

· 瑞达法硕 ·

2022^年

法 律 硕 士 联 考

《民法学》

基础精讲讲义

瑞达组编/戴寰宇◎编著

® 瑞达教育出品

2022 年法硕联考民法学基础精讲讲义

瑞达组编 戴寰宇编著

瑞达教育出品

目 录

第一编 总则	1
第一节 基础理论(本节自学)	1
第二节 自然人	14
第三节 法人与非法人组织	19
第四节 民事法律行为	23
第五节 代理	30
第六节 诉讼时效	33
第二编 物权	37
第一章 物权概述	37
第一节 基础理论	37
第二节 物权变动	39
第三节 物权保护	41
第二章 物权各论	43
第一节 所有权	43
第二节 用益物权	48
第三节 担保物权概述	50
第四节 担保物权之抵押权	52
第五节 担保物权之质权	57
第六节 担保物权之留置权	59
第七节 占有	60
第三编 债之概述	63
第一节 基础理论	63
第二节 债的移转	64
第三节 债的担保	66
第四节 债的保全	71
第五节 债的消灭	74
第六节 无因管理(本节略讲)	76
第七节 不当得利(本节略讲)	77
第四编 合同	79
第一章 合同概述	79
第一节 基础理论	79

第二节 合同缔结	81
第三节 合同履行	83
第四节 合同解除	85
第五节 合同责任	87
第二章 合同各论	88
第一节 买卖合同	88
第二节 赠与合同、借款合同	92
第三节 租赁合同、融资租赁合同	94
第四节 承揽合同、建设工程合同	97
第五节 运输合同、保管合同、仓储合同(本节略讲)	100
第六节 技术合同(本节自学)	102
第七节 委托合同、行纪合同、中介合同(本节略讲)	103
第八节 其他合同	105
第五编 侵权责任	108
第一节 侵权概述	108
第二节 侵权各论	113
第六编 人格权	120
第七编 家事	123
第一节 婚姻	123
第二节 继承	129
第三节 收养(本节略讲)	132
第八编 知识产权	135
第一节 知识产权概述(本节自学)	135
第二节 著作权(本节自学)	136
第三节 商标权(本节自学)	156
第四节 专利权(本节自学)	167

第一编 总则

第一节 基础理论(本节自学)

一、民法的定义

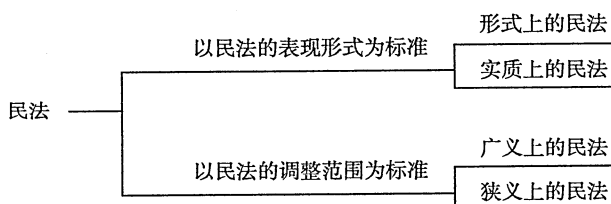
所谓民法,是指调整自然人、法人以及非法人组织之间的人身关系与财产关系的法律规范的总称。关于民法,《民法典》未作定义,但是基于通说得出上述定义并非难事。上述定义实则围绕民法的调整对象展开,亦即民法所调整的是“自然人、法人以及非法人组织之间的人身关系(例如:婚姻、收养等)与财产关系(例如:合同、物权等)”,简而言之,民法所调整的是“平等主体之间的民事法律关系”。

民法依据不同标准可作不同划分,民法理论中最为常见的两类划分是:

1. 以民法的表现形式为标准将民法划分为形式上的民法与实质上的民法。我国形式上的民法是指《民法典》,实质上的民法还包括其他民事单行法律、法规。我国 2020 年已经编纂完成《民法典》,2021 年 1 月 1 日起施行。

2. 以民法的调整范围为标准将民法划分为广义上的民法与狭义上的民法。

为期简明,构图如下:



二、民法的渊源

所谓民法的渊源,是指民法的具体表现形式。民法的渊源包括两种类型:制定法与非制定法。

制定法	1. 宪法:根本大法,具有最高法律效力。 2. 法律:由国家立法机关制定的具有普遍约束力的规范性文件。 3. 行政法规:由国务院制定的具有普遍约束力的规范性文件。 4. 地方性法规:由地方立法机关制定的具有普遍约束力的规范性文件。 5. 规章:包括部门规章与地方政府规章。 6. 司法解释:最高人民法院作出的司法解释、案件批复意见等文件。 7. 国际条约。
非制定法	民事习惯,民事主体所熟悉或者实践的生活或者交易习惯,但是不能违背公序良俗,并且只有在法律没有规定的情况下才能适用习惯。

三、民法的解释

所谓民法的解释,是指当民法规范不明确时,特定的解释主体运用一定的方法与原则并遵循法定的权限与程序探求民事法律规范含义的活动。关于民法的解释,考点有二:民法解释的必要与民法解释的方法。

(一)民法解释的必要

- 1. 法律必须经过解释方能适用。
- 2. 通过解释法律可以弥补法律漏洞。
- 3. 法官可以据此创造性的适用法律,充分实现司法公正。

(二)民法解释的方法

民法解释的方法主要有七种,详述如下:

文义解释	又称文理解释,是指根据法律条文的字面含义进行的解释。
体系解释	是指根据所解释的法律条文在法律体系中的前后关联(即在法律体系中的位置)进行的解释。
历史解释	又称立法解释,是指通过探求立法者在立法之时的意图进行的解释。一般依据法律草案、立法理由书等。
目的解释	是指不拘泥于条文字面意义或者立法意图,而从现实需求出发合理解释法律条文。
扩张解释	是指在法律条文字面意义过于狭窄时,难以涵盖立法者所欲调整的范围,此时为了符合立法意图,适当扩张法律条文字面意义。
限缩解释	是指在法律条文字面意义过于宽泛时,涵盖了立法者本不想调整的范围,此时为了符合立法意图,适当限制法律条文字面意义。
当然解释	是指法律虽然没有明文规定,但是依据规范目的进行衡量,某一事实比法律明文规定的事实更应调整,进而直接依据前述法律条文加以调整。亦即“举轻以明重、举重以明轻”。
其他	合宪性解释、比较法解释以及社会学解释等。

四、民法的调整对象

一如上文所言,民法所调整的是“平等主体之间的民事法律关系”。所谓民事法律关系,是指平等主体之间基于民事法律事实而形成的以民事权利、民事义务为内容的社会关系。

形成民事法律关系需要满足两个前提:一是发生民事法律事实,下文将予详述;二是存在民事法律规范,如果只是发生某一民事法律事实,但是关于这一民事法律事实并无相关民事法

律规范加以规制,那么在当事人之间也未形成民事法律关系,例如:如果并不存在《民法典》等相关民事法律规范,那么即便当事人之间签订协议,这一协议也只是具有道德意义,并无法律意义,未能在当事人之间形成民事法律关系,这一协议是否能够得到履行,完全依赖于当事人是否信守承诺,在一方拒不履行时,对方无法请求法律的强制力保护,只能在道德上加以谴责。

因此,民事法律关系的形成过程也可以描述为:某一民事法律事实发生在社会生活中,与此同时,在法律体系中,恰好存在某一民事法律规范可以规制这一民事法律事实,两相结合,最终在民事主体间形成民事法律关系。简而言之,民事法律关系的形成过程乃是社会生活借助民事法律规范走向秩序的过程。

民事法律关系的考点有三:民事法律关系的分类、民事法律关系的特征以及民事法律关系的要素。下文详述。

(一) 民事法律关系的分类

民事法律关系的分类众多,其中最为重要的是将民事法律关系分为人身关系与财产关系。详述如下:

1. 民法所调整的人身关系

民法所调整的人身关系,是指平等主体之间基于人格或者身份而发生的,与人身不可分离,不具有直接财产内容的权利、义务关系。其特征有三:

- (1) 主体法律地位平等,即便年龄、性别或者职业、职务有所差异,但是法律地位平等;
- (2) 不可与人身相分离,分离即不存在人身关系;
- (3) 不具有直接财产内容,但是部分人身关系是财产关系发生的前提,例如:亲属关系是继承关系发生的前提、侵害人身权利造成损失的需要赔偿损失等。

2. 民法所调整的财产关系

民法所调整的财产关系,是指平等主体之间以财产归属与财产流转为主要内容的权利、义务关系。其特征有四:

- (1) 主体法律地位平等,不存在领导与被领导、管理与被管理等关系;
- (2) 主体意思表示自由,财产关系的产生、变更或者消灭通常基于自愿;
- (3) 基本内容是财产归属关系与财产流转关系,财产归属关系是财产流转关系的前提,财产流转关系是财产归属关系的发生根据;
- (4) 财产关系多为有偿,法律规范并非道德规范,在法律允许的范围内,民事主体可以合理谋求利益的最大化。此外,财产关系在当事人自愿的情况下可以无偿,例如:赠与、借用等。

(二) 民事法律关系的特征

民事法律关系具有四个特征:民事法律事实引起民事法律关系变动;属于社会关系范畴;以民事权利、民事义务为内容;主体之间地位平等。以下详述。

1. 民事法律事实引起民事法律关系变动

民事法律事实简称法律事实,是指能够引起民事法律关系产生、变更或者消灭的客观情况。准此以言,民事法律事实的效果有三:产生民事法律关系、变更民事法律关系以及消灭民事法律关系。民事法律事实类型众多,具体包括:自然事实与行为。其中,自然事实又可以分为状态与事件,行为又可以分为事实行为、法律行为以及准法律行为。

(1) 自然事实

①状态:状态通常被我们所忽视,但是生活之中无处不在,例如:亲属关系、年龄大小以及生死不明等。

②事件:事件既可以是与人的行为无关的事件,例如:地震,也可以是与人的行为有关,但是结果并非人的意志可以左右的事件,例如:出生。

(2)行为

①法律行为:以意思表示为要素,其效果以意思表示为准,例如:合同,签订合同依赖当事人之间的意思表示一致,合同签订之后,按照当事人之间的意思表示发生效果。

②事实行为:不以意思表示为要素,其效果以法律规定为准,例如:拾得遗失物,拾得遗失物之时,拾得人通常并无形成物权法律关系的意思表示,但是最终基于《民法典》以及相关司法解释的规定,拾得人应当向遗失人返还原物,拾得人与遗失人之间将会基于返还原物形成物权法律关系。

③准法律行为:以意思表示为要素,其效果以法律规定为准。常见的准法律行为有三,开示如下:意思通知、事实通知以及情感通知(宽恕行为)。由于准法律行为并没有载入考试大纲,因此诸位不必深究,本书仅举一例以帮助诸位理解准法律行为。例如:催告(意思通知),催告的动因有很多,效果也不相同,但是都可以归为准法律行为。以合同的法定解除为例,如果一方当事人不履行合同义务,对方当事人可以催告,敦促履行合同义务,一方当事人在催告之后的合理期限内仍不履行合同义务的,对方当事人可以解除合同。显然,此处催告含有“敦促履行合同义务”的意思表示,但是其效果却不是“履行合同义务”,而是合理期限内仍不履行合同义务时“可以解除合同”,这一效果正是基于《民法典》以及相关司法解释的规定。

引申知识:法律行为、事实行为以及准法律行为的区别

对比	法律行为	准法律行为	事实行为
要素	以意思表示为要素	以意思表示为要素	不以意思表示为要素
效果	以意思表示为准	以法律规定为准	以法律规定为准
条件	行为人应当具备相应的民事行为能力	行为人应当具备相应的民事行为能力	行为人不具备相应的民事行为能力
典型情形	合同	催告	拾得遗失物

2. 属于社会关系范畴

民事法律关系既然属于社会关系范畴,便应当强调“社会”与“关系”两层含义。之所以强调“社会”,是因为没有对社会关系产生影响的纯粹自然活动不能变动民事法律关系,例如:雷电、雨雪等(如果构成不可抗力则属例外);之所以强调“关系”,是因为民事法律关系通常关涉他人,单一主体个人活动一般不能变动民事法律关系,例如:阅读、散步等。

3. 以民事权利、民事义务为内容

民事法律关系以民事权利、民事义务为内容,因此未以民事权利、民事义务为内容的社会关系不是民事法律关系,具体包括:

(1)情谊关系

情谊关系基于情谊行为产生,所谓情谊行为,又称好意施惠,是指行为人虽然作出承诺,但是目的在于增进情谊,并无接受法律约束的意思。关于情谊行为,应当了解以下两点:

①情谊行为的典型情形

搭乘便车、到站叫醒、顺路取件、相约吃饭以及为人指路等。

例:甲、乙二人乘坐同班列车,相邻而坐。由于长途跋涉,甲略有困意,但是担心睡得太深,错过下车,于是请乙在长沙南站叫醒自己,乙表示同意。此后,列车驶过长沙南站,甲、乙二人无一睡醒,甲因此错过下车。问题:甲能否请求乙承担赔偿责任?

简析:甲不能请求乙承担赔偿责任。情谊行为不是民事法律事实,不能形成民事法律关系。本例当中,到站叫醒属于情谊行为,甲、乙二人之间不会因此产生民事法律关系,亦即甲、乙二人不会因此接受法律拘束,也就不必承担赔偿责任。

②情谊行为的法律效果

情谊行为不是民事法律事实,不能形成民事法律关系,但是情谊行为背后的侵权行为属于民事法律事实,可以形成民事法律关系(侵权法律关系)。

例1:甲、乙二人是同事,某日,甲的汽车因为故障送厂修理,于是请乙次日顺路搭载自己上班,乙表示同意,但是因为匆忙忘记此事,导致甲上班迟到。问题:甲能否请求乙承担赔偿责任?

简析:甲不能请求乙承担赔偿责任。情谊行为不是民事法律事实,不能形成民事法律关系。本例当中,搭乘便车属于情谊行为,甲、乙二人之间不会因此产生民事法律关系,亦即甲、乙二人不会因此接受法律拘束,也就不必承担赔偿责任。

例2:甲、乙二人是同事,某日,甲的汽车因为故障送厂修理,于是请乙次日顺路搭载自己上班,乙表示同意。次日,乙如约搭载甲,但是由于疲劳驾驶发生交通事故,导致甲受轻伤。问题:甲能否请求乙承担赔偿责任?

简析:甲能够请求乙承担赔偿责任。情谊行为不是民事法律事实,不能形成民事法律关系,但是情谊行为背后的侵权行为属于民事法律事实,可以形成民事法律关系。本例当中,搭乘便车属于情谊行为,甲、乙二人之间不会因此产生民事法律关系,亦即甲、乙二人不会因此接受法律拘束。但是,乙疲劳驾驶发生交通事故,导致甲受轻伤,正是情谊行为背后的侵权行为,甲、乙二人之间因此产生侵权法律关系,基于侵权法律关系,乙应当对甲承担侵权责任。

(2) 婚约关系

订立婚约不是民事法律事实,不能形成民事法律关系,但是由于订立婚约而给付彩礼的行为属于民事法律事实,可以形成民事法律关系(合同法律关系)。对于已经给付的彩礼,原则上给付方不得请求返还,但是存在下列三种情形之一的,给付方可以请求返还:

- ①双方未办理结婚登记手续;
- ②双方办理结婚登记手续后又离婚,确未共同生活的;
- ③婚前给付彩礼,离婚后给付一方因为给付彩礼而生活困难的。

当然,上述彩礼需作广义理解,不仅包括诸位所熟知的男方向女方支付的财礼,同样包括女方向男方回馈的嫁妆。

(3) 法外空间

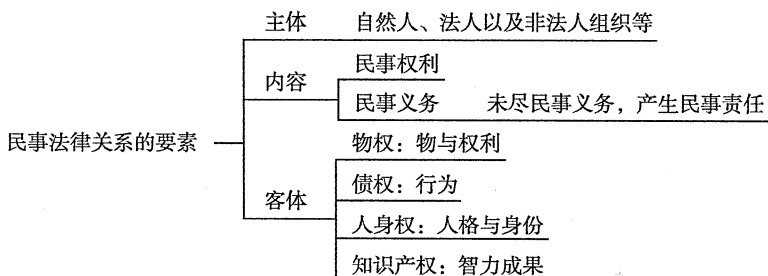
亲属关系之外的其他身份关系由于并不具有民法上的权利、义务,因而并非民事法律关系,例如:情侣关系、师生关系、同学关系以及同事关系等。此一情形也称法外空间,其边界并不易确定,毕竟处于法律与道德交汇之处。

4. 主体之间地位平等

民事法律关系的双方主体或者多方主体的地位是平等的,不存在管理与被管理、领导与被领导或者监督与被监督等关系,主体之间地位不平等的社会关系不是民事法律关系,例如:人民政府征收房屋、税务机关收缴税款、人民法院审理案件、劳动合同关系以及总公司与分公司的业务指导关系等。

(三) 民事法律关系的要素

民事法律关系包括三个要素:主体、内容以及客体。所谓民事法律关系的主体,是指享有民事权利、承担民事义务的人;所谓民事法律关系的内容,是指约定或者法定的民事权利与民事义务等;所谓民事法律关系的客体,是指主体之间赖以结成相互关系的利益对象。参见下图:



1. 民事法律关系的主体

所谓民事法律关系的主体,是指享有民事权利、承担民事义务的人,包括:自然人、法人以及非法人组织。其中,自然人是指因为正常分娩而取得生命的人类个体;法人是指具有一定民事权利能力与民事行为能力的组织;非法人组织是指不具有法人资格,但是能够依法以自己的名义从事民事活动的组织。此外,在理论上,国家也能成为民事主体,例如:国有土地出让合同、国家机关采购合同等。

2. 民事法律关系的内容

所谓民事法律关系的内容,是指约定或者法定的民事权利、民事义务等。此外,由于未尽民事义务而需要承担的民事责任也是内容之一。

(1) 民事权利

所谓民事权利,是指民事主体为了实现某种利益而依法为某种行为或者不为某种行为的自由。民事权利乃是民法为自然人、法人以及非法人组织设定的行为界限。在此界限之内可以自由实施任何行为,民法对此给予充分保障;在此界限之外不得实施相应行为,否则不仅不能得到民法保障,而且需要为此承担相应责任。民事权利包括权能与权限,权能是指行使民事权利的样态,例如:所有权具备占有、使用、收益以及处分四项权能,所有权人因而可以以占有、使用、收益以及处分四种样态就其所有之物行使所有权;权限是指行使民事权利的范围,例如:代理人受制于代理权限,代理人应当在被代理人授权范围之内实施代理行为,否则构成无权代理。

① 民事权利的特征

- 民事权利是民事主体实现某种利益或者实施某一行为的自由;
- 权利主体可以请求义务主体为一定行为或者不为一定行为以保障其利益的实现;
- 民事权利是有保障的,在其遭受侵犯之时可以请求国家机关保护。

② 民事权利的分类

民事权利依据不同标准可作不同划分,民法理论中最为常见的五类划分是:以权利的功能为标准将民事权利划分为请求权、支配权、抗辩权以及形成权;以权利的范围为标准将民事权利划分为相对权与绝对权;以权利的客体为标准将民事权利划分为人身权与财产权;以权利的关系为标准将民事权利划分为主权利与从权利;以权利的要件为标准将民事权利划分为既得权与期待权。为简明,列表如下:

第一类:以权利的功能为标准

权利	概述
请求权	所谓请求权,是指请求义务主体为一定行为或者不为一定行为的权利,其义务主体特定。请求权不具有排他性与支配性,实现请求权原则上需要义务主体协助,<u>请求权原则上适用诉讼时效。债权是典型的请求权。</u> 例:甲、乙二人签订借款合同约定:甲向乙借款10万元,借期一年。一年期满后,乙请求甲还款。问题:结合本例分析请求权。 简析:乙请求甲还款这一权利即为请求权,其义务主体特定,乙只能请求甲还款,并且乙请求甲还款适用诉讼时效,如果一年期满后连续三年乙均未请求甲还款,那么三年之后,乙请求甲还款,甲可以主张诉讼时效经过的抗辩权而拒绝还款。
支配权	所谓支配权,是指对权利的客体直接支配并且享有利益的权利,其义务主体不特定。支配权具有排他性与支配性,实现支配权无需义务主体积极配合,<u>支配权原则上不适用诉讼时效与除斥期间。物权、人身权以及知识产权是典型的支配权。</u> 例:甲是幸福小区五栋一单元1504住宅的所有权人。问题:结合本例分析支配权。 简析:甲对住宅所享有的所有权即为支配权,其义务主体不特定,除甲之外,任何主体均不得侵犯甲对住宅所享有的所有权。此外,甲对住宅所享有的所有权不适用诉讼时效与除斥期间,亦即除法律另有规定外,甲对住宅所享有的所有权不会因为时间流逝而消灭或者变更。
抗辩权	所谓抗辩权,是指用以对抗请求权的权利,分为一时性抗辩权(例如:同时履行抗辩权、顺序履行抗辩权以及不安抗辩权等)与永久性抗辩权(例如:诉讼时效经过的抗辩权)。 注意: <u>主张请求权基础无效或者请求权基础消灭的抗辩,并非行使抗辩权,而是狭义的抗辩。</u> 例1:甲、乙二人签订借款合同约定:甲向乙借款10万元,借期一年。一年期满后连续三年乙均未请求甲还款,三年之后,乙请求甲还款,甲于是主张诉讼时效经过的抗辩权而拒绝还款。问题:甲的行为是行使抗辩权还是狭义的抗辩? 简析:甲的行为是行使抗辩权。所谓抗辩权,是指用以对抗请求权的权利。本例当中,甲并未否认乙的请求权,而是基于法定事由拒绝还款,是行使抗辩权。 例2:甲、乙二人签订借款合同约定:甲向乙借款10万元,借期一年。一年期满后连续三年乙均未请求甲还款,三年之后,乙请求甲还款,甲声称三年之前已经还款。问题:甲的行为是行使抗辩权还是狭义的抗辩? 简析:甲的行为是狭义的抗辩。主张请求权基础无效或者请求权基础消灭的抗辩,并非行使抗辩权,而是狭义的抗辩。本例当中,甲声称已经还款是在主张甲、乙二人之间不再存在债的关系,乙的请求权已经消灭,是狭义的抗辩。
形成权	所谓形成权,是指按照单方意思即能使民事法律关系产生、变更或者消灭的权利,例如:<u>撤销权、解除权、追认权、抵销权、认可权以及选择权等</u>。形成权不适用诉讼时效,而适用除斥期间。

第二类:以权利的范围为标准

权利	概述
绝对权	所谓绝对权,又称对世权,是指义务主体为不特定人的权利,例如:物权、人身权以及知识产权。
相对权	所谓相对权,又称对人权,是指义务主体为特定人的权利,例如:债权。

第三类:以权利的客体为标准

权利	概述
人身权	所谓人身权,是指以人身要素为客体的权利,可以进一步分为人格权与身份权。
财产权	所谓财产权,是指以财产要素为客体的权利,可以进一步分为物权、债权以及知识产权。

第四类：以权利的关系为标准

权利	概述
主权利	所谓主权利,是指在相互关联的数项权利当中,凡是可以独立存在而无需依附其他权利的权利,例如:被担保物权所担保的主债权,主债权无论有无担保物权均可存在,担保物权只是助益主债权的实现。
从权利	所谓从权利,是指在相互关联的数项权利当中,凡是无法独立存在而必须依附其他权利的权利,例如:用于担保主债权的担保物权,担保物权存在的意义乃是助益主债权的实现,如果主债权并不存在,担保物权何必存在。

第五类：以权利的要件为标准

权利	概述
既得权	所谓既得权,是指成立要件皆已齐备,可以实际享有的权利。
期待权	所谓期待权,是指成立要件尚未齐备,将来才有可能实际享有的权利。

③民事权利的行使

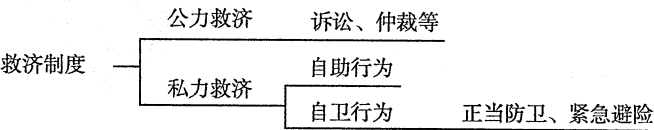
民事权利的行使是实现民事权利的过程,民事权利的实现是行使民事权利的结果。民事权利的行使应当遵循以下原则:

- 民事权利的行使必须符合国家法律与公共利益的要求。
- 民事权利的行使不得滥用权利损害国家利益、公共利益或者他人合法权益。
- 民事权利的行使必须符合诚实信用原则。

④民事权利的救济

民法之上若无救济,民法之上则无权利。民法对民事权利的保护主要体现在救济制度上,包括:公力救济与私力救济,其中私力救济又可以进一步分为自卫行为与自助行为。在民法上,公力救济当属原则,私力救济乃是例外,因而私力救济受到下列两个规则的限制:

- 只有在公力救济不能及时保护民事权利时才允许私力救济。
- 私力救济应当采取恰当方式,不得超过必要限度,否则需要承担民事责任。



(2)民事义务

所谓民事义务,是指义务主体为了满足权利主体的利益而应当为一定行为或者不为一定行为。关于民事义务,需要掌握如下考点:

①民事义务的特征

- 义务主体只需履行约定或者法定义务,不必额外履行义务;
- 义务主体应当依法或者依约为一定行为或者不为一定行为以保障权利主体的利益;
- 义务主体应当履行义务,否则需要承担民事责任。

②民事义务的分类

第一类：以义务的来源为标准

义务	概述
法定义务	是指民事主体基于法律规定应当负担的义务。
约定义务	是指民事主体基于约定应当负担的义务。

第二类:以义务的履行方式为标准

义务	概述
作为义务	又称积极义务,是指义务主体应当做出一定行为的义务。
不作为义务	又称消极义务,是指义务主体应当不为一定行为或者容忍他人行为的义务。

(3) 民事责任

所谓民事责任,是指民事主体违反民事义务所需要承担的法律后果。民事义务往往与民事权利相伴而生,权利主体得以行使权利即意味着义务主体应当履行义务,否则需要承担相应民事责任。关于民事责任,需要掌握如下考点:

① 民事责任的特征

- 民事责任是民事主体一方对对方所承担的责任;
- 民事责任主要是为了弥补受害人的损失或者恢复权利的圆满状态,侧重补偿,而非惩罚;
- 民事责任包括过错责任与无过错责任;
- 民事责任的内容可以在法律允许的范围内协商。

② 民事责任的分类

第一类:以责任的内容为标准

责任	概述
财产责任	是指以一定的财产为内容的民事责任,例如:赔偿损失等。
非财产责任	是指不以财产为内容的民事责任,例如:赔礼道歉、恢复名誉等。

第二类:以责任的原因为标准

责任	概述
违约责任	是指由于违反合同义务而产生的民事责任。
侵权责任	是指由于侵害他人财产权益或者人身权益而产生的民事责任。例如:侵害英雄烈士等的姓名、肖像、名誉、荣誉,损害社会公共利益的,应当承担民事责任。
其他责任	是指不当得利或者无因管理等非属违约责任、侵权责任的民事责任。

第三类:以责任的范围为标准

责任	概述
无限责任	是指责任主体以自己的全部财产承担的民事责任。
有限责任	是指责任主体以自己的部分财产承担的民事责任。

第四类：以主体的数量为标准

责任	概述
单独责任	是指由一个民事主体单独承担的民事责任。
共同责任	是指由两个以上民事主体共同承担的民事责任。

第五类：以主体的关系为标准

责任	概述
按份责任	所谓按份责任,是指多个债权人按照各自份额行使债权或者多个债务人按照各自份额履行债务。按份责任中能够确定责任大小的,各自承担相应责任;难以确定责任大小的,平均承担责任(对外份额)。
连带责任	所谓连带责任,是指多个债权人中任何一人均能行使全部债权或者多个债务人中任何一人均需负担全部债务。连带责任中能够确定责任大小的,各自承担相应责任;难以确定责任大小的,平均承担责任(内部分额)。
补充责任	所谓补充责任,是指在责任人的财产不足以承担责任时,由他人对不足部分予以补充的责任。

③民事责任的承担方式

依据《民法典》相关规定,民事主体承担民事责任的方式有:停止侵害;排除妨害;消除危险;返还财产;恢复原状;修理、更换、重作;继续履行;赔偿损失;支付违约金;消除影响、恢复名誉;赔礼道歉。法律规定惩罚性赔偿的,依其规定,上述方式,可以择一适用,也可以合并适用。

④民事责任的责任竞合

责任竞合	概述
违约责任与侵权责任	所谓违约责任与侵权责任的竞合,是指某一违法行为同时违反合同规范与侵权规范,并且同时符合违约责任与侵权责任的构成要件,导致违约责任与侵权责任同时产生,却又只能择一主张的法律现象。
民事责任与其他责任	民事主体由于同一行为应当承担民事责任、行政责任以及刑事责任的,承担行政责任或者刑事责任不影响承担民事责任。民事主体的财产不足以支付的,优先用于承担民事责任。

3. 民事法律关系的客体

所谓民事法律关系的客体,是指主体之间赖以结成相互关系的利益对象。民事法律关系的客体可以分为知识产权法律关系之客体、物权法律关系之客体、债权法律关系之客体以及人身权法律关系之客体。这一部分内容目前稍作了解即可,相关考点会在本书后续相应章节详述。

(1)知识产权法律关系之客体

客体	概述
作品	所谓作品,是指文学、艺术以及科学领域内具有独创性并且能以有形形式复制的智力成果。
发明创造	发明创造包括:发明、实用新型以及外观设计。详述如下: ①所谓发明,是指对产品、方法或者其改进所提出的新的技术方案。 ②所谓实用新型,是指对产品的形状、构造或者二者的结合所提出的适于实用的新的技术方案。 ③所谓外观设计,是指对产品的形状、图案或者色彩及其结合所作出的富有美感并且适于工业应用的新设计。
商标	所谓商标,是指用于商品或者服务之上,由法定要素构成并且具有显著性的,能够借以识别商品或者服务来源的标志。

(2) 物权法律关系之客体

客体	概述
物	既可以是具体物(亦即物体,例如:汽车、苹果等),也可以是无体物(亦即能量或者资源,例如:热能、频道等)。值得注意的是,人的身体不是物权所言之物。在民法上,物一般具有三个特征: ①客观存在,即不以人的意志为转移。 ②可以控制、可以支配,因而太阳虽然价值巨大,但是无法控制、无法支配,并不属于民法上的物。 ③具有效用,能够用于交换,亦即能够产生社会效益,满足人的物质需求或者精神需求。 值得注意的是,数据、网络虚拟财产等同样受到民法保护。
权利	权利原则上不得作为物权的客体,但是知识产权、股权以及应收账款债权等可以作为担保物权的客体,例如:知识产权质权、股权质押权以及应收账款质权等;土地的使用权可以作为用益物权的客体,例如:建设用地使用权、土地承包经营权以及宅基地使用权等。

(3) 债权法律关系之客体

客体	概述
作为	是指为一定行为,例如:支付价金、提供劳务以及交付货物等。
不作为	是指不为一定行为,例如:保密义务、竞业禁止以及停止侵害等。

(4) 人身权法律关系之客体

人身权法律关系可以进一步划分为两类:人格权法律关系与身份权法律关系。为简明,分就两类详述如下:

① 人格权法律关系之客体

客体	概述
一般人格利益	一般人格利益包括:自由、平等、独立以及尊严等,所对应的人格权为一般人格权。
具体人格利益	具体人格利益包括:生命、健康、身体、姓名、肖像、名誉、荣誉以及隐私等,所对应的人格权分别是:生命权、健康权、身体权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权以及隐私权等。 <u>法人、非法人组织具有名称、名誉以及荣誉等人格利益,也就享有相应的人格权,亦即名称权、名誉权以及荣誉权。</u>

② 身份权法律关系之客体

身份权法律关系之客体是自然人基于婚姻关系、家庭关系等具有的身份利益。身份利益基于婚姻关系、家庭关系等产生,同时也体现并且维系着婚姻关系、家庭关系等,因而对其予以保护,实属必要。

五、民法的基本原则

(一) 民法的基本原则之功能

- 1. 指导功能:民法的基本原则对民事立法、民事行为与民事司法均有指导意义。
- 2. 约束功能:民法的基本原则对民事立法、民事行为与民事司法均有约束力。
- 3. 补充功能:在民事法律有具体规定的情况下,应当适用具体规定,不得直接适用民法的基本原则。

(二)民法的基本原则之类型

民法的基本原则贯穿民法始终,依《民法典》之规定,民法的基本原则包括:平等原则、自愿原则、公平原则、诚实信用原则、合法原则、公序良俗原则以及绿色原则。为简明,列表如下:

原则	概述
平等原则	民事主体在民事活动中的法律地位一律平等。具体内容如下: 1. 民事权利能力平等,无论财富多寡、身份尊卑等,其抽象人格都是平等的; 2. 民事法律适用平等,不同民事主体参与同一法律关系适用同一法律; 3. 民事权利平等保护,不同民事主体权利受到侵害时,民法给予平等保护; 4. 民事主体平等协商,不得强加意志。
自愿原则	民事主体从事民事活动,应当遵循自愿原则。具体内容如下: 1. 自主决定是否参与以及如何参与民事活动; 2. 平等协商,并就设立、变更、终止民事法律关系达成合意; 3. 在法律允许的范围内,基于自我意志作出决定,自由表达意愿,任何他方不得干预。
公平原则	民事主体从事民事活动,应当遵循公平原则,合理确定各方的权利与义务。具体内容如下: 1. 民事主体从事民事活动应当秉持公平原则,合理行使权利承担义务,兼顾他人利益与公共利益; 2. 司法机关处理民事纠纷应当秉持公平原则,做到公平合理。
诚实信用原则	民事主体从事民事活动,应当遵循诚信原则,秉持诚实,恪守承诺。具体内容如下: 1. 诚实:应对如实告知相关事项,禁止故意隐瞒真实信息或者故意告知虚假信息,进而实施欺诈行为; 2. 信用:一旦作出意思表示并且达成合意就应信守既有约定,正当行使权利、履行义务,禁止背信弃义; 3. 善意:采取善意方式行使权利,对于损害,应当采取合理补救措施,避免损害或者防止损害扩大。
合法原则	民事主体从事民事活动,不得违反法律。
公序良俗原则	民事主体从事民事活动,不得违背公序良俗。公序良俗原则强调实施行为不能损害公共利益与良好风俗。
绿色原则	民事主体从事民事活动,应当有利于节约资源、保护生态环境。绿色原则强调实施行为不能污染环境、破坏生态。

六、民法的法律适用

民法的适用,又称民法的效力,是指民法在何地、于何时、对何人发生法律效力。民法的效力包括三个方面:时间、空间以及对象。

时间	1. 民法效力的起止时间 (1) 生效时间:在法律文件中明确自通过或者发布之日起生效、在具体条文中明确具体生效时间。 (2) 失效时间:完成既定任务之后自然失效、新法生效之后旧法抵触部分失效或者在新法中明文规定旧法失效。 2. 民法效力的溯及既往 一般而言,民事法律对于颁布之前所发生的法律关系并无拘束力,亦即民事法律一般无溯及力。但是在例外情况下,民事法律有溯及力。当前司法解释关于《民法典》的溯及既往问题有详细规定: 《民法典》施行后的法律事实引起的民事纠纷案件,适用《民法典》的规定。《民法典》施行前的法律事实引起的民事纠纷案件,适用当时的法律、司法解释的规定,但是法律、司法解释另有规定的除外。《民法典》施行前的法律事实持续至《民法典》施行后,该法律事实引起的民事纠纷案件,适用《民法典》的规定,但是法律、司法解释另有规定的除外。
----	--

续表

时间	《民法典》施行前的法律事实引起的民事纠纷案件,当时的法律、司法解释有规定,适用当时的法律、司法解释的规定,但是适用《民法典》的规定更有利于保护民事主体合法权益,更有利于维护社会和经济秩序,更有利于弘扬社会主义核心价值观的除外。 《民法典》施行前的法律事实引起的民事纠纷案件,当时的法律、司法解释没有规定而《民法典》有规定的,可以适用《民法典》的规定,但是明显减损当事人合法权益、增加当事人法定义务或者背离当事人合理预期的除外。 《民法典》施行前的法律事实引起的民事纠纷案件,当时的法律、司法解释仅有原则性规定而《民法典》有具体规定的,适用当时的法律、司法解释的规定,但是可以依据《民法典》具体规定进行裁判说理。 《民法典》施行前已经终审的案件,当事人申请再审或者按照审判监督程序决定再审的,不适用《民法典》的规定。
空间	1. 中央机关(全国人大及常委会、国务院及各部委等)制定颁布的民事法律规范,适用于中华人民共和国一切领域内; 2. 地方机关制定颁布的民事法律规范,仅适用于该地域内,在其他地区不发生效力。
对象	1. 对于我国境内的中国民事主体,具有法律效力; 2. 对于我国境内的外国民事主体,一般具有法律效力,但是外交豁免与专项权利(中国民事主体才享有的权利)除外。 3. 对于我国境外的中国民事主体,一般并不具有法律效力,除非依据双边协定、国际条约或者国际惯例应当适用我国民法。

引申知识:《民法典》中溯及既往的情形

1. 《中华人民共和国民法总则》施行前,侵害英雄烈士等的姓名、肖像、名誉、荣誉,损害社会公共利益引起的民事纠纷案件,适用《民法典》第一百八十五条的规定。

2. 《民法典》施行前,当事人在债务履行期限届满前约定债务人未履行到期债务时抵押财产或者质押财产归债权人所有的,适用《民法典》第四百零一条和第四百二十八条的规定。

3. 《民法典》施行前成立的合同,适用当时的法律、司法解释的规定合同无效而适用《民法典》的规定合同有效的,适用《民法典》的相关规定。

4. 《民法典》施行前订立的合同,提供格式条款一方未履行提示或者说明义务,涉及格式条款效力认定的,适用《民法典》第四百九十六条的规定。

5. 《民法典》施行前,当事人一方未通知对方而直接以提起诉讼方式依法主张解除合同的,适用《民法典》第五百六十五条第二款的规定。

6. 《民法典》施行前成立的合同,当事人一方不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定,对方可以请求履行,但是有《民法典》第五百八十条第一款第一项、第二项、第三项除外情形之一,致使不能实现合同目的,当事人请求终止合同权利义务关系的,适用《民法典》第五百八十条第二款的规定。

7. 《民法典》施行前订立的保理合同发生争议的,适用《民法典》第三编第十六章的规定。

8. 《民法典》施行前,继承人有《民法典》第一千一百二十五条第一款第四项和第五项规定行为之一,对该继承人是否丧失继承权发生争议的,适用《民法典》第一千一百二十五条第一款和第二款的规定。

《民法典》施行前,受遗赠人有《民法典》第一千一百二十五条第一款规定行为之一,对受遗赠人是否丧失受遗赠权发生争议的,适用《民法典》第一千一百二十五条第一款和第三款的规定。

9. 被继承人在《民法典》施行前死亡,遗产无人继承又无人受遗赠,其兄弟姐妹的子女请求代位继承的,适用《民法典》第一千一百二十八条第二款和第三款的规定,但是遗产已经在《民法典》施行前处理完毕的除外。

10.《民法典》施行前,遗嘱人以打印方式订立的遗嘱,当事人对该遗嘱效力发生争议的,适用《民法典》第一千一百三十六条的规定,但是遗产已经在《民法典》施行前处理完毕的除外。

11.《民法典》施行前,受害人自愿参加具有一定风险的文体活动受到损害引起的民事纠纷案件,适用《民法典》第一千一百七十六条的规定。

12.《民法典》施行前,受害人为保护自己合法权益采取扣留侵权人的财物等措施引起的民事纠纷案件,适用《民法典》第一千一百七十七条的规定。

13.《民法典》施行前,因非营运机动车发生交通事故造成无偿搭乘人损害引起的民事纠纷案件,适用《民法典》第一千二百一十七条的规定。

14.《民法典》施行前,从建筑物中抛掷物品或者从建筑物上坠落的物品造成他人损害引起的民事纠纷案件,适用《民法典》第一千二百五十四条的规定。

第二节 自然人

一、能力制度

自然人的能力制度包括:自然人的民事权利能力与自然人的民事行为能力,二者言语颇为相似,但是二者语义大相径庭,下文详述。

(一)自然人的民事权利能力

所谓自然人的民事权利能力,是指自然人依法享有民事权利、承担民事义务的资格。

1. 一般情形

在一般情形下,自然人的民事权利能力始于出生、终于死亡。出生时间以出生证明为准,死亡时间以死亡证明为准;没有出生证明、死亡证明的,以户籍登记或者其他有效身份登记为准。如果有其他证据推翻以上时间的,那么以其他证据证明的时间为准。

2. 特殊规定

遗产继承	胎儿的父亲死亡的,应当为胎儿保留相应的继承份额, <u>胎儿出生时为活体的,该保留份额由胎儿继承;胎儿出生时为死体的,该保留份额由其父亲的继承人继承。</u>
接受赠与	以胎儿为被赠与人的赠与合同, <u>胎儿出生时为活体的,赠与合同应当履行;胎儿出生时为死体的,赠与合同不必履行。</u>

注意:

对胎儿利益的特殊保护,《民法典》吸收学界建议,采取总括保护主义,而非个别保护主义,适用情形不限于遗产继承与接受赠与,请求侵权损害赔偿等情形下为了保护胎儿利益亦可视为胎儿具有民事权利能力。

(二)自然人的民事行为能力

自然人的民事行为能力是指自然人能够独立实施有效法律行为的资格。

1. 完全民事行为能力人

类型	界定标准	独立实施的法律行为的效力
完全民事行为能力人	①18 周岁以上的非精神病人(此处“精神病人”既包括精神疾病患者,也包括智力障碍、老年痴呆等认知障碍患者,下同)。 ②16 周岁以上不满 18 周岁的自给自足的非精神病人。所谓自给自足,是指能够以自己的劳动收入作为主要并且稳定的生活来源,同时足以维持当地一般生活水平。	如果没有其他效力瑕疵,完全民事行为能力人独立实施的法律行为有效。

2. 限制民事行为能力人

类型	界定标准	独立实施的法律行为的效力
限制民事行为能力人	①8 周岁以上不满 18 周岁的未成年人(特殊情形除外)。 ②不能完全辨认自己行为的精神病人。	如果没有其他效力瑕疵,限制民事行为能力人独立实施的法律行为应当区分为下列两类分别处理: ①限制民事行为能力人独立实施的纯获利益的法律行为与其年龄、智力以及精神健康状况相适应的法律行为有效。 ②限制民事行为能力人独立实施的其他法律行为效力未定。但是,依《民法典》之规定,限制民事行为能力人独立订立的遗嘱无效,而非效力未定。

3. 无民事行为能力人

类型	界定标准	独立实施的法律行为的效力
无民事行为能力人	①不满 8 周岁的未成年人。 ②完全不能辨认自己行为的精神病人。	即便没有其他效力瑕疵,无民事行为能力人独立实施的法律行为亦是无效。值得注意的是,无民事行为能力人虽然不能独立实施,但是可以由其法定代理人代理其实施。

二、住所制度

自然人的住所一般具备两个条件:久住之意思与常住之事实。依《民法典》之规定,自然人以户籍登记或者其他有效身份登记记载的居所为住所,经常居住地(离开原户籍地之后最后连续居住一年以上的地址为经常居住地,但是住院治疗除外)与前述不一致的,经常居住地视为住所。所谓其他有效身份登记记载的居所主要是考虑到外国人、无国籍人等并无户籍登记,因而可以以其他有效身份登记记载的居所为住所。

三、监护制度

(一) 监护职责的内容

- 1. 代理被代理人(被监护人)实施民事法律行为;
- 2. 保护并且管理被监护人的人身权利、财产权利以及其他合法权益,非为被监护人利益,不得处分被监护人财产。

(二) 监护资格的设定

法定监护	1. 监护规则 为未成年人与精神病人确定法定监护人的顺序并不相同,详述如下: (1) 未成年人:父母→(外)祖父母→兄、姐→其他个人或者组织愿意并且经过被监护人住所地的村民委员会、居民委员会或者民政部门同意。 (2) 精神病人:配偶→父母、子女→其他近亲属→其他个人或者组织愿意并且经过被监护人住所地的村民委员会、居民委员会或者民政部门同意。 注意: 为未成年的精神病人确定法定监护人应当适用未成年人的监护规则。
遗嘱监护	被监护人的父母担任监护人的,可以通过遗嘱指定监护人。
协商监护	监护人可以协议确定,协议确定监护人的,应当尊重被监护人的真实意愿。
指定监护	1. 监护规则 法定监护有争议并且协商无法解决的,由被监护人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门指定监护人,不服的再向法院提出申请或者直接向法院提出申请,由法院指定监护人。 2. 法律效力 <u>指定监护不得擅自变更,如果擅自变更,那么由变更前后的监护人共同承担监护责任。</u> 3. 适用注意 指定监护人之前,被监护人处于无人保护状态的,由被监护人住所地的居民委员会、村民委员会、有关组织或者民政部门担任<u>临时监护人</u>。有关组织究竟包括哪些组织绝非考点,不必掌握。
机关监护	穷尽前述途径都无法确定监护人的,监护人由民政部门担任,被监护人住所地的居民委员会、村民委员会具备条件的,也可以担任监护人。
意定监护	具有完全民事行为能力的成年人,可以事先协商,以 <u>书面形式确定自己的监护人</u> 。协商确定的监护人在该成年人丧失或者部分丧失民事行为能力之后,履行监护职责。这一规则旨在未雨绸缪,使完全民事行为能力人可以预先为自己安排丧失或者部分丧失民事行为能力之后的监护人。
委托监护	无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害,监护人将监护职责委托给他人的,由监护人承担侵权责任;受托人有过错的,承担相应的责任。

注意:

因发生突发事件等紧急情况,监护人暂时无法履行监护职责,被监护人的生活处于无人照料状态的,被监护人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门应当为被监护人安排必要的临时生活照料措施。

(三) 监护资格的消灭

撤销	1. 撤销监护资格的法定事由 (1) <u>实施严重损害被监护人身心健康行为的,例如:继父性侵继女、父母长期家暴等。</u> (2) <u>怠于履行监护职责或者无法履行监护职责并且拒绝将监护职责部分或者全部委托给他人,导致被监护人处于危困状态的。</u> (3) <u>有严重侵害被监护人合法权益的其他行为的。</u> 2. 撤销监护资格的法律效果 (1) 依法负担被监护人抚养费、赡养费或者扶养费的父母、子女、配偶等,被法院撤销监护人资格之后,<u>应当继续负担被监护人抚养费、赡养费或者扶养费。</u> (2) 被监护人的父母或者子女被人民法院撤销监护人资格之后,除对被监护人实施故意犯罪的外,确有悔改情形的,经其申请,法院可以在尊重被监护人真实意愿的前提下,视情况恢复其监护人资格。
----	---

续表

终止	1. 监护关系终止的法定事由 (1) 被监护人取得或者恢复完全民事行为能力的。 (2) 监护人丧失监护能力的。 (3) 被监护人或者监护人死亡的。 (4) 法院认定监护关系终止的其他情形。 2. 监护关系终止的法律效果 监护关系终止之后,被监护人仍然需要监护的,应当依法另行确定监护人。
----	--

四、宣告制度

(一) 宣告失踪

所谓宣告失踪,是指当自然人下落不明满一定期间,利害关系人即可申请法院宣告其失踪,从而引起相关法律效果的制度。

考点	概述
宣告失踪的前提条件	<u>自然人下落不明满二年的</u> ,利害关系人可以向法院申请宣告该自然人为失踪人。自然人下落不明的时间从其失去音讯之日起计算。战争期间下落不明的,下落不明的时间自战争结束之日或者有关机关确定的下落不明之日起计算。
宣告失踪的申请主体	<u>宣告失踪的申请主体是利害关系人。</u>
寻人启事的公告期间	法院收到利害关系人宣告失踪的申请之后应当发出寻人启事,寻人启事需要公告 3 个月,期满无人异议表明失踪事实得到确认,方可判决宣告失踪。
宣告失踪的法律效果	宣告失踪的法律效果有二: 1. 宣告失踪是诉讼离婚的法定事由,夫妻一方被宣告失踪的,对方提起诉讼请求离婚,法院应当判决准予离婚。 2. 宣告失踪之后,失踪人的财产应当由财产代管人代管。关于财产代管制度,需要掌握下列三点: (1) 财产代管人的确定:失踪人的财产由其配偶、成年子女、父母或者其他愿意的人代管。无法确定财产代管人的,法院可以指定财产代管人。 (2) 财产代管人的责任:妥善管理,由于<u>故意或者重大过失</u>造成失踪人的财产损失的,应当承担赔偿责任。值得注意的是,财产代管人只能管理财产,一般不能处分财产,即便处分,仅限为失踪人履行债务或者清缴税款等,否则财产代管人以自己的名义处分财产,属于无权处分。 (3) 财产代管人的变更:财产代管人未尽代管职责、<u>侵害财产权益或者丧失代管能力</u>的,利害关系人可以申请变更财产代管人。当然,财产代管人有正当理由的,可以自行向法院申请变更财产代管人。
撤销宣告的法律效果	失踪人重新出现的,经本人或者利害关系人申请,法院应当撤销失踪宣告。此外,失踪人有权要求财产代管人及时移交有关财产并且报告财产代管情况。

(二) 宣告死亡

所谓宣告死亡,是指当自然人下落不明满一定期间,利害关系人即可申请法院宣告其死亡,从而引起相关法律效果的制度。

考点	概述
宣告死亡的前提条件	宣告死亡的前提条件分为两种情形: 1. 自然人由于一般情形下落不明满四年的,利害关系人可以向法院申请宣告该自然人死亡。战争期间下落不明的,下落不明的时间自战争结束之日或者有关机关确定的下落不明之日起计算。 2. 自然人由于意外事件下落不明满二年的,利害关系人可以向法院申请宣告该自然人死亡。此时,如果经有关机关证明该自然人不可能生存的,那么申请宣告该自然人死亡不受二年时间的限制。
宣告死亡的申请主体	<u>宣告死亡的申请主体是利害关系人。</u>
寻人启事的公告期间	法院收到利害关系人宣告死亡的申请之后应当发出寻人启事,寻人启事需要公告,期满无人异议表明死亡事实得到确认,方可判决宣告死亡。公告期间分为两种情形: 1. 由于一般情形下落不明或者意外事件下落不明而被宣告死亡的,寻人启事应当公告一年。 2. 由于意外事件下落不明且经有关机关证明明确无生还可能而被宣告死亡的,寻人启事应当公告3个月。
宣告死亡的法律效果	宣告死亡的法律效果有四: 1. 个人财产依法开始继承:自然人被宣告死亡之后,其财产由其继承人依法继承。 2. 婚姻关系宣告之后消除:自然人被宣告死亡之后,婚姻关系即予消除,配偶再次结婚的不再是重婚。 3. 对方可以单独送养子女:原本将子女送与他人收养应当征得父母双方的同意,但是父母一方被宣告死亡之后,对方可以单独决定将子女送与他人收养。此时,基于《民法典》的规定,死亡一方的父母对拟被送养之子女有优先抚养权。 4. 依法被宣告死亡者死亡:由于一般情形下落不明而被宣告死亡的,法院宣告死亡的 <u>判决作出之日</u> 视为其死亡的日期;由于意外事件下落不明而被宣告死亡的, <u>意外事件发生之日</u> 视为其死亡的日期。
撤销宣告的法律效果	撤销宣告的法律效果有三: 1. 关于婚姻 在一般情况下,死亡宣告一旦撤销,那么自死亡宣告撤销之日起婚姻关系自动恢复,但是: <u>(1)原配偶已经再婚、再婚之后又离婚或者再婚之后配偶死亡的,婚姻关系不再自动恢复。</u> <u>(2)原配偶向婚姻登记机关书面声明不愿意恢复婚姻关系的,婚姻关系不再自动恢复。</u> 2. 关于收养 子女被收养的,撤销死亡宣告之后收养关系继续有效,被宣告死亡的一方不得以收养未经其同意为由主张收养关系无效。 3. 关于财产 继承所得应当返还:原物存在的,返还原物;无法返还的,适当补偿;原物已经被第三人合法取得的,第三人可以不予返还,但是第三人基于连续继承取得的应当返还。

注意:

自然人被宣告死亡但是实际并未死亡的,该自然人在被宣告死亡期间实施的民事法律行为不会由于宣告死亡而无效。但是,如果存在其他无效事由,例如:违反法律、行政法规的强制性规定、违背公序良俗等,民事法律行为也会无效,因此,我们不能得出“自然人在被宣告死亡期间实施的民事法律行为有效”这一结论。

引申知识:推定死亡

所谓推定死亡,是指相互间有继承关系的人在同一事件中死亡,不能确定死亡的先后顺序,此时,为了判断保险金的归属或者解决遗产继承问题,需要推定死亡的先后顺序。

推定类型	适用目的	适用前提	推定顺序
继承编的死亡推定	解决遗产继承问题	1. 相互间有继承关系 2. 在同一事件中死亡 3. 不能确定死亡顺序	推定无其他继承人(除事件当事人外无其他继承人)的人死亡在先→均有其他继承人的,推定长辈死亡在先→辈分相同的,推定同时死亡,彼此之间不发生继承。

(三) 制度关联

宣告失踪与宣告死亡的关系：

- 1. 宣告失踪并非宣告死亡的前置程序,亦即未经宣告失踪,也能直接申请宣告死亡。
- 2. 利害关系人只申请宣告失踪,即使符合宣告死亡的前提条件,法院也只能宣告失踪。此处主要涉及《民事诉讼法》中的处分原则,亦即“不告不理”、“告什么理什么”,既然只告宣告失踪,也便只理宣告失踪。
- 3. 有人申请宣告失踪,有人申请宣告死亡,既符合宣告失踪的前提条件,也符合宣告死亡的前提条件,法院应当宣告死亡。

第三节 法人与非法人组织

一、法人

(一) 法人的定义

法人是一个抽象的概念,简单地说,所谓法人,是指具有一定民事权利能力与民事行为能力的能够独立承担民事责任的组织。法人的民事权利能力与民事行为能力,从法人成立时产生,到法人终止时消灭。法人应当具备如下条件方可成立：

- 1. 法人应当具有名称、组织机构以及住所,法人以其主要办事机构所在地为住所,依法需要办理法人登记的,应当将主要办事机构所在地登记为住所；
- 2. 法人应当拥有独立财产,能够独立承担民事责任；
- 3. 法人应当依法成立。

(二) 法人的分类

法人的分类包括:学理分类与法定分类。其中,法定分类考点较多,并且较新,基本出自《民法典》,值得重视。

1. 学理分类

法人依其设立依据的不同可以分为公法人和私法人,以公法为依据设立的法人乃为公法人,例如:法院、政府等,以私法为依据设立的法人乃为私法人,例如:公司、商会等。私法人可以进一步分为社团法人与财团法人。

2. 法定分类

依《民法典》之规定,我国法人可以分为营利法人、非营利法人以及特别法人,营利法人一般是指企业法人;非营利法人包括:事业单位法人、社会团体法人以及捐助法人;特别法人包括:机关法人、集体经济组织法人、合作经济组织法人以及群众自治组织法人。

(1) 营利法人

定义	以取得利润并且将利润分配给股东等出资人为目的的法人。
主要类型	企业法人,例如:有限责任公司、股份有限公司以及商业银行等。
适用规则	营利法人的权力机构、执行机构作出决议的会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规、法人章程,或者决议内容违反法人章程的,营利法人的出资人可以请求人民法院撤销该决议,但是营利法人依据该决议与善意相对人形成的民事法律关系不受影响。

(2) 非营利法人

定义	为公益目的或者其他非营利目的成立,不向出资人、设立人或者会员分配所取得之利润的法人。
主要类型	社会团体法人、事业单位法人以及捐助法人。其中,基于《民法典》相关规定,捐助法人包括:基金会、社会服务机构以及宗教场所等。 注意: 社会团体法人不同于社团法人,社会团体法人非以营利为其目的。
适用规则	①捐助法人作出的决定违反章程的,捐助入等利害关系人或者主管机关可以请求人民法院予以撤销,但是捐助法人依据该决定与善意相对人形成的民事法律关系不受影响。 ②为公益目的成立的非营利法人终止时,不得向出资人、设立人或者会员分配剩余财产。剩余财产应当按照法人章程的规定或者权力机构的决议用于公益目的;无法按照法人章程的规定或者权力机构的决议处理的,由主管机关主持转给宗旨相同或者相近的法人,并向社会公告。

(3) 特别法人

定义	
主要类型	机关法人(政府、法院以及检察院等)、集体经济组织法人、合作经济组织法人以及基层群众自治组织法人。
适用规则	机关法人被撤销的,法人终止,其民事权利、民事义务由继任的机关法人享有与承担;没有继任的机关法人的,由作出撤销决定的机关法人享有与承担。

(三) 法人的机关

法人的机关一般包括意思机关、执行机关、代表机关以及监督机关,法人的机关没有独立人格,作为法人的组成部分,其人格被法人吸收,亦即法人的机关所为之行为通常视为法人之行为,由法人享有权利、承担义务。为期简明,列表如下:

法人机关	概述
意思机关	意思机关是法人的权力机关,形成法人的意志。营利法人的权力机关行使修改法人章程,选举或者更换执行机关、监督机关成员,以及法人章程规定的其他职权。
执行机关	执行机关负责执行法人的意志。营利法人的执行机关行使召集权力机关会议,决定法人的经营计划和投资方案,决定法人内部管理机构的设置,以及法人章程规定的其他职权。

续表

法人机关	概述
代表机关	代表机关,亦即法定代表人,对外代表法人。法定代表人以法人名义从事的民事活动,其法律责任由法人承受。 注意: 1. <u>法定代表人超越权限签订合同</u> ,除相对人知道或者应当知道其超越权限的外,该代表行为有效。 2. <u>法定代表人执行职务行为,给他人造成损害的</u> ,法人应当承担民事责任。法人承担民事责任之后,可以向有过错的法定代表人追偿。
监督机关	监督机关,负责监督其他法人机关。营利法人的监督机关依法行使检查法人财务,监督执行机关成员、高级管理人员执行法人职务的行为,以及法人章程规定的其他职权。

(四) 法人的责任

超越经营范围	<u>法人超越经营范围签订合同</u> ,法院不会因此认定合同无效。但是违反国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营规定的除外。
设立中的活动	1. <u>设立人为设立法人从事的民事活动</u> ,其法律后果在法人成立之后由法人承受;法人未成立的,其法律后果由设立人承受,设立人为二人以上的,承担连带责任。 2. <u>设立人为设立法人以自己的名义从事民事活动</u> 而产生的民事责任,第三人有权选择请求法人或者设立人承担。
分支机构活动	<u>分支机构以自己的名义从事民事活动</u> ,产生的民事责任由法人承担;也可以先以该分支机构管理的财产承担,该分支机构管理的财产不足以承担的,由法人承担。

(五) 法人的变更

所谓法人的变更,是指法人设立之后,存续期间之内,其组织、名称、住所以及经营范围等重要事项发生变化。

程序	企业法人分立、合并或者有其他重要事项需要变更的,应当向登记机关办理变更登记并且公告。 <u>法人的实际情况与登记的事项不一致的,不得对抗善意相对人。</u>
形式	1. 合并: A+B=C,债权债务由合并之后的法人概括承受(新设合并)。 A+B=B,债权债务由合并之后的法人概括承受(吸收合并)。 2. 分立: A=B+C,债权债务由分立之后的法人享有连带债权、承担连带债务(新设分立)。 A=A+B,债权债务由分立之后的法人享有连带债权、承担连带债务(存续分立)。

(六) 法人的终止

所谓法人的终止,是指法人民事主体资格消灭,丧失民事权利能力与民事行为能力。

发生终止原因	法人解散、宣告破产或者法律规定的其他原因。
--------	-----------------------

续表

进行法人清算	法人解散的,清算义务人应当及时组成清算组进行清算。法人的董事、理事等执行机构或者决策机构的成员为清算义务人。清算义务人未及时履行清算义务,造成损害的,应当承担民事责任;主管机关或者利害关系人可以申请人民法院指定有关人员组成清算组进行清算。 <u>在清算期间,被清算的法人称为清算法人,其仍具有民事权利能力与民事行为能力,只是不得从事与清算无关的活动。在清算期间,清算组取得清算法人的执行机关与代表机关的地位,对内执行清算事务,对外代表清算法人。</u>
完成注销登记	一般而言,注销登记机关与设立登记机关相同, <u>登记义务人为清算组</u> ,法人自注销登记之日起终止,依法不需要办理法人登记的,法人自清算结束之时终止。

二、非法人组织

(一)非法人组织的定义

所谓非法人组织,是指不具有法人资格,但是能够依法以自己的名义从事民事活动的组织。常见的非法人组织有:

- 1. 个人独资企业:是指由一个自然人投资,财产为投资人个人所有,投资人以其个人财产对企业承担无限责任的经营实体。
- 2. 合伙企业:是指由民事主体依法设立的,基于合伙协议,共同出资、合伙经营、共担风险、共享收益的营利性组织,可以进一步分为普通合伙企业与有限合伙企业。
- 3. 不具有法人资格的专业服务机构:以专业知识与专门技能为客户提供有偿服务的专业服务机构,并且该机构不能依据法人的设立条件登记为法人。

引申知识:合伙企业

所谓合伙企业,是指由民事主体依法设立的,基于合伙协议,共同出资、合伙经营、共担风险、共享收益的营利性组织,可以进一步分为普通合伙企业与有限合伙企业。

(1)普通合伙企业

定义	是指由普通合伙人组成,所有合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任的合伙企业。
事务执行	所有合伙人对执行合伙事务具有同等权利,基于约定或者全体同意可以委托一个或者数个合伙人对外代表合伙企业,执行合伙事务。
入伙	一旦入伙,对于入伙前的合伙企业债务承担无限连带责任。
退伙	退伙之后,对于退伙前的合伙企业债务承担无限连带责任。
特殊规定	以专业知识与专门技能为客户提供有偿服务的专业服务机构,可以设立为特殊普通合伙企业。 在特殊普通合伙企业中,一个合伙人或者数个合伙人在执业活动中因故意或者重大过失造成合伙企业债务的,应当承担无限责任或者无限连带责任,其他合伙人以其在合伙企业中的财产份额为限承担责任。合伙人在执业活动中非因故意或者重大过失造成的合伙企业债务以及合伙企业的其他债务,由全体合伙人承担无限连带责任。

(2)有限合伙企业

定义	是指由普通合伙人与有限合伙人共同组成,普通合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任、有限合伙人对合伙企业债务承担有限责任的合伙企业。
事务执行	有限合伙人不能执行合伙事务,不得对外代表合伙企业。
入伙	一旦入伙,对于入伙前的合伙企业债务承担有限责任。
退伙	有限合伙人丧失偿债能力或者丧失民事行为能力并非法定退伙事由。退伙之后,有限合伙人对于退伙前的合伙企业债务承担有限责任,以其退伙时取回的财产为限承担责任。
特殊规定	第三人 ^① 有理由相信有限合伙人为普通合伙人并与其交易的,该有限合伙人对该笔交易承担与普通合伙人同样的责任。有限合伙人未经授权以有限合伙企业名义与他人进行交易,给有限合伙企业或者其他合伙人造成损失的,该有限合伙人应当承担赔偿责任。

(二) 非法人组织的责任

非法人组织应当以自有财产承担民事责任,不足部分,由其出资人或者设立人承担无限连带责任。

第四节 民事法律行为

一、民事法律行为的定义

依《民法典》之规定,民事法律行为是民事主体通过意思表示设立、变更或者终止民事法律关系的行为。准以此言,民事法律行为与法律行为(民事行为)当属同一概念,系民事法律事实之一种。

引申知识:意思表示

1. 意思表示的定义

所谓意思表示,是指表意人向外部作出的意欲发生某种私法效果的表示行为。

2. 意思表示的生效

有相对人	(1)以对话方式作出的意思表示,相对人知道其内容时生效。 (2)以非对话方式作出的意思表示,到达相对人时生效。以非对话方式作出的采用数据电文形式的意思表示,相对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生效;未指定特定系统的,相对人知道或者应当知道该数据电文进入其系统时生效。当事人对采用数据电文形式的意思表示的生效时间另有约定的,按照其约定。
无相对人	无相对人的意思表示,表示完成时生效。
公告发布	以公告方式作出的意思表示,公告发布时生效。

3. 意思表示的形式

口头形式	通过语言表达意思,例如:电话、语音以及面谈等。
书面形式	通过文字表达意思,例如:邮件、书信以及短信等。
默示形式	默示形式包括作为的默示与不作为的默示,前者是指表意人作出某种积极行为,通过这一行为推定意思,例如:买卖合同当中卖方虽然没有明确表示出卖货物但是已经邮寄货物;后者是指表意人并未作出任何积极行为,而是单纯沉默,通过单纯沉默推定意思,例如:在试用买卖中,如果试用期间届满,买受人没有作出任何表示,既不认可,也不拒绝,那么视为认可。

4. 意思表示的撤回

行为人可以撤回意思表示,撤回意思表示的通知应当在意思表示到达相对人之前或者与意思表示同时到达相对人。

二、民事法律行为的分类

(一) 单方行为、双方行为、多方行为以及决议行为

单方行为、双方行为、多方行为以及决议行为的划分标准是民事法律行为成立的过程。

行为	概述
单方行为	所谓单方行为,又称单方法律行为,是指依单方的意思表示即可使法律行为设立、变更或者终止,例如:订立遗嘱、抛弃权利与代理授权等。
双方行为	所谓双方行为,又称双方法律行为,是指依双方对向的意思表示方可使法律行为设立、变更或者终止。所谓“对向”,是指双方的意思表示是向彼此发出。
多方行为	所谓多方行为,又称多方法律行为,是指依多方同向的意思表示方可使法律行为设立、变更或者终止。所谓“同向”,是指多方的意思表示协同一致、指向相同。值得注意的是,区分双方行为与多方行为的标准不是一方或者双方当事人的人数,而是意思表示是对向还是同向。如果意思表示是对向,那么属于双方行为;如果意思表示是同向,那么属于多方行为。
决议行为	所谓决议行为,又称组织内部行为,是指法人、非法人组织依照法律或者章程规定的议事方式和表决程序作出决议。

(二) 要式行为与不要式行为

要式行为与不要式行为的划分标准是民事法律行为的成立是否需要具备特定形式。

行为	概述
要式行为	所谓要式行为,是指依法律之规定或者由当事人约定,满足特定形式方得成立的法律行为。特定形式包括:书面、审批以及登记等。 注意: 一般而言,要式行为满足特定形式方得成立,但是如果民事法律行为的一方当事人已经履行主要义务,并且对方当事人已经表示接受,那么即便特定形式尚未满足,要式行为也能成立。
不要式行为	所谓不要式行为,是指法律对形式未作规定、当事人对形式未作约定的法律行为。不要式行为是法律行为的常态。

(三) 诺成行为与实践行为

诺成行为与实践行为的划分标准是民事法律行为的成立是否需要交付标的物。

行为	概述
诺成行为	所谓诺成行为,又称不要物行为,是指当事人意思表示一致即可成立并且生效的法律行为。
实践行为	所谓实践行为,又称要物行为,是指当事人意思表示一致之后仍需交付标的物方得成立或者生效的法律行为。在考试中,需要掌握的实践行为包括借用合同、定金合同、保管合同、自然人之间的借款合同(借款人与出借人均为自然人的借款合同)以及代物清偿协议。

(四) 单务行为与双务行为

单务行为与双务行为的划分标准是民事权利、民事义务的分配状态。

行为	概述
单务行为	所谓单务行为,是指一方负担义务而不享有权利、一方享有权利而不负担义务的法律行为,例如:赠与合同、自然人之间的借款合同等。
双务行为	所谓双务行为,是指双方互负义务的法律行为,例如:买卖合同、租赁合同以及仓储合同等。

(五) 有偿行为与无偿行为

有偿行为与无偿行为的划分标准是是否需要支付对价。

行为	概述
有偿行为	所谓有偿行为,是指行为人取得权利时必须支付对价的法律行为,例如:买卖合同、租赁合同以及承揽合同等。
无偿行为	所谓无偿行为,是指行为人取得权利时不必支付对价的法律行为,例如:赠与合同、无偿保管合同以及无偿委托合同等。

(六) 有因行为与无因行为

有因行为与无因行为的划分标准是是否需要原因行为。

行为	概述
有因行为	所谓有因行为,是指需要原因行为作为其生效前提的法律行为,亦即如果原因行为无效或者缺乏原因行为,相应民事法律行为不能生效。有因行为是法律行为的常态。
无因行为	所谓无因行为,是指无需原因行为作为其生效前提的法律行为,亦即即便原因行为无效或者缺乏原因行为,相应民事法律行为也能生效,例如:票据行为、代理授权等。

(七) 负担行为与处分行为

负担行为与处分行为的划分标准是能否直接引起权利变动。

行为	概述
负担行为	所谓负担行为,又称债权行为,是指使民事法律行为的当事人负担义务的法律行为。
处分行为	所谓处分行为,又称物权行为,是指直接引起权利变动的行为。

(八) 身份行为与财产行为

身份行为与财产行为的划分标准是产生的效果属于财产效果抑或人身效果。

行为	概述
身份行为	所谓身份行为,是指发生身份变动效果的行为,例如:辞去委托监护、协议离婚等。
财产行为	所谓财产行为,是指发生财产变动效果的行为,例如:买卖合同、赠与合同等。

三、民事法律行为的成立

民事法律行为的成立不同于民事法律行为的生效,前者标志着民事法律行为在事实上的存在,后者标志着民事法律行为在法律上的存在。民事法律行为的成立一般要求三个要件:当事人、意思表示以及标的(客体)。值得注意的是,在特殊情况下,民事法律行为的成立还需要其他要件,亦即特别成立要件,例如:实践行为以标的物交付作为特别成立要件。

四、民事法律行为的生效

一如前文所述,民事法律行为的生效标志着民事法律行为在法律上的存在。依《民法典》之规定,民事法律行为的生效应当同时具备以下三个要件:

- 1. 当事人具有相应的民事行为能力。
- 2. 当事人的意思表示真实、自由。
- 3. 不违反法律、行政法规的强制性规定,不违背公序良俗。

一般而言,如果同时具备上述三个要件,民事法律行为在其成立时即生效,但是存在一些例外情形,尤以附条件、附期限的民事法律行为最为典型。

引申知识:附条件、附期限的民事法律行为

1. 附条件的民事法律行为

定义	所谓附条件的民事法律行为,是指效力由约定的将来可能发生的合法事实的发生与否来决定的法律行为。附条件的民事法律行为所附条件具有如下特征:或然性(可能发生)、合法性(合法事实)、意定性(双方约定)、未来性(将来发生)。 注意: 附条件的民事法律行为所附之条件应当是发生与否并不确定之情事,而不是定然能够发生之情事。
分类	附条件的民事法律行为可以进一步分为两组,详述如下: (1)附生效条件的民事法律行为与附解除条件的民事法律行为。 ①附生效条件的民事法律行为:条件成就之前,民事法律行为成立而未生效,条件成就之后民事法律行为生效。 ②附解除条件的民事法律行为:条件成就之前,民事法律行为有效,条件成就之后民事法律行为失效,无需通过行使解除权的方式予以解除。 (2)附积极条件的民事法律行为与附消极条件的民事法律行为。 ①附积极条件的民事法律行为:以某种事实的发生作为条件。 ②附消极条件的民事法律行为:以某种事实不发生作为条件。
拟制	①条件成就之拟制:当事人为自己的利益不正当地阻止条件成就时,视为条件已成就。 ②条件落空之拟制:当事人为自己的利益不正当地促成条件成就时,视为条件未成就。

2. 附期限的民事法律行为

定义	所谓附期限的民事法律行为,是指效力由 <u>约定的将来确定发生的合法事实</u> 的发生时间来限制的法律行为。附期限的民事法律行为所附期限具有如下特征:必然性(确定发生)、合法性(合法事实)、意定性(双方约定)、未来性(将来发生)。 注意: 附期限的民事法律行为所附之期限既可以是一个具体时间,也可以是一件事情所发生的时间,但是这一事情应当是必然发生的,不能是可能发生的。
分类	附期限的民事法律行为可以进一步分为两组,详述如下: (1) 附生效期限的民事法律行为与附解除期限的民事法律行为: ①附生效期限的民事法律行为:期限到达之前,民事法律行为成立而未生效,期限到达之后民事法律行为生效。 ②附解除期限的民事法律行为:期限到达之前,民事法律行为有效,期限到达之后民事法律行为失效,无需通过行使解除权的方式予以解除。 (2) 附确定期限的民事法律行为与附不确定期限的民事法律行为: ①附确定期限的民事法律行为:所附之期限为确定日期。 ②附不确定期限的民事法律行为:所附之期限为某一必然发生之事实的发生日期,但是发生日期并不确定。

五、民事法律行为的瑕疵

民事法律行为的瑕疵包括三种状态:可撤销的民事法律行为、效力未定的民事法律行为以及无效的民事法律行为。

(一) 可撤销的民事法律行为

1. 可撤销的民事法律行为的类型

(1) 重大误解

定义	所谓重大误解,是指当事人对民事法律行为相关信息产生误解,并且基于误解实施民事法律行为。
构成要件	① <u>一方当事人或者双方当事人对行为性质、对象特征以及货物品质等发生误解。</u> ②由于误解导致所表达之意思与内心真实的意思不一致。 <u>值得注意的是,表意人如果并非误解,而是明知所表达之意思与内心真实的意思不一致,便不属于重大误解。</u>
特殊规定	①内心意思形成发生错误,此类错误属于动机错误,并非重大误解。 ②双方意思表示一致,仅仅文本记载错误的,并非重大误解。 ③意思表示传达发生错误,通常表现为使者的传达错误, <u>使者过失导致传达错误属于重大误解。</u>

(2) 显失公平

定义	所谓显失公平,是指一方当事人利用己方优势或者对方劣势,致使民事法律行为在成立时权利与义务即明显不对等。
构成要件	①当事人之间的权利、义务明显不对等。此处“明显”并无量化标准,在考试中,一般不作考查,不必纠结于此。 ② <u>权利、义务明显不对等的事实发生在民事法律行为成立之时。</u> ③一方当事人利用了己方的优势或者对方的劣势。因此,《民法典》当中也将显失公平称为乘人之危导致显失公平。

(3) 欺诈

定义	所谓欺诈,是指一方当事人或者第三人故意告知虚假信息(积极欺诈)或者隐瞒真实信息(消极欺诈)使对方当事人陷入错误认识。
构成要件	①一方当事人故意告知虚假信息或者隐瞒真实信息。 ②对方当事人因此陷入错误认识。 ③对方当事人基于错误认识作出意思表示。
特殊规定	第三人实施欺诈行为,使一方当事人在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为,对方当事人知道或者应当知道欺诈行为的,受欺诈方有权请求法院或者仲裁机构撤销。

(4) 胁迫

定义	所谓胁迫,是指一方当事人或者第三人故意预告危害使对方当事人陷入恐惧状态。
构成要件	①一方当事人故意预告危害。值得注意的是,此处“危害”是预告,而非既存。如果一方当事人利用既存的危害迫使对方当事人屈从,不是胁迫,可能构成乘人之危导致显失公平。 ②对方当事人因此陷入恐惧状态。 ③对方当事人基于恐惧状态作出意思表示。
认定标准	关于胁迫的认定,存在以下三种情形之一即可认定成立胁迫: ①手段不正当,例如:你不把手机卖给我,我就公开你隐私。 ②目的不正当,例如:你不把冰毒卖给我,我就举报你贩毒。 ③牵连不正当,亦即手段与目的并不具有牵连关系,例如:你不把手机卖给我,我就举报你贩毒。
特殊规定	第三人实施胁迫行为,使一方当事人在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为,受胁迫方有权请求法院或者仲裁机构撤销,无论对方当事人是否知道或者应当知道胁迫行为。

2. 可撤销的民事法律行为的撤销

(1) 行使撤销权的注意事项

撤销的事由	撤销的主体	撤销的方式	撤销的期限	
重大误解	发生误解一方①	诉讼或者仲裁	当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起 90 日内并且自民事法律行为发生之日起五年内应当行使撤销权。	对于前述双重除斥期间,二者之中有一个期满了,撤销权便消灭,将来不得再行使撤销权。
显失公平	受有不利一方	诉讼或者仲裁	当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内并且自民事法律行为发生之日起五年内应当行使撤销权。	
欺诈	遭受欺诈一方	诉讼或者仲裁	当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内并且自民事法律行为发生之日起五年内应当行使撤销权。	
胁迫	遭受胁迫一方	诉讼或者仲裁	当事人自胁迫行为终止之日起一年内并且自民事法律行为发生之日起五年内应当行使撤销权。	

① 也有观点认为双方均可主张撤销。

(2)行使撤销权的法律效果

可撤销的民事法律行为在被撤销之前,是自始有效的;可撤销的民事法律行为在被撤销之后,是自始无效的,视为从来没有产生效力。

(二)效力未定的民事法律行为

1. 由于无权代理而发生的民事法律行为

被代理人的 角度	①如果被代理人追认,那么民事法律行为自始有效,对当事人具有拘束力,当事人应当履行相应义务。 ②如果被代理人拒绝追认,那么民事法律行为自始无效,对当事人没有拘束力,当事人不必履行相应义务。
相对人的 角度	① <u>相对人可以催告被代理人追认,被代理人应当自收到催告之日起 30 日内予以追认。30 日内被代理人未作表示的,视为拒绝追认,民事法律行为自始无效,对当事人没有拘束力,当事人不必履行相应义务。</u> ②被代理人追认之前,善意的相对人(对行为人无权代理不知情)可以以通知的方式撤销民事法律行为。值得注意的是,撤销的方式是通知。

2. 限制民事行为能力人独立实施的依法不能由其独立实施的民事法律行为

法定代理人的 角度	①如果法定代理人追认,那么民事法律行为自始有效,对当事人具有拘束力,当事人应当履行相应义务。 ②如果法定代理人拒绝追认,那么民事法律行为自始无效,对当事人没有拘束力,当事人不必履行相应义务。
相对人的 角度	① <u>相对人可以催告法定代理人追认,法定代理人应当自收到催告之日起 30 日内予以追认。30 日内法定代理人未作表示的,视为拒绝追认,民事法律行为自始无效,对当事人没有拘束力,当事人不必履行相应义务。</u> ②法定代理人追认之前,善意的相对人(对行为人缺乏民事行为能力不知情)可以以通知的方式撤销民事法律行为。值得注意的是,撤销的方式是通知。

引申知识:无权处分

如果没有其他效力瑕疵,由于无权处分而签订的买卖合同有效,并且此一规定准用于股权转让协议、互易合同等。在考试中,如果不拘小节,大可记住:如果没有其他瑕疵,由于无权处分而签订的合同有效。

如果需要深究,此处将涉及负担行为与处分行为,所谓负担行为,又称债权行为,是指使民事法律行为的当事人负担义务的法律行为。所谓处分行为,又称物权行为,是指直接引起权利变动的行为。由于负担行为本身仅仅使得当事人负担义务,并不导致权利变动,因而即便是无权处分实施的负担行为,也不会影响权利人的权利,也就不必因为处分权的瑕疵认定负担行为无效或者效力未定。但是,处分行为能够直接引起权利变动,如果对无权处分实施的处分行为不作任何限制,放任权利变动,难免损害权利人的权利,为了保护权利人的权利,学界认为无权处分实施的处分行为效力未定。

(三)无效的民事法律行为

1. 无民事行为能力人实施的民事法律行为无效。但是,无民事行为能力人的法定代理人可以代理其实施民事法律行为。

2. 行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为(双方虚假行为)无效。以虚假的意思表示隐藏的民事法律行为的效力,依照有关法律规定处理。

3. 违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效,但是该强制性规定不会导致该民事法律行为无效的除外。强制性规定包括效力性强制性规定与管理性强制性规定,违反管理性强制性规定的合同并非当然无效。效力性强制性规定与管理性强制性规定可以参照下列标准加以区分:

- ①法条明文规定违反本条无效,该法条是效力性强制性规定。
- ②法条没有明文规定,但是违反该条将会损害公共利益,该法条是效力性强制性规定。
- ③法条没有明文规定,并且违反该条不会损害公共利益,该法条是管理性强制性规定。

4. 违背公序良俗的民事法律行为无效。存在违背两性伦理、违背家庭伦理、践踏人格尊严等情形的民事法律行为,均属违背公序良俗的民事法律行为,当属无效,例如:换妻合同、代孕合同以及包养合同等。

5. 行为人与相对人恶意串通,损害他人合法权益的民事法律行为无效。恶意串通之“恶意”,不仅要求行为人知道或者应当知道自己之行为将带来他人之损害,而且要求行为人追求损害的发生,恶意串通给他人造成损害的,串通双方应当承担连带责任。

第五节 代理

一、代理的定义

依《民法典》之规定,所谓代理,是指代理人在代理权限内,以被代理人的名义或者自己的名义实施民事法律行为,其法律效果直接或者间接由被代理人承受的制度。

二、代理的特征

(一) 代理人基于代理权实施代理行为

代理权的定义	所谓代理权,是指代理人以被代理人的名义与第三人实施法律行为,为被代理人设定、变更或者消灭民事法律关系的权利。
代理权的产生	代理权包括法定代理权与委托代理权,二者产生途径不同。法定代理权基于法律规定或者机关指定而产生;委托代理权基于被代理人的授权行为而产生。 <u>被代理人的授权行为是单方行为。</u> 只要被代理人作出授权行为,无需等待对方同意,授权行为即可生效。
代理权的行使	1. 代理人应当在代理权限的范围内行使代理权。 2. 代理人应当为被代理人的利益而行使代理权。 3. 代理人不得滥用代理权。常见的滥用代理权的情形有: (1) 双方代理 所谓双方代理,是指同一代理人同时作为交易双方的代理人,代理交易双方完成同一交易。双方代理所实施的民事法律行为经过交易双方双重追认之后方才生效。 (2) 自己代理 所谓自己代理,是指代理人代理被代理人与自己进行交易。 <u>自己代理所实施的民事法律行为经过被代理人追认之后方才生效。</u> (3) 恶意串通 代理人与相对人恶意串通所实施的民事法律行为无效,因此损害被代理人的利益的,代理人与第三人 <u>承担连带责任。</u>

(二) 代理人以被代理人的名义或者自己的名义实施代理行为

除间接代理外,代理人实施代理行为时均以被代理人的名义。

(三) 代理行为的法律效果归于被代理人

一般而言,代理人所实施的民事法律行为,其法律效果归于被代理人,亦即被代理人(本人)享有相应权利、承担相应义务。

(四) 代理所实施的是法律行为

代理所实施的是法律行为,除了事实行为不能代理之外,订立遗嘱、登记结婚、收养子女、讲课以及演出等具有人身性质或者牵涉特定技能的行为不能代理。此即代理的适用范围。

三、代理的分类

(一) 有权代理与无权代理

1. 有权代理

代理人在代理权限内实施代理行为的,属于有权代理。这里的代理权既包括法定代理权,也包括委托代理权。

2. 无权代理

代理人没有代理权而实施代理行为的,属于无权代理。这里的没有代理权包括:自始缺乏代理权(行为人没有代理权而从事代理活动)、超越代理权(行为人有代理权但是超越代理权从事代理活动)以及代理权终止之后继续实施代理行为。无权代理可以进一步划分为狭义无权代理与表见代理。

(1) 狭义无权代理

在考试中,往往称“狭义无权代理”为“无权代理”。

(2) 表见代理

无论是表见代理,抑或是狭义无权代理,代理人均无代理权,但是不同于狭义无权代理,表见代理的代理人具有使相对人合理相信其具有代理权的事实与理由。

定义	所谓表见代理,是指行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后,仍然实施代理行为,相对人有理由相信行为人有代理权的,代理行为有效。
构成要件	表见代理应当同时具备下列构成要件: ①代理人没有代理权。 ②代理人具有使相对人合理相信其具有代理权的事实与理由,亦即具有权利外观。 ③相对人相信代理人具有代理权。 ④相对人与代理人成立法律行为。 值得注意的是,下列情形一般不能认定为表见代理: ①行为人私刻被代理人的公章、伪造被代理人的介绍信、合同书、授权委托书,并且以此与相对人签订合同。 ②在被代理人的印章、合同书、介绍信等文件被盗之后,被代理人已经在指定的报刊上以合理的方式作了公告,但是行为人仍然以上述材料与相对人签订合同。 ③行为人凭空捏造了一个单位,伪造该单位的单位名称并且私刻该单位的公章与相对人签订合同,而事实上又真的存在这样一个单位。

续表

法律效果	表见代理的法律效果类似于有权代理的法律效果,被代理人应当履行相应的义务,但是因此所遭受的损失可以向表见代理人主张赔偿。
------	---

(二)直接代理与间接代理

1. 直接代理

代理人以被代理人名义实施代理行为的,属于直接代理。直接代理是最为常见的代理,但是在考试中考查不多。

2. 间接代理

代理人经过授权以自己的名义实施代理行为的,属于间接代理。在考试中,考查间接代理均以合同为载体,因此本书以合同为载体阐述间接代理。间接代理依据相对人是否知晓代理关系的存在分为显名的间接代理与隐名的间接代理,相对人知道代理关系的存在的为显名的间接代理,相对人不知道代理关系的存在的为隐名的间接代理。

(1)显名的间接代理具有以下法律效果:除有确切证据证明代理人与相对人约定合同仅约束代理人与相对人外,合同直接约束被代理人与相对人。

(2)隐名的间接代理具有以下法律效果:合同直接约束代理人与相对人。但是被代理人可以行使介入权,相对人不履行合同义务之时,代理人应当向被代理人披露相对人,被代理人可以行使代理人对相对人的权利,取代代理人成为合同当事人;相对人可以行使选择权,由于被代理人不配合导致代理人无法履行合同义务之时,代理人应当向相对人披露被代理人,相对人可以选择代理人或者被代理人作为合同当事人,但是一旦选定不得变更。

(三)本代理与复代理

1. 本代理

本代理人既可以基于被代理人的委任取得代理人资格,也可以基于法律规定或者机关指定取得代理人资格。

2. 复代理

复代理人是通过代理人基于复任权实施转委托行为取得代理人资格,复代理人是被代理人的代理人,而不是代理人的代理人。

考点	概述
代理人实施转委托行为应当基于复任权	(1)法定代理人始终具有复任权。 (2)委托代理人在下列三种情况下具有复任权: ①被代理人事先同意转委托的。 ②被代理人事后追认转委托的。 ③在紧急情况下,为了被代理人的利益而需要转委托的。
复代理人是被代理人的代理人,而非代理人的代理人	(1)复代理人以被代理人的名义实施代理行为, <u>法律效果归属被代理人。</u> (2)代理人不退出代理关系,仍然是被代理人的代理人。 (3)复代理人的代理权受到代理人的代理权的限制,亦即复代理人的代理权不得超过代理人的代理权。

第六节 诉讼时效

一、诉讼时效的定义

所谓诉讼时效,又称消灭时效,是指权利人持续不行使请求权达到法定期间即丧失请求司法机关以强制力保护其请求权的法律制度。诉讼时效制度的价值在于稳定法律秩序,亦即通过敦促权利人积极行使权利,使得久悬未决的法律关系尘埃落定。

诉讼时效仅适用于请求权,属于强制性规范,不允许当事人通过约定加以改变,具体而言:

- 1. 当事人不得约定排除适用诉讼时效。
- 2. 当事人不得约定延长或者缩短诉讼时效期间。
- 3. 当事人不得预先放弃诉讼时效利益,预先放弃诉讼时效利益无效。
- 4. 当事人不得约定诉讼时效中断或者诉讼时效中止。
- 5. 当事人不能约定诉讼时效的起算时间。

引申知识:诉讼时效与除斥期间

诉讼时效与除斥期间同为民法上的重要期间,但是二者有着显著区别,列表如下:

适用对象不同	诉讼时效仅适用于请求权,除斥期间一般适用于追认权、同意权、撤销权、解除权以及认可权等形成权。
法律效力不同	诉讼时效届满之后,实体权利本身并不消灭,诉权也不消灭,债权人提起诉讼的,法院应当受理,只是债务人享有诉讼时效经过的抗辩权;除斥期间届满之后,实体权利消灭,债权人向法院提起诉讼的,法院可以裁定不予受理或者驳回起诉。
期间性质不同	诉讼时效是可变期间,可以中断、中止或者延长;除斥期间是不变期间,不能中断、中止或者延长。
司法适用不同	诉讼时效法院不得主动释明,亦即只要被告不主张诉讼时效经过的抗辩权,即便诉讼时效经过,法院也不得以诉讼时效经过为由判决驳回原告的诉讼请求;除斥期间法院可以主动援用。
起算时间不同	诉讼时效一般自权利人知道或者应当知道权利遭受侵害以及义务人之日起算;除斥期间一般自权利人知道或者应当知道权利产生之日起算。

二、诉讼时效的期间

(一)期间的长度

关于期间的长度,《民法典》将普通诉讼时效的长度由两年修改为三年,因此本书举例均以3年为准,最长诉讼时效的长度并无变化,依旧是二十年。

- 1. 普通诉讼时效:3年。
- 2. 特殊诉讼时效

类型	期间
国际货物买卖合同	4年
技术进出口合同	4年
人寿保险合同	5年

3. 最长诉讼时效:20 年。

(二)期间的起算

关于期间的起算,《民法典》对原有规则并未修订,但是新增了两种特殊情形,极有可能以选择题的形式进行考查。

1. 最长诉讼时效

最长诉讼时效自权利遭受侵害之日起计算。

2. 普通诉讼时效与特殊诉讼时效

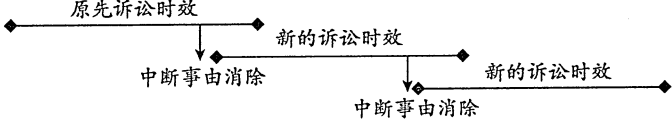
普通诉讼时效与特殊诉讼时效一般均自债权人知道或者应当知道权利遭受侵害以及债务人之日起计算。《民法典》与《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》中对部分诉讼时效的起算作了明确规定。为简明,列表如下:

类型	起算
履行期间明确	如果债务履行期间明确,那么应当自履行期间届满之日起计算诉讼时效。
履行期间未定	如果债务履行期间不明确,那么债权人首次请求债务人履行之时,如果双方约定了宽限期,那么应当自期间届满之日起计算诉讼时效;如果债务人明确拒绝,那么应当自拒绝之日起计算诉讼时效。
约定分期履行	如果约定债务分期履行,那么应当自最后一期履行期间届满之日起计算诉讼时效。
合同依法撤销	如果合同被撤销,那么应当自合同被撤销之日起计算诉讼时效。
人身遭受损害	如果遭受人身损害,那么诉讼时效的起算分为下列两种情形处理: (1)伤害明显的,应当自伤害之日起计算诉讼时效。 (2)伤害隐蔽的,应当自确诊之日起计算诉讼时效。
性侵未成年人	未成年人遭受性侵害的,应当自受害人年满十八周岁之日起计算诉讼时效。
法定代理致害	法定代理人损害被代理人(无民事行为能力人或者限制民事行为能力人)的利益的,应当自该法定代理终止之日起计算诉讼时效。

三、诉讼时效的中断

中断事由	债权人主张权利	在诉讼时效期间内,债权人主张权利的,诉讼时效中断,债权人主张权利的方式很多,包括但是并不限于下列情形: 1. 债权人提起诉讼或者申请仲裁。 2. 债权人送交主张权利的文书,对方在文书上签字、盖章或者虽然未签字、盖章,但是能够以其他方式证明该文书到达债务人。 3. 债权人以发送信件或者数据电文方式主张权利,信件或者数据电文到达或者应当到达债务人。 4. 债权人为金融机构,依照法律规定或者双方约定从债务人账户中扣收欠款本息。 5. 债务人下落不明,债权人在国家级媒体或者下落不明的当事人一方住所地的省级有影响的媒体上刊登具有主张权利内容的公告。 6. 与提起诉讼或者申请仲裁具有同等效力的其他情形。下列事项之一,人民法院应当认定与提起诉讼具有同等诉讼时效中断的效力:申请支付令;申请破产、申报破产债权;为主张权利而申请宣告义务人失踪或死亡;申请诉前财产保全、诉前临时禁令等诉前措施;申请强制执行;申请追加当事人或者被通知参加诉讼;在诉讼中主张抵销;其他具有同等诉讼时效中断效力的事项。
	债务人承认债务	在诉讼时效期间内,债务人作出分期履行、部分履行、提供担保、请求延期履行、制定清偿债务计划等承诺或者行为的,视为债务人承认债务,诉讼时效自债务人承认债务之日起中断。

续表

中断效果	中断事由消除之后,重新起算原来长度的诉讼时效。例如:原先诉讼时效为3年,那么无论中断之时原先诉讼时效剩余多久,中断事由消除之后均会重新起算3年诉讼时效。 
中断对象	普通诉讼时效期间与特殊诉讼时效期间。

四、诉讼时效的中止

中止事由	在诉讼时效期间的最后6个月内,存在下列情形之一,导致债权人无法主张权利的,诉讼时效中止: 1. 不可抗力。 2. 无民事行为能力人或者限制民事行为能力人没有法定代理人,或者法定代理人死亡、丧失民事行为能力、丧失代理权。 3. 继承开始之后未确定继承人或者遗产管理人。 4. 权利人被义务人或者其他他人控制。 5. 其他导致权利人不能行使请求权的障碍。 <u>一言以蔽之:在诉讼时效期间的最后6个月内,债权人由于客观原因无法主张权利的,诉讼时效中止。</u>
中止效果	在诉讼时效期间的最后6个月内,债权人由于客观原因无法主张权利的,停止计算诉讼时效,中止事由消除之后,诉讼时效应当自中止事由消除之日起继续计算6个月。
中止对象	普通诉讼时效期间与特殊诉讼时效期间。

五、诉讼时效的经过

(一) 诉讼时效经过对债权人的影响

诉讼时效经过,债权人的债权虽然不消灭,但是沦为自然权利。具体体现如下:

1. 受领权依然存在。债务人自愿履行,债权人可以受领,不构成不当得利。
2. 起诉权依然存在。债权人起诉的,法院应当受理,不得裁定不予受理或者裁定驳回起诉。受理之后,债务人如果提出诉讼时效抗辩,法院查明无中止、中断以及延长事由的,判决驳回债权人的诉讼请求。

(二) 诉讼时效经过对债务人的影响

1. 诉讼时效经过的抗辩

诉讼时效经过,债务人获得诉讼时效经过的抗辩权,但是除有法定例外情形,诉讼时效抗辩只能在一审中提出^①【说明】。诉讼时效仅适用于请求权,但是并非所有的请求权均适用诉讼时效。在《民法典》与《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规

① 【说明】一审中未提出诉讼时效经过的抗辩,二审中提出的,法院不予支持,但是基于新证据提出的除外。

定》中对部分不适用诉讼时效的请求权作了明确规定,详述如下:

来源	情形
《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》	(1) 支付存款本金以及利息请求权。 (2) 兑付国债、金融债券以及向不特定对象发行的企业债券的本金以及利息请求权。 (3) 基于投资关系产生的缴付出资请求权。
《民法典》	(1) 请求停止侵害、排除妨碍、消除危险。 (2) 不动产物权和登记的动产物权的权利人请求返还财产。 (3) 请求支付赡养费、抚养费或者扶养费。

注意:

除上述请求权不适用诉讼时效外,以下权利也不适用诉讼时效:

- (1) 其他请求权:占有返还请求权与业主大会请求业主缴付公共维修基金的权利;
- (2) 名为请求权,实为形成权:离婚请求权与共有物分割请求权等。

2. 诉讼时效利益的抛弃

诉讼时效经过,债务人所获得的诉讼时效经过的抗辩权即为诉讼时效利益,对此利益,债务人可以抛弃,但是一旦抛弃,债务人即不得再以时效经过为由抗辩。

第二编 物权

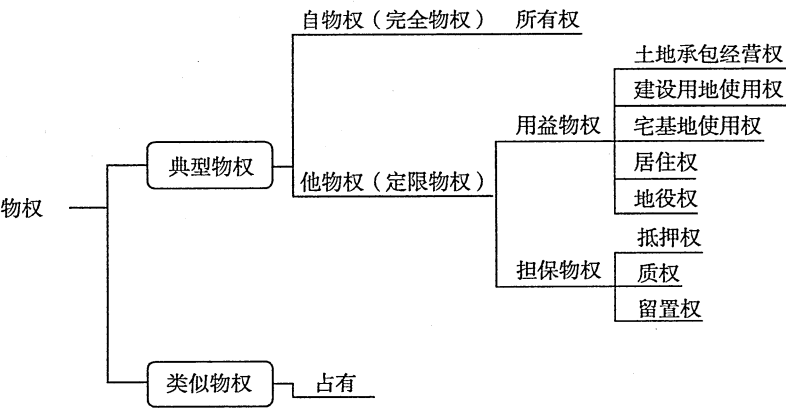
第一章 物权概述

第一节 基础理论

一、物权的定义

所谓物权,是指权利主体依法对特定财产所享有的支配且排他的权利,包括典型物权(所有权、用益物权、担保物权)以及类似物权(占有)。

物权规范体系大体如下:



二、物权的基本原则

原则	概述
平等保护原则	国家、集体以及私人的物权,任何单位、个人不得侵犯。具体内容包括: 1. 法律地位平等。所有民事主体在物权中都具有平等地位。 2. 适用规则平等。除有特别规定,民事主体参与物权法律关系时平等适用物权规则。 3. 保护平等。所有民事主体受物权规则的平等保护。
公示公信原则	物权变动应当以一定的方式使公众知晓,从而产生可以信赖的法律效力,亦即物权变动须经公示,否则不产生变动的效果。不动产的公示方式一般为登记;动产的公示方式一般为交付。

续表

原则	概述
物权法定原则	物权的种类、内容均由法律规定,不允许当事人通过约定创设。种类不能创设即为物权类型固定,内容不能创设即为物权内容强制。
客体特定原则	又称一物一权原则,是指物权的客体应当是在经济与功能上独立并且完整的物,而不能是物的组成部分,此外一物之上只能有一个所有权。

三、物权的客体

(一)有体物与无体物

有体物与无体物的分类标准是物的有体与否。

物	概述
有体物	所谓有体物,是指具备物质实体,能为人所直观感知之物,例如:火山岩、水银以及液化气等。
无体物	所谓无体物,是指没有物质实体,无法为人直观感知之物,例如:电、热以及光等。

(二)动产与不动产

动产与不动产的分类标准是物的存在形式。

物	概述
动产	所谓动产,是指能够移动并且价值不因此而减损的物。动产可以进一步划分为普通动产与特殊动产,特殊动产包括船舶、机动车以及航空器,其余均为普通动产。值得注意的是,无论是普通动产,抑或是特殊动产,其物权变动的公示方式均为交付,特殊动产虽然需要办理登记,但是登记与否并不影响物权变动。
不动产	所谓不动产,是指不能移动或者移动之后价值减损的物,例如:土地、房屋以及林木等。

(三)种类物与特定物

种类物与特定物的分类标准是物的特定与否。

物	概述
特定物	所谓特定物,是指已经确定,无法为其他相同种类、相同品质的物所代替的物,包括事实上的特定物与法律上的特定物。其中,所谓事实上的特定物,是指不存在其他相同种类、相同品质的物可以代替的物,亦即“独此一家,别无分店”;所谓法律上的特定物,是指存在其他相同种类、相同品质的物可以代替,但是由于约定或者指定,不能以其他相同种类、相同品质的物相替代的物。
种类物	所谓种类物,是指能够为其他相同种类、相同品质的物所代替的物,例如:十吨大米、一斤萝卜等。

(四)主物与从物

主物与从物的分类标准是物的主从关系。

物	概述
主物	所谓主物,是指 A 物脱离 B 物仍然有本来的使用价值,A 物就是主物,例如:电视机、计算机等。
从物	所谓从物,是指 B 物脱离 A 物失去了本来的使用价值,B 物就是从物,例如:遥控器、鼠标等。

(五) 原物与孳息

原物与孳息的分类标准是物的关联关系。

物	概述
原物	所谓原物,是指孳息所从出之物。例如:生下鸡蛋的母鸡、摘下果实的果树、剪下羊毛的绵羊以及开采矿藏的矿山等。
孳息	所谓孳息,可以进一步划分为天然孳息与法定孳息。天然孳息是指原物按照自然规律或者正常用法而产生的物,例如:母鸡生下的鸡蛋、果树摘下的果实以及绵羊剪下的羊毛等。 <u>收取天然孳息不会对原物构成根本性破坏</u> ,所以屠牛所得的牛皮、杀猪所得的猪肉等不是天然孳息。法定孳息是指原物依据法律关系所生收益,例如:租金、利息、彩票中奖所获奖金或者奖品等。 <u>关于孳息的归属,通常而言,对于天然孳息,有约定从约定,没有约定的,由所有权人取得;既有所有权人,又有用益物权人的,由用益物权人取得;对于法定孳息,有约定从约定,没有约定的,按照交易习惯确定。</u>

第二节 物权变动

一、物权变动的定义

所谓物权变动,是指物权的设立、变更、转让以及消灭。值得注意的是,此处“物权”包括所有权、用益物权以及担保物权,因此不仅所有权的变动称为物权变动,用益物权的变动(例如:土地承包经营权的设立)、担保物权的变动(例如:抵押权的设立)也都称为物权变动。

二、物权变动的类型

(一) 基于法律行为的物权变动

基于法律行为的物权变动是指物权变动以有效的法律行为为要件,有效的法律行为乃是物权变动的原因。基于法律行为的物权变动具有区分性、有因性:

- 1. 区分性:在基于法律行为的物权变动中,因为欠缺公示手段(登记或者交付)导致不能发生物权变动效果的,法律行为的效力不因此受影响。
- 2. 有因性:在基于法律行为的物权变动中,如果法律行为无效,物权变动不可发生。

基于法律行为的物权变动可以进一步划分为基于法律行为的不动产物权变动以及基于法律行为的动产物权变动。为期简明,分就两种情形列表如下:

第一种情形:基于法律行为的不动产物权变动

原则	<u>有效的法律行为+处分权+登记=不动产物权变动</u>
例外	有效的法律行为+处分权=土地承包经营权的设立 注意： 土地承包经营权的 <u>设立</u> 未经登记可以对抗善意第三人。
	有效的法律行为+处分权=土地承包经营权的转让 注意： 土地承包经营权的 <u>转让</u> 未经登记不得对抗善意第三人。
	有效的法律行为+处分权=地役权的设立 注意： 地役权的 <u>设立</u> 未经登记不得对抗善意第三人。

引申知识:登记

变动登记	变动登记是指不动产物权登记机关就不动产物权的产生、变更、转让以及消灭等事实进行的登记,包括:首次登记、变更登记、转移登记、注销登记等。
更正登记	相关人员认为不动产登记簿的事项错误时,可以申请更正登记。不动产登记簿记载的权利人 <u>书面同意</u> 更正或者有证据证明登记簿确有错误,登记机关应当予以更正。
异议登记	所谓异议登记,是指将利害关系人对不动产登记事项的异议记载于不动产登记簿上。 <u>异议登记之后,可以阻却第三人善意取得。异议登记人在异议登记之日起15日内不起诉的,异议登记失效,但是异议登记失效不影响法院对案件实体审理。</u>
预告登记	预告登记意在确保将来取得物权。 <u>预告登记之后,未经预告登记人的同意处分不动产的,不发生物权效力,但是法律行为的效力不因此受影响。</u> 债权消灭或者自能够进行不动产登记之日起90日内未进行登记的,预告登记失效。 <u>买卖不动产物权的协议被认定无效、被撤销、被解除,或者预告登记的权利人放弃债权的,应当认定为前述所谓“债权消灭”。</u>

第二种情形:基于法律行为的动产物权变动

原则	<u>有效的法律行为+处分权+交付=动产物权变动</u>
例外	有效的法律行为+处分权=动产抵押权的设立 注意： 动产抵押权的设立未经登记不得对抗善意第三人。

引申知识:交付

现实交付	所谓现实交付,是指将标的物置于受让人的实际控制之下。
简易交付 (观念交付)	所谓简易交付,是指动产的受让人(质权人)已经直接占有该动产,在让与人(出质人)与受让人(质权人)就移转动产的所有权或者设立动产质权达成合意时,即视为已经完成交付。
指示交付 (观念交付)	所谓指示交付,是指让与人(出质人)的动产被他人直接占有期间,让与人(出质人)与受让人(质权人)合意移转动产的所有权或者设立动产质权,并且对受让人(质权人)移转让与人(出质人)对动产直接占有人的返还原物请求权。

续表

占有改定 (观念交付)	所谓占有改定,是指让与人与受让人通过达成两个合意的方式完成交付,让与人与受让人合意移转动产的所有权之后,让与人和受让人达成借用、保管、租赁等合意,依照第二次的合意让与人取得直接占有,受让人取得间接占有。
----------------	---

(二)非基于法律行为的物权变动

非基于法律行为的物权变动是指物权变动不以有效的法律行为为要件。

类型	变动时点
基于人民政府的征收决定	征收决定生效时物权变动
基于人民法院、仲裁机构的形成判决、形成裁决。形成判决、形成裁决在考试中有固定的语言模式:判决或者裁决某物归某人所有。如果在考试中有这样的表述:判决或者裁决某人办理过户登记或者交付某物,那么该判决或者裁决不属于形成判决、形成裁决。	判决或者裁决生效时物权变动
基于继承	继承开始时物权变动
基于合法建造或者拆除房屋。值得注意的是,对于违章建筑,即便建造完成,也无法取得所有权。	事实行为成就时物权变动

注意:

宣示登记:非基于法律行为取得不动产物权的,无须登记。但是未经登记,会限制处分权,权利人处分该不动产的,不发生物权效力,但是法律行为的效力不因此受影响。

第三节 物权保护

一、物权保护的定义

物权保护是指在物权受到妨害或者存在妨害危险时,为了维护物权的完满状态,物权人可以向请求妨害人为一定行为(例如:恢复原状)或者不为一定行为(例如:停止侵害)。

二、物权保护的方式

物权保护的方式有三:请求确认物权、物权请求权以及债权请求权。其中,请求确认物权是指物权处于不确定状态时,相关人员可以提起确认之诉请求法院确认物权状态。

(一)物权请求权

第一种权利:返还原物请求权

权利	要件	
返还原物请求权	请求人为物权人	物权人必须是有占有权能的物权人,例如:所有权人、质权人以及留置权人等,抵押权人、地役权人没有占有权能,因而不能行使返还原物请求权。
	被请求人为无权占有人	返还原物请求权的被请求人应当同时满足下列要求: 1. 被请求人是现时的占有人,亦即在请求人请求返还原物时,被请求人必须正在占有该物。 2. 被请求人是相对于请求人的无权占有人。

第二种权利:排除妨害请求权

权利	要件
排除妨害请求权	主张排除妨害请求权应当具备以下条件: 1. 妨害具有不法性或者超越了正常的容忍限度。 2. 请求人为物权人。 3. 被请求人必须是对妨害的除去具有支配力的人。 4. 请求之时,妨害依然存在。

第三种权利:消除危险请求权

权利	要件
消除危险请求权	主张消除危险请求权应当具备以下条件: 1. 对物权的妨害虽然没有发生,但是具有发生妨害的可能性。 2. 请求人为物权人。 3. 被请求人必须是对危险的除去具有支配力的人。 4. 请求之时,危险依然存在。

注意:

排除妨害请求权与消除危险请求权均有提及具有支配力的人,所谓具有支配力的人,包括行为妨害人与状态妨害入。其中,所谓行为妨害入,是指以其行为造成妨害或者危险的人;所谓状态妨害入,是指能够且有义务除去妨害或者危险,但是放任妨害或者危险状态持续的人。

(二)债权请求权

债权请求权有二:恢复原状请求权^①与损害赔偿请求权。

1. 所谓恢复原状请求权,是指妨害行为导致物权人之物毁损、灭失的,物权人可以请求妨害入采取修复或者其他方式,恢复其物本来面貌。
2. 所谓损害赔偿请求权,是指妨害行为造成物权人之损害的,物权人可以请求妨害入赔偿损害。

^① 也有观点认为恢复原状请求权属于物权请求权。

第二章 物权各论

第一节 所有权

一、所有权的定义

所有权是指权利人对自己的不动产或者动产,依法享有占有、使用、收益以及处分的权利。所有权包含占有、使用、收益以及处分四个权能,为简明,列表如下:

权能	概述
占有	权利人对财产的实际管领、控制。
使用	权利人依照财产的性质、功能加以利用。
收益	收取财产产生的孳息或者利益。
处分	决定财产的事实命运或者法律命运(所有权的核心)。

二、所有权的取得

所有权的取得大体可以分为原始取得与继受取得,日常生活中较为常见的取得方式是继受取得,例如:买卖、赠与等。

(一)原始取得

所谓原始取得,是指非依他人既存的权利而取得所有权,例如:善意取得、添附、先占、收取孳息(例如:果园的承包人摘下果树上的果实,可以取得果实的所有权)、建造(例如:某村村民合法建造完成房屋,可以取得房屋的所有权)、生产(例如:某手工艺艺人制造一把木梳,可以取得木梳的所有权)以及征收(例如:政府战争期间征收车辆,可以取得车辆的所有权)等。其中,善意取得、添附以及先占较为重要,为简明,分就三种取得方式列表如下:

第一种:善意取得

适用要件	积极要件
	1. <u>处分人以自己的名义实施了无权处分。</u>在考试中,常见的无权处分是两类:一是未经同意处分他人之物;二是未经同意处分共有之物。值得注意的是,不动产的善意取得通常还需处分人在无权处分之时具有权利外观。 2. <u>第三人主观为善意。</u>第三人受让不动产或者动产时,不知转让人无处分权且无重大过失的,应当认定第三人主观为善意。<u>值得注意的是,第三人的方式、动机无关善意的判断。</u> 3. <u>第三人以合理价格受让。</u>因此,赠与不能产生善意取得的效果。 4. <u>不动产已经完成登记/动产已经完成交付。</u>在动产交易中,现实交付、简易交付以及指示交付均可产生善意取得的效果,但是<u>占有改定不能产生善意取得的效果。</u>

续表

适用要件	消极要件	1. 占有脱离物不能被善意取得。 占有脱离物(盗赃物、遗失物、漂流物、埋藏物、隐藏物等)不能被善意取得。亦即如果善意受让人受让之物为占有脱离物,那么即便四个要件均已具备,善意受让人也不能善意取得该物的所有权。<u>因此,行为人无权处分占有脱离物的,权利人有权自知道或者应当知道善意受让人之日起2年内请求返还</u>;如果善意受让人通过拍卖或者从具有经营资质的经营者处购得,那么善意受让人有权请求权利人偿付价款,言外之意乃是如果善意受让人既非通过拍卖亦非从具有经营资质的经营者处购得,那么善意受让人无权请求权利人偿付价款。 2. 基础交易消灭后不能善意取得。 <u>具有下列情形之一,善意受让人主张善意取得的,不予支持:</u> <u>(1) 转让合同被认定无效。</u> <u>(2) 转让合同被撤销。</u>
法律效果		1. 原所有权消灭,原所有权人不得向新所有权人主张返还原物; 2. 原所有权人可以对无权处分人主张损害赔偿以资救济。 3. 善意取得动产之后,动产之上其他原有权利随之消灭。

第二种:先占

所谓先占,是指以所有之意思在先占有无主动产。先占不同于拾得遗失物,前者针对无主动产,后者针对有主动产。

引申知识:拾得遗失物

拾得人的义务	1. 返还原物及其孳息。 2. 及时通知失主或者送交有关部门。 3. 妥善保管,因为故意或者重大过失导致遗失物毁损、灭失的,拾得人应当予以赔偿。
拾得人的权利	遗失人领取遗失物时应当向拾得人或者有关部门支付保管遗失物的必要费用(不是报酬,而是必要费用)。但是,拾得人侵占遗失物(拒不返还遗失物即为侵占遗失物)的不能请求必要费用。
遗失物的处理	发布招领公告之日起1年内无人认领的,该遗失物归国家所有。

第三种:添附

所谓添附,可以进一步划分为附合、混合以及加工。为简明,列表如下:

附合	定义	两个以上所有权人的物结合在一起不能分离。
	所有权归属	1. 动产与动产附合的,如果一方之物价值明显较高的,所有权归属该方或者可以区分主从物的,所有权归属主物的所有权人→否则按份共有。 2. 动产与不动产附合的,所有权归属不动产的所有权人。
混合	定义	两个以上所有权人的物混合在一起不能分辩。
	所有权归属	准用附合的规定。
加工	定义	在他人之物上附加有价值的劳动使其成为新物,例如:羊毛→羊毛制品、陶土→陶瓷制品等。
	所有权归属	新物所有权原则上归属于原物所有权人,但是加工行为相对于原物明显更具价值时归属于加工人。

注意:

除另有约定外,对加工、附合、混合而产生的物,在确定其归属时,除按照上述规则判定外,还需兼顾充分发挥物的效用以及保护无过错当事人的原则。

(二) 继受取得

所谓继受取得,是指基于他人既存的权利而取得所有权,例如:继承、接受遗赠、企业合并、企业分立、买卖以及赠与等。

三、所有权的限制

如果不使用或者干涉相邻不动产,那么无法正常使用自己之不动产时,相邻权人可以在妨害最小化的情况下使用或者干涉相邻不动产,此为对相邻不动产之所有权的限制,亦即相邻关系。依《民法典》相关规定,所有权的限制有六种类型。为期简明,列表如下:

限制	概述
用水、排水	相邻不动产的权利人应当为相邻权人用水、排水提供必要的便利。
邻地通行	相邻不动产的权利人应当为相邻权人通行其土地提供必要的便利。
邻地使用	相邻权人因建造、修缮建筑物或者铺设电线、电缆、水管等情形必须利用相邻不动产的,相邻不动产的权利人应当提供必要的便利。
通风、采光等	相邻建筑物的权利人不得妨害相邻权人的通风、采光、日照等。
不可量物侵害防免关系	相邻不动产的权利人不得违反规定弃置固体废物、排放污染物质以及散发电磁波辐射、噪声等。
相邻损害防免关系	不动产的权利人挖掘土地、建造建筑物、铺设管线以及安装设备等,不得危及相邻不动产的安全。

四、所有权的消灭

在理论上,所有权的消灭分为绝对消灭和相对消灭两种情况。所有权的绝对消灭是指因一定法律事实的发生使所有权的客体不复存在。所有权的相对消灭是指因一定法律事实的发生导致原所有人丧失所有权,但是客体依然存在,只是更换了权利人。引起所有权的相对消灭的原因主要有:转让所有权;抛弃所有权;国家机关依法采取强制措施;所有权人消灭。

五、所有权的特类

(一) 建筑物区分所有权

依《民法典》相关规定,所谓建筑物区分所有权,是指业主对于一栋建筑物中自己专有部分的专有权、共有部分的共有权以及管理权的结合。

权利	概述
专有权	所谓专有权,是指业主对其专有部分所享有的占有、使用、收益以及处分的权利。专有权的客体是专有部分,需要满足如下条件:构造上的独立性,能够明确区分;功能上的独立性,能够排他使用;能够登记成为特定业主所有权的客体。
共有权	所谓共有权,是指业主对其共有部分所享有的使用、收益的权利, <u>建设单位、物业服务企业或者其他管理人等利用业主的共有部分产生的收入,在扣除合理成本之后,属于业主共有。</u> 同时,业主对其共有部分需要负担义务, <u>并且业主不得以放弃权利为由不履行义务。</u> 例如:业主不得以拒绝接受物业服务为由拒绝支付物业管理费用。
管理权	所谓管理权,是指业主对其共有部分所享有的管理的权利。管理权由业主通过业主大会或者业主委员会(业主大会选举产生)行使。值得注意的是,<u>业主大会、业主委员会所做决定得以拘束所有业主,业主利益因此遭受损害的,可以诉请法院撤销该决定。</u> 业主通过业主大会或者业主委员会行使管理权的方式是投票表决,投票表决<u>应当由专有部分面积占比三分之二以上的业主且人数占比三分之二以上的业主参与表决。</u>同时应当遵守以下规则: <u>1. 以下事项应当经专有部分面积 3/4 以上的业主且人数 3/4 以上的业主同意(双绝对多数决):</u> (1)筹集建筑物及其附属设施的维修资金; (2)改建、重建建筑物及其附属设施; (3)改变共有部分的用途或者利用共有部分从事经营活动。 <u>2. 以下事项应当经专有部分面积超过半数的业主且人数超过半数的业主同意(双简单多数决):</u> (1)制定和修改业主大会议事规则; (2)制定和修改管理规约; (3)选举业主委员会或者更换业主委员会成员; (4)选聘和解聘物业服务企业或者其他管理人; (5)使用建筑物及其附属设施的维修资金; (6)有关共有和共同管理权利的其他重大事项。

(二)共有

共有是指两个或者两个以上民事主体对同一财产共同享有所有权。

第一类:按份共有

特征	<u>按份之份额是所有权份额,而非对共有物的分割。</u> 该份额由按份共有人约定,没有约定的,按照按份共有人的出资额确定,没有出资额或者无法确定出资额的,视为等额按份共有。
界定	有以下情形之一的,共有方式为按份共有: 1. 明确约定为按份共有。 2. 没有约定或者约定不明,除具有共同关系外,视为按份共有。
共有物处置	1. 处分或者重大修缮共有物 有约定从约定,否则需经共有份额三分之二以上的按份共有人同意。<u>值得注意的是,三分之二以上是指份额,而非人数。</u> 2. 分割共有物 (1)<u>约定不得分割:原则上不能分割,但是对共有物的处分持不同意见的共有人以及共有人或者其近亲属病重急用时可以请求分割。</u> (2)未约定不得分割:各按份共有人随时可以请求分割。

续表

债务的承担	因共有物产生的债务,在对外关系上,共有人承担连带债务;在内部关系上,除共有人另有约定外,按份共有人按照份额承担债务,偿还债务超过自己应当承担份额的按份共有人,有权向其他共有人追偿。
优先购买权	1. 权利内容 按份共有人之一向按份共有人之外的人转让共有份额时,其他按份共有人享有优先购买权,亦即如果其他按份共有人能够提出同等条件,可以优先于按份共有人之外的人受让共有份额。同等条件应当综合共有份额的转让价格、价款履行方式以及期限等因素确定。 2. 行使期限 按份共有人之一向按份共有人之外的人转让共有份额时,其他按份共有人应当在合理期限内行使优先购买权。所谓合理期限,有约定的从约定,没有约定的以通知载明的期限为准,通知未载明或者载明期限短于15日的,以15日为准,自通知到达之日起计算。未通知的,自其他按份共有人知道或者应当知道同等条件之日起15日。既未通知,其他按份共有人也无法知道同等条件的,自共有份额权属转移之日起六个月。 注意: <u>如果是按份共有人共同约定合理期限,那么约定5日、10日、15日等均可,并无限制;但是,如果是转让人单方通知其他按份共有人,那么通知载明的合理期限不能短于15日,否则以15日为准。</u> 3. 救济途径 <u>按份共有人之一向按份共有人之外的人转让共有份额时,没有通知其他按份共有人的,其他按份共有人可以请求损害赔偿,但是不可以仅主张撤销合同或者转让合同无效。</u> 4. 权利阻却 <u>(1)继承、遗赠不适用:</u>共有份额的权利主体因继承、遗赠等原因发生变化时,其他按份共有人主张优先购买的,不予支持,但是按份共有人之间另有约定的除外。 <u>(2)内部转让不适用:按份共有人之间转让共有份额,</u>其他按份共有人主张优先购买的,不予支持,但是按份共有人之间另有约定的除外。 <u>(3)多人主张按份额:</u>两个以上按份共有人主张优先购买并且协商不成时,请求<u>按照转让时各自份额比例行使优先购买权</u>的,应当支持。

第二类:共同共有

特征	1. 各共有人共同享有所有权,没有份额多少的区分。 2. 各共有人平等享有所有权,没有权利大小、义务多少的区分。 3. 随着共同关系的产生而产生,随着共同关系的消灭而消灭。
界定	没有约定或者约定不明,在具有共同关系时,视为共同共有。常见的共同关系有: 1. 家庭关系。 2. 夫妻关系,但是夫妻双方约定财产归各自所有的除外。 3. 同居关系,婚姻无效或者撤销,同居期间所取得的财产,除非能够证明为个人财产的外,视为共同共有。 4. 继承关系,继承开始后遗产分割前,遗产由各继承人共同共有。
共有物处置	1. 处分以及重大修缮共有物 有约定从约定,否则需经全体共有人同意,但是因为日常生活所需而处理夫妻共同财产时,任何一方有权决定。 2. 分割共有物 <u>(1)约定不得分割:原则上不能分割,但是对共有物的处分持不同意见的共有人以及共有人或者其近亲属病重急用时可以请求分割。</u> <u>(2)未约定不得分割:共有基础丧失或者出现重大理由时可以请求分割。所谓重大理由,法律明文规定的有两个:一是婚姻关系存续期间内,一方行为严重侵害对方财产权益,对方可以请求分割共有财产;二是婚姻关系存续期间内,一方负有扶养义务的亲属患病,对方拒绝治疗,患者一方可以请求分割共有财产。</u>

续表

债务的负担	因共有物产生的债务,在对外关系上,共同共有人承担连带债务;在内部关系上,除共有人另有约定外,共同共有人共同承担债务。
-------	--

第二节 用益物权

一、用益物权的定义

所谓用益物权,是指对他人所有的不动产或者动产,依法所享有的占有、使用以及收益的权利,例如:集体土地归集体组织所有,土地承包经营权人可以对其所承包的集体土地进行占有、使用(例如:种植农作物)以及收益(例如:收割农作物)。

二、用益物权的种类

(一) 土地承包经营权

依《民法典》相关规定,土地承包经营权是指依法对所承包经营之耕地、草地、林地等所享有的占有、使用以及收益的权利。

权利的设立	土地承包经营权自土地承包经营权合同生效时即设立,无论登记与否均可对抗善意第三人。
权利的流转	1. 土地承包经营权的流转 土地承包经营权可以转让、互换,但是未经登记不得对抗善意第三人。此外,未经依法批准,不得将承包地用于非农建设。 2. 土地经营权的流转 土地承包经营权人可以自主决定依法采取出租、入股或者其他方式向他人流转土地经营权。土地经营权人有权在合同约定的期限内占有农村土地,自主开展农业生产经营并且取得收益。流转期限为五年以上的土地经营权,自流转合同生效时设立,当事人可以向登记机构申请土地经营权登记;未经登记,不得对抗善意第三人。通过招标、拍卖、公开协商等方式承包农村土地,经依法登记取得权属证书的,可以依法采取出租、入股、抵押或者其他方式流转土地经营权。
权利的继承	土地承包经营权不得继承,只有承包收益(例如:承包土地上未收割的农作物)可以继承。但是,林地承包经营权以及以招标、拍卖、公开协商等方式取得的土地承包经营权可以在承包期限内继承。
承包的方式	农村土地承包采取农村集体经济组织内部的家庭承包方式,不宜采取家庭承包方式的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等农村土地,可以采取招标、拍卖、公开协商等方式承包。家庭承包的承包方是本集体经济组织的农户,招标、拍卖、公开协商等方式承包的承包方可以是本集体经济组织的农户,也可以是本集体经济组织以外的单位或者个人。 注意: 以招标、拍卖、公开协商等方式承包农村土地的,在同等条件下,相对于本集体经济组织以外的单位或者个人,本集体经济组织成员享有优先承包权。

(二) 建设用地使用权

依《民法典》相关规定,建设用地使用权是指依法对国家所有的土地所享有的占有、使用

以及收益的权利。

权利的设立	建设用地使用权自登记时设立。建设用地使用权的设立方式包括有偿出让与无偿划拨两种。以下建设用地可以以划拨方式取得： 1. 国家机关用地、军事用地； 2. 城市基础设施用地、公益事业用地； 3. 国家重点扶持的能源、交通、水利等基础设施用地； 4. 法律、行政法规规定的其他建设用地。
权利的流转	建设用地使用权可以通过转让、互换、出资、赠与、抵押或者其他方式流转，但是应当办理登记。值得注意的是，处分建设用地使用权的，相应土地上的建筑物、构筑物及其附属设施应当一并处分；处分建筑物、构筑物及其附属设施的，占地范围内的建设用地使用权应当一并处分。

（三）宅基地使用权

依《民法典》相关规定，宅基地使用权是指依法对集体所有的土地所享有的占有以及使用的权利。

村民申请而后集体组织审核同意或者通过赠与、买卖、继承宅基地上的住宅而取得宅基地使用权。农村村民一户只能申请一处宅基地，宅基地面积不得超过省、自治区、直辖市规定的标准，农村村民出租、出卖住宅后再申请宅基地的，不予批准。

（四）地役权

依《民法典》相关规定，地役权是指为了自己之不动产的便利，基于合同约定而使用他人之不动产的权利。

权利的设立	地役权自地役权合同生效时设立，未经登记不影响地役权的设立，但是未经登记，不得对抗善意第三人。
权利的流转	1. 地役权不得单独流转。一般而言，地役权依附于建设用地使用权，不得脱离建设用地使用权而转让、抵押等。 2. 地役权应当随同流转。 (1)需役地权利转让的，转让部分涉及地役权的，受让人享有地役权。 (2)供役地权利转让的，转让部分涉及地役权的，地役权已登记时，受让人应当负担地役；地役权未登记时，受让人无需负担地役。

（五）居住权

依《民法典》相关规定，居住权是指基于合同约定而对他人的住宅进行占有、使用的权利。

权利的设立	居住权人有权按照合同约定，对他人的住宅享有占有、使用的用益物权，以满足生活居住的需要。除另有约定外，原则上居住权无偿设立。设立居住权的，应当采用书面形式订立居住权合同并且向登记机构申请居住权登记，居住权自登记时设立。
权利的流转	居住权不得转让、继承。设立居住权的住宅不得出租，但是当事人另有约定的除外。
权利的消灭	居住权期间届满或者居住权人死亡的，居住权消灭。居住权消灭的，应当及时办理注销登记。

续表

权利的内容	1. 权利:按照合同的约定占有、使用他人的住宅,但是除另有约定外,不得出租设立居住权的住宅;在权利受到侵害时主张物权保护或者主张侵权责任,例如:排除妨害、消除危险等。 2. 义务:行使居住权时应当妥善使用他人住宅,避免对住宅造成损害;在双方约定有偿设立居住权的情形下,应当支付费用。
-------	---

注意:
以遗嘱方式设立居住权的,参照上述规定。

第三节 担保物权概述

一、担保物权的定义

所谓担保物权,是指在债务人不履行到期债务或者约定事由出现时,债权人得以拍卖、变卖担保物并就所得价款优先受偿的权利。提供担保的第三人承担担保责任后,有权向债务人追偿。担保物权包括抵押权、质权以及留置权,它们与保证、定金一起构成了担保的完整体系。其中,抵押权与质权属于意定担保物权,留置权属于法定担保物权。

二、担保物权的特征

担保物权具有四个特征:从属性、物上代位性、不可分性以及优先受偿性。其中,当属物上代位性最为重要。

(一)从属性

担保物权具有从属性。所谓从属性,是指担保物权在范围、效力、消灭以及移转上均从属于主债权。具体内容,参见下表:

观察角度	概述
范围上的从属性	担保物权所担保的额度不能超过主债权的额度,亦即担保物权所担保的额度应当小于或者等于主债权的额度。
效力上的从属性	担保物权以主债权的存在或者将来存在为前提,主债权无效的,担保物权无效。可谓:无主债权则无担保物权。值得注意的是, <u>当事人在担保合同中约定担保合同的效力独立于主合同,或者约定担保人对主合同无效的法律后果承担担保责任,该有关担保独立性的约定无效。主合同有效的,有关担保独立性的约定无效不影响担保合同的效力;主合同无效的,人民法院应当认定担保合同无效,但是法律另有规定的除外。</u> 因金融机构开立的独立保函发生的纠纷,适用《最高人民法院关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》。
消灭上的从属性	消灭上的从属性有两层含义: 1. 主债权全部消灭,担保物权消灭; 2. 主债权部分消灭,担保物权并不消灭,但是所担保之额度相应缩减。
移转上的从属性	主债权转让时,除非另有约定或者另有规定,担保物权随同移转。

(二)物上代位性

担保物权具有物上代位性。所谓物上代位性,是指担保期间,担保财产毁损、灭失或者被征收等,担保物权并不消灭,担保物权人(即主债权人)可以就获得的保险金、赔偿金或者补偿金等优先受偿。主债权的履行期未届满的,可以提存该保险金、赔偿金或者补偿金等物上代位金。

(三)不可分性

担保物权具有不可分性。所谓不可分性,是指担保物以其全部价值担保主债权、主债权之全部均受担保物的担保。具体内容,参见下表:

观察角度	概述
从主债权的角度观察	主债权之全部均受担保物的担保。具体是指: 1. 担保期间,主债权部分消灭的,剩余债权仍受担保物的担保; 2. 担保期间,主债权部分转让的,保留债权与转让债权均受担保物的担保。
从担保物的角度观察	担保物以其全部价值担保主债权。具体是指: 1. 担保期间,担保物的价值变化(增加或者减少)的,担保物的全部担保主债权; 2. 担保期间,担保物被分割的,分割后的各部分均担保主债权。

(四)优先受偿性

担保物权具有优先受偿性。所谓优先受偿性,是指担保物权人得以就担保物拍卖、变卖所得价款优先于普通债权人受偿。

三、担保物权的竞合

所谓担保物权的竞合,是指同一物上并存多个担保物权,例如:同一物上并存抵押权与抵押权、同一物上并存抵押权与质权以及同一物上并存抵押权、质权与留置权。问题在于,当该物的拍卖、变卖所得价款不足以偿付全部担保物权人的债权时,各担保物权人应当按照何种顺序受偿? 为期简明,列表如下:

竞合	受偿顺序
抵押权与抵押权的竞合	1. 同一动产上并存抵押权与抵押权。 <u>登记过的抵押权优先于未登记的抵押权,登记过的抵押权有多个的,登记在先的抵押权优先于登记在后的抵押权,所有未登记的抵押权顺位相同,按照债权比例受偿。</u> 2. 同一不动产上并存抵押权与抵押权。 <u>登记在先的抵押权优先于登记在后的抵押权。</u>
抵押权与质权的竞合	1. 同一动产上并存抵押权与质权,并且抵押权设立在先。 <u>登记过的抵押权优先于质权,未登记的抵押权落后于质权。</u> 2. 同一动产上并存抵押权与质权,并且质权设立在先。 <u>质权优先于抵押权,无论抵押权是否登记。</u>

续表

竞合	受偿顺序
抵押权、质权与留置权的竞合	同一动产上并存抵押权、质权与留置权的,留置权优先于抵押权、质权。
购置款优先权	动产抵押担保的债权是抵押物的价款,标的物交付后十日内办理抵押登记的,该抵押权人优先于抵押物受让人的其他担保物权人受偿,但是留置权人除外。同一动产上存在多个购置款优先权的,人民法院应当按照登记的时间先后确定清偿顺序。

四、担保物权的消灭

有下列情形之一的,担保物权消灭:

1. 主债消灭;2. 担保物权实现;3. 放弃担保物权;4. 其他情形(兜底条款)。

第四节 担保物权之抵押权

一、抵押权的定义

所谓抵押权,是指为担保债务人履行其债务,债务人或者第三人以其财产进行担保,在债务人不履行到期债务时,得以拍卖、变卖债务人或者第三人用以担保之财产并就所得价款优先受偿的权利。

二、抵押权的运转

抵押权的运转描述的是抵押权由生到死的过程,包括:抵押权的设立、抵押权的效力、抵押权的顺位以及抵押权的实现。

(一)抵押权的设立

抵押权系担保物权的一种,因而其之设立属物权从无到有之变动,应当符合物权变动基本要件。具体内容,表述如下:

- 1. 不动产抵押权的设立:抵押合同有效+处分权+抵押登记。
- 2. 动产抵押权的设立:抵押合同有效+处分权。动产抵押权的设立无需办理抵押登记,但是未经登记不得对抗善意第三人;动产抵押权的设立无需交付抵押财产,因为抵押并不要求转移抵押财产的占有。

值得注意的是,部分财产不能抵押,受限财产与法律效果参见下表:

受限财产	下列财产不得抵押： 1. 土地所有权。 2. 宅基地、自留地、自留山等集体所有的土地使用权,但是法律规定可以抵押的除外。 3. 学校、幼儿园、医疗机构等以公益为目的成立的非营利法人的教育设施、医疗卫生设施和其他公益设施。 4. 所有权、使用权不明或者有争议的财产。当事人以所有权、使用权不明或者有争议的财产抵押,经审查构成无权处分的,人民法院应当依照善意取得的规定处理。 5. 依法被查封、扣押、监管的财产。当事人以依法被查封、扣押、监管的财产抵押,抵押权人请求行使抵押权,经审查相关措施已经解除的,人民法院应予支持。抵押人以抵押权设立时财产被查封或者扣押为由主张抵押合同无效的,人民法院不予支持。 6. 法律、行政法规规定的其他不得抵押的财产。
法律效果	如果当事人约定以上述受限财产作为抵押财产,那么在当事人之间抵押权不能设立。

(二) 抵押权的效力

抵押权的效力内容颇多,并且难度较大。为了方便诸位理解,本书整合相关考点,将抵押权的效力分就两个部分:抵押权人的权利与抵押权人的义务。为期简明,列表如下:

第一部分:抵押权人的权利

收取抵押财产之孳息的权利	一般而言,抵押财产之孳息应当由抵押人收取,但是,一旦债务履行期限届满,债务人不履行债务导致抵押财产被法院扣押, <u>此后抵押财产之孳息由抵押权人收取。</u>
保全抵押财产的权利	由于抵押无需移转抵押财产的占有,即抵押权设立之后,抵押财产仍为抵押人所占有。因此,抵押人有可能滥用抵押财产导致其价值减损。对此,抵押权人可以采取以下措施: 1. <u>请求抵押人停止其作为或者不作为。</u> 2. <u>请求抵押人采取措施恢复抵押财产的价值。</u> 3. <u>请求抵押人另行提供补充担保。</u> 4. <u>请求债务人提前清偿债务。</u>
变动抵押权之顺位的权利	抵押权的顺位如何确定前已有述,但是在实现抵押权之前,抵押权人依然可以变更抵押权的顺位。 <u>所谓顺位变更,是指变更双方顺位交换,按照交换后的顺位依次受偿。但是,此一变更未经其他抵押权人书面同意的,不得对其产生不利影响。</u>
优先受偿的权利	在债务人不履行到期债务时,债权人得以拍卖、变卖抵押财产并就所得价款优先受偿。 <u>在抵押财产毁损、灭失时,得以就赔偿金、保险金、补偿金等物上代位金优先受偿。</u>

第二部分:抵押权人的义务

容忍抵押人转让抵押财产的义务	抵押期间,抵押人可以转让抵押财产。当事人另有约定的,按照其约定。抵押财产转让的,抵押权不受影响。 抵押人转让抵押财产的,应当及时通知抵押权人。抵押权人能够证明抵押财产转让可能损害抵押权的,可以请求抵押人将转让所得的价款向抵押权人提前清偿债务或者提存。转让的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。 当事人约定禁止或者限制转让抵押财产但是未将约定登记,抵押人违反约定转让抵押财产,抵押权人请求确认转让合同无效的,人民法院不予支持;抵押财产已经交付或者登记,抵押权人请求确认转让不发生物权效力的,人民法院不予支持,但是抵押权人有证据证明受让人知道的除外;抵押权人请求抵押人承担违约责任的,人民法院依法予以支持。 当事人约定禁止或者限制转让抵押财产且已经将约定登记,抵押人违反约定转让抵押财产,抵押权人请求确认转让合同无效的,人民法院不予支持;抵押财产已经交付或者登记,抵押权人主张转让不发生物权效力的,人民法院应予支持,但是因受让人代替债务人清偿债务导致抵押权消灭的除外。
----------------	---

续表

容忍抵押人出租抵押财产的义务	<u>先出租后抵押。此时,抵押权的实现不受影响,但是抵押财产的承租人可以主张“买卖不破租赁”(加了引号,不是通常意义上的买卖不破租赁,下同)对抗抵押财产的新所有权人,亦即抵押权人可以正常拍卖、变卖抵押财产并就所得价款优先受偿,但是即便抵押财产的所有权人因此发生变化,抵押财产的承租人仍然可以在原先约定的租期内承租该抵押财产。</u>
容忍抵押人抵押抵押财产的义务	抵押人可以再次抵押抵押财产,无需征得抵押权人同意。

(三)抵押权的实现

所谓抵押权的实现,是指在债务人到期不履行债务时,抵押权人就债务人或者第三人用以担保之财产优先受偿。

抵押权期间	依《民法典》相关规定,抵押权人应当在主债权诉讼时效期间内行使抵押权,未行使的,法院不予保护。准以此言, <u>抵押权期间即为主债权的诉讼时效。</u>
抵押权的实现方式	在债务人到期不履行债务时,抵押权人与抵押人可以就实现抵押权的方式进行协商;协议折价或者拍卖、变卖。所谓协议折价,是指将抵押财产折算为一定金额,抵押财产归抵押权人所有,债务人免除相应金额的债务。
流押条款	所谓流押条款,是指在 <u>债务履行期限届满前</u> ,抵押人与抵押权人约定,在债务人到期不履行债务时,抵押财产直接归抵押权人所有。依《民法典》相关规定, <u>流押条款当属无效,抵押权不能依据流押条款实现,亦即抵押财产不能直接归抵押权人所有,但是抵押合同仍然有效。</u>
“房地一体”主义	<u>1. 应当一并抵押</u> <u>以建筑物抵押的,应当将该建筑物占用范围内的建设用地使用权一并抵押;以建设用地使用权抵押的,应当将土地地上已有的建筑物一并抵押。</u> 只办理了建筑物的抵押登记,没有办理建设用地使用权的抵押登记,视为建筑物占用范围内的建设用地使用权已经办理了抵押登记;只办理了建设用地使用权抵押登记,没有办理土地地上已有的建筑物抵押登记的,视为土地地上已有的建筑物已经办理了抵押登记。 <u>注意:</u> (1)以违法的建筑物抵押的,抵押合同无效,但是一审法庭辩论终结前已经办理合法手续的除外。当事人以建设用地使用权依法设立抵押,抵押人以土地上存在违法的建筑物为由主张抵押合同无效的,人民法院不予支持。 (2)以划拨方式取得的建设用地使用权抵押或者以其上的建筑物抵押,不影响抵押合同的效力,但是,抵押权依法实现时,拍卖、变卖建筑物所得的价款,应当优先用于补缴建设用地使用权出让金。 <u>2. 新增建筑处理</u> 建设用地使用权抵押后,土地上新增的建筑不属于抵押财产。 <u>实现该建设用地使用权上的抵押权时,应当将该土地上新增的建筑、原有建筑以及建设用地使用权一并拍卖、变卖,但是拍卖、变卖新增建筑所得价款,抵押权人无权优先受偿。</u>

三、抵押权的特类

(一) 共同抵押

所谓共同抵押,其与单独抵押对应,是指同一债权由两个或者两个以上的抵押人担保。共同抵押可以进一步划分为按份共同抵押与连带共同抵押。

类型	概述
按份共同抵押	所谓按份共同抵押,是指两个或者两个以上的第三人与债权人均约定了明确的担保数额的共同抵押。 按份共同抵押考点有二: 1. 在按份共同抵押中,当债务人不履行到期债务时,各抵押人仅依约定份额承担抵押责任。 2. 在按份共同抵押中,当抵押人承担抵押责任之后,其只能向债务人追偿,不能向其他抵押人追偿,除非另有约定。
连带共同抵押	所谓连带共同抵押,是指两个或者两个以上的抵押人与债权人未约定担保数额或者担保数额约定不明,但是约定可以相互追偿或者基于同一合同提供担保的共同抵押。 连带共同抵押考点有二: 1. 在连带共同抵押中,当债务人不履行到期债务时,各抵押人对债权人应当承担连带责任,债权人可以向任何一个或者数个抵押人主张全部债权。 2. 在连带共同抵押中,当抵押人承担抵押责任之后,其可以向债务人全额追偿,也可以向其他抵押人按照内部分额比例追偿,值得注意的是,除非另有约定,此时追偿应当优先考虑对债务人追偿。

引申知识:混合担保

定义	混合担保指在同一债权上,既有担保物权,又有保证的担保方式。
效力	有约定从约定,否则: 1. 债务人自己提供物的担保的,应当先就该物保实现债权。 2. 债务人自己未提供物的担保的,可以就第三人物保或者保证人选择求偿。
	追偿 在混合担保中,承担了担保责任的第三人,可以向债务人全额追偿。

(二) 最高额抵押(最高额质押准用最高额抵押的规定)

所谓最高额抵押,是指为担保未来一定期间内连续发生的债权,债务人或者第三人以其财产抵押,在债务人不履行到期债务时,债权人得以在最高限额内就抵押财产优先受偿的担保方式。

特征	较之于一般抵押,最高额抵押的特征有三: 1. 最高额抵押设立之初,实际债权尚未确定。 2. 债权转让时,已经转让的债权不再被担保。 3. 债权人的优先受偿权受到最高限额的限制。
----	---

续表

实际债权 的确定	所谓实际债权,是指债权人对债务人所实际享有的债权,亦即实际出借多少,实际债权就是多少。最高额抵押的一大特征乃是:抵押权设立之初,实际债权尚未确定。依《民法典》相关规定,出现下列情形之一,实际债权方才确定: 1. 约定的债权确定期间届满的。 2. 没有约定债权确定期间或者约定不明确时,抵押权人或者抵押人自最高额抵押权设立之日起满<u>两年</u>后请求确定债权的。 3. 新的债权不可能发生的。 4. 抵押权人知道或者应当知道抵押财产被查封、扣押的。 5. 债务人、抵押人被宣告破产或者被解散的。 注意: <u>在最高额抵押权设立之前既已存在的债权,经抵押人与抵押权人明确约定,可以计入实际债权。</u>
担保额度 的确定	<u>在最高额抵押中,债权人的优先受偿权受到最高额的限制,如果实际债权小于或者等于最高限额,全部实际债权可以得到优先受偿;如果实际债权超过最高限额,那么只能优先受偿最高限额内的部分,对于最高限额外的部分,债权人不能优先受偿,仅为普通债权。</u>

(三) 动产浮动抵押

所谓动产浮动抵押,是指为担保债务的履行,企业、个体工商户以及农业生产经营者可以将现有的或者将有的生产设备、生产原料、半成品以及成品等抵押,在债务人到期不履行债务时,债权人得以就抵押财产优先受偿的担保方式。值得注意的是,由于抵押财产在动产浮动抵押权设立之初并不确定,因此动产浮动抵押的登记机关是抵押人住所地的市场监督管理部门,而非抵押财产所在地的市场监督管理部门。但是,此处登记并非动产浮动抵押权的设立要件,未经登记不影响动产浮动抵押权的设立,只是不得对抗善意第三人。

特征	较之于一般抵押,动产浮动抵押的特征有三: 1. 抵押权设立之初,抵押财产并不确定。 2. 抵押财产确定之前,抵押人在正常的生产经营活动中可以转让抵押财产,已经转让的抵押财产不再担保债权,但是有下列情形之一的除外: <u>(1) 购买商品的数量明显超过一般买受人;</u> <u>(2) 购买出卖人的生产设备;</u> <u>(3) 订立买卖合同的目的在于担保出卖人或者第三人履行债务;</u> <u>(4) 买受人与出卖人存在直接或者间接的控制关系;</u> <u>(5) 买受人应当查询抵押登记而未查询的其他情形。</u> 3. 抵押财产是经营者之动产的集合。
抵押财产 的确定	动产浮动抵押的一大特征乃是:<u>抵押权设立之初,抵押财产并不确定。</u>依《民法典》相关规定,出现下列情形之一,抵押财产方才确定: 1. 债务履行期届满,债权未实现。 2. 抵押人宣告破产或者解散。 3. 双方约定的实现抵押权的情形。 4. 严重影响债权实现的其他情形。

第五节 担保物权之质权

一、质权的定义

所谓质权,是指为担保债务人履行其债务,债务人或者第三人将其财产交付债权人占有,在债务人不履行到期债务时,债权人得以拍卖、变卖债务人或者第三人交付占有的财产并就所得价款优先受偿的权利。

二、质权的种类

(一) 动产质权

所谓动产质权,是指以动产为客体的质权。动产质权考点有二:动产质权的设立以及动产质权的效力。为期简明,列表如下:

设立		质押合同有效+处分权+交付=动产质权的设立。 注意: 1. 质权自出质财产交付时设立,但是约定由出质人代为占有出质财产的,质权不能设立。 2. 债权人、出质人与监管人订立三方协议,出质人以通过一定数量、品种等概括描述能够确定范围的货物为债务的履行提供担保,当事人有证据证明监管人系受债权人的委托监管并实际控制该货物的,人民法院应当认定质权于监管人实际控制货物之日起设立。监管人违反约定向出质人或者其他人放货、因保管不善导致货物毁损灭失,债权人请求监管人承担违约责任的,人民法院依法予以支持。 在前款规定情形下,当事人有证据证明监管人系受出质人委托监管该货物,或者虽然受债权人委托但是未实际履行监管职责,导致货物仍由出质人实际控制的,人民法院应当认定质权未设立。债权人可以基于质押合同的约定请求出质人承担违约责任,但是不得超过质权有效设立时出质人应当承担的责任范围。监管人未履行监管职责,债权人请求监管人承担责任的,人民法院依法予以支持。
效力	质权人的权利	1. 占有出质财产的权利:质权人既可以自己占有出质财产,也可以委托他人代为占有出质财产,但是此处“他人”不能是出质人。 2. 收取出质财产之孳息的权利:质权人有权收取出质财产所生孳息,亦即出质财产所生孳息应当由质权人处置,但是质权人不能因此取得孳息的所有权。值得注意的是,收取的孳息应当优先抵充收取孳息的费用。 3. 优先受偿的权利:在债务人不履行到期债务时,债权人得以拍卖、变卖出质财产并就所得价款优先受偿。在出质财产毁损、灭失时,得以就赔偿金、保险金、补偿金等物上代位金优先受偿。 4. 转质的权利:所谓转质,是指质权人以质权人的身份将出质财产再次出质。转质可以进一步划分为承诺转质与责任转质,为期简明,分述如下: (1) 责任转质 所谓责任转质,是指未经出质人同意,质权人以质权人的身份将出质财产再次出质。在责任转质中,转质人对质物的毁损、灭失承担赔偿责任,无论其有无过错。 (2) 承诺转质 所谓承诺转质,是指经过出质人同意,质权人以质权人的身份将出质财产再次出质。在承诺转质中,转质人对质物的毁损、灭失承担赔偿责任,但是以其过错为前提。

续表

效力	质权人的义务	1. 妥善保管出质财产的义务： <u>因质权人过错导致质物毁损、灭失的，质权人应当承担赔偿责任。</u> 2. 质权人经出质人请求应当行使质权，质权人不行使的，可以请求法院拍卖、变卖财产。 <u>质权人怠于行使质权造成损害的，应当赔偿。</u> 3. 返还出质财产的义务：质权消灭，质权人应当返还出质财产。
----	--------	---

(二) 权利质权

1. 有价证券质权

设立	此处所谓有价证券，包括：汇票、本票、支票、债券、存款单、仓单以及提单。欲以前述有价证券出质，需要细分两种情况： (1) 如果该有价证券存在权利凭证，例如：汇票、本票、支票、存款单、仓单以及提单，那么有价证券质权在交付权利凭证时生效。 (2) 如果该有价证券没有权利凭证，例如：记账式国库券以及上市交易的公司债券，那么有价证券质权自办理出质登记时生效。
法律效果	汇票、本票、支票、债券、存款单、仓单以及提单的日期或者提货日期先于主债权到期的，质权人可以兑现或者提货，并与出质人协议用兑现款项或者提取货物提前清偿或者提存。

2. 基金份额或者股权质押

设立	欲以基金份额或者股权出质，质权自办理出质登记时生效。
法律效果	基金份额或者股权出质后，出质人不得转让基金份额或者股权，但是征得质权人同意的除外，转让所得价款应当用于提前清偿或者提存。

3. 知识产权质权

设立	知识产权质权的客体是指知识产权中的财产权，而非知识产权中的人身权。欲以知识产权出质，质权自办理出质登记时生效。
法律效果	知识产权出质后，出质人不得转让或者许可他人使用其知识产权，但是征得质权人同意的，可以转让或者许可他人使用，转让或者许可他人使用所得收益应当用于提前清偿或者提存。

4. 应收账款质权

设立	欲以 <u>现有的或者将有的</u> 应收账款出质的，应收账款质权自办理出质登记时生效。
法律效果	应收账款出质后，出质人不得转让其应收账款，但是征得质权人同意的，可以转让，转让所得价款应当用于提前清偿或者提存。

第六节 担保物权之留置权

一、留置权的定义

所谓留置权,是指债权人依约定占有债务人的财产,在债务人逾期不履行债务时留置该财产以要求债务人履行债务并在债务人仍不履行债务时得以拍卖、变卖该财产并就所得价款优先受偿的权利。抵押权、质权均是基于当事人的约定产生,因此称为意定担保物权,但是留置权是基于法律的规定产生,因此称为法定担保物权。

二、留置权的条件

作为法定担保物权,留置权只要满足法定条件即可行使。但是,普通留置权与商事留置权所需满足的法定条件有所区别,为简明,列表如下:

留置权	法定条件
普通留置权	行使普通留置权应当同时满足下列要件: 1. 债务人未履行到期债务,如果债务履行期间尚未届满,债务人拒绝履行的,债权人不得行使留置权。 2. 债权人合法占有债务人的动产,此处注意两点:一是债权人不得对不动产行使留置权;二是债权人对债务人的动产的占有应当合法,对于以盗抢等方式所占有的债务人的动产,不得行使留置权。 注意: 债务人不履行到期债务,债权人因同一法律关系留置合法占有的第三人的动产,并主张就该留置财产优先受偿的,人民法院应予支持。第三人以该留置财产并非债务人的财产为由请求返还的,人民法院不予支持。 3. 债务人的债务与被扣留的财产属于同一法律关系。这一条件较难理解,在学理上存在两种学说,均不要求各位掌握。在考试中,大体可以分为两种情况把握:一是基于侵权行为考查留置权,此时一般不是行使留置权,而是自助行为;二是基于合同行为考查留置权,此时如果所扣留之物为合同的标的物,那么即为行使留置权,否则属于自助行为。 4. 留置不得违反法律规定、当事人的约定以及违背公序良俗。
商事留置权	行使商事留置权应当同时满足下列要件: 1. 债务人未履行到期债务,此处与普通留置权的行使条件没有区别,不再赘述。 2. 债权人合法占有债务人的动产,此处与普通留置权的行使条件没有区别,不再赘述。 注意: (1)企业之间留置的动产与债权并非同一法律关系,债务人以该债权不属于企业持续经营中发生的债权为由请求债权人返还留置财产的,人民法院应予支持。 (2)企业之间留置的动产与债权并非同一法律关系,债权人留置第三人的财产,第三人请求债权人返还留置财产的,人民法院应予支持。 3. 债权人与债务人双方均为商事组织,在考试中一般表现为债权人与债务人均为企业。 4. 留置不得违反法律规定、当事人的约定以及违背公序良俗。

注意:

紧急留置权:无论是普通留置权还是商事留置权均要求债务人到期未履行债务方可行使,但是在债务人丧失支付能力或者被依法宣告破产时,即便债务履行期间尚未届满,债权人也可以对其合法占有的债务人的动产行使留置权。

三、留置权的效力

(一) 留置权人的权利

占有动产	留置权人有权占有留置财产,值得注意的是,留置财产如果是可分物,例如:十吨大米、两箱苹果等,所留置之财产价值应当大体相当于债权价值;留置财产如果是不可分物,例如:一部手机、一辆汽车等,可以留置全部财产。
优先受偿	宽限期满后债务人仍不履行债务的,留置权人得以拍卖、变卖留置财产并就所得价款优先受偿。前述之宽限期,有约定从约定,没有约定的以 60 日为底限。值得注意的是,留置财产如果是鲜活易腐之物,留置权人可以径行受偿,不受宽限期的限制。
收取孳息	<u>留置权人有权收取留置财产所生孳息,亦即留置财产所生孳息应当由留置权人处置,但是不能因此取得孳息的所有权。值得注意的是,收取的孳息应当优先抵充收取孳息的费用。</u>

(二) 留置权人的义务

妥善保管留置财产	妥善保管留置财产的义务: <u>因留置权人过错导致留置财产毁损、灭失的,留置权人应当承担赔偿责任。</u>
经请求应当行使留置权	留置权人经债务人请求应当行使留置权,留置权人不行使的,债务人可以请求法院拍卖、变卖留置财产。
返还留置财产	留置权消灭,留置权人应当返还留置财产。

四、留置权的消灭

依《民法典》相关规定,出现下列情形之一的,留置权消灭:

1. 留置权人接受债务人另行提供的担保;
2. 留置权人丧失对留置财产的占有。

第七节 占有

一、占有的定义

所谓占有,是指对物在事实上的管领、控制。一般而言,占有需要同时具备两个要件:心素(主观上具有管领、控制的意思)与体素(客观上处于管领、控制的状态)。占有具有如下特征:

1. 占有的客体仅限于物,包括动产与不动产,而不包括权利;
2. 占有是一种事实,而非一种权利,占有需要对物产生了事实上的管领、控制。言下之意乃是,是否构成占有,其关键在于是否存在对物在事实上的管领、控制,而非是否具有管领、控制的正当权利来源,有正当权利来源的,可以构成占有,没有正当权利来源的,也能构成占有。

二、占有的分类

(一) 有权占有与无权占有

有权占有与无权占有划分的标准是是否具有合法本权。所谓合法本权,是指正当权利来源。

有权占有	所谓有权占有,是指有合法本权的占有。例如:所有权人、建设用地使用权人、留置权人、质权人等的占有是有权占有(本权为物权);借用人、承租人、保管人等的占有亦为有权占有(本权为债权)。
无权占有	所谓无权占有,是指无合法本权的占有。例如:拾得人对遗失物的占有、盗取人对盗赃物的占有等均为无权占有。

(二) 善意占有与恶意占有

善意占有与恶意占有的划分标准是是否明知无占有之本权,这是对无权占有的分类,有权占有不再进行善意与恶意的划分。

善意占有	所谓善意占有,是指占有人不知道也不应当知道自己缺乏占有的本权而占有。例如:将他人之物误认成自己之物而占有即为善意占有。
恶意占有	所谓恶意占有,是指占有人明知无占有的本权或者不是明知但是有所怀疑而占有。例如:拾得人对遗失物的占有即为恶意占有。

(三) 直接占有与间接占有

直接占有与间接占有的划分标准是是否直接管领、控制。

直接占有	所谓直接占有,是指直接对物进行事实上的管领、控制。
间接占有	所谓间接占有,是指虽然没有直接对物进行事实上的管领、控制,但是依据一定的法律关系对于直接占有人享有占有返还请求权。间接占有通常要求三个要件: 1. 具有占有媒介关系,此处占有媒介当为约定媒介关系,而非法定媒介关系; 2. 直接占有人基于他主意思占有; 3. 有请求返还的权利。

(四) 自主占有与他主占有

自主占有与他主占有的划分标准是是否把自己当作所有权人。

自主占有	所谓自主占有,是指视自己为所有权人的占有。值得注意的是,无论占有人是否为所有权人,只要其将自己视为所有权人,即为自主占有,例如:拾得人将遗失物据为己有时即为自主占有。
他主占有	所谓他主占有,是指视自己为非所有权人的占有。值得注意的是,即便占有人确系所有权人,只要其将自己视为非所有权人,即为他主占有。

(五) 自己占有与辅助占有

自己占有与辅助占有的划分标准是是否基于自我意志而占有。

自己占有	所谓自己占有,是指基于自己的意志所为的占有。
辅助占有	所谓辅助占有,是指按照他人的指示所为的占有。 <u>占有辅助人不是占有人,以指示人为占有人。</u>

三、占有的保护

(一) 占有保护请求权

第一种权利:占有返还请求权

权利	要件	
占有返还请求权	请求人为占有被侵夺之人	何人之占有被侵夺,何人行使占有返还请求权,无侵夺则无占有返还请求权。
	被请求人为占有之侵夺人及其继承人	<u>被请求人必须是现时占有人</u> ,亦即在请求人请求返还占有时,被请求人必须正在占有该物。
	自侵夺之日起一年内行使	一年期满未行使的,占有返还请求权消灭。此处“一年”属于除斥期间,不得中断、终止或者延长。

第二种权利:排除妨害请求权

权利	要件
排除妨害请求权	主张排除妨害请求权应当具备以下条件: 1. 妨害具有不法性或者超越了正常的容忍限度。 2. 请求人为占有人。 3. 被请求人必须是对妨害的除去具有支配力的人。 4. 请求之时,妨害依然存在。

第三种权利:消除危险请求权

权利	要件
消除危险请求权	主张消除危险请求权应当具备以下条件: 1. 对占有的妨害虽然没有发生,但是具有发生妨害的可能性。 2. 请求人为占有人。 3. 被请求人必须是对危险的除去具有支配力的人。 4. 请求之时,危险依然存在。

(二) 债权请求权

此处债权请求权主要是指损害赔偿请求权,亦即妨害行为造成占有之损害的,占有人可以请求妨害人赔偿损害。

第三编 债之概述

第一节 基础理论

一、债的定义

民法所谓之债,是指特定人得以请求特定人为一定行为或者不为一定行为的民事法律关系。其中,享有权利者称为债权人,其所享有之权利称为债权;负担义务者称为债务人,其所负担之义务称为债务。

二、债的分类

(一) 劳务之债与财物之债

劳务之债与财物之债的划分标准是标的的形态。

劳务之债	所谓劳务之债,是指债务人应当提供一定劳务的债,例如:家政服务、课业辅导等。
财物之债	所谓财物之债,是指债务人应当交付一定财物的债,例如:买卖合同、赠与合同等。

(二) 种类之债与特定之债

种类之债与特定之债的划分标准是标的物是否特定,这是对财物之债的分类。

种类之债	所谓种类之债,是指以种类物为标的物的债。其中,种类物是指能够为其他相同种类、相同品质的物所代替的物。
特定之债	所谓特定之债,是指以特定物为标的物的债。其中,特定物是指已经确定,无法为其他相同种类、相同品质的物所代替的物。

(三) 简单之债与选择之债

简单之债与选择之债的划分标准是标的是否可以选择。

简单之债	所谓简单之债,是指标的的只有一个,不可选择的债。在日常生活中,简单之债较为多见,属于常态。
选择之债	所谓选择之债,是指标的的存在多个,需要择一的债。在选择之债中,除另有约定外,债务人拥有选择权,但是在约定期限内或者履行期限届满未作选择,经催告后在合理期限内仍未选择,选择权转移至债权人。此外,行使选择权应当及时通知对方,通知到达对方时债务之标的确定并且不得变更,但是对方同意除外。待选择的部分标的不能履行的,不得选择该标的。

(四) 单一之债与多数人之债

单一之债与多数人之债的划分标准是当事人的数量。

单一之债	所谓单一之债,是指债权人与债务人双方均为一人的债。
多数人之债	所谓多数人之债,是指债权人或者债务人一方为二人以上的债。

(五) 按份之债与连带之债

按份之债与连带之债的划分标准是当事人的关系。

按份之债	所谓按份之债,是指多个债权人按照各自份额行使债权或者多个债务人按照各自份额履行债务的债。按份之债的份额难以确定的,视为份额相同。
连带之债	所谓连带之债,是指多个债权人中任何一人均能行使全部债权或者多个债务人中任何一人均需负担全部债务的债。连带之债需要注意以下规则: 1. 连带债务人之间的份额难以确定的,视为份额相同。实际承担债务超过自己份额的连带债务人,有权就超出部分向其他连带债务人追偿,并且相应享有债权人的权利。其他连带债务人对债权人的抗辩,可以向其主张。 2. 部分连带债务人履行、抵销、提存、混同或者被免除的,其他连带债务人在相应范围内消灭债务(履行、抵销、提存、混同或者被免除了多少债务,其他连带债务人消灭多少债务)。 3. 连带债权人之间的份额难以确定的,视为份额相同。实际受领债权的连带债权人,应当按比例向其他连带债权人返还。

第二节 债的移转

一、债的移转的定义

所谓债的移转,是指债的内容不变,但是基于双方约定或者法律规定,债的主体发生变化。债的移转可以进一步划分为债的法定移转(债的主体依据法律规定发生变化)与债的约定移转(债的主体基于双方约定发生变化),本节所述均为债的约定移转,债的约定移转包括:债权让与、债务承担以及债权债务约定概括承受。

二、债权让与

所谓债权让与,是指债的内容不变,但是基于双方约定,债权人发生变化。值得注意的是,

同一债务有两个以上第三人提供担保,担保人受让债权的,人民法院应当认定该行为系承担担保责任。

构成要件	债权让与想要生效应当同时具备下列要件: 1. 存在有效债权。 2. 债权具有可让与性。除另有约定或者规定外,常见不可让与的债权有(包括但是并不限于): (1) 抚养费、赡养费以及扶养费等基于特殊身份关系而取得的债权; (2) 承揽之债、委托之债等基于特定信任关系而取得的债权。 3. 让与人与受让人达成债权让与的合意。 注意: 让与人将债权让与的事实通知债务人并不是债权让与生效的要件,亦即无论是否将债权让与的事实通知债务人,都不影响债权让与在让与人与受让人之间生效。通知的效力在于: <u>(1)通知可以冻结债务人的清偿。一旦通知,债务人不得向让与人清偿,即便清偿,亦属无效。</u> <u>(2)通知之后债权让与方可对让与人的债务人产生效力,言下之意乃是,通知之前受让人不得对让与人的债务人主张债权,通知之后受让人方可对让与人的债务人主张债权。</u>	
法律效果	从权利 随同移转	<u>1. 主债权全部让与的,除另有约定外,担保物权、保证债权随同移转。</u> <u>2. 主债权部分让与的,担保物权、保证债权仍同时担保已经转让的部分债权与尚未转让的部分债权。</u>
	抗辩的援引	所谓抗辩的援引,是指让与通知到达债务人时,债务人对让与人的抗辩可以对受让人主张。
	诉讼时效的中断	债权让与时,应当认定诉讼时效从让与通知到达债务人之日起中断。
	抵销的主张	<u>1. 债务人接到让与通知时,债务人对让与人也享有债权,并且债务人的债权先于让与人的债权到期或者同时到期的,债务人可以向受让人主张抵销。债务人向受让人主张抵销后,受让人可以对让与人主张违约责任。</u> <u>2. 债务人接到让与通知时,债务人对让与人也享有债权,并且债务人的债权与转让的债权是基于同一合同产生的,债务人可以向受让人主张抵销。</u>
	费用的负担	<u>由于债权转让增加的履行费用,由让与人负担。</u>

三、债务承担

所谓债务承担,是指债的内容不变,但是基于双方约定,债务人发生变化。

(一) 并存的债务承担

所谓并存的债务承担,是指原债务人不退出合同关系,而由第三人加入合同关系成为新的债务人,与原债务人共同承担债务(连带责任)。实施并存的债务承担通常通过以下两种途径:

- 1. 第三人与债务人约定加入债务并且通知债权人;
- 2. 第三人向债权人表示愿意加入债务,债权人未在合理期限内明确拒绝的。

(二) 免责的债务承担

所谓免责的债务承担,是指原债务人将债务全部或者部分转移给第三人,第三人成为新债

务人,原债务人免除相应部分的债务。

构成要件	免责的债务承担想要生效应当同时具备下列要件: 1. 存在有效债务。 2. 债务具有可承担性。 3. 债务人与承担人达成债务承担的合意。 4. <u>征得债权人的同意。债务人或者第三人可以催告债权人在合理期限内予以同意,债权人未作表示的,视为不同意。</u>	
法律效果	从义务有条件地 随同移转	1. <u>第三人提供担保,未经担保人书面同意,债权人允许债务人转移全部或者部分债务的,担保人不再承担相应的担保责任。</u> 2. <u>在保证期间内,未经保证人书面同意,债权人允许债务人转移全部或者部分债务的,保证人不再承担相应的担保责任。</u>
	抗辩的援引	所谓抗辩的援引,是指债务承担人有权援引原债务人对债权人的抗辩。 <u>但是,原债务人对债权人享有债权的,新债务人不得向债权人主张抵销。</u>
	诉讼时效的中断	免责的债务承担时,应当认定诉讼时效从债务承担的意思表示到达债权人之日起中断。

四、债权债务概括承受

所谓债权债务概括承受,是指债的一方主体将其债权、债务一并移转给第三人,使该第三人代替出让人的地位,成为新的当事人。包括合同承受与法定承受。

(一) 合同承受

合同承受是指合同的一方当事人经对方当事人同意,将其在合同中的债权、债务全部或者部分移转给第三人。

(二) 法定承受

法定承受是指基于法律的规定而产生的债权、债务的概括移转,包括法人合并与财产继承等。

第三节 债的担保

一、债的担保的定义

所谓债的担保,是指以财物、金钱或者信用为基础,担保债务人到期将会履行债务。债的担保方式有三:以财物为基础的担保——担保物权、以金钱为基础的担保——定金以及以信用为基础的担保——保证。

引申知识:让与担保

债务人或者第三人与债权人约定将财产形式上转移至债权人名下,债务人不履行到期债务,债权人有权对财产折价或者以拍卖、变卖该财产所得价款偿还债务的,人民法院应当认定该约定有效。当事人已经完成财产权利变动的公示,债务人不履行到期债务,债权人请求参照

《民法典》关于担保物权的有关规定就该财产优先受偿的,人民法院应予支持。

债务人或者第三人与债权人约定将财产形式上转移至债权人名下,债务人不履行到期债务,财产归债权人所有的,人民法院应当认定该约定无效,但是不影响当事人有关提供担保的意思表示的效力。当事人已经完成财产权利变动的公示,债务人不履行到期债务,债权人请求对该财产享有所有权的,人民法院不予支持;债权人请求参照《民法典》关于担保物权的规定对财产折价或者以拍卖、变卖该财产所得的价款优先受偿的,人民法院应予支持;债务人履行债务后请求返还财产,或者请求对财产折价或者以拍卖、变卖所得的价款清偿债务的,人民法院应予支持。

债务人与债权人约定将财产转移至债权人名下,在一定期间后再由债务人或者其指定的第三人以交易本金加上溢价款回购,债务人到期不履行回购义务,财产归债权人所有的,人民法院应当参照第二款规定处理。回购对象自始不存在的,人民法院应当依照《民法典》第一百四十六条第二款的规定,按照其实际构成的法律关系处理。

二、债的担保之保证

(一) 保证的定义

所谓保证,是指保证人与债权人约定在债务人没有履行或者不能履行到期债务时,由保证人按照约定替债务人履行债务的担保方式。值得注意的是,保证合同的双方当事人是债权人与保证人(保证人不能是债务人,应当是债务人之外的第三人),债务人不是保证合同的一方当事人。保证合同具有如下特征:

1. 从属性。保证合同是从合同,以主合同的成立为前提,因主合同的消灭而消灭。值得注意的是,当事人在担保合同中约定担保合同的效力独立于主合同,或者约定担保人对主合同无效的法律后果承担担保责任,该有关担保独立性的约定无效。主合同有效的,有关担保独立性的约定无效不影响担保合同的效力;主合同无效的,人民法院应当认定担保合同无效,但是法律另有规定的除外。因金融机构开立的独立保函发生的纠纷,适用《最高人民法院关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》。

2. 单务性、无偿性。在保证合同中,保证人单方面承担财产性义务,不从对方获得财产利益,故保证合同为单务合同、无偿合同。

3. 相对独立性。保证合同虽然从属于主合同,但是保证合同也是单独合同,有自己的成立要件与生效要件等。

注意:

在保证期间内,债务人与债权人协议变更债的内容的,应当取得保证人的书面同意,否则:

1. 如果减轻债务人的债务,保证人对减轻后的债务承担保证责任。
2. 如果加重债务人的债务,保证人对加重的部分不承担保证责任。
3. 如果对主合同履行期限作了变动,保证期间为原先双方约定或者法律规定的期间。

(二) 保证的成立

保证的成立是债权人向保证人主张保证债权的前提,如果保证尚未成立,债权人自然不享有保证债权。保证的成立考点有二:成立的方式以及成立的限制。为期简明,列表如下:

成立的方式	有下列情形之一的,保证人应当承担保证责任: 1. 保证人与债权人签订书面保证合同。 2. 主合同上有保证条款,保证人在主合同上签字或者盖章。 3. 主合同上无保证条款,保证人在主合同上以保证人的身份签字或者盖章。 4. 保证人单方面以书面形式向债权人出具担保文书,债权人未表示异议。	
成立的限制	保证人的绝对禁止	下列主体不能担任保证人,否则保证合同无效,债权人不能主张保证债权: 1. 机关法人,但是经国务院批准为使用外国政府或者国际经济组织贷款进行转贷的除外。 2. 以公益为目的的非营利法人、非法人组织。值得注意的是,登记为营利法人的学校、幼儿园、医疗机构、养老机构等提供担保,当事人以其不具有担保资格为由主张担保合同无效的,人民法院不予支持。 3. 基层群众自治法人,也即居民委员会、村民委员会,但是依法代行村集体经济组织职能的村民委员会,依照村民委员会组织法规定的讨论决定程序对外提供担保的除外。
	保证人的相对禁止	1. 企业法人的分支机构未经公司决议以自己的名义对外提供担保,相对人请求公司或者其分支机构承担担保责任的,人民法院不予支持,但是相对人不知道且不应当知道分支机构对外提供担保未经公司决议程序的除外。 2. 金融机构的分支机构在其营业执照记载的经营范围内开立保函,或者经有权从事担保业务的上级机构授权开立保函,金融机构或者其分支机构以违反《公司法》关于公司对外担保决议程序的规定为由主张不承担担保责任的,人民法院不予支持。金融机构的分支机构未经金融机构授权提供保函之外的担保,金融机构或者其分支机构主张不承担担保责任的,人民法院应予支持,但是相对人不知道且不应当知道分支机构对外提供担保未经金融机构授权的除外。

(三) 保证的分类

第一组:一般保证与连带责任保证

一般保证与连带责任保证的划分标准是保证人与债务人的关系。

一般保证	定义	所谓一般保证,是指保证人仅对债务人不能履行的债务承担补充责任的保证。在一般保证中,保证人享有先诉抗辩权,在主债权债务纠纷未经审判或者仲裁,并就债务人之财产强制执行未果之前,保证人可以拒绝承担保证责任。值得注意的是,一般保证人在下列四种情形下不享有先诉抗辩权: 1. 债务人下落不明,且无财产可供执行; 2. 人民法院受理债务人破产案件; 3. 债权人有证据证明债务人的财产不足以履行全部债务或者丧失履行债务能力; 4. 保证人书面放弃。
	界定	保证人与债权人对保证方式没有约定或者约定不明的,推定为一般保证。当事人在保证合同中约定了保证人在债务人不能履行债务或者无力偿还债务时才承担保证责任等类似内容,具有债务人应当先承担责任的意思表示的,人民法院应当将其认定为一般保证。
	诉讼结构	1. 债权人可以只列债务人为被告。 2. 债权人可以列债务人、保证人为共同被告,但是法院应当在判决书中明确在对债务人之财产依法强制执行后仍然不能履行债务时方由保证人承担保证责任。如此方可确保一般保证人仅对债务人不能履行的债务承担补充责任。 3. 债权人不能只列保证人为被告,只列保证人为被告的,法院应当驳回起诉。

续表

连带责任保证	定义	所谓连带责任保证,是指保证人在债务人不履行到期债务时与债务人承担连带责任的保证。连带责任保证人 <u>不享有先诉抗辩权</u> ,债务人不履行到期债务时,债权人有权请求连带责任保证人承担保证责任。
	界定	<u>连带责任保证需要保证人与债权人明确约定。当事人在保证合同中约定了保证人在债务人不履行债务或者未偿还债务时即承担保证责任、无条件承担保证责任等类似内容,不具有债务人应当先承担责任的的意思表示的,人民法院应当将其认定为连带责任保证。</u>
	诉讼结构	1. 债权人可以只列债务人为被告。 2. 债权人可以只列保证人为被告。 3. 债权人可以列债务人、保证人为共同被告。

第二组:单独保证与共同保证

单独保证与共同保证的划分标准是保证人的数量。

单独保证			所谓单独保证,是指仅由一个保证人为某一债权提供担保的保证。与之对应,所谓共同保证,是指由两个或者两个以上的保证人为同一债权提供担保的保证。
共同保证	按份共同保证	定义	所谓按份共同保证,是指两个或者两个以上的保证人与债权人均约定了明确的保证数额的共同保证。
		法律效果	按份共同保证法律效果有二: 1. 在按份共同保证中,当债务人不履行到期债务时,各保证人仅依约定份额承担保证责任。 2. 在按份共同保证中,当保证人承担保证责任之后,其只能向债务人追偿,不能向其他保证人追偿,除非另有约定。
	连带共同保证	定义	所谓连带共同保证,是指两个或者两个以上的第三人与债权人未约定担保数额或者担保数额约定不明,但是约定可以相互追偿或者基于同一合同提供担保的共同保证。
		法律效果	连带共同保证法律效果有二: <u>1. 在连带共同保证中,当债务人不履行到期债务时,各保证人对债权人应当承担连带责任,债权人可以向任何一个或者数个保证人主张全部债权。</u> 2. 在连带共同保证中,当保证人承担保证责任之后,其可以向债务人全额追偿,也可以向其他保证人按照内部份额比例追偿,值得注意的是,除非另有约定,否则追偿应当优先考虑对债务人追偿。

注意:

无论是连带责任保证,抑或是连带共同保证,均有“连带”二字,但是在两类保证中,“连带”的含义有所不同。连带责任保证中的“连带”强调债务人与保证人承担连带责任,连带共同保证中的“连带”强调保证人与保证人承担连带责任。

(四) 保证的限制

所谓保证的限制,是指对债权人行使保证债权的限制,包括时间上的限制与抗辩上的限制。其中,时间上的限制是指债权人应当于某一期间内行使保证债权;抗辩上的限制是指债权人行使保证债权时将遭遇保证人的抗辩。

1. 时间上的限制

债权人在行使保证债权时有两个时间上的限制:保证期间与保证债务的诉讼时效。简而

言之,债权人应当在保证期间内主张保证债权,否则保证期间经过,保证人的保证责任消灭,债权人即不得再向保证人主张保证债权;如果债权人在保证期间内主张保证债权,便会随之起算保证债务的诉讼时效,保证债务的诉讼时效一旦经过,那么在债权人主张保证债权时,保证人即可以提出诉讼时效经过的抗辩。下文将分三个层次梳理对债权人在时间上的限制。

第一个时间上的限制:保证期间

保证期间是债权人行使保证债权的第一个时间上的限制,债权人应当在保证期间内主张保证债权,否则保证期间经过,保证人的保证责任消灭,债权人即不得再向保证人主张保证债权,亦即不得请求保证人替债务人履行债务。

起算时间	关于保证期间的起算时间,有约定从约定,没有约定,保证期间通常与主债权诉讼时效期间同步起算。
期间长度	关于保证期间的期间长度,有约定从约定,但是约定保证期间早于或者等于债务履行期限的,视为没有约定,保证期间为 6 个月。 如果双方关于保证期间的期间长度并无约定或者约定不明,保证期间为 6 个月。
期间效力	债权人应当在保证期间内主张保证债权,否则保证期间经过,保证人的保证责任消灭,债权人即不得再向保证人主张保证债权。 由于在一般保证与连带责任保证中,债权人主张保证债权的方式不同,因此应当加以区分: (1)在一般保证中,债权人须在保证期间内提起诉讼或者申请仲裁,否则保证期间经过,保证人的保证责任消灭。一般保证的债权人在保证期间内对债务人提起诉讼或者申请仲裁后,又撤回起诉或者仲裁申请,债权人在保证期间届满前未再行提起诉讼或者申请仲裁,保证人主张不再承担保证责任的,人民法院应予支持。 (2)在连带责任保证中,债权人须在保证期间内请求保证人承担保证责任,否则保证期间经过,保证人的保证责任消灭。连带责任保证的债权人在保证期间内对保证人提起诉讼或者申请仲裁后,又撤回起诉或者仲裁申请,起诉状副本或者仲裁申请书副本已经送达保证人的,人民法院应当认定债权人已经在保证期间内向保证人行使了权利。

第二个时间上的限制:保证债务的诉讼时效

起算时间	只有债权人在保证期间内主张保证债权,才有可能也有必要起算保证债务的诉讼时效,如果债权人没有在保证期间内主张债权,那么保证人的保证责任消灭,与之相应,债权人的保证债权随之消灭,自无可能也无必要起算保证债务的诉讼时效。因此,保证债务的诉讼时效的起算时间与保证期间内是否主张保证债权关系密切,具体关系应当依据一般保证与连带责任保证而加以区分: (1)在一般保证中,债权人通过提起诉讼或者申请仲裁的方式主张权利,保证债务的诉讼时效自保证人拒绝承担保证责任的权利(先诉抗辩权)消灭之日起算。具体而言,保证债务的诉讼时效的起算时间按照下列规则确定: ①人民法院作出终结本次执行程序裁定,或者依照《民事诉讼法》第二百五十七条第三项、第五项的规定作出终结执行裁定的,自裁定送达债权人之日起开始计算; ②人民法院自收到申请执行书之日起一年内未作出前项裁定的,自人民法院收到申请执行书满一年之日起开始计算,但是保证人有证据证明债务人仍有财产可供执行的除外。 一般保证的债权人在保证期间届满前对债务人提起诉讼或者申请仲裁,债权人举证证明存在《民法典》第六百八十七条第二款但书规定情形的,保证债务的诉讼时效自债权人知道或者应当知道该情形之日起开始计算。 (2)在连带责任保证中,债权人通过请求的方式主张权利,因此保证债权的诉讼时效应当自请求之日起算。
期间长度	一般为普通诉讼时效 3 年。在考试中,除非题目有特别的交代,否则保证债务的诉讼时效即为普通诉讼时效 3 年。
期间效力	保证债务的诉讼时效经过,保证人即获得保证债务的诉讼时效经过的抗辩权,可以拒绝承担保证责任。

2. 抗辩上的限制

保证人自己对债权人的抗辩权	(1)一般保证人所享有的先诉抗辩权。 (2)一般保证人与连带责任保证人均享有的保证债务的诉讼时效经过的抗辩权。
保证人可以援引的债务人对债权人的抗辩权	(1)保证人可以援引主债权的诉讼时效经过的抗辩权。保证人知道或者应当知道主债权诉讼时效期间届满仍然提供保证或者承担保证责任,又以诉讼时效期间届满为由拒绝承担保证责任或者请求返还财产的,人民法院不予支持;保证人承担保证责任后向债务人追偿的,人民法院不予支持,但是债务人放弃诉讼时效抗辩或者同意给付的除外。 (2)保证人可以援引债务人的同时履行抗辩权,所谓同时履行抗辩权,是指当事人互负债务,没有先后履行顺序的,应当同时履行。一方在对方履行前有权拒绝其履行要求。 (3)保证人可以援引债务人的顺序履行抗辩权,所谓顺序履行抗辩权,是指当事人互负债务,有先后履行顺序的,应当先履行的一方未履行,应当后履行的一方有权拒绝其履行要求。 (4)保证人可以援引债务人的不安抗辩权,所谓不安抗辩权,是指当事人互负债务,有先后履行顺序的,应当先履行的一方有确切证据证明应当后履行的一方存在丧失或者可能丧失履行能力的情形时,可以中止履行应当先履行的义务。

三、债的担保之定金

所谓定金,是指合同当事人为了确保订立合同或者履行合同,依据法律规定或者双方约定,由一方给付对方一定数额的金钱,如果给付一方拒绝缔约、违约或者解约,那么其丧失定金;如果收受一方拒绝缔约、违约或者解约,那么应当双倍返还定金。值得注意的是,定金合同属于实践合同,交付定金后方生效。

引申知识:保证金

债务人或者第三人为担保债务的履行,设立专门的保证金账户并由债权人实际控制,或者将其资金存入债权人设立的保证金账户,债权人主张就账户内的款项优先受偿的,人民法院应予支持。当事人以保证金账户内的款项浮动为由,主张实际控制该账户的债权人对账户内的款项不享有优先受偿权的,人民法院不予支持。

第四节 债的保全

一、债的保全的定义

所谓债的保全,是指债权人在债务人行为损害其债权时得以采取的救济措施。债的保全包括:债权人代位权与债权人撤销权。

二、债的保全之债权人代位权

(一)债权人代位权的定义

所谓债权人代位权,是指在债务人怠于行使到期债权并且因此损害债权人之债权时,债权

人可以以自己的名义起诉次债务人,请求次债务人直接向自己履行债务。

(二) 债权人代位权的条件

债权人代位权虽然对债权人颇为有利,但是不能轻易行使,行使债权人代位权需要同时满足下列条件:

1. 债权人对债务人的债权合法、有效。

注意:

债权人的债权到期前,债务人的债权或者与该债权有关的从权利存在诉讼时效期间即将届满或者未及时申报破产债权等情形,影响债权人将来实现债权的,债权人可以代位向次债务人请求其向债务人履行、向破产管理人申报等。

2. 债务人对次债务人的债权合法、有效。

3. 债务人怠于行使债权并且因此损害债权人的债权。

注意:

债务人只要没有对次债务人提起诉讼或者申请仲裁,即属于怠于行使债权,无论债务人采取其他何种方式行使债权,均不影响怠于的认定。

4. 债务人对次债务人的债权不能专属于债务人,亦即不能对专属于债务人的债权行使债权人代位权,例如:精神损害赔偿请求权、人身损害赔偿请求权以及抚养费请求权等。

(三) 债权人代位权的行使

依《民法典》相关规定,债权人代位权的行使考点有二:行使方式与行使范围。为期简明,列表如下:

行使方式	债权人代位权必须以诉讼的方式行使,称为代位之诉。代位之诉的原告为债权人、被告为次债务人,此外可以追加债务人为第三人。
行使范围	行使债权人代位权所主张的债权数额不得超过次债务人对债务人负担的债务的数额。

(四) 债权人代位权的法律效果

债权人对次债务人提起的代位之诉经法院审理之后认定债权人代位权成立的,将产生三层法律效果:

- 1. 由次债务人向债权人履行债务;
- 2. 债权人与债务人、债务人与次债务人之间相应的债权债务关系即予消灭;
- 3. 诉讼费用由次债务人负担,其他必要费用,由债务人负担。

三、债的保全之债权人撤销权

(一) 债权人撤销权的定义

所谓债权人撤销权,是指在债务人实施危害债权人之债权的行为时,债权人可以提起诉讼请求撤销该行为。

(二) 债权人撤销权的条件

行使债权人撤销权应当同时满足下列条件：

- 1. 债权人对债务人的债权合法、有效,但是并不要求到期。
- 2. 债务人负担债务后实施了损害债权人之债权的行为,亦即债权人撤销权可以撤销的一定是债务人负担债务后实施的行为,不能是债务人负担债务前实施的行为。
- 3. 损害债权人之债权的行为如果有偿,便需受益人或者受让人恶意,此处“恶意”是指知道或者应当知道债务人的行为可能损害债权人的债权,但是是否知道或者应当知道可能损害哪一债权人的债权并不影响认定恶意。
- 4. 诉请撤销的行为不能是人身行为,例如:结婚、收养等。

引申知识:损害债权人之债权的行为

行为	概述
放弃	放弃债权或者放弃担保。
延长	恶意延长履行期间。
无偿	无偿让与财产,例如:赠与、遗赠等。
不合理价格	债务人以明显不合理的低价(不足交易时交易地指导价或者市场价的 70%) 转让财产。
	债务人以明显不合理的高价(高出交易时交易地指导价或者市场价的 30%) 收购财产。
	债务人将自己的财产抵押,抵押权人实现抵押权时,双方协议将抵押财产以明显不合理的低价抵偿债务。

(三) 债权人撤销权的行使

依《民法典》相关规定,债权人撤销权的行使考点有二:行使方式以及行使期限。为期简明,列表如下:

行使方式	<u>债权人撤销权必须以诉讼的方式行使</u> ,称为撤销之诉。撤销之诉的原告为债权人、被告为债务人,此外可以追加受益人或者受让为第三人。
行使期限	<u>债权人行使撤销权应当自知道或者应当知道撤销事由之日起 1 年内并且应当自损害债权人之债权的行为发生之日起 5 年内行使</u> 。上述时间属于除斥期间,经过任何一个,债权人撤销权即予消灭。

(四) 债权人撤销权的法律效果

自法院依法撤销损害债权人之债权的行为之日起,将产生四层法律效果:

- 1. 损害债权人之债权的行为视为自始无效;
- 2. 受益人或者受让人应当返还自债务人处受领的财产,其向债务人支付对价的,对债务人享有不当得利返还请求权;
- 3. 债权人行使撤销权所支出的诉讼费用、律师代理费、差旅费等必要费用,由债务人负担。

第五节 债的消灭

一、债的消灭的定义

所谓债的消灭,是指由于清偿、提存、抵销、免除或者混同使得债权人与债务人之间债的关系归于消灭。

二、债的消灭的原因

(一) 清偿

清偿是最为常见的债的消灭的原因,通常表现为债务人履行债务。但是,在考试中,有两个特殊清偿是重点。为简明,列表如下:

清偿	概述	
代物清偿	定义	所谓代物清偿,是指债务人以他种给付代替原有给付,从而使得债的关系归于消灭。
	法律效果	1. 债务人对债权人的债务由于代物清偿而消灭,当然,是在交付他种给付后才消灭。 2. 一旦交付他种给付,那么用以代替原有给付的他种给付如果存在瑕疵,债权人不能重新主张原有给付,但是可以追究他种给付的违约责任。
清偿抵充	定义	债务人对债权人负担相同种类的数笔债务,但是债务人的偿付金额无法同时清偿数笔债务,并且不知该偿付金额是清偿哪笔债务的。此时,用以判断债务人的偿付金额是清偿哪笔债务的规则即为清偿抵充。
	法律效果	优先抵充已经到期的债务→数笔债务均已经到期的,优先抵充对债权人缺乏担保或者担保数额较少的债务→均无担保或者担保数额均相同的,优先抵充债务负担较重的债务→负担均相同的,按照债务到期的先后顺序抵充→到期时间均相同的,按照比例抵充。 <u>在抵充债务前,应当优先依次抵充实现债权的费用、利息。</u>

(二) 抵销

抵销是最为简便的债的消灭的原因,分为法定抵销与约定抵销。为简明,列表如下:

抵销	概述	
法定抵销	构成要件	主张法定抵销应当同时满足下列要件: 1. 双方互负债务、互享债权。 2. 双方互负相同种类的债务。 3. 主动债权履行期限届满并且未过诉讼时效。 4. 不存在约定或者法定不得抵销的情形。
	权利行使	抵销权人主张法定抵销时,应当发出抵销的通知,通知到达对方时,产生抵销的效力。对方可以在异议期间内提出异议,异议期间由当事人约定,当事人没有约定的为3个月,自抵销通知到达之日起计算。
	法律效果	双方债权、债务在对等额内消灭。例如:以50万元的债权抵销30万元的债权,那么仍然剩余20万元的债权。
约定抵销	又称合意抵销,无论给付的种类是否相同、期限是否届满、时效是否经过,只要双方协商一致,均得抵销。	

(三) 提存

所谓提存,是指债务人在发生法定提存原因时,将适于提存的财物交予提存机关,从而使得债的关系归于消灭。关于提存,常考提存条件与法律效果。为简明,列表如下:

提存条件	提存应当同时满足下列条件: 1. 发生了法定的提存原因: (1) 债权人无正当理由而拒绝受领。 (2) 债权人下落不明。 (3) 债权人死亡未确定继承人或者债权人丧失民事行为能力未确定监护人。 (4) 债权人合并、分立或者住所变更未通知债务人致使其履行债务发生困难。 2. 标的物应当适于提存,例如:手机、相机等。
法律效果	<u>债务人将标的物或者将标的物依法拍卖、变卖所得价款交付提存部门时,提存成立。</u> 1. 就债权人而言: (1) <u>提存之日起,提存物及其孳息归债权人所有。</u> (2) <u>提存之日起,提存物毁损、灭失的风险由债权人承担,亦即一旦提存,提存物如果毁损、灭失,那么这个损失由债权人承担,债权人无权请求债务人补交提存物。</u> (3) 提存之日起,提存费用由债权人承担。 (4) 债权人应当自提存之日起 5 年内向领取提存物,5 年届满债权人没有领取提存物的,提存物扣除提存费用后归国家所有。 2. 就债务人而言: (1) 提存之日起,债务人的债务消灭。 (2) 债务人应当将提存事实通知债权人或者其继承人、监护人,因为怠于通知给对方造成损失的,应当赔偿。 (3) <u>债权人未履行对债务人的到期债务,或者债权人向提存部门书面放弃领取提存物权利的,债务人负担提存费用后有权取回提存物。</u> 3. 就提存机关而言: <u>提存机关因为保管不善造成提存物毁损、灭失的,应当赔偿。</u>

(四) 免除

何谓免除? 不难理解。但是,免除的法律效果在理解上稍有难度,颇具考查价值,务必重视。为简明,列表如下:

免除条件	免除应当同时满足下列条件: 1. 债权人免除债务时一般应当具有<u>完全民事行为能力</u>。当然,此处存在例外情形,例如:限制民事行为能力人免除与其行为能力相适应的债务也是有效的,即便其并不具有完全民事行为能力。 2. 债权人免除债务的意思表示应当向债务人作出。 3. <u>免除不得损害第三人利益。</u> 4. <u>债务人可以在合理期限内拒绝。</u>
法律效果	被免除的债务消灭。

(五)混同

债权与债务同归一人,债的关系消灭。

第六节 无因管理(本节略讲)

一、无因管理的定义

所谓无因管理,是指没有法定或者约定的义务而为他人管理事务。管理事务的人称为管理人,他人称为本人,或者称为被管理人。

注意:

即便管理人的行为并不成立无因管理,只要被管理人因此受有利益,便需在受益范围内承担无因管理之被管理人的义务。

二、无因管理的成立要件

(一)管理他人事务

1. 管理:一个管理行为同时为了数个他人的利益,可以同时成立数个无因管理。
2. 他人:为他人利益而管理,对本人发生误认的,不影响在管理人与真正的本人间成立无因管理。
3. 事务:无因管理所能管理的事务十分之广泛,但是违法的事务、单纯不作为的事务、专属本人的事务以及须经本人授权的事务不得无因管理。此外,道义互助不必无因管理。

(二)为他人利益而管理

无因管理要求管理人主观上有为他人利益而管理的意思。下列三类管理行为较为特殊,需要注意:

1. 误信管理不是无因管理。误信管理是指误将他人事务当作自己事务而管理,毕竟此时管理人只有为自己利益管理的意思,没有为他人利益管理的意思。
2. 兼为利益成立无因管理。兼为利益是指管理行为既为他人利益,也为自己利益。
3. 不法管理不是无因管理。不法管理是指明知不是自己事务,却为自己利益而管理。

(三)没有法定或者约定义务

上述法定或者约定义务并不限于民法义务,公法义务亦在其中,例如,消防队员救火、警察维持秩序等。值得注意的是,虽然存在法定或者约定义务,但是超出法定或者约定义务而管理的部分成立无因管理。

三、无因管理的法律效果

(一) 管理人的义务

义务	概述
适当管理的义务	管理人应当按照被管理人明示或者可得推知的意思,以有利于被管理人的方法实施管理,但是被管理人的意思违反法律或者违背公序良俗的除外。中断管理对被管理人不利的,管理人无正当理由不得中断管理。
通知的义务	在管理开始时,除无法通知外,管理人应当将开始管理的事实通知被管理人。如果所管理之事务并不紧急,应当等待被管理人的指示。
报告、计算的义务	管理人在管理结束后,应当告知本人管理的始末,同时移转管理所得的利益及其孳息。

(二) 管理人的权利

管理人有权请求本人偿付必要费用,但是无权索取任何报酬,必要费用包括为了管理而支出的合理开支与受到的损失。这一考点虽然只有一句,但是向来都是考查重点,务必重视。

第七节 不当得利(本节略讲)

一、不当得利的定义

所谓不当得利,是指没有合法根据,致使他人受到损失而自己获得利益的事实。其中取得利益的人称为受益人,受到损失的人称为受害人。

二、不当得利的构成要件

构成要件	概述
一方获得利益	包括财产积极增加(不该多的多了)与财产消极增加(该少的没有少)。
一方受有损失	包括财产积极减少(不该少的少了)与财产消极减少(该多的没有多)。
获得利益与受有损失间存在因果关系	获得利益与受有损失不必基于同一事实,只要两者具有牵连关系即可。
获得利益没有法律上的原因	——

引申知识:不当得利的排除情形

以下情形所获之利益不属于不当得利:

1. 为履行道德义务而给付,例如:向没有法定抚养义务的人给付抚养费,收受抚养费的人不属于不当得利。
2. 提前清偿债务。
3. 清偿自然债务,例如:清偿已过诉讼时效的债务,债权人不属于不当得利。
4. 明知没有给付义务仍然给付。

5. 不法原因给付,例如:支付赌资、支付嫖资等,收受赌资、收受嫖资的人不属于不当得利,不必返还给支付方,而属于违法所得,应当予以收缴。值得注意的是,此处所谓“不法原因给付”是指不法行为同时存在于双方当事人身上,亦即支付价金的当事人存在不法行为,收受价金的当事人同样存在不法行为。如果不法行为只是存在于一方当事人身上,那么收受价金仍然属于不当得利,例如:绑架、敲诈勒索等。

6. 强迫得利,是指违反受益人的经济计划使其得利。

7. 反射利益,例如:修建地铁所带来的房屋增值。

三、不当得利的法律效果

关于不当得利的法律效果,现行民商规范鲜有着墨,一般只是提及受益人应当向受害人返还不当得利,亦即返还所得利益及其孳息。

注意:

1. 得利人已经将获得的利益无偿转让给第三人的,受损失的人可以请求第三人在相应范围内承担返还义务。

2. 受益人利用不当得利所取得的其他利益(主要是指利用不当得利进行投资所产生的收益),在扣除劳务管理费用后,应当予以收缴,而非返还给受害人。

第四编 合同

第一章 合同概述

第一节 基础理论

一、合同的定义

所谓合同,是指平等民事主体间设立、变更、终止权利、义务关系的协议。合同有广义与狭义之分,广义的合同,不仅包括财产关系的协议,同时包括身份关系的协议。本章所述合同是指狭义的合同,涉及婚姻、收养、监护等身份关系的协议,适用其他法律的规定。

二、合同的分类

(一)有名合同与无名合同

合同	概述
有名合同	又称典型合同,是指法律已经明确规定名称及其规则的合同,例如:买卖合同、赠与合同等。
无名合同	又称非典型合同,是指法律尚未规定名称及其规则的合同,通常准用与其最相类似的有名合同的规定。

(二)一时性合同与继续性合同

合同	概述
一时性合同	所谓一时性合同,是指可以通过一次给付使得合同目的得以实现的合同,例如:买卖合同、赠与合同等。
继续性合同	所谓继续性合同,是指须经持续给付方可实现合同目的的合同,要义在于给付内容之多少取决于给付时间之长短,例如:劳务合同、租赁合同、保管合同等。

(三) 束己合同与涉他合同

合同	概述
束己合同	所谓束己合同,是指严格遵循相对性的要求,基于合同所产生的权利或者义务仅存在于合同当事人间的合同。
涉他合同	所谓涉他合同,是指部分突破相对性的要求,在合同中为第三人设定权利或者义务的合同。一般认为,涉他合同包括向第三人履行的合同与由第三人履行的合同。

(四) 确定合同与射幸合同

合同	概述
确定合同	又称实定合同,是指合同标的在合同成立之时既已确定的合同。
射幸合同	又称机会合同,是指合同标的在合同成立之时并不确定,而是受到合同成立之后所发生之偶然事件的影响,例如:保险合同、博彩合同等。

(五) 预约合同与本约合同

合同	概述
预约合同	简称预约,是指约定将来签订本约合同的合同。亦即预约合同的义务是订立本约合同。值得注意的是,一方拒绝履行预约合同,可以追究违约责任,但是不能强制履行。
本约合同	简称本约,是指为履行预约合同的义务而签订的合同。

三、合同的特征

(一) 平等性

订立合同的双方是平等的民事主体,但是此处“平等”只是法律上平等,事实上可能并不平等,处于优势地位的一方往往利用其优势地位损害对方权益或者谋取自身权益。这一点在格式条款中体现得尤其明显。

引申知识:格式条款

所谓格式条款,是指合同一方为了重复使用而预先拟定,并且在订立合同时没有与对方协商的条款。格式条款的考点有三:条款的说明、条款的无效以及条款的解释。为简明,列表如下:

条款的说明	采用格式条款订立合同的,提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务,并采取合理的方式提示对方注意免除或者减轻其责任等与对方有重大利害关系的条款,按照对方的要求,对该条款予以说明。提供格式条款的一方未履行提示或者说明义务,致使对方没有注意或者理解与其有重大利害关系的条款的,对方可以主张该条款不成为合同的内容。
-------	---

续表

条款的无效	有下列情形之一的,格式条款无效: 1. 提供格式条款一方不合理地免除或者减轻其责任、加重对方责任、限制或者排除对方主要权利。 2. 格式条款存在民事法律行为的无效情形,例如:恶意串通、违背公序良俗等。 3. 格式条款预先免除人身伤害责任或者故意、重大故意造成的财产损害责任的。 注意: <u>格式条款只是合同的一部分,格式条款无效并不等于合同无效。</u>
条款的解释	1. 格式条款的理解有争议的,应当按照通常理解予以解释。 2. 格式条款的通常解释有两种以上的,应当作出不利于格式条款的提供方的解释。 3. 格式条款与非格式条款冲突的,应当采用非格式条款。

(二) 财产性

合同有广义与狭义之分,广义的合同不限于财产协议,还包括身份协议,但是狭义的合同仅是指财产协议。我国《民法典》所称之合同并不调整身份关系,显然属于狭义的合同。

(三) 相对性

所谓合同的相对性,是指基于合同所产生的权利或者义务仅存在于合同当事人间。亦即,通常而言,只有合同当事人可以请求履行合同义务或者请求承担违约责任,同时,只能向合同当事人请求履行合同义务或者请求承担违约责任。

合同	概述
向第三人履行的合同	向第三人履行的合同中,如果债务人违约,债务人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。但是,法律规定或者当事人约定第三人可以直接请求债务人向其履行债务,第三人未在合理期限内明确拒绝的除外。
由第三人履行的合同	由第三人履行的合同中,如果第三人违约,应当由债务人向债权人承担违约责任,而不是由第三人向债权人承担违约责任。
第三人的原因导致违约的合同	第三人的原因导致一方当事人违约的,违约当事人应当向对方当事人承担违约责任,而不是由第三人向对方当事人承担违约责任。

第二节 合同缔结

一、缔结过程

在生活中,合同缔结过程往往表现为“讨价还价”,但是,在法律上,合同缔结过程有着专业表述:要约人发出要约,在要约生效后失效前,受要约人进行承诺,承诺到达要约人时合同即已缔结。这一过程包括两个关键环节:要约与承诺。

(一) 要约

所谓要约,是指希望与他人缔结合同的意思表示。

引申知识：要约邀请

所谓要约邀请,是指希望他人向自己发出要约的意思表示。常见的要约邀请有寄送的价目表、拍卖公告、招标公告、招股说明书、债券募集说明书、基金招募说明书以及商业广告等。值得注意的是,商业广告符合要约的构成要件的,视为要约。

规则	概述
要约的生效	<u>1. 对不特定对象发出的要约自表示完成时生效。</u> 2. 对特定对象发出的要约需要区分两种情况:以对话方式发出的,自相对人了解时生效;以非对话方式发出的,自到达相对人时生效。 3. 以公告方式作出的要约,自公告发布时生效。
要约的撤回	撤回要约应当同时满足以下条件: 1. 要约人应当发出撤回的通知。 2. 较之于要约的通知,撤回的通知应当<u>更早或者同时到达受要约人</u>。
要约的撤销	撤销要约应当同时满足以下条件: 1. 要约人应当发出撤销的通知。 2. 撤销的通知应当在受要约人发出<u>承诺的通知或者做出承诺的行为前</u>到达受要约人。<u>所谓“承诺的行为”,通常是指履行行为,例如:预付价款、货物投邮、装运货物以及开始施工等。</u> 但是,有下列情形之一的,要约不可撤销: 1. 要约人已经确定承诺期限或者以其他方式明示要约不得撤销。 2. 受要约人有理由认为要约是不可撤销的,并且已经为履行合作作了准备工作。 注意: <u>应当区分撤销与撤回的效力:撤销针对已经生效的要约,其效力在于使得要约失效,撤回针对尚未生效的要约,其效力在于阻止要约生效。</u>
要约的失效	<u>要约一旦失效,受要约人随即丧失承诺资格。</u>有下列情形之一的,要约失效: 1. 拒绝要约的通知到达要约人。 2. 要约人依法撤销要约。 3. 承诺期限届满,受要约人没有作出承诺。 4. 受要约人对要约的内容作出实质性变更。

(二) 承诺

所谓承诺,是指受要约人同意要约的意思表示。

规则	概述
承诺的生效	1. 以对话通知方式承诺的,承诺自要约人了解时生效。 2. 以非对话通知方式承诺的,承诺自到达要约人时生效。<u>所谓“到达”,是指到达要约人能够控制的范围,使得要约人具有知悉的可能,要约人事实上是否知悉在所不论。</u> 3. 以意思实现承诺的,承诺自做出承诺的行为时生效。<u>所谓“承诺的行为”,通常是指履行行为,例如:预付价款、货物投邮、装运货物以及开始施工等。</u> 4. 以单纯沉默进行承诺。当事人双方事前约定承诺可以以沉默方式作出,承诺期限届满,受要约人没有作任何表示的,视为承诺,承诺期限届满之日即为承诺生效之日。

续表

规则	概述
承诺的撤回	撤回承诺应当同时满足以下条件： 1. 承诺人应当发出撤回的通知。 2. 较之于承诺的通知,撤回的通知应当 <u>更早或者同时到达</u> 要约人。

二、缔结时间

通常而言,承诺生效的时间即为合同成立的时间。但是,以下三种情形除外:

- 1. 当事人采用书面形式订立合同或者需签订确认书的,自当事人均签字、盖章或者按指印时合同成立。在签字、盖章或者按指印之前,当事人一方已经履行主要义务,对方接受的,该合同成立。
- 2. 法律、行政法规规定或者当事人约定合同应当采用书面形式订立,而当事人未采用书面形式,此时一方已经履行主要义务,对方接受的,该合同成立。
- 3. 除另有约定外,当事人一方通过互联网等信息网络发布的商品或者服务信息符合要约条件的,对方选择该商品或者服务并且提交订单成功时合同成立。

三、缔结地点

通常而言,承诺生效的地点即为合同成立的地点。但是,以下两种情形除外:

- 1. 除另有约定外,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,其住所地为合同成立的地点。
- 2. 除另有约定外,当事人采用书面形式订立合同的,最后签字、盖章或者按指印的地点为合同成立的地点。

四、缔结形式

- 1. 口头形式:合同当事人通过交谈相互作出意思表示而成立合同的合同形式。
- 2. 书面形式:合同当事人通过文书、信件以及数据电文等有形载体承载合同内容的合同形式。
- 3. 行为默示形式:又称推定形式,是指合同当事人以承载法律意图的行为表示合同内容的合同形式。

第三节 合同履行

一、合同的履行抗辩

(一)同时履行抗辩权

所谓同时履行抗辩权,是指当事人互负债务,没有先后履行顺序的,应当同时履行。一方在对方履行前有权拒绝其履行要求;一方在对方履行不符合约定时,有权拒绝其相应的履行

要求。

构成要件	行使同时履行抗辩权应当同时满足下列条件： 1. 双方基于同一合同 <u>互负债务</u> 。 2. 双方所负义务期限均已届满。 3. 对方没有如约履行合同义务。 4. 对方所负义务具有履行可能。
权利行使	一方在对方要求其履行义务时主张抗辩(相应抗辩)，拒绝履行相应义务。

(二) 顺序履行抗辩权

所谓顺序履行抗辩权,是指当事人互负债务,有先后履行顺序,应当先履行的一方未履行的,应当后履行的一方有权拒绝其履行要求;应当先履行的一方履行不符合约定的,应当后履行的一方有权拒绝其相应的履行要求。

构成要件	行使顺序履行抗辩权应当同时满足下列条件： 1. 双方基于同一合同 <u>互负债务</u> 。 2. 双方所负义务期限均已届满； 3. 双方所负义务存在履行先后； 4. 在先一方没有如约履行义务。
权利行使	应当后履行的一方在应当先履行的一方要求其履行义务时主张抗辩(相应抗辩)，拒绝履行相应义务。

(三) 不安抗辩权

所谓不安抗辩权,是指当事人互负债务,有先后履行顺序的,应当先履行的一方有确切证据证明应当后履行的一方存在丧失或者可能丧失履行能力的情形时,可以中止履行应当先履行的义务。

构成要件	行使不安抗辩权应当同时满足下列条件： 1. 双方基于同一合同 <u>互负债务</u> 。 2. 应当先履行的一方有确切证据证明应当后履行的一方存在丧失或者可能丧失履行能力的情形； 3. 应当先履行的一方其债务期限已经届满。
权利行使	应当先履行的一方可以中止履行应当先履行的义务,同时应当及时通知应当后履行的一方。 <u>应当后履行的一方在合理期限内恢复履行能力或者提供相应担保的,不安抗辩权消灭;应当后履行的一方在合理期限内没有恢复履行能力并且没有提供相应担保的,视为以自己的行为表明不履行主要义务,应当先履行的一方获得解除权,可以解除合同。</u>

二、合同的提前履行

债权人可以拒绝债务人提前履行债务,但是提前履行不损害债权人利益的除外。债务人提前履行债务给债权人增加的费用,由债务人负担。

三、合同的部分履行

债权人可以拒绝债务人部分履行债务,但是部分履行不损害债权人利益的除外。债务人部分履行债务给债权人增加的费用,由债务人负担。

第四节 合同解除

所谓合同解除,是指在合同成立后完全履行前,基于当事人一方或者双方的意思表示,提前终止合同效力的一种行为。

一、合同解除的种类

解除合同的理由不同,合同解除的类型也就不同,常见的合同解除的类型包括:协议解除、约定解除以及法定解除。

(一)协议解除

所谓协议解除,是指在合同成立后完全履行前,经双方当事人协议使合同关系消灭的一种行为。值得注意的是,双方当事人在协议解除时应当具有相应民事行为能力。

(二)约定解除

所谓约定解除,是指双方当事人在合同中约定了一方或者双方行使解除权的条件,在合同成立后完全履行前,双方约定的行使解除权的条件成就,一方通过行使解除权使合同关系消灭的一种行为。

(三)法定解除

法定解除分为一般法定解除与特殊法定解除。所谓一般法定解除,是指在合同成立后完全履行前,法律规定的一方或者双方行使解除权的条件成就,一方通过行使解除权使合同关系消灭的一种行为。所谓特殊法定解除,是指基于法律规定,无需满足特定条件,一方或者双方即可行使解除权使合同关系消灭的一种行为。

法定解除	法定事由	法律效果
一般法定解除	1. 由于不可抗力致使合同目的不能实现的,双方均享有解除权。(不可抗力) 2. 在履行期限届满前,当事人一方明确表示或者以行为表明不履行主要债务的,对方当事人享有解除权。(预期违约) 3. 当事人一方迟延履行主要债务, <u>经催告后在合理期限内仍然没有履行的,对方当事人享有解除权</u> 。(二次迟延) 4. 当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使合同目的不能实现的,对方当事人享有解除权。(根本违约)	由于不可抗力致使合同目的不能实现,因此解除合同的,双方均不必承担违约责任。存在其他事由,因此解除合同的,违约当事人应当承担违约责任。

续表

法定解除		法定事由	法律效果
特殊法定解除	一般规定	以持续履行的债务为内容的不定期合同,当事人在合理期限之前通知对方后可以解除。除此一般规定之外,《民法典》中尚有诸多明确列举的特殊法定解除事由。	解除无需理由,但是需要提前通知并且付出代价,由于任意解除给对方造成损失的,应当赔偿。
	双方均可任意解除	1. 委托合同的委托人和受托人均享有任意解除权。 2. 不定期租赁合同的出租人与承租人均享有任意解除权。不定期租赁合同共有三种情形: (1) 出租人与承租人对租赁合同的期限没有约定或者约定不明确。 (2) 租赁合同的期限六个月以上,没有采用书面形式也无其他证据佐证租期。 (3) 租赁合同的期限届满,承租人继续使用租赁物,出租人没有提出异议。 3. 不定期保管合同的寄存人与保管人均享有任意解除权。 4. 不定期肖像许可合同的肖像权人与被许可人均享有任意解除权。(姓名等准用此规定)	
	一方可以任意解除	1. 承揽合同的定作人(在完成工作成果前)享有任意解除权。 2. 货运合同的托运人(在货交收货人前)享有任意解除权。 3. 定期保管合同的寄存人享有任意解除权。 4. 保险合同的投保人享有任意解除权。	

引申知识:情势变更

在考试中,情势变更偶有考查,应当稍作了解。《民法典》对情势变更作了规定,摘录如下:

第五百三十三条 合同成立后,合同的基础条件发生了当事人在订立合同时无法预见的、不属于商业风险的重大变化,继续履行合同对当事人一方明显不公平的,受不利影响的当事人可以与对方重新协商;在合理期限内协商不成的,当事人可以请求人民法院或者仲裁机构变更或者解除合同。

人民法院或者仲裁机构应当结合案件的具体情况,根据公平原则变更或者解除合同。

二、合同解除的规则

解除的方式	解除权的行使采用通知的方式,口头或者书面均可。具体可分以下三种情形: 1. (直接通知)解除权属于形成权,解除的通知到达对方当事人时发生合同解除的效力,无需对方当事人同意。 2. (最后通牒)如果通知载明对方当事人在一定期限内不履行合同义务的合同自动解除,那么对方当事人在相应期限内未履行义务,合同自通知载明的期限届满时解除。 3. (法律程序)当事人一方未通知而直接以提起诉讼或者申请仲裁的方式依法主张解除合同,法院或者仲裁机构认可的,合同自文书副本送达对方当事人时解除。 对方当事人有异议的可以在异议期间内向法院提起确认之诉。异议期间有约定的从约定,没有约定的,异议期间为解除通知到达之日起3个月。
解除的期间	解除权属于形成权,适用除斥期间。除另有约定或者规定外,自解除权人知道或者应当知道解除事由之日起一年内不行使,或者经对方催告之后在合理期限内不行使的,权利消灭。

三、合同解除的法律效果

合同一经解除,合同关系消灭,但是是否具有溯及力需要区分一时性合同与继续性合同加以讨论。下文分就一时性合同与继续性合同两种情形加以讨论,为期简明,列表如下:

对比	一时性合同	继续性合同
尚未履行的部分	合同尚未履行的部分不必继续履行。	
已经履行的部分	合同已经履行的部分恢复原状,不能恢复原状的,折价补偿。	合同已经履行的部分不受影响。
违约责任	除另有约定外,合同因违约解除的,解除权人可以请求违约方承担违约责任。 <u>合同解除后,担保人对债务人应当承担的民事责任仍应当承担担保责任。</u>	

第五节 合同责任

合同责任的范畴相当宽泛,包括缔结时的责任与缔结后的责任,其中缔结后的责任又分为忠实履行合同义务的履行责任与违反合同约定的违约责任。

一、缔约过失责任

所谓缔约过失责任,是指在缔结合同的过程中,一方违背诚实信用原则导致对方利益损失,依法应当承担的民事责任。缔约过失责任载于《民法典》,摘录相关条文如下:

第五百条 当事人在订立合同过程中有下列情形之一,给对方造成损失的,应当承担损害赔偿责任:

- (一)假借订立合同,恶意进行磋商;
- (二)故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况;
- (三)有其他违背诚实信用原则的行为。

第五百零一条 当事人在订立合同过程中知悉的商业秘密或者其他应当保密的信息,无论合同是否成立,不得泄露或者不正当地使用。泄露或者不正当地使用该商业秘密或者信息给对方造成损失的,应当承担赔偿责任。

二、履行责任

所谓履行责任,是指合同在成立并且生效后即对双方当事人产生拘束力,双方当事人应当忠实履行其所负担的合同义务,这也是契约必守原则的应有之义。

三、违约责任

所谓违约责任,是指当事人由于不履行合同义务或者不当履行合同义务所需要承担的民事责任。违约责任的归责原则采取严格责任原则,亦即只要当事人不履行合同义务或者不当履行合同义务便应当承担违约责任。

责任方式	概述
实际履行	所谓实际履行,是指在一方当事人拒不履行合同义务时,对方当事人可以请求履行合同义务。实际履行又称继续履行。实际履行需要分就金钱义务与非金钱义务两类情形讨论。 1. 一方当事人未支付<u>价款或者报酬</u>的,对方当事人可以要求其支付,不存在履行不能的情况,亦即金钱义务不存在履行不能的情形,均可请求实际履行。 2. 一方当事人不履行<u>非金钱义务</u>或者履行<u>非金钱义务</u>不符合约定的,对方可以要求其实际履行。但是,存在下列情形之一的不得要求其实际履行: (1) 法律上履行不能或者事实上履行不能。 (2) 标的性质不宜继续履行或者履行费用过高。 (3) 在合理期限内没有要求实际履行。
定金罚则	定金罚则前文已述,此处不赘。但是,关于定金罚则,有两个细节要提示: 1. 定金数额不得超过合同价款总额的 20%。 2. 定金罚则与支付违约金同时存在时,一般不得同时主张,二者应当择一主张。
支付违约金	违约金由双方在合同中约定,可以约定具体数额,可以约定计算方式,并无限制。违约金的价值在于补平一方所受损失(损害填平原则),但是,一旦发生纠纷,一方所受损失的数额往往与事先约定违约金的数额有所出入,此时应当按照下列规则处理: <u>1. 事先约定违约金的数额过分高于一方所受损失的数额时,可以请求适当减少事先约定违约金的数额。</u>所谓过分高于,是指事先约定违约金的数额高于一方所受损失的数额,并且高出部分比上一方所受损失的数额所得比率超过 30%。 <u>2. 事先约定违约金的数额低于一方所受损失的数额时,可以请求适当增加事先约定违约金的数额,但是增加时应当以一方所受损失的数额为上限。</u>
支付赔偿金	支付赔偿金可以进一步区分为:支付补偿性赔偿金与支付惩罚性赔偿金。前者以救济受害一方为目的,后者以惩罚违约一方为目的。 1. 支付补偿性赔偿金 赔偿原则:完全赔偿原则,既要赔偿直接损失(信赖利益损失),也要赔偿间接损失(履行利益损失)。 2. 支付惩罚性赔偿金 惩罚性赔偿金在我国的应用比较广泛,《消费者权益保护法》《产品质量法》《食品安全法》以及《商标法》等部门法均有惩罚性赔偿金的规定。
采取补救措施	常见的补救措施包括:修理、更换以及重作等。
减少合同价款	所谓减少合同价款,是指在标的物的质量不符合约定时,买受人可以请求减少约定价款,按照标的物的实际价值支付价款。具体而言,标的物的质量不符合约定,买受人可以主张以符合约定的标的物 and 实际交付的标的物按交付时的市场价值计算差价。如果价款已经支付,买受人可以主张返还减少约定价款后多出的部分价款。

第二章 合同各论

第一节 买卖合同

所谓买卖合同,是指一方当事人移转标的物的所有权于对方当事人,对方当事人支付对价的合同。移转所有权的一方当事人称为出卖人,支付对价的一方当事人称为买受人。

一、买卖合同的履行

(一) 风险负担

在考试中,风险负担向来都是重点,应当重视。所谓风险负担,是指买卖合同的标的物由于不可归责于双方当事人的原因而毁损、灭失时,损失应当由一方当事人承担。

其实,风险就是损失,风险由谁负担,就是损失由谁承担。对此,我们可以从原则与例外两个角度观察。

1. 风险负担的原则

风险由谁负担,有约定的从约定,没有约定的,采用交付主义。亦即在买卖合同中,标的物交付前,标的物的损失由出卖人负担;标的物交付后,标的物的损失由买受人负担。以下四点值得注意:

(1)现实交付、简易交付、指示交付、占有改定在风险负担上的功能完全相同。亦即,无论采用何种交付方式,只要交付标的物,标的物的损失即转由买受人负担。

(2)以代办托运的方式完成现实交付(通常是指货物需要长距离的运输)的,风险负担发生移转的时间点比较特殊:

①双方约定或者一方指定交付地点的,标的物在约定地点或者指定地点交付时风险即转由买受人负担。

②双方没有约定交付地点或者指定交付地点的,标的物交付第一承运人时风险即转由买受人负担。

(3)标的物的风险负担与标的物的所有权并不挂钩,只要标的物已经交付,即使买受人没有取得标的物的所有权,风险也转由买受人承担。因此:

①保留所有权买卖中,只要交付动产,即便动产的所有权仍然被出卖人保留,风险也转由买受人承担。

②不动产买卖中,只要交付不动产,即便尚未办理过户登记,风险也转由买受人承担。

(4)出卖人没有按照约定交付有关标的物的单证或者资料(保险单、发票、合格证、原产地证明书等)的,构成违约,应当承担违约责任,但是只要已经交付标的物,风险即转由买受人负担。

2. 风险负担的例外

风险负担的例外情形较多,为期简明,列表如下:

例外	概述
在途货物买卖	所谓在途货物买卖,是指出卖人与买受人就正在运输途中的标的物订立买卖合同。在途货物买卖的风险负担规则是: <u>(1)在途货物买卖中,自买卖合同成立时起,风险即转由买受人负担。</u> <u>(2)出卖人在合同成立时知道或者应当知道标的物已经毁损、灭失却没有告知买受人的,风险负担不会移转。</u>

续表

例外	概述
买方迟延履行	买方迟延履行这一例外包括买方迟延提货与买方迟延收货两种情况,分述如下: (1)买受人于约定之日应当收货而没有收货,应当自约定之日起负担标的物毁损、灭失的风险,亦即货物将来因为不可归责于双方当事人的原因而发生损失,该一律由买受人承担。 (2)买受人于约定之日应当提货而没有提货,应当自约定之日起负担标的物毁损、灭失的风险,亦即货物将来因为不可归责于双方当事人的原因而发生损失,该一律由买受人承担。
种类物的买卖	买卖合同的标的物如果是种类物,而不是特定物,那么在标的物特定化前,风险负担不会移转。
试用买卖	标的物在试用期内毁损、灭失的风险由出卖人承担。

(二) 孳息归属

买卖合同的孳息归属与买卖合同的风险负担颇为相似,有约定的从约定,没有约定的,采用交付主义。亦即在买卖合同中,标的物交付前,孳息归出卖人所有;标的物交付后,孳息归买受人所有。

二、买卖合同的特类

(一) 样品买卖

所谓样品买卖,是指按照样品之质量、外观等确定标的物之质量、外观等的买卖,亦即出卖人应当确保其所交付的标的物与其所提供的样品有着相同的质量、外观等。在考试中,考查样品买卖的可能性很低,诸位对以下知识稍作了解即可。

- 1. 买受人不知道样品存在隐蔽瑕疵的,即便出卖人交付的标的物与出卖人提供的样品相同,标的物的质量也应当符合合同种类物的通常标准。
- 2. 样品与样品的文字说明不一致的,样品封存后发生变化的,以文字说明为准;样品封存后没有发生变化的,以样品为准。

(二) 试用买卖

所谓试用买卖,是指出卖人与买受人约定于买卖合同成立时,出卖人将标的物交付给买受人试用,买受人在试用期内决定是否购买的买卖。

认可权的性质	买受人的认可权属于形成权。有下列情形之一的,不存在认可权,不是试用买卖: 1. 约定标的物符合一定要求时,买受人应当购买标的物。 2. 约定第三人对标的物认可时,买受人应当购买标的物。 3. 约定在一定期间内,买受人可以调换标的物。 4. 约定在一定期间内,买受人可以退还标的物。
认可权的期限	买受人的认可权应当在试用期间内行使。出卖人与买受人可以约定试用期间。试用期间没有约定或者约定不明,依照相关规定仍然不能确定的,由出卖人确定。

续表

认可权的行使	买受人的认可权可以通过以下三种方式行使： 1. 明示方式,例如:发生邮件、电话告知等。 2. 推定方式,例如:买受人在试用期间将标的物转卖于第三人或者出租于第三人,此时即可推定买受人愿意购买标的物。 3. 单纯默示,试用期间届满,买受人没有作出任何表示,既不认可,也不拒绝,此时视为认可,买卖合同生效。
认可权的效力	1. 买受人表示认可的,买卖合同自认可时生效。 2. 买受人拒绝认可的,买卖合同确定不会生效,此时,<u>买受人不必支付标的物的使用费。</u>

(三) 分期付款买卖

所谓分期付款买卖,是指买受人将其应当支付的总价款在一定期间内至少分三次向出卖人支付的买卖。但是,买受人拖欠价款达到全部价款的 1/5 以上,并且经催告后在合理期限内仍未支付到期价款的,出卖人有权择一行使以下权利:

1. 要求买受人一次性支付剩余价款,买受人丧失期限利益。
2. 解除买卖合同,同时要求买受人支付标的物的使用费。

(四) 保留所有权买卖

所谓保留所有权买卖,是指出卖人与买受人约定,在买受人完成特定条件前,即便已经交付标的物,标的物的所有权仍然属于出卖人的买卖,但是未经登记不得对抗善意第三人。值得注意的是,保留所有权买卖仅适用于动产,不适用于不动产。

出卖人的取回权	有下列情形之一的,出卖人可以取回标的物: 1. 买受人没有按照约定完成特定条件。 2. 买受人将标的物出卖、出质等。 3. <u>未按照约定支付价款,经催告后在合理期限内仍未支付。</u> <u>注意:</u> 1. <u>买受人已经支付标的物总价款的百分之七十五以上;</u> 2. <u>标的物已经被第三人善意取得的,出卖人不能取回标的物。</u>
买受人的回赎权	<u>在回赎期内,买受人消除违约行为即可要求出卖人返还标的物。</u>出卖人与买受人可以约定回赎期,回赎期没有约定或者约定不明的,由出卖人确定。
出卖人的再卖权	在出卖人取回标的物后,如果买受人没有在回赎期内行使回赎权,出卖人可以另行出卖标的物,<u>另行出卖标的物所得价款依次扣除取回费用、保管费用、再交易费用、利息以及没有清偿的价款后有剩余的,应当返还给原买受人;</u>有不足的,出卖人有权要求原买受人补足。但是原买受人有证据证明出卖人另行出卖标的物的价格明显低于市场价格的除外。

(五) 互易买卖

所谓互易,是指双方当事人约定相互交换金钱以外的标的物的所有权的合同。

第二节 赠与合同、借款合同

一、赠与合同

所谓赠与合同,是指赠与人将自己的财产无偿给予受赠人,受赠人表示接受的合同。

任意撤销	赠与人在赠与财产的权利(此处“权利”通常是指所有权)移转前可以撤销赠与合同, <u>但是具有救灾、扶贫、助残等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同除外</u> 。具有救灾、扶贫、助残等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同,赠与人没有交付赠与财产的, <u>受赠人可以要求赠与人交付</u> 。
法定撤销	赠与合同的法定撤销包括两种情形:赠与人的法定撤销与赠与人之继承人或者法定代理人的法定撤销。 1. 赠与人的法定撤销 受赠人有下列情形之一的,赠与人可以撤销赠与合同: (1)严重侵害赠与人或者赠与人的近亲属。 (2)对赠与人有扶养义务而不履行。 (3)不履行赠与合同约定的义务。 赠与人的法定撤销权应当自知道或者应当知道撤销事由之日起1年内行使。 2. 赠与人之继承人或者法定代理人的法定撤销 受赠人的行为导致赠与人死亡或者丧失民事行为能力的,赠与人之继承人或者法定代理人可以撤销赠与合同。赠与人之继承人或者法定代理人的法定撤销权应当自知道或者应当知道撤销事由之日起6个月内行使。
违约责任	赠与合同的违约责任包括两种情形:赠与财产存在瑕疵与赠与人损坏赠与财产。 1. 赠与财产存在瑕疵 赠与财产存在瑕疵,赠与人不承担损害赔偿责任。赠与人故意不告知瑕疵或者保证没有瑕疵,造成受赠人损失的,应当承担损害赔偿责任。 2. 赠与人损坏赠与财产 <u>在具有救灾、扶贫、助残等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同中,由于赠与人的故意或者重大过失导致赠与财产损坏的,赠与人应当承担损害赔偿责任。</u>
穷困抗辩	赠与人的经济状况显著恶化,继续履行赠与合同严重影响其生产经营或者家庭生活的,可以不再履行。

二、借款合同

所谓借款合同,在考试中,主要是指民间借贷,是指自然人、法人、其他组织之间及其相互之间进行资金融通的行为。

(一) 借款合同的效力

借款合同的生效	借款合同的生效包括两种情形:自然人之间的借款合同(借款合同的双方当事人均为自然人)与非自然人之间的借款合同(借款合同的双方当事人或者一方当事人不是自然人)。 1. 自然人之间的借款合同:实践合同,自提供借款时生效。具有下列情形之一的,自然人之间的借款合同成立并且生效: (1)以现金支付的,借款人收到借款时。 (2)以银行转账、网上电子汇款或者通过网络贷款平台等形式支付的,资金到达借款人账户时。 (3)以票据交付的,借款人依法取得票据权利时。 (4)出借人将特定资金账户支配权授权给借款人的,借款人取得对该账户实际支配权时。 (5)出借人以与借款人约定的其他方式提供借款的,实际履行完成时。 2. 非自然人之间的借款合同:诺成合同,自意思表示一致时成立并且生效。
效力的特殊规定	1. 同业拆借 企业之间为了生产、经营需要签订的借款合同,如果没有无效情形,应当认可借款合同的效力。 2. 借用不一 (1)企业借个人用 企业法定代表人或者负责人以企业名义与出借人签订借款合同,所借款项用于企业法定代表人或者负责人个人,出借人可以将企业法定代表人或者负责人列为共同被告或者第三人。 (2)个人借企业用 企业法定代表人或者负责人以个人名义与出借人签订借款合同,所借款项用于企业生产经营,出借人可以请求企业与企业法定代表人或者负责人共同承担责任。 3. 擅自改变借款用途 如果借款人没有按照约定的用途使用借款,出借人可以停止发放借款、提前收回借款或者解除借款合同。 4. 借新还旧 借款合同当事人协议以新贷偿还旧贷,债权人请求旧贷的担保人承担担保责任的,人民法院不予支持;债权人请求新贷的担保人承担担保责任的,按照下列情形处理: (1)新贷与旧贷的担保人相同的,人民法院应予支持; (2)新贷与旧贷的担保人不同,或者旧贷无担保新贷有担保的,人民法院不予支持,但是债权人有证据证明新贷的担保人提供担保时对以新贷偿还旧贷的事实知道或者应当知道的除外。 借款合同当事人协议以新贷偿还旧贷,旧贷的物的担保人在登记尚未注销的情形下同意继续为新贷提供担保,在订立新的贷款合同前又以该担保财产为其他债权人设立担保物权,其他债权人主张其担保物权顺位优先于新贷债权人的,人民法院不予支持。

(二) 借款合同的利息

利息的有无	借款合同的利息分为期内利息与逾期利息,逾期利息无论双方是否约定,借款人均应当支付;期内利息是否需要支付应当分类探讨。 1. 自然人之间的借款合同对于期内利息,有约定的从约定,没有约定或者约定不明的,借款人不必支付期内利息。 2. 非自然人之间的借款合同对于期内利息,有约定的从约定,没有约定的,借款人不必支付期内利息,约定不明的,按照交易习惯、其他条款等确定利息。
-------	---

续表

利息的多少	无论是期内利息,抑或是逾期利息,均受制合同成立时一年期贷款市场报价利率(LPR)的四倍。
利息的支付	一般而言,对于利息的支付,有约定的从约定,没有约定或者约定不明的,双方协商,协商不成的,如果借款期间一年以上→一年一付;如果借款期间不足一年→一并支付。以下两种情形值得注意: 1. 借款人提前清偿借款的,除双方另有约定外,应当按照实际借款期间计算利息。 2. 出借人与借款人约定违约金的,出借人既可以选择主张逾期利息或者选择主张违约金,也可以一并主张逾期利息、违约金,但是超过合同成立时一年期贷款市场报价利率(LPR)的四倍的部分,不予支持。

第三节 租赁合同、融资租赁合同

一、租赁合同

所谓租赁合同,是指出租人允许承租人在一定期限内有偿使用租赁物的合同。

(一) 租赁合同的期限

租赁合同的期限一般由出租人与承租人约定,但是约定租期不得超过 20 年,如果超过,超过部分无效。此外,有下列三种情形之一的,租赁合同视为不定期租赁合同:

1. 出租人与承租人对租赁合同的期限没有约定或者约定不明确。
2. 租赁合同的期限六个月以上,没有采用书面形式也无其他证据佐证租期。
3. 租赁合同的期限届满,承租人继续使用租赁物,出租人没有提出异议。

(二) 租赁合同的履行

租赁合同的履行主要依赖出租人与承租人格尽义务,因此,租赁合同的履行可以从出租人的义务与承租人的义务两个角度考量。为期简明,分就两个角度列表如下:

第一个角度:出租人的义务

义务	概述
交付租赁物	出租人应当按照约定交付租赁物乃是理之应然,并无特别之处。但是《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》对“一房数租”问题进行了特别规制。本书摘录如下: 第六条 出租人就同一房屋订立数份租赁合同,在合同均有效的情况下,承租人均主张履行合同的,人民法院按照下列顺序确定履行合同的承租人: (一)已经合法占有租赁房屋的; (二)已经办理登记备案手续的; (三)合同成立在先的。
维修租赁物	在租赁合同的期限内,出租人应当确保租赁物符合约定性能。 <u>在租赁物需要维修时,承租人可以要求出租人维修。出租人没有在合理期限内维修的,承租人可以自行维修,因此产生的费用由出租人承担。如果维修影响承租人使用的,应当减少租金或者延长租期。当然,由于承租人的过错致使租赁物需要维修的,出租人不必承担维修义务。</u>
清洁权利	由于第三人对租赁物主张权利导致承租人受到影响的,承租人可以要求减少租金或者免除租金。

第二个角度:承租人的义务

义务	概述
正当使用租赁物	承租人应当按照约定用途或者通常用途正当使用租赁物。 <u>承租人正当使用租赁物导致损耗的,不必承担赔偿责任;承租人不当使用租赁物导致损耗的,应当承担赔偿责任。</u>
妥善保管租赁物	承租人应当妥善保管租赁物,由于保管不善导致租赁物毁损、灭失的,应当承担赔偿责任。
期满返还租赁物	租赁合同的期限届满后,承租人应当向出租人返还租赁物。
支付租金	承租人应当如期支付租金。出租人与承租人对支付期限没有约定或者约定不明确的,如果租赁合同的期限一年以上→一年一付;如果租赁合同的期限不足一年→一并支付。

(三) 租赁合同的变动

第一种情形:承租人死亡

法律效果	承租人在租赁合同的期限内死亡的,承租人生前与其共同居住的人、共同经营的人以及共同合伙的人可以按照原租赁合同继续承租。
适用限制	仅适用于房屋租赁合同。

第二种情形:租赁物转让

买卖不破租赁	法律效果	租赁合同有效并且租赁房屋已经交付后,租赁房屋的所有权由于买卖、互易以及赠与等原因发生变动的, <u>第三人取得租赁房屋的所有权后,承租人可以按照原租赁合同继续承租。</u>
	适用限制	1. 买卖不破租赁仅适用于不动产租赁合同。 2. 房屋在出租前已经设立抵押权,由于抵押权人实现抵押权发生所有权变动的,不适用买卖不破租赁。 3. 房屋在出租前已经被法院依法查封的,不适用买卖不破租赁。
优先购买权	法律效果	出租人向第三人转让租赁房屋。承租人如果能够提出与第三人同等的条件,其便可以优先购买租赁房屋。因此,出租人转让租赁房屋时应当通知承租人,如果没有通知或者存在其他侵害承租人之优先购买权的行为,出租人应当承担赔偿责任。但是, <u>承租人不能主张出租人与第三人间的房屋买卖合同无效。</u>
	适用限制	仅适用于房屋租赁合同,并且有下列情形之一的,承租人不能行使优先购买权: (1) 房屋共有人行使优先购买权。 (2) 出租人向近亲属转让房屋。关于近亲属的范围,《民法典》中设有规定:配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女为近亲属。 (3) 出租人通知承租人后, <u>承租人在十五日内没有明确表示购买。</u>

注意:

- 1. 承租人没有行使优先购买权的,不影响承租人主张买卖不破租赁。
- 2. 租赁期限届满,房屋承租人享有以同等条件优先承租的权利。

第三种情形:租赁物转租

合法转租	行为模式	承租人在维持与出租人间租赁合同的同时,征得出租人的同意,将租赁物的全部或者部分出租给第三人(次承租人)。
	法律效果	合法转租产生的一般法律效果是次承租人应当向承租人支付租金,承租人应当向出租人支付租金,并且次承租人造成租赁物毁损、灭失的,出租人既可以向承租人主张违约责任,也可以向次承租人主张侵权责任。值得注意的是,合法转租还将产生以下两个法律效果: 1. 承租人征得出租人同意将租赁房屋转租给第三人时,转租合同的期限超过租赁合同的剩余期限的,除另有约定外,超过部分的约定对出租人无约束力。 2. 由于承租人拖欠租金,出租人请求解除租赁合同时,次承租人可以请求代承租人支付欠付租金、违约金等以抗辩出租人的解除权。次承租人代为支付的租金和违约金,可以折抵次承租人应当向承租人支付的租金;超出部分可以向承租人追偿。
非法转租	行为模式	承租人在维持与出租人间租赁合同的同时,没有征得出租人的同意,将租赁物的全部或者部分出租给第三人(次承租人)。
	法律效果	非法转租产生的一般法律效果是出租人可以解除租赁合同。但是,出租人知道或者应当知道承租人转租,但是在六个月内未提出异议的,视为出租人同意转租。

(四) 租赁合同的解除

除“合同解除”一节所列解除事由外,租赁合同也可以基于下列事由解除:

1. 承租人不当使用租赁物导致损耗的,出租人有权解除租赁合同。
2. 承租人非法转租的,出租人有权解除租赁合同,但是需要注意期间限制。
3. 由于出租人的原因致使租赁物被司法机关或者行政机关查封或者权属存在争议,进而导致租赁物无法使用的,承租人有权解除租赁合同。
4. 租赁物危及了承租人的安全或者健康,即使承租人在合同成立时明知租赁物存在质量瑕疵,承租人也有权随时解除租赁合同。

二、融资租赁合同

所谓融资租赁合同,是指以融通资金为目的,由出租人购买租赁物后出租给承租人,承租人向出租人支付租金的合同。

(一) 融资租赁合同的界定

融资租赁合同存在两种模式:人买我租与售后回租。为期简明,列表如下:

人买我租	所谓人买我租,是指以融通资金为目的,由出租人按照承租人的指示向第三人购买租赁物后出租给承租人,承租人向出租人支付租金的融资租赁合同。
售后回租	所谓售后回租,是指以融通资金为目的,由出租人向承租人收购租赁物后出租给承租人,承租人向出租人支付租金的融资租赁合同。

(二) 融资租赁合同的履行

关于融资租赁合同的履行,考点有四:承租人的拒领、出租人的豁免、承租人的义务以及租赁物的归属。为期简明,列表如下:

承租人的拒绝	1. 承租人拒绝受领租赁物的法定事由： (1) 租赁物严重不符合融资租赁合同的约定。 <u>(2) 出卖人没有在约定期间或者合理期间内交付租赁物，经承租人或者出租人催告，在催告期满后依然没有交付。</u> 2. 承租人拒绝受领租赁物的法律效果： 承租人拒绝受领租赁物没有及时通知出租人或者承租人没有正当理由拒绝受领租赁物，造成出租人损失的，应当承担损害赔偿责任。
出租人的豁免	所谓出租人的豁免，是指出租人不承担租赁物瑕疵的违约责任、租赁物损坏的维修责任以及租赁物致害的侵权责任。详述如下。 1. <u>出租人不承担租赁物瑕疵的违约责任。</u>租赁物存在瑕疵的，出租人不承担违约责任。此时，应当由出租人协助承租人向出卖人主张租赁物瑕疵的责任，如果出租人怠于履行协助义务导致损害发生，承租人可以向出租人主张损害赔偿。但是，租赁物不符合融资租赁合同的约定且出租人实施了下列行为之一，承租人要求出租人承担相应责任的，人民法院应予支持： (1) 出租人在承租人选择出卖人、租赁物时，对租赁物的选定起决定作用的； (2) 出租人干预或者要求承租人按照出租人意愿选择出卖人或者租赁物的； (3) 出租人擅自变更承租人已经选定的出卖人或者租赁物的。 2. <u>出租人不承担租赁物损坏的维修责任。</u>租赁物由承租人占有期间，承租人应当善用、保管以及维修。 3. <u>出租人不承担租赁物致害的侵权责任。</u>租赁物由承租人占有期间，造成他人人身伤害或者财产损害的，出租人不承担侵权责任，由承租人承担侵权责任。
承租人的义务	1. 承租人应当支付租金。 注意： <u>(1) 租赁物存在瑕疵，承租人不得以此为由拒绝支付租金。但是，出租人干预选择租赁物的，承租人可以主张免除全部或者部分租金。</u> <u>(2) 租赁物由承租人占有期间，租赁物毁损、灭失的风险由承租人承担，承租人不得以此为由拒绝支付租金。</u> 2. 租赁物由承租人占有期间，承租人应当善用、保管以及维修。 3. 没有征得出租人的同意，承租人不得处分租赁物。
租赁物的归属	1. <u>租赁期间届满，关于租赁物的归属，有约定的从约定，没有约定的，租赁物归出租人所有。承租人破产的，租赁物不属于破产财产，亦即债权人不得就租赁物受偿。由于租赁物毁损、灭失或者附合导致承租人不能返还租赁物的，出租人可以要求给予合理补偿。</u> 2. 融资租赁合同无效，关于租赁物的归属，有约定的从约定，没有约定的，租赁物归出租人所有。但是，由于承租人的原因致使合同无效，出租人不请求返还或者返还之后显著降低租赁物价值的，租赁物的所有权归承租人，由承租人给予出租人合理补偿。

第四节 承揽合同、建设工程合同

一、承揽合同

所谓承揽合同，是指承揽人按照定作人的要求完成工作，交付工作成果，定作人向承揽人支付报酬的合同。承揽工作通常包括加工、定制、修理、复制、测试以及检验等。

(一) 承揽合同的履行

承揽合同的履行主要依赖定作人与承揽人恪尽义务,因此,承揽合同的履行可以从定作人的义务与承揽人的义务两个角度考量。为期简明,分就两个角度列表如下:

第一个角度:定作人的义务

义务	概述
协助义务	承揽工作需要定作人协助的,定作人应当协助。
付款义务	定作人应当按照约定向承揽人支付报酬,对支付期限没有约定或者约定不明确,并且协商不成的,采用后付主义,亦即定作人应当在承揽人交付工作成果时支付,工作成果部分交付的,定作人应当相应支付。定作人没有向承揽人支付报酬的,承揽人可以留置工作成果或者拒绝交付。

第二个角度:承揽人的义务

义务	概述
工作义务	承揽人应当以自己的设备、技术以及劳力完成主要工作。 <u>承揽人将承揽的主要工作或者辅助工作交由第三人完成的,应当对第三人完成的工作成果负责。</u>
通知义务	承揽人发现定作提供的图纸或者要求的技术不合理的,应当及时通知定作人。如果定作人怠于答复造成承揽人损失的,定作人应当承担损害赔偿责任。
交付义务	承揽人应当按照约定交付工作成果。如果承揽人交付的工作成果不符合质量要求的,定作人可以要求承揽人承担修理、重作、减少报酬以及赔偿损失的违约责任。
保管义务	承揽人应当妥善保管工作成果与工作材料,由于承揽人保管不善导致毁损、灭失的,承揽人应当承担损害赔偿责任。

(二) 承揽合同的解除

除“合同解除”一节所列解除事由外,承揽合同也可以基于下列事由解除:

1. 承揽人没有征得定作人同意,将承揽的主要工作交由第三人完成的,定作人有权解除承揽合同。
2. 定作人拒不履行协助义务导致承揽工作不能完成,承揽人可以催告定作人在合理期限内履行协助义务,定作人逾期仍不履行协助义务的,承揽人有权解除合同。

二、建设工程合同

所谓建设工程合同,是指承包人进行工程建设,发包人支付工程价款的合同。

(一) 建设工程合同的无效

无效的法定事由	1. 发包合同的无效 所谓发包合同,是指发包人与承包人订立的建设工程合同。有下列情形之一的,发包合同无效: <u>(1)欠缺资质,承包人没有相应资质,但是承包人在建设工程竣工之前取得相应资质的除外。</u> <u>(2)借名承包,名义承包人具有相应资质,但是实际承包人没有相应资质。此时,如果将来建设工程存在瑕疵,发包人有权向名义承包人与实际承包人主张连带责任。</u> <u>(3)程序瑕疵,应当招标没有招标或者中标无效。</u> <u>(4)手续不全,发包人没有取得建设工程规划许可证等规划审批手续,但是发包人在起诉之前取得建设工程规划许可证等规划审批手续的除外。</u> 2. 转包合同的无效 所谓转包,是指承包人将其承包的全部工程交由第三人完成。<u>转包合同一律无效。</u> 3. 分包合同的无效 所谓分包,是指承包人将其承包的工程进行拆分交由第三人完成。有下列情形之一的,分包合同无效: <u>(1)全部分包,承包人将其承包的全部工程分为不同部分全部交由第三人完成。</u> <u>(2)主体分包,承包人将其承包的主体工程交由第三人完成。</u> <u>(3)二次分包,承包人将其承包的部分工程交由第三人完成,第三人又将该部分工程交由其他人完成,其中第三人又交由其他人完成属于二次分包。</u> <u>(4)欠缺资质,承包人将其承包的部分工程交由第三人完成,但是第三人没有相应资质。</u>
无效的法律效果	1. 建设工程合同无效,工程价款是否应当支付? 处理规则如下: (1)应当支付工程价款的情形 ①建设工程经竣工验收合格。 ②建设工程初始并不合格,在修复之后经竣工验收合格。此后,发包人请求承包人承担修复费用。<u>发包人对建设工程不合格造成的损失有过错的,应当承担相应的责任。</u> 注意: <u>如果实际施工人没有拿到工程价款,其可以以非法转包人或者违法分包人为被告提起诉讼,同样可以以发包人为被告提起诉讼,此时法院应当追加非法转包人与违法分包人为第三人。但是,发包人仅在其欠付工程价款的范围内承担责任。</u> (2)不必支付工程价款的情形 建设工程初始并不合格,在修复之后经竣工验收仍不合格。 2. 建设工程合同无效,非法所得如何处理? 处理规则如下: 法院可以收缴基于非法转包、违法分包以及借名承包所取得的非法所得。

(二) 建设工程合同的履行

建设工程的质量	承包人应当确保建设工程的质量。<u>因为建设工程的质量发生纠纷的,发包人得以承包人、分包人以及实际施工人为共同被告提起诉讼。</u>
---------	---

续表

工程价款的支付	关于工程价款的支付,核心考点在于工程价款请求权。下文分别从优先效力、优先期间、优先范围以及优先限制四个角度观察。 第一个角度:工程价款请求权的优先效力 <u>工程价款请求权具有优先效力,就拍卖、变卖建设工程所得价款,工程价款请求权人优先于抵押权人等受偿。但是,不得优先于已经支付大部分价款的业主。</u> 第二个角度:工程价款请求权的优先期间 工程价款请求权作为债权,受到诉讼时效的限制。但是,工程价款请求权的优先仅有十八个月,自发包人应当支付工程价款之日起算。 第三个角度:工程价款请求权的优先范围 对于逾期支付建设工程价款的利息、违约金、损害赔偿金等,不得主张优先受偿。 第四个角度:工程价款请求权的优先限制 <u>发包人与承包人约定承包人不得就建设工程折价或者拍卖并且优先受偿的,如果损害建筑工人的利益,约定无效。</u>
---------	---

第五节 运输合同、保管合同、仓储合同(本节略讲)

一、运输合同

所谓运输合同,是指承运人将旅客或者货物从起运地点运输到约定地点,收取运费的合同。运输合同可以分为客运合同与货运合同。

(一) 客运合同

关于客运合同,考点有四:旅客人身伤害的赔偿责任、随身财物损失的赔偿责任、托运财物损失的赔偿责任以及票款处理。为期简明,列表如下:

旅客人身伤害的赔偿责任	旅客遭受人身伤害的,承运人承担责任不必以过错为前提。亦即无论承运人是否存在过错,只要旅客遭受人身损害,承运人即应当承担损害赔偿赔偿责任,除非存在以下免责事由: 1. 人身伤害是由旅客自身健康原因造成的。 2. 能够证明人身伤害是旅客的故意或者重大过失造成的。 注意: 该规定适用于按照规定免票、持优待票或者经承运人许可搭乘的无票旅客。
随身财物损失的赔偿责任	随身财物发生损失的,承运人承担责任应当以过错为前提。亦即对于损失的发生,如果承运人存在过错,那么需要承担损害赔偿赔偿责任;如果承运人并无过错,那么不必承担损害赔偿赔偿责任。
托运财物损失的赔偿责任	托运财物发生损失的,承运人承担责任不必以过错为前提。亦即无论承运人是否存在过错,只要托运财物发生损失,承运人即应当承担损害赔偿赔偿责任,除非存在以下免责事由: 1. 损失是由不可抗力造成的。 2. 损失属于货物自身性质致损或者自然损耗。 3. 损失是由托运人或者收货人造成的。

续表

票款处理	1. 实名制客运合同的旅客丢失客票的,可以请求承运人挂失补办,承运人不得再次收取票款或者其他不合理费用。 2. 承运人擅自降低服务标准的,应当根据旅客的请求退票或者减收票款;提高服务标准的,不得加收票款。
------	--

(二) 货运合同

关于货运合同,考点有三:货物损失的赔偿责任、货物运输的特殊方式以及承运人留置权的行使。为简明,列表如下:

货物损失的 赔偿责任	货物发生损失的,承运人承担责任不必以过错为前提。亦即无论承运人是否存在过错,只要货物发生损失,承运人即应当承担损害赔偿赔偿责任,除非存在以下免责事由: 1. 损失是由不可抗力造成的。 2. 损失属于货物自身性质致损或者自然损耗。 3. 损失是由托运人或者收货人造成的。 注意: <u>货物在运输过程中由于不可抗力而毁损、灭失的,应当相应减免运费。</u>
货物运输的 特殊方式	1. 单式联运 所谓单式联运,是指两个以上的承运人以同一种运输方式共同完成货物运输。在单式联运中,与托运人订立运输合同的承运人应当对运输全程承担责任。<u>损失发生在某一区段的,与托运人订立运输合同的承运人与相应区段的承运人承担连带责任。</u> 2. 多式联运 所谓多式联运,是指两个以上的承运人以不同的运输方式共同完成货物运输。在多式联运中,与托运人订立运输合同的承运人应当对运输全程承担责任。<u>损失发生在某一区段的,与托运人订立运输合同的承运人应当承担损害赔偿赔偿责任,相应区段的承运人不必承担损害赔偿赔偿责任,与托运人订立运输合同的承运人在承担损害赔偿赔偿责任后可以向相应区段的承运人追偿。</u>
承运人留置 权的行使	托运人或者收货人拒不支付运费或者其他费用的,承运人对相应的运输货物享有留置权,但是当事人另有约定的除外。

二、保管合同

所谓保管合同,是指保管人有偿或者无偿保管寄存人交付的保管物的合同。除另有约定外,寄存人到保管人处从事购物、就餐、住宿等活动,将物品存放在指定场所的,视为保管。保管合同属于实践合同,保管合同自保管物交付时成立。

关于保管合同,考点有二:保管人的义务与寄存人的义务。为简明,列表如下:

保管人的义务	1. 保管人的善管义务 <u>(1) 无偿保管, 除非保管人有故意或者重大过失, 否则对保管物之损害不承担损害赔偿责任。</u> <u>(2) 有偿保管, 保管人有过错, 应当对保管物之损害承担损害赔偿责任。</u> 2. 保管人的自管义务 除当事人另有约定外, 保管人不得将保管物转交第三人保管。违反此规定者, 对保管物造成损失的, 应当承担损害赔偿责任。 3. 保管人的禁用义务 除当事人另有约定外, 保管人不得使用或者许可他人使用保管物。 4. 保管人的返还义务 保管期间届满或者寄存人提前领取保管物的, 保管人应当返还原物及其孳息。保管物为可以替代之物的, 保管人可以按照约定返还种类、品质以及数量相同的物品。
寄存人的义务	1. 寄存人的告知义务 (1) 保管物存在瑕疵或者性质特殊, 需要采取特殊保管措施的, 寄存人应当告知保管人。由于寄存人没有告知而对保管物造成损失的, 保管人无需承担损害赔偿责任。 (2) 保管物为货币、有价证券等贵重物品的, 寄存人应当声明, 否则保管物毁损、灭失的, 保管人可以按照一般物品赔偿。 2. 寄存人的付费义务 寄存人应当按照约定支付费用, 对数额没有约定或者约定不明确的, 视为无偿保管; 对期限没有约定或者约定不明确的, 应当在领取保管物时支付。

三、仓储合同

所谓仓储合同, 是指保管人有偿保管存货人交付的仓储物的合同。关于仓储合同, 考点有二: 保管人的义务与存货人的义务。为简明, 列表如下:

保管人的义务	1. 保管人的善管义务 保管人应当妥善保管仓储物, <u>保管人有过错, 应当对仓储物之损害承担损害赔偿责任。</u> 2. 保管人的验收义务 保管人应当按照约定验收仓储物, 发现不符的, 应当及时通知存货人。保管人接受仓储物后, 发生不符的, 应当承担损害赔偿责任。
存货人的义务	1. 存货人的告知义务 储存危险物品、易腐物品等的, 存货人应当告知仓储物的性质。违反此规定者, 保管人可以拒收仓储物, 也可以采取相应措施, 采取相应措施的费用由存货人承担。 2. 存货人的付费义务 存货人应当按照约定支付费用。 <u>逾期提货的, 加收仓储费, 提前提货的, 不减仓储费。</u>

第六节 技术合同(本节自学)

所谓技术合同, 是指当事人就技术的开发、转让、许可、咨询或者服务订立的合同。

技术开发合同	1. 技术成果的归属 (1) 委托开发完成的发明创造,除当事人另有约定外,专利申请权属于研究开发人。<u>研究开发人取得专利权后,委托人可以免费实施该专利。研究开发人转让专利申请权的,委托人有权优先受让。</u> (2) 合作开发完成的发明创造,除另有约定外,专利申请权与专利权由合作开发的当事人共有。当事人行使权利时应当遵循以下规则: ①<u>当事人一方不同意申请专利的,其他各方不得申请专利;</u> ②当事人一方转让专利申请权的,其他各方有优先受让权; ③当事人一方放弃专利申请权的,不影响其他各方的专利申请权,其他各方取得专利权之后,放弃专利申请权的一方可以免费实施相应专利; ④<u>当事人对权利行使没有约定的,可以自己实施或者普通许可他人实施,但是许可所得应当合理分配。</u> (3) 有下列四种情形之一的发明创造即为职务发明创造。 ①在本职工作中完成的发明创造; ②履行单位交付的本职工作以外的工作所作出的发明创造; ③退休、调离或者劳动关系终止后<u>1年内所作出的与上述工作相关</u>的发明创造; ④<u>主要利用本单位的物质技术条件</u>所完成的发明创造。 职务发明创造的专利申请权与专利权归属于单位,发明人或者设计人享有署名权与获得报酬权。 2. 技术秘密的归属 委托开发或者合作开发的技术秘密,除当事人另有约定外,任何一方均得自行使用或者普通许可他人使用。如果排他许可、独占许可给他人使用或者转让给他人,应当得到全体同意或者追认。
技术转让合同	——
技术许可合同	——
技术咨询合同	除当事人另有约定外,在技术咨询合同、技术服务合同履行过程中,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或者新的技术秘密,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或者新的技术秘密,属于委托人。
技术服务合同	

第七节 委托合同、行纪合同、中介合同(本节略讲)

一、委托合同

所谓委托合同,是指委托人与受托人约定,由受托人处理委托人事务的合同。关于委托合同,考点有二:受托人的义务与委托人的义务。为期简明,列表如下:

受托人的义务	1. 受托人的报告义务 受托人应当按照委托人的要求报告事务处理的情况,在委托合同终止后,报告事务的处理结果。 2. 受托人的履职义务 (1)<u>无偿委托,除非受托人有故意或者重大过失,否则对履职之损害不承担损害赔偿责任。</u> (2)<u>有偿委托,受托人有过错,便需对履职之损害承担损害赔偿责任。</u>
--------	--

续表

委托人的义务	1. 委托人的付费义务 受托人完成委托事务的,委托人应当支付报酬。 <u>由于不可归责于受托人的事由,委托合同解除或者委托事务不能完成的,委托人应当支付相应的报酬。</u> 2. 委托人的赔偿义务 受托人处理委托事务时,由于不可归责于自己的事由受到损失的,可以向委托人要求赔偿损失。
--------	--

二、行纪合同

所谓行纪合同,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。值得注意的是,行纪人与第三人所签订的贸易合同直接约束行纪人与第三人,亦即行纪人与第三人是贸易合同的当事人,委托人非贸易合同的当事人。

关于行纪合同,考点有二:行纪人的义务与委托人的义务。为期简明,列表如下:

行纪人的义务	1. 行纪人的妥善保管义务 行纪人占有委托物时应当妥善保管委托物,行纪人有过错的,应当对委托物之损害承担损害赔偿责任。 2. 行纪人的费用负担义务 除当事人另有约定外,行纪人处理委托事务所支出的费用,由行纪人自行承担。 3. 行纪人的担保履行义务 除当事人另有约定外,第三人不履行义务导致委托人损害的,行纪人应当承担损害赔偿责任。 4. 行纪人的忠实指示义务 (1)行纪人低于指示价格卖出或者高于指示价格买入应当征得委托人的同意,否则需要补足差额。 (2)行纪人高于指示价格卖出或者低于指示价格买入,可以按照约定增加报酬。没有约定或者约定不明确,并且协商不成的,利益属于委托人。
委托人的义务	行纪人完成全部或者部分委托事务的,委托人应当按照约定支付相应报酬。行纪人卖出或者买入具有市场定价的商品,除委托人有相反的意思表示外,行纪人自己可以作为买受人或者出卖人,并且仍然可以要求委托人支付报酬。

三、中介合同

所谓中介合同,是指中介人向委托人提供订立合同的机会或者媒介,委托人支付报酬的合同。关于中介合同,考点有二:中介人的义务与委托人的义务。为期简明,列表如下:

中介人的义务	中介人应当就有关订立合同的事项向委托人如实报告。中介人故意隐瞒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且应当承担损害赔偿责任。
委托人的义务	委托人应当按照约定支付中介报酬或者报销必要费用。 1. 中介成功的,委托人应当按照约定支付报酬,但是中介活动的费用,由中介人自行承担。 注意: <u>委托人在接受中介人的服务之后,利用中介人提供的交易机会或者媒介服务,绕开中介人直接订立合同的,应当向中介人支付报酬。</u> 2. 中介失败的,委托人不必按照约定支付报酬,但是应当报销中介活动的费用。

第八节 其他合同

一、供用电、水、气、热力合同

所谓供用电合同,是指供电人向用电人供电,用电人支付电费的合同。供用水、气、热力合同参照供用电合同的规定。

供电人的义务	1. 安全供电 供电人应当按照国家规定的供电质量标准和约定安全供电。供电人未按照国家规定的供电质量标准和约定安全供电,造成用电人损失的,应当承担损害赔偿责任。 2. 断电通知 供电人由于供电设施计划检修、临时检修、依法限电或者用电人违法用电等原因,需要中断供电时,应当按照国家有关规定事先通知用电人。<u>未事先通知用电人中断供电,造成用电人损失的,应当承担损害赔偿责任。</u> 3. 及时抢修 由于自然灾害等原因断电,供电人应当按照国家有关规定及时抢修。<u>未及时抢修,造成用电人损失的,应当承担损害赔偿责任。</u>
用电人的义务	1. 支付电费 用电人应当按照国家有关规定和当事人的约定及时交付电费。用电人逾期不交付电费的,应当按照约定支付违约金。经催告用电人在合理期限内仍不交付电费和违约金的,供电人可以按照国家规定的程序中止供电。 2. 安全用电 用电人应当按照国家有关规定和当事人的约定安全用电。用电人未按照国家有关规定和当事人的约定安全用电,造成供电人损失的,应当承担损害赔偿责任。

二、合伙合同

所谓合伙合同,是指二个以上合伙人为了共同的事业目的,订立的共享利益、共担风险的合同。

合同的效力	1. 合伙人的义务: (1) 履行出资义务。合伙人应当按照约定的出资方式、数额和缴付期限,履行出资义务。 (2) 不得请求分割合伙财产。合伙合同终止前,合伙人不得请求分割合伙财产。 (3) 不得请求支付报酬。除另有约定外,合伙人不得因执行合伙事务而请求支付报酬。 2. 合伙人的权利: (1) 追偿权。清偿合伙债务超过自己应当承担份额的合伙人,有权向其他合伙人追偿。 (2) 转让财产份额权。除合伙合同另有约定外,合伙人向合伙人以外的人转让其全部或者部分财产份额的,须经其他合伙人一致同意。 (3) 对合伙事务作出决定权。合伙人就合伙事务作出决定的,除合伙合同另有约定外,应当经全体合伙人一致同意。 (4) 对合伙事务的执行权、监督执行权。合伙事务由全体合伙人共同执行。按照合伙合同的约定或者全体合伙人的决定,可以委托一个或者数个合伙人执行合伙事务;其他合伙人不再执行合伙事务,但是有权监督执行情况。 (5) 利益分配、亏损分担请求权。合伙的利润分配和亏损分担,按照合伙合同的约定办理;合伙合同没有约定或者约定不明确的,由合伙人协商决定;协商不成的,由合伙人按照实缴出资比例分配、分担;无法确定出资比例的,由合伙人平均分配、分担。
-------	---

续表

合同的终止	1. 合伙人对合伙期限没有约定或者约定不明确,依据《民法典》相关规定仍然不能确定的,视为不定期合伙。合伙期限届满,合伙人继续执行合伙事务,其他合伙人没有提出异议的,合伙合同继续有效,但是视为不定期合伙。合伙人可以随时解除不定期合伙合同,但是应当在合理期限之前通知其他合伙人。 2. 除另有约定或者性质不宜外,合伙人死亡、丧失民事行为能力或者终止的,合伙合同终止。合伙合同终止之后,合伙财产在支付由于终止而产生的费用以及清偿合伙债务之后有剩余的,应当依法由合伙人分配。
-------	---

三、物业服务合同

所谓物业服务合同,是指物业服务人在物业服务区域内,为业主提供建筑物及其附属设施的维修养护、环境卫生以及相关秩序的管理维护等物业服务,业主支付物业费的合同。

合同的效力	1. 物业服务人的义务: (1) 按照约定与物业的使用性质,妥善维修、养护、清洁、绿化与经营管理物业服务区域内的业主共有部分,维护物业服务区域内的基本秩序,采取合理措施保护业主的人身、财产安全。 (2) 对物业服务区域内违反有关治安、环保、消防等法律法规的行为,及时采取合理措施制止、向有关行政主管部门报告并且协助处理。 (3) 报告义务。物业服务人应当定期将服务的事项、负责人员、质量要求、收费项目、收费标准、履行情况,以及维修资金使用情况、业主共有部分的经营与收益情况等以合理方式向业主公开并向业主大会、业主委员会报告。 (4) 后合同义务。物业服务合同终止的,原物业服务人应当在约定期限或者合理期限内退出物业服务区域,将物业服务用房、相关设施、物业服务所必需的相关资料等交还给业主委员会、决定自行管理的业主或者其指定的人,配合新物业服务人做好交接工作,并且如实告知物业的使用与管理状况。 2. 业主的义务: (1) 支付物业费。业主应当按照约定向物业服务人支付物业费。 (2) 告知义务。业主装饰装修房屋的,应当事先告知物业服务人,遵守物业服务人提示的合理注意事项。业主转让、出租物业专有部分、设立居住权或者依法改变共有部分用途的,应当及时将相关情况告知物业服务人。
合同的终止	1. 物业服务期限届满之后,业主没有依法作出续聘或者另聘物业服务人的决定,物业服务人继续提供物业服务的,物业服务合同继续有效,但是视为不定期物业服务合同。业主或者物业服务人可以随时解除不定期物业服务合同,但是应当提前六十日书面通知对方。 2. 业主依照法定程序共同决定解聘物业服务人的,可以解除物业服务合同。除另有约定外,决定解聘的,应当提前六十日书面通知物业服务人。解除合同造成物业服务人损失的,除不可归责于业主的事由导致解除外,业主应当赔偿损失。物业服务合同终止之后,在业主或者业主大会选聘的新物业服务人或者决定自行管理的业主接管之前,原物业服务人应当继续处理物业服务事项,并且可以请求业主支付该期间的物业费。物业服务期限届满前,业主依法共同决定续聘的,应当与原物业服务人在合同期限届满前续订物业服务合同。 3. 物业服务期限届满前,物业服务人不同意续聘的,应当在合同期限届满前九十日书面通知业主或者业主委员会,但是合同对通知期限另有约定的除外。

四、保理合同

所谓保理合同,是指应收账款债权人将现有的或者将有的应收账款转让给保理人,保理人提供资金融通、应收账款管理或者催收、担保等服务的合同。

合同的效力	1. 保理人 (1)保理人向债务人发出应收账款转让通知的,应当表明保理人身份并附有必要凭证。 (2)有追索权保理的,保理人可以向债权人主张返还保理融资款本息或者回购应收账款债权,也可以向债务人主张应收账款债权。保理人向债务人主张应收账款债权,在扣除保理融资款本息与相关费用之后有剩余的,剩余部分应当返还给债权人。 (3)无追索权保理的,保理人应当向债务人主张应收账款债权,保理人取得超过保理融资款本息与相关费用的部分,无需向债权人返还。 2. 应收账款债权人 (1)债权人与债务人虚构应收账款作为转让标的,与保理人订立保理合同的,债务人不得以应收账款不存在为由对抗保理人,但是保理人明知虚构的除外。 (2)债务人接到应收账款转让通知之后,债权人与债务人无正当理由协商变更或者终止基础交易合同,对保理人产生不利影响的,对保理人不发生效力。
特殊规则	应收账款债权人就同一应收账款订立多个保理合同,致使多个保理人主张权利的,已经登记的先于未登记的取得应收账款;均已经登记的,按照登记时间的先后顺序取得应收账款;均未登记的,由最先到达应收账款债务人的转让通知中载明的保理人取得应收账款;既未登记也未通知的,按照保理融资款或者服务报酬的比例取得应收账款。

第五编 侵权责任

第一节 侵权概述

一、构成要件

主张侵权责任一般应当同时满足四个构成要件：加害人实施加害行为、受害人遭受损害结果、加害行为与损害结果间存在因果关系以及加害人具有主观过错。详述如下。

(一) 加害人实施加害行为

加害行为包括作为与不作为。所谓作为,是指不应当实施某种行为而实施,造成损害结果(不当为而为);所谓不作为,是指应当实施某种行为而没有实施,造成损害结果(当为而不为)。

(二) 受害人遭受损害结果

救济权利与利益乃是《民法典》的价值之一,因此,如果没有权利与利益之损害,也就没有给予其救济之必要。损害结果是指受害人的人身权利、财产权利以及其他利益所遭受的不利后果,例如:财产损失、人身损害以及精神损害。损害结果既可以是对法定权利造成的损害,例如:生命权、健康权、所有权、著作权与商标权等;也可以是对一般利益造成的损害,例如:死者名誉、胎儿利益等。

(三) 加害行为与损害结果间存在因果关系

因果关系是指加害行为与损害事实之间的引起与被引起的关系。如果加害行为与损害结果间不存在因果关系,那么加害人无需承担侵权责任。因此,准确判断是否存在因果关系十分重要。我国认定因果关系的规则主要有:直接原因规则;相当因果关系规则;近因规则;推定因果关系规则。其中,相当因果关系规则最为重要,一般认为,同时符合以下两个要求即存在相当因果关系:

1. 无此行为即无此结果(条件性)。
2. 有此行为通常有此结果(相当性)。

(四) 加害人具有主观过错

一般而言,如果加害人没有主观过错,那么无需承担侵权责任。主观过错包括故意与过

失,所谓故意,是指明知损害结果而追求或者放任其发生;所谓过失,是指原本应当预见损害结果但是没有预见或者已经预见但是轻信可以避免。

二、归责原则

归责原则		原则简述
过错责任原则	一般过错原则	如果适用一般过错原则,那么主张侵权责任一般应当同时满足以下构成要件: 1. 加害人实施加害行为。 2. 受害人遭受损害结果。 3. 加害行为与损害结果间存在因果关系。 4. 加害人具有主观过错。 <u>(受害人应当证明对方具有过错,否则对方不必承担侵权责任)</u>
	过错推定原则	如果适用过错推定原则,那么主张侵权责任一般应当同时满足以下构成要件: 1. 加害人实施加害行为。 2. 受害人遭受损害结果。 3. 加害行为与损害结果间存在因果关系。 4. 加害人具有主观过错。 <u>(加害人应当证明自己没有过错,否则应当承担侵权责任)</u>
无过错责任原则		如果适用无过错原则,那么主张侵权责任一般应当同时满足以下构成要件: 1. 加害人实施加害行为。 2. 受害人遭受损害结果。 3. 加害行为与损害结果间存在因果关系。

三、担责方式

赔偿损失	财产损失赔偿	是指通过支付一定数额的金钱救济受害人财产损失的救济措施。 侵害他人财产的,财产损失按照损失发生时的市场价格或者其他合理方式计算。 侵害他人人身权益造成财产损失的,按照受害人因此受到的损失或者侵权人因此获得的利益赔偿;上述金额难以确定,并且受害人与侵权人就赔偿数额协商不一致,向法院提起诉讼的,由法院根据实际情况确定赔偿数额。
	人身损害赔偿	是指通过支付一定数额的金钱救济受害人生命、身体或者健康损害的救济措施。侵害他人造成人身损害的,应当赔偿医疗费、护理费、交通费、营养费、住院伙食补助费等为治疗与康复支出的合理费用,以及因误工减少的收入。造成残疾的,还应当赔偿辅助器具费与残疾赔偿金;造成死亡的,还应当赔偿丧葬费与死亡赔偿金。
	精神损害赔偿	是指通过支付一定数额的金钱救济受害人精神损害的救济措施。 1. 下列情形可以主张精神损害赔偿: (1) 侵害自然人人身权益造成严重精神损害的,受害人有权请求精神损害赔偿。 (2) 因故意或者重大过失侵害自然人具有人身意义的特定物造成严重精神损害的,受害人有权请求精神损害赔偿。 (3) 违约行为损害对方人格权并且造成严重精神损害,受害人请求其承担违约责任的,不影响受害人请求精神损害赔偿。 2. 下列情形不能主张精神损害赔偿: (1) 法人、非法人组织的人格权益遭受侵犯不得主张精神损害赔偿请求权。 (2) 虽然存在精神损害,但是没有造成严重后果,不得主张精神损害赔偿请求权。

续表

赔偿损失	惩罚性赔偿	是指法律规定某些情形下在补偿受害人的实际损失之外,再额外给予受害人一笔金钱的救济措施。该种救济措施的目的主要是惩罚侵权人。具有下列情形之一的,可以主张惩罚性赔偿: 1. 故意侵害他人知识产权,情节严重的,受害人有权请求相应的惩罚性赔偿。 2. 明知产品存在缺陷仍然生产、销售,或者没有依据有关规定采取有效补救措施,造成他人死亡或者健康严重损害的,受害人有权请求相应的惩罚性赔偿。 3. 违反法律规定故意污染环境、破坏生态造成严重后果的,受害人有权请求相应的惩罚性赔偿。
	法定分担损失	是指受害人与行为人对损害的发生都没有过错时,依照法律规定由双方分担损失。适用法定分担损失规则应当注意:当事人双方对损害的发生均无过错并且不属于适用无过错责任原则的情形,例如:完全民事行为能力人对自己的行为暂时没有意识或者失去控制造成他人损害有过错的,应当承担侵权责任; <u>没有过错的,根据行为人的经济状况对受害人适当补偿。</u>
其他方式		——

四、免责事由

(一)外部原因

免责事由	事由简述
受害人过失	所谓受害人过失,是指侵权责任产生之后,如果受害人对损害结果的发生或者扩大具有过失,那么可以减轻加害人的侵权责任。
受害人故意	所谓受害人故意,是指侵权责任产生之后,如果受害人对损害结果的发生或者扩大具有故意,那么可以免除加害人的侵权责任。
第三人过错	所谓第三人过错,是指侵权责任产生之后,如果损害结果系全部因第三人的故意或者过失产生,那么可以免除加害人的侵权责任;如果损害结果系部分因第三人的故意或者过失产生,那么可以减轻加害人的侵权责任。当然,这一免责事由并非适用于所有侵权行为,后文所讲述之规定与此处不相一致的,以后文所讲述之规定为准。
不可抗力	所谓不可抗力,是指不能预见、不能避免并且不能克服的客观情况,例如:地震、台风、海啸以及雪崩等。不可抗力如果是损害结果的产生原因,那么可以免除加害人的侵权责任。

(二)正当理由

免责事由	事由简述
自助行为	合法权益受到侵害,情况紧迫,不能及时获得国家机关保护,不立即采取措施将使其合法权益受到难以弥补的损害的,受害人可以在必要范围内采取扣留侵权人的财物等合理措施;但是,应当立即请求有关国家机关处理。受害人采取措施不当造成他人损害的,应当承担侵权责任。
正当防卫	是指为了使公共利益、本人或者他人的人身、财产或者其他合法权益免受正在进行的不法侵害,而对不法侵害人所采取的合理的防卫行为。因正当防卫造成损害的,不承担民事责任。正当防卫超过必要的限度,造成不应有的损害的,正当防卫人应当承担适当的民事责任。

续表

免责事由	事由简述
紧急避险	是指为了使公共利益、本人或者他人的人身、财产或者其他合法权益免受正在发生的危险,而不得已采取的损害另一较小合法权益从而保全更大利益的行为。因紧急避险造成损害的,由引起险情发生的人承担民事责任。危险由自然原因引起的,紧急避险人不承担民事责任,可以给予适当补偿。紧急避险采取措施不当或者超过必要的限度,造成不应有的损害的,紧急避险人应当承担适当的民事责任。紧急避险需要把握两个要点: 1. 人为因素引起险情的,对于损害,由引起险情的人承担侵权责任。 2. 自然因素引起险情的,对于损害,由紧急避险的人适当进行补偿。
自甘风险	自愿参加具有一定风险的文体活动,因其他参加者的行为受到损害的,受害人不得请求其他参加者承担侵权责任;但是,其他参加者对损害的发生有故意或者重大过失的除外。

引申知识:紧急救助

所谓紧急救助,是指为了保护他人的人身权益、财产权益而实施紧急救助行为,造成损害结果的,分就以下两种情形处理:

1. 紧急救助行为导致受助人损害的,救助人不必承担侵权责任。
2. 紧急救助行为导致救助人损害的,加害人承担侵权责任,受助人可以给予适当补偿。加害人没有能力承担侵权责任或者无法找到加害人,救助人请求补偿的,受助人应当给予适当补偿。

五、侵权形态

在考试中,常考查之侵权形态包括有意思联络的数人侵权行为与无意思联络的数人侵权行为。其中,有意思联络的数人侵权行为包括三类:共同加害行为、共同危险行为以及教唆(帮助)侵权;无意思联络的数人侵权行为包括两类:直接结合行为与间接结合行为。为简明,列表如下:

注意:

共同危险行为中的意思联络属于事实层面的意思联络,而非法律层面的意思联络,因而也有观点认为共同危险行为属于无意思联络的数人侵权。

(一)有意思联络的数人侵权行为

侵权形态		责任形态
有意思联络的数人侵权行为	共同加害行为	共同加害行为包括共同故意加害行为与共同过失加害行为。所谓共同故意加害行为,是指数个主体基于同一故意实施侵害他人法定权利或者民事权益的行为;所谓共同过失加害行为,是指数个主体,因为从事某一事务或者处于某种环境,进而负有同一注意义务,数个主体均未尽到前述注意义务导致损害结果产生。数个主体实施共同加害行为的,应当承担连带责任。
	共同危险行为	所谓共同危险行为,是指数个主体实施数个危险行为,其中一个或者数个危险行为导致损害结果产生。对此情形,可作如下处理: 1. 如果能够确定具体加害人,那么由加害人承担侵权责任。 2. 如果不能确定具体加害人,那么由所有人承担连带责任。

续表

侵权形态		责任形态
有意思联络的 数人侵权 行为	教唆(帮助) 侵权	1. 教唆(帮助)完全民事行为能力人侵权,教唆人(帮助人)与侵权人承担连带责任。 2. 教唆(帮助)限制民事行为能力人或者无民事行为能力人侵权,该限制民事行为能力人或者无民事行为能力人的监护人尽到监护职责的,教唆人(帮助人)承担侵权责任。 3. 教唆(帮助)限制民事行为能力人或者无民事行为能力人侵权,该限制民事行为能力人或者无民事行为能力人的监护人没有尽到监护职责的,教唆人(帮助人)承担侵权责任,监护人承担相应的侵权责任。

(二) 无意思联络的数人侵权行为

侵权形态		责任形态
无意思联络的 数人侵权 行为	直接结合行为	数个主体无意思联络而实施数个行为,其中任一行为即可造成全部损害结果的,属于直接结合行为,数个主体承担连带责任。
	间接结合行为	数个主体无意思联络而实施数个行为,只有数个行为结合在一起才能造成全部损害结果的,属于间接结合行为,数个主体承担按份责任。

六、责任主体

(一) 侵权本人不担责,他人代替其担责

主体分类		责任概述
侵权本人不担责,他人代替其担责	被监护人侵权	1. 被监护人侵权的,由其监护人承担侵权责任。 <u>被监护人侵权,监护人将监护职责委托给他人的,由监护人承担侵权责任;受托人有过错的,承担相应责任。</u> 2. 被监护人有财产的,以其财产先行赔偿,不足部分再由其监护人赔偿。 注意: 监护人尽到监护职责的,不能免除监护人的侵权责任,但是可以减轻监护人的侵权责任。
	用人单位责任	用人单位工作人员执行工作任务导致他人损害的,就一般情形而言,由用人单位承担侵权责任,用人单位承担侵权责任之后,可以向有故意或者重大过失的工作人员追偿;就劳务派遣而言,由用工单位承担侵权责任,派遣单位如果存在过错,承担相应的责任。
	个人劳务责任	1. 雇员执行工作任务导致他人损害的,由雇主承担侵权责任,雇主承担侵权责任之后,可以向有故意或者重大过失的雇员追偿。 2. 雇员执行工作任务导致自己损害的,由雇员与雇主按照各自过错承担侵权责任。 3. 提供劳务期间,由于第三人的行为造成雇员损害的,雇员有权请求第三人承担侵权责任,或者请求雇主补偿。雇主补偿之后,可以向第三人追偿。
	被帮工人责任	1. 无偿提供劳务的帮工人,在从事帮工活动中致人损害的,被帮工人应当承担赔偿责任。被帮工人承担赔偿责任后向有故意或者重大过失的帮工人追偿的,人民法院应予支持。被帮工人明确拒绝帮工的,不承担赔偿责任。 2. 无偿提供劳务的帮工人因帮工活动遭受人身损害的,根据帮工人和被帮工人各自的过错承担相应的责任;被帮工人明确拒绝帮工的,被帮工人不承担赔偿责任,但是可以在受益范围内予以适当补偿。 3. 无偿提供劳务的帮工人在帮工活动中因第三人的行为遭受人身损害的,有权请求第三人承担赔偿责任,也有权请求被帮工人予以适当补偿。被帮工人补偿后,可以向第三人追偿。

(二)侵权本人要担责,他人补充其责任

主体分类		责任概述
侵权本人要担责,他人补充其责任	安保场所责任	1. 安保场所没有尽到安全保障义务直接造成受害人损害的,由安保场所承担侵权责任。 2. 安保场所范围之内第三人侵权的,第三人承担侵权责任,安保场所如果存在过错,承担相应的补充责任。 <u>安保场所承担补充责任之后,可以向第三人追偿。</u>
	教育机构责任	1. 无民事行为能力人在教育机构学习、生活期间遭受人身伤害的,推定教育机构存在过错,教育机构如果能证明自己尽到教育、管理职责的,不必承担侵权责任。 <u>(过错推定原则)</u> 2. 限制民事行为能力人在教育机构学习、生活期间遭受人身伤害的,如果教育机构存在过错,那么其应当承担侵权责任。 <u>(一般过错原则)</u> 3. 无民事行为能力人、限制民事行为能力人在教育机构学习、生活期间遭到第三人侵权的,第三人承担侵权责任,教育机构如果存在过错,承担相应的补充责任。 <u>教育机构承担补充责任之后,可以向第三人追偿。</u>

(三)侵权本人要担责,他人过错同担责

主体分类		责任概述
侵权本人要担责,他人过错同担责	网络侵权行为	1. 网络用户利用网络服务侵权的,如果网络服务提供者对此自始知情或者应当知情,由网络用户与网络服务提供者承担连带责任。 2. 网络用户利用网络服务侵权的, <u>如果网络服务提供者收到受害人的通知之后方才知情,其收到受害人的通知之后及时采取补救措施的,不必承担侵权责任;其收到受害人的通知之后没有采取补救措施致使损害扩大的,就扩大的损害而言,其应当与网络用户承担连带责任。</u>
	承揽工作侵权	承揽人在承揽工作中导致他人损害或者导致自己损害的,定作人有过错时方才承担相应的侵权责任,否则定作人不必承担侵权责任。

第二节 侵权各论

一、产品损害责任

所谓产品损害责任,是指因产品有缺陷造成他人财产、人身损害,产品生产者、销售者所应承担的侵权责任。

责任主体	由于产品存在缺陷导致受害人损害的,生产者与销售者承担连带责任,有过错的仓储者、运输者不对外承担侵权责任,生产者、销售者承担侵权责任之后,有权向有过错的仓储者、运输者追偿。 在产品损害责任纠纷中,由于产品存在缺陷导致受害人损害,因此受害人可以提起侵权之诉主张加害人承担侵权责任。同时,产品存在缺陷表明产品不符合合同的约定,因此受害人可以提起违约之诉主张销售者承担违约责任,由此便会产生侵权责任与违约责任的竞合。以下为产品损害责任纠纷的诉讼结构: 侵权之诉 原告:受害人 被告:销售者、生产者或者生产者与销售者 违约之诉 原告:作为合同当事人的受害人 被告:作为合同当事人的销售者
------	--

续表

归责原则	1. 对外连带责任 无过错责任原则,亦即无论生产者、销售者是否具有主观过错,只要产品存在缺陷导致受害人损害,即应当对受害人承担连带责任。 2. 对内追偿责任 (1) 销售者向生产者追偿适用无过错责任原则,亦即无论生产者是否具有主观过错,销售者承担侵权责任之后均可向其追偿。 (2) 生产者向销售者追偿适用过错责任原则,亦即只有销售者具有主观过错,生产者承担侵权责任后才能向其追偿。 3. 向第三人追偿 向仓储者、运输者适用过错责任原则,生产者、销售者承担侵权责任之后,有权向有过错的仓储者、运输者追偿。
跟踪责任	产品投入流通之后发现存在缺陷的,生产者、销售者应当及时采取警示、召回等补救措施。生产者、销售者没有及时采取补救措施或者采取补救措施不力造成受害人损害的,应当承担侵权责任。采取召回措施的,生产者、销售者应当负担被侵权人因此支出的必要费用。
惩罚性赔偿	产品损害纠纷中,受害人意欲主张惩罚性赔偿应当满足以下主观条件与客观条件: 1. 主观条件:生产者或者销售者明知产品存在缺陷仍然将其投入流通领域或者知情之后没有及时上述采取补救措施。 2. 客观条件:导致受害人死亡或者健康严重损害。

二、交通事故责任

所谓交通事故责任,是指机动车因过错或者意外造成他人人身伤亡或者财产损失时相关主体应当承担的侵权责任。

责任主体	1. 一般责任主体 交通事故责任的一般责任主体应当区分为以下两种情形处理: (1) 机动车与机动车 机动车与机动车发生交通事故的,按照事故双方的过错分担侵权责任。此一考点几乎不作考查。 (2) 机动车与非机动车 机动车与非机动车发生交通事故的,机动车一方的侵权责任包含三层考点,详述如下: ① 非机动车一方故意碰撞机动车的,机动车一方不必承担侵权责任。 ② 非机动车一方有过失的,机动车一方可以减轻侵权责任。 ③ 机动车一方即便能够证明自己没有过错,仍然应当承担侵权责任,只是所承担的侵权责任的份额不超过 10%。 上述情形繁杂,为简明,构图如下: { 机动车与机动车:由有过错的一方或者双方承担责任 机动车与非机动车 非机动车故意碰撞机动车的→机动车免责 非机动车有过失的→机动车减责 机动车自证无过错的→0%<侵权责任≤10% 注意: 所谓非机动车一方故意碰撞机动车的,其中故意通常表现为自杀或者碰瓷这两种形态。
------	---

续表

责任主体	2. 特殊责任主体 交通事故责任的特殊责任主体情形较多,本书归纳如下: <u>(1)机动车的所有权人出租、出借机动车,借用人、承租人驾车发生交通事故,造成受害人损害的,由借用人、承租人承担侵权责任。机动车的所有权人存在过错的,承担相应的侵权责任。</u>所谓机动车的所有权人存在过错,是指机动车的所有权人存在下列情形之一: ①知道或者应当知道机动车存在缺陷,并且该缺陷是交通事故发生的原因。值得注意的是,此种情形不仅要求机动车的所有权人知道或者应当知道机动车存在缺陷,而且要求该缺陷是交通事故发生的原因。也就是说,如果机动车的所有权人虽然知道或者应当知道机动车存在缺陷,但是该缺陷并非交通事故发生的原因,那么机动车的所有权人不必承担相应的侵权责任。 ②知道或者应当知道驾驶人没有驾驶资格或者没有取得相应的驾驶资格。 ③知道或者应当知道驾驶人由于饮酒、服用国家管制的精神药品或者麻醉药品,或者患有妨碍安全驾驶机动车的疾病等情形依法不能驾驶机动车。 ④其他应当认定机动车的所有权人存在过错的情形。 (2)机动车的所有权人转让或者赠与机动车,已经交付机动车,但是没有办理过户登记,此时受让人或者受赠人驾车发生交通事故,造成受害人损害的,由受让人或者受赠人承担侵权责任。<u>被多次转让但是未办理登记的机动车发生交通事故造成损害,属于该机动车一方责任,当事人请求由最后一次转让并交付的受让人承担赔偿责任的,人民法院应予支持。</u> <u>(3)机动车的所有权人转让拼装或者报废机动车,受让人驾车发生交通事故,造成受害人损害的,由转让人与受让人承担连带责任;多次转让拼装或者报废机动车,受让人驾车发生交通事故,造成受害人损害的,由所有参与的转让人与受让人承担连带责任。</u> (4)盗窃、抢劫或者抢夺机动车,盗窃、抢劫或者抢夺机动车的人驾车发生交通事故,造成受害人损害的,由盗窃、抢劫或者抢夺机动车的人承担侵权责任。<u>盗窃、抢劫或者抢夺机动车的人与机动车使用人并非同一人的,由盗窃、抢劫或者抢夺机动车的人与机动车使用人承担连带责任。</u>保险公司在交通责任强制保险的限额内垫付抢救费用的,有权向责任人追偿。 <u>(5)非营运机动车发生交通事故造成无偿搭乘人损害的,应当减轻赔偿责任,但是机动车使用人有故意或者重大过失的除外。</u> (6)没有征得机动车的所有权人的同意而驾驶其机动车,发生交通事故,造成受害人损害的,由机动车的使用人承担侵权责任。机动车的所有权人存在过错的,承担相应的侵权责任。
归责原则	1. 机动车与机动车间:一般过错原则。亦即机动车驾驶人没有主观过错即不必承担侵权责任。 2. 机动车与非机动车间:无过错责任原则。亦即无论机动车一方是否具有主观过错,只要发生交通事故导致受害人损害,即要承担侵权责任。
责任承担	在交通事故责任中,一旦确定责任主体与赔偿数额,即应当按照下列步骤承担侵权责任,对受害人进行赔偿: 1. 第一步:首先应当由机动车强制保险的承保公司在赔偿限额内对受害人进行赔偿。 2. 第二步:如果机动车强制保险的承保公司对受害人进行赔偿之后仍有不足的,那么不足部分应当由第三者责任险的承保公司按照保险合同对受害人进行赔偿。 3. 第三步:如果第三者责任险的承保公司按照保险合同对受害人进行赔偿之后仍有不足的,那么不足部分由交通事故的责任人承担。

三、医疗损害责任

所谓医疗损害责任,是指因医疗机构及其医务人员的过错致使患者在诊疗活动中受到损害,医疗机构应当承担的侵权责任。

责任主体	1. 一般责任主体 医务人员未尽告知义务、未尽诊疗义务、公开病历资料,造成患者损害的,医疗机构应当承担责任。 <u>医疗机构外聘医务人员对患者进行诊疗,由于受邀医务人员的过错造成患者损害的,医疗机构应当承担侵权责任。</u> <u>(1) 未尽告知义务:</u>医务人员在诊疗活动中应当向患者说明病情和医疗措施。需要实施手术、特殊检查、特殊治疗的,医务人员应当及时向患者说明医疗风险、替代医疗方案等情况,并取得其<u>明确同意</u>;不宜向患者说明的,应当向患者的近亲属说明,并取得其<u>明确同意</u>。医务人员未尽告知义务,造成患者损害的,医疗机构应当承担侵权责任。 <u>(2) 未尽诊疗义务:</u>医务人员在诊疗活动中未尽到与当时的医疗水平相应的诊疗义务,造成患者损害的,医疗机构应当承担侵权责任。 <u>(3) 公开病历资料:</u>医疗机构及其医务人员应当对患者的隐私保密。泄露患者隐私或者未经患者同意公开其病历资料,造成患者损害的,医疗机构应当承担侵权责任。 2. 特殊责任主体 医疗产品或者血液存在缺陷导致患者损害的,患者既可以向医疗机构主张侵权责任,也可以向<u>药品上市许可持有人</u>、医疗产品的生产者、销售者或者血液的提供者主张侵权责任。医疗机构承担侵权责任之后可以向<u>药品上市许可持有人</u>、医疗产品的生产者、销售者或者血液的提供者追偿,<u>药品上市许可持有人</u>、医疗产品的生产者、销售者或者血液的提供者承担侵权责任之后不能向医疗机构追偿,除非医疗产品或者血液存在缺陷是由于医疗机构的过错导致的。
归责原则	医疗损害责任原则上适用一般过错原则,但是医疗机构存在以下情形时适用过错推定原则: 1. 违反法律、行政法规、规章以及其他有关诊疗规范的规定。 2. 隐匿或者拒绝提供与纠纷有关的病历资料。 3. <u>遗失、伪造、篡改或者销毁病历资料。</u>
免责事由	患者在医疗活动中受有损害,存在下列情形之一的,医疗机构不必承担侵权责任: 1. 患者或者其近亲属不配合医疗机构进行符合诊疗规范的诊疗。 2. 医务人员在抢救生命垂危的患者等紧急情况下已尽合理诊疗义务。 3. 限于当时的医疗水平难以诊疗。

四、环境污染责任

所谓环境污染侵权,是指污染环境、破坏生态造成他人财产或者人身损害而应当承担的侵权责任。

责任主体	1. 一般责任主体 环境污染导致受害人损害的,由污染者承担侵权责任。简而言之,谁污染谁治理。<u>违反国家规定造成生态环境损害,生态环境能够修复的,有关机关或者组织有权请求污染者在合理期限内承担修复责任。污染者在期限内未修复的,有关机关或者组织可以自行或者委托他人进行修复,所需费用由污染者负担。</u> 2. 特殊责任主体 (1) 两个以上污染者共同实施污染行为造成同一损害的,应当承担连带责任。 (2) 两个以上污染者分别实施污染行为造成同一损害,每一个污染者的污染行为都足以造成全部损害结果的,应当承担连带责任;每一个污染者的污染行为都不足以造成全部损害结果的,应当承担按份责任。 <u>(3) 第三人原因导致环境污染侵权的,受害人既可以向污染者主张侵权责任,也可以向第三人主张侵权责任。污染者承担侵权责任之后可以向第三人追偿。</u>
------	---

续表

归责原则	<u>无过错责任原则。亦即无论污染者是否具有主观过错,只要环境污染导致受害人损害,即要承担侵权责任。</u>
免责事由	不存在因果关系是环境污染侵权的免责事由,存在下列情形之一的,应当认定不存在因果关系: 1. 排放的污染物没有造成该损害可能的。 2. 排放的可造成该损害的污染物未到达该损害发生地的。 3. 该损害于排放污染物之前已发生的。 4. 其他可以认定污染行为与损害之间不存在因果关系的情形。 注意: 排污符合国家或者地方排放标准并非免责事由,污染者不能以此为由主张免除侵权责任。

五、动物损害责任

所谓动物损害责任,是指饲养的动物致人损害,动物饲养人或者管理人依法应当承担的侵权责任。

责任主体	1. 一般责任主体 饲养的动物造成受害人损害的,由动物的饲养人或者管理人承担侵权责任。 注意: 野生动物导致损害属于意外事件,并不产生侵权责任。 2. 特殊责任主体 (1) 遗弃、逃逸的动物致人损害,由动物的原饲养人或者管理人承担侵权责任。值得注意的是,遗弃不同于放生,所谓放生,是指使动物回归其原本的生存环境。 (2) <u>第三人原因导致动物侵权的,受害人既可以向动物的饲养人或者管理人主张责任,也可以向第三人主张责任。动物的饲养人或者管理人承担责任之后可以向第三人追偿。</u>
归责原则	动物损害责任适用无过错责任原则,以受害人存在故意或者重大过失为免责或者减责事由,但是以下情形除外: 1. 违反管理规定,没有采取安全措施的,动物的饲养人或者管理人应当承担侵权责任。 <u>受害人的重大过失不能作为免责或者减责事由;受害人的故意不能作为免责事由,但是可以作为减责事由。</u> 2. 饲养禁止饲养的烈性犬等危险动物的,没有免责事由亦即便受害人存在故意或者重大过失,动物的饲养人或者管理人也应当承担侵权责任。 3. 动物园的动物导致损害的,适用过错推定原则。

六、物件损害责任

《民法典》所规定之物件损害责任包括八种情形。为期简明,列表如下:
第一种情形:建筑物、构筑物等倒塌

行为模式	责任主体	归责原则
建筑物、构筑物或者其他设施倒塌致人损害	1. 建设单位与施工单位承担连带责任,但是建设单位与施工单位能够证明不存在质量缺陷的除外。建设单位与施工单位赔偿之后,可以向其他责任人追偿。 2. 所有人、管理人、使用人或者第三人原因导致建筑物、构筑物或者其他设施倒塌致人损害的,所有人、管理人、使用人或者第三人承担侵权责任。	无过错责任原则①

第二种情形:搁置物、悬挂物等脱落、坠落

行为模式	责任主体	归责原则
建筑物、构筑物或者其他设施及其搁置物、悬挂物发生脱落、坠落致人损害	所有人、管理人或者使用人承担侵权责任。所有人、管理人或者使用人承担侵权责任之后,可以向其他责任人追偿。	过错推定原则

第三种情形:堆放物倒塌、滚落或者滑落

行为模式	责任主体	归责原则
堆放物倒塌、滚落或者滑落致人损害	堆放人	过错推定原则

第四种情形:公共道路堆放妨碍通行物品

行为模式	责任主体	归责原则
在公共道路上堆放、倾倒、遗撒妨碍通行的物品致人损害	堆放人,公共道路的管理人不能证明已经尽到清理、防护、警示等义务的,应当承担相应责任。	过错推定原则

第五种情形:林木折断

行为模式	责任主体	归责原则
林木折断致人损害	所有人或者管理人	过错推定原则

第六种情形:地面施工

行为模式	责任主体	归责原则
在公共场所或者道路上挖坑、修缮安装地下设施等,没有设置明显标志和采取安全措施致人损害	施工人	过错推定原则

第七种情形:地下设施

行为模式	责任主体	归责原则
窖井等地下设施致人损害	管理人	过错推定原则

① 也有观点认为第 1 款适用过错推定原则;第 2 款适用无过错责任原则。

第八种情形：高空抛物

行为模式	责任主体	归责原则
从建筑物中抛掷物品或者从建筑物上坠落的物品致人损害	由侵权人承担侵权责任；难以确定侵权人的，由可能加害的建筑物使用人给予补偿，但是能够证明自己不是侵权人的除外。 可能加害的建筑物使用人补偿之后，可以向侵权人追偿。 物业服务人等建筑物管理人应当采取安全保障措施防止高空抛物的发生；未采取安全保障措施的，应当承担未履行安全保障义务的侵权责任。	——

七、高度危险责任

所谓高度危险责任，是指因从事高度危险作业造成他人损害或者保有高度危险物品致人损害而应当承担的侵权责任。

行为模式	责任主体	免责或者减责事由
民用核设施或者 <u>运入运出核设施的核材料</u> 发生核事故致人损害。	民用核设施的营运单位	1. 战争、武装冲突以及暴乱等（免责） 2. 受害人故意（免责）
民用航空器致人损害。	民用航空器的经营者	受害人故意
占有或者使用易燃、易爆、剧毒、放射性等高度危险物致人损害。	占有人或者使用人	1. 不可抗力（免责） 2. 受害人故意（免责） 3. 受害人重大过失（减责）
从事高空、高压、地下挖掘活动或者使用高速轨道运输工具。	经营者	1. 不可抗力（免责） 2. 受害人故意（免责） 3. 受害人重大过失（减责）
遗失、抛弃高度危险物致人损害。	所有权人承担责任，所有权人交他人管理的，管理人承担责任，所有权人有过错的，承担连带责任。	——
非法占有高度危险物致人损害。	非法占有人承担责任。所有人、管理人不能证明对防止他人非法占有尽到高度注意义务的，承担连带责任。	——
未经许可进入高度危险活动区域或者高度危险物存放区域受害。	管理人	已经采取安全措施并且尽到警示义务

第六编 人格权

一、一般人格权

所谓一般人格权,是指民事主体基于人身自由、人格尊严等根本人格利益而享有的权利。一般人格权具有三项功能:产生具体人格权;解释具体人格权;补充具体人格权。

二、具体人格权

权利		概述
具体人格权	生命权	是指自然人所享有的生命不受非法侵害的权利,基本内容包括生命安全维护权与生命利益支配权。侵害他人致其死亡,无论加害人主观目的是致死还是致伤,只要结果是死亡,即属于侵犯生命权。
	健康权	是指自然人所享有的维护健康、保有劳动能力并且排除非法侵害的权利,基本内容包括身体健康维护权、劳动能力维护权以及健康利益支配权。侵害他人致其健康受损,包括致人疾病以及致人伤害两种情况,无论加害人主观目的是致死还是致伤,只要结果是健康受损,即属于侵犯健康权。 注意: <u>为研制新药、医疗器械或者发展新的预防与治疗方法,需要进行临床试验的,应当依法经相关主管部门批准并经伦理委员会审查同意,向受试者或者受试者的监护人告知试验目的、用途和可能产生的风险等详细情况,并经书面同意。进行临床试验的,不得向受试者收取试验费用。</u> <u>违背他人意愿,以言语、文字、图像、肢体行为等方式对他人实施性骚扰的,应当承担民事责任。</u>
	身体权	是指自然人所享有的对其身体进行支配并且维持完满状态的权利,基本内容包括身体维护权与身体支配权。侵害他人虽然没有致其健康受损,但是损害身体完满,即属于侵犯身体权,例如:擅自剪掉他人头发或者指甲。 注意: <u>1. 完全民事行为能力人有权采用书面或者遗嘱形式自主决定无偿捐献人体细胞、人体组织、人体器官、遗体,任何组织或者个人不得强迫、欺骗、利诱。自然人生前未表示不同意捐献的,该自然人死亡之后,配偶、成年子女、父母可以共同决定捐献,决定捐献应当采用书面形式。</u> <u>2. 禁止买卖人体细胞、人体组织、人体器官、遗体,前述买卖合同无效。</u> <u>3. 以非法拘禁等方式剥夺、限制他人的行动自由,或者非法搜查他人身体的,应当承担侵权责任。</u>

续表

权利	概述
具体人格权	姓名权、名称权 1. 自然人享有姓名权,是指自然人所享有的决定、使用以及变更其姓名的权利,基本内容包括姓名决定权、姓名使用权(包括许可他人使用)以及姓名变更权。 2. 法人、非法人组织享有名称权,是指法人或者非法人组织所享有的决定、使用以及变更其名称的权利,基本内容包括名称决定权、名称使用权、名称变更权以及名称转让权。 干涉他人使用或者变更姓名(名称)、盗用他人姓名(名称)以及假冒他人均为最典型的侵权行为。 注意: <u>1. 自然人应当随父姓或者母姓,但是有下列情形之一的,可以在父姓和母姓之外选取姓氏:</u> <u>(1)选取其他直系长辈血亲的姓氏;</u> <u>(2)由法定扶养人以外的人扶养而选取扶养人姓氏;</u> <u>(3)有不违背公序良俗的其他正当理由。</u> <u>少数民族自然人的姓氏可以遵从本民族的文化传统和风俗习惯。</u> 2. <u>除另有规定外,民事主体决定、变更自己的姓名、名称,或者转让自己的名称的,应当依法向有关机关办理登记手续。民事主体变更姓名、名称的,之前实施的民事法律行为对其具有法律约束力。</u> 3. <u>具有一定知名度的笔名、艺名、网名、译名、字号、姓名和简称等,被他人使用足以造成混淆的,与姓名和名称受到同等保护。</u>
	肖像权 是指自然人所享有的依法制作、使用自己的肖像并且获得利益的权利,基本内容包括肖像制作权、肖像使用权(包括许可他人使用)以及肖像维护权。<u>所谓肖像,是指通过影像、雕塑、绘画等方式在一定载体上所反映的特定自然人可以被识别的外部形象。</u> <u>丑化、污损、利用信息技术手段伪造或者未经同意,制作、使用、公开他人肖像均为最典型的侵权行为。但是,未经同意,合理实施下列行为并不侵权:</u> <u>1. 为个人学习、艺术欣赏、课堂教学或者科学研究,在必要范围内使用肖像权人已经公开的肖像;</u> <u>2. 为实施新闻报道,不可避免地制作、使用、公开肖像权人的肖像;</u> <u>3. 为依法履行职责,国家机关在必要范围内制作、使用、公开肖像权人的肖像;</u> <u>4. 为展示特定公共环境,不可避免地制作、使用、公开肖像权人的肖像;</u> <u>5. 其他维护公共利益或者肖像权人合法权益的行为。</u> 注意: <u>肖像、姓名、声音均可许可他人使用,关于许可合同,以下两点值得关注:</u> <u>1. 当事人对肖像许可使用期限没有约定或者约定不明确的,任何一方当事人可以随时解除肖像许可使用合同,但是应当在合理期限之前通知对方。</u> <u>2. 当事人对肖像许可使用期限有明确约定,肖像权人有正当理由的,可以解除肖像许可使用合同,但是应当在合理期限之前通知对方。由于解除合同造成对方损失的,除不可归责于肖像权人的事由外,肖像权人应当赔偿损失。</u>
	名誉权 是指自然人所享有的维护名誉并且基于名誉获得利益的权利,基本内容包括名誉保有权、名誉维护权以及名誉支配权。所谓名誉,是指对民事主体的品德、声望、才能、信用等的社会评价。 侮辱、诽谤他人即为最典型的侵权行为。为公共利益实施新闻报道、舆论监督等行为影响他人名誉的,不必承担民事责任,但是有下列情形之一的除外: 1. 捏造、歪曲事实; 2. 对他人提供的严重失实内容未尽到合理核实义务; 3. 使用侮辱性言辞等贬损他人名誉。 注意: <u>行为人发表的文学、艺术作品以真人真事或者特定人为描述对象,含有侮辱、诽谤内容,侵害他人名誉权的,应当承担侵权责任。行为人发表的文学、艺术作品不以特定人为描述对象,仅情节与特定人的情况相似的,不在此列。</u>

续表

权利		概述
具体人格权	隐私权	是指自然人所享有的支配隐私并且排除他人干涉的权利,基本内容包括隐私保密权、隐私保护权以及隐私支配权。隐私包括自然人的私人生活安宁与不愿为他人知晓的私密空间、私密活动、私密信息。刺探、侵扰、泄露、公开他人隐私信息即为最典型的侵权行为,<u>侵犯隐私权的行为具体表现如下(包括但不限于):</u> 1. 以短信、电话、即时通讯工具、电子邮件、传单等方式侵扰他人的私人生活安宁; 2. 进入、窥视、拍摄他人的住宅、宾馆房间等私密空间; 3. 拍摄、公开、窥视、窃听他人的私密活动; 4. 拍摄、窥视他人身体的私密部位; 5. 收集、处理他人的私密信息。
	荣誉权	是指民事主体所享有的获得、保持、利用荣誉并且基于荣誉获得利益的权利,基本内容包括荣誉获得权、荣誉维护权(<u>获得的荣誉称号应当记载而没有记载的,民事主体可以请求记载;获得的荣誉称号记载错误的,民事主体可以请求更正</u>)以及荣誉使用权。
	个人信息	所谓个人信息,是指以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人的各种信息,包括自然人的姓名、出生日期、身份证件号码、生物识别信息、住址、电话号码、电子邮箱地址、行踪信息等。 任何单位或者个人不得非法收集、使用、加工、传输、买卖、提供或者公开个人信息。 注意: 个人信息中的私密信息,适用有关隐私权的规定;没有规定的,适用有关个人信息保护的规定。

第七编 家事

第一节 婚姻

一、婚姻缔结

(一) 婚姻关系的确立

《民法典》所规定之婚姻关系的确立应当符合两个条件:实质条件与形式条件。为期间明,列表如下:

实质条件	必备条件	1. 男女双方完全自愿。 2. 男女双方达到法定婚龄,男 22 周岁,女 20 周岁。 3. 男女双方均无配偶。 注意: 1994 年 2 月 1 日之后,我国民法领域不再承认事实婚姻。
	禁止条件	直系血亲与三代以内旁系血亲不得结婚。
形式条件		男女双方亲自办理结婚登记,婚姻关系自办理结婚登记时确立。

(二) 婚姻关系的瑕疵

《民法典》以及相关司法解释所规定的之婚姻关系的瑕疵包括两种情形:无效的婚姻与可撤销的婚姻。为期间明,分就两种情形列表如下:

第一种情形:无效的婚姻

申请宣告婚姻无效的情形	无效的婚姻有且只有以下三种情形: 1. 重婚的,第一段婚姻不受影响,第二段婚姻无效,如果解除第一段婚姻,第二段婚姻依然无效①。 2. 有禁止结婚的亲属关系的,亦即近亲婚姻无效,而且近亲婚姻不能补正,不存在转为有效的可能。 注意: 禁止结婚的亲属关系包括两类: (1) 直系血亲。没有代数(亲等)要求,凡为直系血亲,均被禁止结婚。 (2) 三代以内旁系血亲。以当事人为第一代,往上数到第三代是共同长辈或者往下数到第三代是共同晚辈的,即属于三代以内旁系血亲。 3. 没有达到法定婚龄的,婚姻无效,但是随着年龄增长,此后达到法定婚龄的,婚姻转为有效。
-------------	---

① 也有观点认为如果解除第一段婚姻,第二段婚姻转为有效。

续表

申请宣告婚姻无效的限制	1. 实体上的限制 如果无效情形已经消失,不得申请宣告婚姻无效,所谓无效情形已经消失,主要是指没有达到法定婚龄的,已经达到法定婚龄。 2. 程序上的限制 (1)关于婚姻效力问题,不得调解:法院审理宣告婚姻无效案件,对婚姻效力的审理不适用调解,应当依法作出判决。但是,涉及财产分割和子女抚养的,可以调解。调解达成协议的,另行制作调解书。 (2)一审作出即生效力,不得上诉:法院审理宣告婚姻无效案件,有关婚姻效力的判决一经作出,即发生法律效力,不得上诉。但是,对财产分割和子女抚养问题的判决不服的,当事人可以上诉。
-------------	--

第二种情形:可撤销的婚姻

申请撤销婚姻的情形	1. 由于胁迫而缔结的婚姻可撤销。所谓由于胁迫而缔结的婚姻,是指行为人以给对方当事人或者其近亲属的生命、身体健康、名誉、财产等方面造成损害为要挟,迫使对方当事人违背真实意愿结婚。 2. 一方患有重大疾病的,应当在结婚登记前如实告知对方;未如实告知的,对方可以请求撤销婚姻。
申请撤销婚姻的主体	受胁迫一方或者被隐瞒重大疾病一方。
申请撤销婚姻的限制	1. 受胁迫的婚姻当事人撤销婚姻的申请,应当自胁迫行为终止之日起一年内提出。受胁迫并且被非法限制人身自由的婚姻当事人撤销婚姻的申请,应当自恢复人身自由之日起一年内提出。此处的一年是除斥期间,一旦经过,受胁迫的婚姻当事人即不得再提出撤销婚姻的申请。 2. 被隐瞒重大疾病的婚姻当事人撤销婚姻的申请,应当自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内提出。

二、婚姻存续

关于婚姻存续,需要厘清两个问题:夫妻财产的问题与父母子女的关系。

(一) 夫妻财产的问题

1. 法定财产制

夫妻财产制度包括:法定财产制与约定财产制。《民法典》以及相关司法解释关于法定财产制所规定之条目繁多,大体可以归为两种情形:夫妻共同财产与夫妻个人财产。为简明,分就两种情形列表如下:

第一种情形:夫妻共同财产

法定情形	条文简述
工资、奖金以及其他劳务报酬	——
生产经营收益	——
知识产权收益	婚姻关系存续期间实际取得或者已经明确可以取得的知识产权收益属于夫妻共同财产。
继承或者赠与所得	遗嘱或者赠与合同中确定只归夫或者妻一方的除外。
个人资产投资收益	个人资产婚后所产生的收益一分为三:投资收益、自然增值以及孳息,其中投资收益为共同财产;自然增值与孳息为个人财产。

续表

法定情形	条文简述
住房补贴与住房公积金	所谓住房补贴与住房公积金,是指婚姻关系存续期间,双方实际取得或者应当取得的住房补贴与住房公积金。
养老保险金与破产安置补偿	所谓养老保险金与破产安置补偿,是指婚姻关系存续期间,双方实际取得或者应当取得的养老保险金与破产安置补偿。
军人复员费与自主择业费等一次性费用	以夫妻婚姻关系存续年限乘以年平均值,所得数额为夫妻共同财产。前款所称年平均值,是指将发放到军人名下的上述费用总额按具体年限均分得出的数额,其具体年限为平均寿命七十岁与军人入伍时实际年龄的差额。
婚后父母出资购房	婚后父母为双方购置房屋出资的,该出资应当认定为对夫妻双方的赠与,但是父母明确表示赠与一方的除外,例如:产权登记在出资人子女名下的,视为只对自己子女一方的赠与。
婚前一方承租,婚后共同购买	即便登记在一人名下,也应当认定为夫妻共同财产。
共同财产投保	发生保险事故之后,所获保险金属于夫妻共同财产。

第二种情形:夫妻个人财产

法定情形	条文简述
一方婚前财产	值得注意的是,婚前或者婚姻关系存续期间,当事人约定将一方所有的房产赠与另一方或者共有,赠与方在赠与房产变更登记之前撤销赠与,另一方请求判令继续履行的,人民法院可以按照赠与合同的规定处理。
一方人身损害赔偿或者补偿	——
一方专用生活用品	例如:眼镜、轮椅等。
对个人的遗嘱或者赠与	婚姻关系存续期间,夫妻继承或者赠与所得的财产,属于夫妻共同财产,但是遗嘱或者赠与合同中确定只归夫或者妻一方的除外。
个人资产婚后产生的自然增值、孳息	个人资产婚后所产生的收益一分为三:投资收益、自然增值以及孳息,其中投资收益为共同财产;自然增值与孳息为个人财产。
军人的伤亡保险金、伤残补助金、医药生活补助费	——
婚前父母出资购房	婚前父母为双方购置房屋出资的,该出资应当认定为对夫妻一方的赠与,但是父母明确表示赠与双方的除外。

2. 约定财产制

约定财产制是指夫妻以契约确定夫妻财产关系的制度,在适用上具有优先于法定财产制的效力。

(二) 父母子女的关系

《民法典》以及相关司法解释所规定之父母子女的关系并非考查重点,本书将其分为两个部分:夫妻关系与亲子关系。为期简明,列表如下:

夫妻关系	——
亲子关系	1. 抚养与赡养义务:父母不履行抚养义务时,未成年的或者不能独立生活的子女,有权要求父母付给抚养费;子女不履行赡养义务时,无劳动能力的或者生活困难的父母,有权要求子女付给赡养费。 2. 非婚生子女权利:非婚生子女与婚生子女权利同等。不直接抚养非婚生子女的父或者母,应当负担子女的生活费和教育费直至子女能独立生活。

三、婚姻终止

宣告婚姻无效、撤销婚姻前文已述,此处不赘。下文重点阐释离婚。

(一) 离婚的类型

离婚分为协议离婚与诉讼离婚。

1. 协议离婚(登记离婚)

协议离婚是指夫妻双方达成一致的意思表示而离婚。

程序	(1) 申请。双方当事人须亲自到婚姻登记机关申请离婚登记。自婚姻登记机关收到离婚登记申请之日起三十日内,任何一方不愿意离婚的,可以向婚姻登记机关撤回离婚登记申请。上述期限届满后三十日内,双方应当亲自到婚姻登记机关申请发给离婚证;未申请的,视为撤回离婚登记申请。 (2) 审查、登记。婚姻登记机关查明双方确实是自愿离婚,并且已经对子女抚养、财产以及债务处理等事项协商一致的,予以登记,发给离婚证。
----	---

2. 诉讼离婚

诉讼离婚是指基于法定事由夫妻一方可以起诉离婚。

调解制度	(1) 诉讼外调解。夫妻一方要求离婚的,可以由有关组织进行调解,此即诉讼外调解。诉讼外调解不是离婚诉讼必经的前置程序。 (2) 诉讼中调解。法院审理离婚案件,应当进行调解;如果感情确已破裂,调解无效的,应当准予离婚。据此,诉讼中调解是法院审理离婚案件的必经程序。
法定事由	夫妻一方起诉离婚,法院应当调解,但是有下列情形之一的,在调解无效时应当准予离婚: (1) 重婚或者与他人同居(有配偶者与婚外异性,不以夫妻名义,持续、稳定地共同居住)的。值得注意的是,当事人提起诉讼仅请求解除同居关系的,人民法院不予受理;已经受理的,裁定驳回起诉。当事人因同居期间财产分割或者子女抚养纠纷提起诉讼的,人民法院应当受理。 (2) 实施家庭暴力或者虐待、遗弃家庭成员的。 (3) 有赌博、吸毒等恶习屡教不改的。 (4) 由于感情不和分居满二年的。 (5) 其他原因致使感情确已破裂的。 法院判决不准离婚之后,双方又分居满一年,一方再次提起离婚诉讼的,应当准予离婚。

续表

特殊保护	(1) 女方在怀孕期间、分娩后一年内或者中止妊娠后六个月内,男方不得提出离婚。但是,女方提出离婚或者法院认为确有必要受理男方离婚请求的除外。 (2) 现役军人的配偶要求离婚,应当征得军人同意,但是军人一方有重大过错的除外。所谓军人一方有重大过错,是指: ①重婚或者配偶者与他人同居的。 ②实施家庭暴力或者虐待、遗弃家庭成员的。 ③有赌博、吸毒等恶习屡教不改的。
------	---

(二) 离婚的人身问题

夫妻关系	离婚之后,男女双方自愿恢复夫妻关系的,应当到婚姻登记机关进行复婚登记。
亲子关系	亲子关系不因离婚消灭。抚养的义务、探望的权利以及亲子关系的推定是亲子关系的三大考点,详述如下: 1. 抚养的义务:离婚之后,一方抚养子女,对方应当负担生活费和教育费的一部或者全部。<u>不满两周岁的子女,以由母亲直接抚养为原则。已满两周岁的子女,父母双方对抚养问题协议不成的,由法院根据双方的具体情况,按照最有利于未成年子女的原则判决。</u>母亲有下列情形之一,父亲请求直接抚养的,人民法院应予支持: (1) 患有久治不愈的传染性疾病或者其他严重疾病,子女不宜与其共同生活; (2) 有抚养条件不尽抚养义务,而父亲要求子女随其生活; (3) 因其他原因,子女确不宜随母亲生活。 父母双方协议不满两周岁子女由父亲直接抚养,并对子女健康成长无不利影响的,人民法院应予支持。 注意: (1) 对已满两周岁的未成年子女,父母均要求直接抚养,一方有下列情形之一的,可予优先考虑: ①已做绝育手术或者因其他原因丧失生育能力; ②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; ③无其他子女,而另一方有其他子女; ④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者其他严重疾病,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。 父母抚养子女的条件基本相同,双方均要求直接抚养子女,但子女单独随祖父母或者外祖父母共同生活多年,且祖父母或者外祖父母要求并且有能力帮助子女照顾孙子女或者外孙子女的,可以作为父或者母直接抚养子女的优先条件予以考虑。 (2) 具有下列情形之一,父母一方要求变更子女抚养关系的,人民法院应予支持: ①与子女共同生活的一方因患严重疾病或者因伤残无力继续抚养子女; ②与子女共同生活的一方不尽抚养义务或有虐待子女行为,或者其与子女共同生活对子女身心健康确有不不利影响; ③已满八周岁的子女,愿随另一方生活,该方又有抚养能力; ④有其他正当理由需要变更。 2. 探望的权利:离婚之后,一方抚养子女,对方有探望子女的权利,抚养子女一方应当协助,拒不协助的,可以采取拘留、罚款等强制措施,但是不得强制探望。 3. 亲子关系的推定:父或者母向人民法院起诉请求否认亲子关系,并已提供必要证据予以证明,另一方没有相反证据又拒绝做亲子鉴定,人民法院可以认定否认亲子关系一方的主张成立。父或者母以及成年子女起诉请求确认亲子关系,并提供必要证据予以证明,另一方没有相反证据又拒绝做亲子鉴定的,人民法院可以认定确认亲子关系一方的主张成立。

(三) 离婚的财产分割

一般规则	离婚的财产分割,由双方协议处理,双方协议不成时,由法院依法判决。法院依法判决时应当照顾子女、女方以及无过错方的权益。
特殊规则	《民法典》以及相关司法解释规定的特殊规则有: 1. 一方隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产,或者伪造债务企图侵占对方财产的,对其可以少分或者不分。离婚之后,一方发现对方有上述行为的,可以提起诉讼,请求再次分割夫妻共同财产,诉讼时效为三年。 2. 男女双方协议离婚之后就财产分割问题反悔,可以请求变更或者撤销财产分割协议的。如果经过审理,并无欺诈、胁迫等情形的,应当判决驳回诉讼请求。 3. 以离婚为条件的财产分割协议,如果双方离婚未成,法院应当认定财产分割协议没有生效,并且根据实际情况对夫妻共同财产进行分割。 4. 夫妻一方继承所得尚未实际分割,诉讼离婚时对方请求分割的,法院应当告知其在继承人之间实际分割遗产后另行起诉。 5. 离婚之后,一方以尚有夫妻共同财产没有处理为由起诉请求分割的,如果查实,法院应当依法予以分割。 6. 离婚时双方对尚未取得所有权的房屋有争议且协商不成的,法院不宜判决房屋所有权的归属,应当根据实际情况判决由当事人使用。当事人取得所有权之后,可以另行向人民法院提起诉讼。 7. 人民法院审理离婚案件,涉及分割夫妻共同财产中以一方名义在有限责任公司的出资额,另一方不是该公司股东的,按以下情形分别处理: (1) 夫妻双方协商一致将出资额部分或者全部转让给该股东的配偶,其他股东过半数同意,并且其他股东均明确表示放弃优先购买权的,该股东的配偶可以成为该公司股东; (2) 夫妻双方就出资额转让份额和转让价格等事项协商一致后,其他股东半数以上不同意转让,但是愿意以同等条件购买该出资额的,人民法院可以对转让出资所得财产进行分割。其他股东半数以上不同意转让,也不愿意以同等条件购买该出资额的,视为其同意转让,该股东的配偶可以成为该公司股东。 8. 人民法院审理离婚案件,涉及分割夫妻共同财产中以一方名义在合伙企业中的出资,另一方不是该企业合伙人的,当夫妻双方协商一致,将其合伙企业中的财产份额全部或者部分转让给对方时,按以下情形分别处理: (1) 其他合伙人一致同意的,该配偶依法取得合伙人地位; (2) 其他合伙人不同意转让,在同等条件下行使优先购买权的,可以对转让所得的财产进行分割; (3) 其他合伙人不同意转让,也不行使优先购买权,但是同意该合伙人退伙或者削减部分财产份额的,可以对结算后的财产进行分割; (4) 其他合伙人既不同意转让,也不行使优先购买权,又不同意该合伙人退伙或者削减部分财产份额的,视为全体合伙人同意转让,该配偶依法取得合伙人地位。

(四) 离婚的债务清偿

清偿规则	共同债务连带责任,个人债务个人清偿。
共债认定	1. 夫妻双方共同签字或者夫妻一方事后追认等共同意思表示所负的债务,应当认定为夫妻共同债务。 2. 夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务,属于夫妻共同债务。 3. 夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务,不是夫妻共同债务,但是债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外。

(五) 离婚的经济义务

离婚经济补偿		一方由于抚育子女、照料老人、协助对方工作等付出较多义务的,离婚时有权请求对方补偿。
离婚经济帮助		离婚之后,一方生活困难,对方应当给予适当帮助。所谓生活困难,是指依靠个人财产和离婚时分得的财产无法维持当地基本生活水平。此外,司法解释将一方离婚之后没有居所居住认定为生活困难,对方可以提供临时居所的方式给予经济帮助。
婚内经济纠纷		1. 一方擅自处分共同所有的房屋造成对方损失,离婚时对方有权请求赔偿损失。 2. 夫以妻擅自终止妊娠侵犯其生育权为由请求损害赔偿的,人民法院不予支持。 3. 夫妻之间订立借款协议,以夫妻共同财产出借给一方从事个人经营活动或者用于其他个人事务的,应当视为双方约定处分夫妻共同财产的行为,离婚时可以按照借款协议的约定处理。
离婚损害赔偿	条件	离婚损害赔偿是指因夫妻一方的法定过错行为导致离婚的,无过错方得向有过错方请求损害赔偿。主张离婚损害赔偿应当满足以下条件: 1. 双方存在合法夫妻关系。 2. 一方存在法定过错行为:重婚;有配偶者与他人同居;实施家庭暴力;虐待、遗弃家庭成员等重大过错。 3. 由于一方法定过错离婚。 4. 无过错方由于离婚受到损害,包括物质损害与精神损害。 5. 请求权人没有过错。
	限制	<u>主张离婚损害赔偿请求权受有下列限制:</u> 1. <u>前提限制:</u>以离婚为前提,没有离婚不得主张离婚损害赔偿请求权。 2. <u>主体限制:</u>只有没有过错的一方有权主张离婚损害赔偿请求权在离婚时,如果双方均有过错情形,那么双方均不得主张离婚损害赔偿请求权。

第二节 继承

所谓继承,是指将自然人死亡时遗留的合法财产依法移转给他人的法律制度。

一、继承的本权

继承的本权即继承权,是指自然人根据法律的规定或者有效遗嘱的指定取得被继承人遗产的权利。

注意:

继承人有下列行为之一的,丧失继承权:

1. 故意杀害被继承人的(继承人故意杀害被继承人的,不论是既遂还是未遂,均应当确认其丧失继承权);

2. 为争夺遗产而杀害其他继承人的;

3. 遗弃被继承人的,或者虐待被继承人情节严重的;

4. 伪造、篡改或者销毁遗嘱,情节严重的;

5. 以欺诈、胁迫手段迫使或者妨碍被继承人设立、变更或者撤回遗嘱,情节严重的。

继承人有前述第3项至第5项行为,确有悔改表现,被继承人表示宽恕或者事后在遗嘱中将其列为继承人的,该继承人不丧失继承权。

二、继承的客体

继承的客体即遗产,是指自然人死亡时遗留的个人合法财产,无人继承又无人受遗赠的遗产,归国家所有,用于公益事业;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。

注意:

债务的继承	继承人没有放弃继承权的,那么无论是权利,抑或是义务,其均应当继承。(概括继承规则)
债务的清偿	清偿的额度:对于继承所负债务,继承人只需以继承所得之财产为限清偿。(限制继承规则) 清偿的顺序:对于继承所负债务,应当先由法定继承人以法定继承所得清偿→不足部分再由遗赠或者遗赠的权利人以遗赠继承或者遗赠继承所得清偿。 注意: 遗赠抚养协议的权利人不必清偿被继承人的债务。

三、继承的方式

(一) 遗赠扶养协议

遗赠扶养协议是指被扶养人与扶养人之间订立的,由扶养人承担被扶养人生养死葬的义务,在被扶养人死亡后取得其财产的协议。遗赠扶养协议分为两种:自然人与自然人之间的遗赠扶养协议;自然人与集体组织之间的遗赠扶养协议。

遗赠扶养协议可以解除,解除事由不同,法律效果不同,分述如下:

1. 由于扶养人的过错而解除遗赠扶养协议的,扶养人不能取得遗产并且一般不退还扶养费。

2. 由于被扶养人的过错而解除遗赠扶养协议的,被扶养人应当偿还扶养费。

除遗赠扶养协议外,继承方式尚有遗嘱或者遗赠与法定继承。被继承人死亡(自然死亡或者宣告死亡)之后,选取继承方式应当按照下列顺序:遗赠扶养协议→遗嘱或者遗赠→法定继承。亦即如果被继承人生前订立遗赠扶养协议,那么应当按照遗赠扶养协议处理遗产;如果被继承人生前没有订立遗赠扶养协议或者遗产按照遗赠扶养协议处理之后还有剩余,并且被继承人生前订立遗嘱或者遗赠,那么应当按照遗嘱或者遗赠处理;如果被继承人生前既没有订立遗赠扶养协议,也没有订立遗嘱或者遗赠,或者遗产按照遗赠扶养协议与遗嘱或者遗赠处理之后还有剩余,那么应当按照法定继承处理。

(二) 遗嘱继承或者遗赠

第一个考点:权利主体

遗嘱继承	自然人可以订立遗嘱指定法定继承人中的一人或者数人继承其财产。由此可知,遗嘱是写给法定继承人的。但是, <u>继承人放弃权利的,不得继承遗产,放弃权利致其不能履行法定义务的除外。</u> 继承开始之后,继承人放弃继承的,应当在遗产处理前,作出放弃继承的表示。没有表示的,视为接受继承。遗产分割后再表示放弃的,其放弃的不再是继承权,而是所有权。
------	--

续表

遗赠	自然人可以订立遗嘱将财产赠给国家、集体或者法定继承人以外的人。由此可见,遗赠是写给法定继承人以外的人的。但是,受遗赠人放弃权利的,不得受赠遗产,放弃权利致其不能履行法定义务的除外。受遗赠人应当在知道受遗赠后 60 日内,作出接受或者放弃受遗赠的表示。到期没有表示的,视为放弃受遗赠。
----	---

第二个考点:遗嘱形式

形式分类	形式要求
公证遗嘱	公证遗嘱由遗嘱人经公证机构办理。
自书遗嘱	遗嘱人亲笔书写,签名,注明年、月、日。
代书遗嘱	有两个以上见证人在场见证,其中一人代书,注明年、月、日,并且由代书人、见证人和遗嘱人签名。
录音或者录像遗嘱	有两个以上见证人在场见证,并且见证人和遗嘱人应当在录音或者录像中记录姓名或者肖像以及年、月、日。
口头遗嘱	在危急情况下,有两个以上见证人在场见证。危急情况解除,能够用书面或者录音等形式订立遗嘱的,口头遗嘱失效。
打印遗嘱	有两个以上见证人在场见证,注明年、月、日,并且由见证人和遗嘱人逐页签字。

第三个考点:遗嘱效力

遗嘱的无效	遗嘱属于单方法律行为,一经作出,被继承人死亡之时即生效力,但是有下列情形之一的遗嘱无效: 1. 无行为能力人或者限制行为能力人所订立的遗嘱无效。 注意: 无民事行为能力人或者限制民事行为能力人所立的遗嘱,即使其本人后来具有完全民事行为能力,仍属无效遗嘱。遗嘱人立遗嘱时具有完全民事行为能力,后来成为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的,不影响遗嘱的效力。 2. 遗嘱必须表示遗嘱人的真实意思,胁迫、欺诈所订立的遗嘱无效。 3. 伪造的遗嘱无效。 4. 遗嘱被篡改的,篡改的内容无效。 5. 遗嘱人以遗嘱处分属于国家、集体或者他人的财产,遗嘱的相应部分无效。
遗嘱的撤回(变更)	遗嘱生效之后,可以通过下列方式撤回或者变更: 1. 被继承人可以在后遗嘱撤回或者变更在先遗嘱。值得注意的是,修改之后,撤回或者变更在先公证遗嘱不再要求在后遗嘱也是公证遗嘱。 2. 被继承人可以以生前行为撤回或者变更遗嘱。亦即如果被继承人的生前行为与遗嘱内容不符的,那么视为被继承人以生前行为撤回或者变更遗嘱的相应内容,应当以被继承人的生前行为为准。

(三) 法定继承

第一个考点:继承顺位

第一顺位	1. 一般情形 (1) 配偶。夫妻一方死亡之后另一方再婚的,有权处分所继承的财产,任何人不得干涉。 (2) 子女。此处所谓子女包括婚生子女、非婚生子女、养子女和<u>有扶养关系的继子女</u>。 (3) 父母。此处所谓父母包括生父母、养父母和<u>有扶养关系的继父母</u>。 注意: 继父母与继子女一定要有扶养关系才能成为彼此的第一顺位法定继承人。 2. 特殊情形 (1) 丧偶儿媳或者女婿。丧偶儿媳对公、婆,丧偶女婿对岳父、岳母,尽了主要赡养义务的,无论是否再婚,均可作为第一顺位法定继承人。 (2) 代位继承人。 ① 第一类代位:被继承人的子女先于被继承人死亡的,由被继承人的子女的晚辈直系血亲取代被继承人的子女的位置继承原本应当由被继承人的子女继承的份额。 ② 第二类代位:被继承人的兄弟姐妹先于被继承人死亡的,由被继承人的兄弟姐妹的子女代位继承。(第二类代位继承人属于第二顺位法定继承人) 引申知识:转继承 继承开始后,继承人没有放弃继承权,并于遗产分割前死亡的,其继承遗产的权利转移给他的继承人。
第二顺位	兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。

第二个考点:遗产分配

原则	例外
平均分配	同一顺序继承人继承遗产的份额,一般应当均等,但是有下列情形之一的除外: 1. 对生活有特殊困难或者缺乏劳动能力的法定继承人应当多分。 2. 对尽了主要扶养义务的继承人可以多分。 3. 对有扶养能力却未尽扶养义务的继承人应当不分或者少分。 4. 继承人协商一致的,也可以不均等。
内部分配	一般仅有法定继承人可以通过法定继承取得被继承人的遗产,但是有下列情形之一的除外: 1. 继承人以外的<u>依靠</u>被继承人扶养又无生活来源的人可以适当分得。 2. 继承人以外的对被继承人<u>扶养</u>较多的人可以适当分得。

第三个考点:适用范围

一般范围	遗嘱没有处分的遗产按照法定继承处理。
特殊情形	遗嘱虽然处分,但是有下列情形之一的,仍然按照法定继承处理: 1. 遗嘱继承人放弃继承或者受遗赠人放弃受遗赠; 2. 遗嘱继承人丧失继承权或者受遗赠人丧失受遗赠权; 3. 遗嘱继承人、受遗赠人先于遗嘱人死亡或者终止; 4. 遗嘱无效部分所涉及的遗产。

第三节 收养(本节略讲)

所谓收养,是指自然人符合法定条件并且依据法定程序,领养他人子女作为自己子女,从而发生父母子女权利义务关系。

一、收养的条件

收养应当满足相应条件方可成立收养关系。这些条件可以分为两类:实质条件与形式条件。详述如下:

(一) 实质条件

收养应当满足的实质条件主要包括两类:客观条件与主观条件,二者缺一不可,必须同时满足。为简明,列表如下:

客观条件	被收养人	下列<u>未成年人</u>可以被收养: 1. 丧失父母的孤儿; 2. 查找不到父母的未成年人; 3. 父母有特殊困难无力抚养的子女。(继父母收养继子女、收养三代以内同辈旁系血亲的子女无此限制)
	送养人	下列公民、组织可以作为送养人: 1. 孤儿的监护人; 2. 社会福利机构; 3. 有特殊困难无力抚养子女的父母。(继父母收养继子女、收养三代以内同辈旁系血亲的子女无此限制)
	收养人	收养人应当同时具备下列条件: 1. <u>没有子女或者只有一名子女</u>;(继父母收养继子女、收养孤儿、残疾儿童或者查找不到父母的弃婴与儿童以及华侨收养三代以内同辈旁系血亲的子女无此限制) 2. 有抚养被收养人的能力;(继父母收养继子女无此限制) 3. 没有医学上认为不应当收养的疾病;(继父母收养继子女无此限制) 4. <u>无不利于被收养人健康成长的违法犯罪记录</u>;(继父母收养继子女无此限制) 5. 年满三十周岁。(继父母收养继子女无此限制) 注意: <u>无配偶者收养异性的,收养人与被收养人的年龄应当相差四十周岁以上。</u>(收养三代以内同辈旁系血亲的子女无此限制)
主观条件		1. 父母双方共同送养。<u>配偶一方死亡,对方送养未成年子女的,死亡一方父母有优先抚养的权利。</u>(抚养≠收养) 2. 收养年满八周岁以上的未成年人的,应当征得被收养人的同意。<u>继父母收养继子女应当征得其生父母同意。</u>

注意:

1. 无子女的收养人可以收养两名子女;有一名子女的收养人只能收养一名子女。

2. 放宽条件

(1) 收养三代以内旁系同辈血亲的子女,可以不受下列条件限制:被收养人为生父母有特殊困难无力抚养的子女;送养人为有特殊困难无力抚养子女的生父母;无配偶者收养异性的,收养人与被收养人的年龄应当相差四十周岁以上。此外,华侨收养三代以内旁系同辈血亲的子女,还可以不受收养人无子女或者只有一名子女的限制。

(2)继父母经生父母同意,可以收养继子女,并且可以不受下列条件的限制:被收养人为生父母有特殊困难无力抚养的子女;送养人为有特殊困难无力抚养子女的生父母;收养人无子女或者只有一名子女;收养人有抚养、教育与保护被收养人的能力;收养人未患有在医学上认为不应当收养子女的疾病;收养人无不利于被收养人健康成长的违法犯罪记录;收养人年满三十周岁。

(3)收养孤儿、残疾未成年人或者儿童福利机构抚养的查找不到生父母的未成年人,可以不受下列条件限制:收养人无子女或者只有一名子女。

(二)形式条件

收养应当向县级以上人民政府民政部门登记,收养关系自登记之日起成立。收养查找不到父母的未成年人的,民政部门应当在登记前予以公告。

二、收养的效力

收养的效力这一考点并不重要,简单了解以下三点即可:拟制效力、解消效力以及子女姓氏。为期简明,列表如下:

效力	概述
拟制效力	自收养关系成立之日起,养父母与养子女之间的权利义务关系,适用法律关于父母子女关系的规定。养子女与养父母的近亲属之间的权利义务关系,适用法律关于子女与父母的近亲属关系的规定。
解消效力	自收养关系成立之日起,养子女与生父母以及其他近亲属之间的权利义务关系,由于收养关系的成立而消除。
子女姓氏	养子女既可以随养父或者养母的姓,经当事人协商一致,也可以保留原姓。

三、收养的解除

程序	1. 依行政程序解除:被收养人成年之前,收养一般不得解除,但是收养人与送养人协商一致可以解除,此时如果被收养人已经年满八周岁,应当征得被收养人同意。此时解除是在民政部门办理解除登记。 2. 收养人侵害被收养人合法权益的,如果无法协商一致解除,可以提起诉讼请求解除收养关系。被收养人成年之后,关系恶化,无法共同生活,此时可以协商一致解除收养,协商不成,可以提起诉讼请求解除收养。
效力	1. 人身关系上的效力 (1)被收养人成年之前解除收养关系的,与生父母的父母子女关系自动恢复。 (2)被收养人成年之后解除收养关系的,与生父母的父母子女关系是否恢复可以协商确定。 (3)被收养人与收养人及其近亲属之间的亲属关系消灭。 2. 财产关系上的效力 (1)成年的养子女应当向缺乏劳动能力与生活来源的养父母支付生活费。由于养子女的虐待、遗弃而解除收养关系的,养父母有权要求养子女补偿抚养费。 (2)生父母要求解除收养关系的,养父母有权要求生父母补偿抚养费,但是由于养父母的虐待、遗弃而解除收养关系的除外。

第八编 知识产权

第一节 知识产权概述(本节自学)

一、知识产权的定义

所谓知识产权,是指民事主体对其智力成果依法所享有的民事权利的总称。知识产权有广义与狭义之分,狭义的知识产权仅包括著作权、商标权以及专利权,广义的知识产权还包括地理标志、商业秘密以及集成电路等。知识产权具有如下特征:

1. 专有性:同一智力成果之上不能并存两个相同内容的知识产权;未经权利主体许可,他人不得擅自使用相关智力成果。
2. 地域性:知识产权只能在其获得授权的国家和地区获得保护,除非依据国际条约、双边协议或者互惠原则,否则并不具有域外效力。
3. 时间性:知识产权受到保护期的限制,超过保护期后不再受到保护。
4. 客体的无形性:知识产权的客体是智力成果,并不具有物质形态。

二、知识产权的范围

知识产权有广义与狭义之分,狭义的知识产权仅包括著作权、商标权以及专利权,广义的知识产权还包括地理标志、商业秘密以及集成电路等。就广义的知识产权而言,商业秘密是其最为重要的组成部分。

(一) 商业秘密的构成要件

1. 非公知性:也即不为公众所知悉,有关信息不为其所属领域的相关人员普遍知悉与容易获得。
2. 具有商业价值:作为商业秘密的有关信息应当具有现实的或者潜在的商业价值,能为权利人带来竞争优势。
3. 保密性:权利人为防止信息泄漏应当采取合理保护措施。

(二) 商业秘密的侵权类型

1. 以盗窃、贿赂、欺诈、胁迫、电子侵入或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密;
2. 披露、使用或者允许他人使用以上述手段获取的权利人的商业秘密;

3. 违反保密义务或者违反权利人有关保守商业秘密的要求,披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密;

4. 教唆、引诱、帮助他人违反保密义务或者违反权利人有关保守商业秘密的要求,获取、披露、使用或者允许他人使用权利人的商业秘密;

5. 经营者以外的其他自然人、法人和非法人组织实施上述行为的,视为侵犯商业秘密;

6. 第三人明知或者应知商业秘密权利人的员工、前员工或者其他单位、个人实施上述行为,仍然获取、披露、使用或者允许他人使用该商业秘密的,视为侵犯商业秘密。

第二节 著作权(本节自学)

一、著作权的客体

著作权有广义与狭义之分,广义的著作权既包括狭义的著作权,还包括邻接权。在考试中,所考查之著作权乃是指广义的著作权,因而诸位既需要掌握狭义的著作权,还需要掌握邻接权。

狭义的著作权与邻接权的区分标准便在于二者客体不同。狭义的著作权保护的是独创性较高的文化产品,这样的文化产品是文化传播、发展的根基,我们称之为作品;邻接权保护的是独创性较低的文化产品,这样的文化产品是文化传播、发展的助力,我们称之为邻接产品。下文分就作品与邻接产品加以论述。

(一)狭义的著作权的客体

狭义的著作权的客体即作品,下文将作品分成作品的定义、作品的种类以及作品的除外三个部分进行讲解。

第一部分:作品的定义(学有余力者可自学)

依《著作权法实施条例》之规定,作品是指文学、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成果。因此,著作权法所称作品应当符合以下条件:

条件	概述
作品应当属于人的成果	自然景观或者动物所为,即便精美,也不能称之为作品。
作品应当属于智力成果	纯粹体力成果不能称之为作品,付出纯粹体力劳动的人不能称之为作者。 例:甲为某高校设计校门,乙为该高校建造校门。问题:结合本例分析作品应当属于智力成果这一条件。 简析: a. 纯粹体力成果不能称之为作品,付出纯粹体力劳动的人不能称之为作者。本例当中,就甲而言,校门由其设计,是其智力成果,因此可以作为建筑作品由甲享有著作权。 b. 纯粹体力成果不能称之为作品,付出纯粹体力劳动的人不能称之为作者。本例当中,就乙而言,校门由其建造,并非智力成果,而是体力成果,因此无法作为建筑作品由乙享有著作权。

续表

条件	概述
作品应当属于 <u>外在表达</u>	作品应当属于外在表达,并且这一外在表达可以为人感知。为此,我们需要区分两组概念: 1. 思想与表达 思想是表达的源泉,思想深藏于心,表达显露于外。表达可能作为作品受到保护,但是思想无法作为作品受到保护。<u>创意(例如:游戏模式、小说情节等)、理论(例如:物债两分、人身权利单列等)以及构思(例如:文章体例、行程安排等)等属于思想范畴。</u> 例:2014年,甲小说家创作一部小说《泾渭》,2015年,乙小说家创作一部小说《楚汉》,二者情节大致相同,均为架空穿越小说,讲述游戏玩家穿越回秦汉之交取代项羽蹂躏刘邦的故事。问题:乙小说家是否侵犯甲小说家的著作权? 简析:乙小说家没有侵犯甲小说家的著作权。表达可能作为作品受到保护,但是思想无法作为作品受到保护。本例当中,小说情节属于思想范畴,不受著作权法保护,因而乙小说家没有侵犯甲小说家的著作权。额外提示,如果乙小说家所创作的小说不仅情节与甲小说家所创作的小说相似,而且具体遣词造句也是一样(例如:甲小说家的小说有言“垓下之役,再无江东男儿之泪;乌江犹美,不重生离死别之悲”,乙小说家的小说同样有言如是),那么乙小说家便会侵犯甲小说家的著作权。 2. 载体与表达 表达依附在载体之上,表达是无形的,载体是有形的。区别载体与表达的意义在于:载体之上是所有权,表达(作品)之上是著作权,对载体进行赠与、买卖等,只是移转载体之上的所有权,除非明示,否则并不移转表达(作品)之上的著作权。 例:李白是诗词大家,某日即兴赋诗一首,载于洛阳名纸,赠与即将分别的友人汪伦,其诗有云:李白乘舟将欲行,忽闻岸上踏歌声。桃花潭水深千尺,不及汪伦送我情。问题:结合本例分析载体与表达。 简析:表达依附在载体之上,表达是无形的,载体是有形的。本例当中,李白即兴赋诗一首,载于洛阳名纸,其中赋诗一首乃是表达(作品),洛阳名纸乃是载体。二者区分的意义是:如果没有明示,赠与只会移转载体的所有权,不会移转表达(作品)的著作权,亦即汪伦只能取得洛阳名纸的所有权,不能取得所载诗句的著作权。
作品应当具有<u>独创性</u>	独创性可以一分为二:独与创。 所谓“独”,是指作品应当是独立创作、源于本人的。剽窃、抄袭所得不能称之为作品,反而侵犯他人的著作权。 所谓“创”,是指智力投入达到一定水准。易而言之,如果只是简单智力投入,一般不能产生作品。(对比额头流汗规则) 例:甲是某班班长,为了老师点名方便,甲便按照姓氏笔画为序,制作一版本班学生名册。问题:甲所制作的本班学生名册是否属于作品? 简析:甲所制作的本班学生名册并不属于作品。所谓“创”,是指智力投入达到一定水准。易而言之,如果只是简单智力投入,一般不能产生作品。本例当中,按照姓氏笔画为序制作名册并无多少智力投入,不符合独创性之“创”的要求,因而不能构成作品。

续表

条件	概述
作品应当属于文学、艺术或者科学领域	就现行规定而言,作品应当属于文学、艺术或者科学领域,因此,竞技体育活动无法作为作品受到著作权法保护。此一规定,也能确保竞技体育活动的公平性。 例:甲、乙二人均为体操运动员,甲自创一难度系数较高的动作。此后,某届奥运会上,乙未经甲同意使用这一动作力压甲而夺冠。问题:乙是否侵犯甲的著作权? 简析:乙没有侵犯甲的著作权。竞技体育活动无法作为作品受到保护。本例当中,体操动作属于竞技体育活动,不受著作权法保护,因而乙没有侵犯甲的著作权。额外提示,如果认为乙未经甲同意使用这一动作侵犯甲的著作权,那么等于承认甲可以垄断这一动作,显然并不利于竞技体育活动的公平性。 注意: 竞技体育活动虽然不能作为作品受到著作权法保护,但是对竞技体育活动的解说,如果具有较高的独创性,可以获得著作权法保护。一如黄健翔先生的激情解说。
可复制性	复制包括有形复制(印刷、拓印等)与无形复制(例如:上传、下载等)。

第二部分:作品的种类

作品的种类并非考查重点,以下以列表的方式简单介绍各类作品的基本概念:

类型	概述
文字作品	小说、诗词、散文、论文等以文字形式表现的作品。
口述作品	即兴的演说、授课、法庭辩论等以口头语言形式表现的作品。
音乐作品	歌曲、交响乐等能够演唱或者演奏的带词或者不带词的作品。
戏剧作品	话剧、歌剧、地方戏等供舞台演出的作品。
曲艺作品	相声、快书、大鼓、评书等以说唱为主要形式表演的作品。
舞蹈作品	通过连续的动作、姿势、表情等表现思想情感的作品。
杂技作品	杂技、魔术、马戏等通过形体动作和技巧表现的作品。
美术作品	绘画、书法、雕塑等以线条、色彩或者其他方式构成的有审美意义的平面作品或者立体作品。
建筑作品	以建筑物或者构筑物形式表现的有审美意义的作品。
摄影作品	借助器械在感光材料或者其他介质上记录客观物体形象的艺术作品。
视听作品	摄制在一定介质上,由一系列有伴音或者无伴音的画面组成,借助适当装置放映或者传播的作品。
图形作品	工程设计图、产品设计图,以及反映地理现象、说明事物原理或者结构的地图、示意图等作品。
模型作品	为展示、试验或者观测等用途,根据物体的形状和结构,按照一定比例制成的立体作品。
软件作品	计算机程序及其有关文档。 计算机程序,是指为了得到某种结果而可以由计算机等具有信息处理能力的装置执行的代码化指令序列,或者可以被自动转换成代码化指令序列的符号化指令序列或者符号化语句序列。 文档,是指用来描述程序的内容、组成、设计、功能规格、开发情况、测试结果及使用方法的所有文字资料和图表等,如程序设计说明书、流程图、用户手册等。

第三部分:作品的除外

作品应当属于文学、艺术或者科学领域,但是并非所有属于文学、艺术或者科学领域的文化产品均可作为作品受到保护。以下文化产品不得作为作品受到保护:

列举	概述
时事新闻	单纯事实消息
通用文书	历法、通用数表、通用表格、公式等
官方文书	具有立法、行政、司法性质的官方文件及其官方译文

注意：

违禁作品也能作为作品受到《著作权法》保护,但是其出版、传播受限制。一如文学瑰宝《金瓶梅》。

(二)邻接权的客体(学有余力者可自学)

邻接权保护的是独创性较低的文化产品,这样的文化产品是文化传播、发展的助力,我们称之为邻接产品。依《著作权法》之规定,邻接产品包括以下四类：

类型	概述
表演行为	此为表演者权的客体,是指对作品的表演行为,其中,被表演之作品是否超过权利保护期并不影响表演行为的认定。
录音制品 录像制品	此为录制者权的客体,具体如下: 1. 录音制品,是指任何对表演的声音和其他声音的录制品; 2. 录像制品,是指电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品以外的任何有伴音或者无伴音的连续相关形象、图像的录制品。
节目信号	此为广播组织者权的客体,是指广播电台、电视台等所播放之节目的节目信号。
版式设计	此为图书出版者权的客体,是指对行距、字号、字体等进行编排所形成的版式。

二、著作权的主体

著作权的主体即著作权人,易而言之,能够行使著作权保护其作品或者邻接产品的主体。著作权的主体同样需要分就狭义的著作权的主体与邻接权的主体加以论述。

(一)狭义的著作权的主体

狭义的著作权的主体就是能够行使著作权保护其作品的主体,可以分成一般情形与特殊情形两个部分进行讲解。

第一部分：一般情形

依《著作权法》之规定,著作权属于作者,创作作品的公民即为作者。但是,以下两点值得注意：

1. 作者不一定是公民。由法人或者其他组织主持,代表法人或者其他组织意志创作,并由法人或者其他组织承担责任的作品,法人或者其他组织视为作者。此为法人作品。
2. 公民不一定是作者。为他人创作进行组织工作,提供咨询意见、物质条件或者进行其他辅助工作的人,不是作者。

引申知识:著作权的保护原则

1. 自动保护原则

(1)中国作者的作品,自创作完成之日起受我国《著作权法》的保护。

(2) 国外作者的作品,如果该作者经常居住地国或者国籍国为成员国,自创作完成之日起受我国《著作权法》的保护。(作者与成员国存在联系)

2. 出版保护原则

国外作者的作品,如果该作者经常居住地国与国籍国均非成员国,但是该作品在成员国出版的,自首次出版之日起受我国《著作权法》的保护。(作品与成员国存在联系)

3. 独立保护原则

《伯尔尼公约》成员国国民的作品,即便在本国无法受到保护,也不影响其在其他成员国受到保护。

第二部分:特殊情形

在《著作权法》以及相关司法解释中,狭义的著作权的主体的特殊情形有七种,包括:职务作品著作权的主体、委托作品著作权的主体、合作作品著作权的主体、演绎作品著作权的主体、汇编作品著作权的主体、视听作品著作权的主体以及匿名作品著作权的主体。为简明,分就七种情形列表如下:

第一种情形:职务作品

普通职务作品	定义	公民为完成法人或者其他组织工作任务所创作的作品。
	主体	普通职务作品的著作权人是作者,所在单位享有业务范围内的优先使用权。所谓业务范围内的优先使用权,是指作品完成之日(作者向单位交付作品之日视为完成之日)起两年内,未经所在单位同意,作者不得许可第三人以与所在单位相同的使用方式使用作品。如果征得所在单位同意许可第三人以相同的使用方式使用作品,所得报酬应当与所在单位合理分配。 例:甲电影制片厂安排员工乙创作剧本用于拍摄电影,但是没有约定剧本著作权的归属。此后,乙创作完成剧本交付甲电影制片厂。问题:结合本例分析普通职务作品。 简析: a. 普通职务作品的著作权人是作者。本例当中,员工乙为完成甲电影制片厂工作任务创作剧本,属于普通职务作品,因而员工乙作为作者享有剧本的著作权人。 b. 所在单位享有业务范围内的优先使用权。本例当中,甲电影制片厂作为员工乙的所在单位,对剧本享有业务范围内的优先使用权。剧本完成之日(员工乙向甲电影制片厂交付作品之日视为完成之日)起两年内,未经甲电影制片厂同意,员工乙不得许可第三人以与甲电影制片厂相同的使用方式使用作品,亦即不得许可第三人使用剧本拍摄电影。如果征得甲电影制片厂同意许可第三人以相同的使用方式使用作品,亦即许可第三人使用剧本拍摄电影,所得报酬应当与甲电影制片厂合理分配。额外提示,如果员工乙许可第三人以与甲电影制片厂不同的使用方式使用作品,一如许可第三人使用作品改编漫画,无需征得甲电影制片厂同意,不必分配所得报酬。
特殊职务作品	定义	主要是利用了法人或者其他组织的物质技术条件创作,并由法人或者其他组织承担责任的工程设计图、产品设计图、地图、计算机软件或者报社、期刊社、通讯社、广播电台、电视台的工作人员创作的职务作品。
	主体	特殊职务作品的著作权人是单位,作者仅享有署名权。

注意:

特殊职务作品不同于法人作品,二者定义详述如下:

1. 特殊职务作品:主要是利用了法人或者其他组织的物质技术条件创作,并由法人或者其他组织承担责任的工程设计图、产品设计图、地图、计算机软件或者报社、期刊社、通讯社、广播电台、电视台的工作人员创作的职务作品。
2. 法人作品:由法人或者其他组织主持,代表法人或者其他组织意志创作,并由法人或者

其他组织承担责任的作品。

第二种情形:委托作品

定义	受托人根据委托人的委托而创作的作品。
主体	对于委托作品的著作权人,有约定从约定,没有约定的,委托作品的著作权人是受托人,委托人可以在约定范围内或者目的范围内免费使用委托作品。<u>但是自传体作品的著作权归该特定人物;报告、讲话的著作权归报告人、讲话人。</u> 例 1:甲为个人宣传,委托乙影楼为其拍摄一套写真(摄影作品),没有约定该套写真的著作权人。问题:该套写真的著作权人是谁? 简析:该套写真的著作权人是乙影楼。对于委托作品的著作权人,有约定从约定,没有约定的,委托作品的著作权人时受托人,委托人可以在约定范围内或者目的范围内免费使用委托作品,本例即是如此。 例 2:甲为流芳后世,委托乙作家为其执笔一部自传体小说(文字作品),记录并且渲染甲的生平事迹,没有约定该自传体小说的著作权人。问题:该自传体小说的著作权人是谁。 简析:该自传体小说的著作权人是甲。对于委托作品的著作权人,有约定从约定,没有约定的,自传体作品的著作权归该特定人物;报告、讲话的著作权归报告人、讲话人,本例即是如此。

第三种情形:合作作品

定义	两个以上的作者经过共同的创作而形成的作品。
主体	合作作品的著作权人是合作作者(合作作者之一死亡的,无人继承又无人受遗赠的,其著作财产权由其他合作作者享有)。 <u>合作作者行使权利应当协商一致,如果协商不成:</u> <u>1. 对于可以分割使用的作品,相应部分由其著作权人单独行使权利;</u> <u>2. 对于不能分割使用的作品,任何合作作者不得阻止其他合作作者行使除转让以外的其他权利,但是所得收益应当合理分配给所有合作作者。</u> 例 1:甲、乙二人合作创作一首歌曲,甲谱曲,乙填词,但是对著作权的行使规则未作约定。问题:结合本例分析合作作品著作权的行使。 简析: a. 合作作者行使权利应当协商一致。本例当中,甲、乙二人作为合作作者自然应当协商一致行使权利。 b. 如果协商不成,对于可以分割使用的作品,相应部分由其著作权人单独行使权利。本例当中,甲谱曲,乙填词,这一音乐作品可以分割,乙可以单独就其所填之词行使权利,重新谱曲,甲可以单独就其所谱之曲行使权利,重新填词,互不影响。 例 2:甲、乙二人合作创作一部小说,甲初稿,乙定稿,但是对著作权的行使规则未作约定。问题:结合本例分析合作作品著作权的行使。 简析: a. 合作作者行使权利应当协商一致。本例当中,甲、乙二人作为合作作者自然应当协商一致行使权利。 b. 如果协商不成,对于不能分割使用的作品,任何合作作者不得阻止其他合作作者行使除转让以外的其他权利,但是所得收益应当合理分配给所有合作作者。本例当中,甲初稿,乙定稿,这一文字作品不能分割,甲、乙二人任何一人均可不经对方同意自己使用作品或者许可第三人使用作品,所得收益需要甲、乙二人合理分配,但是不能不经对方同意转让合作作品的著作权。

第四种情形:演绎作品

定义	改编、翻译、注释以及整理已有作品而产生的作品。
主体	<u>演绎作品的著作权人是演绎作者,亦即改编、翻译、注释以及整理之人。第三人使用演绎作品应当取得双重同意(演绎作者以及原作者的同意),并且支付两份报酬(演绎作者以及原作者的报酬)。</u> 例:甲创作一部英文小说,乙将之译为中文小说,丙再改编为连环漫画。现在,丁出版社意欲出版连环漫画。问题:丁出版社需要征得谁同意?向谁支付报酬? 简析:丁出版社需要征得甲、乙、丙三人同意并且向甲、乙、丙三人支付报酬。第三人使用演绎作品应当取得双重同意(演绎作者以及原作者的同意),并且支付两份报酬(演绎作者以及原作者的报酬)。本例当中,丁出版社出版连环漫画即是使用演绎作品,应当征得演绎作者乙(翻译)、丙(改编)与原作者甲同意,并且向演绎作者乙(翻译)、丙(改编)与原作者甲支付报酬。

第五种情形:汇编作品

定义	汇编作品、作品的片段或者不构成作品的资料,对其内容的选择或者编排体现独创性的作品。其中,汇编作品、作品的片段称为第一类汇编作品,汇编不构成作品的资料称为第二类汇编作品。
主体	<u>汇编作品的著作权人是汇编作者,第三人使用第一类汇编作品应当取得双重同意(汇编作者以及原作者的同意),并且支付两份报酬(汇编作者以及原作者的报酬)。</u>第三人使用第二类汇编作品只需征得汇编作者同意,同时只向汇编作者支付报酬。 例:甲创作诗歌一百余篇,乙根据主题不同对一百余篇诗歌进行编排,汇编形成诗集《甲的书香年华》。现在,丁出版社意欲出版《甲的书香年华》。问题:丁出版社需要征得谁同意?向谁支付报酬? 简析:丁出版社需要征得甲、乙二人同意并且向甲、乙二人支付报酬。第三人使用第一类汇编作品应当取得双重同意(汇编作者以及原作者的同意),并且支付两份报酬(汇编作者以及原作者的报酬)。本例当中,丁出版社出版《甲的书香年华》即是使用第一类汇编作品,应当征得汇编作者乙与原作者甲同意,并且向汇编作者乙与原作者甲支付报酬。

第六种情形:视听作品

定义	电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品。其中,以类似摄制电影的方法创作的作品主要是指电视剧、有独创性的MV等。
主体	<u>视听作品的著作权人是制作者,其他人(导演、演员、编剧等)享有署名权、获得报酬权,可以单独使用的剧本、音乐的著作权人可以单独行使其著作权。</u> 例:周某为张某的电影《冲天香阵透长安》创作主题曲《满城尽带黄金甲》,电影《冲天香阵透长安》播出之后,虽然口碑扑街,但是主题曲《满城尽带黄金甲》却红极一时。此后,未经《冲天香阵透长安》的制作者同意,周某在自己的个人演唱会上演唱《满城尽带黄金甲》。问题:周某是否侵犯电影作品的著作权? 简析:周某没有侵犯电影作品的著作权。视听作品的著作权人是制作者,其他人(导演、演员、编剧等)享有署名权、获得报酬权,可以单独使用的剧本、音乐的著作权人可以单独行使其著作权,本例即是如此。

第七种情形:匿名作品

定义	作者身份不明的作品。
主体	1. 作者身份不明之时:原件所有权人行使除署名权以外的著作权; 2. 作者身份确定之后:作者或者其继承人行使著作权。

(二)邻接权的主体

邻接权的主体就是能够行使著作权保护其邻接产品的主体,依《著作权法》之规定,邻接权的主体包括以下四类:

类型	概述
表演者	此为表演者权的主体,是指演员、演出单位或者其他表演文学、艺术作品的人。
录音制作者 录像制作者	此为录制者权的主体,具体如下: 1. 录音制作者,是指录音制品的首次制作人; 2. 录像制作者,是指录像制品的首次制作人。
广播组织者	此为广播组织者权的主体,是指广播电台、电视台等播放广播、电视节目的组织。
图书出版者	——

三、著作权的内容

著作权的内容颇为繁杂,无论是狭义的著作权的内容,抑或是邻接权的内容,均是门类颇多,为期简明,本书分就狭义的著作权的内容与邻接权的内容加以论述。

(一)狭义的著作权的内容

《著作权法》一共规定了十七项狭义的著作权,可以划分为两类:一类是四项著作人身权,一类是十三项著作财产权。其中,四项著作人身权不可转让。为期简明,分就两类划分列表如下:

第一类划分:著作人身权

种类	概述
署名权	署名权:表明作者身份,在作品上署名的权利。 署名权可以控制他人的署名行为,亦即他人在作品上署名应当征得著作权人同意,否则侵犯其著作权中的署名权。
修改权	修改权:修改或者授权他人修改作品的权利。 修改权可以控制他人的修改行为,亦即他人修改作品应当征得著作权人同意,否则侵犯其著作权中的修改权。 注意: <u>报社、期刊社可以对作品作文字性修改、删节,但是对内容的修改,应当征得作者同意。</u>
保护作品完整权	——
发表权	发表权:将作品公之于众的权利。

第二类划分:著作财产权

种类	概述
复制权	复制权:以印刷、复印、拓印、录音、录像、翻录、翻拍、数字化等方式将作品作一份或者多份的权利。 复制权可以控制他人的复制行为,亦即他人复制作品应当征得著作权人同意,否则侵犯其著作权中的复制权。
发行权	发行权:以销售或者赠与的方式移转作品载体的所有权而向公众提供作品的权利。 发行权可以控制他人的发行行为,亦即他人发行作品应当征得著作权人同意,否则侵犯其著作权中的发行权。 例:甲新华书店进购一批正版图书进行销售。问题:甲新华书店销售图书是否属于发行行为? 简析:甲新华书店销售图书属于发行行为。所谓发行行为,是指以销售或者赠与的方式移转作品载体的所有权而向公众提供作品的行为。本例当中,甲新华书店采用销售方式移转图书的所有权而向公众提供图书上的作品,自然属于发行行为。 注意: <u>发行权一次用尽原则:作品经著作权人许可发行之后,相应作品原件或者作品复制件上的发行权消灭。</u> 例:甲创作完成小说《宫墙》之后,许可乙出版社发行该小说,乙出版社共计发行3万册小说,丙书店进购其中500册小说销售。问题:丙书店销售其所进购的500册小说是否需要经过甲的同意? 简析:丙书店销售其所进购的500册小说无需经过甲的同意。作品经著作权人许可发行之后,相应作品原件或者作品复制件上的发行权消灭。本例当中,丙书店所进购的500册小说正是经著作权人甲许可由乙出版社发行的小说复制件,这些小说复制件上的发行权已经消灭,亦即著作权人甲对这些小说复制件并不享有发行权,也就不能控制丙书店发行这些小说复制件,因而丙书店销售其所进购的500册小说无需经过甲的同意。
出租权	出租权:有偿许可他人临时使用作品的权利。 出租权可以控制他人的出租行为,亦即他人出租作品应当征得著作权人同意,否则侵犯其著作权中的出租权。 注意: <u>有且只有视听作品的著作权人、计算机软件的著作权人与录音、录像制品的制作者享有出租权,亦即只有视听作品的著作权人、计算机软件的著作权人与录音、录像制品制作者能够控制他人的出租行为。</u> 例1:甲创作完成小说《宫墙》之后,许可乙出版社发行该小说,乙出版社共计发行3万册小说,丙书店进购其中500册小说出租。问题:丙书店出租其所进购的500册小说是否需要经过甲的同意? 简析:丙书店出租其所进购的500册小说无需经过甲的同意。有且只有视听作品的著作权人、计算机软件的著作权人与录音、录像制品的制作者享有出租权,亦即只有视听作品的著作权人、计算机软件的著作权人与录音、录像制品制作者能够控制他人的出租行为。本例当中,甲是文字作品的著作权人,并不享有出租权,不能控制丙书店的出租行为,因而丙书店出租其所进购的500册小说无需经过甲的同意。 例2:某歌星创作并演唱了歌曲《宿仇》,许可乙音像公司录制成CD销售,粉丝甲购买正版CD之后将其出租。问题:甲出租歌曲《宿仇》的CD是否需要经过乙音像公司的同意? 简析:甲出租歌曲《宿仇》的CD需要经过乙音像公司的同意。有且只有视听作品的著作权人、计算机软件的著作权人与录音、录像制品的制作者享有出租权,亦即只有视听作品的著作权人、计算机软件的著作权人与录音、录像制品制作者能够控制他人的出租行为。本例当中,乙音像公司是录音制品的制作者,对其所制作的歌曲《宿仇》的CD享有出租权,可以控制甲的出租行为,因而甲出租歌曲《宿仇》的CD需要经过乙音像公司的同意。

续表

种类	概述
表演权	表演权:公开表演作品,以及用各种手段公开播送对作品的表演的权利。 <u>表演权可以控制他人的表演行为,包括现场表演(公开表演作品)与机械表演(用各种手段公开播送对作品的表演),但是不能控制非公开表演与双向免费表演(既没有向表演者支付报酬,也没有向受众收取费用),亦即他人现场表演与机械表演作品应当征得著作权人同意,否则侵犯其著作权中的表演权。</u> 例1:某歌星创作了歌曲《宿仇》,甲是民间艺人,意欲在某商业演唱会上演唱歌曲《宿仇》。问题:甲演唱歌曲《宿仇》是否需要经过歌星的同意? 简析:甲演唱歌曲《宿仇》需要经过歌星的同意。表演权可以控制他人的表演行为,包括现场表演(公开表演作品)与机械表演(用各种手段公开播送对作品的表演)。本例当中,甲在某商业演唱会上演唱歌曲《宿仇》属于现场表演,受到著作权人歌星的控制,因而需要经过歌星的同意。 例2:某歌星创作并演唱了歌曲《宿仇》,甲网吧购买正版CD之后将其当作背景音乐,利用网吧的机械设备进行播放。问题:甲网吧播放歌曲《宿仇》是否需要经过歌星的同意? 简析:甲网吧播放歌曲《宿仇》需要经过歌星的同意。表演权可以控制他人的表演行为,包括现场表演(公开表演作品)与机械表演(用各种手段公开播送对作品的表演)。本例当中,甲网吧利用网吧的机械设备播放歌曲《宿仇》属于机械表演,受到著作权人歌星的控制,因而需要经过歌星的同意。 例3:某歌星创作了歌曲《宿仇》,甲是高校学生,意欲在该校元旦晚会上演唱歌曲《宿仇》。问题:甲演唱歌曲《宿仇》是否需要经过歌星的同意? 简析:甲演唱歌曲《宿仇》无需经过歌星的同意。表演权不能控制非公开表演与双向免费表演(既没有向表演者支付报酬,也没有向受众收取费用)。本例当中,甲在该校元旦晚会上演唱歌曲《宿仇》,既不会向甲支付报酬,也不会向师生收取费用,属于双向免费表演,不受著作权人歌星的控制,因而无需经过歌星的同意。
信息网络传播权	信息网络传播权:以有线或者无线方式提供作品,<u>使公众可以在其个人选定的时间和地点获得作品的权利。</u> 信息网络传播权可以控制他人的信息网络传播行为,亦即他人通过信息网络传播作品应当征得著作权人同意,否则侵犯其著作权中的信息网络传播权。 注意: 信息网络传播行为要求交互传播,亦即使得受众既能选择时间接受作品,也能选择地点接受作品,如此方式方为交互传播,方才受到信息网络传播权的控制。 例1:甲网络平台未经乙许可,在直播时间内,播放乙的音乐作品作为背景音乐。问题:甲是否侵犯乙的信息网络传播权? 简析:甲没有侵犯乙的信息网络传播权。信息网络传播行为要求交互传播,亦即使得受众既能选择时间接受作品,也能选择地点接受作品,如此方式方为交互传播,方才受到信息网络传播权的控制。本例当中,在直播时间内,播放乙的音乐作品作为背景音乐,虽然受众可以选择地点观看直播,但是不能选择时间观看直播,并非交互传播,不受信息网络传播权的控制,也不会侵犯乙的信息网络传播权。额外提示,这一行为也不属于机械表演(至于原因,这与对国际条约的解读有关,并且解读结论也不一致,尚存争议。学理艰深,放过自己,不必掌握),不受表演权的控制,也不会侵犯乙的表演权,最终只能落入兜底条款,视为侵犯乙的其他权利。 例2:甲网络平台未经丙许可,将丙的录像制品上传云盘并且共享。问题:甲网络平台是否侵犯丙的信息网络传播权? 简析:甲网络平台侵犯丙的信息网络传播权。信息网络传播行为要求交互传播,亦即使得受众既能选择时间接受作品,也能选择地点接受作品,如此方式方为交互传播,方才受到信息网络传播权的控制。本例当中,将丙的录像制品上传云盘并且共享,此后受众既能选择时间下载,也能选择地点下载,属于交互传播,受到信息网络传播权的控制,由于甲网络平台未经丙许可,因而侵犯丙的信息网络传播权。

续表

种类	概述
展览权	展览权:公开陈列美术作品、摄影作品的原件或者复制件的权利。 展览权可以控制他人的展览行为,亦即他人展览作品应当征得著作权人同意,否则侵犯其著作权中的展览权。 注意: 作品原件所有权的转移,不改变作品著作权的归属,但美术、摄影作品原件的展览权由原件所有人享有。作者将未发表的美术、摄影作品的原件所有权转让给他人,受让人展览该原件不构成对作者发表权的侵犯。
放映权	放映权:通过放映机、幻灯机等技术设备公开再现美术、摄影、电影和以类似摄制电影的方法创作的作品等的权利。 放映权可以控制他人的放映行为,亦即他人放映作品应当征得著作权人同意,否则侵犯其著作权中的放映权。
广播权	广播权:除信息网络传播外,以无线方式公开广播或者传播作品,以有线传播或者转播的方式向公众传播广播的作品,以及通过扩音器或者其他传送符号、声音、图像的类似工具向公众传播广播的作品的权利。 广播权可以控制他人的广播行为,亦即他人广播作品应当征得著作权人同意,否则侵犯其著作权中的广播权。
摄制权	摄制权:以摄制电影或者以类似摄制电影的方法将作品固定在载体上的权利。 摄制权可以控制他人的摄制行为,亦即他人摄制作品应当征得著作权人同意,否则侵犯其著作权中的摄制权。
改编权	改编权:改变作品,创作出新作品的权利。 改编权可以控制他人的改编行为,亦即他人改编作品应当征得著作权人同意,否则侵犯其著作权中的改编权。
翻译权	翻译权:将作品从一种语言文字转换成另一种语言文字的权利。 翻译权可以控制他人的翻译行为,亦即他人翻译作品应当征得著作权人同意,否则侵犯其著作权中的翻译权。
汇编权	汇编权:将作品或者作品的片段通过选择或者编排,汇集成新作品的权利。 汇编权可以控制他人的汇编行为,亦即他人汇编作品应当征得著作权人同意,否则侵犯其著作权中的汇编权。
其他权利	——

引申知识:狭义的著作权的保护期

权利	保护期
著作人身权 发表权除外	1. 保护期不受限制; 2. 著作权人死亡之后,由其继承人、受赠人保护; 3. 无人继承又无人受赠的,由著作权行政管理部门保护。

续表

权利	保护期	
发表权 著作财产权	自然人作品	作者终身+死亡之后 50 年
	法人作品、视听作品、摄影作品	发表之后 50 年, <u>50 年内未发表的不再保护</u>
	匿名作品	发表之后 50 年, 身份确定之后适用上述规定。

(二) 邻接权的内容(学有余力者可自学)

《著作权法》所规定之邻接权可以划分为四类: 表演者权、录制者权、广播组织者权以及图书出版者权。为期简明, 列表如下:

类型	概述
表演者权	表演者人身权 1. 表明表演者身份; 2. 保护表演形象不受歪曲。
	表演者财产权 1. 现场直播权 现场直播权: 许可他人现场直播或者公开传送其现场表演的权利。 现场直播权可以控制他人的现场直播行为, 亦即他人现场直播或者公开传送现场表演应当征得表演者同意, 否则侵犯其表演者权中的现场直播权。 例: 戴某创作歌曲《镜花水月》, 周某经戴某许可可在个人演唱会上演唱, 哈密瓜电视台意欲现场直播。问题: 哈密瓜电视台现场直播是否需要征得周某同意? 简析: 哈密瓜电视台现场直播需要征得周某同意。现场直播权可以控制他人的现场直播行为, 亦即他人现场直播或者公开传送现场表演应当征得表演者同意, 否则侵犯其表演者权中的现场直播权。本例当中, 周某作为歌曲《镜花水月》的表演者, 享有表演者权, 也就享有现场直播权, 可以控制哈密瓜电视台的现场直播行为, 因而哈密瓜电视台现场直播需要征得周某同意。
	2. 首次固定权 首次固定权: 许可他人对其现场表演录音、录像的权利。 首次固定权可以控制他人的首次固定行为, 亦即他人对现场表演录音、录像应当征得表演者同意, 否则侵犯其表演者权中的首次固定权。 例: 戴某创作歌曲《镜花水月》, 周某经戴某许可可在个人演唱会上演唱, 哈密瓜电视台意欲进行录音录像。问题: 哈密瓜电视台录音录像是否需要征得周某同意? 简析: 哈密瓜电视台录音录像需要征得周某同意。首次固定权可以控制他人的首次固定行为, 亦即他人对现场表演录音、录像应当征得表演者同意, 否则侵犯其表演者权中的首次固定权。本例当中, 周某作为歌曲《镜花水月》的表演者, 享有表演者权, 也就享有首次固定权, 可以控制哈密瓜电视台的首次固定行为, 因而哈密瓜电视台录音录像需要征得周某同意。 3. 复制发行权 复制发行权: 许可他人复制发行录有其表演的录音、录像制品的权利。

续表

类型	概述
表演者权	复制发行权可以控制他人的复制发行行为,亦即他人复制发行录有表演的录音、录像制品应当征得表演者同意,否则侵犯其表演者权中的复制发行权。 例:戴某创作歌曲《镜花水月》,周某经戴某许可可在个人演唱会上演唱,哈密瓜电视台意欲进行录音录像并且复制发行相应录音、录像制品。问题:哈密瓜电视台复制发行相应录音、录像制品是否需要征得周某同意? 简析:哈密瓜电视台复制发行相应录音、录像制品需要征得周某同意。复制发行权可以控制他人的复制发行行为,亦即他人复制发行录有表演的录音、录像制品应当征得表演者同意,否则侵犯其表演者权中的复制发行权。本例当中,周某作为歌曲《镜花水月》的表演者,享有表演者权,也就享有复制发行权,可以控制哈密瓜电视台的复制发行行为,因而哈密瓜电视台复制发行相应录音、录像制品需要征得周某同意。 4. 信息网络传播权 信息网络传播权:许可他人通过信息网络向公众传播其表演的权利。 信息网络传播权可以控制他人的信息网络传播行为,亦即他人通过信息网络向公众传播表演应当征得表演者同意,否则侵犯其表演者权中的信息网络传播权。 例:戴某创作歌曲《镜花水月》,周某经戴某许可可在个人演唱会上演唱,哈密瓜电视台意欲通过信息网络传播周某个人演唱会的录像。问题:哈密瓜电视台通过信息网络传播周某个人演唱会的录像是否需要征得周某同意? 简析:哈密瓜电视台通过信息网络传播周某个人演唱会的录像需要征得周某同意。信息网络传播权可以控制他人的信息网络传播行为,亦即他人通过信息网络向公众传播表演应当征得表演者同意,否则侵犯其表演者权中的信息网络传播权。本例当中,周某作为歌曲《镜花水月》的表演者,享有表演者权,也就享有信息网络传播权,可以控制哈密瓜电视台的信息网络传播行为,因而哈密瓜电视台通过信息网络传播周某个人演唱会的录像需要征得周某同意。
录制者权	1. 复制权 复制权:许可他人复制其录音录像制品的权利。 复制权可以控制他人的复制行为,亦即他人复制录音录像制品应当征得录制者同意,否则侵犯其录制者权中的复制权。 例:戴某创作歌曲《隔岸观火》,许可小罗音像公司自聘歌手演唱并且录制 CD 出版发行。此后,Lover 音像公司意欲复刻上述 CD。问题:Lover 音像公司复刻 CD 是否需要征得小罗音像公司同意? 简析:Lover 音像公司复刻 CD 需要征得小罗音像公司同意。复制权可以控制他人的复制行为,亦即他人复制录音录像制品应当征得录制者同意,否则侵犯其录制者权中的复制权。本例当中,小罗音像公司作为 CD 的录制者,享有录制者权,也就享有复制权,可以控制 Lover 音像公司的复制行为,因而 Lover 音像公司复刻 CD 需要征得小罗音像公司同意。额外提示,复制不是重新录制,复制是指利用他人已有录音、录像制品直接刻录,复制需要征得录制者同意;重新录制是指重新聘请歌手演唱再行录制,重新录制不必征得录制者同意。本例当中,如果 Lover 音像公司自聘歌手演唱再行录制 CD,并非复制,也就不必征得小罗音像公司同意。 2. 发行权 发行权:许可他人发行其录音录像制品的权利。 发行权可以控制他人的发行行为,亦即他人发行录音录像制品应当征得录制者同意,否则侵犯其录制者权中的发行权。 例:戴某创作歌曲《隔岸观火》,许可小罗音像公司自聘歌手演唱并且录制 CD 出版发行。此后,Lover 音像公司意欲复刻上述 CD 出版发行。问题:Lover 音像公司出版发行所复刻的 CD 是否需要征得小罗音像公司同意? 简析:Lover 音像公司出版发行所复刻的 CD 需要征得小罗音像公司同意。发行权可以控制他人的发行行为,亦即他人发行录音录像制品应当征得录制者同意,否则侵犯其录制者权中的发行权。本例当中,小罗音像公司作为 CD 的录制者,享有录制者权,也就享有发行权,可以控制 Lover 音像公司的发行行为,因而 Lover 音像公司出版发行所复刻的 CD 需要征得小罗音像公司同意。

续表

类型	概述
录制者权	3. 出租权 出租权:许可他人出租其录音录像制品的权利。 出租权可以控制他人的出租行为,亦即他人出租录音录像制品应当征得录制者同意,否则侵犯其录制者权中的出租权。 例:戴某创作歌曲《隔岸观火》,许可小罗音像公司自聘歌手演唱并且录制 CD 出版发行。此后, Lover 音像公司意欲购买上述 CD 出租。问题: Lover 音像公司出租 CD 是否需要征得小罗音像公司同意? 简析: Lover 音像公司出租 CD 需要征得小罗音像公司同意。出租权可以控制他人的出租行为,亦即他人出租录音录像制品应当征得录制者同意,否则侵犯其录制者权中的出租权。本例当中,小罗音像公司作为 CD 的录制者,享有录制者权,也就享有出租权,可以控制 Lover 音像公司的出租行为,因而 Lover 音像公司出租 CD 需要征得小罗音像公司同意。 注意: <u>被许可人出租录音录像制品,还应当取得表演者许可,并且支付报酬。</u> 4. 信息网络传播权 信息网络传播权:许可他人通过信息网络向公众传播其录音录像制品的权利。 信息网络传播权可以控制他人的信息网络传播行为,亦即他人通过信息网络向公众传播录音录像制品应当征得录制者同意,否则侵犯其录制者权中的信息网络传播权。 例:戴某创作歌曲《隔岸观火》,许可小罗音像公司自聘歌手演唱并且录制 CD 出版发行。此后, Lover 音像公司意欲通过信息网络传播上述 CD。问题: Lover 音像公司通过信息网络传播 CD 是否需要征得小罗音像公司同意? 简析: Lover 音像公司通过信息网络传播 CD 需要征得小罗音像公司同意。信息网络传播权可以控制他人的信息网络传播行为,亦即他人通过信息网络向公众传播录音录像制品应当征得录制者同意,否则侵犯其录制者权中的信息网络传播权。本例当中,小罗音像公司作为 CD 的录制者,享有录制者权,也就享有信息网络传播权,可以控制 Lover 音像公司的信息网络传播行为,因而 Lover 音像公司通过信息网络传播 CD 需要征得小罗音像公司同意。 注意: <u>将录音制品用于有线或者无线公开传播,或者通过传送声音的技术设备向公众公开播送的,应当向录音制作者支付报酬。</u>
广播组织 者权	1. 转播权 转播权:许可他人转播其播放的广播、电视的权利。 转播权可以控制他人的转播行为,亦即他人转播播放的广播、电视应当征得广播组织者(广播电台、电视台等)同意,否则侵犯其广播组织者权中的转播权。 例:甲电视台正在播放电视节目《三年不鸣》,乙电视台未经甲电视台许可截取节目信号转化为自己的节目信号同步播放。问题:乙电视台是否侵犯甲电视台的转播权? 简析:乙电视台侵犯甲电视台的转播权。转播权可以控制他人的转播行为,亦即他人转播播放的广播、电视应当征得广播组织者(广播电台、电视台等)同意,否则侵犯其广播组织者权中的转播权。本例当中,乙电视台截取节目信号转化为自己的节目信号同步播放,属于转播行为,受到转播权的控制,由于乙电视台未经甲电视台许可,因而侵犯甲电视台的转播权。 2. 录制复制权 录制复制权:许可他人将其播放的广播、电视录制在音像载体上以及复制音像载体的权利。 录制复制权可以控制他人的录制复制行为,亦即他人将播放的广播、电视录制在音像载体上以及复制音像载体应当征得广播组织者(广播电台、电视台等)同意,否则侵犯其广播组织者权中的录制复制权。

续表

广播组织 者权	例:甲电视台正在播放电视节目《三年不鸣》,乙电视台未经甲电视台许可截取节目信号转化之后进行录制并且复制录音、录像制品。问题:乙电视台是否侵犯甲电视台的录制复制权? 简析:乙电视台侵犯甲电视台的录制复制权。录制复制权可以控制他人的录制复制行为,亦即他人将播放的广播、电视录制在音像载体上以及复制音像载体应当征得广播组织者(广播电台、电视台等)同意,否则侵犯其广播组织者权中的录制复制权。本例当中,乙电视台截取节目信号转化之后进行录制并且复制录音、录像制品,属于录制复制行为,受到录制复制权的控制,由于乙电视台未经甲电视台许可,因而侵犯甲电视台的录制复制权。 3. 信息网络传播权 信息网络传播权:许可他人将其播放的广播、电视通过信息网络向公众传播的权利。 信息网络传播权可以控制他人的信息网络传播行为,亦即他人将播放的广播、电视通过信息网络向公众传播应当征得广播组织者(广播电台、电视台等)同意,否则侵犯其广播组织者权中的信息网络传播权。
图书出版 者权	图书出版者有权许可或者禁止他人使用其出版的图书、期刊的版式设计。

引申知识:邻接权的保护期

权利	保护期
表演者人身权	1. 保护期不受限制; 2. 著作权人死亡之后,由其继承人、受遗赠人保护; 3. 无人继承又无人受遗赠的,由著作权行政管理部门保护。
表演者财产权录制者 权广播组织者权	表演发生之后 50 年、首次制作完成之后 50 年以及首次播放之后 50 年。
图书出版者权	使用该版式设计的图书、期刊首次出版之后 10 年。

引申知识:表演权与表演者权的区别

表演权与表演者权虽然仅有一字之差,但是二者之内涵却大异其趣,详述如下:

权利主体	表演权由著作权人享有;表演者权由作品的表演者(邻接权人)享有。
权利客体	表演权的客体是作品;表演者权的客体是对作品的表演活动(邻接产品)。
权利性质	表演权为财产权;表演者权包括六项权能,既有表演者人身权,也有表演者财产权。
保护期限	通常而言,表演权的保护期截止到作者死亡之后第 50 年的 12 月 31 日(存在例外);表演者权的保护期截止到该表演发生之后第 50 年的 12 月 31 日。

例:戴某创作歌曲《别来无恙》,周某经戴某许可可在个人演唱会上演唱。问题:结合本例分析表演权与表演者权的区别。

简析:

a. 表演权由著作权人享有;表演者权由作品的表演者(邻接权人)享有。本例当中,戴某是歌曲《别来无恙》的作者,享有著作权,也就享有表演权;周某是歌曲《别来无恙》的表演者,享有表演者权。

b. 表演权的客体是作品;表演者权的客体是对作品的表演活动(邻接产品)。本例当中,戴某的表演权所保护的是歌曲《别来无恙》;周某的表演者权所保护的是对歌曲《别来无恙》的

表演行为。

c. 表演权为财产权;表演者权包括六项权能,既有表演者人身权,也有表演者财产权。本例当中,戴某的表演权是著作财产权之一;周某的表演者权包含六项权能,既有表演者人身权,也有表演者财产权。

d. 通常而言,表演权的保护期限截止到作者死亡之后第 50 年的 12 月 31 日;表演者权的保护期截止到该表演发生之后第 50 年的 12 月 31 日。本例当中,戴某的表演权的保护期截止到戴某死亡之后第 50 年的 12 月 31 日;周某的表演者权的保护期截止到周某演唱之后第 50 年的 12 月 31 日。

四、著作权的限制

我国《著作权法》所规定之著作权的限制有二:合理使用与法定许可。下文详述。

(一) 合理使用(学有余力者可自学)

关于合理使用,学界虽然有引入“转换性使用”这一原理的呼声,但是在考试中,判断某一行为是否构成合理使用,仅需考虑法定情形,无需过多参酌学理观点。

法定情形	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,适当引用他人已经发表的作品; 3. 为报道时事新闻,在报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体中不可避免地再现或者引用已经发表的作品; 4. 报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体刊登或者播放其他报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体已经发表的关于政治、经济、宗教问题的时事性文章,但是作者声明不许刊登、播放的除外; 5. 报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体刊登或者播放公众集会上发表的讲话,但是作者声明不许刊登、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,但是不得出版发行; 7. 国家机关为执行公务在合理范围内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. 不以营利为目的,免费表演已经发表的作品,该表演未向公众收取费用,也未向表演者支付报酬(双向免费表演); 例:某歌星创作了歌曲《长江后浪推前浪》,甲是高校学生,在该校元旦晚会上演唱了歌曲《长江后浪推前浪》。问题:甲的行为是否属于合理使用? 简析:甲的行为属于合理使用。免费表演已经发表的作品,该表演未向公众收取费用,也未向表演者支付报酬,属于合理使用。本例当中,甲在该校元旦晚会上演唱了歌曲《长江后浪推前浪》,既不会向甲支付报酬,也不会向师生收取费用,属于合理使用。 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(非接触式使用); 11. 将中国公民、法人或者其他组织已经发表的以国家通用语言文字创作的作品翻译成少数民族语言文字作品在国内出版发行; 例:甲是中国公民,创作一部藏文小说,已经发表。乙偶然看到该小说,觉得甚为精彩,于是译为汉文,在国内出版发行。问题:乙的行为是否属于合理使用? 简析:乙的行为并不属于合理使用。将中国公民、法人或者其他组织已经发表的以汉语言文字创作的作品翻译成少数民族语言文字作品在国内出版发行的,属于合理使用。本例当中,乙将藏文小说译为汉文,乃是将以少数民族语言文字创作的作品翻译成汉语言文字作品,而非将以汉语言文字创作的作品翻译成少数民族语言文字作品,不是上述情形,因而乙的行为并不属于合理使用。 12. 以阅读障碍者能够感知的无障碍方式向其提供已经出版的作品。 13. 其他。
法律效果	使用作品可以不经著作权人许可,不向著作权人支付报酬,但是应当指明姓名、名称。

(二) 法定许可(学有余力者可自学)

关于法定许可,《著作权法》以及相关司法解释着墨不多,但是该考点近年来备受命题人的青睐,务必予以重视。

法定情形	1. 报刊转载法定许可 作品在报纸、期刊上发表之后,除著作权人声明不得转载、摘编的外,其他报刊可以转载或者作为文摘、资料刊登。 例:甲创作散文《界》,发表于乙文学杂志,并未声明不得转载、摘编。此后,丙文学杂志意欲转载散文《界》。 问题:丙文学杂志是否需要征得甲同意? 简析:丙文学杂志无需征得甲同意。作品在报纸、期刊上发表之后,除著作权人声明不得转载、摘编的外,其他报刊可以转载或者作为文摘、资料刊登,本例即是如此。 2. 制作录音制品的法定许可 录音制作者使用他人已经被合法录制为录音制品的音乐作品制作录音制品,除著作权人声明不许使用的以外,可以不经著作权人许可。 例:戴某创作歌曲《昏天黑地》,许可小罗音像公司自聘歌手演唱并且录制 CD 出版发行。此后,爱斯基摩音像公司意欲自聘歌手演唱并且录制 CD 出版发行。问题:爱斯基摩音像公司是否需要征得戴某同意? 简析:爱斯基摩音像公司无需征得戴某同意。录音制作者使用他人已经被合法录制为录音制品的音乐作品制作录音制品,除著作权人声明不许使用的以外,可以不经著作权人许可。本例当中,歌曲《昏天黑地》作为音乐作品,已经被许可小罗音像公司合法录制为录音制品,属于已经被合法录制为录音制品的音乐作品,爱斯基摩音像公司使用戴某的歌曲《昏天黑地》制作录音制品,便是使用他人已经被合法录制为录音制品的音乐作品制作录音制品,属于法定许可,因而爱斯基摩音像公司无需征得戴某同意。 3. 广播组织播放作品、录音制品的法定许可 广播电台、电视台播放他人已经发表的作品、已经出版的录音制品,可以不经著作权人许可。 注意: <u>电视台播放他人的视听作品、录像制品,应当取得制作者或者录像制作者许可,并支付报酬;播放他人的录像制品,还应当取得著作权人许可,并支付报酬。</u> 例 1:戴某创作歌曲《昏天黑地》,许可小罗音像公司自聘歌手演唱并且录制 CD 出版发行。此后,西红柿电视台意欲购买上述 CD 播放。问题:西红柿电视台是否需要征得戴某同意? 简析:西红柿电视台无需征得戴某同意。广播电台、电视台播放他人已经发表的作品、已经出版的录音制品,可以不经著作权人许可,本例即是如此。 例 2:戴某作为制作者投资一部电影《崖山之后无中华》,上映之后口碑爆棚。此后,西红柿电视台意欲播放电影《崖山之后无中华》。问题:西红柿电视台是否需要征得戴某同意? 简析:西红柿电视台需要征得戴某同意。电视台播放他人的视听作品、录像制品,应当取得制作者或者录像制作者许可,并支付报酬,本例即是如此。 例 3:戴某系法考培训界的非知名讲师,主讲民法课程,尤以知识产权法见长。学员罗某颇为喜爱,于是在听课时全程录制视频。此后,某电视台政法频道意欲播放罗某所录视频。问题:某电视台需要征得谁同意? 简析:某电视台需要征得罗某与戴某的同意。 a. 某电视台需要征得罗某同意。电视台播放他人的视听作品、录像制品,应当取得制作者或者录像制作者许可,并支付报酬。本例当中,罗某在听课时全程录制视频,其所录制视频即为录像制品,罗某也就是录像制作者,某电视台政法频道播放这一录像制品,自然应当征得罗某同意。 b. 某电视台需要征得戴某同意。电视台播放他人的录像制品,还应当取得著作权人许可,并支付报酬。本例当中,戴某讲授课程属于口述作品,戴某是口述作品的著作权人,由于罗某所录视频包含上述口述作品,因而某电视台政法频道播放这一录像制品应当征得戴某同意。 4. 为实施国家教育规划而编写出版教科书的法定许可 限于为实施国家教育规划而编写出版教科书,此时,在教科书中汇编已经发表的作品片段或者短小的文字作品、音乐作品或者单幅的美术作品、摄影作品,可以不经著作权人许可。
法律效果	<u>使用作品可以不经著作权人许可,但是应当向著作权人支付报酬(自使用作品之日起 2 个月内向著作权人支付),</u>指明姓名、名称。

五、著作权的侵权

(一) 侵权行为

著作权的侵权,就其判定而言,核心在于理解专有权利与受控行为的关系,这一关系可作如下表述:

1. 著作权人享有何种权利,才能控制何种行为,他人实施相应行为应当征得著作权人的同意,否则构成侵权;

2. 著作权人不享有某一权利,便不能控制某一行为,他人实施相应行为不必征得著作权人的同意,也不构成侵权。

为了便于理解这一关系,本书结合历年真题的考查模式与考查难度,编写三组案例,难度逐一递增。详述如下:

1. 简单模式考查:主体单一,行为单一

例1:甲创作完成一部小说,乙未经甲同意将该小说改编为漫画。问题:乙是否侵犯甲的著作权?如果侵犯,乙侵犯甲的何种权利?

简析:乙侵犯了甲的改编权。著作权人享有何种权利,才能控制何种行为,他人实施相应行为应当征得著作权人的同意,否则构成侵权。本例当中,甲是文字作品的著作权人,享有改编权,能够控制乙的改编行为,乙实施改编行为应当征得甲同意,因而乙未经甲同意将该小说改编为漫画(改编行为)便侵犯了甲的改编权。

例2:甲创作完成一首歌,乙未经甲同意即在演唱会上演唱该首歌。问题:乙是否侵犯甲的著作权?如果侵犯,乙侵犯甲的何种权利?

简析:乙侵犯了甲的表演权。著作权人享有何种权利,才能控制何种行为,他人实施相应行为应当征得著作权人的同意,否则构成侵权。本例当中,甲是音乐作品的著作权人,享有表演权,能够控制乙的表演行为,乙实施表演行为应当征得甲同意,因而乙未经甲同意即在演唱会上演唱该首歌(现场表演行为)便侵犯了甲的表演权。

2. 普通模式考查:主体单一,行为多元

例1:甲创作完成一部小说,乙未经甲同意印刷该小说并且在网络上销售。问题:乙是否侵犯甲的著作权?如果侵犯,乙侵犯甲的何种权利?

简析:乙侵犯了甲的复制权与发行权。著作权人享有何种权利,才能控制何种行为,他人实施相应行为应当征得著作权人的同意,否则构成侵权。本例当中,甲是文字作品的著作权人,享有复制权与发行权,能够控制乙的复制行为与发行行为,乙实施复制行为与发行行为应当征得甲同意,因而乙未经甲同意印刷该小说(复制行为)并且在网络上销售(发行行为)侵犯了甲的复制权与发行权。

例2:甲创作完成一部小说,乙未经甲同意印刷该小说并出租。问题:乙是否侵犯甲的著作权?如果侵犯,乙侵犯甲的何种权利?

简析:乙侵犯了甲的复制权。著作权人享有何种权利,才能控制何种行为,他人实施相应行为应当征得著作权人的同意,否则构成侵权。本例当中,甲是文字作品的著作权人,享有复制权,能够控制乙的复制行为,乙实施复制行为应当征得甲同意,因而乙未经甲同意印刷该小说(复制行为)便侵犯了甲的复制权。额外提示,乙并没有侵犯甲的出租权。著作权人不享有

某一权利,便不能控制某一行为,他人实施相应行为不必征得著作权人的同意,也不构成侵权。本例当中,甲是文字作品的著作权人,不享有出租权,不能控制乙的出租行为,乙实施出租行为不必征得甲同意,因而乙未经甲同意出租该小说并没有侵犯甲的出租权。

例 3: 甲创作完成一首歌,乙未经甲同意演唱并录制之后上传云盘共享。问题:乙是否侵犯甲的著作权?如果侵犯,乙侵犯甲的何种权利?

简析: 乙侵犯了甲的表演权、复制权以及信息网络传播权。著作权人享有何种权利,才能控制何种行为,他人实施相应行为应当征得著作权人的同意,否则构成侵权。本例当中,甲是音乐作品的著作权人,享有表演权、复制权以及信息网络传播权,能够控制乙的表演行为、复制行为以及信息网络传播行为,乙实施表演行为、复制行为以及信息网络传播行为应当征得甲同意,因而乙未经甲同意演唱(现场表演行为)并录制(复制行为,在音像制品中再现词曲)之后上传云盘共享(信息网络传播行为)侵犯了甲的表演权、复制权以及信息网络传播权。

例 4: 甲创作完成一首歌,乙未经甲同意演唱并录制之后出租碟片。问题:乙是否侵犯甲的著作权?如果侵犯,乙侵犯甲的何种权利?

简析: 乙侵犯了甲的表演权与复制权。著作权人享有何种权利,才能控制何种行为,他人实施相应行为应当征得著作权人的同意,否则构成侵权。本例当中,甲是音乐作品的著作权人,享有表演权与复制权,能够控制乙的表演行为与复制行为,乙实施表演行为与复制行为应当征得甲同意,因而乙未经甲同意演唱(现场表演行为)并录制(复制行为,在音像制品中再现词曲)侵犯了甲的表演权与复制权。额外提示,乙并没有侵犯甲的出租权。著作权人不享有某一权利,便不能控制某一行为,他人实施相应行为不必征得著作权人的同意,也不构成侵权。本例当中,甲是音乐作品的著作权人,不享有出租权,不能控制乙的出租行为,乙实施出租行为不必征得甲同意,因而乙未经甲同意出租该碟片并没有侵犯甲的出租权。

例 5: 甲创作完成一首歌,乙未经甲同意演唱并录制之后在自营酒吧播放。问题:乙是否侵犯甲的著作权?如果侵犯,乙侵犯甲的何种权利?

简析: 乙侵犯了甲的表演权与复制权。著作权人享有何种权利,才能控制何种行为,他人实施相应行为应当征得著作权人的同意,否则构成侵权。本例当中,甲是音乐作品的著作权人,享有表演权与复制权,能够控制乙的表演行为与复制行为,乙实施表演行为与复制行为应当征得甲同意,因而乙未经甲同意演唱(现场表演行为)并录制(复制行为,在音像制品中再现词曲)之后在自营酒吧播放(机械表演行为)侵犯了甲的表演权与复制权。

3. 困难模式考查:主体多元,行为多元,不涉及邻接权

例: 甲创作完成一部小说,乙将该小说改编为漫画,丙出版社印刷并且出版发行该漫画,丁购买该漫画阅读并出租,戊购买该漫画之后扫描并且上传云盘共享。上述行为均未经同意。问题:乙、丙出版社、丁以及戊是否侵犯著作权?如果侵犯,乙、丙出版社、丁以及戊分别侵犯了哪些著作权?

简析: 甲是文字作品著作权人,乙是漫画作品著作权人。

a. 就甲的著作权而言,乙侵犯了甲的改编权,丙出版社侵犯了甲的复制权与发行权,丁并没有侵犯甲的著作权,戊侵犯了甲的复制权与信息传播权。著作权人享有何种权利,才能控制何种行为,他人实施相应行为应当征得著作权人的同意,否则构成侵权。本例当中,甲是文字作品的著作权人,享有改编权、复制权、发行权以及信息网络传播权,能够控制乙、丙出版社、丁以及戊的改编行为、复制行为、发行行为以及信息网络传播行为,乙、丙出版社、丁以及戊实施改编行为、复制行为、发行行为以及信息网络传播行为应当征得甲同意,因而乙未经甲同

意将该小说改编为漫画(改编行为)侵犯了甲的改编权,丙出版社未经甲同意印刷(复制行为)并且出版发行该漫画(发行行为)侵犯了甲的复制权与发行权,戊未经甲同意扫描(复制行为)并且上传云盘共享(信息网络传播行为)侵犯了甲的复制权与信息网络传播权。额外提示,丁并没有侵犯甲的著作权。甲是文字作品的著作权人,不享有出租权,不能控制丁的出租行为,丁实施出租行为不必征得甲同意,因而丁未经甲同意出租该漫画并没有侵犯甲的著作权。再次提示,虽然甲不是漫画作品的著作权人,但是他人使用漫画作品也受到甲的著作权的控制,原因在于乙的漫画作品实则脱胎于甲的文字作品,二者存在作品内容与作者意志的交融。

b.就乙的著作权而言,丙出版社侵犯了乙的复制权与发行权,丁并没有侵犯乙的著作权,戊侵犯了乙的复制权与信息网络传播权。著作权人享有何种权利,才能控制何种行为,他人实施相应行为应当征得著作权人的同意,否则构成侵权。本例当中,乙是漫画作品的著作权人,享有复制权、发行权以及信息网络传播权,能够控制丙出版社、丁以及戊的复制行为、发行行为以及信息网络传播行为,丙出版社、丁以及戊实施复制行为、发行行为以及信息网络传播行为应当征得乙同意,因而丙出版社未经乙同意印刷(复制行为)并且出版发行该漫画(发行行为)侵犯了乙的复制权与发行权,戊未经乙同意扫描(复制行为)并且上传云盘共享(信息网络传播行为)侵犯了乙的复制权与信息网络传播权。额外提示,丁并没有侵犯乙的著作权。乙是漫画作品的著作权人,不享有出租权,不能控制丁的出租行为,丁实施出租行为不必征得乙同意,因而丁未经乙同意出租该漫画并没有侵犯乙的著作权。

除前述判定规则外,《著作权法》以及相关司法解释针对部分特殊侵权也有明文规定:

1. 故意避开或者破坏技术措施。

所谓技术措施,是指用于防止、限制未经权利人许可浏览、欣赏作品、表演、录音录像制品的或者通过信息网络向公众提供作品、表演、录音录像制品的有效技术、装置或者部件。

2. 故意删除或者改变权利管理电子信息。

所谓权利管理电子信息,是指说明作品及其作者、表演及其表演者、录音录像制品及其制作者的信息,作品、表演、录音录像制品权利人的信息和使用条件的信息,以及表示上述信息的数字或者代码。

引申知识:通知删除规则

行为模式	对提供信息存储空间或者提供搜索、链接服务的网络服务提供者,权利人认为其服务所涉及的作品、表演、录音录像制品,侵犯自己的信息网络传播权或者被删除、改变了权利管理电子信息的,可以向该网络服务提供者提交书面通知,要求网络服务提供者删除或者断开链接。 网络服务提供者接到权利人的通知书之后,应当立即删除或者断开链接,同时将通知书转送提供作品、表演、录音录像制品的服务对象。 服务对象接到网络服务提供者转送的通知书之后,认为其提供的作品、表演、录音录像制品没有侵犯他人权利的,可以向网络服务提供者提交书面说明,要求恢复。 网络服务提供者接到服务对象的书面说明之后,应当立即恢复,同时将服务对象的书面说明转送权利人。权利人不得再通知网络服务提供者删除或者断开链接。
法律效果	网络服务提供者服务对象提供搜索或者链接服务,在接到权利人的通知书之后,根据规定删除或者断开链接的,不承担赔偿责任;但是,明知或者应知所链接侵权的,应当承担共同侵权责任。

(二) 侵权救济(学有余力者可自学)

管辖法院	第一审著作权民事纠纷,由中级人民法院管辖。 高级人民法院根据本辖区的实际情况,可以确定若干基层人民法院管辖 第一审著作权民事纠纷案。
赔偿额度	依《著作权法》之规定,侵权损害赔偿额度的确定应当依照以下顺序: <u>权利人的实际损失→侵权人的违法所得→法定赔偿五百元以上五百万元以下。赔偿数额应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。对故意侵犯著作权或者与著作权有关的权利,情节严重的,可以在按照上述方法确定数额的一倍以上五倍以下给予赔偿。</u>

第三节 商标权(本节自学)

一、商标权的客体

商标权的客体即注册商标,是指用于商品或者服务之上,由法定要素构成且具有显著性的,能够借以识别商品或者服务来源的标志。商标包括下列类型:

商品商标	用于注册人生产、制造、加工、拣选或者经销的商品上的商标。
服务商标	用于注册人提供的服务上的商标。
集体商标	以团体、协会或者其他组织名义注册,供该组织成员在商事活动中使用,以表明使用者在该组织中的成员资格的标志。
证明商标	由对某种商品或者服务具有监督能力的组织所控制,而由该组织以外的单位或者个人使用于其商品或者服务,用以证明该商品或者服务的原产地、原料、制造方法、质量或者其他特定品质的标志。

注意:
如果商标未经注册,一般不能获得商标权的保护。

二、商标权的主体

商标权的主体即注册商标专用权人(下文简称“商标权人”),亦即能够行使商标权保护其商标的主体。

三、商标权的取得

(一) 注册的原则

《商标法》以及相关司法解释所规定之注册的原则有三,包括:申请在先原则、自愿注册原则以及优先权原则。为期简明,列表如下:

申请在先原则	两个或者两个以上的商标注册申请人,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,按照下列规则办理: 1. 对多份申请,初步审定并公告<u>申请在先</u>的商标; 2. 同日申请的,初步审定并公告<u>使用在先</u>的商标; 3. 同日使用或者均未使用的,由申请人<u>自行协商</u>; 4. 不愿协商或者协商不成的,以<u>抽签的方式确定</u>。
自愿注册原则	商标使用人是否申请商标注册取决于自己的意愿,但是法律规定必须使用注册商标的商品,必须申请注册商标,未经核准注册的,不得在市场上销售,例如:烟草制品,包括卷烟、雪茄烟以及有包装的烟丝。
优先权原则	申请日以商标局收到申请文件的日期为准,申请人享有优先权的,以优先权日为申请日。具体而言: 1. 外国优先权:自第一次在外国提出商标注册申请之日起<u>6个月内就相同商品以同一商标</u>在国内提出注册申请的,以第一次在外国提出商标注册申请之日为国内申请日; 例:2017年12月1日,甲在美国就寰宇商标提出注册申请,拟使用在体育用品之上。2018年3月30日,甲在中国就寰宇商标提出注册申请,拟使用在体育用品之上。问题:甲在中国的申请日是何时? 简析:甲在中国的申请日是2017年12月1日。自第一次在外国提出商标注册申请之日起6个月内就相同商品以同一商标在国内提出注册申请的,以第一次在外国提出商标注册申请之日为国内申请日。本例当中,甲所申请注册之商标均为寰宇商标,所使用之商品均为体育用品,并且两次申请间隔并没有超过6个月,因此甲享有优先权,可以将外国申请日当作本国申请日,亦即甲在中国的申请日为2017年12月1日。 2. 展会优先权:自商标在展览会上首次使用之日起<u>6个月内就相同商品以同一商标</u>在国内提出注册申请的,以在展览会上首次使用之日为国内申请日。 例:2017年12月1日,甲在某国际展览会上展出其生产的体育用品,体育用品之上首次使用寰宇商标。2018年3月30日,甲在中国就寰宇商标提出注册申请,拟使用在体育用品之上。问题:甲在中国的申请日是何时? 简析:甲在中国的申请日是2017年12月1日。自商标在展览会上首次使用之日起6个月内就相同商品以同一商标在国内提出注册申请的,以在展览会上首次使用之日为国内申请日。本例当中,甲所申请注册之商标与所展出之商标均为寰宇商标,所使用之商品均为体育用品,并且申请与展出间隔并没有超过6个月,因此甲享有优先权,可以将首次展览日当作本国申请日,亦即甲在中国的申请日为2017年12月1日。 注意: 优先权原则的意义在于,两个或者两个以上的商标注册申请人,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,在商标局收到申请文件的日期相同时,原本应当观察使用时间,以便决定权利归属。但是如果有人具有优先权日,便能以优先权日为申请日,从而视为申请在先,占有先机。 例:2018年3月30日,甲、乙二人分别在中国就寰宇商标提出注册申请,均拟使用在体育用品之上。此外查明,2017年12月1日,甲在某国际展览会上展出其生产的体育用品,体育用品之上首次使用寰宇商标。问题:应当初步审定并公告谁的商标? 简析:应当初步审定并公告甲的商标。自商标在展览会上首次使用之日起6个月内就相同商品以同一商标在国内提出注册申请的,以在展览会上首次使用之日国内申请日。本例当中,甲所申请注册之商标与所展出之商标均为寰宇商标,所使用之商品均为体育用品,并且申请与展出间隔并没有超过6个月,因此甲享有优先权,可以将首次展览日当作本国申请日,亦即甲在中国的申请日为2017年12月1日。如此,甲、乙二人两相比较,甲的申请日先于乙的申请日,因而应当初步审定并公告甲的商标。

(二) 注册的条件

注册的条件是单一考点中容量最大的,涉及条文繁杂,是记忆型考点。为了方便记忆,本书将之划分为两类:积极条件、消极条件,并经归纳,作成下表:

条件		概述
积极条件	法定构成要素	申请注册的商标应当由文字、图形、字母、数字、三维标志、<u>颜色组合</u>以及声音构成。 注意： 在我国《商标法》中，气味并不是法定构成要素。
	显著性	申请注册的商标应当具备显著性，既可以是固有的显著性，也可以是<u>经使用取得的显著性</u>。 所谓固有的显著性，是指标志本身立意新颖，设计独特，并非日常生活中常见的标志，例如：美特斯邦威。所谓经使用取得的显著性，是指标志本身即为日常生活中常见的标志，但是经过使用足以将其与特定商品相联系，例如：苹果。
消极条件	不得侵犯他人先权利或者合法利益	申请注册的商标不得侵犯他人先权利或者合法利益。因此，有下列情形之一者，不得核准注册： 1. 就<u>相同或者类似</u>商品申请注册的商标是复制、摹仿或者翻译他人未在中国注册的驰名商标，容易导致混淆的； 例：2017 年 12 月 1 日，甲在中国就寰宇商标提出注册申请，拟使用在体育用品之上。经查，寰宇商标属于驰名商标，使用在体育用品之上，但是未在中国注册。如果核准甲的商标注册申请，可能导致混淆。 问题：甲的商标注册申请能否核准？ 简析：甲的商标注册申请不能核准。就相同或者类似商品申请注册的商标是复制、摹仿或者翻译他人未在中国注册的驰名商标，易致混淆的，不得核准注册，本例即是如此。 2. 就<u>不相同或者不相类似</u>商品申请注册的商标是复制、摹仿或者翻译他人已经在中国注册的驰名商标，误导公众，致使该驰名商标注册人的利益可能受到损害的； 例：2017 年 12 月 1 日，甲在中国就寰宇商标提出注册申请，拟使用在清洁用品之上。经查，寰宇商标属于驰名商标，使用在体育用品之上，并且已在中国注册。如果核准甲的商标注册申请，可能导致混淆。 问题：甲的商标注册申请能否核准？ 简析：甲的商标注册申请不能核准。就不同或者不相类似商品申请注册的商标是复制、摹仿或者翻译他人已经在中国注册的驰名商标，误导公众，致使该驰名商标注册人的利益可能受到损害的，不得核准注册，本例即是如此。 3. 未经授权，代理人或者代表人以自己的名义将被代理人或者被代表人的商标进行注册，被代理人或者被代表人提出异议的； 例：甲是乙公司的法定代表人，乙公司一直使用寰宇商标，但是尚未注册，甲便擅自就寰宇商标提出注册申请，意欲据为己有，乙公司对此提出异议。问题：甲的商标注册申请能否核准？ 简析：甲的商标注册申请不能核准。未经授权，代理人或者代表人以自己的名义将被代理人或者被代表人的商标进行注册，被代理人或者被代表人提出异议的，不得核准注册，本例即是如此。 4. 就同一种商品或者类似商品申请注册的商标与他人先使用的未注册商标相同或者近似，申请人与该他人具有前款规定以外的合同、业务往来关系或者其他关系而明知该他人商标存在，该他人提出异议的； 例：甲公司与乙公司存在长期业务合作关系，也正因此，甲公司知道乙公司一直在体育用品上使用寰宇商标，但是尚未注册，甲公司便擅自就寰宇商标提出注册申请，拟使用在体育用品之上，乙公司对此提出异议。问题：甲公司的商标注册申请能否核准？ 简析：甲公司的商标注册申请不能核准。就同一种商品或者类似商品申请注册的商标与他人先使用的未注册商标相同或者近似，申请人与该他人具有前款规定以外的合同、业务往来关系或者其他关系而明知该他人商标存在，该他人提出异议的，不得核准注册，本例即是如此。 5. 同他人在同种商品或者类似商品上已经注册或者初步审定的商标相同或者近似的； 例：2017 年 12 月 1 日，甲在中国就寰宇商标提出注册申请，拟使用在清洁用品之上。经查，寰宇商标已经被乙注册，也使用在清洁用品之上。问题：甲的商标注册申请能否核准？ 简析：甲的商标注册申请不能核准。同他人在同种商品或者类似商品上已经注册或者初步审定的商标相同或者近似的，不得核准注册，本例即是如此。

续表

条件	概述
不得侵犯他人先权利或者合法利益	6. 以不正当手段抢先注册他人已经使用并有一定影响的商标; 例: 张某一直在年糕等糕点之上使用张炎商标, 尚未注册, 但是在当地已经小有名气。李某获知张炎商标尚未注册, 于是率先提出注册申请, 并且伪造使用材料谎称最早使用(实际从未使用)。问题: 李某的商标注册申请能否核准? 简析: 李某的商标注册申请不能核准。以不正当手段抢先注册他人已经使用并有一定影响的商标的, 不得核准注册, 本例即是如此。 7. 商标中有商品的地理标志, 但是该商品并非来源于该标志所标示的地区, 容易误导公众的。所谓地理标志, 是指标示某商品来源于某地区, 该商品的特定质量、信誉或者其他特征, 主要由该地区的自然因素或者人文因素所决定的标志。
消极条件 不得为禁止作为商标注册的标志	申请注册的商标不得为禁止作为商标注册的标志。因此有下列情形之一者, 不得核准注册: 1. 仅有本商品的通用名称、图形、型号的, 或者仅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, 但是经过使用取得显著特征, 并且便于识别的, 可以作为商标注册, 例如: 六个核桃; 例: 2017 年 12 月 1 日, 甲在中国就篮球商标提出注册申请, 拟使用在篮球之上。问题: 甲的商标注册申请能否核准? 简析: 甲的商标注册申请不能核准。仅有本商品的通用名称、图形、型号的, 或者仅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, 不得核准注册, 本例即是如此。 2. 以三维标志申请注册商标的, 仅由商品自身的性质产生的形状、为获得技术效果而需有的形状或者使商品具有实质性价值的形状。
不得为禁止作为商标使用的标志(了解即可)	申请注册的商标不得为禁止作为商标使用的标志。因此有下列情形之一者, 不得核准注册: 1. 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。但是, 地名具有其他含义或者作为集体商标①【说明】、证明商标②【说明】组成部分的除外; 已经注册的使用地名的商标继续有效。 2. 有损国家形象、公共利益、善良风俗的: (1) 同中华人民共和国的国家名称、国旗、国徽、国歌、军旗、军徽、军歌、勋章等相同或者近似的, 以及同中央国家机关的名称、标志、所在地特定地点的名称或者标志性建筑物的名称、图形相同的; (2) 同外国的国家名称、国旗、国徽、军旗等相同或者近似的, 但是经过该国政府同意的除外; (3) 同政府间国际组织的名称、旗帜、徽记等相同或者近似的, 但是经过该组织同意或者不易误导公众的除外; (4) 与表明实施控制、予以保证的官方标志、检验印记相同或者近似的, 但是经过授权的除外; (5) 同“红十字”、“红新月”的名称、标志相同或者近似的; (6) 带有民族歧视性的; (7) 带有欺骗性, 容易使公众对商品的质量等特点产生误认的; (8) 有害于社会主义道德风尚或者有其他不良影响的。

① 【说明】【集体商标】本法所称集体商标, 是指以团体、协会或者其他组织名义注册, 供该组织成员在商事活动中使用, 以表明使用者在该组织中的成员资格的标志。

② 【说明】【证明商标】本法所称证明商标, 是指由对某种商品或者服务具有监督能力的组织所控制, 而由该组织以外的单位或者个人使用于其商品或者服务, 用以证明该商品或者服务的原产地、原料、制造方法、质量或者其他特定品质的标志。

考点
注意

理其
理其
使用
物;烟
水遮
的商
商品
所提出
制商標
收回
收到
請之
理部門
三十日
→
→
所申請
所申請
不得
異議
十二
，經
在先
均有

续表

程序	概述
核准注册	公告期满未获异议的或者虽然遭到异议但是异议不成立的,核准注册,发给商标注册证,并予公告。经审查异议不成立而准予注册的商标,商标注册申请人取得商标专用权的时间为异议期限届满之日。 例:2017年12月1日,甲在中国就寰宇商标提出注册申请,拟使用在清洁用品之上。2018年1月1日,商标局初步审定并公告,2018年3月31日异议期限届满。此前,有人提出异议,2018年11月1日,商标局经过审理认为异议不成立,最终核准注册,发给商标注册证,并予公告。问题:甲何时取得寰宇商标的注册商标专用权? 简析:甲2018年3月31日取得寰宇商标的注册商标专用权。经审查异议不成立而准予注册的商标,商标注册申请人取得商标专用权的时间为异议期限届满之日,本例即是如此。

四、商标权的内容

商标权的主要内容共计五项:专用权、许可权、转让权、续展权以及质押权。逐一详述如下。

(一) 专用权

注册商标专用权是指将商标用于商品、商品包装或者容器以及商品交易文书上,或者用于广告宣传、展览以及其他商业活动中,用于识别商品来源的权利。

注意:

注册商标的专用权以核准注册的商标与核定使用的商品为限,亦即商标权人在核定使用的商品之上只能使用核准注册的商标,不能使用其他商标;商标权人核准注册的商标只能用在核定使用的商品之上,不能用在其他商品之上。

(二) 许可权

《商标法》以及相关司法解释所规定之许可权所包含之考点有三:行使权利的程序、行使权利的要求以及被许可人的诉权。为期简明,列表如下:

行使权利的程序	许可人应当将其商标使用许可报商标局备案,由商标局予以公告,商标使用许可未经备案不得对抗善意第三人。易而言之,商标使用许可是否备案并不影响商标使用许可合同的效力,只会影响能否对抗善意第三人。
行使权利的要求	<u>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。</u>
被许可人的诉权	1. 普通许可:商标权人在约定的期间、地域,以约定的方式,许可他人使用其注册商标之后,商标权人可以自行使用该注册商标以及再次许可他人使用其注册商标。<u>普通许可的被许可人需要明确授权方可提起诉讼。</u> 2. 排他许可:商标权人在约定的期间、地域,以约定的方式,许可他人使用其注册商标之后,商标权人可以自行使用该注册商标,但是不得再次许可他人使用该注册商标。<u>排他许可的被许可人既可以和商标注册人共同起诉,也可以在商标注册人不起诉的情况下自行提起诉讼。</u> 3. 独占许可:商标权人在约定的期间、地域,以约定的方式,许可他人使用其注册商标之后,商标权人不得自行使用该注册商标,并且不得再次许可他人使用其注册商标。<u>独占许可的被许可人可以独立提起诉讼。</u>

(三) 转让权

《商标法》以及相关司法解释所规定之转让权所包含之考点有三:行使权利的程序、行使权利的要求以及行使权利的效果。为期简明,列表如下:

行使权利的程序	转让人与受让人应当签订转让协议,并 <u>共同</u> 向商标局提出申请。
行使权利的要求	<u>同一商品上近似的商标或者类似商品上相同或者近似的商标,应当一并转让。</u>
行使权利的效果	1. 转让申请经核准之后予以公告,受让人自公告之日起享有商标专用权,不公告不影响转让协议的效力。 2. <u>除非另有约定,注册商标的转让不影响转让前已经生效的商标使用许可合同的效力。(转让不破许可)</u> 例:甲将其注册商标许可给乙使用,许可使用期间1年,已经报商标局备案。此后,在许可使用期间内,甲将其注册商标转让给丙,二人共同向商标局提出申请,商标局核准之后予以公告。问题:乙能否在原定许可使用期间内继续使用注册商标? 简析:乙可以在原定许可使用期间内继续使用注册商标。除非另有约定,注册商标的转让不影响转让前已经生效的商标使用许可合同的效力。本例当中,甲将其注册商标许可给乙使用之后将其注册商标转让给丙,此时,在后转让不会影响在先许可,乙可以在原定许可使用期间内继续使用注册商标。

(四) 续展权

商标权的保护期是10年,自核准注册之日起计算。商标权的保护期可以续展,此即续展权之来源。《商标法》以及相关司法解释所规定之续展权所包含之考点有三:行使权利的程序、行使权利的要求以及行使权利的效果。为期简明,列表如下:

行使权利的程序	向商标局提交商标续展注册申请书。
行使权利的要求	应当在 <u>续展期(保护期满之前的12个月)或者宽展期(保护期满之后的6个月)</u> 内提出续展申请。
行使权利的效果	1. 续展成功的,每次续展注册的有效期为10年,自该商标上一届有效期满次日起计算。 2. 续展失败的,注销注册商标,且自注销之日起一年内,商标局对与该商标相同或者近似的商标注册申请,不予核准。

(五) 质押权

以商标专用权出质的,出质人与质权人应当订立书面质押合同,并共同向商标局办理出质登记。商标专用权出质之后,出质人不得转让或者许可他人使用,但是经质权人同意的除外。出质人所得的转让费、许可费应当向质权人提前清偿或者予以提存。

五、商标权的限制

我国《商标法》所规定之商标权的限制有二:合理使用与在先使用。内容较少,本书并作一表,开示如下(学有余力者可自学):

限制	概述
合理使用	1. 注册商标中含有的本商品的通用名称、图形、型号,或者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,或者含有的地名,商标权人无权禁止他人正当使用。 2. 三维标志注册商标中含有的商品自身的性质产生的形状、为获得技术效果而需有的商品形状或使商品具有实质性价值的形状,商标权人无权禁止他人正当使用。
在先使用	商标权人申请商标注册之前,他人已经在同一种商品或者类似商品上先于商标权人使用与注册商标相同或者近似并有一定影响的商标的,商标权人无权禁止该使用人在<u>原使用范围内</u>继续使用该商标,但是可以要求其<u>附加适当区别标识</u>。 例:2017年12月1日,甲在中国就寰宇商标提出注册申请,拟使用在清洁用品之上。2018年1月1日,商标局初步审定并公告,2018年3月31日异议期限届满,无人提出异议,于是核准注册,发给商标注册证,并予公告。经查,2018年3月31日之前,乙已经在清洁用品之上使用寰宇商标,并且小有名气,2018年3月31日之后没有扩大使用范围。问题:乙是否属于在先使用? 简析:乙并不属于在先使用。商标权人申请商标注册之前,他人已经在同一种商品或者类似商品上先于商标权人使用与注册商标相同或者近似并有一定影响的商标的,商标权人无权禁止该使用人在原使用范围内继续使用该商标,但是可以要求其附加适当区别标识。本例当中,乙在2018年3月31日之前使用,而不是在2017年12月1日之前使用,亦即乙在甲核准商标注册之前使用,而不是在甲申请商标注册之前使用,并不符合在先使用的时间要求,因而乙并不属于在先使用。

六、商标权的侵权

(一)侵权行为(学有余力者可自学)

《商标法》以及相关司法解释明文列举九类侵权行为,同时规定一项兜底条款“给他人的注册商标专用权造成其他损害的”。本书结合相关学说,并经对条文的梳理,作成下表:

侵权行为	概述
列举情形	假冒 未经许可,在同种商品上使用与其注册商标相同的商标。
	仿冒 未经许可,在同种商品上使用与其注册商标近似的商标,或者在类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标,容易导致混淆。包括三种情形: 1. 未经许可,在同种商品上使用与其注册商标近似的商标; 2. 未经许可,在类似商品上使用与其注册商标相同的商标; 3. 未经许可,在类似商品上使用与其注册商标近似的商标;
	销售侵权商品 销售侵犯注册商标权的商品,<u>促销时将侵犯商标权的商品作为赠品而赠与视为销售侵犯商标权的商品</u>。 注意: 销售不知道是侵犯商标权的商品,<u>能证明该商品是自己合法取得并说明提供者的</u>,无需承担赔偿责任。(善意销售) 例:甲在某高校内经营一家商店,被举报销售假冒的农夫山泉矿泉水,当地工商部门经过调查,认定举报属实,但是甲并不知道其所销售的是假冒的农夫山泉矿泉水,能够提供从合法渠道进货的证据,并且提供交易方的联系方式。问题:甲应当如何承担侵权责任? 简析:甲应当停止销售并且销毁假冒的农夫山泉矿泉水,但是无需赔偿损失。销售不知道是侵犯商标权的商品,能证明该商品是自己合法取得并说明提供者的,无需承担赔偿责任,本例即是如此。

续表

侵权行为		概述
列举情形	制销注册商标	<u>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。</u>
	反向假冒	<u>未经许可,更换注册商标并将该更换商标的商品又投入市场。</u> 例:戴某前往贵州出差期间,花费 10 万元买回 50 瓶正品茅台。此后,戴某撕下茅台商标,贴上寰宇商标,再次投放市场,每瓶售价 500 元。问题:戴某是否构成商标侵权? 简析:戴某构成商标侵权。未经许可,更换注册商标并将该更换商标的商品又投入市场,属于反向假冒,构成商标侵权,本例即是如此。额外提示,戴某并非脑袋进水,高价买入低价卖出,戴某有其打算,试想如果有人购买其中一瓶,必然有所感叹:这酒,茅台的口感,泸州老窖的价格。如此寰宇商标口碑必然爆棚,横空出世之后再以劣质酒水上架,贴上寰宇商标,还卖 500 元一瓶,财源岂不滚滚而来。可惜,此举构成商标侵权。
	帮助侵权	<u>故意为侵犯商标权行为提供便利条件,帮助实施侵犯商标权行为。</u> 帮助侵权要求主观故意。
	用作字号	将与他人注册商标相同或者近似的文字作为企业的字号在相同或者类似商品上突出使用,容易使相关公众产生误认。
	淡化使用	复制、摹仿、翻译他人注册的驰名商标在不相同或者不类似商品上作为商标使用,误导公众,致使该驰名商标权人的利益可能受到损害。
	用作域名	将与他人注册商标相同或者近似的文字注册为域名,并且通过该域名进行相关商品交易的电子商务,容易使相关公众产生误认。
兜底条款		<u>存在混淆可能,减损商标权人市场利益。</u>

(二) 侵权救济(学有余力者可自学)

管辖法院	第一审商标民事纠纷,由中级人民法院以及最高人民法院指定的基层人民法院管辖。 涉及对驰名商标保护的民事、行政纠纷,由省、自治区人民政府所在地市、计划单列市、直辖市辖区中级人民法院以及最高人民法院指定的其他中级人民法院管辖。
赔偿额度	依《商标法》之规定,侵权损害赔偿额度的确定应当依照以下顺序: <u>权利人的实际损失→侵权人的违法所得→许可使用费的合理倍数→五百万元以下的法定赔偿金。</u> 对恶意侵犯商标专用权,情节严重的,可以在按照上述方法确定数额的一倍以上五倍以下确定赔偿数额。 <u>赔偿数额应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。</u>

七、商标权的消灭

商标权的消灭原因有三:注销(此为寿终正寝)、撤销以及无效宣告。下文详述。

(一) 注销(学有余力者可自学)

《商标法》所规定之注销,条文较简,归纳可得考点有二:注销事由与注销效果。为期简明,列表如下:

注销事由	1. 商标权保护期届满,没有续展或者续展失败; 2. 商标权人申请注销; 3. 商标权人死亡或者终止,此后一年注册商标没有转让,任何人可以申请注销该注册商标。(没人接盘)
注销效果	1. 注销无溯及力。 2. 有一段过渡期:注销之日起一年内,商标局对与该商标相同或者近似的商标注册申请,不予核准。过渡期意义在于通过时间淡化被注销之商标的知名度,防止后来之人继受被注销之商标的知名度。

(二) 撤销(学有余力者可自学)

《商标法》所规定之撤销,条文较简,归纳可得考点有二:撤销事由与撤销效果。为期简明,列表如下:

撤销事由	1. 擅自变更注册商标信息并经责令仍不改正; 2. 注册商标成为其核定使用的商品的通用名称; 3. 无正当理由连续三年不使用。
撤销效果	1. 撤销无溯及力:被撤销的注册商标,由商标局予以公告,其注册商标专用权自公告之日起终止。 2. 有一段过渡期:撤销之日起一年内,商标局对与该商标相同或者近似的商标注册申请,不予核准。过渡期意义在于通过时间淡化被撤销之商标的知名度,防止后来之人继受被撤销之商标的知名度。 注意: 由于上述第三种事由而被注销的,没有一年的过渡期。原因在于,无正当理由连续三年不使用的商标基本不会拥有知名度,也就不必通过时间加以淡化。

(三) 无效宣告(学有余力者可自学)

《商标法》所规定之无效宣告,条文较简,归纳可得考点有二:无效宣告事由与无效宣告效果。为期简明,列表如下:

无效宣告事由	1. 违反绝对拒绝注册事由的,由商标局依职权或者商标评审委员会依申请宣告无效。 2. 违反相对拒绝注册事由的,自商标注册之日起五年内,在先权利人或者利害关系人可以请求商标评审委员会宣告该注册商标无效。对恶意注册的,驰名商标的权利人不受五年的时间限制。 例:甲公司与乙公司存在长期业务合作关系,也正因此,甲公司知道乙公司一直在体育用品上使用寰宇商标,但是尚未注册,甲公司便擅自就寰宇商标提出注册申请,拟使用在体育用品之上,由于乙公司没有及时提出异议,甲的商标注册申请获得核准。问题:乙公司如何维护合法权益? 简析:乙公司可以自甲公司的商标注册申请获得核准之日起五年内,请求商标评审委员会宣告甲的寰宇商标无效。违反相对拒绝注册事由的,自商标注册之日起五年内,在先权利人或者利害关系人可以请求商标评审委员会宣告该注册商标无效,本例即是如此。
--------	--

续表

无效宣告效果	1. 无效宣告原则上有溯及力:被无效宣告的注册商标,视为自始即不存在。<u>但是,对于无效宣告之前已经执行的判决、裁定、调解书、处理决定以及已经履行的转让或者许可合同不具有追溯力。</u> 例:甲是注册商标 A 的商标权人,由于乙擅自制造并销售注册商标 A,甲向法院提起诉讼请求乙赔偿损失 20 万元,经过审理,法院支持甲的诉讼请求,乙随即赔偿损失 20 万元。此后,甲的注册商标 A 被宣告无效。 问题:乙能否追回已经支付的 20 万元? 简析:乙不能追回已经支付的 20 万元。被无效宣告的注册商标,视为自始即不存在。但是,对于无效宣告之前已经执行的判决、裁定、调解书、处理决定以及已经履行的转让或者许可合同不具有追溯力。本案中,甲的注册商标 A 被宣告无效之前,乙已经支付 20 万元,对于这一已经执行的判决,无效宣告不具有溯及力,亦即既然已经支付,那便保持原态,不能回转,因而乙不能追回已经支付的 20 万元。 2. 有一段过渡期:无效宣告之日起一年内,商标局对与该商标相同或者近似的商标注册申请,不予核准。
--------	---

八、商标权的特类

商标权的特类门类繁多,本书所载之可能考查的商标权的特类有三:集体商标、证明商标以及驰名商标,其中,驰名商标尤为重要。

(一) 集体商标

商标法所称集体商标,是指以团体、协会或者其他组织名义注册,供该组织成员在商事活动中使用,以表明使用者在该组织中的成员资格的标志。

(二) 证明商标

商标法所称证明商标,是指由对某种商品或者服务具有监督能力的组织所控制,而由该组织以外的单位或者个人使用于其商品或者服务,用以证明该商品或者服务的原产地、原料、制造方法、质量或者其他特定品质的标志。

(三) 驰名商标(学有余力者可自学)

《商标法》以及相关司法解释所规定之驰名商标,有价值之考点有三:驰名商标的认定、驰名商标的保护以及驰名商标的限制。为期简明,列表如下:

	认定机关	1. 行政认定:商标局与商标评审委员会。 2. 司法认定:法院。 注意: 在涉及驰名商标保护的民事纠纷案件中,法院对于商标驰名的认定,仅作为案件事实和判决理由,不写入判决主文(“依据某某法律,本判决如下”之后属于判决主文);以调解方式审结的,在调解书中对商标驰名的事实不予认定。
	认定因素	1. 相关公众对该商标的知晓程度; 2. 该商标使用的持续时间; 3. 该商标的任何宣传工作的持续时间、程度和地理范围; 4. 该商标作为驰名商标受保护的记录; 5. 该商标驰名的其他因素。

续表

保护	已注册 驰名商标	跨类保护:对于已注册驰名商标,权利人不仅可以禁止他人在相同或者类似商品上使用与驰名商标相同或者类似的商标,而且可以禁止他人在不相同或者不类似商品上使用与驰名商标相同或者类似的商标。 例 1:2017 年 12 月 1 日,甲在中国就寰宇商标提出注册申请,拟使用在体育用品之上。经查,寰宇商标属于驰名商标,使用在体育用品之上,并且已在中国注册。问题:商标权人能否禁止甲在体育用品之上使用寰宇商标? 简析:商标权人可以禁止甲在体育用品之上使用寰宇商标。对于已注册驰名商标,权利人可以禁止他人在相同或者类似商品上使用与驰名商标相同或者类似的商标,本例即是如此。 例 2:2017 年 12 月 1 日,甲在中国就寰宇商标提出注册申请,拟使用在清洁用品之上。经查,寰宇商标属于驰名商标,使用在体育用品之上,并且已在中国注册。问题:商标权人能否禁止甲在清洁用品之上使用寰宇商标? 简析:商标权人可以禁止甲在清洁用品之上使用寰宇商标。对于已注册驰名商标,权利人可以禁止他人在不相同或者不类似商品上使用与驰名商标相同或者类似的商标,本例即是如此。
	未注册 驰名商标	同类保护:对于未注册驰名商标,权利人只能禁止他人在相同或者类似商品上使用与驰名商标相同或者类似的商标,不能禁止他人在不相同或者不类似商品上使用与驰名商标相同或者类似的商标。 例 1:2017 年 12 月 1 日,甲在中国就寰宇商标提出注册申请,拟使用在体育用品之上。经查,寰宇商标属于驰名商标,使用在体育用品之上,但是未在中国注册。问题:商标权人能否禁止甲在体育用品之上使用寰宇商标? 简析:商标权人可以禁止甲在体育用品之上使用寰宇商标。对于未注册驰名商标,权利人可以禁止他人在相同或者类似商品上使用与驰名商标相同或者类似的商标,本例即是如此。 例 2:2017 年 12 月 1 日,甲在中国就寰宇商标提出注册申请,拟使用在清洁用品之上。经查,寰宇商标属于驰名商标,使用在体育用品之上,但是未在中国注册。问题:商标权人能否禁止甲在清洁用品之上使用寰宇商标? 简析:商标权人不能禁止甲在清洁用品之上使用寰宇商标。对于未注册驰名商标,权利人不能禁止他人在不相同或者不类似商品上使用与驰名商标相同或者类似的商标,本例即是如此。
限制		生产、经营者不得将“驰名商标”字样用于商品、商品包装或者容器上,或者用于广告宣传、展览以及其他商业活动中。违反此规定的,由地方工商行政管理部门责令改正,处十万元罚款。

第四节 专利权(本节自学)

一、专利权的客体

专利权的本质在于以公开换取垄断,亦即专利权人应当公开技术方案或者设计方案,如此他人方能顺利使用先进技术或者先进设计,生产效率因而得以提升,但是他人使用先进技术或者先进设计应当征得专利权人同意,向其支付费用,否则构成侵权。

(一) 发明创造的种类

专利权的客体即发明创造,发明创造是一个上位概念,具体包括发明、实用新型以及外观设计(切切不可将发明创造与发明混为一谈)。以下分就发明、实用新型以及外观设计加以论述。

类型	概述
发明	对产品、方法或者改进所提出的新的技术方案。因而,发明包括三种情形: 1. 产品发明; 2. 方法发明; 3. 改进发明。
实用新型	对产品的形状、构造或者结合所提出的适于实用的新的技术方案。
外观设计	对产品的形状、图案或者结合以及色彩与形状、图案的结合所作出的富有美感并且适于工业应用的新设计。

(二) 发明创造的除外

并非所有的发明创造均可作为专利获得保护,其中可以作为专利获得保护的即具有可专利性,不可以作为专利获得保护的即不具有可专利性。在《专利法》以及相关司法解释中共有四个条文涉及不具有可专利性的科技产品。为期简明,列表如下:

种类	概述
违反法律、公德或者妨害公共利益	违反法律、社会公德或者妨害公共利益的发明创造不能作为专利获得保护。 注意: <u>仅其擅自使用为国家法律所禁止的发明创造除外。</u> 易而言之,如果某一科技产品的存在即违反法律、社会公德或者妨害公共利益,那么不能作为专利获得保护,例如:新型毒品、新型吸毒工具等;如果某一科技产品的存在并不违反法律、社会公德或者妨害公共利益,但是这一科技产品的擅自使用违反法律、社会公德或者妨害公共利益,那么可以作为专利获得保护,例如:枪械、核能等。
滥用遗传资源	违反法律、行政法规的规定获取或者利用遗传资源,并且依赖该遗传资源完成的发明创造不能作为专利获得保护。所谓遗传资源,是指取自人体、动物、植物或者微生物等含有遗传功能单位并且具有实际或者潜在价值的材料;所谓依赖遗传资源完成的发明创造,是指利用了遗传资源的遗传功能完成的发明创造。
违反保密审查规定	任何单位或者个人将在中国完成的发明或者实用新型向外国申请专利的,应当事先报经国务院专利行政部门进行保密审查。违反上述规定向外国申请专利的发明或者实用新型,在中国申请专利的,不予授权。 注意: 外观设计不必经过保密审查,可以直接向外国申请专利。 例:甲是美国公民,在中国上海完成一项发明,由于无法信赖中国的专利保护水平,甲于是未经中国国家知识产权局进行保密审查,直接向美国专利商标局提出专利申请,获得授权。此后,由于中国的专利保护水平提高,甲于是向中国国家知识产权局提出专利申请。问题:甲的申请能否获得授权? 简析:甲的申请不能获得授权。任何单位或者个人将在中国完成的发明或者实用新型向外国申请专利的,应当事先报经国务院专利行政部门进行保密审查。违反上述规定向外国申请专利的发明或者实用新型,在中国申请专利的,不予授权。本例当中,甲的发明在中国领域内(中国上海)完成,应当事先报经中国国家知识产权局进行保密审查,但是甲违反了保密审查规定直接向美国专利商标局提出专利申请,因而此后其在中国再就这一发明申请专利,中国国家知识产权局不予授权。

续表

种类	概述
科学发现	发明创造强调对自然状态的再造,而非再现,因此科学发现不能作为专利获得保护。
智力活动的规则与方法	——
疾病的诊断与治疗方法	疾病的诊断与治疗方法不能作为专利获得保护,但是药品、医疗器械等医疗产品可以作为专利获得保护。
动物与植物品种	动物与植物品种不能作为专利获得保护,但是动物与植物品种的生产方法可以作为专利获得保护。
用原子核变换方法获得的物质	——
平面标识设计	对平面印刷品的图案、色彩或者二者的结合作出的主要起标识作用的设计。

二、专利权的主体

专利权的主体即专利权人,亦即能够行使专利权保护其专利的主体。可以分为两个部分进行讲解:一般情形与特殊情形。

(一)一般情形

依《专利法》以及相关司法解释之规定,专利申请权与专利权属于对发明创造的实质性特点作出了创造性贡献的人,即发明人或者设计人。但是,以下两点值得注意:

1. 发明人或者设计人一定是公民(自然人)。
2. 公民不一定是发明人或者设计人。负责组织工作、为物质技术条件的利用提供方便等从事辅助性工作的人,不是发明人或者设计人。

(二)特殊情形

在《专利法》以及相关司法解释中,特殊情形共计三种,包括:职务发明创造的专利权主体、合作发明创造的专利权主体以及委托发明创造的专利权主体。为简明扼要,分就三种情形列表如下:

第一种情形:职务发明创造

定义	有下列四种情形之一的发明创造即为职务发明创造。 1. 在本职工作中完成的发明创造; 2. 履行单位交付的本职工作以外的工作所作出的发明创造; 3. 退休、调离或者劳动关系终止后1年内所作出的与上述工作相关的发明创造; 4. 主要利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造。
主体	职务发明创造的专利申请权与专利权归属于单位,发明人或者设计人享有署名权与获得报酬权。 注意: 职务发明创造与职务作品在权利归属上并不相同,职务发明创造的专利权人是单位,职务作品的著作权人是作者。

第二种情形:合作发明创造

定义	两个以上单位或者个人合作完成的发明创造。
主体	除另有协议外,合作发明创造的专利申请权与专利权归共同完成的单位或者个人。共同发明人或者共同设计人行使权利时应当遵循以下规则: <u>1. 共同发明人或者共同设计人一方不同意申请专利的,其他各方不得申请专利;</u> 2. 共同发明人或者共同设计人一方转让专利申请权的,其他各方有优先受让权; 3. 共同发明人或者共同设计人一方放弃专利申请权的,不影响其他各方的专利申请权,其他各方取得专利权之后,放弃专利申请权的一方可以免费实施相应专利; <u>4. 共同发明人或者共同设计人对权利行使没有约定的,可以自己实施或者普通许可他人实施,但是许可所得应当合理分配。</u> 例:甲、乙、丙三人签订合作开发合同约定:甲、乙、丙三人合作开发一项发动机节油技术。除了开发费用,其他事项均未约定。问题:结合本例分析合作发明创造的归属。 简析: a. 除另有协议外,合作发明创造的专利申请权与专利权归共同完成的单位或者个人。本例当中,由于甲、乙、丙三人除了开发费用,其他事项均未约定,因此专利申请权由甲、乙、丙三人共有,在获得授权之后,专利权由甲、乙、丙三人共有。 b. 共同发明人或者共同设计人一方转让专利申请权的,其他各方有权优先受让。本例当中,如果甲转让其专利申请权,那么乙、丙二人有权优先受让。 c. 共同发明人或者共同设计人一方放弃专利申请权的,不影响其他各方的专利申请权,其他各方取得专利权之后,放弃专利申请权的一方可以免费实施相应专利。本例当中,如果甲放弃专利申请权,不影响乙、丙二人的专利申请权,在获得授权后,专利权由乙、丙二人共有,甲可以免费实施该发动机节油技术。 d. 共同发明人或者共同设计人一方反对申请专利的,其他各方不得申请专利。本例当中,如果甲反对申请专利,那么乙、丙二人不得申请专利。 e. 共同发明人或者共同设计人对权利行使没有约定的,可以自己实施或者普通许可他人实施,但是许可所得应当合理分配。本例当中,由于其他事项均未约定,因此甲、乙、丙三人任何一人均可自行决定自己实施专利或者普通许可他人实施专利,但是排他许可他人实施专利、独占许可他人实施专利或者转让专利应当征得全体一致同意。

第三种情形:委托发明创造

定义	一个单位或者个人接受其他单位或者个人委托所完成的发明创造。
主体	除另有协议外,委托发明创造的专利申请权与专利权归受托人,委托人享有优先受让权与免费实施权。 1. 所谓优先受让权,是指研究开发人转让专利申请权的,委托人享有以同等条件优先受让的权利。 2. 所谓免费实施权,是指研究开发人取得专利权的,委托人可以免费实施该专利。

三、专利权的取得

(一)授权的原则(学有余力者可自学)

《专利法》所规定之授权的原则有二,包括:申请在先原则与优先权原则。为简明,列表如下:

申请在先原则	两个或者两个以上的申请人,就同一主题的发明创造提出专利申请的,按下列规则办理: 1. 对多份申请,专利权授予<u>申请在先</u>的; 2. 同日申请的,由多个申请人自行协商; 3. 协商不成的,驳回全部申请人的申请。
优先权原则	申请日以国家知识产权局收到申请文件的日期为准,申请人享有优先权的,以优先权日为申请日。具体而言: 1. 外国优先权:申请人自<u>发明或者实用新型</u>在外国第一次提出专利申请之日起<u>12个月</u>内,或者自<u>外观设计</u>在外国第一次提出专利申请之日起<u>6个月</u>内,又在中国就相同主题提出专利申请的,根据国际条约、双边协议、互惠原则享有优先权的,以在外国第一次提出申请的日期为在中国的申请日。 例:2017年12月1日,甲在美国就某款智能清洁用品提出发明专利申请。2018年3月30日,甲在中国就同款智能清洁用品提出发明专利申请。问题:甲在中国的申请日是何时? 简析:甲在中国的申请日是2017年12月1日。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,根据国际条约、双边协议、互惠原则享有优先权的,以在外国第一次提出申请的日期为在中国的申请日。本例当中,甲所申请之发明创造均为某款智能清洁用品,并且两次申请间隔并没有超过12个月,因此甲享有优先权,可以将外国申请日当作本国申请日,亦即甲在中国的申请日为2017年12月1日。 2. 本国优先权: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<u>12个月</u>内,又向国务院专利行政部门就相同主题提出专利申请的,以第一次的申请日期为在后申请的申请日。 例:2017年12月1日,甲在中国就某款智能清洁用品提出发明专利申请。此后,甲又撤回申请进行改良。2018年9月30日,改良之后,甲在中国就同款智能清洁用品提出发明专利申请。问题:甲在中国的申请日是何时? 简析:甲在中国的申请日是2017年12月1日。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,又向国务院专利行政部门就相同主题提出专利申请的,以第一次的申请日期为在后申请的申请日。本例当中,甲所申请之发明创造均为某款智能清洁用品,并且两次申请间隔并没有超过12个月,因此甲享有优先权,可以将先申请日当作在后申请日,亦即甲在中国的申请日为2017年12月1日。 注意: 外观设计专利申请只有外国优先权,没有本国优先权。

(二) 授权的条件(学有余力者可自学)

《专利法》所规定之授权条件可以划分为两种情况:发明、实用新型的授权要求实用性、创造性以及新颖性;外观设计的授权要求实用性、显著性、美感性以及新颖性。为简明,列表如下:

发明创造		条件
发明 实用新型	实用性	对于实用性,要求有三: 1. 能够制造使用,因而永动机等违背物理定律的发明创造无法授予专利权; 2. 产生积极效果; 3. <u>可以再现,亦即能够批量制造并且使用,因而三峡大坝等需要特定地理因素方得建造并且使用的设施无法授予专利权。</u>
	创造性	1. 该发明具有突出的实质性特点与显著的进步。 2. 该实用新型具有实质性特点与进步。
	新颖性	1. <u>不属于现有技术。</u> 所谓现有技术,是指申请日以前在国内外为公众所知的技术。 2. <u>不存在抵触申请。</u> 所谓抵触申请,是指其他任何单位或者个人就同样的发明、实用新型在申请日以前提出过申请,并记载在申请日以后公布的专利申请文件或者公告的专利文件中。
外观设计	实用性	对于实用性,要求有三: 1. 能够制造使用,因而永动机等违背物理定律的发明创造无法授予专利权; 2. 产生积极效果; 3. <u>可以再现,亦即能够批量制造并且使用,因而三峡大坝等需要特定地理因素方得建造并且使用的设施无法授予专利权。</u>
	显著性	与现有设计或者现有设计特征的组合相比具有明显区别。
	美感性	富有美感。
	新颖性	1. <u>不属于现有设计。</u> 所谓现有设计,是指申请日以前在国内外为公众所知的设计。 2. <u>不存在抵触申请。</u> 所谓抵触申请,是指其他任何单位或者个人就同样的外观设计在申请日以前提出过申请,并记载在申请日以后公布的专利申请文件或者公告的专利文件中。

注意:

1. 发明创造在中国政府主办或者承认的国际展览会上首次展出,自首次展出之日起六个月内,就该发明创造提出专利申请的,该发明创造不因属于现有技术而丧失新颖性;

例:2010年8月1日,甲的一款智能清洁用品在上海世博会上展出,吸引了众多中外媒体关注。2010年12月1日,甲就同款智能清洁用品向中国国家知识产权局提出发明专利申请。问题:甲的发明专利申请是否具有新颖性?

简析:甲的发明专利申请具有新颖性。发明创造在中国政府主办或者承认的国际展览会上首次展出,自首次展出之日起六个月内,就该发明创造提出专利申请的,该发明创造不因属于现有技术而丧失新颖性。本例当中,甲的一款智能清洁用品在上海世博会上展出,已然为国内外公众所知,理应属于现有技术而丧失新颖性。但是,由于沦为现有技术乃是因为在上海世博会上展出并且自首次展出之日2010年8月1日至提出发明专利申请之日2010年12月1日尚未超过6个月,因而该款智能清洁用品不因属于现有技术而丧失新颖性,亦即甲的发明专利申请具有新颖性。

2. 发明创造在规定的学术会议或者技术会议上首次发表,自首次发表之日起六个月内,就该发明创造提出专利申请的,该发明创造不因属于现有技术而丧失新颖性;

例:2010年8月1日,甲的一款智能清洁用品在全国性技术会议上发表,吸引了众多中外媒体关注。2010年12月1日,甲就同款智能清洁用品向中国国家知识产权局提出发明专利申请。问题:甲的发明专利申请是否具有新颖性?

简析:甲的发明专利申请具有新颖性。发明创造在规定的学术会议或者技术会议上首次发表,自首次发表之日起六个月内,就该发明创造提出专利申请的,该发明创造不因属于现有技术而丧失新颖性。本例当中,甲的一款智能清洁用品在全国性技术会议上发表,已然为国内外公众所知,理应属于现有技术而丧失新颖性。但是,由于沦为现有技术乃是因为在全国性技术会议上发表并且自首次发表之日2010年8月1日至提出发明专利申请之日2010年12月1日尚未超过6个月,因而该款智能清洁用品不因属于现有技术而丧失新颖性,亦即甲的发明专利申请具有新颖性。

3. 他人未经发明人或者设计人同意而泄露发明创造的内容,自泄露内容之日起六个月内,就该发明创造提出专利申请的,该发明创造不因属于现有技术而丧失新颖性。

例:2010年8月1日,甲的一款智能清洁用品被科研所的同事恶意泄露,吸引众多中外媒体关注。2010年12月1日,甲就同款智能清洁用品向中国国家知识产权局提出发明专利申请。问题:甲的发明专利申请是否具有新颖性?

简析:甲的发明专利申请具有新颖性。他人未经发明人或者设计人同意而泄露发明创造的内容,自泄露内容之日起六个月内,就该发明创造提出专利申请的,该发明创造不因属于现有技术而丧失新颖性。本例当中,甲的一款智能清洁用品被科研所的同事恶意泄露,已然为国内外公众所知,理应属于现有技术而丧失新颖性。但是,由于沦为现有技术乃是因为被科研所的同事恶意泄露并且自首次泄露之日2010年8月1日至提出发明专利申请之日2010年12月1日尚未超过6个月,因而该款智能清洁用品不因属于现有技术而丧失新颖性,亦即甲的发明专利申请具有新颖性。

(三) 授权的程序(学有余力者可自学)

《专利法》以及相关司法解释所规定之授权的程序,单一考点容量较大,涉及条文繁杂,属记忆型考点。为了方便记忆,本书将之划分为六步:专利代理、准备材料、提出申请、初步审查、实质审查以及授权公告,并经归纳,作成下表:

程序		概述
专利代理		1. 中国申请人:申请专利或者办理其他专利事宜,可以自行办理,也可以委托专利代理机构办理。 2. 外国申请人:申请专利或者办理其他专利事宜,应当委托专利代理机构办理。
提出申请	单一申请	一件专利申请应当限于一项发明创造,但是属于一个总的构思的两项以上的发明创造可以作为一件申请提出;同一产品或者用于同一类别并且成套出售或者使用的产品两项以上的外观设计可以作为一件申请提出。 例1:甲有四项发明创造:一款新型抽水马桶、一款智能清洁用品、一款汽车刹车装置以及一款文件整理装置。问题:甲能否提交一份专利申请同时申请以上四个专利? 简析:甲不能提交一份专利申请同时申请以上四个专利。一件专利申请应当限于一项发明创造,本例即是如此。 例2:甲有四项发明创造:一种新型节油技术、一款智能车窗、一款汽车刹车装置以及一款新型车载空调。以上发明创造均属于一辆智能汽车的构思。问题:甲能否提交一份专利申请同时申请以上四个专利? 简析:甲可以提交一份专利申请同时申请以上四个专利。属于一个总的构思的两项以上的发明创造可以作为一件申请提出,本例即是如此。 例3:甲有三项发明创造:一款被单上的特殊纹路、一款枕套上的特殊边角形状以及一款被套上的拉链形状。以上发明创造均使用于一套床上用品之上。问题:甲能否提交一份专利申请同时申请以上三个专利? 简析:甲可以提交一份专利申请同时申请以上三个专利。同一产品或者用于同一类别并且成套出售或者使用的产品两项以上的外观设计可以作为一件申请提出,本例即是如此。

续表

程序		概述
提出申请	单类申请	同样的发明创造只能授予一项专利权,但是同一申请人同日对同样的发明创造既申请实用新型专利又申请发明专利,先获得的实用新型专利权尚未终止,且申请人声明放弃该实用新型专利权的,可以授予发明专利权。
	分案申请	一件专利申请包括两项以上发明、实用新型或者外观设计的,申请人可以在接到授权通知之日起两个月内,向国务院专利行政部门提出分案申请。
初步审查	发明	国务院专利行政部门收到发明专利申请之后,经初步审查认为符合要求的,自申请日起满十八个月即行公布。申请公布之后,专利权授予之前,申请人可以要求实施其发明的单位或者个人支付适当的费用。申请公布之后至专利权授予之前使用该发明未支付适当使用费的,专利权人要求支付使用费的诉讼时效为三年,自专利权人得知或者应当得知他人使用其发明之日起算,但是专利权人于授权之日之前即已得知或者应当得知的,自授权之日起算。 例 1:2017 年 12 月 1 日,甲在中国就某款智能清洁用品提出发明专利申请。2019 年 5 月 31 日,甲的技术方案公布。2020 年 8 月 1 日,经过实质审查,甲获得专利权。经查:2019 年 5 月 31 日至 2020 年 8 月 1 日,乙曾经使用甲所公开的技术方案,但是并未支付费用,并且甲在 2019 年 9 月 1 日便已知晓。问题:甲请求支付使用费的诉讼时效何时起算? 简析:甲请求支付使用费的诉讼时效于 2020 年 8 月 1 日起算。申请公布之后至专利权授予之前使用该发明未支付适当使用费的,专利权人要求支付使用费的诉讼时效为三年,自专利权人得知或者应当得知他人使用其发明之日起算,但是专利权人于授权之日之前即已得知或者应当得知的,自授权之日起算。本例当中,甲在 2019 年 9 月 1 日便已知晓,是在授权之日之前即已得知或者应当得知,因而诉讼时效是自授权之日起算,亦即甲请求支付使用费的诉讼时效于 2020 年 8 月 1 日起算。 例 2:2017 年 12 月 1 日,甲在中国就某款智能清洁用品提出发明专利申请。2019 年 5 月 31 日,甲的技术方案公布。2020 年 8 月 1 日,经过实质审查,甲获得专利权。经查:2019 年 5 月 31 日至 2020 年 8 月 1 日,乙曾经使用甲所公开的技术方案,但是并未支付费用,并且甲在 2020 年 9 月 1 日方才知晓。问题:甲请求支付使用费的诉讼时效何时起算? 简析:甲请求支付使用费的诉讼时效于 2020 年 9 月 1 日起算。申请公布之后至专利权授予之前使用该发明未支付适当使用费的,专利权人要求支付使用费的诉讼时效为三年,自专利权人得知或者应当得知他人使用其发明之日起算,但是专利权人于授权之日之前即已得知或者应当得知的,自授权之日起算。本例当中,甲在 2020 年 9 月 1 日方才知晓,是在授权之日之后方才得知或者应当得知,因而诉讼时效是自知道或者应当知道之日起算,亦即甲请求支付使用费的诉讼时效于 2020 年 9 月 1 日起算。
	实用新型外观设计	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,由国务院专利行政部门作出授予实用新型专利权或者外观设计专利权的决定。
	发明专利	发明专利申请自申请日起三年内,国务院专利行政部门可以根据申请人随时提出的请求,对其申请进行实质审查。发明专利申请经实质审查没有发现驳回理由的,由国务院专利行政部门作出授予发明专利权的决定。 注意: 发明专利申请自申请日起三年内,申请人没有提出实质审查的请求,此时视为申请人撤回申请。
实质审查	实用新型外观设计	——
	授权公告	发给相应的专利证书,同时予以登记和公告。专利权自公告之日起生效。

注意：

专利申请人对国务院专利行政部门驳回申请的决定不服的,可以自收到通知之日起三个月内,向专利复审委员会^①【说明】请求复审;专利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三个月内向法院起诉。

四、专利权的内容

关于专利权的内容,《专利法》以及相关司法解释着墨不多,本书专就相关条文进行归纳,并作一表,诸位稍作了解即可:

权利	概述
实施权	专利权人自己实施其专利并排除他人实施其专利的权利。
许可权	专利权人许可他人实施其专利并收取许可使用费的权利。
转让权	专利权人将其专利申请权或者专利权移转给他人并收取转让费的权利。转让专利申请权或者专利权的,当事人应当订立书面转让合同,并向国务院专利行政部门登记,由国务院专利行政部门予以公告。 注意: <u>1. 专利申请权或者专利权的转让自登记之日起生效。但是,是否登记并不影响转让合同的效力。</u> 2. 除另有约定外,专利申请权的转让登记之后,受让人以专利申请被驳回或者视为撤回为由请求解除合同的,不予支持;专利申请权的转让登记之前,受让人以专利申请被驳回或者视为撤回为由请求解除合同的,应当支持。
标示权	专利权人享有在其专利产品或者该产品的专利包装文书上标明专利标识与专利号的权利。
质押权	以专利权出质的,出质人与质权人应当订立书面质押合同,并在国家知识产权局办理出质登记。 <u>专利权出质之后,出质人不得转让或者许可他人使用,但是经质权人同意的除外。</u> 出质人所得的转让费、许可费应当向质权人提前清偿或者予以提存。

五、专利权的限制

我国《专利法》所规定之专利权的限制有四:强制许可、指定许可、合理使用以及在先使用,其中,强制许可与合理使用考点稍多,值得关注。

(一)强制许可(学有余力者可自学)

关于强制许可,《专利法》专设一章加以规定,不可谓不重要。本书亦对专章进行梳理,取其要者,作成下表:

① 【说明】现已更名为国家知识产权局专利局复审与无效审理部。

法定事由	滥用权利的强制许可	1. 专利权人自专利权被授予之日起满三年,且自提出专利申请之日起满四年,无正当理由未实施或者未充分实施其专利,他人以合理的条件请求专利权人许可其实施专利,而未能在合理的时间内获得许可。 2. 专利权人行使专利权的行为被依法认定为垄断行为,为消除或者减少该行为对竞争产生的不利影响。
	公共利益的强制许可	1. 在国家出现紧急状态或者非常情况时,或者为了公共利益,国务院专利行政部门可以给予实施发明专利或者实用新型专利的强制许可。 2. 为了公共健康目的,对取得专利权的药品,国务院专利行政部门可以给予制造并将其出口到符合中国参加的有关国际条约规定的国家或者地区的强制许可。
	从属专利的强制许可	一项取得专利权的发明或者实用新型比此前已经取得专利权的发明或者实用新型具有重大技术进步,其实施又有赖于前一发明或者实用新型的实施的,国务院专利行政部门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;在依照前款规定给予后一专利权人实施强制许可的情形下,国务院专利行政部门根据前一专利权人的申请,也可以给予其实施后一发明或者实用新型的强制许可。 例:甲有一项发明专利,较为基础,乙有一项发明专利,非常先进,能够创造重大效益。但是,乙的发明专利想要实施,必须以甲的发明专利为技术基础。问题:结合本例分析从属专利的强制许可。 简析: a. 乙可以获得实施甲的发明专利的强制许可。一项取得专利权的发明或者实用新型比此前已经取得专利权的发明或者实用新型具有重大技术进步,其实施又有赖于前一发明或者实用新型的实施的,国务院专利行政部门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,本例即是如此。 b. 甲可以获得实施乙的发明专利的强制许可。在依照前款规定给予后一专利权人实施强制许可的情形下,国务院专利行政部门根据前一专利权人的申请,也可以给予其实施后一发明或者实用新型的强制许可,本例即是如此。
法律效果		<u>1. 强制许可之后,被许可人不享有独占的实施权;</u> <u>2. 强制许可之后,被许可人无权再许可他人实施;</u> <u>3. 强制许可之后,被许可人需要支付许可使用费。</u> 例:甲有一项发明专利,较为基础,乙有一项发明专利,非常先进,能够创造重大效益。但是,乙的发明专利想要实施,必须以甲的发明专利为技术基础。此后,根据乙的申请,中国国家知识产权局给予乙实施甲的发明专利的强制许可。问题:结合本例分析强制许可的法律效果。 简析: a. 强制许可之后,被许可人不享有独占的实施权。本例当中,乙获得实施甲的发明专利的许可之后,不享有独占的实施权,亦即甲的发明专利依然可以自己实施或者许可他人实施。 b. 强制许可之后,被许可人无权再许可他人实施。本例当中,乙获得实施甲的发明专利的许可之后,无权再许可他人实施,亦即只能乙自己实施。 c. 强制许可之后,被许可人需要支付许可使用费。本例当中,乙获得实施甲的发明专利的许可之后,依然需要支付许可使用费。

注意:

强制许可只能适用于发明专利与实用新型专利,不能适用于外观设计专利。

(二)合理使用(学有余力者可自学)

法定情形	现有技术抗辩	被控侵权人有证据证明其实施的技术或者设计属于现有技术或者现有设计的,不构成侵权。
	权利利用尽抗辩	专利产品或者依照专利方法直接获得的产品,由专利权人或者经其许可的单位、个人售出之后,使用、许诺销售、销售或者进口该专利产品的,不构成侵权。 例 1:甲有一项汽车节油产品发明专利,许可乙制造厂制造相应专利产品之后进行市场销售,丙维修厂购进该批专利产品之后使用并且销售。问题:丙维修厂是否侵犯甲的发明专利权? 简析:丙维修厂并不侵犯甲的发明专利权。专利产品或者依照专利方法直接获得的产品,由专利权人或者经其许可的单位、个人售出之后,使用、许诺销售、销售或者进口该专利产品的,不构成侵权。本例当中,丙维修厂所购进并且销售的该批专利产品正是经甲许可的乙制造厂制造并且销售的,丙维修厂对于此类专利产品进行使用、许诺销售、销售或者进口,不构成侵权。因而丙维修厂并不侵犯甲的发明专利权。 例 2:甲有一项汽车节油产品,在中国与美国均享有发明专利权。此后,甲许可美国的乙制造厂制造相应专利产品之后进行市场销售,丙进口商购进该批专利产品之后进口到了中国并且销售。问题:丙进口商是否侵犯甲的发明专利权? 简析:丙进口商并不侵犯甲的发明专利权。专利产品或者依照专利方法直接获得的产品,由专利权人或者经其许可的单位、个人售出之后,使用、许诺销售、销售或者进口该专利产品的,不构成侵权。本例当中,丙进口商所进口并且销售的该批专利产品正是经甲许可的乙制造厂制造并且销售的,丙进口商对于此类专利产品进行使用、许诺销售、销售或者进口,不构成侵权。因而丙进口商并不侵犯甲的发明专利权。
	临时过境抗辩	临时通过中国领陆、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,不构成侵权。
	专为科研抗辩	专为科学研究与实验而使用有关专利的,不构成侵权。<u>有关专利应当成为研究对象,而非研究工具。</u> 例 1:甲有一项显微镜的发明专利,乙研究所未经甲许可,利用已经公开的技术方案自行制造一台专利显微镜,进行拆解研究,借以掌握专利显微镜的工作原理。问题:乙研究所是否侵犯甲的发明专利权? 简析:乙研究所并不侵犯甲的发明专利权。专为科学研究和实验而使用有关专利的,不构成侵权。有关专利应当成为研究对象,而非研究工具。本例当中,乙研究所将自行制造的专利显微镜进行拆解研究,是将自行制造的专利显微镜作为研究对象,因而乙研究所并不侵犯甲的发明专利权。 例 2:甲有一项显微镜的发明专利,乙研究所未经甲许可,利用已经公开的技术方案自行制造一台专利显微镜,用以观察微生物落。问题:乙研究所是否侵犯甲的发明专利权? 简析:乙研究所侵犯甲的发明专利权。专为科学研究和实验而使用有关专利的,不构成侵权。有关专利应当成为研究对象,而非研究工具。本例当中,乙研究所将自行制造的专利显微镜用来观察微生物落,是将自行制造的专利显微镜作为研究工具,而非研究对象,因而乙研究所侵犯甲的发明专利权。
	医药专利抗辩	为提供行政审批所需要的信息,制造、使用、进口专利药品或者专利医疗器械的,以及专门为其制造、进口专利药品或者专利医疗器械的,不构成侵权。

续表

法律效果	一般而言,实施专利可以不经专利权人许可,不向专利权人支付许可使用费。以下三种情形除外: 1. 在权利利用尽抗辩中,制造依然需要征得专利权人许可,向专利权人支付费用; 2. 在临时过境抗辩中,制造、许诺销售、销售以及进口依然需要征得专利权人许可,向专利权人支付费用; 3. 在医药专利抗辩中,许诺销售与销售依然需要征得专利权人许可,向专利权人支付费用。
------	--

(三) 在先使用(学有余力者可自学)

专利权人申请专利之前,他人已经制造相同产品、使用相同方法或者已经作好制造、使用的必要准备的,专利权人无权禁止该制造、使用人在原有范围内继续制造、使用。

例:2017年12月1日,甲就一款智能清洁用品提出发明专利申请。2020年1月1日,甲获得发明专利权。经查,2020年1月1日之前,乙已经制造相同智能清洁用品,2020年1月1日之后没有扩大使用范围。问题:乙是否属于在先使用?

简析:乙并不属于在先使用。专利权人申请专利之前,他人已经制造相同产品、使用相同方法或者已经作好制造、使用的必要准备的,专利权人无权禁止该制造、使用人在原有范围内继续制造、使用。本例当中,乙在2020年1月1日之前使用,而不是在2017年12月1日之前使用,亦即乙在甲获得发明专利权之前使用,而不是在甲申请专利之前使用,并不符合在先使用的时间要求,因而乙并不属于在先使用。

六、专利权的侵权

(一) 侵权行为(学有余力者可自学)

发明创造	侵权行为
发明实用新型	未经专利权人许可,为生产经营目的: 1. 制造、使用、许诺销售(要约邀请)、销售、进口其专利产品; 2. 使用其专利方法; 3. 使用、许诺销售(要约邀请)、销售、进口依照该专利方法直接获得的产品。
外观设计	未经专利权人许可,为生产经营目的:制造、许诺销售(要约邀请)、销售、进口其外观设计专利产品。

注意:

在专利侵权中,侵权产品的使用者、销售者、许诺销售者如果不知道所使用、销售的为侵权产品,并且能够证明其产品的合法来源的,不承担赔偿责任。

对于权利人请求停止使用、许诺销售、销售的主张,法院应当支持,但是被诉侵权产品的使用者举证证明其已支付合理对价的除外。

例:甲在某建材市场内经营一家五金商店,被举报销售专利侵权产品,当地工商部门经过调查,认定举报属实,但是甲并不知道其所销售的是专利侵权产品,能够提供从合法渠道进货的证据,并且提供交易方的联系方式。问题:甲应当如何承担侵权责任?

简析:甲应当停止销售并且销毁专利侵权产品,但是无需赔偿损失。在专利侵权中,侵权产品的使用者、销售者、许诺销售者如果不知道所使用、销售的为侵权产品,并且能够证明其产品的

合法来源的,无需承担赔偿责任,本例即是如此。额外提示,本例当中,如果甲没有销售专利侵权产品,只是使用专利侵权产品,那么只要能够证明已经支付合理对价,甚至不必停止使用。

(二)侵权救济(学有余力者可自学)

管辖法院	第一审专利民事纠纷,由各省、自治区、直辖市人民政府所在地的中级人民法院与最高人民法院指定的中级人民法院管辖。 最高人民法院根据实际情况,可以指定基层人民法院管辖第一审专利民事纠纷。
赔偿额度	依《专利法》之规定,侵权损害赔偿额度的确定应当依照以下顺序: <u>权利人的实际损失→侵权人的违法所得→许可使用费的合理倍数→三万元以上五百万元以下的法定赔偿金。情节严重的,可以在上述确定数额的一倍以上五倍以下确定惩罚性赔偿金。赔偿数额应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。</u>

七、专利权的消灭

(一)无效宣告(学有余力者可自学)

《专利法》所规定之无效宣告,条文较简,归纳可得考点有二:无效宣告事由与无效宣告效果。为期简明,列表如下:

无效宣告事由	任何单位或者个人认为专利权的授予不符合本法有关规定的,可以请求 <u>专利复审委员会</u> 宣告该专利无效。
无效宣告效果	无效宣告原则上有溯及力:被无效宣告的专利,视为自始即不存在。但是,对于无效宣告前已执行的 <u>判决、裁定、调解书、处理决定以及已经履行的转让或者许可合同不具有追溯力。</u> 例:甲有一项智能清洁用品的发明专利,由于乙擅自制造并销售该款智能清洁用品,甲向法院提起诉讼请求乙赔偿损失 20 万元,经过审理,法院支持甲的诉讼请求,乙随即赔偿损失 20 万元。此后,甲的发明专利被宣告无效。问题:乙能否追回已经支付的 20 万元? 简析:乙不能追回已经支付的 20 万元。被无效宣告的专利,视为自始即不存在。但是,对于无效宣告前已执行的判决、裁定、调解书、处理决定以及已经履行的转让或者许可合同不具有追溯力。本案当中,甲的发明专利被宣告无效之前,乙已经支付 20 万元,对于这一已经执行的判决,无效宣告不具有溯及力,亦即既然已经支付,那便保持原态,不能回转,因而乙不能追回已经支付的 20 万元。

(二)其他原因(学有余力者可自学)

放弃权利	专利权人以 <u>书面声明</u> 放弃其专利权的。
未缴年费	没有按照规定缴纳 <u>年费</u> 的。
期限届满	发明专利权的期限为二十年,实用新型专利权的期限为十年,外观设计专利权的期限为十五年,均自申请日起计算。

注意:

除第二十八条和第四十二条规定的情形外,《专利法》所称申请日,有优先权的指优先权日。《专利法》第四十二条摘录:发明专利权的期限为二十年,实用新型专利权的期限为十年,外观设计专利权的期限为十五年,均自申请日起计算。

民法学基础精讲讲义

内部资料 翻版必究



官方微博



官方微信