

学校的理想装备

电子图书·学校专集

校园网上的最佳资源

民事法学

 **eBOOK**
网络资源 免费下载

序 言

党的十五大，将依法治国，建设社会主义法治国家，作为我国政治体制改革的重要目标和内容，第一次写入党的纲领性文件，这是党的领导方式和执政方式的重大完善和发展，具有划时代的意义。改革开放越深入，市场经济越发展，经济活动和利益关系越错综复杂，就越迫切地需要完善的法治来引导、规范、约束和保障市场经济所必须的良好秩序，市场经济与法治的内在联系将会越来越紧密，经济发展所需要的法律需求将会越来越大。这就意味着我国律师业正面临着一个极好的发展机遇。回顾十四大以来的律师工作，总的说，这几年改革的方向是正确的，改革的措施是符合实际的，改革的成果是明显的。几年来，各级司法行政机关、律师协会和广大律师，在以江泽民同志为核心的党中央领导下，高举邓小平理论伟大旗帜，按照司法部党组的部署，积极探索，努力实践，律师工作取得了长足发展。律师队伍的数量和质量明显提高。目前，全国律师工作人员已达 10 万余人，具有博士、硕士学历的 3000 余人，律师事务所 8300 多家。律师的业务领域不断拓展，广大律师逐步介入金融、证券、房地产、知识产权保护、国际贸易、反倾销、高科技等市场经济的新兴领域。律师的对外交流与合作进一步加强。已有 7 家律师事务所在国外设立办事处，有 50 家外国律师事务所、23 家香港地区律师事务所在境内设立办事处。律师在社会生活中的重要作用日益显现。律师积极参与的河北衡水 100 亿美元诈骗案，新疆克拉玛依特大火灾案、浙江千岛湖游船特大抢劫案的辩护和代理工作，维护了法律的尊严和统一，促进了社会稳定。广大律师积极参与大型项目，如三峡工程、黄河小浪底工程、大亚湾核电站、上海地铁工程等，为确保上述工程的顺利进行作出了贡献，赢得了各级领导和社会各界的广泛赞誉。可以说律师在建立社会主义市场经济体制、加强民主法制建设、促进对外开放等方面所发挥的作用越来越引人注目。

1986 年，司法部开始组织律师资格统一考试，至今已举办了九次。自 1993 年起，两年一次的全国律师资格考试改为一年一次。1996 年，全国第一部律师法典《中华人民共和国律师法》把律师资格考试制度作为律师队伍发展的主要途径确认下来，为律师资格考试工作的科学化、规范化提供了法律依据。几年来，律师资格考试制度不断完善，赢得了全社会的关注和重视。到目前为止，已有 55.8 万人报名参加了全国律师资格考试，有 11.4 万人通过考试取得了律师资格，为律师队伍输送和储备了一大批专业人才。律师资格考试制度的实行和律师制度改革的不深入，使人们日益认识到律师在社会发展中的重要作用，律师行业已成为令人崇尚的行业之一。

随着党的十五大精神的贯彻落实，社会政治、经济、文化等建设事业将进入一个全新的历史阶段，特别是经济体制改革和经济发展战略的实施，如国有企业改革，组建大企业集团及国有小型企业改组、联合、兼并、租赁、股份合作制、出售、破产，金融与证券市场的建立等都为律师工作的进一步改革发展提供了更为广阔的舞台。我们完全有理由相信，律师队伍将有一个更大的发展。为了适应形势发展的需要，司法部在总结历年律师资格考试工作经验的基础上，组织专家、学者和执业律师重新编写了律师资格考试指导用书。这套用书在内容编排、学科设置、整体框架、篇幅分配、编写角度和深度等方面都比过去的用书有明显改进，突出了基本法律知识及律师实务和

技能。它不仅具有辅导考试的作用，而且还能在较大范围、较深层次上起到法制宣传教育的作用。我希望这套用书，能够成为广大考生以及热爱律师事业、热爱法制工作的人们的良师益友。我祝愿所有读者都能从该书中学有所得，祝愿该书对所有考生都有所裨益，并通过你们的努力，加入到律师队伍中来，为律师事业的发展作出贡献。

司法部部长 高思程
1998年4月28日

出版说明

为了适应我国律师资格考试发展的需要,进一步完善与律师资格考试相关的配套措施,并为广大考生提供适合律师资格考试特点的学习、复习用书,经过酝酿与准备,《全国律师资格考试指定用书》出版发行。

这套指定用书分为教材系列和主要参阅法律、法规汇编系列,共九册。其中教材系列为七册;主要参阅法律、法规汇编系列为二册,收入75个法律、法规、司法解释。现就这套书籍的编撰、出版说明如下:

一、教材系列由全国律师资格考试指定用书编辑委员会主持编辑,约请北京大学、中国人民大学、中国政法大学、北京商学院、华东政法大学、清华大学、北京联合大学应用文理学院、中国社会科学院法学研究所及司法部律师司等单位的学者、专家和北京部分律师事务所律师撰写。书稿撰写前曾进行数次研讨、论证,确定重点学科、撰写大纲、教材特点等,并由各书主编、副主编审阅统稿,最后由司法部律师资格考试委员会组织有关专家审定。

二、教材系列共七本书,即:(一)法学基础理论·宪法学;(二)刑事法学;(三)民法学;(四)商事法学·经济法学;(五)行政法学;(六)国际经济法学·国际私法学;(七)律师制度与律师实务。其中,刑事法学包括刑法和刑事诉讼法,民法学包括民法和民事诉讼法,合同法、知识产权法归入民法,公司法、外商投资企业法、合伙企业法、破产法、票据法、保险法、海商法归入商事法学。

三、前述七本书的划分主要是根据学科比重、编写体例、内容安排以及律师资格考试的特点而设计的,并不代表或反映编撰者和审定者对各法学学科进行划分的意见或观点。对于各法学学科理论中尚存争议的问题,除非需要对某一理论或制度问题的诸种学术观点作客观、公正的介绍,本教材力求采通行之说,尽量避免编撰者的一家之言。

四、教材系列力求反映和体现律师资格考试和律师职业的特点,突出法学理论与司法实践的结合,强调律师素质教育与应试指导的结合,尤其突出对重要立法的阐述和学科基本理论、基本制度在司法实践中的运用。其理论水准定位在大学本科层次。在内容安排、文字风格等方面力求与已有的其他法学教材相区别。

五、基于律师资格考试命题与标准答案的准确性、科学性、客观性、有效性的要求,教材系列对各项具体法律制度的阐释均以我国现行有效的法律、法规、司法解释为依据。

六、教材系列体系与内容将保持相对稳定性和连续性,但将根据现行法律的修订而在再版时及时作出相应的修改。

七、主要参阅法律、法规汇编系列是根据教材系列确定的体系。由司法部律师资格考试委员会组织参与教材撰写的专家、教授共同选定。为方便考生复习,减轻考生负担,此次对所选法律、法规进行了较大的压缩,只选定较为重要的法律、法规、司法解释。教材系列中已有较为详细阐述的法规、司法解释未再收入。律师资格考试命题将主要以本汇编为法律依据,但是考生复习时仍应注意了解和掌握教材中相关部分所涉及的有关法规和解释。

八、司法部律师资格考试委员会将于每年以本套指定用书为依据颁布当年的考试大纲。律师资格考试命题以当年的考试大纲为依据。

本套指定用书在编辑、出版过程中,得到了前述单位和有关人员的大力支持和协作,司法部高昌礼部长还为本套书撰写了序言,在此一并表示衷心的感谢。由于时间仓促,书中难免有疏漏和不当之处,请广大考生和读者不吝指正。

《全国律师资格考试指定用书》
编辑委员会

1998 年 5 月

修订说明

《全国律师资格考试指定用书》出版已近一年。一年来，我国的民主法制进程在“依法治国”方略的指引下，又向前迈了一大步，从1998年下半年到1999年3月，国家先后颁布了《中华人民共和国证券法》、《中华人民共和国宪法修正案》和《中华人民共和国合同法》，对《中华人民共和国土地管理法》及《中华人民共和国土地管理法实施条例》作了修改，随着这些法律的颁布实施，我们编辑的这套《全国律师资格考试指定用书》也须作相应的修订。

此次修订主要有以下几个方面：第一，根据读者的意见和立法的变化，对原书的考试大纲所列知识点作了部分充实；第二，对原套书中的主要参阅法律、法规汇编进行了增删，增加《中华人民共和国宪法修正案》和《中华人民共和国合同法》等法律，删除失效的法律、法规；第三，根据国家近一年颁布的法律和司法解释，对原套书的七本教材中的有关内容作了相应的修改。尤其是对教材中所涉及的《中华人民共和国证券法》、《中华人民共和国宪法修正案》和《中华人民共和国合同法》的部分都进行了改写；第四，对原书章以下的体例作少量调整，对原书的疏漏加以补正。

此次修订力求在学理阐述上系统科学，在各章节上层次分明，同时文字精练，修辞准确。鉴于篇幅所限，各卷书一般不评介当前的学术争议，也不专论通说之外的个家之言。在原作者修订的基础上，又请部分作者对各书的体例及文字进行了统校。

修订工作由司法部领导段正坤同志、律师公证工作指导司负责人贾午光、吴明德同志主持，参加各书修订及统稿的人员有：段正坤、贾午光、吴明德、邱征、周塞军、刘凯湘、马怀德、潘剑锋、王卫国、王传丽、陈光中、陈卫东、赵永林、韩大元、舒国滢、钱明星、裴广川、刘晓红、贾京平、刘晔、李传敢、徐波、阎欣、于晋。在此，我们对参加修订工作的所有人员和关心这套书并提出修改意见的各界人士表示衷心的感谢。

《全国律师资格考试指定用书》

修订委员会

1999年3月

民事法学

第一章 民法概述

第一节 民法的调整对象和体系

一、民法的概念

《中华人民共和国民法通则》第2条规定：“中华人民共和国民法调整平等主体的公民之间、法人之间、公民与法人之间的财产关系和人身关系。”

民法源于古罗马时期的罗马法。罗马法被恩格斯称为“简单商品生产即资本主义前的商品生产的完善的法”，它已经形成了一个高度完备的体系，为现代民法奠定了基础。至近代，法国1804年颁布的法国民法典(拿破仑法典)是第一部以罗马法为基础系统编纂的、反映资本主义关系的民法典，之后各国纷纷制定民法典，尤以德国1896年的民法典著名。西方资本主义国家的民法典，反映了资本主义商品经济的要求，极大地促进了资本主义的发展和社会的进步。

我国古代法律虽然对民事关系也有所规定，但是规定方法与西方有极大差异，主要以刑事方法处理民事问题。民事领域的主要关系由民间习惯和一般道德规范来调整。自我国清末法律改革运动开始，我国开始学习西方大陆法系模式的民法，并且在1929—1930年由国民政府制定了历史上第一部民法典。1949年新中国建立后，废除了旧民法，在理论上和司法实践上主要参考当时苏联的法律和法学理论，但是正式的民事立法很少。历经了很长时间法制遭受破坏的局面后，从70年代末、80年代初开始，法学的研究逐渐恢复，法制也逐步恢复和健全。1986年我国颁布了《民法通则》，它虽然不是民法典，但在我国民法体系中起到了纲领性的作用，有重大的意义。此外，大量的单行法规颁布，共同形成了我国的民法体系。

民法是我国的基本法律部门之一。在社会主义市场经济条件下，民法更是起到了基础性的作用。市场经济以资源的自由流通和自由竞争为特征，民法的民事主体制度，特别是法人制度确立了市场主体的法律地位；物权制度、知识产权制度确保了民事主体可以通过法律允许的多种途径取得财产，并获得法律的充分保障；合同制度使得财产和劳务可以充分自由和安全地进行交换，从而形成自由竞争；民事责任制度在因他人的违法行为(主要为侵权行为和违约行为)造成损害的情况下，对受害者的利益予以充分的保护，保障正常的市场秩序不受破坏。当然，民法不仅限于为市场经济提供基本的法律框架，它在保障人权、保障正常的家庭生活等方面，也发挥着基础性的作用。

二、民法的调整对象

根据《民法通则》第2条的规定，我国民法调整的对象包括两种社会关系：

(一)平等主体之间的财产关系

财产关系指权利义务的客体可以以金钱衡量其价值的社会关系。可以作为民法调整的这种财产关系的主体，主要是公民和法人两种。

财产关系，多种法律部门都加以调整，但是调整的范围不同。民法调整的是平等主体之间的财产关系，或者说横向的财产关系。这与税法调整国家与纳税人之间的征税纳税关系以及其他非平等主体之间的财产关系形成鲜明

对比。

(二) 平等主体之间的人身关系

人身关系指与民事主体的人身密切相联、不可分割的社会关系。作为民法调整的人身关系的主体，也主要是公民和法人两类。

与财产关系一样，人身关系也有多个法律部门都加以调整。民法调整的是平等主体之间的人身关系。与此相对比，以刑法为例，刑事责任规定的主要是对犯罪人的生命或者自由予以剥夺，也涉及到公民的人身利益，但是这种人身关系就不属于平等主体之间的人身关系。

三、民法的渊源

民法的渊源，指民法的具体表现形式。

民法作为一个法律部门，其内容包含于多个法律文件之中或者以其他形式表现，它们是因为有共同的调整对象、共同的调整方法而构成了一个法律部门。从我国的现状看，民法主要有这些渊源：(1)宪法中的民事法律规范，比如第38条关于人格尊严的规定；(2)全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律，如民法通则、继承法、合同法；(3)国务院制定的行政法规，如私营企业暂行条例；(4)地方性法规；(5)国务院部委的部门规章，比如国家工商行政管理局关于确认和处理无效经济合同的暂行规定；(6)最高人民法院发布的司法解释；(7)国家的民事政策；(8)国家认可的民事习惯，如民间的典权，在司法实践中得到承认。

第二节 民法的基本原则

一、民法基本原则的概念

民法的基本原则是反映整个民法的基本精神、对具体民事法律规范的制定、解释、适用起到指导作用的根本方针，特别是当法律缺乏明确规定时可以对法律适用起指导作用的原则。

二、民法基本原则的内容

根据《民法通则》第3条到第7条的规定，我国民法有这样一些基本原则：

(一)当事人地位平等原则

《民法通则》第3条规定：“当事人在民事活动中的地位平等。”根据平等原则，在民事活动中当事人的法律地位一律平等，任何一方只能根据法律的规定或者当事人之间的约定行使权利，不得将自己的意志非法强加给对方。

在民事活动中，无论当事人的社会地位、财产状况等有无差异，法律地位都是平等的。

平等原则体现了民法调整的社会关系的特点。

(二)自愿、公平、等价有偿原则

《民法通则》第4条规定，民事活动应当遵循自愿原则。自愿原则主要指当事人进行民事法律行为时，可以在法律规定的范围内，根据自己的意愿，设定、变更、消灭民事法律关系。自愿原则主要体现在合同自由上，即只要合同的内容不违反法律和社会公共利益、社会公德，当事人就可以订立，即使法律上并没有规定这种具体合同，合同也是有效的，受法律保护。遗嘱自由也是自愿原则的重要体现。

民法的自愿原则使得当事人可以在不违反法律的前提下，自主地安排有关权利、义务，充分地实现自己的利益。自愿原则以及反映自愿原则的法律规定，是市场经济的最重要的法律基础之一。

《民法通则》第4条规定，民事活动应当遵循公平原则。公平是一种有赖于社会一般观念的主观评价。公平原则要求民事法律关系的内容应当公平，对于不公平的民事关系法律上将给予否定性的评价。公平原则的一个明显体现，是《民法通则》规定的显失公平的民事行为，属于可变更、可撤销的民事行为。

《民法通则》第4条规定，民事活动应当遵循等价有偿原则。等价有偿是价值规律的要求，也是市场经济的题中应有之义。在商品交换当中，总是遵循等价有偿的价值规律，等价有偿原则是价值规律在民法上的集中体现。

当然，在民事活动中并非所有的财产流转都是等价有偿的。比如赠与合同，无偿的委托合同等，另外即使是有偿合同，双方的给付也不一定价值相等。这当然不意味着这些民事法律关系是违反民法基本原则的。只要民事行为符合一般的公平观念，是当事人自愿进行，法律就承认和保护，不能机械和孤立地理解等价有偿原则。

(三)诚实信用原则

《民法通则》第4条规定，民事活动应当遵循诚实信用原则。《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，指一切法律关系的当事人，应当公平地考虑对方的正当利益和社

会公共利益，善意地行使权利、履行义务。

诚实信用的要求，本是一种道德要求，即在不损害他人利益和社会利益的前提下追求自己的利益。但是民法的目的在于维持一种公平、高效的社会秩序，要求当事人善意行事是实现这一目的所必须。在民法的具体制度中，大量的制度都体现了诚实信用原则，比如因故意、过失造成他人损失的，应当承担侵权的民事责任，因欺诈、胁迫而为的民事行为无效等。

诚实信用原则更重要的作用是，如果一方当事人因为恶意损害他人，即使缺乏法律的明确规定，当事人之间也无明确约定，仍然属于民事违法行为，应当承担民事责任。比如某甲有一栋可以眺望海景的房屋，某乙希望购买。甲明知某乙青睐此房主要是因为风景好，也明知附近将有另一栋房屋建起，建成后从自己的房屋将看不到大海，可是仍然将房屋卖给了乙。在双方的合同中，并没有将周围的环境规定为合同条款，法律也没有明确规定合同当事人在此情况下有告知义务，但是从诚实信用原则出发，甲应当秉承善意，告知这一对乙来说非常关键的事实。所以，某甲违反了诚实信用原则，其不告知应当属于隐瞒真实情况的欺诈，合同无效。

(四)保护公民、法人合法民事权益和禁止权利滥用原则

《民法通则》第5条规定：“公民、法人的合法民事权益受法律保护。”公民、法人依法取得的各种合法权益，包括各种物权、债权、知识产权、人身权以及其他合法权益，都受到法律的保护，如果不法侵害他人的合法权益，应当承担民事责任，权利人可以依法通过各种救济途径实现自己的权利。保护公民、法人合法民事权益并不等于“权利绝对”，允许权利人按照自己的意志自由地行使权利，更不等于容许权利人在行使自己的权利时可以不顾国家法律、社会公德、社会利益，甚至去损害他人的合法权益。《民法通则》第7条规定：“民事活动应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益，破坏国家经济计划，扰乱社会经济秩序。”权利行使以禁止恶意权利行使、损害他人利益为要件。

第三节 民法的适用范围

一、民法在时间上的适用范围

民法在时间上的适用范围，指民法在时间上的效力。各种不同的法规，其发生效力的时间有所不同。比如《民法通则》颁布于1986年4月12日，但该法第156条规定：“本法自1987年1月1日起施行。”有的民事法规从颁布之日起施行，比如《城市私有房屋管理条例》。

法治原则要求，法律原则上没有溯及既往的效力。民事法规也同样遵循这一原则。所以，民事法规颁布前发生的民事案件，仍应当依照当时的法律法规适用。当然，如果当时的法规没有规定，则可以在公平合理的前提下，参照现行法律。比如，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》第196条规定：“1987年1月1日以后受理的案件，如果民事行为发生在1987年以前，适用民事行为发生时的法律、政策；当时的法律、政策没有具体规定的，可以比照民法通则处理。”

二、民法在空间上的适用范围

民法在空间上的适用范围，指民法发生约束力的空间范围。《民法通则》第8条第1款规定：“在中华人民共和国领域内的民事活动，适用中华人民共和国法律，法律另有规定的除外。”根据这一规定，在我国领土、领海、领空上，中国民事法律发生效力。但是，在某些特殊情况下，根据法律的特殊规定，即使民事活动发生在中国领域内，也可能不适用中国法律，这主要是指发生在我国的、但根据国际私法规则应当适用外国法的涉外民事关系。当然，民事活动未发生在我国领域内，但是也可能根据国际私法规则而适用中国法律。

另外，由于法规的发布机关不同，法规的适用范围也会有差异。中央机关发布的法律法规当然适用于全国，除了某些民族自治地方可能例外。地方性法规就只能适用于所在地方。

三、民法对人的适用范围

民法对人的适用范围指民法对之发生约束力的人的范围。

《民法通则》第8条第2款规定：“本法关于公民的规定，适用于在中华人民共和国领域内的外国人、无国籍人，法律另有规定的除外。”也就是，民法关于公民的规定，不仅适用于我国公民，原则上也适用于在我国境内的外国人、无国籍人，外国人、无国籍人也受中国民事法律的约束。但是，如果中国法律特别规定在某些情况下，中国的民事法律不适用于外国人、无国籍人，则应当依照法律的特别规定。

我国民法关于法人的规定，并不当然适用于外国法人。外国法人要在我国进行民事活动，必须经过我国有关机关的批准。公司法对此有规定。外商投资企业法人属于中国法人，在中国领域内的活动当然适用中国民法。当然，外国法人不在我国领域内进行民事活动，也有可能适用中国法律，只要根据国际私法规则应当适用中国法律。

第四节 民事法律关系

一、民事法律关系的概念

民事法律关系指因为民法的调整而形成的法律上的权利、义务关系。

民法正是通过民事法律关系来实现对一定社会关系的调整。因为民事法律是抽象的、普遍适用的，它本身并不确定地与特定的社会事实相联系。当现实中发生了某种具体的社会关系，并且依照民法应受到它的调整时，这种社会关系就形成了民法上的权利、义务关系，要受到法律的制约，权利受到法律的保护，义务不履行则要承担法律上的责任。所以，民事法律关系是民法与现实生活发生联系的途径，民法是通过民事法律关系实现其调整社会关系的目的。

二、民事法律关系的要素

民事法律关系包括主体、内容、客体三个要素。

(一)民事法律关系的主体

民事法律关系的主体指在民事法律关系中享受权利或者承担义务的当事人，简称民事主体。民事法律关系是一种人与人之间的关系，所以必须有参加这种关系的主体。

根据我国民事法律的规定，民事法律关系的主体主要是公民、法人两种，此外，没有法人资格的组织如果符合一定的条件，比如合伙企业，创作作品的非法人单位，以及特殊情况下的国家，也是民事主体。

(二)民事法律关系的内容

民事法律关系的内容指民事法律关系的一方主体对他方享有的民事权利或者负有的民事义务。简单地说，民事法律关系的内容就是民事权利和民事义务。比如所有权法律关系中，所有权人所享有的对标的物占有、使用、收益、处分的权利和排除他人干涉的权利，义务人(所有人之外的其他人)都负有义务不去干涉所有权人对标的物的支配。

民法调整社会关系，就是为了使法律规定的民事法律关系的内容在现实生活中实现，使得权利人能够享有权利带来的利益，使义务人履行所负有的义务，并通过各种途径保证这种目的的实现。

(三)民事法律关系的客体

民事法律关系的客体指民事权利、义务所指向的对象。

各种不同的民事法律关系，其客体有所不同。可以作为民事法律关系客体的有：物、行为、智力成果、特定的人身利益以及特定的权利。例如物权法律关系的客体是物，债的法律关系的客体是行为，知识产权的客体是智力成果，各种人身权的客体是不同的人身利益，权利质权的客体是权利。

三、民事法律事实

民事法律事实指能够引起民事法律关系发生、变更或者消灭的客观情况。

民事法律关系是发生在当事人之间的具体的关系，它不会无缘无故地产生，也不会永远存在。它的发生、变更、消灭都是因为有一定的法律规定的原因。这些原因就是民事法律事实。比如，双方因为签订合同的行为而发生一个合同之债的法律关系，之后因为债务人的完全和适当履行的行为而消灭了这种债的关系。

民事法律事实可以分为两类：

(一)事件

事件指与民事法律关系当事人的主观意志无关的法律事实。比如，因为人的死亡而发生继承。又如权利在法定期间内不行使即发生时效经过的不利后果。

(二)行为

行为指由人有意识地进行的，民事法律关系的发生、变更、消灭与此有关的法律事实。比如签订合同的行为，故意毁损他人财产的行为。行为包括积极的作为和消极的不作为。根据法律对于行为赋予肯定性的法律后果还是对行为人不利的法律后果，行为可以分为合法行为和违法行为。

四、民事权利、民事义务及其分类

民事权利指民事主体根据法律可以实现某种利益的可能性，或者简单地说，指法律保护的特定利益。民事权利总是有某种民事义务与之相对应，否则就无法存在，无法成其为权利。民事义务指民事主体在法律上受到的应当为或不为一定行为的约束。义务人违反其义务，就意味着权利人的权利受到侵犯，义务人要承担法律上不利的后果。

民事权利，根据不同的标准，可以分为许多种类。

(一)财产权和人身权

这是根据民事权利内容的不同所作的划分。财产权是指以通常可以以金钱衡量其价值的利益为内容的民事权利。主要是物权、债权、知识产权。人身权是指与权利主体的人身不可分离的以人身利益为内容的民事权利。如生命权、健康权、名誉权等。

(二)绝对权和相对权

这是根据民事权利效力范围的不同所作的划分。绝对权是指效力及于一切人的民事权利。也就是说，权利人之外的所有其他人，都属于绝对权法律关系中的义务人的范围，都负有不妨碍权利人实现其权利的义务。通常情况下，这种义务是不作为的义务。相对权是指效力仅及于特定当事人的民事权利。相对权仅可以对特定的当事人主张，原则上不得对其他人主张，权利的实现有赖于义务人的履行行为。义务人的义务通常是作为。各种物权、知识产权、人格权都属于绝对权，各种请求权，特别是债权，属于相对权。

(三)支配权、请求权、形成权、抗辩权

这是根据民事权利的作用的不同而作的区分。

支配权是指权利人可以直接支配权利客体、排除他人干涉的权利。物权是典型的支配权。

请求权是指权利人可以要求他人为特定行为(包括作为、不作为)的权利。债权的主要内容为请求权。

形成权是指权利人通过其单方的行为就可以使一定的民事法律关系发生变动的权利。形成权的主要作用是使权利人可以依其单方意思表示(构成单方法律行为)，就可以使民事法律关系发生、变更、消灭。比如，无权代理之下被代理人的追认权就是一种形成权；可变更、可撤销的民事行为中，当事人的变更、撤销权也是形成权。

抗辩权是指权利人在对方行使请求权时依法对抗、拒绝履行的权利。抗辩权人并不能否定对方请求权的存在或消灭对方的请求权，但是可以根据抗辩权对抗对方的请求权，拒绝履行义务。比如，根据《合同法》第66条规定的同时履行抗辩权，在双务合同中，一方当事人如果自己不提出履行而请求

对方履行义务，则对方虽然不可以否认自己义务的存在，但是可以暂时拒绝履行。

第二章 公民(自然人)

第一节 公民的民事权利能力

一、民事权利能力的概念

民事权利能力是指享受民事权利、承担民事义务的资格。民事主体之所以成为法律上的民事主体，就是因为享有民事权利能力。

民事权利能力和民事权利是不同的概念。民事权利能力是民事主体实际取得具体的民事权利、承担民事义务的前提和基础。没有民事权利能力，就不是民事主体，就没有取得民事权利、义务的资格，因而更不可能取得具体的民事权利和义务了。

民事权利能力是法律所赋予的，不是天赋的，是否享有民事权利能力以及它的内容和范围，均由法律规定。这些规定是强行法，当事人不得将民事权利能力自行抛弃、限制、转让。

二、公民(自然人)的概念

《宪法》第 33 条第 1 款规定：“凡具有中华人民共和国国籍的人都是中华人民共和国公民。”可见，公民概念强调了国籍上的归属。自然人概念，一般指具有自然的生理机能的人类成员。自然人概念强调此类民事主体的自然属性。两个概念在内涵上并不相同，但在我国民法上这两个概念是通用的，所以《民法通则》第二章的章名是“公民(自然人)”，而《合同法》第 1 条则用“自然人”的提法。

三、公民民事权利能力的特征

(一)公民的民事权利能力一律平等

《民法通则》第 10 条规定：“公民的民事权利能力一律平等。”任何公民，无论年龄、性别、职业、贫富等，都享有平等的民事权利能力，范围完全相同。即使是无民事行为能力人、限制民事行为能力人，也可通过其法定代理人进行民事活动，从而与其他民事主体一样取得民事权利和承担民事义务。

(二)内容广泛

我国民法上，公民的民事权利能力的内容是非常广泛的，民法通则和各种其他民事法律上规定的民事权利、民事义务，包括各种财产权、人身权和财产义务、人身上的义务，除非法律有明确的限制，所有公民都有取得的资格。

四、公民民事权利能力的开始

《民法通则》第 9 条规定：“公民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。”通常所说的出生，是指出生完成。在司法实践上，出生的时间以户籍证明为准，没有户籍证明的，以医院出具的出生证明为准，没有医院证明的，参照其他有关证明认定。

根据上述规定，胎儿当然不具有民事权利能力。但胎儿的出生已具有现实的可能性，有必要在法律上承认其利益，以便其出生后现实地享受。所以我国《继承法》第 28 条对胎儿的利益给予了一定的特殊保护。

五、公民民事权利能力的终止

《民法通则》第 9 条规定，公民的民事权利能力终于死亡。

民法上的死亡包括生理死亡和宣告死亡。生理死亡指公民生命的终结，

其认定应依医学上的标准。互有继承权的数人在同一事件中死亡且不能确定死亡的先后时间的，在继承法上有特殊的推定方法，容后详述。宣告死亡是人民法院对失踪一定时间，符合法定条件的人，依法推定其死亡。宣告死亡与生理死亡有相同的法律后果。

公民一旦死亡，则丧失民事行为能力，不再是民事主体，其生前的婚姻关系消灭，其财产权和财产义务依继承法的规定转移，人身权消灭。但是根据著作权法的规定，作者死亡后，其生前享有的著作人身权仍然受保护，并且我国的人身权制度还保护死者的名誉。这些可以视为特例。

第二节 公民的民事行为能力

一、民事行为能力的概念

民事行为能力指民事主体通过自己的行为取得民事权利、承担民事义务的资格。民事行为能力在含义上不仅包括进行合法行为从而取得民事权利义务的资格，而且包括进行违法行为而承担相应的民事责任的资格。

民事行为能力的规定是强行法，是否享有以及范围均由法律规定，当事人不得自行抛弃、限制、转让。

民事行为能力的享有，以享有民事权利能力为前提。如果没有民事权利能力，就不是民事主体，更谈不上以自己的行为取得民事权利和义务了。但并非所有民事主体都有民事行为能力。未成年人或者精神病人没有民事行为能力或者受到限制。

二、公民民事行为能力的分类

所有的公民都有民事权利能力，但是，未成年人和精神病人由于年龄、智力和精神健康状况的缘故，不能很好地理解自己的行为，不能理智地处理自己的事务和维护自己的利益，对于这些公民，法律上对他们的利益予以特殊的保护，规定其不能参加所有的民事活动或者部分的民事活动，由法定代理人代理其进行其不能独立进行的民事活动。这样，法律上就有了民事行为能力的划分。

民事行为能力分为完全民事行为能力、限制民事行为能力、无民事行为能力三种。

(一)完全民事行为能力

《民法通则》第 11 条规定：“18 周岁以上的公民是成年人，具有完全民事行为能力，可以独立进行民事活动，是完全民事行为能力人。16 周岁以上不满 18 周岁的公民，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。”当然，这里还要求当事人精神健康、智力健全，不属于《民法通则》第 13 条规定的精神病人。

(二)限制民事行为能力

《民法通则》第 12 条第 1 款规定：“10 周岁以上的未成年人是限制民事行为能力人，可以进行与他的年龄、智力相适应的民事活动。”10 周岁以上的未成年人进行的民事活动是否与其年龄、智力状况相适应，可以从行为与本人生活相关联的程度、本人的智力能否理解其行为，并预见相应的行为后果，以及行为标的数额等方面认定。

《民法通则》第 13 条第 2 款规定：“不能完全辨认自己行为的精神病人是限制民事行为能力人，可以进行与他的精神健康状况相适应的民事活动；其他民事活动由他的法定代理人代理，或者征得他的法定代理人的同意。”精神病人(包括痴呆症人)如果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后果的，可以认定为不能完全辨认自己行为的人。限制民事行为能力的精神病人进行的民事活动，是否与其精神健康状况相适应，可以从行为与本人生活相关联的程度、本人的精神状态能否理解其行为，并预见相应的行为后果，以及行为标的数额等方面认定。

根据《民法通则》第 12 条第 1 款、第 13 条第 2 款的规定，限制民事行为能力人依法不能独立进行的民事活动，应由其法定代理人代理进行，或者

征得其法定代理人的同意后独立进行。法定代理人由监护人担任。

(三)无民事行为能力

《民法通则》第 12 条第 2 款规定：“不满 10 周岁的未成年人是无民事行为能力人，由他的法定代理人代理民事活动。”

《民法通则》第 13 条第 1 款规定：“不能辨认自己行为的精神病人是无民事行为能力人，由他的法定代理人代理民事活动。”精神病人(包括痴呆症人)如果没有判断能力和自我保护能力，不知其行为后果的，可以认定为不能辨认自己行为的人。

无民事行为能力人的法定代理人由其监护人担任。

三、精神病人的无民事行为能力或限制民事行为能力的宣告

《民法通则》第 19 条规定：“精神病人的利害关系人，可以向人民法院申请宣告精神病人为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人。被人民法院宣告为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的，根据其健康恢复的状况，经本人或者利害关系人申请，人民法院可以宣告他为限制民事行为能力人或者完全民事行为能力人。”我国《民事诉讼法》第十四章第四节，专门规定了认定公民无民事行为能力、限制民事行为能力案件的特别程序。

四、例外性的规定

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》第 6 条规定：“无民事行为能力人、限制民事行为能力人接受奖励、赠与、报酬，他人不得以行为人无民事行为能力、限制民事行为能力为由，主张以上行为无效。”这条规定的目的在于保护未成年人和精神病人的利益，避免其在民事活动中利益受到损害。这条规定的理由是因为此种民事行为是单纯受益，没有任何损害，且不损害对方当事人的合法利益的行为。如果允许对方当事人主张此类行为无效，则反而损害了无民事行为能力人和限制民事行为能力人的利益，不符合立法的目的，因此有这一例外规定。

此外，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》第 67 条第 2 款规定：“行为人在神志不清的状态下所实施的民事行为，应当认定无效。”依照该条的规定，当事人虽然成年且平时精神正常，属于完全民事行为能力人，但在神志不清状态下所为的民事行为仍然无效。

第三节 公民的住所

公民的住所指公民生活和进行民事活动的主要场所。住所与居所不同。居所指公民暂时生活和进行民事活动的场所。一个公民可以有多个居所，但是只能有一个住所。

公民的住所，在法律上有重要的意义，它是确定诉讼上地域管辖的一个重要依据，也是国际私法上确定准据法的一个重要依据。

《民法通则》第 15 条规定：“公民以他的户籍所在地的居住地为住所，经常居住地与住所不一致的，经常居住地视为住所。”在司法实践上，经常居住地指公民离开住所地最后连续居住 1 年以上的地方，但住医院治疗的除外；公民由其户籍所在地迁出后迁入另一地之前，无经常居住地的，仍以其原户籍所在地为住所。

第四节 监护

未成年人和精神病人由于年龄、智力和精神状况的原因，需要受到特别的照顾，以保证其身心健康和财产安全，享受正常的生活，以期正常地成长或者恢复健康。监护的设立，就是为了保护未成年人和精神病人合法权益，维持正常的社会秩序和经济秩序。

一、监护的设立

监护是为无民事行为能力或者限制民事行为能力的未成年人、精神病人设立保护人、进行特别保护的制度。

(一) 未成年人的监护

《民法通则》第 16 条规定，未成年人的父母是未成年人的监护人。未成年人的父母已经死亡或者没有监护能力的，由下列人员中有监护能力的人担任监护人：(1)祖父母、外祖父母；(2)兄、姐；(3)关系密切的其他亲属、朋友愿意承担监护责任，经未成年人的父、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会同意的。

没有这些规定的人担任监护人时，由未成年人的父、母所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门担任监护人。

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》第 15 条规定，有监护资格的人之间可以通过协议确定由谁担任监护人。

(二) 精神病人的监护

《民法通则》第 17 条规定，无民事行为能力或者限制民事行为能力的精神病人，由下列人员担任监护人：(1)配偶；(2)父母；(3)成年子女；(4)其他近亲属；(5)关系密切的其他亲属、朋友愿意承担监护责任，经精神病人的所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会同意的。

没有这些规定的人担任监护人时，由精神病人的所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门担任监护人。

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》第 15 条规定，有监护资格的人之间可以通过协议确定由谁担任监护人。

(三) 担任监护人的争议

1. 有关单位的指定。根据《民法通则》第 16 条第 3 款的规定，对由谁担任未成年人的监护人有争议时，由未成年人的父、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会在近亲属中指定。

《民法通则》第 17 条第 2 款规定，对由谁担任精神病人的监护人有争议的，由精神病人的所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会在近亲属中指定。

2. 人民法院的指定。依照《民法通则》第 16 条第 3 款和第 17 条第 2 款的规定，由有关单位在近亲属中指定了监护人后，如果有关当事人不服，可以提起诉讼，由人民法院裁决。

人民法院指定监护人时，可以将《民法通则》第 16 条第 2 款中(1)、(2)、(3)项或第 17 条第 1 款中的(1)、(2)、(3)、(4)、(5)项规定视为指定监护人的顺序。前一顺序有监护资格的人无监护能力或者对被监护人明显不利的，人民法院可以根据对被监护人有利的原则，从后一顺序有监护资格的人中择

优确定。被监护人有识别能力的，应视情况征求被监护人的意见。

二、监护人的职责

(一)监护人的职责

1.《民法通则》第 18 条规定：“监护人应当履行监护职责，保护被监护人的人身、财产及其他合法权益，除为被监护人的利益外，不得处理被监护人的财产。”监护人的监护职责包括：保护被监护人的身体健康，照顾被监护人的生活，管理和保护被监护人的财产，代理被监护人进行民事活动，对被监护人进行管理和教育，在被监护人合法权益受到侵害或者与人发生争议时，代理其进行诉讼。

2.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》第 22 条规定，监护人可以将监护职责部分或者全部委托给他人。因被监护人的侵权行为需要承担民事责任的，应当由监护人承担，但另有约定的除外；被委托人确有过错的，负连带责任。

(二)违反监护职责的责任

《民法通则》第 18 条第 3 款规定：“监护人不履行监护职责或者侵害被监护人的合法利益的，应当承担责任；给被监护人造成财产损失的，应当赔偿损失。人民法院可以根据有关人员或者有关单位的申请，撤销监护人的资格。”有权向人民法院起诉、要求监护人承担民事责任或者变更监护关系的，是《民法通则》第 16 条、第 17 条规定的其他有监护资格的人或单位。

三、监护的终止

监护是为保护未成年人和精神病人的利益而设立的。因此，如发生以下事实，监护即应终止：

1.被监护的未成年人已经成年或者精神病人完全恢复健康。但如精神病人曾由人民法院宣告为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人，则应当通过民事诉讼特别程序由人民法院认定和宣告。

2.监护人或者被监护人死亡。

3.监护人丧失监护能力。

4.监护人被人民法院撤销监护人资格。

第五节 宣告失踪和宣告死亡

一、宣告失踪

如果一个公民失踪下落不明，则与该公民相关的财产关系将处于一种不确定的状态，失踪人的财产将不能得到有效的管理，也难以充分地发挥其效用，与失踪人有财产利害关系的人，其利益也将受到一些困扰。宣告失踪制度的目的，就在于根据利害关系人的申请，为失踪人设立财产代管人，以保护失踪人的利益，并使有关法律关系得以确定。

(一)宣告失踪的条件

1. 公民下落不明满2年。下落不明是指公民离开最后居住地后没有音讯的状况(战争期间下落不明的，下落不明的时间从战争结束之日起计算。)

2. 利害关系人的申请。人民法院并不主动宣告失踪，而是必须有利害关系人的申请。最高人民法院《关于贯彻执行 中华人民共和国民事诉讼法 若干问题的意见》第24条规定，利害关系人指：被申请宣告失踪人的配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女以及其他与被申请人有民事权利义务关系的人。

(二)宣告失踪的程序

《民事诉讼法》第十五章第三节规定了宣告失踪案件审理的特别程序。依此规定，人民法院受理后，应当发出寻找下落不明人的公告，公告期为3个月。公告期间届满仍不能确知其下落的，应作出失踪宣告。应当注意的是，由于《民事诉讼法》颁布于1991年，根据后法优于先法的原则，最高人民法院《关于贯彻执行 中华人民共和国民事诉讼法 若干问题的意见》第34条应当已经失效。

(三)宣告失踪的法律后果

1. 财产代管人的指定。《民法通则》第21条规定：“失踪人的财产由他的配偶、父母、成年子女或者关系密切的其他亲属、朋友代管。代管有争议的、没有以上规定的人或者以上规定的人无能力代管的，由人民法院指定的人代管。”人民法院指定失踪人的财产代管人，应当根据有利于保护失踪人财产的原则指定。没有《民法通则》第21条规定的代管人，或者他们无能力作代管人，或者不宜作代管人的，人民法院可以指定公民或者有关组织为失踪人的财产代管人。

无民事行为能力人、限制民事行为能力人失踪的，其监护人即为财产代管人。

2. 财产代管人的职责。《民法通则》第21条规定，失踪人所欠的税款、债务和应付的其他费用，由代管人从失踪人的财产中支付。这里的其他费用包括赡养费、扶养费、抚育费和因代管财产所需的管理费等必要费用。

涉及失踪人的法律关系，在诉讼中，代管人作为原告或者被告。

失踪人的财产代管人不履行代管职责或者侵犯失踪人的财产权益的，失踪人的利害关系人可以向人民法院请求财产代管人承担民事责任。

3. 财产代管人不履行代管职责的，失踪人的利害关系人可以申请人民法院变更代管人。

(四)失踪宣告的撤销

《民法通则》第22条规定，被宣告失踪的人重新出现或者确知他的下落，经本人或者利害关系人的申请，人民法院应当撤销对他的失踪宣告。

二、宣告死亡

宣告失踪制度能够解决失踪人财产的管理、利用和财产纠纷等问题。但是，一方面，不管经过多长时间，这些财产在法律上仍然属于失踪人，其继承人不能够继承，并且失踪人的婚姻关系等人身关系仍然存在，这些问题都会困扰有关当事人。宣告失踪制度不能解决这些问题。所以，法律上设有宣告死亡制度，人民法院可以根据有关当事人的申请，宣告下落不明满一定期限的人死亡，即在法律上推定其死亡。这样就可以发生与生理死亡相同的法律后果，消灭失踪人的民事主体资格，结束其所涉及的法律关系的不确定状态，使得有关当事人的合法利益获得实现。

(一)宣告死亡的条件

根据《民法通则》第23条的规定，宣告死亡应当符合这些条件：

1. 公民下落不明满4年，或者因意外事故下落不明，从事故发生之日起满2年，或者因意外事故下落不明，经有关机关证明该公民不可能生存。

下落不明是指公民离开最后居住地后没有音讯的状况。对于在我国台湾或者在国外，无法正常通讯联系的，不得以下落不明宣告死亡。战争期间下落不明的，下落不明的时间从战争结束之日起计算。

2. 利害关系人的申请。根据最高人民法院《关于贯彻执行 中华人民共和国民法通则 若干问题的意见》第25条的规定，申请宣告死亡的利害关系人的顺序是：(1)配偶；(2)父母、子女；(3)兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女；(4)其他有民事权利义务关系的人。

(二)宣告死亡的程序

《民事诉讼法》第十五章第三节规定了宣告死亡案件审理的特别程序。依此规定，人民法院受理后，应当发出寻找下落不明人的公告，公告期为1年，因意外事故下落不明，经有关机关证明该公民不可能生存的，公告期间为3个月。公告期间届满仍不能确知其下落的，应作出死亡宣告。

(三)宣告死亡的法律后果

被宣告死亡的人，宣告之日为其死亡的日期，发生死亡的法律后果，即丧失民事行为能力，遗产依法继承，婚姻关系消灭。

(四)死亡宣告的撤销

1. 被宣告死亡的人重新出现或者确知他没有死亡，经本人或者利害关系人申请，人民法院应当撤销对他的死亡宣告。利害关系人申请撤销死亡宣告不受顺序限制。

2. 有民事行为能力的人在被宣告死亡期间所实施的民事法律行为有效。被宣告死亡的和自然死亡的时间不一致的，被宣告死亡所引起的法律后果仍然有效，但自然死亡前实施的民事法律行为与被宣告死亡引起的法律后果相抵触的，则以其实施的民事法律行为为准。

3. 财产的返还。被撤销死亡宣告的人有权请求返还财产，依照继承法取得他的财产的公民或者组织，应当返还原物，原物不存在的，给予适当补偿。但如果其原物已被第三人合法取得的，第三人可不予返还。

利害关系人隐瞒真实情况使他人被宣告死亡而取得其财产的，除应返还原物及孳息外，还应对造成的损失予以赔偿。

4. 有关人身关系。被宣告死亡的人与配偶的婚姻关系，自死亡宣告之日起消灭。死亡宣告被人民法院撤销，如果其配偶尚未再婚的，夫妻关系从撤销死亡宣告之日起自行恢复；如果其配偶再婚后又离婚或者再婚后配偶又死

亡的，则不得认定夫妻关系自行恢复。

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，被宣告死亡的人在死亡宣告被撤销后，仅以未经本人同意而主张收养关系无效的，一般不应准许，但收养人和被收养人同意的除外。

第六节 个体工商户和农村承包经营户

一、个体工商户

个体工商户是公民这一种民事主体的特殊形式。这里的“户”并非与家庭同义的“户”，而仅是工商管理意义上的“户”。它既可以是一个公民，也可以是一个家庭的数个公民。

个体工商户的法律特征是：

1. 个体工商户须依法经核准登记。个体工商户虽然是公民的一种特殊形式，但是并非任何一个公民当然就可以成为。公民要从事工商业经营、成为个体工商户，必须依照工商管理的有关规定，依法经核准登记。

2. 个体工商户可以在核准登记的范围内从事工商业经营。公民的一般民事权利能力，并不包括进行工商经营。公民经核准登记成为个体工商户后，就取得了在核准登记的范围内经营工商业的特殊民事权利能力。但不得超出此范围。

3. 个体工商户可以起字号，并因而享有对字号的名称权。个体工商户在民事诉讼中，以业主为诉讼当事人。起字号的个体工商户，应以营业执照登记的户主(业主)为诉讼当事人，在诉讼文书中注明系某字号的户主。

二、农村承包经营户

《民法通则》第 27 条规定，农村集体经济组织的成员，在法律允许的范围内，按照承包合同规定从事商品经营的，为农村承包经营户。

农村承包经营户也是公民的一种特殊形式。这里的“户”不是家庭意义上的“户”。虽然实际中大多数的农村承包经营户是家庭，但是不排除是一个公民的情况。

农村承包经营户的法律特征是：

1. 农村承包经营户是农村集体经济组织的成员。

2. 农村承包经营户按照与集体经济组织之间的承包合同的规定，依法从事商品经营活动。农村承包经营户不需要像个体工商户一样进行工商登记。

3. 农村承包经营户可以从事商品经营，这是公民的一般民事权利能力范围所不包括的内容。

三、个体工商户和农村承包经营户的财产责任

《民法通则》第 29 条规定，个体工商户、农村承包经营户的债务，个人经营的，以个人财产承担；家庭经营的，以家庭财产承担。

以公民个人名义申请登记的个体工商户和个人承包的农村承包经营户，用家庭共有财产投资，或者收益的主要部分供家庭成员享用的，其债务应以家庭共有财产清偿。在夫妻关系存续期间，一方从事个体经营或者承包经营的，其收入为夫妻共同财产，债务亦以夫妻共同财产清偿。

第七节 个人合伙

《民法通则》第 30 条规定：“个人合伙是指两个以上的公民按照协议，各自提供资金、实物、技术等，合伙经营、共同劳动。”1997 年 2 月，全国人大常委会通过了《中华人民共和国合伙企业法》，该法适用于两个以上的公民订立合伙协议，共同出资、合伙经营、共享收益、共担风险，并对合伙企业债务承担无限连带责任的营利性组织。由于合伙企业法内容较为详细、完备，又是后颁布的法律，实际上多数内容已经取代了民法通则和最高人民法院《关于贯彻执行 中华人民共和国民法通则 若干问题的意见》中关于个人合伙的规定。所以，这里对于个人合伙的内容就不予以详述了，请参见本书关于合伙企业的内容以及关于合伙合同的内容。

第三章 法人

第一节 法人概述

一、法人的概念

《民法通则》第36条规定：“法人是具有民事权利能力和民事行为能力，依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织。”法人是与自然人(公民)相对称的另一类民事主体。

现实生活中，不仅公民单独地进行民事活动，而且有人们根据不同的需要组织的各种各样的社会组织参与。这些社会组织进行民事活动的目的和方式有所不同。在很多情况下，如果让社会组织像公民一样享有民事权利能力、成为民事主体，则可以减少许多不必要的麻烦，促进交易更简洁、更迅速、更有效率，反之则会增加许多困难。所以民法上设立了法人制度。法人制度的意义最明显的例子是股份有限公司，法人制度使得各种巨型的企业有可能存在，极大地促进了经济的发展。

二、法人的特征

(一)法人是一种社会组织

法人是民事主体。但是与公民(自然人)不同，法人没有作为生理机能的生命，而是人们为了各种目的而设立的组织。

(二)法人享有民事权利能力

并非所有的社会组织都是法人，只有那些符合法律的要求，依法成立的社会组织，才属于法人，才是独立的民事主体。

(三)法人有独立的民事权利、义务、责任

法人有独立的人格。法人与法人设立人、成员、工作人员各是不同的民事主体，其权利由其自己享有，其他人不得侵犯，其义务自己履行，责任自己承担，除非有法律的明确规定，其他民事主体包括其成员都没有代为承担的义务。

三、法人的条件

根据《民法通则》第37条的规定，法人应当具备四个条件：

(一)依法成立

法人应当是依照法定程序设立的。法人的设立，必须根据法律明确规定的程序。未依法定程序成立的社会组织，不论经济实力、历史如何，都不能取得法人资格。

(二)有必要的财产和经费

法人要实现其目的，没有一定的财产是不可能达到的。所以法人应当有必要的财产和经费。企业法人如果没有必要财产、不能清偿到期债务，就可能被宣告破产。

企业法人的注册资本的最低限额，各种企业法规有明确规定。

(三)有自己的名称、组织机构和场所

法人的名称是将一个法人与其他民事主体相区分的重要标志。法人必须有名称。依法需要登记的法人，如果没有自己的名称，有关机关将不予以登记。

法人有自己独立的组织机构。组织机构有哪些，分别是什么职权，法律上有较为明确的规定。

法人以它的主要办事机构所在地为住所。法人的住所与自然人的住所一样，有法律上的重要意义。

(四)能够独立承担民事责任

法人与法人的成员不同，法人是独立的民事主体，因此独立承担民事责任。

四、法人的分类

《民法通则》把法人分为企业法人、机关法人、事业单位法人、社会团体法人四类。后三种又可总称为非企业法人。

(一)企业法人

企业法人是指以营利为目的的法人。需要注意的是，企业法人的营利目的，并非仅仅指法人从事生产经营活动、以赚取利润为目的，更主要是指法人以将利润分配给其出资者为目的。一个非企业法人也可能进行盈利性质的民事活动，比如一个慈善性质的基金会，在将基金用于其目的之前，可能将钱存于银行以获得利息，还可能用于证券投资以期有较高的收益，这些民事活动的目的虽在于增多法人的财产，但这些财产却不可以分配给其捐赠人，而是必须用于其章程规定的慈善目的。所以，是否以将利润分配给其出资者为目的，是企业法人与非企业法人的根本区别。

根据企业法人的所有制性质，可以将企业法人分为全民所有制企业法人、集体所有制企业法人、私营企业法人、外商投资企业法人等；根据组织形式，可以将企业法人分为公司法人和非公司法人。

企业法人的成立，需要经过工商管理机关的核准登记，才能取得法人资格。

企业法人是法人中数量最大、也是最重要的一种。我国有大量的单行法律对各种企业法人进行调整。

(二)机关法人

有独立经费的国家机关，是机关法人。

各种职能、各种级别的国家机关，为了维持其正常工作、完成法律规定的职能，都有必要参与到一些民事法律关系中。因此民法通则中规定了其法人地位，以便于有关民事活动的进行。

机关法人不需要办理登记，因此从成立之日起具有法人资格。

(三)事业单位法人

由国家拨给经费、从事社会各项公益事业的社会组织，是事业单位法人。比如各种公立学校、科研院所、新闻机构。但是，随着事业单位改革的深入，其情况变得非常复杂。现在，虽然还有一些事业单位由国家拨给全部事业经费，但也有大量的事业单位，国家仅拨给部分经费，其他费用靠其自己从事经营活动获得，还有一些单位国家已经不再拨给经费，所需全部费用都需要自筹。有些原来的事业单位现在已经和企业没有什么区别了。

《民法通则》第 50 条规定，事业单位，依法不需要办理法人登记的，从成立之日起，具有法人资格；依法需要办理法人登记的，经核准登记，取得

这里有一个问题，我国的城镇集体企业，有相当多数没有明确的出资者。因为这些集体企业的出资在企业经营之中已经逐步偿还，偿还完毕后，原来的出资者就不能再以其出资为依据对企业享有任何权利了，企业也就不再有向出资者按出资比例分配利润的问题。这是一个复杂的问题，限于篇幅和目的，本书不可能深究。这里可以权且将其作为企业法人之目的的一个例外。

法人资格。

(四) 社会团体法人

公民自愿组成的以公益为目的的社会组织，是社会团体法人。各种民间的协会、学会、研究会、基金会、商会，都属于社会团体。

《民法通则》第 50 条规定，社会团体依法不需要办理法人登记的，从成立之日起，具有法人资格，依法需要办理法人登记的，经核准登记，取得法人资格。

五、法人的法定代表人

1. 依照法律或者法人组织章程规定，代表法人行使职权的负责人，是法人的法定代表人。法定代表人在行使职务时，其行为就是法人的行为，所以法定代表人与法人的代理人不同。法定代表人的代表权来源于法律和法人的章程，代理人的代理权源于法人的授权，而法人的授权行为是通过法定代表人进行的。

2. 企业法人对它的法定代表人和其他工作人员的经营活动，承担民事责任。

第二节 法人的民事权利能力和民事行为能力

一、法人的民事权利能力

(一)开始的时间

《民法通则》第 36 条规定，法人的民事权利能力从法人成立时产生。需要有关机关登记的法人，经核准登记之日为法人的成立之日。

(二)消灭的时间

《民法通则》第 36 条规定，法人的民事权利能力到法人终止时消灭。需要办理登记的法人的终止，是指注销登记。

(三)法人民事权利能力的范围

1. 性质上的限制。法人虽然与公民一样都是民事主体，但二者的自然属性不同。公民具有的肉体、精神活动和亲属关系，法人在性质上都不具备，因此那些与公民的固有性质密不可分的权利、义务专属于公民，比如生命健康权、肖像权、亲权等，法人不能够享有。法人的民事权利能力相对于公民来说，所受的这种限制，就称为性质上的限制。

2. 法律上的限制。法人的民事权利能力，要受到法律的限制。比如破产法中规定，破产清算中的法人的民事权利能力要受到诸多的限制。

3. 目的上的限制。法人是人们为了实现一定的目的而成立的社会组织。法人的民事活动应当局限于实现其目的所必要的范围内。所以，非企业法人不能从事营利性的事业，只能从事与其目的相关的民事活动。企业法人应当在核准登记的经营范围内从事经营。超出法人目的或经营范围所进行的民事行为是无效的民事行为。

二、法人的民事行为能力

(一)开始与消灭的时间

法人民事行为能力开始和消灭的时间，与民事权利能力相同，即从法人成立时产生，到法人终止时消灭。

(二)法人民事行为能力的范围

法人虽然都是有完全民事行为能力的民事主体，但是其范围各不相同。范围的大小决定于民事权利能力。

第三节 企业法人的成立、变更、终止

一、企业法人的成立

企业法人的成立，需要根据法律规定进行。我国的《全民所有制工业企业法》、《城镇集体所有制企业条例》、《乡村集体所有制企业条例》、《私营企业暂行条例》、《中外合资经营企业法》、《中外合作经营企业法》、《外资企业法》、《公司法》以及《企业法人登记管理条例》、《公司登记管理条例》等都是各种企业法人成立的法律依据。

我国的有关企业立法规定了设立不同种类的企业法人所必须达到的最低注册资本限额。成立企业法人必须达到或者超过这个限额。此外还必须符合有关法律规定的其他条件。

企业法人的成立，必须经过工商管理机关的核准登记。

二、企业法人的变更

(一) 企业法人的变更

企业法人的变更是指企业法人在性质、名称、经营范围、注册资金等若干重要事项上所发生的变动。

企业法人的各种情况，可以说每天都在发生变更，比如各种经营活动的进行、因市场因素的财产价值的增减、普通员工的招聘或辞退。一般的变动不需要办理有关的登记手续，只是经营中的正常现象。但是企业法人要对一些重要事项进行变更，依照法律的规定，必须办理有关登记手续才能生效的，就属于这里所说的企业法人的变更。《民法通则》第44条规定：“企业法人分立、合并或者有其他重要事项变更，应当向登记机关办理登记并公告。”

(二) 企业法人变更的主要情形

1. 所有制性质和组织形式的变更。比如一个全民所有制企业改制为一个股份有限公司，所有制发生变化，并且在组织形式上变为公司形式，必须依照公司法的规定调整其机构。又如一个有限责任公司变更为一个股份有限公司，虽然在所有制上可能没有根本变化，但是在组织形式上发生了变更。这些变更必须办理变更登记。

2. 分立、合并。企业法人的分立指一个企业法人分为两个以上的企业法人。法人的分立有两种情况。一种情况是一个法人分立为两个以上法人，原来的法人消灭。这种情况下，应当为原法人办理注销登记，为新设的两个以上法人办理成立登记。另一种情况是将一个法人的部分财产或业务分出，成立一个或两个以上新的法人，原企业法人仍然存在。这种情况下，应当为原法人办理变更登记，为新设的一个或两个以上法人办理成立登记。

企业法人的合并指两个以上企业法人合并为一个企业法人。法人的合并也分两种情况。一种称为新设合并，指两个以上的法人合并为一个新的法人，原来的数个法人资格都消灭。这种情况下，需要为合并后的法人办理成立登记，为原来的两个以上法人办理注销登记。另一种情况是吸收合并，指两个以上的企业法人合并，其中一个法人的资格保持不变，另外一个或两个以上的法人资格消灭。这需要办理保持不变的法人的变更登记，以及法人资格消灭的一个或两个以上法人的注销登记。

《民法通则》第44条第2款规定：“企业法人分立、合并，它的权利、义务由变更后的法人享有和承担。”因此，企业法人分立的，原来法人所承担的义务由分立后的法人承担连带责任，原来法人享有的权利如果没有事先

作划分，事后也没有达成协议，则应作为分立后的法人的共有财产或者连带债权。企业法人合并的，原来的几个法人所享有的权利、义务全部由合并后的法人享有或者承担。

3.经营范围的变更。企业法人的经营范围，表示的是企业法人的目的，限制着法人民事权利能力的范围。在企业法人存续过程中，因为各种原因，可能有扩大、缩小或者改变经营范围的需要。企业法人经营范围的变更，应当进行变更登记，否则不发生变更的效力。

4.注册资本(注册资金)的变更。注册资本是记载于企业法人的章程并登记于工商管理机关的金额。它的意义在于，企业法人设立时，出资者必须缴足相当于注册资本的出资，经营过程中如果实际财产价值小于注册资本，即没有盈利，则不得对企业财产进行分配。所以注册资本的数额非常重要。法律规定，注册资本的增加或者减少，必须经过严格的程序，并需要进行变更登记才能够发生法律效力。

5.其他事项的变更。企业法人的名称、住所、法定代表人等事项的变更以及增设或者撤销分支机构，都需要依法办理变更登记。

三、企业法人的终止

(一)企业法人的终止

企业法人的终止是指企业法人资格的消灭。

(二)法人终止的原因

《民法通则》第45条规定了企业法人终止的四种原因：

1.依法被撤销。有关国家机关可以根据法律规定的权限，对于有必要予以撤销的企业法人或者进行违法活动应当予以撤销的企业法人，消灭其法人资格。

2.解散。企业法人根据章程的规定或者成员大会的决议，自行终止。

3.依法宣告破产。企业法人如果严重亏损，不能清偿到期债务，依照有关破产程序的规定，由债权人或者企业法人自己提出破产申请，经人民法院受理后，宣告企业破产。破产清算完毕后，对企业法人进行注销登记，其法人资格消灭。

4.其他原因。例如，两个企业法人进行新设合并时，原来的两个法人终止，法人资格消灭，要进行注销登记。

(三)企业法人的清算

企业法人的清算指企业法人终止时，由清算组织依据职权清理法人的财产、完成法人终止时所需进行的各项事务的活动。根据《民法通则》第47条规定，企业法人终止，无论是因为被撤销、解散还是被宣告破产，都必须依法进行清算。

1.清算组织。清算组织是为了负责进行法人的清算活动而成立的组织。其名称可以是清算委员会或者清算小组等。

根据《民法通则》第47条以及其他有关法律的规定，清算组织的成立，要分两种情况。当企业法人自行决定解散时，清算组织由企业法人根据法律的规定自主成立。例如一个公司的股东会决定解散本公司时，应依公司法的规定由股东会确定清算组的组成。当企业法人被撤销、被宣告破产，应当由主管机关组织有关机关和有关人员成立清算组织，或者由人民法院根据有关

在我国，外商投资企业是一个例外，可以在企业成立后分期缴清注册资本。

破产程序的规定，组织清算组织。

2.清算的范围。《民法通则》第40条规定，法人终止进行清算时，应当停止清算范围外的活动。在清算过程中，法人的人格仍然存在，仍然享有民事权利能力。但是，此时其民事权利能力的范围已与原来不同。这时法人仅仅在进行清算活动所必要的范围内有民事权利能力，超过清算范围之外所进行的民事行为无效。

企业法人的清算活动包括以下工作：

(1)了结业务。法人在清算前已经开始、清算时尚未结束的事务，应当予以了结。例如已经签订合同为他人加工一批货物，则清算开始后，清算组织应当决定是继续加工以履行合同，还是与对方协商解除合同，将因此而应向对方承担的民事责任作为对方享有的债权。

(2)清理财产。清算组织应当对法人的全部财产进行清理，编制财产清单，依法主张法人所享有的债权，清偿法人负有的债务，组织必要的变卖活动。清算组织还要将全部财产依照法律规定的顺序向债权人清偿，有剩余财产时，将剩余财产依法分配。

(3)注销登记和公告。清算工作结束后，清算组织应当向工商行政管理机关办理注销登记并公告。

法人进行注销登记之时，法人的所有清算活动才告结束，法人终

第四节 联 营

一、联营的概念

联营是两个以上的企业之间或者企业、事业单位之间的横向经济合作关系的一种法律形式。《民法通则》第三章第四节规定了联营。

联营的特征是：

1. 联营发生在企业之间或者企业、事业单位之间。
2. 联营是内资企事业单位之间的一种横向的经济合作关系。
3. 联营以联营合同为基础。

二、联营的形式

根据民法通则的规定，联营有三种形式：

(一)法人型联营

《民法通则》第 51 条规定：“企业之间或者企业、事业单位之间联营，组成新的经济实体，独立承担民事责任、具备法人条件的，经主管机关的核准登记，取得法人资格。”这种联营一般称为法人型联营或者紧密型联营。法人型联营之下，两个以上的企事业单位共同出资创办的联营体是一个新的企业法人，所需要具备的条件与一般企业法人的条件相同。联营各方的关系，根据联营合同的约定以及法律的有关规定来确定。

(二)合伙型联营

《民法通则》第 52 条规定：“企业之间或者企业、事业单位之间联营，共同经营、不具备法人条件的，由联营各方按照出资比例或者协议的约定，以各自所有的或者经营管理的财产承担民事责任。依照法律的规定或者协议的约定负连带责任的，承担连带责任。”这种联营一般称作合伙型联营或者半紧密型联营。

合伙型联营之下，两个以上的企事业单位共同出资创办的联营体是一个不具备法人条件的新的企业，这个企业从法律性质上是联营各方组成的一个合伙企业。联营体不具备法人的条件，没有经核准登记为企业法人。所以，企业在经营中所负的债务，应当由联营各方承担民事责任。根据法律的规定，原则上联营各方按照联营合同中约定的比例或者出资比例分别承担联营企业的债务，如果法律有要求联营各方承担无限连带责任的特殊规定或者当事人之间有特殊的约定，则应当由联营各方承担无限连带责任。

(三)合同型联营

《民法通则》第 53 条规定：“企业之间或者企业、事业单位之间联营，按照合同的约定各自独立经营的，它的权利和义务由合同约定，各自承担民事责任。”这种联营，一般称为合同型联营、协作型联营或者松散型联营。这种联营形式之下，联营各方并不出资组建一个固定的共同经营的企业，而是分别独立经营，只是各方根据合同有较为长期的固定的合作关系。所以，它们之间的关系完全按照合同的约定以及关于合同的法律规定来确定。

三、联营合同中的保底条款的问题

联营合同中的保底条款，通常指联营合同中规定的，联营一方虽然向联营体投资，并参与共同经营，分享联营的盈利，但不承担联营的亏损责任，在联营体亏损时仍要收回其出资和收取固定利润的条款。在法人型联营和合伙型联营中都可能出现保底条款的问题，但合同型联营不会发生保底条款。

无论是法人型联营还是合伙型联营，联营各方都应当是共享利润，共担

风险和亏损。而保底条款违背了这一原则，损害了联营对方和联营体的债权人的合法权益。所以，司法解释中明确规定，保底条款应当确认为无效，联营企业发生亏损时，联营一方依保底条款已经收取的固定利润，应当如数退出，用于补偿联营的亏损，如无亏损，或者弥补亏损后仍有剩余的，剩余部分可以作为联营的盈利，由双方重新商定合理分配或按联营各方的投资比例重新分配。

四、明为联营、实为借贷问题

我国金融管理法规明文禁止非金融机构从事贷款行为。有的所谓联营合同，规定联营一方向联营体投资，但不参加共同经营，也不承担联营的风险和亏损，不论盈亏的状况都按期收回本息，或者按期收取固定利润。司法解释中明确规定，这是明为联营，实为借贷，违反了有关金融法规，联营合同应当依法确认无效，除本金可以返还外，对出资方已经取得的或者约定取得的利息应予收缴，对另一方则应处以相当于银行利息的罚款。

第四章 民事法律行为

第一节 民事法律行为概述

一、民事法律行为的概念

《民法通则》第 54 条规定：“民事法律行为是公民或者法人设立、变更、终止民事权利和民事义务的合法行为。”在理论上可以把民事法律行为定义为，以意思表示为要素，并且依意思表示的内容发生法律效力的行为。

民法通则上还使用了“民事行为”概念，这是我国法律上的独创。民事行为指民事主体以发生一定法律后果为目的而进行的行为。民事行为以意思表示为要素，如果符合法律规定的有效要件，就依意思表示的内容发生法律效力，这也就是民事法律行为。但是也可能不具备法律规定的有效要件，不能依意思表示的内容发生法律效力，或者虽然暂时发生法律效力，但是当事人有变更、撤销权，如经其主张变更或者撤销，则民事行为的效力要变更或者消灭。可见，民事行为是一个比民事法律行为更为抽象的概念，它包括民事法律行为(有效的民事行为)、无效民事行为、可变更可撤销的民事行为。

二、民事法律行为的特征

(一)民事法律行为是一种发生法律后果的合法行为

民事法律行为是民事法律事实的一种，能够发生一定的法律后果。它属于民事法律事实中的行为，而不属于事件。它又属于行为中的合法行为，它依据当事人的意思表示发生法律效力。内容违反法律或者社会公共利益、社会公德的民事行为无效，只有符合法律规定的有效要件的民事法律行为才能发生当事人所希望发生的法律效力。

(二)民事法律行为以意思表示为必备要素

意思表示指当事人将希望发生一定法律后果的意思，表示于外部的行为。意思表示有两个构成要素：一是效果意思，即当事人内心希望使一定法律后果发生的意愿；二是表示行为，即当事人将内心的效果意思表达于外部的行为。民事法律行为所发生的法律后果，其内容主要依据的就是意思表示，所以任何一个民事法律行为，意思表示是必备的要素。

有的民事法律行为所包含的意思表示只有一个，比如遗嘱，有的民事法律行为所包含的意思表示是两个以上，并且要求这些意思表示的内容完全一致，比如合同。

(三)民事法律行为基于意思表示的内容发生法律效力

民法上发生法律后果的各种行为中，其他行为(不论是合法行为还是违法行为)所发生的法律后果的内容都是根据法律的直接规定，并非根据当事人的意思表示。民事法律行为与其他行为的最根本的区别，就在于它所发生的法律后果主要依据的是当事人的意思表示。这样，当事人就可以在法律规定的范围内，根据自己的意愿安排权利义务。

由于民事法律行为是根据当事人的意思表示发生法律效力，对当事人的利益有重大的影响，所以要求当事人必须有足够的理解行为的性质、后果。无民事行为能力人所为的民事行为和限制民事行为能力人所为的依法不能独立进行的民事行为，都是无效的民事行为。而合法行为中的事实行为是根据法律的规定发生法律效力，所以只要求当事人能够理解行为本身，不需要有使一定法律后果发生的意思，也不需要必须具备民事行为能力。

另外，民事法律行为发生的法律后果不必全部基于意思表示，只要是主要以意思表示为根据即可。例如，双方签订一个有效的合同，则法律关于此类合同所作的强制性规定直接成为合同内容的一部分，法律上的任意性规定在当事人没有明确的相反约定时成为合同内容的一部分。

三、民事法律行为的分类

(一)单方法律行为和双方法律行为

单方法律行为指基于当事人一方的意思表示就可以发生法律效力的民事法律行为。比如，立遗嘱的行为，根据遗嘱人的单方行为就可以发生法律效力。又比如可变更、可撤销的民事行为之下，变更、撤销权人行使其变更、撤销权的行为，无需经对方当事人的同意就可以发生法律效力，因而是一种单方法律行为。

双方法律行为是指基于双方当事人的意思表示一致才能够发生法律效力的民事法律行为。双方法律行为必须包括双方当事人的分别的意思表示，并且二者必须内容一致。双方法律行为主要指合同。双方法律行为是在当事人自愿协商的基础上成立的，其范围相当广泛。民事法律行为绝大多数是双方法律行为。

(二)要式法律行为和不要式法律行为

要式法律行为指法律规定应当采用某种特定形式的民事法律行为。不要式法律行为指法律没有规定必须采用某种特定形式，采用任何一种形式都可以成立的民事法律行为。

根据民法通则的规定，民事法律行为原则上可以采用任何形式，只有在法律有特别规定应当采用某种特定形式时才必须具备该种形式，也就是说，民事法律行为原则上是不要式法律行为，要式法律行为需要有法律的特别规定。

四、民事法律行为的有效要件

当事人内心希望发生一定的法律后果并表示于外部，是否能够发生其所希望发生的法律后果？这就要考察这个民事行为是否符合法律的诸种要求。

《民法通则》第 55 条、第 56 条规定了民事法律行为所应当具备的四个有效要件。

(一)行为人具有相应的民事行为能力

由于只有民事主体才谈得上民事行为能力问题，所以民法通则规定的这一要件实际还包括了行为人具有相应的民事权利能力的意思。公民的民事权利能力受到法律的限制，法人的民事权利能力受到性质上的限制、法律上的限制、目的上的限制。法人都有完全民事行为能力并且范围与民事权利能力相同，因此在此范围内的民事行为都可以进行。有完全民事行为能力的公民进行的民事行为，以及限制民事行为能力公民依法可以独立进行的或者征得其法定代理人同意后进行的民事行为，才符合法律规定的这一要件。

(二)意思表示真实

民事法律行为制度，是为了使民事主体能够按照自己的需要、自己的意愿来安排有关的权利、义务。意思表示包括效果意思与表示行为两个要素。只有当当事人所表示出来的内容与其内心的效果意思的内容相一致时，以及当事人的意思表示是自由地进行、是其内心的真实意愿，而非受到不正当的影响时，法律上基于其意思表示发生的法律效力才符合当事人的利益，才能够使意思自治原则真正发挥其重大的社会意义。

(三)内容不违反法律和社会公共利益、社会公德

民事法律行为是基于意思表示的内容发生法律效力，因此其内容必须符合法律的要求。法律规范有强制性法律规范和任意性法律规范之分。这里所说的不违法，是指民事法律行为必须不违反强制性法律规范。任意性法律规范性质上允许当事人进行与之不同的行为，在当事人没有与之不同的意思表示时才有适用的余地，所以违反任意性法律规范不是违法。另外，民事行为不得损害社会公共利益。社会公共利益和社会公德虽然较为抽象，在实践中不容易把握。但是社会公共利益和社会公德涉及一个社会的基本秩序，必须予以维持，所以，为了弥补法律的漏洞，有必要在法律中规定这样的抽象条款，使法律能够适应纷繁复杂和不断变化的社会。

(四)形式合乎法律要求

民事法律行为以意思表示为要素，而将内心的效果意思表示于外部，总有一定的形式，否则他人无从得知。民事法律行为的形式有多种。

1.口头形式，即通过口头表达的方式进行意思表示。

2.书面形式，即用文字符号的方式进行意思表示。书面形式可分为一般书面形式和特殊书面形式。一般书面形式指当事人自行用文字符号方式进行意思表示。特殊书面形式指除了当事人用文字符号进行意思表示外，还由有关机关确认。后者如公证、鉴证、政府的审核批准等。

3.视听资料形式，即通过录音、录像等视听资料形式进行意思表示。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》第 65 条规定，当事人以录音、录像等视听资料形式实施的民事行为，如有两个以上无利害关系人作为证人或者有其他证据证明该民事行为符合《民法通则》第 55 条规定，可以认定有效。

4.默示形式，没有用语言文字等明确的形式表示其意思，但是通过其行为可以推知其有进行民事法律行为的意思。比如一方向另一方发出以一定价格出售某物的要约，对方没有口头或书面作出承诺，但是将要约中指定的金额直接邮寄给要约人，则可以认为，此行为可以表明其进行承诺的意思，双方的合同成立。

但是，要将当事人的不作为视为意思表示，法律上有更严格的规定。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》第 66 条规定，不作为的默示只有在法律有规定或者当事人双方有约定的情况下，才可以视为意思表示。比如继承法中规定，受遗赠人没有明确表示是接受还是放弃受遗赠的，视为放弃。又比如甲乙两企业有一个约定，甲向乙发出某种产品的订单后，乙如果在 10 天内不表示异议，就表明接受此订单，合同成立。之后某一次，甲向乙发出一份订单，乙在 10 天之内没有任何表示，则可以认为乙企业的不作为是对甲的要约所作出的承诺。但是假如甲乙之间没有那个事先的约定，则乙在 10 天内不作表示不能视为承诺，合同不成立。

《民法通则》第 56 条规定：“民事法律行为可以采用书面形式、口头形式或者其他形式。法律规定用特定形式的，应当依照法律规定。”可见，原则上，只要能够使他人得知当事人的意思，民事法律行为采用书面形式、口头形式、默示形式还是其他形式均无不可。但是如果法律对某种特定的民事法律行为所采用的形式有特殊规定时。比如《担保法》第 38 条规定抵押合同应当以书面形式订立；又如《中外合资经营企业法》第 3 条规定合营合同必须经政府主管部门审查批准，当事人采用的形式必须符合法律的要求，否

则民事行为无效。但是，《合同法》第 36 条有例外性规定，即“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。”

第二节 附条件、附期限的民事法律行为

当事人进行民事法律行为，有时并不希望其现在就发生法律效力，而是希望当某种条件被满足时或者一定的期限到来时才发生法律效力，或者虽然希望其现在就发生法律效力，但是还希望如果将来某种条件被满足或者一定期限到来时，就使此民事法律行为失去效力。由于现实生活的复杂性，当事人有可能产生这种要求。对此，法律上予以承认，以使当事人的这种需要得以实现，这就是附条件的民事法律行为和附期限的民事法律行为。

一、附条件的民事法律行为

附条件的民事法律行为指在民事法律行为中，把某种将来在客观上发生与否不确定的事实指明为条件，将条件的成就作为民事法律行为的效力发生或者终止的原因。例如，甲乙两公司在租赁合同中约定，如果3个月后甲公司有空闲的建筑施工设备，则租给乙公司2台，租期4个月。

(一)条件的法律特征

民事法律行为中所附的条件，须符合法律上的要求，否则将不能发挥民事法律行为的效力发生或者终止的作用。

1. 条件所指明的必须是尚未发生，并且将来发生与否在客观上是不确定的事实。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》第75条规定，附条件的民事行为，如果所附条件不可能发生，应当认定民事行为无效。比如上述例子中，甲公司在3个月后建筑施工设备是否空闲，就符合这种要求。如果是已经发生的事实，不属于条件。如果将来肯定要发生，但什么时候发生不确定，比如人的死亡，仍然不属于条件，而属于不确定期限。

2. 附条件是当事人任意对民事法律行为的效力所加的限制。如果是法律中明确规定对某种民事法律行为的效力予以限制，则属于法定条件，而不属于这里所说的条件。法定条件不管当事人在进行意思表示时是否明确表示之，它都对民事法律行为的效力发生限制。比如某甲在遗嘱中说，如果自己的儿子在2年之内犯罪，则将自己的遗产遗赠给朋友乙，属于附条件的民事法律行为。但如果某人在遗嘱中说，如果自己的儿子不故意杀害自己，就将遗产留给他，此处所附的是法定条件，此遗嘱不属于附条件的民事法律行为（参见继承法第7条第1项）。

3. 条件不得违反强制性法律规范，不得违反社会公共利益和社会公德。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》第75条规定，附条件的民事行为，如果所附的条件违背法律规定，应当认定民事行为无效。比如，甲乙双方约定，如果甲将某人杀害，则乙免除其对自己所负的债务，此民事行为因为所附条件违法而无效。

4. 条件是用来限制民事法律行为的效力。当事人指明的事实，是使得将来如果条件成就，则民事法律行为发生法律效力或者一个已经生效的民事法律行为的效力消灭，这一事实才属于条件。如果当事人指明一定的事实是为了别

实际上，此规定并不全面。如果当事人是将此“条件”作为延缓条件，则因此“条件”永远也不可能成就，民事行为不可能生效。但是，如果当事人的意思是使民事行为现在生效，而将此“条件”作为解除条件，则此“条件”的不可能发生使得此民事行为永远不可能被解除，此种情况下应认定民事行为有效，只不过它不属于真正的附条件的民事法律行为而已。

的目的，则不属于条件。

(二)条件的分类

1. 延缓条件和解除条件。延缓条件指如果该条件成就，则民事法律行为的效力发生。附延缓条件的民事法律行为虽已经成立，但并不立即发生效力，其效力处于停止状态，条件成就后才生效，所以延缓条件也称停止条件。前例中，双方约定，如果数月后出租方的设备有空闲，则租赁合同生效，此合同中所附的条件为延缓条件。

解除条件指民事法律行为已经发生效力，但如果该条件成就，则其效力消灭。比如，双方签订了一个租赁某台设备 2 年的合同，但又约定，如果承租方以后买到了相同的设备，租赁合同提前终止。

2. 肯定条件和否定条件。肯定条件指以指明事实的发生作为条件的成就。比如，以买到某种设备为条件，此条件属于肯定条件。肯定条件又称积极条件。

否定条件指以指明事实的不发生作为条件的成就。比如，以矿山开采中不发生重大事故作为矿石买卖合同生效的条件，则此条件属于否定条件。否定条件又称消极条件。

(三)条件成就的法律后果

条件的成就是指条件中指明的事情已经实现。就肯定条件来说，就是事实的发生，就否定条件来说，就是事实的不发生。

条件一旦成就，附延缓条件的民事法律行为发生法律效力，附解除条件的民事法律行为的效力消灭。

(四)条件成就或不成就的拟制

条件的成就或不成就，将影响民事法律行为的效力，对当事人的利益产生影响。如果一方当事人采用不正当的方法来阻止条件的成就或促成条件的成就，以使自己获益，则对方将因而受到损害，显然有违诚实信用原则。因此，《合同法》第 45 条第 2 款规定：“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。”

二、附期限的民事法律行为

附期限的民事法律行为是指在民事法律行为中，把某种将来在客观上确定要发生的事实指明为期限，期限到来时民事法律行为的效力发生或者终止。

民法通则中对附期限的民事法律行为没有明确规定，但是最高人民法院《关于贯彻执行 中华人民共和国民法通则 若干问题的意见》第 76 条中规定，“附期限的民事法律行为，在所附期限到来时生效或者解除”，弥补了民法通则的不足。《合同法》第 46 条规定：“当事人对合同的效力可以约定附期限。附生效期限的合同，自期限届至时生效。附终止期限的合同，自期限届满时失效。”

(一)期限的法律特征

1. 期限所指明的事情虽然尚未发生，但是将来确定要发生。将来什么时候发生是否确定，不影响期限的性质。这一点与条件不同，条件所指明的事情是将来发生与否不确定的事实。

2. 期限是当事人任意对民事法律行为的效力所加的限制。这一点与条件相同。法律规定的期限不属于这里所说的期限。

3. 期限是用来限制民事法律行为的效力。当事人指明之期限的到来，是

使得民事法律行为发生效力，或者使一个已经生效的民事法律行为的效力丧失。如果当事人指明一定的事实是为了其他目的，则不属于期限。

需要将这里的期限与履行期限区别开来。履行期限一般发生于合同之中，例如买卖合同中要规定交付标的物 and 价款的期限，租赁合同中要规定交付标物和租金的期限。履行期限是就一个已经发生的法律关系，限定其义务履行的时间。但附期限的民事法律行为概念下的所谓期限，终期是使得一个已经生效的民事法律行为失效，与履行期限明显不同，始期与履行期限有类似的地方，但始期的到来是使得民事法律行为生效，即让一个法律关系发生，不涉及在此种法律关系之下义务何时履行的问题，很有可能在始期到来、民事法律行为生效后还有一个履行期限。所以二者为不同的概念。

(二)期限的分类

1. 始期和终期。始期指所附期限到来时民事法律行为的效力发生。《合同法》第 46 条称之为生效期限。附始期的民事法律行为已经成立，但是暂时不发生效力，须始期到来时才发生效力。终期指所附期限到来时一个已经生效的民事法律行为丧失其效力。《合同法》第 46 条称之为终止期限。

2. 确定期限和不确定期限。期限指明的事实的发生时间，可能现在就能够确定具体时间，也可能暂时无法确定具体时间。能够确定具体时间的，是确定期限，比如合同中约定合同 2 个月后生效，或者 3 年后失效。不能够确定具体时间的，是不确定期限，比如人的死亡，某次航程的终了，某人的病愈。

(三)期限到来的法律后果

期限的到来(届至)是指期限中指明事实的发生。由于期限指明的是确定要发生的事实，所以期限是一定要到来的。比如以 2 年为期限，则 2 年时间的经过为期限的到来，以某人的死亡为期限，则此人的死亡时间为期限的到来之时。

期限到来后，附始期的民事法律行为发生法律效力，附终期的民事法律行为的效力丧失。

第三节 无效民事行为

一、无效民事行为的概念

无效民事行为指因欠缺民事法律行为的有效要件，不发生法律效力的民事行为。有的民法理论上，无效民事行为在广义上理解，将其区分为绝对无效的民事行为和相对无效的民事行为。相对无效的民事行为指可变更、可撤销的民事行为。这里是从狭义上理解无效民事行为概念，与绝对无效民事行为的含义相同。

民事行为的无效，包括以下含义：

1. 民事行为自始不发生效力。《民法通则》第 58 条第 2 款规定：“无效的民事行为，从行为开始起就没有法律约束力。”这一点与可变更、可撤销的民事行为不同。

2. 民事行为当然不发生效力。如果民事行为无效，不论当事人是否已经知道无效的情况、不论当事人是否提出主张、也不论是否经过人民法院或仲裁机构的确认，该民事行为都是当然无效的。人民法院或仲裁机构在诉讼或仲裁程序中的确认只是对一个已经存在的事实加以确认而已。相反，可变更、可撤销的民事行为在行为时已经发生效力，如果当事人主张撤销，必须在诉讼或者仲裁程序中提出，经人民法院或者仲裁机构撤销后，民事行为的效力才归于丧失。

3. 民事行为确定无效。无效民事行为，行为开始时就没有效力，此后的任何事实都不能使之变为有效。比如因胁迫而签订并损害国家利益的合同无效，即使事后受胁迫的行为人又愿意使自己受此合同的约束，也不能使这个合同变为有效的合同，除非双方重新签订一个新的合同，但此时生效的已是另一个民事行为。

4. 民事行为完全无效。无效的民事行为完全不发生效力，即意思表示的内容完全不被法律所承认。但是，无效民事行为也可能发生与意思表示内容无关的其他法律后果，比如返还财产、赔偿损失等，这是另外一回事。

二、无效民事行为的种类

根据《民法通则》第 58 条、《合同法》及其他有关法律的规定，无效民事行为有以下一些情形：

(一) 无民事行为能力人进行的民事行为

无民事行为能力的公民进行的所有民事行为，都是无效的，除非进行的是使自己纯受利益的民事行为。

(二) 限制民事行为能力人进行的民事行为

限制民事行为能力能力的公民，如果进行的是其依法不能够独立进行的民事行为，或者没有征得其法定代理人的同意而进行其他民事行为，其行为无效。但如果限制民事行为能力人此时所为的民事行为是订立合同，则根据《合同法》第 47 条的规定，在经法定代理人追认后，合同有效。相对人可以催告法定代理人在 1 个月内予以追认。法定代理人未作表示的，视为拒绝追认，合同无效。在合同被追认之前，善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知方式作出。一旦经撤销，则合同不生效。

(三) 一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下所为的民事行为

1. 因欺诈而为的民事行为。因欺诈而为的民事行为，指因为受到故意欺

骗，陷于错误认识而为的民事行为。这种行为，表面上看是双方自愿进行的，但实际上，是由于一方因为受到对方的欺诈，对事物形成了错误的判断并以此为基础进行了民事行为，如果当事人知道事情的真相就不会进行这个民事行为，可见其意思表示并不真实。例如，甲乙两人签订为期3年的房屋租赁合同，1年后出租人甲企图以更高的租金将房租给另一人，于是向乙谎称自己家人无房需要住，乙信以为真，和甲达成提前终止租赁合同的协议，则这一协议属于因欺诈而为的民事行为。

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》第68条规定，一方当事人故意告知对方虚假情况、或者故意隐瞒真实情况，诱使对方当事人作出错误意思表示的，可以认定为欺诈行为。构成因欺诈而为的民事行为有以下要件：

(1)一方当事人有欺诈对方的故意。

(2)一方当事人有欺诈的行为。欺诈行为一般表现为故意告知虚假情况，或者故意隐瞒真实情况。但应当注意，故意隐瞒真实情况作为欺诈时，必须是当事人在法律上有告知对方某种真实情况的义务，否则不构成欺诈。比如商品经营者出售明知有缺陷的产品给消费者时，不告知缺陷的存在。但如果一方当事人出售房屋，不知此地段的房价近期已经上涨，买方明知此情况但不告知卖方，从而以低价购得，则买方的隐瞒不构成欺诈，因为他没有告知的义务。

(3)对方当事人因受欺诈而陷于错误认识。如果一方当事人虽然有欺诈行为，但是对方却由于其他原因明知真实情况，如果他还自愿进行民事行为，则应该认为他的意思表示是真实的，在法律上没有对其进行特别保护的必要。

(4)对方当事人基于其错误认识而为意思表示。这是因为，当事人虽因受欺诈而陷于错误认识，可是如果其进行民事行为是基于其他考虑，则表明其所受的欺诈与所进行的民事行为之间没有因果关系，其进行的民事行为仍然是基于真实的意愿。

《民法通则》第58条第(3)项规定，因欺诈而为的民事行为无效。但是，在《合同法》中，第52条第(1)项规定一方以欺诈手段而订立的合同仅在因此损害国家利益时才属绝对无效，否则根据第54条第2款的规定属可变更、可撤销。由于绝大多数此类合同仅会损害对方利益而不损害国家利益，并且合同是民事行为最主要的一种，所以实务中大多数因受欺诈而为的民事行为，将适用合同法第54条第2款。

2. 因胁迫而为的民事行为。因胁迫而为的民事行为，指因为受到不法的威胁陷于恐惧而为的民事行为。胁迫行为严重破坏了正常的社会秩序，当事人因为受胁迫而被迫进行民事行为，其利益常常受到严重的损害，所以法律上要给因胁迫而为的民事行为以否定性的评价，保护受胁迫的当事人的正当利益。

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》第69条规定，以给公民及其亲友的生命健康、荣誉、名誉、财产等造成损害为要挟，迫使对方作违背真实的意思表示的，可以认定为胁迫行为。构成因胁迫而为的民事行为有以下要件：

(1)一方当事人有胁迫的故意。

(2)一方当事人有不法的胁迫行为。胁迫行为一般表现为以给对方或他人

的合法权益造成损害相威胁，威胁的内容是不法的行为。但假如向对方声称，一旦对方不赔偿自己的损失，就将诉诸法院，对方因害怕上法院而进行了赔偿，此种声称不属于胁迫。有时威胁的内容虽然本身合法，但使用方式不合法，仍然构成胁迫。比如，以告发对方的犯罪为要挟，迫使对方赠与自己某物，尽管告发犯罪本是合法行为，但当事人为了不正当的目的使用，则属于不法的胁迫。

(3)对方当事人因受胁迫而陷于恐惧。即当事人在受到胁迫后，害怕胁迫的事实发生。

(4)对方当事人因为恐惧而为意思表示。当事人受到胁迫后，害怕胁迫事实的发生，为了加以避免，不得不进行意思表示。

《民法通则》第58条第(3)项规定，因一方胁迫而为的民事行为无效。但是，《合同法》第52条第(1)项规定，一方以胁迫手段订立合同，损害国家利益时，合同绝对无效，而如果不损害国家利益，则根据第54条第2款为可变更、可撤销。由于绝大多数此类合同仅会损害对方利益而不会损害国家利益，并且合同是民事行为最主要的一种，所以实务中大多数因胁迫而为的民事行为，将适用《合同法》第54条第2款的规定。

3. 乘人之危的民事行为。乘人之危的民事行为指一方当事人乘对方处于危难之机，为牟取不正当利益，迫使对方在违背真实意思的情况下进行的严重损害自己利益的民事行为。

乘人之危的民事行为应符合以下要件：

(1)一方当事人处于危难之中。当事人或者其亲友的人身利益、财产利益有遭受重大损失的危险，可以认为处于危难之中。造成危难的原因可以不论。

(2)对方当事人以牟取不正当的利益为目的，故意利用他人的危难。

(3)民事行为严重损害处于危难之中当事人的利益。是否属于严重损害其利益，应依法律和公平原则判断。比如利用他人治疗急病急需用钱的时候，以高额利率借款，此时应根据有关利率限制的法律规定来判断，以法律允许范围内的利率借款的，不符合本要件，合同应为有效。

《民法通则》第58条第(3)项规定，乘人之危的民事行为无效。但是，《合同法》第54条第2款规定，乘人之危而订立的合同为可变更、可撤销，所以《合同法》施行后，《民法通则》第58条第(3)项规定仅能适用于其他民事行为。

(四) 恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的民事行为

这种民事行为不符合前述民事法律行为有效要件的第三项，它指的是几方当事人因共同故意，以损害国家或者其他民事主体的利益为目的而进行的民事行为。《合同法》第54条第(2)项也规定此类合同无效。

(五) 违反法律或者社会公共利益的民事行为

这种行为属于不具备前述民事法律行为有效要件的第三项的民事行为。如前所述，这里的“法律”指强制性的法律规范。违反社会公德的民事行为也应无效。《合同法》第52条第(4)、(5)项有相同规定。

(六) 经济合同违反国家指令性计划的民事行为

国家的指令性计划在性质上与依法作出的行政命令相同，如果合同的内容违反了指令性计划，会妨碍国家的经济调控，所以民法通则规定此种合同无效。这种行为属于不具备前述民事法律行为有效要件之第三项的民事行为。当然，现在我国正逐步走向社会主义市场经济，指令性计划的范围越来

越小，数量越来越少，所以本规定的适用范围将更为窄小。

(七)以合法形式掩盖非法目的的民事行为

这种行为指当事人进行违法的民事行为时，为了规避法律，故意在表面上进行一个合法的民事行为来掩盖。《合同法》第52条第(3)项也规定此类合同无效。比如，两人为了规避法律上关于禁止文物买卖但不禁止赠与的规定，签订了两个赠与合同，一方将文物赠与对方，对方将一笔钱赠与此方。表面上看两个赠与合同都是合法的，但实际上这是为了掩盖非法的文物买卖合同，因而双方的两个合同都是无效的。

(八)其他民事行为

《民法通则》第58条列举性地规定了上述7种无效民事行为，但无效民事行为并不限于这7种，根据其他法律规定，还有其他类型的无效民事行为。

三、民事行为的部分无效

一个民事行为不完全具备民事法律行为的有效要件，如果这种欠缺只存在于民事行为内容的一部分，那么这一民事行为的效力如何？《民法通则》第60条规定：“民事行为部分无效，不影响其他部分的效力的，其他部分仍然有效。”据此，民事行为的一部分内容不具备民事法律行为有效要件时，原则上民事行为全部无效，但是如果除去这些具备无效原因的部分，民事行为其他部分仍然可以构成一个完整的民事行为时，其他部分仍然有效。比如公民之间的借款超出法律规定的最高利率时，借款合同仍然有效，但约定利率超出法定最高限额的部分无效。又如产品买卖合同中规定了违反法律规定的免责条款，则买卖合同仍然有效，仅仅免责条款本身无效。

实际上，很少有民事行为会使所有的方面都具备无效的原因。民事行为的无效原因仅存在于民事行为的部分，是否导致整个民事行为全部无效，要取决于无效的部分在民事行为中与其他部分的关系。

第四节 可变更、可撤销的民事行为

一、可变更、可撤销民事行为的概念

可变更、可撤销的民事行为指民事行为不完全具备民事法律行为的有效要件，但仍然暂时基于意思表示的内容发生法律效力，同时赋予一方当事人以变更、撤销权，如果当事人行使此权利，则民事行为将变更其效力或者归于无效，如果当事人不行使此权利，则民事行为原来的效力不变。

民事行为不具备民事法律行为的有效要件时，并非都当然无效。法律上考虑到为了更好地保护有关当事人的正当利益，并不一概规定为无效。在有些情况下，将民事行为规定为可变更、可撤销，能够更好地平衡双方当事人之间的利益，达到更好的社会效果。

二、可变更、可撤销民事行为的种类

根据《民法通则》第 59 条及《合同法》第 54 条的规定，可变更、可撤销的民事行为有四种：

(一)重大误解的民事行为

根据最高人民法院《关于贯彻执行 中华人民共和国民法通则 若干问题的意见》第 71 条的规定，行为人因对行为的性质，对方当事人，标的物的品种、质量、规格和数量等的错误认识，使行为的后果与自己的意思相悖，并造成较大损失，这种民事行为是重大误解的民事行为。

构成重大误解的民事行为要符合以下要件：

1. 当事人对民事行为的内容有错误认识。比如误将某甲当作某乙，误以为对方的订立买卖合同的要约是赠与的要约，误将铜器当作金器而为买卖。重大误解的民事行为与受欺诈而为的民事行为有类似的地方，即都是基于对行为内容的错误认识而进行的民事行为，但是，后者的错误认识是因为对方当事人的故意欺诈造成的，前者的错误认识却是由于其他原因造成的，具体原因可以不论。它可能是因为行为人自己的过失造成，也可能自己没有过错，而只是一个意外。

需要注意的是，要将动机的错误与对行为内容的错误认识区分开来。当事人进行民事行为，都是因为有一定的内心动机，比如去买笔是为了考试需要，去买画是为了装饰房屋等。每个人进行民事行为的动机千差万别，别人无法得知。一般来说，动机上的错误不属于重大误解，不影响民事行为的效力。比如，某人所在单位分房，他以为自己肯定能分到，就先买了一块地毯，可是后来他没有分到房子，地毯于是就派不上用场了。这里的“误解”仅仅是动机上的错误，不影响地毯买卖合同的效力。又比如，某人误以为自己的某物丢失，又去商店买了一个，后来又找到了，这种误解不影响买卖合同的效力。

2. 当事人基于其错误认识而为意思表示。比如，某甲向某乙发出订立买卖合同的要约，某乙误以为要约的内容是赠与，于是进行了承诺。表面上看，乙对甲的买卖合同的要约进行了承诺，双方的意思表示一致，买卖合同成立。因重大误解而为的民事行为，表面上看是当事人自愿作出的，并非由于其他人的欺诈、胁迫，但是实际上因为当事人进行民事行为是基于其错误认识，所以从实际情况看，民事行为的内容与当事人的真实意思是相悖的。比如前例，当事人乙的真实意思是订立一个赠与合同，可是在当事人之间成立的却是买卖合同，这个买卖合同是乙所不需要的。正因为如此，法律上才对此种

民事行为的效力进行特殊的规定，以减少当事人的损失。

3. 民事行为如果生效将使当事人造成较大损失。对行为内容有错误认识的当事人固然会因为这个民事行为而受到影响，可是还会有其他当事人的利益与此民事行为密切相关，如果法律上允许有误解的当事人任意撤销民事行为，则其他当事人的正当利益就会受到影响。为了更好地平衡当事人之间的利益冲突，法律上规定，只有在民事行为如果生效将使当事人造成较大损失的情况下，才赋予当事人以变更、撤销权。

需要注意，重大误解的民事行为，虽然法律赋予有误解的当事人以变更、撤销权，使其可以通过请求变更、撤销来避免或者减少自己本来可能遭受的重大损失，但是由于在此种民事行为中重大误解的造成通常不是由于对方当事人的原因，而主要由于当事人自己的过失，所以根据《民法通则》第 61 条第 1 款及《合同法》第 58 条的规定，当事人撤销民事行为后，如果重大误解是因为自己的过失造成并且对方有损失，则应当赔偿对方的损失。这样对方当事人就不致于遭受不应有的损失，而撤销权人也可以通过赔偿对方的较小数额的损失，来避免自己可能遭受的重大损失。

(二) 显失公平的民事行为

根据最高人民法院《关于贯彻执行 中华人民共和国民法通则 若干问题的意见》第 72 条的规定，显失公平的民事行为，指一方当事人利用优势或者利用对方没有经验，致使双方的权利义务明显违反公平原则的民事行为。

《合同法》第 54 条第 1 款第(2)项特别订明，判断是否显失公平应以订立合同之时为标准。

显失公平的民事行为没有违反法律的明文规定，也没有直接对社会公共利益造成损害，显失公平结果的发生也不是因为对方的欺诈、胁迫或者乘人之危，但是，它是因为一方当事人利用优势或者利用对方没有经验而发生，并且结果明显不公平，与民法的公平原则相违背，破坏了当事人之间利益的平衡。所以，法律规定在民事行为中显然不利的当事人可以依法变更或者撤销这个民事行为。

(三) 因欺诈而订立的不损害国家利益的合同

根据《合同法》第 54 条第 2 款及第 52 条第(1)项的规定，一方以欺诈手段使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，受损害方可以请求变更或撤销。该种合同的构成要件基本同于前述“因欺诈而为的民事行为”，但多了不因此损害国家利益这一要件。

(四) 因胁迫而订立的不损害国家利益的合同

根据《合同法》第 54 条第 2 款及第 52 条第(1)项的规定，一方以胁迫手段使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，受损害方可以请求变更或撤销。该种合同的构成要件基本同于前述“因胁迫而为的民事行为”，但多了不因此损害国家利益这一要件。

(五) 乘人之危而订立的合同

根据《合同法》第 54 条第 2 款的规定，一方乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，受损害方有权请求变更或撤销。该种合同的构成要件，与前述“乘人之危的民事行为”一致，但二者适用范围有不同，已如前述。

《合同法》对因欺诈、胁迫、乘人之危而订立合同的新规定，显然使《民法通则》的相关规定的适用范围大大缩减。理由在于，这几种合同，一般不

会损害国家利益，没有必要给予绝对无效的效果，它们所损害的通常仅为对方当事人的利益，所以应当给受损害方以选择的权利，即或者主张变更、撤销，让行为人承担与绝对无效类似的后果，或者不主张变更、撤销，因为这也许对他更为有利。

三、可变更、可撤销民事行为的效力

可变更、可撤销的民事行为，其效力与完全有效的民事行为以及无效的民事行为都有所不同。这种民事行为成立时，根据意思表示的内容发生法律效力，对民事行为当事人有法律约束力。但是，法律又赋予一方当事人以撤销权，当事人如果行使这种权利，就可以变更民事行为的内容并使之继续有效，或者撤销该民事行为而使之溯及地归于无效。经撤销后，其效力与无效民事行为相同。

(一)撤销权

撤销权是当事人溯及地撤销民事行为或者变更其内容的民事权利。它在民事行为成立时同时发生。但是并非民事行为的双方当事人都有撤销权。有重大误解的民事行为，是因重大误解而为民事行为的一方当事人有撤销权，而对方没有。比如，某甲向某乙发出订立买卖合同的要约，后者误以为要约的内容是赠与因而进行了承诺，那么只有某乙有撤销权，某甲没有这种权利。显失公平的民事行为，只有因为该行为而受到损害的当事人才有撤销权，而对方当事人没有此权利。因一方以欺诈、胁迫或乘人之危的手段订立合同的，受损害方有撤销权。

(二)撤销权的行使

《民法通则》第59条及《合同法》第54条规定，对于重大误解和显失公平的民事行为，一方当事人有权请求人民法院或者仲裁机构予以变更或者撤销。可见，撤销权的行使，必须在诉讼或者仲裁之中，向人民法院或者仲裁机构提出，由人民法院或者仲裁机构在裁判中确定。如果当事人直接向对方当事人表示变更或者撤销，不发生变更或者撤销的效力，民事行为继续有效。当然，如果对方当事人表示同意，可以作为双方协商同意终止民事行为的效力，自无不可。

当事人在诉讼或者仲裁中主张撤销权时，可能要求变更，也可能主张撤销。由于事关对方当事人的利益，而撤销民事行为对当事人的影响一般来说要大一些，所以在审理案件时应当慎重对待当事人的请求，在能够维护撤销权人合法权益的情况下，要尽量照顾对方当事人的利益。根据最高人民法院《关于贯彻执行 中华人民共和国民法通则 若干问题的意见》第73条的规定，对于重大误解或者显失公平的民事行为，当事人请求变更的，人民法院应当予以变更；当事人请求撤销的，人民法院可以酌情予以变更或者撤销。

《合同法》第54条第3款更明确规定，当事人请求变更的，人民法院或仲裁机构不得撤销。

(三)撤销权的消灭

1. 除斥期间经过。一方当事人虽已取得撤销权，但这个权利却不是永远存在下去、任何时候都可以行使的。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》第73条规定，可变更或者可撤销的民事行为，自行为成立时起超过1年当事人才请求变更或撤销的，人民法院不予保护。根据这一规定，撤销权存在的除斥期间为1年，1年之内当事人不行使的，此权利消灭，民事行为维持其成立时的效力不变，当事人不再可以

变更、撤销之。《合同法》第 55 条规定的除斥期间虽亦为 1 年，但起算点为自有撤销权的当事人知道或应当知道撤销事由之日起计算，所以在实务上可能会发生很大不同。

2. 撤销权人的放弃。《合同法》第 55 条第(2)项规定，具有撤销权的当事人自知道撤销事由后明确表示或者以自己的行为放弃撤销权的，则撤销权消灭。

第五节 民事行为无效或 被撤销的法律后果

《民法通则》第 58 条规定：“无效的民事行为，从行为开始起就没有法律约束力。”《民法通则》第 59 条规定：“被撤销的民事行为，从行为开始起无效。”但是，所谓民事行为无效，指的是不根据意思表示的内容发生法律效力，而不是说一定不发生任何法律后果。根据法律的规定，还可能发生与当事人的意思无关的法律后果。

根据《民法通则》第 61 条及《合同法》第 58、59 条的规定，民事行为无效或者被撤销，发生下列法律后果：

一、返还财产

《民法通则》第 61 条规定，当事人因为无效的或者被撤销的民事行为所取得的财产，应当返还给受损失的一方。民事行为大都涉及财产的交流、转移。如果财产还没有转移，当然不发生返还的问题。如果一方已经取得对方的财产，则因为所依据的民事行为并未生效，所以应当返还给对方。如果双方都从对方那里取得了财产，则应当分别返还给对方。《合同法》第 58 条还规定，不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。当然，这里的应予返还或补偿不包括《民法通则》第 61 条第 2 款规定的应追缴财产的情况。

二、赔偿损失

因为民事行为的无效或者被撤销，有的当事人可能会遭受损失，比如消费者因受欺诈购买了假冒商品，因受胁迫而赠与对方一定的财产，因对方利用优势而订立显失公平的合同并遭受损失等。根据《民法通则》第 61 条的规定，有过错的当事人应当赔偿对方的损失，如果双方都有过错，则应当各自承担相应的责任，即按照过错的程度分担损失。反之，虽然有损失，但是对方没有过错的，就不能够请求赔偿。

三、追缴财产

《民法通则》第 61 条第 2 款规定：“双方恶意串通，实施民事行为损害国家的、集体的或者第三人的利益的，应当追缴双方取得的财产，收归国家、集体或者返还第三人。”由于恶意串通的行为是严重损害正常社会秩序的行为，所以法律上才特别规定了这种严厉的惩罚措施，以减少此类行为的发生。根据有关司法解释，上述条文中的“双方取得的财产”，应当包括双方当事人已经取得和约定取得的财产。

第五章 代理

第一节 代理概述

一、代理的概念

根据《民法通则》第 63 条的规定，代理指代理人在代理权限范围内，以被代理人的名义为民事法律行为，所产生的法律后果直接归属于被代理人。代理关系涉及三方当事人：被代理人、代理人、代理行为的相对人。由代理人与相对人进行民事法律行为，但是由此产生的法律后果代理人并不承担，而是由被代理人承担。这样，被代理人可以不亲自进行民事法律行为，而直接承受其法律后果。

公民、法人要维持其正常的工作或者生活，需要涉及大量的法律事务。但是，有的公民欠缺民事行为能力，不能够独立进行民事法律行为，有时人们受时间精力所限难以亲自进行所有的民事法律行为。民法上的代理制度使人们可以不亲自进行民事法律行为，而由代理人代为进行，由被代理人承受其法律后果。这就大大扩大了人们参与民事法律关系的范围。对于法人特别是大型的企业法人来说，代理制度对其经营的正常开展有关键性的意义。

二、代理的特征

(一)代理人以被代理人的名义进行代理行为

代理人进行代理行为时，是以被代理人的名义进行的。如果是以自己的名义进行民事法律行为，就不是代理。比如股票经纪商，受客户的委托买卖股票，由于经纪商在交易所中是以自己的名义买卖股票，所以股票经纪商与客户之间的关系不是代理，而属于民法上所说的行纪或者经纪合同关系。

(二)代理人在代理权限范围内独立进行代理行为

代理行为使自己进行的民事法律行为的法律后果归属于他人，对于他人的利益影响甚巨，所以不可以任意为他人代理，而是必须根据法律的规定或者他人的授权，取得代理权限，才能够以他人的名义进行代理行为。

但是，代理人在进行代理行为时并非没有独立性。代理制度的存在，正是为了弥补一些民事主体没有资格或者没有处理有关事务的精力或能力。如果进行民事法律行为虽然有他人进行辅助，但是仅仅是指示他人代为传达自己的意思表示或者代为接受意思表示，他人没有任何独立决定意思表示内容的权利，那么这并非代理，而只能属于民法理论上的使者。作为代理人，必须是对意思表示有独立决定权利的人，尽管独立决定的程度有大有小。

(三)代理人进行的民事法律行为的法律后果归属于被代理人

代理人进行代理行为，目的并非使自己受到其法律后果的约束，而是以被代理人的名义进行，并且法律后果由被代理人承担。这一点，反映了代理制度的目的，是代理的最重要的特征。

三、代理的适用范围

(一)代理所适用之当事人的范围

所有的民事主体都可以成为被代理人，包括无民事行为能力人和限制民事行为能力人。但是就具体的代理行为而言，被代理人必须具有相应的民事权利能力。如果被代理人没有相应的民事权利能力，所进行的民事行为将为无效。

只有具备完全民事行为能力的人才可以成为代理人。因为在代理进行的

民事法律行为中，代理人是行为人，所以必须有相应的民事行为能力。一般来说，代理人应当具有完全民事行为能力。关于限制民事行为能力人是否可以成为委托代理中的代理人，我国没有明确规定。从理论上讲，只要代理进行的民事法律行为与限制民事行为能力人的年龄、智力和精神健康状况相适应，或者征得了其法定代理人的同意，应当认为可以成为代理人。根据有关规定，法定代理和指定代理的代理人不可能是限制民事行为能力人。

(二)代理所适用之事务的范围

代理主要进行的民事法律行为。一般的民事法律行为都可以代理进行。但是根据《民法通则》第 63 条第 3 款的规定，如果依照法律规定或者按照双方当事人约定，应当由本人亲自进行的民事法律行为，不得代理。比如，继承法规定遗嘱不得代理。

代理还适用于某些诉讼行为和行政行为，如诉讼代理，税务代理，商标登记代理，专利代理等。

违法的事项不得代理。《民法通则》第 67 条规定，如果代理人知道被委托代理的事项违法仍然进行代理活动的，或者被代理人知道代理人的代理行为违法不表示反对的，由被代理人 and 代理人负连带责任。由于以违反法律的事项为内容的民事行为是无效的，即不发生法律效力，所以“代理”进行违法事项根本不存在将法律后果归属于被代理人的问题。如果代理人和被代理人都明知代理事项违法，却还要进行，则表明双方是共同进行违法行为，应当共同承担民事责任。

第二节 代理的种类

一、委托代理、法定代理和指定代理

这是根据代理权发生原因的不同而进行的区分，也是最重要的一种区分。

(一)委托代理

委托代理是基于被代理人的授权而发生的代理，也称意定代理。

1. 授权行为的性质。委托代理的发生根据是被代理人的授予代理权的的行为。这种授权行为是一种单方法律行为，有被代理人的意思表示就可以发生法律效力。由此也可知只有具备相应的民事行为能力的人才能够进行授权行为。没有相应民事行为能力的人，可以由其法定代理人代理其进行授权行为。

授予代理权的行为是一种单方法律行为，这就要将授权行为与它的基础关系区分开来。代理的基础关系指被代理人向代理人授予代理权所依据的法律关系。常见的基础关系有委托合同、劳动合同、承揽合同、合伙合同等。被代理人一般是基于这些合同关系才授予代理权的。但是不能将授权行为与基础关系混淆起来。有了委托合同等关系，并不意味着必然有代理权的授予。比如一个企业聘用了一个职工，仅仅是劳动合同并不能使这个职工取得代理权。企业派职工代理企业去签订合同时，需要另外的特别授权。

2. 授权行为的进行。授权行为应当向代理人或者代理行为的相对人进行。向其他人进行表示不能发生法律效力。

根据《民法通则》第 65 条第 1 款规定并结合第 56 条的规定，委托代理的授权行为可以用书面形式、口头形式或者任何其他形式，如果法律规定用书面形式的，则应当按照法律的规定。比如根据《经济合同法》第 10 条规定，代理签订经济合同的授权应当用书面形式。

《民法通则》第 66 条第 1 款还规定了一种特殊的以默示方式进行的授权。根据该规定，本人知道他人以自己名义实施民事行为而不作否认表示的，视为同意。更明确地说，虽然本人原本并没有授予代理权，但事后不作否认表示，应当视为已经授予代理权，本人应当为他人以其名义进行的民事法律行为承担法律后果。

3. 授权不明问题。如果授权行为采用的是书面形式，但是授权不明，根据《民法通则》第 65 条第 3 款的规定，代理行为的法律后果仍然由被代理人承担，但是代理人应当与被代理人负连带责任。这是从保护善意相对人的利益出发的。

(二)法定代理

法定代理指根据法律的直接规定发生的代理。未成年人和精神病人是无民事行为能力人或者限制民事行为能力人，完全不能独立进行民事法律行为或者受到很大限制。法定代理是为了保护未成年人和精神病人的利益，使他们也可以进行民事法律行为，参加民事法律关系，更好地实现其利益。

《民法通则》第 14 条规定：“无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人是他们的法定代理人。”所以，法定代理人的产生以及有争议时的确定，都应当依照监护的有关规定。

法定代理的权限是非常广泛的。根据《民法通则》第 18 条关于监护职责的规定，凡是为保护被监护人的人身、财产及其他合法权益有必要的民事法律行为，都可以进行代理。并且可以为被监护人的利益而授权他人作为被监

护人的委托代理人。

(三)指定代理

指定代理是根据人民法院或者有关机关的指定而发生的代理。比如根据最高人民法院《关于贯彻执行 中华人民共和国民事诉讼法 若干问题的意见》第 67 条规定，在诉讼中，如果无民事行为能力、限制民事行为能力人先没有确定监护人，有监护资格的人又协商不成的，由人民法院在他们之间指定的人担任诉讼之中的代理人。

指定代理人的代理权限要根据法律规定和指定机关的指定来确定。

二、本代理与复代理

根据选任代理人的人不同，将代理划分为本代理和复代理。

复代理指代理人为处理代理事务，为被代理人选任其他人进行代理。与此相对称，复代理所基于的代理，即由代理人进行的代理，称为本代理。由代理人为被代理人选任的或者说转托的代理人称为复代理人。

由于代理关系的发生有很强的人身特定性，代理人原则上应当亲自完成，所以，《民法通则》第 68 条规定，委托代理人为被代理人的利益需要转托他人代理的，应当事先取得被代理人的同意，事先没有取得被代理人同意的，应当在事后及时告诉被代理人，如果被代理人不同意，由代理人对自己所转托的人的行为负民事责任。

但是，在特殊情况下，法律允许复代理的发生。《民法通则》第 68 条规定，在紧急情况下，为了保护被代理人的利益而转托他人代理的，转托有效，被代理人对于复代理人的代理行为承担法律后果。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》第 80 条规定，由于急病、通讯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，属于《民法通则》第 68 条中的“紧急情况”。

复代理是由本代理的代理人对复代理人授予代理权而发生的，在形式上与普通的代理权授予相同。但按照有关规定，如果转托中授权不明，给第三人造成损失的，第三人可以直接要求被代理人赔偿损失；被代理人承担民事责任后，可以要求代理人赔偿损失，复代理人有过错的，应当负连带责任。

第三节 代理权的行使

一、代理人的职责

1. 代理人应当在代理权限范围内进行民事法律行为。代理权限是根据法律的规定、有关机关的指定或者被代理人的授权而发生的，代理人应当在这个权限范围内进行民事行为，这才符合代理制度的目的。如果代理人超越了代理权，而且被代理人又不予追认的，根据《民法通则》第 66 条的规定，代理人要承担民事责任。

2. 委托代理人应当亲自完成代理事项。委托代理基于被代理人的授权而发生，而被代理人所以选任特定的人为自己的代理人，总是因为对于代理人的能力、信用等方面有特别的信任。所以法律要求委托代理人应当亲自完成代理事项，只有在很特殊的情况下，代理人才可以为被代理人选任复代理人，而不亲自进行代理行为。对法定代理人应没有这种限制。

3. 行使代理权应当维护被代理人的利益。法律上设置代理制度，就是为了使被代理人的利益获得更好地实现。而代理人总有一定的独立进行意思表示的权限，代理人不仅应当在代理权限内为民事行为，而且应当尽量地为被代理人争取利益。代理人不履行职责而给被代理人造成损害的，应当承担民事责任。

二、代理权滥用的禁止

(一) 自己代理

所谓自己代理，指代理人以被代理人的名义与自己订立合同。合同双方当事人的利益实际是互相冲突的，比如买卖合同，卖方希望出售时价格能够高一些，而买方希望能够以更低廉的价格买到。而在自己代理的情况下，代理人一方面以被代理人的名义，一方面以自己的名义订立合同，实际上不可能有在一般签订合同时的双方相互谈判、尽量为本方面争取利益的过程。被代理人的利益和自己的利益同时由代理人一个人来衡量，这样就很难保证代理人能够很好地维护被代理人的利益。所以自己代理的合同应当无效。

(二) 双方代理

所谓双方代理，指代理人以被代理人的名义与自己代理的第三人订立合同。与自己代理的情况相似，在双方代理之下，两个被代理人作为合同的双方其利益是冲突的，而代理人在每个代理关系中都有尽量维护被代理人利益的职责。一个人怎么可能谈得上对利益冲突的双方都在尽量维护其利益呢？所以双方代理的合同应当无效。

(三) 代理人和第三人串通，损害被代理人的利益

这是一种严重违反代理人职责的行为。比如，一个企业的销售人员，接受他人的贿赂，将本企业的产品以廉价卖给他人。第三人实际上是和代理人共同故意损害被代理人的合法权益。根据《民法通则》第 66 条的规定，代理人和第三人串通，损害被代理人利益的，由代理人和第三人负连带责任。

第四节 无权代理

一、无权代理的概念

无权代理指欠缺代理权而以他人的名义进行民事行为。它的发生原因有这样一些情况：

1. 自始没有代理权。如果行为人从来就没有代理权，就以他人的名义为民事行为，属于无权代理。

2. 超越代理权。代理权总是有一定的范围的。代理人虽然被授予了代理权，但是如果他在以被代理人的名义进行民事行为时超越了被授予的权限，实际等于是没有代理权却以他人名义进行民事行为。

3. 代理权已经终止。被代理人虽然曾经授予过行为人以代理权，但是此后发生了使代理权消灭的事由，比如有效期限已经届满，或者代理事项已经完成，可是原来的代理人却仍然以被代理人的名义进行民事行为，则属于无权代理。

二、无权代理行为的效力

根据《民法通则》第 66 条第 1 款的规定，无权代理而以他人名义进行的民事行为，只有经过被代理人的追认，其法律后果才归属于被代理人；未经追认的行为，由行为人承担民事责任。也就是，无权代理的民事行为，在行为时不发生法律效力，如果事后被代理人认为此行为对自己有利或者因为其他的原因，追认了此民事行为，则等于承认了行为人的代理权，民事行为有效，法律后果由被代理人承担。如果被代理人拒绝追认，则无权代理的民事行为无效，对被代理人没有法律上的约束力。如果因为无权代理的行为给相对人或者被代理人造成了损失，并且符合法律规定的条件，无权代理人应当承担民事责任。

对无权代理进行追认或者拒绝追认的行为属于单方法律行为，适用有关民事法律行为的法律规定。

《合同法》第 48 条第 2 款还规定了无权代理之下相对人的催告权和撤销权。相对人可以催告被代理人在 1 个月内予以追认。被代理人未作表示的，视为拒绝追认。合同被追认之前，善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。需要注意，相对人在任何情况下均有催告权，但仅有善意相对人，即进行民事行为时不知无权代理人没有代理权的情况的相对人，才享有上述因表示撤销(单方法律行为)而使民事行为归为无效的权利。

根据《民法通则》第 66 条第 4 款的规定，第三人知道行为人无权代理还与行为人实施民事行为给他人造成损害的，由第三人和行为人负连带责任。

三、表见代理的效力

《合同法》第 49 条规定了表见代理的要件及效力。表见代理本属于无权代理，即没有代理权、超越代理权或者代理权终止后仍以被代理人的名义订立合同。但与一般无权代理不同的是，相对人此时如果有理由相信行为人有代理权，则为保护此善意相对人的合法权益，法律特别规定代理行为有效，即被代理人不得拒绝代理行为对自己发生效力。比如，被代理人向代理人进行了书面的授权，但代理权的有效期限却未记载于授权书，仅口头限定，相对人从授权书上无法得知此期限，则期限经过后代理人仍与相对人进行民事法律行为的，属于表见代理。又如，在书面授权书中所写的授权范围很大，但口头上予以了更多限制，则代理人超越限制但表面上符合授权书所列范围，

相对人善意时，亦属于表见代理。

第五节 代理关系的终止

一、委托代理的终止

《民法通则》第 69 条规定了委托代理关系终止的几种原因：

(一)代理期间届满或者代理事务完成

如果被代理人只授予了代理人一定期间的代理权，那么这一期间届满，则代理关系终止。如果被代理人是授权代理人进行某一项或者几项特定事务，那么一旦指定的代理事务完成，代理权即告消灭，代理关系终止。

(二)被代理人取消委托或者代理人辞去委托

委托代理是被代理人基于对代理人的特殊信任而授权其进行代理事务的。如果被代理人由于某种原因失去了对代理人的信任，法律上就不应当强制被代理人仍必须以此人为代理人，否则可能对其造成严重的不利。所以，法律规定，被代理人可以根据自己的意愿单方面地取消委托，不必有特别的原因，只要通知代理人就可以。代理人的代理权从通知到达之时消灭。

委托代理是基于被代理人对代理人的信任而发生，通常来说，代理事务的完成有赖于代理人的勤勉、忠实。只有代理人是自愿从事代理事务时，一般来说才会尽量努力、负责地进行。所以，如果代理人由于某种原因不再愿意进行代理行为，法律上也不应当强制，否则让代理人在法律的强制之下进行代理事务，很难保证他能很好的完成。法律规定，代理人可以单方面辞去委托。代理人的代理权从辞去委托的通知到达被代理人时起消灭。

虽然被代理人取消委托和代理人辞去委托都是单方面的，不必取得对方的同意，但是这并不妨碍根据代理之基础关系可能承担的责任。比如，根据一个有偿的委托合同，委托人授权受托人为其代理进行某个民事行为，后来代理人在完成代理事务前表示辞去委托，则代理权在辞去委托的通知到达委托人的时候消灭。但是，受托人这样就不能完成其在委托合同中承担的义务了，如果没有免责事由，应当对委托人承担违约责任。同样，如果受托人根据合同的规定进行代理行为，并未违约，而委托人单方面提前取消了授权，那么虽然受托人的代理权消灭，但是仍有权根据委托合同的规定请求委托人给付报酬。

(三)代理人死亡

代理人死亡，丧失民事主体资格，当然无法再进行代理事务，代理关系当然终止。代理权并非财产权，不能依继承法的规定转移。

(四)代理人丧失民事行为能力

代理人是代理进行民事法律行为，必须具备相应的民事行为能力。如果丧失了与进行的代理行为相适应的民事行为能力，当然丧失代理权。

(五)作为被代理人或者代理人的法人终止

《民法通则》第 69 条列举的委托代理终止原因中，没有包括被代理人的死亡。根据最高人民法院《关于贯彻执行 中华人民共和国民法通则 若干问题的意见》第 82 条的规定，被代理人死亡后，委托代理关系原则上也终止，但是如果有下列情况之一，委托代理人实施的代理行为有效：(1) 代理人不知道被代理人死亡的；(2) 被代理人的继承人均予以承认的；(3) 被代理人与代理人约定到代理事项完成时代理权终止的；(4) 在被代理人死亡前已经进行、而在被代理人死亡后为了被代理人的继承人的利益继续完成的。

二、法定代理和指定代理的终止

根据《民法通则》第 70 条的规定，法定代理、指定代理因下列原因终止：

(一)被代理人取得或者恢复民事行为能力

法定代理和指定代理都是为了保护无民事行为能力人、限制民事行为能力人的利益而规定的。法定代理人由监护人担任。如果作为被代理人的未成年人因为成年而取得民事行为能力，或者作为被代理人的精神病人因为恢复了精神健康而恢复民事行为能力，则监护关系消灭，法定代理和指定代理同样也失去了存在的意义，根据法律的规定，代理关系终止。

(二)被代理人或者代理人死亡

(三)代理人丧失民事行为能力

(四)指定代理的人民法院或者指定单位取消指定

(五)由其他原因引起的被代理人和代理人之间的监护关系消灭

法定代理人由监护人担任，监护关系消灭，法定代理关系随之终止。除了上面的几种使监护关系终止的原因外，根据法律的规定，还有其他原因，比如因为收养关系的解除，养父母与养子女的监护关系解除，又比如因为收养关系的发生，被收养人与原监护人的监护关系解除。

第六章 民事责任

第一节 民事责任概述

一、民事责任的概述

民事责任是指进行了民事违法行为的人在民法上承担的对其不利的法律后果。

合法的民事权益受法律保护，如果受到他人的非法侵犯，则需要给权利人以充分的法律救济，这就是民事责任制度。民事责任与刑事责任、行政责任都是法律责任，但是具有不同的特征。民事责任虽然也有惩罚违法行为人的目的，但主要目的不在于此，而在于恢复受损害的权利，弥补权利人受到的损害。这种目的决定了民事责任的方式、范围。

二、民事责任的特征

(一) 民事责任是因为违反民事义务而承担的法律后果

在物权、债权、知识产权、人身权等各种民事法律关系中，义务人都应当根据法律或者合同履行义务。如果义务人不履行义务，就要承担法律上不利的后果。义务的存在总是先于民事责任。

(二) 民事责任的方式以财产责任为主

民事责任的方式有十种，其中最主要的是财产性质的责任。这与民法调整的社会关系以财产关系为主有关，但这仅是原因之一。因为民事责任总是针对民事义务已经被违反，并且一般来说已经发生了损害的情形规定的。面对已经受到侵害的权利，采用哪种方式才能够有效地予以补偿？古代法律上的同态复仇显然已经与现代观念格格不入，只有财产责任才是比较可行的方法，其他责任方式只是处于补充的地位，即使在侵害人身权的民事责任中也是这样。

(三) 民事责任的范围与违法行为所造成的损害范围相适应

民事责任的主要目的是为了保护受害者的合法权益，而主要不是为了惩罚违法行为人，所以，民事责任的范围主要决定于损害的范围。即使违法行为人的行为是基于非常恶劣的主观状态，但如果造成的损害较小，仍然只要承担此范围内的民事责任。相反，虽然行为人在主观上仅有轻微的过失，但造成的损失较大，并且依法应当承担责任，就应当对所有的损失进行赔偿。

(四) 民事责任是对违法行为人的一种制裁

民事责任是一种对违法行为人不利的法律后果，这显示了法律对于这种行为的否定性的评价，并且体现了法律对此种行为的制裁。但民事责任与刑事责任不同，民事责任的承担，国家通常并不主动干预，是否向违法行为人主张，取决于受害人，即受害人享有自由处分权，对此，法律是允许的。

三、民事责任的分类

(一) 违约责任与侵权责任

根据民事违法行为所侵害的权利的不同，民事责任主要可以分为违约责任与侵权责任。违约责任指合同关系中的债务人违反合同的规定，侵犯债权人的债权而应承担的民事责任。侵权责任是指侵犯债权之外的其他权利而应承担的民事责任。

违约责任与侵权责任的区分是民事责任最根本的区分，民法通则中分别设有专节规定违约责任和侵权责任。

(二)财产责任与非财产责任

根据民事责任的方式，可以将其分为财产责任和非财产责任。

财产责任指违法行为人依法应当承担的财产上的不利后果。各种财产责任方式虽然不限于金钱赔偿，但是都可以用金钱来衡量。民法通则中规定的排除妨碍、消除危险、返还财产、恢复原状、赔偿损失、交付违约金及修理、更换、重作等形式都属于财产责任。非财产责任指内容无法以金钱衡量的责任方式。非财产责任适用于人身权受侵害时的以恢复受侵害的人身利益为目的的民事责任。民法通则规定的消除影响、恢复名誉、赔礼道歉等形式属于非财产责任。

第二节 违反合同的民事责任

合同关系中的债务人违反合同的约定，不履行债务或不适当履行债务时，应当承担违反合同的民事责任(违约责任)。

违反合同的民事责任，参见本书上编“合同概述”部分。

第三节 侵权民事责任概述

一、侵权行为的概念

《民法通则》第106条第2款、第3款规定：“公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产，侵害他人财产、人身的，应当承担民事责任。没有过错，但法律规定应当承担民事责任的，应当承担民事责任。”所谓侵权行为，广义上指应对于他人的财产或者人身损害承担民事责任的行为；狭义上指因为过错侵害他人的财产或者人身并应当承担民事责任的行为。广义的侵权行为概念，包括一般侵权行为和特殊侵权行为。狭义的侵权行为仅指一般侵权行为。

二、侵权行为的特征

(一)侵权行为是行为人有意进行的行为

侵权行为是一种违法行为，是行为人有意进行的行为。侵权行为的构成要件中的重要一项是，行为人主观上有过错。

需要注意，侵权行为的这一特征是针对一般侵权行为而言的，特殊侵权行为的大多数是无过错责任，也就是说受害人的损害并非由于责任人的故意或者过失行为导致。

(二)侵权行为侵犯的是债权之外的其他权利

债权是一种相对权，主要因为合同而发生债的关系。不履行债务的行为，是债务人的侵犯债权人之债权的行为，应当承担民事责任，这就是债务不履行责任，其中最主要的是违约责任。侵权行为所包括的，是债务不履行行为之外的其他民事违法行为。这些违法行为所侵犯的权利主要是物权、知识产权、人身权等绝对权，所违反的义务主要是法律中的强制性法律规范所规定的义务。

三、侵权行为的分类

(一)一般侵权行为与特殊侵权行为

侵权行为的最基本的分类，是分为一般侵权行为和特殊侵权行为。

一般侵权行为指因为故意或者过失而造成他人财产或者人身损害，应当承担民事责任的行为。一般侵权行为成立，必须完全具备侵权行为的四个要件。在归责原则上，一般侵权行为采用的是过错责任原则。

特殊侵权行为指不要求完全具备一般侵权行为的四个构成要件，而根据法律的特别规定应当对于他人的财产、人身损害承担民事责任的行为。各种特殊侵权行为在构成要件上比一般侵权行为要少。特殊侵权行为必须在法律有明文的情况下才能够存在。《民法通则》第121条—127条、第133条规定了几种特殊侵权行为。在其他民事特别法上还有其他种类的特殊侵权行为。

一般侵权行为是侵权行为的一般形态，也就是说，造成他人损害，除非依照法律的明文规定属于特殊侵权行为而应按照法律的特殊规定适用外，都应当按照一般侵权行为的要件来考察。

(二)单独侵权行为与共同侵权行为

一人单独进行、单独承担民事责任的侵权行为，是单独侵权行为。两人以上共同实施、连带承担民事责任的侵权行为，是共同侵权行为。

《民法通则》第130条规定，两人以上共同侵权造成他人损害的，应当承担连带责任。教唆、帮助他人实施侵权行为的人，为共同侵权人，应当承

担连带责任。教唆、帮助限制民事行为能力人实施侵权行为的人，为共同侵权人，也应当共同承担连带责任。

共同侵权人对受害人承担连带责任，而共同侵权人之间应当按照过错程度等因素分担责任。但如果是教唆、帮助限制民事行为能力人实施侵权行为，应当承担主要责任。

教唆、帮助无民事行为能力人实施侵权行为，不构成共同侵权，仅教唆、帮助人为侵权行为人，应当对受害人承担民事责任。

四、侵权行为的法律后果

侵权行为是一种违法行为，是一种法律事实，侵权行为的法律后果就是产生侵权的民事责任。

第四节 侵权行为的构成要件

一般侵权行为，需要当事人的行为符合行为违法、有损害事实、违法行为与损害事实之间有因果关系、主观有过错这四个要件。特殊侵权行为，则只要具备法律的明确规定的较少的要件。

一、一般侵权行为的构成要件

(一)行为违法

法律规范包括强制性法律规范和任意性法律规范。任意性法律规范允许当事人进行的民事法律行为的内容与之不同，只要这种内容不违反法律的强制性规范和社会公共利益、社会公德，行为就是有效的；强制性法律规范则不允许当事人的行为与之相违背，违反这种规定的行为是违法行为。

行为虽然没有违反法律的明确规定，但是违反了社会公共利益或者社会公德，也属于违法行为。

违法行为包括作为，也包括不作为。不作为造成他人损害，应当以当事人具有防止损害发生的法定或者约定义务为前提，否则不属于违法行为。比如在路边看见有人昏倒而不帮助救护，后此人因延迟送到医院而死亡，虽然见死不救在道德上是应当予以谴责的，但在我国法律上并未规定公民在此种情况下的救助义务，所以不属于违法行为，不承担民事责任。

(二)有损害事实

民事责任以补偿权利人受侵害的权利为目的，因此没有发生实际损害时，不存在进行法律救济的必要。所以，损害事实是构成侵权行为的一个要件。

损害在含义上包括财产上的损害和人身上的损害。财产损害又包括积极损害和消极损害。积极的财产损害指财产的毁损灭失、财产权利的消灭或者财产价值减少；消极的财产损害指本可以取得财产利益但却因为他人的妨碍而没有取得，也就是可得利益的损失。人身损害指对人身利益的损害，包括对生命、健康、名誉、肖像等利益的侵害，也包括使受害人遭受的精神损害。侵犯人身利益有时会造成财产上的损害，比如侵犯健康权导致他人花去的医疗费用。

当然，在特殊情况下，虽然没有实际的财产损害，根据法律的规定也可能承担民事责任。比如尚未造成他人财产的实际损害，但是有造成此种损害的现实的危险，则财产权利人可以请求消除危险。

(三)违法行为与损害事实之间有因果关系

只有当损害事实是由于违法行为造成的时候，或者说二者之间有一种原因与结果的关系，行为人才应当承担民事责任，以弥补权利人的损害。如果行为人进行了违法行为，但是权利人所受到的损害是由于其他原因造成的，则行为人不应承担民事责任。

关于因果关系的标准，学术上有许多争论，这里不过多涉及。在确定一个行为是否属于一个损害结果的原因时，需要注意，有的行为虽然是损害事实发生的一个条件，但是却不是真正的原因。比如甲将乙打伤，乙在住院治疗中因为医院的医疗事故而死亡，则尽管没有甲的殴打行为乙就不会住院并死亡，但甲殴打乙的侵权行为仅仅与乙的受伤有因果关系，而与乙的死亡没有因果关系，医院的行为是乙死亡的原因。

有的时候，一个损害结果是因为多个原因造成的，这时就应当分析这些

原因之间的关系，分清主要原因和次要原因。主要是根据原因对于结果的发生所起作用的大小来判断，起主要作用的是主要原因，起次要作用的是次要原因。这种区别的意义在于决定民事责任的范围。

(四)主观过错

只有当行为人在进行违法行为时，在主观上有故意或者过失，才承担侵权的民事责任。否则，则仅在法律有特别规定时(属于特殊侵权行为)，才承担侵权的民事责任。

所谓过错，是故意和过失的合称。故意指行为人明知自己的行为可能给他人造成损害，但是却希望或者放任这种结果发生的心理状态。过失指行为人根据当时情形应当能够预见到自己的行为可能造成他人的损害，但却没有预见，或者虽然已经预见但是轻信将不会发生或者可以避免的心理状态。

对于故意和过失的区分，在通常情况下并无意义，因为民事责任以弥补受害人的损害为目的，无论侵权行为人的主观上是故意还是过失，都应当赔偿受害人的全部损失。

但在有些情况下，对于故意、过失的区分及过错程度大小的考虑，对于民事责任的承担有一定的影响：(1)《民法通则》第 132 条规定：“当事人对于损害的发生也有过错的，可以减轻侵害人的民事责任。”这种情况称为混合过错。侵害人承担民事责任的范围和受害人自行承担的损失的范围，主要根据双方的过错程度来确定。(2)在数人共同侵权的时候，共同侵权人对受害人承担连带责任，但是在侵权人之间分担责任时，应当主要考虑各方的过错程度。

二、侵权责任的免责事由

当事人的行为虽然造成了他人财产或者人身的损害，但是可能由于具备法律规定的免责事由，而不承担民事责任。

(一)阻却违法性的事由

因为正当防卫或者紧急避险造成他人损失，由于行为本身属于合法行为，不具备违法性而不承担民事责任。

正当防卫指当社会公共利益或者自己、他人的合法权益正在受到不法侵害时，对于正在实施侵害的违法行为人采用造成其一定损害的方式，来保护合法权益免受侵犯。正当防卫是防卫人故意造成他人损害的行为，但是其行为本身却是合法、正当的。《民法通则》第 128 条规定，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，应当承担适当的民事责任。

紧急避险指行为人在紧急危难之中，为了避免一个较大的合法权益不受损害，不得已采用的损害他人的某个价值较小的合法权益的行为。《民法通则》第 129 条规定，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。如果危险是由自然原因引起的，紧急避险人不承担民事责任或者承担适当的民事责任。因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。

(二)不可抗力

《民法通则》第 153 条规定，本法所称的“不可抗力”，是指不能预见、不能避免、不能克服的客观情况。《民法通则》第 107 条规定，因不可抗力造成他人损害的，不承担民事责任，法律另有规定的除外。如果损害的发生虽然与当事人有关系，但是并非由于当事人的过错造成，也与当事人的行为

没有因果关系，而是由于不可抗力造成，则当事人不应当承担民事责任。

(三)受害人的过错

《民法通则》第 132 条规定，受害人对于损害的发生也有过错的，可以减轻侵害人的民事责任。这时要衡量侵害人与受害人的过错程度，侵害人只承担与其过错程度相适应的民事责任。

三、侵权行为的归责原则

侵权行为的归责原则指确定侵权行为的构成的主要依据。侵权行为的归责原则主要讨论的是侵权行为的构成是否以主观过错为必备构成要件的问题。

(一)过错责任原则与无过错责任原则

侵权行为的归责原则，主要有两种：一种是过错责任原则；一种是无过错责任原则。过错责任原则指以当事人的主观过错为构成侵权行为的必备要件的归责原则。无过错责任指不以当事人的主观过错为构成侵权行为的必备要件的归责原则，即不论当事人在主观上有没有过错，都应当承担民事责任。

《民法通则》第 106 条第 2 款、第 3 款规定：“公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产，侵害他人财产、人身的，应当承担民事责任。没有过错，但法律规定应当承担民事责任的，应当承担民事责任。”根据这一规定，我国法律上的侵权行为原则上采用过错责任原则，例外地采用无过错责任原则。更准确地说，就是当法律对某一种侵权行为没有明文规定其构成要件时，采用过错责任原则；当法律对某一种侵权行为明文规定无过错也要承担责任的，则根据该规定采用无过错责任原则。

(二)推定过错责任

过错责任原则还有一种特别的形态：推定过错责任。推定过错责任指在诉讼中当事人必须证明自己没有过错才能够不承担民事责任，否则就推定其有过错，应承担民事责任。在一般的民事诉讼中，证据规则采用“谁主张、谁举证”的原则，因此在一般侵权诉讼中，原告(受害人)应当举出证据证明被告的行为符合侵权行为的构成要件，因此应包括举证证明被告主观上有过错。但在有些情况下，原告要证明被告的主观过错是非常困难的，这种困难导致其难以胜诉。而推走过错责任则将这一举证责任倒置，即只要原告能够证明其他三个要件，就推定被告有主观过错，被告必须证明自己主观上没有过错才能够免责。可见，推定过错责任加重了被告的责任。在实践中，推定过错责任方式效果上与无过错责任非常相近，可以使得受害人获得赔偿的可能性大大增加。

推走过错责任应当在法律有明文规定的情况下才能适用。

(三)公平责任原则

公平责任原则指对于损害的发生双方当事人都没有过错，而且不能够适用无过错责任原则，可是受害人遭受的损失如果不予以补偿显然不公平的情况下，由人民法院根据具体情况，要求双方当事人公平分担损失的原则。《民法通则》第 132 条规定，当事人对造成损害都没有过错的，可以根据实际情况，由当事人分担民事责任。当事人之间对损失的分担，要考虑各种因素，包括损失发生的原因、各方当事人的财产状况等。

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》第 157 条规定，当事人对造成损害均无过错，但一方是在为对方的利益或者共同的利益进行活动的过程中受损害的，可以责令对方或者受益人给

予一定的经济补偿。这里规定的是适用公平责任原则的一种情况。

第五节 特殊侵权行为

一、国家机关职务侵权

《民法通则》第 121 条规定：“国家机关或者国家机关工作人员在执行职务中，侵犯公民、法人的合法权益造成损害的，应当承担民事责任。”这里的国家机关，可以是各类国家机关，包括行政机关、审判机关、检察机关、军队等。各种国家机关均有其法定的职权。国家机关仅对公民、法人的合法权益的损害承担责任，如果国家机关依职权可以剥夺公民、法人的某些利益，则不构成侵权，比如罪犯拒捕时公安人员为制服他而将其击伤，依法执行枪决等。

关于国家机关的侵权责任问题，参见本套教材《行政法学》卷国家赔偿法部分。

二、产品责任

《民法通则》第 122 条规定：“因产品质量不合格造成他人财产、人身损害的，产品制造者、销售者应当依法承担民事责任，运输者、仓储者对此负有责任的，产品制造者、销售者有权要求赔偿损失。”一般所称的产品责任，就是指因为产品的缺陷造成他人损害时，产品的制造者、销售者对受害人承担的民事责任。

关于产品责任问题，参见本套教材《商事法学·经济法学》卷下编“产品质量法”部分。

三、高度危险作业致人损害

《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。”这一规定通常称为高度危险作业致人损害的民事责任。

高空、高压等高度危险作业，主要是近现代科学技术发达之后而出现的。由于科学技术不可能达到完美的水平，这些作业本身的危险性质总是无法克服，即使作业人非常谨慎，也难以避免造成他人损害的可能。由于作业人平时从这些作业中获得利益，而一般公众很难在生活中主动采取措施防止这类危险，再加上很多情况下双方都没有过错，要求一般公众承担过高度度的注意，或者自行承担双方都无过错情况下所受的损失很不公平，而让作业人承担更高度度的责任较为合理。因此，民法通则中将高度危险作业的侵权责任规定为无过错责任，无论作业人在进行操作的过程中是否有过错，只要造成了他人的损害，就应当承担民事责任。

高度危险作业的范围，《民法通则》第 123 条中有列举性的规定，但不限于这些，只要性质上是与它们类似的作业，都可以适用此规定。

高度危险作业的侵权责任有一个免责的事由，就是如果损害是因为受害人的故意造成的，作业人就不承担责任。但即使受害人对于损害的发生有过失，作业人也要承担民事责任。

四、污染环境致人损害

《民法通则》第 124 条规定：“违反国家保护环境防止污染的规定，污染环境造成他人损害的，应当依法承担民事责任。”

在工业生产、生活服务等活动中，常常要排放一定量的废水、废气、废渣等，对环境质量产生一定的影响。国家制定了许多保护环境、防止污染的

规定，制定了各种排污标准，排污应当在法定的标准范围内进行。如果排污超过了法定的标准，污染环境，造成他人损害，则应当对受害人承担民事责任。

污染环境致人损害的民事责任是一种无过错责任，只要有超标污染环境的事实发生，无论主观上是否有过错，都应当对受害人承担民事责任。

民法通则的这一规定，是因为环境污染问题日益成为困扰我国的一个重大问题，人民的正常生活受到严重的干扰，而污染的发生又是一般公众根本无法防止和采取措施的，所以应当让从事可能污染环境的作业的当事人承担无过错责任，以督促其更加重视保护环境的工作，更为充分地保护公众的利益。

五、地面施工致人损害

《民法通则》第 125 条规定：“在公共场所、道旁或者通道上挖坑、修缮安装地下设施等，没有设置明显标志和采取安全措施造成他人损害的，施工人应当承担民事责任。”

在公共场所、路旁、通道上进行施工，对于公共交通有一定的危险，而一般人在这些地方通行时，如果没有特别的提醒，很难会注意到正在进行这些施工活动，非常容易受到伤害。所以，法律要求在这些地点挖坑、修缮安装地下设施或进行其他可能给行人造成损害的施工活动时，应当设置明显的标志，并且采取其他必要的安全措施，以防止损害他人。如果施工人没有采取这样一些措施，造成他人损害，应当承担民事责任。

六、建筑物致人损害

《民法通则》第 126 条规定：“建筑物或者其他设施以及建筑物上的搁置物、悬挂物发生倒塌、脱落、坠落造成他人损害的，它的所有人或者管理人应当承担民事责任，但能够证明自己没有过错的除外。”

这种侵权行为涉及的是建筑物和其他与土地结合的人造设施，如桥梁、铁路、隧道、电线杆、广告牌等。这些地上工作物或者建筑物上的搁置物、悬挂物(比如阳台上的花盆，窗外吊挂的空调机)如果发生倒塌，或者部分构件脱落，或者坠落，造成他人的财产、人身损害，则建筑物或者其他设施的所有人或者管理人应当对受害人承担民事责任。是所有人还是管理人承担责任，要看具体情况，并结合其他法律规定，比如房屋倒塌，一般应由所有人承担民事责任；而如果是房屋阳台上的花盆坠落致人损害，但房屋是出租给他人使用的，则应当由承租人承担责任。

建筑物致人损害的民事责任是一种推定过错责任。《民法通则》第 126 条明确规定，地上工作物的所有人或者管理人能够证明自己没有过错的，不承担民事责任，即如果地上工作物已经致人损害，则直接推定其所有人或者管理人在管理、维护地上工作物时主观上有过错。所有人或管理人要免于承担民事责任，必须提出证据证明自己没有过错。可见，这是一种过错推定。过错推定加重了地上工作物的所有人或管理人的责任，这主要考虑的是地上工作物固定附着于土地，一般人不太予以注意，而且其在管理、使用中的情况他人很难得知，也就很难就其过错举证，所以法律规定了推定过错，以使两方面的正当利益都得到较好的维护。

七、饲养动物致人损害

《民法通则》第 127 条规定：“饲养的动物造成他人损害的，动物饲养人或者管理人应当承担民事责任；由于受害人的过错造成损害的，动物的饲

养人或者管理人不承担民事责任；由于第三人的过错造成损害的，第三人应当承担民事责任。”

饲养的动物，是其所有权人的一种财产。当然，这种财产与其他财产不同，它们可以自己独立行动，某些时候其饲养者无法加以控制。如果饲养动物在不受到人的控制和影响的情况下造成他人的损害，其饲养者或者管理者应当对受害人承担民事责任。

饲养动物致人损害的侵权责任是一种无过错责任。只要发生动物致人损害的结果，无论其饲养人或管理人在饲养、管理的过程中是否有过错，都应当承担责任。这主要是考虑到动物的饲养人或管理人是从该动物上获益的人，承担其带来的损失更合适；他人通常很难了解动物的习性，难以防止损害的发生。此外，对饲养动物致人损害实行无过错责任也是为了督促动物饲养人或管理人在饲养过程中更加谨慎小心，防止损害他人。

假如动物致人损害是因为受到人的控制或者影响，则有所不同。如果损害的发生是因为第三人的过错导致，比如甲以故意伤害乙为目的，引诱丙所饲养的狗，狗因而咬伤了乙。这时应当认为甲构成了对于乙的故意侵权行为。如果损害的发生是因为受害人自己的过错造成的，比如故意伤害他人饲养的牛，牛被惹急后顶伤了此人，则应当认为损害的发生是因为受害人自己的过错造成，而与动物的饲养人无关。所以，《民法通则》第 127 条规定，如果损害是由于第三人的过错造成，应由第三人承担侵权责任，而动物的饲养人或管理人不承担民事责任；如果损害是因为受害人自己的过错造成，则自己承担损失，动物的饲养人或管理人不承担民事责任。

八、被监护人致人损害

《民法通则》第 133 条规定：“无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的，由监护人承担民事责任。监护人尽了监护责任的，可以适当减轻他的民事责任。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，从本人的财产中支付赔偿费用。不足部分，由监护人适当赔偿，但单位担任监护人的除外。”

监护人对被监护人造成的他人损害，承担民事责任，这是一种无过错责任。因为，无论监护人在监护过程中是否完全尽到了监护责任，都应当对受害人承担民事责任。考虑到损害毕竟是被监护人造成的，如果被监护人自己有财产，用这些财产承担民事责任比较公平，所以法律规定应首先从被监护人本人的财产中支付赔偿费用。如果被监护人没有财产，则应当由监护人适当赔偿。通常来说，如果监护人没有尽到监护职责时，应当全部赔偿。如果监护人尽到了监护责任时，可以适当减轻他的民事责任，但不能免除。

根据有关司法解释，侵权行为发生时行为人不满 18 周岁，在诉讼时已满 18 周岁，并有经济能力的，应当承担民事责任；行为人没有经济能力的，应当由原监护人承担民事责任。行为人致人损害时年满 18 周岁的，应当由本人承担民事责任；没有经济收入的，由抚养人垫付，垫付有困难的，也可以判决或者调解延期给付。

根据法律的规定由被监护人住所地的村民委员会、居民委员会等单位担任监护人时，对于被监护人所致他人损害不承担民事责任。

监护人的选任，前面基本已经述及。夫妻离婚后，双方仍然都是未成年子女的监护人，但毕竟子女只与父母的一方共同生活，所以如果子女侵害他人权益时，同该子女共同生活的一方应当承担民事责任。但如果该方独立承

担民事责任确有困难的，可以责令未与该子女共同生活的一方共同承担民事责任。

如果无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害，但是其监护人是谁却不明确，应由监护顺序在前的有监护能力的人承担民事责任。

在幼儿园、学校生活、学习的无民事行为能力人或者在精神病院治疗的精神病人，如果造成他人损害，而这些单位有过错，可以责令这些单位适当给予赔偿。但其监护人的民事责任并不能免除。

第六节 民事责任的承担

根据《民法通则》第 134 条的规定，承担民事责任的方式主要有十种。

一、停止侵害

这种民事责任适用于所有正在进行中的侵犯他人合法权益的行为，侵犯财产权和侵犯人身权都应当承担此种责任。

二、排除妨碍

这种民事责任适用于妨碍他人行使权利的场所，不必要求权利人的权利有实际的损害。

三、消除危险

这种民事责任适用于虽然尚未造成他人的财产、人身的实际损害，但是有造成损害的急迫的危险，则权利人可以要求造成危险的人采取措施消除危险。

四、返还财产

当一方当事人占有他人的财产，但没有合法权利作为依据时，应当将对方的财产返还。此种责任方式的一个前提是，原物尚存在。如果原物已经灭失，则责任人应当依法承担赔偿责任等责任。

五、恢复原状

这种民事责任适用于财产遭到他人的损坏，但是尚有恢复原来状况可能的情况。比如，非法占用他人有使用权的土地，并堆积杂物，则不仅应当返还土地，还应当清除杂物，恢复侵权行为发生之前的土地原状。又比如损坏他人的电视机，如果损坏不严重，则承担的责任是修理电视机，使之恢复原来的功能。

一般来说，造成他人财产损失，如果能够恢复原状，应当尽量恢复原状。只有难以恢复原状的，才承担赔偿责任的民事责任。

六、修理、重作、更换

这是适用于某些种类的合同的责任方式。如果一方根据合同交付的标的物不符合合同的约定，则对方当事人有权要求修理或者更换不符合合同要求的标的物，在定作合同中，还可以要求定作人依合同的约定重新制作。

七、赔偿损失

这是适用范围最广的一种责任方式。在我国法律上的赔偿损失专指以金钱的方式赔偿对方的损失。侵犯财产权和侵犯人身权都可能发生这种责任。在侵犯名誉权等几种人身权造成精神损害的情况下，还要承担以金钱的方式赔偿精神损害的责任。

赔偿损失的民事责任，除了法律有特别规定外，应当赔偿受害人的全部损失。损失除了包括财产的直接损失外，还包括间接损失，或者说可得利益的损失。赔偿可得利益损失(间接损失)应当符合严格的条件。这种利益，应当是在违法行为发生时已经具有现实的取得条件，如果没有违法行为的干扰一般就可以取得。间接损失一般有三种情况。(1)利润损失。从事合法经营的各种企业、个体工商户等，在其现有的经营条件下，通常可以取得的利润，如果因为他人的违法行为而没有能够取得，可以作为间接损失。但如果受害人从事的是非法的经营，则其如果未受他人侵犯在通常情况下可能取得的非法利润，不能作为间接损失而要求赔偿。(2)劳动收入。如果受害人正在或者将要从从事的工作本可以给自己带来一定的收入，而因为他人的违法行为而未

能取得，可以作为间接损失要求赔偿。(3)物的孳息。物的孳息有天然孳息和法定孳息，如果孳息的取得有现实的可能性，可以作为间接损失要求赔偿。比如一头已经怀孕的母牛被他人伤害致死，则计算损失赔偿时应将即将出生的小牛的价值考虑在内。非法使用他人的金钱，应当赔偿相当于银行利息的损失。非法占用他人房屋，应当赔偿相当于房屋出租的租金的间接损失。

八、支付违约金

这是在一个有效的合同中，双方约定了违约金，或者法律直接规定了违反此种合同应当支付违约金，则一方违约的情况下，应当向对方支付约定或者法定的违约金。

九、消除影响、恢复名誉

这种责任形式，适用于《民法通则》第 120 条规定的姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权这几种人身权受到侵犯的情况。因为这几种侵权通常会给受害人的名誉造成损害，或造成其他不良影响。

十、赔礼道歉

这种责任形式也是适用于《民法通则》第 120 条规定的几种人身权受侵害的情况。

第七章 诉讼时效与期间

第一节 诉讼时效概述

一、诉讼时效的概念

诉讼时效指权利人在法定期间内不行使权利即丧失请求人民法院予以保护的權利。

一个权利人如果长期不行使权利，经过相当时间后，人们就会习以为常，并且以此为基础发生其他民事法律关系。如果允许权利人很长时间之后再突然行使权利，就会使多年来已经相当稳定的社会关系必须进行调整，造成一定程度的混乱。另外，一个民事关系，经过多年，有关当事人会渐渐淡忘，证据也会渐渐湮灭，难以寻找。如果有关当事人突然又提起诉讼，人民法院就很难查清实情，因而很难作出正确的判决。所以，法律上规定，如果权利人不及时行使权利，就失去请求人民法院保护的權利，这样就可以促使权利人尽快地行使权利，防止以上不利情况的发生。

民法关于诉讼时效的规定属于强制性法律规定，当事人不得以其意思排除诉讼时效规定的适用，不得由当事人以协议变更其期间，不得预先抛弃时效利益。如果有此类约定，约定无效。当然，如果诉讼时效期间已经经过，义务人虽然依法律规定享有时效利益，但是如果自动履行义务，即抛弃时效利益，法律上是允许的，因为这是对自己的合法利益的自由处分，而并没有排除法律规定的适用。

二、诉讼时效的效力

诉讼时效期间经过，在法律上发生的效力是，权利人的胜诉权消灭，即丧失了请求人民法院保护的權利。如果起诉，虽然人民法院会受理，但是一旦查明诉讼时效期间已经经过，将判决驳回诉讼请求。但是权利人的实体权利本身并没有消灭。根据《民法通则》第 138 条的规定，超过诉讼时效期间，当事人自愿履行的，不受诉讼时效限制。另外根据最高人民法院《关于贯彻执行 中华人民共和国民法通则 若干问题的意见》第 171 条，过了诉讼时效期间，义务人履行义务后又以超过诉讼时效为由翻悔的，不予支持。但如果实体权利本身已经消灭，则义务人可以以不当得利为理由请求返还。

在诉讼当中，不论当事人是否对诉讼时效提出主张，人民法院都可以依职权查明诉讼时效是否经过，并且主动适用，这一点与西方国家的一般规定有所不同。

三、诉讼时效与除斥期间的区别

除斥期间指权利的法定存续期间。除斥期间之经过所发生的法律后果是权利消灭。例如最高人民法院《关于贯彻执行 中华人民共和国民法通则 若干问题的意见》第 73 条第 2 款规定的对可变更、可撤销民事行为请求变更、或撤销应当在 1 年之内进行，否则人民法院将不予保护。除斥期间与诉讼时效都是因为一定的事实状态持续一定时间而发生法律后果，但是二者的性质不同。除斥期间是权利的法定存续期间，期间经过后，权利本身消灭，而诉讼时效期间经过后，实体权利本身仍然存在；除斥期间为不变期间，没有中止、中断、延长的问题，而诉讼时效为可变期间，有中止、中断、延长。

四、诉讼时效的适用范围

诉讼时效主要适用于各种财产性质的请求权。但根据最高人民法院《关

于贯彻执行《中华人民共和国民法通则 若干问题的意见》第 170 条的规定，未授权给公民、法人经营、管理的国家财产受到侵害的，不受诉讼时效期间的限制。另外，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》第 176 条规定，法律、法规对索赔时间和对产品质量等提出异议的时间有特殊规定的，按特殊规定办理。

第二节 诉讼时效的计算

一、诉讼时效期间的种类

我国法律上规定了三种诉讼时效期间。

(一)普通诉讼时效

除了法律有特别的规定，民事权利适用普通诉讼时效期间。《民法通则》第 135 条规定：“向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为 2 年，法律另有规定的除外。”

(二)特别诉讼时效期间

有的时候，对于一些特殊的民事权利，法律上认为有必要适用更长一些或者更短一些的诉讼时效期间，因此进行了特别的规定。比如，《民法通则》第 136 条规定，下列的诉讼时效期间为 1 年：(1)身体受到伤害要求赔偿的；(2)出售质量不合格的商品未声明的；(3)延付或者拒付租金的；(4)寄存财物被丢失或者损毁的。这里主要考虑的是时间过长会使得这些种类的案件在举证上发生困难，所以规定得要短一些。有的特别诉讼时效期间比普通诉讼时效期间要长一些，比如涉外经济合同法规定，涉外货物买卖合同的诉讼时效期间为 4 年。

(三)最长诉讼时效期间

《民法通则》第 137 条规定，从权利被侵害之日起超过 20 年的，人民法院不予保护。这里规定的是最长诉讼时效期间。

如果当事人一直不知道自己的权利被侵害，也不应当知道，这样其普通诉讼时效或者特别诉讼时效期间将一直不开始计算，并拖延过长的时间。或者虽然普通诉讼时效期间、特别诉讼时效期间已经开始计算，但是由于诉讼时效的中断可以数次进行，这样也可能使得诉讼时效一直不届满并延续下去。这些现象都与诉讼时效制度的目的有所抵触，妨碍纠纷的迅速和公正解决，并且经过了如此之长的时间当事人还没有发现自己的权利被侵害，或者在中断多次、时间已经经过很长之后，还不尽快起诉，足见此权利对他并无多大利益可言，并且也是为了避免时间太长造成审理上的困难，所以法律上有最长诉讼时效的规定。

最长诉讼时效与普通诉讼时效、特别诉讼时效期间有很大的不同，主要是起算的时间不同，可否中止、中断也不同。

二、诉讼时效期间的起算

《民法通则》第 137 条规定：“诉讼时效期间从知道或者应当知道权利被侵害时起计算。”这里规定的是普通诉讼时效和特别诉讼时效的起算。

根据民法通则的这一规定，一般来说，从当事人实际知道自己的权利被侵害的时候开始计算；如果当事人虽然没有实际知道自己的权利被侵害，但是一个通常的人在相同情况下都可以发现自己的权利被侵害，只是由于受害人过分粗心或者其他原因的过失，才不知道权利受侵害的情况，简单地说，就是应当知道却不知道，那么就从其应当知道权利被侵害之时开始计算。如果当事人既不实际知道，也不应当知道，那么诉讼时效期间不开始计算。

在下列情况下，诉讼时效期间的计算方法是：

1. 附延缓条件的债权，从条件成就之时开始计算，但如果还定有履行期限，则从履行期限届满之时开始计算。

2. 附始期的债权，从始期到来之时开始计算，但如果还定有履行期限，

则从履行期限届满之时开始计算。

3. 未定有履行期限的债权，从权利成立之时开始计算；定有履行期限的债权，从履行期限届满之时开始计算。

4. 人身损害赔偿的诉讼时效期间，伤害明显的，从受伤害之日起算；伤害当时未曾发现，后经检查确诊并能证明是由侵害引起的，从伤势确诊之日起算。

三、诉讼时效期间的中止

《民法通则》第 139 条规定，在诉讼时效期间的最后 6 个月内，因不可抗力或者其他障碍不能行使请求权的，诉讼时效中止。从中止时效的原因消除之日起，诉讼时效期间继续计算。这也是适用于普通诉讼时效和特别诉讼时效的规定。

诉讼时效的中止，需要两个条件：(1) 权利人因为不可抗力或者其他障碍，不能行使请求权。比如，权利人在外地出差，可是当地发生洪水，造成交通中断，不可能回到住所行使请求权。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》第 172 条规定，在诉讼时效期间的最后 6 个月内，权利被侵害的无民事行为能力人、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、丧失代理权，或者法定代理人本人丧失行为能力的，可以认定为因其他障碍不能行使请求权。(2) 使权利人不能行使请求权的事由发生在诉讼时效期间的最后 6 个月。如果发生在 6 个月以上的时间，则不发生诉讼时效中止的效力。如果虽然有关事由开始时，诉讼时效还有 6 个月以上的时间，但是延续到了 6 个月以内，那么应当从诉讼时效期间的最后 6 个月的时刻开始，发生诉讼时效的中止。

符合上述两个条件，诉讼时效中止，即时效期间暂时停止计算，等到中止原因消灭后，也就是当事人开始可以行使请求权的时候，诉讼时效期间继续计算。比如在诉讼时效的最后 5 个月的时候发生了中止事由，中止事由持续了 2 个月，那么这 2 个月的时间不计算在时效期间内，这 2 个月过去后，当事人仍然有 5 个月的时效期间。

诉讼时效中止制度，是为了避免因为不可抗力或者其他当事人不能消除的障碍造成当事人诉讼时效届满的不幸结果。

四、诉讼时效期间的中断

《民法通则》第 140 条规定：“诉讼时效因提起诉讼、当事人一方提出要求或者同意履行义务而中断。从中断时起，诉讼时效期间重新计算。”这一规定适用于普通诉讼时效和特别诉讼时效。

诉讼时效制度是为了促使当事人尽快行使权利，尽快将当事人之间的法律关系明确下来，防止因为年深日久在认定事实时发生困难。在权利人不行使权利达到法定期间时，法律上才使其承担不利的法律后果。如果当事人已经在行使权利，或者已经有事由使得当事人之间的法律关系明确化，因此应当从此时开始重新计算诉讼时效期间。只有当事人一次性持续地不行使权利达到法定期限时，才属于诉讼时效期间的经过。

根据民法通则的规定，因为下列三种事由可以发生诉讼时效的中断。

(一) 起诉

权利人根据法律的规定向人民法院提起诉讼，是诉讼时效中断的一个重要原因。从起诉之日起，诉讼时效中断。不仅提起普通的民事诉讼可以中断诉讼时效的进行，而且与起诉性质类似的请求有关机关保护的行为，也可以

中断诉讼时效，比如申请支付令、申请宣告破产、申请强制执行、申请仲裁。最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第 174 条还规定，权利人向人民调解委员会或者有关单位提出保护民事权利的请求，从提出请求时起，诉讼时效中断。

(二)当事人一方提出请求

权利人向义务人请求履行民事权利，可以中断时效的进行。这里所说的提出请求，不属于向有关机关请求保护时提出的要求，而是指直接向义务人提出请求。实践中，诉讼时效中断最常见就是这个原因。除了向义务人直接请求外，权利人向债务保证人、债务人的代理人或者财产代管人主张权利的，也可以认定诉讼时效中断。

(三)当事人一方同意履行义务

义务人通过一定的方式向权利人表示同意履行债务，也可以中断时效的进行。此种事实能够使得当事人之间的法律关系变得明确，所以法律规定了时效中断的法律后果。义务人虽然没有直接表示同意履行，但是明确承认了自己义务的存在，或者表示愿意分期履行义务，都可以发生相同的效力。

当发生了上述三种事由之一时，诉讼时效中断，即原来已经经过的时效期间统归无效，从中断事由消灭之时起诉讼时效重新开始计算。比如一个适用普通诉讼时效的民事权利，时效进行了 1 年 2 个月的时候，因为权利人的要求履行而中断，则从此时开始，重新计算 2 年的时效。

在考虑诉讼时效的重新计算时，要注意时效是从中断事由消灭之时重新开始计算。根据最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第 174 条的规定，向人民调解委员会或者其他单位提出保护民事权利的请求，诉讼时效从提出请求时起中断，在调处期间时效一直不计算，如果经调处达不成协议的，诉讼时效期间才重新计算；如调处达成协议，义务人未按协议所定期限履行义务的，诉讼时效期间应从期限届满时重新计算。

另外，诉讼时效的中断可以数次发生。最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第 173 条第 1 款规定，诉讼时效因权利人主张权利或者义务人同意履行而中断后，权利人在新的诉讼时效期间内，再次主张权利或者义务人再次同意履行义务的，可以认定为诉讼时效再次中断。如此可以一直中断下去，但是要受到 20 年最长诉讼时效的限制。

另外，有一个相关的问题。在诉讼时效期间已经经过以后，如果义务人表示同意履行(单方面的表示或者在与权利人达成的协议中)，是否发生诉讼时效的中断？由于诉讼时效期间已经经过，当然不可能发生中断的问题。但是，义务人的这种表示应认为属于对于时效利益的放弃，依法应当发生效力，诉讼时效期间重新开始计算。

五、诉讼时效期间的延长

权利人在法定的诉讼时效期间内没有行使权利，原则上胜诉权消灭。但是如果在法定期间内没有行使权利是由于某种客观上的障碍，根据《民法通则》第 137 条和最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第 169 条的规定，人民法院可以斟酌具体情况，延长诉讼时效期间，给权利人以司法上的保护。

普通诉讼时效、特别诉讼时效和 20 年的最长诉讼时效都适用关于延长的规定。

六、民法通则实施前后的有关问题

民法通则是 1987 年 1 月 1 日开始实施的。根据法律不溯及既往的原则，民法通则关于诉讼时效的规定本应当不适用于民法通则实施前发生的民事案件。但是民法通则实施之前我国法律上并没有诉讼时效的一般规定，这样势必造成过去的民事案件的诉讼将漫无边际，不利于司法的正常工作，也不利于促使当事人尽快行使权利。所以，为了一方面使当事人在民法通则实施前取得的民事权利得到合理的保障，另一方面促使当事人尽快行使权利，最高人民法院在《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》第 165 条、第 166 条、第 167 条中对于民法通则实施前后的有关问题进行了特别规定：

在民法通则实施前，权利人知道或者应当知道其民事权利被侵害，民法通则实施后，向人民法院请求保护的诉讼时效期间，应当适用民法通则第 135 条和第 136 条的规定，从 1987 年 1 月 1 日起算。

民法通则实施前，民事权利被侵害超过 20 年的，民法通则实施后，权利人向人民法院请求保护的诉讼时效期间，分别为民法通则第 135 条规定的 2 年或者第 136 条规定的 1 年，从 1987 年 1 月 1 日起算。

民法通则实施后，属于《民法通则》第 135 条规定的 2 年诉讼时效期间，权利人自权利被侵害时起的第十八年至第二十年期间才知道自己的权利被侵害的，或者属于《民法通则》第 136 条规定的 1 年诉讼时效期间，权利人自权利被侵害之日起的第十九年至第二十年期间才知道自己的权利被侵害的，提起诉讼请求的权利，应当在权利被侵害之日起的 20 年内行使；超过 20 年的，不予保护。

第三节 期 间

民事法律关系的发生、变更、消灭常常与时间有紧密的关系。比如公民须出生后经过一定的时间才能取得民事行为能力，合同中常常规定履行期限，权利如果不行使就可能因为时效经过而丧失胜诉权等。所以，时间的精确计算在民法上有很大的必要。

《民法通则》第 154 条规定了期间的计算方法：“民法所称的期间按照公历年、月、日、小时计算。规定按照小时计算期间的，从规定时开始计算，规定按照日、月、年计算期间的，开始的当天不算入，从下一天开始计算。期间的最后一天是星期日或者其他法定节假日的，以节假日的次日为期间的最后一天。期间的最后一日的截止时间为 24 点。有业务时间的，到停止业务活动的时间截止。”《民法通则》第 155 条规定：“民法所称的‘以上’、‘以下’、‘以内’、‘届满’，包括本数；所称的‘不满’、‘以外’，不包括本数。”

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》第 198 条对民法通则的上述规定又进行了具体解释：

“当事人约定的期间不是以月、年第一天起算的，一个月为 30 日，一年为 365 日。期间的最后一天是星期日或者其他法定节假日，而星期日或者其他法定节假日有变通的，以实际节假日的次日为期间的最后一天。”

由于我国现在已经实行五天工作制，所以在解释上述规定时，显然应当认为星期六也应当属于法定休息日。

需要注意，民法通则和最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》的上述具体规定，是在法律上规定了期间但没有特别规定其计算方法时，以及当事人在民事法律行为中定有期间但没有特别指明计算方法时，才能够适用。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》第 199 条规定，按照日、月、年计算期间，当事人对起算时间有约定的，按约定办。

第八章 人身权

第一节 人身权的概念和特征

一、人身权的概念

人身权指以与权利主体的人身不可分离的特定人身利益为内容的民事权利。民法调整的社会关系，包括平等主体之间的财产关系和人身关系。民法调整平等主体之间的人身关系，就形成了人身权法律关系。所以，人身权是与财产权并列的民事权利。

人身权的客体是特定的人身利益，这种人身利益，与权利主体的人身密不可分。财产利益原则上对权利主体来说并无专属性，性质上适于交换，可以用一定的金钱标准来衡量。而人身利益，性质上不适于交换，并且无法用金钱来衡量。

二、人身权的特征

与财产权相比，人身权有下列特征：

(一)人身权与权利主体的人身密不可分

人身权以特定的人身利益为内容，每个民事主体的人身利益都是完全独立的，它反映的是每个民事主体的独特利益。所以人身权是一种专属于权利主体的权利，只能本人享有，不能转让(只有名称权例外)，权利主体消灭则权利消灭，不能依继承法的规定转移。

(二)人身权以特定的人身利益为客体

这一特征反映了人身权法律关系调整的对象。与此不同，财产权的客体是财产利益。人身利益和财产利益的不同决定了两种权利在很多方面的巨大差异。另外，还需要注意，人身利益与人自身不同。人是权利主体，不是权利客体，人身权的客体并非人，而是特定的人身利益。

三、人身权的分类

人身权的基本分类，是将其分为人格权和身份权。

第二节 人格权

一、人格权的概念

人格权指以民事主体作为法律上的人所必须具备的人格利益为内容的固有的民事权利。人格权是人身权的一种，以人格利益为客体。

民事主体要维持其存在，某些利益的享有是必须的，比如，一个公民，如果生命、健康不受保障，则无法维持一般的正常生活，名誉如果可以被任意毁损，则公民的精神生活将常常受到恶意伤害而处于痛苦之中。所以作为民事主体，某些人身利益必须受到法律上的保障，才能够谈得上其他问题。

人格权是法律赋予民事主体的固有的权利。这种固有当然不意味着是上天所赐，人格权同样也是法律所赋予的。但是与财产权不同，财产权不是民事主体资格取得的同时就能够取得的，而是要通过其他此后发生的法律事实取得，而且会因为某些法律事实的发生而消灭。人格权的产生则是在民事主体资格取得的同时就取得，无需根据其他法律事实，而且一般来说将享有到民事主体资格消灭之时。人格权的性质还决定了，除非是依照法律的非常严格的规定，否则不可以对人格权予以限制或者剥夺，而财产权的限制和剥夺，法律要求的严格程度要低很多。

二、人格权的种类

(一)生命权、健康权

《民法通则》第 98 条规定，公民享有生命健康权。

生命权指公民维持自己生命延续、不受他人非法剥夺的权利。健康权指公民保持身体组织的生理功能健全以及心理健康的权利。法人由于在性质上没有作为生理机能的生命现象，所以没有生命权和健康权。

生命的延续、健康的保持，是公民最基本的需要，也是其他所有民事权利和其他利益享受的前提。所以法律上必须严格保护公民的生命，防止他人的不法侵害。刑法通过刑事责任的方式保护公民的生命、健康，民法的保护同样是必要的和不可替代的。民法主要是通过使侵权人对受害者或者其亲属承担赔偿责任等侵权责任的方式，保障公民的生命、健康。

(二)姓名权

《民法通则》第 99 条规定，公民享有姓名权，有权决定、使用和依照规定改变自己的姓名，禁止他人干涉、盗用、假冒。姓名是公民用以确定、表明自己身份，与其他人相区别的符号。在社会生活中，没有姓名进行社会活动是很难想象的，而如果法律对公民的姓名不予以充分的保护，必将极大地影响公民的正常生活和民事活动。姓名权是公民就其姓名享有的权利。

1. 姓名权的内容。根据法律的规定，姓名权的内容主要有三个方面：

(1) 姓名决定权。公民有权自己决定自己的姓名。在公民未成年时，应由其监护人决定其姓名。在公民取得完全民事行为能力后，就可以自己决定自己的姓名。除了决定自己的正式姓名(户籍上的姓名)外，公民还可以自主决定自己的笔名、艺名、别名等。当然，决定自己的姓名应当符合法律的要求，比如不能够用法律不允许的符号命名。

(2) 姓名使用权。公民有权依法使用自己的姓名。姓名的使用主要是公民自己在民事活动和其他活动中使用，其他人也可以根据公民本人的授权或者法律的规定而以其名义进行有关活动。有些法律对于姓名的使用有特殊的规定，比如著作权法规定作者可以决定是否署名以及署什么名字；房屋产权登

记应当使用正式姓名。

(3)姓名变更权。有完全民事行为能力的公民可以依法自由变更自己的姓名。姓名虽然只是公民与他人相区别的符号，但是带有强烈的文化色彩。公民可能因为某种原因不愿意再用原来的姓名，对此法律上是允许的。但是正式姓名涉及到许多重要的法律关系和行政管理，所以不允许任意变更，而是应当依照法律规定的程序和条件，在有关机关办理相应手续。至于笔名、艺名等非正式姓名，公民可以任意变更。

2. 侵害姓名权的行为。根据民法通则的规定，侵害姓名权的行为主要有以下三种情况：

(1)干涉。非法干涉他人行使姓名权，是侵犯姓名权的行为。干涉姓名权的情况主要有：干涉他人对姓名的决定，比如强迫他人改变姓名；干涉他人对姓名的使用，比如强迫他人不使用某个笔名；干涉他人对姓名的变更，比如当他人依法变更姓名时以非法手段妨碍。

(2)盗用。未经他人授权，也没有法律依据，非法使用他人姓名的，是盗用行为。比如假称为某官员的儿子进行社会活动，不论活动本身的性质是违法的还是合法的，都是盗用他人姓名的行为。

(3)假冒。假冒他人姓名，指使用他人姓名，冒充为他人进行社会活动。比如冒充为名人招摇撞骗，假冒为他人发表作品。由于同名造成的误认，不属于假冒他人姓名的权利，因为每个人都对自己的姓名享有姓名权，合法使用受法律保护，被他人的误认属于当事人难以防止的意外。当然，如果有意利用其他人的这种误认，冒充他人活动，则尽管表面上看使用的是自己的姓名，也属于故意假冒他人姓名的侵权行为。

侵犯姓名权的行为还可能同时侵犯别的权利。比如，假冒他人的姓名从事违法活动，致使他人被周围群众误解，造成名誉的贬损，则在侵犯姓名权的同时，还侵犯了他人的名誉权。

(三)名称权

《民法通则》第99条规定，法人、个体工商户、个人合伙享有名称权。企业法人、个体工商户、个人合伙有权使用、依法转让自己的名称。姓名权是公民就其姓名享有的权利，社会组织没有像公民一样的有浓厚家族和传统色彩的姓名，但有用以与其他民事主体相区别的名称。名称权是法人、个体工商户、个人合伙以及其他组织就其名称享有的权利。

根据我国的法律规定，有自己的名称是法人的必备条件之一，所以各种法人一定都有其自己的名称。其他没有法人资格的社会组织，比如私营独资企业和私营合伙企业，以及没有法人资格的外商独资企业，根据相关的法律规定，也一般有自己的名称。个体工商户、个人合伙是公民这种民事主体的特殊形式，但由于经营上的需要，法律允许个体工商户和个人合伙起字号。个体工商户和个人合伙所起的字号就是其名称。当然，没有字号的个体工商户和个人合伙就没有名称权可言。

名称权和姓名权虽然保护的都是民事主体的用以与他人相区别的符号，但是二者也有不同。公民可以任意取笔名、艺名等，正式姓名的变更也较为自由，法律上没有对重名的限制，而名称权的取得要更为严格，须依照有关法规，并且由于名称权主体在一定的区域范围内有专用权，不允许其他民事主体采用相同的名称。最大的不同是，名称权可以依法转让，而姓名权具有绝对的专属性，不可以转让。根据《民法通则》第99条以及我国关于企业名

称管理的有关规定，企业的名称可以转让，但要符合有关条件。

人格权一般都具有严格的专属性，不得转让。名称权的依法转让是仅有的一个例外。

侵犯名称权的行为主要是干涉、盗用、假冒，其中最主要的是盗用、假冒。

(四)肖像权

《民法通则》第 100 条规定，公民享有肖像权，未经本人同意，不得以营利为目的使用公民的肖像。肖像是公民的可以通过物质载体再现的容貌、形象。肖像反映了每个人的独有特征，是公民与他人区别开来的重要标志，对于每个人的生活具有重要的关系。比如公民的证件、证书一般都附有再现其肖像的照片。所以法律上需要对公民的肖像上的利益予以保护。肖像权就是公民就自己的肖像上的利益所享有的权利。

肖像是法人在性质上所不具备的，所以法人没有肖像权可言。

1.肖像权的内容：公民对于自己的肖像，有制作和使用的专有权，除非经过本人或法定代理人的同意，或者有法律规定，不得擅自制作或者使用他人的肖像；公民有权禁止他人非法侮辱自己的肖像。

肖像权人可以通过许可的方式，允许他人制作或者使用自己的肖像。比如，去照相馆拍照，请雕塑家塑像，将自己的照片赠送他人，许可展览自己的肖像画等。被许可人应当在许可的范围内使用肖像，不允许超出范围。如果双方已经就许可使用的时间、场合、方式等有约定，当然应当按照约定，否则就是侵犯肖像权的行为(同时也是违约行为)。但是有时候双方的约定不明，这需要按照具体情况对当事人的意思进行解释。比如将自己的照片送给朋友，虽然双方没有明确说明用途，但是从生活常识可知，许可的范围在于私人保存，而不包括橱窗展览、广告等用途。许可他人用自己的形象制作广告，但没有约定时间，不能够认为是无限期许可使用，可以按照具体案情并参考商业上的习惯确定合理的时间为许可时间。

2.侵犯肖像权的行为。侵犯肖像权的行为，体现在没有法律依据，又未经本人同意，擅自制作或者使用他人肖像的行为，包括侮辱性地使用他人肖像。虽然民法通则仅规定未经本人同意不得以营利为目的使用公民肖像，但一般认为即使非以营利为目的，也侵犯了公民的肖像权。

需要注意，公民的肖像权是受到法律的限制的。基于法律和社会公共利益的需要而制作、使用公民的肖像，并不是侵权行为。比如，为通缉罪犯而使用其肖像，为报道时事新闻而拍摄并发表照片，为了科学研究的目的使用公民肖像等。这种使用应当限定在必要的范围内，如果有可能，还是需要尽量避免使用公民的肖像。比如，一个医学研究成果，需要使用患者头部照片，如果该成果所涉及的问题与眼部无关，则应在发表的照片上尽量用特殊方法蒙住患者的眼睛，以使患者的身份不易辨认。

(五)名誉权

《民法通则》第 101 条规定，公民、法人享有名誉权，公民的人格尊严受法律保护，禁止用侮辱、诽谤等方式损害公民、法人的名誉。公民的名誉指社会公众对特定的公民的道德、能力、思想等方面的评价。法人的名誉指社会公众对特定法人的财产状况、信用、行业声望、是否尽社会责任等方面的评价。总的来说，名誉就是公众对特定公民或法人的社会形象的客观评价。名誉权是公民、法人享有的维护自己获得的公正的社会评价的权利。

侵犯名誉权的行为主要是侮辱、诽谤。侮辱行为指那些以暴力形式或者口头、书面形式恶意贬损他人人格，损害他人尊严的行为；诽谤行为主要指那些捏造对他人不利的虚假事实并加以散布的行为。两者都是故意的行为。

虽然没有故意而只有过失，造成他人名誉贬损的事实时，也是侵犯名誉权的行为。例如在新闻采访中不负责任，粗心大意，所发表的报道与事实不符，造成当事人名誉损害的，构成侵犯名誉权。

侵犯名誉权行为的表现形式可以是多种多样的，可以是口头或者一般书面形式，也可能是在视听材料、电脑网络或者报纸、电视、电影等媒体上发布损害他人名誉权的信息，也可能是通过其他方式，比如用动作侮辱他人的身体，强迫他人自我侮辱等。总之只要客观上造成了他人名誉贬损的行为，都可以认定为侵犯名誉权的行为。

侵犯名誉权的行为是一种违法行为。如果一种行为虽然在客观上造成了他人的名誉贬损，但是属于依法进行的合法行为，则不属于侵犯名誉权。比如，国家司法机关依法揭露犯罪，是依法定职权进行的合法行为，当然不是侵犯罪犯的名誉权。在新闻媒体上发表的进行正当舆论监督的言论，虽然造成他人名誉的贬损，但属于合法行为。

侵犯名誉权还有一种特殊情况，就是侵犯死者的名誉。公民死亡后，民事权利能力就已经终止，应当不再享有民事权利。但是，根据民间的习惯和公共利益及社会公德的需要，如果对死者的名誉不予保护，将非常不利于维持良好的道德风尚，也将极大地伤害死者亲属的感情，所以我国的有关司法解释认为，损害死者的名誉，死者的近亲属(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)可以作为原告起诉。

(六)隐私权

隐私指公民私生活中的秘密。隐私权指公民保持其私生活中的秘密不为他人知悉的权利。公民正常生活的一个重要条件，就是精神生活的安宁，一般人都希望保持自己私生活中的秘密。所以，各国法律上一般都明确承认了隐私权，以保障公民的隐私不受非法揭露。

我国民法通则中没有明文规定隐私权。根据实际的需要，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》第140条中灵活解释了民法通则中关于名誉权的条文，规定：以书面、口头形式宣扬他人的隐私，造成一定影响的，应当认定为侵害公民名誉权的行为。所以，我国虽然没有正式承认隐私权，但实际上是保护公民的隐私的，只不过非法宣扬他人隐私的行为暂时被认为是侵犯名誉权的行为，并依照关于名誉权的规定处理。

第三节 身份权

一、身份权的概念

身份权是民事主体基于某种特定的身份而享有的民事权利。身份权是与人格权相对的另一类人身权。它与人格权一样，都是与权利主体的人身密不可分的专属性权利，但人格权一般是每个民事主体都具有的，而且是公民一出生、法人一成立就发生的权利，是民事主体维持其存在所必要的权利。而身份权不同，身份权的取得是基于某种特定的身份，这种身份是公民出生、法人成立后根据一定的原因而取得的，比如因被授予荣誉称号而获得的特殊身份。

二、身份权的种类

(一) 荣誉权

荣誉权指公民、法人就其获得有关组织授予的荣誉称号所享有的民事权利。《民法通则》第102条规定，公民、法人享有荣誉权，禁止非法剥夺公民、法人的荣誉称号。

荣誉称号是政府或者有关组织因为公民、法人的突出成就而授予其的特殊称号，比如劳动模范、战斗英雄等。公民、法人获得荣誉称号后，依法有权保持自己的这种荣誉，除非根据法律的规定或者发生特殊的情况，否则不可以被任意剥夺，即使是授予荣誉称号的组织也不可以任意剥夺。非法剥夺公民、法人的荣誉称号是侵犯荣誉权的行为，应当承担民事责任。

(二) 婚姻家庭关系中的身份权

根据民法通则、婚姻法和其他法律的规定，基于婚姻关系、父母子女关系等婚姻家庭关系，在当事人之间产生权利、义务关系，这种权利、义务关系是身份权与身份上的义务。比如，配偶之间互相享有的权利和承担的义务，父母和子女之间互相享有的权利和承担的义务等。

第四节 人身权的法律保护

人身权是法律确定的重要民事权利。当人身权受到侵犯时，侵权人要承担一定的民事责任，以弥补受害者所受到的损害。

《民法通则》第 134 条规定了民事责任的几种方式，其中适用于人身权受侵害的，有停止侵害、消除影响、恢复名誉、赔礼道歉、赔偿损失。但消除影响、恢复名誉、赔礼道歉的责任方式不适用于生命权、健康权被侵害的情形。

一、侵害生命权、健康权的民事责任

《民法通则》第 119 条规定：“侵害公民身体造成伤害的，应当赔偿医疗费、因误工减少的收入、残疾者生活补助费等费用；造成死亡的，并应当支付丧葬费、死者生前扶养的人必要的生活费等费用。”

根据我国司法实践中的做法，受害人的误工日期，应当按其实际损害程度、恢复状况并参照治疗医院出具的证明或者法医鉴定等认定。赔偿费用的标准，可以按照受害人的工资标准或者实际收入的数额计算。受害人是承包经营户或者个体工商户的，其误工费的计算标准，可以参照受害人一定期限内的平均收入酌定。如果受害人承包经营的种植、养殖业季节性很强，不及时经营会造成更大损失的，除受害人应当采取措施防止损失扩大外，还可以裁定侵害人采取措施防止扩大损失。

医院治疗费的赔偿，一般应以所在地治疗医院的诊断证明和医药费、住院费的单据为凭。应经医务部门批准而未获批准擅自另找医院治疗的费用，一般不予赔偿；擅自购买与损害无关的药品或者治疗其他疾病的，其费用则不予赔偿。

经医院批准专事护理的人，其误工补助可以按收入的实际损失计算，应得奖金一般可以计算在应赔偿的数额内。本人没有工资收入的，其补偿标准应以当地的一般临时工的工资标准为限。

侵害他人身体致使其丧失全部或者部分劳动能力的，赔偿生活补助费一般应补足到不低于当地居民基本生活费的标准。

侵害他人身体致人死亡或者丧失劳动能力的，依靠受害人实际扶养而又没有其他生活来源的人要求侵害人支付必要生活费的，应予以支持，其数额根据实际情况确定。

在侵害生命权、健康权的情况下，受害人只能请求赔偿上述规定的费用，超出此范围的法院不予支持。有的单行法，对于侵犯公民生命权、健康权的赔偿责任有特别规定，比如《国家赔偿法》、《消费者权益保护法》、《道路交通事故处理办法》等，如属于这些特别法调整的范围，有关赔偿范围应当首先适用这些法律中的特别规定。

二、侵害其他人身权的民事责任

《民法通则》第 120 条规定：“公民的姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权受到侵害的，有权要求停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉，并可以要求赔偿损失。法人的名称权、名誉权、荣誉权受到侵害的，适用前款规定。”这里规定的恢复名誉、消除影响、赔礼道歉实际上是对受害者遭受损害的人身利益予以恢复，这些责任方式在侵犯财产权的情况下不会发生。这里的赔偿损失，包括权利人因为人身权受侵害而遭受的财产损失。比如因名誉权受侵害而精神受到打击，住院治疗花费的各种医疗费用。又比如法人的

名誉受到侵害，产品声誉下降，销售困难，从而发生的损失。除了财产损失外，侵权人还应当赔偿精神损害。

侵害婚姻家庭关系中的身份权的法律责任，主要在婚姻法中规定。

三、精神损害赔偿问题

公民的人身权受到侵犯时，人身利益本身受到侵害，并且由此可能发生财产上的损失，关于这些，法律规定的民事责任方式都可以给予救济。受侵害的公民同时还可能会遭受精神损害。所谓精神损害，指公民因为人身权受侵害而感受到的精神痛苦。比如，因为他人的恶意诽谤使受害人名誉受到贬损，受害人感到抬不起头，无法做人，甚至会由此导致受害人自杀的严重后果。对于这种精神损害如果法律上不给予救济，是很难充分保护受害人的身权利的。《民法通则》第 120 条规定的“赔偿损失”，包括对精神损失的赔偿。

由于法人并没有像公民一样的精神活动，不可能感到什么精神痛苦，所以不存在赔偿精神损失的问题。当然，侵害法人的人身权一般来说会同时给法人的财产利益造成损害，这种财产损害属于应予赔偿的范围。

以金钱的方式赔偿公民的精神损害，责任的形式与损害的性质其实并不一致。精神损害赔偿的目的在于抚慰，在于使受害人感到侵权人受到了法律上应有的惩罚，感到自己所受的伤害得到某种程度的补偿。所以在很多国家，精神损害赔偿称为“抚慰金”。

精神损害赔偿仅适用于《民法通则》第 120 条规定的几种人身权受侵害的情形。在司法实践中，其他人身权，包括生命权、健康权，都不存在精神损害赔偿的问题。当然，当其他法律有特别规定时，依其规定。比如产品质量法中规定的因产品缺陷造成他人死亡时责任人应当支付的“抚恤费”，性质上就是精神损害赔偿。多数学者主张，生命权、健康权受侵犯时，如符合条件，也应赔偿精神损失，这种观点应当引起重视。

精神损害赔偿的数额比较难以掌握。精神损害本来无法用金钱来衡量，用金钱的方式赔偿实际只是一种抚慰。所以考虑数额应当与这个目的相适应。通常来说，精神损害赔偿的数额应当考虑到受害人的精神损害的程度、侵权人的过错程度、侵权行为的性质和具体情节、侵权造成的影响、受害人的社会地位和教育程度以及当地的生活水平等因素。

第九章 物权概述

第一节 物权的概念

一、物权的基本涵义

物权是作为法律确认的主体直接支配财产的权利，它既具有人对物的内容，即明确着人对物的支配方式及范围，同时又具有直接对抗一般人的效力。因此，物权作为一个法律范畴，可以将其作出如下定义：物权是指权利人直接支配其标的物，并享受其利益的排他性权利。

二、物权的特征

物权具有如下特征：

(一) 物权是权利人对于物的权利

物权的客体是物。这里的“物”原则上是有体物，但也不绝对如此。例如，担保物权也有在其他权利之上设立的，如土地使用权抵押、知识产权质押。

(二) 物权是由权利人直接行使的

物权的特征在于直接支配其标的物，物权人可以依自己的意思对其标的物直接行使其权利，无须他人的意思或义务人行为的介入。在这一点上物权与债权不同，债权人债权的实现，必须依赖于债务人履行债务的行为，例如，借款合同成立后，出借人的债权只有在借用人偿还其借用的金钱或其他种类物时才能实现。

(三) 物权是以权利人直接支配标的物并享受其利益为内容的

物权作为财产权，是一种具有物质内容的、直接体现为财产利益的权利。因此，物权的内容在于享受利益，但物权的利益，是以权利人对于标的物的直接支配并享受之为特征的。这里的利益可以分为三种：一是物的归属；二是物的利用；三是就物的价值而设立的债务的担保。

(四) 物权是排他性的权利

物权是权利人直接行使的对于物的直接支配的权利，故必然具有排他性，即物权人有权排除他人对于他行使物上权利的干涉。而且同一物上不能有内容不相容的两种以上的物权并存。例如，一间房屋上不能同时有两个所有权；同一块土地上不能同时设定两个地上权。在这一点上物权又与债权不同，因为债权是请求权，数个债权人可以同时请求债务人为同种行为而互不影响，因此，债权不具有排他性，法律允许同一客体之上有多个债权存在。

第二节 物权的分类

一、物权法定主义

关于物权的创设，有两种做法：一是放任主义，即物权的创设依当事人的意思，法律上不予限制；二是法定主义，即法律规定物权的种类及内容，不允许当事人依其意思设定与法律规定不同的物权。现代各国民法，大都采取法定主义而排斥放任主义。

物权法定主义的立法原因在于，物权是支配性财产权，是绝对权，物权人之外的一切人都是义务人。因此，物权的种类、变动等，对社会其他成员、对社会和国家都有直接关系，只有以强制性规范规定有关制度，使物权归属关系明朗化、物权变动公开化，才能做到既保障物权人的利益，又不至于发生当事人任意创设新的物权种类或滥用权利、损害第三人利益、危害社会经济秩序的现象。

物权法定主义的要求：(1)物权的种类不得创设，即不得创设法律未规定的新种类的物权。例如，在他人的全部财产上创设物权的收益权，这是法律所不允许的。(2)物权的内容不得创设，即对于物权不得创设与法律规定不同的内容。例如，创设不移转占有的质权。

当事人如果违反物权法定主义原则的要求，其行为一般无效，但法律也可以用明文规定的形式承认其一部分效力。例如，要求典权的期限为30年，如果当事人关于典期的约定超过30年时，典权并非全部无效，可将典期缩短为30年。

二、物权的分类

(一)自物权和他物权

自物权是权利人对自己的财产所享有的权利，也就是所有权。

他物权是指在他人所有的物上设定的物权。他物权是对他人财产的权利。由于他物权的内容是在占有、使用、收益或处分某一方面对物的支配，故也是物权的形式。

(二)动产物权与不动产物权

这是根据物权的客体是动产还是不动产所作的区别。不动产所有权、地上权、永佃权、典权、抵押权等是不动产物权，而动产所有权、质权、留置权则是动产物权。这种分类的意义在于动产物权与不动产物权的取得方法、成立要件等各有不同，一般来说，动产物权的公示方法为占有，而不动产物权的公示方法为登记。

(三)完全物权与限制物权

这是以对于标的物的支配范围的不同对物权作的区分。完全物权即所有权，是全面支配标的物的物权；而限制物权则是特定方面支配标的物的物权。

限制物权是在他人之物上设定的权利，实际上是根据所有权人的意志设定的所有权上的负担，起着限制所有权的作用，因此限制物权有较优的效力。例如，土地所有人在自己的土地上为他人设定了地上权，那么就由享有地上权的人使用土地。

第三节 我国民法的物权体系

根据《民法通则》、《担保法》及其他有关法律、法规的规定，我国民法物权体系的基本内容为：

1. 所有权。这是所有人在法律规定的范围内独占性支配其所有的财产的权利，所有人可以对其所有的财产占有、使用、收益、处分，并可排除他人对于其财产违背其意志的干涉。

所有权是上述物权体系的核心。与他物权相比，所有权是最完整、最充分的物权，他物权都是所有权人与非所有人在一定法律关系的基础上由所有权派生或分离出来的。

2. 用益物权。这是对他人所有物在一定范围内使用、收益的权利，其形式有承包经营权、土地使用权、典权、地役权等。

3. 担保物权。这是为了担保债的履行，在债务人或第三人的特定财产上设定的物权，其形式有抵押权、质权、留置权。

第十章 所有权的一般原理

第一节 所有权的概念

财产所有权是财产所有人在法律规定的范围内对属于他的财产享有的占有、使用、收益、处分的权利。所有权属于物权，即直接管理一定的物的排他性权利，与同属于民事权利的债权构成财产权的两个分类。与债权比较，所有权具有以下特征：

1. 所有权是绝对权。所有权与债权不同：债权的实现，必须依靠债务人履行债务的行为(主要是作为)，而所有权则不需要他人的积极行为，只要他人不加干预，所有人自己便能实现其所有权。所有权关系的义务主体是所有权人以外的一切人，他所负的义务是不得非法干涉所有权人行使其所有权，这是一种特定的不作为义务。基于所有权与债权的这一区别，法学上把所有权称为绝对权，把债权称为相对权。

2. 所有权是排他性的权利。所有权属于物权，具有排他的性质，所有权人有权排除他人对于其所有物的干涉，并且同一物上只能有一个所有权存在，而不能同时并存两个或两个以上的所有权。当然，所有权的排他性并不是绝对的，特别是在我们国家，为了社会公共利益对于集体所有权或个人所有权进行干预是常见的，也是必需的。但是，作为与其他财产权尤其是与债权的区别，所有权具有排他的性质还是十分明显的。

3. 所有权是一种最完全的权利。所有权是所有人对于其所有物进行一般的、全面的支配的最全面、最充分的物权，它不仅包括对于物的占有、使用、收益，还包括了对于物最终予以处分的权利。所有权作为一种最完全的权利，是他物权的源泉。与之相比较，地上权、地役权、抵押权、质权、留置权等其他物权，仅仅是就占有、使用、收益某一特定的方面，对于物直接管领的权利，只是享有所有权的部分权能。

4. 所有权具有永久性。这是指所有权的存在不能预定其存续期间。例如，不能像约定债权那样，约定所有权的期限，约定所有权存续期间是无效的。

第二节 所有权的内容

财产所有权的内容，是指财产所有人在法律规定的范围内对于其所有的财产可以行使的权能。《民法通则》第71条规定：“财产所有权是指所有人依法对自己的财产享有占有、使用、收益和处分的权利。”因此，所有权的权能包括：占有、使用、收益、处分。

一、占有

占有是所有权人对于财产实际上的占领、控制。这往往是所有权人对于自己的财产进行消费(包括生产性的和生活性的)、投入流通的前提条件。

财产所有人可以自己占有财产，也可以由非所有人占有。所有人占有是指所有人自己在事实上控制属于自己所有的财产，直接行使占有权能。例如，公民对于自己所有的房屋、家具、生活用品的占有；集体企业对于厂房、机器的占有等。非所有人的占有，是指由他人对于财产的事实上的控制。这种占有可以分为合法占有和非法占有两种情况。非所有人的合法占有是指根据法律规定或所有人的意思而占有他人的财产，如承租人根据租赁合同占有出租人的财产，保管人根据保管合同占有寄托人的财产。非所有人没有法律上的依据而占有他人的财产是非法占有，如小偷占有赃物，未经许可强占他人的房屋等。

非法占有又可以分为善意占有和恶意占有。占有人不知道或无须知道他的占有是非法的为善意占有；占有人知道或应当知道其占有是非法的为恶意占有。一般说来，对于他人的非法占有，所有人可排除之，以恢复其占有。但善意占有在法律上要受到一定的保护。例如，在请求返还被非法占有的财产时，所有人对于善意占有人为财产支付的必要费用和改良费用都应当予以赔偿；而恶意占有人则只能请求所有人返还支付的为保存财产所必须的费用。

二、使用

使用是依照物的性能和用途，并不毁损其物或变更其性质而加以利用。使用是为了实现物的使用价值，即物能够满足人们需要的效用。使用权能一般是由所有人自己行使，也可以由非所有人行使。非所有人根据法律或者约定使用他人财产，是为合法使用。

三、收益

收益是指收取所有物的利益，包括孳息和利润。孳息分为法定孳息和自然孳息。法定孳息是指依法律关系取得的利益，如利息、租金；自然孳息是指果实、动物的生产物以及其他依物的用法收取的利益，如耕种土地收取粮食、采掘矿藏获取矿石。

收益还包括收取物的利润，即把物投入社会生产过程、流通过程所取得的利益。

收益权能一般由所有人行使，他人使用所有物时，除法律或合同另有规定外，物的收益归所有人所有。

四、处分

处分是决定财产事实上和法律上命运的权能。处分可以分为事实上的处分和法律上的处分。事实上的处分是在生产或生活中使物的物质形态发生变更或消灭。例如，粮食被吃掉，原材料经过加工成为产品等等。法律上的处分是指依照所有人的意志，通过某种法律行为对财产进行处理。例如，将物

转让给他人，在物上设定权利(如质权、抵押权)等等。

由于处分权能是决定财产命运的一种权能，因此，这一权能通常只能由所有人自己行使，非所有人不得随意处分他人所有的财产。例如，保管人将保管物消耗，承租人将租赁物出卖，都是侵犯他人所有权的行为。只有在法律特别规定的场合，非所有人才能处分他人所有的财产。例如，旅客在包裹中夹带危险品或禁运物品，承运人有权依法处理；在加工承揽关系中，定作方超过领取期限 6 个月不领取定作物，承揽方有权将定作物出卖。

占有、使用、收益和处分四项权能一起构成所有权的内容。完整的所有权包含上述四项权能。但在实际生活中，占有、使用、收益、处分四项权能都能够并且经常地与所有人发生分离，而所有人仍不丧失对于财产的所有权。占有、使用、收益、处分权能与所有权发生分离，并不意味着所有人丧失了所有权，而恰恰相反，这种分离本身正是所有人行使所有权的表现。在实际生活中，所有人正是通过这四项权能的分离和恢复，发挥财产的效益，以满足自己生产和生活的需要。

第三节 所有权的保护

所有权的保护是指通过法律规定的方法和程序保障所有权人在法律许可的范围内对其所有的财产行使占有、使用、收益、处分权利的制度。

所有权的民法保护，最终是通过民事诉讼程序进行的，即在所有人的财产受到侵害时，所有人有权向法院提起民事诉讼，请求法院予以保护，恢复所有人被侵犯的合法权益。依据民法通则以及其他民事法律、法规的规定，我国民法对所有权的保护，有以下特殊的方法。

一、确认所有权

在财产所有权的归属问题发生争议、处于不确定状态的时候，财产所有人可以向法院提起诉讼，请求确认所有权。确认所有权是一种独立的保护方法，不能以其他方法代替之。同时，确认所有权又是采取其他保护方法的最初步骤，在所有权的归属问题未得到确定时，其他的保护方法也就无从适用。我国司法实践中，一般都是首先确定所有权的归属问题，然后再根据所有权的确认，按所有权被侵犯的情况，采取其他的保护方法。

二、恢复原状

所有人的财产因受非法侵害遭到破坏时，如果恢复尚有可能，所有人有权请求法院责令加害人恢复财产的原状。《民法通则》第 117 条第 2 款规定：“损坏国家的、集体的财产或者他人财产的，应当恢复原状或者折价赔偿。”

三、返还原物

所有人的财产被他人非法占有时，有权提起诉讼，请求人民法院责令非法占有人返还原物。只要是能够返还原物的，必须返还原物，不能用其他方法(如用金钱赔偿)来代替。

财产所有人对于合法占有人在合法占有期间不能请求返还原物。例如，房屋所有人与他人签订房屋租赁合同，在承租期限届满以前，不能请求返还房屋。

由于财产所有人请求返还的是原物而不是代替物，因此原物必须存在，这是实行此种保护方法的前提，如果原物已经灭失，则只能请求赔偿损失。

四、排除妨碍

所有人虽然占有所有物，但由于他人的非法行为，致使所有人无法充分地行使其占有、使用、收益、处分权能时，所有人可以请求法院责令侵权人排除妨碍。

所有人不但对于已经发生的妨碍可以请求排除，而且对于尚未发生但确有发生危险的妨害也可以请求有关当事人采取预防措施加以防止。

所有人请求排除妨害所有权的行为应是违法行为，对于他人的合法行为产生的妨害不能请求排除。例如，所有人对于邻人依相邻关系的法律规定在其土地上所为的行为有容忍的义务，不能请求排除之。

五、赔偿损失

所有人的财产因他人的不法侵害而灭失或损坏时，所有人有权请求人民法院责令加害人赔偿损失。

确认所有权、恢复原状、返还原物、排除妨害、赔偿损失，这五种保护方法是所有权的最基本的保护方法。其中，前四种是物权之诉的保护方法，而赔偿损失则是债权之诉的保护方法。二者的主要区别是：物权之诉的保护方法主要是运用这些保护方法使所有人能够充分地行使其占有、使用、收益、

处分的权能，恢复所有人对于其所有的财产的权利的行使。而债权之诉的保护方法则主要是补偿所有人所受的财产损失，以保护所有人的合法权益。另外，物权之诉和债权之诉的构成要件不同，如债权之诉必须是债权人的行为已经造成了财产上的实际损害，即财产价值的灭失或减少，而物权之诉则不以此为要件。

第十一章 不动产所有权

不动产是指性质上不能移动其位置，或非经破坏变更不能移动其位置的物。不动产一般指土地及其定着物(主要是房屋)。不动产所有权系以不动产为其标的物，其效力及于不动产的哪些部分，其行使在法律上有哪些限制，是不动产所有权的特殊问题。

第一节 土地所有权

一、土地所有权的概念

土地所有权是指以土地为其标的物，土地所有人独占性支配其所有的土地的权利。土地所有人在法律规定的范围内可以对其所有的土地进行占有、使用、收益、处分，并可排除他人的干涉。

我国民法通则以及土地管理法等法律确认了土地所有人的独占性支配权，虽然没有明确规定其效力范围，但从法律的宗旨及其实践来看，土地所有权的效力范围，在横的方面，是以地界为限；从纵的方面看，不仅包括地面，也包括地上及地下。但是，我国土地所有权的这种及于地上及地下的效力，并不是没有限制的，这种限制主要有两方面：第一，内在的限制。土地所有权的客体，以人力所能支配并满足所有人的需要为要件。即是说，土地所有人的支配力，仅限于其行使受到法律保护的利益的范围。对此范围外他人在其地上及地下的干涉，土地所有人不得排除之。例如，地下开凿隧道、地上通航飞机等，土地所有人不得请求排除。第二，法律的限制。法律对土地所有权的限制很多，除了相邻关系的规定外，还有国防、电信、交通、自然资源、环境保护、名胜古迹等方面的限制。

二、土地所有权的种类

根据我国宪法、民法通则、土地管理法等法律规定，土地所有权分为国家土地所有权和集体土地所有权两类。有关内容详见本系列教材《商事法学·经济法学》卷下编“土地管理法”部分。

第二节 房屋所有权

一、房屋所有权的概念

房屋所有权系以房屋为其标的物，它是房屋所有人独占性地支配其所有的房屋的权利。房屋所有人在法律规定的范围内可以对其所有的房屋进行占有、使用、收益、处分，并可排除他人的干涉。

在我国，根据房屋坐落的位置的不同，可以把房屋分为城镇房屋和农村房屋。城镇房屋是指坐落于城市(直辖市、地级市、县级市)、县城、建制镇和工矿区的房屋；农村房屋是指坐落在农村(包括未设建制的村镇)的房屋。

二、房屋的区分所有

房屋所有权，有单独的所有权，也有共有的所有权。单独的房屋所有权，其效力及于其所有的房屋的全部。共有的房屋所有权，虽然从共有人内部关系上来讲，各个共有人或者是各自享有其应有部分的权利(按份共有)，或者是平等地享有权利(共同共有)，但从共有所有权的效力来说，仍然是及于共有房屋的全部。在房屋所有权中，还有一种既非单独、又非共有的“区分所有”的情形，其所有权的效力范围有独特之处。所谓的区分，就是数人区分一建筑物而各有其一部分。例如，一幢三层楼房，甲、乙、丙各有一层，这是纵的区分；再如三间平房，甲、乙、丙各有一间，这是横的区分。

房屋的区分所有不论是纵的区分还是横的区分，区分所有人的所有权只能及于其所有部分，而不能及于建筑物的全部，在这一点上与共有不同。各区分所有人对于房屋的共同部分，如楼梯、走廊等，在法律上推定为各区分所有人共有，但不允许共有人请求分割。对于这些共用部分的修缮费及其他负担，由各区分所有人按其所有部分价值的比例分担。

在房屋只有一个正门时，无论区分所有人拥有房屋的哪一部分，都必须使用房屋的正门。这种正门不属于各区分所有人共有，而是使用类似于相邻关系中的通行权；但如果另有约定或习惯，则应遵从约定或习惯。

第三节 相邻关系

一、相邻关系的概念

财产相互毗邻的所有人或使用人在各自行使自己的合法权利时，都要尊重他方所有人或使用人的权利，相互间应当给予一定的方便或接受一定的限制。法律将这种相邻人间的关系用权利义务的形式确定下来，就是相邻关系。可见，相邻关系是指两个或两个以上相互毗邻财产的所有人或使用人，在行使占有、使用、收益、处分权利时发生的权利义务关系。这里的财产，是指不动产而言，即按其性质不能移动其位置或者不经毁损不能移动的财产，如土地、建筑物等。

财产相邻关系，从本质上讲，是一方财产所有人或使用人的财产权利的延伸，同时又是对他方所有人或使用人的财产权利的限制。反之亦然。这种财产权利的合理延伸和必要限制，既无损于所有人或使用人的正当权益，同时也满足了对方的合理需要，对于充分发挥财产的效用，促进社会经济的发展，稳定社会秩序，具有十分重要的意义。

财产相邻关系具有以下特征：

第一，相邻关系发生在两个或两个以上的财产相互毗邻的所有人或使用人之间。相邻人可以是公民，也可以是法人；可以是财产所有人，如集体组织、房屋所有人，也可以是非所有人，如承包经营者、承租人。

第二，相邻关系的客体并不是财产本身，而是由行使所有权或使用权所引起的和邻人有关的经济利益或其他利益(如噪音影响邻人休息)，对于财产本身并不发生争议。

第三，相邻关系的发生常与不动产的自然条件有关，即两个或两个以上所有人或使用人的财产应当是相互毗邻的。

二、处理相邻关系的原则

相邻关系和其他民事法律关系一样，受我国民法基本原则的指导，因此，处理相邻关系必须遵守我国民法的基本原则。例如，公民的民事权益受法律保护，民事活动应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益，等等。同时，我国法律对处理相邻关系还规定了一些特殊原则。《民法通则》第83条规定：“不动产的相邻各方，应当按照有利生产、方便生活、团结互助、公平合理的精神，正确处理截水、排水、通行、通风、采光等方面的相邻关系……”可见，处理相邻关系应有下列三项原则：(1)有利生产，方便生活；(2)团结互助；(3)公平合理。

三、几种相邻关系

相邻关系的范围非常广泛，情况也很复杂，这里只列举几种常见的相邻关系加以说明。

1. 相邻土地使用关系。相邻一方的建筑物或土地，处于邻人的土地包围之中，非经过邻人的土地不能到达公用通道或虽有其他通道但需要较高的费用或十分不便的，可以通过邻人的土地以达公用通道。但通行人在选择道路时，应当选择最必要，损失最少的路线，如只需小道即可，就不得开辟大道；能够在荒地上开辟道路，就不得在耕地上开辟。通行人还应对因通行给邻地造成的损害予以赔偿。

历史上形成的通道，土地的所有人或使用人无权任意堵塞或改道，以免妨碍邻人通行。如果确实需要改道，应取得邻人的同意。

2.相邻防险、排污关系。相邻一方在开挖土地(如打水井、挖地窖、筑水渠、修粪池等)、建筑施工(如盖高楼、修围墙)时不得使邻地的地基发生动摇,不得使邻地的建筑物受到危害;相邻一方的建筑物有倾倒的危险,威胁邻人的生命、财产安全,相邻一方应当采取预防措施,如加固、拆除;相邻一方堆放易燃、易爆、剧毒、放射、恶臭物品时,应当与邻地建筑物保持一定距离,或者采取预防措施和安全装置。相邻他方在对方未尽此义务的情况下,有权要求排除妨害,赔偿损失。

相邻人,尤其是化工企业、事业单位,在从事生产、研究活动中,排放废气、废水、废渣,不得超过国家规定的排放标准。相邻他方对超标排放,有权要求相邻人排除妨害,即按国家规定的排放标准排放、治理,而且对造成的损害还有权要求赔偿。

3.相邻用水、流水、截水、排水关系。相邻人应当保持水的自然流向,在需要改变流向并影响相邻他方用水时,应征得他方的同意,并对由此造成的损失给予适当补偿。为了灌溉土地,需要提高上游的水位、建筑水坝,必须附着于对岸时,对岸的土地所有人或使用人应当允许;如果对岸的土地所有人或使用人也使用水坝及其他设施时,应按受益的大小,分担费用。

水流经过地的所有人或使用人都可以使用流水,但应当共同协商、合理分配使用。如果来自高地段的自然流水,常为低地段的所有人或使用人使用,即使高地段所有人或使用人也需此水,亦不得全部堵截,断绝低地段的用水,以免给低地段的所有人或使用人造成损失。

低地段的所有人或使用人应当允许高地段的自然流水流经其地,不得擅自筑坝堵截,影响高地段的排水。

相邻一方在为房屋设置管、槽或其他装置时,不得使房屋雨水注泻于邻人建筑物上或土地上。

4.相邻管线安设关系。相邻人因埋设管道,如油管、水管、煤气管;架设线路,如输电线路、通讯线路,需要经过他方的土地时,他方应当允许。但相邻方应当选择损害最小的地点及方法安设。相邻人还应对所占土地及施工造成的损失给予补偿,并于事后清理现场。

5.相邻光照、通风、音响、震动关系。相邻人在建造建筑物时,应当与邻人的建筑物留有一定的距离,以免影响邻人建筑物的光照、通风。

相邻各方不得以高音、噪音、喧嚣、震动等妨碍邻人的工作、生活和休息,否则,邻人有权请求停止侵害。

6.相邻竹木归属关系。相邻地界上的竹木、分界墙、分界沟等,如果所有权无法确定时,推定为相邻双方共有财产,其权利义务适用按份共有的原则。

对于相邻他方土地的竹木根枝超越地界,并影响自己对土地的使用,如妨碍自己土地的庄稼采光,相邻人有权请求相邻他方刈除越界的竹木根枝。

第十二章 动产所有权

动产所有权以动产为其标的物。所谓动产是指性质上不须破坏、变更而能够动其位置的财产。与不动产所有权相比较，法律对动产的内容和行使限制较少，即所有人有更充分的支配权。动产的特点是具有移动性，且种类繁多，其所有权取得的方法较多。

一、善意取得

善意取得亦称即时取得，指原物由占有人转让给善意第三人(即不知占有为非法转让而取得原物的第三人)时，善意第三人一般可取得原物的所有权，所有权人不得请求善意第三人返还原物。这里的原物只限于动产，不动产不能善意取得。

在我国司法实践中，本着既要保护所有人的合法权益，又要维护第三人的合法利益，稳定民事流转的原则，根据不同情况，来决定是否返还原物。其一，如果第三人是无偿地从无权转让该项财产的占有人那里取得财产，所有人在任何情况下都有权向该第三人请求返还原物。其二，第三人如果是有偿地并善意地从占有人处取得财产，即他支付了适当的价金，并且不知或不可能知道占有人无转让该项财产的权利。在这种情况下，要区分占有人的占有是否基于所有人的意思取得。如果占有人的占有不是基于所有人的意思而取得，如原物被所有人或其交给占有的人遗失，或者从他们二者那里被盜走，或者是由于其他的与他们意志无关的原因(如自然灾害)而丧失占有，占有人非法转让，善意第三人不能取得原物的所有权，即所有人有权向第三人请求返还原物。这里的例外情况是：第三人如果是从出卖同类物品的公共市场上买得的，即使是盜赃、遗失物，所有人也无权向第三人请求返还原物。

二、添附

添附，一般是附合、混合的通称，广义的添附包括加工在内。这三者都是动产所有权的取得方法，在法律效果上有共同点。但它们与先占、善意取得(即时取得)、拾得遗失物、发现埋藏物等取得方法不同。添附是数个不同所有人之物结合成一物(合成物、混合物)，或由所有人以外的人加工而成新物(加工物)。

(一)附合

附合是指两个或两个以上不同所有人的财产结合在一起而不能分离，若分离会毁损该物或者花费较大，如用他人的建筑材料建造房屋。

附合可分为：

1. 动产与动产的附合。这是指不同所有人的动产互相结合，非毁损不能分离或分离的费用较大。从我国的司法实践来看，动产与动产的附合应当由原所有人按照其动产的价值，共有合成物。如果可以区别主物或从物，或者一方动产的价值显然高于他方的动产，则应当由主物或价值较高的物的原所有人取得合成物的所有权，并给对方以补偿。

2. 动产与不动产的附合。这是指动产附合于不动产，成为不动产的组成部分。在罗马法中，这种附合主要是因建筑或种植而产生。一般的原则是建筑物或种植物归土地所有人所有，至于双方的权利和义务，则视行为人是出于善意还是恶意而定。在我国的司法实践中，动产与不动产的附合，如果当事人间有约定的，按约定办理；没有约定的，由不动产所有人取得动产的所有权，但应当给动产所有人以补偿。

(二)混合

混合是指两个或两个以上不同所有人的动产，互相混杂合并，不能识别。混合发生在动产之间，它与附合的不同在于：附合(指动产的附合)的数个动产在形体上可以识别、分割，只是分离后要损害附合物的价值，出于社会利益考虑不许分割；而混合则是数个动产混合于一起，在事实上不能也不易区别。但二者的法律效果却无区别规定的理由，故而各国民法大多规定混合准用附合的规定。

(三)加工

加工是指在他人之物上附加自己的有价值的劳动，使之成为新的财产。对于加工物的所有权归属，我国司法实践中的一般做法是：未经他人同意在他人所有物上进行加工造成损失的，加工人应负赔偿责任。当事人就加工物的所有权有约定的，按约定办理，没有约定的，加工物的所有权原则上归原物的所有人，但是当加工增加的价值大于材料的价值时，加工物可以归加工人所有，但是应当给原物的所有人以补偿。

第十三章 共有

第一节 共有的概念

共有是一种常见的财产法律关系,它是两个或两个以上的人(公民或法人)对同一项财产享有财产权。共有具有以下法律特征:

第一,共有财产的主体不是单一的,而是两个或两个以上的公民、法人或公民和法人。

第二,公有和共有是两个不同的概念。共有财产的主体是两个或两个以上的共有人,各个共有人依法律规定或约定享有所有权,他们是共有财产的共同所有人。而公有则不同,公有财产的主体是单一的。在我国,国家所有的财产和集体所有的财产,都是社会主义公有财产。国家财产所有权的主体是国家,只有国家才享有国家财产所有权,任何一个公民、法人都没有这种权利。集体组织财产所有权的主体是集体组织,只有集体组织才享有该财产所有权,集体组织的任何一个成员都不享有这种权利。

共有关系适用于非常广泛的领域,它对于促进专业化协作的发展,充分发挥物的效用,便利人民的生活具有十分重要的作用。共有财产关系的产生,大致有两种原因:一是由法律直接规定产生的,如婚姻法规定夫妻关系存续期间所得的财产,归夫妻两人共有;二是依合同的约定产生的,如三人共同出资购买一辆汽车,以合同约定各人享有的权利及承担的义务。

第二节 按份共有

共有可分为按份共有和共同共有。

按份共有是指两个或两个以上的人对同一项财产按照份额享有所有权。它可以发生在公民之间、法人之间，也可以发生在公民和法人之间。

在按份共有财产关系中，共有人按照各自的份额对共有财产分享权利，分担义务，这种份额一般都是事先在法律中规定或在合同中约定了的。例如，甲、乙、丙三人共同出资购买一辆汽车，甲、乙各出资 4000 元，丙出资 2000 元，这辆汽车就为甲、乙、丙三人按份共有。其中，甲、乙各享有 40% 的份额，丙享有 20% 的份额，他们各以这种份额享有权利，承担义务。可见，按份共有并不是把财产分割成若干份，各共有人各享有一份所有权，而是共有人对共有财产按各自所拥有的份额享有权利和承担义务。

按份共有人有权按自己的份额使用、收益、处分共有财产，但应当按协商一致的原则进行；在意见不一致时，按照拥有财产份额一半以上的共有人的意见办理，但不得损害其他共有人的利益。

按份共有人对于自己的份额有权要求分出、转让。但是，共有人出售自己的财产份额时，其他共有人在同等条件下，有优先购买的权利。其他共有人应当在法律规定的期限内行使此项权利，于此期限内不行使的即丧失其优先权。

按份共有关系一般是因为全体共有人的协议消灭。因共有关系消灭而分割共有财产时，在不损害财产的经济价值的前提下，可以选择采取下列方法：

(一) 实物分割

共有财产为可分物，分割后无损于财产的价值时，可以按各共有人的份额对实物进行分割，使各共有人分得其应有的部分。

(二) 变价分割

这是指共有财产为不可分物，根本就不能进行实物分割，如果对实物分割则会减损财产的价值，如一幅古画、一头牛；或者是虽然共有财产为可分物，但共有人都不愿取得共有物，可以把共有财产予以出卖，各共有人依各自的份额取得财产的价款。

(三) 作价补偿

这是指共有人有一人或数人愿意取得共有物，可把共有物作价，除自己应得部分外，按份额补偿给其他共有人，从而取得原共有物全部的所有权。

第三节 共同共有

共同共有是指两个或两个以上的人对于同一项财产的全部，不分份额地、平等地享有所有权。共同共有与按份共有的最显著的区别在于：共同共有是不确定份额的共有，只要共同共有关系存在，共有人就不能划分自己对财产的份额，只有在共同共有关系消灭，对共有财产进行分割时，才能确定各个共有人应得的份额。

共同共有财产关系主要基于共同劳动、共同生活、共同继承遗产等共同关系而产生。这种共同关系，是共同共有财产的前提，没有这个前提，共同共有财产就不会发生，丧失这个前提，共同共有财产就会解体。

在实际生活中，最常见的共同共有财产主要有以下几种：

(一) 夫妻共有财产

我国《婚姻法》第13条规定：“夫妻在婚姻关系存续期间所得的财产，归夫妻共同所有，双方另有约定的除外。夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权。”这是夫妻共同共有财产的法律依据。夫妻共同共有的财产，包括在婚姻关系存续期间各自的劳动收入(如工资、奖金、稿酬)和共同劳动收入，以及各自因继承或接受赠与而取得的财产。

夫妻双方对共同所有的财产，都享有平等的权利，应当协商进行使用、收益、处分。

夫妻共有财产只有在婚姻关系消灭(离婚或一方死亡)或双方有特别约定时，才进行分割。

(二) 家庭共有财产

在我国，家庭关系不仅限于夫妻关系，还存在着父母子女，祖父母、外祖父母与孙子女、外孙子女，兄弟姐妹等之间的关系。家庭共有财产归家庭成员共同所有。家庭财产的来源，主要是家庭成员在共同生活期间的共同劳动收入，家庭成员交给家庭的财产以及家庭成员共同积累、购置、受赠的财产。

每个家庭成员对于家庭共有财产都享有平等的权利。对于家庭共有财产的使用、收益、处分，应当由全体家庭成员协商一致进行，但法律另有规定的除外。例如，家庭成员中的未成年人，尚无行为能力，其父母或家庭中的其他成年家属是他的监护人，因而未成年人虽然也是家庭共有财产的所有人，但他的所有权的行使都要由其父母或其他监护人代理。

家庭共有财产只有在分家析产时才进行分割。家庭成员在分家析产时，应当本着团结和睦、互助互让、养老育幼的精神，协商确定各自应得的份额。在意见不一致时，可以由人民调解委员会调解，也可以请求人民法院处理。

(三) 共同继承的财产

这是指继承开始以后，遗产分割以前，两个或两个以上的继承人对之享有继承权的遗产。在分割遗产时，共同继承人各自的份额，一般应当均等，但法律另有规定的除外。

共同共有财产的分割，亦应当根据财产的实际情况，选择采用实物分割、变价分割、作价补偿等方法。

第十四章 用益物权

第一节 用益物权概述

用益物权是指对他人所有的物，在一定范围内进行使用、收益的他物权。用益物权具有以下几个特点：

第一，用益物权的标的物是不动产。在这一点上它与所有权和担保物权都不同，所有权和担保物权的标的物既包括不动产，还包括动产。

第二，用益物权是一种他物权。用益物权是在他人所有的物上设定的，其内容范围不仅要受法律的一般限制，还要受设定用益物权时所有人对其内容范围的限制。

第三，用益物权以对物的使用，收益为主要内容。用益物权的目的是，在于对物的使用、收益、取得物的使用价值。

用益物权在现实生活中具有十分重要的意义。它是所有权人行使所有权，使所有权在经济上得到实现的手段和途径之一。同时，用益物权以其他物权的特有方式提供了非所有人通过法律行为比较稳定地使用他人财产的可能性，可以满足非所有人在没有能力或者不必要购买财产，但又必须使用财产时的需要。

第二节 承包经营权

一、承包经营权的概念

承包经营权是反映我国经济体制改革中农村承包经营关系的新型物权。我国民法通则明文规定了公民、集体的承包经营权受法律保护。

承包经营权是指承包人(公民或集体)因从事耕作、种植或其他生产经营项目而承包使用、收益集体所有或集体使用的国家所有的土地或森林、山岭、草原、荒地、滩涂、水面的权利。它具有以下特征：

第一，承包经营权是存在于集体所有或集体使用的国家所有的土地或森林、山岭、草原、荒地、滩涂、水面的权利。即承包经营权的标的，是集体所有或其使用的国家所有的土地或森林、山岭、草原、荒地、滩涂、水面，而不是其他财产。有的集体组织按承包人承包土地的数量，作价或不作价地分给承包人部分耕畜、农具或其他生产资料，这是附属于承包经营权的权利。

第二，承包经营权是承包使用、收益集体所有或集体使用的国家所有的土地或森林、山岭、草原、荒地、滩涂、水面的权利。承包人对于承包土地等生产资料有权独立进行占有、使用、收益、进行生产经营活动，并排除包括集体组织在内的任何组织或个人的非法干涉。这里应当指出的是，承包人并不取得承包土地或其他生产资料的全部收益的所有权，而是要依约定数额(承包合同)将一部分收益交付与发包人(集体组织)，其余的收益归承包人所有。所谓“承包”，其意义主要在此。由于土地这一生产资料的特殊法律地位，承包人对之并无处分权。

第三，承包经营权是为耕作、种植或其他生产经营项目而承包使用、收益集体所有或集体使用的国家所有的土地等生产资料的权利。这里的耕作、种植，不仅是指种植粮食、棉花、油料等作物，也包括树木、茶叶、蔬菜等。另外，在承包的土地或森林、山岭、草原、荒地、滩涂、水面经营牧业、渔业、副业等，都属于承包经营权的范围。

第四，承包经营权是有一定期限的权利。中共中央 1980 年 1 号文件中规定，农户承包土地的期限可以长达 10 年。从实践中看，农民承包土地一般也都以 10 年为期，而因承包转让取得的承包经营权不得超过原承包期限，因此，承包经营权应以 10 年为限。当然，开发性的承包经营(如开荒造林)，由于生产周期较长，需要多年投资，期限可以适当延长。这样规定既有利于土地的开发利用，也可以避免承包期限过长而不利于集体组织所有权的保护。

从以上承包经营权具备的特征可以看出，承包经营权虽然产生于承包合同，但不限于承包人与集体组织间的财产关系，而是一种与债权具有不同性质的物权，并且也是传统民法的物权种类所不能包括的新型物权。

二、承包人的权利和义务

(一)承包人的权利

在承包经营法律关系中，承包人享有以下权利：

1.取得对土地以及森林、山岭、草原、荒地、滩涂、水面的占有。承包人有权从集体组织取得一定数量、质量、位置的土地以及森林、山岭、草原、荒地、滩涂、水面，这是承包人进行生产经营活动的前提。

2.有权使用承包的土地或其他生产资料，独立进行生产经营活动。

3.承包人有权收取承包土地或其他生产资料的收益，并取得依约定数额向发包人交付收益后所余收益的所有权。公民个人的承包收益，可以继承。

4.承包转出权，这是承包人对其承包权的处分，一般是承包人无劳动力或转营他业而将承包的土地转包。

5.承包人承包土地以后，仍有权按集体组织规定的制度使用集体组织所有的农林设施，如灌溉设施、农机具等。

(二)承包人的义务

1.妥善使用承包的土地以及森林、山岭、草原、荒地、滩涂、水面，这不仅要求承包人不得在承包土地上盖房、建窑、建坟，不准进行掠夺性经营，而且还要求承包人根据土地的条件，合理使用、保存、改良土地，提高地力。

2.承包人应依承包合同规定的数额向集体组织交付承包土地或森林、山岭、草原、荒地、滩涂、水面的收益。

3.承包人应独立承担风险。承包人承包土地以后，独立进行生产经营活动，除了当发生不可抗力或意外事件，承包人承担的交付约定数额的承包收益的义务可以减免外，对于在生产经营中的其他各种风险概由承包人自己承担。

4.承包人应当接受集体组织对于其生产经营活动的合法监督、干涉。

三、发包人的权利和义务

发包人的权利和义务基本上是与承包人的权利和义务相对应的，在此只简单列举，不再赘述。

发包人的权利主要是向承包人收取依承包合同规定数额的承包收益，对承包人的生产经营活动进行监督。

发包人的义务在于交付土地以及森林、草原、山岭、荒地、滩涂、水面给承包人，提供集体组织的农林设施给承包人使用，不得随意干涉承包人的生产经营活动。

第三节 土地使用权

(参见本系列教材《商事法学·经济法学》卷下编“土地管理法”部分)

第四节 典权

一、典权的概念

典权是典权人支付典价，对他人的不动产进行占有、使用、收益的权利。它具有以下的特征：

第一，典权是不动产物权。典权的标的物应以不动产为限。虽然在典权的历史发展过程中，存在过以动产，甚至人身(典妻雇子，典女雇男)为典权标的的现象，但这是为现代民法所不取的。我国的司法实践和民法学说中都普遍承认房屋可以作为典权的标的。但可以预见，随着社会主义市场经济的发展，其他不动产物权，如地上权，也会成为典权的标的。

第二，典权是以支付典价而成立的物权。典权的设立，以支付典价为要件，因此设定典权的行为是有偿行为。由于典是“卖”的一种变态，有出卖之实，但无出卖之名，因此当事人议定的典价，大致都在出卖价格的5/10~8/10之间，即不超过出卖价格，但却非常接近出卖价格。

第三，典权是占有、使用、收益他人不动产的物权。典权的成立，必须把占有转移给典权人，但不以直接占有为限，只要典权人取得间接占有即可。例如，典权的所有人(出典人)，可以与典权人约定承租典物，即由出典人直接占有典物，由典权人取得对典权的间接占有。

典权还以使用、收益为内容，其范围很广，除了当事人有特别约定加以限制外，凡是依物的性质可以进行的使用、收益，典权人都可为之。

二、典权的内容

(一)典权人的权利和义务

1. 典权人的权利有：(1)占有、使用、收益典物；(2)在法律上处分典物，即转典、典权转让和出租典物；(3)在出典人出卖典物时的同等条件下的优先购买权；(4)重建或修缮典物；(5)为典物支付有益费用的，在出典人回赎时，在现存利益的限度内请求出典人偿还。

2. 典权人的义务有：(1)保管典物；(2)分担典权存续期间典物因不可抗力而全部或部分灭失的风险；(3)在出典人回赎时，尽可能恢复典物的原状，返还给出典人。

(二)出典人的权利和义务

1. 出典人的权利有：(1)保有典物的所有权；(2)向第三人转让典物的所有权；(3)在典物上设定担保物权；(4)回赎典物。

2. 出典人的义务。出典人的义务主要是其瑕疵担保责任。设定典权的合同，如同买卖，是有偿合同，因此，标的物有无瑕疵(物的瑕疵和权利瑕疵)是典权人的利益所在。出典人对于典物应负瑕疵担保责任。

三、典权的消灭

物权的一般消灭原因，如标的物灭失、抛弃、混同等，除性质不相容外，都适用于典权。这里只研究典权消灭的特殊原因，即回赎、找贴、作绝和别卖。

(一)回赎

回赎是出典人向典权人提出以支付原典价消灭典权的单方行为。回赎是出典人的权利，它只需要出典人一方的意思表示并支付原典价即可，不必取得典权人的同意即产生效力。

回赎权的主体，不以原出典人为限。如果原出典人将典物的所有权让与

他人时，由该受让人享有回赎权。回赎权的相对人也不以原典权人为限，如果原典权人已将典权让与他人时，则应当向该受让人行使回赎权。

典权附有期限时，出典人应当于期限届满后的一定期限内回赎，但如果设定典权时附有“到期不赎，即作绝卖”的条款时，应当在典权期限届满时回赎。典权未定期限的，出典人可以在出典后 30 年内随时回赎。

(二)找贴

找贴是在典权存续中出典人将典物所有权让与典权人，找回典物的当时价格与典价的差额，从而使典权消灭的一种方法。对于找贴的性质，有人认为是典权人的权利，也有人认为是出典人的权利。其实找贴须基于双方当事人的合意(出典人愿卖、典权人愿买)才能成立，因此它是出典人与典权人之间的一个买卖合同，而不是哪一方的权利。

找贴以一次为限。找贴以后，典权关系即告消灭。

(三)作绝

有期限的典权，附有“到期不赎，即作绝卖”条款的，因期限届满(作绝)由典权人取得所有权，典权亦因混同而消灭。

(四)别卖

典权附有到期不赎，听由典权人出卖典物收回典价条款时，因典物别卖于第三人而使典权消灭。

第五节 地役权

一、地役权的概念

地役权是以他人土地供自己土地便利而使用的权利。地役权具有以下特征：

第一，地役权是使用他人土地的权利。地役权的客体是土地，并以该土地属于他人所有或使用为要素。由于地役权的内容在于此一土地供彼土地之役，因而地役权的成立，必须有两块土地的存在。一是为其便利而使用他人的土地，称需役地；二是供他人土地便利而使用的土地，称供役地。

由于地役权不限于需役地所有人与供役地所有人的关系，因此，供役地的承包经营权人、地上权人、典权人、采矿权人、承租人也应当受地役权的约束。

第二，地役权是为自己土地便利的权利。使用供役地的目的，乃是为了需役地的便利。否则，如果供役地不能供需役地的便利，就不必设定地役权。而其所供的便利，不是为需役地承受，而为特定人享受时，也不是地役权问题，而是人役权问题。

至于所谓“便利”，泛指开发、利用需役地的各种需要。其内容只要不违反法律的强制性规定和社会公共利益，可以由当事人根据实际情况约定。就一般情况而论，其内容有以下几类：(1)以供役地供使用，如通过地役权；(2)以供役地供收益，如用水地役；(3)避免相邻关系的任意性规范的适用。一般说来，相邻关系规定的是土地所有人或使用人间的最主要、最基本的关系，因而也就多是从土地所有人或使用人的义务方面加以规定，多属强制性规范。但相邻关系也不乏任意性的规定，当事人可以以特别约定加以改变或排除其适用。

第三，地役权具有从属性和不可分性。地役权的成立必须是需役地与供役地同时存在，因此在法律属性上地役权与其他物权不同。地役权虽然是一种独立的权利，并非需役地所有权或使用权的扩张，但它仍应当与需役地的所有权或使用权共命运，这就是地役权的从属性。它主要体现在两方面：(1)地役权必须与需役地所有权或使用权一同转移，不能与需役地分离而让与。(2)地役权不得与需役地分离而为其他权利的标的，例如，不得以地役权出租或设置抵押。

二、地役权的内容

(一)地役权人的权利

1. 土地使用。地役权是为自己土地的便利而使用他人土地的权利。地役权的目的范围应当依设定地役权的行为所限定的目的范围而确定。

2. 为附属行为。地役权人为行使其权利，在供役地内可以为必要的附属行为，如汲水地役权，可以在供役地上通行。通行地役权，可以开辟道路。

(二)地役权人的义务

1. 地役权人对供役地的使用应当选择损害最小的地点及方法为之，这样使得通过地役权增加需役地价值的同时，不至过分损害供役地的效用。另外，地役权人因其行使地役权的行为对供役地造成变动、损害的，应当在事后恢复原状并补偿损害。

2. 地役权人对于为行使地役权而在供役地修建的设施，如电线、管道、道路，应当注意维修，以免供役地人因其设施损坏而受到损害。另外，地役

权人对于上述设施，在不妨碍其地役权行使的限度内，应当允许供役地人使用这些设置。

第十五章 担保物权

第一节 担保物权概述

随着我国社会主义市场经济的发展，以债的形式发生的公民、法人之间的经济联系日益频繁，保障债尤其是合同之债的履行，对于维护社会主义商品流通秩序，保护公民、法人的合法权益，至关重要。

一般地说，债务人对于自己负担的债务，应当以其全部财产负履行责任，也即债务人的全部财产为其债务的总担保，在债务不履行时，债权人得请求人民法院依法定程序变卖债务人的财产，以其价金清偿债权。但是，债权并不具有排他性，因而对于同一债务人，不妨碍有同一内容或不同内容的数个债权并存。这样，对于同一债务人，就可能发生负债超过其财产总额的情况，而一切债权都处于平等地位，其间并不发生顺位(次序)的问题。同一债务人的数个债权人，对债务人的财产都平等享有权利，如果债务人的财产不是以清偿总债权时，就要依各债权人的债权额按比例分配，债权人的债权就可能得不到完全清偿。另一方面，债权也不具有追及性，在债务人让与财产于他人时，该部分财产即失去担保的价值，因而可能发生债务人以让与财产的行为而致损害于债权人的结果。可见，即使债务人现实有充分的财产负担债务，但债务人可随时增加债务额，也可随时让与财产于他人，债权人仍有债权得不到清偿的危险。债权人为避免这种危险，乃依靠特别担保方法保障债权。这种特别担保方法有两种：

第一，对人担保。就是债务人不履行债务时，由第三人代行履行的责任，这就是我们通常所说的保证。

第二，物上担保。即以债务人或第三人的特定财产供履行债务的担保，不论债务人是否负担其他债务，也不论债务人是否将此担保物让与他人，债权人对此担保物得优先直接行使其权利，以之供债权清偿。

保证系债权的范围，而地上担保则属于物权，称担保物权。这两种担保形式各有所长。就担保债权的确定性而言，担保物权优于保证，因保证是以第三人的财产为担保，其财产状况也可能发生变化，以至不可靠，不如担保物权可以就特定物的价金直接清偿债权。但保证又较手续和要件繁杂的物上担保更为便利，而且对于无财产可提供担保的人，保证即为有效的担保方法。可见，就现实生活而言，保证也是不可缺少的。

担保物权是传统民法上典型的物权形式。在我国社会主义经济条件下，担保物权制度的目的就是维护社会主义经济秩序和保护当事人的合法权益。担保物权是以确保债务履行为目的，在债务人或第三人所有或经营管理的特定财产上设定的一种物权，其特征在於：

- 1.担保物权以确保债务的履行为目的。担保物权的设立，是为了保证主债务的履行，使得债权人对于担保财产享有优先受偿权，所以它是对主债权效力的加强和补充。

- 2.担保物权是在债务人或第三人的特定财产上设定的权利。担保物权的标的物必须是特定的(抵押权原则上限于不动产，质权、留置权则为动产)，否则就无从从其价值中优先受清偿。这里的特定，应解释为在担保物权的实行之时是特定的，所以，于将来实行之时为特定的标的物上设定担保物权仍然有效，如以流动仓库中的货物为质权标的。

3.担保物权属于物权的一种，与一般物权具有同一性质，所不同的是，一般物权以对标的物实体的占有、使用、收益、处分为目的，而担保物权则以标的物的价值确保债权的清偿为目的，以就标的物取得一定的价值为内容。

4.担保物权具有从属性和不可分性。所谓从属性，是指担保物权以主债的成立为前提，随主债的转移而转移，并随主债的消灭而消灭。例如，抵押权人就债权的处分必须及于抵押权，抵押权人不得将抵押权让与他人而自己保留债权；也不得将债权让与他人而自己保留抵押权；更不得将债权与抵押权分别让与两人。

所谓担保物权的不可分性，是指担保物权所担保的债权的债权人得就担保物的全部行使其权利。这体现在：债权一部分消灭，如清偿、让与，债权人仍就未清偿债权部分对担保物全部行使权利；担保物一部分灭失，残存部分仍担保债权全部；分期履行的债权，已届履行期的部分未履行时，债权人就全部担保物有优先受偿权；担保物权设定后，担保物价格上涨，债务人无权要求减少担保物，反之，担保物价格下跌，债务人也无提供补充担保的义务。

第二节 抵押权

一、抵押权的概念

抵押权是指对于债务人或第三人不转移占有而供担保的不动产或其他财产，优先清偿其债权的权利。抵押权具有以下特征：

第一，抵押权是担保物权。抵押权是抵押权人直接对物享有的权利，可以对抗物的所有人及第三人，因此抵押权是一种物权，但其目的在于担保债务的履行，而不在于对物的使用和收益。

第二，抵押权的标的物是债务人或第三人提供担保的不动产及其他财产，抵押物主要是不动产。抵押权是就债务人或第三人提供的抵押物上设定的，要债权人(抵押权人)与债务人或第三人就抵押物设定抵押权进行约定。在这一点上，它与依法律规定当然地产生的留置权有所不同。

第三，抵押权不转移标的物占有。抵押权的成立不以对标的物的占有为要件。抵押人不必将抵押物的占有权移转给债权人(抵押权人)，而由自己继续对抵押物进行使用、收益、处分，发挥物的效用。

第四，抵押权是就抵押物优先受偿的权利。抵押权人在债务人不履行债务时，有权依法以抵押物折价或从抵押物的变卖价金中优先得到清偿，即抵押权人得排除无抵押权的债权人就抵押物优先受偿；次序在先的抵押权人比次序在后的抵押权人优先受偿。

二、抵押权的设立

抵押权依抵押行为而设立。抵押行为是当事人(主债权人和主债务人或第三人)以意思表示设定抵押权的双方法律行为，其具体表现形式为抵押合同。

(一)抵押合同的内容

当事人签订的抵押合同一般应当包括以下内容：(1)被担保的主债权的种类和数额。(2)债务人履行债务的期限。(3)抵押物的名称、数量、质量、状况、所在地、所有权权属或使用权权属。(4)抵押担保的范围。抵押权所担保的范围包括原债权及利息、抵押权实现费用、违约金和损害赔偿金。对于抵押担保的范围，当事人可以有特别约定。(5)当事人认为需要约定的其他事项。

抵押合同不完全具备上述内容时，当事人可以补正。但对抵押合同的补正，亦必须符合法律要求的登记或其他形式要件方为有效。

当事人在订立抵押合同时，不得在合同中约定在债务履行期满抵押权人未受清偿时，抵押物的所有权转移为债权人所有。

(二)抵押登记

由于抵押权的设立，其法律效果不仅直接涉及到抵押人和抵押权人，而且还及于抵押人的一般债权人和其他与抵押物有利害关系的人。因此，法律对抵押权的设立，要求具备严格的形式要件。

根据《担保法》第41条、第42条的规定，下述财产的抵押，应当办理抵押物登记，抵押合同自登记之日起生效。(1)无地上定着物的土地使用权，其登记部门为核发土地使用权证书的土地管理部门；(2)城市房地产或者乡(镇)、村企业的厂房等建筑物，其登记部门为县级以上地方人民政府规定的部门；(3)林木，其登记部门为县级以上林木主管部门；(4)航空器、船舶、车辆，其登记部门为运输工具的登记部门；(5)企业的设备和其他财产，其登记部门为财产所在地的工商行政管理部门。

当事人以上述之外的财产抵押的，可以自愿办理抵押物登记，登记部门为抵押人所在的公证部门。当事人不办理抵押物登记的抵押合同自签订之日起生效，但不得对抗第三人。

当事人办理抵押物登记，应当向登记部门提交主合同和抵押合同以及抵押物所有权或使用权证书等文件或其复印件。

登记部门登记的资料，应当允许查阅、抄录或复印。

三、抵押权的标的

抵押权的标的，习惯上称为抵押物。它是指债务人或第三人提供担保的财产。下列财产可以作为抵押物：(1)抵押人所有的房屋和其他地上定着物；(2)抵押人所有的机器、交通运输工具和其他财产；(3)抵押人依法有权处分的国有的土地使用权、房屋和其他地上定着物；(4)抵押人依法有权处分的国有机器、交通运输工具和其他财产；(5)抵押人依法承包并经发包方同意抵押的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等荒地的土地使用权；(6)依法可以抵押的其他财产。

对于上述财产，抵押人既可以将其中的一项财产单独抵押，也可以将几项财产一并抵押。

根据我国法律的有关规定，下列财产不得抵押：(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，但法律有特别规定的除外；(3)学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位和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、使用权不明或有争议的财产；(5)依法被查封、扣押、监管的财产；(6)依法不能抵押的其他财产。

四、抵押权当事人的权利和义务

(一)抵押人的权利

抵押人在其财产设定抵押后，仍享有对抵押物的使用、收益和处分权。但是，抵押人在行使上述权利时，必然要受到已设定的抵押权的一定影响：

1. 虽然抵押人在一般情况下仍然收取抵押物的孳息，但债务履行期届满，债务人不履行债务致使抵押物被人民法院扣押的，自扣押之日起，抵押权人有权收取由抵押物分离的自然孳息以及抵押人就抵押物可以收取的法定孳息。抵押权人未将扣押抵押物的事实通知应当清偿法定孳息的义务人的，抵押权的效力不及于该孳息。

2. 抵押人的处分权。由于事实上的处分往往会改变抵押物的物质形态，会涉及抵押权人的利益，因此，除了对抵押物进行有益的保存、改良行为外，抵押人一般不得对抵押物进行事实上的处分。而法律上的处分由于抵押权具有优先的性质，这种处分一般不会影响抵押权人的利益，所以抵押人仍可行使其法律上的处分权，主要包括：

(1) 仍可就抵押物为他人设定抵押权。财产抵押后，该财产的价值大于所担保债权的余额部分，可以再次抵押，但不得超过其余额部分。同一抵押物有数个抵押权的，如果抵押合同已登记生效的，则按抵押物登记的先后顺序清偿；顺序相同的，按照债权比例清偿。如果抵押合同自签订之日起生效的，该抵押物已登记的，按登记的先后顺序清偿，未登记的，按照合同生效时间的先后顺序清偿；顺序相同的，按照债权比例清偿。抵押物已登记的先于未登记的受偿。

(2) 仍可转让其抵押物。在抵押期间，抵押人转让已办理登记的抵押物

的，应当通知抵押权人并告知受让人转让物已抵押的情况。抵押人未通知抵押权人或者未通知受让人的，转让行为无效。抵押人转让抵押物所得的价款，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，不足部分由债务人清偿。

(二)抵押权人的权利

抵押权人的权利主要有以下几项：

1.抵押权的保全。由于抵押权人并不直接占有抵押物，因此法律赋予抵押权人保全抵押物的权利。在抵押人的行为足以使抵押物的价值减少时，抵押权人有权要求抵押人停止其行为。抵押物价值减少时，抵押权人有权要求抵押人恢复抵押物的价值，或者提供与减少的价值相当的担保。

抵押人对抵押物价值的减少无过错的，抵押权人有权在抵押人因损害而得到的赔偿范围内要求提供担保。抵押物价值未减少的部分，仍作为债权的担保。

2.抵押权的处分。抵押人可以与其抵押权，或就抵押权为他人提供担保。但由于抵押权的从属性，抵押权不得与债权分离单独转让或作为其他债权的担保。

3.优先受偿权。在债务人不履行债务时，抵押人可以与抵押人协议以抵押物折价或以拍卖、变卖后的价款受偿；协议不成的，抵押人可以向人民法院提起诉讼。

抵押物折价或拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归抵押人所有，不足部分由债务人清偿。

五、抵押权的终止

出现下列情况之一的，抵押权即终止其效力：

1.主债权消灭。抵押权为担保主债权而存在，如果主债因清偿、抵销、免除等原因消灭时，抵押权应当随之消灭。

2.抵押物灭失。抵押权因抵押物灭失而消灭，但因抵押物灭失所得的赔偿金，应当作为抵押财产。

3.抵押权实行。抵押人对于抵押物已经实行其抵押权，无论其债权是否得到全部清偿，抵押权都归于消灭。

第三节 质权

一、质权的概念

质权，亦称质押，是指为了担保债权的履行，债务人或第三人将其动产或权利移交债权人占有，当债务人不履行债务时，债权人可就其占有的财产优先受偿的权利。质权具有以下特征：

第一，质权是担保物权。质权是为担保债权的履行而设定的，它是从属于主债权的担保物权。

第二，质权的标的是动产和权利。质权是一种动产物权，对不动产不能设定质权。另外，权利也可以成为质权的标的，称之为权利质

第三，质权须移转质物的占有。质权以占有标的物为成立要件。在设立质权时，出质人(债务人或第三人)应当将质物的占有移交给债权人。

第四，质权是就质物优先受偿的权利。在债务人不履行债务时，质权人可以就质物优先受偿。

二、质权的设立

质权的设立，通常都是以合同进行的。其当事人是质权人和出质人。质权人即质权所担保债权的债权人。出质人即提供质物的人，一般即是债务人自己，但第三人也可以用自己的财产为他人设定质权。当事人签订的质权合同应采用书面形式，一般应当包括以下内容：(1)被担保的主债权种类和数额。(2)债务人履行债务的期限。(3)质物的名称、数量、质量、状况。(4)质权的担保范围，包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金、质物保管费用和实现质权的费用。但质权合同另有约定的，按照约定。(5)质物移交的时间。(6)当事人认为需要约定的其他事项。

质权合同不完全具备上述内容的，当事人可以补正。

在质权合同中，出质人和质权人不得约定在债务履行期届满，质权人未受清偿时，质物的所有权转移为质权人所有。

质权合同为要物合同，即质权合同自质物移交于质权人占有时生效。

三、质权当事人的权利和义务

(一)质权人的权利

1.占有质物。对质物的占有，既是质权的成立要件，也是质权的存续要件，质权人有权在债权受清偿前占有质物。

2.收取孳息。质权人有权收取质物的孳息，但质权合同另有约定的除外。质权人收取的孳息应当先充抵收取孳息的费用。

3.质权的保全。质物有损坏或价值明显减少的可能，足以危害质权人权利的，质权人可以要求出质人提供相应的担保。出质人不提供的，质权人可以拍卖或变卖质物，并与出质人协议将拍卖或变卖所得的价款用于提前清偿所担保的债权或向与出质人约定的第三人提存。

4.优先受偿。债务履行期届满，质权人未受清偿的，可以与出质人协议以质物折价，也可以依法拍卖、变卖质物。

质物折价或拍卖、变卖以后，其价款超过债权数额的部分归出质人所有，不足部分由债务人清偿。

(二)出质人的权利

1.出质人在质权人因保管不善致使质物毁损灭失时，有权要求质权人承担民事责任。

2. 债务履行期届满，债务人履行债务的，或者出质人提前清偿所担保的债权的，出质人有权要求质权人返还质物。

3. 出质人如果是债务人以外的第三人，该第三人代为清偿债权或因质权实行丧失质物的所有权时，有权向债务人追债。

四、权利质权

权利质权是指为了担保债权清偿，就债务人或第三人所享有的权利设定的质权。权利质权除了一些特殊问题外，准用动产质权的规定。权利质权的标的是权利，具体有以下几类：

1. 汇票、本票、支票、债券、存款单、仓单、提单。以上述标的出质的，出质人应当在合同规定的期限内将权利凭证交付质权人。质权合同自权利凭证交付之日起生效。

以载明兑现或提货日期的汇票、本票、支票、债券、存款单、仓单、提单出质的，其兑现或提货日期先于债务履行期的，质权人可以在债务履行期届满前兑现或者提货，并与出质人协议将兑现的价款或提取的货物用于提前清偿所担保的债权或向与出质人约定的第三人提存。

2. 依法可以转让的股票、股份。以股票出质的，出质人与质权人应当订立书面合同，并向证券登记机构办理出质登记，质权合同自登记之日起生效。

股票出质后，不得转让，但经出质人与质权人同意的则可以转让。出质人转让股票所得的价款应当向质权人提前清偿所担保的债权或向与债权人约定的第三人提存。

以有限责任公司的股份出质的，应适用公司法有关股份转让的规定。质权合同自股份出质记载于股东名册之日起生效。

3. 依法可以转让的商标专用权、专利权、著作权中的财产权。以知识产权中的财产权出质的，出质人与质权人应当订立书面合同，并向管理部门办理出质登记，质权合同自登记之日起生效。

上述知识产权出质后，出质人不得转让或许可他人使用，但经出质人与质权人协商同意的可以转让或许可他人使用。出质人所得的转让费、许可费应当向质权人提前清偿所担保的债权或向与质权人约定的第三人提存。

4. 依法可以出质的其他权利，如债权，亦可设立权利质权。

第四节 留置权

一、留置权的概念

留置权是指债权人按照合同约定占有债务人的财产，在债务人逾期不履行债务时，有留置该财产并就该财产优先受偿的权利。留置权具有以下特征：

第一，留置权是以动产为标的物的担保物权。留置权的作用，在于担保债权受偿，而不在于对物的使用、收益，因此留置权是一种担保物权。

第二，留置权是债权人留置债务人动产的权利。债权人在自己的债权受清偿前，可以拒绝返还所占有的债务人的动产。在债务人超过法定期限仍不履行债务时，债权人即可就留置物受偿，以满足其债权。

第三，留置权是一种法定担保物权。留置权在符合一定的条件时，依法律的规定产生，而不是依当事人之间的协议而设定。我国担保法规定，因保管合同、运输合同、加工承揽合同发生的债权，债务人不履行债务的，债权人享有留置权，但当事人可以在合同中约定不得留置的物。

二、留置权人的权利和义务

(一)留置权人的权利

1. 留置标的物。在债务人不履行债务时，债权人就可以留置标的物，拒绝债务人返还留置物的请求。但留置物为可分物的，债权人只能留置与自己的债权额相当的部分，其余部分仍应交付债务人。

2. 收取留置物的孳息。收取的孳息，应当先充抵收取孳息的费用。

3. 请求偿还费用。债权人因保管留置物所支出的必要费用，有权向债务人请求返还。

4. 就留置物优先受偿。留置权所担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金、留置物保管费用和实现留置权的费用。

债权人和债务人应当在合同中约定，债权人留置财产后，债务人应当在不少于2个月的期限内履行债务。债权人与债务人在合同中未约定的，债权人留置财产后，应当确定2个月以上的期限，通知债务人在该期限内履行债务。债务人逾期仍不履行的，债权人可以与债务人协议以留置物折价，也可以依法拍卖、变卖留置物。

留置物折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归债务人所有，不足部分由债务人清偿。

(二)留置权人的义务

1. 保管留置物。债权人因其保管不善造成留置物灭失或毁损的，应当承担民事责任。

2. 返还留置物。在留置权所担保的债权消灭，或者债权虽未消灭，但债务人另行提供担保时，债权人应返还留置物于债务人。

第十六章 债权法概述

第一节 债的概念

一、债的概念

债是指特定当事人之间的一种民事法律关系。我国《民法通则》第 84 条规定：“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。”可见，我国民事立法是把债作为特定当事人之间的一种民事法律关系予以规范的。进一步说，民法上的债，泛指某种特定的权利和义务关系。在这种民事法律关系中，一方享有请求他方为一定行为或不为一定行为的权利，而他方则负有满足该项请求的义务。例如，在买卖关系中，买方有请求卖方依约交付出卖物归其所有的权利，而卖方则相应地负有将出卖物交付买方的义务。在债的法律关系中，享有权利的一方称债权人，负有义务的一方称债务人。生活中的各种合同关系以及致人损害而引起的赔偿关系，都是特定当事人之间的一种民事法律关系，因而都是债的关系。

二、债与物权的区别

债与物权关系都属于财产权关系，都是民法调整财产关系的结果。但是二者又有不同的特征，主要表现在以下方面：

从反映的社会关系看，二者的性质不同。债反映动态的财产关系，即财产流转关系，也就是财产由一个主体转移给另一个主体的关系；物权则主要反映静态的财产关系，也就是财产的归属关系。所有权是财产流转的前提和结果，债则是财产流转的法律表现。

从法律关系的主体上看，二者的主体范围不同。债是特定的当事人之间的法律关系，其主体双方都是特定的。债权人的权利原则上只对债务人发生效力，所以民法理论上将债称为相对的法律关系，将债权称为对人权。而物权关系是特定的权利主体和不特定的义务主体之间的一种法律关系，即物权关系中的义务主体是不特定的，物权人的权利对所有人以外的一切人都发生效力。因此，民法理论上将物权关系称为绝对法律关系，将物权称为对世权。例如，在买卖之债中，买方(债权人)和卖方(债务人)都是特定的，买方只能对卖方主张权利；而作为财产所有关系中的物权人有权向侵犯其权利的任何人主张权利。

从法律关系的客体上看，二者的客体范围不同。债的客体可以是物，也可以是行为等；而物权的客体只能是物，不包括行为。

从法律关系的内容上看，二者的内容不同。债权人的权利主要不是体现在自己实施某种行为的可能性上，而是要求债务人为一定行为或不为一定行为。在一般情况下，债权人权利的实现须依靠债务人的行为。例如，买受人作为债权人，有权取得出卖物的所有权，但他只能通过出卖人将出卖物的所有权转让给他才能实现其权利，并不能直接取得或支配该物。而所有人所享有的权利则主要是自己实现某种行为的可能性，物权人对自己的财产可依法直接占有、使用、收益和处分，不需借助于他人的行为，就可以实现自己的权利。

从法律关系的发生上看，二者发生的原因不同。债是按照合同的约定或者依照法律的规定产生的。产生债的法律事实既可以是合法行为，也可以是不合法的行为；而物权关系一般只能根据合法行为发生。

三、债的构成要素

债作为民事法律关系的一种，与其他民事法律关系一样，也必须具有主体、客体和内容这三项构成要素。

(一) 债的主体

债的主体是指参与债的法律关系的当事人，包括权利主体和义务主体。债的权利主体是债权人，义务主体是债务人。债权人和债务人是相互对立、相互依存的债的双方当事人，缺少任何一方，债的法律关系就不能成立。

(二) 债的内容

债的内容是债权人享有的权利和债务人负担的义务，即债权和债务。债权和债务相互对应，相互依存，相互联系，统一地构成债的内容。没有无债权的债务，也没有无债务的债权。债权和债务，缺少任何一个，债也不能成立。所以，债亦称债权关系、债务关系或债权债务关系。

(三) 债的客体

债的客体，又称债的标的，是指债权人的权利和债务人的义务共同指向的对象。债的客体既可以是物(包括有价证券、货币)，也可以是劳务，还可以是知识产权等。债的客体具有广泛性。

第二节 债发生的根据

债发生的根据是指产生债的法律事实。如同其他民事法律关系一样，债也须有一定的法律事实才能产生。能够产生债的法律事实的有如下几类。

一、合同

合同是当事人之间设立、变更、终止民事法律关系的协议。依法成立的合同受法律保护，当事人通过订立合同设立的以债权、债务为内容的民事法律关系，称为合同之债。在现实经济生活中，各民事主体主要是通过订立合同来明确相互间的权利、义务关系，即发生债。因合同设立债，是民事主体积极主动地参与民事活动的表现。因此，合同是产生债的最常见的最主要的法律事实。我国债法的内容主要是合同。

二、不当得利

不当得利是指没有法律或合同上的根据取得利益，而致他人受损害。发生不当得利的事实时，因为一方取得利益没有合法的根据，是不正当的，另一方因此而受到损害。所以，依照法律规定，受损失的一方有权请求不当得利人返还所得的利益，不当得利人有义务返还其所得利益，当事人之间即发生债权、债务关系。因不当得利所发生的债，称为不当得利之债。

三、无因管理

无因管理是指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或者服务的行为。对他人事务进行管理或者服务的人是管理人，因管理人管理事务或服务而受益的人为本人，又称受益人。无因管理发生后，管理人与受益人之间就产生一种债的法律关系，即无因管理之债。

四、侵权行为

侵权行为是指侵害他人财产或人身权利的不法行为。在民事活动中，每个人都应当尊重他人的权利，不得侵犯他人的财产或人身权利。侵害他人财产或人身权利的不法行为人应当依法承担民事责任。因此，一方实施侵权行为时，依照法律的规定，侵害人和受害人之间就会产生民事权利、义务关系，受害人有权要求侵害人赔偿，侵害人有义务负责赔偿。侵害人的赔偿义务也是其应承担的民事责任。因为侵权行为会引起侵害人与受害人之间的债权、债务关系，所以侵权行为也是债的发生根据。因侵权行为发生的债称侵权行为之债，有的称致人损害之债，也有的称损害赔偿之债。不过损害赔偿之债并不专指因侵权行为发生的债。

第三节 债的分类

一、合同之债和非合同之债

根据债的发生原因不同，债可以分为合同之债和非合同之债。合同之债即当事人双方或数方之间签订合同而发生的债。这是最为常见也是最多的一类债。非合同之债是指不是由参加者的协议而发生的债。它包括：侵权之债，不当得利之债，无因管理之债，以及因遗赠、拾遗、抢救公物等所生之债等。债的这种分类实际意义在于：上述各种债的法律特征不同，法律调整也各不相同。各种合同之债，适用的是合同法；侵权之债，适用的是侵权法；不当得利之债、无因管理之债以及因遗赠、拾遗、抢救公物等所生之债，只能适用相关的法律。

二、特定物之债和种类物之债

特定物之债和种类物之债，这是根据债的标的物属性的不同而划分的。以特定物为标的物的债称特定物之债；以种类物为标的物的债称种类物之债。前者在债发生时，其标的物即已存在并已特定化；后者在债发生时，其标的物尚未特定化，甚至尚不存在，但当事人双方必须就债的标的物的种类、数量、质量、规格或型号等达成协议。

债的这种分类的法律意义在于：其一，特定物之债的履行，除非债务履行前标的物已灭失，债务人不得以其他标的物代为履行，种类物之债不存在这个问题。其二，在法律规定或当事人约定的情况下，特定物之债的标的物所有权可自债成立之时发生转移，标的物意外风险亦随之转移；种类物之债的标的物所有权只能自交付之时起转移，其意外风险也将自交付之日起转移。

三、单一之债和多数人之债

根据债的主体双方人数是单一的，还是多数的，债可分为单一之债和多数人之债。单一之债是指债的双方主体即债权人和债务人都仅为一人的债。多数人之债是指债的双方主体均为2人以上或者其中一方主体为2人以上的债。

债的这种分类的法律意义在于：因单一之债的主体双方都只有一人，当事人之间的权利、义务比较简单明了，不发生一方主体之间的权利、义务关系；而多数人之债，当事人之间的关系比较复杂，不仅有债权人和债务人之间的权利、义务关系，而且还发生多数债权人或多数债务人之间的权利、义务关系。因此，正确地区分单一之债和多数人之债，有利于准确地确定债的当事人之间的权利和义务。

四、按份之债和连带之债

多数人之债，根据各方各自享有的权利或承担的义务以及相互间的关系，可分为按份之债和连带之债。

按份之债是指债的一方主体为多数人，各自按照一定的份额享有权利或承担义务的债。债权主体一方为多数人，各债权人按一定份额分享权利的，为按份债权；债务主体一方为多数人，各债务人按一定份额分担义务的，为按份债务。《民法通则》第86条规定：“债权人为2人以上的，按照确定的份额分享权利。债务人为2人以上的，按照确定的份额分担义务。”按份之债，包括按份债权和按份债务。按份债权的各个债权人只能就自己享有的份额请求债务人履行和接受履行，无权请求和接受债务人的全部给付。按份债

务的各债务人只对自己分担的债务份额负清偿责任，债权人无权请求各债务人清偿全部债务。

连带之债是指债的主体一方为多数人，多数人一方当事人之间有连带关系的债。所谓连带关系，是指对于当事人中一人发生效力的事项对于其他当事人同样会发生效力。连带之债包括连带债权和连带债务。债权主体一方为多数人且有连带关系的，为连带债权；债务主体一方为多数人且有连带关系的，为连带债务。《民法通则》第 87 条规定：“债权人或者债务人一方人数为 2 人以上的，依照法律的规定或者当事人的约定，享有连带权利的每个债权人，都有权要求债务人履行义务，负有连带义务的每个债务人，都负有清偿全部债务的义务，履行了义务的人，有权要求其他负有连带义务的人偿付他应当承担的份额。”按照这一规定，连带之债既可因法律的直接规定发生，也可因当事人的约定而发生。

区分按份之债和连带之债的法律意义主要在于：按份之债的多数债权人或债务人的债权或债务各自是独立的，相互间没有连带关系；而连带之债的连带债权人或连带债务人的权利或义务是连带的。在按份之债中，任一债权人接受了其应受份额义务的履行或者任一债务人履行了自己应承担份额的义务后，与其他债权人或债务人均不发生任何权利、义务关系。在连带之债中，连带债权人的任何一人接受了全部义务履行，或者连带债务人的任何一人清偿了全部债务时，虽然原债归于消灭，但连带债权人或连带债务人之间则会产生新的按份之债。

五、简单之债与选择之债

根据债的标的有无选择性，债可分为简单之债和选择之债。简单之债是指债的标的是单一的，当事人只能以该种标的履行并没有选择余地的债，所以又称不可选择之债。选择之债是相对于不可选择之债而言的，是指债的标的为两项以上，当事人可以从中选择其一履行的债。例如，对商品实行“三包”制度，在出售的商品不合质量要求时，买受人与出卖人之间就会发生选择之债，或修理、或更换、或退货，当事人须从中选择一种履行。

六、主债与从债

根据两个债之间的关系，债可分为主债和从债。主债是指能够独立存在，不以他债为前提的债。凡是不能独立存在，而必须以主债的存在为成立前提的债，为从债。主债与从债是相互对应的，没有主债不发生从债，没有从债也无所谓主债。

区分主债与从债的法律意义在于：从债对主债起着担保作用，从债的效力决定于主债的效力，它随主债的存在而存在，随主债的终止而终止。例如，某一借款合同设有保证条款，便存在两个债：一是借款合同之债，即主债；一是保证合同之债，即从债。如借款人履行了还款义务，主债消灭，保证合同这一从债也就随之归于消灭。

七、财物债务与劳务债务

根据债务人的义务是提供财物还是提供劳务，债可分为财物债务和劳务债务。

财物债务是指债务人须给付金钱或实物的债，亦即债之标的为财物。例如，买卖合同之债，交付的标的为有形财物，如房屋、汽车、书籍等。劳务之债是指债务人须提供劳务的债，亦即债之标的为劳务。例如，委托合同之债，受托人须以进行委托行为为债的给付标的，此时的标的就是提供劳务。

区分财物债务和劳务债务的意义在于：当债务人不履行债务时，财物债务可适用强制履行方式，劳务债务则不宜适用强制履行方式。

第四节 债的履行

一、债的履行的概念

债的履行是指债务人按照合同的约定或者依照法律的规定全面履行自己所承担的义务。《民法通则》第84条第2款规定：“债权人有权要求债务人按照合同的约定或者依照法律的规定履行义务。”

不同类型的债，其履行的表现形式是不同的。在合同之债中，最常见的如买卖合同的出卖人交付标的物，买受人支付价款；货物运输合同的承运方将托运货物按照约定运送至规定的地点，托运方为此支付酬金；承揽合同的承揽人按时、按质、按量完成规定的工作，定作人按时接受并支付报酬等，都是债的履行。而各种非合同之债，其履行分别表现为：不当得利人须将其取得的不当得利返还受损失者；无因管理的管理人应将其所管理的事务移交本人；不法侵害人应当赔偿受害人所受到的损失等。

二、债的履行的原则

(一) 实际履行原则

实际履行是指当事人应严格按照债的规定的标的履行。它具体包含下列两层意思：

1. 合同当事人须严格按照约定的标的履行，不能以其他标的代替。例如，买卖合同的出卖人应交付合同规定的商品，而不能以其他货物或金钱代替；运输合同的承运人不能以支付金钱来代替对货物的运送。严格按照约定的标的履行，是由合同的法律效力和当事人所追求的经济目的所决定的。

2. 合同当事人一方不履行合同时，他方当事人可以要求继续实际履行。债务人不自觉履行的，债权人可以请求人民法院强制债务人继续实际履行。

(二) 协作履行原则

协作履行是指债的当事人在债的履行中应相互协作，诚信以待。它主要表现在以下方面：

1. 债的当事人各方都应严格按照规定或约定的条件履行自己的义务。这是协作履行的基本要求。

2. 债权人应尽量协助债务人履行义务，为债务人履行义务创造必要的条件。例如，债权人住所改变的，应及时通知债务人。

3. 遇有不能按原规定履行的情况时，应按法律规定或合同的约定采取积极措施，作出处理。例如，因发生洪水不能按时发运货物的，应将该情况通知对方，以使对方及时作出相应的补救措施。

(三) 经济合理的原则

经济合理原则要求当事人履行债务时，要讲求经济效益，既要考虑自己一方的利益，也要考虑他方的利益和社会利益，尽量为对方节省开支，避免浪费，以最节省的方式取得大的效益。

(四) 适当履行原则

适当履行原则是指当事人应按照法律的规定或合同的约定全面、正确地履行债务，故又称全面履行或正确履行。适当履行不仅要求债务人严格按照债的标的实际履行，而且还要求按照债务的履行期限、地点、方式来履行。

三、债的履行的具体要求

(一) 履行主体

履行主体，是指履行债的义务和接受债的履行的人。进一步说，债务人

和债权人就是债的履行主体。

在某些情况下，第三人也可以成为债的履行主体。它包括以下两种情况：一是由第三人代替债务人履行义务。例如，甲欠乙借款至期未还，经协商，丙同意替甲向乙偿还借款，即属此种情况。丙是以第三人的身份代替债务人甲履行债务。二是由第三人代替债权人接受债务人的履行，即由第三人接受履行。债权人可以指定债务人向其指定的第三人履行。例如，甲向乙定购一批机器，甲指定乙将这批机器交付给丙厂，丙厂接受这批机器，就是第三人接受履行。

(二)履行标的

履行标的是指债务人向债权人履行义务应交付的对象。当事人严格按照约定的标的履行义务，是实际履行原则的要求。只有在法律规定或者合同约定允许以其他标的代替履行时，债务人才可经债权人同意后以其他标的履行。

1. 债务人以给付实物履行债务的，交付的标的物的数量、质量必须符合法律规定和合同的约定。标的物的质量应按合同中约定的标准履行。如果合同中对标的物的质量规定不明确，则按照国家质量标准履行；没有国家质量标准的，按部颁标准或者专业标准履行；没有部颁标准或者专业标准的，按经过批准的企业标准履行；没有经过批准的企业标准的，按标的物产地同行业其他企业经过批准的同类产品的质量标准履行。

2. 以完成一定工作或劳务履行义务的，债务人应当严格按合同和法律规定的质量、数量完成工作或提供劳务。

3. 以货币履行义务的，除法律另有规定的以外，必须用人民币计算和支付。除国家允许的现金交易外，法人之间的经济往来，必须通过银行转帐结算。

4. 在支付标的之价款或酬金时，当事人应按照合同约定的标准和计算方法确定的价款来履行，合同中约定价款不明确的，按照国家规定的价格履行；国家没有规定价格的，参照市场价格或者同类物品的价格或者同类劳务的报酬标准履行。如果当事人订立的合同是执行国家定价的，在合同规定的交付期限内国家价格调整时，按交付时的价格计价。逾期交货的，遇价格上涨时，按原价格执行；价格下降时，按新价格执行。逾期提货或逾期付款的，遇价格上涨时，按新价格执行；价格下降时，按原价格执行。

(三)履行期限

履行期限是指债务人向债权人履行义务和债权人接受债务人履行的时间。履行期限可以是具体的某一期日，也可以是某一期间。如果合同中约定的期限不明确，当事人又协商不成的，则合同债务人可以随时向债权人履行义务，债权人也可以随时要求债务人履行义务，但应当给对方必要的准备时间。

债务人在履行期限届满后履行，称为债的逾期履行，又称迟延履行。债务人在履行期限届满前就履行自己的义务称为债的提前履行。经债权人同意的提前履行，应视为双方对履行期限的变更，其履行便是适当的。未经债权人同意，原则上是不能提前履行债务的。

(四)履行地点

履行地点是指债务人履行义务和债权人接受履行的地点。如果当事人对履行地点约定不明确，给付货币的，在接受给付一方的所在地履行，其他标

的在履行义务一方的所在地履行；但标的为工程项目和建筑物的，应在标的的所在地履行。凡符合上述规定的履行地点的履行，为适当履行。

(五)履行方法

履行方法是指债务人履行义务的方式。履行方法是由法律规定或合同约定的。债的性质和内容不同，其履行方法也不同。有的债应一次性全部履行，如一次性交货的买卖合同；有的债应分次分部分履行，如分批发放贷款的借款合同；有的债应定期履行，如按月交租的房屋租赁合同；等等。

第五节 债的担保

一、债的担保的概念与特征

债的担保是债履行的一种法律形式，是债法中的重要制度。债的担保是保障债权人实现其权利的一种最为有效的措施。

债的担保的特征：

第一，债的担保具有从属性。所谓从属性，是指担保之债与被担保之债形成主从关系。担保之债是从债，被担保之债是主债；担保之债是对主债效力的补充和加强，受主债效力的制约。主债无效，担保之债亦不能存在；担保之债随主债的终止而终止。

第二，债的担保具有自愿性。债的担保，有的是由法律直接规定的，称为法定担保。但在一般情况下，担保是由当事人通过合同自愿设立的。是否设立担保，采用何种形式担保，担保多大范围的债务，法律一般不加干涉，完全由当事人商定。

第三，债的担保具有明确的目的性。债的担保是保障债权人利益的，不论设定何种担保，当事人设立担保的目的都是十分明确的，即确保债权人的利益能够得到满足。

依照我国《民法通则》和《担保法》的规定，债的担保方式有保证、定金、抵押、质押、留置五种。后三种担保方式属于担保物权的性质，故本节从略。

二、保证担保

(一) 保证的概念及特征

保证是指由第三人向债权人担保，在债务人不履行债务时，由他负责履行债的全部或一部的一种担保方式。这里，承担担保责任的第三人称为保证人，其债务被担保的人称被保证人。我国民法通则规定：保证人向债权人保证债务人履行债务，债务人不履行债务的，按照约定由保证人履行或者承担连带责任。担保法规定：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為。由此可知，保证具有以下特征：

第一，保证本身是一种合同关系，是第三人与债权人签订的关于保证债务人履行债务的一种从属性的合同。债权人与债务人之间所设立和存在的合同关系，是保证合同产生和存在的前提。

第二，一般的保证合同虽然与其所保证的债权的关系密不可分，但保证人并非主债的当事人。只有债务人(即被保证人)不履行其义务时，债权人才能要求保证人承担保证责任。

(二) 保证成立的条件

保证由保证人和被担保的债务的债权人订立保证合同，因此，保证合同的当事人是保证人和主债的债权人。保证成立的条件是：

1. 保证人应当是具有代偿能力的。保证人应当具有相应的民事行为能力，因此，国家机关不能担任保证人；但经国务院批准为使用外国政府或国际经济组织贷款进行转贷的除外。学校、医院、幼儿园等以公益为目的的事业单位、社会团体亦不得为保证人。不具有法人资格的企业法人的分支机构，以自己的名义对外签订的保证合同，应当认定无效；但因此而给债权人造成损失的，应负赔偿责任。分支机构如有法人的书面授权，则可以在授权范围

内提供保证。

2. 保证人有承担保证责任的明确意思表示。保证人是以自己的信用、名义为债务人作担保的，因此，保证人承担保证责任的意思表示是保证合同成立的必要条件。如果行为人只是向债权人介绍或者提供债务人的支付能力情况，而没有明确表示对债务人履行合同承担保证责任的，则不能认定保证成立，行为人便不是保证人。

3. 保证合同应采用书面形式。保证合同应当以书面形式订立，并载明下列内容：被保证的主债权的种类、数额；债务人履行债务的期限；保证的方式；保证担保的范围；保证的期间等。未订立独立的保证合同，而在主合同上加上保证条款或保证人签章的，亦认为保证合同成立。

(三) 保证的方式

保证的方式依担保法的规定分为两种：一为一般保证，一为连带责任保证。一般保证是指当债务人不能履行债务时，由保证人承担保证责任。连带责任保证是指债务人在主合同规定的履行期届满而没有履行债务的，债权人可以要求债务人履行债务，也可以要求保证人承担责任。二者最主要的区别是：如为一般保证，则只有在主债务人确实不能履行债务时，保证人才承担责任。换言之，债权人首先应向债务人追偿债务，而不能直接向保证人主张权利，保证人在主合同纠纷未经审判或仲裁并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前，有权拒绝对债权人承担责任。而连带责任保证，则一旦主债务履行期限届满债务人未履行债务，债权人就可以直接向保证人主张权利，要求保证人承担保证责任。因此，连带责任保证是一种比一般保证更为严格的保证方式。当事人可以在保证合同中约定采用哪一种保证方式。如果当事人对保证方式没有约定或约定不明确，则按连带责任保证承担保证责任。

(四) 保证的效力

1. 保证责任的范围。保证担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金和实现债权的费用。当事人可以约定保证责任范围的大小，选择其中一项或数项或全部进行担保。如果当事人对保证责任范围没有约定或约定不明确，则保证人应对全部债务承担责任。

2. 主合同当事人变更对保证责任的影响。在保证期间内，如果债权人依法将主债权转让给第三人，不影响保证的效力，保证人仍应在原保证担保的范围内继续承担保证责任。如债权人许可债务人转让债务给第三人，应取得保证人的书面同意，否则保证人不再承担保证责任。

3. 主合同内容变更对保证责任的影响。如果债权人与债务人协议变更主合同，应取得保证人的书面同意，否则保证人不再承担保证责任。

4. 保证责任的期间。当事人可以在保证合同中约定保证人承担保证责任的期间。未约定期间的，一般保证为主债务履行期届满之日起6个月，在此期间内若债权人未对债务人提起诉讼或者申请仲裁的，保证人的保证责任得以免除。连带保证也为主债务履行期届满之日起6个月，在此期间内若债权人只对债务人而未对保证人要求承担责任的，保证人的保证责任得以免除。

5. 共同保证。同一合同债务也可以由几个人作保证。两个或两个以上的保证人对同一义务人保证同一义务的，叫共同保证。共同保证的各保证人依法律规定或相互约定承担保证责任。共同保证人可以约定按份承担保证责任，也可以约定承担连带保证责任。若法律和合同没有明确规定各共同保证

人的保证范围，则推定为各保证人负连带保证责任。

三、定金担保

(一) 定金的概念和性质

定金是指合同当事人一方，以保证合同履行为目的，于合同成立时或未履行前，在合同规定的范围内给付对方的一定数额的款项。《民法通则》第89条第(3)项规定：“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。”

定金具有以下性质和作用：

第一，证约作用。定金具有证明合同成立的证明力。定金一般是在合同订立时交付，这一事实足以证明当事人之间合同的成立，因此，定金是合同成立的证据。

第二，预先给付的性质。定金只能在合同履行前交付，因而具有预先给付的性质。正因为定金具有预先给付的性质，所以定金的数额应在合同规定的应给付的数额之内，在主债务履行后定金可以抵作价款或返还。

第三，担保作用。定金具有担保效力。因为定金交付后，在当事人不履行债务时会发生丧失定金或者加倍返还定金的后果，因而它起到督促当事人履行合同，确保债权人利益的担保作用。

(二) 定金的成立和效力

定金由当事人订立定金合同成立。定金合同除具备合同成立的一般条件外，还须具备以下条件：第一，定金合同以主合同(主债)的有效成立为前提。这是由定金合同的从属性决定的。第二，定金合同以定金的交付为成立要件。定金合同为实践性合同，如果只有双方当事人的意思表示一致，而没有一方向另一方交付定金的交付行为，定金合同不能成立。第三，定金的数额由当事人约定，但不得超过主合同标的额的20%。

定金给付后，发生以下三方面的效力；一是证明合同的成立。二是在合同履行后，定金可抵作价款。三是在合同不履行时，适用定金罚则，即若交付定金一方不履行合同，则丧失定金；接受定金一方不履行合同，应当双倍返还定金。这是定金的主要效力，体现了定金的担保性质。

(三) 定金与预付款的区别

定金与预付款都是在合同履行前一方当事人预先给对方的一定款项，都具有预先给付的性质，在合同履行后，都可以抵作价款。但二者有着根本的区别，这表现在以下方面：其一，定金是合同担保方式，主要作用是担保合同履行；而预付款的主要作用是对方履行合同提供资金上的帮助，属于履行的一部分。其二，交付定金的协议是从合同，而交付预付款的协议一般为合同内容的一部分。其三，定金只有在交付后才能成立，而交付预付款的协议只要双方意思表示一致即可成立。其四，定金交付后当事人不履行合同时，适用定金罚则，而预付款交付后当事人不履行合同时，不发生丧失或双倍返还的效力。

第六节 债的移转

一、债的移转的概念

债的移转是指不变更债的内容，而变更债的当事人的一种法律行为。例如，买卖合同成立之后，买受人的变更，就是债的移转。所以债的移转就是债的主体的变更。

债的移转包括协议移转和法定移转两种情况。协议移转是指当事人根据协议变更债的主体。债的法定移转是指直接根据法律的规定而发生的债主体变更。例如，《民法通则》第44条第2款规定：“企业法人分立、合并，它的权利义务由变更后的法人享有和承担。”按此规定，在法人发生分立、合并时，它的债权、债务便发生主体的法定移转，即原法人在债中享有的权利和义务全部移转给变更后的新法人。

债的移转依据移转的主体的不同，可分为债权让与和债务转移两种情况。债权让与即债权人主体的变更，债务转移即债务人主体的变更。下面分别论述之。

二、债权让与

债权让与是指原债权人和受让的第三人订立债权转让的协议，将债权转让给第三人。例如，甲与乙之间订立买卖合同，在甲交付货物后，尚未收讫货款前，甲与丙达成协议，甲将其对乙享有的债权让与给丙，则丙成为原买卖合同的债权人，这便是债权的让与。

债权的让与以债权的可让与性为必备条件。凡债之性质决定不能转让的权利，债权人不得转让。依照法律规定应由国家批准债权，其债权转让也应国家批准。债权让与协议生效后，转让人便退出债的关系，不再是债的主体。受让人则成为新债权人，取代原债权人的法律地位，债务人应向新债权人履行债务。

债权的让与一般不会引起债务人义务的加重，不会损害债务人的利益。所以，债权让与在不增加债务人负担的情况下，无须征得债务人同意，但债权人负有将债权转让事实通知债务人的义务。如债权人不履行通知义务，由此造成的损失则应由转让人对债务人承担赔偿责任。我国《合同法》规定，无论债权的全部或部分转让，应通知债务人。

三、债务转移

债务转移是指债务人和第三人订立债务转移协议，将债务转移给第三人。由于债务由谁承担和履行，直接关系到债权人的权利有无保障，所以，债务转移的协议须经债权人同意才能成立生效，未经债权人同意的债务转移协议无效。

根据债的性质或者法律规定不能转移的债务不能转移。转移需经国家批准的合同债务的，债务转移协议还需经原合同批准机关批准。

债务转移可以是全部债务转移，也可以是部分债务转移。债务全部转移的，债务转移协议生效后，受让人成为新债务人，取代原债务人而为债务主体，承担全部债务。原债务人退出债的关系，不再是债务人，债权人只能向新债务人主张权利，请求履行。债务部分转移的，转移协议生效后，原债务人和新债务人一并为债务人一方，形成多数人之债务，他们各自按照转移协议约定的份额承担债务。如果转移协议中没有约定各债务人的份额或者约定不明确，则原债务人和新债务人共同承担连带债务。例如，甲与乙订有借用

合同，乙在借用期届满前与丙签订协议，由丙借用出借物，向甲支付费用并在借用期届满时负责返还出借物，这便是债务的转移。

第十七章 合同概述

第一节 合同的概念与特征

一、合同的概念

合同，又称契约。它有广义、中义和狭义之分。广义的合同是指当事人之间设立的具有权利义务内容的协议。广义的合同不仅包括民法上的债权债务合同、物权合同和身份合同，而且包括国家法上的国家合同、行政法上的行政合同和劳动法上的劳动合同等。中义的合同是指当事人之间设立、变更、终止民事关系的协议。它是指民法上的债权债务合同、物权合同和身份合同。狭义的合同是指平等主体的自然人、法人和其他组织之间设立、变更、终止债权债务关系的协议。它仅指民法上的债权债务合同。我们通常所指的合同是指狭义合同。我国合同法规定的合同应为狭义合同，有关婚姻、收养、监护等有关身份的协议，不属于合同法调整，而适用其他法律的规定。

二、合同的特征

合同具有如下法律特征：

(一)合同是一种民事法律行为

民事法律行为是一种发生一定民事法律后果为目的的行为。作为民事法律行为的合同，其当事人的目的总是为了设立、变更或终止一定民事关系。其中，旨在设立民事关系的为最多，旨在变更者次之，旨在终止者较少。这三种情况无论是哪一种，都表现出当事人的行为是以产生一定的法律后果为目的。合同的这一特征，使其区别于一般社交中的约定行为。一般社交中的约定行为并不产生法律上的民事法律关系。当然，能够产生一定的民事法律关系的并不都是合同行为。例如，合同以外的无因管理行为、侵权行为都会产生民事法律关系，但不是合同行为。

(二)合同是双方或多方当事人之间的民事法律行为

民事法律行为有单方和双方或多方之分。合同是双方或多方当事人之间的民事法律行为，须由双方或多方当事人意思表示一致，才能形成合同关系。合同关系中必须有两个或两个以上的主体，一个主体不可能形成合同关系。合同关系中的两个或两个以上主体必须是平等主体，非平等主体之间形成的协议不属于合同法上所讲的合同。例如农村土地承包合同、企业承包合同，都不属于合同法上的合同，它们由专门的合同条例规定和调整。总之，合同必须有双方或多方当事人，且合同法上的合同当事人必须是平等主体。

(三)合同是当事人在平等互利基础上的法律行为

所谓平等，是指合同当事人法律地位平等，不存在谁领导谁的问题，不允许任何一方将自己的意志强加给对方。所谓互利，是指除少数合同外，当事人要取得一定的经济利益。就要付出对等的代价。平等互利，是合同关系区别于以命令、服从为特征的行政关系的根本区别。

第二节 合同的分类

一、计划合同与非计划合同

这是根据合同受国家计划影响的程度划分的。计划是合同，是指合同双方直接依据国家计划签订的合同。非计划合同，是指当事人不是根据国家计划签订的合同。合同的这种法律分类的意义在于：直接以指令性计划为基础的合同，必须严格按国家指令性计划签订。合同的协议变更或解除须经计划机关批准。非计划合同由于与国家计划无关，其订立、变更或解除均可由当事人双方协商议定。

二、单务合同与双务合同

这是根据合同当事人双方权利、义务的分担进行划分的。双务合同是指合同当事人双方相互享有权利，相互负有义务的合同，如买卖合同。单务合同是指合同一方当事人只享有权利而不负担义务，另一方只负担义务而不享有权利的合同，如借用合同。区分单务合同和双务合同的法律意义在于：(1) 义务履行的顺序意义不同。双务合同当事人的义务履行顺序有意义，如果法律和合同没有另外的规定，任何一方在自己没有履行义务时，都无权请求对方履行义务；任何一方在没有接受对方的义务履行前，都无权拒绝履行自己的义务。而单务合同因义务由一方负担，履行顺序没有意义。(2) 风险负担不同。双务合同当事人一方因不可抗力不能履行合同时，无权要求对方履行；对方已经履行，则应将其所得返还给对方。例如买卖合同出卖方因不可抗力不能交付出卖的物品，则无权要求买受方交付价款；若买受方已支付价款，则出卖方应将收受的价款返还给买受方。单务合同则不发生返还问题。(3) 因过错不能履行的后果不同。双务合同当事人一方因自己的过错而不能履行合同时，对方已经履行的，对方可以要求其履行合同或解除合同，也可要求其承担违约责任。单务合同不发生这种结果。

三、有偿合同与无偿合同

以当事人取得权益是否须付相应代价为标准，合同可分为有偿合同与无偿合同。有偿合同是指当事人一方享有合同规定的权益，须向对方当事人偿付相应代价的合同。买卖、租赁、保险等合同是其典型。无偿合同是指当事人一方享有合同规定的权益，不必向对方当事人偿付相应对价的合同。赠与合同是其典型。

有偿合同与无偿合同的划分，同双务合同与单务合同的划分并非完全等同。一般来说，双务合同都是有偿的，但单务合同并非皆为无偿合同。有些单务合同是无偿的，如赠与合同，有些单务合同则为有偿合同，如借贷合同。

区分有偿合同与无偿合同的法律意义在于：其一，责任的轻重不同。在有偿合同中，债务人所负的关注程度较高，在无偿合同中，债务人所负的关注程度较低。其二，主体要求不同。订立有偿合同原则上订约人应具有完全民事行为能力；订立无偿合同，行为人的行为能力没有要求。如无民事行为能力人、限制民事行为能力人可以订立纯获利益的合同。其三，可否行使撤销权不同。如果债务人将其财产无偿转让给第三人，严重减少债务人的责任财产，害及债权人的债权，债权人可以直接请求撤销无偿行为。但对于有偿的明显低价的处分行为，只有在债务人及其第三人在实施交易行为时有加害债权人的恶意时，债权人方可行使撤销权。其四，有无返还义务不同。如果无处分权人通过有偿合同将财物转让给第三人，第三人若为善意时，一般不

负返还原物的义务；若通过无偿合同将财产转让给第三人，在原物存在时，第三人负返还原物的义务。

四、诺成性合同与实践性合同

这是根据合同是否以交付标的物为生效要件划分的。诺成性合同是指当事人意思表示一致即告成立且生效的合同。例如，动产买卖合同，双方当事人就合同的主要条款达成一致意见，合同就成立，所以动产买卖合同是诺成性合同。实践性合同是指除当事人意思表示一致以外，须以实际交付标的物才能生效的合同。例如，借用合同，只有在出借人将借用物交付借用人时，合同才成立，因此借用合同是实践性合同。区分诺成性合同和实践性合同的法律意义是：诺成性合同与实践性合同的生效要件不同。诺成性合同是双方当事人意思表示一致，合同即发生法律效力，双方当事人即受合同的约束。实践性合同在交付标的物前，合同不生效，对当事人不具有约束力。

五、要式合同与非要式合同

这是根据合同的成立是否需要特定的法律形式划分的。要式合同是指必须采用特殊法定形式才能成立的合同。例如不动产转让合同，必须采用书面形式合同才能成立。不要式合同是指法律没有特别规定，当事人也没有特别约定需采用特殊形式的合同。区分要式合同与不要式合同的法律意义在于：要式合同，如缺乏形式要件，则不能成立和生效；不要式合同，当事人可采用任何形式，合同形式不影响合同的成立及效力。

六、主合同与从合同

这是根据合同间的主从关系划分的。主合同是指不依赖他合同而独立存在的合同。从合同是指以他合同的存在为存在前提的合同。例如，为担保借款合同而订立抵押合同，借款合同为主合同，抵押合同为从合同。主合同不存在，从合同也不能存在；主合同消灭，从合同也随之消灭。

七、有名合同与无名合同

根据法律是否设有规范并赋予一个特定名称为标准，合同可分为有名合同与无名合同。有名合同是指法律设有规范，并赋予一定名称的合同。如我国合同法分则规定的买卖合同、赠与合同、承揽合同等。无名合同是指法律尚未特别规定，亦未赋予一定名称的合同。区分有名合同与无名合同的意义在于：有名合同直接适用法律的规定，直接适用法律为其设定的规范；无名合同适用合同总则的规定，并参照分则或其他法律相类似的规定。

八、束己合同与涉他合同

以是否贯彻合同相对性原则为标准，合同可分为束己合同与涉他合同。

束己合同，是指严格遵守合同的相对性原则，合同当事人为自己约定并承受权利义务，第三人不能向合同当事人主张权利和追究责任，合同当事人也不得对第三人主张权利和追究责任的合同。

涉他合同突破了合同相对性原则，合同当事人在合同中为第三人设定了权利或约定了义务的合同。它包括为第三人利益的合同和由第三人履行的合同。

为第三人利益的合同是指当事人为第三人设定了合同权利，由第三人取得利益的合同。它有如下特征：(1)第三人不是缔约人，不需要在合同上签字或盖章，也不需要代理人参加缔约。(2)合同只能给第三人设定权利，而不得为其约定义务。(3)合同成立后，第三人可以接受该合同权利，也可以拒绝接受该权利。在第三人拒绝接受该权利时，该权利归缔约人享有。

由第三人履行的合同是指合同当事人为第三人约定了合同义务，由第三人向合同债权人履行该合同义务的合同。它的特征是：(1)第三人不是缔约人，不需要在合同上签字或盖章，也不需要其代理人参与缔约。(2)合同为当事人的约定并未增加第三人的负担，合同实际上是以第三人既负的给付为标的。(3)该约定不约束该第三人，当第三人拒绝履行合同时，合同债务人负责履行。

区分束己合同与涉他合同的法律意义在于：一是明确缔约目的不同；二是合同的效力范围不同。

第三节 合同法的基本原则

一、平等原则

合同法上的平等原则是民法平等原则的体现和贯彻，它集中地体现了合同关系的本质。所谓平等，其含义为：(1)合同是平等主体之间设立、变更、终止债权债务关系的协议，非平等主体之间的合同关系不属合同法上的合同关系。(2)合同当事人法律地位平等。不论是公民之间订立的合同，还是法人之间订立的合同或其他组织之间订立的合同以及他们相互之间订立的合同，合同双方或多方当事人的地位是平等的，不允许当事人之间因财产多寡、实力强弱而不平等。(3)合同当事人不得将自己的意志强加给另一方。合同是双方合意的结果，应体现双方的真实意思，这种真实意思只能在平等的前提下才能形成。

二、自愿原则

我国合同法将自愿原则确立为合同法的基本原则是基于合同本质的规定。自愿原则的功能有二：其一，排除非正当行使的国家权力，国家权力的行使，以法律有明文规定为限。其二，合同当事人的自由意志不受其他当事人的非法干预。自愿原则的基本含义是：(1)当事人有订立或不订立合同的自由，合同当事人是否订立基于自己的自愿；(2)当事人有选择合同另一方的自由，除国家指令性计划合同外，合同当事人选择与谁签订合同，基于自己的意志；(3)合同当事人有决定合同内容的自由，当事人签订何种内容的合同，其条款如何设定，只要符合法律，不受外人干涉；(4)合同当事人有决定合同形式的自由，除法律有特殊要求的外，合同形式由合同当事人自己决定。

三、公平原则

我国合同法律公平原则确立为基本原则，同样是基于合同的本质规定。合同关系反映的是一种商品流转关系。商品流转只有符合公平原则，才能使市场处于有序状态。遵循公平原则就是要求合同双方在权利义务的安排上大致相等；合同一方不得利用自己的优势地位或利用对方没有经验，而签订显失公平的合同。

四、诚信原则

我国合同法将诚信原则确立为基本原则，同样是基于合同本质的规定。合同关系从本质上讲是一种信用关系。诚实信用是合同关系得以维持和发展的基本要求。诚信原则的基本含义是：(1)合同权利人应正当行使权利，不得滥用权利；(2)合同义务人应积极地履行义务；(3)合同当事人在行使权利、履行义务时禁止欺诈、胁迫、乘人之危，否则将导致合同无效。

第十八章 合同的订立

第一节 合同订立的一般程序

合同订立的一般程序，从法律上可分为要约和承诺两个阶段。

一、要约

(一) 要约的概念及有效要件

1. 要约的概念。要约是指一方当事人向他人作出的以一定条件订立合同的意思表示。前者称为要约人，后者称为受要约人。

2. 要约的有效要件。一般认为，要约应具有下列要件，才具有效力：(1) 要约必须是特定人的意思表示。这一特定的人可以是自然人、法人，也可以是本人或代理人，但在客观上是可以确定的人。只有这样，受要约人才能对之承诺。(2) 要约必须是向相对人发出的意思表示。要约的相对人应为特定的人，但在特殊情况下也可以为不特定的人。例如商品广告的内容符合要约规定的，可以视为要约。(3) 要约必须是能够反映所要订立合同主要内容的意思表示。要约除须表明要约人订立合同的愿望以外，还须拟订合同的主要条款，如标的，质量，数量，价款或酬金，履行期限，履行地点和方式，违约责任和解决争议的方法等，以供被要约人考虑是否承诺。要约必须同时具备上述三个条件，才具效力。

3. 要约的形式。要约作为一种意思表示，可以以书面形式作出，也可以以对话形式作出。书面形式包括信函、电报、电传、传真、电子邮件等函件。究竟以什么形式作出，应根据法律规定或具体合同而定。无法律规定的，当事人可视具体合同自由选择要约形式。

4. 要约的法律效力。要约到达受要约人时生效。这里可以区分为三种情况：(1) 对话形式的要约，自受要约人了解时发生效力；(2) 书面形式的要约于到达受要约人时发生效力；(3) 采用数据电子形式进行要约，收件人指定特定系统接收数据电文的，该数据电文进入该特定系统的时间，视为到达时间，即要约生效时间，未指定特定系统的，该数据电文进入收件人的任何系统的首次时间，视为到达时间，即要约生效时间。

要约的法律效力主要是指在要约有效期内，要约人不得随意改变要约的内容，不得撤回要约，否则，由此而给受要约人造成损失的，必须承担赔偿责任。

(二) 要约与要约邀请

要约邀请，也称为要约引诱，是指行为人邀请他人向其提出要约。这是一种事实行为，不具有法律意义，即对行为人不具有约束力。虽然要约邀请的最终目的也是为了订立合同，但它本身不是要约而是邀请他人向自己提出要约，由此而引发的要约，须经发出要约邀请的一方表示承诺，合同才得以成立。可见，要约邀请，仅是当事人订立合同的预备行为。现实生活中的价目表的寄送、拍卖广告、招标公告、招股说明书、商品广告(符合要约规定的除外)属于要约邀请。

要约与要约邀请的区别是：(1) 要约一般情况下是向特定人发出的，而要约邀请是向非特定人发出的；(2) 要约的内容具体确定；而要约邀请的内容没有这一要求；(3) 要约是订立合同的行为，因此，要约对要约人具有约束力，而要约邀请是订立合同的预备行为，对行为人不具约束力。

(三)要约的撤回

要约的撤回是指在要约发生法律效力以前，要约人欲使其丧失法律效力的意思表示。要约是可以撤回的。但撤回要约应具备一定条件，即撤回要约的通知应当在要约到达受要约人之前或者同时到达受要约人。例如，要约人采用平信方式发出要约，后即用传真方式发出撤回要约的通知，就可撤回要约。要约被撤回的，即对要约人失去约束力。但是如果要约已到达受要约人，该要约便不可撤回。

(四)要约的撤销

要约的撤销是指在要约生效后，要约人欲使要约丧失法律效力的意思表示。我国法律承认要约人对要约的撤销权，但撤销要约的通知应当在受要约人发出承诺通知之前到达受要约人。要约被撤销的，即丧失对要约人的约束力。但是要约中确定了承诺期限或明示要约不可撤销的及受要约人有理由认为要约是不可撤销的，且为履行合同作了准备工作的，要约不可撤销。

(五)要约的消灭

要约的消灭，是指要约丧失其法律效力。要约消灭的原因主要有：(1)受要约人拒绝要约。受要约人可以用通知方式拒绝，也可以用沉默方式拒绝。即使已表示承诺，如对要约的内容扩张、限制或变更，亦视为拒绝。要约因拒绝而消灭，一般发生在要约的相对人为特定人的情况下，对不特定的人所作的要约，并不因特定的人表示拒绝而归于消灭。(2)要约已过有效期限。要约的有效期限，即受要约人有权承诺的期间。凡要约人在要约中订明承诺期间的，期间届满即失去效力；要约人未订明承诺期间的，合理期间届满后，要约丧失效力。(3)要约人撤回要约或撤销要约。要约因撤回或撤销而失去效力。(4)特定条件下的要约人死亡或受要约人死亡，要约也归于消灭。

二、承诺

(一)承诺的概念及有效要件

承诺是指受要约人同意要约内容缔结合同的意思表示。承诺的有效要件是：(1)承诺必须由受要约人作出。受要约人以外的任何第三人即使知道要约的内容并对此作出同意的意思表示，也不能认为是承诺。受要约人，通常是指受要约人本人，但也包括其授权的代理人。代理人在授权的范围内所作的承诺与受要约人的承诺具有同等的效力。(2)承诺必须是在有效期内作出。所谓有效期限是指：要约指定了承诺期限的，所指定的期限即为有效期限；要约未指定期限的，通常认为合理的期限即为有效期限。(3)承诺必须与要约的内容一致。承诺对要约的内容进行实质性变更的，便不构成承诺，而视为一项新要约或反要约。所说实质性变更是指有关合同标的、数量、质量、价款或报酬、履行期限、地点和方式、违约责任和解决争议方法等的变更，承诺未对要约内容进行实质性变更除要约人及时表明反对或者要约表明不得对要约内容作任何变更的以外，不为对要约的变更，该承诺有效。合同内容以承诺的内容为准。(4)承诺须向要约人作出。承诺是对要约的同意，据此成立合同，须由要约人作为一方当事人。非向要约人作出同意要约的意思表示，不为承诺，但向要约人的代理人作出承诺，视为向要约人作出。

(二)承诺的表示方式

作为意思表示的承诺，其表示方式应与要约相一致，即要约以什么方式作出，承诺也应以什么方式作出。承诺的表示方式应注意以下几点：(1)要约以对话方式作出的，除当事人另有约定的以外，就当即时作出，过后承诺的，

要约人有权拒绝。(2)承诺的表示一般应以通知的方式作出。通知可以是口头的或书面的，但依法必须以书面形式订立的合同，其承诺必须以书面形式作出。(3)根据交易惯例或要约表明可以通过行为作出承诺的，行为亦可作为承诺的表示方式。(4)当事人可约定数据电文作为承诺方式。(5)承诺应以明示方式作出，缄默或不行为不能作为承诺的表示方式。

(三)承诺的生效时间

承诺的生效，意味着合同的成立。因此，承诺的生效时间至关重要。依我国合同法，承诺在承诺期限内到达要约人时生效。具体而言：(1)要约以对话方式作出的，承诺人即时作出承诺的意思表示，承诺生效；要约人约定承诺期限，承诺在承诺期限内到达要约人时，承诺生效。(2)要约以非对话方式作出的，承诺在合理期限内到达要约人时生效。(3)约定以数据电文形式承诺的，在承诺期限内，收件人(要约人)指定特定系统接收数据电文的，该数据电文进入该特定系统时，承诺生效；未指定特定计算机系统的，该数据电文进入要约人的任何系统的首次时间，即为承诺生效时间。(4)承诺需要通知的，承诺通知到达要约人时生效；承诺不需要通知，根据交易惯例或要约的要求作出承诺行为时生效。

(四)承诺的撤回

承诺的撤回是指承诺人阻止承诺发生法律效力的意思表示。由于承诺一经送达要约人即发生法律效力，合同也随之成立，所以撤回承诺的通知应先于承诺到达要约人或与承诺同时到达要约人。如果晚于承诺到达要约人，鉴于承诺已经发生效力，承诺人不得撤回其承诺。

(五)承诺的确认

承诺的确认是指当事人采用确认书来确认承诺的效力。是否采用确认书形式确认承诺的效力由当事人约定。当事人采用信件、数据电文形式订立合同的，一方当事人也可以要求签订确认书。当事人采用确认书确认承诺的效力的，承诺自确认书签定时成立。

第二节 订立合同中的竞争程序

在订立合同中可以采用竞争的方式。依竞争程序订立合同，包括招标和拍卖两种方式。

一、招标方式

招标方式是由多数竞争人各自提出条件，而由招标人从竞争者中选择一人与之订立合同的一种订约方式。一般要经过招标、投标、开标和决标三个阶段。

(一) 招标

它是指招标人通过一定方式公布一定的标准和条件，招请有关人参加投标。招标人可以向社会公众发布招标通知，也可以直接把招标通知寄送给预期的投标人。招标人在招标通知中并不提出具体的合同条款，因此招标并不具有要约的效力。从法律性质上说，招标属于要约邀请。

(二) 投标

投标又称出价、报价。投标是欲与招标人订立合同的投标人按照招标人提出的要求，在指定期限内向招标人报送标函，提出交易文件。因为投标是投标人按照招标人要求提出订立合同的条件，在法律性质上是要约，在标书的有效期间内发生两方面的法律效力：一方面投标人不得随意变更或撤回标书；另一方面招标人取得承诺的资格。

(三) 开标和决标

开标是指在规定的的时间和地点，按照规定的方式公开各投标人标书的内容。决标，是在开标后，在对各投标人的投标进行评标的基础上作出抉择，确定中标人。决标具有承诺的性质，一旦确定中标人，招标过程即告结束。

二、拍卖

拍卖是指由拍卖人从多数竞争人中选择出价最优者订立合同的订约方式。拍卖一般经过拍卖的表示、应买的表示和拍定三个阶段。

(一) 拍卖的表示

拍卖先由拍卖人发出拍卖的意思表示，提出拍卖的要求。拍卖人的拍卖表示须于特定场所向公众发出。在一般情况下，拍卖的意思表示并不是要约，只是要约邀请。除拍卖人有明确表示外，拍卖人也并无必须与某一买受人订立合同的义务。

(二) 应买的表示

应买的表示是由参加竞争的各买受人提出应买的条件。买受人提出应买的意思表示属于要约。与招标投标不同的是，相互竞争的各买受人彼此都知道他人提出的条件，并可随时修改自己的条件。每个买受人发出的要约在他人提出更优条件时即失去效力。

(三) 拍定

拍定是由拍卖人作出的应卖的意思表示。拍定通常以击钟的方式表示。一般在拍卖人就买受人所出条件高呼三次而无人再提出条件时，拍卖人即击钟拍定。拍定属于承诺，一经拍定，意味着合同的订立阶段结束。

第三节 订立合同的当事人资格

合同当事人可以是自然人，也可以是法人或非法人组织。这里所说的非法人组织是指具有团体性要件又不具有法人资格的社会组织。如合伙组织、非法人独资企业、个体工商户、农村承包经营户、筹建中的法人。

合同当事人应具有相应的民事权利能力和民事行为能力。对自然人而言，无民事行为能力的自然人不具有订立合同的行为能力，不具有订立合同的主体资格，限制民事行为能力人，具有订立与其能力相适应的合同的能力，应认定为具有订立合同的主体资格。但是，无民事行为能力人和限制民事行为能力人订立纯接受利益的合同，如接受报酬、赠与等，应认定为具有订约人资格，合同有效。就法人而言，具有民事权利能力和民事行为能力，是订立合同的主要当事人。对非法人组织而言，他们亦具有订立合同的主体资格，可在其核准登记的范围内订立合同或在其目的范围内订立合同。

合同当事人可以委托代理人订立合同。代理人代订合同，要有载明代理人姓名或名称、代理事项、权限和期限，并由委托人签名或盖章的授权委托书。代理人应当根据授权范围以委托人的名义订立合同，才对委托人产生权利和义务。代理人持介绍信、合同书等代签合同具有授权委托书同样的效力。

第四节 合同的形式

合同的形式是指缔约当事人达成协议的表现形式。合同的形式是为合同内容服务并由之决定的。根据我国合同法的规定，合同形式包括口头形式、书面形式和其他形式。

一、口头形式

口头形式是指当事人以直接对话的方式订立合同。它广泛应用于社会生活的各个领域。合同的口头形式，无须当事人约定。凡当事人无约定或法律未规定特定合同形式的合同，均可采用口头形式。合同采用口头形式的优点是简便易行，缺点是发生纠纷时难以取证，不易分清责任。所以，对于不能即时清结的合同和数额较大的合同，为了保证交易安全，一般不宜采用这种合同形式。合同采用口头形式并不意味着不能产生任何文字的凭证。例如人们去商场购物，商店将开具购物凭证，但这类文字材料只能视为合同成立的证明，而不能视为合同本身。

二、书面形式

书面形式是当事人以书面文字表达协议内容订立合同的形式。它的表现形式包括合同书，信件和数据电文(包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件)等可以有形地表现所载内容的形式。合同采用书面形式比较复杂，但其优点在于权利义务记载清楚，便于履行，发生纠纷时容易举证和分清责任。所以，书面形式大量运用。

书面形式的采用或者基于法律的直接规定或者基于当事人的约定。我国合同法规定，当事人约定采用书面形式的，应当采用书面形式。此外，法律、行政法规规定要采用书面形式的，也应采用书面形式，如担保合同就应采用书面形式。

书面形式可分为普通书面形式和特殊书面形式。普通书面形式是指当事人以文字或有形表现所载内容的形式。特殊书面形式是指除文字表述内容外，还须履行某种特别程序方能成立的形式。特殊书面形式包括：(1)公证形式。公证形式是指当事人约定或依法律规定，以国家公证机关对合同内容加以审查公证的方式订立合同时采取的一种合同形式。公证机关一般以合同的书面形式为基础，对合同内容进行审查后，在合同书上加盖公证印鉴，以资证明。我国法律对合同公证实行自愿原则。合同是否公证，一般由当事人自由约定。(2)鉴证形式。它是指当事人约定或者依照法律规定，以国家合同管理机关对合同内容的真实性和合法性进行审查的方式订立合同的一种合同形式。我国对合同的鉴证形式，允许当事人自由采用。(3)批准形式。它是指法律规定某些类别的合同须采取国家有关主管机关审查批准的一种合同形式。这类合同，除应由当事人达成意思表示一致外，还应将合同书及有关文件提交国家有关主管机关审查批准才能生效。在我国，法律规定了一些合同需经主管机关批准。例如：中外合资企业经营合同、中外合作企业经营合同、中外合作勘探开发自然资源合同、技术引进合同等。合同的批准形式是法律对某些特殊类别合同的要求，法律不要求合同采用批准形式的，当事人不能约定或要求国家有关机关进行批准。反之，凡法律规定必须批准的合同，不经过批准就不能发生法律效力。(4)登记形式。它是指当事人约定或依法律规定，采取将合同提交国家登记主管机关登记的方式订立合同的一种合同形式。登记形式一般用于不动产的买卖合同。某些特殊的动产，如船舶、航空

器，其转让也采用登记形式。在我国，法定登记形式存在于某些种类的合同，如房屋买卖合同、房屋抵押合同、船舶转让合同、土地使用权抵押合同等。

三、其他形式

其他形式是指口头形式、书面形式以外的合同形式。依照我国合同法，其他形式是指行为推定形式。例如，甲乙双方的租房协议5月到期，乙方在5月底仍接收甲方支付的6月份的租金，就可以推定乙同意6月份继续租房于甲，乙接受甲的租金的这一行为就可以推定甲乙之间的租赁合同成立并有效。当然行为推定这种合同形式只适用于交易习惯许可时或要约表明时，而不能普遍适用。

第五节 合同的内容

合同的内容由当事人约定，根据我国合同法，一般应包括以下条款：

一、当事人的名称或姓名和住所

当事人的名称或姓名和住所条款是合同的主要条款之一。合同是双方或多方当事人之间的协议，当事人是谁，住在何处或营业场所在何处应予明确。合同如无当事人名称或姓名及住所条款，则不为合同。在合同事务中，当事人名称或姓名和住所条款往往列入合同的首部。如为涉外合同，当事人名称或姓名和住所条款中还应标明当事人的国籍。

二、标的

标的是合同法律关系的客体，是当事人权利义务共同指向的对象。没有标的即没有客体，没有客体的合同关系是不可能存在的。因此，标的是任何合同都不可缺少的条款。合同的标的可以是货物，也可以是劳务，还可以是技术成果或工程项目等。但法律禁止的行为或禁止转让的物不得作为合同的标的。

三、数量

数量是以数字和计量单位来衡量标的的尺度。数量是确定标的主要要件。没有数量，权利义务的大小就很难确定，有偿合同就失去计算价金的依据。因此，数量条款应作为合同的主要条款予以明确。在合同实务中，没有数量条款的合同是不具有效力的合同。在大宗交易的合同中，除规定具体的数量条款以外，还应规定损耗的幅度和正负尾差。

四、质量

质量是标的的内在素质和外观形态的综合，包括标的的名称、品种、规格、等级、标准、技术要求等。质量条款是合同的主要条款之一。在合同实务中，质量条款能够按国家质量标准进行约定的，则按国家质量标准进行约定；没有质量标准的标的，也可按“凭样品”来规定质量条款。

五、价款或酬金

价款或酬金统称价金，是取得标的物或接受劳务的一方当事人所支付的代价。价金在不同的合同中称谓不同，以物为标的的合同中，这一代价叫价款；在以劳务和工作成果为标的的合同中，这种代价称酬金。对于有偿合同来说，价金条款是关键条款之一。当然，对于无偿合同来说，价金条款不仅不是合同的主要条款，而且连普通条款都不是。

六、履行期限、地点和方式

合同的履行期限，是指享有权利一方要求对方履行义务的时间范围。它既是享有权利一方要求对方履行合同的依据，也是检验负有履行义务一方是否按期履行或迟延履行履行的标准。履行地点是指合同当事人履行和接受履行规定合同义务的地点；履行方式是指当事人采取什么办法来履行合同规定的义务。履行地点和方式涉及当事人权利和义务的界定，也涉及合同履行中责任风险的承担。因此，合同应当明确合同的履行地点和方式。

七、违约责任

违约责任是指违反合同义务应当承担的民事责任。违约责任条款的设定，对于督促当事人自觉适当地履行合同，保护非违约方的合法权益具有重要意义。但违约责任不以合同规定为条件。即使合同未规定违约条款，只要一方违约，且造成损失，就要承担违约责任。

八、解决争议的方法

解决争议的方法是指纠纷发生后以何种方式解决当事人之间的纠纷。合同当事人可以在合同中约定纠纷的解决方式。如当事人在合同中约定仲裁的，在纠纷发生时，当事人就只能通过仲裁解决纠纷，而不能通过诉讼解决纠纷。如果当事人在合同中约定以诉讼方式解决纠纷，发生纠纷后，就不能以仲裁解决纠纷。当然，合同未约定这一条款的，不影响合同的效力。

第六节 合同的成立时间、方式和地点

一、成立时间

合同的成立时间对于当事人的权利义务有着重要影响。在大多数合同中，合同的成立时间与生效时间是一致的。因此，合同成立之时就是当事人受合同约束之时。

合同成立的时间依合同为要式合同和不要式合同而有所不同。具体而言：(1)以直接对话方式订立的合同，以承诺人表示承诺的时间为合同成立的时间，如当面洽购物品或电话要约，均以对方表示承诺的时间为准。(2)当事人采用书面形式订立合同的，合同的成立时间为合同双方签字或盖章的时间；签字、盖章有先后的，以最后签字、盖章的时间为合同成立时间。(3)当事人采用信件、数据电文形式订立合同，在合同成立前要求签订确认书的，以签订确认书的时间为合同成立时间。(4)法律、法规规定应采用书面形式或当事人约定应采用书面形式订立合同，当事人未用书面形式，但当事人一方已履行了合同主要义务，对方接受的，合同成立，对方接受履行的时间为合同成立时间。(5)签订要式合同，以法律、法规规定的特殊形式要求完成时间为合同成立时间。如房屋买卖合同。以办理完登记的时间为合同的成立时间。

二、成立方式

合同的成立方式因要式合同和不要式合同而不同。归纳起来，合同的成立方式主要有：(1)协议成立。合同当事人就合同的主要条款达成协议合同即成立。如为口头合同，口头协议完成，合同成立；如为书面合同，双方签字盖章，合同成立。(2)确认成立。通过数据电文方式签订合同，包括信件、电报、电传、电子邮件、电子数据交换方式订立合同，一方当事人要求签订确认书的，只有签订了确认书，合同才成立。如果当事人都不要求签订确认书的，在承诺生效时合同成立。(3)批准成立。法律或行政法规规定由国家批准的合同，只有经过国家有关机关批准，合同才成立。(4)公证成立。当事人约定应经公证的合同或法律规定需要公证的合同，只有经过公证机关的公证，合同才成立。(5)鉴证成立。当事人约定应经鉴证的合同，只有经过鉴证机构的鉴证，合同才成立。(6)登记成立。依法律规定或依当事人约定，只有经过登记才成立的合同，必须办理了登记，合同才成立。

三、成立地点

合同的成立地点关系到案件的管辖。在涉外合同中，合同的成立地点还往往涉及法律的适用，从而可能在实质上影响当事人的权利和义务。

依据我国合同法的规定，合同的成立地点可以区分为以下几种情况：(1)承诺生效的地点为合同成立的地点。如果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。(2)采用合同书包括确认书形式订立合同的，双方当事人签字盖章地点为合同的成立地点，签字盖章不在同一地点的，最后签字盖章的地点为合同成立的地点。(3)合同需要完成特殊的约定或法律形式才能成立的，以完成合同的约定形式或法定形式的地点为合同的成立地点。(4)合同当事人对合同成立地点有特别约定的，其约定的地点为合同成立的地点。

第七节 格式条款合同的适用范围和应注意的问题

一、格式条款合同的概念

所谓格式条款合同，又称格式合同、附合合同，它是指由一方当事人预先制定的，并由不特定的第三人所接受的，具有完整性和定型化的合同条款。

格式条款合同的特征是：(1)格式条款合同文本是由一方当事人预先制定的，格式条款合同文本，并不经过双方当事人互相协商决定合同条款的过程。当然，制定条款的一方必须在对方接受该条款之前，向对方公示该条款，否则，该条款不能为对方所知道，也不能认为其已接受该条款。(2)格式条款合同的要约具有广泛性、持久性和细节性。所谓广泛性，是指该要约向公众发出，或至少向某一类职业群体发出。所谓持久性，是指该要约一般总要涉及某一特定时期将要订立的全部合同。所谓细节性是指该要约包含了确定合同的全部条款。(3)格式条款合同的内容具有完整性和定型化的特点。完整性和定型化的特点，使格式条款合同文件具有很大的稳定性和不变性，它将普遍适用于一切要与制定条款一方订立合同的相对人，而不因相对人的不同而有所区别。相对人不参与合同的制定，对合同条款只能表示完全同意或拒绝，而不能对合同条款讨价还价，不能修改、变更合同条款。(4)相对人在订约中处于从属地位，而条款制定人在订约中处于优势地位。由于双方地位差异，合同条款容易显失公平。为此，我国法律规定对某些格式条款合同条款由超然于双方当事人的社会团体、国家授权机关制定，以维护交易的公平。

二、格式条款合同的适用范围

格式条款合同的适用范围，我国法律目前尚无明确规定。在合同实务中，一些法律上垄断经营的行业和事实上垄断经营的行业均适用标准合同。所谓法律上垄断经营的行业主要为公用事业，如邮电、铁路、航空、城市交通、国营公路运输、城市供水、供电、供气以及国有房地产经营等。所谓事实上的垄断经营，如保险、银行、海上运输等。

三、格式条款合同适用中应注意的问题

格式条款合同虽然适应了当代经济生活快速、便捷、高效的需要，但毕竟使一方失去了讨价还价的机会，容易损害中小企业和广大消费者的利益。因此，适用格式条款合同应注意以下问题：(1)免责问题。适用格式条款合同的，提供格式条款合同的一方应采取合理的方式提请对方注意免除或限制其责任的条款，并按对方的要求，对该条款予以说明。提供格式条款合同的一方未尽提示义务或拒绝说明的，该免责条款不发生效力。(2)权利与义务的一致性问题。提供格式条款合同的一方应遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务。如果利用格式条款合同排除对方当事人的主要权利或者免除自己的主要义务，则该条款无效。(3)格式条款合同的无效或撤销问题。提供标准合同的一方如果采用欺诈方式或采用胁迫方式或乘人之危方式与他人订立合同的；或格式条款合同违反法律的强制性规定或损害国家利益及社会公共利益的；或格式条款合同显失公平或对方当事人对格式条款合同内容存在重大误解的，该格式条款合同应归无效或撤销。(4)解释问题。合同双方当事人对格式条款合同的条款发生争议的，应作出不利于提供格式条款合同一方的解释。如果合同中既有格式条款又有非格式条款，应采用非格式条款。只有这样，才符合公平原则。

第十九章 合同的效力

第一节 合同效力的概念

合同的效力，又称合同的法律效力，是指法律赋予依法成立的合同具有约束当事人各方乃至第三人的强制力。

合同对当事人各方的约束力包括：(1)当事人负有适当履行合同的义务；(2)违约方依法承担违约责任；(3)当事人不得擅自变更、解除合同，不得擅自转让合同权利和义务；(4)当事人享有请求给付的权利、保有给付的权利、自行实现债权的权利、处分债权的权利，同时履行抗辩权、不安抗辩权、保全债权的代位权和撤销权等；(5)法律规定的附随义务也成为合同效力的内容。

合同对第三人的效力，在一般情况下，表现为任何第三人不得侵害合同债权，在合同债权人行使撤销权或代位权时涉及第三人，在涉他合同中可有向第三人履行或由第三人履行的效力。

第二节 合同生效

一、合同成立与合同生效

合同成立与合同生效是两个不同的概念。合同成立是指当事人达成协议建立了合同关系。合同生效是指合同具备法定要件后能产生法律效力。在多数情况下，合同成立时具备了生效要件，因而，其成立和生效时间是一致的。但是，合同成立并不等于合同生效。例如，附条件的合同在条件成就之前，虽然合同已成立，但不生效力；效力未定的合同在追认前不生效力，但合同已成立。

二、合同的生效要件

合同的生效要件有：(1)当事人在订立合同时必须具有相应的民事行为能力。这是法律对合同主体资格作出的一种规定。主体不合格，所订立的合同不能发生法律效力。合同主体，无非是自然人和非自然人两类。非自然人作为合同主体，主要有法人组织和没有取得法人资格的社会组织。它们一般都具有订立合同的行为能力。自然人订立合同，应具有相应的行为能力。是否具有相应的行为能力应根据我国《民法通则》的规定和合同性质来决定。(2)合同当事人的意思表示真实。所谓意思表示真实，是指当事人在缔约过程所作的要约和承诺都是自己真实意志的表示。在正常情况下，行为人的意志，总是与其外在的表现相符的。但是，由于主客观的原因，也可能发生不相符的情形。(3)合同内容不违反法律或者社会公共利益。这是合同生效要件的最重要的一条。合同欠缺合法性，合同无效。合同不违反法律和社会公共利益，即合同的目的和内容都不违反法律或社会公共利益。在我国，合同不得违反法律，既包括不得违反现行法律、法规和行政规章中的强制性规范，也包括不得违反国家政策的禁止性规定和命令性规范。同时，合同还应遵守国家指令性计划的要求；不危害社会公共利益。(4)合同标的须确定和可能。合同标的的可能，是指合同给付可能实现，合同给付不可能实现，称标的不能。标的自始不能，合同无效。合同标的确定，是指合同标的自始确定或可得确定。标的自始不确定的合同，应为无效。

三、合同生效的时间

合同生效的时间是确定合同生效的时间界限。依据我国合同法，合同生效时间可分为以下情形：(1)依法成立的合同，自成立时合同生效，即合同成立的时间为合同生效的时间；(2)法律、法规规定应当办理批准、登记手续的合同，合同生效时间为办理完毕批准、登记手续的时间；(3)附条件的合同，合同生效的时间为条件成就时间。

第三节 无效合同

一、无效合同的概念

无效合同是指严重欠缺合同的生效要件，不发生合同当事人追求的法律后果，不受国家法律保护的合同。

无效合同的特征是：(1)合同自始无效。所谓自始无效是指合同从订立时起就不具有法律约束力，不是从合同无效原因发现之日起或合同无效原因确认之日起，合同才失去法律效力。(2)合同绝对无效，所谓绝对无效是指合同从订立时起就无效，此后的任何事实都不能使之变为有效。例如，合同内容违反法律规定的，即使双方当事人愿意履行或履行完毕，该合同也不发生法律效力，不受国家法律保护，仍然发生无效合同的后果。(3)合同当然无效。所谓当然无效是指不论当事人是否知道无效的情况，不论当事人是否提出主张，也不论是否经仲裁机构或人民法院确认，该合同都是当然无效的。例如，甲将自己在闹市区的私房租与乙开鞭炮作坊，不论甲乙是否知道该合同行为是否违反环境法的规定，合同都是无效的。(4)无效合同可能是全部无效，也可能是部分无效。无效的原因存在于合同内容的全部时，合同全部无效；无效的原因存在于合同内容的一部分，而该部分又不影响其余部分时，其余部分仍然有效。例如，甲乙签订一份质押合同，双方约定，甲不能如期履行合同义务，乙取得质物的所有权。在这一合同中，质押合同本身是有效的，但约定乙取得质物所有权的规定因违反担保法而无效。

无效合同与合同不成立是两个不同的概念。合同不成立是指欠缺合同的成立条件，而无效合同是指合同已经成立了，但欠缺合同的生效要件。

二、无效合同的种类

依照我国现行合同法，无效合同的种类有：

(一)因欺诈而订立的且损害国家利益的合同

欺诈是指以使他人陷入错误认识并因而作出意思表示为目的，故意陈述虚伪事实或隐瞒真实情况的行为。因欺诈而订立的合同，只有损害国家利益的，才属无效合同。

(二)因胁迫而订立的且损害国家利益的合同

胁迫是指向对方当事人表示施加危害，使其发生恐惧，并且基于此恐惧而为一定意思表示的行为。因胁迫而订立的合同只有损害国家利益的，才应无效。

(三)恶意串通，损害国家、集体或第三人利益的合同

这种无效合同由主观和客观的因素构成。主观因素为恶意串通，即当事人双方具有共同的目的，希望通过订立合同损害国家、集体或者第三人的利益。它可以表现为双方当事人事先达成协议，也可以是一方当事人作出意思表示，对方当事人明知其目的非法而用默示的方式接受。它可以是双方当事人相互配合，也可以是双方当事人共同作为。客观因素为损害国家、集体或第三人的利益。

(四)违反法律、行政法规中的强制性规定的合同

合同违反强制性规定是指合同的内容违反了法律、行政法规中的强制性规定。例如，我国金融法规禁止企业之间相互借贷，当事人企业如签订借款合同，则属无效合同。合同形式违反法律规定不是合同无效问题，而是合同不成立的问题。

(五)违反社会公共利益的合同

违反社会公共利益的合同无效。例如，以从事犯罪或帮助犯罪作为内容的合同，规避税收的合同，赌博合同，违反公平竞争的合同等都是无效合同。

(六)以合法形式掩盖非法目的的合同

以合法形式掩盖非法目的，是指当事人订立的合同在形式上是合法的，但在缔约目的和内容上是非法的。例如，甲乙之间订立赠与合同，其目的在于逃避法院的强制执行。这种合同因损害他人利益，应属无效。

(七)自始不能履行的合同

自始不能履行的合同，应属无效合同。

三、无效合同的法律后果

无效合同由人民法院或仲裁机构确认。无效合同从订立时起就没有法律约束力，当事人双方确立的权利义务关系随之无效。合同尚未履行的，不得履行；正在履行的，应当立即终止履行。合同所涉及的财产依下列规则处理。

(一)返还财产

合同被确认无效后，当事人依据合同取得的财产，应返还给对方。如果标的物已经不存在或者已被第三人善意取得，不能返还时，可用赔偿损失的方法抵偿。

(二)赔偿损失

合同被确认无效后，有过错的一方应赔偿对方因此受到的损失。如果双方都有过错，各自承担相应的责任。所谓各自承担相应的责任，不是各自承担自己的损失，也不是平均分担损失，而是按各自责任的轻重、大小，分别承担经济损失中与其责任相适应的份额。

(三)收归国库或者返还集体或第三人

因当事人故意损害国家利益或社会公共利益而导致的无效合同，其当事人已经取得或约定取得的财产均应收归国库或返还集体或第三人。双方故意的，追缴双方已经取得或约定取得的财产，收归国库；只有一方故意的，故意的一方从对方取得的财产应返还非故意的一方；非故意的一方已经取得或约定取得的财产，应予追缴，收归国库。

第四节 可撤销合同

一、可撤销合同的概念

可撤销合同是指欠缺合同有效要件，存在可撤销原因的合同。

可撤销合同的特征是：(1)合同的有效要件欠缺或存在瑕疵，或因对合同的内容存在重大误解，或因合同内容显失公平。(2)合同的撤销要撤销权人通过行使撤销权来实现。撤销权人是否行使撤销权由他自己决定。这是与无效合同的不同。(3)撤销权人不行使撤销权或未在规定期限内行使撤销权，合同有效。这是可撤销合同与无效合同和效力未定合同的区别。

二、可撤销合同的种类

依我国现行合同法，可撤销合同主要有：

(一)对合同内容存在重大误解的合同

重大误解，是指误解人作出意思表示时，对涉及合同法律效果的重大事项存在着认识上的显著缺陷，其后果是使误解人受到较大损失，以至于根本达不到缔约目的。

重大误解包括：(1)对合同性质的误解，如误以借贷为赠与，误以出租为出卖。(2)对对方当事人的误解，如把甲公司误认为是乙公司而与之订立合同。在信托、委托、保管等以信用为基础合同中，在赠与、无偿借贷等以感情及特殊关系为基础合同中，在演出、加工承揽等以特定人的技能为基础合同中，对当事人的误解为重大误解。在现场买卖等不具有人身性质的合同中，有时对当事人的误解不会造成较大的损失，甚至不会造成损失，则不构成重大误解。(3)对标的物品种的误解。如把轧铝机误认为是轧钢机而购买。标的物品种的误解，使合同目的落空，使误解人遭受重大损失，因此属于重大误解。(4)对标的物质量的误解，如误把劣质品当作合格品。这种误解易给误解人造成较大损失，应属重大误解。(5)对标的物规格的误解，如误把18克金当作24克金。这种误解易给误解人造成较大损失，应属于重大误解。(6)对标的物的数量、包装以及合同的履行方式、履行地点、履行期限等内容的误解，给误解人造成重大损失的，构成重大误解。(7)对标的物本身的误解。如误把黄铜当作黄金。这种误解给误解人造成较大损失的，属于重大误解。

在司法实践中，动机的误解一般不构成重大误解。

(二)显失公平的合同

显失公平，是指合同双方当事人的权利义务明显不对等，对一方过分有利，而对另一方过分不利。

显失公平的构成要件是：(1)双方当事人的权利义务明显不对等。这种不对等是指合同订立时严重的不对等，而不是合同履行时的不对等。(2)这种不对等超出了法律允许的限度，严重违反了公平原则。(3)这种不对等是非基于对方的自愿，是对方处于没有经验或紧迫的情况下造成的。如果双方当事人愿意，即使合同双方的权利义务不对等，也不构成显失公平。

(三)一方以欺诈、胁迫手段或者乘人之危订立的合同

一方以欺诈、胁迫手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，只要未损害国家利益的，也为可撤销合同。

三、撤销权的行使

撤销权是享有撤销权的合同当事人一方，通过自己单方面的意思表示使合同效力归于消灭的权利。由于仅以单方行为就可影响合同效力，因此撤销

权为形成权。享有撤销权的人为重大误解的误解人和显失公平的受害人及违背自己真实意思的人，其他合同当事人不享有撤销权。

撤销权的行使。撤销权的行使有下列情况：(1)实现撤销权，即撤销权人以自己的单方意思表示使合同的效力归于消灭。撤销权人的这种意思表示，须向法院或仲裁机构作出，而非向相对人作出。因此，撤销权的现实实现，必须借助于法院或仲裁机构的裁判。若法院或仲裁机构承认撤销权人的撤销权，则合同的效力溯及于成立时消灭。(2)变通实现撤销权。即撤销权人并不追求合同无效，而只是谋求变更合同的内容。这实际上是撤销原合同，而成立一个新的合同。变更合同内容的意思表示也应向法院或仲裁机构作出，并向合同另一方作出。与合同另一方达不成协议的，由法院或仲裁机构裁判。(3)撤销权的抛弃。撤销权人可以抛弃其撤销权，具有撤销权的当事人知道撤销事由后明确表示放弃撤销权的或者以自己的行为放弃撤销权的，该撤销权消灭，可撤销合同发生有效合同的效力。(4)撤销权人应在除斥期间内行使撤销权。撤销权的除斥期间为1年。具有撤销权的当事人自知道或应当知道可撤销事由之日起1年内没有行使撤销权的，该撤销权消灭。

四、可撤销合同的法律后果

可撤销合同因撤销权人是否行使了撤销权而不同。(1)撤销权人放弃了撤销权或在除斥期间内未行使撤销权，可撤销合同具有法律效力，当事人双方应积极履行合同义务和接受合同权利。当事人任何一方不履行义务的则构成违约并应承担违约责任。(2)撤销权人行使了撤销权的，可撤销合同从合同签订之日起就不具有效力。未履行的合同不再履行，已履行的合同应停止履行。已经从合同对方取得的财产，应返还对方；财产已不再存在或第三人善意取得的，应折价偿还。因自己的过错给合同对方造成损失的，应负赔偿损失的责任；双方都有过错的，则各自承担相应的责任。

第五节 效力未定合同

一、效力未定合同的概念

效力未定合同，是指合同是有效或无效处于不确定状态，尚待享有形成权的第三人同意或拒绝来确定的合同。

效力未定合同的特征是：(1)效力未定合同的成立效力是确定的，但效果效力是不确定的。它既非有效，亦非无效，而是处于悬而未决的不确定状态之中。(2)效力未定合同的悬而未决的效力的确定，取决于享有形成权的第三人的行为。该第三人称同意权人(或追认权人)，对效力未定合同享有同意或拒绝的权利，同意权人对效力未定合同的同意或拒绝的意思表示，相对于效力未定的合同而言，是辅助民事行为。(3)效力未定合同经同意权人同意后，其效果效力确定于合同成立时。(4)效力未定合同，经同意权人拒绝，即确定为自始无效。

效力未定合同与无效合同不同。其主要区别是：(1)无效合同自始无效，而效力未定合同的效力在第三人同意或拒绝前处于悬而未决的状态。(2)无效合同是确定无效的，不因第三人的同意而有效；而效力未定的合同由于其有效与无效处于未确定的状态，可因第三人的同意而确定有效。(3)无效合同是当然无效的，无须第三人以拒绝的意思表示来确定其无效；而效力未定的合同由于其有效与无效是不确定的，因此要确定其无效，须具有形成权的第三人为拒绝的意思表示。

效力未定合同与可撤销合同的不同。其主要区别是：(1)可撤销的合同在撤销前是有效的，而效力未定的合同在同意权人同意或拒绝前，其有效与无效是不确定的。(2)对可撤销合同的撤销，是使其已发生的效力消灭；而对效力未定的合同的拒绝，是确定其不发生效力。(3)对可撤销的合同的承认，是使其已发生的效力得以继续；而对效力未定的民事行为的同意则是确定其发生效力。(4)可撤销合同的撤销权人为行为人本人，而效力未定合同的同意权人为行为人之外的第三人。

二、效力未定合同的种类

(一)限制民事行为能力人依法不能独立订立的合同

限制民事行为能力人依法不能独立订立的合同属于效力未定的合同，经法定代理人追认，具有法律效力。至于合同相对人是否知道对方是否具备行为能力不受此限。相对人可以催告法定代理人在1个月内予以追认。法定代理人可以拒绝追认或不予表示。不予表示的，视为拒绝追认。在法定代理人追认之前，善意相对人有撤销合同的权利，但撤销合同应采取明示的方式，否则不生效力。

限制民事行为能力人订立的可以不要求法定代理人追认的合同有：(1)纯获利益的合同。如未成年人接受赠与的合同，就无需法定代理人的追认，而直接发生法律效力。(2)与其年龄、智力相适应而订立的合同，无需法定代理人的追认，直接发生法律效力。这两种情况下，其合同不属于效力未定合同，而属于有效合同。

(二)无权代理人以他人名义订立的合同

无权代理人以他人名义订立的合同包括三种情况：(1)无权代理人自始没有代理权而以他人名义订立的合同；(2)无权代理人超越代理权订立的合同；(3)无权代理人在代理权终止后订立的合同。无权代理人以他人名义订立的合

同属于效力未定的合同，如经被代理人追认，该合同发生对本人的效力。本人拒绝追认或经催告不予追认的，对本人不发生效力，属于无效合同。无权代理人以他人名义订立的合同，相对人享有催告权和撤销权。相对人可以催告本人在1个月内予以追认，如本人未作表示的，视为拒绝追认。相对人还可以在本人追认前，以明示的方式撤销该合同。

(三) 代理人滥用代理权订立的合同

滥用代理权包括自己代理、双方代理和代理人与第三人恶意串通，损害被代理人利益三种情况。除了后一种情况肯定属于无效合同以外，前两种情况下订立的合同应属效力未定的合同。无论是自己代理所签的合同，还是双方代理签订的合同，如经被代理人同意，则该合同发生效力；如被代理人不予同意或拒绝，则该合同不发生效力。

(四) 无处分权人订立的处分他人财产的合同

无处分权人订立的处分他人财产的合同属于效力未定的合同，经权利人追认，该合同发生法律效力；如权利人拒绝追认，则该合同无效。但这种情况要注意保护善意第三人的利益。

三、效力未定合同的法律后果

效力未定合同因追认或拒绝追认而产生不同的法律后果：(1) 追认的法律后果。效力未定的合同经追认权人追认后，自始有效。(2) 拒绝追认的法律后果。效力未定的合同，经追认权人拒绝追认后，该合同自始无效。

第二十章 合同的履行

第一节 合同履行概述

一、合同的履行的概念

合同的履行，是指债务人全面地、适当地完成约定的义务，以使债权人的债权得到完全实现。在不同类型的合同中，履行义务的表现形式是不同的。在买卖合同中，出卖人的义务是按照约定交付标的物；买受人的义务是按照约定支付价款。在货物运输合同中，承运人的义务是按照约定将货物运至约定地点，托运人的义务是按约定支付酬金。

二、合同履行中当事人的附随义务

合同履行中当事人的附随义务是指其法定义务，不是指其约定义务。因为约定义务是合同当事人的债务。按照我国合同法的规定，当事人在合同履行中的法定义务主要有：(1)及时通知的义务。无论是合同债务人还是债权人都负有及时通知的义务。合同债权人在其债权届满前，应通知债务人及时履行债务，在债务人履行债务过程中，应将有关情况通知债务人；在债务人履行完毕后，也应将履行完毕的情况通知债务人。就合同债务人而言，其应将履行的准备情况，履行的具体时间和标的物的具体情况，均应通知债权人。合同当事人所负的及时通知的义务是协作履行原则的要求。(2)协助的义务。无论是债权人还是债务人都应协助合同的履行。因为合同的履行，如果只有债务人的给付行为，没有债权人的受领给付，合同的内容仍难实现。协助义务要求：债务人履行债务，债权人应适当受领给付；债务人履行债务，债权人应创造必要的条件，提供方便；债务人因故不能履行或不能完全履行时，应积极采取措施，防止损失的扩大。(3)提供必要条件的义务。这是履行中债权人的义务。例如，在农副产品购销合同中，债权人应支付预付款或定金等。在技术开发合同中，债权人应提供有关背景资料等。(4)防止损失扩大的义务。这是合同履行中当事人双方的义务。防止损失的扩大主要在两种情况下发生：一是在债务人因故不能履行或不能适当履行时；二是发生合同纠纷时，无论哪种情况，双方当事人均应采取措施，防止损失的扩大。(5)保密的义务。在合同履行过程中，有些合同可能会涉及合同另一方的经营秘密、商业秘密或技术秘密，对此，另一方负有保密的义务。

三、合同内容没有约定或约定不明时的履行规则

合同生效以后，当事人就质量、价款或报酬、履行地点等内容没有约定或约定不明的，可以协议补充，不能达成补充协议的，按合同有关条款或者交易惯例确定；按照有关条款或交易惯例仍不能确定的，按下列规则履行：(1)质量不明确的，按通常标准履行。所说通常标准是同类或类似标的物的质量标准。(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；依法由国家定价的按国家定价履行。(3)履行地点不明确的，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，债权人也可以随时请求履行，但应当给对方必要的准备时间。(5)履行费用不明确的，由债务人负担。

四、价格变动时的履行规则

在合同履行期限内，价格变动时应区分执行市场价格和执行国家定价两

种情况：(1)执行市场价格的，在合同履行期内价格变动的，仍按合同约定的价格履行，但双方当事人协商变更的除外。(2)执行国家定价的，在合同规定的交付期限内国家价格调整时，按交付时的价格计价。逾期交货的，遇价格上涨时，按照原价格执行；价格下降时，按新价格执行。逾期提货或者逾期付款的，遇价格上涨时，按新价格执行；价格下降时，按原价格执行。

第二节 向第三人履行和第三人代为履行

合同关系的当事人是债权人和债务人，在一般情况下，债权人应积极地接受债权，债务人应积极地履行债务。但我国法律同时允许向第三人履行和第三人代为履行。

所谓向第三人履行是指债务人向第三人履行债务。向第三人履行的适用规则是：(1)向第三人履行必须是基于合同债权人和债务人的约定，如果没有这种约定，则不适用向第三人履行。(2)债务人向第三人履行增加的费用，应由债权人负担。这里所说增加的费用，是指与向债权人履行相比而言的，如增加的运费和联系费等。(3)第三人可以向债务人请求履行。第三人的这种请求履行权是以自己的名义独立请求的权利，无须债权人代为请求。债务人依据约定负有向第三人履行的义务。(4)债务人未向第三人履行债务或履行债务不符合约定，应当向债权人承担违约责任，而不是向第三人承担违约责任。

所谓第三人代为履行是指第三人代替债务人向债权人履行债务。第三人代为履行的适用规则是：(1)必须存在债权人和债务人的约定，即由第三人代为履行的约定。(2)债务的性质必须是能够代为履行的，如果债务的履行法律规定必须由本人亲自履行的，则不得代为履行。(3)债权人有权请求第三人履行。(4)第三人没有履行或者履行债务不符合约定的，债务人应当向债权人承担违约责任。

第三节 互负债务的履行

互负债务的合同的履行分为两种情况。

一、有先后履行顺序的互负债务

当事人互负债务的合同，双方约定了先后履行顺序的，则应按先后履行顺序履行。先履行一方履行之前，不得要求后履行一方履行；如果要求后履行一方履行，后履行一方有权拒绝其履行要求。先履行一方的履行不符合约定要求的，后履行一方亦有权拒绝其相应的履行请求。

二、无先后履行顺序的互负债务

当事人互负债务的合同，没有先后履行顺序的，应当同时履行。一方在对方未履行之前有权拒绝其履行请求；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请求。当事人享有的这种拒绝权在合同法理论上称为同时履行抗辩权。

第四节 提前履行和部分履行

一、提前履行

提前履行是指债务人在履行期限之前提前向债权人履行债务。提前履行债权人有权拒绝。但提前履行不损害债权人利益的，债权人应予受领。例如，工程提前竣工，债权人应予受领。提前履行债权受领，但因此增加债权人费用的，债务人应予负担。

二、部分履行

部分履行是指债务人在履行期内只向债权人履行部分债务。部分履行债权人有权拒绝。但债务人部分履行不损害债权人利益的，债权人应予受领。例如，偿还部分借款，债权人应予受领。债权人受领部分履行而增加的费用，债务人应予承担。债务人对未履行的部分应承担违约责任。

第五节 中止履行

一、中止履行的概念

合同的中止履行是指在双务合同中负有先履行义务的一方，在合同尚未履行或没有完全履行时，因法定事由暂时停止履行自己承担的合同义务。负有先履行义务的当事人中止履行权利在合同法理论上称为不安抗辩权。

二、中止履行的适用条件

(一) 双方当事人的合同是双务合同

中止履行只适用于双务合同，而不适用于单务合同。在双务合同中，双方当事人基于合同互负债务，并且两项债务处于对价关系。

(二) 后给付义务人的履行能力明显降低，有不能履行合同义务的现实危险

中止履行只能由负有先履行义务的一方当事人行使，负有后给付义务的一方当事人不能适用中止履行。负有先履行义务的一方当事人要行使中止履行的权利，必须有证据证明后给付义务人：(1) 经营状况严重恶化。即存在不能履行合同的现实危险。(2) 转移财产、抽逃资金，逃避债务。即后给付义务人存在不履行合同的主观恶意。(3) 严重丧失商业信誉。(4) 有其他丧失或可能丧失履行债务的能力的情形。负有先履行义务的一方只要能够证明上述情形之一的，就表明后给付义务人的履行能力明显降低，存在不能履行合同义务的现实危险。如果先履行义务人不能证明上述情形之一，就不能实行中止履行。否则，便构成违约，要追究其违约责任。

(三) 后给付义务人未提供适当担保

后给付义务人的履行能力明显降低，有不能履行合同义务的现实危险，但若提供适当担保时，负先履行义务一方的债权就不会受到损害，故不得中止履行，只有在未提供适当担保时，有可能危害负先履行义务一方的债权时，才可中止履行。

(四) 负有先履行义务的一方负有通知和举证义务

负有先履行义务的一方如若中止履行，应及时通知对方，并负有向对方举证证明其履行能力明显下降，有不能履行合同现实危险的义务。

债权人分立、合并或变更住所未通知债务人，致使履行债务发生困难的，债务人也可以适用中止履行。

三、中止履行的后果

只要具备中止履行的条件，负先履行义务一方在后给付义务人未提供适当担保前，有权拒绝自己的给付。后给付义务人恢复了履行能力或者提供了担保时，负先履行义务的一方应当履行合同。后给付义务人在约定或合理期限内未恢复能力或者不提供担保的，负先履行义务的一方有权解除合同。

第六节 代位权与撤销权

一、代位权

代位权是指合同债务人怠于行使对第三人享有的权利而害及债权人的债权时，债权人为了保全自己的债权，以自己的名义代位行使债务人对第三人的权利之权。

代位权的特征是：(1)代位权是债权人以自己的名义行使债务人权利的权利。代位权不是代理权，不适用代理规定。(2)代位权是为保全债权而代债务人行使的权利，而非扣押债务人的权利或就收取的财产享有优先受偿权。(3)代位权不是债权人对于债务人或第三人的请求权。(4)代位权是债权的一种法定权能，无论当事人是否约定，债权人都享有它。

代位权的成立要件是：(1)债务人享有对第三人的权利。债务人对于第三人的权利，为代位权的标的。可成为代位权标的必须是非专属于债务人本身的权利，如损害赔偿请求权不得成为代位权的标的；而应是纯粹的财产权利以及主要为财产上的利益而承认的权利。(2)债务人怠于行使权利。所谓怠于行使权利，是指应行使并且能够行使而不行使权利。(3)债务人已陷于迟延。代位权应以债务人陷入迟延为成立要件。(4)有保全债权的必要。例如不行使代位权，债权的实现就不可能。

代位权的行使主体应是债权人。债权人以自己的名义行使代位权。债权人行使代位权应通过诉讼程序。代位权行使的界限以保全合同债权为限度。债权人行使债权的必要费用，由债务人负担。

二、撤销权

撤销权是指合同债权人对于合同债务人所为的危害债权行为，请求法院予以撤销的权利。

撤销权的成立要件因无偿行为和有偿行为而不同。在无偿行为的情况下，只需具备客观要件；在有偿行为的情况下，则必须同时具备客观要件和主观要件。

撤销权成立的客观要件是：(1)须有债务人行为。债务人的行为是指放弃债权的行为或无偿转让财产的行为。(2)债务人的行为有害债权。所谓有害债权，是指债务人减少其清偿能力，不能使债权得以实现。(3)债务人的行为以财产为目的。

撤销权成立的主观要件：(1)债务人的恶意，这种恶意是指以明显不合理的低价转让财产，以损害合同债权人债权实现。(2)受益人的恶意，这种恶意是指受益人明知债务人行为的目的而与之行为。只有符合上述主观要件，才能行使撤销权。

撤销权是合同债权人的法定权利，不以当事人的约定为要件。撤销权由债权人行使，其行使以诉讼方式进行，且以债权人的债权为限，债权人行使撤销权的费用，由债务人负担。

第二十一章 合同的变更和转让

第一节 合同的变更

一、合同变更的概念

合同的变更有广义和狭义之分。广义的合同变更包括合同主体的变更和合同内容的变更。合同主体的变更，是指不改变合同的内容，仅变更债权人或债务人。合同内容的变更是指合同当事人不变，合同的内容予以改变。狭义的合同变更，仅指合同内容的变更。通常所指的合同变更是指狭义的合同变更，而不包括合同主体的变更。我国合同法上所指的合同变更是指狭义的合同变更。

二、合同变更的条件

(一)原已存在合同关系

合同的变更，是改变原合同关系。无原合同关系便不存在合同变更。无效合同，自始无合同关系；合同被撤销，合同自始失去法律约束力，亦无合同关系；追认权人拒绝追认效力未定的合同，仍无合同关系。因此，这些情况下，不存在变更合同。

(二)合同内容已发生变化

合同内容的变化包括：(1)标的物数量的增减；(2)标的物品质的改变；(3)价金或酬金的增减；(4)履行期限的变更；(5)履行地点的变更；(6)履行方式的改变；(7)结算方式的改变；(8)所附条件的增减或除去；(9)单纯债权变成选择债权；(10)担保的设定或消灭；(11)利息的变化。

(三)合同的变更须依当事人协议或依法律直接规定及裁决机构裁决，有时依形成权人的意思表示

基于法律直接规定而变更合同，不以法院或仲裁机构的裁决为必经程序，也不以当事人协议为必经程序，直接发生变更的法律效力。例如，债务人违约，则变合同债务为损害赔偿债务，这种变更是依法律规定当然发生的。基于裁决机构的裁决而发生变更的，主要有重大误解及显失公平的合同和当事人意思表示不真实的合同。基于形成权人单方意思表示变更合同的，只存在于个别情况，例如，选择权人行使选择权使合同变更。除此以外的合同变更，由双方当事人协商一致，达不成协议的，不发生合同变更的法律效力。当事人对合同变更的内容约定不明确的，推定为未变更。

(四)须遵守法律要求的方式

法律要求对合同变更须采取办理批准、登记手续等特定方式的，应遵守法律要求的方式。在其他情况下，合同变更则没有特殊的要求。

三、合同变更的程序

合同变更的程序可分为协议变更程序和裁决变更程序。

在协议变更程序中，一方当事人提出变更合同内容的，应与对方充分协商，达成一致意见，才发生变更合同的效力。当事人对变更合同未达成一致意见或对合同变更的内容约定不明确的，不发生变更的效力。

在裁决变更合同程序中，只有存在裁决变更合同的理由时，即存在重大误解、显失公平及当事人意思表示不真实的情况下，一方当事人才可向法院或仲裁机构申请裁决变更合同。是否裁决变更，由裁决机构认定。裁决机构作出变更合同的裁决的，即发生变更合同的效力。

四、合同变更的后果

合同的变更原则上只对将来发生效力，未变更的权利义务继续有效，已经履行的债务不因合同的变更而发生影响。

合同的变更不影响当事人要求赔偿损失的权利。例如，对因重大误解而成立的合同予以变更，在相对人遭受损失的情况下，误解人应赔偿相对人的损失。

第二节 合同转让

一、合同转让的概念

合同转让是指不改变合同内容的情况下，变更合同的债权人或合同的债务人。变更合同的债权人的称为债权让与；变更合同债务人的称为债务转移。债权人将合同权利全部或部分转让他人的，称为合同权利的转让；债务人将合同的债务全部或部分转让给第三人的，称为合同义务的转让。在合同之债中，合同一方当事人往往既享有权利又承担义务，如将其全部权利和义务转让给第三人，则称为合同权利义务的概括转让。

合同的转让，不论是合同权利的转让，还是合同义务的转让或合同权利义务的概括转让都必须是可转让的合同权利和义务。依据我国法律，禁止下列合同转让：(1)根据合同性质不得转让的；(2)按照当事人约定不得转让的；(3)依照法律规定不得转让的。上述禁止转让的合同，不得转让。

二、合同转让的种类

(一)合同权利的转让

合同权利转让是指合同债权人将合同权利全部或部分转让给第三人。合同权利的转让以合同债权人与第三人订立转让合同的形式进行。在转让合同中，债权人称为让与人，第三人称为受让人。转让合同一经成立，受让人即取代了原债权人的地位。合同权利的转让不须取得合同债务人的同意，但应通知债务人，否则，债务人可拒绝履行对受让人的义务。

合同权利转让还可产生以下效力：(1)合同债权人不可撤销转让其权利的通知，除非经受让人同意。否则，给受让人造成损失的，让与人要承担赔偿责任。(2)让与人对受让人负有告知义务，例如债务人的地址及履行期限等有关情况。如果让与人未履行告知义务而使受让人遭受损失的，应负有赔偿的责任。(3)让与人对受让人负有交付证明合同权利文件的义务。若怠于交付，致使受让人无从证明被债务人拒绝履行的，让与人应承担赔偿责任。(4)债权转移时，受让人取得与债权有关的从权利，如抵押权、债权利息和债权不履行时的违约金，赔偿损失请求权等。但专属于债权人自身的从权利除外。(5)债务人接到债务转移通知时，其对让与人的抗辩，可对受让人主张。例如，债务人主张债务无效、同时履行抗辩权或不安抗辩权的，可向受让人主张。(6)债务人对让与人享有到期债权的，也可向受让人主张抵销。

(二)合同义务的转让

合同债务人将合同义务的全部或部分转移给第三人的，称为合同义务的转让。合同义务的转让应取得债权人的同意，否则合同义务转让无效。因为债权人不是协议的当事人，而承担债务的第三人是否具有履行能力和信用如何，这些与债权人的权利实现直接相关，所以，只有经债权人同意，债务人与第三人之间的合同义务转让协议才有效。

合同义务的转让需经债权人同意才具有效力。债权人是否同意有两种方法认定：(1)债务人或第三人向债权人为转移合同义务的通知时，债权人明确表示同意的，是为同意。(2)债务人或第三人向债权人为转移合同义务的通知时，规定了一个答复期限，在该期限内债权人不予答复的，应视为拒绝。

合同义务的转让经债权人同意即发生法律效力。第三人为新债务人。新债务人取代原债务人的地位，应积极向债权人履行义务，债权人可直接向新债务人要求履行债务。新债务人可以主张原债务人对债权人的抗辩。新债务

人也应承担与主债务有关的从债务。例如主债务的利息，主债务延期履行的违约金等。

(三)合同权利义务的概括转让

合同权利义务的概括转让是指合同当事人一方经对方同意将合同权利义务一并转让给第三人。合同权利义务的概括转让的特征是：(1)必须经合同另一方同意，如合同对方未同意，转让不发生效力；(2)必须是合同权利义务的一并转让，而不是分别转让权利和义务。

在合同权利义务的概括转让中，受让人取得转让的有关从权利，也应承担转让的有关从债务。合同受让人可以主张原合同当事人一方的抗辩权，这种抗辩权既包括债权人的抗辩，也包括债务人的抗辩；也可以主张到期债权的抵销权。在合同实务中，合同权利义务的概括转让是经常的。

三、合同转让的程序

合同转让一般由合同当事人达成协议或通知对方或取得对方同意即可。合同权利转让由债权让与人与债权受让人达成协议并通知债务人即可；合同义务转让由债务让与人与债务受让人达成协议，并取得债权人同意即可；合同权利义务的概括转让与合同义务转让相同。但是，法律、法规规定合同转让应当办理批准、登记手续的，应当办理批准登记手续。

第三节 合同的终止

一、债务已经按照约定履行

债务已经按照约定履行又称债的清偿。债务一经履行，当事人设立合同的目的得以实现，合同关系自然归于终止。在合同实务中，债务的履行是合同终止的最主要的原因。

二、债务相互抵销

债务相互抵销简称抵销，它是指二人互负债务时，各以其债权充当债务清偿，而使其债务与对方的债务在对等额内相互消灭。抵销又可分为法定抵销和约定抵销两种。

法定抵销是指互负同种类同性质的债务，且债务均已届清偿期时，为使相互间所负相当额之债务同归消灭的一方意思表示。用作抵销的债权，称为主动债权，亦即抵销人的债权；被抵销的对方的债权，称为被动债权，亦即被抵销人的债权。法定抵销在性质上属于形成权，享有抵销权的当事人以单方意思表示即可发生效力。

法定抵销的构成要件是：(1)须二人互负债务，互享债权。例如，甲欠乙租金1万元，乙委托甲办理非诉业务，代理费为1万元，且均届履行期，便发生债的抵销。如果只有债务而无债权或只有债权而无债务，均不发生抵销问题。(2)须双方债的标的种类、性质相同。适于抵销者，以金钱和种类物居多，此时双方所负债务标的经济目的同一，以此债权抵销彼债权，相互间仍可获得满足。债务标的种类不同，则不允许抵销。(3)须双方债务均届清偿期。抵销具有相互清偿的作用，自应双方债务均届清偿期，始得抵销。债务未至清偿期的，不得主张抵销。(4)须双方债务均非不能抵销的债务。不能抵销的债务主要有两类：一是性质上不得抵销者，如抚养费债务；二是法律上规定不得抵销的债务，如禁止强制执行的债务。

抵销权的行使应向相对人通知，该通知到达相对人即发生法律效力，不须对方的同意，也不用诉讼上的裁判。但抵销不得附条件或期限，附条件或期限的抵销不发生效力。抵销通知发出后，也不得撤回。

约定抵销是指当事人互负债务，但标的物的性质、种类不同的，经双方当事人协商一致，也可以抵销。与法定抵销不同的是，约定抵销不要求债务的标的物品种、性质相同，也不要求双方的债务已届清偿期。此外，当事人在抵销协议中也可附条件或附期限。约定抵销贯彻当事人自愿原则及要件由当事人自由商定。

三、合同解除

合同解除是指合同有效成立以后，因当事人一方的意思表示或者双方协议，使基于合同发生的债权债务关系归于消灭的行为。合同解除分为约定解除和法定解除。

约定解除分为两种情况，一是在合同中约定了解除条件，一旦该条件成就，合同解除。二是当事人未在合同中约定解除条件，但在合同履行完毕前，经双方协商一致而解除合同。在约定解除中，如果是执行国家指令性计划合同，则应取得计划批准机关的同意。

法定解除是指出现法律规定的解除事由而由享有解除权的一方当事人解除合同。法定解除的解除事由有：(1)因不可抗力致使不能实现合同目的，当事人可以解除合同。所谓不能实现合同目的是指履行不能，如发生了不可抗

力，但仍能履行的，则不能解除合同。(2)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示不履行主要债务的，对方可以解除合同。(3)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，对方可以解除合同；(4)当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使履行会严重影响订立合同所期望的经济利益的，对方可不经催告解除合同。(5)法律规定的其他情形。

当事人行使合同解除权应在法律规定或约定的期限内行使，逾期未行使的，该解除权消灭。法律没有规定或当事人没有约定解除权的行使期限的，享有解除权的一方经对方催告未在合理期限内行使解除权的，解除权也归消灭。享有解除权的一方欲解除合同，应通知对方当事人。由于合同法定解除属于单方法律行为，因此，合同自通知到达时发生效力。如果对方有异议，可请求人民法院或仲裁机构确认合同效力。

合同解除。如果法律、法规要求办理批准、登记手续的，当事人应办理有关手续，否则不生解除的效力。

合同解除后，尚未履行的，不得履行；已经履行的，根据履行情况和合同的性质，当事人可以要求恢复原状，或采取其他补救措施，并有权要求赔偿损失。也就是说，合同解除发生溯及效力。

四、债务人依法将标的物提存

债务人依法将标的物提存简称提存。它是指由于债权人的原因而无法交付标的物的，债务人将标的物提交提存机关而消灭合同关系的一种制度。

提存应具备的条件是：(1)有可以提存的合法原因，包括：债权人迟延受领的；债权人下落不明的；债权人死亡或丧失行为能力而未确定继承人或监护人的；法律规定的其他情形的。(2)债务已到履行期。(3)须经法定程序。债务人应提出申请，经批准后方可提存。如果标的物不适于提存或提存费用过高，债务人也可以依法拍卖或变卖标的物，提存所得价款。

提存的法律后果是：从提存成立之日起，债务人与债权人之间的合同关系归于消灭。债权人不得再向债务人主张合同权利，而只能向提存机关行使领取请求权。但这项权利自提存之日起5年内不行使而消灭，提存物归国家所有。此外，债权人对债务人有到期债务的，在债权人未履行债务或提供担保之前，提存部门根据债务人的请求可以拒绝其领取提存物。提存期间，标的物的孳息归债权人所有，标的物毁损灭失的风险由债权人承担，提存期间的管理费用由债权人承担。但提存物归国家所有的，提存费用由国家承担。

五、债权人免除债务

所谓免除，就是债权人自愿放弃债权，从而解除债务人所承担的义务，由此导致合同关系的终止。

债权人免除债务属单方法律行为，只需债权人意思表示就可成立，无需征得对方的同意。债权人既可以免除全部债务，导致合同全部终止，也可以免除部分债务，导致合同部分终止。但债权人免除债务的意思表示一旦作出便不得收回。

六、债权债务同归于一人

债权债务同归于一人简称混同。混同也是合同终止的原因之一。例如，甲企业欠乙企业货款10万元，后两企业合并为一个新的法人，则原欠货款的债权债务关系自然归于终止。

第二十二章 合同责任

第一节 缔约过失责任

一、缔约过失责任的概念

缔约过失责任有广义和狭义之分。广义的缔约过失责任是指合同不成立、无效或被撤销，当事人一方因此受到损失，对方当事人对此有过错时，应对受害人损失的赔偿责任。广义的缔约过失责任包括：(1)擅自撤回要约的缔约过失责任；(2)缔约之际未尽通知等项义务给对方造成损失的缔约过失责任；(3)缔约之际未尽保护义务侵害对方的人身权、物权时的缔约过失责任；(4)合同不成立时的缔约过失责任；(5)合同无效时的缔约过失责任；(6)合同被变更或撤销时的缔约过失责任；(7)无权代理情况下的缔约过失责任。

狭义的缔约过失责任是指在订立合同过程中一方假借订立合同，实施损害对方利益为目的行为或实施其他违背诚实信用原则的行为，造成对方损失时应负的赔偿责任。我国合同法所指的缔约过失责任为狭义的缔约过失责任。

缔约过失责任不同于违约责任。其主要区别是：(1)缔约过失责任以先合同义务为成立前提，违约责任以合同债务为成立前提；先合同义务是法定义务，合同债务主要是约定义务，核心是给付义务。(2)缔约过失责任以过错为要件，实行过错责任原则。按照我国合同法，其过错主要为故意过错，轻微的过失不能成立缔约过失责任。而合同责任不以过错为要件，实行严格责任原则，只要违反了合同义务，给对方造成了损失，就要负违约责任。(3)缔约过失责任的赔偿范围是信赖利益的损失，违约责任赔偿的是履行利益的损失。

二、缔约过失责任的适用条件

缔约过失责任的适用须具备下列条件：(1)缔约人一方违反先合同义务。所谓先合同义务，是缔约人双方互相接触磋商逐渐产生的注意义务，而非合同有效成立后而产生的给付义务，包括互相协助、互相照顾、互相保护、互相通知，诚实信用等义务。由于这些义务以诚实信用原则为基础，随着债的关系的发展而逐渐产生的，因而又称附随义务。当事人一方假借签订合同，以损害对方利益为目的，恶意磋商；或者以其他违背诚实信用原则的行为损害对方利益的，就属违反了先合同义务。(2)对方当事人受有损失。该损失仅为财产损失，不包括精神损害。该损失为信赖利益的损失，而不是履行利益的损失。该损失包括直接损失和间接损失。直接损失有：缔约费用，包括邮电费用、赶赴缔约地或察看标的物所支出的合理费用；准备履行所支出的费用，包括运输标的物或受领对方给付所支付的合理费用；受害人支出上述费用所交付的利息。间接损失为丧失与第三人另订合同的机会所产生的损失。(3)违反先合同义务与该损失之间有因果关系，即该损失是由违反先合同义务引起的。(4)违反合同义务者有过错。只有同时符合上述条件，才能适用缔约过失责任。

第二节 违约责任

一、违约责任的概念

违约责任是指当事人不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定所应承担的民事责任。

违约责任区别于其他民事责任的特征是：(1)违约责任是当事人不履行合同债务时所生的民事责任。这一特征含有几层意思：一是违约责任的成立必须以合同债务的存在为前提，或者说必须有合同关系的存在。不以合同关系、合同债务的存在为前提所产生的民事责任，不是违约责任；二是违约责任的成立必须有当事人不履行合同之债这一要件，违约责任是不履行合同债务所产生的民事责任。这一特征把违约责任与其他民事责任区别开来。侵权责任是行为人侵害他人的财产权、人身权、知识产权等依法产生的民事责任，而非不履行合同产生的民事责任。缔约过失责任，是缔约人因其过失撤回要约、违反通知义务致对方以损失、违反保护和照顾义务致对方的人身权或财产权的损失、造成合同不成立、无效或被变更甚至撤销时依法应承担的民事责任。它是违反先合同义务所产生的民事责任。它也不是不履行合同债务的民事责任。(2)违约责任可以由当事人在法律允许的范围内约定。合同关系是由当事人协议而设定的，违约责任作为对合同关系遭到破坏的补救措施，自然允许当事人自行约定，只是要在法律允许的范围内进行。合同当事人不仅可以在合同中约定违约金，而且允许当事人在合同中约定损失赔偿额的计算方法。(3)违约责任原则上是违约方向对方承担的民事责任。违约责任一般由违约方自己承担，这是因为违约责任是不履行合同债务的法律后果。(4)违约责任主要为过错责任，但在一些情况下也适用无过错责任。(5)违约责任一般在履行期届满后才承担，因为当事人只有在履行期届满才能确定是否违约和违约责任的承担。但是，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，对方可以在履行期届满之前请求其承担违约责任。

二、违约责任的承担条件

违约责任的承担条件通常包括：

(一)违约行为

违约行为又称不履行合同债务。这里的合同债务，既包括当事人在合同中约定的义务，又包括法律直接规定的义务，还包括根据法律原则和精神的要求，当事人所必须遵守的义务。

(二)损害事实

损害事实是违约责任承担的另一个条件。损害事实既包括直接损失，也包括间接损失。这里所说的间接损失，是指当事人可预期的损失。当事人不能预期的损失不为间接损失。

(三)违约行为与损害事实间存在因果关系

这也是违约责任承担的条件。如果损害事实不是由于违约行为造成的，则不存在承担违约责任的问题。

三、违约责任的承担方式

依据我国合同法的规定，违约责任的承担方式主要有：

(一)支付违约金

违约金是指由当事人在合同中约定的，当一方违约时，应向对方支付一定数额的货币。违约金是我国合同违约责任中最常见的一种责任方式。

违约金具有补偿性，约定的违约金视为违约的损害赔偿，损害赔偿额应相当于违约造成的损失。但约定的违约金过分高于或低于造成的损失，当事人可以请求人民法院或仲裁机构予以适当减少或增加。

(二) 支付赔偿金

赔偿金是指合同当事人因违约行为给对方造成损失而合同中又未约定违约金时，应支付给对方的款项。

赔偿金的适用条件是：(1)合同当事人一方存在违约行为；(2)违约行为造成了对方的损失，如果没有损失，则不支付赔偿金。(3)合同中没有约定违约金，也没有约定损害赔偿的计算方法。

违约方支付的赔偿金应相当于违约造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得违反合同一方订立合同时应当预见到的因违反合同可能造成的损失。但是，经营者对消费者提供商品或服务有欺诈行为的，应当按照《消费者权益保护法》的规定赔偿损失。

(三) 强制履行

强制履行是指经一方当事人请求由法院作出实际履行判决或下达特别履行命令，强迫违约方在指定期限内履行合同义务。违约方强制履行后还有其他损失的，对方可以请求赔偿损失。

强制履行的适用条件是：(1)受害方认为继续履行有必要，向人民法院提出了强制履行的申请。(2)属于可强制履行的债务。依我国合同法规定，一方不履行非金钱债务或履行非金钱债务不符合约定的，对方可请求强制履行。但是，法律上或事实上不能履行的；债务的标的在市场上不难获得的；债务的标的不适于强制履行或履行费用过高的；债权人在合理期限内未请求履行的，不适用强制履行。

(四) 支付价金及逾期利息

在金钱债务中，当事人一方未支付价款或报酬的，对方可以请求其支付其价款或报酬。当事人迟延支付价款或报酬的，应当支付该价款或报酬的逾期利息。

(五) 修理、更换、重作、减价或者退货

当事人一方提供的标的物的质量不符合约定，受害方可根据标的物的性质及损失大小，可以合理选择请求修理、更换、重作、减价或者退货。有其他损失的，受害方还可请求赔偿损失。

四、先期违约及其法律后果

先期违约包括明示先期违约和默示先期违约。先期违约的特点是：(1)先期违约行为表现为未来将不履行义务，而不像实际违约那样，表现为现实的违反义务。(2)先期违约行为侵害的对象是期待的债权而不是现实的债权；(3)先期违约具有特殊的补救办法。

对于明示的先期违约，一方当事人可在履行期限届满前解除合同，请求赔偿；对于默示的先期违约，一方当事人可以中止履行合同，对方在法定期限内提供担保的，应当恢复履行。中止履行后，对方在合理期限内未提供担保的，中止履行的一方可以解除合同，请求赔偿。

五、违约责任的免除

(一) 违约责任免除的概念

违约责任的免除是指法律明文规定或当事人有特别约定，当事人对其不履行合同或迟延履行合同不承担违约责任。

违约责任免除的特征是：(1)免除事由是由法律明文规定的或当事人有特别约定。我国法律规定的免除事由包括不可抗力，债权人的过错，货物本身的合理损耗等。(2)合同不能履行不是由于不履行人的过错引起的，如果是由于违约人的过错引起的，则不能免除其违约责任。

(二)违约责任的免除事由

1.不可抗力。不可抗力是指当事人在订立合同时不能预见，对其发生和后果不能避免并不能克服的自然事件和社会事件。对于不可抗力的范围，当事人在合同中可以约定。

不可抗力是免除合同当事人不履行合同债务的主要事由。因不可抗力而免除合同当事人不履行合同债务责任的适用条件是：(1)发生了不可抗力事件；(2)不履行合同的全部债务或部分债务；(3)二者之间存在因果关系。但是当事人迟延履行后发生不可抗力的，不能免除其违约责任。不可抗力导致当事人不能履行合同债务是免除合同当事人的全部责任还是部分责任，要根据不可抗力的影响来确定。

因不可抗力虽可免除合同当事人不履行合同债务或迟延履行合同债务的责任，但当事人仍负有义务：(1)负通知的义务。不可抗力发生以后，不可抗力遭受方应及时将不可抗力导致合同不能履行或部分不能履行或迟延履行的情况通知对方，以免给对方造成更大的损失。(2)应在合理期限内提供有关机关出具的证明。

2.货物本身的自然性质、货物的合理损耗。由于货物本身的性质引起的碎裂、生锈、减量、变质或自燃等及货物的合理损耗，引起合同的不适当履行，有关合同当事人可免除责任。这种事由导致的合同当事人责任的免除主要发生在运输合同、仓储合同等合同中。

3.债权人的过错。债权人的过错导致合同的不履行或不适当履行的，合同债务人免除合同责任。

4.法律有特别规定。合同订立时，法律有特别规定，当发生合同不履行或不适当履行又符合这些免责条款时，也可免除违约者的责任。

5.合同有特别约定。合同订立时，当事人有特别约定，当发生合同不能履行或不适当履行又符合这些免责条款时，通常也可免除违约人的责任。但这种约定在标准合同中应区别对待。标准合同的免责条款要特别提示，否则不生效力。标准合同免除合同当事人主要义务的，这样的免责条款亦不生效力。

六、违约责任与侵权责任的竞合

当某一违约行为侵害对方人身、财产权益的，该行为既是违约行为，又是侵权行为。例如，交付的啤酒因爆炸而致买受人受伤；受托人未尽到保密义务对外披露委托人的隐私，从而侵害委托人的隐私权；出售有毒饲料添加剂造成耕牛中毒死亡等。对于这种违约行为，受害人在要求损害赔偿时，可以选择一种对其有利的请求权。受害人既可要求对方承担违约责任，也可要求对方承担侵权责任，但二者只能选择其一。

第二十三章 转移财产所有权的合同

第一节 买卖合同

一、买卖合同的概念与特征

买卖合同是卖方将出卖的财物交付给买方所有，买方接受该项财物并支付约定价款的合同。

买卖合同的特征是：

(一)买卖合同是转移财产所有权的合同

卖方须将财物的所有权转移给买方，这是买卖合同的基本法律特征和核心要素，也是它区别于其他类型合同的关键所在。例如，租赁合同中出租人尽管也将出租物交付给承租人，但转移的只是财物的占有权和使用权，而不是所有权。但是，全民所有制单位的财产属于国家所有，全民所有制单位之间的买卖不发生所有权的转移，只发生经营权的转移。

(二)买卖合同是财产所有权与价金互为对价的合同

买方欲取得财物所有权，必须向卖方支付约定的价款，这是买卖合同的又一法律特征。所有权的取得以支付价款为对价，价金的获得以转移财产所有权为对价。

(三)买卖合同是诺成、双务和有偿合同

在一般情况下，买卖合同自双方当事人意思表示一致即可成立，并不以实物的交付为合同的成立条件，因而属诺成合同。买卖双方既享有权利，又负有义务，所以买卖合同为双务合同。买卖合同又是有偿合同，任何一方对方取得利益都须向对方支付相应的对价。

二、买卖合同当事人的权利义务

买卖合同中当事人的权利与义务是相对应的，买方的权利即为卖方的义务，卖方的权利即为买方的义务。为了叙述的方便，下面仅从双方当事人义务的角度予以说明。

(一)卖方的主要义务

1. 交付标的物并转移标的物的所有权。卖方应将标的物交付买方，这是卖方的基本义务。出卖的标的物应属出卖人所有或出卖人有权处分的标的物。交付可分为现实交付和拟制交付。现实交付是指将标的物交由买方实际占有；拟制交付是指将权利凭证交给买方而代替实际支付。卖方交付标的物，通常情况下就意味着标的物的所有权转移给买方，但当事人另有约定的除外。

2. 按约定的数量、质量、期限和地点交付标的物。卖方应当按照约定的数量交付标的物。在卖方少交的情况下，如果买方仍需要时，卖方应如数补交，并承担迟交部分的违约责任。在卖方多交的情况下，如果买方不需要可以拒收多交的部分；如果买方需要可以接受多交的部分，但应按原合同价格付款。卖方拒收的多交部分货物，买方应妥善保管并及时通知出卖人，因保管而支出的必要费用由卖方负担。

卖方应按约定的质量交付标的物。对此出卖人应提交有关标的物的质量说明，交付的标的物应符合该说明的质量标准。合同未约定质量标准或约定不明确的，卖方交付的标的物应符合同种物品的通常标准。没有同种物品的，卖方交付的标的物应具备同类物的通常标准或者为实现合同目的该物所应具

备的特定标准。卖方交付的标的物不符合质量标准的，应承担相应的违约责任。买方在发现交付的标的物不符合约定标准的，应及时通知卖方。当事人之间另有约定的，按其约定。

卖方应按约定期限交付标的物。合同约定了交付期限的，卖方可以在该期限的任何时间交付，但应当在交付前通知买方。当事人未约定标的物的交付期限或者约定不明的，卖方可以随时请求交付，但应当给买方必要的准备时间。卖方需要提前交付或迟延交付的，应事先取得买方的同意，否则买方可以拒收并可要求卖方承担违约责任。

卖方应按约定的地点交付标的物。当事人未约定交付地点或交付地点约定不明确的，交付不动产的，其交付地点为不动产所在地；其他标的物，以履行义务一方所在地为交付地。此外，卖方运输的，卖方应将标的物交付给第一承运人，第一承运人的所在地为交付地；未约定由卖方运输的，卖方和买方订立合同时知道标的物在某一地点的，该地点为交付地点；订立合同时不知道标的物在某一地点的，卖方在订立合同时的营业地为交付地。

卖方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约定不明确的，当事人可以补充协议；未达成补充协议的，卖方应按照通用方式包装；没有通用包装方式的，应采取足以保护标的物的包装方式。

3.瑕疵担保。买卖合同中的瑕疵，是指买卖的标的物在品质上或权利上的缺陷。瑕疵担保，是指卖方应当担保交付的标的物符合约定的品质，符合《产品质量法》的要求，同时不存在任何隐瞒的权利缺陷。这种担保是卖方的法定义务。

(1)品质瑕疵担保。它是指卖方交付的标的物应符合约定的品质并符合《产品质量法》有关规定的担保。如果卖方违反了这一担保义务，应承担相应的责任。

(2)权利瑕疵担保。它是指卖方应保证其所出卖的标的物享有合法的权利，没有侵犯任何第三人的权利，并且任何第三人不会就该项标的物向买方主张任何权利。如果第三人就标的物提出权利请求，使买方可能丧失该标的物的部分或全部权利时，除非卖方提供适当的担保，买方可中止支付相应的价款。但是，买方明知第三人对买卖的标的物享有权利的，除非买卖双方另有约定，否则卖方不承担担保责任。

(二)买方的主要义务

1.支付价款。买方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的，当事人可以达成补充协议；不能达成补充协议的，按订立合同时履行地的市场价格支付价款；依法由国家定价的合同应按国家定价支付价款。如果合同执行国家定价，在履行期限内国家定价调整时，按履行时的国家定价支付价款。卖方迟延交付的，如价格上涨时，按原价格计算价款；遇价格下降时，按新价格计算价款。买方逾期提货或者逾期付款的，遇价格上涨时，按新价格计算价款；遇价格下降时，按原价格计算价款。

买方应按约定的地点支付价款。对支付地点没有约定或约定不明的，当事人之间可以达成补充协议。不能达成补充协议的，买方应以出卖人的营业地或交付标的物或交付标的物单证的所在地为支付地。

买方应按照约定的时间支付价款。对支付时间没有约定或约定不明确的，当事人之间可达成补充协议。不能达成补充协议的，买方应当在收到标的物或交付单证的同时支付价款。

2.按约定接受标的物。买方应按约定的时间、地点、方式接受标的物，不得无故拒绝接受。

3.通知出卖人。买方发现或应当发现标的物的数量或质量不符合约定的，应及时通知卖方。买方接收多交部分的，应按照合同价格交付价款；买方拒绝接受多交部分的，应及时通知出卖人。

三、买卖方式

买卖方式在实践中主要有：批发与零售，订购、现买与赊销，分期付款买卖，连续供货买卖，远期交货买卖，拍卖。这里主要依据我国合同法分别介绍：

(一)分期付款买卖

分期付款买卖是买方将其应付的总价金按照一定的期限分批支付的买卖。分期付款买卖的卖方只有在买受人连续两次未支付价款，并且未支付价款的金额达到全部价款的20%时，才可以请求买方支付到期和未到期的款项或者解除合同。卖方解除合同的，可以向买方请求支付该标的物的使用费。

(二)样品买卖

样品买卖是指通过封存样品而形成的买卖。在样品买卖中，当事人应当封存样品，并且对样品质量予以说明，卖方交付的标的物应与样品的质量相同。如果样品买卖的买方不知道样品有隐蔽瑕疵的，无论交付的标的物是否与样品相同，卖方都负有交付的标的物具有同种物通常标准的义务。

(三)试用买卖

试用买卖是合同成立时卖方将标的物交付买方试用，买方在一定期限内使用后承认购买并支付价金的买卖。试用买卖的试用期间由当事人约定，当事人未约定或约定不明的，可以达成补充协议。达不成补充协议的，由卖方确定试用期间。买方在试用期间内可以购买标的物，也可以拒绝购买标的物。试用期间届满，买方对是否购买标的物未作表示的，视为购买。

四、所有权转移

所有权转移，即标的物的所有权由卖方转移至买方。根据我国合同法的规定，买卖合同中所有权转移的规则是：

(一)依合同约定时间

当事人可以在合同中约定标的物所有权转移的时间。约定的时间既可以是某一时间界点，也可以是附转移条件，待条件成就，所有权转移。当事人在合同中约定了所有权转移时间的，标的物的所有权自该时转移。

(二)交付完成时间

若合同未约定标的物所有权转移的时间，标的物的所有权自标的物交付时转移。即交付完成时间为所有权转移时间。

(三)法律、法规规定时间

法律、法规要求所有权转移须履行特殊手续的，则以该特殊手续办理完毕时间为所有权转移的时间。例如，房屋买卖需办理登记过户手续，房屋所有权才发生转移。因此，买方办理登记过户手续的时间为房屋所有权转移的时间。

五、风险负担

买卖合同中的风险负担是指标的物毁损、灭失的风险负担。依照我国合同法，风险负担的规则是：(1)标的物毁损、灭失的风险，交付前由卖方负担；交付后由买方负担。但当事人另有约定或法律另有规定的除外。(2)因买方的

过错使标的物不能按照约定的期限交付的，买方应承担自约定交付之日起至实际交付时的标的物毁损、灭失的风险负担。(3)卖方出卖运输途中的标的物，除当事人另有约定外，标的物毁损、灭失的风险自合同生效时起由买方负担。(4)合同未约定交付地点或者约定不明，标的物由卖方运输的，卖方将标的物交付第一承运人后，标的物毁损、灭失的风险由买方负担；未约定由卖方运输的，卖方将标的物置于交付地点，买方违反约定没有接受的，标的物毁损、灭失的风险自违反约定之日起由买方负担。(5)因标的物的质量不符合质量要求，致使不能实现合同目的，买受人拒绝接受或解除合同的，标的物毁损、灭失的风险由卖方承担。(6)卖方未按约定交付有关标的物单证和资料的，不影响标的物毁损、灭失风险的转移。

六、孳息归属和合同解除的效力

(一)孳息归属

在买卖合同中，孳息的归属以交付为界限。交付之前，标的物所生孳息由出卖人所有；交付之后，标的物所生孳息由买受人所有。

(二)合同解除的效力

在买卖合同中，合同解除的效力是：(1)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，即发生合同整体解除的效力。标的物的从物不符合约定被解除的，解除的效力不及于主物，即只发生合同部分解除的效力。(2)标的物为数物，其中一物不符合约定，买受人可就该物解除，即发生合同部分解除的效力；但该物与他物分离使标的物的价值显受损害的，当事人可就数物解除合同，即发生合同整体解除的效力。(3)出卖人分批交付标的物，其中一批标的物不交付或交付不符合约定，致使该批标的物不能实现合同目的，买受人可就该批标的物解除，即发生部分解除的效力；出卖人不交付其中一批标的物或交付不符合约定，致使今后各批标的物的交付不能实现合同目的，买受人可就该批及今后各批标的物解除，即发生合同整体解除的效力；买受人如果就其中一批标的物解除、该批标的物与其他各批标的物相互依存，可以就已经交付和未交付的各批标的物解除。

第二节 赠与合同

一、赠与合同的概念与特征

赠与合同是赠与人把自己的财物无偿给予受赠人，受赠人同意接受的合同。

赠与合同的特征是：(1)赠与合同是转移财产所有权的合同。通过赠与行为，受赠人取得了赠与物的所有权。因此，赠与人必须是对赠与物享有所有权或处分权的人，以保证赠与物所有权的转移。(2)赠与合同一般为无偿、单务合同。赠与人赠与财产是无偿的，不以受赠人给予某种回报或补偿为条件，所以赠与合同是典型的无偿合同。在赠与关系中，赠与人只负给付赠与物的义务，一般不享有权利；受赠人只享有接受赠与物的权利，不承担给付义务。但赠与人可以附义务，赠与附义务的，受赠人应按约定履行义务。(3)赠与合同应由赠与人与受赠人共为意思表示。赠与尽管是无偿给付财物于受赠人，但既为民事行为，则需以双方当事人意思表示，如受赠人不接受赠与，便不能产生赠与合同。(4)赠与合同原则上属于实践性合同，赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。但具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同，则为诺成性合同。

二、赠与合同当事人的权利与义务

(一)赠与人的主要义务是：

1. 交付赠与物。对于具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同，赠与人不交付赠与财产的，受赠人可以请求交付。对于其他赠与合同，受赠人未交付赠与物的，受赠人不得请求交付，赠与人也无交付的义务。

2. 瑕疵担保责任。赠与财产有瑕疵的，赠与人不承担责任。但附义务的赠与，赠与财产有瑕疵的，赠与人在附义务的限度内承担与出卖人相同的担保责任。

3. 损害赔偿责任。因赠与人的故意或重大过失致使赠与的财产毁损、灭失，造成受赠人损失的，赠与人要承担损害赔偿责任；赠与人因故意不告知瑕疵或者保证无瑕疵，造成受赠人损失的，应当承担损害赔偿责任。

但赠与人的经济状况显著恶化，严重影响其生产经营或家庭生活的，可以不再履行赠与义务。

(二)受赠人的权利：

1. 接受赠与财产。

2. 对公益性质、道德义务性质的赠与合同，在赠与人不交付赠与财产时，享有请求权；

3. 对因赠与人故意隐瞒赠与财产瑕疵造成的损害以及因赠与人的故意或重大过失造成的赠与物的灭失享有损害赔偿请求权。受赠人的义务是：对附义务的赠与负有按约定履行的义务。

三、赠与合同的效力

赠与合同的效力包括三种情况：(1)赠与合同采用口头形式的，赠与合同自财产交付时生效。如果仅有口头协议，赠与人未实际交付财产的，赠与合同不具有效力，受赠人无权请求赠与人交付赠与财产。赠与人交付财产后一般情况下不得翻悔，不得主张返还赠与物。(2)具有社会公益性质和道德义务性质的赠与，自当事人双方意思表示一致时合同生效。赠与人自合同生效后

负有交付约定的赠与物的义务，受赠人享有请求交付赠与物的权利。(3)赠与合同需要办理登记手续的，应当办理登记手续，合同才具有效力。即赠与人负有交付赠与物的义务，受赠人有请求交付赠与物的权利，但不能对抗善意第三人。

四、赠与的撤销

赠与的撤销的法定事由有：(1)受赠人严重侵害赠与人或赠与人的近亲属的利益；(2)对赠与人有扶养义务而不履行的；(3)不履行赠与合同约定义务的。上述三种情况，撤销权由赠与人享有，赠与人的撤销权自知道撤销原因1年内行使方为有效。(4)因受赠人的违法行为致使赠与人死亡或者丧失民事行为能力的，赠与人的继承人或监护人享有撤销权。该撤销权应于知道撤销原因6个月内行使方为有效。撤销权人撤销赠与的，可以向受赠人要求返还赠与的财产。

第二十四章 转移财产使用权的合同

第一节 租赁合同

一、租赁合同的概念与特征

租赁合同是出租人将租赁物交付承租人使用、收益，承租人向出租人支付租金的合同。出租财产的人称为出租人，承租财产的人称为承租人，出租的财产称为租赁物。

租赁合同的内容应包括租赁物的名称、数量、用途、租赁期间、租金的支付方式和期限、租赁物维修等条款。

租赁合同可分为定期租赁合同和不定期租赁合同。租赁合同对租赁期限进行了具体约定的为定期租赁合同。但定期租赁合同的租赁期限不得超过 20 年，超过 20 年的，超过部分无效。租赁期限届满，当事人可以续订租赁合同，但租赁期限自续订之日起不得超过 20 年。不定期租赁合同是指对租赁期限没有约定或约定不明确，当事人事后又没有对租赁期限达成协议的合同。口头形式的租赁合同也为不定期租赁合同。

租赁合同的特征是：(1)租赁合同是诺成的、双务的、有偿的合同。租赁合同在当事人双方意思表示一致时成立，故为诺成的合同；承租人必须交付租金，故为有偿合同；同时出租人负有将租赁物交付承租人使用、收益的义务，故为双务合同。(2)租赁合同的标的物是特定的非消耗物。承租人在合同终止时，必须将原物返还给承租人。(3)租赁合同转移的是租赁物的用益权，而非所有权。承租人取得租赁财产后，只取得使用权及收益权，而不是所有权，这是租赁合同与买卖合同、赠与合同的重要区别。(4)租赁合同具有期限性和连续性，时间在租赁合同中成为基本要素。租赁期限的长短对当事人权利义务的影响较大。

二、租赁合同当事人的权利与义务

为了叙述的方便，下面仅从义务角度分析租赁合同双方当事人各应承担的主要义务。

(一)出租人的主要义务

(1)按照约定交付租赁物与承租人使用。这是出租人的首要义务。若出租人迟延交付、拒绝交付或不当交付时，即构成违约，承担违约责任。

(2)保证租赁物符合约定的标准和用途。出租人交付的财产应当符合合同中约定的标准和用途，并担保租赁物没有瑕疵。这一瑕疵担保义务存在于整个合同期间。

(3)保持租赁物的约定品质状态。出租人有义务保证承租人对租赁物的正常使用。除法律或合同有规定外，出租人对承租人使用过程中的租赁物负有修理或更换的义务。承租人在租赁物需要维修时可以请求出租人在合理期限内维修，出租人未尽维修义务的，承租人可以自行维修，维修费用由出租人负担。因维修租赁物影响承租人使用的，应当相应减少租金或延长租期。

(二)承租人的主要义务

1.按照约定的方法或租赁物的性质使用的义务。合同对租赁物的使用约定了使用方法的，承租人应按照约定的方法使用租赁物。合同没有约定租赁物的使用方法或约定不明的，当事人之间就使用方法也达不成协议的，承租人应按照租赁物的性质使用租赁物。承租人按照约定的使用方法或租赁物的

性质使用租赁物，致使租赁物受到损害的，不承担损害赔偿责任；承租人未按照约定的方法或者租赁物的性质使用租赁物，致使租赁物受到损失的，应负损害赔偿责任。

2. 妥善保管租赁物的义务。承租人未尽妥善保管义务，造成租赁物毁损、灭失的，应负损害赔偿责任。

3. 取得出租人同意的义务。未经出租人同意，承租人对租赁物进行改善或增设他物，出租人可以要求承租人恢复原状或赔偿损失。承租人将租赁物转让他人的，承租人亦应经出租人同意。

4. 按照约定期限支付租金的义务。承租人应当按照约定的期限支付租金。对支付期限没有约定或约定不明确的，当事人又不能达成补充协议的，应当在租赁期限届满时支付，但租赁期限1年以上的，应当在每届满1年时支付，剩余期限不满1年的，应当在租赁期限届满时支付。承租人无正当理由未支付或迟延支付租金的，出租人可以要求承租人在合理期限内支付。承租人逾期不支付的，出租人可解除合同。

5. 返还租赁物的义务。租赁期限届满，承租人应当返还租赁物。返还的租赁物应当符合原状，但法律另有规定的除外。

三、租赁合同的解除

租赁合同的解除分为约定解除和法定解除。除合同解除的一般法定条件外，租赁合同中，出租人和承租人还可以在一种特殊情况下享有合同解除权。

出租人的合同解除权的情形有：(1)承租人未按约定方法或者租赁物的性质使用租赁物，致使租赁物受到损害的；(2)承租人未经出租人同意转租的；(3)承租人逾期不支付租金的；(4)对租赁期限没有约定的或约定不明，又未达成补充协议的，出租人可以随时解除合同，但应在合理期限内通知承租人。

承租人的合同解除权的情形有：(1)对租赁期限没有约定或者约定不明确的，事后又未达成补充协议的，承租人可以随时解除合同；(2)租赁物危及承租人的安全或者健康的，即使承租人订立合同时明知该租赁物质量不合格，承租人可以随时解除合同；(3)因不可归责于承租人的事由，致使租赁物部分或全部毁损、灭失，不得实现合同目的的，承租人可以解除合同。

四、房屋租赁合同

房屋租赁合同是以房屋为租赁物的合同。房屋租赁合同除具备租赁合同的一般特征外，还具有以下特点：(1)私有房屋在租赁期间，因买卖、赠与或继承发生产权转移的，租赁合同对于承租人和新房主继续有效。(2)出租人出卖租赁房屋的，应当在出卖之前的合理期限内通知承租人，承租人在同等条件下享有优先购买权；(3)承租人在房屋租赁期间死亡的，与其生前共同居住的人可以按照原租赁合同租赁该房屋。

五、转租和第三人对租赁物主张权利

(一) 转租

承租人对租赁物进行转租，应取得出租人的同意。未经出租人同意的，出租人可以行使合同解除权。经出租人同意的转租，承租人与出租人之间的合同关系仍然有效；第三人对租赁物造成损失的，由承租人负赔偿责任。

(二) 第三人对租赁物主张权利

第三人对租赁物主张权利的，承租人应及时通知出租人，由此给承租人对租赁物的使用、收益造成不利影响的，承租人可以要求减少租金或不支付租金。

六、租赁物收益的归属及租赁权的性质

(一)租赁物收益的归属

在承租人占有、使用租赁物期间的收益，除当事人有约定的外，应归承租人所有。例如承租期间的母牛所生的小牛，归承租人所有。

(二)租赁权的性质

租赁权具有物权属性。租赁物在租赁期间发生所有权变动的，不影响租赁合同的效力。例如，甲将某台机器租赁乙以后又卖与丙，甲与乙之间的租赁合同不因甲与丙之间的买卖合同而解除，在原租赁期间内，丙成为新的出租人，乙成为丙的财产的承租人，丙不得在该期限内解除租赁合同。

第二节 融资租赁合同

一、融资租赁合同的概念与特征

融资租赁合同是出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择，向出卖人购买租赁物，提供给承租人使用，承租人支付租金的合同。

融资租赁合同的特征是：(1)融资与融物相结合。融资租赁以融物为形式，以融资为内容。承租人在租赁设备的同时解决了购买设备的资金，而不是先贷款去购买设备，这是其融资性的根本体现。(2)租赁关系和买卖关系相结合。出租人根据承租人的要求购买设备是融资租赁合同的一个特点。融资租赁合同中同时存在出卖人与出租人之间的供货关系和承租人与出租人之间的租赁关系。而且供货合同的主要内容要经过承租人的认可方能成立。租赁关系是以买卖关系存在为前提，买卖关系是租赁关系实现的保证。(3)所有权与使用权相分离。在融资租赁期间，承租人的设备所有权属于出租人，设备的使用权归承租人，但租赁设备的维修和保养由承租人负责。出租人对租赁设备的瑕疵担保责任转由出卖人承担，出租人对出卖人的请求权一并让与承租人。(4)租赁合同不得中途解除。在融资租赁合同中，租赁物是由承租人选定的，如果允许承租人中途解约，出租人必将遭受重大损失，出租人难以找到客户承租设备，即使找到，租金也会大为降低。因此，租赁期间，原则上不许中途解除合同。(3)融资租赁合同应采用书面形式，这是融资租赁合同的复杂性决定的。融资租赁合同应书面记载租赁物的名称、数量、规格、技术性能、检验方法，租赁期限、租金构成及其支付期限和方式、币种、租赁期间届满租赁物的归属等条款。

二、融资租赁合同关系

在融资租赁合同中，存在买卖合同关系和租赁合同关系，涉及出卖人、出租人、承租人三方当事人。在买卖合同关系中，出租人虽然是买受人，但一般情况下，是由承租人直接与出卖人谈判和协商，出卖人是由承租人选定的，但由出租人以买受人的身份与出卖人签订买卖合同。出卖人按照合同规定直接将出卖的标的物交付承租人，而不必经过出租人。出租人在这一合同中主要起融资作用。在这种买卖合同关系中，承租人有权接受出卖人交付的标的物，并有权就标的物的瑕疵向出卖人请求瑕疵担保。承租人也负有按照合同约定及时接受出卖人交付的标的物的义务，并负有对标的物进行检验的义务。也就是说，在买卖合同关系中，承租人具有买受人的实际地位，享受买受人的权利，承担买受人的义务。在租赁合同中，所涉及的当事人为出租人和承租人。由于租赁合同以买卖合同为前提，因此，出租人和承租人的权利义务关系与财产租赁合同关系不同，如出租人不负担租赁物瑕疵担保的责任和在租赁期间承担维修义务等。

三、融资租赁合同当事人的权利义务

(一) 出卖人的主要义务

1. 按照合同约定向承租人交付标的物的义务。这是出卖人的基本义务。
2. 对标的物承担瑕疵担保的义务。这一义务是出卖人的法定义务，而不是约定义务。

(三) 出租人的权利和义务

出租人的主要权利是：

1. 对租赁物的所有权。租赁物是出租人购买的，因此，出租人对租赁物

享有所有权。在承租期间，承租人破产的，租赁物不得作为破产财产处理，出租人有权向破产清算组织要求返还租赁物。

2. 租金收取权。租金数额一般由当事人约定，当事人对租金没有约定或约定不明的，可以达成补充协议。不能达成补充协议的，可根据购买租赁物的成本和合理利润确定。

3. 租赁物返还请求权。租赁期间届满，除合同规定由承租人享有租赁物的所有权的以外，租赁物的所有权归出租人享有，出租人可以请求承租人返还租赁物。

出租人的主要义务是：

1. 向出卖人支付约定的价金。这是出租人的主要义务。

2. 保证租赁物由承租人占有和使用的义务。出租人是买卖合同的买受人，如果出租人不将租赁物交付承租人占有和使用，承租人的合同目的就会落空。

3. 协助承租人对出卖人或直接对出卖人索赔的义务。在融资租赁合同中，出卖人、出租人、承租人可以约定，如出卖人迟延交付标的物或者交付的标的物有瑕疵，出租人不负责，而由承租人直接向出卖人行使追索权并承担追索后果。在这种情况下，出租人应对承租人行使追索权进行协助。如合同未约定追索权由承租人行使，则应由出租人向出卖人行使，并承担追索后果。

4. 不得变更合同内容的义务。融资租赁合同的内容一般是由承租人与出卖人洽谈而成的，对于设备类型、数量、成本、交货日期一般由承租人预先设定，如果出租人与出卖人擅自变更合同内容，则承租人的合同目的就会落空或受到影响，因此，出租人未经承租人同意，不得擅自变更合同内容。

(三) 承租人的主要义务

1. 按照约定交付租金的义务。承租人经催告后在合理期限内仍不交付租金的，出租人可要求交付全部租金，也可以解除合同，收回租赁物。

2. 妥善保管，使用租赁物及对租赁物维修的义务。

四、租赁物致人损害的责任

租赁物致人损害通常包括四种情况：1. 因租赁物缺陷造成他人的人身、财产损害；2. 作为高度危险作业的租赁物发生高度危险作业损害；3. 作为建筑物的租赁物因倒塌、脱落而致人损害；4. 租赁物污染环境致人损害。

租赁物致人损害，虽然出租人是租赁物名义上的所有人，但其实质上是为承租人融资，因此，出租人对租赁物致人损害不承担责任，其责任或由出卖人承担瑕疵担保责任，或由承租人承担。

五、租赁期间届满租赁物的归属

租赁期间届满，租赁物的归属有两种情况：1. 约定由承租人所有。如果租赁期间届满，约定由承租人所有，承租人支付了全部租金的，租赁物由承租人所有。但如果承租人只交付了部分租金，无力支付剩余租金，出租人可以解除合同，收回租赁物。2. 未约定租赁物归属。未约定租赁物的归属的，当事人之间可以达成补充协议，不能达成补充协议的，租赁物归出租人所有。

第二十五章 借款合同

第一节 借款合同的概念和特征

借款合同是指借款人向贷款人借款，到期返还借款并支付利息的合同。除当事人另有约定外，借款合同应采用书面形式。借款合同的内容通常包括借款种类、用途、数额、利率、期限和还款方式等条款。

借款合同的特征是：(1)借款合同是转移借贷款项处分权的合同，其标的种类为货币，不包括实物。这是借款合同的重要特征。(2)借款合同一般是有偿的，也可以是无偿的。除法律另有规定外，借款合同是否有偿，由当事人双方约定。双方约定利息的，为有偿合同；双方未约定利息的，为无偿合同，又称无息借款。

第二节 借款合同当事人的权利与义务

一、借款人的主要义务

(一)提供真实情况的义务

在订立借款合同时，借款人应按照贷款人的要求，提供与借款有关的业务活动和财务状况的真实情况。

(二)归还约定借款的义务

借款人应按约定的期限返还借款。对借款期限没有约定或约定不明确的，借款人与贷款人可以补充约定还款期限。不能达成协议的，借款人可以随时返还，贷款人可以催告借款人在合理期限内返还。借款人未按约定期限返还借款的，应当按照约定或国家有关规定支付利息；借款人提前偿还借款的，除当事人另有约定外，应当按照实际借款的期间支付利息。

(三)支付约定利息的义务

借款人应当按照约定支付利息。办理贷款业务的金融机构，应当按照中国人民银行规定的贷款利率的上下限确定利息。自然人之间的借款利率，不得高于国家规定的最高限额。自然人之间的借款合同对利息没有约定或约定不明的，视为不支付利息。借款人应当按照约定期限支付利息。对支付利息的期限没有约定或者约定不明的，当事人可以达成补充协议；达不成补充协议的，利息应在返还借款时一并支付。但借款期限1年以上的，应当在每届满1年时支付，剩余期限不满1年的，应当在返还借款时一并支付。

(四)按约定用途使用借款的义务

借款人负有按约定用途使用借款的义务。借款人未按照约定用途使用借款的，贷款人可以停止发放借款、提前收回借款或者解除合同。

二、贷款人的权利与义务

(一)贷款人的主要权利

1.对借款用途的检查、监督权。借款合同约定了借款用途的，贷款人有按照约定检查、监督借款使用情况的权利。

2.请求归还借款的权利。借款约定了期限的，借款期限届满，贷款人可以请求归还借款；借款未约定期限，双方可以达成补充协议；不能达成补充协议的，贷款人可以随时要求还款，也可以在合理期限内经催告返还。

3.请求支付利息的权利。借款合同约定了利息的，贷款人享有请求支付利息的权利。

(二)贷款人的主要义务

1.提供贷款的义务。贷款人未按照约定的日期、数额提供借款，造成借款人损失的，应当赔偿损失。

2.不得预先在本金中扣除利息的义务。贷款人不得预先在本金中扣除利息。利息在本金中预先扣除的，应当按照实际借款数额计算利息。

第二十六章 完成工作成果的合同

第一节 承揽合同

一、承揽合同的概念与特征

承揽合同是指承揽人按照定作人的要求完成工作，交付工作成果，定作人给付报酬的合同。完成工作的一方叫承揽人，接受工作成果并支付报酬的一方称为定作人。

承揽合同的特征是：(1)双务的、诺成的、有偿的合同。承揽合同双方当事人均负有义务，也都享有权利，并且其权利义务相互对应，是为双务；一方应完成一定工作并交付工作成果，另一方应接受该成果并为此支付报酬，是为有偿；双方的权利义务自达成协议即时产生，是为诺成。(2)承揽人的工作具有独立性。承揽人以自己的设备、技术、劳力等完成工作任务，不受定作人的指挥管理。从承揽人须为定作人完成一定工作看，承揽人是为定作人提供劳务，与其他提供劳务的合同相似，但承揽合同的定作人需要的不是承揽人的劳务本身，而是承揽人的物化劳动成果。(3)承揽人完成的工作具有特殊性。承揽合同是为满足定作人的特殊需要而订立的，因此承揽人完成的工作成果具有特殊性，必须符合定作人的要求。(4)承揽人以自己的风险完成工作。承揽人独立完成工作中遭受意外的风险，非因不可抗力不能完成工作成果的，不能取得报酬。

二、承揽合同的种类

承揽合同是完成工作交付成果合同的总称，在社会生活中的适用范围极为广泛。承揽合同主要包括：

(一)加工合同

加工合同的特征是承揽人用定作人的原材料进行加工，如用衣料为定作人加工成服装；用定作人的零配件装配成产品等。

(二)定作合同

定作合同的特征是承揽人以自己的原材料依照定作人的特别要求为其制作成品，如定作成套家具，定作设备等。

(三)修理合同

修理合同的特征是承揽人为定作人修复损坏的物件。如修理汽车、设备等。

(四)房屋装修、修缮合同

房屋装修、修缮合同的特征是承揽人为定作人的房屋进行修缮。例如，修缮漏雨的屋顶、装饰房间等。

(五)其他承揽合同

这主要有承揽人为定作人誊写、打印、复印手稿材料，翻译外文资料，校对文稿，进行物品性能的测试、检验或工作成果的鉴定，翻晒图纸，复制艺术品等。

三、承揽合同当事人的权利与义务

(一)承揽人的主要义务

1. 承揽人应当按照合同约定的要求完成工作并交付成果。承揽人应按照合同约定的质量标准和技术条件完成工作，并对完成的工作成果负瑕疵担保责任。同时，承揽人应按期交付工作成果，不得延误工期。承揽人要求提前

或延期交付定作物的，应事先与定作人达成协议。

2. 承揽人应依约定亲自完成主要工作。承揽人应当依自己的设备、技术和劳力，完成主要工作。未经定作人同意，承揽人不得将其承揽的主要工作交由第三人完成。除另有约定外，承揽人可以将其承揽的辅助工作交由第三人完成；交由第三人完成的。承揽人应当就该第三人完成的工作成果向定作人负责。

3. 承揽人应当按照约定提供原材料或接受、保管定作人提供的原材料。承揽人提供材料的，承揽人应当按照约定选用材料，并接受定作人检验。定作人提供材料的，承揽人应及时检验，发现不符合约定时，应当及时通知定作人更换或补齐。承揽人对定作人提供的材料不得擅自更换，不得更换不需要修理的零部件。承揽人应当妥善保管定作人提供的材料，保管费用没有约定或约定不明的，事后又达不成协议的，由定作人支付费用。

4. 承揽人应当接受定作人必要的监督和检查。为了保证承揽人完成的工作符合定作人的要求，承揽人在承揽期间应接受定作人的必要监督和检查。定作人的监督和检查不能妨碍承揽人的正常工作。

5. 承揽人应对所完成的工作保守秘密。承揽人完成定作人要求保密的工作的，应按照定作人的要求负责保密。未经定作人的同意，承揽人不得留存复制品或者技术资料。

(二) 定作人的主要义务

1. 定作人应按照合同的约定为承揽人完成工作任务提供条件，依照合同约定由定作人提供原材料和资料的，定作人应按时、按质、按量提供原材料和资料。如因定作人提供的原材料或技术资料等不符合要求或不合理而导致承揽人无法按期或按质、按量完成工作时，承揽人不承担责任。同时，定作人不得随意变更定作物的数量、质量或设计等；定作人中途变更工作的要求，给承揽人造成损失的，应当赔偿损失。

2. 定作人有协助的义务。承揽工作需要定作人协助的，定作人应予协助。定作人不履行协助义务致使承揽工作不能完成的，承揽人可以催告定作人在合理期限内履行义务；定作人逾期不履行的，承揽人可以解除合同。

3. 定作人应及时接受承揽人交付的工作成果。合同约定定作人自提的，定作人应予自提。

4. 定作人应及时支付约定的报酬。定作人应按照约定的期限支付报酬。支付报酬的期限没有约定或者约定不明确的，当事人之间又未达成补充协议的，定作人应在交付工作成果时支付报酬；工作成果部分交付的，定作人也应当相应支付。定作人未向承揽人支付报酬或者材料等价款的，除有特别约定外，承揽人可以留置工作成果。

(三) 承揽合同中的风险负担

在承揽合同中，定作物和原材料意外灭失的风险负担由谁承担，一般按下列规则确定：(1) 承揽人完成的工作成果在交付定作人前毁损、灭失的风险，因承揽人保管不善，由承揽人承担，承揽人丧失报酬请求权，不能要求定作人支付报酬；(2) 定作人提供的原材料在承揽人占有期间毁损、灭失的风险，除不可抗力的以外，因承揽人保管不善，由承揽人承担；不可抗力的灭失风险由定作人承担；(3) 因定作人迟延接受或无故拒收而未能交付定作物的，定作物意外灭失的风险由定作人承担。

第二节 建设工程合同

一、建设工程合同的概念与特征

建设工程合同是承揽合同的一种特殊形式，它是指由承包人进行工程建设，发包人支付价款的合同。建设工程合同应当采用书面形式。

建设工程合同的特征是：(1)合同的标的是建设工程项目。建设工程项目一般分为新建工程、改建工程和扩建工程。新建工程是指完全新建一项工程；改建工程是指对原有固定资产进行技术改造；扩建工程是指在原有基础上扩展工程。(2)合同的签订方式一般通过招标投标方式进行。招标投标应依公开、公平、公正的原则进行。(3)合同的形式应采用书面形式。(4)合同的主体一般为法人。发包人一般是工程项目的建设单位；承包人应是国家规定的具有承包工程项目资格的施工单位。(5)合同具有综合性。建设工程合同包括工程勘察合同、设计合同、施工合同以及监理合同等。发包人可以与承包人签订工程承包合同，也可以分别与勘察人、设计人、施工人及监理人签订勘察设计、施工及监理合同。

二、建设工程合同的种类

(一)勘察合同

勘察合同是委托人(发包人)与承包人或勘察人就完成建设工程地理、地质状况的调查研究工作而达成的协议。在勘察合同中，勘察人的主体资格要求严格，并对提交的勘察质量负担担保义务。

经发包人同意，承包人也可以与勘察人签订勘察合同，对勘察工作成果，承包人与勘察人对发包人负连带责任。

(二)设计合同

设计合同是发包人与承包人或设计人就工程初步设计和施工图设计订立的合同。初步设计是建设项目立项阶段承包人为项目决策提供可行性资料的设计，施工图设计是项目立项以后设计单位为建设单位进行的具体施工图设计。在我国，设计人的主体资格要求严格，一般是经国家批准的设计单位。

经发包人同意，承包人也可以与设计人签订设计合同，对设计工作成果，承包人与设计人对发包人负连带责任。

(三)施工合同

施工合同是发包人与承包人或施工人为工程施工达成的协议。施工人或承包人完成建筑工作成果，发包人接受施工工作成果并支付报酬。在我国，施工人的资格要求较严格。

经发包人同意，承包人也可以与施工人签订施工合同。对施工工作成果，承包人与施工人对发包人负连带责任。

(四)监理合同

建设工程需要实行监理的，发包人应当与监理人采用书面形式签订委托监理合同。监理合同是为保证工程质量而订立的。监理合同的内容应包括：工程名称、地点、监理职责、费用以及支付办法等。

三、建设工程合同当事人的权利义务

(一)发包人的主要义务

1. 提供基础资料的义务。发包人有提供工程基础资料的义务，否则由此造成承包人损失的，发包人应赔偿损失。

2. 提供约定的工作条件的义务。发包人应按约定的时间和要求提供原材

料、设备、场地、资金、技术资料。发包人未提供或未按约定提供的，承包人可以请求顺延工期，并可请求赔偿停工、误工等损失。发包人应按约定期限提供勘察设计工作条件，未按约定提供从而造成勘察设计的返工、停工或重新设计的，发包人应按实际工作量增付费用。

3. 发包人负有不变更计划的义务。发包人擅自变更工程计划造成承包人损失的，应赔偿损失或增付费用。

4. 验收和接收建设工程的义务。建设工程竣工以后，发包人应按照施工图纸和说明书、施工规范和质量标准进行验收。验收合格的应当接收建设工程。

5. 不得使用未经验收建设工程的义务。发包人擅自使用未经验收的建设工程，发现质量问题的，由发包人承担责任。

6. 发包人负有按约定支付价款的义务。发包人未按约定支付价款的，承包人可以催告发包人在合理期限内支付价款。发包人逾期不支付的，除按照建设工程的性质不宜折价、拍卖的以外，承包人可以与发包人协议将该工程折价，也可以将该工程依法拍卖以优先受偿。

(二) 承包人的主要义务

1. 接受发包人检查和通知发包人检查的义务。在不妨碍正常作业的情况下，承包人应接受发包人对工程进度、质量的检查。在隐蔽工程隐蔽前，承包人有义务通知发包人检查。发包人未及时检查的，承包人可以顺延工程日期，并有权要求赔偿停工、窝工等损失。

2. 对勘察、设计质量及期限的担保义务。勘察、设计质量低劣或者未按照期限提交勘察、设计文件，拖延工期给发包人造成损失的，由承包人或勘察人、设计人继续完善勘察、设计，减收或免收勘察、设计费并赔偿损失。

3. 对工程质量负担保义务。因承包人的原因致使工程质量不符合约定，发包人有权要求承包人在合理期限内无偿修理或者返工、改建。经过修理、改建后，造成延期交付的，承包人应当负违约责任。

4. 承担产品责任。因承包人的原因致使建设工程质量不符合约定，造成人身或财产损害的，承包人应负损害赔偿的责任。

第二十七章 提供劳务的合同

第一节 运输合同

一、运输合同的概念、特征和种类

运输合同是承运人将旅客或者货物运到约定地点，旅客、托运人或者收货人支付票款或者运费的合同。

运输合同的特征是：(1)运输合同是有偿的、双务的合同。所说有偿是指旅客、托运人或收货人应向承运人支付票款或者运费；所说双务是指承运人同时负有将旅客或货物运到约定地点的义务。(2)运输合同是属于提供劳务的合同。运输合同的客体是指承运人将一定的货物或旅客运到约定的地点的运输行为，而不是货物本身或旅客。(3)运输合同大多是格式条款合同。它的主要条款，包括双方的权利义务、运费、票价、违约责任等多由有关运输法规规定，合同格式也多是统一且事先印刷的，只需依式填写即可。

运输合同的种类较多。按运输对象划分，可分为货物运输合同和旅客运输合同；按运输方式划分，可分为铁路运输合同、公路运输合同、内河运输合同、航空运输合同、海上运输合同及多式联运合同等。

二、货物运输合同当事人的权利与义务

货物运输合同是承运人将一定的货物运到约定的地点，托运人或收货人支付运费的合同。在货物运输合同中，合同当事人为托运人和承运人，但收货人也享有的一定的权利和义务。

(一) 托运人的主要权利

1. 要求承运人按合同约定的时间安全运输到约定的地点。
2. 在承运人将货物交付收货人之前，托运人可以请求承运人中止运输、返还货物、变更到货地点或者将货物交给其他收货人，但由此给承运人造成的损失应予赔偿。
3. 要求承运人赔偿因承运人的原因致使货物灭失、短少所受损失的权利。

(二) 托运人的主要义务

1. 如实申报货运基本情况的义务。托运人办理货物运输，应当向承运人准确表明收货人的名称或姓名、收货地点、货物的性质、重量、数量及其他有关货运的情况。托运申报不实，造成承运人损失的，托运人负损害赔偿的责任。
2. 办理有关手续的义务。货物运输需要办理审批、检验等手续的，托运人应当将办理有关手续的文件提交承运人。
3. 包装货物的义务。托运人应当按照约定的方式包装货物。托运人未按约定方式包装货物的，承运人可以拒运。对于托运的易燃、易爆、有毒、有腐蚀性、有放射性等危险物品的，应当按照危险物品运输的规定对危险物品妥善包装，作出危险物标志和标签，并将有关危险物品的名称、性质和防范措施的书面材料提交承运人。托运人未尽上述义务的，承运人可以拒绝运输，也可以采取相应措施，但费用由托运人负担。
4. 支付运费和其他有关费用的义务。托运人不支付费用的，除当事人另有约定的以外，承运人享有对运输货物的留置权。

(三) 承运人的主要权利

1. 收取运费及符合规定的其他费用。

2. 对逾期提货的，承运人有权收取逾期提货的保管费，对收货人不明或收货人拒绝受领货物的，承运人可以提存货物，不宜提存货物的，可以拍卖或变卖货物，提存价款。

3. 对不支付运费、保管费及其他有关费用的，承运人可以对相应的运输货物享有留置权。

(四) 承运人的主要义务

1. 按合同约定调配适当的运输工具和设备，接收承运的货物，按期将货物运到指定的地点。

2. 从接收货物时起至交付收货人之前，负有安全运输和妥善保管货物的义务。在运输过程中货物短少，除非由押运人负责的以外，承运人应负赔偿责任。

3. 货物运到指定地点后，应及时通知收货人收货。因承运人未及时通知或通知错误而造成的损失，或者造成收货人逾期收货的，由承运人负责。

(五) 收货人的权利与义务

收货人的主要权利是：

1. 承运人将货物运到指定地点以后，持凭证领取货物的权利。

2. 在发现货物短少或灭失时，有请求承运人赔偿的权利。

收货人的主要义务是：

1. 检验货物的义务。收货人应按规定的期限检验货物。未约定检验期限或对检验期限约定不明，又未达成补充协议的，应在合理期限内检验货物。收货人在约定期限或合理期限内对货物的数量、毁损未提出异议的，视为承运人已按运输单证的记载交付货物。

2. 及时提货的义务。收货人应及时提货。逾期提货的，应当向承运人支付保管费。

3. 支付托运人少交或未交的运费或其他费用的义务。

三、旅客运输合同当事人的权利义务

旅客运输合同是承运人将旅客运到约定的地点，旅客支付票款的合同。

(一) 旅客的主要义务

1. 持票乘运的义务。旅客应持有效客票乘运。旅客无票乘运、超程乘运、超级乘运或持失效客票乘运的，应当补交票款和有关费用。旅客不交付票款的，承运人可以拒绝乘运。

2. 按时乘运的义务。旅客因自己的原因不能按时乘运的，应当在约定的时间内办理退票或变更手续。逾期办理的，承运人可以不退票款，并不再承担运输义务。

3. 限量携带行李的义务。旅客携带的行李应符合约定的限量，超量携带行李的，应办理托运手续。

4. 遵守安全规则的义务。旅客不得随身携带或在行李中夹带易燃、易爆、有毒、有腐蚀性、有放射性以及可能危及运输工具上人身和财产安全的危险物品或者其他违禁物品。旅客违反这一义务的，承运人可将其卸下、销毁或送交有关部门或拒绝运输。

(二) 承运人的主要义务

1. 按约定的时间将旅客运达目的地的义务。承运人应按照客票载明的时间和班次运输旅客。承运人迟误运输的，应当根据旅客的要求安排改乘其他

班次、变更运输路线以达目的地或者予以退票。

2. 不得擅自变更运输路线的义务。承运人擅自变更运输路线的，旅客要求予以退票的应予退票。承运人中途变更运输路线的，旅客要求送回始发地的，承运人应当将其送回始发地。

3. 保障旅客在运输途中的安全的义务。在运输中保障旅客人身及其行李的安全。旅客在运输途中发生人身或行李的损害，如果不是本人过错造成的，均由承运人负责。

4. 提供必要生活服务的义务。承运人应当为旅客提供必要的生活服务，应尽力救助患有急病、分娩、遇险的旅客。

第二节 保管合同

一、保管合同的概念与特征

保管合同是保管人有偿地或者无偿地为寄存人保管物品，并在约定期限内或者应寄存人的请求，返还保管物品的合同。为他人保管物品的人是保管人，将物品交付保管的人是寄存人。

保管合同的特征是：(1)保管合同是属于实践性合同。除当事人另有约定以外，保管合同自保管物交付时成立。寄存人没有交付标的物，只是提出要保管或者保管人同意保管，合同不能成立。(2)保管合同的客体是保管人为保管物提供的保管劳务，故保管合同属于提供劳务的合同。(3)依保管合同交付保管人保管的物品只临时转移保管物品的占有权。保管人非依合同规定，不得使用、收益保管物品，更不得处分保管的物品。(4)保管合同的保管物只能是特定物或者特定化了种类物。因此，保管期满时，保管人返还保管物时是原来交付保管的物，而不是其他物。(5)保管合同一般是有偿合同，也有无偿的合同。

二、保管合同当事人的权利义务

(一)保管人的主要义务

1. 妥善保管的义务。当事人可以约定保管场所或方法，除紧急情况或者为了维护寄存人的利益外，不得擅自改变保管场所或者方法。

2. 亲自保管的义务。除另有约定的外，保管人不得将保管物转交第三人保管。保管人擅自将保管物交给第三人保管对保管物造成损失的，应负赔偿责任。

3. 不使用保管物的义务。保管人负有不使用保管物的义务，也不得许可第三人使用保管物，除非当事人之间有特别约定。

4. 通知寄存人的义务。第三人对保管人提起诉讼或申请扣押保管物，保管人应及时通知寄存人。

5. 返还保管物的义务。保管期间届满或者寄存人提前领取保管物的，保管人应将原物及孳息返还寄存人。保管人保管货币的，可以返还相同种类、数量的货币；保管其他可替代物的，可以返还相同种类、品质、数量的物品。

6. 承担风险责任的义务。保管物在保管期间因保管不善造成毁损、灭失的风险，由保管人承担。但无偿保管，保管人能证明自己没有重大过失的，不承担损害赔偿责任。

(二)寄存人的主要义务

1. 支付保管费的义务。寄存人应当按照约定向保管人支付保管费。当事人对保管费没有约定或约定不明确，又未达成补充协议的，推定保管合同为无偿保管合同。对保管费支付期限没有约定或约定不明确，又不能达成补充协议的，寄存人应于领取保管物时支付保管费。寄存人不支付保管费及有关费用的，保管人可行使保管物的留置权。

2. 申报保管物品有关情况的义务。寄存人交付的保管物品有瑕疵或者按照保管物的性质需要采取特殊保管措施的，寄存人应将有关情况告知保管人。寄存人未告知，致使保管物受损的，保管人不承担损害赔偿责任；保管人受损失的，除保管人知道或应当知道并未采取补救措施的以外，寄存人应予赔偿。

3. 按期提取保管物品的义务。有期限的保管合同，寄存人应在期限届满

时取回保管物品。

第三节 仓储合同

一、仓储合同的概念与特征

仓储合同又称仓储保管合同，是保管人储存存货人交付的仓储物，存货人支付仓储费的合同。就实质而言，仓储合同属于保管合同，但由于仓库营业的性质，使仓储合同具有不同于保管合同的一些特征：

1. 主体一方为仓库营业人。在仓储合同中，提供服务的一方是专门从事仓库营业的，其营业应经工商核准登记。

2. 为双务有偿合同。保管人和存货人互负给付义务：一方提供仓储服务，另一方给付报酬和其他费用。

3. 为提供劳务的合同。保管人提供仓储服务是属于提供劳务。

4. 为诺成性合同。仓储合同自成立时起生效，不以存货方实际交付储存的货物为成立要件。

二、仓储合同当事人的义务与责任

(一) 保管人的主要义务与责任

1. 保管义务。由于仓储合同为有偿合同，其应尽善良管理人的注意。如果在保管期间发生毁损、灭失，保管方不仅要对自己的重大过失负责，而且要对自己的一般过失负责。

2. 返还义务。合同期间届满或因其他原因终止合同，保管人应将仓储物返还给存货人或仓单持有人。即使合同未到期，存货人或仓单持有人要求提前提货的，保管人也不得拒绝，但不减收仓储费。

3. 危险通知的义务。保管人验收时发现入库仓储物与约定不符的，应及时通知存货人；保管人对入库仓储物发现有变质或者有损坏，危及其他仓储物安全或正常保管的，应当催告存货人或仓单持有人作出必要的处置。情况紧急的，保管人可以作出必要处置，但事后应将该情况及时通知存货人或仓单持有人。因第三人对仓储物主张权利或对仓储物主张扣押或执行的，保管人亦应及时通知存货人或仓单持有人。

4. 赔偿责任。保管人验收后，发生仓储物的品种、数量、质量不符合约定的，保管人应承担损害赔偿责任；储存期间，因保管人保管不善造成仓储物毁损、灭失的，保管人应承担损害赔偿责任。但因仓储物的性质、包装不符合约定或者超过有效储存期而造成变质、损坏的除外。

5. 其他义务。例如，应当允许存货人或仓单持有人检查或提取样品等。

(二) 存货人的主要义务与责任

1. 支付保管费。保管费是保管人应得的报酬，其数额、支付方式、支付时间、地点，均由当事人约定。存货人应按照约定的数额、方式、时间、地点支付保管人保管费。如果期限届满，存货人不支付保管费的，保管人可行使留置权。

2. 支付费用。这些费用包括运费、保险费、转仓费单。存货人支付上述费用时，保管人应出示有关清单和凭证。

3. 损害赔偿责任。存货人的损害赔偿责任包括两方面，一是因寄存物的性质或瑕疵致保管人受到损害所生的损害赔偿责任；二是不交付货物给保管人，致保管人以损害所生的赔偿责任。

三、仓单

仓单是提取仓储物的凭证。它是保管人验收仓储物后签发的。仓单经存

货人或仓单持有人背书并经保管人签字或者盖章的，可以转让。仓单持有人享有与存货人相同的权利。

第四节 委托合同

一、委托合同的概念与特征

委托合同是指受托人为委托人办理委托事务，委托人支付约定报酬或不支付报酬的合同。委托人可以特别委托受托人处理一项或数项事务，也可以概括委托受托人处理一切事务。前者称为特别委托，后者称为概括委托。

委托合同的特征是：(1)委托合同是典型的劳务合同，即受托人依约完成处理委托事务的劳务。(2)受托人以委托人的费用办理委托事务。受托人因办理委托事务的费用由委托人承担，受托人办理委托事务与第三人发生的法律后果，直接由委托人承担。(3)委托合同具有人身性质，以当事人之间相互信任为前提。除非合同另有约定或为了委托人的利益在特殊情况下，才可以转委托，否则受托人应亲自办理委托事务。(4)委托合同既可以是无偿合同，也可以是有偿合同。(5)委托合同是诺成的、双务的合同。委托合同自委托人和受托人达成协议时成立，故为诺成性合同；委托人和受托人都负有义务，故为双务合同。

二、委托合同当事人的义务与责任

(一)受托人的义务与责任

1. 办理委托事务的义务。这是受托人的主要义务。受托人对委托事务原则上应亲自办理，只有两种情况下可以转托他人：一是事先取得委托人的同意，在此种情况下，受托人仅就对第三人的选任及指示承担责任；二是因情况紧急，为了委托人的利益需要转托他人。

2. 遵守委托人指示的义务。受托人应按照委托人的指示处理委托事务。但为了委托人的利益可以变更委托人的指示。变更指示存在两种情况：一是事先取得委托人的同意；二是紧急情况难以取得联系时，受托人应妥善处理委托事务。

3. 报告的义务。受托人应将委托事务的开展情况向委托人报告；变更委托人指示未事先取得委托人同意的，事后也应及时将该情况及时报告委托人；委托事务終了，受托人应将办理委托事务的始末经过、各种帐目、收支计算等向委托人报告。

4. 转移利益的义务。受托人应将办理委托事务取得的各种利益及时转移给委托人。该项利益包括金钱、实物及二者的孳息。

5. 转移权利的义务。受托人以自己的名义为委托人办理事务取得的权利，应将权利移转给委托人。

6. 受托人的责任。受托人不履行或不完全履行上述义务，即应承担相应的民事责任。受托人不办理委托事务或疏于必要的注意，应承担过失的违约责任。如果受托人不听从委托人的指示，不及时报告有关情况，也应承担过失的违约责任。如果受托人不将有关权利和利益转移给委托人，则既应承担违约责任，也应承担侵权责任。

(二)委托人的义务与责任

1. 支付费用的义务。无论委托合同是否有偿，委托人都有义务提供或补偿委托事务的必要费用。受托人垫付的必要费用，委托人应偿还费用及其利息。

2. 付酬义务。对于有偿委托合同，委托人应向受托人支付约定的报酬。因不可归责于受托人的原因，除当事人有约定外，委托合同解除或委托事务

不能完成的，委托人应向受托人支付相应的报酬。

3. 赔偿责任。委托人的赔偿责任有三种情况，一是非因受托人的过错委托人解除委托合同，应负赔偿责任；二是受托人处理委托事务不可归责于自己的事由受到的损失，应负赔偿责任；三是委托人经受托人同意委托第三人处理委托事务给受托人造成的损失，应负赔偿责任。

三、受托人以自己的名义处理委托事务的有关规定

(一) 合同直接约束委托人和第三人的规定

受托人要想使自己处理委托事务的结果归属于委托人，通常应以委托人的名义且在委托人的授权范围内进行。受托人以自己的名义处理委托事务，要使其与第三人订立的合同直接约束委托人和第三人，应具备以下条件：(1) 受托人应在委托人的授权范围内处理委托事务；(2) 第三人在订立合同时知道受托人与委托人之间存在代理关系；(3) 没有确切证据证明该合同只约束受托人和第三人。

(二) 受托人披露的法律规定

受托人以自己的名义与第三人订立合同时，第三人不知道受托人与委托人之间的代理关系的，在合同履行受阻的情况下，就存在受托人向委托人披露第三人和受托人向第三人披露委托人的问题。受托人因第三人的原因对委托人不履行义务，受托人就应当向委托人披露第三人。只要受托人披露了第三人，委托人就可以行使受托人对第三人的权利，但第三人与受托人订立合同时知道该委托人就不会订立合同的除外。受托人因委托人的原因对第三人不履行义务，受托人应当向第三人披露委托人。受托人向第三人披露了委托人的，第三人可选择受托人或委托人作为相对人主张权利，但第三人一旦选定就不得变更。

(三) 抗辩权的规定

委托人行使受托人对第三人权利的，第三人可以向委托人主张其对受托人的抗辩；第三人选定委托人作为相对人，委托人可以主张其对受托人的抗辩以及受托人对第三人的抗辩。

四、委托合同的终止

委托合同终止的原因有：

1. 委托人或者受托人解除合同。委托人或受托人解除合同的，合同终止。由于委托合同由于人身性，因此委托人或受托人均可随时解除合同，但因此给对方造成的损失，除不可归责于该当事人的事由以外，应当赔偿损失。

2. 委托人或受托人死亡、丧失民事行为能力或破产。除有当事人另有约定或根据委托事务的性质不宜终止的以外，上述事由都导致委托合同的终止。因委托人死亡、丧失民事行为能力或者破产，致使委托合同终止损害委托人利益的，在委托人的继承人、法定代理人或者清算组织承受委托事务之前，委托人应当继续处理委托事务。

第五节 行纪合同

一、行纪合同的概念与特征

行纪合同是行纪人以自己的名义为委托人从事贸易活动，委托人支付报酬的合同。

行纪合同的特征是：(1)行纪人以自己的名义为委托人办理委托事务。因此，行纪人与第三人直接发生的权利、义务及其法律后果由行纪人承担，这是行纪合同与委托合同的重要区别。(2)行纪合同均为有偿合同。这是由行纪合同的性质决定的。(3)行纪合同是诺成性合同、双务合同。行纪合同从行纪人和委托人达成协议时成立。委托人和行纪人均负有义务。行纪人的义务是为委托人办理贸易事务，委托人的义务是支付报酬。(4)行纪人受托办理的事务为贸易事务，如代为购买或出售动产商品。这也是行纪合同与委托合同不同所在。委托事务相当广泛。

二、行纪合同当事人的义务与责任

(一)行纪人的义务与责任

1. 保管义务。行纪人占有委托物的，应尽妥善保管的义务，以免委托物损坏、灭失、缺少、变质、污染。只有因不可抗力引起的毁损、灭失，行纪人才能免除责任。

2. 办理委托事务。行纪人办理委托事务应选择对委托人最有利的条件，应亲自办理，应尽善良管理人的注意。

3. 检查义务。行纪人对委托物应进行检查，做好记录。

4. 遵守指示的义务。委托人对价格有特别指示的，行纪人不得违背该指示卖出或买入。但是对于具有市场定价的商品，除委托人有相反指示外，行纪人可作为买受人或出卖人买入或卖出。

5. 取得委托人同意的义务。这里有两种情况，一是委托物交付行纪人时有瑕疵或容易腐烂、变质的，行纪人欲处分该物，应经委托人同意，不能及时和委托人联系并取得其同意的，行纪人可以合理处分；二是行纪人低于委托人指示的价格卖出或高于委托人指示的价格买入，应取得委托人的同意，否则行纪人应补偿其差额，但买卖行为对委托人发生效力。

6. 法律责任。行纪人不履行或不适当履行合同，应承担违约责任；行纪人疏于注意，致使委托物发生毁损、灭失的应承担赔偿责任。

(二)委托人的义务与责任

1. 支付报酬的义务。这是委托人的主要义务。报酬数额一般由当事人约定。行纪人高于委托人的指示价格卖出或低于委托人的指示价格买入的，有约定的，委托人应增加报酬；没有约定又不能达成补充协议的，该利益属于委托人。行纪人完成部分委托事务的，委托人应支付相应的报酬。委托人逾期不支付报酬的，除当事人另有约定的外，行纪人对委托物享有留置权。

2. 支付费用的义务。行纪人处理委托事务的费用，一般由行纪人自己负担，但另有约定的，委托人应按照约定支付费用。

3. 验收和受领物品的义务。行纪人按照约定买入委托物，委托人应当及时受领。行纪人催告，委托人无正当理由拒绝受领的，行纪人可依法提存；委托物不能卖出或委托人撤回出卖，经行纪人催告，委托人不取回或者不处分的，行纪人亦可依法提存。

第六节 居间合同

一、居间合同的概念与特征

居间合同是居间人向委托人报告订立合同的机会或者提供订立合同的媒介服务，委托人支付报酬的合同。

居间合同的特征是：(1)居间合同为独立有名合同。我国合同法承认居间合同为独立的合同。(2)居间合同是有偿合同。居间活动取得成功的，居间人有权取得报酬。(3)居间合同为诺成、不要式合同。居间合同为诺成合同，只要双方当事人意思表示一致，合同即告成立。居间合同为不要式合同，当事人可采用口头、书面形式。

二、居间合同当事人的义务

(一)居间人的主要义务

1. 忠实义务。居间人的忠实义务包括以下几方面的要求：其一，居间人应将其所知道的有关订立合同的情况或商业信息如实告知委托人。居间人故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况，损害委托人利益的，不得要求支付报酬，并承担损害赔偿责任。其二，不得对订立合同实施不利影响，影响合同的订立或损害委托人的利益。其三，对所提供的信息、成交机会以及后来的订约情况，负有向其他人保密的义务。

2. 尽力义务。居间人应尽力提供成交机会和商业信息，促成合同的订立。

3. 其他义务。居间为一种商业活动，居间人除负有上述义务外，还应遵守诚信原则，履行其他义务，如遵循商事惯例和交易习惯的义务。

(二)委托人的主要义务

1. 支付报酬的义务。委托人应当按照约定的时间、数额支付报酬。合同未约定报酬或约定不明的，当事人可以补充协议；不能达成补充协议的，应根据所提供的劳务合理确定报酬数额。只有促成委托人订立合同的，委托人才支付报酬；未促成委托人订立合同的，居间人无权请求报酬。

2. 支付必要费用的义务。居间人促成合同成立的，居间活动的费用，由居间人负担。居间人未促成合同成立的，委托人应支付居间人从事居间活动支出的必要费用。

第二十八章 技术合同

第一节 技术合同的概念和特征

一、技术合同的概念

技术合同是当事人一方开发、转让技术，提供技术咨询和服务，另一方支付价款和报酬的合同。技术合同的内容由当事人约定，一般应包括：(1)项目名称；(2)标的范围和要求；(3)履行的计划、进度、期限、地点和方式；(4)技术情报和资料的保密；(5)风险责任的承担；(6)技术成果的归属和分享；(7)验收标准和方法；(8)价款或报酬及支付方式；(9)违约金及损害赔偿的计算方法；(10)解决争议的方法；(11)名词和术语的解释等内容。与履行合同有关的技术背景资料、可行性论证和技术评价报告、项目任务书和计划书、技术标准、技术规范、原始设计和工艺文件，以及图纸、表格、数据和照片等，按照当事人的约定，也可以作为合同的组成部分。

二、技术合同的特征

技术合同的特征是：(1)当事人之间的权利义务产生于与技术有关的领域，即产生于技术商品的开发、转让以及利用技术为社会服务的领域。(2)技术合同的标的是无形财产，其表现方式可以是某种信息状态，如技术资料、图纸、磁带等，也可以为某种实物，如试验产品、技术样品等，还可以是某种行为，如技术咨询、技术服务等。(3)技术合同的形式除当事人有约定以外，应采用书面形式。(4)技术合同除应遵循合同的一般原则外，还应遵循有利于科学技术进步等特殊原则。(5)技术合同是以技术为标的的合同总称，具体包括技术开发合同、技术转让合同、技术咨询合同和技术服务合同等。

第二节 技术开发合同

一、技术开发合同的概念

技术开发合同是指当事人之间就新技术、新产品、新工艺和新材料及其系统的研究开发所订立的合同。它包括委托开发合同和合作开发合同。技术开发合同应当采用书面形式。

二、委托开发合同

委托开发合同是指当事人一方委托另一方进行研究开发所订立的合同。

在委托开发合同中，委托方的主要义务是：(1)按照合同约定支付研究开发经费和报酬。研究开发经费是指完成研究开发工作所需要的成本。报酬是指研究开发成果的使用费和研究开发人员的科研补贴。(2)按照合同约定提供技术资料、原始数据并完成协作事项。(3)按期接受研究开发成果。研究开发方的主要义务是：(1)制订和实施研究开发计划；(2)合理使用研究开发经费；(3)按期完成研究开发工作，交付研究开发成果，提供有关的技术资料和必要的技术指导，帮助委托人掌握研究开发成果。

在委托开发合同中，委托方违反约定造成研究开发停滞、延误或者失败的，应当支付违约金和赔偿损失。开发方违反约定造成研究开发工作停滞、延误的，开发方应采取补救措施继续履行合同，并且支付违约金和赔偿损失；造成研究开发工作失败的，应当返还全部或部分研究开发经费和报酬，支付违约金和赔偿损失。

三、合作开发合同

合作开发合同是指当事人各方就共同研究开发所订立的合同。合作开发合同不同于委托开发合同，它是由当事人各方共同投资，共同进行研究开发工作。

合作开发合同中当事人的主要义务是：(1)按照合同约定进行投资，包括以技术进行投资。采取以货币以外的形式进行投资的，应折算成相应的金额，明确当事人在投资中所占的比例。(2)按照合同约定的分工参与研究开发工作。(3)协作配合研究开发工作。

合作开发合同中，当事人违反约定造成研究开发工作停滞、延误或者失败的，应当支付违约金和赔偿损失。

四、技术成果的归属和分享

技术开发合同中，技术成果的归属和分享的规则是：(1)委托开发完成的发明创造，除合同另有约定的以外，申请专利的权利属于开发方。开发方取得专利权的，委托方可以免责实施该项专利。开发方转让专利申请权的，委托方可优先受让专利申请权。(2)合作开发完成的发明创造，除合同另有约定的以外，申请专利的权利属于合作开发各方共有。一方转让其共有的专利申请权的，另一方或其他各方可以优先受让其专利申请权。合作开发各方中一方放弃其共有的专利申请权的，可以由另一方单独申请或由其他各方共同申请。发明创造被授予专利权后，放弃申请权的一方可以免责实施该项专利。合作开发各方中，一方不同意申请专利的，另一方或者其他各方不得申请专利。(3)委托开发或者合作开发所完成的非专利技术成果的使用权、转让权及利益的分配办法，由当事人在合同中约定。合同未约定的，当事人均有使用和转让的权利。但是委托开发的开发方在向委托方交付开发成果以前，不得将研究成果转让给第三方。

五、技术开发中的风险责任

技术开发合同履行过程中，出现无法克服的困难，致使开发失败或部分失败的，该风险责任由当事人约定。当事人没有约定或约定不明确的，且达不成补充协议的，风险责任由当事人合理分担。出现开发失败或部分失败的应当及时通知另一方并采取措施减少损失。没有及时通知并采取适当措施致使损失扩大的，应就扩大的损失承担责任。

第三节 技术转让合同

一、技术转让合同的概念

技术转让合同是当事人就专利权转让、专利申请权转让、专利实施许可、技术秘密转让所订立的合同。技术转让合同应当采用书面形式。

二、专利权转让合同

专利权转让合同是指专利权人作为转让方将其发明创造专利的持有权或所有权移交受让方，受让方支付约定价款的合同。专利权转让合同应当注明发明创造的名称、专利申请人和专利权人、申请日期、申请号、专利号以及专利权的有效期限。专利权转让合同签订后，该项专利被宣布无效的，转让方应当返还价款。

专利权转让合同中转让方的主要义务是：将合同约定的专利权移交受让方所有或持有，并保证该项专利权真实、有效。受让方的主要义务是：按合同约定向转让方支付约定价款。

三、专利申请权转让合同

专利申请权转让合同是指转让方将其特定的发明创造申请专利的权利移交受让方，受让方支付约定价款的合同。

专利申请权转让合同中，转让方的主要义务是：将合同约定的发明创造申请专利的权利移交受让方，并提供申请专利和实施发明创造所需要的技术情报和资料。受让方的主要义务是：按照合同约定向转让方支付约定的价款。

四、专利实施许可合同

专利实施许可合同，是专利权人或其授权人作为转让方许可受让方在约定的范围内实施专利，受让方支付约定的使用费的合同。专利实施许可合同只在该专利权的存续期间内有效。专利权有效期间届满或者专利权被宣布无效的，专利权人不得就该专利与他人订立专利实施许可合同。

在专利实施许可合同中，转让方的主要义务是：按照约定许可受让方实施专利，交付实施专利有关的技术资料，提供必要的技术指导。受让方的主要义务是：按照约定实施专利，并不得许可合同约定以外的第三人实施该专利；按照约定支付使用费。

五、技术秘密转让合同

技术秘密转让合同，是指转让方拥有的技术秘密提供给受让方，明确相互之间技术秘密的使用权、转让权，受让方支付约定使用费的合同。

技术秘密转让合同转让方的义务是：按照合同约定提供技术资料，进行技术指导；保证技术的实用性、可靠性；承担约定的保密义务。受让方的主要义务是：在合同约定的范围内使用技术；按合同约定支付使用费；承担合同约定的保密义务。

六、技术引进合同

技术引进合同，是指让与人转让其拥有的技术给受让人，受让人支付使用费的合同。技术引进合同具有涉外性，其引进的技术是我国境外的技术。技术引进合同的期限一般不得超过 10 年。技术引进合同经国务院主管部门或其授权部门批准后生效。

技术引进合同的引进技术是：(1)能发展和生产新产品；(2)能提高产品质量和性能，降低生产成本，节约能源或者材料；(3)有利于充分利用本国的资源；(4)能增加产品出口，增加外汇收入；(5)有利于环境保护；(6)有利于

生产安全；(7)有利于改善经营管理；(8)有助于提高科学技术水平。

技术引进合同的让与人不得胁迫受让人接受不合理的限制性要求，未经审批机关批准，合同不得有如下限制性条款：1.要求受让人接受与技术引进无关的附带条件，包括购买不需要的技术、技术服务、材料、设备和产品；2.限制受让人自由选择从不同来源购买材料、零部件或者设备；3.限制受让人发展和改进所引进的技术；4.限制受让人从其他来源获得类似技术或者与之竞争的同类技术；5.双方交换改进技术的条件不对等；6.限制受让人利用引进的技术生产产品的数量、品种或销售价格；7.不合理地限制受让人的销售渠道或者出口市场；8.禁止受让人在合同期满后，继续使用引进的技术；9.要求受让人为不使用或失效的专利支付报酬或承担其他义务。

技术引进合同中让与人的义务是：按照合同约定转让技术；不得擅自许可第三人实施该项专利技术或使用该项非专利技术；承担保密义务。受让人的主要义务是：按照合同约定支付使用费；不得擅自许可第三人实施该项专利技术或使用该项非专利技术；承担保密义务。

七、订立技术转让合同前的保密协议

订立技术秘密转让合同，经常遇到在订立合同前要达成保密协议的问题。订立专利实施许可合同，当混有技术秘密时，也会遇到这个问题。订立合同前的保密协议，一般要求：

1.对于一方透露的技术机密，另一方只能作出是否受让的评价，不得用于实际生产，更不得泄露给其他人。如果使用或泄露，则要承担由此造成对方损失的赔偿责任。

2.对于一方透露的技术秘密，另一方应在协议规定的期限内作出是否受让的评价。如果决定不受让，则要退还技术资料，并对该技术秘密在社会上公开前不使用作出保证。

3.双方可以约定，对事先透露技术秘密支付一定费用。如决定受让，此费用可抵作一部技术价款或使用费；如不受让，则要明确费用是否退还或部分退还。

八、技术转让合同当事人的违约责任

(一)转让方的违约责任

1.未按合同约定转让技术的，除返还部分或全部使用费外，应当支付违约金或赔偿损失。

2.实施专利或使用技术秘密超越合同约定的范围的，违反合同约定擅自许可第三方实施该项专利或者使用该项技术秘密的，应当停止违反合同的行为，支付违约金或赔偿损失。

3.违反合同约定的保密义务，应当支付违约金或赔偿损失。

(二)受让方的违约责任

1.未按合同约定支付使用费的，应当补交使用费并按照合同约定支付违约金；不补交使用费和违约金的，必须停止实施专利或者使用技术秘密，交还技术资料，支付违约金或赔偿损失。

2.实施专利或使用技术秘密超越合同约定的范围的，未经转让方同意擅自许可第三人实施该项专利或使用非专利技术的，应当停止违反合同的行为，支付违约金或者赔偿损失。

3.违反合同约定的保密义务的，应当支付违约金或者赔偿损失。

第四节 技术咨询合同和技术服务合同

一、技术咨询合同

(一)技术咨询合同的概念

技术咨询合同是指当事人一方以技术知识为另一方就特定技术项目提供可行性论证、技术预测、专题技术调查、分析评析报告等订立的合同，但不包括建设工程的勘察、设计、建筑、安装合同和承揽合同。

(二)技术咨询合同当事人的义务

在技术咨询合同中，委托方的主要义务是；按照约定阐明咨询的问题，提供技术背景资料、数据；接收受托人的工作成果，支付报酬。受托人的主要义务是：利用自己的技术知识，按照合同约定按期完成咨询报告或者解答委托方的问题；提出的咨询报告应达到合同的要求。

(三)技术咨询合同当事人的违约责任

1.委托方的违约责任。技术咨询合同委托方未按约定提供必要的数据和资料，影响工作进度和质量的，所付的报酬不得要求退还，未付的报酬应如数支付。给受托方造成损失的，应当支付违约金或者赔偿损失。

2.受托方的违约责任。技术咨询合同的受托方未按期提出咨询报告或者所提出的咨询报告不符合约定的，应当减收或免收报酬，支付违约金或者赔偿损失。

技术咨询合同的受托方提出的报告或建议，只是提供给委托方决策时参考，因而，委托方按照受托方符合合同约定要求的咨询报告或建议作出决策造成损失的，应当由委托方承担。但是，合同约定由受托方决策并指导实施的情况除外。

二、技术服务合同

(一)技术服务合同的概念

技术服务合同是指当事人一方以技术知识为另一方提供技术服务，另一方支付报酬的合同。

(二)技术服务合同当事人的义务

技术服务合同中，委托方的主要义务是：按照约定提供工作条件，完成配合事项，接受工作成果并支付报酬。受托方的主要义务是：按照约定完成服务项目，解决技术问题，保证工作质量，传授解决技术问题的知识。

(三)技术服务合同当事人的违约责任

1.委托方的违约责任。委托方违反合同，影响工作进度和质量，不接受或逾期接受受托方的工作成果的，应当如数支付报酬。

2.受托方的违约责任。技术合同的受托方未按照合同约定完成服务工作的，应当免收报酬并支付违约金或赔偿损失。

三、技术成果的归属

技术咨询合同、技术服务合同履行过程中所创造的新的技术成果的归属原则是：1.有约定的依照约定；2.无约定的，受托人利用委托人提供的技术资料和工作条件完成的新的技术成果，属于受托人；委托人利用受托人的工作成果完成的新的技术成果，应属于委托人。

第二十九章 不当得利之债与无因管理之债

第一节 不当得利之债

一、不当得利之债的概念

不当得利，是指没有法律上或合同上的根据而取得利益并使他人受到损失的事实。因不当得利所发生的债称为不当得利之债，其债权人为利益受到损失的人，其债务人为获得利益的人。

不当得利是一种客观事件，并不是主观追求的结果。换言之，在不当得利形成之际，受益人并无主观上的过错，也未实施获取不当得利的行为。相反，有些不当得利的发生恰恰是受损人自身的过失导致的。当然，受损人的过失也不是一种民事违法行为。不当得利的这一特性使其与侵权行为区别开来，后者属于民事违法行为，致害人主观上有过错。

二、不当得利之债的成立条件构成不当得利之债的成立条件是：

(一) 一方取得利益

一方取得利益，是指一方因一定的客观事实的结果而增加了财产，即获得了经济上、物质上的利益。财产增加有两种情形：一是积极增加，即受益人财产数额的直接增加；一是消极增加，即受益人本应减少财产而没有减少。

(二) 一方受到损失

一方受到损失，是指因一定的客观事实的结果而减少了财产，在经济上受到了不应有的损失。财产减少也有两种情形，即直接减少和间接减少。前者是指不应支出的财产而支出了，后者是应增加财产而未增加。

(三) 受益与受损之间有因果关系

受益与受损之间有因果关系是指受益与受损之间互为原因和结果，一方受益是基于他方受损，而一方受损必致他方受益，且受益额与受损额往往正好相等。有时，尽管不当得利的形成是由于第三人的原因导致的，如第三人车站误将应发给甲的货发给了乙，乙受益，甲受损，但第三人的行为并不与受益或受损之间存在因果关系，因果关系仍只存在于受益与受损之间，车站不为不当得利之债的当事人。

(四) 受益无合法根据

受益人受益无合法根据。民事活动中，当事人取得利益应有合法根据，或根据法律规定，或根据合同约定。基于合法原因取得的利益受法律保护，反之，则为不当得利，形成不当得利之债。

只有具备了上述四个条件，才能构成不当得利，形成不当得利之债。但是，在某些情况下，即使一方获利无合法根据，并因此致他方受损，也不构成不当得利：(1) 养子女在收养关系成立后依然支付生父母生活费的，养子女不得以不当得利为由，要求生父母返还已支付的生活费；(2) 一方因赌博给付他方钱物，尽管他方受益无合法根据，但因给付方是因不法目的而为给付，故不能按不当得利处理，给付方不能要求返还，而应予以没收；(3) 债务人清偿未到期债务不应视为不当得利，而应视为债务人自愿放弃期限利益；(4) 明知无给付义务的人而为给付，不应视为不当得利，而应视为赠与；(5) 为劳动者多付报酬的，不应视为不当得利，而应视为劳动者应得的报酬。

三、不当得利的效力

不当得利一经成立，便会在当事人之间产生不当得利之债。受损人有请

求返还不当得利的权利，受益人则负有与之对应的义务。受益人返还以返还原物为原则。如无法返回原物，则应折价返还。因原物所生孳息，也应一并返还。

第二节 无因管理之债的成立条件和效力

一、无因管理之债的概念

无因管理，是指没有法定或约定的义务，为保护他人的利益，自愿管理他人事务或为他人提供服务。我国《民法通则》规定，无因管理为债的发生根据之一，因无因管理所生之债为无因管理之债，无因管理为债权人，因之受到利益的人为债务人，或称本人，本人负有向管理人偿还费用的义务。

二、无因管理之债的成立条件

(一)必须管理他人事务或为他人提供服务

这里所说事务是指与他人生活相关的事项，但不具有人身性质；这里所说的管理包括保管、看护、料理或提供服务等事实行为或设定权利、处分财产等法律行为。但下列事务不能成为管理的对象：(1)必须由本人亲自实施的行为或只有在本人授权下才能由他人实施的行为，前者如登记结婚，后者如放弃继承权。(2)不能发生债权债务关系的纯道德、友谊或宗教上的行为，如抢救落水儿童、代友接待客人等。(3)不法行为，如代为销售赃物等。

管理人所管理的事务是否为他人事务，应以客观标准予以判断。不论管理人主观上是否知道为他人事务，只要事实上属于他人事务，就可成立无因管理。

(二)管理须无法律上或合同上之义务

无因管理中的无因，即指没有法律上或合同上的原因或根据，也就是说，管理人没有应当实施管理的法定义务或约定义务。管理人本来就负有管理行为的义务的，如监护人代理被监护人进行民事活动，受托人根据委托代签合同，不属于无因管理，不产生无因管理之债。

(三)须有为他人谋利益的意思

管理人实施管理行为时，主观上应是为他人利益着想，为他人谋利益，保护权利，避免损失，并且事实上确使本人受到利益。如为自己的利益而实施管理，自己获益，则不构成无因管理。但若为他人利益之考虑，同时也为自己利益之动机，或管理结构使自己也受益，仍构成无因管理。例如，甲发现一头迷路的牛闯进自家菜园并踩坏菜苗，甲便将此牛牵回家替失主看管起来，圈进牛房，同时也使自家的菜地免遭损失。本例中甲的行为足以说明为失主谋利益的意思，尽管也有使自己受益的动机，但仍构成无因管理。

只有同时符合上述条件，才能成立无因管理，并形成无因管理之债。

三、无因管理之债的效力

无因管理之债的效力是指管理人与本人相互间的权利和义务。

(一)管理人的义务

管理人的义务主要有：

(1)管理义务。管理人在实施管理时应以诚信为原则，采取尽可能合理、有效、科学的方法，尽可能符合本人的真实意思和利益。

(2)通知与返还义务。管理人开始管理后，应及时将管理的事实通知本人，除非确实无法通知。如本人知道管理的事实并要求移交事务时，管理人应及时移交，并向本人报告管理情况，提供有关单据和证明，返还或管理而取得的财物或权利至本人。

(二)本人的义务

本人的义务主要是偿付管理人因管理行为而支付的必要费用。由于无因

管理行为属于管理人自愿之义举，故不存在具有对价因素的报酬。但管理人因管理事务而支出的必要费用以及受到的损失，本人应予支付。

第三十章 知识产权法概述

第一节 知识产权

一、知识产权的概念

知识产权是国际上广泛使用的法律术语，它通常是指人们对通过脑力劳动创造出来的智力成果所依法享有的权利。我国民法通则将知识产权确认为一种与物权、债权并列的独立的民事权利。它与其他民事权利相比具有以下特点：

(一) 知识产权是人们对创造性劳动取得的智力成果享有的所有权

知识产权的保护对象是智力成果。这种智力成果与一般的所有权客体不同，它是人们在生产和社会实践中，通过创造性的劳动取得的，它具有创造性、无形性和经济性等特点。所谓创造性，是指智力成果并不是一种对人类原有知识的简单的重复，而是人们通过新颖独到的构思，并将构思具体通过一定的物质载体表现出来所取得的新的成就。所谓的无形性，是指智力成果与作为一般所有权对象的动产、不动产不同，它不占据空间，是一种以思想为内容的精神财富，人们只要了解其内容，就可对它加以占据、利用。所谓经济性，是指对智力成果的利用可产生不同程序的经济上的效益。由于智力成果具有上述特点，各国法律才确立了专门的知识产权制度，对智力成果的所有权加以保护。

(二) 知识产权是一种以独占实施权为核心的专有性权利

知识产权是对智力成果的所有权，它与一般所有权一样具有排他性的特点。由于智力成果是无形的，因此这种排他性与一般所有权的排他性表现不同，它表现为权利人对智力成果的专有权，即权利人有权利用或实施其智力成果，并禁止他人利用或实施，在自己不具备利用实施条件时，权利人可以在收取一定使用费的条件下，允许他人利用实施自己的智力成果。

(三) 知识产权具有人身权和财产权的双重性质

人身权是基于一定身份产生的，不具备财产内容的一种权利。由于知识产权所保护的智力成果与人的智力活动密切相关，因此，智力成果的创造者应依法享有一定的人身权，这种权利是永久的。同时，由于智力成果的使用又能获得一定的经济利益，所以智力成果的所有人又享有财产权。

(四) 知识产权受时间和地域的限制

知识产权仅在法定的期限内受法律的保护，一旦超过了法律规定的有效期限，权利将自行消灭。这一点与一般所有权不同，动产与不动产所有权没有时间限制，只要这些财产存在，权利即存在。

知识产权还有地域的限制，即在一国获得的知识产权只在该国范围内受到法律保护，其他国家是否授予这种专有权，视这一国家的法律而定。当然，在订有双边保护知识产权条约或共同参加的知识产权保护国际公约的国家之间，存在着知识产权的国际保护。

二、知识产权的范围

1967年的《世界知识产权组织公约》规定的知识产权包括：关于文学、艺术和科学作品的权利；关于表演艺术家演出、录音和广播的权利；关于人类发展的一切领域的发明权利；关于科学发现的权利；关于工业品外观设计的权利；关于商标、服务标志、厂商名称和标记的权利；关于制止不正当竞

争的权利；以及在工业、科学、文学或艺术领域内一切其他来自智力活动的权利。

上述知识产权通常被分为工业产权和著作权两部分。

工业产权是指在产业领域中对发明、商标等知识成果享有的专有权。这里的工业不仅仅是指工业领域，也包括商业、农业、服务业以及其他产业。根据《保护工业产权巴黎公约》的规定，工业产权的保护对象有：发明专利；实用新型专利；工业品外观设计专利；商标；服务标记；厂商名称；货源标记(产地标记和原产地名称)；制止不正当竞争。

著作权又称版权，是指作者对自己在科学技术、文学艺术等领域中所创作的作品享有的专有权利，以及作品的传播人所享有的权利。后者即邻接权。

我国民法通则规定的知识产权有 6 种类型，包括著作权(版权)、专利权、商标权、发现权、发明权和其他科技成果权。这一知识产权的范围与《世界知识产权组织公约》中规定的知识产权的范围大致相同。

第二节 知识产权法

一、知识产权法的概念

知识产权法是调整在创造、利用智力成果过程中所产生的各种社会关系的法律规范的总称。在专门的知识产权法产生前，知识产权问题是由民法调整的，至今知识产权仍属于民法的一个重要组成部分。随着社会的进步，科学技术、经济文化事业的迅速发展，对智力成果的保护越来越受到重视，就产生了专利法、商标法、著作权法等专门法，这些法律构成了一个完整的体系，即知识产权法体系。

二、知识产权法的立法概况

(一) 知识产权法的国际立法

知识产权法是属于国内法，但随着国际社会的经济技术贸易迅速发展，各国在知识产权领域产生的磨擦越来越频繁。为了解决国际技术贸易领域中的矛盾，建立国际经济技术贸易领域的新秩序，各国签署了一些有关知识产权的国际公约。这些公约主要有：《保护工业产权巴黎公约》、《专利合作条约》、《保护文学艺术作品伯尔尼公约》、《商标国际注册马德里协定》、《世界版权公约》、《成立世界知识产权组织公约》等。

1. 《保护工业产权巴黎公约》。它是保护工业产权最重要的国际公约。它于 1883 年 3 月在巴黎签订，1884 年生效。后曾作多次修改。目前已有 100 多个国家参加该公约。我国于 1985 年 3 月 19 日正式成为该公约成员国。公约对工业产权的保护对象作了规定，并确定了保护工业产权的几个基本原则。(1) 公约规定的工业产权保护对象有：专利(发明专利)、实用新型、工业品外观设计、商标、服务标志、厂商名称、产地标志或原产地名称和制止不正当竞争。(2) 公约确定的基本原则，是国民待遇原则和优先权原则。所谓国民待遇原则是指在工业产权的保护方面，巴黎公约成员国必须给予其他成员国国民与本国国民相同的保护，但其他成员国国民就是在该成员国内有住所或者真实、有效的工商营业所；所谓优先权原则，是指成员国的国民，向另一个成员国提出专利申请后，在一定期限内(发明和实用新型专利为 12 个月，外观设计为 6 个月)向其他成员国又提出同样申请的，可以要求优先权，视后一申请是在第一个申请日提出的。

2. 《专利合作条约》。它是旨在解决专利的国际申请方面的问题的公约。它于 1970 年 5 月在华盛顿签订，1978 年 6 月 1 日正式生效。我国于 1994 年 1 月 1 日正式成为该条约成员国。它主要规定了专利的国际申请、国际检索、国际公布等问题。

3. 《保护文学艺术作品的伯尔尼公约》。它是有关著作权国际保护的最重要的公约。它于 1886 年在瑞士的伯尔尼签订，1887 年 12 月 5 日正式生效。其后该公约曾进行过多次修改。我国于 1992 年 10 月 15 日正式成为该公约成员国。该公约的宗旨是尽可能有效、尽可能一致地保护作者对其文学和艺术作品所享有的权利。(1) 该公约确立了在保护著作权方面的几项基本原则，即国民待遇原则、自动保护原则、最低保护原则、独立保护原则。国民待遇原则集中体现在公约第 5 条第 1 项上。该项规定：“就享有本公约保护的作品而论，作者在作品起源国以外的本同盟成员国中享受各该国法律现在给予和今后可能给予其国民的权利，以及本公约特别授予的权利。”自动保护原则体现在第 5 条第 2 项上。该项规定：“享受和行使这些权利不需要履行

任何手续，也不论作品起源国是否存在保护。”最低保护原则是指各成员国对于本国以外的成员国的作者的保护标准不得低于公约规定的最低标准。

独立保护原则是指对作品提供保护的成员国，依照自己国家的著作权法对应予保护的作品进行保护，而不受其他国家保护的影响。(2)该公约的主要内容规定了：公约保护作者及其继承人因作品而产生的权利。公约所指的作品，包括文学艺术领域内的一切作品。保护的權利，包括精神权利和经济权利，精神权利有作者的署名权和修改权，经济权利有对作品的翻译权、复制权、公演权、广播权、朗诵权、改编权、录制权和电影权。著作权的保护期限，一般作品为作者有生之年及其去世后50年内。对著作权的限制。包括翻译的强制许可，即他国作品在出版3年内仍未以本国文字译出，本国的任何人可以申请许可证予以翻译而无须征得作者的同意。合理使用，即允许在符合合理使用的要求下，对已发表的作品进行引用和用于教学。

4.《世界版权公约》。它是继伯尔尼公约后又一个保护著作权的公约。它于1952年在日内瓦签订，1971年7月在巴黎作过一次修订。我国于1992年10月30日正式成为公约的成员国。该公约的主要内容：(1)保护的對象为缔约各国承认的文学、科学、艺术作品的作者及其他版权所有人的权利；(2)保护的權利主要规定了财产权，对作者的人格权未作规定；(3)保护期限为作者有生之年及其死后25年。

5.《商标国际注册马德里协定》。该协定于1891年4月14日在西班牙的马德里签订。其宗旨是解决商标的国际注册问题。我国于1989年10月4日正式成为该协定成员国。该协定的主要内容有：(1)国际注册的申请程序。成员国国民在本国注册商标后，可向该协定的国际局(世界知识产权组织国际局)申请国际注册，国际局审查批准后，即将该商标予以公布，并通知申请人要求给予保护的各成员国。被要求保护的成员国接到通知后，在1年内对是否给予保护作出决定。如1年内不向国际局提出驳回声明，即视为该商标已在该国核准注册。(2)国际注册的申请文件必须按细则规定的格式提出，申请国际注册的申请文件只能使用法语。(3)根据该协定进行国际注册的商标的有效期为20年，期满后可请求续展，续展期每次为20年。(4)商标一经国际注册申请，即视为直接到指定保护的成员国进行注册申请。(5)从获准国际注册之日起5年内，如该商标在其所属国已全部或部分不再享有法律保护，该商标的国际注册也随之全部或部分无效。

(二)我国的知识产权立法概况

我国的知识产权立法开始的较晚。我国于1982年颁布了《商标法》(1993年作了修订)、1984年颁布了《专利法》(1992年作了修订)、1990年颁布了《著作权法》，同时也颁布了一些相关的配套法律法规，这些法律法规对知识产权的具体问题作了详尽的规定，构成了我国知识产权法的基本内容。

我国在完善国内知识产权立法的同时，为适应国际经济技术交往的需要，也先后正式加入了国际知识产权的几个主要公约。1980年参加了《世界知识产权组织公约》，1985年加入了《保护工业产权巴黎公约》，1989年加入了《商标国际注册马德里协定》。1992年加入了《保护文学艺术作品伯尔尼公约》和《世界版权公约》。

总之，我国已基本建立了完善的知识产权制度，为我国的科学技术发展提供了必要的法律保障。

第三十一章 著作权法

第一节 著作权法概述

一、著作权的概念

著作权又称版权，是指作者及其他著作权人依法对作品享有的权利。著作权包括人身权和财产权两大类。人身权是指作者享有的与其人身密不可分的权利，又称精神权利，它表现为作者对其作品的发表权、署名权、修改权和保护作品完整权。财产权是指作者及其他著作权人依法对其作品享有的使用和获得报酬的权利，它表现为著作权人以复制、表演、播放、展览、发行、摄制电影、电视、录像或者改编、翻译、注释、编辑等方式使用作品的权利，以及许可他人以上述方式使用作品，并由此获得报酬的权利。

著作权属于民事权利，是知识产权的组成部分。因此，它与专利权、商标权等其他知识产权一样，具有专有性、时间性和地域性等特征。但著作权与其他知识产权相比又具有自己的特点：

1. 著作权因作品的创作而自动产生。著作权的产生与专利权、商标权的产生不同，不须经过申请和审批，由主管部门授权后才能产生，而是因作品的创作自动产生。

2. 著作权突出对人身权的保护。正因为著作权与作品的创作密切相联，因此，在著作权中，保护作者对作品的人身权利是其重要的内容。著作权中作者的署名权、修改权、保护作品完整权等人身权利永远归作者享有，不能转让，也不受著作权保护期限的限制。

二、著作权法的概念

著作权法简单地说是指调整著作权关系的法律规范的总和。著作权关系是指在文学、艺术和科学技术领域因作品的创作、传播和使用而产生的作者、传播者、使用者以及社会公众之间的各种社会关系。

著作权法的核心内容是确认和保护文学、艺术和科学技术作品的作者的著作权，以及与著作权相关联的其他合法权利。它一般包括以下内容：著作权的保护对象(著作权的客体)、著作权的主体、著作权的内容、著作权的产生、期限和限制、著作权的转让、著作权的保护等。

三、我国现行著作权法的立法概况

著作权是我国宪法确定的公民的一项基本权利之一。我国 1986 年颁布施行的《民法通则》在第五章民事权利中，将知识产权作为一节专门作了规定。其中第 94 条规定：“公民、法人享有著作权(版权)，依法有署名、发表、出版、获得报酬的权利。”这是我国建国后第一次在部门法中确定了著作权的主要内容。

1990 年 9 月 7 日，第七届全国人民代表大会常务委员第十五次会议通过了新中国第一部著作权法，该法于 1991 年 6 月 1 日生效。随后，为保证著作权法执行，国家版权局根据著作权法的规定，于 1991 年 5 月 30 日发布了《著作权法实施条例》，于 1991 年 6 月 1 日起施行。1991 年 6 月 4 日，国务院根据《著作权法》第 53 条的规定发布了《计算机软件保护条例》，1991 年 10 月 1 日起施行。著作权法及其实施条例比较全面地规定了有关著作权及其保护的内容，从而基本建立了我国的著作权制度。

此后，随着我国改革开放发展，国际交往的增多，我国的著作权法律制

度需要与国际接轨。因此，我国决定加入《保护文学艺术作品伯尔尼公约》和《世界版权公约》，这两个公约分别在 1992 年 10 月 15 日和 10 月 30 日对我国生效，我国成为两个公约的正式成员国。至此，我国著作权保护已经纳入了世界版权保护的范畴。

第二节 著作权的保护对象

一、作品的概念

著作权的保护对象，即著作权的客体是作品。著作权法中的作品与一般意义上的作品并不完全相同，它具有特定的含义。《著作权法实施条例》第2条对作品下了一个定义：“著作权法所称作品，指文学、艺术和科学领域内，具有独创性并能以某种有形形式复制的智力创作成果。”从该定义可见，著作权法中的作品应具备以下要素：

(一)作品的表达性

作品必须有文学、艺术或者科学的内容，表达出作者的某一思想和情感。语无伦次的乱写，虽有一定的表达形式，但无一定的文学、艺术、科学内容，不能表达出作者的思想和情感，不能称为作品。

(二)作品的独创性

作品必须是作者创作的，是作者有赖于自己的智力活动，将自己所要表达的思想和情感通过文学、艺术或科学形式表现出来。但作品的独创性，与专利法对发明创造规定的新颖性和创造性并不相同，它不需要与现有作品相比具有突出的实质性特点和显著的进步，更不要求它是前所未有的，它只是要求作品是作者自己独立创作的，而不是复制或抄袭他人的作品。

(三)作品的可复制性

作品必须是能以某种有形的形式表达出来，并且能够复制。作品只有通过有一定的表现形式固定下来，才可能被他人理解感受，才可能被复制或用于其他方式进行传播，从而产生经济上的效益。因此，离开了作品的表现形式，作品就不可能成为作品。

二、作品的种类

根据《著作权法》第3条规定，作品包括以下列形式创作的文学、艺术和自然科学、社会科学、工程技术等作品：

(一)文字作品

文字作品是指以文字形式表现的作品。文字可以是汉文、少数民族文字、盲文，也可以是其他国家的文字，甚至以计算机程序、速记符号或密码等形式写成的文章，也属于文字作品。可见文字作品最大的特点就是利用语言文字本身或内部的特定含义来表达作品的内容。

文字作品在实际生活中最为广泛，小说、诗歌、散文、论文、专著、教材、书信、译著、传单、商品说明书、专利说明书、目录、表格等都属于文字作品。但并不是所有的文字作品都受著作权法保护，文字作品中有一部分，如法律、法规、通用表格等，著作权法明确规定不属于著作权的保护范围。

(二)口述作品

口述作品是指以口头语言创作的，未以任何物质载体固定的作品，如即兴的演说、授课、法庭辩论等。在一些国家口述作品并未列入著作权法的保护范围。但在我国口述作品是受著作权法保护的重要对象。因为口述作品也同样具备作品的要素，并且也有可能(甚至更容易)被剽窃或被复制，从而成为非创作者非法营利的来源。因此，我国将口述作品也列入著作权法的保护对象。

(三)音乐、戏剧、舞蹈作品

1. 音乐作品。音乐作品是指能够演唱或者演奏的带词或者不带词的作

品，如交响乐、歌曲等。音乐是通过声音的组合(曲调)来表达人的思想感情。曲调大都以乐谱的形式表现，但未以乐谱形式表现出来的音乐作品仍受著作权保护，如即兴创作的音乐。音乐可以是附带歌词，在这种情况下，音乐作品就部分地与文字作品重叠了，但一般仍将歌词归入音乐作品，与音乐一起予以保护。

2. 戏剧作品。戏剧作品是指供舞台演出的话剧、歌剧、地方戏曲等的剧本，而不是指一台戏的现场演出活动。有学者认为戏剧作品是指整台戏，而不是仅指剧本。尽管我国著作权法对此未作明确规定，但《保护文学艺术作品伯尔尼公约》中将戏剧作品定为剧本。我国已加入《伯尔尼公约》，因此，应将戏剧作品理解为供舞台演出的剧本为妥。

3. 舞蹈作品。舞蹈作品是指舞蹈的动作设计及编排，这种设计和编排能以文字或其他形式固定下来。舞蹈作品的特点是能通过连续的动作、姿势、表情表现作者的思想情感，并给人以美的享受。

(四) 美术、摄影作品

1. 美术作品。美术作品是指绘画、书法、雕塑、建筑等以线条、色彩或者其他方式构成的有审美意义的平面或者立体的造型艺术作品。

2. 摄影作品。摄影作品是指借助器械，在感光材料上记录客观物体形象的艺术作品。传统的摄影作品指的是照片，但并非所有的照片都属著作权的保护对象，对纯复制性质的照片，如翻拍文件形成的照片，则不受著作权的保护，因为它们不具备独创性和艺术性。

(五) 电影、电视、录像作品

电影、电视、录像作品统称为影视作品，是指摄制在一定物质上，由一系列有伴音或无伴音的画面组成，并且借助适当装置放映、播放的作品。受著作权法保护的影视作品不是指电影或电视剧本，而是指拍成的影片、电视片或录像片。

(六) 工程设计、产品设计图纸及其说明

工程设计、产品设计图纸及其说明，是指为施工和生产绘制的图样及对图样的文字说明。这类作品与科学技术有着极为密切的关系，因此，《著作权法》第7条规定：“科学技术作品中应当由专利法、技术合同法等法律保护的，适用专利法、技术合同法等法律规定。”

(七) 地图、示意图等图形作品及说明

地图、示意图等图形作品是指地图、线路图、解剖图等反映地理现象，说明事物原理或者结构的图形或者模型。

(八) 计算机软件

计算机软件是指计算机程序及有关文档。我国著作权法将计算机软件列为“另行规定其保护方式”的特殊作品。国务院于1991年6月4日发布了《计算机软件保护条例》。但1992年的《中美知识产权谅解备忘录》及世界贸易组织的《知识产权协议》均要求将它视为文字作品，给予保护。

(九) 法律、行政法规规定的其他作品

这是一个弹性规定，可以使法律在相当长的时间内保持一定的稳定性与灵活性。

三、不受著作权保护的作品

著作权保护的作品范围虽然很广，但并非任何符合作品要素的作品都受著作权的保护。著作权法明确地规定了不受著作权法保护的作品。根据《著

作权法》第 4 条、第 5 条的规定，以下作品不受著作权法保护：

(一)依法禁止出版、传播的作品

著作权人行使著作权不得违反宪法和法律，不得损害公共利益。因此，对法律、法规禁止出版、传播的作品，不受著作权法的保护。

(二)不适用著作权法的作品

1.法律、法规、国家机关的决议、决定、命令和其他具有立法、行政、司法性质的文件及官方正式译文。

2.时事新闻。时事新闻是指通过传播媒介报道的一种事实，即单纯的消息，而不是指作者根据时事新闻创作的时事新闻作品。广播电视节目预告也视为新闻消息。

3.历法、数表、通用表格和公式。

这三类作品都是应当鼓励传播，以便尽快为社会公众所知的作品，因此法律明确规定不适用著作权法。

(三)已过保护期的作品

著作权的保护有期限限制。根据著作权法规定，公民的作品的保护期限为作者有生之年及其死亡后 50 年；法人或非法人单位的作品的保护期为 50 年，但作品完成后 50 年内未发表的，不再受保护。超过保护期限的作品，便为社会公有。但作者的人身权利不受保护期限限制，可永久享有。

第三节 著作权的主体

著作权的主体即著作权人。根据《著作权法》第9条规定，它包括作者及其他依法享有著作权的公民、法人或者非法人单位。

一、作者——一般情况下的著作权人

作者是指创作作品的公民。创作作品是人的一种智力活动，只有自然人才具有这种能力，因此只有自然人才是事实上的作者。《著作权法》第11条第2款规定：“创作作品的公民是作者。”

大部分国家的著作权法都不承认法人作者。因为法人不具备人的智力能力，其创作活动只能通过自然人完成。但我国《著作权法》第11条第3款规定：“由法人或者非法人单位主持，代表法人或者非法人单位意志创作，并由法人或者非法人单位承担责任的作品，法人或者非法人单位视为作者。”

如无相反证明，在作品上署名的公民、法人或者非法人单位为作者。

《著作权法》第11条第1款规定，“著作权属于作者，本法另有规定的除外。”也就是说，一般情况下，作者就是著作权人。

但作者与著作权人并不是两个完全相同的概念。除了作者可以成为著作权人外，其他的公民、法人和非法人单位也可依法成为著作权人。

二、演绎作品的著作权人

演绎作品是指改编、翻译、注释、编辑、整理已有作品而产生的作品。

改编是指在原有作品的基础上，通过改变作品的表现形式或者用途，创作出具有独创性的新作品；翻译是指将作品从一种语言文字转换成另一种语言文字；注释是指对文字作品中的字、词、句进行解释；编辑是指根据特定要求选择若干作品或者作品的片断汇集编排成为一部作品；整理是指对内容零散、层次不清的已有文字作品或者材料进行条理化、系统化的加工，如古籍的校点、补遗等。

演绎作品是在原作品上的一种再创作作品，不是一种对原作品的简单使用，因此，其作者仍享有著作权，但作者行使著作权时，不得侵犯原作品的著作权。

三、合作作品的著作权人

合作作品是指两人以上合作创作的作品。合作创作是指每个作者都必须进行创作，没有参加创作的人，不能作为合作者。

合作作品根据创作的形式不同，可分为可以分割的合作作品和不可分割的合作作品。

合作作品的著作权由合作者共同享有。对可分割的合作作品，作者对各自创作的部分可以单独享有著作权，但行使著作权时不得侵犯合作作品整体的著作权；对不可分割的合作作品，合作者对著作权的行使应协商一致，如果不能协商一致的，任何一方无正当理由不得阻止他方行使。

四、职务作品的著作权人

职务作品是指公民为完成法人或者非法人单位工作任务所创作的作品。

职务作品的著作权人有两种情况：一是由作者享有著作权，单位享有优先使用作品权；二是由单位享有著作权，作者享有署名权。

(一) 单位享有职务作品的著作权，作者享有署名权

《著作权法》第16条第2款规定：“有下列情形之一的职务作品，作者享有署名权，著作权的其他权利由法人或者非法人单位享有，法人或者非法

人单位可以给予作者奖励：(1)主要是利用法人或者非法人单位的物质技术条件创作，并由法人或者非法人单位承担责任的工程设计、产品设计图纸及其说明、计算机软件、地图等职务作品；(2)法律、行政法规规定或者合同约定著作权由法人或者非法人单位享有的职务作品。”这里所说的“物质技术条件”是指为创作专门提供的资金、设备或者资料。

(二)作者享有著作权，单位享有优先使用作品权

除了《著作权法》第 16 条第 2 款规定的职务作品著作权归法人或非法人单位所有的情形外，一般职务作品的著作权仍归作者享有，但法人或者非法人单位有权在其业务范围内优先使用。作品完成 2 年内，未经单位同意，作者不得许可第三人以与单位使用的相同方式使用该作品。但如果在作品完成 2 年内，单位在其业务范围内不使用的，作者可以要求单位同意由第三人以与单位使用的相同方式使用其作品，单位没有正当理由不得拒绝。在作品完成 2 年内，经单位同意，作者许可第三人以与单位使用的相同方式使用作品所获报酬，由作者与单位按约定的比例分配。作品完成的 2 年期限，自作者向单位交付作品之日起计算。

五、委托作品的著作权人

委托作品是指受托人接受委托人的委托，按照委托合同规定而创作的作品。

受委托创作的作品，著作权的归属由委托人和受托人通过合同约定，合同未作明确约定或者没有订立合同的，著作权属于受托人。

六、美术作品的著作权人

美术作品包括绘画、书法、雕塑、建筑等作品，美术作品有其特殊的表现形式，因此，著作权法规定，美术作品原件所有权的转移，并不视为作品著作权的转移。但作品原件的展览权由原件所有人享有。

七、影视作品的著作权人

影视作品是指电影、电视、录像作品。影视作品是一种非常复杂的艺术形式，它由多个不同的作品结合而成。影视作品的创作就是导演运用演员的表演、摄影师的摄制、音乐词的创作等创造性地将文学剧本所描写的形象体现为银幕形象。因此，导演、编剧、作词、作曲、摄影等作者和演员都可以说是影视作品的创作者。但他们的创作大多是无法从影视作品这一整体中分割出来的。因此，我国《著作权法》第 15 条规定：“电影、电视、录像作品的导演、编剧、作词、作曲、摄影等作者享有署名权，著作权的其他权利由制作电影、电视、录像制品的制片者享有。电影、电视、录像作品中剧本、音乐等可以单独使用的作品的作者有权单独行使其著作权。”

八、著作权的继承人

著作权属于公民的，公民死亡后，其作品的使用权和获得报酬权在著作权法规定的保护期内，依照继承法的规定转移。著作权属于法人或非法人单位的，法人或者非法人单位变更、终止后，其作品的使用权和获得报酬权在著作权法规定的保护期内，由承受其权利义务的法人或者非法人单位享有；没有承受其权利义务的法人或者非法人单位的，由国家享有。

第四节 著作权的内容

著作权的内容是指著作权人享有的权利和承担的义务。从权利的角度而言，著作权的内容主要包括两个方面：一是著作权人享有的人身权；二是著作权人享有的财产权。这一内容与《伯尔尼公约》的规定是一致的。

一、著作权中的人身权

著作权中的人身权是与作者密不可分的权利，它包括作者享有的发表权、署名权、修改权、保护作品完整权。

(一)发表权

发表权即决定作品是否公之于众的权利。作者享有作品的发表权，这一权利的内容具体包括：作者有权决定作品发表或不发表；何时何地发表；以什么形式发表等。

发表权一般只能使用一次，作品发表后，作者的发表权就行使完毕了。

发表权属于著作权中的人身权，通常只能由作者享有，不能转移。

对发表权的保护各国著作权法并不一致。许多国家不承认发表权。在《伯尔尼公约》中也没有保护发表权的规定。

(二)署名权

署名权即表明作者身份，在作品上署名的权利。署名权只有真正的作者和被视同作者情况下的法人和非法人单位才能享有。这一权利的内容具体包括：作者有权决定是否署名；有权署真实姓名或笔名、别名等。但作者不能未经他人同意，将自己创作的作品署上他人姓名，否则是对他人姓名权的一种侵害。

(三)修改权和保护作品完整权

修改权即修改或者授权他人修改作品的权利。具体包括：作者有权修改作品，也有权禁止他人未经授权修改作品。修改权原则上只能由作者享有，但作者也可授权他人行使修改权。并且，修改权不是绝对的，著作权法规定了他人某些情况下可以修改作者的作品。《著作权法》第33条规定：“图书出版者经作者许可，可以对作品进行修改、删节。报社、杂志社可以对作品作文字性修改、删节，对内容的修改，应当经作者许可。”

保护作品完整权是指保护作品不受歪曲、篡改的权利。这种权利可以说是修改权的一种表现。作品反映的是作者思想感情，未经作者的同意，他人不得擅自删除、变更作品的内容。当作品被歪曲、篡改时，即修改权受到侵犯时，作者有权保护作品的完整性。

二、著作权中的财产权利

著作权中的财产权利是指著作权人对作品的使用权、许可他人使用著作权并获得报酬权。具体包括：著作权人以复制、表演、播放、展览、发行、摄制电影、电视、录像或者改编、翻译、注释、编辑等方式使用作品的权利；以及许可他人以上述方式使用作品，并由此获得报酬的权利。

(一)复制权

复制是指以印刷、复印、临摹、拓印、录音、录像、翻录、翻拍等方式将作品制作一份或者多份。

(二)表演权

表演是指以演奏乐曲、上演剧本、朗诵诗词等直接或者借助技术设备以声音、表情、动作公开再现作品。

(三)播放权

播放是指通过无线电波、有线电视传播作品。

(四)展览权

展览是指公开陈列美术作品、摄影作品的原件或者复制件。

(五)发行权

发行权是指为了满足公众的合理需求，通过出售、出租等方式向公众提供一定数量的作品复制件。

(六)出版权

出版是指将作品编辑加工后，经过复制向公众发行。

(七)摄制电影、电视、录像作品权

摄制电影、电视、录像作品是指以拍摄电影或者类似的方式首次将作品固定在一定的载体上。将表演或者景物机械地录制下来，不视为摄制电影、电视、录像作品。

(八)改编权

改编是指在原作品的基础上，通过改变作品的表现形式或者用途创作出具有独创性的新作品。

(九)翻译权

翻译是指将作品从一种语言文字转换成另一种语言文字。

(十)注释权

注释是指对文字作品的字、词、句进行解释。

(十一)编辑权

编辑是指根据特定要求选择若干作品或者作品的片断汇集编排成为一部作品。

(十二)整理权

整理是指对内容零散、层次不清的已有文字作品或者材料进行条理化、系统化的加工。

(十三)许可他人使用作品权、并由此获得报酬权

著作权人有权许可他人以上述方式使用作品，并取得报酬。

著作权人许可他人使用作品时，应订立著作权许可使用合同。合同应当包括下列主要条款：许可使用作品的方式；许可使用的权利是专有使用权或者非专有使用权，合同未明确约定授予专有使用权的，使用者仅得到非专有使用权；许可使用的范围、期间；付酬标准和办法；违约责任；双方认为需要约定的其他内容。合同应采取书面形式，但报社、杂志社刊登作品除外。

合同的有效期限不能超过 10 年。

三、对著作权中财产权利的限制

任何作品都是在前人的智慧和文化遗产的基础上创作完成，同时又对人类文化进步起促进作用。因此，任何作品都不可能完全由著作权人控制，它还要受社会公共利益的制约。为了平衡著作权人的利益和公共利益，各国著作权法对著作权人的权利都作了明确的限制。这种限制主要表现为对作品的合理使用和强制许可。

(一)作品的合理使用

根据著作权法的规定，在下列情况下使用作品，可以不经著作权人许可，不向其支付报酬，但应当指明作者姓名、作品名称，并且不得侵犯著作权人的其他权利：

1. 为个人学习、研究或者欣赏，使用他人已经发表的作品。
2. 为介绍、评论某一作品或者说明某一问题，在作品中适当引用他人已经发表的作品。这种适当引用应具备以下条件：(1) 引用目的仅限于介绍、评论某一作品或者说明某一问题；(2) 所引用部分不能构成引用人作品的主要部分或者实质部分；(3) 不得损害被引用作品著作权人的利益。
3. 为报道时事新闻，在报纸、期刊、广播、电视节目或者新闻纪录影片中引用已经发表的作品。
4. 报纸、期刊、广播电台、电视台刊登或者播放其他报纸、期刊、广播电台、电视台已经发表的社论、评论员文章。
5. 报纸、期刊、广播电台、电视台刊登或者播放在公众集会上发表的讲话，但作者声明不许刊登、播放的除外。
6. 为学校课堂教学或者科学研究，翻译或者少量复制已经发表的作品，供教学或者科研人员使用，但不得出版发行。
7. 国家机关为执行公务使用已经发表的作品。
8. 图书馆、档案馆、纪念馆、博物馆、美术馆等为陈列或者保存版本的需要，复制本馆收藏的作品。
9. 免费表演已经发表的作品。
10. 对设置或者陈列在室外公共场所的艺术作品进行临摹、绘画、摄影、录像。
11. 将已经发表的汉族文字作品翻译成少数民族文字在国内出版发行。
12. 将已经发表的作品改成盲文出版。

(二) 强制许可

强制许可制度在我国著作权法中未作明确规定，但《伯尔尼公约》和《世界版权公约》中都有规定。著作权的强制许可制度是指作品发表一定时间后，如果著作权人无正当理由而拒绝授权他人出版或者以其他方式传播该作品，那么，为了教育、科研等目的需要，他人可以向政府主管部门申请强制许可使用该作品。但应按照规定向作品的著作权人支付报酬。

第五节 邻接权

邻接权一般是指作品的传播者所享有的权利。我国《著作权法实施条例》称之为“与著作权有关的权益。”

《著作权法实施条例》第36条规定，“著作权法和本实施条例所称与著作权有关权益，指出版者对其出版的图书和报刊享有的权利，表演者对其表演享有的权利，录音录像制作者对其制作的录音录像作品享有的权利，广播电台、电视台对其制作的广播、电视节目享有的权利。”著作权的邻接权保护期限与著作权相同，即保护期为50年，截止作品首次发表后第50年的12月31日。

一、出版者的权利

出版者是指出版社、报社、杂志社和音像出版社等出版单位。出版通常是指对作品的复制和发行行为，它是著作权人实现自己权益的重要方式。但由于著作权人很难自己从事出版活动，往往授权由专门的出版者出版作品，这些出版者在取得专有出版权后，在传播作品的过程中产生了自己的权利，这些权利主要有：

1. 图书出版者对著作权人交付出版的作品，在合同约定的期间享有专有出版权。合同约定图书出版者享有专有出版权的期限不得超过10年，合同期满可以续订。

2. 出版者对其出版的图书、报纸、杂志的装帧设计享有专有使用权。

3. 图书出版者经作者许可，可以对作品修改、删节。报社、杂志社可以对作品作文字性修改、删节，对内容的修改，应当经作者许可。

出版者在享有上述权利的同时，也承担相应的义务。主要有：图书出版者应当与著作权人订立出版合同，并支付报酬。出版改编、翻译、注释、编辑已有作品而产生的作品，应当向改编、翻译、注释、整理、编辑作品的著作权人和原作品的著作权人支付报酬。

二、表演者的权利

表演者的权利是指表演者对其表演的文学艺术作品的活动依法享有的专有权利。表演者的权利主要有：

1. 表明表演者身份；

2. 保护表演形象不受歪曲；

3. 许可他人从现场直播；

4. 许可他人为营利目的录音录像，并获得报酬。

表演者在享有上述权利的同时，也承担一定的法定义务。主要有：表演者在使用他人未发表的作品演出时，应当取得著作权人许可，并支付报酬。如果使用他人已发表的作品进行营业性演出，可以不经著作权人许可，但应当按照规定支付报酬。著作权人声明未经许可使用的作品，不得使用。表演者使用改编、翻译、注释、整理已有作品而产生的作品进行营业性演出的，应当按照规定向改编、翻译、注释、整理已有作品的著作权人和原作品的著作权人支付报酬。

三、录音、录像制作者的权利

录音、录像制作者的权利是指录音、录像制作者对其所录制的原始录音、录像制品发行所享有的专有的权利。

在一部录制品中，通常包含着三种主体的权利：一是原作品的作者权利；

二是表演者的权利；三是录制者的权利。

录制者的权利主要表现在：

1. 对其制作的录音、录像制品享有专有的复制发行权；
2. 对其制作的录音、录像制品享有许可他人复制发行并获得报酬的权利。

录制者在享有上述权利的同时，也承担以下义务：录音制作者使用他人未发表的作品制作录音制品，应当取得著作权人的许可，并支付报酬；使用他人已发表的作品制作录音制品，可以不经著作权人的许可，但应当按照规定支付报酬；著作权人声明不许使用的不得使用；录像制作者使用他人作品制作录像制品，应当取得著作权人的许可，并支付报酬；录音录像制作者使用改编、注释、整理已有作品而产生的作品，应当向改编、注释、整理作品的著作权人和原作品的著作权人支付报酬。

四、广播、电视组织的权利

广播电台、电视台对其制作的广播、电视节目，享有下列权利：

1. 播放；
2. 许可他人播放，并获得报酬；
3. 许可他人复制发行其制作的广播、电视节目，并获得报酬。
4. 非营业性播放已经出版的录音制品，可以不经著作权人、表演者、录音制作者许可，不向其支付报酬。

广播电台、电视台在享有上述权利的同时，应承担以下义务：使用他人未发表的作品制作广播、电视节目，应当取得著作权人许可，并支付报酬；使用他人已发表的作品制作广播、电视节目，可不经著作权人许可，但著作权人声明不许使用的不得使用，并且除著作权法规定可不支付报酬的外，应当按照规定支付报酬；使用改编、翻译、注释、整理已有作品而产生的作品制作节目的，应当向改编、翻译、注释、整理作品的著作权人和原作品的著作权人支付报酬。

第六节 侵犯著作权及其民事责任

一、应该承担民事责任的侵犯著作权的行为

《著作权法》第 45 条列举规定了应该承担民事责任的 8 种侵犯著作权行为：

1. 未经著作权人许可，发表其作品的；
2. 未经合作作者许可，将与他人合作创作的作品当作自己单独创作作品发表的；
3. 没有参加创作，为谋取个人名利，在他人作品上署名的；
4. 歪曲、篡改他人作品的；
5. 未经著作权人许可，以表演、播放、展览、发行、摄制电影、电视、录像或者改编、翻译、注释、编辑等方式使用作品的，著作权法另有规定的除外；
6. 使用他人作品，未按照规定支付报酬的；
7. 未经表演者许可，从现场直播其表演的；
8. 其他侵犯著作权以及与著作权有关的权益的行为。

二、侵犯著作权行为的民事责任

根据《著作权法》第 45 条的规定，侵犯著作权的行为，应当根据情况，承担以下民事责任：

1. 停止侵害。即由人民法院责令侵权人立即停止正在实施的侵犯他人著作权的行为。
2. 消除影响和公开赔礼道歉。这主要适用于侵犯著作权人的人身权利的情况。人民法院可责令侵权行为人消除侵权行为造成的不良影响，并公开向被侵权人赔礼道歉。
3. 赔偿损失。这主要适用于侵犯著作权人的财产权利的情况。即由人民法院责令侵权人赔偿因侵权行为给被害人所造成的实际经济损失。

此外，侵犯著作权还应依法承担行政责任和刑事责任。

第三十二章 专利法

第一节 专利法概述

一、专利和专利权的概念

(一) 专利

专利作为一个法律名词，其含义是特定的，广义的专利通常是指：(1) 国家主管专利机关授予的专利权；(2) 取得专利权的发明创造；(3) 国家颁发的授予专利权的官方证明文件，即专利证书。狭义的专利则仅指专利权。从这个意义上说，专利实际上是专利权的简称。

(二) 专利权

专利权是指专利权人在法律规定的期限内对其发明创造所享有的一种独占权或专有权。专利权是知识产权的一个重要组成部分，它具有知识产权的普遍特征：即具有专有性、地域性和时间性。所谓专有性，又称独占性、排他性、垄断性，是指专利权人可通过独家制造、使用和销售专利发明创造来获取物质利益，满足自己的需要，并排除他人实施该项发明创造。所谓地域性，是指一个国家授予的专利权，仅在该国地域内有效，在其他国家没有法律效力。所谓时间性，是指专利权有法定的保护期限，在这一期限内，专利权人享有独占权，期限届满，专利权就自行失效，该发明创造即可由社会上的任何人自由使用。

二、专利法和专利制度的概念

(一) 专利法

专利法是由国家制定和认可的，调整因确认发明创造的所有权和因利用发明创造而产生的各种社会关系的法律规范的总称。

专利法一般包括以下主要内容：专利申请权和专利权的归属；授予专利权的条件；专利的申请和审查批准程序；专利权人的权利和义务；专利权的期限、终止和无效；专利权的强制许可；专利权的保护以及专利纠纷的处理等。

专利法有实质意义上的专利法和形式意义上的专利法之分。实质意义上的专利法是指所有涉及专利问题的各种法律规定，并不以命名为专利法的法规为限。如民法通则中关于专利权的规定，继承法中关于专利权继承问题的规定，以及国家专利主管机关发布的有关专利问题的各种行政法规，人民法院作出的有关专利问题的司法解释等。形式意义上的专利法是指以专利法命名的法律，如《中华人民共和国专利法》。我们这里所说的专利法是指实质意义上的专利法。

专利法从其性质上说具有如下特点：(1) 专利法是国内法。它由一国制定或认可，并在该国范围内生效。这是由知识产权的地域性决定的。但专利法的这一特点并不排除专利法具有涉外的法律性质。随着科学技术的高速发展，国际间的技术贸易日益频繁，专利技术的交流更有着特别重要的意义。这种情况下，出现了一些世界性的国际条约。各国的专利法往往采用国际上普遍承认的惯例，调整国内的专利活动。(2) 专利法既是实体法又是程序法。专利法不仅包括规定专利权的主体、客体、内容等实体方面的法律规范，同时还包括规定有关专利的申请、审查、批准和实施的手续、方式等程序方面的法律规范。

(二) 专利制度

专利制度是指利用法律和经济的手段保护和鼓励发明创造，推动技术进步的管理制度。这个制度的核心是专利法，即根据专利法，对申请专利的发明创造，经过审查和批准，授予专利权，同时把申请专利的发明创造的内容向社会公开，以便进行发明创造的信息交流和有偿转让。

(三) 我国的专利立法和专利制度

新中国的专利制度始建于 1978 年。1980 年中国专利局正式成立。1984 年 3 月 12 日，第六届全国人民代表大会常务委员会第四次会议通过了《中华人民共和国专利法》。这是新中国颁布的第一部专利法。1985 年 4 月 1 日开始实施。1985 年 1 月 19 日经国务院批准，中国专利局颁布了《中华人民共和国专利法实施细则》。1985 年 3 月，我国加入《保护工业产权巴黎公约》。至此，具有中国特色的专利制度基本建立。其后，为保障和配合专利法的实施，国家专利局又制定了一系列有关专利法实施的规章制度。最高人民法院也为指导专利审判工作作出了一系列的司法解释。

随着我国经济的发展，1984 年的专利法已有一些地方不适应我国改革开放的需要，也不适应国际专利保护的新趋势。为此，有必要通过修改加以补充和完善。1992 年 9 月 4 日，第七届全国人民代表大会常务委员会第二十七次会议通过决定，对《中华人民共和国专利法》作出部分重要的修改。与此相应，中国专利局经国务院批准，对《中华人民共和国专利法实施细则》进行了修订。这标志着我国专利制度已日趋成熟和更加完善。

三、专利法律关系

专利法律关系是指由专利法所确认和保护的社会关系。专利法律关系与一般的民事法律关系一样，也由主体、客体和内容三要素构成。

专利法律关系的主体是指有权申请专利，取得专利权并承担与此相适应的义务的人。他们既可以是公民，也可以是法人，既可以是本国人，也可以是外国人。

专利法律关系的客体是指专利法律关系主体的权利义务所指向的对象，也就是专利法所保护的发明创造，根据我国专利法的规定，具体包括发明、实用新型和外观设计三类。

专利法律关系的内容是指专利法律关系主体依法享有的权利和承担的义务。我国专利法规定了发明人、专利申请人和专利权人应享有的各种权利，同时也规定了他们应尽的义务，以保护全社会的利益。

第二节 专利法律关系的主体

我国专利法中规定的专利法律关系主体有时称为发明人(包括设计人),有时称为专利申请权人,有时称为专利权人。这三者之间既有联系,又有区别。

一、发明人(包括设计人)

(一)发明人的概念及法律地位

发明人简单地说就是完成发明创造的人。我国专利法保护的发明创造除发明外,还包括实用新型和外观设计,在习惯上将实用新型和外观设计的完成人称作设计人。这里笼统地称为发明人。

根据《专利法实施细则》第 11 条的规定,“专利法所称发明人或者设计人,是指对发明创造的实质性特点作出创造性贡献的人。在完成发明创造过程中,只负责组织工作的人、为物质条件的利用提供方便的人或者从事其他辅助工作的人,不应当被认为是发明人或者设计人。”从这一规定可见,只有直接参加发明创造活动,并对发明创造的实质性特点作出了创造性贡献的人才能被认定为发明人。对此,最高人民法院在 1995 年 4 月 2 日《关于正确处理科技纠纷案件的若干问题的意见》第 50 条作了进一步规定:“判定创造性贡献时,应当分解发明创造或科技成果的实质性技术构成,并据此客观、公正地把提出实质性技术构成和由此实现技术方案的人确定为作出创造性贡献的人。”

由于发明创造活动是一种具有探索性的智力劳动,需要进行创造性思维,因此只能由自然人作出,即只有自然人才能成为发明人。

发明人在发明创造活动中处于核心地位。正是由于发明人的发明创造才使科学技术得以进步和发展。因此,各国专利法一般都规定发明人有权申请专利并获得专利权。此外,各国专利法还规定,发明人有权在专利文件中写明自己是发明人。这点在我国《专利法》第 17 条和《巴黎公约》第 4 条之 3 有规定。

(二)职务发明人

发明人有权申请专利并获得专利权只是一个原则。在我国专利法中,发明人被分为两类,一类是非职务发明人,一类是职务发明人。根据《专利法》第 6 条的规定,对职务发明人完成的职务发明创造,申请专利的权利属于职务发明人所在的单位;非职务发明创造,申请专利的权利属于发明人。可见,发明人不一定都能成为专利申请权人。在非职务发明中,发明人与专利申请权人是一致的;而在职务发明中,发明人与专利申请权人则是不一致的。

认定什么是职务发明,对确定专利权的归属至关重要。《专利法》第 6 条规定:“执行本单位的任务或者主要是利用本单位的物质条件所完成的职务发明,申请专利权的权利属于该单位。”可见,在我国职务发明创造有两大类:一类是执行本单位任务所完成的发明创造;一类是主要利用本单位物质条件所完成的发明创造。《专利法实施细则》第 10 条对“执行本单位任务所完成的发明创造”和“本单位的物质条件”作出了解释。所谓执行本单位任务所完成的发明创造是指:(1)在本职工作中作出的发明创造;(2)履行本单位交付的本职工作之外的任务所作出的发明创造;(3)辞职、退休或者调离工作后 1 年内作出的,与其在原单位承担的本职工作或者原单位分配的任务有关的发明创造。所谓本单位的物质条件,是指本单位的资金、设备、零部

件、原材料或不向外公开的技术资料等。

(三)共同发明人

当一项发明创造由两人或两人以上共同完成时，这些完成发明创造的人即为共同发明人，其所完成的发明创造称为共同发明。判断共同发明人的标准依然是“是否就发明创造的实质性特点作出了创造性贡献。”

共同发明人就其非职务发明有申请专利的权利。

二、专利申请权人

专利申请权人是指就一项发明创造依法有权向专利局申请专利的人。我国专利法规定发明人有权对其完成的非职务发明创造申请专利。这种情况下，发明人与专利申请权人是一致的。但在很多情况下，发明人与专利申请权人并不一致。根据专利法的规定，下列公民和法人都可以成为专利申请权人。

(一)非职务发明的发明人

(二)职务发明的发明人所在单位

根据《专利法》第6条规定，执行本单位的任务或者主要是利用本单位的物质条件来完成的职务发明创造，申请专利的权利属于该单位。

(三)协作或合作完成发明创造的单位

根据《专利法》第8条、《技术合同法》第32条第2项规定，两个以上单位协作或合作完成的发明创造，除另有协议外，申请专利的权利属于共同完成发明创造的各方共有。但一方不同意申请专利的，另一方不得申请专利。一方转让其共有的专利申请权的，另一方或其他各方可以优先受让其共有的专利申请权。

(四)接受其他单位委托，完成发明创造的单位

根据《专利法》第8条、《技术合同法》第32条第1项规定，接受其他单位委托的研究、设计任务所完成的发明创造，除另有协议外，申请专利的权利属于接受委托完成发明创造的单位。但受委托方就其发明创造转让其专利申请权的，委托方可以优先受让专利申请权。

(五)专利申请权人的合法受让人

专利申请权人的合法受让人包括通过合同转让方式获得专利申请权的人及通过继承方式获得专利申请权的人。

(六)外国人

目前，世界上没有一个国家在专利法中明文禁止外国人在本国申请专利。相反，各国大多在实体权利方面给予外国人以国民待遇。我国专利法参照国际惯例，对外国人在中国申请专利的，按两类不同的情况，区别对待。一类是在中国有经常居所或营业所的外国人、外国企业和外国其他组织。这类外国人按“无条件的国民待遇原则”，可在专利法上享有与中国公民和法人同等的权利。一类是在中国没有经常居所或者营业所的外国人、外国企业和外国其他组织。这类外国人按“有条件的国民待遇原则”，依照其所属国同中国签订的协议或者共同参加的国际条约，或者依照互惠原则办理。例如，我国于1985年加入了《保护工业产权巴黎公约》，该公约成员国已有100多个，这些国家的公民、法人在我国申请专利时，可按国民待遇，在实体法上享有与我国公民、法人相同的权利义务。但根据《专利法》第19条规定：“在中国没有经常居所或者营业所的外国人、外国企业或者外国其他组织在中国申请专利和办理其他专利事务的，应当委托中华人民共和国国务院指定

的专利代理机构办理。”

三、专利权人

专利申请权人的专利申请依法通过了专利局的审批程序，并由专利局依法授予专利权后，专利申请权人即转变为专利权人。但一项专利申请未必都能通过批准获得专利权，相应地专利申请权人也就未必都能成为专利权人。反之，专利权人也未必都曾是专利申请权人，因为专利权是可以通过合法受让获得。因此，专利申请权人与专利权人是两个不同的概念。专利权对专利申请人来说只是一种可期待的权利，只有专利权人才享有现实的专利权，因此，可以说专利权人才是专利法律关系的核心。

在我国，专利权人分为专利权所有人和专利权持有人。全民所有制单位申请专利，获得批准后，专利权归该单位持有；全民所有制单位以外的人申请专利，获得批准后，专利权归该单位所有。

第三节 专利法律关系的客体

专利法律关系的客体是指专利法律关系主体权利义务所共同指向的对象，或者说是专利法所保护的客体。根据《专利法》第1条、第2条规定，我国专利法保护的客体是发明创造的专利权，发明创造包括发明、实用新型和外观设计。

一、发明、实用新型和外观设计的概念

(一)发明

专利法所称的发明有特定的含义。《专利法实施细则》第2条规定：“专利法所称发明，是指对产品、方法或者其改进所提出的新的技术方案。”从该定义可知，发明是一种新的技术方案，它是利用自然规律在技术应用上作出的创造和革新，而不仅仅是对自然规律的新认识。后者即通常所说的发现。发现并不是专利法的保护对象。

发明按其表现形式可归结为三类：一类是产品发明；一类是方法发明；一类是改进发明。产品发明是指人们利用自然规律创造出来的各种制成品或产品，如机器、设备、工具、用具等。方法发明是指人们利用自然规律将一个对象或者物质改变成另一个对象或者物质所使用的方法或手段。改进发明是指人们对已有的产品、方法提出实质性改革的新的技术方案。改进发明不是新产品和新方法的创制，而是对已有的产品和方法的重大改善，使其具有新的技术特性。

(二)实用新型

《专利法实施细则》第2条规定：“专利法所称实用新型，是指对产品的形状、构造或者其结合所提出的适于实用的新的技术方案。”从该定义可知，实用新型也是一种新的技术方案，但与发明不同，它必须表现为一种具有一定形状和构造的产品，其技术上的创新水平也低些。所以，它又被称为“小发明”。

(三)外观设计

《专利法实施细则》第2条第3款规定：“专利法所称外观设计是指对产品的形状、图案、色彩或者其结合所作出的富有美感并适于工业上应用的新设计。”从该定义可知，外观设计以产品的形状、图案和色彩等为要素，以美感目的为核心，并且能适合于工业上应用，即可以通过工业手段大量复制。

二、授予发明、实用新型和外观设计专利权的条件

发明、实用新型、外观设计并非自动成为专利法保护对象，它们必须经由专利局审查，确认其符合专利法规定的条件，才能取得专利权。

《专利法》第22条规定：“授予专利权的发明和实用新型，应当具备新颖性、创造性和实用性。”即所谓的“三性”标准。《专利法》第23条规定：“授予专利权的外观设计，应当同申请日以前在国内外出版物上公开发表过或者国内公开使用过的外观设计不相同或者不近似。”《专利法》规定的授予外观设计专利的条件与发明专利、实用新型专利略有不同。

(一)新颖性

新颖性，是指在申请日以前没有同样的发明或者实用新型在国内外出版物上公开发表过、在国内公开使用过或者以其他方式为公众所知，也没有同样的发明或者实用新型由他人向专利局提出过申请并且记载在申请日以后公

布的专利申请文件中。

从该定义可知，新颖性的时间标准是以申请日划分的，凡是在申请日以前已公开的技术，即为现有技术，不具备新颖性；凡是在申请日以前未公开的技术，则具备新颖性。

所谓公开，简单地说即是指一项技术被公诸于众。公开的方式有三类：(1)以出版物方式公开。出版物不仅包括一般的书籍、杂志、专利文献、正式公布的会议记录和报告、报纸、产品目录及样本等纸介出版物，还包括缩微胶片、照片、唱片、磁带、软盘、光盘等其他载体的出版物。出版物方式公开的地域标准是全世界范围内。也就是说，一项技术只要在申请日以前不论世界各地何处的出版物上刊载过，就不具备新颖性。(2)以使用方式公开。在专利法上公开使用包括为商业目的制造、使用和销售，以及为使用或销售而进行的展示。使用公开的地域标准仅限于我国国内，属于“相对新颖性”，在国外的使用不属于公开使用。(3)其他方式公开。这是指除“出版物”和“使用”以外的那些能为公众所知的其他公开方式。它主要是口头公开，如口头报告、讨论会发言、广播、电视播放以及科研鉴定、科研总结等。其他方式公开的地域标准也限于我国国内。(4)抵触申请。我国专利法规定新颖性概念时，要求在申请日前“没有同样的发明或实用新型由他人提出过申请并记载在申请日以后公布的专利文献中”。如果在申请日前已有同样的发明或实用新型由他人提出过申请并记载在申请日以后公布的专利文献中，这种情况被称作抵触申请。出现抵触申请时，视先申请案为后申请案的现有技术，故后一申请不具备新颖性。但如果前一申请没有公开而中止申请，则不属于抵触申请，后一申请的新颖性不被破坏。抵触申请只能发生在同一国的专利申请之间，不同国家间的申请不存在抵触，因为依照《保护工业产权巴黎公约》，各国的专利权是互相独立的。

专利法在規定新颖性概念的同时，也规定了一些不丧失新颖性的特例。

《专利法》第 24 条规定：申请专利的发明创造在申请日以前 6 个月内，有下列情形之一的，不丧失新颖性：(1)在中国政府主办或者承认的国际展览会首次展出的；(2)在规定的学术会议或者技术会议上首次发表的；(3)他人未经申请人同意而泄露其内容的。《专利法实施细则》第 31 条作了进一步规定：专利法第 24 条第 2 项所称学术会议或者技术会议，是指国务院有关主管部门或者全国性学术团体组织召开的学术会议或者技术会议。专利申请有专利法第 24 条第 1 项或者第 2 项所列情形的，申请人应当在提出专利申请时声明，并自申请日起 2 个月内，提交有关国际展览会或者学术会议、技术会议的组织单位出具的有关发明创造已经展出或者发表，以及展出或者发表日期的证明文件。专利申请有专利法第 24 条第 3 项所列情形的，专利局认为必要时可以要求申请人提出证明文件。

外观设计的新颖性与发明专利和实用新型专利的规定是一致的。

(二)创造性

创造性，是指同申请日以前已有的技术相比，该发明有突出的实质性特点和显著的进步，该实用新型有实质性特点和进步。

所谓突出的实质性特点，是指该发明技术要在本质上大大超过现有的技术，并且该项技术不是本专业普通技术人员能够显而易见的，他不能直接从现有技术中得出构成该发明全部必要的技术特征，也不能通过逻辑分析、推理或者试验而得到。所谓显著的进步，是指该项技术在实际中的经济和社会

效益明显地优于现有的技术。

我国专利法对发明专利和实用新型专利的创造性要求是不同的。实用新型专利的创造性，只要求有“实质性特点和进步”，并不要求有“突出的实质性特点和显著的进步”。

至于外观设计，它不是技术性方案，而是一种关于美感的设计，因此，无法要求它具有技术上的实质性特点和进步，故只要求它具有独创性。所谓独创性，是指申请专利的外观设计在产品的形状、图案、色彩所引起的美感或视觉上，与申请日以前已有的外观设计相比不相同或不近似，具有明显的区别。

(三)实用性

实用性，是指该发明或者实用新型能够制造或者使用，并且能够产生积极效果。实用性是一个价值概念，实用是指实际使用或者利用。一项发明或实用新型能够在工业上制造或使用，并能够产生良好的技术、经济和社会效益，即具有实用性。这里所说的工业是广义上的概念，包括农业、矿业、林业、水产业、运输业、交通业等各个行业。

外观设计无实用性要求。

三、不授予专利权的发明创造

并非所有符合新颖性、创造性和实用性要求的发明创造都能成为专利。

《专利法》第5条、第25条对不授予专利权的发明创造作了规定。第5条规定：“对违反国家法律、社会公德或者妨害公共利益的发明创造，不授予专利权。”第25条规定：“对下列各项，不授予专利权：(一)科学发现；(二)智力活动的规则和方法；(三)疾病的诊断和治疗方法；(四)动物和植物品种；(五)用原子核变换方法获得的物质。”

此外，中国专利局依据《专利法实施细则》第95条，于1989年发布第27号专利局公告，规定对下列各项发明创造不授予实用新型专利权：(1)各种方法、产品的用途；(2)无确定形状的产品，如气态、液态、粉末状、颗粒状的物质或材料；(3)单纯材料替换的产品，以及用不同工艺生产的同样形状、构造的产品；(4)不可移动的建筑物；(5)仅以平面图案设计为特征的产品，如棋、牌等；(6)由两台或两台以上的仪器或设备组成的系统，如电话网络系统、上下水系统、采暖系统、楼房通风空调系统、数据处理系统、轧钢机、连铸机等；(7)单纯的线路，如纯电路、电路方框图、气动线路图、液压线路图、逻辑方框图、工作流程图、平面配置图以及实质上仅具有电功能的基本电子电路产品(如放大器、触发器等)；(8)直接作用于人体的电、磁、光声、放射或其结合的医疗器具。

第四节 专利权的申请

一项发明创造并不能自动获得专利权，必须经过一定的申请程序，并经过严格的审查批准，才能取得专利权。

一、专利申请的原则

在提出专利申请时，应遵守一发明一专利的原则。

《专利法》第 31 条规定：“一件发明或者实用新型专利申请应当限于一项发明或者实用新型。属于一个总的发明构思的两项以上的发明或者实用新型，可以作为一件申请提出。一件外观设计专利申请应当限于一种产品所使用的一项外观设计。用于同一类别并且成套出售或者使用的产品的两项以上的外观设计，可以作为一件申请提出。”

《专利法实施细则》第 35 条、第 36 条对上述规定作了解释。

第 35 条第 1 款规定：依照专利法第 31 条第 1 款规定，可以作为一件专利申请提出的属于一个总的发明构思的两项以上的发明或者实用新型，应当在技术上相互关联，包含一个或者多个相同或者相应的特定技术特征，其中特定技术特征是指每一项发明或者实用新型作为整体考虑，对现有技术作出贡献的技术特征。

第 36 条规定：专利法第 31 条第 2 款所称同一类别，是指产品属于分类表中同一个小类；成套出售或者使用，是指各产品的设计构思相同，并且习惯上是同时出售、同时使用。

二、专利申请文件

申请人申请专利首先应提交法律规定的必要的申请文件。如果一件申请中缺少必要的申请文件，该申请将不被专利局受理。未被专利局受理的申请，在法律上被视为未提出申请。

(一) 申请发明和实用新型专利的申请文件

我国《专利法》第 26 条规定：“申请发明或者实用新型专利的，应当提交请求书、说明书及其摘要和权利要求书等文件。”

1. 请求书。这是申请人用于表达请求专利局对其发明或实用新型授予专利权的愿望的书面文件。专利法及其实施细则对请求书的要求作了规定。

《专利法》第 26 条第 2 款规定：“请求书应当写明发明或者实用新型的名称，发明人或者设计人的姓名，申请人姓名或者名称、地址，以及其他事项。”

《专利法实施细则》第 17 条规定：专利法第 26 条第 2 款所称请求书中的其他事项是指：(1) 申请人的国籍；(2) 申请人是企业或者其他组织的，其总部所在的国家；(3) 申请人委托专利代理机构的，应当注明的有关事项；(4) 要求优先权的，应当注明的有关事项；(5) 申请人或者专利代理机构的签字或者盖章；(6) 申请文件清单；(7) 附加文件清单；(8) 其他需要注明的有关事项。

2. 说明书。这是具体阐述发明创造技术内容的书面文件。专利法及其实施细则对说明书的撰写要求作了规定。

《专利法》第 26 条第 3 款规定：“说明书应当对发明或者实用新型作出清楚、完整的说明，以所属技术领域的技术人员能够实现为准；必要的时候，应当有附图。”

《专利法实施细则》第 18 条规定：“发明或者实用新型专利申请的说明书应当按照下列方式和顺序撰写：(1) 发明或者实用新型的名称，该名称应当

与请求书中的名称一致；(2)发明或者实用新型所属技术领域；(3)就申请人所知，写明对发明或者实用新型的理解、检索、审查有用的背景技术，并且引证反映这些背景技术的文件；(4)发明或者实用新型的目的；(5)写明要求保护的发明或者实用新型的技术方案，使所属技术领域的技术人员能够理解，并且能够达到发明或者实用新型的目的；(6)发明或者实用新型与背景技术相比所具有的有益的效果；(7)有附图的，应当有图面说明；(8)详细描述申请人认为实现发明或者实用新型的最好方式，在适当情况下，应当举例说明；有附图的，应当对照附图。发明或者实用新型专利申请人应当按照前款规定的方式和顺序撰写说明书，除非其发明或者实用新型的性质用其他方式或者顺序撰写能节约说明书的篇幅并使他人能更好地理解其发明或者实用新型。发明或者实用新型说明书中不得使用‘如权利要求……所述的……’一类的引用语，也不得使用商业性宣传用语。”

《专利法实施细则》第 19 条规定：“发明或者实用新型的几幅附图可以绘在一张图纸上，附图应当按照‘图 1，图 2……’顺序编号排列。附图的大小及清晰度，应当保证在该图缩小到 2/3 时，仍能清楚地分辨出图中的各个细节。发明或者实用新型说明书文字部分中未提及的附图标记不得在附图中出现，附图中未出现的附图标记不得在说明书中文字部分中提及。申请文件中表示同一组成部分的附图标记应当一致。附图中除必需的词语外，不应当含有其他注释。”

3. 权利要求书。这是具体说明申请专利的发明创造请求专利法保护的范围的书面文件。在专利申请被批准后，权利要求书即成为具体说明专利权限范围的书面文件。专利法及实施细则对权利要求书的撰写方式作了规定。

《专利法》第 26 条第 4 款规定：“权利要求书应当以说明书为依据，说明要求专利保护的范围。”

《专利法实施细则》第 20 条规定：“权利要求书应当说明发明或者实用新型的技术特征，清楚并简要地表述请求保护的范围。权利要求书有几项权利要求，应当用阿拉伯数字顺序编号。权利要求书中使用的科技术语应当与说明书中使用的科技术语一致，可以有化学式或者数学式，但是不得有插图。除绝对必要的外，不得使用‘如说明书……部分所述’或者‘如图……所示’的用语。权利要求中的技术特征可以引用说明书附图中相应的标记，该标记应当放在相应的技术特征后面，并置于括号内，以利于理解权利要求。附图标记不得解释为对权利要求的限制。”

《专利法实施细则》第 21 条规定：“权利要求书应当有独立权利要求，也可以有从属权利要求。独立权利要求应当从整体上反映发明或者实用新型的技术方案，记载为达到发明或者实用新型目的的必要技术特征。从属权利要求应当用要求保护的附加技术特征，对引用的权利要求作进一步的限定。”

发明或者实用新型的独立权利要求应当包括前序部分和特征部分：(1)前序部分：写明发明或者实用新型要求保护的主体名称和发明或者实用新型主题与现有技术共有的必要技术特征；(2)特征部分：使用‘其特征是……’或者类似的用语，写明发明或者实用新型区别于现有技术的技术特征。这些特征和前序部分写明的特征合在一起，限定发明或者实用新型要求保护的主体。发明或者实用新型的性质不适合用前款方式表达的，独立权利要求可以用其他方式撰写。一项发明或者实用新型应当只有一个独立权利要求，并写在同一发明或者实用新型的从属权利要求之前。

发明或者实用新型的从属权利要求应当包括引用部分和限定部分：(1) 引用部分：写明引用的权利要求的编号及其主题名称；(2) 限定部分：写明发明或者实用新型附加的技术特征。引用一项或者两项以上权利要求的从属权利要求，只能引用在前的权利要求。引用两项以上权利要求的多项从属权利要求，不得作为另一项多项从属权利要求的基础。

4. 说明书摘要。说明书摘要是对整个发明创造的概述，它仅是一种供有关人员迅速获得发明或实用新型内容的情报检索性文件。

《专利法》第 26 条第 3 款规定：“摘要应当简要说明发明或者实用新型的技术要点。”

《专利法实施细则》第 24 条规定：“摘要应当写明发明或者实用新型所属的技术领域、需要解决的技术问题、主要技术特征和用途。摘要可以包含最能说明发明的化学式。有附图的专利申请，应当由申请人指定并提供一幅最能说明该发明或者实用新型技术特征的附图。附图的大小及清晰度应当保证在该图缩小到 4 厘米×6 厘米时，能清楚地分辨出图中的各个细节。摘要文字部分不得超过 200 个字。摘要中不得使用商业性宣传用语。”

5. 其他文件。申请专利如果委托专利代理机构办理的，提交专利代理人委托书。委托书应写明专利代理机构的名称和具体的专利代理人姓名、编号、委托权项。单位委托时，应当由法人代表签字盖章，个人委托由个人签字或盖章。要求享受优先权的，应提交优先权的有关证明文件，包括第一次提出申请的国别、日期、申请号、发明创造名称及申请文本。

(二) 申请外观设计专利的申请文件

我国《专利法》第 27 条规定：“申请外观设计专利的，应当提交请求书以及该外观设计的图片或者照片等文件，并且应当写明使用该外观设计的产品及其所属的类别。”可见，申请外观设计专利的申请文件主要有两种：请求书和图片或者照片。必要时应当写明对外观设计的简要说明。

1. 外观设计专利请求书。请求书的内容大体上与发明实用新型专利的请求书相同，只是应专门注明外观设计所使用的产品和所属类别。

2. 图片或者照片。在外观设计专利申请中，图片或照片起着如发明或实用新型专利申请中权利要求书的作用。因此，作为申请文件的图片或照片一定要充分清楚地展示外观设计的特点。《专利法实施细则》第 27 条规定：“外观设计的图片或者照片，不得小于 3 厘米×8 厘米，也不得大于 15 厘米×22 厘米。同时请求保护色彩的外观设计专利申请，应当提交彩色和黑白的图片或者照片各一份。申请人应当就每件外观设计产品所需要保护的内容提交有关视图或者照片，以清楚地显示请求保护的對象。”

3. 简要说明。《专利法实施细则》第 28 条规定：“申请外观设计专利的，必要时应当写明对外观设计的简要说明。外观设计的简要说明应当写明使用该外观设计的产品的主要创作部位、请求保护色彩、省略视图等情况。简要说明不得使用商业性宣传用语，也不能用来说明产品的性能和用途。”

4. 使用外观设计的产品样品或模型。《专利法实施细则》第 29 条规定：“专利局认为必要时，可以要求外观设计专利申请人提交使用外观设计的产品样品或者模型。样品或者模型的体积不得超过 30 厘米×30 厘米×30 厘米，重量不得超过 15 公斤。易腐、易损或者危险品不得作为样品或者模型提交。”

三、涉外专利的申请

涉外专利的申请，除应提交必要申请文件外，还应按专利法的规定办理

特定的手续。

(一)中国单位或个人向外国申请专利

中国单位或者个人将其在国内完成的发明创造向外国申请专利的，应当首先向专利局申请专利，并经国务院有关主管部门同意后，委托国务院指定的专利代理机构办理。

(二)外国单位或个人向中国申请专利

《专利法》第 18 条、第 19 条，对外国人在我国申请专利作出了规定。凡在中国有经常居所或者营业所的外国企业、个人或外国其他组织，申请专利的待遇和我国单位或者个人完全一致。在中国没有经常居所或者营业所的外国人、外国企业或者外国其他组织在中国申请专利的，依照其所属国同中国签订的协议或者共同参加的国际条约，或者依照互惠原则，根据专利法办理。在中国没有经常居所或者营业所的外国人、外国企业或者外国其他组织在中国申请专利和办理其他专利事务的，应当委托中华人民共和国国务院指定的专利代理机构办理。上述专利代理机构由国务院授权专利局指定。

四、专利申请日的确定

申请日是提出专利申请的具体日期。申请日的确定在专利申请中具有重要意义：申请日是审查发明创造新颖性和创造性的时间界线；同样的发明创造如果有两个或两个以上的申请人分别提出，申请日便是确定专利权归属的客观标准；此外，申请日也是确定优先权的依据，专利权的有效期限也从申请日开始计算。

《专利法》第 28 条规定：“专利局收到专利申请文件之日为申请日。如果申请文件是邮寄的，以寄出的邮戳日为申请日。”有优先权的，以优先权日为申请日。

专利局收到发明或者实用新型专利申请的请求书、说明书(实用新型必须包括附图)和权利要求书,或者外观设计专利申请的请求书和外观设计的图片或照片后，应当明确申请日、给予申请号，并且通知申请人。

五、优先权声明

根据《保护工业产权巴黎公约》的规定，申请人就一项发明在一个缔约国提出申请之后，在一定的期限内(发明和实用新型为 12 个月，外观设计为 6 个月)，又向其他缔约国提出申请时，申请人有权要求以第一次提出申请的日期作为后来提出申请的日期，申请人的这种权利称为优先权。

我国《专利法》第 29 条规定：“申请人自发明或者实用新型在外国第一次提出专利申请之日起 12 个月内,或者自外观设计在外国第一次提出专利申请之日起 6 个月内，又在中国就相同主题提出专利申请的，依照该外国同中国签订的协议或者共同参加的国际条约，或者依照相互承认优先权的原则，可以享有优先权。申请人自发明或者实用新型在中国第一次提出专利申请之日起 12 个月内,又向专利局就相同主题提出专利申请的,可以享有优先权。”从该规定可见，我国专利法不仅规定了在不同国家之间申请专利的优先权，也规定了本国的优先权。

申请人要求优先权的，应当在申请的时候提出书面声明，并且在 3 个月内提交第一次提出的专利申请文件的副本；未提出书面声明或者逾期未提交专利申请文件副本的，视为未要求优先权。

六、专利申请的修改和撤回

(一)专利申请的修改

发明专利申请人在办理专利申请手续过程中，在提出实质审查请求或者在对专利局第一次实质审查意见作出答复时，可以主动对其专利申请文件进行修改。实用新型或者外观设计专利申请人自申请日起3个月内，可以对实用新型或者外观设计专利申请主动提出修改。但是，对发明和实用新型专利申请文件的修改不得超出原说明书和权利要求书记载的范围，对外观设计专利申请文件的修改不得超出原图片或照片表示的范围。

专利局对专利申请文件中的发明创造名称、摘要或者请求书的明显错误可以予以修改，并通知申请人。

(二) 专利申请的撤回

专利申请人可以在被授予专利权之前随时撤回其专利申请。撤回时，申请人应向专利局提出声明，写明发明创造的名称、申请号和申请日。撤回专利申请的声明是在专利局作好公布专利申请文件的印刷准备工作后提出的，申请文件仍予公布。

发明专利申请人自申请日起3年内，不向专利局提出实质审查请求的，该发明专利申请即被视为撤回。

第五节 专利申请的审批

我国专利法对发明专利申请和实用新型、外观设计专利申请采取两种不同的审批制度。对发明专利申请采取的是早期公开、迟延审查制度；对实用新型、外观设计专利申请采取登记制度。

一、发明专利申请的审批

一项发明专利申请经过受理、初步审查、公布、实质审查等程序才可能被授予专利权。

(一)初步审查

初步审查，又称形式审查。专利局在受理发明专利申请后，应对该申请在形式上是否符合专利法的规定进行审查。根据《专利法实施细则》第 44 条规定，初步审查的内容主要包括：

1. 发明专利申请是否具备《专利法》第 26 条所规定的请求书、说明书及其摘要、权利要求书和其他必要的文件；这些文件是否符合规定的格式；
2. 申请专利的发明是否明显属于《专利法》第 5 条规定的违反国家法律、社会公德或者妨害公共利益的发明创造；
3. 申请专利的发明是否明显属于《专利法》第 25 条规定的不授予专利权的范围；
4. 在中国没有经常居所或者营业所的外国人、外国企业或其他组织是否有资格在中国申请专利；是否按规定委托了专利代理机构；
5. 发明专利申请是否采取一项发明一个专利申请；
6. 申请人对专利申请文件的修改是否符合《专利法》第 33 条的规定，是否明显超出原说明书和权利要求书记载的范围。

专利局在初步审查后，应将审查意见通知申请人，要求其在指定的期限内陈述意见或者补正；申请人期满未答复的，其申请被视为撤回。申请人陈述意见或者补正后，专利局仍认为不符合专利法规定的形式要求的，应当予以驳回。

(二)早期公布

根据《专利法》第 34 条、《专利法实施细则》第 46 条规定，专利局收到发明专利申请后，经初步审查认为符合专利法要求的，自申请日起满 18 个月，即行公布。专利局可根据申请人的请求早日公布其申请。申请人请求早日公布其发明专利申请的，应当向专利局声明。专利局对该申请进行初步审查后，除予以驳回的外，应当立即将申请予以公布。

(三)实质审查

对发明专利申请的实质审查，是指对申请专利的发明的新颖性、创造性、实用性等实质性条件进行的审查。

根据《专利法》第 35 条规定，发明专利申请自申请日起 3 年内，专利局可以根据申请人随时提出的请求，对其申请进行实质审查；申请人无正当理由逾期请求实质审查的，该申请即被视为撤回。专利局认为必要的时候，可以自行对发明专利申请进行实质审查，但应当通知申请人。

发明专利的申请人请求实质审查的时候，应当提交在申请日前与其发明有关的参考资料。

发明专利已经在外国提出过申请的，申请人请求实质审查的时候，应当提交该国为审查其申请进行检索的资料或者审查结果的资料；无正当理由不

提交的，该申请即被视为撤回。

专利局对发明专利申请进行实质审查后，认为不符合专利法规定的，应当通知申请人，要求其在指定的期限内陈述意见，或者对其申请进行修改；无正当理由逾期不答复的，该申请即被视为撤回。

发明专利申请经实质审查没有发现驳回理由的，专利局将作出授予发明专利权的决定，发给发明专利证书，并予以登记和公告。

二、实用新型和外观设计专利申请的审批

实用新型和外观设计专利申请经初步审查没有发现驳回理由的，专利局应当作出授予实用新型专利权或者外观设计专利权的决定，发给相应的专利证书，并予以登记和公告。可见实用新型和外观设计专利申请只有初步审查，没有实质审查。

三、专利申请的驳回和复审

(一) 专利申请的驳回

发明专利申请经实质审查，在下列情况下应予驳回：

1. 申请不符合《专利法实施细则》第 2 条第 1 款有关发明的规定。
2. 申请属于《专利法》第 5 条规定的违反国家法律、社会公德或者妨害公共利益的发明创造；或者属于《专利法》第 25 条规定的不授予专利权的规范；或者不符合《专利法》第 22 条、《专利法实施细则》第 12 条第 1 款规定的新颖性、创造性和实用性的要求；或者依照《专利法》第 9 条规定不能取得专利权的。
3. 申请不符合《专利法》第 26 条第 3 款、第 4 款规定，没有提供符合专利法要求的说明书或权利要求书的；或者不符合《专利法》第 31 条第 1 款规定的一发明一专利原则要求的；
4. 申请的修改或者方案的申请超出原说明书和权利要求书记载范围的。

(二) 专利复审

根据《专利法》第 43 条规定，对专利局驳回申请的决定不服，或者对专利局撤销或维持专利权决定不服的，可以自收到通知之日起 3 个月内，向专利复审委员会请求复审。

向专利复审委员会请求复审的，应当提交复审请求书，说明理由并附具有关的证明文件。请求书和证明文件应当一式两份。复审请求书不符合规定格式的，复审请求人应当在专利复审委员会指定的期限内补正，期满未补正的，该复审请求被视为未提出。

申请人或者专利权人请求复审时，可以修改被驳回的专利申请或者被撤销的专利文件，但是修改应当仅限于驳回申请的决定或者撤销专利权的决定所涉及的部分。

专利复审委员会进行复审后，认为复审请求不符合专利法规定的，应当通知复审请求人，要求其在指定期限内陈述意见；期满未答复的，该复审请求被视为撤回。请求人陈述意见后，专利复审委员会经审查认为仍然不符合专利法规定的，则作出驳回该复审请求的决定。

申请人对专利复审委员会的复审决定不服的，可以自收到通知之日起 3 个月内向人民法院提起诉讼。但专利复审委员会对请求人关于实用新型、外观设计的复审请求所作出的决定为终局决定。

第六节 专利权的内容

专利权的内容是指专利权人在专利有效期内享有的法定权利和承担的法定义务。

一、专利权人的权利

专利权人享有的权利就是专利权。它主要表现为专利权人对获得专利的发明创造的独占权。这种独占权的效力体现在两个方面：一方面，专利权人有权占有、使用、收益和处分其发明创造，具体表现为专利权人的制造权、使用权、销售权、进口权等；另一方面，专利权人有权禁止其他任何人支配该专利，具体表现为专利权人的禁止权。此外，专利权人享有的专利权还包括专利许可权、转让权、放弃权、标记权等。

(一)独占权

我国《专利法》第 11 条规定：“发明和实用新型专利权被授予后，除法律另有规定的以外，任何单位或者个人未经专利权人许可，不得为生产经营目的制造、使用、销售其专利产品，或者使用其专利方法以及使用、销售依照该专利方法直接获得的产品。外观设计专利权被授予后，任何单位或者个人未经专利权人许可，不得为生产经营目的制造、销售其外观设计专利产品。专利权被授予后，除法律另有规定的以外，专利权人有权阻止他人未经专利权人许可，为上两款所述用途进口其专利产品或者进口依照其专利方法直接获得的产品。”这里，法律规定专利权人有权禁止他人制造、使用、销售或者进口等行为，从而保护了专利权人享有的制造权、使用权、销售权和进口权。

由于发明创造有产品发明和方法发明，因此，专利权人享有的专利权的内容略有差别。

1. 制造权。专利权人享有的制造权，主要存在于产品专利中。是指专利权人有权自己生产制造该专利产品，他人不得生产制造与其专利产品相同的产品。

2. 使用权。专利权人享有的使用权，在产品专利中，是指专利权人有权使用自己的专利产品；在方法专利中，是指专利权人有权使用专利方法制造产品，并使用直接依该方法直接获得的产品。

3. 销售权。专利权人享有的销售权，是指将专利产品或以专利方法制造的产品所有权按市场价格转让给他人的权利。

4. 进口权。专利权人享有的进口权，是指国家授予专利权人在专利权的有效期限内禁止他人未经允许，为生产经营目的进口该专利产品或由该专利方法直接生产的产品的权利。

(二)许可权

专利权人的许可权是指专利权人有权准许他人以生产经营为目的制造、使用、销售其专利产品或者使用其专利方法。

专利权人许可他人实施其专利时，应与被许可人签订许可合同。专利许可合同依其许可的范围来分，有独占许可、独家许可、普通许可等。

(三)转让权

专利权人的转让权是指专利权人有权将其专利权通过买卖、赠与等方式转移给其他任何单位或个人。专利权人转让专利权时应与受让人签订专利转让合同，经专利局登记和公告后，才能生效。

(四) 标记权

专利权人的标记权是指专利权人有权在其专利产品或该产品的包装上标明专利标记和专利号。

(五) 放弃权

专利权人的放弃权是指专利权人有权通过书面声明或以不交年费的方式放弃其专利权。放弃专利权时应由专利局登记公告。

二、专利权的限制

为维护国家和社会公共利益，专利法对专利权人享有的专利权作了一些限制性规定。这些限制主要有：

(一) 专利的国家计划许可

专利的国家计划许可是指国家主管部门对重要的发明创造通过国家计划指令推广应用的许可方式。

《专利法》第 14 条对国家计划许可作了规定：“国务院有关主管部门和省、自治区、直辖市人民政府根据国家计划，有权决定本系统内或者所管辖的全民所有制单位持有的重要发明创造专利允许指定的单位实施，由实施单位按照国家规定向持有专利权的单位支付使用费。中国集体所有制单位和个人的专利，对国家利益或者公共利益具有重大意义，需要推广应用的，由国务院有关主管部门报国务院批准后，参照前款规定办理。”

(二) 专利的强制许可

强制许可是指专利局依专利法规定的条件和程序推广实施专利的一种许可方式。

《专利法》第 51 条至第 58 条对专利的强制许可作了规定。根据专利法的规定，专利局可以颁发专利的强制许可的情况有以下几种：

1. 具备实施条件的单位以合理的条件请求发明或者实用新型专利权人许可实施其专利，而未能在合理长的时间内获得这种许可时，专利局根据该单位的申请，可以给予实施该发明专利或者实用新型专利的强制许可。

2. 在国家出现紧急状态或者非常情况时，或者为了公共利益的目的，专利局可以给予实施发明或者实用新型专利的强制许可。

3. 一项取得专利权的发明或者实用新型比前已经取得专利权的发明或者实用新型在技术上先进，其实施又有赖于前一发明或者实用新型的实施的，专利局根据后一专利权人的申请，可以给予实施前一发明或者实用新型的强制许可。也可根据前一专利权人的申请，给予实施后一发明或者实用新型的强制许可。

取得强制许可的单位或者个人不享有独占的实施权，并且无权允许他人实施。

(三) 专利权行使时的限制

根据《专利法》第 62 条规定，有下列情形之一的，不视为侵犯专利权：

1. 专利权人制造或者经专利权人许可制造的专利产品售出后，使用或者销售该产品的；

2. 使用或者销售不知道是未经专利权人许可而制造并售出的专利产品的；

3. 在专利申请日前已经制造相同产品、使用相同方法或者已经作好制造、使用的必要准备，并且仅在原有范围内继续制造、使用的；

4. 临时通过中国领土、领水、领空的外国运输工具，依照其所属国同中

国签订的协议或者共同参加的国际条约，或者依照互惠原则，为运输工具自身需要而在其装置和设备中使用有关专利的；

5. 专为科学研究和实验而使用有关专利的。

三、专利权人的义务

专利权人的主要义务是缴纳年费和各种规定费用。

第七节 专利权的期限、终止和无效、撤销

一、专利权的期限

专利权的期限，指专利权自生效时起到失效时止的期间。根据我国《专利法》第 45 条规定，发明专利权的期限为 20 年，实用新型和外观设计专利权的期限为 10 年，均自申请日起计算。

二、专利权的终止

专利权的终止是指专利权在有效期届满而自然消灭，以及有效期未届满前由于法定原因而消灭。

根据《专利法》第 47 条规定，专利权提前终止的情形有：(1)专利权人未按专利法规定缴纳年费；(2)专利权人以书面声明放弃其专利权。

专利权终止，由专利局登记和公告。

三、专利权的无效

专利权的无效是指被授予的专利权因其不符合专利法规定，而由专利复审委员会根据有关单位或个人的请求通过审查程序而宣告为无效。

《专利法》第 48 条规定：“自专利局公告授予专利权之日起满 6 个月后，任何单位或个人认为该专利权的授予不符合本法规定的，都可以请求专利复审委员会宣告该专利权无效。”

宣告专利权无效的理由主要是：(1)发明创造不具备新颖性、创造性和实用性；(2)专利申请文件中的说明书和权利要求书不符合规定；(3)专利申请文件的修改不符合规定；(4)属于违反国家法律、社会公德或者妨害公共利益的发明创造；(5)属于不授予专利权的范围；(6)属于相同的两个专利申请中后一申请专利的情况。

专利复审委员会对宣告专利权无效的请求进行审查，作出决定，并通知请求人和专利权人。宣告专利权无效的决定，由专利局登记和公告。

宣告无效的专利权视为自始即不存在。

四、专利权的撤销

根据《专利法》第 41 条规定，自专利局公告授予专利权之日起 6 个月内，任何单位或者个人认为该专利权的授予不符合专利法规定的，都可以请求专利局撤销该专利权。

请求撤销专利权的理由主要有：(1)授予专利权的发明和实用新型不符合新颖性、创造性和实用性；(2)授予专利权的外观设计不符合《专利法》第 23 条规定的新颖性和独创性。

被撤销的专利权视为自始即不存在。

第八节 专利纠纷的处理

一、专利纠纷的种类

专利纠纷主要包括以下几类：

(一) 专利申请权纠纷

一件发明创造完成后，究竟谁有权申请专利，要视发明创造的性质而定。

实践中，专利申请权易产生纠纷的情况有：

1. 关于职务发明创造还是非职务发明创造引起的专利申请权纠纷；
2. 关于谁是发明创造的发明人或者设计人引起的专利申请权纠纷；
3. 关于协作(合作)完成或者接受委托完成的发明创造，谁有权申请专利的纠纷。

(二) 专利权归属纠纷

专利权归属纠纷是指在发明创造被授予专利权之后，公民之间、法人之间、公民与法人之间就谁应当是真正的专利权人所发生的确认专利权的纠纷。专利权归属纠纷的情况与专利申请权纠纷的情况大同小异，主要形式有：

1. 关于是否为共同专利权人引起的专利权归属纠纷；
2. 关于职务发明还是非职务发明引起的专利权归属纠纷；
3. 委托研究的专利权归属纠纷。

(三) 专利侵权纠纷

专利侵权纠纷是专利权人与他人因专利侵权行为而产生的一种争议。所谓专利侵权行为，是指他人违反专利法的规定，侵犯专利权人权利的行为。这种侵权行为主要包括：(1)除法律另有规定外，未经专利权人许可，为生产经营目的制造、使用、销售其专利产品，或者使用其专利方法，以及使用、销售依照该专利方法直接获得产品的行为；(2)未经外观设计专利权人的许可，为生产经营目的制造、销售其外观设计产品的行为；(3)除法律另有规定的以外，未经专利权人的许可，为生产经营目的进口其专利产品或者进口依照其专利方法直接获得产品的行为；(4)未经专利权人许可，在非专利产品或者包装上标明专利标记和专利号，冒充专利产品的行为。

专利侵权行为的构成必须具备法定的条件：(1)必须有侵害事实的存在，即必须有他人未经专利权人许可，为生产经营目的制造、使用、销售专利产品或使用专利方法等情形存在。(2)侵害行为是违法的，即上述侵害行为不属于《专利法》第62条明确规定的5种不视为侵犯专利权的行为。(3)侵害行为与专利权人的损害之间必须存在因果关系，即专利权人的损害必须是由这种侵害行为直接造成的。(4)侵权行为人必须有过错，包括故意和过失。侵权行为人的过错是行为人承担法律责任的主观条件。

(四) 专利合同纠纷

专利合同纠纷主要是指专利申请权转让合同、专利权转让合同、专利技术许可实施合同、专利技术中介服务合同中的各方当事人因合同而引起的争议。

(五) 专利行政纠纷

专利行政纠纷是指当事人对专利行政管理机关所作出的决定不服而引起的争议。产生专利行政纠纷的情况主要有：(1)专利权人对专利局作出的强制许可的决定以及有关使用费的决定不服；(2)对专利复审委员会作出的复审决定不服；(3)对专利复审委员会作出的关于发明专利权无效、部分无效或维持

专利权有效的决定不服；(4)对专利管理机关的有关行政决定不服；(5)专利代理机构和专利代理人对专利局作出的有关代理工作的处罚复议决定不服。

二、专利纠纷的解决方式

专利纠纷的解决方式可分为两大类：一是行政处理，即由专利行政机关(主要是专利管理机关)或仲裁机构对专利纠纷进行处理；二是诉讼，即依照民事诉讼法、行政诉讼法和刑事诉讼法，由司法机关对专利纠纷进行处理。

(一)行政处理

《专利法》第60条规定，对未经专利权人许可，实施其专利的侵权行为，专利权人或者利害关系人可以请求专利管理机关进行处理，也可以直接向人民法院起诉。根据中国专利局1989年发布的《专利管理机关处理专利纠纷办法》第5条规定，专利管理机关调解和处理的专利纠纷包括：(1)专利侵权纠纷；(2)有关在发明专利申请公布后或实用新型、外观设计专利申请公告后，在专利权授予前实施发明创造的费用纠纷；(3)专利申请权纠纷和专利权属纠纷；(4)其他可以由专利管理机关调解或处理的专利纠纷。

请求专利管理机关处理专利纠纷的时效为2年，自专利权人或者利害关系人得知或者应当得知之日起计算。

请求专利管理机关调解处理的请求人必须是与专利纠纷有直接利害关系的单位或者个人；请求人必须有具体要求和事实依据；必须有明确的被请求人，并且纠纷当事人任何一方均未向人民法院起诉。

请求人请求专利管理机关调处时必须提交请求书正本一份，并按被请求人人数提供副本。请求书内容包括：请求人的名称或姓名、地址，法定代表人或代理人的姓名、职务；被请求人的名称或姓名、地址，法定代表人或代理人的姓名、职务；请求调处的具体要求、事实依据和理由。

专利管理机关收到请求书后，经审查认为符合受理条件的，应在7日内立案受理，不符合受理条件的，应在7日内通知请求人不予受理并说明理由。

专利管理机关立案受理专利纠纷调处请求后，应在10日内将请求书副本发送被请求人。被请求人收到请求书副本后，应在1个月内提交答辩书和有关证据。被请求人逾期不提交答辩书的，不影响专利管理机关做出调处决定。

专利管理机关调处纠纷时应通知当事人按时到达调处地点，经两次正式通知无正当理由拒不到达的，或未经专利管理机关允许中途退出的，属于请求人的按其自动撤回请求处理，属于被请求人的按其缺席处理。

专利管理机关设立调处小组调处专利纠纷。调处人员在调处纠纷时，应认真审阅当事人提交的请求书、答辩书和有关证据材料，需要时可以进行调查核实。专利管理机关应在查明事实、分清是非的基础上，按照有关法律的规定进行调解，促使当事人各方相互谅解、达成协议，并制作成调解书。协议内容不得违背国家法律，不得损害国家、集体或他人利益。调解不成的，专利管理机关应及时做出处理决定，作出处理决定书。

请求人或被请求人对专利管理机关处理决定不服的，应在收到该处理决定之日起3个月内向人民法院起诉。期满不起诉的，该处理决定即发生法律效力；当事人不履行该处理决定的，有关单位或者个人可以请求人民法院予以执行。

专利纠纷的仲裁解决一般仅限于专利合同纠纷。其解决办法与一般合同纠纷的仲裁相同。这里不再详述。

(二)诉讼

专利纠纷的诉讼解决方式可分为民事诉讼、行政诉讼和刑事诉讼三种。

1. 专利纠纷的民事诉讼。专利申请权纠纷、专利权属纠纷、专利侵权纠纷和专利合同纠纷属于民事纠纷，由这些纠纷引起的诉讼案件由各省、自治区、直辖市人民政府所在地的中级人民法院和各级经济特区的中级人民法院和经最高人民法院同意的开放城市的中级人民法院作为第一审法院，各省、自治区、直辖市高级人民法院作为第二审法院。

当事人一方向专利管理机关请求调处，专利管理机关已经立案并向另一方发出答辩通知书，而另一方拒绝答辩并向人民法院起诉的，只要起诉符合《民事诉讼法》第 108 条的规定和最高人民法院关于审理专利案件的有关规定，人民法院应予受理；如果另一方接到专利管理机关的答辩通知书后作了实质性答辩，在专利管理机关调处过程中又向人民法院起诉的，人民法院不予受理。

专利纠纷案件经专利管理机关调解达成调解协议的，在调解书送达前或送达后当事人一方反悔向人民法院起诉的，人民法院应予受理。

人民法院依专利法及其有关法律规定，可在确定专利申请权及专利权归属的前提下，判决有关当事人承担以下民事责任：(1) 停止侵害，即责令侵权人停止生产、使用、销售、进口专利产品，使用专利方法生产产品，或销售、进口依该专利方法获得的产品等侵权行为；(2) 赔偿损失，即责令侵权行为人赔偿专利权人因侵权行为受到的损失。损失赔偿额可按照以下方法计算：以专利权人因侵权行为受到的实际经济损失作为损失赔偿额。计算方法是：因侵权人的侵权产品(包括使用他人专利方法生产的产品)在市场上销售使专利权人的专利产品的销售量下降，其销售量减少的总数乘以每件专利产品利润所得之积，即为专利权人的实际经济损失。以侵权人因侵权行为获得的全部利润作为损失赔偿额。计算方法是：侵权人从每件侵权产品(包括使用他人专利方法生产的产品)获得的利润乘以在市场上销售的总数所得之积，即为侵权人所得的全部利润。以不低于专利许可使用费的合理数额作为损失赔偿额。对于上述三种计算方法，人民法院可以根据案情的不同情况选择适用。当事人双方商定用其他计算方法计算损失赔偿额的，只要是公平合理的，人民法院可予准许。(3) 消除影响。当事人可以采取各种公开的方式，向受害人赔礼道歉，消除不良影响。

2. 专利纠纷的行政诉讼。当事人对专利行政管理机关作出的有关决定或裁定不服，可以向人民法院起诉，人民法院依行政诉讼程序审理。

3. 刑事诉讼。假冒他人专利，构成犯罪的，依刑事诉讼程序予以处理。《刑法》第 216 条的规定，假冒他人专利，情节严重的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役并处罚金。

第三十三章 商标法

第一节 商标法概述

一、商标

(一) 商标的概念

对商标的定义目前各国法律表述有所不同。但对商标的本质属性理解是一致的。一般认为：商标是商品生产者或销售者在其(生产、制造、加工、拣选或者经销的)商品上使用的,用于区别其他商品生产者或销售者商品的一种(由文字、图形或其组合构成的)具有显著特征的标志。

商标的这一概念内涵包括以下几点:(1)商标的使用者是商品生产者或销售者,而不是其他人。(2)商标是在商品上使用的标记,有商品,才有商标。(3)商标的使用目的是区别商品的不同生产者、销售者,即区别商品的来源。(4)商标是以文字、图形或者其组合构成,必须具有显著特征,以便区别、辨认。

(二) 商标的种类

商标一般可从不同的角度进行分类。常见的分类有:

1.按商标的结构组成或形态划分,商标可分为文字商标、图形商标、组合商标。文字商标是指以纯文字构成,不含其他图形成分的商标;图形商标是指由具体的或抽象的图形构成的商标;组合商标是指由文字或图形两部分构成的商标。

2.按商标的使用对象划分,商标可分为商品商标和服务商标。商品商标又可分为生产者的生产商标(产业商标)和销售者的商业商标;服务商标即服务性行业所使用的标志。

3.按商标的作用分,又有集体商标、证明商标等。集体商标是指由工商业团体、协会或者其他集体组织的成员所使用的商品商标或服务商标,用以表明商品的经营者或服务的提供者属于同一组织;证明商标是指由对某种商品或者服务具有检测和监督能力的组织所控制,而由其以外的人使用在商品或服务上,用以证明该商品或服务的原产地、原料、制造方法、质量、精确度或其他特定品质的商品商标或服务商标。

(三) 商标的作用

商标的主要作用有以下几点:

1.表明商品的来源。使用商标不仅可以将某商品从其他商品中区别出来,也可以将同一商品的不同的商品生产销售者区别开来。因此,商标代表着商品生产者、销售者的信誉。

2.标明商品的质量。同一种商品因生产者的不同,其质量也有不同。由于商标代表着不同的商品生产者,因而,也表明了商品质量的好坏。

3.宣传商品。人们习惯简单地通过商标判断商品质量的好坏,从而选购商品,因而,宣传商标是宣传商品的最有效的途径。

二、商标法

(一) 商标法的概念

商标在商品生产和销售中的普遍使用,使得商标与商品生产者、销售者和消费者的利益息息相关。由此而产生的一系列复杂的社会关系,需要国家通过法律来进行调整。商标法就是规定商标的组成、注册、使用、管理和商

标专用权的保护等的法律规范。

(二)我国商标法的制定和修改

1982年8月23日，第五届全国人民代表大会常务委员第二十四次会议通过了《中华人民共和国商标法》，1983年3月1日起施行。1983年3月10日，国务院颁布了《中华人民共和国商标法实施细则》，并于1988年1月作了第一次修订。

1993年2月22日，第七届全国人大常委会第三十次会议通过了《关于修改〈中华人民共和国商标法〉的决定》，对商标法进行了修改，1993年7月1日起实施。同时通过了《关于惩治假冒注册商标犯罪的补充规定》。1993年7月15日由国务院批准对《商标法实施细则》作了第二次修订。1995年4月23日国务院批准对《商标法实施细则》作了第三次修订。

(三)商标法的基本原则

我国现行商标法适应社会主义市场经济需要，并采用国际上通用惯例，形成了具有中国特色的商标法律制度。我国的商标法主要体现了以下的基本原则：

1. 保护商标专用权与维护消费者利益相结合的原则。保护商标专用权是商标法的核心和基础，但商标所有人必须保证商品质量，维护商标信誉，以便保障消费者的利益，促进社会主义商品经济的发展。我国《商标法》第1条明确规定了这一原则。

2. 注册取得商标专用权原则。世界各国商标法规定的取得商标专用权的原则有“注册原则”和“使用原则”两种。注册原则是指不管商标所有人是否已使用该商标，只要该商标已经商标注册当局注册，商标所有人便取得了商标的专用权；使用原则是指商标专用权归首先使用该商标的人，未经使用的商标不得申请注册。我国《商标法》第3条规定：“经商标局核准注册的商标为注册商标，商标注册人享有商标专用权，受法律保护。”可见我国商标法采用注册取得商标专用权原则。

3. 申请在先原则。商标专用权依注册取得，当两个或者两个以上的申请人，在同一种商品或者类似商品上，以相同或者近似的商标申请注册的，初步审定并公告申请在先的商标，即由申请在先的人取得商标专用权。这一原则称为申请在先原则。

4. 自愿注册原则。依注册原则，商标专用权归商标注册人享有。未经注册的商标，商标使用人不具有专用权，不能禁止他人使用。可见商标注册的重要性。但是否注册仍由商标使用人自己决定。如果需要取得商标专用权，就应注册，不需要取得专用权，可以不注册。自愿注册原则在我国商标法中有例外，即对人用药品和烟草制品商标法实行强制注册。

5. 统一注册分级管理原则。我国商标法规定，商标统一由商标局审查、核准注册。但商标的使用(包括未注册商标的使用)管理则由县级以上工商行政管理局负责。

6. 国民待遇原则。国民待遇原则是根据《保护工业产权巴黎公约》所确立的一项基本原则。按照这一原则，巴黎公约成员国必须在工业产权方面给予其他成员国国民与本国国民同样的保护。我国1985年3月19日正式成为巴黎公约成员国，对其他成员国的国民在我国申请注册商标给予国民待遇，是我国作为巴黎公约成员国应尽的义务。

7. 优先权原则。也是《保护工业产权巴黎公约》所确立的重要原则。优

先权是指任何一个公约成员国国民，向任何一个公约成员国就工业产权保护提出正式申请后的一定期限内，这一申请的日期在其他所有成员国都享有优先的地位。例如，申请人在一个成员国提出商标注册申请后，在一定期限内（商标为6个月内），再向其他成员国提出相同的商标注册申请，其他成员国应当视第一次申请日期为优先权日期。

三、商标权

（一）商标权的概念

商标权是指商标所有人对法律确认并给予保护的商标所享有的权利。它主要是指商标所有人对其注册商标所享有的专用权，也包括与此相联系的商标续展权、商标转让权、商标许可权等。但商标专用权是商标权的核心，没有商标专用权，商标权也就失去存在的意义。所以，在实践中一般对商标权和商标专用权这两个概念不加以区别，认为商标权就是商标专用权的简称。

（二）商标权的特征

商标权属于知识产权的范围。它具有知识产权的一般特征：

1. 专有性。商标权的专有性表现为商标所有人对其注册商标享有专有使用的权利，这种权利具有独占性，其他任何人未经商标所有人的同意，不得加以使用，否则构成侵权，要承担法律责任。

2. 时间性。商标权的时间性表现为商标权只在法律规定的存续期间内有效，超过了有效期限，商标权就不再受法律保护。各国商标法一般都规定商标权的有效期限。但该期限一般都可请求续展。

3. 地域性。商标权的地域性表现在依据某国商标法取得商标专用权的商标，只在该国受到法律保护，超出该国范围则不再享有商标权。

（三）商标权的主体

商标权的主体是指依法享有商标所有权的人。根据《商标法》第4条及《商标法实施细则》第2条的规定，在我国能够成为商标权主体的有企业、事业单位、社会团体、个体工商户、个人合伙以及符合《商标法》第9条规定的外国人或者外国企业。

（四）商标权的客体

商标权的客体是指经过国家商标局核准注册的商标，即注册商标。根据《商标法》第7条、第8条、第17条的规定，申请注册的商标应该具备以下条件：

1. 商标应由文字、图形或者其组合而构成，应当具有显著特征，便于识别。

2. 商标不得使用下列文字、图形：(1)同中华人民共和国的国家名称、国旗、国徽、军旗、勋章相同或者近似的；(2)同外国的国家名称、国旗、国徽、军旗相同或者近似的；(3)同政府间国际组织的旗帜、徽记、名称相同或者近似的；(4)同“红十字”、“红新月”的标志、名称相同或者近似的；(5)本商品的通用名称和图形；(6)直接表示商品的质量、主要原料、功能、用途、重量、数量及其他特点的；(7)带有民族歧视性的；(8)夸大宣传并带有欺骗性的；(9)有害于社会主义道德风尚或者有其他不良影响的；(10)县级以上行政区划的地名或者公众知晓的外国地名，不得作为商标。

第二节 商标注册

一、商标注册的申请

(一) 商标注册申请手续

1. 按照商品或者服务类别申请。申请商标注册的，应当按规定的商品分类表填报使用商标的商品类别和商品名称。1988年11月1日起，我国商标注册采用国际上通用的《商品与服务国际分类表》，将商品分为34类，服务分为8类。商标注册申请人应该按分类表规定的商品类别和商品名称提出商标注册申请。

2. 一个商标一份申请。根据《商标法》第12条、《商标法实施细则》第9条规定，每一个商标注册申请应当向商标局送交《商标注册申请书》一份。同一申请人在不同类别的商品上使用同一商标的，应当按照商品分类表提出注册申请。

申请书应当使用钢笔、毛笔或者打字机填写，应当字迹工整、清晰。

商标注册申请人的名义、章戳，应当与核准或者登记的名义一致。

3. 商标图样。申请注册时，应提交商标图样十份(指定颜色的彩色商标，应当交送着色图样十份)、黑白墨稿一份。商标图样必须清晰、便于粘贴，用光洁耐用的纸张印制或者用照片代替。长和宽应当不大于10厘米，不小于5厘米。

4. 证明文件。申请人申请药品商标注册的，应当附送卫生行政部门发给的证明文件。

申请烟草制品商标注册，须附送国家烟草主管机关批准生产的证明文件。

申请国家规定必须使用注册商标的其他规定商品的商标注册，应当附送有关主管部门的批准证明文件。

(二) 需要另行或重新提出注册申请的情况

根据《商标法》第13条、第14条规定，注册商标需要在同一类的其他规定商品上使用的，应当另行提出注册申请。注册商标需要改变文字、图形的，应当重新提出注册申请。

(三) 外国商标注册申请的代理制

根据《商标法》第10条规定，外国人或者外国企业在中国申请商标注册和办理其他商标事宜的，应当委托国家指定的组织代理。

(四) 商标注册申请日期的确定

由于我国采用先申请原则，申请日的先后是确定商标权的法律依据，因此，商标注册申请日期的确定具有重要意义。

根据《商标法实施细则》第12条规定，商标注册的申请日期，以商标局收到申请书件的日期为准。申请手续齐备并按照规定填写申请书件的，编定申请号，发给《受理通知书》；申请手续不齐备或者未按照规定填写申请书件的，予以退回，申请日期不予保留。

申请手续基本齐备或者申请书基本符合规定，但是需要补正的，商标局通知申请人予以补正，限其在收到通知之日起15天内，按指定内容补正并交回商标局。限期内补正并交回商标局的，保留申请日期；未作补正或者超过期限补正的，予以退回，申请日期不予保留。

两个或者两个以上的申请人，在同一种商品或者类似商品上，以相同或

者近似的商标在同一天申请注册的，各申请人应当按照商标局的通知，在 30 天内交送第一次使用该商标的日期的证明。同日使用或者均未使用的，各申请人应当进行协商，协商一致的，应当在 30 天内将书面协议报送商标局；超过 30 天达不成协议的，在商标局主持下，由申请人抽签决定，或者由商标局裁定。

修正后的商标法对服务商标也予以保护。1993 年 5 月 24 日国家工商行政管理局发布了《关于受理服务商标注册申请的通知》，规定自 1993 年 7 月 1 日至 1993 年 9 月 30 日提出的服务商标注册申请，均视为同一天申请，在此期间内提出注册的申请，凡属已经使用的服务商标，在提交申请的同时，应提交在中国的有效的使用证明。自 1993 年 10 月 1 日起收到的服务商标注册申请，按照申请在先原则进行审查。

(五)关于申请商标注册要求优先权的问题

优先权原则是《保护工业产权巴黎公约》所确立的一项基本原则。我国是《巴黎公约》成员国，于 1985 年由国家工商行政管理局发布了《关于申请商标注册要求优先权的暂行规定》，对申请商标注册要求优先权的问题作了规定。

凡巴黎公约成员国国民，自 1985 年 3 月 19 日起，向巴黎公约任何一个成员国提出了商标注册申请，其后又在中国就同一商标在相同商品上提出商标注册申请的，可依《巴黎公约》规定，在第一次申请后 6 个月内要求优先权。

要求优先权的，应当在申请商标注册的同时提交书面声明，并且提交在《巴黎公约》其他成员国第一次提出商标注册申请的副本，副本应该该国商标主管机关证明，并注明申请日期和申请号。副本不需认证。但商标局要求提交的其他文件，应当经过认证。

提出要求优先权声明的，如上述副本和有关证明文件尚未完备，可在提出商标注册申请 3 个月内提交。未提交书面声明或者逾期未提交上述副本和有关文件，视为未要求优先权。

要求优先权的声明，经认可后，在巴黎公约其他成员国第一次申请商标注册的日期，即视为在中国的申请日期。

二、商标注册的审查

(一)商标注册的审查的内容

商标局对受理的商标注册申请，应依照商标法的规定进行审查。凡符合商标法的有关规定，并具有显著性的商标，予以初步审定，予以公告。

依照商标法的规定进行审查的内容主要包括：(1)商标注册申请人是否具备法律规定的资格；(2)申请文件是否齐全、是否符合法定格式，申请手续是否完备；(3)外国人、外国企业在我国申请商标注册的，是否有指定的商标代理委托书、国籍证明书以及公证书、认证书等法定文件；(4)确定申请日期，编定申请号；(5)申请注册的商标是否符合商标法规定的构成要件，是否违背商标法禁止使用条款的规定，商标是否与他人已注册或已申请注册的商标相同或者相近似。

(二)商标注册审查的结果

商标注册申请审查的结果有：(1)凡符合商标法及其实施细则规定的，由商标局初步审定，并予以公告；(2)凡不符合商标法及其实施细则规定的，或者同他人在同一种商品或者类似商品上已经注册的或者初步审定的商标相同

或者近似的，由商标局驳回申请，发给申请人《驳回通知书》；(3)商标局认为商标注册申请虽有不符合商标法规定之处，但其申请内容可以修正的，发给《审查意见书》，限其在收到通知之日起 15 天内予以修正；未作修正、超过期限修正或者修正后仍不符合商标法有关规定的，驳回申请，发给申请人《驳回通知书》。

三、商标注册申请的核准

对初步审定的商标，自公告之日起 3 个月内，任何人都可以提出异议，无异议或经裁定异议不能成立的，始予核准注册，发给商标注册证，并予公告。自此，商标注册申请人便取得了商标专用权，成为商标权人。

注册商标的有效期为 10 年。有效期限自该商标核准注册之日起计算。

四、商标异议及异议复审

(一) 商标异议

所谓异议是指对某商标的初步审定，依据商标法提出反对意见，要求撤销初步审定。

对初步审定的商标，自公告之日起 3 个月内，任何人都可提出异议。异议人应当将《商标异议书》一式两份交送商标局，《商标异议书》应当写明被异议商标刊登《商标公告》期号、页码及初步审定号。

商标局将《商标异议书》交被异议人，限其在收到通知之日起 30 天内答辩。被异议人不答辩，不影响商标局作出裁定。

商标局应当根据异议人和申请人陈述的事实和理由，经调查核实后，作出裁定，并将裁定通知有关当事人。

裁定异议不成立的商标，异议裁定生效后，由商标局核准注册。

(二) 商标异议复审

异议裁定采取两审终结制度。当事人对商标局的异议裁定不服的，可以在收到商标异议裁定通知之日起 15 天内，将《商标异议复审申请书》一式两份交送商标评审委员会申请复审。当事人应当在规定的 15 天期限内申请异议复审，但如因不可抗拒的事由或其他规定正当理由，不能在期限内申请的，可以在期满前申请延期 30 天，是否准许，由商标评审委员会决定。

商标评审委员会根据多数委员意见作出终局裁定。终局裁定具有法律效力，当事人和商标局都应当执行。

五、商标注册申请的驳回和复审

根据《商标法》第 17 条规定，申请注册的商标，凡不符合商标法有关规定或者同他人在同一种商品或者类似商品上已经注册的或者初步审定的商标相同或者近似的，由商标局驳回申请，不予公告。对驳回申请的，商标局应发给《驳回通知书》。

申请人对驳回申请不服的，应在收到通知书 15 天内向商标评审委员会申请复审。申请复审时，应提交《驳回商标复审申请书》一份，同时附送原《商标注册申请书》、原商标图样十份、黑白墨稿一份和《驳回通知书》。

商标评审委员会应有 2/3 以上的委员参加，并根据多数委员意见作出终局裁定，书面通知申请人，终局决定应予初步审定的商标移交商标局办理。

六、注册商标争议裁定

注册商标争议是指商标注册人认为他人已经注册的商标，与其在同一种或类似商品上的商标相同或近似而发生的商标专用权归属之争。

注册商标争议必须符合一定的条件：提出注册商标争议的人必须是注册

在先的商标注册人；争议的两个注册商标被核定的使用范围必须涉及同一种商品或类似商品；争议的两个注册商标具有相同或近似的可能。

商标注册人对他人已经注册的商标提出争议的，应当在他人商标刊登公告之日起 1 年内，将《商标争议裁定申请书》一式两份交送商标评审委员会申请裁定。

商标评审委员收到裁定申请后，应当通知有关当事人，并限期提出答辩。商标评审委员会在充分听取双方当事人的意见后，依法作出维持或撤销被争议注册商标的裁定，书面形式通知当事人，并移交商标局办理。撤销理由仅涉及部分注册内容的，该部分内容予以撤销。被裁定撤销的，原商标注册人应当在收到裁定通知之日起 15 天内，将《商标注册证》交回商标局。

七、注册商标的撤销及复审

《商标法》第 27 条规定，已经注册的商标，违反本法第 8 条规定的，或者是以欺骗手段或者其他不正当手段取得注册的，由商标局撤销该注册商标。

所谓欺骗手段或者其他不正当手段是指：

1. 虚构、隐瞒事实真相或者伪造申请文件及有关文件进行注册的；
2. 违反诚实信用原则，以复制、模仿、翻译等方式，将他人已为公众熟知的商标进行注册的；
3. 未经授权，代理人以其名义将被代理人的商标进行注册的；
4. 侵犯他人合法的在先权利进行注册的；
5. 以其他不正当手段取得注册的。

商标注册人对商标局做出的撤销注册商标决定不服的，可在收到决定通知之日起 15 天内，将《撤销注册不当商标复审申请书》一份送商标评审委员会申请复审。商标评审委员会做出终局裁定，书面通知申请人，并移交商标局办理。

按商标法规定撤销的注册商标，其商标专用权视为自始即不存在。

第三节 商标权的内容及续展、 转让和使用许可

一、商标权的内容

商标注册后，商标注册申请人即成为商标权人，依法享有商标权人的各项权利和义务。这些权利义务即构成商标权的内容。

(一) 商标权人的权利

1. 独占使用权。商标一经核准注册，商标权人即享有在注册商标核定使用的范围内完全独占使用其商标的权利。他人未经许可不得在同一种商品或类似商品上使用该注册商标或相近似的商标。否则，即构成侵权。

2. 许可使用权。商标权人有权许可他人使用其注册商标。商标权人可以保留自己的使用权，也可放弃使用权，由被许可方独占使用或多家使用。但商标权人仍享有商标所有权。

3. 商标转让权。商标权人可依照商标法规定的程序将注册商标所有权转让给他人。商标权转让后，原商标权人的一切权利义务均转移给新的商标权人。

4. 续展权。我国商标法规定的商标权的有效期为 10 年，期满前商标权人可申请续展。

(二) 商标权人的义务

1. 按规定使用注册商标。商标权人应使用注册商标。《商标法》第 30 条规定，连续 3 年停止使用注册商标的，商标局可撤销其注册商标。使用注册商标应当标明“注册商标”字样或者标明注册标记®或®。在商品上不便标明的，应当在商品包装或者说明书以及其他附着物上标明。

2. 保证使用注册商标的商品的质量。使用注册商标的商品不得粗制滥造，以次充好，欺骗消费者。

3. 按规定在申请商标注册和办理其他商标事宜时，缴纳费用。

二、商标权的续展

商标权的续展是指商标权人在商标权有效期届满前向商标注册机关办理注册手续，经商标注册机关核准注册，继续维持该注册商标的法律效力。

注册商标的有效期为 10 年，自核准注册之日起计算。注册商标有效期届满，需要继续使用的，应当在期满前 6 个月内申请续展注册。申请商标续展注册的，每一个申请应当向商标局交送《商标续展注册申请书》一份，商标图样五份，交回原《商标注册证》。经商标局核准后，将原《商标注册证》加注发还，并予以公告。

商标权的续展没有次数限制。每次续展注册的有效期为 10 年，自该商标上届有效期届满次日起计算。续展注册经核准后，予以公告。

在注册商标期满前 6 个月期间内未能提出申请的，可以给予 6 个月的宽展期。宽展期满仍未提出申请的，注销其注册商标，商标权即丧失。

三、商标权的转让

商标权的转让是指商标权人依法将商标权转让给受让人所有，受让人必须具备《商标法实施细则》第 2 条规定的商标注册申请人资格。

转让注册商标的，转让人和受让人应当共同向商标局提出申请，向商标局交送《转让注册商标申请书》一份，附送原《商标注册证》。转让国家规定并由国家工商行政管理局公布的人用药品、烟草制品的注册商标时，必须

附送相应的有关部门的证明文件。转让注册商标申请手续由受让人办理。商标注册人对其在同一种或者类似商品上注册的相同或者近似的商标，必须一并办理。

对可能产生误认、混淆或者其他不良影响的转让注册商标申请，商标局不予核准，予以驳回。

对商标局驳回转让申请不服的，申请人可以在收到驳回通知之日起 15 天内，将《驳回转让复审申请书》一份交送商标评审委员会申请复审，同时附送原《转让注册商标申请书》和《驳回通知书》。

商标评审委员会做出终局决定，书面通知申请人，终局决定核准转让注册的，移交商标局办理。

四、商标权的使用许可

商标权人可通过签订使用许可合同，许可他人使用其注册商标。被许可人必须具备《商标法实施细则》第 2 条规定的资格。

许可人应当监督被许可人使用其注册商标的商品质量，被许可人应当保证使用该注册商标的商品质量。经许可使用他人注册商标的，必须在使用该注册商标的商品上标明被许可人的名称和商品产地。

许可人和被许可人应将商标许可合同副本，在合同签订之日起 3 个月内交送其所在地县级工商行政管理机关存查，由许可人报送商标局备案，并由商标局予以公告。

第四节 商标管理

商标管理指国家商标管理机关根据商标法，对注册商标和未注册商标的使用进行监督、检查，对商标侵权活动进行行政制裁等一系列行政活动的总称。商标管理包括注册商标使用管理、未注册商标使用管理、涉外商标管理、商标印制管理等。

一、商标管理机关

根据商标法及其实施细则的规定，国务院工商行政管理部门商标局主管全国商标注册和管理的工作。国家工商行政管理局商标局设置《商标注册簿》，记载注册商标及有关注册事项，负责编印发行《商标公告》，刊登商标注册及其他规定有关事项。

各级工商行政机关负责本行政区域内的商标使用管理。

对外贸易中的商标管理由对外贸易经济合作部和国家工商行政管理局负责；各省、自治区、直辖市及计划单列市外经贸委(厅、局)、工商行政管理局负责本行政区域内的对外贸易商标管理。

二、注册商标的使用管理

(一)注册商标标记的管理

使用注册商标，应当在商品上注明“注册商标”或者注册标记。商品上不便标明的，应当在商品包装说明书以及其他附着物上标明。

(二)注册商标使用中的禁止性规定

使用注册商标有下列行为之一的，由商标局责令限期改正或者撤销其注册商标：自行改变注册商标的文字、图形或者其组合的；自行改变注册商标的注册人名义、地址或者其他注册事项的；自行转让注册商标的；连续3年停止使用的。

(三)使用注册商标的商品质量管理

使用注册商标，其商品粗制滥造，以次充好，欺骗消费者的，由各级工商行政管理部门分别不同情况，责令限期改正，并可予以通报，或者处以非法经营额20%以下或者非法获利2倍以下的罚款，或者由商标局撤销其注册商标。

(四)《商标注册证》的管理

《商标注册证》遗失或者破损的，必须申请补发，商标注册人应当向商标局交送《补发商标注册证申请书》五份，商标图样五份。《商标注册证》遗失的，应当在《商标公告》上刊登遗失声明。破损的《商标注册证》，应当交回商标局。

伪造或者涂改《商标注册证》的，由其所在地工商行政管理机关根据情节处以2万元以下的罚款，并收缴伪造或者涂改的《商标注册证》。

三、未注册商标的使用管理

《商标法》第34条、《商标法实施细则》第32条规定，使用未注册商标，有下列行为之一，由地方工商行政管理部门予以制止，限期改正，并可予以通报或者处以非法经营额20%以下的罚款：冒充注册商标的；违反《商标法》第8条规定的禁用条款的；粗制滥造，以次充好，欺骗消费者的。

四、商标印制管理

根据国家工商行政管理局1990年8月8日发布的《商标印制管理办法》的规定，承接印制商标的印制人应向所在地县级以上工商行政管理机关申请

“指定印制商标单位”资格。由县级以上工商行政管理局确定为“指定印制商标单位”，发给《指定印制商标单位证书》，并在营业执照中载明“印制商标”经营项目。没有取得“指定印制商标单位”资格的，不得承接印制商标业务。

商标印制委托人委托印制单位印制商标的，应出示以下证明：企业和个体工商户应出示营业执照副本；事业单位出示本单位证明；外国人或外国企业在我国印制商标的，应出示其所属国或地区的合法营业证明或身份证明。

委托印制注册商标的，应出示以下文件：《商标注册证》或注册人所在地工商行政管理局签章的《商标注册证》复印件；通过签订商标使用许可合同使用他人注册商标，被许可人需要印制商标的，应出示商标使用许可合同文本。

第五节 注册商标专用权的保护

一、注册商标专用权的保护范围

《商标法》第 37 条规定：“注册商标专用权，以核准注册的商标和核定使用的商品为限。”这就是说，注册商标专用权的保护范围仅限于核准注册的商标和核定使用的商品范围内。

二、侵犯注册商标专用权行为的种类

侵犯注册商标专用权的行为通常称为商标侵权行为。根据《商标法》第 38 条规定，商标侵权行为主要表现为四种：

1. 未经注册商标所有人的许可，在同一商品或者类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标。

2. 销售明知是假冒注册商标的商品。

3. 伪造、擅自制造他人注册商标标识或者销售伪造、擅自制造的注册商标标识。

4. 给他人的注册商标专用权造成其他损害的行为。根据《商标法实施细则》第 41 条规定，这类行为包括：(1) 经销明知或者应知是侵犯他人注册商标专用权商品的；(2) 在同一种或者类似商品上，将与他人注册商标相同或者近似的文字、图形作为商品名称或者商品装潢使用，并足以造成误认的；(3) 故意为侵犯他人注册商标专用权行为提供仓储、运输、邮寄、隐匿等便利条件的。

如何判定侵权行为人是在“明知”或“应知”的情况下销售或经销假冒注册商标的商品？根据国家工商行政管理局 1994 年 11 月 22 日发布的《关于执行〈中华人民共和国商标法〉及其〈实施细则〉若干问题的通知》的规定，对以下情况，应判定经销者为“明知”或“应知”：(1) 更改、掉换经销商品上的商标而被当场查获的；(2) 同一违法事实受到处罚后重犯的；(3) 事先已被警告，而不改正的；(4) 有意采取不正当进货渠道，且价格大大低于已知正品的；(5) 在发票、帐目等会计凭证上弄虚作假的；(6) 专业公司大规模经销假冒注册商标商品或者商标侵权商品的；(7) 案发后转移、销毁物证，提供虚假证明、虚假情况的；(8) 其他可以认定当事人明知或应知的。

三、商标侵权行为的法律责任

对商标侵权行为有三种不同的处理方法：一是由被侵权人向县级以上工商行政管理部门要求处理，有关工商行政管理部门有权责令侵权人立即停止侵权行为，赔偿被侵权人的损失，对未构成犯罪的，工商行政管理部门可以处以罚款。当事人对处理决定不服的，可在收到通知 15 天内向人民法院起诉；二是由被侵权人直接向人民法院起诉；三是对假冒注册商标情节严重的，由司法机关追究刑事责任。因此，对商标侵权行为，行为人应承担的责任有三种：

(一) 行政责任

行政责任是县级以上工商行政管理部门对商标侵权人的侵权行为采取的行政处罚。根据《商标法》第 39 条、第 40 条和《商标法实施细则》第 42 条、第 43 条规定，县级以上工商行政管理部门对其受理的商标侵权案件，对已构成侵权行为的，可视不同情况作出以下处理：

1. 责令侵权人立即停止侵权行为。工商行政管理机关可采取以下措施制止侵权行为：责令立即停止销售、收缴并销毁侵权商标标识、消除现存商品

上的侵权商标、收缴直接专门用于商标侵权的模具、印板和其他作案工具。在采取上述措施不足以制止侵权行为的，或者侵权商标与商品难以分离的，可责令并监督封存、销毁侵权物品。

2. 罚款。对侵犯注册商标专用权，尚未构成犯罪的，工商行政管理机关可根据情节处以非法经营额 50% 以下或者侵权所获利润 5 倍以下的罚款。对侵犯注册商标专用权的单位的直接责任人员，工商行政管理机关可根据情节处以 1 万元以下的罚款。

3. 责令赔偿损失。工商行政管理机关可以应被侵犯人的请求责令侵权人赔偿损失。赔偿额为侵权人在侵权期间因侵权所获得的利润(指除成本和税金外的所有利润或者被侵权人在被侵权期间因被侵权所受到的损失)。

(二) 民事责任

对商标侵权行为，被侵权人可直接向侵权行为地的人民法院起诉，要求法院责令侵权人停止侵害、消除影响，赔偿损失。

如果当事人先向人民法院起诉的，工商行政管理机关不再就同一当事人提出的同一商标纠纷控告立案受理。但有下列情况之一的，可以受理：(1) 工商行政管理机关先于人民法院立案的；(2) 侵权行为人对社会经济秩序造成损害而没有受到任何相应处罚，或人民法院仅就侵权人和被侵权人双方损害赔偿纠纷进行审理的。

(三) 刑事责任

根据《刑法》第 213 条、第 214 条、第 215 条的规定，未经注册商标所有人许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标，情节严重的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑，并处罚金。销售明知是假冒注册商标的商品，销售金额数额较大的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；销售金额数额巨大的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑，并处罚金。伪造、擅自制造他人注册商标标识或者销售伪造、擅自制造的注册商标标识，情节严重的，处 3 年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑，并处罚金。

第三十四章 婚姻法的基本原则

第一节 婚姻法中的原则规定

一、婚姻自由原则

婚姻自由是指公民按照法律的规定，有权自由决定自己的婚姻，其缔结或解除婚姻关系不受任何人的强迫或干涉。

婚姻自由包括结婚自由和离婚自由两个方面。

(一) 结婚自由

结婚自由是指缔结婚姻关系的自由，即结婚必须男女双方当事人完全自愿，不许任何一方强迫他方，也不许任何第三者加以干涉。

(二) 离婚自由

离婚自由是指解除婚姻关系的自由，即男女任何一方均有权基于夫妻感情破裂而提出自愿解除婚姻的请求，同时，男女任何一方均有权对他方提出的解除婚姻关系的请求表示同意或不同意，不许任何一方强迫他方，也不许任何第三者加以干涉。

婚姻自由中，结婚自由是主要的，离婚自由是结婚自由的重要补充，二者互相结合，构成了婚姻自由的完整内容。

二、一夫一妻制原则

一夫一妻制是指一男一女结为夫妻的婚姻制度，也称“单偶婚”。它的内容是指：(1)任何人只能有一个配偶，不能同时有两个以上的配偶；(2)已婚者在配偶死亡或离婚之前，不得再行结婚；(3)一切公开的、隐蔽的一夫多妻或一妻多夫的两性关系都是非法的。《婚姻法》第3条明确规定“禁止重婚”。重婚是指有配偶者未办理离婚手续又与他人登记结婚，或者没有登记结婚而与他人同居形成事实上的婚姻关系的行为。根据我国刑法，重婚是一种犯罪行为，应当依照刑法有关规定追究刑事责任。此外，其他违反一夫一妻制的行为也应反对，如通奸、姘居等。通奸是指男女一方或双方有配偶，而又与他人发生性关系的行为。通奸的双方，对外不以夫妻的名义，也不共同生活。姘居是指男女一方或双方有配偶，而又与他人同居的行为，姘居的双方虽然共同生活，但对外不以夫妻相称。

三、男女平等原则

男女平等，既表现为权利上的平等，也表现为义务上的平等，即男女双方在结婚、离婚问题上，在人身关系、财产关系上以及在抚养教育子女问题上的权利和义务都是平等的。其内容有三个方面：(1)在婚姻方面男女平等；(2)在家庭关系上男女平等；(3)在不同性别的其他家庭成员间的男女平等。

四、保护妇女、儿童和老人的合法权益原则

保护妇女合法权益和坚持男女平等是完全一致的，前者是后者的必然要求和必然补充。尊老爱幼是中华民族的传统美德，应当在社会主义制度下发扬光大。我国婚姻法中保护妇女儿童和老人合法权益的原则，是以宪法的有关规定为依据的。在《婚姻法》、《妇女权益保障法》、《收养法》、《老年人权益保障法》、《未成年人保护法》等法律中，都具体体现了这一原则的要求。

五、计划生育原则

计划生育是指有计划地调整人口增长速度，控制人口的增长率，提高人

口的素质。实行计划生育是我国的一项基本国策。

实行计划生育的基本要求是晚婚、晚育、少生、优生、优生。少生是数量上的要求；晚育是时间上的要求；优生、优生，是质量上要求。实行计划生育是夫妻双方的共同义务。

第二节 保障基本原则实施的 禁止性规定

《婚姻法》第3条规定：“禁止包办、买卖婚姻和其他干涉婚姻自由的行为。禁止借婚姻索取财物。”“禁止重婚。禁止家庭成员间的虐待和遗弃。”这些行为都是旧婚姻家庭制度的残余，也是巩固和发展新婚姻家庭制度的障碍，所以婚姻法对此都一律加以禁止。

一、禁止包办、买卖婚姻，禁止借婚姻索取财物

包办婚姻是指第三者(包括父母)违反婚姻自主的原则，包办强迫他人婚姻的行为。买卖婚姻是指第三者(包括父母)以索取大量财物为目的，包办强迫他人婚姻的行为。包办、买卖婚姻侵犯了当事人的人身权利，是对婚姻自由的严重破坏。其他干涉婚姻自由的行为是指包办、买卖婚姻以外的违反婚姻自由原则的行为，如干涉寡妇再婚，干涉非近亲的同姓男女结婚，干涉离婚自由等。

借婚姻索取财物是指买卖婚姻以外的其他借婚姻索取财物的行为。这种婚姻基本上是自主自愿的，但女方以索取财物作为结婚的条件，有时女方父母也从中索取一部分财物。这种婚姻不是以感情为基础，而是建立在追求金钱和物质享受的基础上，形式上是自愿的，实际上则是对婚姻自由权利的滥用，是违反法律规定和道德要求的。因此，婚姻法一并予以禁止。

二、禁止重婚和其他破坏一夫一妻制的行为

重婚是有配偶者又与他人结婚的违法行为。虽未登记，但确与他人以夫妻关系同居生活的，也构成重婚。为了保证一夫一妻原则的贯彻执行，我国对禁止重婚问题，采取了多方面措施。婚姻登记机关在办理结婚登记时，有权对当事人的婚姻状况进行询问和调查，以防止重婚现象的发生。对于已经构成重婚的，则依法予以严肃处理。

重婚关系在法律上是无效的。对因重婚而引起的离婚纠纷，要根据婚姻基础、重婚的原因和子女利益等情况依法处理。

三、禁止家庭成员间的虐待和遗弃

虐待系指经常以打骂、冻饿、禁闭、强迫过度劳动、有病不给医治等方法，在肉体上和精神上折磨、摧残家庭成员的行为。虐待的动机是恶意的，行为带有连续性和一贯性，它与家庭成员间偶尔的打骂行为、父母管教未成年子女时所采用的某些粗暴行为，以及对家庭成员的生活关心照顾不够等，在性质上是不同的。虐待家庭成员为法律所禁止，情节恶劣的即构成虐待罪。

遗弃系指对于年老、年幼、患病或者其他没有独立生活能力的人，负有扶养义务而拒绝扶养的行为。这里所说的扶养，包括我国婚姻法中规定的扶养、抚养和赡养。扶养不仅指物质上的供养，还指生活上的帮助和照料。有负担能力而拒绝扶养，是法律严加禁止的遗弃行为，情节恶劣的即构成遗弃罪。

第三十五章 结 婚

第一节 结婚的条件

一、结婚的法定条件

结婚是指男女双方按照法律规定的条件和程序，确立夫妻关系的法律行为。结婚的法定条件：

(一)具有结婚合意

结婚合意是指当事人对双方间确立夫妻关系的意思表示完全一致。《婚姻法》第4条规定：“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。”

具有法律效力的结婚合意必须符合下列条件：

1. 同意结婚的意思表示必须出自具有婚姻行为能力的当事人。婚姻权不同于其他民事权利，婚姻行为能力是一种特殊的主体资格。在一般情形下，在其他民事法律领域中，公民已届成年即具有完全民事行为能力。婚姻行为能力的取得，则须以达到法定婚龄，具有婚姻的意思能力为必要条件。因此，未达法定婚龄的，已达法定婚龄但欠缺完全民事行为能力的，或者在表示意思时处于精神错乱或无意识状态的，均不能为有效的同意结婚的意思表示。

2. 同意结婚的意思表示必须真实。结婚是设定夫妻关系的重要的身份行为，对意思表示的真实性应当有严格要求。在确定有无真实的结婚合意时，不能仅凭当事人外在的意思表示，还应注意这种外在的表示与当事人的内心意思是否一致。

结婚合意中的意思表示不真实，大致可以分为以下几种情形：

(1) 意思表示虚假。如双方同谋故意为虚假的同意结婚的表示，只有虚假的表现形式，而无结为夫妻的真实意图。

(2) 意思表示不自由。如当事人因受威吓、胁迫、暴力干涉而作的同意结婚的表示等。这些意思表示并非出于自主自愿。

(3) 意思表示错误。如当事人因受诈欺或出于重大误解而作的同意结婚的意思表示等。

3. 同意结婚的意思表示必须符合法定方式。婚姻行为是要式行为，双方同意结婚的意思只有以法定方式表示，始具有结婚合意的效力。在我国，申请结婚的男女双方需到婚姻登记管理机关办理结婚登记。同意结婚的意思表示必须经法定程序认可。当事人双方以其他方式或在其他场所作的同意结婚的表示，不是这里所说的结婚合意，只能被视为关于成立婚约即订婚的合意。

(二)必须达到法定婚龄

男女结婚需要达到一定的年龄，才能具备适合的生理条件和心理条件，履行夫妻的义务，承担对家庭和社会的责任。

《婚姻法》第5条规定：“结婚年龄，男不得早于22周岁，女不得早于20周岁。晚婚晚育应予鼓励。”法定婚龄是指最低的结婚年龄。只有达到这个年龄始得结婚。如果男女双方虽已达婚龄，但根据自身的情况和要求，自愿地推迟结婚时间，应予鼓励；如果男女双方已达婚龄，又符合其他结婚条件，要求结婚的，应予登记，任何单位和个人不得随意干预，也不能擅自提高结婚年龄标准。

(三)必须符合一夫一妻制

一夫一妻是我国婚姻法的一项基本原则。按此原则，任何人都只能有一个配偶，不得同时有两个或更多的配偶，禁止重婚，男女一方或双方已有配偶的不得结婚。

二、结婚的禁止条件

禁止结婚条件又称消极条件，或称排除的条件、婚姻的障碍。禁止结婚情形有：

(一)重婚

重婚是有配偶者又与他人结婚的违法行为。有配偶者与他人以夫妻关系同居生活的，也构成重婚。《婚姻法》第3条规定：“禁止重婚”，重婚是一种犯罪行为，应依法追究刑事责任。已经成立合法婚姻的男女，只有在婚姻终止即配偶死亡或离婚后，始得再行结婚，否则即构成重婚。

(二)禁止一定范围内的血亲结婚

《婚姻法》第6条第1款规定：“直系血亲和三代以内的旁系血亲禁止结婚。”

1.直系血亲。包括父母子女间，祖父母、外祖父母与孙子女、外孙子女间。禁止直系血亲结婚，既符合自然规律的要求，也符合伦理道德的要求。

2.三代以内的旁系血亲。包括：同源于父母的兄弟姐妹之间，同源于祖父母的堂兄弟姐妹之间或姑表兄弟姐妹之间，同源于外祖父母的姨表或舅表兄弟姐妹之间以及不同辈的叔、伯、姑、舅、姨与侄(侄女)、甥(甥女)之间。

(三)禁止患某类疾病的人结婚

《婚姻法》第6条第2款规定，患麻风病未经治愈或患其他在医学上认为不应当结婚的疾病的人禁止结婚。我国禁止结婚的疾病患者有两类：一类是例示性的，即尚未治愈的麻风病和性病患者；一类是概括性的，即患有其他医学上认为不应结婚的疾病的。主要指精神失常未愈、先天性痴呆，以及已被实践证明不应结婚的传染病或遗传性疾病。这些疾病的患者在治愈之后，可以获准结婚。

第二节 结婚的法定程序

结婚登记是我国法定的结婚程序。《婚姻法》第7条规定：“要求结婚的男女双方必须亲自到婚姻登记机关进行结婚登记，符合本法规定的，予以登记，发给结婚证，取得结婚证，即确立夫妻关系。”

一、结婚登记机关

按照现行的《婚姻登记管理条例》第5条的规定，办理结婚登记的机关，在城市是街道办事处或者市辖区、不设区的市人民政府的民政部门；在农村是乡、民族乡、镇的人民政府。在确定登记机关的管辖范围时，应以当事人的户籍为依据。

二、结婚登记的具体程序

结婚登记的全部程序，大致可以分为申请、审查、登记三个相互联系的具体环节。

(一) 申请

要求结婚的男女双方，必须亲自到一方户口所在地的婚姻登记管理机关申请结婚登记。申请时，当事人须持下列证件和证明：

1. 户口证明；
2. 居民身份证；
3. 所在单位、村民委员会或者居民委员会出具的婚姻状况证明。

离过婚的当事人，还须持离婚证件(包括离婚证、生效的准予离婚的调解书或判决书)。

在实行婚前检查的地方，申请结婚登记的当事人须到指定的医疗保健机构进行婚前健康证明。

(二) 审查

审查是结婚登记程序的中心环节。婚姻登记管理机关应当全面查明当事人的有关情况，依法认定当事人是否符合结婚条件。申请中有不清之处时，应向当事人补充询问，必要时得进行调查了解，要求当事人或有关单位提供证明材料，或指定项目要求当事人进行医学上的鉴定。

(三) 登记

婚姻登记管理机关对当事人的结婚申请进行审查后，对符合结婚条件的应予以登记，发给结婚证；对离过婚的，应当注销其离婚证件。《婚姻登记管理条例》第13条还特别规定：“申请结婚的当事人受单位或他人干涉，不能获得所需证明时，经婚姻登记管理机关查明确实符合结婚条件的，应当予以登记。”

申请结婚的当事人有下列情形之一的，婚姻登记管理机关不予登记：

1. 未达到法定婚龄的；
2. 非自愿的；
3. 已有配偶的；
4. 属于直系血亲或者三代以内旁系血亲的；
5. 患有法律规定禁止结婚或者暂缓结婚的疾病的。

当事人不服不予登记的决定，可以依照行政复议条例的规定申请复议；对复议决定不服的，可以依照行政诉讼法的规定提起诉讼。

我国《婚姻法》第28条规定：“离婚后，男女双方自愿恢复夫妻关系的，应到婚姻登记机关(现称婚姻登记管理机关)进行复婚登记。婚姻登记机关应

予登记。”复婚登记适用有关结婚登记的一般程序。

第三节 事实婚姻

事实婚姻是指没有配偶的男女，未进行结婚登记，即以夫妻关系共同生活。事实婚姻没有履行法定的结婚程序，因而是一种违法婚姻，一般不承认其法律效力。对事实婚姻的当事人，不管男女双方是否符合法定的结婚条件，都应进行批评教育，并根据具体情况，区别对待：

- 1.对于那些男女双方完全符合结婚条件，只是没有履行结婚手续的，可责令其补办登记，确立婚姻法律关系。

- 2.对于一方或双方未达到法定婚龄或有违反其他婚姻实质要件的，应认定为非法同居关系。

- 3.对事实婚姻引起的离婚纠纷，如果符合婚姻实质要件，可按一般离婚纠纷处理，如调解和好的，应责令其补办登记手续；如果不符合结婚条件，则应宣布解除其同居关系，其所生子女的抚养和财产的分割，参照婚姻法有关规定处理。

第四节 无效婚姻及其处理

无效婚姻是指欠缺婚姻成立要件的男女结合情形，它包括违反法定条件的无效婚姻和违反法定程序的无效婚姻。违反法定条件的无效婚姻包括缺乏当事人同意的包办强迫婚姻、未达到法定婚龄的早婚、违反一夫一妻制的重婚、违反禁止结婚的血亲关系的婚姻和患有禁止结婚的疾病的婚姻；违反法定程序的无效婚姻包括未进行结婚登记的婚姻和骗取结婚登记的婚姻。

一、确认婚姻无效的程序

就法理而言，无效婚姻是当然无效的。但就法律实务而言，发生有关婚姻效力的争议时，仍需有关部门依法认定。

在依诉讼程序确认婚姻无效的情况下，可由主张婚姻无效的当事人、有请求权的第三人包括有关单位向人民法院提出确认婚姻无效之诉。该婚姻是否具有法律效力，由人民法院依法判决。人民法院在审理有关案件的过程中发现无效婚姻时，应当依职权确认其无效，并在有关判决中予以宣告。

在依行政程序确认婚姻无效的情况下，婚姻登记管理机关在受理当事人、有请求权的第三人包括单位主张婚姻无效的申请后，应依法作出该婚姻有无法律效力的决定。当事人弄虚作假、骗取结婚登记的，婚姻登记管理机关在查明属实后，应当依职权确认该婚姻无效。依行政程序确认婚姻无效的，应当撤销结婚登记，注销结婚证。当事人不服婚姻登记管理机关确认婚姻无效的决定，可依法申请行政复议，提出行政诉讼。

二、无效婚姻的法律后果

(一)对重婚的处理

重婚是违背一夫一妻制原则，违反婚姻法、触犯刑法的行为，应按照离婚的法定程序解除其重婚关系，并追究重婚者的刑事责任。

(二)对违反禁止结婚条件的婚姻的处理

对于违反禁止结婚条件的近亲结婚或患有禁止结婚疾病的婚姻，应认定为无效婚姻。已经履行结婚登记，领取结婚证的，可按离婚程序办理；凡未进行结婚登记或在申请结婚登记时，弄虚作假、骗取结婚证的，应宣布其婚姻无效，收回结婚证，并对责任者给予批评教育。

第三十六章 夫妻关系

夫妻关系是指夫妻在家庭中的地位和相互间的权利义务关系，其中包括人身关系和财产关系。对夫妻在家庭中的地位，我国《婚姻法》第9条规定：“夫妻在家庭中的地位平等。”这是对夫妻关系所做的总的原则性规定。对夫妻的人身关系，《婚姻法》第10条到第12条作了3项规定，即：夫妻双方都各有使用自己姓名的权利；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；夫妻双方都有实行计划生育的义务；夫妻双方都有教育抚养子女的权利和义务。

第一节 夫妻人身关系

一、夫妻的姓名权

婚姻法规定，夫妻双方都有使用自己姓名的权利。夫妻各自享有姓名权，不因婚姻生活的具体环境，双方的职业、收入和彼此的扶养关系而发生变化。同时，法律的规定并不排除夫妻双方在平等、自愿的基础上就姓名问题进行约定的自由。在婚姻存续期间，夫妻中的任何一方都有权使用或者依法改变自己的姓名，他方既不得干涉，也不得盗用、假冒。

二、夫妻的人身自由权

我国法律赋予夫妻双方以充分、平等的人身自由权。双方都有参加生产工作的权利，都有参加学习的自由，都有参加社会活动的权利，这里的社会活动，包括参政、议政活动，科学、技术、文学、艺术和其他文化活动，各种群众组织、社会团体的活动，以及各种形式的公益活动等等。

第二节 夫妻财产关系

一、夫妻共有财产及个人所有财产的范围

《婚姻法》第 13 条规定：“夫妻在婚姻关系存续期间所得的财产，归夫妻共同所有，双方另有约定的除外。”依据最高人民法院 1993 年 11 月 3 日发布的《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》，夫妻共有财产可分为固有的共有财产和转化的共有财产两大类：

(一)固有的共有财产

固有的共有财产指双方在婚姻关系存续期间所得的财产，主要包括 6 类：

1. 一方或双方劳动所得的收入和购置的财产；
2. 一方或双方继承、受赠的财产；
3. 一方或双方由知识产权取得的经济利益；
4. 一方或双方从事承包、租赁等生产、经营活动的收益；
5. 一方或双方取得的债权；
6. 一方或双方的其他合法所得。

应该注意的是：(1)夫妻财产共有关系依据婚姻的成立而发生，因婚姻的终止而消灭。因此，只要双方已登记结婚，即使尚未共同生活，所收受的礼金、礼物等都应认定为夫妻共同财产；即使双方分居两地分别管理、使用的婚后所得财产，也应认定为夫妻共同财产。(2)凡属婚姻存续期间的上述所得，不论它们表现为什么形式，也不论双方各自的贡献多寡，即使一方因操持家务或其他原因完全没有收入，都属于共同财产，夫妻享有平等的权利。(3)所谓“所得”是指财产权利的取得，而非对财产的实际占有。如果婚前便已取得了某种财产权利(如继承已经开始)，即使该项财产在婚后才实际占有(如遗产于婚后分割)，也不能列入共同财产范围；对于婚姻存续期间取得了财产权利，即使婚姻关系终止前并未实际占有，该项财产也属于夫妻共有。(4)婚后双方在一方原有财产上的“添附”，应正确认定所有权的归属。如双方对一方婚前所有的房屋进行了装修、修缮、原拆原建或扩建的，其增值部分或扩建部分应认定为夫妻共有财产。(5)知识产权具有与身份不可分离的特性，因此，属于夫妻共有的并不是权利本身，而是它所取得的经济利益。

(二)转化的共有财产

转化的共有财产指原属一方个人所有的财产，在一定条件下转化为双方共有的财产。最高人民法院“财产分割意见”规定：“在婚姻关系存续期间，复员、转业军人所得的复员费、转业费，结婚时间 10 年以上的，应按夫妻共同财产进行分割”；“一方婚前个人所有的财产，婚后由双方共同使用、经营、管理的，房屋和其他价值较大的生产资料经过 8 年，贵重的生活资料经过 4 年，可视为夫妻共同财产”。按照这一规定，婚前个人财产转化为夫妻共同财产的条件有二：一是达到一定的结婚年限；二是由双方共同使用、经营、管理。对后者的中断时效问题未加说明。复员、转业费按夫妻共同财产处理的条件也有两点：一是在婚姻存续期间取得；二是结婚 10 年以上。

在确定夫妻共有财产的同时，还须确定夫妻一方的个人特有财产。依照法律规定的精神，下列财产为个人所有：

1. 婚前个人所有的财产。其中应包括婚前个人劳动所得、受赠或继承的财产以及其他合法收入；还包括为结婚而购置的财产。

2.复员、转业军人所得的复员、转业费和复员军人从部队带回的医药补助和生产补助费。

3.婚后长期由一方使用的衣物及其职业所需的书籍、工具。另外，一方尚未取得经济利益的知识产权也应归本人所有。

二、夫妻财产权利的行使

1.夫妻共同财产是共同共有财产，对于这些财产，不问其来源，双方享有平等的占有、使用、收益和处分权。尤其是对共有财产作出处分时，应当双方协商一致。

2.夫妻双方在对共有财产享有权利的同时，还须承担相应的义务。一方面，双方在共同生活中的消费，包括应该依法支付的抚养教育费和赡养费用，都应以共同财产负担。另一方面，对于因共同生活、共同经营所发生的债务，以及因共同财产的管理、经营活动给第三人造成的损害，双方应承担连带责任。

夫妻一方个人特有财产，由所有人单独享有相关的财产权利，其单独负担的债务也应由个人财产清偿。这些债务包括：双方约定由个人负担的债务，但以逃避债务为目的的除外；单独资助其没有扶养义务的亲朋所负的债务；未经他方同意独自筹资经营且收入确未用于共同生活所负的债务；其他应由个人承担的债务。

三、夫妻遗产继承权

夫妻遗产继承权的主要内容

根据我国民法通则、继承法、婚姻法的有关规定，夫妻遗产继承的要点有：

1.权利主体。

(1)合法的配偶身份是夫妻遗产继承权的前提。已经领取结婚证尚未同居时一方死亡，或是已经提起离婚诉讼未获有效离婚判决时一方死亡，生存方都可以配偶身份享有遗产继承权。

(2)配偶一方死亡，另一方系无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的，依然享有夫妻遗产继承权。其继承权可由法定代表人代理行使或者征得法定代表人同意后行使。

(3)配偶一方作为另一方的遗产继承人时，如放弃继承，应在遗产处理前作出放弃继承的表示。没有表示的即视为接受继承。

2.权利客体。夫妻相互继承遗产时，应先行分割夫妻共同财产和家庭成员共同财产，确定遗产范围。

我国实行限定继承制度，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遗产的实际价值为限。超过遗产实际价值的死亡配偶个人债务，生存配偶自愿代为偿还的为法律所允许。

第三十七章 离 婚

第一节 协议离婚

一、协议离婚的主体

1. 协议离婚的当事人双方必须具有合法配偶身份。这里的合法配偶，既不包括非法同居的男女双方，也不包括法律承认的“事实婚姻”，仅指依法办理了结婚登记的婚姻关系当事人。

2. 协议离婚的当事人双方必须具有完全的民事行为能力，因为惟有完全民事行为能力人才能独立自主地处理自己的婚姻问题。依规定，“一方或者双方当事人限制民事行为能力或者无民事行为能力的”，不得通过行政登记程序协议离婚。

3. 协议离婚当事人必须具有离婚的合意。我国《婚姻法》第24条规定：“男女双方自愿离婚的，准予离婚。”

二、对离婚协议的其他要求

我国《婚姻法》第24条后项规定，对于男女双方的离婚申请，“婚姻登记机关查明双方确实是自愿并对子女和财产问题已有适当处理时，应即发给离婚证。”这表明，对协议离婚来说，“双方自愿”是基本条件，“对子女和财产问题已有适当处理”是必要条件。倘若不具备这种必要条件，则不能通过行政登记程序，而只能通过诉讼程序离婚。

所谓对子女问题有适当处理，是指对双方离婚后有关子女（主要是未成年的和不能独立生活的子女）的一切问题，都在有利于保护子女合法权益的原则下作了合理的、有切实保障的安排。

所谓对财产问题有适当处理，是指在不得侵害妇女合法权益的前提下，对夫妻共同财产作合理分割，对离婚后一方给予生活困难的他方以经济帮助的问题作必要安排；在不得侵害国家、集体利益及其他公民合法权益的前提下，对共同债务的清偿作出负责的处理。同时，双方在离婚协议中还须切实安排好离婚后的住房问题。

三、协议离婚的程序

（一）协议离婚主管机关

依行政登记程序离婚由民政部门主管。具体的婚姻登记管理机关，在城市是街道办事处或者市辖区、不设区的市人民政府的民政部门，在农村是乡、民族乡、镇的人民政府。在婚姻登记管理机关中，持有证书的婚姻登记管理人员从事协议离婚的登记工作。

（二）协议离婚具体程序

1. 申请。离婚是一种重要的身份法律行为，当事人双方必须亲自到婚姻登记管理机关申请离婚登记，不得委托他人代理。申请时应持双方的结婚证，户口证明，居民身份证，所在单位、村民委员会或居民委员会出具的介绍信和离婚协议书。离婚协议书须由当事人签字或盖章，应当写明双方当事人离婚意思表示以及关于子女抚养、财产处理等等协议事项。凡属一方要求离婚的、对离婚有关后果未全面达成协议的、一方或双方没有完全民事行为能力的以及办理过结婚登记的，婚姻登记管理机关应即决定不予受理。

2. 审查。按《婚姻登记管理条例》第16条的规定，受理当事人的离婚登记申请后，婚姻登记管理机关应在1个月内进行审查。这1个月的期间是审

查期而非当事人的考虑期。当然，在审查期内当事人自愿撤回离婚申请的应予准许。

3. 登记。通过审查，对于不符合法定条件而不予登记的，婚姻登记机关应当以书面形式说明不予登记的理由；对于符合离婚条件的，应当予以登记，发给离婚证，注销结婚证。当事人从取得离婚证起，解除夫妻关系。此后，如离婚证遗失或者损毁，当事人可以持所在单位、村民委员会或者居民委员会出具的证明，向原办理离婚登记的婚姻登记机关申请出具解除夫妻关系证明书。解除夫妻关系证明书与离婚证具有同等法律效力。

四、离婚登记的撤销及复议

《婚姻登记管理条例》第 25 条规定，申请婚姻登记的当事人弄虚作假、骗取婚姻登记的，婚姻登记机关应当撤销婚姻登记；对离婚的当事人宣布其解除婚姻关系无效收回离婚证，并对当事人处以 200 元以下的罚款。第 27 条规定，单位或者组织为当事人出具虚假证件和虚假证明的，婚姻登记机关应当予以没收，并建议该单位或者组织对直接责任人给予批评教育或者行政处分。第 28 条规定，婚姻登记管理人员如违法进行离婚登记的，应给予行政处分或者撤销其婚姻登记管理员资格。

同时，依照同一条例的规定，当事人认为符合离婚登记条件而婚姻登记机关不予登记的，或者当事人对处罚不服的，可以按行政复议条例的规定申请复议；对复议决定不服的，可以依法提起行政诉讼。

第二节 裁判离婚

裁判离婚制度是人民法院对离婚纠纷进行管辖与处理的法律制度。从另一个角度说，凡属由人民法院管辖和处理的离婚纠纷，都是裁判离婚。虽然在人民法院审理离婚案件的过程中，经过调解，当事人可能达成协议，因而不使用判决的结案方式；但这种协议的达成是司法行为的结果，且须经过法院确认，制作正式法律文书，它有别于双方自愿、通过行政登记办理的协议离婚。

一、裁判离婚程序

(一)管辖

依照我国《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〉若干问题的意见》，公民提起的离婚诉讼，原则上应由被告住所地人民法院管辖；但被告离开住所地超过1年的，由原告住所地人民法院管辖；双方离开住所地超过1年的，由被告经常居住地人民法院管辖，没有经常居住地的由原告起诉时居住地的人民法院管辖；被告不在中华人民共和国领域内居住、下落不明或者宣告失踪、被劳动教养或者被监禁的，由原告住所地或者经常居住地人民法院管辖；非军人对非文职军人提起离婚诉讼由原告住所地人民法院管辖；双方当事人都是军人的，由被告住所地或者被告所在的团级以上单位驻地的人民法院管辖；中国公民双方在国外但未定居，一方向人民法院起诉离婚的，由原告或者被告原住所地的人民法院管辖。

(二)调解

我国《婚姻法》第25条后款前项规定：“人民法院审理离婚案件，应当进行调解。”这表明调解原则上是人民法院审理离婚案件的必经程序。如果当事人确因特殊情况无法出庭参加调解的，除本人不能表达意志的以外，应当出具书面意见。把调解作为必经程序是基于离婚案件本身作为身份关系诉讼的特点。通过调解结案有利于妥善解决当事双方的矛盾，减轻精神创伤，合理处理各种关系，有利双方的或各自的长远幸福。通过调解达成协议，必须双方自愿，不得强迫；协议的内容不得违反法律规定。当然也不能久调不决。

(三)判决与上诉

离婚案件的当事人可以依法委托诉讼代理人。但即使有诉讼代理人的，本人除不能表达意志的以外，仍应出庭；确因特殊情况无法出庭的，必须向人民法院提交书面意见。

对于调解无效的离婚案件，人民法院应遵照以事实为根据、以法律为准绳的审判工作原则作出判决。在审判离婚案件时，当事人申请不公开审理的，可以不公开审理，但一律公开宣告判决。人民法院可以依法判决离婚，也可以依法判决不离婚。一审判决离婚的，人民法院在宣告判决时必须告知当事人在判决发生法律效力前不得另行结婚。当事人不服一审判决的有权依法上诉。第二审人民法院审理上诉案件可以进行调解。经调解双方达成协议的，自调解书送达时起原审判决即视为撤销；第二审人民法院作出的判决是终审判决。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。

二、离婚诉权的限制

(一)对现役军人配偶离婚诉权的限制

我国《婚姻法》第 26 条规定：“现役军人的配偶要求离婚，须得军人同意”。这一规定旨在保护现役军人的婚姻关系，以有利于巩固人民军队。

关于这一规定，应明确以下几点：

1. 本条规定的现役军人是指正在人民解放军和人民武装警察部队服役、具有军籍的人员，不包括退役军人、复员军人、转业军人和军事单位中不具有军籍的职工。

2. 本条规定中的现役军人的配偶，指现役军人的非军人配偶；双方都是现役军人的不适用这一规定。

3. 本条规定只限制现役军人配偶的离婚请求权，现役军人本人提出离婚的不在此限。

4. 本条规定只适用于一方提出离婚，不适用于双方合意的离婚。

5. 执行本条规定应贯彻实事求是的精神。对婚姻基础和婚后感情都比较好，非军人一方没有什么重要原因提出离婚的，应对其进行说服教育，珍惜与军人的婚姻关系；对夫妻关系恶化、婚姻已经破裂，确实不能继续维持的，应通过军人所在部队团以上的政治机关，向军人做好思想工作，经其同意后可准予离婚。

(二)在特定条件下对男女离婚诉权的限制

我国《婚姻法》第 27 条规定：“女方在怀孕期间或分娩后 1 年内，男方不得提出离婚。”《妇女权益保障法》第 42 条规定：“女方按照计划生育的要求中止妊娠的，在手术后 6 个月内，男方不得提出离婚。”上述两条同时还规定：“女方提出离婚后，或人民法院认为确有必要受理男方请求的，不在此限。”这些规定旨在充分保护孕、产妇和中止妊娠术后妇女的身心健康，并有利于胎、婴儿的发育成长，同时也有保护计划生育工作顺利开展的意义。

三、判决准予离婚或不准离婚的界限

(一)感情确已破裂是判决准予离婚或不准离婚的界限

《婚姻法》第 25 条第 2 款规定：“感情确已破裂，调解无效，应准予离婚。”男女之间的感情，是人类婚姻所特有的本质，婚姻关系的成立和存续完全是以感情为基础的。离婚纠纷的发生，一般也都是由感情的变化而造成的。如果感情确已破裂，就说明婚姻关系已失去了存续的基础，则应当依法解除；如果感情尚未破裂，就说明婚姻仍有存续的条件，就应当依法予以维持。所以，准予离婚或不准予离婚只能以感情是否确已破裂为标准。

(二)如何认定夫妻感情是否已破裂

一般从四个方面考察：

1. 看婚姻基础，即双方在结婚时的感情状况和相互了解程度。

2. 看婚后感情，就是看双方在结婚后的感情状况，一方面要看双方婚后是否建立了感情；另一方面要看夫妻感情的发展变化。

3. 看离婚原因，就是要查明离婚一方的真实意图，弄清离婚的真相。

4. 看有无和好的可能，如果夫妻感情尚未完全破裂，仍有和好的希望，就应该努力做调解和好的工作，不应准予离婚。如果夫妻感情确已破裂，又无和好可能，则应准予离婚。这四个方面是相互联系、相互影响的，应综合分析、判断，以确定夫妻感情是否破裂。

四、司法解释中有关离婚的规定

最高人民法院于 1984 年 8 月 30 日在《关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》中对以下问题引起的离婚作了如何处理的规定：

1. 因包办、买卖婚姻引起离婚，如果双方婚后未建立起感情，应准予离婚；如果结婚多年，生育子女，夫妻间已建立一定感情，应进行调解，调解无效的，可根据情况判决离婚或不准离婚。

2. 因第三者介入而引起的离婚，由有过错的一方提出离婚的，如原来夫妻感情融洽，感情尚未破裂，对方谅解，应调解和好或判决不准离婚；如果夫妻感情确已破裂，调解离婚无效，应判决离婚，但要分清责任和做好有关工作。无过错的一方提出离婚，经调解和好无效时，应准予离婚。

3. 因一方升学、招工、提干引起思想感情变化而提出离婚的，应对提出离婚方的错误思想进行批评教育并着重做调解和好的工作。原来夫妻感情较好的，调解无效，可判决不准离婚；如果感情确已破裂，或判决不离后，夫妻感情仍无改善的，可调解或判决离婚。

4. 因生女孩或女方采取节育措施而提出离婚的，应对其错误思想进行批评和教育，尽量调解和好；如果原来感情较好，调解无效，可判决不准离婚。

5. 实行生产责任制后，一方身体不好，或缺乏生产技术、收入较低，生活出现暂时困难，另一方提出离婚的，如果夫妻原来感情较好，应调解和好，调解无效可判决不准离婚；如果因对方好逸恶劳、不务正业而提出离婚的，应对有过错方进行批评教育，如坚持不改，又无和好可能的，可调解或判决离婚。

6. 因重婚而提出离婚的，应根据婚姻基础、重婚的原因和子女利益等情况酌情处理。

7. 因一方患精神病，对方要求离婚的，如婚前隐瞒病史、婚后久治不愈，应做好工作，准予离婚；如原来夫妻感情较好，生育子女的，以不离为宜；如确系久治不愈，事实证明夫妻关系确已无法再维持下去的，经对方亲属及有关单位安排好患者的生活、医疗、监护等问题后，可准予离婚。

8. 因一方被判刑服刑，对方提出离婚的，应在保护婚姻自由的原则下，考虑有利于服刑人员改造、刑期长短和罪行的性质等情况，予以处理。对结婚时间较长、生有子女、夫妻感情较好、刑期不长的，应尽量做和好工作；调解无效，也可判决不准离婚。

五、离婚后的财产处理

(一) 夫妻共同财产的处理

《婚姻法》第31条规定：“离婚时，夫妻的共同财产由双方协议处理；协议不成时，由人民法院根据财产的具体情况，本着照顾女方和子女权益的原则判决。”最高人民法院1984年8月30日在《关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》中作了具体规定：

1. 夫妻共同财产的范围。婚姻关系存续期间，夫妻各自或共同劳动所得的收入和购置的财产；各自或共同继承、受赠的财产；婚前财产与婚后财产无法查清的，或虽属婚前个人财产，但已结婚多年，由双方长期使用、经营、管理的财产；婚姻关系存续期间从事的多种经营和承包责任田的当年收益以及当年无收益的在养殖、种植专业的投资；城乡个体经营户的生产资料、合法收入中属于夫妻共同财产的部分。在婚姻关系存续期间，复员、转业军人所得的复员费、转业费，如夫妻共同生活时间较长，离婚时，可按夫妻共同财产进行分割。

2. 夫妻共同财产的分割。分割夫妻共同财产，应先将夫妻共同财产从家庭共同财产中分割出来，夫妻如对共同财产有约定，按约定处理，但约定必

须合法；没有约定的，可根据共同财产的实际状况，结婚时间的长短，生产、生活的实际需要，以及财产的来源、数量等，合理分割；

(二) 债务清偿

《婚姻法》第 32 条规定：“离婚时，原为夫妻共同生活所负的债务，以共同财产偿还。如该项财产不足清偿时，由双方协议清偿；协议不成时，由法院判决。男女一方单独所负债务，由本人偿还。”

1. 共同债务的清偿。共同债务指为夫妻共同生活所负的债务和夫妻共同生产、经营所负的债务。

为夫妻共同生活所负的债务，包括因购置生活用品、修建或购置住房所负的债务，履行抚养教育和赡养义务、治疗疾病所负的债务，从事双方同意的文化教育、文娱体育活动所负的债务，以及其他发生在日常生活中的应由双方共同负担的债务。婚前一方借款购置的住房等财物已转化为夫妻共同财物的，为购置财物借款所负债务，也应视为夫妻共同债务。

夫妻共同生产、经营所负的债务，包括双方共同从事工商业或在农村承包经营所负的债务，购买生产资料所负的债务，共同从事投资或者其他金融活动所负的债务，在这些生产、经营活动中所欠缴的税款等。经双方同意由一方经营且其收入用于共同生活的，所负债务也是夫妻共同债务。

对夫妻共同债务，双方负连带的清偿责任，离婚时应以共同财产偿还。如该项财产不足清偿时，由双方协议清偿；协议不成时由人民法院判决。在未清偿夫妻共同债务时，不得先行分割共同财产。

2. 个人债务的清偿。个人债务指以个人名义所负的与夫妻共同生活无关的债务。如因婚前购置财产且该项财产婚后并未转化为夫妻共同财产所负的债务；其他婚前个人债务；婚后一方未经对方同意，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，以及其他应由个人承担的债务。虽发生于夫妻共同生活中但双方约定由个人负担的债务也应视为个人债务，但该项约定不得以逃避债务为目的。

个人债务应以个人财产清偿。他方不负连带责任，没有清偿义务；但自愿协助清偿的法律不禁止。

六、离婚后的经济帮助

《婚姻法》第 33 条规定：“离婚后，如一方生活困难，另一方应给予适当的经济帮助。具体办法由双方协议；协议不成时，由人民法院判决。”

经济帮助的条件是：

1. 接受帮助的一方，必须是生活确实困难，如无劳动能力、又无其他生活来源或虽有劳动能力但生活出现暂时困难。

2. 帮助的一方，必须有负担能力。

3. 接受帮助方必须是离婚后未再婚的，如果已另行结婚，则不再给付。

七、离婚后的住所问题

基于夫妻同居义务，婚姻关系存续期间双方通常居住于同一住所。同居义务因离婚而当然解除，必然发生原住所的所有权或者继承权、居住权问题。

在我国现阶段，一些当事人，尤其是女方，常常出现离婚后居住方面的困难。为了切实保护离婚妇女的合法权益，《妇女权益保障法》第 44 条规定：“国家保护离婚妇女的房屋所有权。夫妻共有的房屋，离婚时，分割住房由双方协议解决；协议不成的，由人民法院根据双方的具体情况，照顾女方和

子女权益的原则判决。夫妻双方另有约定的除外。夫妻共同租用的房屋，离婚时，女方的住房应当按照照顾女方和子女权益的原则协议解决。夫妻居住男方单位的房屋，离婚时女方无房屋住的，男方有条件的应当帮助其解决。”对此，许多省、自治区和直辖市还作了细则性规定。

同时，最高人民法院《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》第 14 条也规定：“婚姻存续期间居住的房屋为一方所有，另一方以离婚后无房屋住为由，要求暂住的，经查实有据情予以支持，但一般不超过 2 年。无房一方租房居住经济上确有困难的，享有房屋产权的一方可给予一次性经济帮助。”

八、离婚后的子女抚养问题

父母子女关系是一种血缘关系，不能因为父母离婚而消除。《婚姻法》第 29 条规定：“父母子女间的关系，不因父母离婚而消除。离婚后，子女无论由父方或母方抚养，仍是父母子女关系。”可见，离婚只是消除了夫妻关系，父母子女关系仍然存在，有关婚姻存续期间父母和子女间的权利义务的法律规定，完全适用于离婚后的父母子女关系，与子女共同生活的一方无权取消对方对子女的抚养教育义务和受赡养扶助权。

(一) 子女直接抚养方的决定与变更

1. 直接抚养方的决定。

(1) 2 周岁以下的子女，一般随母方生活。但不宜随母方生活或经双方协议随父方生活对子女健康成长无影响的，也可以随父方生活。所谓不宜随母方生活是指母方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；母方有抚养条件不尽抚养义务，而父方要求子女随其生活的；因其他原因子女确实无法随母方生活的。

(2) 对 2 周岁以上未成年的子女，父方和母方均要求随其生活的，以下情形是优先考虑的因素：第一，已做绝育手术或因其他原因丧失生育能力的；第二，子女随其生活时间较长，改变生活环境对子女健康成长明显不利的；第三，无其他子女，而另一方有其他子女的；第四，子女随其生活对子女成长有利，而另一方患有久治不愈的传染性疾病或其他严重疾病，或者有其他不利于子女身心健康的情形，不宜与子女共同生活的；第五，父母双方抚养条件基本相同，但子女单独随祖父母和外祖父母生活多年，且祖父母或外祖父母要求并且有能力帮助子女照顾孙子女或外孙子女的。

(3) 父母双方对 10 周岁以上的未成年子女随何方生活发生争执的，应考虑该子女的意见。

(4) 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。

2. 直接抚养方的变更。在抚养子女的过程中，由于主客观条件都可能发生变化，当确有必要时变更子女的直接抚养方是正常现象。父母双方的协议变更的应当准许。依最高人民法院《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》第 15 条和第 16 条的规定，在变更子女直接抚养方问题上发生争执的，应另行起诉，凡属下列情形之一的，人民法院应予支持：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，该方又有抚养能力的；第四，有其他正当理由需要变更的。

(二) 子女抚养费的负担与变更

1. 子女抚养费的负担。我国《婚姻法》第 30 条规定：“一方抚养的子女，另一方应负担必要的生活费和教育费的一部或全部，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。”显然，和其他方面一样，在子女抚养费的负担上也体现了“协议优先”的原则。按照这一原则，不但应允许双方就抚养费的数额、给予办法、给予期限协商处理，而且允许双方协议子女随一方生活并由抚养方负担全部抚育费。但是，在后一种情况下，如果仅是为了取得抚养权，而其本人的抚养能力不足，无法保障子女生活和受教育所需，这就势必影响子女健康成长，不符合保护未成年人合法权益的原则，自应不予准许。如果双方达不成协议或协议无效需由人民法院判决时，按最高人民法院《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》，应注意以下几点：

(1) 抚育费负担数额。确定子女抚育费的负担数额，基本根据是子女的实际需要、父母双方的负担能力和当地的实际生活水平。不直接抚养一方的给付标准，有固定收入的应为月总收入的 20%~30%；负担两个以上子女抚育费的一般不超过月总收入的 50%。无固定收入的，抚育费数额可按照当年总收入或同行业平均收入，参照上述比例确定。当然，如果有特殊情况，给付的比例可以适当调整。如果一方无经济收入或者下落不明，则可用其财物折抵子女抚育费。

(2) 抚育费给付期限。抚育费的给付期限，一般至子女 18 周岁为止。但有两种情况例外。第一，16 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，父母可停止给付抚育费。第二，尚未独立生活的成年子女有下列情形之一的，父母又有给付能力的，仍应负担必要的抚育费：丧失劳动能力或虽未完全丧失劳动能力，但其收入不足以维持生活的。尚在校就读的。确无独立生活能力条件的。

(3) 抚育费给付方法。抚育费应定期给付。有条件的可一次性给付。

2. 子女抚育费的变更。依照婚姻法的规定，关于子女生活费和教育费的协议或判决，不妨碍子女在必要时向父母任何一方提出超过协议或判决原定数额的合理要求。这种增加抚育费的要求，在协商处理不成时，子女可以向人民法院提起诉讼。如果属于下列情形之一，父或母有给付能力的，人民法院应予支持：第一，原定抚育费数额不足以维持当地实际生活水平的。第二，因子女患病、上学，实际需要已超过原定数额的。第三，有其他正当理由应当增加的。

另一方面，在特定情况下，抚育费也可以减少或免除给付。所谓特定情况下，一是直接抚养方再婚后，再婚配偶愿意负担继子女所需抚育费的一部或全部；二是负有给付义务的一方确有实际困难。抚育费的减免也可以通过协议或者判决决定。但需明确，它仅是实际给付的变化，而非其法定抚养教育义务的解除，所以这种减、免并不排除在一定条件下的恢复甚至增加。

第三十八章 继承权概述

第一节 继承权的概念和特征

财产继承权是指公民依法承受死者个人所遗留的合法财产的权利。在继承关系中，遗留财产的死者为被继承人；死者的财产称为遗产；依法承受遗产的人称为继承人；继承人依法取得遗产的权利称为继承权。

继承权的法律特征是：

1. 继承权是一种财产权。财产所有权是取得继承权的基础和前提，继承是取得财产所有权的一种方式。继承权的实质是财产所有权的转移。但人身权不得继承。

2. 继承权以特定的人身关系为前提。它与特定的血缘关系和婚姻关系联系在一起。只有那些与被继承人有血缘关系、婚姻关系的人，才能成为法定继承人或遗嘱继承人。

3. 继承权的权利主体仅为公民。国家或法人不能享有遗产继承权，即使其实际取得遗产，也只是接受遗赠，或是取得无主财产，而不是继承财产。

4. 继承权的发生根据是法律的直接规定或合法有效的遗嘱。在法定继承的情况下，享有继承权的人，由法律直接规定，在遗嘱继承的情况下，遗嘱继承人由被继承人的合法遗嘱指定。

5. 继承权的实现是以被继承人的死亡和遗有合法财产等法律事实存在为前提的。享有继承权的人，只有在被继承人死亡且留有遗产的情况下，才能得到遗产的所有权。

第二节 遗产

遗产是指公民死亡时遗留的个人合法财产。遗产是财产继承权的客体。

我国《继承法》第3条规定了遗产的范围。主要包括：(1)公民的合法收入；(2)公民的房屋、储蓄和生活用品；(3)公民的林木、牲畜和家禽；(4)公民的文物、图书资料；(5)法律允许公民所有的生产资料；(6)公民的著作权、专利权中的财产权利；(7)公民的其他合法财产。依上述规定，可将其概括为以下三个方面：

1. 公民个人所有的财产。公民死亡时，其个人所有的财产可以作为遗产转给他人。公民个人所有的财产，既包括公民的生活资料，也包括某些生产资料。生活资料主要有：公民的合法收入，如工资、奖金、从事合法经营的收入等；公民的房屋、储蓄、生活用品、林木、牲畜、家禽、文物及图书资料，如公民个人收藏的书画、古玩、艺术品等。生产资料一般指公民个人拥有的汽车、拖拉机、养鸡场以及私营企业里较大型的生产设备。

2. 公民的知识产权中的财产权利和财产义务。公民的著作权、专利权、商标权中的财产权利和财产义务，不会因权利人的死亡而消灭，可以作为遗产来继承。如专利权人许可他人实施其专利而收取一定使用费的权利，依规定缴纳年费的义务等，这些财产权利和财产义务都可以作为遗产转给他人。

3. 其他合法财产。

遗产不仅包括财产权利，也包括财产义务。公民生前享有的债权和承担的债务应作为遗产移转给他人。但是，作为遗产的债权债务其标的一般只限于与财产有关的债权债务，而基于当事人之间的信任关系或身份关系而产生的债权债务则不能作为遗产来继承。此外，基于特定身份所享有的财产权，当本人死亡后，其继承人不能继承，不能继续享有。如革命残废军人的抚恤费，职工因工伤残抚恤费，复员、转业军人的资助金、复员费、转业费、医疗费等，分别归革命残废军人、因公伤残者及复员、转业军人所有。革命军人牺牲、职工因公死亡有关单位依照有关规定给予死者家属的抚恤金，是对亡者家属的抚慰和经济补偿，由受抚慰者本人享有，这些都不能作为遗产。但被继承人生前已领取的抚恤费等费用的剩余部分则属于遗产，可以继承。

第三节 继承的开始、接受和放弃

一、继承的开始

我国继承法规定，继承从被继承人死亡时开始。继承开始的时间，即可以开始处理遗产的时间。因公民死亡分为自然死亡和宣告死亡，因此，继承开始的时间就是公民自然死亡的时间或者是人民法院依法宣告失踪的公民死亡的判决中所确定的失踪人死亡的时间。

确定继承开始的时间时，如遇相互有继承关系的几个人在同一事件中死亡，又不能确定死亡的先后时间的，一般推定没有继承人的人先死亡；如几个死亡人辈份不同的，推定长辈先死亡；如几个人辈份相同，则推定他们同时死亡，彼此不发生继承关系。

我国继承法没有明确规定继承开始的地点。依据有关法律规范和审判实践中的作法，继承开始的地点，一般以被继承人生前的最后住所地为宜；为了便于继承人分割遗产，也可以被继承人的主要财产所在地为继承开始的地点。

依我国继承法规定，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，以使继承人能够行使继承权，遗嘱执行人能够执行遗嘱。如果继承人都不知道被继承人死亡，或者虽然知道但由于某种原因而不能通知的，则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继承人或遗嘱执行人。

被继承人死亡后，存有遗产的人，应当妥善保管遗产。保管人因保管遗产而支付的必要费用，应当从遗产中支付。

二、继承的接受和放弃

继承的接受是指继承人同意接受遗产的意思表示。继承的接受是一种无条件的、单方法律行为，只要继承人作出同意全面接受遗产的意思表示即发生效力。继承的接受有两种方式：明示的和默示的。明示方式是指继承人用口头的或书面的方式向其他继承人、遗嘱执行人、被继承人生前所在单位、继承开始地的基层组织或人民法院明确表示其接受继承的意思。默示方式是指继承人以不放弃继承表示其接受继承的意思，视其为接受继承。

继承的放弃是指继承开始后，继承人作出不接受遗产的意思表示。继承的放弃是一种无条件的、单方法律行为。我国继承法规定，放弃继承只能以明示的方式，并且要在遗产分割之前作出。在遗产分割之前没有明确表示放弃继承权的，视为接受；在遗产分割之后作出放弃的，则不是放弃继承权而是放弃应分得的遗产的所有权。

三、继承权的丧失

继承权的丧失是指继承人依法失去继承权。继承权的丧失是继承人发生了法律规定的丧失继承权的原因而丧失，而非基于丧失继承权者的意思表示。根据我国继承法的规定，继承人丧失继承权的情况有以下几种：

1. 继承人故意杀害被继承人的。继承人故意杀害被继承人，不论是既遂还是未遂，人民法院都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。继承人如果是出于争夺遗产的动机杀害其他继承人的，无论是既遂还是未遂，都应当确认其丧失继承权。如果是出于其他原因而非出于争夺遗产的动机而杀害其他继承人的，不能确认其丧失继承权。

3.继承人遗弃被继承人的，或者虐待被继承人情节严重的。继承人遗弃被继承人、或者虐待被继承人情节严重的，不论其是否构成犯罪及是否承担刑事责任，人民法院都应确认其丧失继承权。前一项继承人有遗弃行为，后一项则是虐待被继承人且情节严重的行为，这种情况下，继承人丧失其继承权。

4.继承人伪造、篡改或者销毁遗嘱，情节严重的。继承人伪造、篡改或者销毁遗嘱，且情节严重，如侵害了缺乏劳动能力又无生活来源的继承人的利益，并造成其生活困难的，在这样的情况下，确认其丧失继承权。

确认继承权的丧失，只有人民法院才能依法做出决定。继承人发生了上述违法行为时，人民法院经过审理予以确认其是否丧失继承权，并在判决中宣告，其他任何组织或公民个人都无权确认公民丧失继承权。此外，继承权是一种民事权利，它不因公民的人身自由权或政治权利的被剥夺而丧失。如继承人因其他犯罪而被判刑或剥夺政治权利时，并不因此而丧失其继承权。

第三十九章 法定继承

第一节 法定继承概述

法定继承是遗产继承方式的一种，是指继承人范围、继承顺序、遗产分配原则等，均按法律规定进行的继承方式。法定继承是以一定的人身关系为前提的，即法定继承人与被继承人之间存在婚姻、血缘关系。因此，在被继承人没有遗嘱的情况下，推定其本人的意思是把遗产留给其最近的亲属。所以，法定继承又称“无遗嘱继承”。

根据我国继承法的有关规定，法定继承主要适用于以下情况：(1)被继承人生前未立遗嘱，也没有立遗赠扶养协议的；(2)被继承人生前虽立有遗嘱，但在下列情况下，遗产的有关部分要按法定继承方式继承：遗嘱继承人放弃继承或者受遗赠人放弃受遗赠的；遗嘱继承人丧失继承权的；遗嘱继承人、受遗赠人先于遗嘱人死亡的；遗嘱无效或者部分无效，无效部分所涉及的遗产；遗嘱未处分的遗产。

第二节 法定继承人的范围和继承顺序

一、法定继承人的范围

法定继承人是指依法享有继承权的人。法定继承人的范围是指在适用法定继承方式时，哪些人可以作为死者遗产的继承人。根据我国继承法的规定，法定继承人主要包括：

1. 配偶。配偶是指依合法结婚而确立夫妻身份的男女双方，夫妻互为配偶。夫妻是组成家庭的基本成员。夫妻间互相享有继承遗产的权利。这种继承权是基于合法、有效的婚姻关系产生的。

配偶一方死亡，另一方所继承的财产，即为个人所有的财产，有权处分，其他任何人不得非法干涉。

2. 子女。子女是被继承人最近的晚辈直系血亲。父母与子女之间存在着极为密切的财产关系和人身关系，相互间存在着继承权。根据我国继承法的规定，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，他们享有同等的继承权。关于子女继承权问题，须注意以下几种情况：

(1) 非婚生子女，应同婚生子女一样，享有平等的继承权，任何人不得加以歧视、限制或剥夺。如果对生父或生母死亡前未认领的非婚生子女的继承权发生争议时，应由其生母或生父提出证据，由人民法院裁决。

(2) 养子女。养子女与亲生子女一样，享有同等的继承权。由于养子女与养父母是拟制血亲，根据我国继承法的规定，养子女因收养关系的成立，失去了对生父母遗产的继承权，而有权继承养父母的遗产。如果收养关系解除，养子女对养父母的遗产就不再享有继承权，养子女又与生父母之间恢复权利义务关系，而对生父母的遗产享有继承权。如果养子女既对养父母尽了赡养义务，同时也对生父母进行赡养扶助，这时，养子女除依法继承养父母的遗产外，在生父母死亡时，还可依法适当分得生父母的财产。

(3) 继子女。继子女是指前夫或前妻所生的子女。继子女只有同继父或继母之间形成扶养关系时，才对继父母遗产享有继承权，否则，不得继承其继父或继母的遗产，只享有对生父母遗产的继承权。但是，继子女继承了继父母遗产的同时，不影响其继承生父母的遗产。

(4) 胎儿。胎儿是指在生父死亡时尚在母腹中的胚胎。胎儿本身不是法定继承人，但我国继承法规定，遗产分割时，应当保留胎儿应继的份额，以保护其利益。但是胎儿出生后死亡的，保留的份额依法定继承办理。

3. 父母。父母是子女最近的直系长辈血亲，根据我国继承法的规定，父母包括生父母、养父母、有扶养关系的继父母。即生父母有权继承其子女的遗产，养父母有权继承其养子女的遗产，有扶养关系的继父母有权继承其继子女的遗产。

4. 兄弟姐妹。兄弟姐妹是被继承人的最近的旁系亲属。根据我国继承法规定，兄弟姐妹包括同父母的兄弟姐妹，也包括同母异父或同父异母的兄弟姐妹、养兄弟姐妹，有扶养关系的继兄弟姐妹。兄弟姐妹间有相互继承遗产的权利。

5. 祖父母、外祖父母。祖父母与孙子女、外祖父母与外孙子女的关系，是仅次于父母与子女的最近的直系血亲。因此，我国继承法把祖父母、外祖父母列入法定继承人的范围。至于孙子女、外孙子女对祖父母、外祖父母遗产的继承，则适用代位继承。

6. 丧偶儿媳、女婿。儿媳与公婆、女婿与岳父母之间没有血缘关系，但相互之间存在扶养的情况。因此，我国继承法规定，丧偶儿媳对公婆、丧偶女婿对岳父母尽了主要赡养义务的，作为第一顺序法定继承人。

二、法定继承的顺序

继承顺序是指法律规定的关于继承人继承遗产的先后次序。在继承开始时，并不是所有的法定继承人同时继承遗产，而是按照法定顺序进行。第一顺序的继承人较第二顺序的继承人有优先权，但同一顺序的继承人之间，并无先后次序之分。

我国继承法把法定继承人分为两个顺序：

第一顺序：配偶、子女、父母。

第二顺序：兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。

丧偶儿媳对公、婆，丧偶女婿对岳父母，尽了主要赡养义务的，作为第一顺序的继承人。

同时，我国继承法还规定，继承人以外的依靠被继承人扶养的缺乏劳动能力又无生活来源的人，或者继承人以外的对被继承人扶养较多的人，可以分得适当的遗产，但他们不属于法定继承人范围，不能列入继承顺序。

第三节 代位继承

一、代位继承的概念和特征

代位继承是指被继承人的子女先于被继承人死亡的，死亡的子女的晚辈直系血亲代位继承被继承人遗产的制度。在代位继承中，已先于被继承人死亡的继承人，称为被代位继承人；代替被代位继承人继承遗产的人，称为代位继承人。代位人代替被代位人继承遗产的权利，叫作代位继承权。

代位继承具有以下特征：

1. 被代位继承人必须是被继承人的子女，并且先于被继承人死亡或宣告死亡，这是代位继承的首要条件。凡是有继承权的被继承人的子女，先于被继承人死亡的，该子女有继承权的子女，都有代位继承权。

2. 代位继承人只限于被继承人子女的晚辈直系血亲，而且没有代数的限制。被继承人的孙子女、外孙子女、曾孙子女、外曾孙子女等，不受辈数的限制，都可以代位继承。被代位继承人的旁系血亲或长辈直系血亲均无代位继承权。

3. 代位继承人只能继承被代位继承人应得的继承份额。如果代位继承人有数人时，只能共同继承被代位继承人应得的份额，而无权与其他法定继承人平分遗产。

4. 代位继承只适用于法定继承，而不适用于遗嘱继承。因为，如果遗嘱指定的继承人先于立遗嘱人死亡时，遗嘱并未发生效力，遗嘱继承人，并未取得遗嘱所指定的继承权，故不发生代位继承的问题。

二、转继承

转继承是指继承人在继承开始后，遗产分割之前死亡，其应继承的遗产转由他的合法继承人继承的制度。如父亲甲死后不久，遗产尚未及分割，其子乙也相继去世，乙留有子丙，这时就发生转继承问题。即乙应继承甲的遗产转由丙继承，丙为转继承人，乙为被转继承人。

转继承具有以下特征：

1. 转继承不同于代位继承，转继承是基于继承人后于被继承人死亡的事实而发生的。

2. 转继承人可以是被继承人的晚辈直系血亲，也可以是被继承人的其他法定继承人。转继承人要按继承顺序继承遗产。

3. 转继承既适用于法定继承，又可适用于遗嘱继承。如遗嘱继承开始后，遗嘱继承人在未取得按遗嘱应继承的遗产而死亡时，就可适用转继承。

第四十章 遗嘱继承和遗赠

第一节 遗嘱继承概述

一、遗嘱继承的概念和特征

遗嘱是立遗嘱人生前对其遗产所作的处分或对其他身后事务所作的安排，并在死亡时发生效力的行为。

遗嘱继承是指由被继承人生前所立的遗嘱来指定继承人及其继承的遗产种类、数额的继承方式。立遗嘱的被继承人叫遗嘱人，接受遗嘱指定继承遗产的人叫遗嘱继承人。遗嘱继承优于法定继承。

遗嘱继承具有以下特征：

1. 遗嘱是单方法律行为。遗嘱是基于遗嘱人单方的意思表示即可产生民事法律后果的行为，它不必征得遗嘱继承人的同意即可发生法律效力。

2. 遗嘱人必须具有行为能力。遗嘱是遗嘱人对其财产所作的预先处分，并于遗嘱人死亡时发生法律效力，因此要求立遗嘱人必须具有完全的行为能力。

3. 设立遗嘱不能代理。由于遗嘱必须是遗嘱人直接的意思表示，需要由遗嘱人本人亲自做出。

4. 遗嘱是要式法律行为。遗嘱继承人的继承范围、顺序、继承份额等都是在遗嘱中指定的，所以要求遗嘱应具备一定的形式。只有符合法律规定的形式的遗嘱才是有效的。

5. 遗嘱是在遗嘱人死亡时才发生效力的法律行为。遗嘱人随时有权变更或撤销其遗嘱。

二、遗嘱继承人

遗嘱继承人是指按照有效的遗嘱继承财产的人。遗嘱继承人的范围是由遗嘱指定的，对于遗嘱继承人，应注意以下几点：

1. 遗嘱继承人是法定继承人范围内的一人或数人。遗嘱人可以用遗嘱在法定继承人范围指定其遗嘱继承人。如果有几个法定继承人，而遗嘱中仅指定其中的一人或数人作为遗嘱继承人继承其全部遗产，则其他法定继承人被当然排除。如果遗嘱所指定的遗嘱继承人仅只是被指定继承部分遗产，那么其他法定继承人仍对遗嘱人的其他遗产享有继承权。

2. 遗嘱继承人不受原法定继承顺序的限制。在遗嘱继承中，不存在继承遗产的先后顺序问题。不管原来在法定继承中顺序的先后，只要是被遗嘱人在遗嘱中指定为继承人的，都有权同时、直接地继承遗产。

3. 遗嘱继承人继承遗产后，仍然有权按照法定继承顺序继承遗嘱未加处分的或者遗嘱无效部分所涉及到的遗产。遗嘱人用遗嘱对其财产进行处分，可能是全部处分，也可能是部分处分。那么，未被处分的部分将按法定继承的方式进行继承。另外，如果遗嘱部分或全部无效时，则无效部分所涉及的遗产也将按法定继承的方式进行继承。在这样的情况下，遗嘱继承人与其他法定继承人一道，对遗嘱未加处分或遗嘱无效部分所涉及到的遗产按法定继承方式继承。

4. 遗嘱继承人先于遗嘱人死亡的，其继承份额按法定继承方式由遗嘱人的法定继承人继承。在遗嘱继承中不适用代位继承。遗嘱人可以再变更遗嘱，如指定已死亡的遗嘱继承人的晚辈直系血亲继承该遗嘱继承人的份额，但这

不同于代位继承。另外，先于遗嘱人死亡的遗嘱继承人应得的继承份额也不能由其他继承人继承，即其应得的继承份额不能添加到其他遗嘱继承人的份额上。

第二节 遗嘱

一、遗嘱的形式

遗嘱的形式是指遗嘱人处分自己遗产的意思表示方式。法律要求遗嘱必须具备一定的形式。根据我国《继承法》的有关规定，遗嘱形式主要有公证遗嘱、自书遗嘱、代书遗嘱、录音遗嘱、口头遗嘱等五种，并对各种形式都规定了相应的要求或条件。

1. 公证遗嘱。公证遗嘱是经过国家公证机关办理了公证的遗嘱。按规定，立遗嘱人必须亲自到有管辖权的公证机关或者请公证人员到场办理遗嘱公证，而不能委托他人办理。立遗嘱人应在所立遗嘱上签名、盖章，注明年、月、日。经公证机关确认遗嘱的有效性后，由公证机关出具遗嘱公证书，公证遗嘱具有较强的证明力。

2. 自书遗嘱。自书遗嘱是指遗嘱人亲自书写的遗嘱，即遗嘱人亲笔书写遗嘱，并亲笔签名，注明年、月、日。

3. 代书遗嘱。代书遗嘱是指由他人代为书写的遗嘱。它要求遗嘱人因故不能书写遗嘱的，可请他人代为书写，并由遗嘱人指定两个以上见证人在场见证，由其中一人代书，注明年、月、日，代书人宣读遗嘱，遗嘱人认定无误后，由代书人、其他见证人和遗嘱人签名。

4. 录音遗嘱。录音遗嘱指以录音形式制作的遗嘱。录音遗嘱应当有两个以上见证人在场见证，并应由见证人书写录音遗嘱证明书，在证明书上签名，注明年、月、日。

5. 口头遗嘱。口头遗嘱指遗嘱人用口述的方式表示其对遗产进行处分的意思的遗嘱形式。我国继承法规定，遗嘱人只有在危险情况下如生命垂危或自然灾害、军事战争等危及其生命的情况下，方能采用口头遗嘱的形式；并且应有两个以上见证人在场见证，将遗嘱人的口头遗嘱作出记录，注明年、月、日，见证人、记录人签名。如果因情况紧急，不能当场记录时，由见证人补记，见证人、补记人签名，注明年、月、日。危急情况解除后，遗嘱人能够用书面或其他形式立遗嘱时，原先所立的口头遗嘱无效。

二、遗嘱有效的实质条件

遗嘱只有符合法律规定的有效条件方为有效，才能产生遗嘱人预期的法律后果。根据我国继承法的规定，遗嘱的实质条件包括：

1. 立遗嘱人必须具有民事行为能力。无完全的民事行为能力人所立遗嘱无效。遗嘱人立遗嘱时有行为能力，即使后来丧失了行为能力，也不影响其遗嘱的效力。

2. 遗嘱必须是遗嘱人的真实意思表示。如受胁迫、欺骗所立的遗嘱，因其不符合遗嘱人的真实意思而无效。伪造的遗嘱无效。遗嘱被篡改的，被篡改的内容无效。

3. 遗嘱内容不得违反法律，不得损害国家和集体的利益。

4. 遗嘱应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。遗嘱不得处分属于国家、集体或他人所有的财产。

遗嘱的设立，必须具备法律规定的实质要件和形式要件才具有法律效力，并且于遗嘱人死亡时得以执行。

三、遗嘱的变更、撤销和执行

(一) 遗嘱的变更

遗嘱的变更是指遗嘱人依法改变原先所立遗嘱的部分内容。为了保证变更的效力，变更遗嘱最好是采用与设立遗嘱相同的或者更具有证明力的形式。但是，自书、代书、录音、口头遗嘱，不得撤销、变更公证遗嘱。遗嘱变更后，按变更后的内容执行。

(二)遗嘱的撤销

遗嘱的撤销是指遗嘱人依法取消原来所立遗嘱的全部内容。撤销遗嘱只能由遗嘱人亲自进行，其他任何单位或个人都无权撤销已经设立的遗嘱。遗嘱可用声明原遗嘱无效的方式撤销，也可用立新遗嘱的方式撤销。如有数份遗嘱，内容相抵触的，以最后的遗嘱为准。遗嘱撤销了原立遗嘱而又未立新遗嘱时，其遗产按法定继承方式继承。

(三)遗嘱的执行

遗嘱的执行是指遗嘱人死亡后，由执行人按有效的遗嘱内容最终实现财产的转移。遗嘱在遗嘱人死亡时开始执行，一般由遗嘱中指定的执行人执行。如果没有指定执行人，则依法由各继承人以平等的地位参与遗嘱的执行。遗嘱执行人应按遗嘱的内容处理遗嘱人的财产。我国继承法还规定，遗嘱继承或遗赠附有义务的，继承人或受遗赠人应当履行义务。无正当理由不履行义务的，经有关单位或个人请求，人民法院可以取消他接受遗产的权利。

第三节 遗赠

遗赠是指遗嘱人用遗嘱将其个人财产于其死亡后赠给法定继承人以外的人、国家或集体组织的一种法律制度。立遗嘱人为遗赠人，接受遗赠的人为受遗赠人。遗赠具有以下特点：

1. 遗赠是遗赠人死亡时生效的单方民事法律行为，而无论受遗赠人是否接受。
2. 受遗赠人可以是国家、集体组织，也可以是法定继承人以外的个人。
3. 遗赠的标的只能是遗产中的财产权利，而不包括财产义务。

第四节 遗赠扶养协议

遗赠扶养协议是指受扶养人(公民)和扶养人之间关于扶养人承担受扶养人的生养死葬的义务，受扶养人将自己所有的财产遗赠给扶养人的协议。我国继承法中明确规定，公民可以与扶养人或者是集体所有制组织签订遗赠扶养协议。按照协议，扶养人或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。该制度是我国继承法中确立的一项法律制度，它具有下列特点：

1. 遗赠扶养协议是双方法律行为。协议双方须具有民事法律行为的要件，在自愿协商、意思表示一致，明确双方权利义务的基础上签订。

2. 遗赠扶养协议是双务合同。即双方互享权利，互尽义务。扶养人负有对受扶养人生养死葬的义务，享有接受受扶养人遗赠财产的权利；同样，受扶养人享有接受扶养的权利，负有将其遗产遗赠给扶养人的义务。

3. 遗赠扶养协议中扶养人的权利只能在受扶养人死亡时实现。

4. 遗赠扶养协议在适用上具有优先性。遗嘱与协议的内容有抵触时，遗嘱无效。

第四十一章 遗产的处理

第一节 遗产的分割

遗产的分割是指对被继承人遗留的属于个人所有的合法财产作为遗产进行分割。继承开始后，遗产的所有权要转移给继承人，因此，在有两个以上继承人时，便要对遗产进行分割。遗产的分割，须按各继承人或受遗赠人应得的份额或比例进行。在分割遗产时，需注意以下几个问题：

1. 遗产分割不同于共同财产的分割。在分割被继承人的遗产时，先要从共有财产中分割出属于被继承人的那份财产。如对夫妻共同所有的财产，应当先将共同财产进行分割，其余的为被继承人的遗产。在家庭共有财产中，应分出死亡人的遗产和家庭共有财产。而遗产分割，只是针对被继承人的遗产进行的。

2. 遗产分割时，应当保留胎儿的继承份额，应继份由胎儿的母亲代为保管或行使有关权利。如果胎儿出生时是死体的，为其保留的份额按照法定继承办理。

3. 遗产分割应当有利于生产和生活需要，不损害遗产的效用；不宜分割的遗产，可以采取折价、适当补偿或共有等方式处理。

第二节 被继承人债务的清偿

根据我国继承法的规定，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。此外，清偿债务应注意以下几点：

1. 分清被继承人个人的债务和被继承人与他人的共同债务或者以被继承人的名义所欠的家庭债务。

2. 遗产应继份的继承优于债务的清偿。即继承人中有缺乏劳动能力又无生活来源的人，即使遗产不足清偿债务，也应为其保留适当遗产，然后再依法清偿债务。

3. 遗产已被分割而未清偿债务时，如有法定继承人又有遗嘱继承人和受遗赠人的，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受遗赠人的，由遗嘱继承人和受遗赠人按比例用所得遗产偿还。

4. 放弃继承或受遗赠的，不再承担偿还债务的责任。

第三节 无人继承的遗产的处理

无人继承又无人受遗赠的遗产，是指没有人依法承受的被继承人的遗产。它主要发生在以下几种情况：其一，死者既无法定继承人，又未立遗嘱指定受遗赠人，也未签订遗赠扶养协议；其二，继承人都放弃或丧失了继承权，遗赠受领人也放弃受遗赠权的；其三，在没有法定继承人的情况下，死者只用遗嘱处分了部分遗产，遗产未加处分的那部分也是无人继承的遗产。

根据我国继承法的规定，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，归所在集体所有制组织所有。集体组织实行“五保”的“五保户”的遗产，如双方没有扶养协议，死者有遗嘱继承人或法定继承人要求继承的，按遗嘱继承或法定继承处理，但集体组织有权扣回“五保”费用。由国家或集体组织供给生活费用的烈属和享受社会救济的城市居民的遗产，应与其合法继承人继承，而不归国家或集体组织所有。

下编 民事程序法

第一章 民事诉讼与民事诉讼法

第一节 民事诉讼

一、民事诉讼的概念

民事诉讼是人民法院在所有诉讼参与人的参加下，审理和解决民事案件的诉讼活动以及在活动中产生的各种法律关系的总和。

民事诉讼的基本的内容是人民法院和诉讼参与人所进行的诉讼活动，以及在活动过程中产生的法律关系。诉讼活动表现为人民法院、当事人及诉讼参与人的各种诉讼行为，它会引起诉讼上法律后果的发生，并推动着民事诉讼的发展；诉讼法律关系表现为人民法院与各诉讼参与人之间在民事诉讼中形成的各种权利义务关系。诉讼活动如何进行，诉讼主体之间权利义务关系如何，都决定于民事诉讼法的规定。

民事诉讼的表现形式是民事诉讼制度和诉讼程序，诉讼制度决定诉讼程序，诉讼程序服务于诉讼制度，两者共同构成完整的、统一的民事诉讼程序制度。

民事诉讼的整个过程由若干个诉讼阶段组成。我国民事诉讼法中规定的民事诉讼的主要阶段有：起诉与受理；案件审理前的准备；开庭审理，裁判；上诉；执行等。上述各阶段各自独立存在，相互之间又有联系，民事诉讼活动既可能通过上述全部阶段来完成，也可能在某个阶段即告结束。此外，民事诉讼法还规定有再审阶段，但这一阶段，是为纠正有错误的裁定和判决而设立的，不是通常的诉讼阶段。

民事诉讼的作用，是通过民事诉讼制度和程序的运用，解决当事人之间的权利义务之争，保障民事、经济实体所确定的权利义务关系在社会生活中得以实现。

二、民事诉讼的特点

与社会生活中解决民事争议的其他方法(比如和解、调解、仲裁)相比较，民事诉讼有如下几个特点：

1. 民事诉讼是在国家审判机关的主持下进行的。和解是由当事人自行协商，调解是由人民调解委员会或有关机构主持进行，仲裁是由来自民间组织的仲裁委员会的仲裁员主持，而只有民事诉讼是由审判员代表国家行使审判权来主持进行。

2. 民事诉讼的进行应当依严格的诉讼程序和诉讼制度。严格的诉讼程序和诉讼制度来源于国家法律的规定，民事诉讼的参加者，包括在民事诉讼中起主导作用的法院，都应当予以遵守，不得违反。而以其他方式解决民事纠纷，则没有如此严格的程序和制度，即使是在有明确的程序和制度规定的仲裁活动中，仲裁参加者的自主程度要较民事诉讼高得多，行为的选择余地也较民事诉讼大。

3. 民事诉讼具有强制性。这一特点有两方面的表现，一是是否以该种方式来解决纠纷，不以双方合意为前提条件，只要争议的一方的起诉符合条件，

另一方即使是不愿参加民事诉讼，也得被强制参加。而和解、调解、仲裁等则是在双方当事人自愿参加的情况下方可进行。二是民事诉讼中法院所作的生效裁判，具有法律约束力，当事人不予履行裁判的义务时，法院可根据法律规定，强制执行。而和解、调解的结果则不具有强制执行力；仲裁裁决的实现，多数是由当事人自愿履行裁决，少数则有赖于法院通过民事执行程序来提供保障。

第二节 民事诉讼法

一、民事诉讼法的概念

民事诉讼法，是国家制定的、规范法院与民事诉讼参与人诉讼活动，调整法院与诉讼参与人法律关系的法律规范的总和。

民事诉讼法有狭义与广义之分。狭义的民事诉讼法，是指国家制定的民事诉讼法法典，如《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)。广义的民事诉讼法，不仅包括民事诉讼法法典，而且还包括宪法、其他法律、法规中有关民事诉讼的规范，以及最高人民法院作出的有关民事诉讼的规范性文件，如《最高人民法院关于适用 中华人民共和国民事诉讼法 若干问题的意见》。这些规范性文件，由于其内容具体详细，针对性强，在民事诉讼实务中经常适用，因此，它们是掌握民事诉讼法不可或缺的重要内容。

二、民事诉讼法的属性

民事诉讼法的属性，可以从其在法律体系中的地位、调整的社会关系及其内容与作用等几个方面来确定：第一，从其在法律体系的地位来分析，它保障民法、经济法等重要实体法在社会生活中的贯彻实施，作为法律体系中的一个重要的法律部门，其地位仅次于宪法，与民法、刑法、刑事诉讼法等法律部门一样，居于基本法的地位。第二，从其调整的社会关系来分析，它调整民事诉讼法律关系。它所调整的这一特定法律关系，是其他法律部门无法独立调整的，这意味着民事诉讼法在社会生活中有其特定的作用，是其他法律部门不可取代的，也决定了民事诉讼法属于独立的部门法。第三，从民事诉讼法所确定的内容来分析，它主要规定的是民事诉讼活动过程中诉讼主体的权利和义务，以及用来保证这些权利的行使，义务的履行的诉讼制度和程序，这表明民事诉讼法属于程序法。

三、民事诉讼法任务

民事诉讼法的任务，是国家制定民事诉讼法的出发点和归宿点。《民事诉讼法》第2条对我国民事诉讼法的任务作了规定，概括起来由如下几项任务：

(一)保护当事人行使诉讼权利

诉讼权利是当事人维护自己民事权益的手段，是其进行诉讼活动，实施具体诉讼行为的根据。当事人的诉讼权利如果得不到保护，诉讼程序也就无法正常运转，诉讼制度也就得不到有效的贯彻。因此，保护当事人行使诉讼权利，是民事诉讼法的首要任务。

(二)保证人民法院正确审理案件

案件是否能得到正确的审理，关系到当事人的合法权益是否能得到司法保护，关系到国家的法律制度在民众心中是否有权威。因此保证人民法院正确审判民事案件，与保护当事人行使诉讼权利一样，同样是民事诉讼法的重要任务之一。

(三)确认民事权利义务关系，制裁民事违法行为，保护当事人的合法权益

民事诉讼法是解决民事主体权利义务之争的程序法。程序法是否能有效地发挥这一功能就在于它是否能通过诉讼制度的贯彻和诉讼程序的运用对有争议的民事权利义务关系予以确认，并在此基础上，对违法行为予以制裁，实现对当事人合法权益的保护。因此，确认民事权利义务关系，制裁民事违

法行为，保护当事人的合法权益，也就成为民事诉讼法的任务之一。

(四)教育公民自觉遵守法律

自觉遵守国家法律，是社会法制化的基本要求。实际上国家各类法律都应承担起教育公民自觉遵守法律的任务，只是它们各自实现这一任务的手段不同而已。民事诉讼法作为国家的基本法和程序法，它是通过民事审判活动，来表明国家法律支持什么、否定什么、制裁什么、维护什么，以实现教育公民自觉遵守法律的任务。

民事诉讼法的四项任务，是为了达到一个目的，即维护社会秩序、经济秩序、保障社会主义建设事业顺利进行。

四、民事诉讼法的效力

民事诉讼法的效力是指民事诉讼法适用所涉及之效力范围。它包括对什么人、什么事发生效力，在什么时间、什么空间发生效力。

(一)对人的效力

对人的效力是指民事诉讼法对哪些人具有拘束力。《民事诉讼法》第4条规定：“凡在中华人民共和国领域内进行民事诉讼，必须遵守本法。”这一规定意味着，无论是谁，只要是在我国领域内进行民事诉讼，就得适用我国的民事诉讼法。因此，我国民事诉讼法对人的适用范围是：我国公民、法人和其他组织；在我国领域内居住的外国人、无国籍人，以及在中国的外国企业和组织；申请在我国进行民事诉讼的外国人、无国籍人，以及外国企业和组织。

(二)对事的效力

对事的效力，是指哪些案件适用民事诉讼法的规定进行审理。《民事诉讼法》第3条规定：“人民法院受理公民之间、法人之间、其他组织之间以及他们相互之间因财产关系和人身关系提起的民事诉讼，适用本法的规定。”此外，根据民事诉讼法第二编中的有关规定，某些特殊类型的案件也适用民事诉讼法审理。据此适用民事诉讼法审理的案件有下列几类：

1. 因民法、婚姻法、继承法等实体法律调整的平等民事主体的财产关系和人身关系所发生的民事纠纷案件，如债权债务纠纷案件、离婚案件、继承遗产案件等；

2. 因经济法、劳动法等实体法调整的法律关系所发生的，法律、法规规定属于人民法院适用民事诉讼法审理的经济案件和劳动案件，如经济合同纠纷案件、劳动合同纠纷案件、企业破产案件等；

3. 按民事诉讼法规定适用特别程序审理的选民资格案件和非诉案件；

4. 按督促程序解决的债权债务关系案件；

5. 按公示催告程序解决的宣告有关证券和有关事项无效的案件。

(三)在空间上的效力

在空间上的效力，是指民事诉讼法在什么地方发生效力。《民事诉讼法》第4条规定的内容表明，凡在中华人民共和国领域内进行民事诉讼，均适用民事诉讼法。中华人民共和国领域，包括领土、领海、领空，以及领土延伸的范围。

(四)在时间上的效力

在时间上的效力，是指民事诉讼法在什么时间之内具有拘束力。我国现行民事诉讼法自1991年4月9日颁布起生效。

第二章 诉与民事诉讼法律关系

第一节 诉

一、诉

(一) 诉的概念

通常认为，诉是指当事人向人民法院提出的保护实体权益的请求。诉这一请求，包括程序意义上和实体意义上的。程序意义上的诉，是指当事人依民事诉讼法的规定，向人民法院提出的诉讼请求；实体意义上的诉，是当事人请求法院依照实体法律规定来保护他的实体法上的合法权益。

(二) 诉的种类

依当事人请求的目的和内容的不同，可以把诉分为确认之诉、给付之诉和变更之诉三种。

1. 确认之诉，是指原告请求法院确认他与被告之间存在或不存在某种法律关系的诉讼。确认之诉的特点，是当事人只要求确认当事人之间发生争议法律关系的存在状态，并不直接要求法院判令某种给付。确认之诉所涉及的法律关系所具有的突出特点是，双方当事人对该法律关系是否存在有争议。在司法实务中，当事人提出的确认婚姻关系成立之诉、确认收养关系不成立之诉等，都属于确认之诉。

2. 给付之诉，是指原告请求法院判决被告履行一定义务的诉讼。给付之诉的特点，是原告要求法院判令被告履行一定的给付义务。原告这一请求的提出，可能是基于一个双方没有争议的法律关系，如配偶一方基于婚姻关系要求另一方给付抚养费；也可能是基于一个双方有争议的法律关系，如原告基于一个与被告有争议的买卖合同要求被告给付货款，在该争议中，原告认为他与被告存在合法的买卖合同关系并基于该关系，被告应向其支付货款，而被告则以为他与原告不存在合法的买卖合同关系，因此也就不存在给付货款问题。在此情况下，当事人首先应要求法院确认当事人之间一定的民事法律关系的存在，然后再请求给付。但应当明确的是像这类诉讼，仍然是给付之诉，而非确认之诉。因为该诉的目的是要求被告履行一定的给付义务，而不仅仅是确认法律关系状态如何。给付之诉在司法实践中很常见，如请求给付租金、赔偿金、货款的诉讼，请求拆除违章建筑的诉讼，请求返还某一特定物的诉讼，等等，都属给付之诉。

3. 变更之诉，又称形成之诉，是指原告要求变更或消灭他与被告之间一定法律关系的诉讼。变更之诉的特点是，当事人双方对现存的法律关系没有争议，但对是否要变更或如何变更这一关系有争议，比如，离婚诉讼，双方当事人对现存的婚姻关系都承认，只是对是否要解除婚姻关系有不同看法。在司法实务中，离婚诉讼，分割共有财产诉讼，解除合同诉讼等等都属于变更之诉。

(三) 诉的要素

诉的要素，是指构成一个诉应具备的基本因素。通常认为，诉的要素有二：一是诉讼标的；二是诉讼理由。

1. 诉讼标的，是指存在于当事人之间，发生争议并要求法院以裁判的形式予以解决的法律关系。当事人提出自己的实体权利主张，都要根据一定的法律关系，换句话说诉讼请求的提出，都应依据诉讼标的。

正确理解诉讼标的，应当明确以下两点：一是诉讼标的是一种民事上的法律关系，但其与一般的民事法律关系不同，它是发生争议，当事人请求法院以裁判的形式予以解决的民事实体上的法律关系；二是诉讼标的与诉讼标的物不同：如前所述，诉讼标的是一种实体上的法律关系，而诉讼标的物则是这一法律关系中的权利义务指向的对象，它具体地表现为一定的金钱、财物或行为。

2. 诉讼理由，是当事人提起诉讼和进行诉讼的事实上和法律上的根据。诉讼理由的提出，目的在于支持诉讼请求。诉讼理由包括两类：一是事实上的理由，二是法律上的理由。事实上的理由，是指双方当事人发生争议的法律关系发生、变更或消灭的事实，以及有关当事人民事权益是否受到侵害或者实体上的法律关系是否存在争议的事实。法律上的理由，主要是指当事人提出的诉讼请求有法律上受保护的根据。

二、诉权

(一) 诉权的概念

诉权，是法律赋予当事人进行诉讼的基本权能，是当事人进行诉讼活动的基础。诉权作为当事人进行诉讼活动所具有的权能，是源于国家法律对当事人合法权益和正当权利的保护，即诉权是法律赋予的。诉权作为保护当事人合法权益和正当权利的一种权能，其内容很广泛，贯穿于诉讼的全过程，并为双方当事人平等地享有，即原告、被告在诉讼全过程都平等地享有诉权。

(二) 诉权与诉讼权利的关系

诉权是国家法律赋予当事人进行诉讼的基本权能，诉讼权利则是国家法律赋予当事人及诉讼参与人实施诉讼行为的手段。诉权与诉讼权利既有联系又有区别。两者的联系表现为，诉权是当事人诉讼权利的基础，当事人的诉讼权利则是诉权在诉讼过程中的具体体现。当事人是否具有诉权，决定了其是否能进行诉讼，也就决定了其是否可以行使诉讼权利，而诉权要在诉讼中得以实现，则得通过诉讼权利的具体行使来完成。两者的区别表现为：诉权不仅基于程序法的规定，还基于实体法的规定，诉讼权利则只源于程序法的规定；诉权只是当事人享有，而诉讼权利不仅当事人享有，其他诉讼参与人也享有。因此，不能简单地认为诉权是诉讼权利的简称。 —

第二节 民事诉讼法律关系

一、民事诉讼法律关系的概念

(一)概念

民事诉讼法律关系是受民事诉讼法调整的，存在于人民法院与一切诉讼参与人之间的诉讼权利和诉讼义务关系。这一概念表明：民事诉讼法律关系是受民事诉讼法调整的一种社会关系；民事诉讼法律关系存在于人民法院与一切诉讼参与人之间；民事诉讼法律关系的内容，是民事诉讼权利和诉讼义务。

(二)特征

与其他法律关系相比较，民事诉讼法律关系具有如下特征：

1. 民事诉讼法律关系是人民法院与一切诉讼参与人之间存在的诉讼上的权利义务关系。这一特征表明：在民事诉讼中，人民法院以行使审判权为依据，当事人以行使诉权为依据，人民法院与当事人发生诉讼上的权利义务关系；而为了解决当事人之间的纠纷，保证人民法院公正行使审判权，民事诉讼法还规定了民事诉讼其他诉讼参加人和诉讼参与人的诉讼权利和义务，这些诉讼参加者因不同的诉讼目的参加诉讼，分别与人民法院发生民事诉讼法律关系。

2. 人民法院在民事诉讼法律关系中始终作为主体的一方，并居主导地位。在民事法律关系中，虽然各诉讼参加者都参与民事诉讼，但在各民事诉讼法律关系中，有一方总是人民法院，另一方则可能是原告、也可能是被告，还有可能是诉讼中第三人、诉讼代理人、证人、鉴定人等，而且在各个法律关系中，人民法院居主导地位。民事诉讼法律关系这一特点的形成，是因为人民法院是国家的审判机关，在民事诉讼中，它既是诉讼的参加者，还是诉讼的组织者、指挥者，当事人及其他诉讼参与人参加诉讼，都要各自与其发生联系，得在其组织下才可进行有关的诉讼活动。

3. 民事诉讼法律关系是既分立又统一的法律关系。在民事诉讼中，以人民法院作为一方，分别与各诉讼参与人发生诉讼上的法律关系，人民法院与各诉讼参与人之间单独存在诉讼上的权利义务关系。各种权利义务关系，在不同的诉讼程序和不同的诉讼阶段中，有不同的内容，从这个意义上说，各种诉讼法律关系是彼此独立的。而从另一方面上来说民事诉讼法律关系又是统一的，这是因为各种民事诉讼法律关系在民事诉讼中相互协调，统一于为解决当事人之间实体权利义务之争这一基础上。可以说，民事法律关系的分立，是该关系的表现形式，民事诉讼法律关系的统一，则是该关系存在的实质。

民事诉讼法律关系的上述特征，使其与其他法律关系相区别。

二、民事诉讼法律关系的要素

民事诉讼法律关系由主体、内容、客体三大要素构成。

(一)民事诉讼法律关系的主体

民事诉讼法律关系的主体是指依照民事诉讼法的规定参加诉讼，并在诉讼中享有诉讼权利的机关、法人、公民或其他非法人团体。在我国，人民法院、人民检察院、诉讼参加人、其他诉讼参与人都是民事诉讼法律关系的主体。

体。诉讼参加人具体指的是原告、被告、共同诉讼人、诉讼代表人、诉讼第三人和诉讼代理人等。其他诉讼参与人主要是指证人、鉴定人、翻译人员等。

(二) 民事诉讼法律关系的内容

民事诉讼法律关系的内容是指诉讼法律关系主体之间的诉讼权利和诉讼义务。诉讼法律关系主体在诉讼中的地位不同，决定了他们有不同的诉讼权利和诉讼义务。人民法院是基于民事审判权参加民事诉讼，他们在诉讼中的诉讼权利和诉讼义务的设定，都是为了实现审判职能和履行审判职责；人民检察院是基于法律监督权参加民事诉讼的，他们在民事诉讼中的诉讼权利和诉讼义务，是基于监督权而产生，并服务于其监督职能；当事人是基于诉权参加民事诉讼，他们参加诉讼的目的是为了维护自己的合法权益和正当权利，法律上赋予他们诉讼权利的目的在于为当事人维护自己的合法权益提供司法保护，其作用在于为当事人实施自己的诉讼行为提供法律根据。法律在赋予当事人诉讼权利的同时，还要求当事人履行一定的诉讼义务，目的在于保障诉讼的顺利进行；诉讼代理人是基于诉讼代理权参加诉讼，其所享有的诉讼权利和应履行的诉讼义务，是代理当事人进行诉讼活动，维护当事人合法权益的需要；其他诉讼参与人则是基于更好地协助人民法院查明案件事实这一目的，而享有法律赋予的诉讼权利和承担法律要求的诉讼义务。

(三) 民事诉讼法律关系的客体

民事诉讼法律关系的客体是指民事诉讼法律关系主体之间的诉讼权利和诉讼义务所指向的对象。民事诉讼法律关系主体之间的关系不同，民事诉讼法律关系的客体也就有所差异。在人民法院与诉讼参加人的法律关系中，其客体是案件事实和实体权利的请求；在人民法院与人民检察院的法律关系中，其客体是人民法院生效裁判所认定的事实和适用法律的行为；在人民法院与其他诉讼参与人之间的法律关系中，其客体是案件事实。

三、民事诉讼法律关系发生、变更和消灭的原因

引起民事诉讼法律关系发生，变更和消灭的原因是诉讼中发生的法律事实。诉讼上的法律事实包括两类：一是诉讼上的法律行为，一是诉讼上的事件。

(一) 诉讼上的法律行为

诉讼上的法律行为是指诉讼法律关系主体在诉讼中所进行的有意识的诉讼活动，即通常所说的诉讼行为。严格意义上的诉讼行为，是合法的诉讼行为，因为，只有合法的诉讼行为，才会产生与该行为相适应的法律后果，引起有关民事法律关系的发生、变更和消灭。

诉讼行为包括作为和不作为。作为是指有关的诉讼法律关系主体实施了法律规定的一定的诉讼行为，如原告起诉、撤诉、被告反诉等。不作为是指诉讼法律关系主体在有权进行有关诉讼行为的情形下不实施有关的诉讼行为，比如，一审当事人在上诉期间内不提起上诉，执行程序中的权利人在申请执行期内不申请执行等等。

应当明确，在民事诉讼法律关系中，各主体的诉讼行为都有可能引起民事诉讼法律关系的发生、变更和消灭，但相对而言，人民法院、诉讼当事人的诉讼行为，对民事诉讼法律关系的发生、变更和消灭有着重大的影响，甚至有决定性的意义。

(二) 诉讼上的事件

诉讼上的事件是指在诉讼过程中发生的不以诉讼法律关系主体意志为转

移而引起民事诉讼法律关系发生、变更或消灭的客观事件。诉讼上的事件主要包括：当事人死亡、法人消灭、非法人团体被撤销或消灭，等等。

相对诉讼上法律行为而言，诉讼上的事件只在诉讼中偶然发生，在一般情况下，对民事诉讼法律关系的影响，它要较在每个诉讼中都存在的诉讼行为要小。

四、研究民事诉讼法律关系的意义

研究民事诉讼法律关系有如下几点意义：

第一，有利于掌握和理解民事诉讼法。民事诉讼法中规定了诸多的诉讼制度和程序，如何把握各种制度和各种程序，关键在于对各种制度和程序的正确理解以及明了它们之间的相互关系，而民事诉讼法律关系则是联系各种制度和程序的一条红线，把握住了民事诉讼法律关系，就有利于从整体上了解民事诉讼法的内容，有利于全面、正确地掌握和理解民事诉讼法。

第二，有利于学好民事诉讼法学。民事诉讼法学是研究民事诉讼发展规律的学科。学习民事诉讼法学，实际上也就是要了解民事诉讼发展的规律。所谓对民事诉讼的发展规律问题的研究，主要也就是对民事诉讼应当有谁来参加，民事诉讼活动应当如何进行，活动过程中各主体相互之间关系如何等主要问题的研究，而对这些问题的正确理解，都有赖于对民事诉讼法律关系的正确把握。因此，研究民事诉讼法律关系，有利于学好民事诉讼法学。

第三，有利于人民法院正确行使审判权、履行审判职责；有利于当事人及其他诉讼参与人依法行使自己的诉讼权利，履行诉讼义务。民事诉讼法律关系确定了各主体在民事诉讼中的诉讼权利和诉讼义务，只有掌握了民事诉讼法律关系，才能使各主体正确地行使诉讼权利和履行诉讼义务。

第三章 民事诉讼基本原则与基本制度

第一节 基本原则

一、基本原则概述

民事诉讼法的基本原则，是指在民事诉讼的全过程中，或者在重要的程序阶段起指导作用或主导作用的基本准则。

《民事诉讼法》在第一编第一章中对基本原则作了规定，据此规定，民事诉讼法的基本原则有 19 个。但按照学理上理解，这些基本原则中的一些内容不应列入基本原则中，而应列入基本制度中，因为它们只是对法院的审判活动有指导作用，如合议、回避、公开审判、两审终审等就属于基本制度的范畴。此外，在民事诉讼基本原则中，有些原则是民事诉讼法与宪法、刑事诉讼法、人民法院组织法共有的，有的则是民事诉讼法特有的，限于篇幅，本教材只对民事诉讼法的特有原则进行说明。

二、民事诉讼法特有原则

民事诉讼法的特有原则，是指根据民事诉讼自身特点，仅在民事诉讼法规定，只适用于民事诉讼活动的基本原则。

(一)当事人诉讼权利平等原则

《民事诉讼法》第 8 条对此原则作了规定，据此规定，该原则的基本含义包括：第一，双方当事人在诉讼中地位平等，原告、被告享有对等的诉讼权利和承担对等的诉讼义务。第二，人民法院应当为双方当事人平等地行使诉讼权利提供便利和保障。

(二)同等原则

《民事诉讼法》第 5 条第 1 款规定：“外国人、无国籍人、外国企业和组织在人民法院起诉、应诉，同中华人民共和国公民、法人和其他组织有同等的诉讼权利和义务。”这一规定，表明同等原则的基本含义是：在民事诉讼中，外国当事人与中国当事人具有平等的诉讼地位，有同等的诉讼权利和义务，不因当事人是外国人而限制或扩大其诉讼权利或者减少或加重其诉讼义务。

(三)对等原则

《民事诉讼法》第 5 条第 2 款规定：“外国法院对中华人民共和国公民、法人和其他组织的民事诉讼权利加以限制的，中华人民共和国对该国公民、企业或者组织的民事诉讼权利，实行对等原则。”这一规定表明对等原则的基本含义是：遇有外国法院限制中国公民、法人或其他组织民事诉讼权利的，中国法院也相应地限制该国公民、企业组织的民事诉讼权利。对等原则的适用是有针对性的，它只针对相应的国家，而不涉及第三国，这与同等原则适用的普遍性是有所区别的。

(四)调解原则

《民事诉讼法》第 9 条对调解原则作了规定，据此规定，调解原则的基本含义是：第一，在民事诉讼整个过程中，人民法院都可以主持调解。第二，人民法院主持调解，应当遵循自愿和合法的原则，即调解的进行，应当是在双方当事人愿意调解的基础上，调解程序应当合法，调解的协议也应合法。

参见刘家兴主编：《民事诉讼法学教程》，北京大学出版社 1994 年版，第 62 页；柴发邦主编：《中国民事诉讼法学》，中国人民公安大学出版社 1992 年版，第 77 页。

第三，调解是解决民事案件的方式之一，若调解未能达成协议，人民法院应及时判决，不应久调不决。

(五) 辩论原则

《民事诉讼法》第 12 条对辩论原则作了规定。辩论原则的内容包含以下几个方面：第一，民事诉讼中的辩论，是在人民法院的主持下进行的，参加者是当事人双方及依法享有辩论权的诉讼代理人。第二，辩论的内容，是案件事实及争议的问题，包括案件实质性和程序性问题。第三，辩论的形式，有书面形式和口头形式。第四，辩论权的行使，贯穿于诉讼全过程，而不仅仅是限于辩论阶段。第五，人民法院应当保障双方当事人充分行使辩论权，为当事人行使辩论权提供方便。第六，人民法院应当重视辩论的作用，未在法庭上辩论和质证的证据，不得作为法院裁判的根据。

(六) 处分原则

《民事诉讼法》第 13 条对处分原则作了规定。处分原则的内容包括以下几个方面：第一，处分权为双方当事人享有，当事人在诉讼过程中可依法行使处分权。第二，当事人处分的内容，是自己享有的民事实体权利和民事诉讼权利。第三，当事人对自己权利的处分，应符合法律规定，不能危害国家、集体和他人的合法利益。第四，人民法院代表国家对当事人行使处分权进行监督。

(七) 人民检察院对民事审判活动实行法律监督原则

《民事诉讼法》第 14 条对该原则作了规定，该原则的基本内容是：第一，人民检察院对人民法院的审判活动有权进行监督。第二，人民检察院对审判活动进行监督的具体方式，是对法院已生效的判决、裁定，有《民事诉讼法》第 185 条规定情形之一的，按照审判监督程序提出抗诉。就现行民事诉讼法而言，人民检察院不对当事人的诉讼活动进行监督，也不具体参与通常的民事诉讼活动。

(八) 支持起诉原则

《民事诉讼法》第 15 条对此原则作了规定，支持起诉原则，是指机关、社会团体、企业、事业单位对损害国家、集体或者个人民事权益的行为，可以支持受害人向人民法院起诉。

支持起诉的条件应当是：限于侵权行为而产生的纠纷；支持起诉者应是机关、社会团体、企业、事业单位；被支持的受害人没有起诉。支持的形式：一般是道义上或物质上的，支持起诉者不可以自己的名义提起诉讼。

第二节 基本制度

民事诉讼法的基本制度，是在民事诉讼活动过程中的某个阶段或几个阶段对人民法院的民事审判起重要作用的行为准则。我国民事诉讼法的基本制度有：合议制、回避制、公开审判制、两审终审制。

一、合议制度

合议制是指由若干名审判人员组成合议庭对民事案件进行审理的制度。实行合议制，是为了发挥集体的智慧，弥补个人能力上的不足以保证案件的审判质量。

按合议制组成的审判组织，称为合议庭。根据民事诉讼法的规定，在不同的审判程序中，合议庭的组成人员有所不同。

总的来说，合议庭由3个以上的单数的审判人员组成。在普通程序中，合议庭的组成有两种形式：一是由审判员和人民陪审员共同组成，陪审员在人民法院参加审判期间，与审判员具有同等的权利。另一种是由审判员组成合议庭。在第二审程序中，合议庭由审判员组成；在再审程序中，再审案件原来是二审的，按第二审程序另行组成合议庭；在特别程序中，只要是要求对案件的审理实行合议制的，合议庭都由审判员组成。合议庭的审判工作，由审判长负责主持。审判长由院长或庭长担任，院长或庭长未参加合议庭的，由庭长指定合议庭中的审判员一人担任。合议庭评议，实行少数服从多数的原则。评议中的不同意见，必须如实记入评议笔录。

二、回避制度

回避制度，是指为了保证案件的公正审理，而要求与案件有一定的利害关系的审判人员或其他有关人员，不得参与本案的审理活动或诉讼活动的审判制度。该项制度的基本内容有：

(一)回避适用的对象

根据民事诉讼法的规定，适用回避的人员包括：审判人员(包括审判员和人民陪审员)、书记员、翻译人员、鉴定人、勘验人员等。

(二)适用回避的情形

根据《民事诉讼法》第45条的规定，具有下列情形之一的，应予以回避：第一，审判人员或其他人员是本案当事人或当事人的近亲属；第二，审判人员或其他人员与本案有利害关系；第三，与本案当事人有其他关系，可能影响对案件公正审理。所谓“其他关系”，是指除与案件有利害关系及与当事人有近亲属关系之外的特殊亲密或仇嫌关系的存在，足以影响案件的公正审理。

(三)回避的程序

回避的提出，可以是当事人提出申请，也可以是审判人员或其他人员主动自行提出。回避应当在案件开始审理时提出，回避事由在案件开始审理后知道的，可以在法庭辩论终结前提出。提出回避申请应当说明理由。回避申请提出后，是否准许申请，由法院决定，具体程序为，审判人员的回避，由法院院长决定，其他人员的回避，由审判长决定。法院对当事人提出的回避申请，应当在申请提出3日内，以口头或书面形式作出决定，申请人对决定不服的，可以在接到决定时申请复议一次。

(四)回避的法律后果

在当事人提出回避申请到法院作出是否同意申请的决定期间，除案件需

要采取紧急措施的外，被申请回避的人员应暂时停止执行有关本案的职务。法院决定同意申请人回避申请的，被申请回避的人退出本案的审判或诉讼；法院决定驳回回避申请而当事人申请复议的，复议期间，被申请回避的人员不停止参与本案的审判或诉讼。

三、公开审判制度

公开审判制度是指人民法院审理民事案件，除法律规定的情况外，审判过程及结果应当向群众、社会公开。所谓向群众公开，是指允许群众旁听案件审判过程(主要是庭审过程和宣判过程)；所谓向社会公开，是指允许新闻记者对庭审过程作采访，允许其对案件审理过程作报道，将案件向社会披露。

根据法律规定，公开审判也有例外，下列案件不公开审判：一是涉及国家秘密的案件，包括党的秘密、政府的秘密和军队的秘密；二是涉及个人隐私的案件；三是离婚案件、涉及商业秘密的案件。所谓商业秘密，是指技术秘密、商业情报等，主要包括生产工艺、产品配方、贸易联系、购销渠道等。无论是公开审理的案件，还是不公开审理的案件，宣判时一律公开。

四、两审终审制度

两审终审制度是指一个民事案件经过两级人民法院审判后即告终结的制度。依两审终审制度，一般的民事诉讼案件，当事人不服一审人民法院的判决、允许上诉的裁定，可上诉至二审人民法院，二审人民法院对案件所作的判决、裁定为生效判决、裁定，当事人不得再上诉。最高审判机关——最高人民法院所作的一审判决、裁定，为终审判决、裁定，当事人不得上诉。

根据民事诉讼法的规定，适用特别程序、督促程序、公示催告程序和企业法人破产还债程序审理的案件，实行一审终审。

第四章 诉讼管辖

第一节 主管

一、主管的概念

民事诉讼中的主管是指确定人民法院与其他国家机关、社会团体之间解决民事纠纷的分工和权限。

明确民事诉讼中人民法院主管的范围，有利于人民法院和其他国家机关、社会团体发挥自己解决民事纠纷的职能，有利于民事权利主体合法权益和正当权利的保护，还有利于提高工作效率。

二、法院主管的范围

在民事诉讼中，法院主管的范围，根据民事诉讼法及有关法律、法规、条例和政策的规定，主要有以下几类案件：

1. 由民法调整的财产关系和人身关系发生争议的案件。
2. 由婚姻法调整的婚姻家庭关系发生争议的案件。
3. 由经济法调整的经济关系发生争议的案件。
4. 由劳动法调整的部分劳动关系发生的劳动争议案件。根据我国有关法律规定，劳动争议，应当先由劳动争议仲裁委员会进行仲裁，当事人不服仲裁的，方可起诉。根据最高人民法院的有关司法解释，下列劳动争议，当事人一方或双方对劳动争议仲裁委员会的仲裁不服的，在收到裁决书之日起 15 日内向人民法院起诉，符合民事诉讼法规定的起诉条件的，人民法院应当受理：

(1) 国务院《国营企业劳动争议处理暂行规定》第 2 条、第 30 条、第 32 条规定的劳动争议案件。即企业行政与职工之间因履行劳动合同发生的争议；国家机关、事业单位、社会团体因履行劳动合同发生的劳动争议。

(2) 国务院《私营企业暂行条例》第 29 条规定的劳动争议案件。即私营企业业主与雇员之间发生的劳动争议。

(3) 其他法律、法规规定的由人民法院审理的劳动争议案件。

5. 由其他法律调整的社会关系依民事诉讼法规定由人民法院受理的案件。比如选民资格案件等。

第二节 诉讼管辖

一、管辖的概念

民事诉讼管辖是指确定上下级人民法院之间和同级人民法院之间受理第一审民事案件的分工和权限。

民事诉讼法设立诉讼管辖制度的意义是：

第一，便于人民法院行使审判权。管辖明确，各法院就能在自己的职权和职责范围内，及时行使审判职权和履行审判职责，从而能有效地避免法院之间对民事案件处理的互相推诿或互相争执。

第二，便于当事人请求司法保护。管辖明确，有利于当事人在民事权益受到侵害或者发生争执后知道应该到哪个法院去起诉或应诉，以便及时、有效地保护自己的合法权益。

第三，有利于维护国家主权。明确我国人民法院对涉外案件的管辖权，能切实有效地维护中国企事业单位和中国公民的合法权益，维护国家的利益。

为了保证管辖制度的正确设立，确立管辖制度时应当遵循一定的准则。我国民事诉讼立法在确定管辖制度时，主要依据下列原则：第一，方便人民群众诉讼的原则；第二，方便人民法院审判的原则；第三，保证案件公正审判的原则；第四，尽可能均衡各个法院的分工的原则；第五，维护国家主权的的原则；第六，原则性和灵活性相结合的原则。

二、管辖的种类

我国民事诉讼法结合我国的民事审判实践规定了下列几种管辖：级别管辖、地域管辖、指定管辖和移送管辖。

(一)级别管辖

级别管辖是指人民法院系统内划分上下级人民法院之间受理第一审民事案件的分工和权限。级别管辖的确定，在我国立法上主要是以案件的性质、案件的影响的大小为标准。此外，根据最高人民法院的有关司法解释，对于经济纠纷案件的级别管辖，还应当从诉讼单位的隶属关系、诉讼标的的金额大小以及案情繁简程度等方面来确定。根据《民事诉讼法》第18条至第21条的规定以及最高人民法院的有关司法解释，我国各级人民法院管辖第一审民事案件的具体分工为：

1. 基层人民法院管辖的第一审民事案件，除法律规定由中级人民法院、高级人民法院和最高人民法院管辖的第一审民事案件外，其余的第一审民事案件都由基层人民法院管辖。在司法实践中，我国绝大多数的第一审民事案件是由基层人民法院管辖的。

2. 中级人民法院管辖的第一审民事案件：第一，重大的涉外案件；第二，在本辖区内有重大影响的案件；第三，最高人民法院确定由中级人民法院管辖的案件。这些案件主要是：专利案件、海事案件、海商案件、涉及港澳台的重大案件。此外，经济纠纷的诉讼案件的诉讼单位属于省、自治区、直辖市以上的，一般由中级人民法院作为第一审；经济纠纷双方当事人争执标的数额较大，案件比较复杂的，也可以由中级人民法院作为一审。

3. 高级人民法院管辖的第一审民事案件为在本辖区内有重大影响的第一审民事案件。

4. 最高人民法院管辖的第一审民事案件有两类：第一，在全国有重大影

响的案件；第二，认为应当由本院审理的案件。

我国级别管辖的特点是：一是基层人民法院至最高人民法院依法受理第一审民事案件；二是级别管辖的重点在于区分基层人民法院和中级人民法院的分工；三是级别越低的法院受理的第一审民事案件量越大，级别越高的法院管辖的地域范围越广，但实际受理的第一审民事案件量越小。

(二)地域管辖

地域管辖是指确定同级的不同区域的人民法院受理第一审民事案件的分工和权限。地域管辖划分的根据通常是人民法院辖区与民事案件之间的某方面的关系，比如人民法院辖区与当事人住所地之间的关系，是确定一般地域管辖的根据，而人民法院辖区与诉讼标的之间的联系，则是划分特殊地域管辖的主要根据。

我国民事诉讼法规定的地域管辖，包括一般地域管辖、特殊地域管辖、协议管辖、专属管辖和共同管辖。

1.一般地域管辖。一般地域管辖是指按照当事人所在地与人民法院辖区的隶属关系所确定的管辖。该类管辖遵循“原告就被告”的原则，即原告起诉应到被告所在地的人民法院提出。

根据《民事诉讼法》第22条的规定，被告是公民的，其所在地为公民的住所地和经常居住地。住所地，是指公民的户籍所在地。经常居住地，是指公民离开住所地至起诉时已连续居住1年以上的地方，公民住院就医的地方除外。

原告起诉时，被告所在地不明确等情况应如何处理，最高人民法院的有关司法解释作了如下说明：

当事人的户籍迁出后尚未落户，有经常居住地的，由该地人民法院管辖；没有经常居住地，户籍迁出不足1年的，由其原户籍所在地人民法院管辖，超过1年的，由其居住地人民法院管辖。被告是法人的，其所在地为法人的住所地，即法人的主要营业地或主要办事机构所在地。对没有办事机构的公民合伙或合伙型联营体提起的诉讼，由被告注册登记地人民法院管辖；没有注册登记的，几个被告又不在同一辖区的，由被告住所地人民法院管辖。

在一般地域管辖中，下列情况由原告所在地人民法院管辖：第一，对不在我国领域内居住的人提起的有关身份关系的诉讼；第二，对下落不明或宣告失踪的人提起的有关身份关系的诉讼；第三，对被劳动教养和被监禁的人提起的诉讼。

2.特殊地域管辖。特殊地域管辖是指以诉讼标的所在地、被告住所地与法院辖区之间的关系所确定的管辖。根据我国民事诉讼法的规定，特别地域管辖有以下几种：

(1)因合同纠纷提起的诉讼，由被告住所地或者合同履行地人民法院管辖。依最高人民法院的有关司法解释，合同没有实际履行，当事人双方所在地又都不在合同约定的履行地的，应由被告住所地人民法院管辖，其他情况，则可以由合同履行地人民法院管辖。针对司法实际情况，最高人民法院对几种合同的合同履行地的确认作了如下说明：

第一，购销合同的双方当事人对合同中约定的交货地点有约定的，以约定的交货地点为合同履行地；没有约定的，依交货方式确定合同履行地；采用送货方式的，以货物送达地为合同履行地；采用自提方式的，以提货地为合同履行地；代办托运或按木材、煤炭送货办法送货的，以货物发运地为合同履

行地。购销合同的实际履行地点与合同中约定的交货地点不一致的，以实际履行地为合同履行地。

第二，加工承揽合同，以加工地作为合同履行地，但合同对履行地另有约定的除外。

第三，财产租赁合同、融资租赁合同以租赁物使用地为合同履行地，但合同中对履行地另有约定的除外。

第四，补偿贸易合同，以接受投资一方主要义务履行地为合同履行地。

(2)因保险合同纠纷提起的诉讼，由被告住所地或者保险标的物所在地人民法院管辖。如果保险标的物是运输工具或者运输中的货物，由被告住所地或者运输工具登记注册地、运输目的地、保险事故发生地的人民法院管辖。

(3)因票据纠纷提起的诉讼，由票据支付地或者被告住所地人民法院管辖。

(4)因铁路、公路、水上、航空运输和联合运输合同纠纷提起的诉讼，由运输始发地、目的地或者被告住所地人民法院管辖。

(5)因侵权行为提起的诉讼，由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。因产品质量不合格造成他人财产、人身损害提起的诉讼，产品制造地、产品销售地、侵权行为地和被告住所地人民法院均有管辖权。

(6)因铁路、公路、水上和航空事故请求损害赔偿提起的诉讼，由事故发生地或者车辆、船舶最先到达地、航空器最先降落地或者被告住所地人民法院管辖。

(7)因船舶碰撞或者其他海事损害事故请求损害赔偿提起的诉讼，由碰撞发生地、碰撞船舶最先到达地、加害船舶被扣留地或者被告住所地人民法院管辖。

(8)因海难救助费用提起的诉讼，由救助地或者被救助船舶最先到达地人民法院管辖。

(9)因共同海损提起的诉讼，由船舶最先到达地、共同海损理算地或者航程终止地人民法院管辖。

3. 协议管辖。协议管辖是指根据双方当事人的约定确定的管辖。在我国，根据民事诉讼法的有关规定，协议管辖应当符合下列条件：第一，双方当事人必须以书面的形式进行约定；第二，只能就合同纠纷进行约定；第三，约定只能针对第一审法院的管辖，第二审法院不能由当事人以协议进行约定；第四，协议管辖法院的范围只限于被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、合同标的物所在地法院。此外，协议管辖不得变更专属管辖和级别管辖。当事人协议不明或协议选择了两个以上可协议选择的法院管辖的，协议无效，所涉及的纠纷依合同纠纷管辖的规定来确定管辖法院。

4. 专属管辖。专属管辖是指法律规定某些诉讼标的特殊的案件由特定的人民法院管辖。

专属管辖具有强制性和排它性，即属专属管辖的案件，只能由享有专属管辖权的法院管辖，其他法院无权管辖，法律也不准许当事人以协议变更专属管辖。

根据我国民事诉讼法的规定，适用专属管辖的案件有以下三种：第一，因不动产纠纷提起的诉讼，由不动产所在地人民法院管辖；第二，因港口作业中发生纠纷提起的诉讼，由港口所在地人民法院管辖；第三，因继承遗产纠纷提起的诉讼，由被继承人死亡时住所地或者主要遗产所在地人民法院管

辖。

5. 共同管辖。共同管辖是指对同一诉讼依照法律规定两个或两个以上的人民法院都有管辖权。遇有共同管辖的情形，依法应确定享有管辖权的人民法院中的一个人民法院行使管辖权。根据我国民事诉讼法的规定，两个以上人民法院都有管辖权的诉讼，原告可以向其中一个人民法院起诉；原告向两个以上有管辖权的人民法院起诉的，由最先立案的人民法院管辖。

地域管辖与级别管辖之间有着密切的联系，从管辖权限划分上讲，级别管辖是从纵向对法院系统内部各级人民法院受理第一审民事案件的权限确定，而地域管辖则是在案件管辖属哪级法院确定之后，在同级法院之间来确定案件到底由哪一地区的人民法院管辖，是从横向来对法院管辖第一审民事案件进行分工。因此，可以说，级别管辖是地域管辖的前提，而地域管辖则是级别管辖的落实。

(三) 指定管辖和移送管辖

1. 指定管辖。指定管辖是指上级人民法院在法律规定的情形下，对某个具体的案件，指定其辖区内某个下级人民法院予以管辖。根据我国民事诉讼法对指定管辖的规定，适用指定管辖的情况有两种：

第一，对案件有管辖权的人民法院因特殊原因无法行使管辖权。所谓特殊原因，包括法律上和事实上的特殊原因。

第二，两个以上的同级人民法院对管辖权发生争议，且协商不成，由其共同的上级人民法院指定管辖。在此种情况下，上级人民法院既可能指定发生争议的几个人民法院中的其中之一，也可能指定其他的人民法院行使管辖权。

2. 移送管辖。移送管辖是指人民法院受理案件后，受诉人民法院发现自己对该案无管辖权，而将案件移送给有管辖权的人民法院。根据我国民事诉讼法有关移送管辖的规定，进行移送管辖，应符合的条件是：第一，受诉人民法院对已受理的案件依法没有管辖权；第二，接受案件移送的人民法院被认为对案件依法具有管辖权。此外，根据法律规定，为了保证案件的及时审理，移送只能进行一次，接受移送的人民法院不得再次将案件进行移送，若其认为自己对该案件也无管辖权，可将案件报送上级人民法院，由上级人民法院指定管辖。根据最高人民法院的有关司法解释，下列情况不发生移送管辖：第一，两个以上人民法院都有管辖权的诉讼，先立案的人民法院不得将案件移送给另一个有管辖权的人民法院；第二，有管辖权的人民法院受理案件后，不得以行政区域变更为由，将案件移送给变更后有管辖权的人民法院；第三，具有管辖权的人民法院受理案件后其对案件的管辖权，不因当事人住所地、经常居住地在诉讼中发生变更而受影响，即不发生移送管辖的问题。

与移送管辖关系密切的另一项管辖制度是管辖权转移。所谓管辖权转移，是指经上级人民法院的决定或同意，将案件的管辖权由上级人民法院转移给下级人民法院，或者由下级人民法院转移给上级人民法院。实现管辖权的转移应当具备的主要条件是：进行移送案件的人民法院依法律规定应当对案件有管辖权；移送应当有必要，即有实际意义；移送应当在有隶属关系的上下级人民法院之间进行；移送得由上级人民法院决定或同意。根据我国民事诉讼法的有关规定，管辖权的转移有下列几种情况：

第一，上级人民法院对下级人民法院管辖的案件，认为由自己审理为宜，而决定调上来由自己审理，从而使案件的管辖权由下级人民法院转移至上级

人民法院；

第二，上级人民法院对自己管辖的案件，认为由其下级人民法院审理为宜，而决定送交其下级人民法院审理，管辖权因此由上级人民法院转移至下级人民法院；

第三，下级人民法院对自己管辖的案件，认为需要由上级人民法院审理，报请上级人民法院同意后，管辖权由下级人民法院转移至上级人民法院。

3. 管辖异议。管辖异议是指人民法院受理案件后，被告在答辩期间向受诉人民法院提出的认为受诉人民法院对受诉的该案无管辖权的意见或主张。在我国，管辖异议的提出，应当符合下列条件：第一，管辖异议应当由案件的被告提出；第二，管辖异议应当在被告提交答辩状期间提出。

对于被告提出的管辖异议，受诉法院应当予以审议，并根据案件实际情况，对管辖异议作出裁定：管辖异议有理的，受诉人民法院应当裁定将案件移送至有管辖权的人民法院；管辖异议无理的，受诉人民法院裁定驳回异议。当事人对驳回管辖异议的裁定不服的，可以在接到裁定书 10 日之内，向受诉人民法院的上一级人民法院提起上诉，二审法院对当事人提出的上诉，依法应作出终审裁定。终审裁定所确定的管辖法院，即为该案的管辖法院。

第五章 诉讼参加人

第一节 当事人

一、当事人的概念

民事诉讼当事人是指与他人发生纠纷，而以自己名义参加诉讼，并受人民法院裁判约束的利害关系人。

民事诉讼当事人的基本特点表现为：就要求解决争议的法律关系而言，当事人与其有直接的法律上的利害关系，他或是该法律关系的权利享有者，或是义务的承担者，或是两者兼而有之；就参加的诉讼而言，当事人应以自己的名义参加，并由自己承担诉讼结果；就法院所作的裁判而言，当事人应受其直接的约束。

二、当事人的种类

当事人有广义与狭义之分。狭义的当事人指的是原告与被告。

原告是指为了保护自己的民事权益，以自己的名义向人民法院提起诉讼，从而引起民事诉讼程序发生的人。

被告是指被他人提起诉讼，而由法院通知应诉的人。

广义的当事人除了包括狭义的当事人外，还包括共同诉讼人、诉讼代表人、诉讼第三人，特别程序中的申请人和起诉人、执行程序中的申请执行人和被申请执行人。

三、诉讼权利能力和诉讼行为能力

(一) 诉讼权利能力

诉讼权利能力是指能够享有民事诉讼权利和承担民事诉讼义务的能力，即可以作为当事人进行诉讼的资格，因此又称当事人能力。具有当事人能力，就可以成为原告或被告。根据民事诉讼法第49条规定，公民、法人和组织均具有诉讼权利能力，可以作为民事诉讼当事人。公民的诉讼权利能力始于出生，终于死亡；法人的诉讼权利能力始于其成立之时，终于其消灭之时；其他组织的诉讼权利能力则依法律的特别规定而存在。

针对司法实践中确定当事人容易产生异议的一些情况，最高人民法院的有关司法解释对下列情况当事人的确定作了明确规定：第一，法人非依法设立的分支机构，或者虽依法设立，但没有领取营业执照的分支机构，以设立该分支机构的法人为当事人。第二，法人或者其他组织的工作人员因职务行为或者授权行为发生的诉讼，该法人或者其他组织为当事人。第三，个体工商户、农村承包经营户，合伙组织雇佣的人员在进行雇佣合同规定的生产经营活动中造成他人损害的，其雇主为当事人。第四，在诉讼中，个体工商户以营业执照上登记的业主为当事人。有字号的，应在法律文书中注明登记的字号。第五，当事人之间的纠纷经仲裁机构仲裁或者经人民调解委员会调解，当事人不服仲裁或者调解向法院提起诉讼的，应以对方当事人为被告。第六，法人或者其他组织应登记而未登记即以法人或者其他组织名义进行民事活动，或者他人冒用法人、其他组织名义进行民事活动，或者法人、其他组织依法终止后仍以其名义进行民事活动的，直接责任人为当事人。第七，企业法人合并的，因合并前的民事活动发生的纠纷，以合并后的企业为当事人。第八，企业法人未经清算即被撤销，有清算组织的，以该清算组织为当事人；没有清算组织的，以作出撤销决定的机构为当事人。第九，因新闻报导或其

他作品发生的名誉权纠纷，根据原告的起诉确定被告。只诉作者的，列作者为被告；只诉新闻出版单位的，列新闻出版单位为被告；如作者与所属单位为隶属关系，作品系作者履行职务所形成的，只列单位为被告。

根据最高人民法院的有关司法解释，民事诉讼法中所说的其他组织，是指依法成立，有一定的组织机构和财产，但又不具备法人资格的组织，包括：第一，依法登记领取营业执照的私营独资企业，合伙组织；第二，依法登记领取营业执照的合伙型联营企业；第三，经民政部门核准登记领取社会团体登记证的社会团体；第四，法人依法设立并领取营业执照的分支机构；第五，中国人民银行、各专业银行设在各地的分支机构；第六，中国人民保险公司设在各地的分支机构；第七，经核准登记领取营业执照的乡镇、街道、村办企业；第八，符合规定的其他组织。

(二) 诉讼行为能力

诉讼行为能力是指以自己的行为行使诉讼权利，履行诉讼义务的能力，又称诉讼能力。

公民的诉讼行为能力依法规定为在民事上具有完全民事行为能力者所具有，而在民事上为限制行为能力或无行为能力者，在诉讼上无诉讼行为能力。没有诉讼行为能力的当事人进行诉讼，由他们的法定代理人代为进行。

法人、其他组织的诉讼行为能力完全与其诉讼权利能力一致，即有诉讼权利能力者就有诉讼行为能力。它们的诉讼行为能力，由法定代表人或主要负责人具体实施。法定代表人是根据法律、行政命令或法人组织章程的规定产生的，通常情况下，法人的正职负责人是法人的法定代表人；没有正职负责人的，由主持工作的副职负责人担任法定代表人。设有董事会的法人，以董事长为法定代表人；没有董事长的法人，经董事会授权的负责人作为法人的法定代表人。其他组织参加诉讼以其主要负责人为代表人。

法定代表人参加诉讼只需向人民法院提交法定代表人的身份证明即可。在诉讼中，法人的法定代表人更换的，由新的法定代表人继续进行诉讼，并应向人民法院提交新的法定代表人身份证明，原法定代表人进行的诉讼行为有效。其他组织在诉讼中代表人发生变化，适用上述有关法定代表人更换的规定。

四、当事人的诉讼权利和诉讼义务

(一) 当事人的诉讼权利

当事人的诉讼权利是指法律赋予当事人在诉讼过程中维护自己合法权益的手段。当事人根据法律的规定，依法行使诉讼权利，就能产生相当的法律后果。

根据《民事诉讼法》第45条和第46条以及相关条文的规定，当事人的诉讼权利概括起来主要有以下两类：

1. 用以处分实体权利的诉讼权利。这些权利主要有：起诉权或反诉权、变更或承认诉讼请求权、请求和接受调解权、和解权、撤回起诉或撤回上诉权、上诉权、申请再审权、请求执行权等。上述诉讼权利的行使，都直接关系到当事人实体权益的状态，或是反映了当事人请求司法保护的范围、程序等。

2. 处分诉讼权利的诉讼权利。这些诉讼权利主要包括：委托诉讼代理人、申请回避权、提供证据权、质证权、辩论权、查阅庭审材料权、使用本民族语言文字进行诉讼权等。上述这些诉讼权利的行使，以维护实体利益为

目的，但在诉讼中并不直接涉及当事人的实体权益。

(二) 当事人的诉讼义务

当事人的诉讼义务是指法律要求当事人在诉讼过程中应当遵守的行为规则。民事诉讼法要求当事人履行的诉讼义务主要有：

1. 依法行使诉讼权利，尊重对方当事人和其他诉讼参与人诉讼权利的行使。
2. 遵守诉讼秩序。主要表现为：接受法院依法传唤、按时到庭参与诉讼活动、遵守法庭纪律、服从法庭指挥等。
3. 履行发生法律效力的裁定、判决和调解书。

第二节 共同诉讼人

一、共同诉讼人的概念

当事人一方或双方为两人以上的诉讼，称为共同诉讼。原告为两人以上的，称为共同原告；被告为两人以上的，称为共同被告。在共同诉讼中共居于相同诉讼地位的当事人，称为共同诉讼人。

二、共同诉讼的分类

因形成共同诉讼的原因不同，可将共同诉讼分为必要的共同诉讼和普通的共同诉讼。

(一)必要的共同诉讼

必要的共同诉讼是指共同诉讼人有共同的诉讼标的，人民法院认为属不可分之诉，而进行统一审理并作出合一判决的诉讼。所谓共同的诉讼标的，是指共同诉讼人在与对方发生争议的实体法律关系中存在着共同的利害关系或是有共同的权利，或是有共同的义务，因而共同诉讼人必须一同参加诉讼。这种诉讼，依法律规定及最高人民法院的有关司法解释，主要有以下几种：

第一，对合伙组织的诉讼。个体工商户、个人合伙或私营企业挂靠集体企业并以集体企业的名义从事生产经营活动的，在诉讼中该个体工商户、个人合伙或私营企业与其挂靠的集体企业为共同诉讼人。

第二，对业主与实际经营者不一致而提起的诉讼。营业执照登记的业主与实际经营者不一致的，以业主和实际经营者为共同诉讼人。

第三，因连带债权或连带债务而产生的诉讼。因保证合同纠纷提起的诉讼，债权人向保证人和被保证人一并主张权利的，人民法院应当将保证人和被保证人列为共同被告；债权人仅起诉保证人的，除保证合同明确约定保证人承担连带责任的外，人民法院应当通知被保证人作为共同被告参加诉讼；债权人仅诉被保证人的，可只列被保证人为被告。被代理人和代理人承担连带责任的，为共同诉讼人。

第四，因借用业务介绍信、合同专用章、盖章的空白合同书或者银行帐户而产生的诉讼，出借单位和借用人均为共同诉讼人。

第五，因企业法人分立前的民事活动发生的诉讼，企业法人分立的，以分立后的企业为共同诉讼人。

第六，在继承遗产的诉讼中，部分继承人起诉的，人民法院应当通知其他继承人作为共同原告参加诉讼；被通知的继承人不愿意参加诉讼又未明确表示放弃实体权利的，人民法院仍应将其列为共同原告。

第七，共有财产权受到他人侵害，部分共有权人起诉的，其他共有权人应当列为共同诉讼人。

在必要共同诉讼中，共同诉讼人应当一起参加诉讼，共同诉讼中的当事人没有参加诉讼的，人民法院应当依照《民事诉讼法》第119条的规定，通知其参加；当事人也可以向人民法院申请追加。人民法院对当事人提出的申请，应当进行审查，申请无理的，裁定驳回；申请有理的，书面通知被追加的当事人参加诉讼。人民法院追加共同诉讼人时，应通知其他当事人。应当追加的原告，已明确表示放弃实体权利的，可不予追加；既不愿意参加诉讼，又不放弃实体权利的，仍追加为共同原告，其不参加诉讼，不影响人民法院对案件的审理和依法作出判决。

根据《民事诉讼法》第53条第2款规定，在必要的共同诉讼中，共同诉

讼人中的一人的诉讼行为，经其他共同诉讼人承认的，对其他共同诉讼人发生法律效力。

(二) 普通的共同诉讼

当事人一方或双方为两人以上，其诉讼标的属同一种类，经当事人同意，法院认为可合并审理而将其合并审理的，为普通的共同诉讼。

普通共同诉讼制度的设立，目的在于提高诉讼效益。

普通共同诉讼的形成，应当符合下列条件：

第一，几个当事人具有诉讼标的属同种类的诉讼，这是构成普通共同诉讼的实质条件。

第二，几个诉讼必须属于一个人民法院管辖。

第三，几个诉讼的当事人愿意合并审理。

第四，人民法院认为将几个诉讼合并审理能够达到提高诉讼效益的目的而同意将几个诉讼合并审理。

在普通共同诉讼中，因共同诉讼人对诉讼标的并没有共同的权利或共同的义务，因此，他们在诉讼中进行诉讼行为，各自对自己的行为负责，其中一人的诉讼行为，对其他共同诉讼人不发生法律效力。人民法院对构成普通共同诉讼的几个诉讼虽然是合并审理，但判决则应对普通共同诉讼中各个当事人分别作出。

第三节 诉讼代表人

一、诉讼代表人的概念

当事人一方为具有共同或同样法律利益，因人数众多，而由其中一人或数人作为代表进行诉讼，称代表人诉讼。在代表人诉讼中，代表人数众多的一方当事人进行诉讼的人，便是诉讼代表人。

代表人诉讼制度的设立，目的是为了使当事人一方人数众多的诉讼能够有效、顺利地进行。所谓当事人一方人数众多的诉讼，根据最高人民法院的有关司法解释，是指当事人一方人数为 10 人以上的诉讼。

诉讼代表人具有如下特征：第一，他是代表人诉讼中人数众多的当事人中的一员，此特征使其区别于诉讼代理人；第二，他参加诉讼不仅仅是为了维护自己的利益，而且还要维护他所代表的其他当事人的利益，此特征使其区别于狭义上的当事人，也区别于共同诉讼中的共同诉讼人；第三，诉讼代表人参加诉讼，法院所作的判决，不仅对诉讼代表人发生效力，而且对被代表的其他当事人也发生效力。

二、诉讼代表人的分类

根据《民事诉讼法》第 54 条和第 55 条的规定，我国的诉讼代表人分为两类：代表人数确定的而人数众多的一方当事人参加诉讼的诉讼代表人和代表人数不确定的而人数众多的一方当事人参加诉讼的诉讼代表人。

(一) 人数确定的诉讼代表人

人数确定的诉讼代表人是指诉讼开始时一方当事人人数众多，起诉时人数已确定，由该群体推举一人或数人参加诉讼，接受该群体授权的代理人即为此种诉讼代表人。我国《民事诉讼法》第 54 条对该种诉讼代表人的产生及其诉讼权利、诉讼后果作了规定，概括起来为：第一，诉讼代表人由该方当事人推选产生；第二，诉讼代表人享有当事人所享有的诉讼权利，但其变更、放弃诉讼请求或者承认对方当事人请求，进行和解，必须经被代表的当事人同意；第三，代表人的诉讼行为对其所代表的当事人发生效力，法院对代表人诉讼所作的判决，效力及于诉讼代表人及所代表的全体当事人。

(二) 人数不确定的诉讼代表人

人数不确定的诉讼代表人是指在诉讼开始时尚难确定人数众多的一方当事人的人数，基于当事人的推选或当事人与法院的商定，而代表该方当事人进行诉讼活动的诉讼代表人。该种诉讼代表人与前种诉讼代表人的不同之处在于：起诉时，他所代表的当事人人数不确定；他的产生是源于当事人的推举或当事人与法院的商定；法院所作的裁判，除对参加登记的全体权利人发生效力外，还具有扩展性效力，即如果未登记的权利人在诉讼时效内以相同的事实和理由提起诉讼时，对其直接适用该判决、裁定。

根据最高人民法院的有关司法解释，对人数不确定的代表人诉讼案件，人民法院受理后，可以发出公告，通知权利人向人民法院登记。公告期根据具体案件的情况确定，最少不得少于 30 日。向人民法院提出权利登记的人，应证明其与对方当事人的法律关系和所受到的损害。证明不了的，不予登记，当事人可以另行起诉。

第四节 诉讼第三人

一、诉讼第三人的概念

诉讼第三人是指对他人之间的诉讼标的有独立请求权，或者虽无独立请求权，但案件的处理结果与其有法律上的利害关系，为了维护自己的合法权益而参加到他人之间已开始的诉讼中去的诉讼参加人。

诉讼第三人具有如下法律特征：第一，对他人之间的诉讼标的有独立请求权，或他人之间的诉讼结果有可能与其有法律上的利害关系；第二，他们参加诉讼是在他人之间的诉讼已经进行，已开始的诉讼中已有原告和被告，第三人居于第三方，有自己独立的诉讼地位；第三，他们参加诉讼的目的是为了维护自己的合法权益。

二、诉讼第三人的分类

依据诉讼第三人参加诉讼的根据，可将诉讼第三人分为两种：有独立请求权的第三人和无独立请求权的第三人。

(一)有独立请求权的第三人

有独立请求权的第三人是指在他人的诉讼开始后，对他人之间的诉讼标的提出独立请求权的诉讼参加人。对他人之间的诉讼标的有独立请求权，这是有独立请求权的第三人参加诉讼的根据。他在诉讼中既不同意原告的主张，也不同意被告的主张，而有自己独立的主张；他认为无论是原告胜诉，还是被告胜诉，都将损害他的利益；他参加诉讼，是将本诉讼的原告、被告作为其参加诉讼的被告，自己居于参加诉讼的原告的诉讼地位，在诉讼中，享有原告的诉讼权利，承担原告的诉讼义务。人民法院对第三人提起的参加诉讼，应与本诉讼合并审理，并合一判决。

(二)无独立请求权的第三人

无独立请求权的第三人是指对他人正在进行的诉讼的诉讼标的不能主张独立的请求权，但其与案件的处理结果有法律上的利害关系，为了维护自己的利益而参加到诉讼中去的诉讼参加人。所谓与案件的处理结果有法律上的利害关系，是指第三人与诉讼当事人中的某一方之间存在着一个实体上的法律关系，该法律关系与本诉讼的诉讼标的有牵连关系，法院对本诉讼的诉讼标的的处理有可能涉及到该法律关系。正因为无独立请求权第三人不能对本案的诉讼标的的主张独立请求权，但案件处理结果与其又有法律上的利害关系，所以，无独立请求权的第三人在诉讼中不能对本诉讼的诉讼请求进行处分，具体表现为无权放弃、变更诉讼请求或者申请撤诉，也无权对案件的管辖权提出异议，但有权申请或应人民法院通知参加诉讼，有权委托诉讼代理人、提供证据、出庭、参加法庭辩论、质证等，人民法院判决其承担民事责任时，他有权提出上诉。

第五节 诉讼代理人

一、诉讼代理人的概念

诉讼代理人是指根据法律规定或当事人的授权，以被代理人的名义进行诉讼活动的人。其特点是：第一，以被代理人的名义进行诉讼活动。其所进行的诉讼行为，视为被代理人的诉讼行为。第二，在法律规定或当事人授权的范围内进行代理活动。超出代理权限的代理行为，其效力不及于被代理人，由于超越代理权而给对方当事人或被代理人造成损失的，代理人要负赔偿责任。第三，代理活动的后果由被代理人承担。

鉴于诉讼代理人是代理当事人进行诉讼行为，是为了维护被代理的当事人的利益而参加诉讼活动，因此，诉讼代理人应当具有诉讼行为能力，并不得在一个诉讼中同时代理双方当事人。

二、诉讼代理人的分类

根据诉讼代理权发生的原因不同，可以将诉讼代理人分成两类：法定代理人和委托代理人。

(一)法定代理人

法定代理人是指根据法律的规定，代理无诉讼行为能力的当事人进行诉讼的人。

法定诉讼代理制度是为无诉讼行为能力的当事人进行诉讼而设立的代理制度。法定代理权的产生是源于国家法律的规定，与被代理人的意愿无关，与代理人的意愿也无关。我国《民事诉讼法》第57条规定：“无诉讼行为能力人由其监护人作为法定代理人代为诉讼。法定代理人之间互相推诿代理责任的，由人民法院指定其中一人代为诉讼。”最高人民法院的有关司法解释指出，当事人没有《民法通则》第16条第1、2款或者第17条第1款规定的监护人的，可以指定第10条第4款或者第17条第3款规定的有关组织担任诉讼期间的法定代理人。上述由人民法院指定代为诉讼的人，仍属法定代理人，法院的指定行为不过是在执行法律的规定，并没有改变代理性质。

因为法定代理人是代理无诉讼行为能力的当事人进行诉讼活动，这就决定了法定诉讼代理是特别代理，即法定代理人可以代理当事人实施一切诉讼行为。他的诉讼行为，视为当事人的诉讼行为，他有权依法处分当事人的实体权利和诉讼权利。但法定代理人毕竟不是当事人，他不是争议的诉讼标的所涉及的实体法律关系的主体，因此法定代理人在诉讼中死亡，如果当事人还有其他法定代理人，则诉讼继续进行；如果没有其他法定代理人，在等待新的法定代理人代理诉讼时，则中止诉讼而不是终结诉讼。而诉讼当事人死亡，则有的情况导致诉讼中止，有的情况则导致诉讼终结。

法定代理权是在特定情况下产生的，当这些特定情况消灭了，法定代理权也消灭了。具体说来，在下列情况下法定代理权归于消灭：第一，被代理人取得或恢复了诉讼行为能力；第二，法定代理人丧失了诉讼行为能力；第三，代理人或被代理人死亡；第四，因婚姻关系或收养关系产生的法定代理权，随着婚姻关系或收养关系的解除而消灭；第五，诉讼结束。

(二)委托代理人

委托代理人是指受当事人、法定代表人、法定代理人、诉讼代表人、诉讼中第三人的委托而代为诉讼行为的人。

委托代理有以下特点：第一，代理权的发生，是基于当事人等人的授权；

第二，委托事项和代理权限的范围，一般由委托人决定，但离婚诉讼，法律要求在离与不离的问题上，应由当事人向法院亲自表述；第三，当事人等人委托他人代理诉讼，必须向法院提交授权委托书。

根据我国《民事诉讼法》第 58 条规定，下列人员可以作为委托代理人：第一，律师；第二，当事人的近亲属；第三，社会团体或当事人所在单位推荐的人；第四，经人民法院许可的其他公民。根据最高人民法院有关司法解释，无民事行为能力人、限制行为能力人、可能损害被代理人的利益的人以及法院认为不宜作为诉讼代理人的人，不能作为诉讼代理人。

委托代理人的代理权通常由委托人决定。依法律规定，当事人等人授权他人代理诉讼，应当向人民法院提交由委托人签名或盖章的授权委托书，委托事项和代理权限范围应当在授权委托书中写明。委托代理人代为承认、放弃、变更诉讼请求，进行和解，提起反诉或上诉，必须有委托人的特别授权。当事人对代理人特别授权的，应在授权委托书中具体写明授权事项及权限。根据最高人民法院的有关司法解释，授权委托书仅写“全权代理”而无具体授权的，委托代理人无权代为承认，放弃、变更诉讼请求，进行和解，提起反诉，上诉。

根据《民事诉讼法》第 59 条第 3 款的规定，侨居在国外的中华人民共和国公民从国外寄来或者托交的授权委托书，必须经中华人民共和国驻该国的使领馆证明；没有使领馆的，由与中华人民共和国有外交关系的第三国驻该国的使领馆证明，再转由中华人民共和国驻该第三国使领馆证明，或者由当地的爱国华侨团体证明。

委托代理人的权限如果变更或解除，当事人应当书面告知人民法院，并由人民法院通知对方当事人。

委托代理权因下列原因消灭：第一，诉讼终结；第二，委托代理人丧失诉讼行为能力或死亡；第三，委托人解除委托或代表人辞却委托。

第六章 民事诉讼证据

第一节 证据的概念和种类

一、证据的概念与特征

民事诉讼证据是指能够证明案件真实情况的事实材料。证据有以下几个特征：第一，客观性，即证据必须是客观存在的事实材料；第二，关联性，即证据必须与待证的案件事实有内在的联系，这种内在联系具体表现为，证据应当是证明待证的案件事实的全部或一部；第三，合法性，即证据应当按法定要求和法定程序取得。实体法要求某些法律行为必须采用法定形式的，作为证明这些法律行为的证据材料就应当具备这些法定形式。

二、证据的种类

(一)法律规定的证据种类

证据的种类是指法律根据证据的外在表现形式而对证据所划分的类别。我国民事诉讼法将证据分为7种：书证、物证、视听资料、证人证言、当事人陈述、鉴定结论和勘验笔录。

第一，书证，是指以文字、符号、图案等表示的内容来证明案件待证事实的书面材料。常见的书证有：合同书、遗嘱文书、票据、来往信函、电文、图纸等。向人民法院提交书证，应提交原件，提交原件确有困难的，可以提交复印件、照片、副本、节录本等；提交外文书证的，必须附有中文译本。

第二，物证，是指以其存在的外形、特征、质量、性能等来证明案件待证事实的物品。常见的物证有：损坏赔偿案件中所涉及的被损坏物，产品质量纠纷案件中发生质量争议的产品等。向人民法院提交物证，应提交原件，提交原件确有困难的，可以提交复制品或照片。

第三，视听资料，是指以声音、图像及其他视听信息来证明案件待证事实的录像带、录音带、电脑软件等信息材料。常见的视听资料有：录音带、录像带、电影胶卷、各种电脑软件、光盘等。人民法院对视听资料，应当辨别真伪，并结合本案的其他证据，审查确定能否作为认定事实的根据。

第四，证人证言，是指当事人之外了解案件有关情况的人向人民法院就自己知道的案件事实所作的陈述。我国民事诉讼法将证人作证作为单位和公民对国家应尽的义务来规定，因此，凡是知道案件情况的单位和个人，都有义务出庭作证，但不能正确表述意志的人，不能作证。有能力作证，有关单位的负责人应当支持证人作证，证人确有困难不能出庭的，经人民法院许可，可以提交书面证言。书面证言应由法院的审判人员在法庭上宣读。

第五，当事人陈述，是指当事人就案件事实所作的陈述。当事人的陈述往往具有两面性：一是可信性，因为当事人是案件的经历者，因此，他们对案件情况了解得最全面、真切，陈述具有可信的一面；另一面是虚假性，这是因为当事人是案件的利害关系人，案件的处理结果关系到他的直接的利益，因此其在陈述中对有利自己的地方，可能夸大甚至虚构，对不利的情况，则有可能隐瞒，从而使其陈述可能有虚假的成分。鉴此，人民法院对当事人陈述应当结合本案其他证据的情况，来审查判断证据。

第六，鉴定结论，是指鉴定人运用自己的专业知识对当事人或人民法院提出的案件的有关问题所作出的判断结论。人民法院对需鉴定的问题，应当交由法定的鉴定部门鉴定；没有法定鉴定部门的，由人民法院指定的鉴定部

门鉴定。

第七，勘验笔录，是指勘验人员对被勘验的现场或物品所作的记录。勘验人员进行勘验，必须出示人民法院的证件，并邀请当地基层组织或当事人所在单位派人参加。当事人或当事人的成年家属应当到场，拒不到场的，不影响勘验的进行。有关单位和个人根据人民法院的通知，有义务保护现场，协助勘验工作。勘验人应当将勘验结果制作笔录，由勘验人、当事人和被邀请参加人签名或盖章。

(二)学理上对证据的分类

学理上根据不同的标准，对证据的类别作了划分。

1.按照证据与当事人所主张事实的关系，可以把证据分为本证与反证。对当事人主张的事实有肯定性作用的证据，称为本证。如原告主张被告应返还逾期借款，他向法院提交的被告书写的借条即为本证。本证的主要作用是对当事人主张的事实的真实性或可靠性予以肯定。而对对方当事人主张的事实予以否定的证据，则为反证。如前例被告出示了一张原告书写的被告已返还借款并说明因借条已丢失而无法将被告的借条退还被告的收条及说明，即为反证。反证的作用主要是对对方的当事人的主张予以否定。

2.按照证据的来源，可以将证据分为原始证据和派生证据。原始证据是指直接来源于案件事实的证据，即所谓的第一手资料。如合同原件、发票原件、遗嘱原件等。原始证据因直接来源于案件事实，而具有较强的可靠性，相对而言不易伪造。派生证据是指从原始证据中派生出来的证据，又称传来证据。如合同的复印件，文件的抄本等。派生证据的形成因其经过的中间环节，相对而言可靠性差，也易伪造。通常情况下是在无法收集到原始证据时才予以使用。

3.按照单个证据与证明对象之间的关系，可以把证据分为直接证据和间接证据。直接证据是指能够单独地、直接地证明待证事实的证据。如原告提出的购销合同来证明他与被告之间的购销关系，该合同就属直接证据，因为它单独地、直接地证明了原被告之间存在的购销关系。直接证据因其能单独、直接地证明待证事实，具有很强的证明力，因此，在实践中应受到充分的重视。间接证据是指单个证据无法直接证明待证事实，而是得通过与其他证据联合在一起，方有可能证明待证事实的证据。比如，在一起交通事故损害赔偿案件中，原告指控被告为交通事故侵权方，其提出的证据有：肇事车为黄色小面包车，车号为 WZ-74XX98(中间两位数未看清)，肇事车撞倒原告自行车时，肇事车右灯破裂。被告单位车队证明，发生上述交通事故时，被告驾驶其自己的黄色小面包车(车号为 WZ-743698)外出办事，第二天被告驾车回单位时该车右灯破裂，被告称是碰到路边的树上造成的。在该案中，原告提供的单个证据并不能直接证明被告为侵权方，但上述几个证据联系在一起，就可以证明被告为侵权方。上述各个证据即为间接证据。间接证据因其单个并无法证明待证事实，相对而言，证明力较弱，但其仍具有重要作用：可以为寻找直接证据提供线索；鉴别、印证直接证据；在无法收集到直接证据，而若干个有效的间接证据综合在一起，也能证明一定的待证事实。

第二节 待证事实

一、待证事实的概念

待证事实是指需要证明主体运用证据来予以证明的与案件有关的事实，也称证明对象。待证事实只有在主张该事实存在的一方当事人予以举证证明，法院查明该事实成立并予以确认时，方可以作为法院判决的根据。若待证事实无法得以证明，法院也无法查明该事实时，则当事人的相关主张将得不到法院的支持。

二、待证事实的范围

待证事实主要有以下几个方面：

1. 当事人主张的民事实体权益的法律事实。该部分法律事实主要有以下几类：(1) 当事人之间产生权利义务关系的法律事实。如结婚登记、合同签订等。(2) 当事人之间变更权利义务关系的法律事实，如合同变更。(3) 当事人之间消灭权利义务关系的法律事实。如合同解除、离婚登记、收养关系的解除。(4) 妨碍当事人权利行使、义务履行的法律事实。如权利或义务主体丧失行为能力、不可抗力的发生等。(5) 当事人之间权利义务发生纠纷的法律事实。如是否构成侵权的事实，一方主张赔偿另一方不同意赔偿的事实等。

2. 当事人主张的具有程序上意义的事实。具有程序意义上的事实，虽然不直接涉及当事人的实体权利，但对诉讼的进行会发生很大的影响。比如，关于当事人是否符合条件的事实，关系到当事人是否能参加诉讼；关于法院是否有管辖权的事实，关系到受诉法院能否对该案件进行审判；关于某一审判人员是否具有回避情形的事实，关系到该审判人员是否能参加该案件的审理；关于当事人耽误上诉期间理由是否正当的事实，关系到当事人上诉权是否能继续行使，等等。

3. 证据事实。证据事实是指哪些证明证据本身是否客观、真实、合法的事实。这些事实，关系到某一证据是否可作为认定事实的根据。如被告提出的证明原告出具的借条上的被告签名属伪造的事实；原告提出的证明被告向法院提供的原被告间的谈话录音是未经原告同意而录取的事实，等等。

三、不需要证明的事实

根据最高人民法院的有关司法解释，下列事实，当事人无需举证：

1. 一方当事人对另一方当事人陈述的案件事实和提出的诉讼请求，明确表示承认的。如原告诉称被告借款 500 元逾期未还，被告表示承认这一事实，原告因被告的承认而无需对自己的主张举证。

2. 众所周知的事实和自然规律及定理。如中华人民共和国于 1949 年 10 月 1 日成立，中午 12 点是白天，三角形的两边之和大于第三边等等。

3. 根据法律规定或已知事实，能推定出另一事实。例如已知某甲从未到过 A 城市，由此也就可以推定在 A 城市发生的某个行为不是某甲亲自所为。

4. 已为人民法院发生法律效力裁判所确定的事实。如 B 市人民法院的某一生效判决确认甲乙双方 H2 号购销合同合法有效，另一案件又涉及 H2 号购销合同是否有效问题，这个问题就无需证明。

5. 已为有效公证书所证明的事实。《民事诉讼法》第 67 条规定：“经过法定程序公证证明的法律行为、法律事实和文件，人民法院应当作为认定事实的根据。但有相反证据足以推翻公证证明的除外。”由此可见，在通常情况下，经公证证明的事实无需举证，只有当公证文书被推翻时，相关的事实

方需证明。

第三节 举证责任

一、举证责任的概念

举证责任是指当事人对自己提出的主张，有提出证据并加以证明的责任。它的基本含义是：第一，当事人对自己提出的主张，应当提出证据；第二，当事人对自己提供的证据，应当予以证明，以表明自己所提供的证据能够证明其主张；第三，若当事人对自己的主张不能提供证据或提供证据后不能证明自己的主张，将可能导致法院对自己不利的裁判。

二、举证责任的负担

举证责任的主体是民事诉讼当事人，具体某一事实应由谁举证，这就是我们所说的举证责任的负担问题。依我国民事诉讼法的有关规定，遵循“谁主张，谁举证”的原则。这意味着，无论是原告、被告，共同诉讼人、诉讼代理人，还是有独立请求权的第三人，都有责任对自己的主张提供证据并加以证明。只有法律规定无需证明的事实，当事人方可不负举证责任。

三、举证责任的顺序和举证责任的倒置

就举证顺序而言，通常情况下，对原告提出的事实是由原告先举证，只有原告尽到了自己的举证责任，被告予以反驳时，才由被告对反驳意见提供证据并加以证明。但在下列侵权诉讼中，依最高人民法院的有关司法解释，对原告提出的侵权事实，被告否认的，由被告负责举证：(1)因产品制造方法发明专利引起的专利侵权诉讼；(2)高度危险作业致人损害的侵权诉讼；(3)因环境污染引起的损害赔偿的诉讼；(4)建筑物或者其他设施以及建筑物上的搁置物、悬挂物发生倒塌、脱落、坠落致人损害的侵权诉讼；(5)饲养动物致人损害的侵权诉讼；(6)有关法律规定由被告承担举证责任的。

第四节 证据的收集和保全

一、证据的收集

(一)证据收集的概念

证据收集是指法院审判人员为了查明案件事实，按照法定程序调查取证的行为。由此可见，收集证据是法院基于审判职能的行为，是法院查明案件事实的需要，它与当事人的举证责任在性质上、目的上都是不同的，但两者之间又有一定的联系。

《民事诉讼法》第64条第1款规定：“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。”第2款规定：“当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，或者人民法院认为审理案件需要的证据，人民法院应当调查收集。”上述规定说明，在民事诉讼中，证据原则上应当由当事人提供，法院主动收集证据是有条件的。根据最高人民法院的有关司法解释，由人民法院负责调查收集的证据包括：当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的；人民法院认为需要鉴定、勘验的；当事人提供的证据互相有矛盾、无法认定的；人民法院认为应当由自己收集的其他证据。

(二)证据收集的程序和要求

人民法院收集证据，应当遵循法定的程序和要求，以保证证据收集的有效性。

1. 收集证据应当遵循法定程序。如询问当事人或证人时，应当有两个以上的审判人员来进行；询问笔录应当交被询问人阅读和签字；对现场进行勘验，应当向有关人员出示证件；等等。

2. 收集证据应当全面、客观、及时。这是对收集证据的基本要求。所谓全面，是指无论是什么证据，只要与待证事实有关，就应当收集；所谓客观，是指不能主观臆断，先入为主，而要尊重客观事实；所谓及时，是指收集证据要迅速，尽可能的快，以防证据被转移、隐匿。

根据民事诉讼法的有关规定，人民法院向有关单位和个人调查取证，有关单位和个人不得拒绝。

二、证据的保全

(一)证据保全的概念

证据保全是指在证据有可能毁损、灭失，或以后难以取得的情况下，人民法院对证据进行保护，以保证其证明力的一项措施。证据保全的意义，在于保护证据，使与案件有关的事实材料不因有关情形的发生而无法取得，以此来满足当事人证明案件事实和法院查明案件事实的需要。

(二)证据保全的条件

证据保全的条件有以下几个：第一，待保全的事实材料应当与案件所涉及的法律关系有关，即应当是能够证明案件有关事实的材料；第二，待保全的事实材料存在毁损、灭失、或以后难以取得的可能性；第三，就时间而言，在需要进行保全的时刻，待保全的证据还未到可将该证据提交到法院的时刻或当事人无法将该证据提交法院。

(三)证据保全的程序

证据保全的提出，通常情况下是由当事人申请，但在有的情况下人民法院也可以依职权决定。当事人申请证据保全的，应当提出书面申请，说明证据保全的理由、保全的对象及待保全证据所在之处等。对当事人提出的申请，

人民法院应当予以审查，并尽快决定是否同意申请。人民法院决定采取保全措施，应当作出裁定，并及时采取相关的保全措施。

(四)证据保全的措施

对不同种类的证据，可采取不同的保全措施，一般来讲，对证人证言，可以录音或制作询问笔录；对于物证，可以进行勘验或封存原物；对书证、视听资料，可采取复制的方法。

有关证据被采取保全措施后，其法律后果为：就该证据能予以证明的争议法律关系中的相关事实，可以免除有关当事人提供证据的责任。

第五节 证据的审查和判断

一、证据的审查

(一)证据审查的概念

证据审查是指法院在诉讼参与人的参加下，对所取得的证据材料，予以核实、鉴别，辩明其真伪的诉讼活动。证据审查的意义，从客观上说，是为了辩明证据的真伪，为法院是否采用相关材料作为裁判根据奠定基础；从法律上说，证据只有经过审查程序，才有可能作为定案的根据。

(二)证据审查的对象及程序

证据审查的对象包括法院所获取的所有的与案件事实相关联的各种客观材料。从证据类别上说，包括书证、物证、视听资料、证人证言、当事人陈述、鉴定结论和勘验笔录等各类证据；从证据获得的来源上说，既包括原告提供的证据、被告提供的证据、第三人提供的证据，也包括法院主动收集的证据。

证据审查的程序，从形式上讲，证据的审查是在诉讼参与人参加下在开庭审理时进行的。具体的程序为：在法庭调查阶段，在审判人员的主持下，将各种证据在法庭上一一出示，由双方当事人及其诉讼代理人进行鉴别，相互质证；在法庭辩论阶段，双方当事人可以就各种证据发表自己的看法或对对方的证据的看法进行反驳。

对证据审查的要求，除了证据审查要符合法定程序外，证据审查还因其对象的不同而有不同的要求。例如，对当事人陈述的审查，一般采取询问、质疑的方式进行审查；书证、物证、视听资料的审查一般要求出示原本或原件，并要求提供者对证明的内容予以说明；证人证言的审查，一般要求证人亲自出庭，并告知其权利义务，当事人可以对证人发问，证人亲自出庭确有困难的，可以提交书面证言，并由法院的审判人员在法庭上予以宣读；对鉴定结论和勘验笔录，当事人可以对鉴定人和勘验人员进行询问，如果对鉴定结论，勘验笔录有异议的，可要求重新鉴定或勘验，是否准许，由法院决定。

二、证据的判断

(一)证据判断的概念

证据的判断是指人民法院在审查证据的基础上，对证据进行综合分析，决定证据的取舍，并最终确定证据证明力的诉讼活动。证据判断的意义，在于为法院认定案件事实提供事实上的根据，并为法院适用法律，依法对案件作出裁判奠定基础。

(二)证据判断的对象及应遵循的原则

证据判断的对象，包括那些经过法定程序进行了审查的证据，未经过审查的证据，不应作为证据判断的对象。

证据的判断，由法院的审判人员依职权进行。根据民事诉讼法的有关规定，证据的判断，应当遵循实事求是的原则，即要求审判人员在判断证据时，主观上的认识应当符合客观实际。审判人员在判断证据时，要综合各方面的因素，对每一项证据进行客观的分析，分析其是否是客观真实的，是否能证明案件事实的全部或一部，在此基础上，综合全部证据，以断定与各个证据案件事实之间的关系，作出哪些证据具有证明力，法院予以采信，哪些证据不具证明力，法院不予采信的判断。

第七章 期间、送达

第一节 期间

一、期间的概念

期间是指法院或诉讼参与人进行或完成某种诉讼行为的期限和日期。狭义的期间指的是期限，广义的期间包括期限和期日。

期限通常是指法院或诉讼参与人单独完成或进行某种诉讼行为的一段时间。比如，法律规定，不服一审判决的上诉期间为 15 天，这意味着当事人应当在一审判决送达之日起 15 日内提起上诉，才产生上诉的法律后果。

期日是指法院与当事人、其他诉讼参与人会合在一起进行一定诉讼活动的日期。比如，法院通知双方当事人某年某月某日开庭，该时间即为开庭期日，法院、当事人及其他诉讼参与人即应在该期日会合在一起进行庭审活动。

我国现行民事诉讼法只对期限作了专门的规定，而期日则由法院在司法实践中具体确定。

二、期间的种类

根据《民事诉讼法》第 75 条第 1 款的规定，期间包括法定期间和人民法院指定的期间。

(一)法定期间

法定期间是指由法律明文规定的期间。行为主体在法定期间内依法实施的诉讼行为具有法律效力，而不遵守法定期间者，行为主体则丧失了进行某种应当在法定期间内进行某种行为的权利，即使进行了该行为，也不产生相应的法律效力。

法定期间包括绝对不可变期间和相对不可变期间。绝对不可变期间是指该期间经法律确定，任何机构和人员都不得改变，如上诉期间、申请再审期间、申请执行期间等。相对不可变期间是指该期间法律确定后，在通常情况下不可改变，但遇有有关法定事由法院可对其依法予以变更。如一审的案件审理期间，涉外案件中，境外当事人的答辩期间、上诉期间等。

(二)指定期间

指定期间是指人民法院根据案件审理时遇到的具体情况和案件审理的需要，依职权决定当事人及其他诉讼参与人进行或完成某种诉讼行为的期间。如法院指定当事人补正诉状的期间、限定当事人提供证据的期间等。指定期间在通常情况下不应任意变更，但如遇有特殊情况，法院可依职权变更原确定的指定期间。

三、期间的计算

根据《民事诉讼法》第 75 条的规定，期间按下列方法进行计算：

1. 期间以时、日、月、年作为表示单位。
2. 期间开始的时、日，不计算在期间内。例如，当事人于 1998 年 3 月 3 日接到一审判决书，上诉期为 15 日，其具体上诉期为 1998 年 3 月 4 日至 1998 年 3 月 18 日，即 1998 年 3 月 3 日接受送达的这一天不计算在上诉期间内。
3. 法定期间或指定期间的最后一日是节假日的，以节假日期满后的第一个工作日为期间届满的日期。节假日是指国家法定的节假日，如元旦、国庆节、五一劳动节及星期日等。
4. 诉讼文书的在途期间不包括在期间内。诉讼文书在期满前交邮的，无

论法院收到诉讼文书是在原定的期间内还是超过了原定的期间届满日，均不算过期，该诉讼文书的交付日期，以该文书交邮时邮局在该文书邮件所盖的邮戳上的日期为准。

四、期间的耽误及处理

期间的耽误是指当事人在法定期间或指定期间内，没有完成应完成的行为。在通常情况下，当事人耽误了期间，意味着其丧失了进行有关行为的资格，即使其进行了有关的行为，也不产生相应的法律后果。但是，期间的耽误，有的是出于不可抗力或非当事人主观方面的过失等原因，在此情况下，法律允许当事人申请延展有关期间。

《民事诉讼法》第 76 条规定：“当事人因不可抗拒的事由或者其他正当理由耽误期限的，在障碍消除后的 10 日内，可以申请顺延期限，是否准许，由人民法院决定。”这一规定表明了耽误期间后当事人申请顺延期间的条件及申请后的后果。

第二节 送 达

一、送达的概念

送达是指人民法院依法定的程序和方式将诉讼文书送交当事人及其他诉讼参与人的行为。其特征为：送达是人民法院的职权行为，当事人向法院送交诉讼文书不是送达；送达应以法定程序和方式进行，未按法定程序和方式进行送达，不产生送达的法律效力；送达的内容是有关诉讼文书或法律文书，如起诉状副本、判决书、调解书等。法律上设立送达制度，目的在于确保诉讼正常、准时地进行，保证当事人及其他诉讼参与人诉讼权利的行使。

二、送达回证

送达回证是法院用以证明完成了送达行为的格式化的诉讼文书。其基本内容包括：送达法院的名称，受送达人，送达的诉讼文书的名称，送达的处所和时间，送达的基本情况，受送达人或有关见证人的签名或盖章。

送达回证的作用主要表现为对法院送达的证明，同时也是有关诉讼期间计算的根据。它能证明法院是否依法定程序和方式进行了送达；其注明的送达日期，往往是计算当事人有关诉讼期间的根据。如送达回证记载一审判决书的送达日期为1998年3月3日，当事人的上诉期即为1998年3月4日至1998年3月18日。

三、送达方式

送达方式是指人民法院进行送达所采用的方法。我国《民事诉讼法》第78条至第84条对送达方式作了规定，规定的具体送达方式有以下几种：

(一)直接送达

直接送达是指由人民法院的送达人员将需送达的诉讼文书、法律文书直接交给受送达人或他的成年家属、代收人的送达方式。根据民事诉讼法的有关规定和最高人民法院的有关司法解释，送达时，受送达人本人不在的，可交给他的同住的成年家属签收；受送达人指定了代收人的，可交给代收人签收。向法人或者其他组织送达诉讼文书，应当由法人的法定代表人、该组织的主要负责人或者办公室、收发室、值班室等负责收件的人签收或盖章。受送达人有诉讼代理人的，人民法院既可以向受送达人送达，也可以向诉讼代理人送达。向上述受送达人外的人送达，视为直接送达。

(二)留置送达

留置送达是指在向受送达人或有资格接受送达的人送交需送达的诉讼文书时，受送达人或有资格接受送达的人拒绝签收，送达人将诉讼文书依法留放在受送达人住所的送达方式。留置送达适用的条件是受送达人或有资格接受送达的人拒绝签收需送达的诉讼文书或法律文书。在进行留置送达时，送达人应当邀请有关基层组织或受送达人所在单位的代表到场，说明情况，在送达回证上记明拒收的事由和日期，由送达人、见证人在送达回证上签名或盖章。见证人不愿在送达回证上签名或盖章的，由送达人在送达回证上记明情况，把诉讼文书留在受送达人的住所，即产生送达的法律后果。应当注意的是，如果需送达的法律文书是调解书而当事人拒绝签收的，则不可适用留置送达，因为对调解协议当事人在送达之前均有权反悔，其拒收调解书，意味着其对调解协议的反悔。

(三)委托送达

委托送达是指受诉法院直接送达确有困难，而委托其他法院将需送达的

诉讼文书送交受送达人的送达方式。委托其他法院代为送达的，委托法院应当出具委托函，并附需要送达的诉讼文书和送达回证，以受送达人在送达回证上签收的日期为送达日期。

(四) 邮寄送达

邮寄送达是指受诉法院在直接送达有困难的情况下，通过邮局以挂号信的方式将需送达的诉讼文书邮寄给受送达人的送达方式。根据最高人民法院的有关司法解释，邮寄送达，应当附有送达回证。挂号信回执上注明的收件日期与送达回证上注明的收件日期不相符的，或者送达回证没有寄回的，以挂号信回执上注明的收件日期为送达日期。

(五) 转交送达

转交送达是指受诉法院基于受送达人的有关情况而将需送达的诉讼文书交有关机关、单位转交受送达人的送达方式。根据《民事诉讼法》有关规定，适用转交送达的情况有三种：第一，受送达人是军人的，通过其所在部队团以上单位的政治机关转交；第二，受送达人是被监禁的，通过其所在监所或劳动改造单位转交；第三，受送达人是被劳动教养的，通过其劳动教养单位转交。负责转交的机关、单位在收到诉讼文书后，必须立即交受送达人签收，受送达人在送达回证上注明的签收日期为送达日期。

(六) 公告送达

公告送达是指受诉法院在受送达人下落不明或采取上述方法均无法送达时，而将需送达的诉讼文书的主要内容予以公告，公告经过一定期限即产生送达后果的送达方式。公告送达实际上是一种推定送达，即公告后受送达人有可能知道公告内容，也可能不知道公告的内容，但法律规定均视为送达。

《民事诉讼法》第 84 条规定，自发出公告之日起，经过 60 日，即视为送达。

四、送达的效力

送达的效力是指法律文书送达后所产生的法律后果。送达的效力因所送达的诉讼文书或法律文书的内容不同，而有不同的体现。送达的法律效力有以下几方面的表现：

1. 判决书、调解书的效力开始发生。比如，二审判决书，一审、二审的调解书送达后，发生法律效力。

2. 有关的诉讼期限开始计算。如一审判决书送达后，其上诉期限从送达的次日起开始计算。

3. 当事人及其他诉讼参与人知晓应在何时参加某一诉讼活动，若不参加，将承担相应的法律后果。如被告接到传票传唤，无正当理由不到庭，法院可缺席判决；被告必须到庭的，可强制其到庭。

4. 标志着有关诉讼法律关系的产生或消灭。比如，法院向被告送达起诉状副本，标志着法院与被告产生了诉讼上的法律关系；法院向当事人送达了二审判决，标志着法院与当事人诉讼上的法律关系消灭。

第八章 法院调解

第一节 法院调解概述

一、法院调解的概念

法院调解，又称诉讼中调解，是指在民事诉讼中双方当事人在法院审判人员的主持和协调下，就案件争议的问题进行协商，从而解决纠纷所进行的活动。

法院调解，既是当事人的诉讼活动，也是人民法院的审判活动，调解成功的调解还是人民法院终结案件的方式之一。

二、法院调解与诉讼外调解、诉讼中和解之区别

(一)法院调解与诉讼外调解之区别

两者相比较，有以下几个区别点：

1.发生的时间不同：前者发生在诉讼过程中，因此，当事人在此过程中所进行的行为，属诉讼行为；后者发生在诉讼之外，当事人的行为无诉讼上的意义。

2.主持者不同：前者是在人民法院的主持下进行的，人民法院进行该活动，依据的是其审判职权；后者的主持者可能是人民调解委员会、行政机关、仲裁机构，也可能是双方当事人所信赖的公民个人。

3.法律后果不同：诉讼中调解当事人达成协议并签收了送达的调解书的，诉讼结束，具有给付内容的调解书具有执行力；诉讼外的调解，除仲裁机构制作的调解书对当事人有约束力外，其他机构或个人主持下达成调解协议而形成的调解书，均无约束力，当事人反悔的，可以向人民法院起诉。

(二)法院调解与诉讼和解之区别

两者相比较，有以下几个区别点：

1.主体不同：前者有人民法院和双方当事人共同参加，后者只有双方当事人自己参加；

2.性质不同：前者含有人民法院行使审判权的性质，后者则是当事人在诉讼中对自己诉讼权利和实体权利的处分；

3.效力不同：根据法院调解达成协议制作的调解书生效后，诉讼归于终结，有给付内容的调解书具有执行力；当事人在诉讼中和解的，则应由原告申请撤诉，经法院裁定准许后结束诉讼，和解协议不具有执行力。

三、法院调解的意义

法院调解具有如下几方面的意义：第一，有利于纠纷的迅速解决，提高办案效率。该意义的产生，是基于当事人达成调解协议，接收调解书后，诉讼即告终结，而不论该调解是发生在一审中，还是发生在二审中。第二，有利于当事人之间权利义务的实现。该意义的产生，是由于调解的结果是基于双方当事人的意愿，相对于强制性的判决结果更易于为双方当事人所接受，在履行调解协议时相对而言比较顺利。第三，有利于促进双方当事人的团结。该意义的产生，是基于与法院判决相比较，以调解的方式来处理双方当事人之间的纠纷，双方的对抗程度较弱，从而有利于双方的团结。

第二节 法院调解的原则

法院调解的原则，是指人民法院在进行调解时应遵循的行为准则。根据《民事诉讼法》第 85 条的规定，法院应当遵循以下三项原则：

一、当事人自愿原则

当事人自愿原则的具体要求是：在程序上，是否以调解的方式解决纠纷，须当事人自愿；在实体上，是否达成调解协议，须尊重当事人的意愿。强迫或变相强迫当事人进行调解，都是违法的。

二、查明事实，分清是非的原则

查明事实，分清是非的原则的具体要求是：人民法院进行调解活动，必须在查明案件基本事实，分清当事人是非责任的基础上进行。

三、合法原则

合法原则的具体要求是：进行调解活动，程序上要合法，不应强迫当事人进行调解，调解未成，不应久调未决，而应及时判决；实体上要合法，协议内容应符合国家的法律规定。

第三节 法院调解的程序

我国民事诉讼法未对法院调解的程序作具体的明确规定，根据司法实践，法院调解的基本程序如下：

一、调解的开始

根据民事诉讼法的规定，法院调解在诉讼的各阶段、各审级中均可进行。调解的开始，通常情况下由当事人提出申请，法院也可以依职权主动提出建议，在征得当事人同意后开始调解。

二、调解的进行

法院的调解在审判人员的主持下进行。调解工作既可以由合议庭共同主持，也可以由合议庭中的一个审判员主持，并尽可能就地进行。

法院调解应当在当事人的参加下进行，当事人委托了诉讼代理人代为进行调解的，可以由代理人代为进行，达成的调解协议，可以由代理人签名。但离婚案件原则上应由当事人出庭，确有困难无法出庭的，应就离与不离问题出具书面意见。

法院进行调解，可以邀请有关单位和个人协助。被邀请的单位和个人，应当协助人民法院进行调解。

三、调解结束

调解因未达成协议或双方达成协议而结束。调解未达成协议的，人民法院应当对案件继续审理，并尽快作出判决；调解达成协议的应要求双方当事人在调解协议上签字，并根据情况决定是否制作调解书。

第四节 调解书及调解的效力

一、调解书

调解书是由人民法院制作的，以调解协议为主要内容的法律文书。《民事诉讼法》第 89 条第 1 款和第 2 款规定：“调解达成协议，人民法院应当制作调解书。调解书应写明诉讼请求、案件的事实和调解结果。调解书由审判人员、书记员署名，加盖人民法院印章，送达双方当事人。”

人民法院通过调解活动，当事人自愿达成调解协议的，一般应制作调解书，以明确当事人之间的权利义务关系。但是在某些特殊情况下，当事人达成调解协议的，法律规定不需制作调解书。根据《民事诉讼法》第 90 条的规定，不需制作调解书的案件有：(1)调解和好的离婚案件；(2)调解维持收养关系的案件；(3)能够即时履行的案件；(4)其他不需要制作调解书的案件。对于不需要制作调解书的调解协议，应当记入笔录，由双方当事人、审判人员、书记员签名或盖章。

二、调解的效力

调解的效力是指人民法院主持调解成功，双方当事人达成协议，并依法定程序接受调解所产生的法律后果。

(一)调解发生效力的时间

双方当事人达成调解协议的，对于不需要制作调解书的案件而言，双方当事人、审判人员、书记员在调解协议上签名或盖章后，调解即具有法律效力。而调解书则是自双方当事人签收调解书后才发生法律效力。在调解书送达之前当事人一方或双方反悔的或调解书送达时当事人拒绝签收的(调解书不适用留置送达)，调解不成立，法院应对案件继续进行审理。

(二)调解的效力

调解书生效后，与生效判决具有同等的法律效力，具体表现在以下几方面：

1. 诉讼结束，当事人不得以同一事实和理由再行起诉；
2. 对调解书不得上诉，这是因为调解协议是当事人自愿协商所形成的结果，不存在不服调解书的问题，也就无所谓提起上诉。
3. 当事人在诉讼中争议的法律关系中的争议归于消灭，当事人之间实体上的权利义务关系依调解协议的内容予以确定。
4. 具有给付内容的调解书，具有强制执行力。

第九章 财产保全、先予执行

第一节 财产保全

一、财产保全的概念、种类

财产保全是指遇有有关的财产可能被转移、隐匿、毁灭等情形，从而可能造成对利害关系人权益的损害或可能使法院将来的判决难以执行或不能执行时，根据利害关系人或当事人的申请或人民法院的决定，而对有关财产采取的保护措施。其意义在于保护利害关系人或当事人的合法权益，维护人民法院判决的权威性。

(一)诉前保全

诉前保全是指在诉讼发生前，人民法院根据利害关系人的申请，而对有关的财产采取保护措施的制度。

诉前保全的适用，应当符合一定的条件。其实质条件是：利害关系人与他人之间存在争议的法律关系所涉及的财产处于情况紧急的状态下，不立即采取财产保全措施将有可能使利害关系人的合法权益遭受到不可弥补的现实危险。其程序条件是：必须由利害关系人向财产所在地的人民法院提出申请，并提供担保。

(二)诉讼保全

诉讼保全是指在诉讼过程中，为了保证人民法院的判决能顺利实施，人民法院根据当事人的申请，或在必要时依职权决定对有关财产采取保护措施的制度。

诉讼保全的适用，也应当符合一定的条件，其实质的条件是：存在因各种主客观原因可能使人民法院将作出的判决难以或不能实现的情况。其程序条件是：在诉讼中由当事人向受诉人民法院提出申请，或由人民法院依职权决定；可以责令申请人提供担保，申请人不提供担保的，人民法院驳回申请。

二、财产保全的范围、措施

(一)财产保全的范围

根据民事诉讼法的有关规定，财产保全限于请求的范围或与本案有关的财物。结合司法实践来看，所谓请求的范围，是指保全的财产其价值与诉讼请求相当或与利害关系人的请求相当。与本案有关的财物是指本案的标的物，可供将来执行法院判决的财物或利害关系人请求予以保全的财物。

(二)财产保全的措施

根据我国民事诉讼法的有关规定，财产保全的措施有：查封、扣押、冻结或法律规定的其他方法。

人民法院查封、扣押被申请人的财产，应当妥善保管，如果是交当事人或有关单位保管的，当事人、有关单位应妥善保管。被查封、扣押的财产，原则上任何人都不得使用、处分，但被查封、扣押物是不动产或特定动产(如车辆)，若由当事人负责保管的，其仍然可以使用，但不得处分；被查封、扣押物是季节性商品，鲜活、易腐易烂以及其他不易长期保存的物品，人民法院可以责令当事人及时处理，由人民法院保存价款，必要时，可以由人民法院予以变卖，保存价款。

人民法院对不动产或不易提取、封存的动产采取查封、扣押措施时，可以采取扣押有关财产权证照的措施，并通知有关产权登记机关在财产保全期

间不予办理该项财产转移手续。

财产已被查封、冻结的，其他任何单位不得重复查封、冻结。

人民法院对抵押物、留置物可以采取财产保全措施，但抵押权人、留置权人有优先受偿权。

所谓法律规定的其他方法，根据最高人民法院的有关司法解释，主要是限制被申请人的到期收益或到期债权的行使，即人民法院对债务人到期应得的收益，可以采取保全措施，限制其支取，有关单位有义务协助人民法院执行；债务人的财产不能满足保全请求，但对第三人有到期债权的，人民法院可以依债权人的申请裁定该第三人不得对本案债务人清偿，该第三人要求偿付的，由人民法院提存财物或价款。

三、财产保全的程序

(一)财产保全的申请及担保

诉前财产保全由利害关系人提出，申请人必须提供担保；诉讼财产保全由当事人提出或法院依职权决定，法院可以责令申请人提供担保。要求申请人提供担保而申请人拒绝提供的，人民法院依法驳回申请。

(二)财产保全的裁定及措施的采取

人民法院接受申请人的申请后，对诉前保全，须在 48 小时内作出裁定；对诉讼保全，情况紧急的，也须在 48 小时内作出裁定。人民法院裁定采取保全措施的，应当立即开始执行，有关单位有义务协助人民法院执行。

当事人不服人民法院财产保全裁定的，可以申请复议一次，复议期间不停止裁定的执行。

(三)财产保全措施的解除

根据民事诉讼法及最高人民法院的有关司法解释及司法实践，财产保全措施因下列原因解除：

第一，诉前保全措施采取后，利害关系人在 15 日内未起诉的；

第二，被申请人向人民法院提供担保的；

第三，申请人在财产保全期间撤回申请，人民法院同意其撤回申请的；

第四，人民法院确认被申请人申请复议意见有理，而作出新裁定，撤销原财产保全裁定的；

第五，被申请人依法履行了人民法院判决的义务，财产保全已没有存在意义的。

此外，在司法实践中，对被申请人的银行存款予以冻结，一次冻结的有效期为 6 个月，如果超过了 6 个月，而当事人没有继续要求财产保全并且人民法院没有裁定继续采取保全措施的，原冻结措施自动解除。

在财产保全期限内除人民法院有权解除财产保全措施之外，任何单位都不得解除财产保全措施。

人民法院根据申请人的申请而采取保全措施的，如果由于申请人的错误而导致被申请人因财产保全而受损失的，申请人应承担赔偿责任。

第二节 先予执行

一、先予执行的概念和适用范围

(一)先予执行的概念

先予执行是指人民法院在终局判决之前，为解决权利人生活或生产经营的急需，依法裁定义务人预先履行义务的制度。

(二)先予执行的适用范围

先予执行的意义，主要是满足权利人生活或生产上的急需。但它的适用，又有可能损害义务人的利益，因此，民事诉讼法对先予执行适用的案件及适用的条件都作了规定。

先予执行适用的案件范围是：

第一，追索赡养费、扶养费、抚育费、抚恤金、医疗费；第二，追索劳动报酬的；第三，因情况紧急需要先予执行的。

根据最高人民法院的有关司法解释，上列第三点所说的情况紧急，主要是指下列情况：

需要立即停止侵害，排除妨碍的；需立即制止某项行为的；需要立即返还原物于购置生产原料、生产工具款的；追索恢复生产、经营急需的保险理赔费的。

上述类型的案件，需要先予执行的，还应当满足下列条件：第一，当事人之间权利义务关系明确；第二，申请人有实现权利的迫切需要，并向人民法院提出了申请；第三，被申请人有履行的能力。

二、先予执行的程序

(一)先予执行的申请

先予执行的申请由权利人向受诉人民法院以书面的形式提出，人民法院不能在权利人提出申请的情况下依职权主动采取措施。当事人申请先予执行，人民法院认为有必要让申请人提供担保的，可以责令申请人提供担保，当事人不提供担保的驳回申请。

(二)先予执行的裁定及执行

人民法院对符合先予执行条件的申请，应当及时作出先予执行的裁定。裁定送达后即发生法律效力，义务人不服可以申请复议一次，但复议期间，不停止先予执行裁定的效力。义务人应当依裁定履行义务，拒不履行义务的，人民法院可以根据权利人的申请或依职权决定采取执行措施强制执行。义务人申请复议有理的，人民法院应当裁定撤销原裁定。若原裁定已执行的，人民法院应当采取执行回转措施。

(三)先予执行裁定的最终处理

根据我国民事诉讼法的规定，人民法院在案件审理终结时，应当在裁判中对先予执行的裁定及该裁定的执行情况予以说明及提出处理意见。权利人胜诉，先予执行正确的，人民法院应在判决中说明权利人应享有的权利在先予执行中已得到全部或部分的实现；权利人败诉，先予执行错误的，人民法院应在判决中指出先予执行是错误的，责令申请人返还因先予执行所取得的利益或裁定采取执行回转措施强制执行，被申请人因先予执行遭受损失的，申请人应当赔偿。

第十章 对妨害民事诉讼行为的强制措施

第一节 对妨害民事诉讼强制措施的概念和性质

一、对妨害民事诉讼强制措施的概念

对妨害民事诉讼的强制措施是指在民事诉讼中，对有妨害民事诉讼秩序行为的行为人采用的排除其妨害行为的一种强制措施。

二、对妨害民事诉讼强制措施的性质

设立对妨害民事诉讼的强制措施制度，目的是为了保障民事诉讼活动的正常进行。从性质上讲，它是一种排除妨害的强制性手段，是一种教育手段，不同于刑事制裁、民事制裁和行政制裁。

第二节 妨害民事诉讼行为的构成和种类

一、妨害民事诉讼行为的构成

妨害民事诉讼的行为是指行为主体故意破坏和扰乱正常诉讼秩序，妨碍诉讼活动正常进行的行为。妨害民事诉讼的行为的构成要件如下：

1. 行为主体。根据民事诉讼法的规定，妨害民事诉讼的行为主体，既可以是当事人，也可以是其他诉讼参与人，还可以是其他案外人。

2. 行为人实施了妨害民事诉讼的行为，包括作为与不作为。

3. 行为人实施妨害民事诉讼的行为主观上是故意的，即希望或放任妨害民事诉讼结果的发生。

4. 行为人实施妨害民事诉讼秩序的行为一般是在诉讼过程中。但根据最高人民法院的有关司法解释，在诉讼外实施的行为，符合一定情形的，也构成妨害民事诉讼的行为，即在人民法院执行完毕后，被执行人或者其他人对已执行的标的有妨害行为的，法院应当采取措施，排除妨害，并可以依照《民事诉讼法》第102条的规定处理。因妨害行为给申请执行人或者其他入造成损失的，受害人可以另行起诉。

二、妨害民事诉讼行为的种类

根据民事诉讼法的有关规定和最高人民法院的有关司法解释，妨害民事诉讼的行为有下列几种：

1. 必须到庭的被告，经两次传票传唤，无正当理由拒不到庭。必须到庭的被告，是指负有赡养、抚养、扶养义务和不到庭就无法查清案情的被告。

2. 违反法庭规则的行为。如未经允许在开庭时录音、录像、拍照。

3. 当事人、其他诉讼参与人以及其他人所实施的下列行为：

第一，伪造、毁灭重要证据，妨害人民法院审理案件。

第二，以暴力、威胁、贿买方法阻止证人作证或指使、贿买、胁迫他人作伪证。

第三，隐藏、转移、变卖、毁损已被查封、扣押的财产或已被清点并责令其保护的财产，转移已被冻结的财产。

第四，对司法工作人员、诉讼参与人、证人、翻译人员、鉴定人、勘验人、协助执行的人，进行侮辱、诽谤、诬陷、殴打或打击报复。

第五，以暴力、威胁或其他方法阻碍司法工作人员执行职务。

第六，拒不执行人民法院已生效的裁判。

4. 有义务协助调查、执行的单位实施的下列行为：

第一，有关单位拒绝或妨碍法院调查取证。

第二，银行、信用合作社和其他有储蓄业务的单位接到人民法院协助执行通知后，拒不协助查询、冻结或划拨存款的。

第三，有关单位接到人民法院协助执行通知书后，拒不协助扣留被执行人的收入，拒不办理有关财产权证照转移手续，拒不转交有关票证、证照或其他财产。

第四，其他拒绝协助执行的行为。按照最高人民法院有关的司法解释，其他拒绝协助执行的行为有：(1)擅自转移已被人民法院冻结的存款，或擅自解冻的；(2)以暴力、威胁或者其他方法阻碍司法工作人员查询、冻结、划拨银行存款的；(3)接到人民法院协助执行通知后，给当事人通风报信，协助其

转移、隐匿财产的。

第三节 对妨害民事诉讼强制措施的种类和适用

一、对妨害民事诉讼强制措施的种类

根据民事诉讼法的规定，对妨害民事诉讼强制措施的种类有以下 5 种：拘传、训诫、责令退出法庭、罚款、拘留。

(一)拘传

拘传是对于必须到庭的被告，经人民法院两次传票传唤，无正当理由拒绝出庭的，人民法院派出司法警察，强制被传唤人到庭参加诉讼的一种措施。

(二)训诫

训诫是人民法院对妨害民事诉讼秩序行为较轻的人，以口头方式予以严肃地批评教育，并指出其行为的违法性和危害性，令其以后不得再犯的一种强制措施。

(三)责令退出法庭

责令退出法庭是指人民法院对于违反法庭规则的人，强制其离开法庭的措施。

(四)罚款

罚款是人民法院对实施妨害民事诉讼行为情节比较严重的人，责令其在规定的时间内，交纳一定数额的金钱。依照民事诉讼法的规定，对个人的罚款金额，为人民币 1000 元以下；对单位的罚款金额，为人民币 1000 元以上 3 万元以下。

(五)拘留

拘留是人民法院对实施妨害民事诉讼行为情节严重的人，将其留置在特定的场所，在一定期限内限制其人身自由的强制措施。拘留期限为 15 日以下。

除上述强制措施外，民事诉讼法还规定，妨害民事诉讼行为情节特别严重、构成犯罪的，依法追究其刑事责任。

二、对妨害民事诉讼强制措施的适用

(一)拘传的适用

采取拘传应具备三个条件：一是拘传的对象是法律规定或法院认为必须到庭的被告，或者给国家、集体或他人造成损害的未成年人的法定代理人；二是必须经过两次传票传唤；三是无正当理由拒不到庭。

适用拘传措施。应由本案合议庭或者独任审判员提出意见，报经院长批准，然后填写拘传票，交司法警察直接送达给被拘传人，令其随票到庭。如果被拘传人拒绝随票到庭的，司法警察可以使用戒具强制其到庭。

(二)训诫的适用

适用训诫措施，由合议庭或独任制审判员决定，以口头方式指出行为人的错误事实、性质及危害后果，并当庭责令妨害者立即改正。训诫的内容应记入庭审笔录。

(三)责令退出法庭的适用

适用责令退出法庭，由合议庭或独任审判员决定，由审判长或独任审判员口头宣布，责令行为人退出法庭。作出责令退出法庭的决定后，行为人应主动退出法庭，否则，司法警察可以强制其退出法庭。

(四) 罚款和拘留的适用

罚款和拘留是比较严厉的强制措施，直接涉及到行为人的经济利益和人身自由，因而法律规定了较为严格的适用程序。

罚款和拘留只由合议庭或独任审判员提出处理意见，报请院长批准后执行。人民法院决定罚款和拘留，应当制作决定书，并将此决定书正式通知或出示给行为人。当事人对罚款或拘留不服的，可以向上一级人民法院申请复议一次，但是，复议期间，不停止决定的执行。同时，对于被拘留人在拘留后承认并改正错误、表现较好的，人民法院可以决定提前解除拘留。

对于由于实施妨害民事诉讼行为而构成犯罪的，应由有关机关依法追究其刑事责任。具体程序按照最高人民的有关司法解释办理：

第一，依照《民事诉讼法》第 101 条的规定，应当追究有关人员刑事责任的，由审理该案的审判组织直接予以判决；在判决前，应当允许当事人陈述意见或者委托辩护人辩护。

第二，依照《民事诉讼法》第 102 条第 1 款第(6)项的规定，应当追究有关人员刑事责任的，由法院刑事审判庭直接受理并予以判决。

第三，依照《民事诉讼法》第 102 条第 1 款的第(1)项至第(5)项和第 106 条的规定，应当追究有关人员刑事责任的，依照刑事诉讼法的规定办理。

第十一章 诉讼费用

第一节 诉讼费用概述

诉讼费用是指当事人进行民事诉讼依法应当向人民法院交纳和支付的费用。

诉讼费用制度的设立，有如下几方面的意义：第一，收取诉讼费用，可减少国家不必要的开支。由当事人支付因诉讼而花销的有关费用，减少了国家不合理的负担。第二，收取诉讼费用，可以防止民事主体滥诉，从而减少一部分不必要的诉讼，为国家、也为社会减少了浪费。第三，收取诉讼费用，有利于维护国家主权和经济利益。世界上绝大多数国家法律都规定诉讼要收取诉讼费用，如果我国不收取，对国家主权、尊严乃至经济利益都有影响。

第二节 诉讼费用的种类

诉讼费用可以分为两类：案件受理费和其他诉讼费用。

一、案件受理费

人民法院在受理民事、经济纠纷案件时，依法向当事人收取一定的费用，称为案件受理费。因案件情况不同，案件受理费的征收标准和办法也有所不同。依照我国最高人民法院制定的《人民法院诉讼费用收费办法》的规定，将案件分为财产案件和非财产案件，两种不同性质的案件征收办法有所差别。

(一)财产案件的受理费

根据《人民法院诉讼费用收费办法》的有关规定，对财产案件的受理费按如下方法征收：

- 1.不满 1000 元的，每件交 50 元；
- 2.超过 1000 元至 5 万元的部分，按 4% 交纳；
- 3.超过 5 万元至 10 万元的部分，按 3% 交纳；
- 4.超过 10 万元至 20 万元的部分，按 2% 交纳；
- 5.超过 20 万元至 50 万元的部分，按 1.5% 交纳；
- 6.超过 50 万元至 100 万元的部分；按 1% 交纳；
- 7.超过 100 万元的部分，按 0.5% 交纳。

财产案件受理费的计算方法是按照上述规定对诉讼标的额分段计算，之后相加，所得总数即为应收额。

(二)非财产案件的受理费

非财产案件的受理费，通常是按件征收的。所谓非财产案件，是指人身关系案件或人身非财产关系等案件。按照《人民法院诉讼费用收费办法》下列案件受理费的征收办法为：

- 1.离婚案件，每件交纳 10 元至 50 元。涉及财产分割的，财产总额不超过 1 万元的，不另收费；超过 1 万元的部分，按 1% 交纳。
- 2.侵害姓名权、名称权、肖像权、名誉权、荣誉权的案件，每件收费 50 元至 100 元。
- 3.侵害专利权、著作权、商标权的案件，每件交 50 至 100 元；有争议金额的，按财产案件的收费标准交纳。
- 4.其他非财产案件，每件收费 10 元至 50 元。

对这些案件的收费均有幅度规定，由各高级人民法院根据各地的实际情况制定具体的标准。

二、其他诉讼费用

当事人除了交纳案件受理费之外，还应交纳在诉讼中实际支出的各种费用，统称为其他诉讼费用。这些费用主要是：

- 1.勘验、鉴定、公告，翻译(当地通用的民族语言、文字除外)费。
在诉讼中需要进行勘验、鉴定、公告、翻译，就需要聘请有关专家、翻译人员，使用某些仪器、设备等，因此需要支出相应的费用。
- 2.证人、鉴定人、翻译人员出庭的交通费、住宿费、生活费和误工补贴费。
- 3.采取诉讼保全措施的申请费和实际支出的费用。
- 4.执行判决、裁定或者调解书所实际支出的费用。

5. 人民法院认为应当由当事人负担的其他诉讼费用。

第三节 诉讼费用的负担

一、诉讼费用的负担原则

诉讼费用的负担是指在诉讼终结时所确定的应由哪方当事人承担诉讼费用，包括案件受理费和其他诉讼费用。

诉讼费用由有过错的当事人负担，这是原则，因为是他的过错才导致了纠纷的发生，导致了诉讼的进行，所以因诉讼而产生的各种费用应由他来承担。

所谓有过错的人，是指在诉讼结束时，判决中认定他在实体法上有过错。表现在诉讼上，有过错的人，也就是败诉的当事人。但有时，当事人并非全败或全胜，往往各有胜负，因而要分担诉讼费用。

此外，诉讼可能会以原告撤诉、达成调解协议等方式结束，在这些情况下，诉讼费用的负担具有特殊性。

二、诉讼费用的负担情形

根据案件的不同情况，诉讼费用有以下几种负担情形：

1. 败诉人负担。一方当事人败诉的，应负担案件受理费。至于其他诉讼费用，由人民法院根据具体情况，决定双方当事人应负担的金额。其他诉讼费用，原则上也应由败诉人承担；只是某些时候，有些费用应由责任人负担，如申请保全错误或不当的申请费和实际支出费用等。

2. 按比例分担。当事人各有胜负的，按责任大小和败诉部分的比例，分担案件受理费。其他诉讼费用，仍由人民法院根据具体情况决定当事人的分担数额。

共同诉讼人败诉，由法院根据他们各自对诉讼的利害关系，决定各自应负担的金额。其中有专为自己利益的诉讼行为所支出的费用，由该当事人负担。

3. 协商负担。达成调解协议的案件，诉讼费用的负担，由双方协商确定；协商不成的，由法院决定。

4. 原告或起诉人负担。撤诉的案件，诉讼费用由原告负担，其中案件受理费减半征收。驳回起诉的案件，案件受理费由起诉人承担。

5. 离婚案件诉讼费用的负担，由人民法院根据双方当事人经济情况以及导致婚姻关系恶化的过失大小，决定各自应负担的数额。

6. 申请执行费和执行中实际支出的费用，由被申请人负担。

7. 实施不正当行为的当事人负担。在诉讼中，有的当事人会实施一些不符合诉讼法律规定，甚至是违法的行为，因此而支出的费用，应由行为人负担。如串通他人作伪证，该伪证人的误工补贴和差旅费等；又如当事人故意逃匿，逃避送达，法院为此而公告送达的费用，等等，这些费用均应由实施不正当行为的当事人负担。

三、诉讼费用的预交

诉讼费用由原告预交。被告提出反诉的，应预交反诉的诉讼费用。申请执行费由申请人预交。其中，案件受理费依规定的标准预交，其他诉讼费用，则由法院根据案件的具体情况决定预交的金额。

《人民法院诉讼收费办法》对当事人预交诉讼费用作了时间上的限定。如原告应在接到法院的预交诉讼费用通知的次日起7日内交费；反诉案件应在提出反诉的同时交费。预交确有困难的，可在预交期内向法院申请缓交。

在预交期内既不预交，也不提出缓交申请的，按撤诉处理。

上诉案件诉讼费用的预交，与一审案件采取同样的原则，由上诉人在预交期内预交。

申请执行等费用由申请人在提出申请时预交。

第四节 诉讼费用的缓、减、免

当事人无论是应预交诉讼费用，还是诉讼终结时应负担诉讼费用，如果确实有困难，可以向法院申请缓交、减交或者免交。是否准许，由法院审查后决定。所谓缓交，是指暂时难以支付时，将交费日期延后。所谓减交，是指只交纳应交纳费用的一部分而非全部。所谓免交，是指免去全部应交纳费用。

除当事人可以申请之外，《人民法院诉讼收费办法》还规定下列案件免交诉讼费用：

1. 依照民事诉讼法规定的特别程序审理的案件。
2. 依照审判监督程序进行提审、再审的案件。

此外，追索赡养费、扶养费、抚育费、抚恤金和劳动报酬的案件，原告可不预交案件受理费，案件审结时，由败诉人负担。

第十二章 普通程序

第一节 普通程序概述

普通程序是我国民事诉讼法规定的人民法院审理第一审民事案件通常所适用的程序，也是民事案件的当事人进行第一审民事诉讼通常所遵循的程序。

普通程序在民事诉讼程序和民事审判程序中处于十分重要的地位，具有其他程序无法取代的功能和作用。普通程序的基本特征如下：

第一，普通程序是最完整的民事诉讼审判程序。在民事诉讼程序中，普通程序的内容最系统、最完整，它系统完整地规定了从当事人起诉、人民法院受理案件，到开庭前的准备，开庭审理，直至人民法院作出第一审裁判的不同阶段以及各个阶段依次进行的步骤和程序；同时对民事审判的基本制度作了专门的规定。

第二，普通程序是民事诉讼审判中的基础程序。普通程序是人民法院审理除简单民事案件和特殊类型案件以外的第一审民事案件通常所适用的程序，也是当事人进行第一审民事诉讼通常所遵循的程序，而第一审程序又是二审程序或审判监督程序得以进行的前提，因此普通程序是诉讼和审判程序的基础。

第三，普通程序在适用中具有独立性和广泛性。一方面，普通程序是独立的诉讼和审判程序，它不依附于其他程序而独立存在；另一方面，人民法院审理第一审民事案件，除简单民事案件和特殊类型的案件外，都要适用普通程序，即使适用简易程序和特别程序，或适用二审程序和审判监督程序审理各类案件时，如各适用的程序没有相关的规定的，都要适用第一审普通程序的有关规定。

第四，普通程序的适用具有排他性。人民法院依法应当适用普通程序审理的案件，就不能适用其他程序审理，而且也不能将普通程序和其他程序合并适用。

总之，由于我国现行民事诉讼法中没有关于程序总则的单独规定，而普通程序又具有上述基本特征，因此普通程序的规定在民事诉讼法中具有程序通则的作用。

第二节 普通程序的各个阶段

一、起诉与受理

(一) 起诉的条件、方式和起诉状的内容

起诉是指公民、法人和其他组织在其民事权益受到侵害或与他人发生争议时，向人民法院提起诉讼，请求人民法院通过审判予以司法保护的行为。起诉是当事人获得司法保护的手段，也是人民法院对民事案件行使审判权的前提。

当事人的起诉要得到人民法院的受理，必须具备法律规定的起诉条件。依照《民事诉讼法》第 108 条的规定，起诉的条件如下：

第一，原告必须是与本案有直接利害关系的公民、法人或其他组织。即原告必须是有诉讼权利能力的公民、法人或其他组织；同时原告必须是由于自己的民事权益受到侵害或与他人发生争议向人民法院提起诉讼，即原告与其案件存在着法律上的利害关系。否则，不能成为案件的原告。

第二，有明确的被告。除非讼案件外，原告起诉必须明确指出侵犯其民事权益或与其发生民事权益争议的被告是谁，如果没有明确具体的被告，诉讼程序就无从进行，法院也无法对案件进行审理。

第三，有具体的诉讼请求和事实、理由。原告起诉必须明确指出要求人民法院保护其民事权益的内容，对被告实体权利请求的内容，以及提出诉讼请求的事实依据和理由，这是起诉中的核心内容。

第四，属于人民法院受理民事诉讼的范围和受诉人民法院管辖。即原告提起的诉讼应当属于人民法院行使审判权的范围和受诉法院的管辖范围，否则法院无权对案件进行审理。

起诉必须同时具备上述四个条件。

起诉的方式，以书面起诉为原则，以口头起诉为例外。《民事诉讼法》第 109 条规定，起诉应当向人民法院递交起诉状，并按照被告的人数提交起诉状副本。书写起诉状确有困难的，可以口头起诉，由人民法院记入笔录，并告知对方当事人。

起诉状的内容，依照《民事诉讼法》第 110 条的规定，应当写明：(1) 当事人的有关情况。当事人是个人的，写明其姓名、年龄、民族、职业、工作单位和住所；当事人是法人或其它组织的，写明其名称、单位所在地址、法定代表人或主要负责人的姓名、职务等。(2) 原告的诉讼请求，以及诉讼请求所依据的事实和理由。(3) 证据和证据来源、证人的姓名、住所等。(4) 受诉法院的名称、起诉的时间、起诉人签名或盖章。起诉状应当按照法律规定的的内容书写，内容如有欠缺的，受诉人民法院应告知原告限期补正。

(二) 人民法院对起诉的审查与受理

受理是指人民法院通过对当事人的起诉进行审查，对符合法律规定条件的，决定立案审理的行为。当事人的起诉行为只有与法院的受理行为相结合，才能引起民事诉讼程序的开始。通常，民事纠纷如果当事人起诉、法院立案受理，就意味着民事诉讼程序的开始，由此会产生一系列的法律后果：其一，人民法院对该具体案件的审判权和审理职责由此产生。人民法院既有权利又有义务依法对案件进行审理，对当事人之间的民事争议作出裁决；并且非经法定程序，不得随意中止或终结诉讼，也不得在立案后随意撤销案件。其二，人民法院对该案件的排他管辖权由此形成。其他法院对该案不得行使管辖

权，当事人不得就同一诉讼标的、对同一对方当事人以同一诉讼理由另行提起民事诉讼。其三，双方当事人相应的诉讼地位由此产生。当事人的起诉一经人民法院受理，提起诉讼的一方当事人即成为案件的原告，享有原告的诉讼权利，承担原告的诉讼义务。被提起诉讼的一方当事人成为被告，享有被告的诉讼权利，承担被告的诉讼义务；其四，诉讼时效因此中断。人民法院受理当事人的起诉后，诉讼时效即告中断，第一审程序的审理期限开始计算。

人民法院审查起诉主要从三个方面进行：

1. 要审查原告的起诉是否属于法院受理民事诉讼的范围，是否属受诉法院的管辖；

2. 要审查起诉是否符合法定的四个条件；

3. 要审查起诉手续是否完备，起诉书内容是否明确具体。

如书写不明或地址不清或理由不具体时，应通知起诉人补正，但不能作为拒绝受理的理由；起诉状中有谩骂和人身攻击之词，送达副本可能引起矛盾激化，不利于案件解决的，人民法院应当说服原告实事求是地修改，坚持不改的，可以送达起诉状副本。

人民法院对起诉审查以后，针对不同情况作出不同的处理。

1. 人民法院认为起诉符合法定条件的，应当在 7 日内立案并通知当事人；

2. 人民法院认为起诉不符合法定条件的，应当在 7 日内裁定不予受理；原告对不予受理裁定不服的，可以提起上诉。如果人民法院在立案后，发现起诉不符合法定条件的，裁定驳回起诉，当事人对驳回起诉的裁定不服，可以提起上诉。

3. 当事人的起诉属于其他情况的，分别予以处理：

(1) 依照行政诉讼法的规定，属于行政诉讼受案范围的，告知原告提起行政诉讼。

(2) 依照法律规定，双方当事人对合同纠纷自愿达成书面仲裁协议向仲裁机构申请仲裁，不得向人民法院起诉的，告知原告向仲裁机构申请仲裁；但仲裁条款、仲裁协议无效、失效或者内容不明确无法执行的除外。

当事人在仲裁条款或仲裁协议中选择的仲裁机构不存在，或者选择裁决的事项超越仲裁机构权限的，人民法院有权依法受理当事人一方的起诉。

因仲裁条款或协议无效、失效或者内容不明确，无法执行而受理的民事诉讼，如果被告人一方对人民法院的管辖权提出异议的，受诉人民法院应就管辖权作出裁定。当事人一方向人民法院起诉时未声明有仲裁协议，人民法院受理后，对方当事人又应诉答辩的，视为该人民法院有管辖权。

(3) 依照法律规定，应当由其它机关处理的争议，告知原告向有关机关申请解决。

(4) 对不属于本院管辖的案件，告知原告向有管辖权的人民法院起诉。

(5) 对判决、裁定已经发生法律效力，当事人又起诉的，告知原告按照申诉处理，但人民法院准许撤诉的裁定除外。

(6) 依照法律规定，在一定期限内不得起诉的案件，在不得起诉的期限内起诉的，不予受理。

(7) 判决不准离婚和调解和好的离婚案件，判决、调解维持收养关系的案件，没有新情况、新理由，原告在 6 个月内又起诉的，不予受理。原告撤诉或者按照撤诉处理的离婚案件，没有新情况、新理由，在 6 个月内又起诉的，

不予受理。但是，判决不准离婚、调解和好的离婚案件以及判决、调解维持收养关系的案件的被告向人民法院起诉的，应予受理；夫妻一方下落不明，另一方诉至人民法院，只要求离婚，不申请宣告下落不明人失踪或死亡的案件，法院应当受理，对下落不明的人用公告送达诉讼文书。

(8)赡养费、抚养费、抚育费案件，裁判发生法律效力后，因新情况、新理由，一方当事人再行起诉要求增加或减少费用的，人民法院应当作为新案处理。

(9)当事人超过诉讼时效期间起诉的，人民法院应予受理。受理后查明无诉讼时效中止、中断、延长事由的，判决驳回其诉讼请求。

(10)对于专利纠纷案件的受理问题，最高人民法院在《关于审理专利纠纷案件的若干问题的解答》中规定：对于专利权属纠纷案件，人民法院应当依法受理。由各省、自治区、直辖市人民政府所在地的中级人民法院、经济特区的中级人民法院和经最高人民法院同意的开放城市的中级人民法院作为第一审法院，各省、自治区、直辖市高级人民法院作为第二审法院。这里所谓专利纠纷案件，是指在发明创造被授予专利权之后，公民之间、法人之间、公民与法人之间就谁是真正的专利权人所发生的确权纠纷案件。当事人一方向专利管理机关请求调处，专利管理机关已经立案并向另一方发出答辩通知书，而另一方拒绝答辩并向人民法院起诉的，只要起诉符合民事诉讼法规定的起诉条件和最高人民法院关于审理专利案件的有关规定，人民法院应予受理；如果另一方接到专利管理机关的答辩通知书后作了实质性答辩，在专利管理机关调处过程中又向人民法院起诉的，人民法院不予受理；如果在专利管理机关调处过程中，当事人双方都向人民法院起诉的，人民法院应予受理，并告知当事人向专利管理机关办理撤回请求调处手续。专利纠纷案件经专利管理机关调解达成调解协议的，在调解书送达之前或送达后当事人一方反悔，并向人民法院起诉的，人民法院应当予以受理。

二、审理前的准备

审理前的准备是指人民法院接受原告起诉并决定立案受理后，在开庭审理之前，由承办案件的审判员依法所作的各项准备工作。审理前的准备是在普通程序中，为保证开庭审理的顺利进行以及案件及时、正确的审理而设立的必经程序，也是民事诉讼过程中的一个必经阶段。依照我国现行民事诉讼法和有关司法解释的规定，审理前的准备工作主要有：

(一)送达起诉状副本和提出答辩状

《民事诉讼法》第113条规定，人民法院应当在立案之日起5日内将起诉状副本送达被告，原告口头起诉的案件，也应当在立案后5日内以书面形式将口头起诉的内容告知被告。被告应当在收到起诉状副本之日起15日内提出答辩状。人民法院在收到答辩状之日起5日内将答辩状副本送达原告。

起诉状是全面系统地反映原告的诉讼请求和原告对民事权利义务争议事实所持观点和看法的诉讼文书，被告有权了解原告起诉的具体内容并行使自己的答辩权，人民法院为了正确行使审判权，有义务将原告的起诉状副本按照法定的方式和期限送达被告，以保障被告的答辩权的行使。但是如果被告不提交答辩状，放弃行使辩论权的，并不影响法院对案件的审理。

(二)告知当事人诉讼权利义务及合议庭组成人员

对于已决定受理的案件，为保障当事人充分行使诉讼权利，正确履行诉讼义务，人民法院应当在受理案件通知书和应诉通知书中分别告知原告和被

告所享有的诉讼权利、所承担的诉讼义务。或者以口头形式告知当事人诉讼权利义务。

普通程序的审判组织必须采用合议制，为保障当事人申请回避权的充分行使，审理案件的合议庭组成后，法院应当在 3 日内把合议庭的组成人员告知当事人。

(三) 审阅诉讼材料，调查收集必要的证据

审阅诉讼材料是在审判前的准备阶段，承办案件的审判员必须进行的工作。主要是通过审阅原告提交的起诉状、被告提交的答辩状以及各自的证据和其他诉讼材料，初步了解案情，掌握双方当事人争执的问题和矛盾的焦点，并确定当事人提供的证据是否充分，是否需要人民法院调查、收集必要的证据，案件应当适用什么的有关法律，涉及什么的有关专业知识，以及案件是否能及时进入开庭审理阶段。

审阅诉讼材料是审判前的准备工作的中心环节。人民法院收集、调查证据是对当事人提供证据的补充。在我国民事诉讼中，举证责任由当事人承担，但人民法院并不是完全消极被动的，对于案件必要而当事人又无法提供的证据，人民法院应当进行收集、调查工作。这是案件能否及时开庭审理以及开庭审理能否查明案情、分清是非，从而作出正确裁判的前提条件，也是我国民事诉讼特点的一个具体体现。

人民法院如果派出人员进行调查时，应向被调查人员出示证件，调查笔录经被调查人校阅，由调查人、被调查人签名或盖章。在必要时，人民法院也可以委托外地人民法院代为调查。委托调查时，委托法院必须提出委托调查书和明确的委托项目和要求；受托法院收到委托法院的委托调查书后，应当在 30 日内完成，因故不能完成的，应在 30 日内函告委托法院。

在调查收集证据过程中，人民法院发现案件的有关问题，需要由人民法院勘验或者委托鉴定的，人民法院应当进行勘验或者委托有关部门鉴定；案件比较复杂、证据材料较多的案件，人民法院可以组织当事人交换证据。

(四) 更换和追加当事人

在审理前的准备工作中，如果人民法院发现起诉人或应诉人不合格，即原告或被告并不是案件的利害关系人，应当将不合格的当事人换成合格的当事人，此谓当事人的更换；如果人民法院发现应当参加诉讼的当事人没有参加诉讼，应当通知其参加诉讼，或者由当事人向人民法院申请追加，此谓当事人的追加。追加当事人只有在诉讼属于共同诉讼的情况下才会发生。

更换和追加当事人都是为充分保障当事人的诉讼权利，保障人民法院正确行使审判权而设立的诉讼制度，但二者所产生的法律后果并不相同。如果更换当事人，更换前的当事人所进行的诉讼行为对更换后的当事人不产生任何法律效力；如果追加当事人，追加前的当事人所进行的诉讼行为对追加后的当事人具有法律上的约束力。

为了保证案件审理的公正性，根据最高人民法院的有关司法解释，合议庭成员或独任审判员在开庭前不得单独接触一方当事人及其诉讼代理人。

三、开庭审理

开庭审理是指在人民法院审判人员的主持下，在当事人和其他诉讼参与人的参加下，在法院固定的法庭上或法律允许设置的法庭上，依照法定的程式和顺序，对案件进行实体审理，从而查明案件事实、分清是非，并在此基础上，对案件作出裁判的全部过程。开庭审理是普通程序中最重要和最中心

的环节，是当事人行使诉权进行诉讼活动和人民法院行使审判权进行审判活动最集中、最生动的体现。

按普通程序审理的案件，开庭审理应当在答辩期届满并做好必要的准备工作后进行。当事人明确表示不提交答辩状，或者在答辩期届满前已经答辩，或者同意在答辩期间开庭的，也可以在答辩期限届满前开庭审理。

开庭审理由几个既相对独立又相互联系的阶段组成：

(一)开庭审理前的准备

为了保证开庭审理的顺利进行，人民法院在开庭前应当进行必要的准备工作，具体如下：(1)人民法院确定开庭日期后，应当在开庭3日前通知当事人和其他的诉讼参与人。通知当事人用传票，通知其他的诉讼参与人应当用通知书。如果受诉法院没有在开庭3日前告知当事人和其他的诉讼参与人，当事人以及其他的诉讼参与人有权不出庭，法院对此不能采用拘传、视为撤诉、缺席判决等方法处理。(2)对于公开审理的案件，人民法院应当在开庭审理前3日发布公告，公告当事人的姓名、案由以及开庭的时间、地点，以便群众旁听，记者采访、报道。

(二)开庭审理

依照普通程序开庭审理案件，必须严格按照法定的阶段和顺序进行：

1.准备开庭。开庭审理前，书记员应当查明当事人以及其他诉讼参与人是否到庭，然后宣布法庭纪律。正式开庭时，由审判长核对当事人，宣布案由以及审判人员、书记员名单，并口头告知当事人有关的诉讼权利和义务，询问当事人是否提出回避申请，从而使当事人、其他的诉讼参与人以及旁听的群众了解案情以及各自的诉讼权利和义务、应遵守的法庭纪律。

2.法庭调查。即在法庭上通过展示与案件有关的所有证据，对案件事实进行全面的调查，从而为进入开庭审理的下一个阶段作好准备。法庭调查是开庭审理的重要阶段。其任务是审查核实各种诉讼证据，对案件进行直接的、全面的调查。

依照《民事诉讼法》第124条的规定，法庭调查按下列顺序进行：(1)当事人陈述，即由当事人对自己的主张及其所根据的事实和理由加以陈述。具体按原告、被告、第三人及其诉讼代理人的先后顺序进行陈述。在各当事人陈述之后，审判长或者独任审判员归纳本案争议焦点或者法庭调查重点，并征求当事人意见。(2)证人出庭作证。凡是了解案情的人都有义务作证。应人民法院传唤出庭的证人，在法庭上应当如实提供证言，作伪证应负法律责任。证人如果确有困难不能出庭，经法院许可可以提交书面证言，由法庭宣读。经审判长许可，当事人及其诉讼代理人有权向证人发问，证人应当回答。受诉法院委托外地法院代为询问证人的笔录应当在法庭上宣读，未在法庭上宣读的证人证言，不能作为认定案件事实的根据。(3)出示书证、物证和视听资料。不论是当事人提供还是人民法院主动收集的书证、物证和视听资料，除法律规定不准公开外，均须当庭出示。书证当庭宣读，物证当庭展示，视听资料当庭播放。(4)宣读鉴定结论。鉴定结论要当庭宣读。鉴定人应向法庭说明鉴定的方法和经过，以及鉴定结论的科学依据。当事人及其诉讼代理人经法庭许可，可以向鉴定人发问。(5)宣读勘验笔录。勘验笔录是由审判人员或法院指定的其他人员依法对现场或物证进行勘验所制作的笔录，作为证据之一，应由法庭审判人员或勘验人当庭宣读。拍摄的照片或绘制的图表，应向当事人出示。根据《民事诉讼法》第125条的规定，在法庭调查阶段，当

事人可以在法庭上提出新的证据，也可以要求法院重新调查证据。当事人经法庭许可，可以向证人、鉴定人、勘验人发问；当事人有权要求重新进行调查、鉴定或者勘验，是否准许，由法庭决定。法庭调查结束前，审判长或者独任审判员应当就法庭调查认定的事实和当事人争议的问题进行归纳总结，并应当分别询问当事人、第三人及其诉讼代理人是否还有意见作最后陈述。经过庭审质证的证据，能够当即认定的，应当当即认定；当即不能认定的，可以休庭合议后再予以认定；合议之后认为需要继续举证或者进行鉴定、勘验工作的，可以在下次开庭质证后认定。未经庭审质证的证据，不能作为定案的根据。法院经过法庭调查，如果认为此次法庭调查，未能查清案件有关情况，法庭可以决定休庭而准备第二次开庭。法庭决定再次开庭的，审判长或者独任审判员对本次开庭情况应当进行小结，指出庭审已经确认的证据，并指明下次开庭调查的重点。第二次开庭时，只就未经调查的事项进行调查和审理，对已经调查、质证并已认定的证据不再重复审理。审判人员如果认为案件事实已经查清，必要的证据已经齐备，即可宣布终结法庭调查，进入法庭辩论阶段。

3. 法庭辩论。即双方当事人及其诉讼代理人充分行使自己的辩论权，在法庭上就有争议的事实和法律问题进行辩驳和论证。法庭辩论是开庭审理的重要阶段之一，是民事诉讼辩论原则在普通程序中最集中、最生动的体现。法庭辩论的任务是通过双方当事人及其诉讼代理人的言词辩论，对有争议的问题逐一进行审查和核实，以查明案件的客观真实情况，为明确是非责任、正确适用法律奠定基础。作为定案依据的所有证据，都必须经过法庭的辩论和质证，即使是不得在公开开庭时出示的证据，也必须经过双方当事人的辩论和质证。

法庭辩论的参加者只能是原告、被告和诉讼中的第三人，以及他们的诉讼代理人。法庭辩论按下列顺序进行：(1)原告及其代理人发言。原告的发言主要是反驳被告针对原告诉讼请求和主张提出的事实和理由，进一步论证自己的主张。诉讼代理人则通过发表代理词，从事实和法律上全面阐述被代理人的观点和主张，反驳被告的主张的事实和理由。(2)被告及其代理人发言答辩。被告的答辩主要是针对原告提出的事实和理由，作出回答和进行辩解，并论证自己反驳的事实和理由。(3)诉讼中的第三人及其诉讼代理人发言或答辩。诉讼中的第三人分为有独立请求权的第三人和无独立请求权的第三人，其诉讼地位各不相同，发言也一定不同。由于有独立请求权的第三人在诉讼中相当于原告的诉讼地位，他既不同意本诉讼原告的主张，也不同意本诉讼被告的主张，因此他的发言必然是针对双方当事人作出陈述，对双方当事人各自主张的事实和理由，都要作出回答和进行辩论，并以此驳斥双方当事人各自的主张。无独立请求权的第三人由于他在诉讼中没有独立的诉讼地位，他的发言必然有利于和他有法律关系的一方当事人，并具有驳斥对方当事人主张的作用。(4)互相辩论。即在审判员的指挥下，按照原告、被告然后第三人的顺序，就案件中有争论的具体问题一一展开辩论，保证各方充分行使自己的辩论权。

在法庭辩论时，审判人员应当引导当事人围绕争议焦点进行辩论。当事人及其诉讼代理人的发言与本案无关或者重复未被法庭认定的事实，审判人员应当予以制止。审判人员在法庭辩论过程中，不得对案件性质、是非责任发表意见，不得与当事人辩论。

法庭辩论终结时，审判长按照原告、被告，第三人的先后顺序征求各方最后的意见，给当事人再一次阐述自己观点和意见的机会。至此，法庭辩论即告终结。

在此要注意，在案件受理后，法庭辩论结束前，原告增加诉讼请求，被告提出反诉，第三人提出与本案有关的诉讼请求，可以合并审理的，法院应当合并审理。此外，法庭辩论终结后，法院作出判决前，对于能够调解的，可以在事实清楚、是非明确的基础上再进行调解。调解不成的，应当及时判决。

4. 评议和宣判。即由合议庭的人员在法庭调查和法庭辩论的基础上，认定事实，确定适用的法律，最后宣告案件的审理结果。这是开庭审理的最后阶段。

法庭辩论终结后，由审判长宣布休庭，合议庭组成人员退入评议室对案件进行评议，合议庭评议实行少数服从多数的原则，评议的情况应如实记入笔录。评议笔录不准当事人及其诉讼代理人查阅、复制。评议完毕，由审判长宣布继续开庭，宣告判决结果。不论案件是否公开审理，宣告判决结果一律公开进行。

宣告判决有两种方式：一种是当庭宣判，一种是定期宣判。当庭宣判的，应在 10 日内向当事人发送判决书；定期宣判的，应在宣判后立即发给判决书。不论采用哪种形式宣判都要告知当事人上诉权利、上诉期限以及上诉法院。宣告离婚判决时，必须告知当事人在判决发生法律效力前，不得另行结婚。

5. 法庭笔录。法庭笔录是在法庭审理过程中，由书记员制作的反映法庭全部审判活动的真实情况的记录。包括以下内容：案由，开庭审理的时间、地点，是否公开审理，以及审判员、书记员姓名；当事人、第三人、诉讼代理人和其他诉讼参与人姓名、性别、年龄、民族、职业、住所；审判员告知当事人的诉讼权利和义务；法庭调查、法庭辩论、法庭调解的过程和内容；合议庭评议另作评议笔录；当庭宣判的应记明判决主文，当事人对判决的声明；定期宣判的，应另作宣判笔录。法庭笔录应当有全体审判员、书记员的签名，以表明法庭笔录的真实性和严肃性。

法庭笔录的内容，应当向当事人和其他的诉讼参与人公开。公开方式可以由书记员当庭宣读，或由当事人及其他诉讼参与人当庭阅读，或告知当事人在闭庭后 5 日内阅读。当事人和其他诉讼参与人认为法庭笔录有遗漏或差错的，有权申请补正；如果审判员和书记员认为申请无理，不予补正的，不能更改原始记录，但应当将当事人的申请记录在案。法庭笔录应当有当事人和其他诉讼参与人的签名或盖章，拒绝签名盖章的，记明情况附卷。

6. 审理期限。审理期限是指某一案件从人民法院立案受理到作出裁判的法定期间。依照现行民事诉讼法的有关规定，适用普通程序审理的案件，人民法院应当在立案之日起 6 个月内审结；有特殊情况需要延长的，报请院长批准，批准延长的期限，最长不超过 6 个月；在上述期限内还未审结，需要延长的，则由受诉法院报请上级法院批准，延长的期限，由上级法院决定。

第三节 撤诉和缺席判决

一、撤诉

撤诉是指在人民法院受理案件之后，宣告判决之前，原告要求撤回其起诉的行为。撤诉是当事人对其诉讼权利行使处分权的表现。包括申请撤诉和按撤诉处理两种情况。

1. 申请撤诉。即原告在法院立案受理后，进行宣判前，以书面或口头形式向人民法院提出撤回其起诉的要求。

申请撤诉的条件：(1) 申请人必须是原告、上诉人及其法定代理人。经原告特别授权的诉讼代理人也可以提出撤诉申请；有独立请求权的第三人也可以提出撤诉申请，但有独立请求权的第三人申请撤诉不影响原告和被告之间本诉讼的进行。(2) 撤诉必须是原告自愿。申请撤诉是原告处分自己实体权利和诉讼权利的行为，除非原告有明确的意思表示，任何人不得强迫原告申请撤诉，审判人员也不得以任何借口，动员原告申请撤诉。(3) 撤诉必须合法。申请撤诉的时间必须是在法院受理案件之后，宣告判决之前；申请撤诉的人必须是有申请撤诉权的人；申请撤诉在实体上不得有规避法律的行为，不得违反现行法律、法规的规定，不得有损于国家、集体和他人的利益。(4) 撤诉必须由人民法院作出裁定。当事人行使处分权，必须在法律许可的范围内。原告申请撤诉，人民法院应当依法进行审查，申请符合条件的，裁定准许撤诉，案件审理终结；申请不符合条件的，裁定驳回申请，案件继续审理。不论是否准许撤诉，都必须以裁定的方式告知当事人。此外，最高人民法院《关于适用 中华人民共和国民事诉讼法 若干问题的意见》明确规定，有独立请求权的第三人参加诉讼后，原告申请撤诉，人民法院依法准许原告撤诉后，有独立请求权的第三人作为另案原告，原案原告、被告作为另案被告，诉讼另行进行；当事人申请撤诉的案件，如果当事人有违法行为需要依法处理的，法院可不准撤诉。

2. 按撤诉处理。即原告虽然没有提出撤诉申请，但其在诉讼中的一些行为已经表明他不愿意继续进行民事诉讼，因而，法院依法决定注销案件不予审理的行为。

按撤诉处理的情况为：(1) 原告或上诉人未按期交纳诉讼费用。(2) 原告经传票传唤，无正当理由拒不到庭。(3) 原告未经法庭许可中途退庭。(4) 原告应预交而未预交案件受理费，人民法院应当通知其预交，通知后仍不交纳，或申请缓、减、免未获人民法院批准仍不交纳诉讼费用的，按撤诉处理。(5) 无民事行为能力的原告的法定代理人，经法院传票传唤无正当理由拒不到庭的，可按撤诉处理。(6) 有独立请求权的第三人经法院传票传唤，无正当理由拒不到庭的，或未经法庭许可中途退庭的，可按撤诉处理；无独立请求权的第三人，无正当理由拒不到庭的，或未经法庭许可中途退庭的，不影响案件的审理；

依法可以按撤诉处理的案件，如果当事人有违法行为需要依法处理的，法院可以不按撤诉处理。

3. 撤诉的法律后果。不论是当事人申请撤诉还是按撤诉处理的，都会产生一定的法律后果：(1) 法院裁定准许撤诉或按撤诉处理，都会直接引起终结诉讼程序的法律后果；(2) 诉讼时效重新开始计算，原告在诉讼时效期间内再次起诉的，人民法院应当受理；(3) 诉讼费用由原告或上诉人负担。

二、缺席判决

缺席判决是指人民法院在一方当事人无正当理由拒不参加法庭审理的情况下，依法作出判决。它是为维持法庭秩序，为保障参加法庭审理的一方当事人的合法权益及法庭审理的正常进行而设立的制度。依此制度作出的判决书，就是缺席判决书。

根据民事诉讼法的有关规定，缺席判决适用于下列情况：

1. 原告不出庭或中途退庭按撤诉处理，被告提出反诉的；
2. 被告经传票传唤，无正当理由拒不到庭的，或未经法庭许可中途退庭的；
3. 法院裁定不准撤诉的，原告经传票传唤，无正当理由拒不到庭的；
4. 无民事行为能力的被告人的法定代理人，经传票传唤无正当理由拒不到庭的；
5. 在借贷案件中，债权人起诉时，债务人下落不明的，人民法院受理案件后公告传唤债务人应诉。公告期限届满，债务人仍不应诉，借贷关系明确的，经审理后可缺席判决。在审理中债务人出走，下落不明，借贷关系明确的，可以缺席判决。

缺席判决与对席判决具有同等法律效力。对于缺席判决，人民法院同样应当依照法定的方式和程序，向缺席的一方当事人宣告判决及送达判决，并保障当事人的上诉权利的充分行使。

第四节 延期审理、诉讼中止和诉讼终结

一、延期审理

延期审理是指人民法院开庭审理后，由于发生某种特殊情况，使开庭审理无法按期或继续进行从而推迟审理的制度。

根据《民事诉讼法》第 132 条的规定，有下列情形之一的，可以延期审理：

1. 必须到庭的当事人和其他诉讼参与人有正当理由没有到庭的；
2. 当事人临时提出回避申请的；
3. 需要通知新的证人到庭，调取新的证据，重新鉴定、勘验、或者需要补充调查；
4. 其他应当延期的情形。

延期审理只能发生在开庭审理阶段，延期审理前已进行的诉讼行为，对延期后的审理仍然有效。但延期的时间不计算在审理期限内。

二、诉讼中止

诉讼中止是指在诉讼进行过程中，因发生某种法定中止诉讼的原因，诉讼无法继续进行或不宜进行，因而法院裁定暂时停止诉讼程序的制度。

根据《民事诉讼法》第 136 条的规定，有下列情况之一的，应当中止诉讼：

1. 一方当事人死亡，需要等待继承人表明是否参加诉讼的；
2. 一方当事人丧失诉讼行为能力，尚未确定法定代理人的；
3. 作为一方当事人的法人或者其他组织终止，尚未确定权利义务承受人的；
4. 一方当事人因不可抗拒的事由，不能参加诉讼的；
5. 本案必须以另一案的审理结果为依据，而另一案尚未审结的；
6. 其他应当中止诉讼的情形。

最高人民法院在有关司法解释中针对司法实践中出现的问题，还规定了下列几种适用诉讼中止的情形：

1. 在借贷案件中，债权人起诉时，债务人下落不明的，法院应要求债权人提供证明借贷关系存在的证据，受理后公告传唤债务人应诉。公告期限届满，债务人仍不应诉，借贷关系无法查明的，裁定中止诉讼；在审理中债务人出走，下落不明，事实难以查清的，裁定中止诉讼。

2. 人民法院受理实用新型或外观设计专利侵权案件后，在向被告送达起诉状副本时，应当通知被告如欲请求宣告该项专利权无效，须在答辩期间内向专利复审委员会提出。被告在答辩期间请求宣告该项专利无效的，人民法院应当中止诉讼。专利权人提出财产保全申请并提供担保的，人民法院认为必要时，在裁定中止诉讼的同时责令被告停止侵权行为或者采取其他制止侵权损害继续扩大的措施。被告在答辩期间未请求宣告该项专利权无效，而在其后的审理过程中提出无效请求的，人民法院可以不中止诉讼。人民法院受理的发明专利侵权案件或者经专利复审委员会审查维持专利权的实用新型专利侵权案件，被告在答辩期间请求宣告该项专利无效的，人民法院可以不中止诉讼。

符合上述情况的，法院应作出裁定中止诉讼。诉讼中止的裁定作出后，不论是法定期间还是指定期间，一律中断；当事人应当停止本案的一切诉讼

行为，人民法院除需采取紧急措施外，也应当停止对本案的一切审理活动。

中止诉讼的原因消除后，由当事人申请或者法院依职权恢复诉讼程序。诉讼程序恢复后，不必撤销原裁定，从法院通知或准许当事人双方继续进行诉讼时起，中止诉讼的裁定即失去效力；诉讼中止前进行的一切诉讼行为，在诉讼程序恢复后继续有效。

三、诉讼终结

诉讼终结是指在诉讼进行过程中，因发生某种法定的诉讼终结的原因，使诉讼程序继续进行已没有必要或不可能继续进行，从而由人民法院裁定终结诉讼程序的制度。

根据《民事诉讼法》第 137 条的规定，可以适用于诉讼终结的情形有：

1. 原告死亡，没有继承人，或者继承人放弃诉讼权利的；
2. 被告死亡，没有遗产，也没有应当承担义务的人的；
3. 离婚案件中的一方当事人死亡的；
4. 追索赡养费、扶养费、抚育费以及解除收养关系案件的一方当事人死亡的。

诉讼终结并没有解决当事人之间的实体权益问题，因此人民法院以裁定的形式决定诉讼终结。诉讼终结的裁定既可以是书面的，也可以是口头的；诉讼终结的裁定一经作出即发生法律效力，当事人不得上诉，也不得申请复议；自裁定送达当事人之日起或宣布之日起发生法律效力。诉讼终结的案件，当事人不得以同一事实和理由，就同一诉讼标的再行起诉，法院也不得再行受理此案。

第十三章 简易程序

一、简易程序的概念和适用范围

(一) 简易程序的概念

简易程序在我国民事诉讼中，是指基层人民法院及其派出法庭审理简单民事案件和简单经济纠纷案件所适用的程序。

简易程序是与普通程序并存的独立的第一审程序之一。在内容上，简易程序是普通程序的简化，但它并不是普通程序的附属性程序，也不是普通程序的辅助性程序。简易程序有自己的特定适用范围；同时简易程序与普通程序又有一定的联系，简易程序没有规定的内容，要适用普通程序的有关规定。在立法上，设立简易程序，是以案件与审判程序的适应性为依据的，客观上，案件有简单和复杂之分，审判程序因而也有了简易程序和普通程序之别。简易程序的设立，既有助于当事人通过诉讼更有效地维护自己的合法权益，也有助于人民法院提高办案效率，使诉讼中人、财、物的配置更趋于有效、合理。

(二) 简易程序的适用范围

简易程序的适用范围，即哪些法院审理的哪些案件应当适用简易程序。换言之，简易程序的适用范围应当从适用该程序的法院有哪些和适用该程序的案件有哪些两个方面来界定。

适用简易程序的法院，按照现行民事诉讼法的规定，只有基层人民法院及其派出法庭可以适用简易程序审理第一审案件。所谓派出法庭是指人民法院依法巡回审理就地办案时临时组织的审判组织，以及固定的人民法庭。人民法庭是基层人民法院在本辖区内设置的固定派出机构，是基层人民法院的组成部分，它所作的判决、裁定与基层人民法院判决、裁定具有同等法律效力。除此以外，中级人民法院、高级人民法院、最高人民法院审理第一审民事案件均不得适用简易程序。

适用简易程序的案件。按照现行民事诉讼法的有关规定，适用简易程序审理的案件只能是事实清楚、权利义务关系明确、争议不大的简单的民事案件。所谓事实清楚，是指当事人双方对争议的事实陈述一致，并能提供可靠的证据，无须人民法院调查收集证据即可判明事实、分清是非；所谓权利义务关系明确，是指谁是责任的承担者，谁是权利的享有者，关系明确；所谓争议不大，是指当事人对案件的是非、责任以及诉讼标的争执无原则分歧。以上三者相互联系，不可分割。

在最高人民法院《关于适用 中华人民共和国民事诉讼法 若干问题的意见》中，列举了三种不适用简易程序的案件：起诉时被告下落不明的案件，不得适用简易程序审理；已经按照普通程序审理的案件，在审理过程中无论是否发生了情况变化，都不得改用简易程序审理；发回重审和按照审判监督程序再审的案件，不得适用简易程序审理。

二、简易程序的特点

简易程序既是与普通程序并存的一种独立的第一审程序，同时在内容上又是普通程序的简化程序，现行民事诉讼法对简易程序的规定正是由此确立的。适用简易程序审理简单的民事案件，有专门规定的，适用简易程序的专门规定；没有专门规定的，适用普通程序的一般规定。

简易程序的特点，主要体现在以下几个方面：

(一) 起诉方式简便

简单的民事案件，原告可以口头起诉。简易程序起诉方式的规定明显不同于普通程序书面起诉的原则。但是人民法院同样应当依照民事诉讼法的起诉条件对口头起诉进行审查，并且对口头起诉的内容要制作笔录，并以适当的方式通知对方当事人。

(二) 受理案件的程序简便

简单的民事案件，当事人可以双方同时到基层人民法院或其派出法庭，请求解决纠纷。基层人民法院或其派出法庭可以即时审查，当即受理，也可以另定日期审理，不同于普通程序的受理程序。

(三) 传唤或通知当事人或其他诉讼参与人的方式简便

人民法院适用简易程序审理简单民事案件，可以用简便的方式随时传唤当事人、证人，通知其他诉讼参与人，不受普通程序传唤当事人和通知其他诉讼参与人方式和期限的限制。

(四) 审判组织简便

人民法院适用简易程序审理简单民事案件，由审判员一人独任审判，不需实行合议制。但要有书记员作记录，不得由审判员自审自记。组织形式明显不同于普通程序的审判组织形式。适用简易程序审理案件的过程中，发现案情复杂，需要转化为普通程序审理的，可以转为普通程序，并组织合议庭对案件进行审理，同时及时通知对方当事人。审理期限从立案的次日起算。

(五) 开庭审理程序简便

人民法院适用简易程序审理简单民事案件，审判人员可以根据案件的具体情况，简化案件审理的方式和步骤，不受普通程序中关于开庭审理阶段和顺序的限制。人民法院可以将开庭审理的不同阶段结合在一起进行，也可以将法庭调查和法庭辩论交叉进行，以查明案情，分清是非。

(六) 审理期限简短

适用简易程序审理民事案件，人民法院应当在立案之日起 3 个月内审结。与普通程序 6 个月的审理期限相比，相对较短；而且 3 个月是不变期间，当事人或法院都不得申请延长。

此外，根据最高人民法院的有关司法解释，适用简易程序审理的案件，当事人同时到庭的，可以径行开庭进行调解。调解前告知当事人诉讼权利义务和主持调解的审判人员，在询问当事人是否申请审判人员回避后，当事人不申请回避的，可以直接进行调解。调解不成的或者达成协议后当事人反悔又未提出新的事实和证据，可以不重新开庭，直接作出判决。

简易程序的特点，也是简易程序的具体规定。在适用简易程序审理案件时，还应当注意以下几点：第一，适用简易程序判决结案的，应当依照民事诉讼法的规定公开宣判。第二，人民法庭制作的判决书、裁定书、调解书，必须加盖基层人民法院的印章，不得用人民法庭的印章代替基层人民法院的印章。第三，适用简易程序审理案件，卷宗中应当具备以下材料：(1) 起诉状或口头起诉笔录；(2) 答辩状或口头答辩笔录；(3) 委托他人代理诉讼的，要有授权委托书；(4) 必要证据；(5) 询问当事人笔录；(6) 审理笔录；(7) 判决书、调解书、裁定书或调解协议；(8) 送达和宣判笔录；(9) 执行情况；(10) 诉讼费收据。

第十四章 第二审程序

第一节 第二审程序的概述

一、第二审程序的概念

第二审程序是指由于民事诉讼的当事人不服地方各级人民法院生效的第一审裁判而在法定期间内向上一级人民法院提起上诉而引起的诉讼程序，是第二审级的人民法院审理上诉案件所适用程序。由于我国实行两审终审制，当事人不服一审法院作出的裁判，可以向一审法院的上一级法院提起上诉，经上一级法院审理并作出裁判后，诉讼便告终结。所以第二审又称上诉审，第二审程序又称上诉审程序。同时，一个案件经过二审程序审理并作出裁判后，诉讼即告终结，二审作出的判决立即发生法律效力，因此，二审程序又称为终审程序。

第二审程序并不是民事诉讼的必经程序，也不是人民法院审理案件的必经程序，如果当事人在案件一审过程中达成了调解协议或者在上诉期内未提起上诉，一审法院的裁判就发生法律效力，第二审程序也因无当事人的上诉而无从发生。当事人的上诉是第二审程序发生的前提。当然当事人的上诉还必须和法院的受理相结合。

二、第二审程序与第一审程序的联系与区别

第一审诉讼程序是第二审程序的前提和基础，第二审程序是第一审诉讼程序的继续和发展。第一审诉讼程序中包括普通程序和简易程序，它们与第二审程序同属于诉讼案件的审判程序。经过普通程序或简易程序审理的民事案件，如果当事人不服提起上诉的，上诉审法院即适用第二审程序对案件进行审理。第二审人民法院审理上诉案件，首先适用第二审程序的有关规定；第二审程序没有规定的，要适用普通程序的有关规定。

第二审程序与第一审诉讼程序虽然同属于诉讼案件的审判程序，但毕竟是两种不同的诉讼程序，其主要区别如下：

1. 审判程序发生的原因不同。一审诉讼程序的发生，基于当事人的起诉权和法院的管辖权；而二审程序的发生是基于当事人的上诉权和二审法院的审判监督权。

2. 审级不同。第一审诉讼程序是案件在第一审人民法院审理适用的程序；而第二审程序是案件在二审法院审理的程序，它是一审案件受诉法院的上一级法院在审理上诉案件时适用的程序。

3. 审判组织不同。一审法院适用第一审诉讼程序审理民事案件的组织形式有两种，即合议制和独任制。实行合议制的，合议庭可以有审判员组成，也可以由审判员和陪审员共同组成；而二审法院适用第二审程序审理上诉案件只能采取合议制，并且合议庭必须由审判员组成，不能有陪审员参加。

4. 审理的对象不同。第一审诉讼程序是以原告的起诉状和被告的答辩状为基点展开的，审理的对象是双方当事人之间的民事权益争议；而第二审程序，是以一审裁判为基点，对当事人上诉请求的有关事实和适用的法律进行审查，审理对象是一审法院的裁判。

5. 审理的方式不同。适用第一审程序审理民事诉讼案件，法院只能采取开庭审理的方式；而适用第二审程序审理民事上诉案件，法院可以根据案件事实是否已经清楚等实际情况，选择采取开庭审理或者径行判决的方式。

6. 裁判的效力不同。适用第一审诉讼程序审结后的判决，在上诉期间，是未发生法律效力裁判；适用第二审程序审结后的裁判，是发生法律效力的裁判，当事人不得提起上诉。

三、第二审程序的特点

第二审程序是民事诉讼中独立的审判程序，其主要特点有：

1. 第二审程序是为适应审理上诉案件的需要而设立的独立程序。上诉案件是基于当事人不服一审法院的裁判而提起上诉所形成的案件，上诉权是当事人依法享有的重要诉讼权利，为保障其上诉权正确、充分的行使，同时为保障案件的审判质量，在法律上必然需要设置相应的程序。

2. 第二审程序是以当事人的上诉权和上级法院的审判监督权为基础而设立的审判程序。上诉权是当事人申请上级法院对案件继续进行审判的请求权，也是当事人不服一审法院裁判的上告权。当事人上诉的目的是要求上诉审法院继续解决与对方当事人之间的民事权益之争，以维护自己的合法权益，并希望上诉审法院通过对案件的审理，撤销或者变更一审法院的裁判。没有当事人的上诉权，就无从发生二审程序；同时，二审程序的开始和进行，还基于上级法院对下级法院的审判监督权。审判监督权，既包括上级法院对下级法院裁判的审查权，也包括对下级法院错误的裁判撤销变更权。

3. 第二审程序是为实现上诉审法院的职能而设立的法定程序。上诉审法院的职能为：保障当事人及其他诉讼参与人充分行使法律所赋予的在上诉审中的各项诉讼权利；保证上诉审法院正确行使其审判监督权；以及通过上诉审程序，终结诉讼，完成对诉讼案件的审判。第二审程序的设立，为上述职能的实现提供了法定的方式和途径。

第二节 上诉的提起与受理

一、上诉的提起

上诉的提起是指当事人对一审法院裁判不服，向该法院的上一级法院依法提起上诉的行为。提起上诉必须具备一定的条件，并遵守一定的程序。

(一)提起上诉的条件

提起上诉的条件是指提起上诉必须具备的要件，包括实质要件和形式要件两个方面：

1. 上诉的实质要件，即哪些裁判可以上诉。换言之，即对哪些裁判，法律赋予了当事人上诉的权利。根据我国现行民事诉讼法的规定，可以上诉的判决包括：地方各级人民法院适用普通程序和简易程序审理后作出的第一审判决，第二审法院发回重审后的判决，以及按照第一审程序对案件再审作出的判决。可以上诉的裁定包括：不予受理的裁定、对管辖权有异议的裁定以及驳回起诉的裁定。除此之外，按特别程序审理后作出的裁判，第二审法院的终审裁判以及最高法院的一审裁判，都是不能上诉的裁判，当事人不能对它们提起上诉。

2. 上诉的形式要件，即指提起上诉在形式上必须具备的要件。它主要包括以下几个方面：

(1) 上诉人和被上诉人。提起上诉，首先必须有上诉人和被上诉人，并且上诉人和被上诉人必须合法。上诉人是享有上诉权的人，被上诉人是上诉人的对方当事人。凡是在第一审程序中具有实体权利的当事人都可能成为上诉人或被上诉人。具体有：第一审程序中的原告和被告、共同诉讼人、诉讼代表人、有独立请求权的第三人及一审法院的判决认定其承担责任的无独立请求权的第三人。

共同诉讼中，必要共同诉讼和普通共同诉讼的上诉人和被上诉人的情况各不相同。在必要共同诉讼中，基于他们诉讼权利义务不可分性及诉讼行为的统一性和一致性，只要其中一个人上诉，并经其他共同诉讼人同意的，成为共同上诉人。其中一人被诉的，其他共同诉讼人亦应被视为被上诉人。

对此，有不同的观点认为：必要的共同诉讼人中的一人或者部分人提出上诉的，按下列情况处理：第一，该上诉是对与对方当事人之间权利义务分担有意见，不涉及其他共同诉讼人利益的，对方当事人为被上诉人，未上诉的同一方当事人依原审诉讼地位列明；第二，该上诉仅对共同诉讼人之间权利义务分担有意见，不涉及对方当事人利益的，未上诉的同一方当事人为被上诉人，对方当事人依原审诉讼地位列明。第三，该上诉对双方当事人之间以及共同诉讼人之间权利义务承担均有意见的，未提出上诉的其他当事人均为被上诉人。

在普通的共同诉讼中，每个人都有权单独上诉，成为独立的上诉人。当然，普通共同诉讼中的每个人也可以因对方当事人上诉而成为被上诉人。诉讼代表人不服一审法院的裁判，不仅可能因提起上诉而成为上诉人的诉讼代表人，也可能因对方当事人上诉而成为被上诉人的代表人。

有独立请求权的第三人可以以本诉讼的双方或者一方当事人为被上诉人提起上诉，成为上诉人，也可以成为本诉讼的双方或者一方当事人的被上诉人。无独立请求权的第三人是否可以成为上诉人和被上诉人，要根据具体情况确定。在法院判令无独立请求权的第三人承担实体义务的情况下，无独立

请求权的第三人有权提起上诉，而成为上诉人，也可以因参加之诉中对方当事人提起上诉而成为被上诉人。

(2) 上诉期间。上诉期间又称上诉期，是指法律规定的可以行使上诉权的期限。我国现行民事诉讼法对判决和裁定的上诉期间作了不同的规定。根据法律的有关规定，不服判决的上诉期间为 15 日，不服裁定的上诉期间为 10 日。从裁判送达之次日起计算。诉讼参加人各自接收裁判的，从各自的起算日开始计算；任何一方的上诉期未届满，裁判都在上诉期内。这时，裁判处于一种不确定状态，当事人可以随时上诉。只有当双方当事人的上诉期都届满后，双方均未提起上诉的裁判才发生法律效力。

共同诉讼人上诉期间的计算，因共同诉讼的种类不同而不同。必要共同诉讼人的上诉期应以最后一个收到裁判的共同诉讼人的上诉期来计算。普通共同诉讼人的上诉期则分别计算。

(3) 上诉状。当事人不服一审法院作出的裁判，提起上诉的，必须递交上诉状。上诉状是表明当事人表示不服一审法院的裁判，请求二审法院变更原审裁判的根据，是一种重要的诉讼文书。它不仅要求上级法院确认自己的权利，而且要求改变或者撤销原审法院的裁判，通过变更裁判维护自己的合法权益。

上诉状应写明以下内容：第一，当事人的姓名，当事人是法人或者其他组织的，还应写明法人或其他组织的全称、法定代表人或者主要负责人的姓名和职务。第二，原审法院的名称、案件的编号和案由。第三，上诉的请求和理由。这一部分是上诉状的核心部分。上诉的请求是上诉人提起上诉所要达到的目的；上诉的理由是上诉人提出上诉的根据，是上诉人向上诉法院对一审法院在认定事实和适用法律方面持有异议的全面陈述。上诉的请求和理由决定着二审法院对案件的审理范围。

(二) 提起上诉的程序

当事人不服一审法院的裁判，提起上诉的，原则上应向原审法院递交上诉状，同时也允许当事人直接向二审法院提起上诉。不论向哪个法院提出上诉，最终都要由二审法院依二审程序进行审理，上诉途径并不会影响终审裁判。当事人直接向二审法院提出上诉状的，二审法院应在 5 日内将上诉状移交原审法院。不论当事人向原审法院提起上诉还是直接向二审法院提起上诉，都应按对方当事人或者诉讼代表人的人数提出上诉状副本，以便被上诉人及时提出答辩状、充分行使答辩权，同时也为第二审诉讼做好准备。

二、上诉的受理

当事人提起上诉，符合法定的上诉条件的，均应受理，并履行如下法定程序：

(一) 诉讼文书的接收与送达

原审法院收到当事人的上诉状及其副本后，应当在 5 日内将上诉状副本送达对方当事人。当事人的上诉状及其副本，既包括当事人向原审法院提交的上诉状及其副本，也包括二审法院移交给原审法院的上诉人的上诉状及其副本。对方当事人收到上诉状副本后，应当在 15 日内提出答辩状。被上诉人提交答辩状的，法院应当在收到答辩状之日起 5 日内将答辩状副本送达上诉人。提交答辩状是当事人的一项诉讼权利，放弃提交答辩状的，并不影响其在审理过程中的答辩。

(二) 诉讼案卷和证据的报送

原审法院收到上诉状和答辩状后，应当在 5 日内将全部案卷和证据，报送二审法院。至此，案件全部脱离一审法院，诉讼法律关系在一审全部结束，而由二审法院对案件进行审理，产生二审的诉讼法律关系。

三、上诉的撤回

上诉的撤回是指上诉人依法提起上诉后，在二审法院作出裁判前，要求撤回自己上诉的诉讼制度。当事人撤回上诉，意味着对一审法院裁判的承认。

撤回上诉是当事人行使自己的处分权的具体体现。当事人应当依法撤回上诉，即撤回上诉应当获得法院的准许。二审法院如果认为一审法院的裁判确有错误或者原审法院违反法定程序，可能影响案件正确裁判，需要改判或者发回重审的都不应准许其撤诉。另外，对于双方当事人在上诉期内都提出上诉，各自的上诉理由又不一致的，也不应准许其撤诉。

二审法院裁定准许或者不准许撤回上诉，可以用书面形式，也可以用口头形式。审判实践中，准许撤回上诉的一般用书面裁定，而不准许撤回上诉的则大多采用口头裁定。二审法院裁定上诉人不准撤回上诉的，诉讼继续进行；裁定准许撤回上诉的，二审程序即告终结，同时一审法院的裁判发生法律效力。

第三节 上诉案件的审理

二审法院审理上诉案件，依照第二审程序进行。在我国现行民事诉讼法中，第二审程序是按照二审法院审理上诉案件的特点加以规定的；第二审程序没有规定的，适用第一审普通程序的有关规定。

一、二审法院对上诉案件的审理范围

二审法院对上诉案件的审理范围体现了二审法院的职能。我国现行《民事诉讼法》第151条规定，二审人民法院应当对上诉请求的有关事实和适用法律进行审查。

根据最高人民法院的有关司法解释，二审案件的审理应当围绕当事人上诉请求的范围进行，当事人没有提出请求的，不予审查。但判决违反法律禁止性规定、侵害社会公共利益或者他人利益的除外。被上诉人在答辩中要求变更或者补充一审判决内容的，二审人民法院可以不予审查。

可见，在我国，二审法院的审理范围是当事人的上诉请求。换言之，我国二审法院对上诉案件的审理，属于对案件的续审，即二审审理中所要解决的是一审已经审理但仍存在争议的问题。

二审法院审理的内容是与上诉请求有关的事实和法律问题。从职能上界定，我国二审法院进行的审理既是事实审，又是法律审。但审理的事实和法律问题，是围绕着当事人的上诉请求进行的，即只审理与上诉请求有关的事实和法律问题。如果上诉人请求改变或撤销判决的全部，则二审法院就应对一审判决中认定的全部事实和适用法律进行审查；如果上诉人只请求改变或撤销判决的一部分，则二审法院只围绕上诉请求的部分事实认定和适用法律进行审查即可。上诉请求的有关事实和适用法律，既包括上诉人提出的事实和法律问题，也包括上诉人未提出的但与上诉请求有关的其他事实和法律问题。

二、上诉审对案件审理的方式

上诉审对案件的审理方式是实现上诉审职能所采取的形式问题。根据我国现行民事诉讼法的规定，二审法院审理上诉案件，应当由审判员组成合议庭进行审理，不能采用独任制，也不能有陪审员参加合议庭。

二审法院审理上诉案件，原则上应开庭审理，经过阅卷和调查，询问当事人，在事实核对清楚后，合议庭认为不需要开庭审理的，也可以径行判决、裁定。

三、二审法院审理上诉案件的地点

根据民事诉讼法的规定，二审法院审理上诉案件，可以在本院进行，也可以到案件发生地或原审法院所在地进行。这是便利当事人进行诉讼、便利法院办案原则在二审程序中的体现。

四、二审法院在二审程序审理中的调解

调解是民事诉讼法的一项基本原则，不论是第一审程序还是第二审程序，都可以根据自愿与合法的原则，在事实清楚的基础上，分清是非，进行调解。因此，调解也是第二审程序中的结案方式之一。在第二审程序中达成调解协议的都应当制作调解书。同时，调解书应由审判员和书记员署名，并加盖人民法院的印章。调解书送达当事人后，原审法院的判决即视为撤销。在二审法院的调解书中，一般不写“撤销原判”字样。

关于上诉案件的调解，有一个存在争议的问题：即二审法院允许当事人

调解的范围是否仅限于上诉人的请求，是否允许当事人就上诉请求所未涉及到的内容进行调解。我们认为，首先，判决的权威是建立在判决已经发生法律效力基础之上的。其次，调解的过程虽然也是法院对案件的审理过程，但是它与法院对案件的一般审理活动是有差异的。调解作为一项诉讼制度，更多的是当事人双方的参与和协商，只要当事人的调解协议不违法，法院都应支持双方当事人进行调解，并通过制作调解书而终结对案件的审理，因此，不应对第二审程序中的调解范围进行限制。再次，处分权是当事人重要的权能。当事人提起上诉时，并不能预见到在第二审程序中会达成调解协议。同时，在双方当事人提起上诉而将先提起上诉的人列为上诉人的情况下，只允许在上诉人上诉请求的范围内进行调解，不仅对被上诉人很不公平，而且无助于对案件纠纷的彻底解决。

第四节 上诉案件的裁判

一、在第二审程序中对上诉案件的不同裁判

二审法院审理上诉案件的内容，不仅包括双方当事人之间的实体权利义务之争，而且还包括审查一审裁判认定的事实是否清楚，适用的法律是否正确，有无违反法定程序等。因此，针对一审裁判的不同情况，二审法院对上诉案件要作出不同裁判。

(一)对第一审判决提起上诉的案件的裁判

1. 驳回上诉，维持原判。二审法院经过审理，认为原判决对上诉请求的有关事实认定清楚，适用法律正确的，判决驳回上诉，维持原判。

2. 依法改判。二审法院经过审理，认为原判决对上诉请求的有关事实认定清楚，但适用法律错误的，二审法院在确认一审判决认定的事实的同时，依法改判，以纠正原判决在适用法律上的错误。同时，原审判决认定事实错误，或者认定事实不清、证据不足，二审法院可以在查清事实后依法改判。基于当事人上诉请求的不同，依法改判可能变更原判决的一部分，也可能变更原判决的全部。

3. 发回重审。二审法院经过审理，认为原判决违反民事诉讼法规定的程序，可能影响案件正确判决的，可以裁定撤销原判，发回原审法院重审。例如应当组成合议庭审理，但一审法院采取独任审理的；承办案件的审判人员应当回避而未回避的；未经开庭审理而作出判决的；必须到庭的当事人未经传唤到庭即行判决的；当事人不合格未进行更换的；以及其他违反法定程序的。

二审法院经过审理，认为原审法院的判决认定事实错误，或者认定事实不清或证据不足的，原则上发回重审，也可以在查清事实后依法改判，发回原审法院重审的案件，仍应按一审程序审理，审理后作出的裁判为一审裁判，当事人不服的仍可上诉。

根据最高人民法院的有关司法解释，在第二审中，一方当事人提出新证据致使案件被发回重审的，对方当事人有权要求其补偿误工费、差旅费。

二审法院在审理上诉案件的过程中，发现一审法院主管错误，应裁定撤销原判，告知当事人向有关主管部门申请解决。

(二)对第一审裁定提起上诉的案件的裁定

当事人对不予受理的裁定，对管辖权有异议的裁定，驳回起诉的裁定，可以依法上诉。二审法院对不服一审法院裁定的上诉案件的处理，也一律使用裁定。对于原裁定认定事实清楚、证据充分、适用法律正确的，裁定驳回上诉，维持原裁定；原裁定认定事实不清或证据不足，适用法律错误的，裁定撤销原裁定，作出正确的裁定。

二、第二审裁判的效力

我国实行两审终审制。第二审法院即终审法院，第二审法院的裁判为终审裁判，其法律效力主要体现在以下三个方面：

1. 不得对裁判再行上诉。第二审法院的裁判是对当事人之间实体权利义务的最终确认，一经送达当事人，即发生法律效力，当事人不得就此再行上诉。如果当事人认为第二审法院的裁判有错误，只能按照审判监督程序向法院申请再审。

2. 不得就同一诉讼标的，以同一事实和理由重新起诉。但是，判决不准

离婚、调解和好的离婚案件以及判决维持收养关系的案件、调解维持收养关系的案件除外。

3.具有强制执行的效力。第二审法院具有给付内容裁判，如果义务人拒不履行义务的，对方当事人有权向法院申请强制执行，人民法院也可以视情况依职权采取强制措施，从而保护当事人合法权益的实现。

三、第二审法院的审理期限

上诉案件既包括对第一审法院的判决不服，提起上诉的案件；也包括对第一审法院的裁定不服，提起上诉的案件。

按照民事诉讼法的规定，第二审法院审理不服判决的上诉案件，应当在第二审法院立案之日起3个月内审结。有特殊情况需要延长的，报请本院院长批准，由院长根据案件的具体情况，在保证案件审判质量的原则下，予以审批。

第二审法院审理不服裁定的上诉案件，应当在二审法院立案之日起30日内作出终审裁定。没有特殊情况延长的规定。

二审程序中规定审理期限的目的，与一审规定审理期限的目的一样，都在于督促人民法院提高审判效率，缩短办案周期，更好地保护当事人的合法权益。

第十五章 审判监督程序

第一节 审判监督程序概述

一、审判监督程序的概念

在我国，审判监督程序即再审程序，是指对已经发生法律效力判决、裁定、调解书，人民法院认为确有错误，当事人基于法定事实和理由认为有错误，人民检察院发现存在应当再审的法定事实和理由，而由人民法院对案件再行审理的程序。审判监督程序只是纠正生效裁判错误的法定程序，它不是案件审理的必经程序，也不是案件的必经审级。

二、审判监督程序的特点

审判监督程序不同于其它的诉讼程序，有其独有的特点：

1. 审判监督程序是对已经发生法律效力裁判进行再审的程序，它们既不是第一、第二审程序的继续和发展，也不是民事诉讼的必经程序。

2. 审判监督程序的提起，只能是特定的机关和人员。即有权提起再审的主体，或者是各级人民法院院长、上级人民法院、最高人民法院依法定的方式提起再审；或者是有审判监督权的人民检察院提起抗诉；或者是当事人依照法定的条件申请再审。

3. 提起审判监督程序，必须是案件的裁判在认定事实或适用法律上确有错误，否则，不可能引起再审。

4. 审判监督程序的提起有特定的时间要求。人民法院基于审判监督权提起再审以及人民检察院基于检察监督权提起抗诉，不受时间的限制，只要有权提起再审的人民法院发现生效裁判确有错误或者原生效裁判存在法定的抗诉事实和理由，人民法院和人民检察院随时都可以提起再审程序。当事人申请再审，应当在判决、裁定发生法律效力后2年内提出。

5. 审判监督程序的审理对象只能是已经发生法律效力的有错误的裁判。

6. 人民法院审理再审案件适用的程序取决于生效裁判的情况。如果生效裁判是由第一审法院作出的，按照第一审程序审理；如果生效裁判是由第二审法院作出的，按照第二审程序审理。同时，依照再审程序审理案件的法院，不仅包括原审法院，而且包括原审法院的上级法院和最高法院。

7. 按照审判监督程序再审的案件，应当裁定中止原裁判的进行。

三、审判监督程序的意义

审判监督程序不是审判程序的一般审级、一般阶段，而是审判程序的特殊阶段。它是纠正错误，保护当事人合法权益的制度，是“实事求是，有错必纠”原则在审判工作中的具体体现，是我国审判工作多年经验的总结，是我国民事诉讼制度的重要组成部分。通过审判监督，可以保障人民法院院长和上级人民法院及人民检察院行使审判监督权；通过纠正错误的案件，维护人民法院裁判的严肃性。从法律上说，设立再审程序，可以对已经审结的案件再一次进行审理；当事人可以得到再一次行使自己权利的机会。

第二节 基于审判监督权的再审

人民法院发现已经发生法律效力判决、裁定确有错误，基于审判监督权应当决定对案件再行审理。

一、提起再审的程序

根据民事诉讼法的规定，对民事案件基于审判监督权提起再审的人或机关是：各级人民法院院长及审判委员会、上级人民法院及最高人民法院。提起再审的机关和公职人员不同，相应地，提起的具体程序也就不尽相同。

(一) 本院院长及审判委员会提起再审

人民法院对民事案件作出判决、裁定，一经宣告或送达，就具有约束力，不得随意撤销、变更。如果裁判确有错误，则只能通过再审程序进行纠正。在本院行使审判监督权的是本院院长和审判委员会，他们对本院审判人员和合议庭的审判工作进行监督。因此，本院院长发现已发生法律效力判决、裁定，认为确有错误需要再审的，应当提交审判委员会讨论决定。决定再审的，应当裁定中止原判决、裁定的执行。

(二) 最高人民法院提起再审

根据我国民事诉讼法的规定，最高人民法院对地方各级人民法院已经发生法律效力判决、裁定，发现确有错误的，有权提审或者指令下级人民法院再审。

最高人民法院提审的，应通知下级法院，调取案卷进行再审；指令下级法院再审的，指令到达法院之时，为再审提起之日。下级法院接到指令后，再审的审理即应开始，审理后作出的裁判，应报送最高人民法院。

最高人民法院提审的案件，由最高法院自己作出裁定，中止原裁判的执行；指令下级法院再审的案件，由下级法院作出裁定，进行再审。至于哪些案件适用提审，哪些案件适用指令下级法院再审，民事诉讼法未作规定，由最高人民法院根据具体情况选择适用。

(三) 上级人民法院提起再审

根据我国民事诉讼法的规定，上级人民法院对下级人民法院已经发生法律效力判决、裁定，发现确有错误的，有权提审或者指令下级人民法院再审。

上级法院决定提审的，通知下级法院，提取全部案卷材料，作出裁定，由自己进行再审；指令下级法院再审的，记明情况指出理由，并告知下级法院。下级法院接到上级法院的通知后，应根据通知进行再审，并将再审结果上报发出指令的上级法院。

二、对案件再审的程序

基于审判监督权的再审案件可以分为两种：一种是由本院院长提交审判委员会讨论决定再审的案件；一种是由最高法院或上级法院指令下级法院再审或者自己提审的案件。案件不同，再审的程序也不同。

(一) 原审人民法院再审的程序

决定再审的，由原审人民法院作出裁定，中止原裁判的执行，同时，另行组成合议庭，按照原审程序对再审案件进行审理。即原来是第一审法院审结的，再审时，仍按第一审程序进行审理，审理后作出的裁判，属于未确定的裁判，当事人不服的，可以提起上诉。原来是第二审法院审结的，再审时，仍按第二审程序进行审理，审理后作出的裁判，为终审裁判，当事人不得再

提起上诉。

再审案件按照第二审程序进行审理时，人民法院必须开庭审理，对方当事人应该出庭。被告经传票传唤，无正当理由拒不到庭的，可以缺席判决。但是，对于原告经法院传票传唤，无正当理由拒不到庭的，却不能按撤诉处理。因为提起再审与起诉、上诉不同。基于审判监督权的再审程序不是基于原告提起诉讼或上诉开始的，而是由法律规定的机关和公职人员提起的，因而不能适用按撤诉处理的规定。原告无正当理由拒不到庭的，不影响人民法院对再审案件的审理。

原来是第二审法院审理的案件，按照第二审程序再审时，发现事实不清，不应发回第一审法院重审，而应由第二审法院自己纠正。

(二) 上级人民法院和最高人民法院提审和指令再审的程序

最高人民法院对地方各级人民法院、上级人民法院对下级人民法院已发生法律效力判决、裁定，发现确有错误，有权提审或者指令下级法院再审。决定提审或者指令再审的，作出裁定，中止原裁判的执行。

1. 指令再审的案件。对再审案件指令再审，只限于上级人民法院对其下级人民法院所审理并已发生法律效力裁判。对下级人民法院依法作出的第二审裁判，不应指令第一审法院再审。

2. 提审的案件。提审是指对下级法院已经审结但裁判确有错误的案件，上级法院认为不宜由下级法院再行审理，因而提归自己审判。提审制度建立的基础，一是审判权由人民法院统一行使的原则，二是上级法院对下级法院的审判活动拥有审判监督权。

提审主要发生于以下几种情况：

第一，对已经审结的案件，如果裁判确有错误，就应该进行再审。但在司法实践中，对于某些案件的裁判是否确有错误，各级法院的认识并不一致。比如，有的案件的裁判确有错误，但原来审结该案的法院却认识不到，或认为没有错误，此时，上级法院可把案件提归自己审判。

第二，由于上级法院和下级法院之间并非领导与被领导的关系，所以，当上级法院指令下级法院再审而下级法院不再审时，上级法院就可以自己提审。

第三，上级法院和最高法院认为自己对案件进行审理为宜，就不一定指令下级法院再审，而可以自己提审。

根据民事诉讼的规定，再审案件原来是一审法院审理终结的，再审时适用第一审程序；原来是二审法院审理终结的，再审时适用第二审程序。但上级人民法院和最高人民法院提审的再审案件，即使原来是一审法院审理终结的，也要按第二审程序进行审理。

第三节 基于检察监督权的抗诉再审

人民检察院是我国的法律监督机关。民事诉讼法规定，人民检察院有权对人民法院的民事审判活动实行法律监督。具体的监督方式：主要是人民检察院对人民法院发生法律效力裁判，认为确有错误，依照法定的程序和方式，提请人民法院进行再审，即通过抗诉行使检察监督权。

一、抗诉的事实和理由

根据民事诉讼法的规定，对于下列情形，人民检察院可以提出抗诉：原判决、裁定认定事实的主要证据不足的；原判决、裁定适用法律确有错误的；人民法院违反法定程序，可能影响案件正确判决、裁定的；审判人员在审理该案件时有贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁判行为的。人民检察院提起抗诉的理由，不仅局限于原裁判在内容上确有错误，而且涉及到裁判活动的违法性。

原审人民法院违反法定程序，可能影响案件正确裁判的，人民检察院可以依法提出抗诉，对该项事实和理由，存在着两种截然对立的观点：一种观点是“唯程序论”，即只要人民法院在审理民事案件时违反了法定程序，不论作出的裁判是否正确，人民检察院都可提出抗诉；另一种观点是“唯错误论”，即只有当人民法院审理民事案件时既违反了法定程序，作出的裁判又确有错误的，人民检察院才可以提起抗诉，而对于人民法院在审理民事案件时违反了法定程序，但并未影响案件正确裁判的，人民检察院不能提起抗诉。对此可以进一步加以讨论。

二、抗诉的程序

(一)抗诉的提出

抗诉的提出是指哪一级别的人民检察院对哪一级别的人民法院已经发生法律效力判决、裁定，可以向哪一级别的人民法院提出抗诉。根据我国民事诉讼法的规定，最高人民检察院对各级人民法院已经发生法律效力判决、裁定，上级人民检察院对下级人民法院已经发生法律效力判决、裁定，可以提出抗诉；地方各级人民检察院对同级人民法院已发生法律效力判决、裁定，不得直接提出抗诉，只能提请上级人民检察院提出抗诉。

(二)抗诉的方式

抗诉的方式是指人民检察院对人民法院的生效裁判提出抗诉采取的方式。人民检察院决定对人民法院的生效裁判提出抗诉的，应当制作抗诉书。抗诉书是人民检察院对人民法院的生效裁判提出抗诉的法律文书，也是人民检察院行使检察监督权引起对抗诉案件再行审理的法律文书。抗诉书中应载明：提出抗诉的人民检察院和接受抗诉的人民法院；抗诉案件的原审法院对案件的编号及其发生法律效力判决、裁定；抗诉的事实和理由；提出抗诉的时间。有证据的，人民检察院向人民法院提交抗诉书的同时，可以向人民法院提供证据，或者提供证据来源。

人民检察院提出抗诉的案件，人民法院应当再审，即只要人民检察院提出抗诉，人民法院就应当直接进行再审，并不需要院长提交审判委员会讨论。

三、对抗诉案件的再审

(一)接受抗诉及对案件再审时的法院的审级

再审程序是一种补救程序，它不是每一案件都必经的诉讼程序，也不是一审程序、二审程序之外的三审程序，因此，人民法院对抗诉案件进行再审，也不是增加了一个审级。人民法院接受抗诉及对案件再审时的法院的审级，

主要是指人民检察院按照再审程序向哪级人民法院提出抗诉，由哪级人民法院接受抗诉并对抗诉案件进行再审。我们认为：

第一，人民检察院抗诉的目的决定了人民检察院按再审程序提出抗诉，应向同级人民法院提出，并由同级人民法院进行再审。人民检察院按再审程序提出抗诉，其目的不仅是纠正原裁判的错误，保护当事人的合法权益，而且更重要的是要保护国家利益和社会公共利益。这种有可能关系到国家利益和社会公共利益的案件，如果原裁判存在抗诉的事实和理由，人民检察院就理应向其同级的人民法院提出抗诉，并由同级人民法院再审，以便通过上级人民法院的审级监督，强化人民检察院对民事审判活动的监督，而不宜向原审法院提出抗诉和由原审法院再审。否则，上级人民检察院向原审法院提出抗诉，由原审法院再审，只是增加了引起再审的一条途径，无法体现人民检察院抗诉的根本目的和作用。

第二，人民法院系统内部审判监督的特点也决定了人民检察院按再审程序提出抗诉，应向同级人民法院提出，并由同级人民法院进行再审。人民法院系统内部的审判监督是整个民事诉讼监督机制中最早存在的监督方式。对于已经生效的裁判，这种监督方式包括两种：一种是本法院的自我监督；另一种是上下级法院之间的审级监督。两种监督方式相比较，由于错误裁判是本法院作出的，所以由本院提起再审不甚容易；即使已提起再审，由本级人民法院纠正自己作出的错误裁判也比较困难，因此，本法院的自我监督存在局限性。而上下级法院之间的审级监督则不同。由于最高人民法院对地方各级人民法院的民事审判活动，上级人民法院对下级人民法院的民事审判活动具有审判监督权，由上级人民法院来纠正生效裁判的错误，效果比本法院的自我监督要好得多。这就是人民法院系统内部审判监督的特点。由这种特点所决定，人民检察院促使纠正原审法院生效裁判错误的最有效的方式，就是向原审法院的上级人民法院提出抗诉，并由其进行再审，即人民检察院向同级人民法院提出抗诉，并由同级人民法院进行再审。这样，不仅能发挥人民检察院抗诉这种外部监督和横向监督的作用，而且同时也能够引起人民法院内部自上而下的审级监督即纵向监督，从而使检察监督与审级监督相结合，更好地发挥民事诉讼监督机制的作用。

(二)人民检察院派员出庭

根据民事诉讼法的规定，人民检察院提出抗诉的案件，人民法院应当再审，并应当通知人民检察院派员出席法庭。人民检察院提出抗诉的案件，人民法院再审时，有责任通知人民检察院派员出席法庭，以监督人民法院对案件的处理，同时，由于案件是基于抗诉而进行再审的，因此，人民检察院也应当派员出席法庭，使检察监督权得以完整地实现。

第四节 基于当事人诉权的申请再审

一、申请再审的条件

当事人申请再审是根据其自身对生效判决、裁定和调解书的认识而提出的。基于当事人在诉讼中的地位以及他与案件的利害关系，这种认识不一定正确。因此，法律对当事人申请再审规定了一系列的条件。当事人申请再审符合这些条件的，才能引起再审程序，否则，则不能引起再审程序的发生。

(一) 申请再审的主体必须合法

根据民事诉讼法的规定，有权提出申请再审的，只能是原审中的当事人，即原审中的原告、被告、有独立请求权的第三人和判决其承担义务的无独立请求权的第三人以及上诉人和被上诉人。

(二) 申请再审的对象必须是已经发生法律效力判决、裁定和调解书

根据民事诉讼法的规定，当事人可以对已经发生法律效力判决、裁定和调解书申请再审。可以申请再审的裁判，包括地方各级人民法院作为一审法院作出的依法可以上诉，但当事人在法定期间内未提起上诉的裁判；二审人民法院作出的终审裁判以及最高人民法院作出的一审裁判。可以申请再审的调解书包括一审法院和二审法院在当事人达成调解协议的基础上制作的调解书。

(三) 申请再审必须在法定期限内提出

根据民事诉讼法的规定，当事人申请再审，应当在判决、裁定发生法律效力后2年内提出。超过2年期限的，即使申请再审的理由再充分，也不能引发再审程序。

对调解书申请再审的时间，民事诉讼法未直接作出规定。但从立法的总体精神看，对调解书申请再审的时间与对判决、裁定申请再审的时间应是一致的。

(四) 申请再审必须符合法定事实和理由

当事人对人民法院裁判已经生效的案件，申请再审必须具备应当再审的法定事实和理由：当事人申请再审，应当有新的证据，足以推翻原判决、裁定的；原判决、裁定认定事实的主要证据不足的；原判决、裁定适用法律确有错误的；人民法院违反法定程序，可能影响案件正确判决、裁定的；审判人员在审理案件时有贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁判行为的。

二、申请再审的范围

根据《民事诉讼法》第180条的规定，当事人对已经发生法律效力调解书，提出证据证明调解违反自愿原则或者调解协议的内容违反法律的，可以申请再审，经人民法院审查属实的，应当再审。

对不予受理、驳回起诉的裁定，当事人可以申请再审。

当事人对已经发生法律效力的解除婚姻关系的判决，不得申请再审。当事人就离婚案件的财产分割问题申请再审的，如涉及判决中已分割的财产，人民法院应依照《民事诉讼法》第179条的规定进行审查，符合再审条件的，应立案审理；如涉及判决中未作处理的夫妻共同财产，应告知当事人另行起诉。

按照督促程序、公示催告程序，企业法人破产还债程序审理的案件以及依照审判监督程序审理后维持原判的案件，当事人不得申请再审。

三、申请再审的方式和程序

当事人认为已经发生法律效力的判决、裁定有错误，可以向原审人民法院或上级人民法院申请再审。

当事人申请再审，应当向人民法院提交申请书，并按对方当事人人数提供申请书副本。申请书应当写明：原审裁判的人民法院及裁判的编号、申请再审的理由、根据以及申请再审的内容。

第五节 再审案件的审判程序

一、裁定中止原判决的执行

人民法院接到当事人的再审申请后，应当进行审查，认为符合《民事诉讼法》第 179 条规定的，应当在立案后裁定中止原判决的执行，并及时通知双方当事人；认为不符合《民事诉讼法》第 179 条规定的，用通知书驳回申请。

二、另行组成合议庭

人民法院审理再审案件，一律实行合议制。如果由原审人民法院再审的，应当另组合议庭。

三、依照原审程序进行审理

再审的案件，原来是第一审审结的，再审时适用第一审程序审理，最高人民法院和上级人民法院提审的除外。再审后所作的判决、裁定，当事人不服可以上诉；再审的案件原来是第二审审结的，再审时适用第二审程序审理。再审后的判决、裁定为终审裁判，当事人不得上诉。

人民法院提审或按照第二程序再审的案件，在审理中发现原判决违反法定程序的，可分别情况处理。

1. 认为不符合民事诉讼法规定受理条件的，裁定撤销一、二审判决，驳回起诉。

2. 具有下列违反法定程序的情况，可能影响案件正确判决裁定的，裁定撤销一、二审判决，发回原审人民法院重审：第一，审理本案的审判员、书记员应当回避没有回避的；第二，未经开庭审理而作的判决；第三，适用普通程序审理的案件当事人，未经传票传唤而缺席判决的；第四，其他严重违反法定程序的。

依照审判监督程序再审案件，人民法院发现原一、二审判决遗漏了应当参加诉讼的当事人的，可以根据当事人自愿原则予以调解。调解不成的，裁定撤销一、二审判决，发回原审人民法院重审。人民法院对再审案件的宣判，可以采取自行宣判和委托原审人民法院或当事人所在地人民法院代行宣判的方式。

第十六章 督促程序

一、督促程序的概念

督促程序是指对于以给付一定金钱或有价证券为内容的债务，人民法院根据债权人的申请，向债务人发布支付令；如果债务人在法定期间内没有提出异议，债权人可以支付令为根据，请求人民法院予以强制执行的略式程序。

督促程序并不是解决民事权利义务争议的程序，只是依债权人的申请发布支付令，督促债务人履行债务。设置督促程序的目的，在于以简便快捷的程序使债权人迅速取得执行根据，尽快实现其债权。

二、支付令的申请和受理

(一) 申请支付令的条件和方式

1. 申请支付令的条件。根据《民事诉讼法》第 189 条的规定和最高人民法院有关司法解释，申请支付令，必须符合下列条件。

第一，请求给付的必须是金钱或者有价证券。金钱，是指在我国作为流通手段的货币。有价证券是指表示一定财产权的证券，如汇票、支票、股票及债券，国库券等。

第二，请求给付的金钱或者有价证券已经到期且数额确定，并写明了请求所依据的事实和证据。

第三，债权人与债务人没有其他债务纠纷，即债权人没有对待给付义务。

第四，支付令能送达债务人。债务人不在我国境内的，或者虽在我国境内但下落不明的，不适用督促程序。

2. 申请支付令的方式。《民事诉讼法》第 189 条第 2 款规定，申请支付令必须采用申请书方式。申请书应当写明请求给付金钱或者有价证券的数量和所根据的事实、证据。

(二) 对支付令申请的受理

1. 督促程序案件的管辖。《民事诉讼法》第 189 条第 1 款规定，债权人申请支付令，由有管辖权的基层人民法院管辖。即由债务人住所地的基层人民法院管辖。

2. 支付令申请的受理程序。根据《民事诉讼法》第 190 条和第 191 条的规定与最高人民法院有关司法解释，支付令申请的受理程序是：

第一，债权人提出申请后，人民法院应当在 5 日内通知债权人是否受理。

第二，对申请的审查和发布支付令。人民法院受理申请后，由审判员一人进行审查。经审查，债权人提供的事实、证据，对债权债务关系明确、合法的，应当在受理之日起 15 日内向债务人发出支付令；经审查，申请不成立的，应当在 15 日内裁定驳回申请，该裁定不得上诉。在人民法院发出支付令前，申请人撤回申请的，应当裁定终结督促程序。

第三，支付令的内容和送达。支付令应记明以下事项：一是债权人、债务人姓名或名称等基本情况；二是债务人应当给付的金钱、有价证券的种类和数量；三是清偿债务或提出异议的期限；四是债务人在法定期间不提出异议的法律后果。支付令由审判员、书记员署名，加盖人民法院印章。

向债务人本人送达支付令，债务人拒绝接收的，人民法院可以留置送达。

三、支付令的异议和效力

(一) 支付令的异议

支付令异议，是指债务人对人民法院作出的支付令声明不服。《民事诉

讼法》第 191 条对支付令异议的期限和方式明确规定，债务人收到支付令之日起 15 日内，以书面形式提出异议。债务人在法定期间提出书面异议的，人民法院无须审查异议是否有理由，应当直接裁定终结督促程序。债务人对债务本身没有异议，只是提出缺乏清偿能力的，不影响支付令的效力。

债务人在收到支付令后，不在法定期间提出书面异议，而向其他人民法院起诉的，不影响支付令的效力。

人民法院裁定终结督促程序，支付令自行失效；债权人可以起诉，起诉由有管辖权的人民法院受理。

(二) 支付令的效力

《民事诉讼法》第 191 条第 3 款的规定，债务人在法定期间不提出异议又不履行支付令的，债权人可以向人民法院申请执行。生效的支付令与判决具有同等效力。

债权人向人民法院申请执行支付令的期限，适用《民事诉讼法》第 219 条的规定。

第十七章 公示催告程序

一、公示催告程序概述

(一) 公示催告程序的概念和性质

公示催告程序是指人民法院根据当事人的申请，以公示的方式，通知并催促不明确的利害关系人，在法定期间内申报权利，逾期无人申报，作出宣告票据无效(除权)判决的程序。

公示催告程序，就其性质来说是属于非讼案件程序，即特别程序。民事诉讼法设立公示催告程序的目的是，为了调整票据丧失后的法律关系，保护票据权利人和善意第三人的合法权益，促进票据的正常流转。

(二) 公示催告程序的特点

公示催告程序具有如下特点：

1. 依公示催告程序审理的案件，不是解决民事权益的争议，而是认定丧失票据或其他事项的事实；
2. 公示催告程序具有阶段性，公示催告和申请除权判决是两个前后衔接的阶段；
3. 公示催告程序实行一审终审。

二、公示催告程序的适用范围

按照《民事诉讼法》第 193 条的规定，公示催告程序的适用范围如下：

1. 可以背书转让的票据被盗、遗失或灭失的事项。根据中国人民银行 1988 年 4 月 1 日颁布的《银行结算办法》第 14 条至第 16 条的规定，我国目前可以背书转让的票据有汇票、本票、支票三种。这三种可以背书转让的票据丧失后，可以申请公示催告。

根据《公司法》第 150 条的规定，记名股票被盗、遗失或者灭失，股东可以依照民事诉讼法规定的公示催告程序，请求人民法院宣告该股票失效。

2. 依照法律规定可以申请的其他事项。

三、公示催告案件的审理程序

(一) 公示催告的申请

根据《民事诉讼法》第 193 条的规定，申请公示催告，必须具备以下条件：

1. 申请的主体必须是按照规定可以背书转让的票据持有人，即票据被盗、遗失或者灭失前的最后持有人。
2. 申请公示催告必须是可以背书转让的票据被盗、遗失或灭失；必须是利害关系人处于不明状态；其他事项的申请必须有法律的明文规定。
3. 申请公示催告必须向票据支付地的基层人民法院提出申请。
4. 申请的方式。申请人应当向人民法院递交申请书，写明票面金额、发票人、持票人、背书人等票据主要内容和申请的理由、事实。
5. 申请的撤回。公示催告申请人撤回申请，应在公示催告前提出；公示催告期间申请撤回的，人民法院可以径行裁定终结公示催告程序。

(二) 对公示催告申请的审查和受理

根据最高人民法院有关司法解释规定，人民法院收到公示催告的申请后，应当立即审查，并决定是否受理。经审查，认为符合受理条件的，通知予以受理，并同时通知支付人停止支付；认为不符合受理条件的，7 日内裁定驳回申请。

(三) 止付通知、公告和申报权利

1. 止付通知。为保护票据持有人的利益不受损失，按照《民事诉讼法》的有关规定，人民法院决定受理申请，应当同时通知支付人停止支付，至公示催告程序终结。人民法院通知支付人停止支付，应符合有关财产保全的规定。支付人收到停止支付通知后拒不止付的，除可以依照《民事诉讼法》第102条、第103条的规定，采取强制措施外，在判决后，支付人仍应承担支付义务。

公示催告期间，转让票据的行为无效。

2. 公告。按照《民事诉讼法》的规定，人民法院决定受理申请，应在3日内发出公告，催促利害关系人申报权利，公示催告期间，由人民法院根据情况决定，但不得少于60日。

公告应当写明：申请人的姓名或名称；票据的种类、票面金额、发票人、持票人、背书人等；申报权利的期间；在公示催告期间转让票据权利及利害关系人不申报的法律后果。

公告应张贴于人民法院公告栏内，并在有关报纸或其他宣传媒介上刊登；人民法院所在地有证券交易所的，还应张贴于该交易所。

3. 申报权利。即利害关系人在公示催告期间向人民法院提出对丧失的票据享有权利的行为。利害关系人一般指善意持票人。利害关系人必须对丧失的票据享有一定的票据权利。

申报权利的程序：(1) 利害关系人应当在公示催告期间向人民法院申报。(2) 利害关系人申报权利，人民法院应通知其向法院出示票据，并通知公示催告申请人在指定的期间查看该票据。公示催告申请人申请公示催告的票据与利害关系人出示的票据不一致的，人民法院应当裁定驳回利害关系人的申报。(3) 利害关系人在公示催告期间向人民法院申报权利的，人民法院应当裁定终结公示催告程序，利害关系人在申报期间届满后，判决作出之前申报权利的，同样应裁定终结公示催告程序。

四、除权判决及其效力

除权判决，即宣告票据无效的判决，也就是除去票据上的权利，使票据无效的判决。

在申报权利的期间没有人申报的，或者申报被驳回的，公示催告申请人应自申报权利期间届满的次日起1个月内申请人民法院作出判决。逾期不申请判决的，终结公示催告程序。

除权判决作出后，应当进行公告，并通知支付人。自判决公告之日起，申请人有权向支付人请求支付，即申请人有权依据判决向付款人请求付款。根据《公司法》第150条第2款的规定，依照公示催告程序，人民法院宣告该股票失效后股东可以向公司申请补发股票。

利害关系人未在判决前申报权利的处理，按《民事诉讼法》第198条的规定，自知道或者应当知道判决公告之日起1年内，可以向作出判决的人民法院起诉。按此规定公示催告申请人或者申报人向人民法院提起诉讼的，依照《民事诉讼法》第27条规定确定管辖(即由票据支付地或者被告所在地人民法院管辖)，依照《民事诉讼法》第198条的规定，利害关系人向人民法院起诉的，人民法院可按票据纠纷适用普通程序审理。

适用公示催告程序审理案件，可由审判员一人独任审理，判决宣告票据无效的，应当组成合议庭审理。

第十八章 特别程序

一、特别程序的概念、特点和适用范围

特别程序是指人民法院审理特殊类型案件的一种审判程序。它是审判程序中相对于普通程序和简易程序的一种独立的审判程序。凡是属于特别程序审理的案件，不能适用普通程序或简易程序审理。

特别程序和普通程序、简易程序相比较，具有以下特点：

1. 特别程序审理的案件，不属于民事权益之争，而是申请人请求人民法院对某项法律事实加以认定。在诉讼中没有被告，没有与申请人相对立的另一方当事人。如在诉讼过程中，发现案件属于民事权益争议的，应当裁定终结特别程序，并告知利害关系人可以另行起诉。

2. 特别程序中的各种程序是针对某些特殊案件而设立的各自独立的程序，这些程序之间没有必然联系。

3. 特别程序，除选民资格案件和重大疑难的非讼案件由审判员组成合议庭审理，其他案件实行独任制。

4. 依照特别程序审理的案件，实行一审终审。

5. 依照特别程序审理的案件免交诉讼费用。

6. 审结案件的期限较短，应当在立案之日起30日内或公告期满后30日内审结。有特殊情况需要延长的，由法院院长批准。但审理选民资格案件除外。

7. 依照特别程序审理的案件，法院可以自行撤销原判决。判决发生法律效力后，如果出现了新情况，人民法院应根据有关人员的申请，查证属实后作出新判决，撤销原判决，而无需按审判监督程序进行再审。

特别程序的适用范围。根据《民事诉讼法》第160条的规定，依特别程序审理的案件有两类：一是选民资格案件；二是非讼案件，包括宣告公民失踪案件、宣告公民死亡案件、认定公民无民事行为能力或限制民事行为能力案件和认定财产无主案件。

人民法院按照特别程序审理案件适用《民事诉讼法》第十五章的规定，该章没有规定的，适用民事诉讼法的其他规定。

二、选民资格案件的审理程序

选民资格案件，是指公民本人或其他有关的公民，认为选举委员会对于选民资格的申诉所作的决定不符合法律规定时，依法向选区所在地的基层人民法院提起诉讼的案件。

根据《民事诉讼法》第164条和第165条规定，具体程序是：

1. 起诉。起诉人是选民本人或有关公民。

2. 管辖。选区所在地的人民法院有管辖权。

3. 实行合议制。必须由审判员组成合议庭进行审判。

4. 审限。必须在选举日之前审结。

5. 审理。人民法院审理选民资格案件时，起诉人、选举委员会的代表和有关公民必须参加。

6. 判决。人民法院的判决书，应当在选举日前送达选举委员会和起诉人，并通知有关公民。

三、宣告失踪、宣告死亡案件的审理程序

(一)宣告公民失踪案件的概念和条件

宣告公民失踪案件是指公民离开其住所地下落不明达到一定期限，人民法院根据利害关系人的申请，判决宣告该公民为失踪人的案件。

申请宣告公民失踪案件的条件是：一是该公民离开最后居住地后下落不明；二是该公民下落不明的时间必须满2年。

(二)宣告公民死亡案件的概念和条件

宣告公民死亡案件是指公民离开自己的住所地生死不明达一定期限，人民法院根据利害关系的人申请，依法宣告该公民死亡的案件。

申请宣告公民死亡案件必须同时符合以下两个条件：一是公民必须下落不明；二是公民下落不明的状态必须满4年，或者因意外事故下落不明经有关机关证明该公民不可能生存的。

(三)宣告公民失踪或宣告公民死亡案件的程序

宣告公民失踪或宣告公民死亡必须由利害关系人以书面形式提出申请，人民法院不能主动依职权宣告公民失踪或宣告公民死亡。利害关系人，是指被申请宣告失踪或死亡的配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女以及其他与被申请有民事权利义务关系的人。申请书应写明失踪或下落不明的事实、时间和请求，并附有公安机关或者其他有关机关关于该公民下落不明的书面证明。

宣告公民失踪或宣告公民死亡的案件由下落不明人住所地的基层人民法院管辖；住所地和最后居住地不一致时，由最后居住地基层人民法院管辖。

人民法院受理申请后，必须发出寻找下落不明人的公告。宣告失踪的公告期限为3个月；宣告死亡的公告期限为1年；因意外事故下落不明，经有关机关证明该公民不可能生存的，宣告死亡的公告期限为3个月。公告期限届满，人民法院应当根据被宣告失踪或宣告死亡的事实是否得到确认，作出宣告失踪或宣告死亡的判决或者驳回申请的判决。判决书送达利害关系人后即生效。

公告期满后，人民法院判决宣告失踪的，应同时依照《民法通则》第21条第1款“失踪人的财产由他的配偶、父母、成年子女或者关系密切的其他亲属、朋友代管。代管有争议的，没有以上规定的人或者以上规定的人无能力代管的，由人民法院指定的人代管”的规定，指定失踪人的财产代管人。失踪人的财产代管人在人民法院指定后，代管人申请变更代管人的，裁定撤销申请人的代管人身份，同时另行指定财产代管人；申请无理的，裁定驳回申请。失踪人的其他利害关系人申请变更代管的，人民法院应告知其以原指定的代管人为被告起诉，并按普通程序进行审理。

人民法院判决宣告公民失踪后，利害关系人向人民法院申请宣告失踪人死亡，从失踪的次日起满4年的，人民法院应当受理。宣告失踪的判决即是该公民失踪的证明，审理中仍应依照《民事诉讼法》第168条的规定进行公告。

被宣告失踪或宣告死亡的公民重新出现，经本人或者利害关系人申请，人民法院应当作出新判决，撤销原判决。

四、认定公民无民事行为能力、限制民事行为能力案件的审理程序

认定公民无民事行为能力和限制民事行为能力案件，是指人民法院对公民因精神病或其他病症丧失民事行为能力，通过法定程序，根据事实和法律，认定和宣告该公民为无民事行为能力或限制民事行为能力人，并为其设立监护人的案件。

审理认定公民无民事行为能力或限制民事行为能力案件，按下列程序进行：

1. 由近亲属或者其他利害关系人以书面形式提出申请。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。申请书应当写明该公民无民事行为能力或限制民事行为能力的事实和根据。

在诉讼程序进行中，当事人的利害关系人提出该当事人患有精神病，要求宣告该当事人无民事行为能力或限制民事行为能力的，应由利害关系人向人民法院提出申请，由受诉人民法院按照特别程序立案审理，原诉讼中止。

2. 由该公民住所地基层人民法院管辖。

3. 医学鉴定。人民法院受理后，必要时应当对被请求认定无民事行为能力或者限制民事行为能力的公民进行医学鉴定。申请人已提供鉴定结论的，应当对鉴定结论进行审查。

4. 人民法院审理案件时，应当由该公民的近亲属担任代理人，但申请人除外。近亲属互相推诿的，由人民法院指定其中一人为代理人。该公民健康状况许可的，还应当询问本人的意见。

5. 作出判决并设置监护人。人民法院审理认定申请没有事实根据的，应当判决予以驳回；认定申请有事实根据的，判决该公民为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人，同时，依法对该公民设立监护人。判决自送达之日起生效，不得上诉。被指定的监护人不服指定，应当在接到通知起30日内向人民法院起诉。经审理，认为指定并无不当的，裁定驳回起诉；指定不当的，判决撤销指定，同时另行指定监护人。判决书应送达起诉人、原指定单位及判决指定的监护人。

6. 人民法院的判决发生法律效力后，该公民或其监护人向人民法院申请恢复民事行为能力的，人民法院在证实该公民无民事行为能力或者限制民事行为能力的原原因消除后，应当作出新判决，撤销原判决。自新判决送达之日起，该公民的民事行为能力得到恢复。

五、认定财产无主案件的程序

认定财产无主案件是指人民法院依照法定的程序，对所有人不明或没有所有人的财产，进行认定并宣布其为无主财产，从而收归国有的案件。

审理认定财产无主案件，应当依照下列程序：

1. 申请人的申请。公民、法人或其他组织应以书面形式向人民法院提出申请。申请书应当写明：财产的种类、数量以及要求人民法院认定财产无主的根据。

2. 认定财产无主案件的管辖法院为财产所在地的基层人民法院。

3. 人民法院受理申请人的申请后，经审理核实，认为申请不符合条件的或该财产不属于无主财产的，应当驳回申请人的申请；如果申请符合条件的，应当立案受理。

4. 发布公告。人民法院立案后，应当发出财产认领公告。公告期为1年，公告期届满后，无人认领该财产的，人民法院即应当作出判决，认定该项财产为无主财产，视情况的不同收归国家或集体所有。

5. 人民法院作出认定财产无主的判决后，如果原财产的所有人或继承人出现，可以请求人民法院作出新的判决，撤销原判决；但是原财产所有人或继承人应当从知道或应当知道法院判决认定财产无主之日起2年内行使请求权。原判决撤销后，财产由其所有人或合法继承人认领，占有该财产的单位

或个人应当返还原物，原物不存在的，应当折价返还。

第十九章 民事判决、裁定和决定

第一节 民事判决

一、民事判决的概念

民事判决是指人民法院通过对民事案件的审理，查明事实，并根据事实，依据法律、法规的规定，对双方当事人之间的实体问题所作的结论性断定。民事判决是法院行使审判权的主要形式。

根据我国现行民事诉讼法的规定，判决书通常应当包括以下内容：案由、诉讼请求、争议的事实和理由；判决认定的事实、理由和适用的法律；判决结果和诉讼费用的负担；上诉期间和上诉的法院。

从不同的角度，可以对民事判决作出不同的分类。我国现行民事诉讼法中，主要规定的是全部判决和部分判决，它是从判决是终结案件的一部还是全部划分的。全部判决是人民法院审理案件终结后，依据事实和法律对全案所作的判决；部分判决是指人民法院就已查清的部分事实和请求所作的判决。民事诉讼法规定，人民法院审理案件，其中一部分已经查清的，可以就该部分先行判决。

二、民事判决的效力

民事判决的效力是指法院的生效判决在法律上的效力。法院的生效判决在法律上具有约束力、既判力，有给付内容的判决还具有执行力。

判决的约束力即判决对人的支配力。表现为：判决一经生效，当事人必须遵守和履行；人民法院不得随意变更判决的内容；任何企事业单位，机关、团体和个人，都有责任尊重和维持法院的判决。

判决的既判力表现为：判决确定的当事人之间的实体权利义务问题，不得再行争议；当事人不得对判决认定的事实再行起诉或上诉，人民法院非经法定和程序，也不得改变判决。

判决的执行力表现为：具有给付内容的判决生效后，义务人如果不履行义务的，权利人可以向人民法院请求强制执行。

第二节 民事裁定

一、民事裁定的概念

民事裁定是人民法院在审理民事案件的过程中，为保证审判工作的顺利进行，就诉讼程序方面的有关事项所作的断定。

民事裁定是人民法院行使诉讼指挥权的表现，主要是解决程序问题的；民事裁定可以是口头的也可以是书面的。

民事裁定通常由首部、正文部分和尾部三部分组成。首部应写明案由、审判组织和审判方式等；正文部分应写明事实、理由和结论；尾部应写明审判员、书记员及作出裁定的时间。

二、民事裁定的范围

按照我国现行民事诉讼法的规定，裁定的适用范围为：不予受理的；对管辖权有异议的；驳回起诉的；财产保全和先予执行的；准许或不准许撤诉的；中止或终结诉讼的；补正判决中的笔误的；中止或终结执行的；不予执行仲裁裁决的；不予执行公证机关赋予强制执行效力的债权文书及其他需要裁定解决的事项。

民事裁定对当事人、法院都有约束力。不同的裁定生效的时间不同。

第三节 民事决定

民事决定是指人民法院在民事诉讼过程中，为保证诉讼活动的顺利进行，对诉讼程序中发生的特殊事项所作出的断定。民事决定基于人民法院在审判活动中的处分权作出的，它所解决的只是诉讼中的特殊的具有紧迫性的问题。

民事决定主要适用于：对当事人申请回避问题的处理；对妨害民事诉讼行为的处理；对当事人申请顺延诉讼期间的处理；对人民法院提起再审案件的处理；对缓、减、免交诉讼费的处理。

民事决定一经作出或送达，即发生法律效力，并且必须立即执行。法律规定可以申请复议的，当事人可以申请复议一次，复议期间不停止决定的执行。

第二十章 执行程序

第一节 执行程序概述

一、执行和执行程序

执行是指人民法院的执行组织依照法定的程序，对发生法律效力法律文书确定的给付内容，以国家的强制力为后盾，依法采取强制措施，迫使义务人履行义务的行为。执行应当具备以下条件：第一，执行以生效法律文书为根据；第二，执行根据必须具有给付内容；第三执行必须以负有义务的一方当事人无故拒不履行义务为前提。

执行程序是指保证具有执行效力的法律文书得以实施的程序。执行程序与审判程序既有联系又有区别，两者的联系表现为：依审判程序作出的具有给付内容并需予以执行的法律文书适用执行程序予以执行。两者的区别表现为：审判程序是确认民事权利义务关系的程序，执行程序是实现民事权利义务关系的程序。执行程序是保证审判程序的任务得以实现的有力手段。但应指出，执行程序具有相对的独立性。首先，经审判程序处理的民事案件并不必然地要经过执行程序；其次，执行程序所适用的案件不只限于审判程序处理的案件范围。如公证机关制作的赋予强制执行效力的债权文书，仲裁机构作出的生效裁决书，需要执行的，也由人民法院适用执行程序进行执行。因此，执行程序既不绝对地依赖于审判程序而存在，也不必然地是审判程序的继续。

执行程序的设立是以司法执行权为基础的，它是由诸多强制性措施构成的特殊程序，在程序的进行中实施强制措施，以实施强制措施推进程序的进行。执行程序的设立宗旨在于通过国家强制力迫使义务人履行法律文书确定的义务。执行程序的完成并不是以进行了全部的程序，采取了全部的强制措施为标志。同时，通过执行程序可以实现对一定违法行为的法律制裁。

二、执行的原则

执行的原则是指指导执行制度和执行活动的原则，它既是立法工作中的指导原则，又是司法活动的指导原则。

根据民事诉讼法的基本原则和民事执行的特点，执行应当遵循如下原则：

第一，执行必须以生效的法律文书为根据。即执行必须以法定机关制作的、发生法律效力有给付内容的法律文书为依据，没有据以执行的法律文书，不能开始执行程序。

第二，执行标的有限原则。即执行的对象只能是被执行人的财产或行为，不能对被执行人的人身采取强制措施。

第三，人民法院执行与有关单位、个人协助执行相结合的原则。

第四，申请执行与移送执行相结合的原则。

第五，强制执行与说服教育相结合的原则。

第六，依法保护权利人的合法权益与适当照顾被执行人的利益相结合的原则。即人民法院执行法律文书既要保护权利人的合法权益，又要考虑义务人生活和生产的必需。

三、执行程序的一般规定

(一) 执行机构

执行机构，是指人民法院内部设置的负责执行工作、实现执行任务的专门职能机构。

根据《民事诉讼法》第 209 条的规定，基层人民法院、中级人民法院根据需要，可以设立执行机构——执行庭。执行庭的成员主要是执行员和书记员。采取重大措施时，应有司法警察参加。

(二) 执行根据

执行根据是指能够据以执行的法律文书。这种法律文书主要有以下三类：

第一，人民法院制作的具有执行内容的法律文书，其中包括民事判决、裁定、调解书和支付令；刑事裁判中的财产部分。

第二，其他机关制作的由人民法院执行的法律文书，其中包括公证机关依法赋予强制执行效力的债权文书，仲裁机构制作的依法由人民法院执行的仲裁裁决书。

第三，人民法院制作的承认并执行外国法院判决、裁定或者外国仲裁机构的裁决的裁定书。

(三) 执行管辖

执行管辖是指划分人民法院办理执行案件的权限和分工，即以执行的法律文书具体由哪一个法院执行。

根据《民事诉讼法》第 207 条的有关规定，法律规定由人民法院制作的具有财产内容的民事判决、裁定、调解书和刑事判决、裁定中的财产部分，由第一审人民法院执行。

发生法律效力支付令，由制作支付令的人民法院负责执行。

法律规定由人民法院执行的其他法律文书，由被执行人住所地或者被执行人的财产所在地人民法院执行。所谓其他文书，包括仲裁裁决书、公证债权文书。当事人分别向上述人民法院申请执行的，由最先接受申请的人民法院执行。

(四) 执行异议

执行异议是指在执行过程中，案外人对被执行的财产的全部或一部分主张权利并要求人民法院停止并变更执行的请求。

根据《民事诉讼法》第 208 条规定，在执行过程中，案外人对执行标的提出异议的，执行员应当按照法定程序进行审查。理由不成立的，予以驳回；理由成立的，由院长批准中止执行。对案外人提出的异议一时难以确定是否成立，案外人已提供确实有效的担保的，可以解除查封、扣押措施。申请执行人提供确实有效的担保的，可以继续执行。因提供担保而解除查封、扣押或继续执行有错误，给对方造成损失的，应裁定以担保的财产予以赔偿。如果发现判决、裁定确有错误，按照审判监督程序处理。

除案外人可以对执行标的提出异议外，执行员在执行本院的判决、裁定和调解书时，发现确有错误的，应当提出书面意见，报请院长审查处理；如果在执行上级法院的判决、裁定和调解书时，发现确有错误的提出书面意见，经院长批准，函请上级法院批准。

(五) 委托执行

委托执行是指有管辖权的人民法院遇到特殊情况，依法将应由本法院执行的案件送交有关的法院代为执行。依照民事诉讼法第 210 条的规定，被执行人或者执行的财产在外地的，负责执行的人民法院可以委托当地人民法院

代为执行，也可以直接到当地执行。直接到当地执行的，负责执行的人民法院可以要求当地人民法院协助执行，当地人民法院应当根据要求协助执行。

委托外地人民法院代为执行的，委托法院应当发出委托函件，委托函件应当提出明确的执行要求，并附有生效的法律文书；受委托的人民法院收到委托函后，必须在 15 日内开始执行，不得拒绝。执行完毕后，应当将执行结果及时函复委托人民法院；受托人民法院在 30 日内如果还没有执行完毕，也应当将执行情况函告委托人民法院。

受委托人民法院自收到委托函件之日起 15 日内不执行的，委托法院可以请求受委托法院的上级法院指令受委托法院执行。受委托法院的上级法院在收到委托法院请求指令执行的请求后，应当在 5 日内书面指令受委托法院执行，并及时将这一情况告知委托人民法院。

受委托人民法院在接到委托函后，无权对委托执行的生效的法律文书进行审查；执行中发现据以执行的法律文书有错误的，受委托人民法院应当及时向委托人民法院反映。

受委托人民法院应当严格按照生效法院文书的规定和委托人民法院的要求执行。对债务人履行债务的时间、期限和方式需要变更的，应当征得申请执行人的同意，并将变更情况及时告知委托人民法院。

受委托人民法院遇有需要中止或终结执行的情形，应当及时函告委托人民法院，由委托人民法院作出裁定，在此期间，可以暂缓执行。受委托人民法院不得自行裁定中止或终结执行。

委托执行中，案外人对执行标的提出异议的，受委托人民法院应当函告委托人民法院，由委托人民法院通知驳回或者作出中止执行的裁定，在此期间，暂缓执行。

(六) 执行和解

执行和解是指在执行过程中，申请执行人和被执行人自愿协商，达成协议，并经人民法院审查批准后，结束执行程序的行为。执行和解是当事人处分自己民事权利和诉讼权利的行为。

根据《民事诉讼法》第 211 条的规定，在执行中，双方当事人执行中自行和解达成协议的，人民法院的书记员应当将协议内容记入笔录，由双方当事人签名盖章。

经人民法院确认批准的执行和解具有终结本案执行程序，进一步确定双方当事人之间的权利义务关系的效力；如果一方当事人不履行和解协议的，人民法院可以根据对方当事人的申请，恢复对原生效法律文书的执行。但和解协议已履行的部分应当扣除；和解协议已经履行完毕的，人民法院不予恢复执行。申请恢复执行原生效法律文书的期限，适用《民事诉讼法》第 219 条关于申请执行期限的规定，申请执行期限因达成执行中的和解协议而中止，其期限自和解协议所确定履行期限的最后之日起连续计算。

最高人民法院在《关于适用 中华人民共和国民事诉讼法 若干问题的意见》中，对实践中出现的新情况，作了一些具体规定：(1) 执行程序中，双方当事人协商以债务人劳务或其他方式清偿债务，不违反法律规定，不损害社会利益和他人利益的，应予准许，并将执行和解协议记录在案。(2) 被执行人无钱还债，要求以其他财物抵偿债务，申请执行人同意的，应予准许。双方可以协议作价或请有关部门合理作价，按判决数额将相应部分财物交付申请执行人。(3) 被执行人无钱还债，要求以债券、股票等有偿证券抵偿债务，

申请执行人同意并通知被执行人的债务人，办理相应的债权转移手续。

(七)执行担保

执行担保是指在执行过程中，被执行人确有困难暂时没有偿付能力时，向人民法院提供担保，并经申请执行人同意，由人民法院决定暂缓执行及暂缓执行的期限。这是执行中的变通性制度，是在确保法律文书得以执行的情况下，既照顾被执行人的困难，又尽力保护申请执行人的合法权益不受损害。

执行担保可以由被执行人向人民法院提供财产作担保，也可以由第三人作担保。以财产作担保的，应提交保证书；由第三人担保的，应当提交担保书。担保人应当具有代为履行或者代为承担赔偿责任的能力。

执行担保由被执行人提出申请，并经申请执行人同意，由人民法院决定是否准许。人民法院决定暂缓执行的，如果担保是有期限的，暂缓执行的期限应与担保期限一致，但最长期限不得超过1年。被执行人或担保人对担保的财产在暂缓执行期间有转移、隐匿、变卖、毁损等行为的，人民法院可以恢复强制执行。

根据《民事诉讼法》第212条和最高人民法院有关司法解释的规定，被执行人在人民法院决定暂缓执行的期限届满后仍不履行义务的，人民法院可以直接执行担保财产，或者裁定执行担保人的财产，但执行担保人的财产以担保人应当履行义务部分的财产为限。

(八)执行承担

执行承担是指在执行程序中由于出现特殊情况，被执行人的义务由其他的公民，法人或组织履行。执行承担的目的在于解决法院判决的既判力对当事人的继受人是否有效的问题。

执行承担的前提，必须是被执行人在执行过程中发生了死亡或终止的情况，人民法院可以据此裁定变更执行主体。

根据《民事诉讼法》第213条的规定及最高人民法院的司法解释，执行承担在下列情况下发生：

1. 作为被执行人的公民死亡的，其遗产继承人没有放弃继承的，人民法院可以裁定变更被执行人，由该继承人在遗产的范围内偿还债务。继承人放弃继承的，人民法院可以直接执行被执行人的遗产。

2. 作为被执行人的法人或者其他组织分立、合并的，其权利义务由变更后的法人或者其他组织承受；被撤销的，如果依有关实体法的规定有权利义务承受人的，可以裁定该权利义务承受人为被执行人。

3. 其他组织在执行中不能履行法律文书确定的义务的，人民法院可以裁定执行对该其他组织依法承担义务的法人或者公民个人的财产。

4. 在执行中，作为被执行人的法人或者其他组织名称变更的，人民法院可以裁定变更后的法人或者其他组织为被执行人。

(九)执行回转

执行回转是指执行完毕后，由于法定原因使已经被执行的财产的一部或全部返还给被执行人，恢复至执行程序开始前的状况。执行回转的目的在于纠正由于法律文书不当而造成的执行失误，保护当事人的合法权益。执行回转实质上是对案件的再执行。

根据《民事诉讼法》第214条和最高人民法院有关司法解释规定，执行回转的原因有以下两种：第一，执行完毕后，据以执行的判决、裁定和其他法律文书确有错误，被人民法院撤销的，对已经执行的财产，人民法院应当

作出裁定，责令取得财产的人返还；拒不返还的，强制执行。第二，法律规定由人民法院执行的其他法律文书执行完毕后，该法律文书被有关机关依法撤销的，经当事人申请，适用执行回转。

执行回转应当由人民法院作出执行回转的裁定，责令取得财产的人返还财产。能返还原物的，应当返还原物，不能返还原物的或者返还原物对权利人显失公平的，应当由取得财产的人赔偿损失，具体数额由人民法院核定。取得财产的人拒不返还或拒不赔偿的，人民法院有权采取必要的强制措施。

第二节 执行开始

执行程序的开始，发生于两种情况：一是权利人申请执行；一是审判人员移送执行。

一、申请执行

申请执行，是指享有权利的一方当事人根据生效的法律文书，在对方拒不履行义务的情况下，可以向有管辖权的人民法院申请执行。申请执行是当事人依法享有的重要的权利。

1.对生效判决和调解书的申请执行。根据《民事诉讼法》第216条的规定，发生法律效力民事判决、裁定、调解书和其他应由人民法院执行的法律文书，当事人必须履行。一方当事人拒绝履行的，对方当事人可以向人民法院申请执行。

2.对仲裁裁决的申请执行。根据《民事诉讼法》第217条有关的规定，对依法设立的仲裁机构的裁决，一方当事人不履行的，对方当事人可以向有管辖权的人民法院申请执行。受申请的人民法院应当执行。

如果被申请人提出证据证明仲裁裁决有下列情形之一的，经人民法院组成合议庭审查核实，裁定不予执行。

(1)当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的。

(2)裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁机构无权仲裁的，仲裁机构裁决的事项部分属于仲裁协议的范围，部分超过仲裁协议范围的，对超过部分，人民法院应当裁定不予执行。

(3)仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的。

(4)仲裁裁决认定事实的主要证据不足的。

(5)仲裁裁决适用法律确有错误的。

(6)仲裁员在仲裁该案时有贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁决行为的。

(7)人民法院认为执行该裁决违背社会公共利益的，裁定不予执行。

裁定书应当送达双方当事人和仲裁机构。

人民法院裁定不予执行仲裁裁决后，当事人可以重新达成书面仲裁协议申请仲裁，也可以向人民法院起诉。

3.对公证机关依法赋予强制执行效力的债权文书的申请执行。《民事诉讼法》第218条规定，对公证机关依法赋予强制执行效力的债权文书，一方当事人不履行的，对方当事人可以向有管辖权的人民法院，即被执行人住所地或被执行财产所在地的人民法院申请执行。受申请的人民法院应当执行。如果公证债权文书确有错误的，人民法院裁定不予执行，并将裁定书送达双方当事人和公证机关。

申请执行的期限，双方或者一方当事人是公民的为1年；双方是法人或其他组织的为6个月。上述期限的计算，从法律文书规定的履行期间的最后一日起算；法律文书规定分期履行的，从规定的每次履行期间的最后一日起算。

申请执行应当提交书面申请书并说明申请执行的事实和理由，提供作为执行根据的法律文书，同时要说明被执行人的经济情况。

二、移送执行

移送执行是指人民法院的裁判发生法律效力后，由审理该案的审判人员

将案件直接交付执行人员执行，从而开始执行程序的行为。移送执行是对申请执行的补充。

根据民事诉讼法的有关规定，移送执行的案件主要有：(1)判决、裁定具有交付赡养费、抚育费、扶养费、医药费等内容的案件；(2)具有财产执行内容的刑事判决书、裁定书；(3)审判人员认为涉及国家、集体或者公民重大利益的案件。

移送执行应当由审判员填写移送执行书，说明执行的事项和应注意的问题连同生效的法律文书一并移送执行员。对于移送执行的期限，法律未作具体规定。

人民法院的执行员接到申请执行书或移送执行书后，应当向被执行人发出执行通知，责令其在指定的期间履行义务；逾期不履行的，强制执行。执行通知应当在收到申请执行书 10 日内发出，除责令被执行人履行义务外，还应当通知其承担迟延履行利息或迟延履行金。

第三节 执行措施

执行措施是指人民法院依照法定程序，强制执行生效法律文书的方法和手段。在执行中，执行措施和执行程序是合为一体的，采取执行措施就是履行执行程序。我国现行民事诉讼法根据不同的执行对象规定了不同的执行措施。

一、查询、冻结、划拨被执行人的存款

根据《民事诉讼法》第 221 条的规定，被执行人未按执行通知履行法律文书确定的义务，人民法院有权向银行、信用社和其他有储蓄业务的单位查询被执行人的存款情况，有权查询、冻结、划拨被执行人的存款，但查询、冻结、划拨被执行人的存款不得超出被执行人应当履行义务的范围。

人民法院冻结、划拨被执行人的存款应当作出裁定，并发出协助执行通知书，银行、信用社和其他有储蓄业务的单位必须办理。

二、扣留、提取被执行人的收入

被执行人未按执行通知履行法律文书确定的义务，人民法院有权扣留、提取被执行人应当履行义务部分的收入。但应当保留被执行人及其所扶养家属的生活必需费用。这里的收入，主要是指公民个人工资、奖金、劳动报酬及各种有价证券等。

人民法院扣留、提取被执行人的收入应当作出裁定，并发出协助执行通知书，银行、信用社和其他有储蓄业务的单位必须办理。

三、查封、扣押、拍卖、变卖被执行人的财产

被执行人未按执行通知履行法律文书确定的义务，人民法院有权查封、扣押、拍卖、变卖被执行人应当履行义务部分的财产，但应当保留被执行人及其所扶养家属的生活必需费用。

人民法院查封、扣押财产时，被执行人是公民的应当通知被执行人或其他的成年家属到场，同时公民所在单位或财产所在地的基层组织应当派人参加；被执行人是法人或其他组织的，应当通知其法定代表人或主要负责人到场。拒不到场的，不影响执行。查封、扣押财产，必须造具清单，由在场人签名或盖章，交被执行人一份。

财产被查封、扣押后，被执行人在法院指定的期间仍拒绝履行义务的，人民法院可以按照规定交有关单位拍卖或变卖被查封、扣押的财产。

四、搜查被执行人的财产

被执行人不履行法律文书确定的义务，并隐匿财产的，人民法院有权发出搜查令，对被执行人及其住所或财产隐匿地进行搜查。

搜查是执行中涉及到被执行人财产权和人身权的一项严厉措施，因此必须严格依法进行。人民法院进行搜查，必须持有法院院长签发的搜查令；搜查公民时，应当通知被执行人或其家属等见证人到场；搜查妇女的身体，应当由女执行员进行；搜查中发现被执行人财产，应当依法扣押。但对被执行人的其他物品，如生活日用品、有关身份证件等不得扣押；搜查应当制作笔录，由搜查人、被搜查人及其他在场人签名或盖章。拒绝签名或盖章的，在搜查记录中说明。

五、强制被执行人交付法律文书指定的财物或票证

法律文书指定交付的财物或票证，由执行员传唤双方当事人当面交付，或由执行员转交，并由被交付人签收。

有关单位持有该项财物或票证的，应当根据人民法院的协助执行通知书转交，并由被交付人签收。拒不交出的强制执行。

有关公民持有该项财物或票证的，人民法院通知其交出，拒不交出的强制执行。

因持有人的过失造成该项财物或票证毁损或灭失的，人民法院可责令持有人赔偿，拒不赔偿的，可按被执行的财物或票证的价值强制执行。

六、强制被执行人迁出房屋或退出土地

强制被执行人迁出房屋或退出土地，由院长签发公告责令被执行人在指定的期间履行，被执行人逾期不履行的由执行员强制执行。

强制执行时，被执行人是公民的，应当通知被执行人或其成年家属到场，该公民所在的单位或房屋、土地所在的基层组织应当派人参加；被执行人是法人或其他组织的，应当通知其法定代表人或主要负责人到场，拒不到场的，不影响执行。执行员应当将执行情况记入笔录，由在场人签名或盖章。

强制迁出房屋被搬出的财物，由人民法院派人运至指定场所，交给被执行人。被执行人是公民的，可以交给其成年家属。因拒绝接收而造成的损失，由被执行人负担。

七、强制被执行人履行法律文书指定的行为

对判决、裁定或其他法律文书指定的行为，被执行人未按执行通知履行的，人民法院可以强制执行或委托有关单位或其他人完成。

八、办理财产权证照转移手续

在执行中，需要办理有关财产权证照，如房产证、土地证、山林所有权证、以及专利证书、商标证书、车辆执照等转移手续的，人民法院可以向有关单位发出协助执行通知书，有关单位必须办理。

九、强制被执行人支付迟延履行期间债务利息及迟延履行金

被执行人未按判决、裁定和其他法律文书指定的期间履行给付金钱义务的，应当加倍支付迟延履行期间的债务利息；被执行人未按判决、裁定和其他法律文书指定的期间履行其他义务的，应当支付迟延履行金。

加倍支付迟延履行期间的债务利息，是指在银行同期贷款最高利率计付的债务利息的基础上增加1倍。

被执行人未按判决、裁定和其他法律文书指定的期间履行其他非金钱给付义务的，无论是否给申请执行人造成损失，都应当支付迟延履行金。已经造成损失的，双倍补偿申请执行人已经受到的损失；没有造成损失的，迟延履行金由人民法院根据案件的具体情况决定。

十、请求人民法院继续执行

人民法院采取一定的执行措施后，被执行人仍不能偿还债务的，应当继续履行义务。债权人发现被执行人有其他财产的可以随时请求人民法院执行。

最高人民法院在《关于适用 中华人民共和国民事诉讼法 若干问题的意见》中，还规定了其他的执行措施：(1)申请参加分配。在执行程序开始后，执行人的其他已经取得执行依据或已经起诉的债权人发现被执行人的财产不足以清偿所有债权的，可以向人民法院申请参加分配。(2)执行第三人的到期债权。被执行人不能清偿债务，但对第三人有到期债权的，人民法院可依照申请人的申请，通知第三人向申请执行人履行债务；该第三人对债务没有异议但又在通知指定期间内不履行债务的，人民法院可以强制执行。(3)

通过公告、登报等方式为对方恢复名誉、消除影响。

第四节 执行中止和执行终结

一、执行中止

执行中止是指在执行过程中，由于某种特殊情况的发生而暂时停止执行程序，待该情况消除后再恢复执行程序的制度。

执行过程中，遇到以下情况，人民法院应当中止执行：

1. 申请人表示可以延期执行的；
2. 案外人对执行标的提出确有理由的执行异议的；
3. 作为一方当事人的公民死亡，需要等待继承人继承权利或承担义务的；
4. 作为一方当事人的法人或其他组织终止，尚未确定权利义务承受人的；
5. 人民法院认为应当中止执行的其他情形。如司法实践中，被执行人下落不明，或作为执行根据的法律文书与正在审理的案件有密切联系，无法单独执行，以及被执行人在短期内无偿付能力等都会引起执行程序的中止。

执行中止，人民法院应当作出裁定；执行中止的原因消除后，由当事人申请或人民法院依照职权恢复执行程序，继续执行。

二、执行终结

执行终结，是指在执行过程中，由于发生某些特殊情况，执行程序不可能或没有必要继续进行，从而结束执行程序的制度。执行终结是执行程序的非正常结束。

在执行过程中，引起执行终结的情况有：

1. 申请人撤销执行申请的；
2. 据以执行的法律文书被撤销的；
3. 作为被申请执行人的公民死亡，无遗产可供执行，又无义务承担人的；
4. 追索赡养费、扶养费、抚育费案件的权利人死亡的；
5. 作为被执行人的公民因生活困难无力偿还借款，无收入来源，又丧失劳动能力的；
6. 人民法院认为应当终结执行的其它情形。

执行终结，应当由人民法院作出裁定。执行终结的裁定，当事人不能提起上诉，也不能申请复议。

第二十一章 涉外民事诉讼程序

第一节 涉外民事程序概述

一、涉外民事诉讼程序

涉外民事诉讼程序是指人民法院审理具有涉外因素的民事案件所适用的程序。所谓涉外因素是指诉讼一方或双方当事人是外国人、无国籍人或外国企业和组织；或者是当事人之间的民事法律关系发生、变更、消灭的事实发生在外国；或者是当事人之间争议的标的物在国外。具有其中因素之一的民事诉讼就是涉外民事诉讼。

我国现行民事诉讼法设专编对涉外民事诉讼程序作了特别规定。人民法院审理涉外民事案件时，有特别规定的，适用有关的特别规定；没有特别规定的，适用民事诉讼法的其他有关规定。

二、涉外民事诉讼程序的一般原则

(一)适用我国民事诉讼法的原则

人民法院审理涉外民事案件，只能适用我国民事诉讼法。具体要求：外国人、无国籍人或外国企业和组织在我国起诉、应诉，适用我国民事诉讼法；凡是属于我国人民法院管辖的案件，我国人民法院享有管辖权；外国法院的裁判必须经我国法院依法审查并予承认后，才能在我国领域内发生法律效力。

(二)适用我国缔结或参加的国际条约的原则

人民法院审理涉外民事案件，应当遵守我国缔结或参加的国际公约。国际公约中的规定与国内法有冲突的适用公约的规定，但是对于我国声明保留的条款除外。

(三)司法豁免原则

对享有外交特权与豁免权的外国人、外国组织以及国际组织提起民事诉讼，应当依照我国缔结或参加的国际公约以及我国有关法律的规定办理。民事司法豁免是一种有限的豁免。即享有司法豁免权的人其所属国主管机关宣布放弃司法豁免的，或享有司法豁免权的人因私人事务涉及诉讼的，或享有司法豁免权的人向驻在国起诉引起反诉的，均不享有司法豁免权。

(四)委托中国律师代理诉讼的原则

外国人、无国籍人或外国企业和组织在我国起诉、应诉，需要委托律师代理诉讼的，只能委托中国律师代理诉讼。外国律师不能以律师的身份参加诉讼；外国驻华使、领馆官员，受本国公民的委托，可以以个人的名义(不属于职务行为)担任诉讼代理人，但在诉讼中不享有司法豁免权；外国驻华使、领馆可以授权本馆的官员以外交代表的身份为其本国当事人在中国聘请诉讼代理人。

在我国领域内没有住所的外国人、无国籍人或外国企业和组织委托中国律师或其他人代理诉讼，从中华人民共和国领域外寄交或托交的授权委托书，应当经所在国公证机关证明，并经中华人民共和国驻该国使、领馆认证，或者履行中华人民共和国与所在国订立的有关条约中规定的证明手续后，才具有效力。

港、澳、台地区的人寄交内地的授权委托书，按司法部《关于港澳同胞回内地申请公证而出具证明办法的通知》及其《补充通知》办理。居住在外

国的中国公民从我国领域外寄给人民法院的授权委托书，须经我国驻该国使、领馆证明，没有使、领馆的，由当地的华侨团体证明。

(五)使用我国通用的语言、文字原则

人民法院审理涉外民事案件，应当使用我国通用的语言、文字，当事人要求提供翻译的，可以提供，费用由当事人承担。

第二节 涉外民事诉讼管辖

一、涉外民事诉讼管辖的原则

涉外民事诉讼管辖是指一国法院受理涉外民事案件的权限和范围，也即一国法院有权受理涉外民事案件的范围。

我国民事诉讼法确定涉外民事诉讼管辖权是以以下原则为依据的：

1. 诉讼与法院所在地实际联系的原则。即凡是诉讼与我国法院所在地存在一定实际联系的，我国人民法院都有管辖权。

2. 尊重当事人的原则。即无论当事人一方是否为中国公民、法人和其他组织，在不违反级别管辖和专属管辖的前提下，都可以选择与争议有实际联系地点的法院管辖。

3. 维护国家主权原则。司法管辖权是国家主权的重要组成部分。对涉外民事诉讼案件行使专属管辖权，充分体现了维护国家主权的原则。

二、涉外民事诉讼管辖的种类

(一) 牵连管辖

因合同纠纷或者其他财产权益纠纷，对在中华人民共和国领域内没有住所的被告提起的诉讼，如果合同在中华人民共和国领域内签订或者履行，或诉讼标的物在中华人民共和国领域内，或者被告在中华人民共和国领域内有可供扣押的财产，或者被告在中华人民共和国领域内设有代表机构，可以由合同签订地、合同履行地、诉讼标的物所在地、可供扣押财产所在地、侵权行为地或代表机构住所地人民法院管辖。

(二) 协议管辖

涉外合同或者涉外财产权益纠纷的当事人，可以用书面协议选择与争议有实际联系的地点的法院管辖，选择中华人民共和国法院管辖的，不得违反民事诉讼法关于级别管辖和专属管辖的规定。

(三) 应诉管辖

涉外民事诉讼的被告对人民法院管辖不提出异议，并应诉答辩的，视为承认该人民法院为有管辖权的法院。

(四) 专属管辖

因在中国领域内履行中外合资经营企业合作合同、中外合作经营企业合作合同、中外合作勘探开发自然资源合同发生纠纷提起的诉讼，由中国法院管辖。

第三节 涉外民事诉讼中的期间、 财产保全与送达

一、涉外民事诉讼的期间

在涉外民事诉讼中，如果当事人在我国领域内有住所的，适用民事诉讼法关于期间的一般规定。如果当事人不在我国领域内居住的，则应适用民事诉讼法涉外诉讼程序中的特别规定。具体为：

1. 被告在我国领域内没有住所的，人民法院应当将起诉状副本送达被告，并通知被告在收到起诉状副本后30日内，提出答辩状。被告申请延期的，是否准许，由人民法院决定。

2. 在我国领域内没有住所的当事人，不服第一审人民法院判决、裁定的，有权在判决、裁定书送达之日起30日内提起上诉。被上诉人在收到上诉状副本后，应当在30日内提出答辩状，当事人不能在法定期间提起上诉或者提出答辩状，申请延期的，是否准许，由人民法院决定。

3. 人民法院审理涉外民事案件的期限不受民事诉讼法第一审普通程序和第二审程序审限的限制。

二、涉外财产保全

涉外民事诉讼中的财产保全，是指在涉外民事诉讼中，人民法院对于可能因当事人一方的行为或其他原因，使判决不能执行或难以执行的案件，根据对方当事人的申请，采取扣押被申请人的财产等措施。

涉外财产保全，当事人既可以在诉讼开始后提出申请，也可以在诉前申请保全。但是人民法院不能依职权进行保全。当事人申请诉前保全的，人民法院裁定准许保全后，申请人应当在30日内提起诉讼，逾期不起诉的，人民法院应当解除财产保全。

涉外财产保全，人民法院基于当事人的申请，以裁定的方式决定保全。保全裁定一经作出，应及时送达申请人和被申请人，并立即生效，予以执行。如果被申请人提供担保的，人民法院应当解除保全措施；如果申请有错误，申请人应当赔偿被申请人因财产保全所受的损失；人民法院决定保全的财产，需要监督的，应当通知有关单位负责监督，费用由被申请人承担。

三、涉外民事诉讼中的送达

在涉外民事诉讼中，如果当事人在我国领域内居住，诉讼文书和法律文书的送达方式，适用我国民事诉讼法的一般规定；如果当事人在我国领域内没有住所，则按照涉外民事诉讼程序的特别规定送达。

1. 依条约规定的方式送达。即依照受送达人所在国与我国缔结或者共同参加的国际条约中规定的方式送达。

2. 通过外交途径送达。即人民法院将需要送达的诉讼文书交给我国外交机关，由我国外交机关转交给受送达人所在国驻我国的外交机构，再由其转送该国的外交机关，然后由该国外交机关将诉讼文书转交给该国有管辖权的法院，最后由法院将其送达受送达人。

3. 由我国驻外国使、领馆代为送达。对住在外国的中国籍当事人可以由我国司法机关直接委托我国驻当事人所在国使、领馆代为送达诉讼文书。

4. 向受送达人委托的人送达。

5. 向受送达人设在我国的代表机构送达。

6. 邮寄送达。在受送达人所在国的法律允许的情况下，可以邮寄送达。

7. 公告送达，在以上几种送达方式都不能采用时，可以通过公告送达，公告送达的期间为 6 个月，自公告之日起满 6 个月的即视为送达。

第四节 司法协助

一、司法协助的概念

司法协助是指不同国家的法院之间，根据本国缔结或者参加的国际条约，或者按照互惠的原则，在司法事务上相互协助，代为一定诉讼的行为。

司法协助可分为：一般司法协助，即代为送达文书和调查取证；特殊司法协助，即对外国法院裁判和仲裁裁决的承认与执行。

司法协助是国际间交往的需要，它不仅有助于促进涉外民事诉讼活动的顺利进行，而且有助于法院裁决的顺利进行，使当事人之间的实体权利义务得以实现，并使国家之间的交流与合作得到巩固和发展。

二、一般司法协助

根据我国民事诉讼法规定，一般司法协助主要指人民法院和外国法院可以相互请求，代为送达文书、调查取证及其他诉讼行为。

我国人民法院与外国法院之间进行司法协助，有两种途径：一是依照我国缔结或者参加的国际条约所规定的途径进行；二是没有条约关系的通过外交途径进行。此外外国驻中国使领馆可以向该国公民送达文书和调查取证，但不得违反中国的法律，并不得采取强制措施。外国法院委托我国法院协助的事项不得有损于中华人民共和国的主权、安全或社会公共利益。

外国法院请求我国法院提供司法协助的，应当提交请求书；请求书以及所附文件，应当附有中文译本或者国际条约规定的其他文字文本。

我国提供司法协助，依照中国法律规定的程序进行，外国法院请求采用特殊方式的，也可按照其请求的特殊方式进行，但请求采用的特殊方式不得违反中国法律。

三、对外国法院裁判的承认和执行

外国法院的裁判，需要在中国承认与执行的，可以通过两种渠道提出：一是直接由当事人向我国有管辖权的中级人民法院提出申请二是由外国法院按照我国与外国间的条约关系或互惠关系向我国法院提出申请。

请求承认与执行的外国法院的裁判必须是发生法律效力确定裁判，并且该裁判确实需要在中国领域内执行。这是外国法院的裁判得以承认与执行的基本条件。

我国人民法院接到申请后应当依照我国缔结或参加的国际条约或按照互惠原则进行审查。如外国法院的裁判符合法定的执行条件，并且其内容不违反中华人民共和国法律的基本原则，不违反我国的主权安全的，人民法院可以裁定承认其效力。外国法院的裁决在承认其效力后需要执行的，人民法院发出执行令，依照民事诉讼法规定的执行程序 and 措施予以执行。

四、对外国仲裁裁决的承认与执行

外国仲裁裁决需要我国法院承认与执行的，由当事人直接向被执行人住所地或财产所在地的中级人民法院提出申请，人民法院依照我国缔结或参加的国际条约，或者按互惠原则办理。

按照我国 1986 年 12 月 2 日加入的《承认与执行外国仲裁裁决的公约》(即《纽约公约》)，我国仅对另一缔约国领土内作出的仲裁裁决的承认与执行适用该公约。因此，国外仲裁机构的仲裁裁决，需要由我国法院承认与执行的，如果其所在国是《纽约公约》的成员国，应当按照该公约的规定办理；如果不是《纽约公约》的成员国，但同我订有双边司法协助条约的，按条约规定

办理；如果既不是《纽约公约》成员国，又与我国没有司法协助条约关系，则按互惠原则处理。

第二十二章 仲裁与仲裁法概述

第一节 仲裁的概念、特点和类型

一、仲裁的概念

仲裁是指纠纷当事人在自愿基础上达成协议，将纠纷提交非司法机构的第三者审理，由第三者作出对争议各方均有约束力的裁决的一种解决纠纷的制度和方式。

根据仲裁的定义，其构成应具备以下要素：(1)双方当事人自愿协商通过仲裁方式解决争议；(2)解决争议的第三人是当事人选择的；(3)非司法机构的第三人为解决争议作出的裁决对双方当事人具有约束力。

仲裁是一种最为重要的非司法诉讼解决争议的方式，除民商事领域外，还广泛地应用于其他方面，如我国常见的劳动争议仲裁、农业承包合同纠纷仲裁等。以下讲述的仲裁，如无特别说明，均指解决财产权益纠纷的民商事仲裁。

仲裁作为解决争议的一种方式，其性质各说不一，主要有四种观点：

(一)司法权说

司法权说认为，国家对在其管辖范围内进行的所有仲裁都具有监督和管理权力。虽然仲裁基于当事人之间的协议，但仲裁协议的效力、仲裁员的权力、仲裁员的审理行为以及仲裁裁决的执行，都离不开国家的法律。同时，裁判权是一种国家主权，只有国家才能行使这种权力，如果法律允许当事人提交仲裁，则仲裁员就像法官一样，从本国法律中取得裁判权。因此，仲裁员类似于法官，而仲裁裁决的效力则与法院判决相同。

(二)契约说

契约说认为，仲裁员不是从法律或司法当局获得其仲裁权，而是从当事人那里获得的此项权力。所以整个仲裁都是基于当事人的意志而创立的，它具有完全自愿的特征，当事人有权选择仲裁员。仲裁员是从当事人那里获得授权，他所作出的仲裁裁决就是代理当事人所订的契约，对当事人有约束力，当事人有义务自动履行，否则胜诉方可将裁决作为契约之债申请法院执行。

(三)混合说

混合说认为，司法权说和契约说都不完全正确，仲裁需要并依赖于司法因素和契约因素，而且这两种因素在仲裁中是可以协调的、相互关联的不可分割的。一方面，仲裁源于私人契约，另一方面，仲裁又不能超越于法律制度之外，仲裁协议的有效性和仲裁裁决的可执行性最终取决于有关法院的裁定。因此，仲裁兼有司法性和契约性。

(四)自治说

自治说既反对将仲裁制度定性为契约性或纯司法性，同时也反对混合说的观点，而认为仲裁的性质不应与司法权或契约联系起来，只能实事求是地考察它的目的和作用才能得出结论。仲裁的产生和发展，应归功于商人社会，它是商人注重实效的结果，是商人首先在不顾及法律的情况下依其意思自治发展起来的，而后才得到法律的认可。当事人的自治不是基于仲裁的司法性或契约性，而是由于仲裁的实际需要。仲裁协议和仲裁裁决之所以具有强制性，不因为它们为契约，更不因为它们得到国家的特许或授权，而是商业关系的内在要求。

上述学说，侧重点各异，尽管各有其可取之处，但也不同程度地存在着一定的片面性。与其将仲裁的性质简单地理解为司法性、契约性或自治性，不如全面地将之视为兼具契约性、自治性、民间性和准司法性的一种争议解决方式。

二、仲裁的特点

作为一种解决财产权益纠纷的民间性裁判制度，仲裁既不同于解决同类争议的司法、行政途径，也不同于当事人的自行和解，具有以下特点：

(一)自愿性

当事人之间的纠纷，是否将其提交仲裁、交与谁仲裁、仲裁庭的组成人员如何产生、仲裁适用何种程序规则，都是在当事人自愿的基础上，由当事人协商确定的，故仲裁能充分体现当事人意思自治的原则。

(二)专业性

由于仲裁的对象大都是民商事纠纷，常常涉及复杂的法律、经济贸易和技术性问题，所以，各仲裁机构都具有分专业的仲裁员名册，供当事人选定仲裁员，而仲裁员一般都是各行各业的专家。当事人会从所涉及行业专家中指定仲裁员。这样，就能保证仲裁的专业权威性。

(三)灵活性

仲裁的灵活性很大，在程序上不像诉讼那样严格，程序灵活，很多环节可以被简化。

(四)保密性

仲裁一般以不公开审理为原则，并且各国有关的仲裁法律和仲裁规则都规定了仲裁员及仲裁秘书人员的保密义务，所以当事人的商业秘密和贸易活动不会因仲裁活动而泄露，仲裁表现出极强的保密性。

(五)快捷性

由于仲裁实行一裁终局制，不像诉讼那样实行两审终审制，这样就有利于当事人之间纠纷的迅速解决。

(六)经济性

仲裁的经济性主要表现在以下几个方面：第一，由于时间上的快捷性，费用也就相应地节省了；第二，仲裁无需多审级收费，故仲裁收费一般要比诉讼收费低一些；第三，由于仲裁具有自愿性、保密性特点，当事人之间通常没有激烈对抗的态度，且商业秘密不必公之于世，对当事人之间今后的商业机会影响较小。

(七)独立性

各国有关仲裁的法律都规定，仲裁机构独立于行政机关，仲裁机构之间亦无隶属关系，仲裁独立进行，不受任何机关、社会团体和个人的干涉，甚至仲裁庭审理案件的时候，也不受仲裁机构的干涉，显示出最大的独立性。

以上这些特点，体现了仲裁的优点，也是仲裁对纠纷当事人具有巨大吸引力的原因所在。

三、仲裁的类型

根据不同的分类标准，仲裁可以分为不同的类型。

(一)国内仲裁和涉外仲裁

根据所处理的纠纷是否具有涉外因素，仲裁可分为国内仲裁和涉外仲裁。前者是本国当事人之间为解决没有涉外因素的国内民商事纠纷的仲裁；后者是处理涉及外国或外法域的民商事争议的仲裁。就一个国家而言，国内

仲裁和涉外仲裁都是该国仲裁制度的组成部分。涉外仲裁是从一个国家的角度对仲裁所作的分类，从国际范围看，各国涉外仲裁则构成国际商事仲裁。

(二) 机构仲裁和临时仲裁

根据是否存在常设的专门仲裁机构，仲裁可以分为临时仲裁和机构仲裁。临时仲裁是一种在事先并不存在常设仲裁机构的情况下，当事人根据仲裁协议，将他们之间的争议交给临时组成的仲裁庭进行审理并作出裁决的仲裁。机构仲裁是当事人根据其仲裁协议，将它们之间的纠纷提交给某一常设性仲裁机构所进行仲裁。

(三) 依法仲裁和友好仲裁

根据仲裁裁决的依据不同，仲裁可分为依法仲裁和友好仲裁。依法仲裁是指仲裁庭依据一定的法律规定对纠纷进行裁决。友好仲裁，或称友谊仲裁、依原则仲裁，则是指仲裁庭依当事人的授权，依据它所认为的公平的标准作出对当事人有约束力的裁决。友好仲裁主观性和随意性较强。

第二节 我国仲裁制度的历史发展

1949年10月以后，我国建立了国内仲裁制度和涉外仲裁制度。涉外仲裁由民间性商会即中国国际贸易促进会(中国国际商会)组建，中国国际贸易促进会分别于1956年设立了中国国际经济贸易仲裁委员会(其前身为对外贸易仲裁委员会)和中国海事仲裁委员会。国内仲裁制度的发展情况比较复杂。从建国初期直到1966年，由于恢复国民经济和紧接着的大规模经济建设的需要，普遍推广合同制，对经济合同纠纷，国家有文件明确规定一律由各级经济委员会仲裁和处理，人民法院不予受理。当事人不服仲裁裁决的，可以向上级行政机关申请再仲裁。此阶段实行的仲裁制度可称之为“只裁不审”和“两裁终局”制。此种以行政手段解决经济合同纠纷的情况，是国家实行严格的计划经济体制的产物。“文化大革命”期间，仲裁工作实际上处于停顿状态。实行改革开放政策以来至1982年7月我国《经济合同法》施行前，开始强调尊重经济规律和利用法律手段管理经济，但存在着经济合同纠纷的仲裁体制混乱，仲裁机构分散，程序不统一，多头仲裁，又裁又审的情况。如按1979年9月8日国家经委、工商行政管理总局、中国人民银行发布的《关于管理经济合同若干问题的联合通知》和1980年5月2日工商行政管理总局发布的《关于工商行政管理部门合同仲裁程序的试行办法》的规定，工商行政管理部门对经济合同纠纷实行两级仲裁制，若当事人对二次仲裁裁决仍不服时，才可向人民法院起诉。所以这种先裁后审的办法实际上是“两裁两审”制。随着《经济合同法》的施行和1983年国务院《经济合同仲裁条例》的发布，我国才正式成立了经济合同仲裁机关，确立了经济合同仲裁制度。根据以上法律法规，经济合同纠纷发生后，或裁或审，可由当事人自己选择。而且仲裁实行一次裁决制，当事人不服仲裁裁决的，不能再申请仲裁，但可以在规定期限内向人民法院起诉。这种做法实际上是一裁两审制。直到1988年《全民所有制工业企业承包经营责任制暂行条例》的颁布，协议仲裁才得以肯定。

80年代中后期，我国又相继建立了劳动争议仲裁、技术合同仲裁、房地产仲裁、知识产权仲裁、农业承包合同仲裁等仲裁制度。

从历史上看我国以经济合同仲裁为代表的国内仲裁法律制度的建立并按行业归口管理的做法，在解决合同纠纷和其他财产权益纠纷、劳动纠纷，维护正常的经济秩序、生产秩序、生活秩序和社会秩序，保障当事人的合法权益，促进我国经济的发展方面，起到了一定的积极作用。但是，由于它们主要是建立在计划经济体制基础上的，或受到了长期实行的计划经济体制的影响，因此存在诸多缺陷。

第一，有悖于仲裁的独立性。我国以往的仲裁机构大都设在相应的行政机关内，仲裁员基本上由行政机关工作人员兼任，实行“两块牌子，一套人马”，仲裁机构实际上成了行政机关的附属机构。在这种体制下，仲裁权很容易受到行政机关的干预和影响。

第二，有悖于仲裁的自愿性。在我国实行的劳动争议仲裁中，只要一方当事人向相应的仲裁机构提出仲裁申请，仲裁机构就可以受理。只有经过仲裁，且对仲裁裁决不服而向人民法院起诉的，人民法院才予受理，并且在仲裁中，当事人无权选择仲裁机构和仲裁员。

第三，有悖于仲裁的快捷性。实行一裁终局制是仲裁制度快捷性和权威

性的突出优点，我国最初的经济合同仲裁制度，实行一裁二审制，不利于迅速解决当事人之间的纠纷，容易造成经济关系的不稳定和人力、财力、物力的巨大浪费。

第四，仲裁立法不完善、不统一，仲裁机构混乱。1991年4月9日第七届全国人民代表大会第四次会议通过了《中华人民共和国民事诉讼法》，随后全国人大常委会法制工作委员会开始草拟仲裁法，1994年3月全国人大常委会法制工作委员会将《中华人民共和国仲裁法(征求意见稿)》印发部分地方人大常委会、中央有关部门和法律教学研究单位征求意见。1994年6月28日全国人大常委会法制工作委员会将《中华人民共和国仲裁法(草案)》提请第八届全国人大常委会第八次会议审议。会后，法制工作委员会将《中华人民共和国仲裁法(草案)》印发各地、各部门征求意见，并于1994年7月26日、27日在北京召开仲裁草案修改会议，司法部、国家工商行政管理局、贸促会、建设部、国家科委、版权局、技术监督局、最高人民法院等部门和一些法律专家出席了会议。根据全国人大常委会委员的审议意见和地方、部门、仲裁机构意见，全国人大常委会法律委员会对仲裁法草案进行了审议。1994年8月31日第八届全国人大常委会第九次会议通过了《中华人民共和国仲裁法》。同日予以公布。

仲裁法从1991年5月起草至1994年8月颁布，共用了3年多的时间。《中华人民共和国仲裁法》的制定，标志着我国崭新仲裁制度的开始。

第三节 仲裁范围

根据《仲裁法》第2条、第3条的规定，平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷，可以仲裁。下列纠纷不能仲裁：(1)婚姻、收养、监护、扶养、继承纠纷；(2)依法应当由行政机关处理的行政争议。

《仲裁法》第2条将仲裁范围限于“合同纠纷和其他财产权益纠纷”，这里所指的“合同纠纷”应作广义理解，即不仅指我国经济合同法中规定的合同，还应包括涉外合同、著作权合同等；“其他财产权益纠纷”应理解为具有财产内容的任何其他纠纷，主要指各种侵权纠纷，包括海事侵权纠纷、侵害消费者权益纠纷和其他涉及财产权益方面的侵权纠纷。《仲裁法》第3条对仲裁的受案范围又作了列举式排除，第一项排除了平等主体之间的含有人身关系的纠纷，第二项排除了非平等主体之间的财产纠纷。

根据《仲裁法》第77条的规定，以下争议另外规定：一是劳动争议，劳动争议涉及到就业制度，国务院就此专门颁布过《企业劳动争议处理条例》，于1993年7月1日起实施，其中有些规定如非协议仲裁、地域管辖及对裁决不服可以向人民法院起诉等，与仲裁法的规定不同。二是农业集体经济组织内部的农业承包合同纠纷，关于农业经济组织内部的农业承包合同纠纷的仲裁问题，有的地方政府以及地方人大作了规定，涉及国家对农村的基本政策，且面广量多，涉及到广大农民的利益和国家的稳定，此种纠纷的仲裁程序与一般经济贸易仲裁程序相比，具有特殊性，因此，仲裁法明确提出对这类纠纷的仲裁也另行规定。也就是说以上两类纠纷均不能按仲裁法的规定进行仲裁。

就目前我国仲裁法中规定的仲裁范围而言，可以归纳三个特点：第一，主体的平等性，即发生纠纷的双方应当是平等主体的当事人，如果当事人之间是管理与被管理关系，则其纠纷不能仲裁。第二，仲裁事项的可处分性，即仲裁的事项应当是当事人有权处分的，当事人之间因无处分权的某些身份关系发生的纠纷，不宜仲裁。第三，争议内容的财产性，即当事人提交仲裁的事项应该是合同纠纷，或非合同的财产纠纷。

第四节 仲裁法的基本原则

一、当事人意思自治原则

这一原则通常也被称为当事人自愿原则，是仲裁法最基本的原则。这一原则主要体现在以下几方面：其一，当事人是否将他们之间发生的纠纷提交仲裁，由他们自愿协商决定。仲裁法规定，当事人采取仲裁方式解决纠纷，应当双方自愿，达成仲裁协议，一方申请仲裁的，仲裁委员会不予受理。当事人达成仲裁协议，一方向人民法院起诉的，人民法院不予受理。其二，当事人将他们之间的纠纷提交哪一个仲裁委员会仲裁，亦由他们自愿协商决定。《仲裁法》第6条规定仲裁委员会应当由当事人协议选定。仲裁不实行级别管辖和地域管辖。

社会主义市场经济体制的建立，为发展和完善我国的仲裁制度提供了良好的契机，市场经济客观上要求我国的仲裁法律制度确立当事人自愿原则。

二、以事实为根据，以法律为准绳原则

以事实为根据，以法律为准绳，是我国法制建设的一项基本原则，当然也是仲裁法的基本原则。《仲裁法》在第7条中规定了这一原则：仲裁应当根据事实、符合法律规定，公平合理地解决纠纷。仲裁法的这一原则规定，在其后有关仲裁开庭和裁决程序的规定中，得到了充分的体现。例如，有关证据的提供与收集、对专门性问题的鉴定、证据的质证、证据保全、当事人的辩论、当事人陈述最后意见等方面的规定，都是这一原则的具体化。

事实和法律是这一原则不可分割、不可偏废的两个方面。以事实为根据，意味着仲裁庭在仲裁的过程中，必须全面、客观、深入、细致地查明案件当事人的主体资格，查明案件的全部经过、现状及向仲裁庭提供的证据；以法律为准绳，意味着仲裁庭在查明事实的基础上，必须收集、理解与案件有关的法律，并准确地适用法律，公平合理地确认当事人的权利义务关系。

值得注意的是，这一原则在仲裁法上有其特殊意义，它表明我国的仲裁方式是依法仲裁。

三、独立公正仲裁原则

《仲裁法》第8条规定，仲裁依法独立进行，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。为了保证这一原则的实施，《仲裁法》第14条进一步规定，仲裁委员会独立于行政机关，与行政机关没有隶属关系。仲裁委员会之间也没有隶属关系。这是实现独立仲裁的组织保证。为了保证公正性，《仲裁法》也做了一系列规定，如第13条关于仲裁员的资格条件的规定，第34条关于仲裁员回避的规定，第38条关于仲裁员责任的规定，第67条关于涉外仲裁委员会可以从外籍人士中聘任仲裁员的规定。

四、一裁终局原则

一裁终局原则是世界各国普遍接受的仲裁原则，仲裁法对此原则进行了确认。裁决作出后，当事人就同一纠纷再申请仲裁或者向人民法院起诉的，仲裁委员会或者人民法院不予受理。裁决书自作出之日起发生法律效力，当事人应当履行裁决，一方当事人不履行的，另一方当事人可以依照民事诉讼法的有关规定向人民法院申请执行，受申请的人民法院应当执行。当然，如果仲裁裁决被法院撤销或者不予执行，当事人可以重新达成仲裁协议申请仲裁，也可以向法院起诉。

第二十三章 仲裁机构和仲裁协会

第一节 仲裁机构概述

现代的仲裁多表现为机构仲裁，常设的仲裁机构备有较为完善的仲裁规则和仲裁员名册，并有完整的管理和服务，有利于仲裁程序的顺利进行。国际上，仲裁机构通常都是民间组织。关于仲裁机构的设置，各国则有所不同，大致可以归纳为以下四种模式：

1. 仲裁机构设于商会内。很多国家将仲裁机构设在商会之内，这种模式又有几种不同的形式，有的只设一个全国性仲裁机构，无分支机构，如瑞典的斯德哥尔摩商会仲裁院等；有的设两个全国性仲裁机构，并且各有分支机构，如日本的国际商事仲裁协会和日本海事仲裁委员会，分别在神户等地设有办事处；有的全国性仲裁机构，分别在一些城市的商会内设仲裁机构，如法国只有巴黎商会、马赛商会设有仲裁机构。

2. 仲裁机构单独设置。这种模式分两种情况：一是设立一个全国性仲裁机构并下设分支机构，如美国仲裁协会；另一是既有全国性仲裁机构也有地方性仲裁机构。

3. 既有行业协会内设立的仲裁机构，又有单独设置的仲裁机构。如英国设有伦敦国际仲裁院，同时又在 40 多个专业机构、商会内设立行业性仲裁机构。

4. 设立多个仲裁机构并设全国性仲裁协调机构。如德国在汉堡、法兰克福等城市设有十余个仲裁机构，在波恩设全国性仲裁协调机构。

我国仲裁法规定的仲裁是机构仲裁，设立常设性的仲裁机构即仲裁委员会。仲裁法生效前，我国的涉外仲裁机构有中国国际经济贸易仲裁委员会和中国海事仲裁委员会；国内仲裁机构有经济合同仲裁委员会、技术合同仲裁委员会、著作权仲裁委员会等。我国的涉外仲裁机构是按国际惯例和各国通常做法组建的，符合仲裁法的设立条件；而国内仲裁机构则大都不符合仲裁法的规定，与仲裁的性质及国际上的习惯做法相去甚远，需要重新组建。重组后的仲裁机构以办理国内案件为主，目前也可以受理具有涉外因素的仲裁案件，但习惯上仍称为国内仲裁机构。

第二节 仲裁委员会

一、仲裁委员会的设立

《仲裁法》第 10 条规定，仲裁委员会可以在直辖市和省、自治区人民政府所在地的市设立，也可以根据需要在其他设区的市设立，不按行政区划层层设立。仲裁委员会由前款规定的市的人民政府组织有关部门和商会统一组建。设立仲裁委员会，应当经省、自治区、直辖市的司法行政部门登记。仲裁委员会的设立有以下几项要求：

第一，仲裁委员会在设区的市设立。仲裁须有仲裁协议，故仲裁案件的多少取决于全社会对仲裁制度的认识和对仲裁机构的评价，仲裁案件的多少与仲裁机构的数量应当相适应。根据目前的情况，我国仲裁委员会只在经济发达，经济纠纷较多的直辖市、省会、首府和其他设区的市设立，不按行政区划层层设立。

第二，仲裁委员会由设区的市人民政府组织有关部门和商会设立。仲裁法将设立仲裁委员会的权力赋予设区的市人民政府，由市政府组织有关部门和商会一同组建。这里的“有关部门”，主要指已经设立仲裁机构的一些部门，由于各地设立仲裁机构的情况不同，有关部门具体指哪些部门，宜由当地的市人民政府来确定，在仲裁法中可以不作规定。

第三，设区的市设立一个综合性的仲裁委员会。依照仲裁法的规定，仲裁委员会由市人民政府统一组建，按照不同专业设仲裁员名册。全国人大常委会法制工作委员会主任顾昂然在《关于 中华人民共和国仲裁法(草案) 的说明》中指出，原则上按地区设立统一的仲裁组织，在仲裁员名册上按专业划分，便利当事人选择仲裁员。据此，一个城市只能设立一仲裁委员会。该仲裁委员会是综合性的，可以受理各类财产权益纠纷案件。该仲裁委员会按照专业设立仲裁员名册，而不是分设专业仲裁委员会。

第四，设立仲裁委员会需经直辖市、省、自治区的司法行政部门登记。司法局、司法厅对拟设立的仲裁委员会应当审查。符合条件的，予以登记；不符合条件的，不予登记。

第五，仲裁委员会独立于行政机关，与行政机关没有隶属关系。各仲裁委员会的法律地位是平等的，相互之间也没有隶属关系。

第六，直辖市、省、自治区人民政府所在地的市和其他设区的市已有的仲裁委员会，应当依照仲裁法的规定重新组建。设区的市已有的仲裁委员会未重新组建的，自仲裁法施行之日起届满 1 年时即 1996 年 9 月 1 日终止。县级已有的仲裁委员会和其他不符合仲裁法规定的已有的仲裁委员会，自仲裁法施行之日即 1995 年 9 月 1 日起终止。

二、仲裁委员会的条件

《仲裁法》第 11 条规定，仲裁委员会应当具备下列条件：

1. 有自己的名称、住所和章程。仲裁委员会的名称是区别此仲裁委员会与彼仲裁委员会的标志，新组建的仲裁机构一律在仲裁委员会前冠以地名构成其名称，如北京仲裁委员会。仲裁委员会对自己的名称享有专有权。

仲裁委员会作为法人，也有自己的住所。仲裁委员会以它的主要办事机构所在地为住所。

仲裁委员会应当有自己的章程，章程由仲裁委员会制定。

2. 有必要的财产。仲裁委员会作为行使仲裁权的机构，必须具备必要的

物质条件，即应有业务活动所必须，与业务活动相适应的财产，包括适应仲裁工作需要的设施、装备和独立的经费等。

3.有该委员会的组成人员。仲裁委员会由主任 1 人、副主任 2~4 人、委员 7~11 人组成。仲裁委员会的主任、副主任和委员是该委员会的组成人员。仲裁委员会的主任、副主任和委员应当由法律、经济贸易专家和有实际工作经验的人员担任，其中法律、经济贸易专家不得少于 2/3。

仲裁委员会的组成人员，可以在仲裁委员会组建时协商产生，也可以由仲裁委员会的章程规定产生办法。

4.有聘任的仲裁员。仲裁委员会从具备仲裁员资格的人员中聘任仲裁员，设立仲裁员名册。仲裁委员会应当具备法人条件。仲裁委员会经司法行政机关登记，取得法人资格。

第三节 仲裁员

一、仲裁员资格

仲裁员在思想品德方面要公道正派，同时要有较高的业务水平。《仲裁法》第 13 条对仲裁员从职业、工作年限、职称方面规定了具体条件：

1. 从事仲裁工作满 8 年的。此条件包括在仲裁法施行前设立的仲裁委员会中工作 8 年；或者在仲裁法施行前设立的仲裁委员会中工作，又在仲裁法施行后新组建的仲裁委员会中工作共 8 年。

2. 担任律师已有 8 年的。

3. 曾经担任审判员 8 年的。法院有监督仲裁的职能，因此现职法院审判员不能担任仲裁员。

4. 从事法律研究、教学工作且具有高级职称的。法律研究工作包括立法、法学研究等工作。从事法律研究、法学教学工作，又有副研究员、副教授以上职称的人员，具有仲裁员资格。

5. 具有法律知识、从事经济贸易等专业工作且具有高级职称或者具有同等专业水平的。

二、仲裁员的聘任

仲裁员由仲裁委员会聘任，仲裁委员会从具有仲裁员资格的人员中聘任仲裁员。

仲裁员有专职和兼职之分。既是仲裁委员会的工作人员、又被聘为仲裁员的，为专职仲裁员。在其他部门工作、且被聘为仲裁员的，为兼职仲裁员。仲裁员绝大部分都是兼职的。

三、仲裁员名册

仲裁委员会应当将聘任的仲裁员造册，供当事人选择仲裁员。仲裁委员会可以按不同专业设置专业仲裁员名册，例如按照经济合同、知识产权、房地产、证券等专业设立仲裁员名册。

第四节 中国仲裁协会

《仲裁法》第 15 条规定，中国仲裁协会是社会团体法人。仲裁委员会是中国仲裁协会的会员。中国仲裁协会的章程由全国会员大会制定。中国仲裁协会是仲裁委员会的自律性组织，根据章程对仲裁委员会及其组成人员、仲裁员的违纪行为进行监督。中国仲裁协会依照本法和民事诉讼法有关规定制定仲裁规则。

一、中国仲裁协会的设立

中国仲裁协会如何发起设立，是实施仲裁法的一个至关重要的问题。中国仲裁协会可以先由司法行政机关和已有仲裁机构的有关部门筹备，待各地设立仲裁委员会后，召开全国会员大会成立中国仲裁协会。

中国仲裁协会是全国性的社会团体。成立中国仲裁协会，应当向民政部申请登记。申请时应当提交下列材料：由中国仲裁协会筹备组负责人签署的登记申请书；有关部门的审查文件；中国仲裁协会章程草案；拟设的中国仲裁协会的住所；中国仲裁协会筹备组负责人的姓名、年龄、简历；会员状况。中国仲裁协会经民政部登记后成立，并取得社会团体法人资格。

二、中国仲裁协会的章程

中国仲裁协会应有自己的章程。中国仲裁协会章程应当载明下列事项：(1)名称，即中国仲裁协会。(2)宗旨。(3)组织机构。(4)中国仲裁协会会长产生程序和职权。(5)职责。(6)对仲裁委员会和仲裁员的监督。(7)经费来源。(8)章程的修改程序。(9)其他必要事项。中国仲裁协会章程由全国会员大会制定。

三、中国仲裁协会的会员

中国仲裁协会实行会员制。各仲裁委员会是中国仲裁协会的法定会员。中国仲裁协会以团体会员为主，也可以接纳个人会员，如吸收仲裁学者、法官为个人会员。会员应当向中国仲裁协会交纳会费。会费是中国仲裁协会的主要经费来源。

中国仲裁协会设在北京。中国仲裁协会根据需要可以在其他地区设立分会，如设立中国仲裁协会某省分会。

四、中国仲裁协会的职责

中国仲裁协会是仲裁委员会的自律性组织。中国仲裁协会指导、协调仲裁委员会的工作。中国仲裁协会根据仲裁法和民事诉讼法的有关规定制定仲裁规则，以及其他仲裁规范性文件。中国仲裁协会对仲裁委员会及其组成人员、仲裁员的违纪行为进行监督。

第五节 仲裁规则

所谓仲裁规则，指规范仲裁活动的具体程序及此程序中相应的仲裁法律关系的规则。仲裁规则不同于仲裁法，它可以由仲裁机构制定，某些内容甚至允许也可以由当事人自行约定，但是，仲裁规则不得违反仲裁法中对程序方面的强制性规定。世界上绝大多数的仲裁机构都备有自己的仲裁规则，并在规则中规定，凡当事人同意将其争议提交本仲裁机构仲裁的，均视为同意按机构的仲裁规则进行仲裁。也有少数仲裁机构允许当事人另外选定仲裁规则。

一般来讲，仲裁规则是仲裁机构事先制定好的或由当事人在具体仲裁活动开始前约定或选定好的，它为具体的仲裁活动提供了行为的规则，直接影响着仲裁活动的顺利进行，任何不遵守仲裁规则的情况，均会影响仲裁裁决的效力。

一、仲裁规则的制定

一般来讲，仲裁规则由仲裁委员会自己制定。根据仲裁法的规定，我国仲裁委员会的仲裁规则的制定分两种情况：国内仲裁机构的仲裁规则，由中国仲裁协会统一制定，在中国仲裁协会制定仲裁规则前，各仲裁委员会可以依照仲裁法和民事诉讼法的有关规定制定仲裁暂行规则；涉外仲裁机构的仲裁规则由中国国际商会制定。

二、制定仲裁规则的依据

世界上各种仲裁规则中，一般都没有明确规定仲裁规则的制定依据，但都规定不得与现行有关法律相冲突。我国的仲裁法和仲裁委员会的仲裁规则对此有明确规定。就国内仲裁机构的仲裁规则而言，其制定依据是仲裁法和民事诉讼法的有关规定。就涉外仲裁机构的仲裁规则而言，其制定依据为仲裁法和有关法律的规定（主要指民事诉讼法）以及原中央人民政府政务院关于设立涉外仲裁机构的决定和国务院关于涉外仲裁机构的有关规范性文件。

三、仲裁规则的主要内容

仲裁规则的主要内容应包括：仲裁管辖，仲裁组织，仲裁申请和答辩，反请求程序，仲裁庭组成程序，审理程序，裁决程序，以及在相应程序中仲裁委员会、仲裁员和纠纷当事人的权利义务等等。另外，还有关于使用语言、翻译、文书往来送达、仲裁费用的收取等方面的内容。

四、仲裁规则的作用

仲裁规则是进行仲裁活动时必须遵循和适用的程序规范。仲裁规则具有以下作用：

第一，为当事人提供一套科学、系统而又方便的用仲裁方法解决其争议的程序。仲裁规则一般由仲裁机构组织仲裁方面的专家或权威人士在反复调查研究和总结经验的基础上制定，具有一定的稳定性和较强的逻辑性，而又不失应有的灵活性，便于当事人有效地解决纠纷。

第二，为仲裁机构进行仲裁活动提供适用的程序规则。仲裁规则一经当事人选择使用，仲裁机构应严格遵守规则来解决当事人之间的争议。有了仲裁规则，仲裁机构在仲裁案件时便有章可循。

第三，为对仲裁的支持和监督提供了参照依据。有关机构在对仲裁实施支持和监督时，需要参照仲裁规则的规定。如全面遵守仲裁规则的，予支持，不遵守或违反仲裁规则的，其结果甚至导致仲裁裁决的撤销或不予执行，导

致仲裁员的回避、被除名甚至承担法律责任。

五、暂行仲裁规则

就国内仲裁委员会仲裁规则而言，由于目前中国仲裁协会尚未成立，正式的统一仲裁规则还未颁行，所以《仲裁法》第 75 条规定：“中国仲裁协会制定仲裁规则前，仲裁委员会依照本法和民事诉讼法的有关规定可以制定仲裁暂行规则。”

第二十四章 仲裁协议

第一节 仲裁协议概述

仲裁协议是仲裁制度的基石，它既是争议当事人将其争议提交仲裁的依据，也是仲裁机构对某一特定案件取得管辖权的前提。我国《仲裁法》单列一章对有关仲裁协议的问题作了规定。

一、仲裁协议的概念

所谓仲裁协议，是指双方当事人自愿把他们之间已经发生或者将来可能发生的财产性权益争议提交仲裁解决的协议。

在民商事仲裁中，当事人共同约定仲裁是将争议提交仲裁的前提，没有当事人的一致同意，便不存在有效的仲裁。而且，如果双方当事人已有效地同意提交仲裁，任何一方都不能单方面地撤回已表示同意的约定。

仲裁协议与一般民商事合同相比，具有如下特征：

1. 仲裁协议的要式性。由于仲裁协议是仲裁机构取得仲裁权的基础，它同时排除司法管辖权，其重要性决定了仲裁协议要以书面形式作出。

2. 仲裁协议的间接性。仲裁协议作为一种特殊的合同，是通过确认一种解决双方当事人之间纠纷的方式来明确当事人之间的权利义务，不像一般民商事合同直接地规定当事人之间的实体权利义务关系，从而体现出间接性。

3. 仲裁协议的广延性。一份有效的仲裁协议，其效力不仅仅及于双方当事人，对双方当事人有约束力，而且要延伸至仲裁机构、仲裁员和法院，并且仲裁协议的效力于后者更为重要，因为只有它们才能最终确定当事人之间的权利义务关系。

4. 仲裁协议的独立性。如果仲裁协议是以仲裁条款的形式存在于一般民商事合同之中的，那么就仲裁条款而言，即具有了相对的独立性，不受主合同是否有效的影晌，具体而言，即使主合同无效，但包含其内的仲裁条款并不因此而失效。

二、仲裁协议的类型

(一) 仲裁条款

所谓仲裁条款，是指双方当事人在签订的合同中订立的将该合同的争议提交仲裁的条款。仲裁条款是仲裁协议的一种最重要的形式，由于仲裁条款订立于争议发生前，当事人不可能完全预料到今后会发生什么争议，所以，仲裁条款一般都比较简短，当事人之间也比较容易就此问题达成一致意见。它订立于合同之中，具有与该合同的其他条款不同的性质和效力，其他条款的无效，并不必然引起仲裁条款随之无效。

(二) 仲裁协议书

所谓仲裁协议书，是指在争议发生之前或之后，双方当事人在自愿的基础上订立的同意将争议提交仲裁的一种独立协议。仲裁协议书不依赖于其他契约而存在，无论形式上还是内容上，都是独立的契约。通常说来，仲裁协议书内容较为详尽，可能是对仲裁条款的补充修订，也可能是争议发生后双方当事人为解决争议而协商签订的。

(三) 其他文件中包含的仲裁协议

在民事经济往来中，当事人除了订立合同之外，还可能在相互之间有信函、电报、传真或其他书面材料(如经确认的电话记录)的往来。这些文件中

如果包含有双方当事人同意将他们之间已经发生或将来可能发生的争议提交仲裁的内容，那么，这些有关文件即可构成仲裁协议。这种类型的仲裁协议与前两种类型的仲裁协议不同，它一般不集中表现于某一份文件中而往往分散在当事人之间的多次相互往来的多份文件中。经济的发展往往使得经济贸易活动范围不断扩展，空间上的距离给当事人共同协商签署一项协议带来诸多的不便，而通讯事业的发展又缩短了这种距离，在一定程度上克服了不便。因此，在实践中，这种类型的仲裁协议也是常见的，对于国际贸易方面的纠纷尤其如此。

三、仲裁协议的认定

由于仲裁协议是一种特殊的协议，具有不同于一般合同的法律特征，所以，很多国家法律对其形式的要求都比较严格，以明确显示当事人提交仲裁的愿望。如前所述，仲裁协议应以书面形式作出。合同中的仲裁条款和专门的仲裁协议书，不存在书面形式的认定问题。这里所说的认定，主要是针对第三种类型即其他文件中包含的仲裁协议的认定，这类仲裁协议情况比较复杂，所以存在一个如何确认的问题。

关于双方当事人通过往来函件、电文所缔结的仲裁协议书的书面认定。这一类仲裁协议的形成过程一般应当是：首先一方当事人将其希望订立仲裁协议一事向另一方当事人发出建议，如果另一方当事人愿意接受该项建议，必须将其接受该仲裁协议的意向传达给对方当事人，通过这种往来，仲裁协议才能成立。

关于双方当事人通过往来函件、电文所缔结的合同的仲裁条款的书面认定。用此方式缔结的合同的成立，同前述过程一样，现在的问题是当事人对这种合同的接受，是否意味着对其中的仲裁条款的必然接受？多数国家对此采取了肯定的态度。

在通过往来函件、电文所缔结仲裁协议的过程中，当事人不是通过专门回答、回复电文等方式明确表示他已接受合同，而是在以后其他有关信函、电文或其他文件中提及含有仲裁内容的文件。这种情况只要意思表示明确，通常也是可以认可的。

关于对电话记录或录音中仲裁内容的认定。在目前的通讯方式中，电话联系无疑是最方便、最及时的。但是电话联系也有其不足之处，其最大的不足就是“口说无凭”。如果双方当事人通过电话谈妥了将他们之间的纠纷提交仲裁的事宜，一方当事人应当及时整理出电话记录，要求对方做出书面确认。

第二节 仲裁协议的内容

一、仲裁协议的内容

所谓仲裁协议的内容，是指一份完整、有效的仲裁协议必须具备的约定事项。当事人可以在不违反法律规定的前提下自由决定将什么样的争议提交仲裁解决，可以自由选择仲裁机构等。

仲裁协议是仲裁机构受理争议案件的依据，立法上如何规定仲裁协议的内容对于能否充分发挥仲裁的优势和积极作用，有着直接的影响。关于一份完整、有效的仲裁协议应包含哪些内容，各国立法及有关国际条约的规定并不完全相同。我国《仲裁法》第16条规定，仲裁协议应当具有下列内容：

(一)请求仲裁的意思表示

在仲裁协议中，当事人应明确表示愿意将争议提交仲裁解决。由于仲裁协议是合同的一种，而合同本身就是双方当事人的共同意思表示，所以，请求仲裁的意思表示至少应具备如下三个条件：其一必须是双方当事人的共同的意思表示，而不是一方当事人的意思表示；其二必须是双方当事人在协商一致基础上的真实的意思表示，也就是说，当事人签订仲裁协议的行为是其内心的真实意思，而不是在外界影响或强制下所表现出来的虚假的意思；其三必须是有利害关系的双方当事人的意思表示而非其他任何人的意思表示。

(二)仲裁事项

仲裁事项指双方当事人提交仲裁的争议范围，即双方当事人将何种性质的争议提交仲裁机构仲裁。当事人只有把订在仲裁协议中的事项提交仲裁时，仲裁机构才予受理，否则，仲裁机构不能受理。如果一方当事人把不属于仲裁协议中指明的事项提交仲裁，另一方当事人有权对仲裁庭的管辖权提出异议；即使在仲裁审理终结并作出裁决以后，另一方当事人仍然有权拒绝履行该裁决所规定的义务，并可向法院申请撤销仲裁裁决，法院亦可拒绝执行该裁决。当然，当事人约定仲裁事项的前提是该事项具有可仲裁性，即此类性质的纠纷法律允许通过仲裁加以解决。

(三)选定的仲裁委员会

双方当事人在签订仲裁协议的时候，应明确写明仲裁事项由哪一个仲裁委员会进行仲裁，否则仲裁协议就无法执行。

二、订立仲裁协议应注意的问题

要订立一份完备有效的仲裁协议，在实践中，还必须根据具体情况，注重以下问题：

第一，当事人应当争取在争议发生前签订仲裁协议。我国仲裁法允许当事人在纠纷发生后达成仲裁协议，但最好的办法是在争议发生前签订仲裁协议，这样做至少有几个好处：一是比较容易达成仲裁协议，因为在签订合同的时候，双方都有做成生意的愿望，目标一致，除了在价格或酬金上讨价还价外，相互都比较友好。二是将仲裁协议订立在合同的条款中，尽管比较简单，但它可以涵盖今后由合同发生的或与合同有关的任何争议。三是在合同中订立仲裁条款，在一定程度上要以起到督促当事人履行合同的作用。若合同中无仲裁条款，等到纠纷发生后，双方一旦协商解决争议不成，往往产生了比较大的对立情绪，双方当事人达成仲裁协议就比较困难了。

第二，涉外仲裁中我方当事人应指定在我国涉外仲裁机构进行仲裁。因为我方当事人对我国涉外仲裁机构的仲裁规则和做法比较熟悉，对国内的有

关法律也比较了解，并且一般没有语言障碍，可节省许多费用，特别是有关中外合资合作经营合同的争议，更应如此。这样做也符合国际上仲裁的习惯做法，对方当事人一般也愿意接受。

第三节 仲裁协议的效力

所谓仲裁协议的效力，是指一项有效的仲裁中对有关当事人和机构的作用或约束力。仲裁协议是一种特殊的合同，其效力不仅仅及于双方当事人，对双方当事人产生约束力，而且延伸至仲裁机构、仲裁员和相关的法院。仲裁协议产生效力的前提是该仲裁协议本身必须合法有效。

一、仲裁协议效力的确认机构

有权认定仲裁协议的效力的机构主要有两个，即仲裁机构和受诉法院。

(一) 仲裁机构

许多国家的仲裁立法都规定仲裁机构有权认定仲裁协议是否有效。可以说仲裁庭有权对仲裁协议的有效性作出认定已成为现代商事仲裁的一项重要制度。因为仲裁协议是仲裁庭取得仲裁管辖权的依据，仲裁协议的有效性问题的，又直接关系到仲裁庭作出的裁决能否得到承认和执行，所以，仲裁庭收到仲裁申请书后，首先要认定仲裁协议是否有效，《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第4条规定：仲裁委员会有权对仲裁协议的存在、效力以及仲裁案件的管辖权作出决定。

(二) 受诉法院

如果双方当事人对其间业已达成的仲裁协议的效力发生争议，一方当事人就此问题向法院起诉，受诉法院有权认定该仲裁协议的效力。如果受诉法院查明该仲裁协议是无效的，即可受理此案；反之，则应依一方当事人的请求，判令当事人把案件提交仲裁。如果同一仲裁协议，法院认定是无效的，仲裁庭认为是有效的，那么以谁的认定为最终认定呢？一般来说只有法院的认定才是最终认定。

我国《仲裁法》对上述问题做了规定，该法第20条规定，当事人对仲裁协议的效力有异议的，可以请求仲裁委员会作出决定或者请求人民法院作出裁定。一方请求仲裁委员会作出决定，另一方请求人民法院作出裁定的，由人民法院裁定。该条第2款同时强调，当事人对仲裁协议的效力有异议的，应当在仲裁庭首次开庭前提出。

二、仲裁协议的法律效果

(一) 对当事人的效力——排斥起诉权

仲裁协议一经合法成立，首先对双方当事人直接产生法律效力，当事人因此丧失了就特定争议向法院起诉的权利，而相应地承担着将争议提交仲裁并服从仲裁裁决的义务，除非双方当事人又另外达成协议而变更原仲裁协议。如果一方当事人就仲裁协议规定范围内的事项向法院起诉，另一方当事人则有权依据仲裁协议要求法院中止司法程序，法院应当驳回起诉。

(二) 对仲裁机构(仲裁员)的效力——获取仲裁权并限定仲裁范围

有效的仲裁协议是仲裁员或仲裁机构受理争议案件的依据，也就是说，仲裁机构(仲裁员)的仲裁权来自于当事人的授权，来自于当事人签订的有效的仲裁协议。同时仲裁机构(仲裁员)管辖权受到仲裁协议的严格限制，它只能对当事人在仲裁协议中约定的事项进行仲裁，而对仲裁协议约定范围以外的其他争议无权仲裁，否则，即使作出裁决对当事人也无约束力。

(三) 对法院的效力——排斥司法管辖

仲裁协议对法院的效力，是其法律效力的重要体现。一份有效的仲裁协议，对法院的效力首先表现为排斥了法院对该案件的管辖权，也就是说，任

何一方当事人不得随意撤销已成立的仲裁协议，不得就有关仲裁协议中约定的事项的争议向法院起诉，法院也不得受理有仲裁协议的争议案件。仲裁协议对法院的效力还表现为仲裁协议是法院强制执行工作的依据。仲裁的目的，就是使当事人之间的争议得到最终解决，而只有当仲裁裁决被执行后才能达到这一目的。

三、仲裁条款效力的独立性

我国《仲裁法》也承认仲裁条款独立说，该法第 19 条规定：“仲裁协议独立存在，合同的变更、解除、终止或者无效，不影响仲裁协议的效力。仲裁庭有权确认合同的效力。”《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第 5 条规定：“合同中的仲裁条款应视为与合同其他条款分离地、独立地存在的条款，附属于合同的仲裁协议也应视为与合同其他条款分离地、独立地存在的一个部分；合同的变更、解除、终止或者无效，均不影响仲裁或仲裁协议的效力。”《仲裁委员会仲裁暂行规则示范文本》第 5 条也有与《仲裁法》第 5 条同样的内容。

第四节 仲裁协议的无效和失效

一、法律关于仲裁协议无效的规定

根据我国仲裁法，仲裁协议应采用书面形式，仲裁协议必须具备三项内容。这些要求实际上是一份使仲裁协议有效的积极要件。仲裁立法同时也规定了仲裁协议必须具备的消极要件，也就是说，仲裁协议中必须不能出现的情形。如果出现规定的情形之一，该仲裁协议无效。我国《仲裁法》第 17 条规定，有下列情况之一的，仲裁协议无效：

1. 约定的仲裁事项超出法律规定的仲裁范围的。对于这一要件，各国仲裁立法都有规定，我国《仲裁法》第 3 条规定，下列纠纷不能仲裁：(1) 婚姻、收养、监护、扶养、继承纠纷；(2) 依法应当由行政机关处理的行政争议。

2. 无民事行为能力人或限制民事行为能力人订立的仲裁协议。无论自然人还是法人，订立仲裁协议是一项重要的法律行为。为了维护民商事关系的稳定性及保护未成年人和其他无民事行为能力人、限制行为能力人的合法权益，通常要求当事人必须具备完全的行为能力，否则，所签订的仲裁协议无效。按照我国有关法律，自然人年满 18 周岁具有完全行为能力，16 周岁以上不满 18 周岁的，如以自己的劳动收入为主要生活来源，视为具有完全行为能力；法人自其注册成立之日起即具有完全的行为能力。

3. 一方采取胁迫手段迫使对方订立仲裁协议的。仲裁制度本身是建立在双方当事人自愿的基础上的，仲裁协议的签订，必须是双方当事人在平等协商基础上的真实意思表示，绝对不允许一方当事人用胁迫手段，迫使对方订立仲裁协议。否则，所签仲裁协议无效。

二、实践中常见的无效仲裁协议

在我国的司法和仲裁实践中，无效仲裁协议时有发生，常见的有以下几种情况：

1. 模棱两可的仲裁协议。有的仲裁协议规定，该合同的争议可向甲仲裁委员会或乙仲裁委员会申请仲裁；有的仲裁协议规定，发生争议后，或者在某仲裁机构仲裁或在某法院起诉等等。这类仲裁协议的无效，主要是因为其使用了选择性的词语，使仲裁协议的内容不明确，无法作出判断。

2. 无法实现的仲裁协议。有的仲裁协议规定，争议发生后，提交中国仲裁机构依照美国仲裁协会的仲裁规则进行仲裁。这种协议是无效的，因为中国仲裁机构的仲裁规则规定，在中国的仲裁机构仲裁时，只能适用该仲裁机构的仲裁规则。有的仲裁协议规定，争议发生后，提交某地的仲裁机构仲裁，而该地并没有设立仲裁机构，所以该协议无效。

3. 仲裁终局性不确定的仲裁协议。有的仲裁协议规定，合同执行过程中出现的问题双方应协商解决，协商不成，可提交某仲裁机构仲裁，如对仲裁裁决不服的，可向人民法院起诉，这种协议因违背了仲裁终局性原则而无效。

三、对不明确的仲裁协议的处理

无效的或内容不明确的仲裁协议签订以后，在实践中往往会产生一些不良影响，对当事人、仲裁机构和法院都会造成一些消极后果。所以，对那些有可能予以完善，因存在不明确因素而致无效的仲裁协议，有必要在当事人愿意的情况下及时加以完善。《仲裁法》第 18 条对此有明确规定，仲裁协议对仲裁事项或者仲裁委员会没有约定或者约定不明确的，当事人可以补充协议；达不成补充协议的，仲裁协议无效。在实践中，常常采用如下方式完善

不明确的仲裁协议。

第一，由当事人自行完善。如果当事人签订了内容不明确的仲裁协议，最好的处理办法是通过当事人双方自行完善，使其成为一个明确的、完整的、有效的仲裁协议，从而使仲裁机构能够顺利受理案件。但是，在实践中，特别是在争议发生以后，由于双方当事人之间产生了或多或少的对立，可能会有一方当事人采取消极态度，不予合作，再加上当事人双方也可能不是法律专家，不知如何完善其有缺陷的仲裁协议，所以这种方式往往行不通。

第二，由仲裁机构协助完善。在当事人双方愿意的情况下，由仲裁机构协助其完善原先存在缺陷的仲裁协议或重新订立一份明确有效的仲裁协议，是一个很好的方法。但若当事人有一方不愿意，只好听其自便，仲裁机构不能违反当事人意愿。

第三，由法院协助完善。当事人将内容不明确的仲裁协议提交法院时，在当事人双方愿意的情况下，法院也可以协助其完善仲裁协议。若当事人一方不愿意，法院将依法审查仲裁协议，从而作出仲裁协议是否有效的决定。必须指出，如果仲裁协议有《仲裁法》第 17 条规定的情形之一的，仲裁机构和人民法院应径直认定该仲裁协议无效，不应协助其加以完善。只有对那些约定不明确的仲裁协议，在双方当事人愿意的情况下，才可协助其完善。

第二十五章 仲裁程序

第一节 仲裁当事人与代理人

一、仲裁当事人

所谓仲裁当事人，是指在协商一致的基础上依法以自己的名义独立地提出或参加仲裁，并接受仲裁裁决约束的公民、法人或其他组织。

仲裁当事人具有以下特征或条件：

(一)当事人的法律地位是平等的

进行仲裁的双方当事人的仲裁关系是建立在他们之间的民商事法律关系之上的，根据民商事法律关系的特点，双方当事人的法律地位必须是平等的。如果某一法律关系的当事人的地位不是平等的，那么一方当事人与另一方当事人之间必须存在着上下级关系或管理与被管理的关系，也就是说他们之间的法律关系，不是民事法律关系，因而也就不可能仲裁。

(二)当事人之间必须订有有效的仲裁协议

仲裁协议是仲裁赖以存在的基础，没有仲裁协议，仲裁机构不会受理仲裁申请，根本就产生不了仲裁，更无从谈所谓当事人了。

(三)当事人之间必须发生了可仲裁的纠纷

如果纠纷不属于仲裁范围内的，则纠纷当事人不能将该纠纷提交仲裁，他们也就不能成为仲裁当事人。

仲裁当事人有其特定的称谓。依法向仲裁委员会提出仲裁申请的人，叫仲裁申请人；申请人在仲裁申请书中所提请求的义务人，叫被申请人。另外，在申请撤销仲裁裁决的程序中，当事人又称申请撤销人和被申请撤销人；在执行程序中，当事人称申请执行人和被申请执行人或被被执行人。

当事人与仲裁参加人、仲裁参与人有区别。仲裁参加人除包括当事人外，还包括仲裁代理人。仲裁参与人除包括仲裁参加人外，还包括证人、鉴定人、翻译人员等。关于第三人，我国仲裁法和绝大多数国家的仲裁法一样没作规定。

二、仲裁代理人

《仲裁法》第 29 条规定，当事人、法定代理人可以委托律师和其他代理人进行仲裁活动，委托律师和其他代理人进行仲裁活动的，应当向仲裁委员会提交授权委托书。授权委托书应当载明委托事项和权限。由委托代理人代为承认、放弃、变更仲裁请求，进行和解，提出反请求，应当有被代理人的特别授权。代理权限若有变更或者解除，委托人应当书面告知仲裁委员会或者仲裁庭，仲裁委员会或者仲裁庭再通知对方当事人。

第二节 申请与受理

一、申请仲裁的条件

《仲裁法》第 21 条规定,当事人申请仲裁应符合下列条件:有仲裁协议;有具体的仲裁请求的事实、理由;属于仲裁委员会的受理范围。

二、申请仲裁

当事人申请仲裁应当向仲裁委员会递交仲裁申请书。仲裁申请书应当载明下列各项:

1. 当事人的姓名、性别、年龄、职业、工作单位、住所、电话,法人或者其他组织的名称、住所、电话和法定代表人或者主要负责人的姓名、职务。
2. 仲裁请求和事实根据、理由。
3. 证据、证人姓名和住所。
4. 所申请的仲裁委员会的名称。
5. 申请仲裁的年月日。
6. 申请人的签名、盖章。

当事人提交仲裁申请书应当按对方当事人的人数和组成仲裁庭的仲裁员人数,备具副本。

三、受理与不予受理

《仲裁法》第 24 条规定,仲裁委员会收到仲裁申请书之日起 5 日内,认为符合受理条件的,应当受理,并通知当事人;认为不符合受理条件的,应当书面通知当事人不予受理,并说明理由。仲裁委员会收到仲裁申请书和仲裁协议,经审查,认为符合受理条件的,应当在 5 日内受理,并书面或者口头通知当事人。如果发现仲裁申请书有欠缺,应当让申请人补正欠缺;如果认为仲裁协议需要补充,应当让当事人补充协议。当事人补正欠缺或者补充协议后,仲裁委员会自其递交之日起 5 日内受理。

仲裁委员会收到仲裁申请书、仲裁协议后,经审查,认为不符合受理条件的,应当在 5 日内书面通知申请人不予受理,并说明不予受理的理由。

四、送达仲裁规则等文书和答辩

《仲裁法》第 25 条规定,仲裁委员会受理仲裁申请后,应当在仲裁规则规定的期限内将仲裁员名册送达申请人,并将仲裁申请书副本和仲裁规则、仲裁员名册送达被申请人。被申请人收到仲裁申请书副本后,应当在仲裁规则规定的期限内向仲裁委员会提交答辩书。仲裁委员会收到答辩书后,应当在仲裁规则规定的期限内将答辩书副本送达申请人。被申请人未提交答辩书的,不影响仲裁程序的进行。

第三节 财产保全

一、财产保全的概念

《仲裁法》第 28 条第 1 款规定，一方当事人因另一方当事人的行为或者其他原因，可能使裁决执行或者难以执行的，可以申请财产保全。财产保全是指在仲裁庭仲裁前，为保证调解或者裁决能够付诸实现，而通过人民法院对当事人的财物采取的一些强制性措施。对于可能因一方当事人的行为或者其他原因，致使调解、裁决不能执行的或者难以执行的，可以采取财产保全措施。

财产保全的范围，限于仲裁请求的范围，或者与本案有关的财物。

二、财产保全的申请

《仲裁法》第 28 条第 2 款规定，当事人申请财产保全的，仲裁委员会应当当事人的申请依照民事诉讼法的有关规定提交人民法院。财产保全的申请由当事人提出。当事人可以在申请仲裁时同时提出财产保全申请，也可以在仲裁裁决作出前的任何阶段申请财产保全。

当事人申请财产保全，应当向仲裁委员会递交财产保全申请书，由仲裁委员会将当事人的申请提交被申请人住所地或者财产所在地的基层人民法院。

财产保全申请只能由仲裁委员会提交人民法院，仲裁庭不能向人民法院转交财产保全申请书，当事人也不能越过仲裁委员会直接向人民法院申请财产保全。没有当事人的申请，仲裁委员会亦不能主动向人民法院申请财产保全。

三、财产保全措施

人民法院根据仲裁委员会提交的财产保全申请，可以作出财产保全的裁定。

人民法院采取财产保全措施，可以责令申请人提供担保。担保的方式有两种：一是保证，由保证人作出履行义务的保证；二是抵押，由申请人或者第三人提供一定的财产作为抵押物。申请人不提供担保的，人民法院驳回财产保全申请。

人民法院接受当事人的财产保全申请后，对于情况紧急的，应当在 48 小时内做出裁定，并开始执行。

财产保全的方式，可以采取查封、扣押、冻结或者法律允许的其它方法。人民法院对于查封、扣押的不宜长期保存的物品，可以拍卖、变卖、保存价款。

被申请人提供担保的，人民法院应当解除财产保全。

当事人对人民法院财产保全的裁定不服，可以向人民法院申请复议一次。复议期间，不停止裁定的执行。

四、申请人的责任

《仲裁法》第 28 条 3 款规定，申请人有错误的，申请人应当赔偿被申请人因财产保全所遭受的损失。当事人申请财产保全错误的，应当赔偿被申请人因财产保全所遭受的财产损失。仲裁委员会不承担赔偿责任。

第四节 仲裁庭的组成

一、仲裁庭的组成形式

《仲裁法》第30条规定,仲裁庭可以由3名仲裁员或者1名仲裁员组成。由3名仲裁员组成的,设首席仲裁员。仲裁庭可分为合议仲裁庭和独任仲裁庭。由3名仲裁员组成的仲裁庭,称为合议仲裁庭,简称合议庭。合议仲裁庭设有首席仲裁员。由1名仲裁员成立的仲裁庭,称为独任仲裁庭。

二、约定仲裁庭的组成形式

当事人收到仲裁委员会的仲裁规则和仲裁员名册后,应当按照约定的仲裁庭的组成形式和仲裁员的选择方式,在仲裁规则规定的期间选出仲裁员。

当事人没有约定仲裁庭的组成形式和仲裁员选择方式的,仲裁委员会受理仲裁申请后,应当在送达仲裁规则和仲裁员名册时通知当事人在一定期间约定仲裁庭的组成形式和仲裁员的选择方式。

三、合议仲裁庭的组成

《仲裁法》第31条第1款规定,当事人约定由3名仲裁员组成仲裁庭的,应当各自选定或者各自委托仲裁委员会主任指定1名仲裁员,第三名仲裁员由当事人共同选定或者共同委托仲裁委员会主任指定。第三名仲裁员是首席仲裁员。

当事人双方约定由3名仲裁员的组成合议仲裁庭的,双方当事人应当各自选定1名仲裁员,或者各自委托仲裁委员会主任指定1名仲裁员。第三名仲裁员即首席仲裁员由双方当事人共同选定,或者共同委托仲裁委员会主任指定。

当事人为三方或三方以上,约定由3名仲裁员组成合议仲裁庭的,当事人应当共同选择3名仲裁员,并选定其中1名为首席仲裁员;或者共同委托仲裁委员会主任指定2名仲裁员和首席仲裁员。

四、独任仲裁庭的产生

根据《仲裁法》第31条第2款及第32条规定,当事人约定由1名仲裁员成立仲裁庭的,应当由当事人共同选定或者共同委托仲裁委员会主任指定仲裁员。当事人没有在仲裁规则规定的期限内约定仲裁庭的组成方式或者选定仲裁员的,由仲裁委员会主任指定。仲裁庭组成之后,仲裁委员会应当将仲裁庭的组成情况书面通知当事人。

第五节 回 避

一、回避的概念、适用范围

仲裁中的回避，是指与本案或者本案当事人有利害关系的仲裁员以及其他有关人员不参加本案仲裁活动的一项制度。

回避制度有利于保障仲裁的公正，防止枉法裁决，维护法律之尊严。

《仲裁法》第 34 条规定，仲裁员有下列情形之一的，必须回避，当事人有权提出回避申请：(1)是本案当事人或者当事人、代理人的近亲属；(2)与本案有利害关系；(3)与本案当事人、代理人有其他关系，可能影响公正仲裁的；(4)私自会见当事人、代理人，或者接受当事人、代理人的请客送礼的。

回避适用于仲裁员，也适用于记录员、翻译、勘验人、鉴定人。

二、回避的种类

(一)自行回避

自行回避即仲裁员和其他有关人员自认为有应回避事由的，应当主动提出回避。

仲裁员的自行回避，应当向仲裁委员会提出，是否回避，由仲裁委员会主任决定；仲裁委员会主任担任仲裁员时的自行回避，由仲裁委员会集体决定。

记录员、翻译、勘验人、鉴定人的自行回避，应当向仲裁庭提出。是否回避，由首席仲裁员或者独任仲裁员决定。

(二)申请回避

当事人认为仲裁员或者其他有关人员有应当回避的事由，有权申请他们回避。当事人提出回避申请，应当说明理由，在首次开庭前提出。回避事由在首次开庭后知道的，可以在最后一次开庭终结前提出。当事人回避申请可以用书面形式，也可以用口头形式。

《仲裁法》第 36 条规定，当事人申请仲裁员回避，应当向仲裁委员会提出。仲裁员是否回避，由仲裁委员会主任决定。仲裁委员会主任担任仲裁员时，其是否回避，由仲裁委员会集体决定。

当事人申请记录员、翻译、勘验人、鉴定人回避，应当向仲裁庭提出，是否回避，由首席仲裁员或者独任仲裁员决定。

(三)命令回避

在没有自行回避申请回避的情况下，如果仲裁员确有应当回避的法定事由，仲裁委员会主任有权命令其回避；仲裁委员会主任担任仲裁员的，仲裁委员会应当命令其回避。没有自行回避，也没有申请回避，倘若记录员、翻译、勘验人、鉴定人确有应当回避的事由，首席仲裁员或者独立任仲裁员应当命令他们回避。

三、重新选定或者指定仲裁员

仲裁员因回避或者其他原因不能履行职责的应当重新选定或者指定仲裁员。

因回避而重新选定或者指定仲裁员后，当事人可以请求已进行的仲裁程序重新进行，是否准许，由仲裁庭决定；仲裁庭也可以自行决定已进行的仲裁程序是否需要重新进行。

第六节 开庭

一、不公开开庭原则

根据《仲裁法》第 39 条规定，仲裁应当开庭进行。当事人协议不开庭的，仲裁庭可以根据仲裁申请书、答辩书以及其他材料作出裁决。

开庭分为公开开庭和不公开开庭。仲裁以不公开开庭为原则。当事人协议公开开庭的，仲裁庭认为有必要，可以公开开庭，但案件涉及国家秘密的，仲裁不能公开进行。对于不公开仲裁的案件，仲裁员、仲裁委员会的工作人员和仲裁参与人均不得向外界透露案件实体和程序进行的情况。

二、当事人的仲裁权利

不论开庭还是不开庭仲裁，当事人都享有一定的仲裁权利，也要承担相应的仲裁义务。

申请人可以放弃或者变更仲裁请求，可以撤回仲裁申请。被申请人可以承认或者反驳仲裁请求，有权提出反请求。

反请求是被申请人为了抵销申请人的仲裁请求，而提出的与申请人仲裁请求相关联的又一个独立的仲裁请求。仲裁中的反请求，首先应当囊括于仲裁事项的范畴。其次，反请求必须与申请人的仲裁请求存在关联性，即两个法律关系在事实上存在关联性。

三、开庭通知

《仲裁法》第 41 条规定，仲裁庭开庭仲裁案件，仲裁委员会应当在仲裁规则规定的期间将开庭日期提早通知双方当事人和其他仲裁参与人。当事人有正当理由的，可以在仲裁规则规定的期间请求延期或者提前开庭。是否延期或者提前，由仲裁庭决定。

仲裁公开开庭的，仲裁委员会应当公告当事人的姓名、案由和开庭的时间、地点。

四、开庭

开庭仲裁，由首席仲裁员或者独任仲裁员宣布开始开庭。随后，首席仲裁员或者独任仲裁员核对当事人，宣布案由，宣布仲裁庭组成人员和记录员名单，告知当事人有关的仲裁权利义务，询问当事人是否提出回避申请。

仲裁庭通常按照下列顺序进行开庭调查：

1. 当事人陈述。
2. 告知证人的权利义务，证人作证，宣读未到庭的证人证言。
3. 出示书证、物证和视听资料。
4. 宣读勘验笔录、现场笔录。
5. 宣读鉴定结论。

当事人在庭上可以提出新证据。经仲裁庭许可，当事人可以向证人、勘验人、鉴定人发问。当事人可以要求重新进行调查和勘验、鉴定，是否准许，由仲裁庭决定。

《仲裁法》第 47 条规定，当事人在仲裁过程中有权进行辩论。辩论终结时，首席仲裁员或者独任仲裁员应当征询当事人的最后意见。辩论原则在仲裁中有多种体现，如提交答辩书就是一种辩论。双方当场辩论，是开庭的重要程序。

开庭辩论通常按照下列顺序进行：(1) 申请人及其仲裁代理人发言。(2) 被申请人及其仲裁代理人发言。(3) 双方相互辩论。开庭辩论终结前，首席仲

裁判员或者独任仲裁员可按申请人、被申请人的顺序征询当事人的最后意见。

五、视为撤回仲裁申请和缺席裁决的情形

《仲裁法》第 42 条规定，申请人经书面通知，无正当理由不到庭或者未经仲裁庭许可中途退庭的，可以视为撤回仲裁申请。被申请人经书面通知，无正当理由不到庭或者未经仲裁庭许可中途退庭的，可以缺席裁决。仲裁中，申请人和被申请人都应当按时出庭，未经仲裁庭许可不得中途退庭。

六、开庭笔录

《仲裁法》第 48 条规定，仲裁庭应当将开庭情况记入笔录。当事人和其他仲裁参与人认为对自己的陈述记录有遗漏或者差错的，有权申请补正。如果不予补正，应当记录该申请。笔录由仲裁员、记录人员、当事人和其他仲裁参与人签名或者盖章。记录员应当将开庭仲裁的情况记入笔录。当事人和其他仲裁参与人可以当庭阅读开庭笔录，也可以在 5 日内阅读。仲裁参与人认为仲裁庭对自己的陈述记录有遗漏或者差错的，有权申请补正。如果仲裁庭不予补正，记录员应当记录该申请。

开庭笔录由仲裁员、记录员和当事人、其他仲裁参与人签名、盖章。当事人、其他仲裁参与人拒绝签名、盖章的，记录员应当记明情况附卷。

第七节 证 据

一、证据的种类

仲裁中的证据包括 8 种：书证、物证、视听资料、证人证言、当事人的陈述、现场笔录、勘验笔录、鉴定结论。这些证据经查证属实，才能作为认定的根据。

(一)书证

书证应当提交原件。提交原件确有困难的，可以提交副本、复印本、节录本。提交外交书证，必须附送中文译本。

文书通常有原本、缮本，正本、副本、复印本、节录本、译本之分。最初确定意思表示而做成的文书，称为原本。依原本抄缮之文书，称为缮本。对外与原本具有同一法律效力的缮本，称为正本。将正本抄送给有关单位或个人的文书，称为副本。副本在内容上、效力上与正本相同。复印而成的文书，称为复印本。将文书节录一部分的，称为节录本。翻译而成的文书，称为译本。

(二)物证

物证应当提交原物。提交原物确有困难的，可以提交复制品、照片。

(三)视听资料

视听资料是指录音、录像等制品。

(四)证人证言

凡是知道案件情况的人，都有义务出庭作证。证人有困难不能出庭的，经仲裁庭许可，可以提交书面证言。

(五)当事人的陈述

仲裁庭对当事人的陈述，应当结合本案的其他证据，审查确定能否作为认定事实的根据。当事人拒绝陈述的，不影响仲裁庭根据证据确定对案件事实的认定。

(六)现场笔录

现场笔录是以书面形式记录现场状况的证据。

(七)勘验笔录

勘验指勘查检验。勘验笔录包括现场勘验笔录和现场以外的勘验笔录。勘验现场或者物证，勘验人应当将勘验情况和结果制成笔录。

(八)鉴定结论

《仲裁法》第 44 条规定：仲裁庭对专门性问题认为需要鉴定的，可以交由当事人约定的鉴定部门鉴定，也可以由仲裁庭指定的鉴定部门鉴定。根据当事人的请求或者仲裁庭的要求，鉴定部门应当派鉴定人参加开庭，当事人经仲裁庭许可，可以向鉴定人提问。仲裁庭对专门性问题认为需要鉴定的，可以委托双方当事人约定的鉴定部门或者鉴定人鉴定，也可以委托自己选定的鉴定部门或者鉴定人鉴定。

鉴定部门或者鉴定人有权了解进行鉴定所需要的案件材料，可以询问当事人、证人、鉴定部门或者鉴定人应当提出书面鉴定结论，在鉴定书上签名、盖章。鉴定人鉴定的，可以由鉴定人所在单位加盖印章，证明鉴定人身份。

根据当事人的请求或者仲裁庭的要求，鉴定部门应当派鉴定人员参加开庭，或者鉴定人应当出庭。

二、举证责任

《仲裁法》第 93 条规定，当事人应当对自己的主张提供证据。仲裁庭认为有必要收集的证据，可以自行收集。举证责任是指负有提供证据证明案件有关事实的责任。负有举证责任的人，如果提不出证据，就容易导致发生不利于自己的法律后果。

不同法律关系，举证责任的分配不尽相同。仲裁中的举证责任与民事诉讼中的举证责任相同，当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。谁主张，谁举证，申请人、被申请人都有举证责任。

仲裁中，仲裁庭有权调查收集证据。对于当事人不能收集的证据，或者仲裁庭认为有必要收集的证据，仲裁庭可以自行收集。

三、证据保全

仲裁中的证据保全是指仲裁程序进行过程中，有关的人民法院对某些可能灭失或以后难以取得的证据，经当事人申请并由仲裁委员会提交而采取的强制性保管措施。

仲裁法设立证据保全制度的目的，是为了防止证据灭失或者以后难以取得，从而保证正确及时地审理案件、解决纠纷。根据《仲裁法》第 46 条的规定，需要采取证据保全措施的情况有两种：第一种是证据有灭失的可能。例如，有可能成为证据的某一物品属易变质、腐烂的物品，如果不及时对其采取保全措施，这一物品一旦变质、腐烂，即失去了其证明力，作为可能的证据，它就灭失了。第二种是证据以后难以取得。例如，可以作为证人的某公民要出国留学几年时间或要到国外定居，以后再找他取证就比较困难，这时应及时采取保全措施，提取该证人证言。在国内仲裁中，当事人如果申请证据保全，应向仲裁委员会提交证据保全申请书。申请书应写明下列事项：需要保全的证据的内容；需要保全的证据与案件事实的联系；对此项证据采取保全措施的理由。仲裁委员会在收到当事人的申请后，应及时将该申请书提交给证据所在地的基层人民法院。该法院收到申请书后，应及时进行审查，如果认为申请有理，应当及时作出证据保全的裁定，并及时采取保全措施；如果认为申请无理，则应通知当事人和仲裁委员会不予接受。

第八节 和解、调解、裁决

一、和解

《仲裁法》第 49 条规定，当事人申请仲裁后，可以自行和解。达成和解协议的，可以请求仲裁庭根据和解协议作出裁决书，也可以撤回仲裁申请。仲裁中的和解，是指仲裁中的双方当事人在没有仲裁员的参与下，自行协商解决纠纷。当事人申请仲裁后，可以自行和解。和解后的程序如何，民事诉讼法对诉讼中和解后的程序未予规定，无可借鉴。仲裁法根据仲裁的特点，规定了两项程序，即当事人达成和解协议的，可以请求仲裁庭根据和解协议做出裁决书，也可以撤回仲裁申请。

《仲裁法》第 50 条规定，当事人达成和解协议，撤回仲裁申请后反悔的，可以根据仲裁协议申请仲裁。当事人在仲裁中和解，撤回了仲裁申请，原仲裁协议是否还有效，有不同看法。一种意见认为，仲裁协议只能使用一次，当事人和解后撤回仲裁申请，原仲裁协议即失效，当事人若再申请仲裁，需达成新的仲裁协议。另一种意见认为，当事人自行和解后撤回了仲裁申请，仲裁庭尚未裁决，故仲裁协议仍然有效，当事人再次申请仲裁无需订立新的仲裁协议。仲裁法按后一种观点做了规定，当事人达成和解协议，撤回仲裁申请后又反悔的，可以根据原仲裁协议重新申请仲裁。

二、调解

《仲裁法》第 51 条第 1 款规定，仲裁庭在作出裁决前，可以先行调解。当事人自愿调解的，仲裁庭应当调解。调解不成的，应当及时裁决。仲裁中的调解，是指仲裁调解，即在仲裁员主持下，双方当事人协商解决纠纷。仲裁中，当事人愿意调解的，仲裁庭应予调解。调解不成的，仲裁庭应当径行裁决；当事人不愿调解的，仲裁庭应当及时裁决。

《仲裁法》第 51 条第 2 款规定，调解达成协议的，仲裁庭应当制作调解书或者根据协议的结果制作裁决书。调解书与裁决书具有同等法律效力。《仲裁法》第 52 条规定，调解书应当写明仲裁请求和当事人协议的结果。调解书由仲裁员签名，加盖仲裁委员会印章，送达双方当事人。调解书经双方当事人签收后，即发生法律效力。在调解书签收前当事人后悔的，仲裁庭应当及时作裁决。

调解达成协议的，按照当事人的请求，仲裁庭也可以根据调解结果制作裁决书。调解书与裁决书具有同等的法律效力。

三、裁决

(一) 裁决的作出

《仲裁法》第 53 条规定，裁决应当按照多数仲裁员的意见作出，少数仲裁员的不同意见可以记入笔录。仲裁庭不能形成多数意见时，裁决应当按照首席仲裁员的意见作出。独任仲裁庭仲裁案件的，裁决按照独任仲裁员的意思作出。

裁决书自作出之日起发生法律效力。

(二) 先行裁决

根据《仲裁法》第 55 条规定，仲裁庭仲裁纠纷时，其中一部分事实已经清楚，可以就该部分先行裁决。

(三) 裁决书

裁决书应当载明仲裁请求、争议事实、裁决理由、裁决结果、仲裁费用

的负担和裁决日期。当事人协议不写明争议事实、裁决理由的，仲裁庭可以不写。裁决书由仲裁员签名，加盖仲裁委员会印章。对裁决持有不同意见的仲裁员，可以在裁决书上签名，也可以不签名。

(四)补正

《仲裁法》第 56 条规定，对裁决书中的文字、计算错误或者仲裁庭已经裁决但在裁决书中遗漏的事项，仲裁庭应当补正；当事人自收到裁决书之日起 30 日内，可以请求仲裁庭补正。仲裁庭对裁决书的补正，限于三项：一是裁决书的文字错误；二是裁决书中的计算错误；三是已经裁决但该事项在裁决书中被遗漏。补正可以由仲裁庭自行补正，当事人自收到裁决书之日起 30 日内，也可以请求仲裁补正。

第九节 送达和期间、期日

一、送达的概念

仲裁中的送达是指仲裁委员会依照法定方式，将仲裁文书送交当事人和其他仲裁参与人的一种行为。

送达是仲裁委员会执行职务的一种行为。在送达关系中，仲裁委员会为送达人，当事人和其他仲裁参与人为受送达人。送达是送达人将仲裁文书交受送达人的行为。当事人将仲裁文书如申请书递交仲裁委员会的行为，不能称为送达；当事人之间交付仲裁文书，也不是送达。

送达的内容应是仲裁文书，如申请书副本、答辩书副本、决定书、调解书、裁决书等。

送达仲裁文书应有送达回证，由受送达人在送达回证上证明收到日期，并签名或者盖章。受送达人在送达回证上的签收日期为送达日期。

二、送达的方式

送达须依照法定方式进行。送达方式有四种：

(一)直接送达

直接送达是仲裁委员会将仲裁文书直接交给受送达人。受送达人是法人或者其他组织的，由法人的法定代表人、其他组织的主要负责人签收，或者由该法人、其他组织负责收件的人签收。受送达人是公民的，由本人签收。送达时本人不在，由其同住的成年家属签收。受送达人有代理人的，由代理人签收。受送达人已向仲裁委员会指定代收人的，由代收人签收。

(二)留置送达

受送达人拒绝接受送达的仲裁文书的，送达人应当邀请有关人员到场，说明情况，在送达回证上证明受送达人拒收事由和日期，由执行送达职务的人和见证人签名、盖章，将该仲裁文书留在受送达人的住所，即视为送达。

(三)委托送达

仲裁委员会直接送达仲裁文书有困难，可以委托其他仲裁委员会代为送达。

(四)邮寄送达

仲裁委员会直接送达仲裁文书有困难的，可以通过邮局用双挂号的方式邮寄送达。邮寄送达，以挂号回执上说明的收件日期为送达日期。

三、期日和期间的概念

仲裁中的时间是重要的法律事实，能够引起仲裁关系的确立、变更或者终止。时间可分为期日和期间。

期日是指仲裁中不可分或者视为不可分的特定时间，例如，1995年9月1日8时30分开庭，该时间即为开庭的期日。

期间是指仲裁中从某一日期起至另一日期止所经过的时间。例如，仲裁委员会收到仲裁申请书之日起5日内，认为符合受理条件的即予受理，认为不符合受理条件的不予受理。从收到仲裁申请书之日起5日内的时间，是仲裁委员决定是否受理的期间。

四、期间的计算方法

仲裁的期间以历法计算法为计算方法，不实行自然计算法。历法计算法是按日历计算期间的方法。历法计算法按公历年、月、日、小时连续计算。

以年、月、日计算期间的，期间的起点实行始日不计入原则。即期间开

始的当天不计算在内，从次日起计算。例如，当事人请求仲裁庭补正的期间为 30 日，自收到裁决书之日起计算。裁决书送达的当天不计入 30 日之内，申请补正期间从裁决书送达的第二天开始计算。

期间至终点，称为期间届满。期间最后一天的截止时间为 24 点。有业务时间的，截止到停止业务活动的时间。期间的最后一天是星期六、星期日或者是元旦、春节、五一劳动节、国庆节等法定节假日的，实行末日延长的原则，以节假日的次日为期间的最后一天。

期间不包括在途时间，仲裁文书在期间届满之前交邮的，不算过期。

当事人因不可抗力或者其他正当事由耽误了仲裁期间，在障碍消除后的 10 日内可以向仲裁委员会、仲裁庭请求延长期间，期间是否顺延，由仲裁委员会、仲裁庭决定。延长的时间通常为耽误几日，顺延几日。

第十节 仲裁时效

一、仲裁时效的概念

《仲裁法》第74条规定，法律对仲裁时效有规定的，适用该规定；法律对仲裁时效没有规定的，适用对诉讼时效的规定。仲裁时效指当事人向仲裁委员会请求仲裁的法定期间。当事人在仲裁时效期间内不向仲裁委员会请求仲裁，就丧失了得到仲裁委员会保护其财产的权利。

仲裁时效分为普通仲裁时效和特殊仲裁时效。普通仲裁时效期间，从知道权利被侵害时起2年；但是，从财产权利被侵害时起超过20年的，仲裁委员会不予保护。2年仲裁时效与20年仲裁时效，共同构成普通仲裁时效。

特殊仲裁时效是指普通仲裁时效以外的仲裁时效。例如，涉外经济合同法规定，货物买卖合同争议提起仲裁的期限为4年，自当事人知道或者应当知道其权利受到侵犯之日起计算。技术合同法规定，技术合同争议申请仲裁的期限为1年，自当事人得知或者应当得知其权益受到侵害之日起计算。

二、仲裁时效期间的计算

仲裁的开始，即指仲裁时效期间的起算。期间为2年的仲裁时效，自知道财产权利被侵害时开始计算。期间为20年的仲裁时效，自财产权利被侵害时开始计算。

仲裁时效期间中止指在仲裁时效期间内，当事人无过错又无法行使请求权时，仲裁期间暂时停止计算。在仲裁时效期间的最后6个月内，当事人因不可抗力或者其他障碍不能行使请求权的，仲裁时效中止。中止时效的原因发生后，仲裁时效期间暂时停止计算。时效中止发生至中止原因消除的这段时间，不计入仲裁时效期间。从中止时效的原因消除之日起，仲裁时效期间继续计算，延长到时效的第六个月，延长的时间为时效中止尚未完成的时效期间。

仲裁时效期间的中断是指在仲裁时效进行中，因请求、承认或者申请仲裁、提起诉讼，致使已经进行的仲裁时效期间全归无效。权利人提出主张财产权利的要求义务人同意履行时，当事人申请仲裁，当事人提起诉讼，均引起仲裁时效期间中断。从仲裁时效中断时起，仲裁时效期间重新计算。

仲裁时效的延长指仲裁委员会将已经届满的仲裁时效期间予以延长。仲裁时效延长制度，既适用于短期仲裁时效，又可适用于长期仲裁时效。当事人有特殊情况，在仲裁时效期间没有行使权利，可以请求仲裁委员会延长仲裁时效期间，是否延长，由仲裁委员会决定。

第二十六章 申请撤销仲裁裁决

第一节 申请撤销仲裁裁决的概念

所谓撤销仲裁裁决，是指对符合法定应予撤销情形的仲裁裁决，经由当事人提出申请，人民法院组成合议庭审查核实，裁定撤销仲裁裁决的行为。

撤销仲裁裁决这一概念有四个含义：第一，撤销仲裁裁决是法院的职权，只能由法院为之。第二，从程序上讲，法院不能主动撤销仲裁裁决，必须由当事人提出撤销仲裁裁决的申请。第三，从撤销原因上讲，仲裁裁决有法律规定的应予撤销的情形。第四，法院必须对当事人提出的申请进行审查核实，才能作出撤销仲裁裁决的行为。

我国仲裁法规定，仲裁实行一裁终局的制度，仲裁裁决一经作出，即发生法律效力，当事人不能就同一纠纷再向仲裁委员会申请仲裁，也不能就同一纠纷向人民法院起诉或上诉。一裁终局制度的确立，充分体现了尊重当事人意愿的原则，充分体现了仲裁方式快捷性的优点。然而，由于受到各种因素的影响，有些仲裁裁决可能出现不同程度的偏差或错误。仲裁法中设置申请撤销仲裁裁决程序这样一种监督机制，对确保仲裁裁决的合法性和正确性，具有非常重要的意义。

第二节 申请撤销仲裁裁决的条件和理由

一、申请的条件

按照仲裁法的规定，申请撤销仲裁裁决必须符合下列条件：

(一)提出申请的主体必须是当事人

由于当事人与裁决的结果有直接的利害关系，他最关心裁决的结果，因而也只有当事人最了解自己的合法权益是否受到了侵害，所以，法律规定提出申请撤销裁决的主体是当事人，包括申请人和被申请人。

(二)必须向有关的人民法院提出申请

当事人提出撤销裁决申请的，必须向仲裁委员会所在地的中级人民法院提出。向其他人民法院提出的，人民法院不予受理。

(三)必须在规定的期限内提出申请

仲裁法规定，当事人申请撤销裁决的，应当自收到裁决书之日起6个月内提出。

如果当事人在规定的期限内没有提出申请撤销裁决，则表明他放弃了此项权利，双方当事人都应自觉履行裁决书中规定的各自的义务，否则，另一方当事人可以申请执行。

(四)必须有证据证明裁决有法律规定的应予撤销的情形

仲裁当事人提出申请撤销裁决时要有证据，至于这些证据能否得到认可，需要人民法院最后审查确定。这一点和民事诉讼法中规定的上诉的情况是不一样的。在民事诉讼中，只要当事人不服一审判决裁定的，不论是否有证据，均可依法提出上诉。

二、申请的理由

当事人申请撤销仲裁裁决，需具有法定的理由。根据仲裁法的规定，有下列情形之一的，当事人可以申请撤销仲裁裁决。

(一)没有仲裁协议

仲裁协议是当事人愿意将他们之间的争议提交仲裁解决的书面文件，是当事人申请仲裁和仲裁机构受理机构受理当事人的仲裁申请的前提和基础。对于没有仲裁协议而申请仲裁解决的，仲裁委员会不予受理，当然更不能对案件作出裁决。如果仲裁机构对此案件予以受理并作出了裁决，则违反了当事人自愿的原则，因而此裁决是违法裁决，当事人有权申请撤销此裁决。

(二)仲裁的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁委员会无权仲裁

当事人申请仲裁的事项，必须是仲裁协议确定的事项，仲裁机构只能就此范围内的事项作出裁决。如果当事人申请仲裁的事项超出仲裁协议的范围而仲裁机构仍予受理并作出裁决，或虽然当事人确定了申请仲裁的范围，但仲裁机构所作裁决超出了当事人的请求的范围，则此裁决应予撤销。

仲裁法规定婚姻、收养、监护、扶养、继承纠纷和依法应当由行政机关处理的行政争议不能仲裁。如果当事人在仲裁协议中约定的事项违反了此条规定，并且当事人又凭着仲裁协议将本不能提交仲裁的事项申请仲裁，仲裁机构又予受理并作出裁决的，则此仲裁裁决应予撤销。

(三)仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序

仲裁庭是由3名仲裁员组成，还是由1名仲裁员组成，由当事人约定。仲裁员应当由当事人选定或委托仲裁委员会主任指定。当事人作出约定或选

定后，仲裁机构应当据此组成仲裁庭。只有当事人没有在规定的期限内约定仲裁庭组成方式或者选定仲裁员时，才由仲裁委员会指定。如果仲裁机构违反上述规定组成仲裁庭，则该仲裁庭所作裁决应予撤销。

如果仲裁机构没有在规定期限内将全部文件或材料送达双方当事人，或者当事人未能在仲裁程序中获得充分的陈述或辩论的机会，或者证据未能质证，或者有关仲裁员有法定回避情形的未予回避等等，均是违反仲裁法、仲裁规则的做法，在违背法定仲裁程序基础上所作的裁决，应予撤销。

(四) 裁决所依据的证据是伪造的

证据是仲裁庭查明案件真实情况，分清是非，确定双方当事人的责任界限并作出裁决的根据。当事人必须向仲裁庭提供真实的证据。如果当事人提供了伪造的证据，必定会影响仲裁庭对案件事实作出正确判断，从而会影响裁决的公正性和准确性，此种裁决当然应予撤销。

(五) 对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据

一方当事人为了自身的利益，如果隐瞒了可能对自己不利的且不为他人所掌握的证据，那么仲裁庭对事实的判断，对是非的认定和对责任的划分等等，就会与实际情况不相符，那么由此所作的裁决必定对另一方当事人不公正、不合理，此裁决应予撤销。所谓“足以影响公正裁决的证据”，是指直接关系到仲裁裁决的最后结论的证据，这些证据通常与仲裁案件所涉及的纠纷或争议的焦点或重要情节有着直接的联系，同时这些证据也直接影响着仲裁庭对案件事实的判断。

(六) 仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿、徇私舞弊、枉法裁决行为

仲裁员在仲裁案件的过程中非法索要或非法接受当事人财物或其他不正当利益，仲裁员为了谋取私利或为了报答一方当事人已经或承诺给予自己的某种利益而弄虚作假，仲裁员在仲裁案件时，颠倒是非甚至故意错误适用法律，都是仲裁过程中的严重的违法行为，它必然影响案件的公正裁决，损害一方当事人的合法权益，在此基础上作出的裁决应予撤销。

根据仲裁法的规定，除上述几项外，如果仲裁裁决违背社会公共利益，人民法院应裁定撤销该裁决。所谓社会公共利益，是指属于社会全体成员的利益。社会公共利益和个人利益、局部利益既有统一协调的一面，又有矛盾冲突的一面。保护公共利益，是现代各国的通例，也是我国的司法准则之一。

第三节 法院对撤销仲裁 裁决申请的处理

人民法院受理当事人提出的撤销裁决的申请后，必须组成合议庭对当事人的申请及仲裁裁决进行审查。经审查，人民法院可能作出三种处理。

一、撤销仲裁裁决

人民法院受理撤销仲裁裁决的申请后，经审查核实当事人提出申请所依据的理由成立的，应当在2个月内裁定撤销该裁决。

仲裁裁决被人民法院依法撤销后，当事人之间的纠纷并未解决，当事人可以重新寻求解决纠纷的方法，由于原来的仲裁协议或者本身并不存在，或者无效，或者因已作出了裁决完成了其应有的程序而致失效，当事人要想再通过仲裁方式解决其纠纷，必须重新签订仲裁协议，根据新的仲裁协议再申请仲裁。若当事人达不成新的仲裁协议，或者根本就不想再采用仲裁方式，任何一方当事人均可向有管辖权的人民法院提起诉讼。

二、驳回撤销仲裁裁决的申请

人民法院经过审查，未发现仲裁裁决具有法定可被撤销的理由的，应在受理申请之日起2个月内作出驳回申请的裁定。

三、通知仲裁庭重新仲裁

人民法院受理当事人撤销仲裁裁决的申请后，认为可以由仲裁庭重新仲裁的，通知仲裁庭在一定期限内重新仲裁，并裁定中止撤销程序。仲裁庭拒绝重新仲裁的，人民法院应当裁定恢复撤销程序。

对重新仲裁应当注意两点：第一，根据仲裁法有关规定的精神，重新仲裁无需另组仲裁庭，因为仲裁庭的组成方式和仲裁员本身就是由当事人直接或间接地选定的，体现了当事人的自由意志，由原仲裁庭重新仲裁，既尊重了当事人的意愿，也给仲裁庭一个自我纠正错误的机会，从而有利于仲裁庭作出公正裁决。第二，对法院重新仲裁的通知，是否采纳，由仲裁庭决定。仲裁庭既可决定重新仲裁，也可拒绝重新仲裁。仲裁庭拒绝重新仲裁的，人民法院应当裁定恢复撤销程序，完成对申请和裁决的审查，从而作出其他处理。

第二十七章 仲裁裁决的执行与不予执行

第一节 仲裁裁决执行的条件和程序

仲裁法规定，仲裁裁决书自作出之日起发生法律效力，当事人应当履行；仲裁调解书与仲裁裁决书具有同等的法律效力，调解书经双方当事人签收，当事人就应该像对待裁决书一样，自觉予以履行。通常情况下，当事人协商一致将纠纷提交仲裁，将会自觉履行仲裁裁决。但实际上，由于种种原因，败诉方不自动履行仲裁裁决的情况并不少见，胜诉的当事人需要请求法院执行仲裁裁决。

一、执行的概念

所谓仲裁裁决的执行，即仲裁裁决的强制执行，是指法院经当事人申请，采取强制性措施将裁决书的内容付诸实现的行为和程序。

执行裁决是法院对仲裁制度予以支持的最终和最重要的表现，它构成仲裁制度的重要组成部分，执行裁决在仲裁制度上有重要意义。

首先，执行裁决是当事人的权利实现的有效保证。裁决的作出只是为权利人提供实现其权利的可能性，因为仲裁裁决被赋予法律上的强制力，可以迫使义务人履行自己的义务。但是，仲裁裁决只有真正得到执行后权利人才能由此实现自己的权利。

其次，执行裁决是仲裁制度得以存在和发展的最终保证。在义务人不主动履行仲裁裁决时，如果法律不赋予仲裁裁决强制执行的效力的话，裁决书无疑只是一纸空文，只有规定执行程序，才能体现仲裁裁决的权威性，才能在保证实现当事人权利的同时，也保证仲裁制度的顺利发展。

二、执行的条件

人民法院执行仲裁裁决，必须具备下列条件：

(一)必须有胜诉方当事人的申请

一方当事人不履行裁决时，另一方当事人(权利人)须向人民法院提出执行申请，人民法院才会予以执行。是否向人民法院申请执行，同样也是当事人的权利，人民法院没有主动执行的职权。

(二)当事人必须在一定期限内提出申请

仲裁当事人在提出执行申请时，应遵守法定期限，要及时行使自己的权利，超过了法定期限再提出申请时人民法院不予受理。关于提出申请执行的期限，仲裁法规定，当事人可依照民事诉讼法的有关规定办理，申请执行的期限，双方或者一方当事人是公民的为1年，双方是法人或者其他组织的为6个月。此期限从法律文书规定履行期间的最后一日起计算；法律文书规定分期履行的，从规定的每次履行期间的最后一日起算。

(三)当事人必须向有管辖权的人民法院提出申请

当事人申请执行仲裁裁决，必须向有管辖权的人民法院提出。如何确定人民法院的管辖权，仲裁法适用民事诉讼法的有关规定，法律规定由人民法院执行的其他法律文书，由被执行人住所地或者被执行人财产所在地人民法院执行。

三、执行的程序

(一)申请执行

义务方当事人在规定的期限内不履行裁决时，权利方当事人在符合前述条件的情况下，有权请求人民法院强制执行。当事人申请执行时，应当向人民法院提交申请书，在申请书中应说明对方当事人的基本情况以及申请执行的事项和理由，并向法院提交作为执行依据的生效的仲裁裁决书或仲裁调解书。

(二) 执行

当事人向有管辖权的人民法院提出执行申请的，受申请的人民法院应当根据民事诉讼法规定的执行程序予以执行。人民法院的执行工作由执行员进行。执行员接到申请执行书，应当向被执行人发出执行通知，责令其在指定的期间履行，逾期不履行的，强制执行。被执行人未按执行通知履行仲裁裁决确定的义务，人民法院有权冻结、划拨被执行人的存款；有权扣留、提取被执行人应当履行义务部分的收入；有权查封、扣押、冻结、变卖、拍卖被执行人应当履行义务部分的财产；有权强制迁出房屋或者退出土地；有权强制被执行人交出指定的财物或票证；有权强制被执行人履行指定的行为。

被执行人未按仲裁裁决书或调解书指定的期间履行给付金钱义务的，应当加倍支付迟延履行期间的债务利息；未按规定期间履行其他义务的，应当支付迟延履行金。人民法院采取有关措施后被执行人仍不能偿还债务的，应当继续履行义务。申请人发现被执行人有其他财产的，可以随时请求人民法院执行。当被申请人因严重亏损，无力清偿到期债务时，申请人可以要求人民法院宣告被执行人破产还债。

在执行中，双方当事人可以自行和解，达成和解协议，被执行人不履行和解协议的，人民法院可以根据申请执行人的申请，恢复执行程序。被执行人向人民法院提供担保，并经申请执行人同意的，人民法院可以决定暂缓执行及暂缓执行的期限。被执行人逾期仍不履行的，人民法院有权执行被执行人的担保财产或担保人的财产。

第二节 仲裁裁决的不予执行

一、仲裁裁决不予执行的理由

人民法院接到当事人的执行申请时，应当及时执行仲裁裁决。但是，如果被申请执行人提出证据证明仲裁裁决有不应执行的情形的，可以请求人民法院不予执行该裁决；人民法院组成合议庭审查核实后，裁定不予执行。根据仲裁法和民事诉讼法，对于国内仲裁而言，不予执行的情形有：

1. 当事人在合同中没有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的；
2. 裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁机构无权仲裁的；
3. 仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的；
4. 认定事实的主要证据不足的；
5. 适用法律确有错误的；
6. 仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿，徇私舞弊，枉法裁决行为的。

人民法院对仲裁裁决，经组成合议庭予以审查，确认符合以上情形之一的，应作出不予执行的裁定，并将此裁定送达双方当事人和仲裁委员会。裁决被人民法院依法裁定不予执行的，当事人就该纠纷可根据双方重新达成的仲裁协议申请仲裁，也可以向人民法院起诉。

二、仲裁裁决不予执行和撤销仲裁裁决的区别

申请不予执行与申请撤销仲裁裁决是不同的：

1. 从申请理由来看，仲裁法关于申请撤销裁决和不予执行裁决的理由有两项是不同的，前者的第(4)项和第(5)项分别是：裁决所依据的证据是伪造的，对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的，而后者的第(4)项和第(5)项分别是：认定事实的主要证据不足的、适用法律确有错误的。而且，人民法院还可以违背社会公共利益为由撤销仲裁裁决。这些不同表明，人民法院在审查撤销裁决时，侧重于对裁决的事实认定进行审查；在审查不予执行裁决时，既审查裁决的事实认定，又审查裁决的法律适用。

2. 从程序来看，在撤销程序中，法院认为可由仲裁庭重新作出裁决的，通知仲裁庭在一定期限内重新仲裁；而在执行程序中，法院无须通知仲裁庭重新仲裁。此外请求不予执行是败诉方行使的救济权利，而撤销程序则兼顾了胜诉方的救济权利。

第三节 仲裁裁决的中止执行、终结 执行和恢复执行

在执行程序开始后，可能出现某些特殊情况，影响仲裁程序的正常进行，而致中止执行、终结执行和恢复执行。

一、中止执行

所谓中止执行，是指在执行程序开始后，由于出现特定的原因，暂时停止执行程序，等到这种特定原因消除之后，再决定执行程序是否继续进行的情况。

仲裁法规定，一方当事人申请执行裁决，另一方当事人申请撤销仲裁裁决的，人民法院应裁定中止执行。胜诉方申请执行，而败诉方申请撤销的情况是比较常见的。

另外，民事诉讼法规定有下列情形之一的，人民法院应当裁定中止执行：申请人表示可以延期执行的；案外人对执行标的提出确有理由的异议的；作为一方当事人的公民死亡，需要等待继承人继承权利或承担义务的；作为一方当事人的法人或者其他组织终止，尚未确定权利义务承受人的；人民法院认为应当中止执行的其他情形。

二、终结执行

所谓终结执行，是指在执行程序开始后，由于出现特定的原因，使执行工作永远无法再进行或者没有必要进行，因而结束执行程序的情况。仲裁法规定，人民法院裁定撤销裁决的，应当裁定终结执行。

根据民事诉讼法规定，下列这些情况也可能导致终结执行：作为被申请人的公民死亡，无遗产可供执行，又无义务承担人的；作为被执行人的公民因生活困难无力偿还借款，无收入来源，又丧失劳动能力的；人民法院认为应当终结执行的其他情形。

三、恢复执行

所谓恢复执行，是指对已中止执行的裁决，由于中止原因消失而继续进行执行程序的情况。

仲裁法规定，撤销裁决的申请被裁定驳回的，人民法院应当裁定恢复执行。民事诉讼法规定的导致中止执行的原因消失后，人民法院也应裁定恢复执行。

第二十八章 涉外仲裁

第一节 涉外仲裁的概念

所谓涉外仲裁，是指含有涉外因素的仲裁。涉外仲裁这一概念是相对一国而言的，有时它被称为国际仲裁。由于涉外仲裁大多发生在国际商事领域，通常又称为国际商事仲裁。涉外仲裁是与国内仲裁相对而言的，二者有某些区别。国内仲裁是国内当事人之间的仲裁，不含涉外因素，国内仲裁不涉及到域外送达、取证等事项，国内仲裁裁决只有在国内执行，无需到境外执行；而涉外仲裁含有涉外因素，涉外仲裁常常涉及到域外送达、取证等事项，涉外仲裁裁决有时会遇到需要外国予以承认和执行的问题。

我国仲裁法对何谓涉外仲裁未作明确规定。最高人民法院 1988 年 4 月 2 日发布的《关于贯彻执行 中华人民共和国民事诉讼法 若干问题的意见(试行)》第 178 条规定：“凡民事关系的一方或者双方当事人是外国人、无国籍人、外国法人的；民事关系的标的物在外国领域内的；产生、变更或者消灭民事权利义务关系的法律事实发生在外国的，均为涉外民事关系。”最高人民法院 1992 年发布的《关于适用 中华人民共和国民事诉讼法 若干问题的意见》第 304 条规定：“当事人一方或双方是外国人、无国籍人、外国企业或组织，或者当事人之间民事法律关系的设立、变更、终止的法律事实发生在国外，或者诉讼标的物在外国的民事案件，均为涉外民事案件。”

在仲裁实践中，中国仲裁机构对涉及香港、澳门和台湾的仲裁案件，即香港、澳门或台湾地区法人或自然人相互之间，或者其同大陆法人或自然人之间，或者其同外国法人或自然人之间产生于契约性或非契约性的经济贸易等争议中的仲裁案件，比照涉外仲裁案件处理。

第二节 我国涉外仲裁机构

我国《仲裁法》对涉外仲裁机构作了专门规定。该法第 66 条规定，涉外仲裁委员会可以由中国国际商会组织设立。涉外仲裁委员会由主任 1 人、副主任若干人组成，涉外仲裁委员会的主任、副主任和委员可以由中国国际商会聘任。第 67 条还规定，涉外仲裁委员会可以从具有法律、经济贸易、科学技术等知识的外籍人士中聘请仲裁员。

中国现有两个常设涉外仲裁机构：一是中国国际经济贸易仲裁委员会；一是中国海事仲裁委员会。两者现都附属于中国国际贸易促进委员会即中国国际商会。

一、中国国际经济贸易仲裁委员会

中国国际经济贸易仲裁委员会最初名为“中国国际贸易促进委员会对外贸易仲裁委员会”，是根据 1954 年 5 月 6 日中央人民政府政务院《关于在中国国际贸易促进委员会内设立对外贸易仲裁委员会的决定》，于 1956 年 4 月 2 日正式成立的。1980 年 2 月 26 日国务院发出《关于将对外贸易仲裁委员会改称为对外经济贸易仲裁委员会的通知》，决定将“对外贸易仲裁委员会”改称为“对外经济贸易仲裁委员会”，扩大其受案范围。1988 年 6 月 21 日，国务院又批准将对外经济贸易仲裁委员会改名为“中国国际经济贸易仲裁委员会”，其受案范围扩至为国际经济贸易中发生的一切争议。

中国国际经济贸易仲裁委员会设在北京。仲裁委员会设名誉主任 1 人、顾问若干人。仲裁委员会由主任 1 人、副主任若干人和委员若干人组成。主任履行仲裁委员会仲裁规则赋予的职责，副主任受主任的委托可以履行主任的职责。仲裁委员会设秘书局，在仲裁委员会秘书长的领导下负责处理仲裁委员会的日常事务。委员会设立仲裁员名册，仲裁员由仲裁委员会从对法律、经济贸易、科学技术等方面具有专门知识和实际经验的中外人士中聘任。

仲裁委员会现分别在深圳市和上海市设有中国国际经济贸易仲裁委员会深圳分会和中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会。仲裁委员会分会是仲裁委员会的组成部分。仲裁委员会分会设秘书处，在仲裁委员会分会秘书长的领导下负责处理仲裁委员会分会的日常事务。

《仲裁法》第 73 条规定：“涉外仲裁规则可以由中国国际商会依照本法和民事诉讼法的有关规定制定。”中国国际经济贸易促进委员会曾在 1956 年 3 月 31 日通过了一个《中国国际贸易促进委员会对外贸易仲裁委员会仲裁程序暂行规则》。1988 年 9 月 12 日经其修改，改为《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》。以后，该规则又经过两次修订。现行的仲裁规则为 1995 年 9 月 4 日修订并于同年 10 月 1 日施行的。该仲裁规则统一适用于仲裁委员会及其分会。在分会进行仲裁时，该仲裁规则规定由仲裁委员会主任和仲裁委员会秘书局或秘书长分别履行的职责，由仲裁委员会主任授权的副主任和仲裁委员会分会秘书处或秘书长分别履行。

双方当事人可以约定将其争议提交仲裁委员会在北京进行仲裁，或者约定将其争议提交仲裁委员会深圳分会在深圳进行仲裁或者约定将其争议提交仲裁委员会上海分会在上海进行仲裁。如无此约定，则由申请人选择，由仲裁委员会在北京进行仲裁，或者由其深圳分会在深圳进行仲裁，或者由其上海分会在上海进行仲裁。作此选择时，以首先提出选择的为准，如有争议，应由仲裁委员会作出决定。

二、中国海事仲裁委员会

根据国务院 1958 年 12 月 21 日《关于在中国国际贸易促进委员会内设立海事仲裁委员会的决定》，中国海事仲裁委员会成立于 1959 年 1 月，当时名为“中国国际贸易促进委员会海事仲裁委员会”。1988 年 6 月 21 日国务院决定将“海事仲裁委员会”改名为“中国海事仲裁委员会”。该仲裁委员会主要受理涉外海事争议。

1959 年 1 月 8 日，中国国际贸易促进委员会通过了《中国国际贸易委员会海事仲裁委员会仲裁程序暂时规则》。1988 年 9 月 12 日，经过修改，改称《中国海事仲裁委员会仲裁规则》。现行的仲裁规则是于 1995 年 9 月 4 日修订并于同年 10 月 1 日施行的。

第三节 涉外仲裁程序

涉外仲裁争议的当事人将其争议提交仲裁后，仲裁机构就会按一定程序进行审理，做出裁决。我国涉外仲裁程序制度由《民事诉讼法》第四篇第二十八章关于涉外仲裁的规定、《仲裁法》第七章关于涉外仲裁的特别规定和《中国国际经济贸易仲裁委员会的仲裁规则》(1995年10月1日起施行文本)的规定构成。

一、涉外仲裁的申请和受理

当事人申请仲裁应当符合下列条件：(1)有仲裁协议；(2)有具体的仲裁请求和事实、理由；(3)属于仲裁的受理范围。仲裁程序自仲裁委员会或其分会发出仲裁通知之日开始。

申请人提出仲裁申请时应提交仲裁申请书，并附具申请人请求所依据的事实的证明文件，按照仲裁委员会制定的仲裁费用表的规定预缴仲裁费。

仲裁委员会收到申请人的仲裁申请书及其附件后，应在一定期限内进行审查，认为符合受理条件的，应当受理，并通知当事人；认为不符合受理条件的，应当书面通知当事人不予受理，并说明理由。经过审查，认为申请仲裁的手续不完备的，可以要求申请人予以完备；认为申请仲裁的手续已完备的，应立即向被申请人发出仲裁通知，并将申请人的仲裁申请书及其附件，连同仲裁委员会的仲裁规则、仲裁员名册和仲裁费用表各一份，一并送交被申请人，同时也将仲裁通知、仲裁规则、仲裁员名册和仲裁费用表送交申请人。

被申请人应在收到仲裁通知之日起45天内向仲裁委员会秘书局提交答辩书和有关证明文件。仲裁机构收到答辩后，应当在仲裁规则规定的期限内将答辩书副本送达申请人。被申请人未提交答辩书，不影响仲裁程序的进行。

被申请人可以承认或者反驳仲裁请求，有权提出反请求。被申请人如有反请求，最迟应在收到仲裁通知之日起60天内以书面形式提交仲裁委员会。仲裁庭认为有正当理由的，可以适当延长此期限。被申请人提出反请求时，应在反请求文书中写明具体的反请求的内容、反请求理由以及所依据的事实和证据，并附具有关的证明文件。被申请人提出反请求时，应当按照仲裁委员会的仲裁费用表的规定预缴仲裁费。申请人对被申请人的反请求未提出书面答辩的，也不影响仲裁程序的进行。

当事人可以委托仲裁代理人办理有关的仲裁事项；接受委托的仲裁代理人，应向仲裁委员会提交授权委托书。中国公民和外国公民均可以接受委托，担任仲裁代理人。

一方当事人因另一方当事人的行为或者其他原因，可能使仲裁不能执行或者难以执行的，可以申请财产保全。当事人申请财产保全，仲裁委员会应当将当事人的申请提交被申请人住所地或其财产所有地的中级人民法院作出裁定。申请有错误的，申请人应当赔偿被申请人因财产保全所遭受的损失。按《仲裁法》第68条规定，当事人申请证据保全，仲裁委员会应当将当事人的申请提交证据所在地的中级人民法院作出裁定。这一点与国内仲裁是不同的。

二、仲裁庭的组成

在中国国际经济贸易仲裁委员会进行涉外仲裁时，仲裁庭可以由3名仲裁员或者1名仲裁员组成。仲裁庭组成后，仲裁委员会应将仲裁庭的组成情

况书面通知当事人。

由 3 名仲裁员组成的仲裁庭应当由双方当事人各自在仲裁委员会名册中选定 1 名仲裁员或委托仲裁委员会主任指定。申请人或者被申请人未按照仲裁规则第 16 条的规定选定或委托仲裁委员会主任指定仲裁员的，则由仲裁委员会主任指定。第三名仲裁员由双方当事人共同选定或共同委托仲裁委员会主任指定。如果双方当事人在被申请人收到仲裁通知之日起 20 天内未能共同选定或共同委托仲裁委员会主任指定第三名仲裁员，则由仲裁委员会主任指定。由 3 名仲裁员组成的，设首席仲裁员，由第三名仲裁员担任首席仲裁员。首席仲裁员与被选定或被指定的 2 名仲裁员组成仲裁庭，共同审理案件。

双方当事人可以在仲裁委员会仲裁员名册中共同选定或共同委托仲裁委员会主任指定 1 名仲裁员作独任仲裁员，成立仲裁庭，单独审理案件。如果双方当事人约定由 1 名独任仲裁员审理案件，但在被申请人收到仲裁通知之日起 20 天内未能就独任仲裁员的人选达成一致意见，则由仲裁委员会主任指定。

仲裁案件有两个或者两个以上申请人及/或被申请人时，申请人之间或被申请人之间应当经过协商，在仲裁委员会仲裁员名册中各自共同选定或者各自共同委托仲裁委员会主任指定 1 名仲裁员。如果申请人之间及/或被申请人之间未能在收到仲裁通知之日起 20 天内各自共同选定或共同委托仲裁委员会主任指定 1 名仲裁员，则由仲裁委员会主任指定。

三、开庭

在中国国际经济贸易仲裁委员会进行仲裁，一般应当开庭进行。但经双方当事人申请或征得双方当事人同意，仲裁庭也认为不必开庭审理的，仲裁庭可以只依据书面文件进行审理并作出裁决。

为了维护当事人的利益，仲裁庭开庭审理案件不公开进行，如果双方当事人要求公开，由仲裁庭开庭作出是否公开审理的决定。

仲裁庭开庭审理时，一方当事人不出席，仲裁庭可以进行缺席审理和作出缺席裁决。在仲裁过程中，当事人有权进行辩论。辩论终结时，首席仲裁员或者独任仲裁员应当征询当事人最后的意见。开庭审理时，仲裁庭可以作庭审笔录或录音。仲裁庭认为必要时，可以作出庭审要点，并要求当事人及其代理人、证人及/或其他有关人员在庭审要点上签字或者盖章。

仲裁案件，如果当事人在仲裁庭之外自行达成和解，可以请求仲裁庭根据其和解协议的内容作出裁决书结案，也可以申请撤销案件。在仲裁庭组成前申请撤销案件的，由仲裁委员会秘书长作出决定；在仲裁庭组成后申请撤销案件的，由仲裁庭作出决定。当事人就已经撤销的案件再提出仲裁申请时，由仲裁委员会主任作出受理或者不受理的决定。

如果双方当事人有调解愿望，或一方当事人有调解愿望并经仲裁庭征得另一方当事人同意的，仲裁庭可以在仲裁程序进行过程中对其审理的案件进行调解。仲裁庭可以按照其认为适当的方式进行调解。仲裁庭在进行调解的过程中，任何一方当事人提出终止调解或仲裁庭认为已无调解成功的可能时，应停止调解。在仲裁庭进行调解的过程中，双方当事人在仲裁庭之外达成和解的，应视为是在仲裁庭调解下达成的和解。经仲裁庭调解达成和解的，双方当事人应签订书面和解协议；除非当事人另有约定，仲裁庭应当根据当事人书面和解协议的内容作出裁决书结案。如果调解不成功，任何一方当事人均不得在其后的仲裁程序、司法程序和其他任何程序中援引对方当事人或

仲裁庭在调解过程中发表过的、提出过的、建议过的、承认过的以及愿意接受过的或否定过的任何陈述、意见、观点或建议作为其请求、答辩或反请求的依据。

四、裁决

对在中国国际经济贸易仲裁委员会进行仲裁的案件，仲裁庭应当根据事实，依照法律和合同规定，参考国际惯例，并遵循公平合理原则，独立公正地作出裁决。

由3名仲裁员组成仲裁庭审理案件时，仲裁裁决依全体仲裁员或多数仲裁员的意见决定，少数仲裁员的意见可以作成记录附卷。仲裁庭不能形成多数意见时，仲裁裁决依首席仲裁员的意见作出。仲裁庭在其作出的仲裁裁决中，应当写明仲裁请求、争议事实、裁决理由、裁决结果、仲裁费用的负担、裁决的日期和地点。当事人协议不愿写明争议事实和裁决理由的，以及按照双方当事人和解协议的内容作出裁决的，可以不写明争议事实和裁决理由。除非仲裁裁决依首席仲裁员意见或独任仲裁员意见作出，仲裁裁决应由多数仲裁员署名。持有不同意见的仲裁员可以在裁决书上署名，也可以不署名。

仲裁裁决是终局的，对双方当事人均有约束力。任何一方当事人不得向法院起诉，也不得向其他任何机构提出变更仲裁裁决的请求。作出仲裁裁决书的日期，即为仲裁裁决发生法律效力日期。

第四节 涉外仲裁裁决的 承认和执行

一、涉外仲裁裁决在中国的执行（

按照中国民事诉讼法和仲裁法的有关规定，对中国的涉外仲裁机构的裁决，一方当事人不履行的，对方当事人可以申请被申请人住所地或财产所在地的中级人民法院执行。申请人向人民法院申请执行中国涉外仲裁机构的裁决，须提出书面申请，并附裁决书正本。如申请人为外国一方当事人，其申请书须用中文本提出。

对中国涉外仲裁机构作出的裁决，被申请人提出证据证明仲裁裁决有下列情形之一的，经人民法院组成合议庭审查核实，裁定撤销或不予执行：(1)当事人在合同中未订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的；(2)被申请人没有得到指定仲裁员或者进行仲裁程序的通知，或者由于其他不属于被申请人负责的原因未能陈述意见的；(3)仲裁庭的组成或者仲裁的程序与仲裁规则不符的；(4)裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁机构无权仲裁的。人民法院认定执行该裁决违背社会公共利益的，也可裁定不予执行。一方当事人申请执行裁决，另一方当事人申请撤销裁决，人民法院应当裁定中止执行。按最高人民法院 1992 年《关于适用 中华人民共和国民事诉讼法若干问题的意见》第 315 条，在这种情况下，被执行人应该提供财产担保。人民法院裁定撤销裁决的，应当裁定终结执行。撤销裁决的申请被裁定驳回的，人民法院应当裁定恢复执行。仲裁裁决被人民法院裁定不予执行的，当事人可以根据双方达成的书面仲裁协议重新申请仲裁，也可以向人民法院起诉。

二、中国涉外仲裁机构的仲裁裁决在外国的承认和执行

依照中国《民事诉讼法》第 266 条第 2 款和《仲裁法》第 72 条的规定，中国涉外仲裁机构作出的发生法律效力的仲裁裁决，当事人请求执行的，如果被执行人或者财产不在中国领域内，应当由当事人直接向有管辖权的外国法院申请承认和执行。由于中国现在已加入《纽约公约》，当事人可依照公约规定直接向其他有关缔约国申请承认和执行中国涉外仲裁机构作出的裁决。

