

平乱电子资源交易平台docsriver.com入驻商家太我也



民事解答录

Minshi Jiedalu

梁慧星◎著

人民法院出版社



民事解答录

Minsi Jiedalu

梁慧星◎著

图书在版编目 (CIP) 数据

民事解答录 / 梁慧星著. - 北京: 人民法院出版社, 2015. 1
ISBN 978 - 7 - 5109 - 1151 - 4

I. ①民… II. ①梁… III. ①民事诉讼法 - 中国 - 问题解答 IV. ①D925.105

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 014349 号

民事解答录

梁慧星 著

责任编辑 兰丽专
出版发行 人民法院出版社
地 址 北京市东城区东交民巷 27 号(100745)
电 话 (010)67550626(责任编辑) 67550558(发行部查询)
65223677(读者服务部)
客服 QQ 2092078039
网 址 <http://www.courtbook.com.cn>
E - mail courtpress@sohu.com
印 刷 保定彩虹印刷有限公司
经 销 新华书店

开 本 787 × 1092 毫米 1/16
字 数 431 千字
印 张 25.5
版 次 2015 年 1 月第 1 版 2015 年 1 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978 - 7 - 5109 - 1151 - 4
定 价 66.00 元

版权所有 侵权必究

序 言

从1995年开始，我常应邀到各地法院讲课。通常按照自己预先确定的题目准备了详细的讲稿，并安排一段时间回答现场提问。后来对这种单向度的讲课方式感到不满，产生与法官直接对话的愿望。想通过现场的互动问答，讨论对现行法律条文的理解和裁判中如何适用，并了解法官如何裁判现行法无明文规定的案件和疑难案件，现行法创制时的政策判断和目的是否获得法官的认同并在案件裁判中得以贯彻，从裁判实务的角度看现行法存在些什么问题，从民法理论和裁判方法的角度看现今裁判实务存在什么不足。近年在一些法学院作讲座也采取同样方式。

民法学属于实践科学，不仅追求真，而且追求善、追求美，追求正义！民法学是实践社会正义的艺术！立法者依据科学理论创制法律条文，只是完成了三分之一的工作，剩下的工作有赖于法官去完成！有赖于法官将“纸上的法律”变成现实生活中真正发挥作用的“语法”。哲人有言，法官的人格和理性，是社会正义的最终保障。所谓法官的理性，当然包括正确解释适用法律的方法和经验。

我从事民法学研究已三十多年。我自己的知识结构中有相当一部分知识，不是来自书本，而是来自实践。是在与法官的交流当中获得的实践知识。这些知识，增进了我对民法学的认知。

本书汇集的是近年来我在四川省高级人民法院、甘孜州中级人民法院、阿坝州中级人民法院、成都市中级人民法院、青神县人民法院、仁寿县人民法院，山东省威海市环翠区人民法院，广东省东莞市第三人民法院与法官互动的记录，以及在四川大学法学院、北京理工大学法学院及一个民法师资研讨班与民法师生互动的记录。还有我与一位民庭庭长讨论法律问题的短信记录。附录是近期两个讲座稿。

是为序。

作 者

2014年12月4日

于北京南城清芷园

凡 例

一、法律、法规、规章和规范性文件名称中的“中华人民共和国”一律省略。例如，《中华人民共和国民法通则》简称为民法通则。

二、叙述法律、法规、规章和规范性文件，必要时在名称前标明其制定机关和制定、修订年份。例如，2013年消费者权益保护法。

三、对于本书以下出现较多的司法解释，使用缩略语：

1. 《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〔办〕发〔1988〕6号），简称为《民通意见》。

2. 《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）》（法释〔1999〕19号），简称为《合同法解释（一）》。

3. 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》（法释〔2000〕44号），简称为《担保法解释》。

4. 《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），简称为《民事侵权精神损害赔偿解释》。

5. 《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），简称为《人身损害赔偿解释》。

6. 《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》（法释〔2004〕15号），简称为《民事执行规定》。

7. 《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），简称为《适用诉讼时效制度规定》。

8. 《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（二）》（法释〔2009〕5号），简称为《合同法解释（二）》。

9. 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国侵权责任法〉若干问题的解释》（法发〔2010〕23号），简称为《侵权责任法解释》。

10. 《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），简称为《婚姻法解释（三）》。

11. 《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》（法释〔2012〕8号），简称为《买卖合同解释》。

12. 《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），简称为《道路交通事故损害赔偿解释》。



民事审判实务座谈会记录

(2012年10月16日四川省甘孜藏族自治州中级人民法院) / 1

- 问题 1** 合伙协议无效后,涉及返还财产的问题。如何保护与合伙企业交易的无过错相对人利益? 返还出资财产的主体为一方当事人,但取得合伙期间的财产方是合伙企业,要求合伙协议另一方返还财产是否欠妥? / 1
- 问题 2** 如果合同采用口头形式,没有书面的怎么办? / 3
- 问题 3** 《买卖合同解释》第三条与合同法第五十一条的关系如何? / 4
- 问题 4** 合同法第五十一条规定,无权处分合同,经权利人追认的,合同有效。但根据债的相当性原理,在权利人追认的情形,该权利人将处于什么样的法律地位? / 8
- 问题 5** 在合同当中,第三人介入到合同关系,然后决定合同成立与否,是否打破了合同相对性法则? / 9
- 问题 6** 关于钓鱼岛无权买卖的问题,有人认为,它的无效是指处分行为无效,而买卖行为作为一种负担行为,是有效的? / 10
- 问题 7** 合同法第五十一条规定,如果转让人没有取得处分权或者权利人没有追认,则受让人不能主张善意取得,最多只能主张缔约过失责任的损害赔偿。但是,衡量二者求偿大小,缔约过失责任所获得赔偿肯定远低于善意取得之利益。这样,受让人的利益得不到保障,请问有无解决之道? / 13
- 问题 8** 按照物权法第一百零八条规定,善意受让人取得动产后,该动产上的原有权利消灭怎么理解? / 16
- 问题 9** 侵权责任法第十六条规定,人身损害赔偿项目当中没有被扶养人生活费,但《侵权责任法解释》第四条说,受害人如有被扶

- 养人的，应当依照关于人身损害赔偿的解释第二十八条的规定，将被扶养人生活费计入残疾赔偿金或者死亡赔偿金，那么实际上是否仍然要支持被扶养人生活费？ / 17
- 问题 10** 离婚协议中约定，男方给付女方 10 万元的子女抚养费，因男方无力支付，由男方的父亲担保，该担保是否有效？ / 19
- 问题 11** 我们在审判实践中对表见代理制度的认识比较模糊，请梁教授给讲一下。 / 20
- 问题 12** 梁老师，还有一种情况，就是现在低价中标情况较为严重，低价也就是不合理。这时是承包方希望合同无效？ / 24
- 问题 13** 如何正确理解侵权责任法第三十七条第二款所指的“管理人或组织者”？补充责任是否扩至国家责任，能否允许受害人请求政府承担责任？ / 24
- 问题 14** 侵权责任法第四条规定，侵权行为人应当承担行政、刑事、民事责任时，侵权责任优先。如果行政机关已经先执行行政责任，把侵权人的财产没收了或作为罚款罚走了，怎么办？在被侵权人起诉的民事案件中，如何处理行政机关的诉讼主体地位？ / 27
- 问题 15** 侵害财产的侵权人所造成的损害，远远超过其预期，承担全部赔偿责任显失公平时，如何确定赔偿责任？ / 28
- 问题 16** 无效合同的诉讼时效问题。 / 30
- 问题 17** 四川某地河道曾发现一个乌木，后来被判乌木归国家所有，梁老师您认为是天然孳息吗，孳息相对的原物主是谁？乌木可不可以认定为无主物？ / 31
- 问题 18** 遇到的一个案件，如果判定合同有效，那么就会使不诚信的一方得到不当的利益，该怎么办？ / 33
- 问题 19** 小两口在别人的宅基地上建房，建房后离婚，房产如何去分割？ / 34



民事审判实务座谈会记录

(2012年10月19日四川省阿坝藏族羌族自治州中级人民法院)/35

问题 1 在肇事者醉驾和无证驾驶情形下,保险公司是否应当在交强险范围内赔付? / 35

问题 2 新民事诉讼法第一百七十条规定:“原审人民法院对发回重审的案件作出判决后,当事人提起上诉的,第二审人民法院不得再次发回重审。”那么以后在发回重审后,一审法院仍然没有完善程序上的问题,比方说没有追加必须追加的当事人,又上诉后,二审法院不能再次发回重审,该如何处理? / 36

问题 3 当前我国正处于社会转型期,而“诉讼爆炸”时代又来临,民事法官的压力与日俱增,我们的上层和法学界是否注意到,民事法官又该如何应对? / 38

问题 4 两个以上的责任者承担连带责任后,连带责任人之间是否可以就责任划分再单独提起诉讼? / 41

问题 5 医疗纠纷的诉讼时效如何起算?一新生儿出生时无异常,至一岁时发现异常,后被诊断为脑瘫,但家属未怀疑医院有过错。十岁时,听说有脑瘫患儿状告医院胜诉,即将医院诉至法院。经鉴定医院有告知不足的过错。有观点认为此时已距婴儿出生十年,是否尚在诉讼时效内。 / 43

问题 6 在第三方介入侵权造成损失时,旅馆、酒店等经营场所应否负赔偿责任?如应负责,则该民事责任的性质和范围如何确定?其承担责任后,是否还可以向实施加害行为的第三人追偿? / 47

问题 7 河上游一电站修建时对河道做了修改,下游一路桥公司在河边修公路(已向保险公司投保),洪水季节,导致下游路桥公司受损60万元。路桥公司向法院起诉保险公司及电站,法院审理中,三方达成协议,保险公司承担20万,电站承担40万,保险公司在调解协议中未明确主张代位权。结案后,保险公司另行向电站主张代位权,要求根据保险法规定电站应当赔偿其代赔的20万元,是否应得到支持? / 49

问题 8 侵权事实存在,但造成的损失大小无法或难以确定,是否应

驳回原告诉讼请求? / 51

问题 9 董事长在任职期间,为本公司垫资几十万元,财务人员向其出具了收条或借条,未盖公章也未在财务账面上反映,也无其他人员证实。现董事长以个人名义起诉公司要求还款,审理中也不同意审计。该案是否应支持其诉求?是否适用善意相对人原则? / 54

问题 10 原、被告未签订书面合同,原告承建被告承揽的公路建设工程中的挡阻墙,双方对工程量都确认,但对合同价格不能协商达成一致,是否应该按照工程的定额进行造价计算?原告起诉参照被告与业主方合同价格计算,如果按照工程的定额计算超出部分是否不予计算? / 55

问题 11 原告招标,被告的投标价是 600 万,原告分别发出 600 万和 400 万的中标通知书,双方按照 400 万的合同金额签订合同,合同文件中工程承建项目是招标文件中工程项目的一部分,该建设工程合同是否有效? / 56



三 民事审判实务中的若干问题

(2012 年 10 月 22 日四川省成都市中级人民法院) / 57

问题 1 不动产权登记生效制度的实践困惑

房屋买卖合同有效且价款已全部支付,买受人也实际占有该房屋,但未办理产权过户登记手续,此时买受人对该房屋是否享有物权?其是否可以对抗法院的强制执行? / 57

问题 2 物权善意取得制度与婚姻法相关规定的冲突

根据婚姻法的规定,婚后购买的房屋即使只登记在夫或妻一方名下一般也属夫妻共同财产;而根据物权法的规定,买受人在尽到合理的注意义务且善意的情况下可以取得该房屋的所有权,此时如果该房屋的共有权人以无权处分为由主张房屋买卖合同无效,法院应该如何处理? / 65

问题 3 共享空间的物权划分及法律规制问题

某居民楼一、二楼住户共享露台,一楼的住户在露台上搭建房屋,该房屋的屋顶正好与二楼住户窗台下沿齐平,其限制了二楼住户的视野空间,并且该搭建房屋屋顶为小偷进入

二楼住户家中行窃提供了客观条件。一楼的住户搭建房屋的行为是否构成侵权?对此类共享空间的物权划分及法律规制在司法实践中需要注意哪些问题? / 70

问题 4 司法拍卖中优先购买权人的权利行使

对司法拍卖中的优先购买权人,在出现本次拍卖最高应价时,法院及拍卖师是否应当询问优先购买权人的应买意向?优先购买权人有意应买时是否应当主动做出应买的意思表示? / 73

问题 5 死亡赔偿金的请求权主体在司法实践中的确定

侵权责任法第十八条规定,被侵权人死亡的,其“近亲属”有权请求侵权人承担侵权责任;而继承法第十四条又规定,继承人以外的对被继承人扶养较多的人,可以分配给他们适当的遗产。在此情况下,与被侵权人死亡前长期共同生活的非近亲属是否可以成为死亡赔偿金请求权主体? / 75

问题 6 未履行安全保障义务的责任与违约责任的认识

在停车场明示“免费不保管”的情况下,车辆丢失后,经营者应当承担未履行安全保障义务的责任还是承担违反合同约定的责任? / 77

问题 7 难以确定侵权责任大小时的具体操作问题

侵权责任法第十四条规定:“难以确定责任的大小的,平均承担赔偿责任。”此种平均赔偿责任的认定究竟应该在侵权之本诉中认定还是另行起诉认定? / 78

问题 8 生命健康损害赔偿在破产程序中的顺位问题

发生诸如“三鹿奶粉事件”等大规模侵权事件后,如果相关企业进入破产程序,此时因生命健康权遭受侵害的损害赔偿在破产程序中是否应该获得优先支付的顺位? / 80

问题 9 机动车商业价值贬损赔偿的司法认定问题

机动车交通事故中的事故车在经过修复之后,如果该修复车辆有市场交换价值的降低,是否可以请求责任人给予商业价值贬损赔偿?法院应该如何处理这样的诉请? / 80

问题 10 个人与企业之间在劳务关系中的责任承担

侵权法第三十五条规定,“个人之间”形成劳务关系的,提

供劳务一方因劳务受到损害时根据双方各自的过错承担相应的责任。但“个人与企业(如个体工商户)之间”形成劳务关系的,提供劳务一方因劳务受到损害时双方的责任应该如何分配? / 83



四 买卖合同司法解释座谈会记录

(2012年10月25日四川省高级人民法院) / 85

- 问题 1** 实践中如何从形式和实质上来区分预约合同和本约合同? / 85
- 问题 2** 当事人预约某个时间签订本约,届期本约没有谈成,是否违约,是否要承担相应的违约责任?对预约的理解有两种:一种是预定时间正式谈签约,另一种是预定时间必定签约,哪种理解更符合立法本意? / 88
- 问题 3** 案涉房屋所有权归属于甲,甲因借款纠纷,与乙签订合同,由乙为其偿还债务,房屋由乙使用,乙清偿完债务后,房屋过户至乙名下。乙占有房屋后,为甲偿还了部分债务,剩余债务一直未偿还。甲即与丙另行签订了房屋买卖合同,丙支付了合同对价并完成房屋过户。现乙起诉要求确认甲与丙恶意串通,两人签订的房屋买卖合同无效,法院如何认定? / 89
- 问题 4** 承租人享有优先购买权,按照合同法相关规定,优先购买权需同时满足同等条件、合理期限两个要件。如甲先把房屋租赁给乙,并在签订租赁合同数月之后向乙发出通知,说要出售房屋,要求其答复,乙未答复。两年后,甲在未通知乙的情况下,将房屋出售给丙并过户。现对乙的优先购买权如何认定?对“合理期限”应如何理解? / 89
- 问题 5** 《买卖合同解释》第三条关于无权处分与合同效力的规定,是否可以适用于部分共有人擅自处分共有物的合同? / 90
- 问题 6** 甲与某村小组签订一份林木“转让合同”,约定甲可砍伐属于该村小组集体所有的一片林木,双方当事人对合同内容及效力均无异议,但该村小组部分村民认为村小组转让的林木中部分属于其私人所有,合同侵犯其合法权益,应当无效。因有权机关未对该村小组的集体林木与私人林木进行确权,难

以查明合同所涉林木的所有权归属,法院以村小组未提供证据证明合同所涉林木全部属于该村小组所有为由认定合同无效,是否正确? / 92

- 问题 7** 某银行对外出售一幢房产,委托某拍卖公司对外公开拍卖,某甲通过公开竞买的方式竞买成功,分别与拍卖公司签订《成交确认书》,与银行签订了房屋买卖合同。某甲因履行支付房款义务资金不够,于是与某乙签订一份《协议》,约定:某乙出资 100 万元,其中 40 万元属借给某甲,60 万元属分得某甲所购银行房产中的 6 个门面的购房款。而后,银行根据与某甲签订的《房屋买卖合同》将《房屋产权证》和《土地使用权证》全部过户给甲。某乙向法院起诉,请求确认某甲竞买的房产属合伙购买。问:(1)银行的房产属公开拍卖,竞买人某甲对所购房产是否具有排他性,合伙购买是否不成立?(2)某甲与某乙签订的《协议》关于某乙出资 60 万元分配 6 个门面,是否属房屋所有权再转移?《协议》签订时,某甲并未取得房屋所有权,此时的房屋所有权再转移是否有效? / 92
- 问题 8** 出卖人就商品房以外的其他房屋订立多份买卖合同,在买卖合同均有效的情况下,买受人均要求实际履行合同的,如何处理? / 93
- 问题 9** 《买卖合同解释》第十条关于机动车多重买卖合同效力的规定(交付优先于登记),是否与物权法第二十四条“未经登记,不得对抗善意第三人”的规定相冲突?甲将机动车出卖给乙并办理了转移登记,但未及时交付,或者乙买车后又借给甲使用,甲在此期间又出卖给丙且交付给丙,丙非善意相对人,法院依照“交付优先于登记”保护丙的权利是否有违诚实信用原则和公平原则? / 94
- 问题 10** 买卖合同买受人请求出卖人退还合同的全部价款,而不请求解除合同或者终止合同,法院应如何处理? / 97
- 问题 11** 合同法第九十四条规定了解除合同的条件之一是一方违约致使不能实现合同目的,但实践中往往双方都有违约行为,或者双方都无违约行为但合同目的不能实现,此时如

何依据法律规定解除合同? / 97

问题 12 违约一方当事人请求调减约定违约金的,应由哪一方承担实际损失的证明责任?如果由守约方承担,其证明标准是否应当低于合同未约定违约金,守约方请求赔偿损失的情形? / 97

问题 13 甲乙双方签订买卖合同,因为甲方知晓的第三方原因,导致乙方不能如期交货,并最终导致合同目的不能实现。请问,作为违约的乙方,可否在承担违约赔偿的基础上行使解除权?如乙方不享有解除权,甲方坚持要求履行合同,并要求乙方按日承担“罚款”(合同约定,如乙方逾期交货,则应每日承担合同标的千分之五的“罚款”),但是事实上乙方不可能履行了,该情况甲方也知晓。请问这种情况下,乙方的权利如何得到保护? / 98

问题 14 相对人对合同解除的异议权。相对人对合同应否解除提出异议的,是否必须以单独的诉讼或仲裁方式提出?例如:具有合同解除权的一方向相对方发出合同解除的通知后,又在三个月内向法院提起诉讼,而相对方既未向法院单独起诉或提起仲裁,也没有在三个月异议期内在本案中提起反诉或答辩,而是在本案庭审过程中抗辩合同不应解除,但此时已超过了三个月的异议期间。问题:本案能否认定相对方在本案诉讼中的抗辩,视为《合同法解释(二)》所规定的相对方以“诉讼”提出了异议? / 99

问题 15 具有合同解除权的一方提出解除合同的,相对方未在三个月内提起诉讼或仲裁的,合同即发生解除效力。问题:合同解除后,相对方又就合同解除的损失问题向法院另案起诉的,法院是否要审查合同解除权人是否具备合同法第九十三条、第九十四条规定的合同解除的实质要件?如合同解除权人不符合合同解除条件,合同解除权人应否承担不当解除合同的责任? / 100

问题 16 无合同解除权的合同解除行为是否适用《合同法司法解释(二)》第二十四条有关异议期的规定? / 100

问题 17 《买卖合同解释》对买卖合同的定义没有规定,是否适用于

土地使用权转让合同?还是应该依据合同法对买卖合同的定义,即一方要转让所有权的才能称为买卖合同,因此将土地使用权转让合同排除在《买卖合同解释》适用范围之外? / 101

- 问题 18** 出让人甲与受让人乙签订股权转让协议,在约定的付款截止日,受让人仅支付部分转让款。截止日届满之后受让人再支付部分转让款,出让人对此不持异议,随后出让人甲与第三人丙串通签订股权转让协议,并办理变更登记,丙再次将案涉股份进行正常交易转让与丁,并办理变更登记。本案受让人乙知晓后向法院提起诉讼,请求继续履行合同,并提出甲转让给丙以及丙转让给丁的股权转让行为无效。在诉讼中,甲向乙发出解除合同的通知。问:(1)丙与丁之间的股权转让行为是否有效?(2)若受让人乙在诉讼中收到解除合同的通知,但在三个月内未提出异议,出让人甲发出的解除通知是否产生解除效力? / 101
- 问题 19** 就前面梁老师回答的第3个问题,我想再请教一下,如果丙取得所有权后能不能要求乙腾退房屋?因为乙是合法占有人,甲又卖给丙,丙取得所有权,房子已经过户,但没有履行实物交付手续。丙能否要求乙腾退房屋? / 103
- 问题 20** 就前面提到的夫妻共有问题,夫妻一方擅自处理了夫妻共有财产,判断恶意的标准是看是否对夫妻另外一方存在恶意。在审判实践中有这种情况,很多时候是房屋涨价了,夫妻双方就找这个理由来请求买卖无效。这个时候要判断是否恶意很困难,因为夫妻双方的利益是一致的,这个操作起来有一定的难度。 / 103
- 问题 21** 合同纠纷中一方发出解除合同通知,对方在三个月内没有起诉,也没有异议,但合同履行涉及第三人利益或其他不特定人的利益,法院如果简单处理认定合同已经解除,但会损害第三人的利益,这个时候法院能否认定合同未解除? / 104
- 问题 22** 如果一方违约请求赔偿损失,赔偿损失的范围能否不限于可得利益损失。如合同标的150万,基本不可能造成300

- 万损失,但一方举证证明这300万元就是由违约行为造成的,法院能否对赔偿损失进行调整? / 104
- 问题 23** 买卖合同一方违约并没有造成守约方的损失,反而因为违约方违约重新出卖标的物获取了很大的利益,这个时候守约方仍然向违约方主张违约责任,法院该如何处理?如果双方当事人约定了违约金,主张违约金法院如何处理?调整是以实际损失为前提,问题是没有损失。 / 106
- 问题 24** 部分共有人擅自处分共有物是处分自己的财产,不是处分他人之物,那在这种情况下是否排除了善意取得的适用? / 107
- 问题 25** 夫妻一方擅自出卖房屋,如果相对人是善意的,但夫妻另一方认为出卖房子的一方是恶意的,法院根据公序良俗原则认定合同无效。如果不动产已经过户了,法院能否认定善意取得有效? / 107
- 问题 26** 我接着上面的问题再请教梁老师,相对人善意的时候合同无效,但如果已经登记合同就有效,合同有效无效的标准是否以过户登记为标准? / 107
- 问题 27** 合同法第一百一十条规定法律上和事实上不能履行,一方要求强制履行,这是法律上不允许的。如果因为第三人的原因导致涉及非金钱债务履行的合同不能履行的,一方在法院诉讼中明确表示不履行,如交付房屋,法院可以判决强制履行,如数量规模都很大,需要通过很多方式才能实现的买卖,守约方要求继续履行的,对方明确表示不履行,这种情况下我们能否以债务标的的不适宜强制履行或者履行费用过高来向当事人释明,告知当事人变更继续履行为解除合同赔偿损失,这个在处理中有争议。有人认为可以判决强制履行,只有通过强制履行之后仍不履行才可以解除。如果当事人变更诉讼请求,法院就很好判决,如果守约方仍然要求继续履行怎么办? / 108
- 问题 28** 《买卖合同解释》第十条特殊动产的买卖,第(四)项实际确立了特殊动产买卖的原则。动产交付有四种情况:现实交付、简易交付、指示交付和占有改定。在占有改定情况下出

卖人实际享有所有权,买受人受领了动产,但出卖人又将占有的动产出卖给第三人,第三人办理了登记,第三人的登记能否对抗受领的买受人? / 109

- 问题 29** 《买卖合同解释》确实解决了司法实践中很多问题,关于合同解除这一章我有些疑惑,如第九十三条的约定解除,这条规定得很明确,但在具体适用中还是会牵涉很多问题。如第三方,房地产合作或者土地转让,房地产商建房过程中就已经卖出几十套房屋给第三方,转让方依据合同认为施工方应该按时完工,否则就解除商品房买卖合同。基于此,转让方解除了商品房买卖合同,分析原因可能是房价涨了。如严格按照合同法第九十三条的规定,房地产商是可以行使合同解除权的,但法院审理时会考虑很多因素。我的问题是约定解除是否要考虑解除权的当与不当问题? / 110



五 民事审判实务中的若干问题

(2013年3月18日四川省青神县人民法院) / 112

- 问题 1** 侵权责任法第四十条中“受到幼儿园、学校或者其他教育机构以外的人员人身损害的,由侵权人承担侵权责任;幼儿园、学校或者其他教育机构未尽到管理职责的,承担相应的补充责任。”如果是在校学生之间的侵权行为,侵权的学生是否属于该条规定中的教育机构以外的人?该条中,学校相应的补充责任是在整个责任中承担相应部分,还是对侵权人赔偿不能部分进行补充赔偿? / 112
- 问题 2** 车上人员甩出车外倒地受伤,受伤的人属于车上人还是属于本车以外的人适用交强险赔偿?很多案例认为属于本车以外的人适用交强险? / 116
- 问题 3** 侵权责任法第三十五条是否适用于帮工、无因管理中的损害赔偿? / 116
- 问题 4** 雇员在劳务中,侵害第三人权利,雇主与雇员应如何划分责任? / 116
- 问题 5** 未成年人致人损害的侵权案件问题? / 120

- 问题 6** 车辆挂靠:机动车交通事故责任纠纷案件中,事故车辆的所
有人与车辆挂靠单位应如何划分责任? / 122
- 问题 7** 民事赔偿与交通事故责任认定书的关系:侵权责任法第八
十九条规定:“在公共道路上堆放、倾倒、遗撒妨碍通行的物
品造成他人损害的,有关单位或者个人应当承担侵权责
任”,法院根据该条作出的判决结果与交通事故责任认定书的
责任划分完全相反,是否恰当? / 123
- 问题 8** 侵权责任法第五十七条规定:“医务人员在诊疗活动中未
尽到与当时的医疗水平相应的诊疗义务,造成患者损害的,医
疗机构应当承担赔偿责任。”如何理解“当时的医疗水平相
应的诊疗义务”?有无具体的认定标准? / 124
- 问题 9** 最新民事诉讼法对最高人民法院2011年《民事案件案由规
定》有何影响? / 129
- 问题 10** 侵权损害赔偿纠纷中,因夫或妻一方的行为致他人人身损
害的,是否一律确定为夫或妻一方的个人债务? / 129



六 民事审判实务中的若干问题

(2013年5月2日山东省威海市环翠区人民法院) / 130

- 问题 1** 合同法第七十四条规定,债务人以明显不合理低价转让财
产的,该行为被撤销后,需双方互相返还财产的,可否适用
同时履行抗辩权?一方当事人可否把不合理低价补足到正
常价格后,使该行为有效,使撤销权消灭? / 130
- 问题 2** 对于无效合同,法院判决双方互相返还财产,但未规定谁先
返还,执行中对方可否行使同时履行抗辩权? / 133
- 问题 3** 债权人与抵押人签订房产抵押合同后未办理抵押登记,按
照物权法规定该抵押权不成立,在债权得不到清偿的情
况下,抵押人承担什么责任,承担合同上的过错赔偿责任?还
是连带责任?可否判决债权人对抵押物享有优先受偿权?实
践中,这三种处理意见都有,应当如何掌握? / 135
- 问题 4** (此类型案件较多,实践中争议较大)原告起诉被告要求偿
还借款,原告提供的证据只有其通过银行向被告转款的银
行存款(转款)凭条,再无其他证据,被告承认曾经收到该

款,但否认是借款,主张系原告向其还款(有的称系其他业务往来款),被告对其辩称也无证据证明,在此情况下,如何分配举证责任?有的认为原告证据不足,转款凭证只能证明有过资金往来,不能证明双方间存在债权债务,判决驳回原告请求;有的认为被告不能举证证明收到款项的事由,被告辩称证据不足,应当支持原告请求;也有的认为被告不能证明收到款项的正当事由,应当以不当得利判决被告返还款项。理论上应当怎么分析? / 136

问题 5 农村(有的是城市)居民旧有的房屋被拆迁后,房屋的所有人与他人签订转让协议,约定将将来补偿安置得到的楼房转让给他人,签订协议后,房屋所有人取得了补偿安置的新楼房,但又不同意转让了,双方对该转让协议的性质和效力发生争议,如何认定该合同的性质和效力?有的认定是拆迁补偿安置合同权利义务概括转让,有的认定是房屋转让合同,其效力如何认定? / 138

问题 6 对来源于解放前的房屋,没有1951年土改确权登记,也无法查明房屋的原始所有权情况,但是1991年办理了土地使用权或房屋所有权登记,该房屋的所有权如何确定?一种意见认为,此类房屋来源于解放前,虽然没有1951年土改确权登记,但是可以参照当时土改确权的政策规定认定所有权情况;另一种观点认为,应当按照1991年办理的土地使用权证或房屋所有权证认定所有权,不用管以前的问题。对此类问题如何分析? / 141

问题 7 (关于福利分房的腾退问题)单位与职工之间基于原存在的劳动关系,分配给职工的住房,职工按月缴纳一定数额的租金,现在职工离开单位后,单位要求职工腾出房屋,法院是否受理?一种意见认为按照房屋租赁合同纠纷进行处理。单位有权要求解除租赁合同。另一种意见认为,按照物权法的规定,单位有权要求腾退房屋。还有一种意见认为,双方间不属于平等民事主体间权利义务关系,不属于一般的民事法律关系,不应由法院处理,应裁定驳回单位要求腾退房屋的起诉。哪一种意见更妥当? / 145

- 问题 8** 按照最高人民法院有关刑事审判方面的司法解释规定,对于损害他人身体致残、致死的,侵权行为人已经被判处有期徒刑的,受害人(或其他赔偿权利人)请求赔偿残疾赔偿金(或死亡赔偿金)的,一般不支持,从事民事审判的法官对此不好理解,多数人认为应当支持。在民事审判中怎么掌握更好? / 145
- 问题 9** 《最高人民法院关于审理物业服务合同纠纷案件若干问题的解释》第六条规定,经书面催交,业主无正当理由拒绝交纳或在催告期间内仍未缴纳物业服务费的,物业公司请求业主支付物业服务费的,人民法院应当支持。对于该条规定怎么理解,有不同意见。一种意见认为物业公司应当首先通知或催告业主,否则不能直接起诉,直接起诉的应当裁定驳回起诉;第二种意见认为,物业公司没有通知或催告业主,直接起诉的应当判决驳回其诉讼请求;第三种意见认为,该规定并没有实际意义,只是倡导性规定,法院只要查明业主拖欠物业费并且逾期不缴纳的,就应当判决业主缴纳。对于该条规定,实践中如何掌握? / 147
- 问题 10** 受害人在从事雇佣劳动中因第三人侵害致伤,受害人(或亲属)同时起诉雇主和侵权行为人请求赔偿的,受害人(或亲属)在诉讼中拒绝作出选择的,如何处理? 法院可否以请求不明确裁定驳回起诉? 还是法院直接选择雇主或侵权行为人予以赔偿? / 149
- 问题 11** 侵权责任法第三十五条规定的内容,是不是就是以前的雇主责任? 那么,用人单位与劳动者形成临时雇佣关系的,可否按照此条规定处理? / 150
- 问题 12** 借款人购买预售房产并以此房产做借款抵押,房管部门办理了该房产的预告抵押登记证明(因预售房产尚未办理正式的产权证书,因而无法办理正式的抵押登记),银行起诉主张对该预售房行使优先受偿权应否支持? 同时有开发商的阶段性连带责任保证担保(至办理正式的抵押登记手续并交付时为止),银行要求开发商承担连带保证责任应否支持? / 152
- 问题 13** 在金融借款案件中,如借款人多次逾期还款,符合借款合同

约定的贷款人可以宣布贷款提前到期或解除合同的条件,但至起诉或开庭时已归还,或只有少量欠款尚未归还但表示愿意及时还款履行合同,金融机构要求宣布贷款提前到期或解除合同,应如何处理?(这类案件比例较大,或认为只要符合合同约定的条件就可以支持原告的诉请,或认为不构成根本违约,只要借款人还款,双方可以继续履行合同) / 153

问题 14 在金融借款、抵押、保证合同纠纷案件中,合同约定待可以办理抵押登记手续时,各方需协助办理,且房地产公司等一般对借款承担阶段性担保,即办理抵押登记前的担保,但条件成熟时却因各种原因没有及时办理抵押登记手续,承担阶段性担保的保证人因此主张其不应再继续承担担保责任,应如何处理? / 155

问题 15 近期房地产抵押典当借款纠纷日益增多,但在该类案件中,虽然双方当事人签订了房地产抵押典当借款合同,但均没有按典当办法的规定先行办理抵押登记,且事实上合同中所欲抵押的房产根本不具备办理抵押登记的条件,或已在他处抵押等,典当公司主张按房地产抵押典当借款合同的约定,并按典当办法的规定行使权利(包括归还当金、支付利息、支付综合费用等),应如何认定和处理?(或认为虽然签订了房地产抵押典当借款合同,但因并没有按典当办法的规定,即应当先行办理抵押登记,故实质上不是抵押典当,而只是一般意义上的借款,故不能按办法规定收取高额的利息和费用;网上也有观点认为应当认定合同无效,并按无效原则处理) / 156

问题 16 金融债权转让的效力应如何认定?有效、无效或需经审批?合同约定主债权转让,抵押权等同时转让,受让人因此主张行使抵押权应否得到支持?即被转让的抵押权是否需要办理新的抵押登记手续,还是只需履行通知的义务即可? / 158

问题 17 合同约定的违约金明显过高(高的离谱,比高利贷还高),当事人未到庭或虽出庭但未要求调整的,法院能否主动调整? / 161

- 问题 18** 在买卖合同纠纷案件中,标的物已交付一两年的时间,但在原告起诉后,被告仍以标的物的质量存在问题进行抗辩,应如何处理? / 162
- 问题 19** 债务人怠于行使到期债权,次债务人无偿转让财产或低价转让财产,债权人是否可依合同法第七十四条之规定对次债务人的行为行使撤销权?如不能,应以原告主体不适格驳回债权人(原告)的起诉,还是应驳回其诉讼请求? / 164
- 问题 20** 双方订立了抵押合同,但是没有办理抵押登记,原告举证证明是因为抵押人的过错导致没有办理抵押登记,抵押人应当承担什么责任(违约责任还是缔约过失责任)?如果原告要求抵押人在抵押范围内承担连带清偿责任是否应予以支持? / 165
- 问题 21** 农村宅基地,如果是登记在父亲名下,但是有一部分是为儿子结婚建房(假如六间房子,分两个门,一家三间),那么能否证明房子为儿子所有?如果土地证和房产证都是登记在父亲名下,那儿子把房子赠与他人的合同是否有效? / 166
- 问题 22** 合同法第一百一十三条(违约责任)规定的违约方“订立合同时预见或者应当预见的损失”如何理解? / 166
- 问题 23** 员工使用盖有公司公章的便笺向出借人出具欠条,款项取得后被员工挥霍,法院以诈骗罪判处员工刑罚,出借人以员工的职务行为所产生的民事责任应该由公司承担为由,对公司提起普通民事诉讼,公司则以员工行为已构成犯罪,应当先对员工提起附带民事诉讼为由进行抗辩,如何处理? / 169
- 问题 24** 骗取的房产办理了房产证,而后出售他人,而且过户,该交易是否有效? / 171
- 问题 25** 如何理解物权法第一百八十二条关于房随地与地随房原则的规定?现实中房产与土地使用权分别抵押大量存在,与物权法规定相悖,审判及执行实务中应当如何处理? / 172



七 民事审判实务中的若干问题

(2012年11月17日广东省东莞市第三人民法院) / 175

- 问题 1** 在别墅住宅小区中,有业主将车库改建为住房,而物业公司

- 不同意改建,因此诉诸法院,物业公司的意见法院应否支持? / 175
- 问题 2** 在购房合同中只对套内面积出现差异约定了处理方式,没有对建筑面积出现差异约定处理方式的情况下,实际建筑面积比合同约定的多,对公摊面积多出的部分,开发商能否向业主请求差额? / 175
- 问题 3** 诉讼中被告死亡,全部继承人放弃继承,问审判程序如何进行?死亡当事人的遗产如何分配? / 176
- 问题 4** 民事诉讼法规定的“经常居住地”如何确定?公民离开住所地至起诉时已在东莞连续居住1年以上,后在起诉前离开东莞,东莞是否为其经常居住地? / 178
- 问题 5** 目前,在买卖合同纠纷案件的审理过程中,当事人普遍提出关于产品质量问题的鉴定申请,因涉及到款项的支付,部分当事人提出鉴定申请是为了拖延支付货款的时间,针对不同情形,对于当事人提出的鉴定申请,是否应予准许?或者应根据案件的具体情况及证据材料,确实有相应的依据证明存在质量问题的,才准予鉴定?应当如何把握? / 178
- 问题 6** 商事案件中,如果案件涉及案外人,其应作为共同被告或第三人参加诉讼,但是双方当事人均表示不应追加案外人作为共同被告或第三人参加诉讼,而主审法官则认为应将此案外人作为共同被告或第三人参加诉讼,以查明案件事实,此种情形下,应如何处理?有无统一标准? / 179
- 问题 7** 在合同约定履行期限届满后,合同未履行完毕,未完成交付,或未制作好产品,双方均无书面证据,双方因谁违约而发生争议,断案中有什么好的方法或应注意什么? / 180
- 问题 8** 个人合伙的清算,是否参照公司清算的法律规定处理?有确切证据证明存在隐名股东,而该隐名股东不愿意明确其真实身份时如何处理? / 182
- 问题 9** 承包合同与租赁合同如何区分?合同法没有明确承包合同的分类,除了建筑工程承包及一些多年前的政策性规定外,很难找到明确的规定。这里的承包和租赁的问题,主要指的是经营性的实体的承包和租赁,合同性质及效力如何认定?例

如一个酒店,整体给另一个人经营,酒店没登记,只有开办者,或者酒店登记是个体工商户,或者登记是有限责任公司,另一个人继续以酒店名义对外经营。 / 183

问题 10 买卖合同案件中,在合同中双方约定若付款方违约,则卖方保留所有权。买方违约,卖方起诉要求确认其对标的物的所有权,同时主张若不能返还则折价赔偿。此时的判决主文应如何表述?能否表述为判项一,确认所有权为卖方,限买方返还原物;判项二,若不能返还则折价赔偿。 / 185

问题 11 案例:甲在娱乐场所消费的过程中,被 A、B、C 三人打伤。甲认为娱乐场所未尽安全保证义务,应在其过错范围内承担相应的责任,同时 A、B、C 是实际侵权人也应承担损害赔偿,因此,将娱乐场所和 A、B、C 作为共同被告起诉,要求赔偿损失。 / 186



八 审理合同纠纷案件的若干问题

(2013 年 9 月 29 日四川省仁寿县人民法院) / 193



九 民法立法和理论的若干问题

(2013 年 12 月 3 日北京理工大学法学院) / 206



十 民事立法、理论、实务若干问题

(2014 年 3 月 19 日四川大学法学院) / 234

问题 1 《人身损害赔偿解释》第九条第一款规定了雇员因故意、重大过失与雇主承担连带责任,然后雇主可以追偿。第十三条无偿帮工中存在故意或者重大过失的,承担责任之后被帮工人可以追偿。侵权责任法第三十四条第一款和第三十五条却没有规定追偿权。根据全国人大法工委的解释是这个问题比较复杂,交给法院去处理。那我想问的是,对这个问题的立法处理是否妥当。如果在立法上明确规定雇主的追偿权,同时作些原则性的规定是不是更加合适。这样的话法官可能就敢于裁判追偿请求权案件,而且对法官的自由裁量权也有一定的限制。 / 235

- 问题 2** 在现今的实务中, 医疗损害纠纷多采用侵权责任法进行调整, 但是为什么不能将医疗行为看作医疗服务合同, 而采用合同法上的违约责任进行调整? 在《最高人民法院关于修改〈民事案件案由规定〉的决定》中, 在第一百二十条规定了医疗服务合同, 又在第三百五十一条规定了医疗损害责任纠纷。既然是作为一种侵权和违约竞合的情形, 法院在进行选择的时候, 是出于法理上的考虑, 历史上的原因, 还是社会和谐影响方面的考虑? 还有我们能否将医疗行为纳入消费者权益保护法的调整范围? / 240
- 问题 3** 招投标中约定了投标保证金, 同时约定如果招投标成功了, 保证金作为招投标所订合同价款的一部分, 未中标则如数退还。像这样的招投标保证金的收回权, 可不可以作为应收账款进行质押? / 242
- 问题 4** 关于消费者权益保护法上的惩罚性赔偿问题。消费者权益保护法第五十五条规定: “经营者提供商品或者服务有欺诈行为的, 应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失, 增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的三倍”, 从这个条文来看它规定的惩罚性赔偿的基准应该是消费者购买商品的价款或者接受服务的费用。《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第八条和第九条当中规定的基准是已付购房款, 它是这样规定的: “导致合同无效或者被撤销、解除的, 买受人可以请求返还已付购房款及利息、赔偿损失, 并可以请求出卖人承担不超过已付购房款一倍的赔偿责任”。比较这两个条款, 第一个问题是, 消费者权益保护法第五十五条中规定的价款是全部价款呢, 还是像商品房买卖合同司法解释中那样可以是全部价款也可以是已付价款? 第二个问题是, 如果消费者权益保护法中规定的价款可以是部分价款也可以是全部价款的话, 在实践当中如何来区别什么时候用全部价款作为基准, 什么时候用已付价款作为基准? 此外, 在合同法当中有规定分期付款的情况, 分期付款和这里的已付价款和全部价款有什么联系? / 245

问题 5(杨遂全教授) 我看了您的继承法的修改意见稿,我有几个不太理解的地方,当然也可能是我自己想的过程中有问题。一个是农村房屋继承的问题,我现在也有一个这方面的国家重点项目,当时全国人大法工委的观点是,如果农村人的子女到城里面以后还要回去继承农村的宅基地,一些农耕活动都可能没有办法进行了。还有一个现在要解决的问题是,承包地的继承问题,如果一个农民他的子女都离开农村了,该由谁继承呢?是否应该让城里面的子女继承?都迁到城市去了,不准他继承怎么办? / 249

问题 6 我国物权法第三条第三款规定,国家实行社会主义市场经济保障一切市场主体的平等法律地位和发展权利。我想问这里的发展权利指的是什么权利。/ 251

问题 7 我国商业银行会将不良资产进行打包,转让给资产管理公司,但是这种转让目前没有统一的法律规定,主要靠政策性的条例在调整。这种不良资产转让合同的效力到底怎么样呢? / 253

问题 8 有关环境侵权的问题,民法通则第一百二十四条规定了违反国家环境保护防治污染的规定,污染环境造成他人损害的应当承担民事责任。这一条规定了违反国家环境保护防治污染的规定这一点,而环境保护法第四十一条规定造成环境污染损害的有责任排除危害并对直接受到损害的单位或者个人赔偿损失,这一条就并未提到像上一条那样违反相关的环保规定。而侵权责任法草案第二次审议稿第六十八条也规定了排污符合规定标准,但给他人造成损害的,排污者应当承担相应的赔偿责任,特别强调了合标排放造成他人损害也是要承担侵权责任的,而最终颁布的侵权责任法删掉了二审稿的第六十八条,仅仅在第六十五条规定了因污染环境造成损害,污染者应当承担侵权责任。有的学者就认为这一改动,有可能稀释不以行为违法性为责任构成要件规定创造的立法先进性,他可能导致环境侵权责任无法通过环境责任保险制度,进行加害人赔偿责任的社会化分担,我想问一下梁老师对这位学者的看法是否同意呢?并

且想请教一下梁老师对侵权责任法对二审稿所做的修改有怎样的看法? / 256

问题 9 不当得利返还的实务中,原告公司错误地将一笔 9 万多块钱转到了被告的银行账户上,但是被告在此之前,因为另一个民事诉讼,被法院判决赔偿另案原告 50 万元,然后他因为无力偿还这 50 万元,他的银行账户已经被法院冻结。现在的问题是,这个原告起诉了被告之后,如果说本案原告胜诉了,那么在执行的时候,针对这账户上的 9 万多块钱,是原告单独完全受偿,还是跟另案原告按照债权比例来分别受偿。 / 259

问题 10 在民法通则和物权法中都使用了一个词,也就是农村集体经济组织这样一个概念,它拥有农村土地的所有权。我原来一直以为这个组织就是村民委员会,但是后来我发现它只是一个基层的自治组织,不具有农村集体经济组织共同保护、共同分配这样一个属性。在当前的背景下,在物权法上如何对这样一个权利主体进行界定? / 260

问题 11 村民在自己的承包地里发现了乌木,一种观点认为乌木是自然孳息,他是用益物权人,应该归村民所有;政府那边主张是隐藏物,埋藏物应该归国家所有,乌木的性质存在各种争议,请问您的看法? / 262



十一 民法理论与实务的若干问题

(2014 年 4 月 28 日民法师资研讨班) / 264

问题 1 有一个求证性的问题:某个老师在昨天讲课的时候提到,说最高人民法院邀请您,还有王利明老师,参加过一个案例研讨会。研讨的案例是,在执行程序中第三人提出执行异议,异议的依据是另一个法院的返还原物判决,执行法院说,返还原物判决属于给付请求权,不能对抗物权,因此裁定其异议不成立。后来该第三人又找法院作了个确权判决,并根据确权判决主张自己对房屋的所有权,再次到执行法院提出异议。于是就发生这样的问题,标的物(房屋)现在登记的所有权人(被执行人)与持有法院确权判决书的异议人,对同

一个标的物,有两个所有权人。对此,我觉得有些疑义,这个确权判决究竟是怎么作出来的?如果这个确权判决有法律依据的话,这个案子是不是就没有疑难可言? / 276

问题 2 这样的案件我遇到过,法院也没有作出确权判决,它是鼓励当事人进行调解,异议人作为买受人,被执行人作为出卖人,双方经过调解之后法院承认了他这个结果,在这个基础上买受人也就是异议人有所有权。这样的一个后果是,把执行案件申请人最终申诉的渠道堵死了。如果作出判决,还可以通过上诉途径解决,一旦是调解的结果的话,连高级法院都没有权力进行再审了。这种情况请问该如何对待呢?还有一个问题,往往在执行之前申请人已经申请了诉讼保全,法院认为这套房子是被告的所以才采取保全措施,如果在这个过程中同一法院或者另一法院作出了确权判决的话,法院自己有没有责任? / 281

问题 3 困扰我的一个问题是,孙宪忠老师一直主张负担行为和处分行为的区分,也就是主张物权行为理论,而昨天下午讲课的王轶老师说,根本就没有必要。我很想听听您对这个问题的看法。另外,我举一个简单的例子,想请您帮我分析一下。甲和乙买卖一幅名画,他们订立了买卖合同。到了合同该履行的时候,出卖人甲就是不履行,这时买受人乙就说“你还不把画交给我,我就要放火烧你的房子。”于是甲在威胁之下就把画交给了乙。但他不甘心,就向法院起诉,诉称我是受到威胁才把画交付给乙的。针对这种情况,法院对这个交付行为应该怎么认定?要不要对它做效力判断?如果做效力判断的话,这个交付行为的法律性质到底是什么?麻烦您给我解一下这个惑,一直以来我不知道怎么给学生解释这个问题,到底所谓的物权行为是不是存在? / 282

问题 4 我想请教一个关于民法总则的问题,非常困惑的一个问题。传统民法上的暴利行为,它的构成要件是两个:一是趁对方的轻率、急迫和无经验而为财产上给付或为财产上给付之约定。二是显失公平,即按照当时的情形显失公平。我们的民法通则,包括合同法,把这两个要件,分成两个部分了。第一个是乘

人之危的行为,第二个是显失公平的行为。这样一来,就把一个法条区分成了两个,这样做是不是有一定的道理,立法的时候是怎么考虑的?另外,这样的区分会不会产生一些弊端,比如说显失公平这个条款会不会被滥用?因为显失公平可能过于抽象,法院在适用中会不会滥用这个条款。 / 288

问题 5 请教两个问题:第一个是刑法犯罪客体和民事权利客体的区别,因为刑法中讲到犯罪的对象和犯罪的客体,你刚才说要打破民法和刑法的界限,这个问题好像在民法中不太好区分。第二问题就是刑事附带民事诉讼中,如果侵犯人身权的话,往往只赔偿直接的财产损失。例如某大学发生的一个案件,一个大学生杀害两个卖淫女,受害人的家属要求赔700多万,最后只赔了8万左右。从民法的角度不太好认识。侵犯人身权,有一系列的赔偿费用,为什么在刑事附带民事诉讼中却只赔偿直接经济损失。 / 289

问题 6 监护人擅自处分被监护人的财产和所订立的合同的效力是怎么样? / 293

问题 7 提两个问题:第一个也是涉及到与无民事行为能力有关的,就是无民事行为能力人的父母或者是成年子女能不能代理无民事行为能力人以原告的身份向法院提起离婚诉讼?第二个问题就是现实当中存在无民事行为能力的配偶,通过各种诱导方式导致无民事行为能力人“被协议离婚”,在这种情况下无民事行为能力人的父母往往要向法院起诉要求撤销或是宣告无效。“被协议离婚”在法律上应该怎么处理? / 295

问题 8 买卖合同中代办托运时,所有权转移如何认定? / 296

问题 9 在担保法实施过程当中,后期的司法解释和前面的担保法有一些冲突。两个问题:第一,对于同时设立的一个保证合同和保证人单方面出具的一个担保函,在效力上有没有什么区分?第二,对于保证合同中的一般保证责任和连带保证责任,一般保证责任是对于债务人的不能清偿为前提,那么这个不能清偿的前提如何来确立? / 297

**十二 法律通信:回答法官的问题**

- 问题 1 仓单是物权凭证还是债权凭证? / 301
- 问题 2 流质(押)约款与抵债协议 / 306
- 问题 3 夫妻离婚协议中的共同赠与约定 / 307
- 问题 4 第三人利益合同与附保护第三人利益合同 / 308
- 问题 5 关于合同解除 / 310
- 问题 6 关于强制执行公证债权文书的效力范围 / 310
- 问题 7 公司法第十六条是效力性强制规定吗? / 310
- 问题 8 关于未经批准转让划拨土地上房屋 / 311
- 问题 9 返还租赁物请求权是否适用诉讼时效? / 311
- 问题 10 如何看待《民事执行规定》第十七条? / 311
- 问题 11 关于承租人停产停业损失的计算 / 312
- 问题 12 关于抵押登记的留用 / 312
- 问题 13 公司法第二十九条关于验资的规定 / 314
- 问题 14 未生效合同可否解除? / 315
- 问题 15 以股权转让规避关于土地使用权转让的法律 / 315
- 问题 16 赠与房屋未过户可否撤销? / 315
- 问题 17 合同法第五十二条第(三)项与第(四)项的适用关系 / 315

**附录 1 对《买卖合同解释》(法释[2012]8号)的解读和评论**

(2013年5月27日北京师范大学法学院) / 317

**附录 2 侵权责任法的解读与评论**

(2013年4月16日北京理工大学珠海学院) / 347

一、民事审判实务座谈会记录

(2012年10月16日四川省甘孜藏族自治州中级人民法院)

问题1 合伙协议无效后，涉及返还财产的问题。如何保护与合伙企业交易的无过错相对人利益？返还出资财产的主体为一方当事人，但取得合伙期间的财产方是合伙企业，要求合伙协议另一方返还财产是否欠妥？

梁：这里问的是二人以上订立合伙协议，在合伙协议基础上设立了合伙企业，后来发现合伙协议无效，应如何处理出资财产返还，及如何清偿合伙企业债务的问题。回答这一问题须根据合同法和合伙企业法。合伙协议，即是合伙合同，合同法未就合伙合同设具体规定，但合伙企业法对以合伙合同关系为基础的合伙企业有具体规定。因此，按照合同法第一百二十三、一百二十四条的规定，关于合伙企业的设立、解散等问题应当适用合伙企业法的规定，关于合伙合同的无效应当适用合同法总则的规定。

如果没有设立合伙企业，仅仅订立一个合伙合同（协议），该合伙合同无效，应适用合同法第五十八条关于返还财产及损失分担的规定。现在的问题是，在合伙协议基础上设立了合伙企业，这种情形，合伙协议的无效必然导致合伙企业的解散，关于该合伙协议无效的后果，包括债务清偿和出资返还，就应当适用合伙企业法的有关规定。

合伙协议无效，属于合伙企业法第五十七条第（七）项法律规定合伙企业解散的原因，因此合伙协议一旦无效，必须按照合伙企业法的规定，对合伙企业进行清算。按照合伙企业法第六十一条的规定，“合伙企业财产在支付清算费用后，按下列顺序清偿：（1）合伙企业所欠招用的职工工资和劳动保险费用；（2）合伙企业所欠税款；（3）合伙企业的债务；（4）返还合伙人的出资。合伙企业财产按上述顺序清偿后仍有剩余的，按本法

第三十二条第一款规定的比例进行分配。”

提问中“如何保护与合伙企业交易的无过错相对人利益”，实际是问如何清偿合伙企业的债务问题。按照合伙企业法第六十一条规定，清算人以合伙企业财产，首先支付清算费用；其次支付拖欠职工工资和劳动保险费；第三清偿合伙企业拖欠的税款；第四偿还合伙企业债务；第五返还合伙人出资。如何保护合伙企业交易对方当事人？简单回答，就是：严格按照合伙企业法第六十一条规定的顺序，先偿还欠交易对方的债务，在未偿还欠交易对方的债务情形，不得返还合伙人出资财产。

关于返还出资财产的主体问题。因合伙协议无效导致合伙企业解散，按照合伙企业法第六十一条规定，合伙企业财产，在清偿合伙企业债务之后，“返还合伙人出资”，即由“清算人”从合伙企业剩余财产中，返还合伙人出资。谁是“清算人”？合伙企业法第五十九条规定：“合伙企业解散，清算人由全体合伙人担任；未能由全体合伙人担任清算人的，经全体合伙人过半数同意，可以自合伙企业解散后十五日内指定一名或者数名合伙人，或者委托第三人，担任清算人。十五日内未确定清算人的，合伙人或者其他利害关系人可以申请人民法院指定清算人。”按照这一规定，全体合伙人担任清算人情形，清算人等于全体合伙人；由全体合伙人指定或者人民法院指定清算人情形，清算人是全体合伙人的代理人。在合伙企业解散情形，某一合伙人请求返还出资财产，应以该合伙企业或者清算人为被告，以合伙协议另一方为被告不妥。

这里要补充说明一点，在合伙企业正常经营的情况下，某一合伙人要求返还出资财产，称为“退伙”，应当适用合伙企业法关于“退伙”的规定。合伙企业法第五十二条规定：“合伙人退伙的，其他合伙人应当与该退伙人按照退伙时的合伙企业的财产状况进行结算，退还退伙人的财产份额。退伙时有未了结的合伙企业事务的，待了结后进行结算。”按照这一规定，合伙企业正常经营情况下，某一合伙人“退伙”（要求返还出资财产），应当以其他合伙人为被告。

最后谈合伙企业债务承担问题。合伙企业法第三十九条规定：“合伙企业对其债务，应先以其全部财产进行清偿。合伙企业财产不足清偿到期债务的，各合伙人应当承担无限连带清偿责任。”《最高人民法院公报》2011年第7期（总第177期）刊登的一个案件，对这一条作了说明，即江苏高级人民法院终审的南通市双盈贸易有限公司诉镇江市丹徒区联达机械厂、魏恒聂等6人买卖合同纠纷案。“裁判摘要”：“合伙企业债务的承担

分为两个层次：第一顺序的债务承担人是合伙企业，第二顺序的债务承担人是全体合伙人。合伙企业法第三十九条所谓的连带责任，是指合伙人在第二顺序的责任承担中相互之间所负的连带责任，而非合伙人与合伙企业之间的连带责任。”

值得注意的是，该案裁判摘要指出，合伙企业对外债务承担，分为两个层次：第一个层次，是由合伙企业承担债务清偿责任，即由合伙企业作为债务人来清偿债务；如果合伙企业财产不够清偿其债务，才发生第二个层次，由全体合伙人对不足部分承担连带责任。

问题 2 如果合同采用口头形式，没有书面的怎么办？

梁：这是合同的形式问题。合同法第十条规定：“当事人订立合同，有书面形式、口头形式和其他形式。法律、行政法规规定采用书面形式的，应当采用书面形式。当事人约定采用书面形式的，应当采用书面形式。”可见，合同法关于合同形式，以不要式为原则，以要式为例外。合同法原则上不要求必须采用书面形式，以口头形式订立的合同，同样有效；但如法律和行政法规规定某类合同必须采用书面形式，或者当事人约定必须采用书面形式，则应当采用书面形式。

如果法律法规未规定采用书面形式，当事人也没有约定采用书面形式，则可以采用口头形式订立合同。这样的口头合同应当有效。实际生活中采用口头形式订立的合同是大量的，绝大多数口头合同能够履行，并未发生纠纷。少数口头合同发生纠纷，起诉到人民法院，这就发生一个问题：法庭如何判断原、被告之间是否存在合同，以及合同的内容？

例如，原告起诉说某年某月某日被告向他借了1万元，要求法庭判决被告偿还借款。法庭首先要判断原、被告之间是否有口头借款合同，如果确有口头借款合同，还要判断借款合同的内容，即借款金额是不是1万元。法庭判断口头合同是否存在及合同内容，当然要靠证据，要求原告提供人证，或者书证。如果借款是从银行汇付，原告应当提供银行汇款的凭条作为书证。另一个证据，就是被告在答辩和庭审中的“自认”，即被告承认向原告借款1万元的陈述。被告的“自认”可以作为法庭认定事实的依据。如果原告提不出任何证据（人证、书证）且被告坚持否认合同的存在，法庭没有办法认定口头合同的存在，就只能以原告起诉的证据不足为由，判决驳回原告的起诉。

要补充一点，虽然合同法第十条规定订立合同以不要式为原则，以要式为例外，但实际上法律法规要求必须采用书面形式的合同种类并不少。例如，合同法第二百一十五条规定租赁期限6个月以上的租赁合同应当采用书面形式，第二百三十八条规定融资租赁合同应当采用书面形式，第二百七十条规定建设工程合同应当采用书面形式，第三百三十条规定技术开发合同应当采用书面形式，第三百四十二条规定技术转让合同应当采用书面形式。再如，物权法第一百三十八条规定建设用地使用权出让合同应当采用书面形式，第一百四十一条规定建设用地使用权转让、互换、出资、赠与、抵押合同应当采用书面形式，第一百八十五条规定抵押合同应当采用书面形式，第二百一十条规定质押合同应当采用书面形式。

请特别注意，合伙企业法第十四条规定：“合伙协议经全体合伙人签名、盖章后生效。合伙人依照合伙协议享有权利，承担责任。经全体合伙人协商一致，可以修改或者补充合伙协议。”于此可见，设立合伙企业的合伙协议（合同）必须采用书面形式。

法律法规规定应当采用书面形式的合同，而当事人未采用书面形式的，其法律效果如何？这样的合同，除法律有特别规定的外，应属于合同法第五十二条第（七）项“违反法律、行政法规的强制性规定”的合同，应依据合同法第五十二条判决确认合同无效。所谓法律有特别规定，首先是指合同法第三十六条规定，法律、行政法规规定应当采用书面形式订立合同，当事人未采用书面形式但一方已经履行主要义务的，该合同成立（并有效）；其次是合同法第二百一十五条第二句规定，对于未采用书面形式订立的租赁期限6个月以上的租赁合同“视为不定期租赁”。

当事人约定应当采用书面形式的合同，却未采用书面形式订立，其法律效果如何？合同法第三十六条规定“一方已经履行主要义务，对方接受的”，该合同成立（并有效）。如果主要义务未履行，而双方当事人对于合同的成立无争议，则按照民法原理，应当解释为双方同意废除此前关于书面形式要件的约定，因而认定合同成立（并有效）。如果双方当事人对于合同是否成立发生争议，即一方坚持关于应当采用书面形式要件的约定，则应认定合同不成立。

问题3 《买卖合同解释》第三条与合同法第五十一条的关系如何？

梁：让我们先看法律条文。合同法第五十一条规定：“无处分权的人处分他人财产，经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的，该合同有效。”理解本条的一个关键是“处分他人财产”这个短语。你既然不是财产的所有权人，也没有得到所有权人授予的处分权，那你就不能处分该项属于他人的财产。无处分权的人处分他人财产，不是出于“恶意”，就是“误认”。“误认”，即误将他人财产认做自己的财产。因此合同法第五十一条的适用范围是：没有处分权的人出于恶意或者误认而处分他人财产。第五十一条的适用范围非常明确，就是没有处分权的人恶意或者误认而处分他人财产，这样的合同当然是社会不允许的，应当被认定为无效，除非得到权利人的追认或者处分人事后得到了处分权。例如日本人买卖我国神圣领土钓鱼岛，就是无处分权的人恶意处分他人财产，按照我们的合同法第五十一条肯定是无效的。

合同法第五十一条无权处分合同规则，其适用范围限于恶意或者误认出卖他人财产的合同。但一段时间以来，一些法院未能正确理解第五十一条的适用范围，误用第五十一条裁判处分权受限制的所有权人处分自己财产的案型，及共有人处分共有财产的案型。例如，夫妻一方出卖共有房屋，丈夫把共有房屋卖了，妻子起诉法院，有的法院就按合同法第五十一条判决出卖房屋的合同无效。实际上这样的案件，不属于第五十一条的适用范围，第五十一条规定的是处分他人财产，而本案是共有人处分共有财产，不是处分他人财产。再如抵押人出卖抵押财产，好多法院都根据合同法第五十一条判决买卖合同无效。实际上抵押人出卖抵押财产，不是处分他人财产，而是所有权人处分自己的财产，只不过其处分权受到限制而已，不应该适用第五十一条。再有，国家机关及国家全资的事业单位，未经上级同意，出卖自己支配的动产不动产，有的法院适用合同法第五十一条认定合同无效。这就是说，合同法实施以来，我们一些法院任意扩大了合同法第五十一条的适用范围，错误适用合同法第五十一条裁判本不属于第五十一条适用范围的案件。因此，最高人民法院制定《买卖合同解释》的目的之一，是要纠正这种错误适用第五十一条的实践，这就是《买卖合同解释》第三条。

《买卖合同解释》第三条规定：“当事人一方以出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的，人民法院不予支持。出卖人因未取得所有权或者处分权致使标的物所有权不能转移，买受人要求出卖人承担违约责任或者要求解除合同并主张损害赔偿的，人民法院应予支

持。”这一规定创设了这样一个解释规则，当事人一方以合同订立之时对方没有所有权或处分权为由，要求认定合同无效的，人民法院不予支持。这样的买卖合同，最后不能履行，买受人不能得到标的物所有权，该怎么办呢？买受人可以选择解除合同并要求损害赔偿，或者选择追究出卖人违约责任。

请特别注意，《买卖合同解释》第三条的适用范围，主要是这样几类案件：（1）国家机关和事业单位没得到批准处分它支配的动产和不动产案型；（2）抵押人未征得抵押权人同意转让抵押财产案型；（3）保留所有权买卖的买受人在付清价款之前转卖标的物案型；（4）融资租赁承租人付清租金前转卖租赁设备案型；（5）将来财产买卖案型。这些买卖合同，均属于处分权暂时受到限制的所有人（权利人）“处分自己的财产”，而不是因恶意或者误认处分他人的财产，过去的一段时间，曾经被好多法院误认为无权处分合同，依据合同法第五十一条认定合同无效。现在根据《买卖合同解释》第三条，应当认定这些合同都有效。《买卖合同解释》第三条，可以称为买卖合同特别效力解释规则。

《买卖合同解释》第三条买卖合同特别效力规则与合同法第五十一条无权处分合同规则，二者是什么关系呢？只要将两个规则进行比较就清楚了。合同法第五十一条适用于恶意或者误认处分他人财产的案型。恶意或误认出卖他人财产，而且是他人的有形财产，就是我们说的动产和不动产。《最高人民法院公报》2012年第5期（总第187期）刊登的一个案例，其裁判摘要指出，股权转让不适用合同法第五十一条无权处分合同规则。进一步明确了合同法第五十一条的适用范围是恶意或者误认出卖他人有形财产（动产、不动产）的合同。无形财产转让合同，如股权转让、知识产权转让、债权转让，不适用合同法第五十一条。

《买卖合同解释》第三条的适用范围是，处分权暂时受限制的所有权人（权利人）处分自己财产的案型：国家机关和事业单位没得到国务院批准就处分其支配的动产和不动产；抵押人没有告诉抵押权人就转让抵押财产；融资租赁承租人在付清全部租金之前转卖租赁设备；保留所有权买卖的买受人在付清价款之前转卖标的物；还有就是将来财产买卖合同。这些买卖合同，当事人以合同订立时出卖人没有所有权或者处分权为由，要求认定买卖合同无效的，人民法院不予支持，亦即认定合同有效。如果最终合同不能履行、不能实现合同目的，由买受人选择追究出卖人的违约责任，或者选择解除合同并要求损害赔偿。

这里补充一下,《买卖合同解释》第三条适用范围包括“将来财产买卖”,什么是将来财产买卖?这种买卖,我想我们这里也该有,例如买汽车,到4S店去买汽车,特别是买高档车,与到旧车市场购买二手汽车是不同的。到旧车市场购买二手车,是看上哪辆车买哪辆车,合同标的物是特定的某一辆二手车。到4S店买车与此不同,我们是根据4S店提供的产品目录订立合同,合同约定所要买汽车的规格、型号、颜色、价位等等,签订合同当时我们并未看见这辆汽车,这辆汽车不在签约现场,还在生产厂家的生产线上,还没有生产出来。出卖人与买受人签订买卖合同的时候,出卖人还没有购进这辆汽车,当然还没有取得这辆汽车的所有权或处分权,而是在订立出卖这辆汽车的合同之后,出卖人再去与生产商订立购买这辆汽车的合同。换言之,出卖人是先卖出(这辆汽车),后买进(这辆汽车)。这种先卖出的合同,就叫将来财产买卖合同。

在过去计划经济时代还没有这种买卖合同。过去的教科书讲到一种关系叫“经销”,我们经常讨论“经销”与“代理”的区别,所谓“代理”,是代理人出卖被代理人的商品,代理人从被代理人收取佣金,被代理人是出卖人,商品卖不掉或者卖亏了由被代理人承担,代理人只收取佣金,不承担任何责任。而“经销”就不一样,经销商是从供应商那里买进商品,再出卖给买受人,一个是买进商品的合同,一个是卖出商品的合同,当然是低价买进、高价卖出,赚取两个合同之间的差价,卖不掉或者卖亏了由经销商自己承担。区别代理和经销,代理是一个买卖合同,经销是两个买卖合同。

我们过去所理解的“经销”,是经销商先买进货物,再卖出这个货物。而现在的市场经济条件下的经销商,如4S店,都是先卖出、后买进。因此,这个先卖出商品的合同签订时,标的物还不在于经销商手里,出卖人还不是标的物的所有权人,过去一段时间法院审理这类案件,就适用合同法第五十一条认定合同无效。因为出卖人签订买卖合同时,没有所出卖货物的所有权或者处分权,因此认定无效。这样处理是因为我们不了解现在的市场经济,现代市场经济条件下,将来财产买卖是最常见、最重要的一种商事交易,当然是合法的。因此,最高人民法院制定《买卖合同解释》第三条,适用于将来财产买卖合同,当事人以合同订立之时出卖人没有所有权或者处分权主张合同无效的,人民法院不予支持。也即肯定将来财产买卖合同有效,如果最后不能实现所有权的转移,由买受人选择解除合同并要求损害赔偿,或者追究违约责任。

最后补充一下,《买卖合同解释》制定时,本来计划创设两个规则:一个是合同法第一百三十二条的反面规则,适用于前面谈到的前四种案件类型,包括国家机关事业单位未经批准出卖自己支配的财产,抵押人出卖抵押物,融资租赁合同承租人出卖租赁设备,保留所有权买卖的买受人转让标的物;另一个就是将来财产买卖合同效力规则。后来注意到两个规则内容相同,在征得学者同意之后,将两个规则合并为一个规则,即《买卖合同解释》第三条。

请特别注意,《买卖合同解释》第三条是非常重要的。最高人民法院解释合同法,制定《合同法解释(一)》《合同法解释(二)》,虽然都很重要,但没有太大的创造性。而《买卖合同解释》第三条创设买卖合同特别效力规则,具有相当大的创造性,弥补了合同法的不足,纠正了一段时间以来对合同法第五十一条的错误适用。

问题4 合同法第五十一条规定,无权处分合同,经权利人追认的,合同有效。但根据债的相当性原理,在权利人追认的情形,该权利人将处于什么样的法律地位?

梁:合同法第五十一条规定:“无处分权的人出卖他人财产,权利人追认或者处分人事后得到处分权的,该合同有效。”如果权利人不追认,处分人事后也没有得到处分权,则该无权处分合同无效。现在提的问题是:在权利人追认的情形,该权利人处于什么样的法律地位?问题提得非常好。按照合同法第五十一条规定,如果权利人追认,这个买卖合同就有效,因为权利人的追认,使原来的无权处分合同,变成了有权处分合同。买卖合同有效的结果,如果标的物是动产,则标的物一交付,所有权就转移,即发生买受人取得标的物所有权的效果;如果是不动产买卖,则根据有效的买卖合同,就可以向登记机构办理产权过户,将该不动产所有权转移给买受人。在买受人获得标的物所有权的同时,对无权处分合同进行追认的原权利人,其权利就消灭了。

回到我们的问题:追认后的权利人将处于什么样的法律地位呢?应当肯定,在这个买卖合同关系中,他没有法律地位,他不是买卖合同的当事人(出卖人),也不是买卖合同的第三人。只是因为他的追认,而使该买卖合同,从无权处分合同变成有权处分合同,从无效合同变成了有效合同。该合同履行的结果,买受人得到标的物所有权,他对标的物的权利消