受人主张任何权利的义务，除非法律另有规定。这一义务称为出卖人权利的瑕疵担保义务。违反权利的瑕疵担保义务，在传统民法上发生权利瑕疵担保责任的承担。我国《合同法》上，由于违约责任和权利瑕疵担保责任的区分丧失了依据，因此，出卖人应对买受人承担违约责任。

（5）交付有关单证和资料

出卖人还应当按照约定或者交易习惯向买受人交付提取标的物单证以外的有关单证和资料。该项义务系属出卖人在买卖合同中所负担的从合同义务，该项义务辅助主合同义务，实现买受人的交易目的。交易实践中，与买卖合同标的物相关的其他单证和资料主要包括产品合格证、产品说明书、保修单（卡）、发票、检验单证、检疫单证、保险单、质量保证书、装箱单等。在国际贸易中，出卖人交付有关单证和资料的义务因合同具体条件的差异也有所不同。

除负担前述主合同义务和从合同义务外，出卖人还应遵循诚实信用原则，根据合同的性质、目的，负担通知、协助、保密等附随义务以及相应的不真正义务等法定义务。

2. 买受人的义务

（1）支付价款

支付价款是买受人的主要义务。买受人支付价款应按照合同约定的数额、地点、时间为之。价款数额一般由单价与总价构成，总价为单价乘以标的物的数量。当事人在合同中约定的单价与总价不一致，而当事人又不能证明总价为折扣价的，原则上应按单价来计算总价。当事人对价款的确定，须遵守国家的物价法规，否则其约定无效。支付价款的义务主要包括如下几个方面：

第一，买受人应当按照约定的数额支付价款。对价款没有约定或约定不明确

---

① 参见《合同法》第 158 条。

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。如仍不能确定，按照订立合同时履行地的市场价格履行，依法应当执行政府定价或者政府指导价的，按照规定履行。详言之，当事人在合同中约定执行政府定价的，在合同约定的交付期限内政府价格调整时，按照交付时的价格计价。逾期交付标的物的，遇价格上涨时，按照原价格执行；价格下降时，按照新价格执行。逾期提取标的物或者逾期付款的，遇价格上涨时，按照新价格执行；价格下降时，按照原价格执行。

第二，按照约定的时间支付。价款的支付时间可以由双方当事人约定。买受人应当按照约定的时间支付价款。对支付时间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。仍不能确定的，按照同时履行的原则，买受人应当在收到标的物或者提取标的物单证的同时支付。价款支付迟延时，买受人不但有义务继续支付价款，而且还有责任支付迟延利息。

第三，按照约定的数额支付。买受人在出卖人违约的情况下，有拒绝支付价款、请求减少价款、请求返还价款的权利。如出卖人交付的标的物有重大瑕疵以致难以使用时，买受人有权拒绝接受，并有权拒绝支付价款。如出卖人交付的标的物虽有瑕疵但买受人同意接受，买受人可以请求减少价款。标的物在交付后部分或全部被第三人追索，买受人不但有权解除合同、请求损害赔偿，也有权要求返还全部或部分价款。

第四，按照约定的地点支付。价款的支付地点可由双方当事人约定。买受人应当按照约定的地点支付价款。对支付地点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；仍不能确定的，买受人应当在出卖人的营业地支付，但约定支付价款以交付标的物或者交付提取标的物的单证为条件的，在交付标的物或者提取标的物单证的所在地支付。

第五，按照约定的方式支付。价款的支付方式也可由当事人约定，但当事人关于支付方式的约定不得违反国家关于现金管理的规定。

（2）受领标的物

买受人有依照合同约定或者交易惯例受领标的物的义务。若出卖人不按合同约定条件交付标的物的，例如多交付、提前交付、交付的标的物有瑕疵等，买受人有权拒绝接受。

（3）及时检验出卖人交付的标的物

买受人收到标的物时，有及时检验义务。当事人约定检验期间的，买受人应

当在约定期间内进行检验。没有约定检验期间的，买受人应当在收到标的物之后的合理期间内及时检验。①

在约定的检验期间，或者在买受人发现或者应当发现标的物数量或者质量不符合约定的合理期间内，或者自买受人接受标的物的交付之日起两年内，买受人没有通知标的物的数量和质量不符合约定的；或者在标的物的质量保证期内，买受人没有通知标的物的质量不符合约定的，通知期间过后，发生一项事实确定规则的适用，即视为标的物的数量和质量是符合约定的。该通知期间既非诉讼时效期间，也非除斥期间，而是民法上一种独立的期间类型。在通知期间内，买受人通知出卖人的，买受人主张出卖人承担违约责任的请求权开始进行诉讼时效期间的计算。

但出卖人知道或应当知道提供的标的物不符合约定的，买受人得随时通知出卖人标的物的数量或质量不符合约定。买受人通知出卖人的，买受人主张出卖人承担违约责任的请求权开始进行诉讼时效期间的计算。该项义务属买受人所负担的不真正义务。该项义务的违反不发生违约责任的承担，但由此造成的损失由买受人自己负担。

(4) 暂时保管及应急处置拒绝受领的标的物

在特定情况下，买受人对于出卖人所交付的标的物，虽可作出拒绝接受的意思表示，但有暂时保管并应急处置标的物的义务。该项义务属买受人所应负担的附随义务，这一点各国立法中皆有规定。

(五) 买卖合同中标的物的风险负担与利益承受

1. 买卖合同中标的物的风险负担

买卖合同中标的物的风险是指买卖合同的标的物由于不可归责于买卖合同双方当事人的事由毁损、灭失所造成的损失。风险负担是指该损失应由谁来承担。我国民法对于物权变动采债权形式主义模式，将交付行为作为动产标的物所有权移转的成立要件。我国《合同法》第142条规定，“标的物毁损、灭失的风险，在标的物交付之前由出卖人承担，交付之后由买受人承担，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外”，从而使得该条规定所确立的风险负担的一般规则与《物权法》第23条关于动产标的物所有权移转的一般规则“标的物的所有权自标的物交付时起转移”相一致。我国《合同法》除了规定第142条作为买卖合同标的物毁损、灭失风险负担的一般确认规则外，还设有专条，以确认特定情形下买卖合同

① 参见《合同法》第157条。

标的物毁损、灭失的风险负担。这些条文是第143—148条，共6条。可见，我国的民事立法就动产标的物毁损灭失的风险负担的移转，在当事人没有特别约定的情况下既与标的物的交付，又与标的物所有权的移转相一致。这样规定契合当今的立法潮流，应予坚持。其中《合同法》第142条所谓法律另有规定或当事人另有约定主要包括两种情况：一是在交付前标的物风险即由买受人负担，二是交付后的一段时间内标的物的风险仍由出卖人负担。如果当事人双方约定动产标的物的所有权非自交付时起转移，如买卖合同的双方当事人采所有权保留制度作为合同履行的担保，风险如何负担？此时仍应采交付主义。买卖合同的标的物为不动产时，其风险负担的移转规则与动产有所不同。其中，作为买卖合同标的物的不动产毁损灭失的风险负担，仍在不动产交付时移转。《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》接受了这一见解。该司法解释第11条第2款规定："房屋毁损、灭失的风险，在交付使用前由出卖人承担，交付使用后由买受人承担……但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。"

2. 买卖合同中的利益承受

利益承受是指标的物于买卖合同订立后所生的孳息的归属。标的物于合同订立后所生孳息的归属与风险的负担是密切相连的，二者遵循同一原则。因此，在利益承受上，标的物在交付前产生的孳息，归出卖人所有；标的物交付后产生的孳息，归买受人所有。[①] 合同另有约定的，依其约定。

我国《合同法》还有关于特种买卖合同的规定，它们包括分期付款买卖合同、样品买卖合同、试用买卖合同、招标投标买卖合同和拍卖合同等。

► 自测习题及参考答案



① 参见《合同法》第163条。

第五章　婚姻家庭法

第一节　婚姻家庭法概述

一、婚姻家庭法的概念和内容

（一）婚姻和家庭

婚姻是为当时社会制度所确认的男女两性的结合。这种结合所形成的特定的两性关系即为夫妻关系，又被称为婚姻关系或配偶关系。此概念包含以下几层含义：（1）婚姻是男女两性的结合。（2）男女两性的结合须为当时社会制度所确认。（3）婚姻是双方具有夫妻身份的结合。

家庭是由一定范围的亲属所构成的社会生活单位。它是一个生活单位，具有同财共居的特点。另外，家庭由一定范围的亲属构成，相互间具有权利义务关系。一定范围的亲属，通常是指在法律上有权利义务关系的亲属，而非全部亲属。根据我国《婚姻法》的规定，在法律上具有权利义务关系的亲属包括夫妻、父母子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母与孙子女、外孙子女。

婚姻家庭关系是以两性结合为前提，以婚姻、血缘联系为纽带的社会关系。它的存在与发展既具有两性结合、血缘联系的特性，又具有一般社会关系的共性。前者是其自然属性，后者是其社会属性。所谓婚姻家庭的自然属性，是婚姻家庭赖以形成的自然因素。所谓婚姻家庭的社会属性，是社会制度赋予婚姻家庭的本质属性，决定和影响婚姻家庭的社会力量及婚姻家庭所包含的社会内容。社会性是人类婚姻家庭从低级向高级发展的根本动因。

（二）婚姻家庭法

1. 婚姻家庭法的概念

婚姻家庭法是规定和调整婚姻家庭关系的法律规范的总和。具体来说，包括以下几层含义：

（1）婚姻家庭法以婚姻家庭关系为调整对象。婚姻制度包括婚姻成立、婚姻效力和婚姻解除等方面的规范，家庭制度包括家庭成员的地位和相互间权利义务的规范。

（2）婚姻家庭法对婚姻家庭关系具有规范和调整作用。规范是指法律对人们在结婚、离婚和婚姻家庭关系中的法律地位和权利义务的界定，反映了法律的静

态作用。调整是指法律对婚姻家庭当事人的行为评价以及对权利的救济和对违法行为的制裁，反映了法律的动态作用。

（3）婚姻家庭法是规定和调整婚姻家庭关系的法律规范的总和。婚姻家庭法是一个多形式、多层级的规范体系。在我国，《婚姻法》是目前调整婚姻家庭关系的主要法律，和《收养法》《婚姻登记条例》等立法文件以及最高人民法院关于适用《婚姻法》的司法解释一起，构成了我国的婚姻家庭法。

2. 婚姻家庭法的特征

（1）调整对象的普遍性。婚姻家庭法是适用范围很普遍的法律，其调整对象涉及每个家庭和每位公民。

（2）调整对象的身份性。婚姻家庭法律关系的主体具有身份性，即这些主体是由基于婚姻、血缘或收养而产生的、具有一定身份关系的人。

（3）调整内容的伦理性。道德规范在婚姻家庭领域的调整作用比其他民事领域更广泛，调整婚姻家庭法的规则往往源于道德规范。

（4）法律规定的强制性。婚姻家庭法中的规定多为强制性规范，不允许当事人通过约定排除其适用。例如，法律关于夫妻、父母子女之间的抚养义务的规定。

3. 婚姻家庭法与其他法律的关系

（1）婚姻家庭法与宪法。宪法是国家的根本大法，具有最高的法律效力。《宪法》第48条关于男女平等、保护妇女权益的原则性规定，第49条关于婚姻家庭关系的原则性规定，都是婚姻家庭立法的基本根据。

（2）婚姻家庭法与民法。民法是我国民事关系和民事活动的基本准则。婚姻家庭法是民法的重要组成部分之一，与其他民事法律的关系则属于同一法律部门中的内部关系。我国《民法总则》中的一些规定对婚姻家庭法也同样适用。例如公民的民事权利能力和民事行为能力、监护、宣告失踪、宣告死亡、法定代理、财产所有权和共有、民事责任等，对婚姻家庭法具有直接或间接的规范作用。而且，《民法总则》的有些条款是对婚姻家庭关系的直接规定，如第110条、第112条。

二、婚姻家庭制度的历史类型

（一）群婚制

群婚制是原始社会中一定范围内的一群男子与一群女子互为夫妻的婚姻形式。群婚又称集团婚，分为两个阶段，即血缘群婚制与亚血缘群婚制。

血缘群婚是同辈分男女之间的集团婚，即同辈分的男女可以互为婚姻，发生两性关系。血缘群婚排除了不同辈分之间的两性关系，祖父母与孙子女间，父母子女之间不得互为夫妻。

亚血缘群婚制又称为伙婚制或普那路亚家庭。亚血缘群婚制是群婚制发展的第二个阶段，也是群婚制的高级形式，它是排除了兄弟姐妹间通婚的集团婚，尽管它仍然是一种同辈的集团婚，但在两性关系上排除了兄弟姐妹间的两性关系。

（二）对偶婚制

对偶婚制又称为对偶家庭，是指一男一女在或长或短的时间内保持相对稳定的偶居关系的婚姻形式。即一个男子在许多妻子中有一个主妻，一个女子在许多丈夫中有一个主夫，主妻与主夫在一定时期内保持相对稳定的两性同居关系，同时，又可以与其他异性发生关系。

（三）一夫一妻制

1. 一夫一妻制的确立

一夫一妻制又称为个体婚制，是指一男一女结为夫妻的婚姻制度。它是在原始社会崩溃、私有制和国家形成的过程中逐步确立的。因为只有实行一夫一妻制，才能确保妻子生育出确凿无疑的丈夫的子女，以达继承其遗产的目的。必须承认，一夫一妻制顺应了生产力发展要求的私有制生产关系，是一个伟大的历史进步。

2. 一夫一妻制的发展

古代社会是一个生产力水平比较低下的身份社会，与之相适应的婚姻制度是以父权、夫权、家长权三位一体的人身依附关系为基础的，男尊女卑、包办强迫、买卖婚姻、一夫多妻、家长专制是世界各国古代婚姻制度的共同特征。

近代资本主义的发展，确立了自由、平等、博爱的价值理念，在婚姻家庭制度中实施了男女平等、婚姻自由、公平正义等法律原则，推动了婚姻家庭关系从身份到契约、从宗教到世俗、从封建到民主的过程，其历史进步性不言而喻。但是，我们也应当看到，封建思想观念对身份关系的影响是相当长远的，男女在法律上的平等经过相当长的时间才在一些国家得以部分实现，人身依附关系仍然是社会的重要基础，所谓的婚姻自由也打上了商品经济、利益交换的烙印。

在我国，社会主义制度为婚姻家庭制度的发展注入了新的活力，而现代社会的多元化也带来了婚姻制度特别是婚姻观念的多元化。随着我国社会主义物质文明与精神文明的繁荣和社会主义法治的完善，我国社会主义婚姻家庭制度必将发

展成为全新的、更高类型的婚姻家庭制度。

三、我国婚姻家庭法的基本原则

（一）婚姻自由原则

1. 婚姻自由的概念和特征

婚姻自由，是指婚姻当事人在法律规定的范围内，有权完全依照自己的意志决定其婚姻问题，任何人不得强制或干涉。我国宪法和婚姻法都明确规定了婚姻自由原则。

婚姻自由有两个特征：第一，婚姻自由是法律赋予公民的权利。任何干涉婚姻自由的行为都受到法律的禁止。第二，婚姻自由必须在法律规定的范围内行使。婚姻法对结婚法定条件和离婚法定条件的规定，确立了婚姻自由的范围。这些必要的条件并不意味着对婚姻自由的限制，而是对当事人行使婚姻自由权的保证。

2. 婚姻自由的内容

婚姻自由是私法上“意思自治原则”在婚姻关系中的体现，包括结婚自由和离婚自由两个方面。结婚自由，是指婚姻当事人有依法缔结婚姻关系的自由。当事人是否结婚，与谁结婚，是其本人的权利，任何人无权干涉。当然，结婚自由须不违背法律规定的条件和程序。

离婚自由，是指夫妻有依法解除婚姻关系的自由。既然婚姻的成立和维系都应以爱情为基础，那么当双方感情确已破裂，夫妻关系无法继续维持时，应给予当事人离婚自由的权利。结婚自由与离婚自由共同构成婚姻自由的完整内涵，二者的关系是相辅相成，互为补充的。保障结婚自由，是为了使当事人能够完全按照自己的意愿选择共同生活的伴侣；保障离婚自由，则是为了使感情确已完全破裂，无法共同生活的夫妻能够通过法定途径解除婚姻关系。

为了保障婚姻自由原则的贯彻实施，法律设立了以下禁止性规定：（1）禁止包办、买卖婚姻和其他干涉婚姻自由的行为。（2）禁止借婚姻索取财物。

（二）一夫一妻制原则

1. 一夫一妻制的概念

一夫一妻制指一男一女结为夫妻，双方同时只有一名配偶的婚姻制度。在大多数国家，一夫一妻制为法定的婚姻制度。在一夫一妻制度下，任何人不得同时有两个或两个以上的配偶；已婚者在配偶死亡（宣告死亡）或离婚之前，不得再行结婚；未婚者不得同时与两个或两个以上的人结婚。在我国，无论公开还是隐

蔽的一夫多妻或一妻多夫的两性关系都是违法的。

2. 保障一夫一妻制原则的禁止性规定

为了保障一夫一妻制的贯彻实施，我国法律设立了以下禁止性规定：

（1）禁止重婚。重婚是指有配偶者又与他人结婚的行为，即已有了一个合法的婚姻关系后，又与他人缔结第二个婚姻关系。前者叫前婚，后者叫后婚，也叫重婚。重婚是对一夫一妻制的破坏，应受到法律制裁。

重婚在理论上分为两种形式：法律重婚与事实重婚。法律重婚是指前婚未解除，又与他人办理结婚登记。作为实行单一登记婚的国家，只要双方办理了结婚登记，不论是否同居，重婚即已构成。事实重婚是指前婚未解除，又与他人以夫妻名义共同生活，但未办理结婚登记手续。

（2）禁止有配偶者与他人同居。有配偶者与他人同居，指男女一方或双方有配偶，而又与婚外异性不以夫妻名义持续、稳定地共同生活。

除重婚、有配偶者与他人同居外，其他破坏一夫一妻制的行为还包括通奸。通奸是指男女一方或双方有配偶，而又与他人自愿而秘密地发生两性关系的行为。通奸的特点是，双方对外不以夫妻名义，对内不共同生活。

（三）男女平等原则

男女平等是指男女两性在婚姻家庭关系中，享有同等的权利，负担同等的义务。男女平等原则包括如下内容：

1. 在婚姻关系方面权利义务平等。男女有同等的缔结婚姻的权利。结婚条件的规定对男女双方是平等的；结婚后，夫妻双方有平等的权利义务，同时也有平等的请求解除婚姻关系的权利；离婚时，男女双方对夫妻共同财产均享有平等分割的权利，对共同债务有平等的清偿义务，同时也有平等的损害赔偿请求权、补偿请求权、经济帮助请求权。

2. 在家庭关系上地位平等，不同性别的家庭成员权利和义务平等。无论是夫妻之间，父母子女之间，还是祖孙之间、兄弟姐妹之间，在家庭中都地位平等，人格独立，享有同等的权利，负担同等的义务，不存在任何性别上的歧视。

（四）保护妇女、儿童和老人的合法权益原则

1. 保护妇女的合法权益

我国《婚姻法》高度重视对妇女权益的保护。其中，在离婚制度中有以下特殊规定：

（1）在程序方面，女方怀孕期间、流产后6个月内和分娩后1年内，男方不

得提出离婚。但女方提出离婚或人民法院认为确有必要受理男方离婚请求的，不在此限。

（2）在财产方面，分割夫妻共同财产时先由双方协议，协议不成时由法院判决。而法院判决的根据之一就是“照顾女方和子女权益”的原则。在同等条件下，可以适当多分给女方一些财产。在婚姻关系存续期间实行分别财产制的，从事家务劳动或协助对方工作较多的女方可以要求男方给予经济补偿。

2. 保护儿童的合法权益

（1）禁止溺婴、弃婴和其他残害婴儿的行为。

（2）父母对子女有抚养教育的义务。即使父母双方离婚，这种义务也不免除；父母不履行义务的，子女有要求给付抚养费的权利。

（3）不同情况的子女地位平等。婚生子女、非婚生子女、养子女和继子女法律地位一律平等。对非婚生子女、养子女和继子女，任何人不得歧视、虐待。

3. 保护老年人的合法权益

（1）子女对父母有赡养义务。子女不履行义务的，父母有要求给付赡养费的权利。此外，在一定条件下，孙子女或外孙子女有赡养祖父母或外祖父母的义务。

（2）禁止遗弃、虐待老人。

4. 与保护妇女、儿童和老人有关的禁止性规定

（1）禁止家庭暴力。家庭暴力是指行为人以殴打、捆绑、残害、拘禁或者其他非法手段，给其家庭成员在身体、精神等方面造成一定伤害后果的行为。

（2）禁止家庭成员间的虐待和遗弃。虐待是指以作为或不作为的形式，对家庭成员歧视、折磨、摧残，使其在精神、肉体上遭受损害的违法行为，如打骂、恐吓、冻饿、不治疗病患、限制人身自由等。遗弃是指家庭成员中负有赡养、抚养、扶养义务的一方对需要赡养、抚养或扶养的另一方不履行义务的违法行为，如成年子女不赡养无收入能力或生活困难的父母等。

家庭暴力与虐待在本质上相同，都是对其他家庭成员造成身体或心理伤害的行为。其区别在于，一般的打骂构不成虐待，但可能构成家庭暴力，而持续性、经常性的家庭暴力，可能构成虐待。

拓展阅读

肉某暴力干涉婚姻自由案等

（五）维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系的原则

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。

第二节 结婚制度

一、结婚制度概述

（一）结婚的概念和特征

结婚即婚姻的成立或婚姻的缔结，指男女双方依照法律规定的条件和程序，建立夫妻关系的民事法律行为。结婚行为具有以下三个特征：

一是结婚的主体必须是男女异性。我国法律不承认同性婚姻，所以，结婚行为只能发生在男女两性之间。

二是结婚是一种法律行为，必须依照法律规定的条件和程序进行。

三是结婚的结果是确立夫妻关系。男女双方因结婚而建立了夫妻身份，互为配偶，相互承担法律规定的权利义务。

（二）我国的结婚制度

我国《婚姻法》贯彻婚姻自由原则，实行自由婚。结婚实质方面，规定了结婚的成立要件和禁止要件。

二、结婚的条件

（一）结婚的实质要件

结婚实质要件，包括结婚的必备条件和结婚的禁止条件。

1. 结婚的必备条件

必备条件，又称结婚的积极要件，指当事人结婚时必须具备的法定条件。根据我国《婚姻法》的规定，结婚必须具有以下三个条件：

（1）男女双方完全自愿。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。这是婚姻自由原则在结婚制度中的具体体现。男女双方完全自愿包括：第一，双方本人自愿，不是父母或他人代为同意；第二，双方真实自愿，无因受胁迫而违反真实意愿的情形；第三，双方完全自愿，不勉强，无保留，无附加条件。

（2）达到法定婚龄。法定婚龄是指法律规定的最低结婚年龄，在我国为男性

满22周岁，女性满20周岁。法定婚龄属于强制性规范。

（3）符合一夫一妻制度。一夫一妻制要求结婚双方均处于无配偶状态。

2. 结婚的禁止条件

结婚的禁止条件又称结婚的消极条件，或称婚姻的障碍，是指法律不允许结婚的事由。按照我国《婚姻法》规定，一定范围内的血亲和患有某些疾病的人禁止结婚。

（1）禁止结婚的血亲关系。禁婚亲就是指禁止结婚的亲属。禁止一定范围内的血亲结婚，其根据主要有遗传学和优生学原理，以及伦理观念两方面。具体来说，我国禁止结婚的血亲范围分为两大类：一是直系血亲间禁止结婚，即父母和子女之间；祖父母、外祖父母和孙子女、外孙子女之间；曾祖父母、曾外祖父母和曾孙子女、曾外孙子女之间禁止结婚。并且，法律拟制的直系血亲之间也不得结婚。二是三代以内旁系血亲间禁止结婚，其范围包括：兄弟姐妹之间，含同胞兄弟姐妹和同父异母和同母异父的兄弟姐妹；堂兄弟姐妹和表兄弟姐妹之间；叔伯与侄女之间，姑姑与侄子之间，舅舅与外甥女之间，姨与外甥之间。拟制的旁系血亲之间，只要不属于三代以内的旁系血亲，无论辈分相同或不同的，均不在禁止结婚的范围之内。

（2）禁止患一定疾病的人结婚。患有医学上认为不应当结婚的疾病的人，禁止结婚。综观世界各国有关法律，禁止结婚的疾病分为两类：一是严重的精神方面的疾病，如痴呆和精神病等；二是重大不治的传染性疾病在传染期间。因为这两类疾病在婚后有可能会危害他方和后代的健康。

（二）结婚的形式要件

符合结婚实质要件的当事人，只有履行法定的结婚程序，其婚姻关系才被国家和社会承认，产生法律效力。婚姻法要求结婚的当事人必须向婚姻登记机关提出结婚申请，接受婚姻登记机关的审查，履行登记手续，婚姻才能有效成立。

三、结婚的程序

（一）结婚登记机关

根据《婚姻登记条例》的规定，我国内地居民办理结婚登记的机关是县级人民政府民政部门或者乡（镇）人民政府。婚姻登记管理机关管辖的范围，原则上与户籍管辖范围相适应。结婚当事人的户口在同一地区的，到共同的户口所在地婚姻登记机关办理登记。结婚当事人的户口不在同一地区的，可以到任何一方户口所在地的婚姻登记机关办理登记。

（二）结婚登记程序

结婚登记是建立当事人身份关系的行为，因此要求结婚的男女双方必须亲自到婚姻登记机关办理登记。结婚登记应遵守如下程序：

1. 申请。自愿结婚的男女，必须亲自到婚姻登记机关申请结婚登记。办理结婚登记的当事人应当出具下列证件和证明材料：户口本、身份证、本人无配偶以及与对方当事人没有直系血亲和三代以内旁系血亲关系的声明。

2. 审查。婚姻登记机关依法对当事人的结婚申请进行审核查实。婚姻登记机关一方面审查结婚登记当事人双方是否符合法定的结婚条件，另一方面审查结婚登记当事人出具的证件、证明材料并询问相关情况。

3. 登记发证。婚姻登记机关对当事人的结婚申请进行审查后，符合结婚条件的，应当当场予以登记，发给结婚证。对离过婚的，还应当注销其离婚证。当事人从取得结婚证起，确立夫妻关系。

四、婚姻无效和撤销

（一）婚姻无效与撤销概述

婚姻因违法而不受法律保护的情形，可分为婚姻无效和婚姻可撤销两种。在我国，婚姻无效是指婚姻因欠缺有效成立的要件而当然地不具有婚姻的法律效力。婚姻撤销是指基于胁迫而成立的婚姻，经一方当事人提出撤销请求而归于无效。婚姻的无效和撤销均具有溯及既往的效力，因而在依法被宣告无效或被撤销时，确定为自始不受法律保护。

婚姻无效的原因有：（1）重婚；（2）有禁止结婚的亲属关系；（3）婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病，婚后尚未治愈；（4）未到法定婚龄。

婚姻撤销中所称的“胁迫”，是指行为人以对另一方当事人或者其近亲属的生命、身体健康、名誉、财产等造成损害为要挟，迫使另一方当事人违背真实意愿同意结婚的情形。

（二）婚姻无效与撤销的申请主体、处理程序和法律后果

1. 申请主体

申请宣告婚姻无效的主体，包括婚姻当事人及利害关系人。利害关系人包括：（1）以重婚为由申请宣告婚姻无效的，为当事人的近亲属及基层组织；（2）以未到法定婚龄为由申请宣告婚姻无效的，为未达法定婚龄者的近亲属；（3）以有禁止结婚的亲属关系为由申请宣告婚姻无效的，为当事人的近亲属；（4）以婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病，婚后尚未治愈为由申请宣告婚姻无效的，为与

患病者共同生活的近亲属（包括配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女）。

因受胁迫而请求撤销婚姻的主体，只能是受胁迫一方的婚姻关系当事人本人。

2. 处理程序

宣告婚姻无效的机关是人民法院。人民法院受理申请宣告婚姻无效案件后，经审查确属无效婚姻的，应当依法作出宣告婚姻无效的判决。判决一经作出，即发生法律效力，当事人不得再就婚姻效力问题提出上诉。对于涉及子女抚养和财产分割的，可以调解；经调解达成协议的，应当对婚姻效力的认定和其他纠纷的处理分别制作裁判文书。如以判决形式作出的，对此部分可以上诉，适用普通诉讼程序，实行两审终审。夫妻一方或者双方死亡后1年内，生存一方或者利害关系人依据《婚姻法》第10条的规定申请宣告婚姻无效的，人民法院应当受理。申请人民法院宣告婚姻无效的，利害关系人为申请人，婚姻关系当事人双方为被申请人。夫妻一方死亡的，生存一方为被申请人。夫妻双方均已死亡的，不列被申请人。

婚姻撤销请求权人，既可以依行政程序向婚姻登记机关申请宣告婚姻撤销，也可以依诉讼程序向人民法院申请宣告婚姻撤销。根据《婚姻法》第11条的规定，受胁迫的一方撤销婚姻的请求，应当自结婚登记之日起1年内提出。被非法限制人身自由的当事人请求撤销婚姻的，应当自恢复人身自由之日起1年内提出。这里规定的“1年”为除斥期间，不适用中止、中断或者延长。

（三）婚姻无效与撤销的法律后果

1. 人身关系

无效婚姻因违反法律强制性规定，可撤销婚姻因当事人欠缺婚姻的合意，均视为婚姻未成立。婚姻法对无效婚姻和可撤销婚姻均采取溯及既往的立法原则，凡是婚姻依法被宣告无效或者被撤销的，即确定该婚姻从一开始就不受法律保护，即自始无效，当事人自始不具有夫妻的权利和义务。

2. 财产关系

婚姻被确认无效或者被撤销的，双方同居前的个人财产归各自所有。同居前一方自愿赠与对方的财物，可按照赠与关系处理。当事人双方同居期间所得的财产，按共同共有处理，但有证据证明为当事人一方所有的除外。当事人对共有财产应当协商分割；协议不成的，由人民法院根据照顾无过错方的原则判决。一方未经他方同意擅自处分共有财产，另一方提出异议的，该处分行为无效。因婚姻无效造成的财产损失，一方存在过错的，由过错方承担相应的责任；双方都有过

错的，应分别承担相应的责任。同居期间当事人一方对另一方造成损害的，应当承担损害赔偿责任。同居期间为共同生活所负的债务，应当共同承担清偿责任，并适当照顾无过错方。法院审理重婚导致的无效婚姻案件时，涉及财产处理的，应当准许合法婚姻的另一方当事人作为有独立请求权的第三人参加诉讼，以便维护其合法权益。

3. 子女方面

婚姻被宣告无效或被撤销后，当事人所生的子女虽为非婚生子女，但享有婚姻法规定的关于子女的各项权利。当事人双方均有保护、教育子女，承担子女的生活费和教育费的义务。一方抚养子女的，另一方享有探望权。

五、婚姻的效力

婚姻的效力是婚姻成立所导致的法律后果。婚姻效力就其性质而言，分为婚姻的身份效力和财产效力。

（一）婚姻的身份效力

婚姻的身份效力是指结婚所产生的与夫妻的人格和身份有关的，没有直接财产内容的权利义务关系，即夫妻人身关系。夫妻人身关系是夫妻财产关系的基础。根据我国婚姻法，婚姻的身份效力包括如下内容：

1. 夫妻姓名权。夫妻双方都有各用自己姓名的权利。同时，在子女姓氏的确定上，子女可以随父姓，也可以随母姓。

2. 夫妻人身自由权。夫妻双方都有参加生产、工作、学习和社会活动的自由，一方不得对他方加以限制和干涉。

3. 夫妻住所选定权。住所选定权是指选择确定夫妻婚后共同居住场所的权利。夫妻双方可以协商同居的地点，双方有平等的权利，其中任何一方不能强迫另一方接受自己的住所选择意愿。

4. 夫妻计划生育义务。首先，计划生育是夫妻双方共同承担的法律义务。其次，实行计划生育，必须破除重男轻女和只有男孩才能传宗接代的旧观念。对虐待、摧残不生育或只生女孩的妇女的行为，应给予法律制裁。2015 年修正后的《人口与计划生育法》规定，国家提倡一对夫妻生育两个子女；符合法律、法规规定条件的，可以要求安排再生育子女。

此外，从世界各国亲属法的规定来看，关于夫妻之间的人身权利义务除与我国相似的“姓名权”“选择职业自由权”和“住所选定权”之外，各国的亲属法还规定了夫妻同居义务、夫妻忠实义务和家事代理权等。

夫妻同居义务，指男女双方婚后以配偶身份共同生活的义务。我国现行婚姻法虽然没有明确规定夫妻的同居义务，但将同居生活视做正常夫妻关系的重要标志，故规定夫妻“因感情不和分居满二年”为诉讼准予离婚的法定事由。

夫妻忠实义务，是指夫妻婚后应当在感情上互相忠实。这是夫妻共同生活的基本条件，也是维护婚姻关系的伦理要求。因此，我国婚姻法规定“重婚或有配偶者与他人同居”为诉讼准予离婚的法定事由。

夫妻家事代理权，是指夫妻因家庭事务而与第三人为一定法律行为时的代理权。我国司法解释规定，夫妻因日常生活需要而处理夫妻共同财产的，任何一方均有权决定。夫妻一方行使家事代理权所产生的债务，由双方承担连带责任。

（二）婚姻的财产效力

婚姻的财产效力，即夫妻财产关系，是指夫妻在财产方面享有的权利义务，包括夫妻财产制、夫妻间的扶养关系和继承关系。夫妻财产关系从属于夫妻人身关系，是婚姻存续的经济基础，也是家庭经济职能的体现。

1. 夫妻财产制

夫妻财产制又称婚姻财产制，是有关夫妻婚前财产和婚后所得财产的归属、使用、管理、收益、处分以及债务清偿、离婚时财产清算等方面的法律制度。我国的夫妻财产制包括两种，即夫妻共同财产制和夫妻约定财产制。

（1）夫妻共同财产制

夫妻共同财产指夫妻双方从结婚登记之日起到离婚或配偶一方死亡时为止的婚姻关系存续期间所得的财产。共同财产的来源，包括夫妻双方或一方所得的财产。夫妻共同财产在民法上属于共同共有的性质。我国婚姻法以夫妻共同财产制为法定财产制，并且实行婚后所得共同制。在夫妻双方对财产未作约定或者约定不合法、不明确的情况下，当然地适用法定财产制。

第一，夫妻共同财产的范围。下列财产视为夫妻共同财产：夫妻各方的工资、奖金，以及用工资奖金购置的各种财产；一方或双方从事生产、经营、投资的收益；一方或双方的知识产权产生的财产性收益；夫妻各方因继承或接受赠与所得的财产；其他应当归共同所有的财产，如夫妻各方的住房补贴、住房公积金、养老保险金，以及一方个人财产在婚后产生的除孳息和自然增值以外的收益。

第二，夫妻对共同财产的平等处理权。夫或妻在处理夫妻共同财产上的权利是平等的。首先，对于日常生活需要的财产处分，任何一方均有权决定。其次，对于非因日常生活需要的财产处分，双方应当平等协商，取得一致意见。但是，善意第三人有理由相信一方的财产处分是基于夫妻双方共同意愿的，另一方不得

以不同意或不知道为由主张无效。

第三，夫妻个人特有财产。夫妻个人特有财产是指在夫妻共同财产之外为一方个人所有的财产，属于夫妻共同财产制的例外情形。根据我国婚姻法，下列财产除双方另有约定的外，属于夫妻一方所有：一方的婚前财产；一方因身体受到伤害获得的医疗费、残疾人生活补助费等费用；遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产，包括婚后由一方父母出资为其购买并将其登记为唯一产权人的不动产；一方专用的生活用品；其他应当归一方的财产，这是指夫妻个人依法享有的专属于个人的财产，如军人的伤亡保险金、伤残补助金、医药生活补助费。

第四，夫妻按份共有的财产。根据司法解释，夫妻双方的父母出资购买的不动产，产权登记在夫妻一方名下的，除当事人另有约定的外，该不动产可认定为双方按照各自父母的出资份额按份共有。这也是夫妻共同财产制的例外。

（2）夫妻约定财产制

夫妻约定财产制是规范夫妻关于其婚前财产、婚后财产的占有、使用、管理、收益、处分协议的法律制度。

第一，约定的条件。首先，约定必须在双方平等自愿的基础上订立。其次，约定的内容必须符合法律和社会公德，不得侵犯一方或子女的合法权益，不得损害国家、集体和他人利益。否则，约定无效。

第二，约定的财产范围。这可以包括双方的婚前财产与婚姻关系存续期间所得的财产。双方可以仅就婚前财产或婚姻关系存续期间所得的财产作出约定，也可以就婚前财产和婚姻关系存续期间所得的财产都作出约定。对财产制度的选择，可以约定共同财产制，也可以约定分别财产制，还可以约定部分共同、部分分别的财产制的形式。

第三，约定的时间。双方可以在婚前约定也可以在婚后约定。约定成立后可以变更或终止。婚前成立的约定可以于结婚时或约定的其他时间发生效力，婚后成立的约定可以于当时或者约定的其他时间发生效力。约定生效后，可以根据事先约定的条件或者事后的协商一致，撤销原约定，改为适用法定财产制。

第四，约定的形式。一般应以书面形式，最好经过公证。但双方都承认的口头约定也具有效力。

第五，约定的效力。夫妻约定财产制的效力优先于法定财产制，即有约定的从约定，无约定或约定无效的从法定。约定一经生效，夫妻双方应按照约定的内容享有权利和承担义务。

由于夫妻财产约定发生在特定主体之间且无须公开，一般不为外人所知。因此，为保护交易安全，法律规定夫妻财产约定不得对抗善意第三人。

2. 夫妻相互扶养义务

夫妻有互相扶养的义务。夫妻之间的扶养义务是对等的。任何一方既有接受和要求对方扶养的权利，同时又有扶养对方的义务。而且，夫妻之间的扶养义务具有强制性。

拓展阅读

宋光立诉郭云香同意解除婚约返还订立婚约时给付的财物案等

3. 夫妻相互继承权

夫妻相互继承权是由夫妻人身关系决定的。有合法的夫妻身份关系，才有相互的继承权。夫妻互为第一顺序继承人，享有平等的继承权。

第三节 离婚制度

一、离婚制度概述

（一）婚姻终止的原因

婚姻终止，是指合法有效的婚姻关系因发生一定的法律事实而消灭。婚姻可因两种法律事实而终止：一是因配偶一方死亡而终止，二是因离婚而终止。前一种情形包括自然死亡和宣告死亡。

（二）离婚的概念

离婚，是婚姻关系当事人在生存期间依法解除婚姻关系的法律行为，是终止婚姻关系的另一种形式。离婚不仅涉及当事人的人身关系，而且涉及财产关系、子女抚养、教育等重大问题。离婚有如下法律特征：

1. 离婚的主体是夫妻双方，在离婚行为中必须体现双方当事人的本人意思。因此，登记离婚的，双方当事人必须亲自到婚姻登记机关办理离婚登记。诉讼离婚的，即使有诉讼代理人，原则上本人仍应出庭。

2. 离婚是解除婚姻关系的行为，其前提条件是双方当事人存在婚姻关系。对于未办理结婚登记而以夫妻名义同居生活的男女，双方符合结婚实质要件的，必须依法补办结婚登记手续后，法院才能按照离婚案件审理。

3. 离婚必须遵守法定的条件和程序。既要保障离婚自由，又要反对轻率离婚。当事人私下达成离婚协议的行为，如果不符合法定的条件和程序，没有法律

效力。

二、登记离婚

（一）登记离婚的概念

登记离婚也称为行政离婚、非讼离婚，是指婚姻当事人自愿离婚，并就离婚的有关事宜达成协议，通过有关部门认可而解除婚姻关系。

（二）登记离婚的条件

根据《婚姻法》以及《婚姻登记条例》的规定，登记离婚的法定条件是：

1. 婚姻当事人已经登记结婚。当事人没有登记结婚的（如事实婚姻），不能通过登记程序办理离婚。

2. 双方当事人自愿离婚。这意味着：（1）双方当事人必须具有完全民事行为能力。无民事行为能力或限制民事行为能力的精神病人不能通过行政离婚解除婚姻关系，只能通过诉讼程序离婚。（2）为保证当事人自愿离婚的意思表示是真实的，登记离婚不得代理，原则上必须当事人亲自办理。

3. 双方就子女、财产等问题已达成协议。夫妻离婚，往往还涉及子女抚养、夫妻财产分割、债务清偿、对困难一方的经济帮助等问题。在登记离婚程序中，当事人的离婚协议要包括对这些问题的处理约定。在双方当事人不能就这些问题达成协议的情况下，婚姻登记机关不受理离婚申请，当事人仅可寻求诉讼解决。

离婚协议中关于财产分割的条款，对男女双方具有法律约束力。离婚后当事人因履行上述财产分割协议发生纠纷提起诉讼的，可以诉至人民法院。男女双方登记离婚后一年内就财产分割问题反悔，请求变更或者撤销财产分割协议的，人民法院应当受理。但人民法院审理后，如果未发现订立财产分割协议时存在欺诈、胁迫等无效事由，原协议不得变更或者撤销。

（三）登记离婚的程序

婚姻登记机关办理离婚登记的程序分为申请、审查、批准。

1. 申请。凡夫妻双方自愿离婚的，双方必须亲自到一方常住户口所在地的婚姻登记管理机关申请离婚登记。申请离婚登记当事人应持有的证件与材料有：本人的户口簿、身份证，结婚证，双方当事人共同签署的离婚协议书。

2. 审查。婚姻登记机关应当对当事人的离婚申请进行审查。首先，应查明当事人提供的情况是否属实。其次，审查当事人是否符合登记离婚的条件。

3. 批准。婚姻登记机关对符合离婚登记条件的，应当予以办理离婚登记，发给离婚证，注销结婚证。当事人自取得离婚证起，解除婚姻关系。离婚当事人一

方不按照离婚协议履行义务的，另一方可以向人民法院提起民事诉讼。

对不符合离婚登记法定条件的，婚姻登记机关不予登记，并应以书面的形式说明不予登记的理由。

三、诉讼离婚

（一）诉讼离婚的概念

诉讼离婚，是指婚姻当事人不能就离婚、离婚后子女抚养或财产分割等问题达成协议，由一方当事人向人民法院提起离婚诉讼，人民法院根据有关规定对此进行调解、判决的一种制度。与协议离婚相比，诉讼离婚的结果并不取决于当事人的意志，而是法院的判决。

（二）离婚诉讼程序

1. 调解

调解是人民法院审理离婚案件的必经程序，由于其发生在诉讼过程中，所以也叫诉讼内调解。调解有利于对当事人进行法制宣传教育，妥善、慎重地处理离婚案件。法院在调解时必须坚持自愿、合法的原则，在查清事实、分清是非的基础上进行。必要时可与当地基层组织、有关单位密切合作，通过说服教育，促进当事人和好或达成离婚协议。

调解有三种结果：（1）调解后双方当事人和好，原告撤诉的，诉讼终结；（2）调解后双方当事人达成离婚协议的，人民法院制作离婚调解书，于送达后发生法律效力；（3）调解无效的，诉讼进入下一阶段。

2. 审理与判决

人民法院审理离婚案件，当事人除不能表达意志的以外，都应出庭。确因特殊情况无法出庭的，必须向人民法院提交书面意见。由于离婚案件不同程度地涉及当事人的隐私，当事人可以申请不公开审理，但一律公开宣告判决。离婚案件一方当事人在诉讼过程中死亡的，婚姻关系自然消灭，离婚诉讼即告终结。

对于调解无效的离婚案件，人民法院应根据事实和法律，作出是否准予离婚以及有关财产分割、子女抚养等问题的判决。凡判决不准离婚和调解和好的离婚案件，没有新情况、新理由，原告在6个月内不得重新起诉，但被告不受此限。

（三）判决离婚的法定理由

1. 夫妻感情确已破裂、调解无效是判决离婚的法定理由

判决离婚的法定理由，也叫判决离婚的法定原因、标准，是法院判决准予离婚的根据。根据《婚姻法》第32条第2款的规定，“感情是否确已破裂、调解无

效”是人民法院审理离婚案件确定准离与不准离的原则界限。它有两层含义：一是如果夫妻感情确已破裂，调解无效应准予离婚；二是如果夫妻感情没有破裂或没有完全破裂，即使调解无效也不准离婚。

根据我国长期的司法实践经验，对夫妻感情是否破裂可以从婚姻关系的四个方面来进行综合评判，即婚姻基础，婚后感情，离婚原因，夫妻关系的现状及有无和好可能。

2. 夫妻感情确已破裂的法定情形

具有《婚姻法》第32条所列举的以下五种情形之一的，可认为夫妻感情确已破裂：（1）重婚或有配偶者与他人同居。（2）实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员。（3）有赌博、吸毒等恶习屡教不改。（4）因感情不和分居满2年。所谓分居，是指夫妻人为中断相互之间的共同经济生活、性生活和互相扶助、精神抚慰。夫妻因感情不和长期分居，使得夫妻关系实际上名存实亡，因此夫妻分居2年标志着夫妻关系破裂。（5）其他导致夫妻感情破裂的情形。例如，一方患精神病久治不愈、一方因犯罪入狱、双方性格不合等另一方坚决要求离婚的，均可视为夫妻感情破裂。此外，一方被宣告失踪，另一方提出离婚诉讼的，应准予离婚。

（四）诉讼离婚的特别规定

基于对特殊主体的特别保护需要，《婚姻法》对离婚诉讼中的军人和有特殊情形的妇女，有以下特别规定：

1. 对军人婚姻的特殊保护

对非军人一方离婚胜诉权的限制。根据《婚姻法》第33条的规定，在军人无重大过错的前提下，没有军人的同意，法院不得判决解除军人婚姻。这里的“重大过错”，包括重婚或有配偶者与他人同居，实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员，有赌博、吸毒等恶习屡教不改，以及有其他重大过错导致夫妻感情破裂的情形。

适用保护军婚时应当注意的问题：第一，现役军人是指在中国人民解放军、中国人民武装警察部队服现役、具有军籍的干部与战士。在军队工作未取得军籍的职工和其他人员及退役、复员和转业人员均不属于现役军人的范围。第二，现役军人的配偶提出离婚，是指非军人配偶向现役军人提出离婚的情况而言。如果双方均为现役军人，或现役军人向非军人配偶一方提出离婚，不适用本条规定。第三，现役军人的配偶提出离婚后，现役军人本人不同意的，人民法院应与有关部门配合，对军人配偶进行一定的说服教育，积极改善夫妻关系，判决不准离婚。

2. 对女方的特殊保护

在一定条件下限制男方的离婚诉权。《婚姻法》第34条规定："女方在怀孕期间、分娩后一年内或中止妊娠后六个月内，男方不得提出离婚。女方提出离婚的，或人民法院认为确有必要受理男方离婚请求的，不在此限。"

适用时应注意的问题：第一，这一规定只是在一定时期内剥夺男方提出离婚的请求权，即仅在女方怀孕期间、分娩后1年以内或终止妊娠后6个月内。上述期间届满后，男方仍可依法行使其离婚请求权。第二，仅在离婚诉讼中男方提出离婚时适用，男女双方自愿离婚、女方提出离婚的不受这一规定的限制。第三，在"确有必要"时，人民法院有权决定受理男方的离婚请求。所谓"确有必要"在司法实践中一般被理解为：男方有正当理由，女方有重大过错的情况下或有重大的紧迫事由时。例如女方与他人通奸怀孕，男方坚持要求离婚。

四、离婚的效力

（一）离婚效力的概念

离婚效力，是指夫妻离婚时在法律上所发生的作用和产生的相应后果，其内容包括夫妻间的人身关系和财产关系的消灭，以及子女抚养形式的变化等问题。

离婚的效力产生于登记离婚或诉讼离婚之后，只对将来发生效力。离婚效力产生于当事人拿到离婚证之日或者离婚调解书或判决书发生法律效力之日。

（二）离婚的身份效力

1. 夫妻身份和称谓终止

离婚为婚姻关系的终止，双方不再互为配偶，从此当事人之间因结婚而建立的夫妻身份和称谓终止。

我国法律未对姻亲关系进行明确的规定，自然对离婚后的姻亲关系也没有规定，通说认为依据习惯离婚后基于婚姻而产生的姻亲关系归于消灭。

2. 当事人均享有再婚的权利

离婚是婚姻关系的合法解除，此后夫妻之间的权利义务关系终止，拥有再婚的权利。任何人对他们的再婚、一方对他方再婚不得加以干涉。

3. 夫妻间扶养义务终止

夫妻离婚后，夫妻身份消灭，夫妻间的相互扶养义务也就归于终止。任何一方都不能要求对方给付扶养费。

当婚姻关系因离婚终止时，双方当事人共同生活的基础已不复存在，同居义务也就自然终止。同时夫妻同居时之共同管理家务、生活上互相帮助之义务，也随着离婚不复存在。

4. 夫妻间继承权消灭

夫妻离婚后，无论双方曾经共同生活多久，相互间的继承权消灭，一方死亡后，他方无权继承遗产。

（三）离婚的财产效力

1. 夫妻共同财产分割

（1）离婚时分割夫妻共同财产的范围

根据《婚姻法》第17条的规定和最高人民法院1993年《关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》以及《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（二）》（以下简称《婚姻法解释（二）》）第14条至第18条规定的精神，离婚时应当分割的夫妻共同财产包括：

第一，夫妻在婚姻关系存续期间法定所得的财产。夫妻在婚姻关系存续期间法定所得的财产属于夫妻共同财产，离婚时应予分割。此外，夫妻约定在婚姻关系存续期间所得的部分财产以及婚前的部分财产归双方共有的，也属于共有财产。

第二，婚姻关系存续期间的投资性财产。婚姻关系存续期间投资的股票、债券、投资基金份额等有价证券以及未上市股份有限公司股份是夫妻共同财产。双方对此共同财产协商不成的或者按市价分配有困难的，人民法院可以根据数量按比例分配。

第三，婚姻关系存续期间以一方名义在有限责任公司的出资额。人民法院审理离婚案件，涉及分割夫妻共同财产中以一方名义在有限责任公司的出资额，另一方不是该公司股东的，按以下情形分别处理：夫妻双方协商一致将出资额部分或者全部转让给该股东的配偶，过半数股东同意、其他股东明确表示放弃优先购买权的，该股东的配偶可以成为该公司股东；夫妻双方就出资额转让份额和转让价格等事项协商一致后，过半数股东不同意转让，但愿意以同等价格购买该出资额的，人民法院可以对转让出资所得财产进行分割；过半数股东不同意转让，也不愿意以同等价格购买该出资额的，视为其同意转让，该股东的配偶可以成为该公司股东。用于证明前三项规定的过半数股东同意的证据，可以是股东会决议，也可以是当事人通过其他合法途径取得的股东的书面声明材料。

第四，婚姻关系存续期间以一方名义在合伙企业中的出资。人民法院审理离婚案件，涉及分割夫妻共同财产中以一方名义在合伙企业中的出资，另一方不是该企业合伙人的，当夫妻双方协商一致，将其合伙企业中的财产份额全部或者部分转让给对方时，按以下情形分别处理：其他合伙人一致同意的，该配偶依法取得合伙人地位；其他合伙人不同意转让，在同等条件下行使优先受让权的，可以

对转让所得进行分割；其他合伙人不同意转让，也不行使优先受让权，但同意该合伙人退伙或者退还部分财产份额的，可以对退还所得进行分割；其他合伙人既不同意转让，也不行使优先受让权，又不同意该合伙人退伙或者退还部分财产份额的，视为全体合伙人同意转让，该配偶取得合伙人地位。

第五，夫妻以一方名义投资设立的独资企业。人民法院分割夫妻在该独资企业中的共同财产时，应当按照以下情形分别处理：一方主张经营该企业的，对企业资产进行评估后，由取得企业一方给予另一方相应的补偿；双方均主张经营该企业的，在双方竞价基础上，由取得企业的一方给予另一方相应的补偿；双方均不愿意经营该企业的，按照《个人独资企业法》等有关规定办理。

第六，婚姻关系存续期间获得的军人的复员费、自主择业费等。婚姻关系存续期间发放到军人名下的复员费、自主择业费等一次性费用，以夫妻婚姻关系存续年限乘以年平均值，所得数额为夫妻共同财产。

（2）分割夫妻共同财产的原则

第一，男女平等原则。夫妻对共同财产有平等的所有权，因此，离婚时，无论双方对共同财产的贡献大小，任何一方对双方共同共有的财产都享有要求分割的平等权利。

第二，照顾子女和女方利益的原则。分割夫妻共同财产时照顾女方及子女权益的原则，是保护妇女、儿童合法权益原则的具体体现，也是根据我国的国情所制定的。

第三，有利生产和生活需要的原则。分割夫妻共同财产时，应当注意有利于生产和生活需要，不损害财产的效用和经济价值。对生产资料或一方从事职业所必需的工具、图书资料等，应当分给需要的一方。

第四，照顾无过错一方的原则。对因一方有过错而引起的离婚案件，财产分割时，对于无过错一方，应适当多分。

第五，不损害国家、集体和他人利益的原则。处理离婚财产时，不能把属于国家、集体和他人所有的财产当做夫妻共同财产分割。

（3）分割夫妻共同财产的方法

在分割夫妻共同财产时，人民法院首先应当进行调解，由双方协商解决。分割夫妻共同财产原则上应均等分割。具体的分割方法包括：第一，实物分割。即在不影响财产的作用、价值和特定用途下，对财产进行实际分配。第二，价金分割。即将共有物变卖，双方对变卖所得价金进行分割后各自取得价金。第三，价格补偿。即夫妻一方取得共有物，另一方获得相当于一半价格的金钱补偿。

（4）对夫妻共同财产的追偿

首先，夫妻享有共同财产追偿权。离婚分割夫妻共同财产时，因一方有隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产或伪造债务的行为而影响民事诉讼的情况屡见不鲜，为了保证民事诉讼程序的顺利进行，为了保护当事人的合法权利，《婚姻法》在修改时增加了对妨碍公平分割夫妻共同财产的行为要承担法律责任的规定，并赋予离婚后掌握证据的受害人享有要求重新分割财产的权利。

所谓“配偶一方隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产”，是指其故意藏匿、改变原物保存地点、擅自出售财产或损坏夫妻共同财产的行为。所谓“伪造债务企图侵占另一方财产的”，是指夫妻在事实上不应对“债权人”负担共同债务，而一方伪造证据以便证明双方负有共同债务，或者虽然对债权人负有共同债务而一方虚报其数额，其目的是打算以夫妻共同财产来清偿伪造的共同债务，日后一方可单独侵占该共同财产的全部或一部分。

其次，财产弄虚作假的法律责任。

在离婚程序已经结束，法院或当事人之间已经对财产作出分割，夫妻共同财产已经成为两个人各自独立的私有财产之后，一方发现另一方在离婚时有隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产或伪造债务的行为，或虽在离婚时一方提出另一方有上述行为，但无法举证，离婚后发现证据的，均有权再次就重新分割夫妻共同财产提起诉讼。根据《民事诉讼法》谁主张谁举证的原则，受到损害的当事人负有提供其共同财产受到另一方侵害的证据的义务，凡事实清楚，证据确凿的，人民法院应当受理，并应重新分割夫妻共同财产。

2. 离婚时的家务劳动补偿

《婚姻法》第40条规定：“夫妻书面约定婚姻关系存续期间所得的财产归各自所有，一方因抚育子女、照料老人、协助另一方工作等付出较多义务的，离婚时有权向另一方请求补偿，另一方应当予以补偿。”这是对约定实行婚后财产分别所有的夫妻，在离婚时对从事家务劳动较多一方的补偿请求权的规定。

（1）家务劳动补偿请求权的概念和意义

离婚时的家务劳动补偿请求权是法律赋予离婚主体的一项权利。这一规定在主体上没有性别的限制，任何一方，无论男女，均可享有离婚时的家务劳动补偿请求权。所谓付出义务较多是指在家务劳动中付出了较多的时间和精力，如在抚养、教育子女方面、照料老人方面及协助另一方的工作方面付出了较多义务。付出较多义务的一方是补偿请求权人，有权要求对自己付出的义务予以补偿。

法律建立离婚家务劳动补偿制度，就是对经济上弱势一方（主要是女性）从

事家务劳动价值的认同，使他们从事的家务劳动在离婚时能得到公平的回报。这一规定使在经济上处于弱势的一方在离婚自由的权利得到保障的同时，财产权利也相应地得到保护，有利于消除他们在离婚时的顾虑。这对于完善我国的离婚制度，保障离婚自由有重要的意义。

（2）家务劳动补偿的条件

一是实行分别财产制。双方对婚姻关系存续期间财产的归属作出过归各自所有的约定，即婚后财产采取分别财产制度。

二是请求补偿的一方应是在家务劳动中付出义务较多的一方。所谓家务劳动，是指不能直接产生经济效益的、为满足家庭成员的生活需要所从事的劳动，包括抚育子女、照料老人、协助另一方工作、洗衣做饭、采购生活用品、打扫卫生等日常劳作。

三是补偿请求权不考虑双方的过错情况。无论对方是否有过错，付出较多义务的一方均可要求补偿。付出较多义务的一方有过错的，也不因其过错剥夺补偿请求权。

3. 夫妻债务清偿

《婚姻法》第41条规定："离婚时，原为夫妻共同生活所负的债务，应当共同偿还。共同财产不足清偿的，或财产归各自所有的，由双方协议清偿；协议不成时，由人民法院判决。"

夫妻双方对与第三人发生的外部民事法律关系享有平等的民事权利，承担平等的民事义务，而且对外负连带责任。当夫妻共同财产关系因离婚而解体时，对因共同生活所负之债，双方负有同等的清偿责任。对夫妻一方为个人需要单独所负之债，他方无代为清偿的义务，由其本人偿还。

（1）夫妻共同债务清偿

夫妻共同债务是指双方或一方为共同生活需要所负的债务。夫妻共同债务主要包括：第一，为履行抚养、赡养义务所负债务，如抚养教育子女、赡养老人所负债务；第二，为购置家庭生活用品，修缮房屋以及支付家庭生活开支所负的债务；第三，夫妻一方或双方为治疗疾病所负的债务；第四，夫妻一方或双方从事工商业个体经营或农业承包经营所负的债务，法律另有规定的除外；第五，因双方共同生活所负的其他债务。

夫妻共同债务应当以夫妻共同财产清偿。如果离婚时没有积累共同财产或共同财产不足以清偿共同债务，或夫妻约定婚后财产分别所有的，应由双方协议确定清偿责任；协议不成的，由人民法院根据双方的经济能力，判决由一方清偿或

由双方分担清偿责任。此时，仍应注意贯彻保护妇女权益的原则。

人民法院在处理离婚案件分割财产时，有共同债务的，应先清偿债务，再分割财产，以免造成不必要的纠纷。

（2）夫妻个人债务清偿

夫妻个人债务是指夫妻一方为了个人的需要单独所负的，与共同生活无关的债务。主要包括：男女各自婚前所负的债务；双方约定由个人负担的债务；一方未经对方同意擅自资助与其没有抚养义务的亲朋所负的债务；一方未经对方同意，独自筹资从事经营活动，其收入确未用于共同生活所负的债务。根据《婚姻法解释（二）》第23条的规定："债权人就一方婚前所负个人债务向债务人的配偶主张权利的，人民法院不予支持。但债权人能够证明所负债务用于婚后家庭共同生活的除外。"

夫妻个人债务由本人偿还，如负债一方确实无力偿还的，也可说服他方代为清偿，但应以自愿为原则，不得强迫。

（四）离婚后的子女抚养教育

1. 离婚后的父母子女关系概述

父母与子女的关系不因父母离婚而消除。父母离婚后，对未成年子女的权利义务仍然存在。

养父母与养子女间的权利义务关系，不因养父母离婚而消除。根据《婚姻法》和《收养法》的规定，养父母和养子女间的权利义务，适用《婚姻法》对父母子女关系的规定。养父母离婚后，养子女无论由养父或养母抚养，仍然是养父母双方的子女，双方均应承担抚养教育的权利和义务。在特殊情况下，经养父母及有识别能力的养子女同意，双方自愿达成协议，对未成年的养子女，可以变更收养关系，由一方单独收养。

继父母与形成抚养关系的继子女间的权利义务关系是否解除，应视具体情况决定。生父与继母，生母与继父离婚时，对曾受其抚养教育的继子女，继父或继母不同意继续抚养的，可仍由生父母抚养。如继母、继父愿意继续抚养继子女，且得到了生父、生母的同意，拟制的父母子女关系可以不解除。如果生父、生母与继母、继父离婚时，继子女已经成年，拟制的父母子女关系不消灭，那么继子女有赡养继母、继父的义务。

2. 离婚后子女直接抚养方的确定和变更

离婚后父母子女关系不变，但变更了父母对子女的抚养形式，即子女只能随父母一方生活，他方以给付抚养费及享有探望权来行使其抚养教育子女的权利和义务。因此，离婚后子女随何方生活，直接关系到子女的权益，也是双方争议较

大的问题。确定子女直接抚养方的首要原则是有利于子女健康成长，把维护子女利益放在首位，这就是我国《婚姻法》规定的子女最佳利益原则。

根据《婚姻法》和最高人民法院的司法解释，对于离婚后子女由何方直接抚养，首先可以由父母进行协商。即使父母已达成协议，但经查实，抚养方的抚养能力明显不能支付子女所需费用，或影响子女健康成长的，应不予准许。如双方协商不成，从有利于子女身心健康、保障子女的合法权益出发，由人民法院结合父母双方的抚养能力和抚养条件等具体情况判决。

（1）哺乳期内子女直接抚养方的确定

哺乳期内的子女，以随哺乳的母亲抚养为原则。最高人民法院在司法解释中将哺乳期限明确规定为两年。但在下列特殊情况下，也可由父亲抚养，随父亲生活：一是母亲患有久治不愈的传染性疾病或其他严重疾病，子女不宜与其共同生活的；二是母亲有抚养条件却不尽抚养义务，父方要求子女随其生活的；三是父母双方协议，2周岁以下子女随父方生活，并对子女健康成长无不利影响。①

（2）哺乳期后未成年子女直接抚养方的确定

父母协商确定。2周岁以上的子女随何方生活，首先应由父母双方协议，以确保直接抚养方的确定符合子女的利益和父母双方各自的情况，保证协议的履行。

法院判决。对于父母双方达不成协议的，由人民法院判决。在符合有利于子女健康成长的原则基础上，还要综合考虑父母双方的经济条件、身体和精神健康情况，道德水平，与子女的感情等各项因素，再确定直接抚养方。

考虑子女的意见。父母双方对10周岁以上的未成年子女随父或随母生活发生争执的，应考虑该子女的意见。

父母轮流抚养。在有利于保护子女利益的前提下，父母双方可以协议轮流抚养子女。

（3）离婚后子女直接抚养方的变更

离婚后，由于父母的抚养条件发生重大变化，或者子女要求变更抚养关系的，可由父母双方协议变更，协议不成的，人民法院应根据子女利益和双方的具体情况判决。一方要求变更子女抚养关系有下列情形之一的，应予支持：第一，与子女共同生活的一方因患严重疾病或因伤残无力继续抚养子女的；第二，与子女共同生活的一方不尽抚养义务或有虐待子女行为，或其与子女共同生活对子女身心健康确有不利影响的；第三，10周岁以上未成年子女，愿随另一方生活，该方又

① 参见《关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》。

有抚养能力的；第四，其他原因。

3. 离婚后子女抚养费的负担和变更

（1）离婚后子女抚养费的负担

离婚后，一方抚养子女，另一方应负担必要的生活费和教育费的一部分或全部，负担费用的多少和期限的长短，由双方协议；协议不成时，由人民法院判决。司法实践中，应注意以下几点：第一，离婚后父母双方有平等的负担子女生活费和教育费的义务。第二，子女抚养费数额的确定。确定子女抚养费的数额，可根据子女的实际需要、父母双方的负担能力和当地的实际生活水平综合考虑。第三，子女抚养费的给付期限一般至子女 18 周岁为止。16 周岁以上不满 18 周岁，以其劳动收入为主要生活来源，并能维持当地一般生活水平的，父母可停止给付抚养费。18 周岁以上，尚在校接受高中及以下学历教育的，或丧失了劳动能力，或虽未丧失劳动能力但因非主观原因无法维持正常生活，父母又有给付能力的，仍应负担必要的抚养费。第四，子女抚养费的给付方法。子女抚养费应定期给付。定期给付可按月、季度、年给付或按收获季节给付。有条件的也可一次性给付。

（2）离婚后子女抚养费的变更

离婚后，由于父母一方或子女的情况发生变化，可另行起诉，要求变更。子女抚养费的变更包括增加、减少或免除。首先，子女抚养费的增加。子女要求增加抚育费有下列情形之一，父或母有给付能力的，应予增加：原定抚养费数额不足以维持当地实际生活水平的；因子女患病、上学，实际需要已超过原定数额的；其他正当理由，如一方收入明显增加等。其次，子女抚养费的减免。有给付义务的一方，符合下列条件之一，可要求减少或免除子女抚养费：有给付义务的一方因丧失劳动能力，失去经济来源，确实无力按原协议或判决确定的数额给付，而与子女共同生活的一方确有抚养能力的；有给付义务的一方因犯罪被收监改造，无力给付抚养费的；与子女共同生活的一方再婚，其再婚配偶愿意负担继子女抚养费的一部或全部的。

4. 离婚后父母对子女的探望权

（1）探望权的条件

离婚后，不直接抚养子女的父或母，有探望子女的权利，另一方有协助的义务。

离婚后的父母享有探望权应具有以下两个条件：一是必须与子女保持父母子女权利义务关系。除生父母外，与养子女保持父母子女权利义务关系的养父母、与继子女保持父母子女权利义务关系的继父母均应享有探望权。二是离婚后，与

子女分开生活的非直接抚养子女的父母一方才享有探望权，这是由探望权的内容所决定的。

与子女共同生活的直接抚养方应当为对方行使探望权提供方便条件，即有协助义务，不得无故阻拦、干扰有子女探望权的一方行使探望权。

（2）探望权的行使

探望权的行使方式包括：离婚后非直接抚养方有定期探望子女的权利，如每周一次或者每月一次到双方商定的地点探望子女；有与子女联系、交往的权利，如可以通过电话、书信等形式与子女保持联络；有与子女短期共同生活的权利，如可以在节假日将子女接至自己的家中共同生活。行使探望权的时间、地点等应由当事人协商。

子女在10周岁以上的，有关父母探望权的行使方式，探望的时间、地点，应考虑子女的意见。

（3）探望权的中止及恢复

享有探望权的一方行使探望权，不得危及子女身心健康，否则直接抚养子女的一方可以请求法院中止其探望权。对于当事人的行为是否构成威胁子女的身心健康，应由法院裁量决定。未经法院判决，一方不得阻止他方行使探望权。中止探望的情形消失后，如行为能力恢复、疾病治愈、恶习改正的，人民法院应当根据当事人的申请通知其恢复探望权的行使。

（五）离婚时的权利救济

1. 离婚经济帮助

离婚时，如一方生活困难，另一方应从其住房等个人财产中给予适当帮助。具体办法由双方协议；协议不成时，由人民法院判决。

离婚时，对困难一方的适当经济帮助，并非夫妻扶养义务的延长，而是基于婚姻关系解除所派生的道义责任，这种责任是由法律确认和保护的。这与夫妻共同生活期间的扶养义务，性质是完全不同的。经济帮助的义务不以给付方有过错为条件，而是基于公平和救济原则对离婚后处于弱势地位的配偶一方给予一定的保护。这一规定既适用于女方也适用于男方。

根据《婚姻法》与相关的司法解释，对一方生活困难的经济帮助是有条件的：第一，一方确有生活困难。所谓生活困难是指依靠个人财产和离婚时分得的财产无法维持当地基本生活水平。一方离婚后没有住房的，属于生活困难。第二，经济帮助仅限于离婚时。对离婚时不困难，离婚以后发生困难的，不予帮助；在帮助期间，受帮助方再婚的，帮助终止；原定经济帮助执行完毕后，一方仍要求对

方给予经济帮助的，一般不予支持。当事人应自行解决生活问题，他方不再负有继续帮助的义务。第三，经济帮助方须有负担能力。经济帮助以帮助方有负担能力为前提。实施帮助的内容包括物质帮助、金钱帮助等。一方以个人财产中的住房对生活困难者进行帮助的形式，可以是房屋的居住权或者房屋的所有权。

2. 离婚损害赔偿

离婚损害赔偿是指，配偶一方因过错给他方造成物质或精神上的损害，在离婚时，有过错的一方应对受害方给予赔偿。离婚损害赔偿的目的在于对权利的救济，具有填补损害、精神抚慰、惩罚过错方的功能。

《婚姻法》第46条规定，因一方重婚或有配偶者与他人同居、实施家庭暴力或以其他行为虐待家庭成员、遗弃家庭成员而导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿。

离婚损害赔偿应符合以下要件：

其一，有损害事实。离婚损害主要是指因一方的过错行为导致的离婚给另一方造成的财产损害和精神损害。

其二，配偶一方的行为有过错。所谓过错是指支配行为人从事在法律和道德上应受非难行为的故意和过失状态。根据婚姻法规定，构成离婚损害赔偿的法定过错行为包括：重婚，有配偶者与他人同居，实施家庭暴力，虐待、遗弃家庭成员。

拓展阅读

王某某诉吴某离婚纠纷案等

其三，一方的过错行为与离婚损害之间有因果关系。离婚损害是由于一方过错导致的结果。

其四，离婚的发生。只有在离婚发生时，无过错方才能依据《婚姻法》第46条的规定主张离婚损害赔偿请求权。

其五，请求权人无过错。行使损害赔偿的请求权人应当是无过错方。如果双方均有过错，根据混合过错的处理规则，减轻或免除加害方的赔偿责任。

第四节 亲属制度

一、亲属制度概述

（一）亲属的概念和特征

亲属，指人们基于婚姻、血缘和法律拟制而形成的社会关系。亲属经法律调

整便产生特定主体之间的权利义务关系。恩格斯指出："父母、子女、兄弟、姐妹等称谓，并不是简单的荣誉称号，而是一种负有完全确定的、异常郑重的相互义务的称呼。这种义务的总和便构成这些民族的社会制度的实质部分。"①

亲属具有如下法律特征：

1. 法律性。亲属是法律所规范的社会关系，其以权利义务为内容，不同于一般的社会关系。

2. 原因性。亲属关系都是基于一定的原因而产生的，其产生的原因主要包括出生、结婚、收养等。

3. 身份性。亲属身份一经确定，不可随意变更或解除。因血缘产生的亲属身份具有永久性，不因任何法律事实而变更。因婚姻和法律拟制产生的亲属关系虽可变更，但必须符合法律规定的条件和程序。

（二）亲属的种类

以亲属关系发生的原因为标准，可以将亲属分为：

1. 配偶。配偶即夫妻，指男女双方因结婚而形成的亲属关系。在婚姻关系存续期间，夫妻互为配偶。关于配偶是否为亲属，当代各国立法例不同。

2. 血亲。血亲，指相互之间具有血缘关系的亲属。包括：（1）自然血亲，指出自同一祖先，有血缘联系的亲属。这些亲属无论是婚生还是非婚生，无论是全血缘（同父同母）还是半血缘（同父异母、同母异父），均是自然血亲。（2）拟制血亲，又称"准血亲"，指相互之间本无该种血亲应具有的血缘关系，但法律确认其与该种血亲具有相同的权利义务关系的亲属。

3. 姻亲。姻亲，指因婚姻关系而发生的亲属。主要包括：（1）血亲的配偶。即己身血亲的配偶。（2）配偶的血亲。即己身配偶的血亲。（3）配偶的血亲的配偶。即己身配偶的血亲的配偶。

（三）亲属的范围

亲属的范围，指法律意义上的亲属范围。当代各国关于亲属范围的立法例包括：一是分别限定立法。即法律并不概括限定亲属的范围，而是在具体的亲属关系或法律事项上分别规定亲属的法律效力。二是总体限定立法。即法律概括限定亲属的范围，此范围之外的亲属不受法律调整。

关于亲属的范围，我国现行法律尚无统一概括规定。根据《民法通则》《婚姻法》及相关司法解释，法律调整的亲属范围以近亲属为限：夫妻、父母子女、兄

① 《马克思恩格斯全集》第21卷，人民出版社1965年版，第40页。

弟姐妹、祖父母与孙子女、外祖父母与外孙子女。

二、亲系与亲等

（一）亲系

亲系，指亲属间的血缘联系。以亲系为标准，可将亲属分为血亲和姻亲。

血亲可以分为直系血亲与旁系血亲。直系血亲，指有直接血缘联系的血亲。直接血缘联系的血亲包括生育自己和由自己所生育的血亲；旁系血亲，指彼此之间具有间接血缘关系的亲属，即除直系血亲以外的与自己同出一源的血亲。

姻亲可以分为直系姻亲与旁系姻亲。直系姻亲的含义有二：一是指配偶的直系血亲，二是指直系血亲的配偶。旁系姻亲，包括旁系血亲的配偶、配偶的旁系血亲和配偶的旁系血亲的配偶。

（二）亲等

亲等，是计算亲属关系亲疏远近的单位。亲等数小，表明亲属关系近；亲等数大，表明亲属关系远。亲等的计算以血亲为基础，但准用于姻亲。世界上主要有两种亲等计算法：一是为当代多数国家采用的罗马法亲等计算法；二是为部分国家采用的寺院法亲等计算法。我国《婚姻法》采用世代计算法。代即世辈，以一辈为一代。依照我国《婚姻法》规定，血亲关系的亲疏远近用“代”来表示。例如，直系血亲和三代以内的旁系血亲禁止结婚。

直系血亲计算，是从己身开始，己身为一代，往上或往下数。上数至父母是二代，至祖父母、外祖父母为三代。往下数也如此，己身至子女是二代，至孙子女与外孙子女为三代，依此类推。

旁系血亲计算，首先找出同源直系血亲，按直系血亲的计算法，从己身往上数至同源直系血亲，记下世代数；再从要计算的旁系血亲上数至同源直系血亲，记下世代数。如果两边的世代数相同，则以此数定代数；如果两边的世代数不同，则取世代数大的一边定代数。

三、亲子关系

（一）亲子关系的概念

亲子关系，又称父母子女关系，指父母与子女之间的权利义务关系。亲子关系分为：自然血亲的亲子关系，包括父母与婚生子女、父母与非婚生子女；拟制血亲的亲子关系，包括养父母与养子女、继父母与继子女。基于医学技术的发展，亲子关系还包括父母与人工生育的子女。

（二）亲子关系的内容

1. 婚生子女的概念

婚生子女，指于婚姻关系存续期间受胎或出生的子女。当代各国关于婚生子女的立法例不同：一是宽容主义，凡在婚姻关系存续期间受胎或出生的子女，皆为婚生子女，如德国。二是严格主义，仅限于婚姻关系存续期间受胎的子女为婚生子女，且法律对子女的受胎时间严格限制，如日本。

2. 父母与子女的权利和义务

根据《婚姻法》规定，父母与子女的权利和义务包括：

（1）父母对子女有抚养教育的义务。父母不履行抚养义务时，未成年的或不能独立生活的子女，有要求父母付给抚养费的权利。子女可以随父姓，可以随母姓。

（2）父母有保护和教育未成年子女的权利和义务。在未成年子女对国家、集体或他人造成损害时，父母有承担民事责任的义务。

（3）子女对父母有赡养扶助的义务。子女不履行赡养义务时，无劳动能力或生活困难的父母，有要求子女付给赡养费的权利。

（4）父母和子女有相互继承遗产的权利。《继承法》第10条规定，子女和父母互为第一顺序继承人。

（5）子女应当尊重父母的婚姻权利。子女不得干涉父母再婚以及婚后的生活。子女对父母的赡养义务不因父母的婚姻关系变化而终止。

（三）亲子关系的形态

非婚生子女，是婚生子女的对称，指没有婚姻关系的男女所生的子女。非婚生子女享有与婚生子女同等的权利，任何人不得加以危害和歧视。《婚姻法》关于父母子女间权利和义务的规定，适用于父母与非婚生子女。

拓展阅读

刘某诉刘宏民确认亲子关系纠纷案



继父母，指母或父的后婚配偶；继子女，指夫与前妻或妻与前夫所生的子女。有抚养教育关系的继子女与继父母为拟制血亲；反之，仅为姻亲。继子女与和其有抚养教育关系的继父或继母间，与不和其共同生活的生父或生母间具有双重的权利和义务。

四、其他家庭成员关系

祖孙关系。有负担能力的祖父母、外祖父母，对于父母已经死亡或父母无力

抚养的未成年的孙子女、外孙子女，有抚养的义务。有负担能力的孙子女、外孙子女，对于子女已经死亡或子女无力赡养的祖父母、外祖父母，有赡养的义务。

兄弟姐妹关系。有负担能力的兄、姐，对于父母已经死亡或父母无力抚养的未成年的弟、妹，有扶养的义务。由兄、姐扶养长大的有负担能力的弟、妹，对于缺乏劳动能力又缺乏生活来源的兄、姐，有扶养的义务。

五、亲属关系的法律效力

亲属关系在婚姻家庭法上的效力具体而系统。例如，法定亲属间的扶养（抚养、赡养）与继承；一定范围的亲属为禁婚亲；配偶间的财产关系适用法定或约定的夫妻财产制；父母对子女监护责任的承担；夫妻之间的相互忠实、相互尊重，家庭成员之间的敬老爱幼、互相帮助。

民事法律规范与亲属关系密切相关。例如，法定代理权的行使；监护职责的履行；宣告失踪、宣告死亡的申请与撤销等。

拓展阅读

血亲关系类别认定等

刑法规定的某些犯罪与亲属身份有关。例如，虐待罪、遗弃罪的犯罪主体是亲属；某些告诉才处理的犯罪可由被害人的近亲属告诉。

有关亲属的事项在诉讼程序上有特别规定。例如，近亲属的回避义务；监护人的辩护、代理的权利；近亲属上诉、申诉的提出；近亲属有权申请要求解除强制措施。

此外，亲属关系在劳动法、行政法、国籍法等领域，也有相应的法律效力。

第五节 收养制度

一、收养制度概述

（一）收养的概念和特征

收养，指公民（自然人）依照法律规定的条件和程序，领养他人的子女为自己的子女，与之发生亲子关系的民事法律行为。收养关系的当事人是收养人和被收养人，前者为养父母，后者为养子女。送养人是将子女或儿童送给他人收养的公民或社会组织。因收养而形成的亲属关系是拟制血亲。我国于 1991 年颁布了《收养法》，以规范收养关系。概括而言，收养的特征主要在于：

1. 收养是要式法律行为。收养是依法定的条件、程序而成立的民事法律行为。

2. 收养是创设和变更亲属身份的法律行为。收养关系成立后，被收养人与收养人及其近亲属形成拟制血亲，产生扶养、继承等权利义务关系；解除被收养人与其生父母及其近亲属的亲属关系和权利义务关系。

3. 收养是发生在非直系血亲间的民事法律行为。如果收养人与被收养人之间本就存在直系血亲，收养则无意义与必要。旁系血亲间的收养和姻亲间的收养如符合《收养法》，则不受限制。

4. 收养是可解除的法律行为。收养产生的拟制血亲可依法解除，这也是因收养而形成的拟制血亲与自然血亲的区别。

（二）收养与相关概念的区别

1. 收养与收容、养育

收养与国家设立的福利机构对孤儿、弃儿的收容、养育的主要区别有：一是性质不同。收容、养育属社会救济措施，是行政法律行为，收容、养育关系的成立由社会福利机构单方决定；收养是民事法律行为，收养关系的成立须经当事人依照法律规定的条件和程序达成协议。二是效力不同。收容、养育不产生亲子关系，收养产生亲子关系。

2. 收养与寄养

寄养，指父母出于特殊情形，不能与子女共同生活、直接履行抚养义务，因而委托他人代为抚养子女。寄养只是抚养形式的变化，亲子间的权利义务并不发生转移或变更。即代养人与被寄养的子女之间不发生拟制亲子关系，子女仍是其父母的子女。寄养的费用由委托人负担。

（三）收养法的基本原则

收养法的基本原则体现了收养制度的本质，是收养制度各项具体规范的抽象与概括。根据我国《收养法》第2条、第3条的规定，收养法的基本原则包括：

1. 有利于未成年人的抚养、成长原则。收养应以养子女的最大利益为首要考虑，以抚育被收养的未成年人的健康成长和收养人的晚年生活保障为根本目的。

2. 保障被收养人和收养人合法权益原则。收养涉及收养人和被收养人双方利益，收养须平等保障收养人和被收养人双方的合法权益。

3. 平等自愿原则。收养关系的成立或解除，须遵循平等自愿的原则。

4. 遵守社会公德原则。收养是创设和变更亲属身份的行为，具有伦理性。当事人成立收养关系，须遵守法律规范，并不得违背社会公德。

5. 不得违背计划生育的法律、法规原则。收养作为生育制度的补充，与计划

生育联系密切。因此，《收养法》第3条规定："收养不得违背计划生育的法律、法规。"

二、收养的成立

收养的成立，指当事人依照收养法规定的条件和程序建立收养关系。

（一）收养成立的条件

1. 被收养人的条件

被收养人必须同时具备下列条件：（1）须是不满14周岁的未成年人；（2）须是丧失父母的孤儿，或者查找不到生父母的弃婴和儿童，或者生父母有特殊困难无力抚养的子女。依据《民政部关于在办理收养登记中严格区分孤儿与查找不到生父母的弃婴的通知》的规定，这里所说的孤儿是指其父母死亡或人民法院宣告其父母死亡的不满14周岁的未成年人。而"弃婴和儿童"是指被父母或其他监护人丢弃而脱离家庭或监护人的未满14周岁的未成年人。

2. 送养人的条件

下列公民、组织可以作为送养人：（1）孤儿的监护人；（2）社会福利机构；（3）有特殊困难无力抚养子女的生父母。需要注意的是，2013年5月14日，民政部、国家发展和改革委员会、公安部、司法部、财政部、国家卫生和计划生育委员会、国家宗教事务局联合发布了《关于进一步做好弃婴相关工作的通知》，要求公民发现弃婴后，要及时依法向当地公安机关报案，不得自行收留和擅自处理。公安机关对于查找不到生父母和其他监护人的弃婴，要送民政部门指定的儿童福利机构。这就意味着，弃婴的送养人只能是儿童福利机构。

3. 收养人的条件

收养人应同时具备下列条件：（1）无子女，包括没有养子女和形成扶养教育关系的继子女；（2）有抚养教育被收养人的能力；（3）未患有在医学上认为不应当收养子女的疾病，主要是指足以危害养子女健康的传染病和足以危及养子女人身安全的精神病；（4）年满30周岁。

4. 当事人的收养合意

依据《收养法》第10条和第11条的规定，收养人收养与送养人送养，须双方自愿。收养年满10周岁以上未成年人的，应当征得被收养人的同意。有配偶者收养子女，须夫妻共同收养。

5. 法定情形下放宽收养条件的规定

收养三代以内同辈旁系血亲的子女。依据《收养法》第7条的规定，具备以

下条件之一的，可以收养三代以内同辈旁系血亲的子女：一是生父母即使无特殊困难、有抚养能力，也可将子女送养。二是被收养人可不受年龄不满 14 周岁的限制。三是华侨收养三代以内同辈旁系血亲的子女，可不受收养人无子女的限制。四是无配偶的男性收养三代以内同辈旁系血亲的女儿时，可不受年龄应相差 40 周岁以上的限制。

收养孤儿或残疾儿童。依据《收养法》第 8 条第 2 款的规定，收养孤儿、残疾儿童或者社会福利机构抚养的查找不到生父母的弃婴和儿童，可以不受收养人无子女和收养一名的限制。

继父母收养继子女。继父或者继母经继子女的生父母同意，可以收养继子女。依据《收养法》第 14 条的规定，此种收养可以不受《收养法》第 4 条第 3 项、第 5 条第 3 项、第 6 条和被收养人不满 14 周岁以及收养一名的限制。

（二）收养成立的程序

收养关涉当事人的利益。各国法律均规定收养为要式法律行为，即收养的成立须履行法定程序——依司法程序成立或依行政程序成立。我国《收养法》第 15 条规定，收养成立的程序是行政登记程序，同时以收养协议和公证程序为补充。

1. 收养登记

收养登记是收养成立的唯一必经程序。依据《收养法》第 15 条第 1、2 款的规定，收养应当向县级以上人民政府民政部门登记。收养查找不到生父母的弃婴和儿童的，办理登记的民政部门应当在登记前予以公告。收养关系自登记之日起成立。收养登记分为申请、审查和登记三个步骤。

（1）申请。为保证收养当事人的意思表示的真实性，办理收养登记时，当事人必须亲自到场。首先，夫妻共同收养子女者，一方如果不能亲自到收养登记机关的，须出具其作出并经过公证或者经过居委会、村委会证明的书面的委托书。如果不能到场的一方是华侨，委托收养书还须经其居住国外交机关或者外交机关授权的机构认证和中华人民共和国驻该国使领馆认证。其次，送养人为公民的，须送养人亲自到收养登记机关办理收养登记；送养人为社会福利机构的，须由其负责人或委托代理人到收养登记机关办理收养登记。最后，被收养人是年满 10 周岁以上的未成年人的，也须亲自到收养登记机关，必须表示同意收养。

（2）审查。收养登记机关在收到收养申请书及有关材料后，应当依法对收养申请进行审查，以查明当事人是否符合《收养法》规定的实质要件、有无不良动机、意思表示是否真实。收养登记机关审查的期限不得超过 30 日。收养查找不到生父母的弃婴和儿童的，收养登记机关应当在登记前公告查找其生父母，公告期

为60日，公告期届满无人认领的，视为查找不到父母的弃婴和儿童。

（3）登记。经过审查，对证件齐全有效、符合《收养法》规定的条件的，准予办理收养登记，发给收养证，收养关系自登记之日起成立。

2. 收养协议和公证

依据《收养法》第15条第3、4款的规定，收养关系当事人愿意订立收养协议的，可以订立收养协议。收养关系当事人各方或者一方要求办理收养公证的，应当办理收养公证。收养协议和收养公证都不是收养成立的必经程序。

（三）收养的法律效力

收养的法律效力，指收养关系成立后导致的法律后果，即收养当事人之间的权利义务关系。收养的效力分为拟制效力与解消效力。

1. 收养的拟制效力

拟制效力，指收养依法创设的亲属关系及权利义务关系。我国《收养法》第23条第1款规定，自收养关系成立之日起，养父母与养子女间的权利义务关系，适用法律关于父母子女关系的规定；养子女与养父母的近亲属间的权利义务关系，适用法律关于子女与父母的近亲属关系的规定。故其拟制效力包括：（1）养父母与养子女之间形成法律拟制的直系血亲关系。（2）养子女与养父母的近亲属间形成法律拟制的亲属关系。就养子女与养父母的近亲属间是否形成拟制的亲属关系，存在“当事人关系的收养”和“全面亲属关系的收养”两种不同的模式。我国采“全面亲属关系的收养”模式，因此，养子女与养父母的近亲属间形成拟制的亲属关系。

2. 收养的解消效力

收养的解消效力，指收养依法终止原有的亲属关系及权利义务关系。我国《收养法》规定，养子女与生父母及其他近亲属间的权利义务关系，因收养关系的成立而消除。故其解消效力包括：（1）养子女与生父母间的权利义务关系解除。在收养成立的效力方面，存在完全收养与不完全收养的区别。我国采单一的完全收养制，因此，养子女与生父母间的权利义务关系解除。（2）养子女与其生父母的近亲属间的权利义务关系解除。

另外，就养子女的姓氏问题，我国《收养法》第24条规定，“养子女可以随养父或者养母姓，经当事人协商一致，也可以保留原姓”。可见，法律的这一规定属任意性规定，即不强制要求养子女必须改变姓氏，但现实生活中，养子女一般都随养父母姓。

（四）收养行为的无效

收养行为的无效，指收养行为因不符合法定的条件和程序而不具有收养的法律效力。根据《收养法》第25条规定："违反《中华人民共和国民法通则》第五十五条和本法规定的收养行为，无法律效力。收养行为被人民法院确认无效的，从行为开始时起就没有法律效力。"据此，导致收养行为无效的原因有以下几个方面：（1）行为人不具有相应的民事行为能力，如精神病人正处于发病期间等。（2）成立收养的意思表示不真实，如他人以欺诈、胁迫手段或乘人之危，使当事人在违背真实意愿的情况下所作出的表示。（3）违反法律（包括违反有关收养条件和收养程序的规定）或者社会公共利益，如当事人弄虚作假、欺骗收养登记或公证机关。

确认收养无效，既可由收养登记机关依行政程序确认，也可由人民法院依诉讼程序确认。依行政程序确认收养无效的，由收养登记机关依法宣布收养无效，撤销收养登记，收缴收养登记证；依诉讼程序确认收养无效的，由人民法院依法判决收养无效，人民法院在审理有关案件的过程中发现无效收养行为的，在有关判决中确认收养无效。

三、收养的解除

（一）解除收养的法定情形

1. 协议解除收养。协议解除收养，指收养当事人在平等、自愿的基础上达成合意，终止相互间的权利义务关系。根据《收养法》第26条第1款的规定，收养人在被收养人成年以前，原则上不得解除收养关系，但收养人、送养人双方协议解除的除外；养子女年满10周岁以上的，还应征得本人同意。

2. 收养人侵害未成年养子女的合法权益。依据《收养法》第26条第2款的规定，收养人不履行抚养义务，有虐待、遗弃等侵害未成年养子女合法权益行为的，送养人有权要求解除养父母与养子女间的收养关系。

3. 养父母与成年养子女关系恶化。依据《收养法》第27条的规定，养父母与成年养子女关系恶化，无法共同生活的，可以协议解除收养关系。不能达成协议的可以向人民法院起诉。

（二）解除收养的法定程序

1. 登记解除。这是指收养当事人经协商达成终止收养的合意，由收养登记机关登记予以解除收养关系。依据《收养法》第28条的规定，当事人协议解除收养关系的，应当到民政部门办理解除收养关系的登记。一般来说，收养关系当事人

协议解除收养关系的，应当持居民户口簿、居民身份证、收养登记证和解除收养关系的书面协议，共同到被收养人常住户口所在地的收养登记机关办理解除收养关系登记。

2. 诉讼解除。这是指收养关系当事人不能就解除收养达成合意，通过诉讼由人民法院解除其收养关系。具体来说，有如下两种情形，适用诉讼解除的程序：一是当事人就收养关系的解除不能自愿达成协议；二是虽然双方同意解除收养关系，但对生活费的给付等发生了争议。

另外，如果收养关系是经登记和公证证明成立的，还应办理解除收养关系的公证。

（三）解除收养的法律后果

解除收养的法律后果，指解除收养关系在当事人之间产生的法律效力。具体包括：

1. 拟制血亲关系消除。依据《收养法》第29条的规定，收养关系解除后，养子女与养父母及其他近亲属间的权利义务关系即行消除。

2. 自然血亲关系恢复。依据《收养法》第29条的规定，收养关系解除后，养子女与生父母及其他近亲属间的权利义务关系自行恢复，但成年养子女与生父母及其他近亲属间的权利义务关系是否恢复，可以协商确定。

拓展阅读

王锦怀在解除收养关系十余年后丧失劳动能力又无生活来源诉葛宏霞经济帮助案等

3. 成年养子女给付生活费的义务。依据《收养法》第30条第1款的规定，收养关系解除后，经养父母抚养的成年养子女，对缺乏劳动能力又缺乏生活来源的养父母，应当给付生活费。这一规范符合权利义务对等原则。

4. 养父母的补偿请求权。依据《收养法》第30条的规定，因养子女成年后虐待、遗弃养父母而解除收养关系的，养父母可以要求养子女补偿收养期间支出的生活费和教育费。生父母要求解除收养关系的，养父母可以要求生父母适当补偿收养期间支出的生活费和教育费，但因养父母虐待、遗弃养子女而解除收养关系的除外。

► 自测习题及参考答案

第六章 继 承 法

第一节 继承法概述

一、我国继承法的存在根据与基本原则

（一）继承与继承法概述

1. 继承的概念、特征和类型

继承是指在自然人死亡时，其法律规定范围内的近亲属，按照死者生前所立的有效遗嘱或者法律的规定，依法取得死者所遗留的个人合法财产的法律制度。在继承中，死亡的自然人称为被继承人，被继承人遗留的财产称为遗产，依法承接被继承人遗产的人称为继承人。

概括地说，继承具有如下特征：

第一，继承基于自然人的死亡而发生。继承是因自然人死亡而发生的法律现象，因此，没有自然人死亡的法律事实，就不会发生继承。

第二，继承人是死者一定范围内的近亲属。自然人死亡后，能够继承其遗产的人只能是自然人，国家、集体以及其他社会组织等都不能作为继承人，而只能作为受遗赠人。同时，能够作为继承人的自然人也只能是法律规定范围内的死者的近亲属。

第三，继承的客体是死者遗留的个人合法财产。继承的客体只能是自然人死亡时所遗留的个人合法财产，他人的财产、国家或集体的财产都不能作为继承的客体。

第四，继承人概括地承受被继承人的财产。自然人死亡之后，其所遗留的全部财产权利和义务均由继承人承受，而非仅承受财产权利，不承受财产义务。

根据继承人继承遗产的方式不同，继承可以区分为法定继承和遗嘱继承。法定继承是指继承人依据法律所规定的继承人范围、继承顺序、继承份额以及遗产分配原则等继承被继承人遗产的继承方式。遗嘱继承是指继承人依据被继承人遗嘱所确定的继承人范围、继承份额等继承被继承人遗产的继承方式。在我国继承法上，遗嘱继承具有优先于法定继承的适用效力。

2. 继承法的概念和性质

继承法是调整因自然人的死亡而发生的继承关系的法律规范的总称。继承法

作为调整继承关系的法律规范，其性质可以从以下四方面理解：

第一，继承法为私法。继承法是规定因自然人死亡而发生的财产继承关系的，因而属于私法，而不属于公法。

第二，继承法为普通法。凡我国自然人，不论其性别、年龄、出身、职业、文化程度、社会地位如何，均适用继承法，依继承法的规定享有继承权，并受法律的平等保护。因此，继承法属于普通法。

第三，继承法为强行法。继承法中虽然有一些任意性规定，但绝大多数规范是强行性的，如继承方式、继承人的范围和顺序、遗嘱人的遗嘱能力、遗嘱形式、遗产范围等，当事人不得任意变更。因此，从整体上说，继承法为强行法。

第四，继承法为财产法。继承权虽然以一定的身份关系为前提，但继承法并不调整身份关系，而是调整因继承而发生的财产关系。因此，继承法为财产法。

（二）我国继承法的存在根据

马克思指出："继承法最清楚地说明了法对于生产关系的依存性。"① "继承法不是现存社会经济组织的原因，而是这种经济组织的结果，是这种经济组织的法律结果，这种经济组织是以生产资料即土地、原料、机器等的私有制为基础的。"② 可见，继承法是私有制的产物，只要私有制及私有财产存在，继承法就必然存在。我国社会主义初级阶段实行公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度，私有制经济及私有财产必将在一个相当长的历史阶段存在，这就决定了我国继承法具有现实存在的客观经济基础，其也必将长期存在。当然，尽管继承法存在的基础是私有制，但我国继承法与资本主义国家的继承法存在着本质上的区别。马克思在揭示资本主义继承制度的本质时指出："继承权之所以具有社会意义，只是由于它给继承人以死者生前所拥有的权力，即借助自己的财产以攫取他人劳动果实的权力。"③ 可见，资本主义国家的继承法是建立在以剥削他人劳动为目的的经济基础之上，服务于资本主义私有制的；我国继承法是建立在社会主义初级阶段的经济基础之上，服务于社会主义公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度的。

（三）我国继承法的基本原则

根据我国法律的规定，继承法的基本原则可以概括为如下几项：

1. 保护私有财产继承权原则

---

① 《马克思恩格斯全集》第3卷，人民出版社1960年版，第420页。
② 《马克思恩格斯文集》第3卷，人民出版社2009年版，第88页。
③ 《马克思恩格斯文集》第3卷，人民出版社2009年版，第88页。

《民法总则》第124条规定："自然人依法享有继承权。自然人合法的私有财产，可以依法继承。"《继承法》第1条规定："为保护公民的私有财产的继承权，制定本法。"可见，保护私有财产继承权是继承法的首要原则。这一原则主要表现在以下方面：第一，凡自然人死亡时遗留的个人合法财产均为遗产，都得由继承人依法继承；第二，被继承人的遗产一般不收归国家所有，尽可能由继承人或受遗赠人取得；第三，继承人的继承权不得非法剥夺；第四，保障继承人、受遗赠人的继承权、受遗赠权的行使；第五，继承人的继承权受到非法侵害时，有权于法律规定的期间内通过诉讼程序请求人民法院给予法律保护。

2. 继承权平等原则

继承权平等原则是社会主义平等观念在继承法中的反映，是民法的平等原则在继承法中的具体体现。这一原则主要体现在以下方面：第一，继承权男女平等；第二，非婚生子女与婚生子女的继承权平等；第三，养子女与亲生子女的继承权平等；第四，儿媳与女婿在继承上权利平等；第五，同一顺序的继承人继承遗产的权利平等。

3. 养老育幼原则

养老育幼既是保护老人和儿童的合法权益的需要，也是实现家庭职能的需要。这一原则主要体现在以下方面：第一，继承人的范围和继承顺序的确定以继承人与被继承人之间相互扶助的法律义务为出发点；第二，对继承人以外的依靠被继承人扶养的缺乏劳动能力又没有生活来源的人，或者继承人以外的对被继承人扶养较多的人，可以分给他们适当的遗产；第三，被继承人以遗嘱处分其财产时，遗嘱应当为缺乏劳动能力又无生活来源的继承人保留必要的遗产份额；第四，丧偶儿媳或女婿对公婆或岳父母尽了主要赡养义务的，作为第一顺序继承人；第五，需要扶养的人可以与扶养人或者集体所有制组织签订遗赠扶养协议。

4. 权利义务相一致原则

在继承法上，继承人范围、继承顺序、继承份额的确定等，均以权利义务相一致为出发点。因此，权利义务相一致是继承法的一项基本原则。这一原则主要体现在以下方面：第一，对公婆或者岳父母尽了主要赡养义务的丧偶儿媳或女婿有权继承公婆或岳父母的遗产；第二，继承人遗弃被继承人，或者虐待被继承人情节严重的，丧失继承权；第三，对被继承人尽了主要赡养义务的继承人，可以多分遗产；第四，被继承人生前需要扶养，有扶养能力和有扶养条件而又不尽扶养义务的继承人，可以不分或者少分遗产；第五，对被继承人生前不负有法定扶养义务而对被继承人扶养较多的人，有权取得适当的遗产；第六，继承人继承被

继承人的财产权利的，也应当偿还被继承人生前所欠的债务和应缴纳的税款。

二、继承权

（一）继承权的含义

继承权是指继承人依据法律的规定或者被继承人的有效遗嘱所享有的继承被继承人遗产的权利。在继承法上，继承权在不同的场合具有不同的含义，概括起来，继承权有客观意义上的继承权和主观意义上的继承权之分。

客观意义上的继承权是继承开始前继承人的法律地位，是自然人依据法律的规定或者遗嘱的指定继承被继承人遗产的资格。可见，客观意义上的继承权就是继承人所具有的继承遗产的权利能力，属于一种期待权。由于客观意义上的继承权只是法律赋予的一种资格，因而具有专属性，仅为继承人本人所专有，不得转让、放弃，非因法定的事由也不得剥夺。

主观意义上的继承权是继承人在继承法律关系中实际享有的继承被继承人遗产的具体权利。可见，主观意义上的继承权只有在继承人参与继承法律关系时才能享有，属于既得权。客观意义上的继承权转化为主观意义上的继承权须具备如下三个条件：一是被继承人死亡，二是被继承人留有遗产，三是继承人未丧失继承权。

（二）继承权的接受和放弃

1. 继承权的接受

继承权的接受是指继承人作出的同意继承被继承人遗产的意思表示。继承权的接受是继承人参与继承法律关系，行使继承权，承受被继承人遗产的条件。

在继承开始后，继承人虽然取得了主观意义上的继承权，但还须作出接受继承的意思表示，才能参与遗产的继承。继承人接受继承的意思表示，可以是明示的，也可以是默示的。依据《继承法》第 25 条的规定，只要继承人没有作出放弃继承权的意思表示，即视为接受继承权。

2. 继承权的放弃

继承权的放弃是指继承人在继承开始后、遗产分割前作出的放弃继承被继承人遗产的权利的意思表示。对此，《继承法》第 25 条第 1 款规定："继承开始后，继承人放弃继承的，应当在遗产处理前，作出放弃继承的表示。没有表示的，视为接受继承。"《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》（以下简称《继承法意见》）第 49 条规定："继承人放弃继承的意思表示，应当在继承开始后、遗产分割前作出。遗产分割后表示放弃的不再是继承权，

而是所有权。”

继承人放弃继承权须采取明示的方式。这种明示的方式原则上应为书面形式，但口头形式在特殊条件下也为有效。对此，《继承法意见》第47条规定：“继承人放弃继承应当以书面形式向其他继承人表示。用口头方式表示放弃继承，本人承认，或有其他充分证据证明的，也应当认定其有效。”依据《继承法意见》第48条的规定，在诉讼中，继承人向人民法院以口头方式表示放弃继承的，人民法院要制作笔录，由放弃继承权的继承人签名。

继承人放弃继承权虽然是对自己权利的一种处分，但继承权的放弃也是有限制的。对此，《继承法意见》第46条规定：“继承人因放弃继承权，致其不能履行法定义务的，放弃继承权的行为无效。”

《继承法意见》第51条规定：“放弃继承的效力，追溯到继承开始的时间。”因此，放弃继承权的继承人，自继承开始就不为继承，退出继承法律关系。放弃继承权的继承人不享有取得被继承人遗产的权利，也不承担被继承人生前的债务。

继承人放弃继承权属于单方行为，继承人作出放弃继承权的意思表示即发生效力。因此，放弃继承权的行为原则上不得撤销。《继承法意见》第50条规定：“遗产处理前或在诉讼进行中，继承人对放弃继承翻悔的，由人民法院根据其提出的具体理由，决定是否承认。遗产处理后，继承人对放弃继承翻悔的，不予承认。”

（三）继承权的行使

继承权的行使是指在继承开始后，继承人实现自己的继承权。权利的行使一般须有相应的行为能力，继承权的行使也不例外。因此，有完全民事行为能力的继承人可以自己行使继承权，而无完全民事行为能力的继承人不能完全独立地行使继承权，只能由其法定代理人代为行使或征得法定代理人同意后行使。对此，《继承法》第6条规定：“无行为能力人的继承权、受遗赠权，由他的法定代理人代为行使。限制行为能力人的继承权、受遗赠权，由他的法定代理人代为行使，或者征得法定代理人同意后行使。”

（四）继承权的丧失

继承权的丧失又称为继承权的剥夺，是指依据法律的规定在发生法定事由时取消继承人继承被继承人遗产的资格。

依据《继承法》第7条规定，继承人有下列行为之一的，丧失继承权：（1）继承人故意杀害被继承人的。依据《继承法意见》第11条的规定，继承人故意杀害被继承人的，不论是既遂还是未遂，均应确认其丧失继承权。（2）继承人

为争夺遗产而杀害其他继承人的。继承人出于争夺遗产的目的而杀害其他继承人的，丧失继承权。(3) 遗弃被继承人的，或者虐待被继承人情节严重的。遗弃被继承人是指继承人对没有劳动能力又没有生活来源和独立生活能力的被继承人拒不履行扶养义务；虐待被继承人是指继承人在被继承人生前对其以各种手段进行身体上或者精神上的摧残或折磨。继承人遗弃被继承人的，丧失继承权；虐待被继承人情节严重的，丧失继承权。《继承法意见》第 10 条规定："继承人虐待被继承人情节是否严重，可以从实施虐待行为的时间、手段、后果和社会影响等方面认定。虐待被继承人情节严重的，不论是否追究刑事责任，均可确认其丧失继承权。"《继承法意见》第 13 条规定："继承人虐待被继承人情节严重的，或者遗弃被继承人的，如以后确有悔改表现，而且被虐待人、被遗弃人生前又表示宽恕，可不确认其丧失继承权。"(4) 伪造、篡改或者销毁遗嘱，情节严重的。伪造遗嘱是指继承人以被继承人的名义制作假遗嘱；篡改遗嘱是指继承人改变被继承人所立的遗嘱的内容；销毁遗嘱是指继承人将被继承人所立的遗嘱完全破坏、毁灭。继承人伪造、篡改或者销毁遗嘱，情节严重的，丧失继承权。《继承法意见》第 14 条规定："继承人伪造、篡改或者销毁遗嘱，侵害了缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人的利益，并造成其生活困难的，应认定其行为情节严重。"

依据《继承法》的规定，在发生《继承法》第 7 条所规定的丧失继承权的法定事由时，继承人的继承权当然丧失，而不需再采用何种方式表示。但是，在继承人之间就某继承人是否丧失继承权发生争议时，应当由人民法院确认继承人是否丧失继承权，其他任何机关或者个人均无权确认。对此，《继承法意见》第 9 条规定："在遗产继承中，继承人之间因是否丧失继承权发生纠纷，诉讼到人民法院的，由人民法院根据继承法第七条的规定，判决确认其是否丧失继承权。"

继承权的丧失自继承开始之时发生效力。如果继承权的丧失是于继承开始后由人民法院确认的，则人民法院对继承人继承权丧失的确认溯及自继承开始之时发生效力。应当指出，继承权的丧失仅是继承人对于特定被继承人的继承权的丧失，仅对于特定的被继承人发生效力，对继承人的其他被继承人的继承权并不发生效力。因此，继承人对于某一被继承人丧失继承权的，并不影响其对其他被继承人的继承权。同时，继承权的丧失对继承人的晚辈直系血亲亦发生效力。继承人丧失继承权的，其晚辈直系血亲不得代位继承。对此，《继承法意见》第 28 条规定："继承人丧失继承权的，其晚辈直系血亲不得代位继承。如该代位继承人缺乏劳动能力又没有生活来源，或对被继承人尽赡养义务较多的，可适当分给遗产。"

（五）继承权的保护

继承权是自然人一项重要的财产权利，任何人不得侵犯。在继承权受到侵害时，继承人有权请求法律予以救济，以使被侵害的继承权得到恢复。可见，继承权的保护实际上是继承权恢复请求权问题。所谓继承权恢复请求权，是指在继承人的继承权受到侵害时，继承人得请求人民法院通过诉讼程序予以保护，以确认其继承人的地位并恢复继承遗产权利的权利。

继承权恢复请求权为继承权受到侵害时继承人享有的权利。继承开始后，继承人的继承权可能遭受的非法侵害主要有以下几种情形：第一，遗产分割前，继承人中的一人或数人不顾其他继承人的合法权益而侵占被继承人的全部遗产；第二，第二顺序的继承人非法排斥第一顺序继承人的继承权利；第三，继承人以外的其他人非法侵占被继承人的遗产；第四，未经特定继承人允许而处分该继承人应得的遗产；第五，已经取得遗产的继承人，后被依法确认其丧失继承权的，拒绝将其所得遗产返还给应得该遗产的继承人。

继承权恢复请求权应当在法律规定的诉讼时效期间内行使。《继承法》第 8 条规定："继承权纠纷提起诉讼的期限为二年，自继承人知道或者应当知道其权利被侵犯之日起计算。但是，自继承开始之日起超过二十年的，不得再提起诉讼。"这一规定与《民法总则》第 188 条的规定相冲突，因此，应当适用《民法总则》第 188 条的规定。依此规定，继承权恢复请求权的诉讼时效期间为 3 年，自继承人知道或者应当知道其权利受到损害以及义务人之日起计算。但自继承权受到损害之日起超过 20 年的，人民法院不予以保护。

三、遗产

（一）遗产的概念和特征

遗产是继承法律关系的客体，是继承人享有的继承权的标的。依据《继承法》第 3 条的规定，遗产是自然人死亡时遗留的个人合法财产。可见，遗产具有如下特征：

第一，时间上的特定性。被继承人死亡的时间是划定遗产的特定时间界限。只有自然人死亡时，其财产才转变为遗产。自然人未死亡前，其财产不能作为遗产，不发生继承。

第二，内容上的财产性和包括性。遗产只能是自然人死亡时遗留的财产，同时，遗产包括被继承人死亡时遗留的全部财产权利和财产义务，因此，遗产具有财产性和包括性。

第三，范围上的限定性。遗产只能是自然人死亡时遗留的个人财产，并且须为依据法律规定能够转移给他人所有的财产，所以，遗产在范围上具有限定性。

第四，性质上的合法性。遗产只能是自然人的合法财产，因而具有合法性的特点。自然人死亡时遗留下的财产可为遗产的，必须是依法可以由自然人拥有的，并且是被继承人有合法取得根据的财产。

（二）遗产的范围

依据《继承法》第3条的规定，遗产包括以下财产：（1）自然人的收入；（2）自然人个人的房屋、储蓄和生活用品；（3）自然人的林木、牲畜和家禽；（4）自然人的文物、图书资料；（5）法律允许自然人所有的生产资料；（6）自然人的著作权、专利权中的财产权利；（7）自然人的其他合法财产。依据《继承法意见》第3条规定，公民可以继承的其他合法财产包括有价证券和履行标的为财物的债权等。此外，如抵押权、质权、留置权、建设用地使用权等也可以成为遗产。

在我国现行法上，下列财产不能成为遗产：（1）与人身有关及专属性的债权；（2）国有资源的使用权；（3）土地承包经营权；（4）自留山、自留地、宅基地的使用权。

四、继承的开始

（一）继承开始的时间

继承开始是指继承法律关系的发生。因此，继承开始的时间就是引起继承法律关系产生的法律事实出现的时间。能够引起继承法律关系产生的法律事实只能是自然人的死亡。因此，继承开始的时间就是自然人死亡的时间。《继承法》第2条规定："继承从被继承人死亡时开始。"《继承法意见》第1条规定："继承从被继承人生理死亡或被宣告死亡时开始。"关于宣告死亡的日期，《民法总则》第48条规定："被宣告死亡的人，人民法院宣告死亡的判决作出之日视为其死亡的日期；因意外事件下落不明宣告死亡的，意外事件发生之日视为其死亡的日期。"

依据《继承法意见》第2条规定，互有继承权的几个人在同一事故中死亡，如不能确定死亡先后时间的，推定没有继承人的人先死亡。死亡人各自都有继承人的，如几个死亡人的辈分不同，推定长辈先死亡；几个死亡人辈分相同的，推定同时死亡，彼此不发生继承，由他们各自的继承人继承。

（二）继承开始的地点

继承开始的地点是继承人参与继承法律关系，行使继承权，接受遗产的场所。在我国司法实践中，通常以被继承人的生前最后住所地或主要遗产所在地为继承

开始的地点。依据《民法总则》第25条的规定，被继承人的生前最后住所地就是其户籍登记或其他有效身份登记记载的居所地。如果经常居住地与住所地不一致的，经常居住地就是住所地。关于主要遗产所在地，如果遗产中有动产和不动产，则应以不动产所在地为主要遗产所在地；如果遗产属于同类动产，则应以财产的多少为标准确定主要遗产所在地；如果不属于同类动产，则应以各处遗产的价值额确定主要遗产所在地。

（三）继承开始的通知

继承开始后，有的继承人可能不知道继承开始的事实。因此，应当为继承开始的通知，将被继承人死亡的事实通知继承人或遗嘱执行人，以便继承人及时处理有关继承问题。对此，《继承法》第23条规定："继承开始后，知道被继承人死亡的继承人应当及时通知其他继承人和遗嘱执行人。继承人中无人知道被继承人死亡或者知道被继承人死亡而不能通知的，由被继承人生前所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会负责通知。"

第二节 法定继承

一、法定继承的概念、特征和适用范围

（一）法定继承的概念和特征

法定继承是指根据法律直接规定的继承人范围、继承顺序、继承份额以及遗产分配原则等继承被继承人遗产的法律制度。

法定继承具有以下特征：

第一，法定继承基于一定的身份关系产生。在法定继承中，法律规定法定继承人的依据一般是继承人与被继承人之间的亲属关系。也就是说，法定继承人一般都是与被继承人有亲属关系的人。亲属关系是一种身份关系，故法定继承具有以身份关系为基础的特征。

第二，法定继承是遗嘱继承的补充。继承开始后，得适用遗嘱继承的，应先适用遗嘱继承；不适用遗嘱继承时，才能适用法定继承。因此，法定继承具有补充遗嘱继承的特征。

第三，法定继承是对遗嘱继承的限制。遗嘱继承虽然直接体现了被继承人的意愿，但也不能违反法律的限制。例如，遗嘱继承人只能限于法定继承人范围以内的人，遗嘱人必须在遗嘱中为缺乏劳动能力又没有生活来源的法定继承人保留

必要的遗产份额。从这个意义上说，法定继承也是对遗嘱继承的一种限制。

第四，法定继承中有关继承人、继承顺序以及遗产分配原则的规定具有强行性。在法定继承中，不仅继承人的范围是由法律直接规定的，而且继承人参加继承的顺序、继承人应当继承的遗产份额也是由法律直接规定的。从这个意义上说，法定继承具有强行性的特征。

（二）法定继承的适用范围

《继承法》第5条规定："继承开始后，按照法定继承办理；有遗嘱的，按照遗嘱继承或者遗赠办理；有遗赠扶养协议的，按照协议办理。"可见，在被继承人生前未与他人订立遗赠扶养协议，又没有设立遗嘱时，被继承人的全部遗产只能适用法定继承；或者被继承人生前虽与他人订立遗赠扶养协议，但该协议无效或不能执行，或者被继承人虽设立遗嘱但遗嘱又全部无效，被继承人的全部遗产也只能适用法定继承。

依据《继承法》第27条规定，有下列情形之一的，遗产中的有关部分按照法定继承办理：（1）遗嘱继承人放弃继承或者受遗赠人放弃受遗赠的；（2）遗嘱继承人丧失继承权或受遗赠人丧失受遗赠权的；（3）遗嘱继承人、受遗赠人先于遗嘱人死亡的；（4）遗嘱无效部分所涉及的遗产；（5）遗嘱未处分的遗产。

二、法定继承人的范围和继承顺序

（一）法定继承人的范围

法定继承人是指由法律直接规定的可以依法继承被继承人遗产的人。可见，法定继承人的范围就是哪些人可以为法定继承人。依据《继承法》第10~12条的规定，法定继承人包括：配偶、子女、父母、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母，以及对公婆或岳父母尽了主要赡养义务的丧偶儿媳或女婿。

1. 配偶

配偶是处于合法婚姻关系中的夫妻相互间的称谓。丈夫以妻子为配偶，妻子以丈夫为配偶。如果夫妻一方死亡，则另一方配偶有权继承对方的遗产。

作为继承人的配偶须于被继承人死亡时与被继承人之间存在合法的婚姻关系。在被继承人死亡时已经解除婚姻关系的（包括协议解除和诉讼解除），不是被继承人的配偶，不能以配偶身份继承被继承人的遗产。婚姻关系的解除须经法定程序，未经法定程序办理离婚手续的，夫妻双方仍为配偶，有相互继承遗产的权利。

未办理结婚登记手续即以夫妻名义同居生活期间的，在一方死亡时，依据《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（一）》第5

条和第6条规定，若双方的同居关系发生在1994年2月1日民政部《婚姻登记管理条例》公布实施之前，双方已经符合结婚实质要件的，则双方成立事实婚姻关系，未死亡一方可以配偶身份对死亡一方的遗产主张继承权。若双方同居关系发生在1994年2月1日民政部《婚姻登记管理条例》公布实施之后，双方符合结婚实质要件，且后来补办了结婚登记的，则未死亡一方得以配偶身份继承死亡一方的遗产；未补办结婚登记的，未死亡一方对死亡一方的遗产不得以配偶的身份主张享有继承权。但如果一方死亡时，另一方符合《继承法》第14条所规定的可分得遗产的人的条件，可以分给适当的遗产。

2. 子女

子女是被继承人的直系晚辈血亲。依据《继承法》第10条的规定，子女包括婚生子女、非婚生子女、养子女和有扶养关系的继子女。根据《民法总则》第16条的规定，在涉及遗产继承时，胎儿视为具有民事权利能力，也即具有继承能力。因此，胎儿也属于子女的范围。

婚生子女是指有合法婚姻关系的男女双方所生育的子女。婚生子女，不论儿子还是女儿，不论子女随母姓还是随父姓，不论已婚或未婚，也不论结婚后女到男家落户还是男到女家落户，都有权继承父母的遗产。

非婚生子女是指没有合法婚姻关系的男女生育的子女。《继承法》第10条明确规定，子女中包括非婚生子女，这也就确认了非婚生子女与婚生子女有平等的继承权。非婚生子女不仅有权继承其生母的遗产，也有权继承其生父的遗产，不论其生父是否认领该非婚生子女。

养子女是指因合法收养关系的成立而与养父母形成父母子女关系的子女。依据《继承法》第10条的规定，子女中包括养子女。养子女与亲生子女享有平等的继承权。养子女于收养关系成立后，其与生父母的父母子女之间法律上的权利义务关系解除。因此，养子女只有权继承养父母的遗产，而无权继承其生父母的遗产。但是，依据《继承法意见》第19条的规定，“被收养人对养父母尽了赡养义务，同时又对生父母扶养较多的，除可依继承法第十条的规定继承养父母的遗产外，还可依继承法第十四条的规定分得生父母的适当的遗产”。依据《继承法意见》第22条规定，“收养他人为孙子女，视为养父母与养子女的关系，可互为第一顺序继承人”。

继子女是指妻与前夫或者夫与前妻所生的子女。继子女与继父母之间的关系，是因为其父母一方死亡而另一方再结婚或者双方离婚后再结婚而形成的一种亲属关系。依据《继承法》第10条的规定，作为法定继承人的子女中所包括的继子女

仅是“有扶养关系的继子女”。所以，继子女有无继承权决定于其与继父母之间有无扶养关系：有扶养关系的继子女有权继承继父母的遗产，是继父母的法定继承人；没有扶养关系的继子女无权继承继父母的遗产，不是继父母的法定继承人。继子女继承继父母的遗产的，不影响其对生父母的遗产继承权。

3. 父母

父母是最近的直系长辈亲属。依据《继承法》第 10 条的规定，父母是法定继承人，有权继承子女的遗产。继承法上的父母，包括生父母、养父母和有扶养关系的继父母。

生父母对其亲生子女的遗产有继承权，不论该子女为婚生子女还是非婚生子女。但亲生子女已由他人收养的，父母对其遗产无继承权。收养关系解除后，被收养的子女与生父母恢复父母子女之间法律上的权利义务关系的，父母有权继承该子女的遗产；被收养的子女与生父母未恢复法律上权利义务关系的，父母对该子女的遗产没有继承权。

养父母是相对于养子女而言的。因收养关系的成立，养子女有权继承养父母的遗产，养父母也有权继承养子女的遗产。在养子女死亡前已经解除收养关系的，不论解除收养关系的原因为何，也不论解除收养关系的被收养人是否与其生父母恢复权利义务关系，收养人均无权继承被收养人的遗产。

继父母是相对于继子女而言的。继父母与继子女之间在继承法上的关系依相互间的扶养关系而定。继父母与继子女之间已经形成扶养关系的，继父母有权继承继子女的遗产。与继子女有扶养关系的继父母也有双重继承权，既可继承其亲生子女（也包括养子女）的遗产，也可继承其继子女的遗产。

4. 兄弟姐妹

兄弟姐妹是最近的旁系血亲。继承法上的兄弟姐妹包括同父母的兄弟姐妹、同父异母或者同母异父的兄弟姐妹、养兄弟姐妹、有扶养关系的继兄弟姐妹。

同父母的兄弟姐妹为全血缘的兄弟姐妹，相互间有继承遗产的权利，互为法定继承人。

同父异母或者同母异父的兄弟姐妹为半血缘的兄弟姐妹。同父异母或同母异父的半血缘的兄弟姐妹与全血缘的同胞兄弟姐妹一样，相互有继承遗产的平等权利，互为法定继承人。

养兄弟姐妹是因收养关系的成立，被收养人与收养人所生子女之间的兄弟姐妹关系。依据《继承法》第 10 条的规定，养兄弟姐妹之间相互有继承遗产的权利。《继承法意见》第 23 条规定：“养子女与生子女之间、养子女与养子女之间，

系养兄弟姐妹，可互为第二顺序继承人。被收养人与其亲兄弟姐妹之间的权利义务关系，因收养关系的成立而消除，不能互为第二顺序继承人。”若收养关系解除，被收养人与收养人的子女之间的养兄弟姐妹关系终止，相互间不再有继承遗产的权利；被收养人与生父母恢复父母子女权利义务的，其与亲兄弟姐妹之间的权利义务关系也恢复，有相互继承遗产的权利。

继兄弟姐妹是异父异母的兄弟姐妹关系，相互间无血缘关系。依据《继承法》第10条的规定，只有有扶养关系的继兄弟姐妹之间才有相互继承遗产的权利。《继承法意见》第24条规定：“继兄弟姐妹之间的继承权，因继兄弟姐妹之间的扶养关系而发生。没有扶养关系的，不能互为第二顺序继承人。继兄弟姐妹之间相互继承了遗产的，不影响其继承亲兄弟姐妹的遗产。”

5. 祖父母、外祖父母

祖父母是父亲的父母，外祖父母是母亲的父母。所以，祖父母、外祖父母是除父母外最近的长辈亲属。祖父母、外祖父母为孙子女、外孙子女的法定继承人；有权继承孙子女、外孙子女的遗产。继承法上的祖父母、外祖父母，也包括亲祖父母、亲外祖父母、养祖父母、养外祖父母、有扶养关系的继祖父母和有扶养关系的继外祖父母。

6. 对公婆、岳父母尽了主要赡养义务的丧偶儿媳、女婿

《继承法》第12条规定：“丧偶儿媳对公、婆，丧偶女婿对岳父、岳母，尽了主要赡养义务的，作为第一顺序继承人。”关于“主要赡养义务”，《继承法意见》第30条规定：“对被继承人生活提供了主要经济来源，或在劳务方面给予了主要扶助的，应当认定其尽了主要赡养义务或主要扶养义务。”可见，只要丧偶儿媳对公婆或者丧偶女婿对岳父母尽了主要赡养义务，不论其在丧偶后是否再婚，也不论是否有代位继承人代位继承，都为法定继承人。

（二）法定继承顺序

1. 法定继承顺序的概念和特征

法定继承顺序又称为法定继承人的顺位，是指法律直接规定的法定继承人参加继承的先后次序。适用法定继承时，法定继承人并不是同时都参加继承，而是按照法律规定的先后顺序参加继承，即先由前一顺序的继承人继承，没有前一顺序的继承人继承时，才由后一顺序的继承人继承。

法定继承顺序具有以下特征：

第一，法定性。法定继承顺序是由法律根据继承人与被继承人之间关系的亲疏程度、密切程度直接规定的，而不是由当事人自行决定的。因此，继承顺序具

有法定性。

第二，强行性。法律规定继承顺序的目的，是为了保护不同情况的继承人的继承利益。对于法律规定的继承顺序，任何人、任何组织都不得以任何理由改变。即使前一顺序的继承人也不得变更自己的顺序而作为后一顺序的继承人参加继承。因此，法定继承顺序具有强行性。

第三，排他性。在法定继承中，继承人只能根据法定继承顺序依次参加继承。只要有前一顺序的继承人继承，后一顺序的继承人就不能继承遗产。只有在没有前一顺序的继承人，或者前一顺序的继承人全部放弃继承或全部丧失继承权，或者前一顺序的继承人部分丧失继承权，其余的继承人全部放弃继承的情况下，后一顺序的继承人才有权参加继承。因此，法定继承顺序具有排他性。

第四，限定性。法定继承顺序只在法定继承中适用，遗嘱继承不适用法定继承顺序。遗嘱继承人不受法定继承人的继承顺序的限制，遗嘱人得于遗嘱中指定由后一顺序的继承人继承遗产，而不由前一顺序的继承人继承。因此，法定继承顺序具有限定性。

2. 法定继承顺序的确定

《继承法》第 10 条依据继承人与被继承人之间婚姻关系、血缘关系和扶养关系的状态，将法定继承人的继承顺序分为两个顺序。

第一顺序的法定继承人为：配偶、子女、父母以及对公婆、岳父母尽了主要赡养义务的丧偶儿媳、女婿。

第二顺序的法定继承人为：兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。

三、代位继承

（一）代位继承的概念和条件

《继承法》第 11 条规定："被继承人的子女先于被继承人死亡的，由被继承人的子女的晚辈直系血亲代位继承。代位继承人一般只能继承他的父亲或母亲有权继承的遗产份额。"可见，代位继承是指在法定继承中被继承人的子女先于被继承人死亡时，由被继承人的子女的晚辈直系血亲代替继承其应继份额的法律制度。在代位继承中，先于被继承人死亡的子女称为被代位继承人，被继承人的子女的晚辈直系血亲称为代位继承人。

代位继承须具备如下条件：

1. 被代位继承人须于继承开始前死亡。继承自被继承人死亡时开始。只有在

被代位继承人先于被继承人死亡（包括自然死亡与宣告死亡）时，才能发生代位继承。若继承人死于被继承人死亡之后，则因继承已经开始，继承人自得自行继承，而不会发生代位继承。

2. 被代位继承人须为被继承人的子女。代位继承只能发生于被继承人的子女先于被继承人死亡的情形下。被继承人的长辈亲属先于被继承人死亡的，不发生代位继承。因此，只有被继承人的子女才能成为被代位继承人，其他继承人都不能成为被代位继承人。继承法上所说的子女包括婚生子女、非婚生子女、养子女、有扶养关系的继子女。因此，被继承人的亲生子女、养子女和有扶养关系的继子女，都得为被代位继承人。

3. 被代位继承人须未丧失继承权。《继承法意见》第 28 条规定，继承人丧失继承权的，其晚辈直系血亲不得代位继承。因此，被代位继承人未丧失继承权是代位继承发生的一个条件。被代位继承人丧失继承权的，不仅本人不能参加继承，他人也不能代位继承。在继承人丧失继承权而代位继承人不能代位继承的情况下，如果该代位继承人缺乏劳动能力又没有生活来源，或者对被继承人尽赡养义务较多的，可适当分给遗产。

4. 代位继承人须为被代位继承人的晚辈直系血亲。依据《继承法》第 10 条的规定，只有被代位继承人的晚辈直系血亲才有代位继承权。因此，被代位继承人的其他亲属，如配偶、侄子女、儿媳或女婿等，都无代位继承权。《继承法意见》第 26 条规定："被继承人的养子女、已形成扶养关系的继子女的生子女可代位继承；被继承人亲生子女的养子女可代位继承；被继承人养子女的养子女可代位继承；与被继承人已形成扶养关系的继子女的养子女也可以代位继承。"关于代位继承人的范围，《继承法意见》第 25 条中规定："被继承人的孙子女、外孙子女、曾孙子女、外曾孙子女都可以代位继承，代位继承人不受辈数的限制。"

（二）代位继承人的应继份额

在具备代位继承的条件时，即发生代位继承，代位继承人取代被代位继承人的继承地位参与继承，但代位继承人不是与同一顺序的其他继承人平均继承被继承人的遗产。依据《继承法》第 11 条的规定，"代位继承人一般只能继承他的父亲或者母亲有权继承的遗产份额"。因此，代位继承人参加继承时，代位继承人若为数人，则不能与其他第一顺序的法定继承人一同按人均分遗产，而只能共同继承被代位继承人有权继承的份额。

（三）代位继承与转继承的联系和区别

转继承是指继承人在继承开始后实际接受遗产前死亡时，继承人有权实际接

受的遗产归由其法定继承人承受的法律制度。在转继承中，实际接受遗产的继承人称为转继承人，于继承开始后遗产分割前死亡的继承人称为被转继承人。《继承法意见》第52条规定："继承开始后，继承人没有表示放弃继承，并于遗产分割前死亡的，其继承遗产的权利转移给他的合法继承人。"这就确立了转继承制度。

从本质来看，转继承是一种连续发生的二次继承。在被继承人死亡后，继承人参与继承，这是发生的第一次继承；继承人在参与继承后、遗产分割之前死亡，又由转继承人承受被继承人的遗产，这是发生的第二次继承。在具备转继承的条件时，被转继承人应继承的被继承人遗产份额构成其遗产的一部分，应转由其继承人继承，转继承人可直接参与被继承人遗产的分配。这里的继承人既包括法定继承人，也包括遗嘱继承人。

代位继承和转继承有相似之处，它们都是因继承人和被继承人相继死亡而发生的继承关系，并且都是由原继承人一定范围内的继承人取得被继承人的遗产。但二者也存在诸多区别，主要表现在：

第一，性质不同。代位继承是由代位继承人一次性地间接继承被继承人的遗产，具有替补继承的性质；转继承则是两个相连的直接继承，先由被转继承人直接继承被继承人的遗产，再由转继承人直接继承原由被转继承人继承的遗产份额。

第二，发生的条件不同。代位继承是基于继承人先于被继承人死亡的事实而发生；转继承则是基于被转继承人在继承开始后、遗产分割前死亡而发生。

第三，被代位继承人与被转继承人的范围不同。被代位继承人只限于被继承人的子女；被转继承人则可以是一切合法继承人，包括被继承人的法定继承人、遗嘱继承人。

第四，代位继承人与转继承人的范围不同。代位继承人仅限于被代位继承人的晚辈直系血亲；转继承人则是一切有权继承被转继承人遗产的人。

第五，适用范围不同。代位继承只适用于法定继承，不适用于遗嘱继承；转继承既适用于法定继承，也适用于遗嘱继承。

四、法定继承的遗产分配

（一）法定继承的遗产分配原则

法定继承的遗产分配是指在法定继承人之间分配被继承人的遗产，即确定法定继承人的应继份额。因此，法定继承的遗产分配原则就是确定法定继承人

的应继份额的原则。《继承法》第13条对法定继承的遗产分配原则作了明文规定。按照该条规定，在法定继承中，同一顺序继承人的应继份额按照以下两条原则确定：

1. 一般情况下应当均等。在没有法律规定的特别情形下，同一顺序的法定继承人应按照人数平均分配遗产。

2. 特殊情况下可以不均等。在下列情况下，同一顺序的法定继承人的应继份额可以不均等：（1）对生活有特殊困难的缺乏劳动能力的继承人，分配遗产时，应当予以照顾。（2）对被继承人尽了主要扶养义务或者与被继承人共同生活的继承人，分配遗产时，可以多分。依据《继承法意见》第30条的规定，所谓主要扶养义务，是指对被继承人生活提供了主要经济来源或者在劳务等方面给予了主要扶助。（3）有扶养能力和有扶养条件的继承人，不尽扶养义务的，分配遗产时，应当不分或者少分。依据《继承法意见》第33条的规定，继承人有扶养能力和扶养条件，愿意尽扶养义务，但被继承人因有固定收入和劳动能力，明确表示不要求其扶养的，分配遗产时，一般不应因此而影响其继承份额。（4）继承人协商同意的，可以不均分遗产。

（二）非继承人对遗产的取得

在法定继承中，除依法参加继承的法定继承人外，具备法定条件的其他人也有权取得一定的遗产。《继承法》第14条规定："对继承人以外的依靠被继承人扶养的缺乏劳动能力又没有生活来源的人，或者继承人以外的对被继承人扶养较多的人，可以分给他们适当的遗产。"依该条规定，可以分得适当遗产的人称为可分得遗产的人。可分得遗产的人享有的要求取得遗产的权利，称为遗产酌给请求权。

可分得遗产的人既可以是非法定继承人，也可以是不能参加继承的法定继承人范围以内的人。依据《继承法》规定，可分得遗产的人须为以下两种情况之一者：（1）继承人以外的依靠被继承人扶养的缺乏劳动能力又没有生活来源的人；（2）继承人以外的对被继承人扶养较多的人。对于可分得遗产的人，应当酌情分给适当的遗产。适当的遗产应依可分得遗产的人的具体情况和遗产的情况确定。一般说来，对于缺乏劳动能力又没有生活来源的人，应以被继承人扶养的情况而确定应分给的遗产额，但以满足其生活基本需要为限；对于对被继承人扶养较多的人，应依其对被继承人扶养的情况而确定其应分得的遗产份额。《继承法意见》第31条规定："依继承法第十四条规定可以分给适当遗产的人，分给他们遗产时，按具体情况可多于或少于继承人。"

可分得遗产的人要求分得适当遗产的遗产酌给请求权，是一项独立的权利，

受法律保护，在其受到侵害时，有权请求人民法院依诉讼程序给予保护。

第三节 遗嘱继承

一、遗嘱继承的概念、特征和适用条件

（一）遗嘱继承的概念和特征

遗嘱继承是指于继承开始后，继承人按照被继承人的有效遗嘱继承被继承人遗产的法律制度。在遗嘱继承中，生前立有遗嘱的被继承人称为遗嘱人或立遗嘱人，依据遗嘱的指定享有遗产继承权的人为遗嘱继承人。

遗嘱继承与法定继承相比，具有以下特征：

第一，遗嘱继承的发生以有效遗嘱的存在为前提。引起法定继承发生的法律事实只有一个，即被继承人的死亡。但是，仅有被继承人的死亡并不能引起遗嘱继承的发生，还须有被继承人所设立的有效遗嘱。正是从这个意义上说，遗嘱继承以遗嘱为前提。

第二，遗嘱继承直接体现着被继承人的遗愿。遗嘱继承是在继承开始后按照遗嘱进行的继承。遗嘱体现了被继承人的意愿，因此，继承人按照被继承人的遗嘱继承遗产，也就直接体现了被继承人的遗愿。在遗嘱继承中，继承人、继承份额等都是由被继承人在遗嘱中指定的。按照遗嘱进行继承，也就是充分尊重被继承人对自己财产处分的自由。

第三，遗嘱继承是对法定继承的一种排斥。遗嘱继承的效力优于法定继承，在继承开始后，有遗嘱的，先要按照遗嘱进行继承。由于遗嘱中所指定的继承人对遗产的继承不受法定继承时法律对继承顺序、继承人应继份额规定的限制，因此，遗嘱继承实际上是对法定继承的一种排斥。

遗嘱继承也不同于遗嘱信托。遗嘱信托是指委托人以立遗嘱的方式，将其财产交付信托。在遗嘱生效时，信托财产将被转移给受托人，由受托人依据信托的内容（即委托人遗嘱所交办的事项），管理处分信托财产。在遗嘱信托中，委托人死亡后信托合同才生效。通过遗嘱信托，可以使财产顺利地传给后代，同时，也可以借助受托人的理财能力弥补继承人无力理财的缺陷。当然，在实质意义上使继承人取得了遗产方面，两者具有相同之处。

（二）遗嘱继承的适用条件

遗嘱继承的适用条件是指具备何种条件，亦即在什么情形下才适用遗嘱继承。

依据《继承法》的规定，在被继承人死亡后，只有具备以下条件时，才按遗嘱继承办理：

1. 没有遗赠扶养协议。遗嘱继承的效力虽有优于法定继承的效力，但遗嘱继承不能对抗遗赠扶养协议。因此，在被继承人生前与扶养人订有遗赠扶养协议时，即使被继承人又立有遗嘱，也不能先按遗嘱进行继承，而仍应当先执行遗赠扶养协议。只有在没有遗赠扶养协议的情形下，被继承人的遗产才可按照遗嘱办理。

2. 被继承人立有遗嘱且遗嘱有效。被继承人生前设立的遗嘱，于被继承人死亡时才开始发生效力。遗嘱只有符合法律规定的有效条件，才能发生效力。而只有有效的遗嘱，才可以执行。无效的遗嘱不具有法律效力，继承人不得依无效遗嘱的指定继承。因此，被继承人的遗嘱有效是遗嘱继承适用的一个必备条件。

3. 指定继承人未丧失继承权和未放弃继承权。在适用遗嘱继承时，继承人亦必须具有继承资格。遗嘱继承人因具有发生法律规定的事由而丧失继承权的，不享有继承权，虽遗嘱中指定其为继承人，也不得参加遗嘱继承。同时，遗嘱继承人可以接受继承，也可以放弃继承。在遗嘱继承人明确表示放弃继承时，对指定继承人放弃继承的遗产，不适用遗嘱继承，而应按法定继承办理。

二、遗嘱概述

（一）遗嘱的概念和特征

遗嘱是指自然人生前按照法律的规定处分自己的财产及安排与此有关的事务并于死亡后发生效力的单方民事行为。

遗嘱具有以下特征：

第一，遗嘱是一种单方民事法律行为。遗嘱是遗嘱人自己一方的意思表示，无须有相对方的意思表示。只需有遗嘱人自己的意思表示，遗嘱即可成立，所以，遗嘱是一种单方民事法律行为。

第二，遗嘱是遗嘱人独立的民事法律行为。遗嘱是遗嘱人生前对自己财产所作的处分行为，只能由遗嘱人独立自主地作出，而不能由他人的意思辅助或者代理。因此，遗嘱须由遗嘱人亲自设立，既不需征得他人的同意，也不能由他人代为设立。

第三，遗嘱是于遗嘱人死亡后才发生法律效力的民事法律行为。遗嘱虽是于遗嘱人生前因其单独意思表示即可成立的民事法律行为，但于遗嘱人死亡时才能发生法律效力。因此，遗嘱是否合乎法律规定的条件、能否有效，均应以遗嘱人死亡时为准。

第四，遗嘱是一种要式民事法律行为。遗嘱虽然是遗嘱人单方的意思表示，但却在指定继承人、受遗赠人以及法定继承人等人之间发生效力，也就是说涉及继承人、继承人以外的人以及国家和社会的利益。因此，遗嘱应当采取法律规定的形式，属于要式民事法律行为。

（二）遗嘱能力

遗嘱能力又称遗嘱处分能力，是指自然人依法享有的设立遗嘱，自由处分自己财产的资格。《继承法》中并未明确规定自然人的遗嘱能力，但《继承法》第22条第1款规定："无行为能力人或者限制行为能力人所立的遗嘱无效。"按照法律的反面解释规则，只有具有完全民事行为能力的人才具有遗嘱能力。因此，自然人在遗嘱能力上可分为有遗嘱能力人和无遗嘱能力人两种情况。有遗嘱能力人须为完全民事行为能力人，无民事行为能力人和限制民事行为能力人为无遗嘱能力人。

由于遗嘱于遗嘱人死亡时才发生效力，从遗嘱的设立到遗嘱的生效之间有一段时间间隔，在这一期间内，遗嘱人的民事行为能力状态也会发生变化，因此，《继承法意见》第41条规定："遗嘱人立遗嘱时必须有行为能力。无行为能力人所立的遗嘱，即使其本人后来有了行为能力，仍属无效遗嘱。遗嘱人立遗嘱时有行为能力，后来丧失了行为能力，不影响遗嘱的效力。"

（三）遗嘱内容

遗嘱内容是指遗嘱人在遗嘱中表示出来的对自己财产处分及安排相关事项的意思。一般说来，遗嘱的内容包括以下几方面：

第一，指定继承人、受遗赠人。《继承法》第16条中规定："公民可以立遗嘱将个人财产指定由法定继承人的一人或者数人继承。""公民可以立遗嘱将个人财产赠给国家、集体或者法定继承人以外的人。"因遗嘱的主要目的是指定继承人、受遗赠人，因此，指定继承人、受遗赠人为遗嘱的主要内容。

第二，指定遗产的分配办法或份额。遗嘱人应当在遗嘱中列明自己留下的财产清单，说明财产的名称、数量以及存放的地方等。遗嘱中应当说明每个指定继承人得继承的具体财产；指定由数个继承人共同继承某项遗产的，应当说明指定继承人对遗产的分配办法或者每个人应继承的遗产份额。遗赠财产的，要具体说明将某一财产遗赠给何人、何单位。

第三，对遗嘱继承人、受遗赠人附加的义务。遗嘱中可以对遗嘱继承人或者受遗赠人规定附加义务，这就是所谓的遗托。《继承法》第21条规定："遗嘱继承或者遗赠附有义务的，继承人或者受遗赠人应当履行义务。没有正当理由不履行

义务的，经有关单位或者个人请求，人民法院可以取消他接受遗产的权利。”关于遗托的效力，《继承法意见》第43条规定：“附义务的遗嘱继承或遗赠，如义务能够履行，而继承人、受遗赠人无正当理由不履行，经受益人或其他继承人请求，人民法院可以取消他接受附义务那部分遗产的权利，由提出请求的继承人或受益人负责按遗嘱人的意愿履行义务，接受遗产。”

第四，指定遗嘱执行人。《继承法》第16条第1款中规定，在遗嘱中“可以指定遗嘱执行人”。但遗嘱的主要内容并不是指定遗嘱执行人，因为遗嘱执行人并不是对遗产的处分的关键内容，而只关涉遗嘱的执行。因此，遗嘱中未指定遗嘱执行人的，不影响遗嘱的成立和执行。

第五，其他事项。除上述内容外，遗嘱人还可以在遗嘱中说明其他事项，如关于丧事的安排和要求等。

（四）遗嘱的形式

遗嘱的形式是指遗嘱人表达自己处分其财产的意思的方式。依据《继承法》第17条规定，遗嘱的法定形式有公证遗嘱、自书遗嘱、代书遗嘱、录音遗嘱和口头遗嘱五种。

公证遗嘱是指经公证机关公证的遗嘱。《继承法》第17条第1款规定：“公证遗嘱由遗嘱人经公证机关办理。”

自书遗嘱是指由遗嘱人亲笔书写的遗嘱。《继承法》第17条第2款规定：“自书遗嘱由遗嘱人亲笔书写，签名，注明年、月、日。”依据《继承法意见》第40条规定，公民在遗书中涉及死后个人财产处分的内容，确为死者真实意思的表示，有本人签名并注明了年、月、日，又无相反证据的，可按自书遗嘱对待。

代书遗嘱是指由他人代为书写的遗嘱。《继承法》第17条第3款规定：“代书遗嘱应当有两个以上见证人在场见证，由其中一人代书，注明年、月、日，并由代书人、其他见证人和遗嘱人签名。”

录音遗嘱是指以录音方式录制下来的遗嘱人的口述遗嘱。《继承法》第17条第4款规定：“以录音形式立的遗嘱，应当有两个以上见证人在场见证。”

口头遗嘱是指由遗嘱人口头表述的而不以任何方式记载的遗嘱。《继承法》第17条第5款规定：“遗嘱人在危急情况下，可以立口头遗嘱。口头遗嘱应当有两个以上见证人在场见证。危急情况解除后，遗嘱人能够用书面或者录音形式立遗嘱的，所立的口头遗嘱无效。”

在上述遗嘱形式中，代书遗嘱、录音遗嘱、口头遗嘱须有两个以上的见证人在场见证。依据《继承法》第18条的规定，下列人员不能作为遗嘱见证人：

(1) 无民事行为能力人和限制民事行为能力人；(2) 继承人、受遗赠人；(3) 与继承人、受遗赠人有利害关系的人。《继承法意见》第36条规定："继承人、受遗赠人的债权人、债务人，共同经营的合伙人，也应当视为与继承人、受遗赠人有利害关系，不能作为遗嘱的见证人。"

三、遗嘱的效力

(一) 遗嘱的有效条件

依据《继承法》的规定，遗嘱有效须具备以下条件：

第一，遗嘱人具有遗嘱能力。依据《继承法》的规定，只有具有完全民事行为能力的人才有遗嘱能力，无民事行为能力人和限制民事行为能力人不具有遗嘱能力。遗嘱人是否具有遗嘱能力，以遗嘱设立时为准，而不以继承开始时为准。

第二，遗嘱是遗嘱人的真实意思表示。遗嘱人的真实意思表示，是指遗嘱所体现的内容应与遗嘱人的真实意愿相一致。遗嘱不是遗嘱人真实意思表示的，遗嘱无效。

第三，遗嘱的内容合法。遗嘱的内容是否合法，应以被继承人死亡时为准。例如，遗嘱人在遗嘱中指定继承人继承某物，在立遗嘱时该物并不为遗嘱人所有，因遗嘱人处分了他人的财产，遗嘱的该部分内容当然是不合法的。但是，若被继承人其后于死亡前取得了该物的所有权，于继承开始时，遗嘱人所立的遗嘱就为合法的。

第四，遗嘱的形式符合法律规定的要求。遗嘱是否符合法定的形式，应以遗嘱设立时法律规定的标准为准。

(二) 遗嘱的无效

依据《继承法》的规定，遗嘱的无效主要有以下几种情况：

第一，无完全民事行为能力人所立的遗嘱无效。无民事行为能力人、限制民事行为能力人无遗嘱能力，不具有以遗嘱处分其财产的资格。因此，《继承法》第22条第1款规定："无行为能力人或者限制行为能力人所立的遗嘱无效。"

第二，受胁迫、受欺诈所设立的遗嘱无效。受胁迫所立的遗嘱是指遗嘱人受到他人非法的威胁、要挟，为避免自己或亲人的财产或生命健康遭受侵害违心地作出与自己的真实意思相悖的遗嘱。受欺诈所立的遗嘱是指遗嘱人因受他人的歪曲的、虚假的行为或者言辞的错误导向而产生错误的认识，作出了与自己的真实意愿不相符合的意思表示。受胁迫、受欺诈所设立的遗嘱不是遗嘱人的真实意思，因此，《继承法》第22条第2款规定其为无效遗嘱。

第三，伪造的遗嘱无效。伪造的遗嘱是指以被继承人的名义设立的但根本不是被继承人意思表示的遗嘱。伪造的遗嘱因根本就不是被继承人的意思表示，所以无论遗嘱的内容如何，也无论遗嘱是否损害了继承人的利益，均为无效。《继承法》第22条第3款规定，伪造的遗嘱无效。

第四，被篡改的遗嘱内容无效。被篡改的遗嘱是指遗嘱的内容被遗嘱人以外的其他人作了更改的遗嘱。篡改只能是对遗嘱的部分内容的更改，如对遗嘱的全部内容更改，则为伪造遗嘱。被篡改的遗嘱，篡改的内容已经不是遗嘱人的意思表示，而是篡改人的意思表示，因而也就不能发生遗嘱的效力，因此，《继承法》第22条第4款规定，遗嘱被篡改的，篡改的内容无效。

第五，遗嘱中处分不属于遗嘱人自己财产的部分内容无效。遗嘱是遗嘱人处分自己财产的意思表示，自然不能处分不属于遗嘱人自己的财产。因此，《继承法意见》第38条规定："遗嘱人以遗嘱处分了属于国家、集体或他人所有的财产，遗嘱的这部分，应认定无效。"

第六，遗嘱没有保留必留份额的，对应当保留的必要份额的处分无效。《继承法》第19条规定："遗嘱应当对缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额。"遗嘱中未为缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额时，遗嘱并非全部无效，而仅是涉及处分应保留必要份额遗产的遗嘱内容无效，其余内容仍可有效。对此，《继承法意见》第37条规定："遗嘱人未保留缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人的遗产份额，遗产处理时，应当为该继承人留下必要的遗产，所剩余的部分，才可参照遗嘱确定的分配原则处理。"

四、遗嘱的变更与撤回

（一）遗嘱的变更与撤回的概念

遗嘱的变更，是指遗嘱人在遗嘱设立后对遗嘱内容的部分修改；遗嘱的撤回（也称为遗嘱的撤销），是指遗嘱人在设立遗嘱后又取消原来所立的遗嘱。[①] 遗嘱的变更仅是遗嘱人部分地改变了原设立遗嘱时的意思，可以说是对遗嘱部分内容的撤销；而遗嘱的撤回是遗嘱人改变原设立遗嘱时的全部意思，可以说是对遗嘱内容的全部变更。

（二）遗嘱的变更与撤回的条件

遗嘱人虽可在遗嘱设立后的任一时间、以任一理由变更或撤回遗嘱，但变更

---

① 遗嘱是于被继承人死亡时才发生效力的，因此，于此之前遗嘱人取消遗嘱的，应为遗嘱的撤回，而不是撤销。但我国现行继承法上称为遗嘱的撤销。

或撤回遗嘱也须具备一定的条件，才能发生遗嘱变更或撤回的效力。遗嘱的变更与撤回的条件有以下三个：

第一，遗嘱变更、撤回时，遗嘱人须具有遗嘱能力。遗嘱的变更、撤回与遗嘱的设立一样，遗嘱人也须具有遗嘱能力。遗嘱人设立遗嘱后丧失遗嘱能力的，于丧失遗嘱能力后恢复遗嘱能力前对遗嘱的变更、撤回不发生变更、撤回的效力，原来的遗嘱仍有效。

第二，遗嘱的变更、撤回须为遗嘱人的真实意思表示。无论是遗嘱的变更还是遗嘱的撤回，均须为遗嘱人的真实意思表示。因此，伪造遗嘱的变更、撤回，不发生遗嘱变更、撤回的效力。遗嘱人因受胁迫、受欺诈而变更、撤回遗嘱的，不发生遗嘱变更、撤回的法律后果，原遗嘱仍有效。

第三，遗嘱的变更、撤回须由遗嘱人亲自依法定的方式为之。遗嘱的变更、撤回同样不适用代理，只能由遗嘱人亲自为之。

（三）遗嘱的变更与撤回的方式

遗嘱的变更、撤回的方式有明示方式和推定方式两种。

遗嘱变更、撤回的明示方式，是指遗嘱人以明确的意思表示变更、撤回遗嘱。遗嘱人依明示方式变更、撤回遗嘱的，须依据法律规定的设立遗嘱的方式作成。不具备遗嘱法定形式的变更、撤回遗嘱的意思表示，不能发生遗嘱变更、撤回的效力。依据《继承法》第20条第3款规定，自书遗嘱、代书遗嘱、录音遗嘱和口头遗嘱，不得变更、撤回公证遗嘱。

遗嘱变更、撤回的推定方式，是指遗嘱人虽未以明确的意思表示变更、撤回所设立的遗嘱，但法律根据遗嘱人的行为推定遗嘱人变更、撤回了遗嘱。推定遗嘱人变更、撤回遗嘱的情形主要有以下几种：（1）遗嘱人立有数份遗嘱，且内容相抵触的，推定变更、撤回遗嘱。《继承法》第20条第2款规定："立有数份遗嘱，内容相抵触的，以最后的遗嘱为准。"《继承法意见》第42条规定："遗嘱人以不同形式立有数份内容相抵触的遗嘱，其中有公证遗嘱的，以最后所立公证遗嘱为准；没有公证遗嘱的，以最后所立的遗嘱为准。"（2）遗嘱人生前的行为与遗嘱的内容相抵触的，推定遗嘱变更、撤回。依据《继承法意见》第39条规定，遗嘱人生前的行为与遗嘱的意思表示相反，而使遗嘱处分的财产在继承开始前灭失、部分灭失或所有权转移、部分转移的，遗嘱视为被撤回或部分被撤回。（3）遗嘱人故意销毁遗嘱的，推定遗嘱人撤回原遗嘱。

（四）遗嘱变更和撤回的效力

遗嘱变更、撤回的效力，在于使原遗嘱的内容不能发生效力。

遗嘱变更的，自变更生效时起，以变更后的遗嘱内容为遗嘱人的真实意思表示，应以变更后的遗嘱来确定遗嘱的效力，依变更后的遗嘱执行。

遗嘱撤回的，自撤回生效时起，被撤回的原遗嘱作废，以新设立的遗嘱为遗嘱人处分自己财产的真实意思表示，以新设立的遗嘱来确定遗嘱的效力和执行。遗嘱撤回后遗嘱人未设立新遗嘱的，视为被继承人未立遗嘱。

五、遗嘱的执行

（一）遗嘱执行人的确定

遗嘱的执行是指于遗嘱生效后为实现遗嘱的内容所实施的必要的行为及程序。遗嘱的执行须确定遗嘱执行人。由于遗嘱执行是一种民事法律行为，并且遗嘱的执行涉及利害关系人的利益，因此，遗嘱执行人须具备相应的民事行为能力。无民事行为能力人和限制民事行为能力人不能成为遗嘱执行人。依据《继承法》的规定和司法实践，遗嘱执行人的确定有以下三种情况：

其一，遗嘱人在遗嘱中指定遗嘱执行人。《继承法》第16条第1款中规定，自然人可以立遗嘱处分个人财产，“并可以指定遗嘱执行人”。遗嘱中指定的执行人既可以是法定继承人，也可以是法定继承人以外的人。继承人以外的人被遗嘱人指定为遗嘱执行人的，有权决定是否担任遗嘱执行人。遗嘱人在遗嘱中并未直接指定遗嘱执行人，而是委托第三人指定遗嘱执行人的，应当有效。

其二，法定继承人为遗嘱执行人。遗嘱人未指定遗嘱执行人或者指定的遗嘱执行人不能执行遗嘱的，遗嘱人的法定继承人为遗嘱执行人。法定继承人为数人的，全体继承人为遗嘱的共同执行人。继承人也可以共同推举一人或数人作为代表来执行遗嘱。

其三，遗嘱人生前所在单位或者继承开始地的基层组织为遗嘱执行人。遗嘱中没有指定的遗嘱执行人，也没有法定继承人能执行遗嘱时，由遗嘱人生前所在单位或者继承开始地的基层组织为遗嘱执行人。

（二）遗嘱执行人的职责

遗嘱执行人的职责是其法律地位的具体体现。遗嘱执行人的职责主要有以下几项：（1）查明遗嘱是否合法真实；（2）清理遗产，确定遗产范围；（3）管理遗产；（4）召集全体遗嘱继承人和受遗赠人，公开遗嘱内容；（5）按照遗嘱内容执行遗赠和将遗产最终转移给遗嘱继承人；（6）排除执行遗嘱的各种妨碍。

遗嘱执行人在执行遗嘱时，因其过错给遗嘱继承人和其他遗嘱受益人造成损害的，应承担赔偿责任。遗嘱执行人不忠实履行职责，遗嘱继承人和其他遗嘱受

益人可以请求人民法院撤换遗嘱执行人。

第四节 遗赠与遗赠扶养协议

一、遗赠

（一）遗赠的概念和特征

《继承法》第16条第3款规定："公民可以立遗嘱将个人财产赠给国家、集体或者法定继承人以外的人。"可见，遗赠是指自然人以遗嘱的方式将其个人财产赠与国家、集体或者法定继承人以外的自然人，而于其死亡后发生法律效力的民事法律行为。例如，死者立遗嘱将其财产赠与其生前所在的高校。在遗赠中，立遗嘱的自然人为遗赠人，被指定接受赠与财产的国家、集体或者法定继承人以外的人为受遗赠人，遗嘱中指定赠与的财产为遗赠物。

遗赠与遗嘱继承一样，也是将死亡的自然人遗留的财产转移给他人所有的一项制度。因此，遗赠具有以下特征：

第一，遗赠是一种单方民事法律行为。遗赠是遗赠人通过遗嘱的方式将财产赠与他人，而遗嘱是一种单方民事法律行为，因而遗赠也就是一种单方民事行为，只需有遗赠人一方的意思表示就可以成立。因此，遗赠人只要在遗嘱中将自己赠与财产的意思表达出来，遗赠就成立；自遗嘱生效时起，遗赠生效。

第二，遗赠是给法定继承人以外的人以财产利益的无偿民事法律行为。首先，受遗赠人只能是法定继承人以外的人，而不能是法定继承人；其次，遗赠物只能是特定的财产利益，即遗赠不能给受遗赠人的财产带来不利益。同时，遗赠是无偿民事法律行为，虽然遗赠人可以对遗赠附加某种负担，但所附加的负担并不是遗赠的对价。

第三，遗赠是一种于遗赠人死亡后发生效力的死后民事法律行为。遗赠虽是遗赠人生前作出的意思表示，但只有在遗赠人死亡后才能发生法律效力。由于遗赠须于遗赠人死亡后才能生效，所以遗赠人得随时依法定程序变更、撤回遗赠。

第四，遗赠是只能由受遗赠人亲自接受的民事法律行为。遗赠是以特定的受遗赠人为受益主体的，受遗赠的主体具有不可替代性。受遗赠权只能由受遗赠人自己亲自享有，而不得转让。

（二）遗赠的有效条件

遗赠是通过遗嘱的方式作出的，因此，遗赠的有效条件主要包括如下几项：

第一，遗赠人须有遗嘱能力。无遗嘱能力的无民事行为能力人、限制民事行为能力人不能为遗赠。

第二，遗赠人须为缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额。如果继承人中有缺乏劳动能力又没有生活来源的人，而遗赠人又没有为其保留必要的遗产份额，则涉及这一必要份额的遗赠无效。

第三，遗赠人的遗嘱符合法律规定的形式要求。遗赠人设立的遗嘱不符合法定形式的，遗赠无效。例如，代书遗嘱仅有一个见证人，则该遗赠无效。

第四，受遗赠人须为法定继承人范围以外，且在遗赠人的遗嘱生效时生存之人。

第五，遗赠的财产须为遗产，且在遗赠人死亡时执行遗赠为可能和合法。如果遗赠财产不属于遗产，或者于遗赠人死亡时该项财产已不存在或因其他原因不能执行或执行是不合法的，则遗赠为无效。

（三）遗赠的接受与放弃

《继承法》第25条第2款规定："受遗赠人应当在知道受遗赠后两个月内，作出接受或者放弃受遗赠的表示。到期没有表示的，视为放弃受遗赠。"根据这一规定，遗赠的接受必须以明示的方式作出，单纯的沉默视为放弃受遗赠，且遗赠的接受必须在继承开始后的2个月期限内作出。此外，依据《继承法意见》第53条的规定，继承开始后，受遗赠人表示接受遗赠，并于遗产分割前死亡的，其接受遗赠的权利转移给他的继承人。

遗赠的接受和放弃具有溯及效力，均溯及自继承开始发生法律效力。

（四）遗赠的执行

依据《继承法》第25条第2款规定，受遗赠人在知道受遗赠后2个月内，向遗嘱执行人作出接受遗赠的意思表示的，即享有请求遗嘱执行人依遗赠人的遗嘱将遗赠物交付其所有的请求权，遗赠执行人应依受遗赠人的请求交付遗赠物。但是，遗赠执行人不能先以遗产用于执行遗赠。对此，《继承法》第34条规定："执行遗赠不得妨碍清偿遗赠人依法应当缴纳的税款和债务。"可见，遗赠执行人应在清偿完被继承人生前所欠的税款及债务后，才能在遗产剩余的部分中执行遗赠。

二、遗赠扶养协议

（一）遗赠扶养协议的概念和特征

《继承法》第31条规定："公民可以与扶养人签订遗赠扶养协议。按照协议，扶养人承担该公民生养死葬的义务，享有受遗赠的权利。公民可以与集体所有制

组织签订遗赠扶养协议。按照协议，集体所有制组织承担该公民生养死葬的义务，享有受遗赠的权利。”依据这一规定，遗赠扶养协议是自然人（受扶养人）与扶养人或者集体所有制组织（以下统称为扶养人）签订的关于扶养与遗赠的协议。

遗赠扶养协议具有如下特征：

第一，遗赠扶养协议是双方民事法律行为。遗赠扶养协议以遗赠和扶养为内容，属于合同关系。在遗赠扶养协议中，遗赠人即受扶养人，只能是自然人；扶养人可以是自然人，也可以是集体所有制组织。法定继承人之内的自然人和国家机关、国有企事业单位不能作为扶养人。例如，老人的子女就不能是此处所说的扶养人。

第二，遗赠扶养协议是诺成民事法律行为。遗赠扶养协议是诺成行为，自双方意思表示达成一致时起即可发生效力。遗赠扶养协议虽于受扶养人死亡后才发生遗赠的效力，但这属于遗赠扶养协议的履行，而并不意味着遗赠扶养协议于受扶养人死亡时才成立生效。

第三，遗赠扶养协议是一种双务民事法律行为。在遗赠扶养协议中，双方当事人都负有一定的义务。扶养人负有负责受扶养人的生养死葬的义务，受扶养人也有将自己的财产遗赠给扶养人的义务。因此，遗赠扶养协议为双务民事法律行为。

第四，遗赠扶养协议是有偿民事法律行为。在遗赠扶养协议中，任何一方享受权利都是以履行一定的义务为对价的。扶养人不履行对受扶养人的生养死葬的义务，则不能享有受遗赠的权利；受扶养人不将自己的财产遗赠给扶养人，也不享有要求扶养人扶养的权利。

第五，遗赠扶养协议具有优先效力。在处理遗产的方式上，遗赠扶养协议具有最优先的效力。只要是遗赠扶养协议中约定遗赠的财产，就应依协议由扶养人取得，不论是受扶养人遗嘱中指定的继承人还是受扶养人的法定继承人均不得主张取得该财产。

（二）遗赠扶养协议的效力

1. 扶养人的义务

按照遗赠扶养协议，扶养人对受扶养人负有扶养的义务。扶养人对受扶养人的扶养义务自遗赠扶养协议生效时起即发生效力，且具有继续性。因此，自遗赠扶养协议生效后，扶养人就应当履行自己的扶养义务，在受扶养人生前依协议约定不间断地对其给予生活上的照料和扶助；在受扶养人死亡后还应当负责办理受扶养人的丧事。扶养人不履行扶养义务的，应当承担违约责任。依据《继承法意

见》第56条的规定，扶养人无正当理由不履行遗赠扶养协议，致使协议解除的，其支付的扶养费用一般不予补偿。

2. 受扶养人的义务

按照遗赠扶养协议，受扶养人负有将其财产遗赠给扶养人的义务。受扶养人对在遗赠扶养协议中指定遗赠给扶养人的财产，不得擅自处分。依据《继承法意见》第56条的规定，遗赠人无正当理由不履行遗赠扶养协议，致使协议解除的，应当偿还扶养人已支付的供养费用。

第五节　遗产的处理

一、遗产的保管

继承开始后，原属于被继承人的一切财产都转归继承人所有。但在遗产分割前，由于遗产的最后归属尚没有确定，如果不对遗产加以保管，就可能使遗产遭受不应有的损害。所以，遗产的保管对继承人及受遗赠人来说，都是相当重要的。

依据《继承法》第24条规定，存有遗产的人应当妥善保管遗产。因此，继承开始后，负有保管遗产义务的人，首先是存有遗产的人。如果是被继承人生前自己占有的财产，继承开始后，应当由知道被继承人死亡的继承人或遗嘱执行人保管。继承人都知道被继承人死亡的，继承人应当共同保管遗产，也可以协商由继承人中的一人或数人保管遗产。如果继承人中无人知道被继承人死亡或者知道被继承人死亡而不能通知的，遗产应当由被继承人生前所在单位或者住所地或遗产所在地的居民委员会、村民委员会负责保管。依据《继承法意见》第44条的规定，人民法院在审理继承案件时，如果知道有继承人而无法通知的，分割遗产时，要保留其应继承的遗产，并确定该遗产的保管人或保管单位。

在遗产保管中，保管人负有以下义务：（1）清理遗产，编制遗产清册；（2）通知继承人；（3）妥善保管遗产；（4）及时移交遗产。

二、遗产的分割

（一）遗产分割的原则

1. 遗产分割自由原则

遗产分割自由原则是指共同继承人得随时要求分割遗产。就是说，继承人得

随时行使遗产分割请求权，任何继承人不得拒绝分割。遗产分割请求权虽以自由行使为原则，但法律另有规定或当事人另有约定者，不在此限。

2. 保留胎儿继承份额原则

根据《民法总则》第16条的规定，在涉及遗产继承时，胎儿视为具有民事权利能力，但胎儿娩出时为死体的，其民事权利能力自始不存在。可见，胎儿具有继承能力，可以作为继承人，有权分得遗产。因此，在分割遗产时，如果有胎儿的，应当保留胎儿的继承份额。对此，《继承法》第28条规定："遗产分割时，应当保留胎儿的继承份额。胎儿出生时是死体的，保留的份额按照法定继承办理。"依据《继承法意见》第45条规定，应当为胎儿保留的遗产份额没有保留的，应从继承人所继承的遗产中扣回。为胎儿保留的遗产份额，如胎儿出生后死亡的，由其继承人继承；如胎儿娩出时就是死体的，该胎儿不为继承人，保留的遗产由被继承人的继承人继承。

3. 互谅互让、协商分割原则

《继承法》第15条规定："继承人应当本着互谅互让、和睦团结的精神，协商处理继承问题。遗产分割的时间、办法和份额，由继承人协商确定。协商不成的，可以由人民调解委员会调解或者向人民法院提起诉讼。"互谅互让要求继承人在分割遗产时要相互关心、相互照顾，对法律规定需要特殊照顾的继承人，应当适当多分给遗产；协商分割要求继承人在遗产分割时，对遗产的分割时间、分割办法、分割份额等都应当按照继承人之间协商一致的意见处理。

4. 物尽其用原则

物尽其用原则是指在遗产分割时，应当从有利于生产和生活的需要出发，注意发挥遗产的实际效用。对此，《继承法》第29条第1款规定："遗产分割应当有利于生产和生活需要，不损害遗产的效用。"依据《继承法意见》第58条规定，人民法院在分割遗产中的房屋、生产资料和特定职业所需要的财产时，应依据有利于发挥其使用效益和继承人的实际需要，兼顾各继承人的利益进行处理。

（二）遗产分割的方式

遗产分割的方式是指继承人取得遗产应继份的具体方法。《继承法》第29条第2款规定："不宜分割的遗产，可以采取折价、适当补偿或者共有等方法处理。"根据这一规定，遗产分割的方式主要有以下四种方式：

1. 实物分割

实物分割是指由继承人对遗产进行实体分割，由各继承人取得分割部分的单

独所有权。由于遗产是一项集合财产，因此，遗产可以是可分物，也可以是不可分物，如果遗产不能作实物分割的，则不能采取实物分割的方法。

2. 变价分割

变价分割是指将遗产出卖而由继承人分配价金。如果遗产不宜进行实物分割，或者继承人都不愿取得该遗产，则可以将遗产变卖，换取价金。然后，由继承人按照自己应继份的比例，对价金进行分割。例如，将死者的房屋出售，分割价款。使用变价分割的方式分割遗产，实际上是对遗产的处分，所以，遗产的变价应当经过全体继承人的同意。

3. 补偿分割

补偿分割是指由某个继承人取得遗产的所有权，并由该继承人向其他继承人补偿其应继份的价值。对于不宜实物分割的遗产，如果继承人中有人愿意取得该遗产，则由该继承人取得遗产的所有权。然后，由取得遗产所有权的继承人按照其他继承人应继份的比例，分别补偿给其他继承人相应的价金。如果继承人中有多人愿意取得遗产的所有权，而又达不成协议，则应当根据继承人的实际需要和发挥遗产的效用，确定给某个继承人。

4. 保留共有的分割

保留共有的分割是指继承人对遗产不作实物分割、变价分割和补偿分割，而是继续保持继承人对遗产的共有状态。对于不宜进行实物分割，继承人又都愿意取得遗产的，或者继承人基于某种生产或生活目的，愿意继续保持遗产共有状况的，均可以采取保留共有分割的方式，由继承人对遗产享有共有权，其共有份额按照应继份的比例确定。

（三）遗产分割的效力

遗产分割采用实物分割方法时，各继承人对其他继承人所分得的遗产，应当负与出卖人同样的瑕疵担保责任。这一担保责任既包括物的瑕疵担保责任，也包括权利的瑕疵担保责任。所谓物的瑕疵担保责任即遗产的瑕疵担保责任，是指继承人之间应担保各自取得遗产的价值、效用或品质无瑕疵；所谓权利的瑕疵担保责任即遗产权利的瑕疵担保责任，是指继承人之间应担保各自取得的遗产不受第三人对遗产主张任何权利。

继承人分得债权时，其他继承人有担保债权实现的责任。如果继承人在遗产分割时分得的部分为遗产债权，而此遗产债权又因债务人在遗产分割时缺乏支付能力无法实现时，该继承人就有权要求其他继承人承担担保责任；如果该遗产债权是附停止条件或未届清偿期的，各共同继承人则应对清偿时债务人的支付能力

负担保责任。

三、遗产债务的清偿

（一）遗产债务的确定

遗产债务是指被继承人生前依法应当缴纳的税款和完全用于个人生活需要所欠下的债务。遗产债务主要包括以下几类：（1）被继承人依据我国税法的规定应当缴纳的税款；（2）被继承人因合同之债而欠下的债务；（3）被继承人因侵权行为而承担的损害赔偿的债务；（4）被继承人因不当得利而承担的返还不当得利的债务；（5）被继承人因无因管理而承担的补偿管理人必要费用的债务；（6）其他属于被继承人个人的债务。

（二）遗产债务的清偿原则

1. 限定清偿原则

限定清偿原则是指继承人对被继承人的遗产债务的清偿只以遗产的实际价值为限，除继承人自愿清偿外，继承人对于超过遗产实际价值的部分不负清偿责任。对此，《继承法》第33条规定："继承遗产应当清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务，缴纳税款和清偿债务以他的遗产实际价值为限。超过遗产实际价值部分，继承人自愿偿还的不在此限。继承人放弃继承的，对被继承人依法应当缴纳的税款和债务可以不负偿还责任。"

2. 保留必留份原则

依据《继承法意见》第61条规定，继承人中有缺乏劳动能力又没有生活来源的人，即使遗产不足清偿债务，也应为其保留适当遗产，然后再按有关规定清偿债务。

3. 清偿债务优先于执行遗赠原则

《继承法》第34条规定："执行遗赠不得妨碍清偿遗赠人依法应当缴纳的税款和债务。"依照这一规定，在遗赠和清偿债务的顺序上，清偿债务优先于执行遗赠。只有在清偿债务之后，还有剩余遗产时，遗赠才能得到执行。如果遗产已不足清偿债务，则遗赠就不能执行。

4. 连带责任原则

继承人共同继承遗产时，各共同继承人对遗产债务应当承担连带责任。按照连带责任原则，被继承人的债权人有权向共同继承人全体，或者共同继承人中的一人或数人请求在遗产实际价值范围内清偿全部遗产债务。同时，在遗产分割后，各共同继承人仍然要对被继承人的债权人负连带责任。但在共同继承人内部，则

应当按照各自遗产份额的比例分担遗产债务。

（三）遗产债务的清偿时间和方式

关于被继承人遗产债务的清偿，若债务已到期，继承人一般应当在遗产分割之前进行。继承人应当先用被继承人的遗产清偿被继承人应当缴纳的税款和债务，然后再进行遗产的分割。若债务未到期，继承人经债权人同意可提前清偿，也可以在分割遗产时保留与债权数额相等的遗产数额，或分配给某一继承人负责清偿。

关于遗产债务的清偿方法，我国《继承法》没有明确规定，司法实践一般采取以下两种方法：一是先清偿债务、后分割遗产，即继承人首先从遗产中清算出遗产债务，并将清算出的相当于遗产债务数额的遗产交付给债权人。然后，根据各继承人应继承的份额，分配剩余遗产。二是先分割遗产、后清偿债务，即继承人首先根据他们应当继承的遗产份额，分割遗产，同时分摊遗产债务；然后，各继承人根据自己分摊的债务数额向债权人清偿。在实践中，如果遗产已被分割而未清偿债务的，则应当依据《继承法意见》第62条规定的精神处理。即：如果有法定继承又有遗嘱继承和遗赠的，首先由法定继承人用其所得遗产清偿债务。不足清偿时，剩余的债务由遗嘱继承人和受遗赠人按比例用所得遗产偿还；如果只有遗嘱继承和遗赠的，由遗嘱继承人和受遗赠人按比例用所得遗产偿还。

四、无人承受遗产的处理

（一）无人承受遗产的概念和范围

无人承受的遗产是指没有继承人或受遗赠人承受的遗产。

自然人死亡后，一般都是有继承人或受遗赠人的。但是，在个别情况下，也可能出现无人承受被继承人遗产的情况。从实践来看，无人承受的遗产主要包括：（1）没有继承人和受遗赠人的遗产；（2）继承人放弃继承、受遗赠人放弃受遗赠的遗产；（3）继承人丧失继承权、受遗赠人丧失受遗赠权的遗产。

（二）无人承受遗产的归属

根据《继承法》第32条的规定，无人继承又无人受遗赠的遗产，归国家所有；死者生前是集体所有制组织成员的，归所在的集体所有制组织所有。可见，《继承法》是按死者的身份来确定无人承受遗产归属的。在处理无人承受的遗产时，应当注意两个问题：

其一，死者债务的清偿问题。依据《继承法》第33条的规定，继承人继承遗产应当清偿被继承人的债务。同理，取得无人承受遗产的国家或集体所有制组织，也应当在取得遗产的实际价值范围内负责清偿死者生前所欠的债务。只有清偿债

务后，国家或集体所有制组织才能取得剩余部分的遗产。

其二，非继承人取得遗产的问题。《继承法意见》第57条规定："遗产因无人继承收归国家或集体组织所有时，按继承法第十四条规定可以分给遗产的人提出取得遗产的要求，人民法院应视情况适当分给遗产。"依据这一规定，在处理无人承受遗产时，如果有继承人以外的依靠被继承人扶养的缺乏劳动能力又没有生活来源的人，或者继承人以外的对被继承人扶养较多的人，则可以分给他们适当的遗产。

▶ 自测习题及参考答案



第七章　侵权责任法

第一节　侵权责任法概述

一、侵权责任法的概念和功能

侵权责任法，是规定侵权行为及其法律责任的法律规范的总称。《侵权责任法》第2条第1款明确规定："侵害民事权益，应当依照本法承担侵权责任。"该规定不仅确立了侵权责任法的调整对象，而且也明确了侵权责任法的概念。侵权责任法是我国民法的重要组成部分，未来将成为我国民法典的一编。

侵权责任法可以分为形式意义上的侵权责任法和实质意义上的侵权责任法。在我国，形式意义上的侵权责任法是指2010年7月1日起施行的《侵权责任法》。该法共12章，计92个条文，包括总则、分则和附则三个部分。随着民法典编纂进程的逐步推进，这部侵权责任法将成为未来编纂完成的民法典的侵权责任编。实质意义上的侵权责任法是指规定侵权行为及其法律责任的法律规范的总称。除《侵权责任法》外，尚包括《民法总则》《物权法》《国家赔偿法》《产品质量法》《消费者权益保护法》《环境保护法》《道路交通安全法》《反不正当竞争法》等法律和法规中的侵权责任规则。

《侵权责任法》第1条规定："为保护民事主体的合法权益，明确侵权责任，预防并制裁侵权行为，促进社会和谐稳定，制定本法。"依此规定，侵权责任法具有如下功能：第一，救济功能。救济功能又称为补偿功能、填补损害的功能，是指在受害人有遭受侵害危险或遭受侵害后，要通过侵权责任的承担使其免受侵害或使其尽可能恢复到如同侵害没有发生的状态。[①] 第二，预防功能。预防功能可以分为特殊预防和一般预防。特殊预防是指侵权责任法通过对特定民事主体课加侵权责任，避免其以后再实施类似行为。一般预防是指侵权责任法可以起到对于社会一般人的预防作用。第三，制裁功能。所谓制裁功能，是指侵权责任法通过强加给民事主体以责任，来教育行为人，以维护良好的社会生产和生活秩序。第四，维护行为自由的功能。如何在对受害人进行妥当救济和保障社会一般人行为自由之间找到最佳的均衡点，是侵权责任法承担的核心任务，我国侵权责任法也通过

---

① 张新宝：《侵权责任法立法：功能定位、利益平衡与制度构建》，《中国人民大学学报》2009年第3期。

以作为的侵权责任为原则，以不作为的侵权责任为例外；将过错责任确立为侵权损害赔偿责任的一般归责原则；以及在侵权损害赔偿责任的承担上以自己责任为原则，以为他人行为负责为例外等多项制度，维护社会一般人的行为自由。①

二、侵权责任法的保护范围

《侵权责任法》第2条规定："侵害民事权益，应当依照本法承担侵权责任。本法所称民事权益，包括生命权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、婚姻自主权、监护权、所有权、用益物权、担保物权、著作权、专利权、商标专用权、发现权、股权、继承权等人身、财产权益。"可见，我国侵权责任法的保护范围包括民事权利和民事利益。

民事权利就是服务于民事主体特定利益的实现或维持，由法律保证实现的自由。侵权责任法所保护的民事权利，既包括《侵权责任法》第2条第2款明确列举的生命权、健康权等，也包括该款没有明确列举的债权等。民事利益是指独立于民事权利，但仍然受到民事法律保护的人身或财产利益。例如一般人格利益，主要包括人格平等、人格尊严和人身自由等;② 再如单纯基于占有所获得的财产利益、纯粹经济损失所对应的财产利益等。

三、侵权责任承担方式

侵权责任承担方式，是指责任人承担侵权责任的具体方法。我国《侵权责任法》第15条第1款、第21条以及第45条等条款，效法《民法通则》第83条、第117~120条、第134条第1款等条款，在恢复原状、赔偿损失、赔礼道歉、消除影响以及恢复名誉等损害赔偿责任以外，尚认可停止侵害、排除妨碍、消除危险以及返还财产作为侵权责任承担方式，认可了侵权责任承担方式的多样化，这一立法体例具有重要意义。

首先，除损害赔偿外，尚认可停止侵害、排除妨碍、消除危险、返还财产作为侵权责任承担方式，则侵权责任仅在其承担方式为损害赔偿时，属于债的法律关系；在其承担方式为停止侵害、排除妨碍、消除危险、返还财产时，侵权责任就并非对应着债的法律关系，也就不能完全归属于债法的范畴，这就为侵权责任法的单独制定以及侵权责任法成为未来民法典中独立的一编提供了扎实的依据。如

---

① 王利明：《侵权责任法研究》（上卷），中国人民大学出版社2010年版，第103—117页。

② 王利明、杨立新、姚辉：《人格权法》，法律出版社1997年版，第23—35页。

果将侵权责任承担方式限定为损害赔偿，则侵权责任关系就是债的法律关系，侵权责任法当然属于债法的范畴，侵权责任法独立成编也就没有扎实的理由。

其次，除损害赔偿外，尚认可停止侵害、排除妨碍、消除危险、返还财产作为侵权责任承担方式，由于侵权责任制度将统一发挥对各种类型的民事权利和利益进行保护的功能，则返还财产、排除妨碍、停止侵害、消除危险等侵权责任承担方式将有适用于各类民事权益保护的可能，而不仅仅如传统民法那样，仅将其作为绝对权保护请求权的内容。这就可以避免传统民法在相对权和民事利益的保护上因侵权救济方式单一可能带来的困难。

四、侵权责任归责原则[①]

侵权责任归责原则，顾名思义，是关于侵权责任“归责”的基本规则，即行为人因为何种事由被要求承担责任。归责原则不仅确立了归责的依据，而且确定了不同的责任构成要件、免责事由，因此，在侵权责任法中居于核心地位。

我国侵权责任法认可侵权责任承担方式的多样化。通说认为，当侵权责任承担方式为停止侵害、排除妨碍、消除危险、返还财产时，以严格责任为归责原则。当侵权责任承担方式为损害赔偿责任时，则以过错责任为一般归责原则，以过错推定责任和严格责任为例外归责原则。

《侵权责任法》第6条第1款规定：“行为人因过错侵害他人民事权益，应当承担侵权责任。”这是关于过错责任作为侵权损害赔偿责任一般归责原则的规定。过错责任，是指以过错作为归责的最终构成要件，并且以过错作为确定责任范围的重要依据。过错责任原则在侵权损害赔偿责任的归责原则中处于主导和统帅地位，过错推定责任原则、严格责任原则是对过错责任原则的补充。《侵权责任法》第6条第1款的规定具有强大的开放性和普遍适用的价值，是可以适用于特殊侵权损害赔偿责任之外的所有侵权损害赔偿责任的兜底条款。

过错责任原则的特点在于：一是相对于加害行为、损害事实及其因果关系等构成要件而言，过错是归责的最终要件，无过错即无责任。根据“谁主张，谁举证”原则，受害人对加害人的过错承担举证责任。二是依过错程度确定责任范围。即在混合过错的情况下，考虑加害人和受害人之间的过错程度并进行比较，通过适用过失相抵规则确定加害人和受害人的责任范围；在共同过错的情况下，考虑共同侵权人的过错程度，或者数人在无意思联络而共同实施侵权行为的情况下，

① 王利明主编：《民法》（第六版），中国人民大学出版社2015年版，第569—570页。

考虑各侵害人的过错，从而确定各自与其过错相适应的民事责任。

《侵权责任法》第6条第2款规定："根据法律规定推定行为人有过错，行为人不能证明自己没有过错的，应当承担侵权责任。"这是关于过错推定责任作为侵权损害赔偿责任例外归责原则的规定。过错推定责任，是指基于法律的特别规定，推定加害人存在过错而应承担侵权责任，加害人能够证明自己没有过错的除外。

过错推定责任的特点在于：第一，过错推定是根据法律规定的一定的基础事实推定行为人具有过错。例如，《侵权责任法》第58条规定的推定医疗机构有过错的基础事实包括：违反法律、行政法规、规章以及其他有关诊疗规范的规定；隐匿或者拒绝提供与纠纷有关的病历资料；伪造、篡改或者销毁病历资料。第二，过错推定在过错证明责任分配上实行举证责任倒置。受害人只需证明存在一定的基础事实，无须证明行为人具有过错，而由行为人举证证明自己没有过错。第三，关于过错的推定可以被"推翻"。行为人可以通过证明自己没有过错来推翻法律规定对过错的推定。法律明确规定反证事由的，行为人可以通过证明反证事由存在从而证明自己没有过错；法律对反证事由没有明确规定的，行为人只要证明自己尽到了法定的和一般的注意义务即可证明自己没有过错。

《侵权责任法》第7条规定："行为人损害他人民事权益，不论行为人有无过错，法律规定应当承担侵权责任的，依照其规定。"这是关于严格责任作为侵权损害赔偿责任例外归责原则的规定。严格责任，是指基于法律的特别规定，受害人能够证明所受损害是加害人的行为或者物件所致，加害人就应当承担民事责任，加害人能够证明存在法定抗辩事由的除外。严格责任的构成要件有四项：一是行为，二是受害人受有损害，三是行为与损害之间存在因果关系，四是不存在法定的免责事由。严格责任的适用有明确的限制，即主要适用于《民法通则》《侵权责任法》规定的特殊侵权责任，如产品责任、环境污染责任和高度危险责任。

五、多元化的损失补救制度

所谓多元化的损失补救制度，是指由侵权损害赔偿责任、保险、社会保障、社会救助等组成的损失补救制度。对受害人遭受的损害进行分配，是侵权责任法的一项重要任务。侵权损害赔偿虽然可以救济受害人，但是，它也存在诉讼程序复杂、加害人不具有足够的责任财产等缺陷，受害人可能无法获得充分救济，因此，应当设置多元化的损失补救制度。我国《侵权责任法》也认可多元的损害分配制度：以承受损害主体的不同为依据，可以区分为受害人自己承受损害和由受害人以外其他民事主体承担损害；由受害人以外的其他民事主体承担损害，还包

括通过承担侵权损害赔偿责任的方式来承担损害以及用承担侵权损害赔偿责任以外的其他方式来承担损害两种类型。除此之外，我国《侵权责任法》也认可其他的由受害人以外的民事主体分担损害的损害分配制度。具体包括：

首先是通过法定补偿义务制度来分配损害。《侵权责任法》允许在特定情形下，依据民法公平原则由其他民事主体对受害人遭受的损害予以补偿。补偿不同于损害赔偿，并非侵权责任的承担方式。《侵权责任法》第23条第2句、第31条第2句、第33条第1款后段以及第87条规定的补偿义务，第24条确立的“分担损失”规则，第32条第2款第1句所谓“有财产的无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的，从本人财产中支付赔偿费用”等，都属有关法定补偿义务的规定。这些规定与《民法通则》及最高人民法院相关司法解释确认的法定补偿义务一道，构成我国民法中独立类型之债。在我国的责任保险制度尚不发达、社会保障制度还远未健全的背景下，法定补偿义务制度运用得当，无疑可在一定程度上济侵权损害赔偿责任制度之穷。①

其次是借助保险制度来分配损害。典型者如《侵权责任法》第49条、第50条、第52条以及第53条确认，凡是机动车参加强制保险的，由保险公司在机动车强制责任保险责任限额范围内予以赔偿。

最后是通过其他社会保障措施来分配损害。如《侵权责任法》第53条确认，机动车驾驶人发生交通事故后逃逸，机动车不明或者该机动车未参加强制保险，需要支付被侵权人人身伤亡的抢救、丧葬等费用的，由道路交通事故社会救助基金垫付。

第二节　一般侵权责任

一、一般侵权责任的概念和构成要件

一般侵权责任是指适用过错责任原则的侵权责任。依据《侵权责任法》第6条第1款与《民法通则》第106条第2款，我国法律规定的一般侵权责任应具备以下构成要件：

第一，存在加害行为。没有加害行为，就不会产生侵权责任。完全与人无关的自然事件，如地震导致人员伤亡和财产损失，虽然也会发生一定的法律效果，

① 王轶：《作为债之独立类型的法定补偿义务》，《法学研究》2014年第2期。

如保险法上保险赔偿金的给付、国家的救灾行为等，但不发生侵权责任。

第二，侵害了他人的民事权益。侵权责任法保护的是民事权益。如果受侵害的并非民事权益，则可能发生其他法律责任，但是不会产生侵权责任。

第三，加害行为与民事权益被侵害之间存在因果关系。如果民事权益被侵害的后果并非该加害行为所致，而是由于其他原因造成的（如受害人故意），则行为人无须承担侵权责任。

第四，行为人具有过错，即主观上为故意或过失。否则，即便侵害了他人的民事权益、存在因果关系，原则上也不产生侵权责任。

二、加害行为、民事权益被侵害与损害

（一）加害行为

1. 概念

加害行为是指侵害他人民事权益的受意志支配的人的行为。首先，加害行为必须是受到意思的支配的人的行为，即行为是在行为人的意识控制下，由其意愿所引导，可以控制的人的行为。倘若某一行为不是在人的意思的支配下进行的，而是被强制作出的身体的动作或者因外力的影响而产生的不自觉的反应，不属于侵权法上的“加害行为”。其次，加害行为是侵害他人民事权益的行为。侵权责任法无法也不应当对那些没有侵害他人民事权益的行为作出评价。作为侵权责任构成要件的加害行为必须对他人的民事权益，如生命权、身体权、健康权等人身权益或所有权、担保物权、用益物权等财产权益造成了侵害。

2. 类型

依其表现形态之不同，加害行为可分为“作为”与“不作为”。作为是指，行为人积极的举止动作，即有所为，外界对此能够加以识别。加害行为中比较常见的是作为。例如，殴打他人、发表污蔑他人的文章、偷窃他人的财物、损坏某人的汽车、纵火焚毁房屋等。

不作为是指不做某件事情，从外界表现来看，行为人乃处于消极的静止状态，什么也没干，即有所不为。不作为并非指一切属于人类的消极静止状态，[①] 被认定构成加害行为的不作为，必须是违反了某种作为的义务。倘无作为之义务，即便行为人有所不为，亦非加害行为。作为义务主要产生于特定身份或有特定关系的人之间，如基于亲属关系的抚养、照顾义务，基于契约关系的各种作为义务，从

① 参见曾世雄：《损害赔偿法原理》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 63 页。

事了在先行为的人负有的作为义务以及因特定职务或业务而负有的作为义务。例如，警察负有保护人民群众安全、制止违法犯罪的义务。侵权责任法一般性确认的强制性民事义务主要都是没有特别关系的不特定人之间“不得损害”他人的消极不作为义务。至于在没有特别关系的人之间，一方积极为他方利益而作为的义务通常不为法律所一般性地认可。

（二）民事权益被侵害

1. 概念

侵害民事权益，是指民事权益遭受了侵害的客观事实，它是侵权责任的成立要件之一（《侵权责任法》第2条第1款）。在侵权诉讼中，原告主张民事权益被侵害的前提是其确实享有该民事权益。生命权、身体权、健康权、姓名权、名誉权、肖像权、隐私权、人身自由权、人格尊严权等人格权是任何自然人都当然享有的权利，被侵权人无需证明自己享有这些权利。除此之外，被侵权人负有证明其民事权益存在的举证责任。

2. 权益侵害与损害的关系

很多时候，侵害民事权益当然会造成损害。例如，开车将行人撞伤的行为，既侵害了该行人的生命权，又造成其损害，如医疗费、残疾赔偿金、精神痛苦等。但有的时候，虽然行为人侵害了他人的民事权益，却并不当然就会造成损害。例如，B在A家门口堆放建材，堵塞了出路。这个行为侵害了房屋所有人A的所有权，但只构成了妨害，并未造成损害。因此，权益被侵害不等于损害。

只有损害赔偿责任才以损害之存在为必备的要件，归责原则也仅适用于赔偿责任的成立。至于排除妨害、消除危险等侵权责任的承担方式，是基于物权、人格权等绝对权而产生的保护性请求权，其构成要件中虽包括权益被侵害，却不要求有损害，更不考虑加害人有无过错。

（三）损害

1. 概念

损害是所有民事赔偿责任的必备要件。没有损害，就没有赔偿。唯有被侵权人因侵权行为遭受了损害，方能要求侵权人负损害赔偿义务，即成立侵权赔偿责任。客观上的损害，是指任何物质的或精神的利益的非自愿的丧失。由于并非所有的客观上的损害都能获得法律上的救济，而只有那些具有可赔偿性的损害，才属于损害赔偿法意义上的损害，这些损害就是所谓“法律上的损害”。

可赔偿的损害应符合以下两个要件：其一，可赔偿的损害必须是能够通过侵权人承担赔偿责任得到赔偿，而非通过其他方式得到赔偿。其二，基于法律价值

上的考量，该损害应当由侵权人承担。申言之，一方面，该损害是由于侵权人侵害受害人的民事权益所致；另一方面，该损害并非过于“遥远”以至于不应由侵权人加以赔偿。

2. 类型

（1）财产性损害与非财产性损害。依据损害能否通过金钱加以计算，可以将之分为财产性损害与非财产性损害。财产性损害，也称“经济损失”，是指具有财产价值，能够以金钱加以计算的损害。例如，A 将 B 的移动电话损坏；甲将乙的房屋烧毁等。非财产性损害，也称“精神损害”，是指没有财产价值，无法以金钱加以计算的损害。例如，甲因近亲属乙被丙开车撞死而遭受的失去亲人的痛苦；A 因被 B 打伤致残而遭受的痛苦。

（2）直接损害与间接损害。直接损害，是指对受害人的人身权益、财产权益本身所造成的损害。这种损害可以从客观形体上的变化中得以反映或者察觉。例如，某人毁损他人汽车，汽车本身的毁灭是有形的、可从外部观察到的。间接损害，是指由于权益被侵害而延伸发展出来的损害，包括减少的收入、失去的利润以及物品丧失使用等。例如，某人将他人汽车毁坏后，车主无法使用该车的损失；某人将他人打伤后，伤者因此丧失的工作收入。

（3）积极损害与消极损害。积极损害也称“所受损害”，是指因加害行为的发生导致受害人既存财产的减少。消极损害也称“所失利益”，是指因加害行为的发生导致受害人应增加的财产未增加。例如，A 被 B 打伤，A 因此遭受的财产损失包括：治疗伤害支出医疗费、交通费、护理费等共计 1 万元；因住院治疗耽误工作而减少的收入 20 万元。这两项财产损害中，前者是所受损害，而后者就是所失利益。

三、因果关系

（一）概念与意义

侵权法上的因果关系，是指加害人的行为与损害后果之间的因果关联。“因果关系不仅归属于侵权行为法基本规定内容，且构成了其他几乎所有赔偿责任构成要件的基础。”① 侵权法上讨论因果关系的意义在于：

首先，维护自己责任。现代法治社会奉行自己责任原则，任何人都要为也仅为自己的行为负责。在实现自己责任的过程中，因果关系起到了过滤器的作用，

① ［德］克里斯蒂安·冯·巴尔：《欧洲比较侵权行为法》（下），焦美华译，法律出版社 2004 年版，第 498 页。

它可以将能归因于某人的事实性后果和不能归因于该人的事实性后果加以区分，从而有效地贯彻自己责任原则。

其次，控制责任范围。世界是普遍联系的，事物之间的因果链条可以无限延伸。行为人的一个行为会引发一连串的后果，有些行为人可以预见，有些则无法预料。然而，“无论是从单个侵权行为人的利益出发，还是为了自身生存的愿望，侵权行为法都必须将那些过于‘遥远’的损害从其体系中排除出去”①。否则，将会损害合理的行为自由，甚至摧毁人们的生存空间。

（二）两个层次的因果关系

侵权法上的因果关系可以分为两层。第一层是责任成立的因果关系，即加害行为与权益遭受侵害之间的因果关联。也就是说，只有当权益被侵害的结果与加害人的行为有关时，侵权责任方可成立，因此该层次的因果关系用来解决侵权责任成立与否的问题。

第二层是责任范围的因果关系，是权益被侵害与损害之间的因果关系，它是侵权责任成立后用于确定赔偿范围的因果关系。由于权益被侵害会引发各种损害，而从法律政策的角度出发，侵权人并非对所有的损害都要赔偿，故通过“责任范围的因果关系”可以过滤掉不合理的损害赔偿请求权，以控制赔偿责任的范围。

（三）因果关系的判断标准

相当因果关系理论是判断责任成立因果关系的主流标准。它实际上是分为两个阶段来判断因果关系的。首先，依条件说来确认加害行为与权益受侵害之间有无条件关系，即加害行为是否属于权益受侵害的原因。其次，在确认了加害行为是权益受侵害的原因后，再判断是否存在相当性，即该加害原因是否属于权益受侵害的充分原因。如果是，则因果关系成立；如果否，则因果关系不成立。

依据条件说，现实生活中导致权益被侵害的事实可能因素有很多。但是，只有那些“不可想象其不存在的条件，才属于结果的原因”。因此，就加害行为而言，只有当其缺少则权益就不会受到侵害的情况下，该加害行为才是权益被侵害的条件。例如，A 超速驾驶机动车，撞伤了穿越马路的 B。如果 A 不超速行驶，则其完全有足够的时间刹住车，从而避免撞伤 B。因此，A 的超速驾驶行为是 B 受伤的必要条件。

条件说只是对因果关系进行一种自然科学意义上的检测，它并不足以解决可

① ［德］克里斯蒂安·冯·巴尔：《欧洲比较侵权行为法》（下），焦美华译，法律出版社 2004 年版，第 1 页。

归责性的问题。依据该说，所有对于权益被侵害这一结果之出现不可或缺的条件都是原因，具有同等的效力或具有同等的价值，不存在孰轻孰重，因此条件说也被人们称为“等值理论”。如果按照条件说，只要行为人的行为是损害的必要条件之一，就要承担侵权责任，那么就会使得那些完全不真实的因果关系以及过于“遥远”的原因都被涵盖进来了，因果关系链条被无限制地加以延伸，故此，有必要对条件说加以限制，即在侵害权益的原因中区分重要的与不重要的原因，从而适当地控制侵权责任的成立。由此，就产生了所谓相当性理论。具有相当性的条件必须同时符合两个特征：其一，该条件的存在对于诉争损害的发生几率产生了影响；其二，该条件并非在某些极端特殊的情形下才成为引发损害的条件。

相当因果理论的关键在于：作为原因被考察的事件是否通常会增加损害后果出现的客观可能性。行为人对损害范围能否预见，无关紧要。因为相当因果关系只是要排除那些客观上出乎寻常的原因所造成的损害。

四、过错

（一）概念与本质

过错是对行为人主观心理状态的评价，分为故意与过失。只有存在加害行为与损害后果等客观要件后，方有讨论过错的必要。脱离客观要件，单独讨论过错是没有意义的。事实上，过错必须涉及何种内容，通常也要由客观构成要件加以决定。

现代侵权法侧重于补偿损害以及预防损害。一方面，通过与商业保险、责任保险、社会保障等其他补偿制度的结合，侵权法更好地实现了损害的分散。就侵权人而言，尽管因过错给他人造成了损害，但并不需要自掏腰包赔偿受害人。因为保险公司已代为支付保险赔偿金了，受害人或者通过工伤保险制度得到了补偿。另一方面，由于判断标准日益客观化，过错实际上只是一种用于协调各种法律价值的、纯粹的技术性手段。它不再是对个人主观上的道德非难。法官对过错的认定也往往基于价值的考量、利益的权衡。法官有可能只是从被告防范损害发生的成本与受害人损害的大小和发生概率的关系角度出发，确认被告有无过错，进而建立一种激励经济上更有效率的行为的机制。

（二）类型

过错分为故意和过失两种。

故意是指行为人明知其行为会发生侵害他人民事权益的后果，仍有意为之的

一种主观心理状态。

过失是指行为人对侵害他人民事权益之结果的发生，应注意或能注意却未注意的一种心理状态。过失可分为重大过失、一般过失与轻微过失。重大过失是指行为人连最普通人的注意都没有尽到，或者说，行为人是以一种“异乎寻常的方式”违背了必要的注意。这种行为是“特别重大而且在主观上不可宽恕的违反义务的行为，其已经显著地超出了通常的过失程度”。一般过失是最为常见的过失形态。前述对过失的界定指的就是这种过失。随着过失的客观化，侵权法中判断行为人是否具有一般过失，采取的是相对客观的标准，是以“行为人（债务人）通常在自己事务上应尽的注意”作为判断标准来确定的过失，如“善良管理人”或“合理的人”。轻微过失，是相对于一般过失程度更加轻微的过失。

（三）暂时没有意识或失去控制造成他人损害时的侵权责任

完全民事行为能力人具有意思决定的自由，能够认识行为的危险性并加以选择或控制，应就自己的行为给他人造成的损害承担侵权责任。但是，实践中也时有发生完全民事行为能力人由于种种原因突然陷入对自己的行为暂时没有意识或失去控制的状态，以致不能完全辨认甚至完全不能辨认自己的行为，给他人造成损害。《侵权责任法》第33条对此作出了具体规定。

1. 有过错时承担侵权责任

既然完全民事行为能力人是在对自己的行为暂时没有意识或者失去控制的情况下给他人造成损害的，因此，《侵权责任法》第33条第1款中的“过错”应当是指，行为人应预见且能预见自己在先从事的某种行为可能导致自己陷入暂时没有意识或失去控制从而会给他人造成损害的心理状态。从实践的情况来看，最常见的完全民事行为能力人“对自己的行为暂时没有意识或者失去控制造成他人损害有过错”的情形，就是醉酒或滥用麻醉药品或精神药品。①

2. 无过错时承担公平责任

如果某人陷入暂时没有意识或失去控制的状态，并非自己的在先行为所致（如被他人强迫服用毒品以致对自己的行为失去控制），或者行为人虽然是因自己的在先行为陷入暂时没有意识的状态，但他并未预见到自己会陷入该状态（如医生并未告知患者服用某类药物后会出现暂时丧失意识的后果），则不能认为行为人具有过错。此时，如果法律没有特别规定适用无过错责任，则不应要求

① 参见《麻醉药品和精神药品管理条例》第3条第1款；国家质量监督检验检疫局和国家标准化管理委员会颁布的国家标准《车辆驾驶人员血液、呼气酒精含量阈值与检验》（GB 19522-2010）。

该人承担侵权责任。然而，受害人毕竟遭受了损害，其对于损害的发生并无过错。基于公平的原则，为贯彻分配正义之理念，《侵权责任法》第33条第1款规定，应当“根据行为人的经济状况对受害人适当补偿”。也就是说，在考虑补偿的数额时主要看的是行为人经济状况的好坏。行为人富有的，多补偿；贫穷的，少补偿。

五、免责事由

（一）概述

免责事由，是指那些使侵权责任不成立的法律事实。《侵权责任法》将免责事由称为“不承担责任的情形”。免责事由不同于抗辩事由。

首先，抗辩事由包括但不限于免责事由。就侵权责任而言，所谓抗辩事由是指在侵权诉讼中被告针对原告的请求而提出的有关侵权责任不成立，或者侵权责任虽能够成立但应免除或减轻侵权责任的一切主张。也就是说，除了免责事由外，抗辩事由尚包括以下两类：其一，通过证明侵权责任构成要件的欠缺而主张责任不成立的抗辩事由，如侵权人证明自己没有过错或者加害行为与损害结果之间不存在因果关系等；其二，通过提出其他法律事实或者法律的规定而主张免除责任或者减轻责任，如侵权人提出的诉讼时效期间届满的抗辩，侵权人证明受害人对于损害的发生或者扩大也具有过错而减轻责任的抗辩。

其次，由于免责事由是在侵权责任的构成要件从表面上看已经满足之后，免除行为人的侵权责任的法律事实，它往往蕴涵了立法者的价值判断。针对不同的侵权责任，立法者承认的免责事由也是不同的，因而免责事由须由法律加以明确规定。但并非一切抗辩事由都要由法律逐一规定。例如，行为人通过证明侵权责任构成要件的欠缺就可以当然地不承担侵权责任，这是不言自明之理，无须法律规定。正因如此，《侵权责任法》才将原先草案中使用的“抗辩事由”修改为“不承担责任和减轻责任的情形”①。

（二）具体类型

《侵权责任法》第3章中规定的一般性的免责事由分别是：受害人故意（第27条）、第三人行为（第28条）、不可抗力（第29条）、正当防卫（第30条）以及紧急避险（第31条）。从比较法上来看，侵权责任的免责事由还包括自助行为、行使权利、受害人同意以及执行职务等。但《侵权责任法》对这些免责事由都没

① 王胜明主编：《中华人民共和国侵权责任法解读》，中国法制出版社2010年版，第114页。

有规定。①

受害人故意即受害人故意给自己造成损害。由于损害结果的出现是受害人所追求的目的，即受害人之故意是导致损害发生的唯一原因，因此加害行为与损害结果之间并无因果关系，行为人不承担侵权责任。

第三人行为是指侵权人与被侵权人之外的第三人从事的不法行为，该行为在中断了侵权人在先的加害行为与损害之间的因果关系后，可以免除侵权人的侵权责任。

不可抗力是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。除非法律另有规定，不可抗力是可以普遍适用于所有民事责任的免责事由。

正当防卫不仅是刑法中排除犯罪性的行为，也是民法上的免责事由。《民法总则》第181条第1句与《侵权责任法》第30条第1句规定：因正当防卫造成损害的，不承担民事责任。

紧急避险是指为避免自己或他人生命、身体、自由以及财产上的急迫危险，不得已而实施的加害他人的行为。构成紧急避险的，紧急避险人不承担侵权责任。②

第三节　多数人侵权责任

一、概述

多数人侵权责任是与单独的侵权责任相对应的概念。单独的侵权责任，也称单独的侵权行为，是指由一个加害人实施的侵权行为。多数人侵权责任，是指二人以上实施侵权行为造成他人损害时的侵权责任。现代社会的侵权行为中加害人为多人的情形极为常见。这一点尤其表现在机动车损害责任、产品责任、医疗损害责任及环境污染损害责任等侵权行为中。在多数人实施侵权行为时，由于因果关系的形态表现为多因一果或多因多果，因而受害人如何证明因果关系的存在、多个加害人如何向受害人承担侵权责任、加害人内部责任怎样分担等问题，较之于单独的侵权行为都更为复杂。

---

① 全国人大法工委参与《侵权责任法》起草工作人士撰写的释义书只是解释了为何不规定受害人同意的理由，参见王胜明主编：《中华人民共和国侵权责任法解读》，中国法制出版社2010年版，第120页。

② 《侵权责任法》第31条。

我国《侵权责任法》采用多个条文（第8—12条）对多数人侵权责任作出了规范。依据有无意思联络即共同故意，《侵权责任法》将多数人侵权责任分为以下两大类：

第一，共同侵权行为（具有意思联络的数人侵权）：（1）共同加害行为（第8条）；（2）共同危险行为（第10条）；（3）教唆帮助行为（第9条）。

第二，无意思联络的数人侵权：（1）承担连带责任的无意思联络的数人侵权（第11条）；（2）承担按份责任的无意思联络的数人侵权（第12条）。

二、共同加害行为

（一）概念

共同加害行为是最典型的共同侵权行为，也称“狭义的共同侵权行为”，是指二人以上共同故意实施侵权行为，造成他人的损害，从而应当承担连带责任（《侵权责任法》第8条）。例如，A、B与C三人都与D有仇，约好了一起去教训D，最后将D打伤。

共同加害行为的数个加害人之间往往有分工，它们可能都直接从事了加害行为，也可能并非都直接从事加害行为，此时，每个加害人的行为对损害的作用方式以及作用范围是不同的。例如，在盗窃团伙实施偷盗行为时，往往是头目负责方案的拟订，而诸多的手下又各有分工。按照肇因原则的要求，受害人如果想要团伙的每一个成员都向其承担侵权责任，则需要逐一证明每个人的行为与其权益受侵害之间存在因果关系（即所谓的责任成立因果关系）。显然，对此受害人是难以做到的。有鉴于此，侵权法上特别设立以“意思联络”（即共同故意）为构成要件的共同加害行为制度，将那些具有共同故意的数个加害人实施的行为评价为一个侵权行为，使各个加害人承担连带责任，从而有效地实现减轻受害人因果关系证明责任的规范目的。

（二）构成要件

1. 须有数个加害人。共同加害行为中应有数个行为人，即二人或二人以上。[①] 否则，只能成立单独的侵权行为。至于各个行为人是否完全民事行为能力人，在所不问。

2. 每一个加害人的行为皆符合客观构成要件。共同侵权行为是单独侵权行为的扩张。只有当各个行为人的行为皆符合侵权行为的客观构成要件时，方能成立

① 《侵权责任法》第8条。

共同加害行为。

3. 存在共同故意即意思联络。共同故意，是指二人以上明知且意欲协力导致损害结果发生的心理状态。申言之，数个行为人在实施侵害他人权益的行为的过程中具有共同追求的目标，相互意识到彼此的存在，且客观上为达致此目的而付出了共同的努力，即各自承担了一定数量的、相互之间有一定联系的行为部分。在具有意思联络的数人加害于他人时，即便无法查明具体造成损害之人或各加害人的加害部分，也构成共同加害行为。意思联络足以使因果关系这一构成要件得以满足，因为共同的意志产生了共同的原因。

（三）法律后果

共同加害行为中各个行为人承担连带赔偿责任。申言之，赔偿权利人有权要求任何一个赔偿义务人承担全部的赔偿责任，也有权要求赔偿义务人中的一人或多人承担部分的赔偿责任。支付超出自己赔偿数额的赔偿义务人，有权向其他连带责任人追偿。

三、共同危险行为

（一）概念与规范目的

共同危险行为是指二人以上实施危及他人人身、财产安全的行为，其中一人或者数人的行为实际造成他人损害，但不能确定该人是谁，故而由全体行为人承担连带责任的情形（《侵权责任法》第 10 条）。例如，甲、乙、丙、丁四人在棋牌室打麻将，四人皆抽烟且随地乱扔烟头，结果将房间地毯点燃，但不知道是何人所扔的烟头引发的，这种情形就是共同危险行为，应当由甲、乙、丙、丁四人承担连带责任。

共同危险行为的特殊之处在于：受害人仅仅知道哪些人参与从事了对自己的人身财产具有危险的活动，但根本不知道（或不能断定）具体引发损害的是参与人中的哪一个人或哪一些人。为了消除受害人确定具体的加害人是谁的困难，侵权法上才特别设立了共同危险行为制度。据此，在具体加害人不明的情形下实施了因果关系举证责任的倒置。除非参与危险活动之人能够证明其行为与损害之间不存在因果关系，否则他们都应当向受害人负担连带赔偿责任。这样做的理由在于：其一，虽然受害人不能确切地证明具体的加害人，但是加害人就隐藏在多个参与人之中，非此即彼。也就是说，加害人参与的危险活动与受害人的损害之间存在的是择一的因果关系或选择的因果关系。其二，通过实行举证责任的倒置也有助于查明真相，使受害人不会因为其无法提供具体针对某个人的因果关系的证据而丧失其损害赔偿请求权。

（二）构成要件

1. 基本构成要件

作为共同危险行为基本规范的《侵权责任法》第10条，实质上并非侵权责任的成立规范，而只是证明责任的分配规范。虽然受害人因此而免负因果关系之证明责任，但仍须证明每一个共同危险行为人的行为符合其他的侵权责任成立要件。这些要件属于共同危险行为的基本构成要件。

（1）存在损害。这是所有侵权赔偿责任必备的要件，共同危险行为也不例外。所谓损害，包括人身伤亡与财产损失。对此，受害人负证明责任。

（2）其他构成要件。共同危险行为是为解决因果关系不明而设立的制度，在一般侵权行为和特殊侵权行为中都有可能出现因果关系不明的情形，所以，共同危险行为既适用于一般侵权行为，也适用于特殊侵权行为（无论是过错推定责任、无过错责任还是公平责任）。

2. 不存在共同故意

在共同加害行为与共同危险行为的适用顺序上，前者优先。只有不构成共同加害行为的时候，才考虑能否适用共同危险行为。所以，没有共同故意是共同危险行为的消极主观要件。

3. 数人实施了危险行为

首先，共同危险行为中必定存在数个参与实施危险行为之人，其人数至少应为两人。如果只有一人，不构成共同危险行为。其次，二人以上实施危险行为中的“实施”，既包括作为，也包括不作为。最后，数人的行为均具有导致他人权益遭受特定损害的危险性。共同危险行为中之所以全部行为人要向受害人承担赔偿责任，是因为这些参与人都实施了危及他人人身、财产安全的行为。也就是说，参与人虽然分别、独立地从事行为，并无意思联络，但他们都从事了“一个对受害人的权益具有危险性的行为”。共同危险行为的成立不是因为行为人主观之共同，而在于客观之共同，即数人参与实施了对他人人身、财产安全有共同的危险的行为。他们的行为不仅是危险的，而且具有相同的危险。共同危险行为要求数个行为人的危险指向的是同一客体。①

4. 因果关系不明

由于《侵权责任法》第10条已将因果关系不明表述为“不能确定具体侵权人”，且规定“能够确定具体侵权人的，由侵权人承担责任”。所以，在现行法上，

① 参见黄松有主编：《民事审判实务问答》，法律出版社2005年版，第129页。

只有加害人不明即择一的因果关系形态时，方适用第 10 条，属于共同危险行为。仅仅是“加害部分不明”，不适用共同危险行为，而应根据不同的情形适用《侵权责任法》第 11 条或第 12 条。

（三）法律后果

共同危险行为人应就被侵权人的损害承担连带责任。[①] 一方面，被侵权人有权要求全部或部分行为人就全部或部分的损害承担连带赔偿责任；[②] 另一方面，共同危险人内部应当按照责任大小确定赔偿份额，不能确定的则平均承担责任。[③] 支付超出自己赔偿数额的连带责任人，有权向其他连带责任人追偿。[④]

（四）免责事由

共同危险行为中，除了一个或多个侵权人的行为与损害之间存在真实的因果关系外，其他人的行为与损害之间存在的是“可能的因果关系”。因此，共同危险行为人有权通过证明自己的行为与损害之间不可能存在因果关系而免责。对此，《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》（以下简称《人身损害赔偿解释》）第 4 条有明确的规定：“共同危险行为人能够证明损害后果不是由其行为造成的，不承担赔偿责任。”此外，《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《民事诉讼证据规定》）第 4 条第 1 款第 7 项也规定：“因共同危险行为致人损害的侵权诉讼，由实施危险行为的人就其行为与损害结果之间不存在因果关系承担举证责任。”

四、教唆帮助行为

教唆帮助行为，即教唆、帮助他人实施侵权行为的情形。在教唆、帮助他人实施侵权行为的案件中，教唆人和帮助人并非直接地、具体地实施加害行为的人。受害人要证明直接实施侵害行为者的行为与损害之间的因果关系，并不太困难。但是，要证明并未直接实施加害行为的教唆人、帮助人的行为与损害之间的原因力和原因力的大小，则比较困难。毕竟，教唆人或帮助人并未直接参与实施侵权行为。

为消除这种困难，侵权法上规定教唆人、帮助人也被视为共同加害行为人，

---

① 《侵权责任法》第 10 条。
② 《侵权责任法》第 13 条。
③ 《侵权责任法》第 14 条第 1 款。
④ 《侵权责任法》第 14 条第 2 款。

他们要与直接加害人一起就受害人的全部损害承担赔偿责任。[①] 此条规定使受害人无须证明教唆人、帮助人的行为与损害的因果关系，而只要证明存在教唆行为或帮助行为，即可使教唆人或帮助人与直接侵权人一起承担连带责任，有利于保护受害人的合法权益。此外，将教唆人与帮助人也作为共同侵权人，承担连带赔偿责任，有助于遏制共同侵权行为的发生。

依据被教唆人或被帮助人是否完全民事行为能力人，《侵权责任法》将教唆、帮助行为分为两类。

其一，教唆、帮助完全民事行为能力人实施侵权行为。就此类教唆、帮助行为，教唆人或帮助人应与行为人承担连带责任。[②]

其二，教唆、帮助限制民事行为能力人或无民事行为能力人实施侵权行为。此时，教唆人或帮助人应当承担侵权责任，而该被教唆或被帮助之无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人在未尽到监护责任时，也要承担相应的责任。[③]

五、无意思联络的数人侵权

（一）概念与特征

无意思联络的数人侵权，是指没有共同故意的数人分别实施侵权行为，造成他人同一损害的情形。《侵权责任法》对无意思联络的数人侵权作出了专门的规定。其中，第 11 条规定："二人以上分别实施侵权行为造成同一损害，每个人的侵权行为都足以造成全部损害的，行为人承担连带责任。"第 12 条规定："二人以上分别实施侵权行为造成同一损害，能够确定责任大小的，各自承担相应的责任；难以确定责任大小的，平均承担赔偿责任。"

（二）构成要件

1. 数人分别实施侵权行为。无意思联络的数人侵权意味着加害人必须是数人，即二人以上。但他们是分别实施侵权行为的，即不存在共同故意。否则，就构成共同加害行为，应适用《侵权责任法》第 8 条。

2. 造成了同一损害。无意思联络的数人侵权必须给受害人造成了"同一损害"。[④] 所谓同一损害，既不是指给受害人仅造成了一个损害或造成同一性质的损

---

① 《侵权责任法》第 9 条。
② 《侵权责任法》第 9 条第 1 款。
③ 《侵权责任法》第 9 条第 2 款。
④ 《侵权责任法》第 11、12 条。

害，也不意味着受害人遭受的损害是不可分割的，而是指各个侵权人分别实施的加害行为均与受害人的权益被侵害之间存在因果关系。如果受害人遭受了多个损害，则各个侵权人的行为与该多个损害之间都具有责任成立的因果关系；如果受害人仅遭受了一个损害，则每个侵权人的行为都和这个损害具有责任成立上的因果关系。至于原因力的程度（即责任范围的因果关系），在所不问。

3. 存在因果关系。(1)《侵权责任法》第11条中的因果关系类型。适用《侵权责任法》第11条的一个重要要件是，分别实施侵权行为的人中“每个人的侵权行为都足以造成全部损害”。对于这种因果关系的类型，有不同的称谓，如“累积因果关系”“聚合因果关系”“等价因果关系”①。所谓“足以造成全部损害”不等于每个侵权行为都实际造成损害，只要每个侵权行为与损害的发生具有相当之因果关系即可。也就是说，每个侵权行为如果单独出现的话，都可以造成受害人的全部损害。各个行为在原因力上是相等的，可以相互替代。即便只有单独的一个侵权行为，损害结果并不会因此发生改变。② (2)《侵权责任法》第12条中的因果关系类型。《侵权责任法》第12条未要求每个人的侵权行为都足以造成全部损害。有学者认为，该条规范的是“部分因果关系型的无意思联络数人侵权”。部分因果关系意味着，每个侵权人的行为均不足以导致损害后果的发生，而必须相互结合才能导致损害后果的发生。③ 事实上，《侵权责任法》第12条不仅规范了部分因果关系型的无意思联络数人侵权，还规范了这样一种情形：分别实施侵权行为的数人中，一人的侵权行为足以导致全部损害的发生，而另外一人的侵权行为却仅能造成部分的损害。

（三）法律后果

《侵权责任法》区分了不同因果关系类型的无意思联络数人侵权，分别规定了连带责任与按份责任。

1. 连带责任。在无意思联络的数人侵权中，如果每个人的侵权行为都足以造

① 奚晓明主编：《〈中华人民共和国侵权责任法〉条文理解与适用》，人民法院出版社2010年版，第91页；王利明、周友军、高圣平：《中国侵权责任法教程》，人民法院出版社2010年版，第397页。

② 参见王胜明主编：《中华人民共和国侵权责任法解读》，中国法制出版社2010年版，第54页；奚晓明主编：《〈中华人民共和国侵权责任法〉条文理解与适用》，人民法院出版社2010年版，第91页。

③ 参见王利明、周友军、高圣平：《中国侵权责任法教程》，人民法院出版社2010年版，第400页。

成全部损害的，则行为人承担连带责任。[①] 被侵权人有权请求部分或者全部连带责任人承担责任，而连带责任人内部的赔偿数额的分摊应当按照各自责任的大小确定。难以确定的，平均承担赔偿责任。[②]

2. 按份责任。在无意思联络的数人侵权中，只要任何一个行为人的行为不足以造成全部损害，他们就无须向被侵权人承担连带责任，而仅承担按份责任。在行为人内部，能够确定责任大小的，各自承担相应的责任；难以确定责任大小的，平均承担赔偿责任。[③]

第四节 特殊侵权责任

一、特殊侵权责任概述

特殊侵权责任是指适用无过错责任（危险责任）与过错推定责任的侵权责任。因为无过错责任、过错推定责任是过错责任原则的例外，须由法律明文规定。[④] 故此，将这些由法律逐一规定的侵权责任称为特殊侵权责任。区分一般侵权责任与特殊侵权责任的意义在于以下几点：

首先，归责原则不同。一般侵权责任适用的是过错责任，而特别侵权责任适用的则是无过错责任或者过错推定责任。正因如此，特殊侵权责任必须由法律逐一规定。

其次，责任主体不同。一般侵权责任中的行为人与责任人是一致的，从事加害行为之人就是最后承担侵权责任的人。而在特殊侵权责任中往往存在行为人与责任的分离，例如用人者责任、监护人责任。

再次，有无强制责任保险不同。由于不少特殊侵权责任适用的是无过错责任，故此侵权人的侵权责任极易成立。为了避免因侵权人丧失经济能力而无法赔偿受害人，法律往往规定此类侵权行为的责任人必须投保责任保险，即强制责任保险。至于一般的侵权责任，法律并不强制责任人投保保险，其可以根据自己的情况决定是否投保商业性的责任保险。

最后，有无最高赔偿限额的不同。法律对适用无过错责任的特殊侵权责任多

---

① 《侵权责任法》第 11 条。
② 《侵权责任法》第 13 条与第 14 条。
③ 《侵权责任法》第 12 条。
④ 《侵权责任法》第 6 条第 2 款、第 7 条。

有最高赔偿限额之规定。这是因为，适用无过错责任的侵权责任不以过错为构成要件，责任极易成立，加之这些侵权行为的免责与减责事由又有严格的限制，故此，侵权人承担的责任较重，有通过保险分散损失的需要。如果没有法定的最高赔偿限额，那么保险公司因无法确定风险，将不会承保。故此，法律上对于适用无过错责任的侵权行为有最高赔偿限额之规定。赔偿限额原则上应当由法律加以规定，[①] 行政法规、地方性法规或部门规章只有在法律授权的情况下才可以规定。

二、监护人责任

（一）概念与归责原则

监护人责任，是指无民事行为能力或限制民事行为能力人造成他人损害时，监护人应当承担的侵权责任。[②]

我国法上监护人责任适用无过错责任原则，即只要被监护人造成他人损害，无论监护人对此有无过错，均应承担侵权赔偿责任。纵然监护人完全尽到了监护义务，没有任何过错，也只能适当减轻责任，而不得免除责任。

根据《民法通则》第133条的规定，监护人责任适用的是无过错责任。《侵权责任法》第32条延续了《民法通则》的立法模式，仍将监护人责任规定为无过错责任。由于我国法上不承认过错能力（责任能力），因而我国法上的监护人责任对监护人和被监护人的规定更严苛。首先，任何无民事行为能力人或限制民事行为能力人造成他人损害的，只要行为人有自己独立的财产，一律要先从本人财产中支付赔偿费用，[③] 无论有无过错。其次，如果被监护人用自己的财产不足以支付全部的赔偿费用，则监护人要就不足的部分继续承担赔偿责任。[④] 最后，即便监护人尽到了监护责任，也只能减轻而不能免除责任。[⑤]

（二）构成要件

1. 加害人是无民事行为能力人、限制民事行为能力人。无民事行为能力人有两类：其一，未满8周岁的未成年人；[⑥] 其二，不能辨认自己行为的人。[⑦] 所谓

---

① 《侵权责任法》第77条。
② 《侵权责任法》第32条、《民法通则》第133条。
③ 《侵权责任法》第32条第2款。
④ 《侵权责任法》第32条第2款。
⑤ 《侵权责任法》第32条第1款。
⑥ 《民法总则》第20条第2款。
⑦ 《民法总则》第21条。

“不能辨认自己行为”，是指没有判断能力和自我保护能力，不知其行为的后果。①

限制民事行为能力人有两类：其一，已满8周岁的未成年人，② 但不包括“以自己的劳动收入为主要生活来源的”16周岁以上不满18周岁的公民。③ 因为《民法总则》第18条将这类自然人“视为”完全民事行为能力人。其二，不能完全辨认自己行为的成年人。④ 所谓“不能完全辨认自己行为”，是指对于比较复杂的事物或者比较重大的行为缺乏判断能力和自我保护能力，并且不能预见其行为的后果。⑤

2. 造成了他人损害。只有无民事行为能力人或限制民事行为能力人“造成他人损害”的，⑥ 监护人才承担侵权责任。“他人”是指监护人与被监护人之外的第三人，因为监护人责任保护的是监护关系外的第三人的合法权益。所谓“损害”既包括财产损害，也包括精神损害。监护人就被监护人的侵权行为承担的责任主要是损害赔偿责任。

（三）责任主体

监护人责任中的责任主体是“监护人”。《民法通则》只规定了法定监护，未承认意定监护。《民法总则》第2章第2节对监护人作出了详细的规定。

在我国法上，学校、幼儿园或者其他教育机构不是未成年人的监护人，它们只是对未成年人负有教育、管理职责。如果监护人想将监护职责部分或全部地委托给学校，须与学校有明确的约定。没有明确的约定，不能推定学校接受监护人的委托，对到校学习的未成年学生承担起部分或全部监护职责。⑦ 无民事行为能力人或限制民事行为能力人在幼儿园、学校或者其他教育机构学习、生活期间从事侵权行为造成他人损害的，应由加害人之监护人承担监护人责任。教育机构只有在未尽教育、管理职责时，方承担责任。⑧

（四）责任的承担

《侵权责任法》与《民法通则》依据被监护人有无自己的财产，将责任的承担

---

① 《执行民通意见》第5条。
② 《民法总则》第19条。
③ 《执行民通意见》第2条。
④ 《民法总则》第22条。
⑤ 《执行民通意见》第5条。
⑥ 《侵权责任法》第32条第1款。
⑦ 参见《吴凯诉朱超、曙光学校人身损害赔偿纠纷案》，《中华人民共和国最高人民法院公报》2006年第12期。
⑧ 《侵权责任法》第38条、第39条。

分成了两种情形。

1. 监护人应当就被监护人给他人造成的损害承担赔偿责任。如果是多个无民事行为能力人或限制民事行为能力人共同造成他人损害的，他们各自的监护人应依据《侵权责任法》第32条以及第8条以下的规定，向被侵权人承担共同侵权责任。①

2. 被监护人有自己的财产的，应先从被监护人本人的财产中支付赔偿费用，不足的部分由监护人赔偿。《民法通则》第133条第2款规定的是“适当赔偿”，但《侵权责任法》第32条第2款删除了“适当”一词。这就是说，被监护人有自己的财产又不足以支付全部的赔偿费用时，监护人应就不足之部分承担全部而非部分的赔偿责任。本书认为，《侵权责任法》的这一改变是合理的。因为在被监护人没有自己的财产时，监护人本应就受害人的损害承担全部赔偿责任。既然如此，当被监护人有自己的财产却不足以支付全部赔偿费用时，监护人更应就所有的不足部分给予赔偿。

三、用人者责任

（一）概念

用人者责任，又称“雇主责任”“辅助人责任”“使用人责任”或“使用者责任”。侵权法上的用人者责任有狭义和广义之分。

狭义的用人者责任仅指被使用者因执行工作任务或劳务造成他人损害时，用人者应承担的侵权责任，既包括民法上的用人者责任，② 也包括国家赔偿责任。

广义的用人者责任除包括狭义的用人者责任外，还包括被使用者因执行工作任务或提供劳务自身遭受损害时用人者应承担的责任。《侵权责任法》第35条，《人身损害赔偿解释》第11条、第14条就是对被使用者自身遭受损害时用人者责任的规定。

本教材使用的“用人者责任”一词仅指狭义的用人者责任中民法上的用人者责任，即《侵权责任法》第34条与第35条规范的用人者责任。

（二）特征

用人者责任有两个特征：

其一，适用的是无过错责任。申言之，无论是用人单位的工作人员因执行工

---

① 参见《马敏诉刘伟等玩耍中的共同危险行为致其人身损害赔偿纠纷案》与《尚景伟诉刘龙龙等三人玩耍中突然发生的损害共同侵权赔偿纠纷案》，最高人民法院中国应用法学研究所编：《人民法院案例选》（1992—1996年合订本），人民法院出版社1997年版，第757页。

② 《侵权责任法》第34条、第35条，《人身损害赔偿解释》第9条、第13条。

作任务造成他人损害，还是提供劳务的一方因劳务造成他人损害的，也无论用人单位或接受劳务的一方有无过错，均应承担侵权责任。①

其二，属于替代责任。用人者责任中，从事加害行为的是被使用者（工作人员或提供劳务的一方），而承担侵权责任的却是用人者（用人单位或接受劳务的一方）。这种行为主体与责任主体的分离，即为他人行为之责任。正因如此，《侵权责任法》将用人者责任规定在第四章“关于责任主体的特殊规定”中。

《侵权责任法》第34、35条依据用人者是单位还是个人，将用人者责任分成了两类：一是用人单位责任。该类责任又进一步分为：一般的用人单位责任，劳务派遣中用工单位与劳务派遣单位的责任。二是接受劳务一方的责任。

（三）构成要件

1. 加害人是用人单位的工作人员、提供劳务的个人

《侵权责任法》第34条所使用的“用人单位”一词的含义很广。它是指除个人之外的一切组织，换言之，只要不是自然人皆属于《侵权责任法》第34条所谓的用人单位，有无法人资格无所谓。工作人员究竟是该组织的劳动者，还是正式在编的公务员抑或参照《公务员法》管理的工作人员，也在所不问。

工作人员，是指被纳入用人单位的组织之内、服从用人单位的指示并受其管理控制的自然人，包括与用人单位存在劳动关系的工作人员、公务员及参照《公务员法》管理的工作人员。

个人之间形成劳务关系，是指自然人与自然人之间形成了劳务法律关系，在该法律关系中，一方为劳务提供者，另一方为劳务接受者。个人之间形成劳务关系可以有偿，也可以无偿。有偿的情形，如家庭聘请保姆、家庭教师等。个人之间形成无偿的劳务关系，也称“无偿帮工”，这在尚属熟人世界的农村社会中最为常见。例如，甲农民自己盖房，同村的乙、丙、丁前来帮忙。帮忙后，一般甲会请帮忙者吃顿饭等，不给报酬。《侵权责任法》第35条没有区分劳务关系的有偿无偿，只要个人之间形成了劳务关系，接受劳务的一方都应就提供劳务一方因劳务给他人造成的损害承担侵权责任。

劳务派遣，也称“人力派遣”或“劳动派遣”，是指劳务派遣单位与接受劳务派遣的单位签订劳务协议，由前者将其工作人员派往后者，令其服从后者的指挥并在该单位监督下提供劳动的情形。劳务派遣关系中存在三方主体，即劳务派遣单位、被派遣的工作人员及接受劳务派遣的单位。其中，劳务派遣单位与被派遣

① 《侵权责任法》第34条、第35条。

的工作人员之间存在的是劳动关系，它是被派遣工作人员的“用人单位”①。劳务派遣单位与接受劳务派遣的单位存在劳务派遣协议。依据该协议，被派遣的工作人员为接受劳务派遣的单位提供劳务，二者存在的是劳务关系，接受劳务派遣的单位是被派遣工作人员的“用工单位”②。劳务派遣期间，实际上对被派遣的工作人员加以指示、管理和监督的不是作为用人单位的劳务派遣单位，而是作为用工单位的接受劳务派遣的单位。故此，当被派遣的工作人员因执行工作任务造成他人损害时，应由接受劳务派遣的用工单位承担侵权责任。《侵权责任法》第34条第2款规定：“劳务派遣期间，被派遣的工作人员因执行工作任务造成他人损害的，由接受劳务派遣的用工单位承担侵权责任；劳务派遣单位有过错的，承担相应的补充责任。”所谓“有过错”是指，劳务派遣单位违反劳务派遣协议，派遣了不符合要求的工作人员到用工单位，以致该工作人员因执行工作任务而给他人造成损害。

2. 工作人员、提供劳务一方的行为构成侵权行为

用人者责任属于替代责任，即用人者为被使用者的侵权行为承担责任。故此，只有被使用者的行为是侵权行为（即符合侵权责任的成立要件）时，才产生用人者为被使用者承担责任的问题。所以，工作人员、提供劳务一方的行为构成侵权行为也属于用人者责任的构成要件之一。

3. 因执行工作任务或因劳务造成他人损害

《侵权责任法》第34条第1款和第35条要求，用人单位的工作人员或提供劳务方给他人造成的损害，须“因”执行工作任务或提供劳务所致。这个“因”字表明了：用人单位工作人员或提供劳务的一方造成他人损害的行为与“执行工作任务”或“提供劳务”有因果关联性。如果造成损害的行为虽发生在执行工作任务或提供劳务过程中，却与执行工作任务或提供劳务没有联系，也不属于因执行工作任务或提供劳务造成的损害，不产生用人者责任。

依据工作人员或提供劳务方的活动是否在用人单位或接受劳务方的授权或指示范围之内，可将“执行工作任务”与“提供劳务”的情形分为以下两类。

（1）授权或指示范围内的活动。如果工作人员或提供劳务方是在用人单位或接受劳务方的授权、指示范围内从事行为，无论该行为是生产经营活动还是其他活动，是法律行为还是非法律行为，只要给他人造成损害，都属于因“执行工作任务”或“提供劳务”造成损害的情形，用人单位或接受劳务方当然要承担侵权

① 《劳动合同法》第58条第1款。
② 《劳动合同法》第59条第1款。

责任，对此并无异议。

（2）超出授权或指示范围的活动。此类活动可细分为三类：一是违反指示或命令从事的活动。二是没有得到指示或命令而从事的活动。三是利用职务给予的机会从事的活动。工作人员或提供劳务者超出授权或指示从事的活动，多为故意之行为。该行为能否被认定为执行工作任务或劳务，须谨慎判断。依据《人身损害赔偿解释》第9条第2款，只有当该行为与执行工作任务或劳务有内在联系或其表现形式为履行职务时，用人单位或接受劳务者才应承担责任。

（四）法律后果

用人者就被使用者造成他人损害的行为，是单独承担责任还是与被使用者承担连带责任，比较法上有不同规定。我国《侵权责任法》第34条与第35条只是规定由用人者承担侵权责任，没有规定用人者与被使用者的连带责任。《人身损害赔偿解释》第9条第1款规定："雇员在从事雇佣活动中致人损害的，雇主应当承担赔偿责任；雇员因故意或者重大过失致人损害的，应当与雇主承担连带赔偿责任。雇主承担连带赔偿责任的，可以向雇员追偿。"这就意味着只有当雇员是因故意或重大过失致人损害时，雇主才享有针对雇员的追偿权。

（五）工作人员或提供劳务一方自身遭受损害之赔偿

如果是工作人员在执行工作任务过程中自身遭受损害的，则构成工伤，通过工伤保险赔偿填补损害。如果给工作人员造成损害的是用人单位以外的第三人，此时依据《人身损害赔偿解释》第12条第2款，被侵权人有权同时获得工伤保险赔偿和侵权赔偿。

如果提供劳务的一方因劳务自身遭受损害，因个人之间形成的劳务关系不属于依法应当参加工伤保险统筹的情形，故无法适用《工伤保险条例》，受害人不能享受工伤保险待遇。为解决由此产生的赔偿责任问题，应当适用《侵权责任法》第35条的规定，即"根据双方各自的过错承担相应的责任"。

如果提供劳务方从事劳务活动中遭受第三人侵害之时，受害人当然有权依据《侵权责任法》第6条第1款或相关规定，要求该第三人承担侵权责任。如果接受劳务的一方对该损害之发生也有过错，受害人还有权要求接受劳务方承担侵权责任。此时，接受劳务方与第三人之间的关系为何，应当区分不同的情形处理。倘若提供劳务方的损害是由于第三人的侵权行为与接受劳务方的过错行为共同结合所致，二者应分别就提供劳务方的损害承担相应的责任。[①] 如果无论第三人的侵权

① 《侵权责任法》第12条。

行为还是接受劳务方的过错，均足以导致提供劳务方的损害，就须由第三人与接受劳务方负连带责任，[①] 二者内部的责任分摊依据《侵权责任法》第13、14条处理即可。

四、网络服务提供者的侵权责任

（一）类型与规范目的

《侵权责任法》第36条第1款规定："网络用户、网络服务提供者利用网络侵害他人民事权益的，应当承担侵权责任。"这是对网络用户、网络服务提供者单独侵权责任的规范。网络用户是指任何使用互联网的民事主体，包括自然人、法人和其他组织。网络服务提供者既包括网络内容服务提供者，也包括网络技术服务提供者。[②]

由于网络用户和网络服务提供者利用网络侵害他人民事权益的行为是否构成侵权责任及如何承担侵权责任等问题，本身并无特殊之处，完全可以依据侵权责任法关于一般侵权责任的规定解决。故此，《侵权责任法》第36条第1款是一般性规定，适用于法律没有特别规定的所有的网络侵权行为。

《侵权责任法》第36条第2、3款中的网络服务提供者侵权责任的规定，确定了两项重要原则。一是通知规则。根据《侵权责任法》第36条第2款的规定，所谓通知规则是指，在被侵权人通知网络服务提供者要求其采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施，如果网络服务提供者接到该通知后置若罔闻，未及时采取必要措施的，则该提供者需要就被侵权人损害扩大的部分与从事侵权行为的网络用户承担连带责任。二是知道规则。依据《侵权责任法》第36条第3款的规定，如果网络服务提供者知道网络用户利用其网络服务侵害他人民事权益，未采取必要措施的，则网络服务提供者应当与该网络用户承担连带责任。

之所以《侵权责任法》第36条第2、3款着重规范了网络技术服务提供者的侵权责任，理由在于：首先，网络技术服务提供者不同于网络内容服务提供者。前者只是为网络用户提供接入、传输、存储、即时通信、搜索等技术性服务。它不像网络内容提供者那样会直接从事侵害他人民事权益的加害行为。但是，如果网络用户利用网络技术服务提供者提供的技术服务实施侵害他人民事权益的行为，而该提供者知道或应知道加害行为的存在，却不闻不问，不采取必要的措施来预

---

① 《侵权责任法》第11条。

② 参见王胜明主编：《中华人民共和国侵权责任法解读》，中国法制出版社2010年版，第180页。

防和阻止该行为的发生，显然不利于保护民事主体的合法权益。故此，法律上必须给网络技术服务提供者施加一定的注意义务，以有效地实现“保护民事主体的合法权益”“预防侵权行为发生”之目的。其次，网络技术服务提供者应当负有何种程度的注意义务，涉及权益保护与合理自由这一对基本价值的协调问题。一方面，网络上的各种信息浩如烟海，有的侵权，有的不侵权。如果只要有人利用网络服务从事了侵权行为，网络技术服务者就要承担责任，显然强人所难。这样做，既会妨害网络产业的正常发展，更会严重损害人们的行为自由。另一方面，倘若网络技术服务提供者因提供网络服务而获益，却不负有任何注意义务，任由他人利用其服务从事侵权行为，显然无法有效地维护民事主体的合法权益。长此以往，也会妨害信息网络产业的健康发展。为此，需要法律对于网络技术服务提供者的侵权责任作出合理细致的特别规范。

（二）构成要件

1. 网络用户从事了侵权行为。网络技术服务提供者与网络用户承担连带责任的前提在于，网络用户的行为构成侵权行为，应承担侵权责任。例如，对于链接而言，被链接内容构成侵权是认定链接服务提供者是否构成侵权的前提。如果连网络用户的行为都不构成侵权行为，无须承担侵权责任，自然网络技术服务者更不用承担侵权责任。

2. 网络技术服务提供者具有过错。

（1）违反通知与移除规则的要求。依据《侵权责任法》第 36 条第 2 款，只有在被侵权人通知网络服务提供者，要求其采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施，而网络技术服务提供者接到该通知后置若罔闻，未及时采取必要措施的，该提供者才需要就被侵权人损害扩大的部分与从事侵权行为的网络用户承担连带责任。

依据《侵权责任法》第 36 条第 2 款，如果网络技术服务提供者在接到了被侵权人的通知后，没有按照通知与移除规则的要求，采取必要措施（如删除、屏蔽、断开链接等）并将该通知转达给被指控的服务对象，就认为网络技术服务提供者存在过错。当法院认定，确实存在网络用户利用其提供的网络从事侵权行为，且因网络技术服务提供者的过错导致了损害结果扩大，则网络技术服务提供者应与从事侵权行为的网络用户，就该扩大之损害向被侵权人负连带责任。

关于被侵权人应以何种形式向网络服务提供者发出通知的问题，《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第 5 条规定，被侵权人应当以“书面形式或者网络服务提供者公示的方式”向网络服务提供者发出通知并且该通知还需要包含下列内容的，人民法院才会认定有

效：一是通知人的姓名（名称）和联系方式；二是要求采取必要措施的网络地址或者足以准确定位侵权内容的相关信息；三是通知人要求删除相关信息的理由。书面形式包括信件、电报、电子邮件、传真等。所谓“网络服务提供者公示的方式”是指，网络服务提供者预先告知网络用户在发现有人利用网络服务实施侵权行为时应当如何通知网络服务提供者。可选择的方式是书面和口头两种方式。

（2）知道他人利用其网络服务侵害第三人民事权益而未采取必要措施。依据《侵权责任法》第36条第3款，如果被侵权人有证据证明网络服务提供者知道网络用户利用网络服务从事了侵权行为，那么无须通知即可要求网络服务提供者与从事侵权的网络用户负连带责任。

所谓“知道”，包括明知和应知。也就是说，无论网络服务提供者是明知还是应知而不知，都要与实施侵权的网络用户一样承担连带责任。这是因为：首先，实践中几乎所有的网络服务提供者都会以自己并不知道网络侵权行为为由推脱责任。被侵权人要证明网络服务提供者“明知”，难度太大。倘若要求网络服务提供者只有明知时才承担连带责任，那么《侵权责任法》第36条第3款将被架空。其次，尽管网络服务提供者不可能也无力识别所有的利用其网络服务进行的侵权行为，但就某些网络侵权行为的识别与监控，无论从法律规定、常识，还是从技术可行性的角度来看，网络技术服务提供者都可以做到，也应当做到。例如，《全国人民代表大会常务委员会关于维护互联网安全的决定》也规定：“从事互联网业务的单位要依法开展活动，发现互联网上出现违法犯罪行为和有害信息时，要采取措施，停止传输有害信息，并及时向有关机关报告。”《互联网电子公告服务管理规定》第13条规定：“电子公告服务提供者发现其电子公告服务系统中出现明显属于本办法第九条所列的信息内容之一的，应当立即删除，保存有关记录，并向国家有关机关报告。”再如，从常识角度出发，一个专业的视频网站经营者应当知道影视剧的著作权人不太可能在网络上免费提供涉案作品，当其网站链接至可以免费观看影视剧的网页时，其有合理的理由知道存在侵权行为。如果网络服务提供者对于各种明显的网络侵权行为视而不见，事后又以并非明知为由来推脱责任，显然是不可以的。再次，无论明知还是应知，均以网络技术服务提供者具有预见能力和避免能力为前提。在网络技术服务提供者没有预见能力或避免能力的情况下，法院一般也不会认定其明知和应知。故此，以“知道”作为网络技术服务提供者承担侵权责任的主观要件，并不苛刻。最后，网络技术服务提供者向他人提供网络技术服务而获取利益，同时也开创了他人利用该网络技术服务从事侵权行为的危险。基于报偿原理，网络技术服务提供者应当尽到一定程度

的注意义务。它不仅应当在明知网络侵权行为或被侵权人通知其存在侵权行为时，采取相应的措施阻止侵权行为，也应当主动地去发现和避免一些网络侵权行为的出现。

（三）法律后果

1. 就损害扩大部分承担连带责任。依据《侵权责任法》第36条第2款，网络技术服务提供者只需要就“损害的扩大部分”与从事侵权的网络用户承担连带赔偿责任。申言之，利用网络服务侵害他人民事权益的网络用户，其作为直接的侵权人，当然要对被侵权人的全部损害承担侵权赔偿责任。网络技术服务提供者只需要就扩大的那部分损害负责。这样一来，在损害的扩大部分之上，网络技术服务提供者与侵权的网络用户之间就形成了连带责任。

2. 就全部损害承担连带责任。网络服务提供者明知或应当知道网络用户利用其网络服务从事侵权行为，而未采取必要的措施的，网络服务提供者应与网络用户承担连带责任。[①] 该连带责任的范围并非被侵权人的全部损害，而仅限于网络服务提供者知道或应当知道之后的损害，之前的损害仍应由网络用户单独承担侵权责任。[②] 这是因为，如果网络服务提供者根本不知道或者不应当知道网络侵权行为的存在，要求其对知道之前的那部分损害也负赔偿责任，显非合理。

五、违反安全保障义务的侵权责任

（一）概念与特征

安全保障义务，是指宾馆、商场、餐馆、银行、机场、车站、港口、影剧院、娱乐场所等公共场所、经营场所的管理人或者群众性活动的组织者负有的保障他人之人身安全、财产安全的注意义务。如果安全保障义务人未尽到该义务，应承担侵权责任或相应的补充责任。我国法上最早确立“安全保障义务”的是《人身损害赔偿解释》第6条。而《侵权责任法》第37条在吸收借鉴该司法解释规定的基础上，首次于法律上明确了安全保障义务。此后，第二次修订的《消费者权益保护法》也在第18条第2款对经营者向消费者负担的安全保障义务作出了规定。安全保障义务有以下特征：

第一，旨在保护的是他人的人身与财产安全。《侵权责任法》中安全保障义务的保护范围更广，既包括人身安全，也保护财产安全。安全保障义务人违反了安

① 《侵权责任法》第36条第3款。

② 参见王胜明主编：《中华人民共和国侵权责任法解读》，中国法制出版社2010年版，第187页。

全保障义务的，无论是造成他人人身伤亡，还是财产损害，均应承担责任。

第二，负有该义务的为特定的主体。在《侵权责任法》中，安全保障义务只适用于特定主体，即宾馆、商场、餐馆、银行、机场、车站、港口、影剧院、娱乐场所等公共场所、经营场所的管理人或者群众性活动的组织者。

第三，违反该义务产生的是侵权责任。依据《侵权责任法》第37条第1款，安全保障义务人违反安全保障义务，造成他人损害时，应当承担侵权责任。同条第2款规定，即便是第三人从事侵权行为造成他人损害，如果安全保障义务人没有尽到安全保障义务的，也要承担相应的补充责任。这两类责任都属于侵权责任而非合同责任。当然，如果安全保障义务人与受害人之间存在某种合同关系的话，也会发生违约责任与侵权责任的竞合。①

（二）安全保障义务的功能

1. 维护公共安全。公共场所、经营场所均供不特定之人进出和活动，群众性活动的参与者人数众多，二者均涉及不特定多数人的人身、财产安全。规定公共场所的管理人与群众性活动的组织者负有安全保障义务，可以有效地维护公众的安全。

2. 对不作为侵权的判断。不作为侵权中，被告承担侵权责任的要件之一为负有作为之义务。安全保障义务不仅意味着义务人负有不侵害他人绝对权之消极不作为义务，更要求义务人为保护他人民事权益而积极作为。如果安全保障义务人，没有履行作为义务而造成他人损害，就可能要承担侵权责任。

（三）违反安全保障义务的侵权责任的类型

违反安全保障义务的侵权责任可以分为两类：其一，管理人责任，即公共场所管理人因违反安全保障义务而应当承担的侵权责任。所谓公共场所是指供不特定人出入、通行、活动的场所②，《侵权责任法》第37条第1款与《消费者权益保护法》第18条第2款明确列举了几类典型的公共场所和经营场所——“宾馆、商场、餐馆、银行、机场、车站、港口、影剧院、娱乐场所”。公共场所管理人，是指对公共场所具有事实上的管理和控制力的自然人、法人或其他组织。其二，组织者责任，即群众性活动组织者违反安全保障义务造成他人损害时应当承担的侵权责任。群众性活动，是指为社会公众举办或向不特定社会公众开放的文化活动、经济活动和其他社会活动，如体育比赛、运动会（奥运会、亚运会等）、游园会、

① 《合同法》第122条。

② 参见《屈建渝诉有色金属公司人身损害赔偿纠纷案》，最高人民法院中国应用法学研究所编：《人民法院案例选》（总第57辑），人民法院出版社2007年版，第143页以下。

灯会、庙会、烟火表演、人才招聘会、纪念会、博览会、展销会、演唱会等。群众性活动既可能是大型的，也可能是规模较小的。群众性活动组织者就是指负责具体组织实施群众性活动的单位或个人。

（四）构成要件

1. 未尽到安全保障义务。安全保障义务人只有在未尽到安全保障义务，即具有过错的情况下，才需要承担侵权责任。由于不同的情形中安全保障义务的内容也不尽相同，因而，要根据法律法规的规定、危险程度、预防与控制能力以及是否获利等因素来具体确定安全保障义务的内容，从而判断安全保障义务人是否尽到了安全保障义务。例如，银行等金融机构必须配备保安，而小超市就没有必要配备保安了。

2. 他人遭受了损害。损害包括人身伤亡，也包括财产损害。“他人”是指安全保障义务人及其工作人员之外的人，这些人可能与安全保障义务人有某种合同关系，如住宿合同、储蓄合同、买卖合同等；也可能曾经有合同关系但已消灭，如在饭店吃完饭并结账后正准备离开的顾客；甚或完全没有任何合同关系，如到宾馆拜访朋友的人。如果遭受损害的人是公共场所的管理人或群众性活动组织者的工作人员，且该损害是因执行工作任务或劳务所致，显然不适用《侵权责任法》第37条，而应适用《工伤保险条例》或《侵权责任法》第35条第2句。

（五）法律后果

公共场所的管理人、经营场所的经营者或者群众性活动的组织者违反安全保障义务给他人造成损害，自然要承担侵权责任。[①] 不过，当损害是因第三人的侵权行为所致时，第三人属于直接的侵权人，是第一位的侵权责任承担者，管理人或组织者只有在未尽到安全保障义务的时候，才承担相应的补充责任。[②]

六、教育机构的侵权责任

（一）概念与特征

教育机构的侵权责任，是指无民事行为能力人和限制民事行为能力人在幼儿园、学校和其他教育机构学习、生活期间遭受人身伤害时，教育机构因未尽到相应的教育、管理和保护义务而应当承担的侵权赔偿责任。我国许多法律法规和规章对幼儿园、中小学等教育机构的教育、管理和保护义务有明文规定，如《义务

① 《侵权责任法》第37条第1款。

② 《侵权责任法》第37条第2款。

教育法》第24条第1款、《未成年人保护法》第22条等。为了促使教育机构更好地履行教育、管理职责，保护无民事行为能力人和限制民事行为能力人的合法权益，《侵权责任法》第38—40条对教育机构的侵权责任作出了详细的规定。

根据《侵权责任法》的规定，教育机构侵权责任并非指教育机构就一切侵权行为承担的民事责任，具体来说，其有以下两项特征：（1）教育机构侵权责任仅仅是就无民事行为能力人或限制民事行为能力人在校或在园期间遭受的人身损害承担的侵权赔偿责任。（2）教育机构是因为没有尽到教育、管理职责而承担侵权赔偿责任，属于过错责任或过错推定责任。

（二）类型与归责原则

1. 教育机构直接侵权时的责任

教育机构直接侵权时的责任，是指由于教育机构没有尽到教育、管理职责而造成在校、在园学习生活的无民事行为能力人或限制民事行为能力人的损害时，教育机构应承担的侵权责任。

教育机构直接侵权时的归责原则为过错责任。在区分受害人是无民事行为能力人还是限制民事行为能力人的基础上，《侵权责任法》第38、39条对教育机构的过错责任作出了不同的规定。当受害人是限制民事行为能力人时，适用的是一般的过错责任，即受害人需要证明学校或其他教育机构存在过错即未尽教育、管理职责后，才能要求教育机构承担侵权责任；倘若受害人是无民事行为能力人，则适用过错推定责任，即只要其在校学习、生活期间遭受了损害，就直接推定教育机构存在过错，应承担侵权责任。教育机构如果不能证明自己尽到了教育、管理的职责的，无法免责。

2. 第三人侵权时教育机构的侵权责任

第三人侵权时教育机构的侵权责任，是指幼儿园、学校或者其他教育机构以外的人员造成无民事行为能力人或限制民事行为能力人损害的，教育机构因未尽到管理职责而应承担的相应补充责任。《侵权责任法》第40条规定的就是此类教育机构侵权责任。所谓“幼儿园、学校或者其他教育机构以外的人员”是指排除以下两类人员之外的人：其一，教育机构的工作人员，如教师、职工等；其二，在教育机构学习、生活的无民事行为能力人和限制民事行为能力人。实践中，常见的第三人侵权时教育机构承担相应补充责任的情形是，犯罪分子为报复社会而进入幼儿园、学校内行凶，残杀儿童或学生。

3. 以上两类侵权责任的区别

教育机构直接侵权责任与第三人侵权时教育机构承担的侵权责任有两个显著

的区别：首先，过错的表现形式不同。教育机构直接侵权时，其过错表现为“未尽到教育、管理职责”，而第三人侵权时教育机构的过错表现为“未尽到管理职责”。该差别的原因在于：实施侵权的第三人是教育机构以外的人，他既非教育机构的工作人员，也非在教育机构学习生活的无民事行为能力人或限制民事行为能力人，因此教育机构对他不可能“教育”，而只能通过“管理”防止他们实施侵权。其次，承担的责任不同。在教育机构直接侵权的责任中，教育机构要直接向被侵权人承担侵权责任，它承担第一位的责任。但在第三人侵权时，从事侵权行为的第三人是首位责任人，教育机构承担的只是“相应的补充责任”。此种责任与《侵权责任法》第37条第2款中“管理人或者组织者”的责任在性质上是相同的。

（三）构成要件

1. 受害人为无民事行为能力人或限制民事行为能力人。无民事行为能力人和限制民事行为能力人既包括未成年人，也包括因精神健康状况而不能或不能完全辨认自己行为的成年的精神病人。

2. 在教育机构学习、生活期间受到了人身损害。教育机构的教育、管理职责并非无时不在、无处不在。它只限于学生“在教育机构学习、生活期间”。该期间以外的时间，自然要由监护人负担教育、管理、保护等职责。所谓“在教育机构学习、生活期间”，即正常的教学教育活动期间，是指按照学校、幼儿园及其他教育机构的教学计划，属于教学、课间休息、学生自习的时间。此外，只要是属于学校等教育机构安排的教育教学活动，是否在教育机构的场所内进行，无关紧要。也就是说，学校组织学生春游、安排民乐团的成员外出表演等时间，由于学校仍要尽到教育和管理的职责，因此也当然属于在教育机构学习、生活期间。

3. 教育机构未尽到教育、管理的职责。教育机构之所以承担侵权责任，是因为其具有过错。所谓过错就是“未尽到教育、管理职责”。教育、管理职责实际上就是指教育机构负有的对在教育期间学习、生活的无民事行为能力人、限制民事行为能力人进行教育、管理和保护的义务。违反了该义务，教育机构就有过错，应当承担侵权责任。《未成年人保护法》《教育法》《义务教育法》等法律、法规与规章对于学校、幼儿园或者其他教育机构的教育、管理、保护义务作出了明确的规定。

我国幅员辽阔，各地区经济社会发展很不平衡，各级、各类学校、幼儿园的条件也存在很大差别。法院应根据案件的具体情况，依据受害人的年龄，损害发生的时间，直接加害人是谁，教育机构的种类与管理模式，收费高低等因素，对教育机构是否尽到教育、管理职责等进行全面的考量。例如，幼儿园的教育、管

理职责重于小学，小学要重于中学；寄宿制学校的教育、管理职责重于非寄宿制学校；体育课、实验课、郊游等具有一定危险性的活动中的教育、管理职责重于语文、数学等课堂教学时的教育、管理职责；学生在课堂上出现打闹时，教师的管理职责重于课间学生打闹时教师的管理职责等。此外，损害事故是否曾经发生过，对教育机构的教育、管理职责也会发生重要影响。如果导致损失的损害事件此前已经发生，而学校却仍未采取措施，致使同一性质的损害事件再次发生，就应当认为学校没有尽到管理的职责。

七、产品责任

（一）概念与特征

产品责任，是指因产品存在缺陷造成他人损害时，生产者、销售者应当承担的侵权责任。产品责任的特征包括：首先，产品责任是侵权责任而非违约责任，无论受害人与产品的生产者、销售者之间有无合同关系，受害人均可提起产品责任之诉。其次，产品责任属于特殊的侵权责任，因为产品责任适用的是无过错责任原则，而非过错责任原则。

（二）归责原则

1. 生产者承担的是无过错责任。依据《侵权责任法》第41条、《产品质量法》第41条第1款的规定，生产者就缺陷产品给他人造成的损害，承担的是无过错责任。

2. 销售者承担的是无过错责任。《侵权责任法》第42条第1款规定："因销售者的过错使产品存在缺陷，造成他人损害的，销售者应当承担侵权责任。"《产品质量法》第42条第1款规定："由于销售者的过错使产品存在缺陷，造成人身、他人财产损害的，销售者应当承担赔偿责任。"这两款确立的不是销售者责任的归责原则，而只是销售者与生产者内部分担的规则，所谓销售者的过错只在销售者与生产者等其他责任主体之间分担责任时，才具有意义。[①] 因此，销售者向被侵权人承担的是无过错责任，过错责任只是销售者的最终责任。[②]

（三）构成要件

1. 产品存在缺陷。产品，是指经过加工、制作，用于销售的动产。[③] 食品、

---

① 参见王利明：《侵权责任法研究》（下卷），中国人民大学出版社2011年版，第240页。

② 参见王利明、周友军、高圣平：《中国侵权责任法教程》，人民法院出版社2010年版，第517页。

③ 《产品质量法》第2条第2款。

药品、消毒药剂、医疗器械、血液、农产品、汽车等，也属于产品，适用产品责任。但是，建筑、动物、军工产品、核设施、核产品、电力以及人体器官等，不属于产品，不适用《产品质量法》的规定。

只有当产品存在缺陷，且因该缺陷造成他人损害时，才发生产品责任。《产品质量法》第46条为“缺陷”提供了一个法定定义：“本法所称缺陷，是指产品存在危及人身、他人财产安全的不合理的危险；产品有保障人体健康和人身、财产安全的国家标准、行业标准的，是指不符合该标准”。从该定义可以看出，产品有无缺陷的判断标准为：首先，当产品有保障人体健康和人身、财产安全的国家标准、行业标准时，如果产品质量不符合该标准，具有缺陷，显然存在危及人身、他人财产安全的不合理危险。其次，即便产品符合保障人体健康和人身、财产安全的国家标准、行业标准，是合格的产品，也只能初步表明该产品没有行业标准规定的缺陷，并不等于该产品是没有其他缺陷的产品。如果能够证明产品存在危及人身、财产安全的不合理危险，仍应认定其存在缺陷。最后，如果产品没有保障人体健康和人身、财产安全的国家标准、行业标准，就以该产品是否存在危及人身、他人财产安全的不合理的危险，作为判断有无缺陷之标准。

2. 造成损害。缺陷产品只有给受害人造成了人身或财产损失，才发生侵权责任的问题。

3. 存在因果关系。在产品责任中，只有受害人的损害是因产品缺陷所致，即受害人的人身或财产损害是因产品危及人身、财产安全的不合理危险之现实化所致时，生产者、销售者才需要承担侵权责任。但是，要认定产品的缺陷与损害之间存在因果关系，并不容易。一方面，有些缺陷与损害之间的关系是现有的科学技术水平尚无法加以证明的，只能认为有可能存在因果关系或者存在某种联系。另一方面，受害人遭受的损害与产品具有缺陷之间的因果关系并非简单的一因一果，往往是多因一果或多因多果。因此，不能认为受害人只要在使用产品的过程中遭受了损害，就必定是因产品存在缺陷且因该缺陷所致。

（四）责任主体

1. 生产者。缺陷产品造成他人损害时，生产者是首当其冲的责任人。所谓生产者就是生产产品的自然人、法人等民事主体，包括产品的设计者、制造者、生产商及任何将自己置于生产者地位的人。例如，超市委托他人生产产品后将自己作为产品的生产商在产品标识上加以注明，则该超市属于产品的生产者。当产品的缺陷只是发生在组成该产品的多个部件中的一个，而该部件乃其他人生产时，受害人可以选择要求整个产品的生产者承担责任，也可以要求存在缺陷的部件的

生产者承担责任。当缺陷产品是由国外进口时，产品的进口商也应当作为产品的生产者。这主要是为了更好地保护受害人，使之能够依据国内法获得救济。《侵权责任法》第42条第2款以及《产品质量法》第42条第2款还规定，销售者不能指明缺陷产品的生产者也不能指明缺陷产品的供货者的，销售者应当承担侵权责任。

2. 销售者。产品的销售者包括所有将产品投入流通领域的非产品生产者的民事主体，如批发商、零售商、以提供产品为目的而履行劳务合同的人、提供产品以换取任何非金钱代价的人（如商品的奖券）、提供产品以履行法定义务的人、提供产品作为奖品或捐赠的人等。

《消费者权益保护法》第42、43条还规定了两种视为产品销售者的情形：其一，使用他人营业执照的违法经营者提供商品或者服务，损害消费者合法权益的，消费者可以向其要求赔偿，也可以向营业执照的持有人要求赔偿。其二，消费者在展销会、租赁柜台购买商品或者接受服务，其合法权益受到损害的，可以向销售者或者服务者要求赔偿。展销会结束或者柜台租赁期满后，也可以向展销会的举办者、柜台的出租者要求赔偿。展销会的举办者、柜台的出租者赔偿后，有权向销售者或者服务者追偿。

（五）免责事由

《产品质量法》第41条第2款为产品的生产者规定了以下三类免责事由：（1）未将产品投入流通。（2）产品投入流通时，引起损害的缺陷尚不存在。（3）将产品投入流通时的科学技术水平尚不能发现缺陷的存在。

是否存在上述免责事由，应当由生产者负举证责任。《民事诉讼证据规定》第4条第1款第6项明确规定："因缺陷产品致人损害的侵权诉讼，由产品的生产者就法律规定的免责事由承担举证责任。"这不属于举证责任的倒置，而是生产者本来就应当负担的证明责任。

八、机动车交通事故责任

（一）概念

交通事故包括道路交通事故、水路交通事故、航空事故、铁路事故。道路交通事故是指车辆在道路上因过错或者意外造成的人身伤亡或者财产损失的事件。[①] 车辆可以分为机动车与非机动车，因此道路交通事故也可分为机动车交通事故与

① 《道路交通安全法》第119条第5项。

非机动车交通事故。所谓机动车交通事故，是指机动车在道路上造成他人人身伤亡与财产损害的事件。因机动车发生交通事故造成他人损害时，机动车的所有人、使用人等民事主体应当承担的侵权责任就是机动车交通事故责任。

《道路交通安全法》是规范道路交通事故责任的专门法律。该法对机动车交通事故侵权责任的归责原则、构成要件与免责事由等作出了规定。故此，《侵权责任法》第48条规定："机动车发生交通事故造成损害的，依照道路交通安全法的有关规定承担赔偿责任。"考虑到《道路交通安全法》对机动车交通事故责任主体未作明确的规定，实践中又有很大的争议，所以《侵权责任法》设专章第6章规定了"机动车交通事故责任"，但其内容主要是关于机动车损害赔偿责任主体的规定。

（二）归责原则

1. 机动车之间发生交通事故的，适用过错责任原则。依据《道路交通安全法》第76条第1款第1项，机动车之间发生交通事故造成人身伤亡、财产损失的，应当先由保险公司在机动车第三者责任强制保险责任限额范围内予以赔偿；不足的部分，由有过错的一方承担赔偿责任；双方都有过错的，按照各自过错的比例分担责任。因此，在机动车之间发生交通事故时，就第三者责任强制保险赔偿限额范围外的损失之赔偿，适用的是过错责任。这"主要是考虑到机动车驾驶人之间属于平等的主体，不存在强弱的区别，并负有相同的义务。也符合世界各国处理这类事故的惯例和我国目前处理交通事故的实践"①。

2. 机动车与非机动车驾驶人、行人之间发生交通事故的，适用无过错责任。依据《道路交通安全法》第76条第1款第2项，机动车发生交通事故造成了非机动车驾驶人、行人的人身伤亡、财产损失的，就保险公司在机动车第三者责任强制保险责任限额范围内予以赔偿后不足的部分，应由机动车一方承担赔偿责任。如果有证据证明非机动车驾驶人、行人有过错的，可以根据过错程度适当减轻机动车一方的赔偿责任。但是，即便机动车驾驶人、行人有过错，而机动车一方没有过错，机动车一方也要承担赔偿责任，但是该赔偿责任不超过10%。此外，《道路交通安全法》第76条第2款规定，"交通事故的损失是由非机动车驾驶人、行人故意碰撞机动车造成的，机动车一方不承担赔偿责任"。由此可见，当机动车造成非机动车驾驶人、行人损害时，机动车一方应当承担的是无过错责任，而非过错责任或过错推定责任。

---

① 郎胜主编：《中华人民共和国道路交通安全法释义》，法律出版社2004年版，第171页。

3. 机动车内乘客遭受损害时的归责原则。无论是机动车与机动车之间发生交通事故，还是机动车与非机动车驾驶人或行人发生交通事故，机动车内的乘客遭受损害的，如果其与机动车一方存在客运合同，则他既可以依据《合同法》第302条要求对方承担违约责任，也可以依据过错责任要求有过错的机动车一方承担侵权责任。如果乘客与机动车一方没有客运合同关系，而是被好意搭乘，则可以依据过错责任要求所乘坐的机动车一方承担责任，但可以适当减轻赔偿责任。

（三）构成要件

1. 造成了他人损害。首先，机动车造成了他人损害。“他人”既包括其他机动车上的人员、非机动车驾驶人、行人，也包括本车上的人员。其次，无论是机动车与机动车发生交通事故，还是机动车与非机动车驾驶人、行人发生交通事故，只有造成了损害，才会产生侵权赔偿责任。损害包括人身伤亡与财产损失。其中，人身伤亡引发的损害既包括财产损害，也包括精神损害。

2. 机动车处于运行中。机动车，是指以动力装置驱动或者牵引，上道路行驶的供人员乘用或者用于运送物品以及进行工程专项作业的轮式车辆。[①] 具体来说，适用《侵权责任法》《道路交通安全法》规定的机动车交通事故责任的机动车包括各种汽车、电车、电瓶车、摩托车、拖拉机以及轮式专用机械车。

机动车交通事故必须是机动车“在道路上”给他人造成了损害。道路，是指公路、城市道路和虽在单位管辖范围内但允许社会机动车通行的地方，包括广场、公共停车场等用于公众通行的场所。[②] 公路是指经公路主管部门验收认定的城间、城乡间、乡间能行驶汽车的公共道路。公路包括公路的路基、路面、桥梁、涵洞、隧道。[③] 城市道路是指城市供车辆、行人通行的，具备一定技术条件的道路、桥梁及其附属设施。[④]“机动车在道路上”意味着机动车被作为交通运输工具投入运行中。只有机动车参与了道路交通当中，才会对周围环境中的人身、财产权益造成危险。

3. 损害是因机动车的运行所致。受害人的损害必须是由于机动车的运行所致。也就是说，因机动车运行所形成的危险现实化而造成了他人损害。至于损害是否因在机动车之间、机动车与非机动车或行人之间发生物理上的接触所致，在所不问。如果受害人的损害虽然与机动车相关，但却并非因机动车的运行所致，而是

① 《道路交通安全法》第119条第3项。
② 《道路交通安全法》第119条第1项。
③ 《公路管理条例》第39条第1款。
④ 《城市道路管理条例》第2条。

因其他原因所致，不属于机动车交通事故责任。

4. 机动车之间发生交通事故时，行为人应具有过错。依据《道路交通安全法》第76条第1款第1项，机动车之间发生交通事故适用过错责任原则。因此，只有加害人对于损害的发生具有过错时，才承担赔偿责任。机动车之间发生的交通事故中，无论是加害人过失的认定，还是受害人过失的认定，采取的都是客观标准，即依据加害人、受害人是否违反道路交通安全法律、法规以及相关规则，判断各自有无过失以及过失的大小。司法实践中，法院主要是以公安机关道路交通管理部门的交通事故责任认定书作为确定发生交通事故的机动车双方有无过错及各自过错大小的主要依据。

（四）责任主体

《道路交通安全法》第76条是关于机动车交通事故责任最为重要的法律规范，但是该条并未明确界定机动车交通事故的责任主体，只使用了“机动车一方”的模糊表述。在认定时，应注意：

1. 原则上，机动车的所有人就是机动车一方。我国实行机动车登记制度，机动车经公安机关交通管理部门登记后，方可上道路行驶。任何个人或单位在购买机动车之后，都应当依据法律的规定办理机动车所有权注册登记或转移登记。因此，判断某人是否机动车的所有权人可以依据机动车在机动车管理机关的登记。

2. 转让机动车所有权而未办理所有权转移登记的，机动车一方为造成他人损害的受让人。《最高人民法院关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《道路交通事故损害赔偿解释》）第4条更是明文规定：“被多次转让但未办理转移登记的机动车发生交通事故造成损害，属于该机动车一方责任，当事人请求由最后一次转让并交付的受让人承担赔偿责任的，人民法院应予支持。”

3. 分期付款购买机动车的，买受人为机动车一方。

4. 因租赁、借用等使得机动车所有权与使用权分离的，使用人是机动车一方。《侵权责任法》第49条规定：“因租赁、借用等情形机动车所有人与使用人不是同一人时，发生交通事故后属于该机动车一方责任的，由保险公司在机动车强制保险责任限额范围内予以赔偿。不足部分，由机动车使用人承担赔偿责任；机动车所有人对损害的发生有过错的，承担相应的赔偿责任。”也就是说，原则上承租人、借用人这些使用人才是机动车一方，应承担赔偿责任；机动车的所有人只是在有过错时，才承担与其过错相应的赔偿责任。

5. 借用他人身份证购买机动车的，实际的所有人为机动车一方。依据《侵权

责任法》第50条的立法精神，出借身份证之人只是名义上的机动车所有人，无法控制机动车并享有利益，所以不应承担赔偿责任，更不应与机动车的实际所有人承担连带责任。正确的做法是，由实际使用与控制机动车的人即借用他人身份证购车之人承担侵权责任。

6. 机动车被盗抢时，盗抢者为机动车一方。机动车被盗窃、抢劫或抢夺时，机动车的所有人或其他有权占有人已经丧失了对机动车的支配与控制，自然不应再作为机动车的保有人承担机动车交通事故责任。对此，不存在争议。《侵权责任法》第52条与《最高人民法院关于被盗机动车辆肇事后由谁承担损害赔偿责任问题的批复》有明确的规定。

7. 未经允许驾驶他人机动车造成损害的，驾驶人应当承担责任。机动车所有人或者管理人有过错的，承担相应的责任。

8. 转让拼装或已达到报废标准的机动车时，转让人与受让人负连带责任。拼装的机动车，是指没有制造、组装机动车许可证的企业或个人，擅自非法制造、拼凑、组装的机动车。《道路交通安全法》第16条第1项明确禁止任何单位或者个人拼装机动车。

9. 套牌机动车的，由套牌车的所有人或管理人承担责任。所谓套牌机动车是指悬挂与他人机动车牌照的号码相同的伪造号牌的机动车。套牌行为是严重的违法行为。《道路交通事故损害赔偿解释》第5条规定："套牌机动车发生交通事故造成损害，属于该机动车一方责任，当事人请求由套牌机动车的所有人或者管理人承担赔偿责任的，人民法院应予支持；被套牌机动车所有人或者管理人同意套牌的，应当与套牌机动车的所有人或者管理人承担连带责任。"①

10. 机动车挂靠的，挂靠人与被挂靠人承担连带责任。机动车挂靠主要是指，为了满足法律甚或地方政府对车辆运输经营管理上的需要，个人将自己出资购买的机动车挂靠于某个具有运输经营权的公司，向该公司缴纳或不缴纳一定的管理费用，由该公司为挂靠车主代办各种相应的法律手续。很长一段时间内，司法实践中对于挂靠人发生交通事故时，被挂靠单位是否需要承担责任以及如何承担责任，一直有不同看法。《道路交通事故损害赔偿解释》第3条规定："以挂靠形式从事道路运输经营活动的机动车发生交通事故造成损害，属于该机动车一方责任，当事人请求由挂靠人和被挂靠人承担连带责任的，人民法院应予支持。"

---

① 典型案例可参见最高人民法院第19号指导性案例：《赵春明等诉烟台市福山区汽车运输公司卫德平等机动车交通事故责任纠纷案》。

11. 驾校学员在驾驶培训中发生事故的，驾校承担责任。接受驾驶培训的人员在培训中驾驶机动车发生交通事故的，属于该机动车一方责任时，《道路交通安全法实施条例》第20条第2款第3句规定："学员在学习驾驶中有道路交通安全违法行为或者造成交通事故的，由教练员承担责任。"由于教练员是驾驶培训机构的工作人员，依据《侵权责任法》第34条第1款规定的"用人单位的工作人员因执行工作任务造成他人损害的，由用人单位承担侵权责任"，该责任应由驾驶培训机构承担。正因如此，《道路交通事故损害赔偿解释》第7条规定："接受机动车驾驶培训的人员，在培训活动中驾驶机动车发生交通事故造成损害，属于该机动车一方责任，当事人请求驾驶培训单位承担赔偿责任的，人民法院应予支持。"

12. 试乘发生事故的，由提供试乘服务者承担责任。试乘是机动车销售商为了推销产品而提供的一种服务，虽然是免费的，但根本目的在于推销产品，所以不能等同于一般的社会生活中的免费搭车，不能仅仅因为无偿而减轻责任或限制责任的成立。《道路交通事故损害赔偿解释》第8条规定："机动车试乘过程中发生交通事故造成试乘人损害，当事人请求提供试乘服务者承担赔偿责任的，人民法院应予支持。试乘人有过错的，应当减轻提供试乘服务者的赔偿责任。"至于试乘中造成车外人员伤害或其他机动车损害的，当然应当按照《道路交通安全法》第76条的规定，由机动车一方承担责任。

九、医疗损害责任

（一）概念与归责原则

医疗损害责任，指医疗机构及其医务人员在诊疗活动中过失侵害患者生命权、身体权、健康权的侵权责任。[①] 医疗损害责任属于专家责任。一方面，造成损害的主体是医疗机构及其医务人员这些具有专业性知识的机构和人员；另一方面，损害是在提供专业性服务（即诊疗活动）中造成的。正是由于损害者是专家，损害又是发生在专业活动中，因而医疗损害责任在过错、因果关系的判断上都有特殊之处，需要法律的特别规范。我国法律对于医疗损害责任历来适用的都是过错责任原则。

（二）构成要件

1. 受害人在诊疗活动中受到损害。诊疗活动是医疗机构及其医务人员借助医学知识、专业技术、仪器设备及药物等手段，为患者提供的紧急救治、检查、诊

① 《侵权责任法》第54—58条及第60条。

断、治疗、护理、保健、医疗美容以及为此服务的后勤和管理等维护患者生命、健康所必需的活动的总和。患者的损害必须是因诊疗活动所致。申言之，是医疗机构及其医务人员存在过错的诊疗活动造成了患者的损害。如果患者的损害不是发生在诊疗活动中，或与诊疗活动不存在因果关系，医疗机构则无须承担侵权责任。例如，患者不听从医生的劝告，拒绝配合治疗，由此遭受的损害与诊疗活动没有因果关系，依据《侵权责任法》第60条第1款第1项，医疗机构不承担侵权责任。

2. 医疗机构及其医务人员存在过错。医疗损害责任属于过错责任，受害人应当证明医疗机构及其医务人员存在医疗过失。由于诊疗活动本身是具有很强的专业性、结果不确定性的复杂活动，因而既不能够完全由专业知识不足的患者来证明医疗机构及其医务人员的过错，也不能对医疗机构全部损害行为实行过错推定。为了既能够有效地维护患者的合法权益，又不妨碍医学科学的正常发展，对医疗机构及其医务人员的合理行为自由构成不正当的限制，《侵权责任法》规定了以下三种判断医疗过失的方法：（1）是否违反说明及取得同意之义务。《侵权责任法》第55条第1款要求，医务人员在诊疗活动中负有向患者说明病情和医疗措施的义务。如果需要实施手术、特殊检查、特殊治疗的，医务人员不仅应当及时向患者或其近亲属说明医疗风险、替代医疗方案等情况，还要取得患者或其近亲属的书面同意。医务人员没有履行该义务，当然具有过失；造成了患者损害，就应承担责任（同条第2款）。（2）是否违反诊疗义务。《侵权责任法》第57条要求，医务人员在诊疗活动中应当尽到与当时的医疗水平相应的诊疗义务，如果没有尽到，给患者造成损害的，医疗机构应当承担赔偿责任。所谓诊疗义务，是指医务人员在对患者进行诊疗活动中应当负有的义务。“与当时的医疗水平相应的诊疗义务”中的“当时”，是指对患者从事诊疗活动之时，而非医疗赔偿诉讼提出之时。因为医学技术是在不断发展进步的，医务人员的专业知识水平也是随着时代的发展而不断提高的。如果以事后的医学水平来对从事诊疗活动时的医务人员提出要求，显然不合理。因此，“当时的医疗水平”，是指从事诊疗活动之时一个合格的医务人员应具有的医疗水平。（3）医疗过失的推定。《侵权责任法》第58条规定，患者遭受损害而医疗机构存在以下三种情形之一时，法院可以推定医疗机构具有过错：一是违反法律、行政法规、规章以及其他有关诊疗规范的规定；二是隐匿或者拒绝提供与纠纷有关的病历资料；三是伪造、篡改或者销毁病历资料。

3. 存在因果关系。医疗机构及医务人员的过错行为必须与受害人的损害之间存在因果关系。依据《侵权责任法》，受害人应当就医疗机构的医疗过错行为与自

己遭受的损害之间存在的因果关系负举证责任。

在判断医疗机构及其医务人员的过错诊疗活动与损害的因果关系时应注意的是：首先，具有过失的诊疗行为应当是造成患者损害的条件。在作为的医疗损害责任纠纷中，应当考察这样一个问题：倘若没有医疗机构及其医务人员具有过错的诊疗活动，患者的损害是否会发生？如果答案是否定的，则该过错诊疗活动是造成损害的必要条件。如果答案是肯定的，则不是；在不作为的医疗损害责任纠纷中，应当考察这样一个问题，如果医疗机构及其医务人员积极履行了作为的义务，患者的损害是否仍会发生？如果回答是肯定的，则该不作为的医疗行为并非损害的必要条件；反之，则属于必要条件。其次，在考虑有过错的诊疗活动是否属于造成患者损害发生的条件时，无须考察有过错的诊疗活动引发患者损害的可能性或概率，是否高于不会引发损害的可能性或概率。因为在医疗损害责任中，患者遭受死亡或伤残等损害的原因非常多。除有过错的诊疗活动外，还包括患者自身的病情、治疗时间、身体素质、医疗技术水平等原因。医疗机构及其医务人员有过错的诊疗活动通常只是增加了患者遭受损害的几率，或者说是减少了患者存活或治愈的几率。这本身就是一种损害。故此，不能因为患者即便得到有效的诊治，其痊愈或存活的几率也很低，就认定损害与过错的诊疗活动没有因果关系。最后，由于《侵权责任法》没有就医疗机构的诊疗活动与损害结果之间的因果关系进行推定，所以被侵权人应证明损害与诊疗活动存在因果关系。一般来说，被侵权人应当证明以下事项：（1）受害人曾在作为被告的医疗机构接受过诊疗活动并遭受了损害。对此，被侵权人可以通过提供交费单据、病历、出院证明等证明。（2）就诊疗活动与损害之间的因果关系，如果被侵权人难以证明的，可以向法院申请进行医疗损害鉴定。

（三）免责事由

1. 患者或者其近亲属不配合医疗机构进行符合诊疗规范的诊疗。依据《侵权责任法》第60条第1款第1项以及第2款，当患者或者其近亲属不配合医疗机构进行符合诊疗规范的诊疗且医疗机构及其医务人员也无过错时，即便患者遭受了损害，医疗机构也不承担侵权责任。

2. 抢救生命垂危的患者等紧急情况下已经尽到合理诊疗义务。医务人员在抢救生命垂危的患者等紧急情况时，不可能如同普通的诊疗活动那样反复思考、权衡各种诊疗措施的利弊，作出非常全面、慎重的判断，因为根本没有时间这样去做。在这种情形下，不应苛求医务人员和医疗机构。故此，《侵权责任法》第60条第1款第2项要求医务人员只要尽到了合理诊疗义务，医疗机构就可以不承担侵

权责任，“合理诊疗义务”必须根据个案具体判断。

3. 限于当时的医疗水平难以诊疗。医疗水平是随着医学科学技术不断发展而逐渐提高并日趋完善的。在判断医疗机构是否需要对患者因诊疗活动遭受的损害承担侵权责任时，应考虑从事诊疗活动当时的医疗水平。如果在当时的医疗水平的限制下，医疗机构及其医务人员无法预料其诊疗行为对于患者所造成的损害或难以避免此种损害，就不应苛求医疗机构及其医务人员，判令其承担侵权责任。否则，将会严重地妨害医学科学技术水平的提高，最终损害的仍是患者的利益。故此，《侵权责任法》第 60 条第 1 款第 3 项规定，限于当时的医疗水平难以诊疗，医疗机构不承担赔偿责任。

（四）责任主体

我国医疗损害赔偿责任的一个重要特点就是承担责任的主体是医疗机构，而非医疗机构的工作人员。所谓医疗机构，是指依照《医疗机构管理条例》的规定，取得《医疗机构执业许可证》从事医疗活动的机构，包括从事疾病诊断、治疗活动的医院、卫生院、疗养院、门诊部、诊所、卫生所（室）以及急救站等。医务人员，是指经过考核和卫生行政机关批准或承认，取得相应资格的各级各类卫生技术人员（如执业医师、执业助理医师、护士等）以及从事医疗管理、后勤服务等人员。①

十、环境污染责任

（一）概念与归责原则

环境污染责任，是指因污染环境造成他人损害时，污染者应当承担的侵权责任。在我国，除《侵权责任法》设专章规定环境污染责任外，还有许多法律对环境污染责任有明确的规定，如《民法通则》第 124 条、《环境保护法》第 41 条、《海洋环境保护法》第 90 条、《水污染防治法》第 85 条、《大气污染防治法》第 62 条、《固体废物污染环境防治法》第 85 条、《环境噪声污染防治法》第 61 条以及《放射性污染防治法》第 59 条。

作为一种特殊的侵权责任，环境污染责任适用的是无过错责任。污染者只要污染环境造成损害，无论有无过错，均应承担侵权责任。对此，《侵权责任法》第 65 条明文规定：“因污染环境造成损害的，污染者应当承担侵权责任。”

---

① 参见 1988 年 5 月 10 日卫生部颁布的《关于〈医疗事故处理办法〉若干问题的说明》。

（二）构成要件

1. 存在污染环境的行为。污染环境的行为包括大气污染、水污染、环境噪声污染、固体废物污染、海洋环境污染以及放射性污染等。污染物是产业活动的必然后果或副产品，要完全禁止排放污染物就等于完全禁止产业活动，因此，任何国家都不可能完全禁止排放污染物，能做的只是划定相应的污染物排放标准。如果企业在规定的标准内排放，则国家不予禁止，也不作为污染环境的行为进行处罚；如果超过标准排放，则不仅要禁止，给予处罚，倘若因此造成他人损害的还必须承担侵权责任。实践中，就污染者的排污行为是否超过标准，通常需要由有关机构如环境监测部门出具的检测报告加以证明。需要注意的是，即便企业的排污行为符合排污标准但客观上造成了损害的，也构成污染环境之行为。① 排污符合国家标准或地方标准不能作为污染者减轻或者免除责任的理由。②

2. 造成他人损害。环境污染行为只有给他人造成了损害，才可能产生侵权赔偿责任。因我国法律上未限制环境污染给他人造成的损害的类型，因而所谓损害既包括人身伤亡（如造成他人患病），也包括对财产权造成的损害（如因河流污染导致养殖户的鱼苗死亡）。就财产损失而言，既包括直接损害，也包括间接损失。此外，对被污染者因清除污染而支出的费用也应当给予赔偿。

3. 存在因果关系。环境污染责任实行的是因果关系推定，即受害者无须证明污染环境的行为与其损害之间的因果关系，而由污染者就其行为与损害之间不存在因果关系负举证责任。③ 采取因果关系推定主要是考虑到，环境污染侵权行为具有长期性、潜伏性、持续性、广泛性的特点，且其造成损害的过程非常复杂，往往要经历一系列中间环节才能最终造成损害。通常情况下，只有借助现代科学知识并利用相应的科学仪器才能确认环境污染行为与损害之间的因果关系。有时即便在现有科学技术的条件下，也可能无法认定某些环境污染中的因果关系。如果要求受害人必须确切地证明环境污染行为与损害的因果关系，显然是强人所难。为了减轻环境侵权中受害人的举证负担，更加迅速地救济受害人，我国法上采取了因果关系推定的规则。④

---

① 《侵权责任法》第65条。

② 参见王胜明主编：《中华人民共和国侵权责任法解读》，中国法制出版社2010年版，第326页。

③ 《侵权责任法》第66条。

④ 参见王胜明主编：《中华人民共和国侵权责任法解读》，中国法制出版社2010年版，第335页。

（三）责任承担

就多人实施环境污染行为造成他人损害的责任承担问题，《侵权责任法》第67条规定："两个以上污染者污染环境，污染者承担责任的大小，根据污染物的种类、排放量等因素确定。"《最高人民法院关于审理环境侵权责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》第2、3条规定：两个以上污染者共同实施污染行为造成损害的，被侵权人根据《侵权责任法》第8条规定请求污染者承担连带责任的，人民法院应予支持。两个以上污染者分别实施污染行为造成同一损害，每一个污染者的污染行为都足以造成全部损害，被侵权人根据《侵权责任法》第11条规定请求污染者承担连带责任的，人民法院应予支持。两个以上污染者分别实施污染行为造成同一损害，每一个污染者的污染行为都不足以造成全部损害，被侵权人根据《侵权责任法》第12条规定请求污染者承担责任的，人民法院应予支持。

十一、高度危险责任

（一）概念

高度危险责任，也称高度危险作业责任，是指因从事高度危险作业造成他人损害时，应当承担的侵权责任。《民法通则》第123条规定："从事高空、高压、易燃、易爆、剧毒、放射性、高速运输工具等对周围环境有高度危险的作业造成他人损害的，应当承担民事责任；如果能够证明损害是由受害人故意造成的，不承担民事责任。"该条规定的是危险责任即无过错责任。在《民法通则》的基础上，《侵权责任法》第9章对高度危险责任作出了更为详尽的规定。首先，《侵权责任法》第69条对高度危险责任进行了一般性规定，它不仅明确了高度危险责任适用的是无过错责任，而且还为"司法实践处理法律未明确规范的高度危险行为提供了一个指导性原则"①。其次，《侵权责任法》第70—73条逐一规定了高度危险责任的具体类型。最后，《侵权责任法》第74—77条对高度危险责任的主体以及赔偿限额问题作出了规定。

（二）类型

1. 高度危险物品责任。高度危险物品责任，是指因某种设施或某种物品具有造成他人损害的高度危险性，从而使该设施、物品的所有人、经营者、管理人、占有人等承担的无过错责任。根据《侵权责任法》第70条、第72条，《民法通则》第123条的规定，高度危险物责任包括：民用核设施致害责任，易燃、易爆、

① 王胜明主编：《中华人民共和国侵权责任法解读》，中国法制出版社2010年版，第347页。

剧毒、放射性等高度危险物致害责任。

2. 高度危险活动责任。高度危险活动责任，是指因某种活动具有造成他人损害的高度危险性，而使从事该活动的民事主体承担的无过错责任。《侵权责任法》第71条与第73条是对此类责任的规定。

（三）构成要件

1. 从事了高度危险作业。高度危险作业，是指“对周围环境有高度危险的作业”。[①] 首先，“作业”的含义十分广泛，既包括占有与管理对周围环境造成高度危险的物品，还包括从事对周围环境具有高度危险的各种活动。现代科学技术的发展不仅创造出了自然环境中原本并不存在的各种高度危险的物品（如核材料、剧毒物质、爆炸物品等），还产生了各种高度危险的活动，如地下挖掘活动、高速轨道运输工具的运营等。其次，“周围环境”应当理解为在危险活动或者危险物品附近，而可能因此遭受损害的一切民事主体的人身权益与财产权益。最后，“高度危险”意味着，作业具有造成他人损害的很高的概率或者可能性，即便从事作业者尽到高度的注意义务亦难以完全避免损害之发生。

2. 因高度危险作业造成他人损害。高度危险作业责任中的“他人”，是指从事高度危险作业的民事主体之外的人，而该人之损害是由高度危险作业所致。也就是说，受害人的损害是因高度危险作业本身所具有的危险性之现实化所造成的。从事高度危险作业的人，并非对于该作业造成的所有损害，都必须承担无过错责任，而是仅限于危险的现实化而引发的损害。如果高度危险作业给他人造成了损害，但损害却并非因该作业之高度危险现实化所致，那么，就应当适用《侵权责任法》的其他相关规定。例如，A公司的仓库储存了一大批炸药。如果因炸药爆炸，导致相邻房屋居住者的人身伤亡、财产损失的，应当适用《侵权责任法》第72条的规定，属于无过错责任。但如果是该仓库的墙体倒塌，将路人压伤，那么就属于物件损害责任，虽然也属于无过错责任，应当适用的却是《侵权责任法》第86条。

（四）责任主体

《侵权责任法》就高度危险责任中的责任主体作出了明确的规定。高度危险责任的类型不同，责任的主体也不相同。首先，就高度危险物品责任而言，责任主体原则上依据物权关系确定，包括高度危险物品的所有人、管理人、使用人、非法占有人等。其次，就高度危险活动责任而言，责任主体是该活动的从事者，包括民用核设施的经营者；民用航空器的经营者；高空、高压、地下挖掘活动或者

① 《民法通则》第123条。

高速轨道运输工具的经营者。

就多个主体时高度危险责任的承担问题，《侵权责任法》确立了以下规则：首先，遗失、抛弃高度危险物品造成他人损害时，原则上由所有人承担侵权责任；如果所有人将高度危险物品交由他人管理的，则由管理人承担侵权责任；当所有人有过错的，其与管理人承担连带责任。[①] 其次，非法占有高度危险物品造成他人损害的，由非法占有人承担侵权责任。如果所有人、管理人不能证明对防止他人非法占有尽到高度注意义务的，则与非法占有人承担连带责任。[②]

（五）免责事由

1. 受害人故意

《侵权责任法》第70—73条以及《民法通则》第123条都规定了受害人故意是高度危险责任的免责事由。受害人故意，是指明知将因其行为而遭受损害却追求或者放任此种损害后果的发生。自杀行为是最典型的受害人故意。

2. 不可抗力

《侵权责任法》第72条与第73条规定，在高度危险物品造成他人损害以及从事高空、高压、地下挖掘活动或者使用高速轨道运输工具造成他人损害时，不可抗力属于免责事由。至于其他类型的高度危险责任，如民用核设施发生核事故造成他人损害、民用航空器造成他人损害，《侵权责任法》并未规定不可抗力为免责事由。这一差别的原因在于：首先，在民用核设施发生核事故造成损害时，将免责事由限制在受害人故意与战争等行为能更好地保护受害人，同时这也与国际上的通行做法相符，[③] 不可抗力不可免除责任。其次，在民用航空器造成损害的情形中，即便是《民用航空法》也没有规定不可抗力可以免责，《侵权责任法》也不应将不可抗力作为民用航空致害责任的免责事由。

3. 战争等情形

依据《侵权责任法》第70条的规定，在民用核设施发生核事故造成他人损害时，如果损害是因为战争等情形造成的，民用核设施的经营者不承担责任。战争等情形，是指武装冲突、敌对行动、暴乱等。[④]《国务院关于核事故损害赔偿责任

---

① 《侵权责任法》第74条。

② 《侵权责任法》第75条。

③ 参见王胜明主编：《中华人民共和国侵权责任法解读》，中国法制出版社2010年版，第353—354页。

④ 参见1986年3月29日《国务院关于处理第三方核责任问题给核工业部、国家核安全局、国务院核电领导小组的批复》。

问题的批复》（国函〔2007〕64号）第6条规定："对直接由于武装冲突、敌对行动、战争或者暴乱所引起的核事故造成的核事故损害，营运者不承担赔偿责任。"此外，从国际公约和其他国家、地区的法的规定来看，战争、敌对行动基本上也都被作为民用核事故的免责事由。例如，《关于核损害民事责任的1997年维也纳公约》第4条第3款规定："如果运营者证明核损害是直接由军事冲突行为、敌对行动、内战或暴乱所引起，运营者不负本公约规定的任何责任。"我国台湾地区的"核子损害赔偿法"第18条规定："核子设施经营者，对于核子损害之发生或扩大，不论有无故意或过失，均应依本法之规定负赔偿责任。但核子事故系直接由于国际武装冲突、敌对行为、内乱或重大天然灾害所造成者，不在此限。"

（六）减责事由

如果没有法定免责事由，高度危险的行为人应当承担责任，但是在受害人具有过错的情形下，也可依法减轻行为人的责任。例如，《侵权责任法》第72条第2句规定："被侵权人对损害的发生有重大过失的，可以减轻占有人或者使用人的责任。"再如，《侵权责任法》第73条规定，被侵权人对损害的发生有过失的，可以减轻经营者的责任。

十二、饲养动物损害责任

（一）概念

饲养动物损害责任，是指饲养的动物造成他人损害时，饲养人或管理人应当承担的侵权赔偿责任。近年来，随着我国经济的快速发展和人民生活水平的日益提高。无论在城市还是在农村，饲养动物的情形越来越普遍。为更好地规范饲养动物的行为，防止饲养动物给他人造成损害，《侵权责任法》第10章对饲养动物损害责任作出了详细的规定。

（二）类型

1. 严格责任

依据《侵权责任法》第78条的规定，原则上饲养动物造成他人损害时，无论饲养人、管理人有无过错，均应承担侵权责任，即严格责任。只有在证明损害是因受害人故意或重大过失所致时，饲养人或者管理人方能免责或减责。

严格责任的构成要件为：

（1）须为饲养的动物。《侵权责任法》与《民法通则》规定，造成他人损害的动物应是"饲养的动物"。这是为了排除野生动物致害之情形。饲养的动物意味着该动物是有"饲养人或管理人"的。在有人饲养的动物造成损害时，饲养人或

者管理人自然是承担责任的主体。那些完全处于自然状态下的野生动物造成他人损害时，由于没有饲养人或管理人，原则上不发生侵权责任。如果野生动物属于《野生动物保护法》第2条第2款规定的“珍贵、濒危的陆生、水生野生动物和有重要生态、科学、社会价值的陆生野生动物”的，受害人有权请求国家给予补偿。

（2）造成了他人损害。饲养动物造成了他人损害，包含两层意思。其一，该饲养动物的行为是导致他人损害的原因，即二者之间存在因果关系。例如，狗咬伤人、牛顶伤人、马踩踏他人的庄稼等。其二，该饲养动物导致他人损害的行为是基于该动物本身特有的危险性所引起的。至于这种危险性，是来源于动物的本性，还是因动物受外界刺激而作出的反应，无关紧要。不过，当动物如同一台机器或障碍而发生作用时，不属于特定动物的危险。其由此给他人造成的损害，也不属于饲养动物损害责任的调整范围。他人因动物的危险遭受的“损害”包括人身伤亡，也包括财产损失。实践中，最为常见的就是人身损害，如被狗咬伤；也有财产遭受损害的情形，如种植的蔬菜、庄稼被他人饲养的牛啃食、践踏等。

2. 绝对责任

所谓绝对责任是指没有法定免责事由的责任，此种责任比严格责任更为严格。因为即便是严格责任也是有免责事由的，如受害人故意。但是，绝对责任则没有任何免责事由。《侵权责任法》第79条、第80条规定了两类动物致害情形，它们适用的就是更为严格的无过错责任。[①] 申言之，在以下两种情形中，动物的饲养人或管理人不仅承担的是无过错责任且更为严格，即便受害人对于损害的发生具有重大过失，也不能减轻侵权人的责任：（1）违反管理规定，未对动物采取安全措施造成他人损害的情形。例如，进电梯不拴狗链，狗咬伤他人。（2）禁止饲养的烈性犬等危险动物造成他人损害的情形。例如，违反规定饲养藏獒咬死他人，即便受害人故意，饲养人也不得免责。

3. 过错推定责任

动物园的动物造成他人损害的，依《侵权责任法》第81条的规定，动物园承担的是过错推定责任，即动物园的过错是被法律推定的，其只有证明“尽到管理职责”后才能免责，否则就应当承担责任。在发生损害事故后，认定动物园是否尽到了管理责任，应“根据具体动物的种类和性质来定，并且鉴于动物园所承担的独特社会功能，其不应该只是承担善良管理人的注意义务，而应该承担更高的符合其专业管理动

① 参见王利明：《侵权责任法研究》（下卷），中国人民大学出版社2011年版，第629页。

物的注意义务"①。具体考虑的因素包括：（1）动物园是否尽到法律、法规和规章规定的义务，如提醒义务、警示义务等。（2）动物园是否规定巡查制度，管理人员是否履行该义务并尽到对游人擅自翻越、穿越栏杆靠近动物等危险行为的劝阻义务。（3）动物本身的危险程度。（4）相应的设施、设备有无安全问题等。

（三）责任主体

1. 饲养人、管理人

动物的饲养人通常就是指动物的所有人，而动物的管理人是指动物所有人之外的对动物进行实际控制与管理的人，包括依法负有管理动物的职责的人（如国家设立的动物园）以及依合同的约定负有管理动物职责之人（如依据保管合同保管动物的人）。动物的管理人可以是直接占有人，也可以是间接占有人。但是，如果某人是依据用人单位的指令或者提供劳务方要求的劳务而照顾动物，则动物的管理人是该用人单位或接受劳务的人。

2. 遗弃、逃逸的动物致害时的责任主体

动物脱离了饲养人或管理人的占有处于逃逸的状态，或者动物的饲养人或管理人遗弃了动物时，该动物致人损害时的责任主体仍为原饲养人或管理人。② 这是为了加强动物的饲养人或管理人对动物的管理职责，避免危害公众安全而作出的特别规定。

（四）第三人的过错

《侵权责任法》第83条规定："因第三人的过错致使动物造成他人损害的，被侵权人可以向动物饲养人或者管理人请求赔偿，也可以向第三人请求赔偿。动物饲养人或者管理人赔偿后，有权向第三人追偿。"所谓"因第三人的过错致使动物造成他人损害的"，包括两层含义：其一，动物的饲养人、管理人以及受害人之外的第三人从事了有过错的行为。其二，受害人的损害完全是由于第三人有过错的行为所致，动物的饲养人或管理人不存在任何过错。如果动物的饲养人或者管理人也存在过错，则不适用《侵权责任法》第83条。

十三、物件损害责任

（一）概念

物件损害责任有广、狭义之分。狭义的物件损害责任，仅指建筑物、构筑物、

① 《谢某某诉上海动物园饲养动物致人损害纠纷案》，《中华人民共和国最高人民法院公报》2013年第8期。

② 《侵权责任法》第82条。

道路、林木等人工物造成他人损害时的侵权责任。《侵权责任法》第 11 章规范的就是狭义的物件损害责任。广义的物件损害责任，是指人类管理、控制下的任何物件、物品或动物造成他人损害时的侵权责任，其范围除狭义的物件损害责任外，尚包括产品责任、机动车交通事故责任、高度危险物品责任、环境污染责任、饲养动物损害责任等。《侵权责任法》施行前，《民法通则》第 125、126 条以及《人身损害赔偿解释》第 16 条是规范物件损害责任的主要规定。《侵权责任法》采用了单独一章（第 11 章）、共 7 个条文对物件损害责任作出了规范。

（二）类型

《侵权责任法》第 11 章规定的物件损害责任的类型很多，既有建筑物、构筑物或者其他设施及其搁置物、悬挂物造成损害的责任，也有抛掷物、坠落物、堆放物致害责任，还有林木、地面施工以及窨井等地下设施造成损害时的责任。

依据归责原则，可将其分为以下四种情形：

1. 适用无过错责任的物件致害责任，具体包括《侵权责任法》第 86 条规定的建筑物、构筑物或者其他设施倒塌致害责任与第 89 条规定的公共道路遗撒物等致害责任。

2. 适用过错推定责任的物件致害责任，包括《侵权责任法》第 85 条规定的建筑物等脱落、坠落致害责任，第 88 条规定的堆放物倒塌致害责任，第 90 条规定的林木折断致害责任，第 91 条规定的窨井等地下设施致害责任。

3. 适用过错责任的物件致害责任，即《侵权责任法》第 91 条第 1 款规定的地面施工致害责任。

4. 适用公平责任的，即《侵权责任法》第 87 条规定的抛掷物、坠落物致害责任。

第五节　侵权损害赔偿责任的承担

一、侵权损害赔偿责任概述

（一）目的

损害赔偿请求权，也称“损害赔偿责任”。侵权人给被侵权人造成了损害（包括人身伤亡、财产损失）的，应承担损害赔偿责任，被侵权人因此享有损害赔偿请求权。通过该请求权，被侵权人的损害可以得到填补，重新处于侵权行为未发生时的状态。因此，损害赔偿请求权具有的是填补功能，而非惩罚功能或预防功能。

（二）原则

损害赔偿请求权以完全赔偿为原则。所谓完全赔偿原则，也称“全赔或不赔原则”。它意味着：一方面，如果加害行为符合侵权责任的构成要件，是侵权行为，那么侵权人必须就被侵权人的全部损害承担赔偿责任，使其恢复到损害事件未曾发生时的状态。另一方面，尽管加害人给受害人造成了损害，倘若该加害行为不符合侵权责任的构成要件，即便有损害，加害人也无须承担任何赔偿责任。

（三）方法

损害赔偿的方法有两种：一是恢复原状，二是金钱赔偿。这两种方法都可以用来填补受害人的财产损害，但只有金钱赔偿才能填补受害人的精神损害。恢复原状并非指侵权人要重新制造出被侵权人原来的状态，这已不可能。它仅仅是指，侵权人应当通过经济手段使得被侵权人处于经济上等值的状态。在物被毁损的场合，恢复原状原则上就是修理。金钱赔偿则是指，侵权人通过向被侵权人支付货币以弥补被侵权人的财产损害或精神损害。例如，甲因过失将乙的 A 车撞坏。如果甲是通过恢复原状的方式赔偿乙，则甲应负责 A 车的修理，使之价值恢复到被撞之前的状态。如果甲承担的赔偿责任是金钱赔偿，那么他需要向乙支付一笔与 A 车被减少的价值相等的金钱。

比较法上，恢复原状与金钱赔偿这两种损害赔偿方法中何者为主、何者为辅，有不同的规定。我国《侵权责任法》并未规定以何者为主，因此，除非法律另有规定，被侵权人有权自行选择。法律另有规定的情形如《国家赔偿法》第 32 条规定：“国家赔偿以支付赔偿金为主要方式。能够返还财产或者恢复原状的，予以返还财产或者恢复原状。”这主要是考虑到金钱赔偿具有很强的适应性以及执行上的简便易行，可避免国家机关为恢复原状所需进行的大量工作。①

二、侵权损害赔偿范围的确定

（一）损益相抵

损益相抵也称“损益同销”，是指当赔偿请求权人因同一赔偿原因事实而受有利益时，赔偿义务人有权要求将该利益加以扣除，从而确定损害赔偿之范围的制度。损益相抵制度的理论基础在于损害赔偿法中的“禁止获利”原则。损害赔偿具有补偿功能，赔偿义务人向赔偿权利人承担赔偿责任后，应使后者处于损害事

① 参见许安标、武增主编：《中华人民共和国国家赔偿法解读》，中国法制出版社 2010 年版，第 137 页。

故未发生时的地位，但赔偿权利人不能因该损害之赔偿而处于较损害发生前更为有利的地位。这就是禁止获利原则的基本思想。

损益相抵的构成要件包括：

1. 损害赔偿责任已经成立。损益相抵是损害赔偿法中的制度，而只有损害赔偿责任已经成立才存在赔偿权利人与赔偿义务人，进而适用损益相抵制度。在侵权责任法中，这意味着，侵权赔偿责任已经成立，侵权人应当向被侵权人承担损害赔偿责任。虽然成立了侵权责任，但如果只是停止侵害、排除妨碍抑或赔礼道歉，而无损害赔偿责任，亦不发生损益相抵之问题。

2. 损害赔偿请求权人受有利益。损益相抵的前提是赔偿请求权人获得了利益。该利益仅限于财产利益，不包括精神利益。赔偿请求权人因同一赔偿原因事实获得的财产利益，可以是“财产的增加”即有所得到，也可以是“损失的避免”即减少支出。该财产利益既可以是在损害事故发生时就已获得的，也可以是在损失事故已经消失后获得的。

3. 该利益是因同一赔偿原因事实而获得的。赔偿原因事实是指引发损害赔偿责任的法律事实，如侵权行为、违约行为等。所谓“该利益是因同一赔偿原因事实而获得的”意味着，受害人获得的利益必须与引发赔偿义务人承担赔偿义务的原因事实是同一法律事实，即该利益与损害事实之间存在因果关系。受害人虽然获得了财产利益，但该利益之获得与赔偿原因事实无关，而是基于第三人的给付（如受害人好友的捐赠）、受害人个人特有的原因（如受害人房屋被焚毁后意外发现自己祖父埋藏在地下的财宝）或其他法律事实所生，不能适用损益相抵。

（二）过失相抵

过失相抵，是指当受害人对于损害的发生或者损害结果的扩大具有过错时，减轻或者免除赔偿义务人的损害赔偿责任的制度。过失相抵制度是对“要么全赔偿，要么不赔原则”的突破，它允许对损害赔偿加以权衡调整。该制度的理论基础在于法律的公平精神。当受害人的过错与加害人的过错共同导致损害的发生或者受害人的过错导致了损害的进一步扩大时，无论是要加害人全部赔偿，还是完全拒绝受害人的赔偿请求权，都是不公平的。此时，应当根据受害人的过错对损害赔偿范围进行调整，方才公平合理。在我国，《民法通则》第131条、《人身损害赔偿解释》第2条以及《侵权责任法》第26条对过失相抵作出了规定。

过失相抵的构成要件如下：

1. 受害人存在过错。受害人的过错，是指受害人对于损害的发生或者损害结果的扩大具有过失，不包括受害人故意引发损害的情形。受害人的过失是指受害

人没有采取合理的注意或者可以获得的预防措施来保护其身体、财产以及其他权益免受损害，以致遭受了他人的损害或者在遭受他人损害后进一步导致了损害结果的扩大。受害人的过失包括一般过失与重大过失。

2. 受害人的过错行为必须是损害发生或者损害结果扩大的原因。受害人的过错行为必须与同一损害的发生或者扩大之间存在因果关系。如果受害人的过失导致的不是同一损害的发生或扩大，而是另外一个损害的发生或者与加害人无关的损害的扩大，则属于因果关系的中断，而非过失相抵。

3. 受害人的行为必须是不当的行为。在认定是否构成过失相抵时，无须要求受害人的行为具备违法性，只要受害人的行为属于不当行为即可。因此，当受害人的行为属于正当防卫、紧急避险以及自助行为时，不适用过失相抵。此外，受害人因见义勇为而遭受损害时，也不构成过失相抵。例如，甲冲进铁路救出一个小孩，或为了保护有价值的财产而扑灭大火，或者站在街上警告路人注意交通事故造成的障碍等。

三、财产损害赔偿

（一）含义与类型

财产损害赔偿，是指侵害他人民事权益并造成财产损失时，侵权人应当向被侵权人承担的损害赔偿义务。依据被侵害的民事权益的类型，财产损害赔偿可被分为：人身伤亡的财产损害赔偿与侵害其他民事权益的财产损害赔偿。前者是指因侵害他人之生命权、身体权、健康权而致人死伤时，侵权人就被侵权人遭受的财产利益之损失而负担的赔偿义务。后者是指因侵害他人之财产以及其他人身权益（不包括生命权、身体权或健康权）而造成财产利益损失时，侵权人应负担的赔偿财产损害之义务。此类损害赔偿又可进一步分为：侵害财产的赔偿责任与侵害其他人身权益的财产赔偿责任。

《侵权责任法》第16—18条规范的是人身伤亡的财产损害赔偿。同法第19条与第20条规范的则是侵害其他民事权益的财产损害赔偿。

（二）人身伤亡的损害赔偿

《侵权责任法》第20条规定："侵害他人人身权益造成财产损失的，按照被侵权人因此受到的损失赔偿。"同时，该法第16条对人身伤亡的财产损失赔偿范围作出了以下规定：首先，只要侵权人侵害他人造成人身损害的，就应当赔偿医疗费、护理费、交通费等为治疗和康复支出的合理费用以及因误工减少的收入。其次，如果侵权行为造成受害人残疾的，侵权人还应当承担残疾生活辅助具费和残

疾赔偿金的赔偿责任。最后，造成受害人死亡的，还应当赔偿丧葬费和死亡赔偿金。

《侵权责任法》第17条规定："因同一侵权行为造成多人死亡的，可以以相同数额确定死亡赔偿金。"作此规定的理由主要在于以下几点：首先，有利于尽快解决纠纷，防止不同的赔偿权利人之间互相攀比，避免造成新的矛盾，使得赔偿问题长期无法解决，甚至引发群体性事件。其次，该条是对实践经验的总结。在我国以往处理同一损害事故造成多人死亡的案件（如矿难赔偿）中，多采取给付所有受害人近亲属以固定数额赔偿金的方式。[①] 此外，这一规定也为我国今后立法规范现代社会的大规模侵权赔偿问题提供了法律依据。

损害赔偿金的支付方式有两种：一次性支付与分期支付。一次性支付，是指在确定损害赔偿金的数额后，侵权人一次性将全部的赔偿金支付给被侵权人或其近亲属。分期支付也称"定期金支付"，是指在确定损害赔偿金的总额后，由侵权人按照固定的期限分批分次将赔偿金支付给被侵权人或其近亲属。

《侵权责任法》第25条规定："损害发生后，当事人可以协商赔偿费用的支付方式。协商不一致的，赔偿费用应当一次性支付；一次性支付确有困难的，可以分期支付，但应当提供相应的担保。"因此，损害赔偿金的支付方式如何由当事人决定。当事人协商不成的，以一次性支付为原则，而分期支付为例外（即仅适用于一次性支付确有困难的情形）。司法实践中允许分期支付的损害赔偿金主要是残疾赔偿金（含被扶养人生活费）与残疾辅助器具费。[②]

（三）侵害其他人身权益的损害赔偿

所谓其他人身权益是指除生命权、身体权与健康权之外的人身权益，包括姓名权、名称权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、人身自由权、人格尊严权、婚姻自主权、监护权等人身权利与人格利益。[③] 侵害他人的人身权益既会给被侵权人造成精神损害，也会造成财产损失。《侵权责任法》第20条规定："侵害他人人身权益造成财产损失的，按照被侵权人因此受到的损失赔偿。"一般来说，只有能够被商业化利用的人身权（如姓名权、名称权、肖像权）遭受侵害后，才可能造成被侵权人的财产损失。这一点尤其体现在歌星、影星、体育明星等知名人士身上。一般来说，被侵权人可以通过提供在相同或类似的情况下授权他人使用姓名、

① 参见王胜明主编：《中华人民共和国侵权责任法解读》，中国法制出版社2010年版，第79页。

② 《人身损害赔偿解释》第33条。

③ 《侵权责任法》第2条第2款、《精神损害赔偿解释》第1条。

名称或肖像时可以获得许可费等证据证明自己其他人身权益遭受侵害时的财产损失。但是，侵害姓名权、名誉权、肖像权、隐私权等造成财产损失的，不少情况下损失赔偿额难以计算，此时就可依据《侵权责任法》第20条：被侵权人的损失难以确定，侵权人因此获得利益的，按照其获得的利益赔偿；侵权人因此获得的利益难以确定，被侵权人和侵权人就赔偿数额协商不一致，向人民法院提起诉讼的，由人民法院根据实际情况确定赔偿数额。

（四）侵害财产权益的损害赔偿

《侵权责任法》第2条第2款列举的民事权益中属于财产权益的，包括所有权、用益物权、担保物权、著作权、专利权、商标专用权、发现权、股权、继承权等。侵害财产权益造成被侵权人的财产损失时，侵权人当然应当承担损害赔偿责任。侵害财产权益给被侵权人造成的财产损失可以分为两大类：所受损害与所失利益。

所受损害，也称直接损失，是指现有财产价值的减少，既包括积极财产的减少，也包括消极财产的增加。财产价值有三种类型：其一，客观价值，即该被赔偿之财产对任何人都具有的价值；其二，主观价值，即财产对于特定的被侵权人所具有的价值；其三，感情价值，即财产对于特定的被侵权人所具有的喜好上或感情上的价值。前两项价值的减少都应当赔偿。感情价值因不可以计算，故除非法律有明文规定，原则上对感情价值不得以金钱加以赔偿。

所失利益，也称间接损失，是指被侵权人因财产权益被侵害导致的本应获得而无法获得的利益。申言之，如果财产权益没有遭受侵害，按照事物通常的发生、发展过程或按照被侵权人所做的准备以及采取的措施，被侵权人是具有极大的可能性、可以通过使用该财产而获得利益的，由于侵权行为的发生这些利益无法获得。故此，侵权人应当承担赔偿责任。

侵害他人财产权益而造成财产损失时，以哪一个时间点来计算损失，有很多选择项，如侵权行为发生的时间点、损害发生的时间点、诉讼开始的时间点、诉讼终结的时间点等。[①]《侵权责任法》第19条以“损失发生时”作为计算损失的时间点。通常情况下，行为人的加害行为当时即造成损失的，加害行为发生时即为损失发生时。

依据《侵权责任法》第19条，侵害他人财产的，财产损失原则上应当按照损失发生时的市场价格计算。市场价格即一般交易上的客观价格。但是，该条又规

① 参见陈小君：《财产权侵权赔偿责任规范解析》，《法商研究》2010年第6期。

定了可以按照“其他方式”计算。

► 自测习题及参考答案



阅读文献

□ 马克思：《对民主主义者莱茵区域委员会的审判》，《马克思恩格斯全集》第 6 卷，人民出版社 1961 年版。

□ 恩格斯：《恩格斯致康拉德·施米特》，《马克思恩格斯文集》第 10 卷，人民出版社 2009 年版。

□ 恩格斯：《路德维希·费尔巴哈和德国古典哲学的终结》，《马克思恩格斯文集》第 4 卷，人民出版社 2009 年版。

□ 佟柔主编：《中国民法》，法律出版社 1990 年版。

□ 王家福主编：《中国民法学·民法债权》，法律出版社 1991 年版。

□ 周枏：《罗马法原论》（上、下册），商务印书馆 1994 年版。

□ 李开国：《民法总则研究》，法律出版社 2003 年版。

□ 王泽鉴：《民法概要》，中国政法大学出版社 2003 年版。

□ 谢怀栻：《外国民商法精要》，法律出版社 2006 年版。

□ 梁慧星、陈华彬：《物权法》（第五版），法律出版社 2010 年版。

□ 江平主编：《物权法教程》（第二版），中国政法大学出版社 2011 年版。

□ 孙宪忠编著：《物权法》（第二版），社会科学文献出版社 2011 年版。

□ 姚辉：《人格权法论》，中国人民大学出版社 2011 年版。

□ 王卫国主编：《民法》（第二版），中国政法大学出版社 2012 年版。

□ 魏振瀛主编：《民法》（第五版），北京大学出版社、高等教育出版社 2013 年版。

□ 王利明、房绍坤、王轶：《合同法》（第四版），中国人民大学出版社 2013 年版。

□ 马俊驹、陈本寒主编：《物权法》（第二版），复旦大学出版社 2014 年版。

□ 陈小君主编：《合同法学》（第四版），中国政法大学出版社 2014 年版。

□ 李永军：《民法总论》（第三版），中国政法大学出版社 2015 年版。

□ 王利明：《民法总论》（第二版），中国人民大学出版社 2015 年版。

□ 王利明：《物权法》，中国人民大学出版社 2015 年版。

- 王利明：《合同法》，中国人民大学出版社 2015 年版。
- 江平主编：《民法学》（第三版），中国政法大学出版社 2016 年版。
- 崔建远主编：《合同法》（第六版），法律出版社 2016 年版。
- 王利明：《侵权责任法》，中国人民大学出版社 2016 年版。
- 王利明：《人格权法》（第二版），中国人民大学出版社 2016 年版。
- 王利明：《债法总则》，中国人民大学出版社 2016 年版。
- 朱庆育：《民法总论》（第二版），北京大学出版社 2016 年版。
- 张新宝：《侵权责任法》（第四版），中国人民大学出版社 2016 年版。
- 郭明瑞、房绍坤主编：《民法》（第四版），高等教育出版社 2017 年版。
- 梁慧星：《民法总论》（第五版），法律出版社 2017 年版。

后　记

《民法学》是马克思主义理论研究和建设工程重点教材，由教育部组织编写，经国家教材委员会审查通过。

在教材编写过程中，得到了国家教材委员会高校哲学社会科学（马工程）专家委员会、思想政治审议专家委员会以及教育部原马工程重点教材审议委员会的指导。同时，广泛听取了高校教师和学生的意见建议。

本教材由王利明主持编写，王卫国、陈小君任副主编。绪论，第一章第一节、第六节至第八节，第三章第一节至第五节，王利明撰写；第一章第二节至第五节，第五章第一节至第三节，王卫国撰写；第二章，姚辉撰写；第三章第六节、第八节，孟强撰写；第三章第七节，高圣平撰写；第四章第一节至第四节，陈小君撰写；第四章第五节至第八节，高飞撰写；第四章第九节、第十节、第十五节，第七章第一节，王轶撰写；第四章第十一至第十四节，许德峰撰写；第五章第四节、第五节，王歌雅撰写；第六章第一节至第三节，房绍坤撰写；第六章第四节、第五节，周友军撰写；第七章第二节至第五节，程啸撰写。

2018 年 12 月 28 日

郑重声明

高等教育出版社依法对本书享有专有出版权。任何未经许可的复制、销售行为均违反《中华人民共和国著作权法》，其行为人将承担相应的民事责任和行政责任；构成犯罪的，将被依法追究刑事责任。为了维护市场秩序，保护读者的合法权益，避免读者误用盗版书造成不良后果，我社将配合行政执法部门和司法机关对违法犯罪的单位和个人进行严厉打击。社会各界人士如发现上述侵权行为，希望及时举报，本社将奖励举报有功人员。

反盗版举报电话　(010)58581999　58582371　58582488

反盗版举报传真　(010)82086060

反盗版举报邮箱　dd@hep.com.cn

通信地址　北京市西城区德外大街4号

高等教育出版社法律事务与版权管理部

邮政编码　100120

为收集对教材的意见建议，进一步完善教材编写和做好服务工作，读者可将对本教材的意见建议通过如下渠道反馈至我社。

咨询电话　400-810-0598

读者服务邮箱　gjdzfwb@pub.hep.cn

通信地址　北京市朝阳区惠新东街4号富盛大厦1座

高等教育出版社总编辑办公室

邮政编码　100029

教学支持服务说明

资源访问与防伪查询说明

使用微信扫描本书内的二维码，输入封底防伪二维码下的 20 位数字进行微信绑定后即可免费访问相关资源。（只需输入一次，绑定后不必再次输入。注意：微信绑定只可操作一次，为避免不必要的损失，请您刮开防伪码后立即进行绑定操作！）

用户也可将防伪二维码下的 20 位数字按从左到右、从上到下的顺序发送短信至 106695881280，免费查询所购图书真伪。

防伪客服电话

(010)58582300

本书有配套教学课件，供教师免费下载使用，请访问 xuanshu.hep.com.cn，经注册认证后，搜索书名进入具体图书页面，即可下载。