

2020年

民法
专题讲座
(三审草案)版
民法典

(下册)

孟献贵

精讲卷①
孟献贵
◎ 编著

2020年《民法专题讲座精讲卷（下册）》 民法典（三审草案）版

重要说明

亲爱的考生朋友们：

大家好！

2019年11月8日，《全国法院民商事审判工作纪要》发布；2019年12月16日，《民法典（草案）》公布。

本着对考生负责的原则，方圆众合教育决定公布电子版：2020年《民法专题讲座精讲卷（下册）》民法典（三审草案）版，本版已经结合上述文件内容，进行考点更新。

孟献贵老师同时将根据2020年《民法专题讲座精讲卷（下册）》民法典（三审草案）版录制本书配套公开课；方便考生进行复习。

2020年法考新大纲尚未公布，方圆众合教育本着严谨治学的态度，严格以大纲为指挥棒。

2020年法考大纲公布后，如2020年法考大纲未根据民法典作修改，将严格根据新大纲对2020年《民法专题讲座精讲卷（下册）》民法典（三审草案）版进行修订，并根据2020年法考大纲针对性地重新录制2020年《民法专题讲座精讲卷（下册）》相应配套公开课。

问1：2020《民法专题讲座精讲卷（下册）》纸质书何时正式出版？

答1：根据新大纲公布，进行调整修订，确保大家拿到的是大纲版本。

问2：现在复习，到时候改了怎么办？

答2：孟老师对民法典（三审草案）的认真研读，民法考点整体大部分没有大的变化，大纲公布后，如有变化，孟老师也会根据新大纲补录相应课程和考点。

祝考生朋友们，一考而过！

方圆众合教育
2020年4月17日

目 录

CONTENTS

物 权 编

专题六 物权的基本原理	1
一、物权的客体 and 效力★★	1
二、物权的保护★★	4
专题七 所有权	7
第一节 物权变动★★★	7
一、物权变动的法定分类体系★★★	8
二、物权变动的学理分类体系★★	24
第二节 业主的建筑物区分所有权	24
一、业主的建筑物区分所有权的构成★	25
二、业主的建筑物区分所有权之共有权★★	25
三、业主的建筑物区分所有权之成员权☆☆☆	26
四、业主的权利和义务☆☆	27
第三节 共有制度	28
一、按份共有★★	29
二、共同共有★★	32
专题八 用益物权	34
一、土地承包经营权★★★	34
二、居住权☆☆☆	36
三、地役权★★	36
专题九 担保物权	39
第一节 担保物权的基本原理	41
一、当事人之间的主从关系★★	41
二、担保物权的效力★★	42
第二节 抵押权	43
一、抵押物★★	43

二、抵押权的设立★★★	44
三、动产浮动抵押权★★	46
四、抵押权的顺位★★	47
五、抵押权与租赁权的冲突解决★★★	48
六、抵押物的移转制度★★★	49
七、抵押物的保全制度★	50
八、抵押权的处分★★	50
九、抵押权的实现★★★	50
十、最高额抵押权★★★（重点和难点）	51
第三节 质押权	53
一、动产质权★★	53
二、权利质权★★	55
三、转质★★	57
第四节 留置权	58
一、留置权的成立条件★★★	58
二、留置权的实现★★	60
三、留置权的消灭	61
第五节 共同担保和反担保	61
一、共同担保的基本原理★	61
二、共同物保★★	61
三、（连带）物保与人保并存	63
四、反担保★★	64
专题十 占有制度	66
一、占有的分类★★	66
二、善意占有和恶意占有的区别★★★	70
三、占有保护请求权和物权请求权的区别★★	70
四、占有的推定效力★★	71

债法总论

专题十一 债的法定分类体系	73
一、自然之债★★	74
二、单方允诺之债★★	75
三、无因管理★★★	76
四、不当得利★★★	77
专题十二 债的学理分类体系	80
一、单一之债和多数人之债	81
二、财物之债、劳务之债和货币之债	82

三、简单之债和选择之债 82

合 同 编

第一分编 通则

专题十三 合同的基本原理 85

 一、合同编的适用范围 85

 二、合同的十种学理分类★★ 86

专题十四 缔约过失责任 91

 一、缔约过失责任的基本原理★★ 91

 二、缔约过失责任的类型★★★ 92

专题十五 合同的订立 94

 一、要约和要约邀请的区别★★ 94

 二、要约和承诺★★ 95

 三、合同成立的时间和地点★★ 97

专题十六 合同的内容 99

 一、合同的必备条款 99

 二、合同的主要条款 99

 三、合同的争议解决条款★★ 99

 四、格式条款★★★ 100

专题十七 合同的保全 102

 一、代位权★★★ 102

 二、撤销权★★★ 106

专题十八 合同的变更 113

 一、债权让与（债权转让）★★★ 114

 二、债务承担★★ 117

 三、债权债务的概括承受★★ 119

专题十九 合同的履行 120

 一、合同履行的原则★ 120

 二、合同履行的补充规则★★ 120

 三、电子合同的履行☆☆☆ 121

 四、第三人利益合同☆☆☆ 121

 五、双务合同履行中的三大抗辩权★★ 121

 六、合同履行中特殊情形的处理★★ 123

专题二十 合同的权利义务终止 124

 一、清偿★★ 125

二、合同解除★★★	127
三、抵销★★	131
四、提存★★	132
五、免除	134
六、混同	134
专题二十一 违约责任	135
一、违约责任的特征和归责原则★★	136
二、违约责任的构成要件★★★	136
三、违约责任的五种形式★★★	137
第二分编 典型合同	
专题二十二 买卖合同	141
一、买卖合同的基本原理★★	142
二、买卖合同当事人的权利和义务★★	142
三、买卖合同中的风险负担★★★	144
四、买卖合同中的孳息归属★★	146
五、买卖合同的解除★	146
六、三类特种买卖合同★★★	147
七、一物数卖★★★	149
专题二十三 供水、电、气、热力合同	151
专题二十四 赠与合同	153
一、赠与合同的基本原理★★	153
二、赠与合同中任意撤销权和法定撤销权的区别★★★	154
专题二十五 借款合同	156
一、借款合同的基本原理★★	156
二、民间借贷合同的利率★★★	158
三、借款合同中法定代表人或负责人的责任承担★★	158
四、让与担保制度★★★	158
专题二十六 保证合同	161
一、保证合同的基本原理★★	161
二、保证方式和保证范围★★★	162
三、共同保证★★★	163
四、保证的从属性★★	164
五、保证期间★★★	167
六、保证人的权利★★★	169
专题二十七 租赁合同	170
一、租赁合同的基本原理★★	170

二、出租人和承租人的义务★★	171
三、承租人的权利★★★	172
四、转租★★★	174
五、无效租赁合同的情形和处理★★	176
六、一房数租★★	177
七、装饰装修和扩建★★	177
八、不定期租赁合同★★	178
专题二十八 融资租赁合同	179
专题二十九 保理合同	183
专题三十 承揽合同	185
一、承揽合同的基本原理★★	185
二、定作人的权利和义务	186
三、承揽人的权利和义务★★	187
专题三十一 建设工程合同	188
一、建设工程合同的基本原理★★	188
二、建设工程施工合同无效的情形和处理★★★	190
三、建设工程施工合同中的垫资和诉讼地位★★	192
四、建设工程合同中的解除权★★	193
五、建设工程价款优先受偿权★★★	193
专题三十二 运输合同	195
一、运输合同的基本原理★★	195
二、客运合同和货运合同★★	196
专题三十三 技术合同	199
一、技术合同的基本原理★	200
二、职务技术成果和非职务技术成果★★	200
三、技术合同无效的情形★★★	201
四、技术开发合同★★	202
五、技术转让合同和技术许可合同★★	204
六、技术咨询合同和技术服务合同★	206
专题三十四 保管合同	207
一、保管合同的基本原理★★	207
二、保管合同和仓储合同的异同★★	208
专题三十五 仓储合同	210
一、仓储合同的基本原理★	210
二、保管人的义务	211
三、存货人的义务	211

专题三十六 委托合同	213
一、委托合同的基本原理★★	213
二、委托人的权利和义务★★	214
三、受托人的权利和义务★★	214
四、委托合同和行纪合同的异同★★	215
五、间接代理★★	216
专题三十七 物业服务合同	219
专题三十八 行纪合同	222
一、行纪合同的基本原理★★	222
二、行纪事务的处理★★	223
专题三十九 中介合同	225
一、中介合同的基本原理★★	225
二、中介事务的处理★★	226
专题四十 合伙合同	227
专题四十一 旅游合同	230
一、旅游合同的基本原理★	230
二、旅游合同权利义务的转让★★	231

人格权编

专题四十二 人格权的基本原理	233
专题四十三 一般人格权和具体人格权	235
一、一般人格权☆☆	235
二、八类具体人格权★★★	235
三、个人信息保护☆☆☆	241

婚姻家庭编

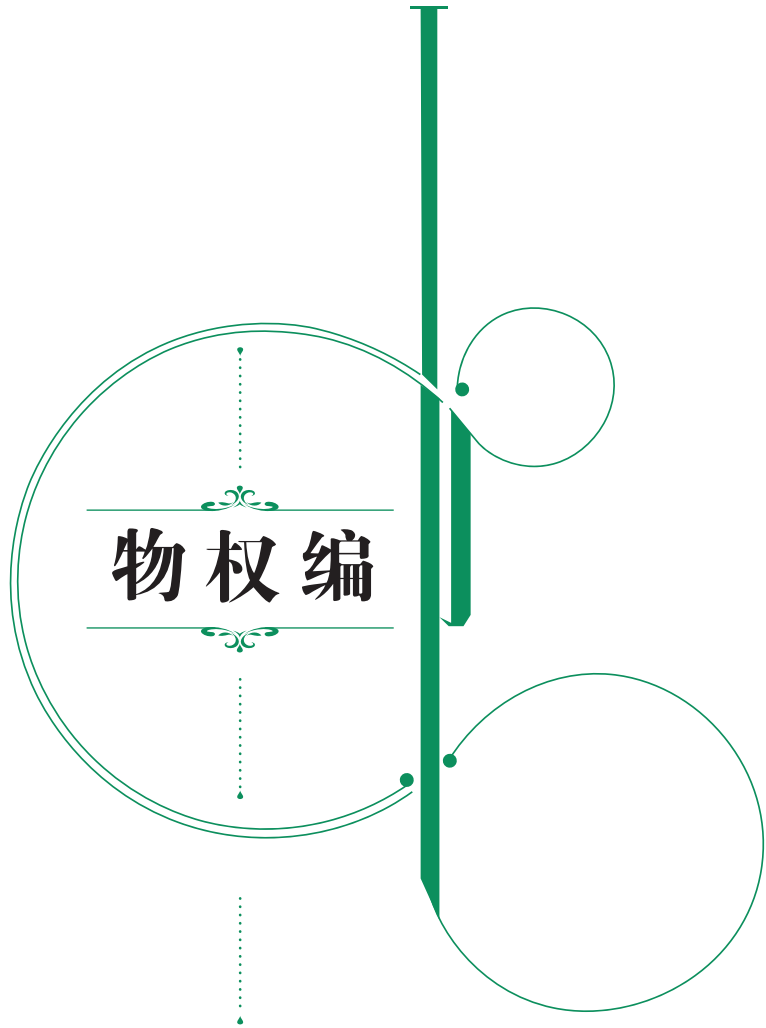
专题四十四 婚姻家庭关系	243
一、结婚★★	243
二、家庭关系★★	244
三、夫妻财产制★★★	245
四、离婚★★	250
专题四十五 收养关系	255
一、收养关系的成立★★	255
二、收养关系的效力★	257
三、收养关系的解除★★	257

继 承 编

专题四十六 继承关系	259
一、继承的基本原理★★	259
二、继承权★	260
三、继承方式★★★	261
四、遗产的处理☆☆☆	266
五、遗赠和遗赠扶养协议★★	266
六、法定继承、遗嘱继承、遗赠和遗赠扶养协议的适用关系★★	268

侵权责任编

专题四十七 侵权责任的基本原理	271
一、侵权责任的基本原理★★	272
二、共同侵权★★	276
三、精神损害赔偿★★★	277
专题四十八 七类特殊主体责任	280
一、监护人责任★★	280
二、教育机构责任★★	282
三、用工责任★★★	283
四、帮工责任★★	284
五、定作人责任★★	285
六、安保义务人责任★★	285
七、网络服务提供者责任★★	286
专题四十九 七类典型的侵权责任	288
一、产品责任★★★	289
二、机动车交通事故责任★★	291
三、医疗损害责任★★	293
四、环境污染和生态破坏责任★★	294
五、高度危险责任★	296
六、饲养动物损害责任★★★	297
七、物件损害责任★★★	299
附录一 法考民法重点考点汇总表	301
附录二 法考民法涉及的法律和司法解释	307

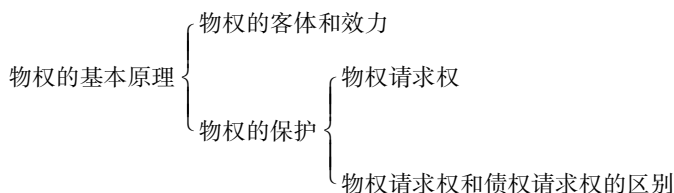


专题六

物权的基本原理

知识体系

KNOWLEDGE HIERARCHY



复习提要

物权编调整因物的归属和利用而产生的民事关系。本专题主要涉及两个方面的问题：1. 物权的客体和效力；2. 物权的保护。特别是物权效力中的“优先效力”乃重要考点，在复习过程中要重点关注。同时，对于物权的保护在近几年的考试中逐渐崭露头角，成为命题者的新宠，也需重点学习。

一、物权的客体和效力★★

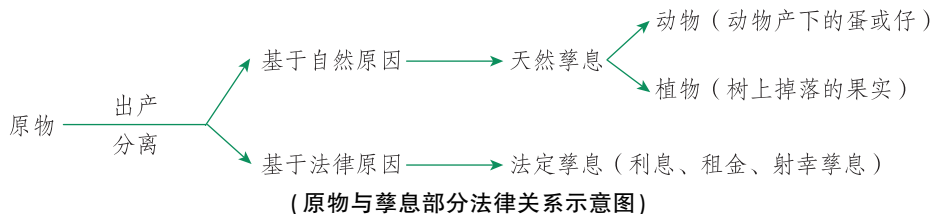
客 体	物	含义	人体之外能够为人力所控制、支配并具有经济价值的有体物
		特征	1. 须存在于人体之外（注意：死者的尸体、遗骸属于物，但有其特殊性；对尸体、遗骸的所有权，仅限于埋葬、祭祀、供奉目的且继承人不得放弃对遗骸的所有权）
			2. 须为有体物（注意：电、热、声、光等能量，以在法律上有排他的支配可能性为限，亦可认定为物）
			3. 须能够为人力所支配（注意：雷电、台风、日月星辰非法律上的物）
			4. 须具有独立性（注意：安装在楼房里的电梯非法律上的物）
			5. 须能满足人们生产生活的需要（即价值性和有用性；如一滴水、一粒米非法律上的物）
			6. 须具有特定性（客体特定主义；如海水和大气非法律上的物）

续表

客体	物	分类	不动产与动产		1. 不动产,是指性质上不能移动或虽可移动但会因移动损害其价值的物。包括土地及其定着物 ^① ,如建筑物、构筑物、林木、桥梁、堤坝、纪念碑等	
					2. 动产,是指能够移动且不因移动损害其价值的物。如机动车、自行车、相机、机器设备等	
		原物与孳息	标准	产生收益的物与所生收益之间的关系		
			分类	天然孳息	1. 动物产下的蛋或仔 2. 与植物相分离的果实	
				法定孳息	利息、租金、其他因法律关系所得收益(射幸孳息:彩票、抽奖、保险)	
		归属	1. 天然孳息,由所有权人取得;既有所有权人又有用益物权人的,由用益物权人取得。当事人另有约定的,按照其约定			
			2. 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			
主物与从物	非主物之成分,常助主物之效用,而同属于一人者,为从物。但交易上有特别习惯者,依其习惯(如电视机与遥控器、网球拍与网球拍套、马与马鞍)					
注意	货币作为具有高度可替代性的特殊种类物,其占有和所有权不可分割。一言以蔽之,货币,占有即所有					
权利	法律规定权利属于物权客体的,依其规定;如权利质权					
效力	含义 法律赋予的使物权的支配效力得以完满实现的各种具体的保障力					
	内容	追及效力	物权成立后,不论其标的物辗转至何人之手,权利人均可以追及标的物之所在,并直接行使权利;只要在最后占有人处发现自己的物,即可予以取回(注意:因善意取得而阻断追及效力)			
		排他效力	同一物上不得同时存在两个所有权(即一物一权)或两个内容相冲突的他物权			
	优先效力★★	对外效力	原则	物权>债权		
			例外	1. 预告登记		
				2. 租赁权成立在先情形下的买卖不破租赁(先租后卖或先租后押)		
3. 建设工程施工合同中的法定优先权						
对内效力	动产担保	质押先于抵押	留置权>质押权>登记抵押权>未登记抵押权			
	物权之间	抵押先于质押	留置权>登记抵押权>质押权>未登记抵押权			

^① 定着物,是指非土地的构成部分,继续附着于土地而达一定经济目的,不易移动之物。

[萌主点拨 1] 原物与孳息



[萌主点拨 2] 主物与从物

从物，是指非主物之成分，常助主物之效用，而同属于一人者。但交易上有特殊习惯者，依其习惯。

从物的要件有三：1. 非主物的构成成分；2. 须辅助主物的使用；3. 须与主物同属一人。典型例子：电视机与遥控器、网球拍与网球拍套、马与马鞍。

[注意]

1. 轮胎对于汽车，则属于汽车的构成部分，不属于从物。
2. 车位和房屋，二者之间不存在辅助作用，不属于主物和从物的关系。
3. 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。因标的物的从物不符合约定被解除的，解除的效力不及于主物。

[萌主点拨 3] 货币

货币作为具有高度可替代性的特殊种类物（一般等价物），其占有和所有权不可分割。一言以蔽之，货币，占有即所有。

[萌主点拨 4] 在同一动产之上，既有抵押权、质押权，还有留置权时，应如何排序？

1. 抵押权先于质押权设立的。

结论：留置权>登记抵押权>质押权>未登记抵押权

2. 质押权先于抵押权设立的。

结论：留置权>质押权>登记抵押权>未登记抵押权

从上述结论，我们可以看出的规律系：

- (1) 留置权总是排在第一位，为何呢？

因为同一动产上已设立抵押权或质权，该动产又被留置的，留置权人优先受偿。据此可知，留置权作为法定担保物权，具有法定优先性。而抵押权和质押权均为意定担保物权，在物权法中，法定优于意定，因此，留置权永远排在第一位。


- (2) 未登记抵押权总是排在最后一位，为何呢？

因为动产抵押权自抵押合同生效时设立；未经登记，不得对抗善意第三人。据此可知，未登记抵押权效力最弱。因此，未登记抵押权永远排在最后一位。

- (3) 到底是登记抵押权优先于质押权还是质押权优先于登记抵押权呢？

同一财产既设立抵押权又设立质权的，拍卖、变卖该财产所得的价款按照登记、交付的时间先后确定清偿顺序。据此可知，请牢记 6 个字：成立在先原则。

如果是质押权先于登记抵押权设立的，质押权就优先于登记抵押权；如果是登记抵押权先于质押权设立的，登记抵押权就要优先于质押权。

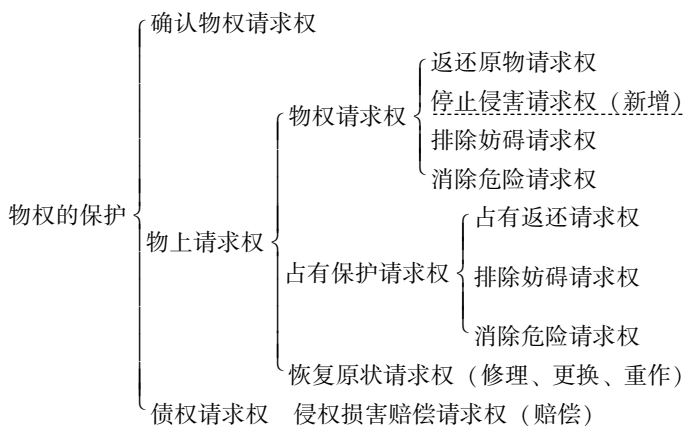
 **典型真题**

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。同升公司欠丙货款 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？（2011 年·卷三·7 题）^①

- A. 甲乙丙丁 B. 乙丙丁甲 C. 丙丁甲乙 D. 丁乙丙甲

二、物权的保护★★



(物权的保护部分体系框架图)

[图释] 物权的保护包括确认物权请求权、物上请求权和债权请求权三类。

(一) 确认物权请求权

因物权的归属、内容发生争议的，利害关系人可以请求确认权利，即确认物权请求权，在考试范围内重点考查的题目类型为“借名买房”。

(二) 物上请求权

物上请求权的本质系“要物不要钱”。包括三类，分别是物权请求权、占有保护请求权和恢复原状请求权。

1. 物权请求权。

物权请求权是物权保护制度中最重要的内容，包括返还原物请求权、停止侵害请求权(新增)、排除妨碍请求权和消除危险请求权。在本专题后文中将展开论述，此处暂不赘述。

2. 占有保护请求权。

占有保护请求权，包括占有返还请求权、排除妨碍请求权和消除危险请求权。在本书后文中将专门展开论述，此处暂不赘述。

3. 恢复原状请求权。

造成不动产或动产毁损的，权利人可以依法请求修理、重作、更换或恢复原状，即恢复原状请求权。

^① 答案：D。

(三) 债权请求权

债权请求权的本质系“要钱不要物”。侵害物权，造成权利人损害的，权利人可以依法请求损害赔偿，也可以依法请求承担其他民事责任。

[注意] 物权的保护方式，可以单独适用，也可以根据权利被侵害的情形合并适用。

(一) 物权请求权★★

含义	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
特征	1. 物权请求权是独立于物权的一种行为请求权；在物权未受到妨害也不存在受到妨害之可能性时，物权人则不享有物权请求权
	2. 物权请求权亦不能与物权分离而单独存在；在物权受到妨害时，仅物权人才可以行使物权请求权；物权请求权是基于物权而派生出的权利，在性质上属于救济权
种类	1. 返还原物请求权（ <u>无权占有不动产或动产的，权利人可以请求返还原物</u> ）
	2. <u>停止侵害请求权（妨害物权或者可能妨害物权的，权利人可以请求停止侵害）</u>
	3. 排除妨碍请求权（妨害物权的，权利人可以请求排除妨碍）
	4. 消除危险请求权（可能妨害物权的，权利人可以请求消除危险）
行权	不必非得依诉讼方式进行，也可以依意思表示的方式为之，即物权受到妨害后，物权人可以直接请求妨害人为或不为一定的行为，包括请求妨害人返还原物、停止侵害、排除妨碍、消除危险等（物权受到侵害的，权利人可以通过和解、调解、仲裁、诉讼等途径解决）
注意	作为请求权，物权请求权与债权请求权有类似的性质，因而在不与物权请求权性质相抵触的范围内，可以适用债权的有关规定，如过失相抵、给付迟延、债的履行及转让等

[例] 孟某将自有房屋卖给徐毛毛，在交房和过户之前，徐毛毛擅自撬门装修，施工导致邻居马胖胖经常失眠。请问：马胖胖有权请求谁排除妨碍？

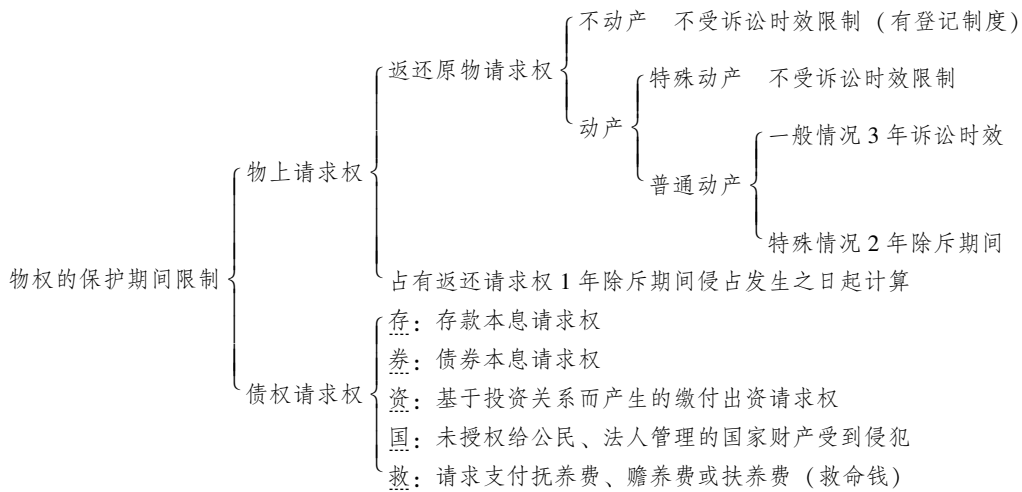
答：马胖胖既可以请求徐毛毛（行为妨碍人）排除妨碍，又可以请求孟某（状态妨碍人）排除妨碍。

(二) 物权请求权和债权请求权的区别★★

物权请求权 VS 债权请求权★★

要点	物权请求权	债权请求权
前提	以物的存在为前提，无物则无物权请求权	以债权的存在为前提
目的	救济被侵害的物权，恢复对物的圆满支配状态（使用价值+交换价值）	救济被侵害的债权，恢复被损害的利益（填补性损害原理）
是否需要过错	原则上不考虑相对人是否有过错	通常以相对人主观上有过错为要件（如一般侵权）
表现形式	返还原物、停止侵害、排除妨碍、消除危险	赔偿损失
期间限制	具体问题具体分析	原则上受诉讼时效限制

[萌主点拨] 物权的保护期间限制



[例 1] 孟某将自有房屋卖给徐毛毛，在交房和过户之前，徐毛毛擅自撬门装修，施工导致邻居马胖胖经常失眠。请问：马胖胖请求排除妨碍的请求权是否受到诉讼时效期间的限制？

答：不受。因为排除妨碍请求权不适用诉讼时效期间限制。

[例 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。请问：蔡永的房屋腾退请求权是否受到诉讼时效的限制？为什么？

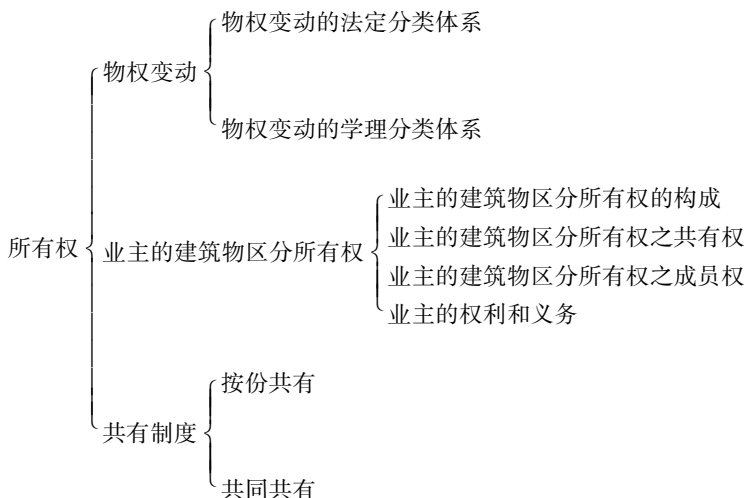
答：不受。因为不动产物权的权利人请求返还财产的，该请求权不适用诉讼时效的规定。

专题七

所有权

知识体系

KNOWLEDGE HIERARCHY



复习提要

本专题主要涉及三个方面的问题：1. 物权变动；2. 业主的建筑物区分所有权；3. 共有。物权变动是必考点，物权变动模式的本质系法定分类体系和学理分类体系的结合，具有相当的综合性。在《民法典》编纂过程中，对业主的建筑物区分所有权进行了重大制度修改，备考时须重点关注。对于共有制度，按份共有人的优先购买权系重中之重。

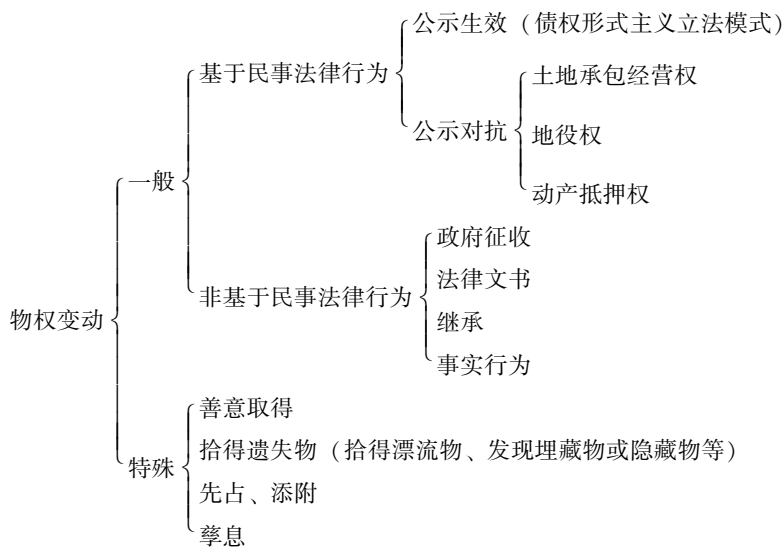
第一节 物权变动★★★

物权变动包括物权的设立、变更、转让和消灭四种。物权变动模式的本质系法定分类体系和学理分类体系的结合，可以用两套基础公式来表述：

一般物权变动=有权处分+有效合同+登记/交付=物权变动=继受取得

特殊物权变动=无权处分+有效合同+登记/交付=物权变动=原始取得=善意取得

一、物权变动的法定分类体系★★★



(物权变动的法定分类体系示意图)

[图释] 依法定分类体系，物权变动包括一般物权变动和特殊物权变动两类。对于一般物权变动而言，又包括两类，即基于民事法律行为的物权变动和非基于民事法律行为的物权变动。

基于民事法律行为的物权变动，通俗而言，就是“基于合同”的物权变动，这里的合同在考试范围内主要是“买卖合同或赠与合同”。基于民事法律行为的物权变动项下又包括两类，即公示生效主义和公示对抗主义。考试的重点是公示对抗主义，主要包括三项权利，分别是土地承包经营权、地役权和动产抵押权。

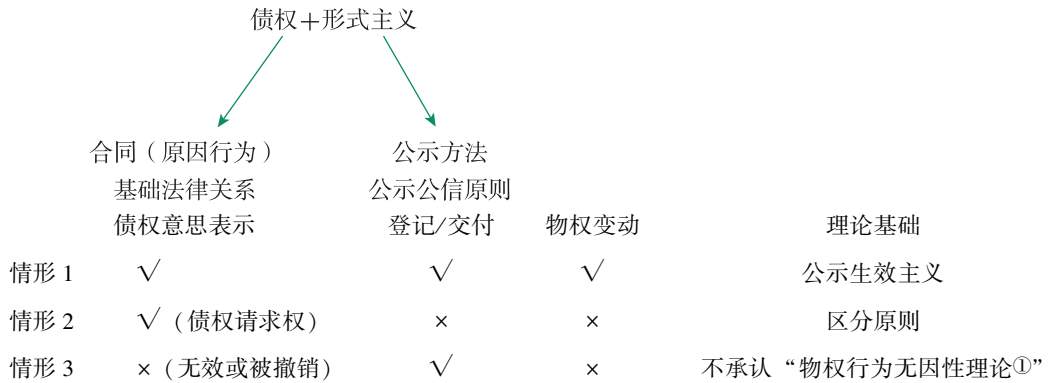
非基于民事法律行为的物权变动，通俗而言，就是“不基于合同”的物权变动，用4字口诀来表述，即“政、法、继、事”而发生的物权变动。其中，“政”代表政府征收；“法”代表法律文书（即法院的判决书和仲裁委员会的裁决书）；“继”代表继承；“事”代表事实行为。

对于特殊物权变动而言，用5字口诀来表述，即“善、拾、先、添、孳”。其中，“善”代表善意取得；“拾”代表拾得遗失物（包括拾得漂流物、发现埋藏物或隐藏物等）；“先”代表先占；“添”代表添附；“孳”代表孳息（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。但是当事人另有约定的除外）。其中，添附制度在《民法典》编纂过程中首次进入法律视野，须重点关注。

（一）一般物权变动之基于民事法律行为的物权变动★★

1. 公示生效主义★★

公示生效主义即所谓“债权形式主义”立法模式。在世界范围内，瑞士、奥地利和韩国采此种立法例。具体解构见下图：



（债权形式主义立法模式示意图）

[归纳总结] 债权形式主义 = 有权处分 + 有效合同 + 登记/交付 = 物权变动 = 继受取得

[例 1] 2019 年 3 月 10 日，孟某将自己位于北京市海淀区幸福小区 2 号楼 2 单元 402 室的房屋以 850 万元的价格出卖给徐毛毛。双方签订了房屋买卖合同，同年 5 月 10 日前往房管部门办理了过户登记手续。请问：徐毛毛何时取得房屋所有权？

答：5 月 10 日。因为不动产物权的变动经依法登记，发生法律效力。本案中，孟某和徐毛毛于 5 月 10 日办理了过户登记手续。因此，徐毛毛于 5 月 10 日取得房屋所有权。

[例 2] 2019 年 3 月 10 日，孟某将自己位于北京市海淀区幸福小区 2 号楼 2 单元 402 室的房屋以 850 万元的价格出卖给徐毛毛。双方签订了房屋买卖合同，约定同年 5 月 10 日前往房管部门办理过户登记手续。后房价暴涨，孟某反悔，拒绝办理过户登记手续。请问：徐毛毛如何救济自己的权利？

答：基于合法有效的房屋买卖合同追究孟某的违约责任，请求孟某继续履行。

[例 3] 2019 年 3 月 10 日，徐毛毛向孟某提出欲以 300 万元购买孟某位于北京市海淀区幸福小区 2 号楼 2 单元 402 室的房屋（市价 850 万元）。孟某不允。徐毛毛遂对孟某说：“如不出卖房屋，将公开孟某的裸照”。孟某无奈，将房屋以 300 万元出卖给徐毛毛并办理了过户登记手续。同年 5 月 10 日，孟某向北京市海淀区人民法院起诉主张撤销房屋买卖合同。6 月 10 日，法院判决孟某胜诉。徐毛毛未上诉。请问：孟某可否请求徐毛毛返还房屋？

答：可以。

2. 公示对抗主义★★★

公式	有效合同 = 物权变动 + 登记 > 第三人	
种类	土地承包经营权	土地承包经营权自合同生效时设立；流转时，未经登记，不得对抗善意第三人
	地役权	地役权自地役权合同生效时设立，未经登记，不得对抗善意第三人
	动产抵押权	动产抵押权自抵押合同生效时设立；未经登记，不得对抗善意第三人

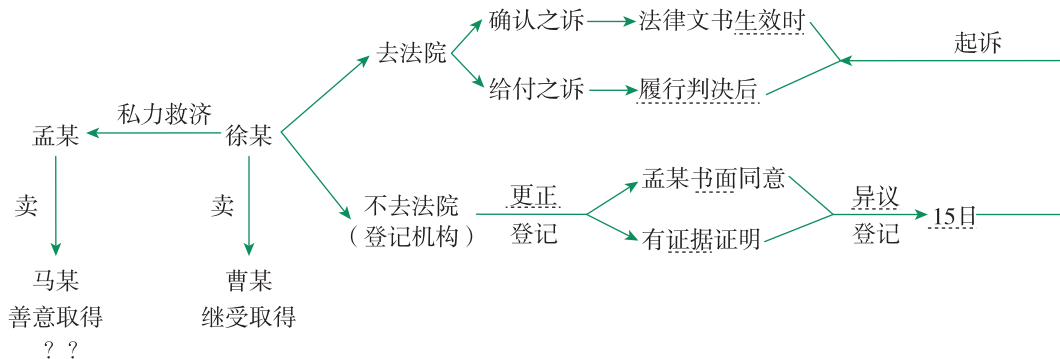
^① 物权行为无因性，是指物权行为是否成立或生效，应就其本身判断之，不受债权行为之影响。台湾民法第 761 条。我国大陆采“物权变动有因性”理论。

3. 物权变动的公示方法★★

(1) 不动产登记制度之异议登记。

错误补正制度★★ (难点)

更正登记	事由	权利人、利害关系人认为不动产登记簿记载的事项 <u>错误</u> (如房屋登记的面积、界址发生错误)
	处理	不动产登记簿记载的 <u>权利人书面同意更正</u> 或有 <u>证据证明登记确有错误的</u> , 登记机构应当予以更正
异议登记	事由	不动产登记簿记载的 <u>权利人不同意更正</u>
	效力	申请人自 <u>异议登记之日起 15 日内不起诉的</u> , 异议登记失效 (注意: 既不阻却债权, 亦不阻却物权, 仅阻却善意取得的发生)
	处理	异议登记不当, 造成权利人损害的, 权利人可向申请人请求损害赔偿



(异议登记制度部分当事人法律关系示意图)

[例题] 2015年1月12日, 为了规避北京市政府的房屋限购政策, 孟某与徐某签订《协议》, 由孟某以自己的名义代徐某购买位于北京市海淀区幸福小区2号楼2单元402室的房屋一套, 徐某全权使用房屋并获得收益。孟某与天津众森实业股份有限公司 (以下简称众森公司) 和中国工商银行北京市支行 (以下简称工商银行) 分别签订了房屋买卖合同和贷款合同。徐某把首付款350万元和月供款给孟某, 孟某再给众森公司和工商银行, 房屋登记在孟某名下。根据上述案情, 请回答如下问题:

1. 孟某与徐某签订的《协议》效力如何? 为什么?

答: 合法有效。因为完全符合有效民事法律行为的构成要件。

2. 2020年2月2日, 徐某取得了北京市购房资格后, 请求孟某协助自己办理过户登记手续。孟某拒绝。请问: 徐某是否有权请求北京市海淀区人民法院确认其为所有权人? 为什么?

答: 有权。因为因物权的归属、内容发生争议的, 利害关系人可以请求确认权利。

3. 2020年2月2日, 徐某取得了北京市购房资格后, 请求孟某协助自己办理过户登记手续。孟某拒绝。2月10日, 徐某前往法院起诉请求法院确认自己为房屋的所有权人。5月10日, 北京市第一中级人民法院终审判决房屋所有权归徐某所有。5月11日, 徐某

基于法院的判决书请求登记机构更正登记。5月12日，登记机构进行了更正登记。请问：徐某何时取得房屋所有权？为什么？

答：5月10日。因为因人民法院的法律文书导致物权变更的，自法律文书生效时发生效力。

4. 2020年2月2日，徐某取得了北京市购房资格后，请求孟某协助自己办理过户登记手续。孟某拒绝。2月10日，徐某前往法院起诉请求法院确认自己为房屋的所有权人。5月10日，北京市第一中级人民法院终审判决房屋所有权归徐某所有。5月11日，徐某基于法院的判决书请求登记机构更正登记。请问：登记机构应否进行更正登记？为什么？

答：应该。因为有证据证明登记确有错误的，登记机构应当予以更正。

5. 2020年2月2日，徐某取得了北京市购房资格后，请求孟某协助自己办理过户登记手续。孟某拒绝。2月10日，徐某前往法院起诉请求法院确认自己为房屋的所有权人。5月10日，北京市第一中级人民法院终审判决房屋所有权归徐某所有，但由于徐某工作较忙一直未办理过户登记手续。5月16日，孟某将房屋出卖给马某，马某基于对登记簿的信赖支付了850万元的购房款并办理了过户登记手续。请问：马某是否可以主张善意取得房屋所有权？为什么？

答：可以。因为不动产善意取得的构成要件有四：（1）卖方无权处分不动产；（2）买方受让不动产时主观上善意且无重大过失；（3）买方客观上支付合理对价；（4）转让的不动产已经登记。

本案中，在法院作出判决后，孟某和马某买卖房屋的行为完全符合上述构成要件。因此，马某可以主张善意取得房屋所有权。

6. 2020年2月2日，徐某取得了北京市购房资格后，请求孟某协助自己办理过户登记手续。孟某拒绝。请问：徐某是否有权向登记机构提出更正登记？为什么？

答：有权。因为利害关系人认为不动产登记簿记载的事项错误的，可以申请更正登记。注意：利害关系人不可以直接向登记机构申请更正登记。

7. 2020年2月2日，徐某取得了北京市购房资格后，请求孟某协助自己办理过户登记手续。孟某拒绝。2月10日，徐某前往北京市海淀区人民法院起诉请求法院确认自己为房屋的所有权人。接到应诉通知书的孟某气愤难忍。2月16日，孟某将房屋出卖给马某并于次日为马某办理了过户登记手续。请问：马某能否继受取得房屋所有权？为什么？

答：能。因为不动产权属证书是权利人享有该不动产物权的证明。不动产权属证书记载的事项，应当与不动产登记簿一致；记载不一致的，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。同时，基于公示公信原则，在没有法院的判决书改变房屋产权状态之前，应推定登记簿的登记是正确的，孟某出卖房屋构成有权处分。因此，马某能够继受取得房屋所有权。

8. 2020年2月2日，徐某取得了北京市购房资格后，请求孟某协助自己办理过户登记手续。孟某拒绝。2月3日，徐某前往登记机构申请更正登记。登记机构为徐某先行办理了异议登记并建议徐某前往北京市海淀区人民法院起诉。2月10日，徐某前往海淀法院起诉请求法院确认自己为房屋的所有权人。在诉讼过程中，孟某感觉自己可能败诉，遂于5月8日将房屋出卖给马某，并与马某签订了房屋买卖合同。5月10日，海淀法院判决房屋所有权归徐某所有。5月11日，徐某得知孟某将房屋出卖给马某一事，拒绝追认。请

问：马某应如何救济自己的权利？为什么？

答：追究孟某的违约责任。因为基于区分原则，虽然徐某拒绝追认孟某卖房一事，但孟某与马某签订的房屋买卖合同合法有效。因此，马某可以基于合法有效的房屋买卖合同追究孟某的违约责任。

异议登记制度法律关系汇总表★★

利害关系人	异议登记	法院判决	是否追认	诉讼中孟某卖房	合同效力(债权)	物权变动(物权)
徐某	×	诉讼中	0	有权处分	合法有效	继受取得
徐某	✓	败诉	0	有权处分	合法有效	继受取得
徐某	✓	胜诉	追认	有权处分	合法有效	继受取得
徐某	✓	胜诉	不追认	无权处分	合法有效	不能善意取得

典型真题

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·卷三·55题）^①

- 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

(2) 不动产登记制度之预告登记。

预告登记★★

情形	解决期房买卖中的“ <u>一房数卖</u> ”问题
对象	基于房屋买卖合同而产生的“ <u>债权</u> ”
效力	1. 登记后，买方对房屋享有的仍然是 <u>债权</u> 而非物权
	2. 登记后，卖方仍然可以出卖该房屋，仍然是 <u>有权处分</u> ， <u>合同仍然合法有效</u>
	3. 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 <u>物权效力</u> （注意： <u>不阻却债权</u> ， <u>仅阻却物权</u> ）
	4. 登记后， <u>债权消灭</u> 或 <u>自能够进行不动产登记之日起3个月内未申请登记的</u> ，预告登记 <u>失效</u>

[例题] 2018年6月10日，天津众森实业股份有限公司（以下简称众森公司）取得

^① 答案：BD。

了商品房预售许可证后开始预售期房。孟某为了结婚需要购买房屋一套，双方遂于2018年7月1日签订了一份《商品房买卖合同》，孟某购买众森公司开发的北京市海淀区幸福小区2号楼2单元402室。合同中约定：“孟某应于合同签订后30日内向众森公司交纳全部购房款850万元，众森公司应于2019年7月1日交房并于交房后30日内协助孟某办理房屋产权过户登记手续。”根据上述案情，请回答如下问题：

1. 孟某与众森公司签订的《商品房买卖合同》效力如何？为什么？

答：合法有效。因为完全符合有效民事法律行为的构成要件。

2. 孟某为确保自己将来能取得房屋所有权，可以采取何种法律措施？

答：预告登记。因为当事人签订买卖房屋的协议，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。

3. 孟某进行预告登记后，众森公司建造的房屋所有权在未办理产权过户登记手续前属于谁？为什么？

答：众森公司。因为因合法建造房屋等事实行为设立物权的，自事实行为成就时发生效力。

4. 2019年3月2日，众森公司又将出卖给孟某的房屋出卖给徐某，价款1250万元。请问：徐某欲取得房屋所有权是否需要经过孟某的同意？为什么？

答：需要。因为预告登记后，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。

5. 众森公司因资金周转困难，该项目自2019年1月1日起即停工，眼看按期交房无望。孟某于2019年1月10日通知众森公司解除《商品房买卖合同》并要求众森公司返还购房款本金及利息，依约承担违约责任。请问：孟某行使解除权对预告登记将产生何种影响？为什么？

答：失效。因为预告登记后，债权消灭的，预告登记失效。

6. 2019年7月，众森公司按期交房且通知孟某可以办理产权过户手续后，孟某应于多少日内办理？如孟某未在该期间内办理将对预告登记产生何种效力？

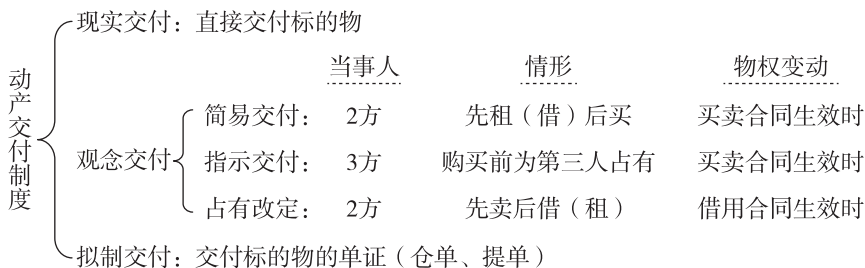
答：3个月；失效。因为预告登记后，自能够进行不动产登记之日起3个月内未申请登记的，预告登记失效。

异议登记 VS 预告登记★★

要点	异议登记	预告登记
适用情形	借名买房	期房买卖中的一房数卖
法律效力	不阻却债权，亦不阻却物权，仅阻却善意取得的发生	不阻却债权，仅阻却物权
期限问题	自异议登记之日起15日内	自能够进行不动产登记之日起3个月内

(3) 动产交付制度。

交付是动产物权变动的公示方法。交付包括三类，即现实交付、观念交付和拟制交付。其中，观念交付又包括三类即简易交付、指示交付和占有改定，这三种交付方式是考试中的重点，必须重点掌握。具体内容见下图：



(动产交付制度体系框架图)

①现实交付。

现实交付，是指动产物权的让与人将其对于动产的直接管领力现实地移转于买受人。

②观念交付。

A. 简易交付。

动产物权设立和转让前，权利人已经占有该动产的，物权自民事法律行为生效时发生效力。

据此可知，所谓“简易交付”，是指标的物在订约前已为买受人占有，买卖合同一旦生效即为交付完成。典型的情形即“先租（借）而后买”。

[例] 某宾馆为了8月8日的开业庆典，于8月7日向电视台租借一台摄像机。庆典之日，工作人员不慎摔坏摄像机，宾馆决定按原价买下，以抵偿电视台的损失，遂于8月9日通过电话向电视台负责人表明此意，对方表示同意。8月15日，宾馆依约定向电视台支付了价款。请问：摄像机所有权何时转移？

答：8月9日。

B. 指示交付。

动产物权设立和转让前，第三人占有该动产的，负有交付义务的人可以通过转让请求第三人返还原物的权利代替交付。

据此可知，所谓“指示交付”，是指让与人设立或转让动产物权时，因该项动产正由第三人占有，让与人不能进行现实交付，而将其对第三人的返还请求权让与受让人，以代替交付。指示交付在学理上又称为“返还请求权的让与或返还请求权的代位”。

C. 占有改定。

动产物权转让时，当事人又约定由出让人继续占有该动产的，物权自该约定生效时发生效力。

据此可知，所谓“占有改定”是指，动产买卖合同出卖人有必要继续占有该动产标的物时，出卖人与买受人缔结由买受人取得间接占有的合同关系以代替实际交付。典型的情形即“先卖而后租（借）”。

[例] 孟某有一块价值10000元的玉石。孟某与徐毛毛订立了买卖该玉石的合同，约定价金11000元。由于徐毛毛没有带钱，孟某未将该玉石交付与徐毛毛，约定三日后徐毛毛到孟某的住处付钱取玉石。随后孟某又向徐毛毛提出，再借用玉石把玩几天，徐毛毛表示同意。请问：徐毛毛何时取得该玉石所有权？

答：孟某和徐毛毛的借用约定生效时。

③拟制交付。

拟制交付，是指出让人将标的物的权利凭证（如仓单、提单等）交给受让人，以代替标的物的现实交付。

(二) 一般物权变动之非基于民事法律行为的物权变动★★★

非基于民事法律行为的物权变动★★★

情形	变动时间
政府征收	征收决定生效时
法律文书（包括判决书和裁决书）	法律文书生效时
继承	继承开始时（死亡时）
事实行为	事实行为成就时（完成时）

1. 政府征收★

因人民政府的征收决定导致物权设立、变更、转让或者消灭的，自征收决定生效时发生效力。

[萌主点拨] 征收

为了公共利益的需要，依照法律规定的权限和程序可以征收集体所有的土地和组织、个人的房屋以及其他不动产。

征收集体所有的土地，应当依法及时足额支付土地补偿费、安置补助费以及农村村民住宅、其他地上附着物和青苗等的补偿费用，并安排被征地农民的社会保障费用，保障被征地农民的生活，维护被征地农民的合法权益。

征收组织、个人的房屋以及其他不动产，应当依法给予征收补偿，维护被征收人的合法权益；征收个人住宅的，还应当保障被征收人的居住条件。

任何组织或者个人不得贪污、挪用、私分、截留、拖欠征收补偿费等费用。

🔗 典型真题

根据公平正义理念的内涵，关于《物权法》第42条就“征收集体土地和单位、个人房屋及其他不动产”所作的规定，下列哪些说法可以成立？（2012年·卷三·51题）^①

- A. 有公共利益的需要，方可进行征收，实现国家、集体和个人利益的统一
- B. 征收须依照法定权限和程序进行，保证程序公正
- C. 对失地农民须全面补偿，对失房市民可予拆迁补偿，合理考虑不同诉求
- D. 明确保障住宅被征收人的居住条件，保护正当利益和民生

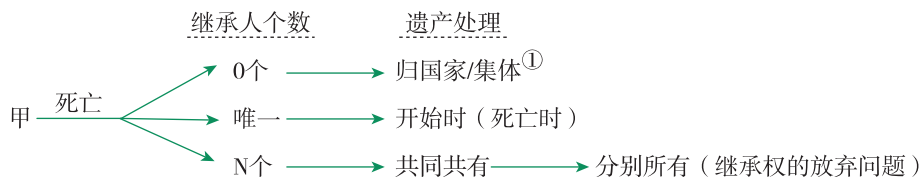
2. 法律文书★★★

因人民法院、仲裁机构的法律文书导致物权设立、变更、转让或者消灭的，自法律文书生效时发生效力。

3. 继承★★★

[提示] 该问题为编纂《民法典》中的重大制度修改。

^① 答案：ABD。



(继承部分法律关系示意图)

[例] 甲出境经商下落不明, 2015年9月其妻乙请求被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。请问: 乙何时取得甲遗产的所有权?

答: 甲被宣告死亡时(2015年9月)。

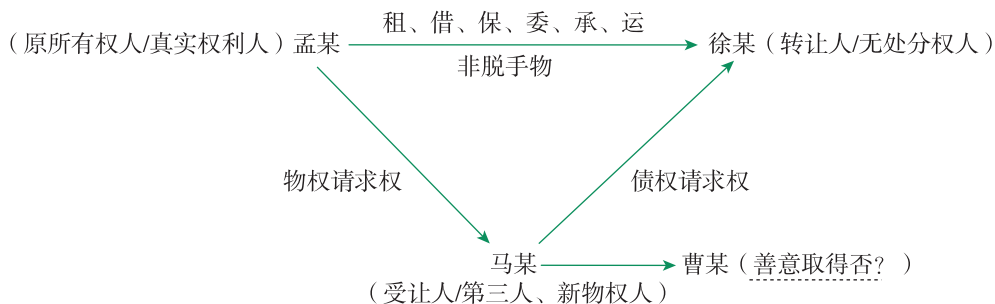
4. 事实行为★

因合法建造、拆除房屋等事实行为设立或消灭物权的, 自事实行为成就时发生效力。

[例] 中州公司依法取得某块土地建设用地使用权并办理报建审批手续后, 开始了房屋建设并已经完成了外装修。请问: 中州公司因何种行为而取得了房屋所有权?

答: 事实行为。

(三) 特殊物权变动之善意取得^②★★★



(善意取得部分当事人示意图)

[例] 2019年10月1日, 孟某将自己一块价值27500元的欧米茄手表委托徐某保管。徐某因购房急需用钱, 遂于2019年10月2日以自己的名义将孟某的手表卖给马某并交付。根据上述案情, 请回答:

1. 徐某以自己的名义将孟某的手表卖给马某的行为是有权处分, 还是无权处分?

答: 无权处分。

① 无人继承又无人受遗赠的遗产, 归国家所有; 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。

② 善意取得系物权追及效力的例外, 例外就不得成为常态, 切莫犯“善意取得综合症”。注意: 善意取得制度的核心制度理念就是为了保护交易利益而剥夺原所有权人的所有权。

2. 徐某与马某签订的买卖合同效力如何？

答：有效。因为无权处分的买卖合同合法有效。

3. 如马某构成善意取得，孟某是否可以对马某行使物权请求权，请求马某返还手表？

答：不可以。

4. 如马某构成善意取得，孟某如何救济自己的权利？

答：孟某对徐某享有三种债权请求权，择一选择：

- (1) 基于保管合同追究徐某的违约责任；
- (2) 基于所有权追究徐某的侵权责任；
- (3) 请求徐某返还不当得利（前提是马某已经给付价款）。

5. 如马某构成善意取得后，又将手表赠与曹某，曹某可否善意取得？

答：不可以。因为马某属于有权处分。

6. 马某构成善意取得后，如刘某对手表享有动产抵押权，但马某对此毫不知情。则刘某可否向马某主张抵押权？

答：不可以。因为善意受让人取得动产后，该动产上的原有权利消灭。但是，善意受让人在受让时知道或者应当知道该权利的除外。

7. 如马某不构成善意取得，孟某是否可以对马某行使物权请求权，请求马某返还手表？

答：可以。

[注意] 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。

8. 如马某不构成善意取得，在马某将手表返还给孟某后，应如何救济自己的权利？

答：马某对徐某享有两种债权请求权，择一选择：

- (1) 基于合法有效的买卖合同追究徐某的违约责任；
- (2) 请求徐某返还不当得利（前提是马某已经给付价款）。

根据上述 8 个问题，我们即可以对善意取得有一个大体的了解。在善意取得情形中，最重要的一个问题即第三人是否构成善意取得。对于这个问题的不同回答将决定三方当事人之间的不同法律关系。

[归纳总结] 善意取得 = 无权处分 + 有效合同 + 登记/交付 = 物权变动 = 原始取得

1. 善意取得的四大构成要件 ★★★

口诀	卖方一个，买方俩，还有一个公示管全家	
具体内容	卖方 无权 处分	1. 无权处分，是指以自己的名义处分他人的财产；题目中关键词通常为： <u>擅自或未经</u>
		2. 关于“处分”：租赁行为系 <u>负担行为</u> 而非处分行为，以自己的名义将他人房屋出租的，虽租赁合同合法有效，但与善意取得无涉（ <u>负担行为 VS 处分行为</u> ）
		3. 关于“他人”：处分 <u>自己的财产</u> ，系有权处分，与善意取得无涉（ <u>自己的财产 VS 他人的财产</u> ）
		4. 关于“自己的名义”：以 <u>他人的名义</u> 处分他人的财产，属于 <u>无权代理</u> （合同效力待定），而非无权处分，与善意取得亦无涉（ <u>无权代理 VS 无权处分</u> ）

续表

具体内容	买方主观上善意且无重大过失	1. 何为善意？ <u>不知情、不了解、不知悉即为善意</u> ；如题目中表述为“ <u>知情、了解、知悉</u> ”，则表明买方主观上不善意，不能善意取得
		2. 何时善意？ <u>公示时，即依法完成不动产物权转移登记或动产交付之时</u>
		3. 何为重大过失？具有下列情形之一的，应当认定不动产受让人 <u>知道</u> 转让人无处分权：（1）登记簿上存在有效的异议登记；（2） <u>预告登记有效期内</u> ，未经预告登记的权利人同意；（3）登记簿上已经记载司法机关或行政机关依法裁定、决定 <u>查封</u> 或以其他形式限制不动产权利的有关事项；（4）受让人 <u>知道</u> 登记簿上记载的权利主体错误；（5）受让人 <u>知道</u> 他人已经依法享有不动产物权。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
	买方客观上支付合理对价	1. 关于“支付”：买方客观上支付合理对价， <u>仅需约定的价款合理即可</u> ，至于是否真正交付了价款则在所不问
已经完成公示		2. 关于“合理”： <u>大于等于时价或市价即为合理</u> ；如题目中表述为“ <u>低于时价或市价；远远低于时价或市价</u> ”，则表明价格不合理
		3. 关于“对价”：善意取得必须是有偿的（如 <u>买卖合同/互易合同</u> ），如系通过 <u>赠与、遗赠等无偿情形取得财产的，则不构成善意取得</u>
		转让的 <u>不动产或动产依照法律规定应当登记的已经登记</u> ，不需要登记的 <u>已经交付</u> 给受让人 [<u>即不动产已登记，动产已交付（可以采用现实交付、简易交付和指示交付，但不得采用占有改定的方式）</u>]

【萌点拨】如何判断是否构成无权处分呢？

【例1】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。请问：乙将轿车赠送给弟弟丙的行为是否构成无权处分？

答：不构成。该行为属于有权处分。

【例2】孟某赴英国进修1年，留有房屋无人居住，乃将钥匙交其邻居王某保管，以便处理紧急事务。后王某为图谋私利，伪称该房屋为其所有，出租于徐毛毛，每月收取租金1万元，为期10个月。请问：王某的行为是否构成无权处分？

答：不构成。该行为属于负担行为。

【例3】甲因出国留学将自己的一幅名画交由乙保管，后乙急需用钱，以甲的名义将该幅名画以市价卖给丙并交付于丙。请问：乙的行为是否构成无权处分？

答：不构成。该行为属于无权代理。

【例4】某商场在促销活动期间贴出醒目告示：“本商场家电一律试用20天，满意者付款。”王某从该商场搬回冰箱一台，试用期间内王某将冰箱以2万元出卖给不知情的邻居孟某并交付。请问：王某的行为是否构成无权处分？

答：不构成。该行为属于有权处分。

【例5】乙将其1辆汽车出卖给甲，约定价款30万元。甲先付了20万元，余款在6个月内分期支付。在分期付款期间，乙先将汽车交付给甲，但明确约定付清全款后乙才将汽

车的所有权移转给甲。嗣后，乙又将该汽车以 20 万元的价格卖给不知情的丙，并以指示交付的方式完成交付。请问：乙的行为是否构成无权处分？

答：不构成。该行为属于有权处分。

[例 6] 乙向甲借款 500 万元，将自己的房屋抵押给甲并办理了抵押登记。在抵押期间，乙将自己的房屋出卖给丙并办理了过户登记。请问：乙的行为是否构成无权处分？

答：不构成。该行为属于侵犯债权人优先受偿权的有权处分。

[例 7] 甲公司与乙公司签订商品房包销合同，约定甲公司将其开发的 10 套房屋交由乙公司包销。甲公司将其其中 1 套房屋卖给丙，丙向甲公司支付了首付款 20 万元。后因国家出台房地产调控政策，丙不具备购房资格，甲公司与丙之间的房屋买卖合同不能继续履行。请问：甲公司将房屋出卖给丙的行为是否属于无权处分？

答：不构成。该行为属于需承担违约责任的有权处分。

[例 8] 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。请问：甲的行为是否构成无权处分？

答：不构成。该行为属于侵犯房屋承租人优先购买权的有权处分。

[萌主点拨] 如何判断买方主观上是否善意呢？

[例 1] 甲被法院宣告失踪，其妻乙被指定为甲的财产代管人。3 个月后，乙将登记在自己名下的夫妻共有房屋出售给丙，交付并办理了过户登记。在此过程中，乙向丙出示了甲被宣告失踪的判决书，并将房屋属于夫妻二人共有的事实告知丙。1 年后，甲重新出现，并经法院撤销了失踪宣告。现甲要求丙返还房屋。请问：丙能否善意取得房屋所有权？

答：不能。

[例 2] 甲借用乙的山地自行车，刚出门就因莽撞骑行造成自行车链条断裂，甲将自行车交给丙修理，约定修理费 100 元。乙得知后立刻通知甲解除借用关系并告知丙，同时要求丙不得将自行车交给甲。丙向甲核实，甲承认。自行车修好后，甲、乙均请求丙返还。请问：在修理费未支付前，丙就自行车是否享有留置权？

答：享有。

2. 善意取得的适用范围和法律效果★★★

适用范围	动产	(1) 占有委托物（又称非脱手物），即基于原所有权人的意思而占有他人之物。如基于租赁合同关系、借用合同关系、保管合同关系、委托合同关系、承揽合同关系、运输合同关系等占有他人之物（即属于合法占有） (2) 占有脱离物（又称脱手物）：即非基于原所有权人的意思而占有他人之物。如盗赃物、遗失物、埋藏物、隐藏物等（注意：盗赃物、遗失物、埋藏物、隐藏物绝不适用善意取得）
	不动产	(1) 夫妻共有房屋，但产权只登记在一人名下
		(2) 法院作出判决后导致记名产权人和实际产权人不一致
		(3) 房屋买卖合同被认定为无效或被撤销后尚未办回过户登记手续期间
权利	抵押权、质押权、留置权等也可以善意取得	
法律效果	行为人善意取得标的物后对标的物的再处分属于有权处分，二者签订的合同合法有效，第三人可以继受取得标的物所有权	

[萌主点拨] 关于遗失物能否善意取得问题

下列请求权不适用诉讼时效的规定：(2) 不动产物权和登记的动产物权的权利人请求返还财产。

所有权人或其他权利人有权追回遗失物。该遗失物通过转让被他人占有的，权利人有权向无处分权人请求损害赔偿，或自知道或应当知道受让人之日起2年内向受让人请求返还原物，但受让人通过拍卖或向具有经营资格的经营者购得该遗失物的，权利人请求返还原物时应当支付受让人所付的费用。权利人向受让人支付所付费用后，有权向无处分权人追偿。

[例1] 孟某有一块价值27500元的欧米茄手表，徐毛毛甚是喜爱，欲借用3天。孟某欣然接受，将手表交付于徐毛毛。借期届满后，徐毛毛拒不归还手表。请问：孟某基于所有权人的身份欲请求徐毛毛返还手表（行使返还原物请求权，即物权请求权），是否受期间限制？

答：3年诉讼时效。因为手表系普通动产。

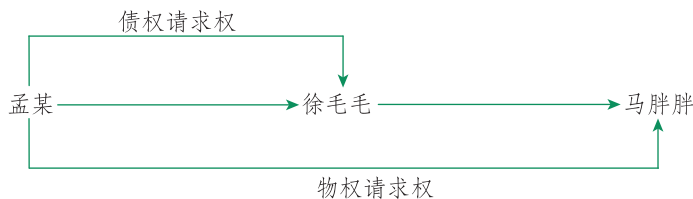
[例2] 孟某有一辆价值100万元的宝马轿车登记在自己名下，徐毛毛甚是喜爱，欲借用3天。孟某欣然接受，将轿车交付于徐毛毛。借期届满后，徐毛毛拒不归还轿车。请问：孟某基于所有权人的身份欲请求徐毛毛返还轿车（行使返还原物请求权，即物权请求权），是否受期间限制？

答：不受。因为轿车系登记的特殊动产。

[例3] 孟某有一块价值27500元的欧米茄手表，一天孟某不小心将其丢失被徐毛毛拾得。请问：孟某基于所有权人的身份欲请求徐毛毛返还手表，是否受期间限制？

答：3年诉讼时效。因为手表系普通动产。

[例4] 2019年8月10日，孟某将自己价值27500元的欧米茄手表丢失，被徐毛毛拾得。9月10日徐毛毛将该手表以15000元卖给了不知情的马胖胖并交付。2020年1月1日，孟某得知上述事实。根据上述案情及如下示意图，请回答：



(动产遗失物再转让部分法律关系示意图)

(1) 如孟某向徐毛毛请求损害赔偿（行使债权请求权，“要钱不要物”），是否受期间限制？

答：3年诉讼时效。

(2) 如孟某向徐毛毛请求损害赔偿，马胖胖可否主张继受取得手表所有权？

答：可以。

(3) 如孟某向马胖胖请求返还手表（行使物权请求权，“要物不要钱”），是否受期间限制？

答：2年除斥期间。

(4) 在 2 年除斥期间内，孟某一直未向马胖胖请求返还手表。2 年后，马胖胖可否主张继受取得手表所有权？

答：可以。

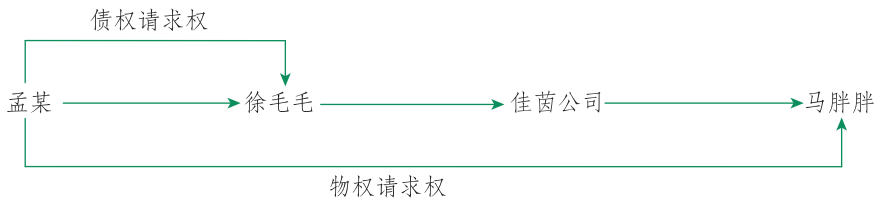
(5) 如孟某向马胖胖请求返还手表，马胖胖可否要求孟某给付自己购买手表时所支付的 15000 元？

答：不可以。

(6) 如孟某将手表追回，马胖胖的损失如何处理？

答：追究徐毛毛的违约责任或主张不当得利返还。

[例 5] 2019 年 8 月 10 日，孟某将自己价值 27500 元的欧米茄手表丢失，被徐毛毛拾得。9 月 10 日徐毛毛将该手表以 15000 元卖给佳茵拍卖公司。10 月 10 日，马胖胖从佳茵拍卖公司以 25000 元拍得该手表。2020 年 1 月 1 日，孟某得知上述事实。根据上述案情及如下示意图，请回答：



(动产遗失物再转让部分法律关系示意图)

(1) 如孟某向徐毛毛请求损害赔偿，是否受期间限制？

答：3 年诉讼时效。

(2) 如孟某向马胖胖请求返还手表，是否受期间限制？

答：2 年除斥期间。

(3) 如孟某向马胖胖请求返还手表，马胖胖可否要求孟某给付自己购买手表时所支付的 25000 元？

答：可以。

(4) 如孟某将自己的手表追回且支付给马胖胖 25000 元，孟某应向谁追偿？

答：徐毛毛或佳茵公司（如佳茵公司有过错）。

(四) 特殊物权变动之动产遗失物的拾得 ★★★

动产遗失物的拾得 ★★★

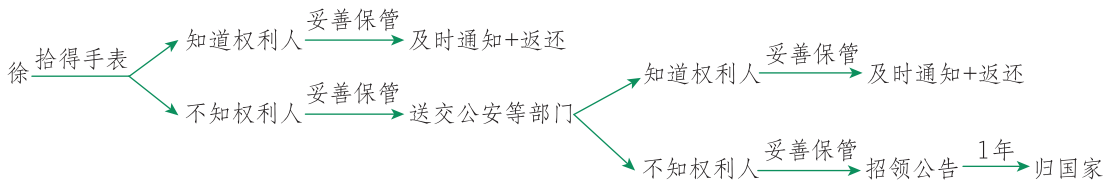
含义	发现他人遗失的动产并予以占有的一种民事法律事实
拾得人的义务	1. 返还义务（拾得遗失物，应当返还权利人；拾得人将拾得物据为己有，拒不返还而引起诉讼的，按照侵权之诉处理）
	2. 通知义务（拾得人应当及时通知权利人领取，或送交公安等有关部门；有权利也有义务接受遗失物的部门为公权力部门，非公权力部门是不可以的）
	3. 保管义务（拾得人在遗失物送交有关部门前，有关部门在遗失物被领取前，应当妥善保管遗失物；因故意或重大过失致使遗失物毁损、灭失的，应当承担民事责任）

续表

拾得人的权利	1. 必要费用请求权（权利人领取遗失物时，应当向拾得人或者有关部门支付保管遗失物等支出的必要费用，法理依据：无因管理）
	2. 悬赏报酬请求权（权利人悬赏寻找遗失物的，领取遗失物时应当按照承诺履行义务，法理依据：单方允诺之债）
	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
归属	自发布招领公告之日起 1 年内无人认领的，归国家所有
注意	拾得漂流物、发现埋藏物或隐藏物的，参照适用拾得遗失物的有关规定。法律另有规定的，依照其规定
性质	事实行为

[重大制度修改] 遗失物的归属

《民法典》第 318 条：遗失物自发布招领公告之日起 1 年内无人认领的，归国家所有。



(动产遗失物的拾得部分当事人示意图)

(五) 特殊物权变动之先占制度★★

含义	基于所有的意思，先于他人占有无主动产，从而取得其所有权的事实
构成要件	1. 须以自己所有的意思占有无主物 ^① （占有行为+自主占有意思）
	2. 对象是无主动产（注意：标的物必须系动产，对于不动产而言不存在先占的问题；抛弃物：抛弃意思+抛弃行为）
	3. 不得违反法律、行政法规的强制性或禁止性规定（如专属于国家的财产、禁止流通物等，均不能先占）
性质	事实行为

[提示] 本考点历年来共直接考查 2 次。

[萌主点拨] 无主物 VS 遗失物

标的物的性质为无主物还是遗失物该如何判断？

对于标的物是否属于无主物，判断的标准不在拾得人主观上如何认为，关键取决于权利人是否有丧失所有权的意思，如果权利人已经放弃所有权，对于拾得人来说就可以基于先占制度取得所有权。相反，如果权利人并没有放弃所有权的意思，对于拾得人来说只能构成拾得遗失物而非先占。

① 《德国民法典》第 985 条第 1 款：以自主占有方式占有无主动产者，取得对该物之所有权。

[例] 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，《物权法》规定河流属于国家所有，这一行为可能属于侵占国家财产。请问：潘某能否取得奇石的所有权？

答：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。

(六) 特殊物权变动之添附制度★★

含义	数个不同所有人的物结合成一物或由所有人以外的人加工而成为新物					
种类	附合	含义	两个以上不同所有人的物结合在一起而不能分离，若分离会毁损该物或花费较大			
		种类	<table border="1"> <tr> <td>不动产和动产</td> <td>附合物的所有权由不动产所有人取得，但应当给原动产所有人以补偿（如甲取乙的建材，修建自己的房屋）</td> </tr> <tr> <td>动产和动产</td> <td>附合物的所有权由原所有人按照其动产的价值，共有合成物；如果可以区别主物或从物，或一方动产的价值显然高于他方的动产，则应当由主物或价值较高物的原所有人取得合成物的所有权，并给予对方补偿（如甲取乙的纸糊于自己的门窗）</td> </tr> </table>	不动产和动产	附合物的所有权由不动产所有人取得，但应当给原动产所有人以补偿（如甲取乙的建材，修建自己的房屋）	动产和动产
	不动产和动产	附合物的所有权由不动产所有人取得，但应当给原动产所有人以补偿（如甲取乙的建材，修建自己的房屋）				
	动产和动产	附合物的所有权由原所有人按照其动产的价值，共有合成物；如果可以区别主物或从物，或一方动产的价值显然高于他方的动产，则应当由主物或价值较高物的原所有人取得合成物的所有权，并给予对方补偿（如甲取乙的纸糊于自己的门窗）				
	混合	含义	两个以上不同所有人的动产互相混杂合并，不能识别			
		种类	动产和动产	混合物的所有权，准用附合的规定（如甲取乙的味精加于自己的香菇排骨汤之内）		
加工	含义	在他人之物上附加自己的有价值的劳动，使之成为新物				
	种类	劳力和他人动产	加工物的所有权原则上归原物的所有人，并给加工人以补偿。但是当加工增加的价值大于材料的价值时，加工物可以归加工人所有，但应当给原物的所有人以补偿（如甲误取乙的宣纸绘成名画）			
法理	于添附之情形，法律之所以重定动产之所有权，专归某人单独取得，纯粹是为了避免形成共有关系或恢复原状，以减少纠纷，维护物之社会经济价值					

[萌点拨] 附合 VS 混合

附合的数个动产在形体上可以识别、分割，只是分离后要损害附合物的价值，出于社会利益考虑不许分割；而混合则是数个动产混合于一起，在事实上不能也不易区分。

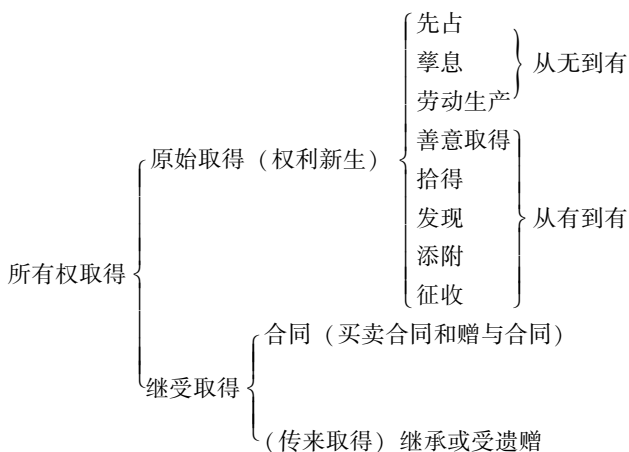
※ [民法典新增] 添附的种类

《民法典》第322条：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造成另一方当事人损害的，应当给予赔偿或者补偿。

[例] 孟某装修房屋，误以为徐毛毛的地砖为自家所有，并予以使用。请问：孟某的行为是否构成附合？

答：构成。

二、物权变动的学理分类体系★★



（物权变动学理分类体系框架图）

〔提示〕本考点历年来共直接考查1次。

物权变动的学理分类项下，依据物权的取得是否源自前手，将所有权的取得分为原始取得和继受取得两类。

原始取得，又称权利新生，是指非基于原权利人的意志或意思而取得某物的所有权，换句话说就是基于法律的规定而取得某物的所有权。如先占、孳息、劳动生产、善意取得、拾得、发现、添附、征收等。

继受取得，又称传来取得，是指基于原权利人的意志或意思而取得某物的所有权。如合同、继承或受遗赠等。

典型真题

下列哪一选项属于所有权的继受取得？（2008年·卷三·10题）^①

- A. 甲通过遗嘱继承其兄房屋一间
- B. 乙的3万元存款得利息1000元
- C. 丙购来木材后制成椅子一把
- D. 丁拾得他人搬家时丢弃的旧电扇一台

〔萌主点拨〕在本节结束时，我们必须再次强调关于物权变动的两套基础公式：

一般物权变动=有权处分+有效合同+登记/交付=物权变动=继受取得

特殊物权变动=无权处分+有效合同+登记/交付=物权变动=原始取得=善意取得

这两套基础公式系物权变动的“任督二脉”，如你能熟练掌握这两套基础公式，也就打通了物权变动的“任督二脉”，对于考试中物权变动的问题定能轻松应对。

第二节 业主的建筑物区分所有权

〔提示〕业主的建筑物区分所有权规定在物权编第六章。在《民法典》编纂过程中，

^① 答案：A。

业主的建筑物区分所有权制度进行了重大制度修改和创新。因此，该节必然是 2020 年法考重点，在备考过程中，必须重点学习。

一、业主的建筑物区分所有权的构成★

业主对建筑物内的住宅、经营性用房等专有部分享有所有权，对专有部分以外的共有部分享有共有和共同管理的权利。据此可知，业主的建筑物区分所有权由三部分构成，分别是专有权、共有权和成员权。

建筑物区分所有权的构成★

专有权	1. 业主对其建筑物专有部分享有占有、使用、收益和处分的权利； <u>业主行使权利不得危及建筑物的安全，不得损害其他业主的合法权益</u> 2. 建筑物及其附属设施的费用分摊、收益分配等事项，有约定的，按照约定；没有约定或者约定不明确的，按照业主专有部分面积所占比例确定
共有权 ★★	1. 业主对建筑物专有部分以外的共有部分，享有权利，承担义务； <u>不得以放弃权利而不履行义务</u> 。业主转让建筑物内的住宅、经营性用房，其对共有部分享有的共有和共同管理的权利一并转让 2. 各区分所有权人之间 <u>不存在优先购买权</u> ，区别于按份共有人的优先购买权
成员权	基于建筑物的管理、维护和修缮等共同事务而产生的成员权

[萌主点拨] 共有权

1. 业主不得以放弃权利而不履行义务。
2. 建筑物区分所有权人之间不存在优先购买权，区别于按份共有人的优先购买权。

🔗 典型真题

某小区徐某未获得规划许可证和施工许可证便在自住房前扩建一个门面房，挤占小区人行通道。小区其他业主多次要求徐某拆除未果后，将该门面房强行拆除，毁坏了徐某自住房屋的墙砖。关于拆除行为，下列哪些表述是正确的？（2014 年·卷三·58 题）^①

- A. 侵犯了徐某门面房的所有权
- B. 侵犯了徐某的占有
- C. 其他业主应恢复原状
- D. 其他业主应赔偿徐某自住房屋墙砖毁坏的损失

二、业主的建筑物区分所有权之共有权★★

建筑物区分所有权之共有权★★

全小区 共有	道路	归属	业主共有（例外：城镇公共道路）
	绿地	归属	业主共有（例外：城镇公共绿地或明示属于个人）
	公共场所	归属	业主共有
	共有设施	归属	业主共有

① 答案：BD。

续表

全小区共有	物业服务用房	归属	业主共有
	维修资金	归属	业主共有
	车位、车库 ★★	归属	1. 由当事人通过出售、附赠或出租等方式约定 2. 占用业主共有的道路或其他场地用于停放汽车的车位，属于业主共有
使用		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	
全楼共有	建筑物的基础、承重结构、外墙、屋顶等基本结构部分，通道、楼梯、大堂等公共通行部分，消防、公共照明等附属设施、设备，避难层、设备层或设备间等结构部分		
两户共有	楼板、承重墙以外的其他墙体（对于楼板和墙体，采用“墙体中间层说”，即双方的权利到墙体的中间，而承重墙属于全楼共有非两户共有）		

※ [民法典新增制度] 共有部分收益的归属

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

三、业主的建筑物区分所有权之成员权☆☆☆

[提示] 业主的成员权，即表决权，管理权问题系《民法典》编纂过程中的重大制度修改，在备考中，务必重视。

成员权（表决权或管理权）☆☆☆

一般事项	口诀	定改规则和规约； <u>选换成员聘企业</u> ； <u>使用资金变三一</u>
	具体内容	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. 选举业主委员会或更换业主委员会成员
		4. 选聘和解聘物业服务企业或其他管理人
行权	5. <u>使用建筑物及其附属设施的维修资金</u>	
	1. 应当由专有部分面积占比 2/3 以上的业主且人数占比 2/3 以上的业主参与表决（双 2/3 参与） 2. 应当经参与表决专有部分面积过半数的业主且参与表决人数过半数的业主同意（双 1/2 同意）	
特殊事项	口诀	筹集资金，建设施；改变用途，搞经营
	具体内容	1. 筹集建筑物及其附属设施的维修资金
		2. 改建、重建建筑物及其附属设施（如广告牌、花圃等）
		3. 改变共有部分的用途或利用共有部分从事经营活动
行权	1. 应当由专有部分面积占比 2/3 以上的业主且人数占比 2/3 以上的业主参与表决 2. 应当经参与表决专有部分面积 3/4 以上的业主且参与表决人数 3/4 以上的业主同意	

[萌主点拨] 维修资金的归属和使用

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。维修资金的筹集、使用情况应当公布。

紧急情况下需要维修建筑物及其附属设施的，业主大会或业主委员会可以依法申请使用维修资金。

四、业主的权利和义务☆☆

权利	自治权 ☆☆	业主可以 <u>设立业主大会，选举业主委员会</u> 。 <u>业主大会、业主委员会成立的具体条件和程序，依照法律、法规的规定</u> 。地方人民政府有关部门、 <u>居民委员会应当对设立业主大会和选举业主委员会给予指导和协助</u>
	决定撤销权	业主大会或业主委员会的决定，对业主具有法律约束力。业主大会或业主委员会作出的决定侵害业主合法权益的，受侵害的业主可以请求法院予以撤销
	物业管理权 ☆☆☆	1. 业主可以 <u>自行管理（自主管理权）</u> 建筑物及其附属设施，也可以 <u>委托物业服务企业或者其他管理人管理（委托管理权）</u> 。对建设单位聘请的物业服务企业或者其他管理人， <u>业主有权依法更换（解聘权）</u> 2. 物业服务企业或者其他管理人根据业主的委托，依照《民法典》合同编有关物业服务合同的规定管理建筑区划内的建筑物及其附属设施， <u>并接受业主的监督（监督权）</u> 。物业服务企业或者其他管理人应当及时答复业主对物业服务情况提出的询问（知情权）
	救济权 ☆☆	业主对建设单位、物业服务企业或者其他管理人以及其他业主侵害自己合法权益的行为，有权请求其承担民事责任
义务	禁止住改商	业主不得违反法律、法规以及管理规约，将住宅改变为经营性用房。业主将住宅改变为经营性用房的，除遵守法律、法规以及管理规约外，应当经有利害关系的业主一致同意（注意： <u>利害关系人的一票否决权</u> ）
	禁止权利滥用	1. 业主应当遵守法律、法规以及管理规约。 <u>业主大会或业主委员会</u> ，对任意弃置垃圾、排放污染物或噪声、违反规定饲养动物、违章搭建、侵占通道、拒付物业费等损害他人合法权益的行为，有权依照法律、法规以及管理规约，请求行为人停止侵害、排除妨碍、消除危险、恢复原状、赔偿损失 2. <u>行为人拒不履行相关义务的，有关当事人可以向有关行政主管部门投诉，有关行政主管部门应当依法处理</u>

🔗 典型真题

蒋某是C市某住宅小区6栋3单元502号房业主，入住后面临下列法律问题，请根据相关事实予以解答。请回答第1—3题。

1. 小区地下停车场设有车位500个，开发商销售了300个，另200个用于出租。蒋某购房时未买车位，现因购车需使用车位。下列选项正确的是？（2017年·卷三·86题）^①

① 答案：C。

- A. 蒋某等业主对地下停车场享有业主共有权
- B. 如小区其他业主出售车位，蒋某等无车位业主在同等条件下享有优先购买权
- C. 开发商出租车位，应优先满足蒋某等无车位业主的需要
- D. 小区业主如出售房屋，其所购车位应一同转让

2. 该小区业主田某将其位于一楼的住宅用于开办茶馆，蒋某认为此举不妥，交涉无果后向法院起诉，要求田某停止开办。下列选项正确的是？（2017年·卷三·87题）^①

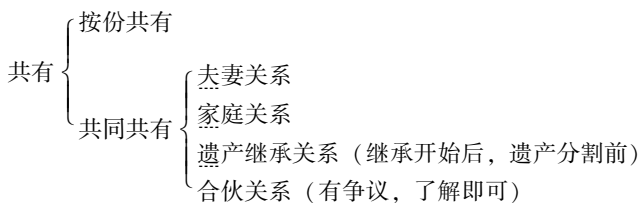
- A. 如蒋某是同一栋住宅楼的业主，法院应支持其请求
- B. 如蒋某能证明因田某开办茶馆而影响其房屋价值，法院应支持其请求
- C. 如蒋某能证明因田某开办茶馆而影响其生活质量，法院应支持其请求
- D. 如田某能证明其开办茶馆得到多数利害关系业主的同意，法院应驳回蒋某的请求

请求

3. 对小区其他业主的下列行为，蒋某有权提起诉讼的是？（2017年·卷三·88题）^②

- A. 5栋某业主任意弃置垃圾
- B. 7栋某业主违反规定饲养动物
- C. 8栋顶楼某业主违章搭建楼顶花房
- D. 楼上邻居因不当装修损坏蒋某家天花板

第三节 共有制度



（共有制度体系框架图）

[图释] 不动产或动产可以由两个以上组织、个人共有。包括按份共有和共同共有。按份共有人对共有的不动产或动产按照其份额享有所有权。共同共有人对共有的不动产或动产共同享有所有权。

如何认定当事人之间的关系属于按份共有还是共同共有呢？

一般认为，共同共有（俗称“紧密的联盟”）仅包括四类，用4字口诀来表述，即“夫、家、遗、伙”。通俗而言，只有当事人之间存在夫妻关系、家庭关系、遗产继承关系和合伙关系才会被认定为共同共有，除此之外，统统认定或推定为按份共有（俗称“松散的联盟”）。

一言以蔽之，共有人对共有的不动产或动产没有约定为按份共有或共同共有，或约定不明确的，除共有人具有家庭关系等外，视为按份共有。

① 答案：ABC。

② 答案：D。

一、按份共有★★

内部 关系	管理	保存 行为	共有人按照约定管理共有的不动产或动产；没有约定或约定不明确的，各共有人都有管理的权利和义务 [归纳总结] 有约从约；无约均有	
		重大 修缮	对共有的不动产或动产作重大修缮、变更性质或用途的，应当经占份额 2/3 以上（约为 67%）的按份共有人同意，但是共有人之间另有约定的除外 [归纳总结] 有约从约；无约应当经 2/3 以上份额共有人同意	
	收益分配	1. 看约定；2. 看出资额；3. 推等额		
	费用负担	有约从约，无约按份		
	分割	确定	有约从约；无约随时分（行权不受期间限制）	
		方式	1. 协商；2. 实物；3. 折价、变价（拍卖、变卖）	
		瑕疵	物的瑕疵和权利的瑕疵；其他共有人分担	
	处分 ★★★	共有物 ☆☆☆	需要 2/3 以上份额共有人同意；否则，若实际处分，构成无权处分；买卖合同有效，第三人符合善意取得构成要件的，可以取得共有物的所有权（注意：出租行为的性质：负担行为）	
			原则	按份共有人可以转让其享有的共有的不动产或动产份额（注意：转让自由，无须经其他按份共有人同意）
		限制	1. 其他按份共有人在同等条件下享有优先购买的权利 2. 按份共有人转让其享有的共有的不动产或动产份额的，应当将转让条件及时通知其他共有人。其他共有人应当在合理期限内行使优先购买权。两个以上其他共有人主张行使优先购买权的，协商确定各自的购买比例；协商不成的，按照转让时各自的共有份额比例行使优先购买权 [归纳总结] 及时通知，协商不成按比例	
外部 关系	第三人害共有物	连带债权	各共有人均可行使全部物上请求权或债权请求权	
	共有物害第三人	连带债务	1. 第三人可请求各共有人清偿全部损失 2. 超过份额的，有权向其他共有人追偿。（对外连带，对内按份）	

（一）内部关系

1. 管理★★

（1）保存行为。

共有人按照约定管理共有的不动产或动产；没有约定或约定不明确的，各共有人都有管理的权利和义务。

（2）重大修缮★★

对共有的不动产或动产作重大修缮、变更性质或用途：

①原则：应当经占份额 2/3 以上的按份共有人同意；

②例外：共有人之间另有约定。

2. 收益分配★★

按份共有人对共有的不动产或动产享有的份额，没有约定或约定不明确的，按照出资额确定；不能确定出资额的，视为等额享有。

[例] 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。请问：张某可请求李某返还几万元？

答：6万元。

3. 费用负担。

共有人对共有物的管理费用以及其他负担，有约定的，按照其约定；没有约定或者约定不明确的，按份共有人按照其份额负担，共同共有人共同负担。

4. 分割。

共有人约定不得分割共有的不动产或动产，以维持共有关系的，应当按照约定，但是共有人有重大理由需要分割的，可以请求分割；没有约定或约定不明确的，按份共有人可以随时请求分割，共同共有人在共有的基础丧失或有重大理由需要分割时可以请求分割。因分割造成其他共有人损害的，应当给予赔偿。

共有人可以协商确定分割方式。达不成协议，共有的不动产或动产可以分割并且不会因分割减损价值的，应当对实物予以分割；难以分割或因分割会减损价值的，应当对折价或拍卖、变卖取得的价款予以分割。共有人分割所得的不动产或动产有瑕疵的，其他共有人应当分担损失。

5. 处分☆☆☆

(1) 共有物的处分。

①原则：应当经占份额2/3以上的按份共有人同意；

②例外：共有人之间另有约定。



甲、乙、丙、丁共有1套房屋，各占1/4，对共有房屋的管理没有进行约定。甲、乙、丙未经丁同意，以全体共有人的名义将该房屋出租给戊。关于甲、乙、丙上述行为对丁的效力的依据，下列哪一表述是正确的？（2012年·卷三·6题）^①

A. 有效，出租属于对共有物的管理，各共有人都有管理的权利

B. 有效，对共有物的处分应当经占共有份额2/3以上的共有人的同意，出租行为较处分为轻，当然可以为之

C. 无效，对共有物的出租属于处分，应当经全体共有人的同意

D. 有效，出租是以利用的方法增加物的收益，可以视为改良行为，经占共有份额2/3以上的共有人的同意即可

(2) 共有份额的处分☆☆☆

※ [民法典新增制度] 按份共有人的优先购买权

按份共有人转让其享有的共有的不动产或动产份额的，应当将转让条件及时通知其他

^① 答案：B。

共有人。其他共有人应当在合理期限内行使优先购买权。两个以上其他共有人主张行使优先购买权的，协商确定各自的购买比例；协商不成的，按照转让时各自的共有份额比例行使优先购买权。

[归纳总结] 及时通知，协商不成按比例。

① 共有份额的处分是否是自由的？

按份共有人可以转让其享有的共有的不动产或动产份额。据此可知，按份共有人处分共有的份额是自由的，无需经过其他按份共有人的同意。

② 何为处分？

A. 按份共有人必须是处分自己的份额，其他按份共有人才能主张优先购买权。在继承、遗赠等情况下，原则上不得主张优先购买权，除非另有约定。

B. 处分系对外处分，如对内处分，即按份共有人之间的转让，原则上，不得主张优先购买权，除非另有约定。

③ 何为同等条件？

同等条件的判断要综合考虑转让价格、价款履行方式及期限等。

④ 优先购买权的行使方式。

按份共有人向共有人之外的人转让其份额，其他按份共有人的请求具有下列情形之一的，不予支持：

A. 未在规定的期间内主张优先购买，或虽主张优先购买，但提出减少转让价款、增加转让人负担等实质性变更要求；

B. 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认定该合同无效。

⑤ 优先购买权的行使期间。

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；没有约定或约定不明的，按下列情形确定：

A. 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；

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

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

D. 转让人未通知，且无法确定其他按份共有人知道或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。

⑥ 优先购买权的冲突解决。

两个以上其他共有人主张行使优先购买权的，协商确定各自的购买比例；协商不成的，按照转让时各自的共有份额比例行使优先购买权。

(二) 外部关系

因共有的不动产或动产产生的债权债务，在对外关系上，共有人享有连带债权、承担连带债务，但是法律另有规定或第三人知道共有人不具有连带债权债务关系的除外；在共有人内部关系上，除共有人另有约定外，按份共有人按照份额享有债权、承担债务，共同共有人共同享有债权、承担债务。偿还债务超过自己应当承担份额的按份共有人，有权向其他共有人追偿。

据此可知，按份共有的外部关系包括两个问题，即第三人害共有物和共有物害第三人。

[归纳总结] 外部关系的结论为对外连带对内按份，内外有别。

二、共同共有★★

共同共有★★（以夫妻关系为例）

内部 关系	管理	保存行为	共有人按照约定管理共有的不动产或动产；没有约定或约定不明确的，各共有人都有管理的权利和义务 [归纳总结] 有约从约；无约均有		
		重大修缮	全体共有人一致同意		
	收益分配	共同享有			
	费用负担	有约从约，无约共担			
	分割	条件	基础丧失（离婚或一方死亡）		
			重大理由	1. 一方有隐匿、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产或伪造夫妻共同债务等严重损害夫妻共同财产利益行为的 2. 一方负有法定扶养义务的人患重大疾病需要医治，另一方不同意支付相关医疗费用的	
		方式	1. 协商；2. 实物；3. 折价、变价（拍卖、变卖）		
		瑕疵	物的瑕疵和权利的瑕疵；其他共有人分担		
	处分	共有物处分	全体一致同意	部分共有人擅自处分的，构成无权处分；买卖合同有效，若第三人符合善意取得构成要件，可以取得共有物的所有权	
	外部 关系	第三人害共有物	连带债权	各共有人均可行使全部物上请求权或债权请求权	
共有物害第三人		连带债务	第三人可要求各共有人清偿全部损失		

[萌主点拨] 共同共有 VS 按份共有

共同共有与按份共有不同的方面包括如下五点：

1. 在管理问题项下，对于重大修缮或处分的需要全体共有人一致同意。
2. 收益分配部分，直接共同享有。
3. 费用负担问题，无约定的时候是共担。
4. 在共同共有的情况下，要想进行分割必须满足严格的条件，即基础丧失（如二者离婚）或重大理由，因为按份共有属于“松散的联盟”可以随时分割，而共同共有属于“紧密的联盟”不得轻易分割。
5. 在外部关系中，共有物害第三人的，共同共有不存在内部追偿问题。

典型真题

关于共有，下列哪些表述是正确的？（2011年·卷三·56题）^①

^① 答：BCD。

A. 对于共有财产，部分共有人主张按份共有，部分共有人主张共同共有，如不能证明财产是按份共有的，应当认定为共同共有

B. 按份共有人对共有不动产或者动产享有的份额，没有约定或者约定不明确的，按照出资额确定；不能确定出资额的，视为等额享有

C. 夫或妻在处理夫妻共同财产上权利平等，因日常生活需要而处理夫妻共同财产的，任何一方均有权决定

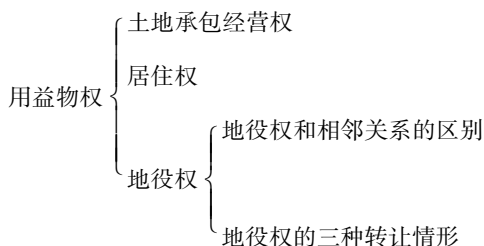
D. 对共有物的分割，当事人没有约定或者约定不明确的，按份共有人可以随时请求分割，共同共有人在共有的基础丧失或者有重大理由需要分割时可以请求分割

专题八

用益物权

知识体系

KNOWLEDGE HIERARCHY



复习提要

用益物权，是指用益物权人对他人所有的不动产或动产，依法享有占有、使用和收益的权利。本专题主要涉及三个方面的问题：1. 土地承包经营权；2. 居住权；3. 地役权。本专题在《民法典》编纂过程中制度修改巨大，特别是居住权乃新增制度，必须重点掌握。

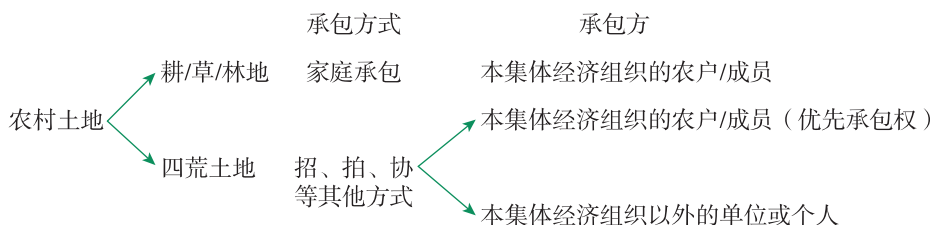
一、土地承包经营权★★★

双层经营体制	1. 农村集体经济组织实行 <u>家庭承包经营为基础、统分结合</u> 的双层经营体制 2. 农民集体所有和国家所有由农民集体使用的 <u>耕地、草地、林地</u> 以及其他用于农业的土地，依法实行土地承包经营制度
承包期限	1. 耕地的承包期为 30 年 2. 草地的承包期为 30 年至 50 年 3. 林地的承包期为 30 年至 70 年 4. 承包期限届满，由土地承包经营权人依照农村土地承包的法律规定继续承包
设立★★	土地承包经营权自 <u>土地承包经营权合同生效时</u> 设立。登记机构应当向土地承包经营权人发放土地承包经营权证、林权证等证书，并登记造册，确认土地承包经营权

续表

流转及其限制 ☆☆	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
	2. 土地承包经营权人可以自主决定依法采取出租、入股或其他方式向他人流转土地经营权
	3. 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
	4. 流转期限为5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

[提示] 土地承包经营权制度，在《民法典》编纂过程中属于重大制度修改并有新增制度，在备考过程中须重点学习。



(土地承包经营权部分法律关系示意图)

农村土地，是指农民集体所有和国家所有依法由农民集体使用的耕地、草地、林地，以及其他依法用于农业的土地。

国家实行农村土地承包经营制度。农村土地承包采取农村集体经济组织内部的家庭承包方式，不宜采取家庭承包方式的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等农村土地，可以采取招标、拍卖、公开协商等方式承包。

[萌点拨] 土地承包经营权在设立时，以合同生效时为准而非合同成立时。同时，土地承包经营权只有在“流转时^①”进行登记，未经登记不得对抗善意第三人。

🔗 相关法条

《中华人民共和国农村土地承包法》

第32条：承包人应得的承包收益，依照继承法的规定继承。林地承包的承包人死亡，其继承人可以在承包期内继承承包。

第51条：以其他方式承包农村土地，在同等条件下，本集体经济组织成员享有优先承包权。

第52条第1款：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2/3以上成员或2/3以上村民代表的同意，并报乡（镇）人民政府批准。

[例] 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

^① 土地承包经营权流转的主体是承包方。承包方有权依法自主决定土地承包经营权是否流转和流转的方式。在同等条件下，本集体经济组织成员享有优先权。

周某耕种，未办理变更登记。请问：该土地承包经营权何时设立？

答：自土地承包经营权合同生效时设立。

二、居住权☆☆☆

居住权☆☆☆（共6条）

含义	居住权人有权按照合同约定，对他人的住宅享有占有、使用的用益物权，以满足生活居住的需要（注意：该权利起源于罗马婚姻家庭关系中）
立法目的	1. 认可和保护民事主体对住房保障的灵活安排，满足特定人群的居住需求 2. 为公租房和老年人以房养老提供法律保障
居住权的设立	1. 设立居住权，当事人应当采用书面形式订立居住权合同。居住权合同一般包括下列条款：（1）当事人的姓名或者名称和住所；（2）住宅的位置；（3）居住的条件和要求；（4）居住权期间；（5）解决争议的方法。 2. 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
性质	居住权无偿设立，但是当事人另有约定的除外
限制	居住权不得转让、继承。设立居住权的住宅不得出租，但是当事人另有约定的除外
消灭	1. 居住权期间届满或居住权人死亡的，居住权消灭 2. 居住权消灭的，应当及时办理注销登记
注意	以遗嘱方式设立居住权的，参照适用

三、地役权★★

（一）地役权和相邻关系的区别★★

地役权 VS 相邻关系★★

	地役权	相邻关系
调节程度	享受性的权利（通行便利和观看风景）	最低限度地容忍义务
产生原因	意定（书面约定/书面协议）	法定
是否有偿	可有偿可无偿，但通常有偿	无偿
是否有期限	有期	无期
是否毗邻	不一定	是

地役权，是指为了自己不动产使用的便利和效益，按照合同约定而使用他人不动产的权利。其中，为自己不动产的便利而使用他人土地的一方称为需役地人或地役权人，将自己的不动产供他人使用的一方称为供役地人。

地役权和相邻关系的区别主要包括如下五点：

1. 调节程度不同。地役权是地役权人为了自己不动产的便利而设定的权利，本质上属于一种享受性的权利，如通行便利（积极地役权中的通行地役权）和观看风景（消极

地役权中的眺望地役权)；而相邻关系则属于最低限度地容忍义务，如容忍邻居在合理时间内装修房屋。

2. 产生原因不同。地役权是意定的，即基于双方当事人的协议或合同而产生；而相邻关系是法定的。因此，如果题目中看到“协议、合同”这样的关键词时，结论就是地役权而非相邻关系。

3. 是否有偿不同。地役权可有偿可无偿，但通常是有偿的；而相邻关系是无偿的。因此，如果题目中看到“价款”这样的关键词时，结论就是地役权而非相邻关系。

4. 是否有期限不同。地役权是有期限的，而相邻关系是无期限的。因此，如果题目中看到“几年”这样的关键词时，结论就是地役权而非相邻关系。

5. 是否毗邻不同。地役权中的需役地和供役地不一定是相互毗邻的，只要二者之间有互为利用之必要即可；但相邻关系一定是毗邻的。

通过上述五点区别即可准确判断题目所述情形系地役权关系亦或相邻关系，当然，根据对历年真题的分析，考试中的情形往往为地役权关系而非相邻关系。请看如下例题：

[例1] 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。请问：学校与研究院之间的关系是地役权关系还是相邻关系？

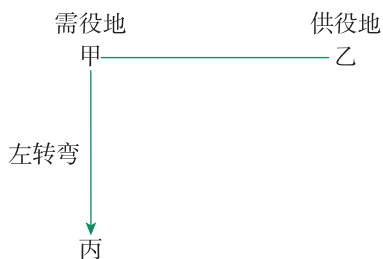
答：地役权关系。

[例2] 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。请问：李某与张某之间的关系是地役权关系还是相邻关系？

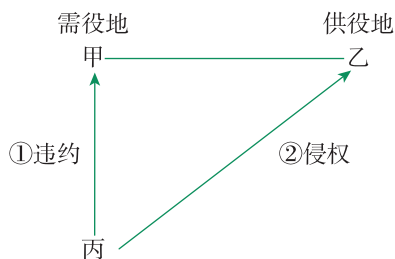
答：地役权关系。

(二) 地役权的三种转让情形（转弯模式）★★

1. “左转弯”



(地役权左转弯模式示意图)



(地役权左转弯模式权利救济示意图)

[例] 甲公司与乙公司约定：为满足甲公司开发住宅小区观景的需要，甲公司向乙公司支付100万元，乙公司在20年内不在自己厂区建造6米以上的建筑。甲公司将全部房屋售出后不久，乙公司在自己的厂区建造了一栋8米高的厂房。问：谁有权请求乙公司拆除超过6米的建筑呢？

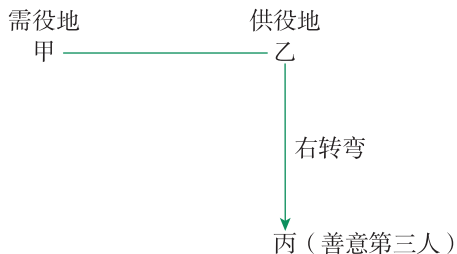
答：小区业主。

根据上述示意图可知，所谓“左转弯”就是需役地的所有人发生变动。在地役权中包括两块土地，一块是“需役地”，另一块是“供役地”。在左转弯模式下，甲将所有的房屋转让给丙后，就退出法律关系。同时，因地役权具有从属性，此后，只有丙才能向乙主张地役权。因此，本题中，只有小区业主才有权请求乙公司拆除超过6米的建筑，且小区

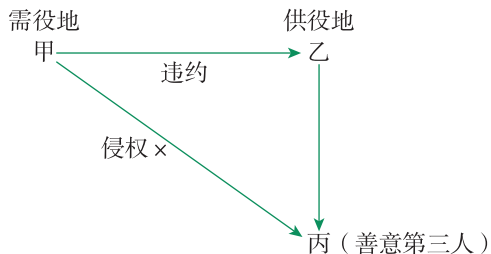
的每一个业主都有权主张全部地役权。此时，体现的就是地役权具有不可分性。

[注意] 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，地役权一并转让，但合同另有约定的除外。

2. “右转弯”



(地役权右转弯模式示意图)



(地役权右转弯模式权利救济示意图)

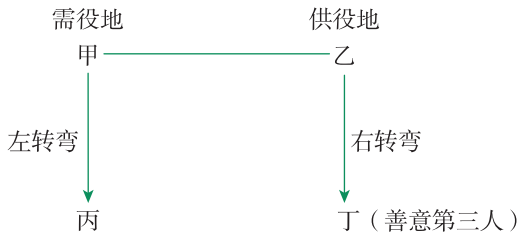
[例] 甲为了能在自己的房子里欣赏远处的风景。便与相邻的乙约定：乙不在自己的土地上从事高层建筑；作为补偿，甲每年支付给乙 4000 元。两年后，乙将该土地使用权转让给丙。丙在该土地上建造了一座高楼，与甲发生纠纷。对此纠纷。问：甲是否有权不让丙建造高楼呢？

答：无权。

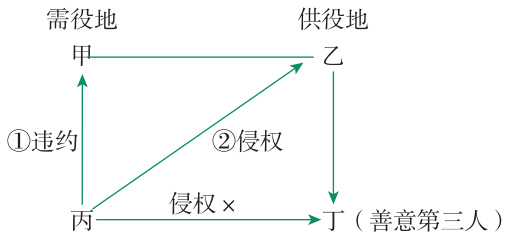
根据上述示意图可知，所谓“右转弯”就是供役地的所有人发生变动。

地役权自地役权合同生效时设立，未经登记不得对抗善意第三人。善意第三人只有在右转弯时才会出现，也就是图示中的“丙”。在题目中没有提及是否已经登记的，视为没有登记。本题中，由于甲和乙签订的地役权合同并未登记，因此，不得对抗善意第三人丙（因未登记，丙在受让时不知该土地上有负担，属于善意第三人），换句话说就是丙有权建造高楼。

3. “两边转弯”



(地役权两边转弯模式示意图)



(地役权两边转弯模式权利救济示意图)

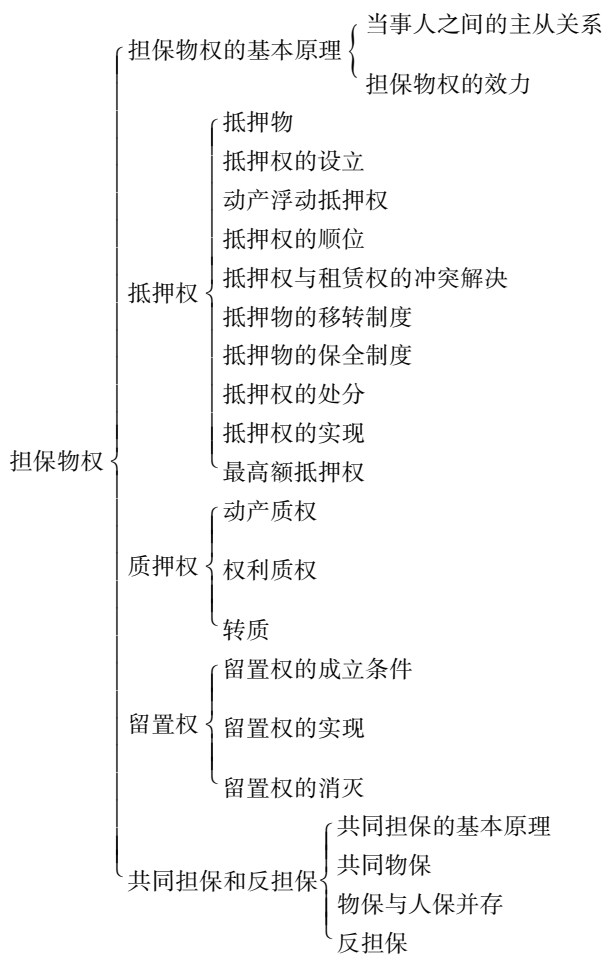
[例] 甲为了能在自己房中欣赏远处风景，便与相邻的乙约定：乙不在自己的土地上建造高层建筑，作为补偿，甲一次性支付给乙 4 万元。两年后，甲将房屋转让给丙，乙将该土地使用权转让给丁。问：丙是否可以禁止丁建高楼呢？

根据上述示意图可知，所谓“两边转弯”就是需役地和供役地的所有人均发生变动。在此时，题目就变得简单起来，如问题涉及“左转弯”部分，就按“左转弯”处理；如问题涉及“右转弯”部分，就按“右转弯”处理。本题如右转弯一样，因未登记，因此不得对抗善意第三人丁，丁有权建高楼，丙无权禁止。

专题九

担保物权

知识体系 KNOWLEDGE HIERARCHY



复习提要

担保物权，是指担保物权人在债务人不履行到期债务或发生当事人约定的实现担保物

权的情形，依法享有就担保财产优先受偿的权利，但是法律另有规定的除外。本专题主要涉及五个方面的问题：1. 担保物权的基本原理；2. 抵押权；3. 质押权；4. 留置权；5. 共同担保和反担保。

		客体	设定方式	是否要式	移转标的物否		
广义债的担保	狭义债的担保	物保	抵押	动产+不动产+不动产用益权	意定	书面	不需要
			质押	动产+权利	意定	书面	需要
			留置	动产	法定	无合同	需要
	人保	保证	人的信用	意定	书面	不需要	
		金钱保	定金	特定的货币	意定	书面	需要
	债的保全		代位权（应增加而不增加） 撤销权（不应减少而减少）				

[图释] 广义债的担保，包括两大类即狭义债的担保和债的保全。狭义债的担保又分为三类即物保、人保和金钱保；债的保全又分两类即代位权和撤销权。

物保（物的担保）即担保物权，它以物的交换价值作为债权实现的担保。现代大陆法系国家的担保物权制度继受于罗马法的物的担保制度，包括抵押权、质押权和留置权三类。其中，抵押权的客体包括三类，分别是动产、不动产和不动产用益权（即建设用地使用权和土地经营权）。质押权的客体包括两类，即动产和权利。留置权的客体只有一类，即动产。

抵押权系意定担保物权，其设立必须签订书面的抵押合同，其最大的特点是不需要移转标的物的占有（实现了标的物使用价值和交换价值的分离，达到了物尽其用的功能，是实践中用的最多、最频繁的担保方式）。抵押权是法考每年必考的，其中不动产抵押权的设立依登记，动产抵押权自合同生效时设立，未经登记不得对抗善意第三人，不动产用益权的抵押权中建设用地使用权的抵押权设立依登记（采“公示生效主义”），土地经营权的抵押权自合同生效时设立，未经登记不得对抗善意第三人（采“公示对抗主义”）。其中，动产抵押权是错误率最高的考点，在复习中必须重点予以关注。

质押权也是意定担保物权，其设立亦必须签订书面的质押合同，质押权的设立则需要移转标的物的占有（特别是动产质权，造成了标的物使用价值的浪费，在实践中用的越来越少）。质押权包括两类，即动产质权和权利质权。其中，动产质权的设立依交付，权利质权的设立依交付或登记。权利质权是考试的重点，在复习中须重点掌握。

留置权系法定担保物权，债权人必须依据法律规定留置其合法占有的债务人的动产，当然当事人可以通过合同排除留置权的适用。留置权的设立亦需移转标的物的占有。

人保（人的担保）即保证，它以人的信用（誉）作为债权实现的担保，包括一般保证和连带保证。其设立属于意定，需要保证人和债权人订立书面的保证合同且无需移转标的物的占有。

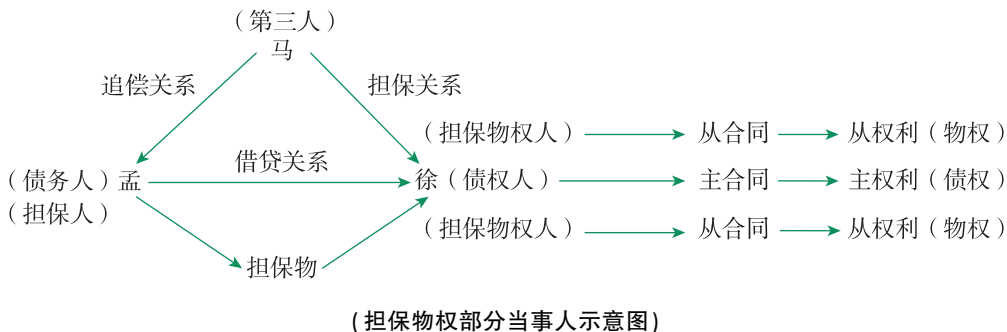
金钱保即定金，它以特定的货币作担保（不超过主合同标的额的20%，超过的，超过部分无效，部分有效部分无效），其设立亦属于意定，需要双方当事人签订书面的定金合

同（注意定金合同系典型的实践性合同^①）且需要移转标的物的占有。

债的保全即合同的保全，包括代位权和撤销权，我们会在合同编部分给大家详细讲解，此处暂不展开。

第一节 担保物权的基本原理

一、当事人之间的主从关系★★



[图释] 债权人在借贷、买卖等民事活动中，为保障实现其债权，需要担保的，可以依法设立担保物权。担保物权的担保范围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。当事人另有约定的，按照其约定。

在担保物权设立中，其前提系存在债权，担保物权也正是为了担保这个债权的实现而存在。题目情形往往是：孟某（债务人）向徐毛毛（债权人）借款 850 万元，在二者之间形成一个借贷关系，二者签订的借款合同即主合同，产生主权利即债权。作为债权人的徐毛毛害怕债务人孟某到期不能还款，于是向债务人孟某提出要求设定担保。设定担保的方式包括：

第一种情形：我们假设孟某以自己的房屋作担保（抵押），此时在借款合同之外，孟某和徐毛毛须单独签订书面担保合同（即抵押合同），该担保合同（抵押合同）就是从合同，产生从权利即担保物权。

第二种情形：我们假设第三人马胖胖愿意以自己的房屋为孟某的债务作担保（抵押），此时在借款合同之外，第三人马胖胖须与债权人徐毛毛签订一份书面担保合同（抵押合同），在该抵押合同中，第三人马胖胖系抵押人，债权人徐毛毛系抵押权人；二者签订的书面抵押合同（或担保合同）就是从合同，产生从权利即担保物权。如债务人孟某到期不能还款，债权人徐毛毛有权就第三人马胖胖提供的房屋拍卖后，对该价款优先受偿。此时，第三人马胖胖对于债务人孟某产生了追偿权（内部关系）。

[注意] 设立担保物权，应当依法订立担保合同。担保合同是主债权债务合同的从合同。主债权债务合同无效，担保合同无效，但是法律另有规定的除外。

担保合同被确认无效后，债务人、担保人、债权人有过错的，应当根据其过错各自承

^① 实践性合同在整个民法中共四个，两个与钱有关，分别是定金合同和自然人之间的借款合同；两个与物有关，分别是保管合同和借用合同。

担相应的民事责任。

二、担保物权的效力★★

优先受偿权	含义	当债务人不履行债务或破产时，担保物权人（即债权人）得就担保财产之交换价值优先于其他债权人（即一般债权人或普通债权人）而受偿
	实现	1. 债务人不履行到期债务或发生当事人约定的实现抵押权的情形，抵押权人可以与抵押人协议以抵押财产折价或以拍卖、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
		2. 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。抵押财产折价或者变卖的，应当参照市场价格
		3. 抵押财产折价或者拍卖、变卖后，其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
注意	优先受偿权并非标的物之所有权，所有权人才能行使的权利，优先受偿权人无权行使	
流押（质）条款★★★	含义	在意定担保物权（抵押、动产质押）合同 <u>订立时</u> ，双方约定，若债务人到期不履行债务， <u>担保物的所有权直接转移为债权人所有</u> （注意：区别于事后转移所有权，如折价、代物清偿）
	目的	禁止流押的立法目的是防止损害抵押人的利益，以免造成对抵押人实质上的不公平
	内容	1. 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
		2. 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
效力	流质条款 <u>无效</u> ，但不影响担保合同其他条款的效力（注意：部分有效部分无效）	
物上代位性	含义	担保物权的效力不仅及于担保物本身，且及于担保物的 <u>变异物、赔偿金、补偿金以及保证金等代位物</u>
	内容	担保期间，担保财产毁损、灭失或被征收等，担保物权人可以就获得的 <u>保险金、赔偿金或补偿金等优先受偿</u> ；被担保债权的履行期 <u>未届满的</u> ，也可以提存该保险金、赔偿金或补偿金等
	注意	担保财产因不可抗力毁损、灭失且 <u>无代位物的</u> ，担保物权（从权利）消灭，但 <u>主债权依然存在</u> ，债务人应当继续履行债务

[萌主点拨] 担保物权人的优先受偿权

优先受偿权并非标的物之所有权，所有权人才能行使的权利，优先受偿权人无权行使。

典型真题

甲以自有房屋向乙银行抵押借款，办理了抵押登记。丙因甲欠钱不还，强行进入该房屋居住。借款到期后，甲无力偿还债务。该房屋由于丙的非法居住，难以拍卖，甲怠于行

使对丙的返还请求权。乙银行可以行使下列哪些权利？（2012年·卷三·57题）^①

- A. 请求甲行使对丙的返还请求权，防止抵押财产价值的减少
- B. 请求甲将对丙的返还请求权转让给自己
- C. 可以代位行使对丙的返还请求权
- D. 可以依据抵押权直接对丙行使返还请求权

第二节 抵 押 权

复习提要

抵押权，是指为担保债务的履行，债务人或第三人不转移财产的占有，将该财产抵押给债权人的，债务人不履行到期债务或发生当事人约定的实现抵押权的情形，债权人有权就该财产优先受偿。债务人或第三人为抵押人，债权人为抵押权人，提供担保的财产为抵押财产。抵押权系每年必考的知识点，须重点掌握。共涉及10方面的问题，分别是：1. 抵押物；2. 抵押权的设立；3. 动产浮动抵押权；4. 抵押权的顺位；5. 抵押权与租赁权的冲突解决；6. 抵押物的移转制度；7. 抵押物的保全制度；8. 抵押权的处分；9. 抵押权的实现；10. 最高额抵押权。

一、抵押物★★

不可抵押	情形	原则 ★★	6字口诀： <u>土、封、争、益、违、集</u> （原因：无价值或无法变现）
		例外	1. 通过 <u>招标、拍卖、公开协商</u> 等方式承包农村土地， <u>经依法登记取得权属证书的</u> ，可以 <u>依法采取出租、入股、抵押</u> 或其他方式流转 <u>土地经营权</u>
	后果	抵押合同无效（原因：违反法律的效力性强制性规定）	

^① 答案：AB。

^② 以集体所有土地的使用权依法抵押的，实现抵押权后，未经法定程序，不得改变土地所有权的性质和土地用途。

续表

可以抵押	情形	债务人或第三人有权处分的下列财产可以抵押： 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。 抵押人可以将上述所列财产一并抵押	
	特别注意	房地一体主义	1. 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 2. 以建设用地使用权抵押的，该土地上的建筑物一并抵押 3. 抵押人未依照规定一并抵押的，未抵押的财产视为一并抵押
		新增建筑物的处理	建设用地使用权抵押后，该土地上新增的建筑物不属于抵押财产。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，但是新增建筑物所得的价款，抵押权人无权优先受偿

[萌主点拨1] 房地一体主义

所谓“房地一体主义”，是指以建筑物抵押的，自然及于占有范围内的建设用地使用权；以建设用地使用权抵押的，自然及于该土地上的建筑物。

一言以蔽之，“房随地走、地随房走，房地一体”。

[萌主点拨2] 新增建筑物的处理

一言以蔽之，新增建筑物应与建设用地使用权一并处分，但不得就该价款优先受偿，因为新增建筑物不属于抵押物。

[萌主点拨3] 抵押物的孳息收取权

债务人不履行到期债务或发生当事人约定的实现抵押权的情形，致使抵押财产被人民法院依法扣押的，自扣押之日起抵押权人有权收取该抵押财产的天然孳息或法定孳息，但是抵押权人未通知应当清偿法定孳息的义务人的除外。

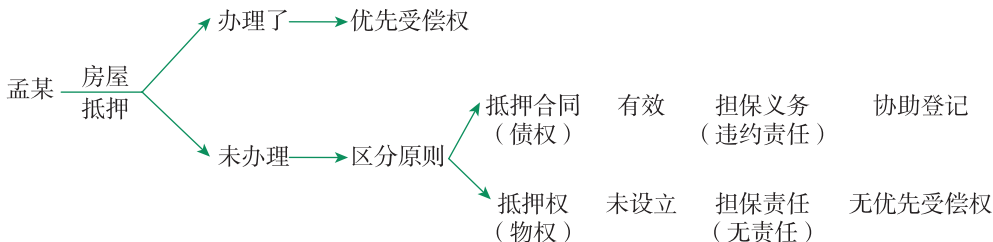
前款规定的孳息应当先充抵收取孳息的费用。

二、抵押权的设立★★★

抵押合同	1. 设立抵押权，当事人应当采用书面形式订立抵押合同；除法定或约定外，自双方在合同书上签章，即成立并生效	
	2. 不动产抵押合同生效后，抵押权人有权请求抵押人办理抵押登记手续，否则，承担违约责任	
抵押权的设立	不动产	以不动产抵押的，抵押权自登记时设立（注意：公示生效主义立法模式）
	动产	以动产抵押的，抵押权自抵押合同生效时设立；未经登记，不得对抗善意第三人（注意：公示对抗主义）

[提示] 抵押权的设立问题，系法考几乎每年必考考点，在备考中必须重点掌握。重点考试难度为不动产抵押权和动产抵押权设立的“二分规则”，即不动产抵押权的设立采“公示生效主义立法模式”，而动产抵押权则采“公示对抗主义立法模式”。

1. 不动产抵押权★★★



(不动产抵押权的设立和生效部分法律关系示意图)

[图释] 孟某以房屋作抵押（或担保）的情况下，无非有两种考题模式：

(1) 办理了抵押登记手续，此时债权人取得了不动产抵押权（即优先受偿权）。

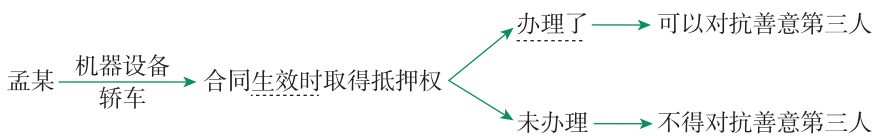
(2) 基于种种原因，未办理抵押登记手续，该种情形为考试的重点，必须重点掌握。考点是“区分原则”即区分抵押合同（债权）和抵押权（物权）。具体分析如下：

① 债权方面，不动产抵押合同有效。此时，孟某应承担“担保义务”即协助抵押权人（即债权人）办理抵押登记手续，如孟某拒绝办理，则应对抵押权人（即债权人）承担违约责任（因为存在合法有效的不动产抵押合同）。

② 物权方面，不动产抵押权未设立，因为未办理抵押登记手续。此时，孟某无需承担“担保责任”（注意：担保责任系物权的效力），抵押权人（即债权人）不得对房屋行使优先受偿权（即无优先受偿权）。

[归纳总结] 在以不动产作抵押时，考生要严格区分“抵押合同”和“抵押权”，即“区分原则”。用一个公式来表达就是：有效合同+登记=不动产抵押权。

2. 动产抵押权★★★



(动产抵押权的设立和生效部分法律关系示意图)

[图释] 孟某以机器设备或轿车作抵押，自孟某与抵押权人（即债权人）签订的动产抵押合同生效时，抵押权人（即债权人）立刻取得动产抵押权，即动产抵押权的取得与是否登记无关。而登记仅产生对抗效力，具体分析如下：

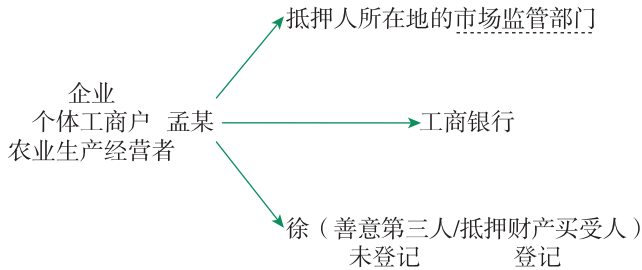
(1) 如办理了抵押登记手续，抵押权人（即债权人）可以对抗善意第三人。

(2) 如未办理抵押登记手续，抵押权人（即债权人）不得对抗善意第三人。

[归纳总结] 动产抵押权采公示对抗主义。即动产抵押权与不动产抵押权的设立和生效完全不同，动产抵押权是自抵押合同生效时设立，未经登记不得对抗善意第三人。在此时，登记不产生生效效力，仅产生对抗效力。用一个公式来表达就是：有效合同=动产抵押权+登记>第三人。

三、动产浮动抵押权★★

我国的动产浮动抵押权制度，是为中小微企业提供融资平台而设立，系典型的商事制度。



(动产浮动抵押权部分法律关系示意图)

动产浮动抵押权★★

主体	企业、个体工商户、农业生产经营者（即商主体）
抵押物	现有及将有的生产设备、原材料、半成品、产品（作为一个整体一并抵押）
登记机关	抵押人住所地的 <u>市场监管部门</u>
效力	1. 自抵押合同生效时设立，未经登记不得对抗善意第三人 2. <u>就算登记，也不得对抗正常经营活动中已支付合理价款并取得抵押财产的买受人</u> （为保障抵押人正常进行生产经营活动，抵押期间抵押人可以正常处分抵押财产； <u>注意</u> ：合理的标准是 <u>交易时的市场价格</u> ）
实现	1. 债务履行期限届满，债权未实现 2. 抵押人被宣告破产或解散清算 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（如抵押人经营状况恶化、严重亏损）

动产浮动抵押权与普通的动产抵押权的区别主要包括如下五个方面：

1. 主体特殊。主体专指企业、个体工商户、农业生产经营者。
2. 抵押物特殊。抵押物是现有及将有的生产设备、原材料、半成品、产品。同时，是以这些财产作为一个整体一并进行抵押。
3. 登记机关特殊。登记机关是抵押人住所地的市场监管部门，而不是抵押财产所在地的市场监管部门。
4. 效力特殊。在保持普通动产抵押权的特殊性即自抵押合同生效时设立，未经登记不得对抗善意第三人的基础上，更为特殊的是就算登记，也不得对抗正常经营活动中已支付合理价款并取得抵押财产的买受人。
5. 实现的特殊。

抵押财产自下列情形之一发生时确定：（1）债务履行期限届满，债权未实现；（2）抵押人被宣告破产或解散清算；（3）当事人约定的实现抵押权的情形；（4）严重影响

响债权实现的其他情形。

[注意] 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发生当事人约定的实现抵押权的情形，债权人有权就抵押财产确定时的动产优先受偿。

典型真题

某农村养殖户为扩大规模向银行借款，欲以其财产设立浮动抵押。对此，下列哪些表述是正确的？（2010年·卷三·56题）^①

- A. 该养殖户可将存栏的养殖物作为抵押财产
- B. 抵押登记机关为抵押财产所在地的工商部门
- C. 抵押登记可对抗任何善意第三人
- D. 如借款到期未还，抵押财产自借款到期时确定

四、抵押权的顺位★★

清偿顺位	同一财产向两个以上债权人抵押的，拍卖、变卖抵押财产所得的价款依照下列规定清偿		
	适用范围	登记情况	清偿顺序
	不动产	均登记	先登优于后登 (时间先后确定清偿顺序； <u>登记在先原则</u>)
	动产	登记与未登记并存	登记优于未登记
	动产	均未登记	同一顺序按比例清偿
交换顺位	抵押人可以交换抵押权顺位，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		

[萌点拨] 交换顺位

抵押人可以放弃抵押权或抵押权的顺位。抵押权人与抵押人可以协议变更抵押权顺位以及被担保的债权数额等内容，但是抵押权的变更，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。

[归纳总结] 对于交换顺位来说，首先需牢记抵押权人之间可以自由交换抵押权顺位，但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。

典型真题

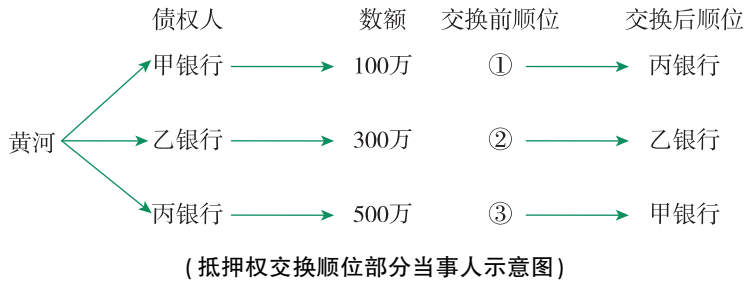
黄河公司以其房屋作抵押，先后向甲银行借款 100 万元，乙银行借款 300 万元，丙银行借款 500 万元，并依次办理了抵押登记。后丙银行与甲银行商定交换各自抵押权的顺位，并办理了变更登记，但乙银行并不知情。因黄河公司无力偿还三家银行的到期债务，银行拍卖其房屋，仅得价款 600 万元。关于三家银行对该价款的分配，下列哪一选项是正确的？（2008年·卷三·11题）^②

- A. 甲银行 100 万元，乙银行 300 万元、丙银行 200 万元

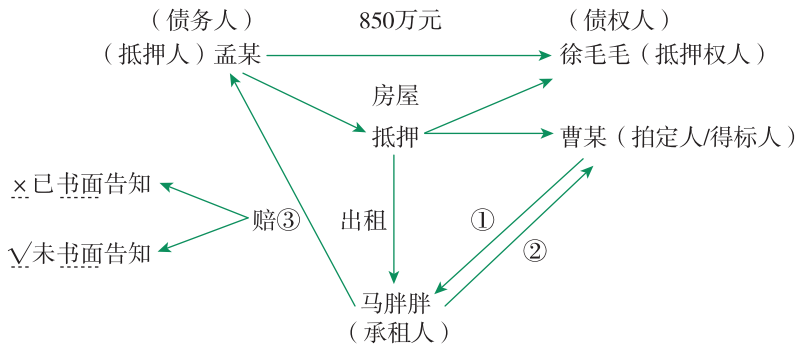
① 答案：AD。

② 答案：C。

- 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



五、抵押权与租赁权的冲突解决 ★★★



[例] 2019年3月2日，孟某向徐毛毛借款850万元，借期1年，将自己位于北京市海淀区幸福小区2号楼2单元402室的房屋抵押给徐毛毛。次日，双方办理了抵押登记手续。3月12日，孟某又将该房屋出租给不知房屋已抵押的马胖胖，租期5年，月租金1万元。马胖胖一次性支付了全部租金，共计60万元。借期届满后，孟某无力还款，徐毛毛委托法院拍卖该房屋。2020年3月1日，曹某以850万元拍得该房屋并办理了所有权变更登记手续。根据上述案情及示意图，请回答：

1. 徐毛毛何时取得房屋的抵押权？

答：2019年3月3日。

2. 2019年3月12日，孟某将已抵押的房屋出租给马胖胖的行为是有权处分还是无权处分？

答：既不是有权处分，也不是无权处分，租赁行为在性质上属于负担行为。

3. 2019年3月12日，孟某与马胖胖之间的租赁合同效力如何？

答：合法有效。

4. 2020年3月1日，曹某获得房屋所有权后是否有权请求马胖胖搬离房屋？为什么？

答：有权。因为在抵押权先于租赁权成立的情形下，买卖破租赁。

5. 曹某请求马胖胖搬离房屋时，马胖胖是否有权请求曹某继续履行租赁合同？

答：无权。

6. 马胖胖是否有权请求曹某退还剩余租金？

答：无权。因为基于合同相对性原理，马胖胖应当追究孟某的违约责任，要求孟某退还剩余租金，而无权请求曹某退还租金。

抵押权与租赁权的冲突解决★★

处理原则	成立在先原则	
具体内容	先租后押	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。即抵押权实现后，适用“买卖不破租赁”规则，租赁合同对新的受让人继续有效
	先押后租	1. 不适用“买卖不破租赁”规则（注意：先查封后租赁或当事人另有约定的，也适用该规则） 2. 对于承租人的损失，应具体问题具体分析：如订立租赁合同时抵押人已书面告知承租人房屋已抵押的事实，承租人自担；未书面告知的，抵押人应承担赔偿责任

六、抵押物的移转制度★★★

[提示] 抵押物的移转制度在《民法典》编纂过程中发生了重大制度修改，在备考中必须重点关注。

为了适应我国市场经济条件下对物的流转的需要，《民法典》对抵押物移转的限制继续保持相对宽松的立法态度。

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。抵押财产转让的，抵押权不受影响。

抵押人转让抵押财产的，应当及时通知抵押权人。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。

抵押物的移转制度★★★（重大制度修改）

原则	1. 抵押期间，抵押人转让抵押财产的， <u>不再需要经过抵押权人的同意</u>
	2. 在抵押权设定后，抵押人 <u>依然享有抵押财产的所有权</u> ，其转让抵押财产的， <u>系有权处分</u> ， <u>买卖合同合法有效</u>
	3. 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（即“ <u>多退少补</u> ”）
限制	1. 抵押期间，抵押人转让抵押财产的， <u>应当及时通知抵押权人</u>
	2. 抵押财产转让的，抵押权不受影响（学理上称为“ <u>抵押权追及效力主义</u> ”）
	3. 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提存（学理上称为“ <u>价金物上代位主义</u> ”）

典型真题

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·卷三·53题）^①

- 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
- 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

七、抵押物的保全制度★

法理依据	由于抵押权人（债权人）并不直接占有抵押物，法律赋予抵押权人保全抵押物的权利
处理	1. 抵押人的行为足以使抵押财产价值减少的，抵押权人（债权人）有权请求抵押人停止其行为
	2. 抵押财产价值减少的，抵押权人有权请求恢复抵押财产的价值或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，抵押权人有权请求债务人提前清偿债务
	3. 抵押人对抵押物价值的减少没有过错的，抵押权人（债权人）有权在抵押人因损害而得到的赔偿范围内要求提供担保；抵押物价值未减少的部分，仍作为债权的担保

八、抵押权的处分★★

转让	基于抵押权的从属性，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当事人另有约定的除外
放弃	1. 抵押权人可以放弃抵押权
	2. 债务人以自己的财产设定抵押，抵押权人放弃该抵押权的，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，但是其他担保人承诺仍然提供担保的除外

[萌主点拨] 对于抵押权而言，由于其属于抵押权人的权利，因此抵押权人当然可以放弃抵押权（实质上来看，放弃抵押权，无非就是放弃了优先受偿权而已，债权人仍可以按照普通债权人享有债权）。抵押权人放弃抵押权的，其他担保人在放弃权利的范围内免责，而非全部免责或不再承担担保责任。

九、抵押权的实现★★★

方式	折价、拍卖、变卖
存续	1. 抵押权与其他担保物权最大的区别在于：抵押权的设立无需移转抵押物的占有，抵押物依然为抵押人所占有。因此，抵押权人（即债权人）的行权须及时
	2. 抵押权人应当在主债权诉讼时效期间行使抵押权；未行使的，人民法院不予保护（是一个可变期间）

^① 答案：AC。

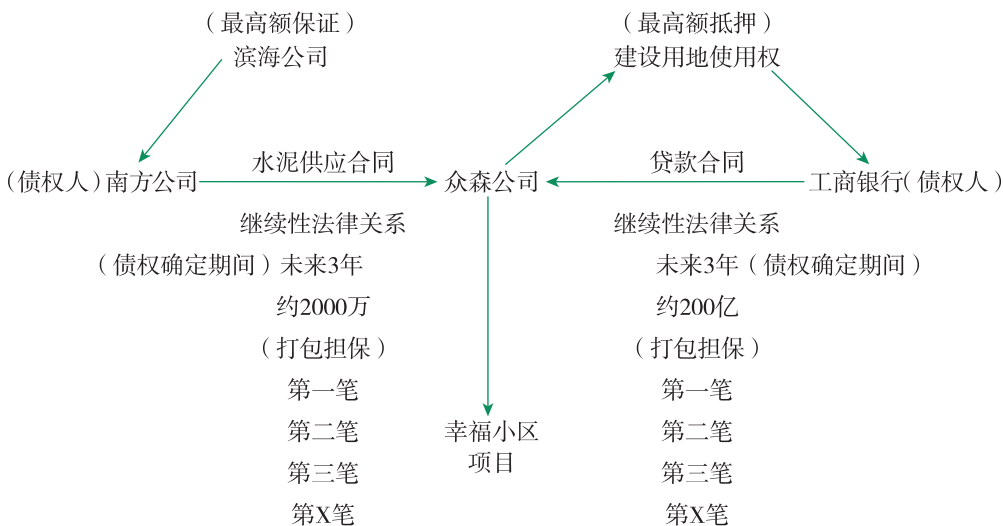
典型真题

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·卷三·8题)^①

- A. 如戊免除了甲的损害赔偿责任，则应由乙承担损害赔偿责任
- 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

十、最高额抵押权★★★（重点和难点）

最高额抵押制度，产生于20世纪后半期，它最先发源于德国，现在普及于世界各国。该制度可使企业能应付市场经济社会各种复杂急需资金的情况，以免临时办理借款手续，签订借贷合同等各种繁琐的手续而延误时机。



(最高额抵押权部分当事人法律关系示意图)

[例] 2016年1月5日，天津众森实业股份有限公司（以下简称众森公司）为了开发幸福小区项目以280亿人民币拍得北京市海淀区056号地块的建设用地使用权。2月2日，众森公司向中国工商银行天津市分行（以下简称工商银行）贷款，以该块地的建设用地使用权在200亿元的额度范围内为众森公司在未来3年内将连续发生的贷款提供最高额抵押担保，并于次日办理了抵押登记手续。2月5日，众森公司与南方水泥有限公司（以下简称南方公司）签订了一份水泥供应合同，合同约定：由南方公司在未来3年内持续为众森公司的幸福小区项目供应型号为PI42.5的水泥。为担保未来众森公司全额支付水泥款，由众森公司的全资子公司天津滨海房地产开发有限公司（以下简称滨海公司）提供最高额保证，保证合同中对保证期间、保证方式和保证范围均未作任何约定。根据上述案情，请回答如下问题：

^① 答案：D。

1. 2017年3月3日，众森公司和工商银行签订一份协议，约定：“将2015年之前众森公司欠工商银行的共计2000万元到期债权转入最高额抵押担保的债权范围内。请问：该协议效力如何？为什么？”

答：合法有效。因为最高额抵押权设立前已经存在的债权，经当事人同意，可以转入最高额抵押担保的债权范围。本案中，建设用地使用权的最高额抵押权于2016年2月3日设立，众森公司与工商银行同意将2015年之前的债权转入最高额抵押担保的范围。因此，该协议合法有效。

2. 2016年2月至7月，工商银行共向众森公司放款1.2亿元。8月16日，工商银行将该笔债权转给中国农业银行天津市分行（以下简称农业银行）。请问：如众森公司到期无力偿还该1.2亿元债权，农业银行是否有权拍卖建设用地使用权优先受偿？为什么？”

答：无权。因为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。本案中，在最高额抵押权确定前，工商银行将1.2亿元债权转让给农业银行且当事人并未进行特别约定。因此，农业银行无权对建设用地使用权拍卖优先受偿。

3. 2018年2月12日，众森公司的幸福小区项目完工且经验收合格。经结算，工商银行共向众森公司放贷280亿元。但此时因众森公司经营管理问题无力还款，工商银行欲行使优先受偿权。请问：工商银行优先受偿的数额为多少？为什么？”

答：200亿元。因为为担保债务的履行，债务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，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。本案中，众森公司到期无力还款且实际发生的债权余额280亿元高于最高额200亿元。因此，应以最高额为限，即200亿元范围内优先受偿。

4. 2017年10月10日，因众森公司资不抵债而被天津市第二中级人民法院宣告破产。请问：工商银行的债权是否立即确定？为什么？”

答：确定。因为债务人、抵押人被宣告破产的，抵押权人的债权确定。本案中，2017年10月10日，众森公司被法院宣告破产。因此，工商银行的债权依法立即确定。

5. 因滨海公司与南方公司签订的保证合同中未约定保证期间。2017年10月10日，南方公司收到了滨海公司发送的行使任意解除权的书面通知。经查，至2017年10月10日，南方公司共向众森公司供应价值2000万元的水泥。请问：滨海公司是否应承担保证责任？为什么？”

答：在2000万元范围内承担保证责任。因为最高额保证中若未约定保证期间，保证人有任意解除权，可随时单方书面通知对方解除合同，合同解除后，保证人仅对通知到达债权人前已发生的债权承担保证责任。本题中，至2017年10月10日，南方公司共向众森公司供应价值2000万元的水泥。因此，滨海公司作为最高额保证人仅需在2000万元范围内承担保证责任。

最高额抵押权★★★（重点和难点）

含义	为担保债务的履行，债务人或第三人对 <u>一定期间内将要连续发生的债权</u> 提供担保财产的，债务人不履行到期债务或发生当事人约定的实现抵押权的情形，抵押权人有权在 <u>最高债权额限度内</u> 就该担保财产 <u>优先受偿</u>
----	--

续表

特征 ★★	1. 抵押合同成立在前，主债权合同成立在后（从合同成立在前，主合同成立在后）	
	2. 对 <u>约定期间内将要发生的债权</u> 进行担保，担保的主债权的发生及其数额具有 <u>不确定性</u>	
效力 ★★	1. 最高额抵押权 <u>设立前</u> 已经存在的债权，经当事人 <u>同意</u> ，可以转入最高额抵押担保的债权范围	
	2. 最高额抵押担保的债权 <u>确定前</u> ，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	
	3. 最高额抵押权实现时，若实际发生的债权余额 <u>高于</u> 最高限额的，以最高额为限优先受偿，超过部分为一般债权；若实际发生的债权余额 <u>低于</u> 最高限额的，以实际发生的债权为限优先受偿	
变更	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 <u>债权确定的期间、债权范围</u> 以及 <u>最高债权额</u> ，但变更的内容不得对其他抵押权人产生不利影响	
债权确定	情形	1. 约定的债权确定期间届满
		2. 法定的确定债权期间届满（抵押权人自最高额抵押权设立之日起满2年后请求确定债权的）
		3. 新的债权不可能发生
		4. 抵押权人知道或应当知道抵押财产被查封、扣押
		5. 债务人、抵押人被宣告破产或者解散清算
注意	1. 最高额质押参照适用最高额抵押的规则	
	2. 最高额保证中若未约定保证期间，保证人有任意解除权，可随时单方书面通知对方解除合同，合同解除后，保证人仅对通知到债权人前已发生的债权承担保证责任	

第三节 质 押 权

一、动产质权★★

动产质权的基本原理★★

质权设立	质押合同	1. 设立质权，当事人应当采用 <u>书面形式</u> 订立质押合同（要式合同）；除法定或约定外，自双方在合同书上签章，即成立并生效
	质押权	2. 质押合同 <u>生效后</u> ，质权人有权请求出质人依约交付质物，出质人不交付的，应当基于合法有效的质押合同承担 <u>违约责任</u>
	关于交付	有效合同+交付（移转占有）= 动产质权（注意：以 <u>移转标的物的占有</u> 为成立要件，即动产质权的设立采“ <u>公示生效主义</u> ”）
		1. 当事人不得约定不交付标的物，约定的，约定无效（注意：违反法律的效力性强制性规定）

续表

质权设立	关于交付	2. 只能是现实交付、简易交付和指示交付而不能是占有改定 ^① （实践中的表现形式为约定由出质人或出质人的代理人代为占有质押财产；注意：此时质权不生效）
		3. 质权人将质物返还于出质人后，不得以其质权对抗第三人（同日本民法立法例，即“对抗说”而非德国、台湾的“消灭说”）
		4. 因不可归责于质权人的事由而丧失对质物的占有，质权人可以向不当占有人请求停止侵害、恢复原状、返还原物（如质物因遗失、被盗、被侵夺或其他情形，质权人已失去事实上的管领力，如不能请求返还，动产质权自应消灭。但是，质权人虽丧失占有，但在能依物上请求权请求返还时，质权仍不消灭）
		5. 约定的出质财产与实际移交的财产不一致的，以实际交付占有的财产为准
		6. 从物随同质押财产交付于质权人占有时，质权的效力及于从物；从物未随同质押财产交付于质权人占有时，质权的效力不及于从物
		质权人的权利 义务
处分权 质权人可以放弃质权；债务人以自己的财产出质，质权人放弃该质权的，其他担保人在质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（注意：与抵押权的放弃法律效果相同）		
妥善保管 质权人负有妥善保管质押财产的义务；因保管不善致使质押财产毁损、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，出质人可以要求质权人将质押财产提存，或要求提前清偿债务并返还质押财产		
义务	及时行权 出质人可以请求质权人在债务履行期届满后及时行使质权；质权人不行使的，出质人可以请求法院拍卖、变卖质押财产。出质人请求质权人及时行使质权，因质权人怠于行使权利造成损害的，由质权人承担赔偿责任	
	质物或余款返还 债务人履行债务或出质人提前清偿所担保的债权的，质权人应当返还质押财产；质押财产折价或拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归出质人所有	

[萌主点拨] 质物的交付

与抵押权不同，质权最大的特点就是需要移转标的物（质押物）的占有。出质人可以将质物交付给质权人本人，亦可将质物交付其代理人。

[例] 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。请问：甲是否取得质权？

^① 不能采用占有改定的方式交付的原因有二：1. 无法公示质权的存在，害及交易安全；2. 出质人仍直接占有质押财产，质权人无法行使对质押财产的留置权利，使质权实际上丧失留置的效力。

答：丙经甲的授权而占有，甲取得质权。

典型真题

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·卷三·56题）^①

- 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、权利质权★★

公式	质押合同+交付（登记）=质权		
有价证券	交付生效	五类债权证券	汇票、本票、支票、债券、存款单
		两类物权证券	仓单、提单
	登记生效	无权利凭证的，以出质登记为生效要件	
	背书对抗	以票据出质的，应背书记载“质押”字样，否则，不得对抗第三人	
以公司债券出质没有背书记载“质押”字样，不得对抗公司与第三人			
基金份额、股权	质押合同+登记=质权		
知识产权中财产权	质押合同+登记=质权		
应收账款 ★★★	质押合同+登记=质权 [归纳总结] 债权出质，适用债权转让的基本规则（内外有别+通知）		

债务人或者第三人有权处分的下列权利可以出质：（1）汇票、本票、支票；（2）债券、存款单；（3）仓单、提单；（4）可以转让的基金份额、股权；（5）可以转让的注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权；（6）现有的以及将有的应收账款；（7）法律、行政法规规定可以出质的其他财产权利。

1. 有价证券★★

（1）交付生效。

交付生效的情形包括五类债权证券（即汇票、本票、支票、债券、存款单）和两类物权证券（仓单和提单）。这些有价证券往往存在“纸质”有形的凭证，因此需要以交付作为权利质权设立的标志。

以汇票、本票、支票、债券、存款单、仓单、提单出质的，质权自权利凭证交付质权人时设立。

（2）登记生效。

以汇票、本票、支票、债券、存款单、仓单、提单出质，没有权利凭证的，质权自办

^① 答案：BCD。

理出质登记时设立。

(3) 背书对抗★★

如果以票据出质的，应背书记载“质押”字样，否则，不得对抗第三人。与此相同，以公司债券出质没有背书记载“质押”字样，不得对抗公司与第三人。而对于基金份额、股权、知识产权以及应收账款作质押的，就以登记为生效要件。

[例] 甲将所持有的 A 公司债券交付乙，作为向乙借款的质押物。双方签订了书面质押合同，但未在债券上背书“质押”字样。借款到期后甲未还款。甲的另一债权人丙向法院申请执行上述债券。请问：如乙以债券已出质对抗丙的执行申请，能否得到法院的支持？

答：不能。

[注意] 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。

2. 基金份额、股权。

以基金份额、股权出质的，质权自办理出质登记时设立。

基金份额、股权出质后，不得转让，但是经出质人与质权人协商同意的除外。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。

[萌主点拨] 合伙企业财产份额的出质

《合伙企业法》第 25 条：合伙人以其在合伙企业中的财产份额出质的，须经其他合伙人一致同意；未经企业合伙人一致同意，其行为无效，由此给善意第三人造成损失的，由行为人依法承担赔偿责任。

3. 知识产权中的财产权。

以注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权出质的，质权自办理出质登记时设立。

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，但是经出质人与质权人协商同意的除外。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。

4. 应收账款★★★

[提示] 本考点在《民法典》编纂过程中进行了重大制度修改，须重点学习。

以应收账款出质的，质权自办理出质登记时设立。

应收账款出质后，不得转让，但是经出质人与质权人协商同意的除外。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。

※ **[重大制度修改]** 应收账款的范围，包括“现有的以及将有的”。

典型真题

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·卷三·7 题）^①

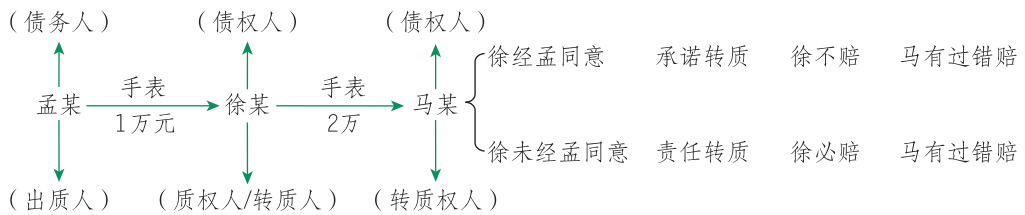
① 答案：C。

- A. 10 万元 B. 9 万元 C. 8 万元 D. 7 万元

三、转质★★

转质，是指质权人为给自己的债务作担保，将质物移交于自己的债权人而设定新质权的行为。因转质而取得质权的人，称之为转质权人。转质不限于动产质押，权利质权亦有转质的适用。

[例] 孟某向徐某借款 1 万元，将自己价值 27500 元的欧米茄手表出质于徐某。现徐某为了向马某借款 2 万元，未经孟某同意将手表出质于马某，马某不知此手表为孟某所有。根据上述案情及如下示意图，请回答：



(转质部分当事人示意图)

1. 徐某的转质是承诺转质还是责任转质？

答：责任转质。因为质权人在质权存续期间，未经出质人同意即将质押财产出质于转质权人。

2. 徐某与马某签订的质押合同效力如何？

答：合法有效。

3. 马某可否取得手表的质权？如何取得？

答：可以。善意取得，因为马某不知质押物为第三人（孟某）所有。

4. 如手表在马某占有期间毁损、灭失的，徐某是否需要承担赔偿责任？

答：需要。因为质权人在质权存续期间，未经出质人同意转质，造成质押财产毁损、灭失的，应当向出质人承担赔偿责任。

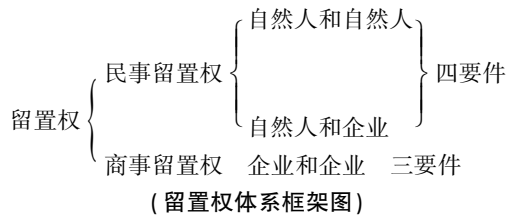
5. 如手表在马某占有期间毁损、灭失的，马某是否需要承担赔偿责任？

答：如马某有过错的，也要赔偿。

承诺转质 VS 责任转质★★

	承诺转质（同意转质）	责任转质
含义	质权人经过出质人同意	质权人未经出质人同意
效力	（有权处分）质押合同合法有效、质押权设立（继受取得）	（无权处分）质押合同合法有效、质押权设立（善意取得）
责任承担	标的物毁损、灭失的，质权人不承担赔偿责任；如转质权人有过错的（质权人和转质权人负有妥善保管质押物的义务，如因其故意或重大过失导致标的物毁损、灭失，应承担赔偿责任），应承担赔偿责任	标的物毁损、灭失的，质权人应当承担赔偿责任（因为其未经出质人同意擅自转质的行为本身即构成过错）；如转质权人有过错的，亦需承担赔偿责任

第四节 留 置 权



[图释] 留置权制度基于利益公平保护的观念而设计，其社会功能在于当双方当事人无担保约定时，为了保护债权人的利益，运用法律手段设定担保物权，确保债权利益的实现，维护交易安全。

留置权分为民事留置权和商事留置权两类。民事留置权制度源于罗马法上的恶意抗辩权，而商事留置权制度则由中世纪的意大利都市习惯法发展而来。民事留置权适用于两种情形：1. 自然人和自然人之间；2. 自然人和企业之间。而商事留置权则仅适用于企业与企业之间。

留置权★★

成立 条件	1. 债权已到期
	2. 合法占有债务人的动产（合法占有常考类型的合同包括承揽合同、运输合同、行纪合同、委托合同、保管合同和仓储合同，基于合同性质定作人、托运人、委托人、寄存人需移转动产于承揽人、承运人、行纪人、受托人、保管人占有；注意：遗失物的拾得人并非合法占有失主的动产，不属于合法占有，不得行使留置权）
	3. 动产的占有和债权的发生基于同一法律关系（即具有牵连关系，又称牵连性；注意：商事留置权除外）
	4. 不违反法律规定和当事人约定（注意：当事人双方可以事先约定排除留置权的适用）
实现	1. 留置权人与债务人应当约定留置财产后的债务履行期间；没有约定或约定不明确的，留置权人应当给债务人2个月以上履行债务的期间，但鲜活易腐等不易保管的动产除外。债务人逾期未履行的，留置权人可以与债务人协议以留置财产折价，也可以就拍卖、变卖留置财产所得的价款优先受偿
	2. 留置财产折价或者变卖的，应当参照市场价格
消灭	1. 留置权人对留置财产丧失占有
	2. 留置权人接受债务人另行提供担保

一、留置权的成立条件★★★

民事留置权的成立条件包括四项，分别是：

(一) 债权已到期

债务人不履行到期债务，债权人可以留置已经合法占有的债务人的动产，并有权就该

动产优先受偿。前款规定的债权人为留置权人，占有的动产为留置财产。

据此可知，如果债权未到期，债权人尚不能要求债务人还款，当然不得对债务人的动产行使留置权。

[例] 张某为王某送货，约定货物送到后一周内支付运费。张某在货物运到后立刻要求王某支付运费被拒绝。请问：张某可否留置部分货物？

答：不可以，因为债权未到期。

（二）合法占有债务人的动产

1. 动产。

留置权的客体只能是动产，对于债务人的不动产和权利，债权人不得留置。

[注意] 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。

2. 合法占有。

（1）合法。合法是指债权人占有债务人动产的行为符合法律的规定，该行为应当是公开的、有合同或法律依据的。即债权人基于合同性质而占有债务人的动产，如基于承揽合同、运输合同、行纪合同、委托合同、保管合同和仓储合同等而占有债务人提供的用于加工、运输、出卖、保管和仓储的动产。

[萌点拨]

1. 债权人基于侵权行为而占有债务人的动产，不属于合法占有，不得主张行使留置权。

2. 遗失物的拾得人并非合法占有失主的动产，不属于合法占有，不得主张行使留置权。

[例 1] 甲公司将一批货物存放在乙公司的仓库，后丙公司因甲公司拖欠其 150 万元货款，派出强大的保安队伍强行将该批货物从乙公司的仓库中拉走抵债。20 天后，甲公司闻知此事。请问：丙公司的行为是否属于行使留置权？

答：不是，属于侵权行为。

[例 2] 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。请问：如小贝拒绝赔偿，老马可否对足球行使留置权？

答：不可以，因为不属于合法占有。

[例 3] 方某将一行李遗忘在出租车上，立即发布寻物启事，言明愿以 2000 元现金酬谢返还行李者。出租车司机李某发现该行李及获悉寻物启事后即与方某联系。现方某拒绝支付 2000 元给李某。请问：李某可否行使留置权拒绝返还该行李？

答：不可以，因为不属于合法占有。

[例 4] 刘某把房屋租给方某，方某退租搬离时尚有部分租金未付。请问：刘某可否留置方某部分家具？

答：不可以，因为不属于合法占有。

（2）占有。如债权人仅仅是单纯的持有，则不具有占有的性质，亦不得行使留置权。如雇员持有雇主的动产，因其单纯的持有而不符合产生留置权的条件。

（三）动产的占有和债权的发生基于同一法律关系

理论界通说认为，债权人所占有的债务人的动产必须与其债权的发生具有牵连关系^①（又称牵连性），才能行使留置权。

[例] 甲于2月3日向乙借用一台彩电，乙于2月6日向甲借用了一部手机。到期后，甲未向乙归还彩电，乙因此也拒绝向甲归还手机。请问：乙的行为是否属于行使留置权的行为？

答：不属于，因为乙占有甲的手机与乙享有的要求甲归还彩电的权利不是基于同一法律关系。

[萌主点拨] 对于商事留置权（企业之间的留置）而言，则不要求基于同一法律关系。所谓商事留置权，是指就某种商事特定关系规定债权人对债务人的动产享有特别留置权，以担保债权人权利的实现。

[例1] 辽东公司欠辽西公司货款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货款，故辽西公司将该批电脑扣留。请问：辽西公司的行为如何定性？

答：属于行使商事留置权。

[例2] 甲公司加工乙公司的机器零件，约定先付费后加工。付费和加工均已完成，但乙公司尚欠甲公司借款。请问：甲公司可否留置机器零件？

答：可以。

（四）不违反法律规定和当事人约定

法律规定或当事人约定不得留置的动产，不得留置。

[萌主点拨]

1. 法律规定不得留置的动产主要是指法律规定禁止流通的动产。
2. 当事人约定不得留置的动产，只要该约定不违反法律的效力性强制性规定，则应当充分尊重当事人的意思自治。
3. 留置权的设立亦不得违背公序良俗，如留置权的设立可能损害社会公共利益和人们一般道德观念时，则留置权的设立无效，如对身份证、人事档案、尸体、骨灰等。

二、留置权的实现★★

关于留置权的实现，我们重点讲解一个问题，即宽限期制度。

留置权人与债务人应当约定留置财产后的债务履行期间；没有约定或约定不明确的，留置权人应当给债务人2个月以上履行债务的期间，但鲜活易腐等不易保管的动产除外。债务人逾期未履行的，留置人可以与债务人协议以留置财产折价，也可以就拍卖、变卖留置财产所得的价款优先受偿。留置财产折价或变卖的，应当参照市场价格。

[萌主点拨] 债权人在行使留置权之前，应当在宽限期内通知债务人履行债务。留置权人与债务人应当约定留置财产后的债务履行期限；没有约定或约定不明确的，留置权人应当给债务人2个月以上履行债务的期限，但鲜活易腐烂等不易保管的动产除外。

^① 牵连关系的主要情形有三：1. 债权系由于该动产本身而发生；2. 债权与该动产之返还义务系基于同一法律关系而发生；3. 债权与该动产之返还义务系基于同一事实关系而发生。

三、留置权的消灭

留置权的消灭，是指留置权成立后，因一定原因的出现而不复存在。留置权人对留置财产丧失占有或留置权人接受债务人另行提供担保的，留置权消灭。

第五节 共同担保和反担保

一、共同担保的基本原理★

含义	为担保一个主债权的实现，设立两个以上的担保方式的现象
类型	1. 共同物保（按份共同物保和连带共同物保）
	2. 共同人保（即共同保证，具体内容详见共同保证部分）
	3. 物保与人保并存

1. 含义。

共同担保，是指为担保一个主债权的实现，设立两个以上担保方式的现象。

2. 类型。

（1）共同物保。

共同物保包括按份共同物保和连带共同物保两种情形。

（2）共同人保。

共同人保即共同保证，该部分将在保证制度中讲解，此处暂不赘述。

（3）物保与人保并存。

物保与人保并存又包括两类即：债务人提供的物保和人保并存以及第三人提供的物保和人保并存。

二、共同物保★★

（一）按份共同物保★★

[萌点拨] 债权人应当按照约定的份额，分别主张债权。

☞ 典型真题

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·卷三·8题）^①

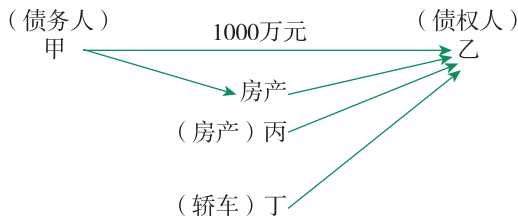
- A. 如银行主张全部债权，应先拍卖房产实现抵押权
- B. 如银行主张全部债权，可选择拍卖房产或者机器设备实现抵押权

^① 答案：C。

- 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

(二) 连带共同物保★★

1. 债务人提供的物保与第三人提供的物保并存。



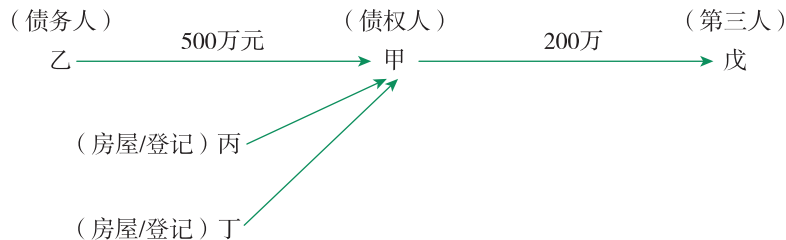
(债务人提供的物保与第三人提供的物保并存部分当事人示意图)

[例] 甲向乙借款 1000 万元，以自有房产为乙设定抵押并办理了抵押登记手续。同时，好友丙以自己的房产为该笔借款作抵押担保并办理了抵押登记手续。好友丁以自己的宝马轿车为该笔借款作担保并办理了抵押登记。甲到期无法偿还债务。根据上述案情，请回答：

1. 乙在向法院起诉时，应以谁为被告？
2. 法院判决乙胜诉后，应先执行谁的财产？
3. 如乙执行了丙的房产，丙应如何追偿？

[归纳总结] 债务人提供的物保与第三人提供的物保并存总结：

1. 起诉时，随便。
 2. 执行时，随便。
 3. 追偿时，随便。
2. 两个第三人提供的物保并存。



(两个第三人提供的物保并存部分当事人示意图)

典型真题

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·卷三·55 题)^①

- 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

① 答案：ABCD。

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

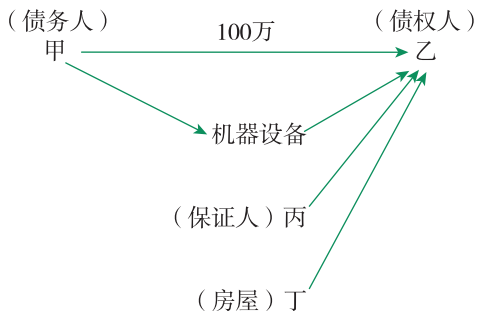
D. 戊只能在丙的房屋价款不足以使其债权得到全部清偿时就丁的房屋行使抵押权

[归纳总结] 两个第三人提供的物保并存总结：

1. 起诉时，随便。
2. 执行时，随便。
3. 追偿时，随便。

三、(连带)物保与人保并存

(一) 债务人提供的物保与保证并存★★★



典型真题

甲公司欠乙公司货款 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。甲公司届期不支付货款，下列哪一表述是正确的？(2014 年·卷三·8 题)^①

- 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^②

[归纳总结] 债务人提供的物保与保证并存总结：

1. 起诉时，随便。
2. 执行时，应当先执行主债务人的物保，然后再执行其他担保人的财产。
3. 追偿时，随便。

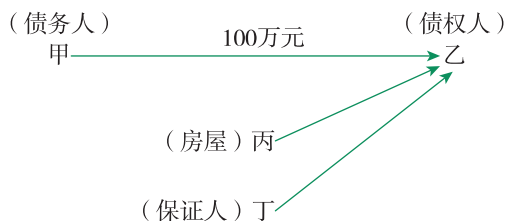
^① 答案：A。

^② 《担保法解释》第 38 条第 1 款：同一债权既有保证又有第三人提供物的担保的，债权人可以请求保证人或者物的担保人承担担保责任。当事人对保证担保的范围或者物的担保的范围没有约定或者约定不明的，承担了担保责任的担保人，可以向债务人追偿，也可以要求其他担保人清偿其应当分担的份额。

[萌主点拨] 保证人绝对优待主义和平等主义相结合的立法模式

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，债权人应当按照约定实现债权；没有约定或者约定不明确，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；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。提供担保的第三人承担担保责任后，有权向债务人追偿。

(二) 第三人提供的物保与保证并存★★



(第三人提供的物保与保证并存部分当事人示意图)

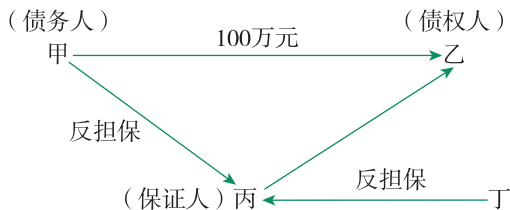
[例] 甲向乙借款 100 万元，丙将自己的房屋抵押给乙以担保债权的实现并办理了登记手续。丁提供保证担保。现甲到期不能还款。根据本案，请回答：

1. 乙在向法院起诉时，应以谁为被告？
2. 法院判决乙胜诉后，应先执行谁的财产？
3. 如乙执行了丁的财产后，丁应如何追偿？

[归纳总结] 第三人提供的物保与保证并存总结：

1. 起诉时，随便。
2. 执行时，随便。
3. 追偿时，随便^①。

四、反担保★★



(反担保部分当事人示意图)

[例] 2019 年 3 月 2 日，甲向乙借款 100 万元，二者签订借款合同。丙作保证人。丙担心承担保证责任后无法向甲追偿。此时，丙可以如何处理？

答：丙有两种选择；第一、丙可以要求甲为自己提供反担保；第二、丙可以要求甲找

^① 温馨提示：关于担保人承担担保责任后，能否互相追偿的问题，理论上肯定说和否定说两种截然不同的观点且各有合理理由。2019 年《全国法院民商事审判工作会议纪要》采“否定说”（注意：会议纪要不是司法解释，更不是法律，不能作为裁判依据进行援引）。

第三人（如丁）为自己提供反担保。

反担保★★

含义	第三人为债务人向债权人提供担保时，由债务人或另外一个第三人向担保人提供的担保
方式	1. 反担保人为债务人的有：抵押、质押
	2. 反担保人为第三人的有：抵押、质押、保证
	[注意] 留置和定金不可作为反担保方式
效力	债权人与反担保人之间不存在任何合同关系，故债权人不得主张对反担保人的权利

1. 含义。

第三人为债务人向债权人提供担保时，可以要求债务人提供反担保。

2. 方式。

反担保人可以是债务人，也可以是债务人之外的其他人。反担保方式可以是债务人提供的抵押或质押，也可以是其他人提供的保证、抵押或质押。

[注意]

- (1) 留置权作为法定担保物权不可以作为反担保的方式；
- (2) 基于货币的特殊性，定金亦不可以作为反担保的方式。

3. 效力。

债权人与反担保人之间不存在任何合同关系，故债权人不得主张对反担保人的权利。

☞ 典型真题

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·卷三·7 题）^①

- 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

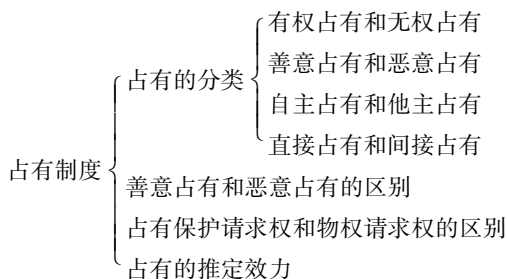
^① 答案：D。

专题十

占有制度

知识体系

KNOWLEDGE HIERARCHY



复习提要

本专题主要涉及四个方面的问题：1. 占有的分类；2. 善意占有和恶意占有的区别；3. 占有保护请求权和物权请求权的区别；4. 占有的推定效力。首先，占有只是一种“事实状态”或“事实管领力”而非一种权利。其次，占有的分类是本专题的重点，特别是善意占有和恶意占有的区别。最后，占有保护请求权亦是本专题的重点，需重点学习。

一、占有的分类★★

是否存在占有的本权	有权	基于合法原因而取得的占有（如基于买卖合同、赠与合同、租赁合同、设定动产质押权等）
	无权	非基于合法原因而取得的占有（如遗失物的拾得者对拾得物的占有、盗窃者对盗赃物的占有、承租人在租赁关系消灭后继续占有租赁物、买卖合同无效后买受人对于出卖物的占有等均属于无权占有）
是否误信且无怀疑	善意	占有人不知其无占有的本权（权源）而误信其有正当权源且无怀疑地占有（如盗赃物的买受人信赖出卖人有所有权而购买并占有盗赃物的，即为善意占有）
	恶意	占有人知道其无占有的本权（权源）或对于该物自己是否有权占有虽有怀疑而仍为占有（如盗赃物的买受人明知出卖人无所有权而购买并占有盗赃物的，即为恶意占有）

续表

是否以自己所有的意思占有标的物	自主	以自己所有的意思对标的物进行的占有 ^① （如盗贼对盗窃物的占有即为典型的自主占有）
	他主	非以自己所有的意思对标的物进行的占有（如质权人对质物的占有、承租人对租赁物的占有即为典型的他主占有）
在事实上是否直接管领其物	直接	直接对物有事实上的管领力的占有
	间接	以他人的占有为媒介并基于一定的法律关系享有返还请求权的占有
	注意	需存在占有媒介关系且直接占有人以他主占有的心态占有标的物（如借用合同、质押合同、租赁合同、保管合同等）

民法上确立占有制度主要目的在于保护对物的事实支配状态，进而维护社会秩序与和平。占有是对物的支配，但这种支配可基于不同的法律关系，可能是有权占有，亦可能是盗贼的无权占有，因而，占有本身并未显示正当性，不足以成为一项权利，只是对物的单纯事实支配状态。

[萌主点拨] 占有在性质上属于事实状态或事实管领力，是一种“准物权”。

占有的分类，我们用8字口诀来表述即：“有无善恶、自他直间”。其中，“有无”代表有权占有和无权占有；“善恶”代表善意占有和恶意占有；“自他”代表自主占有和他主占有；“直间”代表直接占有和间接占有。

（一）有权占有和无权占有

根据占有人是否存在占有的本权（权源），将占有分为有权占有和无权占有。

1. 有权占有，又称有权源占有，是指基于合法原因而取得的占有。其中的合法原因可以理解为法律规定或民事法律行为等。如基于买卖合同、赠与合同、租赁合同、设定动产质押权等。

2. 无权占有，又称无权源占有，是指非基于合法原因而取得的占有。如遗失物的拾得者对拾得物的占有、盗窃者对盗赃物的占有、承租人在租赁关系消灭后继续占有租赁物、买卖合同无效后买受人对于出卖物的占有等均属于无权占有。

（二）善意占有和恶意占有

对于无权占有，根据占有人的主观心理状态，即无权占有人是否误信且无怀疑为标准，将无权占有再分为善意占有和恶意占有。

1. 善意占有，是指占有人不知其无占有的本权（权源）而误信其有正当权源且无怀疑地占有。如盗赃物的买受人信赖出卖人有所有权而购买并占有盗赃物的，即为善意占有。

2. 恶意占有，是指占有人知道其无占有的本权（权源）或对于该物自己是否有权占有虽有怀疑而仍为占有。如盗赃物的买受人明知出卖人无所有权而购买并占有盗赃物的，即为恶意占有。

[萌主点拨] 善意占有和恶意占有系无权占有的再分类，有权占有不存在善意占有和

^① 《德国民法典》第872条，将物视为为己有而占有者，为自主占有人。

恶意占有的问题。

[例1] 孟某手上有一块价值 27500 元的欧米茄手表，徐毛毛甚是喜爱，欲借用 3 天。孟某欣然接受，将手表交付于徐毛毛。请问：徐毛毛对手表的占有是善意占有还是恶意占有？

答：既不是善意占有也不是恶意占有，徐毛毛系有权占有。

[例2] 孟某手上有一块价值 27500 元的欧米茄手表，徐毛毛甚是喜爱，欲借用 3 天。孟某欣然接受，将手表交付于徐毛毛。第二天徐毛毛因车祸意外死亡，其子小毛误以为手表为其父之遗产而继承该手表。请问：小毛对手表的占有是善意占有还是恶意占有？

答：善意占有。

[例3] 孟某手上有一块价值 27500 元的欧米茄手表，一天孟某不小心将其丢失，徐毛毛捡到后一直戴在自己的手腕上。请问：徐毛毛对手表的占有是善意占有还是恶意占有？

答：恶意占有。

[注意] 遗失物的拾得者和赃物的窃取者均属于无权占有、恶意占有。

（三）自主占有和他主占有

根据占有人是否以自己所有的意思占有标的物，分为自主占有和他主占有。

1. 自主占有，是指以自己所有的意思对标的物进行的占有。

自主占有要求占有人具有“所有的意思”，即将其物如同自己之物加以占有，至于占有人是否为真正的所有权人或确信自己为所有权人则在所不问。如盗贼对盗窃物的占有即为典型的自主占有。

2. 他主占有，是指非以自己所有的意思对标的物进行的占有。如质权人对质物的占有、承租人对租赁物的占有即为典型的他主占有。

[例1] 孟某手上有一块价值 27500 元的欧米茄手表，徐毛毛甚是喜爱，欲借用 3 天。孟某欣然接受，将手表交付于徐毛毛。第二天徐毛毛因车祸意外死亡，其子小毛误以为手表为其父之遗产而继承该手表。请问：小毛对手表的占有是自主占有还是他主占有？

答：自主占有。

[例2] 孟某手上有一块价值 27500 元的欧米茄手表，徐毛毛甚是喜爱，趁孟某不注意，徐毛毛将手表偷走。请问：徐毛毛对手表的占有是自主占有还是他主占有？

答：自主占有。

[例3] 孟某手上有一块价值 27500 元的欧米茄手表，一天孟某不小心将其丢失，徐毛毛捡到后一直戴在自己的手腕上。请问：徐毛毛对手表的占有是自主占有还是他主占有？

答：要区分情况：（1）徐毛毛有返还的意思，他主占有；（2）徐毛毛没有返还的意思，自主占有。

[例4] 孟某遗失一块手表，徐毛毛拾得后放在办公桌抽屉内，并张贴了招领启事。马胖胖盗走该手表，卖给了不知情的曹某，曹某出质于张某。请问：马胖胖对手表的占有属于自主占有还是他主占有？

答：自主占有。

[萌主点拨] 判断占有人的占有是否属于自主占有，须依占有人表现于外部的意思作为标准。在不能认定占有人的占有意思时，应推定占有人的占有为自主占有，即推定占有人为物的所有权人，有相反证据除外。

(四) 直接占有和间接占有 ★★★

根据占有人在事实上是否直接管领其物为标准，将占有分为直接占有和间接占有。直接占有和间接占有系德国民法上创造的概念。

1. 直接占有，是指直接对物有事实上的管领力的占有。

2. 间接占有，是指以他人的占有为媒介并基于一定的法律关系享有返还请求权的占有。间接占有的成立，必须具备以下条件：

(1) 间接占有人与媒介人之间存在占有媒介关系。占有媒介关系可以是物权关系，如动产质权情形下，出质人为间接占有人，质权人为直接占有人；也可以是债权关系，如租赁合同情形下，出租人、转租人为间接占有人，次承租人为直接占有人；或在保管合同中，寄存人为间接占有人，保管人为直接占有人。

[萌主点拨] 遗失物的拾得人与遗失人之间因不存在占有媒介关系，因此，不存在直接占有和间接占有的问题。同理可知，盗贼与物主之间亦不存在直接占有和间接占有的问题。

(2) 间接占有人对占有物具有事实上的管领力。间接占有人虽然失去了控制、管领物的外观，但却依然能对该物行使相应的返还请求权。间接占有人须享有有效的返还请求权，如无任何返还请求权，则不成立间接占有。如窃贼将所盗之物寄存于共谋人以便受刑完毕后取回时，并不成为间接占有人，因为该寄存关系是无效的，其返还请求权无从成立。

(3) 他主占有的意思。在占有媒介关系中，直接占有其物者是以他主占有之意思而占有。如以自己所有之意思而为占有，则不是间接占有。当直接占有人改变他主占有的意思而为自主占有时，间接占有即归于消灭。

[例1] 孟某手上有一块价值 27500 元的欧米茄手表，徐毛毛甚是喜爱，趁孟某不注意，徐毛毛将手表偷走。请问：徐毛毛对手表的占有是直接占有还是间接占有？

答：既不是直接占有也不是间接占有。

[例2] 孟某手上有一块价值 27500 元的欧米茄手表，一天孟某不小心将其丢失，徐毛毛捡到后一直戴在自己的手腕上。请问：徐毛毛对手表的占有是直接占有还是间接占有？

答：既不是直接占有也不是间接占有。

	有权/无权	善意/恶意	自主/他主	直接/间接
盗赃物	无权	恶意	自主	×
VS			{ 他主 (有返还的意思) { 自主 (无返还的意思)	
遗失物	无权	恶意		自主

(盗赃物 VS 遗失物占有情况示意图)

二、善意占有和恶意占有的区别★★★

善意占有 VS 恶意占有★★★

要点	善意占有	恶意占有
是否承担损耗赔偿责任	不承担	承担
是否可请求必要费用	可以	不可以
是否承担风险	不承担	承担

典型真题

丙找甲借自行车，甲的自行车与乙的很相像，均放于楼下车棚。丙错认乙车为甲车，遂把乙车骑走。甲告知丙骑错车，丙未理睬。某日，丙骑车购物，将车放在商店楼下，因墙体倒塌将车砸坏。下列哪些表述是正确的？（2012年·卷三·58题）^①

- 丙错认乙车为甲车而占有，属于无权占有人
- 甲告知丙骑错车前，丙修车的必要费用，乙应当偿还
- 无论丙是否知道骑错车，乙均有权对其行使占有返还请求权
- 对于乙车的毁损，丙应当承担赔偿责任

三、占有保护请求权和物权请求权的区别★★

占有保护请求权 VS 物权请求权★★

要点	占有保护请求权	物权请求权
基础	占有的事实	物权
目的	保护占有的事实状态或事实管领力，恢复占有人对物的占有，维护社会平稳秩序	救济被侵害的物权，恢复对物的圆满支配状态（使用价值+交换价值）
行权主体	占有人	物权人
适用条件	占有物被侵占	所有物返还请求权以侵害人无权占有为条件
期间限制	占有物返还请求权受1年除斥期间限制	具体问题具体分析

占有保护请求权与物权请求权的区别主要包括如下几点：

1. 基础。

占有保护请求权的基础系占有的事实，只要存在占有的事实，无论是何种占有状态，均可以行使占有保护请求权；而物权请求权的基础是物权，行为人必须证明自己是物权人才可行使物权请求权。

[例] 孟某拾得徐毛毛的一只小羊拒不归还，马胖胖将小羊从孟某羊圈中抱走交给徐毛毛。请问：马胖胖是否侵犯了孟某的占有？

答：侵犯了。

^① 答案：ABCD。

2. 目的。

占有保护请求权的目的是保护占有的事实状态或事实管领力，恢复占有对物的占有，维护社会平稳秩序。而物权请求权的目的是救济被侵害的物权，恢复对物的圆满支配状态，即对物的使用价值和交换价值的全面支配和利用。

3. 行权主体。

占有保护请求权的主体是占有人，当然所有权人可以基于间接占有的身份行使占有保护请求权；物权请求权的主体则是物权人，包括所有权人，用益物权人和担保物权人。

4. 适用条件。

占有保护请求权的适用条件是占有物被侵占；而物权请求权特别是所有物返还请求权以侵害人无权占有为条件，如为有权占有则不得行使所有物返还请求权。

5. 期间限制。

占有保护请求权中的占有物返还请求权受1年除斥期间的限制；而物权请求权则相对复杂，需具体问题具体分析。

四、占有的推定效力★★

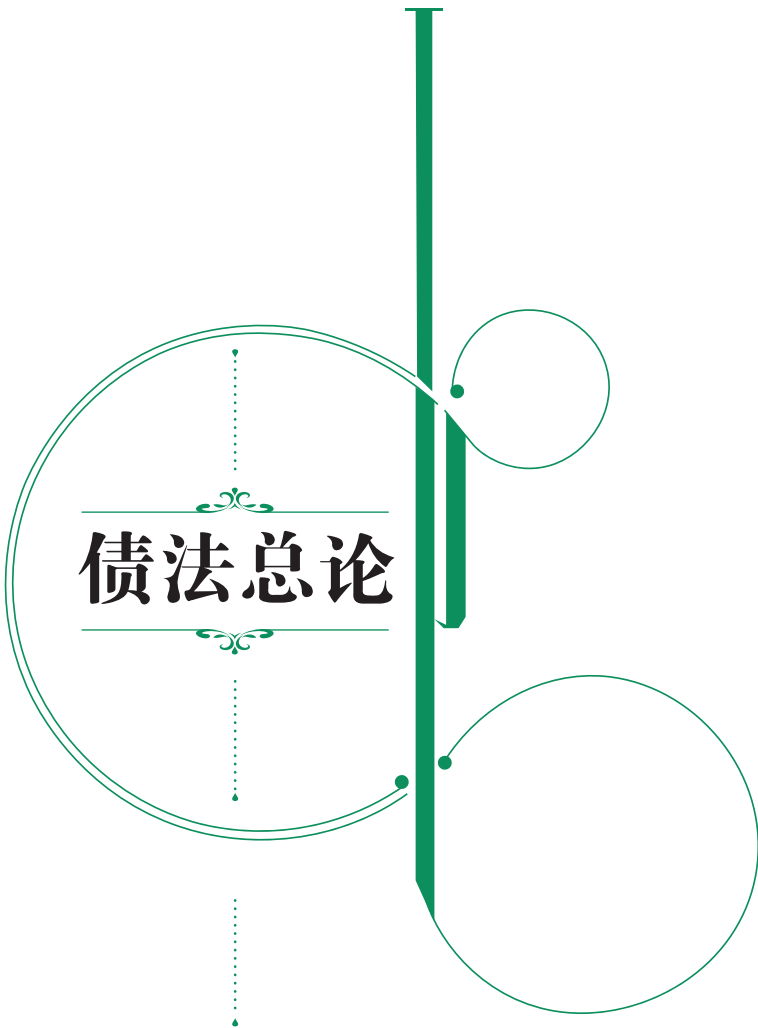
为保护交易之安全，法律承认占有即所有的推定效力。但该种权利的推定属于消极性的，占有人不得利用此项推定作为其行使权利的依据。同时，受权利推定的占有人，免除举证责任，即对其是否具有实体权利存在争议时，占有人可以直接援用该推定对抗相对人，无须证明自己是权利人；当然在相对人提出反证时，占有人为推翻该反证，仍须举证。否则，将承担不利的法律后果。

典型真题

甲、乙就乙手中的一枚宝石戒指的归属发生争议。甲称该戒指是其在2015年10月1日外出旅游时让乙保管，属甲所有，现要求乙返还。乙称该戒指为自己所有，拒绝返还。甲无法证明对该戒指拥有所有权，但能够证明在2015年10月1日前一直合法占有该戒指，乙则拒绝提供自2015年10月1日后从甲处合法取得戒指的任何证据。对此，下列哪一说法是正确的？（2016年·卷三·9题）^①

- A. 应推定乙对戒指享有合法权利，因占有具有权利公示性
- B. 应当认定甲对戒指享有合法权利，因其证明了自己的先前占有
- C. 应当由甲、乙证明自己拥有所有权，否则应判决归国家所有
- D. 应当认定由甲、乙共同共有

^① 答案：B。



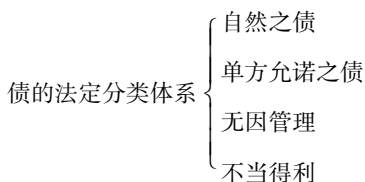
专题十一

债的法定分类体系



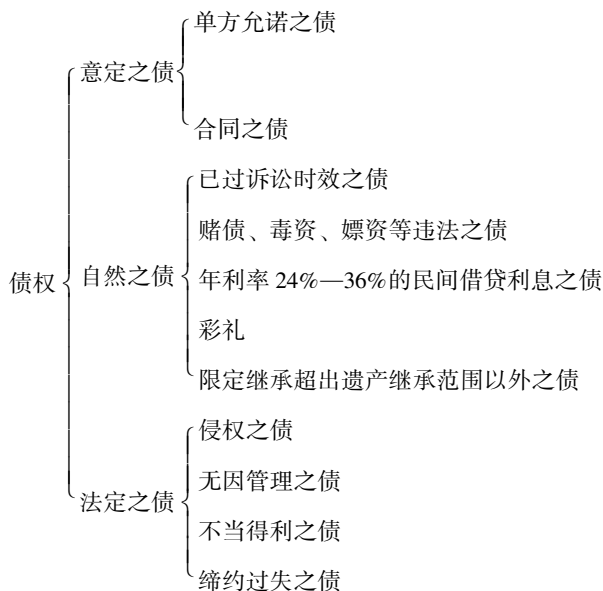
知识体系

KNOWLEDGE HIERARCHY



复习提要

本专题主要涉及四个方面的问题：1. 自然之债；2. 单方允诺之债；3. 无因管理；4. 不当得利。该部分属于必考内容，特别是无因管理和不当得利，考生在复习过程中必须重点予以掌握，通过大量历年真题的练习，做到熟练掌握、心中有数。



(债的法定分类体系框架图)

一、自然之债★★

含义	又称自然债务，源于万民法，是指缺乏法定之债的债因，不产生法定义务，故不能经由诉讼获得满足，但债务人自愿履行的，不得请求不当得利返还的债
特征	1. 债权本身存在 2. 不得请求法院强制执行 3. 债务人给付后原则上不得请求不当得利返还
具体情形	1. 已过诉讼时效之债 2. 赌债、毒资、嫖资等违法之债（立法者反对因赌博使人遭受损害；通过“赢者不得向输者提起诉讼索取赌债，输者给付后不得请求返还”的规则来表示惩罚的态度；体现法律对权利保护的拒绝） 3. 年利率24%—36%的民间借贷利息之债（借贷双方约定的利率未超过年利率24%，出借人请求借款人按照约定的利率支付利息的，法院应予支持。借贷双方约定的利率超过年利率36%，超过部分的利息约定无效。借款人请求出借人返还已支付的超过年利率36%部分的利息的，法院应予支持） 4. 彩礼（当事人请求返还按照习俗给付的彩礼的，如果查明属于以下情形，法院应当予以支持：①双方未办理结婚登记手续的；②双方办理结婚登记手续但确未共同生活的；③婚前给付并导致给付人生活困难的。适用前款第②、③项的规定，应当以双方离婚为条件） 5. 限定继承（继承遗产应当清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务，缴纳税款和清偿债务以他的遗产实际价值为限。超过遗产实际价值部分，继承人自愿偿还的不在其限。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偿还责任）

[萌主点拨] 自然之债的种类

1. 已过诉讼时效之债。
2. 赌债、毒资、嫖资等违法之债。

立法者反对因赌博使人遭受损害，通过“赢者不得向输者提起诉讼索取赌债，输者给付后不得请求返还”的规则来表示惩罚的态度。

3. 年利率24%—36%的民间借贷利息之债

借贷双方约定的利率未超过年利率24%，出借人请求借款人按照约定的利率支付利息的，法院应予支持。借贷双方约定的利率超过年利率36%，超过部分的利息约定无效。借款人请求出借人返还已支付的超过年利率36%部分的利息的，法院应予支持。

4. 彩礼。

当事人请求返还按照习俗给付的彩礼的，如果查明属于以下情形，法院应当予以支持：（1）双方未办理结婚登记手续的；（2）双方办理结婚登记手续但确未共同生活的；（3）婚前给付并导致给付人生活困难的。适用前款第（2）、（3）项的规定，应当以双方离婚为条件。

5. 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其限。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。

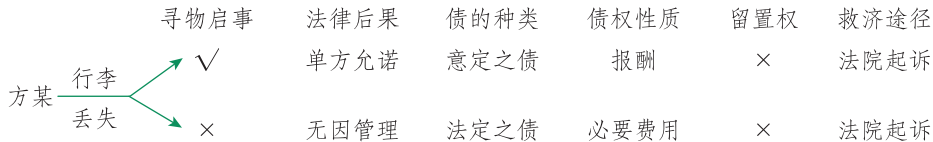
二、单方允诺之债★★

单方允诺之债★★（悬赏广告、假一罚十的承诺、自然之债的同意履行）

含义	表意人向相对人作出的为自己设定某种义务，使相对人取得某种权利的意思表示	
特征★★	成立	它是表意人单方的意思表示，无需相对人对其意思表示作出承诺即可成立，即使相对人不知道单方允诺的存在也不影响单方允诺之债的成立
	内容	内容是表意人设定某种义务，使相对人取得某种权利（债权、即报酬请求权），它不需要相对人付出代价，相对人对于表意人也不负实施某种特定行为的义务
	对象	一般向社会上不特定的人（无行为能力的限制）发出，凡符合表意人在单方允诺中所列条件的人，即可成为表意人的相对人，取得表意人所允诺的权利
注意	表意人不履行义务的，权利人不能行使留置权，只能向法院起诉（理由：1. 物权优于债权；2. 留置权的构成要件）	

※ [民法典新增条款] 悬赏人以公开方式声明对完成特定行为的人支付报酬的，完成该行为的人可以请求其支付。

[萌点拨] 单方允诺之债与无因管理的关系



(单方允诺之债部分当事人示意图)

典型真题

方某将一行李遗忘在出租车上，立即发布寻物启事，言明愿以 2000 元现金酬谢返还行李者。出租车司机李某发现该行李及获悉寻物启事后即与方某联系。现方某拒绝支付 2000 元给李某。下列哪一表述是正确的？（2013 年·卷三·13 题）^①

- A. 方某享有所有物返还请求权，李某有义务返还该行李，故方某可不支付 2000 元酬金
- B. 如果方某不支付 2000 元酬金，李某可行使留置权拒绝返还该行李
- C. 如果方某未曾发布寻物启事，则其可不支付任何报酬或费用
- D. 既然方某发布了寻物启事，则其必须支付酬金

① 答案：D。

三、无因管理★★★

无因管理（事实行为）★★★

构成要件	1. 没有法定或约定的义务（父母抚养子女、消防队员救火和雇佣保姆看管小孩等不属于无因管理）	
	2. 主观上具有为避免他人利益受损失而管理他人事务的意思；[注意：（1）误信管理，不构成无因管理 ^① ；（2）有利可图，主观上纯粹为自己，不构成无因管理；（3）管理人主观上适当兼为（顾）自己的利益，即“城门失火殃及池鱼”的心态不影响无因管理的构成，关键词：唯恐祸及自家、担心祸及自家等]	
	3. 客观上实施了管理他人事务的行为（至于管理是否有效果则在所不问，只要行为不要效果的制度）	
	4. 管理事务符合受益人的真实意思，但受益人的真实意思违背公序良俗的除外（即“不违反本人明示或可推知的意思，但本人意思违背公序良俗的除外”）	
法律效果	管理人权利	1. 必要费用（即费用偿还请求权；管理人原则上没有报酬请求权）
		2. 所负债务（即负债清偿请求权；如为拾得的牛治病所支付的医药费）
		3. 所受损害（即损害赔偿请求权；注意：管理人所受损害可以向受益人主张，但受益人所受损害不得向管理人主张）
法律效果	管理人义务	1. 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
		2. 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. 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
诉讼时效	1. 管理人因无因管理行为产生的给付必要管理费用、赔偿损失请求权的诉讼时效期间，从无因管理行为结束并且管理人知道或应当知道本人之日起计算	
	2. 本人因不当无因管理行为产生的赔偿损失请求权的诉讼时效期间，从其知道或应当知道管理人及损害事实之日起计算	

※ [民法典新增条款] 无因管理的认定和准用

管理人没有法定的或者约定的义务，为避免他人利益受损失而管理他人事务，并且符合受益人真实意思的，可以请求受益人偿还因管理事务而支出的必要费用；管理人因管理事务受到损失的，可以请求受益人给予适当补偿。

管理事务不符合受益人真实意思的，管理人不享有前款规定的权利，但是受益人的真实意思违背公序良俗的除外。

^① 所谓“误信管理”，是指误信他人事务为自己事务而管理。行为人主观上不具有管理他人事务的意思，因此，不构成无因管理。如误把他人的牛当成自己的而饲养或“喜当爹”。

管理人管理事务不属于前条规定的情形，但是受益人享有管理利益的，受益人应当在其获得的利益范围内向管理人承担前条第一款规定的责任。

※ [民法典新增条款] 委托合同的适用

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。

🔗 典型真题

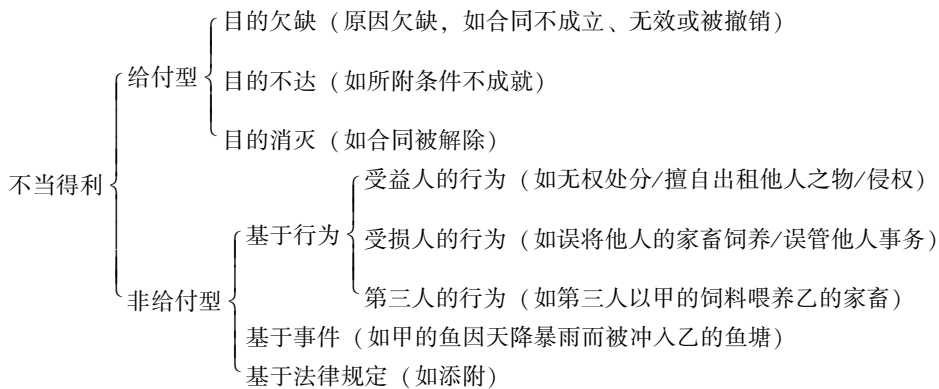
1. 甲的房屋与乙的房屋相邻。乙把房屋出租给丙居住，并为该房屋在 A 公司买了火灾保险。某日甲见乙的房屋起火，唯恐大火蔓延自家受损，遂率家人救火，火势得到及时控制，但甲被烧伤住院治疗。下列哪一表述是正确的？（2014 年·卷三·20 题）^①

- A. 甲主观上为避免自家房屋受损，不构成无因管理，应自行承担医疗费用
- B. 甲依据无因管理只能向乙主张医疗费赔偿，因乙是房屋所有人
- C. 甲依据无因管理只能向丙主张医疗费赔偿，因丙是房屋实际使用人
- D. 甲依据无因管理不能向 A 公司主张医疗费赔偿，因甲欠缺为 A 公司的利益实施管理的主观意思

2. 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·卷三·53 题）^②

- 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

四、不当得利 ★★★



[图释] 通说认为，依发生原因的不同，将不当得利分为两类：给付型不当得利和非给付型不当得利。

给付型不当得利包括三类，即目的（原因）欠缺、目的不达和目的消灭。

① 答案：D。
② 答案：ABC。

非给付型不当得利亦包括三类，即基于行为（包括受益人的行为、受损人的行为和第三人的行为）、基于事件和基于法律规定而产生的不当得利。

不当得利★★★

含义	无法律上之原因而受利益，致他人受损害者，应返还其利益。虽有法律上之原因，而其后已不存在者，亦同
构成要件	1. 无法律上之原因（法律上无正当理由）；（1）自然之债的自愿履行；（2）履行道德义务而为给付，如养子女给予生父母赡养费的，可以适当分得遗产，但不得基于不当得利请求返还
	2. 一方获益；即财产利益的增加（包括积极增加和消极增加）且不得为反射利益 ^①
	3. 一方受损；行为人主动放弃或故意放弃的除外：（1）提前清偿未到期债务及利息；（2）强迫得利 ^②
	4. 获益与受损（即损益变动）之间存在因果关系
法律	1. 原物和孳息
效力	2. 利用不当得利所取得的其他利益（投资），扣除劳务管理费后，国家予以收缴（即扣费+收缴）
诉讼时效	返还不当得利请求权的诉讼时效期间，从当事人一方知道或应当知道不当得利事实及对方当事人之日起计算

[萌主点拨] 不当得利的例外

不当得利旨在调整无法律上原因之损益变动，使无法律上原因而受利益，致他人受损失者，负有返还其利益的义务。得利人没有法律根据取得不当利益的，受损失的人可以请求得利人返还获得的利益，但是有下列情形之一的除外：

- （一）为履行道德义务进行的给付；
- （二）债务到期之前的清偿；
- （三）明知无给付义务而进行的债务清偿。

典型真题

下列哪一情形产生了不当得利之债？（2013年·卷三·20题）^③

- 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

※ [民法典新增条款] 不当得利返还

- （一）善意得利人的返还

得利人不知道且不当知道获得的利益没有法律根据，获得的利益已经不存在的，不承担返还该利益的义务。

① 反射利益：有人获益但无人受损的情形，如小区旁建地铁或大学城而使本小区房屋升值的情形。

② 强迫得利：受损人故意使自己受损而为给付，意图成立某种债的关系的，所为给付为不法原因给付，受领人无须返还。如未经许可擦车或擦皮鞋等（注意：恶意当事人不受保护原则）。

③ 答案：D。

(二) 恶意得利人的返还

得利人知道或者应当知道获得的利益没有法律根据的，受损失的人可以请求得利人返还其获得的利益并依法赔偿损失。

(三) 无偿第三人的返还

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。

[例] 甲公司与乙公司签订商品房包销合同，约定甲公司将其开发的 10 套房屋交由乙公司包销。甲公司将其其中 1 套房屋卖给丙，丙向甲公司支付了首付款 20 万元。后因国家出台房地产调控政策，丙不具备购房资格，甲公司与丙之间的房屋买卖合同不能继续履行。请问：甲公司应返还给丙多少钱？

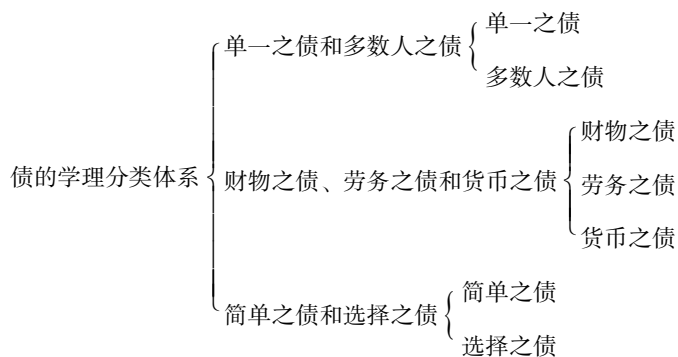
答：20 万元本金及其利息。

专题十二

债的学理分类体系

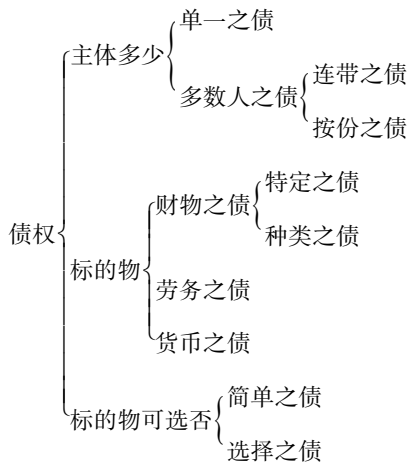
知识体系

KNOWLEDGE HIERARCHY



复习提要

本专题主要涉及三个方面的问题：1. 单一之债和多数人之债；2. 财物之债、劳务之债和货币之债；3. 简单之债和选择之债。在复习过程中，要注重相互之间的区别，切莫混淆。最后，需要将本专题内容与上一专题内容结合，形成区分题目中债的种类的“四步走”战略。



[图释] 对于债的学理分类体系而言，主要是各种不同债的区分。在此，我们用7字口诀来表述，即“一多；财劳货；单选”。其中，“一多”代表单一之债和多数人之债；“财劳货”代表财物之债、劳务之债和货币之债。“单选”代表简单之债和选择之债。

一、单一之债和多数人之债

根据债的主体多少，将债分为单一之债和多数人之债。

(一) 单一之债

单一之债，是指债权人和债务人均为一人的债。

[例] 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。请问：此种债权是单一之债还是多数人之债？

答：单一之债。

(二) 多数人之债

多数人之债，是指债权人或债务人一方或双方为多人的债。

1. 按份之债。

债权人为二人以上，标的可分，按照份额各自享有债权的，为按份债权；债务人为二人以上，标的可分，按照份额各自负担债务的，为按份债务。

按份债权人或按份债务人的份额难以确定的，视为份额相同。

2. 连带之债。

(1) 含义。

债权人为二人以上，部分或全部债权人均可以请求债务人履行债务的，为连带债权；债务人为二人以上，债权人可以请求部分或全部债务人履行全部债务的，为连带债务。

连带债权或连带债务，由法律规定或当事人约定。

(2) 内部关系。

连带债务人之间的份额难以确定的，视为份额相同。

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。其他连带债务人对债权人的抗辩，可以向该债务人主张。

(3) 履行规则。

部分连带债务人履行、抵销债务或提存标的物的，其他债务人对债权人的债务在相应范围内消灭；该债务人可以依据前条规定向其他债务人追偿。

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。

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。

(4) 行使规则。

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。

连带债权人之间的份额难以确定的，视为份额相同。

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。

连带债权参照适用本章连带债务的有关规定。但是，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。

二、财物之债、劳务之债和货币之债

根据债的标的物的不同，将债分为财物之债、劳务之债和货币之债。

（一）财物之债

[注意] 对于财物之债，根据财物本身是否具有可替代性，又将财物之债分为特定之债和种类之债。

1. 特定之债：财物本身不具有可替代性，在交付前财物灭失的，可以免除继续履行的义务。对于“特定之债”题目中的关键词一般为“自己的”。

2. 种类之债：财物本身具有可替代性，在交付前财物灭失的，不免除继续履行的义务。在日常生活中，大部分财物之债均属于种类之债，在市场上均可寻找到替代物。

（二）劳务之债

对于劳务之债，由于标的物本身的特殊性，如提供劳务方不履行的，对方不得请求“强制执行”，只能请求损害赔偿。

※ [民法典新增制度] 当事人一方不履行债务或履行债务不符合约定，根据债务的性质不得强制履行的，对方可以请求其负担由第三人替代履行的费用。

（三）货币之债

对于货币之债，不存在履行不能的问题，如到期不能还款，权利人可以请求继续履行。

※ [民法典新增条款] 以支付金钱为内容的债，除法律另有规定或当事人另有约定外，债权人可以请求债务人以实际履行地的法定货币履行。

[归纳总结] 不能请求继续履行的包括：财物之债项下的特定之债和劳务之债。同时，有些能请求法定抵销，有些不能请求法定抵销。总结：只有货币之债与货币之债能进行法定抵销。

三、简单之债和选择之债

根据债的标的有无可选择性，将债分为简单之债和选择之债。

（一）简单之债

简单之债，是指债的履行标的只有一种，当事人只能按照该种标的履行的债。

（二）选择之债

选择之债，是指债的履行标的有数种，当事人可从中选择其一履行的债。

※ [民法典新增条款] 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、当事人另有约定或另有交易习惯的除外。

享有选择权的当事人在约定期限内或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。

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。

可选择的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] 孟某对徐毛毛说：如果你在三年内考上公务员，我愿将自己的一套住房或者一辆宝马轿车相赠。徐毛毛同意。两年后，徐毛毛考取某国家机关职位。请问：孟某与徐毛毛的约定属于简单之债还是选择之债？

答：选择之债。

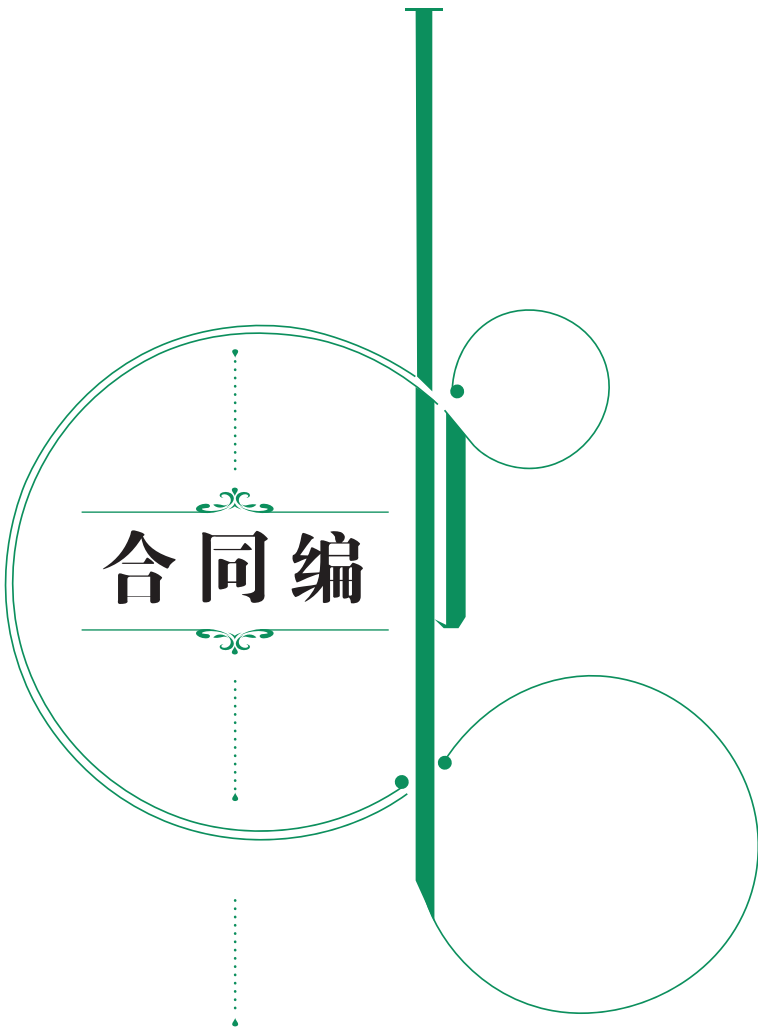
[归纳总结] 结合上一专题中的“债的法定分类体系”，我们现在进行归纳，判断题目中债的种类，采用“四步走”战略，具体内容如下：

第一步：找人数——单一之债或多数人之债（按份或连带）

第二步：找标的——财物之债（特定或种类）、劳务之债或货币之债

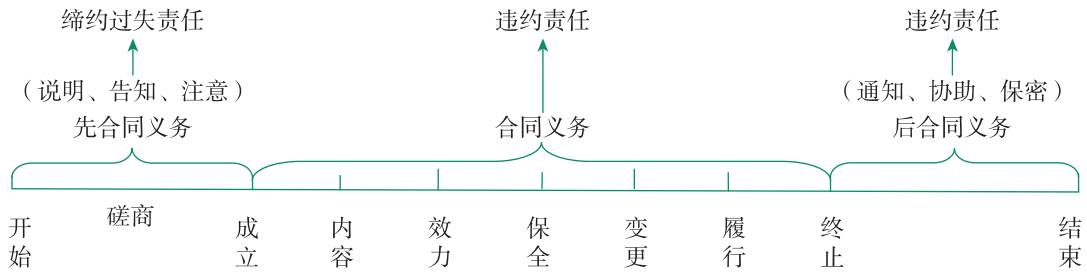
第三步：找原因——意定之债、法定之债或自然之债

第四步：看标的可选否——简单之债或选择之债



第一分编

通则



(合同通则体系框架图)

[图释] 对于合同通则而言，实质上就是签订合同的流程，该流程共包括三个大的阶段9个点位。

三个大的阶段，分别是先合同阶段、合同阶段和后合同阶段。其中考试的重点是先合同阶段（即缔约过失责任）和合同阶段（即违约责任）。后合同阶段了解即可。

9个点位中，具有考试意义的共8个，分别是：1. 合同的成立；2. 合同的内容；3. 合同的效力；4. 合同的保全；5. 合同的变更；6. 合同的履行；7. 合同的终止；8. 违约责任。

在此需要强调的是，合同的效力已经在本书第一编总则部分的民事行为的效力处讲解，在合同编部分不再讲授。

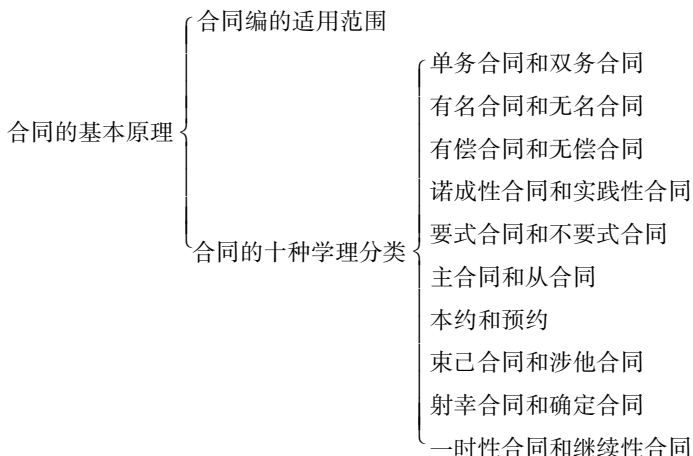
[萌主点拨] 债权债务终止后，当事人应当遵循诚信等原则，根据交易习惯履行通知、协助、保密、旧物回收等义务。

专题十三

合同的基本原理

知识体系

KNOWLEDGE HIERARCHY



复习提要

合同编调整因合同产生的民事关系。本专题主要涉及两个方面的问题：1. 合同编的适用范围；2. 合同的十种学理分类。其中，重点为合同的十种学理分类。该部分乃合同编的基础知识，也是学好合同编的前提。在考试不断完善的情况下，考试题目不断向“理论化”倾斜，因此，考生对于本专题必须潜心学习。

一、合同编的适用范围

合同是民事主体之间设立、变更、终止民事法律关系的协议。

婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用有关该身份关系的法律规定；没有规定的，可以根据其性质参照适用本编规定。

据此可知，合同编的适用范围乃“财产协议”而不包括“身份协议”。有关婚姻关系、收养关系的协议由婚姻家庭编调整；有关监护关系的协议由总则编调整。没有规定，可以根据其性质参照适用合同编规定。

二、合同的十种学理分类★★

合同的十种学理分类，我们用18字口诀来表述，即“单双有无偿；诺实式主从；本预己他；射定一继”。

“单双”代表单务合同和双务合同；“有无”代表有名合同和无名合同；“偿”代表有偿合同和无偿合同；“诺实”代表诺成性合同和实践性合同；“式”代表要式合同和不要式合同；“主从”代表主合同和从合同；“本预”代表本约和预约；“己他”代表束己合同和涉他合同；“射定”代表射幸合同和确定合同；“一继”代表一时性合同和继续性合同。具体内容见下表：

合同的十种学理分类★★

单务	仅一方负担债务，对方不负担债务的合同（1. 赠与合同；2. 保证合同；3. 借用合同）
双务	双方互负债务的合同（买卖合同）
有名	（典型合同）法律规定其内容并赋予一定名称的合同〔第二分编中规定的19种典型合同口诀： <u>买水赠款租；承建融技输；纪委管中储；保保物伙</u> 〕
无名	（非典型合同）法律并未规定其内容并赋予一定名称的合同（借用合同；本法或其他法律没有明文规定的合同，适用本编通则的规定，并可以参照适用本编典型合同或其他法律最相类似合同的规定；即类推适用）
有偿	双方互为给付而取得对价的合同（买卖合同）
无偿	一方只为给付而无对价的合同（1. 赠与合同；2. 保证合同；3. 借用合同；注意：委托合同、保管合同和自然人之间的借款合同可有偿，也可无偿）
诺成性	只要行为人意思表示一致，就能成立的合同（1. 买卖合同；2. 赠与合同）
实践性	除意思表示一致外，还需以物的交付为成立（生效）要件（共4个：两个与钱有关：1. 定金合同；2. 自然人之间的借款合同；两个与物有关：1. 保管合同；2. 借用合同）
要式	法律要求必须具备一定形式的合同（1. 抵押合同；2. 质押合同）
不要式	法律 <u>不要求</u> 必须具备一定形式的合同（买卖合同）
主从	借款合同为主合同，担保合同为从合同（担保物权）
本约	<u>因履行预约</u> 而订立的合同
预约	当事人约定将来订立一定合同的合同（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。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；注意：违反预约可以追究违约责任，但是不得强制履行本约）
束己	严格遵循合同相对性原理，合同中约定权利义务关系仅限于当事人之间享有和承担，而不能及于第三人的合同（租赁合同）
涉他	突破了合同相对性原理，合同当事人在合同中约定了涉及第三人权利或义务的合同，包括向第三人履行债务的合同和由第三人履行债务的合同

续表

射幸	(机会性合同) 给付的内容和范围在合同成立时并不确定, 而是要取决于合同成立后是否发生偶然事件的合同; 如保险合同 ^① 、彩票合同、抽奖式的有奖销售合同
确定	(实定合同) 给付的内容和范围在合同成立时就已经确定的合同 (买卖合同)
一时性	时间因素对给付的内容和范围无影响, 合同目的因一次给付即可实现的合同 (买卖合同)
继续性	给付的内容和范围因时间的延续而有变化, 使得合同目的须经持续的给付才能实现的合同 (借用合同; 供水、电、气、热力合同; 租赁合同; 雇佣合同; 劳动合同; 保管合同; 仓储合同; 合伙协议)

(一) 单务合同和双务合同

1. 单务合同。单务合同, 是指仅一方负担债务, 对方不负担债务的合同。最典型的单务合同包括赠与合同、保证合同和借用合同。

2. 双务合同。双务合同, 是指双方互负债务的合同。最典型的双务合同就是买卖合同。

(二) 有名合同和无名合同

1. 有名合同。有名合同, 又称典型合同, 是指法律规定其内容并赋予一定名称的合同。

第二分编共规定了 19 种典型合同, 我们用 19 字口诀来表述, 即“买水赠款租; 承建融技输; 纪委管中储; 保保物伙”。其中, “买”代表买卖合同; “水”代表供水、电、气、热力合同; “赠”代表赠与合同; “款”代表借款合同; “租”代表租赁合同; “承”代表承揽合同; “建”代表建设工程合同; “融”代表融资租赁合同; “技”代表技术合同; “输”代表运输合同; “纪”代表行纪合同; “委”代表委托合同; “管”代表保管合同; “中”代表中介合同; “储”代表仓储合同。“保”代表保证合同; “保”代表保理合同; “物”代表物业服务合同; “伙”代表合伙合同。

[注意] 除第二分编规定的 19 种典型合同外, 其他单行法律亦规定了大量有名合同, 如旅游合同、劳动合同、保险合同等。

2. 无名合同。无名合同, 又称非典型合同, 是指法律并未规定其内容并赋予一定名称的合同。最典型的无名合同即借用合同。借用合同, 是指当事人约定一方以物无偿贷与他人使用, 他方于使用后返还其物之契约。

[萌主点拨] 关于无名合同的法律适用, 本法或其他法律没有明文规定的合同, 适用本编通则的规定, 并可以参照适用本编典型合同或其他法律最相类似合同的规定; 即类推适用。

[例] 孟某、徐毛毛双方达成协议, 约定孟某将房屋无偿提供给徐毛毛居住, 徐毛毛则无偿教孟某的女儿学钢琴。请问: 该协议的性质如何认定?

答: 属于无名合同, 应适用合同编通则的规定。同时, 可以参照适用合同编关于租赁

^① 保险合同是双务合同、诺成性合同、射幸合同和格式合同 (2002-3-57, 多)。

合同的规定。

（三）有偿合同和无偿合同

1. 有偿合同。有偿合同，是指双方互为给付而取得对价的合同。最典型的有偿合同即买卖合同。

2. 无偿合同。无偿合同，是指一方只为给付而无对价的合同。学界公认的无偿合同包括赠与合同、保证合同和借用合同。

[萌主点拨] 有些合同既可以有偿亦可以无偿，包括委托合同、保管合同、自然人之间的借贷合同。

（四）诺成性合同和实践性合同

1. 诺成性合同，诺成性合同，是指只要行为人意思表示一致，就能成立的合同。最典型的诺成性合同包括买卖合同和赠与合同。

2. 实践性合同。实践性合同，是指除意思表示一致外，还需以物的交付为成立（生效）要件的合同。实践性合同在整个民法中共4个，2个与“钱”有关，分别是定金合同和自然人之间的借贷合同；2个与“物”有关，分别是保管合同和借用合同。

（五）要式合同和不要式合同

1. 要式合同。要式合同，是指法律要求必须具备一定形式的合同。最典型的要式合同包括抵押合同和质押合同。

🔗 相关法条

《合伙企业法》第4条：合伙协议依法由全体合伙人协商一致、以书面形式订立。

2. 不要式合同。不要式合同，是指法律不要求必须具备一定形式的合同。最典型的不要式合同即买卖合同。

（六）主合同和从合同

主合同与从合同我们在物权编部分已经重点讲解过，借款合同即为典型的主合同，担保合同即为典型的从合同。

（七）本约和预约☆☆☆

1. 本约。本约，是指因履行预约而订立的合同。

2. 预约。预约，是指约定将来订立一定合同的合同。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。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。

据此可知，预约乃与本约相互独立的两个合同，二者存在“牵连关系”。违反预约亦构成违约，依法应当承担违约责任，但是不得强制履行本约。

🔗 典型真题

甲公司未取得商铺预售许可证，便与李某签订了《商铺认购书》，约定李某支付认购金即可取得商铺优先认购权，商铺正式认购时甲公司应优先通知李某选购。双方还约定了认购面积和房价，但对楼号、房型未作约定。李某依约支付了认购金。甲公司取得预售许可后，未通知李某前来认购，将商铺售罄。关于《商铺认购书》，下列哪一表述

是正确的？(2012年·卷三·10题)^①

- A. 无效，因甲公司未取得预售许可证即对外销售
- B. 不成立，因合同内容不完整
- C. 甲公司未履行通知义务，构成根本违约
- D. 甲公司须承担继续履行的违约责任

(八) 束己合同和涉他合同

1. 束己合同。束己合同，是指严格遵循合同相对性原理，合同中约定权利义务关系仅限于当事人之间享有和承担，而不能及于第三人的合同。在日常生活中大部分合同均属于束己合同。最典型的束己合同即租赁合同。

2. 涉他合同。涉他合同，是指突破了合同相对性原理，合同当事人在合同中约定了涉及第三人权利或义务的合同，包括向第三人履行债务的合同和由第三人履行债务的合同（当事人约定由第三人向债权人履行债务，第三人不履行债务或履行债务不符合约定的，债务人应当向债权人承担违约责任）。

[例] 孟某、徐毛毛双方约定，由马胖胖每月代徐毛毛向孟某偿还债务2000元，期限2年。马胖胖履行5个月后，以自己并不对孟某负有债务为由拒绝继续履行。孟某遂向法院起诉，要求徐毛毛、马胖胖承担违约责任。法院应如何处理？

答：判决徐毛毛承担违约责任。

※ [民法典重大制度修改] 向第三人履行

当事人约定由债务人向第三人履行债务，债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定的，应当向债权人承担违约责任。

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。

(九) 射幸合同和确定合同

1. 射幸合同。射幸合同，又称机会性合同，是指给付的内容和范围在合同成立时并不确定，而是要取决于合同成立后是否发生偶然事件的合同。最典型的射幸合同包括保险合同、彩票合同与有奖销售合同。

[萌主点拨] 保险合同是双务合同、诺成性合同、射幸合同和格式合同。

2. 确定合同。确定合同，又称实定合同，是指给付的内容和范围在合同成立时就已经确定的合同。


(十) 一时性合同和继续性合同

1. 一时性合同。一时性合同，是指时间因素对给付的内容和范围无影响，合同目的因一次给付即可实现的合同。在日常生活中大部分的合同均为一时性合同。最典型的一时性合同就是买卖合同。

2. 继续性合同。继续性合同，是指给付的内容和范围因时间的延续而有变化，使得合同目的须经持续的给付才能实现的合同。典型的继续性合同包括借用合同，供水、电、

^① 答案：C。

气、热力合同，租赁合同和保管合同以及仓储合同、雇佣合同、劳动合同等。

 典型真题

甲公司与小区业主吴某订立了供热合同。因吴某要出国进修半年，向甲公司申请暂停供热未果，遂拒交上一期供热费。下列哪些表述是正确的？（2014年·卷三·60题）^①

- A. 甲公司可以直接解除供热合同
- B. 经催告吴某在合理期限内未交费，甲公司可以解除供热合同
- C. 经催告吴某在合理期限内未交费，甲公司可以中止供热
- D. 甲公司可以要求吴某承担违约责任

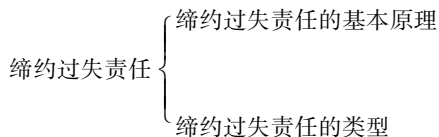
^① 答案：CD。

专题十四

缔约过失责任

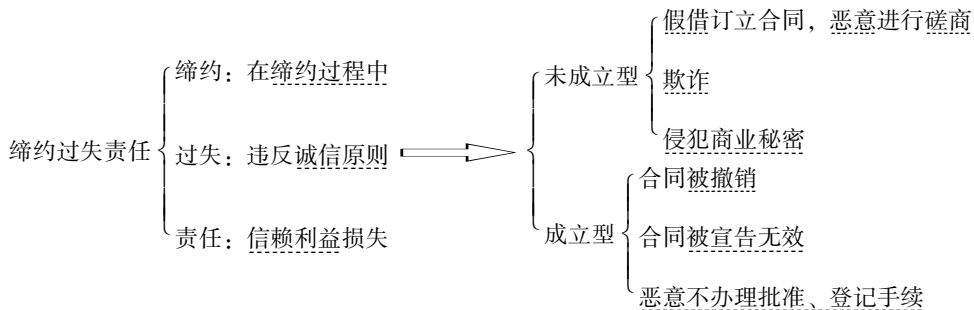
知识体系

KNOWLEDGE HIERARCHY



复习提要

作为一种法定之债，在考试中每年必考。本专题主要涉及两个方面的问题：1. 缔约过失责任的基本原理；2. 缔约过失责任的类型，特别是其中的合同成立型的缔约过失责任乃重中之重，考生在复习过程中必须予以重点学习。



(缔约过失责任体系框架图)

一、缔约过失责任的基本原理★★

缔约过失责任，是指在缔约过程中，一方违反诚实信用原则导致对方信赖利益的损失，依法应当承担赔偿责任。缔约过失责任是一种法定责任。

我们将其拆分为三部分进行分析：

1. 缔约。

(1) 缔约过失责任通常发生在缔约过程中，该要素表明了缔约过失责任的时间要素。

(2) 根据合同相对性原理,“谁缔约谁承担该责任”即只有与受害人缔约之相对人才需要承担该责任,缔约方以外的第三人无需承担缔约过失责任。

[例] 孟某、徐毛毛同为儿童玩具生产商。六一节前夕,马胖胖与孟某商谈进货事宜。徐毛毛知道后向马胖胖提出更优惠条件,并指使曹某假借订货与孟某接洽,报价高于马胖胖以阻止孟某与马胖胖签约。马胖胖经比较与徐毛毛签约,曹某随即终止与孟某的谈判,孟某因此遭受损失。请问:徐毛毛应对孟某承担缔约过失责任?

答:徐毛毛不应对孟某承担缔约过失责任,应由曹某对孟某承担缔约过失责任。曹某承担责任后,可向徐毛毛内部追偿。

2. 过失。

即违反诚信原则,该要素表明了缔约过失责任的归责要素,即缔约过失责任的归责原则乃“过错责任原则”。在此,我们需要连续回答三个问题:

(1) 何为过失?义务的违反即称为过失。

(2) 在缔约过程中,行为人负有何种义务?先合同义务,即说明、告知和提请注意的义务。

(3) 先合同义务的来源是什么?诚实信用原则。

3. 责任。

即信赖利益的损失,该要素表明缔约过失责任的责任要素。所谓信赖利益的损失,是指一方实施某种行为后,另一方对此产生了信赖,并为此而支付了一定的费用,后因对方违反诚实信用原则导致合同未成立或无效或被撤销,该费用不能得到补偿,因而受到的损失。包括订约费用和订约机会的损失。

[萌主点拨] 与缔约过失责任不同,违约责任应承担履行利益的损失。所谓履行利益,是指合同有效成立,债务人依约履行债权人所能获得的利益。债务人不履行其债务,导致有效成立的合同效力未实现,给债权人造成的损失即为履行利益损失。

二、缔约过失责任的类型★★★

合同未成立型	1. 假借订立合同,恶意进行磋商(关键词:洽谈、商谈、谈判;恶意磋商,是指非出于订立合同之目的而借订立合同之名与他人磋商,其真实目的,是为阻止对方与他人订立合同,或使对方贻误商机,或仅为戏耍对方;注:恶意磋商与正常的商业风险之间的关系)
	2. 欺诈(故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或提供虚假情况)
	3. 泄露或不正当使用对方商业秘密
合同成立型	1. 合同被撤销
	2. 合同被宣告无效
	3. 恶意不办理批准、登记手续

1. 合同未成立型的缔约过失责任。

(1) 假借订立合同,恶意进行磋商。

[例] 甲公司得知乙公司正在与丙公司谈判。甲公司本来并不需要这个合同,但为排

挤乙公司，就向丙公司提出了更好的条件。乙公司退出后，甲公司也借故中止谈判，给丙公司造成了损失。甲公司的行为如何定性？

答：恶意磋商。

(2) 故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或提供虚假情况，即欺诈。

[例] 徐毛毛欲购买孟某的汽车。经协商，徐毛毛同意3天后签订正式的买卖合同，并交付2000元给孟某，孟某出具的收条上写明为：“收到徐毛毛定金2000元。”3天后，徐毛毛了解到孟某故意隐瞒了该车证照不齐的情况，故拒绝签订合同。请问：徐毛毛是否有权要求孟某赔偿在买车过程中受到的损失？

答：有权。

(3) 泄露或不正当使用对方商业秘密。

当事人在订立合同过程中知悉的商业秘密或其他应当保密的信息，无论合同是否成立，不得泄露或不正当地使用。泄露、不正当地使用该商业秘密或信息造成对方损失的，应当承担赔偿责任。

[萌主点拨] 商业秘密，是指不为公众所知悉的，能为权利人带来经济利益、具有实用性并经权利人采取保密措施的经营和技术信息。

[例] 甲企业与乙企业就彩电购销协议进行洽谈，期间乙采取了保密措施的市场开发计划被甲得知。甲遂推迟与乙签约，开始有针对性地吸引乙的潜在客户，导致乙的市场份额锐减。请问：甲的行为是否侵犯了乙的商业秘密？

答：甲的行为侵犯了乙的商业秘密，应承担缔约过失责任。

2. 合同成立型的缔约过失责任。

(1) 合同被撤销。

根据民法基本原理，合同被撤销后，自始无效，此时，只能请求对方承担缔约过失责任，而不能请求承担违约责任。

[例] 喜好网球和游泳的孟某从众森公司购买幸福小区商品房一套，交房时发现购房时众森公司售楼部所展示的该小区模型中的网球场和游泳池并不存在。经查，该小区设计中并无网球场和游泳池。请问：孟某如要求退房，是否有权请求众森公司承担缔约过失责任？

答：有权。

(2) 合同被宣告无效。

根据民法基本原理，合同被宣告无效后，自始无效，此时，亦只能请求对方承担缔约过失责任，而不能请求承担违约责任。

(3) 恶意不办理批准、登记手续。

依照法律、行政法规的规定经批准或登记才能生效的合同成立后，有义务办理申请批准或申请登记等手续的一方当事人未按照法律规定或合同约定办理申请批准或未申请登记的，法院可以根据案件的具体情况和相对人的请求，判决相对人自己办理有关手续；对方当事人对由此产生的费用和给相对人造成的实际损失，应当承担损害赔偿责任。

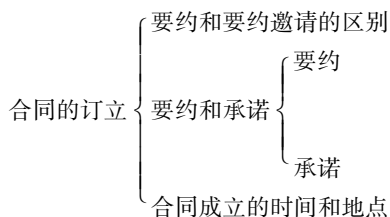
据此可知，恶意不办理批准、登记手续的，亦要承担缔约过失责任。

专题十五

合同的订立

知识体系

KNOWLEDGE HIERARCHY



复习提要

本专题主要涉及三个方面的问题：1. 要约和要约邀请的区别；2. 要约和承诺；3. 合同成立的时间和地点。本专题内容并非考试的重点，在复习过程中，掌握一些重点细节即可。

一、要约和要约邀请的区别★★

要约 VS 要约邀请★★

要点	要约	要约邀请（又称“要约引诱”）
本质	主动出击	被动勾引
含义	希望和他人订立合同的意思表示。该意思表示应当符合下列规定： (1) 内容具体确定； (2) 表明经受要约人承诺，要约人即受该意思表示约束。	希望他人向自己发出要约的意思表示
目的	缔结合同	意思通知
合同成立步骤	第一步：要约 第二步：承诺	第一步：邀请要约 第二步：要约 第三步：承诺

续表

要点	要约	要约邀请（又称“要约引诱”）
具体类型	自动售货机 ^① （现货要约 ^② ）	1. 拍卖公告； 2. 招标公告； 3. 招股说明书； 4. 债券募集说明书； 5. 基金招募说明书； 6. 商业广告和宣传； 7. 寄送的价目表； 8. 商业广告和宣传（内容具体明确的，变为要约）

[萌主点拨] 商业广告和宣传

对于商业广告和宣传而言，原则上属于要约邀请，如内容具体明确，则转化为要约。内容具体确定，主要考虑三个要素：1. 当事人；2. 标的；3. 数量。

[例] 甲公司通过电视发布广告，称其有 100 辆某型号汽车，每辆价格 15 万元，广告有效期 10 天。乙公司于该则广告发布后第 5 天自带汇票去甲公司买车，但此时车已全部售完，无货可供。请问：乙公司可否追究甲公司的违约责任？

答：可以。

二、要约和承诺★★

14 世纪的巴尔多创立了“要约”（consilia）和“承诺”（responsa）的概念，后来这些概念得到了 15 世纪的德·卡斯特罗和 16 世纪的索奇努斯的发展，并在 17 世纪转变为了更为体系化的商业交易方式。

（一）要约★★

生效	对话	相对人知道其内容时生效			
	非对话	原则	到达相对人时生效		
		数据电文	有约	从约	
			无约	指定特定系统	该数据电文进入该特定系统时生效
未指定特定系统	相对人知道或应当知道该数据电文进入其系统时生效				
撤回	对象	尚未生效的要约			
	效力	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			

^① 自动售货机的设立是公司的行为，只要有人履行了自动售货机规定的程序就订立了合同，这种合同的订立不是依据当事人的意思而是依据事实行为。对于这种现象，德国民法学者称此为“事实合同”。“事实合同”理论是由德国学者 Haupt 首先提出的。（见《外国民商法精要》第三版，第 33 页，谢怀栻著，程啸增订，法律出版社）

^② 2007-3-51-D：何某向一台自动售货机投币购买饮料。

续表

撤销	对象	已生效但未获承诺的要约	
	方式 ☆☆	1. 撤销要约的意思表示以对话方式作出的，该意思表示的内容应当在受要约人作出承诺之前为受要约人所知道	
		2. 撤销要约的意思表示以非对话方式作出的，应当在受要约人作出承诺之前到达受要约人	
	不得 撤销 情形	口诀	定期限、有明示、有理由
		1.	要约人确定了承诺期限的
		2.	要约人以其他形式明示要约不可撤销的
3.	受要约人有理由认为要约不可撤销，并做了履约准备的		
失效	口诀	被撤销、被拒绝、期满不答、变实质	
	情形	1.	要约依法被撤销
		2.	要约被拒绝
		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	

[萌主点拨1] 要约不得撤销的情形

不得撤销的要约用9字口诀来表述，即“定期限；有明示；有理由”，其中，“定期限”代表要约人确定承诺期限的；“有明示”代表要约人以其他形式明示要约不可撤销的；“有理由”代表受要约人有理由认为要约是不可撤销的，并已经为履行合同做了准备工作的。

[萌主点拨2] 要约失效的情形

要约失效的情形用13字口诀来表述，即“被撤销；被拒绝；期满不答；变实质”。其中，“被撤销”代表要约依法被撤销；“被拒绝”代表拒绝要约的通知到达要约人；“期满不答”代表承诺期限届满，受要约人未作出承诺；“变实质^①”代表受要约人对要约的内容作出实质性变更。

(二) 承诺★★

含义	受要约人同意要约的意思表示	
方式	原则	通知（书面/口头）
	例外 ★★	推定（行为） <u>一方已经履行主要义务，对方接受的；注意：履行治愈规则；采用合同书面形式订立合同，在签字或盖章之前，当事人一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立</u>

① 有关合同标的、数量、质量、价款或报酬、履行期限、履行地点和方式、违约责任以及解决争议方法等的变更，是对要约内容的实质性变更。

续表

期限	基本规则	1. 承诺应当在要约确定的期限内到达要约人	
		2. 要约没有确定承诺期限的，承诺应当依照下列规定到达： (1) 要约以对话方式作出的，应当即时作出承诺； (2) 要约以非对话方式作出的，承诺应当在合理期限内到达；	
起算		1. 要约以信件或电报作出的，承诺期限自信件载明的日期或电报发交之日开始计算。信件未载明日期的，自投寄该信件的邮戳日期开始计算	
		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	
生效时间	通知	同要约	
	不通知	不需要通知的，根据交易习惯或要约的要求作出承诺的行为时生效	
撤回	对象	已发出但尚未生效的承诺	
	时间	同要约	
迟延☆☆	含义	受要约人超过承诺期限发出承诺，或在承诺期限内发出承诺，按照通常情形不能及时到达要约人	
	效力	原则	新要约（反要约）
例外		要约人及时通知该承诺有效的，合同成立	
迟到☆☆	含义	受要约人在承诺期限内发出承诺，按照通常情形能够及时到达要约人，但是因其他原因承诺到达要约人时超过承诺期限	
	效力	原则	有效
例外		要约人及时通知受要约人因承诺超过期限不接受该承诺的，为新要约（反要约）	

三、合同成立的时间和地点★★

时间	1. 当事人采用合同书形式订立合同的，自当事人均签字、盖章或按指印时合同成立
	2. 在签字、盖章或按指印之前，当事人一方已经履行主要义务，对方接受时，该合同成立
	3. 法律、行政法规规定或当事人约定合同应当采用书面形式订立，当事人未采用书面形式但是一方已经履行主要义务，对方接受时，该合同成立
	4. 当事人采用信件、数据电文等形式订立合同要求签订确认书的，签订确认书时合同成立
	5. 当事人一方通过互联网等信息网络发布的商品或服务信息符合要约条件的，对方选择该商品或服务并提交订单成功时合同成立，但是当事人另有约定的除外
地点	1. 承诺生效的地点为合同成立的地点
	2. 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
	3. 当事人采用合同书形式订立合同的，最后签字、盖章或按指印的地点为合同成立的地点，但是当事人另有约定的除外

[例] 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。请问：该合同的签订地如何确定？

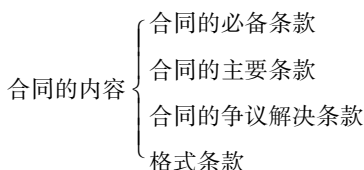
答：丙地。

专题十六

合同的内容

知识体系

KNOWLEDGE HIERARCHY



复习提要

本专题主要涉及四个方面的问题：1. 合同的必备条款；2. 合同的主要条款；3. 合同的争议解决条款；4. 格式条款。其中，最为重要的乃格式条款。

一、合同的必备条款

当事人对合同是否成立存在争议，法院能够确定当事人名称或姓名、标的和数量的，一般应当认定合同成立。但法律另有规定或当事人另有约定的除外。

据此可知，合同的必备条款包括当事人、标的和数量三项。

二、合同的主要条款

合同的内容由当事人约定，一般包括下列条款：（一）当事人的姓名或名称和住所；（二）标的；（三）数量；（四）质量；（五）价款或报酬；（六）履行期限、地点和方式；（七）违约责任；（八）解决争议的方法。当事人可以参照各类合同的示范文本订立合同。

据此可知，合同的主要条款包括8项，考生在复习中应重点予以关注。

三、合同的争议解决条款★★

对于争议解决条款而言，其最大的特点即其“独立性”。合同不生效、无效、被撤销或者终止的，不影响合同中有关解决争议方法的条款的效力。据此可知，合同的争议解决条款（如约定采用仲裁方式解决纠纷）具有独立性。

四、格式条款★★★

含义	当事人预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款	
遵循原则	采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务	
提供方的义务	提示	采取合理的方式提示对方注意免除或减轻其责任等与对方有重大利害关系的条款
	说明	按照对方的要求，对该条款予以说明（解决合同当事人不平等 _{问题} ，尤其是信息不对称 _{问题} ）
	违反	提供格式条款的一方未履行提示或说明义务，致使对方没有注意或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
无效情形	1. 免除造成对方人身损害的	
	2. 免除因故意或重大过失造成对方财产损失的	
	3. 不合理地免除或减轻其责任、加重对方责任、限制对方主要权利	
	4. 排除对方主要权利	
	5. 经营者以格式合同、通知、声明、店堂告示等方式减轻、免除其责任	
解释	1. 不利于提供方的解释	
	2. 当事人对合同条款的理解有争议的，应当依据本法第一百四十二条第一款的规定，确定争议条款的含义；合同文本采用两种以上文字订立并约定具有同等效力的，对各文本使用的词句推定具有相同含义。各文本使用的词句不一致的，应当根据合同的性质、目的以及诚信原则等予以解释	

[萌主点拨] 格式条款的无效

效率和公平的关系是经济学上的一对基本矛盾，在格式合同（又称定型化契约）中亦表现为二者的激烈碰撞。对格式条款进行内容控制，使不公平、不公正条款归于无效，系基本的价值判断。

所谓免除责任，是指免除格式条款提供方在合同中的核心责任，该责任被免除将导致相对人丧失基本救济手段。如洗衣店在洗衣须知中表示对顾客衣物污损不予赔偿。

所谓加重责任，是指不合理地加重对方的责任，依法律规定或交易习惯对方不应承担此类责任。

所谓主要权利，是指当事人依法律规定、交易习惯或合同性质应当享有的权利，此类权利不能通过约定予以排除。如格式条款约定发生合同纠纷时，对方不得提起诉讼或申请仲裁。

🔗 典型真题

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·卷三·11题）^①

- 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

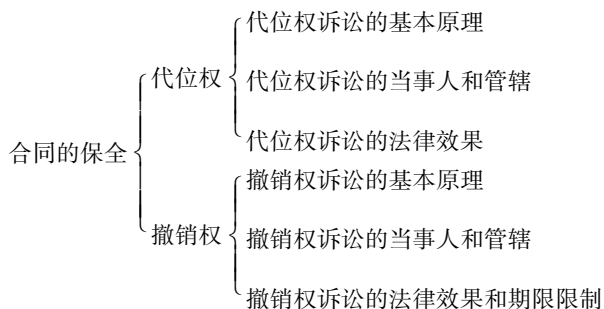
^① 答案：B。

专题十七

合同的保全

知识体系

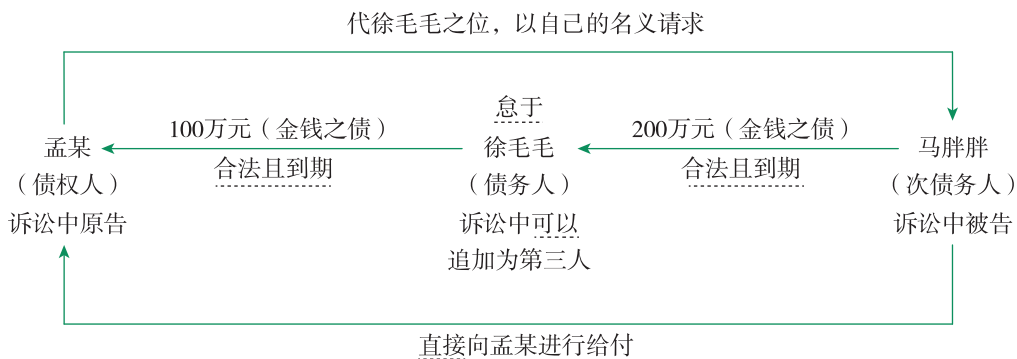
KNOWLEDGE HIERARCHY



复习提要

本专题主要涉及两个方面的问题：1. 代位权；2. 撤销权。本专题为每年必考的内容，考生在复习过程中必须重点掌握，特别是代位权和撤销权之间的关系。

一、代位权★★★



(代位权诉讼部分当事人示意图)

[例] 孟某对徐毛毛享有 100 万元到期债权未还，徐毛毛对马胖胖享有 200 万元到期债权亦未还且该债权约定了仲裁条款。现孟某欲向马胖胖提起代位权诉讼。根据上述案情

及代位权诉讼部分当事人示意图，请回答下列问题：

1. 孟某向马胖胖提起代位权诉讼应符合哪些要件？
2. 孟某向马胖胖提起代位权诉讼应以谁的名义提起？
3. 孟某向马胖胖提起代位权诉讼的数额是 100 万？还是 200 万？
4. 在该案中，诉讼地位如何确定？谁为原告？谁为被告？谁为第三人？
5. 该案应由何地人民法院管辖？
6. 如徐毛毛对马胖胖享有的 200 万债权已过诉讼时效，马胖胖是否可以向孟某主张该诉讼时效抗辩权？
7. 马胖胖是否可以基于其与徐毛毛之间的 200 万债权存在仲裁条款而进行抗辩？
8. 孟某胜诉后，应由谁承担诉讼费用？
9. 孟某胜诉后，马胖胖应将该 100 万元支付给徐毛毛还是直接支付给孟某？
10. 马胖胖将 100 万元支付给孟某后产生何种法律效果？
11. 代位权诉讼结束后，徐毛毛立即向马胖胖主张剩余的 100 万元债权，马胖胖可否以“诉讼时效已过”为由进行抗辩？

（一）代位权诉讼的基本原理 ★★★

含义	当债务人怠于行使其对第三人享有的权利而害及债权人的债权时，债权人为保全其债权，可以自己的名义代位行使债务人对第三人之权的权利
性质	代理权说、为自己的委托说和固有权利说
立法目的	为解决困扰我国企业多年的“三角债”问题提供一个可资利用的手段
成立条件	<ol style="list-style-type: none"> 1. 原则上，债权人对债务人、债务人对次债务人的债权（注意：只能是金钱之债）均合法且到期 2. 债务人怠于行使其到期债权（题目关键词“法律措施”，即“或起诉或仲裁”，否则将被认定为“怠于”） 3. 债务人怠于行使债权已危害债权人债权 4. 债务人的债权非专属于债务人自身的债权（专属于债务人自身的债权，是指基于扶养关系、抚养关系、赡养关系、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、人身伤害赔偿请求权等权利；注意：继承权不得代位）

1. 含义。

债权人代位权，是指当债务人怠于行使其对第三人的权利而害及债权人的债权时，债权人为保全其债权，可以自己的名义代为行使债务人对第三人之权的权利。该权利最早起源于法国习惯法，又称“间接诉权”或“代位诉权”。

2. 性质。

关于债权人代位权的性质，理论上存在代理权说、为自己的委托说和固有权利说。我国通说采“固有权利说”。

3. 立法目的。

关于债权人撤销权，在我国旨在解决困扰我国企业多年的“三角债”问题。为债权人

提供一个可资利用的手段。

4. 成立条件。

因债务人怠于行使其债权以及与该债权有关的从权利，影响债权人的到期债权实现的，债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人对相对人的权利，但是该权利专属于债务人自身的除外。

代位权的行使范围以债权人的到期债权为限。债权人行使代位权的必要费用，由债务人负担。相对人对债务人的抗辩，可以向债权人主张。

据此可知，债权人提起代位权诉讼的，必须同时符合如下4个条件，分别是：

(1) 原则上，债权人对债务人、债务人对次债务人的债权均合法且到期。

※ [民法典重大制度修改] 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。

(2) 债务人怠于行使其到期债权。

[注意] 债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害的，是指债务人不履行其对债权人的到期债务，又不以诉讼方式或仲裁方式向其债务人主张其享有的具有金钱给付内容的到期债权，致使债权人的到期债权未能实现。次债务人（即债务人的债务人）不认为债务人有怠于行使其到期债权情况的，应当承担举证责任。

据此可知，只要债务人未采用诉讼或仲裁的方式均构成“怠于行使”。

(3) 债务人怠于行使其债权已危害债权人的债权。

(4) 债务人的债权非专属于债务人自身的债权。

专属于债务人自身的债权，是指基于扶养关系、抚养关系、赡养关系、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、人身伤害赔偿请求权等权利。

据此可知，上述“专属于债务人自身的债权”不得代位。

[萌主点拨] 继承权系综合性权利，既有财产性，又有人身性；且人身性系前提。因此，通说认为，债权人不得对债务人的继承权主张行使代位权。

综上所述，我们就得出了上述第1问的答案：孟某向马胖胖提起代位权诉讼应符合上述4个条件。

(二) 代位权诉讼的当事人和管辖★★

当事人	原告	债权人（注意：以自己的名义行使）
	被告	次债务人
	第三人	债务人（注意：原告未列的，法院可以追加为无独立请求权的第三人）
管辖	次债务人住所地法院（需采用诉讼方式进行，不包括仲裁）	

1. 当事人。

(1) 原告：债权人。

[注意] 债权人以自己的名义向法院提起代位权之诉。

因债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害的，债权人可以向法院请求以自己

的名义代位行使债务人的债权，但该债权专属于债务人自身的除外。

据此，我们就得出了上述第 2 问的答案：孟某向马胖胖提起代位权诉讼应以自己的名义提起。

代位权的行使范围以债权人的债权为限。同时，在代位权诉讼中，债权人行使代位权的请求数额超过债务人所负债务额或超过次债务人对债务人所负债务额的，对超出部分法院不予支持。

据此，我们就得出了上述第 3 问的答案：孟某向马胖胖提起代位权诉讼的数额为 100 万。

(2) 被告：次债务人。

(3) 第三人：债务人。

债权人以次债务人为被告向法院提起代位权诉讼，未将债务人列为第三人的，法院可以追加债务人为第三人。两个或两个以上债权人以同一次债务人为被告提起代位权诉讼的，法院可以合并审理。

[注意] 法院是可以追加而非应当追加。

据此，我们就得出了上述第 4 问的答案：在该案中，孟某为原告、马胖胖为被告、徐毛毛为第三人（无独立请求权的第三人）。

2. 管辖。

债权人提起代位权诉讼的，由被告住所地法院管辖。据此可知，代位权的行使方式只有一种即诉讼。

据此，我们就得出了上述第 5 问的答案：该案应由马胖胖所在地法院管辖。

(三) 代位权诉讼的法律效果★★

法律效果	1. 次债务人可援用对债务人的抗辩对抗债权人，但不得以“仲裁条款”为由进行抗辩（即“抗辩权的移转”）
	2. 原告胜诉，诉讼费由次债务人负担，从实现债权中优先支付，但最终由债务人承担
	3. 原告胜诉，次债务人直接向债权人履行，而不能向债务人履行；该履行产生两个法律效果：(1) 债权人与债务人的债消灭；(2) 债务人与次债务人的债相应消灭
	4. 债权人提起代位权诉讼的，应当认定对债权人的债权和债务人的债权均发生诉讼时效中断的效力

1. 次债务人可援用对债务人的抗辩对抗债权人，但不得以仲裁条款为由进行抗辩。即抗辩权的移转。

在代位权诉讼中，次债务人对债务人的抗辩，可以向债权人主张。债务人在代位权诉讼中对债权人的债权提出异议，经审查异议成立的，法院应当裁定驳回债权人的起诉。

据此，我们就得出了上述第 6 问的答案：如徐毛毛对马胖胖享有的 200 万债权已过诉讼时效，马胖胖可以向孟某主张该诉讼时效抗辩权。

[萌点拨] 基于合同相对性原理，债务人与次债务人之间约定的仲裁条款，并非债权人行使代位权诉讼的阻却事由。

据此，我们就得出了上述第 7 问的答案：马胖胖不可以基于其与徐毛毛之间的 200 万

债权存在仲裁条款而进行抗辩。

2. 原告胜诉，诉讼费由次债务人负担，从实现债权中优先支付，但最终由债务人承担。

据此，我们就得出了上述第 8 问的答案：孟某胜诉后，应由马胖胖承担诉讼费用。

3. 原告胜诉，次债务人直接向债权人履行，而不能向债务人履行。

人民法院认定代位权成立的，由债务人的相对人向债权人履行义务，债权人接受履行后，债权人与债务人、债务人与相对人之间相应的权利义务终止。

债务人对相对人的权利被采取保全、执行措施，或者债务人破产的，依照相关法律的规定处理。

据此，我们就得出了上述第 9 问的答案：孟某胜诉后，马胖胖应将该 100 万元直接给付给孟某。

[萌主点拨] 该给付产生两个法律效果：

- (1) 债权人与债务人之间的债权消灭；
- (2) 债务人与次债务人之间的债权相应的消灭。

据此，我们就得出了上述第 10 问的答案：马胖胖将 100 万元给付给孟某后产生两个法律效果，分别是：

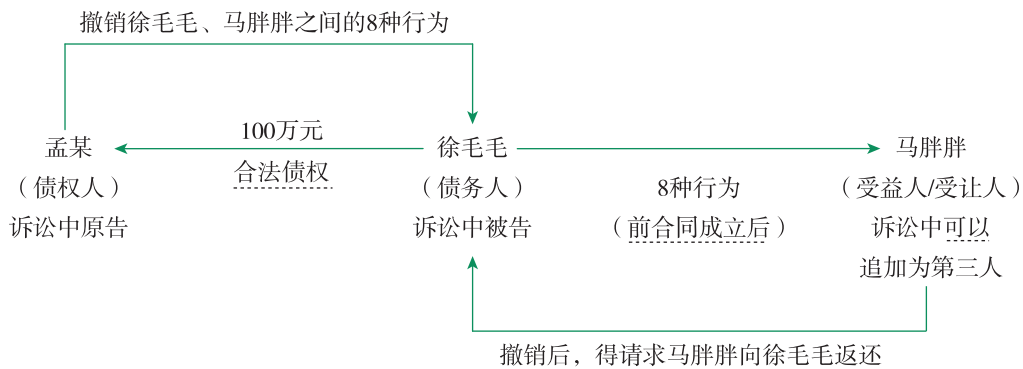
- (1) 孟某和徐毛毛之间的债权消灭；
- (2) 徐毛毛和马胖胖之间的债权在 100 万元范围内消灭。

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

据此，我们就得出了上述第 11 问的答案：代位权诉讼结束后，徐毛毛立即向马胖胖主张剩余的 100 万元债权，马胖胖不可以诉讼时效已过为由进行抗辩。

二、撤销权★★★

在考试范围内，其性质属于综合性权利（即采折中说）而不属于形成权。在学习撤销权时，应结合代位权制度对比学习。



(撤销权诉讼部分当事人示意图)

[例] 孟某对徐毛毛享有 100 万债权，孟某多次催促，徐毛毛拖延不还。后孟某告徐毛毛必须在半个月内还钱，否则起诉。徐毛毛立即将家中仅有的值钱物品九成新电冰箱和

彩电各一台以 150 元价格卖给知情的马胖胖，被孟某发现。根据上述案情和“撤销权诉讼部分当事人示意图”，请回答下列问题：

1. 如孟某欲提起撤销权诉讼应符合哪些要件？
2. 在该案中，诉讼地位如何确定？谁为原告？谁为被告？谁为第三人？
3. 该案应由何地人民法院管辖？
4. 徐毛毛的行为被法院撤销后，马胖胖应当将财产返还给谁？
5. 如孟某的撤销权成立，则孟某为此支付的律师代理费、差旅费应当由谁承担？
6. 如孟某发现之日为 2018 年 5 月 1 日，则自哪天起孟某不再享有撤销权？

(一) 撤销权诉讼的基本原理★★

含义	债权人对于债务人所为的危害债权的行为，可以请求法院予以撤销的权利
性质	形成权说、请求权说、责任说、折中说（我国通说）
立法目的	使债务人的责任财产维持在适当的状态，以保障债权人的债权得以实现
成立条件	1. 债权人对债务人享有合法债权
	2. 主观上，债务人具有损害债权人债权的恶意
	3. 客观上，债务人实施了如下 8 种行为且已危害债权人债权；8 种行为：（1）放弃到期债权；（2）放弃未到期债权；（3）放弃债权担保；（4）恶意串通的事后抵押；（5）恶意延长到期债权的履行期；（6）以明显不合理低价转让财产，且受让人明知（低于 70%）；（7）以明显不合理高价受让财产，且转让人明知（高于 30%）；（8）无偿转让财产（口诀：放弃债权和担保、串通延长且知道、无偿转让要撤掉）

1. 含义。

债权人撤销权，是指债权人对于债务人所为的危害债权的行为，可以请求法院予以撤销的权利。该权利最早起源于罗马法，由罗马法务官保罗所创设。因此，又称“保罗诉权”。

2. 性质。

关于债权人撤销权的性质，理论上存在形成权说、请求权说、责任说和折中说。我国学者多采折中说，根据此说，债权人撤销权兼具形成权与请求权的性质。债权人撤销权的行使，一方面使债务人与第三人的民事法律行为归于无效；另一方面又使债务人的责任财产恢复至行为前的状态。

3. 立法目的。

债权人撤销权的立法目的在于，使债务人的责任财产维持在适当的状态，以保障债权人的债权得以实现。

据此可知，只要债务人的行为减少了责任财产，并害及债权人的债权，均应成为债权人撤销权的对象。但是，拒绝赠与要约、拒绝第三人承担债务、抛弃继承权或遗赠等行为虽然以财产为标的，但它们均属于未增加债务人财产的行为，并未减少债务人的责任财产，依据债权人撤销权的立法目的的衡量，它们均不得撤销。

4. 成立条件。

据此可知，撤销权诉讼的成立必须同时满足如下 3 个条件，分别是：

- (1) 债权人对债务人享有合法债权。
- (2) 主观上，债务人具有损害债权人债权的恶意。
- (3) 客观上，债务人实施了如下 8 种行为且已危害债权人债权。

债务人以放弃其债权、放弃债权担保、无偿转让财产等方式无偿处分财产权益，或者恶意延长其到期债权的履行期限，影响债权人的债权实现的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。

债务人以明显不合理的低价转让财产、以明显不合理的高价受让他人财产或者为他人的债务提供担保，影响债权人的债权实现，债务人的相对人知道或者应当知道该情形的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为

[萌主点拨 1] 债务人实施的 8 种诈害债权的行为，我们用 21 字口诀的方式来表述，即“放弃债权和担保；串通延长且知道；无偿转让要撤销”。其中，“放弃债权”包括放弃到期债权和放弃未到期债权两种；“放弃担保”代表放弃债权担保；“串通延长”代表恶意串通的事后抵押和恶意延长到期债权的履行期两种；“且知道”代表以明显不合理低价转让财产，且受让人明知和以明显不合理高价受让财产，且转让人明知两种。“无偿转让”代表无偿转让财产即赠与。

[萌主点拨 2] 继承权系综合性权利，既有财产性，又有人身性；且人身性系前提。因此，通说认为，债权人不得对债务人的继承权主张行使债权人撤销权。

①放弃到期债权。

债权人提起撤销权诉讼，请求法院撤销债务人放弃债权的行为，法院应当就债权人主张的部分进行审理，依法撤销的，该行为自始无效。

两个或两个以上债权人以同一债务人为被告，就同一标的提起撤销权诉讼的，法院可以合并审理。

[例] 孟某对徐毛毛享有 100 万元债权已到期，徐毛毛对马胖胖享有 200 万债权亦到期，徐毛毛未对马胖胖采取任何法律措施且无其他财产。2019 年 10 月 10 日，孟某向法院起诉马胖胖行使代位权。徐毛毛听说后立即对马胖胖说：“你欠我的 200 万债权不要啦”。请问：孟某是否可以撤销徐毛毛放弃到期债权的行为？

答：可以。

[萌主点拨] 放弃到期债权的，债权人行使撤销权的目的是为代位权的行使清除障碍。

②放弃未到期债权。

债务人放弃其未到期的债权对债权人造成损害，债权人提起撤销权诉讼的，法院应当支持。

[例] 孟某对徐毛毛享有 100 万元债权已到期，徐毛毛对马胖胖享有 200 万债权尚未到期。徐毛毛除了对马胖胖享有的 200 万债权外无其他财产。2019 年 10 月 10 日，孟某向徐毛毛主张还款，徐毛毛立即对马胖胖说：“你欠我的 200 万债权不要啦”。请问：孟某是否可以撤销徐毛毛放弃未到期债权的行为？

答：可以。

[萌主点拨] 放弃未到期债权的，债权人行使撤销权的目的是为将来行使代位权清除障碍。

③放弃债权担保。

债务人放弃债权担保，对债权人造成损害，债权人提起撤销权诉讼的，法院应当支持。

[例] 众森公司对佳茵公司享有 100 万债权已到期，佳茵公司对海螺公司享有 200 万债权，该债权由海螺公司以办公楼作抵押并办理了抵押登记手续。佳茵公司除了对海螺公司享有的 200 万债权外无其他财产。2019 年 10 月 10 日，众森公司向佳茵公司主张还款，佳茵公司立即通知海螺公司放弃办公楼的抵押权。2019 年 10 月 15 日，海螺公司破产。请问：众森公司是否可以撤销佳茵公司放弃抵押权的行为？

答：可以。

[萌点拨] 放弃债权担保就等于放弃优先受偿权，债务人的此等行为是严重损害债权人利益的行为，因此，可以行使债权人撤销权。

④恶意串通的事后抵押。

[例] 孟某对徐毛毛享有 100 万债权，未设定任何担保。马胖胖对徐毛毛亦享有 100 万债权，亦未设定任何担保。2019 年 10 月 10 日，孟某向徐毛毛主张还款，徐毛毛立即将家中仅有的价值 100 万元的房屋为马胖胖设定了抵押权并办理了抵押登记手续。请问：孟某是否可以撤销徐毛毛和马胖胖事后设定抵押权的行为？

答：可以。

[萌点拨] 恶意串通的事后抵押行为，债权人不仅可以行使撤销权，还可以宣告行为无效。债权人行使撤销权的，受 1 年或 5 年除斥期间的限制；宣告行为无效的，不受任何期间限制。

⑤恶意延长到期债权的履行期。

债务人恶意延长到期债权的履行期，对债权人造成损害，债权人提起撤销权诉讼的，法院应当支持。

[例] 孟某欠徐毛毛 100 万元到期未还。2013 年 4 月，孟某得知徐毛毛准备起诉索款，便将自己价值 30 万元的全部财物以 10 万元卖给了知悉其欠徐毛毛款未还的马胖胖，约定付款期限为 2014 年底。徐毛毛于 2013 年 5 月得知这一情况，于 2014 年 7 月决定向法院提起诉讼。请问：徐毛毛是否有权请求法院撤销孟某与马胖胖的行为？

答：无权。但徐毛毛有权请求法院宣告孟某与马胖胖的行为无效。

[萌点拨] 恶意延长到期债权的履行期限，债权人不仅可以行使撤销权，还可以宣告行为无效。债权人行使撤销权的，受 1 年或 5 年除斥期间的限制；宣告行为无效的，不受任何期间限制。

⑥以明显不合理的低价转让财产，且受让人明知。

对于“明显不合理的低价”，法院应当以交易当地一般经营者的判断，并参考交易当时交易地的物价部门指导价或市场交易价，结合其他相关因素综合考虑予以确认。转让价格达不到交易时交易地的指导价或市场交易价 70% 的，一般可以视为明显不合理的低价。

[例] 孟某拖欠徐毛毛 1000 万元。徐毛毛请求孟某以登记在其名下的房屋抵债时，孟某称其已把房屋作价 900 万元卖给马胖胖，房屋钥匙已交，但产权尚未过户。该房屋市值为 1200 万元。请问：徐毛毛可否请求法院撤销孟某、马胖胖的买卖合同？

答：不可以，因为 900 万元的转让价格不属于明显不合理。

[萌主点拨] 以明显不合理的低价转让财产，且受让人明知。需要注意两个要件同时满足缺一不可：(1) 明显不合理的低价（低于市场价70%）；(2) 受让人明知（注意：①明知不等于恶意串通；②明知的内容并非价格是否明显不合理，而是明知转让人欠第三人债未还的事实）。

⑦以明显不合理的高价受让财产，且转让人明知。

对转让价格高于当地指导价或者市场交易价30%的，一般可以视为明显不合理的高价。

债务人以明显不合理的高价收购他人财产，人民法院可以根据债权人的申请，予以撤销。

[例] 孟某对徐毛毛享有100万元债权已到期，2019年10月10日，孟某向徐毛毛主张还款。徐毛毛立即向马胖胖提出购买其二手宝马X5轿车（市场价30万元），开价90万元。马胖胖知道徐毛毛尚欠孟某100万元未还的事实仍然爽快答应。徐毛毛立即将自己仅有的90万元存款全部交付给马胖胖。请问：孟某是否可以撤销马胖胖高价购买轿车的行为？

答：可以。

[萌主点拨] 以明显不合理的高价转让财产，且转让人明知。需要注意两个要件同时满足缺一不可：(1) 明显不合理的高价（高于市场价30%）；(2) 转让人明知（注意：①明知不等于恶意串通；②明知的内容并非价格是否明显不合理，而是明知受让人欠第三人债未还的事实）。

⑧无偿转让财产（即赠与或遗赠）

无偿转让财产即所谓“赠与”。在此，切莫与赠与合同的任意撤销权相混淆。赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。经过公证的赠与合同或依法不得撤销的具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同，不适用前款规定。该条之规定乃限制赠与人而非赠与人的债权人。因此，即使债务人的赠与具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质或经过公证，其债权人亦可行使撤销权。

综上所述，我们就得出了上述第1问的答案：如孟某欲提起撤销权诉讼应符合上述3个条件。

（二）撤销权诉讼的当事人和管辖★★

当事人	原告	债权人
	被告	债务人
	第三人	受益人或受让人（注意：原告未列的，法院可以追加为无独立请求权的第三人）
管辖	债务人住所地法院（即需采用诉讼方式进行，不包括仲裁）	

1. 当事人。

(1) 原告：债权人。

[注意] 债权人以自己的名义向法院提起债权人撤销权之诉。

(2) 被告：债务人。

(3) 第三人：受益人或受让人

债权人提起撤销权诉讼时只以债务人为被告，未将受益人或受让人列为第三人的，法院可以追加该受益人或受让人为第三人。

[萌主点拨] 法院是可以追加而非应当追加。

我们就得出了上述第2问的答案：在该案中，孟某为原告，徐毛毛为被告，法院可以追加马胖胖为第三人。

2. 管辖。

债权人提起撤销权诉讼的，由被告住所地法院管辖。据此可知，撤销权的行使方式只有一种即诉讼，

据此，我们就得出了上述第3问的答案：该案应由徐毛毛所在地的法院管辖。

(三) 撤销权诉讼的法律效果和期间限制★★★

法律效果	1. 债务人影响债权人的债权实现的行为被撤销的，自始没有法律约束力
	2. 债权人可以请求受让人将所获利益返还 <u>债务人</u>
	3. 债权人胜诉的，诉讼费用、 <u>律师代理费</u> 、差旅费等必要费用由 <u>债务人</u> 负担，第三人有过错的 <u>适当分担</u>
期间限制	1. 自知道或应当知道撤销事由之日起1年内行使（ <u>除斥期间</u> ）
	2. 自行为发生之日起5年内没有行使撤销权的，撤销权消灭（ <u>除斥期间</u> ）

1. 法律效果。

(1) 一经撤销，债务人与受让人的行为自始无效。

债务人影响债权人的债权实现的行为被撤销的，自始没有法律约束力。

(2) 债权人可以请求受让人将所获利益返还债务人。

[注意] 此时受让人应将所获利益返还给债务人而非直接返还给债权人。

据此，我们就得出了上述第4问的答案：徐毛毛的行为被法院撤销后，马胖胖应当将财产返还给徐毛毛。

(3) 债权人胜诉的，诉讼费用、律师代理费、差旅费等必要费用由债务人负担，第三人有过错的适当分担。

[萌主点拨] 撤销权的行使范围以债权人的债权为限。债权人行使撤销权的必要费用，由债务人负担。

所谓“第三人有过错的情形”主要包括上述8种诈害债权行为中的恶意串通的事后抵押和恶意延长到期债权的履行期两种以及以明显不合理低价转让财产且受让人明知和以明显不合理高价受让财产且转让人明知两种。总之，第三人有过错的情形主要包括4种。

据此，我们就得出了上述第5问的答案：如孟某的撤销权成立，则孟某为此支付的律师代理费、差旅费应当徐毛毛承担，如马胖胖有过错的，由徐毛毛、马胖胖承担。

2. 期间限制。

债权人撤销权的行使受除斥期间的限制，如允许债权人长时间拥有撤销权，必然会影响交易安全；同时，经过长时间后，证据容易灭失。因此，债权人的行权应受到期限限制。

撤销权自债权人知道或应当知道撤销事由之日起1年内行使。自债务人的行为发生之

日起5年内没有行使撤销权的，该撤销权消灭。据此可知，撤销权的行使包括两种情形：

- (1) 自知道或应当知道撤销事由之日起1年内行使；
- (2) 自行为发生之日起5年内没有行使撤销权的，撤销权消灭。

据此可知，我们就得出了上述第6问的答案：如孟某发现之日为2018年5月1日，则自2019年5月2日起孟某不再享有撤销权。

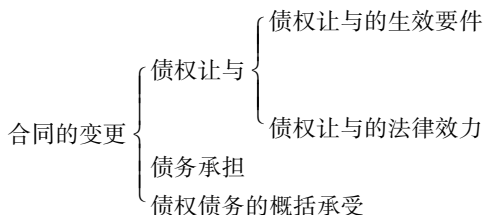
[萌主点拨] 撤销权行使的法定期间中的1年和5年在性质上属于除斥期间，即“双重除斥期间”制度。

专题十八

合同的变更

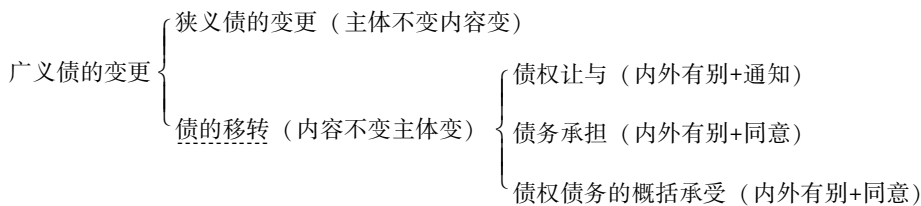
知识体系

KNOWLEDGE HIERARCHY



复习提要

当事人协商一致，可以变更合同。当事人对合同变更的内容约定不明确的，推定为未变更。本专题主要涉及三个方面的问题：1. 债权让与；2. 债务承担；3. 债权债务的概括承受。本专题属于难度最高的部分，且系考试的重点内容，特别是债权让与（债权转让）是每年必考的内容。因此，考生在复习本专题的过程中，应着重于相关制度理解和运用。



（广义债的变更体系框架图）

[图释] 对于广义债的变更而言，主要包括两个部分，即主体不变内容变称为“狭义债的变更”和内容不变主体变称为“债的移转”。

债的移转，是指在债的关系不失其同一性^①的基础上，债的关系的一方当事人依法将其债权、债务全部或部分转让给第三人的现象。具体又可以分为三类，分别是债权让与（通过转让合同而移转合同权利）、债务承担（通过转让合同而移转合同义务）和债权债

^① 债的关系不失其同一性，是指债的效力依旧不变，不仅其原有的利益（如时效利益）和瑕疵（如各种抗辩）均不受转移的影响，而且其从属的权利（如担保）原则上亦仍然继续存在。

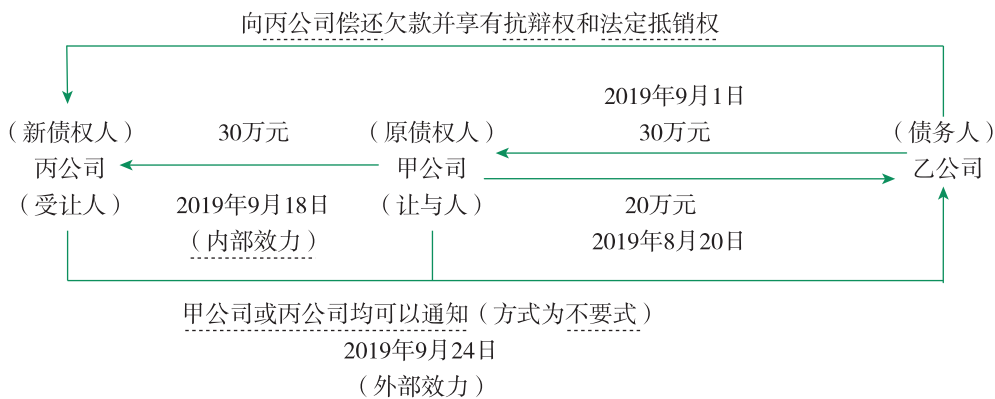
务的概括承受。

债权让与，是指在债的关系不失其同一性的基础上，债权人通过让与合同将其债权移转给第三人享有的法律现象。其中的债权人称为让与人，第三人称为受让人。债权让与制度的理念是什么呢？衡平债权的自由流转和债务人利益的保护。

债务承担，是指在债的关系不失其同一性的基础上，债权人或债务人通过与第三人订立债务承担合同，将债务全部或部分移转于第三人承担的法律现象。该第三人称为承担人。

债权债务的概括承受，是指债的一方当事人将其债权债务一并转移给第三人，由第三人概括地承受权利义务的法律现象。

一、债权让与（债权转让）★★★



（债权让与部分当事人法律关系示意图）

【例】乙公司欠甲公司30万元，2019年9月1日到期。乙公司法定代表人孟某为该笔债务提供连带责任保证。同时，甲公司须在2019年8月20日清偿对乙公司的20万元货款。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日乙公司接到了甲公司关于转让债权的通知后，便主张20万元抵销权。根据上述案情，请回答如下问题：^①

1. 甲公司与丙公司之间的债权转让合同于何时生效？
答：2019年9月18日。内部效力。
2. 甲公司与丙公司之间的债权转让合同何时对乙公司发生法律效力？
答：2019年9月24日。外部效力。
3. 如甲公司未将债权转让之事通知乙公司，丙公司可否向乙公司主张30万元债权？
答：不可以。未通知，不产生外部效力。
4. 如甲公司将债权转让之事通知乙公司后后悔，是否可以撤销？
答：原则上不可以，但丙公司同意的除外。
5. 甲公司将债权转让给丙公司后，谁是债权人？谁是债务人？
答：丙公司。乙公司。

^① 主观题答题三步走：第一步：结论（无需抄题）；第二步：大前提（解析法理；“因为”）；第三步：小前提（结合材料，“本案中”）。

6. 甲公司将债权转让给丙公司后，连带保证人孟某如何承担责任？

答：在原保证范围内继续承担保证责任。

7. 2019年9月24日，乙公司接到了甲公司关于转让债权的通知后，30万元债权的诉讼时效是否会中断而重新起算？

答：会。通知到达之日起重新起算3年诉讼时效。

8. 如甲公司转让给丙公司的30万债权已过诉讼时效，则丙公司如何救济自己的权利？

答：追究甲公司的瑕疵担保责任，即违约责任。

9. 乙公司接到转让债权的通知后，应向谁清偿30万元的债务？

答：丙公司。

10. 乙公司接到转让债权的通知后，仍向甲公司支付30万元，该履行对丙公司是否有效？

答：无效。

11. 乙公司接到转让债权的通知后，仍向甲公司支付30万元，甲公司是否构成不当得利？

答：构成。

12. 如甲公司转让给丙公司的30万元债权已过诉讼时效，则乙公司是否可以对丙公司主张诉讼时效抗辩权？

答：可以。抗辩权的移转。

13. 乙公司接到债权转让的通知后，是否可以向丙公司主张20万元的抵销权？

答：可以（注意：到期在先原则）。

14. 债权转让后，如丙公司委托甲公司代为接受履行，则乙公司向甲公司支付20万元后即不再履行，则乙公司应向谁承担违约责任？

答：丙公司。合同相对性原理。

（一）债权让与的生效要件★★★

存在合法有效的债权（注意：要进行扩大解析，包括已过诉讼时效的债权、可撤销的债权、享有选择权的合同债权等）	
被让与的 债权具有 可让与性 ★★	1. 根据债权性质不得转让
	2. 按照当事人约定不得转让（如保证人与债权人明确约定债权不得转让或仅对特定债权人作保证；注意：当事人约定非金钱债权不得转让的，不得对抗善意第三人）
	3. 依照法律规定不得转让（如精神损害赔偿请求权和中外合资经营企业法的规定）
让与人 与受让人 达成债权 让与协议	1. 基于债（合同）的相对性原理，让与人与受让人一经达成债权让与协议即在二者间产生债权让与的效果（内部效力）
	2. 让与协议要对债务人产生效力需以通知债务人为要件；（1）通知人既可以是原债权人（让与人）亦可以是受让人（但从保护债务人履行安全的角度考虑，受让人为让与通知时，必须提供取得债权的证据，例如债权让与合同、让与公证书等，否则债务人可以拒绝履行）；（2）通知方式为不要式
	3. 基于“折中主义立法例”，未经通知，该转让对债务人不发生效力（即不产生外部效力）
	4. 债权转让的通知不得撤销，但是经受让人同意的除外（即表见让与问题）

[萌主点拨1] 债权的可让与性

基于鼓励交易，增加社会财富的视角言，应当允许绝大多数的合同债权能够转让。债权人可以将债权的全部或部分转让给第三人，但是有下列情形之一的除外：

1. 根据债权性质不得转让；

在日常生活中，有些合同基于其性质不能转让，主要包括如下几项：

(1) 基于人身信任关系产生的债权；如雇佣合同、委托合同和租赁合同等。

(2) 专为特定人利益设定的债权；如专门为教授特定人外语的合同，专门为特定人绘肖像画的合同等。

(3) 不作为债权；如竞业禁止的债权，但有时不作为债权可以附属于其他法律关系一同让与，如竞业禁止的债权可以与营业一同让与。

(4) 从债权；如保证债权不得单独转让；但是，如从权利可与主权利分离而单独存在，亦可单独转让，如已产生的利息债权可与本金债权相分离而单独转让。

2. 按照当事人约定不得转让☆☆

基于合同自由原则，允许当事人在法律允许的范围内进行约定。中国《民法典》编纂中，为了兼顾和平衡财产权的流通性、意思自治、交易安全等价值，借鉴了《意大利民法典》第1264条的规定，当事人约定非金钱债权不得转让的，不得对抗善意第三人。

3. 依照法律规定不得转让。

[例1] 孟教授曾答应为众合学校讲课，但因讲课当天临时有急事，孟教授可否让自己的博士生代为授课？

答：不可以。基于人身信任关系产生的债权不具有可转让性。

[例2] 徐毛毛对孟某的房屋享有抵押权，为替好友马胖胖从银行借款提供担保，徐毛毛可否将该抵押权转让给银行？

答：不可以。从权利不得单独转让（包括担保物权和地役权）。

[萌主点拨2] 债权让与必须通知债务人的例外

凡原则必有例外，债权人让与的通知义务亦不例外。如下情形，无需通知：

1. 证券化债权让与不以通知债务人为必要。如无记名证券（电影票、蛋糕券、月饼券等）。

2. 特殊债权的移转必须办理登记手续，如电话使用权的过户。

3. 当事人之间特别约定债权不得让与的，债权人欲让与债权，必须征得债务人的同意。

[萌主点拨3] 表见让与问题

表见让与，是指当债权人将债权让与第三人的事实通知债务人后，即使让与并未发生或让与无效，债务人基于对让与通知的信赖而向第三人所为的给付依然有效。

通说认为，表见让与一般只有在债权人为让与通知行为时才能发生，如果由受让人进行让与通知，则不产生表见让与的效力。

(二) 债权让与的法律效力★★★

内部效力	1. 原债权人（让与人）退出（脱离）原债的关系，不再享有债权债务，受让人取代让与人的法律地位而成为新的债权人
------	--

续表

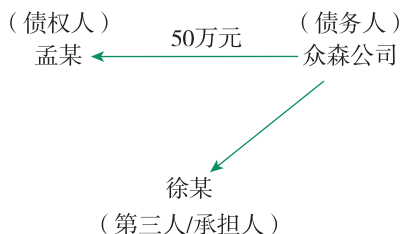
内部效力	2. 债权人转让债权的，受让人取得与债权有关的从权利（如担保物权和其他从权利），但是该从权利专属于债权人自身的除外 ^① 。受让人取得从权利不因该从权利未履行转移登记手续或未转移占有而受到影响。
	3. 让与人对其让与的债权负瑕疵担保责任
外部效力	1. 债权让与成立并一经通知债务人，债务人只能向受让人履行
	2. 基于“债务人不能因债权让与而受到损害”的原则，债务人接到债权转让通知后，债务人对让与人的抗辩，可以向受让人主张（抗辩权的移转；债之关系的同一性原理）
	3. 有下列情形之一的，债务人可以向受让人主张抵销：（1）债务人接到债权转让通知时，债务人对让与人享有债权，并且债务人的债权先于转让的债权到期或者同时到期；（2）债务人的债权与转让的债权是基于同一合同产生。
注意	因债权转让增加的履行费用，由让与人负担

[萌点拨] 债权让与和代为接受履行的区别

在第三人代为接受履行的情况下，该第三人始终不是合同当事人，故向该第三人履行不合格时，债务人仍应向债权人而不是该第三人承担违约责任。

而在债权让与情况下，第三人（受让人）成为合同当事人，债务人履行不合格时，债务人应向该第三人（受让人）承担违约责任，而与原债权人没有关系。

二、债务承担★★



(债权承担部分当事人示意图)

[例] 2019年5月1日，孟某经众森公司股东徐某介绍购买众森公司矿粉，孟某依约预付了100万元货款，众森公司仅交付部分矿粉，经结算欠孟某50万元货款。根据上述案情，请回答如下问题：

1. 5月5日，众森公司和徐某签订债务承担协议将50万元货款债务转让给徐某未经孟某同意是否有效？

答：内部有效外部无效，内外有别。

2. 孟某可否和徐某签订债务承担协议，约定众森公司的50万元货款债务由徐某承担？

答：可以。孟某（债权人）用签字行为的方式表明同意债务转让。

^① 如保证合同约定专为特定债权人而设定保证责任的情况下，该保证责任便与原债权人不可分离，不随同主债权让与而移转于受让人。

3. 孟某、徐某和众森公司可否三方书面约定，众森公司的 50 万元贷款债务由徐某承担？

答：可以。孟某（债权人）用签字行为的方式表明同意债务转让。

4. 众森公司和徐某商议，由众森公司和徐某以欠款人的身份向孟某出具欠条。徐某在欠条上签字的行为构成免责的债务承担还是并存的债务承担？

答：并存的债务承担。承担连带责任。

5. 经孟某同意，众森公司将 50 万元贷款债务转让给徐某后，谁是债权人？谁是债务人？

答：孟某。徐某。

6. 债务全部转移给徐某后，如众森公司代徐某向孟某支付 20 万元后即不再履行，则孟某追究谁的违约责任？

答：徐某。合同相对性原理。

7. 债务全部转移给徐某后，如众森公司清偿 50 万元债务，是否构成第三人代为清偿？

答：构成。

8. 众森公司代为清偿 50 万元债务后，是否享有对徐某的求偿权（追偿权）？

答：享有。

债务承担★★

生效要件	1. 存在合法有效的债务	
	2. 被移转的债务具有可移转性	
	3. 第三人（承担人）与债务人（此时必须经过债权人同意，同意的方式为不要式，书面、口头均可以）或第三人与债权人或三方合意签订债务承担协议（注意：此时债权人以“签字行为”的方式表明其同意债务转移）	
类型	标准	债务承担后原债务人是否免责
	内容	<p>1. 免责的债务承担：第三人取代原债务人的地位而承担全部债务，使原债务人脱离债的关系的债务承担方式（即原债务人免责；原债务人脱离合同关系，承担人成为合同当事人，成为新债务人）</p> <p>2. 并存的债务承担：债务人不脱离债的关系，第三人加入债的关系，与原债务人一起向债权人承担债务的债务承担方式（又称“附加的债务承担”或“重叠的债务承担”；注意：关于承担人的责任问题，通说认为有约从约，无约承担连带责任）</p>
与代为履行的关系	1. 在第三人代为履行的情况下，该第三人始终不是合同当事人，故第三人履行不合格时，债务人仍应向债权人承担违约责任	
	2. 在免责的债务承担下，第三人成为合同当事人，第三人履行不合格时，自己应向债权人承担违约责任，而与原债务人没有关系（注意：原债务人清偿的，构成代为清偿，取得对第三人的求偿权）	

[萌点拨] 债务承担和代为履行的区别

当事人约定由第三人向债权人履行债务，第三人不履行债务或者履行债务不符合约定

的，债务人应当向债权人承担违约责任。据此可知，在第三人代为履行的情况下，该第三人始终不是合同当事人，故该第三人履行不合格时，债务人仍应向债权人承担违约责任。

与此相对应，在免责的债务承担下，第三人成为合同当事人，该第三人履行不合格时，自己应向债权人承担违约责任，而与原债务人没有关系。

三、债权债务的概括承受★★

含义	债的一方当事人将其债权债务一并转移给第三人，由第三人概括地承受权利义务的法律现象			
种类	意定	双务合同的一方将其债权与债务通过协议一并转移于第三人，并经对方同意		
	法定	种类	含义	依法使债权债务由原债权债务转移给新的债权债务
			1. (财产) 保险人对第三人的代位求偿权 ^①	
			2. 法人发生合并(吸收或新设)或分立(派生或新设)时对原债权债务的承担	
3. 继承人在继承遗产范围内对被继承人生前债务的清偿(限定继承)				
4. 根据买卖不破租赁规则, 租赁物的受让人对原租赁合同的承受				

[萌点拨] 法定概括承受

法定概括承受，是指依法使债权债务由原债权债务转移给新的债权债务。下面对于法定概括承受进行简单的不完全列举：

1. 财产保险人对第三人的代位求偿权。

所谓“代位求偿权”，是指在保险人（即保险公司）支付赔偿后，被保险人将对第三人的求偿权让渡给保险人，由保险人要求第三人承担赔偿责任。

2. 法人合并或分立时对原债权债务的概括承担。

法人合并的，其权利和义务由合并后的法人享有和承担。

法人分立的，其权利和义务由分立后的法人享有连带债权，承担连带债务，但是债权人和债务人另有约定的除外。

3. 继承人在继承遗产范围内对被继承人生前债务的清偿。

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其限。

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。据此可知，在限定继承原则下，继承人既继承了权利也继承了义务，属于法定概括承受的情形。

4. 根据买卖不破租赁规则，租赁物的受让人对原租赁合同的承受。

租赁物在承租人依据租赁合同占有期间发生所有权变动的，不影响租赁合同的效力。据此可知，在买卖不破租赁的情形下，租赁物的买受人既享有权利（即享有租金收取权）又承担义务（即租赁期届满前不得要求承租人搬离的义务），属于法定概括承受的情形。

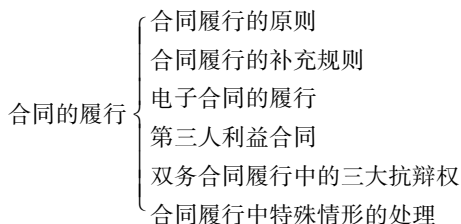
^① 代位求偿权系在保险人（即保险公司）支付赔偿后，被保险人将对第三人的求偿权让渡给保险人，由保险人要求第三人承担赔偿责任。

专题十九

合同的履行

知识体系

KNOWLEDGE HIERARCHY



复习提要

本专题主要涉及六个方面的问题：1. 合同履行的原则；2. 合同履行的补充规则；3. 电子合同的履行；4. 第三人利益合同；5. 双务合同履行中的三大抗辩权。6. 合同履行中特殊情形的处理。本专题属于考试中的重点内容，在复习过程中必须重点掌握，特别是新增的电子合同的履行和不安抗辩权。

一、合同履行的原则★

当事人应当按照约定全面履行自己的义务。

当事人应当遵循诚信原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。

当事人在履行合同过程中，应当避免浪费资源、污染环境和破坏生态。

二、合同履行的补充规则★★

合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同有关条款、合同性质、合同目的或者交易习惯确定。

当事人就有关合同内容约定不明确，依据前条规定仍不能确定的，适用下列规定：

（一）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。

(二) 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，依照规定履行。

(三) 履行地点不明确，给付货币的，在接受货币一方所在地履行；交付不动产的，在不动产所在地履行；其他标的，在履行义务一方所在地履行。

(四) 履行期限不明确的，债务人可以随时履行，债权人也可以随时请求履行，但是应当给对方必要的准备时间。

(五) 履行方式不明确的，按照有利于实现合同目的的方式履行。

(六) 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。

三、电子合同的履行☆☆☆

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。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。

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。

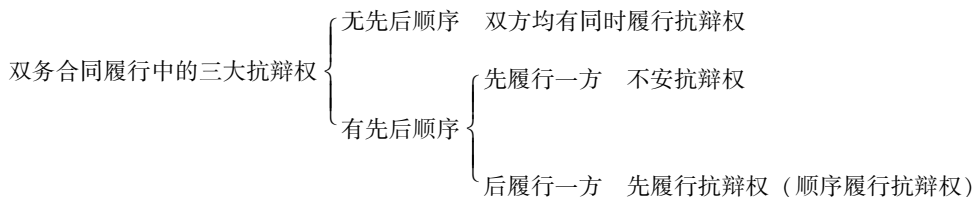
电子合同当事人对交付方式、交付时间另有约定的，按照其约定。

四、第三人利益合同☆☆☆

当事人约定由债务人向第三人履行债务，债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定的，应当向债权人承担违约责任。

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。

五、双务合同履行中的三大抗辩权★★



(双务合同履行中的三大抗辩权体系框架图)

[图释] 对于双务合同履行中的三大抗辩权而言，主要包括三类，即如双方当事人没有约定先后履行顺序（如取货时付款），即俗称“一手交钱，一手交货”则属于同时履行抗辩权。如约定先后履行顺序的，先履行一方可行使不安抗辩权，后履行一方可行使先履行抗辩权或顺序履行抗辩权。

对于本部分，我们仍然采用“对比学习法”来讲解，具体内容见下表：

双务合同履行中的三大抗辩权★★

要点	同时履行抗辩权	不安抗辩权	先（顺序）履行抗辩权
合同个数	1 个合同	1 个合同	1 个合同
合同类型	双务合同（买卖）	双务合同（买卖）	双务合同（买卖）
先后顺序	无先后	有先后	有先后
行权主体	双方	先履行一方	后履行一方
行权事由 ☆☆	全部不——全部不 部分不——部分不	确有证据证明对方存在营、誉、逃等不能 为对待给付的危险	全部不——全部不 部分不——部分不
行权方式	中止履行	中止履行并及时通知；恢复或担保的，继 续履行，否则可解除合同	中止履行
性质	延期性抗辩权	延期性抗辩权	延期性抗辩权

1. 三者的相同之处。

对于这三大抗辩权而言，均须双方当事人基于同一双务合同而互负对待给付义务，在考试中主要是同一个买卖合同。同时，在性质上，三者均属于延期性抗辩权。

2. 三者的不同之处。

(1) 先后顺序。

对于同时履行抗辩权而言，合同中未约定先后履行顺序。而不安抗辩权和先履行抗辩权均约定先后履行顺序。

(2) 行权主体。

当事人互负债务，没有先后履行顺序的，应当同时履行。一方在对方履行之前有权拒绝其履行请求。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请求。据此可知，“同时履行抗辩权”乃合同双方当事人均可行使的权利。与此相对应，不安抗辩权只能由先履行一方行使；而先履行抗辩权只能由后履行一方行使。

(3) 行权理由。

同时履行抗辩权和先履行抗辩权的行权理由均属于相应的抗辩。

[例] 孟某、徐毛毛订立一份价款为十万元的图书买卖合同，约定孟某先支付书款，徐毛毛两个月后交付图书。孟某由于资金周转困难只交付五万元，答应余款尽快支付，但徐毛毛不同意。两个月后孟某要求徐毛毛交付图书，遭徐毛毛拒绝。请问：徐毛毛是否有权拒绝交付与五万元书款价值相当的部分图书？

答：有权。

[萌主点拨] 不安抗辩权

应当先履行债务的当事人，有证据证明对方有下列情形之一的，可以中止履行：

- (一) 经营状况严重恶化；
- (二) 转移财产、抽逃资金，以逃避债务；
- (三) 丧失商业信誉；
- (四) 有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。

当事人没有证据中止履行的，应当承担违约责任。

当事人依据前条规定中止履行的，应当及时通知对方。

对方提供适当担保的，应当恢复履行。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，视为以自己的行为表明不履行主要义务，中止履行的一方可以解除合同并可以请求对方承担违约责任。

据此可知，作为先履行的一方欲行使不安抗辩权必须有法定的理由，我们用3字口诀来表述，即“营、誉、逃”，其中，“营”代表经营状况严重恶化；“誉”代表丧失商业信誉；“逃”代表转移财产、抽逃资金，以逃避债务。

[例] 孟某与众森公司签订的房屋买卖合同约定：“众森公司收到首期房款后，向孟某交付房屋和房屋使用说明书；收到二期房款后，将房屋过户给孟某。”孟某交纳首期房款后，众森公司交付房屋但未立即交付房屋使用说明书。孟某以此为由行使先履行抗辩权而拒不支付二期房款。请问：孟某的做法是否正确？

答：不正确。因为孟某系先履行的一方，不享有先履行抗辩权。

(4) 行权方式。

三者的行权方式均为中止履行，但不同是同时履行抗辩权和先履行抗辩权无需通知对方。但对于不安抗辩权而言，其中止履行必须及时通知对方；如后履行一方恢复或提供相应担保的，先履行一方应继续履行。否则，后履行一方可解除合同，并追究先履行一方的违约责任。

六、合同履行中特殊情形的处理★★

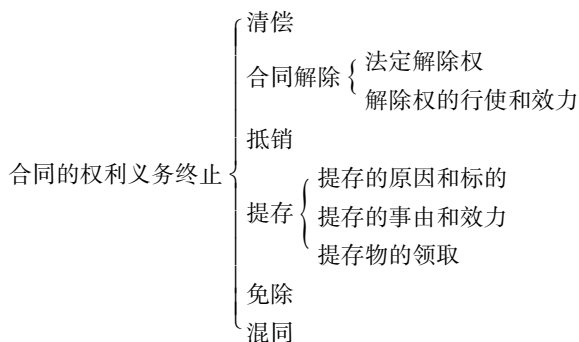
履行困难	债权人分立、合并或者变更住所没有通知债务人，致使履行债务发生困难的，债务人可以中止履行或者将标的物提存
提前履行 ★★	债权人可以拒绝债务人提前履行债务，但是提前履行不损害债权人利益的除外。债务人提前履行债务给债权人增加的费用，由债务人负担
部分履行 ★★	债权人可以拒绝债务人部分履行债务，但是部分履行不损害债权人利益的除外。债务人部分履行债务给债权人增加的费用，由债务人负担
注意	<ol style="list-style-type: none"> 1. 合同生效后，当事人不得因姓名、名称的变更或者法定代表人、负责人、承办人的变动而不履行合同义务 2. 对当事人利用合同实施危害国家利益、社会公共利益行为的，市场监督管理和其他有关行政主管部门依照法律、行政法规的规定负责监督处理

专题二十

合同的权利义务终止

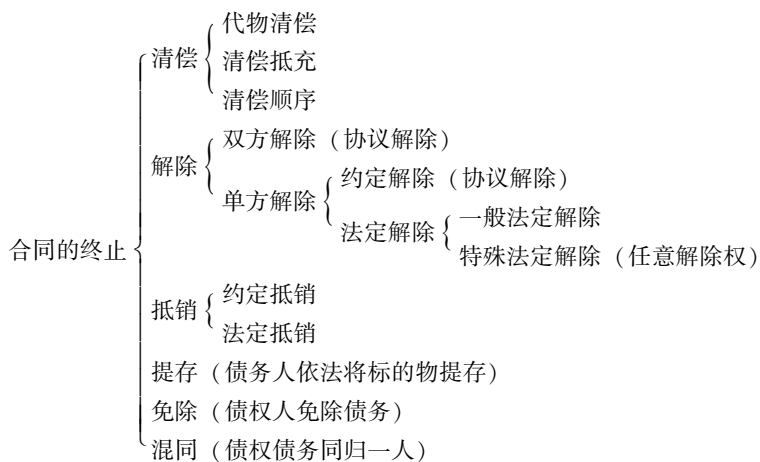
知识体系

KNOWLEDGE HIERARCHY



复习提要

本专题主要涉及六个方面的问题：1. 清偿；2. 解除；3. 抵销；4. 提存；5. 免除；6. 混同。其中最为重要的是合同解除，是每年必考的考点；其次是抵销和提存。其他部分了解即可。



(合同的权利义务终止体系框架图)

[图释] 有下列情形之一的，债权债务终止：（一）债务已经履行；（二）债务相互抵销；（三）债务人依法将标的物提存；（四）债权人免除债务；（五）债权债务同归于一人；（六）法律规定或者当事人约定终止的其他情形。合同解除的，该合同的权利义务关系终止。债权债务终止时，债权的从权利同时消灭，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。合同的权利义务关系终止，不影响合同中结算和清理条款的效力。

据此可知，合同的权利义务终止的方式共 6 种。用 6 字口诀来记忆即：“清”、“解”、“抵”、“提”、“免”、“混”。其中，“清”代表清偿；“解”代表解除；“抵”代表抵销；“提”代表提存；“免”代表免除；“混”代表混同。最重要的就是解除和抵销。

一、清偿★★

含义	债务人依照法律规定或合同约定完成义务的行为	
代物清偿	含义	在债的履行过程中，债权人受领他种给付以代替原定给付而使债的关系消灭
	构成要件	(1) 有原债务存在
		(2) 经双方当事人约定，以他种给付代替原定给付
		(3) 有双方当事人关于代物清偿的合意
	(4) 债权人或其他有履行受领权的人现实地受领给付	
清偿抵充	含义	在债务人对于同一债权人负担数宗同种类的债务而清偿人提供的给付不足以清偿全部债务时，决定以该给付抵充何宗债务的规则
	内容	债务人对同一债权人负担的数个债务种类相同，债务人的给付不足以清偿全部债务的，除当事人另有约定外，由债务人在清偿时指定其履行的债务。债务人未作指定的，应当优先履行已到期的债务；几项债务均到期的，优先履行对债权人缺乏担保或者担保最少的债务；担保数额相同的，优先履行债务负担较重的债务；负担相同的，按照债务到期的先后顺序履行；到期时间相同的，按照债务比例履行
清偿顺序	债务人在履行主债务外还应当支付利息和实现债权的有关费用，其给付不足以清偿全部债务的，除当事人另有约定外，应当按照下列顺序履行：（1）实现债权的有关费用；（2）利息；（3）主债务。	

1. 含义。

清偿，是指债务人依照法律规定或合同约定完成义务的行为。清偿与履行同义，只是清偿是从债的消灭角度而言，而履行是从债的效力出发强调债务的实现过程。

2. 代物清偿。

(1) 含义。

代物清偿，是指在债的履行过程中，债权人受领他种给付以代替原定给付而使债的关系消灭。

(2) 构成要件。

代物清偿需要符合四个构成要件，分别是：①有原债务存在；②经双方当事人约定，以他种给付代替原定给付；③有双方当事人关于代物清偿的合意；④债权人或其他有履行

受领权的人现实地受领给付。

典型真题

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·卷三·56 题）^①

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. 王某有权在交付古画前反悔，提出继续以现金偿付借款本息方式履行债务

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

3. 清偿抵充。

(1) 含义。

清偿抵充，是指在债务人对于同一债权人负担数宗同种类的债务而清偿人提供的给付不足以清偿全部债务时，决定以该给付抵充何宗债务的规则。

(2) 内容。

债务人对同一债权人负担的数个债务种类相同，债务人的给付不足以清偿全部债务的，除当事人另有约定外，由债务人在清偿时指定其履行的债务。

债务人未作指定的，应当优先履行已到期的债务；几项债务均到期的，优先履行对债权人缺乏担保或者担保最少的债务；担保数额相同的，优先履行债务负担较重的债务；负担相同的，按照债务到期的先后顺序履行；到期时间相同的，按照债务比例履行。

典型真题

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·卷三·13 题）^②

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

4. 清偿顺序。

债务人在履行主债务外还应当支付利息和实现债权的有关费用，其给付不足以清偿全部债务的，除当事人另有约定外，应当按照下列顺序履行：

(1) 实现债权的有关费用；

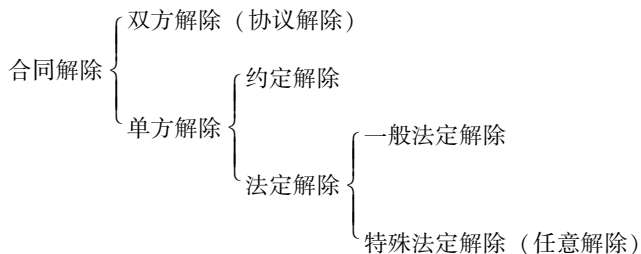
(2) 利息；

(3) 主债务。

^① 答案：BCD

^② 答案：A。

二、合同解除★★★



(合同解除体系框架图)

[图释] 基于鼓励交易原则，使已经签订的合同处于稳定履行的状态，不轻易行使解除权乃立法之宗旨。因此，合同解除权的行使系例外而非原则。

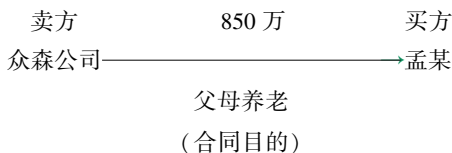
合同解除每年必考，主要包括两类，分别是双方解除和单方解除。其中，双方解除即协议解除。所谓“协议解除”，是指事后双方就消灭有效合同达成一致。与此相对应的是单方解除，其又分为两类，分别是约定解除^①和法定解除。法定解除再次分为一般法定解除和特殊法定解除（即任意解除）。

在此，考生主要混淆之处在于协议解除与约定解除的区别。所谓“约定解除”，是指合同订立时双方约定解除权行使情形；当情形出现时，享有解除权的一方以单方意思表示即可使合同消灭，不必征得对方同意。

据此可知，二者的核心区别在于：协议解除乃“事后所为”而约定解除乃“合同成立时”即事前所为。

(一) 法定解除权

1. 一般法定解除权★★★



(法定解除权部分当事人示意图)

[例] 孟某为了父母养老于2018年6月1日在北京市昌平区与众森公司签订房屋买卖合同，价款850万元。众森公司承诺：“未来小区内配有全套养老设施”，同时，双方约定2019年6月1日交房并办理过户登记手续。根据上述案情和当事人示意图，请回答如下问题：

(1) 2019年5月1日，众森公司已将房屋建设完毕并配有全套养老设施。但2019年5月20日，当地发生地震房屋毁损灭失，无法于约定的2019年6月1日交房并办理过户登记手续。请问：此时谁可以解除合同？解除合同的同时可否追究对方的违约责任？

有下列情形之一的，当事人可以解除合同：（一）因不可抗力致使不能实现合同目的。据此可知，在因不可抗力导致根本违约的情况下，双方当事人均可以解除合同。同时，不可以追究对方的违约责任（因为不可抗力导致免责）。

^① 当事人协商一致，可以解除合同。当事人可以约定一方解除合同的事由。解除合同的事由发生时，解除权人可以解除合同。

[结论] 该情形下，双方均可以解除合同，不可以追究对方的违约责任。

(2) 2019年5月1日，孟某发现众森公司迟迟未开工，按期交房无望。请问：此时谁可以解除合同？解除合同的同时可否追究对方的违约责任？

有下列情形之一的，当事人可以解除合同：(二) 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。据此可知，在预期违约的情况下，仅非违约方一方可以解除合同。同时，可以追究对方的违约责任。

[结论] 该情形下，非违约方（孟某）可以解除合同。同时，可以追究对方（众森公司）的违约责任。

(3) 2019年5月1日，众森公司已将房屋建设完毕并配有全套养老设施。但2019年6月1日无法给孟某办理过户登记手续，孟某催告众森公司2019年9月1日前完成过户。但直到2019年9月1日，众森公司仍无法给孟某办理过户登记手续。请问：此时谁可以解除合同？解除合同的同时可否追究对方的违约责任？

有下列情形之一的，当事人可以解除合同：(三) 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。据此可知，此时仅非违约方一方可以解除合同。同时，可以追究对方的违约责任。

[结论] 该情形下，非违约方（孟某）可以解除合同。同时，可以追究对方（众森公司）的违约责任。

(4) 2019年5月1日，众森公司已将房屋建设完毕但却没有全套养老设施。请问：此时谁可以解除合同？解除合同的同时可否追究对方的违约责任？

有下列情形之一的，当事人可以解除合同：(四) 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。据此可知，从给付义务的违反导致根本违约的此时仅非违约方一方可以解除合同。同时，可以追究对方的违约责任。

[结论] 该情形下，非违约方（孟某）可以解除合同。同时，可以追究对方（众森公司）的违约责任。

(5) 2019年5月1日，众森公司已将房屋建设完毕并配有全套养老设施。但此时由于国家出台房地产调控政策，孟某不再具备购买第二套房的资格。请问：此时谁可以解除合同？解除合同的同时可否追究对方的违约责任？

有下列情形之一的，当事人可以解除合同：(五) 法律规定的其他情形。即合同成立以后客观情况发生了当事人在订立合同时无法预见的、非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于一方当事人明显不公平或不能实现合同目的，当事人请求法院变更或解除合同的，法院应当根据公平原则，并结合案件的实际情况确定是否变更或解除。据此可知，在情势变更的情形下，双方当事人均可以解除合同。同时，不可以追究对方的违约责任。

[结论] 该情形下，因为双方均没有违约行为双方均可以解除合同，不可以追究对方的违约责任。

一般法定解除权汇总表

情形	情形 1	情形 2	情形 3	情形 4	情形 5
谁可解除	双方	非违约方	非违约方	非违约方	双方
违约责任	×	√	√	√	×

[萌点拨] 以持续履行的债务为内容的不定期合同，当事人在合理期限之前通知对方后可以解除。

2. 特殊法定解除权。☆☆

特殊法定解除权即任意解除权，我们总结合同范围内的全部任意解除权主要包括如下7类，考生需重点予以关注：

(1) 不定期租赁合同的双方。

当事人对租赁期限没有约定或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，视为不定期租赁。当事人可以随时解除合同，但是应当在合理期限之前通知对方。

(2) 委托合同的双方。

委托人或者受托人可以随时解除委托合同。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，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。

(3) 行纪合同的双方。

本章没有规定的，适用委托合同的有关规定。

(4) 保管合同的寄存人、无期间的双方。

寄存人可以随时领取保管物。当事人对保管期间没有约定或者约定不明确的，保管人可以随时请求寄存人领取保管物；约定保管期间的，保管人无特别事由，不得请求寄存人提前领取保管物。

(5) 承揽合同的定作人。

定作人在承揽人完成工作前可以随时解除合同，造成承揽人损失的，应当赔偿损失。

(6) 货运合同的托运人。

在承运人将货物交付收货人之前，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，但是应当赔偿承运人因此受到的损失。

(7) 旅游合同的旅游者。

旅游行程开始前或进行中，因旅游者单方解除合同，旅游者请求旅游经营者退还尚未实际发生的费用，或旅游经营者请求旅游者支付合理费用的，人民法院应予支持。

综上所述，在上述7种情形下，或双方或一方可行使“任意解除权”。但需要注意的是行权后给对方造成损害的，仍应当依法承担赔偿责任。

(二) 解除权的行使和效力★★

行使 方式	期限	法律规定或当事人约定解除权行使期限，期限届满当事人不行使的，该权利消灭。法律没有规定或当事人没有约定解除权行使期限，自解除权人知道或应当知道解除事由之日起一年内不行使，或经对方催告后在合理期限内不行使的，该权利消灭
		当事人一方依法主张解除合同的，应当通知对方。合同自通知到达对方时解除；通知载明债务人在一定期限内不履行债务则合同自动解除，债务人在该期限内未履行债务的，合同自通知载明的期限届满时解除。对方对解除合同有异议的，任何一方当事人均可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除行为的效力。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

续表

效力	合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以请求恢复原状或者采取其他补救措施，并有权请求赔偿损失。合同因违约解除的，解除权人可以请求违约方承担违约责任，但是当事人另有约定的除外。主合同解除后，担保人对债务人应当承担的民事责任仍应当承担担保责任，但是担保合同另有约定的除外
----	---

1. 解除权的行使。

(1) 行使期限。

法律规定或者当事人约定解除权行使期限，期限届满当事人不行使的，该权利消灭。

法律没有规定或者当事人没有约定解除权行使期限，自解除权人知道或者应当知道解除事由之日起一年内不行使，或者经对方催告后在合理期限内不行使的，该权利消灭。

(2) 行使方式。

当事人一方依法主张解除合同的，应当通知对方。合同自通知到达对方时解除；通知载明债务人在一定期限内不履行债务则合同自动解除，债务人在该期限内未履行债务的，合同自通知载明的期限届满时解除。对方对解除合同有异议的，任何一方当事人均可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除行为的效力。

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。

[例] 2000年2月，甲公司与乙公司签订施工合同，约定由乙公司为甲建房一栋。乙与丙签订《内部承包协议》，约定由丙承包建设该楼房并承担全部经济和法律责任，乙收取丙支付的工程价款总额5%的管理费。丙实际施工至主体封顶。2004年1月，乙向法院起诉请求甲支付拖欠工程款并解除施工合同。甲辩称乙起诉时已超过3年诉讼时效，要求法院驳回乙的诉讼请求。请问：乙起诉请求解除合同是否适用诉讼时效规定？

答：不适用。因为解除权属于形成权，应受除斥期间限制。

2. 效力。

合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以请求恢复原状或者采取其他补救措施，并有权请求赔偿损失。

合同因违约解除的，解除权人可以请求违约方承担违约责任，但是当事人另有约定的除外。

主合同解除后，担保人对债务人应当承担的民事责任仍应当承担担保责任，但是担保合同另有约定的除外。

[萌点拨] 一般法定解除权 VS 可撤销的民事法律行为中的撤销权

一般法定解除权 VS 可撤销的民事法律行为中的撤销权★★★

要点	对象	情形	行权后法律效力	责任承担
解除权	尚未履行完毕且合法有效的合同	5种	权利义务终止	违约责任
撤销权	效力有瑕疵的合同	4种	自始无效	缔约过失责任

三、抵销★★

对于抵销而言，包括两类即意定抵销和法定抵销，在考试过程中，主要考查的内容为法定抵销，具体内容见下表：

抵销★★

意定	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	
构成要件	积极	1. 双方互负债务（互债） 2. 双方债务的标的物种类、品质相同（同类） 3. 主动（自动）债权已到期 ^① （到期）
	消极	至于这两个债是否设定担保、是否过诉讼时效，以及数量是否相同，均非抵销的障碍
法定	性质	形成权
	行使	一经通知对方即发生债的消灭效力，不以对方同意为要件。如对方异议，应在约定的异议期限届满前提出并向法院起诉，否则法院不予支持；没有约定异议期间的，为在债务抵销通知到达之日3个月内
	效果	有溯及力，其效力可以溯及至抵销人的抵销权发生之时

（一）意定抵销

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。

（二）法定抵销★★

当事人互负债务，该债务的标的物种类、品质相同的，任何一方可以将自己的债务与对方的到期债务抵销；但是，根据债务性质、按照当事人约定或者依照法律规定不得抵销的除外。

当事人主张抵销的，应当通知对方。通知自到达对方时生效。抵销不得附条件或者附期限

1. 构成要件。

（1）积极要件。

积极要件主要包括三项，我们用6字口诀来表述，即“互债；同类；到期”。其中，“互债”代表双方互负债务（货币之债）；“同类”代表双方债务的标的物种类、品质相同；“到期”代表主动债权已到期。

[例] 孟某于2月3日向徐毛毛借用一台彩电，徐毛毛于2月6日向孟某借用了一部手机。到期后，孟某未向徐毛毛归还彩电，徐毛毛因此也拒绝向孟某归还手机。请问：徐毛毛是否可以行使抵销权？

答：不可以，因为债务的种类不同。

^① 在破产程序中，破产债权人对其享有的债权，无论是否已届清偿期，无论是否附有期限或解除条件，均可抵销。

(2) 消极要件。

至于这两个债是否设定担保、是否过诉讼时效，以及数量是否相同，均非抵销的障碍。

〔例〕甲装修公司欠乙建材商场货款5万元，乙商场需付甲公司装修费2万元。现甲公司欠款已到期，乙商场欠费已过诉讼时效，甲公司欲以装修费充抵货款。请问：甲公司是否有权主张抵销？

答：有权，因为是否过诉讼时效并非抵销的障碍。

2. 性质和行使。

法定抵销权在性质上属于形成权，因此，一经通知对方即发生债的消灭效力，不以对方同意为要件。如对方异议，应在约定的异议期限届满前提出并向法院起诉，否则法院不予支持；没有约定异议期间的，为在债务抵销通知到达之日3个月内。

3. 效力。

法定抵销权的行使具有溯及力，其效力可溯及至抵销人的抵销权发生之时。

四、提存★★

原因	因债权人原因而导致债务人难以履行债务的	
标的	原则上为债的标的物，但标的物不适于提存或提存费用过高的，债务人依法可以拍卖或变卖标的物，提存所得的价款	
事由	1. 债权人无正当理由拒绝受领	
	2. 债权人下落不明	
	3. 债权人死亡未确定继承人、遗产管理人或丧失民事行为能力未确定监护人	
效力	债务人与债权人间	债消灭但如债务人另行清偿债务的，提存人得取回提存物
	提存人与提存部门间	提存部门负妥善保管义务，因保管不善致保管物毁损的要赔偿
	提存部门与债权人间	1. 所有权、领取权、风险、孳息、提存费均归债权人 2. 保管部门因保管不善致保管物毁损的赔偿债权人，但如债务人另行清偿债务的，赔偿债务人
提存物的领取	1. 提存之日起5年内不行使领取权，领取权消灭	
	2. 领取权消灭的，扣除提存费后，提存物归国家	

(一) 提存的原因和标的

作为债的消灭方式之一，提存系因债权人原因而导致债务人难以履行债务的，债务人才采用该方式来消灭债务。

对于提存的标的，原则上为债的标的物，但标的物不适于提存或提存费用过高的，债务人依法可以拍卖或变卖标的物，提存所得的价款。

※ **〔民法典新增制度1〕** 债务人将标的物或将标的物依法拍卖、变卖所得价款交付提存部门时，提存成立。

提存成立的，视为债务人在其提存范围内已经交付标的物。

※ [民法典新增制度2] 债务人按照约定履行债务，债权人无正当理由拒绝受领的，债务人可以请求债权人赔偿增加的费用。

在债权人受领迟延期间，债务人无须支付利息。

（二）提存的事由和效力

1. 提存的事由。

有下列情形之一的，难以履行债务的，债务人可以将标的物提存：

（1）债权人无正当理由拒绝受领；

[萌主点拨]

①收货人不明或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。

②行纪人按照约定买入委托物，委托人应当及时受领。经行纪人催告，委托人无正当理由拒绝受领的，行纪人依法可以提存委托物。委托物不能卖出或者委托人撤回出卖，经行纪人催告，委托人不取回或者不处分该物的，行纪人依法可以提存委托物。

（2）债权人下落不明；

（3）债权人死亡未确定继承人、遗产管理人或丧失民事行为能力未确定监护人；

（4）法律规定的其他情形。

[例] 孟某与徐毛毛签订销售空调 100 台的合同，但当孟某向徐毛毛交付时，徐毛毛以空调市场疲软为由，拒绝受领，要求孟某返还货款。请问：孟某是否可以向有关部门提存这批空调？

答：可以。

2. 提存的效力。

（1）债务人与债权人间。

提存完成后，在债权人与债务人之间产生债消灭的法律效力，但如债务人另行清偿债务的，提存人得取回提存物。

[萌主点拨] 标的物提存后，债务人应当及时通知债权人或者债权人的继承人、遗产管理人、监护人、财产代管人。

（2）提存人与提存部门间。

提存部门对于提存物负有妥善保管的义务，因提存部门保管不善导致保管物毁损的，依法应当承担赔偿责任。

（3）提存部门与债权人间。

提存完成后，提存物的所有权、领取权、风险、孳息、提存费均归债权人。保管部门因保管不善导致保管物毁损的，应当向债权人承担赔偿责任，但如债务人另行清偿债务的，则应当向债务人承担赔偿责任。

[例] 孟某在甲提存机构办好提存手续并通知债权人徐毛毛后，将 2 台专业相机、2 台天文望远镜交甲提存。后孟某另行向徐毛毛履行了提存之债，要求取回提存物。但甲机构工作人员在检修自来水管时因操作不当引起大水，致孟某交存的物品严重毁损。请问：谁有权主张赔偿财产损失？

答：孟某有权主张赔偿财产损失。

（三）提存物的领取

债权人可以随时领取提存物。但是，债权人对债务人负有到期债务的，在债权人未履

行债务或者提供担保之前，提存部门根据债务人的要求应当拒绝其领取提存物。

债权人领取提存物的权利，自提存之日起五年内不行使而消灭，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。

五、免除

债权人免除债务人部分或全部债务的，债权债务部分或全部终止，但是债务人在合理期限内拒绝的除外。

六、混同

债权和债务同归于一人的，债权债务终止，但是损害第三人利益的除外。具体内容见下表：

混同

含义	债权、债务同归一人的事实行为	
发生原因	概括继受	1. 债权人与债务人之间的继承
		2. 债权人与债务人为法人时的合并

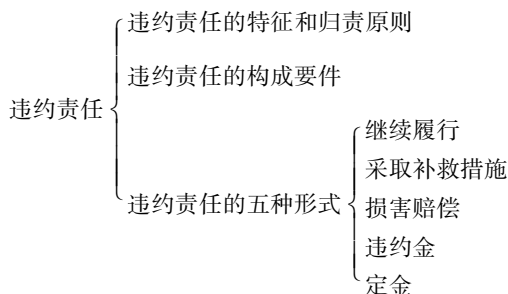
[例] 孟某和刘某之间有借贷关系，后二人结婚。此时，孟某、刘某之间的债权债务可以因哪一情形消灭？

答：因免除而消灭。

专题二十一

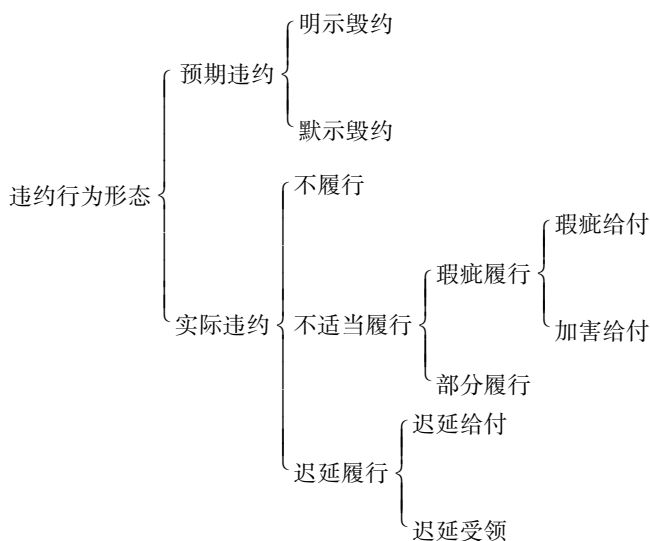
违约责任

知识体系 KNOWLEDGE HIERARCHY



复习提要

本专题主要涉及三个方面的问题：1. 违约责任的特征和归责原则；2. 违约责任的构成要件；3. 违约责任的五种形式。本专题每年必考，在复习过程中必须牢牢掌握。



(违约行为形态体系框架图)

[图释] 违约行为形态乃违约责任部分的重点内容，违约行为形态主要包括两类即预期违约和实际违约。当事人一方明确表示或以自己的行为表明不履行合同义务的，对方可以在履行期限届满之前请求其承担违约责任。据此可知，预期违约和实际违约的区别在于时间要素。预期违约发生在履行期间届满前，而实际违约则发生在履行期间届满后。

预期违约又包括两类即明示毁约（即明确表示）和默示毁约（即以自己的行为表明）。与此相对应，实际违约又包括三类即不履行、不适当履行和迟延履行。

对于不适当履行而言，再次区分为两类即瑕疵履行（质量）和部分履行（数量）。而对于迟延履行而言，则再次区分为迟延给付（债务人）和迟延受领（债权人）。

一、违约责任的特征和归责原则★★

1. 违约责任的特征。★★★

(1) 双方违约和与有过失☆☆☆

当事人都违反合同的，应当各自承担相应的责任。

当事人一方违约造成对方损失，对方对损失的发生有过错的，可以减少相应的损失赔偿额。

(2) 相对性。

当事人一方因第三人的原因造成违约的，应当依法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处理。

[例] 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。请问：方某是否有权要求余某承担违约责任？

答：有权。

(3) 责任竞合。

因当事人一方的违约行为，损害对方人身权益、财产权益的，受损害方有权选择请求其承担违约责任或者侵权责任。

据此可知，在发生“加害给付”，即既违约又侵权的情形下，由当事人“择一选择”。

2. 违约责任的归责原则。

与缔约过失责任不同，违约责任的归责原则乃无过错责任原则。但在例外情况下亦采用过错责任原则，主要包括5类，分别是：

- (1) 赠与合同；
- (2) 委托合同；
- (3) 保管合同；
- (4) 仓储合同；
- (5) 客运合同承运人对旅客自带物品的毁损。

二、违约责任的构成要件★★★

1. 有违约行为。
2. 无免责事由。

当事人一方因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，部分或者全部免除责

任，但是法律另有规定的除外。

因不可抗力不能履行合同的，应当及时通知对方，以减轻可能给对方造成的损失，并应当在合理期限内提供证明。

据此可知，在合同范围内，免责事由只有一个即不可抗力。所谓“不可抗力”，是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。

三、违约责任的五种形式★★★

当事人一方不履行合同义务或履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。

据此可知，违约责任的形式包括五类：（一）继续履行；（二）采取补救措施；（三）损害赔偿；（四）违约金；（五）定金。具体内容见下表：

违约责任的五种形式★★★

继续履行	三种例外	1. 法律上或事实上不能履行（如特定之债的标的物一物数卖或特定之债的标的物毁损、灭失）	
		2. 债务的标的不适于强制履行（如劳务之债）或履行费用过高	
		3. 债权人在合理期限内未要求履行	
采取补救措施		修理、更换、重作、退货、减价等	
损害赔偿	两项规则	预见性	当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，造成对方损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益；但是，不得超过违反合同一方订立合同时预见到或应当预见到的因违反合同可能造成的损失
		减损	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，不得就扩大的损失请求赔偿。当事人因防止损失扩大而支出的合理费用，由违约方负担
	种类	约定	当事人可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法
		法定	当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，造成对方损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益；但是，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因违反合同可能造成的损失
违约金	适用规则	1. 约定的违约金低于实际损失的，可以请求法院或仲裁机构予以增加，但不得超过实际损失（填补性损害原理）	
		2. 约定的违约金高于实际损失但并非过分的，直接适用于约定的违约金而不再调整	
		3. 约定的违约金高于实际损失且过分的，可以请求法院或仲裁机构予以适当减少	
定金	1. 定金与损害赔偿金可并用，但定金和损失赔偿的数额总和不应高于因违约造成的损失		
	2. 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定金条款		

（一）继续履行★★★

继续履行这种违约责任的形式在法考中几乎每年必考，考查的对象主要是三种例外。

继续履行，又称实际履行、强制实际履行，是指当合同一方当事人违约时，守约方有权请求法院或仲裁机构强制违约方按照合同规定的给付内容履行义务，而不得以支付违约金或赔偿损失的方法代替履行。

当事人一方不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定的，对方可以请求履行，但是有下列情形之一的除外：

1. 法律上或事实上不能履行；
2. 债务的标的不适于强制履行（劳务之债）或履行费用过高；

债务的标的不适于强制履行时不能请求强制履行，包括因合同性质而决定不能采取强制履行的措施，例如在基于人身信赖而形成的委托合同中，无论是委托人违约还是受托人违约，均只能采取支付违约金或赔偿损失的补救方法，而不能强制实际履行。

※ [民法典新增制度] 当事人一方不履行债务或履行债务不符合约定，根据债务的性质不得强制履行的，对方可以请求其负担由第三人替代履行的费用。

[例] 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。不久，组合内部四人发生矛盾，欲解散该组合，无法再履行演出合同。请问：某演出公司可否请求继续履行？

答：不可以，因为债务的标的（劳务之债）不适于强制履行。

3. 债权人在合理期限内未请求履行。

[萌主点拨] 当事人一方未支付价款、报酬、租金、利息，或不履行其他金钱债务的，对方可以请求其支付。

（二）采取补救措施★

该类违约责任的形式，从未考查过，复习时了解即可。补救措施的类型主要包括修理、更换、重作、退货、减价等。

（三）损害赔偿★

1. 两项规则。

（1）可预见性规则。

当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，造成对方损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益；但是，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因违反合同可能造成的损失。

据此可知，对于损害赔偿的数额不是没有任何限制的，该数额不得超过违反合同一方订立合同时预见到或应当预见到的因违反合同可能造成的损失。

（2）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，不得就扩大的损失请求赔偿。当事人因防止损失扩大而支出的合理费用，由违约方负担。

据此可知，对于非违约方而言，负有减损的义务，否则，就不得就扩大部分的损失要求赔偿。

2. 种类。

（1）约定损害赔偿。

当事人可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。

(2) 法定损害赔偿。

当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，造成对方损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益；但是，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因违反合同可能造成的损失。

据此可知，本条确立了补偿性法定损害赔偿，即有多少损害赔偿多少（填补性损害原理）。

(四) 违约金★★★

当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金，也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。

约定的违约金低于造成的损失的，人民法院或仲裁机构可以根据当事人的请求予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失的，人民法院或仲裁机构可以根据当事人的请求予以适当减少。

当事人就迟延履行约定违约金的，违约方支付违约金后，还应当履行债务。

据此可知，违约金的适用规则主要包括三种情形：

1. 约定的违约金低于实际损失的，人民法院或仲裁机构可以根据当事人的请求予以增加，但不得超过实际损失（填补性损害原理）。

[萌点拨] 请求法院增加违约金，增加后的违约金额以不超过实际损失额为限。增加违约金以后，当事人又请求对方赔偿损失的，法院不予支持。

2. 约定的违约金高于实际损失但不过分的，直接适用于约定的违约金而不再调整。

3. 约定的违约金高于实际损失且过分的，可以请求法院或仲裁机构予以适当减少。

[萌点拨] 当事人约定的违约金超过造成损失的30%的，一般可以认定为“过分高于造成的损失”。

违约金适用规则归纳表★★

实际损失	约定的违约金	处理结果
100万	80万	上调20万
100万	120万	120万
100万	150万	下调至130万—100万之间

[例] 孟某和徐毛毛签订一份买卖合同，约定违约方应向对方支付18万元违约金。后孟某违约，给徐毛毛造成损失15万元。请问：该违约金应如何适用？

答：孟某应向徐毛毛支付违约金18万元，不再支付其他费用或者赔偿损失。

(五) 定金★★★

判断	当事人交付留置金、担保金、保证金、订约金、押金或订金等，但没有约定定金性质的，当事人主张定金权利的，法院不予支持	
合同	特征	要式合同和实践性合同（定金应当以书面形式约定；当事人可以约定一方向对方给付定金作为债权的担保。定金合同自实际交付定金时生效。）

续表

合同	限额性	1. 定金的数额由当事人约定, 但是不得超过主合同标的额的 20%, 超过部分不产生定金的效力; 按不当得利处理, 返还本金及同期银行利息
		2. 实际交付的定金数额多于或少于约定数额的, 视为变更约定的定金数额; 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
		3. 当事人约定以交付定金作为主合同成立或生效要件的, 给付定金的一方未支付定金, 但主合同已经履行或已经履行主要部分的, 不影响主合同的成立或生效
罚则	★★ 内容	债务人履行债务后, 定金应当抵作价款或收回。给付定金的一方不履行债务, 或履行债务不符合约定致使不能实现合同目的的, 无权请求返还定金; 收受定金的一方不履行债务, 或履行债务不符合约定致使不能实现合同目的的, 应当双倍返还定金
	限制	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; 因合同关系以外第三人的过错, 致使主合同不能履行的, 适用定金罚则, 受定金处罚的一方当事人, 可以依法向第三人追偿
注意		1. 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定金条款
		2. 约定的定金不足以弥补一方违约造成的损失, 对方可以请求赔偿超过定金数额的损失

[萌点拨] 在考试中, 定金共有五个问题, 分别是:

1. 定金属于实践性合同;
2. 定金属于要式(书面)合同;
3. 定金具有限额性, 不得超过主合同标的额的 20%, 超过的, 超过部分无效;
4. 定金罚则(支付定金的一方违约的, 不得要求返还; 收受定金的一方违约的, 双倍返还);
5. 定金和违约金不能并存, 只能择一选择。

典型真题

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交付十万元定金, 合同在交付定金时生效。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·卷三·14 题)^①

- 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

^① 答案: B。

第二分编

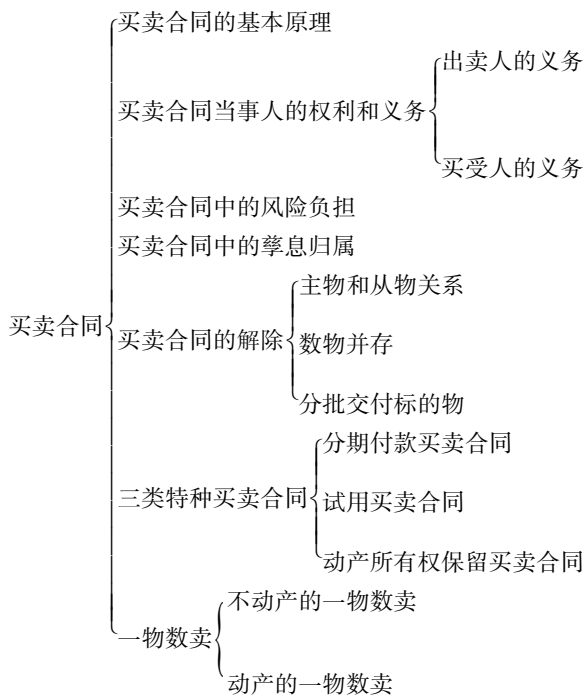
典型合同

专题二十二

买卖合同

知识体系

KNOWLEDGE HIERARCHY



复习提要

本专题主要涉及七个方面的问题：1. 买卖合同的基本原理；2. 买卖合同当事人的权利和义务；3. 买卖合同中的风险负担；4. 买卖合同中的孳息归属；5. 买卖合同的解除；6. 三类特种买卖合同；7. 一物数卖。买卖合同作为典型合同中最重要的一個，也是社会实践中经常会用到的合同。买卖合同中的风险转移规则，孳息归属规则以及三类特种买卖合同乃考试中为出题者最为青睐的考点，考生须重点予以学习。同时，在第二轮主观题考试中，买卖合同也经常成为案例分析题的素材，因此，考生必须熟练掌握买卖合同项下的重点知识。

一、买卖合同的基本原理★★

含义	买卖合同是出卖人转移标的物的所有权于买受人，买受人支付价款的合同
性质	双务；有名；有偿；诺成；不要式合同
内容	一般包括标的物名称、数量、质量、价款，履行期限、履行地点和方式、包装方式、检验标准和方法、结算方式、合同使用的文字及其效力等条款
标的 ☆☆	<u>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</u> ；法律、行政法规禁止或限制转让的标的物，依照其规定

[萌主点拨1] 买卖合同的性质

从合同学理分类的角度来看，在单务合同和双务合同的分类中，买卖合同属于双务合同；在有名合同和无名合同的分类中，买卖合同属于有名合同；在有偿合同和无偿合同的分类中，买卖合同属于有偿合同；在诺成性合同和实践性合同的分类中，买卖合同属于诺成性合同；在要式合同和不要式合同的分类中，买卖合同属于不要式合同（但法律另有规定的除外，如房屋买卖合同应当采用书面形式，即为要式合同）。

[归纳总结] 买卖合同系双务；有名；有偿；诺成；不要式合同。

[萌主点拨2]

1. 招标投标买卖的当事人的权利和义务以及招标投标程序等，依照有关法律、行政法规的规定。

2. 拍卖的当事人的权利和义务以及拍卖程序等，依照有关法律、行政法规的规定。

3. 法律对其他有偿合同有规定的，依照其规定；没有规定的，参照适用买卖合同的有关规定。

4. 当事人约定易货交易，转移标的物的所有权的，参照适用买卖合同的有关规定。

[萌主点拨3] 买卖合同的标的☆☆

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。

法律、行政法规禁止或者限制转让的标的物，依照其规定。

二、买卖合同当事人的权利和义务★★

（一）出卖人的义务★★

主给付义务	出卖人应当履行向买受人交付标的物或者交付提取标的物的单证，并转移标的物所有权的义务 [注意：交付标物和移转所有权系两个问题，在动产买卖中，交付标物的，所有权也同时转移。但在不动产买卖当中，交付标的物（如房屋）并没有转移所有权，所有权的变更系以登记为准]	
从给付义务 ★★★	<u>出卖人应当按照约定或交易习惯向买受人交付提取标的物单证以外的有关单证和资料</u>	
瑕疵担保义务	权利瑕疵	1. 出卖人就交付的标的物，负有保证第三人对该标的物不享有任何权利的义务，但是法律另有规定的除外

续表

瑕疵担保义务	权利瑕疵	2. 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，出卖人不承担前条规定的义务
		3. 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
	物的瑕疵	1. 出卖人应当按照约定的质量要求交付标的物。出卖人提供有关标的物质量说明的，交付的标的物应当符合该说明的质量要求
		2. 当事人对标的物的质量要求没有约定或约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，适用本法第五百一十一条第一项的规定
3. 出卖人交付的标的物不符合质量要求的，买受人可以依据本法第五百八十二条至第五百八十四条的规定请求承担违约责任		
	特别注意 ☆☆	当事人约定减轻或免除出卖人对标的物瑕疵承担的责任，因出卖人故意或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免除责任
回收义务 ☆☆☆	依照法律、行政法规的规定或按照当事人的约定，标的物在有效使用年限届满后应予回收的，出卖人负有自行或委托他人对标的物予以回收的义务	

[萌主点拨] 从给付义务的五层法律关系

1. 从给付义务的违反构成违约，可以追究违约责任；
2. 但原则上不可以解除合同，除非构成根本违约；
3. 从给付义务的违反并不影响风险转移；
4. 从给付义务的违反不构成重大误解；
5. 从给付义务的违反不得主张惩罚性赔偿。

※ [民法典新增制度] 出卖人的回收义务

依照法律、行政法规的规定或按照当事人的约定，标的物在有效使用年限届满后应予回收的，出卖人负有自行或委托他人对标的物予以回收的义务。

(二) 买受人的义务★★

验货义务 ☆☆☆	1. 买受人收到标的物时应当在约定的检验期间内检验。没有约定检验期间的，应当及时检验
	2. 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。当事人没有约定检验期间的，买受人应当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间内通知出卖人。买受人在合理期间内未通知或者自收到标的物之日起二年内未通知出卖人的，视为标的物的数量或者质量符合约定；但是，对标的物有质量保证期的，适用质量保证期，不适用该二年的规定。出卖人知道或者应当知道提供的标的物不符合约定的，买受人不受前两款规定的通知时间的限制
	3. 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

续表

验货义务 ☆☆☆	4. 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
	5. 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
价款 支付 义务	1. 买受人应当按照约定的数额和支付方式支付价款。对价款的数额和支付方式没有约定或者约定不明确的，适用本法第五百一十条、第五百一十一条第二项和第五项的规定
	2. 买受人应当按照约定的地点支付价款。对支付地点没有约定或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，买受人应当在出卖人的营业地支付；但是，约定支付价款以交付标的物或者交付提取标的物单证为条件的，在交付标的物或者交付提取标的物单证的所在地支付
	3. 买受人应当按照约定的时间支付价款。对支付时间没有约定或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，买受人应当在收到标的物或者提取标的物单证的同时支付
通知义务 ★★	出卖人多交标的物的，买受人可以接收或拒绝接收多交的部分。买受人接收多交部分的，按照约定的价格支付价款；买受人拒绝接收多交部分的，应当及时通知出卖人

[萌主点拨] 多交付标的物的处理



[例] 合同规定甲公司应当在8月30日向乙公司交付一批货物。8月中旬，甲公司把货物运送到乙公司。请问：此时乙公司是否有权拒绝接收货物？

答：有权。

三、买卖合同中的风险负担★★★

风险负担★★★

含义	在合同订立后标的物因不可归责于任何一方的事由（主观要件）而发生的标的物毁损、灭失（客观要件）的损失由何方负担（本质上是“责任分配”问题；注意：不可抗力一定是风险，但风险不一定是不可抗力，第三人原因造成的亦构成风险；关键词：失火、火灾、洪水、海啸、地震、泥石流等）	
原则	有约从约	
例外 交付 主义 ★★★	1.	标的物毁损、灭失的风险，在标的物交付之前由出卖人承担，交付之后由买受人承担，但是法律另有规定或当事人另有约定的除外
	2.	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，标的物毁损、灭失的风险由买受人承担，但是当事人另有约定的除外
	[注意]	1. 基本法理是标的物归谁占有，谁有最大的方便去维护财产的安全，防止风险发生（德国立法例）；2. 不动产和动产均适用

续表

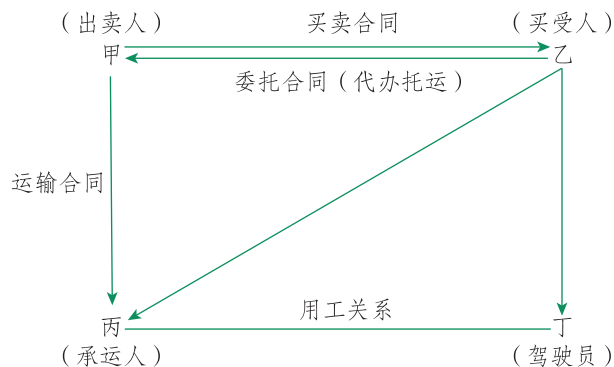
例外	所有权主义 ★★	违约在先	1. 因买受人的原因致使标的物未按照约定的期限交付的，买受人应当自违反约定时起承担标的物毁损、灭失的风险 2. 出卖人按照约定或依据本法第六百零三条第二款第二项的规定将标的物置于交付地点，买受人违反约定没有收取的，标的物毁损、灭失的风险自违反约定时起由买受人承担 3. 因标的物不符合质量要求，致使不能实现合同目的的，买受人可以拒绝接受标的物或者解除合同。买受人拒绝接受标的物或者解除合同的，标的物毁损、灭失的风险由出卖人承担
		在途货物	出卖人出卖交由承运人运输的在途标的物，除当事人另有约定外，毁损、灭失的风险自合同成立时起由买受人承担
特别注意 ★★	1. 出卖人按照约定未交付有关标的物的单证和资料的， <u>不影响</u> 标的物毁损、灭失风险的转移（从给付义务的违反不影响风险转移）		
	2. 标的物毁损、灭失的风险由买受人承担的， <u>不影响</u> 因出卖人履行债务不符合约定，买受人请求其承担违约责任的权利（风险负担不影响违约责任的承担）		

[例] 甲公司借用乙公司的一套设备，在使用过程中不慎损坏一关键部件，于是甲公司提出买下该套设备，乙公司同意出售。双方还口头约定在甲公司支付价款前，乙公司保留该套设备的所有权。不料在支付价款前，甲公司生产车间失火，造成包括该套设备在内的车间所有财物被烧毁。请问：风险由谁承担？

答：乙公司已经履行了交付义务，风险责任应由甲公司负担。

[萌点拨] 关于代办托运问题

当事人没有约定交付地点或约定不明确，依据本法第六百零三条第二款第一项的规定标的物需要运输的，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。



(代办托运法律关系当事人示意图)

[图释] 甲、乙签订货物买卖合同，约定由甲代办托运。甲遂与丙签订运输合同，合同中载明乙为收货人。运输途中，因丙的驾驶员丁的重大过失发生交通事故，致货物受

损，无法向乙按约交货。

在代办托运法律关系中，甲（出卖人）和乙（买受人）之间并非单纯的买卖合同关系。代办托运的本质是在甲和乙之间形成了一个委托合同关系，其中，乙（买受人）是委托人，甲（出卖人）是受托人。基于委托合同，甲（出卖人）有义务寻找合格的承运人。

基于委托合同，甲和丙签订了运输合同。其中，甲是托运人，丙是承运人。当甲将货物交由丙运输时，由于甲乙双方没有约定交付地点。因此，甲（出卖人）将货物交由丙（第一承运人）后，货物的风险即由乙（买受人）承担。同时，甲（出卖人）将货物交由丙（第一承运人）后，即视为已经完成交付义务。因此，乙（买受人）取得货物所有权。

运输途中，由于丙（用人单位）的驾驶员丁的重大过失发生交通事故，致使货物受损，无法向乙按约交货。用人单位的工作人员因执行工作任务造成他人损害的，由用人单位承担侵权责任。据此可知，丁（驾驶员）无需对外承担侵权责任，应由用人单位丙替丁向乙承担侵权责任。

对于乙（买受人）而言，有两种救济途径择一选择：

1. 基于委托合同追究受托人甲的违约责任（甲存在选任过失）；
2. 基于货物所有权追究丙（承运人）的侵权责任。

四、买卖合同中的孳息归属★★

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。但是当事人另有约定的除外。据此可知，买卖合同标的物的孳息归属原则上采“交付主义”。交付之前产生的孳息，归卖方；交付之后产生的孳息，归买方。

[萌点拨]

1. 对于买卖合同的孳息归属规则，同样适用于互易、赠与、借款等其他转让标的物所有权的合同。

2. 例外情况下，孳息的归属则采“所有权主义”。如在租赁合同中，孳息的归属即采“所有权主义”即属于出租人所有。

📖 模拟经典

2018年3月2日，苏某为了庆祝自己和其他作者合著的新书大卖，邀请其他作者一起前往海河大饭店聚餐。前往饭店前，苏某在海鲜市场张某处购买了一只大海螺。后交给海河大饭店加工，厨师何某剥开发现海螺里有一颗橙色的椭圆形大珍珠。请问：珍珠归谁所有？（2018年真题回忆版）^①

- A. 苏某 B. 张某 C. 海河大饭店 D. 何某

五、买卖合同的解除★

（一）主物和从物关系

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。因标的物的从物不符合约定被解除的，解除的效力不及于主物

^① 答案：A。

（二）数物并存

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。但是，该物与他物分离使标的物的价值显受损害的，当事人可以就数物解除合同。

（三）分批交付标的物

出卖人分批交付标的物的，出卖人对其中一批标的物不交付或者交付不符合约定，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。

出卖人不交付其中一批标的物或者交付不符合约定，致使之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之后其他各批标的物解除。

买受人如果就其中一批标的物解除，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。

六、三类特种买卖合同★★★

（一）分期付款买卖合同★★

含义	买受人将应付的总价款在一定期间内至少分3次向出卖人支付
卖方权利	分期付款的买受人未支付到期价款的数额达到全部价款的1/5（即20%），经催告后在合理期限内仍未支付到期价款的，出卖人可以请求买受人支付全部价款或解除合同（注意：择一选择）
	1. 单方变更合同（变更权，即要求买方一次性支付剩余价款）
	2. 单方解除合同（解除权，出卖人解除合同的，可以向买受人请求支付该标的物的使用费；买受人则有权请求出卖人返还已支付价款之本金及利息）
诉讼时效	从最后一期届满起算

[萌点拨] 出卖人的权利

在分期付款买卖中出卖人往往承受较大的风险（买受人无法支付全部款项），因此，分期付款的买受人未支付到期价款的数额达到全部价款的五分之一，经催告后在合理期限内仍未支付到期价款的，出卖人可以请求买受人支付全部价款或者解除合同

出卖人解除合同的，可以向买受人请求支付该标的物的使用费。

[例] 孟某购买某汽车销售公司的轿车一辆，总价款20万元，约定分10次付清，每次两万元，每月的第一天支付。孟某按期支付六次共计12万元后，因该款汽车大幅降价，孟某遂停止付款。请问：汽车销售公司是否有权请求孟某一次性付清余下的八万元价款？

答：有权。

（二）试用买卖合同★★

含义	双方约定由买受人试用或检验标的物，以买受人认可标的物为条件的买卖合同
试用期	1. 有约从约，无约由出卖人确定
	2. 试用期内买受人享有购买与否的选择权（形成权）
	3. 试用期满，买受人未作表示，视为购买

续表

使用费	试用买卖的当事人对标的物使用费没有约定或约定不明确的，出卖人无权请求买受人支付	
同意 购买	沉默	约定有试用期的，试用期满未作表示，视为购买
	推定	1. 标的物因试用交付给买受人后，出卖人请求返还而买受人拒不交还的
		2. 买受人在试用期内已经支付部分价款的，视为同意购买
		3. 买受人在适用期内对标的物实施出卖、出租、设立担保物权等行为的，视为同意购买（注意：第三人无善意取得的问题）
风险负担	标的物在试用期内毁损、灭失的风险由出卖人承担（所有权主义）	

[萌主点拨] 试用买卖合同的例外情形

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，法院不予支持：

1. 约定标的物经过试用或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；
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。

[例] 某商场在促销活动期间贴出醒目告示：“本商场家电一律试用 20 天，满意者付款。”孟某从该商场搬回冰箱一台，试用期满后退回，商场要求其支付使用费 100 元。请问：孟某应否支付使用费？为什么？

答：不应支付，因为双方没有约定使用费。

(三) 动产所有权保留买卖合同★★

含义	当事人可以在买卖合同中约定买受人未履行支付价款或者其他义务的，标的物的所有权属于出卖人。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	
取回权	主体	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
	行权事由	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（第三人已经善意取得标的物所有权或其他物权，出卖人主张取回标的物的，法院不予支持）
注意	1. 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	
		2. 取回的标的物价值明显减少的，出卖人有权请求买受人赔偿损失
回赎权	主体	买受人
	行权事由	1. 出卖人取回标的物后，买受人在双方约定的或出卖人指定的回赎期间内，消除出卖人取回标的物的事由的，可以请求回赎标的物
		2. 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出卖标的物
		3. 出卖所得价款扣除原买受人未支付的价款及必要费用后仍有剩余的，应当返还原买受人；不足部分由原买受人清偿

[萌主点拨] 动产所有权保留制度

所有权保留制度原本作为一种特殊的“动产担保制度”而被创设，因为在标的物所有权转移给买受人之前，若买受人不依约付款，出卖人可取回占有标的物，这样就免除了出卖人在买受人失去偿债能力甚而破产时所面临的债务风险，故对出卖人具有担保功能。反之，如没有保留所有权，则所有权在交付后即转移到买受人，在买受人恶意不偿债时出卖人只能请求对方承担债不履行的责任而已，很是被动。在标的物被出卖人取回后，买受人仍可在双方约定或对方指定的合理期间内回赎，以重新占有标的物。

[例] 孟某将其1辆汽车出卖给徐毛毛，约定价款30万元。徐毛毛先付了20万元，余款在6个月内分期支付。在分期付款期间，孟某先将汽车交付给徐毛毛，但明确约定付清全款后孟某才将汽车的所有权移转给徐毛毛。嗣后，孟某又将该汽车以20万元的价格卖给不知情的马胖胖，并以指示交付的方式完成交付。请问：徐毛毛能否取得汽车所有权？

答：不能。因为在徐毛毛分期付款期间，汽车虽然已经交付给徐毛毛，但孟某保留了汽车的所有权，故徐毛毛不能取得汽车的所有权。

[萌主点拨] 三类特种买卖合同考点汇总表

三类特种买卖合同考点汇总表★★★

类别	分期付款买卖合同	试用买卖合同	动产所有权保留买卖合同
使用费	√	×	不考此问题
善意取得	不考此问题	×	√
不能行权比例	总价款80%以上	不考此问题	总价款75%以上

奔驰轿车买卖合同

100万/分期付款+所有权保留

	75%	80%
60万	78万	95万
3权择一选择	2权择一选择	0权
1. 变更权	1. 变更权	违约责任
2. 解除权	2. 解除权	
3. 取回权		

(特种买卖合同中的两线三区法律关系示意图)

七、一物数卖★★★

(一) 不动产的一物数卖★★

[例] 2008年2月1日，孟某将自己位于北京市海淀区幸福小区2号楼2单元402室的房屋出卖给徐毛毛，价款300万元，约定1年后交房并办理过户登记手续。后由于市政府规划地铁5号线使房屋价值大涨。6月1日，孟某又将房屋以380万元出卖给知悉其卖房一事的马胖胖，马胖胖预付了房款150万元并入住了该房屋。2008年北京奥运会结束

后，房价再度暴涨。10月10日，孟某再次将房屋以500万元出卖给新川面馆的老板曹某，当即办理了房屋变更登记手续，但曹某却分文未付。根据上述案情，请回答如下问题：

1. 徐毛毛可否以马胖胖知悉孟某已将房屋出卖给自己为由向法院主张孟某与马胖胖的房屋买卖合同无效？为什么？

答：不可以。因为孟某和马胖胖之间的房屋买卖合同合法有效。

2. 徐毛毛可否向法院主张孟某与曹某的房屋买卖合同无效？为什么？

答：不可以。因为孟某和曹某之间的房屋买卖合同合法有效。

3. 徐毛毛可否请求孟某继续履行房屋过户登记手续？为什么？

答：不可以。因为孟某一房数卖，合同均有效，但孟某已为曹某办理了过户登记手续，即曹某已经取得房屋所有权，法律上已经不能履行。

4. 徐毛毛、马胖胖和曹某均主张房屋所有权，法院应如何处理？为什么？

答：支持曹某。因为不动产物权变动依登记。

5. 徐毛毛欲追究孟某的违约责任，应向法院主张哪些构成要件？分别是什么？

答：两个要件。(1) 孟某有违约行为；(2) 不存在不可抗力的免责事由。

(二) 动产的一物数卖★★

要点	普通动产	特殊动产
典型事例	机器设备、手表、自行车	机动车、船舶、航空器
合同效力	均有效	均有效
排序结果	先行受领交付>先行支付价款>合同成立在先	先行受领交付>先行办理所有权转移登记手续>合同成立在先

[例] 甲为出售一台挖掘机分别与乙、丙、丁、戊签订买卖合同，具体情形如下：2016年3月1日，甲胁迫乙订立合同，约定货到付款；4月1日，甲与丙签订合同，丙支付20%的货款；5月1日，甲与丁签订合同，丁支付全部货款；6月1日，甲与戊签订合同，甲将挖掘机交付给戊。上述买受人均要求实际履行合同，就履行顺序产生争议。请问：履行顺序应如何排列？

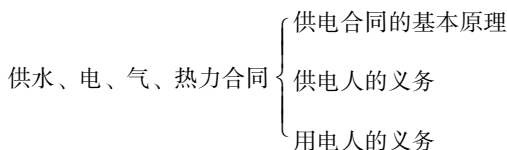
答：戊>丙>丁>乙。

专题二十三

供水、电、气、热力合同

知识体系

KNOWLEDGE HIERARCHY



复习提要

本专题主要涉及供电合同，该合同并非考试重点，但是，偶尔也会出现，最为重要的知识点就是本专题的合同是最为典型的“继续性合同”和“强制缔约理论”。理解本专题的合同是理解继续性合同与一时性合同的前提。

供电合同的基本原理★★

含义	供用电合同是供电人向用电人供电，用电人支付电费的合同
性质	双务；有名；有偿；诺成；不要式；继续性合同
特征	1. 合同一方当事人为提供公共服务的公用性、垄断性企业，其给付具有社会义务，适用“强制缔约理论”，提供者非有正当理由不得拒绝，即不可解除合同 2. 利用者对使用条件亦无讨价还价之余地，其只能且必须与这些企业订立合同
主要内容	供用电合同的内容一般包括供电的方式、质量、时间，用电容量、地址、性质，计量方式，电价、电费的结算方式，供用电设施的维护责任等条款
履行地点	供用电合同的履行地点，按照当事人约定；当事人没有约定或者约定不明确的，供电设施的产权分界处为履行地点
供电人的义务	1. 供电人应当按照国家规定的供电质量标准和约定安全供电。供电人未按照国家规定的供电质量标准和约定安全供电，造成用电人损失的，应当承担赔偿责任 2. 供电人因供电设施计划检修、临时检修、依法限电或者用电人违法用电等原因，需要中断供电时，应当按照国家有关规定事先通知用电人。未事先通知用电人中断供电，造成用电人损失的，应当承担赔偿责任

续表

供电人的义务	3. 因自然灾害等原因断电, 供电人应当按照国家有关规定及时抢修。 <u>未及时抢修, 造成用电人损失的, 应当承担赔偿责任</u>
用电人的义务	1. 用电人应当按照国家有关规定和当事人的约定及时支付电费。用电人逾期不支付电费的, 应当按照约定支付违约金。经催告用电人在合理期限内仍不支付电费和违约金的, 供电人可以按照国家规定的程序中止供电。 <u>供电人依照前款规定中止供电的, 应当事先通知用电人</u>
	2. 用电人应当按照国家有关规定和当事人的约定安全、节约和计划用电。用电人未按照国家有关规定和当事人的约定安全用电, 造成供电人损失的, 应当承担赔偿责任
参照适用	供用水、供用气、供用热力合同, 参照适用供用电合同的有关规定

[提示] 该考点在历年真题中共直接考查2次。在备考过程中只需了解重点内容即可。

[萌主点拨] 供电合同的性质

从合同学理分类的角度来看, 在单务合同和双务合同的分类中, 供电合同属于双务合同; 在有名合同和无名合同的分类中, 供电合同属于有名合同; 在有偿合同和无偿合同的分类中, 供电合同属于有偿合同; 在诺成性合同和实践性合同的分类中, 供电合同属于诺成性合同; 在要式合同和不要式合同的分类中, 供电合同属于不要式合同。

[归纳总结] 供电合同系双务; 有名; 有偿; 诺成; 不要式合同。

※ [民法典新增制度] 强制缔约理论

对于供电合同而言, 合同一方当事人为提供公共服务的公用性、垄断性企业, 其给付具有社会义务, 适用“强制缔约理论”, 提供者非有正当理由不得拒绝, 利用者对使用条件亦无讨价还价之余地。

向社会公众供电的供电人, 不得拒绝用电人合理的订立合同要求。

典型真题

九华公司在未接到任何事先通知的情况下突然被断电, 遭受重大经济损失。下列哪些情况下供电公司应承担赔偿责任? (2007年·卷三·55题)^①

- A. 因供电设施检修中断供电 B. 为保证居民生活用电而拉闸限电
C. 因九华公司违法用电而中断供电 D. 因电线被超高车辆挂断而断电

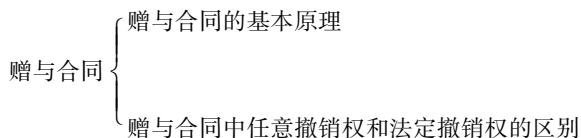
^① 答案: ABCD。

专题二十四

赠与合同

知识体系

KNOWLEDGE HIERARCHY



复习提要

本专题主要涉及两个方面的问题：1. 赠与合同的基本原理；2. 赠与合同中任意撤销权和法定撤销权的区别。赠与合同，每年必考，特别是赠与合同中的撤销权问题。同时，赠与合同虽然属于单务合同，但却属于双方民事法律行为。

一、赠与合同的基本原理★★

含义	赠与合同是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人，受赠人表示接受赠与的合同	
性质	单务（ <u>赠与乃双方民事法律行为</u> ）；有名； <u>无偿</u> ；诺成；不要式合同	
手续	赠与的财产依法需要办理登记或者其他手续的，应当办理有关手续	
附义务	赠与可以附义务。赠与附义务的，受赠人应当按照约定履行义务	
瑕疵担保责任	原则	<u>赠与的财产有瑕疵的，赠与人不承担责任</u>
	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，造成受赠人损失的，应当承担赔偿责任
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家庭生活的，可以不再履行赠与义务	

[萌点拨] 赠与合同的性质

从合同学理分类的角度来看，在单务合同和双务合同的分类中，赠与合同属于单务合同；在有名合同和无名合同的分类中，赠与合同属于有名合同；在有偿合同和无偿合同的分类中，赠与合同属于无偿合同；在诺成性合同和实践性合同的分类中，赠与合同属于诺

成性合同；在要式合同和不要式合同的分类中，赠与合同属于不要式合同。

[归纳总结] 赠与合同系单务；有名；无偿；诺成；不要式合同。

二、赠与合同中任意撤销权和法定撤销权的区别★★★

任意撤销权 VS 法定撤销权★★★

	任意撤销权	法定撤销权
时间	赠与与财产的权利转移之前（履行前）	赠与与财产转移后（履行后）
限制	<p>具有下列情形之一的，赠与人不得行使任意撤销权：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 经过公证的； 2. 依法不得撤销的具有救灾、扶贫、助残等社会公益性质的（科学、教育、文化、卫生、体育、新闻等）； 3. 道德义务性质的（①直系血亲之间的赠与；②养子女对生父母的赠与；③为报恩而为的赠与） <p>[3字口诀] 公公道</p>	<p>受赠人有下列情形之一的，赠与人可以撤销赠与：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 严重（程度需达到重伤或死亡）侵害赠与人或赠与人近亲属的合法权益； 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（即附义务的赠与）。 <p>赠与人的撤销权，自知道或者应当知道撤销事由之日起1年内行使</p> <p>[归纳总结] 忘恩负义</p>
主体	本人（注意：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，赠与人不交付赠与财产的，受赠人可以请求交付。依照前款规定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）	因受赠人的违法行为致使赠与人死亡或丧失民事行为能力的，赠与人的继承人或法定代理人可以撤销赠与。赠与人的继承人或法定代理人的撤销权，自知道或应当知道撤销事由之日起6个月内行使
效果	不再履行	撤销权人撤销赠与的，可以向受赠人请求返还赠与的财产 [归纳总结] 已给付的，可要求返还；未给付的，不再给付

[萌点拨] 附条件的赠与合同和附义务的赠与合同的区别


在考试范围内，还需要重点掌握附条件的赠与合同和附义务的赠与合同的区别。核心区别是附条件的赠与合同中的条件是指影响赠与合同效力的附款，而附义务的赠与合同是指该义务是赠与合同的受赠人应当履行的义务，其履行与否与赠与合同的效力本身无关。

[例1] 甲将其父去世时留下的毕业纪念册赠与其父之母校，赠与合同中约定该纪念册只能用于收藏和陈列，不得转让。但该大学在接受乙的捐款时，将该纪念册馈赠给乙。请问：甲与其父之母校的赠与合同是附条件的赠与合同还是附义务的赠与合同？

答：附义务的赠与合同。

[例2] 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。请问：甲乙之间的赠与合同是附条件的赠与合同还是附义务的赠与合同？

答：附义务的赠与合同。

 典型真题

郭某意外死亡，其妻甲怀孕两个月。郭某父亲乙与甲签订协议：“如把孩子顺利生下来，就送十根金条给孩子。”当日乙把八根金条交给了甲。孩子顺利出生后，甲不同意由乙抚养孩子，乙拒绝交付剩余的两根金条，并要求甲退回八根金条。下列哪些选项是正确的？（2015年·卷三·60题）^①

- A. 孩子为胎儿，不具备权利能力，故协议无效
- B. 孩子已出生，故乙不得拒绝赠与
- C. 八根金条已交付，故乙不得要求退回
- D. 两根金条未交付，故乙有权不交付

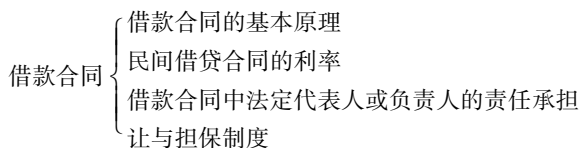
^① 答案：BC。

专题二十五

借款合同

知识体系

KNOWLEDGE HIERARCHY



复习提要

本专题主要涉及四个方面的问题：1. 借款合同的基本原理；2. 民间借贷合同的利率；3. 借款合同中法定代表人或负责人的责任承担；4. 让与担保制度。我国民事立法采“民商合一”体例，将民事合同和商事合同规定在同一部法律中，而其中最为典型的即为借款合同。借款合同分为商业借贷和民间借贷两类，考试的重点为民间借贷合同，特别是自然人之间的借贷合同。

一、借款合同的基本原理★★

含义	借款合同是借款人向贷款人借款，到期返还借款并支付利息的合同	
特点	借款合同最大的特点系其标的物为货币，这意味着借款合同是转让货币所有权的合同。作为借款合同的标的物的货币既是可消耗物，又是特殊的种类物。货币占有的转移，如果没有特别约定，即发生所有权的移转	
形式	借款合同应当采用书面形式，但是自然人之间借款另有约定的除外	
内容	借款合同的内容一般包括借款种类、币种、用途、数额、利率、期限和还款方式等条款	
贷款人的权利和义务	权利	借款人未按照约定的借款用途使用借款的，贷款人可以 <u>停止发放借款、提前收回借款或者解除合同</u>
	义务	借款的利息不得 <u>预先在本金中扣除</u> 。利息预先在本金中扣除的， <u>应当按照实际借款数额返还借款并计算利息</u>

续表

借款人的义务	按期支付利息	借款人应当按照约定的期限支付利息。对支付利息的期限没有约定或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定，借款期间不满一年的，应当在返还借款时一并支付；借款期间一年以上的，应当在每届满一年时支付，剩余期间不满一年的，应当在返还借款时一并支付
	逾期利息	借款人未按照约定的期限返还借款的，应当按照约定或者依照国家有关规定支付逾期利息

[萌主点拨 1] 提前还款的利息处理

借款人提前偿还借款的，除当事人另有约定外，应当按照实际借款的期间计算利息。

[萌主点拨 2] 借款合同的性质

借款合同分为两类即商业借贷和民间借贷，商业借贷，是指商业银行等金融监管部门批准设立的从事贷款业务的金融机构及其分支机构为贷款人的借贷合同。与此相对应，民间借贷，是指自然人、法人、非法人组织之间及其相互之间进行资金融通的行为。

商业借贷 VS 自然人之间的借贷★★

要点	商业借贷	自然人之间的借贷
性质	商事合同	民事合同
单双	双务	单务（注：其他民间借贷系双务）
有无偿	有偿	无特别约定的，推定无偿
诺实	诺成性	实践性（注：其他民间借贷系诺成）
是否要式	要式	不要式

[萌主点拨] 自然人之间的借贷合同

自然人之间的借款合同，自贷款人提供借款时生效。禁止高利放贷，借款的利率不得违反国家有关规定。借款合同对支付利息没有约定的，视为没有利息。

借款合同对支付利息约定不明确，当事人不能达成补充协议的，按照当地或者当事人的交易方式、交易习惯、市场利率等因素确定利息；自然人之间借款的，视为没有利息。

[例] 孟某与徐毛毛书面约定孟某向徐毛毛借款 1 万元，未约定利息，也未约定还款期限。根据上述案情，请回答问题：

1. 孟某和徐毛毛之间的借款合同何时生效？

答：自徐毛毛向孟某提供借款时生效。

2. 徐毛毛是否有权随时请求孟某返还借款？

答：有权。

3. 徐毛毛是否可以请求孟某按银行同期同类贷款利率支付利息？

答：不可以。

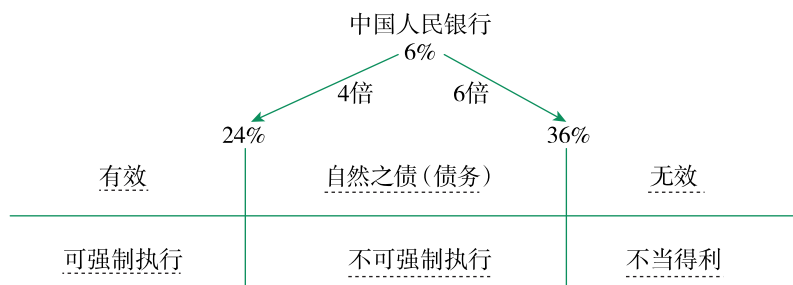
4. 经徐毛毛催告，孟某仍不还款，徐毛毛是否有权主张逾期利息？

答：有权。

二、民间借贷合同的利率★★★

借贷双方约定的利率未超过年利率 24%，出借人请求借款人按照约定的利率支付利息的，法院应予支持。

借贷双方约定的利率超过年利率 36%，超过部分的利息约定无效。借款人请求出借人返还已支付的超过年利率 36% 部分的利息的，法院应予支持。



(借款利率问题之“两线三区”部分法律关系示意图)

三、借款合同中法定代表人或负责人的责任承担★★★

企业法定代表人或负责人以企业名义与出借人签订民间借贷合同，出借人、企业或其股东能够证明所借款项用于企业法定代表人或负责人个人使用，出借人请求将企业法定代表人或负责人列为共同被告或第三人的，法院应予准许。

企业法定代表人或负责人以个人名义与出借人签订民间借贷合同，所借款项用于企业生产经营，出借人请求企业与个人共同承担责任的，法院应予支持。

	谁的名义	借款用途	债务处理
法定代表人	企业	企业生产经营	企业债务
法定代表人	企业	个人使用	连带责任
法定代表人	个人	企业生产经营	连带责任
法定代表人	个人	个人使用	个人债务

(法定代表人的借款问题法律关系示意图)

四、让与担保制度★★★

让与担保，又称非典型担保，具有融资灵活、交易成本较低、第三人阻碍债权实现的可能性小等优势，让与担保一直在担保实践中扮演重要角色。

让与担保，是指债务人或者第三人为担保债务的履行，将标的物转移给他人，于债务不履行时，该他人可就标的物受偿的一种非典型担保。其中，将标的物转移给他人的债务人或第三人形式上是转让人，实质上是担保人；受领标的物的他人形式上是受让人，实质上是担保权人。

《全国法院民商事审判工作会议纪要》关于让与担保制度的裁判规则如下：

债务人或者第三人与债权人订立合同，约定将财产形式上转让至债权人名下，债务人到期清偿债务，债权人将该财产返还给债务人或第三人，债务人到期没有清偿债务，债权人可以对财产拍卖、变卖、折价偿还债权的，人民法院应当认定合同有效。合同如果约定债务人到期没有清偿债务，财产归债权人所有的，人民法院应当认定该部分约定无效，但不影响合同其他部分的效力。

当事人根据上述合同约定，已经完成财产权利变动的公示方式转让至债权人名下，债务人到期没有清偿债务，债权人请求确认财产归其所有的，人民法院不予支持，但债权人请求参照法律关于担保物权的规定对财产拍卖、变卖、折价优先偿还其债权的，人民法院依法予以支持。债务人因到期没有清偿债务，请求对该财产拍卖、变卖、折价偿还所欠债权人合同项下债务的，人民法院亦应依法予以支持。

[萌主点拨] 让与担保的五层法律关系

第一层：让与担保合同本身合法有效（通说）；

第二层：合同中约定“流押条款”的，部分有效，部分无效（否定事前归属型让与担保的效力）；

第三层：没有完成财产权利变动公示的，债务人到期没有清偿债务的，债权人可以对财产拍卖、变卖、折价偿还债权，但不享有优先受偿权；

第四层：已经完成财产权利变动公示的^①，债务人到期没有清偿债务的，债权人可以请求参照法律关于担保物权的规定^②对财产拍卖、变卖、折价偿还债权，且享有优先受偿权^③；

第五层：债务人因到期没有清偿债务，有权主动请求对该财产拍卖、变卖、折价偿还所欠债权人合同项下债务。

[实务问题]

1. 如何理解让与担保制度的适用范围？

理论界有学者提出所谓“后让与担保”概念，将当事人关于债务人逾期不能清偿债务时将标的物转移给债权人的约定认为是一种让与担保^④。我们认为，“后让与担保”并非严谨的法律概念，当事人作出将标的物转移给债权人的约定时，标的物并未以交付或登记的方式进行公示，不属于让与担保的适用范围。

2. 人民法院如何审理案件？

实践中，让与担保纠纷主要以买卖合同、股权转让等案由出现，作为债权人的原告可能首先诉请要求确认对标的物享有所有权或移转对标的物的占有，作为债务人的被告则抗辩双方之间为让与担保法律关系，标的物虽然登记在原告名下，但原告不享有所有权。法院经审理如认为当事人之间属于让与担保法律关系，则可向原告释明变更诉讼请求，依据

^① 具体而言，动产已经交付债权人，不动产或股权已经变更登记在债权人名下，仅签订合同，未完成财产权利变动公示的所谓的“后让与担保”，不具有物权效力。

^② 具体而言，分别参照适用动产质押、不动产抵押以及股权质押的规定，将财产拍卖、变卖、折价，并以所得价款优先受偿。

^③ 让与担保参照适用最相类似的担保物权，面临的主要问题是，公示的是所有权或股东变动，而实际上享有的却是担保物权，二者存在不一致的情形，而这恰恰是非典型担保和典型担保的区别之处。根据“举重以明轻”的解释规则，将登记的所有权或股权解释为担保物权，并不损害相对人的利益，因此参照适用在价值上是妥当的。

^④ 杨立新：《后让与担保：一个正在形成中的习惯法担保物权》，载《中国法学》2013年第3期。

合同主张权利。如原告拒不变更诉讼请求，可以判决驳回诉讼请求。

实践中，债务人亦可能作为原告提起诉讼，要求确认其与债务人之间属于让与担保法律关系，债权人不享有标的物所有权，并要求债权人返还标的物。法院经审理如认为当事人之间确属于让与担保法律关系，则可向被告释明是否提起反诉，依据合同主张还款责任。

 典型真题

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？（2015年·卷三·51题）^①

- A. 甲乙之间是借贷合同关系，不是房屋买卖合同关系
- B. 应在不超过年利率24%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

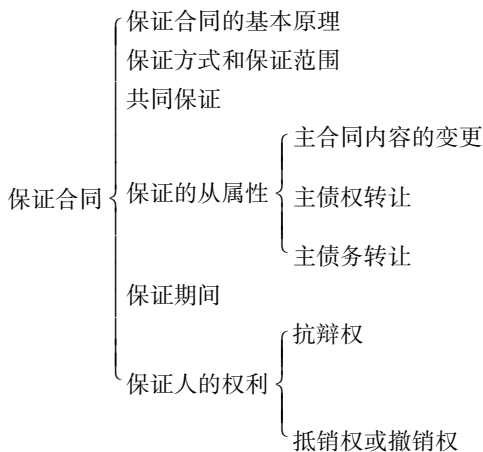
^① 答案：ABCD。

专题二十六

保证合同

知识体系

KNOWLEDGE HIERARCHY



复习提要

本专题主要涉及六个方面的问题：1. 保证合同的基本原理；2. 保证方式和保证范围；3. 共同保证；4. 保证的从属性；5. 保证期间；6. 保证人的权利。该部分每年必考，在备考过程中须牢牢掌握。

一、保证合同的基本原理★★

含义	保证合同是为保障债权的实现，保证人和债权人约定，当债务人不履行到期债务或发生当事人约定的情形时，保证人履行债务或承担责任的合同
性质	单务；有名；无偿；诺成；要式；从合同
保证人的限制	1. 机关法人不得为保证人，但是经国务院批准为使用外国政府或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法人、非法人组织不得为保证人
内容	一般包括被保证的主债权的种类、数额，债务人履行债务的期限，保证的方式、范围和期间等条款

续表

订立方式	1. 保证合同可以是单独订立的书面合同，也可以是主债权债务合同中的保证条款
	2. 第三人单方以书面形式向债权人作出保证的，债权人接收且未提出异议的，保证合同成立
反担保	保证人可以要求债务人提供反担保
最高额保证	1. 保证人与债权人可以协商订立最高额保证合同，约定在最高债权额限度内就一定期间连续发生的债权提供保证
	2. 最高额保证合同除适用本章规定外，参照适用物权编最高额抵押权的有关规定

[萌主点拨] 保证合同的性质

从合同学理分类的角度来看，在单务合同和双务合同的分类中，保证合同属于单务合同；在有名合同和无名合同的分类中，保证合同属于有名合同；在有偿合同和无偿合同的分类中，保证合同属于无偿合同；在诺成性合同和实践性合同的分类中，保证合同属于诺成性合同；在要式合同和不要式合同的分类中，保证合同属于要式合同。

[归纳总结] 保证合同系单务；有名；无偿；诺成；要式合同。

※ [民法典新增条款] 保证合同是主债权债务合同的从合同。主债权债务合同无效，保证合同无效，但是法律另有规定的除外。

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。

🔗 典型真题

根据甲公司的下列哪些《承诺（保证）函》，如乙公司未履行义务，甲公司应承担保证责任？（2015年·卷三·57题）^①

- A. 承诺：“积极督促乙公司还款，努力将丙公司的损失降到最低”
- B. 承诺：“乙公司向丙公司还款，如乙公司无力还款，甲公司愿代为清偿”
- C. 保证：“乙公司实际投资与注册资金相符”。实际上乙公司实际投资与注册资金不符
- D. 承诺：“指定乙公司与丙公司签订保证合同”。乙公司签订了保证合同但拒不承担保证责任

二、保证方式和保证范围★★★

方式	一般保证	明示	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的，为一般保证
		推定 ☆☆	当事人在保证合同中对保证方式没有约定或约定不明确的，按照一般保证承担保证责任

^① 答案：BC。

续表

方式	一般保证	先诉抗辩权	含义	一般保证的保证人在就债务人的财产依法强制执行仍不能履行债务前，有权拒绝承担保证责任
			丧失	1. 债务人下落不明，且无财产可供执行
		2. 人民法院受理债务人破产案件		
		3. 债权人 <u>有证据证明</u> 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. 保证人书面放弃本款规定的权利			
	诉讼	单诉债务人或列为共同被告；但不得先单诉保证人		
连带责任保证	认定	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		
	诉讼	连带责任保证的债务人不履行到期债务或发生当事人约定的情形时，债权人可以请求债务人履行债务，也可以请求保证人在其保证范围内承担保证责任		
	注意	保证人对债务人的注册资金提供保证的，债务人的实际投资与注册资金不符，或抽逃转移注册资金的，保证人在注册资金不足或抽逃转移注册资金的范围内承担连带保证责任		
范围	保证的范围包括主债权及其利息、违约金、损害赔偿金和实现债权的费用。当事人另有约定的，按照其约定			

三、共同保证★★★

同一债务有两个以上保证人的，保证人应当按照保证合同约定的保证份额，承担保证责任；没有约定保证份额的，债权人可以请求任何一个保证人在其保证范围内承担保证责任。

共同保证方式汇总★★★（内外有别）

步骤	第一步（外部责任方式）	第二步（内部责任方式）
关系	债务人与保证人之间的关系	保证人之间的关系
类型 1	一般保证	按份共同
类型 2	一般保证	连带共同
类型 3	连带保证	按份共同
类型 4	连带保证	连带共同

类型 1：甲向乙借款 100 万元，丙、丁与乙签订保证合同，保证合同约定：“如甲到期不能还款，丙、丁承担保证责任，保证的份额为丙承担 40%、丁承担 60%。”

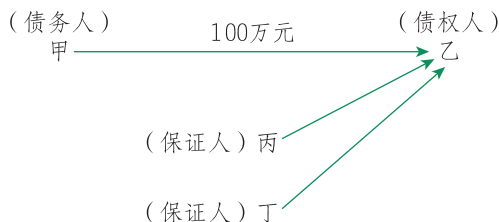
类型 2：甲向乙借款 100 万元，丙、丁与乙签订保证合同，保证合同约定：“如甲到期不能还款，丙丁承担保证责任。”

类型 3：甲向乙借款 100 万元，丙、丁与乙签订保证合同，保证合同约定：“丙、丁承担连带保证责任。其中，丙承担 40% 份额、丁承担 60% 的份额。”

类型 4：甲向乙借款 100 万元，丙、丁与乙签订保证合同，保证合同约定：“丙、丁承

担连带保证责任。”

[例] 甲向乙借款 100 万元，丙、丁与乙签订保证合同，保证合同约定：“丙、丁承担连带保证责任。”借款期限届满，甲无力偿还债务。根据本案和如下图示，请回答如下问题：



(连带共同保证部分当事人示意图)

1. 乙在向法院起诉时，应以谁为被告？

答：随便。

2. 法院判决乙胜诉后，应先执行谁的财产？

答：随便。

3. 如乙执行了丙的 100 万财产后，丙应如何追偿？

答：连带共同保证的保证人承担保证责任后，向债务人不能追偿的部分，由各连带保证人按其内部约定的比例分担。没有约定的，平均分担。

[归纳总结] 关于连带共同保证：

1. 起诉时，随便。

2. 执行时，随便。

3. 追偿时，应当先向主债务人追偿，不足部分再由其他保证人承担其应当承担的相应份额（或曰“分担责任”）。

四、保证的从属性★★

(一) 主合同内容的变更★★

数额	原则	经保证人书面同意	
	否则	减轻	保证人仍对变更后的债务承担保证责任
		加重	保证人对加重的部分不承担保证责任
履行期限	原则	经保证人书面同意，否则，保证期间不受影响（仍为原约定或法定期间）	
	否则	缩短	按缩短计算
		延长	1. 对延长后增加的主债务，不承担责任；但对原定期限内的债务，仍承担相应保证责任 2. 若延长期限覆盖保证期间的，保证人无须承担保证责任

[萌主点拨] 债权人和债务人未经保证人书面同意，协商变更主债权债务合同内容，减轻债务的，保证人仍对变更后的债务承担保证责任；加重债务的，保证人对加重的部分

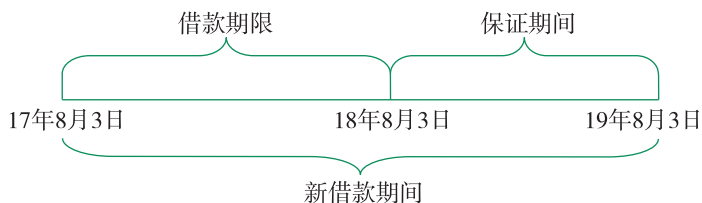
不承担保证责任。

债权人与债务人对主债权债务合同履行期限作了变更，未经保证人书面同意的，保证期间不受影响。

典型真题

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·卷三·11 题）^①

- 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



(二) 主债权转让★★

主债权转让★★（内外有别+通知）

原则	在原保证范围内继续承担（注意：债权转让后，债务人并未发生变化，对保证人利益影响不大）	
例外	情形	1. 事先约定仅对特定债权人承担保证责任 2. 事先约定禁止债权转让
	后果	免责（除非经过保证人的书面同意）

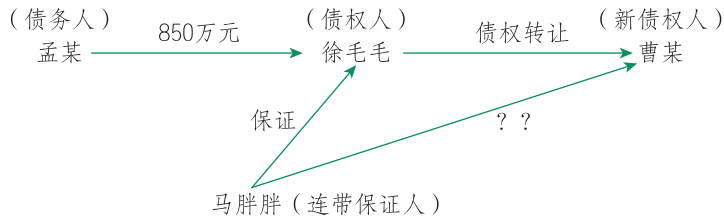
[萌点拨] 在主债权转让的情况下，对于保证人而言利益影响不大。因此，保证人原则上应当在原保证范围内继续承担保证责任。但有两个例外：1. 事先约定仅对特定债权人承担保证责任；2. 事先约定禁止债权转让。

债权人将全部或部分债权转让给第三人，通知保证人后，保证人对受让人承担相应的保证责任。未经通知，该转让对保证人不发生效力。

保证人与债权人约定仅对特定的债权人承担保证责任或禁止债权转让，债权人未经保证人书面同意转让全部或部分债权的，保证人就受让人的债权不再承担保证责任。

[例] 2019 年 3 月 2 日，孟某向徐毛毛借款 850 万元，马胖胖为连带保证人。2019 年 3 月 6 日，徐毛毛将该 850 万债权转让给新川面馆的老板曹某，二者于当日签订债权转让协议。3 日后，孟某和马胖胖接到债权转让的通知。根据上述案情和如下示意图，请回答问题：

^① 答案：B。



(主债权转让部分当事人示意图)

1. 如保证合同没有任何特别约定，马胖胖如何承担责任？

答：继续承担保证责任。

2. 如保证合同中明确约定马胖胖仅对徐毛毛承担保证责任或禁止债权转让的，马胖胖如何承担责任？

答：不再承担保证责任。

(三) 主债务转让★★

主债务转让★★ (内外有别+同意)

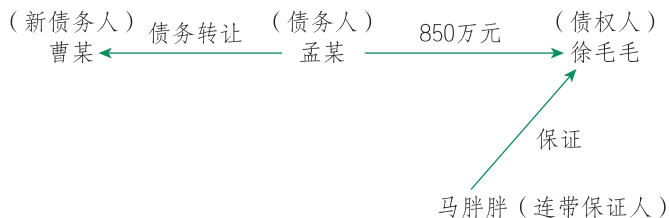
原则	1. 全部转让的，不承担
	2. 部分转让的， <u>转让部分不承担</u> (法理依据：债务转让后，债务人的履行能力并不一样，从而使得保证人的风险加大， <u>对保证人利益影响巨大</u> 。因此，没有经过保证人的 <u>书面同意</u> (证据)，对于转移部分的债务， <u>保证人不承担责任</u>)
例外	保证人继续承担保证责任的 <u>两个条件</u> (必须同时满足，缺一不可)：1. <u>债权人同意</u> (注意： <u>同意的方式为不要式，口头亦可</u>)，否则债务转让行为不对债务人产生效力， <u>保证人继续承担保证责任</u> ；2. <u>保证人必须书面同意</u> (注意： <u>点头、口头、不置可否均不可</u>)

[萌主点拨] 在主债务转让的情况下，对于保证人而言利益影响巨大。因此，如果债务全部转让的，保证人则不用再承担保证责任；债务部分转让的，对于转让的部分保证人则不用再承担保证责任。作为例外，要想让保证人继续承担保证责任必须同时满足如下两个条件：1. 债权人同意；2. 保证人必须书面同意。

债权人未经保证人书面同意，允许债务人转移全部或部分债务，保证人对未经其同意转移的债务不再承担保证责任，但是债权人和保证人另有约定的除外。

第三人加入债务的，保证人的保证责任不受影响。

[例] 2019年3月2日，孟某向徐毛毛借款850万元，马胖胖为连带保证人。2019年3月6日，经徐毛毛同意，孟某将该850万元债务转让给新川面馆的老板曹某，二者于当日签订债务转让协议。根据上述案情和如下示意图，请回答问题：



(主债务转让部分当事人示意图)

1. 如马胖胖对债务转让不置可否，应如何处理？

答：不再承担保证责任。

2. 如孟某仅将其中 350 万债务转让给曹某，徐毛毛表示同意，则马胖胖如何承担责任？

答：马胖胖应当继续对剩余的 500 万承担保证责任。

五、保证期间★★★

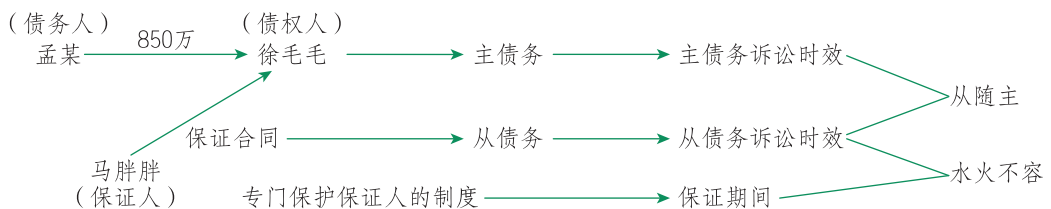
保证期间乃保护保证人的制度，正如我们前面所学保证合同系单务合同、无偿合同。保证人只有义务没有权利且不存在对价。因此，我们要专门设计一个保证期间来保护保证人。

保证期间的基本原理★★

性质	除斥期间（保证期间是保证人承担保证责任的期间，不发生中止、中断和延长）
长短	1. 债权人与保证人可以约定保证期间，但是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
	2. 没有约定或约定不明确的，保证期间为主债务履行期限届满之日起 6 个月
起算	1. 主债务履行期限届满之日起
	2. 债权人与债务人对主债务履行期限没有约定或约定不明确的，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
保证人的 免责	1. 一般保证的债权人未在保证期间内对债务人提起诉讼或申请仲裁的，保证人不再承担保证责任
	2. 连带责任保证的债权人未在保证期间对保证人主张承担保证责任的，保证人不再承担保证责任

[萌主点拨 1] 保证期间和保证债务诉讼时效问题★★★（难点）

（一）我们先来看各方当事人之间的基础法律关系，示意图如下：



（保证期间部分当事人基础法律关系示意图）

[图释] 孟某向徐毛毛借款 850 万元，马胖胖为保证人，三方当事人之间形成如下关系：

第一层法律关系：孟某与徐毛毛之间，因借款合同而产生主债务，受诉讼时效期间限制，即主债务诉讼时效期间。

第二层法律关系：马胖胖与徐毛毛之间，因保证合同而产生从债务，受诉讼时效期间限制，即从债务诉讼时效期间。

第三层法律关系：法律为保护保证人马胖胖的利益，专门设置了保护保证人的制度，即保证期间（除斥期间）。

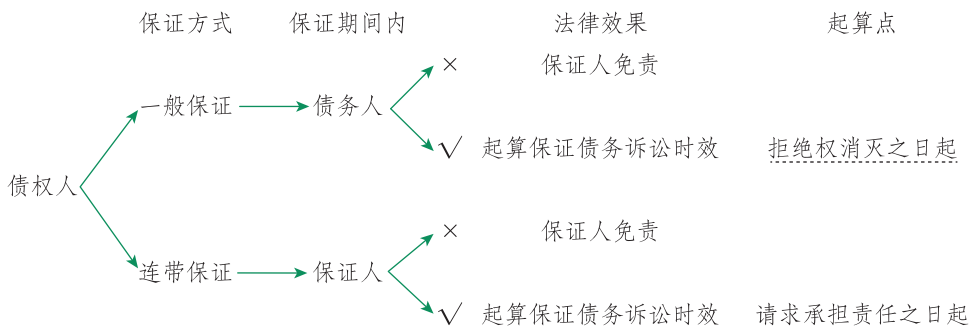
（二）保证人的免责问题，应如何处理呢？

一般保证的债权人未在保证期间内对债务人提起诉讼或申请仲裁的，保证人不再承担保证责任。

连带责任保证的债权人未在保证期间对保证人主张承担保证责任的，保证人不再承担保证责任。

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^①，开始计算保证债务的诉讼时效。

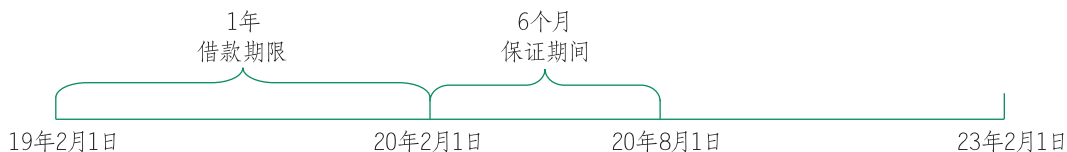
连带责任保证的债权人在保证期间届满前请求保证人承担保证责任的，从债权人请求保证人承担保证责任之日起，开始计算保证债务的诉讼时效。



（保证人免责制度部分示意图）

[例1] 2019年2月1日，孟某向徐毛毛借款850万元，借款期限为1年，马胖胖为一般保证人。到期孟某未还款。徐毛毛于2020年9月1日起诉孟某，12月1日获得生效的胜诉判决。经法院强制执行于12月20日确认孟某无财产，执行未果。2020年12月25日徐毛毛请求马胖胖承担保证责任。请问：马胖胖是否需要承担保证责任？

答：不需要。因为徐毛毛（债权人）未在保证期间（2020年2月1日至2020年8月1日）内起诉孟某（债务人）。因此，马胖胖（一般保证人）免责。



[例2] 2019年2月1日，孟某向徐毛毛借款850万元，借款期限为1年，马胖胖为一般保证人。到期孟某未还款。徐毛毛于2020年3月1日起诉孟某，6月1日获得生效的胜诉判决。经法院强制执行于10月1日确认孟某无财产，执行未果。2020年10月8日徐毛毛请求马胖胖承担保证责任。请问：马胖胖是否需要承担保证责任？

答：需要。因为徐毛毛（债权人）在保证期间（2020年2月1日至2020年8月1日）内起诉孟某（债务人）。因此，马胖胖（一般保证人）需要承担保证责任。

^① 一般保证的保证人在就债务人的财产依法强制执行仍不能履行债务前，有权拒绝承担保证责任，但是有下列情形之一的除外：（一）债务人下落不明，且无财产可供执行；（二）人民法院受理债务人破产案件；（三）债权人有权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；（四）保证人书面放弃前款规定的权利。

日)内起诉孟某(债务人)。因此,保证债务的诉讼时效从2020年10月1日起算至2023年10月1日(3年),在该期间内一般保证人均需承担保证责任。



[萌主点拨2] 保证债务诉讼时效和主债务诉讼时效问题★★★ (难点)

因为保证债务为从债务,因此,要随着主债务的变化而变化。用一个口诀来表述就是:“一般保证,中止中止,中断中断、连带保证,中止中止,中断不中断”。

所谓“一般保证,中止中止,中断中断”是指,在一般保证的情况下,主债务诉讼时效中止,保证债务诉讼时效也中止;主债务诉讼时效中断,保证债务诉讼时效也中断。

所谓“连带保证,中止中止,中断不中断”是指,在连带保证的情况下,主债务诉讼时效中止,保证债务诉讼时效也中止;主债务诉讼时效中断的,保证债务诉讼时效并不当然中断。

六、保证人的权利★★★

(一) 抗辩权

保证人可以主张债务人对债权人的抗辩。债务人放弃抗辩的,保证人仍有权向债权人主张抗辩。

(二) 抵销权或撤销权☆☆☆

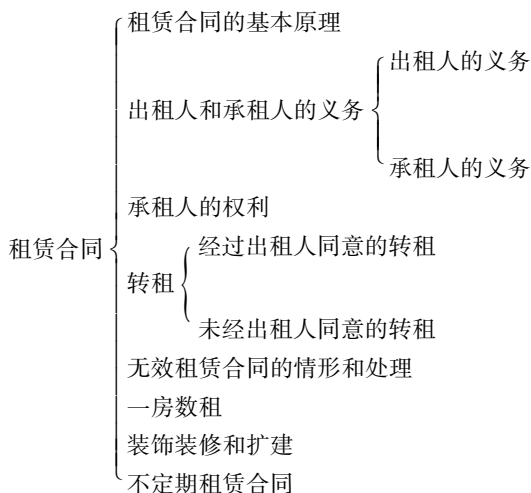
债务人对债权人享有抵销权或撤销权的,保证人可以在相应范围内拒绝承担保证责任。

专题二十七

租赁合同

知识体系

KNOWLEDGE HIERARCHY



复习提要

本专题主要涉及八个方面的问题：1. 租赁合同的基本原理；2. 出租人和承租人的义务；3. 承租人的权利；4. 转租；5. 无效租赁合同的情形和处理；6. 一房数租；7. 装饰装修和扩建；8. 不定期租赁合同。租赁合同每年必考，在备考过程中须牢牢掌握。租赁合同系最典型的束己合同，严守合同相对性原理。

一、租赁合同的基本原理★★

含义	租赁合同是出租人将租赁物交付承租人使用、收益，承租人支付租金的合同
内容	租赁合同的内容一般包括租赁物的名称、数量、用途、租赁期限、租金及其支付期限和方式、租赁物维修等条款
性质	双务；有名；有偿；诺成；6个月以上的租赁合同为要式合同；束己合同；继续性合同
期限	租赁期限不得超过20年。超过20年的，超过部分无效。租赁期间届满，当事人可以续订租赁合同；但是，约定的租赁期限自续订之日起不得超过20年
★★	

续表

备案登记 ★★	性质	管理性（取缔性）强制性规范
	违反后果	当事人未依照法律、行政法规规定办理租赁合同登记备案手续的，不影响合同的效力
形式 ★★	租赁期限6个月以上的，应当采用书面形式。当事人未采用书面形式，无法确定租赁期限的，视为不定期租赁	
收益归属	在租赁期间因占有、使用租赁物获得的收益，归承租人所有，但是当事人另有约定的除外	
风险负担	因不可归责于承租人的事由，致使租赁物部分或全部毁损、灭失的，承租人可以请求减少租金或不支付租金；因租赁物部分或全部毁损、灭失，致使不能实现合同目的的，承租人可以解除合同	

[萌点拨] 租赁合同的性质

从合同学理分类的角度来看，在单务合同和双务合同的分类中，租赁合同属于双务合同；在有名合同和无名合同的分类中，租赁合同属于有名合同；在有偿合同和无偿合同的分类中，租赁合同属于有偿合同；在诺成性合同和实践性合同的分类中，租赁合同属于诺成性合同；在要式合同和不要式合同的分类中，租赁合同原则上属于不要式合同，但租期6个月以上的租赁合同属于要式合同。

[归纳总结] 租赁合同系双务；有名；有偿；诺成；原则不要式例外要式的合同。

二、出租人和承租人的义务★★

（一）出租人的义务

1. 适租义务。★★

出租人应当按照约定将租赁物交付承租人，并在租赁期间保持租赁物符合约定的用途。

2. 维修义务。★★★

出租人应当履行租赁物的维修义务，但是当事人另有约定的除外。承租人在租赁物需要维修时可以请求出租人在合理期限内维修。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。因维修租赁物影响承租人使用的，应当相应减少租金或延长租期。因承租人的过错致使租赁物需要维修的，出租人不承担前款规定的责任。

3. 权利瑕疵担保。★★

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不支付租金。第三人主张权利的，承租人应当及时通知出租人。

（二）承租人的义务

1. 正当使用。

承租人应当按照约定的方法使用租赁物。对租赁物的使用方法没有约定或约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，应当根据租赁物的性质使用。

承租人按照约定的方法或根据租赁物的性质使用租赁物，致使租赁物受到损耗的，不

承担赔偿责任。

承租人未按照约定的方法或者根据租赁物的性质使用租赁物，致使租赁物受到损失的，出租人可以解除合同并请求赔偿损失。

2. 妥善保管。

承租人应当妥善保管租赁物，因保管不善造成租赁物毁损、灭失的，应当承担赔偿责任。

3. 不作为。★★

(1) 禁止添附。★★

承租人经出租人同意，可以对租赁物进行改善或增设他物。承租人未经出租人同意，对租赁物进行改善或增设他物的，出租人可以请求承租人恢复原状或赔偿损失。

(2) 禁止转租。★★★

承租人经出租人同意，可以将租赁物转租给第三人。承租人转租的，承租人与出租人之间的租赁合同继续有效；第三人造成租赁物损失的，承租人应当赔偿损失。承租人未经出租人同意转租的，出租人可以解除合同。

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。

4. 支付租金。

承租人应当按照约定的期限支付租金。对支付租金的期限没有约定或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定，租赁期间不满一年的，应当在租赁期间届满时支付；租赁期间一年以上的，应当在每届满一年时支付，剩余期间不满一年的，应当在租赁期间届满时支付。

承租人无正当理由未支付或者迟延支付租金的，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。

5. 返还义务。

租赁期间届满，承租人应当返还租赁物。返还的租赁物应当符合按照约定或根据租赁物的性质使用后的状态。

三、承租人的权利★★★

法定解除权 ☆☆☆	原因	因出租人原因致使租赁物无法使用的
	主体	承租人可以解除合同
	情形	1. 租赁物被司法机关或行政机关依法查封 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
买卖不破租赁	对象	适用于所有的租赁合同
	原则	租赁物在承租人依据租赁合同占有期间发生所有权变动的，不影响租赁合同的效力（成立在先原则）
	例外	先押后租和先封后租

续表

优先购买权	对象	仅限于房屋（保护承租人的居住利益）
	四种例外	1. 房屋共有人行使优先购买权（注意：按份共有人>次承租人>承租人）
		2. 出租人将房屋出卖给8类近亲属（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，承租人在十五日内未明确表示购买的，视为承租人放弃优先购买权
		4. 第三人善意购买租赁房屋并已经办理登记手续
放弃☆☆	出租人委托拍卖人拍卖租赁房屋的，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。	
救济	出租人未通知承租人或有其他妨害承租人行使优先购买权情形的，承租人可以请求出租人承担损害赔偿责任。但是，出租人与第三人订立的房屋买卖合同的效力不受影响	
续租权	承租人在房屋租赁期间死亡的，与其生前共同居住的人或共同经营人可以按照原租赁合同租赁该房屋	
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	

[萌主点拨1] 买卖不破租赁

买卖不破租赁系债权对抗所有权的一个特例，也是物权优先于债权的一个例外。作为买卖不破租赁的例外情形，我们在物权法部分亦已经讲解过即“先押后租”和“先封后租”。

买卖是否破租赁，关键要看租赁权是否成立在先。如租赁权成立在先，则买卖不破租赁；反之，如租赁权成立在后，则买卖破租赁。即采“成立在先原则”。

[萌主点拨2] 按份共有人的优先购买权 VS 房屋承租人的优先购买权

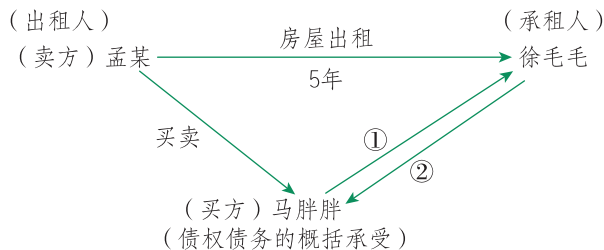
按份共有人>次承租人>承租人。

[例1] 孟某、徐毛毛各以20%与80%的份额共有一间房屋，出租给马胖胖。现孟某欲将自己的份额转让。请问：徐毛毛和马胖胖谁有优先购买权？

答：均有优先购买权。

[例2] 孟某、徐毛毛按20%和80%的份额共有1间房屋。二人将房屋出租给马胖胖，马胖胖取得孟某和徐毛毛的同意后将该房屋转租给新川面馆老板曹某。现孟某欲转让自己的份额。请问：徐毛毛、马胖胖、曹某优先受偿的顺序应如何排列？

答：徐毛毛>曹某>马胖胖。



(房屋承租人优先购买权部分法律关系示意图)

[例3] 2019年11月16日，孟某将自己位于北京市海淀区幸福小区2号楼2单元402室的房屋出租给徐毛毛，租期5年。2019年12月16日，孟某未通知徐毛毛就把房屋出卖并过户给不知情的马胖胖。12月20日，徐毛毛得知后劝马胖胖退出该交易，马胖胖拒绝。根据本案和上述示意图，请回答如下问题：

1. 徐毛毛是否可以解除和孟某的房屋租赁合同？为什么？

答：不可以。因为基于买卖不破租赁的规则，徐毛毛可以继续承租该房屋直至租期届满，租赁合同目的可以继续实现，孟某的行为并不构成根本违约。因此，徐毛毛不可以解除合同。

2. 孟某将租给徐毛毛的房屋出卖给马胖胖的行为是有权处分还是无权处分？为什么？

答：有权处分。因为孟某将房屋出租给徐毛毛后依然享有房屋所有权。

3. 孟某和马胖胖的房屋买卖合同效力如何？为什么？

答：合法有效。因为有权处分的买卖合同有效。

4. 马胖胖是继受取得还是善意取得（原始取得）房屋所有权？

答：继受取得。因为马胖胖系基于孟某的意思（意志）获得房屋所有权。

5. 马胖胖获得房屋所有权后，是否可以请求徐毛毛搬离？为什么？

答：不可以。因为徐毛毛的租赁权成立在先，适用买卖不破租赁的规则。

6. 马胖胖获得房屋所有权后，徐毛毛应将房屋租金交给孟某还是马胖胖？为什么？

答：马胖胖。因为马胖胖系债权债务的概括承受主体。

7. 徐毛毛是否可以基于其优先购买权受到侵犯而追究马胖胖的侵权责任？为什么？

答：不可以。因为马胖胖不知情，没有过错。

8. 徐毛毛是否可以请求法院确认孟某和马胖胖之间的房屋买卖合同无效？

答：不可以。

9. 徐毛毛的优先购买权受到侵犯应如何救济？

答：请求孟某承担赔偿责任。

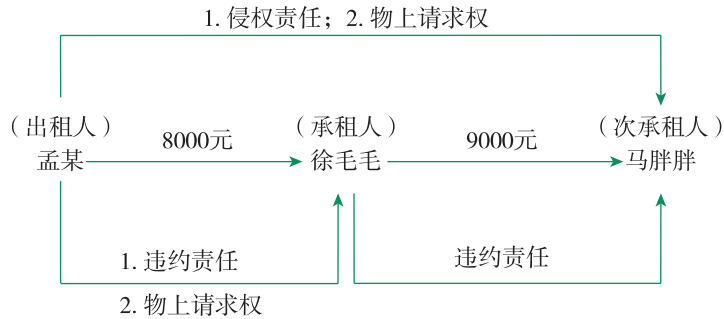
四、转租★★★

转租，是指出租人将租赁房屋租给承租人，承租人又把承租房屋租给次承租人的租赁法律关系，前一租赁关系叫做本租，后一租赁关系叫转租，形成转租，本租须成立且有效。如承租人将租赁权利义务完全转让给第三人，自己退出租赁关系，直接由第三人和出租人建立租赁关系，就不是转租，而是房屋租赁合同的债权债务概括转移。

（一）经过出租人同意的转租（合法转租）

承租人经出租人同意，可以将租赁物转租给第三人。承租人转租的，承租人与出租人之间的租赁合同继续有效；第三人造成租赁物损失的，承租人应当赔偿损失。

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。



(经过出租人同意的转租问题当事人法律关系示意图)

[例] 2019年3月2日, 孟某将自己位于北京市海淀区幸福小区2号楼2单元402室的房屋出租给徐毛毛, 租期5年, 月租金8000元。1年后, 徐毛毛经过孟某同意将房屋转租给马胖胖, 租期4年, 月租金9000元。2020年3月6日, 马胖胖擅自将房屋一堵墙拆除。2020年3月10日, 孟某发现马胖胖拆墙一事, 产生纠纷。根据上述案情, 请回答如下问题:

1. 孟某同意徐毛毛将房屋转租给马胖胖后, 可否向徐毛毛每月收取9000元租金? 为什么?

答: 不可以。因为基于合同相对性原理, 孟某和徐毛毛之间的租赁合同的租金为月租金8000元。因此, 孟某不可以向徐毛毛每月收取9000元租金。

2. 孟某同意徐毛毛将房屋转租给马胖胖后, 徐毛毛每月多收的1000元差价租金是否构成不当得利? 为什么?

答: 不构成。因为徐毛毛经过孟某同意, 存在约定的原因。因此, 不构成不当得利。

3. 如徐毛毛欠付孟某2个月租金16000元, 孟某欲解除与徐毛毛的房屋租赁合同。马胖胖如何救济自己的权利呢?

答: 马胖胖可以请求代徐毛毛支付欠付的租金。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。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。

4. 如孟某欲直接起诉马胖胖, 其有几种选择? 分别是什么?

答: 3种选择; (1) 侵权责任; (2) 物上请求权 (恢复原状); (3) 侵权责任+物上请求权 (恢复原状)

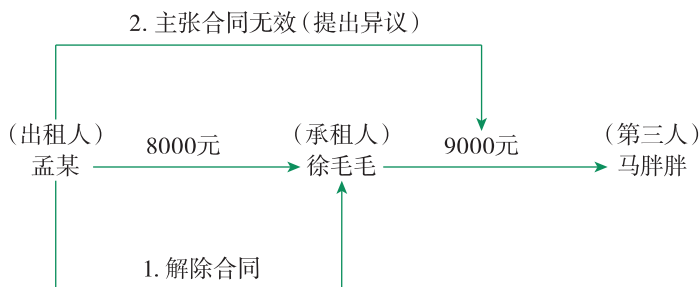
5. 如孟某欲起诉徐毛毛, 其有几种选择? 分别是什么?

答: 3种选择; (1) 违约责任; (2) 物上请求权 (恢复原状); (3) 违约责任+物上请求权 (恢复原状)

6. 徐毛毛承担责任后, 可向马胖胖主张何种责任? 为什么?

答: 违约责任。因为二者存在合法有效的转租合同。

（二）未经出租人同意的转租（违法转租或擅自转租）



（未经出租人同意的转租问题当事人法律关系示意图）

〔例〕接上例，如徐毛毛擅自将房屋转租给马胖胖。孟某欲要求马胖胖搬离房屋。根据上述案情，请回答如下问题：

1. 孟某是否有权解除与徐毛毛的租赁合同？为什么？

答：有权。因为承租人未经出租人同意转租的，构成根本违约，出租人可以解除合同。

2. 孟某欲主张徐毛毛和马胖胖的转租合同无效，应当在何时行权？

答：出租人知道或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。

3. 孟某解除与徐毛毛的租赁合同或主张徐毛毛和马胖胖之间的转租合同无效后，是否可以要求马胖胖搬离房屋？

答：可以。

4. 孟某解除与徐毛毛的租赁合同或主张徐毛毛与马胖胖之间的转租合同无效后，如马胖胖逾期腾房，孟某应如何救济自己的权利？

答：请求马胖胖支付逾期腾房的占有使用费。

5. 孟某解除与徐毛毛的租赁合同后，马胖胖应如何救济自己的权利？

答：追究徐毛毛的违约责任。

6. 孟某主张徐毛毛和马胖胖之间的转租合同无效后，马胖胖应如何救济自己的权利？

答：追究徐毛毛的缔约过失责任。

五、无效租赁合同的情形和处理★★

情形	1. <u>违法</u> 建筑物租赁合同（未取得建设工程规划许可证或临时建筑未批准）
	2. 转租期限 <u>超过</u> 承租人剩余租赁期限的合同（ <u>注意</u> ： <u>超过部分无效</u> ）
	3. <u>未经出租人同意且出租人提出异议</u> 的转租合同
处理	1. 不可请求交付租金，但可请求 <u>占有使用费</u> （ <u>理论来源</u> ： <u>不当得利</u> ）； <u>对方可要求承担缔约过失责任</u>
	2. 房屋租赁合同无效，当事人请求 <u>参照</u> 合同约定的租金标准支付房屋 <u>占有使用费</u>

典型真题

居民甲经主管部门批准修建了一排临时门面房，核准使用期限为2年，甲将其中一间

租给乙开餐馆，租期2年。期满后未办理延长使用期限手续，甲又将该房出租给了丙，并签订了1年的租赁合同。因租金问题，发生争议。下列哪些选项是正确的？（2017年·卷三·60题）^①

- A. 甲与乙的租赁合同无效
- B. 甲与丙的租赁合同无效
- C. 甲无权将该房继续出租给丙
- D. 甲无权向丙收取该年租金

六、一房数租★★

对于“一房数租”的，各租赁合同均有效，虽然数个房屋租赁合同均有效，但显然只能履行其中的一个。

用一个公式来表示：合法占有者>登记备案者>合同成立在先者。而对于没有履行的其他有效租赁合同的承租人，由于合同目的无法实现，承租人可以解除合同，同时要求出租人承担违约责任赔偿自己所遭受的损失。

七、装饰装修和扩建★★

装饰装修	1. 承租人经出租人同意，可以对租赁物进行改善或增设他物
	2. 承租人未经出租人同意，对租赁物进行改善或增设他物的，出租人可以要求承租人恢复原状或赔偿损失
扩建	1. 承租人未经出租人同意装饰装修或扩建发生的费用，由承租人负担。出租人请求承租人恢复原状或赔偿损失的，法院应予支持
	2. 承租人经出租人同意扩建，但双方对扩建费用的处理没有约定的，法院按照下列情形分别处理：（1）办理合法建设手续的，扩建造价费用由出租人负担；（2）未办理合法建设手续的，扩建造价费用由双方按照过错分担

典型真题

甲将其临街房屋和院子出租给乙作为汽车修理场所。经甲同意，乙先后两次自费扩建多间房屋作为烤漆车间。乙在又一次扩建报批过程中发现，甲出租的全部房屋均未经过城市规划部门批准，属于违章建筑。下列哪些选项是正确的？（2015年·卷三·59题）^②

- A. 租赁合同无效
- B. 因甲、乙对于扩建房屋都有过错，应分担扩建房屋的费用
- C. 因甲未告知乙租赁物为违章建筑，乙可解除租赁合同

D. 乙可继续履行合同，待违章建筑被有关部门确认并影响租赁物使用时，再向甲主张违约责任

^① 答案：BCD。

^② 答案：AB。

八、不定期租赁合同★★

情形	1. 租赁期限 6 个月以上的，应当采用书面形式。当事人未采用书面形式，无法确定租赁期限的，视为不定期租赁（租期 6 个月以上未采用书面形式的）
	2. 当事人对租赁期限没有约定或约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，视为不定期租赁。当事人可以随时解除合同，但是应当在合理期限之前通知对方（未约定租期或约定不明，事后协商不成的）
	租赁期间届满，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，但是租赁期限为不定期
行权	双方均享有，无须赔偿对方损失；出租人行权的，要提前通知，承租人则无此要求

[例] 孟某与徐毛毛口头约定将一处门面房租给徐毛毛，租期 2 年，租金每月 1000 元。合同履行 1 年后，徐毛毛向孟某提出能否转租给马胖胖，孟某表示同意。徐毛毛遂与马胖胖达成租期 1 年、月租金 1200 元的口头协议。马胖胖接手后，擅自拆除了门面房隔墙，孟某得知后欲收回房屋。请问：孟某与徐毛毛之间的租赁合同是否属于不定期租赁合同？

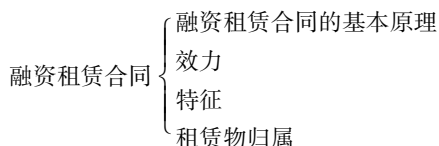
答：属于。

专题二十八

融资租赁合同

知识体系

KNOWLEDGE HIERARCHY



复习提要

本专题主要涉及融资租赁合同的基本原理。融资租赁合同的学习宜采“对比学习法”，即融资租赁合同和普通的买卖合同有何不同？融资租赁合同和普通的租赁合同有何不同？同时，辅之以“案例教学法”。二者结合，该类理解难度较大的合同即可学好。

融资租赁合同的基本原理★★

含义	1. 融资租赁合同是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 2. 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，承租人和出卖人系同一人不影响融资租赁合同的成立
内容	融资租赁合同的内容一般包括租赁物名称、数量、规格、技术性能、检验方法、租赁期限、租金构成及其支付期限和方式、币种、租赁期间届满租赁物的归属等条款
性质	双务；有名；有偿；诺成；要式合同（应当采用书面形式）
效力 ☆☆☆	1. 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， <u>融资租赁合同无效</u> 2. 依照法律、行政法规的规定，承租人对于租赁物的经营使用应当取得行政许可的，出租人未取得行政许可不影响融资租赁合同的效力 3. 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；没有约定或约定不明确的，租赁物应当返还出租人。但是，因承租人原因致使合同无效，出租人不请求返还或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

续表

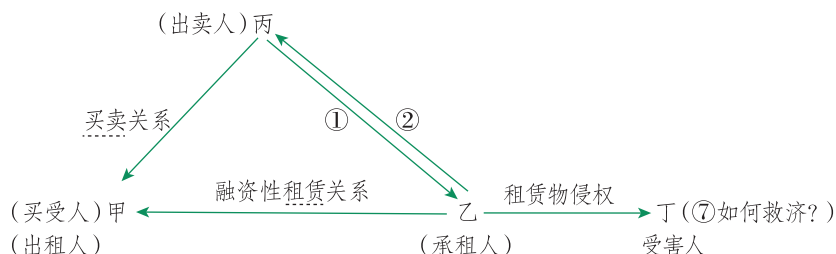
特征	不同于 买卖	1. 出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择订立的 <u>买卖合同</u> ，出卖人应当按照约定向承租人（而非作为买受人的出租人）直接交付标的物，承租人享有与受领标的物有关的买受人的权利
		2. 出租人、出卖人、承租人可以约定，出卖人不履行买卖合同义务的，由承租人行使索赔的权利；承租人行使索赔权利的，出租人应当协助
		3. 出卖人交付的标的物不能利用，则承租人可以根据情况要求出卖人予以修理或更换；如出卖人交付的标的物无法实现合同目的，承租人可以要求解除合同并要求赔偿损失
	不同于 租赁	1. 租赁物不符合约定或不符合使用目的的，出租人不承担责任（即出租人不负瑕疵担保责任），但承租人依赖出租人的技能确定租赁物或出租人干预选择租赁物的除外
		2. 承租人应当履行占有租赁物期间的维修义务
		3. 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当事人另有约定的除外
		4. 承租人应当按照约定支付租金；承租人经催告后在合理期限内仍不支付租金的，出租人可以要求支付全部租金；也可以解除合同，收回租赁物
		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财产损害的，出租人不承担责任
	归属 ☆☆☆	1. 出租人和承租人约定租赁期间届满租赁物的归属。对租赁物的归属没有约定或约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，租赁物的所有权归出租人
		2. 当事人约定租赁期间届满，承租人仅需向出租人支付象征性价款的，视为约定的租金义务履行完毕后租赁物的所有权归承租人

[萌点拨] 融资租赁合同的性质

从合同学理分类的角度来看，在单务合同和双务合同的分类中，融资租赁合同属于双务合同；在有名合同和无名合同的分类中，融资租赁合同属于有名合同；在有偿合同和无偿合同的分类中，融资租赁合同属于有偿合同；在诺成性合同和实践性合同的分类中，融资租赁合同属于诺成性合同；在要式合同和不要式合同的分类中，融资租赁合同属于要式合同。

[归纳总结] 融资租赁合同系双务；有名；有偿；诺成；要式合同。

[例] 乙公司系2019年1月1日注册成立的房地产开发公司，欲在北京市昌平区开发一楼盘，一期工程预计开发40栋楼房。但由于资金困难无法直接购买施工中需要的塔吊。经人介绍，乙公司找到国有企业甲公司。甲公司根据乙公司的选择，向大型机器设备销售商丙公司购买40台塔吊。出租给乙公司使用。根据上述案情及如下示意图，请回答如下8个问题。



- ③违约责任(原则不可,除非干预)
- ④维修义务×
- ⑤租赁物存在瑕疵时是否需要依约支付租金√
- ⑥风险负担×
- ⑧租赁物归属?

(融资租赁合同纠纷当事人示意图)

1. 甲公司与丙公司签订 40 台塔吊购买合同后, 丙公司应将塔吊交付给谁?

答: 直接交付给乙公司。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, 出卖人应当按照约定向承租人交付标的物, 承租人享有与受领标的物有关的买受人的权利。

[萌主点拨] 出卖人违反向承租人交付标的物的义务, 有下列情形之一的, 承租人可以拒绝受领出卖人向其交付的租赁物:

- (1) 租赁物严重不符合约定;
- (2) 未按照约定交付租赁物, 经承租人或者出租人催告后在合理期限内仍未交付。

承租人拒绝受领租赁物的, 应当及时通知出租人。

2. 乙公司在 40 台塔吊安装完毕后, 发现有 2 台不能正常运行, 乙公司应如何处理?

答: 基于塔吊质量瑕疵而直接向丙公司索赔。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。承租人行使索赔权利的, 出租人应当协助。

3. 乙公司可否基于有 2 台塔吊不能正常运转而要求甲公司承担违约责任?

答: 不可以。租赁物不符合约定或者不符合使用目的的, 出租人不承担责任。但是, 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. 乙公司可否基于有 2 台塔吊不能正常运转而要求甲公司承担维修义务?

答: 不可以。承租人应当妥善保管、使用租赁物。承租人应当履行占有租赁物期间的维修义务。据此可知, 在融资租赁合同中, 作为出租人的甲公司并不负维修义务。

5. 乙公司在自行维修 2 台塔吊期间, 是否需要依约支付租金?

答: 需要。承租人对出卖人行使索赔权利, 不影响其履行支付租金的义务。但是, 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, 承租人请求减免相应租金。

6. 如在乙公司施工过程中, 当地发生地震导致其中 10 台塔吊毁损、灭失的, 该风险由谁来负担?

答: 乙公司。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当事人另有约定的除外。

7. 如乙公司在施工过程中，塔吊上的零部件坠落砸伤丁，花去医药费 5000 元，丁应向谁主张权利？

答：乙公司。承租人占有租赁物期间，租赁物造成第三人的人身损害或财产损失的，出租人不承担责任。

8. 租期届满后，如甲公司和乙公司关于租赁物归属没有约定的，如何处理？

答：归甲公司。出租人和承租人可以约定租赁期间届满租赁物的归属。对租赁物的归属没有约定或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，租赁物的所有权归出租人。

[萌点拨] 当事人约定租赁期间届满租赁物归承租人所有，承租人已经支付大部分租金，但是无力支付剩余租金，出租人因此解除合同收回租赁物的，收回的租赁物的价值超过承租人欠付的租金以及其他费用的，承租人可以请求部分返还。

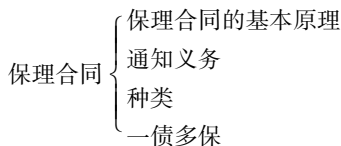
当事人约定租赁期间届满租赁物归出租人所有，因租赁物毁损、灭失或者附合、混合于他物致使承租人不能返还的，出租人有权请求承租人给予合理补偿。

专题二十九

保理合同

知识体系

KNOWLEDGE HIERARCHY



复习提要

本专题主要涉及八个方面的问题：1. 保理合同的含义；2. 保理合同的内容；3. 保理合同的性质；4. 虚构应收账款的处理；5. 保理人的通知义务；6. 保理合同的种类；7. 一债多保；8. 适用。保理合同系新增考点，在备考过程中须牢牢掌握。

保理合同的基本原理☆☆☆

含义	保理合同是应收账款债权人将现有的或将有的应收账款转让给保理人，保理人提供资金融通、应收账款管理或催收、应收账款债务人付款担保等服务的合同	
内容	保理合同的内容一般包括业务类型、服务范围、服务期限、基础交易合同情况、应收账款信息、转让价款、服务报酬及其支付方式等条款	
性质	双务；有名；有偿；诺成；要式合同（应当采用书面形式）	
虚构处理	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	
通知义务	1. 保理人向应收账款债务人发出应收账款转让通知的，应当表明保理人身份并附有必要凭证 2. 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	
种类	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
	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

续表

一债多保	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
适用	本章没有规定的，适用本编第六章债权转让的有关规定

[萌主点拨] 保理合同的性质

从合同学理分类的角度来看，在单务合同和双务合同的分类中，保理合同属于双务合同；在有名合同和无名合同的分类中，保理合同属于有名合同；在有偿合同和无偿合同的分类中，保理合同属于有偿合同；在诺成性合同和实践性合同的分类中，保理合同属于诺成性合同；在要式合同和不要式合同的分类中，保理合同属于要式合同。

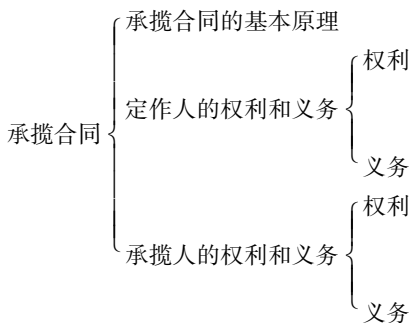
[归纳总结] 保理合同系双务；有名；有偿；诺成；要式合同。

专题三十

承揽合同

知识体系

KNOWLEDGE HIERARCHY



复习提要

本专题主要涉及三个方面的问题：1. 承揽合同的基本原理；2. 定作人的权利和义务；3. 承揽人的权利和义务。承揽合同乃日常生活中经常使用的合同。如修车、修手表、理发、照相、打印论文及讲义等。在考试中，承揽合同往往会结合留置权进行考查。同时，亦会结合侵权责任中的特殊主体责任即定作人责任进行考查。因此，考生须学会整个民法各知识点之间的串联学习。

一、承揽合同的基本原理★★

含义	承揽合同是承揽人按照定作人的要求完成工作，交付工作成果，定作人支付报酬的合同。承揽包括加工、定作、修理、复制、测试、检验等工作（典型的承揽合同包括：机器设备、修车、修手表、理发、照相和打印讲义等）
内容	承揽合同的内容一般包括承揽的标的、数量、质量、报酬、承揽方式、材料的提供、履行期限、验收标准和方法等条款
性质	双务；有名；有偿；诺成；不要式合同
人身信赖关系	1. 承揽人应当以自己的设备、技术和劳力，完成主要工作，但是当事人另有约定的除外 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；未经定作人同意的，定作人也可以解除合同

续表

人身信赖关系	3. 承揽人可以将其承揽的辅助工作交由第三人（仅为履行主体，非合同当事人）完成，无需定作人同意；承揽人将其承揽的辅助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	
种类	承揽人提供材料	承揽人提供材料的，应当按照约定选用材料，并接受定作人检验
	定作人提供材料	1. 定作人提供材料的，应当按照约定提供材料。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，应当及时通知定作人更换、补齐或采取其他补救措施
		2. 承揽人不得擅自更换定作人提供的材料，不得更换不需要修理的零部件
共同承揽	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	

[萌主点拨] 承揽合同的性质

从合同学理分类的角度来看，在单务合同和双务合同的分类中，承揽合同属于双务合同；在有名合同和无名合同的分类中，承揽合同属于有名合同；在有偿合同和无偿合同的分类中，承揽合同属于有偿合同；在诺成性合同和实践性合同的分类中，承揽合同属于诺成性合同；在要式合同和不要式合同的分类中，承揽合同属于不要式合同。

[归纳总结] 承揽合同系双务；有名；有偿；诺成；不要式合同。

[例] 育才中学委托利达服装厂加工 500 套校服，约定材料由服装厂采购，学校提供样品，取货时付款。为赶时间，利达服装厂私自委托恒发服装厂加工 100 套。育才中学按时前来取货，发现恒发服装厂加工的 100 套校服不符合样品要求，遂拒绝付款。利达服装厂则拒绝交货。请问：育才中学可否以利达服装厂擅自外包为由解除合同？

答：可以。

二、定作人的权利和义务

（一）权利★★★

定作人在承揽人完成工作前可以随时解除合同，造成承揽人损失的，应当赔偿损失。

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。

[例] 孟某提供三块木料给某家具厂订制一个衣柜，开工不久孟某觉得衣柜样式不够新潮，遂要求家具厂停止制作。家具厂认为这是个无理要求，便继续使用剩下两块木料，按原定式样做好了衣柜。请问：孟某是否应支付报酬？

答：孟某应支付部分报酬。

（二）义务

1. 协助义务。

承揽工作需要定作人协助的，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。

2. 给付报酬。

定作人应当按照约定的期限支付报酬。对支付报酬的期限没有约定或约定不明确，依

据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，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。

三、承揽人的权利和义务★★

(一) 权利★★

定作人未向承揽人支付报酬或材料费等价款的，承揽人对完成的工作成果享有留置权或有权拒绝交付，但是当事人另有约定的除外。

[例] 育才中学委托利达服装厂加工 500 套校服，约定材料由服装厂采购，学校提供样品，取货时付款。为赶时间，利达服装厂私自委托恒发服装厂加工 100 套。育才中学按时前来取货，发现恒发服装厂加工的 100 套校服不符合样品要求，遂拒绝付款。利达服装厂则拒绝交货。请问：育才中学可否以利达服装厂擅自外包为由解除合同？

答：可以。

(二) 义务

1. 通知义务。

承揽人发现定作人提供的图纸或技术要求不合理的，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。

2. 接受监督。★★

承揽人在工作期间，应当接受定作人必要的监督检验。定作人不得因监督检验妨碍承揽人的正常工作。

3. 交付工作成果。

承揽人完成工作的，应当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。定作人应当验收该工作成果。

承揽人交付的工作成果不符合质量要求的，定作人可以请求承揽人承担修理、重作、减少报酬、赔偿损失等违约责任。

4. 妥善保管。

承揽人应当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，应当承担赔偿责任。

5. 保密义务。

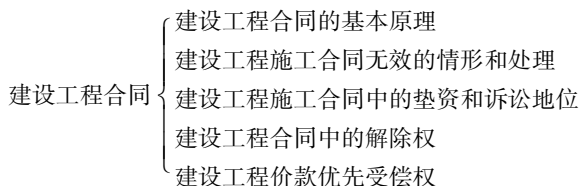
承揽人应当按照定作人的要求保守秘密，未经定作人许可，不得留存复制品或技术资料。

专题三十一

建设工程合同

知识体系

KNOWLEDGE HIERARCHY



复习提要

本专题主要涉及五个方面的问题：1. 建设工程合同的基本原理；2. 建设工程施工合同无效的情形和处理；3. 建设工程施工合同中的垫资和诉讼地位。4. 建设工程合同中的解除权；5. 建设工程价款优先受偿权。建设工程施工合同几乎年年必考，在备考中必须牢牢掌握。

一、建设工程合同的基本原理★★

含义	建设工程合同是承包人进行工程建设，发包人支付价款的合同
性质	双务；有名；有偿；诺成；要式合同（应当采用书面形式）
种类	1. 勘察、设计、 <u>施工</u> 2. 勘察、设计合同的内容一般包括提交有关基础资料和概预算等文件的期限、质量要求、费用以及其他协作条件等条款 3. 施工合同的内容一般包括工程范围、建设工期、中间交工工程的开工和竣工时间、工程质量、工程造价、技术资料交付时间、材料和设备供应责任、拨款和结算、竣工验收、质量保修范围和质量保证期、相互协作等条款
招标	建设工程的招标投标活动，应当依照有关法律的规定公开、公平、公正进行
重大建设	国家重大建设工程合同，应当按照国家规定的程序和国家批准的投资计划、可行性研究报告等文件订立

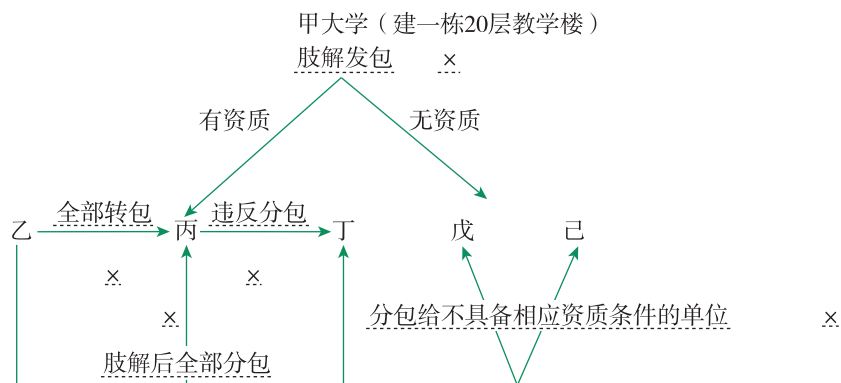
续表

监理	建设工程实行监理的，发包人应当与监理人采用书面形式订立委托监理合同。发包人与监理人的权利和义务以及法律责任，应当依照本编委托合同以及其他有关法律、行政法规的规定	
四大禁止行为 ★★★	情形	1. 禁止发包人肢解发包
		2. 禁止承包人全部转包和肢解后全部分包
		3. 禁止承包人分包给不具备相应资质条件的单位
		4. 禁止分包单位再分包
后果	为保障工程质量，维护社会公共利益、保障国家利益及维护市场交易的稳定性；违反资质管理和招标投标的规定都被认定为违反效力性强制性规定，一旦违反，合同无效	
注意	1. 建设工程主体结构的施工必须由承包人自行完成，经发包人同意，将主体结构的施工分包给第三人的，亦无效	
	2. 承包人分包部分工作给第三人，承包人与第三人就第三人的工作成果向发包人承担连带责任	
	3. 承包人非法转包、违法分包建设工程或没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义与他人签订建设工程施工合同的行为无效；法院可以收缴当事人已经取得的非法所得（归国家）	

[萌点拨] 建设工程合同的性质

从合同学理分类的角度来看，在单务合同和双务合同的分类中，建设工程合同属于双务合同；在有名合同和无名合同的分类中，建设工程合同属于有名合同；在有偿合同和无偿合同的分类中，建设工程合同属于有偿合同；在诺成性合同和实践性合同的分类中，建设工程合同属于诺成性合同；在要式合同和不要式合同的分类中，建设工程合同属于要式合同。

[归纳总结] 建设工程合同系双务；有名；有偿；诺成；要式合同。



(建设工程合同四大禁止行为部分当事人示意图)

[例] 2019年3月2日，甲大学欲建设一栋20层的教学楼。现共有5家建筑公司来参加投标，其中乙公司、丙公司和丁公司有资质，戊公司和己公司无资质。根据上述案情，请回答如下问题：

1. 甲大学可否将 20 层的教学楼肢解 5 份发包?

答: 不可以。因为禁止发包人肢解发包。

2. 如乙公司中标, 乙公司可否将该建设工程全部转包给丙公司?

答: 不可以。因为禁止承包人全部转包。

3. 如乙公司中标, 乙公司可否将该建设工程肢解后全部分包给丙公司和丁公司?

答: 不可以。因为禁止承包人肢解后全部分包。

4. 如乙公司中标, 乙公司可否将该建设工程分包给不具备相应资质条件的戊公司或己公司?

答: 不可以。因为禁止承包人分包给不具备相应资质条件的单位。

5. 如乙公司中标, 经甲大学同意, 乙公司将部分非主体工程分包给丙公司, 丙公司可否再分包给丁公司?

答: 不可以。因为禁止分包单位再分包。

[萌主点拨] 建设工程合同的分包

分包是允许的, 但须符合两个条件: 1. 经发包人同意; 2. 只能将承包的部分工程分包给第三人, 而不能将全部工程或主体结构工程分包给第三人 (此时事实上已经不是分包而是转包)。

二、建设工程施工合同无效的情形和处理★★★

情形	1. 承包人未取得建筑施工企业资质或超越资质等级的
	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 (缺乏资质的单位或个人借用有资质的建筑施工企业名义签订建设工程施工合同, 发包人请求出借方与借用方对建设工程质量不合格等因出借资质造成的损失承担连带赔偿责任的, 法院应予支持)
	3. 建设工程必须进行招标而未招标或中标无效的
	4. 另行签订的建设工程施工合同 (阴合同) 背离中标合同 (阳合同) 实质性内容的 (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, 法院应予支持; 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, 法院应予支持; 注意: 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, 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)
	5. 发包人在起诉前未取得建设工程规划许可证等规划审批手续, 但恶意不办理的除外 (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, 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; 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, 法院不予支持)
	[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, 当事人请求按照无效合同处理的, 不予支持

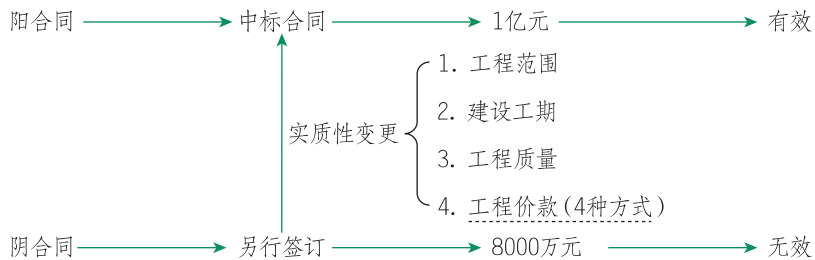
续表

处理	竣工验收合格 ★★★	建设工程施工合同无效，但是建设工程经验收合格的，可以参照合同关于工程价款的约定折价补偿承包人（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，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，法院应予支持）
	竣工验收不合格	1. 修复后的建设工程经验收合格的，发包人请求承包人承担修复费用
		2. 修复后的建设工程经验收不合格的，承包人不能请求参照合同关于工程价款的约定补偿 [注意] 发包人对因建设工程不合格造成的损失有过错的，应当承担相应的责任（与有过失；过失相抵）
建设工程施工合同无效，一方当事人请求对方赔偿损失的，应当就对方过错、损失大小、过错与损失之间的因果关系承担举证责任；损失大小无法确定，一方当事人请求参照合同约定的质量标准、建设工期、工程价款支付时间等内容确定损失大小的，法院可以结合双方过错程度、过错与损失之间的因果关系等因素作出裁判		

[萌主点拨 1] 建设工程施工合同无效情形中的“阴阳合同”

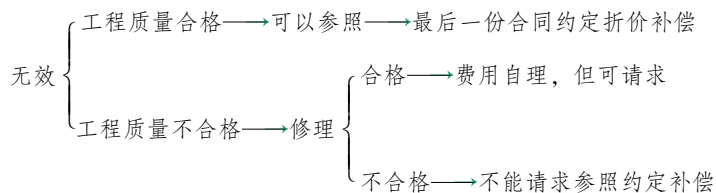
建设工程施工合同中的“阴阳合同”系“虚假意思表示理论”的例外，在考试范围内非常重要。在备考复习中务必以“案例模式”体会其中的原理。有原则就有例外，有常态就有变态，系民商法学习的核心理念。考试，从来就是不考原则考例外，不考常态考变态。

当事人就同一建设工程另行订立的建设工程施工合同（阴合同）与经过备案的中标合同（阳合同）实质性内容不一致的，应当以备案的中标合同作为结算工程价款的根据。



(建设工程施工合同无效情形中“阴阳合同”部分法律关系框架图)

[萌主点拨 2] 建设工程施工合同无效后的处理



典型真题

甲公司与没有建筑施工资质的某施工队签订合作施工协议，由甲公司投标乙公司的办

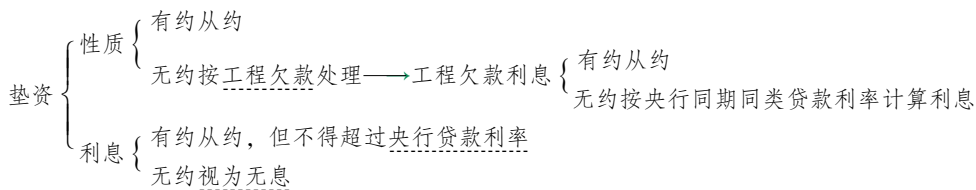
公楼建筑工程，施工队承建并向甲公司交纳管理费。中标后，甲公司与乙公司签订建筑施工合同。工程由施工队负责施工。办公楼竣工验收合格交付给乙公司。乙公司尚有部分剩余工程款未支付。下列哪一选项是正确的？（2015年·卷三·14题）^①

- A. 合作施工协议有效
- B. 建筑施工合同属于效力待定
- C. 施工队有权向甲公司主张工程款
- D. 甲公司有权拒绝支付剩余工程款

三、建设工程施工合同中的垫资和诉讼地位★★

垫资	<p>1. 当事人对垫资（性质）和垫资利息有约定，承包人请求按照约定返还垫资及其利息的，应予支持，但是约定的利息计算标准高于<u>中国人民银行发布的同期同类贷款利率</u>的部分除外；对垫资（性质）<u>没有约定的，按照工程欠款处理</u>；对垫资利息<u>没有约定的，视为无利息</u></p> <p>2. 当事人对<u>欠付工程价款利息</u>计付标准有约定的，按约定处理；没有约定的，按<u>中国人民银行发布的同期同类贷款利率</u>计息</p> <p>3. 利息从<u>应付工程价款之日</u>计付。当事人对付款时间没有约定或约定不明的，下列时间视为应付款时间：（1）<u>建设工程已实际交付的，为交付之日</u>；（2）<u>建设工程没有交付的，为提交竣工结算文件之日</u>；（3）<u>建设工程未交付，工程价款也未结算的，为当事人起诉之日</u></p>
诉讼地位	<p>1. 因建设工程质量发生争议的，发包人可以<u>总承包人、分包人和实际施工人</u>为<u>共同被告</u>提起诉讼</p> <p>2. 实际施工人以<u>转包人、违法分包人</u>为被告起诉的，<u>法院应当依法受理</u></p> <p>3. 实际施工人以发包人为被告主张权利的，<u>法院应当追加转包人或违法分包人为本案第三人</u>，在查明发包人欠付转包人或违法分包人建设工程价款的数额后，<u>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</u>（注意：<u>合同相对性原理的例外</u>）</p> <p>4. <u>实际施工人以转包人或违法分包人怠于向发包人</u>行使到期债权，对其造成损害为由，<u>提起代位权诉讼的，法院应予支持</u></p> <p>5. 发包人在<u>承包人提起的</u>建设工程施工合同纠纷案件中，以建设工程质量不符合合同约定或法律规定为由，就<u>承包人支付违约金或赔偿修理、返工、改建的合理费用等损失提出反诉的</u>，法院可以<u>合并审理</u></p>

[萌主点拨] 建设工程施工合同中垫资问题



(垫资问题知识体系框架图)

① 答案：C。

典型真题

甲公司与乙公司签订建设工程施工合同，将工程发包给乙公司施工，约定乙公司垫资1000万元，未约定垫资利息。甲公司、乙公司经备案的中标合同中工程造价为1亿元，但双方私下约定的工程造价为8000万元，均未约定工程价款的支付时间。7月1日，乙公司将竣工验收合格的建设工程实际交付给甲公司，甲公司一直拖欠工程款。关于乙公司，下列哪些表述是正确的？（2012年·卷三·61题）^①

- A. 1000万元垫资应按工程欠款处理
- B. 有权要求甲公司支付1000万元垫资自7月1日起的利息
- C. 有权要求甲公司支付1亿元
- D. 有权要求甲公司支付1亿元自7月1日起的利息

四、建设工程合同中的解除权★★

承包人将建设工程转包、违法分包的，发包人解除合同。

发包人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或者不履行协助义务，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的，承包人解除合同。

合同解除后，已经完成的建设工程质量合格的，发包人应当按照约定支付相应的工程价款；已经完成的建设工程质量不合格的，参照本法第七百九十三条的规定处理。

五、建设工程价款优先受偿权★★★

性质	法定优先权（物权优先效力的例外）	
主体	承包人	1. 与发包人订立建设工程施工合同的承包人请求其承建工程的价款就工程折价或拍卖的价款优先受偿的，法院应予支持
		2. 装饰装修工程的承包人，请求装饰装修工程价款就该装饰装修工程折价或拍卖的价款优先受偿的，法院应予支持，但装饰装修工程的发包人不是该建筑物的所有权人的除外
前提	建设工程质量合格	1. 建设工程质量合格，承包人请求其承建工程的价款就工程折价或拍卖的价款优先受偿的，法院应予支持
		2. 未竣工的建设工程质量合格，承包人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的，法院应予支持
范围	承包人建设工程价款优先受偿的范围依照国务院有关行政主管部门关于建设工程价款范围的规定确定；承包人就逾期支付建设工程价款的利息、违约金、损害赔偿金等主张优先受偿的，法院不予支持	
行权	1. 承包人行使建设工程价款优先受偿权的期限为6个月，自发包人应当给付建设工程价款之日起算	
	2. 发包人与承包人约定放弃或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，法院不予支持	

^① 答案：ABCD。

续表

注意	1. 发包人未按照约定支付价款的，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，除根据建设工程的性质不宜折价、拍卖外，承包人可以与发包人协议将该工程折价，也可以请求人民法院将该工程依法拍卖。建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿
	2. 消费者交付购买商品房的 <u>全部或大部分款项</u> 后，承包人就该商品房享有的工程价款 <u>优先受偿权不得对抗买受人</u> [结论] <u>已交付全部或大部分购房款的买受人</u> > <u>承包人法定优先权</u> > <u>银行抵押权</u>

典型真题

甲公司以一地块的建设用地使用权作抵押向乙银行借款 3000 万元，办理了抵押登记。其后，甲公司在该地块上开发建设住宅楼，由丙公司承建。甲公司在取得预售许可后与丁订立了商品房买卖合同，丁交付了 80% 的购房款。现住宅楼已竣工验收，但甲公司未能按期偿还乙银行借款，并欠付丙公司工程款 1500 万元，乙银行和丙公司同时主张权利，法院拍卖了该住宅楼。下列哪些选项是正确的？（2017 年·卷三·55 题）^①

- A. 乙银行对建设用地使用权拍卖所得价款享有优先受偿权
- B. 乙银行对该住宅楼拍卖所得价款享有优先受偿权
- C. 丙公司对该住宅楼及其建设用地使用权的优先受偿权优先于乙银行的抵押权
- D. 丙公司对该住宅楼及其建设用地使用权的优先受偿权不得对抗丁对其所购商品房的权利

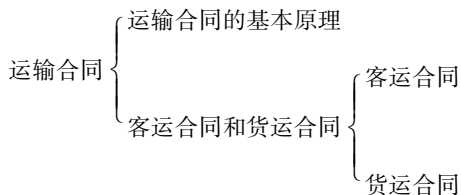
^① 答案：ACD。

专题三十二

运输合同

知识体系

KNOWLEDGE HIERARCHY



复习提要

本专题主要涉及两个方面的问题：1. 运输合同的基本原理；2. 客运合同和货运合同。运输合同在考试中单独涉及的非常少，往往要结合相关考点，如宣告死亡、违约责任、侵权责任等。在备考过程中，要重点关注客运合同。

一、运输合同的基本原理★★

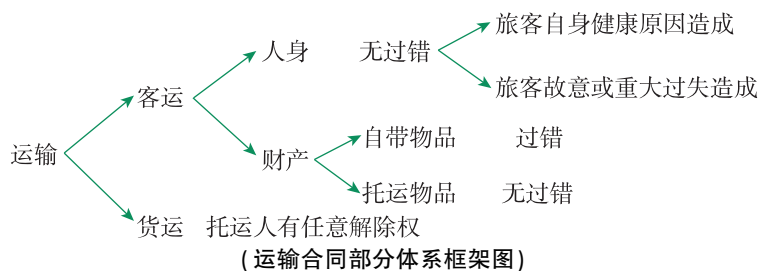
含义	运输合同是承运人将旅客或货物从起运地点运输到约定地点，旅客、托运人或收货人支付票款或运输费用的合同
性质	双务、有名、有偿、诺成、不要式合同
强制缔约	从事公共运输的承运人不得拒绝旅客、托运人通常、合理的运输要求
种类	客运合同和货运合同

[萌点拨] 运输合同的性质

从合同学理分类的角度来看，在单务合同和双务合同的分类中，运输合同属于双务合同；在有名合同和无名合同的分类中，运输合同属于有名合同；在有偿合同和无偿合同的分类中，运输合同属于有偿合同；在诺成性合同和实践性合同的分类中，运输合同属于诺成性合同；在要式合同和不要式合同的分类中，运输合同属于不要式合同。

[归纳总结] 运输合同系双务；有名；有偿；诺成；不要式合同。

二、客运合同和货运合同★★



(一) 客运合同★★

含义	承运人与旅客签订的由承运人将旅客及其行李运输到目的地而由旅客支付票款的合同。客运合同的旅客既是合同一方当事人，又是运输对象（又称旅客运输合同）
成立	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另有交易习惯的除外
旅客的义务	<ol style="list-style-type: none"> 1. 旅客应当按照有效客票记载的时间、班次和座位号乘坐。旅客无票乘坐、超程乘坐、越级乘坐或持失效客票乘坐的，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。<u>实名制客运合同的旅客丢失客票的，可以请求承运人挂失补办，承运人不得再次收取票款和其他不合理费用</u> 2. 旅客因自己的原因不能按照客票记载的时间乘坐的，应当在约定的时间内办理退票或者变更手续。逾期办理的，承运人可以不退票款，并不再承担运输义务 3. 旅客携带行李应当符合约定的限量和品类要求；超过限量或者违反品类要求携带行李的，应当办理托运手续 4. 旅客不得随身携带或者在行李中夹带易燃、易爆、有毒、有腐蚀性、有放射性以及有可能危及运输工具上人身和财产安全的危险物品或者其他违禁物品。旅客违反前款规定的，承运人可以将违禁物品卸下、销毁或者送交有关部门。旅客坚持携带或者夹带违禁物品的，承运人应当拒绝运输
承运人的义务	<ol style="list-style-type: none"> 1. 承运人应当严格履行安全运输义务，及时告知旅客安全运输应当注意的事项。旅客对承运人为安全运输所作的合理安排应当积极协助和配合。遇有不能正常运输的特殊情形和重要事由，承运人应当及时告知旅客并采取必要的安置措施 2. 承运人应当按照有效客票记载的时间、班次和座位号运输旅客。承运人迟延运输的，应当履行告知和提醒义务，并根据旅客的要求安排改乘其他班次或者退票；由此造成旅客损失的，承运人应当承担赔偿责任，但是不可归责于承运人的除外 3. 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；提高服务标准的，不得加收票款 4. <u>承运人在运输过程中，应当尽力救助患有急病、分娩、遇险的旅客</u>
承运人的责任★★	<ol style="list-style-type: none"> 1. 承运人应当对运输过程中旅客的伤亡承担赔偿责任；但是，伤亡是旅客自身健康原因造成的或者承运人证明伤亡是旅客故意、重大过失造成的除外。前款规定适用于按照规定免票、持优待票或者经承运人许可搭乘的无票旅客 2. 在运输过程中旅客随身携带物品毁损、灭失，承运人有过错的，应当承担赔偿责任。旅客托运的行李毁损、灭失的，适用货物运输的有关规定

1. 客运合同的含义。

客运合同，又称为旅客运输合同，是指承运人与旅客签订的由承运人将旅客及其行李运输到目的地而由旅客支付票款的合同。客运合同的旅客既是合同一方当事人，又是运输对象。

2. 客运合同的成立。

客运合同通常采用票证形式。客票为客运合同的书面形式，也是客运合同成立的凭证。客运合同的成立时间和生效时间并不一致，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另有交易习惯的除外。

3. 承运人的义务。

(1) 及时告知重要事由和重要事项。

承运人应当严格履行安全运输义务，及时告知旅客安全运输应当注意的事项。旅客对承运人为安全运输所作的合理安排应当积极协助和配合。

遇有不能正常运输的特殊情形和重要事由，承运人应当及时告知旅客并采取必要的安置措施。

(2) 按时运输。

承运人应当按照有效客票记载的时间、班次和座位号运输旅客。承运人迟延运输的，应当履行告知和提醒义务，并根据旅客的要求安排改乘其他班次或者退票；由此造成旅客损失的，承运人应当承担赔偿责任，但是不可归责于承运人的除外。

(3) 不得擅自改变服务标准。

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；提高服务标准的，不得加收票款。

(4) 救助义务。★★

承运人在运输过程中，应当尽力救助患有急病、分娩、遇险的旅客。

 典型真题

根据合同法的规定，承运人对运输过程中发生的下列哪些旅客伤亡事件不承担赔偿责任？（2004年·卷三·57题）^①

- A. 一旅客因制止扒窃行为被歹徒刺伤
- B. 一旅客在客车正常行驶过程中突发心脏病身亡
- C. 一失恋旅客在行车途中吞服安眠药过量致死
- D. 一免票乘车婴儿在行车途中因急刹车受伤

4. 承运人的责任和免责事由。★★

(1) 人身关系。

承运人应当对运输过程中旅客的伤亡承担赔偿责任；但是，伤亡是旅客自身健康原因造成的或者承运人证明伤亡是旅客故意、重大过失造成的除外。

前款规定适用于按照规定免票、持优待票或者经承运人许可搭乘的无票旅客。

据此可知，承运人对于旅客人身伤害承担的是无过错责任，即使没有过错，承运人也应当对运输过程中旅客的伤亡承担损害赔偿责任。

^① 答案：BC。

(2) 财产关系。

在运输过程中旅客随身携带物品毁损、灭失，承运人有过错的，应当承担赔偿责任。旅客托运的行李毁损、灭失的，适用货物运输的有关规定。

据此可知，承运人对于旅客托运行李的毁损、灭失承担的是无过错责任。

 典型真题

王某买票乘坐某运输公司的长途车，开车司机为钱某。长途车行驶中与朱某驾驶的車輛相撞，致王某受伤。经认定，朱某对交通事故负全部责任。下列哪些说法是正确的？(2003年·卷三·33题)^①

- A. 王某可以向朱某请求侵权损害赔偿
- B. 王某可以向运输公司请求违约损害赔偿
- C. 王某可以向钱某请求侵权损害赔偿
- D. 王某可以向运输公司请求侵权损害赔偿

(二) 货运合同★

货运合同，是指承运人将托运人交付的货物运输到指定的地点，而由托运人支付运费的合同。

1. 托运人的任意解除权。★★

在承运人将货物交付收货人之前，托运人可以要求承运人中止运输、返还货物、变更到达地或将货物交给其他收货人，但是应当赔偿承运人因此受到的损失。

2. 承运人的权利和义务。

(1) 货物毁损、灭失的处理。★★

承运人对运输过程中货物的毁损、灭失承担赔偿责任，但是承运人证明货物的毁损、灭失是因不可抗力、货物本身的自然性质或合理损耗以及托运人、收货人的过错造成的，不承担赔偿责任。

货物的毁损、灭失的赔偿额，当事人有约定的，按照其约定；没有约定或约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，按照交付或应当交付时货物到达地的市场价格计算。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。

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。

(2) 留置权。

托运人或收货人不支付运费、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。

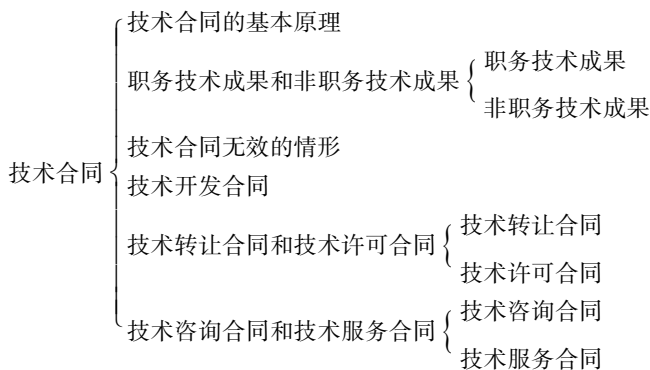
^① 答案：AB。

专题三十三

技术合同

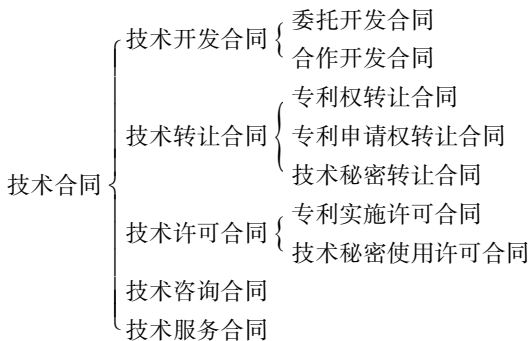
知识体系

KNOWLEDGE HIERARCHY



复习提要

本专题主要涉及六个方面的问题：1. 技术合同的基本原理；2. 职务技术成果和非职务技术成果；3. 技术合同无效的情形；4. 技术开发合同；5. 技术转让和技术许可合同；6. 技术咨询和技术服务合同。技术合同几乎每年必考，且技术合同的题目往往结合知识产权法的内容综合进行考查，难度较大。在备考过程中，应结合知识产权法的相关内容思考和理解。



(技术合同体系框架图)

一、技术合同的基本原理★

含义	技术合同是当事人就技术开发、转让、许可、咨询或服务订立的确立相互之间权利和义务的合同
订立原则	订立技术合同，应当有利于知识产权的保护和科学技术的进步，促进科学技术成果的研发、转化、应用和推广
内容	1. 技术合同的内容一般包括项目的名称、内容、范围和要求，履行的计划、地点和方式，技术情报和资料的保密，技术成果的归属和收益的分配办法，验收标准和方法，名词和术语的解释等条款
	2. 与履行合同有关的技术背景资料、可行性论证和技术评价报告、项目任务书和计划书、技术标准、技术规范、原始设计和工艺文件，以及其他技术文档，按照当事人的约定可以作为合同的组成部分
	3. 技术合同涉及专利的，应当注明发明创造的名称、专利申请人和专利权人、申请日期、申请号、专利号以及专利权的有效期限
性质	双务；有名；有偿；诺成；技术开发、转让和许可合同属于要式合同；咨询和服务合同为不要式合同

[萌主点拨] 技术合同的性质

从合同学理分类的角度来看，在单务合同和双务合同的分类中，技术合同属于双务合同；在有名合同和无名合同的分类中，技术合同属于有名合同；在有偿合同和无偿合同的分类中，技术合同属于有偿合同；在诺成性合同和实践性合同的分类中，技术合同属于诺成性合同；在要式合同和不要式合同的分类中，技术开发、转让和许可合同属于要式合同；技术咨询和服务合同为不要式合同。

[归纳总结] 技术合同系双务；有名；有偿；诺成；开发、转让和许可要式、咨询和服务不要式合同。

二、职务技术成果和非职务技术成果★★

(一) 职务技术成果

职务技术成果的使用权、转让权属于法人或非法人组织的，法人或非法人组织可以就该项职务技术成果订立技术合同。法人或非法人组织订立技术合同转让职务技术成果时，职务技术成果的完成人享有以同等条件优先受让的权利。

职务技术成果是执行法人或非法人组织的工作任务，或主要是利用法人或非法人组织的物质技术条件所完成的技术成果。

(二) 非职务技术成果

非职务技术成果的使用权、转让权属于完成技术成果的个人，完成技术成果的个人可以就该项非职务技术成果订立技术合同。

完成技术成果的个人有在有关技术成果文件上写明自己是技术成果完成者的权利和取得荣誉证书、奖励的权利。

三、技术合同无效的情形★★★

1. 非法垄断技术、妨碍技术进步。

非法垄断技术、妨碍技术进步，是指通过合同条款限制对方在合同标的的技术的基础上进行新的研究开发，或限制对方从其他渠道吸收先进技术，或阻碍对方根据市场的需求，按照合理的方式充分实施专利和使用技术秘密。

2. 侵害他人技术成果。★★★

侵害他人技术成果是指，侵害另一方或第三方的专利权、专利申请权、专利实施权、技术秘密的使用权和转让权或发明权、发现权等的行为。

[例] 甲公司向乙公司转让了一项技术秘密。技术转让合同履行完毕后，经查该技术秘密是甲公司通过不正当手段从丙公司获得的，根据上述案情及如下示意图，我们来重点学习考试中非常重要的考点。

		合同效力	继续使用	付费	保密	责任承担
丙	偷	×	×	共同侵权 连带责任	√	各自承担
	甲					
甲	卖	×	√	√	√	甲
乙						

(侵害他人技术成果合同无效的当事人法律关系示意图)

根据上述示意图可知，关于本案共有五个问题，下面我们一一进行分析。

(1) 关于技术转让合同的效力问题。

侵害他人技术成果的技术合同无效。据此可知，无论乙公司是不知情（善意）的亦或知情（恶意）的，甲与乙之间的技术转让合同均无效。

(2) 关于是否可以继续使用技术问题。

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。据此可知，如乙公司系不知情（善意）的，则可以继续使用该技术。

与此相对应，如乙公司系知情（恶意）的，则不可以继续使用该技术。

(3) 关于是否需要支付使用费的问题。

如乙公司系不知情（善意）的，应当向权利人（丙公司）支付合理的使用费。

与此相对应，如乙公司系知情（恶意）的，应当与甲公司一起对丙公司承担连带侵权责任。

(4) 关于技术秘密的保密问题。

无论乙公司系不知情（善意）的亦或知情（恶意）的，均应当对技术秘密进行保密，即均负有保密义务。

(5) 关于合同无效后的处理。

如乙系不知情（善意）的，即造成技术合同无效的原因在于甲一方，则由甲来单独承担赔偿责任。如乙系知情（恶意）的，即造成技术合同无效的原因在于甲乙双方，则由甲乙双方各自承担相应的责任。

典型真题

甲公司向乙公司转让了一项技术秘密。技术转让合同履行完毕后，经查该技术秘密是甲公司通过不正当手段从丙公司获得的，但乙公司对此并不知情，且支付了合理对价。下列哪一表述是正确的？（2013年·卷三·16题）^①

- A. 技术转让合同有效，但甲公司应向丙公司承担侵权责任
- B. 技术转让合同无效，甲公司和乙公司应向丙公司承担连带责任
- C. 乙公司可在其取得时的范围内继续使用该技术秘密，但应向丙公司支付合理的使用费
- D. 乙公司有权要求甲公司返还其支付的对价，但不能要求甲公司赔偿其因此受到的损失

四、技术开发合同★★

1. 技术开发合同的含义。

技术开发合同是当事人之间就新技术、新产品、新工艺、新品种或新材料及其系统的研究开发所订立的合同。

2. 技术开发合同的形式。

技术开发合同应当采用书面形式。当事人之间就具有实用价值的科技成果实施转化订立的合同，参照适用技术开发合同的有关规定。

3. 技术开发合同的解除。

因作为技术开发合同标的的技术已经由他人公开，致使技术开发合同的履行没有意义的，当事人可以解除合同。

4. 技术开发合同的风险负担。★★

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，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，风险由当事人合理分担。

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。

5. 技术开发合同的种类。★★

委托开发与合作开发★★

委托开发	专利申请权	除法律另有规定或当事人另有约定外，申请专利的权利属于研究开发人（理由：因为发明创作行为属于事实行为，在无特别约定的情况下，谁完成归谁所有）且有权获得约定的报酬
	专利权人	受托人（即研发人）
	委托人权利	1. 研究开发人取得专利权的，委托人可以依法实施该专利 2. 研究开发人转让专利申请权的，委托人享有以同等条件优先受让的权利

^① 答案：C。

续表

合作 开发	专利申请权	除当事人另有约定外，申请专利的权利属于合作开发的当事人共有
		1. 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
		2. 合作开发的当事人一方声明放弃其共有的专利申请权的，可以由另一方单独申请或由其他各方共同申请。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
		3. 合作开发的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

(1) 委托开发合同。

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外，申请专利的权利属于研究开发人。研究开发人取得专利权的，委托人可以依法实施该专利。

研究开发人转让专利申请权的，委托人享有以同等条件优先受让的权利。

(2) 合作开发合同。

合作开发完成的发明创造，除当事人另有约定外，申请专利的权利属于合作开发的当事人共有。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。

合作开发的当事人一方声明放弃其共有的专利申请权的，可以由另一方单独申请或者由其他各方共同申请。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。


合作开发的当事人一方不同意申请专利的，另一方或者其他各方不得申请专利。

[例] 甲乙丙三人合作开发一项技术，合同中未约定权利归属。该项技术开发完成后，甲、丙想要申请专利，而乙主张通过商业秘密来保护。请问：甲、丙可否申请专利？

答：甲、丙不得申请专利。

[萌点拨] 委托开发或者合作开发完成的技术秘密成果的使用权、转让权以及利益的分配办法，由当事人约定；没有约定或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，在没有相同技术方案被授予专利前，当事人均有使用和转让的权利。但是，委托开发的研究开发人不得在向委托人交付研究开发成果之前，将研究开发成果转让给第三人。

当事人均有使用和转让的权利，包括当事人均有不经对方同意而自己使用或以普通使用许可的方式许可他人使用技术秘密，并独占由此所获利益的权利。当事人一方将技术秘密成果的转让权让与他人，或以独占或排他使用许可的方式许可他人使用技术秘密，未经对方当事人同意或追认的，应当认定该让与或许可行为无效。

 典型真题

甲公司与乙公司签订一份技术开发合同，未约定技术秘密成果的归属。甲公司按约支付了研究开发经费和报酬后，乙公司交付了全部技术成果资料。后甲公司在未告知乙公司的情况下，以普通使用许可的方式许可丙公司使用该技术，乙公司在未告知甲公司的情况下，以独占使用许可的方式许可丁公司使用该技术。下列哪一说法是正确的？（2011年·

卷三·15题)①

- A. 该技术成果的使用权仅属于甲公司
 B. 该技术成果的转让权仅属于乙公司
 C. 甲公司与丙公司签订的许可使用合同无效
 D. 乙公司与丁公司签订的许可使用合同无效

五、技术转让合同和技术许可合同★★

(一) 技术转让合同★★

含义	技术转让合同是合法拥有技术的权利人，将现有特定的专利、专利申请、技术秘密的相关权利让与他人所订立的合同
种类	技术转让合同包括专利权转让、专利申请权转让、技术秘密转让等合同
形式	技术转让合同应当采用书面形式
限制	技术转让合同可以约定实施专利或使用技术秘密的范围，但是不得限制技术竞争和技术发展
让与人的义务	技术转让合同的让与人应当保证自己是所提供的技术的合法拥有者，并保证所提供的技术完整、无误、有效，能够达到约定的目标
受让人的义务	技术转让合同的受让人应当按照约定的范围和期限，对让与人提供的技术中尚未公开的秘密部分，承担保密义务
注意☆☆	技术转让合同中关于提供实施技术的专用设备、原材料或提供有关的技术咨询、技术服务的约定，属于合同的组成部分
技术秘密转让合同	1. 技术秘密转让合同的让与人应当按照约定提供技术资料，进行技术指导，保证技术的实用性、可靠性，承担保密义务（保密义务，不限制让与人申请专利，但是当事人另有约定的除外）
	2. 技术秘密转让合同的受让人应当按照约定使用技术，支付使用费，承担保密义务

(二) 技术许可合同☆☆

含义	技术许可合同是合法拥有技术的权利人，将现有特定的专利、技术秘密的相关权利许可他人实施、使用所订立的合同
种类	技术许可合同包括专利实施许可、技术秘密使用许可等合同
形式	技术许可合同应当采用书面形式
限制	技术许可合同可以约定实施专利或使用技术秘密的范围，但是不得限制技术竞争和技术发展
注意	技术许可合同中关于提供实施技术的专用设备、原材料或提供有关的技术咨询、技术服务的约定，属于合同的组成部分
专利实施许可合同	有效期间 <ol style="list-style-type: none"> 1. 专利实施许可合同只在该专利权的存续期限内有效 2. 专利权有效期限届满或专利权被宣告无效的，专利权人不得就该专利与他人订立专利实施许可合同

① 答案：D。

续表

专利实施许可合同	许可人义务	专利实施许可合同的许可人应当按照约定许可被许可人实施专利，交付实施专利有关的技术资料，提供必要的技术指导
	被许可人义务	专利实施许可合同的被许可人应当按照约定实施专利，不得许可约定以外的第三人实施该专利，并按照约定支付使用费
技术秘密使用许可合同	许可人义务	技术秘密使用许可合同的许可人应当按照约定提供技术资料，进行技术指导，保证技术的实用性、可靠性，承担保密义务（ <u>保密义务，不限制许可人申请专利，但是当事人另有约定的除外</u> ）
	被许可人义务	技术秘密使用许可合同的被许可人应当按照约定使用技术，支付使用费，承担保密义务

〔萌主点拨1〕 技术转让合同和技术许可合同中的违约责任问题

让与人未按照约定转让技术的，应当返还部分或者全部使用费，并应当承担违约责任；实施专利或者使用技术秘密超越约定的范围的，违反约定擅自许可第三人实施该项专利或者使用该技术秘密的，应当停止违约行为，承担违约责任；违反约定的保密义务的，应当承担违约责任。

许可人应当承担违约责任的，参照适用前款规定。

受让人未按照约定支付使用费的，应当补交使用费并按照约定支付违约金；不补交使用费或者支付违约金的，应当停止实施专利或者使用技术秘密，交还技术资料，承担违约责任；实施专利或者使用技术秘密超越约定的范围的，未经让与人同意擅自许可第三人实施该专利或者使用该技术秘密的，应当停止违约行为，承担违约责任；违反约定的保密义务的，应当承担违约责任。

被许可人应当承担违约责任的，参照适用前款规定。

〔萌主点拨2〕 技术转让合同和技术许可合同中的侵权责任问题

受让人或者被许可人按照约定实施专利、使用技术秘密侵害他人合法权益的，由让与人或者许可人承担责任，但是当事人另有约定的除外。

☞ 典型真题

甲公司与乙公司签订一份专利实施许可合同，约定乙公司在专利有效期内独占实施甲公司的专利技术，并特别约定乙公司不得擅自改进该专利技术。后乙公司根据消费者的反馈意见，在未经甲公司许可的情形下对专利技术做了改进，并对改进技术采取了保密措施。下列哪一说法是正确的？（2012年·卷三·16题）^①

- A. 甲公司有权自己实施该专利技术
B. 甲公司无权要求分享改进技术
C. 乙公司改进技术侵犯了甲公司的专利权
D. 乙公司改进技术属于违约行为

※ [民法典新增条款] 知识产权的转让和许可

集成电路布图设计专有权、植物新品种权、计算机软件著作权等其他知识产权的转让和许可，参照适用本节的有关规定。

① 答案：B。

六、技术咨询合同和技术服务合同★

(一) 技术咨询合同★

含义	技术咨询合同是当事人一方以技术知识为对方就特定技术项目提供可行性论证、技术预测、专题技术调查、分析评价报告等所订立的合同
委托人的义务	技术咨询合同的委托人应当按照约定阐明咨询的问题，提供技术背景材料及有关技术资料、数据；接受受托人的工作成果，支付报酬
受托人的义务	技术咨询合同的受托人应当按照约定的期限完成咨询报告或者解答问题；提出的咨询报告应当达到约定的要求
责任承担	1. 技术咨询合同的委托人未按照约定提供必要的资料和数据，影响工作进度和质量，不接受或者逾期接受工作成果的，支付的报酬不得追回，未支付的报酬应当支付
	2. 技术咨询合同的受托人未按期提出咨询报告或者提出的咨询报告不符合约定的，应当承担减收或者免收报酬等违约责任
	3. 技术咨询合同的委托人按照受托人符合约定要求的咨询报告和意见作出决策所造成的损失，由委托人承担，但是当事人另有约定的除外

(二) 技术服务合同★

含义	技术服务合同是当事人一方以技术知识为对方解决特定技术问题所订立的合同，不包括承揽合同和建设工程合同
委托人的义务	技术服务合同的委托人应当按照约定提供工作条件，完成配合事项；接受工作成果并支付报酬
受托人的义务	技术服务合同的受托人应当按照约定完成服务项目，解决技术问题，保证工作质量，并传授解决技术问题的知识
责任承担	1. 技术服务合同的委托人不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，影响工作进度和质量，不接受或者逾期接受工作成果的，支付的报酬不得追回，未支付的报酬应当支付
	2. 技术服务合同的受托人未按照约定完成服务工作的，应当承担免收报酬等违约责任

[萌主点拨1] 新技术成果的归属问题

在技术咨询合同、技术服务合同履行过程中，受托人利用委托人提供的技术资料和工作条件完成的新的技术成果，属于受托人。委托人利用受托人的工作成果完成的新的技术成果，属于委托人。当事人另有约定的，按照其约定。

※ [民法典新增条款] 受托人的费用负担

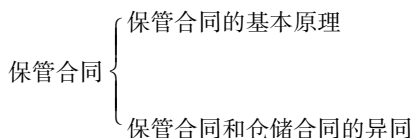
技术咨询合同和技术服务合同对受托人正常开展工作所需费用的负担没有约定或者约定不明确的，由受托人负担。

专题三十四

保管合同

知识体系

KNOWLEDGE HIERARCHY



复习提要

本专题主要涉及两个方面的问题：1. 保管合同的基本原理；2. 保管合同和仓储合同的异同。在考试中总是结合仓储合同进行对比出题。一个作为民事合同，一个作为商事合同，二者本身的区别将成为命题者重点考查对象，同时，对于保管合同本身的性质也是非常重要的考点，往往会结合合同的学理分类予以考查。

一、保管合同的基本原理★★

含义	保管合同是保管人保管寄存人交付的保管物，并返还该物的合同。 <u>寄存人到保管人处从事购物、就餐、住宿等活动，将物品存放在指定场所的，视为保管，但是当事人另有约定或者另有交易习惯的除外</u>	
性质	双务；有名；可有偿可无偿；实践（保管合同自保管物交付时生效，但是当事人另有约定的除外）；不要式合同	
寄存人的权利和义务	任意解除权 ★★★	寄存人可以随时领取保管物。当事人对保管期间没有约定或者约定不明确的，保管人可以随时请求寄存人领取保管物；约定保管期间的，保管人无特别事由，不得请求寄存人提前领取保管物
	支付保管费	1. 寄存人应当按照约定向保管人支付保管费。当事人对保管费没有约定或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，视为无偿保管 2. 有偿的保管合同，寄存人应当按照约定的期限向保管人支付保管费。当事人对支付期限没有约定或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，应当在领取保管物的同时支付

续表

保管人的权利和义务	妥善保管	1. 保管人应当妥善保管保管物。当事人可以约定保管场所或者方法。除紧急情况或者为维护寄存人利益外，不得擅自改变保管场所或方法
		2. 保管期间，因保管人保管不善造成保管物毁损、灭失的，保管人应当承担赔偿责任。但是，无偿保管人证明自己没有故意或重大过失的，不承担赔偿责任
	亲自保管	1. 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
		2. 保管人违反前款规定，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
留置权	寄存人未按照约定支付保管费以及其他费用的，保管人对保管物享有留置权，但当事人另有约定的除外	
孳息归属	保管期间届满或寄存人提前领取保管物的，保管人应当将原物及其孳息归还寄存人	

[萌主点拨] 保管合同的性质

从合同学理分类的角度来看，在单务合同和双务合同的分类中，保管合同属于双务合同；在有名合同和无名合同的分类中，保管合同属于有名合同；在有偿合同和无偿合同的分类中，保管合同属于可有偿可无偿合同；在诺成性合同和实践性合同的分类中，保管合同属于实践性合同；在要式合同和不要式合同的分类中，保管合同属于不要式合同。

[归纳总结] 保管合同系双务；有名；可有偿可无偿；实践；不要式合同。

二、保管合同和仓储合同的异同★★

保管合同 VS 仓储合同★★

要点	保管合同	仓储合同
合同性质	民事合同	商事合同
是否有偿	可有偿可无偿；若为无偿保管，保管人仅在故意或重大过失造成保管物毁损、灭失时才承担赔偿责任	有偿
是否要物	实践性合同	诺成性合同
归责原则	过错	过错
任意解除权	寄存人；无保管期间的双方	无储存期间的双方

作为民事合同的保管合同和作为商事合同的仓储合同，二者的区别主要包括五点：

1. 关于是否有偿。★★

作为民事合同的保管合同既可以是有偿的，也可以是无偿的。与此相对应，作为商事合同的仓储合同只能是有偿的。

[例] 孟某因装修房屋，把一批古书交朋友徐毛毛代为保管，徐毛毛将古书置于床下。一日，徐毛毛楼上住户家水管被冻裂，水流至徐毛毛家，致孟某的古书严重受损。请问：徐毛毛是否需要承担赔偿责任？

答：徐毛毛系无偿保管且无重大过失，不应赔偿。

2. 关于是否要物。

保管合同系典型的实践性合同，属于要物合同，即以交付标的物作为合同成立（生效）的标准。与此相对应，仓储合同则属于诺成性合同，即以双方意思表示合意作为合同成立（生效）的标准，是不要物合同。

3. 关于归责原则。

无论是保管合同还是仓储合同均采过错责任原则。

4. 关于任意解除权。

原则上寄存人有任意解除权，当没有约定保管期间或约定不明时，双方（即寄存人和保管人）均有任意解除权。

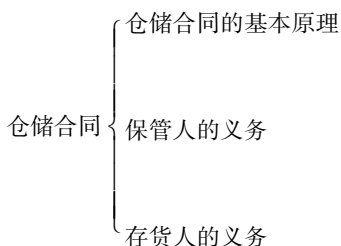
与此相对应，当事人对储存期间没有约定或约定不明确的，存货人或仓单持有人可以随时提取仓储物，保管人也可以随时请求存货人或仓单持有人提取仓储物，但是应当给予必要的准备时间。据此可知，只有在没有约定储存期间或约定不明时，存货人或仓单持有人才享有任意解除权。

专题三十五

仓储合同

知识体系

KNOWLEDGE HIERARCHY



复习提要

本专题主要涉及三个方面的问题：1. 仓储合同的基本原理；2. 保管人的义务；3. 存货人的义务。仓储合同，历年来仅直接考查1次，并非重点合同。只需重点学习仓储合同和保管合同的不同即可。

一、仓储合同的基本原理★

含义	仓储合同是保管人储存存货人交付的仓储物，存货人支付仓储费的合同
成立	仓储合同自保管人和存货人意思表示一致时成立
性质	双务；有名；有偿；诺成；不要式合同
注意	本章没有规定的，适用保管合同的有关规定

[萌主点拨] 仓储合同的性质

从合同学理分类的角度来看，在单务合同和双务合同的分类中，仓储合同属于双务合同；在有名合同和无名合同的分类中，仓储合同属于有名合同；在有偿合同和无偿合同的分类中，仓储合同属于有偿合同；在诺成性合同和实践性合同的分类中，仓储合同属于诺成性合同；在要式合同和不要式合同的分类中，仓储合同属于不要式合同。

[归纳总结] 仓储合同系双务；有名；有偿；诺成、不要式合同。

二、保管人的义务

1. 对存货的验收义务。

保管人应当按照约定对入库仓储物进行验收。保管人验收时发现入库仓储物与约定不符合的，应当及时通知存货人。保管人验收后，发生仓储物的品种、数量、质量不符合约定的，保管人应当承担赔偿责任。

2. 给付仓单的义务。

存货人交付仓储物的，保管人应当给付仓单、入库单等凭证。保管人应当在仓单上签字或盖章。仓单包括下列事项：（1）存货人的姓名或名称和住所；（2）仓储物的品种、数量、质量、包装及其件数和标记；（3）仓储物的损耗标准；（4）储存场所；（5）储存期间；（6）仓储费；（7）仓储物已经办理保险的，其保险金额、期间以及保险人的名称；（8）填发人、填发地和填发日期。

仓单是提取仓储物的凭证。存货人或仓单持有人在仓单上背书并经保管人签字或盖章的，可以转让提取仓储物的权利。

3. 接受检查。

保管人根据存货人或仓单持有人的要求，应当同意其检查仓储物或提取样品。

4. 通知义务。

保管人发现入库仓储物有变质或其他损坏的，应当及时通知存货人或仓单持有人。

5. 紧急处置权。

保管人发现入库仓储物有变质或其他损坏，危及其他仓储物的安全和正常保管的，应当催告存货人或仓单持有人作出必要的处置。因情况紧急，保管人可以作出必要的处置；但是，事后应当将该情况及时通知存货人或仓单持有人。

6. 因保管不善的赔偿义务。

储存期间，因保管不善造成仓储物毁损、灭失的，保管人应当承担赔偿责任。因仓储物的性质、包装不符合约定或超过有效储存期造成仓储物变质、损坏的，保管人不承担赔偿责任。

三、存货人的义务

1. 如实说明义务。

储存易燃、易爆、有毒、有腐蚀性、有放射性等危险物品或者易变质物品的，存货人应当说明该物品的性质，提供有关资料。

存货人违反前款规定的，保管人可以拒收仓储物，也可以采取相应措施以避免损失的发生，因此产生的费用由存货人负担。

保管人储存易燃、易爆、有毒、有腐蚀性、有放射性等危险物品的，应当具备相应的保管条件。

2. 按时提取存货的义务。★★

储存期间届满，存货人或仓单持有人应当凭仓单、入库单等提取仓储物。存货人或仓单持有人逾期提取的，应当加收仓储费；提前提取的，不减收仓储费。

当事人对储存期间没有约定或约定不明确的，存货人或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仓单持有人提取仓储物，但是应当给予必要的准备时间。

储存期间届满，存货人或仓单持有人不提取仓储物的，保管人可以催告其在合理期限内提取，逾期不提取的，保管人可以提存仓储物。

[萌主点拨] 货物的风险转移

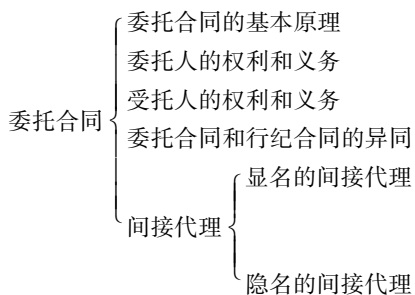
货物的风险自逾期之日起转移于存货人或仓单持有人。

专题三十六

委托合同

知识体系

KNOWLEDGE HIERARCHY



复习提要

本专题主要涉及五个方面的问题：1. 委托合同的基本原理；2. 委托人的权利和义务；3. 受托人的权利和义务；4. 委托合同和行纪合同的异同；5. 间接代理。委托合同之所以重要就在于其与代理制度结合进行考查，在备考中务必牢记：法考就是在简单的重复中得到升华!!!

一、委托合同的基本原理★★

含义	委托合同是委托人和受托人约定，由受托人处理委托人事务的合同
性质	双务；有名；可有偿可无偿；诺成；不要式合同
范围	委托人可以特别委托受托人处理一项或数项事务，也可以概括委托受托人处理一切事务
费用	委托人应当预付处理委托事务的费用。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并支付利息
共同受托	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
终止	委托人或受托人死亡、丧失民事行为能力或终止的，委托合同终止；但是，当事人另有约定或根据委托事务的性质不宜终止的除外

[萌主点拨] 委托合同的性质

从合同学理分类的角度来看,在单务合同和双务合同的分类中,委托合同属于双务合同;在有名合同和无名合同的分类中,委托合同属于有名合同;在有偿合同和无偿合同的分类中,委托合同属于可有偿可无偿合同;在诺成性合同和实践性合同的分类中,委托合同属于诺成性合同;在要式合同和不要式合同的分类中,委托合同属于不要式合同。

[归纳总结] 委托合同系双务;有名;可有偿可无偿;诺成;不要式合同。

二、委托人的权利和义务★★

权利	任意解除权 ★★★	委托人或受托人可以随时解除委托合同。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, <u>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</u> , <u>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</u>
	损失赔偿请求权	1. 有偿的委托合同,因受托人的过错造成委托人损失的,委托人可以请求赔偿损失 2. 无偿的委托合同,因受托人的故意或重大过失造成委托人损失的,委托人可以请求赔偿损失。受托人超越权限造成委托人损失的,应当赔偿损失
义务	支付报酬	受托人完成委托事务的,委托人应当按照约定向其支付报酬。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,按照其约定

🔍 典型真题

某律师事务所指派吴律师担任某案件的一、二审委托代理人。第一次开庭后,吴律师感觉案件复杂,本人和该事务所均难以胜任,建议不再继续代理。但该事务所坚持代理。一审判决委托人败诉。下列哪些表述是正确的?(2013年·卷三·60题)^①

- A. 律师事务所单方解除委托合同,但须承担赔偿责任
- B. 律师事务所在委托人一审败诉后不能单方解除合同
- C. 即使一审胜诉,委托人也可解除委托合同,但须承担赔偿责任
- D. 只有存在故意或者重大过失时,该律师事务所才对败诉承担赔偿责任

三、受托人的权利和义务★★

权利	损失赔偿请求权	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,可以向委托人请求赔偿损失
		2. 委托人经受托人同意,可以在受托人之外委托第三人处理委托事务。因此造成受托人损失的,受托人可以向委托人请求赔偿损失
义务	接受指示	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;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

^① 答案: AC。

续表

义务	亲自处理 ★★	受托人应当亲自处理委托事务。经委托人同意，受托人可以转委托。转委托经同意或追认的，委托人可以就委托事务直接指示转委托的第三人，受托人仅就第三人的选任及其对第三人的指示承担责任。转委托未经同意或追认的，受托人应当对转委托的第三人的行为承担责任；但是，在紧急情况下受托人为维护委托人的利益需要转委托的除外
	报告情况	受托人应当按照委托人的要求，报告委托事务的处理情况。委托合同终止时，受托人应当报告委托事务的结果
	财产转交	受托人处理委托事务取得的财产，应当转交给委托人
	后合同义务	<p>1. 因委托人死亡、丧失民事行为能力或终止，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、法定代理人或清算人承受委托事务之前，受托人应当继续处理委托事务</p> <p>2. 因受托人死亡、丧失民事行为能力或终止，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、法定代理人或清算人应当采取必要措施</p>

四、委托合同和行纪合同的异同★★

委托合同 VS 行纪合同★★

要点	委托合同	行纪合同
合同性质	民事合同	商事合同
是否属于合同当事人	除特殊情况（间接代理）外，受托人不得以自己名义与第三人订立合同；合同订立后，受托人不是合同当事人	行纪人以自己名义与第三人订立合同，合同订立后，行纪人是合同当事人
费用负担	委托人①	有约从约，无约行纪人自担②
自买自卖	不得（否则构成代理权滥用）	有约从约；无约可以
有偿否	可有偿、可无偿	有偿
要式否	不要式	要式
注意义务程度	按有偿或无偿而有所不同，在无偿委托情形下，受托人仅在故意或重大过失给委托人造成损失的才承担责任	只要未尽注意义务致委托物毁损灭失的，就应负赔偿责任
任意解除权	双方	双方

① 委托人应当预付处理委托事务的费用。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并支付利息。

② 行纪人处理委托事务支出的费用，由行纪人负担，但是当事人另有约定的除外。

作为民事合同的委托合同和作为商事合同的行纪合同，二者的区别主要包括如下7点：

1. 是否属于合同当事人。

对于委托合同而言，除特殊情况（间接代理）外，受托人不得以自己名义与第三人订立合同；合同订立后，受托人不是合同当事人；与此相对应，在行纪合同中，行纪人以自己名义与第三人订立合同，合同订立后，行纪人是合同当事人。

2. 费用负担。

在委托合同中受托人处理委托事务所产生的费用由委托人支付；与此相对应，在行纪合同中，由于处理行纪事务而产生的费用由行纪人自担。

3. 是否可以自买自卖。

在委托合同中不允许自买自卖，否则构成代理权滥用；与此相对应，行纪合同中对于行纪人是否可以自买自卖的问题，当事人有约定的从其约定，如果没有约定的，行纪人则可以进行自买自卖。

4. 是否有偿。

委托合同作为民事合同，可以是有偿的，也可以是无偿的，而作为商事合同的行纪合同则必须是有偿的。

5. 是否要式。

委托合同作为民事合同系不要式合同（即书面、口头等均可），而行纪合同作为商事合同系要式合同（即书面形式）。

6. 注意义务程度。

委托合同的注意义务程度按有偿或无偿而有所不同，在无偿委托情形下，受托人仅在故意或重大过失给委托人造成损失的才承担责任。与此相对应，在行纪合同中，只要未尽注意义务致委托物毁损灭失的，就应负赔偿责任即注意义务程度较高。

7. 任意解除权。★★★

无论是委托合同亦或行纪合同，二者均系基于人身信赖关系而产生的合同，因此，双方当事人均有任意解除权。

五、间接代理★★

显名	特征	1. 受托人以自己名义从事民事法律行为	
		2. 受托人与第三人之间的行为合法有效	
3. 第三人在订约时知道委托人与受托人之间存在代理关系			
	效力	原则	直接约束委托人与第三人
隐名 ★★	特征	第三人在订约时不知委托人与受托人之间存在代理关系	
		原则	只约束受托人与第三人
	效力	例外	介入权
第三人取得抗辩权（援用其对受托人的抗辩对抗委托人）			

续表

隐名 ★★	效力	例外	选择权	合同订立后，因委托人原因致受托人不对第三人履行的，受托人应向第三人披露委托人，第三人取得选择权：1. 只能选择委托人或受托人1人，而非要求其承担连带责任；2. 一经选择，不得变更
				委托人取得两项抗辩权（援用其对受托人的抗辩对抗第三人或援用受托人对第三人的抗辩对抗第三人）

（一）显名的间接代理

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的合同，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的，该合同直接约束委托人和第三人；但是，有证据证明该合同只约束受托人和第三人的除外。

1. 特征。

- (1) 受托人以自己名义从事民事法律行为；
- (2) 受托人与第三人之间的行为合法有效；
- (3) 第三人在订约时知道委托人与受托人之间存在代理关系。

2. 效力。

对于显名的间接代理而言，其直接约束委托人与第三人，不存在所谓的“披露义务”“介入权”和“选择权”等问题。

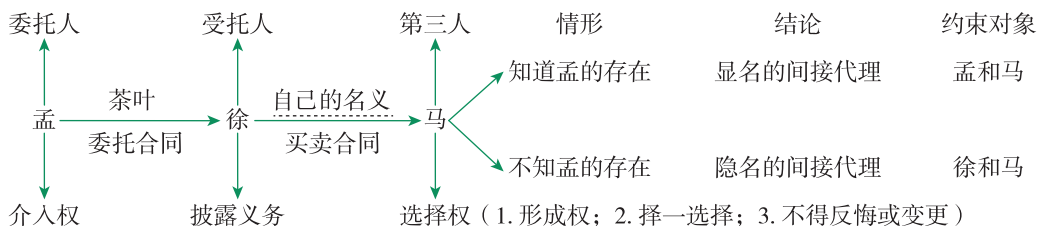
（二）隐名的间接代理★★

1. 特征。

受托人以自己的名义与第三人订立合同时，第三人不知道受托人与委托人之间的代理关系的，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。但是，第三人与受托人订立合同时如果知道该委托人就不会订立合同的除外。据此可知，隐名的间接代理最大的特征即第三人在订约时不知委托人与受托人之间存在代理关系。

2. 效力。

对于隐名的间接代理而言，原则上只约束受托人与第三人。见下图：



[例1] 孟某委托徐毛毛购买特级铁观音茶叶100斤，徐毛毛以自己的名义与茶农马胖胖签订茶叶买卖合同。在订立合同时，马胖胖对于孟某和徐毛毛之间的委托关系一无所知。后马胖胖无法交付茶叶。根据上述案情，请回答如下问题：

1. 作为受托人的徐毛毛应如何处理？
2. 作为委托人的孟某应如何处理？

受托人以自己的名义与第三人订立合同时，第三人不知道受托人与委托人之间的代理关系的，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。但是，第三人与受托人订立合同时如果知道该委托人就不会订立合同的除外。

据此可知，此时徐毛毛应当向孟某披露马胖胖；徐毛毛履行披露义务后，孟某享有介入权，即享有徐毛毛曾经享有的所有权利。当然，此时马胖胖亦可将其对徐毛毛享有的抗辩权来对抗孟某（即抗辩权的移转）。

[例2] 孟某委托徐毛毛购买特级铁观音茶叶100斤，徐毛毛以自己的名义与茶农马胖胖签订茶叶买卖合同。在订立合同时，马胖胖对于孟某和徐毛毛之间的委托关系一无所知。后由于孟某资金不能到位导致徐毛毛无法向马胖胖支付茶叶款。根据上述案情，请回答如下问题：

1. 作为受托人的徐毛毛应如何处理？
2. 作为第三人的马胖胖应如何处理？

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，但是第三人不得变更选定的相对人。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。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。

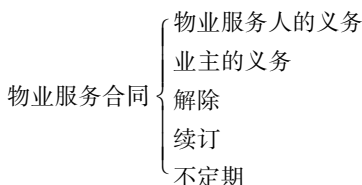
据此可知，此时作为受托人的徐毛毛应当向马胖胖披露孟某，在徐毛毛履行披露义务后，马胖胖享有选择权，即可以选择徐毛毛承担责任或选择孟某承担责任，但不得同时选择孟某和徐毛毛二人承担责任，亦不得主张要求孟某和徐毛毛承担连带责任。最后，马胖胖一旦做出选择后，不得变更。当然在马胖胖选择孟某承担责任时，孟某亦享有两项抗辩权即：（1）孟某可以向马胖胖主张其对徐毛毛的抗辩；（2）孟某可以向马胖胖主张徐毛毛对马胖胖的抗辩。

专题三十七

物业服务合同

知识体系

KNOWLEDGE HIERARCHY



复习提要

本专题主要涉及十个方面的问题：1. 物业服务合同的含义；2. 物业服务合同的内容；3. 物业服务合同的性质；4. 物业服务合同的订立方式；5. 前期物业服务合同的终止；6. 物业服务人的义务；7. 业主的义务；8. 物业服务合同的解除；9. 物业服务合同的续订；10. 不定期物业服务合同。物业服务合同系新增考点，备考过程中，仅需全面了解基础知识即可。

物业服务合同☆☆☆

含义	物业服务合同是物业服务人在物业服务区域内，为业主提供建筑物及其附属设施的维修养护、环境卫生和相关秩序的管理维护等物业服务，业主支付物业费的合同。物业服务人包括物业服务企业和其他物业管理人
内容	1. 物业服务合同的内容一般包括服务事项、服务质量、服务费用的标准和收取办法、维修资金的使用、服务用房的管理和使用、服务期限、服务交接等条款。
	2. 物业服务人公开作出的有利于业主的服务承诺，为物业服务合同的组成部分
性质	双务；有名；有偿；诺成；要式合同（物业服务合同应当采用书面形式）
订立方式	建设单位依法与物业服务人订立的前期物业服务合同，以及业主委员会与业主大会依法选聘的物业服务人订立的物业服务合同，对业主具有法律约束力。
前期物业服务合同的终止	建设单位依法与物业服务人订立的前期物业服务合同约定的服务期限届满前，业主委员会或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

续表

物业服务人的义务	亲自履行	1. 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其他第三人的,应当就该部分专项服务事项向业主负责 2. 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,或将全部物业服务支解后分别转委托给第三人
	妥善管理履行	1. 物业服务人应当按照约定和物业的使用性质,妥善维修、养护、清洁、绿化和经营管理物业服务区域内的业主共有部分,维护物业服务区域内的基本秩序,采取合理措施保护业主的人身、财产安全 2. 对物业服务区域内违反有关治安、环保等法律法规的行为,物业服务人应当及时采取合理措施制止、向有关行政主管部门报告并协助处理
	公开报告	物业服务人应当定期将服务的事项、负责人员、质量要求、收费项目、收费标准、履行情况,以及维修资金使用情况、业主共有部分的经营与收益情况等以合理方式向业主公开并向业主大会、业主委员会报告
	后合同义务	1. 物业服务合同终止的,原物业服务人应当在约定期限或合理期限内退出物业服务区域,将物业服务用房、相关设施、物业服务所必需的相关资料等交还给业主委员会、决定自行管理的业主或其指定的人,配合新物业服务人做好交接工作,并如实告知物业的使用和管理状况。原物业服务人违反前款规定的,不得请求业主支付物业服务合同终止后的物业费;造成业主损失的,应当赔偿损失
		2. 物业服务合同终止后,在业主或业主大会选聘的新物业服务人或决定自行管理的业主接管之前,原物业服务人应当继续处理物业服务事项,并可以请求业主支付该期间的物业费
业主的义务	给付物业费	1. 业主应当按照约定向物业服务人支付物业费。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 2. 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
	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,遵守物业服务人提示的合理注意事项,并配合其进行必要的现场检查 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
解除	1. 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	
	2. 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	

续表

续订	1. 物业服务期限届满前，业主依法共同决定续聘的，应当与原物业服务人在合同期限届满前续订物业服务合同
	2. 物业服务期限届满前，物业服务人不同意续聘的，应当在合同期限届满前九十日书面通知业主或者业主委员会，但是合同对通知期限另有约定的除外
不定期	1. 物业服务期限届满后，业主没有依法作出续聘或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，但是应当提前六十日书面通知对方

[萌主点拨] 物业服务合同的性质

从合同学理分类的角度来看，在单务合同和双务合同的分类中，物业服务合同属于双务合同；在有名合同和无名合同的分类中，物业服务合同属于有名合同；在有偿合同和无偿合同的分类中，物业服务合同属于有偿合同；在诺成性合同和实践性合同的分类中，物业服务合同属于诺成性合同；在要式合同和不要式合同的分类中，物业服务合同属于要式合同。

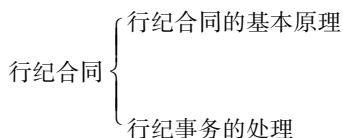
[归纳总结] 物业服务合同系双务；有名；有偿；诺成；要式合同。

专题三十八

行纪合同

知识体系

KNOWLEDGE HIERARCHY



复习提要

本专题主要涉及两个方面的问题：1. 行纪合同的基本原理；2. 行纪事务的处理。在历年的考试中，行纪合同共单独考查3次。在备考过程中，对于行纪合同的学习要结合代理制度，这也是该类合同为什么比较重要的原因。在学习过程中，绝大部分考生无法理解代理与行纪的区别所在，因此，命题者正是看到了这一点才频频“亮剑”。考生在备考过程中一定不要轻视该类合同，做到有备无患。

一、行纪合同的基本原理★★

行纪合同★★

含义	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
性质	双务；有名；有偿；诺成；要式
特征	1. 行纪人以自己（非委托人）名义为委托人办理业务
	2. 行纪人自负办理委托业务的费用（行纪人处理委托事务支出的费用，由行纪人负担，但是当事人另有约定的除外）
	3. 行纪人可自买自卖（行纪人卖出或买入具有市场定价的商品，除委托人有相反的意思表示的以外，行纪人自己可以作为买受人或出卖人。行纪人有前款规定情形的，仍然可以要求委托人支付报酬）
	4. 行纪人与第三人订立合同的，行纪人对该合同直接享有权利、承担义务。第三人不履行义务致使委托人受到损害的，行纪人应当承担赔偿责任，但是行纪人与委托人另有约定的除外

续表

行纪人的权利和义务	权利	处分权	委托物交付给行纪人时有瑕疵或容易腐烂、变质的，经委托人同意，行纪人可以处分该物；和委托人不能及时取得联系的，行纪人可以合理处分
		留置权	行纪人完成或部分完成委托事务的，委托人应当向其支付相应的报酬。委托人逾期不支付报酬的，行纪人对委托物享有留置权，但是当事人另有约定的除外
	义务	妥善保管	行纪人占有委托物的，应当妥善保管委托物
注意	本章没有规定的，适用委托合同的有关规定。		

[萌点拨] 行纪合同的性质

从合同学理分类的角度来看，在单务合同和双务合同的分类中，行纪合同属于双务合同；在有名合同和无名合同的分类中，行纪合同属于有名合同；在有偿合同和无偿合同的分类中，行纪合同属于有偿合同；在诺成性合同和实践性合同的分类中，行纪合同属于诺成性合同；在要式合同和不要式合同的分类中，行纪合同属于要式合同。

[归纳总结] 行纪合同系双务；有名；有偿；诺成；要式合同。

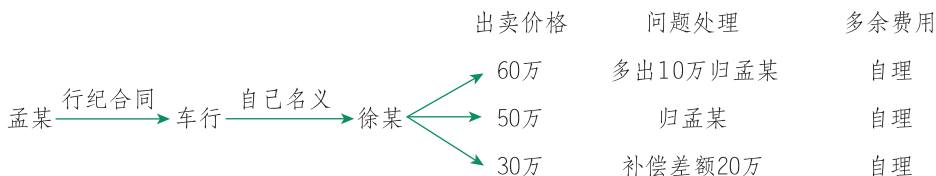
二、行纪事务的处理★★

行纪人低于委托人指定的价格卖出或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。

行纪人高于委托人指定的价格卖出或低于委托人指定的价格买入的，可以按照约定增加报酬。没有约定或约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，该利益属于委托人。

委托人对价格有特别指示的，行纪人不得违背该指示卖出或买入。

[例] 孟某欲将自己价值 60 万元的宝马 X5 轿车一辆出卖，但不知如何出卖，遂于 2019 年 5 月 10 日与北京优信二手车行订立行纪合同。双方约定：“如优信车行以 50 万元将该车卖出，孟某将支付 5 万元报酬。”对于其他事项双方均未作特别约定。根据本案及如下示意图请回答如下问题：



(行纪合同部分当事人示意图)

1. 优信车行在出卖孟某宝马 X5 轿车时，以谁的名义与徐某签订合同？

答：自己的名义。

2. 如优信车行以 60 万元将孟某的宝马 X5 轿车卖给徐某，多卖出的 10 万元归谁？

答：归孟某。

3. 如优信车行以 60 万元将孟某的宝马 X5 轿车卖给徐某，是否可以请求孟某多支付报酬？

答：不可以。

4. 如优信车行为能够以 60 万元将孟某的宝马 X5 轿车卖给徐某，为此多支付 1 万元费用，该费用是否可以请求孟某支付？

答：不能。

5. 如优信车行以 30 万元将孟某的宝马 X5 轿车卖给徐某，孟某如何救济自己的权利？

答：请求优信车行补偿差额 20 万元。

6. 如徐某购买该宝马 X5 轿车后发现该表里程表被改过且发动机有大修情形。经查，孟某在与优信车行签订合同时隐瞒了上述事实。请问：徐某应要求谁承担责任？

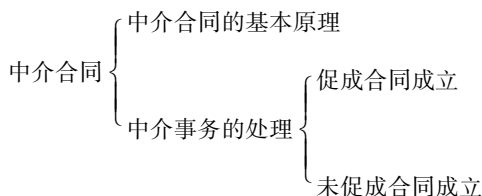
答：优信车行（合同相对性原理）。

专题三十九

中介合同

知识体系

KNOWLEDGE HIERARCHY



复习提要

本专题主要涉及两个方面的问题：1. 中介合同的基本原理；2. 中介事务的处理。该合同在历年考试中，仅直接考查过1次。在备考中，重点掌握新增制度即可。

一、中介合同的基本原理★★

含义	中介合同是中介人向委托人报告订立合同的机会或提供订立合同的媒介服务，委托人支付报酬的合同
性质	双务；有名；有偿；诺成；不要式合同
跳单 ☆☆	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，绕开中介人直接订立合同的，应当向中介人支付报酬
注意	本章没有规定的，参照适用委托合同的有关规定。

[萌点拨] 中介合同的性质

从合同学理分类的角度来看，在单务合同和双务合同的分类中，中介合同属于双务合同；在有名合同和无名合同的分类中，中介合同属于有名合同；在有偿合同和无偿合同的分类中，中介合同属于有偿合同；在诺成性合同和实践性合同的分类中，中介合同属于诺成性合同；在要式合同和不要式合同的分类中，中介合同属于不要式合同。

[归纳总结] 中介合同系双务；有名；有偿；诺成；不要式合同。

※ [民法典新增条款] 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，绕开中介人直接订立合同的，应当向中介人支付报酬。

二、中介事务的处理★★

（一）促成合同成立

中介人促成合同成立的，委托人应当按照约定支付报酬。对中介人的报酬没有约定或约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，根据中介人的劳务合理确定。因中介人提供订立合同的媒介服务而促成合同成立的，由该合同的当事人平均负担中介人的报酬。

中介人促成合同成立的，中介活动的费用，由中介人负担。

（二）未促成合同成立

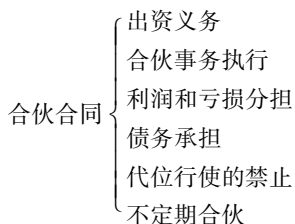
中介人未促成合同成立的，不得请求支付报酬；但是，可以按照约定请求委托人支付从事中介活动支出的必要费用。

专题四十

合伙合同

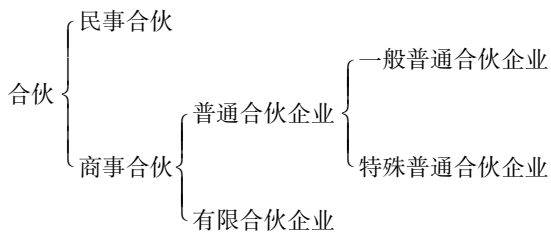
知识体系

KNOWLEDGE HIERARCHY



复习提要

本专题主要涉及十二个方面的问题：1. 合伙合同的含义；2. 合伙人的出资义务；3. 合伙财产；4. 合伙财产分割；5. 合伙事务执行；6. 合伙的利润分配和亏损分担；7. 合伙债务的承担；8. 合伙财产份额的转让；9. 合伙人权利代位行使的禁止；10. 不定期合伙；11. 合伙合同的终止；12. 剩余财产的分配。该合伙合同系新增制度，在备考中仅需重点掌握基础内容即可。



(合伙制度体系框架图)

[图释] 依民商法一般原理，合伙的本质为“四共”，即共同出资、共同经营、共享收益和共担风险。合伙的形式包括两类，即民事合伙^①（契约型合伙；合同关系）和商事

^① 《德国民法典》将合伙作为一种有名契约规定于债法分则（第705条以下），其特点在于，合伙人之间未结成持续稳定的团体性组织，其存在亦受制于合伙成员的去留（原则上，只要其中一位合伙成员退出，合伙即宣告解散），合伙本身更无独立的财产权利。

合同（组织型合伙；人合组织/团体）。其中，商事合伙在我国现行民商法中表现为合伙企业^①（非法人组织）。合伙企业依合伙人责任承担方式的不同，又分为两类，即普通合伙企业^②（以下简称“普伙”）和有限合伙企业^③（以下简称“有伙”）。普通合伙企业又包括一般普通合伙企业（相当于德国法上的无限公司）和特殊普通合伙企业^④（相当于德国法上的两合公司；在我国，主要表现为合伙制律师事务所和合伙制会计师事务所）。

合伙合同☆☆☆

含义	合伙合同是二个以上合伙人为了共同的事业目的，订立的共享利益、共担风险的协议
出资义务	1. 合伙人应当按照约定的出资方式、数额和缴付期限，履行出资义务 2. 一个或者数个合伙人不履行出资义务的，其他合伙人不能因此拒绝出资
合伙财产	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
财产分割	合伙合同终止前，合伙人不得请求分割合伙财产
合伙事务执行	1. 合伙事务由全体合伙人共同执行。合伙人就合伙事务作出决定的，除合伙合同另有约定外，应当经全体合伙人一致同意 2. 按照合伙合同的约定或者全体合伙人的决定，可以委托一个或者数个合伙人执行合伙事务；其他合伙人不再执行合伙事务，但是有权监督执行情况 3. 合伙人分别执行合伙事务的，执行事务合伙人可以对其他合伙人执行的事务提出异议；提出异议后，其他合伙人应当暂停该项事务的执行 4. 合伙人不得因执行合伙事务而请求支付报酬，但是合伙合同另有约定的除外
利润和亏损分担	合伙的利润分配和亏损分担，按照合伙合同的约定办理；合伙合同没有约定或者约定不明确的，由合伙人协商决定；协商不成的，由合伙人按照实缴出资比例分配、分担；无法确定出资比例的，由合伙人平均分配、分担
债务承担	合伙人对合伙债务承担连带责任。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
财产份额转让	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
代位行使的禁止	合伙人的债权人不得代位行使合伙人依照本章规定和合伙合同享有的权利，但是合伙人享有的利益分配请求权除外

① 合伙企业，是指自然人、法人和其他组织依照《合伙企业法》在中国境内设立的普通合伙企业和有限合伙企业。

② 普通合伙企业由普通合伙人组成，合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任。《合伙企业法》对普通合伙人承担责任的形式有特别规定的，从其规定。合伙企业名称中应当标明“普通合伙”字样。

③ 有限合伙企业由普通合伙人和有限合伙人组成，普通合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任，有限合伙人以其认缴的出资额为限对合伙企业债务承担责任。

④ 以专业知识和专门技能为客户提供有偿服务的专业服务机构，可以设立为特殊的普通合伙企业。特殊的普通合伙企业名称中应当标明“特殊普通合伙”字样。

续表

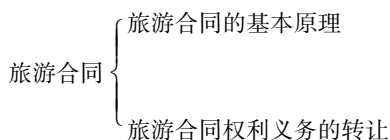
不定期 合伙	1. 合伙人对合伙期限没有约定或约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，视为不定期合伙
	2. 合伙期限届满，合伙人继续执行合伙事务，其他合伙人没有提出异议的，原合伙合同继续有效，但是合伙期限为不定期
	3. 合伙人可以随时解除不定期合伙合同，但是应当在合理期限之前通知其他合伙人
终止	合伙人死亡、丧失民事行为能力或者终止的，合伙合同终止；但是，合伙合同另有约定或者根据合伙事务的性质不宜终止的除外
剩余财产 分配	合伙合同终止后，合伙财产在支付因终止而产生的费用以及清偿合伙债务后有剩余的，依据本法第九百七十二的规定进行分配

专题四十一

旅游合同

知识体系

KNOWLEDGE HIERARCHY



复习提要

本专题主要涉及两个方面的问题：1. 旅游合同的基本原理；2. 旅游合同权利义务的转让。其中，旅游合同权利义务的转让为该部分的重点，在复习过程中应重点关注。在历年考试中，该合同共直接考查2次。在备考过程中，抓住重点即可。

一、旅游合同的基本原理★

含义	旅游者支付旅游费用，旅游经营者提供旅游服务的民事合同
性质	双务；有名；有偿；诺成；不要式合同
无效	旅游经营者以格式合同、通知、声明、告示等方式作出对旅游者不公平、不合理的规定，或者减轻、免除其损害旅游者合法权益的责任，旅游者请求认定该内容无效的，法院应予支持。
合同解除	因不可抗力等不可归责于旅游经营者、旅游辅助服务者的客观原因导致旅游合同无法履行，旅游经营者、旅游者请求解除旅游合同的，人民法院应予支持。旅游经营者、旅游者请求对方承担违约责任的，人民法院不予支持。旅游者请求旅游经营者退还尚未实际发生的费用的，人民法院应予支持。
	因不可抗力等不可归责于旅游经营者、旅游辅助服务者的客观原因变更旅游行程，在征得旅游者同意后，旅游经营者请求旅游者分担因此增加的旅游费用或旅游者请求旅游经营者退还因此减少的旅游费用的，人民法院应予支持。

[萌主点拨] 旅游合同的性质

从合同学理分类的角度来看，在单务合同和双务合同的分类中，旅游合同属于双务合

同；在有名合同和无名合同的分类中，旅游合同属于有名合同；在有偿合同和无偿合同的分类中，旅游合同属于有偿合同；在诺成性合同和实践性合同的分类中，旅游合同属于诺成性合同；在要式合同和不要式合同的分类中，旅游合同属于不要式合同。

[归纳总结] 旅游合同系双务；有名；有偿；诺成；不要式合同。

二、旅游合同权利义务的转让★★

1. 旅游经营者擅自转让业务及其法律后果。

旅游合同系具有强烈人身信赖关系的合同，未经旅游者同意，旅游经营者不得擅自将旅游业务转让给其他旅游经营者。

旅游经营者将旅游业务转让给其他旅游经营者，旅游者不同意转让，请求解除旅游合同、追究旅游经营者违约责任的，法院应予支持。

旅游经营者擅自将其旅游业务转让给其他旅游经营者，旅游者在旅游过程中遭受损害，请求与其签订旅游合同的旅游经营者和实际提供旅游服务的旅游经营者承担连带责任的，法院应予支持。

典型真题

梁某与甲旅游公司签订合同，约定梁某参加甲公司组织的旅游团赴某地旅游。旅游出发前15日，梁某因出差通知甲公司，由韩某替代跟团旅游。旅游行程一半，甲公司不顾韩某反对，将其旅游业务转给乙公司。乙公司组织游客参观某森林公园，该公园所属观光小火车司机操作失误致火车脱轨，韩某遭受重大损害。下列哪些表述是正确的？（2011年·卷三·60题）^①

- A. 即使甲公司不同意，梁某仍有权将旅游合同转让给韩某
- B. 韩某有权请求甲公司和乙公司承担连带责任
- C. 韩某有权请求某森林公园承担赔偿责任
- D. 韩某有权请求小火车司机承担赔偿责任

2. 旅游者的任意解除权及其法律后果。

在旅游合同中，对于旅游者而言，最重要的权利即任意解除权。

除合同性质不宜转让或合同另有约定之外，在旅游行程开始前的合理期间内，旅游者将其在旅游合同中的权利义务转让给第三人，请求确认转让合同效力的，法院应予支持。

因前款所述原因，旅游经营者请求旅游者、第三人给付增加的费用或旅游者请求旅游经营者退还减少的费用的，法院应予支持。

旅游行程开始前或进行中，因旅游者单方解除合同，旅游者请求旅游经营者退还尚未实际发生的费用，或旅游经营者请求旅游者支付合理费用的，法院应予支持。

典型真题

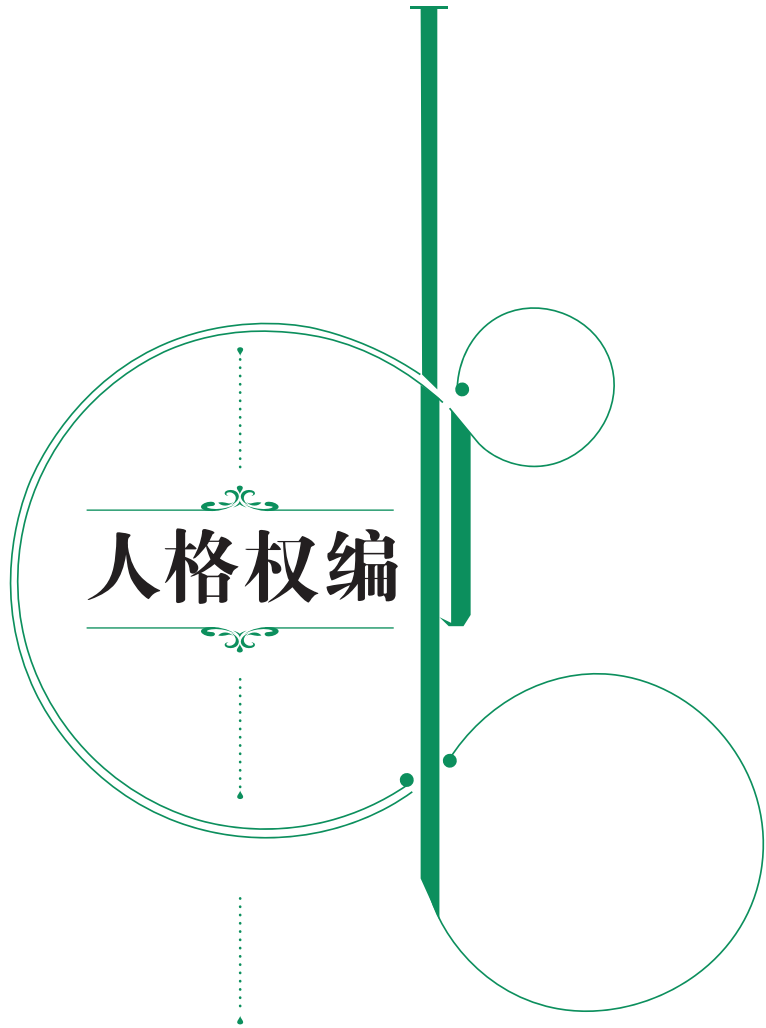
甲参加乙旅行社组织的旅游活动。未经甲和其他旅游者同意，乙旅行社将本次业务转让给当地的丙旅行社。丙旅行社聘请丁公司提供大巴运输服务。途中，由于丁公司司机黄某酒后驾驶与迎面违章变道的个体运输户刘某货车相撞，造成甲受伤。甲的下列哪些请求

^① 答案：ABC。

能够获得法院的支持? (2014年·卷三·67题)^①

- A. 请求丁公司和黄某承担连带赔偿责任
- B. 请求黄某与刘某承担连带赔偿责任
- C. 请求乙旅行社和丙旅行社承担连带赔偿责任
- D. 请求刘某承担赔偿责任

^① 答案: CD。

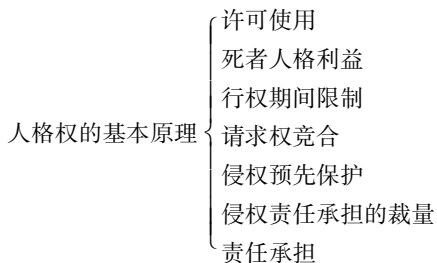


专题四十二

人格权的基本原理

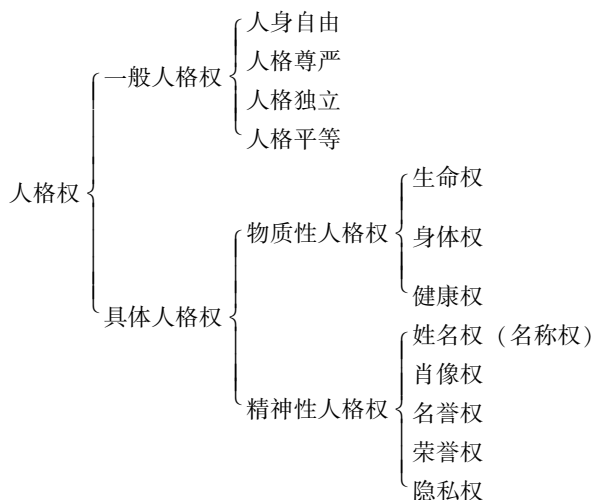
知识体系

KNOWLEDGE HIERARCHY



复习提要

本编调整因人格权的享有和保护产生的民事关系。民事主体的人格权受法律保护，任何组织或个人不得侵害。本专题主要涉及十个方面的问题：1. 人格权的性质；2. 人格权的许可使用；3. 死者人格利益保护；4. 权利行使的期间限制；5. 请求权竞合；6. 人格权侵权的预先保护；7. 人格权侵权责任承担的裁量；8. 人格权的合理使用；9. 人格权侵权的责任承担；10. 身份权侵权的参照适用。



人格权的基本原理☆☆☆

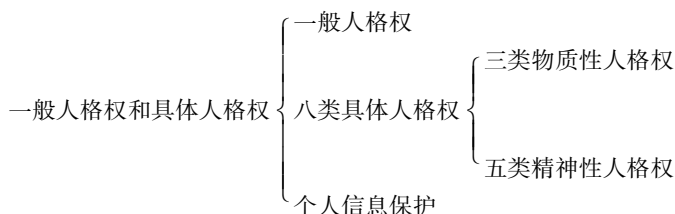
性质	人格权不得放弃、转让、继承
许可使用	民事主体可以将自己的姓名、名称、肖像等许可他人使用，但是依照法律规定或根据其性质不得许可的除外
死者人格利益	死者的姓名、肖像、名誉、荣誉、隐私、遗体等受到侵害的，其配偶、子女、父母有权依法请求行为人承担民事责任；死者没有配偶、子女并且父母已经死亡的，其他近亲属有权依法请求行为人承担民事责任
行权期间限制	人格权受到侵害的，受害人有权依照本法和其他法律的规定请求行为人承担民事责任。依据前款规定提出的停止侵害、排除妨碍、消除危险、消除影响、恢复名誉请求权，不适用诉讼时效的规定
请求权竞合	因当事人一方的违约行为，损害对方人格权并造成严重精神损害，受损害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
侵权预先保护	民事主体有证据证明行为人正在实施或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
侵权责任承担的裁量	认定行为人承担侵害除生命权、身体权和健康权外的人格权的民事责任，应当考虑行为人和受害人的职业、影响范围、过错程度，以及行为的目的、方式、后果等因素
合理使用	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
责任承担	<ol style="list-style-type: none"> 1. 行为人因侵害人格权承担消除影响、恢复名誉、赔礼道歉等民事责任的，应当与行为的具体方式和造成的影响范围相当 2. 行为人拒不承担前款规定的民事责任的，法院可以采取在报刊、网络等媒体上发布公告或公布生效裁判文书等方式执行，产生的费用由行为人负担
参照适用	对自然人因婚姻家庭关系等产生的身份权利的保护，适用本法总则编、婚姻家庭编和其他法律的相关规定；没有规定的，参照适用本编人格权保护的有关规定

专题四十三

一般人格权和具体人格权

知识体系

KNOWLEDGE HIERARCHY



复习提要

本专题主要涉及三个方面的问题：1. 一般人格权；2. 八类具体人格权；3. 个人信息保护。该专题存在众多新增制度，只要熟悉相关考点，即可得分。务必多次重复，法考就是在简单的重复中得到升华。

一、一般人格权☆☆

以非法拘禁等方式剥夺、限制他人的行动自由，或者非法搜查他人身体的，受害人有权依法请求行为人承担民事责任。

二、八类具体人格权★★★

（一）三类物质性人格权★★

生命权	含义	自然人享有的以 <u>生命安全和生命维持</u> 为内容的人格权
	侵权	实施加害行为致人 <u>死亡</u> ^① ，又无违法阻却事由（排除自杀）
	请求权基础	自然人享有生命权，有权维护自己的 <u>生命安全和生命尊严</u> 。任何组织或者个人不得侵害他人的生命权

^① 如故意杀人、过失杀人、伤害致死，杀害被继承人或继承人，国家司法机关错判、错杀，制作假酒、假药使人中毒死亡等。

续表

身体权	含义	自然人维持其身体的完整性和完全性，并支配其 <u>肢体、器官和其他人体组织</u> 的人格权
	内容	1. <u>身体完整性保持权</u> 2. 身体组成部分的支配权
	侵权	实施加害行为致使受害人 <u>身体的完整性遭受破坏</u> （排除自伤）
	请求权基础	自然人享有身体权，有权维护自己的 <u>身体完整和行动自由</u> 。任何组织或者个人不得侵害他人的身体权
健康权	含义	自然人以其身体 <u>生理机能、心理机能的健全正常运作和机能（功能）正常发挥</u> ，进而维持人体生命活动为内容的人格权
	内容	1. 健康维护权 2. 劳动能力保持权
	侵权	实施加害行为致使受害人生理、 <u>心理机能（功能）无法正常发挥</u>
	请求权基础	自然人享有健康权，有权维护自己的 <u>身心健康</u> 。任何组织或者个人不得侵害他人的健康权

1. 生命权。

生命权，是指自然人以其性命维持和安全利益为内容的人格权。其内容主要为生命安全维护权。

据此可知，是否侵犯生命权的唯一判断标准是看受害人是否死亡。如死亡，则侵犯生命权；如未死亡，则不侵犯生命权。在此，需要强调的是要排除自杀的情形，但协助自杀的，构成侵犯生命权。

典型真题

下列哪一情形构成对生命权的侵犯？（2016年·卷三·22题）^①

- 甲女视其长发如生命，被情敌乙尽数剪去
- 丙应丁要求，协助丁完成自杀行为
- 戊为报复欲致己于死地，结果将己打成重伤
- 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

2. 身体权。

身体权，是指自然人对肢体、器官和其他组织依法享有保持完整和支配的人格权。其内容主要为身体组织的完整性。

据此可知，身体权的核心即肢体、器官或其他组织的完整性。如行为人侵犯了受害人的肢体、器官或其他组织的完整性则构成侵犯身体权，如偷剪他人头发、指甲、医生误摘病人器官等。在此，需要强调的是要排除自伤的情形。

3. 健康权。

健康权，是指自然人维护其机体生理机能正常运行和机能（功能）正常发挥，从而维

^① 答案：B。

持人体生命活动的人格权。

健康权的核心即生理或心理机能（功能）的正常运转和发挥。如果行为人的侵权行为导致受害人的生理机能无法正常运转和发挥即构成侵犯健康权。

※ [民法典新增条款]

1. 法定救助义务。

自然人的生命权、身体权、健康权受到侵害或者处于其他危难情形的，负有法定救助义务的组织或者个人应当及时施救。

2. 人体组织捐献。

完全民事行为能力人有权依法自主决定无偿捐献其人体细胞、人体组织、人体器官、遗体。任何组织或者个人不得强迫、欺骗、利诱其捐献。

完全民事行为能力人依据前款规定同意捐献的，应当采用书面形式或者有效的遗嘱形式。

自然人生前未表示不同意捐献的，该自然人死亡后，其配偶、成年子女、父母可以共同决定捐献，决定捐献应当采用书面形式。

3. 器官买卖。

禁止以任何形式买卖人体细胞、人体组织、人体器官、遗体。

违反前款规定的买卖行为无效。

4. 临床试验。

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。

进行临床试验的，不得向受试者收取试验费用。

5. 医学和科研活动。

从事与人体基因、人体胚胎等有关的医学和科研活动的，应当遵守法律、行政法规和国家有关规定，不得危害人体健康，不得违背伦理道德，不得损害公共利益。

6. 性骚扰。

违背他人意愿，以言语、行为等方式对他人实施性骚扰的，受害人有权依法请求行为人承担民事责任。机关、企业、学校等单位应当采取合理的预防、受理投诉、调查处置等措施，防止和制止利用职权、从属关系等实施性骚扰。

(二) 五类精神性人格权 ★★★

1. 姓名权。

姓名权★★

含义	自然人决定、使用和依照规定改变自己姓名的权利
主体	自然人
	[注意] 法人、非法人组织享有名称权（商号权；法人、非法人组织享有名称权，有权依法使用、变更、转让或者许可他人使用自己的名称）
内容	决定权、使用权、变更权和许可权（自然人享有姓名权，有权依法决定、使用、变更或者许可他人使用自己的姓名）

续表

侵权形态	干涉	妨害、阻碍他人行使姓名权的行为
	盗用	未经允许，为谋取不正当利益，擅自使用他人姓名（仅用姓名未用身份）
	假冒	又称冒用，即冒名顶替，冒充他人进行活动（既用姓名又用身份）
	注意	1. 披露真实姓名、曾用名不属于侵犯姓名权（原因：姓名是一种区别符号，起名字就是为了让人用的） 2. 任何组织或个人不得以干涉、盗用、假冒等方式侵害他人的姓名权或者名称权。

(1) 含义。

姓名权，是指自然人决定、使用和依照规定改变自己姓名的权利。

※ [民法典新增条款] 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。

(2) 主体。

姓名权是自然人独有的精神性人格权。法人和非法人组织享有的是名称权。

(3) 内容。

姓名一般都是自然人出生时由其父母确定，但这不是对自我命名权的否定，实际上是父母亲权的表现，是父母实施亲权的代理行为。

※ [民法典新增条款] 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。

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。

(4) 侵权形态。★★★

侵犯姓名权的形态包括三类：

①干涉：妨害、阻碍他人行使姓名权的行为。

②盗用：未经允许，为谋取不正当利益，擅自使用他人姓名（仅用姓名未用身份）。

[例] 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。请问：根据我国现行法律规定，甲是否侵犯了乙的姓名权？

答：侵犯了。

③假冒：又称冒用，即冒名顶替，冒充他人进行活动（既用姓名又用身份）。

[注意] 披露真实姓名、曾用名不属于侵犯姓名权。原因在于姓名是一种区别符号，起名字就是为了让别人用的。

※ [民法典新增条款] 自然人的姓氏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：

- （一）选取其他直系长辈血亲的姓氏；
- （二）因由法定扶养人以外的人扶养而选取扶养人姓氏；
- （三）有不违背公序良俗的其他正当理由

少数民族自然人的姓氏可以遵从本民族的文化传统和风俗习惯。

2. 肖像权。★★★

(1) 含义。

肖像权，是指自然人所享有的对自己的肖像上所体现的人格利益为内容的一种人格权。

※ [民法典新增条款] 自然人享有肖像权，有权依法制作、使用、公开或许可他人使用自己的肖像。

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) 主体。肖像权乃自然人独有的精神性人格权。

(3) 内容。☆☆☆

肖像权的内容系整体形象再现权和肖像使用权（包括权利人有权决定同意他人使用其肖像）。特别是整体形象再现权，如题目中表述为“仅见面部的一部分”则不构成侵犯肖像权。

※ [民法典新增条款] 肖像使用权

当事人对肖像许可使用合同中关于肖像使用条款的理解有争议的，应当作出有利于肖像权人的解释。

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。

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。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。

对姓名等的许可使用，参照适用肖像许可使用的有关规定。对自然人声音的保护，参照适用肖像权保护的有关规定。

(4) 侵权形态。☆☆☆

任何组织或者个人不得以丑化、污损，或者利用信息技术手段伪造等方式侵害他人的肖像权。未经肖像权人同意，不得制作、使用、公开肖像权人的肖像，但是法律另有规定的除外。未经肖像权人同意，肖像作品权利人不得以发表、复制、发行、出租、展览等方式使用或者公开肖像权人的肖像。

[萌主点拨] 肖像权的合理使用

合理实施下列行为的，可以不经肖像权人同意：

(一) 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；

(二) 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；

(三) 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；

(四) 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；

(五) 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。

3. 名誉权。★★★

(1) 含义。

民事主体享有名誉权。任何组织或者个人不得以侮辱、诽谤等方式侵害他人的名誉

权。名誉是对民事主体的品德、声望、才能、信用等的社会评价。

(2) 主体。

名誉权乃自然人和法人均享有的精神性人格权。

(3) 客体。

名誉权的客体系社会评价即不特定的第三人的评价。

(4) 侵权形态。☆☆☆

※ [民法典新增条款 1] 新闻媒体侵权的认定

行为人实施新闻报道、舆论监督等行为，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：

- (一) 捏造事实、歪曲事实；
- (二) 对他人提供的失实内容未尽到合理审查义务；
- (三) 使用侮辱性言辞等贬损他人名誉。

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：

- (一) 内容来源的可信度；
- (二) 对明显可能引发争议的内容是否进行了必要的调查；
- (三) 内容的时效性；
- (四) 内容与公序良俗的关联性；
- (五) 受害人名誉受贬损的可能性；
- (六) 审查能力和审查成本。

行为人应当就其尽到合理审查义务承担举证责任。

※ [民法典新增条款 2] 文学、艺术作品侵权的认定

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。

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。

※ [民法典新增条款 3] 报刊、网络媒体侵权的认定

报刊、网络等媒体报道的内容失实，侵害他人名誉权的，受害人有权请求该媒体及时采取更正或者删除等必要措施；媒体不及时采取措施的，受害人有权请求人民法院责令该媒体在一定期限内履行。

※ [民法典新增条款 4] 信用评价

民事主体可以依法查询自己的信用评价；发现信用评价错误的，有权提出异议并请求采取更正、删除等必要措施。信用评价人应当及时核查，经核查属实的，应当及时采取必要措施。

民事主体与征信机构等信用信息收集者、控制者之间的关系，适用本编有关个人信息保护的规定和其他法律、行政法规的有关规定。

4. 荣誉权。

荣誉权，是指自然人和法人所享有的荣誉不受非法剥夺和其他形式侵害的权利。荣誉权的主体乃自然人和法人。而荣誉权的侵权即非法剥夺他人的荣誉称号。

※ [民法典新增条款] 民事主体享有荣誉权。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。

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。

5. 隐私权。☆☆☆

(1) 含义。

自然人享有隐私权。任何组织或者个人不得以刺探、侵扰、泄露、公开等方式侵害他人的隐私权。

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) 侵权形态。

除权利人明确同意外，任何组织或者个人不得实施下列行为：

- 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。

三、个人信息保护☆☆☆

1. 含义。

自然人的个人信息受法律保护。

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、生物识别信息、住址、电话号码、电子邮箱地址、行踪信息等。

个人信息中的私密信息，同时适用隐私权保护的有关规定。

2. 合理使用。

收集、处理自然人个人信息的，应当遵循合法、正当、必要原则，不得过度收集、处理，并符合下列条件：

- ①征得该自然人或者其监护人同意，但是法律、行政法规另有规定的除外；
- ②公开收集、处理信息的规则；
- ③明示收集、处理信息的目的、方式和范围；
- ④不违反法律、行政法规的规定和双方的约定。

个人信息的处理包括个人信息的使用、加工、传输、提供、公开等。

3. 知情权。

自然人可以向信息控制者依法查阅、抄录或者复制其个人信息；发现信息有错误的，有权提出异议并请求及时采取更正等必要措施。

自然人发现信息控制者违反法律、行政法规的规定或者双方的约定收集、处理其个人信息的，有权请求信息控制者及时删除。

4. 免责情形。

收集、处理自然人个人信息，有下列情形之一的，行为人不承担民事责任：

①在该自然人或者其监护人同意的范围内实施的行为；

②处理该自然人自行公开的或者其他已经合法公开的信息，但是该自然人明确拒绝或者处理该信息侵害其重大利益的除外；

③为维护公共利益或者该自然人合法权益，合理实施的其他行为。

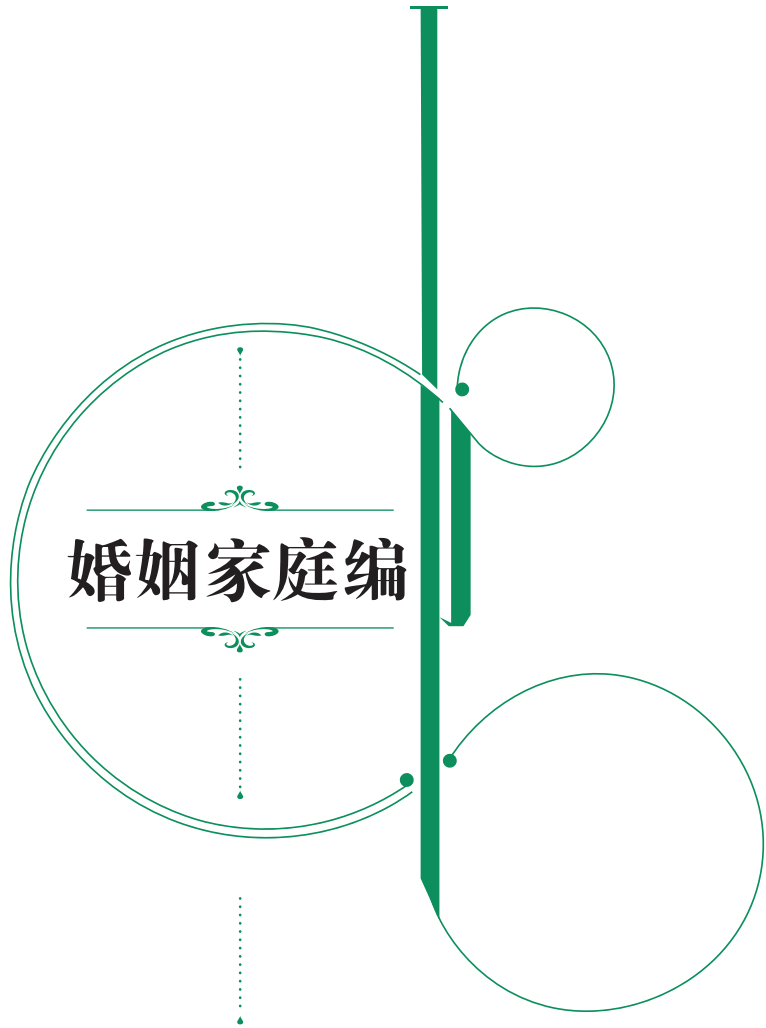
5. 收集和控制者的义务。

信息收集者、控制者不得泄露、篡改其收集、存储的个人信息；未经被收集者同意，不得向他人非法提供个人信息，但是经过加工无法识别特定个人且不能复原的除外。

信息收集者、控制者应当采取技术措施和其他必要措施，确保其收集、存储的个人信息安全，防止信息泄露、篡改、丢失；发生或者可能发生个人信息泄露、篡改、丢失的，应当及时采取补救措施，依照规定告知被收集者并向有关主管部门报告。

6. 保密义务。

国家机关及其工作人员对于履行职责过程中知悉的自然人的隐私和个人信息，应当予以保密，不得泄露或者向他人非法提供。



本编调整因婚姻家庭产生的民事关系。实行婚姻自由、一夫一妻、男女平等的婚姻制度。保护妇女、未成年人和老年人的合法权益。禁止包办、买卖婚姻和其他干涉婚姻自由的行为。禁止借婚姻索取财物。禁止重婚。禁止有配偶者与他人同居。禁止家庭暴力。禁止家庭成员间的虐待和遗弃。

家庭应当树立优良家风，弘扬家庭美德，重视家庭文明建设。夫妻应当互相忠实，互相尊重，互相关爱；家庭成员应当敬老爱幼，互相帮助，维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系。

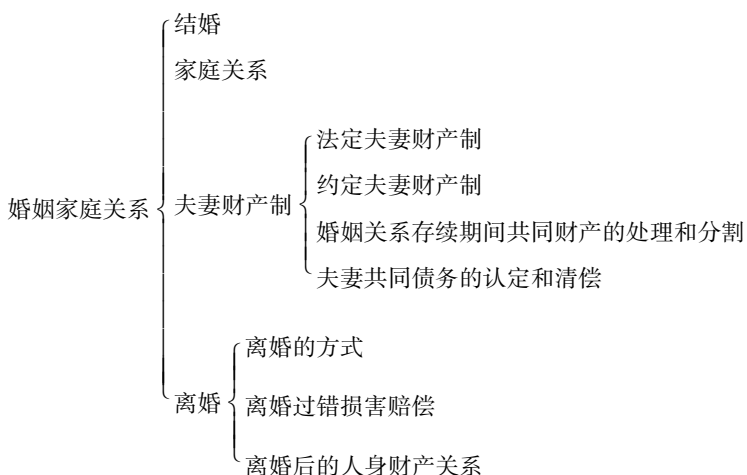
收养应当遵循最有利于被收养人的原则，保障被收养人和收养人的合法权益。禁止借收养名义买卖未成年人。

专题四十四

婚姻家庭关系

知识体系

KNOWLEDGE HIERARCHY



复习提要

本专题主要涉及四个方面的问题：1. 结婚；2. 家庭关系；3. 夫妻财产制；4. 离婚制度。其中，效力有瑕疵的婚姻和离婚制度系常考点，夫妻财产制系必考点。在备考过程中，必须重点突出。该专题的难度不大，只要下功夫，可以拿到满分。

一、结婚★★

原则	结婚应当男女双方完全自愿，禁止任何一方对另一方加以强迫或者任何组织、个人加以干涉
登记	1. 要求结婚的男女双方应当亲自到婚姻登记机关申请结婚登记。符合本法规定的，予以登记，发给结婚证。完成结婚登记，即确立婚姻关系。未办理结婚登记的，应当补办登记
	2. 登记结婚后，按照男女双方约定，女方可以成为男方家庭的成员，男方可以成为女方家庭的成员（男女互为家庭成员）

续表

效力有瑕疵的婚姻★★	情形	无效婚姻	情形	1. 重婚 2. 未到法定婚龄（结婚年龄，男不得早于22周岁，女不得早于20周岁） 3. 有禁止结婚的亲属关系（直系血亲或三代以内的旁系血亲禁止结婚）
			法院处理	法院主动出击，可依职权宣告婚姻无效，且当事人不得上诉（一审终审）
			可撤销婚姻	情形
		2. 因胁迫结婚的，受胁迫的一方可以向婚姻登记机关或者人民法院请求撤销婚姻。请求撤销婚姻的，应当自胁迫行为终止之日起1年内提出。被非法限制人身自由的当事人请求撤销婚姻的，应当自恢复人身自由之日起1年内提出		
	法律效果		法院处理	法院被动司法，不得依职权撤销婚姻，必须由当事人申请方可撤销
				1. 无效的或者被撤销的婚姻自始没有法律约束力，当事人不具有夫妻的权利和义务。同居期间所得的财产，由当事人协议处理；协议不成的，由人民法院根据照顾无过错方的原则判决。对重婚导致的无效婚姻的财产处理，不得侵害合法婚姻当事人的财产权益。当事人所生的子女，适用本法关于父母子女的规定 2. 婚姻无效或者被撤销的，无过错方有权请求损害赔偿

[萌点拨] 效力有瑕疵的婚姻

效力有瑕疵的婚姻，我们用5字口诀来记忆，即“婚、龄、属、病、胁”。其中，“婚”、“龄”和“属”系无效婚姻；“病”和“胁”系可撤销婚姻。

具体而言，“婚”代表重婚的；“龄”代表未到法定婚龄的；“属”代表有禁止结婚的亲属关系的（即直系血亲或三代以内旁系血亲）；“病”代表一方患有重大疾病在结婚登记前未如实告知的；“胁”代表胁迫的。

二、家庭关系★★

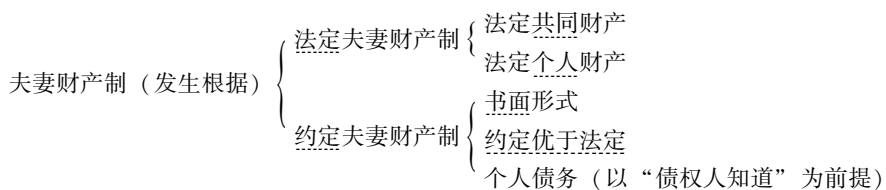
家庭关系基本原理★★

夫妻 关系	地位平等	夫妻在婚姻家庭关系中地位平等
	姓名权	夫妻双方都有各自使用自己姓名的权利
	决定自由	夫妻双方都有参加生产、工作、学习和社会活动的自由，一方不得对另一方加以限制或者干涉
	监护职责平等	夫妻双方平等享有对未成年子女抚养、教育和保护的權利，共同承担对未成年子女抚养、教育和保护的义务
	扶养义务★★	夫妻有相互扶养的义务。需要扶养的一方，在另一方不履行扶养义务时，有要求其给付扶养费的权利

续表

夫妻 关系	家事代理权 ★★	1. 夫妻一方因家庭日常生活需要而实施的民事法律行为，对夫妻双方发生法律效力，但是夫妻一方与相对人另有约定的除外 2. 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
	遗产继承权	夫妻有相互继承遗产的权利
父母 子女 关系	抚养赡养 义务	1. 父母不履行抚养义务的，未成年子女或者不能独立生活的成年子女，有要求父母给付抚养费的权利 2. 成年子女不履行赡养义务的，缺乏劳动能力或者生活困难的父母，有要求成年子女给付抚养费的权利
	监护职责	父母有教育、保护未成年子女的权利和义务。未成年子女造成他人损害的，父母应当依法承担民事责任
	尊重	子女应当尊重父母的婚姻权利，不得干涉父母离婚、再婚以及婚后的生活。子女对父母的赡养义务，不因父母的婚姻关系变化而终止
	遗产继承权	父母和子女有相互继承遗产的权利
	非婚生子女 地位平等	1. 非婚生子女享有与婚生子女同等的权利，任何组织或者个人不得加以危害和歧视 2. 不直接抚养非婚生子女的生父或者生母，应当负担未成年子女或者不能独立生活的成年子女的抚养费
	继父母 子女关系	1. 继父母与继子女间，不得虐待或者歧视 2. 继父或者继母和受其抚养教育的继子女间的权利义务关系，适用本法关于父母子女关系的规定
	亲子关系的确 认或否认 ☆☆☆	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
祖孙 关系	抚养 赡养 义务	1. 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，有抚养的义务 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
兄姐 姐妹 关系	抚养 义务	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，有抚养的义务。由兄、姐抚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，有抚养的义务。

三、夫妻财产制 ★★★



(夫妻财产制体系框架图)

(一) 法定夫妻财产制★★★

1. 法定共同财产。

夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产，为夫妻的共同财产，归夫妻共同所有。夫妻对共同财产，有平等的处理权。

(1) 工资、奖金和其他劳务报酬；

(2) 生产、经营、投资的收益；

(3) 知识产权的收益；★★★

[萌主点拨] 稿费（稿酬）的归属

发表或获得稿酬之一发生在婚姻关系存续期间即可以认定为夫妻共同财产。

(4) 继承或者受赠的财产。

[萌主点拨] 继承或受赠的财产归属

1. 原则：在婚姻关系存续期间，夫或妻一方继承或受赠的财产系夫妻共同财产。

2. 例外：“确定只归”夫或妻一方的除外。

(5) 男女双方实际取得或应当取得的住房补贴、住房公积金、养老保险金、破产安置补偿费；

[萌主点拨] 离婚时夫妻一方尚未退休、不符合领取养老保险金条件，另一方请求按照夫妻共同财产分割养老保险金的，人民法院不予支持；婚后以夫妻共同财产缴付养老保险费，离婚时一方主张将养老金账户中婚姻关系存续期间个人实际缴付部分作为夫妻共同财产分割的，人民法院应予支持。

(6) 由一方婚前承租、婚后用共有财产购买的房屋，房屋权属证书登记在一方名下的；此时，如记名产权人擅自处分房屋的，其与第三人之间订立的房屋买卖合同有效，第三人符合善意取得的，可以善意取得房屋的所有权。

[萌主点拨] 夫妻房屋所有权的认定

1. 婚后，夫妻双方自己出资购买房屋，无论登记在谁名下，均认定为“夫妻共同共有”。

2. 婚后，夫或妻一方父母出资购买房屋，登记在夫妻双方名下，认定为“夫妻共同共有”。

3. 婚后，夫或妻一方父母出资购买房屋，登记在出资人自己子女名下，认定为“一方个人财产”。

4. 婚后，夫妻双方父母出资购买房屋，登记在夫妻双方名下，认定为“夫妻共同共有”。

5. 婚后，夫妻双方父母出资购买房屋，登记在一方子女名下，认定为“夫妻按份共有”。

夫妻房屋所有权归属的认定★★★

婚前/婚后	出资人	登记在谁名下	产权归属
婚后	夫妻双方	在所不问	共同共有
婚后	一方父母	夫妻双方	共同共有
婚后	一方父母	出资人子女名下	出资人子女个人财产
婚后	双方父母	夫妻双方	共同共有
婚后	双方父母	夫或妻一方	按份共有

典型真题

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·卷三·20题）^①

- 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

（7）一方个人财产在婚后产生的收益，除孳息和自然增值外，应认定为夫妻共同财产。

典型真题

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·卷三·23题）^②

- A. 甲婚前承包果园，婚后果树上掉落的果实
- 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

2. 法定个人财产。

下列财产为夫妻一方的个人财产：

（1）一方的婚前财产；

夫妻一方所有的财产，不因婚姻关系的延续而转化为夫妻共同财产。但当事人另有约定的除外。

典型真题

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·卷三·20题）^③

- 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

- （2）一方因受到人身损害获得的赔偿和补偿；
- （3）遗嘱或者赠与合同中确定只归一方的财产；
- （4）一方专用的生活用品；

① 答案：D。

② 答案：C。

③ 答案：D。

(5) 军人的伤亡保险金、伤残补助金、医疗生活补助费；

(6) 婚前或婚姻关系存续期间，当事人约定将一方所有的房产赠与另一方，赠与方在赠与房产变更登记之前撤销赠与，另一方请求判令继续履行的，法院可以按照赠与合同任意撤销权的规定处理。

(7) 夫妻一方婚前签订不动产买卖合同，以个人财产支付首付款并在银行贷款，婚后用夫妻共同财产还贷，不动产登记于首付款支付方名下的，离婚时该不动产由双方协议处理。

依前款规定不能达成协议的，法院可以判决该不动产归产权登记一方，尚未归还的贷款为产权登记一方的个人债务。双方婚后共同还贷支付的款项及其相对应财产增值部分，离婚时应根据婚姻法第39条第1款规定的原则，由产权登记一方对另一方进行补偿。

(二) 约定夫妻财产制★★

内容	男女双方可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或者部分各自所有、部分共同所有
形式	约定应当采用书面形式。否则，适用法定夫妻财产制
法律效力	1. 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（约定夫妻财产制优于法定夫妻财产制） 2. 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

[例] 孟某与刘某结婚时签订书面协议，约定婚后所得财产归各自所有。刘某婚后即辞去工作在家奉养公婆，照顾小孩。孟某长期在外地工作，后与徐某同居，刘某得知后向法院起诉要求离婚。请问：孟某与刘某关于夫妻分别财产所有制的协议效力如何？

答：合法有效。

(三) 婚姻关系存续期间共同财产的处理和分割★★

处理	原则	夫或妻在处理夫妻共同财产上权利平等，因日常生活需要而处理夫妻共同财产的，任何一方均有权决定（平等的家事代理权）
	例外	1. 非因日常生活需要而处分夫妻共同财产的（如购房、购车），需夫妻双方一致同意 2. 夫妻之间订立借款协议，以夫妻共同财产出借给一方从事个人经营活动或用于其他个人事务的，应视为双方约定处分夫妻共同财产的行为，离婚时可按照借款协议的约定处理
分割	原则	不予支持
	例外	1. 一方有隐匿、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产或伪造夫妻共同债务等严重损害夫妻共同财产利益行为 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

典型真题

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·卷三·23 题）^①

- 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）夫妻共同债务的认定和清偿★★★

婚前	原则	一方婚前所负个人债务，债权人不得向其配偶主张权利
	例外	债权人能证明所负债务用于婚后家庭共同生活
婚姻关系存续期间	原则	1. 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，属于夫妻共同债务
		2. 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，属于夫妻共同债务
	例外	1. 夫妻一方以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务，债权人以夫妻共同债务为由主张权利的，法院不予支持，但债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营（如夫妻店）或基于夫妻双方共同意思表示的除外
		2. 另一方能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务
	3. 另一方能够证明夫妻约定分别财产所有制且第三人（债权人）知道该约定（夫妻一方对此负有举证责任）	
注意		1. 一方就共同债务承担连带清偿责任后，基于离婚协议或法院的法律文书向另一方主张追偿的，法院应当支持。（即内外有别）
		2. 夫或妻一方死亡，生存一方应当对婚姻关系存续期间的共同债务承担连带清偿责任
补充规定		1. 夫妻一方与第三人串通，虚构债务，第三人主张权利的，法院不予支持。（注意：虚构债务的民事法律行为无效；行为人与相对人恶意串通，损害他人合法权益的民事法律行为无效）
		2. 夫妻一方在从事赌博、吸毒等违法犯罪活动中所负债务，第三人主张权利的，法院不予支持

[萌点拨] 离婚时债务偿还

离婚时，夫妻共同债务，应当共同偿还。共同财产不足清偿或者财产归各自所有的，由双方协议清偿；协议不成的，由人民法院判决。

[例 1] 孟某和刘某为夫妻，共有一套房屋登记在孟某名下。刘某瞒着孟某向张美丽借款 100 万元供个人使用，并将房屋抵押给张美丽。请问：孟某对 100 万元借款是否应负连带还款义务？

答：不应当。

[例 2] 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

^① 答案：D。

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。请问：该 10 万元债务是否属于夫妻共同债务？

答：属于。

四、离婚★★

(一) 离婚的方式★★

协议 离婚	条件	1. 男女双方自愿离婚的，应当订立书面离婚协议，并亲自到婚姻登记机关申请离婚登记 2. 离婚协议应当载明双方自愿离婚的意思表示和对子女抚养、财产及债务处理等事项协商一致的意见	
	程序 ☆☆	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. 前款规定期间届满后 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. 婚姻登记机关查明双方确实是自愿离婚，并已对子女抚养、财产及债务处理等事项协商一致的，予以登记，发给离婚证	
	模式	抽象概括与具体列举相结合的例示主义	
诉讼 离婚	标准	夫妻感情确已破裂	
	调解	1. 男女一方要求离婚的，可以由有关组织进行调解或直接向人民法院提起离婚诉讼 2. 人民法院审理离婚案件，应当进行调解；如果感情确已破裂，调解无效的，应当准予离婚	
		法定 情形	1. 重婚或有配偶者与他人同居 2. 实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员 3. 有赌博、吸毒等恶习屡教不改 4. 因感情不和而分居满 2 年 5. 一方被宣告失踪（注意：申请人是利害关系人） 6. 夫以妻擅自中止妊娠侵犯其生育权为由请求损害赔偿的，人民法院不予支持；夫妻双方因是否生育发生纠纷，致使感情确已破裂，一方请求离婚的，人民法院经调解无效的 [注意] 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
	特殊 保护		军婚 现役军人的配偶要求离婚，应当征得军人同意，但是军人一方有重大过错的除外
			女方 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		离婚后，男女双方自愿恢复婚姻关系的，应当到婚姻登记机关重新进行结婚登记

[萌主点拨] 诉讼离婚的法定情形

诉讼离婚的法定情形，我们用口诀的方式来记忆，即“重婚同居暴虐遗；赌博吸毒两

分居；失踪生育致婚离”。其中，“重婚同居虐待遗”的情形，不仅可以诉讼离婚，而且可以请求离婚过错损害赔偿。“赌博吸毒两分居；失踪生育致婚离”的情形，仅可以诉讼离婚，不可以请求离婚过错损害赔偿。

上述口诀的内容，分别代表：

- ①重婚或有配偶者与他人同居；
- 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2年的；
- ⑤一方被宣告失踪，另一方提出离婚诉讼的；

⑥夫以妻擅自中止妊娠侵犯其生育权为由请求损害赔偿的，法院不予支持；夫妻双方因是否生育发生纠纷，致使感情确已破裂，一方请求离婚的，法院经调解无效。

※ [民法典新增条款] 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。

完成离婚登记，或者离婚判决书、调解书生效，即解除婚姻关系。

典型真题

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·卷三·65题）^①

- 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

（二）离婚过错损害赔偿★★★

情形	1. 重婚或有配偶者与他人同居的
	2. 实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员的
	3. 有其他重大过错
限制	必须仅一方有过错，如双方均有过错的，不得请求
条件	1. 婚姻关系存续期间，当事人不起诉离婚而单独提起损害赔偿请求的，不予受理
	2. 以判决准予离婚为前提；如判决不准离婚，法院对损害赔偿请求不予支持
责任人	离婚诉讼当事人中无过错方的配偶，与第三人无关
请求权人	离婚诉讼当事人中无过错方
责任性质	物质损害赔偿和精神损害赔偿

^① 答案：ABC。

典型真题

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·卷三·19题）^①

- 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

（三）离婚后的人身财产关系

1. 离婚后的人身关系★★

父母 子女 关系	1. 父母与子女间的关系，不因父母离婚而消除。离婚后，子女无论由父或者母直接抚养，仍是父母双方的子女
	2. 离婚后，父母对于子女仍有抚养、教育、保护的权利和义务
	3. 离婚后，不满两周岁的子女，以由母亲直接抚养为原则。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
子女 抚养	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. 前款规定的协议或者判决，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
探望 权	性质 属于权利而非义务（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）
	行使 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
	限制 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
	违反 处理 1. 对拒不执行有关抚养费、抚养费、赡养费、财产分割、遗产继承、 <u>探望子女</u> 等判决或裁定的，由法院依法强制执行；有关个人和单位 <u>应负协助执行的责任</u> 2. 关于对拒不执行有关探望子女等判决和裁定的，由法院依法强制执行的规定，是指对拒不履行协助另一方行使探望权的有关个人和单位 <u>采取拘留、罚款等强制措施，不能对子女的人身、探望行为进行强制执行</u>

[萌点拨] 亲子鉴定“做贼心虚”规则

男方向法院起诉请求确认亲子关系不存在、且提供必要证据予以证明，女方没有相反证据又拒绝做亲子鉴定的，法院可以推定不存在亲子关系。

女方起诉请求确认亲子关系、且提供必要证据予以证明，男方没有相反证据又拒绝做

^① 答案：C。

亲子鉴定，法院可以推定存在亲子关系。

典型真题

屈赞与曲玲协议离婚并约定婚生子屈曲由屈赞抚养，另口头约定曲玲按其能力给付抚养费并可随时探望屈曲。对此，下列哪些选项是正确的？（2016年·卷三·65题）^①

- A. 曲玲有探望权，屈赞应履行必要的协助义务
- B. 曲玲连续几年对屈曲不闻不问，违背了法定的探望义务
- C. 屈赞拒不履行协助曲玲探望的义务，经由裁判可依法对屈赞采取拘留、罚款等强制措施
- D. 屈赞拒不履行协助曲玲探望的义务，经由裁判可依法强制从屈赞处接领屈曲与曲玲会面

2. 离婚后的财产关系★★

经济补偿 ★★★	夫妻一方因抚育子女、照料老年人、协助另一方工作等负担较多义务的，离婚时有权向另一方请求补偿，另一方应当给予补偿。具体办法由双方协议；协议不成的，由人民法院判决
经济帮助	离婚时，如一方生活困难，有负担能力的另一方应当给予适当帮助。具体办法由双方协议；协议不成的，由人民法院判决
财产分割	1. 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
	2. 请求再次分割夫妻共同财产的诉讼时效为3年，从当事人发现之次日起算
	3. 当事人达成的以登记离婚或到法院协议离婚为条件的财产分割协议，如果双方协议离婚未成，一方在离婚诉讼中反悔的，法院应当认定该财产分割协议没有生效，并根据实际情况依法对夫妻共同财产进行分割
	4. 离婚后，一方以尚有夫妻共同财产未处理为由向法院起诉请求分割的，经审查该财产确属离婚时未涉及的夫妻共同财产，法院应当依法予以分割

[萌点拨] 合伙企业财产份额的分割

人民法院审理离婚案件，涉及分割夫妻共同财产中以一方名义在合伙企业中的出资，另一方不是该企业合伙人的，当夫妻双方协商一致，将其合伙企业中的财产份额全部或部分转让给对方时，按以下情形分别处理：

- (一) 其他合伙人一致同意的，该配偶依法取得合伙人地位；
- (二) 其他合伙人不同意转让，在同等条件下行使优先受让权的，可以对转让所得的财产进行分割；
- (三) 其他合伙人不同意转让，也不行使优先受让权，但同意该合伙人退伙或退还部分财产份额的，可以对退还的财产进行分割；
- (四) 其他合伙人既不同意转让，也不行使优先受让权，又不同意该合伙人退伙或退

^① 答案：AC。

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。

 典型真题

1. 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·卷三·66题）^①

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

2. 乙起诉离婚时，才得知丈夫甲此前已着手隐匿并转移财产。关于甲、乙离婚的财产分割，下列哪一选项是错误的？（2016年·卷三·18题）^②

A. 甲隐匿转移财产，分割财产时可少分或不分

B. 就履行离婚财产分割协议事宜发生纠纷，乙可再起诉

C. 离婚后发现甲还隐匿其他共同财产，乙可另诉再次分割财产

D. 离婚后因发现甲还隐匿其他共同财产，乙再行起诉不受诉讼时效限制

^① 答案：BCD。

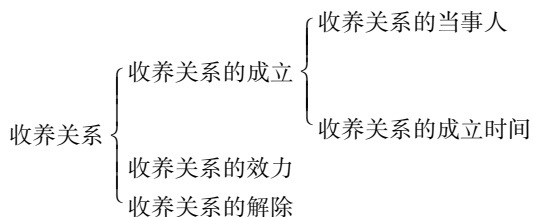
^② 答案：D。

专题四十五

收养关系

知识体系

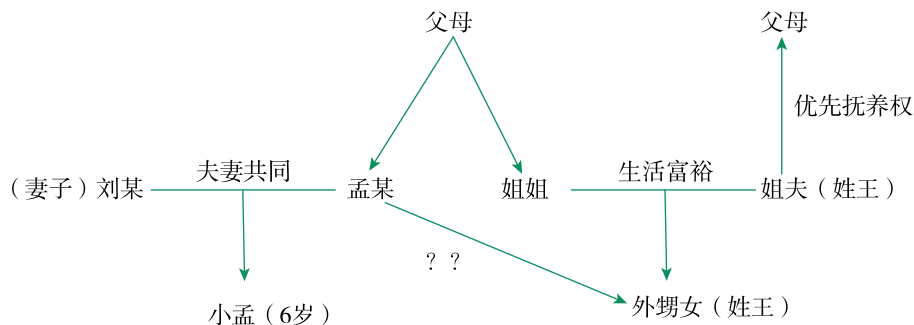
KNOWLEDGE HIERARCHY



复习提要

本专题主要涉及三个方面的问题：1. 收养关系的确立；2. 收养关系的效力；3. 收养关系的解除。其中，收养关系的确立系重点和难点，在备考应重复做题感受。

一、收养关系的成立★★



(收养关系的当事人法律关系示意图)

(一) 收养关系的当事人★★

被收养人	原则	下列未成年人（不满18周岁），可以被收养：1. 丧失父母的孤儿；2. 查找不到生父母的 <u>未成年人</u> ；3. 生父母有特殊困难无力抚养的子女
------	----	---

续表

被收养人	注意	收养人收养与送养人送养，应当双方自愿。收养 8 周岁以上未成年人的，应当征得被收养人的同意
送养人	原则	1. 孤儿的监护人
		2. 儿童福利机构
		3. 有特殊困难无力抚养子女的生父母
注意	1. 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	
	2. 监护人送养孤儿的，应当征得有抚养义务的人同意。有抚养义务的人不同意送养、监护人不愿意继续履行监护职责的，应当依照本法总则编的规定另行确定监护人	
	3. 生父母送养子女，应当双方共同送养。生父母一方不明或者查找不到的，可以单方送养	
收养人 ★★★	原则	1. 无子女或者只有一名子女
		2. 有抚养、教育和保护被收养人的能力
		3. 未患有在医学上认为不应当收养子女的疾病
		4. 无不利于被收养人健康成长的违法犯罪记录
		5. 年满三十周岁
	注意	1. 收养三代以内同辈旁系血亲的子女，可以不受生父母有特殊困难无力抚养的子女、有特殊困难无力抚养子女的生父母和无配偶者收养异性子女的，收养人与被收养人的年龄应当相差 40 周岁以上规定的限制
		2. 华侨收养三代以内同辈旁系血亲的子女，还可以不受无子女或者只有一名子女的限制
		3. 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；收养孤儿、残疾未成年人或者儿童福利机构抚养的查找不到生父母的未成年人，可以不受前款和无子女或者只有一名子女的限制
		4. 有配偶者收养子女，应当夫妻共同收养
		5. 无配偶者收养异性子女的，收养人与被收养人的年龄应当相差周岁 40 以上
		6. 继父或者继母经继子女的生父母同意，可以收养继子女，并可以不受生父母有特殊困难无力抚养的子女、有特殊困难无力抚养子女的生父母、第一千零九十八条和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

[萌主点拨 1] 收养人的条件

收养人应当同时具备下列条件，我们用 14 字口诀来表述就是“无子一子有能力；无病无罪满三十”。分别是：

- (一) 无子女或者只有一名子女；
- (二) 有抚养、教育和保护被收养人的能力；
- (三) 未患有在医学上认为不应当收养子女的疾病；
- (四) 无不利于被收养人健康成长的违法犯罪记录；

(五) 年满三十周岁。

[萌主点拨2] 孤儿或者生父母无力抚养的子女, 可以由生父母的亲属、朋友抚养; 抚养人与被抚养人的关系不适用本章规定。

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。

收养人、送养人要求保守收养秘密的, 其他人应当尊重其意愿, 不得泄露。

典型真题

小强现年9周岁, 生父谭某已故, 生母徐某虽有抚养能力, 但因准备再婚决定将其送养。徐某的姐姐要求收养, 其系华侨富商, 除已育有一子外符合收养人的其他条件; 谭某父母为退休教师, 也要求抚养。下列哪些选项是正确的? (2017年·卷三·19题)^①

- A. 徐某因有抚养能力不能将小强送其姐姐收养
- B. 徐某的姐姐因有子女不能收养小强
- C. 谭某父母有优先抚养的权利
- D. 收养应征得小强同意

(二) 收养关系的成立时间★★

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起成立。

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。

收养关系当事人愿意订立收养协议的, 可以订立收养协议。

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。

二、收养关系的效力★

养父母子女关系	自收养关系成立之日起, 养父母与养子女间的权利义务关系, 适用本法关于父母子女关系的规定; 养子女与养父母的近亲属间的权利义务关系, 适用本法关于子女与父母的近亲属关系的规定。养子女与生父母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
子女姓氏	养子女可以随养父或者养母的姓氏, 经当事人协商一致, 也可以保留原姓氏
无效收养	有本法总则编关于民事法律行为无效规定情形或者违反本编规定的收养行为无效。无效的收养行为自始没有法律约束力

三、收养关系的解除★★

条件和限制	1. 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. 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。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. 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

^① 答案: CD。

续表

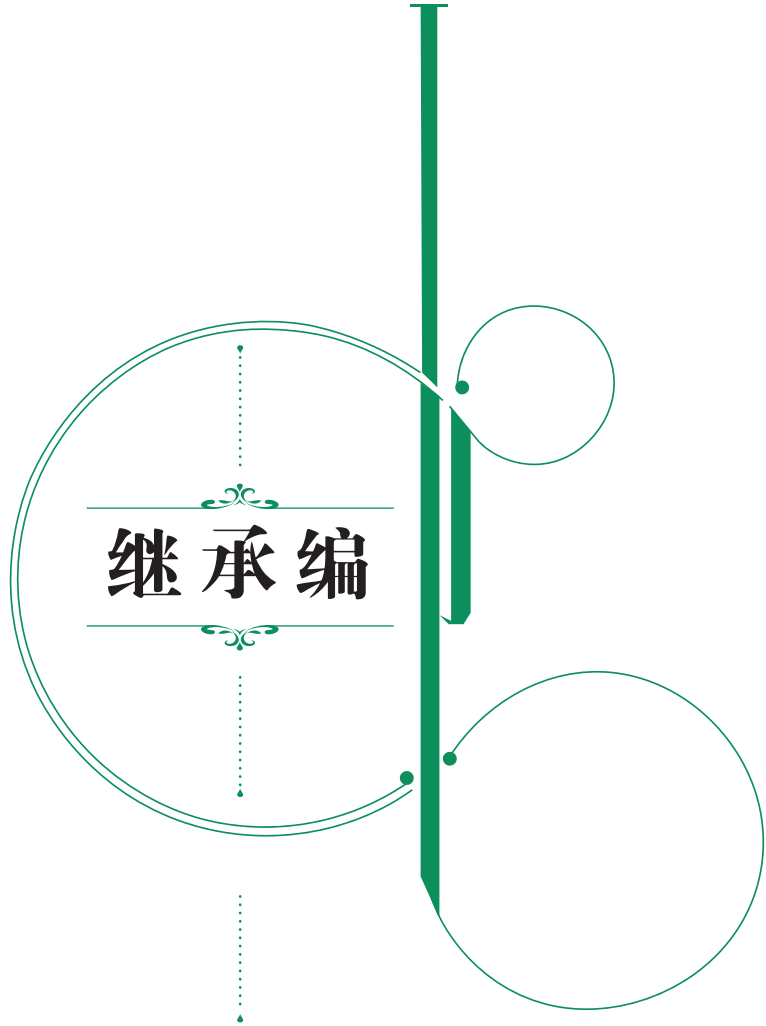
解除登记	当事人协议解除收养关系的，应当到民政部门办理解除收养关系登记
法律效力	1. 收养关系解除后，养子女与养父母及其他近亲属间的权利义务关系即行消除，与生父母及其他近亲属间的权利义务关系自行恢复。但是，成年养子女与生父母及其他近亲属间的权利义务关系是否恢复，可以协商确定
	2. 收养关系解除后，经养父母抚养的成年养子女，对缺乏劳动能力又缺乏生活来源的养父母，应当给付生活费。因养子女成年后虐待、遗弃养父母而解除收养关系的，养父母可以要求养子女补偿收养期间支出的抚养费。
	3. 生父母要求解除收养关系的，养父母可以要求生父母适当补偿收养期间支出的抚养费，但是因养父母虐待、遗弃养子女而解除收养关系的除外

典型真题

张某和李某达成收养协议，约定由李某收养张某6岁的孩子小张；任何一方违反约定，应承担违约责任。双方办理了登记手续，张某依约向李某支付了10万元。李某收养小张1年后，因小张殴打他人赔偿了1万元，李某要求解除收养协议并要求张某赔偿该1万元。张某同意解除但要求李某返还10万元。下列哪一表述是正确的？（2014年·卷三·2题）^①

- A. 李某、张某不得解除收养关系
- B. 李某应对张某承担违约责任
- C. 张某应赔偿李某1万元
- D. 李某应返还不当得利

^① 答案：D。

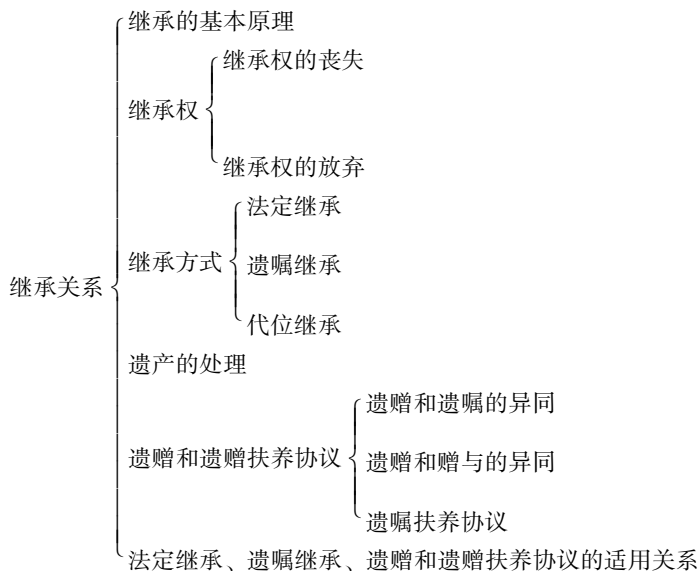


专题四十六

继承关系

知识体系

KNOWLEDGE HIERARCHY



复习提要

本编调整因继承产生的民事关系，国家保护自然人的继承权。本专题主要涉及六个方面的问题：1. 继承的基本原理；2. 继承权；3. 继承方式；4. 遗产的处理；5. 遗赠和遗赠扶养协议；6. 法定继承、遗嘱继承、遗赠和遗赠扶养协议的适用关系。该专题系绝对的难点，在备考中应通过多做题、多练习，反复琢磨。

一、继承的基本原理★★

含义	自然人死亡后，由法律规定的一定范围内的人或遗嘱指定的人依法取得死者遗留的个人合法财产的法律制度
时间	1. 继承从被继承人死亡时开始

续表

时间	2. 相互有继承关系的数人在同一事件中死亡, 难以确定死亡时间的, 推定没有其他继承人的人先死亡。都有其他继承人, 辈份不同的, 推定长辈先死亡; 辈份相同的, 推定同时死亡, 相互不发生继承
遗产范围	遗产是自然人死亡时遗留的个人合法财产, 但是依照法律规定或者根据其性质不得继承的除外
方式	继承开始后, 按照法定继承办理; 有遗嘱的, 按照遗嘱继承或者遗赠办理; 有遗赠扶养协议的, 按照协议办理
纠纷解决	继承人应当本着互谅互让、和睦团结的精神, 协商处理继承问题。遗产分割的时间、办法和份额, 由继承人协商确定。协商不成的, 可以由人民调解委员会调解或者向人民法院提起诉讼

[萌点拨] 相互有继承关系的几个人在同一事件中死亡, 如不能确定死亡先后时间的:

第一步: 推定没有继承人的人先死亡; 其中所谓的“没有继承人”是指在该事件以外没有存活的继承人;

第二步: 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;

第三步: 死亡人各自都有继承人的, 如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] 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, 但无法确定死亡的先后时间。

请问: 此时, 推定王某和李某先于女儿死亡, 这种推定是否正确?

答: 相互有继承关系的几个人在同一事件中死亡, 且不能确定先后时间的, 第一步应当推定没有继承人的人先死亡; 其中所谓的“没有继承人”是指在该事件以外没有存活的继承人; 题目中并未告知这一信息, 应认定为在该事件之外还有继承人, 放弃第一步, 采用第二步进行判断, 即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。据此可知, 推定王某和李某先于女儿死亡是正确的。

[例] 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。请问: 60 万元赔款是否属于遗产?

答: 不属于。

二、继承权★

(一) 继承权的丧失☆☆

含义	继承人因对被继承人或其他继承人有法律规定的违法行为而被依法剥夺继承权, 从而丧失继承权的法律制度
情形	1. 故意杀害被继承人的
	2. 为争夺遗产故意杀害其他继承人的

续表

情形	3. 遗弃被继承人或虐待被继承人情节严重的
	4. 伪造、篡改、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] 1. 继承人有前款第三项至第五项行为，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； 2. 受遗赠人有本条第一款规定行为的，丧失受遗赠权

(二) 继承权的放弃★

含义	继承人在继承开始后，遗产分割前，以明示的方式作出的拒绝接受被继承人遗产的意思表示
方式	继承人放弃继承应当以书面形式向其他继承人表示；用口头方式表示放弃继承，本人承认，或有其它充分证据证明的，也应当认定其有效
时间	继承开始后、遗产分割前；遗产分割后表示放弃的不再是继承权，而是所有权
反悔	1. 遗产处理前或在诉讼进行中，继承人对放弃继承反悔的，由法院根据其提出的具体理由，决定是否承认
	2. 遗产处理后，继承人对放弃继承反悔的，不予承认
效力	1. 放弃继承的效力，追溯到继承开始的时间
	2. 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

[提示] 该考点仅直接考查1次。

🔗 典型真题

下列哪一行为可引起放弃继承权的后果？(2011年·卷三·23题)^①

- A. 张某口头放弃继承权，本人承认
- B. 王某在遗产分割后放弃继承权
- C. 李某以不再赡养父母为前提，书面表示放弃其对父母的继承权
- D. 赵某与父亲共同发表书面声明断绝父子关系

三、继承方式★★★

(一) 法定继承★★★

含义	在没有遗赠扶养协议和遗嘱，或者遗赠扶养协议和遗嘱无效的情况下，继承人依据法律确定的继承人范围、继承顺序以及遗产分配的原则，取得被继承人遗产的继承方式	
顺位	第一顺序	配偶、父母、子女（注意：1. 丧偶儿媳对公婆，丧偶女婿对岳父母，尽了主要赡养义务的，不论再婚与否均可作为第一顺序的拟制继承人；2. 代位继承）

^① 答案：A。

续表

顺位	第二顺序	兄弟姐妹、祖父母、外祖父母（注意：孙子女、外孙子女不是法定继承人，但其对祖父母、外祖父母负有法定的赡养义务，二者间不得签订“遗赠扶养协议”）	
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	
遗产分配	原则	同一顺序继承人继承遗产的份额，一般应当均等	
	例外	意定	继承人协商同意的，也可以不均等
		法定	1. 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
			2. 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，分配遗产时，可以多分
			3. 有扶养能力、条件而不尽扶养义务的继承人，应当不分或少分
			4. 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
			5. 对继承人以外的依靠被继承人扶养的缺乏劳动能力又没有生活来源的人，或者继承人以外的对被继承人扶养较多的人，可以分给他们适当的遗产
			6. 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，除可继承养父母的遗产外，还可分得生父母的适当的遗产
7. 因为有抚养关系而取得继父母的继承权的继子女不影响享有其生父母的继承权			

[萌主点拨1] 法定继承的顺位

遗产按照下列顺序继承：

- （一）第一顺序：配偶、子女、父母；
- （二）第二顺序：兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。

继承开始后，由第一顺序继承人继承，第二顺序继承人不继承。没有第一顺序继承人继承的，由第二顺序继承人继承。

本编所称子女，包括婚生子女、非婚生子女、养子女和有扶养关系的继子女。

本编所称父母，包括生父母、养父母和有扶养关系的继父母。

本编所称兄弟姐妹，包括同父母的兄弟姐妹、同父异母或者同母异父的兄弟姐妹、养兄弟姐妹、有扶养关系的继兄弟姐妹。

[萌主点拨2] 遗产分配

1. 原则：同一顺序继承人继承遗产的份额，一般应当均等。
2. 例外：
 - （1）意定。继承人协商同意的，也可以不均等。
 - （2）法定。

①对生活有特殊困难又缺乏劳动能力的继承人，分配遗产时，应当予以照顾。

②对被继承人尽了主要扶养义务或者与被继承人共同生活的继承人，分配遗产时，可以多分^①。

③有扶养能力和有扶养条件的继承人，不尽扶养义务的，分配遗产时，应当不分或者少分^②。

④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。

⑤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。

⑥养子女不属于其生父母的继承人，如果对其生父母尽了较多赡养义务，也只能属于适当分得遗产人。

⑦有抚养关系的继子女（未成年）继承了继父母遗产的，不影响其继承生父母的遗产。

典型真题

郭大爷女儿五年前病故，留下一子甲。女婿乙一直与郭大爷共同生活，尽了主要赡养义务。郭大爷继子丙虽然与其无扶养关系，但也不时从外地回来探望。郭大爷还有一丧失劳动能力的养子丁。郭大爷病故，关于其遗产的继承，下列哪些选项是正确的？（2010年·卷三·67题）^③

- A. 甲为第一顺序继承人
- B. 乙在分配财产时，可多分
- C. 丙无权继承遗产
- D. 分配遗产时应该对丁予以照顾

（二）遗嘱继承★★★

自然人可以依照本法规定立遗嘱处分个人财产，并可以指定遗嘱执行人。自然人可以立遗嘱将个人财产指定由法定继承人中的一人或者数人继承。自然人可以立遗嘱将个人财产赠与国家、集体或者法定继承人以外的人。

遗嘱继承★★★

适用条件	1. 没有遗赠扶养协议	
	2. 立有遗嘱且合法有效	
	3. 遗嘱继承人没有放弃、丧失继承权，也未先于被继承人死亡	
六种形式	公证遗嘱	由遗嘱人经公证机构办理
	自书遗嘱	由遗嘱人亲笔书写，签名，注明年、月、日
	录音录像	1. 应当有两个以上见证人在场见证
	遗嘱☆☆☆	2. <u>遗嘱人和见证人应当在录音录像中记录其姓名或者肖像，以及年、月、日</u>

① 对被继承人生活提供了主要经济来源，或在劳务等方面给予了主要扶助的，应当认定其尽了主要赡养义务或主要扶养义务。

② 继承人有扶养能力和扶养条件，愿意尽扶养义务，但被继承人因有固定收入和劳动能力，明确表示不要求其扶养的，分配遗产时，一般不应因此而影响其继承份额。有扶养能力和扶养条件的继承人虽然与被继承人共同生活，但对需要扶养的被继承人未尽扶养义务，分配遗产时，可以少分或不分。

③ 答案：ABCD。

续表

六种形式	口头遗嘱	1. 遗嘱人在危急情况下，可以立口头遗嘱
		2. 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
	代书遗嘱	1. 应当有两个以上见证人在场见证
2. 由其中一人代书，并由遗嘱人、代书人和其他见证人签名，注明年、月、日		
打印遗嘱 ☆☆☆	1. 应当有两个以上见证人在场见证	
	2. 遗嘱人和见证人应当在遗嘱每一页签名，注明年、月、日	
	遗嘱见证人	下列人员不能作为遗嘱见证人：1. 无民事行为能力人、限制民事行为能力人以及其他不具有见证能力的人；2. 继承人、受赠人；3. 与继承人、受赠人有利害关系的人
效力	一般规定	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
	无效遗嘱	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（注意：遗嘱属于单方民事法律行为）
		2. 遗嘱必须表示遗嘱人的真实意思，受欺诈、胁迫所立的遗嘱无效
		3. 伪造的遗嘱无效
		4. 遗嘱被篡改的，篡改的内容无效
		5. 处分国家、集体、他人所有的财产的遗嘱部分
		6. 未对缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产的份额的，对应当保留的必要份额的处分无效
	附义务的遗嘱	1. 遗嘱继承或者遗赠附有义务的，继承人或者受赠人应当履行义务。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，人民法院可以取消其接受附义务部分遗产的权利
		2. 附义务的遗嘱继承或遗赠，如义务能够履行，而继承人、受赠人无正当理由不履行，经受益人或其他继承人请求，法院可以取消他接受附义务那部分遗产的权利，由提出请求的继承人或受益人负责按遗嘱人的意愿履行义务，接受遗产

※ [民法典新增条款] 以录音录像形式立的遗嘱，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，以及年、月、日。

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，注明年、月、日。

[例1] 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。请问：如甲死亡，谁是甲遗产的继承人？

答：乙。

[例2] 甲立下遗嘱，误将乙的字画分配给继承人。请问：甲的遗嘱效力如何？

答：无效。

 典型真题

老夫妇王冬与张霞有一子王希、一女王楠，王希婚后育有一子王小力。王冬和张霞曾约定，自家的门面房和住房属于王冬所有。2012年8月9日，王冬办理了公证遗嘱，确定门面房由张霞和王希共同继承。2013年7月10日，王冬将门面房卖给他人并办理了过户手续。2013年12月，王冬去世，不久王希也去世。关于住房和出售门面房价款的继承，下列哪一说法是错误的？（2015年·卷三·21题）^①

- A. 张霞有部分继承权
- B. 王楠有部分继承权
- C. 王小力有部分继承权
- D. 王小力对住房有部分继承权、对出售门面房的价款有全部继承权

(三) 代位继承 ★★★

代位继承 VS 转继承 ★★★

要点	代位继承	转继承
含义	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。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代位继承	继承开始后，继承人于遗产分割前死亡，并没有放弃继承的，该继承人应当继承的遗产转给其继承人；但是遗嘱另有安排的除外
本质	继承权的转移（一次继承且代位继承人属于第一顺序继承人）	分割被继承人遗产的权利（两次继承）
适用情形	被继承人的子女先于被继承人死亡或被继承人的兄弟姐妹先于被继承人死亡	继承开始后遗产分割前继承人死亡
权利主体	被代位人的直系晚辈血亲（无辈数限制）	被转继承人死亡时生存的所有合法继承人（无辈数限制）

[例] 田某死后留下五间房屋、一批字画以及数十万存款的遗产。田某生三子一女，长子早已病故，留下一子一女。就在两个儿子和一个女儿办理完丧事协商如何处理遗产时，小儿子因交通事故身亡，其女儿刚满周岁。请问：大儿子之子女对田某的遗产是否享有代位继承权？

答：享有。

^① 答案：D。

四、遗产的处理☆☆☆

遗产 管理人 ☆☆☆	确定	继承开始后，遗嘱执行人为遗产管理人；没有遗嘱执行人的，继承人应当及时推选遗产管理人；继承人未推选的，由继承人共同担任遗产管理人；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民委员会担任遗产管理人
	指定	对遗产管理人的确定有争议的，利害关系人可以向人民法院申请指定遗产管理人
	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		
责任	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	
报酬	遗产管理人可以依照法律规定或者按照约定获得报酬	
通知 义务	1. 继承开始后，知道被继承人死亡的继承人应当及时通知其他继承人和遗嘱执行人 2. 继承人中无人知道被继承人死亡或者知道被继承人死亡而不能通知的，由被继承人生前所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会负责通知	
保管	存有遗产的人，应当妥善保管遗产，任何组织或者个人不得侵吞或者争抢	
确定	1. 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出为配偶所有，其余的为被继承人的遗产	
	2. 遗产在家庭共有财产之中的，遗产分割时，应当先分出他人的财产	
胎儿预留	遗产分割时，应当保留胎儿的继承份额。胎儿娩出时是死体的，保留的份额按照法定继承办理	
分割原则	遗产分割应当有利于生产和生活需要，不损害遗产的效用。不宜分割的遗产，可以采取折价、适当补偿或者共有等方法处理	

[萌主点拨] 夫妻一方死亡后另一方再婚的，有权处分所继承的财产，任何人不得干涉。

五、遗赠和遗赠扶养协议★★

(一) 遗赠和遗嘱异同

遗赠 VS 遗嘱★★

要点	遗赠	遗嘱
性质	单方民事法律行为	单方民事法律行为
对象	国家、集体或法定继承人以外的自然人（如外孙女、侄子、侄女、保姆等）	法定继承人

续表

要点	遗赠	遗嘱
沉默后果	受遗赠人应当在知道受遗赠后 2 个月内, 作出接受或放弃受遗赠的表示; 到期没有表示的, 视为放弃受遗赠	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

[提示] 该考点共直接考查 2 次。

[萌主点拨] 遗赠和遗嘱的异同

1. 相同点: 无论是遗赠还是遗嘱均属于单方民事法律行为。

2. 不同点:

(1) 对象不同。遗赠的对象是国家、集体或法定继承人以外的自然人; 而遗嘱的对象乃法定继承人。

(2) 沉默后果。受遗赠人应当在知道受遗赠后 2 个月内, 作出接受或者放弃受遗赠的表示。到期没有表示的, 视为放弃受遗赠。同时, 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。

[例] 甲死后留有房屋一间和存款若干, 法定继承人为其子乙。甲生前立有遗嘱, 将其存款赠予侄女丙。乙和丙被告知 3 个月后参与甲的遗产分割, 但直到遗产分割时, 乙与丙均未作出是否接受遗产的意思表示。请问: 该案如何处理?

答: 乙视为接受继承, 丙视为放弃接受遗赠。

(二) 遗赠和赠与的异同

遗赠 VS 赠与★★

要点	遗赠	赠与
有偿否	无偿	无偿
性质	死因行为	生前行为
意思表示数量	单方民事法律行为	双方民事法律行为
要式否	要式	不要式
法律调整	受继承编调整	受合同编调整

[萌主点拨] 遗赠和赠与的异同

1. 相同点: 无论是遗赠还是赠与二者均是无偿的。

2. 不同点:

(1) 性质不同。遗赠属于死因行为; 而赠与乃生前行为。

(2) 意思表示数量不同。遗赠系依一方当事人的意思表示而成立的民事法律行为, 属于单方民事法律行为; 赠与合同是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人, 受赠人表示接受赠与的合同。据此可知, 赠与属于双方民事法律行为。

(3) 要式否不同。遗赠属于要式行为, 而赠与乃不要式行为。

(4) 法律调整不同。合同是平等主体的自然人、法人、非法人组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议, 适用其他法律

的规定。据此可知，遗赠受继承编调整，而赠与受合同编调整。

（三）遗赠扶养协议★★

含义	自然人可以与继承人以外的组织或者个人签订遗赠扶养协议。按照协议，该组织或者个人承担该自然人生养死葬的义务，享有受遗赠的权利
性质	1. 双方民事法律行为，但不受合同编调整，而受继承编调整
	2. 扶养人负有对遗赠人的生养死葬义务，有取得遗赠财产的权利（注意：如在死亡前，遗赠人即将财产转移给扶养人，则该行为的性质将被认定为“赠与”）
	3. 生前与死因法律行为的双重属性（即扶养人的扶养义务生前生效，财产的赠与在遗赠人死后生效）
主体	遗赠人只能是自然人，扶养人可以是法定继承人以外的自然人，也可以是集体所有制组织；但当事人之间不能存在法定扶养义务关系
	扶养人既可以是自然人，也可以是集体所有制组织，当扶养人为自然人时，遗赠人与扶养人之间不能存在法定的扶养义务关系。
效力	最优

【例】梁某已八十多岁，老伴和子女都已过世，年老体弱，生活拮据，欲立一份遗赠扶养协议，死后将三间房屋送给在生活和经济上照顾自己的人。请问：梁某的外孙子女能否作遗赠扶养协议的扶养人？

答：不可以。

六、法定继承、遗嘱继承、遗赠和遗赠扶养协议的适用关系★★

结论	遗赠扶养协议>遗嘱继承、遗赠>法定继承
限定继承原则	1. 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其限
	2. 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
遗产已分割尚未清偿债务的处理	1. 遗赠扶养协议中的扶养人不负担债务清偿责任
	2. 有法定继承的，先由法定继承人用所得遗产清偿；不足的，剩余债务由遗嘱继承人、受遗赠人依比例偿还，但以遗产价值为限
	3. 无法定继承的，由遗嘱继承人、受遗赠人依比例偿还，但以遗产价值为限

【萌点拨1】继承开始后，按照法定继承办理；有遗嘱的，按照遗嘱继承或者遗赠办理；有遗赠扶养协议的，按照协议办理。

据此可知，结论为：遗赠扶养协议>遗嘱继承、遗赠>法定继承。

【萌点拨2】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

执行遗赠不得妨碍清偿遗赠人依法应当缴纳的税款和债务。

【萌点拨3】遗产已分割尚未清偿债务的处理

遗产已被分割而未清偿债务时，如有法定继承又有遗嘱继承和遗赠的，首先由法定继承人用其所得遗产清偿债务；不足清偿时，剩余的债务由遗嘱继承人和受遗赠人按比例用所得遗产偿还；如果只有遗嘱继承和遗赠的，由遗嘱继承人和受遗赠人按比例用所得遗产偿还。

在遗产已分割完毕，但被继承人尚有未清偿债务时，按如下规则办理：

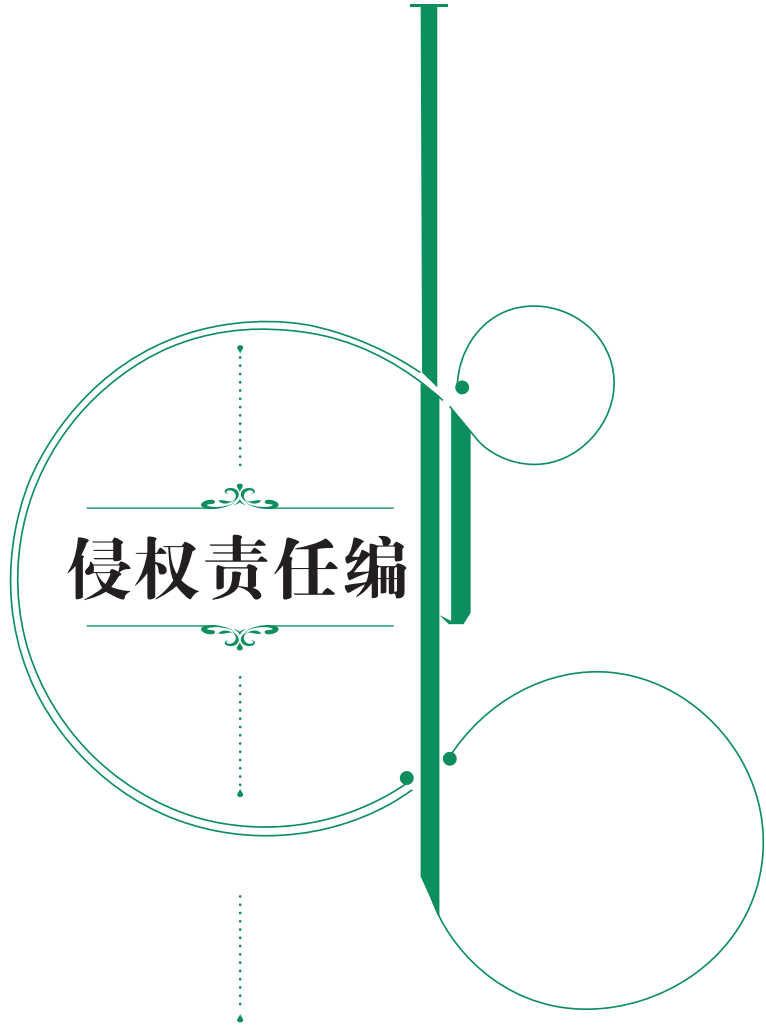
1. 遗赠扶养协议中的扶养人不承担债务清偿责任。因其已履行对遗赠人的生养死葬义务。
2. 有法定继承的，先由法定继承人用所得遗产清偿；不足的，剩余债务由遗嘱继承人、受遗赠人按比例偿还，但以遗产价值为限；
3. 无法定继承的，由遗嘱继承人、受遗赠人按比例偿还，但以遗产价值为限。

典型真题

何某死后留下一间价值六万元的房屋和四万元现金。何某立有遗嘱，四万元现金由四个子女平分，房屋的归属未作处理。何某女儿主动提出放弃对房屋的继承权，于是三个儿子将房屋变卖，每人分得两万元。现债权人主张何某生前曾向其借款12万元，并有借据为证。下列哪些说法是错误的？（2009年·卷三·67题）^①

- A. 何某已死，债权债务关系消灭
- B. 四个子女平均分担，每人偿还三万元
- C. 四个子女各自以继承所得用于清偿债务，剩下两万元由四人平均分担
- D. 四个子女各自以继承所得用于清偿债务，剩下两万元四人可以不予清偿

^① 答案：ABC。



本编调整因侵害民事权益产生的民事关系。其体系归纳起来就是“14个字”。

“七种特殊主体责任”。用7字口诀来表述即“监、教、用、帮、定、安、网”，其中“监”代表监护人责任；“教”代表教育机构责任；“用”代表用工责任；“帮”代表帮工责任；“定”代表定作人责任；“安”代表安保义务人责任；“网”代表网络服务提供者责任。

“七种典型侵权责任”。用7字口诀来表述即“产、车、医、环、危、动、物”，其中，“产”代表产品责任；“车”代表机动车交通事故责任；“医”代表医疗损害责任；“环”代表环境污染和生态破坏责任；“危”代表高度危险责任；“动”代表饲养动物损害责任；“物”代表物件损害责任。

侵权责任的解题基本思路，分为第三步：

第一步：找到受害人；

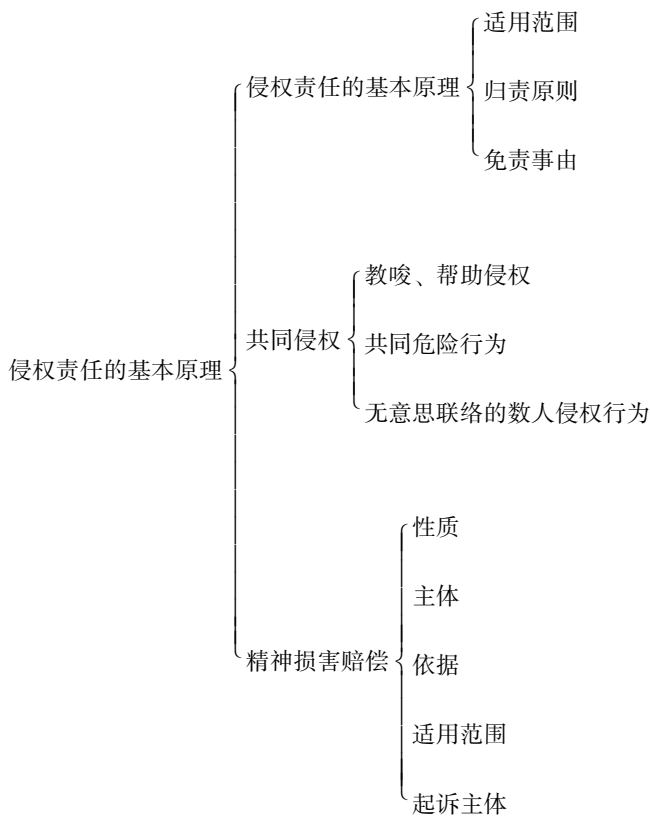
第二步：确定属于上述“14类”侵权责任中的哪一种或哪些种；

第三步：回答三个问题：

1. 责任主体是谁？
2. 归责原则是什么？
3. 有无免责事由？

专题四十七

侵权责任的基本原理

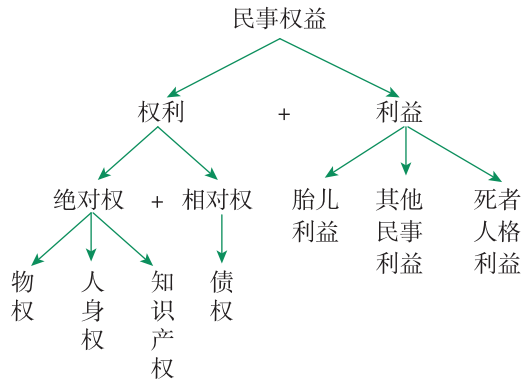


复习提要

本专题主要涉及三个方面的问题：1. 侵权责任的基本原理；2. 共同侵权；3. 精神损害赔偿。其中，侵权责任的归责原则系难点，共同侵权中无意思联络的数人侵权行为和精神损害赔偿系必考点。

一、侵权责任的基本原理★★

(一) 适用范围★★



(侵权责任法适用范围部分体系框架图)

侵权责任中的“权”代表什么？

答：“民事权益”而非“民事权利”。

根据民法基本原理，民事权益包括两个部分：民事权利和民事利益。

1. 民事权利。

绝对权，即物权、人身权和知识产权受到侵害，依法可以追究侵权责任。

需要探讨的问题是“债权”受到侵害是否亦可以获得侵权责任的救济？

目前，在理论上和实务上对此认识并不一致。通说认为，债权受到侵害的，应依“合同相对性原理”，寻求违约责任或缔约过失责任的救济。但最高人民法院的公报案例“吉林市中小企业信用担保集团有限公司、中国长城资产管理股份有限公司吉林省分公司侵权责任纠纷案”对“第三人侵害债权制度”进行了适度的探索。

[萌主点拨] 第三人侵害债权制度

在考试范围内，债权受到侵害不适用侵权责任的救济途径。

2. 民事权益。

胎儿利益、死者人格利益或其他民事利益受到侵害的，依法可以获得侵权责任的救济。

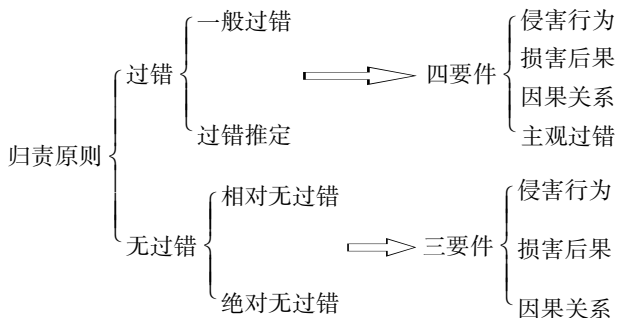
(二) 归责原则★★★

归责原则，是指要求行为人承担责任的理由。

行为人因过错侵害他人民事权益造成损害的，应当承担侵权责任。依照法律规定推定行为人有过错，行为人不能证明自己没有过错的，应当承担侵权责任。

行为人造成他人民事权益损害，不论行为人有无过错，法律规定应当承担侵权责任的，依照其规定。

据此可知，我国侵权责任确立了“二元归责原则体系”即过错责任和无过错责任。具体内容见下图：



(二元归责原则体系框架图)

1. 过错责任原则。

对于过错责任原则而言，又进一步区分为两类即一般过错和过错推定。二者的核心区别即举证责任。对于一般过错而言，采用“谁主张谁举证”的举证责任方式；与此相对应，过错推定则采用“过错要件举证责任倒置”的举证责任方式。

过错责任原则对应的是一般侵权责任，对于一般侵权责任而言，要求同时满足如下四个构成要件：

(1) 侵害行为。

对于侵害行为而言，需要强调的是合法行为亦可构成侵害行为。

[例1] 在机动车交通事故责任中，即使机动车驾驶人员没有任何过错也要承担不超过10%的赔偿责任。

[例2] 在环境污染责任中，污染者证明自己的排污行为完全符合国家的相关排放标准亦不能免责，仍然需要承担赔偿责任。

[萌主点拨] 侵权行为危及他人人身、财产安全的，被侵权人有权请求侵权人承担停止侵害、排除妨碍、消除危险等侵权责任。

(2) 损害后果。

对于损害后果而言，需要强调的是其与违约责任的不同，违约责任不需要存在损害后果，但是，侵权责任则必须存在损害后果才能要求承担此责任。

[萌主点拨] 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合理方式计算。

[例] 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。请问：姚某应赔偿唐某的损失额为多少？

答：9万元。

[萌主点拨] 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。

※ [民法典新增条款] 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。

(3) 因果关系。

对于因果关系而言，依通说认为，损害后果须与侵害行为之间存在法律意义上的相当的因果关系。如不存在因果关系，则行为人无需承担侵权责任。

(4) 主观过错。

对于主观过错（过失）而言，需要强调的是：与刑法不同，刑法中将过错分为故意（又进一步区分为直接故意和间接故意）和过失（又进一步区分为过于自信的过失和疏忽大意的过失。而在民法中将过错分为三类即故意、一般过失和重大过失。

民法上的过失，是指未尽社会交往中必需之注意。在复习中，很多人往往无法准确区分一般过失与重大过失的区别。实质而言，二者的区别用三个字来概括就是“看身份”，即专业人士违反了普通人的预见水平的，构成重大过失；普通人违反了普通人的预见水平的，即为一般过失。

[例1] 甲搬家公司指派员工郭某为徐某搬家，郭某担心人手不够，请同乡蒙某帮忙。搬家途中，因郭某忘记拴上车厢挡板，蒙某从车上坠地受伤。请问：郭某忘记拴上车厢挡板的行为属于一般过失还是重大过失？

答：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蛰伤，经住院治疗痊愈。请问：丙忘记关猪圈的行为属于一般过失还是重大过失？

答：一般过失。

[萌主点拨] 采用过错推定归责原则的四类侵权责任

1. 教育机构对无民事行为能力人的责任承担。

无民事行为能力人在幼儿园、学校或者其他教育机构学习、生活期间受到人身损害的，幼儿园、学校或者其他教育机构应当承担侵权责任；但是，能够证明尽到教育、管理职责的，不承担侵权责任。

2. 医疗机构因病历而产生纠纷的责任承担。

患者在诊疗活动中受到损害，医疗机构或者其医务人员有过错的，由医疗机构承担赔偿责任。

3. 动物园的动物致人损害的责任承担。

动物园的动物造成他人损害的，动物园应当承担侵权责任；但是，能够证明尽到管理职责的，不承担侵权责任。

4. 物件致人损害责任中除不动产倒塌和高空抛物外的全部。

2. 无过错责任原则。

对于无过错责任原则而言，又进一步区分为两类即相对无过错和绝对无过错。二者的核心区别即是否存在免责事由。对于相对无过错而言，具有免责事由，与此相对应，绝对无过错则没有任何免责事由。

无过错责任原则对应的是特殊侵权责任，对于特殊侵权责任而言，与一般侵权责任不同，只要求同时满足如下三个构成要件即可：（1）侵害行为；（2）损害后果；（3）因果关系。具体内容同上，在此不再重复。

[萌主点拨] 绝对无过错归责原则：

禁止饲养的烈性犬等危险动物造成他人损害的，动物饲养人或者管理人应当承担侵权责任。

3. 关于公平补偿规则。★★

(1) 性质。

受害人和行为人对损害的发生都没有过错的，依照法律的规定由双方分担损失。据此可知，“公平补偿规则”在性质上属于“损失分担的方法”而不属于一种“归责原则”。

(2) 适用前提。

对于公平补偿规则而言，其适用存在两个前提，即双方均无过错，同时不属于无过错责任的情形。

(三) 免责事由 ★★★

与有过失 ★★	(过失相抵) 被侵权人对同一损害的发生或者扩大有过错的，可以减轻侵权人的责任
受害人故意	损害是因受害人故意造成的，行为人不承担责任
自担风险 ☆☆☆	1. 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 2. 活动组织者的责任适用本法第一千一百九十八条至第一千二百零一条的规定
自主行为 ☆☆☆	1. 合法权益受到侵害，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的，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；但是，应当立即请求有关国家机关处理 2. 受害人采取的措施不当造成他人损害的，应当承担侵权责任
紧急避险	1. 险情由人为原因引起的，由引起险情发生的人承担民事责任 2. 险情由自然原因引起的，紧急避险人采取的措施又无不当的，原则上不承担民事责任，但受害人要求补偿的，可以责令受益人适当补偿 3. 若紧急避险人采取措施不当或超过必要的限度，造成不应有的损害的，应承担适当的民事责任
意外事件	1. 行为人的行为客观上造成了损害结果 2. 行为人主观上没有故意或过失（即没有过错） 3. 损害结果由不能预见的原因所引起 [注意] 往往用来衡量过错的存在，一般只适用于过错责任原则下的侵权责任

[例1] 一住店客人未付房钱即要离开旅馆去车站，旅馆服务员见状揪住他不让走，并打报警电话。客人说：“你不让我走还限制我自由，我要告你们旅馆，耽误了乘火车要你们赔偿。”请问：旅馆这样做的性质应如何认定？

答：不属于侵权，是自助行为。

[例2] 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。请问：对乙的行为应如何定性？

答：自助行为。

二、共同侵权★★

广义共同侵权 { 主观共同侵权（狭义共同侵权）
 共同危险行为（准共同侵权行为）
 客观共同侵权（原因力竞合的无意思联络的数人侵权行为）
 （广义共同侵权体系框架图）

[图释] 对于共同侵权而言，主要包括三类：1. 主观共同侵权，即狭义的共同侵权；2. 客观共同侵权，即原因力竞合的无意思联络的数人侵权行为；3. 共同危险行为，即准共同侵权行为。

共同侵权★★

教唆、帮助侵权	完人	教唆、帮助他人实施侵权行为的，应当与行为人承担连带责任	
	无、限人	原则上不成立共同侵权，由教唆、帮助者单独承担责任；无、限人的监护人未尽到监护责任时，教唆者、帮助者与监护人承担按份责任（原则上单独责任，例外按份责任）	
共同危险行为	含义	数人共同实施危及他人人身、财产的行为并造成损害后果，实际侵害行为人又无法确定的侵权行为	
	责任	对外连带，对内均等	
	免责	指明具体侵权人	
无意思联络的数人侵权行为	标准	从数人分别侵权行为与损害后果间的因果关系的原因力角度进行区分	
	原因力竞合	含义	任何一个侵害人的单独行为都足以独立造成该损害后果成立共同侵权
		责任	连带责任
	原因力结合	含义	任何一个侵害人的行为都不足以单独导致该损害结果，而必须结合在一起共同发挥作用导致该后果或各个加害行为分别导致不同的后果
责任		按份（注意：过错大小和损害份额可分的，相应责任，不可分的，平均责任）	

（一）教唆、帮助侵权

1. 完全民事行为能力人教唆、帮助完全民事行为能力人。

教唆、帮助他人实施侵权行为的，应当与行为人承担连带责任。

[例] 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。请问：对此应由谁承担责任？

答：售票员和动手的行人。

2. 完全民事行为能力人教唆、帮助无民事行为能力或限制民事行为能力人。

教唆、帮助无民事行为能力人、限制民事行为能力人实施侵权行为的，应当承担侵权责任；该无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人未尽到监护责任的，应当承担相应的责任。

据此可知，教唆、帮助无限人实施侵权行为的，原则上不成立共同侵权，由教唆、帮

助者单独承担责任。无限人的监护人未尽到监护责任时，教唆者、帮助者与监护人承担按份责任。

（二）共同危险行为★★

1. 含义。

共同危险行为，是指数人共同实施危及他人人身、财产的行为并造成损害后果，实际侵害行为人又无法确定的侵权行为。

2. 责任承担和免责。

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。

（三）无意思联络的数人侵权行为★★★

从数人分别侵权行为与损害后果之间的因果关系的“原因力”角度进行区分，可以将无意思联络的数人侵权行为区分为两类，分别是无意思联络的原因力竞合的数人侵权和无意思联络的原因力结合的数人侵权。其中，只有无意思联络的原因力竞合的数人侵权才属于共同侵权。

1. 原因力竞合。

二人以上分别实施侵权行为造成同一损害，每个人的侵权行为都足以造成全部损害的，行为人承担连带责任。

据此可知，原因力竞合的核心即每个人的侵权行为“都足以”造成全部损害。

[例] 一条河流的两岸分别设有 A、B 两个工厂，A 工厂向此河流里排放污水，B 工厂亦向该河流中排放污水，导致下游渔民孟某的鱼全部死亡，经查：即使是 A 工厂和 B 工厂单独排放污水，亦足以导致孟某的鱼全部死亡。问：此时，孟某如何救济自己的权利？

答：孟某可请求 A 工厂和 B 工厂承担连带责任。

2. 原因力结合。★★★

二人以上分别实施侵权行为造成同一损害，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，平均承担责任。

据此可知，原因力结合的核心即每个人的侵权行为“都不足以”造成全部损害，只是各行为人的行为结合在一起才导致最终损害的发生。

[例] 甲晚 10 点 30 分酒后驾车回家，车速每小时 80 公里，该路段限速 60 公里。为躲避乙逆向行驶的摩托车，将行人丙撞伤，丙因住院治疗花去 10 万元。请问：丙的损害可否请求甲、乙承担按份责任？

答：可以。

三、精神损害赔偿★★★

性质	惩罚性赔偿，须存在严重的精神痛苦方可主张
主体	自然人（不包括法人和非法人组织）
依据	与侵权之诉一并提起，不得另诉，否则不予受理（不包括违约之诉，如构成侵权与违约的竞合，可选择侵权）

续表

适用范围	1. 自然人的人身权益受到侵犯的 [注意: (1) 配偶权受到侵犯的, 可以主张精神损害赔偿; (2) 亲(子)权受到侵犯的, 即非法使被监护人脱离监护的(如医院抱错小孩儿或拐卖儿童的情形), 也可以主张精神损害赔偿]		
	2. 因故意或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(如定情信物、结婚录像带、父母遗照等)		
起诉主体	原则	受害人本人	
	例外	适用情形	自然人因侵权致死或死亡后(死者人格利益的保护)受损害的
		第一顺位原告	配偶、父母、子女
		第二顺位原告	其他近亲属
	注意	原则	精神抚慰金的请求权, 不得转让或继承
		例外	1. 已承诺, 即赔偿义务人已以书面方式承诺给予金钱补偿 2. 已起诉, 即赔偿权利人已向法院起诉

(一) 性质

侵害自然人人身权益造成严重精神损害的, 被侵权人有权请求精神损害赔偿。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。

精神损害赔偿请求权, 又称精神损害抚慰金请求权, 是一种非财产上损害, 在性质上属于惩罚性赔偿, 须存在严重的精神痛苦方可主张。

(二) 主体

自然人系目的性存在, 有血、有肉、有情感; 而法人和非法人组织系工具性存在(只是特定财产的集合, 只是特定目的共同体), 无血、无肉、无情感。因此, 仅自然人可以主张精神损害赔偿, 法人和非法人组织不得主张精神损害赔偿。

(三) 依据

只有在侵权之诉中才能请求精神损害赔偿, 在违约之诉中不能请求精神损害赔偿, 精神损害赔偿必须与侵权之诉一并提起。否则, 法院不予受理。

(四) 适用范围★★★

通说认为, 限制精神损害赔偿适用范围的法理依据有二:

1. 侵权行为发生后, 是否造成精神痛苦难以认定, 如不加限制, 难免出现滥诉, 增加司法审判负担, 使加害人穷于应付。

2. 广泛承认精神损害赔偿请求权难免使人身利益物质化(金钱化)或商业化, 与人身权益的立法本质不符。

精神损害赔偿的适用范围由法律直接规定, 仅如下两种情形方可主张:

1. 自然人的人身权益受到侵犯的。

(1) 配偶权受到侵犯的。★★★

在离婚的情形下, 无过错夫妻一方的配偶权受到侵犯的, 可以向有过错的另一方主张

精神损害赔偿。

(2) 亲(子)权受到侵犯的。

非法使被监护人脱离监护(如医院抱错小孩儿或拐卖儿童的情形)的,监护人可以主张精神损害赔偿。

2. 因故意或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。

定情信物、结婚录像带、父母遗照等因侵权行为而毁损、灭失的,可以主张精神损害赔偿。

[例1] 某广告公司于金某出差时,在金某房屋的院墙上刷写了一条妇女卫生巾广告。金某1个月后回来,受到他人耻笑,遂向广告公司交涉。请问:金某可否向某广告公司主张精神损害赔偿?

答:不可以。

[例2] 甲将摄录自己婚礼庆典活动的仅有的一盘录像带交给个体户乙制作成VCD保存,乙的店铺因丙抽烟不慎失火烧毁,导致录像带灭失。请问:甲是否可以向乙主张精神损害赔偿?

答:甲可对乙提起侵权之诉,并请求精神损害赔偿。

[例3] 周某将拍摄了其结婚仪式的彩色胶卷底片交给某彩扩店冲印,并预交了冲印费。周某于约定日期去取相片,彩扩店告知:因失火,其相片连同底片均被焚毁。周某非常痛苦,诉至法院请求彩扩店赔偿胶卷费、冲印费损失及精神损害。请问:周某的精神损害赔偿请求应否得到支持?

答:应当得到支持。

(五) 起诉主体

精神损害赔偿的起诉主体原则上为受害人本人,自然人因侵权致死或死亡后受损害的,起诉主体包括两个顺位:

1. 配偶、父母、子女;
2. 其他近亲属。

[萌点拨] 精神损害抚慰金请求权属于一种行为请求权,不得转让或继承。但如果转化为财产权则可以依法转让或继承,转化方式主要包括两种:

1. 已承诺,即赔偿义务人已经以书面方式承诺给予金钱赔偿;
2. 已起诉,即赔偿权利人已经向法院起诉。

典型真题

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·卷三·69题)^①

- 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

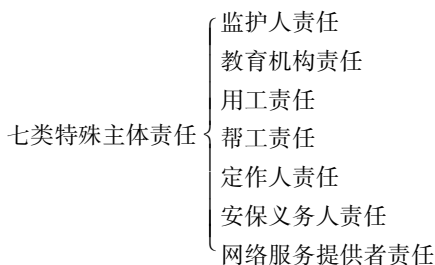
^① 答案:ABCD。

专题四十八

七类特殊主体责任

知识体系

KNOWLEDGE HIERARCHY



复习提要

本专题主要涉及七个方面的问题：1. 监护人责任；2. 教育机构责任；3. 用工责任；4. 帮工责任；5. 定作人责任；6. 安保义务人责任；7. 网络服务提供者责任。其中，用工责任系每年必考点；安保义务人责任和网络服务提供者责任系常考点。在备考过程中重点应理解责任主体、归责原则和免责事由三项问题。

一、监护人责任★★

归责原则	相对无过错
免责事由	尽到监护责任的，可以适当减轻
责任承担	性质 替代责任（自己责任的例外，同用工责任）
	主体 原则上由监护人承担，有财产的无、限人造成他人损害的，从本人财产中支付赔偿费用；不足部分，由监护人赔偿
委托监护	无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害，监护人将监护职责委托给他人的，由监护人承担侵权责任；受托人有过错的，承担相应的责任
父母离异	1. 同该子女共同生活的一方独立承担责任
	2. 前者不能独立承担的，另一方承担补充赔偿责任
侵权时不满 18 周岁 但诉讼时满	1. 有经济能力的，本人承担；不足部分监护人适当赔
	2. 无经济能力的，监护人承担；尽了监护责任的，适当减轻

1. 归责原则和免责事由。

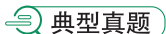
无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的，由监护人承担侵权责任。监护人尽到监护职责的，可以减轻其侵权责任。

据此可知，监护人责任的归责原则系相对无过错责任原则，且其免责事由乃尽到监护责任。但是，此时需要注意的是尽到监护责任只是可以而非应当免责；同时，只是适当减轻而非完全免除。

2. 责任承担。

有财产的无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的，从本人财产中支付赔偿费用；不足部分，由监护人赔偿。

据此可知，被监护人侵权的，原则上由监护人来承担责任。理论上，称其为“替代责任”。但在例外情况下即被监护人有财产的，自己承担责任，不足部分，由监护人赔偿。

 典型真题

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·卷三·24题）^①

- 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

3. 委托监护★★★

无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害，监护人将监护职责委托给他人的，由监护人承担侵权责任；受托人有过错的，承担相应的责任。

4. 父母离异。

在父母离异的情形下，重点考查“危险控制理论”。根据危险控制理论，谁能更经济、合理和有效地控制危险，谁就应当承担控制潜在危险的义务。

夫妻离婚后，未成年子女侵害他人权益的，同该子女共同生活的一方应当承担民事责任；如果独立承担民事责任确有困难的，可以责令未与该子女共同生活的一方共同承担民事责任。

据此可知，父母离异后的责任承担为“同该子女共同生活的一方独立承担责任，前者不能独立承担的，另一方承担补充赔偿责任”。

4. 侵权时不满18周岁但诉讼时满。

侵权时不满18周岁但诉讼时满的责任承担为：

- (1) 有经济能力的，本人承担；不足部分监护人适当赔；
- (2) 无经济能力的，监护人承担；尽了监护责任的，适当减轻。

[萌主点拨] 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。

^① 答案：A。

完全民事行为能力人因醉酒、滥用麻醉药品或者精神药品对自己的行为暂时没有意识或者失去控制造成他人损害的，应当承担侵权责任。

二、教育机构责任★★

归责原则	过错推定（无民事行为能力人）
	一般过错（限制民事行为能力人）
责任主体	学校、幼儿园或其他教育机构
适用对象	未成年人（包括无人和限人）
学校义务	教育、管理、保护（注意：并非监护责任由父母转移给学校）
责任期间	在校期间（即校门到校门或车门到车门；注意：包括学校组织的校外活动）
责任区域	校园内和特定区域
教师责任	不独立对外承担责任，由学校替代（实质上为用工责任即替代责任）

1. 归责原则。

无民事行为能力人在幼儿园、学校或者其他教育机构学习、生活期间受到人身损害的，幼儿园、学校或者其他教育机构应当承担侵权责任；但是，能够证明尽到教育、管理职责的，不承担侵权责任。

限制民事行为能力人在学校或者其他教育机构学习、生活期间受到人身损害，学校或者其他教育机构未尽到教育、管理职责的，应当承担侵权责任。

据此可知，对于教育机构而言，其归责原则乃过错责任原则，只是在具体适用时有一般过错（限制民事行为能力人）和过错推定（无民事行为能力人）的区别。

2. 责任主体和适用对象。

对于教育机构责任而言，其责任主体乃学校、幼儿园和其他教育机构，同时，其适用对象乃无民事行为能力或限制民事行为能力的未成年人。

3. 学校义务。

学校的义务乃教育、管理和保护。家长将孩子送往学校后，其监护职责并未转移至学校。

4. 责任期间和责任区域。

对于教育机构责任而言，其责任期间为在校期间。需要注意的是，学校组织的校外活动视为在校期间。而责任区域乃校园内和特定区域，即校门到校门或校车到校车或校外活动相应区域。

5. 第三人侵权。★★

无民事行为能力人或者限制民事行为能力人在幼儿园、学校或者其他教育机构学习、生活期间，受到幼儿园、学校或者其他教育机构以外的第三人人身损害的，由第三人承担侵权责任；幼儿园、学校或者其他教育机构未尽到管理职责的，承担相应的补充责任。

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。

6 关于教师的责任。

在教育机构责任中，教师本质上与学校之间乃用工关系。不独立对外承担责任，由学

校替代（实质上为用工责任即替代责任）。

[萌点拨] 教育机构责任

教育机构责任汇总表★★

事由	监护人	教育机构	责任承担
无人 VS 无人	相对无过错	过错推定（校举）	监护人承担赔偿责任；学校在过错范围内承担相应的补充赔偿责任
限人 VS 限人	相对无过错	过错（受害人举）	监护人承担赔偿责任；学校在过错范围内承担相应的补充赔偿责任
三 VS 无人	×	过错推定（校举）	第三人赔偿；学校在其过错范围内承担相应的补充赔偿责任
三 VS 限人	×	过错（受害人举）	第三人赔偿；学校在其过错范围内承担相应的补充赔偿责任

[例] 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。请问：对李某的人身损害应由谁来承担赔偿责任？

答：刘某应承担赔偿责任，该小学应承担相应的补充赔偿责任。

三、用工责任★★★

单位用工	性质	劳动关系		
	归责原则	内部关系	过错责任原则（双方根据各自的过错承担相应责任）	
		外部关系	相对无过错（来源于“英美法系”，符合现代社会的需要，可称为良善制度）	
	责任主体	内部关系	适用《劳动法》、《劳动合同法》以及《工伤保险条例》的相关规定处理	
		外部关系 ★★★	职务行为（范围）	1. 用人单位的工作人员因执行工作任务造成他人损害的，由用人单位承担侵权责任 2. 用人单位承担侵权责任后，可以向有故意或者重大过失的工作人员追偿
			非职务行为	自己承担（如犯罪行为）
劳务派遣		劳务派遣期间，被派遣的工作人员因执行工作任务造成他人损害的，由接受劳务派遣的用工单位承担侵权责任；劳务派遣单位有过错的，承担相应的责任		
注意	是否属于“职务行为”的判断，以执行职务的外在表现形态为标准			
个人用工	性质	劳务关系（范围：个人之间提供劳务，包括保姆、小时工等家庭用工）		
	归责	内部关系	过错责任原则	
		外部关系	相对无过错	

续表

个人用工	责任承担	内部关系	提供劳务一方因劳务自己受到损害的，根据双方各自的过错承担相应的责任
		外部关系	个人之间形成劳务关系，提供劳务一方因劳务造成他人损害的，由接受劳务一方承担侵权责任。接受劳务一方承担侵权责任后，可以向有故意或者重大过失的提供劳务一方追偿
	第三人的侵权	提供劳务期间，因第三人的行为造成提供劳务一方损害的，提供劳务一方有权请求第三人承担侵权责任，也有权请求接受劳务一方承担侵权责任。接受劳务一方承担侵权责任后，可以向第三人追偿	

[萌主点拨] 劳务派遣

劳务派遣实现了雇佣和用工的分离，责任承担方式为：实际用人单位承担无过错责任，派遣单位在其过错范围内承担补充赔偿责任。

☞ 典型真题

甲电器销售公司的安装工人李某在为消费者黄某安装空调的过程中，不慎从高处掉落安装工具，将路人王某砸成重伤。李某是乙公司的劳务派遣人员，此前曾多次发生类似小事故，甲公司曾要求乙公司另派他人，但乙公司未予换人。下列哪一选项是正确的？（2014年·卷三·21题）^①

- 对王某的赔偿责任应由李某承担，黄某承担补充责任
- 对王某的赔偿责任应由甲公司承担，乙公司承担补充责任
- 甲公司与乙公司应对王某承担连带赔偿责任
- 对王某的赔偿责任承担应采用过错责任原则

四、帮工责任★★

内部关系	原则	被帮工人承担赔偿责任
	例外	被帮工人已明确表示拒绝帮工的，不承担赔偿责任，可以在受益的范围内对帮工人适当补偿
外部关系	原则	被帮工人承担赔偿责任（因帮工人是为被帮工人无偿提供劳务的人）
	例外	1. 被帮工人明确表示拒绝帮工的，不承担责任
		2. 帮工人存在故意或重大过失的，帮工人与被帮工人承担连带责任
	第三人侵权	1. 侵权人承担赔偿责任
2. 第三人不能确定或没有赔偿能力时，可以由被帮工人适当补偿		

1. 内部关系。

所谓内部关系，是指帮工人在帮工过程中造成自己损害的情形。帮工人因帮工活动遭受人身损害的，被帮工人应当承担赔偿责任。被帮工人明确拒绝帮工的，不承担赔偿责

^① 答案：B。

任；但可以在受益范围内予以适当补偿。

2. 外部关系。★★

所谓外部关系，是指帮工人在帮工过程中造成他人损害的情形。为他人无偿提供劳务的帮工人，在从事帮工活动中致人损害的，被帮工人应当承担赔偿责任。被帮工人明确拒绝帮工的，不承担赔偿责任。帮工人存在故意或重大过失，赔偿权利人请求帮工人和被帮工人承担连带责任的，法院应予支持。

帮工人因第三人侵权遭受人身损害的，由第三人承担赔偿责任。第三人不能确定或没有赔偿能力的，可以由被帮工人予以适当补偿。

典型真题

甲家盖房，邻居乙、丙前来帮忙。施工中，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？（2014年·卷三·66题）^①

- A. 对丙的损害，甲应承担赔偿责任，但可减轻其责任
- 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、定作人责任★★

责任主体	定作人
归责原则	过错责任
具体规定	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

典型真题

甲公司经营空调买卖业务，并负责售后免费为客户安装。乙为专门从事空调安装服务的个体户。甲公司因安装人员不足，临时叫乙自备工具为其客户丙安装空调，并约定了报酬。乙在安装中因操作不慎坠楼身亡。下列哪些说法是正确的？（2005年·卷三·62题）^②

- A. 甲公司和乙是临时雇佣合同法律关系
- B. 甲公司和乙是承揽合同法律关系
- C. 甲公司应承担适当赔偿责任
- D. 甲公司不应承担赔偿责任

六、安保义务人责任★★

归责原则	一般过错（受害人举证）	
责任主体	主体	宾馆、商场、银行、车站、机场、体育场馆、娱乐场所等经营场所、公共场所的经营者、管理者或者群众性活动的组织者
	特点	对该场所具有事实上的控制力，且不以有交易关系为必要

① 答案：AC。

② 答案：BD。

续表

第三人侵权	1. 第三人承担赔偿责任；安保义务人无过错的，不承担责任；有过错的，在过错范围内承担相应的补充赔偿责任；承担责任后可向第三人追偿
	2. 第三人与安保义务人不构成共同侵权，不承担连带责任
诉讼地位	1. 仅起诉安保义务人的，法院应当列侵权第三人为共同被告，除非第三人不能确定
	2. 仅起诉侵权第三人的，法院没有必要列安保义务人为共同被告

[萌主点拨] 安保义务

对于安保义务人责任而言，责任主体只要对该场所具有事实上的控制力即可，不以双方有交易关系为必要，只要安保义务人有过错，即使是“逛街、逛庙会、上厕所等亦可要求其承担相应的责任。

⇒ 典型真题

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·卷三·24题）^①

- 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

[萌主点拨] 第三人侵权

安保义务人承担的系补充赔偿责任，第三人与安保义务人不构成共同侵权，不承担连带责任。

因第三人的行为造成他人损害的，由第三人承担侵权责任；经营者、管理者或者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。

七、网络服务提供者责任★★

归责原则	一般过错	
责任主体	网络用户或网络服务提供者	
责任承担	一般侵权	网络用户、网络服务提供者利用网络侵害他人民事权益的，应当承担侵权责任
	共同侵权	1. 网络服务提供者接到通知后，应当及时将该通知转送相关网络用户，并根据构成侵权的初步证据和服务类型采取必要措施；未及时采取必要措施的，对损害的扩大部分与该网络用户承担连带责任 2. 网络服务提供者知道或者应当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，与该网络用户承担连带责任（不以受害人告知为前提）

^① 答案：B。

[萌主点拨] 网络服务提供者应采取的措施

网络用户利用网络服务实施侵权行为的，权利人有权通知网络服务提供者采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施。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。

网络服务提供者接到通知后，应当及时将该通知转送相关网络用户，并根据构成侵权的初步证据和服务类型采取必要措施；未及时采取必要措施的，对损害的扩大部分与该网络用户承担连带责任。

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。

※ **[民法典新增条款]** 网络服务提供者的传送和告知义务

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。

网络服务提供者接到声明后，应当将该声明转送发出通知的权利人，并告知其可以向有关部门投诉或者向人民法院提起诉讼。网络服务提供者在转送声明到达权利人后的合理期限内，未收到权利人已经投诉或者提起诉讼通知的，应当及时终止所采取的措施。

典型真题

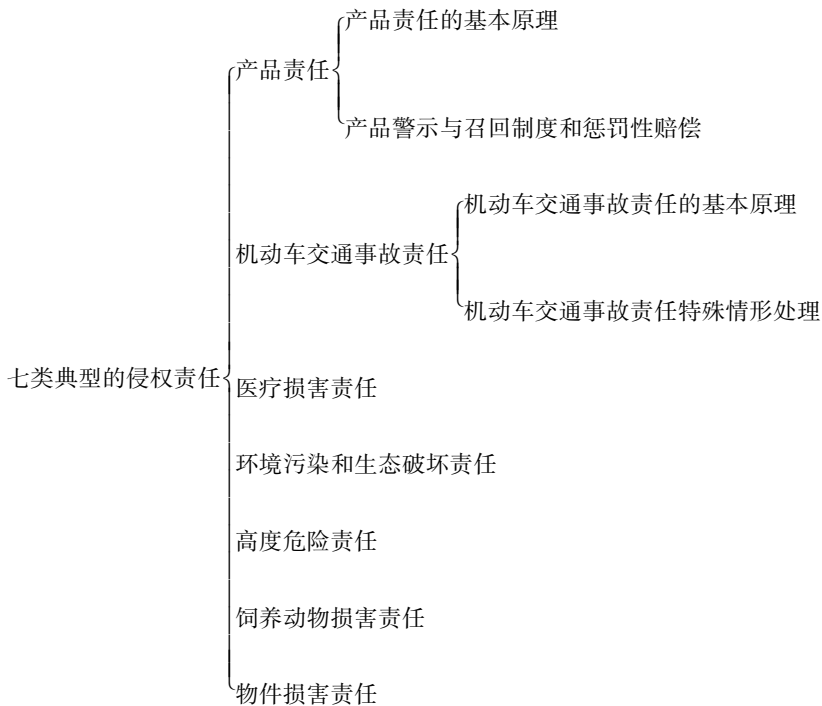
甲、乙是同事，因工作争执甲对乙不满，写了一份丑化乙的短文发布在丙网站。乙发现后要求丙删除，丙不予理会，致使乙遭受的损失扩大。关于扩大损害部分的责任承担，下列哪一说法是正确的？（2010年·卷三·23题）^①

- 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

^① 答案：C。

专题四十九

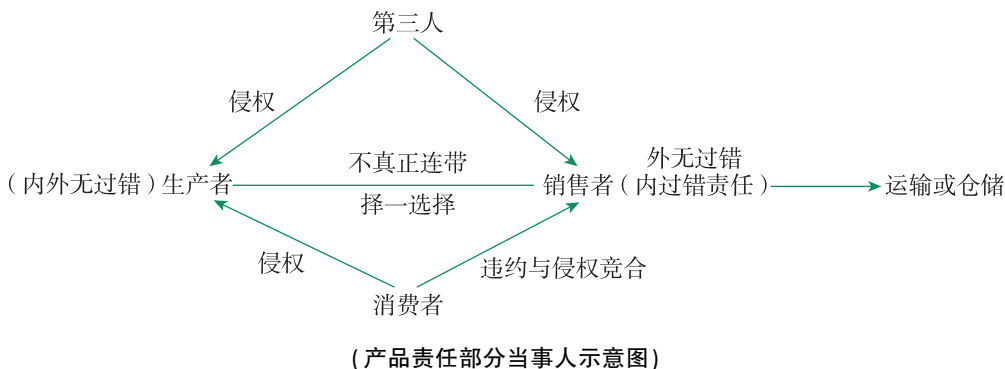
七类典型的侵权责任



复习提要

本专题主要涉及七个方面的问题：1. 产品责任；2. 机动车交通事故责任；3. 医疗损害赔偿；4. 环境污染和生态破坏责任；5. 高度危险责任；6. 饲养动物损害责任；7. 物件损害责任。其中，生态破坏责任系新增制度需重点关注；高度危险责任、饲养动物损害责任和物件损害责任均进行了相应的重大制度修改，在备考中需重点掌握。

一、产品责任 ★★★



(一) 产品责任的基本原理★★

外部关系	1. 均适用无过错责任 2. 对外为不真正连带责任
内部关系	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 2. 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
第三人原因	因运输者、仓储者等第三人的过错使产品存在缺陷，造成他人损害的，产品的生产者、销售者赔偿后，有权向第三人追偿
责任承担	因产品缺陷危及他人人身、财产安全的，被侵权人有权请求生产者、销售者承担停止侵害、排除妨碍、消除危险等侵权责任

1. 外部关系。

[萌点拨] 不真正连带责任

因产品存在缺陷造成他人损害的，被侵权人可以向产品的生产者请求赔偿，也可以向产品的销售者请求赔偿。无论是生产者还是销售者二者对外均为无过错责任，即受害人只能在生产者和销售者之间选择其一。

典型真题

赵某从商店购买了一台甲公司生产的家用洗衣机，洗涤衣物时，该洗衣机因技术缺陷发生爆裂，叶轮飞出造成赵某严重人身损害并毁坏衣物。赵某的下列哪些诉求是正确的？(2015年·卷三·58题)^①

- A. 商店应承担更换洗衣机或退货、赔偿衣物损失和赔偿人身损害的违约责任
- B. 商店应按违约责任更换洗衣机或者退货，也可请求甲公司按侵权责任赔偿衣物损失和人身损害
- C. 商店或者甲公司应赔偿因洗衣机缺陷造成的损害
- D. 商店或者甲公司应赔偿物质损害和精神损害

^① 答案：ABCD。

2. 内部关系。

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。

据此可知，在内部关系中，生产者承担的仍为无过错责任，而销售者对内承担的则是过错责任。

3. 第三人原因。

因运输者、仓储者等第三人的过错使产品存在缺陷，造成他人损害的，产品的生产者、销售者赔偿后，有权向第三人追偿。

据此可知，在日常生活中产品导致损害的原因可能由多种原因造成，如果系运输或仓储环节出现问题，消费者在主张权利时无需寻找运输者和仓储者，因为这样会造成诉讼成本过高，因此，如因运输者或仓储者原因导致，受害人仍可向生产者或销售者主张，二者承担责任后再向运输者或仓储者追偿。

4. 责任承担。★★

因产品缺陷危及他人人身、财产安全的，被侵权人有权请求生产者、销售者承担停止侵害、排除妨碍、消除危险等侵权责任。

(二) 产品警示与召回制度和惩罚性赔偿★★

产品警示与召回	产品投入流通后发现存在缺陷，生产者、销售者应及时采取停止销售、警示、召回等补救措施；未及时采取补救措施或补救措施不力造成损害扩大的，对扩大的损害也应承担侵权责任	
惩罚性赔偿	内容	明知产品存在缺陷仍然生产、销售，造成他人死亡或健康严重损害，被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿
	条件	1. 仅限于产品领域
		2. 责任主体仅限于产品的生产者或销售者
		3. 仅限于故意（即明知）
		4. 仅限于严重的人身伤害赔偿
5. 赔偿额要适当（即相应的）		

1. 产品警示与召回。

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。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。

依据前款规定采取召回措施的，生产者、销售者应当负担被侵权人因此支出的必要费用。

2. 惩罚性赔偿。

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。

据此可知，该惩罚性赔偿的适用条件包括五项：（1）仅限于产品领域；（2）责任主体仅限于产品生产者或销售者；（3）仅限于故意；（4）仅限于严重的人身伤害赔偿；（5）赔偿额要适当。

典型真题

甲系某品牌汽车制造商，发现已投入流通的某款车型刹车系统存在技术缺陷，即通过媒体和销售商发布召回该款车进行技术处理的通知。乙购买该车，看到通知后立即驱车前往丙销售公司，途中因刹车系统失灵撞上大树，造成伤害。下列哪些说法是正确的？(2011年·卷三·67题)^①

- A. 乙有权请求甲承担赔偿责任
- B. 乙有权请求丙承担赔偿责任
- C. 乙有权请求惩罚性赔偿
- D. 甲的责任是无过错责任

二、机动车交通事故责任★★

(一) 机动车交通事故责任的基本原理★★

机 VS 机	过错	过错方承担；都有过错，按比例分担	
机 VS 非机动车/行人	相对无过错	非机动车驾驶人或行人	机动车驾驶人
		没有过错	全赔
		有一定过错	适当减轻（与有过失理论）
		全部过错	不超过 10%
		故意（自杀、自残、碰瓷）	免责

机动车发生交通事故造成损害的，依照道路交通安全法和本法的有关规定承担赔偿责任。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。

1. 机动车与机动车。

机动车与机动车发生交通事故的，根据过错大小承担责任，都有过错的，按比例承担。

2. 机动车与非机动车或行人。

机动车与非机动车或行人发生交通事故的，归责原则为相对无过错责任。

- (1) 非机动车驾驶人或行人没有过错的，机动车驾驶人承担全部赔偿责任。
- (2) 非机动车驾驶人或行人有一定过错的，适当减轻机动车驾驶人的责任。
- (3) 非机动车驾驶人或行人全部过错的，机动车驾驶人承担不超过 10% 的赔偿责任。
- (4) 非机动车驾驶人或行人故意的，机动车驾驶人将免责。

相关法条

根据《道路交通安全法》第 76 条的规定，机动车发生交通事故造成人身伤亡、财产损失的，由保险公司在机动车第三者责任强制保险责任限额范围内予以赔偿；不足的部分，按照下列规定承担赔偿责任：

- (一) 机动车之间发生交通事故的，由有过错的一方承担赔偿责任；双方都有过错的，

^① 答案：ABD。

按照各自过错的比例分担责任。

(二) 机动车与非机动车驾驶人、行人之间发生交通事故，非机动车驾驶人、行人没有过错的，由机动车一方承担赔偿责任；有证据证明非机动车驾驶人、行人有过错的，根据过错程度适当减轻机动车一方的赔偿责任；机动车一方没有过错的，承担不超过百分之十的赔偿责任。

交通事故的损失是由非机动车驾驶人、行人故意碰撞机动车造成的，机动车一方不承担赔偿责任。

(二) 机动车交通事故责任特殊情形处理★★★

机动车交通事故责任的特殊情形，我们用 21 字口诀来记忆，即“租借转让未登记、拼装报废盗抢逸、运行之利(益)是前提”。

1. 关于租赁或借用的机动车发生交通事故的责任问题。

租赁、借用等情形机动车所有人、管理人与使用人不是同一人时，发生交通事故造成损害，属于该机动车一方责任的，由机动车使用人承担赔偿责任；机动车所有人、管理人对损害的发生有过错的，承担相应的赔偿责任。

[萌主点拨] 机动车发生交通事故造成损害，机动车所有人或管理人有下列情形之一，法院应当认定其对损害的发生有过错，并确定其相应的赔偿责任：

- (1) 知道或应当知道机动车存在缺陷且该缺陷是事故发生原因之一的；
- (2) 知道或应当知道驾驶人无驾驶资格或未取得相应驾驶资格的；
- (3) 知道或应当知道驾驶人因饮酒、服用国家管制的精神药品或麻醉药品，或患有妨碍安全驾驶机动车的疾病等依法不能驾驶机动车的；
- (4) 其它应当认定机动车所有人或管理人有过错的。

2. 关于转让并交付但未办理登记的机动车发生交通事故的责任问题。

当事人之间已经以买卖或者其他方式转让并交付机动车但是未办理登记，发生交通事故造成损害，属于该机动车一方责任的，由受让人承担赔偿责任。

3. 关于拼装或者已达到报废标准的机动车发生交通事故的责任问题。

以买卖或者其他方式转让拼装或者已达到报废标准的机动车，发生交通事故造成损害的，由转让人和受让人承担连带责任。

4. 关于盗抢的机动车发生交通事故的责任问题。

盗窃、抢劫或者抢夺的机动车发生交通事故造成损害的由盗窃人、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，发生交通事故后属于该机动车一方责任的，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。

保险人在机动车强制保险责任限额范围内垫付抢救费用的，有权向交通事故责任人追偿。

5. 关于驾驶人逃逸后对被侵权人的救济问题。

机动车驾驶人发生交通事故后逃逸，该机动车参加强制保险的，由保险人在机动车强制保险责任限额范围内予以赔偿；机动车不明、该机动车未参加强制保险或者抢救费用超过机动车交通事故责任强制保险责任限额，需要支付被侵权人人身伤亡的抢救、丧葬等费用的，由道路交通事故社会救助基金垫付。道路交通事故社会救助基金垫付后，其管理机构有权向交通事故责任人追偿。

6. 关于挂靠责任问题。

以挂靠形式从事道路运输经营活动的机动车，发生交通事故造成损害，属于该机动车一方责任的，由挂靠人和被挂靠人承担连带责任。

7. 关于未经允许驾驶问题。

未经允许驾驶他人机动车，发生交通事故造成损害，属于该机动车一方责任的，由机动车使用人承担赔偿责任；机动车所有人、管理人对损害的发生有过错的，承担相应的赔偿责任，但是本章另有规定的除外。

8. 关于搭便车问题。☆☆☆

非营运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。

三、医疗损害责任★★

归责原则	一般	过错	1. 患者在诊疗活动中受到损害，医疗机构及其医务人员有过错的，由医疗机构承担赔偿责任 2. 医务人员在诊疗活动中未尽到与当时的医疗水平相应的诊疗义务，造成患者损害的，医疗机构应当承担赔偿责任
	特殊	过错推定	1. 违反法规章及其他诊疗规范 2. 隐匿或拒绝提供与纠纷有关的病历 3. 遗失、伪造、篡改或销毁病历
免责事由	情形		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尽到合理诊疗义务 3. 限于当时的医疗水平难以诊疗
	注意		医疗机构及其医务人员也有过错的，应当承担相应的赔偿责任
注意			第三人原因不能免责，二者形成不真正连带责任；承担责任后有追偿权

1. 归责原则。

患者在诊疗活动中受到损害，医疗机构或者其医务人员有过错的，由医疗机构承担赔偿责任。医务人员在诊疗活动中未尽到与当时的医疗水平相应的诊疗义务，造成患者损害的，医疗机构应当承担赔偿责任。

据此可知，医疗损害责任的归责原则乃过错责任原则。

(1) 一般过错责任。

医务人员在诊疗活动中应当向患者说明病情和医疗措施。需要实施手术、特殊检查、特殊治疗的，医务人员应当及时向患者具体说明医疗风险、替代医疗方案等情况，并取得其明确同意；不能或者不宜向患者说明的，应当向患者的近亲属说明，并取得其明确同意。

医务人员未尽到前款义务，造成患者损害的，医疗机构应当承担赔偿责任。

据此可知，原则上，医疗损害责任采一般过错的归责原则，即谁主张谁举证。

[萌点拨] 因抢救生命垂危的患者等紧急情况，不能取得患者或者其近亲属意见的，经医疗机构负责人或者授权的负责人批准，可以立即实施相应的医疗措施。

(2) 过错推定责任。

患者在诊疗活动中受到损害，有下列情形之一的，推定医疗机构有过错：

- 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。

据此可知，因病历的原因而产生纠纷的，采过错推定的归责原则。

2. 免责事由。

患者在诊疗活动中受到损害，有下列情形之一的，医疗机构不承担赔偿责任：

- (1) 患者或者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。

前款第一项情形中，医疗机构或者其医务人员也有过错的，应当承担相应的赔偿责任。

[萌主点拨] 不真正连带责任

因药品、消毒产品、医疗器械的缺陷，或者输入不合格的血液造成患者损害的，患者可以向药品上市许可持有人、生产者、血液提供机构请求赔偿，也可以向医疗机构请求赔偿。患者向医疗机构请求赔偿的，医疗机构赔偿后，有权向负有责任的药品上市许可持有人、生产者、血液提供机构追偿。

典型真题

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·卷三·23题）^①

- 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

四、环境污染和生态破坏责任★★

归责原则	相对无过错
免责事由	1. 行为人主张自己主观上没有过错不能免责
	2. 行为人主张自己的排污符合规定的标准不能免责
	3. 行为人主张第三人的过错污染环境造成损害的不能免责
举证责任	法定免责事由和因果关系
数个污染者	1. 无意思联络，但每个污染者的排污行为都足以造成全部损害的，承担连带责任（原因力竞合）
	2. 无意思联络且每个污染者的排污行为都不足以造成全部损害的，承担按份责任（原因力结合）

^① 答案：A。

续表

诉讼时效	提起环境损害赔偿诉讼的时效期间为3年，从当事人知道或应当知道其受到损害时起计算
惩罚性赔偿	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
责任承担 ☆☆☆	<p>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。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</p> <p>2. 违反国家规定造成生态环境损害的，国家规定的机关或者法律规定的组织有权请求侵权人赔偿下列损失和费用：（1）生态环境修复期间服务功能丧失导致的损失；（2）生态环境功能永久性损害造成的损失；（3）生态环境损害调查、鉴定评估等费用；（4）清除污染、修复生态环境费用；（5）防止损害的发生和扩大所支出的合理费用</p>

1. 归责原则。

因污染环境、破坏生态造成他人损害的，侵权人应当承担侵权责任。

据此可知，环境污染责任的归责原则乃无过错责任原则，更准确地说系相对无过错责任原则，即污染者存在免责事由。

2. 免责事由和举证责任。

因污染环境、破坏生态发生纠纷，行为人应当就法律规定的不承担责任或者减轻责任的情形及其行为与损害之间不存在因果关系承担举证责任。

（1）行为人主张自己主观上没有过错不能免责。

因为环境污染责任采相对无过错的归责原则，因此，不考虑作为加害人的污染者的主观过错问题，污染者证明自己主观上没有过错是不能免责的。

（2）行为人主张自己的排污符合规定的标准不能免责。

（3）行为人主张第三人的过错污染环境造成损害的不能免责。

[萌主点拨] 不真正连带责任

因第三人的过错污染环境、破坏生态的，被侵权人可以向侵权人请求赔偿，也可以向第三人请求赔偿。侵权人赔偿后，有权向第三人追偿。

3. 关于数个污染者问题。

（1）原因力竞合的连带责任。

在原因力竞合的情况下，即每一个污染者的污染行为都足以造成全部损害的，数个污染者应对被侵权人承担连带责任。

（2）原因力结合的按份责任。

在原因力结合的情况下，即每一个污染者的污染行为都不足以造成全部损害的，数个污染者应对被侵权人承担按份责任。

[萌主点拨] 两个以上侵权人污染环境、破坏生态的，承担责任的大小，根据污染物的种类、浓度、排放量，破坏生态的方式、范围、程度，以及行为对损害后果所起的作用等因素确定。

4. 诉讼时效。

环境污染责任的诉讼时效期间为普通诉讼时效期间，即3年。

典型真题

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·卷三·22题）^①

- 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

五、高度危险责任★

归责原则	相对无过错		
	情形	责任主体	免责事由
四种危险行为致害	民用核设施的经营	营运单位	战争、武装冲突、暴乱等情形或受害人故意
	民用航空器的经营	经营者	受害人故意
	占有或使用易燃、易爆、剧毒、高放射性、强腐蚀性	占有人或使用人	受害人故意、不可抗力、受害人重大过失的可以减轻
	从事高空、高压、地下挖掘活动或使用高速轨道运输工具	经营者	受害人故意、不可抗力、受害人重大过失的可以减轻
	情形	责任主体	
三种危险物致害	遗失、抛弃高度危险物	所有人；管理人（所有人有过错的，连带）	
	非法占有高度危险物	非法占有人（所有人、管理人有过错的，连带）	
	擅自进入危险区域	管理人已采安全措施并尽警示义务的，可减免	

1. 归责原则。

从事高度危险作业造成他人损害的，应当承担侵权责任。据此可知，高度危险责任的归责原则乃相对无过错责任原则。

2. 四种危险行为致害。

（1）民用核设施的经营。

民用核设施或者运入运出核设施的核材料发生核事故造成他人损害的，民用核设施的营运单位应当承担侵权责任；但是，能够证明损害是因战争、武装冲突、暴乱等情形或者受害人故意造成的，不承担责任。

^① 答案：D。

(2) 民用航空器的经营。

民用航空器造成他人损害的，民用航空器的经营者应当承担侵权责任；但是，能够证明损害是因受害人故意造成的，不承担责任。

(3) 占有或使用易燃、易爆、剧毒、高放射性、强腐蚀性物质。

占有或者使用易燃、易爆、剧毒、高放射性、强腐蚀性等高度危险物造成他人损害的，占有人或者使用人应当承担侵权责任；但是，能够证明损害是因受害人故意或者不可抗力造成的，不承担责任。被侵权人对损害的发生有重大过失的，可以减轻占有人或者使用人的责任。

(4) 从事高空、高压、地下挖掘活动或使用高速轨道运输工具。

从事高空、高压、地下挖掘活动或者使用高速轨道运输工具造成他人损害的，经营者应当承担侵权责任；但是，能够证明损害是因受害人故意或者不可抗力造成的，不承担责任。被侵权人对损害的发生有重大过失的，可以减轻经营者的责任。

3. 三种危险物致害。

(1) 遗失、抛弃高度危险物。

遗失、抛弃高度危险物造成他人损害的，由所有人承担侵权责任。所有人将高度危险物交由他人管理的，由管理人承担侵权责任；所有人有过错的，与管理人承担连带责任。

(2) 非法占有高度危险物。

非法占有高度危险物造成他人损害的，由非法占有人承担侵权责任。所有人、管理人不能证明对防止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。

(3) 擅自进入危险区域。

未经许可进入高度危险活动区域或者高度危险物存放区域受到损害，管理人能够证明已经采取足够安全措施并尽到充分警示义务的，可以减轻或者不承担责任。

[萌主点拨] 高度危险责任赔偿限额

承担高度危险责任，法律规定赔偿限额的，依照其规定，但是行为人有故意或者重大过失的除外。

六、饲养动物损害责任★★★

动物类型	归责原则	责任主体	免责事由
一般动物	相对无过错	饲养人或管理人	受害人故意的，侵权人完全免责
			受害人重大过失的，可减轻
			受害人一般过失的，不免责
			第三人原因不免责；形成不真正连带责任；承担责任后有追偿权
遗弃逃逸	相对无过错	原饲养人或管理人	受害人故意重大过失
违规饲养	相对无过错	饲养人或管理人	能够证明损害是因被侵权人故意造成的，可以减轻责任
违禁饲养	绝对无过错	饲养人或管理人	无（“违法在先”理论，结果责任）
动物园	过错推定	动物园	受害人故意重大过失

1. 一般动物。

饲养的动物造成他人损害的，动物饲养人或者管理人应当承担侵权责任；但是，能够证明损害是因被侵权人故意或者重大过失造成的，可以不承担或者减轻责任。

据此可知，一般动物侵权责任的归责原则乃相对无过错责任原则。责任主体系饲养人或管理人。对于免责事由而言，主要包括四类：

- (1) 受害人故意的，侵权人完全免责。
- (2) 受害人重大过失的，侵权人可减轻。
- (3) 受害人一般过失的，侵权人不免责。
- (4) 第三人原因的，形成不真正连带责任。

[萌主点拨] 不真正连带责任

因第三人的过错致使动物造成他人损害的，被侵权人可以向动物饲养人或者管理人请求赔偿，也可以向第三人请求赔偿。动物饲养人或者管理人赔偿后，有权向第三人追偿。

[例] 小女孩甲（8岁）与小男孩乙（12岁）放学后常结伴回家。一日，甲对乙讲：“听说我们回家途中的王家昨日买了一条狗，我们能否绕道回家？”乙答：“不要怕！被狗咬了我负责。”后甲和乙路经王家同时被狗咬伤住院。该案赔偿责任应如何承担？

答：王家承担全部赔偿责任。

2. 遗弃逃逸动物。

遗弃、逃逸的动物在遗弃、逃逸期间造成他人损害的，由动物原饲养人或者管理人承担侵权责任。

3. 违规饲养动物。

违反管理规定，未对动物采取安全措施造成他人损害的，动物饲养人或者管理人应当承担侵权责任；但是，能够证明损害是因被侵权人故意造成的，可以减轻责任。

4. 违禁饲养动物。

禁止饲养的烈性犬等危险动物造成他人损害的，动物饲养人或管理人应当承担侵权责任。据此可知，违禁饲养动物的归责原则亦属于绝对无过错责任原则，即不存在任何免责事由，造成损害即赔偿。

5. 动物园的动物★★

动物园的动物造成他人损害的，动物园应当承担侵权责任；但是，能够证明尽到管理职责的，不承担侵权责任。

据此可知，动物园的动物的归责原则乃过错推定责任原则。

 典型真题

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·卷三·67题）^①

- 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

^① 答案：ACD。

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

七、物件损害责任★★★

事项	归责原则	责任主体	免责事由
不动产倒塌	相对无过错	建设和施工单位承担连带责任	建设单位与施工单位能够证明不存在质量缺陷；因所有人、管理人、使用人或者第三人的原因，建筑物、构筑物或者其他设施倒塌造成他人损害的，由所有人、管理人、使用人或者第三人承担侵权责任
不动产及其搁置物、悬挂物脱落、坠落	过错推定	所有人、管理人或使用人	第三人原因不能免责，形成不真正连带责任，承担责任后有追偿权
不明抛掷物、坠落物	公平补偿规则	由可能加害的建筑物使用人给予补偿	能够证明自己不是侵权人（注意：与共同危险行为的区别）
堆放物倒塌、滚落或滑落	过错推定	所有人	一般事由
妨碍通行物	过错推定	行为人	一般事由
林木折断、倾倒或果实坠落	过错推定	所有人或管理人	一般事由
地面施工侵权	过错推定	施工人	尽到法定警示义务
地下设施侵权	过错推定	管理人	尽到管理职责

1. 不动产倒塌。

建筑物、构筑物或者其他设施倒塌造成他人损害的，由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。建设单位、施工单位赔偿后，有其他责任人的，有权向其他责任人追偿。

因所有人、管理人、使用人或者第三人的原因，建筑物、构筑物或者其他设施倒塌造成他人损害的，由所有人、管理人、使用人或者第三人承担侵权责任。

2. 不动产及其搁置物、悬挂物脱落、坠落。

建筑物、构筑物或者其他设施及其搁置物、悬挂物发生脱落、坠落造成他人损害，所有人、管理人或者使用人不能证明自己没有过错的，应当承担侵权责任。所有人、管理人或者使用人赔偿后，有其他责任人的，有权向其他责任人追偿。

据此可知，不动产及其搁置物、悬挂物脱落、坠落的归责原则乃过错推定责任原则，责任主体为所有人、管理人或使用人。

🔗 典型真题

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·卷三·16题）^①

^① 答案：C。

- 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

3. 不明抛掷物、坠落物。★★★

禁止从建筑物中抛掷物品。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。

发生本条第一款规定的情形的，有关机关应当依法及时调查，查清责任人。

4. 堆放物倒塌、滚落或滑落。

堆放物倒塌、滚落或者滑落造成他人损害，堆放人不能证明自己没有过错的，应当承担侵权责任。

5. 妨碍通行物。

在公共道路上堆放、倾倒、遗撒妨碍通行的物品造成他人损害的，由行为人承担侵权责任。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。

6. 林木折断、倾倒或果实坠落等。

因林木折断、倾倒或者果实坠落等造成他人损害，林木的所有人或者管理人不能证明自己没有过错的，应当承担侵权责任。

7. 地面施工侵权。★★★

在公共场所或者道路上挖掘、修缮安装地下设施等造成他人损害，施工人不能证明已经设置明显标志和采取安全措施的，应当承担侵权责任。

据此可知，地面施工侵权责任的归责原则乃过错推定责任。责任主体系施工人即承包人。如责任主体欲免责，必须证明自己设置明显标志和采取安全措施。

典型真题

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·卷三·67题）^①

- A. 应当适用无过错责任原则
- 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

8. 地下设施侵权。

窨井等地下设施造成他人损害，管理人不能证明尽到管理职责的，应当承担侵权责任。

^① 答案：BD。

附录一

法考民法重点考点汇总表

一、民法中典型撤销权汇总表★★★

类型	效力待定合同的善意第三人撤销权	可撤销的民事法律行为的撤销权	合同保全的撤销权（债权人撤销权）	可撤销婚姻的撤销权
法条	《民法总则》第 145、171 条	《民法总则》第 147 - 152 条	《合同法》第 74、75 条	《婚姻法》第 11 条
撤销事由	1. 限人所实施的与其意思能力不相适应的双方民事法律行为； 2. 无权代理	1. 欺诈； 2. 胁迫； 3. 重大误解； 4. 显失公平	放弃债权和担保、串通延长且知道、无偿转让要撤销	胁迫
方式	通知	诉讼或仲裁	诉讼	法院或民政部门
时间	在法定代理人或本人追认前	1 年、3 个月或 5 年除斥期间	1 年或 5 年除斥期间	1 年除斥期间

二、民法中以自己的名义实施民事法律行为情形汇总表★★★

序号	法律制度	法律规定
1	死者人格利益保护	近亲属以自己的名义起诉
2	宣告失踪	财产代管人以自己的名义起诉应诉
3	非法人组织	非法人组织依法以自己的名义从事民事活动
4	复代理	代理人以自己的名义选任复代理人
5	无权处分	行为人以自己名义处分他人财产
6	代位权之诉	债权人以自己的名义起诉次债务人
7	间接代理	代理人以自己的名义实施法律行为
8	行纪合同	行纪人以自己的名义实施法律行为
9	独占实施许可合同	在发生专利权被侵害时，被许可人可以自己的名义向法院起诉或向专利管理机关投诉

三、民法中救命钱特殊规则汇总表★★

法律依据	法律制度	条款内容
《民法总则》 第 37 条	监护资格的撤销	依法对被监护人负担抚养费、赡养费、扶养费的父母、子女、配偶等，被法院撤销监护人资格后，应当继续负担
《民法总则》 第 196 条	诉讼时效制度	下列请求权不适用诉讼时效的规定：(3) 请求支付抚养费、赡养费或扶养费
《合同法》 第 73 条	代位权之诉	因债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害的，债权人可以向法院请求以自己的名义代位行使债务人的债权，但该债权专属于债务人自身的除外
《合同法》 第 79 条	债权让与	债权人可以将合同的权利全部或部分转让给第三人，但有下列情形之一的除外： (1) 根据合同性质不得转让，如人身损害赔偿金
《婚姻法》 第 18 条	法定个人财产	有下列情形之一的，为夫妻一方的财产： (2) 一方因身体受到伤害获得的医疗费、残疾人生活补助费等费用

四、民法中择一选择情形汇总表★★★

法律依据	法律制度	条款内容
《民法总则》 第 75 条 第 2 款	设立中法人	设立人为设立法人以自己的名义从事民事活动产生的民事责任，第三人有权选择请求法人或设立人承担
《民法总则》 第 186 条	民事责任竞合	因当事人一方的违约行为，损害对方人身权益、财产权益的，受损害方有权选择请求其承担违约责任或侵权责任
《合同法》 第 116 条	定金与违约金	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定金条款
《合同法》 第 122 条	违约与侵权竞合	因当事人一方的违约行为，侵害对方人身、财产权益的，受损害方有权选择依照本法要求其承担违约责任或依照其他法律要求其承担侵权责任
《合同法》 第 167 条	分期付款买卖合同	分期付款的买受人未支付到期价款的金额达到全部价款的 1/5 的，出卖人可以要求买受人支付全部价款或解除合同
《合同法》 第 403 条	隐名的间接代理	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
《侵权责任法》 第 43 条	产品责任（不真正连带责任）	因产品存在缺陷造成损害的，被侵权人可以向产品的生产者请求赔偿，也可以向产品的销售者请求赔偿
《侵权责任法》 第 59 条	医疗损害责任（不真正连带责任）	因药品、消毒药剂、医疗器械的缺陷，或输入不合格的血液造成患者损害的，患者可以向生产者或血液提供机构请求赔偿，也可以向医疗机构请求赔偿；患者向医疗机构请求赔偿的，医疗机构赔偿后，有权向负有责任的生产者或血液提供机构追偿

续表

法律依据	法律制度	条款内容
《侵权责任法》 第 68 条	环境污染责任（不真正连带责任）	因第三人的过错污染环境造成损害的，被侵权人可以向污染者请求赔偿，也可以向第三人请求赔偿。污染者赔偿后，有权向第三人追偿
《侵权责任法》 第 83 条	饲养动物损害责任（不真正连带责任）	因第三人的过错致使动物造成他人损害的，被侵权人可以向动物饲养人或管理人请求赔偿，也可以向第三人请求赔偿。动物饲养人或管理人赔偿后，有权向第三人追偿

五、民法中财产归国家情形汇总表 ★★★

法律依据	法律制度	条款内容
《物权法》 第 113 条	遗失物的拾得	遗失物自发布招领公告之日起 6 个月内无人认领的，归国家所有
《民通意见》 第 131 条	不当得利	返还不当利益，应当包括原物和原物所生的孳息。利用不当得利所取得的其他利益，扣除劳务管理费用后，应当予以收缴
《合同法》 第 104 条第 2 款	提存制度	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
《建设工程合同司法解释》 第 4 条	建设工程合同禁止性行为	承包人非法转包、违法分包建设工程或没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义与他人签订建设工程施工合同的行为无效。法院可以根据民法通则第 134 条规定，收缴当事人已经取得的非法所得
《继承法》 第 32 条	无人继承又无人受遗赠的财产	无人继承又无人受遗赠的遗产，归国家所有；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

六、民商经济法中惩罚性赔偿情形汇总表 ★★★

法律依据	法律制度	条款内容
《合同法》 第 113 条第 2 款	惩罚性损害赔偿金	经营者对消费者提供商品或服务有欺诈行为的，依照《消费者权益保护法》的规定承担损害赔偿责任
《侵权责任法》 第 22 条	精神损害赔偿	侵害他人人身权益，造成他人严重精神损害的，被侵权人可以请求精神损害赔偿
《侵权责任法》 第 47 条	产品责任	明知产品存在缺陷仍然生产、销售，造成他人死亡或健康严重损害的，被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿
《医疗损害纠纷司法解释》 第 23 条	医疗损害赔偿 责任☆☆	医疗产品的生产者、销售者明知医疗产品存在缺陷仍然生产、销售，造成患者死亡或健康严重损害，被侵权人请求生产者、销售者赔偿损失及 2 倍以下惩罚性赔偿的，法院应予支持

续表

法律依据	法律制度	条款内容
《房屋买卖合同司法解释》 第8条和第9条	产权欺诈 ★★★	具有下列情形之一，导致商品房买卖合同目的不能实现的，无法取得房屋的买受人可以请求解除合同、返还已付购房款及利息、赔偿损失，并可以请求出卖人承担不超过已付购房款1倍的赔偿责任： (1) 商品房买卖合同订立后，出卖人未告知买受人又将该房屋抵押给第三人；(2) 商品房买卖合同订立后，出卖人又将该房屋出卖给第三人
		出卖人订立商品房买卖合同时，具有下列情形之一，导致合同无效或被撤销、解除的，买受人可以请求返还已付购房款及利息、赔偿损失，并可以请求出卖人承担不超过已付购房款1倍的赔偿责任： (1) 故意隐瞒没有取得商品房预售许可证明的事实或提供虚假商品房预售许可证明；(2) 故意隐瞒所售房屋已经抵押的事实；(3) 故意隐瞒所售房屋已经出卖给第三人或为拆迁补偿安置房屋的事实
《消费者权益保护法》 第55条	欺诈	经营者提供商品或服务有欺诈行为的，应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失，增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或接受服务的费用的3倍；增加赔偿的金额不足500元的，为500元。法律另有规定的，依照其规定
		经营者明知商品或服务存在缺陷，仍然向消费者提供，造成消费者或其他受害人死亡或健康严重损害的，受害人有权要求经营者依照本法第49条、第51条等法律规定赔偿损失，并有权要求所受损失2倍以下的惩罚性赔偿
《食品安全法》 第148条第2款	惩罚性赔偿	生产不符合食品安全标准的食品或经营明知是不符合食品安全标准的食品，消费者除要求赔偿损失外，还可以向生产者或经营者要求支付价款10倍或损失3倍的赔偿金；增加赔偿的金额不足1000元的，为1000元。但是，食品的标签、说明书存在不影响食品安全且不会对消费者造成误导的瑕疵的除外

七、民法中排序问题汇总表★★★

法律依据	法律制度	排序结果
《物权法》 第199条	抵押权	同一财产向两个以上债权人抵押的，拍卖、变卖抵押财产所得的价款依照下列规定清偿：(1) 抵押权已登记的，按照登记的先后顺序清偿；顺序相同的，按照债权比例清偿；(2) 抵押权已登记的先于未登记的受偿；(3) 抵押权未登记的，按照债权比例清偿
《物权法》 第239条	动产担保物权	质押先于抵押成立时：留置权>质押权>登记抵押权>未登记抵押权
		抵押先于质押成立时：留置权>登记抵押权>质押权>未登记抵押权
《买卖合同司法解释》 第8条和第9条	动产一物数卖	普通动产时：先行受领交付>先行支付价款>合同成立在先
		特殊动产时：先行受领交付>先行办理所有权转移登记手续>合同成立在先

续表

法律依据	法律制度	排序结果
《租赁合同司法解释》第6条	一房数租	合法占有者>登记备案者>合同成立在先者
《合同法》第230条	房屋承租人的优先购买权	按份共有人>次承租人>承租人
《合同法》第286条	法定优先权	已交付全部或大部分购房款的买受人>承包人法定优先权>银行抵押权
《合同法解释二》第20条	清偿抵充	债务人的给付不足以清偿其对同一债权人所负的数笔相同种类的全部债务，应当优先抵充已到期的债务；几项债务均到期的，优先抵充对债权人缺乏担保或担保数额最少的债务；担保数额相同的，优先抵充债务负担较重的债务；负担相同的，按照债务到期的先后顺序抵充；到期时间相同的，按比例抵充；但是，债权人与债务人对清偿的债务或清偿抵充顺序有约定的除外

八、法院主动干预类考点汇总表★★

法律依据	法律制度	法律规定
《买卖合同司法解释》第27条	违约金	买卖合同当事人一方以对方违约为由主张支付违约金，对方以合同不成立、合同未生效、合同无效或不构成违约等为由进行免责抗辩而未主张调整过高的违约金的，法院应当就法院若不支持免责抗辩，当事人是否需要主张调整违约金进行释明；一审法院认为免责抗辩成立且未予释明，二审法院认为应当判决支付违约金的，可以直接释明并改判
《民间借贷合同司法解释》第24条	让与担保	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，法院应当按照民间借贷法律关系审理，并向当事人释明变更诉讼请求；当事人拒绝变更的，法院裁定驳回起诉
《侵权责任法》第26条	与有过失（过失相抵）	被侵权人对损害的发生也有过错的，可以减轻侵权人的责任；法院可依其职权依一定的标准减轻侵害人的赔偿责任，从而公平、合理地分配损害的一种制度
《婚姻法解释二》第3条	无效婚姻	法院受理离婚案件后，经审查确属无效婚姻的，应当将婚姻无效的情形告知当事人，并依法作出宣告婚姻无效的判决

九、民法中数字问题汇总表★★

法律依据	法律制度	法律规定
《担保法》第91条和《担保法解释》第121条	定金限额性	定金的数额由当事人约定，但不得超过主合同标的额的20% 当事人约定的定金数额超过主合同标的额20%的，超过部分，法院不予支持

续表

法律依据	法律制度	法律规定
《合同法解释二》 第 29 条 2 款	违约金	当事人约定的违约金超过造成损失的 30% 的，一般可以认定为《合同法》第 114 条第 2 款规定的“过分高于造成的损失”
《合同法》 第 167 条	分期付款 买卖合同	分期付款的买受人未支付到期金额达到全部价款的 1/5（20%）的，出卖人可以要求买受人支付全部价款或解除合同；出卖人解除合同的，可以向买受人要求支付该标的物的使用费
《买卖合同 司法解释》 第 36 条第 1 款	动产所有权保 留买卖合同	买受人已经支付标的物总价款的 75% 以上，出卖人主张取回标的物的，法院不予支持
《民间借贷合同 司法解释》 第 26 条	借款利率问题	借贷双方约定的利率未超过年利率 24%，出借人请求借款人按照约定的利率支付利息的，法院应予支持。借贷双方约定的利率超过年利率 36%，超过部分的利息约定无效。借款人请求出借人返还已支付的超过年利率 36% 部分的利息的，法院应予支持
《道路交通 安全法》 第 76 条	机动车交通 事故责任	机动车与非机动车驾驶人、行人之间发生交通事故，非机动车驾驶人、行人没有过错的，由机动车一方承担赔偿责任；有证据证明非机动车驾驶人、行人有过错的，根据过错程度适当减轻机动车一方的赔偿责任；机动车一方没有过错的，承担不超过 10% 的赔偿责任

附录二

法考民法涉及的法律和司法解释

一、法考民法涉及的 8 部法律

中华人民共和国 民法总则	中华人民共和国 物权法	中华人民共和国 担保法	中华人民共和国 合同法
中华人民共和国 侵权责任法	中华人民共和国 婚姻法	中华人民共和国 继承法	中华人民共和国 收养法

二、法考民法涉及的 24 部法律解释

第一部	关于贯彻执行《中华人民共和国民法通则》若干问题的意见
第二部	关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定
第三部	★★★关于适用《中华人民共和国物权法》若干问题的解释(一)
第四部	关于审理建筑物区分所有权纠纷案件具体应用法律若干问题的解释
第五部	关于适用《中华人民共和国担保法》若干问题的解释
第六部	关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释(一)
第七部	关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释(二)
第八部	关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释
第九部	关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释
第十部	★★★关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定
第十一部	关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释
第十二部	关于审理建设工程合同纠纷案件适用法律问题的解释
第十三部	★★关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释
第十四部	关于审理技术合同纠纷案件适用法律问题的解释
第十五部	关于审理旅游纠纷案件适用法律若干问题的规定
第十六部	关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释

续表

第十七部	关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释
第十八部	★★★关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定
第十九部	★★★关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释
第二十部	关于适用《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释（一）
第二十一部	关于适用《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释（二）
第二十二部	关于适用《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释（三）
第二十三部	☆☆☆关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释
第二十四部	关于贯彻执行《中华人民共和国继承法》若干问题的解释