

2013  
第3辑

总第65辑

# 判解研究

中国人民大学民商事法律科学研究中心◇主办

王利明◇主编

## 本辑要目

### 【专论】

王利明 / 论擅自转租行为的法律效力

### 【法官论坛】

唐旭超 / 论公司决议瑕疵下的股东权利救济——兼论公司法第二十二条之完善

### 【司法解释之窗】

王毓莹 / 食品药品民事纠纷案件司法解释中的重点与难点

### 【指导性案例解读】

石磊 / 指导性案例第17号：消费者购买汽车遭受欺诈有权依消法要求增加赔偿

### 【法学专论】

鲍艳 熊丙万 / 中国司法观念和司法方法的转型  
——来自“王海打假案”十年司法史的启示

### 【判例评析】

张元 / 论股权冻结对有限责任公司增资扩股的限制

人民法院出版社

2013 年第 3 辑

总第 65 辑

# 判解研究

---

中国人民大学民商事法律科学研究中心 主办

王利明·主编

人民法院出版社

## 图书在版编目(CIP)数据

判解研究. 2013年. 第3辑:总第65辑/王利明主编. —北京:人民法院出版社, 2014. 5  
ISBN 978-7-5109-0956-6

I. ①判… II. ①王… III. ①判例-研究-中国-丛刊②法律解释-研究-中国-丛刊 IV. ①D920.5-55

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第081728号

## 判解研究

总第65辑(2013年第3辑)  
中国人民大学民商事法律科学研究中心 主办  
王利明 主编

---

责任编辑 吴秀军 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 邮编 100745  
电 话 (010)67550626(责任编辑) 67550558(发行部查询)  
65223667(读者服务部)  
网 址 <http://www.courtbook.com.cn>  
E-mail courtpress@sohu.com  
印 刷 三河市国英印务有限公司  
经 销 新华书店  
开 本 787×1092毫米 1/16  
字 数 253千字  
印 张 15.5  
版 次 2014年5月第1版 2014年5月第1次印刷  
书 号 ISBN 978-7-5109-0956-6  
定 价 38.00元

# 《判解研究》丛书编委会

顾 问:万鄂湘 奚晓明

编委会主任:王利明

编委会副主任:杨立新

编委会成员:(按姓氏笔画排序)

孔祥俊 王 轶 龙翼飞 刘春田

刘贵祥 刘德权 张勇健 宋晓明

吴汉东 罗东川 郑学林 姚 辉

郭明瑞 董安生

主 编:王利明

执行主编:姚 辉 吴秀军

编 辑:兰丽专 麻锦亮 梁展欣 雷震文

# 目录 CONTENTS

## ◇ 专论

论擅自转租行为的法律效力 ..... 王利明(1)

## ◇ 法官论坛

论公司决议瑕疵下的股东权利救济  
——兼论公司法第二十二条之完善 ..... 唐旭超(16)

## ◇ 司法解释之窗

食品药品民事纠纷案件司法解释中的重点与难点 ..... 王毓莹(30)  
《关于人事争议申请仲裁的时效期间如何计算的批复》  
的理解与适用 ..... 陈龙业(45)

## ◇ 指导性案例解读

指导性案例第 17 号:消费者购买汽车遭受欺诈有权依消法要求  
增加赔偿 ..... 石磊(51)  
指导性案例第 18 号:用人单位不得因劳动者考核末位单方解除  
劳动合同 ..... 吴光侠(61)  
指导性案例第 19 号:套牌车出借人与使用人对交通事故负连带  
责任 ..... 石磊(68)  
指导性案例第 20 号:专利临时保护期内实施发明所得产品的  
后续使用不侵害专利权 ..... 郎贵梅 吴光侠(77)

## ◇ 法学专论

### 中国司法观念和司法方法的转型

- 来自“王海打假案”十年司法史的启示 …………… 鲍 艳 熊丙万(87)
- 支持起诉制度新论 …………… 李 琛(102)
- 流押契约关系利益分析论 …………… 钟 维(116)

## ◇ 判例评析

- 论股权冻结对有限责任公司增资扩股的限制 …………… 张 元(130)
- “笔误”与违约责任的承担 …………… 马 强(142)
- 论相似文学作品侵权的司法判定方法
- 评析《胭脂扣》改编权纠纷案 …………… 袁 博(153)
- 农村房屋买卖合同无效征收补偿分配的司法审视 …………… 黄书建(162)
- 保险人明确说明义务探究 …………… 夏庆锋(174)
- 保险代位中的再保险金扣除问题研究 …………… 陈岳瑜(187)
- 不安抗辩权与时间利益的争夺 …………… 万 挺(199)

## ◇ 调查与研究

### 关于法院调解的实证分析

- 以浙江省瑞安市法院小额诉讼为样本 …………… 邹挺骞(214)

## ◇ 综述

### 法学教育与法律人职业伦理的养成

- 第十八届全国高校法学院院长(系主任)联席会综述

…………… 杨垠红 张冬梅(229)

## ◇ 编辑后语 …………… (241)

## 论擅自转租行为的法律效力

王利明\*

在租赁市场中，转租行为是一种比较常见的现象，但也是租赁纠纷高发的领域。合法的转租行为不仅有助于满足市场中的租赁需求，还能够提高租赁物的使用效率；而擅自转租行为则将带来相反的效果，不仅扰乱租赁市场的正常秩序，而且还可能损及出租人和次承租人的利益，以及租赁物的有效利用。当前围绕擅自转租行为之效力发生的诸多争议，在很大程度上是因为对转租行为法律性质的认识分歧造成的。本文拟在分析转租行为的法律性质的基础上，讨论擅自转租合同的法律效力问题。

### 一、转租行为是一种处分财产的行为

所谓转租，是指承租人将租赁物再次出租给第三人的行为。转租既包括合法的转租，即取得了原出租人同意的转租，也包括了擅自转租，即没有取得原出租人同意的转租。在转租的情形，原租赁合同并没有终止而仍然有效，承租人仍应当依据租赁合同的约定负担承租人的义务，只不过，在承租人和次承租人之间形成了转租合同关系。

虽然与原租赁合同相比较，转租合同是相对独立的合

---

\* 中国人民大学法学院教授、中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员。

同,但其又与原租赁合同具有密切的联系,主要表现在如下几个方面:第一,转租合同必须要以原租赁合同为前提,其在效力上应当依附于原租赁合同。如果原租赁合同无效或被撤销,则转租合同的效力也归于消灭。<sup>①</sup>原租赁合同因解除等原因而终止,则转租合同通常也应当终止。第二,转租合同的内容也在一定程度依附于原租赁合同。在一些方面,转租合同的内容不得超过原租赁合同(例如,租赁期限、对租赁物的使用权等)。根据《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》的规定:“承租人经出租人同意将租赁房屋转租给第三人时,转租期限超过承租人剩余租赁期限的,人民法院应当认定超过部分的约定无效。但出租人与承租人另有约定的除外。”<sup>②</sup>原合同对承租人使用、收益方法的限制,对于转租合同同样是有效的。而原出租人或承租人负有的维修等义务,在转租的情况下,仍然不受影响。因此,次承租人可依据原租赁合同,请求原租赁合同的当事人承担维修义务。<sup>③</sup>第三,转租合同的标的物必须是原租赁合同的标的物。第四,转租合同的出租人必须是原租赁合同的承租人。<sup>④</sup>当然,转租合同又具有一定的相对独立性。转租合同是在承租人与次承租人之间订立的,从次承租人的角度而言,其属于转租合同中的承租人,因此,其仅向承租人负有租金支付义务,也仅仅有权请求承租人履行相应的义务。原承租人在转租合同中居于出租人地位,这是其在原租赁合同和转租合同中的不同地位的体现。

关于转租行为的性质,一直存在两种不同的观点:一是处分行为说。该观点认为,转租行为在性质上是一种处分财产的行为,因为承租人未经出租人同意将其房屋向他人出租,因此构成无权处分。基于这一原因,所以擅自转租行为就构成效力待定的行为,非经出租人同意不能发生法律效力。二是负担行为说。此种观点认为,转租行为并非处分行为,而是一种负担行为,不需要当事人具有处分权限。转租行为,实际上是承租人在租赁物上为他人

① 参见苏号朋:《转租的法律结构分析》,载《浙江社会科学》2007年第2期。

② 《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第十五条。

③ 参见史尚宽:《债法各论》,中国政法大学出版社2000年版,第183页。

④ 参见苏号朋:《转租的法律结构分析》,载《浙江社会科学》2007年第2期。

重新设立一个租赁关系，承租人与出租人之间的租赁关系并不消灭，也不发生转移，因此并不存在对承租人的“租赁权”的处分。如果将转租合同定义为效力待定合同，就意味着出租人允许转租的债权意思表示具有约束第三人的作用，从而出租人和承租人之间的特约具有了绝对效力，这违反了债的相对性原则。

笔者认为，上述两种观点不无道理，但是处分行为说更为合理。主要理由在于：

第一，承租人享有的租赁权本质上是一种对财产的占有和使用权。未经出租人同意转租的，承租人实际上处分的是对房屋本身的占有和使用权。但这种处分行为只有在获得了出租人的同意时，才构成有权处分，否则构成无权处分。应当看到，转租不同于租赁权的让与。所谓租赁权的让与，是指经出租人同意，承租人将其权利义务全部转让给第三人。转租与租赁权让与的区别主要表现在：租赁权的让与本质上是权利义务的概括移转。<sup>①</sup>在此情况下，承租人已经退出租赁关系，第三人取代其地位。转租行为不同于合同权利义务的转让，转租合同并没有使次承租人成为原租赁合同的当事人，这不同于承租人将其合同权利转让给第三人或者将合同权利义务概括移转给第三人的情形。<sup>②</sup>所以，租赁权转让和转租都属于典型的财产权处分行为。只不过，前者是对整个财产权的处分，而转租只不过是物的占有使用权的处分，即对前者中的一部分的处分。

第二，合同法第二百二十四条要求：“承租人经出租人同意，可以将租赁物转租给第三人。”因此，承租人在转租时应取得出租人同意。之所以要求转租获得出租人同意，是因为转租行为是一种财产处分行为，涉及到出租人的重大财产利益，尤其是将影响到出租人本身对财产的使用计划和利用效率。如果法律直接认定擅自转租合同的效力，实际上是对出租人处分自己财产意愿的直接干涉，即使未对其实际利益产生影响，也缺乏限制出租人财产权的足够理由。

① 参见邓基联主编：《房屋租赁合同纠纷》，法律出版社2010年版，第99页。

② See Christian von Bar and Eric Clive, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, Vol. 3, Sellier, European Law Publishers GmbH, Munich, 2009, p. 1595.

第三,采用处分行为说通常不会影响承租人最大限度地发挥承租房屋的价值。很多负担行为说秉持者认为,承租房屋对承租人的价值有可能发生变动。例如,承租人在承租期间内遭遇商业计划失败,难以继续利用承租房屋。允许其转租可以防止房屋的闲置和浪费。此时转租房屋可以弥补其损失。但这种担忧是没有太大必要的,因为,承租人在这种情况下往往有机会与出租人进行重新谈判,通过达成新的协议来增进双方的利益。通常来说,只要承租人愿意适度补交租金,承租人就愿意缩短租期,并重新寻求新的承租人。

第四,依据合同法第二百二十四条,在经出租人同意的情况下,“承租人转租的,承租人与出租人之间的租赁合同继续有效,第三人对租赁物造成损失的,承租人应当赔偿损失”。从反面来解释,在未经出租人同意的情况下,转租合同并不能当然产生效力。但合同法并没有直接否定转租合同的效力,将擅自转租行为归入无效合同的情形。这主要是因为,转租行为仍然有可能符合承租人的意愿和利益,应当为出租人提供考虑转租合同价值的机会。我国司法实践也历来将擅自转租当成效力待定的行为。<sup>①</sup>

第五,将转租行为作为一种处分行为对待,并不会损及次承租人的利益。因为,合同法第二百二十四条表明,“承租人经出租人同意,可以将租赁物转租给第三人”。因此,如果次承租人在订立转租合同时已经知道承租人的身份,则其应当明确要求承租人明确告知其是否已经获得转租权。如果承租人不能提供转租的授权,则次承租人将知道转租合同未来可能被宣告无效,如果其仍然坚持与承租人订立转租合同,则其将承担将来合同被宣告无效的风险。如果次承租人在订立转租合同时并不知道承租人的身份,则要区分具体情形来判断次承租人的可保护性问题。例如,次承租人有足够的理由认为承租人未获得转租授权,则其就不应当与其订立合同。但是,如果承租人谎称其为出租人,而次承租人有充分理由相信(误信)承租人就是出租人,则其信赖应当得到保护。至于此种信赖利益能否通过“善意取得”来保护,还是只能通过欺诈的方式来保护,是另一个值得讨论的问题。但这并不

<sup>①</sup> 参见吴兆祥等:《房屋租赁买卖合同疑难问题案例解析》,法律出版社2012年版,第251页。

影响该利益的可保护性。

还有一种理由认为，承租人可以根据市场变化，通过转租获得超额利润。如此可以实现房屋使用价值的最大化。但这种理由也是不成立的，因为，一方面，承租人承租的目的是根据租赁合同占用和使用该房屋，而不包括因租赁合同获得额外利益。另一方面，即便房屋租赁价值上涨，出租人也可以通过与承租人的重新谈判来实现房屋利用方案的重新安排。因为，只要出租人愿意适当补偿承租人，即将房屋租赁价值增值的部分重新分配一部分给承租人，就可以实现房屋租赁的重新安排，让那些能够获得更大价值的人取得房屋的租赁权。

## 二、转租必须取得出租人同意

如前所述，转租行为固然改变了租赁物的占有人，但转租并非对社会不利。在实践中，大量的转租可以实现物尽其用，最大限度地实现租赁物的价值。从比较法上来看，租赁合同中，承租人是否有转租的权利，存在不同的立法例：(1) 自由主义模式。此种立法模式认为，未经出租人同意，承租人可以自由转租。例如，《法国民法典》第1717条第1款规定：“承租人有转租的权利，甚至有将其租约让与他人的权利，但如在租约中禁止此种权利时，不在此限。”波兰、澳大利亚也采此立法例。<sup>①</sup> (2) 限制主义模式。此种立法模式认为，未经出租人同意不得擅自转租。大陆法系许多国家采取了此种模式。<sup>②</sup> 比如《德国民法典》第540条即采取这一模式。在英国，未经出租人事实上 (actual) 或者表面上 (ostensible) 的同意，承租人不得擅自转租，当然，出租人对承租人转租的授权可以基于双方当事人所知晓的商事实践规则判断。<sup>③</sup> (3) 区别主义模式。此种立法模式认为，应当区别不同的情形，而认定承租人的转租权。例如，依据《瑞士债务法》第264条和第289条的规定，对于使用租赁，如果无害于出租人的权利，则承租人有权转

① See Christian von Bar and Eric Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Vol. 3, Sellier, European Law Publishers GmbH, Munich, 2009, p. 1595.

② 参见《德国民法典》第540条、《意大利民法典》第1594条第2款。

③ See Christian von Bar and Eric Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Vol. 3, Sellier, European Law Publishers GmbH, Munich, 2009, p. 1595.

租；而对于用益租赁，承租人未得出租人的同意不得转租，但在无害于出租人的前提下，可以将租赁物的部分进行使用转租。

我国合同法第二百二十四条规定：“承租人经出租人同意，可以将租赁物转租给第三人。承租人转租的，承租人与出租人之间的租赁合同继续有效，第三人对租赁物造成损失的，承租人应当赔偿损失。承租人未经出租人同意转租的，出租人可以解除合同。”由此可见，我国立法采纳了限制主义模式。在租赁关系存续期间内，承租人负有不得擅自转租的义务，如要转租必须取得出租人的同意。法律作出此种规定的主要原因在于：

第一，擅自转租可能损害原出租人的利益。在转租的情形，虽然承租人并不脱离租赁关系，但出租人可能因此丧失对租赁物的控制，也难以了解次承租人对租赁物的使用状况。<sup>①</sup> 因此，擅自转租可能导致对于原出租人利益的损害。尤其是在房屋价格和租金持续上涨的情况下，承租人可能为了获得利益而进行转租，这就使得出租人无法实际控制租赁物，损害出租人的利益。承租人擅自转租的，有可能从根本上损害出租人的财产利益和财产使用价值。例如，次承租人对房屋的利用方案可能不符合出租人对房屋使用作出的长期计划，进而在未来影响到一方或者双方的利益。

第二，擅自转租违背了原租赁合同的目的。出租人可以将承租人擅自转租的行为视为未遵守租赁合同目的的行为，因为按照租赁合同，承租人只是获得了对租赁物的使用权，但在转租的情形，承租人的获利并非源于对租赁物的使用，而是通过转租这种交易行为而获利，这显然不符合当事人订立合同的目的；此外，在特定的情形，承租人的转租行为还可能与出租人的租赁交易形成竞争关系。<sup>②</sup>

第三，擅自转租破坏了出租人和承租人之间的信任关系。租赁虽然属于债权关系，但是，出租人和承租人之间也存在人身信任关系，出租人往往是

① See Christian von Bar and Eric Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Vol. 3, Sellier, European Law Publishers GmbH, Munich, 2009, p. 1593 ~ 1594.

② See Christian von Bar and Eric Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Vol. 3, Sellier, European Law Publishers GmbH, Munich, 2009, p. 1594.

经过选择而允许特定的人租赁其物。<sup>①</sup>擅自转租就破坏了此种信任关系，使得原租赁关系存在的基础受到影响。

第四，擅自转租可能影响租赁市场的秩序。我国对于房屋的租赁采取备案的制度，如果允许随意转租，则将导致国家无法对房屋租赁状况进行管理和监控，将会导致租赁市场的混乱和无序。

在我国，通常将取得了出租人同意的转租称为“合法转租”，而未经出租人同意的转租被称为“擅自转租”。何为出租人的同意？所谓同意，是出租人作出的允许承租人转租的意思表示。此意思表示为有相对人的单方意思表示。<sup>②</sup>同意可以包括如下几个方面：一是合同中明确约定了允许承租人转租。二是合同中虽然没有约定转租事项，但是转租前取得了出租人的同意。三是转租后得到原出租人的追认。事后同意的方式，出租人也可以通过一定的行为表示其同意该转租行为，这就是说，即使出租人事先没有同意承租人的转租行为，但事后明确追认该转租合同的效力，或者出租人虽然没有明确表示追认转租合同的效力，但仍继续收取承租人支付的租金的，也可以认定为出租人以其行为对该转租合同的效力作出了追认。但是，没有表示异议的，能否视为追认？依据相关司法解释的规定，如果出租人知道或者应当知道承租人已经转租，超过6个月未提出异议，不得再主张解除合同。<sup>③</sup>但如果出租人不知道也不应当知道承租人转租，也没有收取租金的，则不能一概认定出租人对转租行为作出了追认。

在长期租赁中，转租是否为承租人的一项权利？从效率上讲，在长期租赁中，承租人享有转租的权利具有积极意义。如果承租人因为客观情况的变化而无法继续使用租赁物，而且其仍应当要继续支付租赁费用，在此情形下，如果不允许承租人转租，就可能使其丧失通过租赁物获取收益并发挥租赁物价值的手段。但是，这并不意味着，在长期租赁的情形，承租人就享有

① Beck'scher Online - Kommentar BGB/ Ehlert, § 540, Rn. 1.

② Münchener Kommentar zum BGB/ Bieber, § 540, Rn. 12.

③ 《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第十六条规定：“出租人知道或者应当知道承租人转租，但在六个月内未提出异议，其以承租人未经同意为由请求解除合同或者认定转租合同无效的，人民法院不予支持。”

了不经出租人同意而转租的权利。我国合同法第二百二十四条要求转租应当获得出租人的同意,从解释上看,所有的租赁关系都应当适用这一规定,长期租赁也应当通过解释而排除在其适用范围之外。当然,考虑到长期租赁的特殊性,法律上应当设计相应的制度,以平衡出租人和承租人之间的利益。依据《欧洲民法典草案》第 IV. B. -7: 103 条的规定:如果出租人没有适当的理由而拒绝转租的,承租人有权终止租赁合同,但必须在合理期限内通知出租人。这一规定对于妥当平衡长期租赁中出租人和承租人之间的利益关系具有积极意义。当然,承租人应当在合理期限内提前通知出租人。<sup>①</sup>

### 三、擅自转租合同的效力待定

转租行为包括经同意的转租和擅自转租。所谓擅自转租,是指未经出租人同意,而将承租的商品房转租给他人。关于擅自转租在法律上的效力,存在三种不同的观点:一是无效说。此种观点认为,擅自转租行为是无效的,因为擅自转租不仅侵害了出租人的所有权,而且也违反了与出租人之间的租赁合同,因此,一旦出租人对擅自转租的行为提出异议,就应该宣告该行为无效。<sup>②</sup>二是有效说。此种观点认为,擅自转租行为是有效的,只是不得对抗出租人。<sup>③</sup>因为法律关于禁止转租的目的在于保护出租人的利益,但出租人可以通过行使解除租赁合同的权利以及请求承租人承担违约责任的方式来维护其利益,没有必要将转租合同宣告无效。<sup>④</sup>因可归责于承租人的原因导致不能使次承租人取得租赁物的使用、收益的权利,次承租人有权利向其请求承担违约责任。<sup>⑤</sup>也就是说,承租人在不能将租赁物交付给次承租人时对其负担损害赔偿;<sup>⑥</sup>但是次承租人和出租人之间并不存在直接法律关系。<sup>⑦</sup>

① See Christian von Bar and Eric Clive, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, Vol. 3, Sellier, European Law Publishers GmbH, Munich, 2009, p. 1594.

② 参见杜万华:《合同法精解与案例评析》,法律出版社1999年版,第446~447页。

③ Münchener Kommentar zum BGB/ Bieber, § 540, Rn. 22.

④ 参见邓基联主编:《房屋租赁合同纠纷》,法律出版社2010年版,第105页。

⑤ 同上注。

⑥ Beck'scher Online - Kommentar BGB/ Ehlert, § 540, Rn. 23.

⑦ Münchener Kommentar zum BGB/ Bieber, § 540, Rn. 23.

三是效力待定说。此种观点认为，在未经出租人同意的情况下，承租人擅自转租的，构成无权处分，应属于效力待定的行为。<sup>①</sup> 承租人未经出租人的同意而擅自将租赁物转租给他人，构成无权处分。虽然承租人擅自转让的只是占有权、使用权，并非转让他人的财产所有权，但承租人擅自将其占有权、使用权转让他人，也属于擅自处分他人财产所有权权能的行为。

笔者认为，在承租人擅自转租的情况下，如果一概认为合同有效，值得商榷。因为一方面，合同法第二百二十四条规定：“承租人经出租人同意，可以将租赁物转租给第三人。”从反面解释来看，转租必须经过出租人同意，如果认为转租行为都是有效的，则该条规定形同虚设。另一方面，从所有权的内容来讲，出租人作为所有权人，有权决定对租赁物的租赁情况，如果未经其同意的转租就可以生效，则属于对其所有权的侵犯。第三，如果允许擅自转租，则不利于社会管理，例如次承租人擅自违法改装改建，或者利用房屋从事违法活动，就难以得到有效的控制和管理。

擅自转租时转租合同也并非当然无效，主要理由在于：第一，依据我国法律的相关规定，转租合同的效力取决于出租人是否解除合同。合同法第二百二十四条规定：“承租人经出租人同意，可以将租赁物转租给第三人。承租人转租的，承租人与出租人之间的租赁合同继续有效，第三人对租赁物造成损失的，承租人应当赔偿损失。承租人未经出租人同意转租的，出租人可以解除合同。”依据合同法的上述规定，如果出租人不同意转租，则转租合同的效力是否受到影响，取决于出租人是否解除合同。如果出租人以承租人违约为由而请求解除合同，则租赁合同被解除后，承租人不再享有租赁权，自然无权将租赁权转租给他人。<sup>②</sup> 如果出租人不行使对租赁合同的解除权，该转租合同也继续有效。第二，转租合同仅仅涉及到出租人的利益，不涉及到社会公共利益，所以，不宜直接认定其为无效。从合同法的角度来看，无效合同制度的设立目的是为了制裁损害社会公共利益的行为。在擅自转租的

① 参见最高人民法院民一庭编著：《民事审判实务问答》，法律出版社2005年版，第113页。

② 依日本判例及德国的学说，如果出租人不中止租赁关系，出租人仍然可以所有权为据，向次承租人主张除去妨害。

情况下，主要是导致了出租人的利益遭受损害，一般不涉及社会公共利益，所以，不存在直接认定转租合同无效的法理基础。第三，直接认定擅自转租的合同无效，使得承租人和次承租人之间产生合同无效的民事责任，这既违反了当事人的意思，又使得法律关系复杂化。如果出租人不解除合同，出租人不得请求次承租人返还租赁物。因为既然出租人不中止租赁关系，就意味着承租人仍然享有租赁权，并享有对租赁物的占有、使用权，其将租赁物转租给他人，虽然构成对出租人的违约，但次承租人依转租合同取得对租赁物的占有、使用权也是有依据的。

笔者认为，擅自转租是一种效力待定行为，一方面，它符合此种合同的固有属性。在转租的情况下，承租人的行为构成对出租人财产权的无权处分；另一方面，它尊重和保护的出租人的追认权。在转租的情形，出租人享有“同意”的权利，这里所说的同意是广义上的，包括事前的同意，也包括事后的追认。如果出租人追认该行为，则合同有效，如果出租人拒绝追认，则转租行为归于无效。从我国司法实践来看，也通常采取了效力待定的做法。例如，在“柯萍萍诉阮小力房屋租赁合同纠纷案”中，法院认为，双方订立的转租合同，既未取得出租人的事先同意，也未取得出租人的事后追认，应属无效。因该合同取得的财产，应当予以返还。<sup>①</sup>可见，我国司法实践也将其作为效力待定的行为对待。依据合同法第五十一条的规定，无权处分行为属于效力待定，应当取得出租人的追认，如果出租人认可该行为，则合同有效，如果出租人拒绝追认，则转租行为无效，但原租赁合同的效力不受影响。在次承租人没有要求出租人追认时，在出租人追认前，转租合同在承租人与次承租人之间仍然有效，次承租人向承租人交付的租金也不得请求返还。同时，鉴于擅自转租已经构成对合同义务的违反，出租人也有权在不确认转租合同无效的情况下，要求承租人承担违约责任。

依据合同法第二百二十四条，在擅自转租的情况下，出租人可以解除租赁合同。这是因为从原租赁合同来观察，承租人未经出租人同意而转租，违反了租赁合同中的义务，尤其是考虑到擅自转租可能会给出租人造成重大损害，因而这种违约通常构成根本违约，出租人应享有解除合同的权利。例

<sup>①</sup> 福建省厦门市湖里区人民法院（2012）湖民初字第636号判决书。

如，承租人可能会改变租赁物的用途，采用不当的方式使用租赁物等。因此，擅自转租构成根本违约，应当允许出租人解除合同。当然，如果出租人拒绝接受转租，要求次承租人返还，则应当先解除与承租人之间的租赁合同，才能够向次承租人要求返还。而在没有解除租赁合同的情况下，次承租人基于承租人与其之间的租赁合同而占有租赁物，仍然属于有权占有。因此，出租人不能要求次承租人返还租赁物。在擅自转租的情形下，出租人有权解除合同，即便次承租人没有过错，只要该转租行为没有取得出租人同意，出租人都有权解除合同。例如，承租人向次承租人表示其转租行为已经得到出租人同意，而事实上其并没有取得出租人同意的，即便次承租人没有过错，出租人仍可解除合同，请求次承租人返还租赁物。因为如果出租人解除了原租赁合同，则承租人对租赁物的占有都属于无权占有，出租人有权请求承租返还租赁物。问题在于，出租人应当基于何种请求权主张？笔者认为，在此情况下，出租人可以享有侵权请求权、物权请求权和不当得利请求权，在这三种请求权中选择一种对其最为有利的请求权而行使。<sup>①</sup> 在擅自转租的情形，出租人所享有的合同解除权的除斥期间是6个月。<sup>②</sup> 例如，在“重庆某某集团奉节县某某有限责任公司与奉节县某某大酒店有限责任公司租赁合同纠纷上诉案”中，出租人并未在6个月内请求解除合同，法院认定，转租视为符合法律的规定。<sup>③</sup>

#### 四、擅自转租情形下次承租人与出租人的关系

在合法转租与擅自转租这两种形态下，次承租人与出租人的关系并不完

- 
- ① 正如有学者所指出的，即使是单纯地使用而没有通过转租获得利益，也因为此种违法的使用而使承租人减少了必要的花费（如租赁其他人的财产应花费的租金），因此也可以认为构成不当得利。参见王泽鉴：《民法债编总论·不当得利》，台湾地区1990年自版，第230页。
- ② 依据《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第十六条规定：“出租人知道或者应当知道承租人转租，但在六个月内未提出异议，其以承租人未经同意为由请求解除合同或者认定转租合同无效的，人民法院不予支持。”
- ③ 重庆市第二中级人民法院（2011）渝二中法民终字第03084号判决书。