

杨
善
长

民法

【精讲基础课讲义】



LAW

(仅限内部交流使用)

兴为教育责任印制

C ONTENTS

目 录

第一部分 总则	1
第一章 民法基本原则、民事法律关系与民事权利	1
第一节 民法基本原则	1
第二节 民事法律关系	3
第三节 民事权利	6
第二章 民事主体	10
第一节 自然人	10
第二节 法人	19
第三章 民事法律行为	25
第一节 民事法律行为的成立与生效	25
第二节 民事法律行为的效力瑕疵	28
第三节 附条件和附期限的法律行为	40
第四章 代理制度	42
第五章 诉讼时效制度	48
第二部分 物权	55
第一章 物权概述	55
第二章 物权变动	63
第三章 所有权	70
第一节 所有权取得的特别规定	70

第二节 共有	74
第三节 建筑物区分所有权	78
第四章 用益物权	82
第五章 占有	87
第三部分 担保	91
第一章 担保概述	91
第二章 保证	97
第三章 定金	107
第四章 担保物权	110
第五章 混合担保与担保物权竞存	135
第四部分 合同	138
第一章 债的概述	138
第二章 准合同	144
第一节 无因管理	144
第二节 不当得利	146
第三章 合同通则	149
第一节 概述	149
第二节 合同的成立与生效	151
第三节 合同的履行	160
第四节 合同债权的保全	166
第五节 债的移转	169
第六节 合同的变更和解除	176
第七节 合同之债的消灭	178

第八节 违约责任	182
第九节 典型合同	185
第五部分 侵权行为法	228
第一章 概述	228
第二章 一般侵权行为	238
第三章 特殊侵权行为	241
第六部分 人格权	252
第七部分 婚姻家庭与继承法	260
第一章 婚姻法	260
第一节 结婚	260
第二节 父母子女关系	262
第三节 夫妻财产关系	264
第四节 离婚	269
第二章 收养法	274
第三章 继承法	277
第一节 继承权	277
第二节 法定继承	278
第三节 遗嘱继承	280
第四节 遗赠与遗赠扶养协议	283
第五节 遗产的处理	283

第一部分 总则



第一章

民法基本原则、民事法律关系与民事权利

第一节 民法基本原则

一、民法基本原则的概念

1. 内涵

民法基本原则，是指效力贯穿于整个民事法律制度和规范之中的民法根本规则，是指导民事立法、民事司法和进行民事活动的带有普遍指导意义的基本行为准则。

2. 民法基本原则与民法规范之间的关系

(1) 民法基本原则统帅民法规范

(2) 民法基本原则指导民法规范

二、民法基本原则的内容

1. 平等原则

民法中的平等，是指主体的身份平等。身份平等是特权的对立面，是指不论其自然条件和社会处境如何，其法律资格亦即权利能力一律平等。

2. 自愿原则

自愿原则也称为意思自治原则，其本意就是给予当事人在民事活动中的自主权，民法上称为意思自治。该原则在民法具体制度中的体现：

(1) 总则编、合同编：意思表示不一致（重大误解）、不自由（欺诈、胁迫）的法律行为（合同）可撤销

(2) 婚姻家庭编：结婚以男女双方同意为条件；因胁迫缔结的婚姻可撤销；婚前隐瞒重大疾病缔结的婚姻可撤销

(3) 继承编：因欺诈、胁迫所立的遗嘱无效

3. 公平原则

公平原则是指在民事活动中以利益均衡作为价值判断标准。该原则在民法具体制度中的体现：

- (1) 总则编：显失公平的民事法律行为可撤销
- (2) 合同编：情势变更规则
- (3) 侵权编：公平责任原则

4. 诚信原则

诚实信用原则，要求民事主体在民事活动中，要处理好两个利益关系：一是在处理当事人之间的利益关系时，应以对待自己事务的注意来对待他人事务，做到不欺不诈，不损人利己，使各方当事人都能得到自己应得的合法利益。二是在处理当事人与社会利益的关系时，不得通过自己的行为损害社会公共利益。该原则在民法具体制度中的体现：

(1) 总则编：欺诈、胁迫所实施的民事法律行为可撤销；恶意串通损害他人合法权益的民事法律行为无效

(2) 合同编：缔约过失损害赔偿责任；违反不可抗力告知义务的损害赔偿责任

(3) 侵权编：过错责任侵权原则

5. 不得违反法律和公序良俗的原则

不得违反法律，具体是指不得违反法律的强制性规定，在法律条文中体现为必须、不得、禁止等。公序良俗原则是对民事法律行为内容的限制，与诚信原则限制行为本身相区别。公序良俗即公共秩序和善良风俗。公序良俗原则的本质在于，一是限制私权的行使，维护个人与社会共同体的和谐；二是在民法规范、公共政策不能周全的私生活领域，可依风俗习惯处理；三是体现民法规范与传统伦理在价值取向上的一致性，即所谓的法以德为本。该原则在民法具体制度中的体现：违反公序良俗的法律行为无效。

6. 有利于节约资源和保护生态环境的原则

有利于节约资源和保护生态环境的原则，简称绿色原则。该原则要求民事法律关系的当事人在行使权利或在履行义务时，要有节约资源、有利生态环境的自律，不应作出与此原则相悖的行为。

【例题 1】甲、乙二人同村，宅基地毗邻。甲的宅基地倚山、地势较低，乙的宅基地在上将其环绕。乙因琐事与甲多次争吵而郁闷难解，便沿二人宅基地的边界线靠己方一侧，建起高 5 米围墙，使甲在自家院内却有身处监牢之感。乙的行为违背民法的下列哪一基本原则？¹

- A. 自愿原则
- B. 公平原则
- C. 平等原则
- D. 诚信原则

1 【答案】D

【例题2】2015年7月5日王强与林珊自由恋爱，婚后二人生育一子王山，聪明伶俐、人见人爱。2019年4月7日双方因感情不和离婚，并约定：儿子王山由女方林珊抚养，为了王山的健康成长，日后林珊若再婚，不得再生育。关于该约定，下列哪一说法是正确的？²

- A. 因违反自愿原则而无效
- B. 因违反平等原则而无效
- C. 因违反公平原则而无效
- D. 因违反公序良俗原则而无效

【例题3】陈正生活拮据，平时看到别人丢弃的瓶瓶罐罐都会捡起来，然后攒着卖钱以贴补生计。某日，薛大妈在广场上跳完舞后，将喝了一半的矿泉水留在广场上，便与同伴携包离去，一旁的陈正看到后，想要捡起该矿泉水瓶。对此，下列哪些选项是正确的？³

- A. 抛弃矿泉水瓶应当作出意思表示
- B. 可在无相对人的情况下，作出抛弃矿泉水瓶的意思表示
- C. 薛大妈已将该矿泉水瓶抛弃
- D. 矿泉水瓶属于薛大妈的赠与物

第二节 民事法律关系

一、民事法律关系的含义和产生

1. 民事法律关系，是指因民法调整而在平等主体之间产生的权利和义务关系。

两个要点：(1) 主体平等；(2) 民事权利义务关系

【例证1】某市政府机关事务管理处以市政府名义从某大型超市采购大米和蔬菜。市政府与超市之间是否存在民事法律关系？

【例证2】某县政府为鼓励县属酒厂多创税利，县长与酒厂厂长签订合同约定酒厂如果完成年度税收100万元的指标，第二年厂长和全厂职工都可以加两级工资。县政府与酒厂之间是否存在民事法律关系？

【例证3】国有土地使用权出让合同、公用征收补偿协议、政府特许经营协议当事人之间是否存在民事法律关系？

2. 产生原因：民事法律事实（引起民事法律关系产生、变更、消灭的事实）

2 【答案】D

3 【答案】AB

3. 法律事实的分类

(1) 自然事实——不以人的意志为转移

- ① 事件：某种客观现象的“发生”（人的出生、死亡，自然灾害的发生）。
- ② 状态：某种客观现象的“持续”（自然人的下落不明、时间的经过）。

(2) 行为——人的有意识的活动

划分标准	具体类型及内涵	举例
行为的内容和形式是否符合法律规定	① 合法行为：符合法律规定，受法律确认和保护的行为。	合法有效的合同
	② 违法行为：不符合法律要求或违反法律规定的行为。	侵权行为
是否以意思表示为要素	① 法律行为：以意思表示为核心要素，旨在按照意思表示的内容发生相应民法效果的表意行为	签订合同、立遗嘱
	② 事实行为：无须表现内心意思即依法直接发生法律效力的行为（不要求行为能力）	侵权、生产劳动、无因管理、先占、拾得遗失物

4. 好意施惠行为（情谊行为）：当事人之间就其约定欠缺法律上的效果意思，无受其约定约束之意。

(1) 类型：请吃饭、请娱乐、免费搭便车、火车到站叫醒等

(2) 法律效力

① 原则上：不会引起民事法律关系，不会引起合同关系，也不会产生违约责任或侵权责任。

② 例外：好意施惠之一方，因其故意或者过失侵害相对人之权益的，可转化为侵权行为，行为人需承担侵权责任。

【例题 1】 根据法律规定，下列哪一种社会关系应由民法调整？⁴

- A. 甲请求税务机关退还其多缴的个人所得税
- B. 乙手机丢失后发布寻物启事称：“拾得者送还手机，本人当面酬谢 500 元”
- C. 丙对女友书面承诺：“如我在上海找到工作，则陪你去欧洲旅游”
- D. 丁作为青年志愿者，定期去福利院做帮工

【例题 2】 甲单独邀请朋友乙到家中吃饭，乙爽快答应并表示一定赴约。甲为此精心准备，还因炒菜被热油烫伤。但当日乙因其他应酬而未赴约，也未及时告知甲，致使甲准

4 【答案】B

备的饭菜浪费。关于乙对甲的责任，下列哪一说法是正确的？⁵

- A. 无须承担法律责任
- B. 应承担违约责任
- C. 应承担侵权责任
- D. 应承担缔约过失责任

■ 二、法律关系的要素

(一) 主体

- 1. 自然人
- 2. 法人
- 3. 非法人组织
- 4. 国家

(二) 内容

- 1. 民事权利
- 2. 民事义务或民事责任

(三) 客体

- 1. 物——物权法律关系
- 2. 行为——债权法律关系
- 3. 智力成果——知识产权法律关系

【提示】 智力成果不同于智力成果的载体，载体是有体物，是物权的客体。

- 4. 人格利益——人格权法律关系

【例题 1】 关于民事法律关系，下列哪一选项是正确的？⁶

- A. 民事法律关系只能由当事人自主设立
- B. 民事法律关系的主体即自然人和法人
- C. 民事法律关系的客体包括不作为
- D. 民事法律关系的内容均由法律规定

【例题 2】 关于民事法律关系，下列说法正确的是哪些？⁷

- A. 民事法律关系的客体可以是不作为
- B. 甲将自己的一台电脑卖给乙，协议达成后，合同成立生效，如果到期甲不交付电脑，则乙可以直接基于债权取得电脑
- C. 甲饲养的蜜蜂将邻居乙蛰伤，乙的人身权被侵害，在甲乙之间产生人身法律关系

5 【答案】A

6 【答案】C

7 【答案】AD

性质的损害赔偿法律关系

D. 民事法律关系的客体可以是权利，而且作为客体的权利，可以作为处分行为的对象

第三节 民事权利

一、民事权利的分类

(一) 民事权利的基本类型

1. 人身权、财产权、知识产权和成员权：以民事权利的客体所体现的利益性质为标准

(1) 人身权(人格权与身份权)

① 人格权：生命权、身体权、健康权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权、个人信息权益。

② 身份权：配偶权、亲(子)权、亲属权。

【提示 1】 人身权与其主体不可分离，故无从转让。

【提示 2】 人身权不能以经济价值衡量，但当人身权受到不法侵害且不能恢复原状时，尚须借助于财产手段予以救济(人身损害赔偿)。

(2) 财产权(物权、准物权、债权和继承权)

① 财产权所体现的利益具有经济价值，可予以经济评价。

② 财产权可以转让或继承，除非法律有特别规定或当事人有特别约定。

(3) 知识产权(如著作权、专利权、商标权)

(4) 成员权(业主成员权、股东权)

基于成员资格而产生，如表决权、查阅权、监督权、盈利分配权、剩余财产分配权等。

2. 绝对权、相对权：以权利所及范围为标准

(1) 绝对权：能够请求“不特定”的一般人为一定行为的权利，如物权、人格权等。

(2) 相对权：仅能请求特定的人为一定行为的权利，如债权。

3. 主权利、从权利：以权利相互间的依存关系为标准

(1) 主权利：能独立存在的民事权利，如债权。

(2) 从权利：不能独立存在，从属于主权利的权利，如担保权。

4. 既得权、期待权：以权利要件是否全部具备为标准

(1) 既得权：全部法律要件齐备，而为当事人实际享有和行使的权利。

(2) 期待权：具备部分法律要件，须待其余要件具备时当事人方能现实享有和行使的权利，如优先受偿权、优先购买权。

5. 原权利、救济权：依权利相互间的地位为标准

(1) 原权利：原生性的权利，如合同债权。

(2) 救济权：原权利受到侵害或者有被侵害危险时产生的救济性权利，如债务人违约后，债权人的违约损害赔偿请求权。

6. 专属权、非专属权：以权利可否与其主体分离为标准

(1) 专属权：只能由其主体享有或行使，不得让与和继承的权利，如人格权、居住权。

(2) 非专属权：非专属于特定主体，可以让与和继承的权利，如一般的财产权。

7. 形成权、支配权、请求权、抗辩权

(1) 支配权和请求权

	支配权	请求权
权利实现方式	权利人直接支配客体，无需他人协助	请求他人作为或不作为
法律关系主体	特定人对不特定人的权利（绝对权）	特定人对特定人的权利（相对权）
是否具有排他性	排他性（一物一权）	债权请求权具有相容性（一物多卖，合同有效）
具体类型	物权、人身权、知识产权	债权请求权、物权请求权、占有保护请求权

(2) 形成权

含义	权利人依单方意思表示就能使民事法律关系发生、变更与消灭的权利
具体类型	撤销权、解除权、抵销权、追认权、按份共有物分割请求权等
	【提示 1】债的保全之撤销权不是形成权 【提示 2】效力待定合同中相对人的催告权不是形成权
行使期限	除斥期间（期间届满，形成权消灭）
行使方式	① 法律有要求——诉讼、仲裁；无要求——通知 ② 可明示亦可默示（如通过履行合同的方式行使追认权）

(3) 抗辩权

含义	对抗请求权的权利
具体类型	① 永久抗辩权——时效抗辩权 ② 延缓抗辩权——先诉抗辩权、同时履行抗辩权、先履行抗辩权、不安抗辩权
抗辩权与请求权的关系	① 以对方行使请求权为前提；② 阻碍请求权的行使；③ 并不否认对方的请求权

【例题 1】甲被乙家的狗咬伤，要求乙赔偿医药费，乙认为甲被狗咬与自己无关拒绝赔偿。下列哪一选项是正确的？（2009 年单选）⁸

- A. 甲乙之间的赔偿关系属于民法所调整的人身关系
- B. 甲请求乙赔偿的权利属于绝对权
- C. 甲请求乙赔偿的权利适用诉讼时效
- D. 乙拒绝赔偿是行使抗辩权

【例题 2】关于民事权利，下列表述不正确的有哪些？⁹

- A. 未经登记的地役权属于请求权，不具有排他性
- B. 诉讼时效仅适用于请求权，但物权请求权不适用诉讼时效
- C. 行使形成权时，无需经过相对人同意，且相对人也无权提出异议
- D. 甲向乙请求返还 10000 元钱，乙以甲之债权已过诉讼时效为由拒绝，乙行使的是抗辩权

■ 二、民事权利的救济

（一）公力救济

- 1. 民事诉讼（给付之诉、形成之诉、确认之诉）
- 2. 仲裁

（二）自力救济

1. 正当防卫

因正当防卫造成损害的，不承担民事责任。正当防卫超过必要的限度，造成不应有的损害的，正当防卫人应当承担适当的民事责任。

2. 紧急避险

- (1) 自然原因引起险情——避险人不承担责任，可以给予适当补偿
- (2) 人为原因引起险情——引起险情发生的人承担民事责任
- (3) 避险不当或超过必要限度——避险人承担适当民事责任

3. 自助行为

- (1) 救济性：权利受到侵害
- (2) 适当性：扣留侵害人的财产，并不能超过必要限度
- (3) 紧急性：情况紧急，别无选择

8 【答案】C

9 【答案】ABC

(4) 暂时性：必须事后及时提请有关部门处理

【提示 1】自助行为与双务合同抗辩权的区别——权利人是否已经履行义务

【提示 2】自助行为与留置权的区别——权利人是否事先合法占有债务人动产

【例题】甲在乙经营的酒店进餐时饮酒过度，离去时拒付餐费，乙不知甲的身份和去向。甲酒醒后回酒店欲取回遗忘的外衣，乙以甲未付餐费为由拒绝交还。对乙的行为应如何定性？¹⁰

- A. 是行使同时履行抗辩权
- B. 是行使不安抗辩权
- C. 是自助行为
- D. 是侵权行为

10 【答案】C



第二章

民事主体

第一节 自然人

一、民事权利能力

(一) 含义

法律赋予民事主体享有民事权利和承担民事义务的资格，是作为民事主体进行民事活动的前提条件。

(二) 始于出生

1. 出生时间的确定：出生证明——户籍证明——其他证明。

自然人的出生时间和死亡时间，以出生证明、死亡证明记载的时间为准；没有出生证明、死亡证明的，以户籍登记或者其他有效身份登记记载的时间为准。有其他证据足以推翻以上记载时间的，以该证据证明的时间为准。

2. 胎儿（非婴儿）

(1) 原则上，没有权利能力

(2) 两种情形下视为有权利能力：① 继承；② 接受赠与；娩出时为死体的，其民事权利能力自始不存在

【例题】熊某与杨某结婚后，杨某与前夫所生之子小强由二人一直抚养，熊某死亡，未立遗嘱。熊某去世前杨某孕有一对龙凤胎，于熊某死后生产，产出时男婴为死体，女婴为活体但旋即死亡。关于对熊某遗产的继承，下列哪些选项是正确的？(2016年多选)¹¹

- A. 杨某、小强均是第一顺位的法定继承人
- B. 女婴死亡后，应当发生法定的代位继承
- C. 为男婴保留的遗产份额由杨某、小强继承
- D. 为女婴保留的遗产份额由杨某继承

(三) 终于死亡

- 1. 死亡的认定：生理死亡、宣告死亡
- 2. 死者人格利益（非人格权）的保护

11 【答案】AD

死者的姓名、肖像、名誉、荣誉、隐私、遗体等受到侵害的，其配偶、子女、父母有权依法请求行为人承担民事责任；死者没有配偶、子女并且父母已经死亡的，其他“近亲属”（兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女）有权依法请求行为人承担民事责任。

- (1) 侵权客体不是死者的人格权而是人格利益
- (2) 起诉的权利人（原告）并非死者，而是以其近亲属自己的名义进行
- (3) 赔偿所得并非死者的遗产，而是直接归属于原告

【例题】 甲于2007年2月死亡。乙因与甲生前素来不和，遂到处散布甲系赌博欠下巨额高利贷无法偿还而自杀身亡，在社会上造成了较恶劣的影响。甲之子欲向法院起诉，要求追究乙的侵权责任。下列哪一选项是正确的？（2008年单选）¹²

- A. 甲已经死亡，不再具有民事主体资格，因而乙的行为不构成侵权
- B. 乙的行为侵害了甲的名誉，依法应当承担侵权责任
- C. 只有甲的配偶有权代表甲对乙提起诉讼
- D. 只有甲的子女有权对乙提起诉讼

■ 二、民事行为能力

（一）含义：民事主体通过自己的行为（民事法律行为）取得民事权利、承担民事义务的资格。

1. 完全行为能力人

- (1) 能够辨认自己行为的成年人
- (2) 视为完全行为能力人——① 16-18 周岁 and ② 以自己的劳动收入为主要生活来源

2. 限制行为能力人

- (1) “8 周岁” 以上的未成年人
- (2) 不能完全辨认自己行为的“成年人”（精神病人和老年痴呆症人）

3. 无行为能力人

- (1) “不满” 8 周岁的未成年人
- (2) 不能辨认自己行为的“成年人”（精神病人和老年痴呆症人）

（二）行为能力对民事法律行为效力的影响

1. 完全民事行为能力人可以独立实施民事法律行为（不一定有效）
2. 无民事行为能力人的民事法律行为效力——无效

12 【答案】B

3. 限制民事行为能力人的民事法律行为效力

(1) 可以独立实施：① 与其年龄、智力、精神健康状况相适应的合同行为；② 纯获利益的行为

(2) 效力待定：超出其行为能力的民事法律行为（单方行为和合同行为）

行为能力类型	判断标准		民事法律行为效力
	年龄	辨认能力	
完全行为能力	① 18 周岁以上 ($18 \leq X$) ② 16 周岁以上不满 18 周岁 ($16 \leq X < 18$), 以自己的劳动收入为主要生活来源	能辨认	可以独立实施 (≠有效)
限制行为能力	8 周岁以上, 不满 18 周岁 ($8 \leq X < 18$)	不能完全辨认	(1) 可以独立实施: ① 与其行为能力相适应的合同行为; ② 纯获利益的行为 (2) 效力待定: 超出其行为能力的民事法律行为
无行为能力	不满 8 周岁 ($8 > X$)	完全不能辨认	无效 (没有例外)

行为能力的认定:

① 申请法院认定成年人为无行为能力人或限制行为能力人的主体包括: 利害关系人或有关组织 (居委会、村委会、学校、医疗机构、妇联、残联、老年人组织、民政部门)

② 申请法院认定成年人恢复行为能力的主体包括: 本人、利害关系人或有关组织

【例题】肖特有音乐天赋, 16 岁便不再上学, 以演出收入为主要生活来源。肖特成长过程中, 多有长辈馈赠: 7 岁时获赠口琴 1 个, 9 岁时获赠钢琴 1 架, 15 岁时获赠名贵小提琴 1 把。对肖特行为能力及其获赠行为效力的判断, 根据《民法总则》相关规定, 下列哪一选项是正确的? (2017 年单选)¹³

- A. 肖特尚不具备完全的民事行为能力
- B. 获赠口琴的行为无效, 应由其法定代理人代理实施
- C. 获赠钢琴的行为无效, 因与其当时的年龄智力不相当
- D. 获赠小提琴的行为无效, 因与其当时的年龄智力不相当

三、监护

(一) 法定监护

1. 未成年人的监护人

(1) 当然监护人：父母

(2) 其他监护人：祖父母、外祖父母→(成年)兄、姐→其他个人或组织(双向选择：

① 自愿；② 经未成年人住所地的居民委员会、村民委员会或民政部门同意。)

(3) 单位监护人：民政部门或被监护人住所地的居委会、村委会

2. 成年人的监护人

(1) 第一顺序：配偶

(2) 第二顺序：父母、子女

(3) 第三顺序：其他近亲属

(4) 第四顺序：其他个人或组织(双向选择：① 自愿；② 经被监护人住所地的居民委员会、村民委员会或民政部门同意)

(5) 第五顺序(单位监护人)：民政部门或被监护人住所地的居委会、村委会

(二) 协议监护

依法具有监护资格的人之间可以协议确定监护人，协议确定监护人应当尊重被监护人的真实意愿

(三) 指定监护

1. 被监护人父母的遗嘱指定(托孤)：被监护人的父母担任监护人的，可通过遗嘱指定监护人。

2. 争议指定(同一顺序的监护人之间发生争议)

(1) 前提：“未成年人父母之外”的监护人对担任监护人有争议

(2) 指定程序

① 先“一部两委”，再法院：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

② 直接法院：有关当事人也可以直接向人民法院申请指定监护人

(3) 临时监护人

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。

(4) 指定监护的效力

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。

(四) 意定监护(协商监护)

具有完全民事行为能力的成年人，可以与其近亲属、其他愿意担任监护人的个人或者

组织事先协商，以书面形式确定自己的监护人。协商确定的监护人在该成年人丧失或者部分丧失民事行为能力时，履行监护职责。

（五）委托监护

被监护人侵权责任承担：(1) 应当由法定监护人承担；(2) 受托人有过错的，承担相应的责任。

【注意】 当事人（法定监护人与委托监护人）对责任承担所作约定，有内部效力，但不得对抗第三人。

（六）监护资格的撤销

申请主体	① “有权”申请的主体：其他依法具有监护资格的人，居民委员会、村民委员会、学校、医疗机构、妇女联合会、残疾人联合会、未成年人保护组织、依法设立的老年人组织 ② “应当”申请的主体：民政部门（第①项主体不申请，民政部门应当申请）
撤销主体	法院
撤销事由	① 实施严重损害被监护人身心健康行为的 ② 怠于履行监护职责，或者无法履行监护职责并且拒绝将监护职责部分或者全部委托给他人，导致被监护人处于危困状态的 ③ 实施严重侵害被监护人合法权益的其他行为的
法律效果	① “监护资格与抚养义务分离”：依法负担被监护人抚养费、赡养费、扶养费的父母、子女、配偶等，被人民法院撤销监护人资格后，应当继续履行负担的义务 ② 安排必要的临时监护措施，并按照最有利于被监护人的原则依法指定监护人
恢复监护人资格	适用范围：被监护人的父母或子女被撤销监护
	适用条件：① 没有对被监护人实施故意犯罪；② 确有悔改表现；③ 自行申请；④ 尊重被监护人真实意愿。
	法律效果：人民法院指定的监护人与被监护人的监护关系同时终止

（七）监护人的职责

1. 代理被监护人实施民事法律行为
2. 保护被监护人的人身、财产权利
3. 监护人除为维护被监护人利益外，不得处分被监护人的财产
4. 监护人不履行监护职责或者侵害被监护人合法权益的，应当承担法律责任

【例题 1】 关于监护，下列哪一表述是正确的？¹⁴

- A. 甲委托医院照料其患精神病的配偶乙，医院是委托监护人

14 【答案】A

- B. 甲的幼子乙在寄宿制幼儿园期间，甲的监护职责全部转移给幼儿园
- C. 甲丧夫后携幼子乙改嫁，乙的爷爷有权要求法院确定自己为乙的法定监护人
- D. 市民甲、乙之子丙5周岁，甲乙离婚后对谁担任丙的监护人发生争议，丙住所地的居民委员会有权指定

【例题2】甲十五岁，精神病人。关于其监护问题，下列哪一表述是正确的？¹⁵

- A. 监护人只能是甲的近亲属或关系密切的其他亲属、朋友
- B. 监护人可是同一顺序中的数人
- C. 对担任监护人有争议的，可直接请求法院裁决
- D. 为甲设定监护人，适用关于成年人监护的规定

【例题3】余某与其妻婚后不育，依法收养了孤儿小翠。不久后余某与妻子离婚，小翠由余某抚养。现余某身患重病，为自己和幼女小翠的未来担忧，欲作相应安排。下列哪些选项是正确的？¹⁶

- A. 余某可通过遗嘱指定其父亲在其身故后担任小翠的监护人
- B. 余某可与前妻协议确定由前妻担任小翠的监护人
- C. 余某可与其堂兄事先协商以书面形式确定堂兄为自己的监护人
- D. 如余某病故，应由余某父母担任小翠的监护人

【例题4】小华，14岁，关于其监护问题，说法正确的有哪些？¹⁷

- A. 小华的父母担任监护人，可以通过遗嘱为小华指定监护人
- B. 小华的父母因对小华实施遗弃犯罪被撤销监护资格，确有悔改表现，经申请法院可恢复其监护资格
- C. 小华父母双亡，其近亲属因监护问题发生争议，可直接请求法院指定
- D. 小华的父母外出打工，将小华交给爷爷照顾，其爷爷是委托监护人

四、宣告失踪与宣告死亡

(一) 宣告失踪

1. 法律要件

(1) 下落不明满两年(起算点: ① 失去音讯之日; ② 战争结束之日; ③ 有关机关确定

15 【答案】原答案为B，现答案为BC

16 【答案】ABC

17 【答案】ACD

的下落不明之日)

(2) 利害关系人的申请

① 利害关系人的范围：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。

② 上述利害关系人申请宣告失踪无先后之分。

(3) 法院公告——宣告(法院：住所地基层法院；公告期：3个月)

2. 法律后果

(1) 身份方面：诉讼离婚中应准予离婚(诉讼离婚的法定事由)

(2) 财产方面：设立财产代管人(配偶、成年子女、父母、其他愿意代管的人)

【解释1】代管人的指定：① 代管有争议；② 没有上述代管人；③ 上述代管人无力代管。

【解释2】代管人的职责：① 妥善管理、处分财产；② 以自己的名义起诉、应诉。

【解释3】代管人的轻过失免责：因故意或重大过失造成失踪人财产损失的——赔偿。

【解释4】代管人的变更：① 代管人失职或丧失代管能力——利害关系人申请；② 代管人辞职——代管人自己申请。

【例题】甲与乙离婚，甲乙的子女均已成年，与乙一起生活。甲与丙再婚后购买了一套房屋，登记在甲的名下。后甲因中风不能自理，常年卧床。丙见状离家出走达3年之久。甲乙的子女和乙想要回房屋，进行法律咨询。下列哪些意见是错误的？¹⁸

- A. 因房屋登记在甲的名下，故属于甲个人房产
- B. 丙在甲中风后未尽妻子责任和义务，不能主张房产份额
- C. 甲乙的子女可以申请宣告丙失踪
- D. 甲本人向法院提交书面意见后，甲乙的子女可代理甲参与甲与丙的离婚诉讼

(二) 宣告死亡

1. 法律要件

(1) 下落不明：① 正常情况——满4年；② 意外情况——满2年；③ 意外被证明不可能生还的——无时间要求

(2) 利害关系人申请

① 申请人范围：配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙

18 【答案】ABC

子女以及其他有民事权利义务关系的人

② 上述利害关系人“没有”顺序之分

(3) 法院公告——宣告(法院:住所地基层法院;公告期:1年或3个月——因意外被证明不可能生还的)

2. 法律效力——权利主体资格消灭(宣告死亡的判决作出之日 OR 意外事件发生之日)

(1) 身份方面:婚姻关系终止

(2) 财产方面:继承开始

3. 死亡宣告与事实不符

(1) 宣告仍然有效:死亡宣告判决并不当然失效

(2) 以事实为准

① 人身、财产仍受保护

② 不影响宣告死亡期间实施的法律行为的效力(≠有效)

4. 撤销判决(死去活来)的效力

(1) 婚姻:可以自动恢复——两个例外:

① 配偶再婚;

② 向婚姻登记机关书面声明不愿恢复。

(2) 收养:有效,不得单方主张解除或者主张无效

(3) 继承:依照继承取得的,返还;依其他方式取得的,无需返还

【例1】老甲被宣告死亡,甲继承其一台电脑,老甲死去活来,甲是否需要返还?

【例2】老甲被宣告死亡,甲继承其一台电脑,甲又死亡,小甲继承该电脑,现老甲死去活来,小甲是否需要返还?

【例3】老甲被宣告死亡,甲继承其一台电脑,甲将该电脑卖给乙并交付,现老甲死去活来,乙是否需要返还?如果乙通过受赠取得呢?

【例4】老甲被宣告死亡,债权人乙通过继承还债程序取得老甲一台电脑,乙死亡,其子小乙继承取得电脑,现老甲死去活来,小乙是否需要返还?

(4) 恶意宣告死亡的赔偿责任: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。

5. 宣告失踪与宣告死亡的关系

(1) 宣告失踪并非宣告死亡的必经程序;

(2) 申请人只申请宣告失踪的,即使符合宣告死亡的条件,也只能宣告失踪;

(3) 对同一自然人,有的利害关系人要求宣告失踪,有的利害关系人要求宣告死亡的,符合宣告死亡条件的,应宣告死亡。

【要点总结】宣告失踪与宣告死亡

	宣告失踪	宣告死亡
法律要件	(1) 下落不明满 2 年 (起算点: ① 失去音讯之日; ② 战争期间下落不明的, 自战争结束之日或有关机关确定的下落不明之日) (2) 利害关系人申请 (无顺序要求)	(1) 下落不明: ① 正常情况——满 4 年; ② 意外情况——满 2 年; ③ 意外事件下落不明, 被证明不可能生还的——无时间要求 (2) 利害关系人申请 (无顺序要求) 【解释】 对同一自然人, 有的利害关系人要求宣告失踪, 有的利害关系人要求宣告死亡的, 符合宣告死亡条件的, 应宣告死亡
法律后果	设立财产代管人 (配偶、成年子女、父母、其他愿意代管的人) 【解释 1】 代管人的职责: 妥善管理失踪人财产, 维护其财产权益 【解释 2】 代管人因故意或重大过失造成失踪人财产损失的——赔偿	(1) 身份方面: 婚姻关系终止 (2) 财产方面: 继承开始 【解释】 死亡日期的确定: ① 宣告死亡的判决作出之日 OR ② 意外事件发生之日
撤销宣告及法律后果	(1) 撤销要件: ① 失踪人重新出现; ② 经本人或利害关系人申请 (2) 撤销后果: 有权要求财产代管人及时移交有关财产并报告财产代管情况	(1) 撤销要件: ① 被宣告死亡人重新出现; ② 经本人或利害关系人申请 (2) 撤销后果: ① 婚姻关系可以自动恢复——两个例外: (a) 配偶再婚 (b) 向婚姻登记机关书面声明不愿恢复 ② 收养: 有效, 不得单方主张解除或者主张无效 ③ 继承: 依照《民法典》继承编取得的财产, 应返还或给予适当补偿 【提示】 恶意宣告死亡的赔偿责任: 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, 除应返还财产外, 还应应对造成的损失予以赔偿

【例题 1】 甲被法院宣告死亡, 甲父乙、甲妻丙、甲子丁分割了其遗产。后乙病故, 丁代位继承了乙的部分遗产。丙与戊再婚后因车祸遇难, 丁、戊又分割了丙的遗产。现甲重新出现, 法院撤销死亡宣告。下列哪种说法是正确的? ¹⁹

- A. 丁应将其从甲、乙、丙处继承的全部财产返还给甲
- B. 丁只应将其从甲、乙处继承的全部财产返还给甲
- C. 戊从丙处继承的全部财产都应返还给甲
- D. 丁、戊应将从丙处继承的而丙从甲处继承的财产返还给甲

19 【答案】D

【例题2】关于宣告死亡，下列哪一选项是正确的？²⁰

- A. 宣告死亡的申请人有顺序先后的限制
- B. 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有效
- C. 被宣告死亡的人与其配偶的婚姻关系因死亡宣告的撤销而自行恢复
- D. 被撤销死亡宣告的人有权请求依《继承法》取得其财产者返还原物或给予适当补偿

【例题3】甲、乙为夫妻，长期感情不和。2010年5月1日甲乘火车去外地出差，在火车上失踪，没有发现其被害尸体，也没有发现其在何处下车。2016年6月5日法院依照法定程序宣告甲死亡。之后，乙向法院起诉要求铁路公司对甲的死亡进行赔偿。关于甲被宣告死亡，下列哪些说法是正确的？²¹

- A. 甲的继承人可以继承其财产
- B. 甲、乙婚姻关系消灭，且不可能恢复
- C. 2016年6月5日为甲的死亡日期
- D. 铁路公司应当对甲的死亡进行赔偿

【例题4】甲出境经商下落不明，2015年9月经其妻乙请求被K县法院宣告死亡，其后乙未再婚，乙是甲唯一的继承人。2016年3月，乙将家里的一辆轿车赠送给了弟弟丙，交付并办理了过户登记。2016年10月，经商失败的甲返回K县，为还债将登记于自己名下的一套夫妻共有住房私自卖给知情的丁；同年12月，甲的死亡宣告被撤销。下列哪些选项是正确的？²²

- A. 甲、乙的婚姻关系自撤销死亡宣告之日起自行恢复
- B. 乙有权赠与该轿车
- C. 丙可不返还该轿车
- D. 甲出卖房屋的行为无效

第二节 法人

一、法人的特征：独立人格

1. 财产独立
2. 责任独立

20 【答案】D

21 【答案】AC

22 【答案】ABC

二、法人的分类

1. 学理分类：社团法人与财团法人

	社团法人	财团法人
成立基础	以人为基础	以财产为基础
财产来源	成员出资	社会捐赠
营利性抑或公益性	营利性、公益性皆可	公益性

2. 我国立法上的分类

	种类	公益或营利	是否需要登记	法人机关
营利法人	① 有限责任公司 ② 股份有限公司 ③ 其他企业法人	以营利为目的—— ① 取得利润并分配给股东 ② 清算后剩余财产分配给出资人	① 经依法登记成立 ② 营业执照签发之日成立	① 权力机构 ② 执行机构 ③ 监督机构
	<p>【出资人（股东）责任】</p> <p>① 对“法人或者其他出资人”的责任：滥用出资人权利给法人或者其他出资人造成损失的，应当依法承担民事责任</p> <p>② 对“法人债权人”的责任（法人人格否认）：滥用法人独立地位和出资人有限责任，逃避债务，严重损害法人的债权人利益的，应当对法人债务承担连带责任</p> <p>【关联交易责任承担】</p> <p>营利法人的控股出资人、实际控制人、董事、监事、高级管理人员利用关联关系给法人造成损失的，应当承担赔偿责任</p> <p>【法人机关决议的撤销】</p> <p>① 决议类型：权力机构、执行机构作出的决议</p> <p>② 撤销事由：会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规、法人章程；或内容违反章程</p> <p>③ 撤销方式：请求法院撤销</p> <p>④ 撤销后果：营利法人依据该决议与善意相对人形成的民事法律关系不受影响</p>			
非营利法人	① 事业单位 ② 社会团体 ③ 捐助法人（基金会、社会服务机构、宗教活动场所）	公益目的或其他非营利目的—— ① 法人终止时，不得向出资人、设立人或者会员分配剩余财产 ② 剩余财产用于公益目的	① 事业单位、社会团体：需要登记的，登记之日取得法人资格；依法不需要登记的，成立之日，具有法人资格 ② 捐助法人：登记设立	事业单位：“可”设决策机构（理事会） 社会团体：“应”设权力机构+执行机构（理事会） 捐助法人：“应”设决策机构+执行机构+监督机构

制，不得对抗善意相对人。

3. 法定代表人侵权责任的承担：(1) 法人承担；(2) 可以向有过错的法定代表人追偿。

【例题 1】 王某是甲公司的法定代表人，以甲公司名义向乙公司发出书面要约，愿以 10 万元价格出售甲公司的一块清代翡翠。王某在函件发出后 2 小时意外死亡，乙公司回函表示愿意以该价格购买。甲公司新任法定代表人以王某死亡，且未经董事会同意为由拒绝。关于该要约，下列哪一表述是正确的？(2011 年单选)²⁶

- A. 无效
- B. 效力待定
- C. 可撤销
- D. 有效

【例题 2】 甲公司和乙公司在前者印制的标准格式《货运代理合同》上盖章。《货运代理合同》第四条约定：“乙公司法定代表人对乙公司支付货运代理费承担连带责任。”乙公司法定代表人李红在合同尾部签字。后双方发生纠纷，甲公司起诉乙公司，并要求此时乙公司的法定代表人李蓝承担连带责任。关于李蓝拒绝承担连带责任的抗辩事由，下列哪一表述能够成立？(2014 年单选)²⁷

- A. 第四条为无效格式条款
- B. 乙公司法定代表人未在第四条处签字
- C. 乙公司法定代表人的签字仅代表乙公司的行为
- D. 李蓝并未在合同上签字

■ 四、分支机构

1. 分支机构与法人内部机构

法人的分支机构虽然人格不独立、财产不独立、责任不独立，但与内部机构相比，具有一定程度的相对独立性——

- (1) 可以自己的名义订立合同（包括提供担保）；
- (2) 可独立起诉和应诉。

2. 分支机构民事活动责任承担

分支机构以自己的名义从事民事活动，产生的民事责任由法人承担；也可以先以该分支机构管理的财产承担，不足以承担的，由法人承担。

26 【答案】D

27 【答案】D

■ 五、法人对外责任承担

1. 法人以其“全部财产”独立承担民事责任

2. 法人分立时的债务承担——内外有别

(1) 对外：承担连带债务

(2) 内部：企业分立中内部债务分担协议具有内部效力，但不能对抗债权人

【例题 1】德胜公司注册地在萨摩国并在该国设有总部和分支机构，但主要营业机构位于中国深圳，是一家由台湾地区凯旋集团公司全资设立的法人企业。由于决策失误，德胜公司在中国欠下 700 万元债务。对此，下列哪一选项是正确的？（2008 年单选）²⁸

- A. 该债务应以深圳主营机构的全部财产清偿
- B. 该债务应以深圳主营机构和萨摩国总部及分支机构的全部财产清偿
- C. 无论德胜公司的全部财产能否清偿，凯旋公司都应承担连带责任
- D. 当德胜公司的全部财产不足清偿时，由凯旋公司承担补充责任

【例题 2】甲公司分立为乙丙两公司，约定由乙公司承担甲公司全部债务的清偿责任，丙公司继受甲公司全部债权。关于该协议的效力，下列哪一选项是正确的？（2009 年单选）²⁹

- A. 该协议仅对乙丙两公司具有约束力，对甲公司的债权人并非当然有效
- B. 该协议无效，应当由乙丙两公司对甲公司的债务承担连带清偿责任
- C. 该协议有效，甲公司的债权人只能请求乙公司对甲公司的债务承担清偿责任
- D. 该协议效力待定，应当由甲公司的债权人选择分立后的公司清偿债务

■ 六、法人设立责任

1. 设立人以设立中法人的名义实施：

(1) 法人成立——法人承受

(2) 法人未成立——设立人单独承受或连带承受（享有连带债权，承担连带债务）

2. 设立人以自己名义实施：

(1) 法人成立——可选择请求法人或设立人承担

(2) 法人未成立——设立人承担

【例题 1】黄逢、黄现和金耘共同出资，拟设立名为“黄金黄研究会”的社会团体法人。

28 【答案】B

29 【答案】A

设立过程中，黄逢等3人以黄金黄研究会名义与某科技园签署了为期3年的商铺租赁协议，月租金5万元，押3付1。此外，金耘为设立黄金黄研究会，以个人名义向某印刷厂租赁了一台高级印刷机。关于某科技园和某印刷厂的债权，下列哪些选项是正确的？（2017年多选）³⁰

- A. 如黄金黄研究会未成立，则某科技园的租赁债权消灭
- B. 即便黄金黄研究会未成立，某科技园就租赁债权，仍可向黄逢等3人主张
- C. 如黄金黄研究会未成立，则就某科技园的租赁债务，由黄逢等3人承担连带责任
- D. 黄金黄研究会成立后，某印刷厂就租赁债权，既可向黄金黄研究会主张，也可向金耘主张

【例题2】甲、乙、丙、丁拟设立一家商贸公司，就设立事宜分工负责，其中丙负责租赁公司运营所需仓库。因公司尚未成立，丙为方便签订合同，遂以自己名义与戊签订仓库租赁合同。关于该租金债务及其责任，下列哪些表述是正确的？（2011年多选）³¹

- A. 无论商贸公司是否成立，戊均可请求丙承担清偿责任
- B. 商贸公司成立后，只有其使用该仓库，戊才可请求其承担清偿责任
- C. 商贸公司成立后，戊即可请求商贸公司承担清偿责任
- D. 商贸公司成立后，戊即可请求丙和商贸公司承担连带清偿责任

30 【答案】BCD

31 【答案】AC（原答案AB）



第三章

民事法律行为

第一节 民事法律行为的成立与生效

一、民事法律行为的概念

民事法律行为是民事主体通过意思表示设立、变更、终止民事法律关系的行为

1. 以意思表示为要素；
2. 以设立、变更、终止民事权利义务为目的；
3. 不再强调“合法”。

二、民事法律行为的分类

分类标准	分类内容	分类意义
意思表示数量及方向	① 单方行为：单方意思表示（授权行为）	① 单方行为中，无须相对人具有行为能力 ② 双方行为要求行为人具有相应的行为能力 ③ 决议行为要求行为人具有完全行为能力
	② 双方行为：两个对立统一的意思表示	
	③ 决议行为：两个或多个完全统一的意思表示	
是否需要互为给付一定代价	① 有偿行为（买卖、租赁、承揽）	无偿行为中义务人可主张轻过失免责
	② 无偿行为（赠与、借用、无偿保管、无偿委托）	
是否需要具备形式或手续	① 要式行为：书面、公证、鉴证、登记	要式行为中，特定形式或手续成为法律行为的成立要件 ——例外：履行行为弥补瑕疵
	② 不要式行为：口头	
是否需要交付标的物	① 诺成行为	实践行为中，标的物的交付成为法律行为的成立要件
	② 实践行为：借用、保管、定金、自然人之间借贷	
双方是否负有对待给付义务	① 单务合同：赠与	双务合同中存在履行抗辩权
	② 双务合同：买卖、租赁	
法律行为的成立是否以其他法律行为的存在为前提	① 主法律行为：借款合同	主法律行为无效，从法律行为也随之无效
	② 从法律行为：担保合同	

三、民事法律行为的成立（事实评价）

（一）一般成立要件

1.（有）主体

【提示】民事法律行为的成立并不要求当事人具有行为能力，也就是说，一个无行为能力人实施的法律行为，只要满足其他成立要件，也能成立。

2.（有）意思表示

【提示】即便是当事人因受欺诈、受胁迫及重大误解而作出的不真实不自由（有瑕疵）的意思表示，也不影响法律行为的成立。

3.（有）标的

【提示】标的是否合法并不影响法律行为的成立。

（二）意思表示

意思表示的构成	效果意思（当事人欲发生某种法律上效果的意思）+ 表示行为（以一定的方式表示于外部）	
意思表示的方式	明示方式	① 口头形式 ② 书面形式 ③ 身体动作（肢体语言）
	默示方式	① 行为推定 【例证】 自动售货机属于以推定方式发出的买卖要约；投币购买饮料的行为属于以推定方式作出买卖的承诺。 ② 沉默（只有法律有明文规定或当事人双方有约定时） 【例证】 继承开始后，继承人放弃继承的，应当在遗产处理前作出放弃继承的表示；没有表示的，视为接受继承。
意思表示的生效时间	无相对人的意思表示	自意思表示完成时生效（遗嘱、抛弃所有权）
	有相对人的意思表示	① 对话的意思表示，自表示为对方了解时生效（在水果摊买水果） ② 非对话的意思表示，自到达相对人时生效（通过电子邮件要约） 【例证】 双方根据交易习惯或要约要求以行为方式做出承诺的，自行为作出时生效。
意思表示的撤回	意思表示可以撤回；撤回意思表示的通知应当在意思表示到达相对人前或者与意思表示同时到达相对人。	

【案例1】教授甲举办学术讲座时，在礼堂外的张贴栏中公告其一部新著的书名及价格，

告知有意购买者在门口的签字簿上签名。学生乙未留意该公告，以为签字簿是为签到而设，遂在上面签名。问：乙的行为是否构成意思表示？

【解析】乙的行为不是意思表示。意思表示是指行为人将内心的欲发生某种法律上效果的意思以一定的方式表现于外部，被相对人了解的过程。教授甲公告其新著的书名及价格的行为属于“要约”，即向不特定人发出的欲与对方订立买卖合同的意思表示，学生乙虽有签名行为，但由于其欠缺订立合同的意思，故该签名行为不是意思表示，不构成“承诺”。因此，双方之间并未成立买卖合同。

【案例2】甲7岁，系小学2年级学生，某日，甲欺诈患有精神病的乙（28岁），签订了一份买卖枪支的合同。问：该合同是否成立？

【解析】该合同已经成立。法律行为的成立是“事实评价”，而非“法律价值评价”。合同行为属于多方法律行为，只需要满足“存在双方当事人”、“意思表示一致”、“有标的”三个要件即可成立，本案中，尽管主体双方均为无行为能力人，意思表示不真实不自由（受欺诈），标的的不合法（买卖枪支），但并不影响法律行为的成立。

【例题】关于民事法律行为，下列表述不正确的是？³²

- A. 甲乙买卖毒品的合同，属于民事法律行为，以意思表示为核心
- B. 无相对人的意思表示，一般表示完成时生效；以对话方式作出的意思表示，相对人知道其内容时生效，以非对话方式作出的意思表示，到达相对人时生效
- C. 沉默只有在有法律规定、当事人约定或者符合当事人之间的交易习惯时，才可以视为意思表示
- D. 意思表示不得撤回

（三）特别成立要件

- 1. 双方法律行为、决议行为——意思表示达成一致
- 2. 实践法律行为——交付标的物

【提示】实践法律行为中，交付标的物并非当事人的义务，当事人不完成标的物的交付，不构成违约。

- 3. 要式法律行为——满足法定、约定形式

【提示】要式法律行为，不具有法定、约定形式：（1）原则上，不成立；（2）一方履行主要义务，对方接受的，除外。

■ 四、民事法律行为的生效（价值评价）

（一）民事法律行为的成立与生效的关系

1. 成立是生效的前提
2. 大多数情况下，民事法律行为的成立与生效是同步的

【提示】 三种行为成立与生效不同步——

- (1) 附延缓条件民事法律行为与附延缓期限的民事法律行为
- (2) 需要办理审批手续的合同
- (3) 遗嘱行为

（二）民事法律行为的生效要件

1. 一般生效要件

- (1) 主体——具备相应的行为能力
- (2) 意思表示——真实、自由

① 意思表示不真实：行为人内在的效果意思和外在的表示不一致，如行为人发生重大误解或行为人故意作出虚假意思表示。

② 意思表示不自由：行为人受到他人的不当干预，如受欺诈、受胁迫、被乘人之危而作出意思表示。

【提示】 意思表示不真实的民事法律行为的效力存在两种情形：① 以虚假的意思表示所为的法律行为，无效；② 受欺诈、受胁迫、显失公平、重大误解所为的法律行为，可撤销。

- (3) 标的——合法（不违反法律、行政法规的强制性规定，不违背公序良俗）

2. 特殊生效要件

- (1) 附延缓条件、附延缓期限的民事法律行为——条件成就、期限届至
- (2) 遗嘱行为——被继承人死亡
- (3) 需要办理审批的合同——办理完毕批准手续

第二节 民事法律行为的效力瑕疵

■ 一、无效民事法律行为

（一）种类

1. 行为能力缺失：无行为能力人实施的民事法律行为

【提示】 根据《民法典》，无行为能力人实施的纯获利益的行为和日常生活中的细小行为，不再有效，而是无效。

2. 标的违法

(1) 违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为——例外：强制性规定（管理性强制性规定）不导致该民事法律行为无效的除外，比如商品房预售合同应备案登记、房屋租赁合同应备案登记——不影响合同效力。

【例证】 甲房地产开发公司开发一个楼盘，与购房人乙签订一份商品房预售合同，双方未按照法律规定办理备案登记。本案中，双方的商品房预售合同没有办理备案登记，违反了法律的强制性规范，但该强制性规范并非效力规范，因此，该商品房预售合同并不因此无效。

(2) 违背公序良俗的民事法律行为

(3) 恶意串通损害他人合法权益的民事法律行为

3. 以虚假意思表示实施的民事法律行为

(1) 虚假行为无效

(2) 被隐藏行为，依照有关法律规定处理（有效、无效、可撤销、效力待定）

【例证 1】 甲乙双方为了避税，在实际成交价为 200 万元的房屋买卖合同上标明交易价格为 150 万元。本案中：(1) 双方实施了两个法律行为，即 200 万成交的买卖合同和 150 万成交的买卖合同；(2) 150 万元成交的买卖合同中，双方的意思表示是虚假的，其目的是非法避税，属于无效法律行为；(3) 200 万元成交的买卖合同是被掩盖的法律行为，符合法律行为的有效要件，属于有效法律行为。

【例证 2】 甲乙是好基友，甲欲赠与乙一部手机作为定情信物，但为了掩盖彼此情感，双方签订了一份手机买卖合同。本案中：(1) 双方实施了两个法律行为，即手机买卖合同和手机赠与合同；(2) 手机买卖合同中，双方的意思表示是虚假的，属于无效法律行为；(3) 手机赠与合同符合法律行为生效要件，属于有效法律行为。

【例证 3】 甲乙是老同学，甲为了做生意周转向乙借款，二人签订了年利率为 20%，为期 1 年的 50 万元借款合同。后双方又签订了房屋买卖合同，约定：“甲把房屋卖给乙，房款为甲的借款本息之和。甲须在一年内以该房款回购房屋。如甲不回购，甲须将房屋过户给乙。” 本案中：(1) 甲乙双方所签订的房屋买卖合同中所表达的真实意思是为借款提供担保，因此，其买卖合意是虚假的，应为无效；(2) 可认定双方之间存在房屋抵押合同关系。

4. 法人或其他组织超越经营范围订立合同：人民法院不因此认定合同无效，但违反国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营规定的除外。

【例题】下列行为属于有效行为的有哪些？³³

- A. 甲与怀孕儿媳乙协议，赠与给即将出生的孩子门面房一间
- B. 七岁的幼儿园小朋友丙将一支用旧的价值3元的橡皮丢弃
- C. 丁十七岁，严重智力障碍，智商与三岁小儿相当，丁的叔叔赠给丁一辆自行车，丁自己高兴地接受
- D. 戊临终前在遗嘱中声明，死后将全部财产留给未出生的孙子己

（二）全部无效与部分无效

【民法典156条】民事法律行为部分无效，不影响其他部分效力的，其他部分仍然有效。

1. 标的违法——全部无效（如买卖违禁物品的合同）

2. 非关键条款违法——部分无效

- (1) 流押条款无效，不影响抵押合同（质押合同）的效力
- (2) 定金数额超过主合同标的额的20%，超过部分不发生效力
- (3) 租赁合同中租赁期限超过20年的，超过部分无效
- (4) 民间借贷利率超过年利率一年期市场报价利率4倍的，超过部分无效

【例题】甲被乙打成重伤，支付医药费5万元。甲与乙达成如下协议：“乙向甲赔偿医药费5万元，甲不得告发乙”。甲获得5万元赔偿后，向公安机关报案，后乙被判刑。下列哪一选项是正确的？（2007年单选）³⁴

- A. 甲、乙之间的协议有效
- B. 因甲乘人之危，乙有权撤销该协议
- C. 甲、乙之间的协议无效
- D. 乙无权要求甲返还该5万元赔偿费

▣ 二、可撤销的民事法律行为

（一）含义

- 1. “相对无效”民事行为——①撤销前，成立并生效；②撤销后，自始无效。
- 2. 产生原因：意思表示不真实
- 3. 撤销方式：诉讼或仲裁——当事人申请，由人民法院或仲裁机构予以撤销。

（二）种类

1. 重大误解

- (1) 当事人对民事行为的内容（交易事项）产生错误认识。具体包括对行为的性质、对

33 【答案】AD

34 【答案】D

方当事人、标的物的品种、质量、数量等的误解。

(2) 表意人基于误解做出了意思表示。

(3) 误解是由误解方自身的过失导致，并不是由对方欺诈所致，也不是因为误解方自身故意或重大过失导致。（这是欺诈与重大误解的根本区别）

(4) 表意人因此受到较大损失。

【例题】 下列哪一情形构成重大误解，属于可撤销的民事法律行为？（2012 年单选）³⁵

- A. 甲立下遗嘱，误将乙的字画分配给继承人
- B. 甲装修房屋，误以为乙的地砖为自家所有，并予以使用
- C. 甲入住乙宾馆，误以为乙宾馆提供的茶叶是无偿的，并予以使用
- D. 甲要购买电动车，误以为精神病人乙是完全民事行为能力人，并与之签订买卖合同

2. 显失公平

(1) 发生原因：一方利用对方处于危困状态、缺乏判断能力。

(2) 结果：双务合同当事人的权利义务明显不对等，违反公平、等价有偿原则。

(3) 时间点：判断法律行为是否显失公平应当是“法律行为成立时”。法律行为成立之后发生的情势变化，导致显失公平的，不属于可撤销的合同。

【案例 1】 甲父重病，需要巨额医疗费，甲决定卖房筹资，房子市价 100 万元，乙明知甲处于危困状态，趁机提出以 60 万元购买，甲无奈表示同意，双方签订了书面房屋买卖合同。本案中，乙明知甲处于危困状态而故意提出明显不合理的交易条件，导致交易结果显失公平，因此，该买卖合同可撤销。

【案例 2】 某古董收购商下乡收购古董，以极其不合理的价格从一名没有经验的老农手中收购了古董花瓶。本案中，古董收购商利用对方缺乏判断能力，导致交易结果显失公平，该买卖行为可撤销。

【例题 1】 甲手机专卖店门口立有一块木板，上书“假一罚十”四个醒目大字。乙从该店购买了一部手机，后经有关部门鉴定，该手机属于假冒产品，乙遂要求甲履行其“假一罚十”的承诺。关于本案，下列哪一选项是正确的？（2008 年单选）³⁶

- A. “假一罚十”过分加重了甲的负担，属于无效的格式条款
- B. “假一罚十”没有被订入到合同之中，故对甲没有约束力

35 【答案】C

36 【答案】D

- C. “假一罚十”显失公平，甲有权请求法院予以变更或者撤销
- D. “假一罚十”是甲自愿作出的真实意思表示，应当认定为有效

【例题 2】甲十七岁，以个人积蓄 1000 元在慈善拍卖会拍得明星乙表演用过的道具，市价约 100 元。事后，甲觉得道具价值与其价格很不相称，颇为后悔。关于这一买卖，下列哪一说法是正确的？(2010 年单选)³⁷

- A. 买卖显失公平，甲有权要求撤销
- B. 买卖存在重大误解，甲有权要求撤销
- C. 买卖无效，甲为限制行为能力人
- D. 买卖有效

【例题 3】潘某去某地旅游，当地玉石资源丰富，且盛行“赌石”活动，买者购买原石后自行剖切，损益自负。潘某花 5000 元向某商家买了两块原石，切开后发现其中一块为极品玉石，市场估价上百万元。商家深觉不公，要求潘某退还该玉石或补交价款。对此，下列哪一选项是正确的？(2016 年单选)³⁸

- A. 商家无权要求潘某退货
- B. 商家可基于公平原则要求潘某适当补偿
- C. 商家可基于重大误解而主张撤销交易
- D. 商家可基于显失公平而主张撤销交易

3. 欺诈、胁迫

(1) 构成要件

- ① 一方故意告知虚假事实或隐瞒真实事实(预告实施危害)
- ② 对方因此陷入错误认识(陷入恐惧)
- ③ 对方因错误认识(恐惧)作出不真实意思表示
- ④ 欺诈、胁迫具有不正当性(目的不正当、手段不正当、目的与手段结合的不正当)

【例证 1】目的不正当：“不卖给我手枪，就检举揭发你走私枪支弹药。”

【例证 2】手段不正当：“不把房子卖给我，就公布你老婆的裸照。”

【例证 3】目的与手段结合的不正当：“不把房子租给我，就检举揭发你嫖娼。”

【例证 4】目的与手段结合的正当：甲酒后开车撞伤乙，给乙造成损失 10 万元。乙欲尽速了结，便告知甲，若甲不赔偿自己 10 万元，就去报案。甲害怕，找人取了 20 万元当场赔付给了乙。

37 【答案】D

38 【答案】A

【例题 1】陈老伯考察郊区某新楼盘时，听销售经理介绍周边有轨道交通 19 号线，出行方便，便与开发商订立了商品房预售合同。后经了解，轨道交通 19 号线属市域铁路，并非地铁，无法使用老年卡，出行成本较高；此外，铁路房的升值空间小于地铁房。陈老伯深感懊悔。关于陈老伯可否反悔，下列哪一说法是正确的？（2017 年单选）³⁹

- A. 属认识错误，可主张撤销该预售合同
- B. 属重大误解，可主张撤销该预售合同
- C. 该预售合同显失公平，陈老伯可主张撤销该合同
- D. 开发商并未欺诈陈老伯，该预售合同不能被撤销

【例题 2】某校长甲欲将一套住房以 50 万元出售。某报记者乙找到甲，出价 40 万元，甲拒绝。乙对甲说：“我有你贪污的材料，不答应我就举报你。”甲信以为真，以 40 万元将该房卖与乙。乙实际并无甲贪污的材料。关于该房屋买卖合同的效力，下列哪一说法是正确的？（2010 年单选）⁴⁰

- A. 存在欺诈行为，属可撤销合同
- B. 存在胁迫行为，属可撤销合同
- C. 存在乘人之危的行为，属可撤销合同
- D. 存在重大误解，属可撤销合同

【例题 3】下列哪一情形下，甲对乙不构成胁迫？（2013 年单选）⁴¹

- A. 甲说，如不出借 1 万元，则举报乙犯罪。乙照办，后查实乙构成犯罪
- B. 甲说，如不将藏獒卖给甲，则举报乙犯罪。乙照办，后查实乙不构成犯罪
- C. 甲说，如不购甲即将报废的汽车，将公开乙的个人隐私。乙照办
- D. 甲说，如不赔偿乙撞伤甲的医疗费，则举报乙醉酒驾车。乙照办，甲取得医疗费和慰问金

【例题 4】甲向乙兜售毒品时，虽然提供了真实的毒品作为样品，实际交付的却是面粉。下列关于该民事行为效力的表述中，正确的是？⁴²

- A. 有效
- B. 无效
- C. 可变更、可撤销
- D. 效力待定

39 【答案】D

40 【答案】B

41 【答案】D

42 【答案】B

(2) 因第三人欺诈、胁迫订立实施的法律行为的效力

一般情形	第三人欺诈	① 相对人于订立合同时知道或者应当知道第三人欺诈的事实，受欺诈人享有撤销权 ② 相对人于订立合同时不知道也不应当知道第三人欺诈的事实，受欺诈人不享有撤销权
	第三人胁迫	无论相对人于订立合同时是否知悉第三人的胁迫行为，受胁迫人均享有撤销权
特殊情形	因第三人欺诈而订立的利益第三人合同	① 若利益第三人于合同成立时知道或应当知道第三人实施了欺诈行为，受欺诈人享有撤销权 ② 若利益第三人于合同成立时不知道也不应当知道第三人实施了欺诈行为，受欺诈人不享有撤销权

【例题】甲隐瞒了车证照不齐的情况，将车卖给乙，交付之后，乙才发现。乙找甲理论，甲答应帮乙处理好，后来甲找到丙，要求丙找乙购买该车，否则就将丙贪污的情况向有关部门举报，丙无奈，向乙表示购买该车，乙对甲丙之间的谈话并不知情，与丙订立买卖合同并将车交付给丙。对此，说法正确的是？⁴³

- A. 在乙将车交给丙之前，乙可以重大误解为由请求法院撤销与甲之间的买卖合同
- B. 丙可以自合同成立之日起1年内要求撤销该合同
- C. 因乙不知情，丙不可主张撤销合同，只能要求甲承担赔偿责任
- D. 乙丙之间的合同属于无效合同

4. 撤销权

性质	形成权
行使主体	① 欺诈、胁迫、显失公平行为的受损害方； ② 重大误解行为的行为人。 【提示】撤销权可由代理人代理行使
行使方式	诉讼或仲裁
行使期限 (除斥期间)	① 欺诈、显失公平——知道或应当知道撤销事由之日起(主观标准)1年 ② 胁迫——胁迫行为终止之日起1年 ③ 重大误解——知道或应当知道撤销事由之日起(主观标准)90日
	最长期限：民事法律行为发生之日起(客观标准)5年

法律后果	① 自始无效； ② 不影响有关解决争议方法的条款的效力； ③ 返还财产、赔偿损失。
------	---

【例题 1】 关于意思表示法律效力的判断，下列哪些选项是正确的？（2011 年多选）⁴⁴

- A. 甲在商场购买了一台液晶电视机，回家后发现其妻乙已在另一商场以更低折扣订了一台液晶电视机。甲认为其构成重大误解，有权撤销买卖
- B. 甲向乙承诺，以其外籍华人身份在婚后为乙办外国绿卡。婚后，乙发现甲是在逃通缉犯。乙有权以甲欺诈为由撤销婚姻
- C. 甲向乙银行借款，乙银行要求甲提供担保。丙为帮助甲借款，以举报丁偷税漏税相要挟，迫使其为甲借款提供保证，乙银行对此不知情。丁有权以其受到胁迫为由撤销保证
- D. 甲患癌症，其妻乙和医院均对甲隐瞒其病情。经与乙协商，甲投保人身保险，指定身故受益人为乙。保险公司有权以乙欺诈为由撤销合同

【例题 2】 乙公司以国产牛肉为样品，伪称某国进口牛肉，与甲公司签订了买卖合同，后甲公司得知这一事实。此时恰逢某国流行疯牛病，某国进口牛肉滞销，国产牛肉价格上涨。下列哪些说法是正确的？（2009 年多选）⁴⁵

- A. 甲公司有权自知道样品为国产牛肉之日起一年内主张撤销该合同
- B. 乙公司有权自合同订立之日起一年内主张撤销该合同
- C. 甲公司有权决定履行该合同，乙公司无权拒绝履行
- D. 在甲公司决定撤销该合同前，乙公司有权按约定向甲公司要求支付货款

【例题 3】 齐某扮成建筑工人模样，在工地旁摆放一尊廉价购得的旧蟾蜍石雕，冒充新挖出文物等待买主。甲曾以 5000 元从齐某处买过一尊同款石雕，发现被骗后正在和齐某交涉时，乙过来询问。甲有意让乙也上当，以便要回被骗款项，未等齐某开口便对乙说：“我之前从他这买了一个貔貅，转手就赚了，这个你不要我就要了。”乙信以为真，以 5000 元买下石雕。关于所涉民事法律行为的效力，下列哪一说法是正确的？（2017 年单选）⁴⁶

- A. 乙可向甲主张撤销其购买行为

44 【答案】CD

45 【答案】ACD

46 【答案】B

- B. 乙可向齐某主张撤销其购买行为
- C. 甲不得向齐某主张撤销其购买行为
- D. 乙的撤销权自购买行为发生之日起 2 年内不行使则消灭

【例题 4】关于法律行为的效力，下列表述正确的是？⁴⁷

- A. 甲公司的业务员乙欺诈丙，以甲公司的名义与丙公司订立买卖合同。因甲公司在合同成立时不知道乙的欺诈行为，因此丙公司不享有撤销权
- B. 丙公司对甲公司的业务员乙实施胁迫行为，迫使乙以甲公司的名义与丙公司订立买卖合同。受胁迫人乙有权以自己的名义诉请撤销甲、丙间的买卖合同
- C. 甲公司的业务员乙骗丙说，使用甲公司生产的插座将节约一半电量（但实际并无此功能），丙因此购买了该插座。丙有权以欺诈为由撤销与甲公司的插座买卖合同
- D. 甲欲赠乙一精美手包，为防是非，甲乙假意订立买卖合同，甲将包交付给乙，乙并未付款，乙随后将包送给丙。后来甲乙二人关系恶化，甲有权主张买卖合同无效，要求丙返还此包

【总结比较】可撤销民事法律行为与无效民事法律行为的区别

	可撤销民事法律行为	无效民事法律行为
行为效力	在撤销以前，行为有效，其法律效果可以对抗除撤销权人以外的任何人	当然无效、自始无效、绝对无效
主张权利的主体	撤销权人以撤销行为为之，人民法院不主动干预	司法机关和仲裁机关可以主动强制干预
行为效果	撤销权人对权利行使拥有选择权：可撤销，也可不撤销	自始无效、当然无效、绝对无效
行使时间	撤销权的行使有时间限制	可随时主张

■ 三、效力待定民事法律行为

效力待定民事法律行为，是指民事法律行为成立时尚未生效，须经权利人追认才能生效的民事法律行为。

1. 限制行为能力人独立订立的与其年龄、智力、精神状况不相适应的法律行为。

(1) 法定代理人追认，生效；

47 【答案】C

- (2) 法定代理人明确拒绝追认或者经相对人催告后 30 日内未作表示的，无效；
(3) 在合同被追认之前，善意相对人有权撤销。

2. 无权代理人订立的合同

- (1) 经被代理人追认，对被代理人生效；
(2) 未经被代理人追认，对被代理人不发生效力——

① 相对人善意：善意相对人有权请求行为人（无权代理人）履行债务或者就其受到的损害请求行为人赔偿，但赔偿范围不得超过被代理人追认时相对人所能获得的利益；

【例证 1】小张和小李是朋友，小张多次和小李说过想买一套 100 万元左右的两居室作为婚房。某日，小李在同学聚会上听闻其昔日同窗小赵有一套精装两居室欲出卖，小李于是自作主张以小张的名义与小赵签订了以该房屋为标的物的买卖合同。

【例证 2】小张和小李是朋友，小张多次和小李说过想将其市价为 100 万元的精装修两居室出手。某日，小李在同学聚会上听闻其昔日同窗小赵欲购一套两居室，小李于是自作主张以小张的名义与小赵签订了以该房屋为标的物的买卖合同。

② 相对人恶意：相对人和行为人按照各自的过错承担责任。

(3) 相对人可以催告被代理人在 30 日内予以追认，被代理人未作表示的，视为拒绝追认；

(4) 法律行为被追认之前，善意相对人有撤销的权利。

【总结比较】可撤销法律行为中的撤销权与善意相对人的撤销权

	可撤销法律行为中的撤销权	善意相对人的撤销权
行使主体	受损害方	善意相对人
行使方式	诉讼或仲裁	通知对方
行使期限	知道或应当知道撤销事由之日起 1 年（或 90 日）内	被代理人追认之前
	法律行为发生之日起 5 年内	

【例题 1】甲委托乙前往丙厂采购男装，乙觉得丙生产的女装市场看好，便自作主张以甲的名义向丙订购。丙未问乙的代理权限，便与之订立了买卖合同。对此，下列哪些说法是正确的？⁴⁸

- A. 甲有追认权
B. 丙有催告权
C. 丙有撤销权
D. 构成表见代理

48 【答案】AB

【例题2】甲用伪造的乙公司公章，以乙公司名义与不知情的丙公司签订食用油买卖合同，以次充好，将劣质食用油卖给丙公司。合同没有约定仲裁条款。关于该合同，下列哪一表述是正确的？（2013年单选）⁴⁹

- A. 如乙公司追认，则丙公司有权通知乙公司撤销
- B. 如乙公司追认，则丙公司有权请求法院撤销
- C. 无论乙公司是否追认，丙公司均有权通知乙公司撤销
- D. 无论乙公司是否追认，丙公司均有权要求乙公司履行

3. 自己代理、双方代理

(1) 自己代理：代理人不得以被代理人的名义与自己实施民事法律行为，但是被代理人同意或者追认的除外。

(2) 双方代理：代理人不得以被代理人的名义与自己同时代理的其他人实施民事法律行为，但是被代理的双方同意或者追认的除外。

4. 无处分权行为

因出卖人未取得处分权致使标的物所有权不能转移的，买受人可解除合同并请求出卖人承担违约责任。

(1) 无权处分合同有效

(2) 处分行为（交付或登记）效力待定

【注意】“无权处分”与“善意取得”的关系：

① 买卖合同

甲———乙———丙

② 交付（登记）

(1) ① 有效；② 效力待定（需要甲的追认或拒绝）

(2) 若甲追认：① 有效；② 有效——丙“继受取得”

(3) 若甲拒绝：① 有效；② 自始无效——丙不能“继受取得”——此时：

——若丙具备善意取得条件——善意取得（原始取得）

——若丙不具备善意取得条件——丙不能取得——丙可追究乙的违约责任

思考：无权处分人所签订的其他合同（股权转让合同、抵押合同、质押合同效力如何？）

49 【答案】B

【例题 1】下列甲与乙签订的哪些合同有效？（2011 年多选）⁵⁰

- A. 甲与乙签订商铺租赁合同，约定待办理公证后合同生效。双方未办理合同公证，甲交付商铺后，乙支付了第 1 个月的租金
- B. 甲与乙签署股权转让协议，约定甲将其对丙公司享有的 90% 股权转让给乙，乙支付 1 亿元股权受让款。但此前甲已将该股权转让给丁
- C. 甲与乙签订相机买卖合同，相机尚未交付，也未付款。后甲又就出卖该相机与丙签订买卖合同
- D. 甲将商铺出租给丙后，将该商铺出卖给乙，但未通知丙

【例题 2】甲乙为夫妻，共有一套房屋登记在甲名下。乙瞒着甲向丙借款 100 万元供个人使用，并将房屋抵押给丙。在签订抵押合同和办理抵押登记时乙冒用甲的名字签字。现甲主张借款和抵押均无效。下列哪一表述是正确的？（2015 年单选）⁵¹

- A. 抵押合同无效
- B. 借款合同无效
- C. 甲对 100 万元借款应负连带还款义务
- D. 甲可请求撤销丙的抵押权

【总结比较】无效民事法律行为、可撤销民事法律行为和效力待定民事法律行为的区别

比较项	无效行为	可撤销行为	效力待定行为
效力	① 自始无效 ② 绝对无效 ③ 当然无效	① 被撤销之前，有效； ② 一旦被撤销，自始无效	① 经过追认，有效； ② 被拒绝追认，无效
原因	① 内容违法 ② 主体无行为能力 ③ 意思表示虚假	意思表示有瑕疵（虚假除外）	① 主体是限制行为能力人 ② 行为人无代理权 ③ 行为人没有处分权 ④ 自己代理、双方代理
除斥期间	无	① 欺诈、显失公平——知道或应当知道撤销事由之日起（主观标准）1 年 ② 胁迫——胁迫行为终止之日 1 年 ③ 重大误解——知道或应当知道撤销事由之日起（主观标准）90 日内 ④ 最长期限：民事法律行为发生之日起（客观标准）5 年	经相对人催告后 30 日内，法定代理人（或被代理人）未作表示的，视为拒绝追认

50 【答案】ABCD

51 【答案】D

第三节 附条件和附期限的法律行为

一、附条件的法律行为

附条件的法律行为，是指在法律行为中规定一定条件，并且把该条件的成就与否作为法律行为效力发生或者消灭根据的法律行为。

1. 条件的特征

- (1) 不确定性
- (2) 意定性
- (3) 合法性

2. 条件的种类

- (1) 延缓条件：条件成就前，法律行为成立，但未生效；条件成就，法律行为生效
- (2) 解除条件：条件成就前，法律行为生效；条件成就，法律行为失效

【提示】附条件的民事法律行为，当事人为自己的利益不正当地阻止条件成就的，视为条件已经成就；不正当地促成条件成就的，视为条件不成就——条件的成就，顺其自然；否则，适得其反。

【例题】甲打算卖房，问乙是否愿买，乙一向迷信，就跟甲说：“如果明天早上7点你家屋顶上来了喜鹊，我就出10万块钱买你的房子。”甲同意。乙回家后非常后悔。第二天早上7点差几分时，恰有一群喜鹊停在甲家的屋顶上，乙正要赶将喜鹊赶走，甲不知情的儿子拿起弹弓把喜鹊打跑了，至7点再无喜鹊飞来。关于甲乙之间的房屋买卖合同，下列哪一选项是正确的？（2008年单选）⁵²

- | | |
|---------------|-------------|
| A. 合同尚未成立 | B. 合同无效 |
| C. 乙有权拒绝履行该合同 | D. 乙应当履行该合同 |

二、附期限的法律行为

1. 附延缓期限（始期）的法律行为

法律行为虽然已经成立，但是在所附期限到来之前不发生效力，待期限届至时，才发生法律效力。

2. 附解除期限（终期）的法律行为

52 【答案】C

法律行为在约定的期限到来时，该行为所确定的法律效力消灭。

【提示 1】 条件具有不确定性，但期限具有确定性，“终将到来”！

【提示 2】 当事人若约定以“某人的死亡”（人固有一死，死亡终将到来）作为法律行为生效或失效的根据，应认定为“附期限法律行为”；若约定以“某人在某一事件中或某个特定的时间段内死亡”（具有不确定性）作为法律行为生效或失效的根据，应认定为“附条件法律行为”。

【总结比较】附条件法律行为与附期限法律行为

	条件未成就、期限未届满	条件成就、期限届满
附延缓条件、附始期的民事行为	成立，未生效	生效
附解除条件、附终期的民事行为	已生效	失效



第四章

代理制度

一、含义

代理是指代理人在代理权限内，以被代理人的名义（或自己名义）与第三人实施法律行为，由此产生的法律后果直接由被代理人承担的一种法律制度。

1. 三方主体：代理人、被代理人和第三人
2. 三种法律关系：
 - ① 代理人与被代理人之间的代理权法律关系
 - ② 代理人与第三人之间的实施代理行为法律关系
 - ③ 被代理人与第三人之间的承受代理行为法律后果的关系

二、代理的法律特征

1. 代理行为是民事法律行为。

【提示】

(1) 民事诉讼行为以及某些财政、行政行为（例如代理专利申请、代理商标注册）也可以代理

(2) 具有人身性质的民事法律行为（例如立遗嘱、结婚）、双方当事人约定必须由本人亲自实施的民事法律行为，不得代理。

2. 代理人以被代理人的名义实施民事法律行为。
3. 代理人在代理权限内独立向第三人进行意思表示

(1) 代理人必须拥有代理权，而且不能超越代理权限，否则，构成无权代理。

(2) 代理人在实施代理行为时应独立思考、自主作出意思表示，因此，代理人应为完全行为能力人，这是代理（借脑）与“传达”（借嘴）以及“代书”（借手）之间的区别

4. 代理行为的法律效果直接归属于被代理人

【例题】下列哪些情形属于代理？（2011年多选）⁵³

- A. 甲请乙从国外代购1套名牌饮具，乙自己要买2套，故乙共买3套一并结账
- B. 甲请乙代购茶叶，乙将甲写好茶叶名称的纸条交给销售员，告知其是为自己朋友买茶叶

- C. 甲律师接受法院指定担任被告人乙的辩护人
- D. 甲介绍歌星乙参加某演唱会，并与主办方签订了三方协议

▣ 三、代理与相关概念的区分

(一) 代理与委托

1. 区别

(1) 行为性质不同：代理行为必须是法律行为，委托实施的行为可以是法律行为，也可以是一般性事务。

(2) 涉及的当事人不同：代理行为涉及到被代理人、代理人和相对人三方当事人；委托行为可能只涉及委托人和受托人两方当事人。

2. 联系：委托关系是委托代理的前提

【解释】委托代理的步骤：代理人与被代理人之间订立委托合同（双方法律行为）→被代理人授予代理权（单方法律行为）→代理人实施代理行为

【例题】甲公司与15周岁的网络奇才陈某签订委托合同，授权陈某为甲公司购买价值不超过50万元的软件。陈某的父母知道后，明确表示反对。关于委托合同和代理权授予的效力，下列哪一表述是正确的？（2015年单选）⁵⁴

- A. 均无效，因陈某的父母拒绝追认
- B. 均有效，因委托合同仅需简单智力投入，不会损害陈某的利益，其父母是否追认并不重要
- C. 是否有效，需确认陈某的真实意思，其父母拒绝追认，甲公司可向法院起诉请求确认委托合同的效力
- D. 委托合同因陈某的父母不追认而无效，但代理权授予是单方法律行为，无需追认即有效

(二) 代理与行纪

1. 行纪的概念

行纪是指行纪人受他人委托以“自己的名义”从事商业活动的行为。

2. 二者的区别

(1) 实施行为的名义不同：行纪人是以自己的名义实施法律行为；代理人一般是以被

54 【答案】D

代理人的名义实施法律行为。

(2) 适用范围不同：行纪只适用于商业活动(一部分法律行为)；代理适用于法律行为。

(3) 法律效果的承担者不同：行纪的法律效果先由行纪人承受，然后通过其他法律关系转给委托人；代理的法律效果直接归属于被代理人享有。

(4) 是否有偿不同：行纪必须为有偿法律行为；代理既可有偿亦可无偿。

■ 四、代理权

1. 代理权的产生根据

(1) 法律规定：法定代理

(2) 被代理人的授权：委托代理

2. 代理权的滥用

自己代理	A——B——B	效力待定
双方代理	A——B——C	效力待定
恶意串通代理	代理人和相对人恶意串通，损害被代理人的利益	① 法律行为无效 ② 代理人和相对人承担连带责任

【例证 1】 甲委托朋友乙出卖其一价值 10 万元的二手车，没有明确授权范围，乙将该车以 8 万元的价格卖给自己。本案中：1. 乙的行为构成自己代理；2. 如果甲对该买卖行为进行追认，该买卖行为对甲生效；3. 如果甲对该买卖行为拒绝追认，该买卖行为无效。

【例证 2】 甲委托朋友乙出卖其一价值 10 万元的二手车，没有明确授权范围，丙委托乙购买一辆价格相当的二手车，乙同时代理双方签订了买卖合同。本案中：(1) 乙的行为构成双方代理；(2) 如果甲、丙对该买卖行为均予以追认，该买卖行为在甲、丙之间发生效力；(3) 如果甲、丙中任何一人或者双方对该买卖行为拒绝追认，该买卖行为无效。

【例题】 甲公司员工唐某受公司委托从乙公司订购一批空气净化器，甲公司对净化机单价未作明确限定。唐某与乙公司私下商定将净化机单价比正常售价提高 200 元，乙公司给唐某每台 100 元的回扣。商定后，唐某以甲公司名义与乙公司签订了买卖合同。对此，下列哪一选项是正确的？(2016 年单选)⁵⁵

- A. 该买卖合同以合法形式掩盖非法目的，因而无效
- B. 唐某的行为属无权代理，买卖合同效力待定
- C. 乙公司行为构成对甲公司的欺诈，买卖合同属可变更、可撤销合同

55 【答案】D

D. 唐某与乙公司恶意串通损害甲公司的利益，应对甲公司承担连带责任

3. 违法代理

代理人知道或者应当知道代理事项违法仍然实施代理行为，或者被代理人知道或者应当知道代理人的代理行为违法未作反对表示的，被代理人和代理人应当承担连带责任。

■ 五、无权代理

1. 无权代理的三种情形：

- (1) 没有授予代理权；
- (2) 超越代理权；
- (3) 代理权终止。

2. 法律后果：效力待定——被代理人的追认权、拒绝权

【提示】 默示追认：被代理人已经开始履行合同义务的，视为对合同的追认。

3. 第三人的权利：(1) 催告权(30日内；视为拒绝)；(2) 撤销权(条件：第三人善意；且被代理人未追认)

【例题 1】 下列哪种情形下，甲的行为构成无权代理？⁵⁶

- A. 甲拾得乙的身份证和银行卡，冒用乙的名义在银行取款后不知所踪
- B. 甲受乙之托，代替乙参加某商场的开业剪彩仪式，甲还临场发挥致辞一番
- C. 丙受乙之托紧急前往外地采购某时令药材，到目的地后丙患急病住院，因联系不到委托人乙，丙找到当地的大学同学甲代为采购，甲顺利完成任务
- D. 甲受乙之托前往外地与乙的债权人丙协商分期偿还债务事宜，甲刚接触到丙即接到乙的电话通知解除授权，甲继续与丙协商相关事宜

【例题 2】 甲委托乙采购一批电脑，乙受丙诱骗高价采购了一批劣质手机。丙一直以销售劣质手机为业，甲对此知情。关于手机买卖合同，下列哪些表述是正确的？(2012 年多选)⁵⁷

- | | |
|---------------|----------|
| A. 甲有权追认 | B. 甲有权撤销 |
| C. 乙有权以甲的名义撤销 | D. 丙有权撤销 |

56 【答案】D

57 【答案】ABC

【例题3】甲去购买彩票，其友乙给甲10元钱让其顺便代购彩票，同时告知购买号码，并一再嘱咐甲不要改变。甲预测乙提供的号码不能中奖，便擅自更换号码为乙购买了彩票并替乙保管。开奖时，甲为乙购买的彩票中了奖，二人为奖项归属发生纠纷。下列哪一分析是正确的？（2015年单选）⁵⁸

- A. 甲应获得该奖项，因按乙的号码无法中奖，甲、乙之间应类推适用借贷关系，由甲偿还乙10元
- B. 甲、乙应平分该奖项，因乙出了钱，而甲更换了号码
- C. 甲的贡献大，应获得该奖项之大部，同时按比例承担彩票购买款
- D. 乙应获得该奖项，因乙是委托人

■ 六、职务代理

1. 执行单位（法人或非法人组织）工作任务，以单位名义从事的法律行为，对单位发生效力
2. 单位对工作人员职权范围的限制，不得对抗善意相对人。

■ 七、表见代理

1. 构成要件

(1) 无代理权

(2) 相对人善意

(3) 客观上有使相对人相信无权代理人具有代理权的情形

① 行为人持有被代理人的介绍信或盖有印章的空白合同书；

② 无权代理人曾被授予代理权，且代理期限尚未结束，但是代理权实际上已经终止。

(4) 相对人基于这个客观情形而与无权代理人实施民事法律行为。

2. 法律效果：

① 发生与有权代理同样的法律效果，被代理人不享有追认权，即不能以代理人无代理权主张行为无效——被代理人等死

② 相对人享有选择权：既可以主张狭义无权代理，也可以主张表见代理——相对人找死

③ 被代理人向无权代理人的追偿权

【例题 1】 吴某是甲公司员工，持有甲公司授权委托书。吴某与温某签订了借款合同，该合同由温某签字、吴某用甲公司合同专用章盖章。后温某要求甲公司还款。下列哪些情形有助于甲公司否定吴某的行为构成表见代理？(2014 年多选)⁵⁹

- A. 温某明知借款合同上的盖章是甲公司合同专用章而非甲公司公章，未表示反对
- B. 温某未与甲公司核实，即将借款交给吴某
- C. 吴某出示的甲公司授权委托书载明甲公司仅授权吴某参加投标活动
- D. 吴某出示的甲公司空白授权委托书已届期

【例题 2】 下列哪些情形下，甲公司应承担民事责任？(2013 年多选)⁶⁰

- A. 甲公司董事乙与丙公司签订保证合同，乙擅自在合同上加盖甲公司公章和法定代表人丁的印章
- B. 甲公司与乙公司签订借款合同，甲公司未盖公章，但乙公司已付款，且该款用于甲公司项目建设
- C. 甲公司法定代表人乙委托员工丙与丁签订合同，借用丁的存款单办理质押贷款用于经营
- D. 甲公司与乙约定，乙向甲公司交纳保证金，甲公司为乙贷款购买设备提供担保。甲公司法定代表人丙以个人名义收取该保证金并转交甲公司出纳员入账

■ 八、复代理（转委托）

1. 合法转委托的三种情形

- (1) 经本人事先同意
- (2) 本人事后追认
- (3) 紧急情况下

【提示】 复代理人是被代理人（而非本代理人）的代理人，其行为的法律后果由被代理人承担。

2. 效力

- (1) 合法转委托：代理人仅就在对复代理人的选任和指示范围内向被代理人承担责任
 - ① 选任责任：即所选第三人其人品道德存在重大瑕疵并由此造成本人的损失
 - ② 指示责任：即对次代理人有错误指示并由此造成本人的损失
- (2) 擅自转委托：代理人须对复代理人的一切行为后果向被代理人承担责任

59 【答案】 CD

60 【答案】 ABCD



第五章

诉讼时效制度

一、性质与特征

1. 诉讼时效是一种法律事实（事件）
2. 具有强制性（当事人不能协议变更其期间长短、适用条件、适用范围，也不得排除其适用）

二、适用范围

原则	请求权（排除支配权、形成权、抗辩权）
例外	(1) 请求停止侵害、排除妨碍、消除危险、恢复名誉、消除影响——因为“还没完” (2) 不动产物权和登记的动产物权的权利人请求返还财产——因为“登记” (3) 请求支付抚养费、赡养费或者扶养费——因为“性质” (4) 确认请求权（请求确认物权、请求确认合同效力）——不属于请求权，属于救济权 (5) 依法不适用诉讼时效的其他请求权 ① 支付存款本金及利息请求权； ② 兑付国债、金融债券以及向不特定对象发行的企业债券本息请求权； ③ 基于投资关系产生的缴付出资请求权； ④ 公司债权人对未履行出资义务或未完全履行出资义务股东的补充赔偿请求权。

三、诉讼时效的效力——抗辩权发生

1. 债权人不丧失起诉权
 - (1) 法院应予受理；
 - (2) 受理后，法院不得以届满诉讼时效为由，裁定驳回起诉；
 - (3) 法院查明后，应判决驳回原告的诉讼请求。
2. 时效制度的适用以债务人提出抗辩为条件：当事人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。
3. 时效抗辩提出的时间
 - (1) 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。
 - (2) 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。
4. 实体权不丧失

(1) 债务人不得反悔：诉讼时效期间届满，当事人一方向对方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。

(2) 债权人不构成不当得利

【例题】 甲公司向乙公司催讨一笔已过诉讼时效期限的 10 万元货款。乙公司书面答复称：“该笔债务已过时效期限，本公司本无义务偿还，但鉴于双方的长期合作关系，可偿还 3 万元。”甲公司遂向法院起诉，要求偿还 10 万元。乙公司接到应诉通知后书面回函甲公司称：“既然你公司起诉，则不再偿还任何货款。”下列哪一选项是正确的？(2014 年单选)⁶¹

- A. 乙公司的书面答复意味着乙公司需偿还甲公司 3 万元
- B. 乙公司的书面答复构成要约
- C. 乙公司的书面回函对甲公司有效
- D. 乙公司的书面答复表明其丧失了 10 万元的时效利益

四、诉讼时效的种类

	起算点	期间	适用的纠纷类型
普通诉讼时效	主观起算点：权利人知道或应当知道权利被侵害以及义务人时起	3 年	一般纠纷
特别时效		4 年	(1) 国际货物买卖 (2) 技术进出口合同
最长诉讼时效	客观起算点：权利被侵害之日起	20 年	所有纠纷

【例题】 关于诉讼时效，下列哪些选项是正确的？(2008 年多选)⁶²

- A. 诉讼时效仅适用于请求权
- B. 一般诉讼时效期间属可变期间
- C. 诉讼时效期间均从权利人知道或应当知道权利被侵害时起计算
- D. 诉讼时效期间届满后所受领的给付构成不当得利

五、诉讼时效的起算

一般规则	权利人知道或应当知道被侵害以及义务人之日
具体情形	(1) 未定期限之债权——宽限期满，或首次请求遭拒之日 (2) 人身侵权——知道伤势、侵害人之日

61 【答案】A

62 【答案】AB

具体情形	(3) 分期履行的债权——最后一期履行期限届满之日 (4) 合同被撤销后之返还财产、赔偿损失请求权——合同被撤销之日 (5) 不当得利返还请求权——知道或者应当知道不当得利事实及对方当事人之日 (6) 附条件的或附期限的债的请求权——条件成就或期限届满之日 (7) 无因管理问题 ① 管理人的费用、损失求偿权——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 ② 被管理人的损失求偿权——知道或者应当知道管理人及损害事实之日 (8) 行为能力欠缺者对其法定代理人的请求权——法定代理终止之日 (9) 未成年人遭受性侵害的损害赔偿请求权——受害人年满十八周岁之日
------	--

▣ 六、诉讼时效的中止

(一) 中止事由——不可抗力、其他事由

1. 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；

2. 继承开始后未确定继承人或者遗产管理人；

3. 权利人被义务人或者其他人控制无法主张权利；

4. 其他导致权利人不能主张权利的客观情形。

(二) 中止事由发生的时间：最后 6 个月内

(三) 计算规则：诉讼时效中止。从中止时效的原因消除之日起，“继续计算”六个月。

【例题 1】 甲 8 周岁，多次在国际钢琴大赛中获奖，并获得大量奖金。甲的父母乙、丙为了甲的利益，考虑到甲的奖金存放银行增值有限，遂将奖金全部购买了股票，但恰遇股市暴跌，甲的奖金损失过半。关于乙、丙的行为，下列哪些说法是正确的？（2016 年多选）⁶³

- A. 乙、丙应对投资股票给甲造成的损失承担责任
- B. 乙、丙不能随意处分甲的财产
- C. 乙、丙的行为构成无因管理，无须承担责任
- D. 如主张赔偿，甲对父母的诉讼时效期间在进行中的最后 6 个月内因自己系无行为能力人而中止，待成年后继续计算

【例题 2】 关于诉讼时效，下列表述正确的是？⁶⁴

- A. 甲借给乙 10 万元，未约定还款期限，21 年后，甲才请求乙返还借款。甲请求乙还款的权利诉讼时效期间未经过

63 【答案】原答案为 ABD，现答案为 AB

64 【答案】A

- B. 甲、乙离婚5年后，甲发现乙隐匿了不少夫妻共同财产，甲仍有权向法院起诉请求重新分割被乙隐匿的夫妻共同财产，但该请求的诉讼时效期间为自甲发现或者应当发现次日起算
- C. 甲购买乙公司的取暖器因漏电被电伤，甲在诉讼时效届满前一个月，因重病昏迷长达三个月，甲对乙的诉讼时效在原诉讼时效届满日的基础上再延长三个月到期
- D. 连带保证人对已过诉讼时效的债务承诺清偿，该承诺将导致债务人也放弃时效利益

■ 七、诉讼时效的中断

1. 中断的概念

诉讼时效中断，是指在诉讼时效进行中，因法定事由的发生致使已经进行的诉讼时效期间全部归于无效，诉讼时效期间重新计算。

【提示 1】 诉讼时效“中断”与“中止”的重要区别在于：诉讼时效中止中，已经进行的诉讼时效期间仍然“算数”；而诉讼时效中断中，已经进行的诉讼时效“一笔勾销”，时效期间“重头再来”。

【提示 2】 诉讼时效的中止、中断可以多次进行，但不得超过法律规定的 20 年最长诉讼时效。

2. 中断事由

(1) 提起诉讼（起诉）

此处的“起诉”是广义上的概念，即只要是请求有关机关、组织保护民事权利，都属于“起诉”，都可导致诉讼时效中断。

接受请求的机关类型	请求的具体事项	发生中断的起始时间
请求“法院”	① 提起民事诉讼；	提交起诉状或者口头起诉之日
	② 申请支付令； ③ 申请破产、申报破产债权； ④ 为主张权利而申请宣告义务人失踪或死亡； ⑤ 申请诉前财产保全、诉前临时禁令等诉前措施； ⑥ 申请强制执行； ⑦ 申请追加当事人或者被通知参加诉讼； ⑧ 在诉讼中主张抵销； ⑨ 其他与提起诉讼具有同等诉讼时效中断效力的事项。	提出申请之日
请求“仲裁机关”	申请仲裁	

请求“其他争议解决机关、组织”	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	提出请求之日
请求“公检法”	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	报案或者控告之日

(2) 请求

① 一方直接向对方送交主张权利文书，对方在文书上签字、盖章或者能够以其他方式证明该文书到达对方当事人的；

单位：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；

个人：本人、同住的具有完全行为能力的亲属或者被授权主体。

② 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的；

③ 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；

④ 一方下落不明，对方在国家级或者下落不明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。

⑤ 部分债权请求，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。

【例题】关于诉讼时效中断的表述，下列哪一选项是正确的？(2011年单选)⁶⁵

- A. 甲欠乙10万元到期未还，乙要求甲先清偿8万元。乙的行为，仅导致8万元债务诉讼时效中断
- B. 甲和乙对丙因共同侵权而需承担连带赔偿责任计10万元，丙要求甲承担8万元。丙的行为，导致甲和乙对丙负担的连带债务诉讼时效均中断
- C. 乙欠甲8万元，丙欠乙10万元，甲对丙提起代位权诉讼。甲的行为，不会导致丙对乙的债务诉讼时效中断
- D. 乙欠甲10万元，甲将该债权转让给丙。自甲与丙签订债权转让协议之日起，乙的10万元债务诉讼时效中断

(3) 同意

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

65 【答案】B

诺或者行为。

【例题】 甲公司开发的系列楼盘由乙公司负责安装电梯设备。乙公司完工并验收合格投入使用后，甲公司一直未支付工程款，乙公司也未催要。诉讼时效期间届满后，乙公司组织工人到甲公司讨要。因高级管理人员均不在，甲公司新录用的法务小王，擅自以公司名义签署了同意履行付款义务的承诺函，工人们才散去。其后，乙公司提起诉讼。关于本案的诉讼时效，下列哪一说法是正确的？⁶⁶

- A. 甲公司仍可主张诉讼时效抗辩
- B. 因乙公司提起诉讼，诉讼时效中断
- C. 法院可主动适用诉讼时效的规定
- D. 因甲公司同意履行债务，其不能再主张诉讼时效抗辩

3. 中断的特殊规定

(1) 连带之债——牵连性：对于连带当事人中的一人发生诉讼时效中断效力的事由，对其他连带当事人也发生诉讼时效中断的效力。

(2) 债权人的代位权——“一箭双雕”：债权人提起代位权诉讼的，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。

(3) 债的移转——看通知：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。

【例题】 关于诉讼时效，下列哪一选项是正确的？(2012年单选)⁶⁷

- A. 甲借乙5万元，向乙出具借条，约定1周之内归还。乙债权的诉讼时效期间从借条出具日起计算
- B. 甲对乙享有10万元贷款债权，丙是连带保证人，甲对丙主张权利，会导致10万元贷款债权诉讼时效中断
- C. 甲向银行借款100万元，乙提供价值80万元房产作抵押，银行实现对乙的抵押权后，会导致剩余的20万元主债务诉讼时效中断
- D. 甲为乙欠银行的50万元债务提供一般保证。甲不知50万元主债务诉讼时效期间届满，放弃先诉抗辩权，承担保证责任后不得向乙追偿

66 【答案】A

67 【答案】C

■ 八、诉讼时效与除斥期间的区别

	除斥期间	诉讼时效
适用对象	形成权(撤销权、追认权、解除权)	债权请求权
援用主体	无论当事人是否主张, 法院均可以主动审查	必须由当事人主张后, 法院才能审查
法律后果不同	实体权利消灭	抗辩权发生→胜诉权消灭
期间性质	不变期间, 不能中断、中止和延长	可变期间, 可中断、中止和延长

第二部分 物权



第一章

物权概述

一、物与物权的概念

(一) 物的概念

- (1) 在人的身体之外；
- (2) 有体性；
- (3) 支配性；
- (4) 满足人类需要。

(二) 物的分类

(1) 动产与不动产

区分意义	动产(能够移动,且不损害价值)	不动产(空间上不能移动)
① 物权变动要件	交付(买卖、赠与、质押)	登记(买卖、赠与、抵押)
② 诉讼管辖	一般管辖规则(原告就被告)	专属管辖(不动产所在地法院)

(2) 流通物、限制流通物、禁止流通物

流通物	允许自由流通的物
限制流通物	流通的范围或程度受到限制(黄金、白银、外币、麻醉药等)
禁止流通物	法律明文禁止流通(国家专有物资、土地、矿藏、水流、淫秽出版物)
区分意义	民事主体违反有关限制流通物、禁止流通物的有关规定的,行为无效,当事人要承担相应的法律责任

(3) 特定物和种类物

区分意义	特定物(独一无二)	种类物(可以被替代)
① 适用的合同类型	租赁合同、使用借贷合同	借款合同
② 所有权转移时间	标的物交付时或者按当事人的约定	标的物交付时
③ 交付前灭失的法律责任	免除义务人交付原物的义务,由有过错者承担损害赔偿责任	义务人仍应交付同等种类物

(4) 主物和从物

示例	是否互相独立	是否存在功能上的辅助关系	是否归属于同一主体	是否主物和从物
甲的手提电脑和电脑包	Y	Y	Y	Y
乙的汽车和轮胎	N	Y	Y	N
丙的彩电和丁的遥控器	Y	Y	N	N

区分意义——除法律另有规定或当事人另有约定，主物所有权发生转移的，从物所有权也随之转移。

(5) 可分物与不可分物

区分标准	物是否可以分割并且是否因分割影响其性质或减损其价值
区分意义	共有物分割时，可分物可以进行实物分割，不可分物则只能变价分割或者约定由一方所有，并由其给对方经济补偿。

(6) 原物与孳息

区分标准	两物之间存在的原有物产生新物的关系
孳息的种类	天然孳息(果实、动物幼崽、牛奶、鸡蛋)和法定孳息(利息、租金) 【解释】天然孳息要与原物相分离，且天然孳息的收取不得改变原物的性质。
区分意义	① 天然孳息，由(原物)所有权人取得。 ② 一物之上既有所有权人，又有用益物权人的，因该物产生的天然孳息由用益物权人取得，当事人另有约定的，从其约定。 ③ 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。

【相关链接 1】在买卖合同中，标的物在交付之前产生的孳息，归出卖人所有，交付之后产生的孳息，归买受人所有。

【相关链接 2】标的物提存后，标的物的孳息归债权人所有。

【相关链接 3】抵押期间抵押人收取抵押物的孳息，抵押物自扣押之日起，由抵押权人收取抵押物的孳息，抵押权人未通知应当清偿法定孳息的义务人的除外，抵押权人收取的孳息，应当先充抵收取孳息的费用。

【相关链接 4】质押期间，由质权人收取质物产生的孳息，质权人收取的孳息，应当先充抵收取孳息的费用。

(7) 消耗物与不消耗物

① 消耗物：指仅能供权利人一次性使用的物；消耗物无法成为使用借贷、租赁等合同的标的物。

② 不消耗物，指能够供权利人反复使用的物。

思考：借手机与借鸡蛋的区别？

(8) 单一物、合成物与集合物

- ① 单一物：一个鸡蛋；
- ② 合成物：嵌有钻石的金戒指；
- ③ 集合物：一群牛。

【注意】单一物、合成物、集合物，在作为权利标的时，在法律观念上都是一个完整的物，且一物之上只有一个所有权。

(9) 定着物与附着物

	概念	性质	举例
定着物	固定于地上或地下、不能移动的物	不是所定着物的一部分，也不是从物，是独立的物，属于不动产	房屋、地下管道
附着物	附着于其他物上、可以与所附着之物分离，但分离之后不能正常发挥其用途的物	有的属于动产，有的属于不动产	电梯、浮雕、挂橱

(10) 货币

① 货币适用“占有即所有”规则，即丧失货币的占有，不存在作为物上请求权的返还请求权，仅存在不当得利返还请求权。

② 货币所有权的让与，是事实行为，以移转占有为标志，无论让与人有无行为能力，该让与行为均为有效。

③ 货币进行借贷时，借用人即时取得对货币的所有权，贷与人并不间接占有该货币，而仅对借用人享有债权。

(三) 物权的概念和分类

1. 物权的概念及特征

物权是指权利人依法对特定的物享有的直接支配和排他的权利。包括所有权、用益物权和担保物权。与债权相比，其特征如下：

- (1) 权利主体具有特定性：绝对权、对世权
- (2) 权利内容具有排他性：一物一权
- (3) 是直接支配一定的物：支配权

2. 物权的分类

(1) 法定分类：所有权、用益物权和担保物权

- ① 所有权(自物权)：包括国家所有权、集体所有权、私人所有权

- ② 用益物权：建设用地使用权、土地承包经营权、地役权、宅基地使用权、居住权
- ③ 担保物权：抵押权、质权、留置权

(2) 理论分类

① 主物权与从物权

主物权	能够独立存在的物权(所有权、除地役权外的用益物权)
从物权	不能独立存在,必须以其他权利存在作为前提的物权(担保物权、地役权)

② 登记物权与非登记物权

登记物权	以登记为公示方式的物权(船舶、航空器、机动车物权,动产抵押权,不动产权,部分权利质权) 【注意】 登记物权中,登记的效力又分为登记生效(登记是物权变动的必要条件)和登记对抗(登记不是物权变动的必要条件,未经登记不能对抗善意第三人)
非登记物权	不以登记为公示方式的物权(动产所有权、动产质权、动产留置权、部分权利质权)

③ 普通物权与准物权

普通物权	指由《民法典》所明确具体规定的物权(所有权、用益物权和担保物权)。
准物权	《民法典》宣示性地规定的海域使用权以及矿权、采矿权、取水权、养殖权和捕捞权等准物权。

■ 二、物权法基本原则

1. 一物一权原则

(1) 一物之上不能同时存在两个以上内容互相抵触的物权

【注意】 共有制度不违背一物一权原则。

【例题】 根据民法原理,下列表述中,不正确的是? ⁶⁸

- A. 所有权和抵押权可以同时存在于一物之上
- B. 用益物权和抵押权可以同时存在于一物之上
- C. 一间房屋上可以同时存在两个所有权
- D. 一间房屋上可以同时存在两个抵押权

(2) 一个物的重要成分上不能成立物权,而一个物的非重要成分则可以成为物权的客体

① 重要成分: 在一个物之相互结合的各个部分中,非经毁损或者变更其性质,不能

68 【答案】C

分离或者分离于经济上不合理者，如车上的油漆。

② 非重要成分：一个物之相互结合的各个部分中，重要成分之外的构成部分，如车上的轮胎。

【例证】甲的汽车发生车祸后，甲窃取乙的油漆给汽车重新刷了油漆，又窃取丙的汽车轮胎装在自己车上：①乙的油漆涂到甲的汽车上以后，油漆成了汽车的重要成分，不能继续成为另一个所有权的客体，乙对油漆的所有权因附合而消灭，甲取得附合物（修理后的汽车）的所有权，乙只能对甲主张侵权损害赔偿请求权或者不当得利返还请求权作为救济的途径。②丙的轮胎安装到甲的汽车上以后，轮胎仅为汽车（车是一个合成物）的非重要成分，可以继续成为另一所有权的客体，故丙依然对轮胎享有所有权（轮胎不发生附合），可对甲行使返还原物请求权，要求甲返还汽车轮胎。

(3) 分离后物的成分之所有权归属

物的成分，于分离后（无论分离方法如何），就不再是成分，而是一个独立的物，当然可以成为物权的客体。其所有权的归属依照下列规则确定：① 若为天然孳息，适用法律的有关规定。② 若非天然孳息：(a) 原则上，归所从分离之物的所有人所有；(b) 例外，若为无主动产，适用先占规则。

【例证】甲建造房屋时，擅取乙的3根木材作为房屋的屋梁，房屋建好后乙才发现。半年后，甲的房屋因地震而倒塌，乙在地上发现当初被甲擅取的3根木材。①房屋倒塌之前，3根木材所有权归属于谁？②房屋倒塌之后，3根木材所有权归属于谁？

【例题】潘某与刘某相约出游，潘某在长江边拾得一块奇石，爱不释手，拟带回家。刘某说，《民法典》规定河流属于国家所有，这一行为可能属于侵占国家财产。关于潘某能否取得奇石的所有权，下列哪一说法是正确的？⁶⁹

- A. 不能，因为石头是河流的成分，长江属于国家所有，石头从河流中分离后仍然属于国家财产
- B. 可以，因为即使长江属于国家所有，但石头是独立物，经有关部门许可即可以取得其所有权
- C. 不能，因为即使石头是独立物，但长江属于国家所有，石头也属于国家财产
- D. 可以，因为即使长江属于国家所有，但石头是独立物、无主物，依先占的习惯可以取得其所有权

69 【答案】D

2. 物权法定原则

(1) 内涵：物权的种类、内容由法律规定

(2) 违反物权法定原则的后果：① 不生物权法上的效力；② 产生债法上的效力

【例证 1】甲向乙借款 100 万元，甲以其一栋房屋给乙设立质押，双方签定了质押合同，甲将其房屋移交给乙占有。本例中：①根据民法典规定，质权的客体只能是动产或特定的财产权利，不动产之上不能设定质权；因此，甲为乙创设质权的行为不发生质权设定的效力。②甲乙之间的质押合同有效，甲应承担履行不能的违约责任，赔偿乙所受损害。

【例证 2】甲向乙借款 10 万元，甲以其一辆汽车给乙设立质押，双方签定了质押合同，并约定：质押期间，汽车由甲占有和使用，如果甲到期不偿还借款，乙有权拍卖汽车并就价款优先受偿。本例中：①根据民法典规定，动产质权自完成动产交付时生效，甲未将汽车交付给乙，甲为乙创设质权的行为不发生质权设定的效力；②甲乙之间的质押合同有效，甲应承担违约责任，赔偿乙所受损害。

【例题】甲将 300 册藏书送给乙，并约定乙不得转让给第三人，否则甲有权收回藏书。其后甲向乙交付了 300 册藏书。下列哪一说法是正确的？（2009 年单选）⁷⁰

- A. 甲与乙的赠与合同无效，乙不能取得藏书的所有权
- B. 甲与乙的赠与合同无效，乙取得了藏书的所有权
- C. 甲与乙的赠与合同为附条件的合同，乙不能取得藏书的所有权
- D. 甲与乙的赠与合同有效，乙取得了藏书的所有权

三、公示原则

是指物权的权利存在和变动必须通过一定的公示方法向社会公开，使第三人在物权变动时知道权利的实际状态，维护交易安全。

1. 物权需要公示的原因：物权是绝对权，有对世效力。

2. 物权公示的方法：① 占有和交付（动产）；② 登记（不动产和特殊动产）。

3. 物权公示的效力：

① 物权转移效力：公示生效主义（强制公示）和公示对抗主义（任意公示）

比较项	内涵	适用情形
公示生效主义	公示是物权转移的生效要件	房屋所有权、建设用地使用权、不动产抵押权、居住权、动产所有权、动产质权

公示对抗主义	物权转移不以公示为生效要件，但没有公示的物权转移不能对抗善意第三人	土地经营权、地役权、动产抵押权
--------	-----------------------------------	-----------------

② 物权推定效力：法定公示所彰显的权利人，被推定为合法权利人。

③ 公信效力：是指当物权依据法律规定进行了公示，即使该公示方法表现出来的物权实际存在瑕疵，为保护交易安全，对信赖该公示的物权并从事了物权交易的人，法律仍承认物权变动的法律效果。

【例证 1】 甲的手机借给乙占有使用（动产的公示），乙在使用期间擅自将手机卖给了不知情的丙，并完成了交付，根据公信原则，由于丙在购买手机时，手机处在乙的占有（公示）之下，并且丙基于信赖该公示的正确性而购买手机，因此，虽然公示出来的手机所有权与真实所有权不一致，丙的交易利益仍然受到保护，丙取得该手机所有权，甲失去手机所有权，无权向丙请求返还手机，只能请求乙赔偿损失。

【例证 2】 甲、乙夫妻二人在婚姻关系存续期间购买了一套房屋，该房屋属于夫妻共有财产，本应当登记（公示）为甲、乙共有，但是在产权登记时只登记在甲一人名下，甲未经乙的同意将房屋转让给不知情的丙，并办理了过户登记手续，根据公信原则，虽然公示出来的物权（房屋为甲所有）与事实上的物权状态（甲、乙共有）不相符，但法律保护信赖该公示的物权并从事物权交易的丙，房屋所有权归丙，乙的损失向甲追偿。

四、物权请求权

1. 物权请求权包括：返还原物请求权、停止侵害请求权、排除妨害请求权、消除危险请求权

2. 物权请求权之“返还原物请求权”，仅限于具有占有权能的物权——不包括抵押权

3. 返还原物请求权（基于物权而提出）不同于占有返还请求权（基于占有而提出）

4. 适用诉讼时效的物权请求权：未经登记动产的物权人的返还原物请求权

【例题 1】 小贝购得一只世界杯指定用球后兴奋不已，一脚踢出，恰好落入邻居老马家门前的水井中，正在井边清洗花瓶的老马受到惊吓，手中花瓶落地摔碎。老马从井中捞出足球后，小贝央求老马归还，老马则要求小贝赔偿花瓶损失。对此，下列哪些选项是正确的？（2010 年多选）⁷¹

A. 小贝对老马享有物权请求权

B. 老马对小贝享有物权请求权

71 【答案】AC

- C. 老马对小贝享有债权请求权
- D. 如小贝拒绝赔偿，老马可对足球行使留置权

【例题2】物权人在其权利的实现上遇有某种妨害时，有权请求造成妨害事由发生的人排除此等妨害，称为物权请求权。关于物权请求权，下列哪一表述是错误的？（2011年单选）⁷²

- A. 是独立于物权的一种行为请求权
- B. 可以适用债权的有关规定
- C. 不能与物权分离而单独存在
- D. 须依诉讼的方式进行

【例题3】叶某将自有房屋卖给沈某，在交房和过户之前，沈某擅自撬门装修，施工导致邻居赵某经常失眠。下列哪些表述是正确的？（2013年多选）⁷³

- A. 赵某有权要求叶某排除妨碍
- B. 赵某有权要求沈某排除妨碍
- C. 赵某请求排除妨碍不受诉讼时效的限制
- D. 赵某可主张精神损害赔偿

【例题4】甲、乙是邻居。乙出国2年，甲将乙的停车位占为己用。期间，甲将该停车位出租给丙，租期1年。期满后丙表示不再续租，但仍继续使用该车位。下列哪一表述是错误的？（2012年单选）⁷⁴

- A. 甲将乙的停车位占为己用，甲属于恶意、无权占有人
- B. 丙的租期届满前，甲不能对丙主张占有返还请求权
- C. 乙可以请求甲返还原物。在甲为间接占有人时，可以对甲请求让与其对丙的占有返还请求权
- D. 无论丙是善意或恶意的占有人，乙都可以对其行使占有返还请求权

72 【答案】D

73 【答案】ABC

74 【答案】D



第二章

物权变动

一、物权变动的形态

1. 物权的取得

(1) 原始取得：物权的取得非自他人（原物权人）之手继受而来。如通过先占取得无主物所有权（拾荒行为）、通过生产劳动获得成果的所有权，取得原物的孳息等，这些情况都属于物权的第一次发生。

(2) 继受取得：物权自前手继受而来。如通过买卖、赠与等法律行为获得他人之物的所有权，所有权人为他人创设他物权，通过继承获得被继承人财产所有权。

【注意 1】 区分物权的原始取得与继受取得的关键是权利人是否通过其前手获得物权。

【注意 2】 “善意取得”属于原始取得。

2. 物权的变更（主体、客体和内容的变更）

3. 物权的消灭（绝对消灭和相对消灭）

二、物权变动的原因

1. 基于法律行为而变动

(1) 情形：买卖、赠与、互易、创设他物权、抛弃所有权；

(2) 需要经过公示：公示的效力有公示生效主义和公示对抗主义两种。

2. 非基于法律行为而变动，不需要公示，但事后处分仍需要登记。

(1) 基于事实行为（如房屋建造行为）

(2) 基于法律规定（如继承）

【注意】 《民法典》删除了《物权法》中规定的“受遗赠”这一情形。

(3) 基于公法行为（人民法院、仲裁委员会的法律文书或政府的征收决定）

三、物权变动的区分原则

1. 区分原则的含义：在基于法律行为的物权变动中，应在观念与制度上区分物权变动效果的发生与债权效果的发生：

(1) 合同成立、生效 → 债权效果；

(2) 公示（交付或登记）→ 物权变动；

(3) 因欠缺公示手段导致不能发生物权变动效果的, 法律行为的效力不因此而受影响。

2. 区分原则的具体内容

(1) 房屋买卖(赠与): 若未办理过户登记, 所有权不转移, 但不影响买卖(赠与)合同的效力。

(2) 不动产抵押: 若未办理抵押登记, 抵押权不成立, 但不影响抵押合同的效力。

(3) 动产买卖(赠与): 若未交付动产, 动产所有权不转移, 但不影响动产买卖(赠与)合同效力。

(4) 动产质押: 未交付动产的, 质权不成立, 但不影响质押合同的效力。

(5) 居住权: 未办理居住权登记的, 居住权不成立, 但不影响居住权合同的效力。

【例题】 甲将房屋出卖给乙, 交付了房屋, 但尚未办理过户登记。几日后, 甲又将该房屋卖给不知情的丙, 并为丙办理了过户登记手续, 下列哪些选项是正确的?⁷⁵

- A. 该房屋所有权归乙
B. 该房屋所有权归丙
C. 乙可向甲主张违约责任
D. 乙可主张甲与丙的买卖合同无效

四、物权变动的公示及其法律效力

1. 动产物权变动的公示方式——交付(以发生物权变动为目的的转移占有)

(1) 现实交付(占有在当事人之间的转移)

(2) 观念交付

① 简易交付: 交付先行, 物权后变动

第一, 交付先行: 动产已经由对方直接占有, 但物权并未变动; 导致交付的原因一般是双方达成的“债权性合意”(借用、保管、租赁、委托、承揽等)。

第二, 物权后变动: 引起物权变动的时间点, 为买卖(质押)合同达成时。

第三, 适用范围: 动产所有权转移, 动产质权设立。

② 指示交付: 通过转让“请求第三人返还原物的权利”代替交付。

第一, 涉及三方当事人: 甲的动产由乙占有(借用、保管、租赁、委托、承揽等), 甲将该动产处分(出卖、质押)给丙。

第二, 指示交付的生效时间

(a) 甲与丙达成转让对乙的返还请求权的协议生效 = 甲向丙交付, 物权变动;

(b) 甲的通知到达乙, 对乙生效, 乙对丙承担返还义务。

75 【答案】BC

第三，指示交付完成后，丙请求乙返还原物仍然受到“甲与乙之间协议”的约束，即丙并不能即刻请求乙返还原物。

第四，适用范围：动产所有权转移，动产质权设立。

③ 占有改定：自主占有 → 他主占有

第一，两个合同：买卖合同 + 保管（租赁、借用、承揽、委托）合同

第二，物权变动时间：占有改定的约定生效时

第三，适用范围：动产所有权转移（动产质权设立不能适用）

(3) 交付的效力：

① 动产的所有权一般自“交付时”转移；

② 动产质权自“交付时”设立；

③ 以动产设定抵押的，抵押权自抵押合同生效时设立，此时无须交付，采用登记公示，而且采取的是登记对抗主义，即抵押权自抵押合同生效时设立，但不办理登记，不能对抗善意第三人。

④ 船舶、航空器、机动车辆等交通工具属于特殊的动产，这些动产的所有权变动仍以“交付”为准，只要完成标的物交付，就可发生所有权转移，但是如果未办理登记，不能对抗善意第三人。

【例题 1】 甲将自己收藏的一幅名画卖给乙，乙当场付款，约定 5 天后取画。丙听说后，表示愿出比乙高的价格购买此画，甲当即决定卖给丙，约定第二天交货。乙得知此事，诱使甲 8 岁的儿子从家中取出此画给自己。该画在由乙占有期间，被丁盗走。此时该名画的所有权属于下列哪个人？（2008 年单选）⁷⁶

- A. 甲
- B. 乙
- C. 丙
- D. 丁

【例题 2】 甲有一块价值一万元的玉石。甲与乙订立了买卖该玉石的合同，约定价金 11,000 元。由于乙没有带钱，甲未将该玉石交付与乙，约定三日后乙到甲的住处付钱取玉石。随后甲又向乙提出，再借用玉石把玩几天，乙表示同意。关于乙对该玉石所有权的取得和交付的表述，下列哪些选项是正确的？（2009 年多选）⁷⁷

- A. 甲、乙的买卖合同生效时，乙直接取得该玉石的所有权
- B. 甲、乙的借用约定生效时，乙取得该玉石的所有权

76 【答案】A

77 【答案】BD

- C. 由于甲未将玉石交付给乙，所以乙一直未取得该玉石的所有权
- D. 甲通过占有改定的方式将玉石交付给了乙

【例题 3】庞某有 1 辆名牌自行车，在借给黄某使用期间，达成转让协议，黄某以 8000 元的价格购买该自行车。次日，黄某又将该自行车以 9000 元的价格转卖给了洪某，但约定由黄某继续使用 1 个月。关于该自行车的归属，下列哪一选项是正确的？（2017 年单选）⁷⁸

- A. 庞某未完成交付，该自行车仍归庞某所有
- B. 黄某构成无权处分，洪某不能取得自行车所有权
- C. 洪某在黄某继续使用 1 个月后，取得该自行车所有权
- D. 庞某既不能向黄某，也不能向洪某主张原物返还请求权

2. 不动产物权变动的公示方式——登记

(1) 登记簿与权属证书

- ① 不动产的物权变动自记载于不动产登记簿时发生效力。
- ② 不动产权属证书与不动产登记簿不一致的，除有证据证明不动产登记簿确有错误外，以不动产登记簿为准。

(2) 更正登记

权利人、利害关系人认为不动产登记簿记载的事项有错误的，可以申请更正登记。不动产登记簿记载的权利人书面同意更正或者有证据证明登记确有错误的，登记机构应当予以更正。

(3) 异议登记

异议登记是利害关系人对不动产登记簿记载的权利提出异议并记入登记簿的行为，是在更正登记不能获得权利人同意后的补救措施。

① 异议登记使得登记簿上所记载权利失去正确性推定的效力，异议登记后，第三人不得主张基于登记而产生的公信力（不适用于善意取得）。

② 异议登记申请人在异议登记之日起 15 日内起诉，不起诉的，则异议登记失效。

【注意】异议登记失效后，当事人提起民事诉讼，请求确认物权归属的，应当依法受理。异议登记失效不影响人民法院对案件的实体审理。

③ 异议登记不当，造成权利人损害的，权利人可以向申请人请求损害赔偿。

【例题】某房屋登记的所有人为甲，乙认为自己是共有人，于是向登记机构申请更正登记。甲不同意，乙又于3月15日进行了异议登记。3月20日，丙打算买甲的房屋，但是到登记机构查询发现甲的房屋存有异议登记，遂放弃购买。乙申请异议登记后，发现自己的证据不足，遂对此事置之不理。哪些选项正确？（2008年多选）⁷⁹

- A. 异议登记后，未经乙同意处分该房屋的不发生物权效力
- B. 异议登记于3月31日失效
- C. 甲有权向乙请求赔偿损失
- D. 甲有权向登记机构请求赔偿损失

(4) 预告登记

当事人签订买卖房屋或者其他不动产物权的协议，为保障将来实现物权，按照约定可以向登记机构申请预告登记。

① 预告登记后，未经预告登记的权利人同意，处分该不动产的，不发生物权效力。

【解释】何谓处分？——(a) 转移不动产所有权；(b) 设定建设用地使用权、地役权、居住权、抵押权等其他物权。

② 预告登记后，债权消灭或者自能够进行不动产登记之日起90日内未申请登记的，预告登记失效。

【解释】何谓债权消灭？——(a) 买卖不动产物权的协议被认定无效、被撤销；(b) 预告登记的权利人放弃债权。

【例证】某开发商向李某出售一套在建的商品房，双方签订了商品房预售合同，李某向开发商支付了购房款，双方办理了预告登记。本案中：① 房屋建好后，开发商如果将合同约定的商品房出卖给王某，必须经过李某同意，否则无法办理过户登记，王某不能取得房屋所有权；② 如果商品房完工后，三个月内当事人没有申请办理过户登记，预告登记失效，即开发商将该房屋卖给第三人，第三人可以取得所有权。

【例题】甲公司开发写字楼一幢，于2008年5月5日将其中一层卖给乙公司，约定半年后交房，乙公司于2008年5月6日申请办理了预告登记。2008年6月2日甲公司因资金周转困难，在乙公司不知情的情况下，以该层楼向银行抵押借款并登记。现因甲公司不能清偿欠款，银行要求实现抵押权。下列哪一判断是正确的？（2009年单选）⁸⁰

- A. 抵押合同有效，抵押权设立
- B. 抵押合同无效，但抵押权设立

79 【答案】BC

80 【答案】C

C. 抵押合同有效，但抵押权不设立

D. 抵押合同无效，抵押权不设立

(5) 登记的效力

登记的法律效力	具体情形
登记生效	(1) 房屋所有权的转移 (2) 建设用地使用权的取得和转让 (3) 不动产抵押的设定 (4) 居住权的设立
登记对抗	(1) 土地承包经营权 (2) 地役权
登记处分(物权变动不以登记为生效要件，但事后处分时仍要登记，未经登记，不发生物权效力)	(1) 因人民法院、仲裁委员会的法律文书、人民政府的征收决定，导致物权设立、转让和消灭的，自法律文书生效或者人民政府的征收决定生效时发生法律效力 (2) 因继承取得物权的，自继承或者受遗赠开始时发生法律效力 (3) 因合法建造、拆除房屋等事实行为设立和消灭物权的，自事实行为成就时发生法律效力

【注意】上述人民法院、仲裁委员会的法律文书的范围：仅限于直接导致物权变动的“形成裁判”（不包括给付判决）——人民法院、仲裁委员会在分割共有不动产或者动产等案件中作出并依法生效的改变原有物权关系的判决书、裁决书、调解书，以及人民法院在执行程序中作出的拍卖成交裁定书、变卖成交裁定书、以物抵债裁定书。

【例证 1】甲、乙夫妻二人在婚姻关系存续期间购买了一套房屋，该房屋产权登记时只登记在甲一人名下，后甲乙感情不和，双方撕破脸皮，乙向法院诉请离婚，请求法院判决双方离婚，并请求将共有房屋判给自己，法院经过审理作出如下判决：甲乙离婚，共有房屋归乙所有。判决生效后，双方未办理房屋过户登记手续。本案中：①法院做出的关于共有房屋归乙所有的判决属于物权形成判决；②甲乙虽未办理过户登记手续，但乙已取得房屋所有权；③如果乙将房屋出卖给丙，必须办理登记手续（先将房屋从甲名下过户到乙名下，再由乙名下过户到丙名下），才能发生物权变动。

【例证 2】甲、乙夫妻二人在婚姻关系存续期间购买了一套房屋，该房屋产权登记时只登记在甲一人名下，后甲乙感情不和，双方好聚好散，达成书面离婚协议，约定：双方解除婚姻关系，共有房屋归乙一个人所有。后甲拒绝办理过户登记手续，乙诉至法院，法院判决甲办理过户登记手续，甲仍未办理。本案中：①法院作出的关于甲办理房屋过户登记手续的判决为给付判决；②判决生效，房屋所有权并未转移，仍归甲乙共有；③只有经过强制执行程序，办理过户登记手续后，乙才能获得房屋所有权。

【总结】 在考试中，判断一项判决是否是形成判决的一个重要标准是：当事人之间是否存在以转移物权为目的的合同（买卖合同、离婚协议、合伙协议），如果是有合同在先，一方不履行合同，另一方诉至法院，法院作出的判决为给付判决，该判决生效不会直接导致物权变动。

【例题 1】 甲、乙和丙于 2012 年 3 月签订了合伙协议，约定登记在丙名下的合伙房屋归甲、乙共有。后丙未履行协议。同年 8 月，法院判决丙办理该房屋过户手续，丙仍未办理。9 月，丙死亡，丁为其唯一继承人。12 月，丁将房屋赠给女友戊，并对赠与合同作了公证。下列哪一表述是正确的？（2013 年单选）⁸¹

- A. 2012 年 3 月，甲、乙按份共有房屋
- B. 2012 年 8 月，甲、乙按份共有房屋
- C. 2012 年 9 月，丁为房屋所有人
- D. 2012 年 12 月，戊为房屋所有人

【例题 2】 蔡永父母在共同遗嘱中表示，二人共有的某处房产由蔡永继承。蔡永父母去世前，该房由蔡永之姐蔡花借用，借用期未明确。2012 年上半年，蔡永父母先后去世，蔡永一直未办理该房屋所有权变更登记，也未要求蔡花腾退。2015 年下半年，蔡永因结婚要求蔡花腾退，蔡花拒绝搬出。对此，下列哪一选项是正确的？（2016 年单选）⁸²

- A. 因未办理房屋所有权变更登记，蔡永无权要求蔡花搬出
- B. 因诉讼时效期间届满，蔡永的房屋腾退请求不受法律保护
- C. 蔡花系合法占有，蔡永无权要求其搬出
- D. 蔡永对该房屋享有物权请求权

81 【答案】C

82 【答案】D



第三章

所有权

第一节 所有权取得的特别规定

一、先占

1. 客体：无主动产
2. 性质：事实行为
3. 所有权取得方式：原始取得

【例题】 私营企业主王某办公用的一台电脑损坏，遂嘱秘书张某扔到垃圾站。张某将电脑搬到垃圾站后想，与其扔了不如拿回家给儿子用，便将电脑搬回家，经修理后又能正常使用。王某得知电脑能够正常使用后，要求张某返还。下列哪些说法是错误的？（2003年多选）⁸³

- A. 张某违反委托合同，不能取得电脑的所有权
- B. 张某基于先占取得电脑的所有权
- C. 王某有权要回电脑，但应当向张某予以补偿
- D. 因抛弃行为尚未完成，王某可以撤回其意思表示，收回对电脑的所有权

二、添附：附合、混合、加工

因加工、附合、混合而产生的物的归属，有约定的，按照约定；没有约定或者约定不明确的，依照法律规定；法律没有规定的，按照充分发挥物的效用以及保护无过错的当事人的原则确定。因一方当事人的过错或者确定物的归属给另一方当事人造成损失的，应当给予赔偿或者补偿。

1. 附合：不同所有人的物密切结合，构成不可分割的一物

★附合物的所有权确定规则：

(1) 经同意且有约定，依约处理；(2) 无约定又协商不成：① 能拆就拆；② 不能拆，折价归“所有权人”；③ 损害赔偿。



“所有权人”的确定：

83 【答案】ACD

- ① 动产——不动产，由不动产所有人取得所有权
 - ② 动产——动产，按动产附合时的价值由各动产所有人共有附合物，或者由主物所有人享有附合物的所有权。
2. 混合：不同所有人的动产混合在一起，难以识别或分离，准用动产附合之规则。
 3. 加工：归原材料一方；加工价值明显大于原材料价值，反之。

■ 三、拾得遗失物

1. 性质：事实行为——不要求拾得人具有行为能力

2. 拾得人的义务

(1) 报告义务

(2) 拾得物保管义务

3. 拾得人的权利

① 拾得人可主张必要费用。

【注意】 拾得人如果对遗失物实施了无因管理行为，请求权利人返还必要费用没有获得满足时，可成立留置权。

② 一般无报酬请求权，但有悬赏广告的除外。

③ 拾得人侵占遗失物的，丧失必要费用请求权和悬赏报酬请求权。

4. 拾得人及有关部门的轻过失免责：拾得人在遗失物送交有关部门前，有关部门在遗失物被领取前，应当妥善保管遗失物；因“故意或者重大过失”致使遗失物毁损、灭失的，应当承担民事责任。

5. 遗失物归属：招领公告之日起1年内无人认领，归国家所有。

【例题】 甲遗失手链1条，被乙拾得。为找回手链，甲张贴了悬赏500元的寻物告示。后经人指证手链为乙拾得，甲要求乙返还，乙索要500元报酬，甲不同意，双方数次交涉无果。后乙在桥边玩耍时手链掉入河中冲走。下列哪一选项是正确的？（2017年单选）⁸⁴

- A. 乙应承担赔偿责任，但有权要求甲支付500元
- B. 乙应承担赔偿责任，无权要求甲支付500元
- C. 乙不应承担赔偿责任，也无权要求甲支付500元
- D. 乙不应承担赔偿责任，有权要求甲支付500元

■ 四、善意取得

1. 构成要件

甲(所有人)——乙(无权处分人)——丙(第三人)

(1) 转让人系无权处分, 且存在权利外观

- ① 一般动产: 乙占有甲的手机
- ② 特殊动产: 甲的汽车, 登记在乙名下
- ③ 不动产: 甲乙共有的房产, 登记在乙一个人的名下

(2) 受让人受让不动产或动产时为善意

① 善意的认定: 受让人受让不动产或者动产时, 不知道转让人无处分权, 且无重大过失的, 应当认定受让人为善意。

★具有下列情形之一的, 应当认定不动产受让人知道转让人无处分权:

- 登记簿上存在有效的异议登记;
- 预告登记有效期内, 未经预告登记的权利人同意;
- 登记簿上已经记载司法机关或者行政机关依法裁定、决定查封或者以其他形式限制不动产权利的有关事项;

● 受让人知道登记簿上记载的权利主体错误;

● 受让人知道他人已经依法享有不动产权利。

★受让人重大过失的认定:

→不动产转让: 真实权利人有证据证明不动产受让人应当知道转让人无处分权的, 应当认定受让人具有重大过失。

→动产转让: 受让人受让动产时, 交易的对象、场所或者时机等不符合交易习惯的, 应当认定受让人具有重大过失。

② 善意的举证责任: 真实权利人主张受让人不构成善意的, 应当承担举证证明责任。

③ “受让人受让该不动产或者动产时”的认定: 依法完成不动产物权转移登记或者动产交付之时。

(3) 以合理的价格转让

(4) 已完成公示: 动产已交付, 不动产已办理登记

【注意】 船舶、航空器和机动车等特殊动产的善意取得, 以“交付”为要件。

(5) 转让人基于原权利人的意思合法占有标的物——基于保管、借用、租赁、运输等法律关系占有标的物。

【注意 1】 盗赃物不适用善意取得

【注意 2】 遗失物不适用善意取得, 权利人可以: ① 向无权处分人请求赔偿; 或者②

二年内向受让人请求返还。但受让人如通过拍卖或有经营资格者处购得，权利人需支付受让人所付费用。

(6) 转让合同本身不存在效力瑕疵：转让合同无效、被撤销，不能适用善意取得

2. 法律效果

(1) 物权法律效果：在原权利人与受让人之间，原权利人丧失标的物的所有权，而受让人则基于善意取得制度而获得标的物的所有权。

【注意】善意受让人取得动产后，该动产上的原有权利消灭，但善意受让人在受让时知道或者应当知道该权利的除外。

(2) 债权法律效果：在原权利人与无权处分人之间，原权利人可以向无权处分人请求赔偿（违约或侵权）或者请求返还不当得利。

3. 适用范围

善意取得制度不仅仅适用于所有权的取得，建设用地使用权、土地承包经营权、抵押权、质权等他物权以及股权也可以善意取得。

【相关链接 1】土地承包经营权互换、转让的，当事人可以向登记机构申请登记；未经登记，不得对抗善意第三人。

【相关链接 2】当事人以所有权、使用权不明或者有争议的财产抵押，经审查构成无权处分的，人民法院应当依照善意取得制度的规定处理。

【相关链接 3】质权的善意取得——出质人以其不具有所有权但合法占有的动产出质的，法律保护善意质权人的权利。善意质权人行使质权给动产所有人造成损失的，由出质人承担赔偿责任。

【相关链接 4】隐名投资中的股权善意取得——名义股东将登记于其名下的股权转让、质押或者以其他方式处分，实际出资人以其对于股权享有实际权利为由，请求认定处分股权行为无效的，人民法院可以参照善意取得制度的规定处理。只要受让方构成善意取得，交易的股权可以最终为其所有。但是，名义股东处分股权造成实际出资人损失，实际出资人请求名义股东承担赔偿责任的，人民法院应予支持。

【相关链接 5】一股二卖中的股权善意取得——股权转让后尚未向公司登记机关办理变更登记，原股东将仍登记于其名下的股权转让、质押或者以其他方式处分，受让股东以其对于股权享有实际权利为由，请求认定处分股权行为无效的，人民法院可以参照善意取得制度的规定处理。第三人在受让原股东处分的股权时如果构成善意取得，则最终获得该股权；否则，原股东处分股权的行为无效。

【相关链接 6】公司对股东出资财产的善意取得——出资人以不享有处分权的财产出资，当事人之间对于出资行为效力产生争议的，人民法院可以参照善意取得制度的规定予以认

定。只要公司取得该财产符合善意取得构成要件，该财产可以最终为公司所有。

【例题1】下列哪一种情况下，善意第三人不能依据善意取得制度取得相应物权？（2007年单选）⁸⁵

- A. 保留所有权的动产买卖中，尚未付清全部价款的买方将其占有的标的物卖给不知情的第三人
- B. 电脑的承租人将其租赁的电脑向不知情的债权人设定质权
- C. 动产质权人擅自将质物转质于不知情的第三人
- D. 受托代为转交某一物品的人将该物品赠与不知情的第三人

【例题2】吴某和李某共有一套房屋，所有权登记在吴某名下。2010年2月1日，法院判决吴某和李某离婚，并且判决房屋归李某所有，但是并未办理房屋所有权变更登记。3月1日，李某将该房屋出卖给张某，张某基于对判决书的信赖支付了50万元价款，并入住该房屋。4月1日，吴某又就该房屋和王某签订了买卖合同，王某在查阅了房屋登记簿确认房屋仍归吴某所有后，支付了50万元价款，并于5月10日办理了所有权变更登记手续。下列哪些选项是正确的？（2011年多选）⁸⁶

- A. 5月10日前，吴某是房屋所有权人
- B. 2月1日至5月10日，李某是房屋所有权人
- C. 3月1日至5月10日，张某是房屋所有权人
- D. 5月10日后，王某是房屋所有权人

第二节 共有

一、概念

1. 按份共有和共同共有

(1) 按份共有：共有人对共有的不动产或动产按照其份额享有所有权。

【注意】按份共有人共有份额的确定：①有约定按约定；②没有约定或者约定不明，按照出资额确定；③不能确定出资额，视为份额均等。

(2) 共同共有：共有人对共有物不分份额地享有共同权利，承担共同义务。

【注意】共同共有的形成以共有人之间存在共同关系为前提，共同关系包括：婚姻关系、

85 【答案】D

86 【答案】BD

共同继承关系等。

2. 共有形态的推定

共有人对共有的不动产或者动产没有约定为按份共有或者共同共有，或者约定不明确的，除共有人具有家庭关系等外，视为按份共有。

二、内外部效力

1. 处分共有物及对共有物进行重大修缮、变更性质和用途

(1) 共同共有：有约定按约定，否则应当经全体共同共有人同意

(2) 按份共有：有约定按约定，否则应当经占“份额”2/3 以上的按份共有人同意

2. 共有物管理费及其他负担

(1) 共同共有：有约定按约定，否则共同共有人共同负担

(2) 按份共有：有约定按约定，否则按份共有人按照其份额负担

3. 债权债务

	共同共有	按份共有
对外关系	共有人享有连带债权、承担连带债务，但法律另有规定或者第三人知道共有人不具有连带债权债务关系的除外	
内部关系	除另有约定外，共同共有人共同享有、共同分担	除另有约定外，按份共有人按照份额享有债权、承担债务

4. 共有物的分割

	共同共有	按份共有
分割方式	(1) 协商确定分割方式 (2) 达不成协议：视情况分割实物，分割价款（折价、拍卖、变卖所得）	
事先约定不得分割，以维持共有关系的	按约定，但有重大理由需要分割的，仍可请求分割	
事先没有约定不得分割或者约定不明确	下列情形可以请求分割： (1) 共有的基础丧失 (2) 有重大理由需要分割	随时请求分割
因分割对其他共有人造成损害	分割请求人应当给予赔偿	
出卖分割所得财产	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，其他原共有人享有优先购买权	×

5. 按份共有人的优先购买权

按份共有人可自由转让共有份额，其他按份共有人没有同意权，但享有同等条件下的优先购买权。

(1) 同等条件的界定：应当综合共有份额的转让价格、价款履行方式及期限等因素确定。

(2) 行权期限

优先购买权的行使期间，按份共有人之间有约定的，按照约定处理；没有约定或者约定不明的，按照下列情形确定：

① 转让人向其他按份共有人发出的包含同等条件内容的通知中载明行使期间的，以该期间为准；

② 通知中未载明行使期间，或者载明的期间短于通知送达之日起 15 日的，为 15 日；

③ 转让人未通知的，为其他按份共有人知道或者应当知道最终确定的同等条件之日起 15 日；

④ 转让人未通知，且无法确定其他按份共有人知道或者应当知道最终确定的同等条件的，为共有份额权属转移之日起 6 个月。

(3) 不得主张优先购买权的情形

① 共有份额的权利主体因继承、遗赠等原因发生变化时，其他按份共有人主张优先购买的，不予支持，但按份共有人之间另有约定的除外。

② 按份共有人之间转让共有份额，其他按份共有人主张优先购买的，不予支持，但按份共有人之间另有约定的除外。

③ 按份共有人向共有人之外的人转让其份额，其他按份共有人根据法律、司法解释规定，请求按照同等条件购买该共有份额的，应予支持。其他按份共有人的请求具有下列情形之一的，不予支持：

● 未在行权期间内主张优先购买，或者虽主张优先购买，但提出减少转让价款、增加转让人负担等实质性变更要求；

● 以其优先购买权受到侵害为由，仅请求撤销共有份额转让合同或者认定该合同无效。

(4) 优先购买权的冲突解决

两个以上按份共有人主张优先购买且协商不成时，请求按照转让时各自份额比例行使优先购买权的，应予支持。

【例题 1】红光、金辉、绿叶和彩虹公司分别出资 50 万、20 万、20 万、10 万元建造一栋楼房，约定建成后按投资比例使用，但对楼房管理和所有权归属未作约定。对此，下

列哪一说法是错误的？（2010年单选）⁸⁷

- A. 该楼发生的管理费用应按投资比例承担
- B. 该楼所有权为按份共有
- C. 红光公司投资占50%，有权决定该楼的重大修缮事宜
- D. 彩虹公司对其享有的份额有权转让

【例题2】甲、乙、丙按不同的比例共有一套房屋，约定轮流使用。在甲居住期间，房屋廊檐脱落砸伤行人丁。下列哪些选项是正确的？（2009年多选）⁸⁸

- A. 甲、乙、丙如不能证明自己没有过错，应对丁承担连带赔偿责任
- B. 丁有权请求甲承担侵权责任
- C. 如甲承担了侵权责任，则乙、丙应按各自份额分担损失
- D. 本案侵权责任适用过错责任原则

【例题3】张某与李某共有一台机器，各占50%份额。双方共同将机器转卖获得10万元，约定张某和李某分别享有6万元和4万元。同时约定该10万元暂存李某账户，由其在3个月后返还给张某6万元。后该账户全部款项均被李某债权人王某申请法院查封并执行，致李某不能按期返还张某款项。下列哪一表述是正确的？（2014年单选）⁸⁹

- A. 李某构成违约，张某可请求李某返还5万元
- B. 李某构成违约，张某可请求李某返还6万元
- C. 李某构成侵权，张某可请求李某返还5万元
- D. 李某构成侵权，张某可请求李某返还6万元

【例题4】甲、乙、丙、丁按份共有一艘货船，份额分别为10%、20%、30%、40%。甲欲将其共有份额转让，戊愿意以50万元的价格购买，价款一次付清。关于甲的共有份额转让，下列哪些选项是错误的？（2016年多选）⁹⁰

- A. 甲向戊转让其共有份额，须经乙、丙、丁同意
- B. 如乙、丙、丁均以同等条件主张优先购买权，则丁的主张应得到支持
- C. 如丙在法定期限内以50万元分期付款的方式要求购买该共有份额，应予支持

87 【答案】C

88 【答案】ABCD

89 【答案】B

90 【答案】ABCD

D. 如甲改由向乙转让其共有份额，丙、丁在同等条件下享有优先购买权

【例题5】甲、乙、丙、丁按份共有某商铺，各自份额均为25%。因经营理念发生分歧，甲与丙商定将其份额以100万元转让给丙，通知了乙、丁；乙与第三人戊约定将其份额以120万元转让给戊，未通知甲、丙、丁。下列哪些选项是正确的？（2017年多选）⁹¹

- A. 乙、丁对甲的份额享有优先购买权
- B. 甲、丙、丁对乙的份额享有优先购买权
- C. 如甲、丙均对乙的份额主张优先购买权，双方可协商确定各自购买的份额
- D. 丙、丁可仅请求认定乙与戊之间的份额转让合同无效

第三节 建筑物区分所有权

一、建筑物区分所有权的特征

- 1. 复合性：专有权、共有权、成员权三部分组成
- 2. 专有权的主导性
 - (1) 专有权是共有权、成员权的前提
 - (2) 专有权大小决定共有权、成员权的大小
 - (3) 设定登记只需登记专有权

二、业主的范围

- 1. 所有权人
- 2. 取得合法占有（尚未办理所有权登记）的买受人

三、基本内容

（一）专有部分——单独所有

- 1. 专有部分的认定标准
 - (1) 具有构造独立性（明确区分）、利用独立性（排他使用）和登记独立性（法律认可）的房屋、车位、摊位都是专有部分。
 - (2) 关于露台：规划上专属于特定房屋，且销售时已经列入该特定房屋买卖合同中的露台，为专有部分。

91 【答案】BC

2. 专有部分权利行使的限制：住宅用房改为经营用房

(1) 原则上禁止

(2) 例外：① 遵守法律、法规以及管理规约外；② 经“有利害关系的业主”全体同意，否则，有利害关系的业主可请求排除妨害、消除危险、恢复原状或者赔偿损失。

(3) “有利害关系的业主”包括：① 本栋建筑物内的所有其他业主；② 本栋建筑物之外、应证明“受到”或者“可能受到”不利影响的其他业主。

(4) 以多数有利害关系的业主同意其行为进行抗辩的，人民法院不予支持。

(二) 共同部分

1. 范围：

(1) 地基、承重结构、外墙、屋顶、通道、楼梯、大堂、消防、公共照明设施、避难层、设备层或者设备间；

(2) 其他不属于业主专有部分，也不属于市政公用部分或者其他权利人所有的场所及设施等；

(3) 建筑区划内的土地，依法由业主共同享有建设用地使用权，但属于业主专有的整栋建筑物的规划占地或者城镇公共道路、绿地占地除外；

(4) 建筑区划内的道路，城镇公共道路的除外；

(5) 建筑区划内的绿地，城镇公共绿地、明示个人所有的除外；

(6) 建筑区划内其他公共场所、公共设施、物业服务用房；

(7) 建筑物及其附属设施的维修资金，属于业主共有；经业主共同决定，可以用于电梯、屋顶、外墙、无障碍设施等共有部分的维修、更新和改造；

(8) 建设单位、物业服务企业或者其他管理人等利用业主的共有部分产生的收益，在扣除合理成本之后，属于业主共有；

(9) 占用业主共用的道路或者其他场地用于停放汽车的车位。

【注意】小区内事先规划的车位、车库不属共有部分，建筑区划内，规划用于停放汽车的车位、车库应当首先满足业主的需要。如违反，有利害关系的业主可请求法院认定该买卖行为无效。

2. 共有权的内容及行使

(1) 费用分摊、收益分配：有约定的，按照约定；没有约定或者约定不明确的，按照业主专有部分占建筑物总面积的比例确定。

(2) 不得以放弃权利不履行义务。

(3) 专有权转让，共有权一并转让。

(4) 业主可基于对专有部分使用的合理需要，无偿利用屋顶以及与其专有部分相对应

的外墙面等共有部分的，不应认定为侵权。但不得违反法律、法规、管理规约，损害他人合法权益。

3. 共有权的保护——禁止擅自占用、处分业主共有部分、改变其使用功能或者进行经营性活动。否则，业主有权请求：

(1) 排除妨害、恢复原状、确认处分行为无效或者赔偿损失；

(2) 请求行为人将扣除合理成本之后的收益用于补充专项维修资金或者业主共同决定的其他用途的——行为人对成本的支出及其合理性承担举证责任。

(三) 成员权——共同管理权

1. 由业主共同决定的事项

(1) 制定和修改业主大会议事规则；

(2) 制定和修改管理规约；

(3) 选举业主委员会或者更换业主委员会成员；

(4) 选聘和解聘物业服务企业或者其他管理人；

(5) 使用建筑物及其附属设施的维修资金；

(6) 筹集建筑物及其附属设施的维修资金；

(7) 改建、重建建筑物及其附属设施；

(8) 改变共有部分的用途或者利用共有部分从事经营活动；

(9) 有关共有和共同管理权利的其他重大事项。

2. 表决要求

(1) 参加表决要求 (2/3+2/3)：业主共同决定事项，应当由专有部分占比 2/3 以上的业主且人数占比 2/3 以上的业主参加表决。

(2) 同意要求

① 一般事项 (1/2+1/2)：决定前款其他事项，应当经参加表决专有部分面积过半数的业主且参加表决人数过半数的业主同意。

② 特殊事项 (与钱有关)(3/4+3/4)：决定第 (6)-(8) 规定的事项，应当经参加表决专有部分面积 3/4 以上的业主且参加表决人数 3/4 以上的业主同意。

【例题】 王某有一栋两层楼房，在楼顶上设置了一个商业广告牌。后王某将该楼房的第二层出售给了张某。下列哪些选项是正确的？(2008 年多选)⁹²

A. 张某无权要求王某拆除广告牌

- B. 张某与王某间形成了建筑物区分所有权关系
- C. 张某对楼顶享有共有和共同管理的权利
- D. 张某有权要求与王某分享其购房后的广告收益

■ 四、业主的诉权

1. 业主对侵害自己合法权益的行为，可以提起单独或者共同诉讼；
2. 业主大会、业主委员会作出侵害业主权益的决定的，业主可以向法院提起撤销之诉，撤销权应当在知道或者应当知道业主大会或者业主委员会作出决定之日起一年内行使。



第四章

用益物权

一、概述

1. 客体：动产或不动产
2. 特征：与担保物权相比较
3. 类型：
 - (1) 建设用地使用权
 - (2) 土地承包经营权
 - (3) 宅基地使用权
 - (4) 地役权
 - (5) 居住权

二、土地承包经营权

1. 土地承包经营权的生效采意思主义，自土地承包经营合同生效时设立。
2. 承包方式
 - (1) 家庭承包
 - (2) 拍卖、招标、公开协商
 - ① 适用范围：四荒地——荒山、荒沟、荒丘、荒滩
 - ② 承包人资格——无限制，但本集体经济组织成员享有优先承包权
 - ③ 程序：发包方将农村土地发包给本集体经济组织以外的单位或者个人承包，应当事先经本集体经济组织成员的村民会议三分之二以上成员或者三分之二以上村民代表的同意，并报乡（镇）人民政府批准。
3. 互换和转让
 - (1) 土地承包经营权人依照法律规定，有权将土地承包经营权互换、转让。
 - (2) 土地承包经营权互换、转让的，当事人可以向登记机构申请登记；未经登记，不得对抗善意第三人。
4. 流转（三权分置）
 - (1) 以家庭承包方式取得的土地承包经营权，土地承包经营权人可以自主决定依法采取出租、入股或者其他方式向他人流转土地经营权。

【注意 1】《农村土地承包法》第 47 条：承包方可以用承包地的土地经营权向金融机构融资担保，并向发包方备案。受让方通过流转取得的土地经营权，经承包方书面同意并向发包方备案，可以向金融机构融资担保。担保物权自融资担保合同生效时设立。当事人可以向登记机构申请登记；未经登记，不得对抗善意第三人。实现担保物权时，担保物权人有权就土地经营权优先受偿。土地经营权融资担保办法由国务院有关部门规定。

【注意 2】通过招标、拍卖、公开协商等方式承包农村土地，经依法登记取得权属证书的，可以依法采取出租、入股、抵押或者其他方式流转土地经营权。

(2) 土地经营权人有权在合同约定的期限内占有农村土地，自主开展农业生产经营并取得收益。

(3) 流转期限为五年以上的土地经营权，自流转合同生效时设立。当事人可以向登记机构申请土地经营权登记；未经登记，不得对抗善意第三人。

【例题 1】季大与季小兄弟二人，成年后各自立户，季大一直未婚。季大从所在村集体经济组织承包耕地若干。关于季大的土地承包经营权，下列哪些表述是正确的？（2014 年多选）⁹³

- A. 自土地承包经营权合同生效时设立
- B. 如季大转让其土地承包经营权，则未经变更登记不发生转让的效力
- C. 如季大死亡，则季小可以继承该土地承包经营权
- D. 如季大死亡，则季小可以继承该耕地上未收割的农作物

【例题 2】关于土地承包经营权的设立，下列哪些表述是正确的？（2010 年多选）⁹⁴

- A. 自土地承包经营合同成立时设立
- B. 自土地承包经营权合同生效时设立
- C. 县级以上地方政府在土地承包经营权设立时应当发放土地承包经营权证
- D. 县级以上地方政府应当对土地承包经营权登记造册，未经登记造册的，不得对抗善意第三人

【例题 3】河西村在第二轮承包过程中将本村耕地全部发包，但仍留有部分荒山，此时本村集体经济组织以外的 Z 企业欲承包该荒山。对此，下列哪些说法是正确的？（2016

93 【答案】AD

94 【答案】BC

年多选)⁹⁵

- A. 集体土地只能以家庭承包的方式进行承包
- B. 河西村集体之外的人只能通过招标、拍卖、公开协商等方式承包
- C. 河西村将荒山发包给Z企业，经2/3以上村民代表同意即可
- D. 如河西村村民黄某也要承包该荒山，则黄某享有优先承包权

【例题4】村民胡某承包了一块农民集体所有的耕地，订立了土地承包经营权合同，未办理确权登记。胡某因常年在外，便与同村村民周某订立土地承包经营权转让合同，将地交周某耕种，未办理变更登记。关于该土地承包经营权，下列哪一说法是正确的？（2017年单选）⁹⁶

- A. 未经登记不得处分
- B. 自土地承包经营权合同生效时设立
- C. 其转让合同自完成变更登记时起生效
- D. 其转让未经登记不发生效力

■ 三、地役权

1. 概念

地役权人有权按照合同约定，利用他人的不动产，以提高自己的不动产的效益。

2. 地役权与相邻关系（非独立物权类型）

- (1) 过高要求与起码要求；
- (2) 约定与法定；
- (3) 有偿与无偿；
- (4) 相邻与否；
- (5) 登记与否。

【例题】某郊区小学校为方便乘坐地铁，与相邻研究院约定，学校人员有权借研究院道路通行，每年支付一万元。据此，学校享有的是下列哪一项权利？（2009年单选）⁹⁷

- A. 相邻权
- B. 地役权
- C. 建设用地使用权
- D. 宅基地使用权

95 【答案】BD

96 【答案】B

97 【答案】B

3. 设立：书面地役权合同——任意登记

4. 地役权的从属性

(1) 地役权不得单独转让——土地承包经营权、建设用地使用权等转让的，地役权、地役权义务一并转让。

(2) 地役权不得单独抵押——土地承包经营权、建设用地使用权等抵押的，在实现抵押权时，地役权一并转让。

【例题 1】李某从自己承包的土地上出入不便，遂与张某书面约定在张某承包的土地上开辟一条道路供李某通行，李某支付给张某 2 万元，但没有进行登记。下列哪一选项是错误的？（2008 年单选）⁹⁸

- A. 该约定属于有关相邻关系的约定
- B. 该约定属于地役权合同
- C. 如果李某将其承包经营权转移给他人，受让人有权在张某承包的土地上通行，但合同另有约定的除外
- D. 如果张某将其承包经营权转移给他人，则善意的受让人有权拒绝李某在自己的土地上通行

【例题 2】2013 年 2 月，A 地块使用权人甲公司与 B 地块使用权人乙公司约定，由甲公司在 B 地块上修路。同年 4 月，甲公司将 A 地块过户给丙公司，6 月，乙公司将 B 地块过户给不知上述情形的丁公司。下列哪些表述是正确的？（2013 年多选）⁹⁹

- A. 2013 年 2 月，甲公司对乙公司的 B 地块享有地役权
- B. 2013 年 4 月，丙公司对乙公司的 B 地块享有地役权
- C. 2013 年 6 月，甲公司对丁公司的 B 地块享有地役权
- D. 2013 年 6 月，丙公司对丁公司的 B 地块享有地役权

(3) 地役权与其他用益物权的关系

① 地役权在先——土地所有权人享有地役权或者负担地役权的，设立土地承包经营权、宅基地使用权时，该土地承包经营权人、宅基地使用权人继续享有或者负担已设立的地役权。

② 地役权在后——土地上已设立土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权

98 【答案】A

99 【答案】AB

等权利的，未经用益物权人同意，土地所有权人不得设立地役权。

■ 四、居住权

1. 概念

按照合同约定，对他人的住宅进行占有和使用，以满足生活居住需要的用益物权。

2. 居住权的设立（书面合同 + 登记）

(1) 订立书面居住权合同（无偿）

(2) 登记生效主义：设立居住权的，应当向登记机构申请居住权登记，居住权自登记时设立。

3. 禁止流转和出租

(1) 居住权不得转让、继承。

(2) 居住权涉及的住宅不得出租，但当事人另有约定的除外。

4. 居住权的消灭

居住权期限届满或居住权人死亡，居住权消灭。



第五章

占有

一、占有的分类

1. 自主占有与他主占有：以占有心态（是否自以为是所有权人的心态）为标准

- (1) 自主占有——“以所有权人的心态”而为的占有
- (2) 他主占有——“非以所有权人的心态”而为的占有

2. 直接占有与间接占有：以占有人事实上是否直接控制标的物为标准

【注意】 间接占有的成立须以间接占有人与直接占有人之间存在某种法律关系（一般为合同关系）为前提，表明占有人通过一定法律关系对其物有法律上的管领力。

【例证】 张龙将其平板电脑委托给赵虎保管，在赵虎保管期间，该电脑被马汉盗走。本例中：①在电脑被马汉盗走之前，赵虎是电脑的直接占有人，张龙是间接占有人；②电脑被马汉盗走后，马汉是直接占有人，此时，张龙、赵虎均不再为占有人。

3. 有权占有与无权占有：以标的物真正权属为标准

- (1) 有权占有——以合法权源为基础而为的占有。
- (2) 无权占有——没有合法权源而为的占有。

【注意】 有权占有中的合法权源既可以是物权，也可以是债权（合同之债或无因管理之债），但是基于债权的有权占有具有相对性，即只能向债权关系中的相对人主张。

【例证】 甲的房屋卖给乙并完成交付，但未过户登记。在乙占有使用期间，甲将房屋出卖给丙并完成过户登记。本例中：①虽然乙未取得房屋所有权，但乙对房屋的占有为基于买卖合同的合法占有，甲不得向乙主张返还；②乙对房屋的占有相对于丙而言构成无权占有，丙可请求乙返还房屋。

4. 善意占有与恶意占有：以占有心态（是否明知无权占有的心态）为准

【例证】 张三和李四是同事，两个人买了同一款华为手机，下班时，张三在不知情的情况下误将李四的手机当作自己的手机拿走。本例中：①张三对李四手机的占有属于无权占有；②在张三不知情的情况下，其占有为善意占有，若事后张三知悉该事实仍然占有手机，即转化为恶意占有。

【例题】甲遗失一部相机，乙拾得后放在办公桌抽屉内，并张贴了招领启事。丙盗走该相机，卖给了不知情的丁，丁出质于戊。对此，下列哪一种说法不正确？¹⁰⁰

- A. 乙对相机的占有属于无权占有 B. 丙对相机的占有属于他主占有
C. 丁对相机的占有属于自主占有 D. 戊对相机的占有属于直接占有

▣ 二、占有保护请求权（基于占有而提出）

1. 返还原物（占有返还请求权）

- (1) 行使主体：占有人（包括无权占有人）
(2) 行使前提：占有被他人侵夺（盗窃、抢劫、抢夺）
(3) 行使期限：自侵占发生之日起一年内未行使，请求权消灭（特别期限）

【注意】如果是物权人对标的物的占有被侵夺，就会出现物权请求权性质的返还原物请求权与占有返还请求权的竞合。

【例证1】武二在景阳岗狩猎获得名贵虎皮一张，并将其作为生日礼物馈赠给武大，武大委托金莲代为妥善保管，阿庆在与金莲约会时顺手偷走该虎皮。本例中：① 在虎皮被盗走之前，金莲对虎皮的占有属于有权占有、直接占有，武大的占有属于间接占有；② 阿庆的行为属于侵夺，构成无权占有，金莲可向其行使占有返还请求权，武大作为间接占有人也可向其行使占有返还请求权，武大作为所有权人，还可以向其行使返还原物请求权。

【例证2】上例中，如果是金莲披着虎皮参加阿庆主办的走台活动，不小心遗失虎皮，被王婆拾得。本例中：由于王婆的行为不构成侵占，故武大和金莲对其无占有返还请求权，但武大作为所有权人可对其行使返还原物请求权。

2. 排除妨害或消除危险：无期限限制

【例题】张某拾得王某的一只小羊拒不归还，李某将小羊从张某羊圈中抱走交给王某。下列哪一表述是正确的？（2014年单选）¹⁰¹

- A. 张某拾得小羊后因占有而取得所有权 B. 张某有权要求王某返还占有
C. 张某有权要求李某返还占有 D. 李某侵犯了张某的占有

▣ 三、权利人对无权占有人的请求权

（一）一般规则：原物和孳息一并返还

（二）占有物毁损、灭失时：

100 【答案】B

101 【答案】D

1. 占有人应将从第三人处取得的“保险金”、“赔偿金”、“补偿金”等返还予权利人，不足的，恶意占有人继续承担赔偿责任。

2. 占有人没有从第三人处取得“三金”（“保险金”、“赔偿金”、“补偿金”）的，适用与“不当得利”相同的返还规则。

(1) 善意占有（剩多少还多少）

(2) 恶意占有（占有多少还多少）

【注意】 此处区分“善意”、“恶意”仅仅针对确定标的物风险负担有意义，即只有在占有物因不可抗力等原因毁损灭失时，才适用上述规则。

【例证 1】 甲乙均为牧羊人，一日甲的一只羊混入乙的羊群，乙对此不知情。恰逢中秋佳节，乙将甲的该只羊宰杀并宴请亲朋好友吃烤全羊。问：甲是否有权请求乙赔偿损失？

【例证 2】 甲乙均为牧羊人，一日甲的一只羊混入乙的羊群，乙对此不知情。一日，因连降暴雨发生山体滑坡，乙的羊圈被泥石流吞没，圈中所养绵羊无一生还。问：甲是否有权请求乙赔偿损失？

■ 四、无权占有人的占有物费用返还请求权

1. 善意占有：可以要求费用的返还

2. 恶意占有：不可以要求费用的返还

【例题 1】 房地产开发企业甲先与乙签订买卖合同并交付该别墅，乙支付了全部房款，但未办理产权变更登记。后来，甲与不知情的丙签订买卖合同并办理了产权变更登记。再后来，甲又与不知情的丁签订了买卖合同。此日，该别墅被意外焚毁。下列关于乙的权利义务的何种表述是正确的？（2009 年多选）¹⁰²

- A. 若房屋未焚毁，丙有权要求乙搬离房屋
- B. 若房屋未焚毁，法院应确认该房屋为乙所有
- C. 乙对房屋的占有为善意、自主占有
- D. 乙应向丙赔偿因房屋焚毁而造成的损失

【例题 2】 甲将 1 套房屋出卖给乙，已经移转占有，没有办理房屋所有权移转登记。现甲死亡，该房屋由其子丙继承。丙在继承房屋后又将该房屋出卖给丁，并办理了房屋所有权移转登记。下列哪些表述是正确的？（2012 年多选）¹⁰³

102 【答案】AC

103 【答案】ABD（原答案：ABCD）

- A. 乙虽然没有取得房屋所有权，但是基于甲的意思取得占有，乙为有权占有
- B. 乙可以对甲的继承人丙主张有权占有
- C. 在丁取得房屋所有权后，乙可以以占有有正当权利来源对丁主张有权占有
- D. 在丁取得房屋所有权后，丁可以基于其所有权请求乙返还房屋

【例题3】一日清晨，甲发现一头牛趴在自家门前，便将其拴在自家院内，打探失主未果。时值春耕，甲用该牛耕种自家田地。期间该牛因劳累过度得病，甲花费300元将其治好。两年后，牛的主人乙寻牛来到甲处，要求甲返还，甲拒绝返还。下列哪一说法是正确的？(2009年单选)¹⁰⁴

- A. 甲应返还牛，但有权要求乙支付300元
- B. 甲应返还牛，但无权要求乙支付300元
- C. 甲不应返还牛，但乙有权要求甲赔偿损失
- D. 甲不应返还牛，无权要求乙支付300元

第三部分 担保



第一章

担保概述

■ 一、担保的从属性

1. 担保合同的从属性

(1) 当事人在担保合同中约定担保合同的效力独立于主合同，或者约定担保人对主合同无效的法律后果承担担保责任，该有关担保独立性的约定无效。

(2) 主合同有效的，有关担保独立性的约定无效不影响担保合同的效力；主合同无效的，人民法院应当认定担保合同无效，但是法律另有规定的除外。

2. 担保范围的从属性

(1) 当事人对担保责任的承担约定专门的违约责任，或者约定的担保责任范围超出债务人应当承担的责任范围，担保人主张仅在债务人应当承担的责任范围内承担担保责任的，人民法院应予支持。

(2) 担保人承担的责任超出债务人应当承担责任的范围，担保人向债务人追偿，债务人有权主张仅在其应当承担责任的范围内承担责任。担保人有权请求债权人返还超出部分（不当得利）。

■ 二、担保物权的受托持有

有下列情形之一的，当事人将担保物权登记在他人名下，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，债权人或者其受托人有权主张就该财产优先受偿：

- (1) 债券持有人提供的担保物权登记在债券受托管理人名下；
- (2) 为委托贷款人提供的担保物权登记在受托人名下；
- (3) 担保人知道债权人与他人之间存在委托关系的其他情形。

■ 三、特殊主体提供担保的效力问题

1. 学校、幼儿园等提供担保的效力

“以公益为目的的非营利性”学校、幼儿园、医疗机构、养老机构等提供担保的，担保行为无效，但是有下列情形之一的除外：

(1) 在购入或者以融资租赁方式承租教育设施、医疗卫生设施、养老服务设施和其他公益设施时，出卖人、出租人为担保价款或者租金实现而在该公益设施上保留所有权；

(2) 以教育设施、医疗卫生设施、养老服务设施和其他公益设施以外的不动产、动产或者财产权利设立担保物权。

【注意】 登记为营利法人的民办学校、幼儿园、医疗机构、养老机构等提供的担保，当事人主张担保无效的，人民法院不予支持。

2. 法定代表人越权担保的效力

(1) 相对人善意时越权担保有效

公司的法定代表人违反公司法关于公司对外担保决议程序的规定，超越权限代表公司与相对人订立担保合同，相对人善意的，担保合同对公司发生效力，相对人有权请求公司承担担保责任。

【解释】 善意，是指相对人在订立担保合同时不知道且不应当知道法定代表人超越权限。相对人有证据证明已对公司决议进行了合理审查，人民法院应当认定其构成善意，但是公司有证据证明相对人知道或者应当知道决议系伪造、变造的除外。

(2) 相对人非善意时越权担保的民事责任

法定代表人超越权限代表公司订立担保合同，相对人为非善意时：

- ① 担保合同对公司不发生效力；
- ② 相对人有权请求有过错的公司承担民事责任；
- ③ 法定代表人超越权限提供担保造成公司损失，公司有权请求法定代表人承担赔偿责任。

(3) 无须机关决议的例外情形

- ① 公司为其直接或者间接控制的公司开展经营活动向相对人提供担保。
- ② 担保合同系由单独或者共同持有公司三分之二以上对担保事项有表决权的股东签字同意。
- ③ 金融机构开立保函或者担保公司提供担保。

3. 上市公司提供担保的效力

(1) 已披露：相对人根据上市公司公开披露的关于担保事项已经董事会或者股东大会决议通过的信息，与上市公司订立担保合同，相对人主张担保合同对上市公司发生效力，并由上市公司承担担保责任的，人民法院应予支持。

(2) 未披露：相对人未根据上市公司公开披露的关于担保事项已经董事会或者股东大会决议通过的信息，与上市公司订立担保合同，上市公司主张担保合同对其不发生效力，且不承担担保责任或者赔偿责任的，人民法院应予支持。

4. 一人公司为其股东提供担保的效力

(1) 一人有限责任公司为其股东提供担保，公司以违反公司法关于公司对外担保决议程序的规定为由主张不承担担保责任的，人民法院不予支持。

(2) 公司因承担担保责任导致无法清偿其他债务，提供担保时的股东不能证明公司财产独立于自己的财产，其他债权人请求该股东承担连带责任的，人民法院应予支持。

5. 公司的分支机构提供担保的效力

(1) 一般公司的分支机构(经公司决议)：公司的分支机构未经公司股东(大)会或者董事会决议以自己的名义对外提供担保，相对人请求公司或者其分支机构承担担保责任的，人民法院不予支持，但是相对人不知道且不应当知道分支机构对外提供担保未经公司决议程序的除外。

(2) 金融机构的分支机构(营业执照载明或上级机构授权)：金融机构的分支机构在其营业执照记载的经营范围内开立保函，或者经有权从事担保业务的上级机构授权开立保函，金融机构或者其分支机构以违反公司法关于公司对外担保决议程序的规定为由主张不承担担保责任的，人民法院不予支持。金融机构的分支机构未经金融机构授权提供保函之外的担保，金融机构或者其分支机构主张不承担担保责任的，人民法院应予支持，但是相对人不知道且不应当知道分支机构对外提供担保未经金融机构授权的除外。

(3) 担保公司的分支机构(经公司授权)：担保公司的分支机构未经担保公司授权对外提供担保，担保公司或者其分支机构主张不承担担保责任的，人民法院应予支持，但是相对人不知道且不应当知道分支机构对外提供担保未经担保公司授权的除外。

■ 四、共同担保人之间的追偿问题

(一) 担保人互相追偿的情形

1. 对追偿及分担份额有约定——按约定

同一债务有两个以上第三人提供担保，担保人之间约定相互追偿及分担份额，承担了担保责任的担保人请求其他担保人按照约定分担份额的，人民法院应予支持。

2. 约定相互追偿但未约定分担份额或约定承担连带共同保证——按比例

同一债务有两个以上第三人提供担保，担保人之间约定承担连带共同担保，或者约定相互追偿但是未约定分担份额的，各担保人按照比例分担向债务人不能追偿的部分。

3. 在同一份合同上签章——按比例

同一债务有两个以上第三人提供担保，担保人之间未对相互追偿作出约定且未约定承担连带共同担保，但是各担保人在同一份合同书上签字、盖章或者按指印，承担了担保责任的担保人有权请求其他担保人按照比例分担向债务人不能追偿部分。

4. 其他情形——不得互相追偿

【解释】上述规则适用于所有的共同担保情形，除了共同保证，还包括共同物保以及混合担保（人保和物保混合）。

【例证1】甲向A银行借款90万元，乙、丙均提供保证担保，并分别与A银行签订保证合同，乙丙对互相追偿问题未作出约定。甲届期未履行债务，乙承担了保证责任，向A银行偿还了90万元，如果乙向甲追偿未果，不能请求丙分担。

【例证2】甲向A银行借款90万元，乙、丙均提供保证担保，乙丙约定承担连带保证责任。甲届期未履行债务，乙清偿了90万元，如果向甲追偿未果，乙可向丙追偿【 $90/(90+90)$ 】 $\times 90=45$ 万元。

【例证3】甲向A银行借款90万元，乙、丙均提供保证担保，乙丙对各自的担保份额以及分担比例均未作出约定，但均在同一份保证合同上签字盖章。甲届期未履行债务，乙清偿了90万元，如果向甲追偿后尚有30万元未获满足，乙可请求丙分担的数额为【 $90/(90+90)$ 】 $\times 30=15$ 万元。

（二）担保人受让债权行为的定性

同一债务有两个以上第三人提供担保，担保人受让债权的，人民法院应当认定该行为系承担担保责任。受让债权的担保人作为债权人无权请求其他担保人承担担保责任；该担保人请求其他担保人分担相应份额的，依照《民法典担保制度解释》关于担保人之间互相追偿规则来处理。

【例证】2020年4月30日，甲向乙借款10万元，2021年5月30日到期。A、B均提供连带责任保证担保，并分别与乙签订保证合同。2020年12月15日，乙因生意往来对A负有10万元债务。A与乙商议：乙将其对甲的10万元债权转让给A，并通知了甲和B。问：（1）A受让乙对甲的10万元债权的行为，应如何定性？（2）若甲不能履行到期债务，A能否向B主张承担保证责任？（3）A能否向B行使追偿权？

五、最高额担保

1. 最高额担保中的最高债权额，是指包括主债权及其利息、违约金、损害赔偿金、保管担保财产和实现担保物权的费用等在内的全部债权，但是当事人另有约定的除外。

2. 登记的最高债权额与当事人约定的最高债权额不一致的，人民法院应当依据登记的最高债权额确定债权人优先受偿的范围。

【例证】某银行向甲公司发放1000万元最高额贷款，合同约定最高额担保限额本金为1000万元，担保范围包括本金、利息、罚息、损害赔偿金和各类费用等，登记的最高债权额为1000万元。贷款到期后，借款人逾期未还全部本金1000万元并产生利息、费用等

合计 200 万元。抵押财产经评估市值约为 1500 万元。问：本例中，最高债权限额为多少？

■ 六、借新还旧时的担保责任

1. 旧贷担保人——不再承担担保责任

2. 新贷担保人承担担保责任的情形

(1) 新贷与旧贷系同一担保人提供的担保，债权人有权请求新贷的担保人继续承担担保责任。

(2) 新贷与旧贷系不同担保人提供的担保，或者旧贷无担保新贷有担保，且债权人有权证明新贷的担保人提供担保时对以新贷还旧贷的事实知道或者应当知道的。

3. 新贷担保人免于承担担保责任的情形

新贷与旧贷系不同担保人提供的担保，或者旧贷无担保新贷有担保，债权人不能证明新贷的担保人提供担保时对以新贷还旧贷的事实知道或者应当知道的。

4. 旧贷担保与新贷担保的衔接

主合同当事人协议以新贷偿还旧贷，旧贷的物的担保人在登记尚未注销的情形下同意继续为新贷提供担保，在订立新的贷款合同前又以该担保财产为其他债权人设立担保物权，其他债权人无权主张其担保物权顺位优先于新贷债权人。

【例证】2018 年 7 月，甲向 A 银行借款 100 万元，期限为 2 年，甲以自有房屋一套提供抵押担保，并于 2018 年 7 月 20 日办理抵押登记。2019 年 6 月，甲又以该房产作为抵押向 B 银行借款 100 万元，期限为 3 年，并于同年 8 月办理抵押登记。2020 年 7 月，甲无力偿还 A 银行的到期贷款，遂与 A 银行协议以新还旧，新贷期限为 2 年，仍以该房产为新贷提供抵押担保。协议生效后，双方未办理旧贷抵押登记注销手续，也未办理新贷抵押登记。A 银行、B 银行的贷款到期后，甲均未能偿还，两家银行欲行使抵押权。如何确定 A 银行和 B 银行的抵押权顺位？

■ 七、担保合同无效的法律后果

1. 主合同有效而担保合同无效

(1) 债权人与担保人均有过错的，担保人承担的赔偿责任不应超过债务人不能清偿部分的二分之一；

(2) 担保人有过错而债权人无过错的，担保人对债务人不能清偿的部分承担赔偿责任；

(3) 债权人有过错而担保人无过错的，担保人不承担赔偿责任。

2. 主合同无效导致担保合同无效

(1) 担保人无过错的，不承担赔偿责任；

(2) 担保人有过错的，其承担的赔偿责任不应超过债务人不能清偿部分的三分之一。

■ 八、对债务人的追偿权

1. 承担了担保责任或者赔偿责任的担保人向债务人追偿的，人民法院应予支持。

2. “债务人”自己提供物的担保，承担了担保责任或者赔偿责任的担保人，在其承担责任的范围内主张行使债权人对债务人享有的担保物权的，人民法院应予支持。

3. 担保合同无效，承担了赔偿责任的担保人按照反担保合同的约定，在其承担赔偿责任的范围内请求反担保人承担担保责任的，人民法院应予支持。

【注意】担保合同无效，并不导致反担保合同无效。



第二章

保证

一、保证的概念

1. 保证担保属于“人保”，即以保证人的一般财产而非特定财产为债权提供的担保。
2. 债权人对保证人的财产不享有优先受偿权。

二、保证合同

1. 当事人：债权人与保证人（债务人之外的第三人）。
2. 内容：约定当债务人不履行债务时，由保证人承担保证债务。
3. 性质：单务合同、无偿合同（与债务人是否支付给保证人一定金钱没有关系）、诺成合同、要式合同（书面形式）、从合同。

【注意 1】 主合同无效，保证合同无效。

【注意 2】 保证合同被确认无效后，债务人、保证人、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。

4. 保证合同的形式

- (1) 独立于主债权债务合同的书面保证合同。
- (2) 主债权债务合同中的保证条款（包括第三人以保证人身份在主合同上签字盖章）。
- (3) 第三人单方以书面形式向债权人作出保证，债权人接受且未提出异议。

5. 保证合同的认定

(1) 第三人向债权人提供差额补足、流动性支持等类似承诺文件作为增信措施，具有提供担保的意思表示，债权人请求第三人承担保证责任的，人民法院应当依照保证的有关规定处理。

(2) 第三人向债权人提供的承诺文件，具有加入债务或者与债务人共同承担债务等意思表示的，人民法院应当认定为“债务加入”。

(3) 第三人提供的承诺文件难以确定是保证还是债务加入的，人民法院应当将其认定为保证。

(4) 第三人向债权人提供的承诺文件不符合前三款规定的情形，债权人请求第三人承担保证责任或者连带责任的，人民法院不予支持，但是不影响其依据承诺文件请求第三人履行约定的义务或者承担相应的民事责任。

【例题 1】甲向乙借款 5 万元，乙要求甲提供担保，甲分别找到友人丙、丁、戊、己，他们各自作出以下表示，其中哪些构成保证？（2008 年多选）¹⁰⁵

- A. 丙在甲向乙出具的借据上签署“保证人丙”
- B. 丁向乙出具字据称“如甲到期不向乙还款，本人愿代还 3 万元”
- C. 戊向乙出具字据称“如甲到期不向乙还款，由本人负责”
- D. 己向乙出具字据称“如甲到期不向乙还款，由本人以某处私房抵债”

【例题 2】甲乙双方拟订的借款合同约定：甲向乙借款 11 万元，借款期限为 1 年。乙在签字之前，要求甲为借款合同提供担保。丙应甲要求同意担保，并在借款合同保证人一栏签字，保证期间为 1 年。甲将有担保签字的借款合同交给乙。乙要求从 11 万元中预先扣除 1 万元利息，同时将借款期限和保证期间均延长为 2 年。甲应允，双方签字，乙依约将 10 万元交付给甲。下列哪一表述是正确的？（2011 年单选）¹⁰⁶

- A. 丙的保证期间为 1 年
- B. 丙无须承担保证责任
- C. 丙应承担连带保证责任
- D. 丙应对 10 万元本息承担保证责任

【例题 3】方某、李某、刘某和张某签订借款合同，约定：“方某向李某借款 100 万元，刘某提供房屋抵押，张某提供保证。”除李某外其他人都签了字。刘某先把房本交给了李某，承诺过几天再作抵押登记。李某交付 100 万元后，方某到期未还款。下列哪一选项是正确的？（2015 年单选）¹⁰⁷

- A. 借款合同不成立
- B. 方某应返还不当得利
- C. 张某应承担保证责任
- D. 刘某无义务办理房屋抵押登记

■ 三、保证人资格

下列主体不得作为保证人：

- ① 机关法人（经国务院批准为使用外国政府或者国际经济组织贷款进行转贷的除外）
- ② 以公益为目的的非营利性法人、非法人组织
- ③ 企业职能部门

105 【答案】ABC

106 【答案】B

107 【答案】C

四、保证方式

1. 一般保证与连带责任保证

(1) 一般保证

当事人在保证合同中约定，债务人“不能履行”债务时，由保证人承担保证责任。

【解释】一般保证中，保证人承担第二顺序的“补充责任”，保证人享有先诉抗辩权，即只有在对债务人“穷尽一切法律手段（诉讼或仲裁并强制执行）”后，债务人仍然不能清偿债务时，保证人才承担保证责任。

【注意 1】先诉抗辩权的行使限制：① 债务人下落不明，且无财产可供执行的；② 人民法院受理债务人破产案件，中止执行程序的；③ 债权人有证据证明债务人的财产不足以履行全部债务或者丧失履行债务能力；④ 保证人以“书面形式”放弃先诉抗辩权的。

【注意 2】一般保证的保证人在主债务履行期限届满后，向债权人提供债务人可供执行财产的真实情况，债权人放弃或者怠于行使权利致使该财产不能被执行的，保证人在其提供可供执行财产的价值范围内不再承担保证责任。

【注意 3】一般保证的债权人取得对债务人赋予强制执行效力的公证债权文书后，在保证期间内向人民法院申请强制执行，保证人以债权人未在保证期间内对债务人提起诉讼或者申请仲裁为由主张不承担保证责任的，人民法院不予支持。

(2) 连带责任保证

当事人在保证合同中约定保证人和债务人对债务承担连带责任的，为连带责任保证。

【解释】连带责任保证的债务人“不履行”到期债务或者发生当事人约定的情形时，债权人既可以要求债务人履行债务，也可以要求保证人在其保证范围内承担保证责任。

(3) 一般保证的推定

对保证方式没有约定或约定不明确，按一般保证承担保证责任。

【总结比较】一般保证 Vs 连带保证

	一般保证	连带保证
定义	“ <u>保证人与债权人</u> ”约定，当债务人“不能”履行债务时，由保证人承担保证责任—— <u>有先后</u>	保证人与债权人约定，保证人与债务人对债务承担连带责任—— <u>无先后</u>
先诉抗辩权	一般保证有先诉抗辩权	连带责任保证人无先诉抗辩权
界定	对保证方式没有约定或约定不明确，按一般保证承担保证责任。 【解释 1】 当事人在保证合同中约定了保证人在债务人不能履行债务或者无力偿还债务时才承担保证责任等类似内容，具有债务人应当先承担责任的意思表示的，人民法院应当将其认定为一般保证。	

界定	【解释2】当事人在保证合同中约定了保证人在债务人不履行债务或者未偿还债务时即承担保证责任、无条件承担保证责任等类似内容，不具有债务人应当先承担责任的意思表示的，人民法院应当将其认定为连带责任保证。
----	--

(4) 保证人的诉讼地位

① 一般保证中：

(a) 债权人一并起诉债务人和保证人的，人民法院可以受理，但是应当在判决书中明确，保证人仅在对债务人财产依法强制执行后仍不能履行的部分承担保证责任，即保证人仍只承担“补充责任”。

(b) 一般保证中，债权人以债务人为被告提起诉讼的，人民法院应予受理。债权人未就主合同纠纷提起诉讼或者申请仲裁，仅起诉一般保证人的，人民法院应当驳回起诉。

② 连带责任保证中：债权人可以将债务人或者保证人作为被告起诉（分开告），也可以将债务人和保证人作为共同被告起诉（一起告）。

2. 单独保证和共同保证（保证人的数量为二人或二人以上）

(1) 单独保证：一个保证人提供的保证

(2) 共同保证：两个以上保证人提供的保证

【总结】共同保证的具体情形

	适用情形	担保责任承担	追偿
按份共同保证	“各保证人与债权人”约定按份额承担保证义务	各保证人按照份额承担保证责任	对互相追偿及分担份额有约定，按约定；否则，只能分别向债务人追偿
连带共同保证	共同保证人与债权人明确约定对主债务承担连带责任	各保证人承担连带责任	各担保人按照比例分担向债务人不能追偿的部分
其他情形	共同保证人在同一份合同上签字盖章或按指印	债权人可请求任何一个保证人在其担保范围内承担保证责任	对互相追偿及分担份额有约定，按约定；否则，各担保人按照比例分担向债务人不能追偿的部分
	各保证人分别签订保证合同		对互相追偿及分担份额有约定，按约定；否则，只能向债务人追偿

【比较】连带责任保证 Vs 连带共同保证

	适用情形	担保责任承担	追偿
连带责任保证	明确约定	“保证人与主债务人”连带承担	向债务人追偿
连带共同保证	明确约定	“各保证人之间”承担连带保证责任	各保证人按照比例分担 向债务人不能追偿的部分

【例题】甲对乙享有 60 万元债权，丙、丁分别与甲签订保证合同，但未约定保证责任的范围和方式。下列关于乙、丙、丁关系的表述何者正确？¹⁰⁸

- A. 丙、丁的保证都为一般保证
- B. 丙、丁对乙的全部债务承担保证责任，但彼此之间不负连带责任
- C. 若丙与丁事后约定各自担保乙的 30 万元债务，该约定未经甲的同意不能生效
- D. 若丁代乙清偿了全部债务，可向丙请求分担向乙不能追偿的部分

▣ 五、保证责任

1. 担保范围：约定——无约定，或约定不明，担保全部债务（主债权及利息、违约金、损害赔偿金和实现债权的费用）

2. 主合同变更与保证责任承担

债权转让	原则上：不影响保证责任承担，无需保证人同意，但要通知保证人，否则，该转让对保证人不发生效力。	
	例外	保证人与“债权人”约定禁止债权转让。
债务承担	经过保证人“书面同意”，否则——保证人免责，但是债权人和保证人另有约定的除外。	
第三人加入	第三人加入债务的，保证人的保证责任不受影响。	
内容变更	经过保证人“书面同意”，保证人对变更后的债务承担保证责任	
	未经保证人“书面同意”——不得加重保证人负担 ① 如果减轻债务人的债务的，保证人仍应当对变更后的合同承担保证责任； ② 如果加重债务人的债务的，保证人对加重的部分不承担保证责任； ③ 变更主合同履行期限的，保证期间不受影响。	

【例题】甲公司与乙公司达成还款计划书，约定在 2012 年 7 月 30 日归还 100 万元，8 月 30 日归还 200 万元，9 月 30 日归还 300 万元。丙公司对三笔还款提供连带责任保证，

未约定保证期间。后甲公司同意乙公司将三笔还款均顺延3个月，丙公司对此不知情。乙公司一直未还款，甲公司仅于2013年3月15日要求丙公司承担保证责任。关于丙公司保证责任，下列哪一表述是正确的？(2014年单选)¹⁰⁹

- A. 丙公司保证担保的主债权为300万元
- B. 丙公司保证担保的主债权为500万元
- C. 丙公司保证担保的主债权为600万元
- D. 因延长还款期限未经保证人同意，丙公司不再承担保证责任

▣ 六、保证期间（性质上为除斥期间）

1. 期间的确定

- (1) 约定优先；
- (2) 未约定或约定不明：为主债务履行期届满之日起6个月。

【注意】债权人与债务人对主债务履行期限没有约定或者约定不明确的，保证期间自债权人请求债务人履行债务的宽限期届满之日起计算。

【解释1】保证合同约定的保证期间早于主债务履行期限或者与主债务履行期限同时届满的，视为没有约定。

【解释2】保证合同约定保证人承担保证责任直至主债务本息还清时为止等类似内容的，视为约定不明。

2. 效果：保证期间届满，保证人免责。

- (1) 一般保证：债权人须在“保证期间内”向债务人提起“诉讼或仲裁”
- (2) 连带保证：债权人须在“保证期间内”向保证人提出主张

【注意】债权人在保证期间内未依法行使权利的，保证责任消灭。保证责任消灭后，债权人书面通知保证人要求承担保证责任，保证人在通知书上签字、盖章或者按指印，债权人请求保证人继续承担保证责任的，人民法院不予支持，但是债权人有证据证明成立了新的保证合同的除外。

(3) 共同保证的保证期间

① 同一债务有两个以上保证人，债权人以其已经在保证期间内依法向部分保证人行使权利为由，主张已经在保证期间内向其他保证人行使权利的，人民法院不予支持。

② 同一债务有两个以上保证人，保证人之间相互有追偿权，债权人未在保证期间内依法向部分保证人行使权利，导致其他保证人在承担保证责任后丧失追偿权，其他保证人

主张在其不能追偿的范围内免除保证责任的，人民法院应予支持。

【总结】不论是否为连带共同保证，保证期间的法律效力在各保证人之间是互相独立的。

(4) 撤诉是否影响保证期间？

① 一般保证的债权人在保证期间内对债务人提起诉讼或者申请仲裁后，又撤回起诉或者仲裁申请，债权人在保证期间届满前未再行提起诉讼或者申请仲裁，保证人主张不再承担保证责任的，人民法院应予支持。

② 连带责任保证的债权人在保证期间内对保证人提起诉讼或者申请仲裁后，又撤回起诉或者仲裁申请，起诉状副本或者仲裁申请书副本已经送达保证人的，人民法院应当认定债权人已经在保证期间内向保证人行使了权利。

(5) 保证合同无效时的保证期间

保证合同无效，债权人未在保证期间内依法行使权利，保证人有权主张不承担赔偿责任。

【总结】 保证期间

作用	债权人超过此期间主张权利的，保证人不承担保证责任。——除斥期间	
提出方式	一般保证	债权人在此期间向债务人提起诉讼或仲裁，即确认了保证人的保证责任
	连带保证	债权人在此期间向保证人提出承担保证责任，即确认了保证人的保证责任
起点	① 一般为主债务履行期届满之日； ② 主债务履行期限没有约定或者约定不明的，宽限期开始计算。	
长短	① 有约定按约定； ② 没有约定或约定不明的：主债务履行期届满之日起 6 个月。 【解释 1】保证合同约定的保证期间早于或等于主债务履行期限的，视为没有约定。 【解释 2】保证合同约定保证人承担保证责任直至主债务本息还清时为止等类似内容的，视为约定不明。	

七、保证诉讼时效

1. 起算

(1) 一般规则：保证期间内债权人主张权利→保证责任确定→开始起算保证诉讼时效

(2) 具体化

① 一般保证：一般保证的债权人在保证期间届满前对债务人提起诉讼或者申请仲裁的，从保证人拒绝承担保证责任的权利消灭之日起，开始计算保证债务的诉讼时效。

(a) 债权人依据生效法律文书对债务人的财产依法申请强制执行，人民法院作出终结本次执行程序裁定，或者依照民事诉讼法第 257 条第 3 项（作为被执行人的公民死亡，无遗产可供执行，又无义务承担人的）、第 5 项（作为被执行人的公民因生活困难无力偿还

借款，无收入来源，又丧失劳动能力的)的规定作出终结执行裁定的，自裁定送达债权人之日起开始计算；

(b) 债权人依据生效法律文书对债务人的财产依法申请强制执行，人民法院自收到申请执行书之日起一年内未作出前项裁定的，自人民法院收到申请执行书满一年之日起开始计算，但是保证人有证据证明债务人仍有财产可供执行的除外。

② 连带保证：连带责任保证的债权人在保证期间届满前请求保证人承担保证责任的，从债权人请求保证人承担保证责任之日起，开始计算保证债务的诉讼时效。

③ 追偿权：保证人对债务人行使追偿权的诉讼时效，自保证人向债权人承担保证责任之日起开始计算。

【案例1】A公司向B银行贷款100万元，C公司作为一般保证人，保证期间为2019年1月1日至2019年6月30日。如果债务人A公司到期不能清偿债务，则债权人B银行应当在保证期间内首先向A公司提起诉讼。

①如果B银行对A公司提起诉讼的时间为2019年9月1日，超过了保证期间，则保证人C公司不再承担保证责任。

②如果B银行对A公司提起诉讼的时间为2019年4月1日，未超过保证期间，则C公司的保证责任不能免除。经强制执行，A公司的全部资产为70万元，法院于2019年6月1日作出终止执行程序裁定并送达B银行。对于不足的30万元，B银行可要求C公司承担保证责任。如果C公司清偿30万，大家和气生财相安无事；如果C公司拒绝承担保证责任，则B银行对C公司的诉讼时效期间为3年，从2019年6月1日开始计算。

【案例2】A公司向银行贷款100万元，C公司作为连带保证人，保证期间为2019年1月1日至2019年6月30日。如果债务人A公司到期不能清偿债务，则债权人B银行既可以要求债务人A公司清偿债务，也可以在保证期间内直接要求C公司承担保证责任。B银行于2019年4月1日要求C公司承担保证责任时：

①如果C公司拒绝承担保证责任，则B银行对C公司就可以提起诉讼，3年的诉讼时效期间从2019年4月1日（债权人要求保证人承担保证责任之日起）开始计算。

②如果C公司在4月1日履行了保证责任，则C公司可以向主债务人A公司追偿。如果A公司拒绝，则C公司对A公司就可以提起诉讼，3年的诉讼时效期间自2019年4月1日（保证人向债权人承担保证责任之日）开始计算。

2. 对超过诉讼时效的债务提供保证

(1) 不得反悔

保证人知道或者应当知道主债权诉讼时效期间届满仍然提供保证或者承担保证责任，又以诉讼时效期间届满为由拒绝承担保证责任或者请求返还财产的，人民法院不予支持。

(2) 不得追偿

保证人承担保证责任后向债务人追偿的，人民法院不予支持，但是债务人放弃诉讼时效抗辩的除外。

■ 八、保证人的抗辩权

1. 保证人自己的抗辩权

(1) 一般保证人的先诉抗辩权

(2) 一般保证人放弃先诉抗辩权承担保证责任后，仍然享有对主债务人的追偿权。

2. 保证人享有债务人的抗辩权

(1) 债务人放弃对债务的抗辩权，保证人仍有抗辩权。

(2) 保证人未主张债务人的抗辩承担保证责任后，无权向债务人追偿。

【注意】 保证人知道或者应当知道主债权诉讼时效期间届满仍然提供保证或者承担保证责任，又以诉讼时效期间届满为由拒绝承担保证责任或者请求返还财产的，人民法院不予支持；保证人承担保证责任后向债务人追偿的，人民法院不予支持，但是债务人放弃诉讼时效抗辩的除外。

【例题】 甲公司从乙公司采购 10 袋菊花茶，约定：“在乙公司交付菊花茶后，甲公司应付货款 10 万元。”丙公司提供担保函：“若甲公司不依约付款，则由丙公司代为支付。”乙公司交付的菊花茶中有 2 袋经过硫磺熏蒸，无法饮用，价值 2 万元。乙公司要求甲公司付款未果，便要求丙公司付款 10 万元。下列哪些表述是正确的？（2011 年多选）¹¹⁰

- A. 如丙公司知情并向乙公司付款 10 万元，则丙公司只能向甲公司追偿 8 万元
- B. 如丙公司不知情并向乙公司付款 10 万元，则乙公司会构成不当得利
- C. 如甲公司付款债务诉讼时效已过，丙公司仍向乙公司付款 8 万元，则丙公司不得向甲公司追偿
- D. 如丙公司放弃对乙公司享有的先诉抗辩权，仍向乙公司付款 8 万元，则丙公司不得向甲公司追偿

■ 九、保证人免责的情形

- (1) 主合同当事人双方串通，骗取保证人提供保证的；
- (2) 主合同债权人欺诈、胁迫保证人违背真意提供保证的；

110 【答案】ABC

- (3) 主合同债务人欺诈保证人违背真意提供保证，债权人知道或应当知道的；
- (4) 主合同债务人胁迫保证人提供保证的；
- (5) 债务人对债权人享有抵销权或者撤销权的，保证人可以在相应范围内拒绝承担保证责任。



第三章

定金

一、内涵及分类

1. 什么是定金？

为确保债务的成立或履行，合同一方方向另一方交付金钱的担保方式。

2. 定金具有担保功能——定金罚则

【注意 1】“定金”不同于“订金”、“押金”、“保证金”（此三者均无担保功能）

【注意 2】定金与预付款的区别：

区别项	定金	预付款
是否有担保作用	有	无
法律意义	交付定金是定金合同成立的要件	交付预付款是合同履行的一部分
是否适用罚则	适用	不适用
是否适用非金钱履行义务的合同	适用	不适用
是否可以分期交付	一般一次性交付	可分期支付
如果双方均依约履行债务，定金可转化为预付款。		

【注意 3】定金与违约金的区别：

区别项	定金	违约金
给付时间	合同履行前	违约之后
功能	具有证约、预先给付、担保等功能	具有违约救济功能
数额	不超过主合同标的额的 20%	无比例限制

【例题】甲欲购买乙的汽车。经协商，甲同意 3 天后签订正式的买卖合同，并先交 1000 元给乙，乙出具的收条上写明为“收到甲订金 1000 元。”3 天后，甲了解到乙故意隐瞒了该车证照不齐的情况，故拒绝签订合同。下列哪一个说法是正确的？（2003 年单选）¹¹¹

A. 甲有权要求乙返还 2000 元并赔偿在买车过程中受到的损失

111 【答案】B

- B. 甲有权要求乙返还 1000 元并赔偿在买车过程中受到的损失
- C. 甲只能要求乙赔偿在磋商买车过程中受到的损失
- D. 甲有权要求乙承担违约责任

3. 定金的种类

(1) 立约定金：为了保证正式订立合同而交付的定金。

(2) 成约定金：以其交付为合同成立的要件。因定金的交付，合同才成立；若不交付定金，则合同不成立。

(3) 证约定金：为了证明合同成立而交付的，定金的交付即为合同成立的证明。

(4) 违约定金：以违约赔偿为目的的定金。

(5) 解约定金：是当事人一方保留解除合同权利的代价。

■ 二、定金担保的设立

1. 定金合同的特征

(1) 要式合同（书面形式）

(2) 实践合同（从实际交付定金之日起成立）

【例题】甲、乙约定：甲将 100 吨汽油卖给乙，合同签订后三天交货，交货后十天内付货款。还约定，合同签订后乙应向甲支付十万元定金，合同在支付定金时生效。合同订立后，乙未交付定金，甲按期向乙交付了货物，乙到期未付款。对此，下列哪一表述是正确的？（2010 年单选）¹¹²

- A. 甲可请求乙支付定金
- B. 乙未支付定金不影响买卖合同的效力
- C. 甲交付汽油使得定金合同生效
- D. 甲无权请求乙支付价款

2. 定金的数额

(1) 定金的数额由当事人约定，但不得超过主合同标的额的 20%

(2) 当事人约定的定金数额超过主合同标的额 20% 的，则超过的部分不产生定金的效力

(3) 实际交付的定金数额多于或者少于约定数额，视为变更定金合同，即以实际交付

112 【答案】B

的定金为准；收受定金一方提出异议并拒绝接受定金的，定金合同不生效

■ 三、定金担保的效力

1. 定金交付，所有权发生转移

2. 定金罚则：交付方违反约定的，定金丧失；收受方违反约定的，应双倍返还定金

(1) 因不可抗力、意外事件致使主合同不能履行的，不适用定金罚则。

(2) 因合同关系以外的第三人的过错，致使主合同不能履行时，适用定金罚则。

(3) 当事人一方存在迟延履行或者其他违约行为，只有在致使“合同目的不能实现”，才可以适用定金罚则。

(4) 当事人既约定违约金，又约定定金的，一方违约时，对方可以选择适用违约金“或者”定金条款，二者不能并用。



第四章

担保物权

一、概述

1. 内涵：在债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，债权人依法就担保财产“优先受偿”的他物权。

【注意 1】担保物权的功能在于担保债权实现，其所针对的是担保物的交换价值而非使用价值，因此，担保物权人不能对担保物进行使用和收益。

【注意 2】担保物权人的优先受偿权，是指担保物权人优先于“担保人”的普通债权人就担保物的价值在其债权范围内得到清偿。

2. 种类：(1) 意定担保物权（抵押权和质权）；(2) 法定担保物权（留置权）

3. 担保范围：有约定从约定，无约定，则包括：(1) 主债权 (2) 利息 (3) 违约金 (4) 损害赔偿金 (5) 保管费用 (6) 实现担保物权的费用

4. 担保物权的物上代位性：担保期间，担保财产毁损、灭失或者被征收等，担保物权人可以就获得的保险金、赔偿金或者补偿金等优先受偿。被担保债权的履行期未届满的，也可以提存该保险金、赔偿金或者补偿金等。

【注意 1】抵押权依法设立后，抵押财产发生毁损、灭失或者被征收等事实，抵押权人请求给付义务人按照原抵押权的顺位就保险金、赔偿金或者补偿金等优先受偿的，人民法院应予支持。

【注意 2】给付义务人已经向抵押人给付了保险金、赔偿金或者补偿金，抵押权人请求给付义务人向其给付保险金、赔偿金或者补偿金的，人民法院不予支持，但是抵押权人书面通知给付义务人向其给付后，给付义务人仍然向抵押人给付的除外。

5. 担保物权的从属性：抵押权不得与债权分离而单独转让或者作为其他债权的担保。债权转让的，担保该债权的抵押权一并转让，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

【解释】法律另有规定的除外情形是指：在最高额抵押中，最高额抵押担保的债权确定前，部分债权转让的，最高额抵押权不得转让，但当事人另有约定的除外。

6. 担保物权的不可分性——担保物的全部担保债权的各部分以及担保物的各部分担保债权的全部。

(1) 担保物部分灭失，残存部分仍担保债权全部。

(2) 担保物权设定后，抵押物价值上涨，债务人无权减少担保物；担保物价值下跌，债务人无义务补充担保。

(3) 担保财产被分割或者部分转让，担保物权人有权主张就分割或者转让后的担保财产行使抵押权。

(4) 债权一部分消灭（因清偿或者其他原因）的，未消灭部分仍对抵押物全部行使权利。

(5) 主债权被分割或者部分转让，各债权人有权主张就其享有的债权份额对担保物行使担保物权。

(6) 主债务被分割或者部分转让的，债务人自己提供物的担保，担保人仍以其担保财产担保全部债务的履行。第三人提供物的担保，担保人有权主张对未经其书面同意转移的债务不再承担担保责任。

【案例】 甲公司欠乙公司 100 万，约定 9 月 1 日前还债，丙公司以自己所有的 4 台设备提供抵押，每台设备估价 30 万元，后甲到期不偿还债务。设：

- A. 有 1 台设备在地震中灭失，但剩余的 3 台设备价值上涨到每台 40 万元。则乙公司是否可从该 3 台设备卖款中优先受偿 100 万元？
- B. 丙公司分立为 A、B 两公司，A 公司和 B 公司分别分得 2 台设备，且每台设备价值涨至 50 万元以上，则乙公司是否可以只请求拍卖 A 公司的 2 台设备以优先受偿？
- C. 甲公司还款 50 万元，剩下的 50 万元到期无力偿还，现乙公司是否有权一并拍卖全部 4 台设备以优先受偿？
- D. 乙公司分立为 A、B 两公司，A 公司分得对甲债权中的 50 万元，B 公司分得 50 万元。甲公司届期偿还了 B 公司的 50 万元债权，现 A 公司是否有权一并拍卖全部 4 台设备以优先受偿？
- E. 甲公司保留 50 万债务，而将另外 50 万元债务转让给丁公司，经过债权人乙公司同意，但未经过抵押人丙公司同意。甲公司和丁公司均未清偿到期债务，现乙公司可拍卖丙公司的 4 台设备，但只能使其对甲公司的 50 万元债权优先受偿，其对丁公司的 50 万元债权不能优先受偿。
- F. 每台设备价值均下跌至 20 万元，现乙公司主张丙公司另行提供 1 台设备用做抵押。乙公司的主张是否有法律依据？

【例题】 甲对乙享有债权 500 万元，先后在丙和丁的房屋上设定了抵押权，均办理了登记，且均未限定抵押物的担保金额。其后，甲将其中 200 万元债权转让给戊，并通知了乙。乙到期清偿了对甲的 300 万元债务，但未能清偿对戊的 200 万元债务。对此，下列哪

些选项是错误的?(2016年多选)¹¹³

- A. 戊可同时就丙和丁的房屋行使抵押权,但对每个房屋价款优先受偿权的金额不得超过100万元
- B. 戊可同时就丙和丁的房屋行使抵押权,对每个房屋价款优先受偿权的金额依房屋价值的比例确定
- C. 戊必须先后就丙和丁的房屋行使抵押权,对每个房屋价款优先受偿权的金额由戊自主决定
- D. 戊只能在丙的房屋价款不足以使其债权得到全部清偿时就丁的房屋行使抵押权

7. 担保人免责的情形

第三人提供担保,未经其书面同意,债权人允许债务人转移全部或者部分债务的,担保人不再承担相应的担保责任。

8. 担保物权的消灭原因

- (1) 主债权消灭
- (2) 担保物权实现
- (3) 债权人放弃担保物权

■ 二、抵押权

(一) 抵押权的特征

1. 抵押权的设定无需转移抵押物的占有

【注意】 质权、留置权的成立均要求债权人占有质物或留置物。

2. 抵押权的客体很广泛,包括动产、不动产或不动产用益物权

【注意】 质权的客体为动产或某些财产权利,留置权的客体仅限于动产。

(二) 抵押财产

1. 可以抵押的财产

- ① 建筑物和其他土地附着物;
- ② 建设用地使用权;

【注意 1】 抵押人以划拨建设用地上的建筑物抵押,当事人不得以该建设用地使用权不能抵押或者未办理批准手续为由主张抵押合同无效或者不生效。抵押权依法实现时,拍卖、变卖建筑物所得的价款,应当优先用于补缴建设用地使用权出让金。

【注意 2】 当事人以划拨方式取得的建设用地使用权抵押，抵押人以未办理批准手续为由主张抵押合同无效或者不生效的，人民法院不予支持。已经依法办理抵押登记，抵押权人主张行使抵押权的，人民法院应予支持。抵押权依法实现时所得的价款，应当优先用于补缴建设用地使用权出让金。

- ③ 海域使用权；
- ④ 生产设备、原材料、半成品、产品；
- ⑤ 正在建造的建筑物、船舶、航空器；
- ⑥ 交通运输工具；
- ⑦ 法律、行政法规未禁止抵押的其他财产。

2. 禁止抵押的财产

- ① 土地所有权；
- ② 宅基地、自留地、自留山等集体所有的土地使用权，但是法律规定可以抵押的除外；

【注意】 农村土地使用权可以抵押的例外情形：① 乡镇、村企业的建设用地使用权可随厂房一起抵押；② 土地经营权可以通过抵押的方式流转。

③ 学校、幼儿园、医疗机构等以公益为目的成立的的非营利法人的教育设施、医疗卫生设施和其他社会公益设施；

- ④ 所有权、使用权不明或者有争议的财产；

【注意】 当事人以所有权、使用权不明或者有争议的财产抵押，经审查构成无权处分的，人民法院应当依照民法典善意取得的规定处理。

- ⑤ 依法被查封、扣押、监管的财产；

【注意 1】 先抵押后查封的不影响抵押权效力。

【注意 2】 当事人以依法被查封或者扣押的财产抵押，抵押权人请求行使抵押权，经审查查封或者扣押措施已经解除的，人民法院应予支持。

【注意 3】 抵押人以抵押权设立时财产被查封或者扣押为由主张抵押合同无效的，人民法院不予支持。

- ⑥ 法律、行政法规规定不得抵押的其他财产，如违法、违章建筑。

【注意 1】 以违法的建筑物抵押的，抵押合同无效，但是一审法庭辩论终结前已经办理合法手续的除外。

【注意 2】 当事人以建设用地使用权依法设立抵押，抵押人以土地上存在违法的建筑物为由主张抵押合同无效的，人民法院不予支持。

▲小结：抵押财产应当符合的要件：（有价值；可转让性；非公益性；权属明确）

可以抵押的财产	禁止抵押的财产
① 建筑物和其他土地附着物； ② 建设用地使用权； ③ 海域使用权； ④ 生产设备、原材料、半成品、产品； ⑤ 正在建造的建筑物、船舶、航空器； ⑥ 交通运输工具； ⑦ 法律、行政法规未禁止抵押的其他财产。	① 土地所有权； ② 宅基地、自留地、自留山等集体所有的土地使用权，但法律规定可以抵押的除外； ③ 学校、幼儿园、医疗机构等以公益为目的成立的非营利法人的教育设施、医疗卫生设施和其他社会公益设施； ④ 所有权、使用权不明或者有争议的财产； ⑤ 依法被查封、扣押、监管的财产； ⑥ 法律、行政法规规定不得抵押的其他财产。
【注意】 法律规定的农村集体所有的土地使用权允许抵押的例外情形：①乡镇、村企业的建设用地使用权可随厂房一起抵押；②土地承包经营权中的土地经营权可以抵押。	

3. 抵押财产被添附

(1) 抵押权依法设立后，抵押财产被添附，添附物归第三人所有，抵押权人主张抵押权效力及于补偿金的，人民法院应予支持。

(2) 抵押权依法设立后，抵押财产被添附，抵押人对添附物享有所有权，抵押权人主张抵押权的效力及于添附物的，人民法院应予支持，但是添附导致抵押财产价值增加的，抵押权的效力不及于增加的价值部分。

(3) 抵押权依法设立后，抵押人与第三人因添附成为添附物的共有人，抵押权人主张抵押权的效力及于抵押人对共有物享有的份额的，人民法院应予支持。

4. 房地一体原则

(1) 一并抵押——抵押权设定时

① 城市房地产（“房随地走、地随房走”）：以建筑物抵押的，该建筑物占用范围内的建设用地使用权一并抵押；以建设用地使用权抵押的，该土地上已有的建筑物（包括正在建造的建筑物已完成部分）一并抵押。

② 农村建设用地（“地随房走”）：乡镇、村企业的建设用地使用权不得“单独”抵押；以乡镇、村企业的厂房等建筑物抵押的，其占用范围内的建设用地使用权一并抵押。

(2) 一并处分——抵押权实现时

建设用地使用权抵押后，该土地上新增的建筑物（包括正在建造的建筑物的续建部分）不属于抵押财产。该建设用地使用权实现抵押权时，应当将该土地上新增的建筑物与建设用地使用权一并处分，但新增建筑物所得的价款，抵押权人无权优先受偿。

【例题】 北京市甲公司与乙银行签订借款合同，约定甲公司以其所有的A大厦及其建

设土地使用权为抵押物，贷款 5000 万元。双方办理抵押登记手续后，乙银行发放了贷款。甲公司后又在 A 大厦项目所在地块上增建了一幢商务配楼，尚未竣工。甲公司因另案被法院判决支付巨额债务，无法偿还乙银行的贷款。根据物权法律制度的规定，下列各项中，正确的是？¹¹⁴

- A. 商务配楼使用了乙银行拥有抵押权的土地，当然成为抵押物的一部分
- B. 商务配楼是在建工程，不得抵押、拍卖、转让
- C. 乙银行请求法院拍卖抵押物时，可以请求法院只拍卖 A 大厦和整个项目地块的建设用地使用权，而不拍卖商务配楼的房屋所有权
- D. 乙银行可以请求法院将 A 大厦和商务配楼以及整个项目地块的建设用地使用权一同拍卖，但无权就商务配楼拍卖所得价款优先受偿

(三) 抵押权的设定(抵押合同+登记)

1. 抵押合同的形式——书面形式

2. 抵押合同的效力

(1) 抵押合同一般自成立时生效。

(2) 不动产登记簿就抵押财产、被担保的债权范围等所作的记载与抵押合同约定的不一致，当事人主张以登记簿记载的内容为准的，人民法院应予支持。

3. 流押条款的效力

抵押权人在债务履行期限届满前，与抵押人约定债务人不履行到期债务时抵押财产归债权人所有的，只能依法就抵押财产优先受偿。

【解释】流押条款无效，但不影响抵押权的效力。

【相关链接】流质条款的效力——质权人在债务履行期限届满前，与出质人约定债务人不履行到期债务时质押财产归债权人所有的，只能依法就质押财产优先受偿。

4. 无权处分人的抵押行为

(1) 抵押合同——有效

(2) 抵押权——效力待定(例外：善意取得)

【例题】 甲乙为夫妻，共有一套房屋登记在甲名下。乙瞒着甲向丙借款 100 万元供个人使用，并将房屋抵押给丙。在签订抵押合同和办理抵押登记时乙冒用甲的名字签字。现甲主张借款和抵押均无效。下列哪一表述是正确的？(2015 年单选)¹¹⁵

114 【答案】D

115 【答案】D

- A. 抵押合同无效
- B. 借款合同无效
- C. 甲对 100 万元借款应负连带还款义务
- D. 甲可请求撤销丙的抵押权

5. 抵押登记

(1) 不动产抵押——登记生效主义

	登记生效主义
适用范围	<ul style="list-style-type: none"> ① 建筑物和其他土地附着物 ② 土地使用权 ③ 海域使用权 ④ 正在建造的建筑物
法律效力	<ul style="list-style-type: none"> ① 抵押合同成立→合同（债）关系产生（债权人有权请求抵押人办理抵押登记） ② 登记→抵押权设立
未办理抵押登记时不动产抵押合同的效力	<ul style="list-style-type: none"> ① 不动产抵押合同生效后未办理抵押登记手续，债权人有权请求抵押人办理抵押登记手续。 ② 抵押财产因不可归责于抵押人自身的原因灭失或者被征收等导致不能办理抵押登记，债权人无权请求抵押人在约定的担保范围内承担责任；但是抵押人已经获得保险金、赔偿金或者补偿金等，债权人有权请求抵押人在其所获金额范围内承担赔偿责任。 ③ 因抵押人转让抵押财产或者其他可归责于抵押人自身的原因导致不能办理抵押登记，债权人有权请求抵押人在约定的担保范围内承担责任，但是不得超过抵押权能够设立时抵押人应当承担的责任范围。 ④ 当事人申请办理抵押财产登记手续时，因登记部门的过错致使其无法办理抵押财产登记，当事人有权请求登记机关依法承担赔偿责任。
抵押权预告登记的效力	<ul style="list-style-type: none"> ① 当事人办理抵押预告登记后，预告登记权利人请求就抵押财产优先受偿，经审查存在尚未办理建筑物所有权首次登记、预告登记的财产与办理建筑物所有权首次登记时的财产不一致、抵押预告登记已经失效等情形，导致不具备办理抵押登记条件的，人民法院不予支持；经审查已经办理建筑物所有权首次登记，且不存在预告登记失效等情形的，人民法院应予支持，并应当认定抵押权自预告登记之日起设立。 ② 当事人办理了抵押预告登记，抵押人破产，经审查抵押财产属于破产财产，预告登记权利人主张就抵押财产优先受偿的，人民法院应当在受理破产申请时抵押财产的价值范围内予以支持，但是在人民法院受理破产申请前一年内，债务人对没有财产担保的债务设立抵押预告登记的除外。

(2) 动产抵押——登记对抗主义

	登记对抗主义
适用范围	① 生产设备、原材料、半成品、产品 ② 正在建造的船舶、航空器 ③ 交通运输工具 ④ 浮动抵押 ⑤ 其他法律、行政法规未禁止抵押的动产
法律效力	① 抵押合同成立→抵押权生效 ② 未经登记，不得对抗善意第三人（抵押合同 + 登记 > 第三人）
未登记动产抵押的效力	① 抵押人转让抵押财产，受让人占有抵押财产后，抵押权人向受让人请求行使抵押权的，人民法院不予支持，但是抵押权人能够举证证明受让人知道或者应当知道已经订立抵押合同的除外； ② 抵押人将抵押财产出租给他人并移转占有，抵押人行使抵押权的，租赁关系不受影响，但是抵押权人能够举证证明承租人知道或者应当知道已经订立抵押合同的除外； ③ 抵押人的其他债权人向人民法院申请保全或者执行抵押财产，人民法院已经作出财产保全裁定或者采取执行措施，抵押权人主张对抵押财产优先受偿的，人民法院不予支持； ④ 抵押人破产，抵押权人主张对抵押财产优先受偿的，人民法院不予支持。
登记对抗的例外	以动产担保的，担保物权人不得对抗正常经营活动中已支付合理价款并取得担保财产的买受人。 【解释 1】上述规则的例外情形：① 购买商品的数量明显超过一般买受人；② 购买出卖人的生产设备；③ 订立买卖合同的目的在于担保出卖人或者第三人履行债务；④ 买受人与出卖人存在直接或者间接的控制关系；⑤ 买受人应当查询抵押登记而未查询的其他情形。 【解释 2】“出卖人正常经营活动”的界定：出卖人的经营活动属于其营业执照明确记载的经营范围，且出卖人持续销售同类商品。 【解释 3】“担保物权人”的界定：包括“已经办理登记”的抵押权人、所有权保留买卖的出卖人、融资租赁合同的出租人。

【例题 1】甲向乙借款，丙与乙约定以自有房屋担保该笔借款。丙仅将房本交给乙，未按约定办理抵押登记。借款到期后甲无力清偿，丙的房屋被法院另行查封。下列哪些表述是正确的？（2013 年多选）¹¹⁶

- A. 乙有权要求丙继续履行担保合同，办理房屋抵押登记
- B. 乙有权要求丙以自身全部财产承担担保义务
- C. 乙有权要求丙以房屋价值为限承担担保义务

116 【答案】CD

D. 乙有权要求丙承担损害赔偿责任

【例题2】甲向乙借款，欲以轿车作担保。关于担保，下列哪些选项是正确的？（2013年多选）¹¹⁷

- A. 甲可就该轿车设立质权
B. 甲可就该轿车设立抵押权
C. 就该轿车的质权自登记时设立
D. 就该轿车的抵押权自登记时设立

【例题3】某房屋登记簿上所有权人为甲，但乙认为该房屋应当归己所有，遂申请仲裁。仲裁裁决争议房屋归乙所有，但裁决书生效后甲、乙未办理变更登记手续。一月后，乙将该房屋抵押给丙银行，签订了书面合同，但未办理抵押登记。对此，下列哪些说法是正确的？（2010年多选）¹¹⁸

- A. 房屋应归甲所有
B. 房屋应归乙所有
C. 抵押合同有效
D. 抵押权未成立

（四）浮动抵押

经当事人书面协议，企业、个体工商户、农业生产经营者可以将现有的以及将有的生产设备、原材料、半成品、产品抵押，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，债权人有权就实现抵押权时的动产优先受偿。

1. 主体（抵押人）：企业、个体工商户、农业生产经营者
2. 客体（抵押财产）：现有的以及将有的生产设备、原材料、半成品、产品抵押
3. 抵押物范围的确定：① 债务履行期届满，债权未实现；② 抵押人被宣告破产或者被撤销；③ 当事人约定的实现抵押权的情形；④ 严重影响债权实现的其他情形。

【例题1】个体工商户甲将其现有的以及将有的生产设备、原材料、半成品、产品一并抵押给乙银行，但未办理抵押登记。抵押期间，甲未经乙同意以合理价格将一台生产设备出卖给丙。后甲不能向乙履行到期债务。对此，下列哪一选项是正确的？（2010年单选）¹¹⁹

- A. 该抵押权因抵押物不特定而不能成立
B. 该抵押权因未办理抵押登记而不能成立
C. 该抵押权虽已成立但不能对抗善意第三人

117 【答案】AB

118 【答案】BCD

119 【答案】C

D. 乙有权对丙从甲处购买的生产设备行使抵押权

【例题2】 甲公司向乙银行借款，同意以自己现有以及将有的全部生产设备、原材料、产品、半成品进行抵押。根据担保法律制度的规定，下列关于该抵押的表述中，正确的有？¹²⁰

- A. 甲公司与乙银行协商一致时，抵押权设立
- B. 甲公司与乙银行协商一致，并达成书面协议时，抵押权设立
- C. 该抵押权非经登记不得对抗善意第三人
- D. 该抵押权的设立必须进行登记

（五）最高额抵押

1. 概念

为担保债务的履行，债务人或者第三人对一定期间内将要连续发生的债权提供担保财产的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，抵押权人有权在最高债权额限度内就该担保财产优先受偿。

【注意1】 最高额抵押的最大特征在于，抵押权设定时，被担保的债权额不确定。如果最终确定的债权额不超过最高债权限额，以实际发生的债权额作为被担保的债权额；如果最终确定的债权额超过最高债权限额，以最高债权限额作为被担保的债权额。

【注意2】 最高额抵押一般只担保抵押权设定后新发生的债权，但经当事人同意，也可以将最高额抵押权设立前已经发生的债权转入最高额抵押权担保的债权范围。

【例证】 甲公司与乙银行签订一最高额贷款合同。第三人丙公司用其价值5000万元的土地使用权对将来连续发生的不超过3000万元的借款债权提供抵押担保，工程完工后验收决算，确定甲公司贷款额为4000万，则如果甲公司不能如期偿还乙银行的借款时，乙银行可以主张拍卖抵押的土地使用权获得3000万元清偿，未清偿的1000万元为普通债权，可以继续向甲公司追偿。

2. 债权确定的情形

- (1) 约定的债权确定期间届满；
- (2) 没有约定债权确定期间或者约定不明确，抵押权人或者抵押人自最高额抵押权设立之日起满2年后请求确定债权；
- (3) 新的债权不可能发生；
- (4) 抵押财产被查封、扣押；

(5) 债务人、抵押人被宣告破产或者被撤销。

3. 抵押权从属性的例外

最高额抵押担保的债权确定前，部分债权转让的，最高额抵押权不得转让，但当事人另有约定的除外。

4. 主债权变更的效力

最高额抵押担保的债权确定前，抵押权人与抵押人可以通过协议变更债权确定的期间、债权范围以及最高债权额，但变更的内容不得对其他抵押权人产生不利影响。

【例题】2014年7月1日，甲公司、乙公司和张某签订了《个人最高额抵押协议》，张某将其房屋抵押给乙公司，担保甲公司在一周前所欠乙公司贷款300万元，最高债权额400万元，并办理了最高额抵押登记，债权确定期间为2014年7月2日到2015年7月1日。债权确定期间内，甲公司因从乙公司分批次进货，又欠乙公司100万元。甲公司未还款。关于有抵押担保的债权额和抵押权期间，下列哪些选项是正确的？(2015年多选)¹²¹

- A. 债权额为100万元
- B. 债权额为400万元
- C. 抵押权期间为1年
- D. 抵押权期间为主债权诉讼时效期间

(六) 抵押人的权利

1. 抵押人就抵押物再次设定抵押（重复抵押的顺位关系）

- (1) 已登记>未登记；
- (2) 先登记>后登记；
- (3) 都未登记按债权比例受偿。

【解释1】顺位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位在先的抵押担保债权的部分受偿。

【解释2】顺位在先的抵押权所担保的债权先到期的，抵押权实现后的剩余价款应予提存，留待清偿顺位在后的抵押担保债权。

【解释3】顺序在先的抵押权与该财产的所有权归属一人时，该财产的所有人可以以其抵押权对抗顺序在后的抵押权。

【案例】甲公司有楼房一幢，先后以该楼房设定抵押分别向乙、丙、丁银行各借款1000万元，三份债权的到期日均为2016年9月1日，抵押登记时间分别为4月1日、4月2日、4月3日。三份债权快要到期时，乙银行以2800万元购得了该楼房而成为所有

121 【答案】BD

权人(2800万元的款项应提存)。如果甲公司到期不偿还三个银行的贷款,则乙、丙、丁银行抵押权的顺序为:乙>丙>丁。

2. 抵押人转让抵押物

(1) 转让自由:抵押期间,抵押人可以转让抵押财产;当事人另有约定的,按照其约定。

【解释 1】当事人约定禁止或者限制转让抵押财产但是未将约定登记,抵押人违反约定转让抵押财产,抵押权人请求确认转让合同无效的,人民法院不予支持;抵押财产已经交付或者登记,抵押权人请求确认转让不生物权效力的,人民法院不予支持,但是抵押权人有证据证明受让人知道的除外;抵押权人请求抵押人承担违约责任的,人民法院依法予以支持。

【解释 2】当事人约定禁止或者限制转让抵押财产且已经将约定登记,抵押人违反约定转让抵押财产,抵押权人请求确认转让合同无效的,人民法院不予支持;抵押财产已经交付或者登记,抵押权人主张转让不生物权效力的,人民法院应予支持,但是因受让人代替债务人清偿债务导致抵押权消灭的除外。

【总结】当事人约定禁止或者限制转让抵押财产:①抵押财产转让合同效力不受影响;②“约定”未登记:已完成物权公示且受让人善意——物权变动+违约责任;③“约定”已登记:已完成物权公示——原则上物权不变动,但受让人代为清偿债务的除外。

(2) 通知义务:抵押人转让抵押财产,应当及时通知抵押权人。

(3) 抵押权具有追及效力:抵押财产转让的,抵押权不受影响。

【注意】抵押权具有追及效力的两个例外:①动产抵押,未经登记不能对抗善意第三人;②动产抵押,不能对抗正常经营活动中支付合理价款并取得抵押财产的买受人。

(4) 抵押权人的救济:抵押权人能够证明抵押财产转让可能损害抵押权的,可以请求抵押人将转让所得的价款向抵押权人提前清偿债务或者提存。转让的价款超过债权数额的部分归抵押人所有,不足部分由债务人清偿。

【案例】黄老师 2019 年去荷兰旅游逛红灯区期间结识了红灯区的负责人,得知荷兰相关市场“伟哥”奇缺,于是回国后注册个人独资企业,购买生产设备和原材料,火速投入生产。为了支付供应商的原材料价款,黄老师将生产设备抵押给银行借款 100 万元,双方签订了书面抵押合同。2020 年 3 月份,欧洲爆发新冠肺炎疫情,荷兰成为重灾区之一,红灯区因此关闭停摆,黄老师的厂子受到波及,大量伟哥产品滞销,只能留作自用。见口罩行业有利可图,为了转产口罩,黄老师擅自将伟哥生产设备以市场价出卖给孙老师并完成交付。借款期限届满,黄老师未能清偿债务,银行欲行使抵押权,遂起纠纷。

本案中:

①孙老师能否取得设备所有权?

【答案】抵押期间，抵押人有权转让抵押物，因此，孙老师能取得所有权。

②如果孙老师取得设备所有权，银行能否对其设备行使抵押权？

【答案】如果抵押权已经登记，银行有权基于抵押权的追及效力对孙老师的设备行使抵押权；如果抵押权未登记且孙老师为恶意（明知抵押权的存在），银行仍然有权对设备行使抵押权；如果抵押权未登记且孙老师为善意，银行无权对设备行使抵押权，此时，抵押权消灭。

③如果黄老师将库存的部分原材料、半成品、产品抵押给银行，且已办理登记，抵押期间，其将抵押物以合理价款售卖给孙老师并完成交付，银行能否对孙老师取得的抵押物行使抵押权？

【答案】银行不能对孙老师取得的抵押物行使抵押权，因为动产抵押不能对抗正常经营活动中支付合理价款并取得抵押财产的买受人。

【例题1】甲公司向某银行贷款100万元，乙公司以其所有的一栋房屋作抵押担保，并完成了抵押登记。现乙公司拟将房屋出售给丙公司，通知了银行并向丙公司告知了该房屋已经抵押的事实。乙、丙订立书面买卖合同后到房屋管理部门办理过户手续。下列说法正确的是？¹²²

- A. 不论银行是否同意转让，房屋管理部门应当准予过户，但银行仍然对该房屋享有抵押权
- B. 除非丙公司代为清偿了甲公司的银行债务，否则，房屋管理部门不应当准予过户
- C. 除非甲公司清偿了债务，否则，房屋管理部门不应当准予过户
- D. 如果银行能证明房屋转让给丙公司可能导致抵押物价值减损的，则银行可请求乙公司将转让房屋所得的价款向其提前清偿债务

【例题2】甲向某银行贷款，甲、乙和银行三方签订抵押协议，由乙提供房产抵押担保。乙把房本交给银行，因登记部门原因导致银行无法办理抵押物登记。乙向登记部门申请挂失房本后换得新房本，将房屋卖给知情的丙并办理了过户手续。甲届期未还款，关于贷款、房屋抵押和买卖，下列哪些说法是正确的？(2015年多选)¹²³

- A. 乙应向银行承担违约责任
- B. 丙应代为向银行还款
- C. 如丙代为向银行还款，可向甲主张相应款项

122 【答案】AD

123 【答案】AC

D. 因登记部门原因未办理抵押登记，但银行占有房本，故取得抵押权

3. 抵押权与租赁权

抵押权设立前抵押财产已出租并转移占有的，原租赁关系不受该抵押权的影响。

【解释】此处的租赁关系不受抵押权的影响，是指抵押权实现导致抵押物转让后，承租人可向抵押物的受让人主张“买卖不破租赁”。

【例题 1】2013 年 2 月 1 日，王某以一套房屋为张某设定了抵押，办理了抵押登记。同年 3 月 1 日，王某将该房屋无偿租给李某 1 年，以此抵王某欠李某的借款。房屋交付后，李某向王某出具了借款还清的收据。同年 4 月 1 日，李某得知房屋上设有抵押后，与王某修订租赁合同，把起租日改为 2013 年 1 月 1 日。张某实现抵押权时，要求李某搬离房屋。下列哪些表述是正确的？(2014 年多选)¹²⁴

- A. 王某、李某的借款之债消灭
- B. 李某的租赁权可对抗张某的抵押权
- C. 王某、李某修订租赁合同行为无效
- D. 李某可向王某主张违约责任

【例题 2】甲以某商铺作抵押向乙银行借款，抵押权已登记，借款到期后甲未偿还。甲提前得知乙银行将起诉自己，在乙银行起诉前将该商铺出租给不知情的丙，预收了 1 年租金。半年后经乙银行请求，该商铺被法院委托拍卖，由丁竞买取得。下列哪一选项是正确的？(2017 年单选)¹²⁵

- A. 甲与丙之间的租赁合同无效
- B. 丁有权请求丙腾退商铺，丙有权要求丁退还剩余租金
- C. 丁有权请求丙腾退商铺，丙无权要求丁退还剩余租金
- D. 丙有权要求丁继续履行租赁合同

(七) 抵押权人的权利

1. 保全请求权

抵押人的行为足以使抵押财产价值减少的，抵押权人有权要求抵押人“停止”其行为。抵押财产价值减少的，抵押权人有权要求“恢复”抵押财产的价值，或者“提供”与减少的价值相应的“担保”。抵押人不恢复抵押财产的价值也不提供担保的，抵押权人有权要求债务人“提前清偿”债务。

124 【答案】ACD

125 【答案】C

思考：因抵押人行为之外的原因（不可抗力或第三人侵权）导致抵押财产毁损灭失，后果又怎样？

2. 孳息“收取”权

(1) 抵押期间，抵押人收取孳息

(2) 扣押期间，抵押权人收取孳息

① 抵押权人未通知应当清偿法定孳息的义务人的除外；

【注意】 如果未通知法定孳息的义务人，对义务人不发生效力。

② 抵押权人收取的孳息，应当先充抵收取孳息的费用。

【注意】 抵押权人只享受孳息收取权，而不享有孳息所有权，但可以就孳息优先受偿。

3. 优先受偿权

(1) 行使步骤

① 第一步——当事人协商：抵押权人可以与抵押人协议以抵押财产折价或者以拍卖、变卖该抵押财产所得的价款优先受偿；协议损害其他债权人利益的，其他债权人可以请求人民法院撤销该协议。

【注意】 “其他债权人”指的是抵押人的其他债权人。

② 第二步——请求法院实行：抵押权人与抵押人未就抵押权实现方式达成协议的，抵押权人可以请求人民法院拍卖、变卖抵押财产。

(2) 行使期限：主债权诉讼时效内

【解释1】 主债权诉讼时效期间届满后，抵押权人主张行使抵押权的，人民法院不予支持；抵押人以主债权诉讼时效期间届满为由，主张不承担担保责任的，人民法院应予支持。主债权诉讼时效期间届满前，债权人仅对债务人提起诉讼，经人民法院判决或者调解后未在民事诉讼法规定的申请执行时效期间内对债务人申请强制执行，其向抵押人主张行使抵押权的，人民法院不予支持。

【解释2】 主债权诉讼时效期间届满后，财产被留置的债务人或者对留置财产享有所有权的第三人请求债权人返还留置财产的，人民法院不予支持；债务人或者第三人请求拍卖、变卖留置财产并以所得价款清偿债务的，人民法院应予支持。

【解释3】 主债权诉讼时效期间届满的法律后果，以登记作为公示方式的权利质权，参照适用抵押权的规定；动产质权、以交付权利凭证作为公示方式的权利质权，参照适用留置权的规定。

4. 处分抵押权

(1) 抵押权顺位变更：未经其他抵押权人书面同意，不得对其他抵押权人产生不利影响。

	A 债权	B 债权	C 债权
100 万财产	30 万	50 万	60 万
	↓		↓
	C 债权	B 债权	A 债权
100 万财产	60 万	50 万	30 万

(2) 放弃抵押权：债务人以“自己的财产”设定抵押，抵押权人放弃该抵押权、抵押权顺位或者变更抵押权的，其他担保人在抵押权人丧失优先受偿权益的范围内免除担保责任，但其他担保人承诺仍然提供担保的除外。

【例题 1】黄河公司以其房屋作抵押，先后向甲银行借款 100 万元，乙银行借款 300 万元，丙银行借款 500 万元，并依次办理了抵押登记。后丙银行与甲银行商定交换各自抵押权的顺位，并办理了变更登记，但乙银行并不知情。因黄河公司无力偿还三家银行的到期债务，银行拍卖其房屋，仅得价款 600 万元。根据《民法典》的规定，关于三家银行对该价款的分配，下列选项中，正确的是？¹²⁶

- A. 甲银行 100 万元、乙银行 300 万元、丙银行 200 万元
- B. 甲银行得不到清偿、乙银行 100 万元、丙银行 500 万元
- C. 甲银行得不到清偿、乙银行 300 万元、丙银行 300 万元
- D. 甲银行 100 万元、乙银行 200 万元、丙银行 300 万元

【例题 2】陈某向贺某借款 20 万元，借期 2 年。张某为该借款合同提供保证担保，担保条款约定，张某在陈某不能履行债务时承担保证责任，但未约定保证期间。陈某同时以自己的房屋提供抵押担保并办理了登记。如果贺某打算放弃对陈某的抵押权，并将这一情况通知了张某，张某表示反对，下列选项正确的是？（2008 年不定项）¹²⁷

- A. 贺某不得放弃抵押权，因为张某不同意
- B. 若贺某放弃抵押权，张某仍应对全部债务承担保证责任
- C. 若贺某放弃抵押权，则张某对全部债务免除保证责任
- D. 若贺某放弃抵押权，则张某在贺某放弃权利的范围内免除保证责任

▣ 三、动产质权

（一）动产质押的设定：质押合同 + 交付

1. 质押合同生效 → 债权法律关系

126 【答案】C

127 【答案】D

【注意】 质押合同是诺成合同，交付并非质押合同的生效要件。

2. 交付→质权设立

交付的形态	① 现实交付 ② 简易交付 ③ 指示交付
交付的效力	① 未交付，质押权不生效； ② 质权人占有质物又返还的，不得对抗第三人； ③ 质权原则及于从物，除非从物未转移占有； ④ 出质人不转移占有的，构成违约，应承担违约责任。
财产处于第三方监管的质押	债权人、出质人与监管人订立三方协议，出质人以一定期限或者一定价值内的货物为债权提供担保： ① 当事人有证据证明监管人系受债权人的委托监管并占有质押财产的，人民法院应当认定质权于监管人占有质押财产之日起设立。监管人违反约定向出质人放货、因保管不善导致质押财产毁损灭失，债权人有权请求监管人承担违约责任。 ② 当事人有证据证明监管人系受出质人委托监管质押财产，或者虽然受债权人委托但是未实际履行监管职责，导致质押财产仍由出质人管领控制的，应当认定质权未设立。债权人可以基于质押合同的约定请求质押人承担违约责任，但其范围不得超过质权有效设立时质押人应当承担的责任。监管人未履行监管职责，债权人有权请求监管人承担违约责任。

【例题 1】 方某向孙某借款 1 万元，孙某要求其提供担保，方某说：“我有一台笔记本电脑被刘某租去用了，就以它作质押吧，但租金不作质押。”孙同意，双方签订了书面质押合同。根据《民法典》的规定，下列各项中，表述正确的是？（2006 年单选改编）¹²⁸

- A. 孙某实际占有电脑时质押合同生效
- B. 如刘某书面同意，则质押合同生效
- C. 如刘某收到关于质押的书面通知，则质押合同生效
- D. 方某向孙某转移请求刘某返还原物的权利时，质权设立

【例题 2】 乙欠甲货款，二人商定由乙将一块红木出质并签订质权合同。甲与丙签订委托合同授权丙代自己占有红木。乙将红木交付与丙。下列哪一说法是正确的？（2016 年单选）¹²⁹

- A. 甲乙之间的担保合同无效
- B. 红木已交付，丙取得质权

128 【答案】D

129 【答案】C

- C. 丙经甲的授权而占有，甲取得质权
- D. 丙不能代理甲占有红木，因而甲未取得质权

(二) 动产质权的善意取得

构成要件	(1) 出质人合法占有质物(动产) (2) 出质人无权处分 (3) 相对人善意 (4) 基于质押合同完成质物交付
法律效果	(1) 物权法律效果——相对人取得质权(原始取得) (2) 债权法律效果——质物所有权人请求无权处分人损害赔偿

【例题 1】甲、乙各出资 10 万元共同购买机械设备一套，双方约定轮流使用，每次时间为半年。甲在使用设备期间，向善意的丙借款 15 万元，并将该设备交付给丙设定质押担保。甲无力还款，丙行使了质权，从而引发纠纷。下列关于纠纷解决的表述中，正确的有哪些？¹³⁰

- A. 甲无权处分，但丙仍应取得质权
- B. 甲无权处分，故丙无权主张质权
- C. 乙有权就所发生的损失请求甲赔偿
- D. 乙有权就所发生的损失要求甲、丙承担连带责任

【例题 2】甲为乙的债权人，乙将其电动车出质于甲。现甲为了向丙借款，未经乙同意将电动车出质于丙，丙不知此车为乙所有。下列哪些选项是正确的？(2008 年多选)¹³¹

- A. 丙因善意取得而享有质权
- B. 因未经乙的同意丙不能取得质权
- C. 甲对电动车的毁损、灭失应向乙承担赔偿责任
- D. 对电动车毁损、灭失，乙可向丙索赔

(三) 转质

1. 什么是转质？

转质，指在质押期间，质权人(以质权人的身份)以质物为第三人设立质权的行为。如果第三人取得质权，该质权为转质权，第三人为转质权人。

130 【答案】AC

131 【答案】ACD

【例 1】甲将自己的电脑质押给乙。质押期间，乙谎称自己是该电脑的所有权人，未经甲同意，将电脑出质给不知情的丙并交付。——乙构成无权处分，丙善意取得质权

【例 2】甲将自己的电脑质押给乙。质押期间，乙在告知丙自己是电脑的质权人后（表明质权人身份），未经甲同意，将电脑出质给丙，并交付。——乙的行为构成责任转质，丙不可能善意取得质权（但可以获得转质权）

2. 质权善意取得 Vs 承诺转质 Vs 责任转质

类型	是否经过出质人同意	法律效力
善意取得	未经出质人同意 (未标明质权人身份)	① 第三人善意取得质权(非转质权); ② 第三人善意取得的质权担保的债权范围不受无权处分人的质权担保的债权范围限制; ③ 第三人善意取得的质权效力优于无权处分人的质权; ④ 原质权消灭,不影响第三人善意取得的质权的存续; ⑤ 无权处分人向出质人承担赔偿责任。
承诺转质	经出质人同意	① 转质权优先于原质权; ② 转质权所担保的债权范围“可以高于”原质权担保的债权数额; ③ 转质权具有独立性,原质权消灭的,不影响转质权的存续;原质权的实现条件尚不具备,不影响转质权的实现; ④ 质权人对质物的毁损灭失承担“过错责任”。
责任转质	未经出质人同意 (表明质权人身份)	① 转质权优先于原质权; ② 转质权担保的债权额和清偿期以原质权担保的债权额和清偿期为限; ③ 原质权消灭,转质权消灭; ④ 转质人对质物的毁损灭失承担“无过错责任”。

【例证 1】甲欠乙 5 万元，甲以价值 10 万元的设备为乙设立质权。未经甲同意，乙擅自将设备出质给不知情的丙，担保 10 万元债务，并完成交付。乙的行为属于无权处分，发生以下效力：(1) 丙善意取得“没有瑕疵”的质权：①丙的质权优先于乙的质权；②丙的质权担保的债权额虽然高于原质权担保的债权数额，丙的质权仍然有效；③乙的质权消灭的，不影响丙的质权继续存在；④只要丙实现质权的条件具备，即使乙的质权尚不具备行使条件，丙也可以对质物行使优先受偿权。(2) 乙对甲承担损害赔偿赔偿责任，包括质物在丙处毁损灭失的损失以及丙实现质权而带来的损失。

【例证 2】甲欠乙 5 万元，甲以价值 10 万元的设备为乙设立质权。经甲同意，乙将设备转质给丙，担保 10 万元债务，并完成交付。乙的行为属于承诺转质，发生以下效力：①丙取得转质权；②丙的质权优先于乙的质权；③丙的质权担保的债权额虽然高于原质权担保的债权数额，丙的质权仍然有效；④乙的质权消灭的，不影响丙的质权继续存在；⑤

只要丙实现质权的条件具备，丙即可对质物行使优先受偿权，无需考虑乙的质权实现条件是否具备；⑥乙对质物的毁损灭失承担“过错责任”。

【例证3】甲欠乙5万元，甲以价值10万元的设备为乙设立质权。未经甲的同意，乙擅自将该设备转质给丙，担保的债权数额为10万元。乙的行为构成责任转质，发生以下效力：①丙的质权担保的债权数额只能是5万元以内，对于超出的5万元债权部分，丙无权优先受偿；②乙的质权尚不具备行使条件的，丙的质权也不得行使；③乙的质权消灭的，丙的质权消灭；④质物在丙处毁损、灭失的，不论乙是否具有过错，也不论是否因不可抗力导致，乙均应对甲承担损害赔偿赔偿责任。

(四) 质权人义务

1. **不得擅自使用**：质权人在质权存续期间，未经出质人同意，擅自使用、处分质押财产，给出质人造成损害的，应当承担赔偿责任。

【注意】质押期间，质权人有权收取质物产生的孳息（注意与抵押权人收取孳息的区别）

2. **保管义务**：因质权人保管不善导致质押财产毁损、灭失的，应当承担赔偿责任。质权人的行为可能使质押财产毁损灭失的，出质人有两个选择：①要求质权人将质押财产提存，②要求提前清偿债务并返还质押财产。

3. **返还义务**：①债务人履行债务；②出质人提前清偿所担保的债权。

4. **质权之保全**：因“不能归责于质权人”的事由可能使质押财产毁损或价值明显减少，足以危害质权人权利的，质权人可以：

(1) 要求出质人提供相应的担保；

(2) 如果出质人不提供担保，质权人可以拍卖、变卖质押财产，并与出质人通过协议将所得价款提前清偿债务或提存。

四、权利质押

权利类型	设立要件	法律效力
有价证券（汇票、本票、支票、债券、存款单、仓单、提单）	交付权利凭证 or 登记（票据质押还需要记载“质押字样”+ 质押人签章）	汇票、本票、支票、债券、存款单、仓单、提单的兑现日期或者提货日期先于主债权到期的，质权人可以兑现或者提货，并与出质人协议将兑现的价款或者提取的货物提前清偿债务或者提存。
基金份额、股权	登记	① 基金份额、股权出质后，不得转让，但经出质人与质权人协商同意的除外。 ② 出质人转让基金份额、股权所得的价款，应当向质权人提前清偿债务或者提存。

可以转让的知识产权中的财产权	登 记	① 知识产权中的财产权出质后，出质人不得转让或者许可他人使用，但是出质人与质权人协商同意的除外。 ② 出质人转让或者许可他人使用出质的知识产权中的财产权所得的价款，应当向质权人提前清偿债务或者提存。
现有以及将有的应收账款	登 记	① 应收账款出质后，不得转让，但是出质人与质权人协商同意的除外。 ② 出质人转让应收账款所得的价款，应当向质权人提前清偿债务或者提存。

▣ 五、留置权

(一) 构成要件

1. 客体：动产

2. 留置财产与债权之间具有牵连性

(1) 债权人对动产的占有与其所担保的债权基于同一法律关系

(2) “企业之间”留置的除外

【注意 1】 债务人不履行到期债务，债权人因同一法律关系留置合法占有的第三人的动产，并主张就该留置财产优先受偿的，人民法院应予支持。第三人以该留置财产并非债务人的财产为由请求返还的，人民法院不予支持。

【注意 2】 企业之间留置的动产与债权并非同一法律关系，债权人留置第三人的财产，第三人请求债权人返还留置财产的，人民法院应予支持。

【解释】 留置的财产也包括债务人占有的第三人的财产，但此时，不论是否是企业之间留置，均必须以同一法律关系为要件。

【例证】 甲 4S 店将自己购买的 10 辆特斯拉电动豪车交由乙公司从 A 地运送到 B 地。在运输途中，由于下雪高速公路路面湿滑，乙公司负责运输的卡车司机操作失误，导致其中一辆车被损坏。乙公司委托丙维修公司进行修理，乙公司按约定支付了修理费，但丙公司仍扣留该车，理由是乙公司尚欠付丙公司两年前发生的 20 万修理费。丙公司是否可以留置？

【注意 3】 企业之间留置的动产与债权并非同一法律关系，债务人以该债权不属于企业持续经营中发生的债权为由请求债权人返还留置财产的，人民法院应予支持。

3. 成立条件和实行条件

(1) 成立条件——履行期满，债务不履行

(2) 实行条件——宽限期满

4. 留置财产范围的限制

(1) 不得留置的财产：① 法律规定不得留置；② 当事人约定不得留置（允许当事人通过约定排除）

(2) 价值限制：留置财产为“可分物”的，留置财产的价值应当相当于债务的金额。

【例题】 辽东公司欠辽西公司贷款 200 万元，辽西公司与辽中公司签订了一份价款为 150 万元的电脑买卖合同，合同签订后，辽中公司指示辽西公司将该合同项下的电脑交付给辽东公司。因辽东公司届期未清偿所欠贷款，故辽西公司将该批电脑扣留。关于辽西公司的行为，下列哪一选项是正确的？（2010 年单选）¹³²

- A. 属于行使抵押权
- B. 属于行使动产质权
- C. 属于行使留置权
- D. 属于自助行为

（二）留置权的实行

1. 实行条件：宽限期满，债务仍不履行

宽限期的确定：

- (1) 约定
- (2) 留置权人指定——不少于 60 日——鲜活易腐等不易保管的动产除外

2. 实行方式

- (1) 协商确定方式
- (2) 债务人可以请求留置权人在债务履行期届满后行使留置权；留置权人不行使的，债务人可以请求人民法院拍卖、变卖留置财产。

■ 六、非典型担保

1. 未在法定登记机构办理登记的担保

债权人与担保人订立担保合同，约定以法律、行政法规尚未规定可以担保的财产权利设立担保，当事人主张合同无效的，人民法院不予支持。当事人未在法定的登记机构依法进行登记，主张该担保具有物权效力的，人民法院不予支持。

2. 让与担保

(1) 债务人或者第三人与债权人约定将财产形式上转移至债权人名下，债务人不履行

132 【答案】C

到期债务，债权人有权对财产折价或者以拍卖、变卖该财产所得价款偿还债务的，人民法院应当认定该约定有效。当事人已经完成财产权利变动的公示，债务人不履行到期债务，债权人请求参照民法典关于担保物权的有关规定就该财产优先受偿的，人民法院应予支持。

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

(3) 债务人与债权人约定将财产转移至债权人名下，在一定期间后再由债务人或者其指定的第三人以交易本金加上溢价款回购，债务人到期不履行回购义务，财产归债权人所有的，人民法院应当参照第二款规定处理。

(4) 股东以将其股权转移至债权人名下的方式为债务履行提供担保，公司或者公司的债权人以股东未履行或者未全面履行出资义务、抽逃出资等为由，请求作为名义股东的债权人与股东承担连带责任的，人民法院不予支持。

【相关链接】 有限责任公司的股东未履行或者未全面履行出资义务即转让股权，受让人对此知道或者应当知道，公司请求该股东履行出资义务、受让人对此承担连带责任的，人民法院应予支持；公司债权人向该股东提起诉讼，同时请求前述受让人对公司债务不能清偿的部分承担连带补充赔偿责任的，人民法院应予支持。

【解释 1】 让与担保的构成要件：① 主合同 + 让与担保的约定 (担保合同) + ② 财产权利变动的公示 (交付或登记)

【解释 2】 让与担保的效力：① 动产让与担保——类似于动产质押；② 不动产让与担保——类似于不动产抵押；③ 股权让与担保——类似于股权质押。

3. 买卖型担保

当事人以签订买卖合同作为民间借贷合同的担保，借款到期后借款人不能还款，出借人请求履行买卖合同的，人民法院应当按照民间借贷法律关系审理，当事人根据法庭审理情况变更诉讼请求的，人民法院应当准许。按照民间借贷法律关系审理作出的判决生效后，借款人不履行生效判决确定的金钱债务，出借人可以申请拍卖买卖合同标的物，以偿还债务。就拍卖所得的价款与应偿还借款本息之间的差额，借款人或者出借人有权主张返还或补偿。

【解释 1】 买卖型担保的构成：① 借款合同 + ② 买卖合同 (没有完成交付或登记)

【解释2】买卖型担保的效力：债权人申请以标的物拍卖所得价款偿还债务（无优先受偿权）

4. 以物抵债

(1) 履行期届满后达成的以物抵债协议

当事人在债务履行期限届满后达成以物抵债协议，抵债物尚未交付债权人，债权人请求债务人交付的，人民法院要着重审查以物抵债协议是否存在恶意损害第三人合法权益等情形，避免虚假诉讼的发生。经审查，不存在以上情况，且无其他无效事由的，人民法院依法予以支持。

【解释】履行期届满后达成的以物抵债协议为诺成性合同。

(2) 履行期届满前达成的以物抵债协议

当事人在债务履行期届满前达成以物抵债协议，抵债物尚未交付债权人，债权人请求债务人交付的，人民法院应当向其释明，其应当根据原债权债务关系提起诉讼。经释明后当事人仍拒绝变更诉讼请求的，应当驳回其诉讼请求，但不影响其根据原债权债务关系另行提起诉讼。

【解释】履行期限届满前达成的以物抵债协议“无效”。

5. 保证金

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

(2) 非担保保证金或者非控制担保保证金账户不可优先受偿：当事人约定的保证金并非为担保债务的履行设立，或者不符合前款规定的情形，债权人主张就保证金优先受偿的，人民法院不予支持，但是不影响当事人依照法律的规定或者按照当事人的约定主张权利。

6. 所有权保留

(1) 当事人约定出卖人保留合同标的物的所有权，在标的物所有权转移前，买受人有下列情形之一，造成出卖人损害的，除当事人另有约定外，出卖人有权取回标的物：① 未按照约定支付价款，经催告后在合理期限内仍未支付；② 未按照约定完成特定条件；③ 将标的物出卖、出质或者作出其他不当处分。

(2) 出卖人可以与买受人协商取回标的物；协商不成的，可以参照适用担保物权的实现程序，就标的物拍卖、变卖所得价款使其债权优先受偿。

(3) 买受人有权主张出卖人返还标的物拍卖、变卖所得价款在扣除买受人未支付的价

款以及必要费用后的剩余部分。

7. 融资租赁

(1) 在融资租赁合同中，承租人未按照约定支付租金，经催告后在合理期限内仍不支付，出租人请求承租人支付全部剩余租金，并以拍卖、变卖租赁物所得的价款受偿的，人民法院应予支持；当事人请求参照民事诉讼法“实现担保物权案件”的有关规定，以拍卖、变卖租赁物所得价款支付租金的，人民法院应予准许。

(2) 出租人请求解除融资租赁合同并收回租赁物，承租人有权以抗辩或者反诉的方式主张返还租赁物价值超过欠付租金以及其他费用的部分。

8. 保理

当事人约定有追索权保理的，保理人可以向应收账款债权人主张返还保理融资款本息或者回购应收账款债权，也可以向应收账款债务人主张应收账款债权。保理人向应收账款债务人主张应收账款债权，在扣除保理融资款本息和相关费用后有剩余的，剩余部分应当返还给应收账款债权人。

【解释】有追索权的保理，实质上是“融资”+“让与担保”，即：保理人向应收账款债权人支付的债权转让对价是保理人向债权人提供的融资，债权人将其应收账款债权让与给保理人，作为保理人对债权人提供融资的担保。



第五章

混合担保与担保物权竞存

一、混合担保

1. 连带或按份

被担保的债权既有物的担保又有人的担保的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形时：

(1) 约定优先——债权人应当按照约定实现债权；

(2) 没有约定或者约定不明确时——

① 债务人自己提供物的担保的，债权人应当先就该物的担保实现债权；（先物保，后人保）

② 第三人提供物的担保的，债权人可以就物的担保实现债权，也可以要求保证人承担保证责任；（任意主张，没有先后）

2. 追偿——见“共同担保人之间的追偿问题”知识点

3. 弃权与免责——放弃“债务人”提供的担保物权，保证人相应免责

【例题 1】甲公司欠乙公司贷款 100 万元，先由甲公司提供机器设备设定抵押权、丙公司担任保证人，后由丁公司提供房屋设定抵押权并办理了抵押登记。甲公司届期不支付贷款，下列哪一表述是正确的？（2014 年单选）¹³³

- A. 乙公司应先行使机器设备抵押权
- B. 乙公司应先行使房屋抵押权
- C. 乙公司应先行请求丙公司承担保证责任
- D. 丙公司和丁公司可相互追偿

【例题 2】陈某向贺某借款 20 万元，借期 2 年。张某为该借款合同提供保证担保，担保条款约定，张某在陈某不能履行债务时承担保证责任，但未约定保证期间。陈某同时以自己的房屋提供抵押担保并办理了登记。如贺某打算放弃对陈某的抵押权，并通知了张某，张某反对，下列选项正确的是？（2008 年不定项）¹³⁴

133 【答案】A

134 【答案】D

- A. 贺某不得放弃抵押权，因为张某不同意
- B. 若贺某放弃抵押权，张某仍应对全部债务承担保证责任
- C. 若贺某放弃抵押权，则张某对全部债务免除保证责任
- D. 若贺某放弃抵押权，则张某在贺某放弃权利的范围内免除保证责任

【例题 3】2016 年 3 月 3 日，甲向乙借款 10 万元，约定还款日期为 2017 年 3 月 3 日。借款当日，甲将自己饲养的市值 5 万元的名贵宠物鹦鹉质押交付给乙，作为债务到期不履行的担保；另外，第三人丙提供了连带责任保证。关于乙的质权，下列哪些说法是正确的？（2017 年多选）¹³⁵

- A. 2016 年 5 月 5 日，鹦鹉产蛋一枚，市值 2000 元，应交由甲处置
- B. 因乙照管不善，2016 年 10 月 1 日鹦鹉死亡，乙需承担赔偿责任
- C. 2017 年 4 月 4 日，甲未偿还借款，乙未实现质权，则甲可请求乙及时行使质权
- D. 乙可放弃该质权，丙可在乙丧失质权的范围内免除相应的保证责任

■ 二、担保物权竞存

1. 一般规则

登记的抵押权

留置权 > ↓ ↑（按照登记、交付的时间先后确定清偿顺序）> 未登记的抵押权
质权

2. 标的物价款超级优先权

动产抵押担保的主债权是抵押物的价款，标的物交付后 10 日内办理抵押登记的，该抵押权优先于其他担保物权受偿，但留置权除外。

【注意 1】担保人在设立动产浮动抵押并办理抵押登记后又购入或者以融资租赁方式承租新的动产，下列权利人为担保价款债权或者租金的实现而订立担保合同，并在该动产交付后 10 日内办理登记，有权主张其权利优先于在先设立的浮动抵押权：（1）在该动产上设立抵押权或者保留所有权的出卖人；（2）为价款支付提供融资而在该动产上设立抵押权的债权人；（3）以融资租赁方式出租该动产的出租人。

【注意 2】买受人取得动产但未付清价款或者承租人以融资租赁方式占有租赁物但是未付清全部租金，又以标的物为他人设立担保物权，前款（提示 1）所列权利人为担保价款债权或者租金的实现而订立担保合同，并在该动产交付后 10 日内办理登记，有权主张

其权利优先于买受人为他人设立的担保物权。

【注意 3】同一动产上存在多个价款优先权的，人民法院应当按照登记的时间先后确定清偿顺序。

【例题 1】甲公司以其机器设备为乙公司设立了质权。10 日后，丙公司向银行贷款 100 万元，甲公司将机器设备又抵押给银行，担保其中 40 万元贷款，但未办理抵押登记。同时，丙公司将自有房产抵押给银行，担保其余 60 万元贷款，办理了抵押登记。20 日后，甲将机器设备再抵押给丁公司，办理了抵押登记。丙公司届期不能清偿银行贷款。下列哪一表述是正确的？（2013 年单选）¹³⁶

- A. 如银行主张全部债权，应先拍卖房产实现抵押权
- B. 如银行主张全部债权，可选择拍卖房产或者机器设备实现抵押权
- C. 乙公司的质权优先于银行对机器设备的抵押权
- D. 丁公司对机器设备的抵押权优先于乙公司的质权

【例题 2】同升公司以一套价值 100 万元的设备作为抵押，向甲借款 10 万元，未办理抵押登记手续。同升公司又向乙借款 80 万元，以该套设备作为抵押，并办理了抵押登记手续。同升公司欠丙贷款 20 万元，将该套设备出质给丙。丙不小心损坏了该套设备送丁修理，因欠丁 5 万元修理费，该套设备被丁留置。关于甲、乙、丙、丁对该套设备享有的担保物权的清偿顺序，下列哪一排列是正确的？¹³⁷

- A. 甲乙丙丁
- B. 乙丙丁甲
- C. 丙丁甲乙
- D. 丁乙丙甲

136 【答案】C

137 【答案】D

第四部分 合同



第一章

债的概述

一、债的概念和构成要素

(一) 债的概念：特定当事人之间请求为特定行为的财产性民事法律关系。

(二) 债的要素

1. 主体：债权人和债务人

(1) 对待给付之债——双方互为债权人和债务人(买卖合同之债、租赁合同之债)

(2) 非对待给付之债——一方当事人只单方享有权利，另一方当事人只单方承担义务(赠与合同之债、侵权行为之债、不当得利之债)

2. 内容：债权和债务

(1) 债权：请求特定人为特定行为(作为或者不作为)的权利。

【解释1】债权的特征：① 财产权；② 请求权；③ 对人权；④ 相对权；⑤ 相容性；⑥ 平等性；⑦ 既可法定也可以约定；⑧ 期限性。

【解释2】债权的权能：① 请求权；② 抗辩权；③ 抵销权；④ 给付受领权；⑤ 代位权；⑥ 撤销权；⑦ 解除权。

【例证】甲将其一辆汽车出卖给乙，双方签订了买卖合同，但未交付车辆，亦未办理过户登记；第二天，甲又以更高的价格将该车卖给丙，双方签订了买卖合同，并完成交付和登记。问：

(1) 甲与乙之间、甲与丙之间的买卖合同效力如何？

(2) 该车所有权归谁？

(3) 乙如何获得救济？

(2) 债务：根据约定或者法律规定必须向他人为特定行为(作为或者不作为)的义务。

【解释】债务的特征：① 内容可由当事人约定也可以法定；② 具有期限性；③ 具有强制性。

3. 客体：债权债务共同指向的对象——给付(交付财物、支付金钱、提供劳务、转移权利、提交成果、不作为)

二、债的分类

(一) 法定分类

1. 合同之债：基于合同约定而发生；
2. 单方允诺之债：基于单方意思表示而发生，如悬赏广告；
3. 侵权之债：基于侵权行为而发生，又称侵权责任；
4. 不当得利之债：基于不当得利的事实而发生；
5. 无因管理之债：基于无因管理行为而发生；
6. 缔约过失之债：基于在缔约过程中违反诚信义务的行为而发生。

【例题 1】婷婷满一周岁，其父母将某影楼摄影师请到家中为其拍摄纪念照，并要求影楼不得保留底片用作他途。相片洗出后，影楼违反约定将婷婷相片制成挂历出售，获利颇丰。本案中存在哪些债的关系？（2008 年多选）¹³⁸

- | | |
|-----------|-----------|
| A. 承揽合同之债 | B. 委托合同之债 |
| C. 侵权行为之债 | D. 不当得利之债 |

【例题 2】甲、乙与丙就交通事故在交管部门的主持下达成《调解协议书》，由甲、乙分别赔偿丙 5 万元，甲当即履行。乙赔了 1 万元，余下 4 万元给丙打了欠条。乙到期后未履行，丙多次催讨未果，遂持《调解协议书》与欠条向法院起诉。下列哪一表述正确？（2013 年单选）¹³⁹

- A. 本案属侵权之债
- B. 本案属合同之债
- C. 如丙获得工伤补偿，乙可主张相应免责
- D. 丙可要求甲继续赔偿 4 万元

(二) 学理分类

1. 意定之债与法定之债

(1) 区分标准：债的产生依据之不同

- ① 意定之债：合同之债、单方允诺之债
- ② 法定之债：侵权之债、无因管理之债、不当得利之债、缔约过失之债

(2) 区分意义：债的构成要件不同

2. 给付金钱之债、给付财物之债、提供劳务之债

(1) 区分标准：债的标的之不同

138 【答案】ACD

139 【答案】B

(2) 区分意义：提供劳务之债不得强制履行；给付金钱之债不存在履行不能。

3. 特定之债与种类之债

(1) 区分标准：标的物是否为特定物

(2) 区分意义：特定之债中，除非债务履行前标的物已灭失，债务人不得以其他标的物代为履行；特定之债中，标的物所有权可自债（合同）成立时发生转移。

4. 单一之债与多数人之债

(1) 区分标准：债的主体是否为一入

(2) 区分意义：多数人之债中当事人之间的法律关系比单一之债要复杂。

5. 按份之债与连带之债（对多数人之债的进一步划分）

(1) 按份之债：债的多数人一方当事人各自按照确定的份额享有权利或承担义务的债。

① 按份债权：二人以上的债权人按照份额分别行使债权

② 按份债务：二人以上的债务人按照份额分别履行债务

【解释】按份之债的特征：有外无内。

(2) 连带之债：债的多数人一方当事人之间存在连带关系的债（以法律有明确规定或当事人有明确约定为前提）。

【解释】连带之债的特征：有外也有内。

连带债务	外部效力	① 债权人可以请求部分或者全部债务人履行全部债务。 ② 部分连带债务人履行、抵销债务或者提存标的物的，其他债务人对债权人的债务在相应范围内消灭。 ③ 部分连带债务人的债务被债权人免除的，在该连带债务人应当承担的份额范围内，其他债务人对债权人的债务消灭。 ④ 部分连带债务人的债务与债权人的债权同归于一人的，在扣除该债务人应当承担的份额后，债权人对其他债务人的债权继续存在。 ⑤ 债权人对部分连带债务人的给付受领迟延的，对其他连带债务人发生效力。
	内部效力	① 连带债务人之间的份额如果难以确定的，视为份额相同。 ② 实际承担债务超过自己份额的连带债务人，有权就超出部分在其他连带债务人未履行的份额范围内向其追偿，并相应地享有债权人的权利，但是不得损害债权人的利益。 ③ 行使追偿权时，其他连带债务人对债权人的抗辩，可以向该债务人主张。
连带债权	参照连带债务的规定，但注意以下两点： ① 实际受领超过自己份额的连带债权人，应当按比例向其他连带债权人返还。 ② 部分连带债权人免除债务人债务的，在扣除该连带债权人的份额后，不影响其他连带债权人的债权。	

【案例】武大和阿莲系男女朋友，一起同居，二人共同饲养了一只犬，名叫“列朗”，一日，阿莲遛狗时碰到阿庆，列朗突然将阿庆猛扑在地，将其咬至重伤，花去医药费 10 万元。本案中，该 10 万元债务应由致害犬的共有人武大和阿莲连带偿还，即债权人阿庆可请求武大和阿莲中之任何一人偿还全部的 10 万元债务，亦可分别请求武大和阿莲承担部分债务。武大和阿莲对各自应承担的份额没有明确约定。假设存在以下情形：

① 武大向阿庆偿还了全部 10 万元债务，则阿莲对阿庆的债务也随之消灭，武大履行后有权向阿莲追偿 5 万元。

② 若阿庆因购买炊饼拖欠武大 1 万元到期债务，武大可向阿庆主张抵销 1 万元，则阿莲对阿庆的债务相应地减少 1 万元，即武大和阿莲尚欠阿庆 9 万元连带债务。

③ 若阿庆见阿莲可怜可爱，免除其债务，则武大只须承担剩余的 5 万元债务。

④ 阿庆因拖欠武二 10 万元购房款，将其对武大和阿莲的 10 万元债权转让给武二，并通知了武大和阿莲。一日，阿庆与阿莲合谋毒死了武大，经查，武大生前未立遗嘱，武二是武大唯一继承人。则连带债务中武大应承担的部分与武二的债权因武大的死亡而发生混同，武二只能向阿莲请求偿还剩余的 5 万元。

【例题】甲、乙二人按照 3 : 7 的份额共有一辆货车，为担保丙的债务，甲、乙将货车抵押给债权人丁，但未办理抵押登记。后该货车在运输过程中将戊撞伤。对此，下列哪一选项是正确的？（2016 年单选）¹⁴⁰

- A. 如戊免除了甲的损害赔偿 responsibility，则应由乙承担损害赔偿 responsibility
- B. 因抵押权未登记，戊应优先于丁受偿
- C. 如丁对丙的债权超过诉讼时效，仍可在 2 年内要求甲、乙承担担保责任
- D. 如甲对丁承担了全部担保责任，则有权向乙追偿

6. 简单之债与选择之债（债的标的有无选择性）

(1) 区分标准：债的标的是否可选择。

(2) 选择之债中选择权的行使

① 一般规则：债务标的有多项而债务人只需履行其中一项的，债务人享有选择权；但是，法律另有规定、当事人另有约定或者另有交易习惯的除外。

② 选择权的转移：享有选择权的当事人在约定期限内或者履行期限届满未作选择，经催告后在合理期限内仍未选择的，选择权转移至对方。

140 【答案】D

③ 选择权行使的要求——通知对方：当事人行使选择权应当及时通知对方，通知到达对方时，债务标的确定。确定的债务标的不得变更，但是经对方同意的除外。

④ 选择权的限制：可选择债务标的之中发生不能履行情形的，享有选择权的当事人不得选择不能履行的标的，但是该不能履行的情形是由对方造成的除外。

【例题】某演出公司与“黑胡子”四人演唱组合订立演出合同，约定由该组合在某晚会上演唱自创歌曲2~3首，每首酬金2万元。由此成立的债的关系属何种类型？（2005年单选）¹⁴¹

- | | |
|---------|---------|
| A. 特定之债 | B. 单一之债 |
| C. 选择之债 | D. 法定之债 |

7. 一时之债与持续之债

(1) 区分标准：给付是否持续

① 一时之债：只须一次给付即可完成的债（买卖合同之债）

② 持续之债：以持续性给付为标的的债（租赁合同之债）

(2) 区分意义：以一时之债为内容的合同被解除后，一般要恢复原状；而以持续之债为内容的合同被解除后，不能恢复原状。

8. 自然之债与法定之债

(1) 自然之债：不受法律强制执行保护保护的债（过了诉讼时效的债）

(2) 法定之债：受法律强制执行保护的债。

■ 三、债的效力

（一）债权效力——债权人有哪些权利

1. 请求力：债权人可请求债务人履行。

2. 执行力：债务人不履行时，债权人可请求法院通过执行程序强制债务人履行。

3. 保持力：债权人可永久保持所受领债务人给付的效力。

【注意】诉讼时效届满的债没有请求力与执行力，但仍具有保持力，债务人若主动履行，债权人有权受领，不构成不当得利。

(二) 债务的效力——债务人有哪些义务

1. 给付义务

(1) 主给付义务 (交付买卖标的物本身) 与从给付义务 (交付单证资料)

(2) 原给付义务 (原本存在的给付义务) 与次给付义务 (违约损害赔偿义务)

2. 附随义务——根据诚信原则而产生的告知、照顾、保护等义务

3. 前合同义务——合同订立时所负担的说明、告知、注意等义务

4. 后合同义务——合同消灭后所负担的保密、通知、协助等善后义务



第二章

准合同

第一节 无因管理

一、构成要件

1. 客观要件：实施了管理了他人事务的行为

- (1) 误将自己事务当成他人事务而管理——不构成无因管理
- (2) 误将 A 的事务当成 B 的事务——构成无因管理

2. 主观要件：为他人之利益

- (1) 误将他人事务当成自己事务——不构成无因管理
- (2) 既为他人利益，又为自己利益——构成无因管理
- (3) 纯为自己利益管理他人事务——不构成无因管理

3. 原因要件：没有法定或约定义务

4. 意思要件：符合受益人真实意思

【注意】管理事务不符合受益人真实意思的，不构成无因管理，但是受益人的真实意思违背公序良俗的除外（如挽救实施自杀行为的受益人）。

5. 结果要件：产生了债权债务（不要求达到预期的管理效果）

二、性质：事实行为（不要求行为人有行为能力）

【例题 1】下列哪一情形会引起无因管理之债？（2013 年单选）¹⁴²

- A. 甲向乙借款，丙在明知诉讼时效已过后擅自代甲向乙还本付息
- B. 甲在自家门口扫雪，顺便将邻居乙的小轿车上的积雪清扫干净
- C. 甲与乙结婚后，乙生育一子丙，甲抚养丙 5 年后才得知丙是乙和丁所生
- D. 甲拾得乙遗失的牛，寻找失主未果后牵回暂养。因地震致屋塌牛死，甲出卖牛皮、牛肉获价款若干

【例题 2】甲聘请乙负责照看小孩，丙聘请丁做家务。甲和丙为邻居，乙和丁为好友。一日，甲突生急病昏迷不醒，乙联系不上甲的亲属，急将甲送往医院，并将甲的小孩委托

给丁临时照看。丁疏于照看，致甲的小孩在玩耍中受伤。下列哪一说法是正确的？（2012年单选）¹⁴³

- A. 乙将甲送往医院的行为属于无因管理
- B. 丁照看小孩的行为属于无因管理，不构成侵权行为
- C. 丙应当承担甲小孩的医疗费
- D. 乙和丁对甲小孩的医疗费承担连带责任

【例题3】 张某外出，台风将至。邻居李某担心张某年久失修的房子被风刮倒，祸及自家，就雇人用几根木料支撑住张某的房子，但张某的房子仍然不敌台风，倒塌之际压死了李某养的数只鸡。下列哪一说法是正确的？（2009年单选）¹⁴⁴

- A. 李某初衷是为自己，故不构成无因管理
- B. 房屋最终倒塌，未达管理效果，故无因管理不成立
- C. 李某的行为构成无因管理
- D. 张某不需支付李某固房费用，但应赔偿房屋倒塌给李某造成的损失

【例题4】 下列行为中，哪些构成无因管理？（2008年多选）¹⁴⁵

- A. 甲错把他人的牛当成自家的而饲养
- B. 乙见邻居家中失火恐殃及自己家，遂用自备的灭火器救火
- C. 丙（15岁）租车将在体育课上昏倒的同学送往医院救治
- D. 丁见门前马路下水道井盖被盗致路人跌伤，遂自购一井盖铺上

三、法律效力

1. 管理人的义务

(1) 适当管理义务——管理人管理他人事务，应当采取有利于受益人的方法。中断管理对受益人更为不利的，无正当理由不得中断。

【例题】 甲正在市场卖鱼，突闻其父病危，急忙离去，邻摊菜贩乙见状遂自作主张代为叫卖，以比甲原每斤10元高出5元的价格卖出鲜鱼200斤，并将多卖的1000元收入自己囊中，后乙因急赴喜宴将余下的100斤鱼以每斤3元卖出。下列哪些选项是正确的？（2007年多选）¹⁴⁶

143 【答案】 A

144 【答案】 C

145 【答案】 BCD

146 【答案】 ABC

- A. 乙的行为构成无因管理
- B. 乙收取多卖 1000 元构成不当得利
- C. 乙低价销售 100 斤鱼构成不当管理, 应承担赔偿责任
- D. 乙可以要求甲支付一定报酬

(2) 通知义务——管理人管理他人事务时, 能够通知受益人的, 应当及时通知受益人。管理的事务不需要紧急处理的, 应当等待受益人的指示。

(3) 报告以及返还义务——管理结束后, 管理人应当向受益人报告管理事务的情况。管理人管理事务取得的财产, 应当及时转交给受益人。

2. 受益人的义务——偿还管理人因管理事务而支出的费用(偿还费用); 对管理人受到的损失, 进行适当补偿(补偿损失)。

【注意】 不存在报酬问题

【例题】 刘某承包西瓜园, 收获季节突然病故。好友刁某因联系不上刘某家人, 便主动为刘某办理后事和照看西瓜园, 并将西瓜卖出, 获益 5 万元。其中, 办理后事花费 1 万元、摘卖西瓜雇工费以及其他必要费用共 5000 元。刁某认为自己应得劳务费 5000 元。关于刁某的行为, 下列哪一说法是正确的? (2011 年单选)¹⁴⁷

- A. 5 万元属于不当得利
- B. 应向刘某家人给付 3 万元
- A. 应向刘某家人给付 4 万元
- D. 应向刘某家人给付 3.5 万元

3. 无因管理的转化

管理人管理事务经受益人事后追认的, 从管理事务开始时起, 适用委托合同的有关规定, 但是管理人另有意思表示的除外。

第二节 不当得利

一、不当得利的构成

1. 构成要件

(1) 一方受益

【注意】 此处的受益仅指经济上的利益, 不包括精神上的利益。

- (2) 他方受损
- (3) 受益与受损之间，具有因果关系
- (4) 无法律上的依据

【例题 1】下列哪一情形产生了不当得利之债？（2013 年单选）¹⁴⁸

- A. 甲欠乙款超过诉讼时效后，甲向乙还款
- B. 甲欠乙款，提前支付全部利息后又在借期届满前提前还款
- C. 甲向乙支付因前晚打麻将输掉的 2000 元现金
- D. 甲在乙银行的存款账户因银行电脑故障多出 1 万元

【例题 2】下列哪一情形不产生不当得利之债？（2011 年单选）¹⁴⁹

- A. 甲向乙借款 10 万元，1 年后根据约定偿还本息 15 万元
- B. 甲不知诉讼时效已过，向债权人乙清偿债务
- C. 甲久别归家，误把乙的鸡当成自家的吃掉
- D. 甲雇用的装修工人，误把邻居乙的装修材料用于甲的房屋装修

【例题 3】在下列何种情形中，乙构成不当得利？（2005 年单选）¹⁵⁰

- A. 甲欠乙 500 元，丙在甲不知情的情况下自愿代为偿还
- B. 甲大学新建校区，当地居民乙的房屋大幅升值
- C. 甲以拾得的 100 元还了欠乙的债务
- D. 甲雇人耕田，雇工误耕了乙的数亩待耕之田

2. 不属于不当得利的情形

- (1) 为履行道德义务进行的给付；
- (2) 债务到期之前的清偿；
- (3) 明知无给付义务而进行的债务清偿。

二、不当得利的返还范围

1. 一般规则

返还的不当利益，应当包括原物和原物所生的收益。

148 【答案】D

149 【答案】B

150 【答案】D

【例题】 张某发现自己的工资卡上多出 2 万元，便将其中 1 万元借给郭某，约定利息 500 元；另外 1 万元投入股市。张某单位查账发现此事，原因在于财务人员工作失误，遂要求张某返还。经查，张某借给郭某的 1 万元到期未还，投入股市的 1 万元已获利 2000 元。下列哪一选项是正确的？（2007 年单选）¹⁵¹

- A. 张某应返还给单位 2 万元
- B. 张某应返还给单位 2.2 万元
- C. 张某应返还给单位 2.25 万元
- D. 张某应返还给单位 2 万元及其孳息

2. 原物不存在时的返还范围

- (1) 善意不当得利：以返还时的利益为限——不负赔偿义务
- (2) 恶意不当得利：以得利时的利益为限——损害赔偿

3. 第三人的返还义务

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



第三章

合同通则

第一节 概述

一、合同的概念和分类

1. 概念：合同是民事主体之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。

(1) 合同是平等主体所实施的一种民事法律行为。

(2) 合同是以设立、变更和终止民事权利义务关系为目的和宗旨。

(3) 合同是当事人意思表示一致的产物。

【注意】 政府采购合同中，作为合同一方当事人的政府与合同对方当事人之间也是平等的关系，双方应当遵循合同订立的一般规则，平等协商，并按照合同约定的内容行使权利、履行义务。

【案例】 甲盛情邀请乙共进晚餐，乙愉快地答应。二人之间是否成立合同？如果乙没有依约赴宴，甲是否可以要求乙承担违约责任？

【例题 - 单选题】 下列哪种情形中，在当事人之间产生合同法律关系？¹⁵²

- A. 甲拾得乙遗失的一块手表
- B. 甲邀请乙看球赛，乙因为有事没有前去赴约
- C. 甲因为放暑假，将一台电脑放到乙家保管
- D. 甲鱼塘的鱼跳进乙鱼塘

2. 合同的分类

(1) 典型合同与非典型合同

《民法典》规定的 21 个典型合同：买卖合同、供用电、水、气、热力合同、赠与合同、借款合同、租赁合同、融资租赁合同、承揽合同、建设工程合同、运输合同、技术合同、保管合同、仓储合同、委托合同、行纪合同、中介合同、保理合同、合伙合同、物业服务合同、保证合同、抵押合同、质押合同。

【注意】 非典型合同的法律适用：适用合同编通则的规定，并可以参照适用合同编典型合同或者其他法律最相类似合同的规定。

152 【答案】C

【例题】甲、乙双方达成协议，约定甲将房屋无偿提供给乙居住，乙则无偿教甲的女儿学钢琴。对于该协议，下列哪些说法是正确的？（2005年多选）¹⁵³

- A. 属于无名合同
- B. 属于实践合同
- C. 应适用合同编通则的规定
- D. 可以参照适用合同编关于租赁合同的规定

(2) 单务合同与双务合同

① 单务合同是指仅有一方当事人承担义务的合同，如赠与合同。

② 双务合同是指双方当事人互负对价义务的合同，如买卖合同、承揽合同、租赁合同等。

【注意】区分的法律意义：因为双务合同中当事人之间的给付义务具有依存和牵连关系，因此，双务合同中存在同时履行抗辩权和风险负担的问题，而这些情形并不存在于单务合同中。

(3) 诺成合同与实践合同

① 诺成合同是指当事人意思表示一致即可认定合同成立的合同。

② 实践合同：是指在当事人意思表示一致以外，尚需有实际交付标的物或者有其他现实给付行为才能成立的合同。如保管合同、自然人之间的借款合同、定金合同等。

【注意】区分的法律意义：除了两种合同的成立要件不同以外，实践中作为合同成立要件的给付义务的违反不产生违约责任，而只是一种缔约过失责任。

二、合同的相对性

1. 内容：（主体的相对性、内容的相对性与责任的相对性）

(1) 当事人约定由债务人向第三人履行债务的，债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定，应当向债权人承担违约责任。

(2) 当事人约定由第三人向债权人履行债务的，第三人不履行债务或者履行债务不符合约定，债务人应当向债权人承担违约责任。

(3) 当事人一方因第三人的原因造成违约的，应当向对方承担违约责任。当事人一方和第三人之间的纠纷，依照法律规定或者按照约定解决。

153 【答案】ACD

【例题】 方某为送汤某生日礼物，特向余某定做一件玉器。订货单上，方某指示余某将玉器交给汤某，并将订货情况告知汤某。玉器制好后，余某委托朱某将玉器交给汤某，朱某不慎将玉器碰坏。下列哪一表述是正确的？(2014 年单选)¹⁵⁴

- A. 汤某有权要求余某承担违约责任
- B. 汤某有权要求朱某承担侵权责任
- C. 方某有权要求朱某承担侵权责任
- D. 方某有权要求余某承担违约责任

2. 例外

(1) 合同保全：“代位权”与“撤销权”突破了合同的相对性，合同债权人在法定条件成就时，得对合同关系以外的第三人主张权利。

(2) 买卖不破租赁：租赁期间，租赁物的所有权(因买卖、赠与、继承、企业合并)发生变动的，原租赁合同对新的所有权人继续有效。

(3) (建设工程施工合同) 分包人的连带责任：总承包人或者勘察、设计、施工承包人经发包人同意，可以将自己承包的部分工作交由第三人完成。第三人就其完成的工作成果与总承包人或者勘察、设计、施工承包人向发包人承担连带责任。

(4) 单式联运合同两个以上承运人以同一运输方式联运的，与托运人订立合同的承运人应当对全程运输承担责任。损失发生在某一运输区段的，与托运人订立合同的承运人和该区段的承运人承担连带责任。

【注意】 多式联运合同中，实际承运人与多式联运经营人不承担连带责任，没有突破合同相对性的问题。

第二节 合同的成立与生效

一、合同订立的一般程序

1. 要约

要约是指希望和他人订立合同的意思表示。

(1) 构成要件

① 必须向特定的人发出；

【注意】 例外情形：自动售货机的设置以及符合要约构成要件的商业广告和宣传

154 【答案】D

- ② 必须有订立合同的意图;
- ③ 内容具体确定;
- ④ 必须表明一旦受要约人承诺, 要约人即受该意思表示的约束。

【例题-单选题】某商店橱窗内展示的衣服上标明“正在出售”, 并且标示了价格, 则“正在出售”的标示视为什么? ¹⁵⁵

- A. 要约
- B. 承诺
- C. 要约邀请
- D. 既是要约又是承诺

(2) 要约邀请

要约邀请是指希望他人向自己发出要约的意思表示——无约束力。

① 寄送的价目表、拍卖公告、招标公告、招股说明书、债券募集说明书、基金招募说明书等为要约邀请。

② 商业广告原则上为要约邀请, 但其内容符合要约的构成条件的, 视为要约。

【注意 1】商品房的销售广告和宣传资料为要约邀请, 但是出卖人就商品房开发规划范围内的房屋及相关设施所作的说明和允诺具体确定, 并对商品房买卖合同的订立以及房屋价格的确定有重大影响的, 应当视为要约。该说明和允诺即使未载入商品房买卖合同, 亦应当视为合同内容, 当事人违反的, 应当承担违约责任。

【注意 2】悬赏广告是单方允诺, 非要约邀请, 也非要约。

【例题 1- 单选题】甲公司 7 月 1 日通过报纸发布广告, 称其有某型号的电脑出售, 每台售价 8000 元, 随到随购, 数量不限, 广告有效期至 7 月 30 日。乙公司委托王某携带金额 16 万元的支票于 7 月 28 日到甲公司购买电脑, 但甲公司称广告所述电脑已全部售完。乙公司为此受到一定的经济损失。下列表述正确的是哪一项? ¹⁵⁶

- A. 甲公司的广告构成要约, 乙公司的行为构成承诺, 甲公司不承担违约责任
- B. 甲公司的广告构成要约, 乙公司的行为构成承诺, 甲公司应当承担违约责任
- C. 甲公司的广告不构成要约, 乙公司的行为不构成承诺, 甲公司不承担民事责任
- D. 甲公司的广告构成要约, 乙公司的行为不构成承诺, 甲公司不承担民事责任

【例题 2】甲房地产开发公司在交给购房人张某的某小区平面图和项目说明书中都标明有一个健身馆。张某看中小区健身方便, 决定购买一套商品房并与甲公司签订了购房合同。

155 【答案】A

156 【答案】B

张某收房时发现小区没有健身馆。下列哪些表述是正确的?(2014年多选)¹⁵⁷

- A. 甲公司不守诚信, 构成根本违约, 张某有权退房
- B. 甲公司构成欺诈, 张某有权请求甲公司承担缔约过失责任
- C. 甲公司恶意误导, 张某有权请求甲公司双倍返还购房款
- D. 张某不能滥用权利, 在退房和要求甲公司承担违约责任之间只能选择一种

(3) 要约的效力

① 要约效力的含义: 要约人应当受到自己所作出的要约的约束, 一旦生效, 不得随意变更和撤销。

② 要约的生效时间: 到达受要约人时

(4) 要约的撤回和撤销

比较项	目的	要求	适用限制
要约的撤回	阻止要约生效	撤回要约的通知应当在要约到达受要约人之前或者与要约同时到达受要约人	适用于所有要约
要约的撤销	否定已生效但受要约人尚未承诺的要约的效力	撤销要约的通知应当在受要约人作出承诺通知之前到达受要约人或者为受要约人知道	以下要约不得撤销: ① 要约人以确定承诺期限或者其他形式明示要约不可撤销; ② 受要约人有理由认为要约是不可撤销的, 并已经为履行合同作了合理准备工作。

(5) 要约的失效

- ① 受要约人拒绝要约的通知到达要约人;
- ② 要约人依法撤销要约;
- ③ 承诺期限届满, 受要约人未作出承诺;
- ④ 受要约人对要约的内容作出实质性变更。

【例题】下列关于要约失效的陈述, 错误的是哪一项?¹⁵⁸

- A. 甲以信件方式向乙发出要约, 要求购买某型号钢材 10 吨。乙打电话告知甲, 无货

157 【答案】AB

158 【答案】C

可供。要约失效。

- B. 甲以信件方式于7月5日向乙发出要约，并确定了一个月的承诺期间。7月10日该要约到达乙处。乙于8月6日以信件方式作出承诺，8月9日到达甲处。要约失效。
- C. 甲拟以信件方式向乙发出要约，并要求乙必须在一个月内承诺，信件落款时间为7月1日。但甲迟迟没有发信，直到7月10日才发出信件。乙于8月4日作出承诺，该信件于8月7日到达甲处。该承诺生效，因此要约没有失效。
- D. 甲以信件方式向乙发出要约，要求购买某型号钢材10吨。乙打电话告知甲，因为市场行情发生变化，要约中确定的价格应当上浮10%，要约失效。

2. 承诺

承诺是指受要约人同意要约的意思表示。

(1) 主体：受要约人

(2) 承诺方式

① 通知承诺

② 履约承诺（行为承诺）

(3) 承诺的内容要求

承诺的内容应当与要约的内容一致

(4) 承诺对要约内容的变更

① 受要约人对要约的内容作出实质性变更的，应认定为新要约。

【解释】 实质性变更是指对合同标的、数量、质量、价款或报酬、履行期限、履行地点和方式、违约责任和解决争议方法等的变更。

② 承诺对要约的内容作出非实质性变更的，为有效承诺，合同的内容以承诺的内容为准。

【注意】 非实质性变更导致承诺无效的两种例外情形：(a) 要约人及时表示反对；(b) 要约中明确表明承诺不得对要约的内容作出任何变更。

(5) 承诺期限

要约确定了承诺期限	承诺应当在该期限内达到要约人	
要约没有确定承诺期限	以对话方式作出承诺	应当即时作出承诺
	以非对话方式作出的	承诺应当在合理期限内到达 【解释】 合理期限是指依通常情形可期待承诺到达的期间（要约到达受要约人的期间 + 受要约人作出承诺的期间 + 承诺通知到达要约人的期间）

承诺期限的起算	<p>① 要约以信件或者电报作出的，承诺期限自信件载明的日期或者电报交发之日开始计算；信件未载明日期的，自投寄该信件的邮戳日期开始计算。</p> <p>② 要约以电话、传真、电子邮件等快速通讯方式作出的，承诺期限自要约到达受要约人时开始计算。</p>
---------	---

(6) 承诺的生效

- ① 通知承诺——到达主义
- ② 履约承诺（行为承诺）——做出主义

(7) 承诺的效力

承诺生效——合同成立

(8) 承诺的撤回

- ① 目的：旨在阻止承诺生效
- ② 撤回的要求：撤回承诺的通知应不迟于承诺通知到达要约人

(9) 承诺迟到

	迟发而迟到	未迟发而迟到
行为表现	受要约人“超过承诺期限发出”或者在承诺期限内发出承诺但按照通常情形不能按时到达要约人——注定要迟	受要约人“在承诺期限内发出”承诺，按照通常情况能够及时到达要约人，但因其他原因致使承诺到达要约人时超过承诺期限——意外的迟
法律效果	<ul style="list-style-type: none"> ① 原则上为“无效”，应视为“新要约”； ② 例外有效——要约人及时通知受要约人该承诺有效（要约人不挑） 	<ul style="list-style-type: none"> ① 原则上为“有效”； ② 例外无效——要约人及时通知受要约人因承诺超过期限不接受该承诺（要约人很挑）

▣ 二、合同的成立

1. 合同成立的时间

(1) 原则：承诺到达，合同成立；

(2) 例外

① 要式合同：承诺生效后，当事人双方在合同书、确认书上均签字、盖章或者按指印时合同成立。

【注意】特殊情况：要式合同不符合法定或约定形式，或者在签字、盖章或按指印之前，一方已经履行主要义务，对方接受的，合同成立。——可通过履行行为弥补形式上的瑕疵（生米做成熟饭）

② 网购合同：买方选择商品或者服务并提交订单时合同成立。

③ 实践合同：承诺生效后，当事人交付标的物时合同成立。

2. 合同成立的地点

(1) 原则：承诺生效的地点为合同成立的地点

【注意】采用数据电文形式订立合同的，收件人的主营业地为合同成立的地点；没有主营业地的，其住所地为合同成立的地点。当事人另有约定的，按照其约定。

(2) 例外：采用书面形式订立合同的——

① 双方当事人签字、盖章或者按指印的地点为合同成立的地点；

② 双方当事人签字或者盖章不在同一地点的，最后一方在合同书上签字、盖章或者按指印的地点为合同成立的地点；

③ 合同约定的签订地与实际签字或者盖章地点不符，以约定的签订地为合同成立的地点。

【例题】张某和李某采用书面形式签订一份买卖合同，双方在甲地谈妥合同的主要条款，张某于乙地在合同上签字，李某于丙地在合同上摁了手印，合同在丁地履行。关于该合同签订地，下列哪一选项是正确的？（2010 年单选）¹⁵⁹

A. 甲地

B. 乙地

C. 丙地

D. 丁地

三、预约合同

1. 什么是预约？

(1) 当事人约定在将来一定期限内订立合同的认购书、订购书、预订书、意向书等，构成预约合同。

(2) 预约以订立本约为合同义务。

(3) 预约合同的双方当事人均负担订立本约义务的，称为双务预约；仅预约合同的一方当事人负担订立本约义务的，称为单务预约。

【例证】甲、乙、丙拟合伙经营餐饮业，因需再邀请他人加入，故暂时不宜订立合伙协议，为确保甲、乙、丙三人将来一定参与合伙经营，于是三人先签订订立合伙协议的预约。

【注意 1】预约不同于附生效条件的合同。

【注意 2】“初步协议”、“意向书”等文件如果不具备当事人订立本约的合意，则不属于预约。

【注意3】 当事人一方不履行预约合同约定的订立合同义务的，对方可以请求其承担预约合同的违约责任。在考试中，预约合同的违约责任往往与立约定金结合考查。

【例题】 甲欲购买乙的房子。经初步协商，双方商定3天后签订正式的买卖合同，并由甲先交10000元定金给乙，乙出具的收条上写明为“收到甲定金10000元。”3天后，乙将房子卖给了丙，故拒绝签订与甲订立合同。下列说法正确的有？¹⁶⁰

- A. 甲乙之间存在预约合同关系
- B. 甲有权要求乙返还20000元并赔偿在买房过程中受到的损失
- C. 甲有权要求乙返还20000元并要求其承担违反买卖合同的违约责任
- D. 甲只能要求乙赔偿在磋商买房过程中受到的损失
- E. 甲只能要求乙承担违反买卖合同的违约责任

■ 四、格式条款

1. 内涵

(1) 一方当事人事先拟定好的、重复使用且不允许对方当事人协商和变更的条款。

(2) 表现形式：书面合同文本中的条款、店堂告示、标价单、服务细则、产品保修卡、火车票背面的乘车须知等形式。

2. 格式条款的法律规制

(1) 格式条款提供方的提示和说明义务

① 应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式提示对方注意免除或者减轻其责任等与对方有重大利害关系的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明。

【例证】 提供格式条款的一方未履行提示或者说明义务，致使对方没有注意或者理解与其有重大利害关系的条款的，对方可以主张该条款不成为合同的内容。

② 提供格式条款的一方对已尽合理提示及说明义务承担举证责任。

(2) 无效情形

① 符合民事法律行为无效情形；

② 造成对方人身伤害的、因故意或者重大过失造成对方财产损失的免责格式条款；

③ 提供格式条款一方“不合理”地免除或者减轻其责任、加重对方责任、限制对方主要权利。

④ 提供格式条款一方排除对方主要权利。

【例证】偷一罚十，假一赔十

(3) 格式条款的解释：对格式条款的理解发生争议的——

- ① 应按照通常理解予以解释；
- ② 有两种以上解释的，应当作出不利于提供格式条款一方的解释；

【举例】机票退票手续费

- ③ 格式条款与非格式条款不一致的，应当采用“非格式条款”。

【例题】甲与乙公司订立美容服务协议，约定服务期为半年，服务费预收后逐次计扣，乙公司提供的协议格式条款中载明“如甲单方放弃服务，余款不退”（并注明该条款不得更改）协议订立后，甲依约支付5万元服务费。在接受服务1个月并发生费用8000元后，甲感觉美容效果不明显，单方放弃服务并要求退款，乙公司不同意。甲起诉乙公司要求返还余款。下列哪一选项是正确的？（2017年单选）¹⁶¹

- A. 美容服务协议无效
- B. “如甲单方放弃服务，余款不退”的条款无效
- C. 甲单方放弃服务无须承担违约责任
- D. 甲单方放弃服务应承担继续履行的违约责任

■ 五、免责条款

1. 内涵

免责条款是指合同当事人在合同中规定的排除或限制一方当事人未来责任的条款。

2. 无效情形

- (1) 造成对方人身伤害的；
- (2) 因故意或者重大过失造成对方财产损失的。

【举例】工伤概不负责

■ 六、缔约过失责任

在合同的订立过程中，由于一方当事人的过失，致使合同未成立、未生效、被撤销或无效，损害了对方当事人的利益而承担的赔偿责任。

1. 构成要件

- (1) 缔约一方当事人违反先合同义务；

161 【答案】B

- (2) 给对方造成了信赖利益的损失;
- (3) 缔约人在主观上必须存在过错;
- (4) 缔约人一方当事人违反先合同义务的行为与对方所受到的损失之间必须存在因果关系。

【注意】 缔约过失责任具有相对性，发生在缔约双方之间。

2. 具体情形

- (1) 假借订立合同，恶意进行磋商;
- (2) 故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况;
- (3) 当事人泄露或者不正当使用在订立合同过程中知悉的商业秘密，给对方造成损失的;
- (4) 有其他违背诚实信用原则的行为。

【例题 1】 甲、乙同为儿童玩具生产商。六一节前夕，丙与甲商谈进货事宜。乙知道后向丙提出更优惠条件，并指使丁假借订货与甲接洽，报价高于丙以阻止甲与丙签约。丙经比较与乙签约，丁随即终止与甲的谈判，甲因此遭受损失。对此，下列哪一说法是正确的？(2010 年单选)¹⁶²

- A. 乙应对甲承担缔约过失责任
- B. 丙应对甲承担缔约过失责任
- C. 丁应对甲承担缔约过失责任
- D. 乙、丙、丁无须对甲承担缔约过失责任

【例题 2】 甲公司在与乙公司协商购买某种零件时提出，由于该零件的工艺要求高，只有乙公司先行制造出符合要求的样品后，才能考虑批量购买。乙公司完成样品后，甲公司因经营战略发生重大调整，遂通知乙公司：本公司已不需此种零件，终止谈判。下列何者正确？(2007 年单选)¹⁶³

- A. 甲公司构成违约，应当赔偿乙公司的损失
- B. 甲公司的行为构成缔约过失，应当赔偿乙公司的损失
- C. 甲公司的行为构成侵权行为，应当赔偿乙公司的损失
- D. 甲公司不应赔偿乙公司的任何损失

162 【答案】C

163 【答案】D

【例题3】德凯公司拟为新三板上市造势，在无真实交易意图的情况下，短期内以业务合作为由邀请多家公司来其主要办公地点洽谈。其中，真诚公司安排授权代表往返十余次，每次都准备了详尽可操作的合作方案，德凯公司佯装感兴趣并屡次表达将签署合同的意愿，但均在最后一刻推脱拒签。期间，德凯公司还将知悉的真诚公司的部分商业秘密不当泄露。对此，下列哪一说法是正确的？（2017年单选）¹⁶⁴

- A. 未缔结合同，则德凯公司就磋商事宜无需承担责任
- B. 虽未缔结合同，但德凯公司构成恶意磋商，应赔偿损失
- C. 未缔结合同，则商业秘密属于真诚公司自愿披露，不应禁止外泄
- D. 德凯公司也付出了大量的工作成本，如被对方主张赔偿，则据此可主张抵销

第三节 合同的履行

一、合同的内容和解释

1. 合同必备条款：当事人名称或者姓名、标的和数量为必备条款，缺少了合同将不成立。

【例题】甲、乙两公司约定：甲公司向乙公司支付5万元研发费用，乙公司完成某专用设备的研发生产后双方订立买卖合同，将该设备出售给甲公司，价格暂定为100万元，具体条款另行商定。乙公司完成研发生产后，却将该设备以120万元卖给丙公司，甲公司得知后提出异议。下列哪一选项是正确的？（2017年单选）¹⁶⁵

- A. 甲、乙两公司之间的协议系承揽合同
- B. 甲、乙两公司之间的协议系附条件的买卖合同
- C. 乙、丙两公司之间的买卖合同无效
- D. 甲公司可请求乙公司承担违约责任

2. 合同主要条款（《民法典》第470条）

3. 非必备条款的补充：步骤——

(1) 第一步：当事人事后签订补充协议；

(2) 第二步：合同解释——不能达成补充协议的，按照合同有关条款、合同性质、合同目的或者交易习惯确定。

① 文义解释

164 【答案】B

165 【答案】D

- ② 体系解释
- ③ 目的解释
- ④ 习惯、惯例解释

【注意】 交易习惯的界定及举证责任

(a) 不违反法律、行政法规强制性规定

(b) 在交易行为地或者特定领域、行业通常采用并为交易对方订立合同时所知道或者应当知道的做法；or 当事人双方经常使用的习惯做法。

(c) 对于交易习惯，由提出主张的一方当事人承担举证责任。

⑤ 诚实信用原则解释

(3) 第三步——法律推定：

① 质量要求不明确的，按照强制性国家标准履行；没有强制性国家标准的，按照推荐性国家标准履行；没有推荐性国家标准的，按照行业标准履行；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。

② 价款或者报酬不明确的，按照“订立合同时履行地”的市场价格履行；依法应当执行政府定价或者政府指导价的，按照规定履行。

(a) 在合同约定的交付期限内政府价格调整的，按照交付时的价格履行；

(b) 在迟延履行期内，政府价格调整的，按照对违约方不利的价格履行——

第一，逾期交付标的物的，遇价格上涨时，按照原价格执行；价格下跌时，按照新价格执行。

第二，逾期提取标的物或者逾期付款的，遇价格上涨时，按照新价格执行；价格下跌时，按照原价格执行。

③ 履行地点不明确的，按照以下规则确定：

(a) 给付货币的，在接受货币一方所在地履行；

(b) 交付不动产的，在不动产所在地履行；

(c) 其他标的（交付动产），在履行义务一方所在地履行。

【例题 - 多选题】 X市甲厂因购买Y市乙公司的一批木材与乙公司签订了一份买卖合同，但合同中未约定交货地与付款地，双方就此未达成补充协议，按照合同有关条款或者交易习惯也不能确定。下列关于本案交货地及付款地的表述中，正确的有？¹⁶⁶

A. X市为交货地

B. Y市为交货地

C. X市为付款地

D. Y市为付款地

166 【答案】BD

④ 履行期限不明确的，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。

【注意】 电子合同标的的交付时间：(1) 通过互联网等信息网络订立的电子合同的标的为交付商品并采用快递物流方式交付的，收货人的签收时间为交付时间。(2) 电子合同的标的为提供服务的，生成的电子凭证或者实物凭证中载明的时间为交付时间；前述凭证没有载明时间或者载明时间与实际提供服务时间不一致的，实际提供服务的时间为交付时间。(3) 电子合同的标的为采用在线传输方式交付的，合同标的进入对方当事人指定的特定系统并且能够检索识别的时间为交付时间。

⑤ 履行方式不明确的，按照有利于实现合同目的的方式履行。

⑥ 履行费用的负担不明确的，由履行义务一方负担；因债权人原因增加的履行费用，由债权人负担。

■ 二、合同履行的具体规则

(一) 涉及第三人合同的履行规则

1. 约定向第三人履行

当事人约定由债务人向第三人履行债务的，债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定，应当向债权人承担违约责任。

2. 约定由第三人履行

当事人约定由第三人向债权人履行债务的，第三人不履行债务或者履行债务不符合约定，债务人应当向债权人承担违约责任。

【解释】 上述规则其实就是“合同相对性”原理的体现，该考点可用一句话概括：“不论由谁履行，也不论向谁履行，违约责任只能由债务人向债权人承担，跟第三人无关。”

【例外】 法律规定或者当事人约定第三人可以直接请求债务人向其履行债务，第三人未在合理期限内明确拒绝，债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定的，第三人可以请求债务人承担违约责任；债务人对债权人的抗辩，可以向第三人主张。（例如融资租赁合同）

3. 第三人代为履行

(1) 第三人“有权”代为履行——债权人无权拒绝

① 债务人不履行债务，第三人对履行该债务具有合法利益的，第三人有权向债权人代为履行；但是，根据债务性质、按照当事人约定或者依照法律规定只能由债务人履行的除外。

② 债权人接受第三人履行后，其对债务人的债权转让给第三人，但是债务人和第三人另有约定的除外。

【例证】 甲出租人——乙承租人——丙次承租人，乙未向甲支付租金，丙有权代乙向甲支付，然后向乙追偿或者在其应向乙支付的租金金额范围内主张抵销。

(2) 其他情况下第三人主动代为履行——债权人有权拒绝

【例题 - 单选题】 甲、乙双方约定，由丙每月代乙向甲偿还债务 500 元，期限 2 年。丙履行 5 个月后，以自己并不对甲负有债务为由拒绝继续履行。甲遂向法院起诉，要求乙、丙承担违约责任。人民法院的下列判决中，符合合同法律制度规定的是？¹⁶⁷

- A. 判决乙承担违约责任
- B. 判决丙承担违约责任
- C. 判决乙、丙连带承担违约责任
- D. 判决乙、丙分担违约责任

(二) 中止履行、提前履行与部分履行

1. 中止履行

债权人分立、合并或者变更住所没有通知债务人，致使履行债务发生困难的，债务人可以中止履行或将标的物提存。

2. 提前履行

(1) 提前履行债权人可以拒绝债务人提前履行债务，但提前履行不损害债权人利益的除外。

(2) 债务人提前履行债务给债权人增加的费用，由债务人负担。

【案例】 甲乙双方订立买卖合同，约定乙在 2019 年 6 月 4 日将 1000 吨钢材送至甲租用的库房内。如果乙提前 1 个月送货，导致甲多付了一个月的库房租金，多付的租金应由乙承担。

3. 部分履行

(1) 债权人可以拒绝债务人部分履行债务，但部分履行不损害债权人利益的除外。

(2) 债务人部分履行债务给债权人增加的费用，由债务人负担。

(三) 双务合同履行中的抗辩权

1. 同时履行抗辩权

(1) 含义：双务合同中的当事人应同时履行义务。一方在对方履行之前有权拒绝其履

167 【答案】A

行要求；一方在对方履行债务不符合约定时，有权拒绝其相应的履行要求。

(2) 构成要件

- ① 双方当事人基于同一双务合同而互负义务；
- ② 双方的义务没有先后履行顺序且均已届清偿期限；
- ③ 对方未履行或未按约定履行债务；
- ④ 对方的债务是可能履行的。

(3) 法律效力：不是永久的抗辩权（区别于诉讼时效抗辩），当对方履行债务时，行使抗辩权者应当恢复履行。

2. 先履行抗辩权

(1) 内涵：是指双务合同中应先履行义务的一方当事人未履行时，后履行一方当事人有拒绝履行自己的义务的权利。

(2) 构成要件

- ① 当事人因双务合同互负债务；
- ② 须双方所负的债务有先后履行的顺序；
- ③ 先履行一方到期未履行债务或未适当履行债务。

(3) 法律效力

- ① 后履行方的履行超过了合同约定的履行期限，其并不因此承担违约责任。
- ② 先履行方迟延的，应承担履行迟延的违约责任。

3. 不安抗辩权

(1) 内涵：是指双务合同中应先履行义务的一方当事人，有确切证据证明相对人财产明显减少或缺信用，不能保证对待给付时，有暂时中止履行合同的权力。

(2) 构成要件

- ① 当事人因双务合同互负债务；
- ② 当事人一方须有先履行的义务且已届履行期；
- ③ 后履行义务一方有丧失或可能丧失履行债务能力的情形。

【注意】根据《民法典》第 527 条的规定，这些情形包括：(1) 经营状况严重恶化；(2) 转移财产、抽逃资金，以逃避债务；(3) 丧失商业信誉；(4) 有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。

(3) 法律效力

- ① 中止履行：抗辩方可以中止履行义务。

【注意】只产生中止履行的效力，但只是暂时停止履行或延期履行，而不是消灭其履行义务。如果当事人没有确切证据中止履行的，应当承担违约责任。

- ② 通知义务：当事人行使不安抗辩权中止履行的，应当及时通知对方。
- ③ 恢复履行：对方提供适当担保时，应当恢复履行。
- ④ 解除合同：中止履行后，对方在合理期限内未恢复履行能力并且未提供适当担保的，中止履行的一方可以解除合同。

★三种抗辩权比较

抗辩权类型	有无先后履行顺序	抗辩权主体	是否违约
同时履行抗辩权	无	双方当事人	双方都不构成违约
顺序履行抗辩权	有	后履行一方	先履行方构成迟延履行
不安抗辩权	有	先履行一方	先履行方不构成违约，后履行方可能构成预期违约

【例题1】甲与乙公司签订的房屋买卖合同约定：“乙公司收到首期房款后，向甲交付房屋和房屋使用说明书；收到二期房款后，将房屋过户给甲。”甲交纳首期房款后，乙公司交付房屋但未立即交付房屋使用说明书。甲以此为由行使先履行抗辩权而拒不支付二期房款。下列哪一表述是正确的？（2015年单选）¹⁶⁸

- A. 甲的做法正确，因乙公司未完全履行义务
- B. 甲不应行使先履行抗辩权，而应行使不安抗辩权，因乙公司有不能交付房屋使用说明书的可能性
- C. 甲可主张解除合同，因乙公司未履行义务
- D. 甲不能行使先履行抗辩权，因甲的付款义务与乙公司交付房屋使用说明书不形成主给付义务对应关系

【例题2】甲公司向乙公司购买小轿车，约定7月1日预付10万元，10月1日预付20万元，12月1日乙公司交车时付清尾款。甲公司按时预付第一笔款。乙公司于9月30日发函称因原材料价格上涨，需提高小轿车价格。甲公司于10月1日拒绝，等待乙公司答复未果后于10月3日向乙公司汇去20万元。乙公司当即拒收，并称甲公司迟延付款构成违约，要求解除合同，甲公司则要求乙公司继续履行。下列哪一表述是正确的？（2014年单选）¹⁶⁹

- A. 甲公司不构成违约
- B. 乙公司有权解除合同

168 【答案】D

169 【答案】A

- C. 乙公司可行使先履行抗辩权
- D. 乙公司可要求提高合同价格

【例题3】2011年5月6日，甲公司与乙公司签约，约定甲公司于6月1日付款，乙公司6月15日交付“连升”牌自动扶梯。合同签订后10日，乙公司销售他人的“连升”牌自动扶梯发生重大安全事故，质监局介入调查。合同签订后20日，甲、乙、丙公司三方合意，由丙公司承担付款义务。丙公司6月1日未付款。下列哪一表述是正确的？(2011年单选)¹⁷⁰

- A. 甲公司有权要求乙公司交付自动扶梯
- B. 丙公司有权要求乙公司交付自动扶梯
- C. 丙公司有权行使不安抗辩权
- D. 乙公司有权要求甲公司和丙公司承担连带债务

(四) 情势变更规则

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

人民法院或者仲裁机构应当结合案件的实际情况，根据公平原则变更或者解除合同。

第四节 合同债权的保全

一、代位权

1. 代位权的概念

债权人在债务人怠于行使对相对人(次债务人)的债权以及与该债权有关的从权利而影响债权人利益时，债权人以自己名义行使本属于债务人权利的权利。

2. 成立要件

(1) 债权人对债务人的债权合法(不包括诉讼时效已届满的债权)

(2) 债务人对相对人的债权不专属于债务人自身

【注意】专属于债务人的债权：基于扶养、抚养、赡养、继承关系产生的给付请求权和劳动报酬、退休金、养老金、抚恤金、安置费、人寿保险、合伙人利润分配请求权、人

170 【答案】C

身损害赔偿请求权等权利（与“身份”和“血汗”有关）

(3) 债务人怠于行使其债权，对债权人造成损害

【注意 1】 债务人的懈怠行为必须是债务人“不以诉讼方式或者仲裁方式”，仅仅向对方私下主张债权，仍构成怠于行使，此点区别于诉讼时效中断中的“债权行使方式”。

【注意 2】 债务人对次债务人的债权应为“具有金钱给付内容”（排除其它债权）的到期债权。

(4) 债权人对债务人的债权以及债务人对相对人的债权都已到期

【注意】 债权人的提前介入权：债权人的债权到期前，债务人的权利存在诉讼时效期间即将届满或者未及时申报破产债权等情形，影响债权人的债权实现的，债权人可以代位向债务人的相对人请求其向债务人履行、向破产管理人申报或者作出其他必要的行为。

3. 代位权的行使

(1) 行使方式——提起代位权诉讼

(2) 诉讼当事人——① 原告：债权人；② 被告：次债务人；③ 第三人：债务人（无独第三人）

(3) 管辖：被告（次债务人）住所地法院

(4) 行使后果

① 优先受偿：由次债务人直接向债权人履行债务

② 抗辩权延伸：次债务人对债务人的抗辩可向债权人主张

③ 诉讼费用由次债务人承担；行使代位权的其他必要费用，由债务人负担（为什么？债务人与次债务人都有过错）

■ 二、撤销权

1. 概念

债权人请求法院撤销债务人实施的损害债权实现的财产处分行为的权利。

2. 成立要件

(1) 债权人对债务人的债权合法（不要求到期）

(2) 债务人有下列行为之一，对债权人造成损害

① 放弃债权

② 放弃债权担保

③ 无偿转让财产

④ 恶意延长到期债权履行期

⑤ 以明显不合理低价（< 市价 70%）转让财产

⑥ 以明显不合理高价 (> 市价 30%) 收购他人财产

⑦ 为他人的债务提供担保

【注意】有偿转让财产(上述⑤⑥⑦)时,还要求受让人为“恶意”,债权人始能撤销。

3. 撤销权的行使

(1) 行使方式——提起撤销权诉讼

(2) 诉讼当事人: ① 原告: 债权人; ② 被告: 债务人; ③ 第三人: 受益人或受让人

(3) 行使期间: 1 年(自债权人知道或应当知道撤销事由之日起); 5 年(自债务人行为发生之日起)

(4) 行使后果

① 被撤销的行为自始无效

② 债权人无优先受偿权

③ 债权人胜诉后, 其行使撤销权的必要费用, 由债务人负担; 第三人有过错的, 应当适当分担

【例题 1】甲公司在 2011 年 6 月 1 日欠乙公司贷款 500 万元, 届期无力清偿。2010 年 12 月 1 日, 甲公司向丙公司赠送一套价值 50 万元的机器设备。2011 年 3 月 1 日, 甲公司向丁基金会捐赠 50 万元现金。2011 年 12 月 1 日, 甲公司向戊希望学校捐赠价值 100 万元的电脑。甲公司的 3 项赠与行为均尚未履行。下列哪一选项是正确的? (2012 年单选)¹⁷¹

- A. 乙公司有权撤销甲公司对丙公司的赠与
- B. 乙公司有权撤销甲公司对丁基金会的捐赠
- C. 乙公司有权撤销甲公司对戊学校的捐赠
- D. 甲公司有权撤销对戊学校的捐赠

【例题 2】甲公司对乙公司享有 5 万元债权, 乙公司对丙公司享有 10 万元债权。如甲公司对丙公司提起代位权诉讼, 则针对甲公司, 丙公司的下列哪些主张具有法律依据? (2012 年多选)¹⁷²

- A. 有权主张乙公司对甲公司的抗辩
- B. 有权主张丙公司对乙公司的抗辩
- C. 有权主张代位权行使中对甲公司的抗辩
- D. 有权要求法院追加乙公司为共同被告

171 【答案】C

172 【答案】ABC

【例题3】甲欠乙30万元到期后，乙多次催要未果。甲与丙结婚数日后即办理离婚手续，在《离婚协议书》中约定将甲婚前的一处住房赠与知悉甲欠乙债务的丙，并办理了所有权变更登记。乙认为甲侵害了自己的权益，聘请律师向法院起诉，请求撤销甲的赠与行为，为此向律师支付代理费2万元。下列哪些选项是正确的？（2017年多选）¹⁷³

- A. 《离婚协议书》因恶意串通损害第三人利益而无效
- B. 如甲证明自己有稳定工资收入及汽车等财产可供还债，法院应驳回乙的诉讼请求
- C. 如乙仅以甲为被告，法院应追加丙为被告
- D. 如法院认定乙的撤销权成立，应一并支持乙提出的由甲承担律师代理费的请求

第五节 债的移转

一、债权让与

债权让与是指债权人将合同的权利全部或部分转让给第三人。

1. 债权让与的要件

(1) 转让人（原债权人）与受让人（新债权人）达成债权让与的合同

- ① 债权转让合同成立时生效
- ② 债权转让合同一经生效，债权转让生效，即受让方取得转让部分的债权。

(2) 通知债务人

- ① 通知债务人不是债权让与的构成要件
- ② 通知债务人对债务人生效——债务人接到通知后，应向受让人履行债务

【例证1】甲对乙享有10万元2017年6月1日到期的债权，2017年4月1日，甲与丙达成协议约定：甲将该债权转让给丙，并于4月5日通知了乙。2017年6月1日，乙仍对甲还款，甲欣然受领。回答下列问题：

- (1) 甲丙之间的债权转让协议何时生效？
- (2) 丙何时取得受让的债权？
- (3) 乙对甲履行债务，对象是否正确？
- (4) 乙对丙的债务是否消灭？
- (5) 如果应丙的要求，乙向丙再次履行，乙所受损失如何救济？

【例证2】甲对乙享有10万元2017年6月1日到期的债权，2017年4月1日，甲与丙达成协议约定：甲将该债权转让给丙，没有通知乙。2017年6月1日，乙向甲还款，

甲欣然受领。

- (1) 甲丙之间的债权转让协议何时生效?
- (2) 丙何时取得受让的债权?
- (3) 乙对甲履行债务, 对象是否正确?
- (4) 乙的债务是否消灭?
- (5) 丙如何救济?

2. 禁止让与的情形

(1) 根据合同性质不得转让的合同 (如委托合同、雇佣合同等基于当事人特定“身份”而订立的合同)

- (2) 依法律规定不得转让
- (3) 当事人约定不得转让

【注意 1】 当事人约定非金钱债权不得转让的, 不得对抗“善意”第三人。

【注意 2】 当事人约定金钱债权不得转让的, 不得对抗第三人。

3. 债权让与的效力

(1) 对转让人和受让人的效力

债权以及与债权有关的从权利一并转移; 但是该从权利专属于债权人自身的除外。

【注意】 受让人取得从权利不因该从权利未履行转移登记手续 (抵押权、权利质权) 或者未转移占有 (动产质权、留置权) 而受到影响。

(2) 对债务人的效力

① 抗辩权延续

债务人对让与人的抗辩可以向受让人主张

【例证】 甲对乙享有 10 万元 2014 年 6 月 1 日到期的债权, 甲一直未向乙主张过债权, 2017 年 6 月 8 日甲将债权转让给丙, 并于当日通知乙, 6 月 10 日, 丙向乙主张债权。问: 乙能否向丙主张时效抗辩权?

② 抵销权延续

债务人对转让人享有抵销权, 债权转让后, 债务人可向受让人主张抵销。抵销权的延续需要满足两个要件:

(a) 债务人对转让人享有抵销权: 双方互享同种类债权, 且债务人的债权已到期。

(b) 债权转让已经通知债务人: 债权让与通知到达债务人后, 债务人即可对受让人主张抵销权。

(3) 对保证人

债权的转让原则上不影响保证人承担保证责任，例外——

- ① 保证人与“债权人”事先约定仅对特定的债权人承担保证责任（有言在先）；
- ② 禁止债权转让的。

4. 债权让与规则在债权质押中的适用

(1) 债权质押的本质：附法定条件的债权让与

(2) 债权让与的规则均可以适用于债权质押

① 债权质押的生效要件

债权质押的生效不以债务人同意为要件，通知债务人“对债务人”生效。

② 抗辩权延续

债务人对债权人的抗辩可以向质权人主张。

③ 抵销权延续

债务人对债权人享有的抵销权，债权质押通知债务人后，债务人可向质权人主张。

【例题 1】 甲向乙借款 300 万元于 2008 年 12 月 30 日到期，丁提供保证担保，丁仅对乙承担保证责任。后乙从甲处购买价值 50 万元的货物，双方约定 2009 年 1 月 1 日付款。2008 年 10 月 1 日，乙将债权让与丙，并于同月 15 日通知甲，但未告知丁。下列哪些选项正确？（2010 年多选）¹⁷⁴

- A. 2008 年 10 月 1 日债权让与在乙丙之间生效
- B. 2008 年 10 月 15 日债权让与对甲生效
- C. 2008 年 10 月 15 日甲可向丙主张抵销 50 万元
- D. 2008 年 10 月 15 日后丁的保证债务继续有效

【例题 2】 乙公司欠甲公司 30 万元，同时甲公司须在 2000 年 9 月 20 日清偿对乙公司的 20 万元贷款。甲公司在同年 9 月 18 日与丙公司签订书面协议，转让其对乙公司的 30 万元债权。同年 9 月 24 日，乙公司接到甲公司关于转让债权的通知后，便主张 20 万元的抵销权。下列说法哪些是正确的？（2004 年多选）¹⁷⁵

- A. 甲公司与丙公司之间的债权转让合同于 9 月 24 日生效
- B. 乙公司接到债权转让通知后，即负有向丙公司清偿 30 万元的义务

174 【答案】AB

175 【答案】BC

- C. 乙公司于9月24日取得20万元的抵销权（对谁的抵销权？）
- D. 丙公司可以就30万元债务的清偿，要求甲公司和乙公司承担连带责任

【例题3】 甲公司通知乙公司将其对乙公司的10万元债权出质给了丙银行，担保其9万元贷款。出质前，乙公司对甲公司享有2万元到期债权。如乙公司提出抗辩，关于丙银行可向乙公司行使质权的最大数额，下列哪一选项是正确的？（2014年单选）¹⁷⁶

- A. 10万元
- B. 9万元
- C. 8万元
- D. 7万元

【例题4】 甲公司为乙公司向银行贷款100万元提供保证，乙公司将其基于与丙公司签订的供货合同而对丙公司享有的100万元债权出质给甲公司作反担保。下列哪一表述是正确的？（2013年单选）¹⁷⁷

- A. 如乙公司依约向银行清偿了贷款，甲公司的债权质权仍未消灭
- B. 如甲公司、乙公司将出质债权转让给丁公司但未通知丙公司，则丁公司可向丙公司主张该债权
- C. 甲公司在设立债权质权时可与乙公司约定，如乙公司届期不清偿银行贷款，则出质债权归甲公司所有
- D. 如乙公司将债权出质的事实通知了丙公司，则丙公司可向甲公司主张其基于供货合同而对乙公司享有的抗辩

▣ 二、债务承担

债务人将合同的义务全部或者部分转移给第三人

1. 并存的债务承担

(1) 并存债务承担的两种方式

- ① 转让方（原债务人）与受让方（新债务人）达成并存债务承担的协议并“通知”债权人。
- ② 第三人向债权人表示愿意加入债务，债权人未在合理期限内明确拒绝。

(2) 并存债务承担的法律效果

并存的债务承担中，债务人与受让人对债权人承担连带清偿责任。

176 【答案】C

177 【答案】D

(3) 并存的债务承担与保证的区别

	并存的债务承担	保证
约定主体	① 第三人与债务人约定 + 通知债权人 ② 第三人向债权人单方承诺 + 债务人未反对	第三人与债权人约定
意思表示内容	第三人加入债务，与债务人共同履行债务	债务人不履行或不能履行债务时，由第三人履行
责任承担	债务人与第三人承担连带债务	① 一般保证：保证人承担补充责任 ② 连带责任保证：债务人到期不履行债务，债权人可向债务人主张，也可向保证人主张
能否追偿	除非有特别约定，第三人一般不能向债务人追偿	保证人承担保证责任后有权向债务人追偿

【例题】第三人经债务人指示，向债权人送达了《承诺函》：“本人代替债务人承担4000万元的返还义务。”债权人对此未置可否。关于第三人的《承诺函》，下列表述正确的是？(2014年多选)¹⁷⁸

- A. 构成单方允诺
B. 构成保证
C. 构成并存的债务承担
D. 构成免责的债务承担

2. 免责的债务承担

(1) 免责债务承担的要件

- ① 债务人与受让人订立债务承担合同；
② 债务承担合同效力待定；
③ 经过债权人同意后，债务承担生效，受让人成为新债务人。

【注意】债务人或者第三人可以催告债权人在合理期限内予以同意，债权人未作表示的，视为不同意。

(2) 债务承担具有无因性

债务承担一经生效即与原因法律关系相分离，原因法律关系不复存在(无效、被撤销)，不影响债务承担的法律效力。

(3) 债务承担的法律效力

- ① 抗辩权延续

178 【答案】AC

债务人转移义务的，新债务人可以主张原债务人对债权人的抗辩。

② 抵销权不延续

原债务人对债权人享有债权的，新债务人不得向债权人主张抵销。

③ 效力及于从债务

新债务人应当承担与主债务有关的从债务，但该从债务专属于原债务人自身的除外。

④ 对保证人的效力

保证期间，债权人许可债务人转让债务的，如果未取得保证人书面同意，保证人对未经其同意转让的债务，不再承担保证责任。

【例题】 甲公司与乙银行签订借款合同，约定借款期限自 2010 年 3 月 25 日起至 2011 年 3 月 24 日止。乙银行未向甲公司主张过债权，直至 2014 年 4 月 15 日，乙银行将该笔债权转让给丙公司并通知了甲公司。2014 年 5 月 16 日，丁公司通过公开竞拍购买并接管了甲公司。下列哪一选项是正确的？（2013 年单选）¹⁷⁹

- A. 因乙银行转让债权通知了甲公司，故甲公司不得对丙公司主张诉讼时效的抗辩
- B. 甲公司债务的诉讼时效从 2014 年 4 月 15 日起中断
- C. 丁公司债务的诉讼时效从 2014 年 5 月 16 日起中断
- D. 丁公司有权向丙公司主张诉讼时效的抗辩

■ 三、“三方协议”的定性

1. 债权人、债务人、第三人之间的三方协议

债权人、债务人、第三人三方达成协议，由第三人向债权人履行债务——债务承担（债务人与第三人达成债务承担协议 + 债权人同意）

【例题】 2011 年 5 月 6 日，甲公司与乙公司签约，约定甲公司于 6 月 1 日付款，乙公司 6 月 15 日交付“连升”牌自动扶梯。合同签订后 10 日，乙公司销售他人的“连升”牌自动扶梯发生重大安全事故，质监局介入调查。合同签订后 20 日，甲、乙、丙公司三方合意，由丙公司承担付款义务。丙公司 6 月 1 日未付款。下列哪一表述是正确的？（2011 年单选）¹⁸⁰

- A. 甲公司有权要求乙公司交付自动扶梯
- B. 丙公司有权要求乙公司交付自动扶梯
- C. 丙公司有权行使不安抗辩权
- D. 乙公司有权要求甲公司和丙公司承担连带债务

179 【答案】D

180 【答案】C

2. 债权人、债务人、次债务人之间的三方协议

债权人、债务人、次债务人之间的三方约定，由次债务人向债权人履行债务，既可视作债权让与，亦可视为债务承担。

【例题】甲对乙享有10万元到期债权，乙对丙也享有10万元到期债权，三方书面约定，由丙直接向甲清偿。下列哪些说法是正确的？（2006年多选）¹⁸¹

- A. 丙可以向甲主张其对乙享有的抗辩权
- B. 丙可以向甲主张乙对甲享有的抗辩权
- C. 若丙不对甲清偿，甲可以要求乙清偿
- D. 若乙对甲清偿，则构成代为清偿

■ 四、债权债务的概括转移

1. 约定的概括转移

约定概括转移 = 债权让与 + 债务承担

(1) 要件

- ① 转让方与受让方达成债权债务概括转移的合同；
- ② 经过对方当事人同意；
- ③ 若对方当事人不同意，债权让与仍然有效，债务承担无效。

2. 法定的概括转移

(1) 法人分立合并

- ① 当事人订立合同后合并的，由合并后的法人行使合同权利，履行合同义务。
- ② 当事人订立合同后分立的，除“债权人和债务人”另有约定的以外，由分立的法人对合同的权利和义务享有“连带”债权，承担“连带”债务。

【注意】连带债务人之间关于债务承担份额的约定，不能对抗债权人。

(2) 继承

(3) 买卖不破租赁

(4) 代为履行后的追偿（如保证人、保险人的追偿）

第六节 合同的变更和解除

一、合同的变更

1. 含义——主体不变，内容变
2. 后果——无溯及力

二、合同的解除

合同解除，是指对已经发生法律效力，但尚未履行或者未完全履行的合同，因当事人一方的意思表示或者双方的协议而使债权债务关系提前归于消灭的行为。

1. 合意解除

(1) 协商解除：是指合同当事人双方经协商后，一致同意解除合同，是一种双方解除。

(2) 约定解除权的解除：是指当事人在合同中约定有解除合同的条件，当合同成立之后，全部履行之前，由当事人一方在某种条件出现后享有解除权，从而终止合同关系，是一种单方解除。

【注意】 约定解除权的合同 \neq 附解除条件的合同

	条件不成就	条件成就
约定解除权的合同	合同有效	行使解除权→合同终止
附解除条件的合同	合同有效	合同自动终止

2. 法定解除

- (1) 因不可抗力致使不能实现合同目的；
- (2) 在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行“主要”债务；
- (3) 当事人一方迟延履行“主要”债务，经催告后在“合理期限内”仍未履行；
- (4) 当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为“致使不能实现合同目的”；
- (5) 不安抗辩权中，权利人中止履行后，如果对方在合理期限内未恢复履行能力并且未提供适当担保的，当事人可以解除合同；
- (6) 以持续履行的债务为内容的不定期合同（租赁合同），当事人在合理期限之前通知对方后可以解除；
- (7) 法律规定的其他情形。
 - ① 承揽合同中，定作人可以随时解除合同，但应当赔偿因此给承揽人造成的损失；

- ② 货运合同中，托运人可以单方解除合同，但应当赔偿因此给承运人造成的损失；
- ③ 委托合同中委托人与受托人均可随时解除委托合同，但应当赔偿因此给对方造成的损失；
- ④ 保管合同的寄存人及没有约定保管期间的保管合同的保管人可随时解除合同。

3. 解除权的行使

(1) 性质：形成权

(2) 生效时间：

① 通知到达对方时合同解除。

② 当事人一方未通知对方，直接以提起诉讼或者申请仲裁的方式依法主张解除合同，人民法院或者仲裁机构确认该主张的，合同自起诉状副本或者仲裁申请书副本送达对方时解除。

(3) 对方有异议的，任何一方可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除合同的效力。

① 在约定的异议期限届满后才提出异议并向人民法院起诉的，人民法院不予支持。

② 如果没有约定异议期间，在解除合同通知到达之日起3个月以后才向人民法院起诉的，人民法院不予支持。

4. 合同解除的效力

(1) 效力终止(向后)：尚未履行的，终止履行。

(2) 溯及力(向前)：非继续性合同原则上溯及力；继续性合同原则上无溯及力。

(3) 合同解除与赔偿损失、违约责任可以并存：买卖合同因违约而解除后，守约方主张继续适用违约金条款的，人民法院应予支持。

【例题1】某热电厂从某煤矿购煤200吨，约定交货期限为2007年9月30日，付款期限为2007年10月31日。9月底，煤矿交付200吨煤，热电厂经检验发现煤的含硫量远远超过约定标准，根据政府规定不能在该厂区燃烧。则热电厂的哪些主张有法律依据？(2008年多选)¹⁸²

- A. 行使顺序履行抗辩权
- B. 要求煤矿承担违约责任
- C. 行使不安抗辩权
- D. 解除合同

【例题2】甲公司与乙公司签订并购协议：“甲公司以前1亿元收购乙公司在丙公司中51%的股权。若股权过户后，甲公司未支付收购款，则乙公司有权解除并购协议。”后乙公司依约履行，甲公司却分文未付。乙公司向甲公司发送一份经过公证的《通知》：“鉴

182 【答案】ABD

于你公司严重违约，建议双方终止协议，贵方向我方支付违约金；或者由贵方提出解决方案。”3日后，乙公司又向甲公司发送《通报》：“鉴于你公司严重违约，我方现终止协议，要求你方依约支付违约金。”下列哪一选项是正确的？（2011年单选）¹⁸³

- A. 《通知》送达后，并购协议解除
- B. 《通报》送达后，并购协议解除
- C. 甲公司对乙公司解除并购协议的权利不得提出异议
- D. 乙公司不能既要求终止协议，又要求甲公司支付违约金

【例题3】2016年8月8日，玄武公司向朱雀公司订购了一辆小型客用汽车。2016年8月28日，玄武公司按照当地政策取得本市小客车更新指标，有效期至2017年2月28日。2016年底，朱雀公司依约向玄武公司交付了该小客车，但未同时交付机动车销售统一发票、合格证等有关单证资料，致使玄武公司无法办理车辆所有权登记和牌照。关于上述购车行为，下列哪些说法是正确的？（2017年多选）¹⁸⁴

- A. 玄武公司已取得该小客车的所有权
- B. 玄武公司有权要求朱雀公司交付有关单证资料
- C. 如朱雀公司一直拒绝交付有关单证资料，玄武公司可主张购车合同解除
- D. 朱雀公司未交付有关单证资料，属于从给付义务的违反，玄武公司可主张违约责任，但不得主张合同解除

第七节 合同之债的消灭

一、清偿

1. 债务人负担数笔同种类债务

债务人的给付不足以清偿其对“同一”债权人负担的数个种类相同债务时的抵充顺序：

- (1) 有约定按约定；
- (2) 无约定，由债务人在清偿时指定其履行的债务；
- (3) 债务人未作指定的，应当优先履行已到期的债务；
- (4) 几项债务均到期的，优先履行对债权人缺乏担保或者担保数额最少的债务；
- (5) 担保数额相同的，优先履行债务负担较重的债务；
- (6) 负担相同的，按照债务到期的先后顺序履行；
- (7) 到期时间相同的，按债务比例履行。

183 【答案】B

184 【答案】ABC

【例题】胡某于2006年3月10日向李某借款100万元，期限3年。2009年3月30日，双方商议再借100万元，期限3年。两笔借款均先后由王某保证，未约定保证方式和保证期间。李某未向胡某和王某催讨。胡某仅于2010年2月归还借款100万元。关于胡某归还的100万元，下列哪一表述是正确的？(2014年单选)¹⁸⁵

- A. 因2006年的借款已到期，故归还的是该笔借款
- B. 因2006年的借款无担保，故归还的是该笔借款
- C. 因2006年和2009年的借款数额相同，故按比例归还该两笔借款
- D. 因2006年和2009年的借款均有担保，故按比例归还该两笔借款

2. 债务人负担一笔复合内容债务

债务人除主债务之外还应当支付利息和费用，当其给付不足以清偿全部债务时，并且当事人没有约定的，人民法院应当按照下列顺序抵充：

- (1) 实现债权的有关费用；
- (2) 利息；
- (3) 主债务。

3. 以物抵债（代物清偿）

以物抵债，是指债务人以他种给付代替其所负担的给付，从而使债消灭的情形。

(1) 履行期届满后达成的以物抵债协议

当事人在债务履行期限届满后达成以物抵债协议，抵债物尚未交付债权人，债权人请求债务人交付的，人民法院要着重审查以物抵债协议是否存在恶意损害第三人合法权益等情形，避免虚假诉讼的发生。经审查，不存在以上情况，且无其他无效事由的，人民法院依法予以支持。

构成要件	<ul style="list-style-type: none"> ① 须有原债务存在； ② 原债务履行期限届满； ③ 须双方约定以他种给付代替原定给付； ④ 两种给付在价值上可以有差额； ⑤ 不以抵债物的交付为生效要件。
法律效力	<ul style="list-style-type: none"> ① 原债务并不当然消灭，但当事人有明确约定的除外； ② 新债务合法有效并得以履行完毕后，旧债务才归于消灭； ③ 若新债务届期不履行，致使以物抵债协议目的不能实现的，债权人有权请求债务人履行旧债务。

(2) 履行期届满前达成的以物抵债协议(担保)

当事人在债务履行期届满前达成以物抵债协议,抵债物尚未交付债权人,债权人请求债务人交付的,人民法院应当向其释明,其应当根据原债权债务关系提起诉讼。经释明后当事人仍拒绝变更诉讼请求的,应当驳回其诉讼请求,但不影响其根据原债权债务关系另行提起诉讼。

【例题1】王某向丁某借款100万元,后无力清偿,遂提出以自己所有的一幅古画抵债,双方约定第二天交付。对此,下列哪些说法是正确的?(2016年多选改编)¹⁸⁶

- A. 双方约定以古画抵债,等同于签订了另一份买卖合同,原借款合同失效,王某只能以交付古画履行债务
- B. 双方交付古画的行为属于履行借款合同义务
- C. 在王某交付古画前,双方的以物抵债协议不发生效力
- D. 古画交付后,如果被鉴定为赝品,则王某应承担瑕疵担保责任

【例题2】王某向丁某借款100万元,在双方签订的借款合同中约定:如果借款期限届满,王某不能偿还借款本息,王某须以自己所有的一幅古画抵债。借款期限届满,王某果然无力清偿借款本息。丁某请求王某交付抵债古画,遭拒绝。丁某诉至法院。对此,下列哪些说法是错误的?¹⁸⁷

- A. 丁某应向法院起诉请求王某交付古画并转移古画所有权
- B. 如果丁某提起针对古画的给付之诉,法院应当向其释明,告知其提起针对原借款之债的给付之诉
- C. 如果丁某拒绝变更诉讼请求,法院应当驳回起诉
- D. 法院驳回起诉后,丁某不得另行起诉请求王某履行借款之债

■ 二、抵销

双方当事人互负债务时,一方通知对方以其债权充当债务的清偿或者双方协商以债权充当债务的清偿,使得双方的债务在对等额内消灭的行为。

1. 法定抵销

(1) 构成要件

① 双方互负债务,互享债权

186 【答案】BD

187 【答案】ACD

【注意】已过诉讼时效的债权不能作为主动债权主张抵销，但是对方提出抵销，应当允许。

② 双方债务的给付为同一种类

③ 双方债务均届清偿期

【注意】如果只有一方的债务已届清偿期，另一方的债务未届清偿期，则未到期的债务人可以放弃期限利益，主张抵销。

④ 双方的债务均为可抵销债务

【注意】不能抵销的债务包括：① 法律规定不得抵销的（如因故意侵权产生的债务）；② 依合同性质不得抵销的（如提供劳务的债务、不作为的债务）；③ 当事人约定不得抵销的。

(2) 抵销权的行使

① 性质为形成权

② 应通知（非要式）对方，自通知到达对方时产生抵销的效果

③ 抵销不得附条件或附期限

2. 约定抵销

当事人互负债务，标的物种类、品质不相同的，经双方协商一致，也可以抵销。

■ 三、提存

不可归责于债务人的原因，导致债务人无法履行债务或者难以履行债务的情况下，债务人将标的物交由提存机关保存，以终止合同权利义务关系的行为。

1. 提存的原因

(1) 债权人没有正当理由拒绝受领；

(2) 债权人下落不明；

(3) 债权人死亡未确定继承人或者丧失民事行为能力未确定监护人；

(4) 法律规定的其他情形。

2. 提存的法律效果

(1) 毁损、灭失的风险由债权人承担；

(2) 标的物的孳息归债权人所有；

(3) 提存费用由债权人负担；

(4) 标的物不适合提存，或提存费用较高的，也可以提存拍卖或变卖标的物后所得的价款；

(5) 除债权人“下落不明”的以外，债务人应当及时通知债权人或者债权人的继承人、监护人；

(6) 视为债务人在提存的范围内已经履行债务；

(7) 提存物的受领

① 债权人对债务人负有到期债务的，领取提存物时，应当履行其债务或提供相应的担保，否则提存部门可以根据债务人的要求拒绝其领取提存物。

② 债权人领取提存物的权利，自提存之日起 5 年内不行使而消灭，提存物扣除提存费用后归“国家”所有。但是，债权人未履行对债务人的到期债务，或者债权人向提存部门书面放弃领取提存物权利的，债务人负担提存费用后有权取回提存物。

■ 四、混同与免除

1. 混同：债权和债务同归于一人

混同的原因常见的有：公司兼并；自然人继承；债务承担。

2. 免除：债权人免除债务人部分或者全部债务的，债权债务部分或者全部终止，但是债务人在合理期限内拒绝的除外。

【例题】甲和乙之间有借贷关系，后二人结婚。此时，甲、乙之间的债权债务可以因下列哪一情形消灭？（2008 年单选）¹⁸⁸

A. 因混同而消灭

B. 因混合而消灭

C. 因结婚而消灭

D. 因免除而消灭

第八节 违约责任

■ 一、违约形态

1. 预期违约

(1) 概念

履行期限届满前，债务人明确表示（明示）或以自己的行为（默示）表明将不履行债务。

(2) 后果

债权人可在履行期限届满之前要求债务人承担违约责任（主要包括继续履行、采取补救措施、赔偿损失、支付违约金等）。

2. 迟延履行

债务履行期限已经届满，债务人仍不履行债务。

188 【答案】D

3. 瑕疵履行

(1) 概念

债务人的履行不符合当事人的约定或法律的规定。

(2) 后果

① 债权人可拒绝受领(解除合同),并要求债务人承担违约责任。

② 债权人自愿受领的,可减少其应履行的义务并要求债务人承担违约责任。

4. 加害给付

(1) 概念

债务人的瑕疵履行,同时给债权人其他财产利益或人身利益造成损害。

(2) 后果

债权人可以在要求债务人承担违约责任和承担侵权责任中选择其一。

【特别提示】在商品销售中,选择违约责任时,只能向销售者主张;选择侵权责任时,既可以向生产者主张,也可以向销售者主张。

■ 二、违约责任归责原则

1. 无过错原则

2. 无过错责任的例外

(1) 保管、委托合同,法律要求以“过错”为违约责任的条件。

(2) 无偿合同,以“故意或重大过失”为限,承担违约责任。

■ 三、继续履行责任

1. 必须“继续履行”的情况——金钱之债

2. 不再“继续履行”的情况

(1) 法律上或者事实上不能履行

(2) 债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高

(3) 债权人在合理期限内未要求履行

■ 四、采取补救措施

履行不符合约定的,应当按照当事人的约定承担违约责任。对违约责任没有约定或者约定不明确,依据《民法典》的规定仍不能确定的,受损害方根据标的的性质以及损失的大小,可以合理选择请求对方承担修理、重作、更换、退货、减少价款或者报酬等违约责任。

■ 五、损害赔偿

1. 赔偿损失——包括因违约造成的实际损失（旨在恢复原状）和可得利益损失（旨在展望未来）

(1) 可预见规则：损失赔偿额应当相当于因违约造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的（按照一般人的标准）因违反合同可能造成的损失。

(2) 积极减损规则：当事人一方违约后，对方应当采取适当措施防止损失的扩大；没有采取适当措施致使损失扩大的，不得就扩大的损失要求赔偿。当事人因防止损失扩大而支出的合理费用由违约方承担。

(3) 过失相抵规则：一方违约造成对方损失，对方对损失的发生也有过错的，违约方有权主张扣减相应的损失赔偿额。

(4) 损益相抵规则：一方当事人因对方违约而获有利益，违约方有权主张从损失赔偿额中扣除该部分利益。

2. 违约金（违约金优先适用，但如能证明损失的，可对违约金数额进行调整）

约定的违约金低于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构增加；约定的违约金过分高于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。

【注意】 违约金与继续履行可以并存：当事人就迟延履行约定违约金的，违约方支付违约金后，还应当继续履行债务。

3. 定金

(1) 违约金和定金（不能并用）：当事人既约定违约金，又约定定金的，一方违约时，对方可以选择适用违约金“或者”定金条款。

(2) 定金和赔偿损失（补充式并用）：如果合同约定的定金不足以弥补违约造成的损失，非违约方可以请求赔偿超过定金部分的损失，但是定金和赔偿损失的数额之和不应高于实际损失。

【例题 1】 甲乙签订一份买卖合同，约定违约方应向对方支付 18 万元违约金。后甲违约，给乙造成损失 15 万元。下列哪一表述是正确的？（2013 年单选）¹⁸⁹

- A. 甲应向乙支付违约金 18 万元，不再支付其他费用或者赔偿损失
- B. 甲应向乙赔偿损失 15 万元，不再支付其他费用或者赔偿损失
- C. 甲应向乙赔偿损失 15 万元并支付违约金 18 万元，共计 33 万元
- D. 甲应向乙赔偿损失 15 万元及其利息

【例题 2- 单选题】 甲乙订立买卖合同约定：甲向乙交付 200 吨铜材，货款为 200 万元；乙向甲支付定金 20 万元；如任何一方不履行合同应支付违约金 30 万元。甲因将铜材卖给丙而无法向乙交货。根据合同法律制度的规定，在乙向法院起诉时，既能最大限度保护自己的利益，又能获得法院支持的诉讼请求是哪一项？¹⁹⁰

- A. 请求甲双倍返还定金 40 万元
- B. 请求甲支付违约金 30 万元
- C. 请求甲支付违约金 30 万元，同时请求甲双倍返还定金 40 万元
- D. 请求甲支付违约金 30 万元，同时请求返还定金 20 万元

第九节 典型合同

一、买卖合同

1. 概念：出卖人转移标的物所有权于买受人，买受人支付价款的合同。

- (1) 有名合同
- (2) 双务合同
- (3) 有偿合同
- (4) 诺成合同
- (5) 非要式合同

2. 交付标的物（出卖方的一项主要合同义务）

(1) 什么是交付：占有 → 占有

(2) 交付的时间

- ① 有约定的，按约定；约定交付期间的，出卖人可以在该交付期间的任何时间交付。
- ② 无约定或约定不明确：协议补充—合同解释—法律直接规定。
- ③ 标的物在订立合同之前已为买受人占有的，合同生效时间为交付时间。

(3) 交付的地点

- ① 有约定的，按约定。
- ② 无约定或约定不明确，依《民法典》的有关规定仍不能确定的——

(a) 标的物需要运输的，为“货交第一承运人”时的地点；

(b) 标的物不需要运输的，为订立合同时双方知道标的物所在的地点，或者（不知道在某一地点时）为出卖人订立合同时的营业地。

190 【答案】D

(4) 出卖人应当向买受人交付提取标的物单证以外的有关单证和资料，如保险单、保修单、普通发票等等。

3. 转移标的物所有权（出卖方的另一项主要合同义务）

标的物所有权自标的物交付时转移，但法律另有规定或当事人另有约定的除外。

【解释1】法律另有规定或当事人另有约定的情形：① 不动产所有权的转移，经依法“登记”，发生法律效力；② 订有所有权保留条款的买卖合同，当事人可以约定买受人在付清全部货款后，标的物的所有权才发生转移，以确保出卖人的价金债权；③ 当事人可以约定所有权自买卖合同有效成立时转移，例如在某些特定物买卖中。

【解释2】出卖人应当对标的物享有所有权或者处分权，因出卖人未取得处分权致使标的物所有权不能转移的，买受人可以解除合同并请求出卖人承担违约责任。

4. 出卖人的瑕疵担保义务

(1) 权利瑕疵担保义务

① 出卖人就交付的标的物，负有保证第三人不得向买受人主张任何权利（所有权、抵押权、居住权、租赁权）的义务，但买受人订立合同时知道或者应当知道第三人对买卖的标的物享有权利的，或法律另有其他规定的除外。

② 买受人有证据证明第三人对该标的物享有权利的，可以中止支付相应的价款，但是出卖人提供适当担保的除外。

(2) 质量瑕疵担保义务

当事人约定减轻或者免除出卖人对标的物瑕疵承担的责任，因出卖人故意或者重大过失不告知买受人标的物瑕疵的，出卖人无权主张减轻或者免除责任。

【相关链接】因故意或重大过失导致对方财产损失的免责条款无效。

5. 标的物的检验

(1) 检验标准

出卖人依照买受人的指示向第三人交付标的物，出卖人和买受人约定的检验标准与买受人和第三人约定的检验标准不一致的，以出卖人和买受人约定的检验标准为准。

(2) 检验期间

① 当事人约定检验期间的，买受人应当在检验期间内将标的物的数量或者质量不符合约定的情形通知出卖人；买受人怠于通知的，视为标的物的数量或者质量符合约定。

【注意1】当事人约定的检验期间过短，根据标的物的性质和交易习惯，买受人在检验期间内难以完成全面检验的，该期间仅视为买受人对外观瑕疵提出异议的期间。约定的检验期间或者质量保证期间短于法律、行政法规规定期间的，应当以法律、行政法规规定的期间为准。

【注意2】当事人对检验期间未作约定，买受人签收的送货单、确认单等载明标的物数量、型号、规格的，推定买受人已经对数量和外观瑕疵进行检验，但是有相关证据足以推翻的除外。

②当事人没有约定检验期间的，买受人未在“发现或者应当发现”标的物的数量或者质量不符合约定的合理期限内通知或者未在“标的物收到之日”起2年内通知出卖人的，视为标的物的数量或者质量符合约定；但对标的物有质量保证期的，适用质量保证期，不适用2年的规定。

【注意】如果出卖人知道或应当知道提供的标的物不符合约定的，买受人不受上述通知时间的限制。

6. “一物多卖”时的合同履行规则

(1) 一般动产：

- ① 先行受领交付的获得所有权；
- ② 均未受领交付，先行支付价款的买受人可以请求出卖人交付标的物并转移所有权；
- ③ 均未受领，也未支付价款的，合同成立在先的买受人有权请求出卖人交付标的物并转移所有权。

【例题】甲有件玉器，欲转让，与乙签订合同，约好10日后交货付款；第二天，丙见该玉器，愿以更高的价格购买，甲遂与丙签订合同，丙当即支付了80%的价款，约好3天后交货；第三天，甲又与丁订立合同，将该玉器卖给丁，并当场交付，但丁仅支付了30%的价款。后乙、丙均要求甲履行合同，诉至法院。下列哪一表述是正确的？（2013年单选）¹⁹¹

- A. 应认定丁取得了玉器的所有权
- B. 应支持丙要求甲交付玉器的请求
- C. 应支持乙要求甲交付玉器的请求
- D. 第一份合同有效，第二、三份合同均无效

(2) 船舶、航空器、机动车等特殊动产：

- ① 先受领交付的，有权请求出卖人办理所有权转移登记手续；
- ② 均未受领交付，先行办理所有权转移登记手续的买受人有权请求出卖人交付标的物；
- ③ 均未受领，也未办理所有权转移登记手续的，合同成立在先的买受人有权请求出卖人交付标的物并办理所有权转移登记手续；

191 【答案】A

④ 出卖人将标的物交付给买受人之一，又为其他买受人办理所有权转移登记，已受领交付的买受人有权请求出卖人将标的物所有权登记在自己的名下。

7. 标的物的风险负担

买卖合同成立后，因发生不可归责于双方当事人的事由，致使标的物毁损、灭失的，该损失应由谁承担。

(1) 一般规则：以交付为准

标的物交付之前由出卖人承担，交付之后由买受人承担。

【注意】 风险由买受人承担需要满足两个要件：① 买卖合同成立；② 占有转移。

→ 试用买卖中，买受人尚未同意购买时，风险不转移

→ 所有权保留买卖中，所有权转移之前，风险转移

→ 简易交付中，买卖合同成立时，风险转移

→ 房屋买卖中，交房，风险转移

(2) 具体规则

① 因买受人的原因致使标的物不能按照约定的期限交付的

——买受人应当自违反约定之日起承担标的物毁损、灭失的风险

② 当事人约定交付地点，标的物需要运输的，出卖人按照约定将标的物运送至买受人指定地点并交付给承运人后，风险转移。

③ 当事人没有约定交付地点或者约定不明确，标的物需要运输的

——出卖人将标的物交付给第一承运人后，标的物毁损、灭失的风险由买受人承担

④ 出卖人出卖交由承运人运输的在途货物的

——除当事人另有约定外，毁损、灭失的风险自合同成立时起由买受人承担

⑤ 出卖人按约定或在标的物不需要运输的情况下将标的物置于交付地点，买受人违反约定未收取的

——标的物毁损、灭失的风险自违反约定之日起由买受人承担

⑥ 因标的物质量不符合质量要求，致使不能实现合同目的的

——如果买受人拒绝接受标的物或解除合同，标的物毁损、灭失的风险由出卖人承担

【注意 1】 风险转移规则并不以所有权的转移为准，如果标的物交付但所有权并没有转移的情况下，标的物的风险负担与所有权转移就出现了不一致，如所有权保留买卖中。

【注意 2】 动产和不动产的风险转移均以交付为准。

【注意 3】 出卖人未按照约定交付有关标的物的单证和资料的，不影响标的物毁损、灭失风险的转移。

【注意 4】 标的物毁损、灭失的风险由买受人承担的，不影响因出卖人履行债务不符合约定，买受人要求其承担违约责任的权利。

【例题】 甲乙双方约定卖方甲负责将所卖货物运送至买方乙指定的仓库。甲如约交货，乙验收收货，但甲未将产品合格证和原产地证明文件交给乙。乙已经支付 80% 的货款。交货当晚，因山洪暴发，乙仓库内的货物全部毁损。下列哪些表述是正确的？（2013 年多选）¹⁹²

- A. 乙应当支付剩余 20% 的货款
- B. 甲未交付产品合格证与原产地证明，构成违约，但货物损失由乙承担
- C. 乙有权要求解除合同，并要求甲返还已支付的 80% 货款
- D. 甲有权要求乙支付剩余的 20% 货款，但应补交已经毁损的货物

8. 买卖合同的特别解除规则

(1) 因标的物主物不符合约定而解除合同的，解除合同的效力及于从物；标的物的从物因不符合约定被解除的，解除的效力不及于主物。

(2) 标的物为数物，其中一物不符合约定的，买受人可以就该物解除，但该物与他物分离使标的物的价值明显受损害的，当事人可以就数物解除合同。

(3) 出卖人分批交付标的物的，出卖人不交付其中一批标的物或者交付不符合约定，买受人解除合同的范围存在三种情况：

① 出卖人的违约行为如果致使该批标的物不能实现合同目的的，买受人可以就该批标的物解除合同；

② 出卖人的违约行为致使今后其他各批标的物的交付不能实现合同目的的，买受人可以就该批以及今后其他各批标的物解除；

③ 买受人如果就其中一批标的物解除合同，该批标的物与其他各批标的物相互依存的，可以就已经交付和未交付的各批标的物解除合同。

9. 特种买卖合同之一：试用买卖

(1) 特征

- ① 已要约（卖方）
- ② 未承诺（买方）
- ③ 已交付（试用）

(2) 试用买卖的界定——买方享有是否购买的自由

买卖合同存在下列约定内容之一的，不属于试用买卖。买受人主张属于试用买卖的，人民法院不予支持：

- ① 约定标的物经过试用或者检验符合一定要求时，买受人应当购买标的物；
- ② 约定第三人经试验对标的物认可时，买受人应当购买标的物；

192 【答案】 AB

③ 约定买受人在一定期间内可以调换标的物；

④ 约定买受人在一定期间内可以退还标的物。

(3) 试用期的确定

① 有约定，按约定

② 若没有约定，由当事人协议补充，无法补充则按合同有关条款或交易习惯仍不能确定，由出卖人确定

(4) 是否支付费用？

① 买受人在试用期内试用标的物，无须支付任何费用

② 当事人有特别约定的除外

(5) 当事人是否购买的确定规则

① 试用期内——明示或通过行为推定购买（支付价款、出卖、出租、设定担保物权）

② 试用期满

(a) 拒绝购买——明示

(b) 购买——可通过“沉默”表达（对是否购买未作表示，视为购买）

(6) 买受人作出同意购买意思表示的法律后果

① 买卖合同成立

② 所有权转移

③ 风险转移

10. 特种买卖之二：凭样品买卖

(1) 凭样品买卖的本质：以样品以及对样品的文字说明作为买卖标的物的质量标准，出卖人交付的标的物应与样品及其说明的质量相同。

(2) 样品与文字说明不一致时的认定

合同约定的样品质量与文字说明不一致且发生纠纷时当事人不能达成合意——

① 样品封存后外观和内在品质没有发生变化的，应当以样品为准；

② 外观和内在品质发生变化，或者当事人对是否发生变化有争议而又无法查明的，应当以文字说明为准。

(3) 具有隐蔽瑕疵的样品

买受人不知道样品有隐蔽瑕疵的，即使交付的标的物与样品相同，出卖人交付的标的物的质量仍应当符合同种物的通常标准。

11. 特种买卖之三：分期付款买卖

(1) 分期付款买卖的界定

买受人付款次数 3 次以上的买卖

(2) 适用范围

分期付款买卖可以适用于动产买卖，也可以适用于不动产买卖。

(3) 合同解除规则

买受人未支付到期价款的数额达全部价款 1/5 以上的，经催告后在合理期限内仍未支付的，出卖人有两种选择：

- ① 要求买受人一次性支付全部价款，即剥夺买受人的期限利益。
- ② 解除合同。解除合同的法律后果：
 - (a) 出卖人向买受人请求返还原物（取回）；
 - (b) 出卖人向买受人返还价款；
 - (c) 出卖人有权向买受人要求支付该标的物的使用费（不当得利）；
 - (d) 标的物毁损的，出卖人有权主张损害赔偿。

【例题】 周某以 6000 元的价格向吴某出售一台电脑，双方约定五个月内付清货款，每月支付 1200 元，在全部价款付清前电脑所有权不转移。合同生效后，周某将电脑交给吴某使用。期间，电脑出现故障，吴某将电脑交周某修理，但周某修好后以 6200 元的价格将该电脑出售并交付给不知情的王某。对此，下列哪些说法是正确的？（2016 年多选）¹⁹³

- A. 王某可以取得该电脑所有权
- B. 在吴某无力支付最后一个月的价款时，周某可行使取回权
- C. 如吴某未支付到期货款达 1800 元，周某可要求其一次性支付剩余货款
- D. 如吴某未支付到期货款达 1800 元，周某可要求解除合同，并要求吴某支付一定的电脑使用费

12. 特种买卖之四：保留所有权买卖

所有权保留买卖，是指当事人约定，在买受人未支付完价款或履行其他义务之前，所有权由卖方保留。

(1) 适用范围：动产买卖，不能适用于不动产买卖。

(2) 出卖人取回权

保留所有权买卖中，在标的物所有权转移之前，买受人有下列情形之一，出卖人有权取回标的物：

- ① 未按约定支付价款的；
- ② 未按约定完成特定条件的；

193 【答案】ACD

③ 将标的物出卖、出质或者作出其他不当处分的。

【注意 1】 取回权的行使方式：出卖人可以与买受人协商取回标的物；协商不成的，可以参照适用担保物权的实现程序。

【注意 2】 当事人约定出卖人保留合同财产的所有权，出卖人起诉请求取回财产的，人民法院应当向其释明，告知其参照担保物权的实现程序主张权利。出卖人拒绝的，人民法院应当驳回出卖人的诉讼请求。

【解释】 所有权保留中，出卖人的价款债权可以就标的物的拍卖、变卖价款优先于买受人的普通债权人受偿，但不能对抗善意第三人。即此种优先受偿权的效力参照动产抵押制度，采取登记对抗主义。

(3) 出卖人取回权的限制

① 第三人善意取得——出卖人对标的物保留的所有权，未经登记，不得对抗善意第三人。

② 买受人已经支付标的物总价款的 75% 以上。

【比较】 所有权保留买卖与分期付款买卖中，出卖人的取回权的区别：第一，分期付款买卖中出卖人行使取回权以解除合同为前提，所有权保留买卖中，出卖人行使取回权不以解除合同为依据；第二，所有权保留买卖中，出卖人行使取回权不要求买受人未支付的价款达到 1/5 以上；第三，所有权保留和分期付款买卖并存时，若买受人支付价款比例达到 3/4，到期未付价款达到 1/5 时，出卖人不能直接行使取回权，但可在解除合同后取回标的物。

(4) 买受人的回赎权

① 回赎期：有约按约，无约由出卖人指定。

② 回赎条件：买受人应当消除导致出卖人取回的事由。

(5) 出卖人的再卖权

买受人在回赎期限内没有回赎标的物，出卖人可以以合理价格将标的物出卖给第三人，出卖所得价款扣除买受人未支付的价款以及必要费用后仍有剩余的，应当返还买受人；不足部分由买受人清偿。

13. 商品房买卖合同

(1) 销售广告的性质认定

① 原则：要约邀请；

② 例外：出卖人就商品房开发规划范围内的房屋及相关设施所作的说明和允诺具体确定，并对合同的订立以及房屋价格的确定有重大影响的，视为要约，上述说明和允诺即使未载入商品房买卖合同，仍属于合同的组成部分，当事人违反这些内容的，应当承担违

约责任。

(2) 商品房预售合同的效力

① 无效：出卖人未取得预售许可；补救：在起诉前取得预售许可的，合同有效。

② 商品房预售合同登记备案——非合同生效条件，当事人另有约定的除外。

(3) 法定解除情形

① 因房屋主体结构质量不合格不能交付使用，或者房屋交付使用后，房屋主体结构质量经核验确属不合格；

② 因房屋质量问题严重影响正常居住使用；

③ 出卖人迟延交付房屋或者买受人迟延支付购房款，经催告后在3个月的合理期限内仍未履行；

④ 约定或者法定的办理房屋所有权登记的期限届满后超过1年，因出卖人的原因导致买受人无法办理房屋所有权登记的。

▣ 二、赠与合同

(一) 赠与合同概述

1. 赠与合同的性质：单务、无偿、诺成合同。

2. 附义务赠与：赠与可以附义务；附义务的，受赠人应当按约定履行。

3. 赠与人的瑕疵担保责任

一般情况下赠与人对赠与财产的瑕疵不承担责任，但以下两种情况例外：

(1) 附义务的赠与，赠与的财产有瑕疵的，赠与人在附义务的限度内承担与出卖人相同的责任；

(2) 赠与人故意不告知瑕疵或保证无瑕疵，造成受赠人损失，应承担赔偿责任。

4. “两公”赠与：赠与人的损害赔偿责任

(1) 经过公证的赠与合同或者依法不得撤销的具有救灾、扶贫、助残等公益、道德义务性质的赠与合同（“两公”赠与），赠与人不交付赠与财产的，受赠人可以请求交付。

(2) “两公”赠与中，应当交付的赠与财产因赠与人故意或者重大过失致使毁损、灭失的，赠与人应当承担赔偿责任。

【例题】 赵某将一匹易受惊吓的马赠给李某，但未告知此马的习性。李某在用该马拉货的过程中，雷雨大作，马受惊狂奔，将行人王某撞伤。下列哪一选项是正确的？（2007年单选）¹⁹⁴

194 【答案】B

- A. 由赵某承担全部责任
- B. 由李某承担责任
- C. 由赵某与李某承担连带责任
- D. 由李某承担主要责任，赵某也应承担一定的责任

(二) 赠与合同的撤销与法定解除

1. 撤销

	任意撤销	法定撤销	
撤销权人	赠与人	赠与人	赠与人的继承人、法定代理人
具体情形	除了“具有救灾、助残、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”(“两公”赠与)之外的其他赠与合同	受赠人有下列忘恩行为时: ① 严重侵害赠与人或其近亲属; ② 对赠与人有扶养义务而不履行; ③ 不履行赠与合同约定的义务	因受赠人的违法行为致使赠与人死亡或者丧失民事行为能力
撤销权人	赠与人	赠与人	赠与人的继承人、法定代理人
撤销时间	赠与财产的权利转移之前	自知道或者应当知道撤销原因之日起 1 年内	自知道或者应当知道撤销原因之日起 6 个月内

2. 法定解除权

赠与人的经济状况显著恶化，严重影响其生产经营或者家庭生活的，可以“不再履行”赠与义务。

▣ 三、借款合同

(一) 借款合同概述

1. 合同性质

- (1) 一般借款合同：诺成合同；要式合同（书面形式）
- (2) 自然人之间的借款合同：实践合同；非要式合同（可以口头形式）

2. 借款用途

借款人未按照约定的借款用途使用借款的，贷款人可以：

- ① 停止发放借款；

- ② 提前收回借款；
- ③ 解除合同。

3. 借款的利息

(1) 借款的利息不得在本金中扣除，利息预先在本金中扣除的，应当按照实际借款数额返还并计算利息。

(2) 支付利息期限不明的处理

- ① 借款期限不满 1 年的，应当在返还借款时一并支付；
- ② 借款期限在 1 年以上的，应当在每届满 1 年时支付，剩余期间不满 1 年的，应当在返还借款时一并支付。

4. 借款期限

(1) 对借款期限没有约定或者约定不明确，依照《民法典》规定仍不能确定的，借款人可以随时返还；贷款人可以催告借款人在合理期限内返还。

(2) 借款人提前偿还借款的，除当事人另有约定外，应当按实际借款的期间计算利息。借款人可以在还款期限届满前向贷款人申请展期。

(二) 民间借贷合同

1. 范围界定

自然人、法人、其他组织之间及其相互之间，即金融机构之外的其他主体之间进行资金融通的行为。

2. 民间借贷合同的效力

(1) 合同无效情形

- ① 存在法律规定的合同无效情形；
- ② 套取金融机构贷款转贷的；
- ③ 以向其他营利性法人借贷、向本单位职工集资，或者以向公众非法吸收存款等方式取得的资金转贷；
- ④ 未取得放贷资格的出借人，以营利为目的向社会不特定对象提供借款的；
- ⑤ 出借人事先知道或者应当知道借款人借款用于违法犯罪活动仍然提供借款的；
- ⑥ 违反法律、行政法规强制性规定或违背公序良俗的。

(2) 借款人或出借人的借贷行为涉嫌犯罪，或已被生效判决认定为犯罪，民间借贷合同并不当然无效。

3. 互联网借贷平台的法律责任

原则上不承担担保责任，明示或有证据证明其为借贷提供担保的除外。

4. 法定代表人在民间借贷合同中的责任

(1) 法定代表人以企业名义借款，供个人使用的，诉讼中作为共同被告或列为第三人；
(2) 法定代表人以个人名义借款，用于企业生产经营，法定代表人和企业共同承担责任(连带)。

5. 民间借贷的利息与利率

(1) 利息：没有约定，不得主张；约定不明，综合裁量。

(2) 利率

出借人请求借款人按照合同约定利率支付利息的，人民法院应予支持，但是双方约定的利率超过合同成立时1年期贷款市场报价利率4倍的除外。

(3) “利滚利”约定的效力认定

借贷双方对前期借款本金结算后将利息计入后期借款本金并重新出具债权凭证，如果前期利率没有超过合同成立时1年期贷款市场报价利率四倍，重新出具的债权凭证载明的金额可认定为后期借款本金。超过部分的利息，不应认定为后期借款本金。

按前款计算，借款人在借款期间届满后应当支付的本息之和，超过以最初借款本金与以最初借款本金为基数、以合同成立时1年期贷款市场报价利率四倍计算的整个借款期间的利息之和的，人民法院不予支持。

【案例】2018年6月1日，张三向李四借款100万元，期限为1年，双方约定的年利率为16%（假设合同成立时1年期贷款市场报价利率为5%）。到期后，张三无钱清偿，双方约定“利滚利”（将16万元的利息计入后期借款本金，即本金为116万元），张三重新出具借条，借款期限仍为1年，年利率仍为16%。本案中：

① 2020年6月1日，李四有权要求张三清偿本息合计134.56万元（ $116 + 116 \times 16\%$ ）。

② 张三最初借款本金为100万元，借款期间为2年，以合同成立时1年期贷款市场报价利率4倍计算的整个借款期间的利息之和为40万元（ $100 \times 5\% \times 4 \times 2$ ），因此，张三只要向李四支付本息不超过140万元均可得到法律支持。因此，李四可请求张三支付134.56万元。

(4) 逾期利率

① 有约定，按约定，不超过合同成立时1年期贷款市场报价利率4倍；

② 既未约定借期内利率，也未约定逾期利率，出借人可主张借款人自逾期还款之日起承担逾期还款违约责任；

③ 约定了借期内利率但是未约定逾期利率，出借人可主张借款人自逾期还款之日起按照借期内利率支付资金占用期间利息；

④ 逾期利率与其他违约责任（违约金或其他费用）

(a) 可选择主张；

(b) 可一并主张，但总计不得超过合同成立时 1 年期贷款市场报价利率 4 倍。

6. 买卖型担保

(1) 当事人以签订买卖合同作为民间借贷合同的担保，借款到期后借款人不能还款，出借人请求履行买卖合同的，人民法院应当按照民间借贷法律关系审理，当事人根据法庭审理情况变更诉讼请求的，人民法院应当准许。

(2) 按照民间借贷法律关系审理作出的判决生效后，借款人不履行生效判决确定的金钱债务，出借人可以申请拍卖买卖合同标的物，以偿还债务。就拍卖所得的价款与应偿还借款本息之间的差额，借款人或者出借人有权主张返还或补偿。

【例题】 自然人甲与乙签订了年利率为 30%、为期 1 年的 1000 万元借款合同。后双方又签订了房屋买卖合同，约定：“甲把房屋卖给乙，房款为甲的借款本息之和。甲须在一年内以该房款分 6 期回购房屋。如甲不回购，乙有权直接取得房屋所有权。”乙交付借款时，甲出具收到全部房款的收据。后甲未按约定回购房屋，也未把房屋过户给乙。因房屋价格上涨至 3000 万元，甲主张偿还借款本息。下列哪些选项是正确的？¹⁹⁵

- A. 甲乙之间是借贷合同关系，不是房屋买卖合同关系
- B. 应在不超过合同成立时 1 年期贷款市场报价利率 4 倍以内承认借款利息
- C. 乙不能获得房屋所有权
- D. 因甲未按约定偿还借款，应承担违约责任

四、租赁合同

1. 租赁期限

(1) 最长不得超过 20 年，否则，“超过部分”无效。

【注意】 民法典中还有另外几个相似的规定：① 定金数额超过主合同标的额的 20% 的，超过部分无效；② 建设工程合同中，当事人约定的垫资利息计算标准高于同期同类贷款利率的部分无效。

(2) 不定期租赁

① 租赁期限 6 个月以上的，合同应当采用书面形式。当事人未采用书面形式的，无法确定租赁期限的，视为不定期租赁。

② 当事人对租赁期限没有约定或者约定不明确，依照《民法典》有关规定仍不能确定的，视为不定期租赁。

③ 租赁期届满，承租人继续使用租赁物，出租人没有提出异议的，原租赁合同继续有效，但租赁期限为不定期。

【注意】对于不定期租赁，“合同双方”均可以随时解除合同，但解除合同应当在合理期限之前通知对方。

【例题】刘某欠何某 100 万元贷款届期未还且刘某不知所踪。刘某之子小刘为替父还债，与何某签订书面房屋租赁合同，未约定租期，仅约定：“月租金 1 万元，用租金抵贷款，如刘某出现并还清贷款，本合同终止，双方再行结算。”下列哪些表述是错误的？(2014 年多选)¹⁹⁶

- A. 小刘有权随时解除合同
- B. 何某有权随时解除合同
- C. 房屋租赁合同是附条件的合同
- D. 房屋租赁合同是附期限的合同

2. 当事人的主要权利义务

(1) 承租人的适当使用义务

承租人应按约定的方法或租赁物的性质使用租赁物，因使用不当导致租赁物损耗的，出租人有权：① 解除合同；② 请求赔偿损失。

(2) 出租人的维修义务（当事人另有约定的除外）

- ① 合理期限内维修；
- ② 出租人未履行维修义务的，承租人可以自行维修，维修费用由出租人负担；
- ③ 因维修租赁物影响承租人使用的，应当相应减少租金或者延长租期。

(3) 出租人的瑕疵担保义务

因第三人主张权利，致使承租人不能对租赁物使用、收益的，承租人可以请求减少租金或者不支付租金。

(4) 租赁物的改善

承租人经出租人同意，可以对租赁物进行改善或者增设他物，如未经出租人同意，出租人可以要求承租人恢复原状或者赔偿损失。

(5) 转租

- ① 应当经过出租人同意，否则出租人可以解除合同；

【注意】出租人知道或者应当知道承租人转租，但是在六个月内未提出异议的，视为出租人同意转租。

196 【答案】ABD

- ② 转租不影响承租人与出租人之间的租赁合同效力；
- ③ 第三人（次承租人）对租赁物造成损失的，承租人应当赔偿损失（合同的相对性）；
- ④ 承租人经出租人同意将租赁物转租给第三人，转租期限超过承租人剩余租赁期限的，超过部分的约定对出租人不具有法律约束力，但是出租人与承租人另有约定的除外；
- ⑤ 承租人拖欠租金的，次承租人可以代承租人支付其欠付的租金和违约金，但是转租合同对出租人不具有法律约束力的除外；
- ⑥ 次承租人代为支付的租金和违约金，可以折抵次承租人应当向承租人支付的租金；超出其应付的租金数额的，可以向承租人追偿。

【例题】甲将自己的一套房屋租给乙住，乙又擅自将房屋租给丙住。丙是个飞镖爱好者，因练飞镖将房屋的墙面损坏。下列哪些选项是正确的？（2009 年多选）¹⁹⁷

- A. 甲有权要求解除与乙的租赁合同
- B. 甲有权要求乙赔偿墙面损坏造成的损失
- C. 甲有权要求丙搬出房屋
- D. 甲有权要求丙支付租金

(6) 孳息（收益）的归属

归承租人，当事人另有约定的除外。

(7) 承租人的租金支付义务

对租金的支付期限未确定的，当事人可以协议补充，不能达成补充协议的，可以根据合同的有关条款或者交易习惯确定。仍不能确定的，适用以下规则：

- ① 租赁期限不满 1 年的，应当在租赁期限届满时支付；
- ② 租赁期限 1 年以上的，应当在每届满 1 年时支付，剩余期间不满 1 年的，应当在租赁期限届满时支付。

3. 买卖不破租赁

租赁期间，租赁物所有权发生变动的，不影响租赁合同的效力——租赁合同在承租人与租赁物受让人之间继续有效。

限制：(1) “先抵押（已登记）后租赁”；(2) 先被法院查封、扣押，后租赁。

4. 承租人优先购买权

(1) 适用范围：仅限于房屋

(2) 出租人的通知义务：合理期限内通知，如果是出租人委托拍卖人拍卖租赁房屋，

197 【答案】ABC

应当在拍卖 5 日前通知承租人，承租人未参加拍卖的，视为放弃优先购买权。

(3) 承租人的救济措施

如果出租人出卖租赁房屋未在合理期限内通知承租人或者存在其他侵害承租人优先购买权的情形，承租人：① 有权请求出租人承担赔偿责任；② 无权主张出租人与第三人签订的房屋买卖合同无效。

(4) 承租人丧失优先购买权的情形：

① 房屋共有人行使优先购买权。

【注意】 房屋共有人优先购买权与承租人优先购买权冲突的，共有人优先购买权优先行使。

② 出租人将房屋出卖给近亲属（配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女）。

③ 出租人履行通知义务后，承租人在 15 日内未明确表示购买的。

④ 第三人善意购买并已办理登记手续的。

【注意】 如果第三人只是与出租人签订了房屋买卖合同，并没有办理登记手续，承租人可以主张其买卖合同优先得到履行。

【例题 1】 甲与乙订立房屋租赁合同，约定租期 5 年。半年后，甲将该出租房屋出售给丙，但未通知乙。不久，乙以其房屋优先购买权受侵害为由，请求法院判决甲丙之间的房屋买卖合同无效。下列哪一表述是正确的？（2013 年单选）¹⁹⁸

- A. 甲出售房屋无须通知乙
- B. 丙有权根据善意取得规则取得房屋所有权
- C. 甲侵害了乙的优先购买权，但甲丙之间的合同有效
- D. 甲出售房屋应当征得乙的同意

【例题 2】 甲将房屋租给乙，在租赁期内未通知乙就把房屋出卖并过户给不知情的丙。乙得知后劝丙退出该交易，丙拒绝。关于乙可以采取的民事救济措施，下列哪一选项是正确的？（2015 年单选）¹⁹⁹

- A. 请求解除租赁合同，因甲出卖房屋未通知乙，构成重大违约
- B. 请求法院确认买卖合同无效
- C. 主张由丙承担侵权责任，因丙侵犯了乙的优先购买权
- D. 主张由甲承担赔偿责任，因甲出卖房屋未通知乙而侵犯了乙的优先购买权

198 【答案】C

199 【答案】D

5. 承租人的优先承租权

租赁期间届满，房屋承租人享有以同等条件优先承租的权利。

6. 租赁合同的解除

(1) 不定期租赁合同，双方随时解除，但应在合理期限之前通知对方。

(2) 承租人转租应当经过出租人同意，否则出租人可以解除合同。

(3) 因承租人使用不当导致租赁物损耗的，出租人有权解除合同并要求赔偿损失。

(4) 因不可归责于承租人的事由，致使租赁物部分或者全部毁损、灭失的，承租人可以要求减少租金或者不支付租金；因租赁物部分或者全部毁损、灭失，致使不能实现合同目的的，承租人可以解除合同。

(5) 承租人无正当理由未支付或者迟延履行租金的，出租人可以请求承租人在合理期限内支付；承租人逾期不支付的，出租人可以解除合同。

(6) 租赁物危及承租人的安全或健康的，即使承租人订立合同时明知该租赁物质量不合格，承租人仍然有权解除合同。（“生命健康”高于“契约精神”）

(7) 有下列情形之一的，因出租人原因致使租赁物无法使用的，承租人可以解除合同：

① 租赁物被司法机关或者行政机关依法查封；② 租赁物权属有争议；③ 租赁物具有违反法律、行政法规关于使用条件强制性规定情形。

7. 一房多租

(1) 租赁合同效力：均有效。

(2) 履行合同的承租人的确定：① 合法占有者；② 备案登记者；③ 合同成立在先者。

(3) 其他承租人的救济：解除合同、请求出租人赔偿损失。

【例题】 孙某与李某签订房屋租赁合同，李某承租后与陈某签订了转租合同，孙某表示同意。但是，孙某在与李某签订租赁合同之前，已经把该房租给了王某并已交付。李某、陈某、王某均要求继续租赁该房屋。下列哪一表述是正确的？(2014年单选)²⁰⁰

- A. 李某有权要求王某搬离房屋
- B. 陈某有权要求王某搬离房屋
- C. 李某有权解除合同，要求孙某承担赔偿责任
- D. 陈某有权解除合同，要求孙某承担赔偿责任

■ 五、融资租赁合同

(一) 融资租赁合同概述

1. 内涵

出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择，向出卖人购买租赁物，提供给承租人使用，承租人支付租金的合同。

(1) 当事人：出租人、承租人、出卖人

(2) 内容：租赁合同 + 买卖合同

2. 融资租赁合同形式：应当采用书面形式

3. 融资租赁合同的认定

(1) 承租人将其自有物出卖给出租人，再通过融资租赁合同将租赁物从出租人处租回的，人民法院不应仅以承租人和出卖人系同一人为由认定不构成融资租赁法律关系。

(2) 根据法律、行政法规规定，承租人对于租赁物的经营使用应当取得行政许可的，人民法院不应仅以出租人未取得行政许可为由认定融资租赁合同无效。

(3) 当事人以虚构租赁物等方式订立融资租赁合同掩盖非法目的的，融资租赁合同无效。

4. 融资租赁合同无效的效果

(1) 融资租赁合同无效，当事人就该情形下租赁物的归属有约定的，按照其约定；没有约定或者约定不明确的，租赁物应当返还出租人。

(2) 因承租人原因致使合同无效，出租人不请求返还或者返还后会显著降低租赁物效用的，租赁物的所有权归承租人，由承租人给予出租人合理补偿。

5. 标的物毁损灭失的后果

(1) 因承租人的原因毁损灭失：承租人占有租赁物期间，租赁物毁损、灭失的，出租人有权请求承租人继续支付租金，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

(2) 意外毁损灭失：融资租赁合同因租赁物交付承租人后意外毁损、灭失等不可归责于当事人的原因解除的，出租人可以请求承租人按照租赁物折旧情况给予补偿。

6. 出租人违反合同约定的向承租人交付标的物的义务，存在下列情形之一的，承租人可以拒绝受领租赁物：

(1) 租赁物严重不符合约定的；

(2) 出卖人未在约定的交付期间或者合理期间内交付租赁物，经承租人或者出租人催告，在催告期满后仍未交付的。

7. 出租人解除融资租赁合同的情形

(1) 承租人未经出租人同意，将租赁物转让、抵押、质押、投资入股或者以其他方式

处分租赁物的；

(2) 承租人经催告后在合理期限内仍不支付租金的，出租人可以请求支付全部租金；也可以解除合同，收回租赁物。

① 承租人未按照合同约定的期限和数额支付租金，符合合同约定的解除条件，经出租人催告后在合理期限内仍不支付的；

② 合同对于欠付租金解除合同的情形没有明确约定，但承租人欠付租金达到两期以上，或者数额达到全部租金 15% 以上，经出租人催告后在合理期限内仍不支付的。

【注意】在融资租赁合同中，承租人未按照约定支付租金，经催告后在合理期限内仍不支付，出租人请求承租人支付全部剩余租金，并以拍卖、变卖租赁物所得的价款受偿的，人民法院应予支持；当事人请求参照民事诉讼法“实现担保物权案件”的有关规定，以拍卖、变卖租赁物所得价款支付租金的，人民法院应予准许。

【解释】融资租赁交易中，出租人的租金债权可以就租赁物的拍卖、变卖价款优先于承租人的普通债权人受偿，但不能对抗善意第三人。即此种优先受偿权的效力参照动产抵押制度，采取登记对抗主义。

8. 出租人或者承租人均可解除合同的情形

(1) 出租人与出卖人订立的买卖合同解除、被确认无效或者被撤销，且未能重新订立买卖合同；

【注意】融资租赁合同因买卖合同解除、被确认无效或者被撤销而解除，出卖人及租赁物系由承租人选择的，出租人有权请求承租人赔偿相应损失。

(2) 租赁物因不可归责于当事人的原因毁损、灭失，且不能修复或者确定替代物；

(3) 因出卖人的原因致使融资租赁合同的目的是不能实现。

(二) 当事人双方权利义务

1. 出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择订立的买卖合同，未经承租人同意，出租人不得变更与承租人有关的合同内容。

2. 在融资租赁合同中，租赁物的维修义务由承租人（而非出租人）承担。

3. 租赁物不符合约定或者不符合使用目的的，出租人“不承担”违约责任；但承租人依赖出租人的技能确定租赁物或者出租人干预选择租赁物的除外。

4. 出租人、出卖人、承租人可以约定，出卖人不履行买卖合同义务的，由“承租人”行使索赔的权利，出租人应当予以协助。

5. 承租人占有租赁物期间，租赁物造成第三人的人身伤害或者财产损害的，出租人对第三人“不承担”赔偿责任。

6. 与索赔有关的出租人赔偿责任

(1) 承租人索赔失败：出租人有下列情形之一，致使承租人对出卖人行使索赔权利失

败的，承租人有权请求出租人承担相应的责任：

① 明知租赁物有质量瑕疵而不告知承租人；② 承租人行使索赔权利时，未及时提供必要协助。

(2) 出租人怠于索赔：出租人怠于行使只能由其对出卖人行使的索赔权利，造成承租人损失的，承租人有权请求出租人承担赔偿责任。

(三) 租赁物所有权归属

1. 租赁期间租赁物所有权——出租人享有租赁物的所有权

(1) 承租人破产的，租赁物不属于破产财产。

(2) 承租人或者租赁物的实际使用人，未经出租人同意转让租赁物或者在租赁物上设立其他物权，属于无权处分，第三人可以善意取得，存在以下情形者除外：

① 出租人已在租赁物的显著位置作出标识，第三人在与承租人交易时知道或者应当知道该物为租赁物的；

② 出租人授权承租人将租赁物抵押给出租人并在登记机关依法办理抵押权登记的；

③ 第三人与承租人交易时，未按照法律、行政法规、行业或者地区主管部门的规定在相应机构进行融资租赁交易查询的；

④ 出租人有证据证明第三人知道或者应当知道交易标的物为租赁物的其他情形。

2. 租赁期满后租赁物的所有权归属

(1) 当事人约定优先。

(2) 没有约定或者约定不明确，依照《民法典》有关规定仍不能确定的，租赁物的所有权归出租人。

(3) 如果约定租赁期届满，租赁物所有权归属于承租人，承租人已支付大部分租金，但无力支付剩余租金，出租人因此解除合同收回租赁物的，收回的租赁物的价值如果超过承租人欠付的租金以及其他费用的，承租人可以要求相应返还。

【例题-多选题】甲公司欲购乙公司生产的塔吊，因缺乏资金，遂由丙公司提供融资租赁。由于塔吊存在质量问题，吊装的物品坠落并砸伤行人丁，甲公司被迫停产修理。根据合同法律制度的规定，下列各项中，正确的有？²⁰¹

- A. 甲公司无权请求丙公司赔偿修理塔吊的费用
- B. 甲公司不得以塔吊存在质量问题并发生事故为由，延付或拒付租金
- C. 丙公司应当对甲公司承担违约责任
- D. 丁可以请求丙公司赔偿损失

201 【答案】AB

六、承揽合同

1. 概念：指承揽人按定作人的要求完成工作，交付工作成果，定作人给付报酬的合同。

2. 合同当事人的权利和义务

承揽人的义务	<p>(1) 承揽人应以自己的设备、技术和劳力，完成主要工作，但是当事人另有约定的除外。</p> <p>(2) 通知义务——</p> <p>① 承揽人对定作人提供的材料应当及时检验，发现不符合约定时，应及时通知定作人更换、补齐或采取其他补救措施，承揽人不得擅自更换定作人提供的材料。</p> <p>② 承揽人发现定作人提供的图纸或者技术要求不合理的，应当及时通知定作人，因定作人怠于答复等原因造成承揽人损失的，应当赔偿损失。</p> <p>③ 向定作人交付工作成果，并提交必要的技术资料和有关质量证明。</p>
定作人的义务	<p>(1) 协助义务：定作人有协助的义务，定作人不履行协助义务致使承揽工作不能完成的，承揽人可以催告定作人在合理期限内履行义务，并可以顺延履行期限；定作人逾期不履行的，承揽人可以解除合同。</p> <p>(2) 支付报酬义务</p> <p>① 对支付报酬的期限没有约定或者约定不明确，依据民法规定仍不能确定的，定作人应当在承揽人交付工作成果时支付；工作成果部分交付的，定作人应当相应支付。</p> <p>② 定作人未支付报酬，承揽人对完成的成果有留置权或者有权拒绝交付（履行抗辩权），当事人另有约定的除外。</p> <p>(3) 妥善保管义务</p> <p>妥善保管定作人提供的材料以及完成的工作成果，因保管不善造成毁损、灭失的，应承担赔偿责任。</p> <p>(4) 保密义务</p> <p>承揽人应当按照定作人的要求保守秘密，未经定作人许可，不得留存复制品或者技术资料。</p> <p>(5) 特殊情况下的侵权赔偿责任</p> <p>承揽人在完成工作过程中对第三人造成损害或造成自身损害的，定作人不承担赔偿责任；但定作人对定作、指示或选任有过失，应承担相应的赔偿责任。</p>

3. 合同履行中的第三人

(1) 完成“主要工作”的第三人

① 未经定作人同意，承揽人将其承揽的主要工作交由第三人完成的，定作人可以解除合同。

② 承揽人将其承揽的主要工作交由第三人完成的，应当就该第三人完成的工作成果向定作人负责。

(2) 完成“辅助工作”的第三人

承揽人可以将其承揽的辅助工作交由第三人完成(不必经过定作人同意), 并就该第三人完成的工作成果向定作人负责。

【注意】 承揽人就第三人完成的工作对定作人负责, 体现的是合同相对性原理。

4. 承揽合同的变更或解除

(1) “定作人”中途变更承揽工作的要求, 造成承揽人损失的, 应当赔偿损失。

(2) “定作人”在承揽人完成工作前可以随时解除合同, 并赔偿因解除合同给承揽人造成的损失。

【总结】 定作人的两种解除权: 违法亲自履行义务的解除权, 不需赔偿(法定解除); 任意解除权, 须赔偿。

5. 共同承揽人的连带责任

共同承揽人对定作人承担连带责任, 但是当事人另有约定的除外。

■ 七、建设工程合同

1. 概述

建设工程合同, 是指承包人进行工程建设, 发包人支付价款的合同。

【解释 1】 建设工程合同包括工程勘察、设计、施工合同。

【解释 2】 建设工程合同本质上属于承揽合同。

2. 建设工程合同的无效

(1) 合同无效的情形:

① 承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的;

【注意】 承包人超越资质等级许可的业务范围签订建设工程施工合同, 在建设工程竣工前取得相应资质等级, 不按无效合同处理。

② 没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的;

【注意】 出借方与借用方对建设工程质量不合格等因出借资质给发包方造成的损失承担连带赔偿责任。

③ 建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的;

④ 当事人以发包人“未取得”建设工程规划许可证等规划审批手续为由, 请求确认建设工程施工合同无效的, 人民法院应予支持, 但发包人在起诉前取得建设工程规划许可证等规划审批手续的除外。

【注意】 “发包人”能够办理审批手续而“未办理”, 并以未办理审批手续为由请求

确认建设工程施工合同无效的，人民法院不予支持。（承包人可请求确认合同无效，并主张缔约过失责任。）

⑤ 承包人因转包、违法分包建设工程与他人签订的建设工程施工合同。

【注意】具有劳务作业法定资质的承包人与总承包人、分包人签订的劳务分包合同，当事人请求确认无效的，人民法院依法不予支持。

(2) 无效合同的法律后果

① 合同无效，但建设工程经竣工验收合格的，承包人可以请求参照合同关于工程价款的约定折价补偿。

② 当事人就同一建设工程订立的数份建设工程施工合同均无效，但建设工程质量合格，一方当事人请求参照“实际履行”的合同结算建设工程价款的，人民法院应予支持。实际履行的合同难以确定，当事人请求参照“最后签订”的合同结算建设工程价款的，人民法院应予支持。

③ 合同无效，且建设工程经竣工验收不合格的处理措施：修复后的建设工程经竣工验收合格，发包人请求承包人承担修复费用；修复后的建设工程经竣工验收不合格，承包人不能请求参照合同关于工程价款的约定补偿。

【例题 - 单选题】某市园林管理处为兴建一座园林景观，经招投标与甲建筑公司签订了工程施工合同。甲建筑公司具有相应的建筑施工资质，但该工程实际由乙工程施工队施工，系乙施工队借用甲建筑公司的名义进行缔约的。工程竣工后经验收合格，乙施工队要求某市园林管理处支付约定的报酬，园林管理处经咨询律师，认为他们之间的合同无效，故拒绝支付约定的款项，为此发生纠纷。下列说法正确的是哪一项？²⁰²

- A. 建设工程施工合同有效，施工队可以要求园林管理处支付约定工程价款
- B. 建设工程施工合同无效，施工队可以要求园林管理处支付约定工程价款
- C. 建设工程施工合同无效，园林管理处无须支付工程价款
- D. 建设工程施工合同无效，施工队可以要求园林管理处根据约定价款折价补偿

3. 合同内容的确定

(1) 另行签订的合同与中标合同不一致，以中标合同为准：招标人和中标人另行签订的建设工程施工合同约定的工程范围、建设工期、工程质量、工程价款等实质性内容，与中标合同不一致，一方当事人请求按照中标合同确定权利义务的，人民法院应予支持。

(2) 中标合同与招投标文件不一致，以招投标文件为依据：当事人签订的建设工程施工合同与招标文件、投标文件、中标通知书载明的工程范围、建设工期、工程质量、工程价款不一致，一方当事人请求将招标文件、投标文件、中标通知书作为结算工程价款的依据的，人民法院应予支持。

【例外情形】发包人将依法不属于必须招标的建设工程进行招标后，与承包人另行订立的建设工程施工合同背离中标合同的实质性内容，当事人请求以中标合同作为结算建设工程价款依据的，人民法院应予支持，但发包人与承包人因客观情况发生了在招标投标时难以预见的变化而另行订立建设工程施工合同的除外。

(3) 变相降低工程价款行为无效：招标人和中标人在中标合同之外就明显高于市场价格购买承建房产、无偿建设住房配套设施、让利、向建设单位捐赠财物等另行签订合同，变相降低工程价款，一方当事人以该合同背离中标合同实质性内容为由请求确认无效的，人民法院应予支持。

4. 分包

(1) 经发包人同意，总承包人可以将自己承包的“部分工作”交由第三人完成；第三人就其完成的工作成果与总承包人向发包人承担“连带责任”。

【注意】该规定与承揽合同中“承揽人就第三人完成的工作对定作人负责”的规则显然不同，体现了对合同相对性的突破。

(2) 建设工程主体结构的施工必须由承包人自行完成，禁止有下列行为：

- ① 承包人将其承包的建设工程“全部”转包给第三人；
- ② 承包人将其承包的全部建设工程肢解后以分包的名义分别转包给第三人；
- ③ 分包人将其承包的工程再分包。

5. 开工日期和竣工日期的确定

(1) 开工日期

当事人对建设工程开工日期有争议的，人民法院应当分别按照以下情形予以认定：

- ① 开工通知载明日期——具备开工条件的日期

开工日期为发包人或者监理人发出的开工通知载明的开工日期；开工通知发出后，尚不具备开工条件的，以开工条件具备的时间为开工日期；因承包人原因导致开工时间推迟的，以开工通知载明的时间为开工日期。

- ② 经发包方同意实际进场施工的日期

承包人经发包人同意已经实际进场施工的，以实际进场施工时间为开工日期。

- ③ 综合认定的日期

发包人或者监理人未发出开工通知，亦无相关证据证明实际开工日期的，应当综合考

考虑开工报告、合同、施工许可证、竣工验收报告或者竣工验收备案表等载明的时间，并结合是否具备开工条件的事实，认定开工日期。

【注意】当事人约定顺延工期应当经发包人或者监理人签证等方式确认，承包人虽未取得工期顺延的确认，但能够证明在合同约定的期限内向发包人或者监理人申请过工期顺延且顺延事由符合合同约定，承包人以此为由主张工期顺延的，人民法院应予支持。

(2) 竣工日期

当事人对建设工程实际竣工日期有争议的，按照以下情形分别处理：

① 建设工程经竣工验收合格的，以竣工验收合格之日为竣工日期；

② 承包人已经提交竣工验收报告，发包人拖延验收的，以承包人提交验收报告之日为竣工日期；

③ 建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用的，以转移占有建设工程之日为竣工日期。

【注意】建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用后，又以使用部分质量不符合约定为由主张权利的，人民法院不予支持，但是承包人应当在建设工程的合理使用寿命内对地基基础工程和主体结构质量承担民事责任。

6. 质量保证金的返还情形

(1) 当事人约定的工程质量保证金返还期限届满。

(2) 当事人未约定工程质量保证金返还期限的，自建设工程通过竣工验收之日起满2年。

(3) 因发包人原因建设工程未按约定期限进行竣工验收的，自承包人提交工程竣工验收报告90日后起当事人约定的工程质量保证金返还期限届满；当事人未约定工程质量保证金返还期限的，自承包人提交工程竣工验收报告90日后起满2年。

【注意】发包人返还工程质量保证金后，不影响承包人根据合同约定或者法律规定履行工程保修义务。

7. 承包人垫资

(1) 垫资的认定(以特别约定为前提)：只有当事人对垫资及其利息有明确约定的情况下，承包人才可以请求返还垫资及利息，但是约定的利息计算标准高于垫资时的同类贷款利率或者同期贷款市场报价利率的部分除外。

(2) 如果当事人没有对垫资利息作出约定，承包人无权请求支付利息。

(3) 当事人对垫资没有约定的，按照工程欠款处理，工程欠款的利息计算标准以当事人之间的约定为准，没有约定的，按照同期同类贷款利率计息。

【注意】法律对垫资的利息和工程欠款的利息分别作出了不同的规定：

① 当事人未约定利息时：垫资不支付利息；工程欠款按照同期同类贷款利率计算。

② 当事人对利息计算标准有约定时：垫资的利息计算标准不得高于垫资时的同类贷款利率或者同期贷款市场报价利率；工程欠款则按照约定处理（法律没有限制）。

(4) 工程款利息支付期限

利息从应付工程价款之日计付。当事人对付款时间没有约定或者约定不明的，下列时间视为应付款时间：

- ① 建设工程已实际交付的，为交付之日；
- ② 建设工程没有交付的，为提交竣工结算文件之日；
- ③ 建设工程未交付，工程价款也未结算的，为当事人起诉之日。

8. 建设工程款优先受偿权

发包人未按照约定支付工程价款的，承包人可以催告发包人在合理期限内支付价款。发包人逾期不支付的，承包人可以与发包人协议将工程折价，也可以申请人民法院将该工程依法拍卖，建筑工程的价款享有优先受偿权。

(1) 权利主体

- ① 与发包人订立建设工程施工合同的承包人
- ② 与建筑物所有权人订立装饰装修工程合同的承包人

(2) 行使条件：建设工程质量合格

【注意】 未竣工的建设工程质量合格，承包人有权请求其承建工程的价款就其承建工程部分折价或者拍卖的价款优先受偿。

(3) 法律效力

- ① 建设工程款优先于“抵押权”。
- ② 其他债权（包括已支付全部或大部分购房款的买房人的债权）。

【注意】 享有优先受偿权的建设工程款范围：不包括逾期支付建设工程价款的利息、违约金、损害赔偿金。

(4) 行使期限

优先受偿权的行使期限为 18 个月，自发包人应当给付建设工程价款之日起算。

(5) 约定排除的无效情形

发包人与承包人约定放弃或者限制建设工程价款优先受偿权，损害建筑工人利益，发包人根据该约定主张承包人不享有建设工程价款优先受偿权的，人民法院不予支持。

9. 实际施工人的工程款请求权

- (1) 实际施工人以转包人、违法分包人为被告起诉的，人民法院应当依法受理。
- (2) 实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院应当追加转包人或者违法分包

人为本案第三人，在查明发包人欠付转包人或者违法分包人建设工程价款的数额后，判决发包人在欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担责任。

(3) 实际施工人以转包人或者违法分包人怠于向发包人行使到期债权或者与该债权有关的从权利，影响其到期债权实现，提起代位权诉讼的，人民法院应予支持。

10. 双方当事人的合同解除权

(1) 发包人的解除权

- ① 明确表示或者以行为表明不履行合同主要义务的；
- ② 在合同约定的期限内没有完工，且在发包人催告的合理期限内仍未完工的；
- ③ 已经完成的建设工程质量不合格，并拒绝修复的；
- ④ 将承包的建设工程非法转包、违法分包的。

(2) 承包人的解除权

发包人具有以下情形之一的，致使承包人无法施工，且在催告的合理期限内仍未履行相应义务，承包人可以请求解除建设工程施工合同：

- ① 未按约定支付工程欠款的；
- ② 提供的主要建筑材料、建筑构配件和设备不符合强制性标准的；
- ③ 不履行合同约定的协助义务的。

(3) 解除后果

合同解除后，已完成的建设工程合格的，发包方应当按约支付相应的价款；不合格的，参照前述施工合同无效且工程质量验收不合格的情形处理。

11. 建设工程致人损害的赔偿责任

因承包人的原因致使建设工程在合理使用期限内造成人身损害和财产损失的，承包人应当承担赔偿责任。

■ 八、运输合同

1. 一般规定

(1) 承运人的强制缔约义务

从事公共运输的承运人不得拒绝旅客、托运人通常、合理的运输要求。

(2) 旅客、托运人、收货人的费用抗辩权

承运人未按照约定路线或者通常路线运输增加票款或者运输费用的，旅客、托运人或者收货人可以拒绝支付增加部分的票款或者运输费用。

2. 客运合同

实践合同	客运合同自承运人向旅客交付客票时成立，但是当事人另有约定或者另有交易习惯的除外。
当事人主要权利义务	<p>承运人“可以”拒绝运输：旅客无票乘坐、超程乘坐、越级乘坐或者持失效客票乘坐的，应当补交票款，承运人可以按照规定加收票款；旅客不支付票款的，承运人可以拒绝运输。</p> <p>承运人“应当”拒绝运输：旅客坚持携带或者夹带违禁物品的，承运人应当拒绝运输。</p> <p>变更服务标准：① 承运人擅自降低服务标准的，应当根据旅客的请求退票或者减收票款；② 提高服务标准的，不得加收票款。</p>
承运人的人身损害赔偿 责任	<p>对运输过程中旅客的人身损害，承担无过错的赔偿责任，例外——</p> <p>① 损害是旅客自身健康原因造成的</p> <p>② 损害是旅客故意、重大过失造成的</p> <p>【注意】 免票、持优待票或者经承运人许可搭乘的无票旅客，但不包括逃票乘坐者。</p>
承运人的财产损害赔偿 责任	<p>(1) 对旅客托运物品毁损、灭失的赔偿责任：无过错的赔偿责任，例外——</p> <p>① 不可抗力</p> <p>② 货物本身的自然性质或者合理损耗</p> <p>③ 托运人、收货人的过错</p> <p>(2) 对旅客自带物品毁损、灭失的赔偿责任：过错赔偿责任</p>

3. 货运合同

(1) 货运合同中承运人对承运货物毁损灭失的责任

归责原则	无过错责任
法定免责事由	<p>① 不可抗力造成</p> <p>② 货物本身的自然性质或者合理损耗造成</p> <p>③ 托运人、收货人的过错造成</p>
赔偿标准	<p>① 货物的毁损、灭失的赔偿额，当事人有约定的，按照其约定。</p> <p>② 没有约定或者约定不明确，依据民法有关规定仍不能确定的，按照交付或者应当交付时货物到达地的市场价格计算。</p> <p>③ 法律、行政法规对赔偿额的计算方法和赔偿限额另有规定的，依照其规定。</p>

(2) 风险承担

货物风险	托运人或收货人承担
运费风险	承运人承担——货物在运输过程中因不可抗力灭失，未收取运费的，承运人不得请求支付运费；已收取运费的，托运人可以请求返还。
口诀	各自认倒霉，谁也别找谁

(3) 承运人的留置权和提存权

留置权	托运人或者收货人不支付运费、保管费以及其他费用的，承运人对相应的运输货物享有留置权，但是当事人另有约定的除外。
提存权	收货人不明或者收货人无正当理由拒绝受领货物的，承运人依法可以提存货物。

(4) 联运

单式联运	<ul style="list-style-type: none"> ① 与托运人订立合同的承运人应当对全程运输承担责任。 ② 损失发生在某一运输区段的，与托运人订立合同的承运人和该区段的承运人承担连带责任。
多式联运	<ul style="list-style-type: none"> ① 多式联运经营人可以与参加多式联运的各区间承运人就多式联运合同的各区间运输约定相互之间的责任，但该约定不影响多式联运经营人对全程运输承担的义务。 ② 多式联运经营人收到托运人交付的货物时，应当签发多式联运单据。按照托运人的要求，多式联运单据可以是可转让单据，也可以是不可转让单据。 ③ 因托运人托运货物时的过错造成多式联运经营人损失的，即使托运人已经转让多式联运单据，托运人仍然应当承担赔偿责任。
总结	<ul style="list-style-type: none"> ① 单式联运合同，突破了合同相对性 ② 多式联运合同，固守合同相对性

(5) 货运合同托运人的任意变更、解除权

- ① 前提：承运人将货物交付收货人之前
- ② 变更权内容：托运人可以要求承运人中止运输、返还货物、变更到达地或者将货物交给其他收货人
- ③ 利益衡平：应当赔偿承运人因此受到的损失

■ 九、保管合同和仓储合同

(一) 保管合同

1. 特征

- (1) 有偿或无偿：① 可有偿，也可无偿；② 当事人未约定或约定不明，为无偿。
- (2) 实践合同：自保管物交付时生效，但当事人另有约定的除外。

2. 保管合同中当事人的权利义务

保管人的主要义务	<p>① 因保管不善的赔偿义务（过错责任原则）</p> <p>特别注意：如果保管是无偿的，且保管人没有故意或重大过失的，则保管人不承担损害赔偿责任（轻过失免责）。</p> <p>② 返还保管物的义务</p> <p>保管人保管货币的，可以返还相同种类、数量的货币； 保管其他可替代物的，可以按照约定返还相同种类、品质、数量的物品。</p> <p>③ 亲自保管义务</p> <p>保管人不得将保管物转交第三人保管，但是当事人另有约定的除外；保管人擅自将保管物转交第三人保管，造成保管物损失的，应当承担赔偿责任。</p> <p>④ 不得擅自使用保管物义务</p> <p>保管人不得使用或者许可第三人使用保管物，但是当事人另有约定的除外。</p>
寄存人的主要义务	<p>① 保管费支付义务</p> <p>寄存人未支付保管费，保管人可留置保管物，但当事人另有约定的除外。</p> <p>② 保管贵重物品的通知义务</p> <p>寄存人寄存货币、有价证券或者其他贵重物品的，应当向保管人声明，由保管人验收或者封存；寄存人未声明的，该物品毁损、灭失后，保管人可以按照一般物品予以赔偿。</p> <p>③ 保管物瑕疵或特殊保管措施通知义务</p> <p>寄存人未告知，致使保管物受损失的，保管人不承担赔偿责任；保管人因此受损失的，除保管人知道或者应当知道并且未采取补救措施外，寄存人应当承担赔偿责任。</p>
当事人的任意解除权	<p>① 寄存人有任意解除权——可随时领取保管物</p> <p>② 未约定保管期间的保管人有任意解除权——可以随时请求寄存人领取保管物</p>

（二）仓储合同（特殊规定）

1. 合同性质：诺成合同、有偿合同

2. 当事人的任意解除权

当事人对储存期间没有约定或者约定不明确的，存货人或者仓单持有人可以随时提取仓储物，保管人也可以随时请求存货人或者仓单持有人提取仓储物，但是应当给予必要的准备时间。

【注意】 约定存储期间的仓储合同的存货人不享有任意解除权。

仓储合同中的保管人不能主张轻过失免责（因为仓储合同不能无偿）。

十、委托合同

(一) 概念

委托合同，是指委托人和受托人约定，由受托人处理委托事务的合同。

【解释】委托的事务可以是签订合同等法律行为，也可以是一般性事务，但具有人身属性的事项，如结婚、离婚、收养子女等，不适用委托。

(二) 转委托和变更指示

1. 转委托

类型	情形	责任承担
合法转委托	① 事前同意 ② 事后追认 ③ 情况紧急，为维护委托人利益需要	① 委托人可以就委托事务直接指示转委托的第三人； ② 第三人直接对委托人负责； ③ 受托人仅就第三人的选任及其对第三人的指示承担责任。
非法转委托	不具备上述三种情形的转委托	受托人应对第三人的行为向委托人负责。

2. 变更指示

(1) 受托人应当按照委托人的指示处理委托事务；需要变更委托人指示的，应当经委托人同意。

(2) 因情况紧急，难以和委托人取得联系的，受托人应当妥善处理委托事务，但是事后应当将该情况及时报告委托人。

(三) 隐名代理

隐名代理，是指受托人以自己的名义，在委托人的授权范围内与第三人订立合同。

1. 第三人在订立合同时知道受托人与委托人之间的代理关系——该合同直接约束委托人和第三人。

2. 第三人在订立合同时不知道受托人与委托人之间的代理关系

(1) 受托人因第三人的原因对委托人不履行义务，受托人应当向委托人披露第三人，委托人因此可以行使受托人对第三人的权利，但第三人如果知道该委托人存在，就不会与受托人订立合同的除外。

(2) 受托人因委托人的原因对第三人不履行义务，受托人应当向第三人披露委托人，第三人因此可以选择受托人或者委托人作为相对人主张其权利，但第三人不得变更选定的相对人。

【注意】抗辩权的延续：① 委托人行使受托人对第三人的权利的，第三人可以向委托人主张其对受托人的抗辩；② 第三人选定委托人作为其相对人的，委托人可以向第三人主张其对受托人的抗辩以及受托人对第三人的抗辩。

【例题 - 单选题】甲委托乙购买一套机械设备，但要求以乙的名义签订合同，乙同意，遂与丙签订了设备购买合同。后由于甲的原因，乙不能按时向丙支付设备款。在乙向丙说明了自己是受甲委托向丙购买机械设备后，关于丙的权利，下列哪一选项是正确的？²⁰³

- A. 只能要求甲支付
B. 只能要求乙支付
C. 可选择要求甲或乙支付
D. 可要求甲和乙承担连带责任

(四) 费用与报酬

1. 受托人为处理委托事务垫付的必要费用，委托人应当偿还该费用及其利息。
2. 因不可归责于受托人的事由，委托合同解除或者委托事务不能完成的，委托人应当向受托人支付相应的报酬。当事人另有约定的，从其约定。

【注意】委托合同可以有偿，也可以无偿。如果是无偿委托，受托人不能主张“报酬”（劳务费、辛苦费），但是仍然可以请求委托人偿还“费用”。

(五) 损害赔偿

1. 受托人对委托人的赔偿

(1) 有偿的委托合同，因受托人的“过错”给委托人造成损失的，委托人可以要求赔偿损失。

(2) 无偿的委托合同，因受托人的“故意或重大过失”给委托人造成损失的，委托人可以要求赔偿损失。

(3) 受托人超越权限给委托人造成损失的，应当赔偿损失。

(4) 两个以上的受托人共同处理委托事务的，对委托人承担连带责任。

2. 委托人对受托人的赔偿

(1) 受托人处理委托事务时，因不可归责于自己的事由受到损失的，可以向委托人要求赔偿损失。

(2) 委托人经受托人同意，委托第三人处理委托事务，因此给受托人造成损失的，受托人可以向委托人要求赔偿。

(六) 委托合同的解除

1. 任意解除权

委托人或者受托人可以随时解除委托合同。

2. 损害赔偿

(1) 无偿委托：因解除合同造成对方损失的，除不可归责于该当事人的事由外，无偿委托合同的解除方应当赔偿因解除时间不当造成的直接损失。

(2) 有偿委托：有偿委托合同的解除方应当赔偿对方的直接损失和可以获得的利益。

(七) 委托合同的终止

1. 终止事由

委托人或者受托人死亡、丧失民事行为能力或者终止的，委托合同终止；但是，当事人另有约定或者根据委托事务的性质不宜终止的除外。

2. 法律后果

(1) 因委托人死亡、丧失民事行为能力或者终止，致使委托合同终止将损害委托人利益的，在委托人的继承人、遗产管理人、法定代理人或者清算人承受委托事务之前，受托人应当继续处理委托事务。

(2) 因受托人死亡、丧失民事行为能力或者终止，致使委托合同终止的，受托人的继承人、遗产管理人、法定代理人或者清算人应当及时通知委托人。因委托合同终止将损害委托人利益的，在委托人作出善后处理之前，受托人的继承人、遗产管理人、法定代理人或者清算人应当采取必要措施。

■ 十一、物业服务合同

1. 物业服务合同内容和形式

(1) 内容认定：物业服务人公开作出的服务承诺及制定的服务细则，应当认定为物业服务合同的组成部分。

(2) 形式：书面形式。

2. 物业服务合同的无效情形

(1) 物业服务企业将物业服务区域内的全部物业服务业务一并委托他人而签订的委托合同；

(2) 物业服务合同中免除物业服务企业责任、加重业主委员会或者业主责任、排除业主委员会或者业主主要权利的条款。

3. 物业服务合同的种类

(1) 前期物业服务合同：建设单位（开发商）依法与物业服务人签订

(2) 物业服务合同：业主委员会与业主大会依法选聘的物业服务人签订

(3) 效力衔接：建设单位依法与物业服务人订立的前期物业服务合同对业主也有法律约束力，前期物业服务合同约定的服务期限届满前，业主委员会或者业主与新物业服务人订立的物业服务合同生效的，前期物业服务合同终止。

4. 物业服务人转委托

(1) 部分转委托——允许——合同相对性：物业服务人将物业服务区域内的部分专项

服务事项委托给专业性服务组织或者其他第三人的，应当就该部分专项服务事项向业主负责。

(2) 全部转委托——禁止：物业服务人不得将其应当提供的全部物业服务转委托给第三人，或者将全部物业服务支解后分别转委托给第三人。

5. 物业服务人的主要义务

(1) 业主共有部分的维护义务

(2) 对业主人身、财产安全的保障义务

(3) 向业主大会、业主委员会的报告义务

6. 业主的主要义务

(1) 支付物业费

① 缴费主体：业主，而非业主委员会。

② 物业使用人（承租人）与业主承担连带缴费义务。

③ 物业服务人已经按照约定和有关规定提供服务的，业主不得以未接受或者无需接受相关物业服务为由拒绝支付物业费。

④ 业主违反约定逾期不支付物业费的，物业服务人可以催告其在合理期限内支付；逾期仍不支付的，物业服务人可以提起诉讼或者申请仲裁。

(2) 告知义务

① 业主装饰装修房屋的，应当事先告知物业服务人。

② 业主转让、出租物业专有部分、设立居住权或者依法改变共有部分用途的，应当及时将相关情况告知物业服务人。

7. 物业服务合同的解除

(1) 业主的任意解除权

业主依照法定程序共同决定解聘物业服务人的，可以解除物业服务合同。决定解聘的，应当提前六十日书面通知物业服务人，但是合同对通知期限另有约定的除外。依照前款规定解除合同造成物业服务人损失的，除不可归责于业主的事由外，业主应当赔偿损失。

① 解除主体：业主共同决定。

② 通知义务：提前 60 日通知。

③ 利益衡平：除不可归责于业主的事由外，业主应当赔偿物业服务人的损失。

(2) 双方当事人的任意解除权——不定期物业服务合同

① 物业服务期限届满后，业主没有依法作出续聘或者另聘物业服务人的决定，物业服务人继续提供物业服务的，原物业服务合同继续有效，但是服务期限为不定期。

② 当事人可以随时解除不定期物业服务合同，但是应当提前 60 日书面通知对方。

【例题】北林公司是某小区业主选聘的物业服务企业。关于业主与北林公司的权利义务，下列哪一选项是正确的？²⁰⁴

- A. 北林公司公开作出的服务承诺及制定的服务细则，不是物业服务合同的组成部分
- B. 业主甲将房屋租给他人使用，约定由承租人交纳物业费，北林公司有权请求业主甲对该物业费的交纳承担连带责任
- C. 业主乙拖欠半年物业服务费，北林公司要求业主委员会支付欠款，业主委员会无权拒绝
- D. 业主丙出国进修两年返家，北林公司要求其补交两年的物业管理费，丙有权以两年未接受物业服务为予以拒绝

▣ 十二、行纪合同

(一) 概念

行纪合同是行纪人以自己的名义为委托人从事贸易活动，委托人支付报酬的合同。

(二) 合同当事人的权利和义务

1. 行纪人的义务

- (1) 行纪人处理委托事务支出的费用，由行纪人负担，但当事人另有约定的除外。
- (2) 行纪人对其与第三人订立的合同，直接享有权利、承担义务（与委托合同不同）。
- (3) 依委托人指示的价格处理事务：

① 行纪人低于委托人指定的价格卖出或者高于委托人指定的价格买入的，应当经委托人同意；未经委托人同意，行纪人补偿其差额的，该买卖对委托人发生效力。

② 行纪人高于委托人指定的价格卖出或者低于委托人指定的价格买入的，可以按照约定增加报酬；没有约定或者约定不明确，该利益属于委托人。

2. 委托人支付报酬的义务：委托人不支付报酬，行纪人对委托物享有留置权，但当事人另有约定的除外。

【例题】甲委托乙寄售行以该行名义将甲的一台仪器以3,000元出售，除佣金外双方对其它事项未作约定。其后，乙将该仪器以3,500元卖给了丙，为此乙多支付费用100元。对此，下列哪些选项是正确的？（2010年多选）²⁰⁵

- A. 甲与乙订立的是居间合同
- B. 高于约定价格卖得的500元属于甲

204 【答案】B

205 【答案】BCD

- C. 如仪器出现质量问题，丙应向乙主张违约责任
- D. 乙无权要求甲承担 100 元费用

▣ 十三、中介合同

1. 概念

中介合同是居间人向委托人报告订立合同的机会或者提供订立合同的媒介服务，委托人支付报酬的合同。

2. 双方的权利和义务

(1) 中介人的如实报告义务

- ① 中介人应当就有关订立合同的事项向委托人如实报告。
- ② 中介人故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况，损害委托人利益的，不得请求支付报酬并应当承担赔偿责任。

(2) 报酬和费用

情形	报酬	费用
促成合同成立	该合同的当事人平均负担中介人的报酬	中介人自己承担
未促成合同成立	不得要求支付报酬	可以按照约定请求委托人支付从事中介活动支出的必要费用
委托人绕过中介人直接订立合同	委托人在接受中介人的服务后，利用中介人提供的交易机会或者媒介服务，绕过中介人直接订立合同的，应当向中介人支付报酬。	

▣ 十四、合伙合同

1. 合伙人出资和合伙财产

(1) 出资抗辩权的排除：一个或者数个合伙人未履行出资义务的，其他合伙人不能因此拒绝出资。

(2) 合伙财产的构成：合伙人的出资、因合伙事务依法取得的收益和其他财产，属于合伙财产。

(3) 合伙财产分割请求权的限制：合伙合同终止前，合伙人不得请求分割合伙财产。

2. 合伙事务的执行

(1) 执行方式

- ① 全体合伙人共同执行——合伙人对合伙事务有全体一致同意权。
- ② 按照合伙合同的约定或者全体合伙人的决定，委托一个或者数个合伙人执行——其

他不执行合伙事务的合伙人有监督权。

③ 合伙人分别执行——其他执行合伙事务的合伙人有异议权。

(2) 合伙事务执行人不得请求支付报酬，但合伙合同另有约定的除外。

3. 合伙损益分担和分配

合伙合同有约定	第一步—按约定的比例分配和分担
合伙合同未约定	第二步—由合伙人协商决定
	第三步—协商不成的，由合伙人按照实缴出资比例分配、分担
	第四步—无法确定出资比例的，由合伙人平均分配、分担

4. 合伙债务的承担

(1) 外部连带——任何一个合伙人有义务偿还全部债务。

(2) 内部按份——清偿合伙债务超过自己应当承担份额的合伙人，有权向其他合伙人追偿。

5. 合伙财产份额的转让

除合伙合同另有约定外，合伙人向合伙人以外的人转让其全部或者部分财产份额的，须经其他合伙人一致同意。

6. 合伙人债权人的代位权

(1) 一般规则：合伙人的债权人不得代位行使合伙人依照合同法和合伙合同享有的权利。

(2) 例外：可以代位行使合伙人享有的利益分配请求权。

7. 不定期合伙合同

(1) 合伙人对合伙期限没有约定或者约定不明确，依据民法典的相关规定仍不能确定的，视为不定期合伙。

(2) 合伙期限届满，合伙人继续执行合伙事务，其他合伙人没有提出异议的，原合伙合同继续有效，但是合伙期限为不定期。

【注意】 合伙人可以随时解除不定期合伙合同，但是应当在合理期限之前通知其他合伙人。

▣ 十五、保理合同

(一) 什么是保理？

保理合同是应收账款债权人将现有的或者将有的应收账款转让给保理人，保理人提供资金融通、应收账款管理或者催收、应收账款债务人付款担保等服务的合同。

1. 保理的本质是应收账款债权转让行为。

【例证】2019年7月10日，甲乙两公司订立一批家用电器的买卖合同，约定：甲将一批家用电器出卖给乙，乙应支付价款50万元；9月1日甲向乙交货，货物验收合格后，12月31日乙向甲付款。10月1日，甲因资金周转困难，遂与保理商丙银行订立保理合同，约定：甲公司将其对乙公司的50万元应收账款转让给丙银行，丙银行为甲公司提供保理服务，并且丙银行向甲公司提供保理预付款40万元。10月10日，乙公司签收了甲公司的债权转让通知书。10月12日，丙银行在中国人民银行征信中心办理了出让人为甲公司、受让人为丙银行的债权转让登记。本例中：甲公司和丙银行之间实质上是债权转让关系，要遵循债权转让的基本原理（甲公司和丙银行达成合意+通知乙公司）。

【注意】通知债务人有两种方式：① 债权人通知；② 保理人通知，但应当表明保理人身份并附有必要凭证。

2. 保理不是一般的债权转让，保理人的义务包括：① 提供资金融通；② 应收账款管理或者催收；③ 应收账款债务人付款担保等服务。

【例证】2019年7月10日，甲乙两公司订立一批家用电器的买卖合同，约定：甲将一批家用电器出卖给乙，乙应支付价款50万元；9月1日甲向乙交货，货物验收合格后，12月31日乙向甲付款。10月1日，甲因资金周转困难，遂与保理商丙银行订立保理合同，约定：甲公司将其对乙公司的50万元应收账款中的30万转让给丙银行，丙银行为甲公司提供保理服务，丙银行向甲公司支付债权转让款25万元，同时丙银行为剩下的20万元债权提供保证担保。10月10日，乙公司签收了甲公司的债权转让通知书。10月12日，丙银行在中国人民银行征信中心办理了出让人为甲公司、受让人为丙银行的债权转让登记。本例中：甲公司与丙银行同时存在两个法律关系：① 30万元应收账款债权转让关系；② 20万应收账款债权保证担保关系。也就是说，丙银行作为保理商为甲公司提供了两项服务：① 资金融通；② 保证担保。

3. 保理合同应采用书面形式。

（二）对保理人利益的特殊保护

1. 债权人以虚构应收账款债权与保理人签订保理合同

应收账款债权人与债务人虚构应收账款作为转让标的，与保理人订立保理合同的，应收账款债务人不得以应收账款不存在为由对抗保理人，但是保理人明知虚构的除外。

(1) 作为保理合同的基础交易合同是伪造的，即应收账款债权之全部或部分为虚构的，该虚构的债权在应收账款债权人与债务人之间是无效的。

(2) 该债权对保理人有效，保理人有权向应收账款债务人主张受让的债权。

(3) 保理人为恶意即保理人“明知”(不包括应知,即排除重大过失)基础交易合同为虚构的情况下,保理人无权向债务人主张清偿。

【注意】保理人主观上的恶意,应由债务人举证证明。

【例证】AB两公司伪造的购销合同约定:A公司向B公司供应一批原材料,总价款为500万元,B公司在A公司交货后半年内付款。A公司与保理商C银行签订保理合同,将该500万元应收账款债权以420万元的价格转让给C银行。C银行对此不知情,双方完成了签约。债务履行期限届满,C银行向B公司主张清偿,B公司以该债权系伪造为由进行抗辩。本例中:①A公司与B公司之间的买卖合同,乃基于虚假意思表示而订立,应属无效;②因C银行对AB公司之间虚构债权的行为不知情,保理合同并不因此而无效,C银行有权向B公司主张清偿,B公司无权抗辩。

2. 变更或终止基础交易合同

应收账款债务人接到应收账款转让通知后,应收账款债权人和债务人无正当理由协商变更或者终止基础交易合同,对保理人产生不利影响的,对保理人不发生效力。

【例证】2018年6月8日,甲公司与乙公司签订设备租赁合同,双方约定:甲公司将自有的某大型设备租赁给乙公司使用一年,租金总额为100万元,租赁期限届满后半年内,乙公司一次性支付全部价款。随后,甲公司与保理商丙公司订立保理合同。约定,甲公司将该租赁合同项下的100万租金债权以80万元转让给丙公司,丙公司向甲公司提供保理服务。2018年12月18日,甲公司和乙公司协议提前终止租赁合同,相应地,租赁债权由100万元变更为60万元。债务履行期限届满,保理人丙公司向乙公司主张100万元债权,丙公司以基础合同已提前终止、租金债权数额只有60万元为由进行抗辩。而此时,甲公司资不抵债、濒临破产。本例中:①甲公司和乙公司无正当理由提前终止基础交易合同,而且损害了保理人丙公司利益;②该提前终止合同的行为对丙公司不发生效力,即丙公司仍有权向乙公司主张全部的100万元债权。

(三) 有追索权保理和无追索权保理

1. 有追索权保理

当事人约定有追索权保理的,保理人可以向应收账款债权人主张返还保理融资款本息或者回购应收账款债权,也可以向应收账款债务人主张应收账款债权。保理人向应收账款债务人主张应收账款债权,在扣除保理融资款本息和相关费用后有剩余的,剩余部分应当返还给应收账款债权人。

上述规定可以分解为以下几点:

- (1) 应收账款债权人与保理人签订保理合同,将应收账款债权转让给保理人。
- (2) 保理人向应收账款债权人支付融资款作为应收账款债权的对价。

(3) 债务履行期限届满，保理人有两种选择：① 向应收账款债权人主张返还融资款本息或者回购应收账款债权；② 如果应收账款债权人没有履行能力，保理人有权请求应收账款债务人偿还债务。

(4) 保理人负有清算义务：保理人实现债权后，应将扣除保理融资款本息和相关费用后的剩余部分返还给应收账款债权人。

【解释】有追索权的保理，实质上是“融资”+“让与担保”，即：保理人向应收账款债权人支付的债权转让对价是保理人向债权人提供的融资，债权人将其应收账款债权让与给保理人，作为保理人对债权人提供融资的担保。

【注意】在有追索权的保理中，保理人以应收账款债权人或者应收账款债务人为被告提起诉讼，人民法院应予受理；保理人一并起诉应收账款债权人和应收账款债务人的，人民法院可以受理。

【例证】甲公司对乙公司有 200 万应收账款债权，甲公司与丙银行订立有追索权保理合同，约定：甲公司将该 200 万应收账款债权转让给丙银行，丙银行向甲公司支付 150 万元作为对价。丙银行有权在约定期限届满后向甲公司追索 180 万元本息（本金 150 万，利息 30 万），或者约定丙银行有权要求甲公司依约回购 200 万元应收账款。本例中：① 若保理人丙银行无法从甲公司处获得清偿，丙银行有权向应收账款债务人乙公司主张 200 万元债权；② 丙银行在乙公司处实现 200 万元债权后，必须进行清算，将扣除 180 万元本息之后的剩余金额 20 万元返还给甲公司。

2. 无追索权保理

当事人约定无追索权保理的，保理人应当向应收账款债务人主张应收账款债权，保理人取得超过保理融资款本息和相关费用的部分，无需向应收账款债权人返还。

上述规定可以分解为以下几点：

(1) 应收账款债权人与保理人签订保理合同，将应收账款债权转让给保理人。

(2) 保理人向应收账款债权人支付应收账款债权的对价。

(3) 债务履行期限届满，保理人只能向应收账款债务人主张债权，即便债务人没有履行能力，保理人也无权向债权人追索，也就是说，保理人自行承担债权实现不能的风险。

保理人没有清算义务：保理人实现债权后，无需将扣除保理融资款本息和相关费用后的剩余部分返还给应收账款债权人。

【解释】无追索权保理，实质上就是纯粹的债权转让，原债权人退出债权债务关系，保理人是新的债权人，自行承担债权风险。

(四) 多个保理债权竞存时的清偿顺序

应收账款债权人就同一应收账款订立多个保理合同，致使多个保理人主张权利的，已

登记的先于未登记的受偿；均已登记的，按照登记的先后顺序受偿；均未登记的，由最先到达应收账款债务人的转让通知中载明的保理人受偿；既未登记也未通知的，按照应收账款比例清偿。

1. 已登记 > 未登记；
2. 先登记 > 后登记；
3. 均未登记，看通知；
4. 既未登记也未通知，看比例。

【注意】同一应收账款同时存在保理、应收账款质押，当事人主张参照上述规定确定优先顺序的，人民法院应予支持。

▣ 十六、技术合同

(一) 概述

1. 技术合同的种类

技术合同包括技术开发合同、技术转让合同、技术咨询合同和技术服务合同四种。

2. 职务技术成果

(1) 职务技术成果的界定

① 履行法人或非法人组织（统称为单位）的岗位职责或者承担其交付的技术开发任务完成的技术成果。

② 离职后 1 年内继续从事与其原所在单位的岗位职责或者交付的任务有关的技术开发工作，但法律、行政法规另有规定的除外。

③ 主要利用单位的物质技术条件完成的技术成果。

【两个例外】以下情形不属于利用单位的物质技术条件：① 对利用法人或者非法人组织提供的物质技术条件，约定返还资金或者交纳使用费的；② 在技术成果完成后利用法人或者非法人组织的物质技术条件对技术方案进行验证、测试的。

(2) 职务技术成果的权利归属

① 职务技术成果的使用权、转让权属于单位，单位可以就该项技术成果订立技术合同。

② 单位订立技术合同转让职务技术成果时，“完成人”享有以同等条件优先受让的权利。

3. 技术合同的效力

(1) 公私分明：生产产品或者提供服务依法须经有关部门审批或者取得行政许可，而未经审批或者许可的，不影响当事人订立的相关技术合同的效力。

(2) 技术合同的无效情形及法律后果

无效情形	非法垄断技术或者侵害他人技术成果的技术合同无效。
无效的后果	<p>① 技术合同无效或者被撤销后，技术开发合同研究开发人、技术转让合同让与人、技术许可合同许可人、技术咨询合同和技术服务合同的受托人已经履行或者部分履行了约定的义务，并且造成合同无效或者被撤销的过错在对方的，对其已履行部分应当收取的研究开发经费、技术使用费、提供咨询服务的报酬，人民法院可以认定为因对方原因导致合同无效或者被撤销给其造成的损失。</p> <p>② 技术合同无效或者被撤销后，因履行合同所完成新的技术成果或者在他人技术成果基础上完成后续改进技术成果的权利归属和利益分享，当事人不能重新协议确定的，人民法院可以判决由完成技术成果的一方享有。</p> <p>③ 侵害他人技术秘密的技术合同被确认无效后，除法律、行政法规另有规定的以外，善意取得该技术秘密的一方当事人可以在其取得时的范围内继续使用该技术秘密，但应当向权利人支付合理的使用费并承担保密义务。</p> <p>④ 当事人双方恶意串通或者一方知道或者应当知道另一方侵权仍与其订立或者履行合同的，属于共同侵权，人民法院应当判令侵权人承担连带赔偿责任和保密义务，因此取得技术秘密的当事人不得继续使用该技术秘密。</p>

4. 技术合同的解除

(1) 技术合同当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在 30 日内仍未履行，另一方有权主张解除合同。

(2) 当事人在催告通知中附有履行期限且该期限超过 30 日的，在该履行期限届满后方可有权提出解除合同的主张。

(二) 技术开发合同

1. 技术开发合同的风险承担

(1) 风险负担主体：在技术开发合同履行过程中，因出现无法克服的技术困难，致使研究开发失败或者部分失败的，该风险由当事人约定；没有约定或者约定不明确，依据《民法典》的规定仍不能确定的，风险由当事人合理分担。

(2) 风险通知义务：当事人一方发现前款规定的可能致使研究开发失败或者部分失败的情形时，应当及时通知另一方并采取适当措施减少损失；没有及时通知并采取适当措施，致使损失扩大的，应当就扩大的损失承担责任。

2. 委托开发合同的技术成果归属

(1) 委托开发完成的发明创造，除法律另有规定或当事人另有约定的外，申请专利的权利属于研究开发人。

(2) 研究开发人取得专利权的，委托人可以依法实施该专利。

(3) 研究开发人转让专利申请权的，委托人在同等条件下有优先受让权。

3. 合作开发合同的技术成果归属

(1) 合作开发完成的发明创造，申请专利的权利属于合作开发的当事人共有。

(2) 当事人一方“不同意”申请专利的，另一方或其他各方“不得”申请专利。

(3) 当事人一方“放弃”申请专利的，可以由另一方单独或其他各方共同申请专利；
申请人取得专利权的，放弃专利申请权的一方可以免费实施该专利。

(4) 当事人一方转让其共有的专利申请权的，其他各方享有以同等条件优先受让的权利。

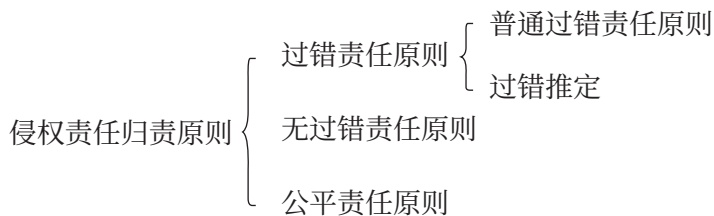
第五部分 侵权行为法



第一章

概述

一、侵权责任归责原则



1. 普通过错责任

- (1) 适用范围：一般侵权行为
- (2) 过错形态：故意、重大过失、一般过失

【解释】重大过失的界定标准：专家犯了一般人的错；一般人犯了傻子的错

【例 1】一司机开车闯红灯引发了交通事故，司机是否构成重大过失？

【例 2】甲将数箱蜜蜂放在自家院中槐树下采蜜。在乙家帮忙筹办婚宴的丙在帮乙喂猪时忘关猪圈，猪冲入甲家院内，撞翻蜂箱，使来甲家串门的丁被蜇伤，经住院治疗痊愈。本案中，丙的过失是否属于重大过失？

2. 过错推定责任

- (1) 与普通过错责任的区别：举证责任倒置
- (2) 适用范围：
 - ① 物件致人损害责任
 - ② 动物园饲养的动物致害责任
 - ③ 无行为能力学生校园事故责任
 - ④ 医疗损害责任（三种情况下适用）

3. 无过错责任

无过错责任 = 不考虑过错 ≠ 无过错而承担责任

(1) 相对无过错责任：以法律的明文规定为准，如饲养动物致害责任、产品责任、监护人责任、用人单位责任、环境污染责任和高度危险责任等。

【注意】相对无过错责任中，存在法定免责事由。

(2) 绝对无过错责任：饲养违禁动物的责任

【注意】绝对无过错责任中，不存在任何法定免责、减责事由。

4. 公平责任原则

(1) 适用条件：① 当事人双方皆无过错；② 法律又没有规定适用无过错责任原则。

(2) 责任承担：可以根据实际情况，由双方分担损失（而非分担“责任”）。

(3) 适用范围：

① 因保护他人民事权益使自己受到损害的，由侵权人承担民事责任，受益人可以给予适当补偿。没有侵权人、侵权人逃逸或者无力承担民事责任，受害人请求补偿的，受益人应当给予适当补偿（受益人对见义勇为者的适当补偿责任）。

② 完全民事行为能力人对自己的行为暂时没有意识或者失去控制造成他人损害有过错的，应当承担侵权责任；没有过错的，根据行为人的经济状况对受害人适当补偿。

③ 致害人不明的高空抛物侵权责任：由可能的侵权人给予补偿

侵权责任归责原则知识点归纳

归责原则类型	主要特征	适用范围
普通过错责任	<p>(1) 侵权责任的承担以行为人有过错为要件；</p> <p>(2) 由原告（被侵权人）承担被告（加害人）存在过错的举证责任，若原告举证不能，被告不承担责任。</p>	一般侵权
过错推定责任	<p>(1) 侵权责任的承担以行为人有过错为要件；</p> <p>(2) 实行举证责任倒置，即由被告（侵权人）举证证明自己没有过错而免责，否则，推定其有过错，承担侵权责任。</p>	<p>(1) 物件致人损害责任</p> <p>(2) 动物园饲养的动物致害责任</p> <p>(3) 无行为能力学生校园事故责任</p> <p>(4) 医疗损害责任的三种情况：</p> <p>① 违反法律法规以及其他有关诊疗规范的规定；</p> <p>② 隐匿或者拒绝提供与纠纷有关的病历资料；</p> <p>③ 伪造、篡改或者销毁病历资料。</p>

无过错责任	相对无过错责任	(1) 不考虑过错因素; (2) 责任主体可以存在法定免责事由主张免责	(1) 监护人责任; (2) 用人单位责任; (3)(个人劳务关系中)雇主对雇员工作中致他人损害责任; (4) 饲养动物致害责任; (5) 产品责任; (6) 环境污染责任; (7) 机动车与非机动车驾驶人、行人之间发生交通事故; (8) 高度危险责任; (9) 建筑物、构筑物等倒塌的侵权责任。
	绝对无过错责任	(3) 不考虑过错因素; (4) 责任主体不可以任何法定免责事由主张免责	饲养违禁动物的责任
公平责任		(1) 当事人双方皆无过错; (2) 法律又没有规定适用无过错责任原则; (3) 可以根据实际情况, 由双方分担损失。	(1) 受益者对见义勇为者的适当补偿责任; (2) 完全民事行为能力人对自己的行为暂时没有意识或者失去控制造成他人损害有过错的, 应当承担侵权责任; 没有过错的, 根据行为人的经济状况对受害人适当补偿; (3) 致害人不明的高空抛物侵权责任: 由可能的侵权人给予补偿。

■ 二、共同侵权行为

1. 一般情形: 二人以上因共同过错致人损害的行为——由行为人承担连带责任

- (1) 共同故意侵权
- (2) 共同过失侵权
- (3) 故意 + 过失侵权

2. 教唆、帮助的侵权

(1) 教唆、帮助完全民事行为能力人——共同侵权——教唆者、被教唆者承担连带责任

(2) 教唆、帮助限制民事行为能力人、无行为能力人——

① 教唆、帮助者: 承担责任 (“间接正犯”)

② 被教唆人的监护人: 未尽监护职责, 承担 “相应责任” (按份责任)

3. 责任承担

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。

【例题】赵某在公共汽车上因不慎踩到售票员而与之发生口角，售票员在赵某下车之后指着他大喊：“打小偷！”赵某因此被数名行人扑倒在地致伤。对此应由谁承担责任？（2004年单选）²⁰⁶

- A. 售票员
- B. 公交公司
- C. 售票员和动手的行人
- D. 公交公司和动手的行人

■ 三、无意思联络的数人侵权

1. “直接结合”——连带责任

- (1) 二人以上分别实施侵权行为造成同一损害；
- (2) 每个人的侵权行为都足以造成全部损害。

2. “间接结合”——按份责任

- (1) 二人以上分别实施侵权行为造成同一损害；
- (2) 能够确定责任大小的，各自承担相应的责任；难以确定责任大小的，平均承担赔偿责任。

【例题】甲公司铺设管道，在路中挖一深坑，设置了路障和警示标志。乙驾车撞倒全部标志，致丙骑摩托车路经该地时避让不及而驶向人行道，造成丁轻伤。对丁的损失，下列哪一选项是正确的？（2007年单选）²⁰⁷

- A. 应由乙承担赔偿责任
- B. 应由甲和乙共同承担赔偿责任
- C. 应由乙和丙共同承担赔偿责任
- D. 应由甲、乙和丙共同承担赔偿责任

■ 四、共同危险责任——连带责任

二人以上实施危及他人人身、财产安全的行为，其中一人或者数人的行为造成他人损害，能够确定具体侵权人的，由侵权人承担责任；不能确定具体侵权人的，行为人承担连带责任。

- 1. 二人以上实施侵权行为，造成损害后果
- 2. 不能确定实际损害人

206 【答案】C

207 【答案】A

【例题】 甲请 A 搬家公司搬家，A 公司派出 B、C、D 三人前往。在搬家过程中，B 发现甲的掌上电脑遗落在一角，便偷偷藏入自己腰包；C 与 D 在搬运甲最珍贵的一盆兰花时不慎将其折断，为此甲与 C、D 二人争吵起来，争吵之时不知是谁又将甲阳台上的另一盆鲜花碰下，砸伤路人 E，B、C、D 见事已至此便溜之大吉。请问下面哪些说法是正确的？(2002 年多选)²⁰⁸

- A. 甲可以要求 A 公司赔偿名贵兰花被折断造成的损失
- B. 甲可以要求 A 公司承担没有履行搬运任务的违约责任
- C. 路人 E 可以要求甲、C 以及 D 承担连带赔偿责任
- D. 甲可以就丢失掌上电脑的损失要求 A 公司承担赔偿责任

【比较】 共同危险责任 Vs 致害人不明的高空抛物侵权责任

致害人不明的高空抛物侵权：从建筑物中抛掷物品或者从建筑物上坠落的物品造成他人损害的，由侵权人依法承担侵权责任；经调查难以确定具体侵权人的，除能够证明自己不是侵权人的外，由可能加害的建筑物使用人给予补偿。可能加害的建筑物使用人补偿后，有权向侵权人追偿。物业服务企业等建筑物管理人应当采取必要的安全保障措施防止前款规定情形的发生；未采取必要的安全保障措施的，应当依法承担未履行安全保障义务的侵权责任。

	共同危险责任	高空抛物侵权
行为数量及因果关系	多个行为，一个结果，因果关系不明	一个行为，一个结果，行为人不明
责任人之间的关系	连带关系	按份关系
责任性质	赔偿责任	补偿责任
免责事由	证明责任人	证明责任人 或 证明非己所为

【例题】 张小飞邀请关小羽来家中做客，关小羽进入张小飞所住小区后，突然从小区的高楼内抛出一块砚台，将关小羽砸伤。关于砸伤关小羽的责任承担，下列哪一选项是正确的？(2016 年单选)²⁰⁹

- A. 张小飞违反安全保障义务，应承担侵权责任
- B. 顶层业主通过证明当日家中无人，可以免责
- C. 小区物业违反安全保障义务，应承担侵权责任
- D. 如查明砚台系从 10 层抛出，10 层以上业主仍应承担补充责任

208 【答案】ABC

209 【答案】B

★【知识点归纳总结】数人侵权之比较

数人侵权类型		加害人是否明确	有无共同过错	责任承担
共同侵权行为		加害人明确	有共同过错	连带责任
共同危险行为		实际加害人不明	无共同过错	连带责任
无意思联络的数人侵权	直接结合	加害人明确	无共同过错	连带责任
	间接结合			按份责任

▣ 五、侵权损害赔偿

(一) 财产损害赔偿

侵害他人财产的，财产损失按照损失发生时的市场价格或者其他方式计算。

【例题】姚某旅游途中，前往某玉石市场参观，在唐某经营的摊位上拿起一只翡翠手镯，经唐某同意后试戴，并问价。唐某报价 18 万元（实际进货价 8 万元，市价 9 万元），姚某感觉价格太高，急忙取下，不慎将手镯摔断。关于姚某的赔偿责任，下列哪一选项是正确的？（2017 年单选）²¹⁰

- A. 应承担违约责任
- B. 应赔偿唐某 8 万元损失
- C. 应赔偿唐某 9 万元损失
- D. 应赔偿唐某 18 万元损失

(二) 人身损害赔偿

1. 赔偿范围

(1) 一般伤害：医疗费、护理费、交通费、营养费等为治疗和康复支出的合理费用，以及因误工减少的收入。

(2) 侵权致残：另加辅助器具费和残疾赔偿金。

(3) 侵权致死：再加丧葬费和死亡赔偿金。

【同命同价】因同一侵权行为造成多人死亡的，可以以相同数额确定死亡赔偿金。

2. 人身权益损害赔偿额的确定（三步走）

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或者侵权人因此获得的利益赔偿；被侵权人因此受到的损失以及侵权人因此获得的利益难以确定，被侵权人和侵权人就赔偿数额协商不一致，向人民法院提起诉讼的，由人民法院根据实际情况确

210 【答案】C

定赔偿数额。

(1) 被侵权人选择：按照被侵权人因此受到的损失或者侵权人因此获得的利益赔偿；

(2) 双方协商确定：侵权人因此获得的利益难以确定，被侵权人和侵权人可就赔偿数额进行协商；

(3) 法院确定：被侵权人和侵权人就赔偿数额协商不一致，向人民法院提起诉讼的，由人民法院根据实际情况确定赔偿数额。

3. 精神损害赔偿

(1) 适用范围

① 人身权益（人格权、亲权）

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。

② 侵害具有人身意义的特定物（人格物）

因故意或者重大过失侵害自然人具有人身意义的特定物造成严重精神损害的，被侵权人有权请求精神损害赔偿。

③ 权利主体——仅限于自然人（包括被侵权人及其近亲属）

【注意】近亲属作为权利主体的两种情形：(a) 自然人因侵权行为致死；(b) 自然人死亡后其人格或者遗体遭受侵害。

(2) 适用前提

① 只能以侵权为诉由

【注意】责任竞合中的精神损害赔偿请求：因当事人一方的违约行为，损害对方人格权并造成严重精神损害，受损害方选择请求其承担违约责任的，不影响受损害方请求精神损害赔偿。

② 造成他人严重精神损害（侵权行为情节严重、侵权行为结果严重）

【例题 1】 张某毕业要去外地工作，将自己贴身生活用品、私密照片及平板电脑等装箱交给甲快递公司运送。张某在箱外贴了“私人物品，严禁打开”的字条。张某到外地收到快递后察觉有异，经查实，甲公司工作人员李某曾翻看箱内物品，并损坏了平板电脑。下列哪些选项是正确的？（2015 年多选）²¹¹

A. 甲公司侵犯了张某的隐私权

B. 张某可请求甲公司承担精神损害赔偿责任

211 【答案】AC

- C. 张某可请求甲公司赔偿平板电脑的损失
- D. 张某可请求甲公司和李某承担连带赔偿责任

【例题2】某洗浴中心大堂处有醒目提示语：“到店洗浴客人的贵重物品，请放前台保管”。甲在更衣时因地滑摔成重伤，并摔碎了手上价值20万元的定情信物玉镯。经查明：因该中心雇用的清洁工乙清洁不彻底，地面湿滑导致甲摔倒。下列哪一选项是正确的？（2015年单选）²¹²

- A. 甲应自行承担玉镯损失
- B. 洗浴中心应承担玉镯的全部损失
- C. 甲有权请求洗浴中心赔偿精神损害
- D. 洗浴中心和乙对甲的损害承担连带责任

4. 死者的侵权赔偿请求权的承继

(1) 财产损害赔偿请求权的承继：其近亲属有权请求侵权人承担侵权责任。

(2) 精神损害赔偿请求权的承继：

(a) 原则：不得让与或者继承。

(b) 例外：① 赔偿义务人已经以书面方式承诺给予金钱赔偿

② 或者赔偿权利人已经向人民法院起诉

【例题】张某因病住院，医生手术时误将一肾脏摘除。张某向法院起诉，要求医院赔偿治疗费用和精神损害抚慰金。法院审理期间，张某术后感染医治无效死亡。关于此案，下列哪些说法是正确的？（2010年多选）²¹³

- A. 医院侵犯了张某的健康权和生命权
- B. 张某继承人有权继承张某的医疗费赔偿请求权
- C. 张某继承人有权继承张某的精神损害抚慰金请求权
- D. 张某死后其配偶、父母和子女有权另行起诉，请求医院赔偿自己的精神损害

5. 惩罚性赔偿

(1) 知识产权侵权

故意侵害他人知识产权，情节严重的，被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿。

212 【答案】C

213 【答案】ABCD

(2) 产品侵权

明知产品存在缺陷仍然生产、销售，或者没有依据前条规定采取补救措施，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。

(3) 环境污染、生态破坏责任

侵权人故意违反国家规定污染环境、破坏生态造成严重后果的，被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿。

(三) 免责、减责事由——打破责任构成，故可以减、免责任

1. 过失相抵

被侵权人对损害的发生也有过错（包括故意、重大过失和一般过失）的，可以减轻侵权人的责任。

【注意 1】 在无过错责任中，只有受害人“故意或重大过失”才能适用过失相抵，受害人存在“一般过失”不能减轻加害人的责任。其中，受害人故意，加害人免责；受害人重大过失，加害人减责。

【注意 2】 在适用绝对无过错责任的特殊侵权中，受害人故意不能免除加害人责任。

2. 第三人造成

(1) 加害人免责

物件损害责任：因其他责任人的原因，建筑物、构筑物或者其他设施倒塌造成他人损害的，由其他责任人承担侵权责任。

(2) 加害人与第三人承担不真正连带责任

受害人可选择加害人或者第三人中之一人承担责任，加害人承担责任后再向第三人追偿（单向追偿，全额追偿）。

- ① 生产者、销售者承担的产品责任；
- ② 因第三人过错引起的动物致害责任；
- ③ 因第三人过错造成的环境污染、生态破坏责任；
- ④ 因药品、消毒药剂、医疗器械的缺陷，或者输入不合格的血液造成的医疗损害责任；
- ⑤ 因第三人过错导致提供劳务方受到损害。

(3) 加害人不能免责（第三人不直接面对受害人，加害人承担责任后向第三人追偿）

- ① 因运输者、仓储者等第三人的过错使产品存在缺陷致人损害责任；
- ② 因其他责任人引起的建筑物、构筑物或者其他设施及其搁置物、悬挂物致害责任；
- ③ 因其他主体原因（原材料提供者或工程勘察、设计、监理）引起的建筑物、构筑物或者其他设施倒塌致害责任。

3. 自助行为

(1) 情况紧迫且不能及时获得国家机关保护，不立即采取措施将使其合法权益受到难以弥补的损害；

(2) 受害人可以在必要范围内采取扣留侵权人的财物等合理措施；

(3) 应当立即请求有关国家机关处理。

4. 自甘冒险

自愿参加具有一定风险的文体活动，因其他参加者的行为受到损害的，受害人不得请求其他参加者承担侵权责任，但是其他参加者对损害的发生有故意或者重大过失的除外。活动组织者就未尽到安全保障义务承担侵权责任。

5. 紧急救助

因自愿实施紧急救助行为造成受助人损害的，救助人不承担民事责任。

6. 紧急避险（因大失小；超过必要限度——承担适当责任）

(1) 自然原因引起，避险人不承担责任或给予适当补偿；

(2) 人为原因引起，引发险情的人承担责任。

7. 正当防卫（超过必要限度——承担适当责任）

8. 不可抗力（不能预见、不能克服、不能避免）

（四）民事责任（包括侵权责任）与公法责任的关系

民事主体因同一行为应当承担民事责任、行政责任和刑事责任的，承担行政责任或者刑事责任不影响承担民事责任；民事主体的财产不足以支付的，优先用于承担民事责任。

1. 民事责任与公法责任并行不悖。

2. 民事责任优先实现。



第二章

一般侵权行为

一、一般侵权的构成要件

1. 主观过错：主观状态——客观标准——正常人标准
2. 违法行为：违反法律（广义）、公序良俗、法定义务。
3. 损害事实
 - (1) 财产损害和人身损害
 - (2) 物质损害和精神损害
 - (3) 直接损害（如医疗费）和间接损害（如误工损失）
4. 因果关系
 - (1) 必然因果关系：没有行为没有结果；
 - (2) 相当因果关系：有该行为通常会有该结果。

【例题】2019年3月初，甲开车访友，停好未锁，刚学会开车的乙急于练手，未经甲同意，就将甲的轿车开走驾驶，不小心撞伤丙，丙需住院治疗，被迫将其业务旅行的机票延后7天，结果7天后丙乘坐的丁航空公司的飞机因天气恶劣不幸坠毁，乘客和机组人员无一生还。关于本案，下列哪些表述是正确的？²¹⁴

- A. 丙被撞伤，应当由甲承担赔偿责任
- B. 丙被撞伤，应当由乙承担赔偿责任
- C. 丙的遗孀有权请求乙支付丧葬费和死亡赔偿金
- D. 丙的遗孀有权请求丁航空公司支付丧葬费和死亡赔偿金

二、典型的一般侵权责任

（一）网络侵权责任

归责原则	过错责任原则
责任主体	① 网络服务提供者利用网络侵权的，由其承担侵权责任 ② 网络用户利用网络侵权的，由网络用户承担侵权责任

网络服务提供者承担连带责任的特殊情形	<p>① 通知规则：网络用户侵权后，被侵权人通知网络服务提供者采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施，网络服务提供者未及时采取必要措施的，对损害的扩大部分与该用户承担连带责任。</p> <p>【注意 1】通知应当包括构成侵权的初步证据及权利人的真实身份信息。</p> <p>【注意 2】因错误通知造成网络用户或者网络服务提供者损害的，应当承担侵权责任。</p> <p>【注意 3】网络用户接到转送的通知后，可以向网络服务提供者提交不存在侵权行为的声明；声明应当包括不存在侵权行为的初步证据。</p> <p>② 红旗规则：网络服务提供者知道网络用户利用其网络服务侵害他人民事权益，未采取必要措施的，与该用户承担连带责任。</p>
--------------------	---

【例题】甲、乙是同事，因工作争执甲对乙不满，写了一份丑化乙的短文发布在丙网站。乙发现后要求丙删除，丙不予理会，致使乙遭受的损害扩大。关于扩大损害部分的责任承担，下列哪一说法是正确的？（2010 年单选）²¹⁵

- A. 甲承担全部责任 B. 丙承担全部责任
C. 甲和丙承担连带责任 D. 甲和丙承担按份责任

（二）违反安全保障义务的侵权责任

在宾馆、商场、银行、车站、机场、体育场馆、娱乐场所等营业场所、公共场所的经营或组织群众性活动中，违反安全保障义务导致他人损害所产生的侵权责任。

归责原则	过错责任原则
责任承担	<p>① 由未尽到安全保障义务的经营场所、公共场所的经营者、管理者或社会活动的组织者承担侵权责任。</p> <p>【注意】不要求受害人与加害人之间存在交易关系。</p> <p>② 因第三人的行为造成损害的，由第三人承担侵权责任；经营者、管理者或组织者未尽到安全保障义务的，承担相应的补充责任；经营者、管理者或者组织者承担补充责任后，可以向第三人追偿。</p>

【例题 1】某旅行社导游李某带团游览一处地势险峻的景点时，众人争相拍照，李某未提示注意安全，该团游客崔某不慎将唐某撞下陡坡摔伤。下列哪些选项是正确的？（2007 年多选）²¹⁶

- A. 旅行社对损害结果不承担赔偿责任 B. 崔某应当对唐某承担赔偿责任
C. 旅行社应当承担补充赔偿责任 D. 李某应当对唐某承担侵权责任

215 【答案】C

216 【答案】BC

【例题2】小偷甲在某商场窃得乙的钱包后逃跑，乙发现后急追。甲逃跑中撞上欲借用商场厕所的丙，因商场地板湿滑，丙摔成重伤。下列哪些说法是错误的？（2012年多选）²¹⁷

- A. 小偷甲应当赔偿丙的损失 B. 商场须对丙的损失承担补充赔偿责任
 C. 乙应适当补偿丙的损失 D. 甲和商场对丙的损失承担连带责任

（三）医疗损害责任

归责原则	过错责任：“医疗机构或医务人员”有过错的，由医疗机构承担赔偿责任。
医疗机构过错的推定	① 违反法律、行政法规、规章以及其他有关诊疗规范的规定； ② 隐匿或者拒绝提供与纠纷有关的病历资料； ③ 遗失、伪造、篡改或者违法销毁病历资料。
医务人员过错的界定	① 医务人员未向患者或其近亲属履行说明、告知，并取得其明确同意的义务； ② 医务人员未尽到与当时的医疗水平相应的诊疗义务。
过错的例外	情况紧急，不能取得患者或其近亲属意见，经医疗机构负责人批准，可立即实施相应的医疗措施。
第三人原因导致损害	因药品、消毒产品、医疗器械的缺陷，或者因输入不合格的血液，造成患者损害——医疗机构和第三人（药品上市许可持有人、生产者或者血液提供机构）不真正连带。
法定免责事由	① 患者或其近亲属不配合医疗机构进行符合诊疗规范的诊疗； ② 医务人员在抢救生命垂危的患者等紧急情况下已经尽到合理诊疗义务； ③ 限于当时的医疗水平难以诊疗。
医疗机构及医务人员的保密义务	医疗机构及其医务人员应当对患者的隐私和个人信息保密。泄露患者的隐私和个人信息，或者未经患者同意公开其病历资料的，应当承担侵权责任。

【例题】田某突发重病神志不清，田父将其送至医院，医院使用进口医疗器械实施手术，手术失败，田某死亡。田父认为医院在诊疗过程中存在一系列违规操作，应对田某的死亡承担赔偿责任。关于本案，下列哪一选项是正确的？（2016年单选）²¹⁸

- A. 医疗损害适用过错责任原则，由患方承担举证责任
 B. 医院实施该手术，无法取得田某的同意，可自主决定
 C. 如因医疗器械缺陷致损，患方只能向生产者主张赔偿
 D. 医院有权拒绝提供相关病历，且不会因此承担不利后果

217 【答案】CD

218 【答案】A



第三章

特殊侵权行为

一、职务侵权责任

内涵	用人单位的工作人员职务行为造成第三人损害所产生的侵权责任。
归责原则	无过错责任原则
责任主体	用人单位(内部可向有故意或者重大过失的工作人员追偿)
劳务派遣中的侵权责任承担(劳务派遣单位、接受派遣的用工单位)	(1) 被派遣的工作人员因执行工作任务造成他人损害, 由接受派遣的用工单位承担侵权责任。 (2) 劳务派遣单位有过错的, 承担相应的责任。

【注意】 职务行为的认定: ① 执行单位授权和指示范围内的工作任务(行为目的); ② 工作人员的行为虽然超出单位授权、指示的范围, 只要其表现形式是执行工作任务或者与执行工作任务具有内在联系, 亦属职务行为(以外观为标准)。

【例题 1】 某机关法定代表人甲安排驾驶员乙开车执行公务, 乙以身体不适为由拒绝。甲遂临时安排丙出车, 丙在途中将行人丁撞成重伤。有关部门认定丙和丁对事故的发生承担同等责任。关于丁人身损害赔偿责任的承担, 下列哪些表述是错误的? (2009 年多选)²¹⁹

- A. 甲用人不当应当承担部分赔偿责任 B. 乙不服从领导安排应当承担部分赔偿责任
C. 丙有过错应当承担部分赔偿责任 D. 该机关应当承担全部赔偿责任

【例题 2】 甲赴宴饮酒, 遂由有驾照的乙代驾其车, 乙违章撞伤丙。交管部门认定乙负全责。以下假定情形中对丙的赔偿责任, 哪些表述是正确的? (2013 年多选)²²⁰

- A. 如乙是与甲一同赴宴的好友, 乙不承担赔偿责任
B. 如乙是代驾公司派出的驾驶员, 该公司应承担赔偿责任
C. 如乙是酒店雇佣的为饮酒客人提供代驾服务的驾驶员, 乙不承担赔偿责任
D. 如乙是出租车公司驾驶员, 公司明文禁止代驾, 乙为获高额报酬而代驾, 乙应承担赔偿责任

219 【答案】ABCD

220 【答案】BC

【例题3】 甲公司为劳务派遣单位，根据合同约定向乙公司派遣搬运工。搬运工丙脾气暴躁常与人争吵，乙公司要求甲公司更换丙或对其教育管理，甲公司不予理会。一天，乙公司安排丙为顾客丁免费搬运电视机，丙与丁发生激烈争吵故意摔坏电视机。对此，下列哪些说法是错误的？(2010年多选)²²¹

- A. 甲公司和乙公司承担连带赔偿责任
- B. 甲公司承担赔偿责任，乙公司承担相应的责任
- C. 甲公司和丙承担连带赔偿责任
- D. 丙承担赔偿责任，甲公司承担相应的责任

■ 二、个人之间劳务关系中的侵权责任

内涵	一方在为他方提供有偿劳务过程中导致第三人损害所产生的侵权责任。
归责原则	无过错责任原则
责任主体	接受劳务一方(内部可向有故意或者重大过失的提供劳务一方追偿)
特殊问题	(1) 提供劳务一方因劳务使自己受到损害的→根据双方各自过错承担相应责任。 (2) 因第三人的行为造成提供劳务一方受到损害的→承担不真正连带责任。

【注意】 承揽人在完成工作过程中造成第三人损害或者自己损害的，定作人不承担侵权责任。但是，定作人对定作、指示或者选任有过错的，应当承担相应的责任。

【例题】 甲在乙承包的水库游泳，乙的雇工丙、丁误以为甲在偷鱼苗将甲打伤。下列哪一说法是正确的？(2009年单选)²²²

- A. 乙、丙、丁应承担连带责任
- B. 丙、丁应先赔偿甲的损失，再向乙追偿
- C. 只能由丙、丁承担连带责任
- D. 只能由乙承担赔偿责任

■ 三、监护人责任和教育机构责任

1. 监护人责任

归责原则	无过错责任原则	
责任主体	监护人	(1) 被监护人第一位(被监护人有财产)，监护人第二位； (2) 尽到监护职责，减轻(不可免除)责任。

221 【答案】ABCD

222 【答案】D

2. 教育机构责任

责任主体	情形
教育机构承担	(1) 无行为能力人受到损害：教育机构应承担责任，但能够证明尽到教育、管理职责的，不承担责任（过错推定责任）。
	(2) 限制行为能力人受到损害：教育机构未尽到教育、管理职责的，应承担责任（过错责任）。
第三人承担， 教育机构补充	无行为能力人或限制行为能力人在教育机构学习、生活期间，受到教育机构以外的人员人身损害的（即第三人侵权），由侵权人承担侵权责任。教育机构未尽到管理职责的（有过错），承担相应的补充赔偿责任；幼儿园、学校或者其他教育机构承担补充责任后，可以向第三人追偿。

【例题 1】甲的儿子乙（8 岁）因遗嘱继承了祖父遗产 10 万元。某日，乙玩耍时将另一小朋友丙的眼睛划伤。丙的监护人要求甲承担赔偿责任 2 万元。后法院查明，甲已尽到监护职责。下列哪一说法是正确的？（2015 年单选）²²³

- A. 因乙的财产足以赔偿丙，故不需用甲的财产赔偿
- B. 甲已尽到监护职责，无需承担侵权责任
- C. 用乙的财产向丙赔偿，乙赔偿后可在甲应承担的份额内向甲追偿
- D. 应由甲直接赔偿，否则会损害被监护人乙的利益

【例题 2】某小学组织春游，队伍行进中某班班主任张某和其他教师闲谈，未跟进照顾本班学生。该班学生李某私自离队购买食物，与小贩刘某发生争执被打伤。对李某的人身损害，下列哪一说法是正确的？（2009 年单选）²²⁴

- A. 刘某应承担赔偿责任
- B. 某小学应承担赔偿责任
- C. 某小学应与刘某承担连带赔偿责任
- D. 刘某应承担赔偿责任，某小学应承担相应的补充赔偿责任

四、帮工活动中的侵权责任

内涵	一方在为他方提供无偿劳务过程中导致第三人损害所产生的侵权责任。
归责原则	无过错责任原则

223 【答案】A

224 【答案】D

责任承担	(1) 责任主体：由被帮工人承担侵权责任
	(2) 例外：被帮工人明确拒绝帮工的，不承担赔偿责任
	(3) 内部追偿：被帮工人承担赔偿责任后向有故意或者重大过失的帮工人追偿
帮工人受到损害的处理	<p>(1) 无偿提供劳务的帮工人因帮工活动遭受人身损害的，根据帮工人和被帮工人各自的过错承担相应的责任；被帮工人明确拒绝帮工的，不承担赔偿责任，但可在受益范围内予以适当补偿。</p> <p>(2) 帮工人在帮工活动中因第三人的行为遭受人身损害的，有权请求第三人承担赔偿责任，也有权请求被帮工人予以适当补偿。被帮工人补偿后，可以向第三人追偿。</p>

【例题 1】 甲为父亲祝寿宴请亲友，请乙帮忙买酒，乙骑摩托车回村途中被货车撞成重伤，公安部门认定货车司机丙承担全部责任。经查：丙无赔偿能力。丁为货车车主，该货车一年前被盗，未买任何保险。关于乙人身损害的赔偿责任承担，下列哪一选项是正确的？²²⁵

- A. 乙有权请求丙承担全部赔偿责任 B. 丙予以适当补偿
 C. 乙有权请求丁承担全部赔偿责任 D. 丁予以适当补偿

【例题 2】 甲家盖房，邻居乙、丙前来帮忙。施工中，由于甲未采取相关安全措施，丙因失误从高处摔下受伤，乙不小心撞伤小孩丁。下列哪些表述是正确的？²²⁶

- A. 对丙的损害，甲应承担相应的赔偿责任
 B. 对丙的损害，甲不承担赔偿责任，但可在受益范围内予以适当补偿
 C. 对丁的损害，甲应承担赔偿责任
 D. 对丁的损害，甲应承担补充赔偿责任

■ 五、高度危险责任

法定类型	归责原则	责任人	免责、减责事由
民用核设施致害	无过错责任原则	营运单位	免责事由：① 战争、武装冲突、暴乱；② 受害人故意
民用航空器致害		经营者	免责事由：受害人故意

225 【答案】A

226 【答案】AC

高度危险物致害	无过错责任原则	占有、使用人	免责事由：① 受害人故意；② 不可抗力 减责事由：受害人重大过失 【注意】 两种连带责任： (1) 将高度危险物交由他人管理的，管理人责任；所有人（原占有、使用人）有过错的，与管理人承担连带责任。 (2) 非法占有高度危险物的，非法占有人责任。所有人、管理人不能证明对防止他人非法占有尽到高度注意义务的，与非法占有人承担连带责任。
高度危险活动致害		经营者	免责事由：① 受害人故意；② 不可抗力 减责事由：受害人重大过失

六、环境污染和生态破坏责任

归责原则	无过错责任
举证责任	行为人应当就法定的减免责任事由及其行为与损害之间不存在因果关系承担举证责任。
责任主体	① 污染者、破坏者 ② 两个以上污染者、破坏者——连带责任（直接结合）；按份责任（间接结合） ③ 因第三人过错致损——不真正连带
生态修复责任	① 违反国家规定造成生态环境损害，生态环境能够修复的，国家规定的机关或者法律规定的组织有权请求侵权人在合理期限内承担修复责任。 ② 侵权人在期限内未修复的，国家规定的机关或者法律规定的组织可以自行或者委托他人进行修复，所需费用由侵权人负担。

【例题】甲、乙、丙三家公司生产三种不同的化工产品，生产场地的排污口相邻。某年，当地大旱导致河水水位大幅下降，三家公司排放的污水混合发生化学反应，产生有毒物质致使河流下游丁养殖场的鱼类大量死亡。经查明，三家公司排放的污水均分别经过处理且符合国家排放标准。后丁养殖场向三家公司索赔。下列哪一选项是正确的？(2015年单选)²²⁷

- A. 三家公司均无过错，不承担赔偿责任
- B. 三家公司对丁养殖场的损害承担连带责任
- C. 本案的诉讼时效是2年
- D. 三家公司应按照污染物的种类、排放量等因素承担责任

七、物件致损责任

致害类型	归责原则	责任主体
搁置物、悬挂物脱落、坠落致害	过错推定原则	① 所有人、管理人或使用人 ② 有其他责任人的，有权向其他责任人追偿。
建筑物、构筑物或者其他设施倒塌致害	无过错责任原则	① 建设单位与施工单位承担连带责任，但是建设单位与施工单位能够证明不存在质量缺陷的除外。 ② 因其他主体原因（原材料提供者或勘察、设计、监理等单位的原因）导致其质量有问题，建设单位与施工单位承担责任后，向其追偿。 ③ 因所有人、管理人、使用人或者第三人（上述其他主体之外的人）的原因导致损害，由其他责任人承担侵权责任。
地面施工与地下设施致害	过错推定原则	① 地面施工致害的，由施工人承担侵权责任 ② 地下设施致害的，由管理人承担侵权责任
堆放物品致害	过错推定原则	堆放人
林木折断致害	过错推定原则	林木的所有人或管理人
公共道路上堆放、倾倒、遗撒物品致害	① 无过错责任原则 ② 过错推定原则	① 行为人承担无过错责任； ② 公共道路管理人不能证明已经尽到清理、防护、警示等义务的，应当承担相应的责任。

【例题 1】 大华商场委托飞达广告公司制作了一块宣传企业形象的广告牌，并由飞达公司负责安装在商场外墙。某日风大，广告牌被吹落砸伤过路人郑某。经查，广告牌的安装存在质量问题。关于郑某的损害，下列哪一选项是正确的？（2008 年单选）²²⁸

- A. 大华商场承担赔偿责任，飞达公司承担补充赔偿责任
- B. 飞达公司承担赔偿责任，大华商场承担补充赔偿责任
- C. 大华商场承担赔偿责任，但其有权向飞达公司追偿
- D. 飞达公司承担赔偿责任，大华商场不承担责任

【例题 2】 4 名行人正常经过北方牧场时跌入粪坑，1 人获救 3 人死亡。据查，当地牧民为养草放牧，储存牛羊粪便用于施肥，一家牧场往往挖有三四个粪坑，深者达三四米，之前也发生过同类事故。关于牧场的责任，下列哪些选项是正确的？（2016 年多选）²²⁹

- A. 应当适用无过错责任原则

228 【答案】C

229 【答案】BD

- B. 应当适用过错推定责任原则
- C. 本案情形已经构成不可抗力
- D. 牧场管理人可通过证明自己尽到管理职责而免责

比较：建筑物上的搁置物、悬挂物脱落、坠落致害与高空抛物致人损害、共同危险责任，有何不同？

【例 1】张三在一栋 30 多层的大楼下面闲逛，被大楼上掉下的花盆砸伤，无法确定花盆从哪一层的哪家住户掉下。

【例 2】张三在一栋 30 多层的大楼下面闲逛，被大楼上掉下的花盆砸伤，经查实，该花盆是十楼李四家阳台上由大风刮到楼下。

【例 3】张三在一栋 30 多层的大楼下面闲逛，被大楼上掉下的花盆砸伤，经查实，该花盆是十楼的李四和王五在阳台上打架，不小心碰下的，无法确定是李四还是王五碰下的。

总结：(1) 建筑物上的搁置物、悬挂物脱落、坠落致害属于物件致害，高空抛物致人损害、共同危险责任属于行为致害；(2) 确定性不同。

八、饲养动物致人损害

归责原则	无过错责任原则
责任主体	① 动物饲养人或管理人 ② 遗弃动物（抛弃物）原饲养人或者管理人 ③ 逃逸的动物（遗失物）的原饲养人或者管理人
免责或减责事由	被侵权人故意或重大过失 【例外 1】未对动物采取安全措施造成他人损害的，被侵权人故意，只能减责（不能免责），重大过失不能减责。 【例外 2】禁止饲养的烈性犬等危险动物致害，饲养人或者管理人不存在任何免责或减责事由。
特殊问题	① 动物园的动物造成他人损害的，动物园应承担侵权责任，但能够证明尽到管理职责的，不承担责任（实行过错推定，而不是无过错责任原则） ② 第三人过错的责任承担——不真正连带

【例题 1】关于动物致害侵权责任的说法，下列哪些选项是正确的？（2015 年多选）²³⁰

- A. 甲 8 周岁的儿子翻墙进入邻居院中玩耍，被院内藏獒咬伤，邻居应承担侵权责任
- B. 小学生乙和丙放学途经养狗的王平家，丙故意逗狗，狗被激怒咬伤乙，只能由丙

230 【答案】ACD

的监护人对乙承担侵权责任

- C. 丁下夜班回家途经邻居家门时，未看到邻居饲养的小猪趴在路上而绊倒摔伤，邻居应承担侵权责任
- D. 戊带女儿到动物园游玩时，动物园饲养的老虎从破损的虎笼蹿出将戊女儿咬伤，动物园应承担侵权责任

【例题2】甲饲养的一只狗在乙公司施工的道路上追咬丙饲养的一只狗，行人丁避让中失足掉入施工形成的坑里，受伤严重。下列哪些说法是错误的？（2009年多选）²³¹

- A. 如甲能证明自己没有过错，不应承担对丁的赔偿责任
- B. 如乙能证明自己没有过错，不应承担对丁的赔偿责任
- C. 如丙能证明自己没有过错，不应承担对丁的赔偿责任
- D. 此属意外事件，甲、乙、丙均不应承担对丁的赔偿责任

【例题3】甲将数箱蜜蜂放在自家院中槐树下采蜜。在乙家帮忙筹办婚宴的丙在帮乙喂猪时忘关猪圈，猪冲入甲家院内，撞翻蜂箱，使来甲家串门的丁被蜇伤，经住院治疗痊愈。下列哪一种说法是正确的？（2005年单选）²³²

- A. 甲应对丁的医药费承担全部民事责任
- B. 乙应对丁的医药费承担全部民事责任
- C. 丙应对丁的医药费承担全部民事责任
- D. 乙和丙应对丁的医药费承担连带责任

【例题4】王某因全家外出旅游，请邻居戴某代为看管其饲养的宠物狗。戴某看管期间，张某偷狗，被狗咬伤。关于张某被咬伤的损害，下列哪一选项是正确的？（2017年单选）²³³

- A. 王某应对张某所受损害承担全部责任
- B. 戴某应对张某所受损害承担全部责任
- C. 王某和戴某对张某损害共同承担全部责任
- D. 王某或戴某不应对张某损害承担全部责任

231 【答案】ACD

232 【答案】AB（原答案：B）

233 【答案】D

【总结】饲养动物侵权解题步骤：

- ① 第一步：锁定致害动物的饲养人或者管理人
- ② 第二步：受害人是否有故意或重大过失，如属故意，则动物饲养人或者管理人免责；如有重大过失，则动物饲养人或者管理人可以减轻责任
- ③ 第三步：是否存在第三人，若因第三人过错导致，则由第三人与动物饲养人或管理人承担不真正连带责任
- ④ 第四步：该第三人是否存在特殊情形，比如，第三人是职务行为（由用人单位承担责任）、第三人是帮工人（被帮工人承担责任，帮工人存在故意或重大过失的，连带）、第三人是被教唆者（是否有行为能力）

九、产品责任

归责原则	无过错责任原则
责任主体	<p>(1) 外部——“两方”无过错连带：被侵权人可向生产者或销售者求偿。</p> <p>(2) 内部——“四方”有过错追偿</p> <p>① 产品缺陷由生产者造成的，销售者赔偿后，有权向生产者追偿；因销售者的过错使产品存在缺陷的，生产者赔偿后，有权向销售者追偿。</p> <p>② 生产者、销售者承担后，可向有过错的运输者、仓储者等第三人追偿。</p>
警示、召回义务	<p>(1) 产品投入流通后发现存在缺陷的，生产者、销售者应当及时采取停止销售、警示、召回等补救措施。</p> <p>(2) 未及时采取补救措施或者补救措施不力造成损害扩大的，对扩大的损害也应当承担侵权责任。</p> <p>(3) 生产者、销售者应当负担被侵权人因此支出的必要费用。</p>
惩罚性赔偿的适用条件	<p>① 明知产品存在缺陷仍然生产、销售或者没有采取补救措施 and</p> <p>② 造成他人死亡或者健康严重损害</p>

【例题 1】大学生甲在寝室复习功课，隔壁寝室的学生乙、丙到甲寝室强烈要求甲打开电视观看足球比赛，甲只好照办。由于质量问题，电视机突然爆炸，甲乙丙三人均受重伤。关于三人遭受的损害，下列哪一选项是正确的？（2010 年单选）²³⁴

- A. 甲可要求电视机的销售者承担赔偿责任
- B. 甲可要求乙、丙承担损害赔偿
- C. 乙、丙无权要求电视机的销售者承担赔偿责任
- D. 乙、丙有权要求甲承担损害赔偿

234 【答案】A

【例题2】李某用100元从甲商场购买一只电热壶，使用时因漏电致李某手臂灼伤，花去医药费500元。经查该电热壶是乙厂生产的。下列哪一表述是正确的？（2013年单选）²³⁵

- A. 李某可直接起诉乙厂要求其赔偿500元损失
- B. 根据合同相对性原理，李某只能要求甲商场赔偿500元损失
- C. 如李某起诉甲商场，则甲商场的赔偿范围以100元为限
- D. 李某只能要求甲商场更换电热壶，500元损失则只能要求乙厂承担

十、交通事故责任

机动车之间	过错责任	① 有过错的一方承担责任； ② 双方都有过错的，按照各自过错的比例分担责任。
机动车与非机动车驾驶人、行人之间		① 机动车全责——由机动车一方承担全部赔偿额。 ② 双方都有过错——适当减轻机动车一方的赔偿额。 ③ 机动车一方没有过错——机动车承担不超过百分之十的赔偿额。 ④ 行人、非机动车一方故意——机动车免责。
机动车租赁、借用或未经允许驾驶他人机动车		① 由机动车使用人承担赔偿责任； ② 机动车所有人对损害的发生有过错的，承担相应的赔偿责任。
机动车买卖		① 交付、未登记，由受让人（多次转让时的最后受让人）承担赔偿责任； ② 买卖拼装、应报废车或依法禁止行驶的其他机动车，由转让人和受让人（多次转让时的所有转让人和受让人）承担连带责任。
盗窃、抢劫、抢夺机动车		① 盗窃人、抢劫人或者抢夺人承担赔偿责任；盗窃人、抢劫人或者抢夺人与机动车使用人并非同一人，由盗窃人、抢劫人或者抢夺人与机动车使用人承担连带责任。 ② 保险公司在机动车强制保险责任限额范围内垫付抢救费用的，有权追偿。
挂靠形式的机动车交通事故责任		挂靠人和被挂靠人承担连带责任。
套牌机动车交通事故责任		① 由套牌机动车的所有人或者管理人承担责任； ② 被套牌机动车所有人或者管理人同意套牌的，与套牌机动车的所有人或者管理人承担连带责任。
非运营机动车对无偿搭乘人的赔偿责任		非运营机动车发生交通事故造成无偿搭乘人损害，属于该机动车一方责任的，应当减轻其赔偿责任，但是机动车使用人有故意或者重大过失的除外。
驾校学车中的机动车交通事故责任		属于该机动车一方责任，由驾校承担。

试乘过程中的交通事故责任	造成试乘人损害，由提供试乘服务者承担赔偿责任，试乘人有过错的，应当减轻。
道路管理维护缺陷的交通事故责任	道路管理者承担相应责任，但道路管理者能够证明自己没有过错的除外（过错推定）。
交通事故责任承担主体赔偿顺序	机动车发生交通事故造成损害，属于该机动车一方责任的，先由承保机动车强制保险的保险人在强制保险责任限额范围内予以赔偿；不足部分，由承保机动车商业保险的保险人按照保险合同的约定予以赔偿；仍然不足或者没有投保机动车商业保险的，由侵权人赔偿。（强制险→商业险→侵权人）

【例题】周某从迅达汽车贸易公司购买了1辆车，约定周某试用10天，试用期满后3天内办理登记过户手续。试用期间，周某违反交通规则将李某撞成重伤。现周某困难，无力赔偿。关于李某受到的损害，下列哪一表述是正确的？（2011年单选）²³⁶

- A. 因在试用期间该车未交付，李某有权请求迅达公司赔偿
- B. 因该汽车未过户，不知该汽车已经出卖，李某有权请求迅达公司赔偿
- C. 李某有权请求周某赔偿，因周某是该汽车的使用人
- D. 李某有权请求周某和迅达公司承担连带赔偿责任，因周某和迅达公司是共同侵权人

第六部分 人格权

■ 一、概述

1. 具体人格权与一般人格权

(1) 具体人格权：生命权、身体权、健康权、姓名权、名称权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权。

(2) 一般人格权：自然人享有基于人身自由、人格尊严产生的其他人格权益。

2. 人格权的限制

实施新闻报道、舆论监督等行为的，可以合理使用民事主体的姓名、名称、肖像、个人信息等；使用不合理的，应当依法承担民事责任。

3. 人格权的保全

民事主体有证据证明行为人正在实施或者即将实施侵害其人格权的行为，不及时制止将使其合法权益受到难以弥补的损害的，有权依法向人民法院申请采取责令行为人停止有关行为的措施。

■ 二、生命权 Vs 身体权 Vs 健康权

(一) 生命权

1. 概念：生命权是法律赋予自然人的以生命安全和生命尊严为内容的权利。

2. 侵犯生命权的构成：被侵权人生命的“丧失”

(二) 身体权

1. 概念：自然人对其肢体、器官和其他组织的完整和行动自由依法享有的权利。

2. 侵犯身体权的构成：破坏人体的完整性，但未造成他人健康损害。

(1) 非法搜查他人身体

(2) 性骚扰

(3) 对他人身体组织之不疼痛的破坏

(4) 不破坏身体组织之殴打

(5) 不当之外科手术

(6) 以非法拘禁等方式剥夺、限制他人的行动自由

3. 器官捐献

(1) 权利人生前自己捐献

① 前提：具备完全行为能力

② 捐献范围：人体细胞、人体组织、人体器官、遗体

③ 形式：应当采用书面形式或者有效的遗嘱形式

(2) 权利人死后其近亲属捐献

① 前提：自然人生前未表示不同意捐献

② 捐献主体：其配偶、成年子女、父母可以共同决定捐献

③ 形式：应当采用书面形式

(三) 健康权

1. 概念：自然人依法享有的保持其自身及其器官以至身体整体的功能安全为内容的人格权。

2. 侵犯健康权的构成：造成他人人体功能无法完善发挥。

★侵犯身体权与侵犯健康权的联系与界限

- ① 侵犯身体权同时侵犯健康权：手术误摘他人肾脏
- ② 侵犯身体权但不侵犯健康权：如强行剪去他人长发，殴打他人且未影响生理机能
- ③ 侵犯健康权但不侵犯身体权：注射艾滋病毒

【例题】下列哪一情形构成对生命权的侵犯？(2016年单选)²³⁷

- A. 甲女视其长发如生命，被情敌乙尽数剪去
- B. 丙应丁要求，协助丁完成自杀行为
- C. 戊为报复欲致己于死地，结果将己打成重伤
- D. 庚医师因误诊致辛出生即残疾，辛认为庚应对自己的错误出生负责

3. 临床试验

(1) 为研制新药、医疗器械或者发展新的预防和治疗方法，需要进行临床试验的，应当依法经相关主管部门批准并经伦理委员会“审查”同意，向受试者或者受试者的监护人“告知”试验目的、用途和可能产生的风险等详细情况，并经其“书面同意”。

(2) 进行临床试验的，不得向受试者收取试验费用。

■ 三、肖像权

1. 概念

(1) 什么是肖像？

肖像是通过影像、雕塑、绘画等方式在一定载体上所反映的特定自然人可以被识别的

外部形象。

(2) 肖像权的权能

依法制作、使用、公开或者许可他人使用自己的肖像。

2. 肖像权侵权方式

(1) 丑化、污损他人肖像；

(2) 利用信息技术手段伪造他人肖像；

(3) 未经肖像权人同意，制作、使用、公开肖像权人的肖像（不强调营利目的）；

(4) 未经肖像权人同意，肖像作品权利人以发表、复制、发行、出租、展览等方式使用或者公开肖像权人的肖像。

3. 不属于侵权的情形（可以不经肖像权人同意）

(1) 为个人学习、艺术欣赏、课堂教学或者科学研究，在必要范围内使用肖像权人已经公开的肖像；

(2) 为实施新闻报道，不可避免地制作、使用、公开肖像权人的肖像；

(3) 为依法履行职责，国家机关在必要范围内制作、使用、公开肖像权人的肖像；

(4) 为展示特定公共环境，不可避免地制作、使用、公开肖像权人的肖像；

(5) 为维护公共利益或者肖像权人合法权益，制作、使用、公开肖像权人的肖像的其他行为。

【例题】某“二人转”明星请某摄影爱好者为其拍摄个人写真，摄影爱好者未经该明星同意将其照片卖给崇拜该明星的广告商，广告商未经该明星、摄影爱好者同意将该明星照片刊印在广告单上。对此，下列哪一选项是正确的？（2010年单选）²³⁸

A. 照片的著作权属于该明星，但由摄影爱好者行使

B. 广告商侵犯了该明星的肖像权

C. 广告商侵犯了该明星的名誉权

D. 摄影爱好者卖照片给广告商，不构成侵权

4. 肖像权许可使用合同的解除

(1) 双方任意解除

当事人对肖像许可使用期限没有约定或者约定不明确的，任何一方当事人可以随时解除肖像许可使用合同，但是应当在合理期限之前通知对方。

238 【答案】B

(2) 肖像权人单方解除

① 当事人对肖像许可使用期限有明确约定，肖像权人有正当理由的，可以解除肖像许可使用合同，但是应当在合理期限之前通知对方。

② 因解除合同造成对方损失的，除不可归责于肖像权人的事由外，应当赔偿损失。

■ 四、隐私权和个人信息保护

(一) 隐私权

1. 什么是隐私？

隐私是“自然人”的私人生活安宁和不愿为他人知晓的私密空间、私密活动、私密信息。

2. 侵犯隐私权的行为方式（刺探、侵扰、泄露、公开）

(1) 以短信、电话、即时通讯工具、电子邮件、传单等方式侵扰他人的私人生活安宁；

(2) 进入、窥视、拍摄他人的住宅、宾馆房间等私密空间；

(3) 拍摄、录制、公开、窥视、窃听他人的私密活动；

(4) 拍摄、窥视他人身体的私密部位；

(5) 收集、处理他人的私密信息；

(6) 以其他方式侵害他人的隐私权。

【例题】 甲为摄影家乙充当模特，双方未对照片的发表和使用作出约定。后乙将甲的裸体照片以人体艺术照的形式出版发行，致使甲受到亲朋好友的指责。对此，下列哪一种说法是正确的？（2005年单选）²³⁹

A. 乙发表照片侵犯了甲的隐私权

B. 乙发表照片已取得甲的默示同意，不构成侵权

C. 甲是照片的合作作者，乙发表照片应向其支付报酬

D. 乙是照片的著作权人，出版发行该照片是合法行使著作权的行为

(二) 自然人的个人信息

1. 个人信息 Vs 隐私

(1) 个人信息：个人信息是以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人的各种信息，包括自然人的姓名、出生日期、身份证件号码、生物识别信

239 【答案】A

息、住址、电话号码、电子邮箱地址、行踪信息等。

(2) 个人信息中的私密信息属于隐私，同时适用隐私权保护的有关规定。

2. 侵权方式：未征得权利人或其监护人同意，非法收集、使用、加工、传输他人个人信息，不得非法买卖、提供或者公开他人个人信息，但是经过加工无法识别特定个人且不能复原的除外。

【例题】 张某因出售公民个人信息被判刑，孙某的姓名、身份证号码、家庭住址等信息也在其中，买方是某公司。下列哪一选项是正确的？（2017年单选）²⁴⁰

- A. 张某侵害了孙某的身份权
- B. 张某侵害了孙某的名誉权
- C. 张某侵害了孙某对其个人信息享有的民事权益
- D. 某公司无须对孙某承担民事责任

■ 五、名誉权和荣誉权

（一）名誉权

1. 什么是名誉？

名誉是对民事主体的品德、声望、才能、信用等的社会评价。

2. 名誉权侵权方式：侮辱、诽谤

3. 行为对象：特定的自然人、法人

(1) 行为人发表的文学、艺术作品以真人真事或者特定人为描述对象，含有侮辱、诽谤内容，侵害他人名誉权的，受害人有权依法请求该行为人承担民事责任。

(2) 行为人发表的文学、艺术作品不以特定人为描述对象，仅其中的情节与该特定人的情况相似的，不承担民事责任。

4. 为第三人知晓（否则，可能构成侵犯他人人格尊严——一般人格权）

5. 新闻报道、舆论监督侵权的情形

新闻报道、舆论监督影响他人名誉的，不承担民事责任，但是有下列情形之一的除外：(1) 捏造事实、歪曲事实；(2) 对他人提供的失实内容未尽到合理审查义务；(3) 使用侮辱性言辞等贬损他人名誉。

【注意 1】 认定行为人是否尽到前条第二项规定的合理审查义务，应当考虑下列因素：

① 内容来源的可信度；② 对明显可能引发争议的内容是否进行了必要的调查；③ 内容的时

效性；④内容与公序良俗的关联性；⑤受害人名誉受贬损的可能性；⑥审查能力和审查成本。

【注意 2】 行为人应当就其尽到合理审查义务承担举证责任。

6. 侵犯名誉权与侵犯隐私权的区分：隐私权侵权中，行为人揭露的是受害人的真实信息；侵犯名誉权中，行为人对外散布的是捏造、虚构的信息。

【例题】女青年牛某因在一档电视相亲节目中言词犀利而受到观众关注，一时应者如云。有网民对其发动“人肉搜索”，在相关网站首次披露牛某的曾用名、儿时相片、家庭背景、恋爱史等信息，并有人在网站上捏造牛某曾与某明星有染的情节。关于网民的行为，下列哪些说法是正确的？（2010 年多选）²⁴¹

- A. 侵害牛某的姓名权
- B. 侵害牛某的肖像权
- C. 侵害牛某的隐私权
- D. 侵害牛某的名誉权

（二）荣誉权

1. 任何组织或者个人不得非法剥夺他人的荣誉称号，不得诋毁、贬损他人的荣誉。
2. 获得的荣誉称号应当记载而没有记载的，民事主体可以请求记载；获得的荣誉称号记载错误的，民事主体可以请求更正。

■ 六、姓名权和名称权

1. 权能

- (1) 姓名权的权能：自然人决定、使用、改变、许可他人使用自己的姓名。
- (2) 名称权的权能：法人、非法人组织使用、变更、转让、许可他人使用自己的名称。

【注意 1】 自然人应当随父姓或者母姓，但是有下列情形之一的，可以在父姓和母姓之外选取姓氏：①选取其他直系长辈血亲的姓氏；②因由法定扶养人以外的人扶养而选取扶养人姓氏；③有不违背公序良俗的其他正当理由。

【注意 2】 民事主体决定、变更自己的姓名、名称，或者转让自己的名称的，应当依法向有关机关办理登记手续，但是法律另有规定的除外。

【注意 3】 民事主体变更姓名、名称的，变更前实施的民事法律行为对其具有法律约束力。

2. 侵权方式：干涉、盗用、假冒
3. 别名的保护

241 【答案】CD

具有一定社会知名度的笔名、艺名、网名、字号、姓名和名称的简称等，被他人使用足以造成公众混淆的，与姓名和名称受同等保护。

【例题 1】高甲患有精神病，其父高乙为监护人。2009 年高甲与陈小美经人介绍认识，同年 12 月陈小美以其双胞胎妹妹陈小丽的名义与高甲登记结婚，2011 年生育一子高小甲。2012 年高乙得知儿媳的真实姓名为陈小美，遂向法院起诉。诉讼期间，陈小美将一直由其抚养的高小甲户口迁往自己原籍，并将高小甲改名为陈龙，高乙对此提出异议。下列哪一选项是正确的？（2017 年单选）²⁴²

- A. 高甲与陈小美的婚姻属无效婚姻
- B. 高甲与陈小美的婚姻属可撤销婚姻
- C. 陈小美为高小甲改名的行为侵害了高小甲的合法权益
- D. 陈小美为高小甲改名的行为未侵害高甲的合法权益

【例题 2】甲用其拾得的乙的身份证在丙银行办理了信用卡，并恶意透支，致使乙的姓名被列入银行不良信用记录名单。经查，丙银行在办理发放信用卡之前，曾通过甲在该行留下的乙的电话（实为甲的电话）核实乙是否申请办理了信用卡。根据我国现行法律规定，下列哪一表述是正确的？（2013 年单选）²⁴³

- A. 甲侵犯了乙的姓名权
- B. 甲侵犯了乙的名誉权
- C. 甲侵犯了乙的信用权
- D. 丙银行不应承担责任

【例题 3】朴某系知名美容专家。某医院未经朴某同意，将其作为医院美容专家在医院网站上使用了朴某照片和简介，且将朴某名字和简介错误地安在了其他专家的照片旁。下列哪一说法是正确的？（2009 年单选）²⁴⁴

- A. 医院未侵犯朴某的姓名权
- B. 医院未侵犯朴某的肖像权
- C. 医院侵犯了朴某的肖像权和姓名权
- D. 医院侵犯了朴某的荣誉权

【例题 4】甲到乙医院做隆鼻手术效果很好。乙为了宣传，分别在美容前后对甲的鼻子进行拍照（仅见鼻子和嘴部），未经甲同意将照片发布到丙网站的广告中，介绍该照片时使用甲的真实姓名。丙网站在收到甲的异议后立即作了删除。下列哪一说法是正确的？

242 【答案】D

243 【答案】A

244 【答案】C

(2011 年单选)²⁴⁵

- A. 乙医院和丙网站侵犯了甲的姓名权，应承担连带赔偿责任
- B. 乙医院和丙网站侵犯了甲的姓名权，应承担按份赔偿责任
- C. 乙医院侵犯了甲的姓名权
- D. 乙医院和丙网站侵犯了甲的姓名权和肖像权，但丙网站可免于承担赔偿责任

第七部分 婚姻家庭与继承法



第一章

婚姻法

第一节 结婚

一、结婚登记

1. 效力:

- (1) 先登记后共同生活: 自登记时起, 确立夫妻关系;
- (2) 先共同生活后补办登记: 符合结婚实质要件之日, 具有婚姻关系。

2. 登记程序瑕疵: 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。

二、同居争议的法院受理

1. 当事人提起诉讼仅请求解除同居关系的, 人民法院不予受理; 已经受理的, 裁定驳回起诉。

2. 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。

三、婚姻效力瑕疵

(一) 无效婚姻

无效事由	(1) 重婚; (2) 有禁止结婚的亲属关系(近亲); (3) 未到法定婚龄(太小)。
申请主体	本人 + 利害关系人(近亲属及基层组织) 【利害关系人的范围】 (1) 重婚——当事人的近亲属及基层组织 (2) 近亲——当事人的近亲属 (3) 太小——未达法定婚龄者的近亲属
申请时间	无限制
婚姻效力的补正	起诉时达到法定婚龄(对应“太小”)

能否调解	(1) 对婚姻效力的审理不适用调解，应当依法作出判决。 (2) 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；未达成调解协议的，应当一并作出判决。
能否上诉	法院宣告婚姻无效判决不可上诉
确认婚姻无效请求和离婚请求并存时的处理	人民法院就同一婚姻关系分别受理了离婚和请求确认婚姻无效案件的，对于离婚案件的审理，应当待请求确认婚姻无效案件作出判决后进行。

【例题】甲与乙登记结婚3年后，乙向法院请求确认该婚姻无效。乙提出的下列哪一理由可以成立？（2011年单选）²⁴⁶

- A. 乙登记结婚的实际年龄离法定婚龄相差2年
- B. 甲婚前谎称是海归博士且有车有房，乙婚后发现上当受骗
- C. 甲与乙是表兄妹关系
- D. 甲以揭发乙父受贿为由胁迫乙结婚

（二）可撤销婚姻

1. 撤销事由——①胁迫；②一方婚前隐瞒重大疾病。
2. 撤销权人——受胁迫方；隐瞒重大疾病一方的对方。
3. 撤销机关——法院
4. 撤销期间
 - (1) 胁迫：胁迫行为终止之日或者恢复人身自由之日起1年内。
 - (2) 隐瞒重大疾病：知道或应当知道撤销事由之日起1年内。

【例题】甲男与乙女通过网聊恋爱，后乙提出分手遭甲威胁，乙无奈遂与甲办理了结婚登记。婚后乙得知，甲婚前就患有医学上不应结婚的疾病且久治不愈，乙向法院起诉离婚。下列哪一说法是正确的？（2009年单选）²⁴⁷

- A. 法院应判决撤销该婚姻
- B. 法院应判决宣告该婚姻无效
- C. 对该案的审理应当进行调解
- D. 当事人可以对法院的处理结果依法提起上诉

246 【答案】C

247 【答案】A

(三) 婚姻被确认无效或被撤销的法律后果

1. 自始没有法律约束力。

2. 被确认无效或者被撤销的婚姻，当事人同居期间所得的财产，除有证据证明为当事人一方所有的以外，按共同共有处理：双方协商解决，协商不成的，由法院根据照顾无过错方的原则判决。

3. 无过错方有权请求损害赔偿。

第二节 父母子女关系

一、亲属

1. 概念：亲属是自然人之间基于婚姻、血缘和法律拟制而发生的身份关系。

▲ 在考试中要注意亲属与近亲属的区别，近亲属根据《民法典》第 1045 条的规定确定，其范围比较窄。我国多数法律中涉及的亲属均指近亲属。

2. 亲属的分类：血亲和姻亲。

(1) 血亲：是指因自然的血缘关系，或者因法律拟制的扶养关系而产生的亲属关系。

① 自然血亲与拟制血亲

自然血亲：是指出于同一祖先，因出生而自然形成的具有血缘联系的亲属。

拟制血亲：是指本无自然的血缘联系，但因符合一定的法定条件，法律确认其与自然血亲具有同等的权利和义务的亲属（养父母子女、继父母子女）。

② 直系血亲和旁系血亲

直系血亲，是指具有直接血缘联系的亲属，包括生育自己和自己所生育的上下各代亲属。

旁系血亲，是指彼此之间具有间接血缘联系的亲属。即除直系血亲外，其他一切在血缘上与己身同出一源的亲属。同胞、半同胞兄弟姐妹，堂、表兄弟姐妹，姨、舅、姑、伯、叔等均是旁系血亲。

(2) 所谓姻亲，是指以血亲的婚姻为中介形成的亲属，但不包括配偶本身。

姻亲包括血亲的配偶和配偶的血亲两类。

3. 抚养、赡养、扶养义务的主体范围

(1) 抚养

① 父母（包括生父母、养父母、继父母）对未成年子女或者不能独立生活的成年子女（包括婚生子女、非婚生子女、养子女、继子女），有抚养义务。

② 有负担能力的祖父母、外祖父母，对于父母已经死亡或者父母无力抚养的未成年

孙子女、外孙子女，有抚养义务。

(2) 赡养

① 成年子女对缺乏劳动能力或者生活困难的父母，有赡养义务。

② 有负担能力的孙子女、外孙子女，对于子女已经死亡或者子女无力赡养的祖父母、外祖父母，有赡养的义务。

(3) 扶养

① 夫妻之间有扶养义务。

② 有负担能力的兄、姐，对于父母已经死亡或者父母无力抚养的未成年弟、妹，有扶养的义务。

③ 由兄、姐扶养长大的有负担能力的弟、妹，对于缺乏劳动能力又缺乏生活来源的兄、姐，有扶养的义务。

■ 二、“代”的计算

1. 表示血亲间血缘联系远近的单位，一般称为亲等。但是婚姻法没有采用亲等制，而是用“代”的概念来表示的。代数少的，表示亲近，代数多的，表示疏远。

2. “代”的计算方法

(1) 直系血亲中“代”的计算：

① 从己身往上数，己身为一代，父母为二代，祖父母为三代；

② 从己身往下数，己身为一代，子女为二代，孙子女、外孙子女为三代，以此类推。

(2) 旁系血亲中“代”的计算：分别从己身和对方往上数至同源的直系尊血亲，然后根据己身与对方辈份是否相同确定代数。

① 如果辈份相同，同源于父母的是二代旁系血亲，同源于祖父母、外祖父母的是三代的旁系血亲，以此类推。

② 如果辈份不同，则以距同源的直系尊血亲辈份多的一方为依据计算。如己身与叔叔是三代旁系血亲。

■ 三、亲子关系认定

1. 对亲子关系有异议且有正当理由的，父或者母可以向人民法院提起诉讼，请求确认或者否认亲子关系。

2. 对亲子关系有异议且有正当理由的，成年子女可以向人民法院提起诉讼，请求确认亲子关系。

【注意 1】 父或者母向人民法院起诉请求否认亲子关系，并已提供必要证据予以证明，

另一方没有相反证据又拒绝做亲子鉴定的，人民法院可以认定否认亲子关系一方的主张成立。

【注意2】父或者母以及成年子女起诉请求确认亲子关系，并提供必要证据予以证明，另一方没有相反证据又拒绝做亲子鉴定的，人民法院可以认定确认亲子关系一方的主张成立。

第三节 夫妻财产关系

一、日常家事代理权

1. 日常家事代理无需授权：夫妻一方因家庭日常生活需要而实施的民事法律行为，对夫妻双方发生效力，但是夫妻一方与相对人另有约定的除外。

2. 内部限制的效力：夫妻之间对一方可以实施的民事法律行为范围的限制，不得对抗善意相对人。

二、个人所有与夫妻共有

(一) 婚前取得财产——各自所有

1. 婚前父母为双方购房出资——原则：归个人；例外：明确归双方。

2. 一方婚前买房、个人财产交付首期并贷款，婚后登记于买房一方名下，房屋归属：

(1) 无协议，归登记人。

(2) 另一方之保护：

① 尚未归还的贷款为产权登记一方的个人债务；

② 双方婚后共同还贷支付的款项及其相对应财产增值部分，离婚时应根据照顾子女和女方权益原则，由产权登记一方对另一方进行补偿。

3. 婚前一方所欠债务——原则：个人债务；例外：用于婚后共同生活。

4. 夫妻一方婚前所有的财产，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。

【例题】刘山峰、王翠花系老夫少妻，刘山峰婚前个人名下拥有别墅一栋。关于婚后该别墅的归属，下列哪一选项是正确的？(2016年单选)²⁴⁸

A. 该别墅不可能转化为夫妻共同财产

- B. 婚后该别墅自动转化为夫妻共同财产
- C. 婚姻持续满八年后该别墅即依法转化为夫妻共同财产
- D. 刘、王可约定婚姻持续八年后该别墅转化为夫妻共同财产

(二) 婚后取得财产——共同共有

1. 共同共有的财产类型

- (1) 工资、奖金和其他劳务报酬;
- (2) 生产、经营、投资的收益(个人财产婚后取得的孳息和自然增值除外);
- (3) 知识产权的收益——现实取得; 确定取得(未现实取得);
- (4) 继承或者受赠的财产, 但是明确只归一方的除外;

【注意】 婚后为双方购置房屋出资的, 有约定按约定, 无约定或约定不明确的, 视为对双方的赠与, 归双方共同共有。

(5) 其他应当归共同所有的财产

- ① 一方以个人财产投资取得的收益;
- ② 男女双方实际取得或者应当取得的住房补贴、住房公积金;
- ③ 男女双方实际取得或者应当取得的基本养老金、破产安置补偿费。

【例题 1】 甲乙夫妻的下列哪一项婚后增值或所得, 属于夫妻共同财产? (2013 年单选)²⁴⁹

- A. 甲婚前承包果园, 婚后果树上结的果实
- B. 乙婚前购买的 1 套房屋升值了 50 万元
- C. 甲用婚前的 10 万元婚后投资股市, 得利 5 万元
- D. 乙婚前收藏的玉石升值了 10 万元

【例题 2】 胡某与黄某长期保持同性恋关系, 胡某创作同性恋题材的小说发表。后胡某迫于父母压力娶陈某为妻, 结婚时陈某父母赠与一套房屋, 登记在陈某和胡某名下。婚后, 胡某收到出版社支付的小说版税 10 万元。此后, 陈某得知胡某在婚前和婚后一直与黄某保持同性恋关系, 非常痛苦。下列哪一说法是正确的? (2015 年单选)²⁵⁰

- A. 胡某隐瞒同性恋重大事实, 导致陈某结婚的意思表示不真实, 陈某可请求撤销该婚姻
- B. 陈某受欺诈而登记结婚, 导致陈某父母赠与房屋意思表示不真实, 陈某父母可撤

249 【答案】C

250 【答案】D

销赠与

- C. 该房屋不属于夫妻共同财产
- D. 10 万元版税属于夫妻共同财产

2. 婚后共有财产购买的房屋

(1) 登记在一方名下——共有财产

(2) 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，离婚时另一方有权请求赔偿损失。

3. 婚后债务

(1) 共同债务

① “共同借”：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；

② “一方借，共同用”：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。

【注意 1】 夫妻一方与第三人串通，虚构债务，第三人主张该债务为夫妻共同债务的，人民法院不予支持。

【注意 2】 夫妻一方在从事赌博、吸毒等违法犯罪活动中所负债务，第三人主张该债务为夫妻共同债务的，人民法院不予支持。

(2) 个人债务

① 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。但是，债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外。

② 外部约定为个人债务，或虽为内部约定，但为第三人认可。

【例题】 黄某与唐某自愿达成离婚协议并约定财产平均分配，婚姻关系存续期间的债务全部由唐某偿还。经查，黄某以个人名义在婚姻存续期间向刘某借款 10 万元用于购买婚房。下列哪一表述是正确的？（2011 年单选）²⁵¹

- A. 刘某只能要求唐某偿还 10 万元
- B. 刘某只能要求黄某偿还 10 万元

251 【答案】 C

- C. 如黄某偿还了 10 万元，则有权向唐某追偿 10 万元
- D. 如唐某偿还了 10 万元，则有权向黄某追偿 5 万元

4. 共同财产分割请求权

(1) 婚姻关系存续期间的分割请求权

婚姻关系存续期间，有下列情形之一的，夫妻一方可以向人民法院请求分割共同财产：

- 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的行为；
- 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。

【例题】 甲与乙结婚多年后，乙患重大疾病需要医治，甲保管夫妻共同财产但拒绝向乙提供治疗费，致乙疾病得不到及时治疗而恶化。下列哪一说法是错误的？（2012 年单选）²⁵²

- A. 乙在婚姻关系存续期间，有权起诉请求分割夫妻共同财产
- B. 乙有权提出离婚诉讼并请求甲损害赔偿
- C. 乙在离婚诉讼中有权请求多分夫妻共同财产
- D. 乙有权请求公安机关依照《治安管理处罚法》对甲予以行政处罚

(2) 离婚后的分割请求权

夫妻一方隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产，或者伪造夫妻共同债务企图侵占另一方财产的，在离婚分割夫妻共同财产时，对该方可以少分或者不分。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。请求再次分割夫妻共同财产的诉讼时效为 3 年，从当事人发现之日起计算。

【例题】 甲、乙结婚多年，因甲沉迷于网络游戏，双方协议离婚，甲同意家庭的主要财产由乙取得。离婚后不久，乙发现甲曾在婚姻存续期间私自购买了两处房产并登记在自己名下，于是起诉甲，要求再次分割房产并要求甲承担损害赔偿责任。下列哪些选项是正确的？²⁵³

- A. 乙无权要求甲承担损害赔偿责任
- B. 法院应当将两处房产都判给乙

252 【答案】C

253 【答案】AD

- C. 乙无权请求再次分割房产
- D. 若法院判决乙分得房产，则乙在判决生效之日即取得房屋所有权

(三) 法定属于个人所有的财产

- 1. 一方因受到人身损害获得的赔偿和补偿(医疗费、残疾人生活补助费、伙食费、误工费、后续治疗费、精神损害赔偿);
- 2. 遗嘱或者赠与合同中确定只归一方的财产;
- 3. 一方专用的生活用品;
- 4. 军人的伤亡保险金、伤残补助金、医药生活补助费。

(四) 当事人可对财产权进行特别约定

夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定，对双方具有法律约束力。夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有，夫或者妻一方对外所负的债务，相对人知道该约定的，以夫或者妻一方的个人财产清偿。

- 1. 内部——有效(离婚时按约定分割);
- 2. 外部——不能对抗善意第三人。

■ 三、彩礼与赠与

(一) 彩礼返还条件

- 1. 双方未办理结婚登记手续的——可主张返还;
- 2. 双方办理结婚登记手续但确未共同生活的——离婚时可主张返还;
- 3. 婚前给付并导致给付人生活困难的——离婚时可主张返还。

(二) 房产赠与之撤销

婚前或者婚姻关系存续期间，当事人约定将一方所有的房产赠与另一方或者共有，赠与方在赠与房产变更登记之前撤销赠与，另一方请求判令继续履行的，人民法院可以按照《民法典》第 658 条(任意撤销权)的规定处理。

(三) 并存时的适用

- 1. 并存前提：
 - (1) 婚前无偿给付房屋;
 - (2) 房屋的给付，以“结婚”为目的;
 - (3) 已经办理了过户登记。
- 2. 并存处理——按照“彩礼之返还”条件

第四节 离婚

一、协议离婚与诉讼离婚

(一) 协议离婚(签订书面协议)

1. 协议内容

- (1) 离婚的意思表示;
- (2) 子女抚养;
- (3) 财产及债务处理。

2. 冷静期: 30 天

(1) 自婚姻登记机关收到离婚登记申请之日起 30 日内, 任何一方不愿意离婚的, 可以向婚姻登记机关撤回离婚登记申请。

(2) 冷静期届满后 30 日内, 双方应当亲自到婚姻登记机关申请发给离婚证; 未申请的, 视为撤回离婚登记申请。

(3) 财产分割

【注意】 当事人达成的以协议离婚或者到人民法院调解离婚为条件的财产以及债务处理协议, 如果双方离婚未成, 一方在离婚诉讼中反悔的, 人民法院应当认定该财产以及债务处理协议没有生效, 并根据实际情况依照民法典的规定判决。

(二) 诉讼离婚的法定情形

- ① 重婚或与他人同居的;
- ② 实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员的;
- ③ 有赌博、吸毒等恶习屡教不改的;
- ④ 因“感情不和”分居满二年的;
- ⑤ 一方被宣告失踪, 另一方提出离婚诉讼的, 应准予离婚;
- ⑥ 其他导致夫妻感情破裂的情形。

【注意 1】 经人民法院判决不准离婚后, 双方又分居满一年, 一方再次提起离婚诉讼的, 应当准予离婚。

【注意 2】 女方在怀孕期间、分娩后一年内或者终止妊娠后六个月内, 男方不得提出离婚; 但是, 女方提出离婚或者人民法院认为确有必要受理男方离婚请求的除外。

【注意 3】 人民法院审理离婚案件, 符合诉讼离婚法定情形的, 不应当因当事人有过错而判决不准离婚。

二、离婚财产分割

分割原则	离婚时，夫妻的共同财产由双方协议处理；协议不成的，由人民法院根据财产的具体情况，按照照顾子女、女方和“无过错方”权益的原则判决。
分割方法	双方协商 【注意 1】 此时可不考虑共有财产是否为可分物、不可分物——可分物亦可变价分割；不可分物亦可实物分割（不动产除外）
	房屋、独资企业投资的分割 ① 双方都想要——竞价——分割 ② 一方想要——估价——分割 ③ 都不想要——拍卖、变卖或清算——分割
离婚财产分配与商法的衔接	【以一方名义作为有限公司出资额的共同财产分割】 ① 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。 ② 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，对转让出资所得财产进行分割。 ③ 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。
	【以一方名义作为合伙企业出资额的共同财产分割】 ① 其他合伙人一致同意的，该合伙人的配偶依法取得合伙人地位； ② 其他合伙人不同意转让，行使优先受让权的，可以对转让所得的财产进行分割； ③ 其他合伙人不同意转让，也不行使优先受让权，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； ④ 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。
房改房的分割	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，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。
一方继承的遗产的分割	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。
夫妻之间借款的处理	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事务：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。

【例题】 甲、乙因离婚诉至法院，要求分割实为共同财产而以甲的名义对丙合伙企业的投资。诉讼中，甲、乙经协商，甲同意将其在丙合伙企业中的财产份额转让给乙。法院对此作出处理，下列哪些选项是正确的？（2010 年多选）²⁵⁴

254 【答案】BCD

- A. 其他三分之二以上合伙人同意转让的，乙取得合伙人地位
- B. 其他合伙人不同意转让，在同等条件下行使优先受让权的，可对转让所得的财产进行分割
- C. 其他合伙人不同意转让，也不行使优先受让权，但同意甲退伙或退还其财产份额的，可对退伙财产进行分割
- D. 其他合伙人对转让、退伙、退还财产均不同意，也不行使优先受让权的，视为全体合伙人同意转让，乙依法取得合伙人地位

▣ 三、财产补偿、财产帮助

- 1. 财产补偿——付出义务较多一方的权利
- 2. 财产帮助——离婚后生活困难一方的权利

【例题】甲（男）、乙（女）结婚后，甲承诺，在子女出生后，将其婚前所有的一间门面房，变更登记为夫妻共同财产。后女儿丙出生，但甲不愿兑现承诺，导致夫妻感情破裂离婚，女儿丙随乙一起生活。后甲又与丁（女）结婚。未成年的丙因生重病住院急需医疗费 20 万元，甲与丁签订借款协议从夫妻共同财产中支取该 20 万元。下列哪一表述是错误的？（2014 年单选）²⁵⁵

- A. 甲与乙离婚时，乙无权请求将门面房作为夫妻共同财产分割
- B. 甲与丁的协议应视为双方约定处分共同财产
- C. 如甲、丁离婚，有关医疗费按借款协议约定处理
- D. 如丁不同意甲支付医疗费，甲无权要求分割共有财产

▣ 四、离婚后子女的抚养

1. 谁来抚养？

- (1) 不满两周岁（女方）：离婚后，不满两周岁的子女，以由母亲直接抚养为原则。
- (2) 已满两周岁（协议→判决）：已满两周岁的子女，父母双方对抚养问题协议不成的，由人民法院根据双方的具体情况，按照最有利于未成年子女的原则判决。
- (3) 已满八周岁：子女已满八周岁的，应当尊重其真实意愿。

2. 抚养费谁来承担？

- (1) 离婚后，子女由一方直接抚养的，另一方应当负担部分或者全部抚养费，负担费

255 【答案】D

用的多少和期限的长短，由双方协议；协议不成的，由人民法院判决。

(2) 双方的协议或者法院判决，不妨碍子女在必要时向父母任何一方提出超过协议或者判决原定数额的合理要求。

3. 另一方的探望权

(1) 离婚后，不直接抚养子女的父或者母，有探望子女的权利，另一方有协助的义务。

【注意】对于拒不协助另一方行使探望权的有关个人或者组织，可以由人民法院依法采取拘留、罚款等强制措施，但是不能对子女的人身、探望行为进行强制执行。

(2) 行使探望权利的方式、时间由当事人协议；协议不成的，由人民法院判决。

(3) 父或者母探望子女，不利于子女身心健康的，由人民法院依法中止探望；中止的事由消失后，应当恢复探望。

■ 五、离婚诉讼中无过错方的损害赔偿请求权

法定事由	① 重婚； ② 与他人同居； ③ 实施家庭暴力； ④ 虐待、遗弃家庭成员； ⑤ 有其他重大过错（因一方过错导致婚姻无效或被撤销）。
	【注意 1】 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； 【注意 2】 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，法院经调解无效，应依民法典的规定处理。
主体	① 权利人——无过错方 ② 义务人——过错方
	【注意 1】 与第三者无关 【注意 2】 不适用过错相抵：夫妻双方均有法定过错情形，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。
责任范围	① 财产损害赔偿 ② 精神损害赔偿
法律前提	以“离婚”或“主张离婚”为条件：婚姻关系存续期间，不起诉离婚而单独依据该条提出损害赔偿请求的，人民法院不予受理。

【例题 1】董楠（男）和申蓓（女）是美术学院同学，共同创作一幅油画作品《爱你一千年》。毕业后二人结婚育有一女。董楠染上吸毒恶习，未经申蓓同意变卖了《爱你一千年》，所得款项用于吸毒。因董楠恶习不改，申蓓在女儿不满 1 周岁时提起离婚诉讼。

下列哪些说法是正确的？（2015 年多选）²⁵⁶

- A. 申蓓虽在分娩后 1 年内提出离婚，法院应予受理
- B. 如调解无效，应准予离婚
- C. 董楠出售《爱你一千年》侵犯了申蓓的物权和著作权
- D. 对董楠吸毒恶习，申蓓有权请求离婚损害赔偿

【例题 2】钟某性情暴躁，常殴打妻子柳某，柳某经常找同村未婚男青年杜某诉苦排遣，日久生情。现柳某起诉离婚，关于钟、柳二人的离婚财产处理事宜，下列哪一选项是正确的？（2016 年单选）²⁵⁷

- A. 针对钟某家庭暴力，柳某不能向其主张损害赔偿
- B. 针对钟某家庭暴力，柳某不能向其主张精神损害赔偿
- C. 如柳某婚内与杜某同居，则柳某不能向钟某主张损害赔偿
- D. 如柳某婚内与杜某同居，则钟某可以向柳某主张损害赔偿

【例题 3】周某与妻子庞某发生争执，周某一记耳光导致庞某右耳失聪。庞某起诉周某赔偿医药费 1000 元、精神损害赔偿费 2000 元，但未提出离婚请求。下列哪一选项是正确的？（2007 年单选）²⁵⁸

- A. 周某应当赔偿医疗费和精神损害
- B. 周某应当赔偿医疗费而不应赔偿精神损害
- C. 周某应当赔偿精神损害而不应赔偿医疗费
- D. 法院应当不予受理

256 【答案】ABC

257 【答案】C

258 【答案】D



第二章

收养法

一、收养的法定条件

(一) 一般收养的法定条件

1. 收养人的条件

- (1) 收养人必须年满 30 周岁。
- (2) 收养人无子女或只有一名子女。
- (3) 未患有医学上认为不应当收养子女的疾病。
- (4) 有抚养教育和保护被抚养人的能力。
- (5) 无不利于被收养人健康成长的违法犯罪记录。
- (6) 无子女的收养人可以收养两名子女；有一名子女的收养人只能收养一名子女。

2. 被收养人应具备的条件

- (1) 丧失父母的未成年孤儿；
- (2) 查找不到生父母的未成年人；
- (3) 生父母有特殊困难无力抚养的未成年子女。

【注意】 收养年满 8 周岁以上的未成年人的，应当征得被收养人的同意。

3. 送养人应具备的条件

- (1) 孤儿的监护人；
- (2) 有特殊困难无力抚养子女的生父母；
- (3) 社会福利机构；
- (4) 未成年人的父母均不具备完全民事行为能力且可能严重危害该未成年人的，该未成年人的监护人可以将其送养。

(二) 特殊收养的法定条件

1. 无配偶者收养异性子女——收养人与被收养人的年龄应相差 40 周岁以上。
2. 收养三代以内同辈旁系血亲的子女
 - (1) 可以不要求被收养人为生父母有特殊困难无力抚养的未成年子女；
 - (2) 可以不要求送养人为有特殊困难无力抚养子女的生父母；
 - (3) 无配偶者收养异性子女的，可以不受收养人与被收养人的年龄应当相差 40 周岁以上的限制；

(4) 华侨收养三代以内同辈旁系血亲的子女，还可以不受收养人无子女或只有一名子女的限制。

3. 收养孤儿、残疾儿童或者由社会福利机构抚养的查找不到生父母的儿童

(1) 不受收养人无子女或只有一名子女的限制。

(2) 不受“无子女的收养人可以收养两名子女、有一名子女的收养人只能收养一名子女”的限制。

4. 继父或继母经继子女的生父母同意收养继子女

(1) 不要求被收养人为生父母有特殊困难无力抚养的子女；

(2) 不要求送养人为有特殊困难无力抚养子女的生父母；

(3) 可以不受法律关于收养人条件的限制。

(三) 优先抚养权

配偶一方死亡，另一方送养未成年子女的，死亡一方的父母有优先抚养的权利。

二、收养程序

1. 收养“应当”向县级以上人民政府民政部门登记，收养关系自登记之日成立。

2. 收养查找不到生父母的未成年人的，办理登记的民政部门“应当”在登记前予以公告。

3. 收养关系当事人愿意订立收养协议的，“可以”订立收养协议。

4. 收养关系当事人各方或者一方要求办理收养公证的，“应当”办理收养公证。

三、收养的效力

1. 养父母与养子女之间产生拟制的父母子女关系。

2. 养子女与养父母的近亲属之间形成相应的拟制血亲关系。

3. 养子女与生父母以及其他近亲属间的权利义务关系，因收养关系的成立而消除。

4. 养子女可以随养父或者养母姓，经当事人协商一致，也可以保留原姓。

四、收养的解除

1. 双方协议解除

(1) 收养人与送养人协议解除

收养人在被收养人成年以前，不得解除收养关系，但是收养人、送养人双方协议解除的除外。养子女八周岁以上的，应当征得本人同意。

(2) 养父母与成年养子女协议解除

养父母与成年养子女关系恶化、无法共同生活的，可以协议解除收养关系。不能达成协议的，可以向人民法院提起诉讼。

2. 因当事人一方要求而解除

(1) 收养人不履行抚养义务，有虐待、遗弃等侵害未成年养子女合法权益行为的，送养人有权要求解除养父母与养子女间的收养关系。

(2) 送养人、收养人不能达成解除收养关系协议的，可以向人民法院提起诉讼。

3. 解除的后果

(1) 收养关系解除后，养子女和养父母及其他近亲属间的权利义务即终止。

(2) 未成年的养子女，在收养关系解除后与其生父母及其他近亲属间的权利义务自行恢复。

(3) 成年养子女，解除收养关系后，同其生父母及其他近亲属之间的权利义务是否恢复，可协商确定。

【解释】 如果无书面协议，但养子女在解除收养关系后已与生父母共同生活，并承担了赡养义务的，应认为恢复了与其生父母及其他近亲属之间的权利义务关系。

(4) 收养关系解除后，经养父母抚养的成年养子女，对缺乏劳动能力又缺乏生活来源的养父母，应当给付生活费。

(5) 因养子女成年后虐待、遗弃养父母而解除收养关系的，养父母可以要求养子女补偿收养期间支出的抚养费。

(6) 生父母要求解除收养关系的，养父母可以要求生父母适当补偿收养期间支出的抚养费，但是因养父母虐待、遗弃养子女而解除收养关系的除外。



第三章

继承法

第一节 继承权

一、继承权和受遗赠权的接受与放弃

	接受与放弃	明示的时间要求
继承权	放弃：明示；接受：默示	明示放弃：继承开始后，遗产分割前
受遗赠权	放弃：默示；接受：明示	明示接受：主观标准 60 日

【注意 1】 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。

【注意 2】 继承人放弃继承应当以书面形式向遗产管理人或者其他继承人表示。

【注意 3】 受遗赠权的继承：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。

二、继承权或受遗赠权的丧失

- (1) 故意杀害被继承人的（不强调动机）；
- (2) 为争夺遗产杀害其他继承人的（强调动机）；
- (3) 遗弃被继承人或虐待被继承人情节严重的；
- (4) 伪造、篡改、隐匿或销毁遗嘱，情节严重的；
- (5) 以欺诈、胁迫手段迫使或者妨碍被继承人设立、变更或者撤回遗嘱，情节严重。

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

三、继承权争议

- (1) 遗产继承诉讼，原告起诉部分当事人的——其他当事人共同原告
- (2) 其他当事人放弃继承权——例外
- (3) 其他当事人不放弃继承权、又不愿意参加诉讼——仍为共同原告

第二节 法定继承

一、法定继承人的范围

(一) 第一顺序

1. 配偶、子女、父母
2. 丧偶女婿、丧偶儿媳对被继承人尽了主要赡养义务的

(二) 第二顺序

兄弟姐妹、祖父母、外祖父母

(三) 父母子女、兄弟姐妹——

1. 养父母子女、兄弟姐妹——单向继承：与生父母子女、兄弟姐妹继承关系切断

【注意】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，除可以继承养父母的遗产外，还可以依照《民法典》第 1131 条的规定分得生父母适当的遗产。

【相关链接】《民法典》第 1131 条 对继承人以外的依靠被继承人扶养的人，或者继承人以外的对被继承人扶养较多的人，可以分给适当的遗产。

2. 继父母子女、兄弟姐妹——双向继承

- (1) 与生父母子女、兄弟姐妹继承关系不切断
- (2) 形成扶养关系的，还可与继父母子女、兄弟姐妹形成继承关系

【例题】甲（男）与乙（女）结婚，其子小明 20 周岁时，甲与乙离婚。后甲与丙（女）再婚，丙子小亮 8 周岁，随甲、丙共同生活。小亮成年成家后，甲与丙甚感孤寂，收养孤儿小光为养子，视同己出，未办理收养手续。丙去世，其遗产的第一顺序继承人有哪些？（2014 年多选）²⁵⁹

- | | |
|-------|-------|
| A. 小明 | B. 小亮 |
| C. 甲 | D. 小光 |

二、代位继承与转继承

(一) 代位继承

1. 被继承人的子女先于被继承人死亡的，由被继承人的子女的直系晚辈血亲代位继承。

2. 被继承人的兄弟姐妹先于被继承人死亡的，由被继承人的兄弟姐妹的子女（侄甥）代位继承。

【解释 1】代位继承的构成要素：① 被继承人——后死亡；② 被代位继承人（被继承人的子女、兄弟姐妹）——先死亡；③ 代位继承人（被代位继承人的直系晚辈血亲、子女）

【解释 2】代位继承的本质：由代位继承人享有本属于被代位继承人对被继承人遗产的法定继承权。

【解释 3】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，或者对被继承人尽赡养义务较多的，可以适当分给遗产。

【解释 4】丧偶儿媳对公婆、丧偶女婿对岳父母，无论其是否再婚，依照民法典的规定作为第一顺序继承人时，不影响其子女代位继承。

（二）转继承

1. 先死亡：被继承人

2. 后死亡：被转继承人（被继承人的继承人）——不要求法定继承权

3. 转继承人（被转继承人的继承人）——继承被转继承人的遗产

（三）比较

	代位继承	转继承
本质	继承权的转移	两次继承
发生时间	继承人先于被继承人死亡	继承开始后遗产分割前继承人死亡
适用范围	法定继承	法定继承、遗嘱继承、遗赠
权利主体	① 被继承人子女的晚辈直系血亲 ② 被继承人兄弟姐妹的子女	继承人的法定继承人（无限制）

【例题 1】李某死后留下一套房屋和数十万存款，生前未立遗嘱。李某有三个女儿，并收养了一子。大女儿中年病故，留下一子。养子收入丰厚，却拒绝赡养李某。在两个女儿办理丧事期间，小女儿因交通事故意外身亡，留下一女。下列哪些选项是正确的？（2007 年多选）²⁶⁰

- A. 二女儿和小女儿之女均是第一顺序继承人
- B. 大女儿之子对李某遗产的继承属于代位继承
- C. 小女儿之女属于转继承人
- D. 分配遗产时，养子应当不分或少分

260 【答案】BCD

【例题2】甲自书遗嘱将所有遗产全部留给长子乙，并明确次子丙不能继承。乙与丁婚后育有一女戊、一子己。后乙、丁遇车祸，死亡先后时间不能确定。甲悲痛成疾，不久去世。丁母健在。下列哪些表述是正确的？（2013年多选）²⁶¹

- A. 甲、戊、己有权继承乙的遗产
- B. 丁母有权转继承乙的遗产
- C. 戊、己、丁母有权继承丁的遗产
- D. 丙有权继承、戊和己有权代位继承甲的遗产

【例题3】80岁的老王膝下仅有一子小王，小王意外去世后，老王悲痛不已。好在儿媳安某对年迈体弱的老王一直照顾有加，被街坊邻居称之为楷模。后安某与忠厚老实的赵某结婚并生育一女赵灵，因担心老王的身体状况，安某一家三口仍与老王一起生活。2018年安某在一场车祸中身亡，老王痛彻心扉，不久后也相继去世。对于老王的遗产，下列哪一说法是正确的？²⁶²

- A. 赵灵无继承权
- B. 赵灵可代位继承
- C. 赵灵可转继承
- D. 赵某可代位继承

三、遗产分配规则

法定继承人的遗产分配	(1)原则上：均分 (2)例外： ①对被继承人尽了主要扶养义务或与被继承人共同生活的继承人，可以多分 ②有扶养能力和有扶养条件的继承人，不尽扶养义务的，应当不分或少分 ③对生活有特殊困难的缺乏劳动能力的继承人，分配遗产时，应当予以照顾 ④继承人协商同意的，可不均分
法定继承人以外有权分得遗产的人	①继承人以外的依靠被继承人扶养的人，可以分得适当遗产 ②继承人以外的对被继承人扶养较多的人，可以分得适当遗产

第三节 遗嘱继承

一、遗嘱的有效条件

1. 立遗嘱人为完全行为能力人。

【解释1】无民事行为能力人或者限制民事行为能力人所立的遗嘱无效。

261 【答案】ACD

262 【答案】B

【解释2】遗嘱人“立遗嘱时”必须具有完全民事行为能力。无民事行为能力人或者限制民事行为能力人所立的遗嘱，即使其本人后来具有完全民事行为能力，仍属无效遗嘱。遗嘱人立遗嘱时具有完全民事行为能力，后来成为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的，不影响遗嘱的效力。

2. 立遗嘱人的意思表示真实。

【注意1】受欺诈、胁迫所立的遗嘱无效。

【注意2】伪造的遗嘱无效。

【注意3】遗嘱被篡改的，篡改的内容无效。

3. 遗嘱处分的须是立遗嘱人个人的财产。

【注意】处分国家、集体或他人财产的，遗嘱部分无效，但不影响遗嘱中对自己个人财产的处分。

4. 遗嘱应当为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。

【注意】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。

5. 遗嘱继承人必须是法定继承人中的一人或数人。

【注意】继承人有《民法典》第1125条第一款第一项或者第二项所列之行为（故意杀害被继承人的、为争夺遗产杀害其他继承人的），而被继承人以遗嘱将遗产指定由该继承人继承的，可以确认遗嘱无效，并确认该继承人丧失继承权。

6. 不能与遗赠扶养协议相抵触

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者部分无效。

■ 二、遗嘱的形式

1. 六种形式：自书、代书、打印、录音录像、口头、公证

(1) 自书遗嘱：由遗嘱人亲笔书写，签名。

(2) 代书遗嘱：应当有两个以上见证人在场见证，由其中一人代书，并由遗嘱人、代书人和其他见证人签名。

(3) 打印遗嘱：应当有两个以上见证人在场见证；遗嘱人和见证人应当在遗嘱每一页签名。

(4) 录音录像遗嘱：应当有两个以上见证人在场见证；遗嘱人和见证人应当在录音录像中记录其姓名或者肖像。

(5) 口头遗嘱：口头遗嘱应当有两个以上见证人在场见证；危急情况消除后，遗嘱人

能够以书面或者录音录像形式立遗嘱的，所立的口头遗嘱无效。

【注意】 见证人：代书、打印、录音录像、口头遗嘱需要两个以上的见证人，三项见证人资格限制：① 无行为能力人、限制行为能力人；② 继承人、受遗赠人；③ 与继承人、受遗赠人有利害关系的人。

【例题】 甲有乙、丙和丁三个女儿。甲于2013年1月1日亲笔书写一份遗嘱，写明其全部遗产由乙继承，并签名和注明年月日。同年3月2日，甲又请张律师代书一份遗嘱，写明其全部遗产由丙继承。同年5月3日，甲因病被丁送至医院急救，甲又立口头遗嘱一份，内容是其全部遗产由丁继承，在场的赵医生和李护士见证。甲病好转后出院休养，未立新遗嘱。如甲死亡，下列哪一选项是甲遗产的继承人？（2014年单选）²⁶³

- A. 乙
- B. 丙
- C. 丁
- D. 乙、丙、丁

■ 三、遗嘱的变更和撤回

1. 遗嘱人可以撤回、变更自己所立的遗嘱。
2. 立遗嘱后，遗嘱人实施与遗嘱内容相反的民事法律行为的，视为对遗嘱相关内容的撤回。
3. 立有数份遗嘱，内容相抵触的，以最后的遗嘱为准。

【例题】 甲立下一份公证遗嘱，将其唯一的住房留给儿子乙，其余遗产留给女儿丙。后乙因盗窃而被判刑，甲伤心至极，将留给儿子的房子赠与丙，且办理了过户手续，甲不久去世。乙出狱后要求按照遗嘱的内容继承遗产。对此，下列哪一选项是正确的？²⁶⁴

- A. 乙有权依据遗嘱的内容继承遗产
- B. 乙只能依据法定继承的规定继承遗产
- C. 乙无权继承任何遗产
- D. 可以分给乙适当的遗产

■ 四、附义务遗嘱

1. 遗嘱继承或者遗赠附有义务的，继承人或者受遗赠人应当履行义务。
2. 没有正当理由不履行义务的，经利害关系人或者有关组织请求，人民法院可以取消

263 【答案】A

264 【答案】C

其接受附义务部分遗产的权利。

第四节 遗赠与遗赠扶养协议

遗赠	(1) 自然人以遗嘱形式将其财产赠与给国家、集体或者法定继承人以外的人 (2) 受遗赠人在知道受遗赠后 60 日内未表示，视为放弃接受遗赠
遗赠扶养协议	(1) 双方、双务法律行为 (2) 扶养义务的非法定性（对方为继承人以外的组织或者个人） (3) 效力最强（遗赠扶养协议 > 遗嘱继承、遗赠 > 法定继承）

【例题】 甲妻病故，膝下无子女，养子乙成年后常年在外地工作。甲与村委会签订遗赠扶养协议，约定甲的生养死葬由村委会负责，死后遗产归村委会所有。后甲又自书一份遗嘱，将其全部财产赠与侄子丙。甲死后，乙就甲的遗产与村委会以及丙发生争议。对此，下列哪一选项是正确的？（2010 年单选）²⁶⁵

- A. 甲的遗产应归村委会所有
- B. 甲所立遗嘱应予撤销
- C. 村委会、乙和丙共同分割遗产，村委会可适当多分
- D. 村委会和丙平分遗产，乙无权分得任何遗产

第五节 遗产的处理

一、继承开始

1. 开始的时间——被继承人死亡时
2. 有继承关系的多人在同一事件中死亡的时间确定
 - (1) 如不能确定死亡先后时间的，推定没有继承人的人先死亡；
 - (2) 死亡人各自都有继承人的，如几个死亡人辈份不同，推定长辈先死亡；
 - (3) 几个死亡人辈份相同，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。

【例题】 王某与李某系夫妻，二人带女儿外出旅游，发生车祸全部遇难，但无法确定

265 【答案】A

死亡的先后时间。下列哪些选项是正确的？（2008 年多选）²⁶⁶

- A. 推定王某和李某先于女儿死亡
- B. 推定王某和李某同时死亡
- C. 王某和李某互不继承
- D. 女儿作为第一顺序继承人继承王某和李某的遗产

■ 二、遗产的认定

1. 个人所有；

夫妻共同所有的财产，除有约定的外，遗产分割时，应当先将共同所有的财产的一半分为配偶所有，其余的为被继承人的遗产。

- 2. 合法性；
- 3. 可继承性。

【例题】 甲与乙结婚，女儿丙三岁时，甲因医疗事故死亡，获得 60 万元赔款。甲生前留有遗书，载明其死亡后的全部财产由其母丁继承。经查，甲与乙婚后除共同购买了一套住房外，另有 20 万元存款。下列哪一说法是正确的？（2013 年单选）²⁶⁷

- A. 60 万元赔款属于遗产
- B. 甲的遗嘱未保留丙的遗产份额，遗嘱全部无效
- C. 住房和存款的各一半属于遗产
- D. 乙有权继承甲的遗产

■ 三、遗产管理人

1. 遗产管理人确定的步骤

(1) 继承开始后，遗嘱执行人为遗产管理人；

↓

(2) 没有遗嘱执行人的，继承人应当及时推选遗产管理人；

↓

(3) 继承人未推选的，由继承人共同担任遗产管理人；

↓

(4) 没有继承人或者继承人均放弃继承的，由被继承人生前住所地的民政部门或者村

266 【答案】ABCD

267 【答案】C

民委员会担任遗产管理人。

2. 遗产管理人应当履行下列职责：

- (1) 清理遗产并制作遗产清单；
- (2) 向继承人报告遗产情况；
- (3) 采取必要措施防止遗产毁损；
- (4) 处理被继承人的债权债务；
- (5) 按照遗嘱或者依照法律规定分割遗产；
- (6) 实施与管理遗产有关的其他必要行为。

3. 轻过失免责

遗产管理人应当依法履行职责，因故意或者重大过失造成继承人、受遗赠人、债权人损害的，应当承担民事责任。

■ 四、按法定继承处理遗产的情形

1. 遗嘱继承人放弃继承或者受遗赠人放弃受遗赠；
2. 遗嘱继承人丧失继承权或者受遗赠人丧失受遗赠权；
3. 遗嘱继承人、受遗赠人先于遗嘱人死亡或者终止；
4. 遗嘱无效部分所涉及的遗产；
5. 遗嘱未处分的遗产。

■ 五、继承还债规则

1. 遗产分割之前

分割遗产，应当清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务。但是，应当为缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留适当的遗产。

2. 遗产分割之后

(1) 限定继承

继承人以所得遗产实际价值为限清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务；超过遗产实际价值部分，继承人自愿偿还的不在此限。

【注意】继承人放弃继承的，对被继承人依法应当缴纳的税款和债务可以不负清偿责任。

(2) 债务清偿顺序

既有法定继承又有遗嘱继承、遗赠的，由法定继承人清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务；超过法定继承遗产实际价值部分，由遗嘱继承人和受遗赠人按比例以所得遗产清偿。

■ 六、无人继承又无人受遗赠的遗产归属

无人继承又无人受遗赠的遗产，归国家所有，用于公益事业；死者生前是集体所有制组织成员的，归所在集体所有制组织所有。