

www.docsriver.com商家巨力电子书

解读

最高人民法院司法解释

(含指导性案例)

民事卷

人民法院出版社 编

凡例

本书中司法解释及其解读文章引用的下列法律已经修改，本书以“编者注”的形式，提示修改后的法条序号或内容，司法实践中应注意以修改后的法律文本为准。

《中华人民共和国土地承包法》，2009年8月27日第十一届全国人民代表大会常务委员会第一次修正，2018年12月29日第十三届全国人民代表大会常务委员会第二次修正。

《中华人民共和国民事诉讼法》，2007年10月28日第十届全国人民代表大会常务委员会第一次修正，2012年8月31日第十一届全国人民代表大会常务委员会第二次修正，2017年6月27日第十二届全国人民代表大会常务委员会第三次修正。

此外，《中华人民共和国民法总则》于2017年3月15日第十二届全国人民代表大会通过，本书中凡引用《中华人民共和国民法通则》相关条文与《中华人民共和国民法总则》有对应的，均一一注明。

总目录

上册

- 第一编 总类 (1)
- 第二编 婚姻、家庭与继承 (147)
- 第三编 侵权赔偿 (301)

下册

- 第四编 物权 (527)
- 第五编 合同 (637)
- 第六编 劳动、人事争议 (937)
- 第七编 环境资源 (1047)

目 录

上 册

第一编 总 类

最高人民法院

- 印发《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法通则〉若干问题的意见（试行）》的通知
（法（办）发〔1988〕6号 1988年4月2日）（ 3 ）
- 【解读】 解读《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法通则〉
若干问题的意见（试行）》（ 24 ）

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
（法释〔2008〕11号 2008年8月21日）（ 85 ）
- 【解读】 解读《关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的
规定》（ 88 ）
- 【链接】 最高人民法院民二庭负责人就《关于审理民事案件适用
诉讼时效制度若干问题的规定》答记者问（ 98 ）

最高人民法院

- 关于适用《中华人民共和国民事诉讼法总则》诉讼时效制度若干
问题的解释
（法释〔2018〕12号 2018年7月18日）（ 106 ）
- 【解读】 解读《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法总则〉诉讼时效
制度若干问题的解释》（ 107 ）

最高人民法院

关于超过诉讼时效期间当事人达成的还款协议是否应当受法律保护问题的批复

(法复[1997]4号 1997年4月16日) (112)

【解读】 解读《关于超过诉讼时效期间当事人达成的还款协议是否应当受法律保护问题的批复》 (112)

最高人民法院

关于超过诉讼时效期间借款人在催款通知单上签字或者盖章的法律效力问题的批复

(法释[1999]7号 1999年2月11日) (115)

【解读】 解读《关于超过诉讼时效期间借款人在催款通知单上签字或者盖章的法律效力问题的批复》 (116)

最高人民法院

关于适用《中华人民共和国民事诉讼法涉外民事关系法律适用法》若干问题的解释(一)

(法释[2012]24号 2012年12月28日) (119)

【解读】 解读《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释(一)》 (121)

【链接】 最高人民法院关于认真学习贯彻执行《中华人民共和国民事诉讼法涉外民事关系法律适用法》的通知
(2010年12月2日) (131)

最高人民法院

关于城市街道办事处是否应当独立承担民事责任的批复

(法释[1997]1号 1997年7月14日) (133)

【解读】 解读《关于城市街道办事处是否应当独立承担民事责任的批复》 (133)

最高人民法院

关于在民事审判工作中适用《中华人民共和国工会法》若干问题的解释

(法释[2003]11号 2003年6月25日) (136)

【解读】 解读《关于在民事审判工作中适用〈中华人民共和国工会法〉若干问题的解释》 (138)

第二编 婚姻、家庭与继承

最高人民法院

关于适用《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释（一）

（法释〔2001〕30号 2001年12月25日）·····（149）

【解读】 解读《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》·····（152）

【链接】 最高人民法院民一庭负责人就《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》答记者问·····（181）

最高人民法院

关于适用《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释（二）

（法释〔2003〕19号 2003年12月25日）·····（186）

【解读】 解读《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》·····（190）

最高人民法院

关于适用《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释（二）的补充规定

（法释〔2017〕6号 2017年2月28日）·····（204）

【链接】 最高人民法院关于依法妥善审理涉及夫妻债务案件有关问题的通知（2017年2月28日）·····（204）

妥善审理涉及夫妻债务案件 维护健康诚信经济社会秩序
——最高人民法院有关负责人就《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）的补充规定》
《关于依法妥善审理涉及夫妻债务案件有关问题的通知》
答记者问·····（206）

最高人民法院

关于适用《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释（三）

（法释〔2011〕18号 2011年8月9日）·····（214）

【解读】 解读《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》·····（216）

**【链接】 总结审判实践经验 凝聚社会各界智慧 正确合法及时
审理婚姻家庭纠纷案件**

——最高人民法院民一庭负责人就《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》答记者问……………（228）

最高人民法院

关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释

（法释〔2018〕2号 2018年1月16日）……………（237）

【解读】 解读《关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》……………（237）

**【链接】 妥善审理涉及夫妻债务纠纷案件 依法平等保护各方
当事人合法权益**

——最高人民法院民一庭负责人就《关于审理涉及夫妻
债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》答记者问……………（248）

最高人民法院

**印发《关于人民法院审理未办结婚登记而以夫妻名义同居生活
案件的若干意见》、《关于人民法院审理离婚案件如何认定
夫妻感情确已破裂的若干具体意见》的通知**

（法〔民〕发〔1989〕38号 1989年12月13日）……………（253）

最高人民法院

**印发《关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干
具体意见》的通知**

（法发〔1993〕30号 1993年11月3日）……………（257）

最高人民法院

**印发《关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干
具体意见》的通知**

（法发〔1993〕32号 1993年11月3日）……………（260）

最高人民法院

**印发《关于审理离婚案件中公房使用、承租若干问题的
解答》的通知**

（法发〔1996〕4号 1996年2月5日）……………（263）

www.docsriver.com 商家巨力电子书

指导案例 66 号 雷某某诉宋某某离婚纠纷案····· (266)

【解读】 指导案例 66 号《雷某某诉宋某某离婚纠纷案》的理解与参照

——婚姻法第四十七条规定的“离婚时”含离婚诉讼

期间与离婚诉讼前····· (268)

最高人民法院

印发《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的

意见》的通知

(法〔民〕发〔1985〕22号 1985年9月11日)····· (275)

【解读】 解读《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干

问题的意见》····· (280)

最高人民法院

关于如何处理农村五保对象遗产问题的批复

(法释〔2000〕23号 2000年7月25日)····· (291)

指导案例 50 号 李某、郭某阳诉郭某和、童某某继承纠纷案····· (292)

【解读】 指导案例 50 号《李某、郭某阳诉郭某和、童某某继承

纠纷案》的理解与参照

——双方同意人工授精所生子女视为婚生子女····· (294)

第三编 侵权赔偿

最高人民法院

关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律

若干问题的规定

(法释〔2014〕11号 2014年8月21日)····· (303)

【解读】 解读《关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件

适用法律若干问题的规定》····· (307)

【链接】 最高人民法院民一庭负责人就《关于审理利用信息网络

侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》

答记者问····· (319)

最高人民法院

印发《关于审理名誉权案件若干问题的解答》的通知

(法发〔1993〕15号 1993年8月7日)····· (328)

【解读】 解读《关于审理名誉权案件若干问题的解释》…………… (331)

最高人民法院

关于审理名誉权案件若干问题的解释

(法释[1998]26号 1998年8月31日)…………… (334)

【解读】 解读《关于审理名誉权案件若干问题的解释》…………… (336)

指导案例99号 葛长生诉洪振快名誉权、荣誉权纠纷案…………… (350)

最高人民法院

关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释

(法释[2001]7号 2001年3月8日)…………… (353)

【解读】 解读《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》…………… (355)

【链接】 最高人民法院副院长唐德华就《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》答记者问…………… (372)

最高人民法院

关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释

(法释[2003]20号 2003年12月26日)…………… (376)

【解读】 解读《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》…………… (382)

最高人民法院

关于审理铁路运输人身损害赔偿纠纷案件适用法律若干问题的解释

(法释[2010]5号 2010年3月3日)…………… (402)

【解读】 解读《关于审理铁路运输人身损害赔偿纠纷案件适用法律若干问题的解释》…………… (404)

【链接】 正确审理铁路运输人身损害赔偿案件 促进社会进步 保障社会和谐
——最高人民法院审判监督庭负责人就《关于审理铁路运输人身损害赔偿纠纷案件适用法律若干问题的解释》答记者问…………… (413)

最高人民法院

关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释

(法释[2012]19号 2012年11月27日) (419)

【解读】 解读《关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》 (423)

【链接】 最高人民法院民一庭负责人就《关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》答记者问 (435)

最高人民法院

关于审理医疗损害责任纠纷案件适用法律若干问题的解释

(法释[2017]20号 2017年12月13日) (445)

【解读】 解读《关于审理医疗损害责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》 (449)

【链接】 为构建和谐医患关系推进健康中国建设提供司法保障
——最高人民法院研究室负责人就《关于审理医疗损害
责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》答记者问 (460)

最高人民法院

关于交通事故中的财产损失是否包括被损车辆停运损失问题的
批复

(法释[1999]5号 1999年2月11日) (466)

【解读】 解读《关于交通事故中的财产损失是否包括被损车辆
停运损失问题的批复》 (466)

最高人民法院

关于被盗机动车辆肇事后由谁承担损害赔偿责任的批复

(法释[1999]13号 1999年6月25日) (469)

【解读】 解读《关于被盗机动车辆肇事后由谁承担损害赔偿责
任问题的批复》 (469)

最高人民法院

关于购买人使用分期付款购买的车辆从事运输因交通事故造成
他人财产损失保留车辆所有权的出卖方不应承担民事责任的
批复

(法释[2000]38号 2000年12月1日) (471)

【解读】 解读《关于购买人使用分期付款购买的车辆从事运输因交通事故造成他人财产损失保留车辆所有权的出卖方不应承担民事责任的批复》…………… (471)

指导案例 19 号 赵春明等诉烟台市福山区汽车运输公司卫德平等机动车交通事故责任纠纷案…………… (475)

【解读】 指导案例 19 号《赵春明等诉烟台市福山区汽车运输公司、卫德平等机动车交通事故责任纠纷案》的理解与参照——套牌车出借人与使用人对交通事故负连带责任…………… (477)

指导案例 24 号 荣宝英诉王阳、永诚财产保险股份有限公司江阴支公司机动车交通事故责任纠纷案…………… (483)

【解读】 指导案例 24 号《荣宝英诉王阳、永诚财产保险股份有限公司江阴支公司机动车交通事故责任纠纷案》的理解与参照——个人体质特殊不属于减轻侵权人责任的情形…………… (485)

指导案例 98 号 张庆福、张殿凯诉朱振彪生命权纠纷案…………… (492)

最高人民法院

关于审理食品药品纠纷案件适用法律若干问题的规定

(法释〔2013〕28号 2013年12月23日)…………… (495)

【解读】 解读《关于审理食品药品纠纷案件适用法律若干问题的规定》…………… (497)

【链接】 不给制售有毒有害食品和假冒伪劣药品的人以可乘之机——最高人民法院民一庭负责人就《关于审理食品药品纠纷案件适用法律若干问题的规定》答记者问…………… (509)

最高人民法院

关于审理涉及公证活动相关民事案件的若干规定

(法释〔2014〕6号 2014年5月16日)…………… (513)

【解读】 解读《关于审理涉及公证活动相关民事案件的若干规定》…………… (514)

【链接】 依法规范公证活动 促进社会和谐发展——最高人民法院研究室、司法部律师公证工作指导司负责人就《关于审理涉及公证活动相关民事案件的若干规定》答记者问…………… (523)

第一编 总 类

最高人民法院
印发《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉
若干问题的意见(试行)》的通知

1988年4月2日

法(办)发[1988]6号

全国地方各级人民法院, 各级军事法院, 各铁路运输中级法院和基层法院, 各海事法院:

现将《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》发给你们, 请在民事审判工作和经济审判工作中试行。在试行过程中, 应注意调查研究, 总结经验。有何意见和问题, 请及时报告我院。

附:

关于贯彻执行《中华人民共和国
民法通则》若干问题的意见(试行)

(1988年1月26日最高人民法院审判委员会讨论通过)

《中华人民共和国民法通则》(以下简称民法通则)已于1987年1月1日起施行。现就民法通则在贯彻执行中遇到的问题提出以下意见。

一、公 民

(一) 关于民事权利能力和民事行为能力问题

1. 公民的民事权利能力自出生时开始, 出生的时间以户籍证明为准; 没有户籍证明的, 以医院出具的出生证明为准。没有医院证明的, 参照其他有关证明认定。

2. 16周岁以上不满18周岁的公民, 能够以自己的劳动取得收入, 并能维持当地群众一般生活水平的, 可以认定为以自己的劳动收入为主要生活来源的完全民事行为能力人。

3. 10周岁以上的未成年人进行的民事活动是否与其年龄、智力状况相适应, 可以从行为与本人生活相关联的程度、本人的智力能否理解其行为, 并预

见相应的行为后果,以及行为标的数额等方面认定。

4. 不能完全辨认自己行为的精神病人进行的民事活动,是否与其精神健康状况相适应,可以从行为与本人生活相关联的程度、本人的精神状态能否理解其行为,并预见相应的行为后果,以及行为标的数额等方面认定。

5. 精神病人(包括痴呆症人)如果没有判断能力和自我保护能力,不知其行为后果的,可以认定为不能辨认自己行为的人;对于比较复杂的事物或者比较重大的行为缺乏判断能力和自我保护能力,并且不能预见其行为后果的,可以认定为不能完全辨认自己行为的人。

6. 无民事行为能力人、限制民事行为能力人接受奖励、赠与、报酬,他人不得以行为人无民事行为能力、限制民事行为能力为由,主张以上行为无效。

7. 当事人是否患有精神病,人民法院应当根据司法精神病学鉴定或者参照医院的诊断、鉴定确认。在不具备诊断、鉴定条件的情况下,也可以参照群众公认的当事人的精神状态认定,但应以利害关系人没有异议为限。

8. 在诉讼中,当事人及利害关系人提出一方当事人患有精神病(包括痴呆症),人民法院认为确有必要认定的,应当按照民事诉讼法(试行)规定的特别程序,先作出当事人有无民事行为能力的判决。

确认精神病人(包括痴呆症人)为限制民事行为能力人的,应当比照民事诉讼法(试行)规定的特别程序进行审理。

9. 公民离开住所地最后连续居住1年以上的地方,为经常居住地。但住医院治疗的除外。

公民由其户籍所在地迁出后至迁入另一地之前,无经常居住地的,仍以其原户籍所在地为住所。

(二) 关于监护问题

10. 监护人的监护职责包括:保护被监护人的身体健康,照顾被监护人的生活,管理和保护被监护人的财产,代理被监护人进行民事活动,对被监护人进行管理和教育,在被监护人合法权益受到侵害或者与人发生争议时,代理其进行诉讼。

11. 认定监护人的监护能力,应当根据监护人的身体健康状况、经济条件,以及与被监护人在生活上的联系状况等因素确定。

12. 民法通则中规定的近亲属,包括配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女。

13. 为患有精神病的未成年人设定监护人,适用民法通则第十六条的规定。

14. 人民法院指定监护人时,可以将民法通则第十六条第二款^①中的(一)、(二)、(三)项或第十七条第一款^②中的(一)、(二)、(三)、(四)、(五)项规定视为指定监护人的顺序。前一顺序有监护资格的人无监护能力或者对被监护人明显不利的,人民法院可以根据对被监护人有利的原则,从后一顺序有监护资格的人中择优确定。被监护人有识别能力的,应视情况征求被监护人的意见。

监护人可以是一人,也可以是同一顺序中的数人。

15. 有监护资格的人之间协议确定监护人的,应当由协议确定的监护人对被监护人承担监护责任。

16. 对于担任监护人有争议的,应当按照民法通则第十六条第三款或者第十七条第二款^③的规定,由有关组织予以指定。未经指定而向人民法院起诉的,人民法院不予受理。

17. 有关组织依照民法通则规定指定监护人,以书面或者口头通知了被指定人的,应当认定指定成立。被指定人不服的,应当在接到通知的次日起30日内向人民法院起诉。逾期起诉的,按变更监护关系处理。

18. 监护人被指定后,不得自行变更。擅自变更的,由原被指定的监护人和变更后的监护人承担监护责任。

19. 被指定人对指定不服提起诉讼的,人民法院应当根据本意见第十四条的规定,作出维持或者撤销指定监护人的判决。如果判决是撤销原指定的,可以同时另行指定监护人。此类案件,比照民事诉讼法(试行)规定的特别程序进行审理。

在人民法院作出判决前的监护责任,一般应当按照指定监护人的顺序,由

① 本意见引用的《民法通则》第十六条第一、二款与《民法总则》第二十七条对应,为:“父母是未成年子女的监护人。未成年人的父母已经死亡或者没有监护能力的,由下列有监护能力的人按顺序担任监护人:(一)祖父母、外祖父母;(二)兄、姐;(三)其他愿意担任监护人的个人或者组织,但是须经未成年人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门同意。”下同。——编者注

② 本意见引用的《民法通则》第十七条第一款与《民法总则》第二十八条对应,为:“无民事行为能力或者限制民事行为能力的成年人,由下列有监护能力的人按顺序担任监护人:(一)配偶;(二)父母、子女;(三)其他近亲属;(四)其他愿意担任监护人的个人或者组织,但是须经被监护人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门同意。”下同。——编者注

③ 本意见引用的《民法通则》第十六条第三款、第十七条第二款与《民法总则》第三十一条对应,为:“对监护人的确定有争议的,由被监护人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门指定监护人,有关当事人对指定不服的,可以向人民法院申请指定监护人;有关当事人也可以直接向人民法院申请指定监护人。居民委员会、村民委员会、民政部门或者人民法院应当尊重被监护人的真实意愿,按照最有利于被监护人的原则在依法具有监护资格的人中指定监护人。依照本条第一款规定指定监护人前,被监护人的人身权利、财产权利以及其他合法权益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、法律规定的有关组织或者民政部门担任临时监护人。监护人被指定后,不得擅自变更;擅自变更的,不免除被指定的监护人的责任。”下同。——编者注

有监护资格的人承担。

20. 监护人不履行监护职责, 或者侵害了被监护人的合法权益, 民法通则第十六条、第十七条^①规定的其他有监护资格的人或者单位向人民法院起诉, 要求监护人承担民事责任的, 按照普通程序审理; 要求变更监护关系的, 按照特别程序审理; 既要求承担民事责任, 又要求变更监护关系的, 分别审理。

21. 夫妻离婚后, 与子女共同生活的一方无权取消对方对该子女的监护权; 但是, 未与该子女共同生活的一方, 对该子女有犯罪行为、虐待行为或者对该子女明显不利的, 人民法院认为可以取消的除外。

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

23. 夫妻一方死亡后, 另一方将子女送给他人收养, 如收养对子女的健康成长并无不利, 又办了合法收养手续的, 认定收养关系成立; 其他有监护资格的人不得以收养未经其同意而主张收养关系无效。

(三) 关于宣告失踪、宣告死亡问题

24. 申请宣告失踪的利害关系人, 包括被申请宣告失踪人的配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女以及其他与被申请人有民事权利义务关系的人。

25. 申请宣告死亡的利害关系人的顺序是:

(一) 配偶;

(二) 父母、子女;

(三) 兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女;

(四) 其他有民事权利义务关系的人。

申请撤销死亡宣告不受上列顺序限制。

26. 下落不明是指公民离开最后居住地后没有音讯的状况。对于在台湾或者在国外, 无法正常通讯联系的, 不得以下落不明宣告死亡。

27. 战争期间下落不明的, 申请宣告死亡的期间适用民法通则第二十三条^②第一款第一项的规定。

^① 本意见引用的《民法通则》第十六条第四款、第十七条第三款与《民法总则》第三十二条对应, 为: “没有依法具有监护资格的人的, 监护人由民政部门担任, 也可以由具备履行监护职责条件的被监护人住所地的居民委员会、村民委员会担任。”——编者注

^② 本意见引用的《民法通则》第二十三条与《民法总则》第四十六条对应, 为: “自然人有下列情形之一的, 利害关系人可以向人民法院申请宣告该自然人死亡: (一) 下落不明满四年; (二) 因意外事件, 下落不明满二年。因意外事件下落不明, 经有关机关证明该自然人不可能生存的, 申请宣告死亡不受二年时间的限制。”——编者注

www.docsriver.com 商家巨力电子书

28. 民法通则第二十条第一款^①、第二十三条第一款第一项中的下落不明的起算时间，从公民音讯消失之次日起算。

宣告失踪的案件，由被宣告失踪人住所地的基层人民法院管辖。住所地与居住地不一致的，由最后居住地的基层人民法院管辖。

29. 宣告失踪不是宣告死亡的必经程序。公民下落不明，符合申请宣告死亡的条件，利害关系人可以不经申请宣告失踪而直接申请宣告死亡。但利害关系人只申请宣告失踪的，应当宣告失踪；同一顺序的利害关系人，有的申请宣告死亡，有的不同意宣告死亡，则应当宣告死亡。

30. 人民法院指定失踪人的财产代管人，应当根据有利于保护失踪人财产的原则指定。没有民法通则第二十一条^②规定的代管人，或者他们无能力作代管人，或者不宜作代管人的，人民法院可以指定公民或者有关组织为失踪人的财产代管人。

无民事行为能力人、限制民事行为能力人失踪的，其监护人即为财产代管人。

31. 民法通则第二十一条第二款中的“其他费用”，包括赡养费、扶养费、抚育费和因代管财产所需的管理费等必要的费用。

32. 失踪人的财产代管人拒绝支付失踪人所欠的税款、债务和其他费用，债权人提起诉讼的，人民法院应当将代管人列为被告。

失踪人的财产代管人向失踪人的债务人要求偿还债务的，可以作为原告提起诉讼。

33. 债务人下落不明，但未被宣告失踪，债权人起诉要求清偿债务的，人民法院可以在公告传唤后缺席判决或者按中止诉讼处理。

34. 人民法院审理宣告失踪的案件，比照民事诉讼法（试行）规定的特别程序进行。

人民法院审理宣告失踪的案件，应当查清被申请宣告失踪人的财产，指定临时管理人或者采取诉讼保全措施，发出寻找失踪人的公告，公告期间为半年。公告期间届满，人民法院根据被宣告失踪人失踪的事实是否得到确认，作出宣告失踪的判决或者终结审理的裁定。如果判决宣告为失踪人，应当同时指

① 本意见引用的《民法通则》第二十条第一款与《民法总则》第四十条对应，为：“自然人下落不明满二年的，利害关系人可以向人民法院申请宣告该自然人为失踪人。”——编者注

② 本意见引用的《民法通则》第二十一条第一款与《民法总则》第四十二条对应，为：“失踪人的财产由其配偶、成年子女、父母或者其他愿意担任财产代管人的人代管。代管有争议，没有前款规定的人，或者前款规定的人无代管能力的，由人民法院指定的人代管。”——编者注

本意见引用的《民法通则》第二十一条第二款与《民法总则》第四十三条对应，为：“财产代管人应当妥善保管失踪人的财产，维护其财产权益。失踪人所欠税款、债务和应付的其他费用，由财产代管人从失踪人的财产中支付。财产代管人因故意或者重大过失造成失踪人财产损失的，应当承担赔偿责任。”下同。——编者注

定失踪人的财产代管人。

35. 失踪人的财产代管人以无力履行代管职责, 申请变更代管人的, 人民法院比照特别程序进行审理。

失踪人的财产代管人不履行代管职责或者侵犯失踪人财产权益的, 失踪人的利害关系人可以向人民法院请求财产代管人承担民事责任。如果同时申请人民法院变更财产代管人的, 变更之诉比照特别程序单独审理。

36. 被宣告死亡的人, 判决宣告之日为其死亡的日期。判决书除发给申请人外, 还应当在被宣告死亡的人住所地和人民法院所在地公告。

被宣告死亡和自然死亡的时间不一致的, 被宣告死亡所引起的法律后果仍然有效, 但自然死亡前实施的民事法律行为与被宣告死亡引起的法律后果相抵触的, 则以其实施的民事法律行为为准。

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

38. 被宣告死亡的人在死亡宣告期间, 其子女被他人依法收养, 被宣告死亡的人在死亡宣告被撤销后, 仅以未经本人同意而主张收养关系无效的, 一般不应准许, 但收养人和被收养人同意的除外。

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

40. 被撤销死亡宣告的人请求返还财产, 其原物已被第三人合法取得的, 第三人可不予返还。但依继承法取得原物的公民或者组织, 应当返还原物或者给予适当补偿。

(四) 关于个体工商户、农村承包经营户、个人合伙问题

41. 起字号的个体工商户, 在民事诉讼中, 应以营业执照登记的户主(业主)为诉讼当事人, 在诉讼文书中注明系某字号的户主。

42. 以公民个人名义申请登记的个体工商户和个人承包的农村承包经营户, 用家庭共有财产投资, 或者收益的主要部分供家庭成员享用的, 其债务应以家庭共有财产清偿。

43. 在夫妻关系存续期间, 一方从事个体经营或者承包经营的, 其收入为夫妻共有财产, 债务亦应以夫妻共有财产清偿。

44. 个体工商户、农村承包经营户的债务, 如以其家庭共有财产承担责任时, 应当保留家庭成员的生活必需品和必要的生产工具。

45. 起字号的个人合伙, 在民事诉讼中, 应当以依法核准登记的字号为诉讼当事人, 并由合伙负责人为诉讼代表人。合伙负责人的诉讼行为, 对全体合伙人发生法律效力。

未起字号的个人合伙，www.docriver.com 商家巨力法律书 合伙人在民事诉讼中为共同诉讼人。合伙人人数众多的，可以推举诉讼代表人参加诉讼。诉讼代表人的诉讼行为，对全体合伙人发生法律效力。推举诉讼代表人，应当办理书面手续。

46. 公民按照协议提供资金或者实物，并约定参与合伙盈余分配，但不参与合伙经营、劳动的，或者提供技术性劳务而不提供资金、实物，但约定参与盈余分配的，视为合伙人。

47. 全体合伙人对合伙经营的亏损额，对外应当负连带责任；对内则应按照协议约定的债务承担比例或者出资比例分担；协议未规定债务承担比例或者出资比例的，可以按照约定的或者实际的盈余分配比例承担。但是对造成合伙经营亏损有过错的合伙人，应当根据其过错程度相应的多承担责任。

48. 只提供技术性劳务，不提供资金、实物的合伙人，对于合伙经营的亏损额，对外也应当承担连带责任；对内则应当按照协议约定的债务承担比例或者技术性劳务折抵的出资比例承担；协议未规定债务承担比例或者出资比例的，可以按照约定的或者合伙人实际的盈余分配比例承担；没有盈余分配比例的，按照其余合伙人平均投资比例承担。

49. 个人合伙或者个体工商户，虽经工商行政管理部门错误地登记为集体所有制的企业，但实际为个人合伙或者个体工商户的，应当按个人合伙或者个体工商户对待。

50. 当事人之间没有书面合伙协议，又未经工商行政管理部门核准登记，但具备合伙的其他条件，又有两个以上无利害关系人证明有口头合伙协议的，人民法院可以认定为合伙关系。

51. 在合伙经营过程中增加合伙人，书面协议有约定的，按照协议处理；书面协议未约定的，须经全体合伙人同意；未经全体合伙人同意的，应当认定入伙无效。

52. 合伙人退伙，书面协议有约定的，按书面协议处理；书面协议未约定的，原则上应予准许。但因其退伙给其他合伙人造成损失的，应当考虑退伙的原因、理由以及双方当事人的过错等情况，确定其应当承担的赔偿责任。

53. 合伙经营期间发生亏损，合伙人退出合伙时未按约定分担或者未合理分担合伙债务的，退伙人对原合伙的债务，应当承担清偿责任；退伙人已分担合伙债务的，对其参加合伙期间的全部债务仍负连带责任。

54. 合伙人退伙时分割的合伙财产，应当包括合伙时投入的财产和合伙期间积累的财产，以及合伙期间的债权和债务。入伙的原物退伙时原则上应予退还；一次清退有困难的，可以分批分期清退；退还原物确有困难的，可以折价处理。

55. 合伙终止时，对合伙财产的处理，有书面协议的，按协议处理；没有书面协议，又协商不成的，如果合伙人出资额相等，应当考虑多数人意见酌情

处理;合伙人出资额不等的,可以按出资额占全部合伙额多的合伙人的意见处理,但要保护其他合伙人的利益。

56. 合伙人互相串通逃避合伙债务的,除应责令其承担清偿责任外,还可以按照民法通则第一百三十四条^①第三款的规定处理。

57. 民法通则第三十五条^②第一款中关于“以各自的财产承担清偿责任”,是指合伙人以个人财产出资的,以合伙人的个人财产承担;合伙人以其家庭共有财产出资的,以其家庭共有财产承担;合伙人以个人财产出资,合伙的盈余分配所得用于其家庭成员生活的,应先以合伙人的个人财产承担,不足部分以合伙人的家庭共有财产承担。

二、法 人

58. 企业法人的法定代表人和其他工作人员,以法人名义从事的经营活动,给他人造成经济损失的,企业法人应当承担民事责任。

59. 企业法人解散或者被撤销的,应当由其主管机关组织清算小组进行清算。企业法人被宣告破产的,应当由人民法院组织有关机关和有关人员成立清算组织进行清算。

60. 清算组织是以清算企业法人债权、债务为目的而依法成立的组织。它负责对终止的企业法人的财产进行保管、清理、估价、处理和清偿。

对于涉及终止的企业法人债权、债务的民事诉讼,清算组织可以用自己的名义参加诉讼。

以逃避债务责任为目的而成立的清算组织,其实施的民事行为无效。

61. 人民法院审理案件时,如果查明企业法人有民法通则第四十九条所列的六种情形之一的,除企业法人承担责任外,还可以根据民法通则第四十九条和第一百三十四条第三款的规定,对企业法定代表人直接给予罚款的处罚;对需要给予行政处分的,可以向有关部门提出司法建议,由有关部门决定处理;对构成犯罪需要依法追究刑事责任的,应当依法移送公安、检察机关。

62. 人民法院在审理案件中,依法对企业法定代表人或者其他人采用罚

^① 本意见引用的《民法通则》第一百三十四条与《民法总则》第一百七十九条对应,为:“承担民事责任的方式主要有:(一)停止侵害;(二)排除妨碍;(三)消除危险;(四)返还财产;(五)恢复原状;(六)修理、重作、更换;(七)继续履行;(八)赔偿损失;(九)支付违约金;(十)消除影响、恢复名誉;(十一)赔礼道歉。法律规定惩罚性赔偿的,依照其规定。本条规定的承担民事责任的方式,可以单独适用,也可以合并适用。”下同。——编者注

^② 本意见引用的《民法通则》第一百三十五条、第一百三十六条、第一百三十七条与《民法总则》第一百八十八条对应,为:“向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为三年。法律另有规定的,依照其规定。诉讼时效期间自权利人知道或者应当知道权利受到损害以及义务人之日起计算。法律另有规定的,依照其规定。但是自权利受到损害之日起超过二十年的,人民法院不予保护;有特殊情况的,人民法院可以根据权利人的申请决定延长。”——编者注

www.docsriver.com 商家巨力电子书

款、拘留制裁措施，必须经院长批准，另行制作民事制裁决定书。被制裁人对决定不服的，在收到决定书的次日起 10 日内可以向上一级人民法院申请复议一次。复议期间，决定暂不执行。

63. 对法定代表人直接处以罚款的数额一般在 2000 元以下。法律另有规定的除外。

64. 以提供土地使用权作为联营条件的一方，对联营企业的债务，应当按照书面协议的约定承担；书面协议未约定的，可以按照出资比例或者盈余分配比例承担。

三、民事法律行为和代理

65. 当事人以录音、录像等视听资料形式实施的民事行为，如有两个以上无利害关系人作为证人或者其他证据证明该民事行为符合民法通则第五十五条^①的规定，可以认定有效。

66. 一方当事人向对方当事人提出民事权利的要求，对方未用语言或者文字明确表示意见，但其行为表明已接受的，可以认定为默示。不作为的默示只有在法律有规定或者当事人双方有约定的情况下，才可以视为意思表示。

67. 间歇性精神病人的民事行为，确能证明是在发病期间实施的，应当认定无效。

行为人在神志不清的状态下所实施的民事行为，应当认定无效。

68. 一方当事人故意告知对方虚假情况，或者故意隐瞒真实情况，诱使对方当事人作出错误意思表示的，可以认定为欺诈行为。

69. 以给公民及其亲友的生命健康、荣誉、名誉、财产等造成损害，或者以给法人的荣誉、名誉、财产等造成损害为要挟，迫使对方作出违背真实的意思表示的，可以认定为胁迫行为。

70. 一方当事人乘对方处于危难之机，为牟取不正当利益，迫使对方作出不真实的意思表示，严重损害对方利益的，可以认定为乘人之危。

71. 行为人因对行为的性质、对方当事人、标的物的品种、质量、规格和数量等的错误认识，使行为的后果与自己的意思相悖，并造成较大损失的，可以认定为重大误解。

72. 一方当事人利用优势或者利用对方没有经验，致使双方的权利与义务明显违反公平、等价有偿原则的，可以认定为显失公平。

73. 对于重大误解或者显失公平的民事行为，当事人请求变更的，人民法

^① 本意见引用的《民法通则》第五十五条与《民法总则》第一百四十三条对应，为：“具备下列条件的民事法律行为有效：（一）行为人具有相应的民事行为能力；（二）意思表示真实；（三）不违反法律、行政法规的强制性规定，不违背公序良俗。”——编者注

院应当予以变更;当事人请求撤销的,人民法院可以酌情予以变更或者撤销。
可变更或者可撤销的民事行为,自行为成立时起超过1年当事人才请求变更或者撤销的,人民法院不予保护。

74. 对民法通则第六十一条^①第二款中的“双方取得的财产”,应当包括双方当事人已经取得和约定取得的财产。

75. 附条件的民事行为,如果所附的条件是违背法律规定或者不可能发生的,应当认定该民事行为无效。

76. 附期限的民事法律行为,在所附期限到来时生效或者解除。

77. 意思表示由第三人义务转达,而第三人由于过失转达错误或者没有转达,使他人造成损失的,一般可由意思表示人负赔偿责任。但法律另有规定或者双方另有约定的除外。

78. 凡是依法或者依双方的约定必须由本人亲自实施的民事行为,本人未亲自实施的,应当认定行为无效。

79. 数个委托代理人共同行使代理权的,如果其中一人或者数人未与其他委托代理人协商,所实施的行为侵害被代理人权益的,由实施行为的委托代理人承担民事责任。

被代理人为数人时,其中一人或者数人未经其他被代理人同意而提出解除代理关系,因此造成损害的,由提出解除代理关系的被代理人承担。

80. 由于急病、通讯联络中断等特殊原因,委托代理人自己不能办理代理事项,又不能与被代理人及时取得联系,如不及时转托他人代理,会给被代理人的利益造成损失或者扩大损失的,属于民法通则第六十八条^②中的“紧急情况”。

81. 委托代理人转托他人代理的,比照民法通则第六十五条^③规定的条件办理转托手续。因委托代理人转托不明,给第三人造成损失的,第三人可以直接要求被代理人赔偿损失;被代理人承担民事责任后,可以要求委托代理人赔

① 本意见引用的《民法通则》第六十一条与《民法总则》第一百五十七条对应,为:“民事法律行为无效、被撤销或者确定不发生效力后,行为人因该行为取得的财产,应当予以返还;不能返还或者没有必要返还的,应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方由此所受到的损失;各方都有过错的,应当各自承担相应的责任。法律另有规定的,依照其规定。”——编者注

② 本意见引用的《民法通则》第六十八条与《民法总则》第一百六十九条对应,为:“代理人需要转委托第三人代理的,应当取得被代理人的同意或者追认。转委托代理经被代理人同意或者追认的,被代理人可以就代理事务直接指示转委托的第三人,代理人仅就第三人的选任以及对第三人的指示承担责任。转委托代理未经被代理人同意或者追认的,代理人应当对转委托的第三人的行为承担责任,但是在紧急情况下代理人为了维护被代理人的利益需要转委托第三人代理的除外。”——编者注

③ 本意见引用的《民法通则》第六十五条与《民法总则》第一百六十五条对应,为:“委托代理授权采用书面形式的,授权委托书应当载明代理人的姓名或者名称、代理事项、权限和期间,并由被代理人签名或者盖章。”——编者注

偿损失，转托代理人有过错的，应当负连带责任。——《最高人民法院关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见（试行）》第68条

82. 被代理人死亡后有下列情况之一的，委托代理人实施的代理行为有效：（1）代理人不知道被代理人死亡的；（2）被代理人的继承人均予承认的；（3）被代理人与代理人约定到代理事项完成时代理权终止的；（4）在被代理人死亡前已经进行、而在被代理人死亡后为了被代理人的继承人的利益继续完成的。

83. 代理人和被代理人对已实施的民事行为负连带责任的，在民事诉讼中，可以列为共同诉讼人。

四、民事权利

（一）关于财产所有权和与财产所有权有关的财产权问题

84. 财产已经交付，但当事人约定财产所有权转移附条件的，在所附条件成就时，财产所有权方为转移。

85. 财产所有权合法转移后，一方翻悔的，不予支持。财产所有权尚未按原协议转移，一方翻悔并无正当理由，协议又能够履行的，应当继续履行；如果协议不能履行，给对方造成损失的，应当负赔偿责任。

86. 非产权人在使用他人的财产上增添附属物，财产所有人同意增添，并就财产返还时附属物如何处理有约定的，按约定办理；没有约定又协商不成，能够拆除的，可以责令拆除；不能拆除的，也可以折价归财产所有人；造成财产所有人损失的，应当负赔偿责任。

87. 有附属物的财产，附属物随财产所有权的转移而转移。但当事人另有约定又不违法的，按约定处理。

88. 对于共有财产，部分共有人主张按份共有，部分共有人主张共同共有，如果不能证明财产是按份共有的，应当认定为共同共有。^①

89. 共同共有人对共有财产享有共同的权利，承担共同的义务。在共同共有关系存续期间，部分共有人擅自处分共有财产的。一般认定无效。但第三人善意、有偿取得该项财产的，应当维护第三人的合法权益；对其他共有人的损失，由擅自处分共有财产的人赔偿。

90. 在共同共有关系终止时，对共有财产的分割，有协议的，按协议处理；没有协议的，应当根据等分原则处理，并且考虑共有人对共有财产的贡献大小，适当照顾共有人生产、生活的实际需要等情况。但分割夫妻共有财产，应当根据婚姻法的有关规定处理。

^① 根据《最高人民法院关于废止2007年底以前发布的有关司法解释（第七批）的决定》第二十四条的规定，本意见第88、94、115、117、118、177条由于与《中华人民共和国物权法》有关规定冲突而不适用。本书以楷体字标出。——编者注

91. 共有财产是特定物, 而且不能分割或者分割有损其价值的, 可以折价处理。

92. 共同共有财产分割后, 一个或者数个原共有人出卖自己分得的财产时, 如果出卖的财产与其他原共有人分得的财产属于一个整体或者配套使用, 其他原共有人主张优先购买权的, 应当予以支持。

93. 公民、法人对于挖掘、发现的埋藏物、隐藏物, 如果能够证明属其所有, 而且根据现行的法律、政策又可以归其所有的, 应当予以保护。

94. 拾得物灭失、毁损, 拾得人没有故意的, 不承担民事责任。拾得人将拾得物据为己有, 拒不返还而引起诉讼的, 按照侵权之诉处理。

95. 公民和集体依法对集体所有的或者国家所有由集体使用的森林、土地、山岭、草原、荒地、滩涂、水面等承包经营的权利和义务, 按承包合同的规定处理。承包人未经发包人同意擅自转包或者转让的无效。

96. 因土地、山岭、森林、草原、荒地、滩涂、水面等自然资源的所有权或者使用权发生权属争议的, 应当由有关行政部门处理。对行政处理不服的, 当事人可以依据有关法律和行政法规的规定, 向人民法院提起诉讼; 因侵权纠纷起诉的, 人民法院可以直接受理。

97. 相邻一方因施工临时占用他方使用的土地, 占用的一方如未按照双方约定的范围、用途和期限使用的, 应当责令其及时清理现场, 排除妨碍, 恢复原状, 赔偿损失。

98. 一方擅自堵截或者独占自然流水, 影响他方正常生产、生活的, 他方有权请求排除妨碍; 造成他方损失的, 应负赔偿责任。

99. 相邻一方必须使用另一方的土地排水的, 应当予以准许; 但应在必要限度内使用并采取适当的保护措施排水, 如仍造成损失的, 由受益人合理补偿。

相邻一方可以采取其他合理的措施排水而未采取, 向他方土地排水毁损或者可能毁损他方财产, 他方要求致害人停止侵害、消除危险、恢复原状、赔偿损失的, 应当予以支持。

100. 一方必须在相邻一方使用的土地上通行的, 应当予以准许; 因此造成损失的, 应当给予适当补偿。

101. 对于一方所有的或者使用的建筑物范围内历史形成的必经通道, 所有权人或者使用权人不得堵塞。因堵塞影响他人生产、生活, 他人要求排除妨碍或者恢复原状的, 应当予以支持。但有条件另开通道的, 也可以另开通道。

102. 处理相邻房屋滴水纠纷时, 对有过错的一方造成他方损害的, 应当责令其排除妨碍、赔偿损失。

103. 相邻一方在自己使用的土地上挖水沟、水池、地窖等或者种植的竹木根枝伸延, 危及另一方建筑物的安全和正常使用的, 应当分别情况, 责令其

消除危险，恢复原状，赔偿损失。

(二) 关于债权问题

104. 债权人无正当理由拒绝债务人履行义务，债务人将履行的标的物向有关部门提存的，应当认定债务已经履行。因提存所支出的费用，应当由债权人承担。提存期间，财产收益归债权人所有；风险责任由债权人承担。

105. 依据民法通则第八十八条第二款第（一）项规定，合同对产品质量要求不明确，当事人未能达成协议，又没有国家质量标准的，按部颁标准或者专业标准处理；没有部颁标准或者专业标准的，按经过批准的企业标准处理；没有经过批准的企业标准的，按标的物产地同行业其他企业经过批准的同类产品质量标准处理。

106. 保证人应当是具有代偿能力的公民、企业法人以及其他经济组织。保证人即使不具备完全代偿能力，仍应以自己的财产承担保证责任。

国家机关不能担任保证人。

107. 不具有法人资格的企业法人的分支机构，以自己的名义对外签订的保证合同，一般应当认定无效。但因此产生的财产责任，分支机构如有偿付能力的，应当自行承担；如无偿付能力的，应由企业法人承担。

108. 保证人向债权人保证债务人履行债务的，应当与债权人订立书面保证合同，确定保证人对主债务的保证范围和保证期限。虽未单独订立书面保证合同，但在主合同中写明保证人的保证范围和保证期限，并由保证人签名盖章的，视为书面保证合同成立。公民间的口头保证，有两个以上无利害关系人证明的，也视为保证合同成立，法律另有规定的除外。

保证范围不明确的，推定保证人对全部主债务承担保证责任。

109. 在保证期限内，保证人的保证范围，可因主债务的减少而减少。新增加的债务，未经保证人同意担保的，保证人不承担保证责任。

110. 保证人为2人以上的，相互之间负连带保证责任。但是保证人与债权人约定按份承担保证责任的除外。

111. 被担保的经济合同确认无效后，如果被保证人应当返还财产或者赔偿损失的，除有特殊约定外，保证人仍应承担连带责任。

112. 债务人或者第三人向债权人提供抵押物时，应当订立书面合同或者在原债权文书中写明。没有书面合同，但有其他证据证明抵押物或者其权利证书已交给抵押权人的，可以认定抵押关系成立。

113. 以自己不享有所有权或者经营管理权的财产作抵押物的，应当认定抵押无效。

以法律限制流通的财产作为抵押物的，在清偿债务时，应当由有关部门收购，抵押权人可以从价款中优先受偿。

114. 抵押物在抵押权人保管期间灭失、毁损的，抵押权人如有过错，应

当承担民事责任。

抵押物在抵押人处灭失、毁损的,应当认定抵押关系存在,并责令抵押人以其他财产代替抵押物。

115. 抵押物如由抵押人自己占有并负责保管,在抵押期间,非经债权人同意,抵押人将同一抵押物转让他人,或者就抵押物价值已设置抵押部分再作抵押的,其行为无效。

债务人以抵押物清偿债务时,如果一项抵押物有数个抵押权人的,应当按照设定抵押权的先后顺序受偿。

116. 有要求清偿银行贷款和其他债权等数个债权人的,有抵押权的债权人应享有优先受偿的权利;法律、法规另有规定的除外。

117. 债权人因合同关系占有债务人财物的,如果债务人到期不履行义务,债权人可以将相应的财物留置。经催告,债务人在合理期限内仍不履行义务,债权人依法将留置的财物以合理的价格变卖,并以变卖财物的价款优先受偿的,应予保护。

118. 出租人出卖出租房屋,应提前3个月通知承租人。承租人在同等条件下,享有优先购买权;出租人未按此规定出卖房屋的,承租人请求人民法院宣告该房屋买卖无效的。

119. 承租人以一人名义承租私有房屋,在租赁期内,承租人死亡,该户共同居住人要求按原租约履行的,应当准许。

私有房屋在租赁期内,因买卖、赠与或者继承发生房屋产权转移的,原租赁合同对承租人和新房主继续有效。

未定租期,房主要求收回房屋自住的,一般应当准许。承租人有条件搬迁的,应责令其搬迁;如果承租人搬迁确有困难的,可给一定期限让其找房或者腾让部分房屋。

120. 在房屋出典期间或者典期届满时,当事人之间约定延长典期或者增减典价的,应当准许。承典人要求出典人高于原典价回赎的,一般不予支持。以合法流通物作典价的,应当按照回赎时市场零售价格折算。

121. 公民之间的借贷,双方对返还期限有约定的,一般应按约定处理;没有约定的,出借人随时可以请求返还,借方应当根据出借人的请求及时返还;暂时无力返还的,可以根据实际情况责令其分期返还。

122. 公民之间的生产经营性借贷的利率,可以适当高于生活性借贷利率。如因利率发生纠纷,应本着保护合法借贷关系,考虑当地实际情况,有利于生产和稳定经济秩序的原则处理。

123. 公民之间的无息借款,有约定偿还期限而借款人不按期偿还,或者未约定偿还期限但经出借人催告后,借款人仍不偿还的,出借人要求借款人偿付逾期利息,应当予以准许。

124. 借款双方因利率发生争议，如果约定不明，又不能证明的，可以比照银行同类贷款利率计息。

125. 公民之间的借贷，出借人将利息计入本金计算复利的，不予保护；在借款时将利息扣除的，应当按实际出借款数计息。

126. 借用实物的，出借人要求归还原物或者同等数量、质量的实物，应当予以支持；如果确实无法归还实物的，可以按照或者适当高于归还时市场零售价格折价给付。

127. 借用人因管理、使用不善造成借用物毁损的，借用人应当负赔偿责任；借用物自身有缺陷的，可以减轻借用人的赔偿责任。

128. 公民之间赠与关系的成立，以赠与物的交付为准。赠与房屋，如根据书面赠与合同办理了过户手续的，应当认定赠与关系成立；未办理过户手续，但赠与人根据书面赠与合同已将产权证书交与受赠人，受赠人根据赠与合同已占有、使用该房屋的，可以认定赠与有效，但应令其补办过户手续。

129. 赠与人明确表示将赠与物赠给未成年人个人的，应当认定该赠与物为未成年人的个人财产。

130. 赠与人为了逃避应履行的法定义务，将自己的财产赠与他人，如果利害关系人主张权利的，应当认定赠与无效。

131. 返还不当利益，应当包括原物和原物所生的孳息。利用不当得利所取得的其他利益，扣除劳务管理费用后，应当予以收缴。

132. 民法通则第九十三条^①规定的管理人或者服务人可以要求受益人偿付的必要费用，包括在管理或者服务活动中直接支出的费用，以及在该活动中受到的实际损失。

(三) 关于知识产权、人身权问题

133. 作品不论是否发表，作者均享有著作权（版权）。

134. 2人以上按照约定共同创作作品的，不论各人的创作成果在作品中被采用多少，应当认定该项作品为共同创作。

135. 合著的作品，著作权（版权）应当认定为全体合著人共同享有；其中各组成部分可以分别独立存在的，各组成部分的著作权（版权）由各组成部分的作者分别享有。

136. 作者死亡后，著作权（版权）中由继承人继承的财产权利在法律规定的保护期限内受到侵犯，继承人依法要求保护的，人民法院应当予以支持。

137. 公民、法人通过申请专利取得的专利权，或者通过继承、受赠、受

^① 本意见引用的《民法通则》第九十三条与《民法总则》第一百二十一条对应，为：“没有法定的或者约定的义务，为避免他人利益受损失而进行管理的人，有权请求受益人偿还由此支出的必要费用。”——编者注

让等方式取得的专利权,应当予以保护。

转让专利权应当由国家专利局登记并公告,专利权自国家专利局公告之日起转移。

138. 法人、个体工商户、个人合伙通过申请商标注册或者受让等方式取得的商标专用权,除依法定程序撤销者外,应当予以保护。

转让商标专用权应当由国家工商行政管理局商标局核准,商标专用权自核准之日起转移。

139. 以营利为目的,未经公民同意利用其肖像做广告、商标、装饰橱窗等,应当认定为侵犯公民肖像权的行为。

140. 以书面、口头等形式宣扬他人的隐私,或者捏造事实公然丑化他人人格,以及用侮辱、诽谤等方式损害他人名誉,造成一定影响的,应当认定为侵害公民的名誉权的行为。

以书面、口头等形式诋毁、诽谤法人名誉,给法人造成损害的,应当认定为侵害法人名誉权的行为。

141. 盗用、假冒他人姓名、名称造成损害的,应当认定为侵犯姓名权、名称权的行为。

五、民事责任

142. 为维护国家、集体或者他人合法权益而使自己受到损害,在侵害人无力赔偿或者没有侵害人的情况下,如果受害人提出请求的,人民法院可以根据受益人受益的多少及其经济状况,责令受益人给予适当补偿。

143. 受害人的误工日期,应当按其实际损害程度、恢复状况并参照治疗医院出具的证明或者法医鉴定等认定。赔偿费用的标准,可以按照受害人的工资标准或者实际收入的数额计算。

受害人是承包经营户或者个体工商户的,其误工费的计算标准,可以参照受害人一定期限内的平均收入酌定。如果受害人承包经营的种植、养殖业季节性很强,不及时经营会造成更大损失的,除受害人应当采取措施防止损失扩大外,还可以裁定侵害人采取措施防止扩大损失。

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

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

146. 侵害他人身体致使其丧失全部或者部分劳动能力的,赔偿的生活补

助费一般应补足到不低于当地居民基本生活费的标准。

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

148. 教唆、帮助他人实施侵权行为的人，为共同侵权人，应当承担连带民事责任。

教唆、帮助无民事行为能力人实施侵权行为的人，为侵权人，应当承担民事责任。

教唆、帮助限制民事行为能力人实施侵权行为的人，为共同侵权人，应当承担主要民事责任。

149. 盗用、假冒他人名义，以函、电等方式进行欺骗或者愚弄他人，并使其财产、名誉受到损害的，侵权人应当承担民事责任。

150. 公民的姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权和法人的名称权、名誉权、荣誉权受到侵害，公民或者法人要求赔偿损失的，人民法院可以根据侵权人的过错程度、侵权行为的具体情节、后果和影响确定其赔偿责任。

151. 侵害他人的姓名权、名称权、肖像权、名誉权、荣誉权而获利的，侵权人除依法赔偿受害人的损失外，其非法所得应当予以收缴。

152. 国家机关工作人员在执行职务中，给公民、法人的合法权益造成损害的，国家机关应当承担民事责任。

153. 消费者、用户因为使用质量不合格的产品造成本人或者第三人人身伤害、财产损失的，受害人可以向产品制造者或者销售者要求赔偿。因此提起的诉讼，由被告所在地或者侵权行为地人民法院管辖。

运输者和仓储者对产品质量负有责任，制造者或者销售者请求赔偿损失的，可以另案处理，也可以将运输者和仓储者列为第三人，一并处理。

154. 从事高度危险作业，没有按有关规定采取必要的安全防护措施，严重威胁他人人身、财产安全的，人民法院应当根据他人的要求，责令作业人消除危险。

155. 因堆放物品倒塌造成他人损害的，如果当事人均无过错，应当根据公平原则酌情处理。

156. 因紧急避险造成他人损失的，如果险情是由自然原因引起，行为人采取的措施又无不当，则行为人不承担民事责任。受害人要求补偿的，可以责令受益人适当补偿。

157. 当事人对造成损害均无过错，但一方是在为对方的利益或者共同的利益进行活动的过程中受到损害的，可以责令对方或者受益人给予一定的经济补偿。

158. 夫妻离婚后，未成年子女侵害他人权益的，同该子女共同生活的一

方应当承担民事责任；如果独立承担民事责任确有困难的，可以责令未与孩子女共同生活的一方共同承担民事责任。

159. 被监护人造成他人损害的，有明确的监护人时，由监护人承担民事责任；监护人不明，由顺序在前的有监护能力的人承担民事责任。

160. 在幼儿园、学校生活、学习的无民事行为能力人或者在精神病院治疗的精神病人，受到伤害或者给他人造成损害，单位有过错的，可以责令这些单位适当给予赔偿。

161. 侵权行为发生时行为人不满 18 周岁，在诉讼时已满 18 周岁，并有经济能力的，应当承担民事责任；行为人没有经济能力的，应当由原监护人承担民事责任。

162. 侵权行为发生时行为人年满 18 周岁的，应当由本人承担民事责任；没有经济收入的，由扶养人垫付；垫付有困难的，也可以判决或者调解延期给付。

162. 在诉讼中遇有需要停止侵害、排除妨碍、消除危险的情况时，人民法院可以根据当事人的申请或者依职权先行作出裁定。

当事人在诉讼中用赔礼道歉方式承担了民事责任的，应当在判决中叙明。

163. 在诉讼中发现与本案有关的违法行为需要给予制裁的，可适用民法通则第一百三十四条第三款规定，予以训诫、责令具结悔过、收缴进行非法活动的财物和非法所得，或者依照法律规定处以罚款、拘留。

采用收缴、罚款、拘留制裁措施，必须经院长批准，另行制作民事制裁决定书。被制裁人对决定不服的，在收到决定书的次日起 10 日内可以向上一级人民法院申请复议一次。复议期间，决定暂不执行。

164. 适用民法通则第一百三十四条第三款对公民处以罚款的数额为 500 元以下，拘留为 15 日以下。

依法对法定代表人处以拘留制裁措施，为 15 日以下。

以上两款，法律另有规定的除外。

六、诉讼时效

165. 在民法通则实施前，权利人知道或者应当知道其民事权利被侵害，民法通则实施后，向人民法院请求保护的诉讼时效期间，应当适用民法通则第一百三十五条和第一百三十六条的规定，从 1987 年 1 月 1 日起算。

166. 民法通则实施前，民事权利被侵害超过 20 年的，民法通则实施后，权利人向人民法院请求保护的诉讼时效期间，分别为民法通则第一百三十五条规定的 2 年或者第一百三十六条规定的 1 年，从 1987 年 1 月 1 日起算。

167. 民法通则实施后，属于民法通则第一百三十五条规定的 2 年诉讼时效期间，权利人自权利被侵害时起的第 18 年后至第 20 年期间才知道自己的权利被侵害的，或者属于民法通则第一百三十六条规定的 1 年诉讼时效期间，

利人自权利被侵害时起的第 19 年后至第 20 年期间才知道自己的权利被侵害的, 提起诉讼请求的权利, 应当在权利被侵害之日起的 20 年内行使; 超过 20 年的, 不予保护。

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

169. 权利人由于客观的障碍在法定诉讼时效期间不能行使请求权的, 属于民法通则第一百三十七条规定的“特殊情况”。

170. 未授权给公民、法人经营、管理的国家财产受到侵害的, 不受诉讼时效期间的限制。

171. 过了诉讼时效期间, 义务人履行义务后, 又以超过诉讼时效为由翻悔的, 不予支持。

172. 在诉讼时效期间的最后 6 个月内, 权利被侵害的无民事行为能力人、限制民事行为能力人没有法定代理人, 或者法定代理人死亡、丧失代理权, 或者法定代理人本人丧失行为能力的, 可以认定为因其他障碍不能行使请求权, 适用诉讼时效中止。

173. 诉讼时效因权利人主张权利或者义务人同意履行义务而中断后, 权利人在新的诉讼时效期间内, 再次主张权利或者义务人再次同意履行义务的, 可以认定为诉讼时效再次中断。

权利人向债务保证人、债务人的代理人或者财产代管人主张权利的, 可以认定诉讼时效中断。

174. 权利人向人民调解委员会或者有关单位提出保护民事权利的请求, 从提出请求时起, 诉讼时效中断。经调处达不成协议的, 诉讼时效期间即重新起算; 如调处达成协议, 义务人未按协议所定期限履行义务的, 诉讼时效期间应从期限届满时重新起算。

175. 民法通则第一百三十五条、第一百三十六条规定的诉讼时效期间, 可以适用民法通则有关中止、中断和延长的规定。

民法通则第一百三十七条规定的“20 年”诉讼时效期间, 可以适用民法通则有关延长的规定, 不适用中止、中断的规定。

176. 法律、法规对索赔时间和对产品质量等提出异议的时间有特殊规定的, 按特殊规定办理。

177. 继承的诉讼时效按继承法的规定执行。但继承开始后, 继承人未明确表示放弃继承的, 视为接受继承, 遗产未分割的, 即为共同共有。诉讼时效的中止、中断、延长, 均适用民法通则的有关规定。

七、涉外民事关系的法律适用

178. 凡民事关系的一方或者双方当事人是外国人、无国籍人、外国法人的; 民事关系的标的物在外国领域内的; 产生、变更或者消灭民事权利义务关系的法律事实发生在外国的, 均为涉外民事关系。

人民法院在审理涉外民事关系的案件时, 应当按照民法通则第八章的规定来确定应适用的实体法。

179. 定居国外的我国公民的民事行为能力, 如其行为是在我国境内所为, 适用我国法律; 在定居国所为, 可以适用其定居国法律。

180. 外国人在我国领域内进行民事活动, 如依其本国法律为无民事行为能力, 而依我国法律为有民事行为能力, 应当认定为有民事行为能力。

181. 无国籍人的民事行为能力, 一般适用其定居国法律; 如未定居的, 适用其住所地国法律。

182. 有双重或者多重国籍的外国人, 以其有住所或者与其有最密切联系的国家法律为其本国法。

183. 当事人的住所不明或者不能确定的, 以其经常居住地为住所。当事人有几个住所的, 以与产生纠纷的民事关系有最密切联系的住所为住所。

184. 外国法人以其注册登记地国家的法律为其本国法, 法人的民事行为能力依其本国法确定。

外国法人在我国领域内进行的民事活动, 必须符合我国的法律规定。

185. 当事人有二个以上营业所的, 应以与产生纠纷的民事关系有最密切联系的营业所为准; 当事人没有营业所的, 以其住所或者经常居住地为准。

186. 土地、附着于土地的建筑物及其他定着物、建筑物的固定附属设备为不动产。不动产的所有权、买卖、租赁、抵押、使用等民事关系, 均应适用不动产所在地法律。

187. 侵权行为地的法律包括侵权行为实施地法律和侵权结果发生地法律。如果两者不一致时, 人民法院可以选择适用。

188. 我国法院受理的涉外离婚案件, 离婚以及因离婚而引起的财产分割, 适用我国法律。认定其婚姻是否有效, 适用婚姻缔结地法律。

189. 父母子女相互之间的扶养、夫妻相互之间的扶养以及其他有扶养关系的人之间的扶养, 应当适用与被扶养人有最密切联系国家的法律。扶养人和被扶养人的国籍、住所以及供养被扶养人的财产所在地, 均可视为与被扶养人有最密切的联系。

190. 监护的设立、变更和终止, 适用被监护人的本国法律。但是, 被监护人在我国境内有住所的, 适用我国的法律。

191. 在我国境内死亡的外国人, 遗留在我国境内的财产, 如果无人继承又无人受遗赠, 应当依照我国法律处理。

无人受遗赠的，依照我国法律处理，两国缔结或者参加的国际条约另有规定的除外。

192. 依法应当适用的外国法律，如果该外国不同地区实施不同的法律的，依据该国法律关于调整国内法律冲突的规定，确定应适用的法律。该国法律未作规定的，直接适用与该民事关系有最密切联系的地区的法律。

193. 对于应当适用的外国法律，可通过下列途径查明：（1）由当事人提供；（2）由与我国订立司法协助协定的缔约对方的中央机关提供；（3）由我国驻该国使领馆提供；（4）由该国驻我国使馆提供；（5）由中外法律专家提供。通过以上途径仍不能查明的，适用中华人民共和国法律。

194. 当事人规避我国强制性或者禁止性法律规范的行为，不发生适用外国法律的效力。

195. 涉外民事法律关系的诉讼时效，依冲突规范确定的民事法律关系的准据法确定。

八、其 他

196. 1987年1月1日以后受理的案件，如果民事行为发生在1987年以前，适用民事行为发生时的法律、政策；当时的法律、政策没有具体规定的，可以比照民法通则处理。

197. 处理申诉案件和按审判监督程序再审的案件，适用原审审结时应当适用的法律或者政策。

198. 当事人约定的期间不是以月、年第1天起算的，1个月为30日，1年为365日。

期间的最后1天是星期日或者其他法定休假日，而星期日或者其他法定休假日有变通的，以实际休假日的次日为期间的最后1天。

199. 按照日、月、年计算期间，当事人对起算时间有约定的，按约定办。

200. 最高人民法院以前的有关规定，与民法通则和本意见抵触的，各级人民法院今后在审理一、二审民事案件和经济纠纷案件中不再适用。

【解 读】

解读《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法通则〉若干问题的意见（试行）》

一、制定背景

1949年中华人民共和国成立以后，我国的民事立法虽然进入了一个新的阶段，但是由于各种原因，却经历了一个步履艰难、曲折复杂的缓慢发展过程。自十一届三中全会以来，随着改革开放政策的贯彻执行，社会主义法制建设日益加强，民事立法工作也进入了一新的历史时期，大量民事法规、条例先后颁布。此外，1979年，全国人大常委会再次组织民法起草小组，着手第三次民法典的起草工作，到1982年前后完成了四稿民法草案。但是由于经济体制改革刚刚开始，颁布民法典的时机还不成熟，为适应社会主义商品经济的发展，于1986年4月12日第六届全国人民代表大会第四次会议通过了我国的民事基本法，即《民法通则》，于1987年1月1日起施行。但是由于当时社会与经济的发展较快，《民法通则》颁布后即在司法实践中出现了一系列的新情况、新问题，而《民法通则》却对这些问题未作出明确的规定，所以，最高人民法院经过一年多的调研与实践，制定了《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法通则〉若干问题的意见（试行）》（以下简称《民法通则意见》），对《民法通则》进行了解释与补充。由于《民法通则》的体例体现为基本原则、公民、法人、民事法律行为和代理、民事权利、民事责任、诉讼时效、涉外民事关系的法律适用及附则等几个方面，所以《民法通则意见》除基本原则外，也是依《民法通则》的体例进行解释。

需要说明的是，在互联网法规资料中曾一度出现过“最高人民法院《关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见（修改稿）》”（以下简称《修改稿》），其落款的日期为1990年12月5日，内容共有230条，比《民法通则意见》试行稿多出30条，有许多内容是试行稿中没有但却是司法实践中亟待解决的问题，在中国法院网法律文库中一度将两者均注明属于生效司法文件，引起了法律界人士的讨论，后中国法院网法律文库中删除了《修改稿》，在北大法律信息网在《修改稿》上特别注明为“非生效文件”。经最高人民法院相关权威人士明确，《修改稿》其实并未经最高人民法院审判委员会通过，只是征求意见之用，不是最高人民法院的司法解释文件，不能适用。

二、关于民事主体

(一) 关于公民

1. 关于公民的民事权利能力与民事行为能力

公民的民事权利能力，是指公民享有民事权利、承担民事义务的资格，具有民事权利能力，才能成为独立的民事主体，参与民事活动，为自己取得某些具体民事权利或者设定某项具体的民事义务，公民的民事权利能力是公民取得民事权利的前提或者基础。公民的民事行为能力，是指公民通过自己的行为取得民事权利或者设定民事义务的能力，公民的民事行为能力不仅包括公民合法行为的能力，而且还包括公民对其违法行为应当承担责任的承担能力。公民的民事行为能力以民事权利能力为基础，另一方面，公民民事权利能力的实现必须依赖于民事行为能力。但是，民事行为能力状况，还取决于其意思表示能力的状况，我国民法通则中采取年龄主义附加有条件的个案审查的方法，来确定民事主体的民事行为能力状况，即以18岁、10岁两个年龄点作为划分完全民事行为能力、限制民事行为能力、无民事行为能力的时点；同时又以18岁以上自然人的精神状况作区别不能辨认自己行为的人和不能完全辨认自己行为的人两类，分别归入无民事行为能力人和限制民事行为能力人。

公民的民事权利能力涉及其起算与终止时间的确定，限制民事行为能力人中涉及其所实施的民事行为效力的认定问题，精神病人中的限制与无民事行为能力人涉及具体确定问题，民法通则对此只作了原则性规定，因此《民法通则意见》对此作了进一步的明确，包括：

(1) 关于公民民事权利能力起止时间的具体确定，民法通则第九条规定，公民从出生时起到死亡时止，具有民事权利能力，依法享有民事权利，承担民事义务。但是在具体的司法实践中，对公民出生与死亡时间特别是出生时间的确定，尚存在不同的观点与争议，因此《民法通则意见》第1条即对此作了明确解释，本条主要是具体解释出生时间的证明问题，首先，出生时间证明文件是户籍和身份证，虽然条文中没有提出身份证，但是身份证同由国家公安机关出具的户籍证照应当具有同等效力；其次，在没有公安机关出具的文件的情况下，以医院出具的出生证明为准。因为新生儿向派出所报户口也凭医院出具的出生证明，故亦为有效证明；最后，上述两项证明都没有时，参照其他有关证明，即指工作证、护照、台胞证等有效证件等。

(2) 关于完全民事行为能力人的补充解释。民法通则第十一条第二款规定，16周岁以上不满18周岁的公民，以自己的劳动收入为主要生活来源的，视为完全民事行为能力人。即对这些人所进行的民事活动，应当依法予以保护。但是，实践中难以掌握的一点是，以自己的劳动收入为主要生活来源的具体标准如何定？从各地法院的审判实践来看，由于我国地域广阔，地区之间的

经济发展不平衡,生活水准也不尽一致,有的甚至相差悬殊,如果在全国范围内规定一个统一的数额标准,就有可能脱离当地的实际情况,难以执行。因此《民法通则意见》第2条没有规定一个死的标准,这样规定的目的是为了便于各地根据当地的实际情况予以确定。当然,执行这一规定时应当注意掌握:必须是以自己的劳动取得收入,即是指已经参加了社会生产或商品经营活动,有了固定的或比较固定的职业,以此取得的收入比较稳定;所谓能够维持当地群众一般生活水平,是指以行为人所在地的生活标准衡量,其收入能够使本人的生活起码保持适中的水准。

(3) 关于是否精神病人的司法判断问题。民法通则第十三条中出现了精神病人的概念,但是对精神病人如何判断,并未作出具体的规定。《民法通则意见》第7条对此作了进一步的解释,即当事人是否患有精神病,人民法院应当根据司法精神病学的鉴定或者参照医院的诊断、鉴定确定,在不具备诊断、鉴定条件的情况下,也可以参照群众公认的当事人的精神状态认定,但应以利害关系人没有异议为限。在认定当事人是否患有精神病的证据效力层次上,以司法精神病学鉴定最为有效,其次是医院诊断,最后为当地群众公认,但是也应以利害关系人没有异议为限。作出此解释的另一依据是民法通则第十九条关于精神病人的利害关系人申请宣告其为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的规定,即只有当利害关系人申请,或者法院在审理他们作为当事人的案件而认为必要时,才由法院审查。同时,《民法通则意见》第8条还明确了一方提出另一方当事人的民事行为能力或者诉讼行为能力问题时,人民法院处理的步骤,即人民法院首先有权决定是否有必要认定当事人的行为能力问题,如果肯定的话,则应当中止案件的审理,依民事诉讼法认定公民民事行为能力或者限制民事行为能力的特别规定,先行作出认定民事行为能力的判决,然后再对相关案件进行实体上的审理。

(4) 关于限制民事行为能力或者无民事行为能力人实施的民事行为的效力认定问题。民法通则第十二条、第十三条规定,限制民事行为能力人可以进行与他的年龄、智力相适应的民事活动或者进行与他的精神健康状况相适应的民事活动。但是对于何为与其“年龄、智力”或者“精神健康状况”相适应,则未作出具体的规定,《民法通则意见》第3条、第4条作出了具体的解释,即是否与“年龄、智力相适应”可以从行为与本人生活相关联的程度、本人的智力能否理解其行为,并预见相应的行为后果,以及行为标的数额等方面认定。从司法实践来看,一般情况下未成年的限制民事行为能力人可以进行以下行为:其一是进行满足其日常生活需要并且数额不大的民事行为,如购买日常的学习用品、食品、生活杂品;其二是从事只取得利益而不承担义务的民事行为,如荣誉权、著作权;其三是接受以自己的行为获得的人身权利和财产权利,如荣誉权、专利权、发明权等。对于“与精神健康状况相适应”的判断,则应当以行为与本人

www.docsriver.com商家巨力电子书

生活相关联的程度；本人的精神状态能否理解其行为，并预见相应的行为后果，以及行为标的数额等方面认定。值得注意的是，如果行为人既是精神病人，又是未成年人，则对相关行为的判断应当适用上述两个标准。但是，《民法通则意见》的规定仍然是比较原则的，在具体办案中，认定限制民事行为能力人的民事行为有效或无效，还需要结合当事人的情况和能力，做具体的分析认定。如对10周岁以上不满16周岁人的民事行为，就不能用一个智力标准来认定为有效或者无效；同是16周岁的限制民事行为能力人，由于现实生活中存在着智力健全程度，智商高低，也不能一概而论。《民法通则意见》规定的几个方面是相互关联的，在适用时不能仅强调一个或几个面，而忽视其他方面。如限制民事行为能力人为购买衣食、擅自出卖家中贵重金银首饰的行为虽然与其生活联系密切，但是其并不知道自己行为的性质，不能预见其后果，以及不了解金银首饰价值较大等，应当认定为无效民事行为。另外，限制民事行为能力人能够进行的民事行为，不包括重大、复杂的民事行为，如签订房屋、古董等物品的买卖合同，进行社会生产和流通领域内涉及数额较大的经济活动。但可以进行发现、发明和文学艺术创作等，并享有相应的民事权利。这样认定，比较符合立法精神，有利于保护限制民事行为能力人的利益。

除了限制民事行为能力人以外，无民事行为能力人在生活中所实施的某些行为，从特定行为的性质来看，也不宜一并认定其为无效民事行为。所以《民法通则意见》第6条解释，民事行为能力人接受奖励、赠与、报酬等纯粹受益，不负义务，并且不损害他人的行为，则行为主体没有民事行为能力的，他人也不能主张以上行为无效。在此种情况下，该行为即使未能取得其法定代理人的同意，也应认定有效，因为此种行为所取得的利益，对无民事行为能力人（包括限制民事行为能力人）来说是无偿的，不承担义务，因此有的国家民法典也称为不对等给付行为，或者不是为取得财产利益的给付行为，一般是予以保护的。

2. 关于监护问题

监护，是为了监督和保护无民事行为能力人和限制民事行为能力人的合法权益而设置的一项民事法律制度。所设定的监督保护人称为监护人，被保护的人称为被监护人。法律专门设置监护人即由一定的完全民事行为能力人，代替或者同意被监护人实施民事法律行为，这也就是代理人，而此种代理人的权限是因为法律规定的身份而当然产生的，所以又称为法定代理人。

(1) 关于监护人的职责。民法通则未对监护职责的具体内容作出相应的规定。《民法通则意见》第10条则对此作了解释，即监护人监护职责具体包括：保护被监护人的身体健康；照顾被监护人的生活；管理和保护被监护人的财产；代理被监护人进行民事活动；对被监护人进行管理和教育；在被监护人合法权益受到侵害或者与人发生争议时，代理其进行诉讼。

(2) 关于监护人的指定。民法通则第十六条、第十七条规定了人民法院指定监护人的问题,但在司法实践中由于此类问题较为复杂,上述规定仍然不能适应司法实践的需要,因而《民法通则意见》对此作了补充解释,主要包括以下几个方面:一是关于监护人监护能力的认定问题,为了对未成年人及精神病人进行保护,使他们的民事权利能力得到真正实现和民事行为能力得到弥补,仅仅要求监护人是具有完全民事行为能力的人是不够的,所以《民法通则意见》第11条还规定对监护人的监护能力的认定,还应当根据监护人的身体健康状况、经济条件以及与被监护人在生活上的联系状况等因素确定。无论是做未成年人还是精神病人的监护人,都有管理和照料被监护人生活的职责,如监护人本人身体不好,尚不能照料自己,当然也就不能尽到监护人的职责。监护人的经济条件,主要是指在被监护人自己没有财产又没有生活来源必须依靠监护人生活时,才作为监护人监护能力的条件之一予以审查,如果被监护人本人有财产,可以支付其生活费,或者有其他负有扶养义务的人供其生活费的,要求监护人具有这一条件就不重要了。与被监护人在生活上的联系状况,如一未成年人的父母死亡,但有四个成年的兄、姐,其中两个在外地,有两个与该未成年人生活在一起,在此种情况下,与未成年人共同生活的两个兄、姐就更适合做监护人,但并不因此而免除在外地的两个兄姐的抚养义务。二是关于精神病人的监护人的指定问题,民法通则第十七条第一款第四项规定“其他近亲属”可以担任精神病人的监护人,但对“近亲属”的范围未予明确,《民法通则意见》第12条解释认为,此处规定的“近亲属”包括配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女。也就是说,“近亲属”的范围是包括配偶、三代以内直系亲属和最最近的旁系亲属。监护权是一种亲权,是基于监护人与被监护人之间的特定身份关系而产生的,民法通则中规定的顺序是参照亲属关系的远近排列的,这符合我国当前家庭及亲属关系的现状。人民法院依此顺序指定监护人可以更好地保护被监护人的权益。但在实践中,由于具有监护资格的人的条件各不相同,有时后一顺序有监护资格的人比前一顺序有监护资格的人担任监护人对被监护人更为有利,人民法院可以优先考虑指定后一顺序的人为监护人,即不能将这一顺序作为指定监护人的法定顺序,立法中这样规定就是考虑到实际生活中的不同情况。三是对未成年精神病人指定监护人的顺序,民法通则第十六条规定了对未成年人指定监护人的顺序,第十七条则对精神病人指定监护人的顺序作了规定,实践中对未成年精神病人指定监护人存在不同做法,《民法通则意见》第13条即解释认为患有精神病的未成年人指定监护人,适用民法通则第十六条的规定。四是关于指定监护人的争议处理问题。指定监护是指在没有法定监护人和遗嘱监护人时,由人民法院或者有权指定监护人的机关为无民事行为能力人和限制民事行为能力人指定监护人。民法通则对因指定监护人产生的争议处理问题未作详细规定,《民

法通则意见》对此作了补充解释，即未成年人父母的所在单位、精神病人所在单位首先行使指定权，如果未成年人的父母没有单位，精神病人没有单位，或者该单位拒绝指定或者不适宜由其指定时，由未成年人、精神病人住所地的居民委员会或者村民委员会指定监护人；只有当未成年人、精神病人的近亲属对有关组织的指定不服而提起诉讼时，人民法院才依法定程序和法定条件，通过判决指定未成年人、精神病人的监护人。有关组织在指定监护人时要依照民法通则的规定进行，书面或者口头形式通知被指定人均可，一经通知应当认定指定成立；但是有关组织的指定并非终局性的，被指定人不服的，应当在接到通知的次日起30日内向人民法院起诉；既不服指定，又不向人民法院起诉的，被指定人应当负起监护责任。被指定人对指定不服提起诉讼的，人民法院应当根据规定，作出维持或者撤销指定监护人的判决，如果判决是撤销原指定的，可以同时另行指定监护人，此类案件的审理程序，按照民事诉讼法所规定的特别程序审理。

(3) 关于监护关系的变更问题。所谓监护关系的变更，是指在监护期间内更换监护人。监护人的变更可以分为协商变更与依法定程序变更两种方式，对此民法通则未作明确的规定。《民法通则意见》规定，监护人被指定后，不得自行变更；擅自变更的，由原被指定的监护人和变更后的监护人承担监护责任。所以变更监护关系，一般应根据原监护关系成立时的程序进行。原监护关系是由有监护资格的人自行协商确定的，可以自行协商变更。如果是经过有关组织或者人民法院指定的，不得自行变更。这是因为指定监护人时，往往充分考虑被监护人的利益，根据监护人和被监护人双方的实际情况择优确定的。如果客观条件发生变化需要变更监护关系时，应当经过原指定单位或者人民法院的同意，重新办理手续。擅自变更监护关系发生纠纷的，原被指定的人依然要承担法律责任，这是维护指定监护人制度严肃性的需要。《民法通则意见》第17条还规定，对指定监护人不服，且起诉又超过规定期限的，也应当按变更监护关系的程序处理。另外，当原被指定的监护人不履行监护职责，或者侵害了被监护人的合法权益的，其他有监护资格的人或者单位可以向人民法院起诉要求变更监护关系。

(4) 关于父母离婚后的监护关系问题。《民法通则意见》第21条对父母离婚后未成年子女的监护问题作了规定。父母的监护权是基于亲权而产生的，父亲和母亲都有监护权，在父母离婚时，法院会判决子女随父母中的一方共同生活，而由另一方支付相应的子女抚养费，同时在具体执行中，另一方还有定期的探视子女的权利。父母离婚后，双方仍都有监护权，与子女共同生活的一方无权取消对方对该子女的监护权，即不与子女共同生活的一方仍然有资格管理和保护未成年子女的人身和财产利益，仍可以作为子女的法定代理人；但是解释同时还赋予了与子女共同生活的一方请求人民法院取消另一方监护权的权

利,如果另一方对子女有犯罪行为,虐待行为或者对子女明显不利的,法院可以判决取消该方对子女的监护权,该方的监护责任也随之解除。

(5) 关于委托监护问题。委托监护,是指通过委托合同的形式,监护人将自己的监护责任委托他人实施的行为。民法通则未对委托监护作出规定,因此《民法通则意见》第22条规定,监护人可以将监护职责部分或者全部委托给他人,但同时也规定了责任的承担,即因被监护人的侵权行为需要承担民事责任的,应当由监护人承担;但另有约定的除外;被委托人有过错的,负连带责任。

(6) 关于收养对监护关系的影响。根据《民法通则意见》第23条的规定,收养关系合法成立,原监护关系也就因此而结束,原有的其他有监护资格的人的监护资格也因此而结束。该其他原有监护资格的人不得以收养未经其同意而主张收养关系无效。

3. 关于宣告失踪与宣告死亡问题

宣告失踪,是指法院根据利害关系人的申请,依法宣告下落不明满一定期限的自然人为失踪人,以确定其财产关系的一种制度。宣告死亡,又称推定死亡,是指自然人失踪达到一定期间后,由利害关系人申请,法院宣告该自然人死亡,以便结束以其生前住所地为中心的民事法律关系的制度。

(1) 关于申请宣告失踪、宣告死亡的利害关系人的范围及顺序。民法通则第二十条规定,公民下落不明满2年的,“利害关系人”可以向人民法院申请宣告他为失踪人。第二十三条规定,符合规定情形时,“利害关系人”可以向人民法院申请宣告他死亡。“利害关系人”是与被宣告失踪、死亡人有利害关系的人,没有利害关系的人不得提出此种申请。但是民法通则对“利害关系人”的范围及其顺序均未作出明确的规定。《民法通则意见》第24条、第25条对利害关系人的范围及申请宣告死亡的利害关系人的顺序作了解释。其中对申请宣告失踪的“利害关系人”解释为被申请宣告失踪人的配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女以及其他与被申请人有民事权利义务关系的人,对申请宣告失踪,没有规定可以提出申请的“利害关系人”的先后顺序,即利害关系人均可以提出申请。而对宣告死亡则规定了利害关系人的先后顺序,前一顺序人不同意的,则后一顺序的利害关系人不得申请宣告死亡。这是因为宣告死亡与宣告失踪不同,宣告死亡将会引起一系列的法律后果,如被宣告死亡人的民事权利能力终止,以被宣告死亡人为一方当事人的民事法律关系消灭、继承开始等,因此宣告死亡比宣告失踪更应当慎重。人民法院在审理宣告死亡案件时,一定要对提出宣告死亡申请人的身份资格进行严格审查。同时应注意到《民法通则意见》将配偶规定为第一顺序申请人,主要是考虑到申请宣告死亡的利害关系人中,配偶具有特殊的利害关系,宣告失踪人死亡将引起被宣告死亡人与其配偶之间婚姻关系的终止,因此对其权益

应格外慎重地予以保护。 www.docsriver.com商家巨力电子书

(2) 关于“下落不明”的认定。《民法通则意见》第26条对民法通则规定的“下落不明”作出了解释,认为下落不明是指公民离开自己的住所或者最后居所没有任何音信、生死不明,同时排除因在台湾或者在国外,无法正常通讯联系情况下,以下落不明宣告死亡。《民法通则意见》第28条第1款同时还解释,对公民下落不明的起算时间作了明确,即应当从公民音讯消失之次日起算,这是对普通失踪的起算时间的解释,而不是对因意外事故或者战争而失踪的起算时间的解释。

(3) 关于因战争期间下落不明宣告死亡的法律适用。《民法通则意见》第27条解释,认为战争期间下落不明,申请宣告死亡的期间应当为下落不明满4年,而不适用因意外事故下落不明满2年的特殊原因,弥补了民法通则第二十三条第二款规定的不足。因为战争也属于非人力所能抗拒的事件,在战争中死亡的可能性也较一般情况下要大得多,但是战争持续时间又与一般的意外事故有所不同,其失踪有的持续时间很长,因此,规定下落不明的时间从战争结束之日起计算,其失踪期间同时适用4年的期间,包含了对军人利益的特殊保护。

(4) 关于宣告失踪的程序。依《民法通则意见》第34条的规定,宣告失踪案件的程序应当适用民事诉讼法所规定的特别程序办理。一是关于宣告失踪案件的管辖。《民法通则意见》第28条第2款规定,宣告失踪的案件由被宣告失踪人住所地的基层人民法院管辖,住所地与居住地不一致的,由最后居住地基层人民法院管辖。因为在此类案件的审理过程中,利害关系人需要提供管辖公安机关关于该公民下落不明的书面证明,所以住所地与最后居住地的公安机关出具的书面证明十分重要。二是审理宣告失踪案件的公告。《民法通则意见》第34条第2款规定,人民法院审理宣告失踪的案件,应当发出寻找失踪人的公告,公告期间为半年,公告期间届满,人民法院根据被宣告失踪人失踪的事实是否得到确认作出宣告失踪的判决或者终结审理的裁定。三是对被宣告失踪人财产的临时处理,《民法通则意见》第34条第2款还规定,人民法院审理宣告失踪的案件,应当查清被申请宣告失踪人的财产,指定临时管理人或者采取诉讼保全措施。四是宣告失踪案件的裁判。人民法院经审理,根据事实作出确认被申请宣告失踪人失踪的判决或者终结诉讼。

(5) 关于财产代管人。人民法院在作出宣告被申请人失踪的判决时,还应当指定失踪人的财产代管人,民法通则第二十一条规定失踪人的财产由他的配偶、父母、成年子女或者关系密切的其他亲属、朋友代管。实践中对财产代管人的确定应掌握如下原则:①人民法院在指定失踪人的财产代管人时,应从有利于保护失踪人财产的原则出发决定。②人民法院在判决确认失踪事实时,如需由人民法院指定财产代管人的,应同时作出指定失踪人的财产代管人的决

定,即在判决书的主文中同时明确。③在必须由人民法院指定代管人而人民法院在确认失踪人的亲属朋友中都不宜作代管人的,可指定某一个合适的公民或者有关的组织作为财产代管人。④如果被宣告失踪人是无民事行为能力人或限制民事行为能力人,其监护人就是当然的财产代管人。

关于财产代管人的职责,依《民法通则意见》第31条至第35条规定,主要包括以下几个方面:①是保管财产,妥善管理失踪人的财产权益,是代管人的主要职责,管理失踪人财产的全部还有一部分,由人民法院确定,管理范围所花费的费用,根据《民法通则意见》规定精神,可从失踪人财产中支付。②清偿债务、交纳税款。既然失踪人的财产代管人负责保管失踪人的财产,他就负有责任以失踪人的财产代替失踪人清偿债务、交纳税款。③参加诉讼。既然失踪人的财产代管人对其财产管理,则其代为管理财产的职责一方面表现为对失踪人对外债权的主张与收回,则此时,失踪人的财产代管人可依《民法通则意见》第31条第3款的规定作为原告向法院提起诉讼,要求失踪人的债务人偿还债务。同时,当失踪人的债权人提起诉讼时,则其财产代管人也应依《民法通则意见》第31条第2款的规定作为被告参加诉讼。④履行其他法定义务,如扶养子女、赡养老人等,不能因为失踪人的下落不明而免除。此义务主要是以失踪人财产支付赡养费、抚养费及抚育费等。

关于财产代管人的变更及其民事责任的承担,《民法通则意见》第35条对此作了原则规定,主要包括:①对于失踪人的财产代管人以自己无力履行代管职责,申请变更代管人的;或者失踪人的其他利害关系人申请变更代管人的,《民法通则意见》规定,应当依照民事诉讼法的特别程序进行审理。②对失踪人的利害关系人因为失踪人的财产代管人拒不履行代管职责,或利用代管之便侵犯失踪人财产权益,而起诉要求财产代管人承担民事责任的,应依民事诉讼法规定的普通或简易程序审理。③利害关系人要求追究财产代管人民事责任同时要求变更财产代管人的,由于两者属于不同性质的问题,不能合并审理,而应区别情况,单独审理,分别适用特别程序和普通程序。

(6) 宣告死亡案件的审理程序。一是宣告死亡不以宣告失踪为前提条件,《民法通则意见》第29条明确,宣告失踪不是宣告死亡的必须程序,公民下落不明,符合申请宣告死亡的条件,利害关系人可以不经申请宣告失踪而直接申请宣告死亡。二是关于宣告死亡案件适用的程序,虽然民法通则及《民法通则意见》未明确,但依民事诉讼法的规定,也应当适用民事诉讼法规定的特别程序审理。三是关于宣告死亡判决的公告,《民法通则意见》第36条规定,被宣告死亡的人,判决宣告之日为其死亡的日期,判决书除发给申请人外,还应当 在被宣告死亡的人住所地和人民法院所在地公告。

(7) 关于宣告死亡的法律后果。一是宣告死亡的直接后果,即宣告死亡之日为失踪人死亡的日期。宣告死亡与自然死亡发生同样的法律后果,被宣告死

亡的公民在原住所地丧失作为民事主体的资格，其民事行为能力能力和民事行为能力终止，其原先参加的民事法律关系归于变更或者消灭，其婚姻关系自然解除，其个人合法财产作为遗产按继承程序处理，这些后果自该公民被确定死亡的日期开始发生。二是与自然死亡时间不一致的冲突及处理，宣告死亡只是一种拟制死亡的法律制度，宣告死亡的日期与失踪人自然死亡的日期常常出现不一致的情况，此时就需要在法律上确定一个合理的制度，所以《民法通则意见》第36条第2款作出了解释，认为被宣告死亡所引起的法律后果仍然有效，但是自然死亡前所实施的民事法律行为与被宣告死亡引起的法律后果相抵触的，则以其实施的民事法律行为为准。即有民事行为能力人在被宣告死亡期间实施的民事法律行为应当有效，而且优于宣告死亡产生的法律后果，因为宣告死亡仅仅是法律上的一种推定，如果被宣告死亡的人事实上仍然活着，那么他们就有民事权利能力，他们若同时具有民事行为能力，则在被宣告死亡期间所实施的民事法律行为应当有效。三是宣告死亡与失踪人婚姻状况的关系，《民法通则意见》第37条规定，被宣告死亡的人与其配偶的婚姻关系，自死亡宣告之日起消灭，其配偶即可再婚；被宣告死亡人出现或者确知他没有死亡，经本人申请或者利害关系人申请，人民法院应当撤销对他的死亡宣告；如果此时其配偶尚未再婚的，被宣告死亡人的出现或者确知他没有死亡，并不导致夫妻关系的自行恢复，法律需要一个撤销宣告死亡的判决，夫妻关系自撤销死亡宣告之日起自行恢复；如果其配偶已经再婚的，即使法院判决撤销死亡宣告，夫妻关系也不得认定自行恢复，法律保护再婚后的婚姻关系的效力，而且如果其配偶再婚后又离婚或者再婚后配偶又死亡的都不得认定夫妻关系自行恢复，要恢复夫妻关系，仍然需要办理复婚手续。四是宣告死亡与子女收养的关系，依《民法通则意见》第38条的解释，失踪人被宣告死亡后，他对于子女的亲权和监护权也随之而消除，其子女如果被他人依法收养的，被宣告死亡人在宣告死亡被撤销后，仅以未经本人同意而主张收养关系无效的，一般不应准许，但是收养人和被收养人同意的除外；如果允许被宣告死亡人主张收养关系无效的话，那么宣告死亡制度所起到维护社会经济秩序和社会生活秩序稳定的价值目标就无从体现。

(8) 关于恶意申请宣告死亡的财产责任。在实践中存在利害关系人隐瞒真实情况而向法院申请宣告失踪人死亡的可能，此种行为实际上是一种侵权行为，为了保护被宣告死亡人的合法权益，《民法通则意见》第39条明确，利害关系人隐瞒真实情况使他人被宣告死亡而取得其财产的，除应返还原物及孳息外，还应对造成的损失予以赔偿。民法通则第二十五条同时还规定，被撤销死亡宣告的人有权请求返还财产，依照继承法取得他人财产的公民或者组织，应当返还原物，原物不存在的，给予适当补偿。但是在此种关系中，还存在对善意第三人的保护问题，善意第三人取得原物的情况下，因其受善意取得权的保

护其效力不受撤销死亡宣告的影响,所以《民法通则意见》第40条解释,被撤销死亡宣告的人请求返还财产,其原物已被第三人合法取得的,第三人可不予返还。

(二) 关于个体工商户、农村承包经营户、个人合伙

1. 关于个体工商户与农村承包经营户

个体工商户,是指公民个人或者家庭财产作为经营资本,依法经核准登记,并在法定范围内从事工商业经营活动的自然人的特殊形式。

农村承包经营户,则是指农村集体经济组织的成员,在法律允许范围内,按照承包合同的规定从事特种商品生产和经营活动的一种自然人的特殊形式,是一种集体经济的经营方式的法律表现。

(1) 用家庭共同财产投资而由个人独立经营的或者经营收入的主要部分供家庭成员享用的个体工商户和农村承包经营户债务承担问题。

民法通则第二十九条规定,个体工商户、农村承包经营户的债务,个人经营的,以个人财产承担;家庭经营的,以家庭财产承担。但是对于是以个人经营还是以家庭经营如何区别,在实践中仍然存在争议,《民法通则意见》作了进一步解释。《民法通则意见》第42条在民法通则规定的区分标准的基础上,又增加了以出资和收益情况来判断是否家庭经营的标准,即公民个人出资,独立经营,收益归其个人所有的个体工商户和农村承包经营户,可以认定为以个人经营,其债务以该公民的个人财产承担;以公民个人名义申请办理工商登记的个体工商户和以个人名义承包的农村承包经营户,用家庭财产共同投资,或者收益的主要部分供家庭共享的,可以认定为以家庭经营,其债务以家庭共有财产清偿;个体工商户和农村承包经营户系由部分家庭成员出资经营和收益的,对外债务由该部分家庭成员对外承担连带清偿责任;全体家庭成员共同出资,共同经营、共同收益的个体工商户和农村承包经营户,其对外债务应当由家庭共有财产承担。对夫妻关系存续期间的债务处理也基于同样的原理,对此《民法通则意见》第43条也作了解释。在适用上述原则时,还应注意:①把用家庭共有财产投资与亲友的借贷或赠与区别开来。家庭共有财产是指包括经营者在内的共同生活的家庭成员因共同劳动,共同积累以及用其他合法方式取得的家庭财产。那种已经各自独立生活的公民为从事“两户”经营而向亲属借贷,或用亲属赠与的财产从事“两户”经营的,财产责任由个人承担。②正确理解收益的主要部分供家庭成员享用这一适用条件,应是指进行“两户”经营者以其经营收益的主要部分,用于家庭生活的开支,那种只是用其收益的少部分给其家庭成员享用,主要部分为个人享用,或者虽然是将收益的大部分供家庭成员享用,但属于法定义务之抚养费、赡养费的,其债务也不应由家庭共有财产清偿。③如果个体工商户或者农村承包经营户的债务应当以家庭共有财产清偿,则在责任的具体承担与履行,商家巨力法律书制作发布

www.docsriver.com 商家巨力电子书

要的生产工具,因为法律的实施,最终是为了恢复正常的法律关系,建立良好的法律秩序,因此法律在保护权利人的权利得到实现的同时,还应当适当考虑到被执行人的生产和生活的最低需要,使其不陷入无法生产或者正常生活的困境,这也是法律在保障人权方面的体现。

(2) 在夫妻关系存续期间,一方从事“两户”经营所负债务的清偿问题。

夫妻双方从事“两户”经营的,其收益为夫妻共有,债务为夫妻共同债务是明确的,但对于一方从事“两户”经营时所得收益或所负债务是否为双方共同财产或共同债务,民法通则未作明确规定,《民法通则意见》第43条依婚姻法第十三条规定作了具体解释。但在适用该条解释时还应注意:①夫妻双方实际约定财产制的,如约定从事个体经营或承包经营的一方,其经营收入为个人所有,因经营所负债务由个人承担,则这种约定只要不违反法律和行政法规的强制性规定时,应当承认其效力,但这种约定必须是在承包或个人经营以前以书面形式作出。②对所负债务在离婚时的处理。如“两户”经营的债务属夫妻共同债务,在夫妻双方离婚时,应以夫妻共同财产承担,夫妻共同财产不足清偿时,由双方负担。离婚时债务未到期的,应进行分割,确定双方应负担的份额或方法。

2. 关于个人合伙

个人合伙,是指两人以上的公民按约各自提供资金、实物、技术等,合伙经营、共同劳动的行为或组织形式。

在我国的法律制度中,个人合伙是合伙的主要形式,除个人合伙外,还存在法人的合伙,而法人之间的合伙又被称为联营。个人合伙按是否起字号并经工商部门核准登记划分,可以分为一般的个人合伙与合伙企业两种组织形式。

(1) 关于涉及合伙的诉讼主体的确定问题。《民法通则意见》对涉及个人合伙案件诉讼主体的确定作了解释,即第四十五条的解释,起字号的个人合伙,在民事诉讼中,应当以依法经核准登记的字号为诉讼当事人,并由合伙负责人为诉讼代表人,因为个人合伙不仅仅是民事法律行为而且也是一种组织形式,依法经核准登记的个人合伙与一般的公民在诉讼中还是应当有所区分的。在此种情况下,合伙负责人的诉讼行为对全体合伙人发生法律效力。因为合伙负责人是由全体合伙人推举产生的对外代表全体合伙人的利益,对内组织经营管理的合伙人,合伙负责人的权力由全体合伙人赋予,并接受全体合伙人的监督。合伙负责人执行合伙的经营决策所产生的经营亏损、意外损失和所欠债务等民事义务和责任,一并由全体合伙人承担。而对于没有起字号的个人合伙而言,合伙人在民事诉讼中应当为共同诉讼人,此种形式的合伙只存在合伙人之间的合伙关系,由于他们之间未成立合伙组织,所以不具有外部关系的统一性,其对外活动时仍然是以作了合伙人的个人资格来进行的,也没有合伙的负责人,在合伙人的人数众多时,可以推举诉讼代表人参加诉讼,而且应当办理

书面委托手续,委托诉讼代理人在家巨力诉讼,其诉讼行为对全体合伙人发生法律效力。

(2) 关于合伙人的认定问题。民法通则并没有对只签订合伙协议而不参加共同经营的人是否可以作为合伙人作出规定。《民法通则意见》对此作了解释性的规定,一是第46条对此所作的扩张性解释,即认为参与签订合伙协议提供资金、实物或者技术,约定参与盈余分配,但并不参加共同经营劳动的人,也可以认定为合伙人。此条扩张解释的适用是有条件的,即签订合伙协议,提供资金、实物或者技术;参与盈余分配。二是《民法通则意见》第49条规定的名为集体实为合伙的确定,即个人合伙虽然经工商行政管理部门错误登记为集体所有制的企业,但实际为个人合伙的,应当按个人合伙对待,相关当事人为合伙人。三是《民法通则意见》第50条规定的口头个人合伙的认定,即当事人之间没有书面合伙协议,又未经工商行政管理部门核准登记,但具备合伙的其他条件,又有两个以上无利害关系人证明有口头合伙协议的,人民法院可以认定为合伙关系。

(3) 关于合伙债务的承担原则。合伙的债务,按其性质又可以分为外部债务与内部债务两种。民法通则对此规定比较原则。《民法通则意见》第47条作了详细的解释,依该条规定,合伙人对外清偿责任为连带责任,即指每一个合伙人对于合伙债务对外负有无限连带清偿责任;也就是说此时的合伙人为连带债务人,合伙的债权人有权向合伙人中的一人或者数人主张要求其清偿合伙债务的一部分或者全部。当任何一个或者数个合伙人无力清偿合伙债务时,其他合伙人就有代替清偿的责任。法律规定由合伙人对合伙债务承担无限连带清偿责任,是为了维护正常的经济秩序,保护债权人的合法权益,对此种责任的承担,合伙人之间不得以协议的方式免除或者变更。同时,依《民法通则意见》第57条的解释,合伙人以各自的财产对外承担清偿责任,如果合伙人以个人财产出资的,以合伙人的个人财产承担;如果合伙人以其家庭财产出资的,则应以其家庭共有财产对外承担责任;合伙以个人财产出资,但是合伙的盈余分配所得用于其家庭成员生活的,则应先以合伙人的个人财产承担责任,不足部分以合伙人的家庭共有财产承担责任。而对于合伙的内部债务而言,则属于一种按份债务,各合伙人的承担份额首先应当按其协议约定的债务承担比例分担;各合伙人之间没有约定分担比例的,可以依各合伙人的出资比例分担;未明确出资比例的,则可以依各合伙人之间的盈余分配比例分担;合伙人无约定,又无法确定出资及盈余分配比例的,则由各合伙人平均分担合伙债务或者亏损。但是,对合伙经营造成亏损有过错的合伙人,应当根据其过错程度相应的多承担责任,即该合伙人在执行合伙事务的过程中,违反合伙协议的约定,违反合伙确定的经营决策,擅自处分合伙财产等造成合伙的亏损,而不包括在履行合伙决策过程中产生的正常的经营风险及商业风险在内。对于提供实物或

者技术的合伙人的责任承担,也应当按以上原则处理。

(4) 关于入伙。入伙,是指合伙成立以后,第三人加入合伙并取得合伙资格的行为。民法通则未规定入伙,《民法通则意见》第51条对此作了规定。根据该条规定,第三人入伙由于涉及合伙的出资比例、盈余分配比例和对外对内债务亏损的承担,所以第三人入伙应当经合伙人协议约定,人民法院对入伙及其权利义务的處理应当按协议约定处理。如果第三人入伙时没有签订协议的,则须经全体合伙人同意,因为合伙关系是建立在合伙人之间相互信任的基础之上的,非经全体合伙人同意的入伙行为应当认定无效。

(5) 关于退伙。退伙,是指合伙人脱离合伙组织,丧失合伙人资格的行为。退伙又可以分为声明退伙、法定退伙与除名三种,民法通则未规定退伙,《民法通则意见》第52条、第53条、第54条对协议退伙及声明退伙的相关问题作了解释。首先是关于退伙的处理原则,《民法通则意见》第52条规定,合伙人退伙,书面协议有约定的,按书面协议处理;书面协议未约定的,原则上应予准许;因此,只要合伙人声明退伙的,原则上应当准许。这是因为合伙是以合伙人之间的相互信任关系为基础的,如果一方坚持要退伙,其他合伙人即使不同意,也不能再维持这种信任关系。但是由于一方声明退伙会给合伙造成不同程度的损失,因此在考虑退伙的原因、理由以及各方当事人过错的基础上,可以要求退伙人对因其退伙而给合伙造成的损失按其过错承担相应的赔偿责任。其次是退伙后对合伙经营期间债务及亏损的承担。依《民法通则意见》第53条的解释,合伙人退伙,并不影响合伙人对合伙经营期间产生的债务及亏损的承担,也就是说,如果因合伙经营期间发生的债务产生的纠纷,各合伙人之间对外仍然应当承担无限连带清偿责任;而对于各合伙人之间对债务的内部分担,在退伙人退出合伙时如果有协议约定的,应按其约定处理;如果没有协议约定的,则应按出资或者盈余分配的比例确定应当承担的债务或者亏损的份额;但是即使是已经分担合伙债务的退伙人,也仍然得与其他合伙人对合伙经营期间的债务承担连带清偿责任。其三是退伙时的财产分割问题,依《民法通则意见》第54条的解释,合伙人退伙时应当对合伙财产进行分割,可供分割的合伙财产,应当包括合伙时投入的财产和合伙期间积累的财产,还包括合伙期间的债权和债务;具体分割的比例可以按协议约定或者出资、盈余分配的比例确定;对于入伙时合伙人投入合伙的财产原物,原则上应当返还给退伙人,但是对于返还原物确有困难的,可以不予退还,而通过折价处理的方式解决。

(6) 关于合伙的终止。合伙的终止,是指由于法律规定的原因而使合伙事业终结,合伙关系在法律上归于消灭。一个现存合伙的完全消灭,必须经过两个独立的步骤,即:解散、清算;对于办理登记的合伙还必须经过办理注销登记而消灭。在合伙解散后,为了结束其经营事务,必须进行清算,合伙清算的

内容主要是 www.docsriver.com 商家巨力电子书
清算合伙财产、收取合伙债权、清偿合伙债务、返还出资、分配
余财产,使合伙归于消灭。《民法通则意见》第55条规定了合伙终止时对合
财产的处理原则,此条解释中的“对合伙财产的处理”,其范围不应作狭义
理解,而应当理解为包括清偿债务、返还出资以及分配剩余财产等若干方面
另外,依《民法通则意见》第56条的解释,合伙人互相串通逃避合伙债务的
除应令其承担清偿责任外,还可以按照民法通则第一百三十四条第三款的规
处理,即对其采取民事制裁措施,具体包括训诫、责令具结悔过、收缴进行
法活动的财物或者所得,并可以依法处以罚款或者司法拘留等。

以上是《民法通则意见》关于个人合伙的司法解释,而关于法人之间的
伙应当按联营的规定处理;而合伙企业相关问题的处理,则应当按《中华人
共和国合伙企业法》的有关规定处理。

（三）关于法人

法人,依民法通则第三十六条的规定,是指具有民事权利能力和民事行
能力,依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织。

1. 关于企业法人工作人员行为的责任承担

民法通则第四十二条规定,企业法人对它的法定代表人和其他工作人员
经营活动,承担民事责任。

企业法人的法定代表人是依照法律或者法人组织章程的规定,代表法人
使职权的负责人;法定代表人具有如下特征:首先法定代表人的资格是法
的,至于法定代表人的具体人选,可以通过任命、选举、招聘等方式产生。
次,法定代表人是代表法人行使职权的负责人,法定代表人一般是执行机关
负责人,他依照法律或者法人章程的规定,而无须法人机关的专门授权,就
以法人的名义、代表法人对外进行民事活动,并为签字人。再次,法定代
人是代表法人从事业务活动的自然人,法定代表人只能是自然人,且该自然
只有代表法人从事民事活动和民事诉讼活动时才具有这种身份,当自然人以
定代表人的身份从事法人的业务活动时,并不是独立的民事主体,而只是法
这一民事主体的代表。

民法通则第四十二条规定以及《民法通则意见》第58条规定中的“其
工作人员”,并非指法人的所有工作人员,此处的“其他工作人员”主要包
两类:一类是除法定代表人以外能够代表法人对外从事经营活动的法人机关
成员,如公司制企业法人中的董事、经理等;另一类是非法人机关成员的工
人员也就是一般工作人员,但是他们因法人机关授予了职务或者职权或者
托,以法人的代理人的身份从事经营活动。

对上述企业法人的法定代表人或者其他工作人员以法人名义从事的经营
动,给他人造成经济损失的,企业法人应当承担民事责任;而对于上述人员
自己的名义而并未以法人的名义所从事的民事活动,给他人造成经济损失

则不应由法人承担民事责任，所以《民法通则意见》第58条作了补充解释。

2. 关于企业法人的解散与清算

法人的终止，是指法人资格的消灭，法人终止后，其民事权利能力与民事行为能力丧失，民事主体资格消灭。法人的终止不同于法人的解散，法人的终止是指法人在实体意义上已经消灭，而法人的解散是指法人将要终止，在清算完毕并向登记机关办理注销登记后，法人才归于消灭。民法通则第四十五条规定的法人终止的原因，实际上是法人解散的原因。依照民法通则的规定，企业法人解散，必须依法进行清算，企业法人的清算，就是指清理已经解散的企业法人的财产、了结其作为当事人的法律关系，从而使该法人归于消灭的程序。由于法人的解散中包括因被撤销而解散和因被宣告破产而解散，所以，其清算程序也包括被撤销解散后的清算与破产清算。对于企业法人因自行解散或者被撤销而解散的，《民法通则意见》补充解释认为应当由企业法人的主管机关组织清算小组进行清算；而对于因破产进行清算的，由于企业破产法以及民事诉讼法对其有特殊的规定，应当由人民法院组织有关机关和有关人员成立清算组进行清算。由于民法通则以及《民法通则意见》制定时，我国的公司法还未制定实施，公司法实施后，对于公司制企业解散后的清算，除破产清算外，有限责任公司应当由其股东组成清算组进行清算；股份有限公司应当由其董事会成员或者股东大会指定的人员组成清算组进行清算，而不是由其主管机关组织成立清算小组进行清算。

企业法人解散后的清算一般是通过成立清算组织的方式来进行的，依《民法通则意见》第60条的规定，清算组织是指以清算企业法人债权、债务为目的而依法成立的组织，它负责对终止的企业法人的财产进行保管、清理、估价、处理和清偿等。该条同时规定，以逃避债务责任为目的而成立的清算组织，其实施的民事行为无效，这样规定是为了保护企业法人的债权人的合法权益，从而建立起正常的企业法人市场退出机制。

企业法人解散后至办理注销登记以前，企业法人的主体资格并未消灭，所以企业法人仍然可以作为诉讼主体参加民事诉讼，作为原告或者被告，清算组织只是代表法人对其财产进行清算的组织，是清算事务的具体执行机构，而不是企业法人本身，在清算过程中企业法人本身仍然存在，只是其行为能力有所限制而已。依《民法通则意见》第60条第2款的规定，对于涉及终止的企业法人债权、债务的民事诉讼，清算组织可以用自己的名义参加诉讼。此后相当长时期的司法实践都是按此原则操作的，但从对清算法人及清算组织认识的不断深入，对企业法人解散后的诉讼，不应由其清算组织为当事人，而仍然应以企业法人（清算法人）为当事人，清算组织的负责人只是诉讼代表人。

三、关于民事法律行为和代理

(一) 关于民事法律行为

依民法通则第五十四条的规定,民事法律行为,是指公民或者法人设立、变更、终止民事权利和民事义务的合法行为。

1. 关于民事法律行为表达形式的补充解释

民法通则第五十六条规定了民事法律行为可以采用的形式为“书面形式、口头形式或者其他形式,法律规定的特定形式”,《民法通则意见》第65条对“其他形式”作了补充解释。即包括录音、录像等视听资料形式,但是要求有两个以上无利害关系人作为证人或者有其他证据证明该民事行为符合民法通则第五十五条的规定,方可认定有效。

《民法通则意见》第66条还对默示形式的民事行为作出了补充解释。默示形式,是指不依语言或者文字等明显表意方式,而借助他种事实可以推知其意思而成立的民事行为的一种形式。默示又可以分为积极的默示(也就是作为的默示)和消极的默示(也就是不作为的默示)。积极的默示是指一方当事人向对方当事人作出一定行为间接表示内心意思的默示行为,而消极的默示则是指特定的沉默和不作为却依约或依法被赋予一定意思表示的默示行为。然而消极的默示必须是法定或者依双方先前的约定才有法律效力,否则就是无效的。从《民法通则意见》第66条的规定来看,既承认积极作为的默示,也承认消极不作为的默示行为。

2. 关于无效民事行为的补充解释

民法通则第五十八条规定了七种民事行为无效的情形;《民法通则意见》第67条对此作了补充解释,即间歇性精神病人的民事行为,确能证明是在发病期间实施的,应当认定无效;因为间歇性精神病人在发病期间不能明确分析、判断自己行为的性质及可能发生的法律后果,缺乏为一定民事行为所需要的行为能力,故间歇性精神病人在发病期间实施的民事行为可确认为无效民事行为,但必须“确能证明在发病期间实施的”,不是确能证明是在发病期间实施的,仍然不能认定该民事行为无效,这是维护正常的社会经济秩序、保护当事人的合法权益,防止某些行为人逃避法律义务的需要。行为人在神志不清的状态下所实施的民事行为,应当认定无效。行为人在神志不清的情况下,缺乏正常的分析、判断事物的能力,也不具有进行一定民事行为所需要的民事行为能力,在这种情况下所为的民事行为应当认定无效。这种情况下所为的民事行为为常发生遗嘱、继承案件中,如被继承人在立遗嘱时已经处于神志不清的状态,该立遗嘱的行为即应认定为无效。

《民法通则意见》第75条解释,附条件的民事行为,如果所附条件是违背法律规定或者不可能发生的,应当认定该民事行为无效。附条件的民事行为:

是指在民事行为中指明一定条件,把条件的成就(发生或者出现)作为民事法律行为效力的发生或者终止的根据。法律对条件有要求,条件既可以是事件也可以是行为,然而不是所有的事实都可以作为民事行为的所附条件,能够作为条件的事实必须是尚未发生的客观不确定的事实,即在进行民事行为时不能确定该条件事实是否发生,对已经发生或者虽然尚未发生但是根本上不可能发生的事实,不能作为民事行为所附的条件。

关于民事行为被确认无效后,(1)该民事行为不产生行为人预期的法律效果,从行为开始就没有约束力,权利义务尚未行使或履行的,义务人有权拒绝履行,权利人也失去了请求履行的权利。如是正在履行的,应当停止履行。(2)由于无效行为从本质上讲是一种违法行为,因此,民事行为被确认无效后,可能产生一定的行政法上的后果、刑法上的后果以及民法上的后果。依民法通则第六十一条第二款规定,双方恶意串通,实施民事行为损害国家的、集体的或者第三人的利益的,应当追缴双方取得的财产,收归国家、集体所有或者返还第三人。此处规定所指的“双方取得的财产”的范围如何确定,《民法通则意见》第74条作了解释,即包括双方当事人已经取得和约定取得的财产。在司法实践中,对已经取得的财产,从取得人处收缴;对约定取得而实际尚未取得的财产,从约定支付的一方当事人处收缴。(3)对于民事行为严重损害国家、集体和第三人利益,严重违反民事法律规范的,人民法院可以根据民法通则第一百三十四条的规定,对行为人依法采取民事制裁措施。

3. 关于欺诈行为的解释

民法通则第五十八条第一款第三项规定,一方以“欺诈”的手段使对方在违背真实意思表示的情况下所为的行为系无效民事行为。《民法通则意见》第68条对“欺诈”的含义作了解释,即一方当事人故意告知对方虚假情况,或者故意隐瞒真实情况,诱使对方当事人作出错误意思表示的,可以认定为欺诈行为。应注意的是,依合同法第五十二条及第五十四条的规定,除损害国家利益外,因欺诈而签订的合同不再是无效合同,而是可撤销的合同。

4. 关于胁迫的解释

民法通则第五十八条第一款第三项还规定一方以“胁迫”的手段使对方在违背真实意思表示的情况下所为的行为无效。《民法通则意见》第69条对此作了解释,即胁迫是指不正当的预告危害,旨在使他人恐怖,从而迎合自己作出意思表示。受胁迫的一方当事人基于恐怖而形成的内心意思,在很大程度上是胁迫人设计的,所以该意思表示是不真实的。依合同法第五十二条、第五十四条的规定,受胁迫而签订的合同,除损害国家利益外,亦属可撤销的合同。

5. 关于乘人之危的解释

民法通则第五十八条第一款第三项规定,一方乘人之危,使对方在违背真实意思表示的情况下所为的民事行为无效。《民法通则意见》第70条对此作了

解释，即一方当事人在订立合同时，因受对方乘人之危，为牟取不正当利益，迫使对方作出不真实的意思表示，严重损害对方利益的，可以认定为“乘人之危”。依合同法第五十四条的规定，因乘人之危而违背真实意思表示签订的合同，属于可撤销的合同。

6. 关于重大误解及显失公平的解释

民法通则第五十九条第一款第一项规定，行为人对行为内容有重大误解的行为为可撤销的民事行为。《民法通则意见》第71条对“重大误解”作出了解释，即行为人对行为的性质、对方当事人、标的物的品种、质量、规格和数量等的错误认识，使行为的后果与自己的意思相悖，并造成较大损失的，可以认定为重大误解。因重大误解的民事行为是因行为人主观认识上的错误而造成的，它与因受欺诈等外力的影响而作的民事行为不同，但是这种行为确与行为人的真实意愿相违背，为了维护当事人的合法权益及正常的贸易关系，应当允许行为人变更或者撤销其行为。

民法通则第五十九条第一款第一项规定，显失公平的民事行为亦为可撤销的民事行为。《民法通则意见》第72条对“显失公平”作了解释，即一方当事人利用优势地位或者利用对方没有经验，致使双方的权利与义务明显违反公平、等价有偿原则的，可以认定为显失公平。

7. 关于撤销权的行使期限

《民法通则意见》第73条解释规定，可变更或者可撤销的民事行为，自行为成立时起超过1年当事人才请求变更或者撤销的，人民法院不予保护。此是关于撤销权行使期限的规定，撤销权是以权利人的单方意思表示消灭法律行为效力的民事权利，撤销权在性质上属于形成权，所以撤销权的行使期间在法律性质上属于除斥期间，不适用中止、中断、延长的规定。需要注意的是，合同法第五十五条规定的可撤销合同当事人的撤销权的行使期间，是自撤销权人知道或者应当知道可撤销事由之日起1年，而不是合同成立之日起1年。

(二) 关于代理

代理，是指代理人在代理权限范围内，以被代理人的名义独立与第三人实施民事法律行为，由此产生的法律效果直接归属于被代理人的一种法律制度。

1. 关于代理的适用范围

民法通则第六十三条第一款规定，公民、法人可以通过代理人实施民事法律行为。由此款规定可以得出公民、法人可以通过代理人实施任何民事法律行为的结论，但是在实践中，部分民事法律行为是可以由代理人实施的，如合同行为、单方民事法律行为以及准民事法律行为等。但是某些民事法律行为必须是由本人来实施的，如具有人身属性法律要求必须由本人亲自实施民事法律行为，包括结婚、离婚、收养、立遗嘱、遗赠扶养协议等民事法律行为；另外，某些民事法律行为属于当事人要求必须本人实施的，也不得委托

人代理实施。所以《民法通则意见》第78条补充解释，凡是依法或者依双方的约定必须由本人亲自实施的民事行为，本人未亲自实施的，应当认定代理行为无效。

2. 关于共同代理与共同被代理

依据代理人人数是一人还是数人可以将代理划分为单独代理和共同代理；其中单独代理是只有一人的代理，即代理权属于一人；而共同代理则是代理人有两个以上的人的代理，即代理权属于两个以上的代理人。在共同代理的情况下，各代理人的代理权限范围应当在授权时明确规定，指明各代理人的代理事项及权限；如果法律或者授权没有特别规定，则应当认定共同代理权的行使应当由数个共同代理人共同行使，所谓共同行使就是应当经全体协商或者按多数人的意思形成共同代理意思，《民法通则意见》第79条第1款规定，在共同代理中，如果其中一人或者数人未与其他委托人协商，所实施的行为侵害被代理人权益的，则应当由实施行为的委托代理人承担民事责任。

依据被代理人的人数是一人还是多人，可以将代理分为单独被代理与共同被代理，前者是指被代理人是一个人的情形；后者是指被代理人为多人的情形。在数个被代理人共同授权行为而成立的委托代理关系中，一个被代理人未经其他被代理人同意而提出解除或者变更委托代理关系并因此而给其他被代理人造成损害的，依《民法通则意见》第79条第2款规定，应当由提出解除或者变更代理关系的被代理人承担民事责任。

3. 关于复代理

复代理，也称为再代理，是相对于本代理而言的，是指由本代理之代理人作为本人选任代理人而产生的代理。它是本代理的代理人为了行使代理权，为本人选任代理而产生的，所以又称转委托。复代理人仍然是本人的代理人，而并不是本代理中代理人的代理人。民法通则第六十八条规定，委托代理人为被代理人的利益需要转托他人代理的，应当事先征得被代理人的同意；事先没有取得被代理人同意的，应当在事后及时告诉被代理人，如果被代理人不同意，由代理人对自己所转托的行为负民事责任，但在“紧急情况”下，为了保护被代理人的利益而转托他人代理的除外。《民法通则意见》第80条对此“紧急情况”作了解释，即由于急病、通讯联络中断等特殊原因，委托代理人自己不能办理代理事项，又不能与被代理人及时取得联系，如不及时转托他人代理，会给被代理人的利益造成损失或者扩大损失的。

与代理关系相同，委托代理人与转托代理人（即复代理人）之间也需要办理转托手续，通过转托手续，明确复代理人的姓名或者名称、代理事项、代理权限和代理期限等，如果是书面形式，还应当载明转托代理人的姓名或者名称，由转托代理人签名或者盖章，并且应当附上被代理人与代理人（即转托人）的委托证明书，以此证明转托代理人是被代理人的代理人，而并非转托人

的代理人。如果因为转托代理人在商家巨力牌, 并因此而给第三人造成损失的, 第三人可以依《民法通则意见》第 81 条的规定, 直接向被代理人要求赔偿损失。被代理人向第三人赔偿损失以后, 可以要求委托代理人赔偿损失, 如果转托代理人也有过错的, 则转托代理人应当承担连带责任, 《民法通则意见》作出这样的解释, 既是为了维护被代理人和第三人的合法权益, 也是为了促使代理人转委托时谨慎从事, 避免对被代理人及第三人的利益产生损害。

4. 关于被代理人死亡后委托代理人行为的效力认定

民法通则第七十条规定被代理人死亡后, 法定代理或者指定代理终止, 而未规定委托代理的效力; 《民法通则意见》第 82 条对此作了解释, 其中规定了被代理人死亡后, 委托代理人的行为仍然应当确认有效的几种情况。代理关系是具有人身属性的法律关系, 被代理人死亡其代理关系不能通过继承的方式转归继承人, 如果继承人愿意继续这种代理关系的, 可以重新委托授权, 重新建立委托代理关系, 所以原则上被代理人死亡, 则代理权也应归于消灭。但是, 对于代理人存在《民法通则意见》第 82 条所列几种情形时, 应当承认其行为的效力。之所以作出这样的解释, 是因为代理行为通常是具有连续性的行为, 在代理人的代理行为完成以前一般不宜中断, 如果规定被代理人死亡的同时代理关系终止的, 可能会给第三人带来损失, 同时也可能给被代理人的权利承受人如继承人带来损失。而且在被代理人死亡后, 其继承人是否愿意重新委托代理人而建立委托代理关系还处于不确定的状态, 为了使这一期间继承人的权利得到更好的保护, 也应当确认部分情况下代理人的行为是有效的。

在代理制度中, 民法通则与《民法通则意见》中均未规定表见代理问题, 在其后实施的合同法中对表见代理作了明确的规定, 所以关于表见代理的认定及其民事责任的承担问题, 应当按照合同法的规定处理。

四、关于民事权利

(一) 关于物权

物权, 是指直接支配特定的物并享受其利益的权利。物权具有如下法律特征: (1) 物权是直接支配物的财产权, 物权作为财产权无须借助他人行为, 仅依自己的意思管领标的物, 并取得其权利内容之利益。(2) 物权是可对世间一切人的绝对权, 物权是以不特定的任何人为义务主体的民事权利, 该义务主体均负有不得侵害其权利和妨害其权利行使的义务, 因此物权的效力可以向一切人主张。(3) 物权是权利主体对物进行直接支配的权利。

各国民法典上规定的物权, 虽然存在差异, 但是在大类上还是趋于一致的, 可谓大同小异, 其主要类别总体上可归纳为以下几种: (1) 所有权, 是指的民事主体在法律规定的范围内对于所有物进行包括占有、使用、收益、处分并排除他人全面支配的物权, 所有权是物权完全、充分的表现形式, 是最典型的

物权，正因为如此，我国民法通则将所有权规定于其他物权之上，成为其他物权的基础。(2) 用益物权，是指依法对他人所有物在合适的范围内以使用、收益为主要内容的权利，它是从所有权中分离出来的一项物权形态，传统民法通常包括地上权、地役权、典权和永佃权等。(3) 担保物权，是指依在他人（债务人或者第三人）的所有物（特定财产）上为担保债的履行而设定的物权，其建立的基础仍然是所有权，担保物权通常包括抵押权、质权和留置权，担保物权以取得物的交换价值为目的。民法通则中规定的物权分为“财产所有权和与财产所有权有关的财产权”。

1. 关于所有权转移的补充解释

民法通则第七十二条规定，按照合同或者其他方式取得财产的，财产所有权从财产交付时起转移，法律另有规定或者当事人另有约定的除外。对此条中所规定的“法律另有规定或者当事人另有约定的除外”的含义及其在实践中的主要表现，《民法通则意见》第84条、第85条、第86条与第87条作了一些解释性的规定，主要包括以下几个方面：

(1) 关于附条件的所有权转移。民法通则第六十二条规定，民事法律行为可以附条件，附条件的民事法律行为在符合所附条件时生效。因此，在所有权转移的民事法律行为中，当事人当然也可以对所有权的转移约定附有特别的条件，所以《民法通则意见》第84条解释，财产已经交付，但当事人约定财产所有权转移附条件的，在所附条件成就时，财产所有权方为转移。

(2) 一方当事人反悔的处理。在当事人双方约定转移标的物的所有权时，包括合同行为中以转移标的物所有权为合同目的时，无论是合同标的物所有权转移以前还是转移以后，均可能存在一方当事人反悔（主要是交付标的物的一方当事人）的情形。对此情形如何处理，《民法通则意见》第85条作了解释，主要包括以下几个方面：其一是财产所有权合法转移后，一方反悔的，不予支持。此处的“合法转移”，首先是指标的物是可以依法转让的财产，依法不能转让的财产自然不存在合法转移的问题；其次是指转让人与受让人均是具有民事行为能力当事人，这是民事法律行为有效成立的主体要件；再次是要求财产所有权转移的程序必须合法等。其二是当财产所有权尚未转移时，一方当事人反悔的，此时该方当事人反悔的目的是为了不再转移标的物的所有权，即在合同关系中是解除合同的表现与行为，在合同关系中，合同的履行结果可能是导致标的物所有权的转移，合同的履行即成为标的物所有权转移的原因。如果当事人一方请求解除合同是出于正当理由，如法定解除权与约定解除权出现时，则合同可以解除，因合同解除，标的物即无须再继续交付，亦就不可能产生标的物所有权的转移问题；而一方当事人请求解除合同并无正当理由，而另一方当事人主张继续交付标的物而取得标的物所有权的，由于合同与标的物所有权的转移并非同一回事，所以当合同仍然具备继续履行的条件时，是通过法

院强制继续履行合同的方式保障另一方当事人取得标的物的所有权，而不是通过确认受让人直接取得标的物所有权的方式来保护其权利。其三是当一方当事人虽然无正当理由反悔，但是协议不能履行，或者虽然可以履行但是其成本过高而不适宜继续履行时，则不应再判令反悔的一方当事人继续履行合同而保证另一方当事人取得标的物的所有权，而是通过解除合同并由违约一方当事人承担赔偿损失的方式来弥补守约方的利益。此条解释的规定从另一角度体现了合同效力与合同标的物所有权转移相分离的法律理念。

(3) 关于添附之物所有权的转移问题。添附，是附合、混合和加工三者总称，指不同所有人的财产或者劳动成果结合在一起而形成一种新的财产。我国民法通则未规定添附的所有权归属，所以《民法通则意见》第86条作了解释，该条解释的内容包括以下几个方面：其一是只有财产所有人才能在自己的财产上增添附属物，因为增添附属物是对所有权的使用或者处分行为，非所有权人在使用他人的财产时，只有经过所有权人的同意，才能在其物上增添附属物；其二是增添附属物的所有权归属可以由当事人之间自由约定，即既可以约定添附物归原物的所有权人所有，也可以约定为各方当事人共有；其三是所有权人有权禁止使用其所有物的人在其物上增添附属物，如果有此约定而使用人仍然在其物上增添附属物的，原物所有权人有权要求使用人拆除，此种情况下，拆除增添的附属物的费用以及由此而给原物所造成的损失应当由添附人承担；其四是如果附属物是不可拆除或者不宜拆除的物，则可以确认为原物所有权人所有，此时可以由原物的所有权人折价给予添附人以补偿。

(4) 关于附属物财产所有权的转移问题。在民法理论上，根据物能否不依赖他物而独立存在为标准进行划分，可以将民法上的物划分为主物与从物两类。其中主物是指两种以上的物互相配合、按一定的经济目的组合在一起时无须依赖他物而能独立存在并起主要作用的物。而从物则是指配合主物的使用而起辅助作用的物。构成从物需要具备以下条件：一是须经常辅助主物的使用，即从物对于主物在效用上有附属或者从属关系，仅仅暂时地辅助他物经济效用的，不得称其为从物。二是从物并非主物的构成成分，即从物也是独立的物，也依当事人的意思可以成为交易的客体。三是从物须与主物同属于一人，即从物与主物归属于同一主体，因在从物和主物分属于不同主体的情形若主物的处分及于从物，将损害从物所有人的权益，但从物所有人同意的，不在此限。四是从物不限于动产，关于从物是否限于动产，各国立法不尽一致，我国现行立法并无明文规定限制从物的范围，所以可以理解为从物不限于动产。对于主物与从物的划分，其在法律上的意义在于，除法律或者合同有相反规定者外，从物所有权应当随主物的所有权转移而转移。《民法通则意见》第87条的解释也是体现了这一法理精神的。

2. 关于共同共有财产的转移及其分割等问题的解释

共有，是指两个或者两个以上的民事主体对于同一标的物共同享有所有权。《民法通则意见》第88至第92条对共有种类的区分、共同共有财产所有权的转移及其分割作了解释。

(1) 关于共有种类的区分标准。《民法通则意见》第88条对共同共有与按份共有的区分标准作了补充解释，即对于共有财产，部分共有人主张按份共有，部分共有人主张共同共有，如果不能证明财产是按份共有的，应当认定为共同共有。从此条解释的内容来推断，可以得出这样一个结论，即在共有关系中，对于按份共有关系是要求当事人举证证明的，而对于共同共有则不用证明。

(2) 关于共同共有财产所有权的转移。《民法通则意见》第89条作了解释，即对共同共有财产所有权的转移，涉及共同共有的内部关系以及外部关系两个方面。关于共同共有的内部关系，包括以下内容：在对共有物的占有、使用、收益和处分中，共同共有人对共有物享有平等的占有、使用权；对共有物的收益，不是按比例分配，而是共同享用；对于共有物的处分，必须征得全体共有人的同意；根据此要求，所以在共同共有关系存续期间，部分共有人擅自处分共有物的，一般情况下应当认定该处分行为无效。但是第三人善意、有偿取得共有财产的，则可以适用民法上的善意取得制度，从而确认该第三人取得共有物的所有权，由于行为人擅自处分共有物而给其他共有人造成财产损失的，则应当由该行为人对其他共有人进行赔偿。而在共同共有的外部关系中，则由于共同共有人对于共有物平等地享有所有权，因此，各共有人对于外部的侵害，可以为共有人全体的利益而独立地行使物上请求权和债权请求权，而且因各共有人经营共同事业对外发生的债务或者对第三人造成损害的，全体共有人应当承担连带责任。

(3) 关于共同共有财产的分割。共有财产的分割，是在共有关系终止时，依照当事人之间的协议或者依照法律的规定清理共有财产关系的行为。共同共有财产的分割，应当以守法、协商、平等为一般原则，共有财产分割的请求一旦提出，则按《民法通则意见》第90条的解释进行处理，即通常有协议的，应按协议约定处理；没有协议的，应当根据平等原则处理，并且考虑共有人对共有财产的贡献大小，适当照顾共有人生产、生活的实际需要等情况，此种分割原则可以适用于家庭共有关系或者其他一般共同共有关系终止时对共有财产的分割。但是，对于婚姻关系终止时，对夫妻共同共有财产的分割，由于婚姻法上有特别的规定，所以《民法通则意见》该条解释明确，分割夫妻共有财产时，应当根据婚姻法的有关规定处理。我国现行婚姻法第三十九条规定：离婚时，夫妻的共同财产由双方协议处理，协议不成时，由人民法院根据财产的具体情况，照顾子女和女方权益的原则判决。第四十二条规定，离婚时，如一方生活困难，另一方应从其住房等个人财产中给予适当帮助，具体办法由双方协

议, 协议不成时, 由人民法院判决。

对于共同共有财产的分割方法, 结合法学理论以及司法实践, 应当根据有财产的性质、用途和各共有人的具体情况而采取不同的具体分割方式, 一包括: 一是实物分割方式, 又称为原物分割方式, 对共有财产, 在不影响其产的使用价值和特定用途时, 可以采用此种方式, 供分割的实物一般是可分种类物, 共有人可根据其共有财产中划分出的份额取得应得的财产, 实物分是最为常见的共有财产分割方式。二是变价分割方式, 也称价金分割方式, 指共有财产不能分割或者分割有损其价值、各共有人都不愿意取得共有物, 将其变卖, 所得价金由各共有人分别领取的分割方法。三是作价分割方式, 称为价金补偿分割方式, 是指共有人中的一人或者数人取得共有物, 尔后对他共有人的应得部分作价补偿, 这种分割共有物的方式多适用于共有物为不分物并且有部分共有人愿意放弃对该物的所有权的情况下采取。基于此, 《法通意见》第 91 条明确, 共有财产是特定物, 而且不能分割或者分割有其价值的, 可以折价处理。

(4) 共有人的优先购买权。民法通则第七十八条第三款确立了按份共有的优先购买权, 即按份共有财产的每个共有人有权要求将自己的份额分出或转让, 但在出售时, 其他共有人在同等条件下有优先购买的权利。从民法论上来讲, 一般情况下, 共同共有人对共有财产是不享有此项权利的, 特别在婚姻关系终止时对夫妻共有财产的分割时更是如此, 因为此时某些财产的有权是依附于特定的人身关系的。但是这一原则也并不是绝对的, 在某些特情况下, 可以确立共同共有人的优先购买权, 不过对于这种条件的要求比较殊, 所以《民法通意见》第 92 条解释明确, 共同共有财产分割后, 一个者数个原共有人出卖自己分得的财产的, 如果出卖的财产与其他原共有人分的财产属于一个整体或者配套使用, 其他原共有人主张优先购买权的, 应当以支持。

3. 关于相邻关系的处理

相邻关系, 是指两个或者两个以上相互毗邻的不动产的所有人或者使用人, 在行使不动产的所有权或者使用权时, 相互之间应当给予便利或者接受制而发生的权利、义务关系。对于相邻关系; 民法通则第八十三条规定, 不产的相邻各方, 应当按照有利生产、方便生活、团结互助、公平合理的精神正确处理截水、排水、通行、通风、采光方面的相邻关系。但是该条规定的内容显然是过于抽象与原则的, 在司法实践中依此条规定是难以操作的, 所《民法通意见》第 97 条至第 103 条共以 7 条的内容对相邻关系的处理作了为详细的解释, 主要包括以下几个方面:

(1) 因使用邻地而产生的相邻通行关系的处理。被相邻土地环绕, 与公道道路隔离的土地所有权人或者使用权人, 有权通行邻地, 直达公用道路, 这

权利称为邻地通行权；而相对的，邻地所有权人或者使用权人负有允许其通行的义务。对邻地享有通行权的人，应当选择对邻人损害最小的路线通行，因通行邻地造成邻人损害的，应当给予对方适当的补偿。对此，《民法通则意见》第100条解释，一方必须在相邻一方使用的土地上通行的，应当予以准许；因此造成损失的，应当给予适当补偿。这是对于一般因使用相邻一方的土地而形成的相邻通行权的规定。对于一方所有的或者使用的建筑物范围内历史形成的必经通道，《民法通则意见》第101条补充解释明确，所有权人或者使用权人不得堵塞，因堵塞影响他人生产、生活，他人要求排除妨碍或者恢复原状的，应当予以支持；但有条件另开通道的，也可以另开通道。

(2) 关于临时使用邻地而形成的相邻关系的处理。在实践中有些相邻关系的形成并不是长期的，而是临时的，所以《民法通则意见》第97条对此作了规定，即对“相邻一方因施工临时占用他方使用的土地”而形成的相邻关系纠纷的处理，在此种场合，土地的使用权人或者所有权人在可能的条件下，应当给予施工的邻人提供施工的方便，也就是说只有允许的义务而并不存在拒绝的权利，但是在使用完毕以后，应当由临时使用人及时清理现场，恢复原状。同时由于这种临时使用而给相邻一方造成损失的，则除了应当由临时使用人拆除部分建筑物以外，还应当对受损失的相邻一方给予赔偿。这种因临时使用邻地而形成的相邻关系之中，由于是临时使用，所以在多数情况下，双方当事人对邻地的临时使用是有协议约定的，如果有协议约定的，且协议约定是有效的，则一方临时使用相邻另一方当事人的土地时，应当按照协议约定的范围、用途和期限临时使用，并且应当支付一定的费用；但是如果超出协议约定的范围、用途与期限使用相邻一方的土地，则是对协议内容的违反，另一方可以请求人民法院责令临时使用方及时清理现场、排除妨碍、恢复原状以及赔偿损失等。

(3) 因共用水源而形成的相邻关系的处理。水法规定，水资源属于国家所有，即全民所有；农业经济组织所有的水塘、水库的水，属于集体所有。水流的所有权可以与水流的使用权相分离，分别由企业、事业、机关、团体或者公民个人享有使用权，而对水流的利用与使用则包括人畜饮用、生活洗涤、医疗保健、农业灌溉、水力发电、渔业养殖、航运流放、工业用水等。当多方当事人共临同一水源时，即在各方当事人之间形成一种共用水源的相邻关系，处理此种相邻关系的原则与一般相邻关系是相同的，但也有其特殊之处，即在此种情况下各方均可以自由使用水源。水源的开发利用，应由相邻各方共同协商，有计划地进行，相邻各方均不得为一己之利而乱凿井眼、破坏原有的水源。因开凿井眼等致使水源减少、干涸的，其他使用人有权要求行为人恢复原状并且赔偿损失。对相邻各方都有权利用的自然流水，相邻各方应共同使用、合理分配，尊重自然形成的流向。任何一方都不得为自身的利益而改变水路、截阻水流。自然流水一般应当按照“由近及远、由高至低”的原则依次灌溉、使用，

上游一方当事人不在高地范围内而在低地范围内取得多使用或者限制下游一方当事人使用的优先权。依《民法通则意见》第98条解释明确,一方擅自堵塞者独占自然流水,影响他方正常生产、生活,他方有权请求排除妨碍;造成他方损失的,应负赔偿责任。

(4) 因排水而产生的相邻关系的处理。相邻一方必须使用另一方的土地排水的,则在相邻双方之间形成相邻排水关系,此种情况下,另一方应当予以允许,但是排水一方当事人应当是在必要限度内使用并采取适当的保护措施进行排水,如果因此仍然给相邻一方当事人造成损失的,则排水一方应当作出合理的补偿。相邻一方可以采取其他合理的措施排水而未采取,向他方土地排水造成他方财产损失或者可能造成他方财产损失的,相邻他方有权要求致害人停止侵害、消除危险、恢复原状、赔偿损失,《民法通则意见》第99条对此作了充解释。这种因排水而形成的相邻关系既包括长期和经常性的相邻排水关系,也包括因偶然原因而形成的相邻排水关系。

当双方当事人之间因其所有的或者使用的建筑物相邻而形成相邻关系,在某些情况下,可能因为屋面滴水而形成一种特殊的排水相邻关系,一般情况下是由于一方当事人所居住的房屋高于另一方的房屋,在雨雪天的情况下就可能产生屋檐滴水完全流到相邻一方的房屋的情况,对于长期的滴水,可能给相邻一方的房屋造成不同程度的损害,在这种情况下,《民法通则意见》102条明确,对有过错的一方造成他方损害的,应当责令其排除妨碍、赔偿损失。所谓排除妨碍,也就是有过错的一方采取必要的措施,改变房屋的格局或者改变房屋流水的流向等,使其屋檐流水不再流向相邻一方的房屋,这是为防止进一步造成损害而必需的。对于因滴水而已经给相邻一方的财产造成损害的,则应当作出赔偿。

(5) 关于相邻防险关系的处理。相邻防险关系,是指一方当事人因为使用或者挖掘土地,给相邻一方当事人造成损害的危险时,在该相邻双方当事人之间便产生的一方享有请求他方采取措施预防损害发生,他方负有预防相邻一方损害发生的权利义务关系。《民法通则意见》第103条作了一些解释性的规定。在生产与生活中,不动产权人或者使用人从事高空、高压、易燃、易爆、剧毒、放射性等高度危险作业时,应当采取必要的安全防范措施,以防对邻人的危害。在自己所有的或者使用的土地上挖水沟、水池、地窖等,不得危及相邻另一方建筑物的安全和正常使用。建筑物及建筑物上的搁置物、悬挂物有倒塌脱落危险的,其所有权人或者使用人应当及时采取加固措施,防止损害的发生。保管易燃、易爆、剧毒等危险品的,应按有关规定采取安全防范措施,并与邻人的建筑物保持相当的距离。对于上述危险作业、危险建筑物、危险品不采取安全防范措施或者采取的安全防范措施不当的,邻人有权要求排除危险;给他人造成损失的,还应当承担赔偿损失的民事责任。

4. 关于担保物权问题

(1) 关于抵押担保。

①关于抵押担保合同的形式与抵押合同的成立与生效。《民法通则意见》第112条是关于抵押担保合同形式与合同成立的规定。但是其对抵押关系成立与生效，采用了“抵押关系成立”的概念，与其后的担保法的规定有所不同。担保法对抵押合同的生效区分两种情况做了规定，一是不动产、准不动产以及企业的动产为抵押物的，抵押合同自办理抵押物登记之日起生效；二是以其他财产抵押的，抵押合同自签订之日起生效，可自愿办理抵押物登记，以产生对抗第三人的效力。而《民法通则意见》仅仅是对抵押合同成立的规定，而不是对抵押合同生效的规定，实践中应当予以区分，不能简单地认为担保法的规定是取代了《民法通则意见》的此条规定。

②关于抵押物的范围。《民法通则意见》第113条对可以设定抵押的抵押物范围作了进一步解释，虽然其后的担保法以及《担保法解释》对可以用作抵押的财产范围作了更为详细的规定与解释，但是《民法通则意见》的此条规定与后者在内容上并不重复或者存在矛盾之处，仍然可以适用。

③关于抵押物毁损、灭失的风险承担。《民法通则意见》第114条是对抵押物在抵押关系存续期间毁损、灭失时，其风险责任承担的规定，其中区分抵押物是在抵押人处保管还是在抵押权人处保管时毁损、灭失的两种情况作了不同的规定，由于在担保法施行以前，所以当时并没有区分抵押担保与质押担保，实际上“抵押物在抵押权人保管”的情况是属于质押担保的情形，而不是抵押担保。根据处理风险责任承担的一般原则，财产在哪一方当事人保管，则该财产毁损、灭失的风险责任即应当由该方当事人承担，所以抵押物在抵押期间毁损、灭失的，其风险责任应当由抵押人承担，按该条规定，是认定“抵押关系存在，并责令抵押人以其他财产代替抵押物”。不过该条规定对抵押权人的保护方式还不够充分，所以《担保法解释》第八十条作出更为合理的规定，即在抵押物毁损、灭失或者被征用的情况下，抵押权人可以就该抵押物的保险金、赔偿金或者补偿金优先受偿；抵押权未届清偿期的，抵押权人可以请求人民法院对保险金、赔偿金或补偿金等采取保全措施。

④关于抵押人擅自处分抵押物的处理。《民法通则意见》第115条对在抵押期间抵押人擅自处分抵押物的情况作了规定，即在抵押期间，非经债权人同意，抵押人将同一抵押物转让他人的，或者就抵押物价值已设置抵押部分再作抵押的，其行为无效。传统民法为了解决抵押人处分抵押物所有权的权利与抵押权人利益的矛盾，赋予抵押权人以物权的追及效力，即不论抵押物流转到何人手中，抵押权人均可以追及至抵押物的买受人，对其买受人的抵押物行使抵押权。本条规定认为抵押人出卖抵押物时，应当先取得抵押权人的同意，违反了义务而擅自转让抵押物的行为无效。但是，本条规定存在不合理之处，未考

考虑到善意第三人的利益，《担保法解释》第四十九条规定，抵押期间，抵押人转让已经登记的抵押物，应当通知抵押权人，并告知受让人转让物已经抵押；抵押人未告知抵押权人或未告知受让人的，转让行为无效。

⑤关于多重抵押问题。《民法通则意见》第115条第1款规定，抵押人就抵押物价值已设置抵押部分再作抵押的，其行为无效；第二款又规定，债务人以抵押物清偿债务时，如果一项抵押物有数个抵押权人的，应当按照设定抵押权的先后顺序受偿。此条关于多重抵押的效力以及抵押权的实现顺序的规定，存在不合理之处。其后的《担保法解释》第七十六条规定，同一动产向两个以上债权人抵押的，当事人未办理抵押物登记，实现抵押权时，各抵押权人按照债权比例受偿；第七十八条规定，同一财产向两个以上债权人抵押的，顺序在后的抵押权所担保的债权先到期的，抵押权人只能就抵押物价值超出顺序在先的抵押担保债权的部分受偿等。实践中应当按《担保法解释》的规定处理。

⑥关于抵押权实现及其效力。民法通则第一百一十六条是关于抵押权的优先受偿效力的规定。抵押权的成立，使得债权人成为抵押权人，因而可以通过处分抵押物得以优先受到债权清偿，也就是说债务人届期不履行债务时，抵押权人无须抵押人同意即可变卖、处分抵押物，并从中优先于没有抵押权的普通债权人获得清偿，抵押权的优先受偿的效力是其物权优先性的具体化，为抵押权的核心效力。抵押权优先受偿的实现方式一般为，抵押权人在债务人于履行期限届满而不履行义务时，依法以抵押物折价或以变卖、拍卖抵押物的价款来清偿它所担保的债权。所谓“法律、行政法规另有规定的除外”，是指在某些情况下，法律、行政法规规定了特殊债权较抵押权更为优先的效力，如法定抵押权等。其中，如合同法第二百八十六条所规定的建筑工程款优先受偿权即是如此。又如，破产案件审理中，职工工资债权也可以优先于抵押权获得清偿。

(2) 关于留置担保。

《民法通则意见》对留置担保问题作了进一步的解释，但是与其后实施的担保法以及《担保法解释》的规定相比较而言，仍然是比较原则的，因此实践中必须结合后者的相关规定处理，包括以下几个方面：一是留置权产生的依据不仅仅是《民法通则意见》所规定的合同关系，而且主要是保管合同、运输合同、加工承揽合同、行纪合同等合同关系，在这些合同中，一方履行了义务而另一方不支付对价时，前者可以行使留置权。二是留置权的标的物一般情况下是动产。三是留置权的标的物必须是与债权发生具有牵连关系，与债权没有牵连的财产不得留置；所谓留置的财产与债权必须有牵连关系，可以理解为债权因留置的财产而发生，如果财产与债权的发生没有关系，则一般不能认定为有因留置的财产而发生，如果财产与债权的发生没有关系，经催告后，债务人关联。四是债权人留置财产后，必须催告债务人履行债务，经催告后，债务人在合理期限内仍然不履行的，债权人才能处置留置的财产，而合理的期限，可以由双方当事人事先约定，在当事人未约定的情况下可以根据留置物的性质或

者行业惯例来确定其是否合理。五是债权人将留置物折价、变卖或者拍卖时，应当尽量为债务人考虑，使其价值实现最大化。六是留置物被变卖、拍卖后，其价款超过债权数额的部分归债务人所有，不足部分仍然由债务人补齐，但是对不足部分的债权，债权人即无优先受偿权，而是普通债权的范畴。

(二) 关于债权

民法通则第五章第二节对债权作了规定，其中主要对合同之债、担保之债、不当得利之债与无因管理之债作了规定，但是其中关于担保之债的规定，从现有的法学理论与法律规定体系来看，缺乏科学性。如关于抵押担保中的抵押权、质权以及留置权等，从权利体系上来看，应当属于担保物权的范畴，即应在物权一节中加以规定，这是值得注意之处。

1. 关于提存问题的补充解释

提存，是指由于债权人的原因而无法向其交付合同约定的标的物时，债务人将合同约定的标的物交付给提存机关而消灭合同关系的一项制度。将标的物交付提存的债务人称为提存人，债权人为提存受领人；由国家设立并保管提存物的机关为提存机关；交付保管的物为提存物。提存制度的功能在于：保护债务人的利益，因为债务的履行往往需要债权人的协助，如果债权人无正当理由而拒绝受领或者不能受领标的物，债权人虽然应当负担受领迟延的合同责任，但是因为债务人的债务无法履行，合同关系难以消灭，债务人仍然负有继续受合同约束的可能，并随时处于准备履行的状态，这对债务人来说是有失公平的。而民法通则中并未确立提存制度，所以为健全合同法律制度，《民法通则意见》中明确了提存的效力。但是由于在当时仍然缺乏必要的合同实践，所以《民法通则意见》第104条确立的提存制度仍然是比较原则的，规定是不全面的，而且也缺乏可操作性。后来制定的合同法对提存有较为全面的规定，实践中应按合同法的规定操作及处理。

2. 关于合同质量标准条款漏洞的补充

合同的主要条款中一般包括标的物的质量条款在内，民法通则第八十八条规定，合同中有关质量、期限、地点或者价款约定不明确，按照合同有关条款内容不能确定，当事人又不能通过协商达成协议的，适用下列规定：(1) 质量要求不明确，按照国家质量标准履行，没有国家质量标准的，按照“通常标准”履行。……对于此条规定中的“通常标准”的具体含义，在司法实践中仍然未予明确，所以《民法通则意见》第105条对合同标的物的质量标准条款的适用作了补充解释，其中着重是对“通常标准”的解释，具体讲即是在解释时应当按以下次序进行：合同中约定的标准；当事人在合同履行或者争议产生时重新协商确定的标准；国家质量标准；部颁标准或者行业标准；经过批准的企业标准；同行业其他企业经过批准的同类产品的质量标准。上述若干标准在具体适用时，其效力依次递减。合同法对合同质量标准条款解释的相关规定为第六

十一条规定,合同生效后,当事人就质量等内容没有约定或者约定不明确的,可以协议补充;不能达成补充协议的,按照合同有关条款或者交易习惯确定。第六十二条又补充规定,当事人就有关合同条款约定不明确,依照第六十一条的规定仍不能确定的,如质量要求不明确的,按照国家标准、行业标准履行;没有国家标准、行业标准的,按照通常标准或者符合合同目的的特定标准履行。因此,《民法通则意见》的解释与合同法规定的精神基本上仍然是相符的。

3. 关于保证担保问题

民法通则第八十九条规定了债务人向债权人提供的担保的主要方式,包括保证、抵押、定金与留置四种,其中每一种担保方式只以其中一项内容进行了规定,实质上只是对不同担保方式的概念性的规定,相对于担保法律制度的复杂程度而言,民法通则的规定显然是不能适应民商事活动以及司法实践的需要的,所以《民法通则意见》对此作了较为详细的解释。

(1) 关于保证人的主体资格。《民法通则意见》首先对保证的主体资格作出规定,一是其中第106条规定,保证人应当是具有代偿能力的公民、企业法人以及其他经济组织,保证人即使不具备完全代偿能力,仍应以自己的财产承担保证责任。其后实施的担保法也有类似的规定,在司法实践中,并不因保证人不具备代偿能力而认定保证无效,此条可以理解作为一种宣示性的规定。二是规定国家机关不得为保证人,担保法第八条也规定,国家机关不得作保证人,但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。在司法实践中,应当根据担保法的规定确定国家机关提供的保证担保的效力。而且,《民法通则意见》也并未对国家机关提供无效保证担保以后的责任承担作出具体的规定,担保法第五条有原则性的规定,即担保合同被确认无效后,债务人、担保人、债权人有过错的,应当根据其过错各自承担相应的民事责任。《担保法解释》第七条、第八条对此种情况导致担保合同无效的责任承担也作了明确的解释,应按其规定处理。三是《民法通则意见》第107条规定,不具有法人资格的企业法人的分支机构,以自己的名义对外签订的保证合同,一般应当认定无效。但是担保法第十条的规定则有所不同,即企业法人的分支机构不得为保证人,但其第二款同时规定,企业法人的分支机构有法人书面授权的,可以在授权范围内提供保证。实践中应按担保法的规定处理。同时,《民法通则意见》该条还规定,因企业法人分支机构提供保证担保被认定无效,因此产生的财产责任,分支机构如有偿付能力的,应当自行承担,如无偿付能力的,应由企业法人承担。此处的“财产责任”,其含义即是指无效保证担保合同项下产生的缔约过失责任,也应按担保法以及《担保法解释》的规定处理。

(2) 关于保证的形式。《民法通则意见》第108条对保证担保的形式要件作了解释,即保证合同的形式包括三种,一是保证人与债权人之间单独签订保证合同;二是主合同里的保证条款,但须经保证人盖章确认;三是如果法律没

有特殊规定，公民之间的保证合同可以是口头的，但须有两个以上无利害关系的人证明。这是与担保法的规定精神基本相同的。

(3) 关于保证范围。《民法通则意见》第 108 条还对保证范围作了原则性的解释，即保证人可以与债权人在订立保证合同时确定保证范围，如果保证范围不明确的，推定保证人对全部主债务承担保证责任。这也是与担保法的规定精神相同的。

(4) 关于合同变更对保证责任的影响。《民法通则意见》第 109 条，是关于主合同变更对保证人责任影响的规定，即在保证期间，保证人的保证范围因主债务的减少而减少，随主债务的消灭而消灭，因为保证合同是主债务合同的从合同。同时，保证责任虽可以随主债务的减少而减少，但却不随主债务的增加而增加，原保证人如果不确认同意担保的，则对新增加的部分不承担保证责任。此意见也是与担保法的规定精神相同的。

(5) 关于共同保证人的责任承担。《民法通则意见》第 110 条是对共同保证人责任承担的规定，即保证人为两人以上的，相互之间负连带保证责任，但是保证人与债权人约定按份承担保证责任的除外。这也是与担保法的规定精神相同的。

(6) 关于无效保证的责任承担。《民法通则意见》第 111 条规定，是对因主合同无效而导致保证合同无效后的责任承担作出的解释，该条规定，如果保证人应当返还财产或者赔偿损失的，除有特殊规定外，保证人仍应承担连带责任。但是根据担保法第五条第二款以及《担保法解释》第八条的规定，主合同无效而导致担保合同无效，担保人无过错的，担保人不承担民事责任；担保人有过错的，担保人承担民事责任的部分，不应超过债务人不能清偿部分的三分之一。而且此种责任应当是一种赔偿责任，而不是连带责任。实践中应当按后者规定处理。

4. 关于房屋租赁合同若干问题的处理

租赁合同，是指出租人把租赁物交付给承租人使用、收益，承租人支付租金，并在租赁关系终止后将租赁物返还给出租人的协议。《民法通则意见》针对司法实践中较多的房屋租赁合同中一些常见问题的处理作了解释性的规定，主要包括：

(1) 出卖租赁房屋时的通知义务及承租人的优先购买权问题。在租赁合同发生效力以后，承租人只取得对租赁物的占有、使用与收益的权利，但并没有取得租赁物的所有权，租赁物的所有权仍然属于出租人，因而，出租人仍然可以对租赁物行使处分的权能，但是为了保护承租人的合法权益，基于诚实信用的原则，《民法通则意见》第 118 条明确，出租人出卖租赁房屋，应提前 3 个月通知承租人，承租人在同等条件下，享有优先购买权。合同法第二百三十条亦规定，出租人出卖租赁房屋的，应当在出卖之前的合理期限内通知承租人，

承租人享有以同等条件优先购买的权利。《民法通则意见》更进一步明确,出租人未按此规定出卖房屋的,承租人可以请求人民法院宣告房屋买卖无效;更进一步对承租人的权利提供保护。司法解释与法律之所以规定出租人出卖房屋前应在合理期限内提前通知承租人,是由于在出租人与承租人之间而言,一般情况下承租人是较弱的一方当事人,为了恢复权利义务的平衡,法律规定出租人应提前通知承租人,是为了让承租人能够有足够的时间找到新的住处,不至于因为租赁合同的解除而成为“无家可归者”。同时,法律赋予承租人的优先购买权,是既有利于承租人,又无损于出租人的法律上的安排。从一般法理来看,承租人行使优先购买权,须具备以下条件:出租人将要出卖租用房屋;出卖行为须发生在租赁期以内;承租人和其他购买人对购买租赁房屋的条件同等;必须在规定的期限内行使优先购买权。如果承租人在接到通知后规定的合理期限内不作答复的,就丧失了优先购买权。

(2) 共同承租问题的处理。共同承租,是指几个民事主体共同承租同一房屋的情形。共同承租同一房屋的表现形式,有的是数个民事主体共同以承租人的名义与出租人签订租赁合同,有的则是以其中一人的名义与出租人签订承租合同,而由数个民事主体共同承租房屋的情形,后者主要是基于某种特定的民事法律关系如家庭关系等而形成的。如果是数个民事主体共同与出租人签订合同的,则在租赁期内,承租人中的一人死亡,其他共同承租人仍然可以继续承租房屋,此问题不难解决。但是如果承租户以一人名义承租私有房屋,在租赁期内,承租人死亡的,该户共同居住人要求按原租赁合同继续履行的,《民法通则意见》第119条规定,人民法院应当予以准许。不仅如此,如果出租人在租赁期内出卖租赁房屋的,该共同居住的承租人亦享有优先购买权。

(3) 关于未定租期的房屋租赁合同的解除。《民法通则意见》第119条明确,未定租期,房主要求收回房屋自住的,一般应当准许,承租人有条件搬迁的,应责令其搬迁;如果承租人搬迁确有困难的,可给一定期限让其找房或者腾让部分房屋。合同法第二百三十二条也规定,如果当事人对租赁期限没有约定或者约定不明确的,当事人可以补充协议的方式确定租赁期限;达不成补充协议的,按合同的有关条款或者交易的习惯来确定;如仍不能确定租赁期限的,视为不定期租赁,当事人可以随时解除合同,但出租人解除合同时应当在合理期限之前通知承租人,即给予承租人必要的准备时间。由于历史条件特别是经济条件的限制,《民法通则意见》对不定期房屋租赁合同的解除设定了更为严格的条件,即出租人解除租赁合同时只能收回房屋自用,而不能再行出租或者出卖,否则承租人享有的优先承租权与优先购买权就会被侵犯。随着经济的发展特别是住房市场化的发展,这一限制已经没有必要。

(4) 关于“买卖不破租赁”原则的确立。《民法通则意见》第119条还明确,私有房屋在租赁期内,因买卖、赠与或者继承发生房屋产权转移的,原租

www.docsriver.com 商家巨力电子书

赁合同对承租人和新房主继续有效；此规定即是对“买卖不破租赁”原则的确立。买卖不破租赁，是指出租人于租赁物交付承租人后，即使出租人将租赁物出卖给第三人，也不影响租赁合同的效力，第三人（新所有权人）仍须承继出租人的地位。买卖不破租赁原则的性质是在赋予原本为债权的租赁权以某些物权的效力，即对抗第三人（买受人）的效力，然所谓租赁权的物权化，并非意味着租赁权变成了物权，租赁权在性质上仍为债权。买卖不破租赁原则的确立是所谓“债权物权化”的结果，其目的在于保护承租人的利益，发挥物的效用，现代各国立法大多确立了此原则。我国合同法第二百二十九条也规定，租赁物在租赁期间发生所有权变动的，不影响租赁合同的效力。当然，依《民法通则意见》的解释，该条规定比买卖不破租赁原则的适用范围更广，不仅适用于因买卖而使租赁物所有权发生转移的情形，而且也适用于其他事由而使租赁物所有权发生变动的情形，如赠与、继承与互易等等。结合司法实践，买卖不破租赁原则的适用，须符合以下条件：其一，须是租赁合同有效，如果租赁合同无效或者被撤销而未生效，承租人根本无法取得租赁合同上的权利义务，租赁关系亦不能有效地转移于受让人，故此时并无买卖不破租赁的问题。其二，须是出租人在让与租赁物之前已将租赁物交付给承租人，此处所谓交付应是指对租赁物管领占有的转移，即以现实交付为限。其三须是出租人将租赁物的所有权让与第三人。

买卖不破租赁原则适用的效力主要体现在：就受让人与承租人之间的关系而言，租赁合同对受让人继续存在，即受让人取代了原出租人，而与承租人继续发生租赁关系，租赁合同转而存在于受让人与承租人之间，此为一种法定的债的转移；关于租赁标的物、租金数额、租期等基本事项均不变，受让人与承租人自亦无须另定租约；受让人承担出租人权利义务的时间应为受让之时，即所有权转移之时，故受让前出租人与承租人对于租赁合同内容变更的，亦拘束受让人；而在受让以后承租人要求变更合同内容的，须征得受让人的同意。

5. 关于房屋典当回赎的处理

(1) 关于房屋典权。典权是我国固有的一种物权，属于用益物权的一种，所谓典权，是指承典人支付典价而占有、使用、收益出典人的财产，出典人在一定期间内有权回赎的一种民事权利。典权是我国特有的制度，新中国成立以后，我国废除了土地出典制度，但对公民之间具有互助性质的房屋典权关系，则给予法律保护。而且仅有零星的部门规章和司法解释调整典权关系，如内务部1950年起草的《关于土地改革地区典当土地房屋问题的处理意见（草案）》，1951年司法部所作的《关于典当处理问题的批复》，1969年国家房产管理局下发的《关于私房改造中处理典当房屋问题的意见》，1979年最高人民法院《关于贯彻执行民事政策法律的意见》，以及1984年最高人民法院《关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》等。民法通则中并没有规定典权以及房屋典权

问题,为此,《民法通则意见》第120条对此作了补充解释。

所谓房屋典权,是指承典人支付典价而占有出典人的房屋,并进行使用和收益的一种民事权利。房屋典权的法律特征是:其一,典权关系的标的物是出典人个人所有的房屋。其二,承典人只有在支付典价以后,才能占有出典人的房屋,典价是取得典权的代价,其数额由承典人与出典人协商确定,典价不得超过典权标的物的价值。其三,房屋典权成立以后,出典的房屋移转给承典人占有,承典人对房屋有权使用收益,也可以将房屋出租给他人,通过这些活动来满足自己的需要。其四,在双方约定的典期届满后,出典人应返还出典的房屋,在出典人回赎典物或典权人抛弃典权后,典权人应返还出典的房屋。出典人有回赎权是房屋典权关系与房屋买卖关系的根本区别。在典权关系中,出典人没有丧失所有权,典期届满时有权回赎,有人称其为“活卖”。在房屋买卖合同中,房屋一经交付即转移了所有权,出卖人丧失了所有权,不得再回赎,有人称之为“绝卖”。

(2) 关于房屋典当回赎权的确认。由于我国现有的房屋典权关系大部分是历史遗留下来的,新中国成立以前或者新中国建立初期劳动人民之间的房屋典权关系应予承认和保护,典期届满,准予回赎。以土地为标的的典权关系,由于土地归国家和集体所有,则一律不予承认。典权关系在土改或者私房改造时已经解决的,不再变动。

回赎权,是指出典人向典权人返还原典价以回赎典物的权利,回赎典物是出典人的权利,典权人不能要求出典人回赎。出典人行使回赎权应当具备以下条件:其一是须典权期限届满,典权定有期限者,期限届满即发生回赎权;典权未定期限者,出典人可以随时行使回赎权。其二是须未超过回赎权除斥期间,回赎权的除斥期间是出典人行使回赎权的法定期间,期限届满不回赎的,回赎权即消灭,典权人取得典物所有权。我国司法实践中,对于定有期限的典权,出典人典权回赎权的除斥期间为10年;对于未定有期限的典权,回赎权的除斥期间为30年。由于客观原因和历史的原因,造成权利人无法行使权利期间不计入回赎除斥期间内。其三是须返还原典价,出典人仅有回赎典物的意思表示而无返还原典价,则不发生回赎的效力,不仅如此,出典人必须返还全部典价,一次性地回赎典物的全部,如仅返还一部分典价而要求按典价比例回赎一部分典物的,除征得典权人同意外,不发生回赎的效力。

(3) 关于回赎典价的折算。典价是房屋典契的主要条款之一,房屋回赎典价就是出典人于回赎期内回赎其出典房屋时,向典权人提交的原典价。这是回赎出典房屋的必要条件之一,否则不发生消灭典权的效力。但是在实践中往往因为典权人能否要求出典人回赎时增加“原典价”而发生纠纷,以至于回赎不能顺利进行,对此,可以从以下几个方面来把握:

① 坚持典价从契约、从约定的原则。典价从契约从约定,其理由主要是因

为，典契上约定的典价，一般是典权当事人协商一致的真实意思表示，根据当事人意思自治原则，只要其约定不违法，则法律不予干涉，当事人一方非经他方同意无权擅自变更。

②对于“原典价”应持正确的理解。一般认为，如无其他特殊原因，回赎时一般应按契约规定的典价办理；在房屋出典期间或者典期届满时，当事人之间约定增减典价的，应当准许；承典人要求出典人高于原典价回赎的，一般不予支持。此处所谓的“其他特殊原因”，主要是指出典人出典房屋时有压迫情势的，赎价显失公平、不合理的情况或者由于货币贬值而到了影响典权人正常生活的程度等情况。这里所讲的“原典价”，应为典契中双方约定的价款数额，有人认为客观存在是一个定数，而不是一个变量，它包括典权人在设定典权时所支付的典价和出典后双方约定增加支付的典价。除以实物为典价的情况下，一般情况下不存在折算、保值的问题。

③以实物为典价的折算问题。可以由双方当事人进行协商，典价一般是以金钱体现的，但是在实践中，民间的典价可以是实物，而且名目繁多，主要有黄金、银元、铜板、棉纱、粮油等。因此，折算起来也是比较麻烦的。典价折算可以协商解决，如果发生纠纷，原则上可以按国家规定的价格计算，同时也要考虑到典权双方当事人的经济条件、回赎目的等具体的情况，实事求是、合情合理地加以确定。具体的折算办法有：典价是合法流通物的，如不能用合法流通物回赎的，应当按照市场零售价折算，也可以先确定出典时的典价能够购买的实物的数量，回赎时仍以同样数量的实物折合成人民币回赎；以限制流通物作典价的，原则上应以国家收购价折算典价，如果出典人因此显失公平，可本着公平合理的原则，以实物折算典价回赎。这实际上就是允许增加回赎典价。

6. 关于民间借贷的处理

民法通则第九十条规定，合法的借贷关系受法律保护。此条规定中所讲的“借贷关系”，在理论上可以分为消费借贷与使用借贷两种，前者是指一方当事人将一定数额的金钱或者一定量的实物交付给另一方当事人使用，该方当事人于约定的期限归还同等数额的货币或者同种、同质、同量的实物的借款合同。而后者则是指一方当事人无偿地将实物借给另一方当事人使用，该方当事人于使用后返还所借原物的借款合同。但是从民法通则此条规定的内容来看，此处的“借贷关系”应当是指基于消费借贷而产生的，而不包括使用借贷在内，从《民法通则意见》的相关解释内容也可以得出同样的结论。同时，民法通则所规定的“借贷关系”，一般也只是指民间借贷关系，而不包括金融机构经营的金融业务中形成的借款合同关系等。民间借贷的当事人双方通常是自然人，从《民法通则意见》第121条的解释可以得出这样的结论，即“公民之间的借贷”。这里应该说明的是，最高人民法院于1991年7月制定了《关于人民法院

审理借贷案件的若干意见》(以下简称《借贷案件意见》),从《借贷案件意见》以及1999年2月13日最高人民法院《关于如何确认公民与企业之间借贷行为效力问题的批复》的内容来看,其所调整的民间借贷,不仅包括当事人双方均为自然人的借贷,也包括自然人与非金融企业之间的借贷关系。

(1) 关于民间借贷的期限确定问题。合同义务履行的期限条款,是合同的主要条款之一,对于合同义务履行的期限,原则上应当由当事人在合同中进行约定,没有约定或者约定不明确的,依照法律规定进行解释。为此,《民法通则意见》第121条明确,公民之间的借贷,双方对返还期限有约定的,一般应按约定处理;没有约定的,出借人随时可以请求返还,借款方应当根据出借人的请求及时返还;暂时无力返还的,可以根据实际情况责令其分期返还。合同法第六十二条规定,当事人就有关合同的履行期限约定不明确,依照合同法第六十一条的规定仍不能确定的,债务人可以随时履行,债权人也可以随时要求履行,但应当给对方必要的准备时间。第二百零六条也规定,在借款合同中的借款人应当按照约定的期限返还借款;对借款期限没有约定或者约定不明确,依照合同法第六十一条的规定仍不能确定的,借款人可以随时返还;贷款人也可以催告借款人在合理期限内返还。不过由于公民之间的借贷往往是以建立在一定的人际关系基础之上的,借用人暂不能归还时,《民法通则意见》明确,人民法院可以责令其分期返还。

(2) 关于民间借贷的利率标准问题。《民法通则意见》第122条规定确立了公民之间的生产经营性借贷利率确定的基本原则,即可以适当高于生活性借贷利率,如因利率发生纠纷,应本着保护合法借贷关系,考虑当地实际情况,有利于生产和稳定经济秩序的原则处理。从该条规定来看,当时的司法解释是将民间借贷区分为生产经营性借贷与生活性借贷两种,前者是用于以营利为目的的借贷,属于资金融通性质,具有获取商业利润的目的;而后者则是为了用于维持日常生活需要而发生的借贷。对于生产经营性借贷的利率允许适当高于生活性借贷的利率,同时还明确了处理利率问题的几条原则,即:一是保护合法借贷关系的原则,除利率外,借贷关系的其他要素应当符合民事法律行为有效成立的要件。二是考虑当地实际情况原则,主要就是应考虑当地生产经营性借贷的平均利率以及当地的资金供求关系等因素。三是有利于生产及稳定经济秩序的原则,要求在确定利率时要充分考虑到双方的权益,如果过高就会使资金使用成本过高,从而阻碍了资金的融通,不利于借用人开展经营活动等。其后的最高人民法院《借贷案件意见》第六条规定,民间借贷的利率可以适当高于银行的利率,各地人民法院可根据本地区的实际情况具体掌握,但最高不得超过银行同类贷款利率的四倍(包含利率本数)。超出此限度的,超出部分的利息不予保护。从《借贷案件意见》的内容来看,不再区分生产经营性借贷与生活性借贷。

(3) 关于收取复利及预扣利息的处理。复利,是指在借款关系中,出借人将利息滚入本金,再行计算利息。计算复利,必然会使借贷成本迅速增加,对借款人十分不利。从法律规定来看,民法通则中并没有禁止出借人收取复利。从金融机构的借款实务来看,中国人民银行对某些特殊贷款允许金融机构向借款人收取复利。但是从《民法通则意见》的规定来看,是不允许民间借贷合同的出借人收取复利的。《民法通则意见》第125条明确,公民之间的借贷,出借人将利息计入本金计算复利的,不予保护。《借贷案件意见》第七条也规定,出借人不得将利息计入本金牟取高利。审理中发现债权人将利息计入本金计算复利的,其利率超出第六条规定的限度时,超出部分的利息不予保护。这是因为,民间借贷一般情况下金额较小,多数是借款人用于生活或者生产急需,期限较短,所以对其利率规定高于银行贷款利率一般情况下也不会造成对金融秩序的危害。但是,正是因为借款人向出借人借款多是出于生活或者生产急需,为了保护借款人的合法权益,也为了防止出借人乘机收取高额利息,所以对民间借贷利率的上限也作了规定,即最高不得超过银行同类贷款利率的四倍,超出部分的约定属于无效约定,不予保护。而且出借人不得将利息计入本金以谋取高额利息,也就是所谓的“利滚利”。

而所谓预扣利息,则是指出借人将金钱借贷给借款人时,从借款本金中先将借款期间的利息扣除,而只将其扣除后的余额交付给借款人使用,但是约定借款本金金额仍然按未扣除前的约定计算。由于民间借贷合同是要物性的合同,只有出借方将标的物实际交付给借款人以后,才能开始计算利息,所谓的利息应当是借款本金的孳息范畴,没有出借款项,自然谈不到利息的支付问题,我们对银行向借款合同的借款人预扣利息的行为一贯是持否定态度的,所以《民法通则意见》第125条明确,在借款时将利息扣除的,应当按实际出借数计息。其后,合同法第二百条也规定,借款的利息不得预先在本金中扣除,利息预先在本金中扣除的,应当按照实际借款数额返还借款并计算利息。

(4) 关于民间借贷的利率确定问题。关于公民之间借贷的利率,有可以在没有约定的情况,包括对借贷期限以内以及借贷期限以后的利率均未约定的情况和无息借贷的期后利率未约定的情形。对于当事人对借贷利率未予约定的,《民法通则意见》第124条明确,借款双方因利率发生争议,如果约定不明,又不能证明的,可以比照银行同类贷款利率计息。其后的《借贷案件意见》第八条也规定,借贷双方对有无约定利率发生争议,又不能证明的,可参照银行同类贷款利率计息。比照银行同类贷款利率,这一方法确定的法定利率,具有随银行贷款利率的浮动而浮动的特点;同类,既指贷款的性质相同,也指贷款的期限相同,由于银行贷款利率的浮动性,这一规定在实践中的可操作性不强,容易产生争议,所以合同法第二百一十一条规定,自然人之间的借款合同对支付利息没有约定或者约定不明确的,视为不支付利息;自然人之间

的借款合同约定支利息的，借款的利率不得违反国家有关限制借款利率的规定。对于此种情况下借贷双方利率的认定，应当按照合同法的规定处理。

对于无息借贷，《民法通则意见》第123条明确，公民之间的无息借款，有约定偿还期限而借款人不按期偿还，或者未约定偿还期限但经出借人催告后，借款人仍不偿还的，出借人要求借款人偿付逾期利息，应当予以准许。所谓逾期利息，是指迟延给付而应当向债权人支付的金钱，迟延利息可按一定的比例计算支付。对于逾期利息的性质，不仅仅是局限于因迟延履行而支付的违约金的层面，从中国人民银行有关逾期利息的规定来看，逾期利息主要是贷款人因到期不能收回借款本金的利息损失。不过对于逾期利息的标准，《民法通则意见》并未作出规定，《借贷案件意见》第九条规定，公民之间的定期无息借贷，出借人要求借款人偿付逾期利息，或者不定期无息借贷经催告不还，出借人要求偿付催告后利息的，可参照银行同类贷款的利率计息。从银行同类贷款利率的选择来看，即应当按银行同类贷款计收的逾期贷款利率计算。

7. 关于借用合同的处理

所谓借用合同，实际上属于使用借贷合同关系的范畴，借用合同一般是单务、实践、无偿合同，借用合同一般是于出借人将借用物交付给借用人时成立，仅有双方的意思表示一致而无借用物的交付，合同不能成立，所以从实践上来看，我国的借用合同是实践性的合同；合同成立以后的合同期限届满，借用人即负有归还借用物的义务，而出借人则不负有其他义务。借用合同是单务合同，借用合同期满，借用人只需向出借人返还原物，而不需支付利息或者使用费等，所以借用合同也是无偿合同，这是借用合同与一般财产租赁合同的主要区别。

虽然借用合同是单务合同，但在借用合同中出借人对出借的标的物仍然负有瑕疵担保责任，所以《民法通则意见》对借用合同处理的解释主要包括借用人的义务，主要是到期归还借用物的义务以及保管、维护借用物的义务，以及出借人的瑕疵担保责任三个方面。

(1) 关于借用人返还借用物的义务。借用人使用借用物以后返还给出借人是借用人的基本义务，因此，在借用合同约定的使用期限届满或者当事人解除借用合同时，借用人应当将借用物返还给出借人。借用人返还借用物时，应当保持约定的借用物的返还状态，如果当事人没有约定，则应按借用物依其正常使用后的状态确定。借用人返还借用物时，应当一并返还借用物用于借用期间所生的孳息。所以《民法通则意见》第126条明确，借用实物的，出借人要求返还原物或者同等数量、质量的实物，应当予以支持；如果确实无法归还实物的，可以按照或者适当高于归还时市场零售价格折价给付。

(2) 关于借用人保管和维护借用物的义务。借用人于借用期间对借用物有保管和维护的义务，因借用人保管不善而使借用物毁损灭失的，借用人应当负

赔偿责任。借用人应当维护借用物，以保持其价值和使用价值。对于保管和维护借用物所支出的费用，也应当由借用人负担。借用人为保管和维护所支出的费用应是指必要费用。故《民法通则意见》第127条明确，借用人因管理、使用不善造成借用物毁损的，借用人应当负赔偿责任。

(3) 出借人的瑕疵担保责任。因借用合同是无偿合同，所以出借人不负有借款合同当事人的瑕疵担保责任，但是为了维护交易的安全，出于诚实信用原则的要求，出借人交付的标的物有瑕疵的，应当告知借用人。故《民法通则意见》第127条亦明确，借用物自身有缺陷的，可以减轻借用人的赔偿责任。

8. 关于赠与合同

赠与合同，是指当事人约定由一方将自己所有的财产无偿转让给他人所有的协议。转让财产的一方当事人为赠与人，受领财产的一方当事人则为受赠人。赠与合同作为财产所有人依法处分自己财产的一种法律形式，属于转让财产所有权合同的一种。赠与合同为单务无偿合同，赠与合同成立生效后，赠与人一方负有将某项财产给付受赠人的义务，而受赠人并不负担任何义务，即使是附负担的赠与，受赠人履行所附的负担，也不是赠与与此同时履行义务的对价，因此赠与合同为单务合同；赠与人交付赠与物后，受赠人并不支付任何代价，故赠与合同为无偿合同。正因为如此，即使是限制民事行为能力人或者无民事行为能力人，也可以单独接受赠与而成为受赠人，《民法通则意见》第129条明确，赠与人明确表示将赠与物赠给未成年人个人的，应当认定该赠与物为未成年人的个人财产。赠与合同原则上为实践性合同，对赠与合同是诺成性合同还是实践性合同，各国法律规定不尽相同，我国法学界对此也有不同的观点。依据《民法通则意见》第128条的解释，公民之间赠与关系的成立，以赠与物的交付为准；赠与房屋，如根据书面赠与合同办理过户手续的，应当认定赠与关系成立；未办理过户手续，但赠与人根据书面赠与合同已将产权证书交与受赠人，受赠人根据赠与合同占有、使用该房屋的，可以认定赠与有效，但应令其补办过户手续；则公民之间的赠与合同应为实践性合同。但根据合同法第一百八十六条的规定，赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与；具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同，不适用前款的规定；以及合同法第一百八十八条的规定，具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同，赠与人不交付赠与的财产的，受赠人可以要求交付。所以，从合同法的规定来看，在我国，赠与合同原则上是实践性的合同，但也有例外，即合同法第一百八十八条所规定的情形。

由于赠与合同是无偿合同，在确认赠与合同效力的同时，还应当考虑保护赠与人的债权人的权利实现。因此，《民法通则意见》第130条规定，赠与人为了逃避应履行的法定义务，将自己的财产赠与他人，如果利害关系人主张权

利的，应当认定赠与无效。此条规定实际上类似于债权人撤销权的规定。合同法第七十四条规定，因债务人放弃其到期债权或者无偿转让财产，对债权人造成损害的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。因此，根据合同法的规定，此种情形之下赠与人所实施的赠与行为属于可以撤销的民事行为，而不再是无效的民事行为。

9. 关于不当得利之债

《民法通则意见》第131条对民法通则第九十二条中规定的不当得利的范围作了解释，即应当包括原物和原物所生的孳息。而对于受益人利用不当得利所取得的其他利益，则不属于应当返还给受害人一方的“不当得利”，根据《民法通则意见》的解释，此部分利益，在扣除劳务管理费用以后，应当予以收缴。

10. 关于无因管理之债

民法通则第九十三条规定，没有法定的或者约定的义务，为避免他人利益损失进行管理或者服务的，有权要求受益人偿付由此而支付的必要费用。《民法通则意见》第132条对于何为“必要费用”作了解释，即包括在管理或者服务活动中直接支出的费用，以及在该活动中受到的实际损失。也就是说，必要费用既包括直接支出的费用，也包括因此所受到的直接损失。但是，如果管理人管理不当，可能不但不能得到补偿，还可能受到损失，如管理人进行无因管理之时，支出了不必要的管理费用，则其超出部分不能得到补偿；而且如果因其管理不当，也可能给他人的财产造成损害，此种情况下还可能承担一定的赔偿责任。

(三) 关于知识产权

知识产权，按《建立世界知识产权组织公约》第二条的内容，是指发明、发现、作品、商标、商号、反不正当竞争等一切智力创作活动所产生的权利。因此，知识产权包括专利权、商标权、禁止不正当竞争以及版权等。我国于1982年制定了商标法，1984年3月，六届全国人大常委会第四次会议正式通过了专利法，1990年9月，七届全国人大常委会第15次会议才制定并颁布了著作权法，1993年9月才制定了反不正当竞争法。所以我国民法通则中对知识产权的规定中确立了专利、商标权与著作权以及发现权，而未规定禁止不正当竞争的相关权利，同时民法通则也成为当时调整与保护著作权的法律规范。

1. 关于著作权

(1) 关于著作权的产生(获得)。民法通则第九十四条规定，公民、法人享有著作权(版权)，依法有署名、发表、出版、获得报酬等权利；但是对于著作权(版权)产生或者获得，则未作出明确的规定。对于此问题，在多数建立了版权制度的国家，版权随着作品的创作完成而依法自动产生，或(对外国人或者并非同一公约成员国之人)随着作品的出生及其他形式发表而自动产

生，不需要履行任何形式的手续；作品上也不需要有任何特别的表示“享有版权”的形式。作者在完成作品创作后自动获得版权，其本源也来自于“天赋人权”理论，也应当说是来自法国。但是不论大陆法系还是英美法系国家，版权的保护都应当说是发端于自动保护。自动保护使得版权具有了许多不同于专利权、商标权的特点，也使版权国际公约赋予国际保护下的版权比国际保护下的专利权与商标权具体得多、广泛得多的实质性权利。故《民法通则意见》第133条规定，作品不论是否发表，作者均享有著作权（版权）。其后的著作权法中也没有规定受保护作品需要履行任何手续或者符合任何形式，因此也承认我国著作权实行“依法自动产生”版权的制度。不过对于主体有所限制，即第二条规定，“中国”公民、法规或者其他组织的作品，不论是否发表，依归类本法享有著作权。另外，由于我国加入了《世界版权公约》，而在作品（或者产品）上加注标记的方式也被该公约认可，其内容主要是三项：一是“不许复制”“版权保留”或者类似声明，或者相当于这种声明的英文缩略字母C并在字母外以一圆圈圈上（如在音像制品上，则为字母P）；二是版权人姓名或者名称（可以用简写或者缩写）；三是作品出版年份。所以许多本国立法中并不要求以版权标记为获得版权形式的国家包括中国，在出版物中也都加注这种标记，以免其作品载于出版物以后，在某些国家丧失版权。

(2) 关于共同创作的认定。实际生活中，某一作品的完成，往往并不是某一个公民或者法人单个人进行的，经常发生以两个或者两个以上的民事主体共同创作完成某一作品的情形，这就在司法实践中产生如何认定某一作品为共同创作作品的问题，而这一问题的处理具有一定的难度。对此，不同国家的法律也有不同的规定。《民法通则意见》采取的认定办法是其第134条的规定，即两人以上按照约定共同创作作品的，不论各人的创作成果在作品中被采用多少，应当认定该项作品为共同创作。实践中，依此条规定，共同创作应当具备以下几个方面的要件：其一是两个以上的民事主体之间必须要有共同创作某一作品的意思表示。如果两个以上的民事主体之间并不存在共同创作某一作品的一致的、明确的意思表示，则很难进行共同的创作行为，也就很难产生共同创作的作品。这一要求，使得那些成果被同一作品所采用，但是并无共同创作意思表示的作品，如报社将不同作者的作品按照一定方式编排在一起而出版的报纸等作品区别开来，后者不属于共同创作。其二是共同创作意思表示的人所完成的成果被同一作品所采用。如果虽然有共同创作的意思表示，但是其中部分人的成果并未被同一作品所采用或者其根本就没有实际完成约定共同创作的部分成果的，也不能构成共同创作。

(3) 关于合著作品的著作权归属问题。合著作品一般情况下可以分为两大类，一类是可以分割的，另一类是不可分割的。对于不同种类作品的著作权的归属，其认定原则也可以有所不同。《民法通则意见》第135条规定，一般情

况下,对合著的作品,其著作权(版权)应当认定为全体合著人共同享有;但是对于其中各组成部分可以分别独立存在的,各组成部分的著作权(版权)由各组成部分的作者分别享有。同时,根据当事人意思自治的原则,对于合著作品的著作权的归属,也可以由当事人自行约定,当事人对此有约定的,应当按其约定认定及处理。著作权法第十三条亦规定,两人以上合作创作的作品,著作权由合作作者共同享有;没有参加创作的人,不能成为合作作者;合作作品可以分割使用的,作者对各自创作的部分可以单独享有著作权,但行使著作权时不得侵犯合作作品整体的著作权。著作权法实施条例第九条也明确,合作作品不可以分割使用的,其著作权由各作者共同享有,通过协商一致行使;不能协商一致,又无正当理由的,任何一方不得阻止他方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。

(4) 关于作者死亡后的著作权保护问题。著作权的具体内容,根据著作权法第十条的规定,可以分为著作权中的人身权利(又称为著作权中的精神权利)和财产权利(又称著作权中的经济权利),前者是作者基于作品依法享有的以人身利益为内容的权利,主要包括发表权、署名权、修改权与保护作品完整权等;后者则是指著作权人依法通过各种方式利用其作品以获得经济利益的各项权利,主要包括复制权、演绎权与传播权等。对于著作权的保护并不是没有任何限制的,其中对于保护期限的规定也是对著作权的限制之一。对于作者死亡后,其著作权中的财产权利依法是可以由其继承人继承的,继承人所继承的著作权中的财产权利,可以直至该权利的保护期届满,在此期间,如果相关作品的著作权中的财产权利被他人侵犯的,由于作者已经死亡,由其主张权利已经不可能,所以《民法通则意见》第136条明确,此种情况下,可以由作者的继承人向侵权行为人主张权利。

由于民法通则制定当时,我国还没有颁布著作权法,所以《民法通则意见》对于著作权保护期的解释还是不够全面的,仅限于对著作权中的财产权利的保护进行解释,而没有对著作权中的人身权利(精神权利)的保护进行解释或者明确。依据著作权法第二十条的规定,作者享有的署名权、修改权、保护作品完整权的保护期不受限制。第二十一条规定,公民的作品,其发表权、著作权法第十条第一款第五项至第十七项规定的权利的保护期为作者终生及其死亡后50年,截止于作者死亡后第50年的12月31日;如果是合作作品,截止于最后死亡的作者死亡后第50年的12月31日;法人或者其他组织的作品、著作权(署名权除外)由法人或者其他组织享有的职务作品,其发表权、著作权法第十条第一款第五项至第十七项规定的权利的保护期为50年,截止于作品首次发表后第50年的12月31日,但作品自创作完成后50年内未发表的,不再保护;电影作品和类似摄制电影的方法创作的作品、摄影作品,其发表权、著作权法第十条第一款第五项至第十七项规定的权利的保护期为50年,

截止于作品首次发表后第50年的12月31日,但作品自创作完成后50年内未发表的,不再保护。虽然著作权中的人身权与特定的人身不可分离,不能转让亦不能继承,但亦存在作者死亡后被侵犯的可能,对其权利如何保护,仍然应当予以明确。著作权法实施条例第十五条对此作了明确,即作者死亡后,其著作权中的署名权、修改权和保护作品完整权由作者的继承人或者受赠人保护;著作权无人继承又无人受赠的,其署名权、修改权和保护作品完整权由行政管理部门管理。

2. 关于专利权

民法通则第九十五条规定,公民、法人依法取得的专利权受法律保护。此条规定中的“依法取得”专利权的方式主要包括哪些,《民法通则意见》第137条对此作了解释,即可以通过申请专利的方式取得专利权;或者通过继承的方式取得专利权,或者通过受赠的方式取得专利权,也可以通过受让的方式取得专利权;但同时明确,转让专利权应当由国家专利局登记并公告,专利权自国家专利局公告之日起转移。对于转让专利权的生效问题,1984年专利法第十条已有规定,即转让专利申请权或者专利权的,当事人必须订立书面合同,经专利局登记和公告后生效。2000年修正的专利法第十条也规定,专利申请权和专利权可以转让;……转让专利申请权或者专利权的,当事人应当订立书面合同,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,专利申请权或者专利权的转让自登记之日起生效。

3. 关于商标权

民法通则第九十六条规定,法人、个体工商户、个人合伙依法取得的商标专用权受法律保护。依照商标法的规定,在我国,商标专用权的取得产生于商标注册。1982年商标法第三条规定,经商标局核准注册的商标为注册商标,商标注册人享有商标专用权,受法律保护。通过核准注册是取得商标专用权的最初方式,也是主要方式。

1982年商标法第二十五条规定,转让注册商标的,转让人和受让人应当共同向商标局提出申请,受让人应当保证使用该注册商标的商品质量;转让注册商标经核准后,予以公告。因此,当时的商标立法即是承认通过转让而取得商标专用权的。

基于以上规定,《民法通则意见》第138条明确,法人、个体工商户、个人合伙通过申请商标注册或者受让等方式取得的商标专用权,除依法定程序撤销者外,应当予以保护;同时还明确,转让商标专用权应当由国家工商行政管理局商标局核准,商标专用权自核准之日起转移。

1982年商标法第四条规定的可以申请注册商标的主体为企业、事业单位和个体工商户者。1983年《商标法实施细则》第二条也规定,申请商标注册的,必须是依法登记的企业、事业单位和个体工商户者,或者是商标法第九条

规定的外国人或外国企业,而对于个人合伙是否可以取得商标专用权未作规定,《民法通则意见》的该条规定对个人合伙可以取得商标专用权予以了肯定。

(四) 关于人身权

1. 关于侵犯公民肖像权的解释

肖像权,则是肖像人支配自己的人身要素肖像的权利。

肖像权的内容是肖像权人依法享有(支配)自己的肖像,他人不得妨碍,主要有:(1)制作肖像,肖像制作权是肖像权,只能属于肖像人本人。肖像人有权决定是否制作肖像,肖像之形式、肖像载体之材料;有权自己制作肖像,也可授权他人制作;有权禁止他人非法制作自己的肖像。(2)使用肖像,肖像是肖像人的精神性人身要素,但具有使用价值,肖像人享有肖像使用权,有权决定肖像的使用方式,包括通过使用肖像获取报酬,肖像人除自己直接使用肖像外,也可根据自己的意志,将一定范围、一定方式、一定期间的肖像使用权转让他人,即授权他人使用;肖像使用权又不得全部转让,否则有损肖像人的权利。(3)有权禁止他人非法毁损、恶意玷污自己的肖像,未经本人同意,任何人不得以营利为目的使用公民的肖像,公民肖像权的行使,在某种场合下受到限制,为了国家和社会的利益,国家行政机关有权在法律规定的范围内使用公民的肖像;为了新闻报道的目的,新闻工作者有权在照片中使用他人的肖像;此外,在使用人体形象供艺术创作时,模特与艺术家就肖像的使用已经达成协议,再现模特肖像的作品就无需取得本人同意,可以公开使用。

正因为如此,《民法通则意见》对民法通则第一百条规定的公民肖像权作出补充解释,即以营利为目的,未经公民同意利用其肖像做广告、商标、装饰橱窗等,应当认定为侵犯公民肖像权的行为。

2. 关于名誉权的解释

民法通则第一百零一条规定,公民、法人享有名誉权,公民的人格尊严受到法律保护,禁止用侮辱、诽谤等方式损害公民、法人的名誉。此条是关于公民名誉权的法律规定。名誉的本意是名声、声誉,名誉权中的名誉是指社会对权利主体的综合评价,包括自然人之名誉和法人之名誉。良好的名誉是权利主体参与社会竞争的重要条件,对名誉的侵害直接侵害了权利主体的竞争资格,因此,名誉是权利主体不可缺少的组成部分,是权利主体的精神性人格要素,名誉资格是权利主体的精神性价格要素。名誉权是权利主体依赖自己的名誉参与社会生活的权利,是权利主体的精神人格权。

关于侵犯名誉权行为的主要形式及其认定。侵害名誉权的构成要件包括四个方面:一是行为人实施了侵害他人名誉权的行为;二是行为人主观上有过错,即故意与过失;三是造成了侵害后果;四是侵权行为与后果之间有因果关系。根据民法通则及《民法通则意见》第140条规定,侵害名誉权的方式有侮辱、诽谤、宣扬他人隐私等。侮辱是指以书面、口头等方式公然贬低他人人

格、毁损他人名誉的行为，如使用下流、肮脏的言语辱骂对方，或者在文章中利用贬低人格的语言攻击对方等。诽谤是指捏造有损他人名誉的事实，并加以张扬、散布，其最主要的特征在于侵权人所散布的“事实”纯属凭空捏造。宣扬他人隐私造成一定影响的也是侵害名誉权的行为。名誉权的内容是名誉权人享有（支配）自己的名誉，不受他人妨碍。《民法通则意见》第140条明确，以书面、口头等形式宣扬他人的隐私，或者捏造事实公然丑化他人人格，以及用侮辱、诽谤等方式损害他人名誉，造成一定影响的，应当认定为侵害公民名誉权的行为。最高人民法院《关于审理名誉权案件若干问题的解答》第七条规定，对未经他人同意，擅自公布他人的隐私材料或以书面、口头形式宣扬他人隐私，致他人名誉受到损害的，按照侵害名誉权处理。宣扬他人隐私，以至他人名誉受损，无疑侵犯了他人的名誉权。但如果宣扬隐私未致他人名誉受损，则没有侵犯名誉权。从法理上说，宣扬隐私为侵犯隐私权。宣扬隐私以致他人名誉受损，不仅侵犯了名誉权，也侵犯了隐私权，而且首先侵犯了隐私权。但是民法通则中并未规定隐私权，所以对宣扬他人隐私致他人名誉受损只按侵犯名誉权处理，司法实践中侵犯隐私权一般均按侵犯名誉权处理。关于侵害名誉权的方式，民法通则与《民法通则意见》是不可能列举穷尽的，应结合实际情况认定及处理。

3. 关于姓名权与名称权的解释

司法实践中应注意区分侵害他人名誉权行为的具体认定，主要有以下几个方面：（1）对于亲属、邻居、同事之间因日常琐事相互辱骂，无明显损害或虽有轻微损害事实，但后果不严重的，当事人如果提起诉讼的，人民法院应考虑纠纷的起因。当事人的文化素养、道德水准、居住条件、工作环境等因素，着重做好当事人的息诉工作，防止矛盾激化。（2）针对新闻侵害名誉权的诉讼，人民法院经初步审查后，如果批评文章所反映的基本事实成立，且不存在侮辱、诽谤他人的内容，法院应说服原告撤诉，原告坚持起诉的也可受理，经审理确认不构成侵权的可依法驳回诉讼请求。（3）注意对新闻报道无实行为的正确处理。新闻报道的失实与捏造事实、无中生有的诽谤有着区别性的区别，往往是记者采用了不真实的消息或材料，未经调查与核实，或虽经调查，但由于种种原因，使报道与实际不符。对于新闻报道失实，法院应当注意区别情况，只要不存在侮辱他人人格的内容，且一经发表即予更正，或者未造成损害他人名誉的不良后果的，一般可不追究责任。（4）审理因发表新闻报道、文学作品或其他文章而引起的名誉权纠纷案件的，还应注意正确区分正当的舆论批评与侵犯名誉权的界限，既要保护公民的名誉权，又要依法支持舆论监督。

自然人为在社会中正常生活，实现自己的人格和权利，需要以文字符号区别于他人，自然人与他人相区别的文字符号即为姓名。为以姓名与他人相区别，自然人必须有权决定、使用和按照规定改变自己的姓名。因此，对于公民

的姓名权可以认为是自然人决定、使用和依照规定改变自己的姓名的权利。姓名权包括姓名决定权、姓名使用权以及姓名改变权。为此,姓名权亦包含以下内容:(1)姓名权人可以决定自己的姓名,自然人出生时无行为能力,由其父母或者监护人取名;未成年人从父姓还是从母姓,未成年养子女从生父母姓还是从养父母姓,分别由生父母、养父母协商;未成年人不得决定自己的姓名,不是由于无姓名权,而是由于欠缺行为能力;父母或者监护人可以决定未成年人的姓名,正是由于未成年人享有姓名权,父母或者监护人只是代为行使而已。(2)姓名权人可使用自己的姓名。姓名权人在民事活动中,可以使用登记姓名,也可以使用笔名、艺名、化名,他人不得干涉,数人合法取得相同姓名,谓之重名,或者称姓名之平行,重名者均可使用其姓名,同姓名者和他人不得干涉。(3)姓名权人可改变自己的姓名。未成年人具备行为能力以后,可以使用父母或者监护人为自己所取的姓名,也可以根据自己的意志改变原姓名,使用新姓名,包括新姓(任选父姓或者母姓)和新名,他人不得干涉。

名称权是相对于姓名权而言的,名称权中的名称,则相对于姓名而言,姓名是自然人区别于他人的文字符号,名称则是法人、个体工商户、个人合伙区别于他人的文字符号。姓名可以相同,但是名称则在登记地区的同行业内不得相同。名称权是法人、个体工商户、个人合伙以文字符号区别于他人的权利。民法通则第九十九条规定,法人、个体工商户、个人合伙享有名称权,企业法人、个体工商户、个人合伙有权使用、转让自己的名称。法人的名称是法人的人格标志,法人的名称权是法人的人格权。个体工商户的名称是自然人为商行为时的人格标志,个体工商户的名称权是自然人为商行为时的人格权。个人合伙无法律上的主体资格,个人合伙的名称是各合伙人的商行为人格的共同标志,个人合伙的名称权实际上是各合伙人的商行为人格权。名称权的具体内容则是法人、个体工商户、个人合伙对其名称的支配。

公民的姓名权以及法人、个体工商户、个人合伙的名称权,均受法律保护,他人不得侵犯,非法干涉以及假冒、盗用公民的姓名或者法人、个体工商户、个人合伙的名称的行为,均构成侵犯他人姓名权或者名称权的行为,行为人应当依法承担侵权民事责任。

五、关于民事责任

(一) 关于侵权民事责任

根据民法通则第一百零六条第二、三款的规定,侵权行为是指行为人由于过错侵害他人的财产和人身依法应当承担民事责任的行为,以及法律特别规定应当承担民事责任的其他致害行为。

侵权民事责任,则是侵权行为的民事责任的简称,是指民事主体因实施侵权行为而应当承担的民事法律后果。

1. 关于因社会公益受损害时赔偿责任的补充解释

《民法通则意见》第142条规定，为维护国家、集体或者他人合法权益而使自己受到损害，在侵害人无力赔偿或者没有侵害人的情况下，如果受害人提出请求的，人民法院可以根据受益人受益的多少及其经济状况，责令受益人给予适当补偿。这是司法解释关于因社会公益而受到损害时赔偿规定的规定，最高人民法院之所以作出此条解释，主要是因为行为人为国家、集体或者他人的利益而使自己受到损害时，其行为具有无因管理的性质；同时也是结合侵权民事责任归责原则中的公平责任原则。但是此种情况下人民法院责令受益人所作出的补偿，并不是真正意义上的侵权损害赔偿，所以确定补偿数额时还同时要考虑到受益人实际受益情况以及受益人经济状况。

2. 关于人身损害赔偿范围的具体解释

对于人身损害赔偿的一般原则为由此造成的财产损失，以及造成他人死亡时应当支付的死亡赔偿金等；对于因人身伤害所引起的财产损失的赔偿，应依损害的情况和程度作不同的处理。民法通则第一百一十九条规定，侵害公民身体造成伤害的，应当赔偿医疗费、因误工减少的收入、残废者生活补助等费用；造成死亡的，并应当支付丧葬费、死者生前扶养的人必要的生活费等费用。该条规定中涉及诸如医疗费、误工减少的收入、生活补助费等概念，而且在当时的司法实践中均存在争议，所以《民法通则意见》第143条至第147条对民法通则该条规定中涉及的相关概念作了解释。

(1) 关于因误工减少收入的计算及解释。对于受害人因人身损害导致误工而减少的收入损失的计算中，涉及误工时间的确定以及单位时间损失标准的确定问题。关于误工时间的确定，《民法通则意见》第143条明确，应当按其实际损害程度，恢复状况并参照治疗医院出具的证明或者法医鉴定等认定，也就是说，在具体认定时治疗医院出具的证明是一重要的证据，但并不是唯一的证据，还应当结合其他情况来审查证明的真伪。对于损失计算的标准，受害人是一般公民的，误工收入的计算标准可以按照受害人的工资标准或者实际收入的数额计算；2003年最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《人身损害赔偿解释》）对误工费也作了规定，其第二十条规定，误工费根据受害人的误工时间和收入状况确定；误工时间根据受害人接受治疗的医疗机构出具的证明确定，受害人因伤致残持续误工的，误工时间可以计算至定残日前一天；受害人有固定收入的，误工费按照实际减少的收入计算，受害人无固定收入的，按照其最近三年的平均收入计算，受害人不能举证证明其最近三年的平均收入状况的，可以参照受诉法院所在地相同或者相近行业上一年度职工的平均工资计算。

对于受害人是承包经营户或者个体工商户的，则误工费的计算标准，依《民法通则意见》第143条规定，可以参照受害人一定期限内的平均收入酌定，

如果受害人承包经营的种植、养殖业季节性很强,不及时经营会造成更大损失的,除受害人应当有太阳能措施防止损失扩大外,还可以裁定侵害人采取措施防止扩大损失。

(2) 关于医疗治疗费的计算。医疗治疗费是指受害人医治因侵权行为所致伤害或者残疾而支付的必要费用,主要包括挂号费、检查费、化验费、医药费、理疗费、住院费等;根据《民法通则意见》第144条,原则上以所在地治疗医院的诊断证明和医药费、住院费的单据为凭;应经医务部门批准而未获批准擅自另找医院治疗的费用,一般不予赔偿,擅自购买与损害无关的药品或者治疗其他疾病的,其费用则不予赔偿。从司法实践来看,随着我国医疗体制改革的不断深入,将“应经医务部门批准”再作为审查治疗医院是否合理已经不适应社会发展的需要,因此,最高人民法院《人身损害赔偿解释》中并未将此作为条件规定。

对于治疗费用问题,《人身损害赔偿解释》第十九条还规定,医疗费根据医疗机构出具的医药费、住院费等收款凭证,结合病历和诊断证明等相关证据确定;赔偿义务人对治疗的必要性和合理性有异议的,应当承担相应的举证责任;医疗费赔偿数额,按照一审法庭辩论终结前实际发生的数额确定,器官功能恢复训练所必要的康复费、适当的整容费以及其他后续治疗费,赔偿权利人可以待实际发生后另行起诉,但根据医疗证明或者鉴定结论确定必然发生的费用,可以与已经发生的医疗费一并予以赔偿。

(3) 关于护理费的确定。护理费,是指因受害人医治残疾等所必需的护理人员的误工费,受害人因医治残疾,生活不能自理而必须有人护理的,其护理人员的误工费应由侵害人赔偿。依《民法通则意见》第145条规定,经医院批准专事护理的人员,其误工补助费可以按收入的实际损失计算,应得奖金一般可以计算在应赔偿的数额内,本人没有工资收入的,其补偿标准也应当以当地的一般临时工的工资标准为限。

《人身损害赔偿解释》第二十一条规定,护理费根据护理人员的收入状况和护理人数、护理期限确定;护理人员有收入的,参照误工费的规定计算;护理人员没有收入或者雇佣工人的,参照当地护工从事同等级别护理的劳务报酬标准计算;护理人员原则上为一人,但医疗机构或者鉴定机构有明确意见的,可以参照确定护理人数;护理期限应计算至受害人恢复生活自理能力时止,受害人因残疾不能恢复生活自理能力的,可以根据其年龄、健康状况等因素确定合理的护理期限,但最长不超过二十年;受害人定残后的护理,应当根据其护理依赖程度并结合配制残疾辅助器具的情况确定护理级别。依据该条规定,护理人员不再局限于“经医院批准专事护理的人”。

(4) 关于丧失劳动能力人的生活补助费的赔偿。《民法通则意见》第146条实际上是规定了受害人因伤害而致残疾时生活补助费的规定,原则上应当补

www.docsriver.com商家巨力电子书

足到不低于当地居民基本生活的标准。据此,受害人如果仍然有收入但收入低于当地居民基本生活费的,应由侵害人补足;受害人的收入如果相当于或者高于当地居民基本生活费的,侵害人原则上不予补助。此标准是与当时我国社会经济的发展状况相适应的,但是对保护受害人的利益不利,使受害人在致残后只能维持基本生活标准。

《人身损害赔偿解释》对受害人因人身伤害致残的,规定了残疾赔偿金,即第二十五条规定,残疾赔偿金根据受害人丧失劳动能力程度或者伤残等级,按照受诉法院所在地上一年度城镇居民人均可支配收入或者农村居民人均纯收入标准,自定残之日起按20年计算;但60周岁以上的,年龄每增加1岁减少1年;75周岁以上的,按5年计算;受害人因伤残但实际收入没有减少,或者伤残等级较轻但造成职业妨害严重影响其劳动就业的,可以对残疾赔偿金作相应调整。较之《民法通则意见》的规定,对受害人利益的保护更为有利。

(5) 关于被扶养人生活费的确定。《民法通则意见》第147条对民法通则第一百一十九的规定作了扩大解释,即不仅规定已经死亡的受害人生前扶养的人的生活费应当由侵害人赔偿,而且对虽然没有死亡但是丧失劳动能力的受害人无法扶养、但是原来由其扶养的人的生活费也应当由侵害人赔偿。此种“依靠受害人实际扶养而又没有其他生活来源的人”,是指被扶养人主要依靠受害人实际扶养,没有其他生活来源或者虽有生活来源但不足以维持基本生活的。如果被扶养人除受害人以外还有其他生活来源能够维持基本生活,就不适用本条的规定。此处的扶养,包括扶养、抚养和赡养。但是该条对被扶养人的生活费的计算标准仍然未能予以明确,其后的《人身损害赔偿解释》第二十八条规定,被扶养人生活费根据扶养人丧失劳动能力程度,按照受诉法院所在地上一年度城镇居民人均消费性支出和农村居民人均消费性支出标准计算,被扶养人为未成年人的,计算至18周岁;被扶养人无劳动能力又无其他生活来源的,计算20年;但60周岁以上的人,年龄每增加1岁减少1年;75周岁以上的,按5年计算;被扶养人是指受害人依法应当承担扶养义务的未成年人或者丧失劳动能力又无其他生活来源的成年人近亲属;被扶养人还有其他扶养人的,赔偿义务人只赔偿受害人依法应当负担的部分;被扶养人有数人的,年赔偿总额累计不超过上一年度城镇居民人均消费性支出额或者农村居民年人均生活消费支出额。

(6) 对于人身损害赔偿的范围,《人身损害赔偿解释》第十七条作了更为合理的规定,即受害人遭受人身损害,因就医治疗支出的各项费用以及因误工减少的收入,包括医疗费、误工费、护理费、交通费、住宿费、住院伙食补助费、必要的营养费,赔偿义务人应当予以赔偿;受害人因伤致残的,其因增加生活上需要所支出的必要费用以及因丧失劳动能力导致的收入损失,包括残疾赔偿金、残疾辅助器具费、被扶养人生活费;以及因康复护理、继续治疗实际

发生的必要的康复费、护理费、后续治疗费、赔偿义务人也应当予以赔偿; 受害人死亡的, 赔偿义务人除应当根据抢救治疗情况赔偿本条第一款规定的相关费用外, 还应当赔偿丧葬费、被扶养人生活费、死亡补偿费以及受害人亲属办理丧葬事宜支出的交通费、住宿费和误工损失等其他合理费用。第十八条还规定, 受害人或者死者近亲属遭受精神损害, 赔偿权利人向人民法院请求赔偿精神损害抚慰金的, 适用最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》予以确定。

3. 关于共同侵权行为民事责任承担的解析

民法通则第一百三十条规定, 两人以上共同侵权造成他人损害的, 应当承担连带责任。此条是关于共同侵权行为及其民事责任的规定。在实践中, 共同侵权行为包括共同加害行为、共同危险行为以及教唆、帮助行为等形式。其中共同加害行为, 又称狭义的共同侵权行为, 是指两人或者两个以上的行为人, 基于共同的故意或者共同的过失致他人损害, 依法应当承担连带责任的侵权行为, 实际上就是民法通则第一百三十条所规定的共同侵权行为。而共同危险行为, 又称准共同侵权行为, 是指数人的危险行为有可能造成对他人的损失, 但不知数人中何人造成实际的损害时, 法律视其为共同侵权行为的情形。教唆、帮助行为, 也是广义的共同侵权行为的表现形式, 民法通则对此未作规定, 《民法通则意见》作了补充解释。

教唆行为, 是指采用诱导、劝说、挑拨、刺激、怂恿等手段使他人接受实施侵权行为意图的一种过错行为。

教唆者与被教唆者构成共同侵权行为应当具备以下条件: (1) 教唆者实施了教唆行为, 被教唆者实施了侵权行为, 且教唆行为与被教唆者实施的侵权行为之间具有因果关系, 如果被教唆者实施的侵权行为并不是教唆的行为, 教唆者对该行为的后果不能承担共同侵权责任。(2) 教唆者与被教唆者如果有共同的故意, 他们的行为就构成了一个共同的、不可分割的整体, 当然可以构成共同侵权, 教唆者与被教唆者如果没有共同的故意, 或者说一方是出于故意另一方是出于过失, 或者双方都是出于过失, 能否构成共同侵权, 理论上及实践中均还存在争论。(3) 教唆者与被教唆者都应当是具有民事责任能力, 即对其所实施的行为具有判断和理解能力, 否则双方或者一方很难说具有过错, 因而不能构成共同侵权。《民法通则意见》第 148 条明确, 教唆完全民事行为能力人和限制民事行为能力人实施侵权行为的人, 为共同侵权人; 教唆无民事行为能力人实施侵权行为的人, 为侵权人。

教唆行为的法律后果包括: 如果教唆者实施了教唆行为, 但被教唆者没有实施侵权行为, 或者被教唆者实施的侵权行为不是教唆者教唆的行为, 教唆者不承担任何民事责任; 如果教唆者与被教唆者构成了共同侵权, 则他们应对受害人负连带赔偿责任。教唆无民事行为能力人实施侵权行为的, 由教唆人承担

民事责任；教唆限制民事行为能力人实施侵权行为的，由教唆人承担主要民事责任。

所谓帮助行为，则是指通过提供工具、指示目标以及事先应允帮助销售、保管、搬运、收受无权处分的财产等方法，从物质上或者精神上帮助他人实施侵权行为的活动。

帮助者与被帮助者构成共同侵权行为的条件主要包括：(1) 帮助者实施了帮助行为，被帮助者实施了侵权行为，且该帮助行为是为被帮助者实施侵权行为而实施的。(2) 帮助者与被帮助者如果是基于共同故意，当然可以构成共同侵权，如果帮助者是由于过失，即不知他人的行为为侵权行为而提供帮助，若客观上对加害行为起到了辅助作用，亦可构成共同侵权；如果帮助人出于故意对加害人提供帮助，加害人不知帮助人提供的帮助，双方没有相互沟通，也不妨碍共同侵权的构成。(3) 帮助者与被帮助者应为完全民事行为能力人或者限制民事行为能力人，如果被帮助者为无民事行为能力人，则帮助者为侵权人。

帮助者与被帮助者对于侵权行为民事责任的承担，与教唆者和被教唆者关于侵权行为民事责任承担的原则基本相同。

4. 关于诈术侵权的补充解释

《民法通则意见》第149条规定，盗用、假冒他人名义，以函、电等方式进行欺骗或者愚弄他人，并使其财产、名誉受到损害的，侵权人应当承担民事责任。实际上，本条规定中侵权行为所使用的诈术的方式，对受害人的财产或者名誉权实施了侵害行为，使受害人的财产或者名誉受到了损害，分别可以构成侵害他人财产权以及名誉权的侵权行为，可以按相关的规定确定其侵权民事责任的承担。

5. 关于精神损害赔偿的补充解释

《民法通则意见》第150条规定，公民的姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权和法人的名称权、名誉权、荣誉权受到侵害，公民或者法人要求赔偿损失的，人民法院可以根据侵权人的过错程度、侵权行为的具体情节、后果和影响确定其赔偿责任。由于民法通则第一百二十条对侵害上述权利的侵权民事责任形式包括请求停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉等作了规定，此处所指的赔偿损失，应当是指赔偿精神损失，法院在确定精神损害赔偿的具体数额时，应当考虑侵权人的主观过错程度、侵权行为的具体情节、对受害人造成的精神损害程度以及侵权行为的后果、侵权行为的影响、侵权行为人认错态度以及受害人的请求等因素来决定。2001年最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》对精神损害赔偿的处理问题作了更为详细的规定，其中第十条规定，精神损害的赔偿数额根据以下因素确定：(1) 侵权行为人的过错程度，法律另有规定的除外；(2) 侵害的手段、场合、行为方式等具体情节；(3) 侵权行为所造成的后果；(4) 侵权人的获利情况；(5) 侵权人

承担责任的经济能力。《侵权责任法》第三十二条第二款规定：“侵害他人人身权益造成财产损失的，按照被侵权人因此受到的损失赔偿。被侵权人因此遭受的精神损害，还应当赔偿精神损害抚慰金。”另外，法律、行政法规对残疾赔偿金、死亡赔偿金等有明确规定的，适用法律、行政法规的规定。第十一条还规定，受害人对损害事实和损害后果的发生有过错的，可以根据其过错程度减轻或者免除侵权人的精神损害赔偿赔偿责任。

6. 关于限制或者无民事行为能力人侵权民事责任承担的补充解释

《民法通则》第一百三十三条规定，无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的，由监护人承担民事责任，监护人尽了监护责任的，可以适当减轻他的民事责任；有财产的无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的，从本人财产中支付赔偿费用，不足部分由监护人适当赔偿，但单位担任监护人的除外。但是在实践中，由于对未成年人的监护关系是比较复杂的，所以对未成年人的侵权民事责任的承担，《民法通则意见》作了补充解释。第158条是关于夫妻离婚后的监护责任问题的规定，由于离婚后的父母对子女的监护权并不因其离婚而当然丧失，同子女共同生活的一方和未同子女共同生活的一方都有监护权，只是与子女共同生活的一方应当首先承担监护责任；未同子女共同生活的一方，虽然难以实际履行监护的职责，但其与被监护人共同生活的一方监护人无力承担监护责任时，从公平原则出发，其也应当承担适当的民事责任。其次是当监护人不明确时，《民法通则意见》第159条规定，由顺序在前的有监护能力的人承担民事责任。此处所指的“顺序”是指民法通则第十六条第二项以及第十七条第一款所规定的顺序。再次是对于在幼儿园、学校生活、学习的无民事行为能力人或者精神病院治疗的精神病人，受到伤害或者给他人造成损害的，单位有过错的，可以责令这些单位适当给予赔偿。因为此时，对无民事行为能力人或者精神病人的监护责任，已经由其父母、其他监护人的身上转移到学校、医院承担，原监护人对行为人的行为不负监护责任，作为监护人的学校、幼儿园以及医院不尽监护义务，则理应承担相应的监护责任。

(二) 关于民事制裁

民事制裁，是指人民法院依照法律规定对严重违反民事法律规范应负民事责任的当事人所采取的民事处罚措施。民法通则第一百三十四条第三款规定，人民法院审理民事案件，除适用上述规定外，还可以予以训诫、责令具结悔过、收缴进行非法活动的财物和非法所得，并可以依照法律规定处以罚款、拘留。此条即是关于民事制裁的规定。但是对于人民法院采取民事制裁措施时，应当按照何种程序进行，对被制裁人的权利如何予以保护等，《民法通则意见》对此作了补充解释。

(1) 训诫，是指人民法院在法庭上对不法行为人进行公开谴责的制裁方式，常由法院以当庭口头训诫的形式进行。

(2) 责令具结悔过，是指人民法院责令不法行为人以一定的形式检讨其错

误并保证今后不再重犯，其结构通常是采用书面形式的。

(3) 收缴进行非法活动的财物和非法所得，是指人民法院将违法行为人进行非法活动的财物和因非法活动所取得的财产收归国家的制裁方式。

(4) 罚款，是指人民法院依法强制不法行为人在一定期限内缴纳一定数额的金钱的制裁方式。对公民处以罚款的数额为500元以下，在具体决定罚款数额时，应当充分考虑案件的性质，侵权行为的后果以及当地的经济生活条件和行为人的实际负担能力等多种因素。

(5) 拘留，是指人民法院对严重违法民事法律的行为人的人身自由进行短期限制的一种制裁方式，一般是适用于违法行为恶劣、后果较为严重的情形，拘留的期限为15日以下。

采取收缴、罚款、拘留等民事制裁措施，必须经院长批准，另行制作民事决定书，被制裁人对决定不服的，在收到决定书的次日起10日内可向上一级人民法院申请复议一次。复议期间，决定暂不执行。经上级人民法院复议，若驳回其申请维持原决定的，应从驳回之日起立即执行；上级人民法院撤销下级法院决定的，该民事制裁不再执行。

六、关于诉讼时效

诉讼时效，又称消灭时效，是指权利人于一定期间内不行使请求权即丧失请求法院保护其权利的权利。我国民法通则采纳并建立了诉讼时效制度，应当说，关于诉讼时效的规定在当时是一种新的规定。

对于当事人向人民法院主张权利时已经超过诉讼时效的法律后果，民法通则并没有直接作出明确的规定，仅可以从最高人民法院《民法通则意见》第167条规定的内容来推出，对超过诉讼时效期间的诉讼请求，人民法院是“不予保护”的法律后果。

(一) 民法通则关于诉讼时效期间规定的溯及力问题

1987年5月22日，最高人民法院《对在审判工作中有关适用民法通则时效的几个问题的批复》(以下简称《诉讼时效批复》)认为，民法通则颁布实施以前的法律、政策并无诉讼时效的规定，故依法律溯及力原则的规定，在审理民事纠纷案件时，对于诉讼时效的认定问题，可以参照民法通则的规定处理，但是由于民法通则关于诉讼时效内容的参照适用，将会给当事人的利益带来不同的影响，而不是对各方当事人都有利的影响，所以应当给其设定特殊的规则，以保护各方当事人的利益都能够得到平等的保护。正是从这样的角度出发，最高人民法院的上述《诉讼时效批复》明确指出：民法通则施行前民事权利被侵害尚未处理的，无论被侵害人知道与否，向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间，分别为民法通则第一百三十五条规定的2年或第一百三十六条规定的1年。诉讼时效期间自民法通则施行之日起计算。民法通则施行前民

事权利被侵害尚未处理的, 无论是否超过20年, 向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间, 分别为民法通则第一百三十五条规定的2年或第一百三十六条规定的1年。诉讼时效期间自民法通则施行之日起计算。对于上述诉讼时效期间, 有特殊情况的, 人民法院可以延长。对于此计算规则, 最高人民法院1988年《民法通则意见》第165条再次明确, 在民法通则实施前, 权利人知道或者应当知道其民事权利被侵害, 民法通则实施后, 向人民法院请求保护的诉讼时效期间, 应当适用民法通则第一百三十五条和第一百三十六条的规定, 从1987年1月1日起算。

(二) 关于最长诉讼时效期间的适用问题

民法通则第一百三十七条规定, 诉讼时效期间从知道或者应当知道权利被侵害时计算, 但是从权利被侵害之日起超过20年的, 人民法院不予保护, 有特殊情况的, 人民法院可以延长诉讼时效期间。此条规定中的“20年”诉讼时效期间一般被称为最长诉讼时效期间或者权利最长保护期限。实践中对于该最长诉讼时效期间如何具体运用, 《民法通则意见》作了补充解释, 包括:

(1) 《民法通则意见》第166条规定, 民法通则实施前, 民事权利被侵害超过20年的, 民法通则实施后, 权利人向人民法院请求保护的诉讼时效期间, 分别为民法通则第一百三十五条规定的2年和第一百三十六条规定的1年, 从1987年1月1日起算。如此规定的理由主要是因为诉讼时效制度是民法通则确立的一项新的制度, 从民事实体法规范适用的溯及力而言, 不应适用于其颁布实施以前的民事行为, 但是从民事法律关系的稳定角度出发又须对权利的最长保护期限作出限制, 所以此条解释是二者相结合的结果。

(2) 《民法通则意见》第167条是关于权利人在第18年或第19年至第20年期间方知其民事权利被侵害而提起民事诉讼请求的权利仍应在20年之内行使问题的解释。这是关于普通诉讼时效期间与最长诉讼时效期间关系的补充解释, 从此条规定的精神来看, 普通诉讼时效期间、特殊诉讼时效期间以及最长诉讼时效期间届满, 均可以产生使权利人丧失胜诉权的法律效果, 但是最长诉讼时效期间届满的, 则其他二种诉讼时效期间就不再计算。

(3) 《民法通则意见》第169条是关于民法通则第一百三十七条规定的“特殊情况”的解释。诉讼时效期间的延长, 是指人民法院对已经完成的诉讼时效延长其期限, 仍对权利人的权利予以保护。诉讼时效期间的延长只是一种例外, 必须在有“特殊情况”时才能予以延长, 从该条司法解释内容来看, 构成特殊情况的, 必须是客观存在的, 足以妨碍权利人行使请求权的事实, 即权利人不是自己不行使权利, 而是因为客观原因迫使他不能行使权利。这种情形属于一种弹性的规定, 实际上是对民法通则中关于诉讼时效中止、中断法定事由不足的一种概括性的补充, 在司法实践中, 决定最长诉讼时效期间是否可以延长即是否存在特殊情况的裁量权在人民法院。人民法院决定延长诉讼时效期

间的条件主要包括：①诉讼时效期间已经届满。②权利人在时效期间内未行使权利确有正当理由。③是否延长诉讼时效期间由人民法院决定。④延长期限也应当是适当的。

(4)《民法通则意见》第175条第2款规定，是关于最长诉讼时效期间是否适用中止、中断的补充解释，即民法通则所规定的20年最长诉讼时效期间可以适用民法通则有关诉讼时效延长的规定，但不适用中止、中断的规定。诉讼时效的中止、中断仅适用于当事人知道或者应当知道其权利受侵害的情况，而20年最长诉讼时效期间是适用于当事人不知道或者不应知道其权利受侵害的情况，既然不知或不应知道，则也没有适用中止、中断的必要。

(三) 关于诉讼时效完成法律后果的解释

民法通则第一百三十八条规定，超过诉讼时效期间，当事人自愿履行的，不受诉讼时效限制。这是关于诉讼时效完成法律后果的原则性规定，但仍不明确，所以《民法通则意见》第171条对此作了补充解释，即过了诉讼时效期间，义务人履行义务后，又以超过诉讼时效为由反悔的，不予支持。根据民法通则的规定，诉讼时效期间届满，权利人即丧失胜诉权，权利人不能请求人民法院保护其民事权利，但是对于权利人的民事权利的存亡与否并未予以明确。《民法通则意见》的此条解释对此作了规定，即债务人履行义务后不得以诉讼时效已过为由而要求返还，这说明债权人仍然有权受领，债权人的实体权利并不消灭，只是这一权利的实现，不再具有国家的强制力做后盾，而成为一个自然之债，它是否能够得到实现，完成取决于债务人是否自愿履行或者其诉讼中是否提出已过诉讼时效期间的抗辩。

七、关于涉外民事关系的法律适用

(一) 关于涉外民事法律关系范围的解释

民法通则第八章规定了涉外民事法律关系的法律适用，但是对于何为“涉外民事法律关系”却并未予以明确，《民法通则意见》第178条对此作了解释，从该条解释来看，涉外民事法律关系是指具有涉外因素即构成法律关系三要素的主体、客体、内容中至少有一个具有涉外因素，主要包括以下几个方面：(1)民事法律关系的主体一方或者双方是外国人、无国籍人、外国法人。此处所讲的外国人、无国籍人指的都是自然人。(2)民事法律关系的标的物在外国领域内，对标的物的理解应当做扩大的解释，即不仅作为有体物的客体，以权利如知识产权等形式存在的客体也应当适用本条的规定。(3)据以产生、变更或者消灭民事权利义务关系的法律事实发生在外国。一项民事法律关系只要具有上述三因素中的一个因素即可成为涉外民事关系，受国际私法规则的调整，而不需要同时具备上述三个方面的条件。在涉外民事法律关系中，对于当事人具体民事权利义务的确定或者否定，在一般情况下也都是适用中国的法律来调

整的,不过在某些特殊情况下,为尊重和保护涉外、外国当事人的正当权益,除了适用中国法律以外,有时也需要适用有关的外国法律,在这里应当强调指出,涉及或者不涉及外国法的适用,以及确认在什么情况下有涉及外国法适用的问题,都取决于国内法律秩序的要求,并受国内法律支配,因为这是国内的法律适用问题,只有国内的法律,才是最权威的法律。按照公认的国际关系准则即尊重国家主权的原則,外国法是不能当然地在国内发生效力的,但是如果国内以某种方式承认其效力时,则可以在国内生效。在国际关系中对待外国法效力的独立自主原則,已经成为各国公认的国际准则,国内可以就某项涉外民事关系承认有关外国法的效力,也可以不承认该外国法的效力。因此在实践中,涉外民事关系由国际私法来调整时,必须具备以下两个方面的特殊情况:(1)该涉外民事关系本身必须具有外国法效力所及的法律事实。(2)该项外国法的效力必须获得国内法律和法院的认可。两个条件必须同时具备,缺一不可。

(二) 关于民事主体行为能力的法律适用问题

1. 关于自然人民事行为能力的法律适用

自然人民事行为能力的法律适用,各国比较普遍适用的原則是依属人法(包括本国法和住所地法)的支配,至于无国籍人的行为能力,一般都规定应依住所地法,住所地不能确定时,应依居所地法,居所地也无法确定时,可依现在所在地国法律。经过长期实践,对这一原則的适用也附加了许多限制,以便在对外经济交往中更好地保护本国人的利益。我国民法通则第一百四十三条规定,中华人民共和国公民定居国外的,他的民事行为能力“可以”适用定居国法律。为了进一步界定“可以”的含义以及弥补民法通则第一百四十三条规定的不足(因为该条只规定定居国外的我国公民民事行为能力的法律适用问题,而对外国人和无国籍人民事行为能力的法律适用未作规定),《民法通则意见》对此作了一些补充解释,主要包括以下几个方面:(1)定居国外的我国公民的民事行为能力,其行为是在我国境内所为,适用我国法律;在定居国所为,可以适用其定居国法律。(2)外国人在我国境内进行民事活动,如依其本国法律为无民事行为能力,而我国法律为有民事行为能力,应当认定其有民事行为能力。(3)无国籍人的民事行为能力,一般适用其定居国法律;如未定居的,适用其住所地国法律。(4)有双重或者多重国籍的外国人,以其有住所地或者与其有最密切联系国家的法律为其本国法。(5)当事人住所不明或者不能确定的,以其经常居住地为住所。当事人有几个住所的,以与产生纠纷的民事关系有最密切联系的住所为住所。

2. 关于法人民事行为能力的法律适用问题

关于法人民事行为能力的法律适用,国际上通行的原則是依客观存在他们的属人法解决。同时外国法人在营业地国家进行经营活动,须经营业地国家许

可，其民事行为能力须受营业地国家法律的约束和限制。我国民法通则对法人民事行为能力的法律适用问题没有作出明确的规定。鉴于当今国际交往主要是在法人之间进行的，而法人的民事行为能力与自然人的民事行为能力不同，《民法通则意见》对此作了补充解释，主要包括：（1）外国法人以其注册登记国家的法律为其本国法，法人的民事行为能力依其本国法确定。（2）外国人在我国领域内进行的民事活动，必须符合我国的法律规定。1989年6月2日最高人民法院《全国沿海地区涉外、涉港澳经济审判工作座谈会纪要》中指出，对于外国或者港澳地区的公司、企业或者其他组织是否具有法人资格，是承担有限责任还是无限责任的问题，应当根据该公司、企业或者其他组织成立地的法律确定；它们在中国境内进行经营活动的能力，还应当根据中国的法律予以确定；外国或港澳地区的公司、企业、其他组织或者个人之间在中国境内设立代理关系的，代理合同是否成立及其效力如何，应依代理人住所地或者其营业所所在地的法律确定。

（三）关于不动产物权的法律适用

不动产物权的法律适用，国际上通用“物之所在地法的原则”，即一项不动产物权的内容、效力、取得与丧失的条件都适用该不动产所在地的法律。为进一步明确不动产及不动产所有权法律适用的范围，《民法通则意见》第186条明确，土地、附着于土地的建筑物及其他定着物、建筑物的固定附属设备为不动产；不动产的所有权、买卖、租赁、抵押、使用等民事关系，均适用不动产所在地法。

（四）关于侵权行为的法律适用

侵权行为的法律适用，国际上通常采用适用侵权行为地法，当然也有些国家采用法院地法，或者重叠适用行为地法与法院地法，也有的国家主张适用与侵权行为有密切联系的法律（侵权行为自体法）。我国民法通则第一百四十六条规定所采用的是侵权行为地法原则，但是当事人双方具有相同国籍或者在同一国家有住所的，可以不适用侵权行为地法，而适用当事人共同的本国法或者住所地法。但是何谓“侵权行为地法”，民法通则未进一步规定，《民法通则意见》第187条作出补充解释，即侵权行为地的法律包括侵权行为实施地法律和侵权行为结果发生地法律；如果两者不一致时，人民法院可以选择适用。这一规定表明，侵权行为实施地和侵权行为结果发生地均为侵权行为地，二者发生在同一国家或者地区之内时，应当适用该国法律，二者发生在不同的国家或者地区时，人民法院有权选择适用侵权行为实施地或者侵权行为结果发生地法律作为准据法，更好地保护受害人的权利。

（五）关于涉外离婚关系的法律适用

当今世界各国解决涉外离婚的法律冲突，主要采取以下四种冲突规范：

（1）适用当事人本国法，在夫妻双方的本国法不同时，或适用一方的本国法，

或适用双方共同的住所地法;或适用双方各自的本国法。(2)适用当事人住所地法。(3)适用法院地法。(4)同时适用当事人本国法和法院地法。我国民法通则第一百四十七条规定,中华人民共和国公民与外国人离婚,适用受理案件的法院所在地法律。但此条规定并不全面,所以《民法通则意见》第188条进一步解释,我国法院受理的涉外离婚案件,离婚以及因离婚引起的财产分割,适用我国法律;认定其婚姻是否有效,适用婚姻缔结地法律。

(六) 涉外扶养关系的法律适用

关于涉外扶养关系的法律适用,主要以下几种立法例:(1)适用本国法,主要适用被扶养人的本国法。(2)适用住所地法,主要是扶养人与被扶养人的共同住所地法,如双方住所地不一致的,则适用其权利义务与之有密切联系的住所地法。(3)综合运用本国法、住所地法或法院地法,而以最有利于被扶养人者为准。我国民法通则第一百四十八条规定,扶养适用与被扶养人有最密切联系的国家的法律。《民法通则意见》第189条补充解释,父母子女相互之间的扶养、夫妻相互之间的扶养以及其他有扶养关系的人之间的扶养,应当适用与被扶养人有最密切联系国家的法律;扶养人和被扶养人的国籍、住所以及供养被扶养人的财产所在地,均可视为与被扶养人有最密切的联系。这一规定说明:(1)我国关于涉外扶养关系的法律适用,采取与被扶养人有最密切联系的国家的法律,目的在于保护弱者的权益。(2)与被扶养人有最密切联系的国家的法律,通常指扶养人和被扶养人的本国法、住所地法以及供养被扶养人的财产所在地法。(3)本条所称扶养是广义的,具体包括长辈对晚辈(包括父母对子女、祖父母对孙子女、外祖父母对外孙子女)的扶养教育,又称抚养;晚辈对长辈(包括子女对父母、孙子女对祖父母、外孙子女对外祖父母)的供养,又称赡养;平辈之间(包括夫妻之间、兄弟姐妹之间)的互相扶养教育,又称狭义的扶养。

(七) 外国区际法律冲突的解决

国际私法中的区际法律冲突,主要是指在冲突规范指引适用当事人的本国法,但是该当事人的本国却是一个多法域的国家,此种情况下究竟应当以其哪一个法域的法律作为该当事人的本国法而加以适用的问题。对此问题的解决,如果冲突规范在以行为地、物之所在地、住所或者居所等为连接点时;应当直接适用该连接点所在地域的法律为准据法,一般情况下不会存在区际法律冲突问题。目前,关于区际法律冲突问题的解决方法主要有以下几种:(1)在应适用当事人的本国法而其本国各地法律不同时,便改用住所地或居所地法作其本国法而加以适用。(2)依当事人本国的区际私法解决这个问题,《民法通则意见》第192条也规定,此种情况下应当首先依据该国法律关于调整国内法律冲突的规定,确定应适用的法律。(3)在有些情况下,被指引适用的当事人本国法存在多个不同法域并且被指定的多法域国家并无上述处理区际法律冲突的区

www.docsriver.com 商家巨力电子书

际私法规范，所以有些更为科学或者严密的立法，是在采用上述第二种解决方法时，同时也规定在遇有上述情况时的补救方法，如《民法通则意见》第192条同时规定的，该国法律未作规定的，直接适用与该民事关系有最密切联系的地区的法律。

(八) 关于外国法的查明

外国法的查明，也称为外国法的证明，是指一国法院根据该国冲突规范指引适用外国法时，如何查明该外国法的存在和内容。在外国法的查明问题上，一般而言有以下三种不同的处理方法：(1) 由当事人举证证明，即把外国法不是看作法院应当主动适用的法律，而是认为当事人引用来主张自己权利所依据的事实，外国法中有无相关规定以及其内容如何，须由当事人举证证明，法官并无依职权查明的义务。(2) 法官依职权查明，而无须由当事人举证证明，这主要是把外国法也看作是应当适用的法律。(3) 法官依职权查明，但当事人亦有协助之义务。我国法院在审理涉外民事案件时所遵循的是“以事实为根据，以法律为准绳”的原则，当依我国的冲突法规范的指引，应当适用的法律为外国法时，人民法院有责任查明外国法的内容，当事人也可以协助人民法院查明。

对于应当适用外国法律时，可以通过以下途径查明：(1) 由当事人提供。(2) 由与我国订立有司法协助约定的缔约国对方的中央机关提供。(3) 由我国驻该国的使领馆提供。(4) 由该国驻我国的使馆提供。(5) 由中外法律专家提供等。在审理涉外民事案件中，依我国的冲突法规范的指引应当适用外国法时，如果法官无法查明该外国法，当事人也不能证明该外国法时，我国的作法，依《民法通则意见》第193条解释，是以国内法取而代之，即适用中国的法律。

八、其他问题

(一) 关于民法通则的溯及力问题

《民法通则意见》第196条明确：1987年1月1日以后受理的案件，如果民事行为发生在1987年以前，适用民事行为发生时的法律、政策；当时的法律、政策没有具体规定的，可以比照民法通则处理。第一百九十七条也规定，处理申诉案件和按审判监督程序再审的案件，适用原审审结时应当适用的法律或政策。一般来说，在民事领域，例外情况下实行法律溯及既往原则，必须采取有利追溯原则，即这种溯及既往对各方当事人都是有利的，并且不损害国家利益和社会公共利益。具体地讲，可以按以下原则适用：

(1) 法律法规是在某个民事行为发生后生效的，但该行为所引发的诉讼正在进行之中，在诉讼阶段是否可以适用现行法律法规的规定，主要考虑行为发生时是否有相应的法律规定，或者过去的法律和现在的法律是否发生矛盾，如

果在案件审理中,针对该行为,过去法律没有作出规定,而现在的法律对此作了规定,则可以参照适用现行的法律法规的规定。

(2) 关于民事行为的效力判断,如果过去的法律法规不认为某种民事行为是有效的,而现有的法律规则认为是有效的,则应当适用现有的法律法规,认定该民事行为有效。这主要是因为涉及社会公共利益,如果认为现在的法律法规不认为该行为无效,则该行为并不违反社会公共利益,应当认定该行为有效。

(3) 关于民事责任的承担,如果过去的法律法规对某种违法行为所规定的民事责任较重,而现在的法律法规对某种违法行为所规定的责任较轻,可以参照现行的法律来确定责任。

(二) 关于期间的计算问题

《民法通则意见》第198条、第199条是对民法通则中所规定的期间计算的补充解释。在民法上的期间是一段时间的持续,期间的计算方法主要有两种,一是自然计算法,是指按实际时间精确计算的方法,即每星期为7日,一个月为30日,一年为365日,按实际的时间计算;另一种计算方法是历法计算法,即是按日历所定之日、星期、月、年进行计算的方法,历法计算法不论月的大小、年的平闰,完全依历法规定。这两种计算方法,结果会有所不同。《民法通则意见》第198条第1款对两种计算方法进行了选择,即对当事人约定的期间不是以月、年第一天起算的,一个月为30日,一年为365日。另外,按照民法通则第一百五十四条第三款的规定,期间最后一日是星期日或者其他法定节假日的,则以节假日次日为期间的最后一日。但是在实践中又会有所变动,即对星期日或者其他法定节假日会依有关政府机关的通知作变通,此时如仍按原来的日期计算则会对当事人产生不公平的后果,所以《民法通则意见》第198条第2款补充解释,期间的最后一天是星期日或者其他法定节假日,而星期日或者其他法定节假日有变通的,以实际节假日的次日为期间的最后一天。再者,关于期间的起算方法,依民法通则第一百五十四条第二款的规定,按日、月、年计算期间的,开始的当天不算入,以下一天开始计算,这是法律关于期间起算的一般性规定,但是实践中对当事人之间关于期间的起算有特别约定时,其效力如何确定,对此《民法通则意见》第199条明确,按照日、月、年计算期间,当事人对起算时间有约定的,按约定办,即允许当事人约定期间的起算方法。

(撰稿人:俞宏雷)

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

法释〔2008〕11号

(2008年8月11日最高人民法院审判委员会
第1450次会议通过 2008年8月21日最高人民
法院公告公布 自2008年9月1日起施行)

为正确适用法律关于诉讼时效制度的规定,保护当事人的合法权益,依照《中华人民共和国民事诉讼法》、《中华人民共和国物权法》、《中华人民共和国合同法》、《中华人民共和国民事诉讼法》等法律的规定,结合审判实践,制定本规定。

第一条 当事人可以对债权请求权提出诉讼时效抗辩,但对下列债权请求权提出诉讼时效抗辩的,人民法院不予支持:

- (一) 支付存款本金及利息请求权;
- (二) 兑付国债、金融债券以及向不特定对象发行的企业债券本息请求权;
- (三) 基于投资关系产生的缴付出资请求权;
- (四) 其他依法不适用诉讼时效规定的债权请求权。

第二条 当事人违反法律规定,约定延长或者缩短诉讼时效期间、预先放弃诉讼时效利益的,人民法院不予认可。

第三条 当事人未提出诉讼时效抗辩,人民法院不应对诉讼时效问题进行释明及主动适用诉讼时效的规定进行裁判。

第四条 当事人在一审期间未提出诉讼时效抗辩,在二审期间提出的,人民法院不予支持,但其基于新的证据能够证明对方当事人的请求权已过诉讼时效期间的情形除外。

当事人未按照前款规定提出诉讼时效抗辩,以诉讼时效期间届满为由申请再审或者提出再审抗辩的,人民法院不予支持。

第五条 当事人约定同一债务分期履行的,诉讼时效期间从最后一期履行期限届满之日起计算。

第六条 未约定履行期限的合同,依照合同法第六十一条、第六十二条的规定,可以确定履行期限的,诉讼时效期间从履行期限届满之日起计算;不能确定履行期限的,诉讼时效期间从债权人要求债务人履行义务的宽限期届满之

日起计算,但债务人或者债权人在破产申请受理前已知债务人无财产可供清偿,或者依法强制执行程序无法实现债权的,诉讼时效期间从债务人明确表示不履行义务之日起计算。

第七条 享有撤销权的当事人一方请求撤销合同的,应适用合同法第五十五条关于一年除斥期间的规定。对方当事人对撤销合同请求权提出诉讼时效抗辩的,人民法院不予支持。

合同被撤销,返还财产、赔偿损失请求权的诉讼时效期间从合同被撤销之日起计算。

第八条 返还不当得利请求权的诉讼时效期间,从当事人一方知道或者应当知道不当得利事实及对方当事人之日起计算。

第九条 管理人因无因管理行为产生的给付必要管理费用、赔偿损失请求权的诉讼时效期间,从无因管理行为结束并且管理人知道或者应当知道本人之日起计算。

本人因不当无因管理行为产生的赔偿损失请求权的诉讼时效期间,从其知道或者应当知道管理人及损害事实之日起计算。

第十条 具有下列情形之一的,应当认定为民法通则第一百四十条规定的“当事人一方提出要求”,产生诉讼时效中断的效力:

(一)当事人一方直接向对方当事人送交主张权利文书,对方当事人在文书上签字、盖章或者虽未签字、盖章但能够以其他方式证明该文书到达对方当事人的;

(二)当事人一方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对方当事人的;

(三)当事人一方为金融机构,依照法律规定或者当事人约定从对方当事人账户中扣收欠款本息的;

(四)当事人一方下落不明,对方当事人在国家级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的,但法律和司法解释另有特别规定的,适用其规定。

前款第(一)项情形中,对方当事人为法人或者其他组织的,签收人可以是其法定代表人、主要负责人、负责收发信件的部门或者被授权主体;对方当事人为自然人的,签收人可以是自然人本人、同住的具有完全行为能力的亲属或者被授权主体。

第十一条 权利人对同一债权中的部分债权主张权利,诉讼时效中断的效力及于剩余债权,但权利人明确表示放弃剩余债权的情形除外。

第十二条 当事人一方向人民法院提交起诉状或者口头起诉的,诉讼时效从提交起诉状或者口头起诉之日起中断。

第十三条 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:

- (一) 申请仲裁；
- (二) 申请支付令；
- (三) 申请破产、申报破产债权；
- (四) 为主张权利而申请宣告义务人失踪或死亡；
- (五) 申请诉前财产保全、诉前临时禁令等诉前措施；
- (六) 申请强制执行；
- (七) 申请追加当事人或者被通知参加诉讼；
- (八) 在诉讼中主张抵销；
- (九) 其他与提起诉讼具有同等诉讼时效中断效力的事项。

第十四条 权利人向人民调解委员会以及其他依法有权解决相关民事纠纷的国家机关、事业单位、社会团体等社会组织提出保护相应民事权利的请求，诉讼时效从提出请求之日起中断。

第十五条 权利人向公安机关、人民检察院、人民法院报案或者控告，请求保护其民事权利的，诉讼时效从其报案或者控告之日起中断。

上述机关决定不立案、撤销案件、不起诉的，诉讼时效期间从权利人知道或者应当知道不立案、撤销案件或者不起诉之日起重新计算；刑事案件进入审理阶段，诉讼时效期间从刑事裁判文书生效之日起重新计算。

第十六条 义务人作出分期履行、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，应当认定为民法通则第一百四十四条^①规定的当事人一方“同意履行义务”。

第十七条 对于连带债权人中的一人发生诉讼时效中断效力的事由，应当认定对其他连带债权人也发生诉讼时效中断的效力。

对于连带债务人中的一人发生诉讼时效中断效力的事由，应当认定对其他连带债务人也发生诉讼时效中断的效力。

第十八条 债权人提起代位权诉讼的，应当认定对债权人的债权和债务人的债权均发生诉讼时效中断的效力。

第十九条 债权转让的，应当认定诉讼时效从债权转让通知到达债务人之日起中断。

债务承担情形下，构成原债务人对债务承认的，应当认定诉讼时效从债务承担意思表示到达债权人之日起中断。

第二十条 有下列情形之一的，应当认定为民法通则第一百三十九条规定

^① 本规定引用的《民法通则》第一百四十四条与《民法总则》第一百九十五条对应，为：“有下列情形之一的，诉讼时效中断，从中断、有关程序终结时起，诉讼时效期间重新计算：（一）权利人向义务人提出履行请求；（二）义务人同意履行义务；（三）权利人提起诉讼或者申请仲裁；（四）与提起诉讼或者申请仲裁具有同等效力的其他情形。”——编者注

的“其他障碍”，www.docsviver.com商家巨力电子书

(一) 权利被侵害的无民事行为能力人、限制民事行为能力人没有法定代理人，或者法定代理人死亡、丧失代理权、丧失行为能力；

(二) 继承开始后未确定继承人或者遗产管理人；

(三) 权利人被义务人或者其他他人控制无法主张权利；

(四) 其他导致权利人不能主张权利的客观情形。

第二十一条 主债务诉讼时效期间届满，保证人享有主债务人的诉讼时效抗辩权。

保证人未主张前述诉讼时效抗辩权，承担保证责任后向主债务人行使追偿权的，人民法院不予支持，但主债务人同意给付的情形除外。

第二十二条 诉讼时效期间届满，当事人一方向对方当事人作出同意履行义务的意思表示或者自愿履行义务后，又以诉讼时效期间届满为由进行抗辩的，人民法院不予支持。

第二十三条 本规定施行后，案件尚在一审或者二审阶段的，适用本规定；本规定施行前已经终审的案件，人民法院进行再审时，不适用本规定。

第二十四条 本规定施行前本院作出的有关司法解释与本规定相抵触的，以本规定为准。

【解 读】

解读《关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》

一、问题的提出

2008年8月11日，最高人民法院审判委员会第1450次会议通过了法释〔2008〕11号《关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》（以下简称本规定），并于2008年9月1日起施行。

二、理解与适用

(一) 诉讼时效制度适用的权利范围：诉讼时效客体界定

《民法通则》第一百三十五条将诉讼时效的客体明定为民事权利，但民事权利种类众多，并非所有民事权利均适用诉讼时效的规定。我国理论界通说认为，债权请求权适用诉讼时效的规定。本规定采纳了该通行观点，对《民法通

则》的规定进行了限缩解释，在第二条规定，当事人可以对债权请求权提出诉讼时效抗辩。但同时下列债权请求权作出了例外规定：第一，支付存款本息请求权。支付存款本息请求权的实现关系到公众的生存利益，如果该请求权适用诉讼时效的规定，在一定期间经过后不受法院保护，则将危害到民众的生存权，故该请求权不应适用诉讼时效的规定。第二，兑付国债、金融债券以及向不特定对象发行的企业债券本息请求权。依发行主体的不同，债券分为国债、金融债券和企业债券。国债、金融债券因有国家和金融机构的信用作为还本付息的担保，认购人基于对上述发行人的信赖而购买债券，上述投资具有类似于储蓄的性质，关涉社会公众利益，故基于国债、金融债券产生的还本付息请求权不适用诉讼时效的规定。向不特定对象发行的企业债券发行应采取承销的方式。对于该类企业债券的认购人而言，其基于对金融机构的信赖而购买债券，购买该债券也具有类似于储蓄的性质；而且，兑付该类债券本息请求权涉及广大认购人的利益保护问题，关涉社会公益，因此，兑付该企业债券本息请求权也不应适用诉讼时效的规定。第三，基于投资关系产生的缴付出资请求权不适用诉讼时效的规定。足额出资是股东对公司的法定义务，该义务不应因诉讼时效届满、义务人提出诉讼时效抗辩而丧失受法院保护的效力；否则，有违公司资本充足原则。此外，公司资产系其对外承担民事责任的一般担保，故如果规定缴付出资请求权适用诉讼时效的规定，则不利于公司的发展，也不利于对其他足额出资的股东及公司债权人的保护。

此外，在司法实务中还存在物权请求权等请求权是否适用诉讼时效的问题。在本规定起草过程中，关于确认物权、排除妨害、消除危险请求权不适用诉讼时效的规定并无异议，争议主要集中在返还原物请求权是否适用诉讼时效的规定这一问题上。由于争议较大，本规定对物权请求权是否适用诉讼时效未作出规定。

(二) 意思自治原则与处分原则的应用：当事人一方未提出诉讼时效抗辩，人民法院不应就诉讼时效问题进行释明及主动适用诉讼时效的规定进行裁判。

本规定第三条主要涉及对诉讼时效抗辩权的确定性和对民事诉讼处分原则的正确运用问题。

诉讼时效抗辩权本质上是义务人的一项民事权利，作为一项私权利，依据私法意思自治的基本原则，私主体拥有依其自主意志从事民事法律行为的权利，司法不应过多干预。当事人一方根据实体法上的诉讼时效抗辩权在诉讼中提起的诉讼时效抗辩是实体权利的抗辩，是需由当事人主张的抗辩，当事人是否主张，属于其自由处分的范畴，司法不应过多干涉，这是民事诉讼处分原则的应有之意。诉讼时效抗辩权是颠覆性权利，义务人在法院释明后行使该权利的，将会使裁判结果较之其不行使该权利的情形发生根本性变化，即导致权利人的权利不能得到法院保护。而即使义务人不行使诉讼时效抗辩权，在权利人

有充分证据证明对方当事人依法依约履行合同义务是诚实信用原则的根本要求，并不会给义务人造成不公平的后果，反而有利于鼓励义务人的诚实履约行为，有利于我国社会诚信体系的建立。在当事人无行使诉讼时效抗辩权的意思表示的情形下，如果人民法院主动对诉讼时效问题进行释明，则无异于提醒和帮助义务人逃债，有违诚实信用的基本原则，也有违法院居中裁判的中立地位。因此，本规定规定，当事人一方未提出诉讼时效抗辩，人民法院不应就诉讼时效问题进行释明。同理，我们认为，当事人未提出诉讼时效抗辩的，人民法院也不应主动适用诉讼时效的规定进行裁判。

在司法实务中应予注意的是，本规定第三条的规定应适用于民事诉讼的各个审理阶段，而非只适用于某一审理阶段。

（三）程序正义与实体正义的衡平：诉讼时效抗辩权的行使阶段

本规定第四条分两款对诉讼时效抗辩权的行使阶段问题进行了规定。

1. 《规定》第四条第一款涉及答辩权的行使期间以及二审的审理范围问题。关于答辩权的行使，世界上存在两种立法例：一种是答辩失权主义，另一种是答辩随时提出主义。根据《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）第一百一十三条的规定，我国并未规定答辩失权主义。但由于答辩随时提出主义对于固定诉争焦点、确定案件事实存在不稳定性，尤其在答辩方恶意延迟答辩、进行诉讼突袭的情形下，对对方当事人权利保护不利，有违程序安定原则。因此，《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《民事诉讼证据规定》）第三十二条作出了“应在一审答辩期届满前提出书面答辩”的规定。该规定系倡导性规定，对规范答辩行为，维护民事诉讼程序的安定性具有积极的意义。而且，抗辩权是与请求权相对应的权利。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》（以下简称《民事诉讼法意见》）第一百八十二条、第一百八十四条的规定，诉讼请求应在一审期间提出。基于权利对等原则，抗辩权也应限制在一审期间提出。因此，该款将诉讼时效抗辩权的行使阶段原则上限制在一审期间。

根据《民事诉讼法》第一百五十一条关于“第二审人民法院应当对上诉请求的有关事实和适用的法律进行审查”的规定，我国民事诉讼采用二审续审制。在续审制审理模式下，二审既是法律审，又是事实审，在二审期间，当事人可以提出新的证据，进一步陈述案件的事实，法院可以对一审未尽事实和适用法律问题进行审理。续审制更多地体现了对实体公正功能的追求，也有助于实现诉讼效率。因此，在第一款我们作了但书规定，即“但其基于新的证据能够证明对方当事人的请求权已过诉讼时效期间的情形除外”。

2. 本规定第四条第二款规定，当事人未按照前款规定提出诉讼时效抗辩，以诉讼时效期间届满为由申请再审或者提出再审抗辩的，人民法院不予支持。如前所述，诉讼时效抗辩权的行使期间一般应限制在一审阶段，特殊情形可以

在二审阶段行使。而终审判决作出后，当事人之间的权利义务关系已经确定，尤其是在生效判决已被部分或者全部执行完毕的情形下，社会交易秩序已经因生效判决的作出趋于确定，如果仍然对义务人基于诉讼时效抗辩权提出的再审申请予以支持，则不利于维护司法程序的安定，也有违诉讼时效制度维护社会秩序稳定的立法目的。因此，法院不应任由义务人突破审级限制，不对当事人基于诉讼时效抗辩权提出的再审申请予以支持。这样规定，也有助于维护诚实信用的基本原则。综上，我们认为，无论当事人一方是否基于新的证据证明的诉讼时效事实申请再审，人民法院均不予支持；当事人基于其他再审事由获得支持进入再审后，在再审审理过程中提出诉讼时效抗辩的，人民法院也不应予以支持。

应予以注意的是，在司法实务中，当事人在二审期间基于新的证据证明的事实提出诉讼时效抗辩的，人民法院不应仅以一审法院对诉讼时效事实未予查明而将案件发回重审。尽管一审法院未查明诉讼时效事实，但这属于一审法院准确适用人民法院不应主动援用诉讼时效的规定进行裁判这一规定的正确做法。根据《民事诉讼法》第一百五十一条、第一百五十三条关于二审法院审理范围和二审裁判方式的规定，对于原判决认定事实错误，或者原判决认定事实不清，证据不足的，第二审法院可以查清事实后改判。对于诉讼时效事实，当事人举出新证据的，由二审法院在查清事实的基础上改判，符合我国《民事诉讼法》的上述规定，也可节约诉讼成本、避免诉累，是可行做法。当然，如果还有其他未予查清的事实或者认识错误的事实，则二审法院应综合整个案情决定是否应将案件发回重审。根据《最高人民法院关于民事经济审判方式改革问题的若干规定》第三十八条关于“第二审人民法院根据当事人提出的新证据对案件改判或者发回重审的，应当在判决书或者裁定书中写明对新证据的确认，不当认为是第一审裁判错误”的规定，二审法院依据二审新的证据适用诉讼时效的规定对案件进行改判的，不应认定为第一审裁判错误。

还应注意的是，权利人因义务人二审提出诉讼时效抗辩而增加的相关费用，属于因义务人的原因导致的不利益，故根据公平原则，应由义务人承担。这也符合《民事诉讼证据规定》第四十六条关于“一方当事人请求提出新的证据的另一方当事人负担由此增加的差旅、误工、证人出庭作证、诉讼等合理费用以及由此扩大的直接损失，人民法院应予支持”规定的精神。

(四) 理论纷争与规范统一：同一债务分期履行的，诉讼时效期间的起算

同一债务分期履行的情形中，给付某一期债务请求权的诉讼时效如何起算的问题一直是理论界和实务界颇有争议的问题。本规定第五条对此进行了规定。本规定作此规定的理由在于：第一，符合同一债务的特征。从债法法理分析，当事人约定同一笔债务分期履行的，其订立合同的目的是对同一笔债务约定分期履行，该债务为一个单一的整体，具有整体性和唯一性。其是在当事人

签订合同之时即可以确定,只不过对于债务的履行当事人约定了分期履行,而非一次性履行而已。尽管因为对整体债务分别约定了分期履行的期限和数额,使每一期债务具有一定的独立性,但该独立性不足以否定整体性;整体性和唯一性是该债务的根本特征。史尚宽先生认为,这种债权属于普通债权分期给付,而非定期金债权,“至普通债权之定有给付期间或以一债权分作数期给付者,不包括在内。”^① 给付每一期债务请求权的诉讼时效期间从最后一期履行期限届满之日起算是同一笔债务具有唯一性和整体性的根本要求。第二,符合诉讼时效制度的立法目的。权利人没有在每一期履行期限届满后即主张权利,并非其怠于行使权利,而系其基于对同一债务具有整体性以及不同期债务具有关联性的合理信赖,通常把每一次履行行为看作一个完整的合同关系的一部分,认为其可以从最后一期履行期限届满之日再主张权利。而且,当事人之间签订分期给付债务合同的目的在于全面履行合同约定义务,因此,尽量维持双方的债权债务关系和信任关系是解决履行障碍的基本态度。为促进双方的友好合作关系,权利人不愿或者不想在部分债权受到侵害后就立刻主张权利。因此,规定从最后一期履行期限届满之日起算诉讼时效期间,可以保护权利人的合理信赖利益,也不违背诉讼时效制度督促权利人行使权利的立法目的。第三,有利于减少诉累,实现诉讼效率。规定诉讼时效期间从最后一期履行期限届满之日起算,可以避免当事人为主张权利而激化矛盾,避免频繁起诉,有利于节约司法资源,减少诉累,实现诉讼效率。

需予说明的是,在对本条进行适用时应注意以下两点:第一,本条是对给付分期履行债务中的某一笔债务请求权的诉讼时效期间起算点的规定,而非对给付全部债务请求权的诉讼时效期间起算点的规定,后者当然应从最后一期履行期限届满之日起算诉讼时效期间。第二,本条适用的情形是对同一笔债务约定分期履行。所谓同一笔债务,是指该债务在合同订立之时即已经确定,时间因素对其内容和范围不再起作用,受到时间因素影响的只是履行的方式。该类债务的典型表现形式为约定分期还款、分期交货的借款之债、买卖之债等。详言之,在借款合同法律关系中,借款合同多约定:贷款人一次性给付借款人全部款项后,借款人分期偿还。在司法实践中,分期偿还的约定主要有两种形式:一种是明确约定总的债务履行期限和数额以及分期偿还的数额、期限;另一种是只约定了总的履行期限,而对分期履行的期限和数额未作出具体约定。

(五) 概念界定与实务分析: 提起诉讼的认定

提起诉讼是《民法通则》规定的法定中断事由之一,但关于在提起诉讼情形下,诉讼时效从何时中断存在争论,主要有从当事人一方向法院提交起诉材料或者口头起诉之日起中断,从法院受理之日起中断,以及从起诉状副本送达

^① 史尚宽:《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第642页。

给对方当事人之日起中断三种观点。

本规定采纳了第一种观点，理由为：所谓提起诉讼，是指公民、法人或者其他组织认为自己所享有的或者依法由自己支配、管理的民事权益受到侵害，或者与他人发生民事权益的争议，以自己的名义请求法院通过审判给予司法保护的诉讼行为。^①提起诉讼是权利人请求公权力机关运用公权力对其权利进行保护的公力救济方式。相对于私力救济而言，公力救济为权利人救济其权利最为有力的方式，其在义务人不愿履行义务的情形下，可以通过司法强制力强制其履行义务。简言之，这里的提起诉讼是指权利人起诉的行为，而非指法院的受理行为。由于本条规定的是诉讼时效中断起算点的确认问题，因此，在确定中断点的问题上，主要应从诉讼时效中断事由的法理进行考量，基于诉讼时效中断制度侧重保护权利人的立法目的，我们认为，规定诉讼时效从当事人一方提交起诉状或者口头起诉之日起中断，而非法院依法受理之日中断更符合该立法目的。

综上，根据《民事诉讼法》第一百零九条关于“起诉应当向人民法院递交起诉状，并按照被告人数提出副本。书写起诉状确有困难的，可以口头起诉，由人民法院记入笔录，并告知对方当事人”的规定，本规定第十二条规定，当事人一方向人民法院提交起诉状或者口头起诉的，诉讼时效期间从提交起诉状或者口头起诉之日起中断。作出此规定，在司法实务中具有积极的意义：在提起诉讼之日诉讼时效期间尚未届满，但在受理之日诉讼时效期间已经届满的情形，或者在法院因政策性原因而作出中止立案的情形下，该规定有利于保护权利人的权利。

应予注意的是，这里的提起诉讼一般指提起具备法律规定的起诉要件的诉。当然，如果提起的诉讼虽不符合法律规定的起诉的全部要件，但其具备的要件足以认定权利人向义务人以提起诉讼的方式主张了争议的权利的，当事人一方提起诉讼的行为也应具有诉讼时效中断的效力。

还应注意的，提起诉讼不仅包括权利人提起民事诉讼的情形，也应包括权利人提起刑事附带民事诉讼的情形。此外，如果权利人为保护民事权利提起行政诉讼；即使提起的行政诉讼不被受理，但如果仅是其对案件性质的认识错误，但被告、事实理由及权利均无错误，则也应认定其提起行政诉讼的行为具有诉讼时效中断的效力。

(六) 连带之债连带性的理解与应用：连带之债诉讼时效中断效力的涉他性

本规定第十七条对连带之债的涉他性进行了规定。所谓连带之债的涉他性，是指对于任一连带债权人或者连带债务中一人所生事项的效力是否及于其

^① 江伟，《民事诉讼法》，高等教育出版社、北京大学出版社2004年版，第261页。

他连带债权人或者其他连带债务人。这里的一人并非特指某一人，而是泛指连带债权人或者连带债务人中的任一人。

因连带之债分为连带债权和连带债务，故该条分两款分别对连带债权和连带债务的涉他性问题进行了规定。

本规定第十七条第一款规定，对于连带债权人中的一人发生诉讼时效中断效力的事由，应当认定对其他连带债权人也发生诉讼时效中断的效力。详言之，诉讼时效中断事项可统分为请求^①和义务人同意履行义务两种。对于连带债权而言，一连带债权人请求债务人履行债务或者债务人对任一连带债权人作出同意履行义务的意思表示或者行为，均应对其他连带债权人发生诉讼时效中断的效力。理由在于：第一，连带债权制度的立法目的在于保障债权全面、及时实现，连带债权人中的任一人均可请求债务人部分或者全部给付或者受领债务人的部分或者全部给付，该请求给付的效力及于其他连带债权人，其他连带债权人可以对受领债权人请求给付超过其应得部分的债权。因此，对于请求这一诉讼中断事由而言，具有涉他性是连带债权的应有之意，也符合连带债权保护债权的制度本意和立法目的。第二，连带债权制度的立法本意是义务人可以向任一连带债权人作为部分或者全部给付，既可以作出履行义务的意思表示，也可以作出实际履行行为，任一连带债权人均有权接受给付并将超过其应有份额的部分分给其他连带债权人。因此，在债务人对于任一连带债权人作为部分或者全部给付的情形下，该给付的效果应是在所有债权人之间消灭该部分债权。在其作出同意履行债务意思表示的情形下，其法律效力也系对其作出同意履行债务部分具有诉讼时效中断的效力，无论该部分债务是否超过接受该意思表示的债权人有权享有的部分。而且，债务具有整体性，由于义务人同意履行部分债务实质是作为其承认整体债务存在的一个证据，因此，从保护债权人利益角度考虑，在义务人仅对部分债务作出同意履行义务的意思表示或者作出实际履行行为时，对于全体债务也应具有诉讼时效中断的效力。

本规定第十七条第二款规定，对于连带债务人中的一人发生诉讼时效中断效力的事项，应当认定对其他连带债务人也发生诉讼时效中断的效力。详言之，债权人向连带债务人中的一人提出权利请求或者连带债务人中的一人向债权人作出同意履行债务的意思表示或者行为，对于其他连带债务人均具有诉讼时效中断的效力。理由在于：第一，从连带债务制度的立法目的以及诉讼时效

^① 正如前文所述，诉讼时效中断的法定事由主要有三，即权利人向义务人主张权利、权利人提起诉讼、义务人同意履行义务。除此之外，本司法解释还规定了类诉讼请求（申请），向依法有权处理纠纷的国家机关、事业单位、社会团体等社会组织提出解决纠纷的请求等诉讼时效中断事项。其中，权利人向义务人主张权利、提起诉讼、提出类诉讼请求（申请）以及向依法有权处理纠纷的国家机关、事业单位、社会团体等社会组织请求解决纠纷等，均属广义上的请求，故这里为表述方便，我们通称为请求。

中断制度的立法目的角度进行分析,具有涉他性符合上述制度保护债权人权利的目的。连带债务的立法目的是赋予债权人向所有连带债务人主张全部给付的权利,以全体连带债务人的财产为其债权进行一般担保,以保护债权的实现。质言之,连带债务是连带债务人为保护权利人的权利而承担的一种加重责任,因此对于涉及债权保护问题的事项一般应具有涉他性。显然,诉讼时效中断制度的立法目的在于保护债权人的权利,与连带债务保护债权人权利实现的目的相吻合,故一事由对一连带债务人具有诉讼时效中断效力对其他连带债务人具有涉他性有助于保护债权人的权利,符合债务人负担连带债务的目的,也未加重其责任。第二,具有涉他性,符合为平衡债权人、债务人以及债务人之间利益而进行的制度设计,符合公平和效率原则。基于公平原则,法律一方面规定连带债务人对外承担连带责任,一方面又规定连带债务人之间享有追偿权。根据连带债务的权利义务结构设计,就外部关系而言,相对于债权人,连带债务人共为一个债务人整体,为了不使债务人因有内部沟通的关系而背弃债权人的信赖,连带债务的绝对效力有其存在的必要性;就内部关系而言,因连带债务人内部有紧密的沟通关系,故具有涉他性对债务人并非不利益。第三,有观点认为,对于义务人同意履行义务这一诉讼时效中断事由而言,其与请求并不相同,前者是义务人主动承认债务的行为,而后者是权利人主动主张权利的行为;前者为义务人自愿放弃其诉讼时效利益的行为,而后者则是其被动放弃诉讼时效利益的行为。一连带债务人不能代替其他连带债务人放弃诉讼时效利益,故该诉讼时效中断事由不应具有涉他性。但大多数观点认为,在对诉讼时效中断事由是否具有涉他性问题存在争议的情形下,由于连带债务与诉讼时效中断制度的立法目的均为保护权利人权利,故我们应倾向作出有利于债权人的理解。在债权人享有的债权与债务人享有的诉讼时效不予中断这一诉讼时效进行中的时效利益发生矛盾的情况下,后者不足以对抗前者,因此,规定该诉讼时效中断事由具有涉他性较为科学。这样规定,也有利于关于连带债务诉讼时效中断事由具有涉他性问题的规定实现体系统一,鼓励积极还债的诚信行为。

应予指出的是,对连带债务中的一人发生诉讼时效中断的事由对其他连带债务人也具有涉他性的规定,对于主债务人与连带保证人并不适用,即对主债务人发生诉讼时效中断效力的事由对连带保证人并不具有涉他性。理由在于:连带保证人为从债务人而非主债务人,其所负的债务为从债务而非主债务,与主债务并非同一层次的债务。而且,保证人承担保证责任后,对主债务人享有追偿权,并不与主债务人分担债务,最终的债务主体为主债务人。再者,连带保证人承担的债务具有独立于主债务的特性,根据立法本意,主债权人既可以向主债务人主张权利也可以向连带保证人主张权利,在主债权人只向主债务人主张权利而未向保证人主张权利的情形下,并不能推定其向连带保证债务人也主张权利。在该情形下,依据法律规定,保证人无需承担保证责任,除非其自

愿主动履行。综上，如果制定具有惩罚性，并不符合连带保证责任的性质和立法本意。 (七) 诺成行为抑或实践行为：放弃诉讼时效抗辩权与义务人自愿履行的区别

本规定第二十二条对放弃诉讼时效抗辩权与义务人自愿履行进行了规定。应予以注意的是，构成放弃诉讼时效抗辩权应符合以下要件：第一，作出放弃诉讼时效抗辩权意思表示的主体需具有权利能力、行为能力。第二，放弃诉讼时效抗辩权的行为属于有相对人的意思表示行为，故该意思表示应向相对方作出并到达相对方。放弃诉讼时效抗辩权的行为为义务人的单方处分行为，故该行为无需权利人同意，只要义务人单方向权利人作出该意思表示即发生法律效力，并不以义务人实际履行诉讼时效期间已过的义务为要件。依当然解释，当事人之间就放弃诉讼时效抗辩权达成协议的，也应具有法律效力。第三，由于放弃权利需有放弃权利的意思表示，故放弃诉讼时效抗辩权需以义务人知道或者应当知道诉讼时效完成、其享有诉讼时效抗辩权为要件。第四，放弃诉讼时效抗辩权，需以义务人作出同意履行诉讼时效期间已过的债务的意思表示为认定要件。因为，诉讼时效抗辩权的涵义为诉讼时效期间届满，义务人有权拒绝履行义务，故义务人若放弃诉讼时效抗辩权，则应作出同意履行义务的意思表示，义务人仅确认债务存在，而并未表示愿意履行诉讼时效期间已过债务的，不能认定其放弃诉讼时效抗辩权。在司法实务中，应避免认为只要义务人承认诉讼时效期间已过的债务即认定其放弃诉讼时效抗辩权的错误做法。

所谓义务人自愿履行，是指诉讼时效期间届满，义务人不知诉讼时效期间已过的事实而自愿履行债务后，其不得以不知诉讼时效期间已过为由请求撤销该履行行为。其法理依据是诉讼时效期间届满后，债的受领保持力仍然存在，故义务人在诉讼时效期间届满后向权利人自愿履行的，权利人仍有权受领义务人的给付，该受领有合法依据，并非不当得利，即使义务人在给付之时并不知诉讼时效期间已过的事实。

放弃诉讼时效抗辩权与义务人自愿履行行为的不同主要表现在两个方面：第一，义务人自愿履行不以义务人知道或者应当知道诉讼时效期间已过的事实为要件；而放弃诉讼时效抗辩权以义务人知道或者应当知道诉讼时效期间已过的事实为要件。第二，义务人自愿履行为实践行为，而放弃诉讼时效抗辩权非实践行为。

在司法实务中，由于未能正确区分义务人自愿履行行为与放弃诉讼时效抗辩权，曾有关于放弃诉讼时效抗辩权为实践行为的错误认识，故本规定对两制度进行了区别规定。

(八) 结语：无效合同所涉请求权的诉讼时效问题

无效合同所涉请求权的诉讼时效问题是司法实务中时常遇到的问题，但由于在讨论过程中，关于诉讼时效起算点问题争议较大，未形成一致意见，故最

www.docsriver.com 商家巨力电子书
商人民法院审判委员会决定对该问题暂不予以规定，留待进一步研究。

在合同无效法律关系中，主要有确认合同无效请求权、返还财产请求权、赔偿损失请求权三种请求权。在司法实务中，主要涉及两类诉讼时效问题：

1. 上述请求权是否适用诉讼时效规定

确认合同无效请求权虽名为请求权，但实质为实体法上的形成权，因此，通说认为，其不适用诉讼时效的规定，而应适用除斥期间的规定。但由于无效合同制度涉及国家利益和社会公共利益的保护问题，故我国《合同法》并未对确认合同无效请求权的除斥期间进行规定。返还财产请求权为不当得利请求权的，应适用诉讼时效的规定。赔偿损失请求权是因缔约过失责任而产生的债权请求权，故也应适用诉讼时效的规定。

2. 适用诉讼时效规定的请求权，诉讼时效期间应从何时起算

该问题是目前理论界和司法实务界争论最大的问题，主要有三种争议观点：第一种观点认为，应从合同被确认无效之日起算。理由是：合同无效只能由法院或者仲裁机构确认，只有在判决或裁决确认合同无效之时才产生返还财产及赔偿损失请求权，权利人才知道或者应当知道其权利受到侵害，诉讼时效期间才起算。至于因合同无效而导致的权利人的不利益，可通过实体法的规定依公平原则进行解决，不应以诉讼时效起算点的提前起算来解决。第二种观点认为，应从履行期限届满之日开始起算。理由是：当事人基于合同有效而签订和履行合同，其对权利实现的合理预期为合同履行期限届满之日，故在合同履行期限届满后，当事人知道或者应当知道其权利受到侵害，而无论合同事后是否被确认无效。而且，合同无效产生的损失，多因合同当事人不履行合同义务产生，而非因合同被确认无效产生。第三种观点认为，上述两种观点均存在不足，前者会产生权利睡眠问题，后者则会带来无效合同按有效对待的无奈，应综合前两种规定作出折中规定，即合同被确认无效，返还财产、赔偿损失请求权的诉讼时效期间从合同被确认无效之日起计算。但合同履行期限届满、当事人没有履行或者没有完全履行合同的，当事人以合同无效为由请求返还财产、赔偿损失的，诉讼时效期间从履行期限届满之日起计算。理由是：在当事人基于合同有效而订立和履行合同的情形下，其对合同权利实现的合理预期为履行期限届满之日。因此，当事人一方或者双方在合同履行期限届满后，没有履行或者没有完全履行合同义务的，对方当事人应当认识到其权利受到侵害，故诉讼时效应从合同履行期限届满之日起算。但如果当事人双方已完全履行合同义务，其权利已得到实现，故其在履行期限届满之日不知道或者不应当知道权利受到侵害。只有在合同被确认无效之后，其才知道或者应当知道权利受到侵害，故诉讼时效应从合同被确认无效之日起算。

(撰稿人：宋晓明 刘竹梅 张雪梅)

【链接】

最高人民法院民二庭负责人就 《关于审理民事案件适用诉讼时效制度 若干问题的规定》答记者问

一、问：《关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》的起草背景是什么？

答：诉讼时效制度是民商法中的一项基本制度，具有较强的实践性，在司法实务中适用广泛。各国多在民法典中对其进行规定，有的国家甚至起草单独的诉讼时效法对其进行规定。我国《民法通则》对诉讼时效制度进行了规定，但根据当时的情况仅规定了七条内容。之后颁布的相关司法解释虽进行了补充规定，但仍然不够系统、完善。

近年来，由于社会生活的纷繁复杂，在司法实务中出现的诉讼时效问题呈现多样化、疑难化趋势，因此，加强对司法实务中出现的诉讼时效问题的研究，及时出台司法解释，对于统一司法尺度，公正高效审理案件，保护当事人的合法权益，维护社会交易秩序，保护社会公共利益具有重要意义。最高人民法院下发的《关于贯彻落实第七次全国民事审判工作会议精神任务分解方案》，明确规定从2007年2月份起开始起草诉讼时效司法解释。依据该规定，2007年2月，最高人民法院正式启动诉讼时效司法解释起草工作。此后，我们分别举办了法院系统、金融系统、学术界专家论证会，先后征求了全国人大法工委、国务院法制办以及最高人民法院各相关部门的意见，并在吸收相关意见的基础上进行了制度设计。

二、问：司法解释制定遵循了哪些工作思路？

答：由于成文法具有的相对原则性和滞后性等特点，不能完全解决审判实务中遇到的所有具体问题，故需要司法解释予以弥补。司法解释应当根据法律和有关立法精神，结合审判工作实际需要制定。本司法解释在制定过程中遵循了以下工作思路：

1. 明确诉讼时效制度的立法目的，确定制定诉讼时效司法解释的基本原则。诉讼时效制度虽具有督促权利人行使权利的立法目的，但其实质并非否定权利的合法存在和行使，而是禁止权利的滥用，以维护社会交易秩序的稳定，

进而保护社会公共利益。维护社会交易秩序,保护社会公共利益是诉讼时效制度的根本立法目的,世界两大法系的诉讼时效立法均体现了这一点。基于这一根本立法目的,诉讼时效制度对权利人的权利进行了限制,这是权利人为保护社会公共利益作出的牺牲和让渡。但应注意的是,通过对权利人的权利进行限制的方式对社会公共利益进行保护应有合理的边界,该边界就是应在保护社会公共利益的基础上进行利益衡量,不能滥用诉讼制度,使诉讼时效制度成为义务人逃避债务的工具,随意否定权利本身,违反依法依约履行义务的诚实信用原则。因此,在权利人积极主张权利或者因客观障碍无法主张权利的情形下,法律规定了诉讼时效中断、中止等诉讼时效障碍制度以合法阻却诉讼期间的继续计算。在司法解释的起草过程中,我们注重坚持在保护社会公共利益的基础上基于公平原则进行利益衡量,为避免不当扩大适用诉讼时效制度,损害权利人的合法权利,司法解释对诉讼时效的适用范围进行了限缩解释;对诉讼时效抗辩权的行使阶段进行了限定、对诉讼时效障碍事由的认定进行了合法的扩张解释。由于诉讼时效中断、中止制度的立法目的在于保护权利人权利,因此,在适用上述制度时,如果存在既可以作出有利于权利人的理解也可以作出有利于义务人的理解的情形,那么,在不违背基本法理的基础上,应作出有利于权利人的理解。

2. 充分调研、广泛征求司法实务界意见,使司法解释具有针对性和可操作性。最高人民法院制定的司法解释是对法院审判工作中如何适用法律所进行的解释,因此,对于司法实务中出现的问题进行广泛、深入地调研是科学制定司法解释的基础。在本司法解释制定过程中,我们向十几个高级法院下发了关于征集诉讼时效法律问题的通知,司法解释小组先后赴地方法院实地调研。通过对征集问题的归纳、总结,确定了本司法解释的框架体系和主要内容。对于与审判实务密切相关的诉讼时效适用范围,当事人未提出诉讼时效抗辩,法院应否主动援引诉讼时效的规定进行裁判,应否对诉讼时效问题进行释明以及诉讼时效抗辩权的行使阶段等问题进行了规定。

3. 全面梳理现有司法解释的规定,进行科学的修正、整合和完善。针对《民法通则》关于诉讼时效制度的规定,最高人民法院先后颁布了最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》、法复〔1994〕3号最高人民法院《关于债务人在约定的期限届满后未履行债务而出具没有还款日期的欠款条诉讼时效期间应从何时开始计算问题的批复》、法复〔1997〕4号最高人民法院《关于超过诉讼时效期间当事人达成的还款协议是否应当受法律保护问题的批复》、法释〔1999〕7号最高人民法院《关于超过诉讼时效期间借款人在催款通知单上签字或者盖章的法律效力问题的批复》等司法解释,对司法实务中涉及的诉讼时效起算点、中断、中止、效力等问题进行了规定。该司法解释在对上述司法解释的规定进行梳理的基础上,进行了

科学的修正、整合和完善。该司法解释共四条,分别从诉讼时效总则、起算、中断、中止、效力、附则等方面进行了较为系统、全面的规定。

三、问:司法解释对诉讼时效制度适用的权利范围进行了规定,请谈谈该规定的意义以及具体内容。

答:诉讼时效制度适用的权利范围,涉及哪些权利因诉讼时效期间届满、义务人提出诉讼时效抗辩而不会得到法院保护的重大问题,对权利人的权利保护意义重大。该问题既是司法实务亟须规定的问题,又是争论较大的问题。经过深入研究和反复论证,我们在对该问题进行规定时,采纳了理论界通行观点,认为债权请求权以财产利益为内容,不具支配性。若权利人长期怠于行使权利,会使法律关系处于不确定状态,不利于维护社会交易秩序稳定,故债权请求权适用诉讼时效的规定。但对于支付存款本息请求权、兑付国债、金融债券和向不特定对象发行的企业债券本息请求权以及基于投资关系产生的缴付出资请求权作了除外规定。这是因为前两种请求权的实现关系到社会公共利益的保护,如果适用诉讼时效的规定,则将使民众的切身利益受到损害。缴付出资请求权不适用诉讼时效的规定;否则,有违公司资本充足原则,且不利于对其他足额出资的股东及公司债权人的保护。

此外,在司法实务中还存在物权请求权等请求权是否适用诉讼时效的问题,由于理论界和司法实务界对该问题争论较大,故司法解释未予规定。

四、问:在诉讼中,当事人一方未提出诉讼时效抗辩,法院应否主动适用诉讼时效的规定进行裁判、应否对诉讼时效问题进行释明?

答:该问题是司法实务中适用诉讼时效制度应首先明确的问题。在我国司法实务界曾存在着法官主动援用诉讼时效的规定进行裁判的情况。我们认为,诉讼时效抗辩权本质上是义务人的一项民事权利,义务人是否行使,司法不应过多干预,这是民法意思自治原则的根本要求。当事人一方根据实体法上的诉讼时效抗辩权在诉讼中提起的诉讼时效抗辩是实体权利的抗辩,是需由当事人主张的抗辩,当事人是否主张,属于其自由处分的范畴,司法也不应过多干涉,这是民事诉讼处分原则的应有之意。因此,遵循上述意思自治原则和处分原则,在义务人不提出诉讼时效抗辩的情形下,人民法院不应主动援引诉讼时效的规定进行裁判,该规定也与法院居中裁判的地位相适应。

在司法实务中,关于当事人一方未提出诉讼时效抗辩,人民法院应否对诉讼时效问题进行释明存在争议。经过深入论证,我们认为,诉讼时效抗辩权是颠覆性权利,义务人在法院释明后主张诉讼时效抗辩权的,将会使裁判结果较之其不主张诉讼时效抗辩权的情形发生根本性变化,即将导致法院对权利人的权利不予保护。而即使义务人不行使诉讼时效抗辩权,在权利人有充分证据证

明其享有权利的情形下，义务人依法依约履行合同义务是诚实信用原则的根本要求，并不会给义务人造成不公平的后果，反而有利于鼓励义务人的诚实履约行为，有利于我国社会诚信体系的建立。还应指出的是，在义务人无主张诉讼时效抗辩权的意思表示的情形下，如果人民法院主动对诉讼时效问题进行释明，则无异于提醒和帮助义务人逃债，有违诚实信用的基本原则，也有违法院居中裁判的中立地位。因此，该司法解释规定，当事人一方未提出诉讼时效抗辩，人民法院不应就诉讼时效问题进行释明。

五、问：司法解释对诉讼时效抗辩权的行使阶段进行了规定，这对解决司法实务问题具有重大意义。请问制定时是如何考虑的？适用该规定时应注意哪些问题？

答：诉讼程序机制的建构实质蕴涵着通过构筑正当程序以保证私权争议获得公正裁判的诉讼理念。如果任由义务人在任何审理阶段均可行使诉讼时效抗辩权，则将出现法院无法在一审审理阶段固定诉争焦点，无法有效发挥一审事实审的功能，使审级制度的功能性设计流于形式，产生损害司法程序的安定性、司法裁决的权威性、社会秩序的稳定性的问题。因此，司法解释结合我国《民事诉讼法》的相关规定对诉讼时效抗辩权的行使阶段进行了限制，原则上，义务人关于诉讼时效的抗辩应当在一审中提出，如在二审提出，不予支持。

另外，根据我国现行《民事诉讼法》第一百五十一条关于“第二审人民法院应当对上诉请求的有关事实和适用的法律进行审查”的规定，我国民事诉讼采用二审续审制，即第二审承接第一审继续进行了审理。二审既是法律审，又是事实审，在二审期间，当事人可以提出新的证据，进一步陈述案件的事实，法院可以对一审未尽事实和适用法律问题进行审理。续审制更多地体现了对实体公正功能的追求，也有助于实现诉讼效率。因此，司法解释规定了例外情形，即义务人在二审期间有新的证据能够证明对方当事人的请求权已过诉讼时效期间的，人民法院应予支持。

在司法实务中，还存在义务人未按照前款规定提出诉讼时效抗辩，以诉讼时效期间届满为由申请再审或者提出再审抗辩的，人民法院应否支持的问题。我们认为，如前所述，司法解释对诉讼时效抗辩权的行使期间进行了限制性规定。终审判决作出后，当事人之间的权利义务关系已经确定，尤其是在生效判决已被部分或全部执行完毕的情形下，社会交易秩序已经因生效判决的作出趋于确定。如果仍然对义务人基于诉讼时效抗辩权申请再审予以支持，则不利于维护司法程序的安定，也有违诉讼时效制度维护社会秩序稳定的立法目的。因此，法院不应任由义务人突破审级限制，不对当事人基于诉讼时效抗辩权提出的再审申请予以支持；同时，当事人基于其他再审理事由获得支持进入再审后，在再审审理过程中提出诉讼时效抗辩的，人民法院也不应予以支持。

需要注意的是,在《民事诉讼法》中商家在电子商务中基于新的证据证明的事实提出诉讼时效抗辩的,人民法院不应仅以一审法院对诉讼时效事实未予查明而将案件发回重审。尽管一审法院对诉讼时效事实未予查证,但这是因为义务人未提出诉讼时效抗辩,且属于一审法院准确适用人民法院不应主动援用诉讼时效的规定进行裁判的正确做法。根据我国《民事诉讼法》第一百五十二条、第一百五十三条关于二审法院审理范围和二审裁判方式的规定,对于原判决认定事实错误,或者原判决认定事实不清,证据不足的,第二审法院可以查清事实后改判。对于诉讼时效事实,当事人举出新证据的,由二审法院在查清事实的基础上改判,符合我国《民事诉讼法》的上述规定,也可节约诉讼成本,避免诉累,是可行做法。当然,如果还有其他未予查清的事实或者认识错误的事实,则二审法院应综合整个案情决定是否应将案件发回重审。根据《最高人民法院关于民事经济审判方式改革问题的若干规定》第三十八条关于“第二审人民法院根据当事人提出的新证据对案件改判或者发回重审的,应当在判决书或者裁定书中写明对新证据的确认,不应当认为是第一审裁判错误”的规定,二审法院依据二审新的证据对案件进行改判的,不应认定为第一审裁判错误。

还应注意的是,权利人因义务人二审提出诉讼时效抗辩而增加的相关费用,属于因义务人不当诉讼行为导致的不利益,故根据公平原则,应由义务人承担。这也符合《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第四十六条规定的精神。

六、问:我们注意到,司法解释规定,当事人约定同一债务分期履行的,诉讼时效期间从最后一期履行期限届满之日起算,请问该规定的起草依据以及理解与适用中应注意的问题。

答:《民法通则》第一百三十七条只对诉讼时效期间起算点作了原则性的规定,而未对当事人约定对同一债务分期履行的,给付每一期债务请求权的诉讼时效期间如何起算问题作出明确规定。理论界和司法实务界对该问题的争议主要有三种观点,即从每一笔债务履行期限届满之日起算,从最后一笔债务履行期限届满之日起算,区分给付请求权是否具有独立性而分别从每一笔债务履行期限届满之日起算或者从最后一笔债务履行期限届满之日起算。

近年来,随着认识的深入,理论界和司法实务界逐渐对该问题达成共识,即“当事人约定对同一笔债务分期履行的,给付某一笔债务请求权的诉讼时效期间应从最后一期履行期限起算”。司法解释采纳了该观点,主要是基于以下几点考虑:

第一,符合同一债务的特征。当事人约定同一笔债务分期履行的,其订立合同的目的是对同一笔债务约定分期履行,该债务为一个单一的整体,具有整体性和唯一性。因此,尽管因为对整体债务分别约定了分期履行的期限和数

www.docsriver.com 商家巨力电子书

额,使每一期债务具有一定的独立性,但该独立性不足以否定整体性,整体性和唯一性是该债务的根本特征。给付每一期债务请求权的诉讼时效期间从最后一期履行期限届满之日起算是同一笔债务具有唯一性和整体性的根本要求。

第二,符合诉讼时效制度的立法目的。权利人没有在每一期履行期限届满后即主张权利,并非其怠于行使权利,而系其基于对同一债务具有整体性以及不同期债务具有关联性的合理信赖。其通常把每一次的履行行为看作是一个完整的合同关系的一部分,往往认为其可以从最后一期履行期限届满之日再主张权利。而且,当事人之间签订分期给付债务合同的目的在于全面履行合同约定的义务,因此,尽量维持双方的债权债务关系和信任关系是解决履行障碍的基本态度。为促进双方的友好合作关系,权利人也不愿或者不想在部分债权受到侵害后就立刻主张权利。因此,规定从最后一期履行期限届满之日起算诉讼时效期间,可以保护权利人的合理信赖利益,也不违背诉讼时效制度的立法目的。

第三,有利于减少诉累,实现诉讼效率。规定诉讼时效期间从最后一期履行期限届满之日起算,可以避免当事人为主张权利而激化矛盾,避免频繁起诉,有利于节约司法资源,减少诉累,实现诉讼效率。

在对本条进行理解时应注意两点:第一,本条是对给付分期履行债务中的某一笔债务请求权的诉讼时效期间起算点的规定,而非对给付全部债务请求权的诉讼时效期间起算点的规定,后者当然应从最后一期履行期限届满之日起算诉讼时效期间;第二,本条适用的情形是对同一笔债务约定分期履行。

七、问:“提起诉讼”是《民法通则》第一百四十条规定的诉讼时效中断事由。在权利人“提起诉讼”的情形下,诉讼时效期间应从何时中断?

答:诉讼时效中断制度属诉讼时效障碍制度,其法理基础是:由于出现权利人积极主张的事实,使诉讼时效期间继续计算的事实基础丧失,故诉讼时效期间应中断计算,待中断事由完成后再重新起算,以合法阻却诉讼时效的完成,保护权利人权利。权利人主张权利的方式有多种,其中“提起诉讼”是权利人请求法院这一公权力机关运用公权力对其权利进行保护的公力救济方式。在采取“提起诉讼”这一公力救济方式主张权利时,权利人主张权利的意思表示明确,因此,诉讼时效中断,正因为此,各国立法均将“提起诉讼”作为诉讼时效中断的法定事由。

关于在“提起诉讼”的情形下,诉讼时效期间应从何时中断,存在争议,分别有从当事人向法院提起诉讼之日、人民法院受理之日和起诉状副本送达义务人之日中断三种观点。我们认为,权利人以“提起诉讼”的方式主张权利的,由于其请求保护权利的对象为法院,故只要其向法院提交起诉材料或者口头起诉,就应认定其向法院提出了权利主张,诉讼时效中断,而无需等待法院

受理。因此,根据我国《民事诉讼法》第一百零九条关于“起诉应当向人民法院递交起诉状,并按照被告人数提出副本。书写起诉状确有困难的,可以口头起诉,由人民法院记入笔录,并告知对方当事人”的规定,司法解释规定,当事人一方向人民法院提交起诉状或者口头起诉的,诉讼时效期间从提交起诉状或者口头起诉之日起中断。规定诉讼时效“从提交起诉状或者口头起诉之日起中断”而非“法院依法受理之日中断”,更符合诉讼时效中断制度的立法目的,也有利于保护权利人的权利。应予注意的是,“提起诉讼”具有诉讼时效中断效力,其前提条件是当事人向法院提起的诉讼足以认定权利人向义务人主张了争议的权利。

八、问:无效合同所涉请求权的诉讼时效问题一直是理论界和实务界争论较大的问题。我们注意到,在本次起草过程中对该问题进行了研究,但在发布稿中没有规定该内容,请问是怎么考虑的?

答:无效合同所涉请求权的诉讼时效问题的确是司法实务中急需规定的问题,但由于在讨论过程中,关于诉讼时效起算点的问题争议颇大,未形成倾向性意见,故最高人民法院审判委员会决定对该问题暂不予以规定,待进一步研究。

在无效合同法律关系中,主要有确认合同无效请求权、返还财产请求权、赔偿损失请求权三种请求权。在司法实务中,主要涉及两类诉讼时效问题:第一,上述请求权是否适用诉讼时效规定。确认合同无效请求权虽明为请求权,但实质为实体法上的形成权,因此,通说认为,其不适用诉讼时效的规定,而应适用除斥期间的规定。但由于合同无效制度涉及国家利益和社会公共利益的保护问题,故我国《合同法》并未对确认合同无效请求权的除斥期间进行规定。返还财产请求权为不当得利请求权的,应适用诉讼时效的规定。赔偿损失请求权是因缔约过失责任而产生的债权请求权,故也应适用诉讼时效的规定。第二,适用诉讼时效规定的请求权,诉讼时效期间应从何时起算。该问题是目前理论界和司法实务界争论最大的问题,主要有三种争议观点:第一种观点认为,应从合同被确认无效之日起算。理由是:合同无效只能由法院或者仲裁机构确认,只有在判决或裁决确认合同无效之时才产生返还财产及赔偿损失请求权,权利人才知道或者应当知道其权利受到侵害,诉讼时效期间才起算。至于因合同无效而导致的权利人的不利益,可通过实体法的规定依公平原则进行解决,不应以诉讼时效起算点的提前起算来解决。第二种观点认为,应从履行期限届满之日开始起算。理由是:当事人基于合同有效而签订和履行合同,其对权利实现的合理预期为合同履行期限届满之日,故在合同履行期限届满后,当事人知道或者应当知道其权利受到侵害,而无论合同事后是否被确认无效。而且,合同无效产生的损失,多因合同当事人不履行合同义务产生,而非因合同

最高人民法院
关于适用《中华人民共和国民事诉讼法总则》诉讼
时效制度若干问题的解释

法释〔2018〕12号

(2018年7月2日最高人民法院审判委员会
第1744次会议通过 2018年7月18日最高人民
法院公告公布 自2018年7月23日起施行)

为正确适用《中华人民共和国民事诉讼法总则》关于诉讼时效制度的规定,保护当事人的合法权益,结合审判实践,制定本解释。

第一条 民法总则施行后诉讼时效期间开始计算的,应当适用民法总则第一百八十八条关于三年诉讼时效期间的规定。当事人主张适用民法通则关于二年或者一年诉讼时效期间规定的,人民法院不予支持。

第二条 民法总则施行之日,诉讼时效期间尚未满民法通则规定的二年或者一年,当事人主张适用民法总则关于三年诉讼时效期间规定的,人民法院应予支持。

第三条 民法总则施行前,民法通则规定的二年或者一年诉讼时效期间已经届满,当事人主张适用民法总则关于三年诉讼时效期间规定的,人民法院不予支持。

第四条 民法总则施行之日,中止时效的原因尚未消除的,应当适用民法总则关于诉讼时效中止的规定。

第五条 本解释自2018年7月23日起施行。

本解释施行后,案件尚在一审或者二审阶段的,适用本解释;本解释施行前已经终审,当事人申请再审或者按照审判监督程序决定再审的案件,不适用本解释。

【解 读】

解读《关于适用〈中华人民共和国民法总则〉
诉讼时效制度若干问题的解释》

2018年7月,最高人民法院颁布了《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法总则〉诉讼时效制度若干问题的解释》(法释〔2018〕12号,以下简称《民法总则诉讼时效解释》),该解释自2018年7月23日起施行。该解释虽然只有5条,但明确了民事审判实践中民法通则规定的一年短期诉讼时效期间不再适用、民法总则规定的三年诉讼时效期间与民法通则规定的二年诉讼时效期间如何衔接适用等亟需统一的司法裁判标准。现就本解释各条文作如下解读:

一、关于民法通则普通诉讼时效和短期诉讼时效期间的规定是否适用问题

《民法总则诉讼时效解释》第一条是关于民法总则施行后,民法通则的普通诉讼时效和短期诉讼时效期间是否适用的规定。《民法通则》第一百三十六条规定了一年短期诉讼时效,而《民法总则》对其未作规定。这在理论界和司法实务界引发争议。第一种观点认为,《民法总则》实施后,《民法通则》并未废止,在《民法总则》没有规定一年特殊诉讼时效情况下,当然可以适用《民法通则》的规定。而且,《民法总则》立法说明中也写明,《民法总则》施行后,《民法通则》仍然有效,因此,《民法通则》关于一年特别时效的规定属于《民法总则》第一百八十八条特别法的特别规定。第二种观点认为,新法优于旧法,《民法总则》没有规定一年特殊诉讼时效,说明舍弃了《民法通则》的这一规定,“法律另有规定的”诉讼时效期间是那些优于三年普通诉讼时效期间而适用的规定。

在起草过程中,主流观点认为关于诉讼时效期间,民法总则将民法通则规定的二年一般诉讼时效期间延长为三年,更有利于建设诚信社会,更好地保护债权人合法权益。此外,根据法无溯及力的基本原则,民法总则施行后诉讼时效期间才起算的,民法通则关于二年的普通诉讼时效规定以及一年短期诉讼时效都不再适用。对此,《民法总则诉讼时效解释》第一条作出明确规定:民法总则施行后诉讼时效期间开始计算的,应当适用民法总则第一百八十八条关于三年诉讼时效期间的规定。

二、关于民法通则规定的普通和短期诉讼时效期间未届满的法律适用问题

《民法总则诉讼时效解释》第二条是关于至民法总则施行之日,民法通则普通和短期诉讼时效期间未届满的法律适用的规定。基于“前后交叉用新法”的立场(民法通则是前法,民法总则是后法,两者同时有效时,应适用新法即民法总则的规定)。本条明确规定了至民法总则施行之日,诉讼时效期间尚未满民法通则规定的二年或者一年期间,人民法院应当适用民法总则关于三年诉讼时效期间的规定。其法理依据是:

1. 当民法通则规定的诉讼时效期间已经跨越了民法总则施行日,即2017年10月1日这一时间点时,从法理上而言,可推定当事人对于民法总则规定的三年诉讼时效是知情的。
2. 有利于保护债权人权益,也符合民法总则将民法通则普通诉讼时效从两年改为三年规定的立法目的。
3. 一般情形下,新法的规定优于旧法,故该情形下,适用新法规定可以更好保护权利人的权利,该规定符合《立法法》第九十三条的规定。该条规定:法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章不溯及既往,但为了更好地保护公民、法人和其他组织的权利和利益而作的特别规定除外。
4. 与以往司法解释采用相同立场。如《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》(以下简称《合同法解释(一)》)第二条就规定:合同成立于合同法施行之前,但合同约定的履行期限跨越合同法施行之日或者履行期限在合同法施行之后,因履行合同发生的纠纷,适用合同法第四章的有关规定。

三、关于民法通则规定的普通和短期诉讼时效期间已经届满的法律适用问题

《民法总则诉讼时效解释》第三条是关于至民法总则施行之日,民法通则普通和短期诉讼时效期间已经届满的法律适用的规定。在起草过程中,主要有适用民法总则第一百八十八条关于三年诉讼时效期间规定和不适用两种方案。

第一种方案认为,应适用民法总则第一百八十八条关于三年诉讼时效期间的规定。理由为:1. 符合《立法法》的有利溯及既往的原则。2. 法的溯及力原则中的“实体从旧”只是基本原则,应允许根据适用的实体法制度的特殊性进行除外规定。如《合同法解释(一)》对合同法的溯及力除外就规定了三种情形,即有效从新、补缺从新、持续性行为从新等。3. 符合民法总则将诉讼时效期间延长到三年的立法目的。民法总则将诉讼时效期间由两年延长为三年,其目的是为了为了更好地保护债权人的合法权益。4. 诉讼时效制度是有关人民法院是否保护权利人权利的制度,因此,在适用诉讼时效制度时,应以义务

www.docsriver.com 商家巨力电子书
人行使诉讼时效抗辩权的时间作为判定法律适用的标准，即应适用当事人向法院请求保护民事权利这一时点的法律，而非纠纷发生时的法律。

第二种方案认为，不应适用民法总则第一百八十八条关于三年诉讼时效期间的规定。理由为：1. 法的溯及力，应采取实体从旧、程序从新原则。诉讼时效制度为实体法制度，故应采从旧原则。2. 《合同法解释（一）》第六条、第七条采用实体从旧原则进行了规定。3. 在民法总则施行前民法通则规定的两年或者一年诉讼时效届满，义务人已取得诉讼时效抗辩权，不应因新法的出现而否定义务人的诉讼时效抗辩权。当事人对诉讼时效届满效力均有认知，不应再次赋予当事人适用民法总则规定的权利，不应超出双方当事人对法律的预期。4. 债权人与债务人的合法利益均应当平等保护。

这两种方案中，方案一采取了尊重时效效力的立场，方案二采取了保障债权人权益的立场。本解释第三条最终采纳了第二种方案，即不适用民法总则第一百八十八条关于三年诉讼时效期间的规定。主要理由为：一是尊重民法总则有关诉讼时效期间规定的立法本意。司法解释是立法在审判工作中的具体化，我们在制定该解释时尽可能地体现立法精神，严格遵循法律解释方法起草相关条文，确保司法解释的具体内容符合民法总则本意。二是依据法的溯及力法理。依据法的溯及力法理，一般采用实体从旧、程序从新原则。诉讼时效制度为实体法制度，故应采从旧原则。在民法通则规定的诉讼时效期间已经届满的情形下，不应再适用民法总则的规定。三是基于诉讼时效制度的基本法理。诉讼时效制度督促权利人行使权利的立法目的，虽从其表面分析为限制权利的行使，但究其实质，其并非否定权利的合法行使和权利存在的本身，而是禁止权利的滥用，以避免义务人受到不正当请求或者过时请求的干扰，维护法律关系和社会交易秩序的稳定。对债权人与债务人的合法利益均应当平等保护。四是保持与以往司法解释规定的一致性和延续性。本解释第三条立法思路与《合同法解释（一）》第六条、第七条也保持了一致性。

四、关于诉讼时效中止的诉讼时效期间继续计算及届满日的问题

《民法总则诉讼时效解释》第四条是关于诉讼时效中止的法律适用问题的规定。

本条的条文本意是，既然第四条规定的是诉讼时效中止规定的衔接问题，就简单适用民法总则第一百九十四条的规定，以中止原因消除后六个月届满日作为诉讼时效期间届满日。但笔者个人意见认为，如果将《诉讼时效规定》第二条规定和第四条规定进行体系解释，在从诉讼时效期间起算点和重新起算点起算，到中止原因消除后六个月届满日不足三年的情形下，还是应以三年（不扣除按照民法通则规定的属于诉讼时效中止原因持续期间，因为按照民法总则的规定，该原因不属于诉讼时效中止原因）届满日作为诉讼时效期间届满日

更为适宜。主要理由有二：一是本案规定的诉讼时效中止制度的衔接，故首先应适用诉讼时效中止制度，在中止制度不能更好保护权利人权利时，再辅以诉讼时效期间制度的衔接。二是诉讼时效中止事由的认定，有两个条件，时间条件和事由条件。按照民法总则规定的中止事由必须是发生在诉讼时效期间两年半以后发生的客观事由，在诉讼时效中止事由未持续至诉讼时效期间两年半的情形下，不属于民法总则规定的诉讼时效中止原因，不应中止。

五、关于《民法总则诉讼时效解释》溯及力的问题

《民法总则诉讼时效解释》第五条是关于溯及力的规定。对该条规定的理解，应明确以下两点：

第一，该解释施行后，案件尚在一审或者二审阶段的，适用本解释。《民法总则诉讼时效解释》施行后，案件尚在一审或者二审阶段的，表明案件尚未终审，故可适用该司法解释的规定。

第二，该解释施行前已经终审，当事人申请再审或者按照审判监督程序决定再审的案件，不适用该解释。根据我国《民事诉讼法》的有关规定，审判监督程序的发生包括：基于人民法院行使审判监督权而引起的再审；基于人民检察院行使检察监督权而引起的再审；当事人行使诉权申请再审。无论何种方式启动再审，适用法律错误都是一种情形，如果因适用法律错误进入再审程序，再审法院对适用法律是否正确进行审查时，应当依据案件发生和审理时的法律，而不是再审时的法律。人民法院发生法律效力是按审判时的法律来处理的，不能申请再审和进行再审审理时的法律来规范当时的法律关系和评价当时的人民法院的裁判。如果允许适用新法，逻辑上就应当允许以修改后的法律内容发生变动为理由提起申诉或者抗诉，确立这样原则势必造成所有案件均可以以法律的修改为理由而推翻生效裁判，这是根本性的错误。再审时一律不得适用新法，不以新法作为评价当时法院裁判是否正确的标准。

需要明确的是，案件被提审后，在再审审理结果做出之前，终审审理结果尚不确定，因此，此时案件也属于尚未终审，但由于其处于再审阶段，故不能适用新的司法解释的规定。故，不能将上述规定理解为，只要在新的司法解释施行后案件尚未终审，就可以适用新的司法解释的规定。而应根据《民法总则诉讼时效解释》第五条的规定进行适用。详言之，案件尚在一审二审阶段，固然说明此时案件尚未终审，但尚未终审的案件除包括该类案件外，还包括已经提审但尚未裁决的提审案件，“案件尚未终审”与“案件尚在一审二审阶段”并不能等同。

六、关于《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》是否适用的问题

《民法总则诉讼时效解释》主要解决的是新旧法关于诉讼时效制度的衔接适用问题，而非对民法总则所有关于诉讼时效制度的规定进行的解释，因此，最高人民法院于2008年8月21日公布的《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》（法释〔2008〕11号）是否在民法总则实施后仍然适用，就成为需要明确的问题。全国人大常委会李建国副委员长在《关于〈中华人民共和国民法总则（草案）〉的说明》中指出，“民法总则实施后暂不废止民法通则，民法总则与民法通则规定不一致的，根据新法优于旧法的原则，适用民法总则的规定”。根据该讲话精神，在民法总则施行后，民法通则仍然适用。民法总则未有规定的，应当适用民法通则的规定。《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》（法释〔2008〕11号）是对民法通则诉讼时效制度的解释，因此，对于民法通则与民法总则规定不冲突的内容，在民法总则颁布实施后民法通则有效情形下仍然适用。在《民法通则》废止后，该司法解释虽不能直接适用，但对于其规定的符合法理的规定，仍然可以根据法理、对应民法总则的相关规定，以属于民法总则的某条规定，作为审理案件时判定诉讼时效问题的依据。当然，更好的解决方式是《民法通则》废止后，应根据《民法总则》的规定，吸纳《诉讼时效规定》的内容，制定相关司法解释。

——摘自张雪梅著：《诉讼时效审判实务与疑难问题解析》，人民法院出版社2019年版。

最高人民法院

关于超过诉讼时效期间当事人达成的 还款协议是否应当受法律保护问题的批复

1997年4月16日

法复[1997]4号

四川省高级人民法院:

你院川高法[1996]116号《关于超过诉讼时效期间达成的还款协议是否应受法律保护问题的请示》收悉。经研究,答复如下:

根据《中华人民共和国民事诉讼法通则》第九十条规定的精神,对超过诉讼时效期间,当事人双方就原债务达成还款协议的,应当依法予以保护。

此复。

【解 读】

解读《关于超过诉讼时效期间当事人 达成的还款协议是否应当受 法律保护问题的批复》

一、问题的提出

对于诉讼时效期间届满后的法律后果而言,当债权人向人民法院主张权利而债务人主动援引诉讼时效的抗辩时,债权人的民事权利才转化成为一种自然权利。而当债权人主张权利超过诉讼时效期间时,债务人也可能并不主张超过诉讼时效期间的抗辩,此时债权人的主张即可以得到人民法院的支持。而在诉讼时效期间届满后,也可能出现债权人并未向人民法院起诉而直接向债务人主张权利,债务人又同意并且与债权人达成还款协议的情况,对于此种情况下,债权人的权利能否得到法律的保护,《民法通则》以及司法解释当时均没有明确的规定,所以四川省高级人民法院就此问题向最高人民法院请示,最高人民法院就此作出《关于超过诉讼时效期间当事人达成的还款协议是否应当受法律保护问题的批复》(以下简称本批复)。

二、理解与适用

本批复下发时的原文是：“超过诉讼时效期间，当事人双方就原债务达成的还款协议，属于新的债权债务关系。根据《民法通则》第九十条规定的精神，该还款协议应受法律保护。”刊登在《最高人民法院公报》1997年第2期时作出了文字修改，其实，该修改仅是使得文件更加简练，文字表达不会形成误会和误解。本批复解决了这样几个问题：

1. 还款协议产生新的债权债务关系，该法律关系适用《民法通则》关于诉讼时效期间的规定，其诉讼时效的起算点为新的还款协议确定的还款日，而非协议签订日。在没有明确具体还款日期的协议上，如何确定诉讼时效，现在较为一致的看法是，知道或者应当知道权利被侵害之日起算2年，如果没有这样的时间点，则要考虑适用20年的诉讼时效。不应认定为协议签订之日起算2年，或者认为必须从支付贷款之日起算2年，这些理解对债权人都是不利的，不应成为我们判案的依据。

2. 还款协议作为新的法律关系，当事人在原债权债务关系中的约定对新的法律关系不再适用。在司法裁判中，原来的法律关系只是作为一个背景材料作为参考，不应成为判案依据。

3. 存在主从债务的场合，主债务双方达成的新的法律关系，并不当然对从债务人产生约束力，此时的从债务人仍然有权按照原来的协议，对诉讼时效期间的届满行使抗辩权。只有当从债务人也参加到新的法律关系中时，或者明确予以认可时，并愿意按照新的协议承担从债务时，新的协议才对从债务人产生当然的约束力。

1999年，最高人民法院又发布了法释〔1999〕7号《关于超过诉讼时效期间借款人在催款通知单上签字或者盖章的法律效力问题的批复》，该批复规定，根据《民法通则》第四条、第九十条规定的精神，对于超过诉讼时效期间，信用社向借款人发出催收到期贷款通知单，债务人在该通知单上签字或者盖章的，应当视为对原债务的重新确认，该债权债务关系应受法律保护。如何具体适用这两个司法解释呢？

1. 债务人在债权人的催收到期贷款通知单上签字或者盖章，意味着债务人放弃因诉讼时效期间届满而产生的抗辩权。但是，根据《担保法》第二十条的规定，债务人放弃对债务的抗辩权的，保证人仍有抗辩权。保证人仍然可以拒绝承担保证责任。不意味着债务人的放弃行为对保证人产生效力。

2. 保证人在诉讼时效期间届满后与债权人达成还款协议的，可以按照本批复的规定处理，视为保证人对主债权重新提供担保，保证人按照新的承诺承担保证责任。

3. 保证人在债权人的催收到期贷款通知单上签字或者盖章的，根据法释

www.docriver.com 商家巨力电子书
[1999] 7号《关于超过诉讼时效期间借款人在催款通知单上签字或者盖章的法律效力问题的批复》的规定,不能视为担保人对超过诉讼时效期间的保证债务重新确认,也并不能证明保证人放弃对诉讼时效期间的抗辩权。

4. 如果债权人是专门向保证人发出承担保证责任的通知单,即使已经超过诉讼时效期间或者已经超过担保责任期间的,只要担保人在催款通知单上签字或者盖章,就应视为担保人对原债务承担担保责任的重新确认,担保人不能根据法释[1999] 7号《关于超过诉讼时效期间借款人在催款通知单上签字或者盖章的法律效力问题的批复》而免责。

(撰稿人:吴庆宝 俞宏雷)

最高人民法院
关于超过诉讼时效期间借款人在催款通知单上
签字或者盖章的法律效力问题的批复

法释〔1999〕7号

(1999年1月29日最高人民法院审判委员会
第1042次会议通过 1999年2月11日最高人民
法院公告公布 自1999年2月16日起施行)

河北省高级人民法院：

你院〔1998〕冀经一请字第38号《关于超过诉讼时效期间信用社向借款人发出的“催收到期贷款通知单”是否受法律保护的请示》收悉。经研究，答复如下：

根据《中华人民共和国民事诉讼法》第四条、第九十条规定的精神，对于超过诉讼时效期间，信用社向借款人发出催收到期贷款通知单，债务人在该通知单上签字或者盖章的，应当视为对原债务的重新确认，该债权债务关系应受法律保护。

此复。

【解 读】

解读《关于超过诉讼时效期间借款人在 催款通知单上签字或者盖章的 法律效力问题的批复》

一、问题的提出

最高人民法院于1999年2月11日公布了《关于超过诉讼时效期间借款人在催款通知单上签字或者盖章的法律效力问题的批复》(以下简称本批复)。

二、理解与适用

(一) 诉讼时效期间届满的效力

根据《民法通则》的规定,诉讼时效是指权利人在法定期间内不向人民法院请求,就丧失了请求人民法院按照诉讼程序强制义务人履行义务的权利的法律制度。虽然《民法通则》第一百三十五条的表述为“向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为二年”,但根据司法解释及多数人对该条的理解,认为诉讼时效期间届满后,权利丧失了胜诉权,而不丧失起诉权。依据《民法通则》第一百三十八条的规定,超过诉讼时效期间,当事人自愿履行的,不受诉讼时效限制。也就是说,诉讼时效期间届满后,义务人自愿履行的,权利人仍有权受领。债务人履行义务后,不得以不知诉讼时效届满为理由要求返还。这是因为只要义务不依法履行义务,权利人的民事实体权利就不因时效届满而消灭。

纵观世界上多数国家关于诉讼时效的立法例,对诉讼时效期间届满大体有三种立法模式:一是实体权利消灭。日本等国采此立法模式。按此种立法模式,诉讼时效届满后,当事人的实体权利消灭,即使债务人自愿履行其义务,也构成不当得利。二是诉权消灭。也就是说,诉讼时效届满后,民事权利仍然存在,但不能请求法院强制执行,形成自然债务。如原苏俄民法典第八十一条规定,“受理诉讼不管诉讼时效是否过期”。三是抗辩权产生。诉讼时效期间届满后,债务人取得拒绝履行抗辩权,但债务人自愿履行的,视为放弃抗辩权,履行有效。这三种立法模式各有不同的立法理由:第一种立法模式认为规定时效制度在于维护社会秩序的安定;第三种立法模式认为债权人长期怠于行使权利,就应当推定其不愿意再享有权利,因而债务人可拒绝履行债务,但不愿拒

绝的也不应禁止；第二种模式实际上采取了折衷上述两种理由。我国《民法通则》的规定类似上述第三种模式。

（二）债务人在债权人的催款通知单签章的效力

本批复实际上确认了诉讼时效期间届满后债务人在债权人催款通知单签章的法律效力，即认为债务人的签章行为是对原债务的重新确认。

对这种签章行为的效力有不同的意见。一种观点认为，这种签章行为不构成具有法律效力的还款协议。主要理由包括：一是认为这种签章行为不产生诉讼时效中断的效力。因为诉讼时效中断必须在诉讼时效进行过程中，超过诉讼时效后的行为不能引起诉讼时效中断的法律后果。二是认为诉讼时效制度是一种法律制度，有关诉讼时效的规定为强制性法律规范。这种规范不因当事人的协商一致而改变。订立协议本身不能改变因诉讼时效届满而致权利人丧失胜诉权这一既定事实，也不能延长诉讼时效，更不能建立新的诉讼时效。三是债务人的签章行为虽然对原来存在于当事人间的债权债务关系予以重新确认，并没有产生新的债权债务关系。四是没有真正理解《民法通则》对诉讼时效制度的规定。《民法通则》只是规定：“超过诉讼时效期间，当事人自愿履行的，不受诉讼时效的限制。”《民法通则》的此条规定，只有当事人“自愿履行的”，即义务人有履行义务的行为而且权利人接受的，才产生不受诉讼时效的限制的法律后果。义务人只有履行义务的意思表示，而没有履行义务的行为，或者义务人有履行义务的行为但权利人不接受的，都不产生“不受诉讼时效限制”的法律后果。

另一种观点认为，债务人的签章行为具有法律效力，构成新的还款协议。这种意见的主要理由包括：第一，诚实信用原则是民事活动的帝王原则，是参与民事活动的所有当事人都应当遵守的原则。《民法通则》第四条规定，民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用原则。根据这一原则，借款合同的借款人应当按照约定归还借款本息，没有履行此项义务本身就违背了诚实原则；虽然诉讼时效期间届满，但债务人在贷款人的催款通知书中签章，表明了债务人对原债务的重新确认，如果不承担这种确认所带来的法律后果也是违背诚信原则的行为。第二，《民法通则》第九十条规定，合法的借贷关系受法律保护。因此，借款人履行还款义务是法定义务。第三，根据民事活动中当事人意思自治原则，借款人在催收贷款通知单上的签章行为是其真实的意思表示，因而债务人签章后，债权人与债务人对还款协议应是一项自愿达成的协议。人民法院没有理由不尊重当事人的真实意思表示。第四，本批复坚持了最高人民法院的一贯原则立场。1997年4月16日最高人民法院制定的《关于超过诉讼时效期间当事人达成的还款协议是否应当受法律保护问题的批复》（法复〔1997〕4号）指出：“根据《中华人民共和国民事诉讼法》第九十条规定的精神，对超过诉讼时效期间，当事人双方就原债务达成还款协议的，应当依法

予以保护。”第五,也有人认为我国《民法通则》所规定的诉讼时效期间与其他国家的法律相比,诉讼时效期间过短,不利于保护当事人的合法权益。

《民法总则》(二)

(撰稿人:汪治平)

最高人民法院
关于适用《中华人民共和国民事诉讼法涉外民事关系
法律适用法》若干问题的解释（一）

法释〔2012〕24号

（2012年12月10日最高人民法院审判委员会
第1563次会议通过 2012年12月28日最高人民
法院公告公布 自2013年1月7日起施行）

为正确审理涉外民事案件，根据《中华人民共和国民事诉讼法适用法律适用法》的规定，对人民法院适用该法的有关问题解释如下：

第一条 民事关系具有下列情形之一的，人民法院可以认定为涉外民事关系：

- （一）当事人一方或双方是外国公民、外国法人或者其他组织、无国籍人；
- （二）当事人一方或双方的经常居所地在中华人民共和国领域外；
- （三）标的物在中华人民共和国领域外；
- （四）产生、变更或者消灭民事关系的法律事实发生在中华人民共和国领域外；
- （五）可以认定为涉外民事关系的其他情形。

第二条 涉外民事关系法律适用法实施以前发生的涉外民事关系，人民法院应当根据该涉外民事关系发生时的有关法律规定确定应当适用的法律，当时法律没有规定的，可以参照涉外民事关系法律适用法的规定确定。

第三条 涉外民事关系法律适用法与其他法律对同一涉外民事关系法律适用规定不一致的，适用涉外民事关系法律适用法的规定，但《中华人民共和国票据法》《中华人民共和国海商法》《中华人民共和国民用航空法》等商事领域法律的特别规定以及知识产权领域法律的特别规定除外。

涉外民事关系法律适用法对涉外民事关系的法律适用没有规定而其他法律有规定的，适用其他法律的规定。

第四条 涉外民事关系的法律适用涉及适用国际条约的，人民法院应当根据《中华人民共和国民事诉讼法通则》第一百四十二条第二款以及《中华人民共和国票据法》第九十五条第一款、《中华人民共和国海商法》第二百六十八条第一款、《中华人民共和国民用航空法》第一百八十四条第一款等法律规定予以适用，但知识产权领域的国际条约已经转化或者需要转化为国内法律的除外。

www.docsriver.com商家巨力电子书

第五条 涉外民事关系的法律适用涉及适用国际惯例的，人民法院应当根据《中华人民共和国民事诉讼法通则》第一百四十二条第三款以及《中华人民共和国票据法》第九十五条第二款、《中华人民共和国海商法》第二百六十八条第二款、《中华人民共和国民用航空法》第一百八十四条第二款等法律规定予以适用。

第六条 中华人民共和国法律没有明确规定当事人可以选择涉外民事关系适用的法律，当事人选择适用法律的，人民法院应认定该选择无效。

第七条 一方当事人以双方协议选择的法律与系争的涉外民事关系没有实际联系为由主张选择无效的，人民法院不予支持。

第八条 当事人在一审法庭辩论终结前协议选择或者变更选择适用的法律的，人民法院应予准许。

各方当事人援引相同国家的法律且未提出法律适用异议的，人民法院可以认定当事人已经就涉外民事关系适用的法律作出了选择。

第九条 当事人在合同中援引尚未对中华人民共和国生效的国际条约的，人民法院可以根据该国际条约的内容确定当事人之间的权利义务，但违反中华人民共和国社会公共利益或中华人民共和国法律、行政法规强制性规定的除外。

第十条 有下列情形之一的，涉及中华人民共和国社会公共利益、当事人不能通过约定排除适用、无需通过冲突规范指引而直接适用于涉外民事关系的法律、行政法规的规定，人民法院应当认定为涉外民事关系法律适用法第四条规定的强制性规定：

- (一) 涉及劳动者权益保护的；
- (二) 涉及食品或公共卫生安全的；
- (三) 涉及环境安全的；
- (四) 涉及外汇管制等金融安全的；
- (五) 涉及反垄断、反倾销的；
- (六) 应当认定为强制性规定的其他情形。

第十一条 一方当事人故意制造涉外民事关系的连结点，规避中华人民共和国法律、行政法规的强制性规定的，人民法院应认定为不发生适用外国法律的效力。

第十二条 涉外民事争议的解决须以另一涉外民事关系的确认为前提时，人民法院应当根据该先决问题自身的性质确定其应当适用的法律。

第十三条 案件涉及两个或者两个以上的涉外民事关系时，人民法院应当分别确定应当适用的法律。

第十四条 当事人没有选择涉外仲裁协议适用的法律，也没有约定仲裁机构或者仲裁地，或者约定不明的，人民法院可以适用中华人民共和国法律认定

该仲裁协议的效力。

第十五条 自然人在涉外民事关系产生或者变更、终止时已经连续居住一年以上且作为其生活中心的地方，人民法院可以认定为涉外民事关系法律适用法规定的自然人的经常居所地，但就医、劳务派遣、公务等情形除外。

第十六条 人民法院应当将法人的设立登记地认定为涉外民事关系法律适用法规定的法人的登记地。

第十七条 人民法院通过由当事人提供、已对中华人民共和国生效的国际条约规定的途径、中外法律专家提供等合理途径仍不能获得外国法律的，可以认定为不能查明外国法律。

根据涉外民事关系法律适用法第十条第一款的规定，当事人应当提供外国法律，其在人民法院指定的合理期限内无正当理由未提供该外国法律的，可以认定为不能查明外国法律。

第十八条 人民法院应当听取各方当事人对应当适用的外国法律的内容及其理解与适用的意见，当事人对该外国法律的内容及其理解与适用均无异议的，人民法院可以予以确认；当事人有异议的，由人民法院审查认定。

第十九条 涉及香港特别行政区、澳门特别行政区的民事关系的法律适用问题，参照适用本规定。

第二十条 涉外民事关系法律适用法施行后发生的涉外民事纠纷案件，本解释施行后尚未终审的，适用本解释；本解释施行前已经终审，当事人申请再审或者按照审判监督程序决定再审的，不适用本解释。

第二十一条 本院以前发布的司法解释与本解释不一致的，以本解释为准。

【解 读】

解读《关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释（一）》

一、问题的提出

于2011年4月1日起施行的涉外民事关系法律适用法是我国第一部调整涉外民事关系法律适用问题的单行法，在我国国际私法立法史上具有深远的影响。

为正确贯彻执行该法，统一裁判思路，最高人民法院在广泛调研、充分论

www.docsriver.com商家巨力电子书
证的基础上出台了法释〔2012〕24号《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释(一)》(以下简称司法解释)。该司法解释于2012年12月10日经最高人民法院审判委员会第1563次会议讨论通过,并于2013年1月7日实施。

二、理解与适用

(一) 关于涉外民事关系的界定

在涉外民事关系法律适用法制定过程中,立法部门认为,对于涉外民事关系的界定可以在司法实践中解决,无需通过立法予以规范,且其他国家和地区的立法例均无此规定。因而,涉外民事关系法律适用法没有对如何界定涉外民事关系作出规定。

以往的司法实践中一直根据法(办)发〔1988〕6号《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法通则〉若干问题的意见(试行)》(以下简称民法通则司法解释)第178条的规定,认定涉外民事关系。该条规定:“凡民事关系的一方或者双方当事人是外国人、无国籍人、外国法人的;民事关系的标的物在外国领域内的;产生、变更或者消灭民事权利义务关系的法律事实发生在外国的,均为涉外民事关系。”我们认为,从民事法律关系构成的三要素角度考查是否构成涉外民事关系是合理的,只要其中一个要素涉外,即可以认定为涉外民事关系。但是,根据当前司法实践出现的新情况,我们认为应当从以下几个方面对上述司法解释的内容作进一步的完善:第一,根据涉外民事关系法律适用法的规定,经常居所地为涉外民事关系的重要连结点,不再仅仅强调国籍这一连结点。因此,有必要在主体方面增加当事人一方或双方的经常居所地在中华人民共和国领域外的规定。第二,对于外国人,应当包括外国的自然人、法人及其他组织,表述上以外国公民、外国法人或者其他组织更为贴切。第三,将外国这一表述变更为中华人民共和国领域外更为合理。第四,需要规定一个兜底式条款,以囊括司法实践中可能存在的其他应当被认定为涉外民事关系的情形。

综上,司法解释第一条重新界定了涉外民事关系:“民事关系具有下列情形之一的,人民法院可以认定为涉外民事关系:(一)当事人一方或双方是外国公民、外国法人或者其他组织、无国籍人;(二)当事人一方或双方的经常居所地在中华人民共和国领域外;(三)标的物在中华人民共和国领域外;(四)产生、变更或者消灭民事关系的法律事实发生在中华人民共和国领域外;(五)可以认定为涉外民事关系的其他情形。”

是否应当将外国国家和国际组织列入,在司法解释起草过程中有不同意见。有观点认为,应当将外国国家和国际组织列为涉外民事关系主体。我们认为,目前的司法实践中的确有国际组织作为涉外民事案件主体的情形,也有将

www.docsriver.com 商家巨力电子书

外国国家列为被告的情形，但这不可避免地会涉及管辖豁免的问题，只有在国际组织或者外国国家明确表示放弃民事案件管辖豁免权的情况下，我国法院才能对其行使管辖权。尽管正在研究制定的国家豁免法倾向于转向相对豁免，但我国在实践中一直主张绝对豁免，而非相对豁免，如果在司法解释中明确将外国国家、国际组织列入，很有可能被误认为我国法院已经采取了相对豁免的立场。因此，虽有将外国国家或者国际组织列入的建议，但司法解释未予采纳。

（二）关于涉外民事关系法律适用法的溯及力

涉外民事关系法律适用法的溯及力问题是一个较为特殊的问题。因为该法既不是实体法，也不是程序法；因此，实体法不溯及既往的法律适用原则以及程序法相对溯及既往的法律适用原则不能简单地适用于涉外民事关系法律适用法。我们认为，由于该法系冲突法规范，其适用最终影响当事人的实体权利义务，因此，应当根据实体法的溯及力原则确定该法的溯及力，以不溯及既往为该法的适用原则，这样才能保证当事人对其行为有合理预期。据此，司法解释第二条规定：“涉外民事关系法律适用法实施以前发生的涉外民事关系，人民法院应当根据该涉外民事关系发生时的有关法律规定确定应当适用的法律；当时法律没有规定的，可以参照涉外民事关系法律适用法的规定确定。”

实际上，在法发〔2010〕52号《最高人民法院关于认真学习贯彻执行〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉的通知》第三条已对涉外民事关系法律适用法的溯及力作出过类似规定，但由于通知的内容不宜作为裁判依据，因此有必要在司法解释中重申。

（三）关于涉外民事关系法律适用法与其他法律的关系

涉外民事关系法律适用法出台前，我国的冲突规范散见于民法通则第八章、合同法第一百二十六条、票据法第五章、海商法第十四章、民用航空法第十四章、继承法第三十六条等法律条文中。在涉外民事关系法律适用法的制定过程中，曾考虑统合分散在上述各法律中的冲突规范，制定一部大而全的冲突法法典。然而限于实际情况，没有采取这种方式，而是在并不废止其他法律中的冲突规范的前提下，新出台了这部涉外民事关系法律适用法。这势必导致该法与其他法律之间的相互关系在司法实践中如何协调问题的产生。虽然涉外民事关系法律适用法第二条和第五十一条对新法与旧法的关系作出了原则性规定，然而仅根据该两条规定仍很难理清新法与旧法之间的关系。

立法法第八十三条确立了同一效力层级的法律规范下，特别法优于一般法、新法优于旧法的法律适用基本原则。结合该原则，我们认为，关于涉外民事关系法律适用法与其他法律的适用关系，应注意把握以下几点：第一，涉外民事关系法律适用法和其他法律对同一涉外民事关系的法律适用问题规定一致的，应当优先适用涉外民事关系法律适用法的规定。第二，涉外民事关系法律适用法和其他法律对同一涉外民事关系的法律适用规定不一致的，要看其他法

律的规定是否属于特别规定。如不属于仍应当适用涉外民事关系法律适用法的规定。在涉外民事关系法律适用法的制定过程中，立法部门认为商事领域的法律适用问题还是在单行法中规定为宜，因而没有将票据法、海商法、民用航空法的有关具体规定纳入，而是专门对此作出衔接性规定：“其他法律对涉外民事关系的法律适用另有特别规定的，依照其规定”。此外，涉外民事关系法律适用法虽然专章规定了知识产权的法律适用，但其他法律中关于知识产权有若干特别规定。因此，票据法、海商法、民用航空法等商事领域法律的特别规定以及知识产权领域法律的特别规定应当优先于涉外民事关系法律适用法的适用。第三，涉外民事关系法律适用法有规定而其他法律没有规定的，适用涉外民事关系法律适用法的规定。第四，涉外民事关系法律适用法对涉外民事关系的法律适用没有规定而其他法律有规定的，适用其他法律的规定。司法解释第三条分两款对涉外民事关系法律适用法与其他法律中的冲突规范的关系进一步明确：涉外民事关系法律适用法与其他法律对同一涉外民事关系法律适用规定不一致的，适用涉外民事关系法律适用法的规定，但票据法、海商法、民用航空法等商事领域法律的特别规定以及知识产权领域法律的特别规定除外。涉外民事关系法律适用法对涉外民事关系的法律适用没有规定而其他法律有规定的，适用其他法律的规定。

（四）关于国际条约、国际惯例的适用

民法通则第一百四十二条、票据法第九十五条、海商法第二百六十八条、民用航空法第一百八十四条均对国际条约、国际惯例的适用作出了相应规定，这是人民法院在司法实践中适用国际条约、国际惯例的直接法律依据。

在涉外民事关系法律适用法制定过程中，各界曾建议全国人大常委会法工委对国际条约、国际惯例的适用作出规定，但由于立法技术问题，特别是考虑到国际条约适用的复杂性，最终没有在涉外民事关系法律适用法中对国际条约、国际惯例的适用作出规定。我们认为，在涉外民事关系法律适用法没有就国际条约、国际惯例的适用作出新的规定的情况下，仍应当适用民法通则第一百四十二条、票据法第九十五条、海商法第二百六十八条、民用航空法第一百八十四条的规定，解决司法实践中适用国际条约、国际惯例的法律依据问题。

由于国际上普遍承认知识产权的地域性原则和各国独立保护原则，我国对WTO项下的TRIPs协定采取了转化适用的模式，且TRIPs协定以外的知识产权领域的国际条约通常规定的是最低保护标准而不是完全统一的具体规则。因此，知识产权领域的司法实践中，在国内法与国际条约有不同规定的情况下，不一定优先适用国际条约的规定。鉴于此，司法解释第四条增加了“但知识产权领域的国际条约已经转化或者需要转化为国内法律的除外”的规定。

综上，司法解释第四条就国际条约的适用规定：“涉外民事关系的法律适用涉及适用国际条约的，人民法院应当根据民法通则第一百四十二条第二款以

www.docsriver.com 商家巨力电子书

及票据法第九十五条第一款、海商法第二百六十八条第一款、民用航空法第一百八十四条第一款等法律规定予以适用，但知识产权领域的国际条约已经转化或者需要转化为国内法律的除外。”司法解释第五条就国际惯例的适用规定：涉外民事关系的法律适用涉及适用国际惯例的，人民法院应当根据民法通则第一百四十二条第三款以及票据法第九十五条第二款、海商法第二百六十八条第二款、民用航空法第一百八十四条第二款等法律规定予以适用。

(五) 关于当事人意思自治原则的具体适用

1. 没有法律依据的选法行为无效

涉外民事关系法律适用法第三条是关于当事人意思自治原则的规定，该规定将这一原本仅作为涉外合同争议适用法律的一项基本原则扩展适用于涉外民事关系的诸多领域，是立法的一大亮点。然而，涉外民事关系法律适用法第三条属于宣示性条款，强调只有我国法律明确规定允许当事人选择适用法律的，当事人才可以对系争涉外民事关系应当适用的法律作出选择。否则，当事人的选法行为无效，人民法院则不予支持。因此，司法解释第六条明确规定：“中华人民共和国法律没有明确规定当事人可以选择涉外民事关系适用的法律，当事人选择适用法律的，人民法院应认定该选择无效。”

涉外民事关系法律适用法第十六条第二款、第十七条、第十八条、第二十四条、第二十六条、第三十七条、第三十八条、第四十一条、第四十四条、第四十七条、第四十九条、第五十条等，都是关于当事人选择法律的规定。

2. 选择法律的范围

涉外民事关系法律适用法第三条并没有对当事人选择适用法律的范围作出特别规定。在司法实践中，有观点认为当事人选择适用的法律应当与系争的涉外民事关系有实际联系，否则其选法行为无效，司法解释没有采纳这一观点。司法解释第七条规定：“一方当事人以双方协议选择的法律与系争的涉外民事关系没有实际联系为由主张选择无效的，人民法院不予支持。”

3. 选择法律的时间节点

涉外民事关系法律适用法第三条没有对当事人选择涉外民事关系适用的法律的时间点作出规定。法释〔2007〕14号《最高人民法院关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定》（以下简称涉外合同纠纷法律适用司法解释）第四条第一款规定：“当事人在一审法庭辩论终结前通过协商一致，选择或者变更选择合同争议应适用的法律的，人民法院应予准许。”该款规定仅针对涉外合同争议的当事人选择适用法律的情形。在涉外民事关系法律适用法将当事人意思自治原则的适用范围扩展之后，有必要对当事人选择法律的时间点统一作出规定。在司法解释起草过程中，多数观点认为，将当事人选择法律的时间点截止到一审法庭辩论终结前是合理的，因此，司法解释第八条第一款规定：“当事人在一审法庭辩论终结前协议选择或者变更选择适用的

法律的, 人民法院应予准许。”

4. 选择法律的方式

涉外民事关系法律适用法第三条对当事人选择涉外民事关系适用的法律的方式作出了原则性规定, 即应当以明示的方式。然而, 司法实践中存在一种特殊情况, 即各方当事人并没有以书面或者口头等明示的方式对适用法律作出选择, 但在诉讼过程中各方当事人均援引同一国家的法律且均未对适用法律问题提出异议, 对此, 人民法院一般会认为当事人已经就涉外民事关系应当适用的法律作出了选择, 即适用当事人共同援引的法律作出裁判。司法解释第八条第二款针对该特殊情况规定: “各方当事人援引相同国家的法律且未提出法律适用异议的, 人民法院可以认定当事人已经就涉外民事关系适用的法律作出了选择。”

(六) 关于当事人选择对我国未生效的国际条约的处理

在海事海商审判实践中, 有些案件的当事人在提单中载明适用《1924年统一提单某些法律规定的国际公约》(即《海牙规则》), 《1978年联合国海上货物运输公约》(即《汉堡规则》)等国际条约的相关内容, 而我国并未加入这些国际条约。在这种情况下, 人民法院一般会尊重当事人的选择, 同时认为, 既然是对我国尚未生效的国际条约, 该条约对我国没有拘束力, 不能将其作为裁判的法律依据, 即我国法院不能将其作为国际条约予以适用。如何处理此种情况是司法实践中一个争议较大的问题。

在司法解释起草过程中有三种不同的观点: 第一种观点认为, 这种情形可以作为当事人约定适用外国法律的情形对待。因为国际条约是若干缔约国签署并有一定数量的国家批准后才生效的, 既然允许当事人选择适用外国法律, 举重以明轻, 当事人选择适用已经在多个国家之间生效的国际条约, 不违反我国法律的规定。第二种观点认为, 可以把这类国际条约视为国际惯例。第三种观点认为, 把这类国际条约认为构成当事人之间合同的组成部分, 据以确定当事人之间的权利义务更为合理, 这样也可以解决如何对待当事人援引一些不具有拘束力的国际示范法、统一规则等产生的问题。同时, 由于国际条约的复杂性, 也不能将条约内容简单地等同于当事人之间的合同内容。对我国生效的国际条约, 我国往往会通过声明保留排除对我国可能会产生不利影响的条款的适用, 而对我国尚未生效的国际条约, 很有可能存在这方面的问题, 在我们不将该国际条约作为外国法律对待的情况下, 可以排除外国法适用的公共秩序保留条款不能发生作用, 因此, 还应当增加对违反我国社会公共利益情形的限制性规定。

司法解释最终采纳了第三种观点, 第九条明确规定: “当事人在合同中援引尚未对中华人民共和国生效的国际条约的, 人民法院可以根据该国际条约的内容确定当事人之间的权利义务, 但违反中华人民共和国社会公共利益或中华

人民共和国法律、行政法规强制性规定的除外。”

(七) 关于强制性规定的界定

涉外民事关系法律适用法第四条规定,我国强制性法律应予直接适用,从而排除了冲突规范在相关领域的适用。该条规定首次出现在我国调整涉外民事关系法律适用的法律中,是涉外民事关系法律适用法的一大亮点,具有重大的理论和实践意义。然而,何为强制性规定需进一步作出解释。

近年来,越来越多的国家规定某些涉外民事法律关系必须适用某些强制性法律规范,从而排斥外国法的适用,这是国家加强对社会经济生活干预在国际私法法律适用领域中的一个突出表现。强制性法律一般是指本国法律中明确规定某类法律关系应直接适用某法律规定,不允许当事人选择,当事人不能通过约定排除适用,法院在审理案件过程中也不必通过本国冲突规则的指引而应予以直接适用的法律。如反垄断法、外汇管制法、外贸管制法、社会保障法、消费者权益保护法等,一般旨在保护本国经济秩序或对某类利益进行特殊保护,这些领域的法律对涉外民事关系有重大影响。

结合上述情况,司法解释第十条对哪些规范构成我国法律的强制性规定作出了如下规定:“有下列情形之一的,涉及中华人民共和国社会公共利益、当事人不能通过约定排除适用、无需通过冲突规范指引而直接适用于涉外民事关系的法律、行政法规的规定,人民法院应当认定为涉外民事关系法律适用法第四条规定的强制性规定:(一)涉及劳动者权益保护的;(二)涉及食品或公共卫生安全的;(三)涉及环境安全的;(四)涉及外汇管制等金融安全的;(五)涉及反垄断、反倾销的;(六)应当认定为强制性规定的其他情形。”司法解释通过抽象描述和不完全列举附兜底条款的方式,解决可操作性问题,其中列举排序是根据与民生的相关程度作出的。

在以往的司法实践中,我国部分法院,包括最高人民法院、广东省高级人民法院及其所辖的部分中级人民法院,曾经受理大量的对外外汇担保纠纷案件,这类案件中涉及内地的担保人对外提供外汇担保,在担保合同中约定适用外法域法——香港或者澳门特别行政区法律。^①内地法院最终均未适用当事人选择的法律,而是适用了我国内地法律作出了相应裁判,但理由有所不同:有的法院是以适用当事人选择的外法域法将违反内地的社会公共利益为由,根据民法通则第一百五十条的规定,不予适用外法域法;有的法院是根据民法通则司法解释第一百九十四条规定的“当事人规避我国强制性或者禁止性法律规范的行为,不发生适用外国法律的效力”,不适用当事人选择的外法域法。但两种做法都曾受到批评:一是认为这是对公共秩序保留条款的滥用,二是认为这

^① 这些案例涉及的是我国国际私法冲突中的问题,并非国际私法问题,仅以此例说明我国对外外汇担保审批制度的相关规定应当属于我国法律的强制性规定范畴。

是对法律规避制度的错误理解。事实上,在当时的法律规定下,可以援引的最佳条款只能是民法通则司法解释第一百九十四条的规定,而该条文被许多学者认为是关于法律规避制度的规定,而当事人在对外外汇担保合同中约定适用外法域法与传统国际私法上的法律规避行为相去甚远。我国外汇管制方面的法律规定属于强制性规定,自应得到直接适用,与当事人是否选择无涉。

需要强调的是,这里的强制性规定与合同法上的效力性或管理性强制性规定不同,一定是适用于涉外民事关系的那类强制性规定,对此要从立法目的上考察。强制性规定的直接适用,与公共秩序保留条款一样,都是能够达到排除外国法适用目的的制度,因此,对于强制性规定的理解应当严格、谨慎,防止滥用。

(八) 关于先决问题的法律适用

司法解释第十二条对先决问题的法律适用规定:“涉外民事争议的解决须以另一涉外民事关系的确认为前提时,人民法院应当根据该先决问题自身的性质确定其应当适用的法律。”

国际私法中的先决问题又称附随问题或附属问题,是指法院在审理案件的过程中,其他次要的、附随的、具有涉外因素的法律关系,且为解决本案法律关系的先决条件。也就是说,本案争议问题的解决需要以解决另外一个问题为条件,争议问题为本问题,需要首先解决的问题为先决问题。司法实践中会遇到这样的案件,域外当事人以继承人的身份就被继承人与他人之间的合同纠纷诉至人民法院,其中就不可避免地涉及继承人身份的确定,该问题就是系争合同纠纷的先决问题,而继承人的身份应当根据我国有关确定继承法律关系的准据法的规则予以确定。

(九) 关于自然人经常居所地的界定

涉外民事关系法律适用法的一大特点是将经常居所地规定为主要连结因素,经常居所地法律不仅被确定为属人法,还被确定为债权、侵权等法律关系的准据法。该法第十四条第二款第二句规定:“法人的经常居所地,为其主营业务地。”然而,涉外民事关系法律适用法没有明确规定何为自然人的经常居所地。因此,有必要在司法解释中予以明确。

经常居所地区别于住所。经常居所地类似于有关国际条约中的惯常居所地。从1955年海牙国际私法会议主导订立的《关于解决本国法和住所地法冲突的公约》以来,国际条约中逐渐将自然人的惯常居所地作为重要连结点作出规定,但如何确定惯常居所地往往被认为是一个事实问题,因此,国际条约并没有对认定惯常居所地的标准作出任何规定。其他国家的立法例中也很少有关于如何界定经常居所地的规定。

民法通则司法解释第九条第一款规定:“公民离开住所地最后连续居住一年以上的地方,为经常居住地。但住医院治病的除外。”我们认为,可以借鉴

该规定,并参考德国法与瑞士法强调的生活中心这一要素,明确何为自然人的经常居所地。同时,我们认为,连续居住一年以上的时间起算点也是非常重要的,规定为涉外民事关系产生或者变更、终止时更为合理。一般而言,经常居所地将会与住所重合。此外,在国外看病就医、被劳务派遣在国外务工、因公务在国外工作、培训学习等都不应属于在国外经常居住,因此,应当针对这种情形作例外规定。司法解释稿起草过程中,绝大多数意见认为,不应将留学作为除外情形。

综上,司法解释第十五条对如何认定自然人的经常居所地作出如下规定:“自然人在涉外民事关系产生或者变更、终止时已经连续居住一年以上且作为其生活中心的地方,人民法院可以认定为涉外民事关系法律适用法规定的自然人的经常居所地,但就医、劳务派遣、公务等情形除外。”

(十) 关于法人登记地的界定

涉外民事关系法律适用法第十四条规定,法人及其分支机构的民事权利能力、民事行为能力等事项,适用登记地的法律。在司法实践中,有些注册登记地在英属维尔京群岛的企业,往往不在注册登记地开展经营活动,而是在香港开展经营活动,根据香港特别行政区的公司条例,海外公司在香港营业要进行营业登记,在这种情况下,该企业往往有两处登记地,因此,有必要明确涉外民事关系法律适用法第十四条规定的法人的登记地是指哪一登记地。

公司法第一百九十二条规定:“本法所称外国公司是指依照外国法律在中国境外设立的公司。”因此,将法人的登记地理解为法人的设立登记地更为准确,而非其他营业登记地。综上,司法解释第十六条规定:“人民法院应当将法人的设立登记地认定为涉外民事关系法律适用法规定的法人的登记地。”

(十一) 关于外国法律的查明

在案件应当适用外国法的情况下,如何查明外国法一直是制约涉外民事审判效率的“瓶颈”问题。涉外民事关系法律适用法第十条第一款明确规定:“涉外民事关系适用的外国法律,由人民法院、仲裁机构或者行政机关查明。当事人选择适用外国法律的,应当提供该国法律。”该条首先明确了应当由人民法院(或其他执法者,包括仲裁机构、行政机关)查明外国法;其次,在当事人选择适用外国法律时,则当事人有义务提供外国法。

民法通则司法解释第一百九十三条前段规定人民法院查明外国法的五种途径,即:由当事人提供、由与我国订立司法协助协定的缔约对方的中央机关提供、由我国驻该国使领馆提供、由该国驻我国使馆提供、由中外法律专家提供。从多年的司法实践看,外国法多由当事人提供,法院也会就外国法的查明问题征求专家意见。我国与三十多个国家签订的双边民商事司法协助条约中均规定了相互提供法律资料的内容,法院有时会依据条约规定通过主管机关获得外国法。通过国际条约途径查明外国法是一种有效的途径。在没有条约基础的

情况下,可以通过外交途径获取外国法,包括由我国驻该外国使领馆提供,由该外国驻我国使领馆提供。然而,外交途径在实践中很少适用。

民法通则司法解释第一百九十三条前段规定了法院可以通过五种途径查明外国法,结合该条后段“通过以上途径仍不能查明的,适用中华人民共和国法律”的规定,有观点认为,法院应当穷尽这五种途径,在此之后如果不能获得外国法,才能最终认定为不能查明外国法律。而如果穷尽上述五种途径无疑将降低涉外民事案件审判的效率。事实上,民法通则司法解释第一百九十三条规定的本意并无穷尽五种途径之意,其只是为人民法院提供了如何获取外国法的途径,而且强调法院不能仅适用其中最为简单的一种途径即轻率地认定不能查明外国法律。结合上述情况,司法解释第十七条第一款规定:“人民法院通过由当事人提供、已对中华人民共和国生效的国际条约规定的途径、中外法律专家提供等合理途径仍不能获得外国法律的,可以认定为不能查明外国法律。”

根据涉外民事关系法律适用法第十条第一款的规定,在当事人应当提供外国法的情况下,人民法院应当给当事人指定一个合理期限,如果当事人在该合理期限内无正当理由不予提供外国法或者不能提供外国法的,人民法院即可以认定为不能查明外国法律。司法解释第十七条第二款规定:“根据涉外民事关系法律适用法第十条第一款的规定,当事人应当提供外国法律,其在人民法院指定的合理期限内无正当理由未提供该外国法律的,可以认定为不能查明外国法律。”

对于外国法的内容如何正确理解,也是司法实践中存在的疑难问题。特别是如果案件应当适用的是判例法传统国家的法律,对我国法官而言更是一种挑战。对此我们认为,对于应当适用的外国法律,无论是当事人提供的还是人民法院依职权获取的,人民法院均应当听取各方当事人对该外国法律的内容及其理解与适用的意见,当事人无异议的,人民法院即应当根据当事人的共同理解确定外国法的内容及其理解与适用;当事人有异议的,则应当由人民法院最终确定外国法的内容及如何理解和适用该外国法。综上,司法解释第十八条规定:“人民法院应当听取各方当事人对应当适用的外国法律的内容及其理解与适用的意见,当事人对该外国法律的内容及其理解与适用均无异议的,人民法院可以予以确认;当事人有异议的,由人民法院审查认定。”

此外,司法解释还对规避我国强制性法律的行为后果、不同涉外民事关系的法律适用、涉外仲裁协议的准据法的确定、涉港、澳案件参照适用司法解释、司法解释的溯及力以及司法解释与以往司法解释内容的协调等方面的内容作出了规定。需要说明的是,由于涉外民事关系法律适用法施行时间较短,许多问题尚待进一步研究,我们采取分步走的思路,暂先对涉外民事关系法律适用法总则部分以及分则部分属于一般性问题的内容作出解释,对该法分则部分

的其他内容留待以后再作相应的司法解释。

(撰稿人:高晓力)

【链接】

最高人民法院

关于认真学习贯彻执行《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》的通知

2010年12月2日

法发〔2010〕52号

各省、自治区、直辖市高级人民法院，解放军军事法院，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院：

《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》（以下简称《涉外民事关系法律适用法》）已由第十一届全国人民代表大会常务委员会第十七次会议于2010年10月28日通过，将自2011年4月1日起施行。《涉外民事关系法律适用法》是我国民法的重要组成部分，其旨在明确涉外婚姻家庭、继承、物权、债权、知识产权等民事关系的法律适用，为解决涉外民事争议，维护当事人的合法权益提供依据。为了在今后的审判工作中正确适用《涉外民事关系法律适用法》，现就学习、贯彻执行《涉外民事关系法律适用法》的有关问题通知如下：

一、《涉外民事关系法律适用法》是我国关于涉外民事关系法律适用的第一部单行法律，该法的出台必将对我国涉外民事审判工作产生重大而深远的影响。各级人民法院应当积极组织审判人员认真学习《涉外民事关系法律适用法》，准确把握立法精神，深刻理解每一条款的含义，充分认识这部法律对调整我国涉外民事关系的重要性以及对促进国际民事交往的积极作用。

二、《中华人民共和国民法通则》等多部法律中有专章或者专条对相关涉外民事关系的法律适用作出了明确规定，这些法律施行以来，各级人民法院认真贯彻执行，依据这些法律审理了大量涉外民事案件，积累了丰富的审判经验。《涉外民事关系法律适用法》实施后，各级人民法院应当注意新法与旧法之间的适用关系，认真贯彻《涉外民事关系法律适用法》第二条和第五十一条规定的精神。

三、对在《涉外民事关系法律适用法》实施以前发生的涉外民事关系产生的争议，应当适用行为发生时的有关法律规定；如果行为发生时相关法律没有

规定的,可以参照《涉外民事关系法律适用法》的规定。

四、《涉外民事关系法律适用法》实施后,最高人民法院制定的司法解释中关于涉外民事关系法律适用的内容,与《涉外民事关系法律适用法》的规定相抵触的,不再适用。

五、各级人民法院在贯彻执行《涉外民事关系法律适用法》的过程中,应当注意总结审判经验,加强调查研究,切实保证该部法律的有效施行。对于贯彻执行过程中遇到的疑难问题,请及时报告我院,报告时应提出解决的办法或者倾向性意见,以供研究或者在必要时制定司法解释作为参考。

最高人民法院
关于城市街道办事处是否应当独立
承担民事责任的批复

法释〔1997〕1号

（1997年6月27日最高人民法院审判委员会
第917次会议通过 1997年7月14日最高人民
法院公告公布 自1997年8月2日起施行）

四川省高级人民法院：

你院《关于城市街道办事处能否独立承担民事责任的请示》（川高法〔1996〕117号）收悉。经研究，答复如下：

街道办事处开办的企业具有法人资格的，街道办事处只在收取管理费范围内承担民事责任；其开办的企业不具有法人资格的，应先由企业承担相应的民事责任，不足部分由街道办事处在企业注册资金范围内独立承担。街道办事处财产不足以承担时，不能由设立该街道办事处的市或区人民政府承担民事责任。街道办事处进行自身民事活动产生纠纷的，应当独自承担民事责任。

此复。

【解 读】

解读《关于城市街道办事处是否应当
独立承担民事责任的批复》

一、问题的提出

《最高人民法院关于城市街道办事处是否应当独立承担民事责任的批复》（以下简称本批复）经过最高人民法院审判委员会讨论通过，于1997年7月14日公布。本批复主旨即设立城市街道办事处的政府无须为街道办事处设立的企业承担民事责任。

四川省高级人民法院具函向最高人民法院请示，在审判及执行实践中，会

出现这样的情况,街道办事处用被开办企业的财产,在与其他企业交易时发生纠纷,败诉。由于资不抵债(有注册资金未到位的情况),法院便执行街道办事处财产,但街道办事处尚无财产可供执行,因此,法院拟执行设立街道办事处的政府部门的财产,引起争议,随即请示最高人民法院,即街道办事处应当承担的民事责任,而其财产又不足以承担全部责任时,能否直接由设立该街道办事处的市或区人民政府承担民事责任。

对此,四川省高级人民法院有两种意见:

一是在街道办事处管理支配的财产不足以承担民事责任时,由设立该街道办事处的政府承担责任。理由:街道办事处行使的是政府委托的部分职权,办公费用和工作人工资均由上级人民政府统一拨付,不具有机关法人资格。在其管理、支配的财产不足以承担民事责任时,应当由设立该街道办事处的政府承担责任。

二是街道办事处具备机关法人资格,应独立承担民事责任。理由:根据《地方人民代表大会和地方各级人民政府组织法》的规定,街道办事处是政府的派出机构,具备机关法人资格,应当独立承担民事责任。

四川省高级人民法院倾向于第二种意见。

二、理解与适用

针对四川省高级人民法院的请示,最高人民法院作出司法解释,即街道办事处开办的企业具有独立法人资格的,街道办事处只能在收取管理费范围内承担民事责任;其开办的企业不具备独立法人资格的,则由街道办事处在注册资金范围内独立承担民事责任。

本批复需要解决的问题,实际上有两个:一是街道办事处应否承担民事责任;二是一旦由街道办事处承担民事责任,设立街道办事处的政府是否应该承担补偿责任的问题。

对于第一个问题国发68号文件的一、四已有明确规定,即凡在实际上具备了法人条件,并且与开办的党政机关脱钩的,一律以公司经营管理或所有的财产承担债务清偿责任;公司虽经工商行政管理机关登记注册,但实际上没有自有资金,或者实有资金与注册资金不符合的,由直接批准开办公司的主管部门或者开办公司的申报单位、投资单位在注册资金范围内,对公司债务承担清偿责任。请示的具体情况,显然属于上述规定,据此,街道办事处应当根据国发68号文件承担民事责任。

第二个问题情况稍微有些复杂。

1. 到作出本批复为止,规范街道办事处的规定仅有1954年的《城市街道办事处组织条例》和1996年的《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》第六十八条。根据规定,街道办事处是市辖区、不设区的市政府的派

出机关，其任务是指导居民委员会的工作，反映居民的意见，办理政府交办的有关居民的工作。但根据当时的规定街道办事处尚无从事经济管理的职能。

但是从1954年到现在，四十多年时间里，街道办事处发生了巨大的变化。首先，职能扩大了，除了完成原有三项工作任务外，还增加了计划生育、文教卫生、城市规划建设、治安保卫、外来人口登记管理等工作任务，政府部门的各项职能在街道办事处工作中几乎都能有所体现；其次，人员增加迅速，街道办事处主任、书记多为县团、乡级干部，其中某些人兼任企业的经理或直接从事企业管理工作；第三，与街道办事处的工作和规模相比，政府拨付的经费、补贴可以说是杯水车薪，难以满足需要。因此，街道办事处办“三产”十分普遍。如北京北新桥街道办事处稻香村集团年营业额三个亿；第四，街道办事处从宏观管理角度对其所属区域内企业进行宏观管理，如收取管理费、上缴税收费等。从以上职能可以得出这样的结论，街道办事处实际上扮演了企业和政府双重身份，无论从哪个角度讲，它都应该独自承担民事责任。

2. 街道办企业与“政企职责分开”原则相违背。根据经济发展的客观要求，街道办事处与企业已脱钩。从这个角度讲，没有再让政府承担责任的必要。

3. 最高人民法院在1988年的电话答复精神可以参考，即被告及其主管部门均已撤销，其债务原则上由债务人履行，主管单位负连带责任。主管单位一般是指企业申请登记表上的主管部门，若企业及其主管部门均歇业，不能再追诉其他单位，应依法通知原告不予受理，或者终结诉讼。答复的主要目的，即防止无限制的连带责任。

（撰稿人：高莎薇）

www.docsriver.com商家巨力电子书

最高人民法院
关于在民事审判工作中适用《中华人民
共和国工会法》若干问题的解释

法释〔2003〕11号

(2003年1月9日最高人民法院审判委员会
第1263次会议通过 2003年6月25日最高人民
法院公告公布 自2003年7月9日起施行)

为正确审理涉及工会经费和财产、工会工作人员权利的民事案件,维护工会和职工的合法权益,根据《中华人民共和国工会法》《中华人民共和国民事诉讼法》和《中华人民共和国民事诉讼法》等法律的规定,现就有关法律的适用问题解释如下:

第一条 人民法院审理涉及工会组织的有关案件时,应当认定依照工会法建立的工会组织的社团法人资格。具有法人资格的工会组织依法独立享有民事权利,承担民事义务。建立工会的企业、事业单位、机关与所建工会以及工会投资兴办的企业,根据法律和司法解释的规定,应当分别承担各自的民事责任。

第二条 根据工会法第十八条规定,人民法院审理劳动争议案件,涉及确定基层工会专职主席、副主席或者委员延长的劳动合同期限的,应当自上述人员工会职务任职期限届满之日起计算,延长的期限等于其工会职务任职的期间。

工会法第十八条规定的“个人严重过失”,是指具有《中华人民共和国劳动法》第二十五条第(二)项、第(三)项或者第(四)项规定的情形。

第三条 基层工会或者上级工会依照工会法第四十三条规定向人民法院申请支付令的,由被申请人所在地的基层人民法院管辖。

第四条 人民法院根据工会法第四十三条的规定受理工会提出的拨缴工会经费的支付令申请后,应当先行征询被申请人的意见。被申请人仅对应拨缴经费数额有异议的,人民法院应当就无异议部分的工会经费数额发出支付令。

人民法院在审理涉及工会经费的案件中,需要按照工会法第四十二条第一款第(二)项规定的“全部职工”“工资总额”确定拨缴数额的,“全部职工”“工资总额”的计算,应当按照国家有关部门规定的标准执行。

第五条 根据工会法第四十三条和民事诉讼法的有关规定,上级工会向人民法院申请支付令或者提起诉讼,要求企业、事业单位拨缴工会经费的,人民法院应当受理。基层工会要求参加诉讼的,人民法院可以准许其作为共同申请人或者共同原告参加诉讼。

第六条 根据工会法第五十二条规定,人民法院审理涉及职工和工会工作人员因参加工会活动或者履行工会法规定的职责而被解除劳动合同的劳动争议案件,可以根据当事人的请求裁判用人单位恢复其工作,并补发被解除劳动合同期间应得的报酬;或者根据当事人的请求裁判用人单位给予本人年收入二倍的赔偿,并参照《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》^① 第八条规定给予解除劳动合同时的经济补偿金。

第七条 对于企业、事业单位无正当理由拖延或者拒不拨缴工会经费的,工会组织向人民法院请求保护其权利的诉讼时效期间,适用《民法通则》第一百三十五条^②的规定。

第八条 工会组织就工会经费的拨缴向人民法院申请支付令的,应当按照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第一百三十二条^③的规定交纳申请费;督促程序终结后,工会组织另行起诉的,按照《人民法院诉讼收费办法》^④ 规定的财产案件收费标准交纳诉讼费用。

^① 《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》已于2017年11月24日被《人力资源社会保障部关于第五批宣布失效和废止文件的通知》废止。——编者注

^② 本解释引用的《民法通则》第一百三十五条与《民法总则》第一百八十八条对应,为:“向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为三年。法律另有规定的,依照其规定。诉讼时效期间自权利人知道或者应当知道权利受到损害以及义务人之日起计算。法律另有规定的,依照其规定。但是自权利受到损害之日起超过二十年的,人民法院不予保护;有特殊情况的,人民法院可以根据权利人的申请决定延长。”——编者注

^③ 本解释引用的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第一百三十二条已被2015年1月30日公布的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》废止。——编者注

^④ 本解释引用的《人民法院诉讼收费办法》已被国务院2006年12月19日公布的《诉讼费用交纳办法》取代。——编者注

【解 读】

解读《关于在民事审判工作中适用〈中华人民共和国工会法〉若干问题的解释》

一、问题的提出

《最高人民法院关于在民事审判工作中适用〈中华人民共和国工会法〉若干问题的解释》(以下简称本解释)于2003年6月25日正式公布,从2003年7月9日起施行。

二、理解与适用

(一) 关于工会的独立法人资格问题

1. 工会组织法人资格的确认

《工会法》第十四条规定:“中华全国总工会、地方总工会、产业工会具有社会团体法人资格。基层工会组织具备《民法通则》规定的法人条件的,依法取得社会团体法人资格。”人民法院在认定工会组织的法人资格时应注意:工会组织的社团法人资格是法定的,在符合法律规定的法人成立条件时,自其成立时即具有法人资格,不以登记为必要。所以司法解释第一条明确规定,人民法院在审理涉及工会组织的有关案件时,如果工会组织符合工会法规定的条件的,即应当认定具备法人资格。具体而言,对于中华全国总工会、地方总工会和产业工会,它们一经建立就取得法人资格,所以人民法院审理涉及此类案件时应当确认这三类工会组织具有法人资格,无须审查其他条件。对于基层工会组织,人民法院应当依据《民法通则》规定的法人资格条件来审查,如果基层工会组织符合《民法通则》第三十七条规定的法人成立的四个条件:(1)依法成立;(2)有必要的财产或者经费;(3)有自己的名称、组织机构和场所;(4)能够独立承担民事责任,就应当认定其具备法人资格。对于基层工会组织是否应当进行登记,法律没有明确的规定。因此,人民法院不得以基层工会组织未办理法人登记而不认定其法人资格。人民法院在审理涉及工会组织的民事案件时,应当区分工会组织的类型,按照不同的标准来确认工会组织是否具备法人资格。具备法人资格的工会组织,依法独立享有民事权利、承担民事义务。不具备法人资格的工会组织,没有独立的民事行为能力和诉讼行为能力。

www.docsriver.com商家巨力电子书

2. 具备法人资格的工会组织在民事诉讼中的地位

工会组织具备法人资格，即具备独立的民事主体资格，这包含三方面的含义：

(1) 人民法院要确认具备法人资格的工会组织具有相应的民事行为能力 and 民事诉讼主体资格。工会组织可以独立实施民事行为，如可以设立企业，可以参加民事诉讼活动等。人民法院在审理案件时，应当区分具有法人资格的工会组织和不具备法人资格的工会组织。对于具备法人资格的工会组织作为独立的民事主体对待，将建立工会的企业、事业单位、机关的行为与所建工会以及工会投资兴办的企业的行为区分开来，它们各自独立实施民事法律行为，享有自己的权利并承担义务。

(2) 保护工会组织财产及其他权益的独立。建立工会组织的企业、事业单位、机关与工会组织的财产是分别独立的。工会组织对其财产、经费和国家拨给工会使用的不动产享有所有权或者使用权。工会组织投资建立的企业的财产与权益也归其所有，与建立工会的企业、事业单位、机关也是独立的。1997年最高人民法院发布的《关于产业工会、基层工会是否具备社团法人资格和工会经费集中户可否冻结划拨问题的批复》第一条明确规定：“产业工会、具有社团法人资格的基层工会与建立工会的企业法人是各自独立的法人主体。企业或企业工会对外发生的经济纠纷，各自承担民事责任。上级工会对基层工会是否具备法律规定的社团法人的条件审查不严或不实，应当承担与其过错相应的民事责任。”

(3) 工会组织的民事责任独立。工会组织对外产生的经济纠纷，以工会组织的财产对外承担民事责任。工会组织投资的企业具有法人资格的，以投资的企业所有的财产对外承担责任。工会组织投资的不具有法人资格的企业发生的债务，工会组织以其财产承担连带责任。建立工会组织的企业、事业单位、机关对工会组织及工会组织设立的企业债务不承担责任。同样，建立工会组织的企业、事业单位、机关对外发生的债务，也不得用工会组织及其企业的财产来承担责任。人民法院在审理民事案件中，应当依据法律的规定确认工会组织的社团法人资格，并保护工会组织及其企业的独立性，建立工会的企业、事业单位或者机关被起诉时，不能将工会组织一并列为被告。法院判决这些企业、事业、机关承担民事责任时，不能裁判工会组织对此承担责任。尤其应当注意的是，人民法院在执行等工作中，不得为清偿建立工会组织的企业、事业单位或者机关的债务，对工会组织的财产、经费账户等采取查封、冻结、扣押、强制划拨等强制措施。

(二) 申请支付令案件

建立工会组织的企业、事业单位、机关依法向工会组织拨缴的经费是工会组织经费的重要来源之一。应缴工会经费的企业、事业单位无正当理由拖延或

者拒不缴纳工会经费时,工会组织可以依法向人民法院申请支付令。支付令程序是《民事诉讼法》规定的一种特别程序,又称为督促程序,是在债务人不履行支付金钱、有价证券等债务时,债权人向法院提起的追债程序。支付令程序简便快捷,成本又低,是保护债权的重要方式。工会经费是金钱债务,企业、事业单位应当缴纳的工会经费有明确的计算标准,与工会组织之间一般不存在其他纠纷,所以一般都符合《民事诉讼法》规定的申请支付令的条件。

追缴工会经费的支付令案件应当适用《民事诉讼法》的相关规定和最高人民法院于2001年发布的法释〔2001〕2号《关于适用督促程序若干问题的规定》有关规定。此外,本解释对追缴工会经费的支付令案件的三个问题作出了进一步规定:一是支付令案件的地域管辖问题;二是对支付令提出异议的问题;三是上级工会申请支付令问题。

1. 支付令案件的管辖

工会要向法院申请支付令,首先应当确定受理支付令申请的法院,即工会应当向哪一级哪一个法院申请支付令。本解释明确规定了支付令应当向被申请人所在地的基层人民法院申请受理。不管拖欠的工会经费数额多大,申请支付令的工会是基层工会,还是其上级工会,也不论被申请人是企业、事业单位,均由拖欠工会经费的企业、事业单位所在地的基层人民法院受理。这主要是考虑到两个因素:一是遵守民事诉讼原告就被告确定管辖的原则,所以本解释规定由被申请人住所地的人民法院管辖;二是支付令案件属于事实清楚、争议不大的案件,基层人民法院审理此类案件符合《民事诉讼法》规定的确定级别管辖的原则。

2. 签发支付令前的询问程序

支付令异议程序在《民事诉讼法》中有明确规定,即在支付令发出后,债务人在收到支付令后十五天内可以对支付令提出异议,即使异议没有说明任何理由,支付令也会自行失效,人民法院应当裁定支付令程序终结。支付令程序终结后,债权人只能依照《民事诉讼法》的规定,向有管辖权的人民法院起诉,进入普通诉讼程序。为避免拖欠工会经费的企业、事业单位滥用对支付令的异议权,以达到拖延支付工会经费的目的,增加工会组织的诉讼负担,影响工会组织的正常工作,损害广大职工的利益。在不违反法律规定的前提下,根据拖欠工会经费案件中应拨缴的工会经费数额有明确的计算标准,双方对于拖欠工会经费的事实争议往往不大,多数只对工会经费的部分金额有异议的普遍特点,本解释规定了人民法院签发支付令前的询问程序。具体做法是:人民法院受理工会经费支付令案件后,经审查认为符合签发支付令条件的,在签发支付令之前,应当先询问被申请人对申请人要求支付的工会经费事实及金额有没有异议。签发支付令前的询问程序,是人民法院受理工会组织就拖欠工会经费申请支付令案件的必经程序。经询问,如果被申请人对拖欠经费的事实没有异

议,仅对应缴工会经费的部分金额有异议的,人民法院应当及时告知申请人,申请人同意的,可以仅对被申请人没有异议的金额部分签发支付令,而不是对申请人申请的全部金额签发支付令;如果被申请人对债务事实及数额均没有异议,但提出没有清偿能力或者不同意拨缴经费的,人民法院应当就申请的全部经费数额签发支付令;如果被申请人对债务关系提出异议的,人民法院可以通知申请人撤回支付令申请,申请人不同意撤回申请的,人民法院仍应就全部申请工会经费数额签发支付令。另外,如果被申请人仅对拖欠的工会经费的部分数额有异议,申请人不同意人民法院仅就没有异议的数额签发支付令,又不愿意撤回申请的,人民法院也应当就全部数额签发支付令。例如,工会提出应拨缴的工会经费是12万元,而被申请人认为实际只应拨缴10万元,对另外2万元提出异议,法院即可先对10万元的经费金额签发支付令。但申请人不同意仅就10万元签发支付令的,人民法院应当就全部12万元工会经费签发支付令。在适用询问程序时,人民法院应当尊重当事人的真实意愿。询问程序不影响支付令异议期的适用,即并非因签发支付令前被申请人已经提出过异议或者没有提出异议而导致支付令签发后即发生法律效力,《民事诉讼法》规定的异议期仍然适用。人民法院要保护被申请人在异议期内异议的权利,该种异议不受询问程序的影响。

人民法院就被申请人没有异议的工会经费金额签发的支付令,被申请人往往不会再提出异议,一般能够得到履行。但如果在异议期内,被申请人又提出异议的,人民法院应当允许并对异议进行审查,异议符合《民事诉讼法》规定的条件的,支付令失去效力。签发支付令前的询问程序可以大大地提高诉讼的效率,既符合支付令程序简便快捷的本质特征,又有效地遏制债务人滥用异议权,使当事人的权益早日得以实现,还可以减少诉讼,降低诉讼成本,节约司法资源。

3. 上级工会可以自己的名义申请支付令或者起诉

对于《工会法》第四十三条规定的上级工会可以就企业、事业单位拖欠下级工会的经费向人民法院申请支付令或者提起诉讼案件,对于上级工会的诉讼地位及与其下级工会之间的关系,本解释作了明确的规定。此时,上级工会可以自己的名义申请支付令或者起诉。上级工会不是下级工会的代理人,不必经下级工会组织委托授权;上级工会此时也不是行使代位权,而直接以自己的名义起诉。上级工会是案件的当事人,享有《民事诉讼法》规定的当事人的权利并承担相应的诉讼义务。上级工会申请支付令时,应当以自己的名义单独申请。上级工会也可以与下级工会共同申请或者起诉,人民法院应当将上级工会与下级工会列为共同申请人或者共同原告。对于申请支付令或者提起诉讼的上级工会也没有级别的限制,只要是上级工会即具备诉讼主体的资格,不受与下级工会组织之间级别关系的限制。

（三）关于工会工作人员劳动权益的保护问题

本解释对工会工作人员的劳动权益保护问题作了两方面的规定：一是关于工会特定工作人员任职期间劳动合同期限的延长问题；二是因参加工会活动或者履行《工会法》规定的职责而被解除劳动合同问题。

1. 劳动合同期限的延长

针对《工会法》第十八条规定的基层工会组织的专职主席、副主席及工会委员自担任该职务时起其劳动合同期限的延长问题，本解释对任职期间的起算时间、延长期限与任职期间的关系等问题作出了规定。基层工会的专职主席、副主席、委员的劳动合同延长的期限应当自上述人员工会职务任职期限届满之日起计算，延长的期限等于其工会职务任职的期间。本解释还对因工会工作人员有“严重过失”不予延长劳动合同作出了明确规定。本解释规定工会工作人员的“个人严重过失”，是指具有《劳动法》第二十五条第（二）项、第（三）项或者第（四）项规定的情形。工会主席、副主席、委员如果有严重违反劳动纪律或者用人单位规章制度的行为，或者在劳动中严重失职，营私舞弊，对用人单位利益造成重大损害的行为，或者因违法犯罪被依法追究刑事责任时，视为有“个人严重过失”。依据《劳动法》的规定，在劳动者有上述行为时用人单位有权单方解除劳动合同，并不因劳动者担任了工会职务而受影响。

2. 用人单位违法解除劳动合同的责任

职工因参加工会活动或者工会工作人员因履行《工会法》规定的职责而被解除劳动合同的，按照《工会法》第五十二条的规定，人民法院根据当事人的请求，可以采用两种方式给予救济：一是裁判用人单位恢复其工作，并补发被解除劳动合同期间应得的报酬；二是如果不需要恢复其工作的，裁判用人单位给予本人年收入二倍的赔偿，并参照《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》第八条的规定给予解除劳动合同时的经济补偿金。恢复工作是首先应当采用的救济方式，但如果恢复工作不可能的，或者不易恢复工作的，如被解雇者已经找到其他工作，或者认为已经无法继续在该单位工作而不要求恢复劳动关系等，则可以适用经济赔偿的方式予以救济。

（1）经济补偿金可以与赔偿金并用。对于《工会法》第五十二条规定的用人单位给予职工或者工会工作人员本人年收入二倍赔偿金的性质，以及赔偿金与《劳动法》规定的解除劳动合同给予的经济补偿金的关系有不同的看法。一种观点认为，给予当事人年收入的二倍赔偿与经济补偿金都属于经济补偿，不能并用。如果并用，实际上是对用人单位的双重处罚，显然不符合民法公平原则和民事赔偿责任以救济损失为目的的基本原理。另一种观点认为，在用人单位非法解除劳动合同时支付的劳动者本人年收入的二倍赔偿是过错赔偿责任，是对用人单位的非法行为造成职工或者工会工作人员损失的赔偿，属于违反劳动合同的违约责任。而《劳动法》规定的解除劳动合同时的经济补偿金是社会

保障性质的，与双方当事人的过错无关。两种责任形式的功能和目的不同，可以并用。本解释采纳了后一种观点，主要基于以下四方面的考虑：

①解除劳动经济赔偿金与赔偿金的性质不同。我国《劳动法》第二十八条规定：“用人单位依据本法第二十四条、第二十六条、第二十七条的规定解除劳动合同的，应当依照国家有关规定给予经济补偿。”第二十四条规定：“经劳动合同当事人协商一致，劳动合同可以解除。”第二十六条规定：“有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同，但是应当提前三十日以书面形式通知劳动者本人：（一）劳动者患病或者非因工负伤，医疗期满后，不能从事原工作也不能从事由用人单位另行安排的工作的；（二）劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的；（三）劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使原劳动合同无法履行，经当事人协商不能就变更劳动合同达成协议的。”第二十七条第一款规定：“用人单位濒临破产进行法定整顿期间或者生产经营状况发生严重困难，确需裁减人员的，应当提前三十日向工会或者全体职工说明情况，听取工会或者职工的意见，经向劳动行政部门报告后，可以裁减人员。”上述规定的三种解除劳动合同的情形，都是用人单位没有过错条件下解除劳动合同。《劳动法》第二十五条也规定了另一种解除劳动合同的情形：“劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：（一）在试用期间被证明不符合录用条件的；（二）严重违反劳动纪律或者用人单位规章制度的；（三）严重失职，营私舞弊，对用人单位利益造成重大损害的；（四）被依法追究刑事责任的。”此种解除劳动合同是指劳动者本身存在重大过错时用人单位的单方解除。《劳动法》第二十八条排除了因劳动者有过错解除劳动合同时劳动者可以得到经济补偿，所以，可以认定《劳动法》规定的解除劳动合同时用人单位向劳动者支付的经济补偿金，是在劳动者对解除劳动合同没有过错时就应当支付给劳动者的，而且在用人单位没有过错的情形下就应当支付，不以用人单位对终止劳动关系有过错为必须。可见，解除劳动合同的经济补偿具有明显的社会保障性质，其立法目的是为了对劳动者进行救济，而不是对劳动者的损失进行赔偿，所以它不是解除劳动合同时应当承担的违约责任。因此，本解释认为解除劳动合同的经济补偿金在性质上属于非因双方过错而产生的社会保障救济金，与用人单位因过错承担的违约责任可以同时适用。

②《劳动法》也规定解除劳动合同的经济补偿金可以与支付赔偿金并用。《劳动法》第九十一条规定：“用人单位有下列侵害劳动者合法权益情形之一的，由劳动行政部门责令支付劳动者的工资报酬、经济补偿，并可以责令支付赔偿金：（一）克扣或者无故拖欠劳动者工资的；（二）拒不支付劳动者延长工作时间工资报酬的；（三）低于当地最低工资标准支付劳动者工资的；（四）解除劳动合同后，未依照本法规定给予劳动者经济补偿的。”《劳动法》第九十八

条也规定：“用人单位违反本法规定的条件解除劳动合同或者故意拖延不订立劳动合同的，由劳动行政部门责令改正；对劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。”由此可见，经济补偿金与赔偿金可以并用。

③《工会法》第五十二条规定的年收入二倍的赔偿金具有一定的惩罚性，立法目的是加强对弱者的保护。按照《工会法》第五十二条的规定，用人单位向职工或者工会工作人员支付其本人年收入二倍的赔偿金，不以劳动者实际上遭受了损失为前提，也不要求与劳动者的实际损失一致，因而具有一定的惩罚性，但这并不影响它的合理性。因为，劳动合同关系中的劳动者相对于雇主来说，往往是弱者。加强对社会上的弱势群体利益的保护是现代国际社会的趋势，也是维护社会公正的重要方法。而经济补偿与赔偿金的并用，实际上是对用人单位严重侵害职工利益行为的一种制裁或者惩罚，恰恰是保护弱者的需要。

④赔偿金与经济补偿金的并用，有利于保障工会发挥其保护劳动者利益的社会职能。工会是维护职工利益的重要组织，发挥着保障职工利益，协调劳资关系，维护劳动关系稳定，组织职工参与企业、事业单位、机关民主决策、民主管理、民主监督，提高职工科学技术文化、思想道德水平的重要作用。因此，应当加强对职工参与工会活动、工会工作人员履行职责的法律保护，不仅有利于保障工会法的贯彻实施，也能更好地保障工会组织正常履行其职责，发挥其职能。

(2)《工会法》第五十二条规定的经济补偿金的适用。《工会法》第五十二条规定了两种解除劳动合同的情形：①职工因参加工会活动而被解除劳动合同的；②工会工作人员因履行本法规定的职责而被解除劳动合同的。此种情形下，用人单位是否支付经济补偿金，《劳动法》和劳动部颁发的《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》中均没有直接的规定。但根据《劳动法》第二十八条的规定和《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》规定的精神，除因劳动者本人过错原因解除劳动合同情形外，均应当支付经济补偿金。但根据《劳动法》第二十四条、第二十六条和第二十七条的规定，支付经济补偿金以劳动关系消灭为前提。如果劳动关系继续存续的，不宜要求用人单位支付经济补偿金，所以《工会法》第五十二条规定了两种救济方法：一是用人单位恢复被解除劳动合同的职工或者工会工作人员的劳动关系；二是不恢复劳动关系的救济。如果恢复了劳动关系的，用人单位只应当支付职工或者工会工作人员被解除劳动合同期间的报酬，职工或者工会工作人员不能再要求用人单位支付解除劳动合同的经济补偿金。如果劳动者因各种原因不要求恢复劳动关系，如劳动者自己已经另找工作或者因与用人单位之间的关系不适合继续工作的，用人单位不仅应当给职工或者工会工作人员其本人年收入的二倍赔偿，同时因为劳动关系已经消灭，符合《劳动法》第二十六条第(三)项规定的“劳动合同订立

时所依据的客观情况发生重大变化,致使原劳动合同无法履行,经当事人协商不能就变更劳动合同达成协议的”情形,可以适用《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》第八条“劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化,致使原劳动合同无法履行,经当事人协商不能就变更劳动合同达成协议,由用人单位解除劳动合同的,用人单位按劳动者在本单位工作的年限,工作时间每满一年发给相当于一个月工资的经济补偿金”的规定,人民法院对劳动者要求经济补偿的请求应当支持。

(四) 适用本解释应注意的其他问题

本解释从2003年7月9日起正式施行,将成为人民法院审判案件的法律依据。人民法院在民事审判工作中适用《工会法》和本司法解释时,应当注意以下几个问题:

1. 关于涉及工会组织民事案件的受理问题。通常按照法律不溯及既往的原则,法律不适用在其生效之前的案件。但《工会法》修改前发生的涉及工会组织的民事案件,虽然修改前的《工会法》上没有直接的法律依据,但符合《民事诉讼法》第一百零八条规定的起诉条件及符合《民法通则》有关诉讼时效的规定的,不影响工会组织现在向人民法院起诉,人民法院对此类案件应当受理。工会组织就企业、事业单位拖欠的应拨缴工会经费申请支付令的,人民法院应当受理,不得以拖欠的工会经费属于《工会法》修改前发生而不予受理。

2. 关于适用诉讼时效的问题。按照司法解释的规定,拖欠工会经费的民事案件,诉讼时效适用《民法通则》二年的规定,也适用诉讼时效的中止、中断、延长的规定。如果当事人以发生纠纷时法律没有规定可以向人民法院起诉,而《工会法》修改后可以向人民法院起诉为由,主张诉讼时效因法律不能而中止或者请求人民法院延长诉讼时效的,人民法院不予支持。

3. 关于支付令程序。司法解释有关支付令程序的规定,增加了签发支付令之前的询问程序的规定。询问程序是必经程序,人民法院应严格执行。该程序仅适用司法解释施行之后向人民法院提出支付令申请的案件。

4. 关于诉讼费用。涉及工会组织的民事案件,也应当按照《人民法院诉讼收费办法》和《最高人民法院〈人民法院诉讼收费办法〉补充规定》的规定缴纳相应的诉讼费用。

(撰稿人: 邵文虹 吴兆祥)

第二编 婚姻、家庭与继承

最高人民法院
关于适用《中华人民共和国婚姻法》
若干问题的解释（一）

法释〔2001〕30号

（2001年12月24日最高人民法院审判委员会
第1202次会议通过 2001年12月25日最高人民
法院公告公布 自2001年12月27日起施行）

为了正确审理婚姻家庭纠纷案件，根据《中华人民共和国婚姻法》（以下简称婚姻法）、《中华人民共和国民事诉讼法》等法律的规定，对人民法院适用婚姻法的有关问题作出如下解释：

第一条 婚姻法第三条、第三十二条、第四十三条、第四十五条、第四十六条所称的“家庭暴力”，是指行为人以殴打、捆绑、残害、强行限制人身自由或者其他手段，给其家庭成员的身体、精神等方面造成一定伤害后果的行为。持续性、经常性的家庭暴力，构成虐待。

第二条 婚姻法第三条、第三十二条、第四十六条规定的“有配偶者与他人同居”的情形，是指有配偶者与婚外异性，不以夫妻名义，持续、稳定地共同居住。

第三条 当事人仅以婚姻法第四条为依据提起诉讼的，人民法院不予受理；已经受理的，裁定驳回起诉。

第四条 男女双方根据婚姻法第八条规定补办结婚登记的，婚姻关系的效力从双方均符合婚姻法所规定的结婚的实质要件时起算。

第五条 未按婚姻法第八条规定办理结婚登记而以夫妻名义共同生活的男女，起诉到人民法院要求离婚的，应当区别对待：

（一）1994年2月1日民政部《婚姻登记管理条例》公布实施以前，男女双方已经符合结婚实质要件的，按事实婚姻处理。

（二）1994年2月1日民政部《婚姻登记管理条例》公布实施以后，男女双方符合结婚实质要件的，人民法院应当告知其在案件受理前补办结婚登记，未补办结婚登记的，按解除同居关系处理。

第六条 未按婚姻法第八条规定办理结婚登记而以夫妻名义共同生活的男女，一方死亡，另一方以配偶身份主张享有继承权的，按照本解释第五条的原

则处理。 www.docsriver.com商家巨力电子书

第七条 有权依据婚姻法第十条规定向人民法院就已办理结婚登记的婚姻申请宣告婚姻无效的主体,包括婚姻当事人及利害关系人。利害关系人包括:

(一)以重婚为由申请宣告婚姻无效的,为当事人的近亲属及基层组织。

(二)以未到法定婚龄为由申请宣告婚姻无效的,为未达法定婚龄者的近亲属。

(三)以有禁止结婚的亲属关系为由申请宣告婚姻无效的,为当事人的近亲属。

(四)以婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病,婚后尚未治愈为由申请宣告婚姻无效的,为与患者共同生活的近亲属。

第八条 当事人依据婚姻法第十条规定向人民法院申请宣告婚姻无效的,申请时,法定的无效婚姻情形已经消失的,人民法院不予支持。

第九条 人民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;有关婚姻效力的判决一经作出,即发生法律效力。

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。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。

第十条 婚姻法第十一条所称的“胁迫”,是指行为人以给另一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,迫使另一方当事人违背真实意愿结婚的情况。

因受胁迫而请求撤销婚姻的,只能是受胁迫一方的婚姻关系当事人本人。

第十一条 人民法院审理婚姻当事人因受胁迫而请求撤销婚姻的案件,应当适用简易程序或者普通程序。

第十二条 婚姻法第十一条规定的“一年”,不适用诉讼时效中止、中断或者延长的规定。

第十三条 婚姻法第十二条所规定的自始无效,是指无效或者可撤销婚姻在依法被宣告无效或被撤销时,才确定该婚姻自始不受法律保护。

第十四条 人民法院根据当事人的申请,依法宣告婚姻无效或者撤销婚姻的,应当收缴双方的结婚证书并将生效的判决书寄送当地婚姻登记管理机关。

第十五条 被宣告无效或被撤销的婚姻,当事人同居期间所得的财产,按共同共有处理。但有证据证明为当事人一方所有的除外。

第十六条 人民法院审理重婚导致的无效婚姻案件时,涉及财产处理的,应当准许合法婚姻当事人作为有独立请求权的第三人参加诉讼。

第十七条 婚姻法第十七条关于“夫妻对夫妻共同所有的财产,有平等的处理权”的规定,应当理解为:

(一)夫或妻在处理夫妻共同财产上的权利是平等的。因日常生活需要而处理夫妻共同财产的,任何一方均有权决定。

(二) 夫或妻非因日常生活需要对夫妻共同财产做重要处理决定, 夫妻双方应当平等协商, 取得一致意见。他人有理由相信其为夫妻双方共同意思表示的, 另一方不得以不同意或不知道为由对抗善意第三人。

第十八条 婚姻法第十九条所称“第三人知道该约定的”, 夫妻一方对此负有举证责任。

第十九条 婚姻法第十八条规定为夫妻一方所有的财产, 不因婚姻关系的延续而转化为夫妻共同财产。但当事人另有约定的除外。

第二十条 婚姻法第二十一条规定的“不能独立生活的子女”, 是指尚在校接受高中及其以下学历教育, 或者丧失或未完全丧失劳动能力等非因主观原因而无法维持正常生活的成年子女。

第二十一条 婚姻法第二十一条所称“抚养费”, 包括子女生活费、教育费、医疗费等费用。

第二十二条 人民法院审理离婚案件, 符合第三十二条第三款规定“应准予离婚”情形的, 不应当因当事人有过错而判决不准离婚。

第二十三条 婚姻法第三十三条所称的“军人一方有重大过错”, 可以依据婚姻法第三十二条第三款前三项规定及军人有其他重大过错导致夫妻感情破裂的情形予以判断。

第二十四条 人民法院作出的生效的离婚判决中未涉及探望权, 当事人就探望权问题单独提起诉讼的, 人民法院应予受理。

第二十五条 当事人在履行生效判决、裁定或者调解书的过程中, 请求中止行使探望权的, 人民法院在征询双方当事人意见后, 认为需要中止行使探望权的, 依法作出裁定。中止探望的情形消失后, 人民法院应当根据当事人的申请通知其恢复探望权的行使。

第二十六条 未成年子女、直接抚养子女的父或母及其他对未成年子女负担抚养、教育义务的法定监护人, 有权向人民法院提出中止探望权的请求。

第二十七条 婚姻法第四十二条所称“一方生活困难”, 是指依靠个人财产和离婚时分得的财产无法维持当地基本生活水平。

一方离婚后没有住处的, 属于生活困难。

离婚时, 一方以个人财产中的住房对生活困难者进行帮助的形式, 可以是房屋的居住权或者房屋的所有权。

第二十八条 婚姻法第四十六条规定的“损害赔偿”, 包括物质损害赔偿和精神损害赔偿。涉及精神损害赔偿的, 适用最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》的有关规定。

第二十九条 承担婚姻法第四十六条规定的损害赔偿责任的主体, 为离婚诉讼当事人中无过错方的配偶。

人民法院判决不准离婚的案件, 对于当事人基于婚姻法第四十六条提出的

www.docsriver.com商家巨力电子书
损害赔偿请求,不予支持。

在婚姻关系存续期间,当事人不起诉离婚而单独依据该条规定提起损害赔偿请求的,人民法院不予受理。

第三十条 人民法院受理离婚案件时,应当将婚姻法第四十六条等规定中当事人的有关权利义务,书面告知当事人。在适用婚姻法第四十六条时,应当区分以下不同情况:

(一)符合婚姻法第四十六条规定的无过错方作为原告基于该条规定向人民法院提起损害赔偿请求的,必须在离婚诉讼的同时提出。

(二)符合婚姻法第四十六条规定的无过错方作为被告的离婚诉讼案件,如果被告不同意离婚也不基于该条规定提起损害赔偿请求的,可以在离婚后一年内就此单独提起诉讼。

(三)无过错方作为被告的离婚诉讼案件,一审时被告未基于婚姻法第四十六条规定提出损害赔偿请求,二审期间提出的,人民法院应当进行调解,调解不成的,告知当事人在离婚后一年内另行起诉。

第三十一条 当事人依据婚姻法第四十七条的规定向人民法院提起诉讼,请求再次分割夫妻共同财产的诉讼时效为两年,从当事人发现之次日起计算。

第三十二条 婚姻法第四十八条关于对拒不执行有关探望子女等判决和裁定的,由人民法院依法强制执行的規定,是指对拒不履行协助另一方行使探望权的有关个人和单位采取拘留、罚款等强制措施,不能对子女的人身、探望行为进行强制执行。

第三十三条 婚姻法修改后正在审理的一、二审婚姻家庭纠纷案件,一律适用修改后的婚姻法。此前最高人民法院作出的相关司法解释如与本解释相抵触,以本解释为准。

第三十四条 本解释自公布之日起施行。

【解 读】

解读《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉 若干问题的解释(一)》

一、问题的提出

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(一)》(以下简称《解释一》)于2001年12月24日经最高人民法院审判委员

会第1202次会议通过，自公布之日起施行。

《解释一》的出台有着极其重要的意义，它为婚姻家庭纠纷的妥善解决，提供了依据和保障。对《婚姻法》规定的某些问题，诸如关于禁止家庭暴力问题的规定、当事人基于第四十六条请求损害赔偿的有关问题、关于《婚姻法》第四十二条对离婚时生活困难一方的帮助问题、关于如何具体落实《婚姻法》规定的审理重婚案件时应保护合法配偶的合法权益问题等，都是这次解释工作的重点内容。《解释一》通过细化这些规定，可以更好地实现对当事人合法权利的保护，也有利于此类民事案件的审判。

二、理解与适用

（一）关于《婚姻法》总则部分有关问题的解释

《解释一》第一条至第三条是关于《婚姻法》总则部分的规定。《婚姻法》增加了第三条禁止性规定和第四条倡导性条款。其第三条中规定了“禁止有配偶者与他人同居”“禁止家庭暴力”等，但对有配偶者与他人同居的含义，家庭暴力的具体内容是什么，有配偶者与他人同居是否对外要以夫妻名义相称及如何认定构成同居关系，家庭暴力是否要有程度上的限制，与国际公认的家庭暴力的范围是否一致等，立法没有明确规定，这些都留给了司法解释。

1. 对《婚姻法》规定禁止家庭暴力问题的理解

到目前为止，人们对家庭暴力的理解尚有分歧，《婚姻法》及《解释一》中规定的家庭暴力问题与人们正在研究的反对家庭暴力运动中对家庭暴力的界定也是不一致的。具体差异主要体现在以下三方面：首先，对暴力行为实施者和被实施者的范围理解不同。国际上通常是将家庭暴力理解为发生在夫妻之间或者是形成共同生活关系的男女之间，并不包括对家庭其他成员实施暴力。其次，对家庭暴力内容的表述不同。国际上通常将其概括为对“身体、精神、性”等三方面实施暴力行为。再次，对构成家庭暴力的程度要求不同，构成家庭暴力应具备的条件，有些国家限制性规定很少，从而将其范围理解得比较宽泛。许多在我们看来很轻微的行为都可能构成其他国家所指的家庭暴力，甚至将彼此间的冷漠、不理睬也认定为构成家庭暴力。由于一旦认定构成《婚姻法》及《解释一》中规定的家庭暴力，在确认夫妻感情确已破裂且调解无效时，就会成为判决应当准予离婚的理由和依据，而且涉及请求损害赔偿问题，所以在认定上应该慎重，适用相对严格而客观的标准。《解释一》对家庭暴力的界定，不仅仅限于发生在夫妻之间，除此之外，对家庭其他成员实施的某些行为，也可以构成家庭暴力。家庭成员之间偶尔发生的争吵、打骂，不能一概作为《解释一》中的家庭暴力来对待的，暴力行为必须在客观上给对方造成一定的伤害后果，才能予以认定。《解释一》是否要参考其他国家的规定和理解，将性暴力单独列出与“身体、精神”暴力共同进行规定，在起草过程中，多数

意见认为对“性暴力”方面实施的暴力商家控告电子非法体现为对身体、精神方面造成的侵害,故不用再明确指出。由于《解释一》对家庭暴力的认定并不是与目前社会上研究的范围完全一致,并不单指夫妻之间的暴力,还有对子女等家庭其他成员实施的暴力,采用三者并列的方法并不妥当。所以《解释一》没有将此问题单独列出,而是认为性暴力问题可以通过其他两方面规定加以适用和解决。关于家庭暴力与虐待的关系问题,应该说虐待的性质和危害程度要比家庭暴力更严重,家庭暴力只是虐待诸多表现中的一种,持续性、经常性的家庭暴力,构成虐待。

2. 关于对有配偶者与他人同居问题认定的理解

《婚姻法》第三条规定“禁止有配偶者与他人同居”,如何认定这一问题,《解释一》从几方面作出规定:即有配偶者与婚外异性,对外不以夫妻名义,持续、稳定地共同居住。“与婚外异性”的表述,将那些有配偶者与同性之间形成的同居关系,排除在《婚姻法》调整范围之外。如果有配偶者在外与其他婚外异性公然以夫妻名义共同生活,则属于重婚,可能构成重婚罪,应由《刑法》和《婚姻法》其他条款调整,所以要求对外“不以夫妻名义”相称。在认定构成同居关系时,应从双方共同生活的时间长短、双方关系的稳定程度等方面进行把握。在讨论过程中,有建议就同居问题规定出一个明确的期限,双方共同生活达到规定期限的,即可认定为同居。我国目前有些地方的法院已就本地区审理此类问题时作了时间上的界定。考虑到我国各地区实际情况不同,如果采取一刀切的做法,反而不利于具体案件的审理,不完全符合实际。现在的规定,相应地给办案法官以一定的裁量权,对法官的公正执法能力及法律素质都要求较高。

另外,《婚姻法》第四条是倡导性条款,规定“夫妻应当互相忠实,互相尊重;家庭成员间应当敬老爱幼,互相帮助,维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系”,这是以立法形式明确告知公众,我们提倡什么样的婚姻家庭关系,倡导性条款并非公民必须遵守的法定义务,但不得依此条款单独提起诉讼,由于各地法院均对此提出问题并建议司法解释予以明确,故《解释一》第三条对此作出了专门的规定。

(二) 关于《婚姻法》结婚一章的有关解释

《解释一》第四条至第十六条是就《婚姻法》结婚一章作出的有关解释。对补办结婚登记、无效婚姻和可撤销婚姻等问题作出了进一步较为明确的规定。

1. 关于男女双方未办理结婚登记而以夫妻名义共同生活的有关问题的理解

《婚姻法》第八条规定,双方必须亲自到登记机关登记,未办理登记的,应当补办登记。这表明,我国《婚姻法》是在坚持结婚必须登记的大前提下,

针对我国存在着大量男女双方未经登记而以夫妻名义共同生活的现实国情,采取了一定的变通做法,即规定这些人应当补办结婚登记。由于我国目前在婚姻登记过程中,许多非当事人原因造成的无法登记或登记难的情况时有发生。如因交通不便、所居住地方未设登记机关,有些地区存在办理结婚登记搭车收费,增加当事人负担等,使得许多人索性不办理结婚登记。为了不将这些人都划入同居关系的行列,立法采取了变通的办法。遵循立法本意,《解释一》对当事人补办结婚登记的,承认其婚姻效力可以向前溯及到双方均符合法律规定的结婚要件时。未办理结婚登记而以夫妻名义共同生活的男女起诉到法院要求离婚的,人民法院如何处理,按以往的做法,除了可以认定为事实婚姻外,一律按解除非法同居关系对待。《解释一》规定,对不属于事实婚姻的同居关系,当事人要想作为婚姻关系对待的,补办结婚登记是必要前提和唯一手段,必须在案件受理前补办结婚登记。同时,对事实婚姻的确认问题,与以往相比,《解释一》也有条件地适当放宽了限制。

虽然立法规定了补登记制度,但是如果当事人双方直至诉至人民法院时仍不补办的,如何处理?起草过程中曾有同志建议对此问题应放宽限制,认为确认婚姻关系不一定非要以登记为准,对于那些不补办登记又要求以离婚为案由进行诉讼的,也不能笼统不认可其婚姻关系。而是应由法官结合个案具体情况分别对待。如考虑双方的共同生活的时间长短、有无子女等因素,从而最终确认是否构成婚姻关系。但是这种观点的不确定因素过多,很难形成一个统一的局面。不同的法官对相类似的案情可能会作出不同的判断,同一法官对相类似的案件也有可能因其他因素而得出不同的结论,主观性太强,不好控制。最后未采纳,增加了“在案件受理前必须补办结婚登记”的规定。有关法官的释明权问题现在争论较多,在调查庭审过程中对当事人进行相应的引导以利于保护其合法权利。其是一种权利还是一种义务姑且不论,但对法官依法办案还是起到一定的积极作用。此处的规定也规范了补登记一类案件的受理工作,使其有章可循。

也有人认为,《婚姻法》规定补办结婚登记的立法目的,是给那些非由于本人自身原因而造成的无法完成结婚登记而以夫妻名义共同生活的男女一个机会,让其共同生活关系合法化而受法律保护。对那些生活在城镇里,结婚登记很容易办理的情况,就不应允许其补办。因此,应该采取按一定地域进行不同规定的做法,在全国划出一些地区,对于地处偏远地区,交通不便的,允许其补登记,并承认其婚姻具有溯及力,以外的其他地区人员,一律不允许承认补办结婚登记的溯及力。也有人建议采用时间分段计算法。持该种观点的人认为,《婚姻法》坚持的是结婚必须登记这一大前提,允许补登记只是迫于我国的实际现状。现状应尽快加以解决而不是无限期地继续。补登记只能针对那些在《婚姻法》规定之前未登记的情况,随着时间的推移,这种现象应该最终得

以解决。所以应该规定一个合理的时间,让那些没有登记的共同生活的男女在规定的期限内去补办,而不必在规定的期限内补办。在规定时间届满后,一律都不能予以补登记。这些意见在某种意义上有其可取的一面,但对《婚姻法》规定的条文都在某种程度上进行了限制。因为法律的规定并没有区分时间、地域等因素而适用不同的标准。这些意见都只能留待立法的修改,而《婚姻法》刚刚进行过修改,为保持法律的稳定性,短时间内不可能再次修改。所以这些意见都无法真正采纳。

这里还要指出的是关于“非法同居关系”表述的变化。以前有关解释中曾经使用的“非法同居关系”一词,其“非法”两字由于容易让人产生疑问,故在现行司法解释中被删去,改为“同居关系”。

这次的《解释一》对认定事实婚姻问题在范围上有所放宽。1989年11月最高人民法院《关于人民法院审理未办结婚登记而以夫妻名义同居生活案件的若干意见》中,以1986年3月15日《婚姻登记办法》施行的时间及民政部新的《婚姻登记管理条例》(1994年1月)两个时间为准,划定了认可的范围。其第一条规定:“1986年3月15日《婚姻登记办法》施行之前,未办结婚登记手续即以夫妻名义同居生活,群众也认为是夫妻关系的,一方向人民法院起诉‘离婚’,如起诉时双方均符合结婚的法定条件,可认定为事实婚姻关系;如起诉时一方或双方不符合结婚的法定条件,应认定为非法同居关系。”第二条规定:“1986年3月15日《婚姻登记办法》施行之后,未办结婚登记手续即以夫妻名义同居生活,群众也认为是夫妻关系的,一方向人民法院起诉‘离婚’,如同居时双方均符合结婚的法定条件,可认定为事实婚姻关系;如同居时一方或双方不符合结婚的法定条件,应认定为非法同居关系。”第三条规定:“自民政部新的婚姻登记管理条例施行之日起,未办结婚登记即以夫妻名义同居生活,按非法同居关系对待。”这些规定说明在我国的审判实践中对于事实婚姻的认定是采取严谨而慎重的态度的,其认定的范围也比较有限,对于不能认定为事实婚姻的,就都作为非法同居对待而一律解除。现行《婚姻法》关于补登记制度的规定,对于未办理结婚登记而以夫妻名义共同生活的男女,在某些情形下采取的是较为宽松的政策。

如果未办理结婚登记而以夫妻名义共同生活的男女,经人民法院告知后仍不补办结婚登记并坚持到法院起诉后,又自行调解和好要求撤诉的,原来司法解释是一律按解除同居关系对待的,做法是不支持当事人撤诉的请求。这次在讨论过程中,对于此种情况,多数人意见是应该同意其请求。因为两个人共同生活,主要是基于感情等因素,当事人的意愿起决定性作用。感情好能够共同生活下去,别人硬要其分开并不现实。所以对此问题虽无明文,但可能会是今后的发展趋势。

对未办理结婚登记而以夫妻名义共同生活的双方的身份关系的认定,有时

www.docsriver.com商家巨力电子书

决定着当事人是否享有某些权利。在《解释一》第六条规定的情况下，因为一方已经死亡了，无法再行补登记，只能就其原来的生活状况，根据有关规定予以认定。如果属于事实婚姻的，双方为合法有效的婚姻，属夫妻关系，一方死亡后，另一方则有权以夫或妻的名义，即以配偶的身份享有继承权；如果经审查不符合事实婚姻条件的，则不能赋予其婚姻效力。未认定的，一方死后，另一方不能以配偶的身份享有继承权。但依其他法律规定也可以得到相应的补偿。《继承法》第十四条规定：“对继承人以外的依靠被继承人抚养的缺乏劳动能力又没有生活来源的人，或者继承人以外的对被继承人扶养较多的人，可以分给他们适当的遗产。”如果属于此种情况的，也可以适当分得遗产。

2. 关于无效婚姻和可撤销婚姻制度中相关问题的理解

(1) 有权申请宣告婚姻无效和请求撤销婚姻的主体资格问题

《婚姻法》规定了无效婚姻和可撤销婚姻制度，有权就此向人民法院提起诉讼的主体除婚姻当事人以外，是否包括利害关系人，立法未明确。婚姻生活在很大程度上属于当事人私人生活领域，法律不应过分干预，也不应允许其他人任意干涉。但是如果这种关系已经严重侵害和影响了社会利益和他人利益时，就应依法受到限制。《解释一》对无效婚姻和可撤销婚姻采取了不同规定：申请宣告婚姻无效的，可以由利害关系人提出；而请求撤销婚姻效力的，只有受胁迫一方的婚姻当事人本人才能依法享有，其他任何人都无权提出。

《解释一》有条件地允许利害关系人提出宣告婚姻无效的请求，以期能够在尊重当事人私人生活权利和维护社会公共秩序之间寻求最佳结合点。由于导致婚姻无效的事由是法定的，即由于重婚、有禁止结婚的亲属关系、未达法定婚龄等原因造成的，从各种情况看，对社会风气及他人人都可能造成较大负面影响。因此，允许婚姻关系当事人以外的其他利害关系人提出请求，但其范围严格限制，在四种无效情形中，除因重婚而请求宣告婚姻无效的利害关系人还包括基层组织外，其余一律都仅限定在当事人的近亲属范围内。

在可撤销婚姻问题上，胁迫行为的行为实施人与受到胁迫的人，都是一个广泛的含义。具体而言，胁迫行为的实施者除一方婚姻当事人以外，还包括其亲友，本人及其亲友以对另一方实施胁迫为要挟并导致对方被迫结婚的，都属于可撤销婚姻。同理，受胁迫者既可以是婚姻当事人，也可以是属于其一方的亲友。对于因受胁迫而结婚的，就可以请求依法予以撤销。不允许婚姻关系中受胁迫一方当事人以外的人提出撤销请求，除前述原因外，还考虑到可撤销婚姻主要是受胁迫一方因受到威胁而违背真实意愿结婚，违反了婚姻自由的基本原则。法律赋予婚姻当事人中受胁迫一方本人可以行使请求撤销的权利，让其表达自己真正的意思，以纠正错误，这些都完全可以由其本人亲自行使，没有必要再让过多的人介入。如果胁迫行为的实施方，结婚后以自己一方当初有胁迫行为为由请求撤销婚姻的，依法不予支持。因为其当初的本意就是要对方与

之结婚,不得随意反悔。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(二)》第10条第(2)款规定:“当事人以《婚姻法》第10条规定的为由向人民法院请求宣告婚姻无效的,人民法院根据当事人的申请,进行宣告婚姻无效的,以何时为判断标准?是以起诉时的婚姻状况为准,还是以结婚时的状况为准,在起草过程中有过不同意见。《解释一》规定向人民法院请求宣告婚姻无效的案件,必须是起诉时仍然存在法律规定的无效情形,否则不予支持,即申请宣告问题上存在阻却事由,由于阻却事由的出现,将导致不能出现无效婚姻的结论。如以未到法定婚龄为由申请宣告婚姻无效,当初双方结婚时至少一方属于未到法定婚龄的,若当时提出,应该认定为无效婚姻,对当事人的请求,人民法院依法应支持。但随着时间的推移,若双方当事人均已符合法定婚龄后,再以结婚时未达法定婚龄为由请求宣告婚姻无效的,依法不应予以支持。因为法定的无效情形已经消失,从现实状况判断已经属于合法有效婚姻的,不能再主张宣告无效。在《解释一》未公布实施前,对于同类问题由于规定不明,造成法官因理解不同而判决结果正好相反的现象时有发生,今后,这种情况将随着《解释一》的适用而得以避免。”

(3) 审理无效婚姻和可撤销婚姻案件适用程序的有关问题

《解释一》对审理宣告婚姻无效和请求撤销婚姻效力的案件,规定了不同的程序和内容。对请求撤销婚姻的案件,与审理一般民事案件基本相同。难点在于审理宣告婚姻无效案件,由于无效婚姻的四种情形是法定的,认定起来相对较容易,还有许多外在的客观标准可以作为依据。对于明显属于或不属于无效婚姻情形的,若还适用审理一般离婚案件时的程序性规定,将调解作为必经程序,又要经过一、二审的诉讼程序才能最终定案。这样做,会使得本来简单的事情变得繁琐,不利于提高审判效率,应依法作出相应便捷的规定。由于有时会涉及财产分割和子女抚养问题,加之此类案件允许利害关系人申请宣告,在方便诉讼的同时,又必须做到妥善处理。《解释一》第九条将对婚姻效力的审理与对财产分割和子女抚养问题的审理分别进行了规定。

人民法院审理此类案件时,对婚姻效力问题的审理不适用调解,一律以判决形式作出。对婚姻效力问题的审理不适用调解,与一般离婚案件不同,是因为无效婚姻的存在已违反了法律规定,一经当事人申请必须认真审查,是否有效不能以当事人的意志为转移。而且判决是终结性的,婚姻效力问题一经作出即发生法律效力,当事人再上诉或申诉,人民法院均不予受理。

对于涉及财产分割和子女抚养的,《解释一》规定可以调解,如果调解成功,另行制作调解书。如果调解不成的,人民法院依法作出判决,当事人不服的,可以提出上诉,即适用两审终审制。由于允许利害关系人申请宣告婚姻无效,当案件由利害关系人提起时,其只能就婚姻效力问题提出请求;而无权要求处理当事人的财产及子女问题。如果婚姻当事人提出主张的,人民法院可以

一并审理，如果婚姻当事人不提的，可以另诉解决。

另外，《婚姻法》规定了在审理重婚导致的婚姻无效的财产处理案件中，不得侵害合法婚姻当事人的财产权益。但如何才能将这种保护落到实处，无具体规定。在前述案件中，合法婚姻当事人是否可以参加其财产处理，如果可以，又以何身份参加呢？在以往的审判实践中，基于婚姻乃双方当事人之间的事情，与他人无关的思想，一般在审理离婚案件过程中，不允许第三人参加诉讼。如果不允许合法婚姻当事人参加诉讼，其合法的财产权益很难得到切实保障。因为如果不允许其参加诉讼，在案件审理过程中，很可能涉及对应属于合法婚姻当事人财产的处分，而其又无法提出异议，以维护自己的合法权益。为了落实立法对合法婚姻当事人保护的本意，《解释一》赋予了合法婚姻当事人参加诉讼的权利，第十六条规定准许其以有独立请求权的第三人身份参加诉讼。这样，审理重婚导致的无效婚姻的财产处理时，重婚一方的合法婚姻当事人有权决定其是否参加诉讼。

3. 关于对《婚姻法》第十二条自始无效问题的理解

对《婚姻法》第十二条规定的自始无效应如何理解？是否需要经过有关部门或人民法院的宣告确认才能认定为自始无效？对于自始无效的认识，一直有两种观点，一种是当然无效主义，持这种观点的人认为只要是属于法律规定的自始无效的情况，无需任何形式的宣告和确认，因为这种行为自从其产生的一开始就是法定的、当然地无效，就相当于没有发生过该行为一样。另一种观点是宣告无效主义，主张需要经过宣告确认程序后，才发生自始无效。虽然二者在认定无效的结论上一致，但将导致实践中产生重大分歧。以对重婚的认识为例，甲先与乙登记结婚后，在婚姻关系存续期间，又与丙登记结婚。那么甲的行为是否构成重婚？依两种观点进行分析就会得出相反的结论。按当然无效主义的观点，后一结婚登记是当然、自始地无效，不发生任何法律效力，相当于没有发生另一个婚姻关系，所以根本谈不上重婚。而按照宣告无效主义的观点，甲的行为已构成重婚，其与丙所结成的婚姻关系经宣告确认后，自始无效。人民法院受理民事案件，是不告不理的原则，当事人提出申请，是人民法院受理的前提和基础。但如果采取当然无效主义，人民法院受理的意义何在？我们的审判实践中已经有当事人基于当然无效主义来否认自己属于重婚的真实案件发生。如果不作出解释，将导致对一系列问题的处理都无法统一，势必给我们的审判实践造成混乱。在我们就司法解释去各地向各界征求意见时，无论是法院系统内部，还是全国妇联、民政部及专家学者们，对这一问题，绝大多数都是赞成采取宣告无效制度。《解释一》吸收了多数人的意见，将自始无效理解为“在依法被宣告无效或被撤销时，才确定该婚姻自始不受法律保护”。

还应该指出的是，关于可撤销婚姻，在我国《婚姻法》中只规定了一种情形，即因受胁迫而缔结的婚姻，受胁迫的一方可以申请撤销。国外有些相关规

定对于可撤销婚姻的范围规定得较宽，诸如因受欺骗而缔结的婚姻、因误解而缔结的婚姻等情况，都可以作为可撤销的情形。在我国，除了因受胁迫而缔结的婚姻外，其余的不允许撤销。由于《解释一》规定了审理无效婚姻案件所应适用的程序问题，也许有人会问对于可撤销婚姻，是否与无效婚姻适用相同的规定呢？为了解决这一问题，《解释一》对此进行了相应规定。考虑到可撤销婚姻与无效婚姻的不同情况，两者应该适用不同的规定。所以专门进行了规定，意味着人民法院审理此类纠纷时，与普通民事案件适用相同的程序，简易程序或普通程序。

《婚姻法》第十一条规定，受胁迫的一方撤销婚姻的请求，应当自结婚登记之日起一年内提出。被非法限制人身自由的当事人请求撤销婚姻的，应当自恢复人身自由之日起一年内提出。对于一年的规定是何性质？是诉讼时效还是除斥期间？如果作为诉讼时效，则依法可以发生中止、中断、延长的情况，如果作为除斥期间，则不存在上述问题，一旦发生，则连续计算，满一年则其请求权利就丧失。根据立法的本意，应该是作为除斥期间。虽然保护受胁迫人的权利，赋予其可以撤销的请求权，但由于在法律规定的这段时间，婚姻效力问题是不确定的，不能让其无限地发展下去。而且其是可以自己行使的。

（三）关于对夫妻财产问题有关规定的理解

关于夫妻财产制度问题，更多、更细的解释工作计划在后期起草第二批司法解释时作具体规定。在本次《解释一》中，对《婚姻法》第十七条、第十九条、第四十二条等条文的规定及有关问题，进行了相关解释。

《婚姻法》第十七条规定，夫或妻对夫妻共有财产有平等的处理权。能否将这一条款理解为类似于国外有些关于家事代理权的规定呢？为了便于实际中更好地操作，《解释一》将夫或妻对夫妻共同财产的处理，区分为两类分别作了规定。一类是因日常生活需要而为，对于共有财产的变动影响不大的普通处理决定，如日常的食品采购、数额较小的处分。在外部看来，对于这种处分，任何一方均有权决定。一方当然地享有处理权，且一经作出即代表双方的共同意思表示。另一类不是基于日常生活需要而为的，对共有财产而言是一种相对重大的处理决定，如为投资而将共有的储蓄用于购房、买车。对此类处理决定，夫妻双方应当平等协商，达成共识，共同对外作出决定。为了更好地保护交易安全，维护善意第三人的合法权益，《解释一》规定如果夫或妻所为，足以使他人有理由相信属于夫妻一致意见的，对他人而言即可将其决定视为双方共同意思表示，夫妻中的另一方不得以不同意或不知道为由进行抗辩。

同样，夫或妻以夫妻双方之间有财产约定为由对抗第三人的，《解释一》对《婚姻法》第十九条的理解也是按照有利于第三人的原则，将举证责任分配给了主张权利的夫或妻一方。其必须能够证明该特定第三人清楚、明确地知道夫妻间事先有财产约定及约定将导致的后果的，才可以对抗该第三人。

关于一方婚前财产，婚后仍然归原所有人在婚姻关系存续期间转化为共同财产，这是符合物权法的基本理论的。原来，最高人民法院曾有过司法解释，规定一方婚前所有的动产和不动产，在结婚后达到规定年限的，作为夫妻共同财产对待。这一解释与现行法律相抵触，依法应不再适用。有人提出此条司法解释的废止，使得法院在审理离婚诉讼时，不利于保护弱势群体的利益，尤其是不利于保护女方的权益。因为在我国广大的农村地区，还保留着男方置办房屋和重要的生产、生活资料后，娶女方进门，婚后女方也多是在家操持家务，没有什么经济收入来源。共同生活多年以后，发生离婚的，如果按原来的司法解释，可能女方还能分得一些财产。而按现在的规定，则女方的权利得不到应有的保护。

实际上，《婚姻法》在有关条文的修改时已经强化了对妇女、儿童等权益的保护。根据立法的指导精神，《解释一》尽可能在有关条款中细化对弱势群体的利益的保护。例如，在对《婚姻法》第四十二条的解释上，就体现了向弱者倾斜的原则态度。首先，将第四十二条所称的生活困难，限定在绝对困难，是指离婚后无法维持当地基本生活水平。法律将以一方个人财产对离婚时生活困难一方进行帮助，作为一种义务，就应该是一种真正的困难，而不能是因为离婚导致前后生活水平对比明显下降造成的相对困难，否则对帮助者有失公正。其次，《解释一》将离婚后一方没有住处的，解释为属于生活困难。居住条件是人生存的基础，而在我国现阶段，住房是一项最重要的生活资料，在个人生活中占有举足轻重的位置。如果本人居无定所，经济条件有限的话，依靠个人的力量，住房问题一般很难解决，因此离婚后没有居住条件的，的确称得上生活困难。离婚时，对于生活困难者，另一方应当对其进行帮助。以金钱等财产进行帮助的，比较容易理解，可以一次性或分期进行帮助。对于立法规定的以其“住房”等进行帮助，如何以住房进行帮助，帮助到什么程度，值得研究。法律规定具体办法先由双方协议，协议不成时，由人民法院判决。《解释一》中规定以房屋进行帮助的，可以是房屋的居住权或者是所有权。帮助的最大限度，是生活困难者可以得到对方房屋的所有权。当然，这样规定并不是说所有的案件都一律要判决以房屋的所有权进行帮助。应该考虑到生活困难一方的困难程度、双方婚姻关系存续的时间长短、对方的经济状况及住房情况等多方面的因素，综合判断后进行判决，做到合情、合理、合法地保护当事人的权益。

对于依法被宣告无效或被撤销婚姻的当事人，其同居期间所得的财产如何处分？是否与合法婚姻在离婚时处分的原则一样？有不同意见。最高人民法院《关于人民法院审理未办结婚登记而以夫妻名义同居生活案件的若干意见》中规定：“解除非法同居关系时，同居生活期间双方共同所得的收入和购置的财产，按一般共有财产处理。”何为一般共有？有人认为是按份共有，有人认

为所谓一般共有是区别于夫妻共有而寡的，理解一直不一致。

对于同居关系所形成的共同财产与合法婚姻关系存续期间所形成的夫妻共同财产在分割时是否要有原则上的区别？在起草过程中一直存在激烈的争论：一种意见认为，对于同居关系与合法婚姻关系期间所得的共同财产在分割时应适用不同的原则。因为夫妻共同所有的财产的分割，与一般同居关系期间所得的共有财产，在范围的认定上是不同的。在财产处理上对于两种状态的保护程度和态度应该是有所区别的，合法的婚姻关系应该受保护，对于配偶的保护应该更彻底，除非有特殊约定及法律规定情形以外，应均认定为共有财产，平均分割。而对同居情形的，除非当事人事先有明确约定为共有的外，应认定为归各自所有，如果分不清的，则认定为共有，以示区别。另一种观点认为，离婚也好，基于无效婚姻或可撤销婚姻宣告无效也好，或当事人提出解除同居关系也罢，首先是身份关系的解除，其次是财产关系的处理。这两者是应该按各自的原则处理。离婚、宣告无效或被撤销等，只是解除的身份不同，而在财产处理问题上，都应共同遵循同样的基本原则，不应因不同身份而适用不同的处理办法。我们认为，首先，在上述关系中，各方当事人都有其合法的个人财产，其个人财产权益依法应予保护。其次，对双方形成的共同财产，在分割时应坚持有关财产分割的理论和原则。除了依法考虑对生活困难者的帮助及对无过错方的保护等因素外，共有财产应按共有理论进行处理。共有分按份共有和共同共有。按份共有是基于当事人事先对共有财产有明确的比例或份额的约定。如果没有约定或约定不明的，即按共同共有处理。本条规定坚持的是后一做法。对于同居期间的财产，除了归个人所有的以外，都作为共有财产处理，而在共有财产中应坚持的原则是，有约定，按约定，否则作为共同共有对待。在确定此前提的基础上，人民法院审理时，如果当事人达成协议而依法判决时，再考虑照顾无过错方的利益。

《婚姻法》第十二条规定：“对重婚导致的婚姻无效的财产处理，不得侵害合法婚姻当事人的财产权益。”采取的是保护合法配偶的合法权益的原则。但是，如何保护，没有明确规定，按照通常的做法，人民法院在审理离婚等婚姻家庭纠纷案件时，是不允许第三人参加诉讼的。因为传统观念认为，离婚是两个人之间事，他人无权干涉并参加到诉讼中。现在法律规定要保护合法配偶的权益，如果在审理重婚案件中涉及财产处理的，可能会造成对合法配偶权益的侵犯。如果不允许其参加诉讼，其只能眼睁睁地看着自己的权利受到侵害，而只能另案起诉主张自己的权利。财产经处理后，事后再控制很难，则其权利将落空，所以对于此种情况下，为更好地保护其权利，还是应该允许其参加诉讼。

（四）关于《婚姻法》家庭关系一章的部分解释

《解释一》第十七条开始至第二十一条，是针对《婚姻法》家庭关系一章

中的有关问题作出的。 www.docsriver.com商家巨力电子书

关于夫妻对共同财产的处理问题，国外有家事代理权的规定，即夫妻就日常家务处理互为代理人，但不得滥用，不得对抗善意第三人。我国《婚姻法》仅规定夫妻对此有“平等的处理权”，那么如何理解？夫妻就财产问题所作出的决定有何效力，应从两方面加以看待。对夫妻内部而言其决定和约定应该有效。对夫妻外部而言效力如何是我们处理问题的关键。《解释一》的规定可作出如下理解：（1）有平等权；（2）日常生活需要所作出的决定有当然的代理权，一方所作出的决定当然地代表另一方的意思，他人可以将其认为是夫妻双方共同的意思；（3）非因日常生活需要而作的决定，应该双方共同协商作出；同时，为了保护第三人的利益，维护交易安全及秩序，引入了表见代理理论。

《婚姻法》第十九条第三款规定：“夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有的，夫或妻一方对外所负的债务，第三人知道该约定的，以夫或妻一方所有的财产清偿。”但并没有规定什么样的情形属于第三人知道。事实上，第三人是很难清楚别人夫妻之间有何财产约定的；即便是夫妻之间的约定进行了公证，要求第三人在与夫妻之中的一方进行债权债务往来时都详细审查其夫妻之间是否有所约定，一则对第三人要求过苛，二则即使第三人去有关部门了解情况也未必能达到目的。所以对第三人的要求不能过于严格，而是应该对夫妻双方进行严格要求。夫妻要想以约定对抗第三人的，必须举证证明第三人清楚、明白地知道夫妻之间有关的财产约定，《解释一》的规定是有利于保护第三人利益的。

《婚姻法》规定的法定财产制是婚后所得共有制，且进一步明确了应当归夫或妻一方所有的财产及范围，也允许当事人另行约定。最高人民法院以前的司法解释中，有一些与修改后的《婚姻法》规定相矛盾，应不再适用。如根据最高人民法院《关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》第六条的规定：“一方婚前个人所有的财产，婚后由双方共同使用、经营、管理的，房屋和其他价值较大的生产资料经过8年，贵重的生活资料经过4年，可视为夫妻共同财产。”这种夫妻共同生活较长时间后，原归夫或妻一方所有的房屋等贵重物品将转化为夫妻共同财产的做法，就与修改后的《婚姻法》相抵触。虽然我们在有关通知中曾明确指出修改后的《婚姻法》实施后，原来的司法解释与《婚姻法》不一致的，一律以《婚姻法》为准。考虑到该解释在实践中已得到广泛适用，且有不少人询问此解释能否再适用，故《解释一》第十九条针对此问题进行了规定，以便澄清认识。

在此，有几个问题需要指出，以便于大家更好地理解法律的规定。一个问题是：对于此条解释，在我们征求意见的过程中，有相当一部分人认为，原来4年、8年的规定，大家在实践中适用得一直不错，处理起来也比较公平，建议仍然继续适用。也许许多人认为取消后不利于对弱者的保护，尤其是不利于

对妇女、儿童权益的保护。例如，在离婚时，一方因对方置办重要的生活资料，如房屋、生产工具等，按原来的解释处理问题，比较公平合理。而按现行的法律则与其无关，很可能双方共同生活了数十年，但离婚时还一无所有。其实，原来的解释虽然不再适用，但法律从其他条款中已经体现了对弱者利益的保护并考虑到上述因素。《婚姻法》规定的离婚分割财产时对妇女和子女利益的照顾原则、无过错方基于第四十六条提起损害赔偿请求、第四十二条规定的离婚时一方生活困难，另一方从其个人财产予以帮助的情况等等，都从不同方面、不同程度上体现了对弱者的保护。

另一个问题：有部分人有些错误认识，认为对于是否适用《婚姻法》的此条规定，应该采取所谓的老人老办法、新人新办法的原则。对于修改后的《婚姻法》实施以后才加入婚姻行列里的人，应该适用新的《婚姻法》规定；而对于在此之前已经结婚的人，则应该仍然适用以前的规定。这种看法是不正确的。而且原来的法律并未规定婚前一方的财产经过共同生活多少年后就可以视为共同财产，只是司法解释根据实践中具体操作的需要加以规定的，并且只是针对离婚诉讼时进行解决问题适用的。只有当事人诉讼到法院，法官处理案件时才加以考虑的。还有一点应该加以注意的是，原来的规定也并不是说双方结婚后，一方的婚前财产经过4年、8年，无论是否引发离婚诉讼，都已经自动转化为夫妻共同财产了。那种认为早在《婚姻法》实施前有些婚前财产就已经变为共同财产的看法是不对的。

《婚姻法》第二十一条规定：“父母不履行抚养义务时，未成年的或不能独立生活的子女，有要求父母付给抚养费的权利。”其中，不能独立生活的子女如何掌握，最高人民法院以前的有关司法解释（1993年公布的最高人民法院《关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》）中曾作出解释：将不能独立生活的子女解释为子女丧失劳动能力或虽未完全丧失劳动能力但不能维持正常生活的，以及子女尚在校就读等情况。这次我们原则上吸收了原来的意见，同时由于初中以上学历已经不再是义务教育，上大学的各种费用负担很重，我们将尚在校就读的学历限定在高中及其以下。以此作为父母的法定义务，而上大学费用视为道德上的义务。

在司法解释制作过程中，我们去不同地区征求意见，得到的答复和意见也是不一样的。在一些相对比较贫困、落后的地方，普遍认为，对父母的责任不能太重，高中就已经可以了。而经济相对发达地区，多数则认为应该尽量让子女起码上到大学本科以上，既有利于子女的教育及今后的择业等，也有利于提高整个民族的文化素养。由于呈现出分化的趋势，所以对此不能定得过低或过高。由于从全局出发，可能个别地区会有不同认识。不过，一般的父母虽然离婚后，但对子女的教育问题多数是很支持的，虽然法律没有硬性规定，但从道义上还是会尽自己所能进行供养的。

(五) 关于《婚姻法》离婚一章部分的规定

《解释一》自第二十二條至二十七條是对《婚姻法》离婚一章中有关问题的解释。

1. 符合《婚姻法》第三十二条规定关于准予离婚的情况，是否因提起离婚诉讼一方有过错而区别对待的问题。

《婚姻法》第三十二条规定了调解无效应准予离婚的几种情形，是《婚姻法》新增加的内容。如果当事人的情况符合这些规定，由无过错方提出离婚的，准予离婚自无异议，但是，如果离婚诉讼由过错方提出，无过错方不同意离婚，又调解无效的，怎么办？对此有不同看法。一种观点认为，为了惩罚过错方，可不准其提出的离婚请求而判决不准离婚；另一种观点认为，婚姻自由包括结婚自由和离婚自由，不能因为当事人有过错就剥夺了法律赋予的婚姻自由的权利，《婚姻法》判断离婚的标准是感情是否确已破裂，而不应考虑当事人一方是否有过错。不论是过错方提出离婚还是无过错方提出的离婚诉讼，只要符合该条规定的情形，就说明双方已经达到感情破裂的程度，经调解无效的，一般应准予离婚。离婚时，无过错方可根据《婚姻法》第四十六条的规定，请求有过错一方给予赔偿，判决离婚是符合立法本意的。《解释一》采纳了后一种意见，在第二十二條作出了规定。

2. 如何理解军人一方有重大过错的问题。

《解释一》第二十三條是关于《婚姻法》第三十三條内容的具体规定。由于军人所具有的特殊身份，《婚姻法》历来采取特殊的保护。修改前的《婚姻法》规定，军人的配偶提出离婚的，必须要征得军人的同意，否则是不予支持的。其实这种过于苛刻的做法反倒使军人在择偶问题上遇到阻力，许多人会有所顾虑。现在虽规定现役军人的配偶提出离婚，须得军人同意，但增加了一款但书：“军人一方有重大过错的除外”。那么，哪些情况属于有重大过错呢？在起草司法解释的初期我们并未有像最后出台时的弹性规定。后来在去有关部门征求意见及听取全国人大代表意见时，多数人认为采用简单的列举方式很难穷尽现实生活的复杂情况，没有灵活一点的可操作性规定是不行的，都建议增加一款，以利于具体办案，最后，才形成了现在的条文。

3. 关于探望权问题

《解释一》第二十四條至第二十六條及第三十二條是关于探望权问题的有关规定。

《婚姻法》第三十八條规定：“离婚后，不直接抚养子女的父或母，有探望子女的权利，另一方有协助的义务。”这是《婚姻法》修改后新增加的内容。我国法律明文规定，父母与子女之间的关系，不因父母离婚而消除。虽然父母离婚，孩子判决一方直接抚养。但子女仍是父母双方的孩子，父母的任何一方对未成年子女及不能独立生活的成年子女，都有抚养的义务，子女对父母也应

尽赡养义务,这些基于亲权和血缘关系建立起的特殊关系,都不会因父母关系的改变而改变。

(1) 人民法院作出的生效的离婚判决中未涉及探望权的,当事人就探望权问题单独提起诉讼,人民法院应否受理的问题

由于探望权问题在《婚姻法》修改之前并无相关规定,所以在实施之前已经过诉讼程序并判决离婚的大量案件中并无关于探望权问题的判决,实践中许多因子女探望问题屡屡发生纠纷。现在《婚姻法》修改并实施后,之前已经离婚的,现在就未成年子女的探望问题发生争议而无法解决,诉至法院的,如何处理?我们认为,探望权是现行法律赋予当事人的一项实体权利,只要是符合规定情形的父母都应依法享有该项权利,其权利的行使应受法律的保护。法律对此项权利的规定不溯及既往,只能是在其规定之后还符合条件的,才可加以适用。所以,对这些单独以探望权的行使为由向人民法院提起诉讼,要求保护其今后探望权的依法行使,人民法院依法应予以受理。

按照法律规定,当探望权行使发生纠纷时,应该先由当事人双方协商解决。在人民法院审理期间,也应该让双方尽量化解矛盾,从有利于子女成长的角度出发,对探望的时间、方式等具体问题,争取双方当事人能够协商解决。只有当双方当事人最终无法达成一致意见时,才由人民法院依法酌情进行判决。对于人民法院已经就探望权行使的时间、方式依法作出判决,事后当事人又向人民法院请求变更的,如何处理?《婚姻法》及《解释一》对此并无直接规定。对此目前有不同看法,一种意见认为法院应该受理,因为当事人的情况发生变化,对探望权行使的时间、方式有新的需求,属于有新的理由,应予受理。另一种意见认为,探望权行使的时间、方式问题是个容易发生变动的事情,立法规定也是先由当事人就此问题应尽量协商,无法达成一致时才由法院作出判决。如果当事人就具体细节问题发生争议,仅依此个别问题就再次或数次诉诸法院,不断地进行变更的话,会造成司法资源的极大浪费,不利于当事人之间真正解决矛盾。由于对此意见不一致,有待于实践中进一步加以考察,目前还是不予受理为宜。另外,为了避免当事人之间再次发生纠纷,在就探望权问题进行判决时,应该尽量作出原则性规定,而不宜规定得过于细致。诸如:可以判决其每周探望子女一次,也可以具体到每周六或日。而要判决“于每周周六的下午2点至6点,由原告去被告家带孩子或于什么地点被告交孩子”,像这种对时间、地点规定得过于详细的做法,是非常不利于实践中始终顺利履行判决的。因为实际生活中随时可能会有情况发生变化,许多问题的出现是事先无法预知的,诸多因素可能导致无法丝毫不差地按详细的判决来履行,这时如果当事人之间关系处理得不好,而单纯机械地要求以判决规定的方式进行履行,稍有出入都不允许变通的话,很容易导致矛盾的激化。

此外,应该加以注意的是,对于未成年子女本人利益的保护问题。探望权

www.docsriver.com商家巨力电子书

的出发点是保护其能健康发展,因此,离婚的父或母关于探望权的行使都应本着有利于未成年子女身心健康发展的原则。如何能做到对未成年子女进行保护呢?首先,在人民法院关于判决子女抚养及探望权行使的时间、方式时,应当充分考虑到子女本身的意愿。其次,在探望权行使的问题上,更应该注重对子女的保护,不得违背子女意愿强行进行探望。对于子女的意愿是否要加以考虑,有不同认识。一种意见认为,探望权是立法赋予父母的一项权利,人民法院判决时并非必须要征求子女的意见,因为子女未成年,分析问题、判断是非的能力不强,容易受一方的影响,无法表达其真实意思。所以法官应综合分析,直接作出判决。另一种意见认为,立法规定探望权的本意是为了子女能正常、健康地成长,判决父母享有探望权必须要考虑对子女的影响及子女的意愿。当然,未成年子女因年龄等原因,各案的情况可能会有所不同。比如有的孩子太小,还根本无法用语言表达,有的可能由于受一方当事人的错误影响,不能客观地反映有关情况,所以子女的意愿并不能作为法官断案的必然依据,不能抛开其他一切因素不顾而一味按子女意愿进行判决。但是,对子女年纪稍微大些的,法官应该听取一下其自己的意愿,虽然不作为最终依据,但可以帮助其进行判决。在探望权行使的问题上,这一问题尤为重要。就有关探望权方式行使的时候,更要充分注意对子女意愿的尊重。如果子女对父或母的探望有抵触情绪,不愿意让父母探望,每次探望都使得子女受到激烈刺激,影响正常生活、学习的,就不宜再让父母探望。

(2) 关于探望权如何强制执行的问题

《婚姻法》第四十八条规定了强制执行问题,如果探望权的行使遇到障碍,可以依法申请强制执行。就《婚姻法》规定的对探望权实施强制执行措施的有关问题,《解释一》第三十二条作出了规定。

《婚姻法》第四十八条将可采取强制执行的判决或裁定的种类中增加了探望子女的内容,在协助执行的责任主体中增加了关于个人的规定。这里所指的判决或裁定,是已经生效的判决或裁定,包括终审的判决或裁定,还包括当事人在上诉期内没有提出上诉的一审判决或裁定。判决书和裁定书是法院依法行使审判权表现,发生法律效力后,当事人就应自觉履行,如果拒不履行的,人民法院可以强制执行。其中判决是对实体问题作出的处理,裁定是对程序性问题作出的决定。根据我国《民事诉讼法》的有关规定,就民事判决、裁定,以及刑事判决裁定的财产部分,由一审人民法院执行。被执行人未按执行通知履行的,人民法院可以强制执行或者委托有关单位或者其他人员完成,费用由被执行人承担。另外,最高人民法院在相关司法解释中规定,强制执行的标的应当是财物或行为。对于探望权的判决或裁定发生强制执行的,对有关强制措施问题需要特别作出说明。采取强制措施应区分不同情况,可以对有协助义务的一方采取拘留、罚款等强制措施,不能对子女的人身进行强制执行,也不能强制

采取不利于子女健康的探望行为。因为设立探望权的本意是为了使未成年子女的身心能得以健康发展,不考虑子女的意愿甚至强行将子女带至某处由其父或母行使探望的权利,都与立法初衷相悖离。《解释一》就此问题作出了明确规定。为保护父母离婚后的未成年子女身心能够健康发展,探望权的行使应该充分体现这一有利于未成年子女健康的原则。对于探望权行使的方式,双方应尽量协商一致,共同为子女的健康成长营造一个良好的环境。通过探望权的行使,应该让探望的双方,即子女与探望其的父或母之间能够进行思想上的沟通和交流,使子女在探望中获得平时单亲抚养下得不到的关爱,从而身心能够健康发展。同时使前去探望的一方可以增加和不由其直接抚养的子女之间的感情,形成对子女未来发展的关心,从而可以本着对子女的热爱之心,主动、自觉地履行其对子女应尽的抚养义务。按我国法律规定,诉讼参与者或者其他个人拒不履行人民法院已经生效的判决裁定的,法院可以根据情节轻重予以罚款、拘留,构成犯罪的,还依法追究其刑事责任。对于拒不履行协助义务的有关个人和单位,可以依《民事诉讼法》或其他法律的规定进行处罚。

(3) 关于探望权的中止行使及恢复行使的程序、形式等问题

《解释一》第二十五条对这些问题作出了规定。根据《婚姻法》第三十八条的规定,父或母探望子女,不利于子女身心健康的,由人民法院依法中止探望的权利,中止的事由消失后,应当恢复探望的权利,这是就探望权的中止及恢复行使的问题作出的规定。作为探望权的行使一般是不得对其加以限制的,除非有特殊情况出现,这个特殊情况就是探望权在行使过程中出现了不利于子女身心健康发展的情形。因为立法规定探望权是为了使父母离婚后的子女仍然能够身心健康成长,如果一旦相反,因探望权的行使使得子女不能健康成长的话,则与立法的终极目标不相符合,所以此时要对权利的行使加以必要的限制。中止探望权的行使,是当探望权的行使出现不利于未成年子女身心健康的情况时,由有关权利人提出暂时中止探望权行使。恢复探望权的行使,是探视行为不利于子女身心健康的情况消失后,根据当事人的申请,恢复探望权人继续行使探望权。那么,什么情况属于不利于子女身心健康呢?对此需要根据具体案件加以判断。比如探望方患有严重的传染性疾病可能影响子女身体健康的、对子女实施暴力行为的、有不良嗜好或教唆子女从事非法活动。另外,我国《预防未成年人犯罪法》规定,未成年人的父母或者其他监护人等应当教育未成年人不得有不良行为,并列了几种主要的不良行为,像旷课、夜不归宿的,打架斗殴、辱骂他人的,偷窃、故意毁坏财物的行为等。如果行使探望权的一方以探望子女为由,胁迫、教唆未成年子女实施这些行为的,都可以作为不利于子女身心健康的情形,人民法院应该根据当事人的申请而中止探望权的行使。

既然法律已经规定探望权的行使可以中止、恢复,那么当事人基于此种理

由提出主张的，人民法院是应将其作为一个独立的新的诉讼对待呢？法律未作具体规定。在起草司法解释过程中，对此虽然有不同认识，但多数人认为，探望权是法律赋予当事人的一项实体权利，有关中止、恢复探望权的行使问题。并不是对探望权进行实质性的处分，对当事人而言也不是探望权最终被剥夺，只是暂时性地加以限制，待中止事由消失后，当事人仍能依法进行行使。所以，当事人提出有关探望权中止行使和恢复行使的权利主张时，不属于一个独立的新的诉讼，而是在履行有关生效法律文书过程中发生的事情，是执行程序阶段出现的问题。按《解释一》的规定，人民法院就中止探望权问题需以裁定形式作出，关于恢复探望权问题需以通知形式作出。

在适用该条规定时应该注意，探望权的中止行使也好、恢复行使也好，人民法院作出决定的前提条件是权利人向人民法院主张权利，否则人民法院不能主动对这些问题作出决定。由于决定是否中止、恢复探望权的行使关系到当事人权利的行使问题，也决定着能否切实保护子女的健康成长，所以法院的办案人员应该慎重对待，作出的决定应该建立在充分听取双方意见及调查研究的基础上。一方向法院提出中止请求的，人民法院应该听取另一方的意见并查明真实情况，再作出是否中止行使的决定。同样被中止行使探望权的权利人向人民法院主张恢复行使探望权的，人民法院也要征求另一方当事人的意见并查明不利于子女健康成长的情形是否确已消失，然后再决定是否恢复其行使探望权。

(4)《解释一》对哪些人有权提出中止探望权行使问题作出了规定。

依法享有探望权的主体与有权提出中止探望权行使的主体，二者在范围上是不一样的，后者的主体范围要比前者的宽一些。

首先介绍一下关于依法享有探望权的主体问题。《婚姻法》第三十八条规定，离婚后不直接抚养子女的父或母，有探望子女的权利，至于其他人是否在特殊情况下可以依法享有探望权，法律无明文规定。探望权的行使主体范围是否可以扩大到子女的父或母以外？这个问题在司法解释的起草过程中有过不同意见。赞成将行使探望权的主体扩大的人认为，如果将行使探望权的主体仅限定在父或母的范围，未免过于狭窄。应该允许祖父母、外祖父母探望自己的孙子女、外孙子女，这是人之常情，也符合中国的传统风俗习惯。还有人认为即使不允许所有的祖父母、外祖父母都享有探望自己的孙子女、外孙子女的权利，也应该有条件地将探望权的主体适当扩大，在某些特殊情况下，也允许父母以外的其他人有条件地享有探望权，像《婚姻法》第二十八条及第二十九条规定的祖父母、外祖父母及兄、姐等人。《婚姻法》第二十八条规定，有负担能力的祖父母、外祖父母，对于父母已经死亡或父母无力抚养的未成年的孙子女、外孙子女，有抚养的义务；第二十九条规定，有负担能力的兄、姐，对于父母已经死亡或父母无力抚养的未成年的弟、妹有扶养的义务。他们认为，《婚姻法》第二十八条、第二十九条规定的这些祖父母、外祖父母、兄、姐等

人,其实际上已经尽到照顾未成年子女的义务,于情于理,都应该允许其享有探望权。甚至还有人将探望权的扩大行使分为代位行使和代行使等类型并从理论上对扩大享有探望权主体资格范围的做法加以论证。应该承认,这种观点在某种程度上有一定的合理成分,但由于探望权是新增加的内容,有关问题尚需要在实践中加以考察。在《婚姻法》刚开始实施之际,行使探望权的主体范围不宜过于扩大,需要留待日后进一步观察,故《解释一》对行使探望权的主体问题没有采纳将范围扩大化的建议,仍然只允许父母离婚后,父或母中不直接抚养子女的一方享有此项权利。

当探望权的行使出现了不利于子女身心健康的情形时,哪些人依法向人民法院提出中止行使的请求,人民法院才予以受理呢,也就是说享有中止探望权行使请求权的权利人都有哪些?享有探望权行使的主体与提出中止、恢复请求的主体是否必须一致?是只允许法律规定的享有探望权及负有协助责任一方的原配偶双方有权提出呢,还是有条件地允许其他人也可以提出呢?通常,提出中止探望权行使的一方,为在生效裁判文书中负有协助义务的一方,而提出恢复探望权行使的,为享有探望权的、离婚后不直接抚养子女的父或母,由于恢复探望权行使问题直接涉及依法享有探望权人能否继续探望子女,原本权利被中止行使就不是其主观所希望看到的,从其本意而言一直是想要探望子女,只是出现某些情况后无法实现探望而已。若中止情形消失后,权利人自然会主动要求恢复行使。那么权利人是否提出申请应由其自主决定,他人无需干涉,故对于恢复探望权行使的请求,只应由前述权利人自行提出,不必再允许其他人也可以为此请求。与恢复行使不同的是,中止行使探望权关系到子女的健康成长,所以《解释一》本着对子女有利的原则作出了规定:未成年子女、直接抚养子女的父或母及其他对未成年子女负担抚养、教育义务的法定监护人,有权向人民法院提出中止探望权的请求。由此可见,这项请求权的权利人范围相对较宽。这种做法比起只允许原婚姻关系中直接抚养子女的父或母提出中止探望权行使的,要更符合立法本意。当现实生活中由于探望子女而导致了不利于子女身心健康的,如果只允许在探望权行使时负协助履行义务一方提出中止请求的话,一旦当其基于某种原因无法提出或不敢提出,比如其不知道事情真相或畏于对方的暴力等原因,这时,其他人在一旁只能是焦急地观看而无法实施法律规定的救济手段,由于没有适格的主体向法院提出,法院对此也无法出面解决,法律规定的对子女的保护就无法实现。《解释一》根据法律的规定,将提出中止探望权的请求权人明确指出。如果直接与子女共同生活的监护人因种种原因未提出时,允许其他人员提出申请,这样就拓宽了渠道,从而可以更好地保护子女的利益。

4. 关于《婚姻法》第四十二条规定如何理解与适用的问题

《婚姻法》第四十二条规定:“离婚时,如一方生活困难,另一方应从其住

房等个人财产中给予适当帮助。对于该条的理解有以下问题需要加以明确：该条中所称“一方生活困难”的生活困难应如何理解，是相对困难还是绝对困难，有何判断标准？如果属于法律规定的生活困难情形的，另一方应当从其住房等个人财产中给以适当帮助。对于具体帮助形式，当事人双方可以协商解决，如果双方协商不成，涉及以一方的住房进行帮助的，人民法院在诉讼过程中能否判决将一方个人所有的房屋以所有权的形式进行帮助？对于这些问题，《解释一》分别作出了具体规定。

我国《婚姻法》规定，夫妻在婚姻关系存续期间有相互扶养照顾的义务，一旦离婚后由于夫妻关系已经不存在，相互之间就不再有这种义务。那么现在《婚姻法》第四十二条规定对生活困难者进行帮助的问题，其基础何在呢？我们认为对这个问题的规定是有一个渐进过程的。从目前的理论看，通常认为在以前关于夫妻财产问题也多由丈夫掌管控制并享有所有权，女子婚后即在家从事家务劳动，没有独立的经济来源，其与自己的本家联系已经很弱，一旦离婚后，就会由于既没有财产积累又缺乏谋生手段，而使生活陷入困境。本来由于夫妻关系已经不复存在，原来的配偶并无义务对困难者予以资助。人们生活困难的问题应该是一个社会问题，由社会救济、保障机制加以解决。而在社会保障机制并不健全的情况下，又必须寻求一个解决途径，只好让有关人员担负起这项任务。最高人民法院原来的司法解释中曾有过规定，离婚时对于生活确有困难的一方，另一方给予适当的经济帮助。这次《婚姻法》的修改，对于离婚时一方生活困难的，另一方应进行帮助的问题作出了明确规定。

(1) 关于生活困难的标准问题

关于如何判断离婚时夫妻是否属于《婚姻法》第四十二条规定的生活困难问题，在《解释一》未规定之前，有不同的认识，即绝对困难与相对困难的区别。坚持绝对困难观点的人认为，《婚姻法》第四十二条规定，是对确实、真正生活困难一方的救济措施，必须是一方如果依靠离婚时分得的财产及其个人财产，将无法维持最基本的正常生活。因此他们认为这里的生活困难是绝对困难而非相对困难，应当有一个固定的标准加以判断。由于毕竟是从一方的合法财产中拿出一部分去帮助即将解除的婚姻关系中有困难者，对此不能规定过严，对实施帮助行为的一方也不能要求过高。不能以离婚前后生活水平有明显下降为由而认为是生活困难，从而主张对方对其进行帮助。与此相反，就生活困难问题坚持相对困难观点的人认为，对于生活困难一方的要求不能过于严格。因为夫妻共同生活期间，很可能由于诸多因素造成夫妻在离婚时一方名下的财产很少，完全以一个绝对的标准来衡量，会容易使当事人的利益无法得到真正的保护。应该是采取一个相对的标准，通过综合分析案情，以确定一方是否属于生活困难。另外，持相对困难观点的人还认为，男女双方结为夫妻，在婚姻关系存续期间双方之间有相互扶助的义务，双方基于一种信任关系共同创

建、经营家庭,对于家庭财产的取得,难以量化,不能以每个人实际付出了多少来分配。遇有离婚时,让一方得到无比优越的生活条件,而另一方却一贫如洗且生活水平一落千丈的,实在有失公允,在婚姻关系的处理时,许多问题是应该基于情感和道德因素进行判断的。如果由于离婚导致一方生活水平有明显降低的,当事人如提出请求的,应该根据《婚姻法》第四十二条予以支持。通过分析上述两种观点,并根据立法精神,《解释一》采纳了其中的第一种观点,即《婚姻法》第四十二条所称的生活困难是指绝对困难而非相对困难,规定为必须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的情況。我国《婚姻法》就夫妻财产制度作出了较详细的规定,在财产问题上充分尊重当事人的意愿,允许其进行约定。在没有约定的情况下,法律对夫妻双方有哪些个人财产,哪些又属于夫妻共同财产问题都有规定。当事人对自己所有的财产拥有所有权,不应因在财产分割时当事人双方相差悬殊而改变立场。但是,考虑到夫妻关系的特殊性,在婚姻关系存续期间,夫妻双方有相互扶助的义务,基于这种特殊关系,如果在离婚时一方生活困难而另一方又有能力的,那么有能力的一方也应当适当地提供帮助。由于我国各地区对本地区内基本生活水平标准都有具体规定,所以这种以当地基本生活水平为标准,来判断是否属于生活困难的做法,是比较客观、可行的。如果一方离婚时分得的财产无法维持基本生活,本人亦无其他收入来源的,属于生活困难。

在适用《婚姻法》第四十二条时必须注意以下几个问题:

①在适用此项帮助条款时,对于生活困难者的生活状况,是以离婚时的实际情况为准进行判决是否属于生活困难的,双方的离婚可以是协议离婚,也可以是判决离婚。这里强调的是在离婚之时这一个时间,只有在离婚时符合生活困难的规定情形的,另一方才应当对其进行帮助。如果当事人在离婚时并不困难,离婚后经过一段时间出现生活困难的,再以《婚姻法》第四十二条的规定要求对方帮助的,人民法院对其请求将不予支持。

②在确定是否按《婚姻法》第四十二条的规定,让夫妻离婚时一方对生活困难的另一方进行帮助时,关键看一方是否真属于生活困难及另一方是否有能力进行帮助,至于其他的,如生活困难者是否有过错等问题都不能成为不对其进行帮助的理由。《婚姻法》第四十二条规定的本义是经济方面的强者对弱者进行的一种帮助。虽然这种强者与弱者的区分带有一定相对性,但符合本条规定依法应当对生活困难一方进行帮助的情形,前提条件应该是夫妻双方中相对于生活困难一方而言的另一方具备这种帮助的能力。也就是说,想要让其承担这种帮助义务的,必须是在离婚时分得的财产和其个人财产相对较多,除了足以维持其自身正常的衣、食、住、行等需求外,还能够以其个人财产中的部分对其前配偶进行住房或经济上的帮助。而且这种帮助的程度、形式、时间等,也都应根据当事人的实际情况酌情处理。

关于帮助时是否要求生活困难方的主观状态须为无过错或者只有实施帮助行为的一方有过错时才应当进行帮助,我国《婚姻法》及《解释一》对此问题虽然未作明文规定,不过在审判实践中应该坚持的原则是不应以生活困难方是否有过错作为决定是否对其实施帮助的根据。因为这种帮助不是过错赔偿,不是基于对无过错方的照顾,更不是对有过错方的惩罚,不要考虑当事人的主观上是否存在过错,而是应该根据法律的规定和客观情况进行判断。该条规定的宗旨是对弱者实施救助,符合规定情形的弱者,在客观条件具备时就应该适用并受到保护。如果要追究对于造成婚姻关系破裂的责任在谁并对过错方进行惩罚,这已是另一个问题,需通过其他规定加以解决。《婚姻法》第四十六条规定的损害赔偿制度,就是法律基于对无过错方的保护,如果一方对导致离婚有过错的,无过错方有权就其所受损害要求赔偿。

③这种帮助原则上只是帮助一次,而不是反复进行帮助,当事人已经履行完离婚判决或协议中所定的帮助义务后,尽管另一方仍然属于生活困难,除非本人愿意继续提供帮助,否则,没有义务再对对方进行帮助。即使生活困难者再提起诉讼要求对方进行帮助的,一般人民法院也不予支持。所谓帮助一次的意思,是以在离婚时帮助问题确定的标准、数额及形式为准,就相关内容履行完毕的,就是帮助一次的完成。比如判决以金钱提供帮助的,可能是一次性给付生活困难者一定数额的金钱,也可能是规定分批给付或给付到一定时期为止。判决以住房提供帮助的,可以是规定让其居住一定时间或附加某些条件限制等,不管怎样,只要离婚时确定的帮助内容在实际上已经完全提供了的,就是属于一次帮助的完成。

(2) 明确规定一方离婚后没有住处的,属于生活困难,加大对弱者的保护力度。

为了更好地实现《婚姻法》对弱者进行保护的立法思想,《解释一》将一方离婚后没有住处的,规定为属于生活困难的情形。可以说住房问题无论是在城镇还是在乡村,就我国目前人们生活水平的现状来看,都占有举足轻重的位置,有一个可以居住之所是人生存的基本条件。在城镇,随着现有住房制度改革的不深入,过去那种福利分房制度已经取消。根据国务院有关文件的规定,我国从1998年下半年开始停止实物分房。对于原来的由国家或集体投资的住宅全部向职工工作价出售,将产权办至本单位职工名下。由于许多单位先前进行福利分房时,对于分房资格的取得是有种种条件限制的,比如要求必须结婚、一对夫妻只能有一方可以分房,而且多是采取分男不分女的政策。这种由一方单位分得的房屋中实际上也包含着夫妻中另一方本应享有的权益,一旦双方离婚后,未分到房子的一方很可能就丧失了再次分房或享受购房优惠的资格。而且,如果离婚后没有住房,今后无论是租房还是购房,在城镇里的价格都相对较高,此项支出数目都非常可观,对于生活本来不富裕的当事人而言,

更是无力承担。尚粹,在我国广大的农村地区,多数情况下人们有一种约定俗成的观念,即盖房、置办重要的生产、生活资料等事情,都应由男方在结婚之前就完成,然后再娶女方进门。从法律规定上看,若双方离婚时,上述财产都将作为男方所拥有的婚前个人财产,离婚时也仍然由男方个人所有。女方由于没有其他经济来源,在农村用以谋生的手段又不多,一旦离婚,可能会因此变得一无所有。而对于共同生活许多年后,女方年纪较大的话,这个问题就表现得更为突出。为了解决这种生活困难的现象,特别是针对住房有困难的,修改后的《婚姻法》强调了对生活困难一方要从“住房”上给予帮助。

人民法院审理离婚案件时涉及财产分割的,关于对一方婚前所有的房屋及有关财产的认定问题上,《婚姻法》修改前后在审判实践中有所变化。由于以前《婚姻法》对于这一问题没有作出明确规定,当离婚案件诉至人民法院时涉及这些问题的,为了解决具体应如何操作问题,最高人民法院曾经出台过相关司法解释。例如,1993年11月最高人民法院《关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》第六条规定,一方婚前个人所有的财产,婚后由双方共同使用、经营、管理的,房屋和其他价值较大的生产资料经过8年,贵重的生活资料经过4年,可视为夫妻共同财产。这项规定是基于当事人双方特殊的身份关系,双方共同生活的时间较长等因素加以规定的,其目的也不乏对于婚姻关系中经济能力较差、财产较少一方的保护。由于现行《婚姻法》明确规定一方婚前所有的个人财产,无论是在夫妻关系存续期间,还是双方离婚时进行财产分割,都将作为个人财产对待,而不能纳入到夫妻共同财产范围中去。此前的司法解释与此相抵触的,应一律不得适用。那些认为今后将无法实现对弱者保护的担心是不必要的,因为基于对弱势群体利益的保护的考虑,法律规定了对于生活确有困难一方应进行帮助,规定了在离婚时进行财产处理时的照顾原则,规定了有关损害赔偿制度等,也可以起到相同的作用。

(3) 关于帮助的形式问题

由于法律条文中着重指出,“应从其住房等个人财产中给予适当帮助”,这就表明离婚时如果一方生活困难的,另一方应当以个人所有的财产进行帮助,可以是以金钱方式进行帮助,也可以以住房作为帮助的形式和手段。

如果以金钱方式进行经济帮助的,比较容易理解,实践中也好处理。对于双方协议离婚的,具体帮助问题由当事人自行协商解决。对于人民法院判决离婚的,如果一方生活困难的,决定采用金钱作为帮助形式的,可以判决由另一方一次性地提供一定数额的金钱进行帮助,也可以判决由另一方按月或按规定时间支付固定数额的金钱以提供帮助。不过,这种帮助不是无限期的,判决中应规定时间限制或附加一定条件,超过规定期限或不符合条件后,当事人就没有义务再提供帮助。

那么,当事人提供归一方所有的住房对离婚时生活困难者进行帮助的,都

可以采取什么具体做法呢？由于毕竟是从别人的个人财产中对困难者进行帮助，那么以房屋进行帮助，怎么理解？修改前的《婚姻法》中并无此种相关规定，将一方所有的房屋让对方暂时居住以解决生活困难，是实践中常用的办法，事实证明也是可行的，以前有关司法解释也有过类似的规定。现在立法已提到要对离婚时生活困难者由另一方以住房等个人财产进行帮助的问题，不过对于提供这种帮助是否应有时间方面的限制，法律无明文规定。如果有限制，到时间届满时其仍然困难，又怎么办？如果没有期限，是否要提供帮助义务之人一直无限期地帮助下去呢。在《解释一》的起草过程中，曾有同志建议明确写出“应帮助到生活困难者不再困难为止”，因为立法规定的目的就是对生活困难者进行帮助，所以应该帮助其真正解决问题。不过也有人对此持异议，他们认为这种帮助毕竟是一种扶助性质，是为社会分担负担。让实施帮助行为的人一直帮助到对方不再困难为止，其中不确定因素太多；如果生活困难者很快通过自身努力摆脱了困境，实施帮助行为的人也可以因此而减轻经济上的负担；如果其经济条件一直都无法使其独立维持正常生活的话，岂不意味着实施帮助行为的人始终都不能结束这种状态，这对实施帮助者而言亦有失公允。综合各方面情况，《解释一》最后并未采纳第一种直接作出明确规定的建议。另外，还有一个关键性问题，就是能否将属于生活条件较好的、提供帮助义务一方所有的房屋判决归生活困难的一方所有，即将所有权直接判决给生活困难一方？对这个问题我们在征求意见过程中广泛听取了各界的意见并加以论证。大多数意见都认为可以依法将这种房屋所有权判决给属于生活困难的一方。像妇联的多数同志、许多婚姻法学方面的专家学者都支持将所有权转移给生活困难者。本着从保护弱势群体利益的原则出发，尤其是侧重对妇女利益的保护，将一方离婚后没有住处的，规定为属于《婚姻法》第四十二条所称的生活困难的情况。最终《解释一》就能否以所有权作为以提供房屋进行帮助形式的终极保护问题作出了较为明确的规定。当然，可以判决所有权并不是意味着对所有生活困难者的帮助都一定要判决为其提供住房、并都要尽可能按判决所有权的思路审理。而是应当结合具体情况，区别对待。

（六）《婚姻法》救助措施与法律责任一章中两个问题的解释

1. 《婚姻法》第四十六条离婚损害赔偿问题的有关解释

《解释一》第二十八条至第三十条，是就《婚姻法》第四十六条规定进行的有关解释。《婚姻法》第四十六条规定：“有下列情形之一，导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿：（一）重婚的；（二）有配偶者与他人同居的；（三）实施家庭暴力的；（四）虐待、遗弃家庭成员的。”那么，这条中的损害赔偿请求是什么性质，无过错方都可以向哪些人提起请求，该项请求的支持是否以离婚为前提，当事人应该在诉讼的什么阶段提，是否要求当事人此项请求必须与离婚诉讼同时提出，等等，一系列问题都有待于进一步解释。

(1) 关于损害赔偿的性质。《婚姻法》第四十六条规定了损害赔偿，但并未明确其性质。《解释一》第二十八条就《婚姻法》第四十六条损害赔偿的性质问题作出了规定，明确了《婚姻法》第四十六条中损害赔偿所包括的范畴，当事人基于此条规定，既可以就物质方面受的损害请求赔偿，也可以就精神方面受到的损害请求赔偿。其实，如果自己的配偶存在《婚姻法》第四十六条规定的重婚、与他人同居、实施家庭暴力及虐待遗弃家庭成员情形的，可能会给自己造成财产上的损失，但更大的损失和痛苦则来自于精神上受到的损害。关于精神损害赔偿问题，由于长期以来审判实践中，对精神损害赔偿的范围、标准和赔偿数额的确定等问题一直有不同的理解，导致适用法律不统一，这些现象一方面影响了司法的严肃性和权威性，另一方面也使得对当事人利益的保护失去统一的标准。为解决这些问题，前不久，最高人民法院公布了《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》，使得这类问题能够较好地得到解决。所以，在审理婚姻家庭纠纷案件中，如果当事人基于《婚姻法》第四十六条请求精神损害赔偿的，人民法院审理时应适用与此有关的司法解释。

(2) 《解释一》第二十九条对承担《婚姻法》第四十六条规定的损害赔偿责任的主体问题、该项请求权的支持是否以离婚为前提等问题作出了规定。

对此可以从以下几个方面进行理解：

① 该项请求只能向自己的配偶提出，而不能向合法婚姻关系以外的其他人提起。《婚姻法》第四十六条规定的是“有下列情形之一，导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿”。据此，无过错方的损害可以获得救济。但是，这种请求权的行使都可以向谁主张，现行法律无明文规定。作为无过错方，向自己的配偶提出此项请求，是无可争议的，因为其配偶相对于无过错方而言，就是有过错方，依法应就其过错造成的损害负责赔偿。现在实践中需要解决的问题是：无过错方能否向婚姻关系以外的其他人提出此条的损害赔偿请求？据反映，《婚姻法》施行后，现实生活中有这样的事情发生，夫妻双方中一方有过错的，其配偶以《婚姻法》第四十六条的规定为依据向人民法院提起诉讼，但并不以自己合法配偶为被告，而是以与自己配偶重婚的人或者是与自己配偶同居之人为被告。这种情况之下，当事人多数认为自己与配偶的感情尚可，所以既不想离婚，也不告自己的配偶。他们认为现状都是由婚姻关系以外的人造成的，诸如与自己配偶重婚之人或者是与自己配偶同居之人等，因而只是要求这些人来就其损害承担赔偿责任。由于我国立法没有明文规定配偶权，所以告第三者或告被包的二奶等人没有充分的法律依据。而且第四十六条规定的损害赔偿请求问题，正如我们将在后面介绍的那样，原则上是在处理离婚诉讼过程中，而且必须以离婚为前提的情况下才予以考虑的。这种与婚姻案件审理有密切联系的问题，并不应该将婚姻关系以外的那些本应由道德规范调整的内容纳入进去。综合各方面的因素，《解释一》规定承担责任的主体是配偶中的过

错方。

《解释一》中该条的第一款，是就承担《婚姻法》第四十六条规定的损害赔偿责任的主体问题作出的规定。通过结合《婚姻法》条文规定及《解释一》的有关条款，我们可以清楚地知道，这里承担责任的主体，应该是配偶中有过错的一方，是“无过错方的配偶”，而不是指无过错的配偶。由于立法条文中采用了“无过错方有权请求损害赔偿”的表述，所以《解释一》对于其配偶所用的表述是“无过错方”的配偶，对此的理解上大家要注意。

②如果当事人的离婚诉讼请求没有被法院支持，则该项请求权也将得不到法律的保护。因为按我国法律规定，仅有过错情形还不足以支持当事人基于《婚姻法》第四十六条提出的请求权，必须还要由于这种过错导致离婚的，无过错方才可以行使请求权。如果经人民法院审理后没有判决离婚的，不符合第四十六条的规定，故此种情况下不能适用《婚姻法》第四十六条。

③无过错方不起诉离婚而仅想主张《婚姻法》第四十六条所规定的损害赔偿，法院亦不支持。前面介绍的情形是当事人想要起诉离婚但人民法院判决其不准离婚的，请求第四十六条规定的损害赔偿将得不到支持。现在这层意思所指的，是无过错方本身并不想离婚，所以根本未提高婚诉讼，只想向配偶提出损害赔偿请求。应该明确的是，第四十六条规定的损害赔偿请求在婚姻关系存续期间是不发生的，这与当事人在婚内就其他如人身权受到侵害而提出的损害赔偿请求有所不同。

《解释一》所指的无过错方是相对于自己有过错的配偶而言的，换句话说，其配偶是有过错方。那么，这种过错是广义的，还是狭义的呢？若是广义的，则除了第四十六条明文规定的四种以外，还有其他情况也可以构成过错。而狭义的理解则是仅指第四十六条规定的四种情况，别无其他。我们认为还是应该将其作狭义理解更合适，即除了规定的四种情况之外，不能再以其他事项主张属于有过错，从而要求基于第四十六条提出损害赔偿请求。

(3) 当事人基于《婚姻法》第四十六条提起损害赔偿请求应于何时提起以及此类案件审理中的有关程序性问题

这一条着重解决无过错方基于第四十六条的起诉是否必须与离婚诉讼同时进行的具体操作性问题。首先，对于是否此种诉讼必须与离婚之时提出的问题，有不同的意见：一种意见认为，可以由无过错方选择，既可以在离婚诉讼的同时提出，也可以在离婚诉讼之后单独提出。理由是《婚姻法》规定此条的目的是为了保护无过错方，体现对过错方的一种惩罚。既然保护应该彻底一点，允许其随时提出。而且，过错方如果存在四种情况中的重婚、同居的，很多无过错方可能并不知道，往往离婚后才知。如果不允许其离婚后再提，实际上无法真正保护其利益。而另一种意见则坚持认为不允许离婚后再提。理由是法律规定虽是保护无过错方，但其应该及时行使自己的权利。如果其在离婚

时知道真相而不提,事后再提的,重要理由可以增加成本,就不应支持。而且离婚时一并处理,容易控制财产好执行。离婚后再单独提出,对方的财产无法控制,反而得不到。那种认为离婚后才发现的,实际上也不应予以支持。因为第四十六条规定是导致离婚的情况,其连事情都不知道,所以不能认定为这些过错是导致离婚的原因,当然也无需赔偿。

我们认为,综合各方面的情况,根据立法本意,还是应该坚持该条损害赔偿应该与离婚诉讼的同时提出,所以《解释一》按照这种思路加以详细规定。考虑到我国目前公民对于法律知识的了解并不完全,法制观念也有待于提高。《婚姻法》的出台,并不是所有人都知道。许多人可能是法律所要保护的群体成员,但其并不知道法律有对其有利的规定。所以增加法院的告知义务。案件受理后,以书面形式将各项权利义务进行告知,以避免实践中当事人的合法权利未得到保护。

由于离婚诉讼个案中错综复杂,《解释一》中不得不细化、区别对待。根据不同的人提出离婚诉讼请求而作出不同的规定。

对于无过错方作为原告提起离婚之诉的,由于法院已经过告知,其对自己所享有的权利应该很清楚地知道,故可以采取较严格的规定,此时必须与离婚诉讼同时提出。如果不提的,视为其对自己权利的一种放弃,这也是一种处分,日后再提的,法院将不予保护。

对于无过错方作为被告的:一种可能是无过错方并不同意离婚(在一审、二审中),所以对其而言还谈不到基于《婚姻法》第四十六条的规定提赔偿请求的问题;从保护无过错方的角度出发,应该允许其事后再提,但也不是无限期地,只能在规定时间内提出;另一种可能是,一审时不同意离婚也不提赔偿的,到二审时看到可能判决离婚,所以二审时提出的,这与一般民事案件的处理不同。如果无过错方作为被告,同意离婚,但诉讼中始终未提的,由于也对其进行过告知,所以也可以视为其对权利行使的一种放弃,以后也不予支持。

在此应该指出的是,《婚姻法》及《解释一》中,对于第四十六条中无过错方应为严格意义上的还是相对意义上的问题,如果是相对意义上的无过错,是否可以适用过失相抵等,都没有明文规定。国外的立法有不同规定,学理上也意见不一。有采取严格意义上的做法,认为必须是自己绝对没有任何过错的才是无过错方。还有采取相对说的,认为过错的有无都是相对而言的,虽然双方均有过错,但只要谁提出,其就可以作为无过错方,并且在责任认定领域可以适用过失相抵的原则。这一问题,有待于我们日后进行研究并作出相关解释或规定。

2. 对《婚姻法》第四十七条的相关解释

当事人依据《婚姻法》第四十七条的规定向人民法院提起诉讼,请求再次分割夫妻共同财产案件的诉讼时效问题,《解释一》作出了具体规定。

《婚姻法》第四十七条规定：“离婚时，一方隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产，或伪造债务企图侵占另一方财产的，分割夫妻共同财产时，对隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产或伪造债务的一方，可以少分或不分。离婚后，另一方发现有上述行为的，可以向人民法院提起诉讼，请求再次分割夫妻共同财产。人民法院对前款规定的妨害民事诉讼的行为，依照民事诉讼法的规定予以制裁。”这也是《婚姻法》新增加的内容，是对离婚时侵害另一方合法财产权益的一方应该承担法律责任的规定。

对于该条的理解应注意以下几个问题：首先是针对夫妻共同财产所为的行为。夫妻共同财产是夫妻双方在婚姻关系存续期间所得的财产。《婚姻法》第十七条对夫妻共同财产进行了明确规定，包括：工资、奖金；生产经营的收益；知识产权的收益；继承或赠与所得的财产（但确定只归一方所有的财产除外）及其他应当归共同所有的财产。除了这些规定之外，当事人还可以就此作出约定。既然作为夫妻共同财产，原则上是共同共有。对共同财产，双方的权利是平等的，如无特殊事由，在权利进行分割时应该平均分配，不应因双方的收入状况不同而有所区别。也就是说，一方无收入也好、双方收入的数额差距很大也好，只要是构成夫妻共同财产的，一旦分割，双方的权利和机会是平等的，一般都应平均分配。对于共有财产的处分，当事人有平等的处理权，双方应该共同协商，取得一致意见后再对外作出决定。特别是将作出重大决定时，任何一方不得擅自处理，否则就是对另一方构成侵权。如果离婚时一方有隐藏、转移、变卖等行为的，侵犯了另一方的合法权益，权利人有权依法主张保护自己的权利。这里所说的隐匿、转移、变卖等，是指一方通过采取这些行为，使另一方对夫妻共同财产所享有权利受到损害，或者说是使财产脱离另一方的控制或造成财产价值的减损。在主观上，当事人须为故意，通过这些行为，达到自己侵占财产的目的。因过失行为导致的共同财产毁损，不应适用该条规定。另外，这条规定中的少分或不分，是指夫妻共同财产中被隐藏、转移、变卖、毁损或者伪造债务所侵占而涉及的部分，而不是全部的夫妻共同财产。由于只规定了少分或不分，将具体少分的比例及数额和什么时候可以不分等问题的处分权，赋予了人民法院。在审理案件时，根据不同的案件情况，对上述问题进行处理。

如果在离婚诉讼期间，权利受到侵犯的当事人没有发现上述行为的，而是离婚后才发现的，如何处理？《婚姻法》在第四十七条中也作出了规定，当事人仍然可以向人民法院提起诉讼，请求再次分割夫妻共同财产，再次分割所涉及的财产，仍为刚才所称的夫妻共同财产中的部分而非全部。由于财产被一方非法隐藏、转移、变卖、毁损，或伪造债务所侵占，所以未能被作为夫妻共同财产予以分割。这种行为已经导致了对另一方权利的侵害，理应依法对其进行救济。人民法院在审理再次分割夫妻共同财产案件时，关于少分或不分的原则仍

庭适用。不过,提起再次分割夫妻共同财产之诉可以随时提起,还是应该有所限制,《婚姻法》未有明确规定。

一般说来,夫妻双方离婚时,如果有夫妻共同财产的,应当依法予以分割。一方如果就夫妻共同财产有隐藏、转移、变卖、毁损等情形的,会使财产分割时出现不利于另一方婚姻当事人的情况,对另一方当事人合法权益构成了侵犯。对于权利受到侵害一方,法律提供救济手段自无疑问,立法也有明确规定。但是权利的行使应该积极而及时,法律制定诉讼时效制度的目的就是督促权利人尽快行使自己的权利,在保护当事人合法权益的同时也维护社会的安定。本条中所涉及的此项权利的行使也不应例外,应该受到诉讼时效的限制。根据我国《民事诉讼法》的规定,对于一般民事权利保护的诉讼时效为两年,从权利人知道或应该知道受侵害之时开始两年内提出。夫妻一方对共同财产所享有的所有权受到侵犯,应当属于一般民事权利受到侵犯,对于诉讼时效问题,应当与一般民事权利采取的保护措施相同,即应该适用一般民事侵权之诉关于两年的诉讼时效的规定。

为了督促在离婚时就夫妻共同财产分割问题依法享有的合法权益受到侵犯之人能够及时行使自己的权利,《解释一》将《婚姻法》第四十七条中当事人提起再次分割夫妻共同财产之诉的权利行使的时效问题,作出了明确规定,即应当自发现之日起两年内提出,从当事人发现之次日起计算。超出规定期间后,当事人再向人民法院请求要求保护其权利的,人民法院依法不予保护。如果债权人主张自己权利,债务人以诉讼时效已过为由对抗债权人的,该对抗理由成立。当然超过诉讼时效的,如果当事人自愿履行的,权利人的权利仍然可以得到保护。具体而言,在离婚时以非法手段侵占夫妻共同财产的一方,如果在对方发现后两年内都没有主张自己权利的,在超过两年后,侵权的一方自愿履行的,权利受到侵害一方的合法权益可以受到保护。对于自愿履行完毕的,不得反悔。如果当事人已经履行完毕后,再以所履行的属于超过诉讼时效规定依法不应返还为由而主张反悔并诉诸法院的,法院对其请求将不予支持。

(撰稿人:刘银春)

最高人民法院民一庭负责人就《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》答记者问

一、问：最高人民法院近日就修改后的《婚姻法》作出相关司法解释，您能否介绍一下有关情况？

答：第九届全国人民代表大会常务委员会通过了《关于修改〈中华人民共和国婚姻法〉的决定》，修改后的《婚姻法》于2001年4月28日起施行。为更好地理解、贯彻和执行修改后的《中华人民共和国婚姻法》（以下简称《婚姻法》），指导各级人民法院正确审理婚姻家庭纠纷案件，最高人民法院在《婚姻法》实施后即着手制定新的司法解释。《婚姻法》修改之前适用的原有的司法解释，应加以清理，与《婚姻法》相抵触的应予废止。但是，由于需要清理和重新规定的内容很多，如果等全面清理后再制定一个完整、系统的司法解释，不仅需要深入研究原有的司法解释，而且需要进一步调查研究《婚姻法》实施过程中出现的新情况、新问题，还需要总结《婚姻法》实施后的审判实践经验，这样的话，短期内难以出台，而目前实践中许多法律适用问题又迫切需要解决。所以，我们计划分批作出司法解释。这次的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》（以下简称《解释一》），主要是对适用《婚姻法》中的一些程序性和急需解决的问题作出规定。

《婚姻法》实施后，我们首先向全国法院系统发出通知，号召大家认真学习《婚姻法》，并将学习过程中遇到的问题及实践中存在的问题及时反馈给我院。2001年5月底，我庭与中国女法官协会又在重庆联合召开了适用《婚姻法》的座谈会。在整理、收集材料的基础上，我们起草了《解释一》初稿，并由院、庭领导亲自带队到全国十多个省调研征求意见，不断地进行修改。除法院系统内的调研外，我们还征求了全国人大法工委、民政部、妇联等有关部门的意见。最高人民法院的领导班子成员，还分别到全国各地听取全国人大代表的意见。不久前，我们还专门召开了专家学者论证会。大家现在看到的《解释一》是最终经最高人民法院审判委员会讨论通过并公布实施的。

二、问：这次的《解释一》主要有哪些方面的内容？

答：《解释一》主要包括如下方面的内容：有配偶者与他人同居如何理解和适用；家庭暴力的含义及与虐待的关系；补办结婚登记的效力及认定问题；《婚姻法》新增加的无效婚姻和可撤销婚姻的请求权主体及有关具体操作问题；探望权行使的主体范围、探望权的中止行使、恢复行使等问题；对《婚姻法》规定夫妻双方对夫妻共同财产有平等处理权的理解；《婚姻法》第四十二条规定离婚后一方生活困难，另一方可以从其住房等个人财产中予以帮助，对于“生活困难”的解释及以住房进行帮助的具体形式问题；对《婚姻法》第四十六条的理解与适用问题等。

三、问：《婚姻法》增加了禁止家庭暴力和禁止有配偶者与他人同居的规定，《解释一》中对此有何相关规定，您能否介绍一下？

答：目前国内外都在开展反对家庭暴力的运动，解释对家庭暴力的理解采取的是较为客观、严格的标准，不能把日常生活中偶尔的打闹、争吵理解为家庭暴力。另外，我们对家庭暴力的理解，不仅局限于夫妻之间，家庭其他成员之间发生的暴力都包括在内。对于在配偶者与他人同居，我们的表述力求将其与重婚、偶发性的婚外性行为等相区分。

四、问：《婚姻法》增加了补办结婚登记的规定，对于未补办结婚登记而要求离婚的应当如何处理？

答：《婚姻法》第七条规定未办理结婚而以夫妻名义共同生活的男女，应当补办结婚登记。但不补办结婚登记而到人民法院起诉离婚的怎么处理，如果补办了结婚登记的，其效力又如何等问题，立法没有明文规定。从立法本意而言，对于补办了结婚登记的，应当承认其具有溯及力，效力自双方均符合《婚姻法》规定的结婚的实质要件时起计算。

对于没有补办结婚登记而以夫妻名义共同生活的男女，起诉到法院要求离婚的，人民法院应当根据不同情况，区别对待。对此类问题，我们原来有过司法解释。这次《婚姻法》规定了补办结婚登记的制度，是从我国的现实情况出发，在坚持结婚必须进行登记的大前提下，现阶段有条件地允许补办登记。为了更好地与以往的司法解释相衔接，也考虑到对婚姻登记制度的正确引导以及司法解释实施的社会效果，《解释一》中规定了不同情况：属于按原来司法解释已经认定为事实婚姻的，现在仍然认可其婚姻效力；对于不符合事实婚姻所应具备条件的案件，一方到人民法院起诉要求离婚，人民法院告知其应于案件受理前补办结婚登记，否则按解除同居关系对待。

五、问：关于无效婚姻和可撤销婚姻问题，《解释一》有哪些规定？

答：《婚姻法》规定了四种情形下缔结的婚姻为无效婚姻，那么哪些人可以请求宣告婚姻无效，是将该请求权仅赋予婚姻当事人，还是允许扩大到利害关系人的范围？《解释一》采取的是有条件地允许利害关系人提出请求。除了重婚的利害关系人范围包括当事人的近亲属和基层组织外，其余几种情况的无效婚姻，利害关系人都限于当事人的近亲属。由于婚姻是双方当事人之间的意思表示，如无特殊情况，原则上应限制他人过多地干涉。

如果当事人在登记时存在婚姻无效的情形，但随着时间的推移，原来的无效情形已经消失了，不得再请求宣告婚姻无效。例如登记时未达法定婚龄，应当属于无效婚姻，但已经达到了法定婚龄之后，再以当初登记时未达法定婚龄为由，请求宣告婚姻无效的，人民法院依法不予支持。

人民法院审理宣告无效婚姻案件，适用什么程序，对于未达法定婚龄等很明显且容易查证的事实是否还一定要经过一审、二审这样的诉讼程序？通常人民法院在审理离婚案件时，如果判决离婚的，对于子女抚养和财产分割问题都一并处理。由于无效婚姻制度中涉及利害关系人提起诉讼的情形，又如何规定？为解决上述问题，《解释一》规定，人民法院审理宣告婚姻无效的案件，对婚姻效力的审理不适用调解，应当依法判决，判决一经作出，即发生法律效力，当事人不得再就婚姻效力问题提出上诉。对于涉及子女抚养和财产分割的，可以调解，如以判决形式作出的，对此部分可以上诉。在审理因重婚导致的无效婚姻案件时，为更好地贯彻《婚姻法》规定的保护合法婚姻当事人权益的原则，《解释一》规定，此类案件中涉及财产处理的，应当准许合法婚姻当事人作为有独立请求权的第三人参加诉讼。

关于可撤销婚姻问题，《解释一》将请求权仅赋予了受胁迫者本人。这是考虑到立法规定基于因受胁迫而请求撤销婚姻的，自受胁迫人恢复自由之日起一年内提出，其本人有足够的时间和能力亲自提出请求，无需再允许他人提出。同时对于受胁迫的含义进行了必要的解释。应该指出的是，受胁迫的人包括当事人本人及其近亲属，实施胁迫行为的行为人，既可以是婚姻当事人本人，也可以是其近亲属。

六、问：《婚姻法》规定了离婚后，不与子女共同生活的父或母有探望子女的权利。您能否就这方面的问题给我们介绍一下有关情况？

答：探望权是《婚姻法》新增加的内容，对于此后发生的离婚诉讼中涉及探望权的，依法予以保护，自无疑问。关键是对于在此之前已经判决离婚的，由于当时法律并无探望权的规定，现在那些已经离婚的当事人向法院起诉要求保护其探望权的，怎么处理？《解释一》规定，人民法院作出的生效离婚判决

中未涉及探望权,当事人就探望权问题单独提起诉讼的,人民法院应予受理。另外,当行使探望权出现不利于子女身心健康情况时,人民法院可以根据当事人的申请,依法中止探望权的行使;待中止情形消失后,再根据当事人的申请通知双方当事人恢复探望权的行使。探望权的中止,只是权利行使暂时性地受到限制,不是对探望权的实体权利进行处分,因此,关于探望权的中止、恢复等请求,不发生独立的新的诉讼,而是作为在履行人民法院作出的生效裁判文书过程中发生的,依法应予处理的情况对待。对于哪些人有权提出中止探望权的行使,《解释一》进行了规定。由于探望权的立法本意是为了子女身心能得到更好地发展,有鉴于此,我们就有权提出中止行使探望权的主体问题进行了解释,以求更好地保护未成年子女的合法权益。

七、问:有关夫妻财产制问题,《解释一》都有哪些规定?

答:这次的《婚姻法》完善了夫妻财产制度,不仅明确规定夫妻之间可以对财产问题进行约定,还规定了应属夫妻共同财产和归夫或妻一方所有的财产的范围。这与以前的规定有所不同。按现行法律,婚前一方所有的财产,如无特别约定,婚后仍归一方所有。最高人民法院曾有过司法解释,对于一方婚前所有的财产,如婚后双方共同生活达到一定限期的,视为夫妻共同财产,这显然与现行法律相冲突。由于大家对这个问题较为关注,故《解释一》中明确规定夫妻一方所有的财产,不因婚姻关系的延续而转化为夫妻共同财产,以做到司法解释与立法的一致性。

为了体现对弱势群体利益的保护,我们在对《婚姻法》第四十二条规定的情况进行解释时的出发点,就是注重保护弱者的权利。《婚姻法》第四十二条规定:“离婚时,一方生活困难的,另一方应从其住房等个人财产中给予适当的帮助。”《解释一》中单独强调指出,一方离婚后没有住处的,属于生活困难。另一方以金钱给予帮助的,容易理解。以个人所有的住房对另一方进行帮助的,难免会让人产生不同认识。立法未明确是以何种形式予以帮助,是临时居住权,还是长期居住权,还是彻底地将房屋的所有权都转移给生活困难者。根据立法的本意,并经过征求各方的意见,《解释一》中采取的是最大限度保护弱者的做法,规定了必要时可以将帮助者的房屋所有权转移给生活有困难的被帮助之人。这样规定,会使那些本人没有什么收入来源,夫妻共同生活多年之后离婚了,但离婚时分得的财产很少或没有,实际情况又确实需要帮助的人,得到一定程度的保护。

另外,夫妻之间的财产约定虽对夫妻内部有约束力,但对外应不得对抗善意第三人。《解释一》对《婚姻法》第十九条规定采取的是有利于保护第三人的做法,即夫或妻若想以夫妻之间关于财产的约定来对抗第三人的话,举证责任在夫妻一方,其必须能够证明该第三人明确、清楚地知道夫妻之间的约定,

才可以对抗第三人。

八、问：《婚姻法》第四十六条关于无过错方请求赔偿的规定，在实践中大家都很关注，理解也不尽一致，请您就此问题给我们说明一下。

答：《婚姻法》第四十六条规定了几种情况下导致离婚的，无过错的一方有权提出损害赔偿的请求。大家对以下立法没有明确的问题可能会有不同认识，即无过错方是否仅指合法婚姻当事人中的无过错方，无过错方请求赔偿的权利应在什么时候提出才能依法受到保护，是否可以向婚外的其他人提出该项赔偿请求。

首先应该明确的是，有权依据第四十六条提起损害赔偿请求的人，仅指合法婚姻关系中的无过错方，而且必须是由于对方的过错导致离婚的，才可以提出，如果不起诉离婚而单独请求此类赔偿的，依法不予支持。

其次，无过错方的此项请求只能以自己的配偶为被告，不能向婚姻的其他人提出。实践中有些人认为该条规定可以适用于不告自己的配偶，而是告第三者，或者把配偶和第三者都作为被告，根据立法的本意，这些理解都是不正确的。

对于无过错方在什么时间提出此项请求的问题，由于立法无明文规定。有人认为可以在婚后任何时候提出，有人认为必须在离婚诉讼的同时提出。如果规定必须在离婚诉讼的同时提出，可能有些人对《婚姻法》依法赋予其的权利并不知道，待离婚后才知道的，真正的无过错方的权利得不到保护。而且我国目前人们对法律的掌握程度和法律意识都不是很强，许多人对该规定是不甚了解的。如果规定可以在离婚后单独提出，会造成举证、认证上的诸多不便，而且在离婚后，即使可以提出，由于财产在离婚时都已分割完毕，事后难以再完全掌握，也很容易使判决落空。面对这种两难境地，《解释一》采取了将《婚姻法》第四十六条等法律规定的当事人的有关权利义务，在诉讼通知等形式中明确告知当事人，一是让当事人知道法律的规定，二是让当事人有一个选择的权利，即主张或是放弃。在这个让大家都有可能知道的前提下，再作出具体处理。考虑到婚姻案件是一个复合诉讼，情况比较复杂，有必要进行详细规定，故《解释一》按无过错方在诉讼中的地位不同作出相关规定。如果无过错方作为原告的，该项请求必须与离婚诉讼的同时提出。由于人民法院审理之前已将相关权利义务告知过了，原告不提出请求的，视为其对自己权利的放弃，以后其也丧失了依据第四十六条的规定请求赔偿的权利。如果无过错方作为被告的，其不同意离婚也不基于该条规定提起损害赔偿请求的，可以在离婚后一年内单独提出。如果其在一审时未提出，而二审时提出的，人民法院应当进行调解，调解不成的，告知当事人可以就此问题在离婚后一年内另行起诉，以充分保护当事人的权利。

www.docsriver.com商家巨力电子书

最高人民法院
关于适用《中华人民共和国婚姻法》
若干问题的解释（二）

法释〔2003〕19号

（2003年12月4日最高人民法院审判委员会
第1299次会议通过 2003年12月25日最高人民
法院公告公布 自2004年4月1日起施行）

为正确审理婚姻家庭纠纷案件，根据《中华人民共和国婚姻法》（以下简称婚姻法）、《中华人民共和国民事诉讼法》等相关法律规定，对人民法院适用婚姻法的有关问题作出如下解释：

第一条 当事人起诉请求解除同居关系的，人民法院不予受理。但当事人请求解除的同居关系，属于婚姻法第三条、第三十二条、第四十六条规定的“有配偶者与他人同居”的，人民法院应当受理并依法予以解除。

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。

第二条 人民法院受理申请宣告婚姻无效案件后，经审查确属无效婚姻的，应当依法作出宣告婚姻无效的判决。原告申请撤诉的，不予准许。

第三条 人民法院受理离婚案件后，经审查确属无效婚姻的，应当将婚姻无效的情形告知当事人，并依法作出宣告婚姻无效的判决。

第四条 人民法院审理无效婚姻案件，涉及财产分割和子女抚养的，应当对婚姻效力的认定和其他纠纷的处理分别制作裁判文书。

第五条 夫妻一方或者双方死亡后一年内，生存一方或者利害关系人依据婚姻法第十条的规定申请宣告婚姻无效的，人民法院应当受理。

第六条 利害关系人依据婚姻法第十条的规定，申请人民法院宣告婚姻无效的，利害关系人为申请人，婚姻关系当事人双方为被申请人。

夫妻一方死亡的，生存一方为被申请人。

夫妻双方均已死亡的，不列被申请人。

第七条 人民法院就同一婚姻关系分别受理了离婚和申请宣告婚姻无效案件的，对于离婚案件的审理，应当待申请宣告婚姻无效案件作出判决后进行。

前款所指的婚姻关系被宣告无效后，涉及财产分割和子女抚养的，应当继

续审理。

第八条 离婚协议中关于财产分割的条款或者当事人因离婚就财产分割达成的协议，对男女双方具有法律约束力。

当事人因履行上述财产分割协议发生纠纷提起诉讼的，人民法院应当受理。

第九条 男女双方协议离婚后一年内就财产分割问题反悔，请求变更或者撤销财产分割协议的，人民法院应当受理。

人民法院受理后，未发现订立财产分割协议时存在欺诈、胁迫等情形的，应当依法驳回当事人的诉讼请求。

第十条 当事人请求返还按照习俗给付的彩礼的，如果查明属于以下情形，人民法院应当予以支持：

- (一) 双方未办理结婚登记手续的；
- (二) 双方办理结婚登记手续但确未共同生活的；
- (三) 婚前给付并导致给付人生活困难的。

适用前款第(二)(三)项的规定，应当以双方离婚为条件。

第十一条 婚姻关系存续期间，下列财产属于婚姻法第十七条规定的“其他应当归共同所有的财产”：

- (一) 一方以个人财产投资取得的收益；
- (二) 男女双方实际取得或者应当取得的住房补贴、住房公积金；
- (三) 男女双方实际取得或者应当取得的养老保险金、破产安置补偿费。

第十二条 婚姻法第十七条第三项规定的“知识产权的收益”，是指婚姻关系存续期间，实际取得或者已经明确可以取得的财产性收益。

第十三条 军人的伤亡保险金、伤残补助金、医药生活补助费属于个人财产。

第十四条 人民法院审理离婚案件，涉及分割发放到军人名下的复员费、自主择业费等一次性费用的，以夫妻婚姻关系存续年限乘以年平均值得，所得数额为夫妻共同财产。

前款所称年平均值得，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。其具体年限为人均寿命七十岁与军人入伍时实际年龄的差额。

第十五条 夫妻双方分割共同财产中的股票、债券、投资基金份额等有价证券以及未上市股份有限公司股份时，协商不成或者按市价分配有困难的，人民法院可以根据数量按比例分配。

第十六条 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：

- (一) 夫妻双方协商一致将出资额部分或者全部转让给该股东的配偶，过半数股东同意、其他股东明确表示放弃优先购买权的，该股东的配偶可以成为

该公司股东; www.docsriver.com商家巨力电子书

(二) 夫妻双方就出资额转让份额和转让价格等事项协商一致后, 过半数股东不同意转让, 但愿意以同等价格购买该出资额的, 人民法院可以对转让出资所得财产进行分割。过半数股东不同意转让, 也不愿意以同等价格购买该出资额的, 视为其同意转让, 该股东的配偶可以成为该公司股东。

用于证明前款规定的过半数股东同意的证据, 可以是股东会决议, 也可以是当事人通过其他合法途径取得的股东的书面声明材料。

第十七条 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:

(一) 其他合伙人一致同意的, 该配偶依法取得合伙人地位;

(二) 其他合伙人不同意转让, 在同等条件下行使优先受让权的, 可以对转让所得的财产进行分割;

(三) 其他合伙人不同意转让, 也不行使优先受让权, 但同意该合伙人退伙或者退还部分财产份额的, 可以对退还的财产进行分割;

(四) 其他合伙人既不同意转让, 也不行使优先受让权, 又不同意该合伙人退伙或者退还部分财产份额的, 视为全体合伙人同意转让, 该配偶依法取得合伙人地位。

第十八条 夫妻以一方名义投资设立独资企业的, 人民法院分割夫妻在该独资企业中的共同财产时, 应当按照以下情形分别处理:

(一) 一方主张经营该企业的, 对企业资产进行评估后, 由取得企业一方给予另一方相应的补偿;

(二) 双方均主张经营该企业的, 在双方竞价基础上, 由取得企业的一方给予另一方相应的补偿;

(三) 双方均不愿意经营该企业的, 按照《中华人民共和国个人独资企业法》等有关规定办理。

第十九条 由一方婚前承租、婚后用共同财产购买的房屋, 房屋权属证书登记在一方名下的, 应当认定为夫妻共同财产。

第二十条 双方对夫妻共同财产中的房屋价值及归属无法达成协议时, 人民法院按以下情形分别处理:

(一) 双方均主张房屋所有权并且同意竞价取得的, 应当准许;

(二) 一方主张房屋所有权的, 由评估机构按市场价格对房屋作出评估, 取得房屋所有权的一方应当给予另一方相应的补偿;

(三) 双方均不主张房屋所有权的, 根据当事人的申请拍卖房屋, 就所得价款进行分割。

第二十一条 离婚时双方对尚未取得所有权或者尚未取得完全所有权的房

www.docsriver.com 商家巨力电子书

屋有争议且协商不成的，人民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。

当事人就前款规定的房屋取得完全所有权后，有争议的，可以另行向人民法院提起诉讼。

第二十二条 当事人结婚前，父母为双方购置房屋出资的，该出资应当认定为对自己子女的个人赠与，但父母明确表示赠与双方的除外。

当事人结婚后，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，但父母明确表示赠与一方的除外。

第二十三条 债权人就一方婚前所负个人债务向债务人的配偶主张权利的，人民法院不予支持。但债权人能够证明所负债务用于婚后家庭共同生活的除外。

第二十四条 债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理。但夫妻一方能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务，或者能够证明属于婚姻法第十九条第三款规定情形的除外。

第二十五条 当事人的离婚协议或者人民法院的判决书、裁定书、调解书已经对夫妻财产分割问题作出处理的，债权人仍有权就夫妻共同债务向男女双方主张权利。

一方就共同债务承担连带清偿责任后，基于离婚协议或者人民法院的法律文书向另一方主张追偿的，人民法院应当支持。

第二十六条 夫或妻一方死亡的，生存一方应当对婚姻关系存续期间的共同债务承担连带清偿责任。

第二十七条 当事人在婚姻登记机关办理离婚登记手续后，以婚姻法第四十六条规定为由向人民法院提出损害赔偿请求的，人民法院应当受理。但当事人在协议离婚时已经明确表示放弃该项请求，或者在办理离婚登记手续一年后提出的，不予支持。

第二十八条 夫妻一方申请对配偶的个人财产或者夫妻共同财产采取保全措施的，人民法院可以在采取保全措施可能造成损失的范围内，根据实际情况，确定合理的财产担保数额。

第二十九条 本解释自2004年4月1日起施行。

本解释施行后，人民法院新受理的一审婚姻家庭纠纷案件，适用本解释。

本解释施行后，此前最高人民法院作出的相关司法解释与本解释相抵触的，以本解释为准。

【解 读】

解读《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》

一、问题的提出

2001年4月28日，第九届全国人民代表大会常务委员会第21次会议审议通过了《关于修改〈中华人民共和国婚姻法〉的决定》，修改后的《中华人民共和国婚姻法》（以下简称《婚姻法》）自公布之日起施行。我国《婚姻法》自1950年制定以来，这是第二次进行修改。最高人民法院继2001年12月24日公布《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》（以下简称《解释一》）后，又在充分调查研究的基础上，于2003年12月25日公布了《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》（以下简称《解释二》）。

二、理解与适用

（一）关于人民法院审理解除同居关系纠纷的有关问题

我国《婚姻法》规定要求结婚的男女双方必须亲自到婚姻登记机关进行结婚登记，取得结婚证，才确立夫妻关系。根据《婚姻法》的基本原则，结合此前最高人民法院作出的相关司法解释，我国目前合法、受法律保护的婚姻关系主要有三种形态，即一开始就具备形式要件和实质要件的登记婚、符合司法解释规定条件的事实婚姻、依《婚姻法》第八条规定经补登记后形成的具有一定溯及力的婚姻关系。除此之外的同居关系，《婚姻法》虽未作出明确规定，但在是否受法律保护以及受保护的程度等方面，都与合法的婚姻关系有明显区别。对于同居关系发生纠纷具体应当如何处理，法律亦无明文。

1. 对同居关系含义的理解

同居关系的范围究竟包括哪些？

同居关系，包括广义的同居关系和狭义的同居关系。广义的同居关系，是一种基于共同生活、居住而形成的关系。狭义的同居关系，是被赋予了特定含义的同居，一般人们讲的同居关系问题，通常都属于这种狭义的同居关系范畴。即虽然不完全具备合法婚姻的构成要件，但在某些方面与婚姻关系又有些相似的特征。因此，如无特别说明，我们都是在这一意义上继续分析同居关系

的有关问题。此外，从不同的角度入手，同居关系又被分成许多不同的种类。比如，从同居各方的性别出发，可以有同性之间的同居和异性之间的同居之分。从同居各方的婚姻状况入手，可以分为未婚同居和有配偶者与他人同居。从双方对外所公示出的关系来看，又可以分成对外以夫妻名义相称的同居关系和不以夫妻名义相称的同居关系，等等。

可见，对同居关系表述及内容理解的不同，是导致目前人们对人民法院是否要受理解除同居关系案件这一问题上态度不统一的一个重要原因。因此，有必要澄清，或者说弄清楚我们所说的同居关系到底指的是哪些内容，才能更好地掌握司法解释的真正含义。从《婚姻法》及司法解释的各项规定，到人民法院的审判实践活动，我们一贯的做法都是将同居关系限定在双方均未婚的男女未办理结婚登记但却以夫妻名义共同生活所形成的关系范围之内。最高人民法院早在1989年11月21日，就公布施行了《关于人民法院审理未办结婚登记而以夫妻名义同居生活案件的若干意见》（以下简称《若干意见》）。实践中处理同居关系案件，也都是这类未办结婚登记即以夫妻名义同居的情形。《婚姻法》在2001年修改时增加了“禁止有配偶者与他人同居”的规定。对这一规定内容的理解，必须从立法的本意出发，不能简单地以字面含义来加以判断，以免得出扩大性的结论。此项规定，主要是针对许多地区存在的所谓“包二奶”“包二爷”这一不良社会现象，作出的禁止性规定。由于“禁止包二奶”等不是规范的法律用语，所以采用了现在这样的表述。这种现象的存在，严重影响了一夫一妻制，对于社会风气起到了极大的破坏作用，必须加以制止。司法解释对这一现象所作出的规定，应该较一般的同居关系掌握更为严格的标准。所以无论其双方对外以何种形式相称，一经发现查实，都要予以处理。因此，对于《婚姻法》修改后新增加的“禁止有配偶者与他人同居”规定，可以将其当成人民法院审理同居关系纠纷中的一种特殊类型案件对待，将其作为立法为更好地维护一夫一妻制、促进社会文明健康发展的一项重要举措。

2. 对同居关系问题如何处理，各界所持态度已逐渐发生变化

对同居关系所持的态度，人们虽然尚未形成统一认识，但从观念上，已经与以前有所变化。1989年，《若干意见》规定：“对未办结婚登记而以夫妻名义同居生活的男女，一方要求离婚或解除同居关系，经查确属非法同居关系的，应一律判决予以解除。”^①审判实践中多是根据最高人民法院以往的司法解释规定办理。从这一意见出发，当时人民法院在审理同居关系纠纷案件时，往往不适用调解，也不准许当事人撤诉，只要经查确属同居关系的，一律判决予以解除。随着实践的发展、情况的变化，人们的看法和态度也开始转变。据

^① 关于“非法同居”的表述问题，根据2001年施行的《解释一》的有关规定，已经将“非法”两字删除，称为“同居关系”。

许多法院反映,此类案件中当事人起诉后又要求撤诉的大有人在,人民法院不准许其撤诉而一律判决解除的做法欠妥。因为同居生活状态是当事人自己意愿支配下所做的行为选择,并不是法院的判决所能强行控制的。如果当事人双方已经和好并愿意重新选择共同生活,而人民法院非要判决解除其同居关系,当事人如不按判决内容执行,仍然共同生活的,则生效法律文书的权威性受到严重损害。另一方面,还有许多人认为,同居生活状态毕竟是当事人私人生活领域内的事情,只要其不违反法律规定,没有损害到他人的合法权益,应该尽量减少对当事人意思表示的干预行为。

由此可见,同居关系问题,经历了一个从“非法同居关系”到“同居关系”表述上的变化。对于人民法院是否一定要干预当事人此项生活状态的选择权,人们的态度也发生了变化。综合各方面的情况和意见,《解释二》规定:“当事人诉请解除同居关系的,人民法院不予受理。”我们认为,双方都是未婚的男女共同生活的,是其对自己生活状态的一种选择,《婚姻法》虽然不鼓励,但也并未明文禁止。所以,此类同居关系的存在与否、解除与否,法律既不干涉,也不支持,人民法院也依法不予受理。而“有配偶者与他人同居”所形成的同居关系则另当别论,是被修改后的《婚姻法》所明文禁止的行为。这种同居关系,与一般的未婚同居等不属于《婚姻法》强行禁止的同居关系的性质不同,甚至可以作为离婚时无过错方请求损害赔偿的法定理由。所以,这种严重违反法律规定的现象,理应受到法律的制裁。当事人请求解除此类同居关系时,人民法院必须受理,以体现《婚姻法》保护合法婚姻关系、倡导文明社会风气的基本思想。因此,根据《解释二》第一条的有关规定,当事人请求解除的同居关系属于有配偶者与他人同居情形的,人民法院应当受理并一律予以解除。这也与《婚姻法》及《解释一》的指导思想和原则相一致。

3. 人民法院审理同居关系纠纷,目的和重点在于解决同居期间的财产纠纷及子女抚养问题

审判实践中,对同居关系本身产生纠纷的处理和对因这种同居关系导致的财产分割及子女抚养等问题的处理,持不同态度,因而做法也不一样。离婚案件作为一个复合之诉,人民法院受理离婚案件的时候,如果当事人提出关于财产分割及子女抚养问题的请求的,通常会一并审理,以方便当事人、节省诉讼资源。审理同居关系案件,其实主要就是同居关系期间形成的财产如何分割、子女如何抚养问题的审理。抛开同居关系不谈,作为普通的民事案件诉讼至人民法院的,人民法院也会受理当事人的此类请求并依法公正审理的。因此,当事人对于同居关系导致的财产分割及子女抚养问题的争议,按一般普通民事案件审理即可。《若干意见》在第八条至第十二条的规定中,对于人民法院审理此类纠纷应当遵循的原则、财产如何分割、债权债务关系如何处理以及子女抚养问题等,都作出了详细规定。除了在用语表述上“非法”两字已经被

www.docsriver.com商家巨力电子书

新的司法解释删除外,其余内容如果与修改后的《婚姻法》及后出台的司法解释没有抵触的,仍然可以继续适用。根据这些规定,在具体处理财产分割时,应当根据照顾子女、女方的利益原则,考虑财产的实际情况和双方的过错程度,妥善分割。对同居期间为共同生产、生活而形成的债权、债务,可按共同债权债务处理。如果一方在共同生活期间患有严重疾病未治愈的,分割财产时,应予以适当照顾,或者由另一方给予一次性的经济帮助。

4. 审判实践中正确适用本条规定时应当注意的有关问题

人民法院在审理此类纠纷过程中,要正确理解、适用本解释规定,需要注意以下几个方面的内容:

(1) 在程序上,要保护当事人依法提起民事诉讼的权利。根据司法解释规定,当事人以解除同居关系为由诉请到人民法院的,应当依法予以受理。这是保护当事人所享有的诉权,人民法院无权对此轻易予以剥夺。

(2) 进入实体审理阶段时,对于此类纠纷的情况要详细研究。对于单纯的同居关系的确认解除等纠纷,人民法院按规定可以一律不予受理。不过,此时存在唯一例外的情形,就是当事人请求解除属于有配偶者与他人形成的同居关系的。此时人民法院应当受理并依法一律解除。

另外,充分理解司法解释对此类纠纷所持的态度和所坚持的基本原则。将那些因同居关系本身发生的纠纷与因其导致的财产分割等纠纷区别对待。对于因同居关系产生的财产分割及子女抚养纠纷诉讼至人民法院的,人民法院要依法受理,没有提起的,对当事人的请求不予支持。

(二) 关于人民法院审理无效婚姻案件及彩礼应否返还问题的有关规定

1. 关于无效婚姻的相关规定

无效婚姻制度,是2001年修改《婚姻法》时新增加的内容。对此,我们在第一批解释中已经作出了许多详细的规定。现在,《解释二》根据实际需要,又对下级法院普遍关心的一些具体操作性问题,进一步作出相关规定。比如人民法院就同一婚姻关系分别受理了请求宣告婚姻无效和请求离婚的不同案件时,《解释二》第七条规定应当先对无效婚姻案件进行审理,如果此婚姻关系被人民法院宣告无效后,人民法院只需就财产分割和子女抚养问题继续审理。

无效婚姻关系当事人死亡后,是否允许利害关系人或者婚姻关系当事人再对该婚姻关系申请宣告婚姻无效?因为此事既关系到各当事人的身份关系,又与继承、分割财产等财产处理问题关系密切,应当有条件、在一定限度内,受理并支持当事人的诉讼请求,故《解释二》第五条规定,婚姻关系当事人死亡后一年内,当事人诉至人民法院请求宣告婚姻无效的,应予受理。按照第一批司法解释规定,利害关系人也可以提起此项诉讼请求,《解释二》进一步对于利害关系人提出申请宣告婚姻无效案件中,当事人的具体称谓、怎么列当事人等作出规定。

基于无效婚姻的性质、社会危害性等原因,此类案件,一经人民法院受理后,是否宣告无效,是否继续审理,已经不再是当事人凭自己意志决定的事情。人民法院对于婚姻效力问题,依法、依职权享有审查决定权。因此,对于无效婚姻案件,不适用《民事诉讼法》关于撤诉等的有关规定。对当事人以离婚为由提起的诉讼,人民法院经审查认为确属无效婚姻的,要行使释明权,将婚姻无效情形依法告知当事人。《解释二》对这些问题也都进一步作出了规定,以便于审判实际中更好地加以适用。

2. 关于彩礼问题应否返还的问题

司法解释从切实解决实际问题入手,对彩礼应否返还问题作出了较为明确的规定。在理解第十条条文内容时,需要注意以下几方面问题:(1)要注意把握司法解释解决此类纠纷时所坚持的基本原则,即本解释在决定彩礼是否返还时,是以当事人是否已经缔结婚姻关系为主要判断依据的。给付彩礼后未缔结婚姻关系的,原则上收受彩礼一方应当返还彩礼。给付彩礼后如果已经结婚的,原则上彩礼不予返还,只是在一些特殊情形下才支持当事人的返还请求。(2)《解释二》第十条第(二)项、第(三)项适用的前提条件,是双方必须离婚。(3)对于彩礼的给付、接受主体,应当正确理解。(4)本解释第十条规定中的因给付彩礼导致生活困难,应当以绝对生活困难为判断标准,而不是以相对生活困难为标准。所谓绝对困难,是实实在在的困难,是其生活靠自己的力量已经无法维持当地最基本的生活水平。所谓相对困难,是与给付彩礼之前相比,由于给付造成了前后相差比较悬殊,相对于原来的生活条件来说,变得困难了。司法解释的本意,是在后一种意义上,即绝对困难进行规定的。(5)对该条适用诉讼时效的有关问题。彩礼返还纠纷案件,适用普通的诉讼时效,即两年。此类纠纷的起算,分为以下几种情形:如果双方没有缔结婚姻关系的,给付方应当及时履行自己的权利,向对方主张自己的权利。对方拒不返还的,诉讼时效开始起算;如果双方登记结婚的,自其解除婚姻关系之日起,给付方就应当知道自己的权利受到侵害,诉讼时效开始计算。根据法律的有关规定,基于该条向人民法院提出请求保护的诉讼时效,也可以发生中止、中断、延长等情况。

另外,需要强调指出的是,我们规定此项内容的本意是为了解决实践中广大农村及一些地区、范围内普遍存在的彩礼问题发生争议时如何处理,以满足审判实践的需要。因此,在理解和适用本条解释时,一定要严格掌握尺度,既真正发挥解释的本来作用,又避免过度扩大化、甚至滥用该解释现象的出现。对于那些不属于彩礼问题的争议,不得适用本条规定。

(三) 关于当事人协议离婚的有关问题

1. 关于当事人协议离婚后,对财产分割问题发生争议的处理问题

从我国目前实际情况看,当事人去民政部门离婚时,民政部门对达成离婚

协议的男女，一律会要求双方就财产分割及子女抚养等问题协商一致并形成书面材料后，才为他们办理离婚手续。现实生活中经常会出现下面的情况，协议离婚后，当事人对解除婚姻关系本身没有异议，但对财产分割问题反悔，起诉到人民法院要求变更或者撤销关于财产分割的协议。

我们认为，双方到民政部门离婚，就财产分割问题达成的协议，是当事人在平等自愿的前提下，协商一致的结果。对于任何一方当事人来说，这都是对自己财产权利的一种自由处分，该协议具有民事合同性质，对双方具有法律上的拘束力。任何一方没有特殊原因，都理应接受这一决定所带来的法律后果。

当事人基于这种具有民事合同性质的协议发生纠纷的，应当适用《民法通则》及《合同法》的基本原则和相关规定。存在法律规定的特殊情形，当事人请求变更或者撤销的，人民法院应当依法予以支持。不过，婚姻关系中毕竟还包含了身份关系在内，由此导致的纠纷，也注定具有自身的特点。所以处理问题时，不能置身份关系于不顾，简单、全部适用其他法律规定。在这一思想指导下，本解释作出了一些具体规定。例如，对属于人民法院应当支持当事人变更或者撤销财产分割协议的情形，在明确列举出的事项中并没有规定显失公平、重大误解等内容，就是基于这种考虑而设计的。当然，我们也不是完全排斥这些未明确写出事项的适用，只是认为对这几方面的内容，在适用的时候必须严格限制。个案中如果确实属于应该适用这些规定的，法官可以依据《解释二》第九条的规定处理，因为该条中存在弹性条款的表述意思，就是赋予法官根据具体案情，依法作出公正裁判的权利。

需要指出的是，适用《解释二》的该项规定时，应当在程序方面和实体方面分别加以把握。根据现在的规定，对于当事人的诉权，我们应当予以保护，即当事人向人民法院提起此类诉讼的，只要是在离婚后一年内提出的，人民法院都应依法予以受理。至于当事人是否能享有胜诉权，属于需经实体审理才能确定的事情，要看当事人是否能够证明订立协议时有欺诈、胁迫等情形存在。如果不存在法律规定的情形，人民法院应当驳回其诉讼请求。此外，如果当事人在履行此类协议过程中因对方违反约定而提起诉讼的，人民法院也应依法受理。经过人民法院作出的法律文书确认，当事人离婚协议中的具体财产分割内容，就依法具有了法律强制力，可以依法向人民法院申请强制执行。

2. 关于当事人在民政部门协议离婚后，又以《婚姻法》第四十六条为依据请求离婚损害赔偿，人民法院应当如何处理的问题

修改后的《婚姻法》增设了离婚损害赔偿制度。《婚姻法》规定，由于过错方原因导致离婚的，无过错方可以基于《婚姻法》第四十六条的规定，向有过错的配偶主张损害赔偿。我们起草第一批《婚姻法》司法解释时，通过规定无过错方的请求应该在什么阶段提起、向谁提起、人民法院是否支持等问题的规定，对这项制度加以细化。《解释一》增加了有关释明权的规定，人民法院

受理离婚案件后,要告知当事人在离婚案件中能享有的权利及义务,其中就包括对《婚姻法》第四十六条内容的告知。在此前提下,原则上要求当事人如果基于《婚姻法》第四十六条提出损害赔偿请求,必须在离婚诉讼的同时提,并按无过错方是以原告身份还是被告身份参与诉讼的不同,分别适用不同的规定。接下来就面临着这样一个问题:当事人去民政部门办理离婚时,由于《婚姻法》并未对民政部门提出要向当事人告知相关权利义务的要求,因此民政部门没有法定义务一定要对前去离婚的夫妻进行告知。那么,一旦当事人因自身法律知识的欠缺等原因,在离婚时并不知道《婚姻法》第四十六条的规定,而待离婚之后才了解到其还有权依法提出此项损害赔偿请求,并为此诉讼到人民法院,人民法院应当如何处理?在此之前,法律及司法解释没有明确规定。如果坚持要求当事人必须在离婚的同时提出请求,则实践中对上述情况当事人的合法权益保护将很不利。在处理该类问题时,一方面,要坚持立法本意,要求必须因这些过错导致离婚的,无过错方才有权提出损害赔偿请求;另一方面,还要注重保护无过错方的合法权益,要将二者有机地结合起来。综上,《解释二》第二十七条采取了有条件保护当事人权益的做法。

在理解司法解释本条规定真正含义时,应当注意到:一方面,对于当事人的这项诉权应当予以保护,只要是当事人因此类纠纷诉讼至人民法院的,人民法院都要依法予以受理;另一方面,在实体审理时,要严格按照规定的条件审查,如果有属于解释中列举的情形存在的,对当事人此项权利不予保护。具体而言,一种情况是当事人在离婚时明确表示放弃该项请求的。当事人进行这种明确表示,喻示着无过错方当时已经对法律赋予其的权利有相当程度的了解,是在完全明知、自愿的情况下,作出的决定。当事人对其民事权利所为的处分行为,不得随意更改。当时的主动放弃,日后也就丧失了请求人民法院保护、救济的权利和资格。另一种情况,是当事人在离婚超过一年后才向人民法院提出请求,依法不予保护。因为根据《婚姻法》的规定,必须是因过错导致离婚,无过错方才能请求赔偿。这些过错与离婚之间必须有直接的因果关系。当事人可能不知道其依法享有请求赔偿的权利,但不能不清楚离婚时原因是由于有这些过错,否则就谈不上离婚与过错行为之间有因果关系。如果当事人离婚后很长时间才提的话,对于离婚时其是否知道这些过错的举证将更是困难。此处的一年,是一个不变期间,不是诉讼时效,不发生中止、中断、延长等规定。这里关于一年的规定,与《解释一》对相关问题规定的时间,采取是相同的做法,更有利于维持人民法院审判工作的一致性。一年的起算时间,应当是以双方离婚之次日起计算。双方办理离婚登记手续、领取离婚证书,婚姻关系即告终结,超过一年再提的,法律将不予保护。

(四) 人民法院审理离婚案件时,关于夫妻财产认定及分割的有关问题

1. 关于审判实践中较难处理的住房补贴等一些款项的认定、分割及涉及

知识产权收益的分配问题 www.docsriver.com商家巨力电子书

现如今，人们的收益中除了工资、奖金之外，还包括了许多以前没有过的表现形式。比如，随着房改制度的推行，住房公积金、住房补贴等款项，每个人都可能会得到。随着社会保障制度的实施，人们退休后将按月领取养老保险金。对这些相关费用，应当如何认定其性质，此前实践中有不同看法，处理结果也不一致。在专门征求有关部门意见后，《解释二》规定，住房补贴、住房公积金、养老保险金等款项，属于婚姻关系存续期间所得或者应得的，为夫妻共同财产。由于考虑到这些费用，有些并不是当事人随时随地就能够拿到手中、实际控制，而是必须得等到一定条件具备时才可以动用，所以解释采用了“实际取得或者应当取得”的表述，以求更好、更明确地划定夫妻共同财产范围，从而有利于纠纷的解决。比如像住房公积金，虽然国家规定就该款项设立专门账号，按职工工资收入的一定比例计提，按月统计发放。但是，动用公积金，必须是用于购买房屋或者对已购房屋进行重大维修等情形。如果不存在这些情节，只能待职工退休、调动时一次性提出。至于夫妻离婚，并不是可以提取公积金的法定理由。

另外，因为知识产权能否实现其财产性权利、何时能够实现等问题，都具有不确定因素，知识产权权利本身的取得和其财产性权益的取得有时并不同步。那么，如何理解《婚姻法》规定的“婚姻关系存续期间所得的知识产权的收益”的真正含义，显得很重要。《解释二》认为，《婚姻法》第十七条是对一些“财产”的认定问题作出的规定，因此，立法规定“知识产权的收益”应当是侧重于财产性收益。那么，认定一项财产是否属于夫妻共同财产时，就应该以该项财产取得是否在婚姻关系存续期间内为判断标准，而不应以知识产权权利本身的取得为判断依据。如果一项知识产权于婚前取得，但婚前并未确定财产性收益问题而是婚后才确定了财产性收益的取得问题的，则该项财产性收益，应当认定为夫妻共同财产。同理，如果婚姻关系存续期间取得了知识产权，但财产性收益并未确定的，离婚后才确定并实现了该财产性收益的，根据有关规定，这笔收益属于该知识产权人的个人财产，其原来的配偶无权要求分割。如果该知识产权人离婚后又与他人结婚，也无特殊约定的情况下，则后一个婚姻关系期间得到了上述财产性收益的话，应当认定为属于该知识产权人与后一个婚姻关系中的配偶共同所有。《解释二》第十二条对此类问题进行了规定。

2. 关于夫妻共同财产中一些投资经营性财产的分割处理问题

随着我国经济体制改革的不断深入、完善，人们的生活水平提高，收入也明显增加。与此密切相关，一些投资经营性财产在家庭财产中所占的比重也越来越大。夫妻因离婚而分割财产时，共同财产中往往会有许多在有限责任公司、合伙企业组织等经济组织中的出资，对这部分财产权利应当怎样处理？夫

妻购买的股票等有价证券又按何标准予以处理,这里面问题复杂、头绪较多,要想妥善解决这些问题,仅依靠《婚姻法》的调整,很难做到。因此,除了正确适用《婚姻法》外,还必须与《公司法》《合伙企业法》《个人独资企业法》等法律的原则和精神保持一致。《解释二》除坚持按《婚姻法》规定的各项原则分割夫妻共同财产外,还注意到对其他股东、合伙人合法权益的维护,尽量使各方面的利益能够协调、平衡。具体处理时,司法解释通过一系列较为详细的规定,将《公司法》《合伙企业法》等法律规定落实到离婚案件审判实践中,使各部门法之间能够有机结合、有效地衔接起来。

(1) 关于分割夫妻共同财产中股票、债券等有价证券及未上市公司股份的有关问题。审判实践中,由于这些有价证券等财产性权利的具体价值经常处于一种不确定状态,给人民法院审理案件增加了难度。由于操作标准的不同、选择时机的不同等,都会直接影响到当事人财产数量的增减变动。因此,《解释二》规定可以从当事人持有这些财产性权利的数量入手,将其按一定比例在夫妻之间分配,具体的交易操作,交由当事人自行决定。

如果上述财产法律法规明确限制转让的,人民法院不宜对其进行分割,并应该告知当事人待法律法规允许转让时,可以向法院提起诉讼。

(2) 关于用夫妻共同财产以一方名义在有限责任公司、合伙企业等经济组织中出资的,如何分割这些出资的问题。人民法院在处理此类纠纷时,除了正确适用《婚姻法》及相关法律外,对于《解释二》规定中的以下几个问题需要重点关注:①《解释二》第十五条至第十八条,是选择性条款。如果个案有特殊情况,或者有更好的解决方案,人民法院可以作出不同的选择。②《解释二》中虽然作出“该股东的配偶可以成为该公司股东”“该配偶依法取得合伙人地位”等规定,但当事人要想真正成为股东、合伙人,还必须按《公司法》《合伙企业法》等规定的程序、步骤办理。不能认为,直接依据人民法院的裁判文书,无须再履行任何手续,就可以理所当然地取得相应的地位。③《解释二》第十六条关于证明材料的规定,是为了有利于维护当事人合法权益,吸收了目前实践中的经验做法。在理解和适用“其他合法途径取得的股东的书面声明材料”时,不能任意扩大解释,必须严格掌握。再者,《解释二》的作出,都是以现行法律为基准,而不会、也不应与其冲突。《解释二》所作出的任何规定,都将被限定在现行立法规定的范围之内。因此,当分割夫妻上述财产时,如果出现有限责任公司股东人数将会少于2人或者超过50人等情况时,将不能适用《解释二》支持当事人的请求。对其他可能出现的类似情况,都应当作同样的理解。

3. 关于人民法院审理离婚案件,当事人就房屋发生争议应当如何处理的问题

人民法院审理因离婚导致的财产分割案件中,涉及对房屋的价值、房屋的

www.docsriver.com 商家巨力电子书

归属等问题发生争议的，数量很多。而且此类纠纷中争议最大的，集中表现在对房改房问题的处理上。因此，《解释二》在设计与房屋问题有关的条文时，主要针对的对象是房改房等因享有一定福利政策而取得的房屋。《解释二》第十九条至第二十二条，主要对双方争议的房屋，视其权属状态不同，而作出不同的规定。

第一种情况，双方离婚时，就争议房屋尚未取得所有权的，或者尚未取得完全所有权时的处理办法。因为房屋权属尚未最终确定，所以此类纠纷应当尽量组织双方当事人协商解决。协商无法解决的，人民法院也只能就该争议房屋现实的使用问题作出处理。至于真正的归属等问题，还必须得待符合法律规定条件时，才能最终确定。

第二种情况，对于已经取得所有权的房屋，双方发生争议时的处理办法。夫妻双方对争议房屋的价值及归属问题无法达成协议的，现实生活中主要集中在房改房等带有福利政策取得的房屋上。当事人购买带有一定福利政策的房屋时，往往与职务、级别、工作年限等相挂钩，故所需支付的费用要远远低于房屋的市场价值。而且当初分得房屋的情形有许多具体情况，使得处理此类房屋争议十分棘手。对于现实生活中大量存在的，一方于婚前由所在单位分给房屋，婚后由于房改等政策，以夫妻共同财产购买，产权证往往由单位直接办在本单位职工名下。根据《婚姻法》的基本原理，这一类的房屋实际上还是属于婚姻关系存续期间所得，且用夫妻共同财产购置，理应认定为共同财产。当事人对已经取得完全所有权的房屋有争议的，《解释二》总结实际中一些地区的较为成功的经验，为人民法院在审理此类纠纷时提供了一些可行的做法。比如可以根据个案的情况、考虑当事人的意愿，采取竞价、评估、拍卖等形式，以妥善解决纠纷，化解矛盾。

此外，男女双方结婚，双方亲属为其购房提供出资，这也是在我国目前各地普遍存在的一种现象。由于年轻人刚参加工作不久，经济条件不好，所以用于结婚的住房，往往都是由老人为他们出全部资金或者提供部分出资。离婚时，对于这些出资的性质如何确定？是赠与，还是借贷？如果属于赠与，是对自己一方子女所为的个人赠与，还是对夫妻双方的赠与？我们认为，对依法能够认定为属于借贷关系的，可以按其他相关规定办理。如果依法认定为赠与关系，只是在对一方的赠与还是对双方所为的赠与问题上有争议时，可以参照本解释的有关规定处理。《解释二》第二十二条，对将出资认定为赠与与行为的，根据《婚姻法》对财产分割的基本原则，以出资时间为区分标准，作出了具体规定。婚前出资，原则上视为对自己子女的个人赠与；婚后出资，原则上视为对夫妻双方的共同赠与。

4. 当事人因离婚财产分割问题向人民法院申请财产保全时，人民法院如何确定申请人所应当提供的担保数额问题

这也是一个与当事人财产利益密切联系的一项规定。由于对申请保全措施所提供的担保数额没有明确规定,审判实践中做法有时并不一致。有的是要求当事人提供足额担保,即如果当事人申请保全一千万元的财产,自己也必须提供相同数额的财产作担保。其实,当事人只需对其申请措施可能会给对方造成的财产损失范围内提供担保即可,通常情况下,无须对整个被保全的财产全额担保。因为,由于保全而造成全部被保全财产悉数毁损的极少,可能性较大的是造成部分损失。另外,如果必须采取等额担保的做法,可能由于申请人的经济原因使其无力提供担保,因而造成对方转移、恶意处分财产等现象发生,进而损害当事人的合法权益,这对弱势群体利益的保护极为不利。有鉴于此,《解释二》第二十七条作出了较为明确的规定。同时,人民法院还可以根据具体情况,灵活掌握。为确实维护当事人的权益,建立一个顺畅的通道。

(五) 关于夫妻债务处理的有关问题

1. 关于夫妻中一方以个人名义所负债务的处理问题

因为如果夫妻双方共同向外举债,无疑将被认定为双方的共同债务。审判实践中大量存在的纠纷中,多数是夫妻双方中仅以一方名义出面对外举债,事后涉及夫妻之间及其与债权人之间的关系不好处理的问题。

以一方名义所负债务应如何认定其性质,是夫妻共同债务还是一方个人债务?《解释二》第二十三条、第二十四条以债务形成时所处的时间阶段作为切入点,分成结婚前所欠债务和婚姻关系存续期间所欠债务两种情形进行规定。首先,关于结婚前形成的、一方以个人名义所负债务的处理问题。根据本解释的规定,一方婚前已经形成的债务,原则上认定为夫妻中一方的个人债务,有特殊情况的除外。作为例外情形,债权人能够证明所欠债务是为结婚所欠或者都已经用于婚后共同生活的,应当认定为共同债务,由夫妻双方共同偿还。此时的举证责任分配给了主张权利的债权人。

其次,婚姻关系存续期间,一方以个人名义所负债务的处理问题。根据本解释规定,属于婚姻关系存续期间以一方名义所负债务,原则上应当认定为夫妻共同债务,但有特殊情形的除外。作为例外情形,夫妻这方要提供能够证明该债务确为欠债人个人债务,从而未欠债的婚姻关系当事人可以对抗债权人的请求。属于个人债务的情形主要有两种,一种是债权人与债务人明确约定该项债务属于个人债务,另一种是属于《婚姻法》第十九条第(三)项规定的情况。《婚姻法》第十九条第(三)项规定:“夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有的,夫或妻一方对外所负的债务,第三人知道该约定的,以夫或妻一方所有的财产清偿。”

2. 有关举证责任的分配问题

《解释二》就前述第二十三条、第二十四条中但书性条款规定内容的举证责任分配问题,进行了规定。作为《解释二》第二十三条规定的例外情形,举

证责任分配给了债权人。作为第二十四条规定的例外情形，举证责任分配给了夫妻这一方。

3. 当事人的离婚协议或者人民法院生效的裁判文书中对夫妻财产分割及债权债务负担问题作出的处理决定，与债权人之间的关系问题

处理好此类纠纷，必须要正确看待夫妻内部之间的关系及夫妻与其他债权人之间的关系问题。一方面，当事人的离婚协议或者人民法院生效的裁判文书中对夫妻财产分割及债权债务负担问题作出的处理决定，不能对抗善意第三人，《解释二》第二十五条对此问题作出了专门规定。作为夫妻关系之外的债权人，仍然有权就夫妻所负共同债务向夫或妻中的任何一方主张权利，离婚后的男女双方不得以夫妻之间已有协议或者法院已作出裁决为由加以对抗。

由于我国一直坚持婚姻关系案件的审理不允许第三人参加的原则，所以处理夫妻财产、特别是处理对外共同债务的负担问题时，真正的债权人往往处于不知情或者不能表达自己意见的地位。如果认为上述决定不仅对夫妻双方有法律拘束力，对债权人也同样适用的话，对债权人很不公平，在理论上也很难讲得通。我们知道，在婚姻关系存续期间，夫妻双方如无特别约定，则适用法定的所得共有制。夫妻对共同债务都有清偿的责任，且是一种连带责任。对于这种连带清偿责任，不经债权人同意，债务人之间无权自行改变其性质，否则对债权人而言是一种不利益。应当将共同债务人之间的这些约定，视其内部约定，在内部对彼此有效，但是不能据此向外主张对抗其他债权人。同理，人民法院在作出这些生效法律文书时，只是为了解决婚姻关系当事人内部之间对于财产分割的处理、对债权债务的负担问题。这与婚姻关系之外的债权人无关，此时人民法院并未对债权人的权利进行审查处理，也没有改变婚姻关系当事人与其他债权人之间的关系。所以，债权人仍然有权就夫妻所负共同债务向其中任何一方主张求偿。

另一方面，当事人的离婚协议或者人民法院生效的裁判文书中对夫妻财产分割及债权债务负担问题作出的处理决定，对男女双方之间具有法律约束力，双方必须全面履行。

要正确认识夫妻因离婚而产生的一系列财产分割等问题，应当坚持从夫妻内部之间的关系及夫妻作为一方与外部其他人的关系两方面入手，分别加以考虑，才能得出一个全面的认识。对外部关系而言，已经在本条前款内容中有所表述，只要是对夫妻共同债务，通常任何一方都有先行向债权人偿还全部债务的义务。从夫妻内部之间的关系而言，必须要遵守这些生效的裁判或者协议的内容。夫或妻在对外就共同债务承担连带清偿责任后，有权基于离婚协议或者人民法院生效的裁判文书向原配偶主张自己的权利。除了上面介绍的当事人离婚以外，发生配偶死亡情形的，生存一方配偶也仍然要对此前夫妻共同债务继续承担责任，《解释二》第二十六条对此作出明确规定。

(六) 关于涉及军人离婚的有关问题

1. 对军人发放的医药生活补助费等相关费用性质认定问题。在认定军人除工资以外所得的各项费用的性质时,必须要遵循《婚姻法》对于财产归属问题的基本原则和立法精神。《婚姻法》对夫妻共同财产、一方个人财产,作出了相关规定。一般情况下,婚姻关系存续期间所得的财产,都应当属于夫妻共同财产,夫妻双方对共有财产有着平等的处理权。所以,对婚姻关系存续期间所得的财产,如果认定为一方个人财产,既要慎重,又必须得符合法律规定。从我国审判实践中的情况看,涉及因身体伤残等原因产生的损害赔偿,一般都视为与个人今后的生活、治疗等问题直接相联系的,具有特定性、专属性,故都将其归入个人财产中。军人从事着特殊的事业,为国家作出了特殊贡献。正是这种特殊的职业,使得其经常会受到一些意外的伤害,甚至导致伤残、死亡等。因此,像军人的伤残补助金、伤亡保险金、医药生活补助费等,这些明显带有个人专属性的款项,理应认定为个人财产。这样规定,既符合《婚姻法》关于规定个人财产问题的立法精神,更加人性化,也有利于维护军人的合法权益。

2. 对军人发放的复员转业费等一次性计发费用的性质认定问题。近年来,随着社会经济、政治等各方面的发展,军人的福利待遇也有相应的提高。军人离、退休,复员转业时,国家通常会发给其一定数额的金钱补贴。这些费用随着军人的入伍时间、级别等因素而不同,但总体是呈现出越来越多的趋势。因而对此的争议、矛盾,也逐渐突显。对于这些一次性计发的费用,应当如何认定其性质?我们认为,对这些款项,应该依据一个相对客观的标准,区分成若干份,将属于婚姻关系存续期间所得或者应得的部分,应认定为夫妻共同财产。因此,我们设计的解决思路是:将军人发放的这些费用按年份平均分成若干等份,属于婚姻关系存续期间所对应的款项,为夫妻共同财产,除此之外的部分为军人个人财产。

在讨论具体如何划分的问题上,我们采纳了军方提出的建议,尽量寻求一个客观、公正的解决方案。首先设定一个前提条件,即正常情况下,人均寿命按70岁计算。用70减去军人入伍时的实际年龄,算出公民自参军至理论寿命终结的期间。然后将国家对于公民因为参军入伍这一行为而给其发放的一次性费用,按前边计算出的期间(以年为单位)平均分成若干等份。每一份所对应的数额,可以视为军人自入伍后每年所应当得到的费用。实际上采取了化整为零的办法,按其各自对应的时间确定财产性质。所以,这些一次性费用,只要是属于婚姻关系存续期间所得部分,都应当作为共同财产,属于军人结婚前和离婚后所得部分,为军人个人财产。婚姻关系存续时间长短的因素,将体现在对该项财产数额的分配。共同生活时间长的,认定为共同财产的就多,结婚时间短的,属于共同财产的比例也相应较少。这样做,既符合《婚姻

法》关于婚姻关系存续期间所得共有的原则，也能较好地兼顾各方利益，比较公平。

不过，人民法院在适用《解释二》规定时，应当注意的一个问题，军人这些一次性费用的发放，往往与其离婚的时间不一致。因为军人只有在离、退、复、转等时候才发生计发这些费用的问题。如果军人离婚时尚未发生这些款项的计发，其配偶今后是否还可以就此部分财产行使请求权？我们认为，通常情况下，军人上述费用的发放，是一个正常、可以预计得到的。而且何时发、可能会发多少，都是有固定标准可以查的。那么，对于这些本来明确可以取得、只是因为其身份关系，不能在离婚之际就实现的，应该给予当事人以日后再行起诉保护自己合法权益的机会。所以，待到这些费用发生实际纠纷时，应该允许当事人再行起诉。

（七）关于《解释二》的施行效力问题

《解释二》第二十九条共计三款，分别对本解释从何时开始施行、如何与其他规范协调等问题进行了规定。

具体来说，最高人民法院就婚姻家庭纠纷案件审理问题作出的司法解释，不管是以批复、意见等何种形式作出，前后出台的规定对相同问题的规定有所不同的，一般应当以后施行的为准。因此，原来的司法解释与新的司法解释相抵触的部分，即使没有被明文废止，也不能再继续适用。

（撰稿人：刘银春）

www.docsriver.com商家巨力电子书

最高人民法院

关于适用《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释(二)的补充规定

法释〔2017〕6号

(2017年2月20日最高人民法院审判委员会
第1710次会议通过 2017年2月28日最高人民
法院公告公布 自2017年3月1日起施行)

在最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(二)》第二十四条的基础上增加两款,分别作为该条第二款和第三款:

夫妻一方与第三人串通,虚构债务,第三人主张权利的,人民法院不予支持。

夫妻一方在从事赌博、吸毒等违法犯罪活动中所负债务,第三人主张权利的,人民法院不予支持。

【 链 接 】

最高人民法院

关于依法妥善审理涉及夫妻债务案件有关问题的通知

2017年2月28日

法〔2017〕48号

各省、自治区、直辖市高级人民法院,解放军军事法院,新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院:

家事审判工作是人民法院审判工作的重要内容。在家事审判工作中,正确处理夫妻债务,事关夫妻双方和债权人合法权益的保护,事关婚姻家庭稳定和市场交易安全的维护,事关和谐健康诚信经济社会建设的推进。为此,最高人民法院审判委员会第1710次会议讨论通过《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(二)的补充规定》,对该司法解释第二十四条增加规定了第二款和第三款。2017年2月28日,最高人民法院公布了修正的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释

(二)》。为依法妥善审理好夫妻债务案件，现将有关问题通知如下：

一、坚持法治和德治相结合原则。在处理夫妻债务案件时，除应当依照婚姻法等法律和司法解释的规定，保护夫妻双方和债权人的合法权益，还应当结合社会主义道德价值理念，增强法律和司法解释适用的社会效果，以达到真正化解矛盾纠纷、维护婚姻家庭稳定、促进交易安全、推动经济社会和谐健康发展的目的。

二、保障未具名举债夫妻一方的诉讼权利。在审理以夫妻一方名义举债的案件中，原则上应当传唤夫妻双方本人和案件其他当事人本人到庭；需要证人出庭作证的，除法定事由外，应当通知证人出庭作证。在庭审中，应当按照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》的规定，要求有关当事人和证人签署保证书，以保证当事人陈述和证人证言的真实性。未具名举债一方不能提供证据，但能够提供证据线索的，人民法院应当根据当事人的申请进行调查取证；对伪造、隐藏、毁灭证据的要依法予以惩处。未经审判程序，不得要求未举债的夫妻一方承担民事责任。

三、审查夫妻债务是否真实发生。债权人主张夫妻一方所负债务为夫妻共同债务的，应当结合案件的具体情况，按照《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第十六条第二款、第十九条规定，结合当事人之间关系及其到庭情况、借贷金额、债权凭证、款项交付、当事人的经济能力、当地或者当事人之间的交易方式、交易习惯、当事人财产变动情况以及当事人陈述、证人证言等事实和因素，综合判断债务是否发生。防止违反法律和司法解释规定，仅凭借条、借据等债权凭证就认定存在债务的简单做法。

在当事人举证基础上，要注意依职权查明举债一方作出有悖常理的自认的真实性。对夫妻一方主动申请人民法院出具民事调解书的，应当结合案件基础事实重点审查调解协议是否损害夫妻另一方的合法权益。对人民调解协议司法确认案件，应当按照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》要求，注重审查基础法律关系的真实性。

四、区分合法债务和非法债务，对非法债务不予保护。在案件审理中，对夫妻一方在从事赌博、吸毒等违法犯罪活动中所负的债务，不予法律保护；对债权人知道或者应当知道夫妻一方举债用于赌博、吸毒等违法犯罪活动而向其出借款项，不予法律保护；对夫妻一方以个人名义举债后用于个人违法犯罪活动，举债人就该债务主张按夫妻共同债务处理的，不予支持。

五、把握不同阶段夫妻债务的认定标准。依照婚姻法第十七条、第十八条、第十九条和第四十一条有关夫妻共同财产制、分别财产制和债务偿还原则以及有关婚姻法司法解释的规定，正确处理夫妻一方以个人名义对外所负债务问题。

六、保护被执行夫妻双方基本生存权益不受影响。要树立生存权益高于债

权的理念。对夫妻共同债务的标的物隐匿到妻子双方的工资、住房等财产权益,甚至可能损害其基本生存权益的,应当保留夫妻双方及其所扶养家属的生活必需费用。执行夫妻名下住房时,应保障生活所必需的居住房屋,一般不得拍卖、变卖或抵债被执行人及其所扶养家属生活所必需的居住房屋。

七、制裁夫妻一方与第三人串通伪造债务的虚假诉讼。对实施虚假诉讼的当事人、委托诉讼代理人 and 证人等,要加强罚款、拘留等对妨碍民事诉讼的强制措施适用。对实施虚假诉讼的委托诉讼代理人,除依法制裁外,还应向司法行政部门、律师协会或者行业协会发出司法建议。对涉嫌虚假诉讼等犯罪的,应依法将犯罪的线索、材料移送侦查机关。

以上通知,请遵照执行。执行中有何问题,请及时报告我院。

妥善审理涉及夫妻债务案件 维护健康诚信经济社会秩序

——最高人民法院有关负责人就《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(二)的补充规定》《关于依法妥善审理涉及夫妻债务案件有关问题的通知》答记者问

2017年2月28日,最高人民法院发布《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(二)的补充规定》(以下简称《解释二补充规定》)和《关于依法妥善审理涉及夫妻债务案件有关问题的通知》(以下简称《通知》)。值此之际,最高人民法院有关负责人接受记者采访并就相关问题回答了记者提问。

一、问:一段时期以来,部分受众对如何适用《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(二)》第二十四条(以下简称二十四条)存在不同解读,请您介绍二十四条起草的背景、依据和意义。

答:2003年12月4日,最高人民法院审判委员会第1299次会议通过《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(二)》,自2004年4月1日起施行。其中二十四条规定为“债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的,应当按夫妻共同债务处理。但夫妻一方能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务,或者能够证明属于婚姻法第十九条第三款规定情形的除外”。二十四条规定,秉承了婚姻法的原则和精神,是严格限定在现行法律规定范围内对法律适用问题作出的解释,没有超越现行法律规定。这也是最高人民法院历来遵循的制定司法解释的工作原则。婚姻法司法解释关于夫妻债务处理的规定,也是随着婚姻法的变化而与时俱进

www.docsriver.com 商家巨力电子书

地调整。早在1980年，全国人大在颁布新的婚姻法（即80年婚姻法）时，曾就离婚后的债务偿还问题专门作出了规定。该法第三十二条规定：“离婚时，原为夫妻共同生活所负的债务，以共同财产偿还。如该项财产不足清偿时，由双方协议清偿；协议不成的，由人民法院判决。男女一方单独所负债务，由本人偿还。”为正确适用80年婚姻法的上述规定，最高人民法院在1993年颁布的《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》（以下简称《具体意见》）第17条中解释了男女一方单独所负债务的类型：（1）夫妻双方约定由个人负担的债务，但以逃避债务为目的的除外。（2）一方未经对方同意，擅自资助与其没有抚养义务的亲朋所负的债务。（3）一方未经对方同意，独自筹资从事经营活动，其收入确未用于共同生活所负的债务。（4）其他应由个人承担的债务。

随着社会经济变化，家庭财产模式也随之发生深刻变化。现行的婚姻法是2001年修正的。该法第四章“离婚”中第四十一条就离婚后的债务偿还问题专门规定：“离婚时，原为夫妻共同生活所负的债务，应当共同偿还。共同财产不足清偿的，或财产归各自所有的，由双方协议清偿；协议不成时，由人民法院判决。”可见，较之1980年婚姻法有了较大的变化，最为明显的就是删除了“男女一方单独所负债务，由本人偿还”的规定。相应的，最高人民法院1993年颁布的上述《具体意见》第17条规定已与修正后的婚姻法立法精神不一致，需要随之修订。从2001年修正的婚姻法第三章“家庭关系”中第十七条、第十八条、第十九条有关夫妻共同财产制、分别财产制和债务偿还原则的规定来看，现行婚姻法只专门规定分别财产制下，夫或妻一方对外所负的债务，第三人知道该约定的，以夫或妻一方所有的财产清偿。至于第三人不知道该约定情形以及夫妻共同财产制下，夫或妻一方对外所负债务，是否由夫妻双方负担，则没有明确规定。但司法实践中，因后者争议引发诉讼的情形更为普遍。而婚姻法第四章“离婚”中第四十一条也仅针对离婚时原为夫妻共同生活所负的债务应由夫妻双方共同偿还，至于哪些属于为夫妻共同生活所负的债务也没有明确规定。法律规定不明确，司法实践处理案件亟需明确，正是《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》（以下简称《婚姻法解释二》）制定背景之一。

另一方面，在2003年起草《婚姻法解释二》时，司法实践中反映较多的情况是，夫妻以不知情为由规避债权人，通过离婚恶意转移财产给另一方，借以逃避债务。考虑到立法的变化以及婚姻法第十七条、第十八条、第十九条、第四十一条等条款规定，结合当时的经济社会生活和司法实际情况，最高人民法院在对债权人利益和夫妻另一方利益反复衡量和价值判断后，按照法律规定的内在逻辑性、举轻以明重的解释方法，确定了二十四条的表述。随后的实践证明，2001年修正婚姻法的相关规定和《婚姻法解释二》二十四条出台后，

“假离婚、真逃债”，破坏交易安全的社会现象受到遏制，市场秩序得到有效保护。

www.docsriver.com商家巨力电子书

随着社会经济的发展，一般家庭拥有的财产数量和类型不断增加，社会公众的婚姻家庭观念和家庭教育渠道也日趋多元化。风险投资、股票投资、房产、借贷、收藏等大额投资越来越普遍。这使得许多家庭的财富可能因此而快速增长，同时因投资而产生债务的风险也在不断放大。既然婚姻法第十七条第一款第二项规定婚姻关系存续期间生产、经营的收益归夫妻共同所有，那么根据权利、义务、责任相统一原则，因投资经营产生的债务由夫妻共同承担自是应有之义。因此，对夫妻一方因投资经营所负债务，适用二十四条规定按夫妻共同债务处理，与婚姻法相关规定精神是一致的。

二、问：最高人民法院为什么要出台《解释二补充规定》和《通知》？

答：近年来，公众、媒体持续关注二十四条法律适用问题，对此条文存在不同解读，体现出经济持续发展背景下不同利益主体呈现出诉求多元化的趋势。有观点主张修改、暂停适用甚至废止该条规定，理由主要是该条规定与婚姻法精神相悖，过分保护债权人利益，损害了未举债配偶一方利益。最高人民法院也陆续接到一些反映，认为该条规定剥夺了不知情配偶一方合法权益，让高利贷、赌博、非法集资、非法经营、吸毒等违法犯罪行为形成的所谓债务以夫妻共同债务名义，判由不知情配偶承担，甚至夫妻一方利用该条规定勾结第三方，坑害夫妻另一方等，有损社会道德，与婚姻法精神相悖，造成不良社会影响。

我们认为，上述不正常现象与二十四条规定没有必然联系。现实中个体婚姻家庭情况千差万别，主张修改、暂停适用或者废止二十四条观点所列举的情况，如有的离婚案件当事人置夫妻忠实义务、诚信原则于不顾，虚构债务或为赌博、吸毒、非法集资、高利贷、包养小三等目的恶意举债，在目前的社会中的确存在。但是，这些并不存在的虚假债务和在实施违法犯罪行为时产生的非法债务，历来不受任何法律保护，不属于二十四条调整的对象，不能适用二十四条判令夫妻另一方共同承担责任。至于现实中存在的适用二十四条判令夫妻另一方共同承担虚假债务、非法债务的极端个例，也是因为极少数法官审理案件时未查明债务性质所致，与二十四条本身的规范目的无关。至于生产经营债务，如果经营主体为法人组织，其债务当然由具有独立法人资格的企业承担，企业不能承担且符合破产条件的，则依法进入破产程序，也与二十四条无关。因此，司法实务中未严格依法处理案件，出现的判令夫妻一方承担虚假债务或非法债务，是今后人民法院进一步改进司法作风，提高司法能力和水平的问题，而非二十四条本身的问题。

当然，实务中还有个别受案法院在夫妻另一方未能提出反证的情形下，就

简单将上述虚假债务、非法债务直接认定为夫妻共同债务。甚至在执行阶段不当引用二十四条认定夫妻共同债务，并将夫妻另一方直接追加为被执行人。这显然与二十四条作为司法审判标准、不适用于执行阶段的基本属性不一致。这不但可能侵害夫妻另一方的合法权益，而且还可能造成部分社会公众的误解，引发社会舆论的关注。

当前，在社会诚信、道德风尚有待提高的社会背景下，二十四条的规定在正确处理夫妻与债权人关系，维护交易安全，保障社会经济秩序方面，仍应当继续发挥其重要作用。同时也应当看到，随着社会经济的发展，婚姻家庭领域的新情况、新问题不断涌现。这就要求最高人民法院的司法审判指导工作应当与时俱进，不断研究新情况、新问题，并有针对性地适时出台新的司法解释和指导意见，以便更好地保护夫妻双方和债权人合法权益，维护交易安全，促进健康诚信社会的有序发展。

最高人民法院对夫妻债务问题历来非常重视，先后出台了一系列司法解释、司法政策或规范性文件，从多个角度加强对地方各级人民法院的指导。最高人民法院有关负责同志也在不同场合，阐释夫妻债务处理的重要性和裁判思路、尺度。鉴于目前社会对夫妻债务问题的广泛关注，为了让广大人民群众更准确、全面理解二十四条的内涵和外延，最高人民法院针对现实家事纠纷中的新情况、新问题，经过认真研究，决定出台《解释二补充规定》。该补充规定在“婚姻法司法解释（二）”第二十四条后，增加第二款和第三款。增加的两款分别作出了对虚假债务、非法债务不受法律保护的规定。这既进一步表明了最高人民法院对虚假债务、非法债务否定性评价的鲜明立场，也是针对当前婚姻家庭领域新情况、新问题的最新回应。为了指导各级人民法院正确适用婚姻法等法律和有关司法解释的规定审理好夫妻债务案件，最高人民法院同时下发了《通知》。

这次颁布的《解释二补充规定》和《通知》，进一步强调、细化了对人民法院审理涉及夫妻债务案件的要求。主要包括：法治和德治相结合、未具名举债夫妻一方的诉讼权利保障、夫妻债务真假判断依据、夫妻一方同意承担债务意思表示的审查、伪造夫妻共同债务虚假诉讼的制裁、合法债务和非法债务的区分、不同阶段夫妻债务的认定标准、被执行夫妻双方基本生存权益保护等。可以说，人民法院严格依照婚姻法有关夫妻共同财产制、分别财产制和债务偿还原则以及有关婚姻法司法解释的规定，并在案件审理中全面落实《通知》所提要求，应该能够有利于基本妥善解决夫妻债务争议问题。

三、问：我们注意到《通知》第一条并不是具体法律要求，而是强调了道德作用。这是基于什么考虑？

答：改革开放以来，我国社会各方面均取得巨大进步，各类社会主体维权

意识大大增强,各种社会矛盾处理得更加健康向上、和谐稳定的。但也确实存在以个人权利为核心,为追求个人利益最大化,不惜损害国家利益、社会公共利益和他人合法权益的现象,有的甚至到了不择手段的地步。

在人民法院处理的夫妻共同债务案件中,既有夫妻双方为自己利益坑害债权人,也有债权人与配偶一方勾结坑害另一方的。对这种不良社会现象的治理,不仅要采用法治手段,更需要用道德方式。这就需要大力弘扬包括中华民族传统美德和优良家风在内的社会主义核心价值观,提升夫妻双方和所有社会成员的道德水平,从根本上避免上述情形的出现。因此,《通知》中首先强调了审理夫妻债务案件要坚持法治和德治相结合的原则,将婚姻法等法律和司法解释的规定与社会主义道德价值理念相结合,才能达到真正化解矛盾纠纷,维护婚姻家庭稳定,促进交易安全,推动经济社会和谐健康发展的目的。

四、问:实务中,夫妻一方与第三人串通,通过生效判决或调解书对虚假夫妻共同债务加以确认的情形时有发生。这次是否提出了有针对性的要求。

答:“二十四条让虚假夫妻共同债务由夫妻另一方负担,损害夫妻另一方合法权益”是反对二十四条诸多理由中的一条。但该理由忽视了二十四条适用的前提是真实债务。如果债务不真实,就不存在适用二十四条的可能。之所以个案中存在适用二十四条后虚假债务被认定为夫妻共同债务的情形,主要是因为个别法院的法官对债务是否虚假未依法从严审查。而未能查明的一个重要原因就是当事人、证人不到庭参加诉讼。由于虚假诉讼中所涉债权根本就不存在,故当事人、证人因害怕其虚构债务行为败露,往往不敢亲自参加诉讼。为此,《通知》中依据民事诉讼法司法解释的规定,明确提出当事人本人、证人应当到庭并出具保证书,通过对其进行庭审调查、询问,进一步核实债务是否真实。未举债夫妻一方如果不能提供证据证明债务为虚假债务,但能够提供相关证据线索的,人民法院应当根据当事人的申请进行调查取证。与此同时,《通知》还明确要求,人民法院未经审判不得要求未举债夫妻一方承担民事责任。这就为当事人依法行使诉讼权利,维护自己的合法权益提供了保证。

五、问:据我们了解,个案中还存在一些法院只是简单核对双方当事人诉辩主张和相应证据,就根据表面证据或单个证据作出将虚假债务认定为夫妻共同债务的判决情形。请问这次有没有提出较好的解决途径?

答:毋庸讳言,由于结案压力、工作责任心等主客观因素影响,个别法官确实存在简单、机械处理夫妻共同债务案件现象。但必须指出的是,简单机械执法处理夫妻共同债务,是司法审判应当亟需改进的方面。为此,最高人民法院在《通知》中明确提出要求,在认定夫妻一方所负债务是否为夫妻共同债务时,应注意根据民间借贷司法解释第十六条第二款、第十九条规定的诸多因素

进行综合判断。具体来说，要结合借贷双方之间是否存在亲朋好友、同事等利害关系，经合法传唤是否到庭参加诉讼、借贷金额大小与出借人经济能力是否匹配、债权凭证是否原件及其内容是否一致、款项交付方式、地点和时间是否符合日常生活经验、当地或者当事人之间的交易习惯、借贷发生前后当事人财产变动情况以及当事人陈述、证人证言等事实和因素，判断债务是否发生。《通知》强调要坚决避免违反法律和司法解释规定，仅凭借条、借据等债权凭证就认定存在债务的简单做法。

六、问：从以往虚构夫妻共同债务案件情况看，夫妻中举债一方经常会主动承认债务真实存在，而夫妻另一方虽否认却无从证明。对此，有无相应对策？

答：这种情形确实存在。由于夫妻共同生活和生产经营的需要，夫妻一方对外举债实属正常。基于各种原因，举债夫妻一方未告知夫妻另一方某项特定举债也在所难免。要求夫妻另一方事后证明特定债务没有发生，相当于证明没有发生的事实。这对夫妻另一方而言，未免要求苛刻。为了缓解夫妻另一方的举证困难，《通知》提出，在举债一方的自认出现前后矛盾或无法提供其他证据加以印证时，人民法院应主动依职权对自认的真实性做进一步审查。例如，夫妻一方对另一方对外举债真实性持异议的，可以申请法院对相关银行账户进行调查取证。在夫妻一方与第三人达成确认债务的调解协议，并申请人民法院出具民事调解书的情形下，应当结合案件其他事实从严审查调解协议是否损害夫妻另一方的合法权益。特别是对人民调解协议司法确认案件，由于其达成调解协议时，人民法院并未参与，故更有必要按照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》要求，重点对债权债务等基础法律关系的真实性进行审查。

七、问：有无对虚假诉讼、虚构夫妻共同债务的行为采取新的举措？

答：最高人民法院对虚假诉讼、虚构夫妻共同债务的行为一直保持高压态势。2016年专门出台了防范和制裁虚假诉讼的《最高人民法院关于防范和制裁虚假诉讼的指导意见》（法发〔2016〕13号）。这次的《解释二补充规定》明确规定：“夫妻一方与第三人串通，虚构债务，第三人主张权利的，人民法院不予支持。”除了在司法解释中明确规定不予支持外，同时还在《通知》中对实施虚假诉讼的当事人、委托诉讼代理人 and 证人等，分别提出了有针对性的制裁措施。例如，对实施虚假诉讼的当事人要加强罚款、拘留等对妨碍民事诉讼的强制措施适用。对实施虚假诉讼的委托诉讼代理人，除依法制裁外，还应发出司法建议，由相关部门予以处罚。一旦发现涉嫌虚假诉讼等犯罪，特别是虚构债务构成合同诈骗等犯罪的，要将犯罪的线索、材料移送侦查机关。通

过进一步要求落实对参加虚假诉讼的当事人电子委托诉讼代理人、证人等的各种制裁措施,来警示通过虚假诉讼来伪造夫妻共同债务可能面临的法律风险。我们相信,上述几点要求得到严格执行后,可以在很大程度上减少伪造夫妻共同债务虚假诉讼的发生。

八、问:据了解,社会公众对夫妻一方从事赌博、吸毒等违法犯罪活动所负债务是否为夫妻共同债务十分关心。关于这个问题,请您也谈谈看法。

答:目前社会公众对夫妻一方因从事赌博、吸毒等违法犯罪活动所形成的债务,被界定为夫妻共同债务十分关注。我们认为,上述债务不但不属于夫妻共同债务,作为所谓个人债务也同样不受法律保护,第三人以此为由起诉主张“债权”,人民法院任何时候都不应当支持。为此,《解释二补充规定》明确规定:“夫妻一方在从事赌博、吸毒等违法犯罪活动中所负债务,第三人主张权利的,人民法院不予支持。”这个问题其实有以下情形:

一是夫妻一方在从事赌博、吸毒等违法犯罪活动中所欠下的赌债、毒债。显然,不管是在赌博时输钱赔账所欠下的赌债,还是没钱吸毒时向毒品出售者赊购毒品所欠下的毒债,都是在实施上述违法犯罪过程中产生,依法不受法律保护,构成犯罪的,应当及时将犯罪线索移送侦查机关。

二是夫妻一方因从事赌博、吸毒等违法犯罪活动需要,向他人借款,他人明知或应当知道其借款目的而出借资金,事后还向未举债配偶主张共同债务的,人民法院不予支持。其行为构成犯罪的,应当及时将犯罪线索移送侦查机关。

以上情形,基本解决了夫妻一方举债用于不正当的个人需求,而让夫妻另一方为此“买单”的利益失衡问题。

九、问:前面列举了一些“夫妻共同债务”不予保护情形,但现实中确实也存在夫妻另一方依法应承担夫妻共同债务情形。此时,会不会出现个别媒体报道的夫妻另一方因被人民法院适用二十四条判令承担夫妻共同债务而出现“无家可归”“无钱治病”“食不果腹”等悲惨情形?

答:据我们了解,目前暂未发现您所称的上述悲惨情形。事实上,二十四条只是司法审判的实体裁判标准,只对裁判结果产生影响,本身并不会导致上述情形出现。上述情形即使出现也只可能是因个别司法行为不规范所致。最高人民法院在制定有关执行的司法解释、司法政策时,一直秉持“生存权高于债权”的基本理念。早在2005年施行的《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第五条、第六条就规定人民法院对被执行人的及其所扶养家属生活所必需的衣服、家具、炊具、餐具及其他家庭生活必需的物品、生活必需费用、义务教育所需物品不得查封、扣押、冻结。对被执行人

www.docsriver.com 商家巨力电子书

及其所扶养家属生活所必需的居住房屋，人民法院可以查封，但不得拍卖、变卖或者抵债。2015年施行的《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第二十条，也明确了在保障被执行人基本居住权益的前提下，才能例外执行被执行人及所扶养家属的居住房屋。这次《通知》中重申了上述理念并强调了要在执行中依法保护夫妻另一方的基本生存权益。我们相信，只要严格按现有法律、司法解释处理，绝无可能出现个别媒体描述的悲惨情形。

十、问：下一步，贵院在保护妇女儿童权益方面还会有什么新举措？

答：为更好保护婚姻家庭案件中包括妇女儿童在内的各方当事人合法权益，最高人民法院将继续认真听取和采纳来自社会各界包括人大代表、政协委员、专家学者、婚姻家庭当事人等各方面的合理建议和意见，深入探索审判实践中加强妇女儿童权益保护的有效途径和方法，通过正在全国部分法院开展的家事审判方式和工作机制改革试点工作，加大家事审判对下指导力度。特别是针对社会公众、实务界和理论界共同关心的婚姻法第四十一条中“原为夫妻共同生活所负的债务”的理解争议，加大司法调研力度，条件成熟时，将进一步完善相关规定。目前，我国正在积极编纂民法典。在民法总则通过后，民法分则编纂工作将要启动。我们将积极配合全国人大的立法工作，加强对婚姻家庭领域中的夫妻财产、夫妻债权、夫妻债务等问题，以及司法实践中发生的家事纠纷中出现的新问题、新情况进行分析研判，为立法贡献力量。与此同时，最高人民法院还将持续发布指导性案例，就家事审判领域中出现的新情况、新问题，统一裁判尺度，指导各级人民法院依法妥善审理涉及夫妻债务案件。

最高人民法院
关于适用《中华人民共和国婚姻法》
若干问题的解释(三)

法释〔2011〕18号

(2011年7月4日最高人民法院审判委员会
第1525次会议通过 2011年8月9日最高人民
法院公告公布 自2011年8月13日起施行)

为正确审理婚姻家庭纠纷案件,根据《中华人民共和国婚姻法》、《中华人民共和国民事诉讼法》等相关法律规定,对人民法院适用婚姻法的有关问题作出如下解释:

第一条 当事人以婚姻法第十条规定以外的情形申请宣告婚姻无效的,人民法院应当判决驳回当事人的申请。

当事人以结婚登记程序存在瑕疵为由提起民事诉讼,主张撤销结婚登记的,告知其可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼。

第二条 夫妻一方向人民法院起诉请求确认亲子关系不存在,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的,人民法院可以推定请求确认亲子关系不存在一方的主张成立。

当事人一方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,人民法院可以推定请求确认亲子关系一方的主张成立。

第三条 婚姻关系存续期间,父母双方或者一方拒不履行抚养子女义务,未成年或者不能独立生活的子女请求支付抚养费的,人民法院应予支持。

第四条 婚姻关系存续期间,夫妻一方请求分割共同财产的,人民法院不予支持,但有下列重大理由且不损害债权人利益的除外:

(一) 一方有隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产或者伪造夫妻共同债务等严重损害夫妻共同财产利益行为的;

(二) 一方负有法定扶养义务的人患重大疾病需要医治,另一方不同意支付相关医疗费用的。

第五条 夫妻一方个人财产在婚后产生的收益,除孳息和自然增值外,应认定为夫妻共同财产。

第六条 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，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，人民法院可以按照合同法第一百八十六条的规定处理。

第七条 婚后由一方父母出资为子女购买的不动产，产权登记在出资人子女名下的，可按照婚姻法第十八条第（三）项的规定，视为只对自己子女一方的赠与，该不动产应认定为夫妻一方的个人财产。

由双方父母出资购买的不动产，产权登记在一方子女名下的，该不动产可认定为双方按照各自父母的出资份额按份共有，但当事人另有约定的除外。

第八条 无民事行为能力人的配偶有虐待、遗弃等严重损害无民事行为能力一方的人身权利或者财产权益行为，其他有监护资格的人可以依照特别程序要求变更监护关系；变更后的监护人代理无民事行为能力一方提起离婚诉讼的，人民法院应予受理。

第九条 夫以妻擅自中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；夫妻双方因是否生育发生纠纷，致使感情确已破裂，一方请求离婚的，人民法院经调解无效，应依照婚姻法第三十二条第三款第（五）项的规定处理。

第十条 夫妻一方婚前签订不动产买卖合同，以个人财产支付首付款并在银行贷款，婚后用夫妻共同财产还贷，不动产登记于首付款支付方名下的，离婚时该不动产由双方协议处理。

依前款规定不能达成协议的，人民法院可以判决该不动产归产权登记一方，尚未归还的贷款为产权登记一方的个人债务。双方婚后共同还贷支付的款项及其相对应财产增值部分，离婚时应根据婚姻法第三十九条第一款规定的原则，由产权登记一方对另一方进行补偿。

第十一条 一方未经另一方同意出售夫妻共同所有的房屋，第三人善意购买、支付合理对价并办理产权登记手续，另一方主张追回该房屋的，人民法院不予支持。

夫妻一方擅自处分共同所有的房屋造成另一方损失，离婚时另一方请求赔偿损失的，人民法院应予支持。

第十二条 婚姻关系存续期间，双方用夫妻共同财产出资购买以一方父母名义参加房改的房屋，产权登记在一方父母名下，离婚时另一方主张按照夫妻共同财产对该房屋进行分割的，人民法院不予支持。购买该房屋时的出资，可以作为债权处理。

第十三条 离婚时夫妻一方尚未退休、不符合领取养老保险金条件，另一方请求按照夫妻共同财产分割养老保险金的，人民法院不予支持；婚后以夫妻共同财产缴付养老保险费，离婚时一方主张将养老金账户中婚姻关系存续期间个人实际缴付部分作为夫妻共同财产分割的，人民法院应予支持。

第十四条 当事人达成的以登记离婚或者到人民法院协议离婚为条件的财产分割协议,如果双方协议离婚未成,一方在离婚诉讼中反悔的,人民法院应当认定该财产分割协议没有生效,并根据实际情况依法对夫妻共同财产进行分割。

第十五条 婚姻关系存续期间,夫妻一方作为继承人依法可以继承的遗产,在继承人之间尚未实际分割,起诉离婚时另一方请求分割的,人民法院应当告知当事人在继承人之间实际分割遗产后另行起诉。

第十六条 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用于其他个人事务的,应视为双方约定处分夫妻共同财产的行为,离婚时可按照借款协议的约定处理。

第十七条 夫妻双方均有婚姻法第四十六条规定的过错情形,一方或者双方向对方提出离婚损害赔偿请求的,人民法院不予支持。

第十八条 离婚后,一方以尚有夫妻共同财产未处理为由向人民法院起诉请求分割的,经审查该财产确属离婚时未涉及的夫妻共同财产,人民法院应当依法予以分割。

第十九条 本解释施行后,最高人民法院此前作出的相关司法解释与本解释相抵触的,以本解释为准。

【解 读】

解读《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉 若干问题的解释(三)》

一、问题的提出

为正确审理婚姻家庭纠纷案件,最高人民法院根据《民法通则》《婚姻法》《物权法》《民事诉讼法》《合同法》等相关法律规定,结合民事审判实践经验,制定了《关于适用婚姻法若干问题的解释(三)》(以下简称《解释三》),经最高人民法院审判委员会第1525次会议讨论,通过了该司法解释,于2011年8月13日起施行。

《解释三》主要针对审判实践中亟需解决的一方婚前贷款所购不动产性质的认定、父母为子女结婚买房、结婚登记瑕疵处理、一方个人财产在婚后的收益等问题作出解释。

二、理解

(一) 有关结婚登记瑕疵的处理问题

结婚登记瑕疵并不是一个法律概念，从目前使用的特定语境看，主要是指在结婚登记中存在程序违法或欠缺必要形式要件等缺陷。比如，一方或双方当事人未亲自到场办理结婚登记、借用或冒用他人身份证件进行结婚登记、婚姻登记机关越权管辖、当事人提交的婚姻登记材料有瑕疵等。因此，它不属于《婚姻法》第十条规定的无效婚姻以及第十一条规定的可撤销婚姻情形。

婚姻无效是欠缺结婚实质要件的婚姻在民事法律关系上的后果，不能以结婚登记时的程序瑕疵来主张婚姻无效。依据《婚姻法》第十条的规定，婚姻无效的情形仅限于重婚、有禁止结婚的亲属关系、婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病且婚后尚未治愈以及未达法定婚龄的四种情形，并没有兜底条款。从民事审判解决平等主体之间权利义务争议的角度来讲，对当事人请求宣告婚姻无效的，只能从是否符合无效婚姻的四种情形方面进行审查。如果将符合结婚实质要件但结婚登记程序上有瑕疵的婚姻宣告为无效婚姻，不仅随意扩大了无效婚姻的适用范围，也有悖于无效婚姻制度设立的初衷。

《婚姻法》并未规定程序违法是婚姻无效的法定事由，对结婚登记瑕疵的处理规定不甚明了，针对审判实践中出现的各种结婚登记瑕疵纠纷，非常有必要用司法解释的形式，对结婚登记瑕疵的处理问题予以规范，以便各级法院在处理有关纠纷时裁判有据。

《解释三》第一条规定了如何处理结婚登记瑕疵问题，该条包括以下几层含义：第一，从民事审判角度而言，当事人申请宣告婚姻无效，所持理由不属于婚姻法第十条规定的无效婚姻的四种情形，人民法院应当用判决的形式驳回当事人的申请；第二，如果当事人在离婚诉讼中或其他民事诉讼中，以结婚登记程序存在瑕疵为由否认存在婚姻关系的，首先应解决的是结婚登记效力问题，不属民事案件的审查范围；第三，本着司法为民的宗旨，人民法院应告知当事人可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼；第四，行政复议并非前置程序，当事人也可以选择直接提起行政诉讼。

有观点认为，《解释三》规定了撤销结婚登记的途径是申请行政复议或者提起行政诉讼，似乎给虚假结婚登记的处理指明了一条道路。无疑，申请行政复议或者提起行政诉讼的相对方为婚姻登记机关。但这样，问题就出现了。假如婚姻登记机关查明是弄虚作假登记，是否就能撤销该结婚登记了呢？婚姻登记机关目前还没有撤销这种结婚登记的法律依据。因为，根据现行《婚姻登记条例》的规定，婚姻登记机关撤销婚姻的权限仅限于胁迫情形。

我们认为，《婚姻登记条例》第九条规定：“因胁迫结婚的，受胁迫的当事人依据婚姻法第十一条的规定向婚姻登记机关请求撤销其婚姻的，应当出具下

列证明材料:(www.docsriver.com) 商家巨力电子书(二)能够证明受胁迫结婚的证明材料。婚姻登记机关经审查认为受胁迫结婚的情况属实且不涉及子女抚养、财产及债务问题的,应当撤销该婚姻,宣告结婚证作废。”由此可以看出,其涉及的仅是受胁迫当事人依据《婚姻法》第十一条的规定向婚姻登记机关请求撤销婚姻的情况,并没有明确婚姻登记机关对结婚登记程序存在瑕疵的问题不予受理。处理结婚登记瑕疵的方式可以是予以补正或重新确认,未必都需要撤销结婚登记。结婚登记程序瑕疵,并不必然导致婚姻关系无效,应当区别是重大瑕疵还是一般瑕疵,对于存在一般瑕疵能够通过补正等方式解决的,不要轻易否定结婚登记的效力。

(二)《解释三》中涉及房产处理问题的规定

由于近年来房价的一路飙升,人们对房产问题的关注达到前所未有的程度,《解释三》发布后,报纸、网络、电视台等媒体上展开了激烈的论争,观点针锋相对,其实这种情况很正常。毛泽东主席曾经说过:“婚姻法是关系到千家万户、男女老少的切身利益,其普遍性仅次于宪法的国家根本大法之一。”全社会人人都有发言权,人人都可以从不同角度、特定身份、所处阶层发表意见,同一个问题的观点可能迥然不同。起草该司法解释的一个宗旨就是,尽量增强可操作性,尽量做到相对公平。有人认为本司法解释过于技术化,过于冰冷、过于算计,我们认为,司法解释是指导法官裁判案件用的,应当具有可操作性和实用性,并不是老百姓处理婚姻家庭关系的行为准则。法律管不了谁的“亲爱程度”,法律能做的只是厘清界限,明晰权利义务关系,是对人们的最低要求。

《解释三》涉及房产处理的条文有五条,在此一一解读如下:

1. 夫妻之间赠与房产的处理

夫妻在婚前或婚姻关系存续期间约定将一方个人所有的房产赠与另一方,但没有办理房产过户手续,离婚时赠与房产的一方主张撤销赠与,另一方主张继续履行赠与合同,请求法院判令赠与房产一方办理过户手续。在此问题的处理上,存在两种完全不同的观点:一是认为夫妻之间有关财产的约定,只要系夫妻双方真实意思表示,不违反法律、行政法规的强制性规定,就应认定为有效且对双方产生法律上的拘束力。相对于《物权法》及《合同法》的规定,《婚姻法》对夫妻财产关系的规定属于特别规定,应当优先适用《婚姻法》的规定。夫妻财产约定因其强烈的身份性不应适用赠与合同有关撤销权的规定,任意行使撤销权将使夫妻财产约定变成一纸空文,故夫妻之间有关房产赠与的约定无需经过物权变动手续,离婚时法院可以判决房产归受赠方所有,对赠与房产一方主张撤销赠与合同的请求不予支持。二是认为婚姻法规定了三种夫妻财产约定的模式,即分别所有、共同共有和部分共同共有,并不包括将一方所有财产约定为另一方所有的情形。将一方所有的财产约定为另一方所有,也就

是夫妻之间的赠与行为，虽然双方达成了有效的协议，但因未办理房屋变更登记手续，依照物权法的规定，房屋所有权尚未转移，而依照《合同法》关于赠与一节的规定，赠与房产的一方可以撤销赠与。

《合同法》对赠与问题进行了比较详尽的规定，如“赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与”；“赠与的财产依法需要办理登记等手续的，应当办理有关手续”；“具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同，赠与人不交付赠与的财产的，受赠人可以要求交付”。婚姻家庭领域的协议常常涉及财产权属的条款，对于此类协议的订立、生效、撤销、变更等并不排斥《合同法》的适用。在实际生活中，赠与往往发生在具有亲密关系或者血缘关系的人之间，《合同法》对赠与问题的规定并没有指明夫妻关系除外。一方赠与另一方不动产，在没有办理过户手续之前，依照《合同法》的规定，是完全可以撤销的，这与《婚姻法》的规定并不矛盾。因此，尚未办理房产过户手续的赠与，房产赠与人可以随时撤销赠与，对赠与房产一方离婚时主张撤销赠与合同的请求应予支持。

《解释三》第六条重点在于明确夫妻之间赠与房产可以按照《合同法》第一百八十六条的规定处理；如果赠与的房产已经登记过户，但受赠的夫妻一方对另一方有扶养义务而不履行、严重侵害赠与人或者赠与人的近亲属、不履行赠与合同约定的义务情形之一的，赠与人可以按照《合同法》第一百九十二条的规定行使法定撤销权。行使任意撤销权的依据是《合同法》第一百八十六条，条件是赠与房产的产权未发生转移，不适用社会公益和道德义务性质的赠与合同以及经过公证的赠与合同；法定撤销权是基于法定事由，由赠与人行使的撤销赠与的权利，其依据是《合同法》第一百九十二条。

有人提出，本条解释只规定了夫妻之间赠与房产的问题，对于夫妻之间赠与轿车、贵重首饰等如何处理呢？我们认为，只要明确了夫妻之间的赠与行为同样适用《合同法》的规定，赠与动产时发生的纠纷，按照《合同法》赠与一节相应条款处理就是了。

2. 婚后父母为子女购买不动产的认定问题

现在房价问题困扰着许多人，年轻人结婚时仅凭自己的收入，一般没有能力买房，只得依靠父母的资助。父母为了子女结婚买房，可能倾其所有，透支了准备养老的积蓄，如果房屋产权登记在自己子女名下，按照父母的内心本意，应该认定为明确只向自己子女一方的赠与。有人认为，只有父母明确表示不赠与对方，才能认定为只向自己子女赠与。我们认为，这种观点是不符合中国国情的，极少有父母会在子女结婚时签署书面协议，明确房屋与子女的配偶无关，如果离婚时一概将房屋认定为夫妻共同财产，势必违背了父母为子女购房的初衷和意愿，实际上也侵害了出资父母的利益。房屋产权登记在出资父母子女名下的，视为父母明确只对自己子女一方的赠与比较合情合理；如果由双

方父母出资购买不动产,产权登记在另一方子女名下的,按照双方父母的出资比例按份共有,可能更符合实际情况。

制定司法解释要考虑到中国的国情,畸高房价和高离婚增长率并存,父母为子女结婚购房往往倾注毕生积蓄,从这次《解释三》公开征求意见反馈的情况来看,作为出资人的男方父母或女方父母均表示,他们担心因子女离婚而导致家庭财产流失一半。

本条规定从我国的实际出发,将“产权登记主体”与“明确表示赠与一方”进行链接,可以使父母出资购房真实意图的判断依据客观化,便于司法认定及统一裁量尺度,也有利于均衡保护结婚的双方及其父母的权益。

值得注意的是,父母婚后给子女买房的规定,是指父母支付全款给子女购买房屋且产权登记在出资方子女名下。如果父母只是在子女婚后支付首付款,夫妻共同还贷,产权登记在出资方子女名下,首付款可以认定为只赠与出资父母的子女,离婚时该房屋应认定为夫妻共同财产,对首付款部分应认定为出资人子女的个人财产。由于个人财产婚后的自然增值仍然归个人所有,故离婚时首付款的增值部分也应判归一方所有。

对于婚后一方父母给子女赠与公司股份并进行工商登记的情形,可以比照该条的规定,认定一方父母只是向自己的子女赠与公司股份。

3. 一方婚前贷款买房、夫妻婚后共同还贷的处理

离婚诉讼中,一方婚前按揭购买房屋,婚后夫妻共同还贷,产权登记在一方名下,离婚时按揭房屋的归属问题成为焦点。通常情况下,买受人与房地产开发商签订房屋买卖合同后,商品房的买卖合同关系已经成立。贷款购买房屋的,买受人先付清首付款,剩余款项在银行办理按揭贷款手续,银行审查买受人的收入状况及资信后,将所贷款项直接划入开发商的账户。至此,买受人的付款义务已经全部完成,与银行之间形成债权债务关系。

婚后取得房屋所有权证,并不意味着该房屋就属于夫妻共同财产。房屋所有权证虽然系婚后取得,但财产权益在婚前签订房产买卖合同后就已经取得。也就是说,婚后房屋物权的取得并非凭空取得,而是依据婚前的债权转化而来,因此离婚时判归产权登记一方比较公平。

至于婚姻关系存续期间用夫妻共同财产还贷部分以及增值部分,离婚时要根据《婚姻法》第三十九条的规定,在照顾子女和女方权益的原则下进行判决。具体到如何分割的问题,有人提出一个计算公式,即双方应共同分割部分=夫妻婚后共同还贷部分÷实际总房款(总房款本金+已还利息)×离婚时房屋的市场价值,这种计算方法相对比较公平。实际分割时考虑到需要照顾子女和女方的权益,不能完全对半进行分割。比如双方应共同分割部分的数额为30万元,如果是男方婚前贷款买房,根据案件的实际情况,可以判决给女方超过15万元的补偿。

假如离婚时房屋出现贬值的情形，从照顾子女和女方权益的原则出发，起码应补偿女方婚后共同还贷部分的一半。因为婚后共同还贷的义务是因一方婚前购买房屋的行为派生出来的，只要夫妻双方不是实行分别财产制，无论婚后用谁赚的钱归还银行贷款，都属于夫妻共同还贷，因婚前一方决策行为而导致的房屋贬值由其承担是合情合理的。^①从总体情况看，离婚时房屋暂时的贬值并不意味着以后不会升值，持有房产的一方只要不在房价低谷时抛售房屋，其实际利益不会蒙受损失。而对于配偶一方，可能意味着失去了最佳购房时机，离婚时拿回婚后还贷数额的一半是完全应该的，法律没有绝对的公平，只能是相对公平而已。

在将按揭房屋认定为一方所有的基础上，未还债务也应由其继续承担，这样处理不仅易于操作，也符合合同相对性原理。婚前一方与银行签订抵押贷款合同，银行是在审查其资信及还款能力的基础上才同意贷款的，其属于法律意义上的合同相对人，故离婚后应由其继续承担还款义务。这样处理不涉及办理所有权的变更登记问题，作为享有抵押权的银行方面也不会因夫妻离婚而权利受损。

对于一方婚前签订买卖合同支付首付款并在银行贷款、房产登记在首付款支付方名下、婚后夫妻共同还贷这类房产，完全认定为夫妻共同财产或者一方的个人财产都不太公平，该房产实际是婚前个人财产（婚前个人支付首付及还贷部分）与婚后共同财产（婚后双方共同还贷部分）的混合体，《解释三》第十条规定离婚时处理此类纠纷的主导原则是，既要保护个人婚前财产的权益，也要公平分割婚后共同共有部分的财产权益，同时还不能损害债权人银行的利益。需要注意的是，如果婚前首付款是一方父母出资（无论出资性质是赠与还是借贷），婚后夫妻共同还贷且产权登记在一方名下，这种情形也可以比照该条规定精神进行处理。另外，一方未从银行贷款而是向亲朋好友借款也可以适用该条规定。

4. 一方擅自出卖共有房屋的处理

审判实践中经常出现这样的纠纷，夫妻一方未经另一方同意，擅自将夫妻共同共有的房产出卖，另一方向法院提起诉讼，要求确认房屋买卖合同无效、第三人返还房屋。随着《物权法》的出台、善意取得制度在法律上的真正确立，对于此类纠纷的处理，应该说已基本达成共识，没有太大的争议。问题的焦点在于，当夫妻一方擅自处分的房屋属于家庭唯一居住房时，应当优先保护谁的利益？有的专家建议规定除外情形，即房屋属于家庭生活唯一居住房的除外。因生存是第一要素，夫妻一方擅自将家庭仅有的一套房屋出售，如果支持善意第三人的主张，会出现另一方无家可归的情况。

^① 姜涛：《婚前按揭房屋性质认定及分割》，载《婚姻与家庭法律事务研究与实务》，第577页。

从公开征求意见反馈的情况来看,多数意见认为,征求意见稿中的除外条款实际上否定了《物权法》第一百零六条的规定,原则上这种例外条款不应允许。如果善意第三人付出家庭全部积蓄购入的房屋也是其家庭唯一生活住房,如何平衡二者之间的利益?另,“居住需要”也未区分普通型居住需要和豪华型居住需要。民事执行程序中已经规定,对于唯一住房不予执行,这就已经考虑到了生存权、居住问题,没必要在婚姻法解释中再专门规定;在房价高涨的现实情况下,担心这个条款可能会被卖房反悔的人利用,不利于保护交易安全和善意第三人的合法权益。

《解释三》第十一条采纳了多数人意见,根据《物权法》第一百零六条精神作出了相应规定。

《物权法》颁布后,审判实践中出现了一种新类型案件,即在婚姻关系存续期间,因夫妻共同共有房产登记在一方名下,另一方为防止其擅自处分共有的房产,所提起的婚内要求确认财产共有权并在房屋产权证书上加名的诉讼。这种纠纷的案由定为“物权确认纠纷”比较适宜,及时、公正地处理婚内确权之诉,可以使配偶一方在房屋权属登记部门的不动产登记簿上添加其共有权人的名字,减少夫妻共有房屋被一方擅自出卖的风险。

5. 离婚时如何处理夫妻出资购买以父母名义参加房改的房屋

房改房是国家以优惠的价格将公房的产权部分或全部出售给职工,属于职工享受的一种福利待遇。依照福利政策所购买的房改房,往往与职工的职务、级别、工作年限等挂钩,购买价格远远低于房屋的市场价值,以成本价或标准价购房的,每个家庭只能享受一次。

婚姻关系存续期间,双方用夫妻共同财产出资购买以一方父母名义参加房改的房屋,因房屋原来属于一方父母承租的公房,如果认定为夫妻共同财产,显然会损害一方父母的财产权益,与国家有关房改政策精神也不相符。作为产权已登记于一方父母名下的房改房,基于国家房改政策规定、房改房特点及不动产权登记公示原则等,离婚时不能作为夫妻共同财产进行分割。对于夫妻用于购买房改房的出资,很多法院是作为双方离婚时的债权予以处理,我们认为是比较可取的。

需要注意的是,如果离婚时另一方提出,既然将夫妻共同财产出资认定为债权,就可以主张利息。我们认为,夫妻双方出资时对于利息与一方父母有约定的,从约定;没有约定的,应根据具体情况作出处理。如果夫妻双方一直居住在房改房中,从公平合理的角度出发,对请求支付利息的主张不予支持。

(三) 有关亲子鉴定问题

亲子关系纠纷主要在于厘清当事人之间是否具有法律上的亲子关系,以及因此而衍生的权利义务,而亲子鉴定的独特功能可以鉴别当事人之间是否具有真实的血缘关系,可以帮助完成对身份的辨认,其应用具有法律上的重要价值

和意义。亲子鉴定是近代法医学学术语，是指用医学、人类学等学科的理论和技术来判断有争议的父母与子女间（特别是父子间）是否存在亲生血缘关系，后来发展至可以用来判断其他个体之间如同胞间以及隔代间是否存在血缘关系，因而也称为亲权鉴定。^①

亲子关系诉讼属于身份关系诉讼，主要包括否认婚生子女和认领非婚生子女的诉讼，即否认法律上的亲子关系或承认事实上的亲子关系。亲子关系诉讼中直接证据的缺乏和亲子关系证明责任的高标准，使得亲子鉴定成为认定或否定亲子关系的关键性证据。但有些当事人在无法律直接约束力的情况下，出于各种原因拒绝作出亲子鉴定，无疑给人民法院查明事实真相设置了障碍。

对拒绝做亲子鉴定的当事人能否强制进行鉴定，我们可以借鉴国外的亲子鉴定法律规定，通常有两种形式的强制方法：一种是直接强制鉴定，如德国规定，拒绝受检者不仅要负担因拒绝所生费用，并科处罚金。应受检查者无正当理由，一再拒绝受检时，法院得加以强制，可对其强制抽血。另一种是间接强制鉴定，是在获取亲子关系事实真相和保护当事人隐私权、人格权之间作出的平衡。如英国、美国、法国等规定相对人无正当理由拒绝配合法院命令进行亲子鉴定时，法院得依其拒绝之情事，推认不利于相对人的事实。比较这两种强制规定，我们认为间接强制的规定更为人性化，更能被大众所接受。

借鉴国外相关规定以及总结审判实践的经验，《解释三》规定了当事人拒绝做亲子鉴定的处理方法，即在处理有关亲子关系纠纷时，如果一方提供的证据能够形成合理的证据链条证明当事人之间可能存在或不存在亲子关系，另一方没有相反的证据又坚决不同意做亲子鉴定的，人民法院可以按照最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第七十五条的规定作出处理。

需要注意的是：第一，提起婚生子女否认之诉的权利人只能是夫或妻。本着法律上的亲子关系原则应以真实血缘关系为基础，同时兼顾亲子关系的安定性，应将否认权人限制在较小的范围内。之所以没有赋予子女的否认权，是因为子女未成年时需要由其父母代理，而当子女成年后，即便父母与其没有血缘关系，但对付出心血将其抚养成人的父母而言，允许子女行使否认权则有失公允。

第二，由于兄弟姐妹之间鉴定的准确率在60%~80%，还不能达到准确认定的程度，故不能适用本条司法解释的推定原则。比如，一方请求确认与父亲的亲子关系，但其父亲死亡，无法进行亲子鉴定采样。一方要求与其同父异母的兄弟或姐妹之间进行血缘关系鉴定，对方如果不配合做鉴定，在缺乏必要证据的情况下，法院不能推定一方的主张成立。

^① 刘雪青：《我国亲子鉴定社会化的法律规制研究》，载《家事法研究》，群众出版社2011年版，第425页。

第三,一方私自做亲子鉴定并没有提供其他证据相印证,诉讼中对方拒绝做亲子鉴定,因无法确定一方私自鉴定的采样是否真实,法院不宜适用本条的推定规则。

(四) 离婚时一方或双方尚未退休的养老金处理问题

《解释二》规定,男女双方实际取得或者应当取得的养老金应当认定为夫妻共同财产,这里的“应当取得”是指当事人已经退休具有享受养老金的基本条件,但由于某种原因尚未将养老金领取到手的情形。如果离婚时一方或双方尚未退休,按照目前养老金管理制度的规定,在未退休之前,将来取得养老金的具体数额无法进行预先测算;劳动者不可能实际取得个人账户下的养老金。

有鉴于此,我们认为,离婚时一方或双方当事人尚未退休,显然不符合《解释二》规定的“实际取得或者应当取得”的条件,离婚时当事人请求按照夫妻共同财产分割养老金的,不应予以支持。但是,一些专家学者指出:根据现行《婚姻法》婚后所得共同制的精神,夫妻一方在婚后积累的养老金利益包括期待利益应当属于夫妻共同财产;从婚后积累养老金利益的财产来源看,在婚姻关系存续期间夫妻各方对积累养老金的缴费一般都源于其个人的部分工资,而工资收入属于夫妻共同财产。因此,夫妻一方以缴纳其部分工资而积累的养老金利益包括期待利益当然应属夫妻的共同财产;根据承认家务劳动与社会生产劳动具有同等价值的立法理念,夫妻一方在婚姻期间积累的养老金期待利益应当由夫妻共享;根据联合国相关文献倡导的精神,夫妻双方应当平等地共享在婚姻期间所得的一切财产权利。^①

我们认为,上述专家学者的意见不无道理。从国外的规定来看,多数国家认为养老金不仅仅是一种可期待利益,它是对雇员所提供的劳务补偿,因此是婚姻共同体中重要的财产,离婚时应作为共同财产予以分割。对养老金作为婚姻财产予以分割主要有三种方法:一是法院通常愿意采用的,即确定养老金的现时价值,并考虑是否到期等因素,判决受雇的配偶一方一次性全部买进养老金利益,支付给他方或用其他财产作为补偿。在离婚时一次性支付可以避免当事人在离婚后再为养老金利益发生纠纷,因而被大多数法院所采纳。二是由法院判决未受雇的一方自他方拿到养老金时始与受雇方按一定比例分享养老金。三是迟延判决,直至受雇方根据养老计划实际拿到养老金时再判决,法院在离婚时不必对养老金进行评估、分割。

借鉴国外的相关规定及总结审判实践经验,《解释三》规定,离婚时夫妻一方尚未退休、不符合领取养老金条件,另一方请求按照夫妻共同财产分割养老金的,人民法院不予支持;婚后以夫妻共同财产缴付养老保险费,

^① 陈苇:《中国婚姻家庭法立法研究》,群众出版社2010年版,第233页。

离婚时一方主张将养老金账户中婚姻关系存续期间个人实际缴付部分作为夫妻共同财产分割的，人民法院应予支持。

(五) 附协议离婚条件的财产分割协议效力认定问题

双方当事人于婚姻关系存续期间达成离婚协议，并对于子女抚养和财产分割等问题作了约定。但由于种种原因，双方并未到婚姻登记机关办理离婚登记手续，或者是当事人考虑到登记离婚中的财产协议没有强制执行力，故双方约定去法院协议离婚，目的只是依照诉讼程序领取民事调解书，但到法院诉讼时出现一方反悔的情况。在这种情形下，往往是一方主张原来达成的离婚协议合法有效，要求法院完全按照该离婚协议约定的内容判决解除双方的婚姻关系，并处理财产分割和子女抚养问题。另一方则否认离婚协议的效力，要求法院依法进行判决。

附协议离婚条件的财产分割协议，通常是当事人平等协商的结果，因此具有民事合同的性质，但其以解除婚姻关系为先决条件，不能完全由当事人的合意来完成，还必须履行一定的法律程序。台湾地区学者王泽鉴先生说过这样的观点：“法律行为之构成要件，系由成立要件及生效要件共同组成之，须二者兼俱，法律效果始焉发生。”^①我们对此深以为然。因此，附协议离婚条件的财产分割协议并不自双方当事人签字时起生效，而是以双方协议离婚为生效条件，即从婚姻登记机关领到离婚证或到法院领取民事调解书，可视为所附条件已经成就，当事人所签署的财产分割协议因此而生效。如果一方当事人反悔，诉诸法院寻求终局判决，除非双方当事人追认，该协议未生效，对当事人双方均不产生法律拘束力。尤其重要的理由是，人民法院在协议未生效情形下依照婚姻法的相关规定分割夫妻共同财产，并不会损害当事人的合法权益。从《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第六十七条来看，“在诉讼中，当事人为达成调解协议或者和解的目的作出妥协所涉及的对案件事实的认可，不得在其后的诉讼中作为对其不利的证据。”这个规定的精神也与当事人协议离婚必须履行一定的法律程序才生效的规定不谋而合。

从反证的逻辑方法来分析，假定上述离婚协议已经生效，一方签订协议后拒绝依约去办理离婚登记手续或者到法院协议离婚，另一方按照生效协议的约定，可以要求违约方履行该离婚协议，并可以起诉要求法院判令违约方与其共同去民政部门办理离婚登记手续。显而易见，法院根据婚姻自由的基本原则，是无法判决双方继续履行离婚协议的。

审判实践中遇到经过公证的附协议离婚条件财产分割协议，如何认定效力的问题，我们认为，经过公证的附协议离婚条件的财产分割协议在性质上也属于附生效条件的合同，双方签字后成立，在完成协议离婚手续后生效。公证的

^① 王泽鉴：《民法学说与判例研究》第五册，中国政法大学出版社2005年版，第303页。

效力在于确认协议的内容是双方当事人的真实意思表示,但不能改变协议的生效条件。
www.docsriver.com 商家巨力电子书

如果当事人在协议中明确约定,双方到民政部门登记离婚或到法院协议离婚未成,也应按照协议约定的内容履行。我们认为,当事人已经在协议中明确了协议离婚未成也要按照原约定履行的意思表示,在诉讼离婚时,法院应当充分尊重当事人的意思表示,具体处理时应依照约定的内容进行裁判。

(六) 一方个人财产在婚后产生的收益如何处理的问题

夫妻一方财产在婚后的收益主要包括孳息、投资经营收益及自然增值,婚姻法规定了婚姻关系存续期间所得的生产、经营收益及知识产权收益,归夫妻共同所有,《解释二》已经明确规定一方以个人财产投资所得的收益为夫妻共同财产,但孳息和自然增值这两种情形在法律和司法解释层面仍然是空白。孳息包括天然孳息和法定孳息,对于孳息所有权的归属,现代物权法一般采原物主义。《物权法》第一百一十六条规定:“天然孳息,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。当事人另有约定的,按照约定。法定孳息,当事人有约定的,按照约定取得;没有约定或者约定不明确的,按照交易习惯取得。”在法律适用层面考虑,《物权法》与《婚姻法》同属于全国人大制定的法律,但《物权法》是新法,《婚姻法》是旧法,新法应优于旧法。因此,按照《物权法》的规定精神,夫妻一方的财产在婚后产生的孳息仍然属于一方的个人财产。

夫妻一方个人财产在婚姻存续期间的自然增值,是指该增值的发生是因通货膨胀或市场行情的变化而致,与夫妻双方的协作劳动、努力或管理等并无关联,比如夫妻一方个人婚前所有的房屋、古董、字画、珠宝、黄金等,在婚姻关系存续期间因市场价格上涨而产生的增值,由于抛售后的增值是基于原物交换价值的上升所致,是不以人的意志为转移的市场行为作用的结果,仍应依原物所有权归属为个人所有,将该部分增值认定为一方的个人财产基本得到理论界及实务界的共识。

应当注意的是,审判实践中对一方所有的房屋婚后出租获取的租金如何认定,观点分歧比较大。倾向性观点认为,房屋租金与存款利息相比,是由市场的供求规律决定的,并且与房屋本身的管理状况紧密相连,出租方应当履行租赁物的维修义务,应当保障租赁物的居住安全,其获得往往需要投入更多的管理或劳务,产生的租金收益应当属于夫妻共同所有。有人将租金看作法定孳息的一种,我们更倾向于将租金作为经营性收益看待。

本条规定一方个人财产婚后产生的自然增值归个人所有,如果属于主动增值,则应当认定为夫妻共同财产。在对增值的个人财产进行定性时,应区别是主动增值还是被动增值(即自然增值),因通货膨胀或其他不是因当事人的主观努力而是因市场价值的变化产生的增值属于被动增值,没有所有权的配偶对

www.docsriver.com 商家巨力电子书

增值部分无权要求分割。当一方的个人财产由于他方或双方所支付的时间、金钱、智力、劳务而增值的，应属于主动增值，离婚时将增值部分作为共同财产予以分割比较公平。

婚前购买的股票、基金，婚后要保值和增值，股票、基金投资的卖出和买进也需要投入大量的时间和精力去经营，因此婚后股票、基金增值部分认定为夫妻共同财产比较适宜。

三、《解释三》的适用

《解释三》公布后，很多法院来电咨询其适用问题。《解释一》第三十三条规定：“婚姻法修改后正在审理的一、二审婚姻家庭纠纷案件，一律适用修改后的婚姻法。此前最高人民法院作出的相关司法解释如与本解释相抵触，以本解释为准。”第三十四条规定：“本解释自公布之日起施行。”而《解释二》第二十九条规定：“本解释自2004年4月1日起施行。本解释施行后，人民法院新受理的一审婚姻家庭纠纷案件，适用本解释。本解释施行后，此前最高人民法院作出的相关司法解释与本解释相抵触的，以本解释为准。”对比《解释一》与《解释二》的规定，明显适用情况是不一样的。现在《解释三》第十九条只规定了“本解释施行后，最高人民法院此前作出的相关司法解释与本解释相抵触的，以本解释为准。”并没有明确从2011年8月13日后适用哪个程序的案件。

就案件审理阶段而言，《解释三》适用于2011年8月13日之后尚未审结的一、二审婚姻家庭纠纷案件。因为《解释三》是对《婚姻法》在审判实践中如何适用的具体规定，其施行时间本应与被解释的法律同步，而这些法律已先于《解释三》生效。具体而言，《解释三》的依据是《婚姻法》、《民法通则》《民事诉讼法》《物权法》《合同法》等，这些法律在《解释三》出台前均已施行。

(撰稿人：杜万华 程新文 吴晓芳)

【 链 接 】

总结审判实践经验 凝聚社会各界智慧 正确合法及时审理婚姻家庭纠纷案件

——最高人民法院民一庭负责人就《关于适用

〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的

解释(三)》答记者问

为正确审理婚姻家庭纠纷案件,最高人民法院根据《中华人民共和国民法通则》《中华人民共和国婚姻法》《中华人民共和国物权法》《中华人民共和国民事诉讼法》等相关法律规定,结合民事审判实践经验,制定了《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(三)》(以下简称《解释三》),经最高人民法院审判委员会第1525次会议讨论,通过了该司法解释。

一、深入调查研究,专门召开专家论证会,三年共收到二百多万字意见

问:《解释三》已经于2011年8月12日正式公布,请您介绍一下最高人民法院制定这一司法解释的背景和意义?

答:2001年修订的《婚姻法》施行后,为了在审判实践中更好地贯彻《婚姻法》的立法精神,最高人民法院先后出台了《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(一)》(以下简称《解释一》)和《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(二)》(以下简称《解释二》),为各地法院正确、及时地审理各类婚姻家庭案件提供了具有可操作性的裁判依据。从全国法院审理婚姻家庭纠纷案件的情况来看,近年来出现了一些新情况和新问题,其中一些问题争议很大,“同案不同判”的现象并不鲜见,亟须出台司法解释以统一法律适用,保护当事人的合法权益。

最高人民法院高度重视该部司法解释的起草工作,从2008年1月开始着手《解释三》的起草和调研工作。起草小组先后到北京市朝阳区人民法院及山东省青岛市中级人民法院查阅了三百多件有关婚姻家庭案件卷宗,为司法解释的起草工作提供了第一手资料。同时,注意深入调查研究,赴各地法院召开座谈会,听取一线法官关于婚姻家庭案件审理中的意见。专门召开专家论证会,认真听取了专家们的意见和建议。书面征求全国人大常委会法工委、国务院法制办、民政部、全国妇联的意见,再根据反馈的意见逐条推敲进行修改。

由于《婚姻法》与普通百姓密切相关,最高人民法院为了更广泛地听取广

大民众的意见，落实司法为民的思想，于2010年11月15日至2010年12月15日，在中国法院网和《人民法院报》上公布了《解释三》的征求意见稿，引起社会各界的广泛关注和热烈讨论，共收到网上意见9971条，共计二百多万字，同时收到书面来信181封。中国法学会婚姻法学研究会等17家单位专门召开了有关研讨会，并寄来了书面修改意见。全国妇联权益部还专程到我院民一庭，针对热点问题谈了妇联系统的修改意见。这些意见和建议，既有普通百姓的肺腑之言，也有专家学者的真知灼见；既有各级法院法官们基于审判实践的宝贵经验，也有相关部门同志们的献计献策。

经过三年多的调研和起草工作，特别是在全国范围广泛征求意见后，《解释三》终于出台了。这次出台的司法解释，主要针对审判实践中亟须解决的一方婚前贷款所购不动产性质的认定、父母为子女结婚买房、结婚登记瑕疵处理、一方个人财产在婚后的收益等问题作出解释。这些规定是审判实践经验的总结，同时也凝聚了社会各界人士的智慧。

《婚姻法》是一部涉及千家万户的法律，这次《解释三》的出台，对于落实司法为民的要求，正确、合法、及时地审理婚姻家庭纠纷案件，保护儿童、妇女及有关当事人的合法权益，都具有一定的现实意义。

二、离婚案中按揭房屋所有权人除返还另一方所承担共同还贷的部分外，还应对增值部分做公平补偿

问：采用按揭方式购买房屋是当前房屋买卖的主要方式。请问，如果夫妻双方住房是按揭房屋，按照《解释三》的规定，离婚时应当如何进行分割？

答：在目前的离婚案件中，按揭房屋的分割是一个群众比较关心的问题。我们认为，对于一方婚前签订买卖合同支付首付款并在银行贷款、婚后夫妻共同还贷这类房产，完全认定为夫妻共同财产或者一方的个人财产都不太公平，该房产实际是婚前个人财产（婚前个人支付首付及还贷部分）与婚后共同财产（婚后双方共同还贷部分）的混合体，离婚时处理的主导原则应当是既要保护个人婚前财产的权益，也要公平分割婚后共同共有部分的财产权益，同时还不能损害债权人银行的利益。

如果仅仅机械地按照房屋产权证书取得的时间作为划分按揭房屋属于婚前个人财产或婚后夫妻共同财产的标准，则可能出现对一方显失公平的情况。房屋产权证书的取得与房屋实际交付的时间往往不同步，许多购房人由于其自身以外的原因，迟迟不能取得房屋产权证书。不动产权登记的立法目的在于维护交易安全、保护善意第三人的利益，而离婚诉讼中按揭房屋的分割只在夫妻之间进行，并不存在与善意第三人的利益冲突。一方在婚前已经通过银行贷款的方式向房地产公司支付了全部购房款，买卖房屋合同义务已经履行完毕，即在婚前就取得了购房合同中购房者一方的全部债权，婚后获得房产的物权只

是财产权利的自然转化,故离婚分割财产时将按揭房屋认定为一方的个人财产相对比较公平。对按揭房屋在婚后的增值,应考虑配偶一方参与还贷所作出的贡献,对其作出公平合理的补偿,而不仅仅是返还婚姻关系存续期间共同还贷的一半。在将按揭房屋认定为一方所有的基础上,未还债务也应由其继续承担,这样处理不仅易于操作,也符合法律规定的合同相对性原理。婚前一方与银行签订抵押贷款合同,银行是在审查其资信及还款能力的基础上才同意贷款的,其属于法律意义上的合同相对人,故离婚后应由其继续承担还款义务。

对于婚后参与还贷的一方来说,如果双方结婚时间较长,还贷的数额较大,离婚时获得的补偿数额也相应增大。我国实行的是法定夫妻共同财产制,除了双方约定实行分别财产制外,婚后即便支付首付款的一方用自己的工资收入支付房贷,也属于夫妻双方共同还贷。婚后共同还贷支付的款项及其相对应财产增值部分,离婚时根据《婚姻法》第三十九条第一款规定的照顾子女和女方权益的原则,由产权登记一方对另一方进行补偿。因此,离婚时按照该条规定处理一方婚前贷款所购房屋,并不会损害广大妇女的合法权益。

三、在没有办理过户手续之前,夫妻之间赠与房产可以撤销

问:夫妻之间赠与房产也需要像普通人一样办理过户手续吗?没过户可以撤销赠与吗?

答:夫妻在婚前或婚姻关系存续期间约定将一方个人所有的房产赠与另一方,但没有办理房产过户手续,后双方感情破裂起诉离婚,赠与房产的一方翻悔主张撤销赠与,另一方主张继续履行赠与合同,请求法院判令赠与房产一方办理过户手续。对此问题应当如何处理呢?

经反复研究论证后,我们认为,我国《婚姻法》规定了三种夫妻财产约定的模式,即分别所有、共同共有和部分共同共有,并不包括将一方所有财产约定为另一方所有的情形。将一方所有的财产约定为另一方所有,也就是夫妻之间的赠与行为,虽然双方达成了有效的协议,但因未办理房屋变更登记手续,依照《物权法》的规定,房屋所有权尚未转移,而依照《合同法》关于赠与一节的规定,赠与房产的一方可以撤销赠与。

《合同法》对赠与问题进行了比较详尽的规定,如:“赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与”;“赠与的财产依法需要办理登记等手续的,应当办理有关手续”;“具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同,赠与人不交付赠与的财产的,受赠人可以要求交付。”婚姻家庭领域的协议常常涉及财产权属的条款,对于此类协议的订立、生效、撤销、变更等并不排斥《合同法》的适用。在实际生活中,赠与往往发生在具有亲密关系或者血缘关系的人之间,《合同法》对赠与问题的规定并没有指明夫妻关系除外。一方赠与另一方不动产,在没有办理过户手续之前,依照《合

同法》的规定，是完全可以撤销的，这与《婚姻法》的规定并不矛盾。我国采取的是不动产法定登记制度，无论基于何种原因发生的权属变动均需经登记才产生效力。

四、正视畸高房价和高离婚增长率并存现状，保护出资购房父母合法权益

问：现在房价问题困扰着许多人，年轻人结婚时仅凭自己的收入，一般没有能力买房，只得依靠父母的资助。父母为了子女结婚买房，可能倾其所有，透支了准备养老的积蓄，如果房屋产权登记在自己子女名下，离婚时另一方有权主张分割一半吗？

答：实际生活中，父母出资为子女结婚购房，可能没有考虑到以后子女婚姻解体的情况。按照国人的习惯，一般也不会与子女签署书面协议，如果离婚时一概将房屋认定为夫妻共同财产，势必违背了父母为子女购房的初衷和意愿，实际上也侵害了出资父母的利益。故房屋产权登记在出资父母子女名下的，视为父母明确只对自己子女一方的赠与比较合情合理；如果由双方父母出资购买不动产，产权登记在一方子女名下的，按照双方父母的出资份额按份共有，可能更符合实际情况。

制定司法解释要考虑到中国的国情，畸高房价和高离婚增长率并存，父母为子女结婚购房往往倾注毕生积蓄，从这次《解释三》公开征求意见反馈的情况来看，作为出资人的男方父母或女方父母均表示，他们担心因子女离婚而导致家庭财产流失一半。

本解释从我国的实际出发，将“产权登记主体”与“明确表示赠与一方”进行链接，可以使父母出资购房真实意图的判断依据客观化，便于司法认定及统一裁量尺度，也有利于均衡保护结婚的双方及其父母的权益，相对来说也比较公平。

五、不离婚前提下对夫妻共有财产请求分割只能是一种例外，必须具有“重大理由”

问：请问不离婚时可以请求分割夫妻共同财产吗？比如有的夫妻一方独揽财政大权，另一方急需用钱时，能否到法院起诉主张分割共同财产？

答：一方能否在不解除婚姻关系的情况下主张对夫妻共同财产进行分割，审判实践中存在较大争议。一种观点认为，夫妻共同财产这种共有关系是最典型的共同共有关系，共同共有人在共有关系存续期间，一般不得请求分割共同财产，只要共有关系存在，共有人对共有财产就无法划分各自的份额，无法确定哪个部分属于哪个共有人所有。

只有在共有关系终止，共有财产分割以后，才能确定各共有人的份额。因

此,在婚姻关系存续期间,一方请求分割夫妻共同财产的,人民法院不应受理。还有一种观点认为,在某些情形下,法律应当提供夫妻一方在婚姻关系存续期间保护自己财产权利的救济途径。如持有或控制夫妻共同财产的一方,私自对夫妻共同财产进行转移、变卖,为了赌博、吸毒而单独处分共同财产等,而另一方因种种复杂的因素不想离婚,或者在起诉离婚后被法院判决不准离婚,如果绝对不允许婚姻关系存续期间分割夫妻共同财产,只能眼睁睁看着对方随意处分夫妻共同财产而无可奈何,其结果有悖公平原则。现行《物权法》第九十九条的规定也突破了传统民法的共有理论,即允许共同共有人在特殊情况下请求分割共有物,同时还要保持共有关系。但是,在不解除婚姻关系的前提下对夫妻共同财产予以分割只能是一种例外,必须具有“重大理由”,否则其负面效应不可低估。另外,在夫妻一方需要履行法定扶养义务(比如一方父母患重病住院急需医疗费),而另一方不同意给付时,在不解除婚姻关系的情况下,为保障一方有能力履行其法定义务,应准许分割夫妻共同财产。

我们经过反复比较论证,同时借鉴国外相关的法律规定,最后采纳了后一种意见,即规定:婚姻关系存续期间,夫妻一方请求分割共同财产的,人民法院不予支持,但有下列重大理由且不损害债权人利益的除外:(1)一方有隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产或者伪造夫妻共同债务等严重损害夫妻共同财产利益行为的;(2)一方负有法定扶养义务的人患重大疾病需要医治,另一方不同意支付相关医疗费用的。

六、夫妻一方个人财产婚后产生的收益除孳息和自然增值外为夫妻共同财产

问:夫妻一方个人财产在婚后产生的收益属于个人财产还是夫妻共同财产?比如一方婚前有10万元存在银行,婚后产生的利息应如何处理?

答:一般来讲,夫妻一方财产在婚后的收益主要包括孳息、投资经营收益及自然增值,《婚姻法》本身规定了婚姻关系存续期间所得的生产、经营收益及知识产权收益,归夫妻共同所有,《解释二》经明确规定一方以个人财产投资所得的收益为夫妻共同财产,但孳息和自然增值这两种情形在法律上和司法解释层面仍然是空白。有观点认为,配偶对一方个人财产在婚后的孳息及增值是否作出了贡献,应作为一种判断标准,如果配偶一方对该财产投入时间和精力进行经营管理的,所产生的收益认定为夫妻共同财产比较公平。但《解释三》公开征求意见后,多数观点认为,征求意见稿中的“贡献”一词不是法律用语,理解上也会产生歧义,是直接贡献还是间接贡献,是需要一定的贡献还是只要有贡献就行,审判实践中很难把握。

经过反复讨论斟酌,最后明确规定,夫妻一方个人财产在婚后产生的收益,除孳息和自然增值外,应认定为夫妻共同财产。您刚才问到的银行存款就

属于法定孳息，离婚时一方个人财产所得孳息，应认定为一方的个人财产。至于自然增值，比如一方婚前有一套房子价格为100万元，离婚时因市场因素涨到400万元，其中300万元就属于自然增值，离婚时还是一方的个人财产。

七、对已领取的结婚证效力提出异议的，当事人可向民政部门申请解决或提出行政诉讼

问：我们注意到，媒体曾报道女方使用假身份证与男方登记结婚，骗到钱后消失，男方起诉离婚被法院驳回，理由是没有明确的被告，男方岂不是陷入告状无门的尴尬？

答：审判实践中，常常有当事人以结婚登记中的瑕疵问题申请宣告婚姻无效或者起诉离婚，比如一方当事人未亲自到场办理结婚登记、借用或冒用他人身份证明进行登记、婚姻登记机关越权管辖、当事人提交的婚姻登记材料有瑕疵等，各地法院对此掌握不一，需要予以规范。

在结婚登记程序存在瑕疵时，如果同时欠缺了结婚的实质要件，在法律规定的情形内，可以被人民法院宣告无效，但对仅有程序瑕疵的结婚登记的法律效力，缺乏明确的法律规定。当事人以婚姻登记中的瑕疵问题申请宣告婚姻无效的，因《婚姻法》第十条关于婚姻无效的规定没有兜底条款，只要不符合婚姻无效的四种情形，法院就只能判决驳回当事人的申请。如果将符合结婚实质要件但结婚登记程序上有瑕疵的婚姻宣告为无效，不仅随意扩大了无效婚姻的范围，也不符合设立无效婚姻制度的立法本意。

在我国现行的法律框架下，结婚登记在性质上属于具体行政行为，即行政确认行为。当事人对已经领取的结婚证效力提出异议，不属于法院民事案件的审查范围，当事人可以向民政部门申请解决或提起行政诉讼。结婚登记瑕疵事件时有发生，当事人起诉要求宣告婚姻无效又不符合《婚姻法》第十条规定的无效婚姻情形，导致当事人因结婚登记瑕疵而无法实现离婚目的，故需要给当事人提供解决问题的途径，以便多渠道化解矛盾，解决纠纷。像您列举的使用假身份证登记结婚的案例，男方可以到民政部门申请解决或者到法院提起行政诉讼，请求撤销结婚登记。

八、亲子关系诉讼中一方当事人拒绝鉴定推定另一方主张成立

问：随着经济发展的日新月异，国人的价值观念也发生了很大变化，离婚率在不断攀升，夫妻之间的信任度也难免降低，法院受理的否认婚生子女或请求确认亲子关系的纠纷越来越多。在审判实践中，有的当事人拒不配合法院做亲子鉴定，请问有什么解决办法吗？

答：这次公布的《解释三》专门规定了这个问题，即如果当事人拒绝做亲

子鉴定应如何处理的问题。亲子关系诉讼属于身份关系诉讼,主要包括否认婚生子女和认领非婚生子女的诉讼,即否认法律上的亲子关系或承认事实上的亲子关系。亲子关系诉讼中直接证据的缺乏和亲子关系证明责任的高标准,使得亲子鉴定成为认定或否定亲子关系的关键性证据。现代生物医学技术的发展,使得DNA鉴定技术被广泛用于子女与父母尤其是与父亲的血缘关系的证明。亲子鉴定技术简便易行,准确率较高,在诉讼中起到了极为重要的作用,全世界已经有一百二十多个国家和地区采用DNA技术直接作为判案的依据。但如果当事人拒绝做亲子鉴定,能否进行强制?审判实践中法院往往很难定夺。

从国外的亲子鉴定法律规定来看,通常有两种形式的强制方法。一种是直接强制鉴定,如德国规定,拒绝受检者不仅要负担因拒绝所生费用,并科处罚金;应受检查者无正当理由,一再拒绝受检时,法院得加以强制,可对其强制抽血;另一种是间接强制鉴定,是在获取亲子关系事实真相和保护当事人隐私权、人格权之间作出的平衡。如英国、美国、法国等规定相对人无正当理由拒绝配合法院命令进行亲子鉴定时,法院得依其拒绝之情事,推认不利于相对人的事实。“他山之玉,可以攻石”,借鉴国外有关亲子鉴定的做法,同时根据审判实践中的裁判经验,这次司法解释对亲子鉴定问题进行了明确规定。

由于亲子鉴定事关重大,涉及夫妻双方、子女和他人的人身关系和财产关系,请求确认或否认亲子关系的一方要承担与其诉讼请求相适应的举证责任。如果过分强调请求一方的证明责任,势必使请求人的实体权利难以得到保护;但如果忽略请求一方的证明责任,则可能导致权利滥用,不利于家庭关系的稳定和当事人隐私的保护。

在处理有关亲子关系纠纷时,如果一方提供的证据能够形成合理的证据链条证明当事人之间可能存在或不存在亲子关系,另一方没有相反的证据又坚决不同意做亲子鉴定的,人民法院可以按照最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第七十五条的规定作出处理,即可以推定请求否认亲子关系一方或者请求确认亲子关系一方的主张成立,而不配合法院进行亲子鉴定的一方要承担败诉的法律后果。

九、无民事行为能力人的配偶有虐待、遗弃等行为的,其他有监护资格的人可以要求变更监护关系;变更后的监护人可以代理无民事行为能力一方提起离婚诉讼

问:如果一方是精神病人或者植物人,他人可以代理其作为原告起诉离婚吗?

答:在以往的审判实践中,无民事行为能力人一般在离婚诉讼中都是被告。现在有时会遇到无民事行为能力人的配偶一方出于继承或占用财产的目的,既不提出离婚也不履行法定的夫妻扶养义务,甚至擅自变卖夫妻共同财

www.docsriver.com 商家巨力电子书
产，对无民事行为能力一方实施家庭暴力或虐待、遗弃等，严重侵害了无民事行为能力人的合法权益。如果一概不允许其作为原告提起离婚之诉，可能会出现合法婚姻的幌子下肆意侵害无民事行为能力人权益的情况。

《民法通则》第六十三条第三款规定：“依照法律规定或者按照双方当事人约定，应当由本人实施的民事法律行为，不得代理。”婚姻关系属于身份关系，结婚、离婚均需当事人本人自愿作出意思表示，而不能由他人代理实施。但我们认为，现行法律规定婚姻等身份行为不能代理，应该理解为只适用于精神正常或意识清醒的人，而不适用于无民事行为能力人，因其客观上不能正确表达意识或完全没有意识，对自己的行为无法作出适当的选择。

《婚姻登记条例》第十二条规定：“办理离婚登记的当事人属于无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的，婚姻登记机关不予受理。”也就是说，无民事行为能力人的离婚，不能通过行政程序协议离婚，只能通过诉讼程序解决，但现行法律和司法解释对无民事行为能力人是否可以作为原告由他人代理提起离婚之诉没有作出明确规定，缺乏相应的救济途径。

是否准许无民事行为能力人的代理人代其提起离婚诉讼，有关国家的规定可供我们借鉴。如《俄罗斯联邦家庭法典》第16条规定：“婚姻可以根据一方或双方申请离婚的方式终止，也可根据被法院确认为无民事行为能力一方的监护人的申请而终止。”《法国民法典》第249条规定：“如离婚申请应当以受监护的成年人的名义提出，此项申请，由监护人听取医生的意见并经亲属会议批准后提交。”

经过广泛征求意见，《解释三》对无民事行为能力人诉讼离婚的问题进行了规定，即“无民事行为能力人的配偶有虐待、遗弃等严重损害无民事行为能力一方的人身权利或者财产权益行为，其他有监护资格的人可以依照特别程序要求变更监护关系；变更后的监护人代理无民事行为能力一方提起离婚诉讼的，人民法院应予受理”。

十、一方未经另一方同意出售夫妻共同共有房屋，第三人善意取得后，另一方主张追回该房屋的，人民法院不予支持；夫妻一方擅自处分共同共有的房屋造成另一方损失，离婚时另一方可以请求赔偿损失

问：经常从媒体报道上看见这样的纠纷，如丈夫瞒着妻子将夫妻共同所有的房产卖给第三人，如果已经办理房产过户手续，请问应保护无辜配偶的利益还是保护第三人的利益？

答：这个问题确实比较棘手，既关系到夫妻财产制度的落实和《婚姻法》对夫妻双方利益的保护，也关系到交易秩序的稳定和安全，关键在于如何平衡无辜配偶一方与第三人之间的利益。近年来房产交易日趋频繁，纠纷也日益增多。当夫妻一方与第三人发生不动产权交易时，该不动产登记在夫妻一方

名下但实际属于夫妻共同财产。如果第三人尽到了必要的审查与注意义务，支付合理的房屋价款且已经办理变更登记手续，为了保护交易安全，根据善意取得制度，第三人可以取得不动产权。《物权法》第一百零六条规定：“无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的，所有权人有权追回；除法律另有规定外，符合下列情形的，受让人取得该不动产或者动产的所有权：（一）受让人受让该不动产或者动产时是善意的；（二）以合理的价格转让；（三）转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记，不需要登记的已经交付给受让人。”以上规定的三个构成要件是满足善意取得的前提。就第三人而言，要求其在房产交易中审查出卖人是否有配偶、处分的财产是否属于夫妻共同财产是不现实的，也不利于财产流转。基于不动产登记的公示公信力，从社会诚信以及保护善意第三人的角度考虑，对配偶一方以不知情、不同意为由主张返还房屋的诉讼请求不予支持。

也有专家建议规定除外情形，即房屋属于家庭生活唯一居住用房的除外。因生存是第一要素，夫妻一方擅自将家庭仅有的一套房屋出售，如果支持善意第三人的主张，会出现另一方无家可归的情况。

从公开征求意见反馈的情况来看，多数意见认为，征求意见稿中的除外条款实际上否定了《物权法》第一百零六条的规定，原则上这种例外条款不应允许。如果善意第三人付出家庭全部积蓄购入的房屋也是其家庭唯一生活住房，如何平衡二者之间的利益？另外，民事执行程序中已经规定，对于唯一住房不予执行，这就已经考虑到了生存权、居住问题，没必要在婚姻法解释中再专门规定；在房价高涨的现实情况下，担心这个条款可能会被卖房反悔的人利用，这样不利于保护交易安全和善意第三人的合法权益。

经反复论证后我们采纳了多数人的意见，但同时规定了配偶一方的赔偿请求权，即“一方未经另一方同意出售夫妻共同所有的房屋，第三人善意购买、支付合理对价并办理产权登记手续，另一方主张追回该房屋的，人民法院不予支持；夫妻一方擅自处分共同所有的房屋造成另一方损失，离婚时另一方请求赔偿损失的，人民法院应予支持”。

最高人民法院
关于审理涉及夫妻债务纠纷
案件适用法律有关问题的解释

法释〔2018〕2号

（2018年1月8日最高人民法院审判委员会
第1731次会议通过 2018年1月16日最高人民
法院公告公布 自2018年1月18日起施行）

为正确审理涉及夫妻债务纠纷案件，平等保护各方当事人合法权益，根据《中华人民共和国民法总则》《中华人民共和国婚姻法》《中华人民共和国合同法》《中华人民共和国民事诉讼法》等法律规定，制定本解释。

第一条 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。

第二条 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，债权人以属于夫妻共同债务为由主张权利的，人民法院应予支持。

第三条 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，债权人以属于夫妻共同债务为由主张权利的，人民法院不予支持，但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。

第四条 本解释自2018年1月18日起施行。

本解释施行后，最高人民法院此前作出的相关司法解释与本解释相抵触的，以本解释为准。

【解 读】

解读《关于审理涉及夫妻债务纠纷案件
适用法律有关问题的解释》

2018年1月16日，最高人民法院公布《关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》（法释〔2018〕2号，以下简称《解释》），自2018

年1月18日起施行。《解释》的公布施行，对于明确夫妻共同债务的认定标准，平衡保护债权人利益和夫妻特别是未举债一方利益，维护家庭和谐稳定，规范形成良好的交易秩序和社会秩序，将发挥重要作用。为便于司法实践中正确理解和适用，现就《解释》的制定背景与经过、起草中坚持的基本原则和主要内容等介绍如下。

一、《解释》的制定背景与经过

夫妻共同债务的认定，不仅与夫妻双方的财产权利息息相关，也影响债权人利益和交易安全，因此历来受到最高人民法院的高度重视。多年来，最高人民法院通过制定司法解释、司法政策和发布指导案例等多种形式，逐步构建起了认定夫妻共同债务的裁判规则。

2001年修订的婚姻法共51个条文，涉及夫妻债务的只有两个条文。该法第十九条第三款规定：“夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有的；夫或妻一方对外所负的债务，第三人知道该约定的，以夫或妻一方所有的财产清偿。”第四十一条规定：“离婚时，原为夫妻共同生活所负的债务，应当共同偿还。共同财产不足清偿的，或财产归各自所有的，由双方协议清偿；协议不成时，由人民法院判决。”上述两个条文虽然对分别财产制下特定债务和离婚时如何偿还债务问题作了规定，但从整体上看，婚姻法对夫妻债务认定标准问题规定的不够明确具体，理论界和实务界对如何确定夫妻共同债务问题一直存有不同理解。为解决审判实践中存在的问题，指导人民法院依法妥善审理涉及夫妻债务纠纷案件，基于婚姻法第十九条第三款规定以及婚姻法第四十一条删除了1980年婚姻法第三十二条中有关“男女一方单独所负债务，由本人偿还”的内容，结合审判实践中反映较多的一些夫妻“假离婚、真逃债”的实际情况，最高人民法院在对债权人利益和夫妻另一方利益衡量后，根据婚姻法规定的原则和精神，于2003年12月4日经最高人民法院审判委员会第1299次会议讨论通过了《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》，自2004年4月1日起施行。该解释的第24条（以下简称第24条）明确了夫妻共同债务认定的裁量标准。随后的司法实践表明，这一规定有效遏制了当时存在的一些夫妻恶意逃债损害债权人利益的现象，较好地维护了市场交易安全。

十多年来特别是近年来，随着经济社会的发展，我国城乡居民家庭财产结构、类型、数量、形态以及理财模式等发生了巨大变化，社会公众的婚姻家庭观念和家庭教育渠道也日趋多元化。许多家庭的财富因此快速增长，同时因投资而产生债务的风险也在不断放大。各级人民法院以及妇联等组织经常接到反映或者投诉，也出现了夫妻一方与债权人恶意串通损害夫妻另一方权益，而人民法院适用第24条判令未举债一方配偶共同承担虚假债务、非法债务的极端

www.docsriver.com 商家巨力电子书

案例。为及时有效地解决这一问题，最高人民法院在2017年2月28日出台了《婚姻法司法解释（二）的补充规定（以下简称补充规定）》和《关于依法妥善审理涉及夫妻债务案件有关问题的通知（以下简称通知）》，进一步表明了人民法院对虚假债务、非法债务否定性评价的鲜明立场。根据各级妇联等相关组织和各级人民法院的反馈，补充规定和通知出台后，在司法实践中起到了积极作用，但是有关夫妻共同债务认定标准、举证证明责任等方面的问题仍然没有得到全面解决。

近年来因民间借贷案件高发，有关夫妻债务的认定出现了一系列新情况新问题。有观点认为，第24条对于夫妻共同债务的认定标准较宽，两种除外情形在实践中又较为少见，因此夫妻一方以个人名义举债的，通常都会被认定为夫妻共同债务。因配偶一方超出家庭日常生活需要大额举债，造成配偶另一方在毫不知情的情况下背上沉重债务负担的问题日益凸显，人民群众呼吁进一步规范和细化夫妻共同债务认定标准的呼声也日益强烈。很多妇联组织、婚姻法学界专家学者也纷纷呼吁，希望最高人民法院尽快细化完善夫妻债务司法解释，合理分配举证证明责任，平衡保护债权人利益和未举债夫妻一方利益。

早在2014年，最高人民法院民一庭作出〔2014〕民一他字第10号答复（答复江苏高院），明确了如果举债人的配偶举证证明所借债务并非用于夫妻共同生活，则其不承担偿还责任。其后于2015年作出〔2015〕民一他字第9号答复（答复福建高院），明确了夫妻一方对外担保之债不应当适用第24条的规定认定为夫妻共同债务。以上答复旨在指导地方各级人民法院准确适用法律和司法解释，避免简单机械适用第24条，在一定程度上解决了司法实践中认定夫妻债务的突出问题。但答复的效力层级较低，需要进一步提炼上升为司法解释。

基于上述情况，为确保《解释》兼收并蓄、切实稳妥，最高人民法院认真总结审判实践经验，结合近年来办理全国人大代表建议和全国政协委员提案答复工作，开展了大量前期调查研究。2017年2月、11月和2018年1月，最高人民法院与全国妇联召开三次座谈会，就夫妻债务的司法认定交换意见；2017年3月至7月，与全国妇联联合邀请婚姻法专家学者、全国人大代表、全国政协委员等组成联合调研组，分赴北京、山东、江苏、浙江、福建、安徽、广东、湖南等8省市进行专题调研，认真听取部分全国人大代表、全国政协委员、专家学者、妇联组织、民政部门、各级法院法官、律师以及案件当事人意见；2017年2月、6月、8月、11月和2018年1月，与全国人大常委会法工委多次交流，就制定夫妻债务司法解释充分沟通；2018年1月，征求检察机关、中国婚姻法学研究会、部分民法学专家学者意见。在各有关部门、社会团体组织、专家学者等达成基本共识的基础上，制定出台了《解释》。《解释》着力解决司法实践中的突出问题，积极回应社会关切，进一步细化和完善夫妻共

同债务认定标准,合理分配举证证明责任,引导民事商事主体规范交易行为,加强事前风险防范,平衡保护各方当事人的合法权益,满足人民群众的司法需求。

二、《解释》坚持的基本原则

在《解释》的起草过程中,主要坚持了以下基本原则:

一是依法解释原则。根据立法法第一百零四条和最高人民法院关于制定司法解释的有关规定,严格按照民法总则、婚姻法、合同法、民事诉讼法等法律规定,坚持在法律赋予的司法解释权限范围内,对人民法院审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题作出解释。

二是问题导向原则。适应新形势、面对新情况、解决新问题。注重司法解释的实效性,聚焦社会关切,集中就司法实践中迫切需要解决的突出问题,从司法裁判权行使的角度,对有关法律规定的理解适用进行细化完善,进一步合理分配举证证明责任,明确夫妻共同债务的司法认定标准。目前,民法典分则正在加紧制定过程中,包括夫妻债务在内的夫妻财产制问题作为婚姻家庭编中的重要内容,必然也是立法高度关注和着力解决的问题。故《解释》没有就夫妻共同债务作出新的全面系统规定,而是根据现行法律规定和原则精神,在既有法律框架内和现行司法解释基础上,聚焦人民群众反映最强烈的问题,本着密织法网、查缺堵漏的原则,对夫妻共同债务的推定、排除以及举证证明责任分配等问题进行细化和完善,最大限度地防止极端案例的发生。

三是平等保护原则。债权人的债权和夫妻一方的财产所有权,均属于法律保护范畴。人民法院审理涉及夫妻债务纠纷案件,既要依法保护善意债权人的合法权益,又要依法保护夫妻特别是未举债夫妻一方的合法权益,防范夫妻双方串通损害债权人利益和夫妻一方与债权人串通损害夫妻另一方利益这两个风险朝极端化发展。易言之,就是既不能让夫妻一方承担不应该承担的债务,也不能让本该承担债务的夫妻一方逃避责任。通过举证证明责任的合理分配方式,取得二者之间的“最大公约数”,平衡保护各方当事人利益。

三、《解释》的主要内容

《解释》结合当前认定夫妻债务司法实践中反映最突出的问题,依照民法总则、婚姻法、合同法、民事诉讼法等法律规定,对夫妻共同债务的认定标准作了明确规定。《解释》共4个条文,主要包括共同意思表示的夫妻共同债务、为家庭日常生活需要的夫妻共同债务、债权人能够证明的夫妻共同债务等内容,可以归纳为以下5方面的法律适用问题:

(一) 强调基于共同意思表示所负债务为夫妻共同债务

多个民事主体共同签字等共同意思表示形成的债务系共同债务,所谓“共

www.docsriver.com 商家巨力电子书

签共债”，在合同法框架内是应有之义，不存在任何争议。但是，在我国夫妻共同财产制下，涉及夫妻共同债务认定中争议的主要问题是，夫妻一方具名所负债务，在未经另一方签字、追认等同意情况下，能否认定为夫妻共同债务。一种观点认为，在夫妻财产共有制下，因夫妻所得的财产属于双方共有，根据权利义务对等原则，一方具名所负债务原则上应当认定为夫妻共同债务。另一种观点则认为，根据民法总则、合同法规定的意思自治原则、责任自负原则以及婚姻法规定的夫妻地位平等原则，男女结婚后不能否定夫妻双方的独立人格和独立民事主体地位，即使婚后夫妻财产共有，一方所负债务特别是超出了家庭日常生活需要所负的大额债务，也应当与另一方取得一致意见，或者用于夫妻共同生活，否则不能认定为夫妻共同债务。两种观点集中反映了债权人利益和未举债夫妻一方利益之间的冲突。

我们认为，缔结婚姻后夫妻各自仍然保有独立的人格，具有独立的意志。夫妻作为平等的主体，在婚姻关系存续期间，均有权知悉涉及婚姻家庭利益以及共同财产、共同债务的重要信息，在此前提下夫妻双方对共同财产、共同债务行使平等处理权，这是夫妻共同财产制下双方地位平等、享有平等处理权的应有之义。夫妻一方的知情权、同意权和决定权，关系到地位平等、意思自治等基本法律原则和公民基本财产权利人格权利，应当优先保护。此外，如果所负债务用于夫妻共同生活，即使是夫妻一方个人举债，也应当认定为夫妻共同债务。“共签的债务”与用于夫妻共同生活的债务均认定为夫妻共同债务，符合婚姻法夫妻共同财产制的规定，也充分体现夫妻财产权利义务一致的基本原则。虽然强调“共债共签”可能会使得交易效率受到一定影响，但适当增加交易成本不仅有利于保障未举债夫妻一方的知情权、同意权和决定权，有利于保障交易安全，还可以减少事后纷争，从根本上提高交易效率，故“共债共签”原则与交易效率本质上并不矛盾。这里所称的“共债共签”与前述“共签共债”都只是借用当前社会上的形象说法，《解释》所强调的是夫妻一方在形成夫妻共同债务时应当尊重另一方的知情权、同意权和决定权，不应简单机械地仅从字面上理解为夫妻共同债务都需要夫妻共同签字。

《解释》第1条规定：“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。”该规定系根据民法总则、婚姻法和合同法的相关规定，按照夫妻地位平等原则、合同相对性原则和订立合同的基本要求制定，从夫妻共同债务的形成角度，明确和强调了夫妻双方共同签字或者夫妻一方事后追认以及其他共同意思表示形式（如电话、短信、微信、邮件等）所负的债务，应认定为夫妻共同债务的基本原则。规定既充分尊重了民事商事法律确定的一般交易规则，又对夫妻之间特殊的身份关系给予了充分关注。夫妻虽然存在紧密的身份联系，以及由于共同生活而在法律规定的家庭日常生活范围内享有互相代理的权限，但双方作为独立的民事主体地位，

并不因婚姻的缔结而丧失。该规定进一步细化和完善了第 24 条规定的夫妻共同债务认定标准。

作为《解释》的开篇规定,强调夫妻共同债务形成时的“共债共签”原则,具有引导民事商事主体主动规范交易行为、加强风险防范的深刻用意。这种制度安排,一方面,可以从债务形成源头上尽可能杜绝夫妻一方“被负债”现象发生,另一方面,也可以有效避免债权人因事后无法举证证明债务属于夫妻共同债务而遭受不必要的损失,对于保障交易安全和夫妻一方合法权益,都具有积极意义。实践中,很多商业银行在办理贷款业务时,对已婚者一般都要求夫妻双方共同到场签字;一方确有特殊原因无法亲自到场,也必须提交经过公证的授权委托书,否则不予贷款,这种操作方式最大限度地降低了债务不能清偿的风险,保障了债权人的合法权益,也不会造成对夫妻一方权益的损害。《解释》第 1 条规定在现行婚姻法规定范围内,实现了债权人合法权益保护和夫妻一方合法权益保护的双赢,体现了二者权利保护的“最大公约数”,实现了婚姻法夫妻财产共有制和合同法合同相对性原则的有机衔接。

(二) 家庭日常生活需要的范围

通常所说的家庭日常生活,学理上称之为日常家事。我国民法学界、婚姻法学界主流观点认为,婚姻为夫妻生活之共同体,在处理日常家庭事务范围内,夫妻互为代理人,享有家事代理权,这是婚姻的当然效力,夫妻因配偶身份关系的确立而依法当然享有此代理权。这种代理是基于法律的直接规定,而非当事人的约定,因而具有不同于一般委托代理的当然性和法律强制性。为保护债权人利益,夫妻因日常家事与第三人交往所为法律行为,视为夫妻共同的意思表示,并由夫妻另一方承担连带责任。

我国婚姻法虽然没有明确规定日常家事代理制度,但从相关条文中可以得出家庭日常生活范围内夫妻互为代理人的结论。婚姻法第十七条第二款规定:“夫妻对共同所有的财产,有平等的处理权”。这里所指的平等处理权既包括对积极财产的处理,也包括对消极财产即债务的处理。婚姻法司法解释(一)第 17 条规定:“夫或妻在处理夫妻共同财产上的权利是平等的。因日常生活需要而处理夫妻共同财产的,任何一方均有权决定。”该规定涵盖了夫妻日常家事代理权的实质内容。因此,在夫妻未约定分别财产制或者虽约定但债权人不知道的情况下,夫妻一方以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务,应当认定为夫妻共同债务。

《解释》第 2 条规定:“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,债权人以属于夫妻共同债务为由主张权利的,人民法院应予支持。”该条系根据上述法律、司法解释规定,并参考学理通说作出的规定,表明在夫妻双方对婚姻关系存续期间所得财产未约定归各自所有,或者虽有约定但债权人不知道该约定的情况下,夫妻一方以个人名义为家庭日常生

活需要所负的债务，都应认定为夫妻共同债务。

国家统计局有关统计资料显示，我国城镇居民家庭消费种类主要分为八大类，分别是食品、衣着、家庭设备用品及维修服务、医疗保健、交通通信、文娱教育及服务、居住、其他商品和服务。鉴于我国东、中、西部经济发展不平衡，城乡差异巨大，家庭日常生活的范围在不同地区、不同家庭有很大差异，目前还难以确定一个统一的具体标准。

对家庭日常生活的范围，我们认为，可以参考上述八大类家庭消费的分类，根据夫妻共同生活的状态（如双方的职业、身份、资产、收入、兴趣、家庭人数等）和当地一般社会生活习惯予以认定。需要强调的是，家庭日常生活需要的支出是指通常情况下必要的家庭日常消费，主要包括正常的衣食消费、日用品购买、子女抚养教育、老人赡养等各项费用，是维系一个家庭正常生活所必需的开支，立足点在于“必要”。农村承包经营户有其特殊性，农村承包经营户一般以家庭为单位，家庭日常生活与承包经营行为经常交织在一起，二者难以严格区分，故根据当地一般标准判断为正常承包经营所负的债务，也可以认定为家庭日常生活需要所负债务；当然，如果为承包经营所负的债务数额较大，超出了当地一般家庭生活需要的范围，则仍然需要由债权人举证证明该债务用于夫妻共同生产经营。需要指出的是，随着我国经济社会和人们家庭观念、家庭生活方式的不断发展变化，在认定是否属于家庭日常生活需要支出时，也要随着社会的发展变化而不断变化。

（三）夫妻共同生活、共同生产经营的范围

婚姻法第四十一条规定：“离婚时，原为夫妻共同生活所负的债务，应当共同偿还。共同财产不足清偿的，或财产归各自所有的，由双方协议清偿；协议不成时，由人民法院判决。”根据该条规定，认定夫妻共同债务的标准除了夫妻共同意思表示和为家庭日常生活需要所负债务，还有一类情形属于夫妻共同债务，即只要为夫妻共同生活所负债务，不论是夫妻双方共同举债还是一方个人举债，都应当认定为夫妻共同债务。这里所指的夫妻共同生活，不仅包括夫妻家庭生活消费，也包括夫妻共同生产经营支出。据此，《解释》第3条规定：“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，债权人以属于夫妻共同债务为由主张权利的，人民法院不予支持，但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。”

关于夫妻共同生活的范围。随着我国经济社会的发展，城乡居民家庭财产结构、类型、数量、形态以及理财模式等发生了很大变化，人们的生活水平不断提高，生活消费日趋多元，很多夫妻的共同生活支出不再局限于以前传统的家庭日常生活消费开支，还包括大量超出家庭日常生活范围的支出。这些支出系夫妻双方共同消费支配，或者用于形成夫妻共同财产，或者基于夫妻共同利

益管理共同财产产生的支出,性质上均属于夫妻共同生活的范围。夫妻共同生活包括但不限于家庭日常生活,《解释》第3条所指的需要债权人举证证明的夫妻共同生活的范围,指的就是超出家庭日常生活需要的部分。

关于夫妻共同生产经营的范围。夫妻共同生产经营的情形非常复杂,主要是指由夫妻双方共同决定生产经营事项,或者虽由一方决定但另一方进行了授权的情形。判断生产经营活动是否属于夫妻共同生产经营,要根据经营活动的性质以及夫妻双方在其中的地位作用等综合认定。夫妻从事商业活动,视情适用公司法、合同法、合伙企业法等法律及司法解释的规定。夫妻共同生产经营所负的债务一般包括双方共同从事工商业、共同投资以及购买生产资料等所负的债务。在征求意见过程中,对于《解释》第3条涉及的问题如何规定,存在不同观点。第一种观点认为,根据民事诉讼法及其司法解释有关“谁主张、谁举证”的规定,对于夫妻一方以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务,债权人主张该债务为夫妻共同债务的,应当由其举证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。另一种观点认为,参照合同法有关表见代理的规定,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,如果债权人有理由相信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,应当认定为夫妻共同债务。讨论过程中,多数意见赞成第一种观点,理由是:根据合同相对性原则,强调债权人的举证证明责任,能够促进债权人尽到谨慎注意义务,引导相关主体对于大额债权债务实行“共债共签”,体现从源头控制纠纷、更加注重交易安全的价值取向,也有利于强化公众的市场风险意识,从而平衡保护债权人和未举债夫妻一方的利益。而采用“有理由相信”的表述方式,不仅司法实践中不容易把握,也不利于保护未举债夫妻一方的利益。《解释》第3条最终采纳了多数人的意见。

(四) 举证证明责任的分配

根据民事诉讼法第六十四条第一款“当事人对自己提出的主张,有责任提供证据”的规定,以及民事诉讼法司法解释第90条“当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实,应当提供证据加以证明”的规定,对于《解释》第1条规定的夫妻共同意思表示,举证证明责任在债权人。夫妻双方共同签字的借款合同、借据,以及夫妻一方事后追认或者电话、短信、微信、邮件等其他体现共同举债意思表示的有关证据,都是债权人用以证明债务系夫妻共同债务的有力证据。

对于《解释》第2条规定的夫妻一方为家庭日常生活所负的债务,原则上应当推定为夫妻共同债务,债权人只需要举证证明债权债务关系存在、债务符合当地一般认为的家庭日常生活范围即可,不需要举证证明该债务用于家庭生活。如果举债人的配偶一方反驳认为不属于夫妻共同债务的,则由其举证

www.docsriver.com 商家巨力电子书

证明所负债务并非用于夫妻共同生活。为家庭日常生活形成债务的举证证明责任分配，符合婚姻法关于夫妻地位平等和对共同财产有平等处理权的规定，大大减轻了债权人举证证明责任，有效保护了债权人合法权益。

当夫妻一方以个人名义对外所负的债务，尤其是数额较大的债务，超出了家庭日常生活所需的范围时，认定该债务是否属于夫妻共同债务的标准，是债权人能否证明债务用于夫妻共同生活或者共同生产经营，或者债务的负担系基于夫妻双方共同的意思表示；如果债权人不能证明的，则不能认定为夫妻共同债务。该规定通过合理分配举证证明责任，有效平衡了债权人和债务人配偶的利益保护。这条规定也与《解释》第1条相呼应，从合同相对性原则出发，强调在夫妻一方具名举债的情况下，当债务超出家庭日常生活需要范围时，尤其是大额债务，债权人主张该债务属于夫妻共同债务的，应当承担举证证明责任，以此引导债权人在债务形成时尽到充分的谨慎注意义务。区分是否属于家庭日常生活范围形成债务的不同举证证明责任的分配规则，可以有效解决目前争议突出的债权人权益保护和未举债夫妻一方权益保护的平衡问题。

（五）《解释》的适用范围

《解释》第4条规定：“本解释自2018年1月18日起施行。本解释施行后，最高人民法院此前作出的相关司法解释与本解释相抵触的，以本解释为准。”《解释》系针对社会关切的夫妻共同债务认定标准问题作出的细化和完善，这里所指的“最高人民法院此前作出的相关司法解释与本解释相抵触的”内容，主要是指有关夫妻共同债务认定标准的其他司法解释内容与《解释》规定不一致的，自2018年1月18日起不再适用。对于与《解释》不抵触的有关认定夫妻债务的司法解释，则继续适用。

对于《解释》施行前，经审查甄别确属认定事实不清、适用法律错误、结果明显不公的案件，人民法院将本着对人民群众高度负责的态度，秉持实事求是、有错必纠的原则，以事实为依据，以法律为准绳，依法予以纠正，努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义。

四、适用《解释》应当注意的问题

（一）《解释》与相关法律、司法解释的配套适用

司法解释只是解决法律规定不明确、不具体的问题，既不能替代立法，也不能重复立法内容，更不能与法律相抵触。因《解释》仅聚焦群众反映最强烈的问题，对夫妻共同债务的推定、排除以及举证证明责任分配等问题进行细化和完善，没有就夫妻共同债务作出新的全面系统规定，故对于法律或者其他司法解释已经明确规定的有关夫妻债务问题，此次都没有涉及。《解释》对夫妻债务的规定，应当与法律和其他司法解释的有关规定配套适用。

比如个体工商户和农村承包经营户的债务性质认定十分重要，也很复杂。

截至2017年底,我国共有6579万家个体工商户、23000万农村承包经营户,所涉人口数量庞大。民法通则第二十九条规定:“个体工商户、农村承包经营户的债务,个人经营的,以个人财产承担;家庭经营的,以家庭财产承担。”民法总则第五十六条规定:“个体工商户的债务,个人经营的,以个人财产承担;家庭经营的,以家庭财产承担;无法区分的,以家庭财产承担。农村承包经营户的债务,以从事农村土地承包经营的农户财产承担;事实上由农户部分成员经营的,以该部分成员的财产承担。”对于上述“两户”对外所负债务的性质及承担,应当根据案件情况,分别按照民法通则或者民法总则的规定进行认定。要根据民法通则或者民法总则的规定,在区分个体工商户属于个人经营还是家庭经营,以及农村承包经营户属于农户全体成员经营还是农户部分成员经营的基础上,再来判断相应的债务属于夫妻共同债务还是个人债务。

再比如婚姻法第十九条第三款规定:“夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有的,夫或妻一方对外所负的债务,第三人知道该约定的,以夫或妻一方所有的财产清偿。”第24条第1款第二句将此作为认定夫妻共同债务的除外情形,司法实践中没有发现理解适用不当的问题,故《解释》应当在婚姻法规定之下适用,即在符合婚姻法第十九条第三款规定的情形下,夫妻一方个人举债均应当认定为夫妻个人债务,只有在夫妻财产共有制或者虽然夫妻约定财产分别制但第三人不知道约定的情形下,才适用《解释》的规定。

又比如婚姻法司法解释(二)第24条的补充条款以及第25条、第26条规定,都是对夫妻债务认定作出的规定,与《解释》规定并不冲突,并且互为补充,司法实践中应当配套适用。

《解释》施行后,诸如上述《解释》未涉及的个体工商户和农村承包经营户的债务性质认定、夫妻债务认定、防范夫妻双方恶意串通逃债损害债权人利益等问题,应当按照法律和其他司法解释的规定处理。

(二) 法律制度对夫妻双方串通损害债权人利益以及夫妻一方与债权人串通损害另一方利益两种风险的防范

防范夫妻双方串通损害债权人利益的风险,法律和司法解释有明确规定。对于夫妻个人债务,合同法第五十二条、第七十四条规定,在夫妻双方对财产的约定、转让或者离婚时对财产的分割明显不利于举债一方,导致举债一方无力偿还债务的情况下,债权人可以向人民法院主张该夫妻约定无效或者予以撤销。对于夫妻共同债务,《解释》细化完善了夫妻共同债务的认定标准;婚姻法司法解释(二)第25条、第26条规定,当事人离婚时对夫妻财产进行分割或者夫妻一方死亡的,债权人仍有权就夫妻共同债务向男女双方或者生存一方主张权利。以上法律和司法解释密织第一张法网,防范了夫妻双方串通损害债权人利益的风险,保护了善意债权人的合法权益。

防范夫妻一方与债权人串通损害另一方利益的风险,法律和司法解释也有

www.docsriver.com 商家巨力电子书

明确规定。婚姻法第十三条、第十七条第二款规定，夫妻在家庭中地位平等，对于共同所有的财产有平等的处理权，表明对于处分共同财产包括较大数额举债等重大事项，夫妻应当共同决定。最高人民法院2017年2月28日发布的补充规定，明确虚假债务和非法债务不受保护；又向全国法院发出通知，强调审理涉及夫妻债务案件要坚持法治和德治相结合原则、保障未具名举债夫妻一方的诉讼权利、审查夫妻债务是否真实发生、区分合法债务和非法债务、把握不同阶段夫妻债务的认定标准、保护被执行夫妻双方基本生存权益不受影响、制裁夫妻一方与第三人串通伪造债务的虚假诉讼等7个要求；对于司法实践中甄别和排除非法债务、虚假债务具有重要意义。在补充规定和通知的基础上，《解释》进一步明确了夫妻共同债务的范围，并合理分配举证证明责任。以上法律和司法解释、司法政策密织第二张法网，防范了夫妻一方串通债权人损害另一方利益的风险，更最大限度地降低了夫妻一方在不知情、未受益的情况下“被负债”的风险，保障了未举债夫妻一方的知情权、同意权和决定权。

司法实践中，审理涉及夫妻债务纠纷案件，要注意防止两种倾向：一是过分保护债权人利益，对举债一方与债权人恶意串通、虚假诉讼等行为未能及时甄别，或者忽视了未举债夫妻一方的知情权、同意权和决定权，从而损害未举债夫妻一方的利益，危及家庭稳定；二是过分保护夫妻双方的利益，对夫妻恶意串通、故意规避债务的行为未能及时制裁，从而损害债权人的利益，危及交易安全。要注意夫妻之间身份关系的特殊性以及市场经济背景下债权人主张的合理性，平衡均等保护各方的利益。对于债权人一方而言，负有审慎注意义务。如果担心举债一方不能及时或者无力偿还所借债务，在债务形成时，就可以采取让举债一方的配偶共同签字的方式，来为债权的实现提供更好的保障。对于未举债的夫妻一方而言，因其与举债一方存在夫妻关系，从缔结婚姻关系那一刻起，夫妻之间即相互享有家事代理权，不需要一方的特别授权。也就是说，在家庭日常生活需要的范围内，配偶一方当然可以代表另一方处理家庭日常事务。但是，对于超出家庭日常生活需要的支出、较大数额的举债等，夫妻双方应当平等协商，取得一致意见，一方不得未经另一方同意擅自进行处分。债权人对方超出家庭日常生活需要的大额举债，需要承担举证证明责任，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，否则对债权人要求未举债配偶一方承担连带清偿责任的主张，人民法院不应予以支持。

（撰稿人：程新文 刘敏 方芳 沈丹丹）

【 链 接 】

妥善审理涉及夫妻债务纠纷案件 依法平等保护各方当事人合法权益

——最高人民法院民一庭负责人就《关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》答记者问

2018年1月16日，最高人民法院发布了《关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》（以下简称《解释》）。就《解释》发布的背景和主要内容，记者采访了最高人民法院民一庭负责人。

一、问：自2001年以来，最高人民法院就适用婚姻法相继出台了三部司法解释，为什么还要制定本《解释》？

答：2001年修订的婚姻法施行后，最高人民法院分别于2001年、2003年、2011年制定了三部婚姻法司法解释，总共82个条文，2017年2月针对婚姻法司法解释（二）第二十四条出台了补充规定。这些司法解释对涉及夫妻身份关系、财产关系适用法律若干问题作了规定。近年来，随着我国经济社会的快速发展，城乡居民家庭财产结构发生了很大变化，社会公众的婚姻家庭观念和家庭教育渠道也日趋多元，许多家庭的财富因此快速增长，因投资而产生债务的风险也在不断放大。现实生活中，夫妻双方串通“坑”债权人，或者夫妻一方与债权人串通“坑”另一方等典型案例时有发生。这些因素叠加投射到家庭生活中，使夫妻债务的认定成为非常复杂的问题，人民法院审理涉及夫妻债务案件难度随之加大。原有法律、司法解释虽然已经形成一套较为完整的体系，防范了夫妻双方串通损害债权人利益和夫妻一方与第三人串通损害另一方利益的风险，但有关夫妻共同债务认定标准、举证证明责任等方面的问题仍然没有得到根本解决，成为社会广泛关注的问题。

为着力解决司法实践中的突出问题，积极回应社会关切，满足广大人民群众的司法需求，最高人民法院认真总结审判实践经验，反复调研论证和广泛征求意见，制定出台了本《解释》。《解释》进一步细化和完善了夫妻共同债务认定标准，合理分配举证证明责任，引导民事商事主体规范交易行为，加强事前风险防范，平衡保护各方当事人的合法权益。

二、问：《解释》开宗明义强调夫妻共同债务形成时“共债共签”原则，目的和意义是什么？

www.docsriver.com商家巨力电子书

答：根据民法总则、合同法规定的意思自治原则以及婚姻法规定的夫妻地位平等原则，男女结婚后不能否定夫妻双方的独立人格和独立民事主体地位，即使婚后夫妻财产共有，一方所负债务特别是超出了家庭日常生活需要所负的大额债务，也应当与另一方取得一致意见，或者用于夫妻共同生活，否则不能认定为夫妻共同债务。

《解释》第一条开宗明义强调夫妻共同债务形成时的“共债共签”原则，明确和强调了夫妻双方共同签字或者夫妻一方事后追认以及以其他共同意思表示形式所负的债务，属于夫妻共同债务。这一规定意在引导债权人在形成债务尤其是大额债务时，为避免事后引发不必要的纷争，加强事前风险防范，尽可能要求夫妻共同签字。这种制度安排，一方面，有利于保障夫妻另一方的知情权和同意权，可以从债务形成源头上尽可能杜绝夫妻一方“被负债”现象发生；另一方面，也可以有效避免债权人因事后无法举证证明债务属于夫妻共同债务而遭受不必要的损失，对于保障交易安全和夫妻一方合法权益，具有积极意义。实践中，很多商业银行在办理贷款业务时，对已婚者一般都要求夫妻双方共同到场签字。一方确有特殊原因无法亲自到场，也必须提交经过公证的授权委托书，否则不予贷款，这种操作方式最大限度地降低了债务不能清偿的风险，保障了债权人的合法权益，也不会造成对夫妻一方权益的损害。“共债共签”原则实现了婚姻法夫妻财产共有制和合同法合同相对性原则的有机衔接。

虽然要求夫妻“共债共签”可能会使交易效率受到一定影响，但在债权债务关系形成时增加一定交易成本和夫妻一方的知情权同意权产生冲突时，因夫妻一方的知情权同意权，关系到地位平等、意思自治等基本法律原则和公民基本财产权利人格权利，故应优先考虑。事实上，适当增加交易成本不仅有利于保障交易安全，还可以减少事后纷争，从根本上提高交易效率。《解释》第一条规定在现行婚姻法规定范围内，实现了债权人合法权益保护和夫妻一方合法权益保护的双赢，体现了二者权利保护的“最大公约数”。

三、问：如何理解家庭日常生活需要所负债务？

答：通常所说的“家庭日常生活”，学理上称之为日常家事。我国民法学界、婚姻法学界通说认为，婚姻是夫妻生活的共同体，在处理家庭日常事务的范围内，夫妻互为代理人，这是婚姻的当然效力，属于法定代理。婚姻法虽然没有明确规定日常家事代理制度，但从相关条文中可以得出家庭日常生活范围内夫妻互为代理人的结论。婚姻法第十七条第二款规定：“夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权”。这里所指的平等处理权既包括对积极财产的处理，

也包括对消极财产即债务的处理。《婚姻法司法解释（一）》第十七条规定：“夫或妻在处理夫妻共同财产上的权利是平等的。因日常生活需要而处理夫妻共同财产的，任何一方均有权决定。”该规定涵盖了夫妻日常家事代理权的实质内容。因此，在夫妻未约定分别财产制或者虽约定但债权人不知道的情况下，夫妻一方以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务，应当认定为夫妻共同债务。

国家统计局有关统计资料显示，我国城镇居民家庭消费种类主要分为八大类，分别是食品、衣着、家庭设备用品及维修服务、医疗保健、交通通信、文娱教育及服务、居住、其他商品和服务。家庭日常生活的范围，可以参考上述八大类家庭消费，根据夫妻共同生活的状态（如双方的职业、身份、资产、收入、兴趣、家庭人数等）和当地一般社会生活习惯予以认定。但农村承包经营户有其特殊性，农村承包经营户一般以家庭为单位，家庭日常生活与承包经营行为经常交织在一起，二者难以严格区分，故为了正常的承包经营所负债务，可以认定为家庭日常生活需要所负债务。需要强调的是，家庭日常生活需要的支出是指通常情况下必要的家庭日常消费，主要包括正常的衣食消费、日用品购买、子女抚养教育、老人赡养等各项费用，是维系一个家庭正常生活所必需的开支。当然，随着我国经济社会和人们家庭观念、家庭生活方式的不断发展变化，在认定是否属于家庭日常生活需要支出时，也要随着社会的变化而变化。

四、问：如何理解家庭日常生活需要之外的夫妻共同债务？

答：随着我国经济社会的发展，城乡居民家庭财产结构、类型、数量、形态以及理财模式等发生了很大变化，人们的生活水平不断提高，生活消费日趋多元，很多夫妻的共同生活支出不再局限于以前传统的家庭日常生活消费开支，还包括大量超出家庭日常生活范围的支出，这些支出系夫妻双方共同消费支配，或者用于形成夫妻共同财产，或者基于夫妻共同利益管理共同财产产生的支出，性质上属于夫妻共同生活的范围。《解释》第三条中所称债权人需要举证证明“用于夫妻共同生活”的债务，就是指上述超出家庭日常生活范围的夫妻共同生活所负债务。

夫妻共同生产经营的情形更为复杂，主要是指由夫妻双方共同决定生产经营事项，或者虽由一方决定但另一方进行了授权的情形。判断生产经营活动是否属于夫妻共同生产经营，要根据经营活动的性质以及夫妻双方在其中地位作用等综合认定。夫妻从事商业活动，视情适用公司法、合同法、合伙企业法等法律及司法解释的规定。夫妻共同生产经营所负的债务一般包括双方共同从事工商业、共同投资以及购买生产资料等所负的债务。

五、问：涉及夫妻共同债务纠纷案件中的举证证明责任如何分配？

答：《解释》前三个条款虽然分别规定了共同意思表示所负的夫妻共同债务、家庭日常生活所负的夫妻共同债务、债权人能够证明的夫妻共同债务；但从举证证明责任分配的角度看，可以分为两类：一是家庭日常生活所负的共同债务；二是超出家庭日常生活所负的共同债务。对于前者，原则上推定为夫妻共同债务，债权人无需举证证明；如果举债人的配偶一方反驳认为不属于夫妻共同债务的，则由其举证证明所负债务并非用于家庭日常生活。对于后者，虽然债务形成于婚姻关系存续期间和夫妻共同财产制下，但一般情况下并不当然认定为夫妻共同债务；债权人主张属于夫妻共同债务的，应当由其根据民事诉讼法第六十四条“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据”等规定，举证证明该债务属于夫妻共同生活、共同生产经营所负债务，或者所负债务基于夫妻双方共同的意思表示。如果债权人不能证明的，则不能认定为夫妻共同债务。

这里需要指出的是，《解释》第一条规定的共同意思表示所负的夫妻共同债务，与上述债权人需要举证证明所负债务基于夫妻双方共同意思表示，是一脉相承的。夫妻双方共同签字的借款合同、借据，以及夫妻一方事后追认或者电话、短信、微信、邮件等其他体现共同举债意思表示的有关证据，恰恰是债权人用以证明债务系夫妻共同债务的有力证据。上述区分是否属于家庭日常生活范围形成债务的不同举证证明责任的分配规则，有效解决了目前争议突出的债权人权益保护和未举债夫妻一方权益保护的平衡问题。

六、问：法律制度是如何防范夫妻双方串通损害债权人，或者夫妻一方与债权人串通损害另一方的？

答：防范夫妻双方串通损害债权人利益的风险，法律和司法解释有所规定。对于夫妻个人债务，合同法第五十二条、第七十四条规定，在夫妻双方对财产的约定、转让或者离婚时对财产的分割协议明显不利于举债一方，导致举债一方无力偿还债务的情况下，债权人可以向人民法院主张该协议无效或者予以撤销。对于夫妻共同债务，本《解释》在婚姻法司法解释（二）第二十四条基础上进一步细化完善了夫妻共同债务的认定标准，即夫妻双方共同意思表示所负的债务，一方为家庭日常生活需要所负的债务，一方超出家庭日常生活需要举债但债权人能够证明用于夫妻共同生活或者共同生产经营的债务，都应当认定为夫妻共同债务。与本《解释》配套的是，婚姻法司法解释（二）第二十五条、第二十六条规定，当事人离婚时对夫妻财产进行分割或者夫妻一方死亡的，债权人仍有权就夫妻共同债务向男女双方或者生存一方主张权利。以上法律和司法解释密织第一张法网，防范了夫妻双方串通损害债权人利益的风险。

保护了善意债权人的合法权益。

防范夫妻一方与债权人串通损害另一方利益的风险，法律和司法解释也有所规定。婚姻法第十三条、第十七条第二款规定，夫妻在家庭中地位平等，对于共同所有的财产有平等的处理权，表明对于处分共同财产包括较大数额举债等重大事项，夫妻应当共同决定。最高人民法院2017年2月28日发布的《婚姻法司法解释（二）补充规定》（以下简称《补充规定》），明确虚假债务和非法债务不受保护；又向全国法院发出《最高人民法院关于依法妥善审理涉及夫妻债务案件有关问题的通知》（以下简称《通知》），强调了审理涉及夫妻债务案件要坚持法治和德治相结合原则、保障未具名举债夫妻一方的诉讼权利、审查夫妻债务是否真实发生、区分合法债务和非法债务、把握不同阶段夫妻债务的认定标准、保护被执行夫妻双方基本生存权益不受影响、制裁夫妻一方与第三人串通伪造债务的虚假诉讼等7个要求，对于司法实践甄别和排除非法债务、虚假债务具有重要意义。在《补充规定》和《通知》的基础上，本《解释》进一步明确了夫妻共同债务的范围，并合理分配举证证明责任。以上法律和司法解释密织第二张法网，防范了夫妻一方串通债权人损害另一方利益的风险，更避免了夫妻一方在不知情、未受益的情况下“被负债”的风险，保障了未举债夫妻一方的知情权、同意权。

七、问：如何理解和把握《解释》的适用范围？

答：《解释》第四条规定：“本解释自2018年1月18日起施行。本解释施行后，最高人民法院此前作出的相关司法解释与本解释相抵触的，以本解释为准。”

《解释》系针对社会关切的夫妻共同债务认定标准问题作出的细化和完善，这里所指的“最高人民法院此前作出的相关司法解释与本解释相抵触的”内容，主要是指有关夫妻共同债务认定标准的其他司法解释内容，与本《解释》规定不一致的，今后不再适用。

对于《解释》施行前，经审查甄别确属认定事实不清、适用法律错误、结果明显不公的案件，人民法院将以对人民群众高度负责的态度，秉持实事求是、有错必纠的原则，以事实为依据，以法律为准绳，依法予以纠正，努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义。

最高人民法院

印发《关于人民法院审理未办结婚登记而以夫妻名义同居生活案件的若干意见》、《关于人民法院审理离婚案件如何认定夫妻感情确已破裂的若干具体意见》的通知

1989年12月13日

法(民)发[1989]38号

全国地方各级人民法院、各级军事法院，各铁路运输中级法院和基层法院，各海事法院：

现将《关于人民法院审理离婚案件如何认定夫妻感情确已破裂的若干具体意见》、《关于人民法院审理未办结婚登记而以夫妻名义同居生活案件的若干意见》发给你们，请依照执行，请在执行中注意总结经验，有何意见和问题，请及时报告我院。

附一：

关于人民法院审理未办结婚登记 而以夫妻名义同居生活案件的若干意见

(1989年11月21日)

人民法院审理未办结婚登记而以夫妻名义同居生活的案件，应首先向双方当事人严肃指出其行为的违法性和危害性，并视其违法情节给予批评教育或民事制裁。但基于这类“婚姻”关系形成的原因和案件的具体情况复杂，为保护妇女和儿童的合法权益，有利于婚姻家庭关系的稳定，维护安定团结，在一定时期内，有条件的承认其事实婚姻关系，是符合实际的。为此，我们根据法律规定和审判实践经验，对此类案件的审理提出以下意见：

1. 1986年3月15日《婚姻登记办法》施行之前，未办结婚登记手续即以夫妻名义同居生活，群众也认为是夫妻关系的，一方向人民法院起诉“离婚”，如起诉时双方均符合结婚的法定条件，可认定为事实婚姻关系；如起诉时一方或双方不符合结婚的法定条件，应认定为非法同居关系。

2. 1986年3月15日《婚姻登记办法》施行之后，未办结婚登记手续即以夫妻名义同居生活，群众也认为是夫妻关系的，一方向人民法院起诉“离婚”，

如同居时双方均符合结婚的法定条件,可认定为事实婚姻关系;如同居时一方或双方不符合结婚的法定条件,应认定为非法同居关系。

3. 自民政部新的婚姻登记管理条例施行之日起,未办结婚登记即以夫妻名义同居生活,按非法同居关系对待。

4. 离婚后双方未再婚,未履行复婚登记手续,又以夫妻名义共同生活,一方起诉“离婚”的,一般应解除其非法同居关系。

5. 已登记结婚的一方又与第三人形成事实婚姻关系,或事实婚姻关系的一方又与第三人登记结婚,或事实婚姻关系的一方又与第三人形成新的事实婚姻关系,凡前一个婚姻关系的一方要求追究重婚罪的,无论其行为是否构成重婚罪,均应解除后一个婚姻关系。前一个婚姻关系的一方如要求处理离婚问题,应根据其婚姻关系的具体情况进行调解或者作出判决。

6. 审理事实婚姻关系的离婚案件,应当先进行调解。经调解和好或撤诉的,确认婚姻关系有效,发给调解书或裁定书;经调解不能和好的,应调解或判决准予离婚。

7. 未办结婚登记而以夫妻名义同居生活的男女,一方要求“离婚”或解除同居关系,经查确属非法同居关系的,应一律判决予以解除。

8. 人民法院审理非法同居关系的案件,如涉及非婚生子女抚养和财产分割问题,应一并予以解决。具体分割财产时,应照顾妇女、儿童的利益,考虑财产的实际情况和双方的过错程度,妥善分割。

9. 解除非法同居关系时,双方所生的非婚生子女,由哪一方抚养,双方协商;协商不成时,应根据子女的利益和双方的具体情况判决。哺乳期内的子女,原则上应由母方抚养,如父方条件好,母方同意,也可由父方抚养。子女为限制民事行为能力人的,应征求子女本人的意见。一方将未成年的子女送他人收养,须征得另一方的同意。

10. 解除非法同居关系时,同居生活期间双方共同所得的收入和购置的财产,按一般共有财产处理。同居生活前,一方自愿赠给对方财物可比照赠与关系处理;一方向另一方索取的财物,可参照最高人民法院(84)法办字第112号《关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》第(18)条规定的精神处理。

11. 解除非法同居关系时,同居期间为共同生产、生活而形成的债权、债务,可按共同债权、债务处理。

12. 解除非法同居关系时,一方在共同生活期间患有严重疾病未治愈的,分割财产时,应予适当照顾,或者由另一方给予一次性的经济帮助。

13. 同居生活期间一方死亡,另一方要求继承死者遗产,如认定为事实婚姻关系的,可以配偶身份按继承法的有关规定处理;如认定为非法同居关系,而又符合继承法第十四条规定的,可根据相互扶助的具体情况处理。

14. 人民法院在审理未办结婚登记而以夫妻名义同居生活的案件时,对违法情节严重的,应依照婚姻法、民法通则、《关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见(试行)》和其他法律、法规的有关规定,给予适当的民事制裁。

15. 本意见自颁布之日起施行。凡最高人民法院过去的规定与本意见相抵触的,均按本意见执行。

附二:

关于人民法院审理离婚案件如何认定 夫妻感情确已破裂的若干具体意见

(1989年11月21日)

人民法院审理离婚案件,准予或不准离婚应以夫妻感情是否确已破裂作为区分的界限。判断夫妻感情是否确已破裂,应当从婚姻基础、婚后感情、离婚原因、夫妻关系的现状和有和无和好的可能等方面综合分析。根据婚姻法的有关规定和审判实践经验,凡属下列情形之一的,视为夫妻感情确已破裂。一方坚决要求离婚,经调解无效,可依法判决准予离婚。

1. 一方患有法定禁止结婚疾病的,或一方有生理缺陷,或其他原因不能发生性行为,且难以治愈的。

2. 婚前缺乏了解,草率结婚,婚后未建立起夫妻感情,难以共同生活的。

3. 婚前隐瞒了精神病,婚后经治不愈,或者婚前知道对方患有精神病而与其结婚,或一方在夫妻共同生活期间患精神病,久治不愈的。

4. 一方欺骗对方,或者在结婚登记时弄虚作假,骗取《结婚证》的。

5. 双方办理结婚登记后,未同居生活,无和好可能的。

6. 包办、买卖婚姻,婚后一方随即提出离婚,或者虽共同生活多年,但确未建立起夫妻感情的。

7. 因感情不和分居已满3年,确无和好可能的,或者经人民法院判决不准离婚后又分居满1年,互不履行夫妻义务的。

8. 一方与他人通奸、非法同居,经教育仍无悔改表现,无过错一方起诉离婚,或者过错方起诉离婚,对方不同意离婚,经批评教育、处分,或在人民法院判决不准离婚后,过错方又起诉离婚,确无和好可能的。

9. 一方重婚,对方提出离婚的。

10. 一方好逸恶劳、有赌博等恶习,不履行家庭义务,屡教不改,夫妻难以共同生活的。

11. 一方被依法判处长期徒刑,或其违法、犯罪行为严重伤害夫妻感情

内容由平乱网 (www.docsriver.com) 入驻商家巨力法律书制作发布

情的。

12. 一方下落不明满2年，对方起诉离婚，经公告查找确无下落的。
13. 受对方的虐待、遗弃，或者受对方亲属虐待，或虐待对方亲属，经教育不改，另一方不谅解的。
14. 因其他原因导致夫妻感情确已破裂的。

最高人民法院
印发《关于人民法院审理离婚案件处理
子女抚养问题的若干具体意见》的通知

1993年11月3日

法发[1993]30号

全国地方各级人民法院、各级军事法院、各铁路运输中级法院和基层法院、各海事法院：

现将《关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》印发给你们，请认真执行。在执行中注意总结经验，有何意见和问题，请及时报告我院。

附：

关于人民法院审理离婚案件处理
子女抚养问题的若干具体意见

人民法院审理离婚案件，对子女抚养问题，应当依照《中华人民共和国婚姻法》第二十九条、第三十条及有关法律规定，从有利于子女身心健康，保障子女的合法权益出发，结合父母双方的抚养能力和抚养条件等具体情况妥善解决。根据上述原则，结合审判实践，提出如下具体意见：

1. 两周岁以下的子女，一般随母方生活。母方有下列情形之一的，可随父方生活：

(1) 患有久治不愈的传染性疾病或其他严重疾病，子女不宜与其共同生活的；

(2) 有抚养条件不尽抚养义务，而父方要求子女随其生活的；

(3) 因其他原因，子女确无法随母方生活的。

2. 父母双方协议两周岁以下子女随父方生活，并对子女健康成长无不利影响的，可予准许。

3. 对两周岁以上未成年的子女，父方和母方均要求随其生活，一方有下列情形之一的，可予优先考虑：

(1) 已做绝育手术或因其他原因丧失生育能力的；

- (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的;
- (3) 无其他子女, 而另一方有其他子女的;
- (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其他严重疾病, 或者有其他不利于子女身心健康的情形, 不宜与子女共同生活的。

4. 父方与母方抚养子女的条件基本相同, 双方均要求子女与其共同生活, 但子女单独随祖父母或外祖父母共同生活多年, 且祖父母或外祖父母要求并且有能力帮助子女照顾孙子女或外孙子女的, 可作为子女随父或母生活的优先条件予以考虑。

5. 父母双方对 10 周岁以上的未成年子女随父或随母生活发生争执的, 应考虑该子女的意见。

6. 在有利于保护子女利益的前提下, 父母双方协议轮流抚养子女的, 可予以准许。

7. 子女抚育费的数额, 可根据子女的实际需要、父母双方的负担能力和当地的实际生活水平确定。

有固定收入的, 抚育费一般可按其月总收入的 20% 至 30% 的比例给付。负担两个以上子女抚育费的, 比例可适当提高, 但一般不得超过月总收入的 50%。

无固定收入的, 抚育费的数额可依据当年总收入或同行业平均收入, 参照上述比例确定。

有特殊情况的, 可适当提高或降低上述比例。

8. 抚育费应定期给付, 有条件的可一次性给付。

9. 对一方无经济收入或者下落不明的, 可用其财物折抵子女抚育费。

10. 父母双方可以协议子女随一方生活并由抚养方负担子女全部抚育费。但经查实, 抚养方的抚养能力明显不能保障子女所需费用, 影响子女健康成长的, 不予准许。

11. 抚育费的给付期限, 一般至子女 18 周岁为止。

16 周岁以上不满 18 周岁, 以其劳动收入为主要生活来源, 并能维持当地一般生活水平的, 父母可停止给付抚育费。

12. 尚未独立生活的成年子女有下列情形之一的, 父母又有给付能力的, 仍应负担必要的抚育费:

(1) 丧失劳动能力或虽未完全丧失劳动能力, 但其收入不足以维持生活的;

(2) 尚在校就读的;

(3) 确无独立生活能力和条件的。

13. 生父与继母或生母与继父离婚时, 对曾受其抚养教育的继子女, 继父

或继母不同意继续抚养的，仍应由生父母抚养。

14. 《中华人民共和国收养法》施行前，夫或妻一方收养的子女，对方未表示反对，并与该子女形成事实收养关系的，离婚后，应由双方负担子女的抚养费；夫或妻一方收养的子女，对方始终反对的，离婚后，应由收养方抚养该子女。

15. 离婚后，一方要求变更子女抚养关系的，或者子女要求增加抚养费的，应另行起诉。

16. 一方要求变更子女抚养关系有下列情形之一的，应予支持。

(1) 与子女共同生活的一方因患严重疾病或因伤残无力继续抚养子女的；
(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，或其与子女共同生活对子女身心健康确有不利影响的；

(3) 10周岁以上未成年子女，愿随另一方生活，该方又有抚养能力的；

(4) 有其他正当理由需要变更的。

17. 父母双方协议变更子女抚养关系的，应予准许。

18. 子女要求增加抚养费有下列情形之一的，父或母有给付能力的，应予支持。

(1) 原定抚养费数额不足以维持当地实际生活水平的；

(2) 因子女患病、上学，实际需要已超过原定数额的；

(3) 有其他正当理由应当增加的。

19. 父母不得因子女变更姓氏而拒付子女抚养费。父或母一方擅自将子女姓氏改为继母或继父姓氏而引起纠纷的，应责令恢复原姓氏。

20. 在离婚诉讼期间，双方均拒绝抚养子女的，可先行裁定暂由一方抚养。

21. 对拒不履行或妨害他人履行生效判决、裁定、调解中有关子女抚养义务的当事人或者其他人，人民法院可依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百零二条的规定采取强制措施。

最高人民法院
印发《关于人民法院审理离婚案件处理
财产分割问题的若干具体意见》的通知

1993年11月3日

法发[1993]32号

全国地方各级人民法院、各级军事法院、各铁路运输中级法院和基层法院、各海事法院：

现将《关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》印发给你们，请认真执行。在执行中注意总结经验，有何意见和问题，请及时报告我院。

附：

关于人民法院审理离婚案件处理
财产分割问题的若干具体意见

人民法院审理离婚案件对夫妻共同财产的处理，应当依照《中华人民共和国婚姻法》、《中华人民共和国妇女权益保障法》及有关法律规定，分清个人财产、夫妻共同财产和家庭共同财产，坚持男女平等，保护妇女、儿童的合法权益，照顾无过错方，尊重当事人意愿，有利生产、方便生活的原则，合情合理地予以解决。根据上述原则，结合审判实践，提出如下具体意见：

1. 夫妻双方对财产归谁所有以书面形式约定的，或以口头形式约定，双方无争议的，离婚时应按约定处理。但规避法律的约定无效。

2. 夫妻双方在婚姻关系存续期间所得的财产，为夫妻共同财产，包括：

- (1) 一方或双方劳动所得的收入和购置的财产；
- (2) 一方或双方继承、受赠的财产；
- (3) 一方或双方由知识产权取得的经济利益；
- (4) 一方或双方从事承包、租赁等生产、经营活动的收益；
- (5) 一方或双方取得的债权；
- (6) 一方或双方的其他合法所得。

3. 在婚姻关系存续期间，复员、转业军人所得的复员费、转业费，结婚

时间 10 年以上的, 应按夫妻共同财产进行分割。复员军人从部队带回的医药补助费和回乡生产补助费, 应归本人所有。

4. 夫妻分居两地分别管理、使用的婚后所得财产, 应认定为夫妻共同财产。在分割财产时, 各自分别管理、使用的财产归各自所有。双方所分财产相差悬殊的, 差额部分, 由多得财产的一方以与差额相当的财产抵偿另一方。

5. 已登记结婚, 尚未共同生活, 一方或双方受赠的礼金、礼物应认定为夫妻共同财产, 具体处理时应考虑财产来源、数量等情况合理分割。各自出资购置、各自使用的财物, 原则上归各自所有。

6. 一方婚前个人所有的财产, 婚后由双方共同使用、经营、管理的, 房屋和其他价值较大的生产资料经过 8 年, 贵重的生活资料经过 4 年, 可视为夫妻共同财产。

7. 对个人财产还是夫妻共同财产难以确定的, 主张权利的一方有责任举证。当事人举不出有力证据, 人民法院又无法查实的, 按夫妻共同财产处理。

8. 夫妻共同财产, 原则上均等分割。根据生产、生活的实际需要和财产的来源等情况, 具体处理时也可以有所差别。属于个人专用的物品, 一般归个人所有。

9. 一方以夫妻共同财产与他人合伙经营的, 入伙的财产可分给一方所有, 分得入伙财产的一方对另一方应给予相当于入伙财产一半价值的补偿。

10. 属于夫妻共同财产的生产资料, 可分给有经营条件和能力的一方。分得该生产资料的一方对另一方应给予相当于该财产一半价值的补偿。

11. 对夫妻共同经营的当年无收益的养殖、种植业等, 离婚时应从有利于发展生产、有利于经营管理考虑, 予以合理分割或折价处理。

12. 婚后 8 年内双方对婚前一方所有的房屋进行过修缮、装修、原拆重建, 离婚时未变更产权的, 房屋仍归产权人所有, 增值部分中属于另一方应得的份额, 由房屋所有权人折价补偿另一方; 进行过扩建的, 扩建部分的房屋应按夫妻共同财产处理。

13. 对不宜分割使用的夫妻共有的房屋, 应根据双方住房情况和照顾抚养子女方或无过错方等原则分给一方所有。分得房屋的一方对另一方应给予相当于该房屋一半价值的补偿。在双方条件等同的情况下, 应照顾女方。

14. 婚姻存续期间居住的房屋属于一方所有, 另一方以离婚后无房居住为由, 要求暂住的, 经查实可据情予以支持, 但一般不超过两年。

无房一方租房居住经济上确有困难的, 享有房屋产权的一方可给予一次性经济帮助。

15. 离婚时一方尚未取得经济利益的知识产权, 归一方所有, 在分割夫妻共同财产时, 可根据具体情况, 对另一方予以适当的照顾。

16. 婚前个人财产在婚后共同生活中自然毁损、消耗、灭失, 离婚时一方

要求以夫妻共同财产抵偿的,不予支持。

17. 夫妻为共同生活或为履行抚养、赡养义务等所负债务,应认定为夫妻共同债务,离婚时应当以夫妻共同财产清偿。

下列债务不能认定为夫妻共同债务,应由一方以个人财产清偿:

- (1) 夫妻双方约定由个人负担的债务,但以逃避债务为目的的除外。
- (2) 一方未经对方同意,擅自资助与其没有抚养义务的亲朋所负的债务。
- (3) 一方未经对方同意,独自筹资从事经营活动,其收入确未用于共同生活所负的债务。
- (4) 其他应由个人承担的债务。

18. 婚前一方借款购置的房屋等财物已转化为夫妻共同财产的,为购置财物借款所负债务,视为夫妻共同债务。

19. 借婚姻关系索取的财物,离婚时,如结婚时间不长,或者因索要财物造成对方生活困难的,可酌情返还。

对取得财物的性质是索取还是赠与难以认定的,可按赠与处理。

20. 离婚时夫妻共同财产未从家庭共同财产中析出,一方要求析产的,可先就离婚和已查清的财产问题进行处理,对一时确实难以查清的财产的分割问题可告知当事人另案处理;或者中止离婚诉讼,待析产案件审结后再恢复离婚诉讼。

21. 一方将夫妻共同财产非法隐藏、转移拒不交出的,或非法变卖、毁损的,分割财产时,对隐藏、转移、变卖、毁损财产的一方,应予以少分或不分。具体处理时,应把隐藏、转移、变卖、毁损的财产作为隐藏、转移、变卖、毁损财产的一方分得的财产份额,对另一方的应得的份额应以其他夫妻共同财产折抵,不足折抵的,差额部分由隐藏、转移、变卖、毁损财产的一方折价补偿对方。

对非法隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产的一方,人民法院可依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百零二条的规定进行处理。

22. 属于事实婚姻的,其财产分割适用本意见。

属于非法同居的,其财产分割按最高人民法院《关于人民法院审理未办结婚登记而以夫妻名义同居生活案件的若干意见》的有关规定处理。

最高人民法院
印发《关于审理离婚案件中公房使用、
承租若干问题的解答》的通知

1996年2月5日

法发〔1996〕4号

全国地方各级人民法院、各级军事法院、各铁路运输中级法院和基层法院、各海事法院：

现将《最高人民法院关于审理离婚案件中公房使用、承租若干问题的解答》印发给你们，请贯彻执行。执行中有什么问题，请及时报告我院。

附：

关于审理离婚案件中公房使用、
承租若干问题的解答

人民法院审理离婚案件对公房使用、承租问题应当依照《中华人民共和国民事诉讼法通则》《中华人民共和国婚姻法》《中华人民共和国妇女权益保障法》和其他有关法律规定，坚持男女平等和保护妇女、儿童合法权益等原则，考虑双方的经济收入，实事求是，合情合理地予以解决。现将审判实践中提出的一些问题，根据有关法律的规定，解答如下：

一、问：在离婚案件中，当事人对公房的使用、承租问题发生争议，人民法院可否予以处理？

答：在离婚案件中，当事人对公房的使用、承租问题发生争议，自行协商不成，或者经当事人双方单位或有关部门调解不成的，人民法院应根据案件的具体情况，依法予以妥善处理。

二、问：夫妻共同居住的公房，在什么情况下，离婚后双方均可承租？

答：夫妻共同居住的公房，具有下列情形之一的，离婚后，双方均可承租：

(一) 婚前由一方承租的公房，婚姻关系存续5年以上的；

(二) 婚前一方承租的本单位的房屋，离婚时，双方均为本单位职工的；

(三) 一方婚前借款投资建房取得的公房承租权，婚后夫妻共同偿还借

款的;

(四) 婚后一方或双方申请取得公房承租权的;

(五) 婚前一方承租的公房, 婚后因该承租房屋拆迁而取得房屋承租权的;

(六) 夫妻双方单位投资联建或联合购置的共有房屋的;

(七) 一方将其承租的本单位的房屋, 交回本单位或交给另一方单位后, 另一方单位另给调换房屋的;

(八) 婚前双方均租有公房, 婚后合并调换房屋的;

(九) 其他应当认定为夫妻双方均可承租的情形。

三、问: 对夫妻双方均可承租的公房, 应依照什么原则处理?

答: 对夫妻双方均可承租的公房, 应依照下列原则予以处理:

(一) 照顾抚养子女的一方;

(二) 男女双方在同等条件下, 照顾女方;

(三) 照顾残疾或生活困难的一方;

(四) 照顾无过错一方。

四、问: 对夫妻双方均可承租的公房而由一方承租的, 承租方对另一方是否给予经济补偿?

答: 对夫妻双方均可承租的公房而由一方承租的, 承租方对另一方可给予适当的经济补偿。

五、问: 夫妻双方均可承租的公房能够隔开分室居住使用的, 可否由双方分别租住?

答: 夫妻双方均可承租的公房, 如其面积较大能够隔开分室居住使用的, 可由双方分别租住; 对可以另调房屋分别租住或承租方给另一方解决住房的, 可予准许。

六、问: 离婚时, 一方对另一方婚前承租的公房无权承租的, 可否暂时居住?

答: 离婚时, 一方对另一方婚前承租的公房无权承租而解决住房确有困难的, 人民法院可调解或判决其暂时居住, 暂住期限一般不超过两年。暂住期间, 暂住方应交纳与房屋租金等额的使用费及其他必要的费用。

七、问: 离婚时, 一方对另一方婚前承租的公房无权承租而另行租房经济上确有困难的, 如何处理?

答: 离婚时, 一方对另一方婚前承租的公房无权承租, 另行租房经济上确有困难的, 如承租公房一方有负担能力, 应给予一次性经济帮助。

八、问: 在调整和变更单位自管房屋租赁关系时, 是否需征得自管房单位的同意?

答: 人民法院在调整和变更单位自管房屋(包括单位委托房地产管理部门代管的房屋)的租赁关系时, 应征求自管房单位的意见, 经调解或判决变更房

房屋租赁关系的，承租人应依照有关规定办理房屋变更登记手续。

九、问：对夫妻双方共同出资而取得“部分产权”的房屋，应如何处理？

答：对夫妻共同出资而取得“部分产权”的房屋，人民法院可参照上述有关解答，予以妥善处理。分得房屋“部分产权”的一方，一般应按所得房屋产权的比例，依照离婚时当地政府有关部门公布同类住房标准价，给予对方一半价值的补偿。

十、问：对夫妻双方均争房屋“部分产权”的，可否采取竞价方式解决？

答：对夫妻双方均争房屋“部分产权”的，如双方同意或者双方经济、住房条件基本相同，可采取竞价方式解决。

指导案例 66 号

雷某某诉宋某某离婚纠纷案

(最高人民法院审判委员会讨论通过 2016 年 9 月 19 日发布)

关键词

民事 离婚 离婚时 擅自处分共同财产

裁判要点

一方在离婚诉讼期间或离婚诉讼前,隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产,或伪造债务企图侵占另一方财产的,离婚分割夫妻共同财产时,依照《中华人民共和国婚姻法》第四十七条的规定可以少分或不分财产。

相关法条

《中华人民共和国婚姻法》第四十七条

基本案情

原告雷某某(女)和被告宋某某于 2003 年 5 月 19 日登记结婚,双方均系再婚,婚后未生育子女。双方婚后因琐事感情失和,于 2013 年上半年产生矛盾,并于 2014 年 2 月分居。雷某某曾于 2014 年 3 月起诉要求与宋某某离婚,经法院驳回后,双方感情未见好转。2015 年 1 月,雷某某再次诉至法院要求离婚,并依法分割夫妻共同财产。宋某某认为夫妻感情并未破裂、不同意离婚。

雷某某称宋某某名下在中国邮政储蓄银行的账户内有共同存款 37 万元,并提交存取款凭单、转账凭单作为证据。宋某某称该 37 万元,来源于婚前房屋拆迁补偿款及养老金,现尚剩余 20 万元左右(含养老金 14 322.48 元),并提交账户记录、判决书、案款收据等证据。

宋某某称雷某某名下有共同存款 25 万元,要求依法分割。雷某某对此不予认可,一审庭审中其提交在中国工商银行尾号为 4179 账户自 2014 年 1 月 26 日起的交易明细,显示至 2014 年 12 月 21 日该账户余额为 262.37 元。二审审理期间,应宋某某的申请,法院调取了雷某某上述中国工商银行账号自 2012 年 11 月 26 日开户后的银行流水明细,显示雷某某于 2013 年 4 月 30 日通过 ATM 转账及卡取的方式将该账户内的 195 000 元转至案外人雷某某名下。宋某某认为该存款是其婚前房屋出租所得,应归双方共同所有,雷某某在离婚之前即将夫妻共同存款转移。雷某某提出该笔存款是其经营饭店所得收益,开始称该笔款已用于夫妻共同开销,后又称用于偿还其外甥女的借款,但雷某某

对其主张均未提供相应证据证明。另，雷某某在庭审中曾同意各自名下存款归各自所有，其另行支付宋某某 10 万元存款，后雷某某反悔，不同意支付。

裁判结果

北京市朝阳区人民法院于 2015 年 4 月 16 日作出 (2015) 朝民初字第 04854 号民事判决：准予雷某某与宋某某离婚；雷某某名下中国工商银行尾号为 4179 账户内的存款归雷某某所有，宋某某名下中国邮政储蓄银行账号尾号为 7101、9389 及 1156 账户内的存款归宋某某所有，并对其他财产和债务问题进行了处理。宣判后，宋某某提出上诉，提出对夫妻共同财产雷某某名下存款分割等请求。北京市第三中级人民法院于 2015 年 10 月 19 日作出 (2015) 三中民终字第 08205 号民事判决：维持一审判决其他判项，撤销一审判决第三项，改判雷某某名下中国工商银行尾号为 4179 账户内的存款归雷某某所有，宋某某名下中国邮政储蓄银行尾号为 7101 账户、9389 账户及 1156 账户内的存款归宋某某所有，雷某某于本判决生效之日起七日内支付宋某某 12 万元。

裁判理由

法院生效裁判认为：婚姻关系以夫妻感情为基础。宋某某、雷某某共同生活过程中因琐事产生矛盾，在法院判决不准离婚后，双方感情仍未好转，经法院调解不能和好，双方夫妻感情确已破裂，应当判决准予双方离婚。

本案二审期间双方争议的焦点在于雷某某是否转移夫妻共同财产和夫妻双方名下的存款应如何分割。《中华人民共和国婚姻法》第十七条第二款规定：“夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权。”第四十七条规定：“离婚时，一方隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产，或伪造债务企图侵占另一方财产的，分割夫妻共同财产时，对隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产或伪造债务的一方，可以少分或不分。离婚后，另一方发现有上述行为的，可以向人民法院提起诉讼，请求再次分割夫妻共同财产。”这就是说，一方在离婚诉讼期间或离婚诉讼前，隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产，或伪造债务企图侵占另一方财产的，侵害了夫妻对共同财产的平等处理权，离婚分割夫妻共同财产时，应当依照《中华人民共和国婚姻法》第四十七条的规定少分或不分财产。

本案中，关于双方名下存款的分割，结合相关证据，宋某某婚前房屋拆迁补偿转化的存款，应归宋某某个人所有，宋某某婚后所得养老金，应属夫妻共同财产。雷某某名下中国工商银行尾号为 4179 账户内的存款为夫妻关系存续期间的收入，应作为夫妻共同财产予以分割。雷某某于 2013 年 4 月 30 日通过 ATM 转账及卡取的方式，将尾号为 4179 账户内的 195 000 元转至案外人名下。雷某某始称该款用于家庭开销，后又称用于偿还外债，前后陈述明显矛盾，对其主张亦未提供证据证明，对钱款的去向不能作出合理的解释和说明。结合案件事实及相关证据，认定雷某某存在转移、隐藏夫妻共同财产的情节。

根据上述法律规定,对雷某某名下中国工商银行尾号4179账户内的存款,雷某某可以少分。宋某某主张对雷某某名下存款进行分割,符合法律规定,予以支持。故判决宋某某婚后养老金14322.48元归宋某某所有,对于雷某某转移的19.5万元存款,由雷某某补偿宋某某12万元。

【解 读】

指导案例66号《雷某某诉宋某某离婚 纠纷案》的理解与参照 ——婚姻法第四十七条规定的“离婚时”含 离婚诉讼期间与离婚诉讼前

2016年9月19日,最高人民法院发布了指导案例66号《雷某某诉宋某某离婚纠纷案》。为了正确理解和准确参照适用该指导案例,现对其推选经过、裁判要点、需要说明问题等有关情况予以解释、论证和说明。

一、推选经过及指导意义

该案由北京市朝阳区法院于2015年4月16日作出一审判决,北京市第三中级人民法院于同年10月19日作出二审生效判决。最高人民法院案例指导工作委员会从2015年12月29日《人民法院报》发现该案例,建议北京市高级人民法院将该案例作为备选指导性案例进行推荐。北京市高级人民法院民一庭研究后,北京市高院研究室召开了专家论证研讨会,对该案在裁判结果的合法性、裁判理由的正当性、法律适用的准确性、指导价值的普适性、社会效果的导向性等进行了全面论证,一致认为该案例对于理解婚姻法第四十七条规定的“离婚时”并非限于离婚期间,还包括离婚前的非法处置财产具有重要意义。此后经北京市高级人民法院审判委员会讨论通过后作为备选指导性案例报送最高人民法院案例指导工作委员会。

最高人民法院案例指导工作委员会经审查同意后将该案例送民一庭审查和征求意见。2016年4月13日,最高人民法院民一庭审查同意本案例的推荐意见和理由,认为对“离婚时”不可以字面含义理解为离婚诉讼开始时,而应作扩大解释。本案例案情比较典型,裁判理由得当,裁判结果合理。作为指导性案例,对该条文的统一正确适用有指导作用,也有较好的社会效果。4月14日,研究室室务会讨论同意作为指导性案例,提出参照婚姻法第四十七条表述,把裁判要点表述为一条裁判规则。8月23日,最高人民法院审判委员会

经讨论认为该案例具有指导价值, 同意作为指导案例发布。9月19日, 最高人民法院以法〔2016〕311号文件将该案例作为第14批指导案例予以公开发布。

该指导性案例从婚姻法的立法目的和立法原意出发, 对婚姻法第四十七条规定的“离婚时”作出了合理扩大解释, 有利于惩戒夫妻一方擅自处分夫妻共同财产, 侵害共同财产的非法行为, 保护夫妻双方处理共同财产的平等协商权, 维护家庭成员的合法财产权益。

二、裁判要点的理解与说明

该指导案例的裁判要点确认: 一方在离婚诉讼期间或离婚诉讼前, 隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产, 或伪造债务企图侵占另一方财产的, 离婚分割夫妻共同财产时, 依照婚姻法第四十七条的规定可以少分或不分财产。也就是说, 婚姻法第四十七条中的“离婚时”并非对“隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产, 或伪造债务企图侵占另一方财产”(以下统称非法处置财产)行为的时间点界定, 而应当理解为一方离婚诉讼期间或离婚诉讼前有非法处置共同财产行为的, 离婚分割财产时都可以依照该条规定少分或者不分共同财产。现围绕与该裁判要点相关的问题逐一论证和说明如下。

(一) 夫妻共同财产的认定

对于夫妻关系存续期间, 何种性质的财产应当属于夫妻共同财产的范围, 婚姻法及其司法解释作出了较为详细的规范。一是婚姻法第十七条规定: 夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产, 归夫妻共同所有: 工资、奖金; 生产、经营的收益; 知识产权的收益; 继承或赠与所得的财产, 但本法第十八条第三项规定(遗嘱或赠与合同约定只归夫或妻一方的财产)的除外; 其他应当归共同所有的财产。二是《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(二)》第十一条进一步明确规定: “婚姻关系存续期间, 下列财产属于婚姻法第十七条规定的‘其他应当归共同所有的财产’: (一) 一方以个人财产投资取得的收益; (二) 男女双方实际取得或者应当取得的住房补贴、住房公积金; (三) 男女双方实际取得或者应当取得的养老保险金、破产安置补偿费。”三是《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(三)》第五条明确规定, “夫妻一方个人财产在婚后产生的收益, 除孳息和自然增值外, 应认定为夫妻共同财产”。

由上述规定可见, 对于夫妻共同财产的认定, 涵盖了整个夫妻关系存续期间的绝大多数所得财产。也正是基于上述财产性质的“共同性”, 婚姻法第十七条第二款又特别强调了夫妻对共同财产具有平等的处理权。本指导案例中, 根据相关证据, 结合雷某某名下的19.5万元的产生时间在夫妻关系存续期间和收入性质, 认定为夫妻共同财产, 雷某某和宋某某具有平等的处理权。

(二) 夫妻共同财产分割的法律原则

夫妻共同财产范围的明确,为离婚时的财产分割提供了基础,结合婚姻法及其司法解释的相关规定,法院在处理此类纠纷时需要把握的原则主要有以下几个。

1. 协议优先原则

民法通则第四条规定:民事活动应当遵循自愿原则。婚姻法为私法,作为私法原则之一的意思自治原则同样适用于婚姻领域,体现出国家公权力对于公民私权的尊重。因此,婚姻法不仅在第十九条规定了“夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有”,而且在第三十九条还明确了“离婚时,夫妻的共同财产由双方协议处理;协议不成时,由人民法院根据财产的具体情况,照顾子女和女方权益的原则判决”。因此,离婚时,对于夫妻共同财产的分割,如果当事人之间存在真实有效的财产处理协议,则应当尊重当事人的意思表示,处理财产的协议优先。只有在无协议或者协议无效时,才由法院依照法律规定进行判决。

2. 照顾妇女和儿童权益原则

对于夫妻而言,无论从生理、抚育子女,还是从社会适应度等方面比较分析,妇女在生产生活方面与男子存在一定差距。此外,父母的离婚也会给未成年子女的生活、学习造成不利影响。因此,我国婚姻法第二条规定了保护妇女、儿童和老人合法权益的原则。为了避免因离婚导致利益的严重失衡和秩序混乱,本着兼顾弱势群体的理念,婚姻法在第三十九条中确定了适当照顾妇女和儿童权益的财产分割原则。

3. 公平原则

民法通则第四条规定了公平原则。公平原则要求以利益均衡作为价值判断标准来调整民事主体之间的利益关系,确定其民事权利和义务。离婚诉讼中的财产分割,涉及财产和财产性利益,也会涉及债务的承担。同时,还要考虑婚姻存续期间因抚育子女、照料老人等付出较多义务一方以及患病一方的以后生活条件。因此,在离婚诉讼中,应当综合考虑婚姻家庭的特点、债权债务的分担及其他实际情况,在当事人之间公平合理地分割财产,避免财产利益过分失衡,有损公平原则。

4. 惩戒原则

民法通则第四条规定:民事活动应当遵循诚实信用的原则。这一民法领域的帝王原则同样适用于婚姻关系,夫妻之间,无论结婚抑或离婚,都应当诚实守信。婚姻法第四十七条规定的惩戒原则即是这一原则的具体体现。该条明确规定:“离婚时,一方隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产,或伪造债务企图侵占另一方财产的,分割夫妻共同财产时,对隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产或伪造债务的一方,可以少分或不分。”“离婚后,另一方发现有上述

行为的，可以向人民法院提起诉讼，请求再次分割夫妻共同财产。人民法院对前款规定的妨害民事诉讼的行为，依照民事诉讼法的规定予以制裁。”这就是说，非法处置夫妻共同财产的，离婚时可以少分或不分财产。可见，对于有违诚信恶意多占共同财产者，婚姻法既从财产分割的角度予以惩罚，又对该妨害民事诉讼的行为予以制裁。

（三）法律原则框架下“离婚时”的含义

在明确了夫妻财产分割的法律原则后，先分析一下婚姻法第四十七条的立法目的。夫妻对共同财产有平等处理权，离婚时应当在诚信、透明的基础上分割，然而现实中不乏采用非法手段恶意侵害对方权益者，而对此问题的规制离不开受害者的权益救济和侵害者的法律责任两个方面，故婚姻法才于“救助措施与法律责任”一章中确立了第四十七条。可见，第四十七条的立法目的明显，即要求夫妻各方在婚姻关系存续期间彼此诚实，不得非法处置共同财产，损害对方利益，否则可以适用惩戒原则，确保公平分割共同财产。

在明确立法目的的前提下，再来分析婚姻法第四十七条规定中的“离婚时”应如何理解。对此，主要存在以下三种不同观点。第一种观点认为，严格依照字义解释，在“离婚诉讼期间”，一方将夫妻共同财产非法处置的，适用该条规定。理由是，在一方起诉离婚至法院判决这段时间内，往往发生一方非法处置共同财产情况，此时当事人离婚意思表示外显，存在上述行为可推定为故意，具有过错。在此之前，如无其他证据证明，难以推定为故意非法处置财产。第二种观点认为，分居期间是隐匿共同财产的高发期，故对“离婚时”的理解应当作适度扩张解释，即以分居时起算。理由是，我国婚姻法只确立了常态下的夫妻财产制，没有建立非常态下的特别夫妻财产制，对夫妻分居情形，虽仍坚持共同财产制，但对非法处置财产的，可以少分或不分。第三种观点认为，对“离婚时”的理解应扩张解释，只要离婚时发现故意隐瞒其曾经的擅自处分行为，均推定行为人存在不法处置财产行为，对其少分或不分财产。^①我们认为，前两种理解都有悖于婚姻法第四十七条的立法目的，可能纵容非法处置夫妻共同财产行为，故同意第三种观点，主要理由有如下几点。

第一，将非法处置共同财产行为的时间只界定为诉讼期间或分居时，有违常理和主流价值观。离婚并非无因的瞬间行为，而是一个夫妻感情逐步破裂并酝酿解除的过程，同时因涉及财产分割和子女抚养等问题，上述过程也必然伴随着各方的利益博弈。故主动提出离婚的酝酿方或者财产的掌控方，在预期中的离婚诉讼之前，往往已完成非法处置财产行为。此时，如果仅将非法处置财产行为的认定限制为离婚诉讼期间或分居时，不仅有违常理，与社会的主流价

^① 王忠：《夫妻关系存续期间一方擅自处分共同财产可认定为离婚时转移财产》，载《人民法院报》2015年12月29日。

价值观不符,而且其结果必然造成规避公平分配者横行,致使该条法律规定形同虚设。

具体到本案例中,雷某某于2014年3月就曾起诉过离婚被法院驳回,后再次起诉离婚,从中可看出雷某某的离婚想法并非一朝一夕形成,确有一个准备的过程。雷某某于2013年4月即主动提出离婚前的一年内,就擅自将其名下的存款转出,恶意转移和隐匿财产的目的明显。此时,如果机械理解婚姻法第四十七条规定中的离婚时,则会因雷某某的擅自处置财产行为并未发生在离婚诉讼期间而得不到任何规制。这样不仅有违正义,会对社会的价值导向产生恶劣的影响,而且可能造成鼓励擅自处置共同财产的后果。

第二,单方非法处置夫妻重要共同财产侵犯了夫妻对共同财产的平等处理权,系侵犯对方财产权的行为,不论行为实施的时间在离婚诉讼期间,还是离婚诉讼之前,都应受到法律的规制和惩戒。根据婚姻法的规定,夫妻共同财产的认定时限,涵盖了整个夫妻关系存续期间。在此期间,对于共同财产,夫妻各方具有平等的处理权,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(一)》在第十七条中对此作了进一步明确:“……(一)夫或妻在处理夫妻共同财产上的权利是平等的。因日常生活需要而处理夫妻共同财产的,任何一方均有权决定。(二)夫或妻非因日常生活需要对夫妻共同财产做重要处理决定,夫妻双方应当平等协商,取得一致意见。……”

处分权是所有权的最高表现,如果没有平等的处分权,平等的所有权则形同虚设。所以,理解该条所谓平等的处理权时,应依照民法关于共同共有的原理,即夫妻在处分共同财产时,应当平等协商,取得一致意见,任何一方不得违背他方的意志,擅自处理。特别是对共有重要财产做处置时,如买卖、赠与等,应征得他方的同意,否则就侵犯了另一方对共有财产的所有权。擅自处置财产构成侵权当然应受到规制和惩戒,并不会因发生时间不同而产生不同的法律评价。根据《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》第二十一条的规定“一方将夫妻共同财产非法隐藏、转移拒不交出的,或非法变卖、毁损的,分割财产时,对隐藏、转移、变卖、毁损财产的一方,应予以少分或不分。”可见,法律规定的目的在于只要有上述非法处置财产行为,分割财产时行为人应承担相应法律后果。

第三,将“离婚时”界定为法律后果的承担时间符合立法目的。综合分析,再结合婚姻法第四十七条的立法目的,应当明确该条中的“离婚时”,并非对一方非法处置财产行为的时间点界定,而当理解为法律后果的承担时间。即只要“离婚时”发现,一方于离婚诉讼期间或者离婚诉讼前有上述非法处置财产行为的,都符合第四十七条中规定的情形,可以承担少分或者不分财产的法律后果。同时,从系统解释来看,唯有如此,才能与该条规定第一款的后半段形成整体性一致理解。婚姻法第四十七条第一款后半段规定:“离婚后,

另一方发现有上述行为的，可以向人民法院提起诉讼，请求再次分割夫妻共同财产。”离婚后才发现非法处置共同财产的，尚可请求再次分割，离婚时发现离婚期间或者此前非法处置财产的，当然均可以在分割财产时对其少分或不分。

离婚分割财产时应当在遵循法规范和夫妻共同财产分割原则的基础上，综合考虑立法目的、伦理道德和裁判结果的价值导向，以公正裁判倡导诚实守信，抑制恶意，促进形成诚实友善的良好社会风尚。本案例中，二审法院在认定雷某某存在恶意转移财产损害另一方利益的前提下，并没有局限于对“离婚时”的机械僵硬理解，而是在离婚分割财产时判决雷某某补偿宋某某12万元，对其擅自处置共同财产的行为承担了少分财产的法律后果。

三、需要说明的其他问题

在适用婚姻法第四十七条的同时，尚需对擅自处分共同财产行为的不法性及其所指向的夫妻共同财产的范围予以甄别，以正确区分夫妻一方的恶意侵权与家事代理。

对于离婚时，是否曾经或正在发生针对夫妻共同财产的非法处置财产行为，我们认为应从以下三个方面进行综合判断。一是有擅自处置行为，即夫妻一方于婚姻关系存续期间，未经对方同意，擅自处分了夫妻共同财产。二是超出处置权限，即所处分的财产范围已经超越了日常的生活需要，系非因日常生活需要对夫妻共同财产所做的重要处理。三是主观上存在恶意，即一方实施处置财产行为时存在着侵占他方财产的故意。此外，还可以结合处置财产行为发生的原因、分居的时间、财产价值、行为的后果等因素综合考虑。

所谓家事代理行为，依照法学理论通说，是配偶权中的一项重要内容，即夫妻一方在因家庭日常事务而与第三人为一定的法律行为时，享有代理配偶他方的权利。具体而言，夫妻一方代表家庭所为的行为，视为夫妻共同的意思表示，夫妻他方也必须承担法律后果，夫妻双方对该行为承担共同的连带责任。该项制度的存在一则有利于夫妻日常生活的顺利进行和共同利益，二则也有助于维护交易安全，保护第三人的利益，故在我国的法律制度中也得到了体现。如《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第十七条规定“夫或妻在处理夫妻共同财产上的权利是平等的，因日常生活需要而处理夫妻共同财产的，任何一方均有权决定”。我国台湾地区“民法”第1003条第1款就有“夫妻于日常家务，互为代理人”的规定，该条之一第2款还规定因家庭生活费用所生的债务，由夫妻负连带责任。^①至于家事代理行为是否成立，则可以从夫妻的生活习惯、社会地位、经济状况、财产规模和价值等方面予以考量。只有正确区分恶意侵权与家事代理，才能不违背婚姻法第

^① 黄荣坚等：《月旦简明六法》，台湾地区元照出版有限公司2005年版，第3~116页。

• 274 • 解读最高人民法院司法解释(含指导性案例) 民事卷

四十七条的立法本意,才能既惩戒恶意处置夫妻共同财产的行为,又不会冲击正常的家事代理,从而实现裁判的法律效果与社会效果的良好统一。

(撰稿人:吴颖超 吴光侠 王 忠 李春香)

最高人民法院
印发《关于贯彻执行〈中华人民共和国
继承法〉若干问题的意见》的通知

1985年9月11日

法(民)发[1985]22号

全国地方各级人民法院,各级军事法院,各级铁路运输法院,各海事法院:
现将《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》发给你们,请你们在审理继承案件中试行,并注意总结经验。试行中的意见和问题,请及时报告我院。

附:

关于贯彻执行《中华人民共和国
继承法》若干问题的意见

第六届全国人民代表大会第三次会议通过的《中华人民共和国继承法》,是我国公民处理继承问题的准则,是人民法院正确、及时审理继承案件的依据。人民法院贯彻执行继承法,要根据社会主义的法制原则,坚持继承权男女平等,贯彻互相扶助和权利义务相一致的精神,依法保护公民的私有财产的继承权。

为了正确贯彻执行继承法,我们根据继承法的有关规定和审判实践经验,对审理继承案件中具体适用继承法的一些问题,提出以下意见,供各级人民法院在审理继承案件时试行。

一、关于总则部分

1. 继承从被继承人生理死亡或被宣告死亡时开始。

失踪人被宣告死亡的,以法院判决中确定的失踪人的死亡日期,为继承开始的时间。

2. 相互有继承关系的几个人在同一事件中死亡,如不能确定死亡先后时间的,推定没有继承人的人先死亡。死亡人各自都有继承人的,如几个死亡人辈分不同,推定长辈先死亡;几个死亡人辈分相同,推定同时死亡,彼此不发

生继承,由他们各自的继承人分别继承。商家巨力电子书
www.docsriver.com

3. 公民可继承的其他合法财产包括有价证券和履行标的为财物的债权等。

4. 承包人死亡时尚未取得承包收益的,可把死者生前对承包所投入的资金和所付出的劳动及其增值和孳息,由发包单位或者接续承包合同的人合理折价、补偿,其价额作为遗产。

5. 被继承人生前与他人订有遗赠扶养协议,同时又立有遗嘱的,继承开始后,如果遗赠扶养协议与遗嘱没有抵触,遗产分别按协议和遗嘱处理;如果有抵触,按协议处理,与协议抵触的遗嘱全部或部分无效。

6. 遗嘱继承人依遗嘱取得遗产后,仍有权依继承法第十三条的规定取得遗嘱未处分的遗产。

7. 不满6周岁的儿童、精神病患者,可以认定其为无行为能力人。

已满6周岁,不满18周岁的未成年人,应当认定其为限制行为能力人。

8. 法定代理人代理被代理人行使继承权、受遗赠权,不得损害被代理人的利益。法定代理人一般不能代理被代理人放弃继承权、受遗赠权。明显损害被代理人利益的,应认定其代理行为无效。

9. 在遗产继承中,继承人之间因是否丧失继承权发生纠纷,诉讼到人民法院的,由人民法院根据继承法第七条的规定,判决确认其是否丧失继承权。

10. 继承人虐待被继承人情节是否严重,可以从实施虐待行为的时间、手段、后果和社会影响等方面认定。

虐待被继承人情节严重的,不论是否追究刑事责任,均可确认其丧失继承权。

11. 继承人故意杀害被继承人的,不论是既遂还是未遂,均应确认其丧失继承权。

12. 继承人有继承法第七条第(一)项或第(二)项所列之行为,而被继承人以遗嘱将遗产指定由该继承人继承的,可确认遗嘱无效,并按继承法第七条的规定处理。

13. 继承人虐待被继承人情节严重的,或者遗弃被继承人的,如以后确有悔改表现,而且被虐待人、被遗弃人生前又表示宽恕,可不确认其丧失继承权。

14. 继承人伪造、篡改或者销毁遗嘱,侵害了缺乏劳动能力又无生活来源的继承人的利益,并造成其生活困难的,应认定其行为情节严重。

15. 在诉讼时效期间内,因不可抗拒的事由致继承人无法主张继承权利的,人民法院可按中止诉讼时效处理。

16. 继承人在知道权利受到侵犯之日起的2年之内,其遗产继承权纠纷确在人民调解委员会进行调解期间,可按中止诉讼时效处理。

17. 继承人因遗产继承纠纷向人民法院提起诉讼,诉讼时效即为中断。

18. 自继承开始之日起的第 18 年后至第 20 年期间内, 继承人才知道自己的权利被侵犯的, 其提起诉讼的权利, 应当在继承开始之日起的 20 年之内行使, 超过 20 年的, 不得再行提起诉讼。

二、关于法定继承部分

19. 被收养人对养父母尽了赡养义务, 同时又对生父母扶养较多的, 除可依继承法第十条的规定继承养父母的遗产外, 还可依继承法第十四条的规定分得生父母的适当的遗产。

20. 在旧社会形成的一夫多妻家庭中, 子女与生母以外的父亲的其他配偶之间形成扶养关系的, 互有继承权。

21. 继子女继承了继父母遗产的, 不影响其继承生父母的遗产。

继父母继承了继子女遗产的, 不影响其继承生子女的遗产。

22. 收养他人作为养孙子女, 视为养父母与养子女的关系的, 可互为第一顺序继承人。

23. 养子女与生子女之间、养子女与养子女之间, 系养兄弟姐妹, 可互为第二顺序继承人。

被收养人与其亲兄弟姐妹之间的权利义务关系, 因收养关系的成立而消除, 不能互为第二顺序继承人。

24. 继兄弟姐妹之间的继承权, 因继兄弟姐妹之间的扶养关系而发生。没有扶养关系的, 不能互为第二顺序继承人。

继兄弟姐妹之间相互继承了遗产的, 不影响其继承亲兄弟姐妹的遗产。

25. 被继承人的孙子女、外孙子女、曾孙子女、外曾孙子女都可以代位继承, 代位继承人不受辈数的限制。

26. 被继承人的养子女、已形成扶养关系的继子女的生子女可代位继承; 被继承人亲生子女的养子女可代位继承; 被继承人养子女的养子女可代位继承; 与被继承人已形成扶养关系的继子女的养子女也可以代位继承。

27. 代位继承人缺乏劳动能力又没有生活来源, 或者对被继承人尽过主要赡养义务的, 分配遗产时, 可以多分。

28. 继承人丧失继承权的, 其晚辈直系血亲不得代位继承。如该代位继承人缺乏劳动能力又没有生活来源, 或对被继承人尽赡养义务较多的, 可适当分给遗产。

29. 丧偶儿媳对公婆、丧偶女婿对岳父、岳母, 无论其是否再婚, 依继承法第十二条规定作为第一顺序继承人时, 不影响其子女代位继承。

30. 对被继承人生活提供了主要经济来源, 或在劳务等方面给予了主要扶助的, 应当认定其尽了主要赡养义务或主要扶养义务。

31. 依继承法第十四条规定可以分给适当遗产的人, 分给他们遗产时, 按

具体情况可多于或少于继承人。

32. 依继承法第十四条规定可以分给适当遗产的人,在其依法取得被继承人遗产的权利受到侵犯时,本人有权以独立的诉讼主体的资格向人民法院提起诉讼。但在遗产分割时,明知而未提出请求的,一般不予受理;不知而未提出请求,在2年以内起诉的,应予受理。

33. 继承人有扶养能力和扶养条件,愿意尽扶养义务,但被继承人因有固定收入和劳动能力,明确表示不要求其扶养的,分配遗产时,一般不应因此而影响其继承份额。

34. 有扶养能力和扶养条件的继承人虽然与被继承人共同生活,但对需要扶养的被继承人未尽扶养义务,分配遗产时,可以少分或者不分。

三、关于遗嘱继承部分

35. 继承法实施前订立的,形式上稍有欠缺的遗嘱,如内容合法,又有充分证据证明为遗嘱人真实意思表示的,可以认定遗嘱有效。

36. 继承人、受遗赠人的债权人、债务人,共同经营的合伙人,也应当视为与继承人、受遗赠人有利害关系,不能作为遗嘱的见证人。

37. 遗嘱人未保留缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人的遗产份额,遗产处理时,应当为该继承人留下必要的遗产,所剩余的部分,才可参照遗嘱确定的分配原则处理。

继承人是否缺乏劳动能力又没有生活来源,应按遗嘱生效时该继承人的具体情况确定。

38. 遗嘱人以遗嘱处分了属于国家、集体或他人所有的财产,遗嘱的这部分,应认定无效。

39. 遗嘱人生前的行为与遗嘱的意思表示相反,而使遗嘱处分的财产在继承开始前灭失,部分灭失或所有权转移、部分转移的,遗嘱视为被撤销或部分被撤销。

40. 公民在遗书中涉及死后个人财产处分的内容,确为死者真实意思的表示,有本人签名并注明了年、月、日,又无相反证据的,可按自书遗嘱对待。

41. 遗嘱人立遗嘱时必须具有行为能力。无行为能力人所立的遗嘱,即使其本人后来有了行为能力,仍属无效遗嘱。遗嘱人立遗嘱时有行为能力,后来丧失了行为能力,不影响遗嘱的效力。

42. 遗嘱人以不同形式立有数份内容相抵触的遗嘱,其中有公证遗嘱的,以最后所立公证遗嘱为准;没有公证遗嘱的,以最后所立的遗嘱为准。

43. 附义务的遗嘱继承或遗赠,如义务能够履行,而继承人、受遗赠人无正当理由不履行,经受益人或其他继承人请求,人民法院可以取消其接受附义务那部分遗产的权利,由提出请求的继承人或受益人负责按遗嘱人的意愿履行

义务，接受遗产。

四、关于遗产的处理部分

44. 人民法院在审理继承案件时，如果知道有继承人而无法通知的，分割遗产时，要保留其应继承的遗产，并确定该遗产的保管人或保管单位。

45. 应当为胎儿保留的遗产份额没有保留的，应从继承人所继承的遗产中扣回。

为胎儿保留的遗产份额，如胎儿出生后死亡的，由其继承人继承；如胎儿出生时就是死体的，由被继承人的继承人继承。

46. 继承人因放弃继承权，致其不能履行法定义务的，放弃继承权的行为无效。

47. 继承人放弃继承应当以书面形式向其他继承人表示。用口头方式表示放弃继承，本人承认，或有其他充分证据证明的，也应当认定其有效。

48. 在诉讼中，继承人向人民法院以口头方式表示放弃继承的，要制作笔录，由放弃继承的人签名。

49. 继承人放弃继承的意思表示，应当在继承开始后、遗产分割前作出。遗产分割后表示放弃的不再是继承权，而是所有权。

50. 遗产处理前或在诉讼进行中，继承人对放弃继承翻悔的，由人民法院根据其提出的具体理由，决定是否承认。遗产处理后，继承人对放弃继承翻悔的，不予承认。

51. 放弃继承的效力，追溯到继承开始的时间。

52. 继承开始后，继承人没有表示放弃继承，并于遗产分割前死亡的，其继承遗产的权利转移给他的合法继承人。

53. 继承开始后，受遗赠人表示接受遗赠，并于遗产分割前死亡的，其接受遗赠的权利转移给他的继承人。

54. 由国家或集体组织供给生活费用的烈属和享受社会救济的城市居民，其遗产仍应准许合法继承人继承。

55. 集体组织对“五保户”实行“五保”时，双方有扶养协议的，按协议处理；没有扶养协议，死者有遗嘱继承人或法定继承人要求继承的，按遗嘱继承或法定继承处理，但集体组织有权要求扣回“五保”费用。

56. 扶养人或集体组织与公民订有遗赠扶养协议，扶养人或集体组织无正当理由不履行，致协议解除的，不能享有受遗赠的权利，其支付的供养费用一般不予补偿；遗赠人无正当理由不履行，致协议解除的，则应偿还扶养人或集体组织已支付的供养费用。

57. 遗产因无人继承收归国家或集体组织所有时，按继承法第十四条规定可以分给遗产的人提出取得遗产的要求，人民法院应视情况适当分给遗产。

58. 人民法院在分割遗产中的房屋、生产资料和特定职业所需要的财产时, 应依据有利于发挥其使用效益和继承人的实际需要, 兼顾各继承人的利益进行处理。

59. 人民法院对故意隐匿、侵吞或争抢遗产的继承人, 可以酌情减少其应继承的遗产。

60. 继承诉讼开始后, 如继承人、受遗赠人中有既不愿参加诉讼, 又不表示放弃实体权利的, 应追加为共同原告; 已明确表示放弃继承的, 不再列为当事人。

61. 继承人中有缺乏劳动能力又没有生活来源的人, 即使遗产不足清偿债务, 也应为其保留适当遗产, 然后再按继承法第三十三条和民事诉讼法第一百八十条的规定清偿债务。

62. 遗产已被分割而未清偿债务时, 如有法定继承又有遗嘱继承和遗赠的, 首先由法定继承人用其所得遗产清偿债务; 不足清偿时, 剩余的债务由遗嘱继承人和受遗赠人按比例用所得遗产偿还; 如果只有遗嘱继承和遗赠的, 由遗嘱继承人和受遗赠人按比例用所得遗产偿还。

五、关于附则部分

63. 涉外继承, 遗产为动产的, 适用被继承人住所地法律, 即适用被继承人生前最后住所地国家的法律。

64. 继承法施行前, 人民法院已经审结的继承案件, 继承法施行后, 按审判监督程序提起再审的, 适用审结时的有关政策、法律。

人民法院对继承法生效前已经受理、生效时尚未审结的继承案件, 适用继承法。但不得再以超过诉讼时效为由驳回起诉。

【解 读】

解读《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》

一、问题的提出

《中华人民共和国继承法》(以下简称《继承法》)于1985年4月10日通过并公布后, 最高人民法院于同年9月11日印发了《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》(以下简称本意见)。由于所涉及内容的稳

定性及规定的具体化，应该说《继承法》及其本意见在我国法律体系中是比较稳定的，历经二十余年未作出较大的立法修正或解释补充；由此也表明《继承法》及其本意见的出台契合了社会实践，具有很强的操作性。

二、关于《继承法》总则的理解与适用

继承制度作为一定社会经济基础的上层建筑，同时反作用于经济基础，维护和巩固其经济基础。因为继承影响着社会财产的分配，必然对经济起很大的作用。在私有制条件下，继承制度起着维护和巩固私有制的作用；在社会主义条件下，继承制度也起着维护和巩固社会主义经济制度的作用。

(一)《继承法》的基本原则的贯彻适用

本意见指出人民法院在审理继承案件时应贯彻执行《继承法》的基本原则：“坚持继承权男女平等，贯彻互相扶助和权利义务相一致的精神，依法保护公民的私有财产的继承权。”

1. 保护公民的私有财产继承权

我国《宪法》规定：“国家依照法律规定保护公民的私有财产的继承权”，作为规范继承民事法律关系的基本法《民法通则》规定“公民依法享有财产继承权。”《继承法》第一条也指出，根据《宪法》的规定，为保护公民的私有财产的继承权，制定本法。可以看出，保护公民的私有财产继承权是我国继承法立法的宗旨和出发点，《继承法》是为保护公民个人的私有财产继承权制定的。

2. 男女平等

由于重男轻女、男尊女卑传统观念根深蒂固的影响，在继承领域，妇女的继承权历来不受人们的重视。为此，《继承法》第九条特别强调：“继承权男女平等。”《妇女权益保障法》亦特别规定：“妇女享有的与男子平等的财产继承权受法律保护。”

3. 权利义务相一致

《继承法》规定的法定继承人范围、继承顺序和遗产分配原则与婚姻家庭法上确立的有扶养权利义务的亲属体系相呼应，接受继承与承担债务清偿责任相统一。

4. 照顾弱者

在继承权的丧失、遗嘱的效力、遗产的分割、债务的清偿等规定中，对缺乏劳动能力又无生活来源的继承人给予了特殊保护；遗嘱应当为其保留必要的遗产份额；继承人伪造、篡改或者销毁遗嘱，侵害其利益，造成其生活困难的，将丧失继承权；由于丧失继承权，其不能代位继承的晚辈直系血亲如果缺乏劳动能力又无生活来源的可适当分得遗产；即使遗产不足清偿债务，也应为其保留适当遗产，再清偿被继承人所欠税款和债务。

(二) 继承法律关系

1. 继承法律关系的主体

包括继承人、受遗赠人、遗赠扶养协议的扶养人、酌情分得遗产人四类基本权利主体：(1) 行为能力的界定及代理。因在后制定的《民法通则》第十一条、第十二条，最高人民法院《关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见(试行)》(以下简称《民法通则意见》)关于民事权利能力和民事行为能力部分已有新的明确规定，所以本意见第七条所界定的无行为能力人和限制行为能力人的规定失效。根据法理，代理制度设立的目的是为被代理人利益，法定代理人在行为时尤应考虑到被代理人利益，因为其代理的是无民事行为能力人或限制民事行为能力人，他们作为被代理人尚没有能力如同委托代理的被代理人一样，为自己利益考虑而直接为民事法律行为。对无民事行为能力人或限制民事行为能力人纯获利益的权利，法定代理人不应随意放弃。所以本意见第八条规定：“法定代理人代理被代理人行使继承权、受遗赠权，不得损害被代理人的利益。法定代理人一般不能代理被代理人放弃继承权、受遗赠权。明显损害被代理人利益的，应认定其代理行为无效。”(2) 酌情分得遗产人。《继承法》第十四条规定了可以分给适当遗产的人，本意见进一步明确，分给他们遗产时，可以多于或少于继承人。在其依法取得遗产权利受侵害时，能以独立的主体资格起诉，但在遗产分割时，明知而未提出请求的，一般不予受理；不知受侵害的，应在二年以内起诉。

2. 继承法律关系的内容，即继承权

(1) 继承权的内容包括接受或放弃继承的权利(放弃继承权的内容在继承权行使部分阐述)，接受、取得遗产的权利和继承权受侵害时的恢复请求权。本意见第十五到十八条对继承权诉讼时效的相关规定，如中止、中断和最长诉讼时效等内容与《民法通则》基本相一致。但对诉讼时效中止的概念，应以作为上位阶且属于新法的法律《民法通则》为准，限定在诉讼时效期间的最后六个月内的时间范围之内。在诉讼时效期间的最后六个月内，因不可抗拒的事由致继承人无法主张继承权利的，人民法院可按中止诉讼时效处理；继承人在知道自己的权利受到侵犯之日起的二年之内，其遗产继承权纠纷确在人民调解委员会进行调解期间，可按中止诉讼时效处理；继承人因遗产继承纠纷向人民法院提起诉讼，诉讼时效即为中断；自继承开始之日起的第十八年后至第二十年期间内，继承人才知道自己的权利被侵犯的，其提起诉讼的权利，应当在继承开始之日起的二十年之内行使，超过二十年的，不得再行提起诉讼。(2) 继承权的丧失。继承权丧失只能由法院来确认。继承权丧失的类型有：①故意杀害继承人。以有故意致死为已足，是否在于谋夺遗产在所不问；不论是既遂或未遂，杀人预备如果被处刑亦丧失继承权。②为争夺遗产而杀害其他继承人。目的是争夺遗产，有杀害行为即满足构成要件。上述两种情形由于情节极为严

重，继承权当然丧失，是终局性丧失。即使被继承人宽恕，以遗嘱将遗产指定由该继承人继承，仍确认遗嘱无效，以丧失继承权对待。③遗弃被继承人的，或者虐待被继承人情节严重的。虐待情节严重与否可以从实施虐待行为的时间、手段、后果和社会影响等方面认定；虐待被继承人，只要情节严重，而不论是否追究刑事责任，即认定丧失继承权。这类继承权的丧失是非终局性的丧失，通过被继承人的宽恕，继承人仍可保持其继承权。本意见第十三条规定，如继承人以后确有悔改表现，且被虐待人、被遗弃人生前又表示宽恕的，可不确认其丧失继承权。④伪造、篡改或者销毁遗嘱，情节严重的。“情节严重”指继承人伪造、篡改或者销毁遗嘱，侵害了缺乏劳动能力又无生活来源的继承人的利益，并造成其生活困难。对缺乏劳动能力又无生活来源的继承人，法律给予了特殊的保护。

3. 继承法律关系的客体

结合《继承法》和其他相关法律精神，我国立法所指的继承法律关系的客体就是遗产。(1) 遗产范围。本意见第三条对《继承法》第三条的兜底条款作出了解释，即遗产除了财产所有权、著作权和专利权中的财产权利外，还包括有价证券和履行标的为财物的债权等。理论上还包括与所有权相对应的用益物权和担保物权两类物权。至此，遗产包括无形财产权、物权、债权及较为特殊的有价证券等。(2) 个人承包应得的利益作为一种期待权也能依照《继承法》的规定进行继承。对于承包人死亡时尚未取得承包收益的如何处理，本意见第四条给出了规定，可把死者生前对承包所投入的资金和所付出的劳动及其增值和孳息，由发包单位或者接续承包合同的人合理折价、补偿，其价额作为遗产。

三、关于法定继承部分的理解与适用

(一) 法定继承人问题

1. 养父母子女

收养的法律效力，一是养父母与养子女间产生父母子女之间的权利义务，二是养子女与养父母的近亲属之间形成法律拟制的亲属关系，三是养子女与生父母之间的权利义务解除，四是养子女与生父母的近亲属之间的权利义务解除。这些效力体现在继承法律关系中，即产生如下的法律结果：(1) 在收养关系有效存续期间，养子女只能是养父母遗产的法定继承人，而不能同时作为生父母遗产的法定继承人，此即养子女法定继承人资格的单一性。本意见第十九条规定，被收养人对养父母尽了赡养义务，同时对生父母扶养较多的，除可依《继承法》第十条的规定继承养父母的遗产外，还可依《继承法》第十四条的规定分得生父母的适当的遗产。因为被收养人作为拟制血亲子女可以作为继承人继承养父母的遗产，又因为对生父母的扶养，所以可以依据《继承法》作为

继承人以外的人对被继承人扶养较多为由,而酌情分得生父母的遗产。(2)养子女与生子女之间、养子女与养子女之间,形成法律拟制的亲属关系,系养兄弟姐妹,可互为第二顺序继承人。被收养人与其亲兄弟姐妹之间的权利义务关系,因收养关系的成立而消除,不能互为第二顺序继承人。(3)另外,本意见又规定收养他人人为养孙子女,视为养父母与养子女的关系的,可互为第一顺序继承人。

2. 继父母子女

(1) 继子女的亲属法律地位分为两类,一是仅仅作为继父母的直系姻亲,彼此间未形成事实上的扶养关系和共同生活关系;二是继子女与继父母在事实上形成了扶养关系,由直系姻亲转化为拟制血亲,从而产生法律拟制的父母子女间的权利义务。在前一种亲属地位中,继子女只能作为其亲生父母的法定继承人,不享有继父母遗产的法定继承权。在后一种亲属地位中,继子女则具有双重继承资格,既是亲生父母的法定继承人,又是继父母的法定继承人。因此,本意见第二十一条规定:“继子女继承了继父母遗产的,不影响其继承生父母的遗产。继父母继承了继子女遗产的,不影响其继承生子女的遗产。”

(2) 本意见对继兄弟姐妹间的继承法律关系,采取了与继父母子女类似的做法,即是否有相互继承关系,看相互间是否形成扶养关系。“继兄弟姐妹之间的继承权,因继兄弟姐妹之间的扶养关系而发生。没有扶养关系的,不能互为第二顺序继承人。”(3) 因为法律在拟制形成扶养关系的继父母子女以父母子女关系时,并未同时阻断继子女与亲生父母间的法律联系,继子女与亲生父母的子女之间仍是亲兄弟姐妹关系,所以本意见规定,继兄弟姐妹之间相互继承了遗产的,不影响其继承亲兄弟姐妹的遗产。

3. 符合法定条件的儿媳、女婿

(1) 丧偶是该类人员作为法定继承人的前提,在此时可能会出现子女享有代位继承权与丧偶儿媳或女婿享有法定继承权并存的情况。本意见明确该类人员作为第一顺序继承人时,不影响其子女的代位继承权。(2) 就如何认定这类人员作为法定继承人的必备条件的“尽了主要赡养义务”,本意见明确提出,对被继承人生活提供了主要经济来源,或在劳务等方面给予了主要扶助的,应当认定其尽了主要赡养义务。

4. 对因旧社会遗留的一夫多妻的特殊情况,本意见采取了类似继父母子女的规定。即子女与生母以外的父亲的其他配偶之间形成扶养关系的,互有继承权。

(二) 胎儿的继承问题

这里的胎儿是指生父死亡时尚在母腹中未出生的胚胎。因为自然人的权利能力始于出生,所以胎儿在法律上不能成为独立的现实意义的权利主体,不能称为继承人。但为维护胎儿出生后的生存和生活利益,实现父母对子女抚养关

系的有效延续,各国都为胎儿预设一种继承地位,确认其可得遗产利益。《继承法》第二十八条规定,遗产分割时,应当保留胎儿的继承份额。胎儿出生时是死体的,保留的份额按照法定继承办理。本意见第四十五条进一步明确,胎儿继承份额未保留的,应从继承人所继承的遗产中扣回。胎儿出生后死亡的,由其继承人继承;出生时就是死体的,由被继承人的继承人继承。因为胎儿出生后再死亡的,因其出生而享有法律为他预留的被继承人的遗产,为有效继承,之后再死亡,则其所继承的遗产再作为他的遗产由其继承人继承。胎儿的预留份是为维护胎儿出生后的生存和生活利益,因此如果出生时就是死体的,显然不能满足法律的目的,不能受法律的特殊保护,不能实际享有为其保留的预留份额,只能由被继承人的继承人继承。

(三) 代位继承问题

1. 代位继承人不受辈数限制。代位继承制度在宗祧继承中的目的则在于延绵宗嗣,而在遗产继承而言,是为公平而设。从这个意义上讲,只要存在子女的直系血亲,不论是孙子女、外孙子女,还是曾孙子女、外曾孙子女,或是再下一代被继承人的直系血亲均得代位继承,而不受辈数的限制。

2. 养子女、与继父母形成扶养关系的继子女与亲生子女权利相同。所以涉及代位继承概念中“子女”的概念均可以适用于养子女、与继父母形成扶养关系的继子女。如被继承人的子女,亦适用被继承人的养子女或与继父母形成扶养关系的继子女;被继承人子女的晚辈直系血亲,亦适用于被继承人子女的晚辈直系拟制血亲。因此,被继承人的养子女或已形成扶养关系的继子女的生子女,被继承人亲生子女的养子女,被继承人养子女的养子女,与被继承人已形成扶养关系的继子女的养子女等都可以代位继承。

3. 代位继承人多得遗产的情形。(1) 代位继承人缺乏劳动能力又没有生活来源。这是养老育幼、照顾弱者精神的贯彻。(2) 对被继承人尽过主要赡养义务的。这是权利义务相一致原则的体现。

4. 代位继承的前提是被代位人存在有效的法定继承权。对代位继承的性质,我国法律和司法解释认定为代位权,即因父或母丧失继承权时,其晚辈直系血亲亦无代位继承权。此时,如果该代位继承人缺乏劳动能力又没有生活来源,或对被继承人尽赡养义务较多的,不再作为法定继承人多分得遗产,而是依据《继承法》第十四条的规定适当分给遗产。

(四) 应当不分或少分情形的特殊情况

《继承法》规定,有扶养能力和有扶养条件的继承人,不尽扶养义务的,分配遗产时,应当不分或少分。但应该承认,不尽扶养义务的原因是多种多样的。本意见第三十三条规定了其中不应不分或少分的情形:继承人愿意尽扶养义务,但被继承人因有固定收入和劳动能力,明确表示不要求其扶养的。另外,虽然与被继承人共同生活,但并不能就此就认为是尽了扶养义务。是否尽

了扶养义务,要看生活上是否加以照料,精神和情感上是否给予抚慰,经济上是否进行供养,时间上是否表现出长期性、经常性和稳定性。如果有扶养能力和扶养条件的继承人虽然与被继承人共同生活,但对需要扶养的被继承人不尽扶养义务,分配遗产时,仍可以少分或者不分。

四、关于遗嘱继承部分的理解与适用

(一) 关于遗嘱的效力

1. 遗嘱的有效条件。遗嘱作为一种法律行为,必须具备法律行为的有效条件,才能产生预期的法律后果。《继承法》规定了公证遗嘱、自书遗嘱、代书遗嘱、录音遗嘱和口头遗嘱五种形式,遗嘱作为要式法律行为,必须遵守《继承法》所规定的形式。但遗嘱是否符合法定形式,应以遗嘱设立时法律规定的要求为准。故本意见第三十五条指出:“继承法实施前订立的,形式上稍有欠缺的遗嘱,如内容合法,又有充分证据证明为遗嘱人真实意思表示的,可以认定遗嘱有效。”这里的“形式上稍有欠缺”,是指按《继承法》中规定的形式要求有一定缺失,但符合遗嘱设立当时的有关规定。如果在《继承法》实施后所立遗嘱在形式上有欠缺,则应认定为无效。

2. 见证人的资格。《继承法》第十八条规定了不能作为遗嘱见证人的三类人员类型。本意见第三十六条指出了《继承法》所规定的第三类人员即与继承人、受遗赠人有利利害关系的人包括继承人、受遗赠人的债权人、债务人,共同经营的合伙人。

3. 按自书遗嘱对待的遗书内容。遗书中内容可按自书遗嘱对待的条件:(1)内容涉及死后个人财产处分的;(2)确为死者真实意思的表示;(3)有本人签名并注明了年、月、日;(4)无相反证据。

4. 数份不同形式、内容相抵触遗嘱的效力问题。对此问题的判断原则为:首先公证遗嘱效力最高;其次为时间有先后的遗嘱,以最后所立的为准。

5. 遗嘱变更或撤销的推定方式。遗嘱的变更或撤消除可以用书面方式明确表示外,还可以通过其行为推定其变更或撤销的意思。本意见第三十九条即规定了此种推定方式:“遗嘱人生前的行为与遗嘱的意思表示相反,而使遗嘱处分的财产在继承开始前灭失,部分灭失或所有权转移、部分转移的,遗嘱视为被撤销或部分被撤销。”

(二) 遗嘱继承、遗赠及遗赠扶养协议的关系

1. 遗赠扶养协议效力优先于遗嘱。当遗嘱与遗赠扶养协议同时存在时,如果没有抵触,自然依各自内容处理;但如果有抵触,则遗赠扶养协议效力优先于遗嘱,按协议处理,与协议抵触的遗嘱全部或部分无效。

2. 遗嘱继承人仍可参与法定继承。遗嘱可能是对全部财产作了处分,也可能仅对部分财产作处分或遗嘱所作处分部分无效。在后一种情况下,就同时

存在法定继承和遗嘱继承两种继承方式。遗嘱继承人在按遗嘱继承部分遗产后，仍有权参加遗嘱未作处分或处分无效部分的继承，此时具有双重身份，即先是遗嘱继承人，后是法定继承人。本意见第六条规定：“遗嘱继承人依遗嘱取得遗产后，仍有权依《继承法》第十三条的规定取得遗嘱未处分的遗产。”

3. 附义务的遗嘱继承、遗赠。附义务的遗嘱继承或遗赠，如义务能够履行，而继承人、受遗赠人无正当理由不履行，经受益人或其他继承人请求，人民法院可以取消他接受附义务部分遗产的权利，由提出请求的继承人或受益人负责按遗嘱人的意愿履行义务，接受遗产。

4. 遗赠扶养协议不履行的法律后果。遗赠扶养协议属于一种特殊的合同关系，是一种双方有偿、双务的法律行为。在遗赠扶养协议中，扶养人享有接受遗赠的权利，同时承担被扶养人生养死葬的义务；遗赠人承担将遗产遗赠给扶养人的义务，同时享有接受扶养人扶养的权利。遗赠扶养协议一经订立，即发生法律效力，对双方产生法律约束力，双方应严格履行协议中所约定的义务。扶养人如果不履行抚养义务则构成违约，遗赠人有权请求解除协议，扶养人不再享受遗赠的权利，并且扶养人支付的供养费用一般不予补偿。遗赠人如果不履行协议的，其中遗赠人擅自处分指定给扶养人的财产致使扶养人无法实现受遗赠权的，扶养人有权解除协议，并要求遗赠人偿还已支付的供养费用。

五、关于继承开始与遗产处理的理解与适用

(一) 继承的开始

1. 继承开始的时间。继承开始的时间是确定继承人和遗产的范围，界定继承人顺序和应继份额，识别遗产所有权的转移，判断遗嘱是否生效和掌握20年最长权利保护期的起算的一个极重要的时间点，是引起继承法律关系的法律事实的发生点，也是继承权从期待权转为既得权的界线。《继承法》第二条规定，继承从被继承人死亡时开始。但对于死亡时间的具体认定，应包括以下几种情形：(1) 自然死亡的时间认定。自然死亡即生理死亡。依据有关规定，可以依次按以下顺序把握：①以医院死亡证书认定为准确；②户籍登记为准；③有关死亡的证据材料。(2) 宣告死亡的时间认定。宣告死亡的时间，应依据《民法通则意见》第三十六条的规定：“被宣告死亡的人，判决宣告之日为其死亡的日期。”(3) 特殊情况死亡时间的推定。对两个以上互有继承权的人在同一事故中死亡，不能确定死亡时间时，如何推定其死亡时间，依本意见第二条的规定，首先，推定没有继承人的人先死亡。其次，死亡人均有继承人的，辈分不同，推定长辈无死亡；辈分相同，推定同时死亡，并彼此不发生继承，由各自继承人分别继承。

2. 继承开始与遗产分割的时差性产生转继承问题。继承开始，遗产所有权即整体移转给全体继承人共同所有。而遗产分割，是将共同共有的财产分割

为各自财产的过程。在现实中，继承开始与遗产分割存在一个时差性，在继承开始后、遗产分割前，继承人（或受遗赠人）死亡的，其所应继承（或受赠）的遗产份额由其继承人承受，也即转继承（或转遗赠）。其实质是两个继承法律关系的正常连续运行。所以，本意见第五十二条、五十三条规定：“继承开始后，继承人没有表示放弃继承，并于遗产分割前死亡的，其继承遗产的权利转移给他的合法继承人。”“继承开始后，受遗赠人表示接受遗赠，并于遗产分割前死亡的，其接受遗赠的权利转移给他的继承人。”继承人在继承开始后、遗产分割前死亡引起的转继承区别于继承人在继承开始前先于被继承人死亡而发生的代位继承与遗产分割后继承人死亡而发生的单纯的继承。

3. 遗产的保管。由于在分割前，遗产的最后归属未确定，但如果对遗产不加保管，则可能会使遗产遭受损失。人民法院在审理继承案件时，如果知道有继承人而无法通知的，分割遗产时，要保留其应继承的遗产，并确定该遗产的保管人或保管单位。

（二）继承权的行使

继承权的行使包括接受或放弃继承，其中放弃继承是在继承开始后、遗产分割前放弃参与继承和取得遗产的权利，放弃继承应符合以下要求：

1. 放弃继承的意思表示应在继承开始后、遗产分割前作出。其放弃的是应继承的遗产份额。遗产分割后放弃的则是实际取得财物的所有权。

2. 放弃继承不得附加条件或期限，也不得影响法定义务的履行。如果继承人因放弃继承权，致其不能履行法定义务的，放弃继承权的行为无效。

3. 放弃继承必须符合意思表示的形式要求。作为要式法律行为的一种，放弃继承必须是明示方式，即以书面形式或口头方式作出。对以口头形式放弃的，要本人承认，或有其他充分证据证明，才认定放弃有效；在诉讼中，法院对继承人以口头方式放弃的，要制作笔录，由放弃继承的人签名。

4. 放弃继承的意思表示原则上不得撤回。按照法律行为的效力原则，放弃继承只要是继承人的真实自愿的意思表示，符合法律行为的有效条件，即应产生法律约束力，不允许撤回。因此，本意见第五十条规定：“遗产处理前或在诉讼进行中，继承人对放弃继承翻悔的，由人民法院根据其提出的具体理由，决定是否承认。遗产处理后，继承人对放弃继承翻悔的，不予承认。”

（三）遗产分割的原则

1. 发挥遗产效用原则。分割遗产应体现物尽其用、财尽其值的要求，使遗产作为一种社会资源尽可能释放出经济效益，促进生产、方便生活。本意见在《继承法》所作的分割遗产应有利于生产和生活需要，不损害遗产效用规定的基础上，又指出：“人民法院在分割遗产中的房屋、生产资料和特定职业所需要的财产时，应依据有利于发挥其使用效益和继承人的实际需要，兼顾各继承人的利益进行处理。”

2. 酌给遗产原则。《继承法》第十四条确立了国家、集体所有制下的酌给遗产原则，即对继承人以外的依靠被继承人扶养的缺乏劳动能力又没有生活来源的人，或者继承人以外的对被继承人扶养较多的人，可以分给他们适当的遗产。当遗产因无人继承收归国家或集体组织所有时，上述人员提出取得遗产的要求，人民法院应视情况适当分给遗产。

3. 保留胎儿应继份额原则。本意见第四十五条则进一步明确：“应当为胎儿保留的遗产份额；没有保留的应从继承人所继承的遗产中扣回。为胎儿保留的遗产份额，如胎儿出生后死亡的，由其继承人继承；如胎儿出生时就是死体的，由被继承人的继承人继承。”

本意见还规定，人民法院对故意隐匿、侵吞或争抢遗产的继承人，可以酌情减少其应继承的遗产。

(四) 债务清偿的原则

1. 接受继承与承担债务清偿责任相统一原则。即接受继承的继承人同时依法接受了债务清偿责任；放弃继承的继承人不承担债务责任。

2. 限定继承原则。即接受继承的继承人仅在其继承遗产的价值范围内承担清偿责任，而不对被继承人生前债务全额无限负责。

3. 特殊保护原则。除了在继承权的丧失、遗嘱的效力和遗产分割中，对无劳动能力又没有生活来源的人进行特殊保护外，在清偿被继承人债务时，也给予了此类人员特殊照顾。本意见第六十一条规定，继承人中有缺乏劳动能力又没有生活来源的人，即使遗产不足清偿债务，也应为其保留适当遗产，然后再按《继承法》第三十三条和《民事诉讼法》第一百八十条的规定清偿债务。

4. 不同顺位的债务责任原则。当出现先分割遗产，后清偿债务的情况时，本意见第六十二条规定了先后的顺位。首先由法定继承人清偿；其次由遗嘱继承人和受遗赠人按比例清偿。

六、其他问题的理解与适用

(一) 程序问题

《民事诉讼法意见》第五十四条规定：“在继承遗产的诉讼中，部分继承人起诉的，人民法院应通知其他继承人作为共同原告参加诉讼；被通知的继承人不愿意参加诉讼又未明确表示放弃实体权利的，人民法院仍应将其列为共同原告。”第五十八条规定：“人民法院追加共同诉讼的当事人时，应通知其他当事人。应当追加的原告，已明确表示放弃实体权利的，可不予追加；既不愿意参加诉讼，又不放弃实体权利的，仍追加为共同原告，其不参加诉讼，不影响人民法院对案件的审理和依法作出判决。”因继承诉讼为共同诉讼，当然适用上述规定。本意见对此类问题处理的规定，与上述规定也是一致的，即“继承诉讼开始后，如继承人、受遗赠人中有既不愿参加诉讼，又不表示放弃实体权利的，

应追加为共同原告；已明确表示放弃继承的，不再列为当事人”。

（二）涉外继承的准据法

关于涉外法定继承准据法的确定，各国规定不尽相同，我国采区别制，即在涉外法定继承中，将遗产分为动产和不动产，并分别适用不同的准据法。动产继承的，适用被继承人住所地法，即适用被继承人生前最后住所地国家的法律；不动产继承的，适用物之所在地法，即不动产所在地法。

（三）关于继承法的溯及力

依本意见第六十四条的规定，案件受理于《继承法》颁布之前，但在其施行后尚处于一审阶段的，该案件的一、二审程序中均应适用《继承法》进行审理。对于这些案件，如果涉及进入审判监督程序的，也应适用《继承法》的规定。对于《继承法》施行后处于二审阶段的继承案件，由于其在一审阶段，人民法院在审理案件时，依据的是之前的各类批复，那么作出的判决或裁定中有些问题可能会造成与适用《继承法》得出不同结论的情况。在二审阶段，《继承法》已经开始实施，按本条的规定，就应当适用《继承法》进行案件的审理。对于《继承法》有新规定及变化之处，在二审时应该依法作出处理。如果在二审期间，人民法院经审查认为若依据当时的规定，一审作出的判决并无不当，虽然案件在二审时按新的法律规定属于改判或发回重审的，也不应认定一审法院原来的办案结果为错案。对于那些在《继承法》施行之前已经过一、二审程序并发生法律效力判决，除非法律有特殊规定，否则进入审判监督程序后，不得依据《继承法》的规定而任意改变原来已经生效的裁判文书。

（撰稿人：俞宏雷）

www.docsriver.com 商家巨力电子书

最高人民法院 关于如何处理农村五保对象遗产问题的批复

法释〔2000〕23号

(2000年6月30日最高人民法院审判委员会
第1121次会议通过 2000年7月25日最高人民
法院公告公布 自2000年8月3日起施行)

各省、自治区、直辖市高级人民法院，解放军军事法院，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院：

国务院1994年1月23日《农村五保供养工作条例》发布后，一些高级人民法院反映，我院1985年9月11日发布的法（民）发〔1985〕22号《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》第五十五条的规定与该条例的有关规定不一致。经研究，答复如下：

农村五保对象死亡后，其遗产按照国务院《农村五保供养工作条例》第十八条、第十九条^①的有关规定处理。

此复。

附：农村五保供养工作条例有关条款

第十八条 五保对象的个人财产，其本人可以继续使用；但是不得自行处分；其需要代管的财产，可以由农村集体经济组织代管。

第十九条 五保对象死亡后，其遗产归所在的农村集体经济组织所有；有五保供养协议的，按照协议处理。

^① 本批复引用的1994年1月23日国务院发布的《农村五保供养工作条例》第十八条、第十九条，已于2006年1月21日被国务院公布的《农村五保供养工作条例》删除。——编者注

www.docsriver.com商家巨力电子书

指导案例 50 号

李某、郭某阳诉郭某和、童某某继承纠纷案

（最高人民法院审判委员会讨论通过 2015 年 4 月 15 日发布）

关键词

民事 继承 人工授精 婚生子女

裁判要点

1. 夫妻关系存续期间，双方一致同意利用他人的精子进行人工授精并使女方受孕后，男方反悔，而女方坚持生出该子女的，不论该子女是否在夫妻关系存续期间出生，都应视为夫妻双方的婚生子女。

2. 如果夫妻一方所订立的遗嘱中没有为胎儿保留遗产份额，因违反《中华人民共和国继承法》第十九条规定，该部分遗嘱内容无效。分割遗产时，应当依照《中华人民共和国继承法》第二十八条规定，为胎儿保留继承份额。

相关法条

《中华人民共和国民法通则》第五十七条

《中华人民共和国继承法》第十九条、第二十八条

基本案情

原告李某诉称：位于江苏省南京市某住宅小区的 306 室房屋，是其与被继承人郭某顺的夫妻共同财产。郭某顺因病死亡后，其儿子郭某阳出生。郭某顺的遗产，应当由妻子李某、儿子郭某阳与郭某顺的父母即被告郭某和、童某某等法定继承人共同继承。请求法院在析产继承时，考虑郭某和、童某某有自己房产和退休工资，而李某无固定收入还要抚养幼子的情况，对李某和郭某阳给予照顾。

被告郭某和、童某某辩称：儿子郭某顺生前留下遗嘱，明确将 306 室赠予二被告，故对该房产不适用法定继承。李某所生的孩子与郭某顺不存在血缘关系，郭某顺在遗嘱中声明他不要这个人工授精生下的孩子，他在得知自己患癌症后，已向李某表示过不要这个孩子，是李某自己坚持要生下孩子。因此，应该由李某对孩子负责，不能将孩子列为郭某顺的继承人。

法院经审理查明：1998 年 3 月 3 日，原告李某与郭某顺登记结婚。2002 年，郭某顺以自己的名义购买了涉案建筑面积为 45.08 平方米的 306 室房屋，并办理了房屋产权登记。2004 年 1 月 30 日，李某和郭某顺共同与南京军区南

京总医院生殖遗传中心签订了人工授精协议书，对李某实施了人工授精，后李某怀孕。2004年4月，郭某顺因病住院，其在得知自己患了癌症后，向李某表示不要这个孩子，但李某不同意人工流产，坚持要生下孩子。5月20日，郭某顺在医院立下自书遗嘱，在遗嘱中声明他不要这个人工授精生下的孩子，并将306室房屋赠与其父母郭某和、童某某。郭某顺于5月23日病故。李某于当年10月22日产下一子，取名郭某阳。原告李某无业，每月领取最低生活保障金，另有不固定的打工收入，并持有夫妻关系存续期间的共同存款18705.4元。被告郭某和、童某某系郭某顺的父母，居住在同一个住宅小区的305室，均有退休工资。2001年3月，郭某顺为开店，曾向童某某借款8500元。

南京大陆房地产估价师事务所有限责任公司受法院委托，于2006年3月对涉案306室房屋进行了评估，经评估房产价值为19.3万元。

裁判结果

江苏省南京市秦淮区人民法院于2006年4月20日作出一审判决：涉案的306室房屋归原告李某所有；李某于本判决生效之日起30日内，给付原告郭某阳33442.4元，该款由郭某阳的法定代理人李某保管；李某于本判决生效之日起30日内，给付被告郭某和33442.4元、给付被告童某某41942.4元。一审宣判后，双方当事人均未提出上诉，判决已发生法律效力。

裁判理由

法院生效裁判认为：本案争议焦点主要有两方面：一是郭某阳是否为郭某顺和李某的婚生子女？二是在郭某顺留有遗嘱的情况下，对306室房屋应如何析产继承？

关于争议焦点一。《最高人民法院关于夫妻离婚后人工授精所生子女的法律地位如何确定的复函》中指出：“在夫妻关系存续期间，双方一致同意进行人工授精，所生子女应视为夫妻双方的婚生子女，父母子女之间权利义务关系适用《中华人民共和国婚姻法》的有关规定。”郭某顺因无生育能力，签字同意医院为其妻子即原告李某施行人工授精手术，该行为表明郭某顺具有通过人工授精方法获得其与李某共同子女的意思表示。只要在夫妻关系存续期间，夫妻双方同意通过人工授精生育子女，所生子女均应视为夫妻双方的婚生子女。《中华人民共和国民法通则》第五十七条规定：“民事法律行为从成立时起具有法律约束力。行为人非依法律规定或者取得对方同意，不得擅自变更或者解除。”因此，郭某顺在遗嘱中否认其与李某所怀胎儿的亲子关系，是无效民事行为，应当认定郭某阳是郭某顺和李某的婚生子女。

关于争议焦点二。《中华人民共和国继承法》（以下简称《继承法》）第五条规定：“继承开始后，按照法定继承办理；有遗嘱的，按照遗嘱继承或者遗赠办理；有遗赠扶养协议的，按照协议办理。”被继承人郭某顺死亡后，继承

开始。鉴于郭某顺留有遗嘱，本案应当按照遗嘱继承办理。《继承法》第二十六条规定：“夫妻在婚姻关系存续期间所得的共同所有的财产，除有约定的以外，如果分割遗产，应当先将共同所有的财产的一半分出为配偶所有，其余的为被继承人的遗产。”最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》第38条规定：“遗嘱人以遗嘱处分了属于国家、集体或他人所有的财产，遗嘱的这部分，应认定无效。”登记在被继承人郭某顺名下的306室房屋，已查明是郭某顺与原告李某夫妻关系存续期间取得的夫妻共同财产。郭某顺死亡后，该房屋的一半应归李某所有，另一半才能作为郭某顺的遗产。郭某顺在遗嘱中，将306室全部房产处分归其父母，侵害了李某的房产权，遗嘱的这部分应属无效。此外，《继承法》第十九条规定：“遗嘱应当对缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额。”郭某顺在立遗嘱时，明知其妻子腹中的胎儿而没有在遗嘱中为胎儿保留必要的遗产份额，该部分遗嘱内容无效。《继承法》第二十八条规定：“遗产分割时，应当保留胎儿的继承份额。”因此，在分割遗产时，应当为该胎儿保留继承份额。综上，在扣除应当归李某所有的财产和应当为胎儿保留的继承份额之后，郭某顺遗产的剩余部分才可以按遗嘱确定的分配原则处理。

【解 读】

指导案例50号《李某、郭某阳诉郭某和、童某某继承纠纷案》的理解与参照

——双方同意人工授精所生子女视为婚生子女

2015年4月15日，最高人民法院发布了指导性案例《李某、郭某阳诉郭某和、童某某继承纠纷案》（指导性案例50号）。为了正确理解和准确参照适用该指导性案例，先对其推选经过、裁判要点、需要说明的问题等情况予以解释、论证和说明。

一、推选过程及其意义

李某、郭某阳诉郭某和、童某某继承纠纷案，由南京市秦淮区人民法院、南京市中级人民法院作为备选指导性案例报送江苏省高级人民法院，经江苏省高级人民法院审判委员会讨论决定，将本案例向最高人民法院案例指导办公室推荐。案例指导办公室经研究讨论后将该案例送最高人民法院民一庭审查和征求意见。民一庭经审查认为，该案例适用法律正确，对审理同类案件具有指导

作用，同意作为指导性案例。2015年4月15日，最高人民法院审判委员会经讨论认为，该案例符合《最高人民法院关于案例指导工作的规定》第2条的有关规定，同意将该案例确定为指导性案例。4月15日，最高人民法院以法〔2015〕85号文件将该案例作为第10批第50号指导性案例予以发布。

该案例旨在明确通过人工授精出生子女的法律地位问题。随着科学技术的发展，体外受精技术日趋成熟，人工授精子女的出现解决了许多家庭不孕不育的难题，但同时也引发了许多伦理与法理难题，诸如人工授精子女法律地位的讨论，对人工授精所生子女继承权的争议等等。但是，我国目前尚未通过专门的立法予以明确人工授精所生子女的法律地位。目前关于人工授精所生子女的继承权问题，主要依据有关胎儿的立法规定来处理。民法通则第九条规定：“公民从出生时起到死亡时止，具有民事权利能力，依法享有民事权利，承担民事义务。”根据该立法规定，胎儿不具备民事权利能力。为了保护胎儿出生后的利益，继承法第二十八条规定：“遗产分割时，应当保留胎儿的继承份额。”但是对于人工授精所孕胎儿，其法律地位如何，亦无明确法律规定。关于人工授精所生子女的法律地位，目前仅有《最高人民法院关于夫妻离婚后人工授精所生子女的法律地位如何确定的复函》：“在夫妻关系存续期间，双方一致同意进行人工授精，所生子女应视为夫妻双方的婚生子女，父母子女之间的权利义务关系适用婚姻法的有关规定。”这是我国首次对人类辅助生殖技术所生子女的法律地位作出规定。但在新修订的婚姻法以及相关司法解释中，对这一问题并没有予以明确。该起案例明确了夫妻关系存续期间，双方一致同意利用他人的精子进行人工授精并使女方受孕后，男方反悔，而女方坚持生出该子女，该子女出生后应当认定为婚生子女，以及在夫妻一方所订立的遗嘱中没有为胎儿保留遗产份额的遗嘱效力等。该指导性案例有利于依法保护通过人工授精出生子女及妇女的合法权益，统一类似案件的裁判标准。

二、裁判要点的理解与说明

该指导案例的裁判要点确认：(1) 夫妻关系存续期间，双方一致同意利用他人的精子进行人工授精并使女方受孕后，男方反悔，而女方坚持生出该子女的，不论该子女是否在夫妻关系存续期间出生，都应视为夫妻双方的婚生子女。(2) 如果夫妻一方所订立的遗嘱中没有为胎儿保留遗产份额，因违反继承法第十九条规定，该部分遗嘱内容无效。分割遗产时，应当依照继承法第二十八条规定，为胎儿保留继承份额。以下围绕与该裁判要点相关的问题逐一分析说明。

(一) 人工授精子女的法律地位

1. 人工授精的概念和类型

人类辅助生殖技术又称人工生殖技术，是指运用医学技术和方法对配子、

合子、胚胎进行人工操作,以达到受孕目的的技术。^①根据我国《人类辅助生殖技术管理办法》的规定,人工生殖技术包括人工授精和体外授精—胚胎移植及其各种衍生技术两大类。有学者认为当代人工生殖技术包括以下四种:人工体内授精、人工体外授精、代孕母、无性生殖。这里仅对目前人工生殖技术在医学实践中已经推广应用于临床的人工体内授精所产生的法律问题进行研讨,由于现行法禁止代孕母和无性生殖,所以将其排除在外。

人工授精是指“不同于人类传统基于两性性爱的自然生育过程,而是根据生物遗传工程理论,采用人工方法取出精子或卵子,然后用人工方法将精子或受精卵胚胎注入妇女子宫,使其受孕的一种新生殖技术。”^②人工授精主要有两类:(1)同质人工授精,简称AIH,即夫精人工授精,是指利用人工技术将丈夫的精子与妻子的卵子结合,形成受精卵之后在妻子的子宫内着床、发育、分娩。在同质人工授精的情形下,精子和卵子分别来自于父母双方,与自然繁殖唯一的区别只是精卵结合的方式不同,利用人工技术取代了传统的性行为,在此种条件下出生的子女,完全具备和父母之间的生物学联系,其遗传学父母即为法律父母,因此在现实生活中,夫精人工授精技术所引起的法律问题较少,AIH所生子女的法律地位较为明确,可以沿用传统的亲子认定规则,即该情况下出生的子女具备同婚生子女相同的法律地位。当然,随着人工授精技术的不断发展和成熟,精子冷冻技术的出现,应用AIH所生子女的身份确定还需要进一步探讨。(2)异质人工授精,简称AID,即供精人工授精,是指通过人工技术将丈夫以外的第三人提供的精子与妻子的卵子结合形成受精卵并在妻子的子宫内发育的辅助生殖技术。在这种情况下出生的子女有两个父亲存在,一个是遗传学上的父亲即提供精子的一方;一个是其社会学父亲即生母的丈夫。由此产生两个父亲的冲突。AID是使用丈夫以外的男性的精子使女性怀孕,这种生育方式切断了婚姻与生育的纽带,使以血缘为基础和纽带的传统亲子关系受到根本性的冲击,产生的最基本的法律后果就是如何确认人工授精所生子女的法律地位,人工授精所生子女是属于养子女、继子女、还是婚生子女?确定子女的法律地位直接涉及监护、抚养、赡养、继承等相关法律问题,影响家庭的稳定、和睦,社会的稳定、安全,成为当前婚姻家庭法学亟待解决的问题。世界上多数国家倾向于将此种情形下的AID子女视为婚生子女。“1973年《美国统一亲子法》指出,如果已婚妇女使用第三人精子通过人工授精怀孕,且经过其丈夫同意,由有资格的医生实施手术,该子女即视为

① 《人类辅助生殖技术管理办法》第二十四条规定,本办法所称人类辅助生殖技术是指运用医学技术和方法对配子、合子、胚胎进行人工操作,以达到受孕目的的技术,分为人工授精和体外受精—胚胎移植技术及其各种衍生技术。

② 马原,《新婚姻法案例评析》,人民法院出版社2002年版,第200页。

丈夫的婚生子女，捐精者在法律上不视为该子女的自然父亲。1988年英国《家庭法改革条例》指出，如果妻子因捐精人工授精而产下婴儿，丈夫应被视为孩子的父亲，除非丈夫不同意妻子接受人工授精。^①此种情形也完全符合我国1991年最高人民法院的复函规定。

2. 人工授精子女认定为婚生子女的条件。根据上述复函，人工授精子女，无论是AIH子女，还是AID子女，要视为夫妻双方的婚生子女，且适用婚姻法关于父母之间权利义务的规定，应当同时具备两个前提条件：⁽¹⁾该子女必须是在夫妻关系存续期间进行人工授精所生。由此必须明确一个问题，即是指该子女系在夫妻关系存续期间进行人工授精即可，还是指该子女是在夫妻关系存续期间进行人工授精，并且在夫妻关系存续期间出生？根据上述最高人民法院复函，人工授精子女视为婚生子女。对于何为婚生子女，我国法律没有明确界定。对婚生子女的界定，理论上存在不同的学说，主要有受胎说、出生说和混合说三类。受胎说主张以婚姻关系存续期间母亲怀孕并分娩的事实来认定所生子女为婚生子女，法国民法典规定，婚姻期间受孕的子女，夫为其父。出生说主张在婚姻关系存续期间出生的子女，分娩该子女的母亲的丈夫为其子女的生父，英美法系国家大多数采用此种学说。混合说主张在婚姻关系存续期间所受孕和出生的子女推定为婚生子女，目前世界上许多国家均采用此种学说。我国对婚生子女虽然没有明确的法律界定，但当前的理论研究和司法实践反映出，我国对婚生子女推定制度采用的是混合说，将婚姻关系存续期间受孕或出生的子女均推定为婚生子女加以保护。因此，根据对婚生子女的理解，只要该子女是夫妻关系存续期间进行人工授精的，则不论人工授精之后，双方夫妻关系是否因为离婚或者一方死亡而终止，该子女均应视为婚生子女。⁽²⁾必须经过夫妻双方一致同意进行人工授精。即“采用人工授精方式生育子女必须是夫妻双方协商一致的行为，如果夫妻一方未经对方同意，擅自进行人工授精而生育子女，则不能直接适用该条规定，认定为婚生子女。”^②由此可以推论，妻子如果在未经丈夫同意的情况下实施了AID，则此种情形下，该子女与生母的丈夫没有任何生物学上的联系，所以丈夫对此可以适用婚生否定的制度。

结合该起指导性案例争议焦点一，郭某阳是否为郭某顺和李某的婚生子女？经法院审理查明，郭某顺因无生育能力，签字同意医院为其妻子即原告李某施行人工授精手术，该行为表明郭某顺具有通过人工授精方法获得其与李某共同子女的意思表示。只要在夫妻关系存续期间，夫妻双方同意通过人工授精生育子女，所生子女无论是与夫妻双方还是与其中一方没有血缘关系，均应视

① 杨遂全等：《婚姻家庭法新论》，法律出版社2003年版，第176页。

② 江必新、何东宁、肖芳：《最高人民法院指导性案例裁判规则理解与适用》（婚姻家庭卷），中国法制出版社2013年版，第25页。

为夫妻双方的婚生子女。民法通则第五十七条规定：“民事法律行为从成立时起具有法律约束力。行为人非依法律规定或者取得对方同意，不得擅自变更或者解除。”因此，郭某顺对签字同意施行人工授精手术一事表示反悔，但此时其妻李某已经受孕，郭某顺要反悔此事，依照法律规定需要征得其妻李某的同意，在未取得其妻李某的同意下，郭某顺不得以其单方意志擅自变更或解除。因此，郭某顺在遗嘱中否认其与李某所怀胎儿的亲子关系，属无效民事行为，应当认定郭某阳是郭某顺和李某的婚生子女。

(二) 人工授精子女的继承权

1. 遗产分割应当保留胎儿的继承份额

首先关于胎儿享有的民事权利。我国法律关于自然人的民事权利能力采用的是出生说，民法通则第九条规定：“公民从出生时起到死亡时止，具有民事权利能力，依法享有民事权利，承担民事义务。”有关胎儿享有的民事权利，散见在相关法律规定中。继承法第二十八条规定：“遗产分割时，应当保留胎儿的继承份额。胎儿出生时是死体的，保留的份额按照法定继承办理。”继承法对胎儿在继承中的利益给予了特殊的保护，不仅父母死亡前出生的子女有继承权，在父亲死亡前已经受孕且在父亲死亡后活着出生的子女也有继承权。《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》第45条规定，应当为胎儿保留的遗产份额没有保留的，应从继承人所继承的遗产中扣回。为胎儿保留的遗产份额，如胎儿出生后死亡的，由其继承人继承；如胎儿出生时就是死体的，由被继承人的继承人继承。劳动和社会保障部颁布的《因工死亡职工供养亲属范围规定》第二条第二款规定：“本规定所称子女，包括婚生子女、非婚生子女、养子女和有抚养关系的继子女，其中，婚生子女、非婚生子女包括遗腹子女”，按照这一规定，遗腹子女可以申请供养亲属抚恤金。上述法律规定，体现了我国法律保护胎儿权利的立法精神。依照上述法律制度，在司法实践中，要对胎儿的预留权进行保护，注意以下两个方面：(1) 在遗产分割时，无论是在法定继承情形下，还是在遗嘱继承情形下，继承人均应当为胎儿保留继承份额，且在多胞胎的情形下，如果仅保留了一份继承份额，则应从继承人继承的遗产中扣出其他胎儿的继承份额。(2) 胎儿出生时为活体的，为胎儿保留的继承份额由其法定代理人代为保管；胎儿出生后死亡的，为胎儿保留的继承份额则为胎儿的遗产，由其法定继承人依照法定继承有关法律予以继承；胎儿出生时是死体的，为胎儿保留的继承份额仍然属于被继承人的遗产，应当由被继承人的继承人予以分割。该起案件中，郭某阳是郭某顺和李某的婚生子女，在其父郭某顺死亡前已经受孕，且在其父死亡后活着出生，是其父郭某顺的合法继承人。

2. 被继承人留有遗嘱的情形下胎儿的继承权问题

继承法第五条规定：“继承开始后，按照法定继承办理；有遗嘱的，按照

遗嘱继承或者遗赠办理；有遗赠扶养协议的，按照协议办理。”根据“遗嘱在先原则”，继承开始后，按照法定继承办理，有遗嘱的，按照遗嘱继承。该起案件中，郭某顺留有遗嘱，应当按照遗嘱继承办理，自被继承人郭某顺死亡后，继承开始。(1) 被继承人在遗嘱中处分夫妻共有财产的效力问题。依据继承法第二十六条规定：“夫妻在婚姻关系存续期间所得的共同所有的财产，除有约定的以外，如果分割遗产，应当先将共同所有的财产的一半分出为配偶所有，其余的为被继承人的遗产。”《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》第38条规定：“遗嘱人以遗嘱处分了属于国家、集体或他人所有的财产，遗嘱的这部分，应认定无效。”登记在被继承人郭某顺名下的306室房屋，已查明是郭某顺与原告李某夫妻关系存续期间取得的夫妻共同财产。郭某顺死亡后，该房屋的一半应归李某所有，另一半才能作为郭某顺的遗产。郭某顺在遗嘱中，将306室全部房产处分归其父母，侵害了李某的房产权，遗嘱的这部分应属无效。(2) 遗嘱中未保留胎儿继承份额的问题。依据继承法第十九条规定：“遗嘱应当对缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额。”郭某顺在立遗嘱时，明知妻子李某经过其同意，通过人工授精手术受孕，却在立遗嘱时通过人工授精（不是本人精子）为由，表示坚决不要孩子，将自己遗留的房产全部交给父母继承。郭某顺死亡后，郭某阳出生，郭某阳是郭某顺的婚生子、合法的继承人，且出生后缺乏劳动能力又没有生活来源，而郭某顺未在遗嘱中为其保留必要的遗产份额，侵害了胎儿的预留份，不符合继承法及相关司法解释规定，该部分遗嘱内容无效。综上，在扣除应当归李某所有的财产和应当为胎儿保留的继承份额之后，郭某顺遗产的剩余部分才可以按遗嘱确定的分配原则处理。该起案件中，被继承人死亡时的个人遗产有涉案房产的1/2，其中1/3即全部的1/6应归原告郭某阳继承，余下的2/3即全部房产的1/3，由两被告共同继承。考虑继承人的实际需要及所占份额，该房应归原告李某所有，李某按该房产评估价值193000元，折价补偿郭某阳32166.7元，补偿被告郭某和32166.7元，补偿被告童某某32166.7元。

3. 被继承人遗嘱中未涉及的遗产部分的处理

依据遗嘱继承与法定继承的处理规则，继承开始后，按照法定继承办理；有遗嘱的，按照遗嘱继承或者遗赠办理；有遗赠扶养协议的，按照协议办理。在该起案件中，关于被继承人遗嘱未涉及的遗产部分，应当依照法定继承规则办理。故本案中的夫妻共同存款在分出原告李某的一半后，另一半由享有继承权的两原告及两被告继承。对被告童某某主张的欠款，认定为夫妻共同债务，应以夫妻共同财产清偿。综上，郭某顺、李某夫妻共同存款为18705.4元，与夫妻共同债务欠被继承人父母的8500元相抵，属于被继承人的遗产存款为5102.7元，由享有继承权的两原告郭某某、童某某（被继承人父、母）及两

被告(被继承人妻子、人工授精所生子)按法定继承分配,故每一位继承人各继承1/4,为1275.7元。上述存款因在原告李某处,故由李某给付其他三位继承人应得的继承款,并向被告董某某偿还欠款8500元,一并执行具有给付内容的款项。

(撰稿人:丁伟利 李兵)

第三编 侵权赔偿

最高人民法院
关于审理利用信息网络侵害人身权益民事
纠纷案件适用法律若干问题的规定

法释〔2014〕11号

（2014年6月23日最高人民法院审判委员会
第1621次会议通过 2014年8月21日最高人民
法院公告公布 自2014年10月10日起施行）

为正确审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件，根据《中华人民共和国民事诉讼法》《中华人民共和国侵权责任法》《全国人民代表大会常务委员会关于加强网络信息保护的决定》《中华人民共和国民事诉讼法》等法律的规定，结合审判实践，制定本规定。

第一条 本规定所称的利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件，是指利用信息网络侵害他人姓名权、名称权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权等人身权益引起的纠纷案件。

第二条 利用信息网络侵害人身权益提起的诉讼，由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。

侵权行为实施地包括实施被诉侵权行为的计算机等终端设备所在地，侵权结果发生地包括被侵权人住所地。

第三条 原告依据侵权责任法第三十六条第二款、第三款的规定起诉网络用户或者网络服务提供者的，人民法院应予受理。

原告仅起诉网络用户，网络用户请求追加涉嫌侵权的网络服务提供者作为共同被告或者第三人的，人民法院应予准许。

原告仅起诉网络服务提供者，网络服务提供者请求追加可以确定的网络用户为共同被告或者第三人的，人民法院应予准许。

第四条 原告起诉网络服务提供者，网络服务提供者以涉嫌侵权的信息系网络用户发布为由抗辩的，人民法院可以根据原告请求及案件的具体情况，责令网络服务提供者向人民法院提供能够确定涉嫌侵权的网络用户的姓名（名称）、联系方式、网络地址等信息。

网络服务提供者无正当理由拒不提供的，人民法院可以依据民事诉讼法第一百一十四条的规定对网络服务提供者采取处罚等措施。

原告根据网络服务提供者提供的信息请求追加网络用户为被告的，人民法

院应予准许。

第五条 依据侵权责任法第三十六条第二款的规定，被侵权人以书面形式或者网络服务提供者公示的方式向网络服务提供者发出的通知，包含下列内容的，人民法院应当认定有效：

- (一) 通知人的姓名（名称）和联系方式；
- (二) 要求采取必要措施的网络地址或者足以准确定位侵权内容的相关信息；
- (三) 通知人要求删除相关信息的理由。

被侵权人发送的通知未满足上述条件，网络服务提供者主张免除责任的，人民法院应予支持。

第六条 人民法院适用侵权责任法第三十六条第二款的规定，认定网络服务提供者采取的删除、屏蔽、断开链接等必要措施是否及时，应当根据网络服务的性质、有效通知的形式和准确程度，网络信息侵害权益的类型和程度等因素综合判断。

第七条 其发布的信息被采取删除、屏蔽、断开链接等措施的网络用户，主张网络服务提供者承担违约责任或者侵权责任，网络服务提供者以收到通知为由抗辩的，人民法院应予支持。

被采取删除、屏蔽、断开链接等措施的网络用户，请求网络服务提供者提供通知内容的，人民法院应予支持。

第八条 因通知人的通知导致网络服务提供者错误采取删除、屏蔽、断开链接等措施，被采取措施的网络用户请求通知人承担侵权责任的，人民法院应予支持。

被错误采取措施的网络用户请求网络服务提供者采取相应恢复措施的，人民法院应予支持，但受技术条件限制无法恢复的除外。

第九条 人民法院依据侵权责任法第三十六条第三款认定网络服务提供者是否“知道”，应当综合考虑下列因素：

- (一) 网络服务提供者是否以人工或者自动方式对侵权网络信息以推荐、排名、选择、编辑、整理、修改等方式作出处理；
- (二) 网络服务提供者应当具备的管理信息的能力，以及所提供服务的性质、方式及其引发侵权的可能性大小；
- (三) 该网络信息侵害人身权益的类型及明显程度；
- (四) 该网络信息的社会影响程度或者一定时间内的浏览量；
- (五) 网络服务提供者采取预防侵权措施的技术可能性及其是否采取了相应的合理措施；
- (六) 网络服务提供者是否针对同一网络用户的重复侵权行为或者同一侵权信息采取了相应的合理措施；

(七) 与本案相关的其他因素。

第十条 人民法院认定网络用户或者网络服务提供者转载网络信息行为的过错及其程度，应当综合以下因素：

- (一) 转载主体所承担的与其性质、影响范围相适应的注意义务；
- (二) 所转载信息侵害他人人身权益的明显程度；
- (三) 对所转载信息是否作出实质性修改，是否添加或者修改文章标题，导致其与内容严重不符以及误导公众的可能性。

第十一条 网络用户或者网络服务提供者采取诽谤、诋毁等手段，损害公众对经营主体的信赖，降低其产品或者服务的社会评价，经营主体请求网络用户或者网络服务提供者承担侵权责任的，人民法院应依法予以支持。

第十二条 网络用户或者网络服务提供者利用网络公开自然人基因信息、病历资料、健康检查资料、犯罪记录、家庭住址、私人活动等个人隐私和其他个人信息，造成他人损害，被侵权人请求其承担侵权责任的，人民法院应予支持。但下列情形除外：

- (一) 经自然人书面同意且在约定范围内公开；
- (二) 为促进社会公共利益且在必要范围内；
- (三) 学校、科研机构等基于公共利益为学术研究或者统计的目的，经自然人书面同意，且公开的方式不足以识别特定自然人；
- (四) 自然人自行在网络上公开的信息或者其他已合法公开的个人信息；
- (五) 以合法渠道获取的个人信息；
- (六) 法律或者行政法规另有规定。

网络用户或者网络服务提供者以违反社会公共利益、社会公德的方式公开前款第四项、第五项规定的个人信息，或者公开该信息侵害权利人值得保护的重大利益，权利人请求网络用户或者网络服务提供者承担侵权责任的，人民法院应予支持。

国家机关行使职权公开个人信息的，不适用本条规定。

第十三条 网络用户或者网络服务提供者，根据国家机关依职权制作的文书和公开实施的职权行为等信息来源所发布的信息，有下列情形之一，侵害他人人身权益，被侵权人请求侵权人承担侵权责任的，人民法院应予支持：

- (一) 网络用户或者网络服务提供者发布的信息与前述信息来源内容不符；
- (二) 网络用户或者网络服务提供者以添加侮辱性内容、诽谤性信息、不当标题或者通过增删信息、调整结构、改变顺序等方式致人误解；
- (三) 前述信息来源已被公开更正，但网络用户拒绝更正或者网络服务提供者不予更正；
- (四) 前述信息来源已被公开更正，网络用户或者网络服务提供者仍然发布更正之前的信息。

第十四条 被侵权人与构成侵权的网络用户或者网络服务提供者达成一方支付报酬，另一方提供删除、屏蔽、断开链接等服务的协议，人民法院应认定为无效。

擅自篡改、删除、屏蔽特定网络信息或者以断开链接的方式阻止他人获取网络信息，发布该信息的网络用户或者网络服务提供者请求侵权人承担侵权责任的，人民法院应予支持。接受他人委托实施该行为的，委托人与受托人承担连带责任。

第十五条 雇佣、组织、教唆或者帮助他人发布、转发网络信息侵害他人人身权益，被侵权人请求行为人承担连带责任的，人民法院应予支持。

第十六条 人民法院判决侵权人承担赔礼道歉、消除影响或者恢复名誉等责任形式的，应当与侵权的具体方式和所造成的影响范围相当。侵权人拒不履行的，人民法院可以采取在网络上发布公告或者公布裁判文书等合理的方式执行，由此产生的费用由侵权人承担。

第十七条 网络用户或者网络服务提供者侵害他人人身权益，造成财产损失或者严重精神损害，被侵权人依据侵权责任法第二十条和第二十二条的规定请求其承担赔偿责任的，人民法院应予支持。

第十八条 被侵权人为制止侵权行为所支付的合理开支，可以认定为侵权责任法第二十条规定的财产损失。合理开支包括被侵权人或者委托代理人对侵权行为进行调查、取证的合理费用。人民法院根据当事人的请求和具体案情，可以将符合国家有关部门规定的律师费用计算在赔偿范围内。

被侵权人因人身权益受侵害造成的财产损失或者侵权人因此获得的利益无法确定的，人民法院可以根据具体案情在 50 万元以下的范围内确定赔偿数额。精神损害的赔偿数额，依据《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第十条的规定予以确定。

第十九条 本规定施行后人民法院正在审理的一审、二审案件适用本规定。

本规定施行前已经终审，本规定施行后当事人申请再审或者按照审判监督程序决定再审的案件，不适用本规定。

【解 读】

解读《关于审理利用信息网络侵害人身权益
民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》

一、问题的提出

为贯彻党的十八大提出的依法加强互联网管理的精神，充分保护人民群众的合法权益，依法实现开放、自由、规范、有序的互联网秩序，最高人民法院审判委员会于2014年6月23日第1621次会议通过了《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》（法释〔2014〕11号，以下简称《规定》），并于2014年10月10日起施行。

二、理解与适用

（一）关于《规定》的适用范围

《规定》的名称和第一条明确了本司法解释的适用范围，即适用于利用信息网络侵害人身权益的纠纷案件。从司法实践来看，随着互联网的发展，围绕着电子商务、网络游戏、虚拟财产等问题，出现了一系列的新类型纠纷，但基于如下原因，本司法解释仅适用于侵害人身权益的案件：第一，人身权益的极端重要性。在各项民事权益中，人身权益是最重要的民事权益之一，它涉及自然人、法人的尊严、名誉等基本人格利益，严重的甚至涉及生命权。利用信息网络侵害人身权益的案件对当事人影响巨大，其损害后果的深度、广度和速度，都与传统侵权手段不可同日而语。第二，尽管涉互联网的其他类型的纠纷近些年也在增长，例如电子商务方面的纠纷、利用网络侵害财产权的案件等，但是一方面，传统法律尤其是民法在该领域具有高度的适用性，另一方面，不少问题还需要在实践中进一步梳理和研究，待条件成熟时再作进一步规范。

（二）关于管辖问题

利用信息网络实施侵权行为所引发的民事诉讼，在管辖权的确定方面面临着较多困难，主要表现在：其一，管辖区域的界限模糊。在网络侵权场合，由于信息网络是一个开放性的虚拟空间，没有明确的边界，网络用户在互联网上的每一个活动也都可能是全球性的，侵权行为可以在接通互联网的任何地点实施，侵权结果也可能在任何地点发生。在此意义上，在确定网络侵权诉讼管辖

权时,物理世界上位置和网络的高为裁发变中^①管辖权的确定也随着变得模糊。其二,“原告就被告”的原则存在适用中的困境。在网络侵权案件中,由于网络本身具有全球性、即时性等特点,网络用户与物理空间的联系很难确定,网络用户的身份难以确定,造成传统的“原告就被告”的管辖原则遭遇困境。其三,侵权行为地存在不确定性。网络侵权行为所具有的超越地域性的特点使网络侵权纠纷的侵权行为地相应地呈现出复杂化、多元化的特征,侵权行为地也失去了原有的唯一性和确定性。

为解决这些问题,理论上提出了网络自治论、网址作为新的管辖基础论、技术优先管辖论、管辖相对论、网络服务器所在地理论、不以侵权行为地作为管辖标准等多个观点。

《规定》坚持在民事诉讼法第二十八条规定的管辖原则下,探索解决利用信息网络侵害人身权益诉讼管辖的有效方法。通过对侵权行为地的解释,明确了侵权行为实施地与结果发生地的识别标准。《规定》明确规定,以实施侵权行为的计算机等终端设备所在地为侵权行为实施地,以被侵权人的住所地为侵权结果发生地。将实施侵权行为的计算机等终端设备所在地作为侵权行为实施地,符合网络侵权的行为特征,在外观上也较为明确。另外,尽管互联网的无边界性导致理论上侵权结果发生地可以是任何地方,但实际上,侵害人身权益的损害后果,恰恰突出表现在以受害人所在地为中心的地域范围内。同时,这也符合我国的司法实践。^②

与《最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》^③相比,本司法解释未将被诉侵权行为的网络服务器所在地作为管辖地,主要基于以下考虑:第一,网络技术的发展尤其是云计算技术的发展,使得很多互联网企业无需再建立自身的服务器,而是通过云计算供应商提供的云计算服务实现功能。第二,从互联网技术的发展来看,互联网企业越来越多地采用分布式设立服务器,以满足巨大的计算需求。如此,某个侵权信息可能会涉及不同地点的服务器,而该服务器所在地可能是原被告住所地之外的第三地,如果以此地作为管辖地,不利于当事人诉讼和人民法院审理。第三,从实践来看,选择服务器所在地作为管辖连接点的情形十分少见,主要原因是

^① 王德全,《试论 Internet 案件的司法管辖权》,载《中外法学》1998 年第 2 期。

^② 《最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解释》(1998 年 9 月 15 日)。

一、问:名誉权案件如何确定侵权结果发生地?

答:人民法院受理这类案件时,受侵权的公民、法人和其他组织的住所地,可以认定为侵权结果发生地。

^③ 《最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第十五条规定:“侵害信息网络传播权民事纠纷案件由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。侵权行为地包括实施被诉侵权行为的网络服务器、计算机终端等设备所在地。侵权行为地和被告住所地均难以确定或者在境外的,原告发现侵权内容的计算机终端等设备所在地可以视为侵权行为地。”

原告要提供证据证明服务器所在地非常困难。第四，与信息网络传播权不同的是，侵害名誉权等人身权场合，原告住所地往往是侵权结果发生地，将原告住所地作为管辖地之一，足以满足方便当事人诉讼的目的。基于以上原因，将服务器所在地作为管辖标准，并不符合诉讼管辖的“方便当事人诉讼、方便法院审理”的两便原则。故本条解释未将服务器所在地作为管辖地。

(三) 关于诉讼程序问题

侵权责任法第三十六条第二、三款，都涉及网络服务提供者与网络用户的连带责任。在诉讼程序上面临的问题是，如果原告仅起诉网络用户或者网络服务提供者，人民法院是否应当追加另外一方为共同被告？如果一审法院未予追加，是否构成程序错误？

这个问题，涉及实体法与程序法的衔接，也关系到当事人诉讼权利的保障。一种观点认为，实体法上的连带责任，赋予了原告选择权，债权人可以请求部分或者全部债务人履行部分或者全部债务。这一实体法上的权利义务关系决定了，无需追加其他连带责任人为共同被告。另一种观点则认为，前一种观点是从事后的观点而非事中观点看待诉讼程序的，在法院判决作出之前，多个主体是否承担连带责任并不确定，不追加其他人为共同被告，不仅案件事实难以查清，而且未来可能出现重复判决和矛盾判决，不利于提高诉讼解决纠纷的实效性，因此，应当将其他（可能的）连带责任人追加为共同被告。

对上述问题，司法解释立足于在保障当事人实体权利和诉讼权利的基础上，追求纠纷解决的实效性这一原则，对诉讼程序作出了如下规定：原告仅起诉网络用户，网络用户请求追加网络服务提供者作为共同被告或者第三人的，人民法院应予准许；原告仅起诉网络服务提供者，网络服务提供者请求追加可以确定的网络用户为共同被告或者第三人的，人民法院应予准许。这一规定，应作如下理解：

首先，利用信息网络侵害人身权益案件的一大特征是涉嫌侵权的网络用户难以确定。主要原因是，我国目前并未实行彻底的网络用户实名制，普遍认为，《全国人大常委会关于加强网络信息保护的决定》第六条^①确立的是有限的实名制，即后台实名、前台可匿名。同时，在移动互联网呈现井喷式发展的背景下，网络服务提供者在提供网络信息服务时也无法对网络用户的身份一一验证，技术上实现的成本也会过巨。所以，如果要求原告必须追加涉嫌侵权的网络用户作为被告，在实践中往往客观不能。但是，在涉嫌侵权的网络用户难以确定的情况下，不能以此否定原告单独起诉的权利。

^① 《全国人大常委会关于加强网络信息保护的决定》第六条规定：“网络服务提供者为用户办理网站接入服务，办理固定电话、移动电话等入网手续，或者为用户提供信息发布服务；应当在与用户签订协议或者确认提供服务时，要求用户提供真实身份信息。”

其次,在原告单独起诉网络服务提供者的情况下,如果后者以侵权信息系网络用户发布为由抗辩且申请追加该网络用户为被告的,涉及原告是否同意的问题。从民事诉讼法的处分原则来看,如果原告坚持仅起诉网络服务提供者或者不请求网络用户承担责任的,则人民法院基于网络服务提供者的请求追加网络用户为共同被告的合理性就会受到质疑,但是人民法院基于事实判断和认定责任的需要,可以将网络用户作为第三人。

最后,实践中,不大可能出现网络服务提供者难以确定的情形,原告单独起诉网络用户的情形也比较少,但是,如果原告仅起诉网络用户,由于网络用户的行为是否侵权是网络服务提供者是否承担责任的前提性问题,因此,网络服务提供者不进入该诉讼,不影响网络用户责任是否成立的判断,但是可能影响其责任范围的判断,同时还会影响网络用户和网络服务提供者之间未来的责任份额。因此,如果网络用户以网络服务提供者应当承担连带责任为由抗辩且要求追加后者的,如果原告同意,则人民法院将其追加为共同被告;如果被告不同意,则可将其追加为第三人。

(四) 关于网络服务提供者的信息披露义务

网络的匿名性在为人们提供充分表达、自由表达的虚拟空间的同时,也为一些人实施侵权行为提供了便利,被侵权人往往难以确定涉嫌侵权的网络用户的难题由此形成。

与被侵权人对网络用户信息无从知晓的状况相比,网络服务提供者由于自身的性质,通常能够按照国家有关法律的规定获取网络用户的注册资料、姓名、联系方式、上网时间、账号、互联网地址或者域名等信息,^①并可以利用技术手段,确定侵权人的真实身份,由此,需要解决的进一步问题是,在何种条件下,谁有权要求网络服务提供者向谁提供涉嫌侵权的网络用户的个人信息?进而,如何实现网络服务提供者的这种信息披露义务与其对网络用户个人

^① 《国务院互联网信息服务管理办法》(2000年9月5日)第十四条规定:“从事新闻、出版以及电子公告等服务项目的互联网信息服务提供者,应当记录提供的信息内容及其发布时间、互联网地址或者域名;互联网接入服务提供者应当记录上网用户的上网时间、用户账号、互联网地址或者域名、主叫电话号码等信息。”“互联网信息服务提供者和互联网接入服务提供者的记录备份应当保存60日,并在国家有关机关依法查询时,予以提供。”

《信息产业部互联网电子公告服务管理规定》(2000年11月6日)第十四条规定:“电子公告服务提供者应当记录在电子公告服务系统中发布的信息内容及其发布时间、互联网地址或者域名。记录备份应当保存60日,并在国家有关机关依法查询时,予以提供。”第十五条规定:“互联网接入服务提供者应当记录上网用户的上网时间、用户账号、互联网地址或者域名、主叫电话号码等信息,记录备份应当保存60日,并在国家有关机关依法查询时,予以提供。”

信息保密义务^①之间的平衡与协调?

对此,比较法上主要有两种模式,即私力模式和公力模式。前者是指被侵权人在提供一定证明材料的情况下,有权直接要求网络服务提供者披露涉嫌侵权的网络用户的身份信息,无需通过司法程序。但此模式下,被侵权人要求网络服务提供者披露涉嫌侵权人的信息,必须经由法定的方式和程序,否则网络服务提供者有权拒绝。^②公力模式下,被侵权人无权直接要求网络服务提供者披露网络用户的身份信息,只能通过司法程序,向法院提出申请,由法院责令网络服务提供者披露侵权人的身份。^③而从我国已有的实践来看,《信息网络传播权保护条例》第十三条规定,著作权行政管理部门为了查处侵犯信息网络传播权的行为,可以要求网络服务提供者提供涉嫌侵权的服务对象的姓名(名称)、联系方式、网络地址等资料。这是关于行政机关要求披露涉嫌侵权的网

① 《全国人民代表大会常务委员会关于加强网络信息保护的决定》(2012年12月28日)第三条规定:“网络服务提供者和其他企业事业单位及其工作人员对在业务活动中收集的公民个人电子信息必须严格保密,不得泄露、篡改、毁损,不得出售或者非法向他人提供。”第四条规定:“网络服务提供者和其他企业事业单位应当采取技术措施和其他必要措施,确保信息安全,防止在业务活动中收集的公民个人电子信息泄露、毁损、丢失。在发生或者可能发生信息泄露、毁损、丢失的情况时,应当立即采取补救措施。”

② 例如,日本2001年颁布的《电信服务提供者责任限制法》第4条规定,如果被侵权人所受损害显然是由于有关信息的传播所造成,被侵权人为了追究侵权行为人的侵权责任,有权要求网络服务提供者提供侵权行为人的相关资料(姓名或名称、地址、电子邮箱、IP地址等),倘若网络服务提供者因故意或重大过失拒绝提供,则应承担相应的损害赔偿赔偿责任。权利人在书面要求网络服务提供者承担信息披露义务时,需符合涉嫌侵权材料经由网络服务提供者提供的服务而流通、因涉嫌侵权资料之流通使其权利受侵害之事实已明确、服务对象资料之披露为权利受侵害者行使损害赔偿请求权所必要或有其他应披露服务对象资料的正当理由等条件。[日] 扶原有里:《网络服务提供者的损害赔偿责任——以日本法为中心》,载《科技与法律》2004年第2期;转引自林宏坚、曾祥生:《论网络名誉侵权案件中网络服务提供者的披露义务》,载《法律适用》2005年第1、2期。

③ 例如,《英国数字经济法》(The Digital Economy Bill)规定了网络服务提供者的信息提供和披露义务,被侵权人以起诉为目的向法院申请网络服务提供者披露信息的,网络服务提供者应当向申请人披露侵权者的身份等信息。《欧盟电子商务指令》2000/31/EC第8条和第15条规定,网络服务提供者应当承担向主管共部门报告的义务以及提供网络用户身份信息的义务,各成员国应该保证在有关知识产权侵权的诉讼程序中,当事人提出合理适当的权利主张时,相应司法机关应当责令侵权人或者是网络服务提供者关于侵权产品、服务的供应源和销售网络的信息。

络用户的个人信息的规定,对于私力模式不适用。^①

通过分析两种模式的利弊得失,同时考虑到利用网络侵害人身权益案件的特征,我们认为,私力模式不利于网络服务提供者遵守保密义务,不利于网络用户的个人信息的保护,并有可能助长借维权之名获取他人个人信息的现象。而公力模式则比较妥当地平衡了被侵权人权益保护与网络用户个人信息保护、网络服务提供者遵守保密义务之间的关系。基于上述考虑,司法解释第四条规定了网络服务提供者的信息披露义务,基本原则是,由原告在诉讼中提出请求,人民法院审查后可要求网络服务提供者提供网络用户的个人信息,原告并可以追加该网络用户为被告。如网络用户无正当理由拒不提供的,人民法院可以采取民事诉讼强制措施。适用本条规定,应注意以下几个条件:一是原告已经对网络服务提供者提起诉讼,且网络服务提供者以涉嫌侵权的信息系网络用户发布为由抗辩。二是原告由于客观原因无法取得网络用户的个人信息,依据民事诉讼法第六十四条的规定,请求人民法院责令网络服务提供者披露网络用户的个人信息。三是人民法院需要根据案件具体情况判断是否需要责令网络服务提供者披露网络用户的个人信息。判断的因素包括原告提出该申请的目的是否为了追究网络用户的侵权责任、原告提供的证据材料证明网络用户侵权的可能性大小等。四是披露的信息以能够确定网络用户的真实身份、满足原告提起诉讼的条件为限。五是网络服务提供者的免责事由为“有正当理由”,包括相关信息的客观灭失、已经超出法定的保存期限等。

(五) 关于侵权责任法第三十六条的适用问题

侵权责任法第三十六条第二款、第三款分别规定了网络服务提供者承担连带责任的两种情形,围绕着这两款规定,实践中产生了诸多问题:什么样的通知才是一个有效的通知?有效的通知将发生何种法律效果?网络服务提供者接到通知在多长时间之内采取措施才能满足“及时”的要求?是否允许被采取措施的网络用户作出反通知?通知错误导致错误删除,责任由谁承担?如何判断网络服务提供者“知道”网络用户利用网络侵害他人人身权益?

对于上述问题,司法解释第五条至第九条作出了规定,主要内容如下:1. 通知的形式及内容

^① 《最高人民法院关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》(已被2013年1月1日施行的《最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》废止)第五条曾规定:提供内容服务的网络服务提供者,对著作权人要求其提供侵权行为人在其网络的注册资料以追究行为人的侵权责任,无正当理由拒绝提供的,人民法院应当根据民法通则第一百零六条的规定,追究其相应的侵权责任。第七条第一款规定:著作权人发现侵权信息向网络服务提供者提出警告或者索要侵权行为人网络注册资料时,不能出示身份证明、著作权权属证明及侵权情况证明的,视为未提出警告或者未提出索要请求。这说明,该司法解释中实际上采取了私力模式,即著作权人在出示身份证明、著作权权属证明及侵权情况证明后,网络服务提供者就必须提供涉嫌侵权的网络用户的注册资料,否则就应当承担侵权责任。

www.docsriver.com商家巨力电子书

被侵权人向网络服务提供者发出通知的形式要求，主要应当考虑便捷性和证据的保存两方面。另外，由于互联网行业竞争的压力，不少网络服务提供者为了取得竞争优势，会设置更为便捷的投诉或通知方式并向网络用户公示，这种通知方式自然也能满足侵权责任法的要求。所以，司法解释规定了两种通知形式。

关于通知的内容，司法解释第五条列举了三项，首先，通知人的姓名（名称）、联系方式等个人信息是必要的。这里的姓名和联系方式，应作广义理解，即能够确定通知人真实身份的信息。其次，由于通知的目的在于要求网络服务提供者删除涉嫌侵权的信息，所以应当要求通知人提供明确的网络地址，从而达到“通知什么，删除什么”的效果。如果涉嫌侵权的内容网络地址不明，则网络服务提供者即无法准确定位涉嫌侵权的相关信息或者定位该信息的成本过巨，将导致网络服务提供者的负担过重。最后，要求通知人阐述理由，其主要目的有二：一是向网络服务提供者表明通知人即是被侵权人或者与被侵权人具有一定关系的主体，例如被侵权人的监护人等；二是阐述构成侵权的理由。如此，一方面可以减少恶意通知的情形，另一方面可以减轻网络服务提供者的负担，达到双方主体利益的平衡。

需要说明的是，本司法解释未借鉴国务院《信息网络传播权保护条例》第十四条的内容，未将“构成侵权的初步证明材料”作为通知的必备内容之一。原因在于，在侵害著作权的情形下，通知人需要证明自己为著作权人，因此初步证明材料就有必要。但是在涉及侵害名誉权、隐私权等人身权益的场合，侵权是否成立往往难以判断，相应的证明材料也较为难以提供，多数情形下，侵权信息本身就是构成侵权的初步证明材料。因此，本司法解释未作此规定。

2. “及时”的判断标准：抽象标准

侵权责任法第三十六条第二款规定，网络服务提供者收到通知后，未及时采取措施的，应当承担连带责任。这里的“及时”应当如何判断？本司法解释第六条规定，应当综合网络服务的性质、有效通知的形式和准确程度、网络信息侵害权益的类型和程度等因素综合判断。

之所以采取综合判断的方法，主要基于如下几个原因：一是“及时”的判断标准，必须兼顾网络用户的表达自由、网络服务提供者的经营负担以及权利人的权利保护。“及时”的标准过严，则会加重互联网行业自我审查的义务，负担过重，并且影响网络用户的表达自由；“及时”的标准过宽，则互联网行业会倾向于怠于履行义务，对权利人的权利保护不利。二是互联网技术的发展日新月异，具体的时间标准容易落后于技术的发展，反倒不利于被侵权人的权利保护。三是具体的时间标准在目前容易引发恶意通知，尤其是以损害竞争对手为目的的恶意通知。四是从比较法上看，鲜有国家或地区为网络服务提供者采取必要措施的义务设置一个具体的时间标准。综上，司法解释规定，要综合

多个因素加以判断：一是网络服务的性质，不同的服务内容，删除的速度也不一样。二是通知的形式和通知的准确程度，电子形式的通知，删除速度就比纸质形式的快，“及时”的标准就高；通知越准确，网络服务提供者删除的速度就越快。三是侵害权益的类型和程度。例如，侵害隐私权的行为比较容易判断，网络服务提供者作出判断所需要的时间就少，“及时”的标准就高。

3. 及时采取措施的法律后果

本司法解释关于避风港规则的具体化，总的思路是：网络服务提供者收到通知后，是否及时采取措施，由网络服务提供者自行判断；一旦及时采取措施，则网络服务提供者“双向免责”，既免除对网络用户（错误删除）的违约责任或者侵权责任，也免除对被侵权人的侵权责任；如果网络服务提供者不采取措施或者不及时采取措施，则是否承担责任，取决于网络用户是否构成侵权，如果网络用户构成侵权，则网络服务提供者承担相应范围内的连带责任，如果网络用户不构成侵权，则网络服务提供者同样不承担责任。一言以蔽之，在网络服务提供者未及时采取措施的情况下，网络服务提供者是否承担责任，以该信息是否侵权为前提。

4. 网络服务提供者的通知义务与反通知程序

通知人的通知，在是否侵权的判断上，可能准确，也可能谬误，进而，网络服务提供者采取的措施也存在正确与错误之分，这就涉及发布信息的网络用户的言论自由和表达自由的保护问题。对此，司法解释规定了两项救济措施：一是被采取措施的网络用户有权要求网络服务提供者提供通知内容。理由在于，如前所述，网络服务提供者于此“双向免责”，如此，就必须为被采取措施的网络用户向通知人主张权利提供便利条件。另外，本司法解释未采用知识产权领域通行的赋予网络服务提供者一般性通知义务的做法，^①主要原因在于，在社交媒体高度发达、海量信息即时产生、网络匿名性仍然普遍存在的背景下，这种通知义务会造成网络服务提供者的过重负担。同时，赋予被采取措施的网络用户要求网络服务提供者披露通知的请求权，并不会对其维护自身权利形成障碍。二是被采取措施的网络用户有权要求通知人承担侵权责任，即错误删除的责任由通知人承担而非网络服务提供者承担。

本司法解释未采纳知识产权领域的反通知程序，^②主要基于如下原因。首先，反通知程序不符合人身权益保护即时性的要求。在知识产权领域，侵权行为造成的后果主要是财产权益的损失，大多可以通过赔偿损失来弥补。但是，在名誉权、隐私权等人身权益领域，网络用户反通知后网络服务提供者恢复相关信息这种程序，恰恰会造成难以弥补的损害后果。其次，不采纳反通知程序

① 《信息网络传播权保护条例》第十五条。

② 《信息网络传播权保护条例》第十六条、第十七条。

并不会置网络用户的权利于不顾，被采取措施的网络用户仍有维护自己权益的途径。最后，从实践来看，反通知程序在实践中发生的几率很小。

5. 错误删除侵害的权益类型

如前所述，错误通知导致的错误删除，网络服务提供者仍然免责，错误删除的责任应由通知人承担，需要解决的问题是，由于错误通知导致网络用户发布的信息被错误删除，侵害了网络用户的何种权益？

我们认为，错误删除妨碍了网络用户的表达自由。在现行法框架下，依据侵权责任法第二条，参照《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第一条之规定，可将此种权益归属于人格尊严权。因此，网络用户要求网络服务提供者恢复的，在技术可能的情况下，人民法院应予以支持。

6. “知道”的判断标准：指引性规定

侵权责任法第三十六条第三款规定网络服务提供者承担的连带责任，以网络服务提供者知道网络用户利用网络侵害他人民事权益为条件。司法实践中如何判断“知道”，比较困难。从目前互联网的发展态势来看，互联网行业已经进入了内容、社区和商务高度结合的形态，很多网络服务提供者都已经或者正在发展为平台运营商。在这种背景下，如何认定“知道”，应更加慎重。一方面，司法裁判中认定的标准过严，会造成网络服务提供者承担责任过重，并可能会促使网络服务提供者自我审查过严，经营负担加大，并进而影响合法信息的自由传播，不利于互联网的发展。另一方面，司法裁判中的标准过宽，则会导致网络服务提供者怠于履行必要的注意义务，放纵甚至主动实施侵权行为。所以，在兼顾两者的前提下，《规定》采取了多个因素来综合认定网络服务提供者是否“知道”。这是根据审判实践所总结归纳的指引性标准。在适用该条规定时，并不需要机械地对条中所列明的因素一一考虑，人民法院应当根据个案的具体情况进行认定。在某些情况下，司法解释规定的考虑因素一个或几个的满足即可认定网络服务提供者“知道”。

(六) 转载的法律责任问题

社交网络、自媒体的产生及发展，是此次互联网浪潮的重要特点之一。由此产生的问题是，大量的转载行为应否承担责任？应在何种范围内承担责任？

关于转载行为的责任承担，在适用的规则上，应为一般侵权责任的构成要件，应无异议。^①但是，在互联网时代，转载的过错认定呈现出与前互联网时代不同的特征，一是转载主体的多种多样，自媒体、社交网络占据主流地位；二是转载行为的数量呈几何级增长。

在此背景下，在过错的认定标准上作出区分，仍然有利于充分保护言论自

^① 《最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解释》（1998年）第三条。

由。尊重互联网发展的同时,实现网络行为的规范、有序,实现权益保护的目
的。所以,司法解释规定,应当根据以下因素判断转载者的过错:一是不同的
主体所承担的注意义务不同。盈利性的专业媒体所承担的注意义务要比重在
意见表达的自媒体所承担的注意义务要高;而自媒体的影响力越大,其所负
的注意义务也越高。这是权利义务相一致原则的当然要求。二是所转载信息
侵害他人民事权益的明显程度。所转载信息侵权的程度越明显,转载主体的
过错程度就可能越高,这符合理性人的判断标准。三是是否对所转载信息
作出实质性修改等编辑行为。转载主体对所转载信息作出实质性修改、修
改文章标题或者内容导致误导公众的,则其过错程度就可能更高。

综上所述,转载者的过错认定标准,是判断责任有无和大小的重要因素,
人民法院应当结合具体案情,在互联网的背景下取得言论自由和权益保护之
间的平衡。

(七) 关于个人信息保护的若干问题

在《全国人大常委会关于加强网络信息保护的决定》实施之前,我国的个
人信息保护法律体系总的特点是:一是不同的部门法都有所涉及,依据各部
门所涉及的事项分别作出规定;二是所规范的对象因各部门法调整对象的不
同而不同;三是除了消费者权益保护法之外,多数法律仅仅规定了对个人信
息的保密义务;四是多数未涉及电子化或与互联网有关的个人信息的保护问
题。而《全国人大常委会关于加强网络信息保护的决定》则首次全面地规定
了个人信息保护的基本原则、适用范围、责任主体等内容,标志着我国的个
人信息保护进入到新的水平。

本司法解释在个人信息的保护上,以第十二条作出专门规定,主要内
容为:

1. 个人信息的范围

依据《全国人大常委会关于加强网络信息保护的决定》之规定,对两类个
人信息予以保护:一是个人的隐私信息,强调该信息对于个人的秘密性;二
是能够识别个人身份的信息,强调与特定个人的相关性和可识别性。两者
的共同价值取向就是个人的人格尊严。司法解释在此基础上,进一步列举
了几项较为敏感的个人信息和现实中较易受到侵害的个人信息。需要注
意的是:第一,这种列举是说明性的、强调性的而非穷尽性的,意在强
调所列举信息的敏感性;第二,除隐私信息外,个人信息的范围受到《全
国人大常委会关于加强网络信息保护的决定》的限制,即只有满足与特定
自然人的相关性和可识别性的标准,才有保护的必要。

2. 侵害个人信息的行为类型:利用网络公开

侵害个人信息的行为多种多样,司法解释所规制的主要限于在网络上“公
开”自然人的个人信息的行为,主要基于以下考虑:

第一,在我国现行法上,如果说信息主体对个人信息的某种权利的话,在现行法上也主要是一种消极性的、防御性的权利。^①而《全国人大常委会关于加强网络信息保护的决定》也未明确信息主体所享有的权利内容。在此情形下,我们认为,司法解释应当就个人信息的最重要内容和侵害个人信息的最典型情形先作出规定。从司法实践的角度看,在互联网上公布他人个人信息是目前最常见的侵权行为,应当先作出规定。

第二,在大数据时代,利用网络收集、使用自然人个人信息的行为往往是大规模的,在无例外规定的情况下,这些行为的侵权责任仍然要适用侵权责任法的一般规则,但是,损害如何确定?权利主体是否有权要求网络用户或者网络服务提供者停止使用?在技术上是否可能?无实际损害时,还能否请求损害赔偿?同时,这些问题的解决不配置相应的诉讼机制例如集团诉讼、公益诉讼等制度,是难以实现的,所以,要对这些行为的民事责任作出规定,需要立法支持。

第三,要认识到个人信息保护与隐私权保护的不同价值取向。大数据时代的到来,使得个人信息成为一种非常重要的资源。在现行法未针对个人信息的收集和利用规则、就信息主体的权利内容作出进一步规定之前,司法解释难以照顾到大数据时代对个人信息和使用的合理要求。

综上,本司法解释仅针对利用网络公开个人信息的行为作出了规定。

3. 关于已公开信息的再次公开

本司法解释列举了几种公认的公开他人个人信息不构成侵权的情形,其中,自然人在网络上自行公开的信息或者其他已合法公开的个人信息,以及其他人以合法渠道获取的个人信息,网络用户或者网络服务提供者再在网络上公布的,不能认定为侵权。但是,在实践中,通过这两种方式所公布的信息本身往往并不足以指向特定的个人,但是网络用户或者网络服务提供者利用搜索引擎等手段获取他人的网络信息并将多个个别信息综合起来使之与现实中的某个特定人对应起来(人肉搜索),从而使这些信息具有可识别性,指向特定的自然人。那么,如果这种再次公开的方式违反社会公共利益或者社会公德,则仍然构成侵权,或者网络用户或者网络服务提供者的这种再次公开侵害了权利人的其他重大利益,同样,也应当承担侵权责任。

(八) 对非法“删帖”与网络“水军”的规制

网络服务提供者与网络用户之间以及不同的网络用户之间,对互联网技术的掌握存在着不对等性,基于这种技术的不对等性,发布侵权信息的网络用户或者网络服务提供者会利用技术优势要求被侵权人为采取必要措施行为支付报

^① 这一点,从消费者权益保护法所使用的“消费者个人信息依法得到保护的权利”这种拗口的表述即可窥知一二。参见消费者权益保护法第十四条、第二十九条、第五十条、第五十六条。

酬,对于双方达成的此种协议,效力如何认定?

基于如下理由,本司法解释规定,此类协议应认定为无效:一是采取删除等必要措施是侵权人的法定义务;二是被侵权人接受网络服务提供者或者网络用户的对价要求往往是迫不得已的;三是作为侵权人的网络用户或者网络服务提供者的有偿删帖行为损害了公共利益;四是相关刑事司法解释已经对此种行为的刑事责任作出了规定。^①

就其他人(非被侵权人)支付报酬要求网络用户或网络服务提供者删除网络信息的行为效力问题,本司法解释未作规定,主要原因是,此类协议可能有效也可能无效,例如删除网络信息的行为本身可能违背公序良俗,即为无效;而要求网络服务提供者或者网络用户删除有害信息(但未构成侵权)的行为,就不宜认定无效。需要结合具体案件作出判断,故本司法解释不作规定。

另外,与之有关的是,擅自篡改、删除、屏蔽或者组织他人获取网络信息的行为,在法律上如何评价?我们认为,在互联网时代,利用信息网络发表意见是自然人的一项基本人格权,未经同意删除他人发表的网络信息,侵害了他人表达自由,在我国现行法下,应认定侵害了他人的人格尊严权,也应承担侵权责任。

关于网络“水军”的问题,常见的形态是,既有组织者、教唆者,也有实施者,本司法解释依据侵权责任法第八条、第九条的规定,将雇佣、组织、教唆或者帮助他人发布网络信息侵害他人权益的情形,认定为共同侵权,由行为人承担连带责任。

(九) 关于损害赔偿问题

利用网络侵害人身权益案件的损害赔偿,包括精神损害赔偿和物质损害赔偿,并无异议。但审判实践中需要进一步解决的问题是,在此类案件中,被侵权人的财产损失应包含哪些?在有财产损失却无证据证明的情况下,如何确定财产损失的数额?

对于上述问题,司法解释提供的解决方案为:一是将维权成本,包括调查取证的合理费用和合理的律师费用作为侵害人身权益的财产损失,由侵权人予以赔偿;二是参照知识产权法的相关规定,在被侵权人的财产损失或侵权人获益无法确定的情况下,人民法院可在50万元以下根据具体案情作出裁量。

上述规定的主要理由是:第一,要认识到侵权民事诉讼所具有的外部效用。针对侵权人的民事诉讼具有一定的外部性,尤其是原告胜诉的案件,在倡导正确的网络观念、确立良好的网络行为规范、建立规范的网络秩序等方面,具有重要作用。因此,合理分配维权成本有利于促进网络秩序的良性循环。第

^① 《最高人民法院、最高人民检察院关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》第六条。

二，网络侵权诉讼的维权成本比较高，主要体现在确定侵权人身份的成本高、取证成本高、律师费用高等几个方面。第三，在侵害人身权益的案件中，被侵权人往往并无具体的财产损失或者不能证明具体的财产损失，结果造成维权成本过高、违法成本过低的不平衡状态。第四，将律师费用等维权费用作为财产损失的赔偿范围，符合侵权责任法的全部赔偿原则或填平原则。第五，侵害法人商业信誉、名称权等案件与侵害商标权、著作权等案件相比，被侵权人的损失往往更大。

另外，关于五十万元的赔偿上限问题，适用时需要注意，首先，在证明责任上，原告有义务证明自己的损失数额。但是，原告可能会因损失较小而不提出证据证明并意图获得该五十万的赔偿上限。此时，被告可以通过证明原告的损失或者自己的收益作为对抗原告试图获得赔偿上限的一种手段。换言之，被告的收益既是原告的攻击手段，也是被告的防御手段。其次，只有在原被告就损失和收益皆无证据证明的情况下，才由法官自由裁量。最后，所谓五十万元的赔偿上限，并非在每一个案件中都是按照上限予以赔偿，人民法院应当根据案件的具体情况在五十万元以内酌情确定，需要考虑的因素包括侵权人的过错程度、侵权行为及其方式、损害后果及其影响等等。

(撰稿人：杨临萍 姚辉 姜强)

【链接】

最高人民法院民一庭负责人就《关于审理 利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件 适用法律若干问题的规定》答记者问

为贯彻落实党的十八大提出的依法加强互联网管理的精神，充分保护人民群众的合法权益，依法实现开放、自由、规范、有序的互联网秩序，最高人民法院根据《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称民法通则）、《中华人民共和国侵权责任法》（以下简称侵权责任法）、《全国人民代表大会常务委员会关于加强网络信息保护的决定》（以下简称《网络信息保护决定》）和《中华人民共和国民事诉讼法》等法律的相关规定，结合审判实践，经审判委员会第1621次会议讨论，通过了《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》（以下简称《规定》）。值此司法解释公布之际，最高人民法院民一庭负责人就《规定》的有关问题接受了记者的采访。

一、问：最高人民法院于2014年10月9日发布《规定》，请您谈谈为何要出台该《规定》？

答：互联网的快速发展，在丰富人民群众物质文化生活的同时，也带来了一系列的法律问题。从人民法院的审判实践看，利用网络侵害自然人、法人民事权益的案件类型不断涌现，尤其是利用网络侵害他人名誉权、隐私权、肖像权以及企业名誉及商品信誉的案件呈上升趋势，部分案件甚至引起了较大的、有时也是恶劣的社会影响，成为社会热点问题。所以，审理好这类案件，不仅是在个案中实现公平正义的要求，更是利用法治手段规范人们的网络行为、治理网络违法行为、保护民事权益的重要手段。

但是，利用网络侵害他人人身权益的案件，在法律适用上存在诸多难点：一是现行法律关于网络侵权的规定比较原则，在针对性和操作性上，需要细化。例如侵权责任法第三十六条在若干方面就需要进一步具体化。二是在若干问题上，如何根据现行法的原则发展出有效的裁判规则，需要指引。三是网络技术日新月异的发展速度对民事裁判提出了更高的要求，在技术上，需要跟进。四是既要高度重视和充分保护民事主体的人身权益，也要考虑互联网的现实需求和未来发展，在理念上，需要提升。

基于上述背景，针对利用信息网络侵害他人人身权益案件中出现的问题和审判实践的需求，我们在认真总结审判经验的基础上，经过反复调研论证和广泛征求意见，制定出台了《规定》。

二、问：我们注意到，《规定》适用于利用信息网络侵害人身权益的案件，请问这是基于什么考虑？

答：您的观察是准确的。《规定》适用于利用信息网络侵害他人姓名权、名称权、名誉权等人身权益引发的纠纷案件。之所以如此确定本《规定》的适用范围，有如下考虑：首先，从侵害姓名权、名誉权等人身权益的法律适用上看，无论是民法通则还是关于民法通则的司法解释，以及后来最高法院出台的关于名誉权侵权、精神损害赔偿以及人身损害赔偿的司法解释，都从不同角度对侵犯人身权益的行为及责任作出了规定。实践证明，这些司法解释回应了现实需求，为人身权益的保护提供了有效的司法手段。但是，随着互联网技术及产业的发展，利用信息网络侵害人身权益的案件日益增多。应该看到，网络侵权，与用传统手段侵权，尽管两者在侵权的性质上有一致性，但在表现方式上仍具有特殊性。为了应对实践的发展，本司法解释针对“利用信息网络”实施的侵权行为作出规定。

其次，人身权益保护的极端重要性。在各项民事权益中，人身权益是最重要的民事权益之一，它往往涉及自然人、法人的尊严、名誉等基本人格利益，

www.docsriver.com 商家巨力电子书

严重的甚至涉及生命权。在互联网如此发达的今天，利用互联网侵害人身权益造成损害后果的深度、广度和速度，都与传统侵权手段不可同日而语。所以，审理好这些案件，有利于化解矛盾，更有利于建立良好的互联网法治秩序。所以，《规定》将焦点集中在人身权益保护方面。

当然，现实中还有其他类型的涉及互联网的民事案件，这些案件类型存在的各种问题，还需要在实践中进一步梳理和研究，待条件成熟时再作进一步规范。

三、问：在移动互联网普及的背景下，利用网络侵害他人民事权益的案件，在管辖上有无特殊性？《规定》在这方面主要把握了何种原则？

答：移动互联网的普及，对网络侵权案件尤其是侵害人身权益案件的最直接影响是：管辖地变得几乎无处不在。我国民事诉讼法及其司法解释，规定侵权案件由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。利用互联网尤其是利用移动互联网发布侵权信息侵害他人人身权益，基于移动互联网本身的特征，会导致管辖法院变得更加广泛和不确定。例如，在理论上，侵权结果发生地可以是任何地方。但是，我们认为，在管辖法院确定问题上，仍然要坚持民事诉讼法所确定的“方便当事人诉讼、方便人民法院审理”的“两便”原则，同时要考虑互联网的技术特征。所以，司法解释规定，侵权行为实施地包括实施被诉侵权行为的终端设备所在地，侵权结果发生地包括被侵权人住所地。司法解释未将实施被诉侵权行为的网络服务器所在地作为管辖地，一个非常重要的原因，是云计算技术的发展、分布式服务器技术的采用等，导致以此作为管辖地具有某些不确定性，并不符合“两便”原则。

四、问：从以往的网络侵权案件中，我们注意到，涉嫌侵权的网络用户往往无法确定，那是不是意味着原告就无法起诉？能不能单独起诉网络服务提供者？

答：网络侵权案件的另外一个特征是发布侵权信息的侵权人身份往往难以确定。但是，不能因此就减轻对被侵权人的保护。目前，在实践中需要解决的问题是，原告仅起诉网络服务提供者的，应如何处理？我们认为，发布信息的侵权人身份不能确定，并不能妨碍原告根据侵权责任法第三十六条第二、三款的规定单独起诉网络服务提供者。当然，在能够确定侵权人且网络服务提供者请求追加其为共同被告或第三人时，人民法院应予准许。这既是侵权责任法关于网络用户和网络服务提供者责任承担规定在程序上的逻辑延伸，也是方便被侵权人起诉、方便当事人维权的合理选择。当然，允许追加能够确定的侵权人为共同被告或第三人，也有利于人民法院查明事实和实现实体责任的公平。

五、问：司法解释用专门条文就诉讼中网络服务提供者的告知义务作出了规定，请问是基于何种考虑？

答：在网络侵权案件中，网络服务提供者往往处于左右为难的境地。一方面，网络服务提供者负有对网络用户个人信息的保密义务，这是《个人信息保护决定》所明确规定的。另一方面，认为自己被侵权的主体不少情形下又只能经网络服务提供者获得发布涉嫌侵权的网络用户的个人信息，进而确定被告并对其提起诉讼。所以，如果允许原告有权直接要求网络服务提供者向其提供网络用户的个人信息，则很容易发生借维权之名获取他人个人信息的现象，网络服务提供者也会违反相应的保密义务。但是，在不少情形下，如果网络服务提供者不提供相关个人信息，则被告就无法确定，原告维权就更加困难。司法解释对此问题的处理思路是：已经对网络服务提供者提起诉讼的原告，可请求人民法院依据案件情况，责令网络服务提供者提供涉嫌侵权的网络用户的有关个人信息。所谓根据案件情况，一是要看网络服务提供者是否以涉嫌侵权信息系网络用户发布作为抗辩事由；二是要看原告的此项请求是否合理，与案件审理的相关性；三是要看原告此项请求的可实现性，在技术上的可能性等等。当然，如果人民法院责令网络服务提供者提供相关信息，网络服务者无正当理由由拒不提供的，人民法院可以对其采取相关处罚措施。

这种处理方式，整体上看，是对要求网络服务提供者提供涉嫌侵权的网络用户个人信息的请求作出的一种司法上的审查，应该说，它符合人民法院依职权调查取证的规则，也防止了个别人滥用权利，同时有利于网络服务提供者履行法定保密义务。

六、问：人民法院有权对网络服务提供者采取处罚措施，会不会对网络服务提供者科以较重的义务？

答：这里要注意几点：一是这个规则的目的是为了使得可能受到侵权的原告，能够在技术上明确谁是侵权信息的发布者，并进而通过诉讼维护自己的权益。因此，制定此条的目的并不是为网络服务提供者设定一般的披露义务。二是如前所述，并非只要原告人提出，网络服务商就必须提供相关信息；人民法院要对原告的这种请求作出审查和判断，最终由人民法院确定网络服务提供者是否需要提供。三是即使人民法院要求网络服务提供者提供相关信息，网络服务提供者仍有相应的抗辩事由，例如，相关信息已经超过法定的保存期限、在技术上不可能等等。所以，司法解释规定，人民法院对网络服务提供者采取处罚措施的前提是网络服务提供者“无正当理由拒不提供”。

七、问：侵权责任法第三十六条第二款规定的最重要制度就是“避风港规则”，对于该规则，《规定》是如何细化的？

答：侵权责任法第三十六条是有关网络侵权的最重要的规定，其中第二款规定的避风港规则，在审判实践中遇到的主要问题至少有如下这些：一是被侵权人应当以何种形式通知，通知的内容应当有哪些？这涉及通知的有效性问题的。二是如何认定网络服务提供者采取措施是及时的？这涉及网络服务提供者是否免责以及在多大范围内免责的问题。三是是否允许被采取措施的网路用户作出反通知？如果不允许，为什么？这涉及反通知的合理性和必要性问题。四是通知人通知错误导致网络服务提供者错误删除，产生何种后果？这涉及通知人与网络服务提供者之间的责任问题。

以上四个方面的问题，是审判实践中的难点，也是理论上的争议点。《规定》关于这些问题的总体思路是，既要尊重互联网的发展现状，也要正视人身权益保护的紧迫性。所以，在通知的形式上，书面形式和网络服务提供者公示的方式都可以。在通知的内容上，强调通知人有义务明确涉嫌侵权的网络信息的具体地址，从而避免通知内容不明为网络服务提供者造成过重的负担。

关于网络服务提供者采取措施是否及时的判断标准，《规定》采用了结合多个因素综合判断的方式。之所以没有采用固定标准，最重要的原因就在于，采取划一的固定期间标准，既不能与多样态的网络服务相适应，在海量信息的背景下，也可能会为互联网企业造成不合理的负担并产生不必要的纠纷或诉讼，更重要的是，固定期间可能会阻碍合法信息的自由快速传播。

关于反通知程序，《规定》并未采纳。主要原因有：首先，反通知程序不符合人身权益保护即时性的要求。在知识产权领域，侵权行为造成的后果主要是财产权益的损失，大多可以通过赔偿损失来弥补。但是，在名誉权、隐私权等人身权益领域，网络用户反通知后网络服务提供者恢复相关信息这种程序，恰恰会造成难以弥补的损害后果。其次，不采纳反通知程序并不会置网络用户的权利于不顾，被采取措施的网路用户仍有维护自己权益的途径。具体而言，本司法解释在两个方面作出了规定。一是规定被采取措施的网路用户有权要求网络服务提供者提供通知内容。不同于网络服务提供者主动向网路用户提供通知内容的做法，主要是考虑到海量信息、网络匿名导致网路用户常常无法通知等现实因素。应该说，网路用户请求后才披露通知内容，避免了网络服务提供者的过重负担，实现了网路用户的权益保护。二是网路用户因通知人的错误通知而被错误采取措施的，则可以针对通知人提起诉讼。

第四个方面就是错误采取措施的责任。根据侵权责任法第三十六条的规定，因错误通知导致网络服务提供者采取措施错误的，网络服务提供者免责，而应由通知人承担责任。从性质上看，利用网络发表意见已经成为互联网时代

人们的一项重要的人格利益,因错误通知导致所发布的信息被删除的,则通知人应承担侵权责任。
www.docsriver.com商家巨力电子书

八、问:侵权责任法第三十六条第三款规定网络服务提供者知道侵权行为的,则应当承担连带责任,关键是,在司法实践中应如何认定“知道”?

答:从目前的发展来看,互联网行业已经进入了内容、社区和商务高度结合的形态。这就意味着,很多网络服务提供者尤其是我国较大的网络服务提供者都已经或者正在发展为平台运营商。在这种背景下,如何认定侵权责任法第三十六条第三款所规定的“知道”,就要更加慎重。一方面,司法裁判中认定的标准过严,会造成网络服务提供者承担责任过重,并可能会促使网络服务提供者自我审查过严,经营负担加大,并进而影响合法信息的自由传播,不利于互联网的发展。另一方面,司法裁判中的标准过宽,则会导致网络服务提供者怠于履行必要的注意义务,放纵甚至主动实施侵权行为。所以,在兼顾两者的前提下,《规定》采取了多个抽象因素来综合认定网络服务提供者是否“知道”。

应该看到,这种多个因素综合考虑的认定标准,有利于人民法院根据具体案件情况、根据互联网技术的发展现状与时俱进地作出判断,有利于实现权益保护和信息自由传播的多重价值。

九、问:近几年,以微博、微信为代表的社交网络发展迅速,由此产生的自媒体也日益增多,请问,在自媒体的民事责任上,《规定》是否有所反映?

答:微博、微信等近几年迅猛发展的社交网络以及由此产生的自媒体,在传播范围、影响力等各个方面均有超出传统媒体之势。例如,在传播的及时性上,专业媒体或传统媒体所具有的优势在减弱。在信息传播的主体上,现在往往是自媒体先发出声音,产生影响后,传统媒体再跟进,这也与以往大不相同。在信息传播的形态上,以社交网络为媒介的转载等二次传播,影响巨大。

针对这些特征,本司法解释规定,应当根据转载主体的类型、影响范围来判断其注意义务;应当结合注意义务、转载信息侵权的明显程度以及转载者的客观行为判断其过错程度。这一规则,在自媒体时代,符合民事责任应当与主体的类型、影响范围和获益程度相适应的原则。

十、问:我们注意到,基于互联网的传播功能,利用互联网侵害法人或其他组织商业信誉的案件也在增加,本司法解释对此有无涉及?

答:是的,利用微博、微信等社交网络,发布虚假信息,作出不当评论,并借助互联网传播的特点,损害其他经营主体的商业信誉、降低公众对其产品或者服务的社会评价,进而达到降低竞争对手市场份额,提升自己市场占有率

率，这种行为呈现上升趋势，甚至有产业化的苗头。这些案件，小到对网店商家的恶意评价，大至对某些知名企业专门制造虚假新闻事件，等等。对此，本司法解释明确规定，此种行为构成侵权，应承担赔偿责任。

当然，要看到，此类案件在实践中有两个难点，一是侵权行为的认定难，即如何区分正常的批评与恶意的诋毁诽谤？这需要根据案件的具体情况、社会的一般标准等因素综合判断，不能一概而论。二是损害后果的认定难。如何认定被侵权人因商业信誉被侵害所发生的损失，涉及民事司法手段能否周到保护受害人、惩罚侵权人的问题，需要在实践中继续探索。我们认为，通过积极探索，逐步发展出一些依据较为明确、计算较为简便、损失补偿较为充分的损失确定规则，将是民事审判实践的重要任务。

十一、问：2012年全国人大常委会通过了《关于加强网络信息保护的決定》，是我国有关网络信息的首部专门立法，请问《规定》在贯彻落实该決定方面有无进一步的举措？

答：《网络信息保护決定》确实具有非常重要的意义，它确立了个人信息尤其是个人电子信息保护的基本原则，即合法、正当、必要的三原则。但是，应该看到，在互联网时代，个人信息尤其是个人电子信息的保护正面临着诸多挑战。一是在个人信息的收集上，现行法律环境和互联网的发展导致个人信息的收集几乎无处不在。二是个人信息的利用，在广度、深度上都发生了实质性的飞跃，大数据技术已经成为互联网发展的重要推动力。三是个人信息的内涵、外延都在发生着深刻的变化，它的内涵越来越丰富，范围越来越广。

基于这些背景，《规定》在个人信息保护方面，用一个条文作出了规定，主要特点是：

一是在针对的事项上，鉴于本解释重点在于规范利用信息网络侵害人身权益的行为，因此在个人信息方面，主要针对利用信息网络侵害他人信息权益的行为。

二是在调整的行为上，本解释仅调整利用信息网络公开个人信息的行为，而未涵盖收集、利用等行为类型。原因在于，通过民事司法保护个人信息，有其内在的制度要求，例如，针对非法收集、利用个人信息的行为，如果在立法上无集体诉讼制度、公益诉讼等制度辅助，则实践中通过民事诉讼方式实现权益保护就比较困难。再例如，仅违法收集个人信息造成何种损害、作出何种赔偿、是通过行政手段治理更加有效还是通过民事诉讼手段更加合理，也需要立法上予以明确，等等。但是，通过信息网络非法公开个人信息的案件，在实践中已经发生，在法律上也应当承担侵权责任，应无异议。

三是列举了一些较为敏感的个人信

息。这些信息一旦向社会公开,不仅会造成个人难以弥补的损害,而且很多情形下会造成整个社会的不安。

四是明确了一些例外。这些例外,要么考虑到互联网时代个人信息一定程度公开的不可避免,要么考虑到公共利益的要求,要么考虑到当事人的意思自治。总体原则仍然是,合法、正当和必要。

五是本条规定不适用于国家机关公开个人信息的行为。原因在于,国家机关公开个人信息的相关问题,涉及行政法、行政诉讼法的相关内容,不宜通过民事诉讼加以解决。

十二、问:互联网的发展,也带来了一系列的问题,例如现实中以提供非法删帖或发帖服务为代表的灰色产业链问题,请问,本司法解释是如何规制这个问题的?

答:实践中,以非法删帖服务为代表的互联网灰色产业之所以存在,一个非常重要的原因就是互联网技术的不对等性,发布侵权信息的网络用户或者网络服务提供者往往具备技术优势。实践中,这种非法删帖服务主要表现为两种形式。一是发布侵权信息的网络用户即侵权人与被侵权人达成删帖协议,由侵权人提供删除服务,被侵权人支付报酬。对于这种协议的效力,应如何认定?我们认为,按照现行法的规定,侵权人采取删除等必要措施是其法定义务。侵权人利用技术上的优势、利用互联网本身的特点与被侵权人达成协议,显然违背公序良俗,应认定为无效。

二是专门以删帖为业的经营主体,接受他人委托,对特定的网络信息采取篡改、删除等措施。我们知道,在互联网时代,通过互联网发布信息既是民事主体表达意见的一种重要途径,更是一项重要的人格利益。未经网络信息的发布者同意,篡改、删除他人发布的网络信息,就侵害了网络用户的一般人格利益,应当承担侵权责任。委托人、受委托人应承担连带责任。

三是所谓的网络水军问题,常见的形态是,既有组织者、教唆者,也有实施者,在侵权责任的形态上,构成共同侵权,应当承担连带责任。

本司法解释的这些规定,从民事责任角度对这些行为作出规制,而最高人民法院、最高人民检察院《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》则从刑事责任角度进行调整,两者并行不悖,相互配合。

十三、问:关于侵权人应如何承担赔偿责任,被侵权人的损失应如何填补等问题,《规定》有哪些新的思路?

答:利用信息网络侵害人身权益的案件,有几个特点:一是维权成本比较高。维权成本高体现在确定侵权人的成本高、取证成本高、律师费用高等几个方面。二是通过诉讼维护个人权益具有一定的外部性,这些诉讼尤其是原告胜

诉的案件，在倡导正确的网络观念、确立良好的网络行为规范、建立规范的网络秩序等方面，有重要作用。因此，合理分配维权成本有利于促进网络秩序的良性循环。三是在侵害隐私权、名誉权等人身权益的案件中，被侵权人往往并无具体的财产损失或者不能证明具体的财产损失，结果造成维权成本过高、违法成本过低的不平衡状态。有鉴于此，《规定》在财产损失的赔偿方面作出了如下规定：一是将维权成本，包括调查取证的合理费用和合理的律师费用作为侵害人身权益的财产损失，由侵权人予以赔偿。二是参照相关规定，在被侵权人的财产损失或侵权人获益无法确定的情况下，人民法院可在50万元以下根据具体案情作出裁量。

（此处为大量模糊不清的扫描文字，内容难以辨识，疑似为法律条文或司法解释的正文部分。）

www.docsriver.com 商家巨力电子书

最高人民法院

印发《关于审理名誉权案件若干问题的解答》的通知

1993年8月7日

法发〔1993〕15号

全国地方各级人民法院、各级军事法院、各铁路运输中级法院和基层法院、各海事法院：

现将《关于审理名誉权案件若干问题的解答》印发给你们，请认真执行。在执行中注意总结经验，有何意见和问题，请及时报告我院。

附：

最高人民法院

关于审理名誉权案件若干问题的解答

（1993年6月15日最高人民法院审判委员会第579次会议通过）

各地人民法院在审理名誉权案件中，提出一些如何适用法律的问题，现解答如下：

一、问：人民法院对当事人关于名誉权纠纷的起诉应如何进行审查？

答：人民法院收到有关名誉权纠纷的起诉时，应按照《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称民事诉讼法）第一百零八条的规定进行审查，符合条件的，应予受理。对不符合起诉条件的，应裁定不予受理；对缺乏侵权事实坚持起诉的，应裁定驳回起诉。

二、问：当事人在公共场所受到侮辱、诽谤，经公安机关依照《中华人民共和国治安管理处罚条例》（以下简称治安管理处罚条例）处理后，又向人民法院提起民事诉讼的，人民法院是否受理？

答：当事人在公共场所受到侮辱、诽谤，以名誉权受侵害为由提起民事诉讼的，无论是否经公安机关依照治安管理处罚条例处理，人民法院均应依法审查，符合受理条件的，应予受理。

三、问：当事人提起名誉权诉讼后，以同一事实和理由又要求追究被告人的刑事责任的，应如何处理？

答：当事人提起名誉权诉讼后，以同一事实和理由又要求追究被告刑事责任的，应中止民事诉讼，待刑事案件审结后，根据不同情况分别处理：对于犯罪情节轻微，没有给予被告人刑事处罚的，或者刑事自诉已由原告撤回或者被驳回的，应恢复民事诉讼；对于民事诉讼请求已在刑事附带民事诉讼中解决的，应终结民事案件的审理。

四、问：名誉权案件如何确定管辖？

答：名誉权案件，适用民事诉讼法第二十九条的规定，由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。侵权行为地包括侵权行为实施地和侵权结果发生地。

五、问：死者名誉受到损害，哪些人可以作为原告提起民事诉讼？

答：死者名誉受到损害的，其近亲属有权向人民法院起诉。近亲属包括：配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女。

六、问：因新闻报道或者其他作品引起的名誉权纠纷，如何确定被告？

答：因新闻报道或其他作品发生的名誉权纠纷，应根据原告的起诉确定被告。只诉作者的，列作者为被告；只诉新闻出版单位的，列新闻出版单位为被告；对作者和新闻出版单位都提起诉讼的，将作者和新闻出版单位均列为被告，但作者与新闻出版单位为隶属关系，作品系作者履行职务所形成的，只列单位为被告。

七、问：侵害名誉权责任应如何认定？

答：是否构成侵害名誉权的责任，应当根据受害人确有名誉被损害的事实、行为人行为违法、违法行为与损害后果之间有因果关系、行为人主观上有过错来认定。

以书面或者口头形式侮辱或者诽谤他人，损害他人名誉的，应认定为侵害他人名誉权。

对未经他人同意，擅自公布他人的隐私材料或者以书面、口头形式宣扬他人隐私，致他人名誉受到损害的，按照侵害他人名誉权处理。

因新闻报道严重失实，致他人名誉受到损害的，应依照侵害他人名誉权处理。

八、问：因撰写、发表批评文章引起的名誉权纠纷，应如何认定是否构成侵权？

答：因撰写、发表批评文章引起的名誉权纠纷，人民法院应根据不同情况处理：

文章反映的问题基本真实，没有侮辱他人人格的内容的，不应认定为侵害他人名誉权。

文章反映的问题虽基本属实，但有侮辱他人人格的内容，使他人名誉受到损害的，应认定为侵害他人名誉权。

文章的基本内容失实,使他人名誉受到损害的,应认定为侵害他人名誉权。

九、问:因文学作品引起的名誉权纠纷,应如何认定是否构成侵权?

答:撰写、发表文学作品,不是以生活中特定的人为描写对象,仅是作品的情节与生活中某人的情况相似,不应认定为侵害他人名誉权。

描写真人真事的文学作品,对特定人进行侮辱、诽谤或者披露隐私损害其名誉的;或者虽未写明真实姓名和住址,但事实是以特定人或者特定人的特定事实为描写对象,文中有侮辱、诽谤或者披露隐私的内容,致其名誉受到损害的,应认定为侵害他人名誉权。

编辑出版单位在作品已被认定为侵害他人名誉权或者被告明知明显属于侵害他人名誉权后,应刊登声明消除影响或者采取其他补救措施;拒不刊登声明,不采取其他补救措施,或者继续刊登、出版侵权作品的,应认定为侵权。

十、问:侵害名誉权的责任承担形式如何掌握?

答:人民法院依照《中华人民共和国民法通则》第一百二十条和第一百三十四条的规定,可以责令侵权人停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失。

恢复名誉、消除影响、赔礼道歉可以书面或者口头的方式进行,内容须事先经人民法院审查。

恢复名誉、消除影响的范围,一般应与侵权所造成不良影响的范围相当。

公民、法人因名誉权受到侵害要求赔偿的,侵权人应赔偿侵权行为造成的经济损失;公民并提出精神损害赔偿要求的,人民法院可根据侵权人的过错程度、侵权行为的具体情节、给受害人造成精神损害的后果等情况酌定。

十一、问:侵权人不执行生效判决,不为对方恢复名誉、消除影响、赔礼道歉的,应如何处理?

答:侵权人拒不执行生效判决,不为对方恢复名誉、消除影响的,人民法院可以采取公告、登报等方式,将判决的主要内容和有关情况公布于众,费用由被执行人负担,并可依照民事诉讼法第一百零二条第六项的规定处理。

【解 读】

解读《关于审理名誉权案件若干问题的解答》

一、问题的提出

1990年前后,各地人民法院受理的名誉权纠纷案件大幅度增加。但是,《民法通则》的相关规定十分原则,使许多具体问题的处理不易掌握。1993年8月7日,最高人民法院公布了《关于审理名誉权案件若干问题的解答》(以下简称本解答)。本解答首先针对名誉权纠纷案件的受理问题、侵权责任的认定、责任承担形式等问题作出了答复。

二、理解与适用

(一) 关于名誉权纠纷案件的受理

对在公共场所公然侮辱、诽谤他人,扰乱社会治安,侵害他人名誉权,受害人要求人民法院对其进行制裁的,人民法院应当告知其向公安部门申请处理;如果受害人以名誉权受到侵害为由向人民法院起诉,要求追究对方的民事责任,无论公安机关是否依治安处理条例对侵害人作出处罚,人民法院都应当依法受理,就当事人之间的民事权益之争作出处理。之所以作出这样的规定,主要是考虑到因民事权益之争向人民法院起诉是法律赋予公民的权利,非经法定程序任何个人和单位都无权对当事人的民事诉权加以限制。人民法院也不能因为公安机关对行为人已经或者正在进行处理为由拒绝受理受害人提起的民事诉讼。

当事人提起民事诉讼后,以同一事实和理由又要求追究被告人刑事责任的,人民法院应如何处理。根据我国《刑法》的规定,侮辱、诽谤罪属于刑事自诉案件,因此,受害人有权作为原告人向人民法院起诉,要求追究被告人的刑事责任;同时,根据《刑事诉讼法》的规定,刑事自诉案件的原告人还有权提起刑事附带民事诉讼。对于这种以同一事实和理由在提起民事诉讼后又提起刑事诉讼的,应当根据先刑后民的原则,中止民事案件的审理,待刑事案件审结后再根据不同情况分别处理。

(二) 关于对死者名誉的保护

本解答在规定死者的近亲属可以就保护死者名誉提起诉讼时,明确了近亲属的范围,但在保护死者名誉上,对于死者近亲属的起诉是否应有一定顺序的

问题,由于缺少可供借鉴的国外成功的立法经验,故未作出规定。

(三) 关于侵害名誉权责任的构成

构成名誉侵权,必须具备违法行为、损害事实、因果关系和主观过错四个侵权要件。针对《民法通则》有关侵害名誉权的规定过于简单的情况,本解答归纳了几种侵害名誉权的典型行为方式,重点解决了以下几个审判实践中、存在的问题。

1. 主观过错的理解

行为入主观上有过错是侵权责任构成要件之一,过错包括故意和过失。在名誉权纠纷案件的审理中,一些被告常常以主观上没有损害他人名誉的故意来作为抗辩的理由。因撰写、发表批评文章而涉讼的人,更是表白自己写作的目的是抨击社会弊端,同违法、违纪或者其他不良行为、不良风气作斗争等。尽管一些新闻媒介发布信息的主观动机不错,但如果在新闻报道或者发表其他文章时,没有尽到应尽的审查义务,因为严重失实或者其他原因,给他人名誉造成损害,仍应承担侵害他人名誉权的责任。

2. 撰写、发表文学作品侵害他人名誉权的认定

本解答认为,判断一部文学作品是否构成对他人名誉权的侵害,主要是看该作品是否是以生活中特定的人为描写对象,有侮辱、诽谤或者披露其隐私的内容并给特定人的名誉造成了损害后果。

(四) 关于侵犯名誉权行为的种类

本解答除肯定了侮辱、诽谤这两种侵犯名誉权的基本行为外,还明确了散布他人隐私,新闻报道失实和文学作品使用素材不当这三种行为。

本解答第七条明确规定了口头和文字两种形式的侮辱或诽谤形式。这样的规定有一定的局限性,尤其是对侮辱形式规定过窄,而将动作语言侮辱排除在外,这显然不利于对名誉权的保护。

“对未经他人同意,擅自公布他人的隐私材料或以书面、口头形式宣扬他人隐私,致他人名誉受到损害的,按照侵害他人名誉权处理。”这是将对隐私权纳入名誉权范围之外而进行法律保护,应该说是一个重大进步。但本解答也有局限性,首先,其并未明确定义隐私权,导致受法律保护的隐私权的外延无法确定,其次,其并未将特殊人群(公众人物)排除在外,这也是不恰当的。

“因新闻报道严重失实,致他人名誉受到损害的,应按照侵害他人名誉权处理。”相反,对于正当的报刊发表文章进行舆论监督,内容真实或基本真实,则不构成侵害名誉权行为。但事实上,新闻侵权除了上述形式,还会存在另外两种形式,一种是侮辱,指用恶毒语言或举动损害他人人格;另一种是公然丑化他人人格。本解答并未考虑到这两种情况。

本解答第八条规定即是文学作品使用素材不当的情形。此处文学作品主要是指小说,构成侵权要件之一为文中有侮辱、诽谤或披露隐私的内容,另一要

件为作品以特定人为描写对象, 对此这一点, 司法实践是最难把握的, 一般下列几种情况应认定符合此要件: (1) 用了现实人物的真实姓名, 或者对真实姓名作了一些艺术上的处理, 但仍以该人物的真实经历来描写的。(2) 不用真实姓名, 地点也是虚构的小说, 但该小说具有三个条件: 一是小说人物与现实人物的基本特征相同; 二是小说人物与现实人物所处的特定环境相同, 即生活、工作环境以及人物之间的关系相一致; 三是熟悉现实人物的人读后公认小说人物是指现实人物。

(五) 关于名誉侵权案中的诉讼主体问题

本解答在参照 1985 年颁布的《中华人民共和国继承法》第十条关于继承人的规定, 将第一顺序的配偶、子女、父母, 和第二顺序的兄弟姐妹、祖父母、外祖父母作为可以提起诉讼的主体。由于提起诉讼旨在维护死者的权益, 所以本解答也就没必要规定提起诉讼的顺序。另外, 对于新闻或作品侵权问题的被告主体问题, 本解答也在第六条中作出了比较具体的规定。对于被告主体, 是按照共同侵权的理论设计的, 并带有保护受害人利益的倾向。应该说, 与现代侵权理论也是相吻合的。

(六) 关于侵害名誉权的责任承担方式

本解答规定, 道歉可以采取口头或书面形式, 实际上是强调了在允许侵权人选择道歉方式的同时, 由人民法院根据侵权人的态度对其道歉方式作出裁决。对那种虽向法庭表示愿意向受害人道歉, 但实际上使用不适当的语言、口气伤害对方当事人感情的, 判决其采用书面方式道歉; 如侵权人的书面道歉声明无法通过或拒不道歉的, 人民法院可以采取公告、登报等方式, 将判决的主要内容和有关情况公布于众, 费用由被执行人承担, 使赔礼道歉、消除影响、恢复名誉的责任承担方式具有更强的可操作性, 切实保护公民的名誉权。

本解答根据立法精神, 明确了公民在名誉权受到侵害的情况下, 可以请求精神损害赔偿, 主要是认为, 损害公民的名誉权往往使其精神受到损害, 给其造成精神痛苦。虽然精神痛苦是无法用金钱来衡量的, 但只有以财产方式作为救济手段, 才能体现填补损害, 抚慰受害人, 制裁侵权者。虽然在 1993 年以前, 我国司法界要求确立精神损害赔偿原则的呼声很高, 但对于司法实践而言, 一直缺乏法律支撑。本解答在此作出了较大的突破, 确立了精神损害赔偿原则, 这无疑具有里程碑意义。

由于当时尚缺少实践经验的积累, 本解答未对精神损害赔偿的标准问题作出具体规定。

(撰稿人: 梁书文)

www.docsriver.com 商家巨力电子书

最高人民法院 关于审理名誉权案件若干问题的解释

法释〔1998〕26号

(1998年7月14日最高人民法院审判委员会

第1002次会议通过 1998年8月31日最高人民

法院公告公布 自1998年9月15日起施行)

1993年我院印发《关于审理名誉权案件若干问题的解释》以来,各地人民法院在审理名誉权案件中,又提出一些如何适用法律的问题,现解释如下:

一、问:名誉权案件如何确定侵权结果发生地?

答:人民法院受理这类案件时,受侵权的公民、法人和其他组织的住所地,可以认定为侵权结果发生地。

二、问:有关机关和组织编印的仅供领导部门内部参阅的刊物、资料等刊登来信或者文章引起的名誉权纠纷,以及机关、社会团体、学术机构、企事业单位分发本单位、本系统或者其他一定范围内的一般内部刊物和内部资料所载内容引起的名誉权纠纷,人民法院是否受理?

答:有关机关和组织编印的仅供领导部门内部参阅的刊物、资料等刊登的来信或者文章,当事人以其内容侵害名誉权向人民法院提起诉讼的,人民法院不予受理。

机关、社会团体、学术机构、企事业单位分发本单位、本系统或者其他一定范围内的内部刊物和内部资料,所载内容引起名誉权纠纷的,人民法院应当受理。

三、问:新闻媒介和出版机构转载作品引起的名誉权纠纷,人民法院是否受理?

答:新闻媒介和出版机构转载作品,当事人以转载者侵害其名誉权向人民法院提起诉讼的,人民法院应当受理。

四、问:国家机关、社会团体、企事业单位等部门依职权对其管理的人员作出的结论引起的名誉权纠纷,人民法院是否受理?

答:国家机关、社会团体、企事业单位等部门对其管理的人员作出的结论或者处理决定,当事人以其侵害名誉权向人民法院提起诉讼的,人民法院不予受理。

五、问:因检举、控告引起的名誉权纠纷,人民法院是否受理?

答：公民依法向有关部门检举、控告他人的违法违纪行为，他人以检举、控告侵害其名誉权向人民法院提起诉讼的，人民法院不予受理。如果借检举、控告之名侮辱、诽谤他人，造成他人名誉损害，当事人以其名誉权受到侵害向人民法院提起诉讼的，人民法院应当受理。

六、问：新闻单位报道国家机关的公开的文书和职权行为引起的名誉权纠纷，是否认定为构成侵权？

答：新闻单位根据国家机关依职权制作的公开的文书和实施的公开的职权行为所作的报道，其报道客观准确的，不应当认定为侵害他人名誉权；其报道失实，或者前述文书和职权行为已公开纠正而拒绝更正报道，致使他人名誉受到损害的，应当认定为侵害他人名誉权。

七、问：因提供新闻材料引起的名誉权纠纷，如何认定是否构成侵权？

答：因提供新闻材料引起的名誉权纠纷，认定是否构成侵权，应区分以下两种情况：

（一）主动提供新闻材料，致使他人名誉受到损害的，应当认定为侵害他人名誉权。

（二）因被动接受采访而提供新闻材料，且未经提供者同意公开，新闻单位擅自发表，致使他人名誉受到损害的，对提供者一般不应当认定为侵害名誉权；虽系被动提供新闻材料，但发表时得到提供者同意或者默许，致使他人名誉受到损害的，应当认定为侵害名誉权。

八、问：因医疗卫生单位公开患者患有淋病、梅毒、麻风病、艾滋病等病情引起的名誉权纠纷，如何认定是否构成侵权？

答：医疗卫生单位的工作人员擅自公开患者患有淋病、梅毒、麻风病、艾滋病等病情，致使患者名誉受到损害的，应当认定为侵害患者名誉权。

医疗卫生单位向患者或其家属通报病情，不应当认定为侵害患者名誉权。

九、问：对产品质量、服务质量进行批评、评论引起的名誉权纠纷，如何认定是否构成侵权？

答：消费者对生产者、经营者、销售者的产品质量或者服务质量进行批评、评论，不应当认定为侵害他人名誉权。但借机诽谤、诋毁，损害其名誉的，应当认定为侵害名誉权。

新闻单位对生产者、经营者、销售者的产品质量或者服务质量进行批评、评论，内容基本属实，没有侮辱内容的，不应当认定为侵害其名誉权；主要内容失实，损害其名誉的，应当认定为侵害名誉权。

十、问：因名誉权受到侵害使生产、经营、销售遭受损失予以赔偿的范围和数额如何确定？

答：因名誉权受到侵害使生产、经营、销售遭受损失予以赔偿的范围和数额，可以按照确因侵权而造成客户退货、解除合同等损失程度来适当确定。

十一、问：名誉权纠纷与其他民事纠纷交织在一起的，人民法院应如何审理？

答：名誉权纠纷与其他民事纠纷交织在一起的，人民法院应当按当事人自己选择的请求予以审理。发生适用数种请求的，人民法院应当根据《中华人民共和国民事诉讼法》的有关规定和案件的实际情况，可以合并审理的合并审理；不能合并审理的，可以告知当事人另行起诉。

【解 读】

解读《关于审理名誉权案件若干问题的解释》

一、问题的提出

对名誉权的保护，《中华人民共和国宪法》（以下简称《宪法》）和《中华人民共和国民事诉讼法通则》（以下简称《民法通则》）作出了原则性的规定。在贯彻实施《民法通则》中，最高人民法院作出了一些司法解释，如1989年公布的《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法通则〉若干问题的意见（试行）》中的有关规定、1993年公布的《关于审理名誉权案件若干问题的解释》（以下简称《解答》）和一些有关名誉权问题的批复等。这些司法解释，解决了人民法院在审理名誉权纠纷案件实践中急需解决的一些问题，但是，随着我国政治、经济、文化的不断发展和公民法制观念的日益增强，名誉权纠纷案件仍然逐年上升，同时，还出现了一些新情况、新问题，最高人民法院在调查研究，总结审判实践经验的基础上，作出了《关于审理名誉权案件若干问题的解释》（以下简称本解释）。本解释是《解答》的继续、发展和深化，实际上是《解答》之二，只是由于最高人民法院规范了司法解释的用语，规定司法解释只能使用“批复”“解释”和“规定”三种称谓，其他称谓不再使用。所以，本解释没有使用“解答”，而使用了“解释”。

二、理解与适用

（一）名誉权案件管辖中的侵权结果发生地问题

关于名誉权纠纷案件如何确定侵权结果发生地问题。本解释第一条作出了规定，这一规定有以下两个问题需要说明：

1. 为什么要解释侵权结果发生地

按照《民事诉讼法》第二十九条的规定：“因侵权行为提起的诉讼，由侵

权行为地或者被告住所地人民法院管辖。”最高人民法院在《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第二十八条中，将“侵权行为地”解释为“包括侵权行为实施地、侵权结果发生地”。《解答》第四条将名誉权案件中的“侵权行为地”，也解释为“包括侵权行为实施地和侵权结果发生地”。《解答》发布后，在审判实践中又出现了新的问题，即一些法院对于有关名誉权案件的管辖问题发生争议。报纸、期刊等侵权的结果发生地与其他侵权的结果发生地不同，因为报刊有发行问题，发行到哪里，哪里就有可能产生不良结果。因此，有些法院对于同一个名誉权案件都认为自己有管辖权，要求最高人民法院作出明确的解释。

2. 为什么将侵权结果发生地解释为受侵权的公民、法人和其他组织的住所地

如何确定侵权结果发生地为宜这个问题，经过了较长时间的研究，并和本解释的其他问题一样，征求了有关部门和专家、学者的意见。报刊发行的范围比较广泛。特别是全国性的报刊，有可能发行到全国各地。从理论上讲，报刊发行到哪里，哪里就可能造成一定的影响，哪里就是侵权结果发生地。多数人认为，如果这样规定，不免失之过宽。因为，如果这样规定，那么同一个名誉权案件，全国各地法院就都有管辖权，易于导致争管辖，不利于及时正确地审理名誉权案件。这是其一。其二，虽然报刊发行到哪里，哪里就有可能成为侵权结果发生地，但造成的影响有大小、轻重之分，以名誉受到损害最严重的地方为侵权结果发生地比较适宜。那么，什么地方是名誉受到损害最严重的地方？根据什么原则来确定？多数人的意见认为，本人生活、工作的地方是受损害最严重的地方。这可以称之为生活、工作地（住所地）确定原则。另一种意见认为，严重不严重当事人最清楚，当事人选择哪里，哪里就最严重。这可以称之为当事人选择确定原则。采纳多数人的意见，草案前后几稿的大致内容是：报刊发行的范围比较广泛，人民法院受理这类案件时，不宜将报刊发行所到之处均作为侵权结果发生地。其中，公民生活、工作所在地（后改为住所地），法人住所地，一般是其名誉受到损害最严重的地方，可以认定为侵权结果发生地。前后几稿虽在文字上做过修改，但基本内容如此。最后送审判委员会讨论时，有的委员认为，在一般情况下，当事人的住所地对其损害比较严重，如公民通常都是在住所地生活、工作，当地熟人多，亲朋好友多，家属也在，如果名誉在当地受到损害，精神压力大，影响大，特别是对其晋升、奖惩等影响更大，所以，以住所地确定损害是否严重，是比较适当的。有的委员认为，事情是复杂的，一个人一生可能在多个地方工作，时间也都较长，而在最后住所地工作时间短，如名誉受到损害，很难说只有住所地损害严重，其他工作过的地方损害就不严重。有的委员提议，只作一个硬性规定，不阐述理由，不说那里严重不严重，直接规定住所地为结果发生地。经过充分讨论，大家趋

向于第三种意见。最后采纳第三种意见作了规定,即“受侵权的公民、法人和其他组织的住所地,可以认定为侵权结果发生地”。

作出上述解释的法理根据,是法律上的拟制。所谓法律上的拟制,是指根据实际的需要,在一定条件下,将某种事实看作另一种事实,使某种事实与另一种事实发生相同的法律效果。例如,《民法通则》第十五条规定:“公民以他的户籍所在地的居住地为住所,经常居住地与住所不一致时,经常居住地视为住所。”按照这一规定,在公民经常居住地与其住所不一致的情况下,就把他的经常居住地看作他的住所,使其经常居住地具有住所的法律效果。又如,《民法通则》第十一条第二款规定:“十六周岁以上不满十八周岁的公民,以自己的劳动为主要生活来源的,视为完全民事行为能力人。”根据这个规定,十六周岁以上不满十八周岁的公民,在以自己劳动为主要生活来源的情况下,就把他看作完全民事行为能力人,使其具有完全民事行为能力人的法律效果。法律拟制在用语上,一般是用“视为”来表述,在《刑法》中,也有“以……论”来表述的,如《刑法》第六十七条第二款规定:“被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯,如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行的,以自首论。”在本解释中,是以“认定”来表述的,即“人民法院在受理这类案件时,受侵权的公民、法人和其他组织的住所地,可以认定为侵权结果发生地”。按照这一解释,在受理报刊侵害名誉权这类案件的情况下,就把受侵权的公民、法人和其他组织的住所看作侵权结果发生地,使其住所具有侵权结果发生地的法律效果。这里需要特别指出的是,这个解释是针对报刊侵权结果发生地所作的解释,其他凡有发行情况的图书、图画、音像制品等侵权的结果地是否也适用这个规定?回答是肯定的,可以参照执行。

(二) 名誉权案件的受理问题

1993年的《解答》规定了名誉权纠纷案件的受理问题,在此基础上,本解释又补充解释了以下几种名誉权纠纷案件的受理问题。

1. 内部刊物、资料载文引起名誉权纠纷的受理问题

在本解释发布之前,对于内部刊物载文引起的名誉权纠纷,法院是否受理问题,不仅学术界意见不一,而且审判实践的做法也不尽一致,有的人民法院予以受理,有的人民法院不予受理。受理以后,应不应当认定侵权也认识不一。

在总结各地人民法院审判实践经验的基础上,本解释对内部刊物、资料载文引起的名誉权纠纷是否受理问题,区分不同情况,分别作了不同的规定。一是对于特殊内部刊物、资料刊登的,不予受理,即“有关机关和组织编印的仅供领导部门参阅的刊物、资料等刊登的来信或者文章,当事人以其内容侵害名誉权向人民法院提起诉讼的,人民法院不予受理”(第二条第一款)。这种仅供各级领导部门内部参阅的刊物和资料,我们可以称之为特殊内部刊物、资料。

www.docsriver.com商家巨力电子书

如前文所说的《内参选编》《国内动态清样》。二是对于一般内部刊物、资料刊登的，应当受理，即“机关、社会团体、学术机构、企事业单位分发本单位、本系统或者其他一定范围内的内部刊物和内部资料，所载内容引起名誉权纠纷的，人民法院应当受理”（第二条第二款）。这种内部刊物和资料，我们可以称之为一般内部刊物、资料。

两种内部刊物、资料载文引起的名誉权纠纷在受理上为什么作出不同的规定？首先，两者的性质功能不同。特殊内部刊物、资料是专供各级党政领导部门和领导同志参阅的内部参考资料，具有特殊的功能，是领导部门和领导同志了解下情和社会动态，以便作出相应决策的一个重要途径，是管理党和国家事务的特殊需要。而一般内部刊物、资料是在本系统、本行业、本单位，用于一般性指导工作、交流经验、交换信息的期刊和资料。其次，秘密程度不同。特殊内部刊物、资料一般涉及国家秘密，标有秘密、机密或绝密等。而一般内部刊物、资料通常都不标密级，有的只标“内部报刊”“内部资料”等字样。再次，发放范围不同。特殊内部刊物、资料发放范围较小，往往还有级别的限制。一般内容刊物、资料发放范围较广，通常是在本系统、本行业、本单位内发放，有的是在社会一定范围内发放。由于两种内部刊物、资料性质、功能、秘密程度和发放范围不同，所以作出了不同的规定。特殊内部刊物、资料载文发生名誉权纠纷，人民法院不予受理。当然，人民法院不予受理并不意味着这类纠纷就没有人管。如果发生这类纠纷，可以根据《民事诉讼法》的有关规定，告知当事人向有关部门申请解决。一般内部刊物、资料载文发生名誉权纠纷，人民法院应当予以受理。至于是否构成侵权，依法审理、裁判。

本解释所说的“有关机关”，包括党政机关，所说的“组织”，包括新闻单位、社会团体等。本解释所称一般“内部刊物”，是指过去持有“内部报刊准印证”的“非正式期刊”，经有关部门整顿，现在已经转为内部资料，即转为内部资料性出版物。

2. 转载作品引起名誉权纠纷的受理问题

关于转载作品引起名誉权纠纷是否受理问题，理论界和实务界均有不同的主张。有的认为，转载某新闻媒介已经发表的作品不需要再进行审查，也不构成侵权，故而人民法院不应当受理。有的认为，转载已经发表的作品也会给受害人造成损害，所以人民法院应当受理。本解释采纳了后一种意见，明确规定：“新闻媒介和出版机构转载作品，当事人以转载者侵害其名誉权向人民法院提起诉讼的，人民法院应当受理”（第三条）。这里所说的“转载作品”，是指新闻单位和出版机构通过新闻媒介和出版物，对已经在其他新闻媒介和出版物上刊登的作品，再次予以刊登的行为。它包括全部转载和部分转载。本解释为什么规定转载作品引起的名誉权纠纷，人民法院应当受理？转载作品和首次刊登作品一样，也应当进行审查。但是，有些转载作品的单位，对已经刊登的

作品未经审查，就予以转载。有的对具有明显侵权内容的作品，也予以转载。有的甚至添枝加叶，大肆渲染，造成更严重的恶果，等等。转载作品进一步扩大了原刊登作品侵害的后果和影响，造成了新的侵权。因此，人民法院对转载作品发生名誉权纠纷，应当予以受理。当然，是否构成侵权，还有待于依法审理。

关于转载作品发生名誉权纠纷的受理问题，审判实践中的一般做法是：当事人起诉转载者的，才予受理，不诉的，不主动追加。本解释肯定了这种做法，所以特别指出“当事人以转载者侵害其名誉权向人民法院提起诉讼的”，人民法院才予受理。就是说，受理不受理要尊重当事人的意愿，当事人提出要求的，就受理，不提出要求的，不主动追加。

3. 机关团体、企事业单位对其管理人员作出的处理决定引起名誉权纠纷的受理问题

本解释对这类纠纷作出了不予受理的规定，即“国家机关、社会团体、企事业单位等部门对其管理人员作出的结论或者处理决定，当事人以其侵害名誉权向人民法院提起诉讼的，人民法院不予受理”（第四条）。为什么不受理？国家机关、社会团体、企事业单位等部门与其管理的人员之间是一种领导与被领导、管理与被管理的关系。这些部门对其被管理的人员所作某种结论或者处理决定，是一种内部管理的行政行为，由此引起的法律关系是内部行政法律关系。这种内部行政行为即使有错误，损害了被管理者的合法权益包括其名誉，也应由有关部门依照法定程序解决。如当事人可以依法提出申诉，通过申诉等程序解决。据此，本解释作出不予受理的规定，是不无道理的。

4. 因检举、控告引起名誉权纠纷的受理问题

关于因检举、控告引起名誉权纠纷的受理问题，根据不同情况，作了不同规定。其中，对于“公民依法向有关部门检举、控告他人的违法乱纪行为，他人以检举、控告侵害其名誉权向人民法院提起诉讼的，人民法院不予受理”（第五条）。而对于“借检举、控告之名侮辱、诽谤他人，造成他人名誉损害，当事人以其名誉权受到侵害向人民法院提起诉讼的，人民法院应当受理”（第五条）。为何作出如此规定，我国《宪法》第四十一条规定：“中华人民共和国公民对于任何国家机关和国家工作人员，有提出批评和建议的权利；对于任何国家机关和国家工作人员的违法失职行为，有向有关机关提出申诉、控告或者检举的权利。但是不得捏造或者歪曲事实进行诬告陷害。”根据这一规定，公民检举、控告他人违法乱纪是合法的，即使反映的情况不实或者不完全属实，也是正当行使权利的行为，不是侵权行为。所以，被检举、控告人以侵害其名誉权为由向人民法院提起诉讼的，人民法院不予受理。但是，如果借检举、控告之名，捏造、歪曲事实，侮辱、诽谤他人，就构成侵害名誉权，人民法院应当受理。

(三) 侵害名誉权的认定问题

本解释对侵害名誉权的认定作出了以下四个方面的规定：

1. 根据国家机关公开的职权行为所作报道侵害名誉权的认定

本解释第六条规定：“新闻单位根据国家机关依职权制作的公开的文书和实施的公开的职权行为所作的报道，其报道客观准确的，不应认定为侵害他人名誉权；其报道失实，或者前述文书和职权行为已公开纠正而拒绝更正报道，致使他人名誉受到损害的，应当认定为侵害他人名誉权。”本条所称“国家机关”，包括国家权力机关、审判机关、检察机关、行政机关等。本条解释对以下三个问题作出了统一的规定：

(1) 对国家机关，特别是对公、检、法机关实施中的职权行为是否允许报道问题

对国家机关，特别是对公安机关、检察机关、审判机关正在进行中的侦查、起诉、审判是否允许新闻单位报道问题（本解释草案前几稿只规定对公、检、法机关的职权行为是否允许报道问题，后来扩大到对整个国家机关的职权行为是否允许报道问题），理论界和实践中都有不同的认识。一种意见主张，基于言论自由原则，应当允许报道；另一种意见主张，基于独立审判、独立检察等独立行使职权原则，不应当允许报道；第三种意见主张，基于权力和权利平衡原则，应当允许有限制的报道。我国有关部门也曾规定，对于正在侦查、起诉或审判的案件，以及尚未作出终审判决的案件，不要登报刊、广播或上电视；个别必须见报的，要先报道破案、起诉或审理消息，以后再报道判处结果，不得超越司法程序抢先报道，更不得利用新闻报道制造对司法机关施加压力的舆论。随着我国政治经济形势的发展，究竟应当如何作出规定为宜？要不要突破已有的规定？在广泛征求意见、总结我国实践经验和借鉴国外有益做法的基础上，作出了准许客观准确报道的规定，这可以称之为客观准确报道原则，也可以说是有限制的报道原则。

(2) 客观准确地报道国家机关公开的职权行为不构成侵权

按照本解释的规定，在具备以下两个条件的情况下，新闻单位根据国家机关的职权行为所作报道不构成侵害名誉权：一是根据国家机关依职权制作的公开文书和实施的公开职权行为所作的报道。就是说，报道的根据必须是国家机关公开的文书和公开的职权行为，如果不是公开的，不在此列。这里所说的“文书”，是指国家机关依职权制作的具有法律效力的文书，如人民法院制发的判决书、裁定书、调解书，人民检察院制发的起诉书、抗诉书、补充侦查意见书，行政机关制发的裁决书、处理决定书、通知书，等等。“职权行为”，这里是指狭义的职权行为，即仅指国家机关依职权进行的有关活动，如公开开庭审理、新闻发布会等。二是报道必须客观准确。“客观”是指公正，不偏向任何一方；“准确”是指报道与文书、职权行为的内容一致，不失实，不歪曲，不

添枝加叶。只要符合上述两个条件，报道就不构成侵权，这是关于报道特许权的规定。

在西方一些国家，一方面实行新闻自由，另一方面也不允许新闻诽谤，毁损名誉。而特许权就是诽谤诉讼中的一种抗辩事由，如果被告能够举证证明享有这种特许权，就可以胜诉。特许权有两种，一种是绝对特许权，另一种是有限特许权。

何为绝对特许权？所谓绝对特许权，就是受特殊保护的言论自由，就是为了公众利益，不管是否真实、有无恶意，都可以畅所欲言，不受任何追究责任的一种权利。据此，国会议员、政府官员、法院法官等在为职务活动时，其发言、辩论、批评等言论，都“不必担心诽谤诉讼”，都不必顾虑被追究侵害名誉权的责任。

何为有限特许权？所谓有限特许权，就是有一定限制的言论自由，就是为了公众利益，没有恶意，公正而准确地报道官方文书，不受追究责任的一种权利。有限特许权与绝对特许权的主要区别在于：一是报道是否真实（公正、准确），二是有无恶意。绝对特许权，不受这两个案件的限制，而有限特许权必须具备这两个条件。

本解释所规定的报道特许权，是有限特许权，是指新闻单位根据国家机关公开的文件和其他职权行为，进行客观（公正）而准确的报道，应当免于承担侵权的责任。特许权，不论是绝对特许权，还是有限特许权，其理论根据，是“为了公众制”，“以公众对公正而真实的报道司法、立法机构以及其他官方机构和政府官员行为的了解权为依据的。”就是说，公众有权了解国家机关为公共利益而从事公共事务、国家活动的情况，而新闻报道正是公众了解这种情况的根本途径。所以，只要新闻单位报道的客观（公正）而准确，即应免除侵权责任。

(3) 报道失实或者国家机关的文书和职权行为已经纠正而拒绝更正报道，致使他人名誉受到损害构成侵权

根据本解释的规定，新闻单位报道国家机关的职权行为在以下两种情况下构成侵害名誉权：其一，报道失实，致使他人名誉受到损害的。这一情况包括两个条件，一是报道失实。报道失实是指报道的内容与国家机关制作的公开文书和实施的公开职权行为的内容不相符合。二是致使他人名誉受到损害。只有同时具备这两个条件，才能构成侵权。否则，即使报道的内容与国家机关职权行为的内容有所出入，但未使他人名誉受到损害，也不构成侵权。其二，国家机关公开的文书和职权行为有错误已公开纠正，而新闻单位拒绝更正报道，致使他人名誉受到损害的。国家机关公开的文书和职权行为有错误已经公开纠正，既包括国家机关公开的文书和职权行为有错误自己纠正，也包括上级机关通过法定程序予以纠正。例如，第二审人民法院通过上诉程序改变第一审人民

法院的判决等。为什么国家机关的职权行为有错误纠正后，新闻单位也应予更正报道？这涉及更正权问题。在我国，对更正、答辩权，法律尚未规定，但有关政策、规章有所规定。1999年7月8日，新闻出版署发布的《报刊刊载虚假、失实报道处理办法》规定：“报纸、期刊刊载虚假、失实报道和纪实作品，致使公民、法人或者其他组织的合法权益受到侵害的，当事人有权要求更正或者答辩，有关出版单位应当在其出版的报纸、期刊上予以发表；拒绝发表的，当事人可以向人民法院提起诉讼。”从上述引文可以看出，所谓更正权，是指报刊出版单位报道的事实发生错误，损害了公民、法人或者其他组织的合法权益，公民、法人或者其他组织要求新闻单位予以改正的权利。所谓答辩权，是指报刊出版单位发表的批评、评论内容发生错误，损害了公民、法人或者其他组织的合法权益，公民、法人或者其他组织陈述理由或者根据，予以辩驳，要求新闻单位予以纠正的权利。公民、法人或者其他组织要求更正或者答辩，这是当事人的权利。新闻单位发表更正或者答辩，这是新闻单位的义务。据此，即使当事人未提出更正或者答辩要求，新闻单位也应当主动的履行义务，自行予以更正。国家机关的职权行为有错误纠正后，新闻单位也应当如此予以更正报道。如不予更正报道，当事人可以向人民法院提起诉讼。

按照《报刊刊载虚假、失实报道处理办法》的规定，报纸、期刊因刊载虚假、失实报道和纪实作品而发表的更正或者答辩，必须符合以下要求：一是凡公开更正的，应当自虚假、失实报道和纪实作品发现之日起，在其最近出版的一期报纸、期刊的同等版位上发表；二是凡按照当事人的要求进行更正或者发表答辩的，应当自当事人提出要求之日起，在其最近出版的一期报纸、期刊的同等版位上，予以发表。此外，报纸、期刊转载虚假、失实报道和纪实作品的，其更正和答辩，也按照上述要求办理。

2. 提供新闻材料侵害名誉权的认定

提供新闻材料，说的是新闻来源问题。新闻来源，又称消息来源，简称新闻源。新闻源是指向新闻单位或者新闻工作者提供新闻材料的公民、法人或者其他组织。公民、法人或者其他组织，向新闻单位或者新闻工作者提供新闻材料的动机、目的、态度是不同的，因此，本解释对提供新闻材料引起的名誉权纠纷，是否构成侵权，区分不同情况，分别作出了规定。

(1) 对主动新闻源的认定

本解释第七条第一款第（一）项规定是对主动新闻源的认定。所谓主动新闻源，也称积极新闻源，就是明知或者应当预见到自己提供新闻材料可能被新闻媒介报道而仍然提供的公民、法人或者其他组织。主动新闻源提供新闻材料，是明知的、自觉的，他们希望自己提供的新闻材料，通过新闻媒介发表传播出去，或者虽未明确表示希望发表传播出去，但对其提供的新闻材料可能会被发表，是能够预见或者应当预见到的，因而对由此造成的后果应当承担责

任。所以,本解释规定,应当认定为侵害他人名誉权。当然,构成侵权必须是:既主动提供了新闻材料,又使他人名誉受到损害。如果只是主动提供了新闻材料,未使他人名誉受到损害,则不构成侵害名誉权。

(2) 对被动新闻源的认定

本解释第七条第一款第(二)项规定是对被动新闻源的认定。被动新闻源,也称消极新闻源,就是不知道或者无法预见到自己提供新闻材料可能被新闻媒介报道而提供的公民、法人或者其他组织。对被动新闻源的认定有两种情况,其一,不应认定为侵害名誉权。条件有两个:一是被动采访提供新闻材料。所谓被动采访,是指应新闻单位或者记者的要求而接受各种形式的采访,特别是被隐性采访等。所谓隐性采访,就是暗中采访,就是记者隐瞒记者的身份或者采访的目的所进行的采访。其手段多为偷拍偷录等。这种采访,一般是用于一些特殊情况,如认为某些企业或单位,生产或经营假冒伪劣产品,而采用这种方式采访等。二是未经提供者同意而擅自公开、发表。只要同时具备这两个条件,即使他人名誉受到损害,一般也不应当认定为侵害名誉权。为何这样规定?被动新闻源提供了新闻材料,应对其在直接提供的范围内造成的损害负责。而新闻单位或者记者擅自将材料公开发表,传播出去,并非提供者的本意。所以,对由此造成的损害不应由其承担责任。其二,应当认定为侵害名誉权。条件是,新闻单位或者记者发表新闻材料时,得到了提供者同意或者默许。在这种情况下,他人名誉受到损害,应当认定为侵害名誉权。为何这样规定?本来提供者是被动的提供新闻材料,但当其同意或者默许发表时,就由被动转化为主动,由被动新闻源转化为主动新闻源,因此,对扩大传播造成的损害,理应承担侵权责任。需要指出的是,主动新闻源,包括由被动转化为主动的新闻源承担责任,无疑减轻了发表者的责任,但这并不意味着免除发表者的责任。发表者不予或者疏于审查核实,也应当承担相应的责任。

3. 公开患者的病情侵害名誉权的认定

本解释制定发布之前,在诸多医疗纠纷中,有不少涉及名誉权纠纷,如医疗单位通报病情、传播病情、将某种疾病误诊为艾滋病。在总结审判实践经验的基础上,本解释对什么样的行为构成侵权,什么样的行为不构成侵权作出了规定。

(1) 擅自公开有关病情使患者名誉受到损害的构成侵权

本解释第八条第一款规定,“医疗卫生单位的工作人员擅自公开患者患有淋病、梅毒、麻风病、艾滋病等病情,致使患者名誉受到损害的,应当认定为侵害患者名誉权。”病人到医院就诊,为医疗的需要,一般都会积极配合医生检查治疗,向医生陈述自己的病状、病史、症状,回答医生提出的各种问题,这就就会涉及患者的个人秘密。这种秘密还会涉及个人隐私、名誉等,不应随意泄露。特别是像淋病、梅毒、艾滋病等类性病,更不应向外公开。不应向社会

www.docsriver.com商家巨力电子书

传播。《性病防治管理办法》规定：“性病防治机构和从事性病诊断治疗业的个体医师在诊治性病患者时，必须采取保护性医疗措施，严格为患者保守秘密。”《传染病防治法实施办法》规定：“医务人员未经县级以上政府卫生行政部门批准，不得将就诊的淋病、梅毒、麻风病、艾滋病病人和艾滋病病原体携带者及其家属的姓名、住址和个人病史公开。”如果医疗卫生单位及其工作人员擅自公开，使患者的名誉受到损害，应当认定为侵害名誉权。所谓公开，是指向社会公开、传播。如果按规定向上级主管部门报告情况不在此列。本解释只列举了四种疾病，如果是其他疾病，擅自向社会传播，并使患者的名誉受到损害，也应认定为侵害名誉权。

(2) 向患者及其家属通报病情，不应认定为侵权

本解释第八条第二款规定：“医疗卫生单位向患者或其家属通报病情，不当认定为侵害患者名誉权。”为了更好地医治疾病，患者一方面配合医务人员，介绍自己的病状，另一方面也有权向医务人员了解自己所患疾病的有关情况，如所患疾病的性质、严重程度、医治方法和方案，以及今后的发展情况。2002年4月4日国务院公布的《医疗事故处理条例》第十一条也规定：“在医疗活动中，医疗机构及其医务人员应将患者的病情、医疗措施、医疗风险等如实告知患者，及时解答其咨询。”因此，医务人员有义务将病情据实告知病人和家属。这种向患者和家属通报病情的行为，不应认定为侵权。

4. 对产品、服务质量批评、评论侵害名誉权的认定

本解释第九条涉及公正评论权问题。公正评论权，又称合理评论权或者诚实评论权，是指公众（包括新闻记者）针对社会普遍关注的有关公共利益的问题，通过新闻传播媒介善意地发表有事实根据的意见，应当免除承担侵权责任。公正评论权的构成有以下三个条件：首先，评论的对象必须是与社会公共利益有关的问题。例如，企业单位生产、销售的各种产品的质量、价格和经营方式、事业单位提供的各种服务、文艺工作者创作的各种作品、国家机关及其工作人员的职务活动。公正评论只限于这些社会普遍关注的公共利益问题，不涉及个人的单纯私生活。其次，评论依据的事实必须是真实的、存在的。所谓评论依据的事实真实，是指评论所依据的事实与评论所指向的事实是相符合的，如果不相符合，就是评论依据的事实不真实，就是失实，就是评论失去根据。公正评论的前提和基础是真实存在的事实，如果事实不存在就谈不上评论，当然也谈不上公正评论，如果评论所依据的事实是不真实的，是评论者误认或者虚构，强加给被评论者的，因为评论失实，失去了评论的基础，评论也就难以做到公正了。再次，评论必须是出于诚意，出于善意，没有恶意。公正评论的目的，是为了让人们们对普遍关注的涉及社会公共利益的问题，充分地发表诚实的意见，以集思广益，群策群力，维护社会公共利益，促进社会公共事业的不断发展。因而评论必须是心怀诚意，而不是心怀叵测，是出于善

意,而不是恶意。评论的意见是自己真诚实意的见解,是肺腑之言,并非人身攻击,个人偏见,如果评论是出于恶意,就谈不到公正了。

本解释借鉴外国的有益经验,对公众极为关注的产品质量、服务质量问题作了公正评论的规定。当然,这种借鉴是从我国国情出发的,是结合我国实际情况的,不是照搬。本解释对消费者和新闻单位的要求,作出了不同的规定。对消费者评论的要求较宽,对新闻单位评论的要求较严。对消费者来说,只要不是出于故意,就不应承担侵权责任。换句话说,只要不是借机诽谤、诋毁,即使情绪激动,言辞偏激,说了一些过头话,或者批评、评论依据的事实不够真实,也不应认定为侵权。对新闻单位来说,除出于故意应承担侵权责任外,过失也要承担侵权责任。就是说,评论依据的主要内容(事实)失实,损害名誉的,也应认定为侵权。这里顺便指出,本解释在不同的地方,分别使用了评论的“内容基本属实”“主要内容失实”等语词。在《解答》中,也同样分别使用了文章反映的问题“基本真实”“基本属实”“严重失实”“基本内容失实”等语词。之所以分别使用“严重”“基本”“主要”等词,是因为在不同的地方,根据上下文的文义搭配使用的,其基本含义是一样的。就是说,问题(事实、内容)基本真实、基本属实也好,或者问题(事实、内容)严重失实、基本失实、主要内容失实也好,都是指影响或者决定认定构成侵权、不构成侵权性质的问题(事实、内容)。“基本真实”或者“基本属实”,是指影响或者决定认定不构成侵权的问题(事实、内容)。“严重失实”“基本内容失实”“主要内容失实”,是指影响或者决定认定构成侵权的内容(问题、事实)。

为什么本解释对消费者评论的要求与新闻单位评论的要求,作出了不同的规定?这是基于以下考虑:首先,消费者一般不是专门从事舆论监督工作的,因而不能苛求他们全面了解情况,核对事实,不发生差错。新闻单位是从事舆论监督工作的,具有专业知识,因而在进行批评、评论时,应当审查核对事实。其次,消费者的批评、评论,一般是对个人所购买的特定商品质量或者服务态度进行的,是单个的、个别的行为,且口头形式居多,社会影响较少,即使发生差错,后果也较轻。新闻单位的批评、评论,一般是对社会上存在的某一或者某类产品质量或者服务态度进行的,不是单独的、个别的行为,是代表一定社会力量的舆论,一旦发生错误,影响巨大,后果严重。由于上述原因,作出不同的规定是比较合适的。

(四) 其他问题

除上述问题外,本解释还对以下两个问题作出了规定:

1. 名誉权受到侵害使生产、经营、销售遭受损失赔偿范围和数额的确定

理解本解释第十条需要注意的问题是,第一,应当赔偿的损失必须是由于名誉权受到侵害而造成的,如果不是由于名誉权受到侵害而造成的损失,不在赔偿范围之内。例如,客户退货如果是在名誉权受到侵害之前发生的,就不是

因名誉权受到侵害造成的，而是由其他原因造成的，因而不在于赔偿范围之内。第二，本解释对赔偿的范围采取列举与概括相结合的方式作出了规定。除列举的两项之外，如有其他损失也是“确因侵权”造成的，也在赔偿范围之内。例如，在名誉权受到侵害之前，产品的销路很好，被侵权之后，产品滞销；如果滞销是“确因侵权”造成的，也应予以适当赔偿。这种情况比较复杂，所以本解释未予列举。第三，本解释所说的“适当”，是指赔偿的数额与名誉权受到侵害使生产、经营、销售遭受的损失大体相当。

2. 名誉权与其他民事纠纷交织在一起如何审理

本解释第十一条规定解释了两个问题：

(1) 在请求权竞合的情况下如何审理

名誉权与其他民事纠纷交织在一起按当事人选择的请求审理，说的是请求权竞合的情况。1989年6月12日，最高人民法院发布的《全国沿海地区涉外、涉港澳经济审判工作座谈会纪要》指出：“一个法律事实或法律行为有时可以同时产生两个法律关系，最常见的是债权关系与物权关系并存，或者被告的行为同时构成破坏合同和民事侵害。原告可以选择两个之中有利于自己的一种诉因提起诉讼。有管辖权的受诉法院不应以存在其他诉因为由拒绝受理。但当事人不得就同一法律事实或法律行为，分别以不同的诉因提起两个诉讼。”所谓请求权竞合，是指由于同一个法律事实或者法律行为的发生而同时产生两个以上的请求权。例如，某侵害人实施的侵害肖像权的行为，同时又侵害了受害人的名誉权。在这种情况下，受害人就同时产生两个请求权，一个是侵害肖像权的请求权，另一个是侵害名誉权的请求权，对此，受害人可以从中选择一个有利于自己的请求权，向人民法院提起诉讼，这一请求权行使后，另一个请求权即行消灭。人民法院应按照当事人选择的请求予以审理。

(2) 在请求权不竞合的情况下如何审理

名誉权和其他民事纠纷交织在一起，但发生的数种请求权都可以适用，这种情况不属于请求权竞合。因为在请求权竞合的情况下，当事人只能选择一个请求权，选择的请求权行使后，其他的请求权即行消灭，不再适用。在数种请求权都适用的情况下，如果构成必要共同诉讼的，可以合并审理。如果不构成必要共同诉讼的，可以根据具体情况，另行起诉，分别审理。

(五) 需要注意的几个问题

在审理名誉权纠纷案件中，还有几种需要注意的问题：

1. 关于隐私受到侵害的保护问题

前文已经讲述，在有关名誉权的司法解释中，将与名誉有关的隐私纳入了名誉权的保护范围，这是一种间接保护。如《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第一百四十条第一款规定：“以书面、口头等形式宣扬他人的隐私……造成一定影响的，应当认定为侵害公民名誉权的

行为。”又如,《解答》第七条第三款规定:“对未经他人同意,擅自公布他人的隐私材料或者以书面、www.docsv.com商家巨力电子书形式宣扬他人隐私,致他人名誉受到损害的,应依照侵害他人名誉权处理。”这里需要注意的问题是,上述规定已被新的司法解释所修改。2001年3月8日,《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第一条第二款规定:“违反社会公共利益、社会公德侵害他人隐私或者其他人格利益,受害人以侵权为由向人民法院起诉请求赔偿精神损害的,人民法院应当依法予以受理。”这一解释,明确规定了违反社会公共利益、社会公德侵害包括隐私在内的他人人格利益的,即构成侵权,从而把隐私纳入了直接的司法保护中。

2. 关于法人的精神损害赔偿问题

在有关名誉权的司法解释中,关于法人的所谓精神损害赔偿问题,一直倾向于不予保护。《解答》第十条第四款规定:“公民、法人因名誉权受到侵害要求赔偿的,侵权人应赔偿侵权行为造成的经济损失;公民并提出精神损害赔偿要求的,人民法院可根据侵权人的过错程度、侵权行为的具体情节、给受害人造成精神损害的后果等情况酌定。”该解释只规定了公民的精神损害赔偿问题,而未规定法人的精神损害赔偿问题。在本解释的起草过程中,多次草稿都明确规定:“法人、其他组织的其名誉权受到侵害为由请求赔偿精神损失的、人民法院不予支持。”在征求意见的过程中,这引起很大的争议,有的支持这种意见,同意这样规定,认为法人与自然不同,不存在精神痛苦的问题,所以本解释规定不支持法人的精神损害赔偿的请求是正确的;有的持相反的意见,认为法人虽然没有精神痛苦,但是有精神利益或人格利益,因而需要以赔偿的方式作为救济手段。当时考虑到这个问题从理论到实践都需要继续进一步深入探讨,可不急于以司法解释的形式明确地确定下来,所以,把这一规定又删去了。删去之后,在审判实践中引起了一些疑虑,有的认为今后是否又要支持法人的精神损害赔偿请求了。直到2001年3月8日《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》的公布,这一问题才得到了明确的解决。

3. 在名誉权方面仍然有些问题需要总结经验作出解释

本解释的制定,解决了审判实践中需要解决的一些问题,连同过去有关名誉权问题的一些司法解释,综合起来,在审理名誉权纠纷案件方面,有了一个比较系统的规定,解决了不少主要的问题。但是,仍然还有一些问题需要解决。例如,因发表“赞誉”性的文章引起的名誉权纠纷,如何认定是否构成侵权问题;又如,泄密引起的名誉权纠纷,如何认定是否构成侵权问题;再如,关于评论问题,本解释只对产品质量和服务质量问题进行批评、评论的责任作出了规定,而对公众人物、文艺作品、科学技术等问题的批评、评论的责任未作规定。此外,对公众人物的名誉权问题也未作出规定。

www.docsriver.com商家巨力电子书

这些问题,需要进一步调查研究,进一步探索,在总结审判实践经验的基础上,作出科学的解释。

这些问题的提出,源于对“著作权”概念的探讨。在《著作权法》中,“著作权”是指作者对其创作的文学、艺术和科学作品所享有的专有权利。在《著作权法实施条例》中,“著作权”是指作者对其创作的文学、艺术和科学作品所享有的专有权利。在《著作权法》中,“著作权”是指作者对其创作的文学、艺术和科学作品所享有的专有权利。在《著作权法实施条例》中,“著作权”是指作者对其创作的文学、艺术和科学作品所享有的专有权利。在《著作权法》中,“著作权”是指作者对其创作的文学、艺术和科学作品所享有的专有权利。在《著作权法实施条例》中,“著作权”是指作者对其创作的文学、艺术和科学作品所享有的专有权利。

在《著作权法》中,“著作权”是指作者对其创作的文学、艺术和科学作品所享有的专有权利。在《著作权法实施条例》中,“著作权”是指作者对其创作的文学、艺术和科学作品所享有的专有权利。在《著作权法》中,“著作权”是指作者对其创作的文学、艺术和科学作品所享有的专有权利。在《著作权法实施条例》中,“著作权”是指作者对其创作的文学、艺术和科学作品所享有的专有权利。在《著作权法》中,“著作权”是指作者对其创作的文学、艺术和科学作品所享有的专有权利。在《著作权法实施条例》中,“著作权”是指作者对其创作的文学、艺术和科学作品所享有的专有权利。

在《著作权法》中,“著作权”是指作者对其创作的文学、艺术和科学作品所享有的专有权利。在《著作权法实施条例》中,“著作权”是指作者对其创作的文学、艺术和科学作品所享有的专有权利。在《著作权法》中,“著作权”是指作者对其创作的文学、艺术和科学作品所享有的专有权利。在《著作权法实施条例》中,“著作权”是指作者对其创作的文学、艺术和科学作品所享有的专有权利。在《著作权法》中,“著作权”是指作者对其创作的文学、艺术和科学作品所享有的专有权利。在《著作权法实施条例》中,“著作权”是指作者对其创作的文学、艺术和科学作品所享有的专有权利。

葛长生诉洪振快名誉权、荣誉权纠纷案

(最高人民法院审判委员会讨论通过 2018 年 12 月 19 日发布)

关键词

民事 名誉权 荣誉权 英雄烈士 社会公共利益

裁判要点

1. 对侵害英雄烈士名誉、荣誉等行为，英雄烈士的近亲属依法向人民法院提起诉讼的，人民法院应予受理。

2. 英雄烈士事迹和精神是中华民族的共同历史记忆和社会主义核心价值观的重要体现，英雄烈士的名誉、荣誉等受法律保护。人民法院审理侵害英雄烈士名誉、荣誉等案件，不仅要依法保护相关个人权益，还应发挥司法彰显公共价值功能，维护社会公共利益。

3. 任何组织和个人以细节考据、观点争鸣等名义对英雄烈士的事迹和精神进行污蔑和贬损，属于歪曲、丑化、亵渎、否定英雄烈士事迹和精神的行为，应当依法承担法律责任。

相关法条

《中华人民共和国侵权责任法》第二条、第十五条

基本案情

原告葛长生诉称：洪振快发表的《小学课本〈狼牙山五壮士〉有多处不实》一文以及《“狼牙山五壮士”的细节分歧》一文，以历史细节考据、学术研究为幌子，以细节否定英雄，企图达到抹黑“狼牙山五壮士”英雄形象和名誉的目的，请求判令洪振快停止侵权、公开道歉、消除影响。

被告洪振快辩称：案涉文章是学术文章，没有侮辱性的言词，关于事实的表述有相应的根据，不是凭空捏造或者歪曲，不构成侮辱和诽谤，不构成名誉权的侵害，不同意葛长生的全部诉讼请求。

法院经审理查明：1941 年 9 月 25 日，在易县狼牙山发生了著名的狼牙山战斗。在这场战斗中，“狼牙山五壮士”英勇抗敌的基本事实和舍生取义的伟大精神，赢得了全中国人民的高度认同和广泛赞扬。新中国成立后，五壮士的事迹被编入义务教育教科书，五壮士被人民视为当代中华民族抗击外敌入侵的民族英雄。

2013 年 9 月 9 日，时任《炎黄春秋》杂志社执行主编的洪振快在财经网

发表《小学课本〈狼牙山五壮士〉有多处不实》一文。文中写道：据《南方都市报》2013年8月31日报道，广州越秀警方于8月29日晚间将一位在新浪微博上“污蔑狼牙山五壮士”的网民抓获，以虚构信息、散布谣言为由予以行政拘留7日。所谓“污蔑狼牙山五壮士”的“谣言”原本就有。据媒体报道，该网友实际上是传播了2011年12月14日百度贴吧里一篇名为《狼牙山五壮士真相原来是这样！》的帖子的内容，该帖子说五壮士“5个人中有3个是当场被打死的，后来清理战场把尸体丢下悬崖。另两个当场被活捉，只是后来不知道什么原因又从日本人手上逃了出来。”2013年第11期《炎黄春秋》杂志刊发洪振快撰写的《“狼牙山五壮士”的细节分歧》一文，亦发表于《炎黄春秋》杂志网站。该文分为“在何处跳崖”“跳崖是怎么跳的”“敌我双方战斗伤亡”“‘五壮士’是否拔了群众的萝卜”等部分。文章通过援引不同来源、不同内容、不同时期的报刊资料等，对“狼牙山五壮士”事迹中的细节提出质疑。

裁判结果

北京市西城区人民法院于2016年6月27日作出(2015)西民初字第27841号民事判决：一、被告洪振快立即停止侵害葛振林名誉、荣誉的行为；二、本判决生效后三日内，被告洪振快公开发布赔礼道歉公告，向原告葛长生赔礼道歉，消除影响。该公告须连续刊登五日，公告刊登媒体及内容需经本院审核，逾期不执行，本院将在相关媒体上刊登判决书的主要内容，所需费用由被告洪振快承担。一审宣判后，洪振快向北京市第二中级人民法院提起上诉，北京市第二中级人民法院于2016年8月15日作出(2016)京02民终6272号民事判决：驳回上诉，维持原判。

裁判理由

法院生效裁判认为，1941年9月25日，在易县狼牙山发生的狼牙山战斗，是被大量事实证明的著名战斗。在这场战斗中，“狼牙山五壮士”英勇抗敌的基本事实和舍生取义的伟大精神，赢得了全国人民高度认同和广泛赞扬，是五壮士获得“狼牙山五壮士”崇高名誉和荣誉的基础。“狼牙山五壮士”这一称号在全军、全国人民中已经赢得了普遍的公众认同，既是国家及公众对他们作为中华民族的优秀儿女在反抗侵略、保家卫国中作出巨大牺牲的褒奖，也是他们应当获得的个人名誉和个人荣誉。“狼牙山五壮士”是中国共产党领导的八路军在抵抗日本帝国主义侵略伟大斗争中涌现出来的英雄群体，是中国共产党领导的全民抗战并取得最终胜利的重要事件载体。“狼牙山五壮士”的事迹经由广泛传播，已成为激励无数中华儿女反抗侵略、英勇抗敌的精神动力之一；成为人民军队誓死捍卫国家利益、保障国家安全的军魂来源之一。在和平年代，“狼牙山五壮士”的精神，仍然是我国公众树立不畏艰辛、不怕困难、为国为民奋斗终身的精神指引。这些英雄烈士及其精神，已经获得全民族的广泛认同，是中华民族共同记忆的一部分，是中华民族精神的内核之一，也是社

社会主义核心价值观的重要内容,而是民族的共同记忆、民族精神乃至社会主义核心价值观,无论是从我国的历史看,还是从现行法上看,都已经是社会公共利益的一部分。

案涉文章对于“狼牙山五壮士”在战斗中所表现出的英勇抗敌的事迹和舍生取义的精神这一基本事实,自始至终未作出正面评价。而是以考证“在何处跳崖”“跳崖是怎么跳的”“敌我双方战斗伤亡”以及“‘五壮士’是否拔了群众的萝卜”等细节为主要线索,通过援引不同时期的材料、相关当事者不同时期的言论,全然不考虑历史的变迁,各个材料所形成的时代背景以及各个材料的语境等因素。在无充分证据的情况下,案涉文章多处作出似是而非的推测、质疑乃至评价。因此,尽管案涉文章无明显侮辱性的语言,但通过强调与基本事实无关或者关联不大的细节,引导读者对“狼牙山五壮士”这一英雄烈士群体英勇抗敌事迹和舍生取义精神产生质疑,从而否定基本事实的真实性,进而降低他们的英勇形象和精神价值。洪振快的行为方式符合以贬损、丑化的方式损害他人名誉和荣誉权益的特征。

案涉文章通过刊物发行和网络传播,在全国范围内产生了较大影响,不仅损害了葛振林的个人名誉和荣誉,损害了葛长生的个人感情,也在一定范围和程度上伤害了社会公众的民族和历史情感。在我国,由于“狼牙山五壮士”的精神价值已经内化为民族精神和社会公共利益的一部分,因此,也损害了社会公共利益。洪振快作为具有一定研究能力和熟练使用互联网工具的人,应当认识到案涉文章的发表及其传播将会损害到“狼牙山五壮士”的名誉及荣誉,也会对其近亲属造成感情和精神上的伤害,更会损害到社会公共利益。在此情形下,洪振快有能力控制文章可能产生的损害后果而未控制,仍以既有的状态发表,在主观上显然具有过错。

最高人民法院
关于确定民事侵权精神损害赔偿
责任若干问题的解释

法释〔2001〕7号

(2001年2月26日最高人民法院审判委员会
第1161次会议通过 2001年3月8日最高人民
法院公告公布 自2001年3月10日起施行)

为在审理民事侵权案件中正确确定精神损害赔偿责任,根据《中华人民共和国民法通则》等有关法律规定,结合审判实践经验,对有关问题作如下解释:

第一条 自然人因下列人格权利遭受非法侵害,向人民法院起诉请求赔偿精神损害的,人民法院应当依法予以受理:

- (一) 生命权、健康权、身体权;
- (二) 姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权;
- (三) 人格尊严权、人身自由权。

违反社会公共利益、社会公德侵害他人隐私或者其他人格利益,受害人以侵权为由向人民法院起诉请求赔偿精神损害的,人民法院应当依法予以受理。

第二条 非法使被监护人脱离监护,导致亲子关系或者近亲属间的亲属关系遭受严重损害,监护人向人民法院起诉请求赔偿精神损害的,人民法院应当依法予以受理。

第三条 自然人死亡后,其近亲属因下列侵权行为遭受精神痛苦,向人民法院起诉请求赔偿精神损害的,人民法院应当依法予以受理:

- (一) 以侮辱、诽谤、贬损、丑化或者违反社会公共利益、社会公德的其他方式,侵害死者姓名、肖像、名誉、荣誉;
- (二) 非法披露、利用死者隐私,或者以违反社会公共利益、社会公德的其他方式侵害死者隐私;
- (三) 非法利用、损害遗体、遗骨,或者以违反社会公共利益、社会公德的其他方式侵害遗体、遗骨。

第四条 具有人格象征意义的特定纪念物品,因侵权行为而永久性灭失或者毁损,物品所有人以侵权为由,向人民法院起诉请求赔偿精神损害的,人民

法院应当依法予以受理。

第五条 法人或者其他组织以人格权利遭受侵害为由，向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院不予受理。

第六条 当事人在侵权诉讼中没有提出赔偿精神损害的诉讼请求，诉讼终结后又基于同一侵权事实另行起诉请求赔偿精神损害的，人民法院不予受理。

第七条 自然人因侵权行为致死，或者自然人死亡后其人格或者遗体遭受侵害，死者的配偶、父母和子女向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，列其配偶、父母和子女为原告；没有配偶、父母和子女的，可以由其他近亲属提起诉讼，列其他近亲属为原告。

第八条 因侵权致人精神损害，但未造成严重后果，受害人请求赔偿精神损害的，一般不予支持，人民法院可以根据情形判令侵权人停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉。

因侵权致人精神损害，造成严重后果的，人民法院除判令侵权人承担停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉等民事责任外，可以根据受害人一方的请求判令其赔偿相应的精神损害抚慰金。

第九条 精神损害抚慰金包括以下方式：

- (一) 致人残疾的，为残疾赔偿金；
- (二) 致人死亡的，为死亡赔偿金；
- (三) 其他损害情形的精神抚慰金。

第十条 精神损害的赔偿数额根据以下因素确定：

- (一) 侵权人的过错程度，法律另有规定的除外；
- (二) 侵害的手段、场合、行为方式等具体情节；
- (三) 侵权行为所造成的后果；
- (四) 侵权人的获利情况；
- (五) 侵权人承担责任的经济能力；
- (六) 受诉法院所在地平均生活水平。

法律、行政法规对残疾赔偿金、死亡赔偿金等有明确规定的，适用法律、行政法规的规定。

第十一条 受害人对损害事实和损害后果的发生有过错的，可以根据其过错程度减轻或者免除侵权人的精神损害赔偿责任。

第十二条 在本解释公布施行之前已经生效施行的司法解释，其内容与本解释不一致的，以本解释为准。

【解 读】

解读《关于确定民事侵权精神损害 赔偿责任若干问题的解释》

一、问题的提出

《民法通则》第一百二十条关于姓名、肖像、名誉、荣誉等四项具体人格权遭受侵害时，受害人可以要求赔偿损失的规定，在审判实践中被普遍援引为确认当事人精神损害赔偿责任的法律依据。随着《民法通则》的颁布施行，一度被视为“人格权利商品化”的精神损害赔偿，在理论和实践中都获得了广泛的认同。为顺应时代潮流，加强对以人格权利为核心的有关民事权益的司法保护，实现司法公正，维护人格尊严，最高人民法院制定了《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》（以下简称本解释），由最高人民法院审判委员会第1161次会议通过，自2001年3月10日起施行。

二、理解与适用

（一）精神损害的概念界定与赔偿范围

审判实践中，首先面临的一个重要问题就是精神损害的赔偿范围。精神损害的赔偿范围，一是指主体范围，即何种类型的民事主体（自然人、法人或者其他组织）就其民事权益受到侵害，可以请求赔偿精神损害；二是指客体范围，即何种性质的民事权益受到侵害可以请求赔偿精神损害。要明确这一问题，首先应当明确什么是精神损害。

按照大陆法系国家传统的民法理论，因侵权致人损害，其损害后果可以区分为两种形态：即“财产上损害”和“非财产上损害”。“财产上的损害”是指一切有形财产和无形财产所受损失，包括现有实际财产的减少和可得利益的丧失。其基本特征是损害具有财产上的价值，可以用金钱加以计算。“非财产上损害”相对于财产上损害而言，是指没有直接的财产内容或者不具有财产上价值的损害，其损害本身不能用金钱加以计算，广义说认为，在此意义上，凡属“财产损害”以外的其他一切形态的损害，包括生理、心理以及超出生理、心理范围的抽象精神利益损害，都是“非财产上损害”，不以民事主体是否具有生物形态的存在和精神感受力为前提。因此，无论自然人、法人，其民事权益遭受侵害时都会发生“非财产上损害”。狭义的观点认为，“非财产上损害”作

为具体的损害结果,首先是指精神痛苦,忧虑、绝望、怨愤、失意、悲伤、缺乏生趣等均为其表现形态,其次还包括肉体痛苦。“名誉遭受侵害者,被害人多仅生精神上之痛苦,但身体被侵害者,依其情形,亦会产生肉体之痛苦。精神与肉体,均系不具有财产上价值,其所受之痛苦,应同属非财产上损害。”由于精神和肉体,是自然人人格的基本要素,也是自然人享有人格权益的生理和心理基础,因此,狭义说将“非财产上损害”限于自然人人格权益遭受侵害导致精神痛苦和肉体痛苦的情形,并依社会一般观念称之为“精神损害”。

我们认为,从概念本身的逻辑含义来看,“非财产上损害”应从广义加以理解,其表现形态有两个方面:(1)以生理、心理的可感受性为前提和基础的具体形态的精神损害,包括积极意义上的精神损害即精神痛苦和肉体痛苦,也包括消极意义上的精神损害即自然人的知觉丧失与心神丧失,如因身体遭受侵害成为植物人、脑瘫病人,因侵权行为使精神遭受刺激,成为完全丧失民事行为能力和精神病人等。(2)不以生理、心理的可感受性为前提的抽象形态的精神损害,如法人或者其他组织的名誉贬损,即抽象意义的精神利益损害。但从损害赔偿的价值理念出发,对“非财产上损害”的金钱赔偿,即通常所说的“精神损害赔偿”,世界各国和地区的立法和判例通常采取狭义说。本解释也从限定主义的立场出发,采取狭义说,在精神损害赔偿的主体范围上以自然人为限,但在“精神损害”概念的外延上则修正了传统的狭义说,认定自然人的精神损害包括积极的精神损害即精神痛苦和肉体痛苦,也包括消极的精神损害即知觉丧失与心神丧失。

将精神损害赔偿的主体范围限定为自然人,其理由是:

第一,民法对损害的救济,以恢复原状为原则,不能恢复原状或者恢复原状有明显困难时,才考虑以金钱赔偿填补损害。就自然人而言,其“非财产上损害”表现为积极意义上的精神痛苦和肉体痛苦,以及消极意义上的知觉丧失和心神丧失,对前者可采取停止侵害,恢复名誉、消除影响、赔礼道歉等方式弥补损害,在采取这些方式仍不足以弥补受害人所受损害的情况下,则以金钱赔偿的方式抚慰受害人,以填补损害;对消极意义的精神损害,依其情形只能以金钱赔偿作为救济,无适用赔礼道歉等救济方式之余地。就法人而言,其“非财产上损害”既不表现为有形和无形的财产损失,也不表现为可以感受的精神痛苦和肉体痛苦,作为纯粹的抽象精神利益损害,在损害赔偿的利益衡量范围内,不具有斟酌价值,即不能主张以金钱赔偿,但不妨碍受害人就其财产上损害,向侵权人主张其他形式的责任承担,如赔礼道歉、消除影响、恢复名誉。这也符合民法救济以“填补损害”为其基本功能的价值理念。

第二,对“非财产上损害”给予金钱赔偿,在填补损害的功能以外,还具有对加害行为的惩罚功能,对当事人利益的调整功能等,已经超出了民法救济以实现“平均的正义”为目标的价值功能。由此决定了精神损害赔偿的制度设

www.docsriver.com商家巨力电子书

计在立法上具有限定主义的特征。

第三, 限定主义立法将“非财产上损害”的赔偿范围在主体上限于自然人, 在客体上限于人格权益和身份权益, 体现了现代社会以人为本的基本价值观念。“人格尊严及人格价值的保护, 在现代个人自觉意识浓厚、工艺技术进步、大众传播发达的社会, 具有特别重要的意义。”精神损害赔偿限于自然人的人格和身份权益受到侵害的情形, 体现了在个人人格普遍受到重视和尊重的时代, 从民法的角度对时代思潮所作出的回应。把包含有“人权”内涵的自然人的权利与主要是作为商法上具有商业标识和商誉性质的法人等社会组织的人格权利等量齐观, 混为一谈, 衡之事理, 诚非适当; 后者实质上是一种无形财产权。从损害赔偿的角度来看, 企业法人人格所受损害本质上是财产上的损害, 如其商业信誉丧失本质上即表现为现有财产的减少和可得利益的丧失, 相应地, 其损害赔偿救济也只能是财产损害赔偿中的所受损失和所失利益的赔偿; 机关团体和事业单位法人虽与营利性的企业法人有所不同, 但在不具备精神感受力方面并无本质区别。从比较法的角度来看, 各国通常是将法人人格权纳入对无形财产权的保护范畴或由竞争法间接予以调整, 立法上虽承认其“非财产上损害”的救济, 但并不认可其具有非财产上的损害赔偿请求权。最高人民法院1993年6月15日通过的《关于审理名誉权案件若干问题的解答》第十条第二款, 对《民法通则》第一百二十条规定的“赔偿损失”明确区分为“经济损失”和“精神损害”, 并确认只有公民享有精神损害赔偿请求权。这种区分所体现的司法价值取向, 符合当今世界和社会一般的主流价值取向, 具有妥当性, 故本解释采取这一立场。当然, 也有意见认为侵权案件中要证明可得利益损失十分困难, 赋予法人精神损害赔偿请求权可避免因举证不能导致当事人之间利益失衡, 也能充分体现精神损害赔偿制度的调整功能。这种考虑有其合理性, 可以通过今后的立法政策来作出最终抉择。

关于精神损害赔偿的客体范围, 是审判实践中争议的焦点, 也是本解释意图加以明确的重点。从立法政策的角度来看, 大陆法系各国对此有两种立法模式: 其一是限定主义的立法, 明确规定“非财产上损害”以法律规定者为限, 可以请求金钱赔偿, 即在立法上对财产损害和非财产上损害不作出区分, 或虽作区分但对精神损害赔偿的范围不作出特别的限制性规定, 而是一般规定因过错致人损害的, 应负损害赔偿责任。但前已述及, 由于精神损害与自然人人格遭受侵害的不利益状态具有较为直接和密切的联系, 加之从损害赔偿的价值理念及维护人格尊严的立法价值取向出发, 有关国家和地区的民事法律, 一般都将精神损害的赔偿范围限定在自然人的人身权益直接遭受侵害的情形, 对财产权益受到侵害发生的精神损害, 原则上不得主张损害赔偿救济。即使采取非限定主义立法模式的国家, 其判例和学说也主张对精神损害的赔偿范围加以限制。因为财产权益受到侵害发生的精神损害, 属于间接损害, 民法理论一般认

为,间接损害的发生,其后果往往难以预料,其范围通常也难以确定;如果一律给予赔偿,将会漫无边际。立法和判例上限制赔偿,一方面在防止过分加重当事人一方的负担;另一方面则充分体现了民事立法和民事司法对个人人权的普遍尊重和维护。非限定主义立法外延过宽,容易造成滥诉,并且会从根本上动摇损害赔偿制度的基本价值理念,为我国立法所不取。本解释根据《民法通则》等有关民事立法的原则规定,从维护人身权利和人格尊严的基本价值目标出发,也将精神损害赔偿的客体范围限制在以自然人的人格权益为核心的相关民事权益受到侵害的情形。本解释第一条至第四条对此予以规定。

（二）侵权类型之一：“权利侵害”类型

本解释第一条包括两款,涉及侵权行为的两种类型。第一种类型理论上称之为“权利侵害”的类型,明确列举我国法律规定的各项具体人格权利,并引入“一般人格权”条款,确认自然人的人格权利遭受侵害,可以请求赔偿精神损害。

人格是指人之所以为人的尊严和价值。人格具有自然属性和社会属性,其自然属性表现为生命、身体和健康,其社会属性表现为名誉、荣誉、姓名、肖像、人格尊严和人身自由等等;是与特定民事主体的人身不能分离的固有的人格利益,当其被法律确认为民事权利时,就是人格权。在过去的审判实践中,对精神损害的赔偿范围限于《民法通则》第一百二十条规定的姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权等几项具体人格权。本解释根据《民法通则》第五条、第一百零一条、第一百一十九条、第一百二十条规定的原则精神,以及《消费者权益保护法》第十四条、第二十五条的规定,完善了对自然人人格权利的司法保护体系。以下分别述之:

1. 生命权、身体权、健康权,理论上称为“物质性人格权”,是姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权等“精神性人格权”赖以存在的前提和物质基础。生命权,就是自然人的生命不被非法剥夺、生命安全不受非法侵害的权利。身体权是指自主支配身体组织器官及其安全完整不受非法侵害的权利。健康权,是指保持生理、心理机能的完全及其不受非法侵害的权利。生命是自然人个体的生物存在方式,生命、身体是最基本的人格要素,生命、身体、健康则是人之所以为人的最基本的人格利益。《民法通则》第九十八条明确规定:“公民享有生命健康权。”第一百一十九条规定:“侵害公民身体造成伤害的,应当赔偿医疗费,因误工减少的收入,残废者生活补助费等费用;造成死亡的,并应当支付丧葬费、死者生前扶养的人必要的生活费等费用。”实践中对第一百一十九条规定所列损害赔偿“费用”是否包含精神损害抚慰金一直存在争议。但在《消费者权益保护法》《产品质量法》和《道路交通事故处理办法》等有关法律和行政法规中,对因身体遭受侵害造成死亡和残疾的,规定有“残疾赔偿金”“死亡赔偿金”或“死亡补偿费”“抚恤费”等,此种金钱赔偿具有精神损害抚

www.docsriver.com商家巨力电子书

慰金的性质；解释上认为这是对《民法通则》第一百一十九条规定的损害赔偿从概念的内涵上予以价值补充，使其外延包含了财产损害赔偿和非财产上损害赔偿的内容。鉴于其适用范围限于法律、行政法规有特别规定的侵权行为类型，且限于造成残疾和死亡的损害后果的情形，其保护不够充分和完善，本解释依据《民法通则》第九十八条等有关规定扩张其适用范围。本解释的规定实现了精神损害赔偿范围从“精神性人格权”向“物质性人格权”的发展，是人格权司法保护的一个重要进步。

实践中另一个容易引起争议的问题，是对身体权与健康权应当如何来界定？过去认为《民法通则》第九十八条只规定了生命健康权，身体被解释为生命健康权的客体。但在有关国家和地区立法中，身体与健康是同时并列受到保护的独立人格权利。一般认为，所谓身体，系指肉体之组织，所谓健康，系指生理机能而言，两者应有区别。实践中，如强制文身、强制抽血、偷剪发辫、致人肢体残疾，乃至美容手术致人不美反丑，应属侵害他人身体权，如同时造成生理机能损害的，则可能同时构成侵害他人健康权。两者存在交叉，因此《日本民法》第七百一十条以身体包括健康，我国审判实践中则倾向于对健康权作扩张解释，以涵盖身体权乃至其他没有具体归类范畴的精神权益遭受侵害的情形（即所谓心理健康权）。鉴于即使对健康权作扩张解释也难以概括害身体权的各种类型，本解释根据《民法通则》第一百一十九条的规定，在第一条第一款第一项中，增列“身体权”。

2. 姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权，理论上通常称之为“精神性人格权”。姓名权、肖像权是自然人自主支配和使用其姓名、肖像，并要求他人予以尊重的权利。名誉权是自然人就其才具、品行等人格价值获得社会公正评价并享受其利益的权利。关于荣誉权，其性质历来存在人格权与身份权之争。主张其为人格权的，认为荣誉权是名誉权的一种特殊形态，是国家给予之荣誉。本解释对此不作争论，仍根据《民法通则》第一百二十条的规定予以列举。实践中，对上述精神性人格权的侵害行为，客观上往往和一定的财产利益或者机会利益联系在一起，成为侵权人牟取利益的手段。因此，侵权人获利情况，成为确定精神损害赔偿金的斟酌因素。本解释第十条对此予以规定。

3. 人身自由权和人格尊严权。《宪法》第三十七条规定，“中华人民共和国公民的人身自由不受侵犯。”这是人身自由权作为一项人格权利的宪法渊源。人身自由权作为民事权利首先规定在消费者权益保护法中。《消费者权益保护法》第二十五条规定：“经营者……不得侵犯消费者的人身自由。”鉴于人身自由权受到《宪法》《刑法》等公法的保护，在民事活动中也是一项基本的人格权利，本解释依据有关法律的规定扩张其适用范围。人身自由权的基本含义，是指自然人的活动不受非法干涉、拘束或者妨碍的权利。它包括身体自由和意志自由两个方面的内容，也是人之所以为人的一般人格利益。因此，理论上有关

为人身自由权属于一般人格权。侵害身体自由的情形，在消费者保护领域中主要表现为强行滞留，一般情形下，侵害人身自由权通常和犯罪行为有关，如非法拘禁、绑架、拐卖以及与性犯罪相联系的藏匿，其行为本身也构成民事侵权。此外，学说上认为诬告他人致受冤狱，妨碍公路通行，妨碍相邻关系通行权等，均属侵害身体自由权，审判实践中对此尚需进一步研究。侵害意思自由的情形，一般认为《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见（试行）》第一百四十九条设有规定：“盗用、假冒他人名义，以函、电等方式进行欺骗或者愚弄他人，并使其财产、名誉受到损害的，侵权人应当承担民事责任。”有关国家的判例和学说，对此也予以肯定。

关于人格尊严权，《宪法》第三十八条规定：“中华人民共和国公民的人格尊严不受侵犯”，表明我国宪法保护人格尊严权。人格尊严是人格权利一般价值的集中体现，因此人格尊严权本质上应是一般人格权。《民法通则》对一般人格权未作出规定，而将人格尊严具体化为名誉权的权利内涵。《民法通则》第一百零一条规定：“公民、法人享有名誉权，公民的人格尊严受法律保护，禁止用侮辱、诽谤等方式损害公民、法人的名誉。”从一般人格权是具体人格权的权利渊源的意义上理解，该条规定有其合理性，但其限制了人格尊严作为一般人格权客体的功能发挥，泛化了名誉权作为一项具体人格权的权利内涵。随着《消费者权益保护法》的颁布施行，人格尊严权作为一般人格权在民事活动中的地位得以确认。《消费者权益保护法》第十四条规定：“消费者在购买、使用商品和接受服务时，享有人格尊严……得到尊重的权利。”但在审判实践中，对人格尊严权的保护是人民法院通过宪法民法化的方法在判例中确认的。鉴于一般人格权对自然人人格权利的保护具有特别重要的意义，为贯彻宪法保护一般人格权的原则精神，本解释引入“一般人格权”条款，并依据其宪法渊源表述为“人格尊严权”，将其扩展到民事活动的普遍适用范围。值得特别指出的是，“人格尊严权”作为“一般人格权”条款，它具有补充法律规定的具体人格权利立法不足的重要作用。但在处理具体案件时，应当优先适用具体人格权的规定，而将“人格尊严权”作为补充适用条款。本解释的规定实现了精神损害赔偿范围从“具体人格权”到“一般人格权”的发展，是人格权司法保护的又一重大进步。

（三）侵权类型之二：“公序良俗违反”类型

本解释第一条第二款，理论上称之为“公序良俗违反”，是侵权法结构体系中一个重要的侵权类型。根据该款规定，违反社会公共利益、社会公德侵害他人人格利益构成侵权，受害人可以请求赔偿精神损害。

《民法通则》第五条规定：“公民、法人合法的民事权益受法律保护，任何组织和个人不得侵犯。”“民事权益”包括权利和利益。在审判实践中，人民法院对侵害他人合法民事权利的行为均直接确认其构成侵权，但对于合法权益遭

www.docsriver.com商家巨力电子书

受侵害，则往往是通过间接的方式给予司法保护。对隐私的司法保护就具有代表性。隐私在我国现行民事法律中尚未被直接规定为一项民事权利，而是由相关司法解释将隐私作为公民（自然人）名誉权的一个内容予以保护。《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见（试行）》第一百四十条规定：“以书面、口头等形式宣扬他人的隐私，……造成一定影响的，应当认定为侵害公民名誉权的行为。”《最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解答》之七“对未经他人同意，擅自公布他人的隐私材料或者以书面、口头形式宣扬他人隐私，致使他人名誉受到损害的，按照侵害他人名誉权处理”，就是一种间接保护。既然给予司法保护，说明隐私作为一项人格利益具有合法性。为什么不能提供直接的保护呢？主要是由于存在理论上的障碍和法律基础上的障碍。

传统的侵权法理论认为，权利在本质上是一种利益，但其与尚未被实体法确定为权利的利​​益不同，权利受法律保护，可以排除任何形式的侵犯，利益一旦成为权利的内容，权利人可以要求所有的人、特定的人以及一部分人不得做损害利益的行为，而利益系指任何人类欲望的客体，它可能是正当的，也可能是不正当的，利益并不必然受法律保护。只有在侵害利益的同时，也侵犯了法律权利，利益才可能受到法律的保护，获得侵权法上的救济。审判实践实际上是贯彻这一理论的。

从法律基础的角度来看，隐私要获得法律保护，必须是侵害隐私的行为具备侵权行为的构成要件。按照侵权法原理，行为的违法性是判断侵权行为成立与否的第一构成要件，只有具备违法性要件，才考虑行为与损害后果之间是否具有因果关系，加害人是否具有主观的可归责性。而行为是否具有违法性，其基本的判断依据就是：加害行为所直接侵害的客体，是否属于法律所保护的合法民事权利。不具备违法性要件，就不能成立侵权行为，受害人就没有请求司法保护的法律基础。间接保护借助名誉侵权的法律构成，为隐私的保护提供了法律基础。但名誉与隐私内涵并不相同，名誉权在外延上也不能涵盖隐私权的全部内容。我国《宪法》规定通信秘密受法律保护，民事诉讼法则规定涉及个人隐私的案件不公开审理，均表明我国法律保护隐私，隐私作为人格利益具有正当性、合法性。但公法的保护不能取代私法的保护，只有将隐私纳入民法保护之中，其法律保护才是完整的。这就提出了一个问题，权利是生成的、发展的，还是静止的、僵化的？显然，任何权利都是历史地生成的。侵权法的整个历史显示一个倾向，那些被认为值得法律保护的利益，在此前，往往没有受到任何保护。它也表明这样的可能性，即现在没有受到保护的利益以后会受到保护，现在没有受到完善保护的，以后会受到全面的保护。但权利的生成并非是立法上的“顿悟”，而往往是通过司法判例来发展的。这就提出了另一个问题，如何为这种权利的生成和发展提供适当的法律基础？这在有关国家和地区的民事

立法实践中,已经有了可资借鉴的经验,即将侵权行为类型化的方法,或称之为侵权行为法之体系构成。

所谓侵权行为法之体系构成,源自《德国民法典》的规定侵权法体系的三个结构层次,学说上也称之为侵权构成的三种类型:第一种为权利侵害类型;第二种为目的违反类型;第三种为利益侵害类型,三种类型分别具有三种不同的法律构成要件,为损害赔偿诉讼提供了完备的法律基础。其中第三种类型,在法律构成上称之为“公序良俗违反”,是指对利益的侵害违反公序良俗,其行为就具有违法性。即在“权利侵害”之外,为加害行为是否具有违法性,提供了另一个判断标准,即是否违反公序良俗。这样,不仅直接侵害法律规定的民事权利的行为具有违法性,可以构成侵权;对于由于历史或者其他原因,尚未被法律确认为民事权利的正当利益,如果故意以违反公序良俗的方式加以侵害,则此种侵害行为也会被确认为具有违法性,可能构成民事侵权行为。这就为某些特定利益的司法保护提供了法律基础,也为权利的生成提供了法律机制——在此意义上,权利表现为一种积极的利益,利益则成为消极的权利。由于侵权法结构体系所具有的特殊功能,“民法得以应付剧烈变动的社会现实,民法在司法实践中得以成长”,学者因此而称道:“侵权行为法是民法的生长点。”

基于上述学说,本解释第一条第二款将侵害隐私纳入违反公序良俗致人损害的侵权类型中予以规定,同时涵盖了不能归入第一款“权利侵害”类型中的侵害其他人格利益的案件类型,从而确立了我国侵权行为体系构成中的“公序良俗违反”类型。应当说明的问题是,本解释的规定,是否具有法律依据?我们认为,按照民法解释学中的比较法解释方法和体系解释方法来分析,可以肯定本解释的规定是有法律依据的。

综上所述,公序良俗原则在有关国家和地区的民事立法和司法判例中,都是作为一项民法基本原则,同时规范法律行为和侵权行为。即使立法上仅在法律行为的效力部分明确规定公序良俗原则,在侵权行为部分未作出明确规定或未作规定的,在解释适用上也认为该原则同时规范侵权行为。

从比较法的观点看,我国《民法通则》第七条关于“民事活动应当尊重社会公德、不得损害社会公共利益”的原则规定,与上述有关国家和地区民法中的“公序良俗”原则规范功能一致。《民法通则》第五十八条第(五)项违反法律或者社会公共利益的民事行为无效的规定就体现了这一功能。解释上认为,“公共利益”相当于“公共秩序”,“社会公德”相当于“善良风俗”。《民法通则》仅就公序良俗原则对法律行为的规范功能作出规定,没有直接体现其对侵权行为的规范功能,但从比较法的角度对《民法通则》第七条规定作出体系解释,则其当然具有对侵权行为的规范功能。本解释对此予以揭示,应属对《民法通则》立法精神合乎逻辑的贯彻和引申。

人民法院在审判实践中,已有实际运用公序良俗原则确认侵权行为违法性

www.docsriver.com商家巨力电子书

的案例。如在他人卧室墙上安装监视器窥探他人隐私的侵害隐私案，在他人新房设置灵堂侵权案等。现实生活中类似这样没有具体的权利侵害类型，但确属违反公序良俗的案例还会层出不穷，司法解释予以规定，对这类案件的处理提供了依据。本解释明确规定违反社会公共利益、社会公德侵害他人人格利益构成侵权，将包括隐私在内的合法人格利益纳入直接的司法保护中，完善了对人格权益提供司法保护的法律基础，对完善侵权法的结构体系和侵权案件的类型化也会产生积极的促进作用。

在适用该条规定的时候，还会发生如下的问题：第一，什么是公序良俗原则？什么样的行为可以认定其违反公序良俗，构成侵权行为？第二，“其他人格利益”是指何种类型的人格利益？如何确认其具有正当性或者合法性？从而人民法院应当给予司法保护？

“公序良俗”，是指公共秩序和善良风俗，是社会基本的法制秩序和道德准则的抽象概括。学说上认为其性质是一般条款，没有可能的文义，只是为法官指出了—个方向，要他朝着这个方向去进行裁判，因此，该原则包含了法官自由裁量的因素，具有极大的灵活性。“公共秩序和善良风俗”属于国家一般利益及社会一般道德准则，毫无疑问，为正当的重大事由。”“鉴于立法者不可能就损害国家一般利益和违反社会一般道德准则的行为作出具体的禁止规定，因而通过规定公序良俗这样的一般条款，授权法官针对具体案件进行价值补充，以求获得判决的社会妥当性。”我国《民法通则》使用“社会公共利益”和“社会公德”的表述，作为法律概念虽不够规范，“且不能涵括一切公序良俗违反类型”，但较为通俗地揭示了该原则所指引的价值方向。鉴于公序良俗原则的基本功能在于弥补法律强行性规定和禁止性规定之不足，因此其适用应从严掌握。例如，有关国家和地区的立法对“公序良俗违反”构成侵权，都以行为入主观故意要件，本解释在适用中对此也应当作同一解释，防止滥用。

对“其他人格利益”的确认是与对“公序良俗违反”的类型化直接结合在一起的。“其他人格利益”，应当是在社会基本的法制秩序和道德观念上认为是正当的利益。理论上已有学者提出了“公序良俗违反行为”的类型，但其主要针对市场交易中的法律行为，而非针对侵权行为。其中，“违反性道德的行为类型”，“违反人权和人格尊重的行为类型”等，具有启发性，可以借鉴为侵权行为中的“公序良俗违反”行为类型。

此外，本解释第三条关于自然人死亡以后，对其生前享有的人格利益的延伸保护的规定，实质上是将这种情形下的侵权行为纳入了“公序良俗违反”类型。按照传统的民法理论，自然人的权利能力始于出生，终于死亡，自然人死亡以后就不再具有民事主体资格，不享有民事权利，当然也就谈不上死者具有人格权。但由于近亲属间特定的身份关系，自然人死亡以后，其人格要素对其仍然生存着的配偶、父母、子女和其他近亲属会发生影响，并构成生者精神利

益的重要内容。这种精神利益所体现出的人性的光辉,有助于社会的团结和睦,有利于维护社会稳定。因此,对死者人格的伤害,实际上是对其活着的配偶、父母、子女和其他近亲属精神利益和人格尊严的直接侵害,在侵权类型上,同样属于以违反公序良俗的方式致人损害,损害后果表现为使死者配偶、父母、子女和其他近亲属蒙受感情创伤、精神痛苦或者人格贬损。以往的司法解释仅就名誉权的延伸保护有过规定,本解释则将其扩大到自然人的其他人格要素,包括姓名、肖像、荣誉、隐私以及死者的遗体、遗骨。其真正的目的,应是保护生者的人格尊严和精神利益。

(四) 侵权类型之三: 身份法益与监护权

本解释第二条是关于特定的身份权利受到侵害,可以请求赔偿精神损害的规定。

民法理论上认为,民事权利可以分为财产权和人身权两个基本范畴。人身权则包括人格权和身份权。身份权,是以一定身份关系为基础所具有的权利。理论上认为,身份权的实质在于对人的支配,因此,凡是不以对人的支配为内容的民事权利,即使是基于身份关系所产生的权利,也不属于身份权。据此,法定继承权;夫妻或者父母子女之间的扶养请求权,虽以身份关系为前提,但其内容非属对人的支配,均不属于身份权。根据这一理论,存在较大争议的荣誉权,也不属于身份权,因其本质亦非属对人的支配。荣誉权的客体本身,是国家或社会的权威机构,对民事主体的人格所具有的社会价值给予的褒扬或者荣典。本解释遵从惯例,仍将“荣誉权”视为人格权。”

现代社会,人格独立、自由、平等已成为社会基本的法律价值理念,以对人的支配和约束为内容的身份权,如传统亲属法中的夫权、家长权都不再为法律认可。但在亲属法的范畴内,为保护亲属关系利益,法律仍然承认一定范围内基于亲属相对关系的身份权,但法律保护的重心已从对人的支配权利的保护发展演变为对特定身份关系利益(包括财产利益和人格利益)的保护。其中最具重要性的,就是基于婚姻家庭关系产生,内涵特定的人格和精神利益的亲权和近亲属范围内的亲属权。

亲权是父母对未成年子女进行监督、保护和管教的权利,其性质属于身份权。亲权的行使虽局限于自然血亲,但其本质上是以自然血亲为基础所形成的一种特定的身份权利,亲子感情的幸福圆满是其固有的人格利益内涵。亲权被侵害,受害人所遭受的通常并不是财产上的损害,而是感情创伤和精神痛苦,即“非财产上的损害”。不仅亲权如此,近亲属范围内的亲属权也是如此,作为身份权利,都内含特定的人格和精神利益,其所受损害,同样属于“非财产上损害”。“寒衣针线密,家信墨痕新,见面怜清瘦,呼儿问苦辛”;“君问归期未有期,巴山夜雨涨秋池,何当共剪西窗烛,却话巴山夜雨时”;“香雾云鬟湿,清辉玉臂寒”,“但愿人长久,千里共婵娟”——这种父子之亲,夫妇之

www.docsriver.com商家巨力电子书

爱，兄弟姐妹之情，源于人类固有的基本伦理感情，其作为自然人的一项重要人格利益，应无疑义。加害人因故意或重大过失侵害上述身份权利，致受害人伦理感情遭受巨大伤害的，应当赔偿受害人的精神损害。审判实践中曾发生过这样的案例：一个幸福的三口之家，由于一次偶然的体检，父母发现养育了六年而且情感深笃的儿子竟不是自己的亲生儿子，六年前生产时医护人员因重大过错将初生婴儿交叉抱错，造成一个家庭此恨绵绵无绝期的永久的遗憾和悲伤。此种“非财产上损害”如果得不到法律救济，有违社会正义，有失事理之平。传统民法对此种情形的救济类型，从概念逻辑上通常是以父母对未成年子女所享有的亲权作为其权利救济类型。换言之，就是以亲权被侵害作为当事人请求权的法律基础。但中国现行《婚姻法》没有将亲权直接确认为一项民事权利。审判实践中，通常类推适用监护权的有关规定作为救济。一种观点认为，监护系为被监护人的利益而设，因此监护只是一项职责而非权利。我们认为，在近亲属范围内，监护实际上具有身份权利的性质。非法使被监护人脱离监护，导致亲子关系或近亲属间的亲身关系遭受严重损害的，可以认定为侵害他人的监护权。监护人请求赔偿精神损害的，人民法院应当依法予以受理。本解释将精神损害赔偿范围从单纯的人格权利延伸到以婚姻家庭关系为基础，内涵特定人格和精神利益的一定范围内的身份权利，是对人格权司法保护的又一发展。

与此相关的是，2001年4月30日颁布施行的新《婚姻法》第四十六条规定，对因一方重婚或即使不以夫妻名义但形成婚外同居关系，实施家庭暴力或以其他行为虐待家庭成员、或遗弃家庭成员而导致离婚的情形，规定无过错方有权请求损害赔偿。据了解，此处所谓“损害赔偿”主要针对“非财产上损害”即精神损害的赔偿。该条规定最后审议通过，表明立法直接确认了因婚姻关系纠纷造成的精神损害赔偿，但其性质是否涉及对身份权利的侵害，以及涉及对何种身份权利的侵害，需要进一步研究。

（五）侵权类型之四：对特定财产权的保护类型

本解释第四条是对因侵害财产权利造成物品所有人精神损害，当事人是否可以请求赔偿精神损害的特殊规定。

民事权利包括人身权和财产权，侵权损害则包括财产损害和非财产损害。客观上，任何权益遭受侵害，都可能发生财产上损害和非财产上损害。如传家名画被盗，会造成当事人精神痛苦；名誉遭受诋毁，也可能导致业主营业下降，收入减少。财产权利遭受侵害，给财产所有人造成精神损害，当事人能否请求赔偿精神损害？本解读之二中，对此问题已作出阐述，即从精神损害赔偿的价值理念和调整功能出发，精神损害的赔偿范围限定在自然人的合法权益直接遭受侵害的情形，对财产权益受到侵害发生的精神损害，原则上不得主张损害赔偿救济。但在审判实践中，人民法院对财产权遭受侵害导致财产所有人精

神损害的特殊情形，也有判决支持当事人精神损害赔偿诉讼请求的若干判例。例如，一位在地震中失去双亲的孤儿，将父母生前唯一的一张遗照送到照相馆翻拍时被照相馆丢失，业主同意按洗印费十倍赔偿财产损失，受害人则要求赔偿精神损害。双方诉至法院，法院斟酌本案财产损失造成当事人精神损害的具体情况，判决业主赔偿受害人精神损害抚慰金。类似情形，多有发生，人民法院酌情判决赔偿受害人精神损害抚慰金，符合社会正义。但审判实践中，对其构成要件应从严掌握。首先，侵害的客体应当是特定物而非种类物；其次，该特定物以精神利益为内容，具有重大感情价值或特定纪念意义；第三，该特定财产具有与特定人格相联系的专属性质或人格象征意义；第四，因侵权行为致该物品永久性灭失或毁损，其损失具有不可逆转的性质。不具备以上构成要件的，仍应当按照损害赔偿法的一般原理，赔偿受害人的实际财产损失。

因侵害财产权利造成财产所有人精神损害，原则上该所有人只能就其财产损失请求赔偿，不得就精神损害请求赔偿；是基于损害赔偿法学区分“直接损失”和“间接损失”的理论。精神损害赔偿的固有含义是对人身非财产损害的赔偿，在侵权的客体或侵害的对象是财产权益而不是人格或者身份权益的情况下，精神损害具有间接损害的性质，即此种损害后果不是由于侵权行为直接侵害所致，而是以被直接侵害的客体为媒介间接造成，客观上往往难以预料。按照损害赔偿的法理，对客观上难以预料也难以确定其范围和大小间接损失不在赔偿之列；如果给予赔偿，将会过分加重侵权人一方的负担。在利益衡量上有失公平。需要说明的是，此外“间接损失”一词，与国内民法学界过去所理解的“间接损失”不同。国内民法学界传统所说的“间接损失”，实质是指“消极利益损失”。例如，因他人交通事故使自己车辆被损坏，车辆修复的费用损失，称为积极利益损失。因停运造成的营运损失，称为消极利益损失。从因果关系衡量，两种情形均属直接损失。国内民法学界，过去曾将消极利益损失称为间接损失，认为不应当赔偿，实际上是将“消极利益损失”混淆为“间接损失”，系对概念的误用，其逻辑推理的结论自然也不正确。最高人民法院法释〔1999〕5号《关于交通事故中的财产损失是否包括被损车辆停运损失问题的批复》指出：“在交通事故损害赔偿案件中，如果受害人以被损车辆正用于货物运输或者旅客运输活动中，要求赔偿被损车辆修复期间的停运损失的，交通事故责任者应当予以赔偿。”其理论依据，就是认为消极利益损失非属间接损失，而是直接损失，与侵权行为具有直接因果关系。而因侵害财产权利致使财产所有人遭受精神损害，侵权行为所直接指向的客体是财产，由于财产所有关系，间接导致财产所有人的精神损害。这种意义上的间接损害，不在侵权法的赔偿范围之内，乃是大陆法系民法损害赔偿理论的一项重要原则。

与本条规定相联系，是关于违约损害赔偿，是否包括对精神损害的赔偿？合同责任不包括精神损害赔偿责任，为现行法律所确认，也为民法理论所公

www.docsriver.com 商家巨力电子书

认。因为违约损害赔偿的基本价值理念，是按照等价交换原则，填补合同一方当事人因对方违约所受损害，与侵权损害赔偿的基本价值理念在本质上并无不同。精神损害如非因加害履行或瑕疵结果损害直接侵害合同一方当事人的人身所致，则仍属间接损害，不能请求损害赔偿。如果因加害履行等违约行为直接造成合同一方当事人人身权益被侵害，则发生合同责任与侵权责任的竞合。在此情形下，受害当事人得根据《合同法》第一百二十二条的规定，“因当事人一方的违约行为，侵害对方人身、财产权益的，受损害方有权选择依照本法要求其承担违约责任或者依照其他法律要求其承担侵权责任。”选择要求对方承担侵权责任的，可根据《民法通则》等有关法律法规和本解释的规定，就所受精神损害要求侵权人承担赔偿责任。如果选择违约责任，仍不能请求精神损害赔偿。本解释第四条涉及违约与侵权的竞合，鉴于违约责任不包括精神损害赔偿，因此本条强调，必须是物品所有人“以侵权为由”起诉，才能请求赔偿精神损害。

国外有因违反合同而被法院判决赔偿精神损害的若干判例，但一般限于以提供安宁的享受或解除痛苦和烦恼等期待精神利益为目的的合同，如旅游度假服务合同、摄影录像服务合同。国内对美容整形服务合同未能达到预期目的并造成不良后果的，也有判决违约方赔偿精神损害的若干判例，包括洗印照片被丢失的案例。有意见认为应从违约损害赔偿的角度来观察和理解，其理论上的依据，国内有学者从合同利益构造的角度认为，一方违约造成对方精神损害属于维持利益损害，应当给予赔偿，也有认为期待精神利益损失可以类推适用《合同法》第一百一十三条规定中的可得利益损失。因为期待精神利益损失符合该条规定中的“可预见性”特征，即违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失，因而具有直接损失的性质，如因债务人一方违约而使合同目的落空，债权人可以向人民法院起诉要求赔偿精神损失，但以合同不能继续履行为限。本解释依据现行法律规定，未采纳违反合同也应承担精神损害赔偿责任的观点，而将精神损害赔偿的范围限制在上述侵权案件类型中。

鉴于本条规定将精神损害赔偿的保护范围扩大到人格和身份权利以外的特定财产权，为防止滥用诉权，如以宠物被伤害为由请求赔偿精神损害，本条加上“具有人格象征意义”的条件作为限制。对“人格象征意义”应当如何理解，在审判实践中可能会有疑问。本解释这样规定，意在从消极方面限制滥诉行为；至于积极的方面何种情形可以认为是具有人格象征意义，应由审判实践予以总结。原则上，与特定人格的才能、品行、形象、风貌乃至精神魅力有关的纪念物品，可以认定为“具有人格象征意义”。

(六) 关于诉讼主体 本条规定，因侵权行为侵害他人人身权益造成严重精神损害的，受害人有权请求赔偿精神损害。

关于主体方面的规定，主要涉及以下两个问题：(1) 自然人因侵权行为致

死或自然人死亡后其人格或者遗体遭受侵害的，由死者配偶、父母和子女享有请求权，没有配偶、父母和子女的，其他近亲属享有请求权。(2)法人或者其他组织以人格权利等民事权益遭受侵害为由要求赔偿精神损害的，人民法院不予支持。

按照大陆法系传统的民法理论，侵权损害赔偿只赔偿直接受害人，对间接受害人一般不予赔偿。因为间接受害人的范围往往难以预料，也难以确定。如果一律给予赔偿，无疑会加重侵权人一方的负担，在利益衡量上显失公平。但有若干例外情形，对间接受害人给予赔偿符合社会正义观念。受害人死亡，即属于公认的例外情形之一。在此情形下，各国一般都确认受害人的配偶、父母和子女有权请求赔偿精神损害。鉴于中国的国情，我们认为应当将享有请求权的范围适当扩大。一种意见是扩大到与受害人形成赡养、抚养和扶养关系的近亲属，但以受害人没有配偶、父母和子女的情形为限；另一种意见则主张取消形成赡养、抚养和扶养关系这一限制性条件。本解释最终采取了后一种意见。其基本理由，是对于自然人死亡后，其人格或者遗体遭受侵害的，不仅配偶、父母和子女有权请求赔偿精神损害，而且在没有配偶、父母和子女的情况下，其他近亲属也可以请求赔偿精神损害，对比自然人因侵权行为致死的情形，两者孰重孰轻，应不难判断。

关于法人和其他组织是否享有精神损害赔偿请求权，与对精神损害赔偿的功能和性质的确认有关。通常认为，精神损害赔偿是对“非财产上损害”的赔偿。“非财产上损害”在传统民法理论中一般被定义为精神痛苦和肉体痛苦。法人和其他组织作为民事主体仅在社会功能上与自然人相同，但其不具有精神感受力，无精神痛苦之可言，因此，其人格权利遭受侵害时，不具备精神损害后果这一侵权民事责任的构成要件。另一方面，对自然人的精神损害给予司法救济，与对人权的法律保护密切相关，把包含有“人权”内涵的自然人的权利与作为社会组织体的法人或者其他组织的人格权利等量齐观，混为一谈，是不适当的，后者实质上是一种无形财产权。法人人格遭受损害，赔礼道歉即足以恢复其名誉，无须给予金钱赔偿。相反的观点认为，“非财产上损害”与财产损害相对应，不能简单地将“非财产上损害”定义为精神痛苦和肉体痛苦，法人尤其是非营利法人名誉受损，导致其社会信誉降低，客观上也属于“非财产上损害”，金钱赔偿有利于防止这类侵权行为的发生，充分发挥损害赔偿制度的教育防范功能。此外，营利性法人名誉受损，其财产损失往往难以有效举证，从“非财产上损害”的角度判令侵权人赔偿损失，能充分体现精神损害赔偿制度的调整功能，有利于制止商业不正当竞争等违法侵权行为的发生。鉴于精神损害赔偿制度着重在对基本人权的保护和人格尊严的维护，对精神损害赔偿的泛化有违其制度设计的初衷，本解释没有采纳第二种意见。《最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解答》第十条第二款，对《民法通

则》第一百二十条规定的“赔偿损失”明确区分为“经济损失”和“精神损害”，并确认只有公民享有精神损害赔偿请求权，本解释仍采取这一立场。

(七) 关于赔偿责任的构成要件与赔偿数额的确定

关于精神损害赔偿责任的构成要件，与财产损害赔偿责任的构成要件，原则上并无不同，两者同属侵权损害赔偿，故精神损害赔偿责任的成立也应具备以下要件：(1) 有损害后果，即因人格权益等有关民事权益遭受侵害，造成受害人“非财产上损害”——包括精神痛苦和肉体痛苦。(2) 有违法侵害自然人人格和身份权益的侵权事实。违法性的判断标准，一是直接侵害法定权利，二是以违反社会公共利益或者社会公德（公序良俗）的方式侵害合法的人格利益。(3) 侵权事实和损害后果之间具有因果关系。(4) 侵权人主观上有故意或者过失，但法律另有规定的除外。需要说明的是，具备以上构成要件，侵权人应当承担相应的民事责任，包括停止侵害，恢复名誉，消除影响，赔礼道歉；但对未造成严重后果，受害人请求赔偿精神损害的，一般不予支持。造成严重后果的，人民法院根据受害人的请求，可以判令侵权人赔偿相应的精神损害抚慰金。其指导思想在于，精神损害赔偿只是当事人承担民事责任的一种方式，而责任承担方式与责任的大小存在一定的均衡性。金钱赔偿属于较严重的责任承担方式，自然只有造成较为严重的损害后果，主张金钱赔偿才属损害与责任相当。这符合平均的正义的司法理念，有利于防止滥诉，节约诉讼成本。对于何种情形属于“未造成严重后果”，何种情形才构成“后果严重”，属于具体个案中的事实判断问题，应由审判合议庭或者审理案件的法官结合案件具体情节认定。

精神损害是一种无形损害，本质上不可计量。金钱赔偿并不是给精神损害“明码标价”，两者之间不存在商品货币领域里等价交换的对应关系。但从国家的经济文化发展水平和社会的一般价值观念出发，可以从司法裁判的角度对精神损害的程度、后果和加害行为的可归责性及其道德上的可谴责性作出主观评价，即由审判合议庭行使自由裁量权确定具体案件的赔偿数额。但为了尽量减少或降低自由裁量的主观性和任意性，本解释第八条和第十条规定了若干原则。第八条规定的意义已如上述，是明确精神损害赔偿只承担精神损害民事责任的一种方式，只有当侵权人承担其他形式的民事责任不足以弥补受害人精神损害的情况下，方可考虑采取金钱赔偿的方式。本解释第十条对确定抚慰金时应当考虑的相关因素作了原则规定。其中，比较容易引起争议的是第(五)项“侵权人承担责任的经济能力”。一种观点认为，侵权责任的承担是为了填补损害，只能由损害的大小来决定责任的大小。考虑侵权人的经济能力，有违法律面前人人平等的原则；有钱多赔，也会导致受害人获得不当利益。此种观点，未综合考虑精神损害赔偿的抚慰功能、惩罚功能和调整功能，而单纯就填补损害功能立论，所以不能区分精神损害赔偿与财产损害赔偿的不同作用，本解释

未予采取。从平均的正义向分配的正义的发展，是现代立法和司法实践中一个带有趋势性的重要现象。精神损害赔偿基于其特殊的调整功能和惩罚功能，在填补损害的前提下考虑加害人承担责任的经济能力，体现了司法实践中从平均的正义向分配的正义的发展，具有积极意义。基于同样的理由，对赔偿数额的确定还应考虑受诉法院所在地的平均生活水平，不应盲目攀比，鉴于我国经济、社会和文化发展所固有的地区不平衡性，本解释对赔偿的具体标准未作规定。实践中，已经有一些地方立法机关和高级人民法院对精神损害赔偿数额作出了比较具体的规定。制定这些规定，与本解释的指导思想没有原则冲突。各地法院的不同规定，与当地的经济文化发展水平有关，也是积累审判实践经验。今后可以通过判例的积累进一步总结经验，归纳类型，逐步实现全国范围内的相对平衡。

（八）关于法律、法规与司法解释的相互协调

本解释第九条规定是为了与现行的有关民事特别法和行政法规等相协调。《消费者权益保护法》第四十一条、四十二条规定，经营者提供商品或者服务，造成消费者或者其他受害人人身伤害，致人残疾的，应当支付“残疾赔偿金”，致人死亡的，应当支付“死亡赔偿金”，《产品质量法》第四十三条也有类似的规定，其性质均属本解释规定的精神损害抚慰金。此外，《道路交通事故处理办法》第三十七条第（八）项规定的“死亡补偿费”，与“死亡赔偿金”名称不同，但具有同一性质，属于精神损害抚慰金。需要指出的是，《道路交通事故处理办法》第三十七条第（五）项规定的“残疾者生活补助费”属于对受害人财产损失的赔偿，不属精神损害抚慰金，与《消费者权益保护法》第四十一条规定的“残疾者生活补助费”相同，而与该法中的“残疾赔偿金”不能作同一解释。一种意见认为：“死亡赔偿金”是对逸失利益的赔偿，因而性质上仍属对财产损失的赔偿，而不是精神损害赔偿。但对逸失利益的赔偿有两种立法模式，即对继承丧失的赔偿与对扶养丧失的赔偿。前者指因受害人死亡，造成其在正常生存情况下余年限内的收入损失，该收入损失扣除其个人生活费用，其余部分属于其继承人应得的财产利益，“死亡赔偿金”就是对这部分利益的赔偿。“扶养丧失”则是指因受害人死亡，死者亲属丧失了原有抚养费供给来源，并支出丧葬费，对其财产损失（丧葬费、生活补助费）和精神损害（死亡赔偿金）应予赔偿。我国有关立法属于“扶养丧失”的损失赔偿类型，故“死亡赔偿金”应理解为精神损害抚慰金。

刑事附带民事诉讼中的精神损害赔偿，是一个存在较大争议的问题。2000年12月19日法释〔2000〕47号《最高人民法院关于刑事附带民事诉讼范围问题的规定》第一条第二款规定，“对于被害人因犯罪行为遭受精神损失而提起附带民事诉讼的，人民法院不予受理。”而依据本解释的规定，侵害他人生命、健康、身体权等项人身权益造成严重后果的，侵权人应当承担精神损害赔偿

www.docsriver.com商家巨力电子书

偿责任。如何理解这两个司法解释之间的关系，涉及如何看待刑事附带民事诉讼和独立民事诉讼的相互关系问题。一种观点认为，刑事附带民事诉讼只赔偿受害人物质损失，不包括精神损害，法有明文规定的，司法解释不能与之相抵触。各地法院亦有一部分同志持这一意见，认为刑事制裁已经起到抚慰受害人的作用，并且刑事被告被判刑后，其个人财产往往不足以支付民事损害赔偿金，即使作出赔偿精神损害的判决，事实上也难以执行。另一种意见认为，因犯罪而受到刑事制裁，与因侵权而承担民事责任，两者具有完全不同的性质。前者系因犯罪行为危害统治关系，而由犯罪分子承担具有公法性质的法律责任，目的是制裁和惩罚犯罪，防止犯罪行为的发生；后者系因违法行为侵害他人合法权益，而由侵权者对受害人本人承担的私法性质的法律责任，目的是依照等价赔偿原理填补受害人所受损失。两者性质不同，承担责任的对象不同，即使犯罪行为与民事侵权发生竞合，两种不同性质的责任也不能互相抵销。民事损害赔偿包括财产损害赔偿和精神损害赔偿两个方面的内容，凡是涉及因侵权引起的民事损害赔偿，无论通过何种诉讼程序请求损害赔偿救济，损害赔偿的实体内容和价值理念都应当是一致的、平等的，不能因为程序的不同而导致实体权利的不平等。持这一观点的意见认为，现行有关民事立法中没有直接出现过“精神损害赔偿”的概念，因此，《刑法》第三十六条和《刑事诉讼法》第七十七条中也不可能涉及“精神损害赔偿”的规定，但这不能理解为《刑法》和《刑事诉讼法》排除或者否定了刑事附带民事诉讼中的精神损害赔偿，更不能理解为《刑法》和《刑事诉讼法》完全排除了对刑事犯罪分子追究民事责任时包括精神损害赔偿。《刑事诉讼法》第七十七条规定：“被害人由于被告人的犯罪行为而遭受物质损失的，在刑事诉讼过程中，有权提起附带民事诉讼。”该条规定属于授权性规范，其着重点在于刑事附带民事诉讼的程序设置，表明受害人有权依照这一程序机制提起附带民事诉讼，而非将精神损害赔偿的诉讼请求排除在该程序设置之外。至于民事诉讼的诉权的有无以及诉讼请求的法律基础，应当以《民事诉讼法》以及民法和相关司法解释的规定为依据。

审判实践中对处理该问题形成了两种意见，一种意见认为，我国刑事附带民事诉讼的程序设置，是为了简化诉讼程序，提高诉讼效率。如果刑事附带民事诉讼与独立的民事诉讼适用不同的实体法律规范，受害人就可能宁愿选择独立的民事诉讼，也不愿提起附带民事诉讼，这不仅导致刑事附带民事诉讼作为一种程序机制的名存实亡，还会增大诉讼成本，使追求效率的程序设计反而导致非效率的结果，违反制度设计的初衷。因此，我国的刑事附带民事诉讼的程序机制如果继续存在并发挥其程序功能，其前提应当是尊重附带民事诉讼程序的独立性。另一种意见认为，鉴于我国的刑事附带民事诉讼与德国模式较为接近，过去的审判实践和相关法律、司法解释都排除在刑事附带民事诉讼中受理精神损害赔偿请求，故倾向于受害人在刑事附带民事诉讼中提出精神损害赔偿

诉讼请求的, 人民法院不予受理; 但受害人在刑事訴訟终结后单独提起民事訴訟请求赔偿损失包括精神损害的, 人民法院应当依法予以受理。这样, 既与当前审判实践中普遍做法相一致, 也能较好地协调两个司法解释之间的关系。同时, 在精神损害抚慰金数额的确定上, 应当考虑犯罪分子所受刑罚, 以及对个人承担责任的经济能力予以酌定。因为犯罪分子受到刑罚处罚, 客观上具有抚慰受害人精神痛苦的反射性作用; 侵权人承担责任的经济能力, 也是本解释第十条第一款第(五)项明确规定的精神损害抚慰金的酌量因素之一。因此, 在价值判断上虽然不能否认因犯罪导致受害人精神损害也要承担精神损害赔偿责任, 但在确定具体赔偿数额时, 要根据损害后果, 特别是犯罪分子受到刑罚处罚的情况以及他个人承担责任的经济能力酌情决定赔多赔少甚至不赔(如损害后果较轻、受害人与有重大过失的情形), 以正确引导当事人理性索赔。

鉴于该问题目前尚无明确结论, 故仍以尊重过去的实践为宜。

(撰稿人: 陈现杰)

【链接】

最高人民法院副院长唐德华就《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》答记者问

一、问: 最高人民法院今天公布《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》(以下简称本解释)的指导思想是什么? 为什么要制定这样一个司法解释?

答: 首先, 加强对民事权益的司法保护, 努力实现司法公正, 是人民法院工作的一项重要指导思想和基本价值目标。改革开放以来, 随着《中华人民共和国民法通则》等民事法律的颁布施行, 我国的社会生活发生了巨大的变化, 民主法制观念逐步深入人心, 公民的权利意识日益觉醒。近年来, 在审判实践中发生了大量以维护公民自身合法权益为内容的民事案件, 集中体现了公民维权意识的提高, 反映出我国社会正在向现代法治社会转型。社会的发展对人民法院的审判工作提出了更高的要求, 顺应时代要求, 加强对民事权益的司法保护, 是人民法院工作的职责所在, 也是公正司法的必然要求。最高人民法院制定关于如何确定精神损害赔偿责任的司法解释, 就是加强对民事权益司法保护的一项重要措施。

www.docsriver.com商家巨力电子书

其次，以人为本，权利在民，是建立现代民事审判制度的一个重要前提。去年十月召开的全国民事审判工作会议，规划了在新世纪建立我国现代民事审判制度的宏伟蓝图，也确立了我国现代民事审判制度维护和保障公民民事权利的司法价值目标。在新中国的法制建设历史上，《民法通则》的颁布实施是一个重要的里程碑。《民法通则》将人身权从其他民事权利中独立出来，单独作为一节，体现了经历过“文革”浩劫以后，中国人民痛定思痛，要依法维护人身权利和人格尊严的决心和信念。确认侵害他人人身权应当承担精神损害赔偿责任，是最高人民法院制定司法解释的基本指导思想，也是对《民法通则》立法精神的贯彻实施。人民法院通过司法裁判确认精神损害赔偿责任，可以抚慰受害人，教育、惩罚侵权人，引导社会努力形成尊重他人人身权利，尊重他人人格尊严的法制意识和良好社会风尚，促进社会的文明、进步。

再次，最高人民法院制定关于确定精神损害赔偿责任的司法解释，是审判实践本身的需要。过去，最高人民法院曾经答复有关部门以及批复下级法院，肯定因交通事故致人死亡应对死者家属酌情给予抚恤或者经济补偿，既表示对死者负责，也是对死者家属精神上的安慰。可以认为这是审判实践中确认精神损害赔偿责任的最早先例。《民法通则》颁布以后，法学理论实现了拨乱反正，一度被视为“人格权利商品化”的精神损害赔偿也首次在立法上得到确认。但在审判实践中，对精神损害赔偿的范围、标准和赔偿数额的确定，长期存在理解不一致，适用法律不统一的现象，影响了司法的严肃性和权威性，并导致对当事人利益的司法保护不够统一和均衡。社会各界对此反响强烈。为正确适用法律，确保司法公正，最高人民法院在广泛征求意见的基础上，起草制定了该项司法解释。

二、问：按照本解释的规定，哪些民事权益受到侵害，可以请求赔偿精神损害？本解释作出规定的法律依据是什么？

答：《民法通则》第五条规定：“公民、法人合法的民事权益受法律保护，任何组织和个人不得侵犯。”《民法通则》第一百一十九条、第一百二十条对公民的生命权、健康权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权受到侵害，应当承担损害赔偿作出了原则性规定，这是我们制定司法解释的基本法律依据。此外，《消费者权益保护法》等民事特别法对人格尊严权和人身自由权的规定，也给司法解释的制定提供了法律依据。除了以上权利受到侵害的情形以外，根据《民法通则》第七条的规定，违反社会公共利益和社会公德，侵害他人合法的人格利益，也构成侵权。如对隐私的侵害，就是属于对法律所保护的合法人格利益的侵害。过去的司法解释，将对隐私的侵害作为侵犯名誉权的一种类型，对隐私的保护不够充分。本解释将违反社会公共利益或者社会公德侵害他人人格利益作为一种独立的侵权类型，对这类合法利益提供直接的司法保护，

体现了现代社会法律道德化和道德法律化的历史发展趋势,是建立有中国特色的现代民事审判制度的一个重要特点。

本解释关于赔偿范围的另一项重要内容,是类推《最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解答》第五条的规定,将对死者名誉的保护延伸到死者姓名、肖像、荣誉、隐私、遗体、遗骨。中国古代思想家认为,慎终追远,民德归厚。对逝去亲人的怀念和哀思,是生者精神利益的重要内容,其中所体现出的人性的光辉,有助于社会的团结和睦,有利于维护社会稳定。因此,对死者人格的侵害,实际上是对其生存着的近亲属精神利益和人格尊严的直接侵害,对死者人格的保护,归根结底是为了保护生者的人格利益和尊严。

本解释对监护权遭受侵害,以及因特定纪念物品遭受灭失毁损引起的精神损害,也规定受害人可以请求赔偿精神损害。

三、问:《婚姻法》目前正在修订过程当中,《婚姻法》(修正草案)第四十六条规定:“因一方重婚或即使不以夫妻名义但形成婚外同居关系、实施家庭暴力或以其他行为虐待家庭成员、或遗弃家庭成员而导致离婚的,无过失方有权请求损害赔偿。”据了解,这里规定的“无过失方有权请求损害赔偿”主要是指精神损害赔偿。如果该条规定最后审议通过,本解释对此没有规定,是否与《婚姻法》相冲突?

答:本解释是最高人民法院行使司法解释权,对审判实践中如何适用法律的问题进行解释。对法律有明确规定的,应当依照法律规定。《婚姻法》是全国人大制定的法律,《婚姻法》的修订一旦审议通过,人民法院将直接在审判实践中遵照执行,本解释规定与否,对此不会发生影响。

四、问:因侵权造成他人精神损害,应当如何承担民事责任?

答:本解释第九条对此有明文规定:“因侵权致人精神损害,但未造成严重后果,受害人请求赔偿精神损害的,一般不予支持,人民法院可以根据情形判令侵权人停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉。因侵权致人精神损害,造成严重后果的,人民法院除判令侵权人承担停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉等民事责任外,可以根据受害人一方的请求判令其赔偿精神损害抚慰金。”应当明确,精神损害赔偿只是当事人承担民事责任的一种方式,因此,人民法院在审判实践中要正确引导当事人,尽量避免滥诉行为,避免无谓增加诉讼负担。

五、问:精神损害赔偿数额应当如何确定,有没有最高或者最低限额?

答:本解释规定的精神损害赔偿仅是因侵权行为给受害人造成精神痛苦应支付的抚慰金,不包括侵权人应赔偿给受害人因此而支付的费用及其他实际损

失。关于赔偿数额的确定，本解释第十一条规定应当结合侵权人的过错程度、侵权行为所造成的损害后果、侵权人的获利情况、侵权人承担责任的经济能力，以及受诉法院所在地的平均生活水平等因素，综合予以确定。本解释没有规定最高或者最低限额，因为案件千差万别，各地经济发展水平和生活水平也相差很大，而且社会还处在不断的发展变化之中，因此，应该由法官根据案件具体情况决定。需要强调指出的是，金钱赔偿并不是给精神损害“明码标价”，精神损害与金钱赔偿之间不存在商品货币领域中等价交换的对应关系。金钱赔偿实质上是人民法院的审判人员依法行使审判权，对加害行为的可归责性及其道德上的可谴责性，结合精神损害后果的严重程度作出的司法评价。因此，精神损害赔偿应当根据当地社会的经济文化发展水平，考虑社会公众的认可程度，合理确定赔偿数额。应当明确，人民法院通过审判活动，确认侵权人的精神损害赔偿责任，其目的在于抚慰受害人，教育、惩罚侵权行为人，在社会上倡导尊重他人人身权利，尊重他人人格尊严的现代法制意识和文明进步的良好道德风尚。盲目攀比，一味求高，结果将会事与愿违。

六、问：本解释的公布施行，将会对审判实践产生重要的影响，应当如何评价其影响和作用？

答：本解释是对《民法通则》等有关法律的贯彻实施，也是对审判实践经验的总结。社会生活是不断发展的，新情况、新问题不断涌现，审判实践也是不断发展的。本解释只是人民法院在努力实现司法公正过程中的一个阶段性总结；即使旧的矛盾解决了，还会有很多新问题需要研究，需要从理论和实践方面进一步总结、探讨。但是，人民法院维护公民合法人身权益的职责不会改变；追求实现司法公正的价值目标不会改变；并将为此继续作出不懈的努力。

www.docriver.com 商家巨力电子书

最高人民法院 关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释

法释〔2003〕20号

(2003年12月4日最高人民法院审判委员会
第1299次会议通过 2003年12月26日最高人民
法院公告公布 自2004年5月1日起施行)

为正确审理人身损害赔偿案件,依法保护当事人的合法权益,根据《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称民法通则)、《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称民事诉讼法)等有关法律规定,结合审判实践,就有关适用法律的问题作如下解释:

第一条 因生命、健康、身体遭受侵害,赔偿权利人起诉请求赔偿义务人赔偿财产损失和精神损害的,人民法院应予受理。

本条所称“赔偿权利人”,是指因侵权行为或者其他致害原因直接遭受人身损害的受害人、依法由受害人承担扶养义务的被扶养人以及死亡受害人的近亲属。

本条所称“赔偿义务人”,是指因自己或者他人的侵权行为以及其他致害原因依法应当承担民事责任的自然人、法人或者其他组织。

第二条 受害人对同一损害的发生或者扩大有故意、过失的,依照民法通则第一百三十一条的规定,可以减轻或者免除赔偿义务人的赔偿责任。但侵权人因故意或者重大过失致人损害,受害人只有一般过失的,不减轻赔偿义务人的赔偿责任。

适用民法通则第一百零六条第三款^①规定确定赔偿义务人的赔偿责任时,受害人有重大过失的,可以减轻赔偿义务人的赔偿责任。

第三条 二人以上共同故意或者共同过失致人损害,或者虽无共同故意、共同过失,但其侵害行为直接结合发生同一损害后果的,构成共同侵权,应当依照民法通则第一百三十条规定承担连带责任。

^① 本解释引用的《民法通则》第一百零六条与《民法总则》第一百七十六条对应,为:“民事主体依照法律规定和当事人约定,履行民事义务,承担民事责任。”——编者注

二人以上没有共同故意或者共同过失，但其分别实施的数个行为间接结合发生同一损害后果的，应当根据过失大小或者原因力比例各自承担相应的赔偿责任。

第四条 二人以上共同实施危及他人人身安全的行为并造成损害后果，不能确定实际侵害行为人的，应当依照民法通则第一百三十条规定承担连带责任。共同危险行为人能够证明损害后果不是由其行为造成的，不承担赔偿责任。

第五条 赔偿权利人起诉部分共同侵权人的，人民法院应当追加其他共同侵权人作为共同被告。赔偿权利人在诉讼中放弃对部分共同侵权人的诉讼请求的，其他共同侵权人对被放弃诉讼请求的被告应当承担的赔偿份额不承担连带责任。责任范围难以确定的，推定各共同侵权人承担同等责任。人民法院应当将放弃诉讼请求的法律后果告知赔偿权利人，并将放弃诉讼请求的情况在法律文书中叙明。

第六条 从事住宿、餐饮、娱乐等经营活动或者其他社会活动的自然人、法人、其他组织，未尽合理限度范围内的安全保障义务致使他人遭受人身损害，赔偿权利人请求其承担相应赔偿责任的，人民法院应予支持。

因第三人侵权导致损害结果发生的，由实施侵权行为的第三人承担赔偿责任。安全保障义务人有过错的，应当在其能够防止或者制止损害的范围内承担相应的补充赔偿责任。安全保障义务人承担责任后，可以向第三人追偿。赔偿权利人起诉安全保障义务人的，应当将第三人作为共同被告，但第三人不能确定的除外。

第七条 对未成年人依法负有教育、管理、保护义务的学校、幼儿园或者其他教育机构，未尽职责范围内的相关义务致使未成年人遭受人身损害，或者未成年人致他人人身损害的，应当承担与其过错相应的赔偿责任。

第三人侵权致未成年人遭受人身损害的，应当承担赔偿责任。学校、幼儿园等教育机构有过错的，应当承担相应的补充赔偿责任。

第八条 法人或者其他组织的法定代表人、负责人以及工作人员，在执行职务中致人损害的，依照民法通则第一百二十一条的规定，由该法人或者其他组织承担民事责任。上述人员实施与职务无关的行为致人损害的，应当由行为人承担赔偿责任。

属于《国家赔偿法》赔偿事由的，依照《国家赔偿法》的规定处理。

第九条 雇员在从事雇佣活动中致人损害的，雇主应当承担赔偿责任；雇员因故意或者重大过失致人损害的，应当与雇主承担连带赔偿责任。雇主承担连带赔偿责任的，可以向雇员追偿。

前款所称“从事雇佣活动”，是指从事雇主授权或者指示范围内的生产经营活动或者其他劳务活动。雇员的行为超出授权范围，但其表现形式是履行职

务或者与履行职务有内在联系的,应当认定为“从事雇佣活动”。

第十条 承揽人在完成工作过程中对第三人造成损害或者造成自身损害的,定作人不承担赔偿责任。但定作人对定作、指示或者选任有过失的,应当承担相应的赔偿责任。

第十一条 雇员在从事雇佣活动中遭受人身损害,雇主应当承担赔偿责任。雇佣关系以外的第三人造成雇员人身损害的,赔偿权利人可以请求第三人承担赔偿责任,也可以请求雇主承担赔偿责任。雇主承担赔偿责任后,可以向第三人追偿。

雇员在从事雇佣活动中因安全生产事故遭受人身损害,发包人、分包人知道或者应当知道接受发包或者分包业务的雇主没有相应资质或者安全生产条件的,应当与雇主承担连带赔偿责任。属于《工伤保险条例》调整的劳动关系和工伤保险范围的,不适用本条规定。

第十二条 依法应当参加工伤保险统筹的用人单位的劳动者,因工伤事故遭受人身损害,劳动者或者其近亲属向人民法院起诉请求用人单位承担民事赔偿责任的,告知其按《工伤保险条例》的规定处理。

因用人单位以外的第三人侵权造成劳动者人身损害,赔偿权利人请求第三人承担民事赔偿责任的,人民法院应予支持。

第十三条 为他人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。被帮工人明确拒绝帮工的,不承担赔偿责任。帮工人存在故意或者重大过失,赔偿权利人请求帮工人和被帮工人承担连带责任的,人民法院应予支持。

第十四条 帮工人因帮工活动遭受人身损害的,被帮工人应当承担赔偿责任。被帮工人明确拒绝帮工的,不承担赔偿责任,但可以在受益范围内予以适当补偿。

帮工人因第三人侵权遭受人身损害的,由第三人承担赔偿责任。第三人不能确定或者没有赔偿能力的,可以由被帮工人予以适当补偿。

第十五条 为维护国家、集体或者他人的合法权益而使自己受到人身损害,因没有侵权人、不能确定侵权人或者侵权人没有赔偿能力,赔偿权利人请求受益人在受益范围内予以适当补偿的,人民法院应予支持。

第十六条 下列情形,适用民法通则第一百二十六条的规定,由所有人或者管理人承担赔偿责任,但能够证明自己没有过错的除外:

(一) 道路、桥梁、隧道等人工建造的构筑物因维护、管理瑕疵致人损害的;

(二) 堆放物品滚落、滑落或者堆放物倒塌致人损害的;

(三) 树木倾倒、折断或者果实坠落致人损害的。

前款第（一）项情形，因设计、施工缺陷造成损害的，由所有人、管理人与设计、施工者承担连带责任。

第十七条 受害人遭受人身损害，因就医治疗支出的各项费用以及因误工减少的收入，包括医疗费、误工费、护理费、交通费、住宿费、住院伙食补助费、必要的营养费，赔偿义务人应当予以赔偿。

受害人因伤致残的，其因增加生活上需要所支出的必要费用以及因丧失劳动能力导致的收入损失，包括残疾赔偿金、残疾辅助器具费、被扶养人生活费，以及因康复护理、继续治疗实际发生的必要的康复费、护理费、后续治疗费，赔偿义务人也应当予以赔偿。

受害人死亡的，赔偿义务人除应当根据抢救治疗情况赔偿本条第一款规定的相关费用外，还应当赔偿丧葬费、被扶养人生活费、死亡补偿费以及受害人亲属办理丧葬事宜支出的交通费、住宿费和误工损失等其他合理费用。

第十八条 受害人或者死者近亲属遭受精神损害，赔偿权利人向人民法院请求赔偿精神损害抚慰金的，适用《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》予以确定。

精神损害抚慰金的请求权，不得让与或者继承。但赔偿义务人已经以书面方式承诺给予金钱赔偿，或者赔偿权利人已经向人民法院起诉的除外。

第十九条 医疗费根据医疗机构出具的医药费、住院费等收款凭证，结合病历和诊断证明等相关证据确定。赔偿义务人对治疗的必要性和合理性有异议的，应当承担相应的举证责任。

医疗费赔偿数额，按照一审法庭辩论终结前实际发生的数额确定。器官功能恢复训练所必要的康复费、适当的整容费以及其他后续治疗费，赔偿权利人可以待实际发生后另行起诉。但根据医疗证明或者鉴定结论确定必然发生的费用，可以与已经发生的医疗费一并予以赔偿。

第二十条 误工费根据受害人的误工时间和收入状况确定。

误工时间根据受害人接受治疗的医疗机构出具的证明确定。受害人因伤致残持续误工的，误工时间可以计算至定残日前一天。

受害人有固定收入的，误工费按照实际减少的收入计算。受害人无固定收入的，按照其最近三年的平均收入计算；受害人不能举证证明其最近三年的平均收入状况的，可以参照受诉法院所在地相同或者相近行业上一年度职工的平均工资计算。

第二十一条 护理费根据护理人员的收入状况和护理人数、护理期限确定。

护理人员有收入的，参照误工费的规定计算；护理人员没有收入或者雇佣护工的，参照当地护工从事同等级别护理的劳务报酬标准计算。护理人员原则上为一人，但医疗机构或者鉴定机构有明确意见的，可以参照确定护理人员

人数。护理人员原则上不脱离工作，护理费的计算按照护理人员实际收入计算。

护理期限应计算至受害人恢复生活自理能力时止。受害人因残疾不能恢复生活自理能力的，可以根据其年龄、健康状况等因素确定合理的护理期限，但最长不超过二十年。

受害人定残后的护理，应当根据其护理依赖程度并结合配制残疾辅助器具的情况确定护理级别。

第二十二条 交通费根据受害人及其必要的陪护人员因就医或者转院治疗实际发生的费用计算。交通费应当以正式票据为凭；有关凭据应当与就医地点、时间、人数、次数相符合。

第二十三条 住院伙食补助费可以参照当地国家机关一般工作人员的出差伙食补助标准予以确定。

受害人确有必要到外地治疗，因客观原因不能住院，受害人本人及其陪护人员实际发生的住宿费和伙食费，其合理部分应予赔偿。

第二十四条 营养费根据受害人伤残情况参照医疗机构的意见确定。

第二十五条 残疾赔偿金根据受害人丧失劳动能力程度或者伤残等级，按照受诉法院所在地上一年度城镇居民人均可支配收入或者农村居民人均纯收入标准，自定残之日起按二十年计算。但六十周岁以上的，年龄每增加一岁减少一年；七十五周岁以上的，按五年计算。

受害人因伤致残但实际收入没有减少，或者伤残等级较轻但造成职业妨害严重影响其劳动就业的，可以对残疾赔偿金作相应调整。

第二十六条 残疾辅助器具费按照普通适用器具的合理费用标准计算。伤情有特殊需要的，可以参照辅助器具配制机构的意见确定相应的合理费用标准。

辅助器具的更换周期和赔偿期限参照配制机构的意见确定。

第二十七条 丧葬费按照受诉法院所在地上一年度职工月平均工资标准，以六个月总额计算。

第二十八条 被扶养人生活费根据扶养人丧失劳动能力程度，按照受诉法院所在地上一年度城镇居民人均消费性支出和农村居民人均年生活消费支出标准计算。被扶养人为未成年人的，计算至十八周岁；被扶养人无劳动能力又无其他生活来源的，计算二十年。但六十周岁以上的，年龄每增加一岁减少一年；七十五周岁以上的，按五年计算。

被扶养人是指受害人依法应当承担扶养义务的未成年人或者丧失劳动能力又无其他生活来源的成年近亲属。被扶养人还有其他扶养人的，赔偿义务人只赔偿受害人依法应当负担的部分。被扶养人有数人的，年赔偿总额累计不超过上一年度城镇居民人均消费性支出额或者农村居民人均年生活消费支出额。

第二十九条 死亡赔偿金按照受诉法院所在地上一年度城镇居民人均可支

www.docsriver.com商家巨力电子书

配收入或者农村居民人均纯收入标准，按二十年计算。但六十周岁以上的，年龄每增加一岁减少一年；七十五周岁以上的，按五年计算。

第三十条 赔偿权利人举证证明其住所地或者经常居住地城镇居民人均可支配收入或者农村居民人均纯收入高于受诉法院所在地标准的，残疾赔偿金或者死亡赔偿金可以按照其住所地或者经常居住地的相关标准计算。

被扶养人生活费的相关计算标准，依照前款原则确定。

第三十一条 人民法院应当按照民法通则第一百三十一条以及本解释第二条的规定，确定第十九条至第二十九条各项财产损失的实际赔偿金额。

前款确定的物质损害赔偿金与按照第十八条第一款规定确定的精神损害抚慰金，原则上应当一次性给付。

第三十二条 超过确定的护理期限、辅助器具费给付年限或者残疾赔偿金给付年限，赔偿权利人向人民法院起诉请求继续给付护理费、辅助器具费或者残疾赔偿金的，人民法院应予受理。赔偿权利人确需继续护理、配制辅助器具，或者没有劳动能力和生活来源的，人民法院应当判令赔偿义务人继续给付相关费用五至十年。

第三十三条 赔偿义务人请求以定期金方式给付残疾赔偿金、被扶养人生活费、残疾辅助器具费的，应当提供相应的担保。人民法院可以根据赔偿义务人的给付能力和提供担保的情况，确定以定期金方式给付相关费用。但一审法庭辩论终结前已经发生的费用、死亡赔偿金以及精神损害抚慰金，应当一次性给付。

第三十四条 人民法院应当在法律文书中明确定期金的给付时间、方式以及每期给付标准。执行期间有关统计数据发生变化的，给付金额应当适时进行相应调整。

定期金按照赔偿权利人的实际生存年限给付，不受本解释有关赔偿期限的限制。

第三十五条 本解释所称“城镇居民人均可支配收入”“农村居民人均纯收入”“城镇居民人均消费性支出”“农村居民人均年生活消费支出”“职工平均工资”，按照政府统计部门公布的各省、自治区、直辖市以及经济特区和计划单列市上一年度相关统计数据确定。

“上一年度”，是指一审法庭辩论终结时的上一统计年度。

第三十六条 本解释自2004年5月1日起施行。2004年5月1日后新受理的一审人身损害赔偿案件，适用本解释的规定。已经作出生效裁判的人身损害赔偿案件依法再审的，不适用本解释的规定。

在本解释公布施行之前已经生效施行的司法解释，其内容与本解释不一致的，以本解释为准。

【解 读】

解读《关于审理人身损害赔偿案件 适用法律若干问题的解释》

一、问题的提出

《民法通则》对侵权民事责任规定得比较原则,《最高人民法院关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见(试行)》(以下简称《意见》)对此虽有所补充,但仍不能适应当前审判实践的迫切需要;尤其是人身损害赔偿的范围和计算标准,过去一直没有统一的规范可供遵循,使人民法院对相关案件的审理常常面临法律适用上的困难。《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(以下简称本解释)的制定,既是出于审判实践的迫切需要,也是为了依法公正审理人身损害赔偿案件,保护公民(自然人)的合法权益,维护国家法制统一。

二、理解

(一) 关于权利保护范围

本解释列举为生命权、健康权、身体权三项具体人格权。人格权是关于人的尊严和价值的权利,在抽象意义上被称为一般人格权,性质上是一种母权,是由各种具体人格权所衍生的上位权利。具体人格权又称个别人格权,是立法上以排他的归属范畴予以确定和保护的一定人格利益,如生命权、健康权、身体权、名誉权、肖像权、隐私权。我国司法实践中所称的人身损害赔偿纠纷,实际上是指自然人的生命权、健康权、身体权这几项具体人格权遭受侵害,赔偿权利人请求赔偿财产损失和精神损害发生的损害赔偿纠纷。人身损害的人身,与民法理论上的人身权并非同一含义。前者是指生命权、健康权、身体权的客体,后者则是人格权与身份权的集合与缩略。习惯上,人们通常把生命权、健康权、身体权称为人身权,而将名誉权、姓名权、肖像权、隐私权称为人格权;但在理论上,生命权、健康权、身体权通常被称为物质性人格权,而名誉权、姓名权、肖像权、隐私权则被称为精神性人格权。无论物质性人格权还是精神性人格权,本质上都是人格权,与身份权相对,与财产权更是迥然有别。本解释中的生命、健康、身体权,理论上应当从人格权的意义上来把握。

(二) 关于赔偿权利人

赔偿权利人，又称赔偿请求权人，是指基于损害事实，有权请求损害赔偿的受害人。赔偿权利人包括：

1. 直接受害人，即因侵权行为或者其他致害原因直接遭受人身损害的受害人。直接受害人原则上应为赔偿权利人。但按照损害后果的形态划分，直接受害人包括生命受侵害之受害人以及身体、健康受侵害之受害人。生命受侵害以受害人死亡为成立要件。死亡结果导致受害人权利主体资格消灭，不发生损害赔偿请求权，死亡受害人亦非赔偿权利人，不能就其生命权受侵害请求损害赔偿。立法上所认可的死亡赔偿，赔偿权利人无论在理论上还是在事实上都应当是死亡受害人的近亲属（继承人）以及被扶养人。当然，在受害人因伤致死的情形，其因抢救治疗支出医药费或者因误工减少收入，受害人本人就是赔偿权利人；受害人虽最终不治身死，其就抢救治疗所发生财产损失的损害赔偿请求权，可以为其继承人所继承。但应区别的是，此时其作为赔偿权利人，是就其身体权受侵害主张权利，而非就生命权受侵害主张权利。此外，其精神损害抚慰金的请求权，因具有人身专属的性质，除已依契约承诺或者已起诉的外，不得继承。

2. 间接受害人，是指侵害行为直接指向的对象以外因法律关系或者社会关系的媒介作用受到损害的人。在不法侵害他人致死的情形，被害人既已死亡，其权利能力即行中止，固无损害赔偿请求权可言，唯其死亡影响其他人的利益甚大，故被害人以外之人受有损害者，亦得请求赔偿，始合情理。根据我国有关法律、行政法规以及司法解释的规定，我国法律所保护的间接受害人，不仅包括死亡受害人的近亲属以及其生前依法承担扶养义务的被扶养人，而且包括残疾受害人丧失劳动能力前依法承担扶养义务的被扶养人。

(1) 被扶养人。此之所谓扶养，是广义的扶养，包括狭义的扶养即平辈之间的扶养以及长辈对晚辈的抚养和晚辈对长辈的赡养。承担扶养义务的前提，是当事人之间具有法律规定的身份法益。被扶养人包括未满18周岁的未成年人以及丧失劳动能力又没有其他生活来源的成年人。根据《最高人民法院关于审理触电人身损害赔偿案件若干问题的解释》第四条第(九)项的规定，被扶养人生活费“以死者生前或者残者丧失劳动能力前实际扶养的、没有其他生活来源的人为限”；人民法院审理人身损害赔偿案件中普遍参照适用的《道路交通事故处理办法》(以下简称《办法》)第三十七条第(九)项也作出了完全相同的规定。强调实际扶养，实质就是只承认现实的扶养请求权，而不承认未来的扶养请求权。但损害事故发生时已经受孕的胎儿后来出生且为活体的除外。

(2) 近亲属。直接受害人因侵权损害事故死亡的情形，其近亲属作为间接受害人享有独立的损害赔偿请求权。就其办理丧葬事宜支出的费用以及因受害人死亡导致的收入损失等财产损害和反射性精神损害，有权作为赔偿权利人请

求损害赔偿。关于近亲属的范围,《最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解答》之五有明确规定,近亲属包括配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女。”

未出生的胎儿是否享有赔偿请求权的问题,本解释未涉及。传统的民法理论不承认未出生的胎儿为人身损害赔偿的赔偿权利人。对未出生胎儿的损害,视为其母亲的身体所受损害,仅由胎儿的母亲享有赔偿请求权。现代民法理论肯定胎儿可以享有权利能力,但对其性质则有两种学说:其一为附解除条件说,认为胎儿出生前已取得权利能力,但将来如系死产时,则溯及丧失其权利能力;其二是附停止条件说,认为胎儿须待出生后,始溯及出生前取得权利能力。两说在实务上的区别是:依前说则胎儿因他人故意或者过失行为遭受损害,即享有损害赔偿请求权,可由胎儿的父母以法定代理人的身份请求损害赔偿。胎儿出生后为死产的,其父母应依不当得利规定,返还以胎儿名义受领的损害赔偿;依后说则认为须待胎儿出生后不即死亡的,方能就其未出生前所受侵害行使赔偿请求权。未出生之前,将来是否死产无从悬揣,其父母亦不能以法定代理人身份请求赔偿。我国《民法通则》未就胎儿的人身权益保护问题作出规定,理论上也未形成有影响的学说。参考上述学说,我们倾向于采取附解除条件说。理由是胎儿身体或健康受侵害往往与其母亲遭受人身损害相联系,采取附解除条件说可以对基于同一侵权事实造成的人身损害合并进行审理,有利于胎儿出生后及时得到救济,符合诉讼经济和诉讼效率原则。

(三) 关于赔偿义务人

赔偿义务人是指对造成受害人人身损害的损害事故依法应当承担赔偿责任的自然人、法人或者其他组织。赔偿义务人包括以下情形:因自己或者他人的侵权行为依法应当承担民事责任的人;因其他致害原因依法应当承担民事责任的人。具体可分为四种类型:

1. 承担自己责任的赔偿义务人。因故意、过失侵害他人生命、身体或者健康的,行为人应当就其行为承担损害赔偿赔偿责任。在此情况下,行为人即加害人就是赔偿义务人,责任主体与行为主体相一致。
2. 承担替代责任的赔偿义务人。替代责任,即为他人的侵权行为承担赔偿责任。其较为典型的适用领域为雇主责任领域;此外,未成年人的监护人就未成年人致他人人身损害的行为承担赔偿责任,其性质上也是一种替代责任。替代责任,改变了传统的过错归责原则,其主要根据在于公共政策,即危险分担的思想。因为雇主的替代责任可以通过责任保险乃至社会保险方式向社会分散。就替他人的侵权行为承担责任而言,行为人的加害行为本身应当符合侵权构成要件;如系一般侵权行为,其主观上应有过错。但就赔偿义务人而言,则其承担责任系基于其与行为人的雇佣关系或者监护关系。此时赔偿义务人与行为人不一致。

3. 因动物致人损害承担赔偿责任的赔偿义务人。动物致人损害，与因人的行为致人损害发生原因不同，前者系属一种自然事实。但理论上认为动物的所有人、管理人或者饲养人，对防止动物致他人损害负有管理的义务。发生损害事故的，所有人、管理人或者饲养人即为加害人，应当承担赔偿责任，即作为赔偿义务人。此时，赔偿义务人与加害人一致。

4. 因物件致人损害承担赔偿责任的赔偿义务人。物件，指建筑物、构筑物等土地上的工作物或者所有人、使用人管理、使用、支配下的任何财产。物件致人损害是人身损害事故发生的一项重要原因，立法上通常有一般物件致人损害以及建筑物、构筑物等地上工作物致人损害的规定。我国《民法通则》第一百二十六条规定：“建筑物或者其他设施以及建筑物上的搁置物、悬挂物发生倒塌、脱落、坠落造成他人损害的，它的所有人或者管理人应当承担民事责任。”我国立法未就物件致人损害作概括规定，而是具体规定了建筑物致人损害这一物件致人损害的特殊类型。在责任承担上，一般采取过错推定确定民事责任。此时，所有人或管理人为加害人即赔偿义务人。

(四) 关于诉讼请求的内容

诉讼请求的内容就是对损害的填补。人身损害赔偿损害包括两个方面，即财产损失和精神损害。财产损失又称财产上损害，是指一切财产上不利之变动，包括财产的积极减少和消极的不增加。现有财产的积极减少，称为所受损失，或称积极损失；应增加的财产而未增加，称为所失利益，或称消极损失。具体内容由本解释第十七条关于赔偿范围的界定予以规定。精神损害，民法理论上称为非财产上损害，相对于财产上损害而言，指没有直接财产内容或者不具有财产上价值的损害。广义的非财产上损害，是指财产损害以外的其他一切形态的损害，包括生理、心理以及超出生理、心理范围的无形损害，如肉体痛苦、精神痛苦以及丧失既有的公众信誉。在此意义上的非财产上损害，不限于自然人的精神损害，法人商誉贬损，通常也被包括在其中，被认为是一种无形损害。狭义的观点认为，非财产上损害指肉体痛苦和精神痛苦，须以自然人生理和心理的感受性为基础，故其主体范围限于自然人，且不包括精神病人和植物人等心神丧失或者知觉丧失的无民事行为能力人。我们采取修正的狭义说，即认为精神损害包括积极意义和消极意义两个方面：前者为积极感受的肉体痛苦和精神痛苦即积极的精神损害；后者为因侵害行为导致受害人丧失生理、心理感受性的消极精神损害。

(五) 关于共同侵权行为

《民法通则》第一百三十条规定共同侵权应承担连带责任，但未明确共同侵权的构成要件和类型。这在审判实践中造成了对共同侵权的认定不一致，从而导致对当事人权益的司法保护不能趋于一致。本解释为保证法律适用的统一，对涉及共同侵权的三个问题作出了具体解释。

1.1 关于共同侵权的构成要件

理论上主要有三种学说。主观说认为共同侵权以侵权人有共同的意思联络为必要，即主观上应当有共同故意，才能作为共同侵权承担连带责任。理由是共同故意是承担连带责任的道德基础，也是将侵权行为一体化处理的法理基础；没有共同故意而承担连带责任，与没有过错而承担民事责任，对责任承担者同样不公平。客观说认为，“民法上之共同侵权行为与《刑法》上之共犯不同，苟各自之行为，客观上有关联共同，即为足已。”行为具有关联共同性，是指多数人的加害行为相互结合发生同一损害后果。依客观说，行为具有关联共同性，即属共同侵权，不以加害人之间有意思联络为必要。折中说认为，共同侵权的成立，应从主、客观两个方面来分析。主观上虽不以加害人有共同的意思联络为必要，但各加害人须均有过错，且过错的内容是相同或者相似的；客观方面须加害人的行为具有关联共同性，且共同构成损害结果发生的唯一原因。据此，有意思联络的侵权行为固属共同侵权；没有意思联络，但基于相同内容的过失或者基于相同内容的故意，过失之结合侵害同一受害人相同或者相近民事权利的行为，属于共同侵权行为。

我们认为，上述三说中，折中说与客观说并无本质的区别。折中说不过是客观说的具体化、合理化。就客观说与主观说而言，两者在理论上各有其立论依据，难分轩輊；但在指导思想和价值取向上，主观说立足于责任人的责任承担应与其主观过错相一致，从而主张严格限制连带责任的适用范围；客观说则立足于对无辜受害人应当给予充分救济的立场，主张应适当扩大连带责任的适用范围，在当事人之间合理分配损害和风险。本解释采纳了客观说的立场，同时在具体构成要件上参考折中说作了进一步的界定。根据本解释的规定，共同侵权可以具体划分为以下三种类型：

(1) 共同故意致人损害。此属典型的共同侵权，主观说、客观说均予认可。

(2) 共同过失致人损害。共同过失指对损害发生的可能性有认识上的共同性，但均有回避损害的自信。早期的主观说以必要的共谋为要件，不认可共同过失致人损害构成共同侵权。但目前持主观说的学者一般认为共同侵权包括共同故意和共同过失。但共同过失之共同，是否以一定程度的意思联络为必要？即是否须有对损害认识之交流，或者只需客观上应有共同的认识，交流与否在所不问？台湾地区学者王泽鉴在“共抬重物登高案”中持前说；实务中则有持后说的，如“相约在高速路上赛车案”中，肇事司机虽与相约赛车的共同侵权人就在高速路上赛车有相约之意思联络，但对损害之认识及彼此有无回避之自信并无信息交流，仅在客观上应有共同认识。此种情形，实务上仍认定其属于共同过失。

(3) 虽无共同故意、共同过失，但加害行为直接结合发生同一损害后果

的，亦构成共同侵权。其构成要件是：第一，须各行为人的行为均为积极的加害行为，即直接侵害他人生命、身体、健康等权利客体的行为。第二，须各行为人的行为相互直接结合。例如，两车相撞致行人伤亡。直接结合可从以下几个方面判断：加害行为具有时空同一性；加害行为相互结合而为损害结果的唯一原因。第三，须损害结果不可分，即具有同一性。两人以上的行为符合以上条件的，即属行为竞合，构成共同侵权，各侵权责任人应当依照《民法通则》第一百三十条规定承担连带责任。与行为竞合密切相关的是原因竞合。所谓原因竞合，即数个原因间接结合发生同一损害结果，也就是所谓多因一果。传统民法理论认为，多因一果系数人无意思联络的分别行为间接结合在一起，相互助成而发生同一损害后果。其构成要件是：第一，各行为人的行为均为作为行为，对损害结果的发生均有原因力。第二，各行为人的行为相互间接结合。间接结合的判断标准：数行为作为损害结果发生的原因不具有同时性，通常是相互继起，各自独立，但互为中介；数行为分别构成损害结果的直接原因和间接原因。第三，各行为人没有共同的意思联络，且各行为人主观上非属故意侵权或者故意犯罪。第四，损害结果同一。由于多因一果致人损害并非数人共同积极加害，故其责任承担与共同侵权不同，即不承担连带责任，而是根据行为人的过错大小或者数行为致损害结果发生的原因力比例分别承担相应的民事责任。

本解释对共同侵权采取客观说，是基于如下价值判断：

(1) 客观说与主观说的本质区别，在于应当如何确定连带责任的适用范围。主观说严格限制连带责任的适用范围，只承认共同故意的加害行为构成共同侵权，不利于对受害人的司法保护。客观说将共同侵权的类型从共同故意扩大到共同过失乃至虽无共同故意、共同过失，但加害行为相互直接结合发生同一损害后果三种类型，扩张了连带责任的适用范围，更有利于保护受害人的利益。

(2) 客观说虽扩大了连带责任的适用范围，但其实质不过是将受害人求偿不能的风险转移给了实施侵害行为的加害人一方，并未过分加重侵权人的责任承担。因为连带责任只是对外连带，对内仍是按份责任。实际承担连带责任的赔偿义务人，就超过其责任份额的部分，可以向其他共同侵权人追偿。固然存在其他共同侵权人没有经济能力导致追偿不能的风险，但相对于生命、身体、健康无辜遭受侵害的受害人而言，与其让加害人承担按份责任而使受害人求偿不能，毋宁使加害人承担连带责任而致其追偿不能，在利益衡量上更为妥当。毕竟加害行为是在道德和法律上都应予以谴责和给予否定评价的行为，而侵权法的制度使命就是要通过合理移转损害和风险，对受害人给予充分的救济。主观说囿于责任与过错的概念逻辑，利益衡量上过于倾向于加害人，偏离了侵权法的制度使命，其价值判断未尽妥当，故为本解释所不取。

应当注意的是,客观说在价值取向上虽更符合侵权法的制度使命,但其缺点是容易混淆共同侵权与多因一果致人损害。其行为关联共同的概念将无意思联络的数人侵权全部囊括进共同侵权的概念构成中,将共同侵权泛化。本解释虽认同客观说的价值取向,但对共同侵权构成要件则作出了有别于传统客观说的界定;将无意思联络的数人侵权中加害行为直接结合的情形纳入共同侵权的概念构成,而将无意思联络数人侵权中数行为间接结合发生同一损害后果的多因一果与共同侵权予以区分,在一定程度上吸收了无意思联络数人侵权的合理因素。可以认为,本解释对共同侵权构成要件的规定是从矫正的正义立场上对主观说与客观说的折中。

2. 关于共同危险行为

共同危险行为理论上称为准共同侵权,属于共同侵权的类型之一。《民法通则》和《意见》均未设规定。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》从证明责任负担的角度首次对共同危险行为作出规定。本解释则对共同危险行为的构成要件和免责事由从实体上进行规定。

(1) 关于构成要件。根据本解释,共同危险行为的构成要件,一是行为共同,即各行为人均实施了相同性质或者相同种类的危险行为,即均有作为行为,但不以有共同认识为必要;相同性质或者相同种类的危险行为在同一辐射范围内偶然同时发生,即为行为共同。二是危险,指该等行为均具有致人生命、身体、健康损害的高度盖然性。三是加害人不明,指共同危险行为人中一人或数人的行为已实际造成损害后果,但究竟是谁的行为实际造成损害结果的,其事实难以认定。四是各行为人就其实施危险行为均存在过失。根据上述构成要件,“高楼抛物致人损害”不属共同危险行为,不能适用共同危险行为的责任承担规则。

(2) 关于免责事由。主要有两种观点:因果关系排除说认为,既然共同危险行为人中仅一人或者数人的行为造成损害结果,并非全体共同危险行为人的行为均参与造成损害结果,则共同危险行为人只要能证明其行为与损害结果没有因果关系,根本不可能导致损害结果的发生,即可免责。因果关系证明说认为,仅证明自己的行为与损害结果之间没有因果关系尚不足以免责,必须进一步证明数行为人中谁是真正的加害人,即证明损害结果与何人的行为具有因果关系,才能免除证明者的责任。因果关系证明说将指证他人的义务加诸共同危险行为人,目的是为了回避各行为人均证明自己的行为与损害结果没有因果关系而免责,导致受害人不能获得赔偿。但实务上认定共同危险行为的前提就是共同危险行为人中一人或数人的行为与损害结果存在事实上的因果关系,仅加害人不明而已,因此,通过举证整体排除各共同危险行为人的行为与损害结果的因果关系,以所谓法律真实来否定客观真实,逻辑上或有可能,事实上殊无此例,因此种证明几无可能。此外,因果关系排除说既无因果关系,自非侵权

人的判断，符合侵权构成要件的原理，故本解释免责事由的规定采取此说。

3. 共同侵权诉讼的性质与赔偿权利人部分免责的效力

(1) 关于对共同侵权人提起的损害赔偿诉讼的性质，我国传统的民事诉讼法理论认为其属于必要的共同诉讼。因此当受害人仅对部分侵权人提起诉讼时，人民法院应当依照《民事诉讼法》第一百一十九条的规定，通知其他共同侵权人参加诉讼。但民法理论认为，共同侵权人承担的是连带责任；根据民法连带债务的性质，债权人（受害人）有权就部分或者全部债权向全体或者部分债务人请求清偿。必要共同诉讼的理论与实体法上的连带债务理论发生了矛盾。诉讼法学者认为，对共同侵权在程序上按必要的共同诉讼处理，符合共同诉讼原理和诉讼标的理论，判决既判力的主观效力也有利于防止受害人对不同的侵权人分别起诉，获得不当利益。另一方面，共同侵权未经诉讼，事实尚未确定，连带责任与否及债权人的选择权亦无从谈起；共同侵权成立与否经诉讼确定之后，方可言及是否有连带责任之承担。因此，受害人可在执行阶段选择共同侵权人之一人、数人或全体承担责任，这与连带债务理论并无不合。只不过将其选择权的实现后置到连带债务经诉讼确定后的执行阶段而已，对债权人有益无害。本解释第五条采纳共同侵权为必要共同诉讼的观点，同时吸收反对意见的合理因素，规定赔偿权利人仅就部分共同侵权人提起诉讼的，人民法院应依职权通知未被诉的其他共同侵权人参加诉讼。须注意的是，其他共同侵权人不符合《民事诉讼法》第一百零八条第（二）项规定条件的，自无可能追加，当然也不必追加。

(2) 关于受害人仅免除部分侵权人责任的效力问题。传统民法理论认为，受害人仅免除部分侵权人责任的，对全体被诉共同侵权人发生绝对效力。我们综合审判实践和国内民法、民事诉讼法学者的多数意见，对此种免责采纳相对效力的观点，以充分尊重债权人对自己权利的处分自由，同时平衡各债务人之间的利益。

(六) 关于经营者的安全保障义务

近年来，社会生活中出现了一系列犯罪分子在宾馆、酒店、银行等经营场所杀人越货的事件，经营者在安全保障上存在的问题给犯罪分子以可乘之机。赔偿权利人在向犯罪分子索赔不能的情况下，往往单独起诉经营者要求赔偿。但一些经营者以自己没有实施侵害行为，不对他人的侵权行为负责作为抗辩。这就涉及经营者是否对相关公众负有安全保障义务，此种义务的边界应当止于何处，违反义务消极不作为致发生损害时应如何承担责任等问题。本解释借鉴德国法上的社会活动安全注意义务理论，依据我国《消费者权益保护法》等相关法律规定，对经营者的安全保障义务的范围、责任界限、诉讼结构等与审判实务有关的问题作出了规定。

1. 安全保障义务的法理依据

经营者的安全保障义务的理论基础，来源于德国法院法官从判例中发展起来的社会活动安全注意义务或者一般安全注意义务的理论。传统的民法理论认为，不作为行为只在以下三种情形导致损害结果发生时始负侵权行为责任：(1) 依法律规定应当作为而不作为；(2) 依合同约定应当作为而不作为；(3) 因先危险行为发生防范危险的作为义务而不作为。德国法院法官根据诚实信用原则，基于分配正义的需要，通过判例扩大先危险行为的不作为责任，抽象出作为所有注意义务一般性条款的一般安全注意义务。根据一般安全注意义务的要求，从事交易或者社会活动，肇致形成或者持续特定危险源的，应当采取必要安全措施，以保护他人免受损害。违反此项一般安全注意义务要求导致损害结果发生，虽无法律明确规定的作为义务或者合同约定的作为义务，安全注意义务人仍应当为自己的不作为行为承担民事责任。

鉴于一般安全注意义务要求过于抽象，实务中不易明确其界限，学者通过类型化方法整理出其主要的类型：(1) 先行行为肇致危险的防范义务，如驾车撞人，纵无过失亦应将伤者送医救治，挖掘水沟，应为加盖或采其他必要措施。(2) 开启或者维持某种交通或交往的危险防范义务，如寺庙佛塔楼梯有缺陷，应为必要警告或照明；在自家庭院举办酒会，应防范腐朽老树压伤宾客。(3) 因从事一定营业或职业而承担防范危险的义务。如经营旅馆饭店，应注意清除楼梯油渍，维护电梯安全，照明通往停车场的道路，防止发生危险。经营者的安全保障义务，即系对上述第三种类型的规定。

2. 经营者安全保障义务的责任类型

本解释规定了经营者安全保障义务的两类责任类型：

(1) 直接责任。经营者未尽合理限度范围内的安全保障义务，致相关公众遭受人身损害的，应当承担相应的赔偿责任。其构成要件：①经营者从事经营活动引起正当信赖，如信赖其环境设施的正常利用符合安全性要求；②损害发生于经营者的危险控制范围；③对发生损害的潜在危险经营者能够合理予以控制，如地面防滑、“断头门”闭锁、枝形吊灯防坠落；④损害结果的发生没有第三者责任的介入。

(2) 补充责任。经营者未尽安全保障义务，致使第三人侵权造成他人人身损害的，经营者应当承担补充赔偿责任。其构成要件：①第三人侵权是损害结果发生的直接原因；②经营者对第三人的侵权未尽必要的防范和合理控制义务，即经营者不作为；③第三人侵权与经营者未尽安全保障义务发生原因竞合；此种原因竞合系作为行为与不作为行为的原因竞合，它表现为如果经营者尽到作为义务，通常能够防止或者制止损害结果的发生或者扩大。符合以上要件的，经营者应当承担补充赔偿责任。所谓补充赔偿责任，包括两个方面的含义：一是顺位的补充，即首先应由直接责任人承担赔偿责任，直接责任人没有赔偿能力或者不能确定谁是直接责任人时，才由未尽安全保障义务的经营者承

www.docsriver.com 商家巨力电子书

担赔偿责任，二是实体的补充，即补足差额。但必须注意的是，经营者在实体上的补充赔偿责任有一个重要的限制，即经营者只能在其能够防止或者制止损害的范围内承担补充赔偿责任。这意味着，经营者的补充赔偿责任的总额，不是以直接侵权人应当承担的赔偿责任的总额为限，而是根据其自己行为应当承担的赔偿责任的总额为限。两者可能一致，如经营者如尽到安全保障义务，损害结果根本不会发生的情形，经营者应当承担的责任范围与第三人应当承担的责任范围完全一致。但许多情形下，经营者的赔偿责任范围要小于直接侵权人的赔偿责任范围，尤其是第三人故意犯罪致人损害的情形，犯罪者往往利用经营者在安全保障方面的缺陷达到其犯罪目的，经营者虽难辞其咎，但故意犯罪的恶劣性质所产生的恶劣后果，使两者在赔偿责任的范围上不能完全一致。此时，经营者的补充赔偿就自己的责任而言可能是完全赔偿，就补充直接侵权人责任而言则可能不是完全赔偿。这一限制，根据的是责任范围的因果关系理论，即经营者的不作为行为与损害后果在多大的程度或者范围内具有相当因果关系。这与根据过错大小的比例过失原则确定责任承担的按份责任是完全不同的。前者虽是补充责任，但亦是自己责任。后者则是多因一果情形下的按份责任。不作为行为与侵权行为的原因竞合不同于数个作为行为的原因竞合，责任承担的不同是一个重要的分际。

对于补充赔偿责任的性质，理论上存在争论。一种观点认为，补充责任的理论基础是不真正连带债务。不真正连带债务，是指数债务人基于不同的发生原因，对于债权人负有以同一给付为标的的数个债务，其中一债务人为完全履行，他债务因目的达到而消灭。连带债务与不真正连带债务的区别，一般认为：①连带之债系基于同一发生原因如共同侵权；而不真正连带之债基于不同的发生原因，如第三人过失酿成火灾，致寄存人寄存的财产被烧毁，保管人基于保管合同，第三人基于侵权行为分别发生以同一给付为标的的违约之债和侵权之债。②连带之债内部为按份之债，超出应承担的债务份额而为清偿的债务人对其他债务人有追偿权；不真正连带之债各自基于独立的债务发生原因承担责任，不能相互追偿。但也有相反的观点认为，不真正连带之债的发生原因如果涉及侵权行为，应当有终局的责任承担人，因而发生单向的追偿权，即实际承担赔偿责任的不真正连带债务人可以向终局责任承担人行使追偿权。只有这样，才符合公平原则，才能保持当事人之间的利益均衡。本解释采纳了这一理论，认为经营者未尽安全保障义务承担补充责任的情形，直接侵权的第三人是终局责任人，经营者承担赔偿责任后，可以向直接侵权人追偿。

经营者承担补充赔偿责任的法理依据，在于经营者违反应当积极作为的安全保障义务，使本来可以避免或者减少的损害得以发生或者扩大，增加了损害发生的几率，因此经营者应当为受害人向直接侵权人求偿不能承担风险责任。让无辜的受害人得到救济，而让那些侵害他人或者无视他人安全的人承担责任

和风险,符合司法正义的理念。

3. 诉讼结构

未尽安全保障义务发生直接责任的情形,诉讼结构与一般侵权诉讼并无不同。但在发生补充赔偿责任的情形,由于经营者的责任具有顺位补充和实体补充的性质,故其诉讼结构与普通侵权诉讼有所不同,系属一种单向的必要共同诉讼。所谓单向的必要共同诉讼,是指赔偿权利人可以单独起诉直接侵权的第三人,但不能单独起诉负有安全保障义务的经营者的,除非直接侵权人不能确定,从而不能作为适格的被告被诉,方可依顺位补充起诉经营者。

4. 归责原则

本解释规定,经营者未尽安全保障义务造成损害结果的应当承担赔偿责任,即责任的承担以义务违反为要件。此种责任的性质是过错责任。但对经营者过错的认定,存在一定的困难。因为现代民法对过错的认定已存在客观化的趋势,即以违反注意义务作为判断有无过错的标准。因此,安全保障义务的范围,就成为判断经营者主观上是否存在过错的客观依据。但经营者的安全保障义务,系从社会活动一般安全注意义务发展而来,注意义务的内容,并非完全依据法定或者约定,当然导致对过错认定的困难。本解释对经营者安全保障义务的范围,只提供了一个价值指引,即应在合理限度范围内承担安全保障义务。合理限度本属抽象概念,需要在具体案件中进行价值补充。鉴于一般安全注意义务系由先危险行为的不作为责任发展而来,合理限度范围内的安全保障义务实质上是对与经营行为相关的危险源合理控制的义务。合理控制的判断标准,应当根据与经营者的经营性质和规模相适应的安全保障的必要性和可能性,结合案件具体事实予以认定。例如,避险成本过高,与经营性质和规模不相当,显非合理。又如技术上没有预见可能性与防止或者回避可能性,亦非合理。

(七) 关于雇主责任及相关问题

1. 雇主承担替代责任的归责原则,理论上存在争论。一种意见认为,雇主责任宜采《德国民法典》和我国台湾地区“民法”的模式,实行过错推定。雇主可以通过证明对雇员已尽选任、监督义务而免责。雇主举证免责后雇员没有经济能力承担责任的,可以根据公平原则,斟酌雇主的经济能力给受害人以适当补偿。另一意见认为,雇主替代责任采取严格责任,有利于我国劳动用工制度在整体上的整合,有利于保护受害人,也与审判实践中的实际做法一致,且符合国际发展趋势。本解释根据审判实践和社会各界意见,对雇主责任采取严格责任。其基本理由:第一,《最高人民法院关于适用〈民事诉讼法〉若干问题的意见》第四十五条规定,个体工商户、农村承包经营户、合伙组织雇佣的人员在进行雇佣合同规定的生产经营活动中造成他人损害的,其雇主是当事人。本解释从程序意义上为雇主责任采取严格责任提

供了依据，并为长期的审判实践所遵循。第二，根据现代民法中的报偿责任理论，享受利益者亦应承担赔偿责任。雇佣他人从事劳务活动，本质上是通过使用他人劳动扩大雇主的事业范围或者活动范围，雇主因此获得利益；同时，这种事业范围、活动范围的扩大也增加了其他人因此受到损害的风险。按照利益和风险一致、风险和责任一致的原则，雇主应当为使用他人劳动过程中对第三人造成人身损害承担赔偿责任。第三，从受害人的立场来看，如果雇员没有能力承担赔偿责任，雇主又以自己已经尽到对雇员的选任监督义务，主观上没有过错为理由主张免除其赔偿责任，对于无辜遭受人身损害的受害人是不公平的。雇主承担严格责任，不仅有利于对受害人给予及时和充分的救济，也有利于雇主加强对企业的管理，加强对雇员的教育，提高自身的风险防范意识。本解释在对雇主责任采取严格责任的同时，规定雇员因故意或者重大过失致人损害的，也要为自己的侵权行为负责，与雇主一起对受害人承担连带赔偿责任，进一步增加了对受害人赔偿请求权的保障。

2. 关于从事雇佣活动的判断标准

雇员从事雇佣活动中致人损害，雇主应承担替代责任，其基本理由是雇员的活动乃雇主“手臂的延长”。如何认定雇员的职务行为，审判实践中历来是一个难题。理论上有关说与客观说两种学说。主观说又分为以雇主意思为标准或以雇员意思为标准两种观点。以雇主意思为标准即授权范围说，雇员行为超出授权范围，擅自行为或者违反禁止性规定的行为，均非职务行为；授权范围说极易使雇主免责，对受害人不利，现代各国基本上不采此说。以雇员意思为标准，即凡雇员主观上是为了雇主利益的行为，均属职务行为，即使其选择的方式和手段不明智或者不必要，亦不影响职务行为的成立。但此说亦存在举证上的困难，对受害人仍属不利。客观说认为，只要在表见上是与履行职务有关的行为，即属职务行为。理论上的通说为客观说。本解释采取客观说，但以授权范围作为基本的判断标志。在授权范围内所为行为固然属于职务行为，即使超出授权范围，擅自行为或者违反禁止性规定，但行为本身表见为履行职务或者客观上与履行职务有内在联系，对受害人而言即属职务行为，雇主应承担替代责任。

3. 雇佣与承揽的区别

雇主责任为替代责任，且系严格责任，但定作人对承揽人致人损害，则仅在定作或者选任、指示有过失时承担赔偿责任。由此发生雇佣与承揽在实务上如何加以区别的问题。理论上前者是一方提供劳务，另一方支付报酬的合同；后者是约定一方为他方完成工作，他方在承揽方交付工作成果后支付报酬的合同。雇主对雇员存在身份上的支配和从属关系，而承揽关注的是工作成果，当事人双方没有身份上的约束。近年来，随着劳动用工制度的改革，社会生活中出现了劳动关系以外的用工关系，包括生产用工和生活服务用工。按《劳动

法》第二条的规定，www.docsriver.com 商家巨力法律书制作发布 劳动关系的建立有严格的用工主体要求，即用人单位应当是境内企业和个体经济组织。对于非法用工，如未经登记的家庭作坊用工，劳动行政部门不承认其为劳动关系，发生纠纷后往往难以处理。明确雇主责任，有利于处理这类纠纷。但审判实践中，存在一些边际案型，不易区分其是雇工还是承揽。本解释起草过程中，曾规定当事人双方就承揽与雇佣的性质发生争议时，人民法院可以综合分析下列因素，结合案件具体情况予以认定：(1) 当事人之间是否存在控制、支配和从属关系；(2) 是否由一方指定工作场所、提供劳动工具或设备、限定工作时间；(3) 是定期给付劳动报酬还是一次性结算劳动报酬；(4) 是继续性提供劳务，还是一次性提供劳动成果；(5) 当事人一方所提供的劳动是其独立的业务或者经营活动，还是构成合同相对方的业务或者经营活动的组成部分。上述标准之(1)理论上被称为控制标准，(2)(3)(4)被称为契约形态标准，(5)被称为组织标准。如当事人之间存在控制、支配和从属关系，由一方指定工作场所，提供劳动工具或设备，限定工作时间，定期给付劳动报酬，所提供的劳动是接受劳务一方生产经营活动的组成部分的，可以认定为雇佣；反之，则应当认定为承揽。以上意见可以参考。

(八) 关于工伤保险与民事损害赔偿的相互关系

工伤保险与民事损害赔偿的关系问题，在审判实践中长期存在争论。从性质上看，工伤保险属于社会保险范畴，与民事损害赔偿性质上存在根本差别。但是，由于工伤保险赔付是基于工伤事故的发生，与劳动安全事故或者劳动保护瑕疵等原因有关，因此，工伤事故在民法上被评价为民事侵权。这就产生了工伤保险赔付与民事损害赔偿的相互关系问题。

相对于民事损害赔偿而言，工伤保险具有特殊的优点：工伤保险实行用人单位无过错责任，并且不考虑劳动者是否有过错，只要发生工伤，工伤保险经办机构就应给予全额赔偿。民事侵权考虑受害人自身是否存在过失，实行过失相抵，即根据受害人过失程度相应减少赔偿数额。此外，工伤保险实行社会统筹，有利于受害人及时获得充分救济；企业参加工伤保险，分散了赔偿责任，有利于企业摆脱高额赔付造成的困境，避免因行业风险过大导致竞争不利；工伤保险还有利于劳资关系和谐，避免劳资冲突和纠纷。用人单位通过缴纳保险费的方式承担责任，对用人单位和劳动者双方都有利。

国务院制定的《工伤保险条例》，已于2004年1月1日起施行。根据政府有关部门的规定，在中国境内的企事业单位和个体工商户都要参加工伤保险统筹，为劳动者缴纳工伤保险费。违法不缴纳保险费的，发生工伤事故，要按照工伤保险条例的规定承担给付工伤职工相应保险待遇的责任。本解释根据《工伤保险条例》等相关法规的规定，并征求国务院法制办以及劳动和社会保障部的意见，对工伤保险与民事损害赔偿的关系按照混合模式予以规范。混合模式的实质，就是在用人单位责任范围内，以完全的工伤保险取代民事损害赔偿。

但如果劳动者遭受工伤，是由于第三人的侵权行为造成，第三人不能免除民事赔偿责任。例如，职工因工出差遭遇交通事故，工伤职工虽依法享受工伤保险待遇，但对交通事故负有责任的第三人仍应当承担民事赔偿责任。

(九) 关于损害赔偿金的计算

关于损害赔偿金的计算，涉及几个问题：

1. 关于财产损失的赔偿范围

财产损失的赔偿范围，从积极损害和消极损害两个方面进行界定。前者又称为所受损失，一般是指现有财产的减少或者支出；后者又称为所失利益，是指丧失本应该获得的利益，即逸失利益。本解释参考国外立法例并结合我国的审判实践，对人身损害赔偿的积极损失和消极损失具体界定为三个方面：

(1) 因治疗损伤支出的费用；如医疗费、护理费、交通费、营养费、后续治疗费、康复费、整容费。(2) 因增加生活上需要支出的费用；如配制残疾用具、长期护理依赖支出的费用。(3) 因误工导致的收入损失以及因全部或者部分丧失劳动能力导致收入丧失或减少，或者因死亡导致未来收入损失。第(1)(2)两项属于积极损失，第(3)项属于消极损失，或称逸失利益。无论积极损失或者消极损失，都是侵权导致的直接损失，赔偿义务人均应当予以赔偿。

2. 关于赔偿标准

赔偿标准，采取差额赔偿与定型化赔偿相结合的原则。差额赔偿就是以受害人发生损害前后费用增加或者财产减少的算术差额作为赔偿依据的赔偿原则。定型化赔偿则不考虑具体受害人个人财产损失的算术差额，而是从损害赔偿的社会妥当性和社会公正性出发，为损害确定固定标准的赔偿原则。传统损害赔偿理论采用差额赔偿，但由于其过分与个人的收入状况相联系，客观上导致损害赔偿的两极分化和贫富差距，在现代损害赔偿理论中受到批判。但是，差额说本身并未被彻底否定，因为在根本上差额说符合填平损害的损害赔偿价值理念。本解释有鉴于此，采取了折中的原则，即具体损失采取差额赔偿，抽象损失采取定型化赔偿。所谓具体损失，就是根据受害人的具体情况和特点等主观利益损失量化计算的损失，如医疗费、误工费、交通费、营养费；所谓抽象损失，就是因劳动能力丧失或受害人死亡等因素只能抽象评价的未来收入损失。本解释对残疾赔偿金和死亡赔偿金就是采取定型化赔偿，设置有固定的赔偿标准和期限；对医疗费、误工费等则采取差额赔偿，实际支出或者损失多少就赔多少，体现了折中的原则。

本解释起草过程中，就残疾赔偿和死亡赔偿究竟采取差额赔偿还是定型化赔偿曾经反复争论，多次修改。最终认为，抽象损失仍以采用定型化赔偿为宜。理由是：第一，与过去的有关立法、解释相衔接；第二，已被审判实践所肯定并被社会普遍接受；第三，有法理依据，前已论述；第四，具有社会妥当性。至于定型化赔偿的弊端，即可能与受害人的实际生存利益不一致（按平均寿命

计算同样会存在这一问题），本解释也采取了补救办法。例如，残疾赔偿 20 年期满受害人仍尚生存，且没有生活来源的，本解释规定赔偿权利人可以再行起诉，以资补救。

3. 关于损害赔偿的计算

损害赔偿的计算，遵循主观计算（具体计算）与客观计算（抽象计算）相结合的原则。对实际发生的费用或损失，原则上依主观计算；对增加生活上需要和逸失利益损失，原则上依客观计算，以体现既要保障受害人利益；又要适当兼顾社会公平的指导思想。例如，残疾赔偿金按受诉法院所在地标准计算，系客观计算；但受害人住所地或者经常居住地平均生活费高于受诉法院所在地时，经当事人举证可以依主观计算。

4. 关于残疾赔偿采劳动能力丧失说

残疾赔偿采劳动能力丧失说。劳动能力丧失说是根据残疾等级抽象评定劳动力丧失程度，并以此作为评价受害人逸失利益损失的学说。劳动能力丧失说与收入丧失说相对而言。依据收入丧失说（其法理依据为差额说或者利益说），只有实际取得收入的受害人才会有收入损失；也只有实际减少收入的人才存在收入损失。因此，未成年人、待业人员都不存在收入损失，因此不能获得赔偿。受害人虽然因伤致残，但实际收入没有减少的，也不应获得赔偿。这显然不合理。因此，实际上没有人主张绝对的收入丧失说，通常都是收入丧失说结合劳动能力丧失说作为评价残疾赔偿的理论依据。本解释则以劳动能力丧失说为原则，同时考虑收入丧失与否的实际情况，作为决定残疾赔偿的加权因素，以平衡当事人双方的利益。本解释第二十五条规定，残疾赔偿金根据丧失劳动能力的程度或者伤残等级，按照受诉法院所在地上一年度城镇居民人均可支配收入或者农村居民人均纯收入计算，就是以劳动能力丧失程度作为评价收入减少程度的标准和参数，这显然是采取劳动能力丧失说。但该条第二款又规定，受害人因伤致残但实际收入没有减少，或者伤残等级较轻但造成职业妨害严重影响其劳动就业的，可以对残疾赔偿金作出相应调整。这实际上又斟酌了收入丧失说的合理成分。

（1）关于计算标准。本解释接受国家统计局的建议，以城镇居民人均可支配收入和农村居民人均纯收入指标作为残疾赔偿金以及死亡赔偿金的计算标准，是基于如下考虑：

① 残疾赔偿金、死亡赔偿金均系对未来收入损失的赔偿，但未来的收入乃是一个抽象的不确定的概念。尤其是暂不具备劳动能力的未成年人，其未来的劳动能力和收入水平难以预测。因此，对此种抽象的未来收入损失，本解释采取客观方法计算，即按照平均收入水平计算。

② 现行统计指标体系中并无直接的平均收入指标，但平均收入指标可根据“人均可支配收入”乘以平均负担系数还原计算，即：平均收入＝城镇居民人

均可支配收入或者农村居民人均纯收入×(城镇居民或者农村居民)平均负担系数。

③我国现行立法在残疾赔偿金以外还规定须赔偿被扶养人生活费,因此,依据劳动能力丧失说对受害人收入损失的赔偿就在事实上被分解为两个部分,其结构如下:

残疾者收入损失=残疾赔偿金+被扶养人生活费

如果与现行立法相协调,残疾赔偿金就不能以平均收入为计算依据,否则残疾赔偿金加上被扶养人生活费,其结果就会大大超过就业人口的平均收入,而与劳动能力丧失说的理论相悖。本解释据此将平均收入进行分解,即分为城镇居民人均可支配收入(或者农村居民人均纯收入)和城镇居民人均消费性支出(或者农村居民人均年生活消费支出)两项指标,分别与残疾赔偿金和被扶养人生活费相对应。即:

平均收入=城镇居民人均可支配收入(或者农村居民人均纯收入)+城镇居民人均消费性支出(或者农村居民人均年生活消费支出)

试根据2001年北京市的有关统计指标作一简单计算:

城镇就业人口平均收入=城镇居民人均可支配收入(2001年北京市城镇居民人均可支配收入为11577.8元)×平均负担系数(1.86)=21534.708元

残疾者收入损失=残疾赔偿金(按人均可支配收入计算为11577.8元)+被扶养人生活费(按北京市2001年人均消费性支出计算为8922.7元)=20500.5元

上述计算结果表明,按人均可支配收入计算残疾赔偿金,同时按人均消费性支出计算被扶养人生活费,两项加起来与还原计算的城镇就业居民的平均收入相当。因此,本解释所确定的计算标准是合理的,适当的。

据劳动和社会保障部介绍,职工工资一般按照平均能够养活1.5个人的标准测算确定。同时根据国家统计局的咨询意见,我国目前就业人口的平均负担系数应为1.7至1.8,即一人的工资可以养活1.7至1.8个人。这一比例分配与前述人均可支配收入和平均生活费的比列相当;故本解释以人均可支配收入作为残疾赔偿金的计算参数,而以平均生活费作为被扶养人生活费的计算参数,既体现了对受害人收入损失的全部填补,也与我国目前的法律规定相协调。死亡赔偿金的计算标准,也与此完全一致。

(2)关于计算期限。根据本解释的规定,残疾赔偿金与死亡赔偿金的计算期限为20年。但60周岁以上的,年龄每增加一岁减少一年;75周岁以上的,按5年计算。确定按20年期限计算残疾赔偿金及死亡赔偿金的理由:

①与现行有关法律、法规的规定相一致。《国家赔偿法》《办法》对残疾者生活补助费规定的赔偿期限均为(或最高为)20年,本解释的规定既体现人身损害赔偿计算的历史连续性,也与现行有关法律、法规的规定相一致。

②按20年计算的残疾赔偿金须一次性给付。大陆法系国家的传统做法,是要按照霍夫曼计算方法或者莱布尼兹计算方法扣除一次性给付损害赔偿金的期前利息。但由于中国经济发展迅速,物价水平和工资水平在未来相当一段时间内还会持续上涨,因此,我国的一次性赔偿向来不考虑扣除期前利息。这样,与扣除期前利息的大陆法系国家和地区比较,按20年计算的一次性赔偿金与其他国家和地区按平均寿命计算的一次性损害赔偿金,事实上不会过于悬殊,甚至还互有短长。

③指向未来的一次性赔偿有许多不确定因素,计算期限过长难免会发生实际赔偿与生活实态不一致的情形,过分加重赔偿义务人的负担,并有可能使一次性高额赔偿转化为不当利益。为避免因期限过长导致不确定因素的发生几率相应增大,适当期间的赔偿年限就是必要的。20年期限多数情形下较按平均寿命计算的赔偿期限为短,且在过去的立法实践和审判实践中都已被社会所接受,故其无论是在心理上、社会效果上和当事人双方的利益均衡上都是一个较为恰当和适中的期限。

④由于本解释第三十二条赋予了赔偿权利人就赔偿周期届满后再次起诉的权利,按20年计算残疾赔偿金的不利因素基本上被消除。

(3)关于60岁以上赔偿期限递减的理由,《办法》规定残疾者生活补助费赔偿期限为20年。按平均寿命70岁计算,年满50岁的赔偿期限递减。本解释将递减的年龄起点提高到60岁,主要根据国家统计局的咨询意见。国家统计局的专家介绍,平均寿命在统计学上是一个动态概念而非静态概念。平均寿命70岁,是指0岁人口的平均预期寿命。而50、60岁乃至70岁尚生存的人口平均预期寿命当然就不一定是70岁。根据2000年第五次全国人口普查的资料计算,60、70、75岁人口的平均预期寿命分别为78.36、81.39和83.69岁。国家统计局的专家据此建议,将赔偿期限递减的起点调整为60岁,75周岁以上的按5年计算,以与统计结果相一致。本解释采纳了这一意见。

5.关于死亡赔偿采继承丧失说
自然人因遭受人身损害而死亡,其权利能力消灭,法律主体资格不复存在,因此,死者不能以权利主体资格主张死亡赔偿。此时的赔偿权利人,实际上是死者的近亲属即间接受害人。对间接受害人而言,其因直接受害人死亡所蒙受的财产损失可以有两种计算方法,其一是以被扶养人丧失生活来源作为计算依据的扶养丧失说,其二是以受害人死亡导致的家庭整体收入减少为计算依据的继承丧失说。依据扶养丧失说,受害人死亡后,其生前依法定扶养义务供给生活费的被扶养人因此失去了生活来源,赔偿义务人对此应予赔偿。但赔偿的范围,是被扶养人生活费,即只对间接受害人的具体的、直接的、积极的财产损失进行赔偿,除被扶养人生活费外,不承认有其他财产损失存在。对于因直接受害人死亡而导致家庭的整体收入减少,因其属于抽象的、间接的、消极

的财产损失，而未被纳入扶养丧失说的财产损害赔偿范围。按照《民法通则》第一百二十九条的规定，侵害他人身体造成死亡的，应当支付丧葬费、死者生前扶养的人必要的生活费等费用。解释上一直认为该项死亡赔偿采纳的是扶养丧失说。因此，《办法》第三十七条第（八）项在被扶养人生活费以外，又规定了死亡补偿费，在解释上就被理解为精神损害抚慰金。这一理解，事实上影响了后来的立法。我国《产品质量法》第四十四条、《消费者权益保护法》第四十二条，均采取在被扶养人生活费以外，同时给付死亡赔偿金的模式，其死亡赔偿金，解释上也认为是精神损害抚慰金。但这一模式，在审判实践中出现了重大问题。由于有关司法解释对附带民事诉讼和独立民事诉讼的法律适用作了限制性区分，规定刑事附带民事诉讼不受理精神损害赔偿，以致在犯罪引起的导致受害人死亡的人身损害赔偿案件中，受害人近亲属不能通过附带民事诉讼获得死亡赔偿金的赔偿。法释〔2002〕17号《最高人民法院关于人民法院是否受理刑事案件被害人提起精神损害赔偿民事诉讼问题的批复》进一步限制了受害人通过独立民事诉讼获得精神损害赔偿的途径，使死亡赔偿严重失衡。为了使死亡受害人的近亲属能够得到合理救济，在不改变刑事附带民事诉讼不受理精神损害赔偿的现行救济模式下，对死亡赔偿改采继承丧失说，能在一定程度上调整死亡赔偿的利益失衡，使死亡受害人的近亲属获得相对公正的司法救济。

按照继承丧失说，受害人死亡导致的财产损失，应当以家庭整体收入的减少为标准进行计算。其理由在于，受害人的个人收入并非全部用于个人消费，除其中个人消费部分（通常占全部收入的25%~30%）以外，其余的收入应当用于家庭共同消费或者家庭积累。受害人因人身损害死亡，家庭可以预期的其未来生存年限中的收入因此丧失，实际是家庭成员在财产上蒙受的消极损失。依据损害赔偿法原理，消极损失同样应当予以赔偿。人民法院涉外审判实务中，对人身损害赔偿就有采纳继承丧失说的规定。法发〔1992〕16号《最高人民法院关于审理涉外海上人身伤亡案件损害赔偿的具体规定》第四“死亡赔偿的范围和计算公式”第一项规定：“收入损失，是指根据死者生前的综合收入水平计算的收入损失。收入损失=（年收入-一年个人生活费）×死亡时起至退休的年数+退休收入×10%。死者年个人生活费占年收入的25%~30%。”该项收入损失的计算，就是采取的继承丧失说；该条第（三）项规定的安葬费，被明确界定为对死者遗属的精神损失所给予的补偿。即在收入损失的财产损失以外，另外赔偿精神损害抚慰金，对死亡受害人近亲属的财产利益损失和精神利益损害，给予全面救济。

本解释对死亡赔偿采纳继承丧失说，但与前述《最高人民法院关于审理涉外海上人身伤亡案件损害赔偿的具体规定》对收入损失的赔偿仍有所不同：第一，在概念上，与现行法律规定保持一致，将对收入损失的赔偿称为死亡赔偿

金,而对精神损害的赔偿就叫精神损害赔偿金,以期概念准确,用语规范。第二,赔偿标准,采定型化赔偿和客观计算。《最高人民法院关于审理涉外海上人身伤亡案件损害赔偿的具体规定》对收入损失的计算方法是差额赔偿和主观计算,即以死者生前的年收入为依据按余命年岁计算赔偿额。本解释则按照人均可支配收入的客观标准,并以20年固定赔偿年限为计算的时间,旨在既与过去的法律、法规相衔接,又不致因主观计算导致两极分化、贫富悬殊。但较之过去的赔偿标准,在赔偿参数上有了明显的提高,即以人均可支配收入取代过去的平均生活费;赔偿年限也比过去延长一倍,实际赔偿额则超过过去的一倍多。第三,对赔偿的内容进行分解,即仍保留过去的被扶养人生活费的赔偿,而分解出人均可支配收入作为死亡赔偿金予以赔偿,以与《民法通则》和现行有关立法相衔接。按照继承丧失说,对死亡受害人近亲属的逸失利益按收入损失计算,即按代表死者生前综合收入水平的年收入标准计算,被扶养人生活费在计算上被收入损失吸收。因此,收入损失之外不再重复赔偿被扶养人生活费。鉴于《民法通则》《消费者权益保护法》《产品质量法》中均有被扶养人生活费的赔偿项目;为使司法解释与立法保持一致,解释以分解的方法对继承丧失说的收入损失赔偿作了技术处理,即将收入损失分解为人均可支配收入及被扶养人生活费两个部分。人均可支配收入按职工人均工资除以平均负担系数计算,代表的是人均工资的2/3,因为平均负担系数一般是1.5(即工资标准一般按能够养活1.5个人测算),另外1/3则以被扶养人生活费的方式体现,按平均生活费指标计算。平均生活费是指城镇居民人均消费性支出或者农村居民人均纯收入。因此,分解的结果既体现了继承丧失说的赔偿理念和标准,又避免了与现行法律、法规相冲突。残疾赔偿中的残疾赔偿金与被扶养人生活费的赔偿理念和分解模式,也与此完全一致。

(十) 明确了损害赔偿计算的标准时

损害赔偿计算的标准时,是指依据有关赔偿参数计算损害赔偿金额的大小时,应当以哪一时间点为标准进行计算。例如残疾者生活补助费,其赔偿参数是上一年度人均可支配收入,该上一年度具体是指侵权行为发生时的上一年度抑或侵权结果发生时的上一年度,或者是指损害结果确定时的上一年度?审判实践中过去从未明确界定。理论上对侵权损害赔偿计算的标准时主要有两个时间点:其一是侵权行为时,具体也有区分为侵权行为发生时及侵权结果发生时的;其二是事实审言词辩论终结时。后一时间点靠近对受害人损失的实际填补,通常对受害人较为有利。但传统观点认为应当以侵权行为发生时作为损害赔偿计算的标准时。我国立法对损害赔偿计算的标准时没有统一的界定。《办法》第三十七条第(五)项规定残疾者生活补助费“从定残之月起,赔偿20年”,本质上并不是对损害赔偿标准时的规定,而是对赔偿年限起算时间的规定。本解释鉴于涉及损害赔偿计算标准时的主要是残疾赔偿和死亡赔偿,其对

赔偿权利人利益损失的填补主要是指向未来，因此确定以最接近实际填补时间的事实审言词辩论终结时作为损害赔偿计算的标准时。本解释第三十五条第三款中即据此明确界定，本解释所称上一年度，是指一审法院辩论终结时的上一统计年度。

(十一) 关于定期金赔偿

过去的审判实践，一般采取一次性赔付的方式赔偿受害人损失。但一次性支付赔偿金有诸多弊端：首先是过分加重侵权人一方的赔偿负担，甚至有可能导致侵权人支付不能或者企业破产，最终损害受害人一方的利益；其次是可能导致受害人不能对赔偿金进行合理的分配使用，使赔偿目的落空，或者被其他人（如未成年人的监护人）挪用、侵吞，获得不当利益等。本解释借鉴有关国家经验，对赔偿金的支付兼采一次性支付和定期支付两种形式，以一次性支付为原则，定期支付为补充。同时规定定期支付的，赔偿义务人应当提供担保，进一步完善了定期支付的保障制度，将会给今后的审判实践带来重大影响。

三、适用

本解释规定的赔偿标准及其计算方法对侵权人身损害赔偿具有普遍适用性。但一部分现行法律和行政法规中，对一些特殊侵权类型的损害赔偿作出了专门规定，如《民用航空法》《医疗事故处理条例》。这些法律、行政法规的规定具有优先适用的效力，本解释的规定对这类特殊侵权行为的损害赔偿不具有约束力。

(撰稿人：陈现杰)

www.docsriver.com 商家巨力电子书

最高人民法院
关于审理铁路运输人身损害赔偿
纠纷案件适用法律若干问题的解释

法释〔2010〕5号

(2010年1月4日最高人民法院审判委员会
第1482次会议通过,2010年3月3日最高人民
法院公告公布 自2010年3月16日起施行)

为正确审理铁路运输人身损害赔偿纠纷案件,依法维护各方当事人的合法权益,根据《中华人民共和国民事诉讼法》、《中华人民共和国民法通则》、《中华人民共和国铁路法》、《中华人民共和国民事诉讼法》等法律的规定,结合审判实践,就有关适用法律问题作如下解释:

第一条 人民法院审理铁路行车事故及其他铁路运营事故造成的铁路运输人身损害赔偿纠纷案件,适用本解释。

与铁路运输企业建立劳动合同关系或者形成劳动关系的铁路职工在执行职务中发生的人身损害,依照有关调整劳动关系的法律规定及其他相关法律规定处理。

第二条 铁路运输人身损害的受害人、依法由受害人承担扶养义务的被扶养人以及死亡受害人的近亲属为赔偿权利人,有权请求赔偿。

第三条 赔偿权利人要求对方当事人承担侵权责任的,由事故发生地、列车最先到达地或者被告住所地铁路运输法院管辖;赔偿权利人依照合同法要求承运人承担违约责任予以人身损害赔偿的,由运输始发地、目的地或者被告住所地铁路运输法院管辖。

第四条 铁路运输造成人身损害的,铁路运输企业应当承担赔偿责任;法律另有规定的,依照其规定。

第五条 铁路运输中发生人身损害,铁路运输企业举证证明有下列情形之一的,不承担赔偿责任:

(一) 不可抗力造成的;

(二) 受害人故意以卧轨、碰撞等方式造成的。

第六条 因受害人翻越、穿越、损毁、移动铁路线路两侧防护围墙、栅栏或者其他防护设施穿越铁路线路,偷乘货车,攀附行进中的列车,在未设置人

行通道的铁路桥梁、隧道内通行，攀爬高架铁路线路，以及其他未经许可进入铁路线路、车站、货场等铁路作业区域的过错行为，造成人身损害的，应当根据受害人的过错程度适当减轻铁路运输企业的赔偿责任，并按照以下情形分别处理：

(一) 铁路运输企业未充分履行安全防护、警示等义务，受害人有上述过错行为的，铁路运输企业应当在全部损失的百分之八十至百分之二十之间承担赔偿责任；

(二) 铁路运输企业已充分履行安全防护、警示等义务，受害人仍施以上述过错行为的，铁路运输企业应当在全部损失的百分之二十至百分之十之间承担赔偿责任。

第七条 受害人横向穿越未封闭的铁路线路时存在过错，造成人身损害的，按照前条规定处理。

受害人不听从值守人员劝阻或者无视禁行警示信号、标志强行通过铁路平交道口、人行过道，或者沿铁路线路纵向行走，或者在铁路线路上坐卧，造成人身损害，铁路运输企业举证证明已充分履行安全防护、警示等义务的，不承担赔偿责任。

第八条 铁路运输造成无民事行为能力人人身损害的，铁路运输企业应当承担赔偿责任；监护人有过错的，按照过错程度减轻铁路运输企业的赔偿责任，但铁路运输企业承担的赔偿责任应当不低于全部损失的百分之五十。

铁路运输造成限制民事行为能力人人身损害的，铁路运输企业应当承担赔偿责任；监护人及受害人自身有过错的，按照过错程度减轻铁路运输企业的赔偿责任，但铁路运输企业承担的赔偿责任应当不低于全部损失的百分之四十。

第九条 铁路机车车辆与机动车发生碰撞造成机动车驾驶人员以外的人身损害的，由铁路运输企业与机动车一方对受害人承担连带赔偿责任。铁路运输企业与机动车一方之间，按照各自的过错分担责任；双方均无过错的，按照公平原则分担责任。对受害人实际承担赔偿责任超出应当承担份额的一方，有权向另一方追偿。

铁路机车车辆与机动车发生碰撞造成机动车驾驶人员人身损害的，按照本解释第四条至第七条的规定处理。

第十条 在非铁路运输企业实行监护的铁路无人看守道口发生事故造成人身损害的，由铁路运输企业按照本解释的有关规定承担赔偿责任。道口管理单位有过错的，铁路运输企业对赔偿权利人承担赔偿责任后，有权向道口管理单位追偿。

第十一条 对于铁路桥梁、涵洞等设施负有管理、维护等职责的单位，因未尽职责使该铁路桥梁、涵洞等设施不能正常使用，导致行人、车辆穿越铁路线路造成人身损害的，铁路运输企业按照本解释有关规定承担赔偿责任后，有

权向该单位追偿。

第十二条 铁路旅客运送期间发生旅客人身损害，赔偿权利人要求铁路运输企业承担违约责任的，人民法院应当依照《中华人民共和国合同法》第二百九十条、第三百零一条、第三百零二条等规定，确定铁路运输企业是否承担责任及责任的大小；赔偿权利人要求铁路运输企业承担侵权赔偿责任的，人民法院应当依照有关侵权责任的法律规定，确定铁路运输企业是否承担赔偿责任及责任的大小。

第十三条 铁路旅客运送期间因第三人侵权造成旅客人身损害的，由实施侵权行为的第三人承担赔偿责任。铁路运输企业有过错的，应当在能够防止或者制止损害的范围内承担相应的补充赔偿责任。铁路运输企业承担赔偿责任后，有权向第三人追偿。

车外第三人投掷石块等击打列车造成车内旅客人身损害，赔偿权利人要求铁路运输企业先予赔偿的，人民法院应当予以支持。铁路运输企业赔付后，有权向第三人追偿。

第十四条 有权作出事故认定的组织依照《铁路交通事故应急救援和调查处理条例》等有关规定制作的事故认定书，经庭审质证，对于事故认定书所认定的事实，当事人没有相反证据和理由足以推翻的，人民法院应当作为认定事实的根据。

第十五条 在专用铁路及铁路专用线上因运输造成人身损害，依法应当由肇事工具或者设备的所有人、使用人或者管理人承担赔偿责任的，适用本解释。

第十六条 本院以前发布的司法解释与本解释不一致的，以本解释为准。本解释施行前已经终审，本解释施行后当事人申请再审或者按照审判监督程序决定再审的案件，不适用本解释。

【解 读】

解读《关于审理铁路运输人身损害赔偿纠纷案件适用法律若干问题的解释》

一、问题的提出

2010年1月4日，最高人民法院审判委员会第1482次会议通过了《关于审理铁路运输人身损害赔偿纠纷案件适用法律若干问题的解释》（以下简称本

解释),自2010年3月16日起施行。这些年来,各地法院在审理铁路运输人身损害赔偿纠纷案件中遇到了如何确定管辖法院、如何理解《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民法通则》)第一百二十三条和《中华人民共和国铁路法》(以下简称《铁路法》)第五十八条的关系等疑难、复杂的问题,在实践中也一直存在不同认识,并导致了法律适用不同、裁判尺度不一的情况。一些案件的案情基本相近,但裁判结果差异却比较大;这无疑损害了司法公信力。各地法院多次反映,希望最高人民法院能够出台司法解释,对困扰审判实践的这些疑难问题予以明确。同时,随着我国经济社会的高速发展,铁路建设也日新月异,铁路通车里程不断增加,列车运行速度不断提高;随着城市化的发展,城市范围不断扩大,铁路运营的环境也发生了很大的变化。这就使得人民法院在审理此类案件中又遇到了新情况、新问题,铁路行政主管部门也希望最高人民法院能作出明确的司法解释。

最高人民法院审判监督庭作为全国铁路运输法院的业务指导部门,经慎重研究申报了此件司法解释的立项,从2008年5月起,正式全面启动了本解释的起草调研工作。起草小组迅速草拟了本解释的初稿,于2008年6月交当时正在举办的全国铁路运输两级法院院长培训班讨论。随后,起草小组又几次组织召开主要由地方高级人民法院、铁路运输中级法院、部分铁路运输基层法院以及部分铁路局的同志参加的座谈会,了解铁路运输事故发生、处理等方面的总体情况。起草小组还多次走访全国人大法工委、国务院法制办和铁道部,了解有关立法背景、事故发生处理等情况,征求其意见。经多次研究、修改,起草小组完成了本解释的征求意见稿,印发各铁路运输中级法院及其驻地的高级人民法院征求意见,并邀请全国人大法工委、国务院法制办、铁道部的同志,以及部分高校和科研机构的专家学者,召开了专家论证会。在广泛、深入调研,吸收各方面意见的基础上,最高人民法院审判委员会讨论通过了本解释。

二、理解与适用

(一) 制定本解释的指导思想

在制定本解释的过程中,贯彻了以下两个指导思想:一是严格依照法律的有关规定。这一点也是最高人民法院制定司法解释中一贯坚持的。具体到本解释,就是严格依照《民法通则》《铁路法》《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)等法律的规定。本解释的基本内容,就是结合铁路运输人身损害赔偿纠纷案件的具体特点,将这些法律中的有关规定予以具体化,以便于审判实践中具体操作,以便于统一司法标准。这里需要特别说明的,是本解释与《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称《侵权责任法》)之间的关

系问题。在起草本解释的过程中，我们密切关注着《侵权责任法》的立法进展情况，并充分考虑了本解释与尚未出台的《侵权责任法》之间的协调一致的问题。目前，《侵权责任法》尚未施行，本解释虽然没有直接以其为依据，但本解释的内容是符合《侵权责任法》的精神的。《侵权责任法》施行后，也不会影响本解释的适用。在制定本解释的过程中，曾有一种意见认为，《侵权责任法》出台后，有关铁路运输的侵权纠纷也将完全适用该法，《铁路法》的有关规定等均将不再适用。其实这是一种误解。目前并没有修改《铁路法》的立法规划。即使在《侵权责任法》颁布施行后，作为特别法的《铁路法》也不可能短时间内修改，处理有关铁路运输中的人身损害赔偿纠纷案件，不可能不考虑《铁路法》的规定。正是基于这样的情况，我们直接以《民法通则》《铁路法》为依据，又考虑了即将施行的《侵权责任法》的相关规定，制定本解释。

制定本解释的另一个指导思想是依法维护各方当事人合法权益。铁路是我国交通运输大动脉，在整个国民经济和社会生活中都占有十分重要的地位，也是当前国家重点投资、加快发展的基础设施。从服务于党和国家工作大局出发，人民法院在司法审判实践中必须注意依法保护好铁路运输企业的合法权益。同时，以人为本、司法为民，是人民法院司法审判活动的根本要求，必须充分保护人民群众的合法权益，必须对铁路运输事故中的受害人予以及时妥当的救济。这就要求我们在保护铁路运输企业权益和事故受害人权益之间找到一个平衡点，其标准就是“依法”。要通过对各方当事人权益的依法保护，促进社会整体进步，保障社会和谐。

（二）关于本解释的适用范围问题

在过去相当长的时期内，对于铁路运输中发生的人身伤亡，基本上区分为三种：一是路外伤亡，指非正在岗位执行任务的铁路职工和未持有效乘车凭证的旅客的伤亡。二是旅客伤亡，旅客是指持有效乘车凭证乘车的人员以及按照国务院铁路主管部门有关规定免费乘车的儿童。经铁路运输企业同意，根据铁路货物运输合同，随车护送货物的人，视为旅客。三是工伤工亡，也就是铁路企业职工在履行职务过程中发生的伤亡。上述路外伤亡概念，内涵较为模糊，又带有依据身份不同而作出差别对待的色彩，且区分标准不一，一方面，以是否具有铁路企业职工身份为标准；另一方面，以是否属于持有有效乘车凭证的旅客为标准，容易引起歧义。所以，这个概念在铁路行业内部也已经不再使用了。在制定本解释的过程中，我们也没有采用路外伤亡的概念，而是规定“人民法院审理铁路行车事故及其他铁路运营事故造成的铁路运输人身损害赔偿纠纷案件，适用本解释。与铁路运输企业建立劳动合同关系或者形成劳动关系的铁路职工在执行职务中发生的人身损害，依照有关调整劳动关系的法律规定及其他相关法律规定处理。”将造成人身损害的原因确定为“铁路行车事故及其

他铁路运营事故”。一方面有《铁路法》第五十八条为根据，另一方面各铁路运输法院对这个提法也已经适应，基本上没有异议。根据上述规定，工伤工亡案件，不适用本解释，而应当依照有关调整劳动关系的法律规定及其他相关法律规定处理。

(三) 关于案件的管辖问题

如何确定铁路运输人身损害赔偿案件的管辖法院，是急需解决的突出问题之一。在以往的实践中，此类案件有一部分是由铁路运输法院受理的，还有一部分是由地方法院受理的。而地方法院和铁路运输法院对法律的理解有一定的差异，司法尺度也不尽一致，导致了案情相近的案件，其处理结果差异较大，损害了司法统一。虽然这次通过制定本解释，可以从实体规定上将人们的认识统一起来，但统一确定案件管辖法院，仍然是非常必要的。

导致以往实践中案件受理法院不一致的原因，是最高人民法院曾出台的规范文件有冲突。1990年6月16日，最高人民法院发布《关于铁路运输法院对经济纠纷案件管辖范围的规定》（法〔交〕发〔1990〕8号），其第十一条规定：“铁路行车、调车作业造成人身、财产损害，原告选择向铁路运输法院起诉的侵权纠纷案件”，属于铁路运输法院受理经济纠纷案件的范围。最高人民法院1992年发布的《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第三十条规定：“铁路运输合同纠纷及与铁路运输有关的侵权纠纷，由铁路运输法院管辖。”据此，此类案件均应由铁路运输法院专门管辖。及至1995年1月25日，最高人民法院又对河北省高级人民法院作出《关于铁路路外人身伤亡损害赔偿案件管辖问题的复函》（法函〔1995〕6号）称：“本院法〔交〕发〔1990〕8号《关于铁路运输法院对经济纠纷案件管辖范围的规定》中第十一条属于当事人选择管辖的规定。”有些地方法院据此复函认为当事人有选择管辖的权利，当事人选择向地方法院起诉的，地方法院可以受理。起草小组研究认为，在上述几个文件中，1992年的民事诉讼法司法解释效力最高，时间也晚于1990年的规定，1995年的复函似有不当。故此类案件应由铁路运输法院专门管辖。另外，通过多年司法实践经验的积累，铁路运输法院比地方法院更了解铁路运输的特殊性，这类案件由铁路运输法院专门管辖更为适当，也符合设立铁路运输法院系统的目的。基于上述考虑，本解释第三条根据《民事诉讼法》第三十条和第二十八条的规定，区分侵权纠纷或者是合同纠纷，分别明确了案件的地域管辖问题。即赔偿权利人要求对方当事人承担侵权责任的，由事故发生地、列车最先到达地或者被告住所地铁路运输法院管辖；赔偿权利人依照《合同法》要求承运人承担违约责任予以人身损害赔偿的，由运输始发地、目的地或者被告住所地铁路运输法院管辖。

在制定本解释的过程中，有一种意见认为，规定事故发生地、列车最先到达地、被告住所地，以及运输始发地、目的地的铁路运输法院都有管辖权。会

使当事人可选择的管辖法院过多,会导致案件向经济发达地区的铁路运输法院集中;所以应当规定案件仅由事故发生地的铁路运输法院管辖。起草小组研究认为,这种意见不符合《民事诉讼法》的规定,限制了当事人的诉讼权利,故未予采纳。

(四) 关于铁路运输人身损害的归责原则

如何认识《民法通则》第一百二十三条和《铁路法》第五十八条之间的关系,是困扰以往审判实践的一个突出问题。《民法通则》第一百二十三条规定:“从事高空、高压、易燃、易爆、剧毒、放射性、高速运输工具等对周围环境有高度危险的作业造成他人损害的,应当承担民事责任;如果能够证明损害是由受害人故意造成的,不承担民事责任。”而《铁路法》第五十八条的规定是:“因铁路行车事故及其他铁路运营事故造成人身伤亡的,铁路运输企业应当承担赔偿责任;如果人身伤亡是因不可抗力或者由于受害人自身的原因造成的,铁路运输企业不承担赔偿责任。违章通过平交道口或者人行过道,或者在铁路线路上行走、坐卧造成的人身伤亡,属于受害人自身的原因造成的人身伤亡。”两者均规定了铁路运输企业的无过错责任,但在免责条件上,《铁路法》规定的范围要宽一些。

从《侵权责任法》的立法过程看,高度危险责任属于无过错责任,这一点是没有疑问的。就铁路运输侵权问题而言,《侵权责任法》的规定与《民法通则》《铁路法》相比,在归责原则上没有实质变化,都是无过错责任。但《侵权责任法》规定的免除责任的条件要比《民法通则》宽;和《铁路法》也不完全相同,另外增加了减轻责任的规定。同时,《侵权责任法》第五条又规定:“其他法律对侵权责任另有特别规定的,依照其规定。”这意味着作为特殊法的《铁路法》应当优先适用。

综上,《民法通则》第一百二十三条前半句和《铁路法》第五十八条第一款前半句在实质上没有区别,都是规定了铁路运输企业的无过错责任。《侵权责任法》的规定,也是如此。因此,本解释第四条规定:“铁路运输造成人身损害的,铁路运输企业应当承担赔偿责任;法律另有规定的,依照其规定。”这就明确宣示了此类案件的基本的归责原则是无过错责任原则。

(五) 关于免除铁路运输企业赔偿责任的问题

如前面所述,《民法通则》第一百二十三条和《铁路法》第五十八条规定的免责条件是不同的,这是在以往的实践中形成意见分歧的根本原因。一种意见认为,铁路运输属于高危作业,应当贯彻无过错归责原则,应当以《民法通则》的规定作为铁路运输企业免责的条件;即仅有“受害人故意”的情形,才能免除铁路运输企业的侵权赔偿责任。另一种意见则强调应当严格适用《铁路法》第五十八条的规定,只要有该条中规定的受害人自身原因,则无需考虑其他任何条件,均应免除铁路运输企业的赔偿责任。起草小组研究认为,《铁路

www.docsriver.com商家巨力电子书

法》第五十八条体现了国家对铁路予以特别保护的目地，在司法中不能排除其适用。而《民法通则》作为民事基本法，亦当然应予适用。所以本解释综合纳入了《民法通则》第一百二十三条和《铁路法》第五十八条的规定，并在结合以往司法实践经验的基础上予以细化，以便于司法实践中具体操作。即本解释第五条规定：“铁路运输中发生人身损害，铁路运输企业举证证明有下列情形之一的，不承担赔偿责任：（一）不可抗力造成的；（二）受害人故意以卧轨、碰撞等方式造成的。”第七条第二款规定：“受害人不听从值守人员劝阻或者无视禁行警示信号、标志强行通过铁路平交道口、人行过道，或者沿铁路线路纵向行走，或者在铁路线路上坐卧；造成人身损害；铁路运输企业举证证明已充分履行安全防护、警示等义务的，不承担赔偿责任。”另需注意的是，在铁路运输企业主张免除其赔偿责任的情形，应当就免责事由承担举证责任。这一点在本解释中虽然没有特别规定，但从诉讼的基本原理来讲，是不言而喻的。

（六）关于减轻铁路运输企业赔偿责任的问题

在法学理论上，对于侵权人依法承担无过错责任时能否实行过失相抵，曾有不同见解，但目前一般认为可以实行过失相抵。《侵权责任法》的有关规定，也肯定了过失相抵。从相关的实践情况看，在铁路运输中发生的人身伤亡事故中，受害人本身基本上都存在着一定程度的“过错”，也就是铁路运输企业通常所说的“受害人不上线，火车就撞不到他”，这时让铁路运输企业承担全部赔偿责任，也有失公平。所以，本解释第六条规定：“因受害人翻越、穿越、损毁、移动铁路线路两侧防护围墙、栅栏或者其他防护设施穿越铁路线路，偷乘货车，攀附行进中的列车，在未设置人行通道的铁路桥梁、隧道内通行，攀爬高架铁路线路，以及其他未经许可进入铁路线路、车站、货场等铁路作业区域的过错行为，造成人身损害的，应当根据受害人的过错程度适当减轻铁路运输企业的赔偿责任，并按照以下情形分别处理：（一）铁路运输企业未充分履行安全防护、警示等义务，受害人有上述过错行为的，铁路运输企业应当在全额损失的百分之八十至百分之二十之间承担赔偿责任；（二）铁路运输企业已充分履行安全防护、警示等义务，受害人仍施以上述过错行为的，铁路运输企业应当在全额损失的百分之二十至百分之十之间承担赔偿责任。”第七条第一款规定：“受害人横向穿越未封闭的铁路线路时存在过错，造成人身损害的，按照前条规定处理。”上述规定，体现了受害人应当因其过错而承担相应损失的过失相抵原则，有利于教育和引导铁路沿线群众增强安全意识，遵章守纪。

减轻铁路运输企业赔偿责任的前提，是受害人存在过错，故本解释参照《铁路法》第五十条、《铁路运输安全保护条例》第五十九条等规定内容，列明了受害人的部分过错行为的具体表现，同时，以“其他未经许可进入铁路线路、车站、货场等铁路作业区域”作为兜底，并点明“过错行为”。在受害人有过错的前提下，根据铁路运输企业是否已充分履行安全防护、警示等义务的

不同情形，分别处理。为了便于司法实践中操作，本解释还具体规定了铁路运输企业承担赔偿责任的比例。但铁路运输企业究竟要承担多大的赔偿责任，还必须根据案件的具体事实，综合考虑铁路运输企业履行安全防护、警示等义务的情况以及受害人自身过错情况等，作出妥当的判定。尤其是在判定受害人自身的过错程度时，更应全面考虑事故发生的时间、地点、环境等各方面的因素。比如，新建的铁路穿过农田，将受害人承包的土地一分为二，而该处距离正式设置的道口很远，受害人为了耕作等生产活动方便而穿越铁路线路的，就不宜将其过错程度认定得过高。再比如，铁路线路两侧的防护网破损后长期无人修补，许多人每天都在此通行，在事实上形成了过道，在此处发生事故的，就应当更多地考虑铁路企业未尽安全防护、警示义务的因素，而不宜将受害人的过错程度认定得过高。应当注意的是，本解释第六条中规定的80%~20%之间、20%~10%之间两个比例范围，只是为了审判实践中统一裁判标准和便于具体操作而作出的指导性规定，应当根据案件具体情况在这两个比例的限度内作出妥当的判定。总之，司法审判应当在妥当地处理具体案件的同时，起到积极的引导作用。一方面，引导铁路运输企业注意履行好安全防护、警示等义务，为群众提供合理、方便的通行设施；另一方面，引导群众遵章守纪，珍视自身的生命安全。

(七) 关于对不完全民事行为能力人的特殊保护问题

从以往的司法实践看，事故受害人是完全民事行为能力人，尤其是未成年人的案件处理难度相对要大得多。一方面是此类案件损害后果非常严重。如果受害人已经死亡，那么对于其父母而言往往是中年丧子，且很可能是失去了唯一的子女；如果受害人幸运地保住了生命，也往往留下了很重的残疾，其一辈子的生活、学习、工作等各个方面都有一个“怎么办”的问题。且不说事故的原因或者各方是否有过错，单单面对这样一个不幸的后果，就不能不让人感到深切的同情。但在另一方面，未成年人认识和避免危险、控制自身行为的能力又比较低，铁路运输企业即使设置了完备的警示标志、信号，也可能对未成年人不起任何作用，可以说是防不胜防。并且，在这类案件中通常也的确存在监护人未尽监护责任的问题。本解释第八条主要从以人为本、民生为重、构建和谐社会的角度考虑，认为应当倾向于保护未成年受害人，铁路运输企业应当承担更多的社会责任。所以首先规定铁路运输企业应当承担赔偿责任，同时规定监护人及受害人有过错的，应按照其过错程度适当减轻铁路运输企业的赔偿责任。但无论何种情形，铁路运输企业承担的赔偿责任都应当不低于全部损失的50%或者40%。也就是说，即使铁路运输企业已充分履行了安全防护、警示等义务，也要承担不低于50%或者40%的赔偿责任。

(八) 关于事故原因中掺杂有其他因素的问题

在铁路运输中发生事故造成人身伤亡，有时并不仅仅是铁路运输企业或者

www.docsriver.com商家巨力电子书

受害人方面的原因，还掺杂有其他方面的因素，最突出的就是铁路机车车辆与机动车相撞造成人身伤亡的情形。本解释第九条从受害人的角度考虑，区分两种情形作出了不同的规定。第一种情形是铁路机车车辆与机动车发生碰撞造成机动车驾驶人员以外的人人身损害的，由铁路运输企业与机动车一方对受害人承担连带赔偿责任。铁路运输企业与机动车一方之间，按照各自的过错分担责任。双方均无过错的，按照公平原则分担责任。对受害人实际承担赔偿责任超出其应当承担份额的一方，有权向另一方追偿。也就是说，铁路运输企业与机动车一方在对受害人的外部关系上，是连带赔偿关系，承担的是无过错责任。无论铁路运输企业与机动车一方有无过错，均应连带地对受害人承担赔偿责任；在铁路运输企业与机动车一方内部责任划分问题上，是按份承担责任的关系。一般而言，在铁路机车车辆与机动车发生碰撞的情形，基本上都存在着双方或单方过错，双方均无过错的情形几乎没有。所以，双方应按照各自的过错分担责任。如果是双方均无过错的特殊情形，则应当按照公平原则分担责任。这样既可以充分保护受害人的权利，也可以公平地确定铁路运输企业与机动车一方的各自的责任。第二种情形是碰撞造成机动车驾驶员人身损害的，对于该驾驶员要与普通行人同样对待。

在导致人身伤亡的事故原因中，常见的因素中还有一个就是铁路道口的管理方面的问题。铁路与其他道路平面相交形成的道口有两大类，一类是有人看守道口，由铁路运输企业按照一定的技术规范设立信号机、栏杆等安全设施，并派铁路职工专门看守。在有人看守道口发生事故，责任通常较为清楚。另一类是无人看守道口。在无人看守道口上，原本只是设置标志和护桩等安全设施，而没有任何人进行看护。随着社会的发展，一些无人看守道口的行人、车辆通行量越来越大，发生的事故也增多了。当地政府有关部门为了减少和防止事故发生，就安排人员进行看护。1995年8月31日，当时的国家经济贸易委员会、铁道部、交通部、公安部、农业部、建设部、劳动部联合下发《铁路无人看守道口监护管理规定》，其中规定：“在铁路无人看守道口处，设专人对通过道口的车辆和行为实施监督和防护，以保障道口安全畅通。”但对于发生事故后如何处理，仅规定：“铁路无人看守道口实行监护后，其性质仍为无人看守道口。发生道口事故，铁路部门应当按照国家有关事故调查处理的规定办理。”并未涉及责任的具体承担问题。本解释第十条从实际出发，规定这时应由铁路运输企业承担赔偿责任，道口管理单位有过错的，铁路运输企业承担赔偿责任后有权向道口管理单位追偿。规定由铁路运输企业承担赔偿责任，可以充分地保护和救济受害人，明确铁路运输企业的追偿权，则可以促使道口管理单位更加切实地履行职责。

另外，有些铁路桥梁、涵洞等设施管理、维护不善，不能正常使用，是导致行人、车辆穿越铁路线路造成人身损害的一个重要原因。本解释第十一条规

定,在这种情形,铁路运输企业承担赔偿责任后,也有权向对铁路桥梁、涵洞等设施负有管理、维护等职责的单位追偿。

(九) 关于旅客人身损害的问题

根据本解释第十二条的规定,铁路旅客运送期间,旅客受到人身损害的,赔偿权利人有权选择要求铁路运输企业承担违约责任或者侵权责任的权利。赔偿权利人要求铁路运输企业承担违约责任的,是合同纠纷,人民法院应当依照《合同法》的有关规定处理;赔偿权利人要求铁路运输企业承担侵权责任的,是侵权赔偿纠纷,人民法院应当依照有关侵权责任的法律规定处理。这种情形,在法学理论上称为请求权竞合,当事人选择某一请求权并实际行使后,另一请求权自然消灭,不得同时或先后提起两个不同的诉讼。

根据本解释第十三条的规定,铁路旅客运送期间因第三人侵权造成旅客人身损害的,应当由实施侵权行为的第三人承担赔偿责任。铁路运输企业不是直接的侵权行为人,其不应承担完全的赔偿责任。但铁路运输企业基于其合同上的安全运送义务,或者经营场所的一般安全保护义务,在其有过错的情形,则应当在能够防止或者制止损害的范围内承担相应的补充赔偿责任。铁路运输企业承担赔偿责任后,有权向实施侵权行为的第三人追偿。但在车外第三人投掷石块等击打列车造成车内旅客人身损害的情形比较特殊,这时候加害人通常很难找到,为了保护、救济受害人,本解释作出了特别规定,即赔偿权利人要求铁路运输企业先予赔偿的,人民法院应当予以支持,铁路运输企业赔付后,有权向第三人追偿。

(十) 在制定本解释的过程中涉及的其他问题

在制定本解释的调研过程中,有一种意见认为,应当在本解释中明确规定赔偿限额的问题。这个问题也是在实践中困扰各地铁路运输法院的一个比较突出的问题。1994年的《铁路旅客运输损害赔偿规定》第五条规定:“铁路运输企业依照本规定应当承担赔偿责任的,对每名旅客人身伤亡的赔偿责任限额为人民币40000元,自带行李损失的赔偿责任限额为人民币800元。”这里没有区分造成旅客伤亡的原因,无论是因铁路交通事故造成的伤亡还是其他原因造成的伤亡,均有赔偿限额,且限额均为40000元。上述规定,在实践中一直执行到2007年。2007年的《铁路交通事故应急救援和调查处理条例》废止了前面的《铁路旅客运输损害赔偿规定》,仅在三十三条中规定:“事故造成铁路旅客人身伤亡和自带行李损失的,铁路运输企业对每名铁路旅客人身伤亡的赔偿责任限额为人民币15万元,对每名铁路旅客自带行李损失的赔偿责任限额为人民币2000元。”也就是说,就目前的规范而言,对于因铁路交通事故造成的旅客伤亡是有赔偿限额规定的,而对于其他原因造成的旅客伤亡则变得没有明确的赔偿限额规定了。铁路运输企业方面提出,其他原因造成的旅客伤亡也应当设置赔偿限额,所有的旅客伤亡都应同样对待,而不应区分伤亡的原因。

在这种情况下,一些铁路运输法院提出,希望本解释能够明确规定,对其他原因造成的旅客伤亡能否比照铁路交通事故造成的旅客伤亡实行限额赔偿。起草小组研究认为,在民事损害赔偿中规定赔偿的限额,是法律的权限,而不能由司法解释作出规定。对于法律没有规定赔偿限额的情形,司法审判中不能比照其他规定作出限额赔偿的判决。所以在本解释中没有明确规定限额的问题。另需注意的是,《侵权责任法》第七十七条已经规定:“承担高度危险责任,法律规定赔偿限额的,依照其规定。”如果将来在立法上对上述情形作出了赔偿限额的规定,则司法审判中当然应严格执行。

(撰稿人:官鸣、张代恩)

【链接】

正确审理铁路运输人身损害赔偿案件

促进社会进步 保障社会和谐

——最高人民法院审判监督庭负责人就《关于
审理铁路运输人身损害赔偿纠纷案件适用
法律若干问题的解释》答记者问

2010年1月4日,最高人民法院审判委员会第1482次会议通过了《最高人民法院关于审理铁路运输人身损害赔偿纠纷案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》),本报记者就《解释》的起草背景、指导思想和主要内容等,采访了最高人民法院审判监督庭负责人。

一、问:《解释》的出台背景如何?

答:这些年来,各地法院在审理铁路运输人身损害赔偿纠纷案件中遇到了如何确定管辖法院、如何理解铁路法第五十八条等疑难问题,在实践中也一直存在不同认识,并导致了法律适用不同、裁判尺度不一的情况。各地法院多次反映,希望最高人民法院尽快出台司法解释。同时,随着我国经济社会的高速发展,铁路建设也日新月异,铁路通车里程不断增加,随着城市化的发展,城市范围不断扩大,铁路运营的环境也发生了很大的变化。这就使得人民法院在审理此类案件又遇到了新情况、新问题。最高人民法院审判监督庭作为全国铁路运输法院的业务指导部门,经过深入调研、广泛征求意见,起草了本《解释》,经本院审判委员会审议通过,现予公布施行。

问：制定《解释》的指导思想是什么？

答：一是严格依照法律的有关规定。我们制定《解释》，依据的是民法通则、铁路法、民事诉讼法等法律规定，《解释》的基本内容，就是结合铁路运输人身损害赔偿纠纷案件的具体特点，将这些法律中的有关规定予以具体化，以便于审判实践中具体操作，以便于统一司法标准。另外，在起草《解释》的过程中，我们同时密切关注了侵权责任法的立法进展情况。现在侵权责任法已经公布而尚未施行，《解释》的有关内容注意了与侵权责任法协调、一致，是符合该法的。二是依法维护各方当事人合法权益。铁路是我国交通运输大动脉，在整个国民经济和社会生活中都占有十分重要的地位，也是当前国家重点投资、加快发展的基础设施。从服务于党和国家工作大局出发，人民法院在司法审判实践中必须注意依法保护好铁路运输企业的合法权益。同时，以人为本、司法为民，是人民法院司法审判活动的根本要求，必须充分保护人民群众的合法权益，必须对铁路运输事故中的受害人予以及时妥当的救济。这就要求我们在保护铁路运输企业权益和事故受害人权益之间找到一个平衡点，其标准就是“依法”。要通过对各方当事人权益的依法保护，促进社会整体进步，保障社会和谐。

三、问：《解释》的适用范围如何？

答：因铁路行车事故及其他铁路运营事故造成的人身损害赔偿纠纷案件，包括行人、机动车与铁路机车车辆发生碰撞等造成的人身损害和旅客人身损害案件，都适用本《解释》。但是，与铁路运输企业建立劳动合同关系或者形成劳动关系的铁路职工在执行职务中发生的人身损害，也就是所谓的工伤亡案件，不适用本《解释》，而应当依照有关调整劳动关系的法律规定及其他相关法律规定处理。

四、问：此类案件，如何确定管辖法院？

答：应当根据赔偿权利人起诉的案由的不同来确定管辖法院。赔偿权利人要求对方当事人承担侵权责任的，由事故发生地、列车最先到达地或者被告住所地铁路运输法院管辖；赔偿权利人要求承运人承担违约责任的，由运输始发地、目的地或者被告住所地铁路运输法院管辖。最高人民法院1992年发布的《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第三十条规定：“铁路运输合同纠纷及与铁路运输有关的侵权纠纷，由铁路运输法院管辖。”《解释》重申了此类案件由铁路运输法院专门管辖的原则。

以往在社会上有一种观点，认为铁路运输法院是铁路系统内部设立的法院，质疑其能否公正审理此类案件。其实，铁路运输法院每年都审理了相当数

www.docsriver.com 商家巨力电子书

量的各类案件，整体上看是客观公正的，只是由于其管理体制上的原因容易受到质疑，损害了司法公信力。据了解，中央有关部门已把铁路运输法院体制改革确定为司法改革的一项重要内容。目前，这项改革正在积极稳妥地推进过程中，其方向是将铁路运输法院作为专门法院予以整体保留，纳入国家司法管理体系，同时其在人财物等各方面均与铁路运输企业脱钩。改革完成后，应该可以消除人们由于体制原因而对铁路运输法院所抱有的疑虑。同时我们还要看到，铁路运输法院作为人民法院中的一个重要组成部分，其司法审判活动要受到上级人民法院的监督，当事人对于铁路运输法院作出的裁判不服的，可以根据法律的规定，向各有关高级人民法院提出上诉或者提出再审申请，这也可以确保当事人获得保护和救济。另外，铁路运输活动有相当的专业性。铁路运输法院比地方法院更了解铁路运输的特殊性，这类案件由铁路运输法院专门管辖更为适当，所以《解释》规定了铁路运输法院的专门管辖。

五、问：人民法院审理此类案件的基本原则是什么？

答：首先必须明确的是，铁路运输造成人身损害的，铁路运输企业应当承担赔偿责任；除非法律另有规定。如何认识民法通则第一百二十三条和铁路法第五十八条之间的关系，是以往困扰审判实践的一个突出问题。这两个条文，以及侵权责任法第七十三条，均明确规定了铁路运输企业的赔偿责任，但在铁路运输企业不承担责任和减轻责任的条件下则有所不同。制定本《解释》的目的之一，就是对这些规定作出妥当解释，以便于统一认识，统一司法审判尺度。本《解释》结合实践中铁路运输人身伤亡事故处理的实际情况，以及以往的审判实践经验，按照依法公平保护各方当事人合法权益的要求，在第五条至第七条中具体规定了铁路运输企业适当减轻赔偿责任或不承担赔偿责任的不同情形。这些规定的基本内涵是，除了在损害是因不可抗力或者受害人故意以卧轨、碰撞等方式造成的情形，铁路运输企业不承担赔偿责任之外，即使铁路运输企业已充分履行了安全防护、警示等义务，也只有在受害人不服从值守人员劝阻或者无视禁行警示信号、标志硬行通过铁路平交道口、人行过道，或者沿铁路线路纵向行走，或者在铁路线路上坐卧而造成人身损害等有限情形，才能免除铁路运输企业的赔偿责任。而在更多的情形，只能是适当减轻铁路运输企业的赔偿责任。至于减轻到什么程度，则应当根据案件的具体事实，综合考虑铁路运输企业履行安全防护、警示等义务的情况以及受害人自身过错情况等，作出妥当的判定。尤其是在判定受害人自身的过错程度时，更应全面考虑事故发生的时间、地点、环境等各方面的因素。比如，新建的铁路穿过农田，将受害人承包的土地一分为二，而该处距离正式设置的道口很远，受害人为了耕作等生产活动方便而穿越铁路线路的，就不宜将其过错程度认定得较高。再比如，铁路线路两侧的防护网破损后长期无人修补，许多人每天都在此通行，在

事实上形成了过道,在此处发生事故的,就应当更多地考虑铁路企业未尽安全防护、警示义务的因素,而不宜将受害人的过错程度认定得太高。应当注意的是,《解释》第六条中规定了百分之八十至百分之二十之间、百分之二十至百分之十之间两个比例范围,这只是为了审判实践中统一裁判标准和便于具体操作而作出的指导性规定。应当根据案件具体情况在这两个比例的限度内作出妥当的判定。总之,司法审判应当在妥当地处理具体案件的同时,起到积极的引导作用。一方面是引导铁路运输企业注意履行好安全防护、警示等义务,为群众提供合理、方便的通行设施;另一方面引导群众遵章守纪,珍视自身的生命安全。

六、问:在实践中,事故受害人为未成年人的情形比较多,《解释》对此有什么考虑?

答:从以往的司法实践看,事故受害人为不完全民事行为能力人的案件,尤其是受害人为未成年人的案件,处理难度相对要大得多。一方面是此类案件损害后果非常严重。如果受害人已经死亡,那么对于其父母而言往往是中年丧子,且很可能是失去了唯一的子女;如果受害人幸运地保住了生命,也往往留下了很重的残疾,其一辈子的生活、学习、工作等各个方面都有一个“怎么办”的问题。且不说事故的原因或者各方是否有过错,单单面对这样一个不幸的后果,就不能不让人感到深切的同情。但在另一方面,未成年人认识和避免危险、控制自身行为的能力又比较低,铁路运输企业即使设置了完备的警示标志、信号,也可能对未成年人不起任何作用,可以说是防不胜防。并且,在这类案件中通常也的确存在监护人未尽监护责任的问题。本《解释》主要从以人为本、民生为重、构建和谐社会的角度考虑,认为应当倾向于保护未成年受害人,铁路运输企业应当承担更多的社会责任。所以首先规定铁路运输企业应当承担赔偿责任,同时规定监护人及受害人有过错的,应按照其过错程度适当减轻铁路运输企业的赔偿责任。但无论何种情形,铁路运输企业承担的赔偿责任都应当不低于全部损失的百分之五十或者百分之四十。也就是说,即使铁路运输企业已充分履行了安全防护、警示等义务,也要承担不低于百分之五十或者百分之四十的赔偿责任。

七、问:在铁路运输中发生事故造成人身伤亡,有时并不仅仅是铁路运输企业或者受害人方面的原因,还掺杂有其他方面的因素,这种情形应如何处理?

答:从司法实践来看,铁路机车车辆与机动车相撞造成人身伤亡的情况比较突出,也就是在损害原因方面掺杂进了机动车的因素。本《解释》从受害人的角度考虑,区分两种情形作出了不同的规定。第一种情形是铁路机车车辆与

www.docsriver.com 商家巨力电子书

机动车发生碰撞造成机动车驾驶员以外的人身损害的，由铁路运输企业与机动车一方对受害人承担连带赔偿责任。铁路运输企业与机动车一方之间，按照各自的过错分担责任；双方均无过错的，按照公平原则分担责任。对受害人实际承担赔偿责任超出其应当承担份额的一方，有权向另一方追偿。也就是说，铁路运输企业与机动车一方在对受害人的外部关系上，是连带赔偿关系，承担的是无过错责任。无论铁路运输企业与机动车一方有无过错，均应连带地对受害人承担赔偿责任；在铁路运输企业与机动车一方内部责任划分问题上，是按份承担责任的关系。一般而言，在铁路机车车辆与机动车发生碰撞的情形，基本上都存在着双方或单方过错，双方均无过错的情形几乎没有。所以，双方应按照各自的过错分担责任。如果是双方均无过错的特殊情形，则应当按照公平原则分担责任。这样既可以充分保护受害人的权利，也可以公平地确定铁路运输企业与机动车一方的各自的责任。第二种情形是碰撞造成机动车驾驶员人身损害的，对于该驾驶员要按照普通行人同样对待。

在导致人身伤亡的事故原因中，常见的因素中还有一个就是铁路道口的管理方面的问题。铁路与其他道路平面相交形成的道口有两大类，一类是有人看守道口，由铁路运输企业按照一定的技术规范设立信号机、栏杆等安全设施，并派铁路职工专门看守。在有人看守道口发生事故，责任通常较为清楚。另一类是无人看守道口。在无人看守道口上，原本只是设置标志和护桩等安全设施，而没有任何人进行看护。随着社会发展，一些无人看守道口的行人、车辆通行量越来越大，发生的事故也增多了。当地政府有关部门为了减少和防止事故发生，就安排人员进行看护。1995年8月31日，当时的国家经济贸易委员会、铁道部、交通部、公安部、农业部、建设部、劳动部联合下发《铁路无人看守道口监护管理规定》，其中规定：“在铁路无人看守道口处，设专人对通过道口的车辆和行为实施监督和防护，以保障道口安全畅通。”但对于发生事故后如何处理，仅规定：“铁路无人看守道口实行监护后，其性质仍为无人看守道口。发生道口事故，铁路部门应当按照国家有关事故调查处理的规定办理。”并未涉及责任的具体承担问题。本《解释》从实际出发，规定这时应由铁路运输企业承担赔偿责任，道口管理单位有过错的，铁路运输企业承担赔偿责任后有权向道口管理单位追偿。规定由铁路运输企业承担赔偿责任，可以充分地保护和救济受害人，明确铁路运输企业的追偿权，则可以促使道口管理单位更加切实地履行职责。

另外，有些铁路桥梁、涵洞等设施管理、维护不善，不能正常使用，是导致行人、车辆穿越铁路线路造成人身损害的一个重要原因。在这种情形，铁路运输企业承担赔偿责任后，也有权向对铁路桥梁、涵洞等设施负有管理、维护等职责的单位追偿。

八、问：在铁路旅客运送期间发生旅客人身损害的，如何处理？

答：根据《解释》的规定，在铁路旅客运送期间发生旅客人身损害的，赔偿权利人有权选择要求铁路运输企业承担违约责任或者侵权责任的权利。赔偿权利人要求铁路运输企业承担违约责任的，是合同纠纷，人民法院应当依照合同法的有关规定处理；赔偿权利人要求铁路运输企业承担侵权责任的，是侵权赔偿纠纷，人民法院应当依照有关侵权责任的法律规定处理。铁路旅客运送期间因第三人侵权造成旅客人身损害的，由实施侵权行为的第三人承担赔偿责任。铁路运输企业有过错的，应当在能够防止或者制止损害的范围内承担相应的补充赔偿责任。铁路运输企业承担赔偿责任后，有权向第三人追偿。车外第三人投掷石块等击打列车造成车内旅客人身损害，赔偿权利人要求铁路运输企业先予赔偿的，人民法院应当予以支持。铁路运输企业赔付后，有权向第三人追偿。

最高人民法院
关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释

法释〔2012〕19号

(2012年9月17日最高人民法院审判委员会第1556次会议通过 2012年11月27日最高人民法院公告公布 自2012年12月21日起施行)

为正确审理道路交通事故损害赔偿案件，根据《中华人民共和国侵权责任法》《中华人民共和国合同法》《中华人民共和国道路交通安全法》《中华人民共和国保险法》《中华人民共和国民事诉讼法》等法律的规定，结合审判实践，制定本解释。

一、关于主体责任的认定

第一条 机动车发生交通事故造成损害，机动车所有人或者管理人有下列情形之一，人民法院应当认定其对损害的发生有过错，并适用侵权责任法第四十九条的规定确定其相应的赔偿责任：

- (一) 知道或者应当知道机动车存在缺陷，且该缺陷是交通事故发生原因之一的；
- (二) 知道或者应当知道驾驶人无驾驶资格或者未取得相应驾驶资格的；
- (三) 知道或者应当知道驾驶人因饮酒、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依法不能驾驶机动车的；
- (四) 其他应当认定机动车所有人或者管理人有过错的。

第二条 未经允许驾驶他人机动车发生交通事故造成损害，当事人依照侵权责任法第四十九条的规定请求由机动车驾驶人承担赔偿责任的，人民法院应予支持。机动车所有人或者管理人有过错的，承担相应的赔偿责任，但具有侵权责任法第五十二条规定情形的除外。

第三条 以挂靠形式从事道路运输经营活动的机动车发生交通事故造成损害，属于该机动车一方责任，当事人请求由挂靠人和被挂靠人承担连带责任的，人民法院应予支持。

第四条 被多次转让但未办理转移登记的机动车发生交通事故造成损害，属于该机动车一方责任，当事人请求由最后一次转让并交付的受让人承担赔偿责任

责任的, 人民法院应予支持。

第五条 套牌机动车发生交通事故造成损害, 属于该机动车一方责任, 当事人请求由套牌机动车的所有人或者管理人承担赔偿责任的, 人民法院应予支持; 被套牌机动车所有人或者管理人同意套牌的, 应当与套牌机动车的所有人或者管理人承担连带责任。

第六条 拼装车、已达到报废标准的机动车或者依法禁止行驶的其他机动车被多次转让, 并发生交通事故造成损害, 当事人请求由所有的转让人和受让人承担连带责任的, 人民法院应予支持。

第七条 接受机动车驾驶培训的人员, 在培训活动中驾驶机动车发生交通事故造成损害, 属于该机动车一方责任, 当事人请求驾驶培训单位承担赔偿责任的, 人民法院应予支持。

第八条 机动车试乘过程中发生交通事故造成试乘人损害, 当事人请求提供试乘服务者承担赔偿责任的, 人民法院应予支持。试乘人有过错的, 应当减轻提供试乘服务者的赔偿责任。

第九条 因道路管理维护缺陷导致机动车发生交通事故造成损害, 当事人请求道路管理者承担相应赔偿责任的, 人民法院应予支持, 但道路管理者能够证明已按照法律、法规、规章、国家标准、行业标准或者地方标准尽到安全防护、警示等管理维护义务的除外。

依法不得进入高速公路的车辆、行人, 进入高速公路发生交通事故造成自身损害, 当事人请求高速公路管理者承担赔偿责任的, 适用侵权责任法第七十六条的规定。

第十条 因在道路上堆放、倾倒、遗撒物品等妨碍通行的行为, 导致交通事故造成损害, 当事人请求行为人承担赔偿责任的, 人民法院应予支持。道路管理者不能证明已按照法律、法规、规章、国家标准、行业标准或者地方标准尽到清理、防护、警示等义务的, 应当承担相应的赔偿责任。

第十一条 未按照法律、法规、规章或者国家标准、行业标准、地方标准的强制性规定设计、施工, 致使道路存在缺陷并造成交通事故, 当事人请求建设单位与施工单位承担相应赔偿责任的, 人民法院应予支持。

第十二条 机动车存在产品缺陷导致交通事故造成损害, 当事人请求生产者或者销售者依照侵权责任法第五章的规定承担赔偿责任的, 人民法院应予支持。

第十三条 多辆机动车发生交通事故造成第三人损害, 当事人请求多个侵权人承担赔偿责任的, 人民法院应当区分不同情况, 依照侵权责任法第十条、第十一条或者第十二条的规定, 确定侵权人承担连带责任或者按份责任。

二、关于赔偿范围的认定

第十四条 道路交通安全法第七十六条规定的“人身伤亡”，是指机动车发生交通事故侵害被侵权人的生命权、健康权等人身权益所造成的损害，包括侵权责任法第十六条和第二十二条规定的各项损害。

道路交通安全法第七十六条规定的“财产损失”，是指因机动车发生交通事故侵害被侵权人的财产权益所造成的损失。

第十五条 因道路交通事故造成下列财产损失，当事人请求侵权人赔偿的，人民法院应予支持：

- (一) 维修被损坏车辆所支出的费用、车辆所载物品的损失、车辆施救费用；
- (二) 因车辆灭失或者无法修复，为购买交通事故发生时与被损坏车辆价值相当的车辆重置费用；
- (三) 依法从事货物运输、旅客运输等经营性活动的车辆，因无法从事相应经营活动所产生的合理停运损失；
- (四) 非经营性车辆因无法继续使用，所产生的通常替代性交通工具的合理费用。

三、关于责任承担的认定

第十六条 同时投保机动车第三者责任强制保险（以下简称“交强险”）和第三者责任商业保险（以下简称“商业三者险”）的机动车发生交通事故造成损害，当事人同时起诉侵权人和保险公司的，人民法院应当按照下列规则确定赔偿责任：

- (一) 先由承保交强险的保险公司在责任限额范围内予以赔偿；
- (二) 不足部分，由承保商业三者险的保险公司根据保险合同予以赔偿；
- (三) 仍有不足的，依照道路交通安全法和侵权责任法的相关规定由侵权人予以赔偿。

被侵权人或者其近亲属请求承保交强险的保险公司优先赔偿精神损害的，人民法院应予支持。

第十七条 投保人允许的驾驶人驾驶机动车致使投保人遭受损害，当事人请求承保交强险的保险公司在责任限额范围内予以赔偿的，人民法院应予支持，但投保人为本车上人员的除外。

第十八条 有下列情形之一导致第三人人身损害，当事人请求保险公司在交强险责任限额范围内予以赔偿，人民法院应予支持：

- (一) 驾驶人未取得驾驶资格或者未取得相应驾驶资格的；
- (二) 醉酒、服用国家管制的精神药品或者麻醉药品后驾驶机动车发生交

通事故的;

(三) 驾驶人故意制造交通事故的。

保险公司在赔偿范围内向侵权人主张追偿权的, 人民法院应予支持。追偿权的诉讼时效期间自保险公司实际赔偿之日起计算。

第十九条 未依法投保交强险的机动车发生交通事故造成损害, 当事人请求投保义务人在交强险责任限额范围内予以赔偿的, 人民法院应予支持。

投保义务人和侵权人不是同一人, 当事人请求投保义务人和侵权人在交强险责任限额范围内承担连带责任的, 人民法院应予支持。

第二十条 具有从事交强险业务资格的保险公司违法拒绝承保、拖延承保或者违法解除交强险合同, 投保义务人在向第三人承担赔偿责任后, 请求该保险公司在交强险责任限额范围内承担相应赔偿责任的, 人民法院应予支持。

第二十一条 多辆机动车发生交通事故造成第三人损害, 损失超出各机动车交强险责任限额之和的, 由各保险公司在各自责任限额范围内承担赔偿责任; 损失未超出各机动车交强险责任限额之和, 当事人请求由各保险公司按照其责任限额与责任限额之和的比例承担赔偿责任的, 人民法院应予支持。

依法分别投保交强险的牵引车和挂车连接使用时发生交通事故造成第三人损害, 当事人请求由各保险公司在各自的责任限额范围内平均赔偿的, 人民法院应予支持。

多辆机动车发生交通事故造成第三人损害, 其中部分机动车未投保交强险, 当事人请求先由已承保交强险的保险公司在责任限额范围内予以赔偿的, 人民法院应予支持。保险公司就超出其应承担的部分向未投保交强险的投保义务人或者侵权人行使追偿权的, 人民法院应予支持。

第二十二条 同一交通事故的多个被侵权人同时起诉的, 人民法院应当按照各被侵权人的损失比例确定交强险的赔偿数额。

第二十三条 机动车所有权在交强险合同有效期内发生变动, 保险公司在交通事故发生后, 以该机动车未办理交强险合同变更手续为由主张免除赔偿责任的, 人民法院不予支持。

机动车在交强险合同有效期内发生改装、使用性质改变等导致危险程度增加的情形, 发生交通事故后, 当事人请求保险公司在责任限额范围内予以赔偿的, 人民法院应予支持。

前款情形下, 保险公司另行起诉请求投保义务人按照重新核定后的保险费标准补足当期保险费的, 人民法院应予支持。

第二十四条 当事人主张交强险人身伤亡保险金请求权转让或者设定担保的行为无效的, 人民法院应予支持。

四、关于诉讼程序的规定

第二十五条 人民法院审理道路交通事故损害赔偿案件，应当将承保交强险的保险公司列为共同被告。但该保险公司已经在交强险责任限额范围内予以赔偿且当事人无异议的除外。

人民法院审理道路交通事故损害赔偿案件，当事人请求将承保商业三者险的保险公司列为共同被告的，人民法院应予准许。

第二十六条 被侵权人因道路交通事故死亡，无近亲属或者近亲属不明，未经法律授权的机关或者有关组织向人民法院起诉主张死亡赔偿金的，人民法院不予受理。

侵权人以已向未经法律授权的机关或者有关组织支付死亡赔偿金为理由，请求保险公司在交强险责任限额范围内予以赔偿的，人民法院不予支持。

被侵权人因道路交通事故死亡，无近亲属或者近亲属不明，支付被侵权人医疗费、丧葬费等合理费用的单位或者个人，请求保险公司在交强险责任限额范围内予以赔偿的，人民法院应予支持。

第二十七条 公安机关交通管理部门制作的交通事故认定书，人民法院应依法审查并确认其相应的证明力，但有相反证据推翻的除外。

五、关于适用范围的规定

第二十八条 机动车在道路以外的地方通行时引发的损害赔偿案件，可以参照适用本解释的规定。

第二十九条 本解释施行后尚未终审的案件，适用本解释；本解释施行前已经终审，当事人申请再审或者按照审判监督程序决定再审的案件，不适用本解释。

【解 读】

解读《关于审理道路交通事故损害赔偿 案件适用法律若干问题的解释》

为妥善审理道路交通事故损害赔偿案件，及时化解矛盾，保护道路交通事故的各方参与人尤其是受害人的合法权益，增强侵权责任法的可操作性，统一裁判尺度，最高人民法院审判委员会于2012年9月17日第1556次会议通过了《关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（以下简

称《解释》），并于2012年12月21日起实施。《解释》分五个部分，共二十九条，主要对道路交通事故的主体责任、损害赔偿的范围、各个主体的责任承担以及诉讼程序等问题作出解释。现就《解释》所涉及的主要问题作出说明。

一、关于主体责任的认定问题

（一）道路交通事故引发的侵权责任的归责原则问题

多数观点认为，2004年道路交通安全法第七十六条所规定的归责原则为二元化体系，即机动车与非机动车驾驶人、行人之间因交通事故引发的侵权责任，机动车一方适用无过错责任，机动车与机动车之间因交通事故引发的侵权责任，则适用过错责任。该法2007年修订后，关于该条所确立的机动车一方与非机动车驾驶人、行人发生交通事故的归责原则问题，存在着无过错责任说、10%的无过错责任加过错责任说、过错推定责任加10%的公平责任说、过错推定责任加10%的无过错责任说等几种观点。

我们认为，在该法第七十六条的规定之下，采取何种理论路径，案件审理并不会产生实质不同。主要理由在于：首先，适用第七十六条第一款第（二）项的规定，在责任构成上，要求损害、机动车运行与损害后果之间有因果关系。如果认为该规定采过错推定责任，则机动车一方的过错是责任的构成要件之一，但由机动车一方承担自己不能证明自己没有过错的证明责任，原告不承担过错的证明责任。如果认为该规定是无过错责任，则过错不是责任成立的要件，原告自然也不承担该证明责任。其次，“非机动车驾驶人、行人没有过错的”这一规定的内容，既非过错推定责任的构成要件，也非无过错责任的构成要件，在证明责任上，既无需原告证明，也无需被告机动车一方证明。因此，“非机动车驾驶人、行人没有过错的”这一表述，仅对赔偿范围有意义，对于责任的成立则无意义。再次，虽然采过错推定责任，在理论上被告可通过证明自己无过错而免责，但在审判实践中，机动车一方很难推翻对其过错的推定。无论采取过错推定责任还是无过错责任，在审判实践中的差别趋近于无。最后，无论是过错推定责任还是无过错责任，在责任的范围上都应当考虑受害人的过错，受害人的过错具有减轻侵权人赔偿责任的功能。这一点，民法通则第一百三十一条、《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第二条、侵权责任法第二十六条都已作出明确规定。虽然民法理论通说认为，在无过错责任中，过失相抵原则要求受害人的过错程度限于重大过失以上，而在过错推定责任中，受害人对损害的发生具有一般过失即可减轻加害人的责任。但是，在审判实践中，基于机动车一方在无过错情形下仍然承担10%的赔偿责任这一规定所蕴含的价值判断和利益衡量、基于第七十六条中

www.docsriver.com商家巨力电子书

“适当减轻”的表述以及交通事故责任认定书的证明力^①等因素,采无过错责任或过错推定责任的不同理论路径,对于案件审理的证明责任和实体结果也无大的影响。

基于上述理由,《解释》并未对道路交通安全法第七十六条第一款第(二)项的归责原则问题作出进一步解释。在判断机动车一方相应主体的责任时,《解释》第三条、第四条、第五条、第七条强调“属于机动车一方责任的”,意在说明,应当根据道路交通安全法第七十六条第一款第(一)(二)项的规定分别适用不同的归责原则,在确定属于机动车一方的责任及责任范围之后,再根据各条规定由相应的主体承担赔偿责任。

(二) 道路交通事故损害赔偿的责任主体问题

1. “有过错的一方”“机动车一方”的具体认定

关于道路交通安全法第七十六条所规定的“有过错的一方”“机动车一方”的具体认定问题,侵权责任法实施之前,民法理论对此问题的主要研究进路是,首先,根据道路交通安全法第七十六条的规定,机动车与非机动车驾驶人、行人发生交通事故,应当首先确定谁是无过错责任的主体,谁是过错责任的主体。^②其次,基于无过错责任的正当化基础即危险开启理论、危险控制理论和报偿理论等理论,机动车保有人应当承担无过错责任,机动车驾驶人应当承担过错责任。最后,在具体判断机动车保有人的标准上,应当依据“运行利益”和“运行控制”为标准。保有人为无过错责任的主体,而实际驾驶人为过错责任主体。最高人民法院的相关司法解释和指导意见也确立了以“运行利益”和“运行控制”为认定责任主体的标准。

侵权责任法吸收了上述理论解说及司法实践,以第四十九条、第五十条分别就机动车所有人与使用人分离、转让未转移登记等情形下的责任主体作出规定。^③从这些规定来看,首先,道路交通事故引发的侵权责任的主体,与道路交通事故损害赔偿责任的归责原则并无直接联系。原因在于,对于道路交通安全法第七十六条,“有过错的一方”“机动车一方”是指机动车的所有人、管理人或驾驶人,需要进一步明确。在道路交通安全法第七十六条已经明确规定两类交通事故归责原则的前提下,具体责任主体的确定问题就无必要与归责原则联系起来。侵权责任法第四十九条、第五十条所确立的责任主体认定标准,不仅适用于“有过错的一方”的认定,而且适用于“机动车一方”的认

^① 参见《解释》第二十七条。

^② “危险责任”“无过错责任”和“严格责任”的用语,在我国民法理论上经常在同一含义上使用,本文统一用无过错责任表述。

^③ 王胜明主编:《中华人民共和国侵权责任法解读》,中国法制出版社2010年版,第253、258页。

定,不仅适用于无过错责任、过错推定责任之中,也同样适用于过错责任。^①其次,在此意义上,依据大陆法系国家立法及其理论中的无过错责任——机动车保有人——“运行利益”与“运行支配”这一理论路径解释我国侵权责任法关于机动车交通事故责任主体的认定标准就不够顺畅。而从行为责任和物件责任的角度分析,将道路交通安全法第七十六条的“有过错的一方”“机动车一方”确定为行为责任主体,从而根据交通事故的不同类型适用不同的归责原则,将其他主体确定为物件责任主体适用过错责任的分析路径就更具说服力。进一步,在机动车的所有与使用发生分离的情形下,原则上由行为人根据道路交通安全法第七十六条的规定承担责任,所有人承担过错责任。^②最后,依据此解释路径,在机动车的所有与使用发生二次或多次分离的情形下,作为行为责任的主体即为驾驶人,作为物件责任的主体即为所有人或者管理人。^③

基于上述理由,《解释》根据侵权责任法第四十九条、第五十条以及道路交通安全法第七十六条的规定,对机动车所有与使用分离情形下的责任主体进一步明确。第一,针对机动车的所有与使用可能发生多次分离的情形,将第四十九条规定的所有人的过错责任扩展至管理人。^④由此,过错责任适用于对机动车负有管理义务、对机动车的运行负有注意义务的人,而不仅限于物权法意义上的所有人。第二,明确所有人或管理人过错的认定标准:所有人或管理人的过错主要表现为对机动车安全、技术性能的疏于维护、对使用人驾驶资质和驾驶能力的疏于注意等情形,符合现代侵权责任过失认定的客观化趋势。^⑤第三,明确擅自驾驶他人机动车情形下适用侵权责任法第四十九条的规定,但盗窃、抢劫情形的除外。

适用时应重点注意:首先,擅自驾驶他人机动车如果是发生在特定关系的当事人(朋友、亲戚、同事等)之间,则驾驶人的驾驶行为虽未经所有人的明示同意,但并不违背所有人可得知或可推知的意思。此种情形与侵权责任法第四十九条所调整的类型具有相似性。当然,此种情形下认定所有人的过错标准

应当与擅自驾驶他人机动车情形下认定所有人的过错标准有所区别。擅自驾驶他人机动车情形下,所有人对机动车的运行支配力较弱,对机动车的运行利益也较小,因此,在认定所有人的过错时,应当采取较为严格的标准。

^① 有学者就认为,理论上从大陆法系国家的机动车保有人制度讨论责任主体的路径存在问题。首先,在道路交通安全法第七十六条的规定之下,会出现矛盾。因为保有人制度在我国只能适用于机动车与非机动车之间的交通事故类型,而不能适用于整个道路交通事故领域。其次,根据“运行利益”和“运行支配”标准判断保有人存在着较大的任意性,需要进一步按照类型构筑判断基准。参见谢薇、韩文:《对〈侵权责任法〉上机动车交通事故责任主体的解读——以与道路交通安全法第76条责任主体的对接为中心》,载《法学评论》2010年第6期。

^② 谢薇、韩文:《对侵权责任法上机动车交通事故责任主体的解读——以与〈道路交通安全法〉第76条责任主体的对接为中心》,载《法学评论》2010年第6期。

^③ 同上注。

^④ 参见《解释》第一、二、五条。此部分讨论暂不考虑驾驶人与所有人存在雇佣关系的情形。

^⑤ 王泽鉴:《侵权行为》,北京大学出版社2009年版,第241~243页。

www.docriver.com商家巨力电子书

与经所有人明示同意驾驶其机动车情形下的过错认定标准存在不同。^①其次,如果行为人违背所有人或管理人的意思擅自驾驶机动车但又不构成盗窃、抢劫的场合,所有人或管理人的过错认定标准要与经所有人管理人同意驾驶的情形有所区别,所有人或管理人的过错主要体现在是否尽到合理的、必要的管理义务等方面。第四,侵权责任法第五十条所规定的“由受让人承担责任”未涵盖受让人与驾驶人合法分离的情形,此时应当分别适用侵权责任法第四十九条、《解释》第二条和侵权责任法第五十条的规定,由驾驶人依据道路交通安全法第七十六条的规定承担行为责任,再由受让人(所有人/管理人)承担过错责任。基于此,《解释》第四条规定,机动车多次转让均未办理移转登记时,由最后一次的受让人承担赔偿责任。具体适用方法应当区分两种情形,在受让人同时也是驾驶人的情形下,由受让人承担赔偿责任(行为责任);在受让人与驾驶人分离的情形下,由驾驶人依据第七十六条承担责任,受让人则承担过错责任(物件责任)。

2. 几种违法情形下的责任主体与责任形态

以侵权责任法中的连带责任的适用范围和规范目的为依据,《解释》对以下情形的责任主体和责任形态作出了明确规定。

(1)《解释》第三条规定,以挂靠形式从事道路运输经营活动的机动车发生交通事故引发的侵权责任,由挂靠人和被挂靠人承担连带责任。主要理由在于:首先,挂靠行为违反了现行的道路运输管理法规,违背了行政许可、规避了国家有关行业准入制度。其次,以挂靠行为从事运输经营,被挂靠人有经营之名无经营之实从而疏于安全管理、增加了道路交通事故的风险。再次,被挂靠人是道路运输经营许可证的主体,由被挂靠人承担责任符合民法上的外观主义原则和信赖原则。再次,被挂靠人通过挂靠形式允许他人使用经营许可证,允许挂靠人以其名义将机动车投入允许,某种意义上,是危险的开启者,同时也从此种危险活动中获取了包括但不限于经济方面的利益。最后,由被挂靠人承担连带责任有利于受害人的保护,减少违法行为,保障公众安全,维护正常的运输经营秩序,实现公法与私法的协调统一。^②

(2)针对现实中的套牌车现象,从被套牌机动车所有人或管理人同意他人套牌行为的违法性以及由此所导致的交通事故发生可能性和危害程度的增加、

^① 例如,在借用、租赁情形下,所有人知道或者应当知道机动车存在缺陷仍出借导致交通事故发生的,应当认定所有人有过错;但在擅自驾驶他人机动车情形下,由于驾驶人未经所有人同意,基于机动车缺陷所产生的所有人的过错在此种情形下即难以成立(当然,所有人可能因其他原因存在过错,例如未成年人擅自驾驶、所有人保管不善等情形下的过错)。

^② 对于挂靠情形下的赔偿责任问题,《解释》与之前的司法实践的观点有所不同。如最高人民法院[2001]民一他字第23号复函认为,在挂靠情形下,由于被挂靠单位从挂靠车辆的运营中取得了利益,应承担适当的民事责任。

受害人的保护等角度考虑,《解释》第五条规定,被套牌机动车所有人或者管理人同意他人套牌的,应当与套牌机动车的所有人或者管理人承担连带责任。

(3) 依据侵权责任法第五十一条的规定,针对买卖拼装车、报废车等严重违法行为,《解释》第六条规定由所有的出卖人和买受人承担无过错且无免责事由的连带责任。^①

3. 多因一果情形下的责任主体的确定

道路的管理维护缺陷、建造设计缺陷以及机动车的产品缺陷导致的交通事故是其中的重要类型。《解释》第九条、第十条、第十一条和第十二条对相关的主体责任予以明确。

(1) 道路管理维护缺陷导致交通事故的责任主体

关于道路管理维护缺陷导致交通事故的赔偿责任的性质,《解释》未采纳属于国家赔偿责任的观点,主要理由是:首先,我国国家赔偿法并未将道路等公有公共设施的管理维护缺陷造成的损害赔偿责任纳入到国家赔偿的范围之列;^②其次,从实质上看,在侵权责任成立的前提下,国家赔偿与民事赔偿并不存在实质性的不同;最后,将道路管理维护缺陷造成的损害赔偿责任纳入到民事赔偿中符合市场经济的要求和道路管理的发展趋势。基于上述理由,《解释》第九条、第十条对道路管理维护缺陷导致的交通事故损害赔偿责任作出明确规定。具有如下特点:一是以侵权责任法第八十五条、第八十九条为依据,将道路管理者的责任确定为过错推定责任,适用物件损害责任的归责原则;二是适用范围以公共道路及其附属设施为限;三是应当结合我国道路管理的现状,以相应的法律、法规等为依据确定道路管理者的具体主体;四是结合我国的道路管理现状,以法律、法规、规章、国家标准、行业标准或者地方标准作为认定道路管理者注意义务的标准,从而避免过度扩大道路管理者的责任范围;五是根据管理维护缺陷与交通事故损害后果之间的因果关系,确定由道路管理者承担责任的份额。

(2) 道路设计建造缺陷导致交通事故的责任主体

与道路管理维护缺陷致害责任类似,根据现行法的规定,道路设计建造缺陷致害责任在性质上仍为民事赔偿责任。侵权责任法第八十六条的实质是建筑物、构筑物的建造设计缺陷导致倒塌致人损害的赔偿规则。同理,道路作为构筑物应适用同一规则。《解释》第十一条适用时应重点注意:一是道路设计缺陷导致交通事故的赔偿责任适用无过错责任,与侵权责任法第八十六条保持一

^① 全国人大常委会法制工作委员会民法室编:《中华人民共和国侵权责任法条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2010年版,第216页。

^② 全国人大常委会法制工作委员会民法室编:《〈中华人民共和国国家赔偿法〉释义》,法律出版社2010年版,第92页。

www.docsriver.com商家巨力电子书

致；二是根据道路设计建造缺陷与交通事故损害后果之间原因力，确定由建设单位和施工单位承担相应的赔偿责任；三是在确定道路设计建造缺陷时，考虑到我国还存在大量的等级外公路以及我国道路事业的发展需要，将是否符合法律、法规、规章或国家标准、行业标准、地方标准的强制性规定作为认定设计建造缺陷的标准。

(3) 机动车产品缺陷导致交通事故的责任主体

在规范目的和责任构成上，由于机动车的产品缺陷所导致的交通事故损害赔偿，与一般的产品责任并无不同。因此，《解释》第十二条将因机动车产品缺陷引发的交通事故损害赔偿，引向侵权责任法第五章的规定。

二、关于损害赔偿的范围问题

围绕着道路交通安全法第七十六条规定的“人身伤亡”和“财产损失”的划分标准、精神损害属于何种类型以及其在交强险中的赔偿次序、财产损失的范围等问题，《解释》第十四条、第十五条作出了进一步的解释，主要内容如下。

(一) 明确“人身伤亡”和“财产损失”的内涵

依据民法理论，道路交通安全法 and 《机动车交通事故责任强制保险条例》(以下简称《交强险条例》)^①所规定的“人身伤亡”和“财产损失”的分类是根据道路交通事故所侵害的客体为标准的。《解释》第十四条加以明确，有利于下列问题的处理。一是关于人身伤亡和财产损失的范围问题，实践中有观点认为，这里的“财产损失”是与精神损害相对应的损失类型，应当包括因人身伤亡产生的各项经济损失。^②显然，此种观点及实践未能正确把握道路交通安全法 and 《交强险条例》关于交通事故损害的分类标准。按照《解释》第十四条的规定，《交强险条例》第二十二条第二款所规定的交强险保险公司对于几种情形下的财产损失不予赔偿，仅指交通事故造成机动车等财产权益不予赔偿，而不包括医疗费用、死亡或残疾赔偿金等。二是关于交强险是否赔偿精神损害的问题也迎刃而解，既然人身伤亡的损失包括精神损害赔偿，交强险应当赔偿精神损害也顺理成章。

(二) 明确财产损失的赔偿范围

应当看到，虽然损害赔偿的范围在多数情形下可以通过因果关系、过错等技术性制度加以规范，但在更多情形下，例如纯粹经济损失的界定及其范围、

^① 《交强险条例》于2012年12月17日根据《国务院关于修改〈机动车交通事故责任强制保险条例〉的决定》进行了第二次修改。——编者注

^② 参见《安徽省高级人民法院关于如何理解和适用〈机动车交通事故责任强制保险条例〉第二十二条的请示》和《最高人民法院关于对安徽省高级人民法院如何理解和适用〈机动车交通事故责任强制保险条例〉第二十二条的请示的复函》(〔2009〕民立他字第42号)；该复函即持上述观点。

物之使用中断损失的界定及其范围等等问题,需要依据一国的现实情况,基于一定的价值立场和利益衡量作出类型化的安排。^①《解释》根据我国道路交通过的现实情况,适当限制侵害财产权益的赔偿范围,以第十五条列举了四种典型的财产损失。

适用《解释》第十五条的规定,需要重点注意以下问题。一是机动车的维修费用或重置费用、施救费用和车辆所载物品的损失,当然具有可赔偿性。二是依法从事经营性活动的车辆的停运损失、非经营性车辆的使用中断的损失,在具体的赔偿范围上,应当从合理性和必要性上加以判断,同时辅之以损益相抵规则、可预见性规则、减轻损失规则等侵权法上的其他制度作出认定。^②三是机动车贬值损失问题,不乏承认其具可赔偿性的外国立法或实践,^③在我国的现实条件下并不可取。原因在于,贬值损失的可赔偿性要兼顾一国的道路交通状况,在事故率比较高的背景下,一般性地承认贬值损失的可赔偿性会使道路交通参与人的负担过重。另外,从司法实践看,贬值损失的确定具有较大的任意性,可能会导致案件审理结果实质上的不公平。因此,对贬值损失的可赔偿性,原则上持否定态度。四是鉴于交强险费率厘定的原则,停运损失和使用中断的损失不属于交强险的赔偿范围。

三、关于责任承担问题

由于保险制度的介入,道路交通事故损害赔偿责任的承担呈现出一定的复杂性。首先,交强险与侵权责任之间的关系决定了交强险、商业三者险的赔付义务与侵权责任各自的功能与目的。其次,在前述问题结论的基础上,交强险保险公司的赔偿责任在若干情形下的赔付范围如何确定,需要进一步明确。

(一) 交强险与侵权责任的关系问题

从世界范围来看,交强险可以区分为两种模式,一种是以侵权责任为基础,强调交强险的责任保险属性,在理念上,强调交强险分担被保险人损失的功能,即对被保险人依法应当向第三人承担的侵权责任为保险标的的保险,可以称之为责任保险模式。另一种则可以称之为基本保障模式或“脱钩模式”,此种模式在理念上更加重视受害人的损失填补,强调交强险的基本社会保障功

^① 参见[德]克里斯蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》(下卷),焦美华译,张新宝审校,法律出版社2001年版,第1~57页。

^② 相关司法解释也体现出这一精神,如《最高人民法院关于审理船舶油污损害赔偿纠纷案件若干问题的规定》第十六条。

^③ 参见[德]克里斯蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》(下卷),焦美华译,张新宝审校,法律出版社2001年版,第171、172页。

www.docsriver.com商家巨力电子书

能在不同程度上,使之与侵权责任相互分离。^①因此,交强险的功能并不受制于法律尤其是保险法的逻辑。选择何种模式,取决于一国立法者赋予交强险承担的功能和欲实现的目的。同时,交强险的功能定位与一国交强险的费率水平、赔偿范围、赔偿限额以及道路交通状况、机动车事故率以及其他的因素是紧密联系的。

从道路交通安全法的规定、立法目的及其立法历史来看,站在解释论的立场上,我国现行法更加强调交强险的基本保障功能,更为重视交强险对受害人损失的填补功能,因此,我国的交强险采取的是在一定范围内与侵权责任脱钩的模式。^②

(二) 交强险的分项限额应否遵守

实践中,不少观点认为,分项限额违反了道路交通安全法的规定,不利于保护受害人。根据上位法优于下位法的原则,不予适用。^③

我们认为,首先,在交强险的赔偿在一定范围内与侵权责任脱钩的模式下,交强险保障范围的大小与一国所欲投入的损失填补成本息息相关,并不取决于法律上的逻辑。其次,从现行法的规定、分项限额问题所涉及的因素以及其影响、审判权的特点来看,该问题不属于司法判断的范围而应由立法来决定。因此,在现行法的框架和我国目前的国情之下,交强险与侵权责任一定范围内脱钩、分项限额制度是人民法院审理道路交通事故损害赔偿案件的制度背景。^④

(三) 关于交强险、商业三者险与侵权责任的赔偿次序问题

《解释》第十六条对交强险、商业三者险并存情形下的赔偿责任作出了明确规定。一是进一步明确交强险在其责任限额范围内与侵权责任在一定程度上相互分离的结论,首先由交强险在其责任限额范围内(包括分项限额)予以赔偿。二是强调商业三者险对被保险人风险分散的功能,在交强险赔偿之后,由商业三者险保险公司根据保险合同承担赔偿责任。适用过程中应注意,首先明确交强险赔偿之后的侵权责任及其赔偿范围,在此基础上依据保险合同确定商业三者险的赔偿范围。三是由相应的责任主体承担剩余的侵权责任。

另外,第十六条第二款吸收审判实践中的成熟经验,规定精神损害赔偿在

^① 详细论述,参见姜强,《交强险的功能定位及其与侵权责任的关系》,载《法律适用》2013年第1期。

^② 详细论述,参见姜强,《交强险的功能定位及其与侵权责任的关系》,载《法律适用》2013年第1期。

^③ 孙玉荣,《机动车交通事故责任强制保险存在的问题及完善建议》,载《法律适用》2009年第5期。

^④ 详细论述,参见姜强,《交强险的功能定位及其与侵权责任的关系》,载《法律适用》2013年第1期。

交强险中的赔偿次序,由请求权人选择。^①这一规定,不仅符合债法和交强险的基本原理,也更有利于受害人的保护。

(四) 合理确定交强险的保障范围

关于交强险的赔偿范围,实践中比较集中的问题是第三人的范围及《交强险条例》第二十二条的适用问题。《解释》以第十七、十八条分别作出规定。

1. 交强险中的第三人的范围。审判实践中,有观点认为,《交强险条例》规定的第三人范围过于狭窄,应当扩展至车上人员。^②与分项限额问题类似,第三人的范围问题是一个立法判断问题。在现行法的框架下,车上人员不属于第三人,也难以“转化”为第三人。但是,在机动车投保人与实际驾驶人出现分离时,由于被保险人只有在交通事故发生时方能具体确定,而此时处于车外的投保人即成为第三人。在驾驶人造成车外的投保人损害时,由于驾驶人此时为被保险人,因此交强险应予赔偿。同时,鉴于《解释》已对违法情形下的交强险赔偿责任作出明确规定,所以第十七条不再将其适用范围限于合法驾驶人的范围之内。当然,在法律和《解释》明确规定的情况下,例如机动车被盜抢期间发生交通事故的赔偿责任,自应适用侵权责任法第五十二条的规定。

2. 关于《交强险条例》第二十二条规定的适用问题。《解释》第十八条采纳了理论及实务的多数观点,规定在无证驾驶、醉酒驾驶、吸毒后驾驶以及被保险人故意制造交通事故等情形下,交强险保险公司仍应对第三人人身损害承担赔偿责任。主要理由有:第一,这些违法情形下保险公司对第三人承担赔偿责任,符合交强险制度的目的。第二,保险公司承担赔偿责任后可以向侵权人追偿,由于保险公司比与受害人具有更强的追偿能力,更有利于实现制裁违法行为的目的。第三,侵权责任法第五十二条仅规定机动车被盜抢期间发生交通事故的,交强险保险公司可以免除赔偿责任,只垫付抢救费用。该规定说明,侵权责任法对于其他几种情形的评价与对机动车被盜抢期间发生交通事故情形的评价有所不同,这也是《解释》关于这个问题规定的主要法律基础。第四,从其他国家或地区的立法及实践来看,例如德国、日本、韩国以及我国台湾地区等,都采纳了交强险保险公司在此类情形下先承担赔偿责任,再向侵权人追偿的处理思路。

(五) 违反法定投保义务和承保义务的责任承担

《解释》第十九条、第二十条、第二十一条分别对违反法定投保义务未投

① 参见《最高人民法院关于财保六安市分公司与李福国等道路交通事故人身损害赔偿纠纷请示的复函》(〔2008〕民一他字第25号复函),以及姜强:《交通事故责任强制保险与商业第三者责任险并存时精神损害赔偿与物质损害赔偿的次序》,载最高人民法院民事审判第一庭编:《民事审判指导与参考》2008年第4期,人民法院出版社2009年版。

② 钟良生:《机动车第三者强制责任保险制度若干问题研究》,载《人民司法·应用》2011年第5期。

保交强险的责任和违法拒保、拖延承保的民事责任作出了明确规定。

1. 违反强制投保义务未投保交强险的责任承担

《解释》第十九条以侵权责任法第六条第一款为依据，明确规定，未依法投保交强险的机动车发生交通事故造成损害，由投保义务人在交强险责任限额范围内对第三人承担赔偿责任；投保义务人和行为人不一致的，由两者承担连带责任。主要理由如下。第一，未履行法定的投保交强险的义务是投保义务人应承担侵权责任的行为基础。第二，未投保交强险的行为侵害了第三人不能获得交强险赔偿的利益，属于侵权责任法的保护范围。如前所述，我国交强险与侵权责任相互脱钩的模式，决定了交强险对第三人损害的填补范围比单纯适用侵权责任规则使第三人所获得的赔偿要大。第三，未投保交强险的行为具有违法性。第四，由于交强险与侵权责任在一定范围内脱钩，同时由于驾驶人负有审核机动车是否投保交强险的法定注意义务，因此，第三人不能从交强险中获得赔偿的利益是投保义务人和驾驶人共同违反相应法定注意义务所造成的，应当承担连带责任。

同理，交强险保险公司违法法定承保义务违法拒保、拖延承保、违法解除交强险合同，也应承担相应的赔偿责任。但是，在承担责任的方式上有所不同，由投保义务人先向第三人赔偿，再向违反法定义务的保险公司追偿。

2. 多车事故下部分机动车未投保交强险的责任承担

与《解释》第十九条相关联，在多车事故中，如果部分机动车未投保交强险的，依据交强险与侵权责任脱钩的逻辑，《解释》第二十一条第三款规定，应当先由已承保交强险的保险公司在其责任限额内对第三人赔偿，但保险公司就超出其应承担的部分有权向未投保交强险的投保义务人追偿。具体适用该条规定，应注意以下方面。一是该规定中的第三人是多辆机动车的共同第三人。二是追偿权的具体计算方法为，分别计算部分机动车未投保交强险时各保险公司的赔偿数额和所有机动车都已投保交强险时各保险公司的赔偿数额，两者之差即为已承保交强险保险公司的追偿权数额。在有的情形下，已承保交强险的保险公司对外的总的赔付数额并未发生变化，但在不同的受害人之间的分配比例发生了变化，此时无追偿权问题。三是在未投保交强险一方同时也是已投保交强险一方的第三人时，应当注意保护已承保交强险的保险公司抵销权的行使。

四、交强险保险公司的诉讼地位

依照大陆法系国家民事诉讼理论，我国道路交通事故中机动车交强险的保险公司、侵权人与被侵权人之间的诉讼关系难以构成固有必要共同诉讼。但是，应当看到，正如大陆法系国家或地区对必要共同诉讼的解释是在其实定法的规定之下展开的那样，在我国，也应当根据我国诉讼法和实体法的框架之下

安排道路交通事故损害赔偿案件的诉讼程序。总的理念应是：在保护私权、保障程序权利的前提下，应当尽可能地地为当事人提供富有效率的一次性解决纠纷的机制，这是诉讼程序的基本价值追求。

以上述理念为指导，交强险保险公司作为应当追加的共同被告参加诉讼，主要理由如下：第一，道路交通安全法第七十六条赋予第三人（受害人）对保险公司的直接请求权，决定了保险公司可以作为被告。第二，道路交通事故损害赔偿案件的实体法律关系决定了应当将交强险保险公司作为共同被告。虽然从实体法律关系的角度看，第三人（受害人）对保险公司或侵权人（被保险人）的请求权可分别行使，但是在进入诉讼这一特定的场景之下，将会发生如下问题：首先，机动车是交通事故发生的参与方或原因之一，这一要件事实既是保险公司承担赔偿责任的要件事实，也是侵权人承担侵权责任的要件事实。在诉讼中，人民法院就该要件事实的认定，存在合一确定之必要。其次，由于侵权责任是在交强险赔偿之后才确定，如果不追加保险公司作为共同被告，侵权人侵权责任的范围即无法准确认定。再次，如果不追加保险公司，在侵权人（被保险人）另行起诉保险公司的后诉中，被保险机动车是否为交通事故的参与方或原因之一仍然是重要的争点之一，由于保险公司未参与前诉的诉讼程序，其诉讼权利也难以得到保障。第四，将交强险保险公司作为共同被告不会造成诉讼过分迟延。

五、商业三者险保险公司的诉讼地位

《解释》将商业三者险保险公司作为经当事人申请追加的共同被告，主要理由如下。第一，一次性解决纠纷、减少当事人诉累的需要。司法实践中两次诉讼的处理模式显然增加了当事人的诉讼负担，徒增诉累。第二，商业险保险合同是以交强险赔偿范围之外的赔偿责任为保险标的，交强险保险公司的赔付责任和商业三者险保险公司的赔付责任具有较为紧密的关联性。在案件审理过程中遵循交强险先赔偿、再根据侵权责任和商业三者险合同确定保险公司的赔偿责任，最后确定侵权人自己承担的赔偿责任这一顺序，并不会出现法律关系过于复杂、案件难以处理、诉讼过分迟延的情况。第三，保险法第六十五条规定，商业三者险中的第三者在被保险人怠于请求保险金时有直接请求权。这里的“怠于”，在受害人已经起诉请求赔偿而被保险人尚未请求商业三者险保险公司赔偿的情况下，被保险人即处于懈怠状态。因此，将商业三者险合并审理符合保险法的规定。第四，合并审理有利于避免就相同争点重复审理，提高诉讼效率。在商业三者险合同纠纷中，保险公司往往需要根据具体情况就侵权人（被保险人）是否承担责任、承担责任的范围提出异议、行使相应的抗辩权，从而导致在商业三者险合同诉讼中出现相同争点重复审理的现象。另一方面，商业三者险的保险公司进入同一诉讼，

也有利于其在该诉讼中行使合同上的抗辩权。com商家巨力电子书

(撰稿人:杜万华 贺小荣 李明义 姜强)

【 链 接 】

最高人民法院民一庭负责人就 《关于审理道路交通事故损害赔偿案件 适用法律若干问题的解释》答记者问

为贯彻党的十八大提出的五位一体的重大战略部署,切实保障和改善民生,加快形成法治保障的社会管理体制,为全面建成小康社会提供有力的司法保障,最高人民法院根据《中华人民共和国侵权责任法》、《中华人民共和国合同法》、《中华人民共和国道路交通安全法》、《中华人民共和国保险法》、《中华人民共和国民事诉讼法》等法律的相关规定,结合审判实践,经审判委员会第1556次会议讨论,通过了最高人民法院《关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》)。值此司法解释公布之际,最高人民法院民一庭负责人就《解释》的有关问题接受了记者的采访。

一、出台背景

问:最高人民法院《关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》12月21日施行,请您谈谈为何要出台该《解释》?

答:近年来,我国道路交通事业高速发展,机动车的保有量飞速增长,根据公安部发布的信息,截止2012年6月底,我国机动车总保有量2.33亿辆,其中汽车1.14亿辆,摩托车1.03亿辆。全国机动车驾驶人达2.47亿人,其中汽车驾驶人1.86亿人。机动车保有量和驾驶人数量的飞速增长导致因交通事故引发的案件数量也大幅增加。2010年,全国公安部门接报道路交通事故案件390.6万件,2011年达到422.4万件。2010年全国法院一审受理的道路交通事故损害赔偿案件为612596件,2011年为744570件,分别比上年增长31.83%和21.54%,今年上半年,新受理的案件更是达到403476件,位居增幅最快的民生类案件的前列。此类案件涉及到人民群众的基本人身财产权益,如何迅速妥当审理此类案件、及时化解矛盾、保护道路交通事故的各方参与人尤其是受害人的合法权益,是人民法院践行为民司法的必然要求,也是最高人民法院制定《解释》的价值基础和现实依据。

与此同时,随着2004年道路交通安全法、2006年《机动车交通事故责任强制保险条例》以及2010年《侵权责任法》、行政法规的实施,道路交通事故损害赔偿案件的审理涌现出较为突出的问题:一是在责任主体及其责任范围的判断上,实践中的形态多种多样。如何根据现行法律准确认定责任主体及其责任范围,需要统一裁判尺度。二是交强险制度的建立和商业三者险的逐步普及,致使此类案件在法律关系上具有复杂性。如何针对不同的法律关系适用相应的法律规范,需要明确裁判依据。三是结合我国的现实国情,在依法保障受害人权益的前提下,如何为相关行业及其他道路交通参与者提供必要的发展空间和行为自由,需要平衡各方利益。四是在依法保障各方当事人实体权利和诉讼权利的目标下,如何为当事人提供具有实效性的一次性诉讼纠纷解决机制、减少当事人的诉累,需要创新诉讼机制。

针对上述问题,最高人民法院从2007年起即启动了本《解释》的起草工作,后因侵权责任法的制定而暂停。侵权责任法颁布实施后,根据侵权责任法的立法精神及审判实践的要求,我们重新启动了本《解释》的起草工作。在起草过程中,我们认真多次听取了全国人大法工委、国务院法制办、公安部、交通运输部、保监会、农业部、各级人民法院以及相关专家学者的意见。由于该《解释》涉及到基本的民生问题,涉及到人民群众的日常生活,为集思广益,我们于2012年3月21日至4月21日通过《人民法院报》和中国法院网向全社会公开征求意见。征求意见过程中,共收到社会各界人士提出的意见建议600余件,在总结、归纳、吸收这些意见的基础上,经过最高人民法院审判委员会认真讨论、仔细研究,最终于2012年9月17日第1556次会议通过了本《解释》。

二、确定责任主体依据的原则和精神

问:我们注意到,本《解释》首先对道路交通事故的责任主体做出了规定,在确定相关的责任主体时,《解释》依据了什么样的原则和精神?

答:责任主体的确定是道路交通事故损害赔偿案件的重中之重,它不仅涉及到由谁承担侵权责任、受害人的损害由谁赔偿、能否得到赔偿的问题,还关系到侵权责任法有效制裁侵权行为、预防交通事故发生这一功能能否实现的问题。因此,这是《解释》要解决的核心问题之一。在侵权责任主体的确定规则上,我们主要依据了以下原则和精神:一是根据侵权责任法第四十九条、第五十条的规定,原则上由机动车的运行支配和运行利益的享有者承担责任,由所有人或管理人承担过错责任。这主要针对借用、租赁、转让、非盗抢等情形下擅自驾驶他人机动车发生交通事故的场合。所有人或管理人的过错主要表现为对机动车安全、技术性能的疏于维护、对使用人驾驶资质和驾驶能力的疏于注意等情形。二是根据侵权责任法第五十一条的规定,针对一系列违法情形下的

机动车的所有人或管理人,从加大对受害人的保护、减少交通事故的发生风险、制裁违法行为的角度,规定由相关范围内的违法行为人承担连带责任,例如套牌车、拼装车、报废车等情形下的责任主体的确定规则。三是以侵权责任法其他章节的规定为法律依据,对道路交通事故发生的原因作出区分,以相关主体所负担的法定注意义务为基本的判断因素,确定多因一果情形下的责任主体。例如道路管理、维护缺陷导致交通事故的责任主体的认定,道路设计、维护缺陷导致交通事故的责任主体的确定规则等。

总而言之,在道路交通事故责任主体的确定方面,《解释》紧紧围绕侵权责任法的填补损失功能、制裁功能、预防功能等立法目的,合理适当地确定相关的责任主体。

三、挂靠经营的机动车发生交通事故责任主体的确定

问:当前,以挂靠形式从事道路运输经营活动的情形比较常见,在不少地方甚至比较普遍,请问《解释》对这种机动车发生交通事故的责任主体和责任形态是如何规定的?

答:以挂靠形式从事运输经营活动的情形在现实中确实比较普遍。其主要特征是:挂靠人为了满足车辆运输经营管理上的需要,将自己出资购买的机动车挂靠于某个具有运输经营权的企业,由该企业为挂靠车主代办各种法律手续,并以该企业的名义对外进行运输经营。以挂靠形式进行运输经营,在实践中产生了较多的弊端,一是违反了《道路运输条例》等行政法规的规定,使国家通过运输经营许可证的形式加强安全管理、规范市场秩序的管理目的落空。二是以挂靠形式从事运输经营的机动车,被挂靠企业有经营之名而无经营之实,疏于对驾驶人员的培训、疏于对机动车运行安全的管理,极大地增加了道路交通过的安全隐患,对于其他道路交通参与人的人身财产权益造成了较大的风险。三是挂靠经营方式下,挂靠人的资力往往比较薄弱,从而导致交通事故发生后,受害人难以得到及时、充分的赔偿,权益难以得到保护,引发诸多社会矛盾。

基于上述理由,我们认为,有必要从侵权责任的角度明确挂靠经营的机动车发生交通事故的责任主体。《解释》明确规定,以挂靠形式从事运输经营的机动车发生交通事故后,由挂靠人与被挂靠人承担连带责任。这主要基于以下考虑:首先,以被挂靠人的经营许可证和名义从事运输经营,无论是对交易相对人还是对不特定的道路交通参与人而言,都使他们产生了一种信赖,信赖以此经营许可证和名义从事经营的人具有一定资力、具备一定的安全生产条件。其次,机动车运输经营活动属于一种高度危险活动,依据侵权责任法及其理论,开启某种危险、从某种危险活动中获取利益的主体应当承担相应的责任,而被挂靠人恰恰从挂靠经营活动中获得了利益,有时甚至是巨大的利益。再

次,被挂靠人不承担责任或者承担较小的责任,会纵容挂靠这种违反运输管理秩序、违反交通管理法规的行为,规定被挂靠人承担连带责任有利于以私法的手段实现公法目的,维护法律体系的统一性。最后,从侵权责任法关于责任主体和连带责任的规定来看,侵权责任法更加关注对违法行为的制裁、更加注重对受害人权益的保护,因此,规定由挂靠人和被挂靠人承担连带责任也符合侵权责任法的立法精神。

四、套牌车、拼装车、报废车发生交通事故责任主体的确定

问:从我国目前道路交通的现实来看,套牌车、拼装车、报废车等机动车违法上路行驶的情形仍屡见不鲜,也为道路交通参与人的人身财产权益造成了极大的危险,带来了极大的危害,《解释》对这些问题是如何归责的?

答:从我们掌握的情况看,随着公安交通管理部门以及其他职能部门加大管理力度和处罚力度,套牌车、拼装车、报废车等违法机动车上路行驶的情形在逐步减少。但是不可否认,由于我国的机动车保有量大、各地情形千差万别,因此,这些违法情形仍十分常见。因此,有必要从民事损害赔偿的角度,对相关的责任主体予以明确。

《解释》对套牌车、拼装车或者已达到报废标准的机动车发生交通事故造成损害的责任主体分别做出了规定。套牌车产生的主要原因是套牌行为人为了逃避相关的税费和规避公安交通管理部门的监管、处罚。在形式上,主要表现为两种形式,一种是被套牌一方是被侵权人,在他不知道的情形下被他人套牌。此时的被套牌一方也是受害人。发生交通事故后,自然应当由套牌的行为人即套牌车的所有人或管理人承担侵权责任。另外一种则是被套牌一方同意他人套牌。对于后一种情形,综合考虑套牌一方和被套牌一方行为的违法性、所造成的危险及其程度等因素,《解释》规定,发生交通事故后的损害赔偿責任由两者承担连带责任。

关于拼装车、已达到报废标准的机动车发生交通事故后的损害赔偿責任,侵权责任法第五十一条已经明确规定由转让人和受让人承担连带责任。但是,现实中,更多的情形是,发生交通事故时,肇事的拼装车、报废车已经经过多次转让,此时,责任主体应当如何确定,需要根据侵权责任法第五十一条的规定予以明确。我们认为,转让、运行拼装车、报废车违反了道路交通安全法的规定,给道路交通安全造成了极大的危害,严重威胁到道路交通参与人的人身财产安全,因此应当由所有的转让人和受让人承担连带责任。这不仅是侵权责任法填补损害功能的要求,更是贯彻道路交通安全法和侵权责任法的当然结论。

五、关于损害赔偿范围的细化规定

问：侵权责任法关于损害赔偿的范围虽然有所规定，但仍然是诉讼中争议较多的问题，《解释》针对交通事故损害赔偿的范围有无更为细化的规定？

答：侵权责任法第十六条、第十八条、第十九条、第二十条和第二十二条等，对侵害他人人身财产权益的赔偿范围作出了原则性的规定。但是，在道路交通事故损害赔偿案件中，仍然需要就若干问题做出进一步明确的规定。一是道路交通安全法第七十六条规定的“人身伤亡”和“财产损失”是依据何种标准划分的，而这种划分标准是确定道路交通事故损害赔偿范围的前提性问题；二是依据此种划分标准，精神损害赔偿应当归属于何种损失范围之内，以及精神损害赔偿是否应当在交强险中赔偿以及在交强险中的赔偿次序问题；三是财产损失在实践中包括哪些具体损失类型以及财产损失在交强险中的赔偿范围问题。围绕上述问题，《解释》主要考虑了两个方面的因素，一是要重视对人身损害的赔偿，这不仅是生命权、健康权等人身权益在法律体系和权利结构上的优先性所决定的，更是司法保障民生的具体体现；二是在此前提下，应当注意赔偿范围与道路交通参与人行为自由的平衡，赔偿范围如果过大，会造成道路交通的各方参与人负担过重，限制了其行为自由。

依据道路交通安全法以及侵权责任法的相关规定，《解释》对上述问题做出了解释性规定，明确道路交通安全法中，“人身伤亡”和“财产损失”的划分是以道路交通事故所侵害的客体为标准的：侵害被侵权人的生命权、健康权等人身权益所造成的损害，为“人身伤亡”；侵害被侵权人的财产权益所造成的损失，为“财产损失”。依据该解释性规定，审判实践中多有争议的“人身伤亡”是否包括医疗费、精神损害等损失的问题就迎刃而解。相应地，根据道路交通安全法第七十六条的规定，我国目前的交强险也应当赔偿精神损害，且精神损害在交强险中的赔偿次序应由被侵权人来选择。如果被侵权人选择交强险优先赔偿精神损害的，人民法院应予支持。应当说，如此规定，一方面准确贯彻了道路交通安全法和侵权责任法的立法宗旨，另一方面更加强调了交强险对人身权益的保障功能，符合交强险的功能定位。

在财产损失的范围上，就我国目前的道路交通状况、事故率乃至人们的道路交通安全意识来看，赔偿范围应当主要限于必要的、典型的损失类型，否则容易导致道路交通各方参与人的负担过重。因此，《解释》明确规定，财产损失的范围包括车辆的修理费用、物品损失、施救费用、重置费用以及经营性车辆的停运损失和非经营性车辆使用中断的损失。

六、区分强制险和商业险功能，划分侵权责任与保险责任范围

问：正如您前面所谈到的，由于交强险制度的建立和商业三者险的逐步普

及，道路交通事故损害赔偿案件的法律关系呈现出复杂性，在统一裁判依据的问题上，《解释》作出了怎样的规定？

答：确实如此。由于保险制度的介入，相较于其他侵权案件来说，道路交通事故损害赔偿案件的法律关系更为复杂，在裁判依据上需要统一和明确。解决这个问题，需要阐明交强险与商业险各自的功能定位。在司法解释起草过程中，关于交强险的功能及其与侵权责任的关系曾引起过激烈讨论。在听取各方不同意见的基础上，《解释》所采纳的基本原则是，依据道路交通安全法第七十六条的规定，我国的交强险制度更加强调交强险的基本保障功能，更为重视对受害人损失的填补功能，相应地，交强险在其责任限额范围内与侵权责任在一定程度上相互分离。因此，发生交通事故后，应当首先由交强险在其责任限额范围内（包括分项限额）予以赔偿。

与交强险相对应，商业三者险是机动车的所有人或管理人为了分散因机动车运行所可能导致的侵权责任而购买的保险，在功能上，该保险更加注重对机动车所有人或管理人风险的分散，与交强险不能等同视之。同时，我国的商业三者险是以交强险赔偿之后，被保险人依法应当承担的侵权责任为保险标的的，因此，商业三者险所形成的法律关系，就必须以保险法和商业三者险合同为基本的裁判依据。所以，《解释》明确规定了实体上的处理顺序，即在确定交强险保险公司的赔偿责任之后，再确定侵权人（被保险人）依法应当承担的侵权责任，然后根据商业三者险合同的约定和保险法的相关规定确定商业三者险保险公司的赔偿范围。最后，再由侵权人依照侵权责任法的相关规定承担剩余的侵权责任。

应当说，《解释》关于这一问题的规定，区分了强制险和商业险的功能，划分了侵权责任与保险责任的范围，具有统一裁判依据的重要作用。

七、未投保交强险的机动车发生交通事故的责任承担

问：近年来，一些道路交通事故损害赔偿案件之所以引起社会的广泛关注，其中一个重要的原因是，这些案件中，机动车的所有人或管理人未投保交强险，导致本可通过交强险分散的赔偿责任全部由侵权人承担。那么，对于未投保交强险的机动车发生交通事故的责任承担问题，《解释》是否做出了回应？

答：交强险自2006年实施以来，投保率逐年增加。根据中国保监会提供的统计数字，2008年，机动车投保率为40.8%，汽车投保率为67.6%；2009年，机动车投保率为45.6%，汽车投保率为73.5%；2010年，机动车投保率为49.0%，汽车投保率为78.9%；2011年，机动车投保率为50.6%，汽车投保率为81.1%。从上述数据来看，我国机动车的投保率虽然逐年上升，但仍有相当比例的机动车未投保交强险。在审判实践中，就导致一个较为突出的问题，即未投保交强险的机动车发生交通事故的责任承担问题。

就此问题,《解释》规定,未依法投保交强险的机动车发生交通事故造成损害,投保义务人应当先替代交强险保险公司的地位在交强险责任限额范围内对第三人予以赔偿,超出该范围之外的损失,再按照侵权责任法的规定承担侵权责任。该规定主要基于以下理由:第一,如前所述,依据道路交通安全法的规定,交强险在一定范围内与侵权责任分离,导致交强险的赔偿范围并非以侵权责任的成立及其范围为主要依据,即使在遵守交强险分项责任限额的前提下也是如此。这就说明,投保交强险的机动车导致第三人遭受损害,在赔偿范围上,第三人所得到的赔偿要比未投保交强险情形下直接按照侵权责任规则处理所获得的赔偿要多,有的时候甚至多很多。这就为未投保交强险的机动车发生交通事故的责任承担问题作出专门规定奠定了现实基础。第二,道路交通安全法、机动车交通事故责任强制保险条例明确规定机动车的所有人或管理人应当依法投保交强险,这些法律、行政法规的规定具有强烈的保护不特定第三人的立法目的。投保义务人未投保交强险的行为显然违反了以保护他人为目的的法律,因而具有显著的违法性。第三,投保义务人未投保交强险的行为侵害了第三人从交强险中获得赔偿的利益,该利益属于侵权责任法的保护范围。实践中,还有一个较为突出的问题是,投保义务人和实际驾驶人不一致的情形下,交强险责任限额范围内的赔偿责任如何承担?《解释》对此也予以了明确,即由投保义务人和实际驾驶人在交强险责任限额范围内承担连带责任,超出责任限额范围之外的部分,再依照侵权责任法的规定确定赔偿责任。之所以如此规定,主要原因在于,根据道路交通安全法的规定,驾驶人驾驶机动车有注意交强险标志的义务、未放置保险标志的机动车不能上路行驶,所以,实际驾驶人和投保义务人都存在违法行为。发生交通事故后,第三人不能从交强险中获得赔偿的损失是由投保义务人与实际驾驶人共同造成的。因此,投保义务人与实际驾驶人应在交强险责任限额范围内对第三人承担连带赔偿责任。

《解释》关于未投保交强险的责任承担的规定,符合侵权责任法的规定及其理论,也是对审判实务的经验总结。在社会效果上,该规定一方面充分保护了受害人(第三人)的合法权益,另一方面,也有利于通过私法的手段促使投保义务人积极履行交强险的投保、续保义务,有利于驾驶人切实承担交通法律法规所规定的注意义务,有力地促进道路交通秩序的良性发展。

八、醉酒驾驶、无证驾驶或吸毒后驾驶等违法情形下交强险保险公司的赔偿责任

问:《解释》征求意见稿关于醉酒驾驶、无证驾驶等情形下,交强险的保险公司应当承担赔偿责任的规定,在征求意见过程中曾引起过争论。《解释》关于这个问题的规定是否发生了变化?

答:关于醉酒驾驶、无证驾驶、吸毒后驾驶以及被保险人故意制造交通事故

故的几种违法情形,发生交通事故后交强险保险公司的责任和侵权人的责任如何承担,在实践中存有很大争议。《解释》在征求意见过程中,有观点认为,这几种违法情形下保险公司不应当承担交强险的赔偿责任,否则就放纵了此类违法行为,不利于制裁侵权人,不利于提高驾驶人的注意义务。

《解释》未采纳这种观点,原因在于:第一,如前所述,交强险的首要功能在于对受害人的保护,因而具有安定社会的功能,而侵权人风险分散的功能则居于次要地位。因此,这些违法情形下保险公司对第三人承担赔偿责任,符合交强险制度的目的。在此意义上,前述观点未能准确把握我国交强险的功能定位。第二,保险公司承担赔偿责任后可以向侵权人追偿,并不会造成放纵违法行为人的后果。并且,保险公司的追偿能力与受害人相比,显然处于更有利的地位,更有利于实现制裁违法行为的目的。第三,由保险公司先行赔偿、再对侵权人追偿的处理方式更有利于实现交强险保护受害人权益、填补受害人损失的功能。如果此类违法情形下,交强险保险公司不承担赔偿责任,则显然受害人权益的保护在不少场合将难以实现。第四,道路交通安全法第七十六条规定,机动车发生交通事故后,先由交强险的保险公司在交强险责任限额范围内予以赔偿,并未将这些违法情形排除在外。第四,机动车交通事故责任强制保险条例第二十条虽然规定了醉酒驾驶、无证驾驶、机动车被盗抢期间肇事、被保险人故意制造交通事故等几种违法情形下交强险保险公司仅垫付抢救费用且不赔偿财产损失,但侵权责任法并未完全采纳该观点,该法第五十二条仅规定机动车被盗抢期间发生交通事故的,交强险保险公司可以免除赔偿责任,只承担垫付抢救费用的责任。这说明,侵权责任法对于其他几种情形的评价与对机动车被盗抢期间发生交通事故情形的评价有所不同,这也是《解释》关于这个问题规定的主要法律基础。第五,从其他国家或地区的立法及实践来看,例如德国、日本、韩国以及我国台湾地区等,都采纳了交强险保险公司在此类情形下先承担赔偿责任,再向侵权人追偿的处理思路。

基于上述理由,《解释》规定,在醉酒驾驶、无证驾驶或吸毒后驾驶以及被保险人故意制造交通事故等几种违法情形下,交强险保险公司仍应当在其责任限额范围内承担赔偿责任,保险公司赔偿后有权向侵权人追偿。但是,考虑到人身损害问题在实践中更为突出以及交强险所承担的基本保障功能等因素,《解释》将该规则的适用限制在“人身损害”的范围之内。

九、交强险保险公司的诉讼地位

问:我们注意到,人民法院在审理道路交通事故损害赔偿案件时,关于交强险保险公司的地位,实践中的做法并不统一,有的将保险公司作为共同被告,有的作为第三人,《解释》在这个问题上是如何规定的?

答:关于道路交通事故的诉讼机制问题,前面已经提到,这也是《解释》

起草过程中的核心问题之一。《解释》关于诉讼机制的基本目标是，在依法保障各方当事人实体权利和诉讼权利的前提下，为当事人提供具有实效性的一次性诉讼纠纷解决机制，减少当事人的诉累。

依据上述目标，《解释》规定，道路交通事故损害赔偿案件中，交强险保险公司作为应当追加的被告参加诉讼，但如果保险公司已经作出赔偿且当事人无异议的除外。作出这一规定，主要基于以下理由：第一，道路交通安全法第七十六条规定的第三人（受害人）对保险公司享有的直接请求权，决定了保险公司可以作为被告。第二，道路交通事故损害赔偿案件的实体法律关系决定了应当将交强险保险公司作为共同被告。道路交通事故损害赔偿案件中，可能并存三种法律关系，即第三人（受害人）与保险公司之间的保险金请求关系、第三人（受害人）基于侵权责任与侵权人之间的损害赔偿关系以及侵权人（被保险人）对受害人作出赔偿后被保险人与保险人的保险金请求关系。虽然从实体法律关系的角度看，第三人（受害人）对保险公司或侵权人（被保险人）的请求权可分别行使，但是在进入诉讼这一特定的场景之下，将会发生如下问题：首先，机动车是交通事故发生的参与方或原因之一，这一要件事实既是保险公司承担赔偿责任的要件事实，也是侵权人承担侵权责任的要件事实。在诉讼中，人民法院就该要件事实的认定，存在合一确定之必要。其次，由于侵权责任是在交强险赔偿之后才确定，如果不追加保险公司作为共同被告，侵权人侵权责任的范围即无法准确认定。再次，如果不追加保险公司，在侵权人（被保险人）另行起诉保险公司的后诉中，被保险机动车是否为交通事故的参与方或原因之一仍然是重要的争点之一，由于保险公司未参与前诉的诉讼程序，其诉讼权利也难以得到保障。第四，将交强险保险公司作为共同被告不会造成诉讼过分迟延。依据现在的技术条件，查明事故参与方机动车投保交强险的情况很容易实现，并且，客观上，侵权人的侵权责任被保险公司所分担，因诉讼引发的抵触情绪、因赔偿数额较大的畏难情绪会在一定程度上降低，也有利于诉讼的推进。所以，将交强险保险公司作为应当追加的共同被告有利于诉讼的迅速进行，不会造成诉讼的过分迟延。

十、商业三者险保险公司的诉讼地位

问：近年来，道路交通事故损害赔偿案件中，群众反映较为普遍的问题之一是诉讼程序过于繁复，受害人要获得损害赔偿，往往需要先起诉侵权人和交强险保险公司，再由受害人或被保险人另案起诉商业三者险的保险公司，诉讼成本较高。请问《解释》在诉讼程序上有无新的规定？

答：对于这个问题，《解释》起草过程中给予了重点关注，并反复研究讨论后，最终规定，同时投保商业三者险的，如当事人请求，人民法院应当将商业三者险的保险公司列为共同被告。该规定主要基于以下理由：一是一次性解

决纠纷、减少当事人诉累的需要。司法实践中，受害人的损失填补问题，往往需要受害人先起诉交强险保险公司和侵权人，该诉讼确定交强险的赔偿范围和侵权人的赔偿范围后，再由被保险人（侵权人）另行起诉商业三者险保险公司，就交强险赔偿范围之外的侵权责任部分请求商业三者险保险公司赔偿，此种处理模式显然增加了当事人的诉讼负担，将一个诉讼能够解决的受害人的损失填补问题分为两个诉讼解决，徒增诉累。二是商业险保险合同是以交强险赔偿范围之外的赔偿责任为保险标的，换言之，只有交强险的赔偿范围确定，商业三者险的赔偿范围才确定，交强险保险公司的赔付责任和商业三者险保险公司的赔付责任具有较为紧密的关联性。在实践中，多数机动车的交强险和商业三者险是在一个保险公司投保，此种情形下，两者的关联性更为密切。并且，在案件审理过程中遵循交强险先赔偿、再根据侵权责任和商业三者险合同确定保险公司的赔偿责任，最后确定侵权人自己承担的赔偿责任这一顺序，并不会出现法律关系过于复杂、案件难以处理、诉讼过分迟延的情况。三是根据保险法第六十五条的规定，商业三者险中的第三者在被保险人怠于请求保险金时有直接请求权。这里的“怠于”，在受害人已经起诉请求赔偿而被保险人尚未请求商业三者险保险公司赔偿的情况下；被保险人即处于懈怠状态。因此，将商业三者险合并审理符合保险法的规定。四是合并审理有利于避免就相同争点重复审理，提高诉讼效率。在商业三者险合同纠纷中，保险公司往往需要根据具体情况就侵权人（被保险人）是否承担责任、承担责任的范围提出异议、行使相应的抗辩权，从而导致在商业三者险合同纠纷中，审理法院大多需要就侵权责任的范围等问题作出判断，容易造成就相同争点重复审理的现象。另一方面，商业三者险的保险公司进入同一诉讼，也有利于其在该诉讼中行使合同上的抗辩权。

当然，需要注意的是，将商业三者险保险公司作为共同被告一并处理，需要注意两个方面的问题：一是实体法律关系上，应当依据保险法和保险合同的约定认定当事人的权利义务，这一点与交强险存在较大的差别；二是在诉讼程序上，应当特别注意保障商业三者险保险公司的诉讼权利。商业三者险保险公司一方面在侵权责任的成立与范围、在交强险保险公司的赔偿范围等问题上与侵权人存有共同的诉讼利益，另一方面，商业三者险保险公司与侵权人（被保险人）之间也存在利益冲突，即商业三者险保险公司有权依据保险合同的约定对侵权人（被保险人）行使相应的合同权利，例如抗辩权等，两者之间还存在着对立关系。因此，人民法院在合并处理商业三者险纠纷的程序中，应当高度重视商业三者险保险公司基于合同的实体权利，并给予这些实体权利在诉讼中的程序保障。

就此诉讼机制来看，我们认为，既能保障各方当事人的实体权利和程序权利，又能实现纠纷的一次性解决，减少诉讼成本，体现了便民、利民原则。

最高人民法院
关于审理医疗损害责任纠纷案件适用法律若干问题的解释

法释〔2017〕20号

(2017年3月27日最高人民法院审判委员会
第1713次会议通过 2017年12月13日最高人民
法院公告公布 自2017年12月14日起施行)

为正确审理医疗损害责任纠纷案件，依法维护当事人的合法权益，推动构建和谐医患关系，促进卫生健康事业发展，根据《中华人民共和国侵权责任法》《中华人民共和国民事诉讼法》等法律规定，结合审判实践，制定本解释。

第一条 患者以在诊疗活动中受到人身或者财产损害为由请求医疗机构，医疗产品的生产者、销售者或者血液提供机构承担侵权责任的案件，适用本解释。

患者以在美容医疗机构或者开设医疗美容科室的医疗机构实施的医疗美容活动中受到人身或者财产损害为由提起的侵权纠纷案件，适用本解释。

当事人提起的医疗服务合同纠纷案件，不适用本解释。

第二条 患者因同一伤病在多个医疗机构接受诊疗受到损害，起诉部分或者全部就诊的医疗机构的，应予受理。

患者起诉部分就诊的医疗机构后，当事人依法申请追加其他就诊的医疗机构为共同被告或者第三人的，应予准许。必要时，人民法院可以依法追加相关当事人参加诉讼。

第三条 患者因缺陷医疗产品受到损害，起诉部分或者全部医疗产品的生产者、销售者和医疗机构的，应予受理。

患者仅起诉医疗产品的生产者、销售者、医疗机构中部分主体，当事人依法申请追加其他主体为共同被告或者第三人的，应予准许。必要时，人民法院可以依法追加相关当事人参加诉讼。

患者因输入不合格的血液受到损害提起侵权诉讼的，参照适用前两款规定。

第四条 患者依据侵权责任法第五十四条规定主张医疗机构承担赔偿责任的，应当提交到该医疗机构就诊、受到损害的证据。

患者无法提交医疗机构及其医务人员有过错、诊疗行为与损害之间具有因

果关系的证据,依法提出医疗损害鉴定申请的,人民法院应予准许。

医疗机构主张不承担责任的,应当就侵权责任法第六十条第一款规定情形等抗辩事由承担举证证明责任。

第五条 患者依据侵权责任法第五十五条规定主张医疗机构承担赔偿责任的,应当按照前条第一款规定提交证据。

实施手术、特殊检查、特殊治疗的,医疗机构应当承担说明义务并取得患者或者患者近亲属书面同意,但属于侵权责任法第五十六条规定情形的除外。医疗机构提交患者或者患者近亲属书而同意证据的,人民法院可以认定医疗机构尽到说明义务,但患者有相反证据足以反驳的除外。

第六条 侵权责任法第五十八条规定的病历资料包括医疗机构保管的门诊病历、住院志、体温单、医嘱单、检验报告、医学影像检查资料、特殊检查(治疗)同意书、手术同意书、手术及麻醉记录、病理资料、护理记录、医疗费用、出院记录以及国务院卫生行政主管部门规定的其他病历资料。

患者依法向人民法院申请医疗机构提交由其保管的与纠纷有关的病历资料等,医疗机构未在人民法院指定期限内提交的,人民法院可以依照侵权责任法第五十八条第二项规定推定医疗机构有过错,但是因不可抗力等客观原因无法提交的除外。

第七条 患者依据侵权责任法第五十九条规定请求赔偿的,应当提交使用医疗产品或者输入血液、受到损害的证据。

患者无法提交使用医疗产品或者输入血液与损害之间具有因果关系的证据,依法申请鉴定的,人民法院应予准许。

医疗机构,医疗产品的生产者、销售者或者血液提供机构主张不承担责任的,应当对医疗产品不存在缺陷或者血液合格等抗辩事由承担举证证明责任。

第八条 当事人依法申请对医疗损害责任纠纷中的专门性问题进行鉴定的,人民法院应予准许。

当事人未申请鉴定,人民法院对前款规定的专门性问题认为需要鉴定的,应当依职权委托鉴定。

第九条 当事人申请医疗损害鉴定的,由双方当事人协商确定鉴定人。

当事人就鉴定人无法达成一致意见,人民法院提出确定鉴定人的方法,当事人同意的,按照该方法确定;当事人不同意的,由人民法院指定。

鉴定人应当从具备相应鉴定能力、符合鉴定要求的专家中确定。

第十条 委托医疗损害鉴定的,当事人应当按照要求提交真实、完整、充分的鉴定材料。提交的鉴定材料不符合要求的,人民法院应当通知当事人更换或者补充相应材料。

在委托鉴定前,人民法院应当组织当事人对鉴定材料进行质证。

第十一条 委托鉴定书,应当有明确的鉴定事项和鉴定要求。鉴定人应当

按照委托鉴定的事项和要求进行鉴定。

下列专门性问题可以作为申请医疗损害鉴定的事项：

- (一) 实施诊疗行为有无过错；
- (二) 诊疗行为与损害后果之间是否存在因果关系以及原因力大小；
- (三) 医疗机构是否尽到了说明义务、取得患者或者患者近亲属书面同意的义务；
- (四) 医疗产品是否有缺陷、该缺陷与损害后果之间是否存在因果关系以及原因力的大小；
- (五) 患者损伤残疾程度；
- (六) 患者的护理期、休息期、营养期；
- (七) 其他专门性问题。

鉴定要求包括鉴定人的资质、鉴定人的组成、鉴定程序、鉴定意见、鉴定期限等。

第十二条 鉴定意见可以按照导致患者损害的全部原因、主要原因、同等原因、次要原因、轻微原因或者与患者损害无因果关系，表述诊疗行为或者医疗产品等造成患者损害的原因力大小。

第十三条 鉴定意见应当经当事人质证。

当事人申请鉴定人出庭作证，经人民法院审查同意，或者人民法院认为鉴定人有必要出庭的，应当通知鉴定人出庭作证。双方当事人同意鉴定人通过书面说明、视听传输技术或者视听资料等方式作证的，可以准许。

鉴定人因健康原因、自然灾害等不可抗力或者其他正当理由不能按期出庭的，可以延期开庭；经人民法院许可，也可以通过书面说明、视听传输技术或者视听资料等方式作证。

无前款规定理由，鉴定人拒绝出庭作证，当事人对鉴定意见又不认可的，对该鉴定意见不予采信。

第十四条 当事人申请通知一至二名具有医学专门知识的人出庭，对鉴定意见或者案件的其他专门性事实问题提出意见，人民法院准许的，应当通知具有医学专门知识的人出庭。

前款规定的具有医学专门知识的人提出的意见，视为当事人的陈述，经质证可以作为认定案件事实的根据。

第十五条 当事人自行委托鉴定人作出的医疗损害鉴定意见，其他当事人认可的，可予采信。

当事人共同委托鉴定人作出的医疗损害鉴定意见，一方当事人不认可的，应当提出明确的异议内容和理由。经审查，有证据足以证明异议成立的，对鉴定意见不予采信；异议不成立的，应予采信。

第十六条 对医疗机构及其医务人员的过错，应当依据法律、行政法规、

规章以及其他有关诊疗规范进行认定,可以综合考虑患者病情的紧急程度、患者个体差异、当地的医疗水平、医疗机构与医务人员资质等因素。

第十七条 医务人员违反侵权责任法第五十五条第一款规定义务,但未造成患者人身损害,患者请求医疗机构承担赔偿责任的,不予支持。

第十八条 因抢救生命垂危的患者等紧急情况且不能取得患者意见时,下列情形可以认定为侵权责任法第五十六条规定的不能取得患者近亲属意见:

- (一) 近亲属不明的;
- (二) 不能及时联系到近亲属的;
- (三) 近亲属拒绝发表意见的;
- (四) 近亲属达不成一致意见的;
- (五) 法律、法规规定的其他情形。

前款情形,医务人员经医疗机构负责人或者授权的负责人批准立即实施相应医疗措施,患者因此请求医疗机构承担赔偿责任的,不予支持;医疗机构及其医务人员怠于实施相应医疗措施造成损害,患者请求医疗机构承担赔偿责任的,应予支持。

第十九条 两个以上医疗机构的诊疗行为造成患者同一损害,患者请求医疗机构承担赔偿责任的,应当区分不同情况,依照侵权责任法第八条、第十一条或者第十二条的规定,确定各医疗机构承担的赔偿责任。

第二十条 医疗机构邀请本单位以外的医务人员对患者进行诊疗,因受邀医务人员的过错造成患者损害的,由邀请医疗机构承担赔偿责任。

第二十一条 因医疗产品的缺陷或者输入不合格血液受到损害,患者请求医疗机构,缺陷医疗产品的生产者、销售者或者血液提供机构承担赔偿责任的,应予支持。

医疗机构承担赔偿责任后,向缺陷医疗产品的生产者、销售者或者血液提供机构追偿的,应予支持。

因医疗机构的过错使医疗产品存在缺陷或者血液不合格,医疗产品的生产者、销售者或者血液提供机构承担赔偿责任后,向医疗机构追偿的,应予支持。

第二十二条 缺陷医疗产品与医疗机构的过错诊疗行为共同造成患者同一损害,患者请求医疗机构与医疗产品的生产者或者销售者承担连带责任的,应予支持。

医疗机构或者医疗产品的生产者、销售者承担赔偿责任后,向其他责任主体追偿的,应当根据诊疗行为与缺陷医疗产品造成患者损害的原因力大小确定相应的数额。

输入不合格血液与医疗机构的过错诊疗行为共同造成患者同一损害的,参照适用前两款规定。

www.docsriver.com商家巨力电子书

第二十三条 医疗产品的生产者、销售者明知医疗产品存在缺陷仍然生产、销售，造成患者死亡或者健康严重损害，被侵权人请求生产者、销售者赔偿损失及二倍以下惩罚性赔偿的，人民法院应予支持。

第二十四条 被侵权人同时起诉两个以上医疗机构承担赔偿责任，人民法院经审理，受诉法院所在地的医疗机构依法不承担赔偿责任，其他医疗机构承担赔偿责任的，残疾赔偿金、死亡赔偿金的计算，按下列情形分别处理：

- (一) 一个医疗机构承担责任的，按照该医疗机构所在地的赔偿标准执行；
- (二) 两个以上医疗机构均承担责任的，可以按照其中赔偿标准较高的医疗机构所在地标准执行。

第二十五条 患者死亡后，其近亲属请求医疗损害赔偿的，适用本解释；支付患者医疗费、丧葬费等合理费用的人请求赔偿该费用的，适用本解释。

本解释所称的“医疗产品”包括药品、消毒药剂、医疗器械等。

第二十六条 本院以前发布的司法解释与本解释不一致的，以本解释为准。

本解释施行后尚未终审的案件，适用本解释；本解释施行前已经终审，当事人申请再审或者按照审判监督程序决定再审的案件，不适用本解释。

【解 读】

解读《关于审理医疗损害责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》

2017年12月13日，最高人民法院发布了《关于审理医疗损害责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《医疗解释》），对医疗损害责任纠纷的法律适用问题作出了规定。《医疗解释》的施行，是最高人民法院贯彻落实党中央部署和习近平总书记重要指示精神，推动实施新时代健康中国战略，推动构建和谐医患关系，促进平安医院建设，维护广大人民群众健康权益的有力举措。为便于审判实践中正确理解和把握《医疗解释》的有关内容，现就《医疗解释》的起草背景及主要内容作简要解读。

一、《医疗解释》的起草背景和主要过程

医疗卫生事业与广大人民群众的生活息息相关，医患关系是构建社会主义和谐社会的重要内容。党中央高度重视深化医药卫生体制改革，十八届五中全会明确提出了推进健康中国建设的总体要求。习近平总书记在全国卫生与健康

大会上的重要讲话进一步系统阐述了建设健康中国的重大意义。在党的十九大报告中更是明确要求**实施健康中国战略**。强调**人民健康是民族昌盛和国家富强的重要标志。要完善国民健康政策，为人民群众提供全方位全周期健康服务。**最高人民法院认真贯彻落实中央精神，要求各级人民法院充分发挥司法职能，促进卫生与健康事业改革发展，切实保障人民健康，推动构建和谐医患关系，为加快推进健康中国建设提供有力司法服务和保障。周强院长多次指示要进一步健全医疗纠纷调解和司法解决机制，促进卫生与健康事业的法治化治理与发展，为增进人民健康提供法治保障。

近年来，全国法院受理医疗损害责任纠纷案件数量总体上较为稳定。2014年受理19944件，2015年受理23221件，2016年受理21480件，在整个民商事案件中占比不大。但是各地普遍反映医疗损害责任纠纷审理难度大、审理周期长、案件调撤率低，其中有关举证证明责任、鉴定程序规范、责任构成、责任承担等法律适用中的争点、难点问题多，亟需统一裁判尺度。

《医疗解释》于2011年批准立项后，起草工作历时6年，前后修改20余篇。主要工作包括：一是深入全面进行调查研究。我们坚持以问题为导向，充分进行调研，收集整理并认真研究了各地法院制定的审理医疗损害责任纠纷案件近30万字的指导意见材料，先后3次到浙江、2次到北京、1次到江苏、1次到福建等地就医疗损害鉴定、举证责任分配、责任承担等重点问题实地调研；2次召开卫生系统座谈会，充分听取卫计委有关部门、医学会、医学专家和医院代表意见；到中国人民大学召开专家学者论证会，认真听取法学、医学专家意见；召开全国部分法院调研座谈会，系统听取审理医疗损害案件一线法官意见。二是广泛听取各方面意见建议。司法解释稿经过起草小组多次讨论修改后，书面征求卫计委、司法部、国务院法制办等单位、各高级法院以及院内相关部门意见，共收到反馈意见400余条。在对各方意见认真梳理、充分研究吸收并全面修改后，报送全国人大常委会法工委征求意见。在按照全国人大常委会法工委回复意见、民一庭审判长联席会议讨论意见作了进一步修改后，最终形成《医疗解释》。三是深入讨论修改。2017年2月，杜万华专委召集部分民事审判委员会委员和有关审判业务部门负责人对《医疗解释》进行逐条研究，原则同意《医疗解释》内容，在对部分条文提出了具体修改意见的同时，梳理提炼出医疗损害责任的举证证明责任（第4条）、违反说明义务情形的举证证明责任（第5条）、医疗产品责任和输入不合格血液赔偿案件的举证证明责任（第7条）、鉴定申请（第8条）、紧急救治情形（第18条）、赔偿金的计算标准（第24条）等六个重点问题，决定提交审判委员会重点审议。我们根据这次会议讨论意见进一步对《医疗解释》做了修改，并对有关重点问题做了进一步研究后报请院审判委员会审议。

为广泛汇聚民意民智，把社会各界的意见建议充分反映到司法解释中，

2017年3月27日，周强院长主持最高人民法院审判委员会召开会议审议《医疗解释》时，专门邀请了部分全国人大代表、全国政协委员和专家学者列席会议。《医疗解释》审议通过后，我们又围绕人大代表政协委员们所提建议，并按照审判委员会的审议意见，对《医疗解释》相关内容作了有针对性的完善。此后，分管院领导专门召集相关部门负责同志根据审委会决议内容对《医疗解释》重点条款进行了研究论证，认真打磨，并层报审签后于2017年12月14日施行。

二、《医疗解释》起草所遵循的基本原则

《医疗解释》的起草，主要遵循了以下原则：

一是严格依据法律规定，准确把握国家政策精神，运用法治思维和法治方式推动构建和谐医患关系。《医疗解释》的起草，认真贯彻党的十八届三中全会、五中全会精神，反映习近平新时代中国特色社会主义思想，按照全面依法治国、实施健康中国战略的总体部署和“一手抓严厉打击涉医违法犯罪活动、一手抓医疗纠纷预防与处理长效机制建设”的工作要求，统一医疗损害责任纠纷案件的裁判尺度，推动健全医疗损害责任纠纷案件法律适用的长效机制。

二是平衡保护患者合法权益与保障医药卫生事业健康发展的关系。《医疗解释》的起草，认真贯彻“把人民健康放在优先发展的战略地位”的总体要求，尊重医学自身的特点与规律，合理分配医疗风险，既要依法保护患者合法权益，又要促进卫生与健康事业的法治化发展，从而实现为增进人民健康福祉提供法治保障、满足人民日益增长的美好生活需要的司法目标。

三是坚持合法性解释原则。《医疗解释》的起草，按照崇尚法治、尊重法律、恪守规则的精神，紧紧围绕侵权责任法、民事诉讼法等法律，对于法律规定较为原则的规则予以细化，以更有效地指导审判实践。

四是坚持问题导向与总结审判经验相结合。《医疗解释》针对当前审判实践中亟需解决且有一定普遍性的问题，通过梳理并总结吸收各地审判实践经验，如北京、上海、安徽、广东、江苏等地关于诊疗过错认定、产品责任承担等的经验做法，对医疗损害责任纠纷的法律适用难点、争点问题做了细化规定。

三、《医疗解释》的主要内容

《医疗解释》共26条，分为适用范围、当事人主体资格的确定、举证责任、鉴定程序、责任承担、附则等六部分。现对主要内容说明如下。

（一）关于《医疗解释》的适用范围

《医疗解释》第1条是关于审理医疗损害责任纠纷案件范围的解释，“患者

以在诊疗活动中受到人身或者财产损害为由请求医疗机构, 医疗产品的生产者、销售者或者血液提供机构承担侵权责任的案件, 适用本解释。患者以在美容医疗机构或者开设医疗美容科室的医疗机构实施的医疗美容活动中受到人身或者财产损害为由提起侵权诉讼的案件, 适用本解释。当事人提起的医疗服务合同纠纷案件, 不适用本解释。”对此需要注意以下三个问题:

其一, 《医疗解释》关于适用范围的一般规则。针对理论界和实务界存在的医疗损害责任赔偿的双轨制问题, 依据侵权责任法的规定, 《医疗解释》明确了医疗损害责任纠纷统一适用侵权责任法以及本解释的规定。因此, 有关行政法规、部门规章的规定与侵权责任法规定不一致的, 应当适用侵权责任法及本解释的规定。在此需要注意的是, 本条所界定的医疗损害责任纠纷构成要素包括: 一是纠纷是由于患者在诊疗活动中受到损害而引起; 二是纠纷的主体一方为患者, 另一方为医疗机构, 在医疗产品责任纠纷或者输入不合格血液纠纷中还包括医疗产品的生产者、销售者或者血液提供机构; 三是纠纷的案由属于医疗损害责任纠纷的范畴。

其二, 关于医疗美容损害责任纠纷的法律适用规则。审判实践中, 因为美容问题引发的纠纷如何适用法律, 尤其是对此类纠纷是否属于医疗损害责任纠纷的范畴争议较大。在充分调研论证的基础上, 参考《医疗机构管理条例实施细则》第八十八条、《医疗美容服务管理办法》第二条的规定, 《医疗解释》明确了医疗美容属于诊疗活动的范围, 规定了因医疗美容行为引发的侵权纠纷属于医疗损害责任纠纷, 应当适用医疗损害责任的规定。医疗美容损害责任纠纷, 是患者以在美容医疗机构或者开设医疗美容科室的医疗机构实施的医疗美容活动中受到人身或者财产损害为由提起侵权诉讼的案件。这一方面明确了医疗美容责任纠纷的法律适用规则, 将医疗美容纠纷纳入到医疗损害责任纠纷中, 另一方面也是要与生活美容类损害责任纠纷相区别。依据《美容美发业管理暂行办法》第二条第二款的规定, 美容, 是指运用手法技术、器械设备并借助化妆、美容护肤等产品, 为消费者提供人体表面无创伤性、非侵入性的皮肤清洁、皮肤保养、化妆修饰等服务的经营性行为。这里的“美容”即为生活美容的含义。医疗美容和生活美容是两类不同性质的美容。因生活美容引发的纠纷并非医疗美容责任纠纷, 也不能界定为医疗损害责任纠纷, 不能适用医疗损害责任的法律规则, 而应当适用过错责任的一般侵权责任构成规则。

其三, 关于违约责任与侵权责任竞合时的法律适用。《医疗解释》针对实务中医疗损害责任纠纷与医疗服务合同纠纷竞合问题, 明确规定了当事人以医疗服务合同纠纷为由向人民法院提起诉讼的, 不适用侵权责任法的规定, 同样也就不适用本解释, 应当依照合同法规定处理。

(二) 关于医疗损害责任纠纷的举证证明责任

在患者与医疗机构之间如何分配举证证明责任, 是医疗损害责任纠纷案件

www.docsriver.com商家巨力电子书

中争议较大、受到广泛关注的重要问题。《医疗解释》根据医疗损害责任纠纷案件的不同类型,分别在第4条、第5条和第7条对举证证明责任做了系统规定。主要包括以下三个方面:

其一,明确了诊疗过错责任纠纷类型下的举证证明责任一般规则。2002年施行的最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《民诉证据规定》)关于医疗损害责任纠纷中因果关系和过错要件适用举证责任倒置的做法虽然缓和了患者举证责任,也在一定时期内起到其应有作用,但也被证明存在不利于医学发展进步,不利于从根本上维护患者看病就医的权利。有鉴于此,侵权责任法第五十四条按照过错责任原则的基本思路明确规定患者在诊疗活动中受到损害,医疗机构及其医务人员有过错的,由医疗机构承担赔偿责任。比较法上,从各主要国家或地区医疗损害责任立法和司法实务来看,医疗损害责任均采用过错责任归责原则,台湾地区曾短暂采无过错责任,但随即转为过错责任。应该说,过错责任是诊疗损害责任的常态,符合医疗损害责任之本质。因此,《医疗解释》第4条根据侵权责任法这一立法上较此前实务做法的重大变化并结合域外做法及各地实践经验,经过慎重研究,最终明确了坚持司法解释遵守立法本意的基本思路,即按照过错责任原则的一般要求,根据民事诉讼法第六十四条及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称《民诉法解释》)第91条的规定确定举证证明责任分配规则。《医疗解释》规定了患者依据侵权责任法第五十四条规定主张医疗机构承担赔偿责任的,应当提交到该医疗机构就诊、受到损害的证据。至于因果关系、诊疗过错的构成要件事实,则可以通过申请鉴定来解决。

其二,关于举证证明责任的缓和。《医疗解释》以构建和维护和谐医患关系为出发点,在大量实证调研和借鉴域外经验做法的基础上,为避免因举证证明责任分配不当而导致双方实体权利义务显著失衡而激化医患矛盾,充分考虑患者存在医学专业性不足等客观障碍,对患者进行了适当的举证责任缓和。首先,考虑到患者一方在过错责任下承担对诊疗过错的举证证明责任,有时会非常困难,各国(地区)审判实务中均采用了相应的举证证明责任缓和的做法,以平衡医患双方诉讼能力,加强对患者权益的保护。虽然与有关国家或地区(比如美国、我国台湾地区等)在医疗损害责任纠纷领域欠缺表现证明规则的规定不同,但在实践中对于出现的把手术刀、棉纱等遗落在患者身体中,或者诊断为左肾有病却将右肾切除等显而易见的过错,亦无须再由患者进一步提供证明医方有过错的证据,即视为患者一方已经完成了举证证明责任,此即表现证明规则,事实上已经被采用。我国侵权责任法第五十四条规定诊疗损害责任为过错责任的同时,第五十八条规定在违反诊疗法规范、隐匿或者拒绝提供病历资料、伪造篡改或者销毁病历资料三种情形下推定诊疗行为有过错。这从某种意义上讲,这也是对患者举证证明责任的缓和。其次,对于医疗损害过错

及因果关系的举证，本质上还是一个专业判断问题，核心在于谁来申请鉴定的问题，《医疗解释》第4条即明确了对于患者无法提供证据证明医疗一方有过错和因果关系的，可以通过申请鉴定的方式予以证明，这无疑也是从诉讼程序上对患者一方采取的缓和其举证证明责任的方法。在此需要注意的是，这一患者申请鉴定的规定不宜理解为排他性规定，即将申请鉴定的权利或者义务都限定在患者一方。最后，免责、减责的情形作为抗辩事由，独立于请求权基础事实。因此，在患者主张诊疗损害侵权赔偿时，医疗机构关于免责、减责事由的主张系抗辩性事实主张，产生独立的举证责任。

其三，对于医疗产品责任纠纷，《医疗解释》第7条也遵循上述思路规定了患者依据侵权责任法第五十九条规定请求赔偿的，应当提交使用医疗产品或者输入血液、受到损害的证据。患者无法提交使用医疗产品或者输入血液与损害之间具有因果关系证据，依法申请鉴定的，人民法院应予准许。医疗机构，医疗产品的生产者、销售者或者血液提供机构主张不承担责任的，应当对医疗产品不存在缺陷或者血液合格等抗辩事由承担举证证明责任。

在此需要说明的是，《医疗解释》关于医疗损害责任纠纷举证证明责任的规定属于在医疗损害责任纠纷案件审理过程中的法律适用规则，并非立案受理问题，医疗损害责任纠纷案件的立案要按照立案登记制的要求，依法做到有案必立、有诉必理。

（三）关于医疗损害鉴定程序的完善

由于医学本身的专业性，诊疗行为有无过错及其与患者损害后果有无因果关系、原因力的大小等往往需要通过鉴定程序来解决。没有医疗损害鉴定，多数医疗损害责任纠纷案件的处理会非常困难，医疗损害鉴定对于医疗损害责任纠纷案件的处理的重要性不言而喻。但实践中较为普遍存在着鉴定二元化、鉴定意见公信力不足、鉴定人出庭难等突出问题，很大程度上影响了医疗案件的公正处理。正因如此，《医疗解释》依据民事诉讼法有关规定，用了七个条文对医疗鉴定问题作了细化规定。具体而言，主要有以下几个方面：

其一，关于鉴定程序的启动。基于医疗鉴定在医疗损害纠纷中的基础性作用，《医疗解释》依据民事诉讼法第七十六条的规定，对鉴定程序的启动作了明确规定。一方面，《医疗解释》第8条明确了“当事人依法申请对医疗损害责任纠纷中的专门性问题进行鉴定的，人民法院应予准许”的一般规则，这是当事人主义诉讼模式的基本要求，在医疗损害责任纠纷处理中也应当予以遵循。申请医疗鉴定的主体属于案件的当事人，即患者一方有权申请鉴定，医疗机构一方也可以申请鉴定，同样，医疗产品的生产者、销售者以及血液提供机构也可以申请相应的医疗损害鉴定。另一方面，《医疗解释》第8条也明确规定了人民法院必要时依法启动职权委托鉴定程序的规则。实践中，对是否必须由负有举证证明责任的一方当事人申请鉴定以及相应法律后果等问题存有争

www.docsriver.com 商家巨力电子书

议：一种意见认为，申请鉴定应当是承担举证责任一方的义务，如承担举证责任一方不申请鉴定，则应当承担不利的诉讼后果。法院不应当主动依职权委托鉴定。另一种意见认为，由于医疗纠纷的专业性问题，鉴定意见往往对于医疗纠纷的解决起到至关重要的作用。如果完全按照举证责任分配的规则，由于承担举证责任的一方往往都是患者，其不申请鉴定无法查明案件事实，直接判决败诉，可能会使患者的损害得不到应有的救济，甚至加剧医患矛盾，难以实现案结事了的目的。而且患者没有启动鉴定程序的原因可能很多，比如经济困难，判决其败诉可能会出现司法不公问题。因此，人民法院应当在必要时可以依职权委托鉴定。《医疗解释》起草过程中，有意见指出应当与《民诉法解释》第121条规定相一致。我们曾按照《民诉法解释》的这一规定思路，明确提出了“符合依职权调查收集证据条件的，人民法院应当依职权委托鉴定”的规则，但立法机关认为这一规则与民事诉讼法第七十六条第二款不一致，建议进一步研究。我们经过慎重研究，按照民事诉讼法第七十六条规定作了相应修改，而且这也符合上述从实体上彻底解决医患纠纷的思路。

其二，关于规范鉴定人资质的要求。鉴定人是否具备鉴定能力，是鉴定意见是否科学准确的基础。实践中对如何确定鉴定人的做法不一，其中争议较大的是鉴定人的资质要求以及当事人是选择鉴定机构还是鉴定专家的问题。其中第一个问题涉及医疗损害鉴定双轨制的问题。最高法院2010年发布的《关于适用〈中华人民共和国侵权责任法〉若干问题的通知》明确“人民法院适用侵权责任法审理民事纠纷案件，根据当事人的申请或者依职权决定进行医疗损害鉴定的，按照《全国人民代表大会常务委员会关于司法鉴定管理问题的决定》《人民法院对外委托司法鉴定管理规定》及国家有关部门的规定组织鉴定。”这实际上是将医学会进行医疗损害鉴定包括在内。经过实践证明这符合实际情况，也没有引起太大争议，各地也根据自身实际情况细化了选择鉴定人的规则。调研中，不少意见指出有些司法鉴定机构鉴定意见的科学性和真实性有时不能让人满意，医学会的专家库包括了大量临床医学专家，一定意义上讲能够保证鉴定意见的科学性和真实性。但在如何让鉴定意见更能贴近民事诉讼证据要求方面亦有不足。许多地方倾向于以医学会为主进行医疗损害鉴定，如果由司法鉴定机构鉴定的，涉及临床医学时，必须保证有相当水平的临床专家参加鉴定。我们经过深入研究后认为，司法鉴定的根本在于借助专家的专门知识、技能和经验，辅助法官对专门性事实问题作出判断，以妥当地处理案件，保证案件裁判的公正。因此，专家鉴定的能力才是重点，只要符合法律规定的鉴定意见，都可以采纳。故《医疗解释》明确要求鉴定人应当从具备相应鉴定能力、符合鉴定要求的专家中确定。

《医疗解释》依据民事诉讼法的有关规定，明确了鉴定人的确定，应当从具备相应的鉴定能力、符合鉴定要求的专家中选择的基本要求。当然这并不影

响法院通过先选择鉴定机构,再确定鉴定专家的实践做法。人民法院应当根据案件具体情况对鉴定专家作必要审查,确保鉴定专家具备相应鉴定能力。

其三,针对实践中鉴定人资质不符合要求、鉴定期限过长、鉴定意见书写不规范、甚至有的鉴定意见无法作为案件证据使用的问题,《医疗解释》规定委托鉴定的,应当有明确的鉴定内容和要求,对其中需要鉴定的专门性问题和鉴定要求的事项作了具体列举。可以申请鉴定的专门性问题包括:(1)诊疗行为有无过错;(2)诊疗过错行为与损害后果之间是否存在因果关系以及原因力大小;(3)医疗机构是否尽到了说明义务、取得患者或者患者近亲属书面同意的义务;(4)医疗产品是否有缺陷、该缺陷与损害后果之间是否存在因果关系以及原因力的大小;(5)患者损伤残疾程度;(6)患者的护理期、休息期、营养期;(7)其他专门性问题。鉴定要求包括鉴定人的资质、鉴定人的组成、鉴定程序、鉴定意见、鉴定期限等。

其四,关于原因力的鉴定要求。医疗损害责任纠纷案件中普遍存在原发疾病、个人体质及诊疗过错等共同作用导致损害发生的多因一果问题,实践中鉴定意见对于原因力的表述不一,影响了鉴定意见的证据效力。针对这一问题,《医疗解释》根据侵权责任法的基本理论,从人民法院裁判案件的角度对医疗损害责任中诊疗行为、医疗产品等与患者自身疾病等其他造成患者损害的原因之间的原因力大小区分了导致患者损害的全部原因、主要原因、同等原因、次要原因、轻微原因或者与患者损害无因果关系等六种情形予以规定,从而规范鉴定意见对原因力问题的写法,以便人民法院更准确地确定当事人之间的责任。在此要注意的是,这六种情形的区分,一方面在于明确此原因力大小的问题针对的是侵权责任构成中因果关系要件的内容,这并不能一概与最终责任大小划等号,因为责任大小还要根据过错大小等因素综合认定;另一方面,《医疗解释》所作区分是针对审判实践中一般情况提出的普适性规则,这其中仍存在裁量比值范围较大的空间,考虑到实践中遇到纠纷的复杂性,不妨碍各地在具体案件适用中根据《医疗解释》的规定对有关原因力大小的比值范围作进一步细化,特别是对主要原因和次要原因中原因力大小问题作进一步细分。

此外,针对实践中鉴定材料提交混乱影响鉴定程序正常开展的问题,《医疗解释》明确了当事人应当按照要求提交真实、完整、充分的鉴定材料的基本要求,并对补充提交鉴定材料作了明确规定。同时,基于辩论主义的要求,鉴定意见作为证据应当进行质证;当事人对鉴材有异议,也应当进行质证。

(四) 关于医疗损害鉴定意见质证程序的强化

基于医学以及医疗损害鉴定意见的专业性,从真正发挥庭审效用、实现庭审实质化的角度讲,医疗损害鉴定意见的质证须以有关专家出庭参加质证最为关键。为此,《医疗解释》主要从强化鉴定人出庭作证程序和明确适用专家辅助人制度两个方面作出了规定,既弥补当事人尤其是患者一方对鉴定意见专业

www.docsriver.com商家巨力电子书

性方面举证能力的不足,又充分发挥庭审作用,为人民法院依法准确认定案件事实提供必要程序保障。

其一,关于鉴定人出庭作证的规定。2012年修改的民事诉讼法第七十八条明确规定了鉴定人出庭作证的具体情形及相应法律后果。由于种种原因,鉴定人出庭作证难的问题在更加依赖鉴定意见的医疗损害责任纠纷案件中更加突出,相应的规范鉴定人出庭作证程序对于医疗损害责任纠纷的处理就显得更加重要。为此,《医疗解释》依据民事诉讼法的有关规定,在明确规定鉴定意见的质证要求的基础上,细化了医疗损害责任纠纷中鉴定人出庭作证的程序要求。《医疗解释》规定,当事人申请鉴定人出庭作证,经人民法院审查同意,或者人民法院认为鉴定人有必要出庭的,应当通知鉴定人出庭作证。双方当事人同意鉴定人通过书面说明、视听传输技术或者视听资料等方式作证的,可以准许。鉴定人因健康原因、自然灾害等不可抗力或者其他正当理由不能按期出庭的,可以延期开庭。在上述情形下,人民法院可以延期开庭,是因为鉴定意见对于医疗纠纷处理结果的重要影响,如果鉴定人确因正当理由不能出庭,一概对此鉴定意见不予采信,不仅会影响案结事了的实现,会给当事人造成诉累,也与民事诉讼法第七十八条规定的“鉴定人拒不出庭作证的,鉴定意见不得作为认定事实的根据”不符。这实际上是一个缓冲程序。但在鉴定人无上述正当理由拒绝出庭作证,当事人对鉴定意见又不认可的情况下,人民法院就应当对此鉴定意见不予采信,鉴定人应当依法返还鉴定费用。

其二,关于专家辅助人的要求。考虑到医疗损害纠纷案件本身的专业性特点,专家辅助人制度对于依法妥善解决医疗纠纷,具有十分重要的作用。实践中对于专家辅助人提出意见的证据定性及效力问题存有争议,这一问题在医疗损害责任纠纷中较为突出。为增强当事人对鉴定意见进行质证的能力,充分发挥庭审实质作用,《医疗解释》依据民事诉讼法第七十九条的规定,对医疗损害责任纠纷中的专家辅助人制度作了规定,突出强调该专家辅助人须具有医学专门知识。在《民诉法解释》将专家辅助人提出的意见定性为当事人陈述的基础上,《医疗解释》第2款参考最高人民法院《关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》第15条第2款的规定,明确了专家辅助人所提意见经过质证,可以作为认定事实的根据。

(五) 关于紧急救治情形的法律适用

侵权责任法第五十六条规定了紧急情况下医疗机构可以实施紧急医疗措施,是医疗机构救死扶伤的崇高使命,也是对患者生命健康的尊重和人文关怀。但实践中对于如何认识该条中“难以取得患者或者其近亲属同意”以及紧急救助情形下的责任承担问题分歧较大;特别是对“难以取得患者近亲属同意”亟需进一步明确。本着鼓励和维护医疗机构在患者处于紧急情况下积极施救的价值导向,《医疗解释》对医疗机构紧急救治造成患者损害的责任承担规

则作了规定。

其一,关于“不能取得患者近亲属意见”的具体情形。《医疗解释》第18条第1款对侵权责任法第五十六条规定的“不能取得患者近亲属意见的”情形作了进一步细化,主要包括:(1)近亲属不明的;(2)不能及时联系到近亲属的;(3)近亲属拒绝发表意见的;(4)近亲属达不成一致意见的;(5)法律、法规规定的其他情形。对于本款规定的适用要注意的是,一方面,本款规定系与医疗机构的说明义务密切相连,此即意味着医疗机构要依据侵权责任法第五十六条的规定,在紧急情况下要征询患者近亲属的意见,当然这应当按照紧急救助有关的医疗法律、法规及诊疗规范确定,不能对医疗机构有过苛的要求而影响对患者的紧急救助;另一方面,本款的适用前提仅限定在“因抢救生命垂危的患者等紧急情况,不能取得患者意见的”情况,对于患者与近亲属意见不一致的情况,由于涉及医学伦理和专业判断问题,为避免不必要争议,并未作出规定,但从医疗机构的角度讲,从价值导向上也应当尽量本着救死扶伤的精神结合专业判断进行处理。

其二,关于医疗机构怠于紧急救治的责任承担问题。紧急救治是权利还是义务,侵权责任法第五十六条的规定不明确,理论界和实务界对此都有很大分歧。我们认为,对此应当结合其他法律法规的规定和医疗行为自身特点规律来进行认定。一方面,执业医师法第二十四条规定:“对急危患者,医师应当采取紧急措施进行诊治,不得拒绝急救处置”。患者在生命垂危等紧急情况下,应当得到相应的诊治措施。另一方面,从及时救治生命垂危等紧急情况下的患者,维护患者生命健康权益的角度出发,应当鼓励和维护医疗机构在患者处于紧急情况下积极施救,故对于医疗机构的积极施救行为造成不良后果,应当持适当从宽的态度。这对于鼓励医疗机构及医务人员积极采取紧急诊疗行为,保护患者的生命健康是有利的。故《医疗解释》第18条第2款明确规定,对于医务人员经医疗机构负责人或者授权的负责人批准立即实施相应的医疗措施,患者因此请求医疗机构承担赔偿责任的,人民法院不予支持。同时,对于医疗机构怠于立即实施相应的医疗措施,导致患者生命权、健康权等人身权益及财产权益受到损害时,也明确规定医疗机构应当承担相应的侵权责任。《医疗解释》的这一规定,不仅有利于指导实务操作,有利于规范医疗机构行为,也有利于保障生命垂危等紧急情况下患者得到及时救治,维护其生命、健康权益。至于医疗机构怠于救治,这本身就属于过错认定的范畴,应当依据有关医疗法律法规和诊疗规范关于紧急救治情形的规则予以认定。

(六) 医疗产品责任中惩罚性赔偿的适用

侵权责任法在产品责任一章中确立了惩罚性赔偿制度,其目的在于通过制裁故意将缺陷产品投放市场,并且已经造成了使用人严重人身损害的行为,督促生产者、经营者规范其行为,以充分保护产品使用人的合法权益。医疗产品

事关广大人民群众健康福祉，与民生息息相关，从某种意义上讲，缺陷医疗产品的危害较普通产品的危害更为严重。在医疗产品责任纠纷中适用惩罚性赔偿，不仅不存在法理上的障碍，而且对于规范医疗领域存在的医疗产品市场不规范、制售假冒伪劣医疗产品屡禁不止等问题具有重要意义。正因如此，《医疗解释》第23条在侵权责任法第四十七条规定基础上，明确规定了医疗产品的惩罚性赔偿规则。对于本条的适用，需要注意以下两个方面：

其一，关于惩罚性赔偿的责任构成要件。惩罚性损害赔偿是指加害人所要承担的损害赔偿数额超过受害者实际损害数额，在补偿受害人损害的基础上，彰显对加害人进行惩罚的制度。与补偿性损害赔偿相比较，惩罚性赔偿是由赔偿和惩罚所组成的，主要是针对不法性和道德上应受谴责的行为而适用的，是对恶意的不法行为实施惩罚。依据侵权责任法第四十七条的规定，适用惩罚性赔偿的条件是：第一，侵权人具有主观故意，即明知是缺陷产品仍然生产或者销售；第二，要有损害事实，这种损害事实不是一般的损害事实，而应当是造成严重损害的事实，即造成他人死亡或者健康受到严重损害；第三，要有因果关系，即被侵权人的死亡或者健康严重受损害是因为侵权人生产或者销售的缺陷产品造成的。这三个构成要件对于医疗产品的惩罚性赔偿同样适用。

其二，关于惩罚性赔偿的具体标准。侵权责任法第四十七条确立了产品责任中的惩罚性损害赔偿制度，但其并没有对惩罚性损害赔偿的具体数额作出明确规定，使得这一规定缺乏可操作性。为此，本条参照消费者权益保护法第五十五条第二款的规定，明确规定了医疗产品的生产者、销售者明知医疗产品存在缺陷仍然生产、销售造成患者死亡或者健康严重损害的，有权请求所受损失二倍以下的惩罚性赔偿。在明确医疗产品惩罚性赔偿的责任主体是医疗产品的生产者、销售者的前提下，将患者视同消费者予以保护，适用消费者权益保护法的这一规定，既可以有效弥补侵权责任法第四十七条的立法不足，也在本质上符合消费者权益保护法对消费者权益予以保护的立法精神和实践中对于患者利益予以保护的必要。这对于威慑或者阻遏明知医疗产品存在缺陷仍然生产、销售的行为，维护广大人民群众的生命健康利益，具有积极的规范和导向作用。

（撰稿人：杜万华、郭锋、吴兆祥、陈龙业）

【 链 接 】

为构建和谐医患关系推进健康中国建设提供司法保障

——最高人民法院研究室负责人就《关于审理医疗损害责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》答记者问

2017年12月13日,最高人民法院公布了《关于审理医疗损害责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》)。就《解释》发布的背景和主要内容,记者采访了最高人民法院研究室负责人。

一、问:《解释》起草的背景是什么?

答:医疗卫生事业与广大人民群众的生活息息相关,医患关系是构建社会主义和谐社会的重要内容。党中央高度重视医疗卫生事业,十八届五中全会明确提出推进健康中国建设的总体要求,习近平总书记在全国卫生与健康大会上阐述了建设健康中国的重大意义,党的十九大报告进一步强调实施健康中国战略,指出“人民健康是民族昌盛和国家富强的重要标志。要完善国民健康政策,为人民群众提供全方位全周期健康服务。”最高人民法院认真贯彻落实中央精神和习近平总书记重要指示,要求各级人民法院充分发挥司法职能,为我国卫生与健康事业改革发展、保障人民健康、构建和谐医患关系、加快推进健康中国建设提供有力司法服务和保障。周强院长明确要求进一步健全医疗纠纷调解和司法解决机制,促进卫生与健康事业的法治化治理,为增进人民健康提供司法保障。

近年来,全国法院受理医疗损害责任纠纷案件数量总体上较为平稳。2014年受理19944件,2015年受理23221件,2016年受理21480件,在整个民商事案件中占比不大。但各方面普遍反映,医疗损害责任纠纷审理难度大、审理周期长、案件调撤率低,其中有关举证责任、鉴定程序、责任构成、责任承担等法律适用中的争点、难点问题多,亟需统一裁判尺度。有鉴于此,最高人民法院在深入调研基础上,起草了《解释》,于2017年3月27日最高人民法院审判委员会第1713次会议审议通过,并于2017年12月14日发布。《解释》的制定和发布,是最高人民法院贯彻落实党中央部署和习近平总书记重要指示精神,推动实施新时代健康中国战略,推动构建和谐医患关系,促进平安医院建设,维护广大人民群众健康福祉的有力举措。

二、问：请简要介绍一下《解释》的起草过程。

答：《解释》的起草工作开始于2011年，历时6年多，前后修改20余稿。我们始终坚持以问题为导向，充分进行调研，收集整理并认真研究了全国各地法院制定的审理医疗损害责任纠纷案件数十万字的指导意见材料，先后多次到浙江、北京、江苏、福建等地实地调研；多次召开卫生系统座谈会，充分听取卫计委有关部门、医学会、医学专家和医院代表意见；在高校召开专家学者论证会，认真听取法学、医学专家意见；召开全国部分法院调研座谈会，听取审理医疗损害案件一线办案法官意见。经过起草小组多次讨论修改后，书面征求卫计委、司法部、国务院法制办等单位、各高级法院以及最高人民法院内相关部门意见，共收到反馈意见400余条。在对各方意见认真梳理、充分研究吸收后，报送全国人大常委会法工委征求意见，最终形成送审稿提交院审判委员会审议。

为广泛汇聚民意民智，把社会各界的意见建议充分反映到司法解释中，2017年3月27日，周强院长主持最高人民法院审判委员会召开会议审议《解释》时，专门邀请了部分全国人大代表、全国政协委员和专家学者列席会议。《解释》审议通过后，我们又围绕代表委员们所提意见建议，进行了认真细致的研究，对《解释》相关内容作了有针对性完善，最终发布实施。

三、问：起草《解释》遵循的基本原则是什么？

答：《解释》的起草，主要遵循了以下原则：

一是认真贯彻中央有关政策精神，运用法治思维和法治方式推动构建和谐医患关系。《解释》的起草，认真贯彻党的十八届三中、四中、五中全会精神，反映新时代中国特色社会主义思想，按照全面依法治国、实施健康中国战略的总体部署和“一手抓严厉打击涉医违法犯罪活动、一手抓医疗纠纷预防与处理长效机制建设”的工作要求，统一医疗损害责任纠纷案件的裁判尺度，推动健全医疗损害责任纠纷案件法律适用的长效机制。

二是平衡好保护患者合法权益与保障医药卫生事业健康发展的关系。《解释》的起草，认真贯彻“把人民健康放在优先发展的战略地位”的总体要求，尊重医学自身的特点与规律，合理分配医疗风险，既要依法保护患者合法权益，又要促进卫生与健康事业的法治化发展，从而实现为增进人民健康福祉提供法治保障、满足人民日益增长的美好生活需要的司法目标。

三是坚持合法性解释原则。《解释》的起草，按照崇尚法治、尊重法律、恪守规则的精神，紧紧围绕侵权责任法、民事诉讼法等法律，对于法律规定较为原则的规则予以细化，以更有效的指导审判实践。

四是坚持问题导向与总结审判经验相结合。《解释》针对当前审判实践中

亟需解决且有一定普遍性的问题,通过梳理并总结吸收各地审判实践经验,比如,北京、上海、安徽、广东、江苏等地关于诊疗过错认定、产品责任承担等的经验做法,对医疗损害责任纠纷的法律适用难点、争点问题作了细化规定。

四、问:《解释》对医疗美容损害责任纠纷的法律适用是如何规定的?

答:审判实践中,因为美容问题引发的纠纷如何适用法律,尤其是对此类纠纷是否属于医疗损害责任纠纷的范畴争议较大。明确医疗美容损害责任纠纷的法律适用规则,对于规范医疗美容行业健康有序发展、维护广大人民群众的健康利益具有重要意义。在充分调研论证基础上,参考《医疗机构管理条例实施细则》第八十八条、《医疗美容服务管理办法》第二条的规定,《解释》明确了医疗美容属于“诊疗活动”的范围,规定因医疗美容行为引发的纠纷应属于医疗损害责任的范围,应当适用医疗损害责任的规定。同时,《解释》还参考《医疗机构管理条例实施细则》《医疗美容服务管理办法》的有关规定,对医疗美容损害责任纠纷作了明确界定,以与生活美容类损害责任纠纷相区别。

五、问:《解释》对医疗损害责任纠纷举证作了怎样的规定?

答:举证证明责任问题,是每个医疗损害责任纠纷必然要遇到的问题,也是医疗损害责任纠纷案件中较受关注的问题。明确举证责任分配规则,也是确定鉴定申请程序及后续责任承担规则的基础。2002年施行的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》关于医疗损害责任纠纷中因果关系和过错要件适用举证责任倒置的做法,虽然缓和了患者举证责任,也在一定时期内起到其应有作用,但在执行过程中也出现了一些其他后果,无助于医学发展进步,不利于从根本上维护患者看病就医权利。

《中华人民共和国侵权责任法》第五十四条明确规定,患者在诊疗活动中受到损害,医疗机构及其医务人员有过错的,由医疗机构承担赔偿责任。《解释》在严格遵循立法本意前提下,以构建和维护和谐医患关系为出发点,在大量实证调研和借鉴域外经验做法基础上,进一步明确了司法适用规则,即患者依据《中华人民共和国侵权责任法》第五十四条规定主张医疗机构承担赔偿责任的,应当提交到该医疗机构就诊、受到损害的证据;患者无法提交医疗机构及其医务人员有过错、诊疗活动与损害之间具有因果关系的证据,依法提出医疗损害鉴定申请的,人民法院应予准许;医疗机构主张不承担责任的,应当就《中华人民共和国侵权责任法》第六十条第一款规定情形等抗辩事由承担举证证明责任。对于医疗产品责任纠纷,《解释》也遵循上述思路规定了患者无法提交使用医疗产品或者输入血液与损害之间具有因果关系证据,依法申请鉴定的,人民法院应予准许。

《解释》的上述规定,既遵循了侵权责任法确立的过错责任原则,又避免

了因举证证明责任分配不当而导致双方实体权利义务显著失衡而激化医患矛盾,充分考虑到患者存在医学专业性不足、信息不对称等客观情况,对患者进行了适当的举证责任缓和。这一规定属于在医疗损害责任纠纷案件审理过程中的法律适用规则,并不涉及立案受理问题。医疗损害责任纠纷案件立案要按照立案登记制的要求,依法做到有案必立、有诉必理。

六、问:《解释》对规范医疗损害鉴定程序作了哪些规定?

答:由于医学本身的专业性,诊疗行为有无过错及其与患者损害后果有无因果关系、原因力的大小等往往需要通过鉴定程序来解决。没有医疗损害鉴定,多数医疗损害责任纠纷案件的处理会非常困难,因此医疗损害鉴定对于医疗损害责任纠纷案件的处理的重要性不言而喻。但实践中存在鉴定程序不规范、鉴定意见公信力不足、鉴定人出庭难等问题,很大程度上影响了案件的公正处理。正因为如此,《解释》依据民事诉讼法有关鉴定程序的规定,基于促进鉴定程序的规范化、科学化,提高鉴定意见的公信力,对医疗损害鉴定意见的采信、鉴定人出庭等问题作了规定。具体而言,主要有以下几个方面:

其一,针对实践中鉴定人的资质要求不规范以及当事人是选择鉴定机构还是鉴定专家等问题,《解释》明确了医疗损害鉴定的根本在于借助专家的专门知识、技能和经验,辅助法官对专门性事实问题作出判断,以保证案件裁判的公正。因此,《解释》依据民事诉讼法的有关规定,明确了鉴定人的确定,应当从具备相应的鉴定能力、符合鉴定要求的专家中选择的基本要求。当然这并不影响当事人通过先选择鉴定机构,再确定鉴定专家的实践做法。人民法院应当根据案件具体情况对鉴定专家作必要审查,确保鉴定专家具备相应鉴定能力。涉及临床医学方面专门性问题的鉴定,应当具备临床医学鉴定方面的资质要求;涉及法医学方面专门性问题的,应当具备法医学方面的资质要求。

其二,针对实践中鉴定材料提交混乱影响鉴定程序正常开展的问题,《解释》明确了当事人应当按照要求提交真实、完整、充分的鉴定材料的基本要求,并对补充提交鉴定材料、鉴定材料的质证作了明确规定。

其三,针对实践中鉴定人资质不符合要求、鉴定期限过长、鉴定意见书写不规范,甚至有的鉴定意见无法作为案件证据使用的问题,《解释》规定了当事人申请或者人民法院依职权委托鉴定的,应当有明确的鉴定内容和要求,对其中需要鉴定的专门性问题和鉴定要求的事项作了具体列举。

其四,医疗损害责任纠纷案件中普遍存在原发疾病、个人体质及诊疗过错等共同作用导致损害发生的多因一果问题,实践中鉴定意见对于原因力的表述不一,影响了人民法院对鉴定意见的准确采信。针对这一问题,《解释》根据侵权责任法的基本理论,从人民法院裁判案件的角度对医疗损害责任中诊疗行为与患者自身疾病等其他造成患者损害的原因之间的原因力大小区分了六种情

形予以规定,从而规范鉴定意见对原因力问题的写法,以便人民法院更准确地确定当事人之间的责任。

七、问:《解释》对医疗损害鉴定意见的质证问题作了哪些规定?

答:对此,《解释》主要从强化鉴定人出庭作证程序和明确适用专家辅助人制度两个方面作出了规定,既弥补当事人尤其是患者一方对鉴定意见专业性方面举证能力的不足,又充分发挥庭审作用,为人民法院依法准确认定案件事实提供程序保障。

2012年修正的《中华人民共和国民事诉讼法》第七十八条明确规定了鉴定人出庭作证的具体情形及相应法律后果。鉴定人出庭作证难的问题在更加依赖鉴定意见的医疗损害责任纠纷案件中更加突出,相应的规范鉴定人出庭作证程序对于医疗损害责任纠纷的处理就显得更加重要。为此,《解释》依据《中华人民共和国民事诉讼法》的有关规定,在明确规定鉴定意见的质证要求的基础上,细化了医疗损害责任纠纷中鉴定人出庭作证的程序要求。

同时,考虑到医疗损害纠纷案件本身的专业性特点,有必要发挥专家辅助人制度对于依法妥善解决医疗纠纷的重要作用。实践中对专家辅助人提出意见的证据定性及效力问题存有争议,这一问题在医疗损害责任纠纷中较为突出。为增强当事人对鉴定意见进行质证的能力,充分发挥庭审实质作用,《解释》依据《中华人民共和国民事诉讼法》第七十九条的规定,对医疗损害责任纠纷中的专家辅助人制度作了规定,突出强调该专家辅助人须具有医学专门知识,并在参考其他相关司法解释的基础上,明确了专家辅助人所提意见经过质证,可以作为认定事实的根据。

八、问:《解释》对人民法院采信当事人自行委托鉴定人作出的医疗损害鉴定意见是怎样规定的?

答:审判实践中,当事人自行委托鉴定的情形不在少数,对此效力认定的问题,存有较大争议。普遍认为,当事人一方自行委托鉴定存在明显的弊端,由此作出的鉴定意见往往仅会对委托鉴定的一方当事人有利,欠缺公正性。调研中也有意见指出,自行委托鉴定对于诉前解决医疗纠纷具有一定的积极意义。因此,为保证鉴定意见的信服力,推动当事人依法启动鉴定程序,经过慎重考虑,《解释》就医疗损害鉴定中单方委托鉴定的问题,适当提高了人民法院采信自行委托鉴定意见的门槛,规定了一方当事人自行委托鉴定作出的医疗损害鉴定意见,在另一方当事人认可的情况下,人民法院可以对该鉴定意见予以采信。同时,对于双方当事人共同自行委托鉴定的情形,基于当事人处分原则,对此应予准许,这在价值导向上也有利于通过诉前调解等方式化解矛盾。如果一方当事人对双方共同委托而作出的鉴定意见不认可,则应当提出明确的

异议内容并于以质证；在该异议不成立的情况下，人民法院应当采信该鉴定意见。

九、问：《解释》对紧急救治情形的法律适用是如何规定的？

答：《中华人民共和国侵权责任法》第五十六条规定了紧急情况下医疗机构实施紧急医疗措施的内容，但实践中对于如何认识该条中“难以取得患者或者其近亲属同意”以及紧急救助情形下的责任承担问题分歧较大，亟需进一步明确。在深入调研、反复论证的基础上，《解释》对因抢救生命垂危的患者等紧急情况且不能取得患者近亲属意见的情形作出细化规定的基础上，本着鼓励和维护医疗机构在患者处于紧急情况下积极施救的价值导向，规定对于抢救生命垂危的患者等紧急情况，不能取得患者或者其近亲属意见的，医务人员经医疗机构负责人或者授权的负责人批准立即实施相应的医疗措施，患者因此请求医疗机构承担赔偿责任的，人民法院不予支持。同时，对于医疗机构怠于立即实施相应的医疗措施，导致患者受到损害的，《解释》也明确规定了医疗机构应当承担相应的赔偿责任。这样不仅有利于指导实务操作，有利于规范医疗机构行为，也有利于保障生命垂危等紧急情况下患者得到及时救治，维护其生命、健康权益。

十、问：《解释》对医疗产品责任纠纷案件中适用惩罚性赔偿是如何规定的？

答：《中华人民共和国侵权责任法》在产品责任一章中确立了惩罚性赔偿制度，其目的在于通过制裁故意将缺陷产品投放市场并且已经造成了使用人严重人身损害的行为，督促生产者、经营者规范其行为，以充分保护产品使用人的合法权益。医疗产品事关广大人民群众生命健康，从某种意义上讲，缺陷医疗产品的危害较普通产品的危害更为严重。在医疗产品责任纠纷中适用惩罚性赔偿，对于规范医疗领域存在的医疗产品市场不规范、制售假冒伪劣医疗产品屡禁不止等问题具有重要意义。由于侵权责任法第四十七条并没有规定相应的惩罚性赔偿的标准，经过慎重考虑，《解释》参照《中华人民共和国消费者权益保护法》第五十五条第二款的规定，明确规定了医疗产品的生产者明知医疗产品存在缺陷仍然生产或者医疗产品的销售者明知医疗产品存在缺陷仍然销售的，造成患者死亡或者健康严重损害，患者请求生产者或者销售者赔偿损失及所受损失二倍以下的惩罚性赔偿的，人民法院应予支持。这对于威慑或者阻遏明知医疗产品存在缺陷仍然生产、销售的行为，维护广大人民群众的生命健康利益，具有重要而积极的作用。

www.docsriver.com商家巨力电子书

最高人民法院 关于交通事故中的财产损失是否包括 被损车辆停运损失问题的批复

法释〔1999〕5号

(1999年1月29日最高人民法院审判委员会
第1042次会议通过 1999年2月11日最高人民
法院公告公布 自1999年2月13日起施行)

吉林省高级人民法院:

你院吉高法〔1998〕143号《关于交通事故损害赔偿中的财产损失是否包括间接损失问题的请示》收悉。经研究,答复如下:

《中华人民共和国民事诉讼法》第一百一十七条第二款、第三款规定:“损坏国家的、集体的财产或者他人财产的,应当恢复原状或者折价赔偿。”“受害人因此遭受其他重大损失的,侵害人并应当赔偿损失。”因此,在交通事故损害赔偿案件中,如果受害人以被损车辆正用于货物运输或者旅客运输经营活动,要求赔偿被损车辆修复期间的停运损失的,交通事故责任者应当予以赔偿。

此复。

【解 读】

解读《关于交通事故中的财产损失是否 包括被损车辆停运损失问题的批复》

一、问题的提出

针对吉林省高级人民法院请示的人民法院在审理交通事故损害赔偿案件中机动车辆被损后修复期间的停运损失是否给予赔偿的问题,最高人民法院于1999年2月11日公布了《关于交通事故中的财产损失是否包括被损车辆停运损失问题的批复》(以下简称本批复)。

二、理解与适用

机动车辆被损后修复期间的停运损失是否给予赔偿的问题，实际上是道路交通事故的赔偿范围问题。

(一) 行政法规、规章

以往的行政法规、规章是把因交通事故损坏的车辆、物品、设施等和因受伤而失去使用价值或者死亡的牲畜作为财产的直接损失，而把因交通事故停工、停产、停业等所造成的损失作为财产间接损失；交通事故责任者只赔偿直接损失，不赔偿间接损失。国务院《道路交通事故处理办法》第三十五条规定：“交通事故责任者应当按照所负交通事故责任承担相应的损害赔偿。”第三十六条第一款规定：“损害赔偿的项目包括：医疗费、误工费、住院伙食补助费、护理费、残疾者生活补助费、残疾用具费、丧葬费、死亡补偿费、被扶养人生活费、交通费、住宿费和财产直接损失。”公安部于1991年12月2日发布的《关于修订道路交通事故等级划分标准的通知》公通字〔1991〕113号文件第三条规定：在事故处理中，财产损失，还应包括现场抢救（险）、人员伤亡善后处理的费用，但不包括停工、停产、停业等所造成的财产间接损失。

(二) 最高人民法院复函

与行政法规、规章不同的是，最高人民法院1991年9月13日在《关于国内船舶发生海损事故造成的营运损失应列入海损赔偿范围的复函》中明确答复广东省高级人民法院：“根据《中华人民共和国民法通则》第一百一十七条第二款和第三款的规定，损坏他人财产的，侵害人应当赔偿受害人因其侵权行为所遭受的实际损失，包括受害人财产的毁损、减少、灭失和为减少或消除损失所支出的费用，以及受害人在未受侵害的正常情况下可以得到的利益。因此，国内船舶在内河或沿海运输中发生海损事故造成的船舶修理期间的合理营运损失（其中包括船员工资损失），应当列入海损赔偿范围。”显然，复函所确定的赔偿范围包括海损事故造成的营运损失这类可得利益的损失。

(三) 赔偿依据

1. 法律依据

《民法通则》第一百一十七条第二款、第三款规定：“损坏国家的、集体的财产或者他人财产的，应当恢复原状或者折价赔偿。”“受害人因此遭受其他重大损失的，侵害人并应当赔偿损失。”机动车辆修复期间的停运损失，属于因交通事故遭受的“其他重大损失”。

2. 理论依据

赔偿损失最鲜明的特点在于它的补偿性。赔偿多少则取决于赔偿范围的大小。大陆法系一般把损失分为积极损失和消极损失，英美法系一般把损失分为

预期利益损失和信赖利益损失,我国民法理论一般把损失分为直接损失和间接损失。预期利益损失、信赖利益损失与可得利益损失大致相当,并不是所谓的间接损失,我国民法上没有采用间接损失这一概念,因此本批复也没有采用间接损失这一概念。

可得利益损失是应当赔偿的。可得利益损失是未来的,在本批复中即交通事故的发生导致运输合同一方当事人被迫停止正常的货物运输或者旅客运输经营活动而遭受的损失;可得利益损失是确定的,即是可以金钱计算和衡量的;可得利益损失是确实的,即这种损失是必然的、有现实意义的,而不是臆测的、抽象的、假设的,而是交通事故直接造成的,因此,应当把机动车辆被损后修复期间的停运损失列入赔偿范围。只是机动车辆被损后修复期间的停运损失必须具有确定性,必须证据确凿、充分,必须从严掌握,不得随意扩大。

（撰稿人：曹守晔）

最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释（一）第九十一条规定，当事人主张的利息损失，应当根据中国人民银行同期同类贷款利率计算。当事人主张的利息损失，应当根据中国人民银行同期同类贷款利率计算。

最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释（一）第九十二条规定，当事人主张的利息损失，应当根据中国人民银行同期同类贷款利率计算。当事人主张的利息损失，应当根据中国人民银行同期同类贷款利率计算。

最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释（一）第九十三条规定，当事人主张的利息损失，应当根据中国人民银行同期同类贷款利率计算。当事人主张的利息损失，应当根据中国人民银行同期同类贷款利率计算。

最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释（一）第九十四条规定，当事人主张的利息损失，应当根据中国人民银行同期同类贷款利率计算。当事人主张的利息损失，应当根据中国人民银行同期同类贷款利率计算。

最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释（一）第九十五条规定，当事人主张的利息损失，应当根据中国人民银行同期同类贷款利率计算。当事人主张的利息损失，应当根据中国人民银行同期同类贷款利率计算。

最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释（一）第九十六条规定，当事人主张的利息损失，应当根据中国人民银行同期同类贷款利率计算。当事人主张的利息损失，应当根据中国人民银行同期同类贷款利率计算。

最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释（一）第九十七条规定，当事人主张的利息损失，应当根据中国人民银行同期同类贷款利率计算。当事人主张的利息损失，应当根据中国人民银行同期同类贷款利率计算。

最高人民法院
关于被盗机动车辆肇事后由谁承担
损害赔偿责任问题的批复

法释〔1999〕13号

(1999年6月18日最高人民法院审判委员会
第1069次会议通过 1999年6月25日最高人民
法院公告公布 自1999年7月3日起施行)

河南省高级人民法院：

你院《关于被盗机动车辆肇事后肇事人逃跑由谁承担损害赔偿责任的请示》收悉。经研究，答复如下：

使用盗窃的机动车辆肇事，造成被害人物质损失的，肇事人应当依法承担损害赔偿责任，被盗机动车辆的所有人不承担损害赔偿责任。

此复。

【解 读】

解读《关于被盗机动车辆肇事后由谁
承担损害赔偿责任问题的批复》

一、问题的提出

一段时间以来，一些地方多次发生被盗机动车辆交通事故案件，这类交通事故发生后，肇事人为逃避法律责任，往往致被害人于不顾，弃车逃逸，致使被害人因此遭受的物质损失无法得到及时赔偿。最高人民法院于1999年6月25日公布的《关于被盗机动车辆肇事后由谁承担损害赔偿责任问题的批复》(以下简称本批复)正是针对上述问题作出的。

二、理解与适用

首先，机动车辆所有人对交通事故行为的所谓“过错”是不存在的。众所

周知,机动车辆的防盗设备不断发展、完善,车辆所有人为了防盗可谓尽心竭力,但机动车被盗窃案件却时有发生。是不是车辆被盗都是因为车辆所有人没有尽到妥善保管之责呢?不可否认有这种情形存在,但如果就此以偏概全地得出车辆所有人对车辆丢失都有过错,进而对被盗窃车辆肇事也存在过错的话,显然太过牵强。

其次,对于车辆所有人来说,车辆被盗已是一大损失,对于已经脱离其有效控制的车辆发生的交通肇事行为,再由其承担损害赔偿赔偿责任,有失法律的公允。国务院于1991年9月22日发布的《道路交通事故处理办法》第三十一条规定,交通事故责任者对交通事故造成的损失,应当承担赔偿责任。承担赔偿责任的机动车驾驶员暂时无力赔偿的,由驾驶员所在单位或者机动车的所有人负责垫付。但是,机动车驾驶员在执行职务中发生交通事故,负有交通事故责任的,由驾驶员所在单位或者机动车的所有人承担赔偿责任;驾驶员所在单位或者机动车的所有人在赔偿损失后,可以向驾驶员追偿部分或者全部费用。据此规定,机动车驾驶员经所在单位或者机动车所有人许可使用机动车,发生交通事故的,如果暂时无力赔偿或者是在执行职务中发生交通事故的,应由驾驶员所在单位或者机动车的所有人负责垫付或者承担赔偿责任。反之,如果驾驶员未经机动车所有人许可而使用机动车,发生交通事故的,机动车所有人不应当负责垫付或者承担赔偿责任。这一规定的有关精神同样应当适用于被盗车辆肇事的责任承担问题。

再次,通常意义上讲,行为人对自己的侵害行为承担责任要具备三个要件:主观上有过错、有损害结果发生、过错行为同损害结果之间有因果关系。从以上分析亦可得出结论:机动车辆所有人对交通肇事被害人遭受的物质损失不应承担任何责任。由肇事人承担对被害人的损害赔偿赔偿责任才是真正符合过错责任原则的判定。

实践中,因交通肇事责任人逃逸致使被害人的物质损失得不到及时赔偿的情况较为多见,本批复解决的只能是最基本的原则问题。至于如何切实保护交通肇事被害人的合法权益问题,确实还有待于进一步深入研究,目前社会已有的救济方法和手段,如车辆第三者责任保险,在类似案件中应当发挥一些作用。

(撰稿人:孙军工)

最高人民法院
关于购买人使用分期付款购买的车辆从事运输
因交通事故造成他人财产损失保留车辆所有权的
出卖方不应承担民事责任的批复

法释〔2000〕38号

(2000年11月21日最高人民法院审判委员会
第1143次会议通过 2000年12月1日最高人民
法院公告公布 自2000年12月8日起施行)

四川省高级人民法院：

你院川高法〔1999〕2号《关于在实行分期付款、保留所有权的车辆买卖合同履行过程中购买方使用该车辆进行货物运输给他人造成损失的，出卖方是否应当承担民事责任的请示》收悉。经研究，答复如下：

采取分期付款方式购车，出卖方在购买方付清全部车款前保留车辆所有权的，购买方以自己名义与他人订立货物运输合同并使用该车运输时，因交通事故造成他人财产损失的，出卖方不承担民事责任。

此复。

【解 读】

解读《关于购买人使用分期付款购买的
车辆从事运输因交通事故造成他人财产
损失保留车辆所有权的出卖方不应
承担民事责任的批复》

一、问题的提出

最高人民法院2000年12月1日公布了《关于购买人使用分期付款购买的车辆从事运输因交通事故造成他人财产损失保留车辆所有权的出卖方不应承担

民事责任的批复》(法释〔2000〕38号,以下简称本批复),自12月8日起施行。

本批复是最高人民法院针对四川省高级人民法院的请示所作出的批复。四川省高级人民法院的请示涉及交通事故的一种特殊情况,在分期付款买卖车辆中,出卖方在购买方付清全部车款前保留车辆所有权。在分期付款过程中,车辆虽由购买方直接控制和使用,但公安机关登记的车主以及行驶证、营运证上所记载的车主都是出卖方。购买方在使用该车营运时,以自己的名义与他人订立货物运输合同,在运输过程中,因交通事故等造成货物损失。对这种损失,出卖方是否承担民事责任,形成了不同意见。

二、理解

(一) 出卖人对购买人造成的交通事故没有过错,其保留所有权的行为与交通事故之间也没有因果关系

道路交通事故中,因机动车造成他人损害,机动车的所有人是否承担责任以及在何种情况下承担责任,无论在实践中还是理论上,都有争议。这种争议来源于现行法律和行政法规对此问题规定的差异。其实,机动车造成他人损害属于侵权行为的一种。依民法原理,侵权人承担责任必须具备一定的条件。侵权责任最基本构成要件包括:损害后果、损害后果与行为之间的因果关系,一般侵权责任的构成要件还包括行为人的过错;无过错责任的构成要件,不考虑行为人的过错,但必须严格遵守法律的规定。《民法通则》的规定也是如此,强调行为与损害后果之间的因果关系及行为人的过错。《民法通则》规定,公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产,侵害他人财产、人身的,应当承担民事责任;没有过错,但法律规定应当承担民事责任的,应当承担民事责任。所谓法律另有规定,是指从事对周围环境有高度危险的作业造成他人损害的,应当依法承担民事责任。只有在这种情况下,不考虑行为人(即作业人)是否过错,但强调行为人的行为与损害后果之间的因果关系。但是,1991年9月22日国务院发布的《道路交通事故处理办法》第三十一条却规定:“交通事故责任者对交通事故造成的损失,应当承担赔偿责任。承担赔偿责任的机动车驾驶员暂时无力赔偿的,由驾驶员所在单位或者机动车的所有人负责垫付。但是,机动车驾驶员在执行职务中发生交通事故,负有交通事故责任的,由驾驶员所在单位或者机动车的所有人承担赔偿责任;驾驶员的所在单位或者机动车的所有人在赔偿损失后,可以向驾驶员追偿部分或者全部费用。”按照这一规定,只要因机动车造成他人损害,机动车的所有人即车主,实际上都可能承担赔偿责任。虽然车主“垫付”后,有权向驾驶员(真正的侵权人)追偿,但实际生活中,相当多的情况是,车主只要“垫付”后,由于驾驶员没有履行能力等原因,根本无追偿的可能。这种机械的规定虽然似乎有利于保护受害人,但

对车主极不公平,也不符合《民法通则》的规定。
分期付款买卖中,出卖方虽然保留车辆的所有权,但对购买方使用所购买的车辆进行营运发生的交通事故没有过错,其保留所有权的行为与该交通事故之间也没有任何因果关系。即使车辆为高速运输工具,发生交通事故时,承担责任的前提之一必须是责任人的行为与事故之间有因果关系。购买人以自己的名义与他人订立运输合同,购买人为履行该合同义务,使用购买的车辆时,发生了交通事故,完全是购买人的事情,与出卖人保留车辆所有权这一行为无关。

考察交通事故责任主体的依据不应是车辆所有权的归属,而应是能够支配车辆运行并从车辆运行中获取利益的人。尽管现行车辆管理体制要求车辆的行驶证和营运证只能以车辆所有人名义办理,但如果车辆的行驶和营运是在购买人的控制之下,出卖人既不能支配车辆的行驶和营运,也不能从车辆营运中获得任何利益,仅依据出卖方是名义上的所有权人就令其承担民事责任,有失公允。

(二) 分期付款买卖中的出卖方保留所有权的实质是作为债的担保方式

分期付款买卖是将价金分期支付的买卖。分期付款买卖使购买人未支付全部价金即取得买卖标的物,出卖人未得到全部价金即需移转买卖标的,出卖人存在不能取得全部价金的风险。为避免这一风险,出卖人通常在买卖合同中设立所有权保留条款,约定买卖标的物虽交付买受人,但出卖人保留所有权,购买人全部支付价金后,买卖标的物的所有权移转买受人。所有权保留是一种担保方式,如果买受人不支付价金,出卖人有权取回买卖标的物。除分期付款买卖外,融资租赁合同中的出卖人也将保留所有权作为合同履行的担保方式。出卖人保留所有权不是目的,其目的是收取价金。虽然《民法通则》规定,财产所有权是指所有人依法对自己的财产享有占有、使用、收益和处分的权利,但分期付款买卖中出卖人所保留的所有权是名义上所有权,占有、使用和收益人都是购买人。出卖人行使保留的所有权也是有限制的,不能随意行使,只能在购买方到期未付清价金时才能要回标的物。

(三) 公安机关有关机动车登记的意义

按照《道路交通管理条例》第三章的规定,公安机关办理的机动车登记,是准予或者不准予机动车上道路行驶的登记,不是机动车所有权登记。现行的车辆登记只是一种行政管理手段。虽然《机动车管理办法》规定机动车登记包括所有人,但是,按该办法第十五条的规定,公安机关的登记的前提必须明确车辆的所有人,该条规定:“应由所有人或车辆所属单位及时向当地车辆管理机关办理登记。”到制定本批复时为止,没有法律或者行政法规规定,公安机关的车辆登记是车辆所有权的登记。

(四) 本批复与最高人民法院其他道路交通事故中机动车所有人承担责任解释相一致。 www.docsriver.com 商家巨力电子书

1999年7月3日,最高人民法院给河南省高级人民法院《关于被盗机动车辆肇事后由谁承担损害赔偿责任的批复》(法释[1999]13号)中指出:“使用盗窃的机动车辆肇事,造成被害人物质损失的,肇事人应当依法承担损害赔偿的责任,被盗机动车辆的所有人不承担损害赔偿的责任。”最高人民法院在个案答复中,认为车辆登记人与实际出资人不一致时,应以实际出资作为确定车辆所有权的依据,不以公安机关的车辆登记作为所有权转移的标志。

三、适用

本批复对机动车的所有人不承担民事责任作出了非常严格的限制条件。不过,根据该批复的原则,该批复除了适用于四川省高级人民法院请示的特定情形外,还可适用于以下情形:分期付款买卖中,出卖方在购买方付清全部车款前保留车辆所有权,购买人使用该车致他人人身、财产损害的,出卖人均不承担民事责任。当然,如果购买人为出卖人利益而使用该车并致人损害,则另当别论。

(撰稿人:汪治平)

指导案例 19 号

赵春明等诉烟台市福山区汽车运输公司卫德平等 机动车交通事故责任纠纷案

(最高人民法院审判委员会讨论通过 2013 年 11 月 8 日发布)

关键词

民事 机动车交通事故 责任 套牌 连带责任

裁判要点

机动车所有人或者管理人将机动车号牌出借他人套牌使用，或者明知他人套牌使用其机动车号牌不予制止，套牌机动车发生交通事故造成他人损害的，机动车所有人或者管理人应当与套牌机动车所有人或者管理人承担连带责任。

相关法条

《中华人民共和国侵权责任法》第八条

《中华人民共和国道路交通安全法》第十六条

基本案情

2008 年 11 月 25 日 5 时 30 分许，被告林则东驾驶套牌的鲁 F41703 货车在同三高速公路某段行驶时，与同向行驶向被告周亚平驾驶的客车相撞，两车冲下路基，客车翻滚致车内乘客冯永菊当场死亡。经交警部门认定，货车司机林则东负主要责任，客车司机周亚平负次要责任，冯永菊不负事故责任。原告赵春明、赵某某、冯某某、侯某某分别系死者冯永菊的丈夫、儿子、父亲和母亲。

鲁 F41703 号牌在车辆管理部门登记的货车并非肇事货车，该号牌登记货车的所有人系被告烟台市福山区汽车运输公司（以下简称福山公司），实际所有人系被告卫德平，该货车在被告永安财产保险股份有限公司烟台中心支公司（以下简称永安保险公司）投保机动车第三者责任强制保险。

套牌使用鲁 F41703 号牌的货车（肇事货车）实际所有人为被告卫广辉，林则东系卫广辉雇佣的司机。据车辆管理部门登记信息反映，鲁 F41703 号牌登记货车自 2004 年 4 月 26 日至 2008 年 7 月 2 日，先后 15 次被以损坏或灭失为由申请补领号牌和行驶证。2007 年 8 月 23 日卫广辉申请补领行驶证的申请表上有福山公司的签章。事发后，福山公司曾派人到交警部门处理相关事宜。审理中，卫广辉表示，卫德平对套牌事宜知情并收取套牌费，事发后卫广辉还向卫德平借用鲁 F41703 号牌登记货车的保单去处理事故，保单仍在卫广

辉处。

发生事故的客车的登记所有人朱荣明，但该车车辆几经转手，现实际所有人系周亚平，朱荣明对该客车既不支配也未从该车运营中获益。被告上海腾飞建设工程有限公司（以下简称腾飞公司）系周亚平的雇主，但事发时周亚平并非履行职务。该客车在中国人民财产保险股份有限公司上海市分公司（以下简称人保公司）投保了机动车第三者责任强制保险。

裁判结果

上海市宝山区人民法院于2010年5月18日作出（2009）宝民一（民）初字第1128号民事判决：一、被告卫广辉、林则东赔偿四原告丧葬费、精神损害抚慰金、死亡赔偿金、交通费、误工费、住宿费、被扶养人生活费和律师费共计396863元；二、被告周亚平赔偿四原告丧葬费、精神损害抚慰金、死亡赔偿金、交通费、误工费、住宿费、被扶养人生活费和律师费共计170084元；三、被告福山公司、卫德平对上述判决主文第一项的赔偿义务承担连带责任；被告卫广辉、林则东、周亚平对上述判决主文第一、二项的赔偿义务互负连带责任；四、驳回四原告的其余诉讼请求。宣判后，卫德平提起上诉。上海市第二中级人民法院于2010年8月5日作出（2010）沪二中民一（民）终字第1353号民事判决：驳回上诉，维持原判。

裁判理由

法院生效裁判认为：根据本案交通事故责任认定，肇事货车司机林则东负事故主要责任，而卫广辉是肇事货车的实际所有人，也是林则东的雇主，故卫广辉和林则东应就本案事故损失连带承担主要赔偿责任。永安保险公司承保的鲁F41703货车并非实际肇事货车，其也不知道鲁F41703机动车号牌被肇事货车套牌，故永安保险公司对本案事故不承担赔偿责任。根据交通事故责任认定，本案客车司机周亚平对事故负次要责任，周亚平也是该客车的实际所有人，故周亚平应对本案事故损失承担次要赔偿责任。朱荣明虽系该客车的登记所有人，但该客车已几经转手，朱荣明既不支配该车，也未从该车运营中获益，故其对本案事故不承担责任。周亚平虽受雇于腾飞公司，但本案事发时周亚平并非在为腾飞公司履行职务，故腾飞公司对本案亦不承担责任。至于承保该客车的人保公司，因死者冯永菊系车内人员，依法不适用机动车交通事故责任强制保险，故人保公司对本案不承担责任。另，卫广辉和林则东一方、周亚平一方虽各自应承担的责任比例有所不同，但车祸的发生系两方的共同侵权行为所致，故卫广辉、林则东对于周亚平的应负责任份额、周亚平对于卫广辉、林则东的应负责任份额，均应互负连带责任。

鲁F41703货车的登记所有人福山公司和实际所有人卫德平，明知卫广辉等人套用自己的机动车号牌而不予阻止，且提供方便，纵容套牌货车在公路上行驶，福山公司与卫德平的行为已属于出借机动车号牌给他人使用的情形，该

行为违反了《中华人民共和国道路交通安全法》等有关机动车管理的法律规定。将机动车号牌出借他人套牌使用，将会纵容不符合安全技术标准的机动车通过套牌在道路上行驶，增加道路通行的危险性，危及公共安全。套牌机动车发生交通事故造成损害，号牌出借人同样存在过错，对于肇事的套牌车一方应负的赔偿责任，号牌出借人应当承担连带责任。故福山公司和卫德平应对卫广辉与林则东一方的赔偿责任份额承担连带责任。

【解 读】

指导案例 19 号《赵春明等诉烟台市福山区 汽车运输公司、卫德平等机动车交通 事故责任纠纷案》的理解与参照 ——套牌车出借人与使用人对交通事故负连带责任

2013 年 11 月 8 日，最高人民法院发布了指导案例 19 号《赵春明等诉烟台市福山区汽车运输公司、卫德平等机动车交通事故责任纠纷案》。为了正确理解和准确参照适用该指导性案例，现对其推选经过、裁判要点、需要说明问题等情况予以解释、论证和说明。

一、推选经过及其指导意义

2013 年 1 月 15 日，上海市高级人民法院向最高人民法院案例指导工作室推荐该案例。案例指导工作室经集体讨论，并征求了最高人民法院民一庭的意见。民一庭经审查认为，本案例处理结果和理由，符合最高人民法院交通事故损害责任相关司法解释的规定。套牌车社会危险性极大，必须用司法裁判的手段促进实现公法上的管理功能，即应确立这样的规则，套牌车发生事故造成损害，同意套牌的机动车所有人应当承担连带责任。最高人民法院研究室室务会经讨论并报院领导同意提交审委会审议。2013 年 2 月 18 日，最高人民法院审判委员会经讨论认为，该案例符合最高人民法院《关于案例指导工作的规定》第二条的有关规定，同意将该案例确定为指导性案例。11 月 8 日，最高人民法院以法〔2013〕241 号文件将该案例列在第五批指导性案例予以发布。

该指导案例旨在明确出借机动车号牌给他人套牌使用的法律责任。该案例裁判要点明确机动车所有人或者管理人将机动车号牌出借他人套牌使用，或者明知他人套牌使用其机动车号牌不予制止，套牌机动车发生交通事故造成他人

损害的,机动车所有人或者管理人应当与套牌机动车所有人或者管理人承担连带责任。该案例进一步细化了交通事故责任纠纷有关法律和司法解释的规定,其价值导向是通过增加机动车号牌出借人的违法成本,遏制机动车套牌的违法行为,切实维护被害人的合法权益和机动车管理秩序,促进道路交通安全。

二、裁判要点的理解与说明

该指导案例的裁判要点确认:机动车所有人或者管理人将机动车号牌出借他人套牌使用,或者明知他人套牌使用其机动车号牌不予制止,套牌机动车发生交通事故造成他人损害的,机动车所有人或者管理人应当与套牌机动车所有人或者管理人承担连带责任。以下围绕与该裁判要点相关的问题逐一说明:

(一) 套牌车概述

套牌车,即指导案例19号所涉的套牌机动车,俗称克隆车,是指通过伪造或者非法套取其他车辆号牌及行驶证等手续上路行驶的车辆。一般认为使用伪造、变造的机动车号牌、使用其他车辆的机动车号牌、使用欺骗、贿赂手段取得机动车号牌的机动车均可以称为套牌车。由于现在机动车及其号牌管理尚存在某些漏洞,套牌行为花样百出,从套用民用号牌发展到套用专用号牌、军牌、警牌,从改装、拼装车套牌发展到报废车、盗抢车套牌,再到用欺骗、贿赂手段重新取得机动车号牌均有发生。

套牌车产生的原因主要有:有的车辆来路不明,没有合法手续,例如非法走私车、盗抢车、报废车等,这些车辆根本不可能申领到合法号牌,为上路行驶而违法套用号牌。有的车主为行车“方便”,逃避电子警察的监控,套用别车号牌,甚至军牌、警牌,随意违法行驶,即使被电子警察抓拍到,也不会被查到而逍遥法外。有的车主受经济利益的驱使,购买车辆后不办理注册登记,直接套用别的车辆号牌上路行驶,逃避应该缴纳的税费,而且逃避参加车辆年检。由于交通监控技术难以全面覆盖,对于套牌车的处罚力度不够严厉,违法成本低,导致套牌车现象愈演愈烈,屡禁不止。以大货车为例,使用假牌套牌,一辆车一年可逃避的费用就高达数万元,但是被查获后的处罚数额偏低,违法成本低于守法成本,助长了某些违法车主的侥幸心理。

套牌车的危害:一是扰乱公安机关对公共安全的管控,制造社会不稳定因素。套牌车不仅严重干扰了良好的道路交通秩序,还增加了交通事故发生的概率;而且由于套牌车没有合法手续和保险,一旦发生交通事故,驾驶人极易逃逸;大大增加了案件的侦破难度。即使破获案件,高昂的医疗费用、车辆损害赔偿使得车主、驾驶人难以负担,严重危害社会治安稳定和人民群众生命财产安全。更重要的是,套牌车还为犯罪活动提供作案工具。近年来高发的“两抢”案件尤其是高速公路上的盗窃、抢劫案件,其作案工具多是套牌车辆,严重危害社会和谐和群众的生命、财产安全。

www.docsriver.com商家巨力电子书

二是扰乱运输市场经营秩序。因为套牌车逃避各种税费，其运行成本比合法车辆要低得多，因而也降低了货物运输的费用，直接加剧了运输市场的恶性竞争，造成运输环境恶性循环，使有序的运输秩序变得杂乱无章。

三是扰乱国家的经济秩序。首先，由于套牌车多是非法营运，不会主动缴纳国家各种税费，管理部门又根本无从征收各种税费，从而造成了国家税费的大量流失。其次，保险公司在机动车投保、索赔等环节上对套牌车缺少有效管理和监督，套牌车发生事故后，经常出现骗保等欺诈行为，严重损害了保险业务的经营秩序和利益。

四是损害真实车主的合法权益。合法车辆在被别的车辆套牌后，在车辆交通违法、事故处理等方面，真实车主往往要充当“冤大头”，给真实车主带来不必要的麻烦和经济损失，严重损害了守法车主的合法权益。

（二）我国关于套牌车的法律规定

我国关于套牌车的法律规定主要在道路交通安全法、公安部相关规章，以及最高人民法院发布的相关道路交通事故司法解释中。

道路交通安全法第十六条第（四）项规定：禁止使用其他机动车的登记证书、号牌、行驶证、检验合格标志、保险标志。第九十六条第三款规定：使用其他车辆的机动车登记证书、号牌、行驶证、检验合格标志、保险标志的，由公安机关交通管理部门予以收缴，扣留该机动车，处二千元以上五千元以下罚款。2013年公安部公布《机动车驾驶证申领和使用规定》加大了套牌车的处罚力度，其中规定：使用伪造、变造的机动车号牌、行驶证、驾驶证、校车标牌或者使用其他机动车号牌、行驶证的，一次记12分。另外，公安部还明确规定，确定为被套牌的车辆，可撤销使用套牌期间发生的交通违法信息，车主还可以申请换发新的号牌（使用新的车牌号）和行驶证。上述规定都是对套牌车进行行政管理和处罚方面的法律规定。

2012年12月21日起施行的《最高人民法院关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2012〕19号，以下简称《道路交通事故赔偿解释》）第五条对套牌机动车的民事责任作出了规定。该条规定：“套牌机动车发生交通事故造成损害，属于该机动车一方责任，当事人请求由套牌机动车的所有人或者管理人承担赔偿责任的，人民法院应予支持；被套牌机动车所有人或者管理人同意套牌的，应当与套牌机动车的所有人或者管理人承担连带责任。”该条最引人注目的规定即为机动车所有人或者管理人同意套牌的连带责任，指导案例19号的裁判要点正与这一规定相契合。

（三）套牌车交通事故相关案例

套牌车交通事故引发的纠纷时有发生，以前已有不少这方面的典型案例，下文择其中一二予以简评。

案例1：2003年4月15日，原车主王某将粤BCXX号小轿车出售给陈某

并办理了车辆登记转移手续,自己的行驶证随之作废。2003年5月26日,崔某以4万元低价购买粤BCXX号小轿车的车牌号。2004年2月10日,崔某以6.5万元的价格将该套牌车出售给赵某。赵某购买该车后,仍然延续套用粤BCXX小轿车的车牌号,并且由崔某帮助赵某在原王某作废的粤BCXX号机动车行驶证上加盖“检验合格”标志,致使该车一直未经国家车辆管理部门登记、未进行技术检测,亦未投保第三者责任险。2005年12月11日晚9时许,赵某驾驶该套牌车与张某驾驶的正三轮摩托车和冯某停放在行车道上的挂车相撞,致使张某死亡,正三轮摩托车和套牌小轿车不同程度损伤。赵某承担该事故的25%责任。法院经审理认为,崔某以明显的低价购买车辆,明知自2004年5月1日道路交通安全法实施起,国家实行机动车投保第三者责任强制险,在未经技术检测、未投保第三者责任强制险情况下,套用他人的粤BCXX号机动车车牌号,并将该套牌车出售给他人,且长期帮助购买人在他人作废的行驶证上加盖虚假的“检验合格”标志,致使安全性能无法保障的套牌车由赵某驾驶长期上路行驶,成为安全隐患和“马路杀手”,并造成事故的发生。崔某应与赵某承担道路交通事故的连带责任。^①

案例2:2007年7月10日10时,林某驾驶车牌号为闽D80361的重型货车行驶在厦门市集美区杏滨路,欲左转进入新阳大桥时,不慎与驾驶两轮摩托车的徐某发生了碰撞,造成徐某重伤、摩托车损坏的后果。2007年8月13日,厦门市公安局交警支队集美大队作出交通事故认定书,认定林某应负事故全部责任。由于林某受雇于陈某,故作为雇主的陈某被追加为被告。陈某则称,肇事车为套牌车,系他套用柯某的闽D80361车牌,故柯某也被追加为被告。柯某辩称,肇事车辆的真实车牌号是闽D51022,车主为陈某,事故发生时是陈某套用其所有的闽D80361车牌,他不是本案适格被告,更不对徐某承担人身损害赔偿赔偿责任。另外,柯某还向法院申请对闽D80361车辆进行鉴定,但是由于时隔久远而且两辆车都在营运中,这两辆车的现状与事发时的车辆现状已发生改变,丧失了鉴定条件。一审法院认为,陈某应赔偿徐某医疗费、误工费共计约22万元。此外,林某也应承担连带赔偿责任。而柯某作为闽D80361的车主,在事故发生后知道套牌事实,却未及时向交警部门反映或采取其他措施,导致是否“套牌”的事实无法查清,其提供的证据不能证明事故发生时肇事车辆为闽D51022,应承担举证不能的法律后果,鉴于柯某对事故的发生存在管理上的过失,应当对徐某的损失承担连带赔偿责任。二审维持了一审判决。^②

^① 《套牌车出售者与购买者连带承担事故责任》,载海南省公安厅交通警察总队网站,网址: hainanj. gov. cn, 访问日期2013年10月26日。

^② 《套牌车肇事人名义车主被判负连带责任》,载《厦门日报》2010年3月26日。

评析：上述两案最终判决结果都是套牌车发生交通事故所涉车主承担连带赔偿责任。有所不同的是，第一个案例中崔某将套牌车出售给赵某，属于明知自己的行为可能发生危害社会的结果，因此与肇事车车主赵某承担连带责任；第二个案例中，柯某在事故发生后知道自己的车被套牌事实，却未及时向相关部门反映，导致是否“套牌”事实无法查清，应承担不利的后果，即应与套牌车车主承担连带责任。

（四）指导案例 19 号的具体说明

本指导案例中，鲁 F41703 货车的登记所有人福山公司和实际所有人卫德平系明知卫广辉等人套用自己的车牌而不予阻止，且提供方便，纵容套牌货车在公路上行驶，卫德平与福山公司的行为实质上等同于出借机动车号牌给他人使用，该行为违反了道路交通安全法等有关机动车管理的法律规定。套牌机动车肇事造成损害的，号牌出借人同样存在过错，二者构成共同侵权。侵权责任法第八条规定：“二人以上共同实施侵权行为，造成他人损害的，应当承担连带责任。”因此，对于肇事的套牌车一方应负的赔偿责任，号牌出借人应当承担连带责任。故本案福山公司和卫德平应对卫广辉与林则东一方的赔偿责任份额承担连带责任。

前文已述，最高人民法院发布的《道路交通事故赔偿解释》第五条规定被套牌机动车所有人或者管理人同意套牌的，应当与套牌机动车的所有人或者管理人承担连带责任。本指导案例进一步明确，明知他人套牌使用而不予制止的，也应当与套牌机动车所有人或者管理人承担连带责任。本指导案例裁判要点述及的套牌行为有两种情形：一种是积极地出借机动车号牌给他人使用，另一种是知道他人套牌使用自己的机动车号牌而消极地不予制止。两种情形下行为人对于损害的发生都具有过错。前文评析的两个相关案例正好契合了本指导案例所述的两种套牌情形，这样本案例的指导价值更为全面、准确，有利于指导相关案件的审判。

发放机动车号牌是对机动车管理的重要手段，只有经定期检验符合国家安全技术标准的机动车才可核发和使用号牌。当前，机动车套牌行驶的违法现象十分突出，这一行为严重违反道路交通安全法的规定，并且使大量不符合安全技术标准的机动车在道路上行驶，增加道路交通过的危险性。对于这类违法行为，相关行政机关加大执法力度固然有必要，而本指导案例通过依法合理延伸交通事故民事赔偿责任主体的范围，增加机动车号牌出借人的违法风险和成本，来遏制机动车套牌的违法行为，维护道路交通安全和正常的机动车管理秩序，也将具有很好的法律效果和社会效果。

三、其他需要说明的问题

本指导案例在适用时要注意以下几个问题：

指导案例 24 号

荣宝英诉王阳、永诚财产保险股份有限公司 江阴支公司机动车交通事故责任纠纷案

(最高人民法院审判委员会讨论通过 2014 年 1 月 26 日发布)

关键词

民事 交通事故 过错责任

裁判要点

交通事故的受害人没有过错，其体质状况对损害后果的影响不属于可以减轻侵权人责任的法定情形。

相关法条

《中华人民共和国侵权责任法》第二十六条

《中华人民共和国道路交通安全法》第七十六条第一款第(二)项

基本案情

原告荣宝英诉称：被告王阳驾驶轿车与其发生刮擦，致其受伤。该事故经江苏省无锡市公安局交通巡逻警察支队滨湖大队（简称滨湖交警大队）认定，王阳负事故的全部责任，荣宝英无责。原告要求下述两被告赔偿医疗费用 30006 元、住院伙食补助费 414 元、营养费 1620 元、残疾赔偿金 27658.05 元、护理费 6000 元、交通费 800 元、精神损害抚慰金 10500 元，并承担本案诉讼费用及鉴定费用。

被告永诚财产保险股份有限公司江阴支公司（简称永诚保险公司）辩称：对于事故经过及责任认定没有异议，其愿意在交强险限额范围内予以赔偿；对于医疗费用 30006 元、住院伙食补助费 414 元没有异议；因鉴定意见结论中载明“损伤参与度评定为 75%，其个人体质的因素占 25%”，故确定残疾赔偿金应当乘以损伤参与度系数 0.75，认可 20743.54 元；对于营养费认可 1350 元，护理费认可 3300 元，交通费认可 400 元，鉴定费用不予承担。

被告王阳辩称：对于事故经过及责任认定没有异议，原告的损失应当由永诚保险公司在交强险限额范围内优先予以赔偿；鉴定费用请求法院依法判决，其余各项费用同意保险公司意见；其已向原告赔偿 20000 元。

法院经审理查明：2012 年 2 月 10 日 14 时 45 分许，王阳驾驶号牌为苏 MT1888 的轿车，沿江苏省无锡市滨湖区蠡湖大道由北往南行驶至蠡湖大道大通路口人行横道线时，碰擦行人荣宝英致其受伤。2 月 11 日，滨湖交警大队

作出《道路交通事故认定书》，认定王阳负事故的全部责任，荣宝英无责。事故发生当天，荣宝英即被送往医院治疗，发生医疗费用 30006 元，王阳垫付 20000 元。荣宝英治疗恢复期间，以每月 2200 元聘请一名家政服务人員。号牌苏 MT1888 轿车在水诚保险公司投保了机动车交通事故责任强制保险，保险期间为 2011 年 8 月 17 日 0 时起至 2012 年 8 月 16 日 24 时止。原、被告一致确认荣宝英的医疗费用为 30006 元、住院伙食补助费为 414 元、精神损害抚慰金为 10500 元。

荣宝英申请并经无锡市中西医结合医院司法鉴定所鉴定，结论为：1. 荣宝英左桡骨远端骨折的伤残等级评定为十级；左下肢损伤的伤残等级评定为九级。损伤参与度评定为 75%，其个人体质的因素占 25%。2. 荣宝英的误工期评定为 150 日，护理期评定为 60 日，营养期评定为 90 日。一审法院据此确认残疾赔偿金 27658.05 元扣减 25% 为 20743.54 元。

裁判结果

江苏省无锡市滨湖区人民法院于 2013 年 2 月 8 日作出 (2012) 锡滨民初字第 1138 号判决：一、被告永诚保险公司于本判决生效后十日内赔偿荣宝英医疗费用、住院伙食补助费、营养费、残疾赔偿金、护理费、交通费、精神损害抚慰金共计 45343.54 元。二、被告王阳于本判决生效后十日内赔偿荣宝英医疗费用、住院伙食补助费、营养费、鉴定费共计 4040 元。三、驳回原告荣宝英的其他诉讼请求。宣判后，荣宝英向江苏省无锡市中级人民法院提出上诉。无锡市中级人民法院经审理于 2013 年 6 月 21 日以原审适用法律错误为由作出 (2013) 锡民终字第 497 号民事判决：一、撤销无锡市滨湖区人民法院 (2012) 锡滨民初字第 1138 号民事判决。二、被告永诚保险公司于本判决生效后十日内赔偿荣宝英 52258.05 元。三、被告王阳于本判决生效后十日内赔偿荣宝英 4040 元。四、驳回原告荣宝英的其他诉讼请求。

裁判理由

法院生效裁判认为：《中华人民共和国侵权责任法》第二十六条规定：“被侵权人对损害的发生也有过错的，可以减轻侵权人的责任。”《中华人民共和国道路交通安全法》第七十六条第一款第（二）项规定，机动车与非机动车驾驶人、行人之间发生交通事故，非机动车驾驶人、行人没有过错的，由机动车一方承担赔偿责任；有证据证明非机动车驾驶人、行人有过错的，根据过错程度适当减轻机动车一方的赔偿责任。因此，交通事故中在计算残疾赔偿金是否应当扣减时应当根据受害人对损失的发生或扩大是否存在过错进行分析。本案中，虽然原告荣宝英的个人体质状况对损害后果的发生具有一定的影响，但这不是侵权责任法等法律规定的过错，荣宝英不应因个人体质状况对交通事故导致的伤残存在一定影响而自负相应责任，原审判决以伤残等级鉴定结论中将荣宝英个人体质状况“损伤参与度评定为 75%”为由，在计算残疾赔偿金时作

相应扣减属适用法律错误，应予纠正。

从交通事故受害人发生损伤及造成损害后果的因果关系看，本起交通事故的引发系肇事者王阳驾驶机动车穿越人行横道线时，未尽到安全注意义务碰撞行人荣宝英所致；本起交通事故造成的损害后果系受害人荣宝英被机动车碰撞、跌倒发生骨折所致，事故责任认定荣宝英对本起事故不负责任，其对事故的发生及损害后果的造成均无过错。虽然荣宝英年事已高，但其年老骨质疏松仅是事故造成后果的客观因素，并无法律上的因果关系。因此，受害人荣宝英对于损害的发生或者扩大没有过错，不存在减轻或者免除加害人赔偿责任的法定情形。同时，机动车应当遵守文明行车、礼让行人的一般交通规则和社会公德。本案所涉事故发生在一人行横道线上，正常行走的荣宝英对将被机动车碰撞这一事件无法预见，而王阳驾驶机动车在路经人行横道线时未依法减速慢行、避让行人，导致事故发生。因此，依法应当由机动车一方承担事故引发的全部赔偿责任。

根据我国道路交通安全法的相关规定，机动车发生交通事故造成人身伤亡、财产损失的，由保险公司在机动车第三者责任强制保险责任限额范围内予以赔偿。而我国交强险立法并未规定在确定交强险责任时应依据受害人体质状况对损害后果的影响作相应扣减，保险公司的免责事由也仅限于受害人故意造成交通事故的情形，即便是投保机动车无责，保险公司也应在交强险无责限额内予以赔偿。因此，对于受害人符合法律规定的赔偿项目和标准的损失，均属交强险的赔偿范围，参照“损伤参与度”确定损害赔偿责任和交强险责任均没有法律依据。

【解 读】

指导案例 24 号《荣宝英诉王阳、永诚财产保险股份有限公司江阴支公司机动车交通事故责任纠纷案》的理解与参照

——个人体质特殊不属于减轻侵权人责任的情形

2014年1月26日，最高人民法院发布了指导案例24号《荣宝英诉王阳、永诚财产保险股份有限公司江阴支公司机动车交通事故责任纠纷案》。为了正确理解和准确参照适用该指导案例，现对该指导案例的推选经过、裁判要点等有关情况予以解释、论证和说明。

一、推选过程及指导意义

该案例系由无锡市中级人民法院推荐,经江苏省高级人民法院审核后向最高人民法院案例指导办公室推荐。2013年9月9日,江苏省高级人民法院审判委员会讨论认为,本案例符合《最高人民法院关于案例指导工作的规定》要求,在指导类似案件的审判以及保护被侵权人合法权益等方面有一定意义,同意推荐本案例。9月13日,案例指导办公室经集体讨论后征求了最高人民法院民一庭的意见。民一庭审查认为,本案例说理清晰,结论正确,有利于澄清实践中的不当认识,具有一定示范意义。具体理由如下:一是从道路交通安全法第七十六条的规定来看,受害人个人体质原因不能认定为受害人的过错;二是从行为的违法性看,本案加害人的鲁莽驾驶行为具有违法性,承担全部责任具有伦理基础;三是从因果关系看,受害人的损害后果与加害人的行为之间符合相当因果关系判断标准;四是从规范目的来看,此种情形下加害人承担全部责任符合道路交通安全法的原则精神;五是从比较法上看,受害人的特殊体质对损害不具有因果关系,此亦为通说。11月20日,研究室室务会讨论通过本案例,同意报主管院领导审核后提交审委会审议。2014年1月21日,最高人民法院审判委员会经过讨论,同意本案例作为指导案例。1月26日,最高人民法院以法〔2014〕18号文件将该案例列在第六批指导案例予以发布。

该指导案例旨在明确交通事故受害人体质状况对损害后果的发生,即使存在一定程度的影响,也不属于可以减轻侵权人责任的法定情形。受害人没有过错的,侵权人应当承担全部损害赔偿。目前,在交通事故责任纠纷案件处理中存在一定的模糊认识,有的主张被侵权人体质特殊的,可以减轻侵权人承担的损害赔偿,这种认识是对侵权责任纠纷案件中过错责任原则的错误理解,不符合法律对于侵权责任的有关规定。本指导案例对于澄清认识,正确区分民事赔偿与刑事处罚的法律适用规则,指导交通事故责任纠纷案件的审理,依法保护被侵权人的合法权益,具有重要的作用和意义。

二、裁判要点的理解与说明

该指导案例的裁判要点确认:交通事故的受害人没有过错,其体质状况对损害后果的影响不属于可以减轻侵权人责任的法定情形。现围绕与该裁判要点相关的问题逐一论证和说明如下:

(一)受害人体质特殊是否属于侵权责任法中的“过错”

侵权责任法第六条第一款规定:“行为人因过错侵害他人民事权益,应当承担侵权责任。”该款是对过错责任的规定。所谓过错责任,是指造成损害是否承担赔偿责任,必须要看行为人是否有过错,有过错有责任,无过错无责

www.docsriver.com商家巨力电子书

任。该款继承了民法通则第一百零六条第二款的规定，重申过错责任原则是侵权责任法的基本归责原则。在过错责任原则中，过错是确定行为人是否承担侵权责任的核心要件，也是人民法院审理侵权案件的主要考虑因素。过错分为故意和过失。过错是行为人行时的一种应受谴责的心理状态。正是由于这种应受谴责的心理状态，法律要对行为人所实施的行为作否定性评价，让其承担侵权责任。

本案例中，被告王阳驾驶轿车穿越人行横道时，未尽到安全注意义务，将行人即本案原告荣宝英撞伤。交警作出的交通事故认定书认定王阳负全部责任，荣宝英无责。司法鉴定结论认定荣宝英所受损伤交通事故因素参与度为75%，其个人体质骨质疏松等因素占25%。受害人体质特殊，如骨质疏松、体质虚弱等是否属于侵权责任法中的“过错”？答案是否定的。如前所述，侵权责任法中的“过错”是指行为人的一种主观心理状态，分为故意和过失两种情形。本案中，受害人的体质特殊是其身体的一种客观情况，与其主观心理状态无关。显然，不能将受害人体质虚弱认定为一种应受谴责的主观心理状态。司法鉴定结论是民事诉讼证据的一种，人民法院在审理案件时，同样应当进行审查认证。交通事故认定书认定受害人无责，即认定其没有过错。将受害人的特殊体质状况认定为“过错”，缺乏法律和事实依据。

（二）受害人特殊体质是否可以作为扣减残疾赔偿金的依据

本案例生效判决认为，计算残疾赔偿金时是否应当扣减，应当根据受害人对损失扩大是否存在过错进行分析。本案例中，受害人不对特殊体质在伤残中存有参与度而负担相应责任。主要理由如下：

1. 不构成过错相抵

侵权责任法第二十六条规定：“被侵权人对损害的发生也有过错的，可以减轻侵权人的责任。”侵权责任法第四十八条规定：“机动车发生交通事故造成损害的，依照道路交通安全法的有关规定承担赔偿责任。”道路交通安全法第七十六条规定：“机动车发生交通事故造成人身伤亡、财产损失的，由保险公司在机动车第三者责任强制保险责任限额范围内予以赔偿；不足的部分，按照下列规定承担赔偿责任：（一）机动车之间发生交通事故的，由有过错的一方承担赔偿责任；双方都有过错的，按照各自过错的比例分担责任。（二）机动车与非机动车驾驶人、行人之间发生交通事故，非机动车驾驶人、行人没有过错的，由机动车一方承担赔偿责任；有证据证明非机动车驾驶人、行人有过错的，根据过错程度适当减轻机动车一方的赔偿责任；机动车一方没有过错的，承担不超过百分之十的赔偿责任。交通事故的损失是由非机动车驾驶人、行人故意碰撞机动车造成的，机动车一方不承担赔偿责任。”

本案例中，案涉交通事故造成的损害后果系受害人荣宝英在机动车碰撞后倒地并引发骨折所致，虽然荣宝英年事已高、骨质疏松，但事故责任认定荣宝

英对本起事故不负责任,其对事故的发生及损害后果的造成均无主观过错,其年老骨质疏松仅是与事故发生结果存在客观上的介入因素,并无法律上的因果关系。而在交通事故中,加害人的行为与损害后果之间符合“无此行为,必不生此损害;有此行为,通常即生此种损害”的相当因果关系判断标准,也就是说,加害人的行为是损害后果的直接原因,二者之间具有相当的因果关系,这也是损害赔偿责任的重要构成要件之一。而受害人自身的体质因素,按法理上之通说,对损害后果的发生并不具有相当的因果关系。

根据侵权责任法第二十六条的规定,受害人对损害发生有过错,可以减轻侵权人的责任。受害人没有过错的,自然不构成过错相抵,不应承担责任。因此,受害人荣宝英对于损害的发生或者扩大没有过错,不存在减轻或者免除侵权人赔偿责任的法定情形。道路交通安全法第七十六条规定机动车与行人之间发生交通事故,行人没有过错的,由机动车一方承担赔偿责任。道路交通安全法并未规定行人自身体质状况对侵权损害后果有介入影响时,机动车方可以减免相应责任,故按照老年人体质状况对伤残结果的参与度比例扣减相应残疾赔偿金属于适用法律错误。因此,交通事故受害人没有过错,以其体质特殊对构成伤残的参与度作为减轻侵权人责任的依据不符合侵权责任法、道路交通安全法的规定。

2. 不符合法律的立法目的和原则

我国侵权责任法的立法目的为“保护民事主体的合法权益,明确侵权责任、预防并制裁侵权行为,促进社会和谐稳定”。本案所涉受害人荣宝英的特殊体质系因年老而导致骨质疏松,但骨质随着年龄增长而疏松是一般生理规律,而非当事人个人特例。荣宝英根据交通法规在人行横道上行走,没有违反法律规定,属于其基本的生活权利和自由,理应受到法律的保护。另外,老年人、儿童、残疾人等群体,由于自我保护能力较弱,属于社会生活中的弱势群体,法律对其参与社会活动中的合法权益更应加强保障力度。本案例所涉事故发生于人行横道线上,正常行走的荣宝英本身没有过错,行为不具有违法性,其对将被机动车撞击这一事件无法预见,要求老年人具备与年轻人相同的风险避让能力、抗击打能力及伤后自愈能力亦与常理相悖。而王阳驾驶机动车在路经人行横道线时未依法减速慢行、避让行人,对损害结果的发生具有过失,其行为具有违法性,理应由机动车方承担事故引发的全部赔偿责任。而行人作为弱势群体,如果没有过错,却因自身体质状况分担一部分赔偿责任,显然有失公平。因此,将老年人遭受侵害后的残疾赔偿金按照特殊体质对伤残的参与度作相应扣减,违背侵权责任法的立法目的,不利于老年人等弱势群体权益的保护,缺乏社会伦理基础。

机动车较非机动车、行人而言,具有更大的交通危险性,在发生事故时其自身也具有更高的安全性,因此,机动车在获得自身更为快速的交通便利的同

时，应当恪守文明行车、礼让行人的一般交通规则和社会公德。我国道路交通安全法等相关法律规定了机动车驾驶人更高的注意义务和更严格的法律责任，从而平衡不同通行主体的权益，保护相对弱勢的行人的通行权利。例如，道路交通安全法第四十七条规定：“机动车行经人行横道时，应当减速行驶；遇行人正在通过人行横道，应当停车让行。机动车行经没有交通信号的道路时，遇行人横过道路，应当避让。”道路交通安全法第七十六条规定，机动车发生交通事故造成人身伤亡、财产损失的，即使机动车一方没有过错，仍然要承担不超过百分之十的赔偿责任。上述法律规定，充分体现了法律对行人通行权利倾斜性保护的原则和精神。因此，道路交通安全法等相关法律规定的原则与侵权责任法是一致的，都没有将受害人特殊体质作为侵权人减轻责任的考虑因素和依据。

3. 不符合侵权责任理论通说

将受害人体质特殊对构成伤残的参与度作为扣减残疾赔偿金的依据，也不符合侵权责任理论上关于人身损害赔偿的通说。本案例所作结论也是“蛋壳脑袋理论”在交通事故责任纠纷案件中的具体适用，具有法理基础，有一定普适性。所谓“蛋壳脑袋理论”，是英美侵权法中关于人身损害赔偿责任的一项著名规则。该规则指出，一个对他人犯有过失的人，不应计较受害人的个人特质，尽管受害人的这种个人特质增加了他遭受损害的可能性和程度；对于一个因受害人的头骨破裂而引起的损害赔偿请求，受害人的头骨异常易于破裂不能成为抗辩的理由，即侵权人不能以此作为减少应承担的损害赔偿金的理由。“蛋壳脑袋理论”的适用充分体现在法律对加强弱势群体权益的保护上。在交通事故中，无论受害人体质状况如何，机动车驾驶人是否能够预见，都应当具有同样的高度注意义务；对其行为直接引起的全部损害承担法律责任。

4. 混淆了刑事责任与侵权民事责任的区别

刑事责任与侵权民事责任同属法律责任，在构成要件上具有一定相似性，如都必须有违法行为的存在，一般要考虑行为人主观上的过错，都重视对因果关系的考察等等。但二者之间区别也是非常明显的。就制裁目的而言，刑事责任设立目的旨在通过惩罚犯罪分子以达到教育、预防的社会作用，不是被告人行为造成的直接后果，就不能让其承担全部的刑事责任，故刑事责任考虑各种因素对损害后果“参与度”问题。而侵权民事责任是一种事后补救性质的责任，更多的是考虑保护被侵权人的合法权益，一般遵循“填平”原则，对于侵权行为造成的全部损害后果，侵权人都应当承担赔偿责任。在交通事故责任纠纷中，以被害人体质“参与度”作为减轻侵权人责任的依据，属于对刑事处罚和民事赔偿的混淆和误用。

三、其他相关问题的说明

本案例还涉及保险金赔付是否应当依据损伤“参与度”问题。本案例中,被告王阳驾驶的机动车在被告永诚财产保险股份有限公司江阴支公司(以下简称永诚保险公司)投保了机动车交通事故责任强制保险。原告荣宝英将永诚保险公司一同告上法庭。被告永诚保险公司的一项抗辩理由即认为应当按照伤残鉴定意见结论确定的损伤“参与度”对应赔偿的保险金作相应扣减。法院认为保险公司的主张没有法律依据,故不采纳其抗辩理由。

实践中,类似的保险金赔付争议并不鲜见。在原告宿迁市立昌塑业有限公司(以下简称立昌公司)诉被告中国人民财产保险股份有限公司宿迁中心支公司(以下简称人保公司)、第三人杨以生保险合同纠纷案中,即面临相似的法律问题。2009年1月11日,立昌公司职员驾驶该公司机动车与电动自行车驾驶人杨以生相撞,致杨以生受伤,两车损坏。经交警鉴定双方分别承担同等责任。事后,立昌公司赔偿了杨以生部分相关损失。立昌公司的事故车辆在人保公司投保了第三者责任商业保险,限额为50万元,并附加不计免赔率特约条款。但立昌公司在向人保公司理赔时,人保公司拒绝赔付。立昌公司将人保公司诉至法院。人保公司主张其支付保险金的具体数额应当限定于交通事故对杨以生造成伤残的参与度比例范围内。司法鉴定意见认为,交通事故作为杨以生病情的诱发因素参与度为25%左右。此案一审判决认为,因交通事故造成第三者损害的,尽管损害后果与其自身疾病恶化可能引发的临床症状相似,但疾病非属过错,不应因此而减轻侵权人的民事赔偿责任。机动车第三者责任险是投保人缴纳保险费而由保险公司替代责任者进行赔偿的一种保险合同,基于保险的基本功能和对价公平的考虑,保险公司的理赔责任亦不应因此而减轻。保险公司以医学鉴定部门认定的事故造成损害后果的“参与度”比例为限承担赔偿责任的抗辩没有法律依据,不予支持。法院应严格区分受害人身体所受伤害在病理上的因果关系与侵权法、保险法领域的责任因果关系,如受害人损害后果是由交通事故引发和造成的,应据此确定保险公司的保险赔偿责任。二审法院在查明案件事实基础上,认可了一审法院判决。但鉴于杨以生为了及时实现损害赔偿,同意放弃部分赔偿款,二审法院组织三方当事人进行调解,该案以调解方式结案。

保险公司关于依损伤“参与度”扣减保险赔偿金的抗辩,与交强险或商业保险的设置目的及赔付规则是不相符的。以交强险为例,我国道路交通安全法第七十六条规定:“机动车发生交通事故造成人身伤亡、财产损失的,由保险公司在机动车第三者责任强制保险责任限额范围内予以赔偿……”《机动车交通事故责任强制保险条例》第二十一条规定:“被保险机动车发生道路交通事故造成本车人员、被保险人以外的受害人人身伤亡、财产损失的,由保险公司

依法在机动车交通事故责任强制保险责任限额范围内予以赔偿。道路交通事故的损失是由受害人故意造成的，保险公司不予赔偿。”该条例第23条规定了责任限额分为死亡伤残赔偿限额、医疗费用赔偿限额、财产损失赔偿限额以及被保险人在道路交通事故中无责任的赔偿限额。上述规定，明确了机动车发生交通事故，保险公司在机动车第三者责任强制保险责任限额范围内的赔付责任。可见，在确定交强险赔付责任时，我国相关立法并没有因受害人体质状况对损伤存有参与度须作相应扣减的规定。保险公司的免责事由仅限于受害人故意造成交通事故的情形，即便是投保机动车无责，保险公司也应在交强险无责限额内予以赔偿。因此，对于交通事故受害人符合法律规定的赔偿项目和标准的损失，均属交强险的赔付范围，参照损伤“参与度”而对交强险赔付责任进行扣减是没有法律依据的。

立昌公司案与指导案例24号荣宝英案在法律争议方面具有一定相似性，这说明侵权责任领域中，尤其是交通事故责任案件中对于损害“参与度”问题有一定模糊或不当的认识。在交通事故责任案件中，有人主张被侵权人体质特殊的，应当减轻侵权人承担的损害赔偿赔偿责任，即按个人特殊体质对侵权损害后果的介入程度，即“参与度”减轻侵权人的责任；也有人主张以医学鉴定部门认定的事故造成伤害后果的“参与度”比例为限承担交强险或机动车第三者责任险的赔付责任。通过上述两案的分析，我们认为这些认识是对侵权责任法过错责任原则的误用，不符合侵权责任法、道路交通安全法和保险法的有关规定，不符合保护被侵权人的合法权益，制裁违法行为，分散交通安全风险的立法目的。由于立昌公司案二审调解结案，不宜推荐为指导案例，最终荣宝英案经过审查程序讨论通过，作为指导案例发布。指导案例24号荣宝英案的发布，对于澄清认识，统一裁判尺度，实现法律效果和社会效果的良好统一，指导此类案件的审判具有指导意义。

(撰稿人：石磊)

张庆福、张殿凯诉朱振彪生命权纠纷案

(最高人民法院审判委员会讨论通过 2018 年 12 月 19 日发布)

关键词

民事 生命权 见义勇为

裁判要点

行为人非因法定职责、法定义务或约定义务,为保护国家、社会公共利益或者他人的人身、财产安全,实施阻止不法侵害者逃逸的行为,人民法院可以认定为见义勇为。

相关法条

《中华人民共和国侵权责任法》第六条

《中华人民共和国道路交通安全法》第七十条

基本案情

原告张庆福、张殿凯诉称:2017 年 1 月 9 日,被告朱振彪驾驶奥迪小轿车追赶骑摩托车的张永焕。后张永焕弃车在前而跑,被告朱振彪也下车在后面继续追赶,最终导致张永焕在迁曹线 90 公里 495 米处(滦南路段)撞上火车身亡。朱振彪在追赶过程中散布和传递了张永焕撞死人的失实信息;在张永焕用语言表示自杀并撞车实施自杀行为后,朱振彪仍然追赶,超过了必要限度;追赶过程中,朱振彪手持木凳、木棍,对张永焕的生命造成了威胁,并数次谩骂张永焕,对张永焕的死亡存在主观故意和明显过错,对张永焕死亡应承担赔偿责任。

被告朱振彪辩称:被告追赶交通肇事逃逸者张永焕的行为属于见义勇为行为,主观上无过错,客观上不具有违法性,该行为与张永焕死亡结果之间不存在因果关系,对张永焕的意外死亡不承担侵权责任。

法院经审理查明:2017 年 1 月 9 日上午 11 时许,张永焕由南向北驾驶两轮摩托车行驶至古柳线青坨鹏盛水产门口,与张雨来无证驾驶同方向行驶的无牌照两轮摩托车追尾相撞,张永焕跌倒、张雨来倒地受伤、摩托车受损,后张永焕起身驾驶摩托车驶离现场。此事故经曹妃甸交警部门认定:张永焕负主要责任,张雨来负次要责任。

事发当时,被告朱振彪驾车经过肇事现场,发现肇事逃逸行为即驾车追赶。追赶过程中,朱振彪多次向柳赞边防派出所、曹妃甸公安局 110 指挥中心

等公安部门电话报警。报警内容主要是：柳赞镇一道档北两辆摩托车相撞，有人受伤，另一方骑摩托车逃逸，报警人正在跟随逃逸人，请出警。朱振彪驾车追赶张永焕过程中不时喊“这个人把人怼了逃跑呢”等内容。张永焕驾驶摩托车行至滦南县胡各庄镇西梁各庄村内时，弃车从南门进入该村村民郑如深家，并从郑如深家过道屋拿走菜刀一把，从北门走出。朱振彪见张永焕拿刀，即从郑如深家中拿起一个木凳，继续追赶。后郑如深赶上朱振彪，将木凳讨回，朱振彪则拿一木棍继续追赶。追赶过程中，有朱振彪喊“你怼死人了往哪跑！警察马上就来了”，张永焕称“一会儿我就把自己砍了”，朱振彪说“你把刀扔了我就不追你了”之类的对话。

走出西梁各庄村后，张永焕跑上滦海公路，有向过往车辆冲撞的行为。在被李江波驾驶的面包车撞倒后，张永焕随即又站起来，在路上行走一段后，转向铁路方向的开阔地跑去。在此过程中，曹妃甸区交通局路政执法大队副大队长郑作亮等人加入，与朱振彪一起继续追赶，并警告路上车辆，小心慢行。这个人想往车上撞。

张永焕走到迁曹铁路时，翻过护栏，沿路堑而行，朱振彪亦翻过护栏继续跟随。朱振彪边追赶边劝阻张永焕说：被撞到的那个人没事儿，你也有家人，知道了会惦记你的，你自首就中了。2017年1月9日11时56分，张永焕自行走向两铁轨中间，51618次火车机车上的视频显示，朱振彪挥动上衣，向驶来的列车示警。2017年1月9日12时02分，张永焕被由北向南行驶的51618次火车撞倒，后经检查被确认死亡。

在朱振彪跟随张永焕的整个过程中，两人始终保持一定的距离，未曾有过身体接触。朱振彪有劝张永焕投案的语言，也有责骂张永焕的言辞。

另查明，张雨来在与张永焕发生交通事故受伤后，当日先后被送到曹妃甸区医院、唐山市工人医院救治，于当日回家休养，至今未进行伤情鉴定。张永焕死亡后其第一顺序法定继承人有二人，即其父张庆福、其子张殿凯。

2017年10月11日，大秦铁路股份有限公司大秦车务段滦南站作为甲方，与原告张殿凯作为乙方，双方签订《铁路交通事故处理协议》，协议内容“2017年1月9日12时02分，51618次列车运行在曹北站至滦南站之间90公里495处，将擅自进入铁路线路的张永焕撞死，构成一般B类事故；死者张永焕负事故全部责任；铁路方在无过错情况下，赔偿原告张殿凯4万元。”

裁判结果

河北省滦南县人民法院于2018年2月12日作出（2017）冀0224民初3480号民事判决，驳回原告张庆福、张殿凯的诉讼请求。一审宣判后，原告张庆福、张殿凯不服，提出上诉。审理过程中，上诉人张庆福、张殿凯撤回上诉。河北省唐山市中级人民法院于2018年2月28日作出（2018）冀02民终2730号民事裁定：准许上诉人张庆福、张殿凯撤回上诉。一审判决已发生法

律效力。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第338条第2款规定：“当事人未申请撤回或者经人民法院裁定同意，人民法院不予准许，但不影响该部分裁判的效力。”

裁判理由 www.docriver.com商家巨力电子书

法院生效裁判认为：张庆福、张殿凯在本案二审审理期间提出撤回上诉的请求，不违反法律规定，准许撤回上诉。

本案焦点问题是被告朱振彪行为是否具有违法性；被告朱振彪对张永焕的死亡是否具有过错；被告朱振彪的行为与张永焕的死亡结果之间是否具备法律上的因果关系。

首先，案涉道路交通事故发生后张雨来受伤倒地昏迷，张永焕驾驶摩托车逃离。被告朱振彪作为现场目击人，及时向公安机关电话报警，并驱车、徒步追赶张永焕，敦促其投案，其行为本身不具有违法性。同时，根据《中华人民共和国道路交通安全法》第七十条规定，交通事故发生后，车辆驾驶人应当立即停车、保护现场、抢救伤者；张永焕肇事逃逸的行为违法。被告朱振彪作为普通公民，挺身而出，制止正在发生的违法犯罪行为，属于见义勇为，应予以支持和鼓励。

其次，从被告朱振彪的行为过程看，其并没有侵害张永焕生命权的故意和过失。根据被告朱振彪的手机视频和机车行驶影像记录，双方始终未发生身体接触。在张永焕持刀声称自杀意图阻止他人追赶的情况下，朱振彪拿起木凳、木棍属于自我保护的行为。在张永焕声称撞车自杀，意图阻止他人追赶的情况下，朱振彪和路政人员进行了劝阻并提醒来往车辆。考虑到交通事故事发突然，当时张雨来处于倒地昏迷状态，在此情况下被告朱振彪未能准确判断张雨来伤情，在追赶过程中有时喊话传递的信息不准确或语言不文明，但不构成民事侵权责任过错，也不影响追赶行为的性质。在张永焕为逃避追赶，跨越铁路围栏、进入火车运行区间之后，被告朱振彪及时予以高声劝阻提醒，同时挥衣向火车司机示警，仍未能阻止张永焕死亡结果的发生。故该结果与朱振彪的追赶行为之间不具有法律上的因果关系。

综上，原告张庆福、张殿凯一审中提出的诉讼请求理据不足，不予支持。

最高人民法院
关于审理食品药品纠纷案件
适用法律若干问题的规定

法释〔2013〕28号

（2013年12月9日最高人民法院审判委员会
第1599次会议通过 2013年12月23日最高人民
法院公告公布 自2014年3月15日起施行）

为正确审理食品药品纠纷案件，根据《中华人民共和国侵权责任法》《中华人民共和国合同法》《中华人民共和国消费者权益保护法》《中华人民共和国食品安全法》《中华人民共和国民事诉讼法》等法律的规定，结合审判实践，制定本规定。

第一条 消费者因食品、药品纠纷提起民事诉讼，符合民事诉讼法规定受理条件的，人民法院应予受理。

第二条 因食品、药品存在质量问题造成消费者损害，消费者可以分别起诉或者同时起诉销售者和生产者。

消费者仅起诉销售者或者生产者的，必要时人民法院可以追加相关当事人参加诉讼。

第三条 因食品、药品质量问题发生纠纷，购买者向生产者、销售者主张权利，生产者、销售者以购买者明知食品、药品存在质量问题而仍然购买为由进行抗辩的，人民法院不予支持。

第四条 食品、药品生产者、销售者提供给消费者的食品或者药品的赠品发生质量安全问题，造成消费者损害，消费者主张权利，生产者、销售者以消费者未对赠品支付对价为由进行免责抗辩的，人民法院不予支持。

第五条 消费者举证证明所购买食品、药品的事实以及所购食品、药品不符合合同的约定，主张食品、药品的生产者、销售者承担违约责任的，人民法院应予支持。

消费者举证证明因食用食品或者使用药品受到损害，初步证明损害与食用食品或者使用药品存在因果关系，并请求食品、药品的生产者、销售者承担侵权责任的，人民法院应予支持，但食品、药品的生产者、销售者能证明损害不是因产品不符合质量标准造成的除外。

第六条 食品的生产者与销售者应当对于食品符合质量标准承担举证责

任。认定食品是否合格,应当以国家标准为依据;没有国家标准的,应当以地方标准为依据;没有国家标准、地方标准的,应当以企业标准为依据。食品的生产者采用的标准高于国家标准、地方标准的,应当以企业标准为依据。没有前述标准的,应当以食品安全法的相关规定为依据。

第七条 食品、药品虽在销售前取得检验合格证明,且食用或者使用时尚在保质期内,但经检验确认产品不合格,生产者或者销售者以该食品、药品具有检验合格证明为由进行抗辩的,人民法院不予支持。

第八条 集中交易市场的开办者、柜台出租者、展销会举办者未履行食品安全法规定的审查、检查、管理等义务,发生食品安全事故,致使消费者遭受人身损害,消费者请求集中交易市场的开办者、柜台出租者、展销会举办者承担连带责任的,人民法院应予支持。

第九条 消费者通过网络交易平台购买食品、药品遭受损害,网络交易平台提供者不能提供食品、药品的生产者或者销售者的真实名称、地址与有效联系方式,消费者请求网络交易平台提供者承担责任的,人民法院应予支持。

网络交易平台提供者承担赔偿责任后,向生产者或者销售者行使追偿权的,人民法院应予支持。

网络交易平台提供者知道或者应当知道食品、药品的生产者、销售者利用其平台侵害消费者合法权益,未采取必要措施,给消费者造成损害,消费者要求其生产者、销售者承担连带责任的,人民法院应予支持。

第十条 未取得食品生产资质与销售资质的个人、企业或者其他组织,挂靠具有相应资质的生产者与销售者,生产、销售食品,造成消费者损害,消费者请求挂靠者与被挂靠者承担连带责任的,人民法院应予支持。

消费者仅起诉挂靠者或者被挂靠者的,必要时人民法院可以追加相关当事人参加诉讼。

第十一条 消费者因虚假广告推荐的食品、药品存在质量问题遭受损害,依据消费者权益保护法等法律相关规定请求广告经营者、广告发布者承担连带责任的,人民法院应予支持。

社会团体或者其他组织、个人,在虚假广告中向消费者推荐食品、药品,使消费者遭受损害,消费者依据消费者权益保护法等法律相关规定请求其与食品、药品的生产者、销售者承担连带责任的,人民法院应予支持。

第十二条 食品、药品检验机构故意出具虚假检验报告,造成消费者损害,消费者请求其承担连带责任的,人民法院应予支持。

食品、药品检验机构因过失出具不实检验报告,造成消费者损害,消费者请求其承担相应责任的,人民法院应予支持。

第十三条 食品认证机构故意出具虚假认证,造成消费者损害,消费者请求其承担连带责任的,人民法院应予支持。

食品认证机构因过失出具不实认证，造成消费者损害，消费者请求其承担相应责任的，人民法院应予支持。

第十四条 生产、销售的食品、药品存在质量问题，生产者与销售者需同时承担民事责任、行政责任和刑事责任，其财产不足以支付，当事人依照侵权责任法等有关规定，请求食品、药品的生产者、销售者首先承担民事责任的，人民法院应予支持。

第十五条 生产不符合安全标准的食品或者销售明知是不符合安全标准的食品，消费者除要求赔偿损失外，向生产者、销售者主张支付价款十倍赔偿金或者依照法律规定的其他赔偿标准要求赔偿的，人民法院应予支持。

第十六条 食品、药品的生产者与销售者以格式合同、通知、声明、告示等方式作出排除或者限制消费者权利，减轻或者免除经营者责任、加重消费者责任等对消费者不公平、不合理的规定，消费者依法请求认定该内容无效的，人民法院应予支持。

第十七条 消费者与化妆品、保健品等产品的生产者、销售者、广告经营者、广告发布者、推荐者、检验机构等主体之间的纠纷，参照适用本规定。

消费者协会依法提起公益诉讼的，参照适用本规定。

第十八条 本规定施行后人民法院正在审理的一审、二审案件适用本规定。

本规定施行前已经终审，本规定施行后当事人申请再审或者按照审判监督程序决定再审的案件，不适用本规定。

【解 读】

解读《关于审理食品药品纠纷案件适用法律若干问题的规定》

一、问题的提出

为正确审理食品、药品纠纷案件，依法保护消费者的合法权益，2013年12月9日，最高人民法院审判委员会第1599次会议讨论通过了《关于审理食品药品纠纷案件适用法律若干问题的规定》(以下简称《规定》)。

《规定》的起草主要是出于两个方面的考虑：一是外部因素，即国家对于食品、药品安全的重视；二是内部因素，即解决人民法院在审理食品、药品纠纷案件中遇到的问题，以统一裁判尺度。

(一) 外部因素：国家对于食品、药品安全的高度重视

“国以民为本，民以食为天”。食品、药品安全关系到公民的人身健康和生命、财产安全，也关系到社会的稳定与发展。近几年来，我国频繁发生食品、药品安全事件，如“苏丹红”“毒胶囊”以及“问题奶粉”等事件，屡屡引发社会公众对食品、药品安全的心理恐慌，对社会稳定 and 经济发展造成巨大冲击。国家高度重视食品、药品安全问题，在2013年12月23日至24日召开的中央农村工作会议上，中央要求用最严谨的标准、最严格的监管、最严厉的处罚、最严肃的问责，确保人民群众“舌尖上的安全”。本《规定》的制定，立足于依法维护广大消费者的合法权益，引导因食品、药品质量问题、安全问题受到损害的消费者，运用法律手段维护合法权益，同时依法制裁假冒伪劣食品、药品的生产经营者，以构建规范有序、安全放心的食品、药品市场。

(二) 内部因素：人民法院审理食品、药品民事纠纷案件的需求

随着食品、药品案件的增多，人民法院在司法实践中遇到的难点问题也日益增多。由于食品、药品纠纷涉及人身损害，不仅会产生违约责任，而且还会产生侵权责任，案件受到食品安全法、消费者权益保护法、合同法、侵权责任法等一系列法律法规的调整，适用法律非常复杂，办案中遇到的程序和实体问题亟待解决。由于各地法院对相关法律条文的理解不同，出现了“同案不同判”的情况，因此，需要通过制定司法解释加以规范。为统一裁判尺度，维护司法权威，《规定》应运而生。这也是由食品、药品民事纠纷案件的特点决定的。食品药品民事纠纷案件具有如下特点：

1. 案件小幅上升，进入诉讼的案件数量并不多

近年来，食品、药品纠纷案件已经成为全国法院民事审判工作中社会关注度较高、涉及范围较广的案件类型。据不完全统计，2010年~2012年，全国法院受理的食品、药品民事纠纷案件共计13216件，占各类消费者权益纠纷案件的6%。其中2010年受理4080件；2011年受理4513件，同比上升9.59%；2012年受理4623件，同比上升2.44%。从上述数据可以看出食品、药品民事纠纷案件逐年呈小幅上升趋势，但是其绝对数量相对其他民事案件而言，数量并不多。这一方面是因为消费者协会作为依法成立对商品和服务进行社会监督并保护消费者合法权益的社会团体，对于处理消费纠纷发挥了较大的作用，前期化解了大量的消费纠纷，有效缓解了消费纠纷进入诉讼的压力。另一方面，从食品、药品民事纠纷案件的特点看，诉讼标的额一般不大，大量的消费属于日常消费，多数为几百、几千元，有些案件甚至只有几元钱，消费者囿于维权成本的考虑，往往会选择与商家协商解决纠纷，而非进入诉讼。

2. 群体性纠纷较多，类型渐趋多元化

消费者与经营者相比处于相对弱势地位，一旦发生经营者损害多数消费者利益的情形，很容易产生群体性纠纷，因为食品、药品若出现质量问题，往往

是同批次的产品被众多的人群使用,呈现受害者人数众多的特点。从消费者维权内容看,其类型渐趋多元化,从最初的以食品饮料、化妆日用品等为主,渐渐扩展到药品保健品等内容,并且药品、保健品成为诉讼对象的趋势渐涨。此类案件诉称的问题产品涉及的原因主要有质量问题,生产销售的产品违反了国家法律法规对生产许可证、批号批文等规定,外包装或产品说明书内容不符合法律规定,违反规定添加食品原料,宣传存在误解、欺诈以及服务等。以广州市越秀区人民法院为例,其审理的食品、药品纠纷中,“生产销售的产品违反了国家法律法规对生产许可证、批号批文等规定”和“外包装或产品说明书内容不符合法律规定,违反规定添加食品原料”两个原因所占比重较大,占此类案件的一半以上。但近年来因宣传存在误解或涉及虚假宣传的案子也呈现增加的趋势。^①

3. 没有统一案由,确定法律关系难,执法尺度不统一

目前最高人民法院发布的《民事案件案由规定》并未将消费者权益纠纷作为类别进行划分。消费者毕竟并非法律专业人士,在主张权利时对选择法律关系往往存在迷茫,甚至无所适从。消费者在立案时,多选择买卖合同纠纷以及健康权、产品责任纠纷、违反安全保障义务责任纠纷等侵权责任纠纷。案由不同,则意味着不同的法律关系,审理时举证责任、归责原则、赔偿范围也不同,造成执法尺度的不统一。同一纠纷,往往因案由选择不同,而导致最终的裁判结果有所差异。

4. 消费者举证难、鉴定难

《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第4条第6款规定:“因缺陷产品致人损害的侵权诉讼,由产品的生产者就法律规定的免责事由承担举证责任。”依照该规定,消费者首先要证明所购产品存在缺陷,且该缺陷与损害后果之间存在因果关系,之后才由生产者就免责事由举证。如何证明产品存在缺陷及因果关系,对于消费者具有一定难度。《产品质量法》第46条规定:“本法所称缺陷,是指产品存在危及人身、他人财产安全的不合理的危险;产品有保障人体健康和人身、财产安全的国家标准、行业标准的,是指不符合该标准。”一方面,“不合理的危险”的界定没有明确的标准;另一方面,产品没有保障人体健康和人身、财产安全的国家标准、行业标准的,依照《合同法》的规定,应“按照通常标准或者符合合同目的的特定标准履行”。显然,上述两个方面,消费者的理解具有主观性,有时需要依靠法官的自由裁量来确定,有时则必须借助科学的鉴定结论,这就增加了消费者的举证负担。

司法鉴定逐渐成为处理食品安全案件的瓶颈。消费者权益纠纷案件中,当事人之间的争议都集中在因果关系的确定上,而食品与损害结果之间存在因果

^① 参见《广州市越秀区人民法院消费者权益纠纷调研报告》。

关系也是进行赔偿的重要的构成要件。现代社会，食品的种类纷繁复杂，在确定因果关系时常常涉及很专业的知识，很多时候不得不依赖司法鉴定。一方面，鉴定费用较高，诉讼成本甚至高于消费者的期待利益；另一方面，难以确定鉴定样品，例如消费者所购产品已全部食用，生产者或经营者提供的新批次的样品，消费者又不予认可，即便确定了鉴定样品，往往不能鉴定出损害结果因产品质量和服务之间唯一而确定的因果关系，损害结果的产生存在多种可能性。这使得法院对因果关系难以作出判定。更为重要的是，法律、法规对司法鉴定的范围、程序等方面规范不够全面，司法鉴定机构的专业水平良莠不齐，导致司法鉴定结论常常存在瑕疵或重大缺陷，难以采信，导致重复鉴定，案件久拖不决。

二、《规定》的制定依据

由于食品、药品纠纷涉及的法律关系非常复杂，可能同时引发民事责任、行政责任和刑事责任，民事责任中又涉及违约责任与侵权责任，因此，制定《规定》的依据包括诸多法律、行政法规和司法解释，仅《规定》第十四条民事责任优先所依据的法律就有四部。但主要依据是合同法、侵权责任法、消费者权益保护法和食品安全法。此外，依据的法律还有民法通则、药品管理法、产品质量法、标准化法等。具体而言，《规定》第十条关于挂靠经营食品是依据侵权责任法，同时参照《旅游纠纷司法解释》和《道路交通安全法纠纷司法解释》规定的；《规定》第十二条关于食品、药品检验机构的责任，是依据药品管理法第八十七条的规定制定的；《规定》第十三条关于认证机构的责任是依据《认证认可条例》制定的；《规定》第十五条关于价款10倍赔偿是依据食品安全法第九十六条制定的；《规定》中的若干程序问题是依据民事诉讼法制定的；《规定》中“霸王条款”的效力认定、虚假广告的责任承担、第三网络平台交易者的责任承担等问题主要是依据2013年修订的消费者权益保护法制定的。

三、《规定》的适用范围

《规定》适用的范围很广泛。消费者与食品、药品的生产者、销售者、广告经营者、广告发布者、推荐者、检验机构、认证机构等主体之间因购买、食用食品或者使用药品发生的纠纷均适用本《规定》。需要说明的是，只要消费者与食品、药品的生产者、销售者之间因购买、食用食品或者使用药品产生的合同纠纷或侵权纠纷都可适用本解释，而不仅仅局限于因食品、药品的质量安全问题引起的纠纷。民事司法解释更侧重于对消费者损失的补偿，因此，从更好地维护消费者权益的角度出发，即使不存在食品、药品质量安全问题，仅造成财产损失的，也可适用本《规定》。依照食品安全法的规定，保健食品、食

用农产品也属于食品范畴,故因保健食品、食用农产品引起的质量纠纷也适用本《规定》。化妆品、保健品虽不属于药品,但其性质与药品类似,其产品质量直接关系消费者人身健康,故应参照适用本《规定》。民事诉讼法确立了公益诉讼制度。2013年修订的消费者权益保护法进一步规定了消费者协会有权提起公益诉讼。有诉讼主体资格的消费者协会组织因群体性食品、药品安全事故提起的公益诉讼,实际上是代替消费者诉讼,其本质也属于消费者维权。因此,《规定》明确消费者协会依法提起公益诉讼的,参照《规定》处理,这正是顺应民事诉讼法和消费者权益保护法的修改,以更好地维护消费者权益。

四、《规定》中的重点与难点问题解析

(一) 案件受理

食品、药品民事纠纷案件,当事人面临的第一个难题就是起诉难。由于食品药品质量问题比较专业,在司法实践中,有法院认为,对于食品、药品是否符合质量合格标准,应当以行政机关的认定为依据。我们认为,从民事诉讼法的规定看,民事诉讼法并未对起诉食品、药品的生产者、销售者作任何限制条件,因此,食品、药品民事纠纷案件不适用行政前置程序,否则,就是不适当地剥夺了消费者的诉权。为解决食品、药品领域起诉难的问题,《规定》第1条即开宗名义地规定:消费者因食品、药品纠纷提起民事诉讼,符合民事诉讼法规定受理条件的,人民法院应当依法受理。

(二) 消费者的求偿权

在食品、药品纠纷中,消费者往往最为关心的首要问题是其能够向谁主张权利。在食品、药品纠纷案件中,因食品、药品存在质量问题造成消费者损害,往往会形成违约责任与侵权责任之竞合,根据合同法第一百二十二条的规定,消费者只能择其一向人民法院提起诉讼。如果依据合同法,以食品、药品的生产者、销售者违反合同约定为由提起诉讼,那么原告应为不合格食品、药品的购买者,被告为食品、药品的销售者。如果依据侵权责任法、产品质量法提起诉讼,原告既可以是购买者,也可以是食品、药品的食用者或使用者。被告既可以是生产者,也可以是销售者。为防止生产者与销售者互相推诿责任,消费者可以择生产者或销售者之一起诉,也可以将生产者与销售者同时列为共同被告。

(三) 知假买假

对于所谓的“知假买假者”也应是民事赔偿求偿权的主体。在司法实践中对于知假买假者是否应当将其视为消费者存在很大争议。一种意见认为,知假买假主观上虽有牟利企图,但客观上净化了市场,在行政监管不到位的情况下,司法应当给予肯定的态度。另一种意见认为,知假买假者的真正企图不是为了抑制制假售假,而是为了自身利益,甚至有人借此敲诈商家,容易引发道

德风险。笔者认为，应将知假买假者作为消费者予以保护。

首先，从消费者的定义来看，消费者的含义比较广泛。而且其是一个相对的概念，消费者是相对生产者、销售者而言的，凡是与生产者或经营者进行交易，从他们手中购买商品，除本身也是经营者外，应被看作生活消费。其应作广义的理解。消费者不仅包括为自己生活需要购买物品的人，也包括为了收藏、保存、送人等需要而购买商品，以及替家人、朋友购买物品，代理他人购买生活用品的人。消费是由需要引起的，消费者购买商品和接受服务的目的是为了为了满足自己的各种需要，购买商品和接受服务本身体现着消费者一定的经济利益的追求。任何人只要其购买商品和接受服务的目的不是为了将商品或者服务再次转手，不是为了专门从事商品交易活动，其购买行为则属于生活消费，他或她便是消费者。因此，从数量上判断是否为生活消费，恐怕有失偏颇。

其次，从规范市场秩序的角度来说，不管是不是知假买假，这些人买到的确实是有问题的食品，消费者权益保护法与食品安全法就应该保护。无论知假买假者主观意图为何，其行为客观上是为了保护消费者的权益，维护诚实商家的利益以及公平公正的市场交易秩序和竞争秩序。^①知假买假确实潜移默化地促成了中国消费者的维权意识，改变着消费市场格局。从消费者保护立法的目的来看，是为了强化对消费者的保护。如果坚持知假买假不属于消费者的观点，就会使得消费者的概念过于狭窄，使消费者作为一个整体的利益主体得不到法律的有效保护，也起不到打击不法商人的作用。即便消费者被证明为“知假买假”，从制裁、打击违法经营者，建立健康、规范、有序的市场经济秩序考虑，也应认定“知假买假”者为一般的消费者，给予正常的法律保护。法律不保护“知假买假”的有一定消费知识的人，违反了权利主体资格平等保护的法理学基本原理。

再次，从实务操作层面上看，是否知假买假是个主观判断问题，很难举证。

如果存在知假买假者敲诈商家的情况，属于另外的法律问题，应当适用《刑法》的相关规定，对其进行处理。对于专门以打假为业的职业打假人，情况比较复杂，有待司法实践中审判经验的进一步积累，目前对于其能否像普通消费者一样对待，仍缺乏明确的规定。

（四）关于食品、药品的赠品引起的纠纷

食品、药品事关消费者的人身安全，即使是赠品，也必须保证质量安全。消费者对赠品虽未支付对价，但是实际上赠品的成本已经分摊到付费商品中。故赠送的食品、药品造成消费者权益损害的，生产者与销售者亦应承担赔偿责任。但考虑到消费者毕竟在形式上未支付价款获赠食品、药品，故对于生产

^① 参见李振宇、李学迎：《知假买假行为适用惩罚性赔偿评析》，载《政法论丛》2006年第1期。

www.docsriver.com商家巨力电子书

者、销售者承担责任的条件作一限定，即该赠品必须实际出现了质量安全问题，造成了消费者损害，消费者才能主张权利。如果赠与的食品符合安全标准，但包装或者食品本身质量有瑕疵，或者数量短缺，消费者主张权利的，人民法院一般不予支持。

（五）关于食品、药品虚假广告责任的认定

目前，我国广告市场存在不规范现象，虚假食品、药品广告并不鲜见。少数商家为扩大其市场销售份额，利用媒体、明星代言人做虚假广告，损害了消费者的合法权益，危害了人民群众的身体健康。审判实践中，与食品、药品广告有关的纠纷也越来越多，需要对相关主体的责任加以明确。媒体、个人代言人做虚假广告获取大量经济利益，消费者基于对广告的信赖而购买食品、药品遭受损失。根据权利义务相一致的原则，《规定》第十一条明确：消费者可以依照2013年消费者权益保护法的相关规定，请求广告经营者、发布者承担连带责任。该条同时还明确，社会团体或者其他组织、个人利用虚假广告推销食品、药品，造成消费者损害的，依照2013年消费者权益保护法的相关规定应当承担连带责任。考虑到在连带责任中，有时广告的经营者、发布者、代言人的支付能力不足，或者在诉讼中找不到，法院可以依法追加食品、药品的生产者、销售者为当事人，这不仅有利于查明案情，更有利于消费者权益的保护。

（六）关于对不安全食品经营者的惩罚性赔偿

本《规定》第十五条是对食品安全法第九十六条规定的解释。该法第九十六条规定了价款10倍赔偿金的惩罚性赔偿。惩罚性措施是提高违法成本从而遏制违法行为的一种手段。惩罚性赔偿制度具有严厉制裁失信者、充分补偿受害者、慷慨奖励维权者、有效教育社会公众的四大功能，是惩恶扬善、鼓励诚信、制裁失信的好制度。^① 食品安全法第九十六条虽规定了惩罚性赔偿，但缺乏细化的规定。

销售者承担“十倍赔偿”责任须以“明知”为前提，那么什么叫作销售者“明知”呢？“明知”是指确实知道、应当知道还是推定知道？对不同业态、规模、渠道与地位的销售者是否应不同对待？“应当知道”是否属于“明知”？笔者认为，明知应当既包括明明知道的情形，也包括应当知道的情形。从审判实践看，下列情形可推定销售者“明知”：销售明显不符合安全标准的食品，或者销售食品安全法等法律、法规明令禁止销售的食品；故意更改食品保质期，故意更换食品生产日期、批号的行为；食品经营者因销售不符合食品安全标准的食品，事先已被工商机关警告或者已经受到行政处罚，仍继续销售相关不合格食品的行为；对于同一批次食品，有关部门已经检验确定为不符合食品安全标准，且依法公布监测结果后，食品经营者仍上架销售的行为；食品经营者有

^① 参见刘俊海：《食品安全监督管理制度的核心是民事责任》，载《广州律师》2013年第4期。

意通过不正当销售渠道采购食品，且进货价格远低于当地一般市场进货价格，或者未建立食品进货查验记录制度，导致销售的食品出现假冒、变质现象。

实践中有不少人认为，请求惩罚赔偿金必须以造成实际人身损害为前提，如果仅仅购买了不安全食品，不得请求价款10倍赔偿金。其依据是侵权责任法第四十七条的规定，即“明知产品存在缺陷仍然生产、销售，造成他人死亡或者健康严重损害的，被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿”。该法晚于食品安全法施行，应遵循“新法优于旧法”的法律适用原则。我们认为这是误解，原因如下：（1）食品安全法是特别法，应优先于侵权责任法适用；（2）食品安全法第九十六条的立法本意并不限于人身权益损害，还包括违约损失；（3）2013年消费者权益保护法第五十五条也规定了惩罚性赔偿适用于违约之诉和侵权之诉，进一步说明惩罚性赔偿不受人身权益遭受损害的限制，而且消费者花钱购买的食物不能食用本身就是损失。因此，《规定》第十五条明确规定，消费者除要求赔偿损失外，还可以向经营者主张价款10倍赔偿金。意思是只要消费者购买了不安全食品，即可主张10倍赔偿金。本条还规定“或者依照法律规定的其他赔偿标准要求赔偿”，主要考虑到与两部法律的衔接，一是与正在修改的食品安全法衔接，该法律修正案规定了生产或者故意销售不安全食品最低赔偿1000元的规定；二是与2014年3月15日施行的消费者权益保护法衔接，该法规定的惩罚性赔偿标准不同，消费者可以在生产者或者销售者制售的食品虽然合格但存在欺诈的情况下请求获得惩罚性赔偿。

值得注意的是，在法律适用上，如果食品存在质量安全问题，应当适用食品安全法第九十六条的规定支付10倍赔偿金；而在食品企业采用严于食品安全标准的企业标准时，虽然食品不合格，但在食品安全标准之上，此时不能适用食品安全法，而应当适用消费者权益保护法的相关规定。另外，在归责原则上，对于生产者适用的是无过错责任，对于销售者适用的是过错责任。

（七）关于食品安全标准的认定

我国的食品标准原来由国家15个部门负责制定，制定出的标准包括：食用农产品质量安全标准、食品卫生标准、食品质量标准和有关食品的行业标准。食品安全法公布之后，原卫生部出台了《食品安全国家标准“十二五”规划》，拟将现有的食用农产品质量安全标准、食品卫生标准、食品质量标准和有关食品的行业标准整合成唯一的强制性标准。目前，国家卫生计生委已将食品安全国家标准清理完毕，地方标准也于2013年底清理完毕。到2015年，将完成所有食品安全标准的清理认定工作，经整合、重新认定后予以公布。迄今为止，国家卫生计生委已公布的食品安全标准多达303部，覆盖食品6000余种，除国家标准、地方标准外，还有食品安全企业标准和高于国家标准、地方标准的非强制性企业标准。每年还有许多新品种的食品没有标准。

食品安全法规定了食品安全的国家标准、地方标准和企业标准。我国现有

www.docsriver.com 商家巨力电子书

全国食品安全标准整合后，行业标准虽被弱化但仍将继续存在。对于消费者购买、食用没有上述标准的食品，发生食品质量纠纷，《规定》第六条明确适用法定的食品安全基本标准，亦即食品无毒、无害，符合应当有的营养要求，对人体健康不造成任何急性、亚急性或者慢性危害。

关于三种食品安全标准的关系问题，应作如下理解：制定本《规定》第六条的核心就是要明确适用国家标准、地方标准、企业标准的顺序，正确处理这三种食品安全标准的关系，确认适用哪一种标准来认定食品是否合格。首先，就强制性标准而言，国家标准处于优先适用的地位，只要有国家标准，就不得适用地方标准和企业标准。只要有地方标准，在其行政区划内就不得适用企业标准。没有前两种标准的，适用经政府主管部门批准的企业标准。其次，就推荐性标准而言，这是严于国家标准、地方标准的标准，只要食品企业选择适用这个标准，人民法院在审理案件时就应当以此为据来衡量食品是否合格；但是，如果经鉴定证明食品实际上不符合食品安全标准，消费者请求适用食品安全法关于惩罚性赔偿的规定进行处理的，人民法院应当支持；如果经鉴定证明食品达到了食品安全标准，但尚未达到其采用的高标准，也可以认定其构成违约，承担违约责任。如果经营者有欺诈行为，应适用消费者权益保护法第五十五条关于惩罚性赔偿的规定。对于尚无食品安全标准的新品种食品，应当以食品安全法第九十九条规定的食品安全的基本标准作为认定食品是否合格的依据。

关于本条规定的适用条件，具体包括：（1）适用于消费者与经营者之间发生的食品纠纷，包括保健食品、食用农产品纠纷，不适用于药品纠纷和其他纠纷。（2）涉及对争议食品质量的认定，如果发生的是食品数量短少，而非食品质量问题，则不适用本条规定。（3）适用于食品安全标准调整后的标准，即国家标准、地方标准、企业标准，不适用调整前的多种食品标准。

审判实践中应注意的问题：（1）要正确区分不安全食品与不合格食品。一般来说，不符合推荐性标准的食品，可以认定为不合格食品，但不能认定为不安全食品。不安全食品肯定是不合格食品，反之，不合格食品不一定是 unsafe 食品。对两者应注意适用不同的法律。（2）几个“地方标准”不同的，应以哪个“地方标准”为准。如果几个省都对同一种食品制定了不同的地方标准，不同标准的食品肯定会有区别，食品跨省流通发生质量纠纷，应以食品生产者所在地的地方标准认定食品是否合格。（3）如何适用进口食品的安全标准。随着我国进口食品规模的扩大，进口的不安全食品事件频发。我国的食品安全标准有的比国外的标准低，有的则比国外的标准高。那么，认定进口食品是否符合安全标准，应以我国的食品标准为依据。（4）注意食品安全标准的变化。随着我国自然环境和国际食品标准的变化，调高或者调低标准均有可能，由于食品安全标准的参数和指标的变化，可能会产生食品适用旧标准符合食品安全标

准,适用新标准则不符合食品安全标准。食品出厂时符合安全标准,保质期内销售过程中因标准调整引起食品不合格,商家应当认定经营者无过错,但不得继续销售。如果继续销售产生食品质量纠纷,人民法院应当适用食品安全法第九十六条关于惩罚性赔偿的规定处理。

(八) 挂靠
食品质量安全由于直接关系到人民群众的生命健康,因此国家对于食品的生产者与销售者实行严格的准入制度,一些具备食品生产资质或者销售资质的商家,为了抢占市场,或者出于牟利的考虑,会允许不具备相应食品生产资质或销售资质的商家挂靠其名下进行经营,而收取一定的费用。挂靠者与被挂靠者利益共享,在食品质量出现问题,造成消费者损害时,应当认定挂靠者与被挂靠者向消费者共同承担连带责任。

(九) 关于食品认证机构的责任的认定
食品认证是食品认证机构对初级农产品或者经过加工的食品所达到的等级作出认证。目前市场上经过认证的食品越来越多,经过认证的食品价格要远远高于普通食品,但实际上有不少普通食品,甚至不合格食品贴有无公害食品、绿色食品或者有机食品的认证标识,欺诈消费者。为维护消费者权益,遏制食品认证机构作虚假认证,《规定》第十三条规定了食品认证机构的责任,其中区分了食品认证机构认证食品与其实际性质不符是出于故意还是过失。如果食品认证机构故意出具虚假认证,造成消费者人身损害、财产损失的,其与食品的生产者、销售者构成共同侵权,应当承担连带责任;如果因过失导致认证不实,则应当承担与过错程度相适应的补充赔偿责任。

(十) 关于第三方网络交易平台提供者的责任
网络购物是新兴的购物方式,2012年我国网购用户达2.47亿个,网络交易金额突破1.3万亿元,越来越多的消费者通过网络交易平台来购买食品、药品,而商家入驻网络交易平台通常要支付不菲的入场费,为更好地维护消费者的合法权益,在网络交易平台提供者不能提供食品、药品生产者、销售者的真实名称、地址和有效联系方式时,依照消费者权益保护法的相关规定其应当承担连带责任。网络交易平台提供者仅仅是提供给商家一个销售食品、药品的场所,直接的责任人应当是生产者或者销售者,网络交易平台提供者承担责任后可以向食品、药品的生产者、销售者追偿。

实践中存在网络交易平台的提供者明知食品、药品的生产者、销售者利用其平台侵害消费者权益而放任自流的情形,此种情况下构成共同侵权,对此,本《规定》第九条明确,依照侵权责任法的有关规定,网络交易平台的提供者与食品、药品的生产者、销售者承担连带责任。

(十一) 关于经营者举证责任的承担
举证难是审理食品、药品纠纷案件中一个比较突出的问题。作为一名普通

www.docsriver.com商家巨力电子书

的食品消费者由于食品消费而受到损害的例子时有发生,轻者会患上各种疾病,重者则出现残疾甚至生命危险。消费者在维权过程中为了争取自己的权利需要费尽心血,消耗几个月甚至是几年的时间在诉讼纷争之中,力不从心。对于每天必须消费的食品,消费者们通常都难以主动地保留相关的证据材料以备后用。而且不安全食品大多数都不是食用后就会立刻出现中毒的迹象,一般是要在过了一段时间或者长期食用才会显现出其危害,到这个时候才去追究相关责任人的责任,则很可能消费凭证根本就没有办法找到了。另外,按照传统的“谁主张,谁举证”原则,消费者只有举证出因食用了有危害的食品并因此而导致了该损害后果,才能获得相应的赔偿。而随着食品的品种越来越多样化,食品结构也越来越复杂,作为普通的消费者难以搞清楚导致损害的直接原因,可民事诉讼又必须证明损害身体健康的事实是由该产品导致的。因此,食品安全案件中受害者举证难度大从很大程度上阻碍了他们维护自己的合法权益。食品安全诉讼中,受害者往往不能提交确切有效的证据以证明食品与侵害之间的必然联系,鉴于这样的事实情况,《规定》第五条合理分配了消费者与经营者的举证责任,防止有理的消费者因举证不能而败诉。消费者在选择不同诉因进行诉讼时需依法承担相应的举证责任。在违约之诉与侵权之诉中,消费者承担的举证责任是不同的。选择违约之诉时,消费者仅对购买涉案商品的事实以及涉案商品不符合合同约定的或者法定的安全标准举证。而在侵权之诉中,消费者不仅要举证证明经营者有违法行为,并且证明其因购买商品受到损害,还要初步证明损害与食用食品或者使用药品之间存在因果关系。食品、药品的生产者、销售者能证明消费者的损害不是因产品不符合质量标准造成的可以不承担责任。

(十二) 关于“霸王条款”效力的认定

消费者与食品、药品的经营者相比,处于弱势地位,食品、药品的生产者与销售者往往以格式合同、通知、声明、告示等方式作出排除或者限制消费者权利,减轻或者免除经营者责任、加重消费者责任等对消费者不公平、不合理的规定。因此,本《规定》第十六条明确,消费者可以依据消费者权益保护法的相关规定,请求人民法院认定该内容无效。人民法院应支持消费者的请求。实践中,“霸王条款”一般只有抽象规定,缺乏具体认定标准,人民法院应当在办案过程中不断总结,逐步加以明确。前不久,国家工商行政管理总局支持北京市工商管理总局对餐饮企业6种侵害消费者权益的告示认定为“霸王条款”,人民法院可以在办案时作为参考。

五、人民法院下一步需做的工作

食品、药品安全事关国计民生,食品、药品纠纷案件是民事纠纷案件中的热点与难点。下一步全国各级人民法院要重点做好以下几个方面的工作,以切

实保障民生。

一要进一步降低消费者维权成本。消费者是弱势群体，也是假冒伪劣食品、药品的受害者。人民法院审理消费者维权案件，要设身处地为消费者排忧解难，减少他们不必要的诉讼负担。

二要坚持平等保护。正确运用赔偿消费者损失和价款10倍赔偿金并处的规定，加大经营者的违法成本，让故意制售假冒伪劣商品的经营者付出沉重代价，把维护消费者权益真正落到实处。同时，注意平等保护诚信经营者的合法权益。支持依法维权，倡导理性维权，抑制过度维权，努力使人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义。

三要把消费者权益的保护纳入更为严格规范的制度架构之中。最高人民法院将继续加强对消费者权益保护案件审判工作的调研，适时出台相关司法解释，及时解决侵害消费者权益案件法律适用中的疑难问题。

四要加大对该类案件的指导力度。最高人民法院和各高级人民法院要切实做好审判指导工作，积极推进指导性案例制度，及时总结推广审判经验。

五要做好诉调对接工作。要充分发挥多元纠纷解决机制的作用，做好矛盾化解工作。食品、药品纠纷案件通常争议标的额小，各级法院在审理案件时要加强与消费者协会的沟通与协调，积极主动地邀请居民委员会、村民委员会、人民调解员、人民陪审员等社会力量参与调解，力争案结事了。

六要积极探索消费纠纷小额诉讼和公益诉讼制度。修改后的民事诉讼法规定了小额诉讼和公益诉讼制度。由于食品、药品纠纷案件大多属于事实清楚、权利义务关系明确的案件，争议不大，应积极探索设立小额诉讼法庭，以简化诉讼程序，提高审判效率，从而便于消费者诉讼，降低诉讼成本，提高消费者的维权积极性。

(撰稿人：王毓莹)

【链接】

不给制售有毒有害食品和假冒 伪劣药品的人以可乘之机

——最高人民法院民一庭负责人就《关于审理食品药品
纠纷案件适用法律若干问题的规定》答记者问

一、问：《最高人民法院关于审理食品药品纠纷案件适用法律若干问题的规定》（以下简称《规定》）对实践中消费者出现的“知假买假”行为如何处理？

答：《规定》第3条明确规定：“因食品、药品质量问题发生纠纷，购买者向生产者、销售者主张权利，生产者、销售者以购买者明知食品、药品存在质量问题而仍然购买为由进行抗辩的，人民法院不予支持。”也就是说，“知假买假”行为不影响消费者维护自身权益。

通常情况下，购物者应当认定为消费者，可以主张惩罚性赔偿。《规定》确认其具有消费者主体资格，对于打击无良商家，维护消费者权益具有积极意义，有利于净化食品、药品市场环境。

例如，最高人民法院发布的孙银山诉南京欧尚超市有限公司江宁店买卖合同纠纷案中，孙银山明知该超市出售的香肠过了保质期而购买，法院依然依法判决支持孙银山退货并取得10倍价款赔偿金。

二、问：惩罚性赔偿是否要以消费者人身权益遭受损害为前提？

答：针对食品领域的乱象，《食品安全法》第96条规定了食品价款10倍的惩罚性赔偿，从而加大了经营者的违法成本和维护消费者权益的力度。

例如，最高人民法院发布的华燕诉北京天超仓储超市有限责任公司第二十六分公司、北京天超仓储超市有限责任公司人身权益纠纷案中，华燕因购买并食用不合格食品造成人身损害，请求销售者依法支付医疗费、退货价款和购物价款10倍赔偿金，人民法院予以支持。

实践中，有一种观点认为，适用《食品安全法》第96条关于惩罚性赔偿的规定应以消费者人身权益遭受损害为前提。对此，《规定》第15条明确规定：“生产不符合安全标准的食品或者销售明知是不符合安全标准的食品，消费者除要求赔偿损失外，向生产者、销售者主张支付价款十倍赔偿金或者依照

法律规定的其他赔偿标准要求赔偿的,人民法院应予支持。”

也就是说,消费者主张食品价款10倍赔偿金不以人身权益遭受损害为前提。这对于统一裁判尺度,维护消费者合法权益,净化食品、药品环境,将产生积极影响。

三、问:请问商家是否应当对赠品的质量安全承担责任?

答:《规定》第4条规定:“食品、药品生产者、销售者提供给消费者的食品或者药品的赠品发生质量安全问题,造成消费者损害,消费者主张权利,生产者、销售者以消费者未对赠品支付对价为由进行免责抗辩的,人民法院不予支持。”

食品、药品事关消费者的人身安全,即使是赠品,也必须保证质量安全。消费者对赠品虽未支付对价,但是赠品的成本实际上已经分摊到付费商品中。赠送的食品、药品因质量问题造成消费者权益损害的,生产者与销售者亦应承担赔偿责任。

但是,考虑到消费者获赠食品、药品在实质上属于商家让利性质,故对于生产者、销售者承担责任的条件,《规定》作了限定,即该赠品必须实际出现了质量安全问题,造成消费者损害,消费者才能主张权利。

四、问:《规定》对网络交易平台提供者规定了什么法律责任?

答:网络购物是新兴的购物方式,有关数据显示,2012年我国网购用户达2.47亿个,网络交易金额突破1.3万亿元。通过网络交易平台购买食品、药品的消费者越来越多,由此引发的纠纷也越来越多。

据中消协统计,2012年网络购物投诉20454件,占销售服务投诉量的52.4%。2013年上半年网络购物投诉18471件,2013年上半年食品、药品投诉20530件。

为更好地维护消费者的合法权益,《规定》第9条规定:“消费者通过网络交易平台购买食品、药品遭受损害,网络交易平台提供者不能提供食品、药品的生产者或销售者的真实名称、地址与有效联系方式,消费者请求网络交易平台提供者承担责任的,人民法院应予支持。网络交易平台提供者承担赔偿责任后,向生产者或者销售者行使追偿权的,人民法院应予支持。网络交易平台提供者知道或者应当知道食品、药品的生产者、销售者利用其平台侵害消费者合法权益,未采取必要措施,给消费者造成损害,消费者要求其生产者、销售者承担连带责任的,人民法院应予支持。”

这样规定的基本考虑是,商家入驻网络交易平台通常要支付不菲的入场费,具备先行赔付的条件,在网络交易平台提供者不能提供食品、药品生产者、销售者的真实名称、地址和有效联系方式时,其应当承担赔偿责任。

www.docsriver.com商家巨力电子书

如果网络交易平台的提供者明知食品、药品的生产者、销售者利用其平台侵害消费者权益而放任自流，此种情况下则构成共同侵权。

五、问：虚假食品药品广告代言人和推销者，是否承担法律责任？

答：近年来，利用虚假食品、药品广告坑害消费者的情况较为普遍，社会危害十分严重。不少商家为扩大其市场销售份额，利用媒体、个人代言人做虚假广告，或者利用虚假广告推销食品、药品，严重损害了消费者生命健康和财产安全。

针对这种不法行为，《规定》第11条第1款规定：“消费者因虚假广告推荐的食物、药品存在质量问题遭受损害，依据消费者权益保护法等法律相关规定请求广告经营者、广告发布者承担连带责任的，人民法院应予支持。”该条第2款规定：“社会团体或者其他组织、个人，在虚假广告中向消费者推荐食品、药品，使消费者遭受损害，消费者依据消费者权益保护法等法律相关规定请求其与食品、药品的生产者、销售者承担连带责任的，人民法院应予支持。”

根据《消费者权益保护法》《侵权责任法》的相关规定精神，在连带责任中，消费者既可以一并起诉食品、药品的生产商、销售商、广告经营者、广告发布者、广告代言人，请求其共同承担赔偿责任，也可以起诉其中一个或者几个作为被告，由其承担全部赔偿责任，然后再向其他责任主体行使追偿权。

六、问：食品认证机构故意出具虚假认证，是否承担责任？

答：食品认证是食品认证机构对初级农产品或者经过加工的食品所达到的等级作出的认定。目前市场上经过认证的食品越来越多，消费者对经过认证的食品认可度和信任度较高。如果食品认证作假，消费者权益将蒙受巨大损失，我国的食品认证管理秩序将遭到严重破坏。

据2013年4月16日《人民日报》报道，我国经批准的认证企业有5468家，但是有不少普通食品，甚至不合格食品贴有无公害食品、绿色食品或者有机食品的认证标识，欺诈消费者。

为维护消费者权益，遏制食品认证机构作虚假认证，《规定》第13条规定了食品认证机构的责任：“食品认证机构故意出具虚假认证，造成消费者损害，消费者请求其承担连带责任的，人民法院应予支持。食品认证机构因过失出具不实认证，造成消费者损害，消费者请求其承担相应责任的，人民法院应予支持。”

这样规定，有利于全面规范市场行为，不给制售有毒有害食品和假冒伪劣药品的人以可乘之机。

七、问：《规定》第14条是否体现的就是民事责任优先原则？

www.docsriver.com商家巨力电子书

答：《规定》第14条规定：“生产、销售的食品、药品存在质量问题，生产者与销售者需同时承担民事责任、行政责任和刑事责任，其财产不足以支付，当事人依照侵权责任法等有关法律规定，请求食品、药品的生产者、销售者首先承担民事责任的，人民法院应予支持。”

之所以作出这样的规定，旨在加大保护消费者权益的力度。制售假冒伪劣食品、药品，往往会同时产生行政责任、刑事责任和民事责任。有关行政执法机关和法院可分别依照不同的法律对生产者、销售者作出缴纳罚款、罚金、支付民事赔偿金的处理。消费者是弱势群体，如果不确立民事责任优先原则，可能会出现消费者打赢官司却得不到赔偿的情况。因此，《规定》依照《食品安全法》和《侵权责任法》的有关规定，进一步明确责任主体应首先承担民事责任，以最大限度保护消费者的合法权益。

八、问：《规定》对实践中经常出现的“霸王条款”有何具体规定？

答：实践中，消费者与食品、药品的经营者相比，往往处于弱势地位。一些食品、药品的生产者、销售者以“霸王条款”对消费者作出不公平、不合理的规定，损害消费者合法权益。

对此，《规定》第16条规定：“食品、药品的生产者与销售者以格式合同、通知、声明、告示等方式作出排除或者限制消费者权利，减轻或者免除经营者责任、加重消费者责任等对消费者不公平、不合理的规定，消费者依法请求认定该内容无效的，人民法院应予支持。”

也就是说，消费者可以依据《消费者权益保护法》的相关规定，请求人民法院认定“霸王条款”内容无效。

九、问：消费者协会依法提起公益诉讼，人民法院是否予以支持？

答：为更好地维护消费者的权益，修改后的《民事诉讼法》确立了公益诉讼制度。修改后的《消费者权益保护法》也规定了消费者协会有权提起公益诉讼。

为此，《规定》第17条第2款规定：“消费者协会依法提起公益诉讼的，参照适用本规定。”这样规定与修改后的《民事诉讼法》和《消费者权益保护法》精神一脉相承，以更好地维护消费者权益。

最高人民法院

关于审理涉及公证活动相关民事案件的若干规定

法释〔2014〕6号

(2014年4月28日最高人民法院审判委员会
第1614次会议通过 2014年5月16日最高人民
法院公告公布 自2014年6月6日起施行)

为正确审理涉及公证活动相关民事案件，维护当事人的合法权益，根据《中华人民共和国民事诉讼法》《中华人民共和国民法通则》《中华人民共和国公证法》《中华人民共和国侵权责任法》《中华人民共和国民事诉讼法》等法律的规定，结合审判实践，制定本规定。

第一条 当事人、公证事项的利害关系人依照公证法第四十三条规定向人民法院起诉请求民事赔偿的，应当以公证机构为被告，人民法院应作为侵权责任纠纷案件受理。

第二条 当事人、公证事项的利害关系人起诉请求变更、撤销公证书或者确认公证书无效的，人民法院不予受理，告知其依照公证法第三十九条规定可以向出具公证书的公证机构提出复查。

第三条 当事人、公证事项的利害关系人对公证书所公证的民事权利义务有争议的，可以依照公证法第四十条规定就该争议向人民法院提起民事诉讼。

当事人、公证事项的利害关系人对具有强制执行效力的公证债权文书的民事权利义务有争议直接向人民法院提起民事诉讼的，人民法院依法不予受理。但是，公证债权文书被人民法院裁定不予执行的除外。

第四条 当事人、公证事项的利害关系人提供证据证明公证机构及其公证员在公证活动中具有下列情形之一的，人民法院应当认定公证机构有过错：

- (一) 为不真实、不合法的事项出具公证书的；
- (二) 毁损、篡改公证书或者公证档案的；
- (三) 泄露在执业活动中知悉的商业秘密或者个人隐私的；
- (四) 违反公证程序、办证规则以及国务院司法行政部门制定的行业规范出具公证书的；
- (五) 公证机构在公证过程中未尽到充分的审查、核实义务，致使公证书错误或者不真实的；

(六) 对存在错误的公证书，经当事人、公证事项的利害关系人申请仍不予纠正或者补正的； www.docsriver.com商家巨力电子书

(七) 其他违反法律、法规、国务院司法行政部门强制性规定的情形。

第五条 当事人提供虚假证明材料申请公证致使公证书错误造成他人损失的，当事人应当承担赔偿责任。公证机构依法尽到审查、核实义务的，不承担赔偿责任；未依法尽到审查、核实义务的，应当承担与其过错相应的补充赔偿责任；明知公证证明的材料虚假或者与当事人恶意串通的，承担连带赔偿责任。

第六条 当事人、公证事项的利害关系人明知公证机构所出具的公证书不真实、不合法而仍然使用造成自己损失，请求公证机构承担赔偿责任的，人民法院不予支持。

第七条 本规定施行后，涉及公证活动的民事案件尚未终审的，适用本规定；本规定施行前已经终审，当事人申请再审或者按照审判监督程序决定再审的，不适用本规定。

【解 读】

解读《关于审理涉及公证活动 相关民事案件的若干规定》

一、问题的提出

为正确审理涉及公证活动相关民事案件，维护当事人的合法权益，2014年4月28日，最高人民法院审判委员会第1614次会议讨论通过了《最高人民法院关于审理涉及公证活动相关民事案件的若干规定》（以下简称《规定》）。该《规定》自2014年6月6日起施行。

二、理解与适用

(一) 关于公证损害责任的性质

公证损害责任，是指公证机构及其公证员在履行公证职务的过程中，给当事人或者公证事项的利害关系人造成损失的，公证机构应当承担的损害赔偿义务。关于公证损害责任的性质，有两种观点：一种观点认为，公证损害责任属于侵权责任；另一种观点认为，公证损害责任属于违约责任。

经研究，《规定》第一条明确规定公证损害责任属于侵权责任。理由：第

二、案由是确定责任性质的重要依据之一。“公证损害赔偿纠纷”，曾在2008年《民事案件案由规定》的“第四部分债权纠纷”中列在“十、合同纠纷”之后，作为第二级案由“特殊类型侵权纠纷”之下的第三级案由。2011年修改后的《民事案件案由规定》中，其名称修改为“公证损害责任纠纷”，仍保留为第三级案由，但置于侵权责任纠纷之下。第二、公证损害责任与用人单位责任具有一定的相似性，都属于单位为其工作人员的行为承担责任，在性质上都具有替代责任的特点，属于为他人的行为所致损害负有的侵权赔偿责任形态。第三、地方法院出台的相关文件和裁判的相关案例大都将公证损害责任定性为侵权责任。

（二）关于公证损害责任纠纷的被告

关于公证损害责任纠纷的被告，无论在学术界还是实务界，都存在争议，大致有共同被告说、特定情形下共同被告说、否定共同被告说三种观点。因此，有必要对此问题进行深入论证，进一步厘清分歧，以期形成共识。

1. 共同被告说。在《规定》起草过程中，曾广泛征求全国人大常委会法工委、最高人民法院、国务院法制办、司法部、中华全国律师协会、中国公证协会等相关部门的意见，亦得到了积极回应，获得了来自不同角度的宝贵意见。比如，中华全国律师协会在回函中就提到了如下具体意见：《规定》是根据侵权责任法和《公证法》作出的，在《公证法》第四十三条中，侵权行为的主体包括公证机构和公证员，《规定》确定的侵权责任主体范围不应小于法律既有规定。有支持此观点的学界人士认为，原告（当事人或公证事项的利害关系人）有权选择将公证员与公证机构共同罗列为被告，这有助于最大限度保护原告的合法权益。

2. 特定情形下共同被告说。《规定》在最高人民法院内部征求意见时，有关庭室对公证员是否应作为公证损害责任纠纷的共同被告，提出了如下意见：一般情况下，应将公证机构作为责任主体。但是，建议考虑是否有必要参考《最高人民法院关于审理涉及会计师事务所审计业务活动中民事侵权赔偿案件的若干规定》第五条的规定，明确特定情形下公证员与公证机构的连带责任。

3. 否定共同被告说。该观点认为，《公证法》第四十三条关于“公证机构及其公证员因过错给当事人、公证事项的利害关系人造成损失的，由公证机构承担相应的赔偿责任”的内容已经明确了公证损害责任纠纷的责任主体，如果在公证损害责任纠纷中将公证员与公证机构罗列为共同被告，容易造成实务操作与现行法律规定精神适用上的冲突。《公证法》实行机构本位制，根据《公证法》第六条、第十六条和第四十三条的规定，公证员是公证机构内部执业人员，对外承担责任的主体为公证机构。公证员在履行职务过程中存在过错的，可以依据《公证法》的相关规定进行处分、追责，而不能直接要求其对当事

人、公证事项的利害关系人承担赔偿责任。因此，将公证员作为承担民事侵权责任的主体，与法律规定的公证员商家巨力电子书

经研究，《规定》第一条采纳了第三种观点。依据《公证法》第四十三条的规定，对受损害的当事人、公证事项的利害关系人而言，公证机构是责任主体，公证员不是责任主体。公证员作为从事公证业务的执业人员，实施的公证活动代表其所在的公证机构，属于职务行为。因此，公证员不能成为《公证法》法律关系中对外直接承担民事责任的主体，其因过错给当事人、公证事项的利害关系人造成损失的，应由公证机构承担赔偿责任，公证机构赔偿后，可以向有故意或者重大过失的公证员追偿。故公证损害责任纠纷的被告只能是公证机构，而不应包括公证员。

需要注意的是，实践中，当事人、公证事项的利害关系人为了最大程度保护自己的合法权益，往往采用多列被告的方式，将公证机构与公证员一并起诉。对此情况，人民法院应当向原告释明；原告坚持不予变更的，人民法院应当裁定驳回原告对公证员的起诉。

(三) 关于就公证书的效力能否单独提起诉讼的问题

当事人、公证事项的利害关系人能否就公证书的效力单独提起民事诉讼，即当事人、公证事项的利害关系人是否可以通过民事诉讼的方式请求人民法院变更、撤销公证书或者确认公证书无效，在学术界和实务界有肯定说和否定说之争。

肯定说认为，第一，该类诉讼是发生在当事人、公证事项的利害关系人与公证机构之间的诉讼，可以以公证机构为被告向法院提起民事诉讼，诉讼标的是公证书的内容，属于确认之诉。虽然民事诉讼法未就此专门作出规定，但只要是民事争议，符合民事诉讼法第一百一十九条规定的条件，人民法院均应受理，法院可依不同情形作出撤销或者维持原公证书效力的裁判。第二，从维护社会公平和公正的角度来说，一切法律行为包括公证行为都可以被纳入到司法机关的审查和评判之中去，只有这样，才能使社会评价具有相对统一的标准和结论，有利于维护法律的严肃性和效力。第三，当事人就公证书的效力单独提起民事诉讼是有法可依的。《公证法》第四十条规定，当事人、公证事项的利害关系人对公证书的内容有争议的，可以就该争议向人民法院提起民事诉讼。公证书的内容有争议是导致公证书错误的原因，二者有着必然的因果关系。因此，依照《公证法》第四十条的规定，人民法院应当受理相关诉讼。

否定说认为，第一，当事人、公证事项的利害关系人认为公证书有错误的，可以向出具该公证书的公证机构提出复查，这是针对公证书错误的情形下，法律对当事人作出的权利救济途径，虽然排除了当事人可以向人民法院直接起诉的可能，但是符合公证文书只是民事证据的属性。第二，人民法院受理民事纠纷，针对的是当事人之间民事权利义务产生的争议，而不是对争议涉及

的某个证据进行裁判。当事人、公证事项的利害关系人对公证机构出具的公证书有异议，其实是认为公证书证明的事实对他们之间的权利义务关系产生了不当影响。当事人、公证事项的利害关系人可以就该争议提起民事诉讼，仅是公证书的撤销与否，没有起诉的必要性。第三，《公证法》第四十条规定“对公证书的内容有争议可以提起民事诉讼”，是指当事人之间以及当事人、公证事项的利害关系人之间关于民事实体权利义务争议，而不包括当事人、公证事项的利害关系人与公证机构之间就公证书的效力而产生的争议。

经研究，《规定》第二条明确规定：当事人、公证事项的利害关系人起诉请求变更、撤销公证书或者确认公证书无效的，人民法院不予受理。主要基于以下考虑：第一，将公证效力的认定作为一个单独的民事诉讼缺少法律依据。国外没有立法例，民事诉讼法也没有规定。第二，公证书是对原已存在的法律关系或法律事实采用公证的形式所进行的固定，只是一项证据，不需要单独对其效力进行认定。如果没有相反证据推翻公证书所证明的事项，公证书作为可采信的证据使用；如果有相反证据足以推翻公证书认定的事实，人民法院应依据上述证据对相关事实予以认定，公证书在该案件中不具有证明效力。当事人、公证事项的利害关系人可以依据人民法院生效裁判文书向公证机构申请撤销或者变更公证书。第三，人民法院受理民事纠纷，是通过法律事实真伪的确认，解决当事人之间的民事权利义务争议，而不是对争议涉及的某个证据进行客观事实真伪的确认。第四，人民法院即使受理了当事人、公证事项的利害关系人以公证机构为被告而提起的变更、撤销公证书或者确认公证书无效的诉讼请求并作出相应的裁判，也不能解决当事人、公证事项利害关系人之间的争议。之后，仍需再提起一个以当事人为被告的诉讼才能最终解决争议，两次诉讼亦不符合诉讼经济原则。基于此，《规定》第二条规定，当事人、公证事项的利害关系人起诉请求变更、撤销公证书或者确认公证书无效的，人民法院不予受理，告知其依照《公证法》第三十九条规定可以向出具公证书的公证机构提出复查。

需要进一步明确的是，当事人、公证事项的利害关系人依据《公证法》第三十九条和《规定》第二条向公证机构提出复查的，如果对公证机构的复查决定不服，能否提起诉讼？有肯定说和否定说两种观点。肯定说认为，法律对此问题没有明确规定，但规定不明确不等于人民法院不予受理。如果公证机构在这种情形下不能成为适格的被告，人民法院就无法对公证的合法性、真实性进行审查，公证权将可能成为不受监督的法外之权。否定说认为，《公证程序规则》第六十七条规定，当事人、公证事项的利害关系人对公证机构作出的撤销公证书的决定有异议的，可以向地方公证协会投诉。经研究，我们认同否定说的观点，即当事人、公证事项的利害关系人对公证机构的复查决定不服的，不能以公证机构为被告提起确认公证书效力的诉讼。但是，需要说明的是，当事人、

公证事项的利害关系人对公证机构的复查决定不服,并且认为公证机构确有过错而造成其损失的,可以依照《公证法》第四十三条规定提起公证损害赔偿之诉。

(四) 关于如何确定“公证书的内容有争议”的范围

《公证法》第四十条规定:“当事人、公证事项的利害关系人对公证书的内容有争议的,可以就该争议向人民法院提起民事诉讼。”实践中,对该条的调整范围理解不一。一种意见认为,“对公证书的内容有争议”,是指当事人之间以及当事人与利害关系人之间对民事实体权利义务的争议;另一种意见认为,“对公证书的内容有争议”,不仅包括当事人之间以及当事人与利害关系人之间对民事实体权利义务的争议,而且包括当事人、公证事项的利害关系人与公证机构之间产生的争议。

经研究,我们同意第一种意见,并且在《规定》第三条第一款对“公证书的内容”作了更细化的规定。我们认为,《公证法》第四十条解决的是公证书作出以后,当事人、公证事项的利害关系人就公证书所公证的内容有争议的,还能不能通过诉讼来解决的问题,而不涉及公证书有错误要求公证机构更正或者撤销的问题。若当事人、公证事项的利害关系人认为公证书有错误的,可以依据《公证法》第三十九条的规定向出具该公证书的公证机构提出复查;若当事人、公证事项的利害关系人认为公证机构及其公证员因过错对其造成损失的,可以依据《公证法》第四十三条的规定提起损害赔偿之诉。因此,《公证法》第四十条规定的“对公证书的内容有争议”,是指公证之后,当事人、公证事项的利害关系人就公证书所公证的事项而发生的民事实体权利义务争议,而不是公证书真伪以及有关公证书中单纯的事实(如出生、生存、死亡、身份、经历、学历、学位、职务、职称、有无违法犯罪记录等)存在与否的争议。比如,当事人签订了一份买卖合同并办理了公证,之后,双方就付款的条件、时间以及违约金的承担发生了争议;这种争议就是当事人、公证事项利害关系人之间对民事实体权利义务的争议。

需要说明的是,在《规定》起草过程中,有意见认为,《规定》第三条第一款明确规定:“当事人、公证事项的利害关系人对公证书所公证的民事权利义务有争议的,可以依照《公证法》第四十条规定就该争议向人民法院提起民事诉讼。”该规定是否意味着否定了《最高人民法院关于当事人对具有强制执行效力的公证债权文书的内容有争议提起诉讼人民法院是否受理问题的批复》(以下简称《批复》)的效力?为消除误解,厘清《规定》第三条第一款与《批复》之间的关系,经研究,将《批复》内容作为特别规定写进《规定》第三条第二款。

(五) 关于公证损害责任的归责原则和过错认定

1. 关于公证损害责任的归责原则

在《规定》起草过程中，公证损害责任的归责原则是适用过错责任还是过错推定责任，存在争议。主张适用过错推定责任的主要理由在于：第一，根据相关法律和司法解释的规定，会计师事务所承担的责任适用过错推定责任归责原则，而公证机构与会计师事务所均属于提供专业服务的中介机构，两者在性质上具有共通之处，在民事责任的承担上也应当采用相同的归责原则。第二，有利于解决当事人、公证事项的利害关系人举证难的问题。在办理公证的过程中，公证员是否尽到了相应的注意义务，只有公证员自己最清楚，当事人、公证事项的利害关系人无从知晓。如依过错责任原则，由当事人、公证事项的利害关系人举证证明公证员在办证过程中存在过错，非常困难。第三，过错责任与过错推定责任的区别在于举证责任不同，《公证法》虽规定了过错责任原则，但对过错的举证责任分配未予规定，公证损害责任适用过错推定责任原则并不违背《公证法》。

经研究，没有采纳上述观点。我们认为，公证损害责任应适用过错责任原则。第一，公证损害责任适用过错责任原则，符合《公证法》第四十三条第一款的文义。该款规定的“公证机构及其公证员因过错给当事人、公证事项的利害关系人造成损失的，由公证机构承担相应的赔偿责任”完全符合侵权责任法第六条第一款关于过错责任原则的规定，而没有任何“根据法律规定推定行为人有过错，行为人不能证明自己没有过错的，应当承担侵权责任”的过错推定责任原则的意思。第二，公证机构对于公证对象只能起合理的保证作用，而非绝对的保证作用。基于利益平衡的考虑，适用过错责任原则，同时依据一定的客观标准来认定公证机构的过错，能够做到对当事人、公证事项的利害关系人与公证机构的平衡保护。第三，虽然公证机构也属于提供服务的专业机构，但公证机构是“不以营利为目的的证明机构”，其收费费率亦远低于律师事务所、会计师事务所等商业性的专业中介服务机构，不宜要求其承担过重的赔偿责任。

2. 关于公证损害责任的过错认定

既然公证损害责任适用过错责任归责原则。那么，“过错”是确定公证机构是否承担侵权责任的核心要件，也是人民法院审理公证损害责任纠纷的主要考虑因素。因此，过错的认定至关重要。对于过错的认定，有主观过错说和客观过错说。我们认为，无论是主观过错说还是客观过错说，过错认定都应当采取客观化的判断标准，即是否依法履行了审查核实义务，是否严格按照法律、法规及规章的规定出具了公证书。依据这一标准，《规定》第四条采取了列举加兜底条款的表述方式，列举了七种认定公证机构过错的情形：为不真实、不合法的事项出具公证书的；毁损、篡改公证书或者公证档案的；泄露在执业活动中知悉的商业秘密或者个人隐私的；违反公证程序、办证规则以及国务院司法行政部制定的行业规范出具公证书的；公证机构在公证过程中未尽到充分

的审查、核实义务,致使公证书错误或者不真实的;对存在错误的公证书,经当事人、公证事项的利害关系人申请仍不予纠正的;其他违反法律、法规、国务院司法行政部门强制性规定的情形。

(六) 关于当事人提供虚假证明材料,当事人与公证机构应如何承担损害赔偿的问题

当事人提供的材料是正确办理公证的前提条件。因此,申请办理公证的当事人应当向公证机构如实说明申请公证事项的有关情况,并且提供的证明材料应当真实、合法、充分。但是,实践中,一些当事人为了谋取不法利益而提供虚假证明材料骗取公证书的现象时有发生,严重损害了他人的合法权益。因此,有必要对这种行为予以规制,合理分配当事人与公证机构之间的责任。《规定》第五条对此进行了明确规定。

1. 当事人提供虚假证明材料,应承担赔偿责任

公证的真实性很大程度上取决于证明材料的真实性。公证是当事人自愿申请的,证明材料也主要由当事人提供,当事人对所提供材料的真实性、合法性理应负有责任。在办理公证的过程中,无论公证机构有没有过错以及是否承担责任,都不妨碍追究当事人的责任。只要当事人提供虚假证明材料申请公证致使公证书错误造成他人损失的,就应承担全部赔偿责任。

在起草过程中,曾规定:“当事人隐瞒真实情况、提供虚假或错误材料……”经研究认为,隐瞒真实情况的目的是为了提供虚假材料,提供虚假材料是隐瞒真实情况的客观表现,因此,没必要将二者并列。另外,我们认为,当事人提供错误材料的原因有很多,既可能是基于当事人自己的原因故意提供错误的材料,也可能是基于第三方的原因提供了错误材料,如果一概要求当事人对受害人的损失承担全部赔偿责任,将对当事人不公平。基于此,我们删除了“当事人提供错误材料……”的内容。

2. 公证机构依法尽到审查、核实义务的,不承担赔偿责任

公证损害责任适用过错责任归责原则,无过错无责任,有过错有责任。当事人提供虚假证明材料申请公证,公证机构依法尽到审查、核实义务的,不承担赔偿责任。在《规定》出台之前,一些地方法院的文件或者判决也体现了这种精神。比如,上海市高级人民法院制定的《关于涉及公证民事诉讼若干问题的解答》规定:“因当事人提供虚假材料,故意隐瞒真实情况,导致公证机构作出错误公证文书的,经审查,如果公证机构已经尽到充分的审查、核实义务,仍无法避免错误出现的,公证申请人应当承担全部赔偿责任,公证机构不需要承担责任”。在《规定》起草过程中,有人建议采纳上海高院的做法,规定“公证机构依法尽到充分的审查、核实义务,不承担赔偿责任”。我们认为,“充分”在实践中很难衡量。因此,规定“公证机构依法尽到审查、核实义务的,不承担赔偿责任”,即公证机构按照相关法律法规、公证程序、办证规则

www.docsriver.com 商家巨力电子书

以及国务院司法行政部门制定的行业规范的要求履行审查、核实义务的，不承担赔偿责任。

3. 公证机构未依法尽到审查、核实义务的，应当承担与其过错相应的补充赔偿责任

在《规定》起草过程中，对于当事人提供虚假证明材料致使公证书错误造成他人损失，公证机构未依法尽到审查、核实义务的，公证机构应如何承担赔偿责任的问题，有三种观点：

一是公证机构承担相应的补充赔偿责任。理由：第一，侵权责任法虽然只是列举了三种承担补充责任的典型情形，但并不影响法律和司法解释中规定承担补充责任的其他情形。如《最高人民法院关于审理涉及会计师事务所审计业务活动中民事侵权赔偿案件的若干规定》就规定了补充责任。第二，当事人提供虚假材料致使公证机构出具错误公证书造成公证事项利害关系人损失的，当事人作为直接侵权人，应承担全部责任；公证机构作为间接侵权人，应承担相应的责任。第三，目前，地方法院在审理此类案件时大都认定公证机构在此情形下承担相应的补充责任。司法解释应当总结实践经验并为其提供法律依据。

二是公证机构应当承担赔偿责任。理由：为更好地保护受害人的合法权益，建议参照物权法第二十一条第二款“因登记错误，给他人造成损害的，登记机构应当承担赔偿责任。登记机构赔偿后，可以向造成登记错误的人追偿”的规定，明确公证机构先承担赔偿责任，赔偿之后可以向造成公证错误的当事人追偿。

三是公证机构承担相应的赔偿责任。理由：第一，侵权责任法仅在第三十四条、第三十七条、第四十条规定了“补充责任”，作为几种特定情形下法定的承担责任方式。而公证机构的民事责任只是一般的民事责任形态，对民事责任的设定，在立法上予以规定更为妥当。第二，关于第二种观点，确实有利于保护受害人的合法权益，而且在实践中比较容易操作。但是，这可能导致当事人与公证事项的利害关系人恶意串通而引发道德风险。第三，当事人提供虚假证明材料而公证机构未依法履行审查核实义务的，属于侵权责任法第十二条规定的按份责任的情形，公证机构应承担相应的赔偿责任。并且，调研中也有相当一部分法官认为，规定相应的责任即能够解决问题，由法官自由裁量更符合实际。

经认真研究，我们采纳了第一种观点。即当事人提供虚假证明材料致使公证书错误造成他人损失，公证机构未依法尽到审查、核实义务的，公证机构承担与其过错相应的补充赔偿责任。准确把握“相应的补充赔偿责任”，要注意以下几点：第一，当事人与公证机构之间在承担责任上有先后顺序，当事人是第一顺序责任人，公证机构是第二顺序责任人，如果作为第一顺序责任人承担

了全部责任,则后一顺序责任人就不必承担责任。第二,“相应的补充责任”是与“完全的补充责任”相对应的。“完全的补充责任”是指只要是第一责任人不能承担的部分,补充责任人就应承担。而“相应的补充责任”是对补充责任人承担补充责任的一种限制,补充责任人承担的责任不能超过其应承担的“相应的”部分,而不是第一责任人不能承担的全部。第三,所谓“相应”,是指与“公证机构的过错程度”相应。公证机构未依法履行审查、核实义务的,即有过错,人民法院根据其过错程度具体确定公证机构承担的责任大小。第四,在执行过程中,人民法院应首先对当事人采取执行措施,查封、扣押、冻结当事人的财产,当事人下落不明或者其财产不足以清偿债务时,人民法院才能对公证机构采取执行措施,以体现出承担责任的先后顺序。

4. 公证机构明知公证证明的材料虚假或者与当事人恶意串通的,承担连带赔偿责任。

公证机构作为证明机构,其任务是依据事实和法律证明法律行为和法律意义的事件、文书的真实性、合法性。公证机构出具的公证书具有法律上的效力,其目的在于预防纠纷,保护当事人的合法权益。如果公证机构明知当事人提供的材料虚假而故意出具错误的公证书或者与当事人恶意串通出具错误的公证书,不仅不能预防纠纷,反而制造更多的纠纷,损害他人的合法权益。在此种情况下,公证机构与当事人构成共同侵权,应对他人的损失承担连带责任。

(七) 关于公证机构的免责事由

如何准确理解与适用公证损害责任的免责事由,是公证损害责任纠纷的难点问题。《规定》第六条明确了公证损害责任的免责事由,即:当事人、公证事项的利害关系人明知公证机构所出具的公证书不真实、不合法而仍然使用造成自己损失,公证机构不承担赔偿责任。实践中,正确理解与适用本条规定,需要把握以下几点:

1. 关于“明知”的界定。“明知”是故意构成中的认识因素,是故意的重要表现形式。故意层面的“明知”是指对行为违法性以及危害后果的认识,也就是行为人认识到其行为会造成一定的危害后果。司法实践中,对于明知的证明,也往往需要通过举证有关的客观行为表现来实现。本条对于当事人、公证事项的利害关系人明知的对象规定得非常明确,不仅包括公证机构所出具的公证书不真实、不合法,而且包括对不真实、不合法的公证书进行使用会产生何种损害结果的认识。

2. 关于因果关系的界定。理论上,对于因果关系的认定有直接因果关系说、相当因果关系说、必然因果关系说。我们认为,当事人、公证事项的利害关系人明知公证机构所出具的公证书不真实、不合法而仍然使用造成自己损失,应当采取相当因果关系的规则,即当事人、公证事项的利害关系人明知公证机构所出具的公证书不真实、不合法而仍然使用与最终造成自己的损失具有

相当因果关系，公证机构即可免责。否则，将会鼓励公证当事人知假用假甚至造假，引发道德风险。在本条规定情形下，虽然公证机构对形成不真实、不合法的公证书存在过错，但其过错并不必然导致损害结果的发生，并且公证机构的故意或过失与损害结果虽然有客观上的联系，但并无主观上的意思联络。因此，当事人、公证事项的利害关系人的“故意”，是其使用错误公证书造成损失的根本原因和直接原因。

3. 关于公证机构免责事由的举证责任问题。“谁主张，谁举证”是民事诉讼举证责任的一般规则。这对于公证损害责任纠纷同样适用。也就是说，公证机构主张其不承担责任的，应当对本条规定的免责事由，即对当事人、公证事项的利害关系人明知公证机构所出具的公证书不真实、不合法而仍然使用造成他们自身损失的事实承担相应的举证责任。如果没有证据或者证据不足以证明公证机构的事实主张的，则公证机构应当承担相应的不利后果。

(撰稿人：郭 锋 吴光祥 陈朝仑 司艳丽)

【链 接】

依法规范公证活动 促进社会和谐发展

——最高人民法院研究室、司法部律师公证工作指导司负责人就
《关于审理涉及公证活动相关民事案件的若干规定》答记者问

最高人民法院于近日发布了《最高人民法院关于审理涉及公证活动相关民事案件的若干规定》(以下简称《规定》)，自2014年6月6日起施行。就如何正确理解适用和贯彻落实好《规定》，最高人民法院研究室与司法部律师公证工作指导司负责人就相关问题回答了记者提问。

一、问：请谈谈《规定》的起草背景和经过。

答：《公证法》明确了公证机构作为独立民事责任主体的法律地位。该法第四十条、第四十三条、第四十四条分别从不同方面对公证民事责任问题进一步作出规定，为人民法院依法审理涉及公证的民事案件提供了法律依据。

然而，由于《公证法》规定较为原则，在实施过程中遇到了一些问题，主要表现在以下方面：(1) 公证机构及公证员的过错认定标准有待进一步界定；(2) 公证机构承担的损害赔偿责任的有待进一步明确；(3) 当事人、公证事项的利害关系人能否就公证书的效力单独提起诉讼的问题，有待进一步统一认识。

为更好地贯彻执行《公证法》的有关规定,预防纠纷,促进和谐,最高人民法院及时启动了《规定》的制定工作。经深入调研,广泛征求意见,反复研究论证,完成了起草工作。2014年4月28日,最高人民法院审判委员会第1614次会议讨论通过了《规定》。

二、问:请谈谈《规定》的主要内容。

答:《规定》共七条,主要包括如下内容:一是明确了公证损害责任纠纷的被告以及责任性质;二是明确规定当事人、公证事项的利害关系人起诉请求变更、撤销公证书或者确认证书无效的,人民法院不予受理,告知其向出具公证书的公证机构提出复查;三是明确了公证书作出以后,当事人、公证事项的利害关系人就公证书所公证的民事权利义务有争议的,可以向人民法院提起诉讼;四是明确了公证损害责任纠纷中对公证机构的过错认定标准;五是明确了当事人提供虚假证明材料申请公证致使公证书错误造成他人损失的,公证机构应如何承担责任的问题。

三、问:请谈谈《规定》对公证机构及公证员的过错认定标准。

答:根据《公证法》第四十三条规定,公证损害赔偿采用过错责任的归责原则。因此,如何确定公证机构在公证活动中存在过错,是认定公证机构承担损害赔偿责任的核心理要件,也是人民法院审理公证损害赔偿案件的主要考虑因素。鉴于此,《规定》第四条结合《公证法》《公证程序规则》的相关规定,明确规定:当事人、公证事项的利害关系人提供证据证明公证机构及其公证员在公证活动中具有下列情形之一的,人民法院应当认定公证机构有过错:(1)为不真实、不合法的事项出具公证书的;(2)毁损、篡改公证书或者公证档案的;(3)泄露在执业活动中知悉的商业秘密或者个人隐私的;(4)违反公证程序、办证规则以及国务院司法行政部门制定的行业规范出具公证书的;(5)公证机构在公证过程中未尽到充分的审查、核实义务,致使公证书错误或者不真实的;(6)对存在错误的公证书,经当事人、公证事项的利害关系人申请仍不予纠正或者补正的;(7)其他违反法律、法规、国务院司法行政部门强制性规定的情形。

四、问:请谈谈《规定》对当事人提供虚假证明材料申请公证,导致公证机构出具错误公证书造成他人损失的,公证机构应当如何承担损害赔偿规定的规定。

答:当事人提供虚假证明材料申请公证,导致公证机构出具错误公证书造成他人损失的,当事人应当基于其过错承担赔偿责任,对此,没有不同意见。但是,对于出具公证书的公证机构是否要对他人的损失承担赔偿责任,以及如

何承担责任的问题，实践中认识不一致。鉴于此，《规定》第五条明确规定，公证机构依法尽到审查、核实义务的，不承担赔偿责任；未依法尽到审查、核实义务的，应当承担与其过错相应的补充赔偿责任；明知公证证明的材料虚假或者与当事人恶意串通的，承担连带赔偿责任。

五、问：请谈谈《规定》对当事人、公证事项的利害关系人就公证书的效力单独提起诉讼的规定。

答：实践中，当事人、公证事项的利害关系人认为公证书有错误的，能否向法院请求变更、撤销公证书或者确认公证书无效，有不同的认识。鉴于此，《规定》第二条明确规定，当事人、公证事项的利害关系人起诉请求变更、撤销公证书或者确认公证书无效的，人民法院不予受理，告知其依照公证法第三十九条规定可以向出具公证书的公证机构提出复查。经复查，公证书的内容违法或者与事实不符的，公证机构应当撤销该公证书并予以公告，该公证书自始无效；公证书有其他错误的，公证机构应当予以更正。

六、问：请谈谈《规定》的出台将对公证行业产生的影响。

答：《规定》的出台，对于进一步完善公证制度、深入贯彻落实《公证法》、促进公证事业健康发展具有重要意义。首先，《规定》进一步完善了公证制度。厘清了《公证法》第四十条与第三十七条之间的关系，明确规定了公证执业过错的具体情形，合理确定了公证机构的赔偿责任等，使《公证法》更具可操作性；其次，《规定》为公证机构及公证员依法执业提供了指引。有助于公证机构及公证员正确理解和把握公证执业准则，进一步规范执业行为，勤勉尽职履责，最大限度地避免或者减少赔偿责任风险，促进公证行业健康发展；再次，《规定》明确了当事人提供虚假证明材料的民事责任。有助于规范和约束当事人的举证行为，督促其正确履行举证责任，降低由此给公证执业活动带来的责任风险。

七、问：请谈谈如何推动公证行业贯彻落实《规定》。

答：司法部拟于近日下发通知，就全国公证行业学习贯彻《规定》作出部署和安排，要求各地通过专题培训、座谈研讨、案例分析等方式，认真学习领会《规定》的内容，使每一名公证执业人员和公证管理人员真正理解司法解释的内涵和要求，切实将《规定》贯彻落实到公证工作之中，进一步规范公证执业行为，健全完善各项公证管理制度，促进公证事业持续健康发展。