绪 论

经济法学习之基础知识

绪论导读 ☞

经济法是一门综合性极强的法学学科，其内容结构横跨法学、经济学、社会学等多种专业知识体系，具有较大的学习和运用的难度。就其作为独立部门法而言，也蕴涵了法学中法理学、民法学、商法学、知识产权法等诸多部门法的知识。绪论尝试对其进行概要性介绍，以期提纲挈领，帮助读者梗概式地对该门学科所涉及的法学和经济学理论进行阅读和学习上的梳理。

古罗马法学家乌尔比安关于法律体系中公法和私法的划分，对传统的法域理论影响深远，为此形成公法和私法的“二元法域结构”。但20世纪“公法的私法化”和“私法的公法化”却对传统的二元法域结构造成冲击，以维护社会利益为价值追求的第三法域的出现，使得经济法作为社会法之部门法的观念得以建立。人格权制度和法人制度是经营者作为独立的市场主体进出市场的理论保障，只有理解人格权的内涵和法人制度的演进，才能准确把握作为经济法主体的经营者在经济法中的权利和义务；人类是消费性动物，非利用财产不能生存，在经济法中，财产是市场运营的标的，由于财产的有限性，针对财产的争斗才险象环生，只有明确有关财产归属的定纷止争的规范，才能理解经济法对市场失灵的救济功能；侵权行为在社会经济中的广泛存在，使法的救济和惩罚功能成为必然，特殊的侵权行为在经济法范畴中表现得尤为突出。

为了解决经济法知识中经济性色彩给法学专业学生造成的学习障碍，我们还将对经济法学习中涉及的相关重要经济学原理做简要分析，以求对经济法与市场经济的关系有更直接、更快捷的认识和掌握。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

一、法律体系

法律体系是指由一国现行全部法律按照一定结构和层次组织起来的有机统一的整体。法律体系的结构具有层次性，一般可分为基本结构（法域）、部门法结构、子部门法结构和法律制度结构。现代法律体系的宏观基本结构，即通常所谓的“法域”，由公法、私法和社会法三方面构成，而公法、私法和社会法域又有自己的结构，它们就是各个法律部门，各部门法内部包含着丰富的子部门群，而各个子部门则由纷繁复杂的法律规范和法律制度组成。

（一）三元法域的发展沿革

1. 公法与私法的划分

中外法律史研究表明，建立在自然经济和专制政体基础上的古代法，大多为诸法合体，重刑轻民，其法律体系的基本结构为以刑法为核心的一元结构。只有在简单商品经济相当发达的古罗马，才出现了公法与私法划分的方法和观念。最早提出公法和私法概念的是古罗马五大法学家之一的乌尔比安，他认为规定国家公务的为公法，如有关政府的组织、公共财产的管理、宗教的祭仪和官吏的选任等规范；规定个人利益的为私法，如调整家庭、婚姻、物权、债权债务和继承关系等的规范。查士丁尼下令编写《法学总论》后，从理论上把公法和私法的划分确定了下来，罗马法学家这种关于法律体系的二元结构划分对后世产生了极大的影响。但罗马法的主要贡献在于私法，它的公法并不发达，或者说罗马法并没有形成公法体系，因而罗马法中对公法和私法的划分只是概念性的，缺乏实践上的意义。真正在现实法律体系结构中确立公法与私法的是近代资本主义国家，资本主义自由竞争时期，资本主义国家奉行自然法理论，对经济生活采用放任自由的政策，国家对于社会只是维护秩序的工具，即“守夜人”的角色，不参与和渗透到社会，形成了属于私人活动领域的市民社会和属于公共生活领域的政治国家的严格分野，这为公法与私法二元结构在资本主义法律体系中的确定奠定了基础，提供了前提条件。①

当然，公、私法的划分在普通法系国家并不流行，而是主要存在于大陆法系国家中。从历史上看，现代私法的形成是随着十一世纪以来罗马法的复兴而逐步完成的。由于大陆法系国家通过对罗马法的传播制订了成文的私法，大陆法系国家没有像英国那样强大的法院体系，加上一些大陆法系国家的联邦制对于统一的公法的阻碍，使得公法和私法的区分成为定局。与此相反，普通法系

①孙笑侠、夏立安：《法理学导论》，高等教育出版社 2005 年 7 月第 2 版，第 83—93 页。

国家则把公、私法的内容都融入了普通法和衡平法之中。① 正是由于普通法的灵活性使私法被其融合，由于英国所具有的强大的法院体系基本上是统一的，审理私法案件的法院同时也审理公法案件，公法和私法在法律制度中的划分鲜为人知。而大陆法系国家运用成文法形式大量制定私法法规，随后又在原来法院体系之外另设行政法院或宪法法院，使得公法和私法的划分在法律文件和案件分类上得以确立。②

2. 二元法域结构在当代社会面临的挑战

19 世纪末 20 世纪初，资本主义进入垄断阶段，国家对经济的干预日益加强，法律体系的公法与私法二元法域结构面临全面挑战。在法律价值观上，资本主义进入垄断阶段出现的经济危机使人们意识到个人权利本位不仅不利于保障个人的权利，而且也不利于社会经济的发展，个体私欲的膨胀已深深地危及社会整体利益，于是主张限制个人权利滥用和为弱者提供社会保障的社会权利本位价值观得以形成和发展，公私法二元法域结构受到法律价值观由个人权利本位向社会权利本位转变的挑战；在法律发展方向上，公法私法化和私法公法化倾向的出现使公、私法开始重新排列组合，并出现了复杂的交叉重叠现象。所谓“公法私法化”，是指传统的私法调整方式被部分或间接引入公法领域；所谓“私法公法化”，是指国家权力对社会和经济生活的直接干预突破了传统的私法界限。随着工业化的完成和社会的不断发展，经济领域中的自由放任政策便逐步让位给国家干预政策，日益复杂的社会要求国家发挥更多的作用。公法关系向私法领域延伸。公法与私法的互相渗透和交叉，除了表现为“公法的私法化”和“私法的公法化”外，还表现为一些混合法律部门的出现，如劳动法、社会保障法、经济法、环境保护法等，这些法律部门都表现出与传统公法、私法不同的特征。

3. 社会法的出现及三元法域结构的建立

随着资本主义市场经济的高度发展，社会经济条件发生了巨大的变化，传统的公私法（尤其是私法）已经无法满足保护社会利益的要求，二元法域结构也已经不能包括新出现的既非公法又非私法的法律部门，需要法律体系中增

① 普通法是英国自 11 世纪开始，通过王室法官的判决逐步形成的，适用于全国的法律，即由普通法院通过判决所创立和适用的法律。衡平法是在普通法过分僵化的形式已远不适应资本主义生产关系发展的需要时，于 14 世纪开始，为弥补普通法不足，由衡平法院根据公平、正义、良心，亦即衡平原则通过判决形成的法律。自 19 世纪以来，制定法大量增加，并广泛传入其殖民地，英美法系逐步法典化。值得注意的是，在英国法系中，法官在立法和司法中具有特殊的地位，他们重视实用和历史传统，特别在私法中，由于在传统上，上级诉讼令状的不同作为法律分类的依据，因而不大注意部门法的划分。

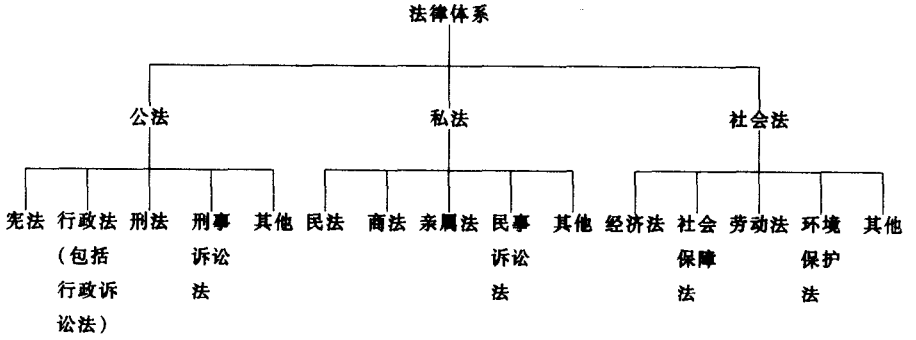
② Rudolf B. Schlesinger: Comparative Law: Cases, Text and Materials, Foundation Press, 1980 p. 462.

设一个新的基本结构来涵盖这些新的法律部门，这个新的法域我们称之为“社会法”，即现代法律体系的基本结构已突破了传统的二元结构，由公法、私法和社会法三元结构构成。社会法是伴随着国家力图通过干预私人经济以解决市场化和工业化所带来的社会问题，应对社会、经济和生态可持续发展的需求，而在公法私法化和私法公法化进程中逐渐产生和发展起来的第三法域。①

（二）部门法

所谓部门法，也可以称为法律部门，是指专门调整或规定同一类社会关系的法律规范的总称。划分部门法的标准主要有两个：调整的对象和调整的方法。凡是调整同一类社会关系，解决同一类社会问题的法律规范，都属于同一个部门法。或者说，凡是以相同的方式调整社会关系，解决社会问题的法，也是属于同一种部门法。法律体系由调整不同社会关系的各个部门法所构成，而法律部门又往往由若干子部门组成。

我国法律体系的部门法结构具体表现为：



二、法系

（一）法系的概念

法系是指由不同的国家或地区在历史上所形成的具有相同法的结构和法的表现形式的一种法的类型的总称，法系的概念更多地表达的是一种法律传统。但应当注意的是，法系并不是指一个国家的法律的总称，而是指一些国家或地区的法律的总称，是属于同一类型的、不同国家或地区的法律的总称。同时，这些国家或地区的法律之所以可以划归到同一类型，是因为从某种标准来说，它们具有一种共性或者具有一种共同的传统，而绝非这些国家法律具有完全的

①王全兴、管斌：《经济法与社会法关系初探》，《现代法学》 2003年第 2期。

一致性。

在比较法学的发展历史上，法系的分类标准经历了一个从单一性标准到多样性标准，从绝对性标准到相对性标准的过程。1884 年，日本学者穗积陈重就曾以民族差异为标准将世界各国的法律划分为印度法族、支那法族、回回法族、英国法族和罗马法族。1922 年，法国学者列韦·乌尔曼（Levy Ullmann）以语言因素为标准，将世界各国的法律划分为三大法系：即大陆法系、英语国家法系和伊斯兰法系。1928 年，美国西北大学教授威格摩尔（John H. Wigmore）则将世界各国的法律按出现时间顺序分为 16 个法系。从世界范围来看，在不同的历史发展阶段，可能有不同的法系起着主导性的或者显著的领导作用，例如，罗马法、古希腊法和埃及法都是奴隶制时代具有代表性的法系；中华法系则是封建时代亚洲地区法律发展的杰出典范；普通法法系（英美法系）和大陆法系是资本主义时代最具有典型意义的法系。但是，现今世界主要的一个法系的划分，是以前述法国学者乌尔曼的划分为主流观点，其中，尤以大陆法系（Continent law system）和英美法系（Common law system）最为突出。在现代主要法制社会的法律制度中，大致呈现出了英美法系与大陆法系并立之势。作为两个基本的法系，其影响遍及了整个人类世界。当今几乎所有国家的法律都不同程度地受到过英美法系或大陆法系的影响，也使得这两大法系变成了当代世界最有代表性的法系。

（二）英美法系的制度特征

英美法系是以英国中世纪的法律，特别是以普通法为基础和传统产生与发展起来的法律的总称。因此，英美法系又被称为普通法法系。目前属于英美法系的国家主要有：英国（苏格兰除外）、美国、加拿大、印度、新加坡、澳大利亚、新西兰、我国的香港地区以及非洲的个别国家、地区等。

1066 年，威廉一世统治下的诺曼人打败了盎格鲁撒克逊人，逐渐控制了不列颠全岛，结束了原有的各个部落的统治。但诉讼一般仍向原有的地方性司法机关提出。国王只在一些特殊场合下行使“最高审判权”。直到 12 世纪和 13 世纪，中央皇家管理机构的权力才从对有关国事的特别管辖权，发展成为广泛的具有普遍性的司法管辖权。随着司法权逐渐集中于王室法官，一些被引为依据的判例便成为普遍适用于全国的法律——普通法（Common law）。但是自 14 世纪开始，这种严格按照形式主义程序运作的普通法开始面临危机。15 世纪，大法官越来越成为独立于威斯敏斯特王室法院以外的法官，可以国王和枢密院授权的名义，独自判决。他的决定，起初是考虑“个别案件的公允”而作出的，后来则变得越来越有系统。大法官所审理的案件，被称为衡平案

需要全本请访问 www.ertongbook.com

件。到 16世纪，随着衡平案件的不断增加，大法官官署终于发展成为与普通法法院并列的法院，即衡平法法院或者称为大法官法院。大法官或大法官法院所作出的判决逐步形成了一种与普通法并列的判例法——衡平法。17 世纪，普通法法院与衡平法法院之间曾因管辖权的问题发生过一些抗争和冲突，但最终也还是达成了和解。而 1873 年通过、1875 年生效的《司法条例》则最终结束了普通法法院和衡平法法院两个法院系统相互独立的局面。自此以后，同一法院可以同时适用普通法和衡平法。

英美法系也有制定法。英王很早便发布过一些具有实体法或程序法内容的敕令。最近两个世纪，特别是 20 世纪以后，议会更通过大批立法，在某些领域，如刑事案件的审判，其主要依据已是制定法，而不是判例。但英国的制定法有其特点，即不论民事、刑事的实体法和程序法，都没有统一的法典；对某些特定问题，例如证据、货物销售、性犯罪、盗窃罪以及青少年犯罪等，虽然制定了单行法，但是往往民刑不分、实体规定与程序规定兼及，而且修改频繁，同名法令很多，在援用时必须注明法令颁布的年代，有的法令内容重复，甚至前后规定不一；而且，法令绝大部分是归纳判例而成，不论概念或原则，大多来自司法习惯，因而解释和适用时往往需要借助判例。

英美法系的法律制度具有如下特点：（1）判例被认为是正式意义的法律渊源，即上级法院的判例对下级法院在审判类似案件时是有法律上的约束力的。（2）法官在审理案件时，除确定事实外，首先要考虑以前类似案件的判例，将本案事实与以往案件的事实加以比较，然后从以前判例中找出可以适用于本案的法律规则，作为判决本案的法律根据。（3）普通法法系国家一般不倾向于法典编纂，即使有一些法典也不太系统化，带有明显的判例法的烙印。（4）英美法系的法律的基本分类是普通法与衡平法。（5）在哲学倾向或法学方法论上，英美法系倾向于经验主义。另外，在法律概念、法律术语等微观方面，英美法系具有鲜明的个性。

（三）大陆法系的制度特征

大陆法系是指以罗马法为基础而形成的法律的总称。从历史上看，大陆法系与罗马法有着重要的渊源关系。这里所说的罗马法，指的是从罗马奴隶制社会逐渐形成时期到公元 534 年东罗马帝国皇帝查士丁尼编纂《民法大全》时期，前后大约 10个世纪的法律。其中，《查士丁尼民法大全》比较完整和系统地保留了罗马法的精华。

19 世纪，西欧主要国家最终编纂了适用于本国领域之内的民法典。在这些民法典中，又以 1804 年通过的（法国民法典》和 1896 年通过的《德国民

法典》最为著名。这两部法典体现了西欧几个世纪以来对罗马法延续不断地研究之成果。大陆法系国家在法律的分类上也受到了古罗马法的重要影响。

大陆法系的法律制度具有如下特点：（1）制定法是其主要的法律形式和正式的法律渊源。在这些制定法中，法典，尤其是民法典，占据着重要的地位。(2）编纂法典的目的在于以某种社会正义的观念为根据，预先界定人们的实体权利和义务，因而大陆法系的法律更侧重于实体规范。同时，司法判决不能被视为正式的法律渊源。（3）罗马法的影响深远，并成为很多现代立法的源头和体例参考。

目前，属于大陆法系的国家主要有：法国、德国、葡萄牙、荷兰、土耳其等欧洲大陆国家；非洲的埃塞俄比亚、南非、津巴布韦等；亚洲的日本、泰国等；加拿大的魁北克省；美国的路易斯安那州；英国的苏格兰等。

（四）两大法系之比较

1. 法律渊源上的不同

这种不同主要在于判例是否是正式意义的法律渊源。在大陆法系中，一般情况下，制定法是正式的法律渊源，而判例则不是正式的法律渊源。

2. 法典编纂上的不同

大陆法系的一些基本法律往往采用较系统的法典形式。而在英美法系国家，尽管制定法也在不断增多，但其制定法一般采用单行法形式，不采取包罗万象的法典形式。

3. 法律分类上的不同

大陆法系国家一般都将公法与私法的划分作为法律分类的基础，而英美法系则是以普通法与衡平法为法的基本分类。

4. 诉讼程序上的不同

大陆法系的诉讼程序以法官为中心，英美法系的诉讼程序则以原告、被告及其辩护人和代理人为中心，法官只是双方争论的“仲裁人”而不能参与争论。因此，英美法系的诉讼程序又被称为对抗制诉讼程序。另一方面，在大陆法系国家，也开始注意吸收当事人主义的积极因素，以改变自己司法制度中官僚化的习气。①

此外，在法律术语、法学教育以及司法体制等方面，二者还有许多不同

① 例如：美国已于 1938 年在民事诉讼规则中增加了证据开示程序。所谓证据开示，是庭审前一方当事人可从对方当事人那里获取对方证据的程序。当事人双方可以向法院提出动议申请，来实现要求对方开示其证据的权利，并根据开示的结果修改诉讼请求的范围及论据论点。在这个过程中，法院必须放弃传统的不介入的态度，并对案件的各种实质性和程序性问题主动进行考量并作出决定。

之处。

随着各国之间经济、政治、文化交流的增多，兼之两大法系的法学家、学者和法律实务人员的密切交往和影响交融，两大法系之间的相互借鉴日益增多，并不断在其各自新的立法中吸收着另一法系的局部特点，因而它们之间的差别也逐渐缩小。在一些国际性文件或者立法中，那些折衷两大法系主流立法的国际法典，就是这种融合的最好载体和生动说明。但是，在总体上，两者由于漫长的历史变迁而形成的不同之处，在可以预见的未来依旧会特点鲜明地存在并继续发挥各自独特的制度作用。

三、法律人格及法人人格

（一）人格的法律含义

人格在法律上具有三重含义：

1. 指具有独立法律地位的民事主体，其中自然人具有血肉之躯的人格，法人具有法律拟制的人格。

2. 指作为民事主体的必备条件的民事权利能力，即成为民事主体所必须具备的资格。

3. 指人格权的客体，即民事主体在人格关系上所体现的与其自身不可分离，受法律保护的利益，如人格独立、人格自由、人格尊严、人格安全以及体现在姓名权、名称权、肖像权、名誉权、隐私权等具体人格权中的人格利益。

（二）法人的人格

法人是具有民事权利能力和民事行为能力，依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织。法人之所以能够独立从事民事法律行为，就是因为它是法律拟制的“人”，具有法律上的人格。

法人的法律特征包括：（1）法人是组织体，或为自然人的组合，或为具有特定目的的独立财产；（2）法人具有独立法律人格，独立于其成员或设立者（捐助者）；（3）法人可以具有永续性，超越自然人的生命极限。但也有具备特定目的的法人在其目标实现，即可以宣告终结，抑或是出现了存续困难而宣告破产，或者被法律解散等情况。法律之所以享有法律人格，涉及法人的本质问题。关于法人的本质，大致有三种主张：

1. 法人拟制说

萨维尼（Savigny）认为，能够作为权利主体的仅限于自然人，法人是虚拟实体，法人能够取得人格，只是由法律将其拟制为自然人，所以法人为单纯拟制的主体，即仅因法律上目的而被承认的人格。

2. 法人否认说

法人否认说，也就是不承认法人存在的各种学说。此说又分为目的财产说（认为法人本身不是独立的人格，只不过是为了一定目的而存在的“目的财产”）、受益人主体说（法人仅仅是形式上的权利义务的归属者，真正的权利义务主体不是法人而是受益人）、管理人主体说（法人的财产并不是属于法人本身所有，而属于管理其财产的自然人）。

3. 法人实在说

法人实在说认为，法人并不是法律虚构的，也并非没有团体意思和利益，而是一种客观存在的主体。该说又分为“有机体说”和“组织体说”。前者认为法律主体是与意思能力联系在一起的，自然人有意思能力，成为自然的有机体，而法人有团体意思，在社团法人中有社员的集合意思，在财团法人中有捐助行为意思，因此应成为社会有机体。后者认为法人的本质不在于其作为社会的有机体，而在于法人是一种具有区别于其成员的个体意志和利益的组织体。我国《民法通则》关于法人的本质即采组织体说。

（三）法人的分类

1. 以法人设立的目的及所依据的法律不同，可以将法人区分为公法人和私法人

以实现公共福利为目的，依据公法所设立、组织的法人为公法人，如国家管理机关是典型的公法人。而追求私人目的，依据私法所设立的法人为私法人，如营利性公司就是典型的私法人。

2. 以法人成立的基础为标准，可以把私法人分为社团法人和财团法人

社团法人是以人的组合作为法人成立基础的私法人。财团法人是以一定的财产的设定作为成立基础的私法人。这种分类是大陆法系国家对法人的基本分类，法典往往针对这两种法人各自确立规范。我国现行法未确认财团法人，但是台湾地区立法肯定了财团法人的存在，典型的如各种公益基金组织。

3. 以法人的设立目的为标准，可将私法人区分为公益法人和营利法人

以营利为目的所设立的法人是营利法人，反之为公益法人。在社团法人中，既存在公益法人，也有营利法人。财团法人均应为公益法人。

4. 我国《民法通则》对法人的分类

在立法中，法人被分为企业法人、机关法人、事业单位法人和社会团体法人。

四、物权制度

（一）物权制度概述

物权是指权利人直接支配特定物并得排除他人干涉的权利。物权的特点体现在：第一，物权是以特定的物为客体的权利；第二，物权是直接支配特定的物，并享受物之利益的权利；第三，物权是具有排他性的权利。

由于这种强大的权利能力，因此物权的内容也必须受到严格的立法规制，由此形成了物权法定主义（也有学者称为物权限定主义），即物权的种类和内容以民法和其他法律所规定的为限，当事人不得自行设定其他种类的物权，也不得自由规定物权的内容。

由于国情和法律传统的不同，各国所规定的物权种类既有相同之处，也有一些差异。我国《民法通则》及其他法律规定的物权种类繁多，标准不一，《物权法》的出台，将使我国物权种类得到进一步的统一和规范：

1. 自物权和他物权

根据权利人是对自有物还是他有物享有物权而划分。自物权是权利人依法对自己所有的财产享有的物权，其典型形式为所有权；他物权是权利人根据法律或合同规定，依法对他人的物享有的物权，其主要包括用益物权和担保物权。

2. 用益物权和担保物权

这是根据物权设立的目的不同进行的分类。用益物权是指以实现对物的使用和收益为目的而在他人之物上设立的权利，主要包括地上权、地役权、典权等；担保物权是指为担保债务履行而在他人之物上设立的权利，其主要包括抵押权、质权、留置权等。

3. 动产物权和不动产物权

这是根据物权的客体不同所作的分类。动产物权是指以动产为客体的物权，不动产物权是指以不动产为客体的物权，两者在公示方式和变动程序上是不同的，动产物权以占有为公示方式，以交付为物权变动的程序；不动产物权以登记为权利公示方式，以过户为物权变动的程序。

（二）所有权

所有权又称自物权，是指财产所有人依法对自己的财产占有、使用、收益、处分，并排除他人干涉的权利，是物权体系最为重要的权利形式，也是诸多物权的权利来源。其权能包括占有、使用、收益和处分四个方面。所有权的取得主要有原始取得和继受取得两种，原始取得的方式通常表现为：生产创

造、收取孳息、强制没收、收取无主财产、添附及善意取得等；继受取得的方式主要包括买卖、赠与、互易、继承及受遗赠等。

通常所有权为个体所有，但如果有两个或者两个以上主体拥有，则称为共有。财产的共有是指两个以上民事主体对同一项财产共同享有所有权的一种自物权，主要表现为按份共有（指所有人对一物按其共有比例享有一定份额，对其份额可以自由处分，对共有物可以随时请求分割）和共同共有（各共有人就共有物虽有一定份额，但在公共关系存续中不能自由处分其份额，也不能请求分割）。

（三）用益物权

用益物权是指权利人依法对他人之物使用和收益的一种他物权。我国现有的用益物权主要有：地上权、地役权和典权等。

地上权是在他人土地上设置工作物从而利用他人土地（包括地上、地表和地下）的权利，主要包括我国现行法律中规定的国有土地使用权和宅基地使用权两种。地役权是指依一定目的，为使用自己土地之便利而使用他人土地之权。例如通行权、取水权、引水权、采石权、观望地役权、采光地役权等。典权是指典权人支付典价占有出典人的不动产，依法对其使用和收益的权利，典权与我们通常所说的典当不同，典权为用益物权，典当为担保物权。

在我国《民法通则》中，还规定了具有我国特色的用益物权，具体包括：（1）国有土地使用权，指土地使用人为营造建筑物或其他工作物而使用国有土地的权利；（2）承包经营权，是指公民、集体按照承包经营合同对集体所有或者国家所有，由集体使用的土地、森林、山岭、草原、荒地、滩涂、水面加以经营和收益的权利；（3）国有企业经营权，即全民所有制企业对国家授予它经营管理的财产享有的占有、使用和依法处分的权利。国有企业经营权是一种我国独有的他物权形态，在现阶段仍有其存在的必然性。

（四）担保物权

担保物权是以确保债权的履行为目的、以支配和取得特定财产的交换价值为内容的限制物权，其主要包括抵押权、质权和留置权。

抵押权是指债权人对于债务人或者第三人不转移占有而供作债务履行担保的财产，在债务人不履行债务时，予以变价并就其价款优先受偿的权利；质权是指债权人于债务人清偿其债务时，得就债务人或第三人转移占有而供担保的动产或权利的价值优先受偿的权利；留置权是指债权人按照合同约定占有债务人的动产，于债务人未按照合同约定的期限履行义务时，对其占有的债务人的动产予以留置并就其变价优先受偿的权利。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

五、侵权法制度

(一)侵权法概述

1. 侵权行为的概念和特征

侵权行为是指行为人侵害他人合法权益依法应承担民事责任的行为。侵权作为债发生的原因，可以形成侵权之债，并进而产生侵权民事责任。其特征包括：(1) 侵权行为是一种单方实施的事实行为； (2) 侵权行为是一种民事违法行为；(3) 侵权行为是一种侵犯绝对权的行为； (4) 侵权行为是承担侵权责任的根据。

侵权行为根据行为的性质不同可分为一般侵权行为和特殊侵权行为，一般侵权行为指行为人因自己的过错直接侵害他人合法权益的侵权行为，特殊侵权行为指行为人基于与自己有关的人、物、事或其他原因致人损害的行为，二者在构成要件、归责原则及责任主体上都不尽相同。特殊侵权行为的种类由法律直接规定，其特点在于：(1) 特殊侵权责任适用无过错责任或者公平责任归责原则；(2) 特殊侵权行为在举证责任的分配上适用倒置原则； (3) 法律对特殊侵权行为的免责事由作出严格规定； (4) 特殊侵权行为的责任主体和行为主体存在分离现象，如监护人对被监护人致人损害所承担的民事责任。

2. 侵权责任的概念和形式

侵权责任是指侵权行为人侵害他人合法权益时，依法所应当承担的民事法律后果。法律规定的侵权行为人承担侵权责任的方式主要有：停止侵害、排除妨碍、消除危险、返还财产、恢复原状、赔偿损失、消除影响（恢复名誉）、赔礼道歉等。

3. 侵权责任的构成要件

侵权民事责任的构成要件是指侵权行为人承担民事责任应当具备的条件。一般包括如下四个方面：

(1) 损害事实，指侵权行为给受害人造成的不利后果。损害包括财产损害、人身伤害和精神损害。侵权法上的损害事实必须具有可补救性、确定性和合法性。

(2) 违法行为，指侵权行为具有违法性。违法包括违反法律规定和违背社会公序良俗。

(3) 因果关系，指侵权人实施的违法行为和损害后果之间存在因果上的联系。

(4) 主观过错，指合同当事人通过其实施的侵权行为所表现出来的在法

律和道德上应受非难的故意和过失状态。故意，是指行为人已经预见到自己行为的损害后果，仍然积极地追求或者听任该后果的发生。过失，是指行为人因未尽合理的注意义务而未能预见损害后果，并致损害后果发生。

4. 侵权责任的免责事由

（1）不可抗力，指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况；

（2）受害人的过错，指受害人对侵权行为的发生或者侵权损害后果扩大存在过错。受害人过错对于侵害人责任的免除主要体现在两个方面：一是部分免除，即适用过错相抵规则，减轻侵害人的民事责任。二是全部免除，即只要受害人对于损害的发生存在过错或者故意，就全部免除行为人的责任；

（3）正当防卫，指为了使公共利益，本人或者他人的财产、人身或者其他合法权益免受正在进行的不法侵害，而对不法侵害人所实施的不超过必要限度的行为；

（4）紧急避险，指为了使公共利益，本人或者他人的财产、人身或者其他合法权益免受正在发生的危险，而不得已采取的致他人较小损害的行为；

（5）受害人的同意，指受害人在侵权行为或者损害后果发生之前自愿作出的自己承担某种损害后果的明确的意思表示。

（二）侵权责任的归责原则

所谓归责，即责任的归属问题，侵权责任的归责原则是指据以确定侵权责任由行为人承担的根据。侵权责任的归责原则在侵权法中居于核心地位，是全部侵权责任规范的基础，直接体现了侵权行为法的立法取向和价值功能。

1. 过错责任原则

过错责任，是指以过错作为归责的最终构成要件，并且以过错作为确定责任范围的重要依据。过错责任原则在侵权行为的归责原则中处于主导和统帅地位，过错推定原则、公平责任原则是对过错责任的补充，而无过错责任仅是特例。过错责任的特点在于：（1）相对于违法行为、损害事实及其因果关系等构成要件而言，过错是归责的最终要件，无过错即无责任；（2）过错责任归责原则是一般侵权责任的归责原则，具有广泛的适用性；（3）过错责任原则在侵权责任的归责原则体系中居核心地位。

2. 过错推定责任原则

过错推定责任，是指只要受害人能够证明所受损害是加害人的行为或者物件所致，即推定加害人存在过错并应当承担民事责任，加害人不能通过简单地证明自己没有过错而免责。过错推定责任的特点在于：（1）免除了受害人对加害人的过错所承担的举证责任。受害人仅须证明加害人的行为或者物件与损

害事实之间存在因果关系即可，而无须证明加害人主观上存在过错；（2）实行举证责任倒置，由被告就自己没有过错承担举证责任；（3）过错推定责任作为一项归责原则主要适用于《民法通则》规定的几种特殊侵权行为。

3. 公平责任原则

公平责任原则，是指加害人和受害人对造成的损害事实均没有过错，而根据公平的观念，在考虑当事人的财产状况、支付能力等实际情况的基础上，责令加害人或者受益人对受害人所受损失给予补偿。其特点在于：（1）归责上仍然考虑过错，只是当事人均无过错，故有公平责任适用的余地；（2）以社会公平观念作为归责的基础；（3）公平责任主要适用于财产责任，在责任的具体分担上主要考虑损害事实、双方的财产状况、支付能力等实际情况；（4）公平责任的目的在于减轻而非补足受害人所受损失。

4. 无过错责任原则

无过错责任，是指基于法律的特别规定，加害人对其行为造成的损害没有过错也应当承担民事责任。无过错责任的特点在于：（1）归责不考虑加害人和受害人的过错；（2）归责无须推定加害人主观上存在过错；（3）损害事实和加害人行为或者物件之间的因果关系是归责的最终要件；（4）责任的承担完全基于法律的特别规定，不得任意扩大无过错责任的适用范围。

六、知识产权制度

（一）知识产权概念和特征

知识产权属于民事权利，是基于创造性智力成果和工商业标记依法产生的权利的统称。广义的知识产权包括著作权、邻接权、商标权、商业秘密权、产地标记权、专利权、集成电路布图设计权等各种权利。目前已为《成立世界知识产权组织公约》和《与贸易有关的知识产权协议》（TRIPs）所认可。狭义的知识产权，即传统意义上的知识产权，包括著作权（含邻接权）、专利权、商标权三个主要组成部分。

知识产权包括下列权利：（1）与文学、艺术及科学作品有关的权利，即版权或著作权。（2）与表演艺术家的表演活动、与录音制品及广播有关的权利，即邻接权。（3）与人类创造性活动的一切领域的发明有关的权利，即专利权（包括发明专利、实用新型和非专利发明的权利）。（4）与科学发现有关的权利。（5）与工业品外观设计有关的权利。（6）与商品商标、服务商标、商号及其他商业标记有关的权利。（7）与防止不正当竞争有关的权利。（8）一切其他来自工业、科学及文学艺术领域的智力创作活动所产生的权利。

知识产权的特征主要表现为：

1. 无形性

知识产权的客体是一种无形的财产，它既不是物，也不是行为，而是一种智力成果。

2. 双重性

知识产权具有双重的内容，即兼有人身和财产内容。知识产权是与特定权利主体的身份相联系的，具有人身权的性质。同时，知识产权又与一定财产关系相联系，具有财产权的内容，它的行使能产生经济价值。

3. 法定性

知识产权法定性主要体现在知识产权的产生上，知识产权不但一般是被国家法律赋予的一种权利，而且其主要权利的产生是经过法律程序而被国家法律所认可的。

4. 独占性

知识产权的独占性或称专有性，是知识产权存在形式的特征，它总是作为权利人的一项排他权利而存在的，如果不具有权利人的独占地位，权利人也就定去了权利。对某一项智力成果的专有权，国家只能授予一次，它排除了他人享有同样权利的可能性。

5. 地域性

地域性为知识产权划定了空间范围：即知识产权是一种受地域限制的权利。一国法律所确认和保护的知识产权，只能在这个国家领域内有效。要得到其他国家的保护，必须按照其他国家的法律规定或者国际公约，经特定程序获得。

6. 时间性

时间性主要指知识产权权利的有效期，其产生的更深刻的根源是对权利的一种限制，技术和知识必须得到广泛地传播，才能促进社会的发展，过了法定的时间此种财富就回归于社会，才能促进人类智慧劳动的成果不断产生。

（二）著作权

1. 著作权的界定

著作权，狭义上讲，是指各类作品的作者依法享有的权利；而广义的著作权，还包括艺术表演者、录音录像制品制作者和广播电视节目的制作者依法享有的权利。著作权是基于文学、艺术和科学作品依法产生的权利，文学、艺术和科学作品是著作权产生的前提和基础，是著作权法律关系得以发生的法律事实构成。著作权不是抽象的，是具体的，没有作品就没有著作权，脱离具体作

品的著作权是不存在的。作品指文学艺术科学领域内，具有独创性并能以某种形式复制的智力创作成果。成为著作权法保护的作品应包括如下几个条件：应当是思想或感情的表现；应当具有独创性或原创性；作品的表现形式应当符合法律的规定。

2. 著作权的内容和取得

著作权权利体系包括著作人身权（发表权、署名权、修改权、保护作品完整权）和著作财产权（复制权、发行权、出租权、展览权、表演权、广播权、放映权、信息网络传播权、改编权、汇编权等）。

著作权的取得主要是自动取得，指著作权因作品创作完成、形成作品这一法律事实的存在而自然取得。也有的国家采用注册取得制度，即著作权必须经过相关登记机关登记才被授予著作权人。我国采用自动取得原则，对中国公民、法人或非法人单位的作品，不论是否发表，依法享有著作权；对外国人的作品首先在中国境内发表的，依法享有著作权；如果外国人在中国境外发表的作品，依照其所属国同中国签订的协议或共同参加的国际条约享有的著作权，受法律保护。

3. 著作权的期限

公民个人的作品，著作权的期限为作者终生及其去世后 50 年，并直至第 50 年的 12 月 31 日；数人以上合作作品，著作权的期限截止于最后去世的作者去世后的第 50 年的 12 月 31 日；法人、非法人组织的作品，其发表权、使用权、获得报酬权的保护期为 50 年，一般自作品首次发表之日起算，截止于作品首次发表后的第 50 年的 12 月 31 日；但作品自创作完成后 50 年内未发表的，著作权法不再保护。

（三）专利权

1. 专利和专利权

专利是指经国家专利主管机关依照专利法规定的审批程序审查，被认为符合专利条件的发明创造。专利权是指公民、法人或其他组织依法对其获得专利的发明创造在一定期限内享有的专有权利，具有独占性、时间性、地域性的特点。

专利权的客体就是专利法的保护对象，主要包括发明创造、实用新型、外观设计。发明指对产品、方法或者其改进所提出的新的技术方案，包括产品发明和方法发明；实用新型也称小发明，指对产品的形状、构造及其组合所提出的新的技术方案；外观设计是指对产品的形状、图案、色彩或者他们的组合所作出的富有美感的并适于工业上应用的新设计。

2. 专利权获得的实质条件

（1）发明、实用新型获得专利权的条件主要是新颖性、创造性和实用性。其中，新颖性（novelty）是指专利申请应当是不同于现有技术，而且也不同于在申请日以前由他人向专利局提出过申请，并且记载在申请日以后（含申请日）公布的专利申请文件中的新的技术方案。实用性（utility）是指该发明或者实用新型能够在任何一种工业部门都能够制造、使用，且该发明创造能够产生积极效果，运用于生产实践具有良好的经济效益和社会效益，能够推动社会的文明和进步。

（2）外观设计获得专利权的条件主要是新颖性和美观性。其中，新颖性是指外观设计应当同申请日以前在国内外出版物上公开发表过或者国内公开使用过的外观设计不相同和不相近似，并不得与他人在先取得的合法权利相冲突。美观性是指外观设计被使用在产品上时能使人产生一种美感，即通过形状、图案、色彩或者其结合而创作出来的外观设计被用以装饰物品，能够使人的视觉触及后产生一种愉悦的感受，从而增加了产品对消费者的吸引力。

3. 专利权的法律保护

专利权的保护期限，即专利权的时间效力。我国专利法规定，发明专利权的保护期限为 20 年，实用新型和外观设计专利权的保护期限为 10 年，均自申请日起计算。如没有按照规定缴纳年费的或专利权人以书面声明放弃其专利权的，专利权在期限届满前终止。

（四）商标权

1. 商标和商标权

商标是生产经营者在其商品或服务上使用的，由文字、图形、字母、数字、三维标志和颜色及其组合构成的，具有显著特征、便于识别商品和服务的来源的标志，俗称“牌子”。但是，标志的使用有一定的限制，《商标法》禁止使用的标志不得作为商标使用。

商标权是商标所有人依法对其商标所享有的专有使用权。商标权的内容包括使用权和禁止权两个方面。使用权是商标权人对其注册商标享有充分支配和完全使用的权利。如自己使用、许可他人使用、转让等。禁止权是指商标权人禁止他人未经其许可擅自使用其注册商标的权利。

2. 商标权的取得和终止

商标的原始取得大体上采取以下三种方式：第一，注册原则，即商标通过到特定登记机关登记注册取得权利；第二，使用原则，商标已经实际使用即获得商标权；第三，混合原则，即以注册原则为主，以使用原则为补充的方式获

需要全本请访问 www.ertongbook.com