**2018年第001期——每日重点考点民事法律关系、民事权利分类（4星考点）**

**基本概念**

1.民事法律事实：是符合民事规范，能够引起民事法律关系发生、变更、消灭的客观现象。民事法律事实包括民事法律行为和事件两类。

2.民事法律关系：指平等主体之间发生的由民事法律规范调整的以民事权利义务为内容的社会关系。

3.单一民事法律关系：指只有一组相对应的权利义务构成的民事法律关系。如就某物形成的所有权关系；约定赠与某物形成的赠与合同关系。

4.复合民事法律关系：指由两组以上权利义务构成的民事法律关系。如买卖合同、租赁合同。

5.主民事法律关系，指相互依存的两个民事法律关系中，能够独立存在的民事法律关系。

6.从民事法律关系，指相互依存的两个民事法律关系中，不能独立存在，须依附于其他民事法律关系而存在的民事法律关系。从民事法律关系具有(成立、效力、消灭上的)从属性，主法律关系无效、消灭的，从法律关系亦无效、消灭。

7.调整性民事法律关系，指因合法行为而形成、主体权利能够正常实现的民事法律关系。如所有权法律关系、无因管理之债。

8.保护性民事法律关系，指因不合法的行为而产生的民事法律关系，如返还原物请求权法律关系、侵权之债、不当得利之债。

9.支配权：对权利客体进行直接的排他性支配并享受其利益的权利。

10.请求权：特定人得请求特定他人为一定行为或不为一定行为的权利。

11.形成权：依权利人单方意思表示就能使权利发生、变更或者消灭的权利。

12.抗辩权：能够阻止请求权效力的权利。

**重点考点详解**

**一、民法的基本体系**

（一）民法的调整对象：平等主体之间的人身关系与财产关系。

1. 民事法律关系的产生原因：民事法律事实

民事主体→行为或事件→民事法律关系→内容及效果：民事权利、义务→民事责任

（1）民事法律行为：分为表示行为和非表示行为两种。

表示行为

①民事行为：以意思表示为要素，其效果以意思表示为准。

②准法律行为：以意思表示为要素，其效果以法律规定为准。如意思通知（催告、要约的拒绝），观念通知（债权让与通知、承诺迟到通知）、情感表示等。

非表示行为

③事实行为：不以意思表示为要素，其效果以法律规定为准。如无因管理、正当防卫、紧急避险、先占、添附、建造、创作、拾得遗失物、侵权行为、违约行为、缔约过失行为。

（2）事件

①自然事件：无人的参与，且人力不可抗之。如地震。

②社会事件：有人的参与，但人力不可抗之。

2.不是民事法律事实

（1）好意施惠（背后的侵权属于）：不产生合同关系，可能产生侵权。

好意施惠与合同的显著区别：无偿、无法律约束力。

合同原则上是有偿的，有两个例外。绝对无偿合同：赠与、借用与保证合同。相对无偿合同：无约定推定为无偿，民间借贷、保管与委托合同。

（2）订立婚约（背后的给付属于）≠支付彩礼（附解除合同的赠与合同）：①最终双方未办理结婚登记手续的；②办理结婚登记后又离婚，确未共同生活；③婚前给付，但离婚后给付彩礼的一方生活困难的。

（3）情谊行为：不具有法律约束意思，后果直接无偿利他的行为。道德领域调整的关系，无法强制执行。

（4）法外空间：自然现象等。

（5）合同界域之外的约定：有些约定貌似合同，但是按其性质不宜适用合同法调整或者采用合同法调整将产生不公正结果的。如夫妻约定不要小孩。

3.民事法律关系的要素

（1）主体：自然人、法人、非法人组织、国家

（2）内容：民事权利、民事义务或民事责任——可约定，亦可法定。

（3）客体：物、行为、智力成果、人格利益。

4.民事法律关系的分类

（1）客体不同

①物权法律关系：物和权利

②债权法律关系：给付行为（债权人的作为或不作为）

③知识产权法律关系：智力成果（作品、技术方案、商标等）

④人格权法律关系：人格利益（生命、健康、肖像、隐私、姓名）

⑤身份权法律关系：身份利益（抚养、扶养、赡养、同居等）

（2）单一民事法律关系和复合民事法律关系：区分单务合同、双务合同。

（3）主民事法律关系和从民事法律关系：能否独立存在分类，对担保物权意义重大。

5.民事责任的种类：以责任人内部关系为标准划分

（1）按份责任：对外按份、对内无关。

（2）连带责任：对外连带、对内按份。

（3）不真正连带责任：对外连带、对内一人承担终局责任。

（4）补充责任：顺位利益、过错前提、过错相应。

（二）民法的三大基础性制度

1.民事主体制度：自然人、法人、其他组织

2.法律行为制度：处分行为（转移权利本身）、负担行为（设立债权）

3.财产权制度：财产权流转的最主要方式是买卖。通过民事法律行为、物权债权及其关系两大体系实现。过程：物权关系→经由债权关系（两行为：合同行为、交付行为）→形成新的物权关系。

（三）民法基本原则：是民法商法的共同原则，但商事单行法规定优先。

1.平等原则：首要原则。

2.意思自治原则：不得涉及公权力处分。

3.公平原则：两个典型显失公平、情势变更。

4.诚实信用原则：帝王原则。

5.公序良俗原则：只适用于人身权、婚姻家庭领域。

**二、民事权利的分类**

（一）财产权、人身权

这是依民事权利的客体所体现的利益为标准而作的划分。

1.人身权是以人身之要素为客体的权利，不具有直接物质利益内容的民事法律关系，人身权与其主体不可分离。人身权可以进一步划分为人格权和身份权。但人身法律关系遭受侵害后形成的侵权之债法律关系，属于财产法律关系。

2.财产权是以具有经济价值的利益为客体的权利。与人身权不同财产权可以予以经济评价，并可转让。以权利的效力和内容为标准，财产权还可以进一步划分为物权、债权、知识产权和继承权。物权是支配物并具有排他性效力的财产权；债权是得请求债务人为特定行为的财产权；知识产权是以受保护的智慧成果为客体的权利；继承权是按遗嘱或法律的直接规定承受被继承人遗产的权利。最主要的财产权是物权和债权。

（二）绝对权与相对权

这是依民事权利的效力所及相对人的范围为标准而划分的。

1.绝对权是权利效力所及相对人为不特定人的权利。绝对权的义务人是权利人之外的一切人，故又称“对世权”。

（1）财产权：物权+知识产权

（2）人身权：人格权

（3）知识产权均属绝对权（著作权特殊考虑）

（4）综合性权利：继承权、社员权。

2.相对权是权利效力所及相对人仅为特定人的权利。相对权的效力仅仅及于特定的义务人，故又称“对人权”。

（1）债权就是典型的相对权；

（2）物权请求权也属于相对权；

（3）身份权：如生育权、扶养权、抚育权。

（三）支配权、请求权、形成权、抗辩权

这是依民事权利的作用为标准而作的划分。

1.支配权

（1）主体：支配权权利主体特定，义务主体不特定。

（2）特点：①支配性；②排他性；③优先性；④权利实现具有直接性；⑤公示性。

【注意】支配权具有排他性，没有排他就没有支配。共有，虽是两人以上所有，但实际上只有一个所有权。同一物上有2个以上抵押权，但抵押权之间存在先后顺序。

（3）客体是特定化的财产和人身利益。人身权（对人身利益的支配）、物权（对物的支配）、知识产权中财产权（对无形财产的支配）等属于支配权，其行使无需其他人积极义务的配合。

只需要义务人负有消极不作为的义务，即只要容忍、不行使同样的支配行为即可实现权利的支配目的。

（4）支配权不适用诉讼时效。

2.请求权

（1）主体的特定性：权利主体、义务主体均特定。

（2）请求权的特点：

①作用是请求；请求权人对权利客体不能直接支配，权利实现有赖于义务人的协助。

②没有排他性具有兼容性；

③平等性：同一标的物上多项请求权效力相同；实现具有合作性。

④不需要公示。但无因管理之债必须是针对特定人，否则不成立无因管理之债。

（3）请求权的分类

共有支配权请求权、债权请求权、占有保护请求权、继承权回复请求权四大类。

（4）请求权竞合

因同一原因事实而发生内容同一的两个以上的请求权时为请求权的竞合，此时择一行使。

3.抗辩权

（1）抗辩权的效力

是对已存在的请求权发生一种对抗的权利；通过行使抗辩权，一方面可以阻止请求权效力，另一方面可以使权利人能够拒绝向相对人履行义务。其特征：

①抗辩权法定：仅限于法律的明确规定，约定的抗辩不属于抗辩权。

②抗辩权的功能在于阻碍请求权的行使。分为暂时阻碍的一时性抗辩权和永久阻碍的永久抗辩权。

（2）区分狭义的抗辩（又称否定）：

抗辩是抗辩人不承认对方享有其主张的请求权，而是主张对方的请求权全部或者部分不成立，或者已经消灭。包括权利未发生的抗辩和权利消灭的抗辩。抗辩的逻辑是：你无权请求。抗辩权的逻辑是：你有权请求，但我基于其他理由拒绝。

（3）抗辩权的分类：一时抗辩权和永久抗辩权两种

一时抗辩权

①同时履行抗辩权

②先履行抗辩权（又称顺序履行抗辩权）

③不安抗辩权

④一般保证人的先诉抗辩权

⑤混合担保中第三人的先诉抗辩权

永久性抗辩：诉讼时效期间经过后的债务人抗辩

1. 诉讼时效抗辩权

②民间借贷自然债务抗辩权

4.形成权

（1）形成权的享有必须符合特别的正当性

形成权的独特性在于只需有权利人一方的意思表示就足以使权利发生法律效力，无对应义务，但相对人须容忍形成权行使之法律义务。因此形成权有两个来源:①形成权相对人事先的同意，如约定解除权；②立法者经由价值判断，通过法律明文规定的形成权。

（2）形成权的特点

①形成权的客体是民事法律关系

因为形成权的行使将导致法律关系变动，其作用的对象为民事法律关系。

②形成权无对应的义务

形成权行使时，相对人处于容忍形成权行使之法律效果发生的法律地位，谈不上相对人负有何种法律义务。

③形成权具有从属性

形成权须依附于基础法律关系，不能与所依附的基础法律关系分离而移转。如合同撤销权、解除权不得脱离该完整合同关系而存在。

【注意】以下两种权利不是形成权:

①债权人撤销权出题人采用折衷说，认为债权人撤销权为综合性权利(包括请求权能与形成权能)，不属于形成权，但适用除斥期间。

合同法第74条：因债务人放弃其到期债权或者无偿转让财产，对债权人造成损害的，债权人可以请求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，对债权人造成损害，并且受让人知道该情形的，债权人也可以请求法院撤销债务人的行为。

②效力待定合同中相对人的催告权(《合同法》第47、48条)，因为催告不会直接引起权利的变动。

（3）形成权的行使方式：

①形成权作为一种单方决定权，权利的行使不以对方当事人的同意为条件。形成权的行使原则上不得附条件或期限，适用除斥期间，须在除斥期间内行使。除斥期间届满，形成权消灭。行使形成权的意思表示不得撤销，但可撤回。行使形成权的行为都是单方民事法律行为。

【注意】个别形成权不适用除斥期间，如离婚请求权、共有物分割请求权、收养关系解除权。

②只允许起诉、仲裁的方式提起，即形成诉权。如可撤销合同中的撤销权、可撤销婚姻中的撤销权、离婚请求权。

【注意】形成诉权中判决生效的时点与权利变动的时点重合：自判决生效时发生物权变动。

③无须通过诉讼行使的形成权：单纯形成权，应以单方通知的方式行使形成权，明示（书面或口头通知）、默示（推定或单纯沉默）。

④形成权的行使原则上不得附条件或期限。但如果条件的成就与否依相对人意思而定或者所附期限明确的，形成权的行使可以附条件或者期限。如解除权人甲向乙表示:乙不于3月3日之前付清拖欠的房租，则甲乙之间的房屋租赁合同届时解除。甲行使解除权时所附的期限明确，不至于导致法律关系不确定的后果，有效。

（4）形成权异议

①一方当事人行使解除权、抵销权时，允许对方当事人提出异议。

②当事人没有就异议期间达成约定的，异议期间为对方当事人收到解除通知、抵销通知之日起3个月。

（5）形成权的分类

包括财产法上的形成权与身份法上的形成权两大类，撤销权、解除权、追认权、抵销权等都属形成权。

财产法上的形成权

物权法中的形成权

①典物回赎权：依据民法理论

②共有物分割请求权

③按份共有人的优先购买权

债法中的形成权

①效力待定合同中的追认权

②效力待定合同中善意相对人的撤销权：同上合同法47、48条

③可撤销合同中的撤销权

④选择之债中的选择权

⑤法定抵销权

⑥法定解除权与约定解除权

⑦试用合同中买受人的认可权

⑧房屋租赁合同承租人的优先购买权

⑨间接代理中第三人的选择权

⑩确认合同无效的权利。

身份法上的形成权

继承法中的形成权

①遗嘱撤销权

②继承权抛弃

③受遗赠权拋弃

④遗产分割请求权：名为请求权，实为形成权。

婚姻法中的形成权

①可撤销婚姻中受胁迫人的撤销权

②离婚请求权

③收养关系解除权

（四）主权利与从权利、原权利与救济权

这是在相互关联的民事权利中，依各权利的地位划分的。主权利是不依赖其他权利为条件而能够独立存在的权利，从权利则是以主权利的存在为前提而存在的权利。在担保中，被担保的债权为主权利，而担保权则是从权利。

**历年真题**

06-03-01

下列哪种情形成立民事法律关系?

A.甲与乙约定某日商谈合作开发房地产事宜

B.甲对乙说:如果你考上研究生，我就嫁给你

C.甲不知乙不胜酒力而极力劝酒，致乙酒精中毒住院治疗

D.甲应同事乙之邀前往某水库游泳，因抽筋溺水身亡

08-03-01

关于民事法律关系，下列哪一选项是正确的？

A.民事法律关系只能由当事人自主设立

B.民事法律关系的主体即自然人和法人

C.民事法律关系的客体包括不作为

D.民事法律关系的内容均由法律规定

08-03-51

关于民事权利，下列哪些选项是正确的？

A.甲公司与乙银行签订借款合同，乙对甲享有的要求其还款的权利不具有排他性

B.丙公司与丁公司协议，丙不在丁建筑的某楼前建造高于该楼的建筑，丁对丙享有的此项权利具有支配性

C.债权人要求保证人履行，保证人以债权人未对主债务人提起诉讼或申请仲裁为由拒绝履行，保证人的此项权利是抗辩权

D.债权人撤销债务人与第三人的赠与合同的权利不受诉讼时效的限制

08-03-01（延期）

关于民事权利，下列哪一选项是正确的？

A.抵销权属抗辩权

B.权利的行使不都是事实行为

C.支配权的客体只能是物

D.请求权基于基础权利受侵害而发生

09-03-01

甲被乙家的狗咬伤，要求乙赔偿医药费，乙认为甲被狗咬与自己无关拒绝赔偿。下列哪一选项是正确的？

A.甲乙之间的赔偿关系属于民法所调整的人身关系

B.甲请求乙赔偿的权利属于绝对权

C.甲请求乙赔偿的权利适用诉讼时效

D.乙拒绝赔偿是行使抗辩权

13-03-51

甲以20万元从乙公司购得某小区地下停车位。乙公司经规划部门批准在该小区以200万元建设观光电梯。该梯入梯口占用了甲的停车位，乙公司同意为甲置换更好的车位。甲则要求拆除电梯，并赔偿损失。下列哪些表述是错误的？

A.建电梯获得规划部门批准，符合小区业主利益，未侵犯甲的权利

B.即使建电梯符合业主整体利益，也不能以损害个人权利为代价，故应将电梯拆除

C.甲车位使用权固然应予保护，但置换车位更能兼顾个人利益与整体利益

D.电梯建成后，小区尾房更加畅销，为平衡双方利益，乙公司应适当让利于甲

14-03-01

薛某驾车撞死一行人，交警大队确定薛某负全责。鉴于找不到死者亲属，交警大队调处后代权利人向薛某预收了6万元赔偿费，商定待找到权利人后再行转交。因一直未找到权利人，薛某诉请交警大队返还6万元。根据社会主义法治理念公平正义要求和相关法律规定，下列哪一表述是正确的？

A.薛某是义务人，但无对应权利人，让薛某承担赔偿义务，违反了权利义务相一致的原则

B.交警大队未受损失而保有6万元，形成不当得利，应予退还

C.交警大队代收6万元，依法行使行政职权，与薛某形成合法有效的行政法律关系，无须退还

D.如确实未找到权利人，交警大队代收的6万元为无主财产，应收归国库

16-03-01

根据法律规定，下列哪一种社会关系应由民法调整？

A.甲请求税务机关退还其多缴的个人所得税

B.乙手机丢失后发布寻物启事称：“拾得者送还手机，本人当面酬谢”

C.丙对女友书面承诺：“如我在上海找到工作，则陪你去欧洲旅游”

D.丁作为青年志愿者，定期去福利院做帮工

16-03-10

甲单独邀请朋友乙到家中吃饭，乙爽快答应并表示一定赴约。甲为此精心准备，还因炒菜被热油烫伤。但当日乙因其他应酬而未赴约，也未及时告知甲，致使甲准备的饭菜浪费。关于乙对甲的责任，下列哪一说法是正确的？

A.无须承担法律责任

B.应承担违约责任

C.应承担侵权责任

D.应承担缔约过失责任

**真题答案解析**

1.06-03-01

《民法通则》第2条规定，中华人民共和国民法调整平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系。

民事法律关系是指由民法规范调整的，以权利义务为内容的社会关系，只有法律所调整的社会生活关系才转变为法律关系。

C项：甲“极力劝酒”的行为造成损害，主观上具有过失，其行为构成侵权行为，形成侵权行为之债的民事法律关系，因此C项正确。

A项：A选项中甲与乙只是约定对有关事宜进行“商谈”，并未明确将来要订立合作开发合同，甲乙的约定不属于预约，没有形成权利义务关系，因此A项错误。

B项：甲属于单独的意思表示，形不成婚姻法律行为，双方不形成权利义务关系，因此B项错误。

D项：乙只是邀请甲去游泳，对甲游泳过程中抽筋溺水身亡在主观上并不存在故意或过失，其行为不构成侵权行为，甲乙双方不存在民事法律关系，因此D项错误。

综上所述，本题答案为C。

2.08-03-01

C项：民事法律关系的客体是指民事法律关系中的权利和义务共同指向的对象，包括物、行为、知识产权和人身利益，其中行为包括作为和不作为，所以C项正确。

AD项：引起民事法律关系的原因是法律事实，法律事实分成行为和事件，行为又可以分成法律行为和事实行为，其中法律行为通过当事人的意思自治产生的法律关系，事实行为和事件属于基于法律规定产生的民事法律关系，因而AD项错误。

B项：民事法律关系的主体包括自然人、法人和其他组织，所以B项错误。

综上所述，本题答案为C。

3.08-03-51

A项：乙对甲享有的权利为债权，债权为相对权，不具有排他性，所以A项正确。

B项：丁对丙享有的权利为地役权，地役权属于物权的一种，而物权为支配权，具有支配性，所以B项正确。

C项：保证人享有对抗债权人请求履行的权利为一般保证人的先诉抗辩权，所以C项正确。

D项：债权人享有的撤销权为形成权，法律上规定的形成权的存续期间为除斥期间，不受诉讼时效的限制，所以D项正确。

综上所述，本题答案为ABCD。

4.08-03-01（延期）

B项：形成权的行使是通过民事行为来实现。因此，B项说法正确。

A项：抗辩权是指能够阻止请求权效力的权利，抗辩权主要是针对请求权的。形成权是依权利人单方意思表示就能使权利发生、变更或者消灭的权利。抵销权是指依一方当事人的意思表示，就能使双方的债权在对等额内消灭的权利，显然属于形成权。抵销权是形成权不属于抗辩权。因此，A项说法错误。

C项：支配权是对权利客体进行直接的排他性支配并且享受其利益的权利，人身权、物权、知识产权中的财产权等都属于支配权。人身权的客体只能是人身，而不是物。因此，C项说法错误。

D项：请求权是特定人请求特定的他人为一定行为或不为一定行为的权利。请求权依其产生方式可分为原始请求权（原权请求权）和派生请求权（救济型请求权）。原权型请求权是指作为原生权利的请求权，合同债权是典型。而救济型请求权是指当基础权利受到不法侵害或者有侵害之虞时产生的救济性权利，违约损害赔偿请求权是典型。因此，请求权可以作为基础权利产生，也可基于基础权利受侵害而产生。因此，D项说法错误。

综上所述，本题的正确答案是B。

5.09-03-01

本题中，甲被乙家的狗咬伤，受侵犯的是甲的人身权利，但是，由于基于甲人身权利受到侵犯的事实，给甲带来了经济上的损失（医药费、营养费和误工费等），甲可以据此向乙提出损害赔偿请求，甲乙之间形成了侵权行为之债，属于债的法律关系。

C项：《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第1条明确规定，诉讼时效仅适用于债权请求权。甲请求乙赔偿的权利属于侵权行为之债的债权请求权，应适用诉讼时效，故C选项正确。

A项：根据上文所述，债权属于典型的财产关系而非人身关系，本题是基于人身权利受到侵害而产生的损害赔偿的财产关系，故A选项错误。

B项：民事权利依照权利人可以对抗义务人的范围，可以分为绝对权和相对权。绝对权是指义务人不确定的一般人的权利，权利人可以向一切人主张权利。相对权是指义务人为特定人的权利，权利人只能请求特定人为一定行为，债权是典型的相对权，而侵权损害赔偿请求权属于债权，是相对权，而非绝对权，故B选项错误。

D项：抗辩权是指对抗请求权的权利，其效果是暂时或者永久阻止请求权得以行使。否认是直接否认对方请求权的成立。抗辩权是肯定对方请求权存在的，以对方请求权为前提产生的抗辩。本题中，乙以甲被狗咬与自己无关拒绝赔偿，是直接否认了甲的请求权，其拒绝赔偿并非行使抗辩权而是否认，故D选项错误。

综上所述，本题答案为C项。

6.13-03-51

《物权法》第4条规定：“国家、集体、私人的物权和其他权利人的物权受法律保护，任何单位和个人不得侵犯。”乙公司建造的电梯占用了甲的停车位，侵犯了甲对停车位享有的（用益物权或者所有权）。

A项，《物权法》第74条第2款规定：“建筑区划内，规划用于停放汽车的车位、车库的归属，由当事人通过出售、附赠或者出租等方式约定。”甲购得了停车位，依法对停车位享有所有权，规划部门批准建设观光电梯，该电梯入梯口占用了甲的停车位，侵犯了甲对该停车位的使用权。而选项中说建电梯获得规划部门批准。符合小区业主利益，未侵犯甲的利益是不对的。并不能因为符合小区业主的利益，而否定甲对车位的所有权。故A项错误，当选。

B项，《物权法》第7条规定：“物权的取得和行使，应当遵守法律，尊重社会公德，不得损害公共利益和他人合法权益。”该条规定了禁止权利滥用原则。《物权法》第88条规定：“不动产权利人因建造、修缮建筑物以及铺设电线、电缆、水管、暖气和燃气管线等必须利用相邻土地、建筑物的，该土地、建筑物的权利人应当提供必要的便利。”乙公司的确侵犯了甲对停车位的用益物权（或者所有权），考虑到乙公司建造电梯花费200万元（远远超过甲之停车位的价值），且电梯已经修成，一般而言符合更多人的利益。所以，如果甲坚持对乙主张恢复原状、排除妨害、返还原物等责任，构成权利滥用。根据《物权法》的规定，对侵犯甲的权利的救济途径有请求排除妨碍、消除危险，请求赔偿损失。例如，所有人对于邻人依相邻关系的法律规定在其土地上所为的行为，像通行、埋设管、线等，虽然妨碍其所有权的行使，但所有人有容忍的义务，不得请求排除之。本题中，建设电梯取得了规划部门的批准，是合法行为。故甲虽然是所有权人，但是甲不能请求排除妨碍，甲可以以其他方式，如请求损害赔偿来救济所有权受到的侵害。故B项表述错误，B项当选。

D项，民事责任以补偿性为原则。乙公司对甲置换车位并赔偿甲因此遭受的损失后，及时填补了因侵犯甲物权给甲造成的所有实际损失，甲对乙就不再享有其他补偿请求了。所以，对于乙公司销售尾房获得的利益，甲公司无权主张。民法不允许“得陇望蜀”。

C项，甲作为所有权人，其停车位被占用，理应受到保护。而建电梯也是合法行为，符合整体利益，甲作为所有权人应有容忍的义务，置换车位可以兼顾其个人利益和整体利益。乙的行为毕竟侵犯甲的物权，考虑到禁止权利滥用，甲虽不能对乙主张恢复原状、排除妨害、返还原物等责任，但甲认可对乙主张损害赔偿责任。置换车位属于代物清偿的一种，甲有权请求乙置换车位，并赔偿因此遭受的其他损失。故C项表述正确，不当选。

综上所述，本题的答案为ABD。

7.14-03-01

D项：《民法通则》第79条第2款规定：“所有人不明的埋藏物、隐藏物，归国家所有。”《继承法》第32条规定：“无人继承又无人受遗赠的财产，归国家和集体所有。由此可见，在我国针对于无主财产，原则上归国家所有。”所以，D项正确。

A项：薛某是肇事者，基于侵权产生侵权的给付义务，所以，薛某是义务人。本案中的受害者已因交通事故而死亡，对其造成的损害其赔偿请求权应当由其法定继承人依法行使，因此并非没有对应权利人，不存在违反权利义务一致原则的问题。所以，A项错误。

BC项：根据2008年《公安部关于印发<道路交通事故处理工作规范>的通知》第82条规定，对未知名死者的人身损害赔偿，公安机关交通管理部门应当将其所得赔偿费交付有关部门保存，其损害赔偿权利人确认后，通知有关部门交付损害赔偿权利人。交警部门根据公安部《道路交通事故处理规范》（2008）的规定代收并保管无名死者的赔偿款的做法并无不当，根据社会主义法治理念公平正义的要求，这既便于无名氏的继承人出现后及时得到赔偿，又利于保护无名氏继承人的利益。因此，交警大队依法行使职权，合法有效，不属于不当得利，并无需退还。所以，BC项错误。

综上所述，本题正确答案为D。

8.16-03-01

我国《民法通则》第2条规定：“中华人民共和国民法调整平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系。”

B项：乙丢失手机后发布寻物启事属于悬赏广告，由民法调整。所以，B项正确。

A项：甲请求税务机关退还个人所得税，甲与税务机关不是平等主体，不由民法调整。所以，A项错误。

C项：丙与女友之间的承诺属于生活关系，不由民法调整。所以，C项错误。

D项：丁作为志愿者去福利院帮工，丁与福利院之间不是平等主体。所以，D项错误。

综上所述，本题正确答案为B。

9.16-03-10

甲邀请朋友乙来家中吃饭属于好意施惠，不属于民法的调整范围，也就无需承担责任，所以，A项正确，B、C、D三项错误。

综上所述，本题正确答案为A。

**2018年第002期——每日重点考点民事权利能力和民事行为能力（3星考点）**

**基本概念**

1.民事权利能力：依法享有民事权利和承担民事义务的资格。

2.民事行为能力：能够独立实施一个有效法律行为的资格。

3.完全民事行为能力人：年满18周岁的成年人。

4.限制民事行为能力人：8周岁以上不满18周岁的未成年人、不能完全辨认自己行为的成年人。

5.无民事行为能力人：不满8周岁的未成年人、不能辨认自己行为的成年人。

6.监护：监护人对被监护人的人身、财产和其他合法权益依法实行监督和保护的制度。

**重点考点详解**

**一、自然人的权利能力**

（一）通常情况下的开始与终止

1.开始：始于出生。

（1）自然人出生时间的确定：出生证明——户籍证明——其他有关证明。

（2）特殊民事权利能力：劳动权利能力或婚姻能力

受国籍、年龄和性别的限制。如外国人在我国不得以律师身份执业，外国人在我国不得充当引水员，我国同性间不得结婚。

16岁之前的劳动合同，女（20岁）、男（22岁）之前的婚姻，无效，

2.终止：生理死亡。

死亡时间的确定：死亡证明——登记时间——其他有关证明。

生理死亡顺序的推定：

（1）继承法（一般法）

相互有继承关系的几个人在同一事件中死亡，不能确定死亡先后时间的：①推定没有继承人的人先死亡；②死亡人各自都有继承人的：如几个死亡人辈分不同，推定长辈先死亡；几个死亡人辈分相同，推定同时死亡；彼此之间无继承关系，由他们各自的继承人分别继承。

（2）保险法（特殊法）

受益人与被保险人在同一事件中死亡，且不能确定死亡先后顺序的推定受益人死亡在先。

3.终止：宣告死亡（后面详述）

（1）一般情况下判决宣告之日视为死亡之日；但因意外事件被宣告死亡的，意外事件发生之日视为死亡之日。

（2）拟制主义：宣告死亡判决只有被撤销后才能不发生宣告死亡产生的法律效力。如果自然人并未死亡，死亡宣告的判决不影响其于改判决作出之后的民事法律行为的效力。

（二）特殊人群的开始与终止

1.胎儿利益的保护

（1）胎儿自受胎之时享有民事权利能力。

①若胎儿活着出生，胎儿自受胎之时享有民事权利能力。

②若胎儿出生时为死体，胎儿溯及自受胎之时不享有民事权利能力。

（2）立法目的

胎儿的民事权利能力仅限于为保护胎儿利益而享有民事权利，如继承权、受赠与权、侵权损害赔偿请求权等的资格；而不包括负担义务的资格。

（3）三种特殊情况：继承法28条、继承法意见45条

①胎儿出生时为活体，应留份归该婴儿，由其母亲监管。

②若出生时为死体，则其应留份按被继承人的遗产处理。

③若出生时为活体旋即死亡，应留份按该婴儿的遗产处理，归其母。

2.死者人格利益保护。

（1）死者的人格利益而非人格权受到保护，人格利益包括姓名、肖像、名誉、荣誉、隐私、遗体、遗骨。

（2）近亲属以自己的名义有权主张精神损害赔偿。近亲属顺位：第一顺位配偶、父母、子女。第二顺位其他近亲属。

《最高院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第3条：自然人死亡后，其近亲属因下列侵权行为遭受精神痛苦，向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院应当依法予以受理：

(一)以侮辱、诽谤、贬损、丑化或者违反社会公共利益、社会公德的其他方式，侵害死者姓名、肖像、名誉、荣誉；

(二)非法披露、利用死者隐私，或者以违反社会公共利益、社会公德的其他方式侵害死者隐私；

(三)非法利用、损害遗体、遗骨，或者以违反社会公共利益、社会公德的其他方式侵害遗体、遗骨。

自然人因侵权行为致死，或者自然人死亡后其人格或者遗体遭受侵害，死者的配偶、父母和子女向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，列其配偶、父母和子女为原告；没有配偶、父母和子女的，可以由其他近亲属提起诉讼，列其他近亲属为原告。

（3）赔偿金直接归原告，而非当作死者遗产处理。

**二、自然人的行为能力**

（一）完全民事行为能力人（年龄和认识判断能力是并列关系、二者必须同时具备）

1.年龄：18周岁以上的成年人。劳动成年制：16周岁以上的未成年人，以自己的劳动收入为主要生活来源的，视为完全民事行为能力人。

2.精神状态:精神正常；

3.表意行为的效力有效，不因行为能力瑕疵而无效，如吸毒或醉酒后表意行为仍然有效。

（二）限制民事行为能力人（年龄和认识判断能力是选择关系，即二者具备其一即是）

1.年龄:在8周岁以上不满18周岁的未成年人。

2.精神状态:不能完全辨认自己行为的成年人。

表意行为的效力:

（1）可以独立实施纯获利益（特指纯获法律利益）的民事法律行为或者与其意思能力相适应的法律行为——单方和双方法律行为，无需追认，直接有效。

（2）其他不能独立实施的民事法律行为，由其法定代理人代理，或者经其法定代理人同意、追认。未经法定代理人代理或者未经其法定代理人同意、追认，限制民事行为能力人独立实施的其依法不能独立实施的民事法律行为，无效或者效力待定。

①如行为能力范围之外的合同行为效力待定；

②行为能力范围之外的单方、多方法律行为无效（如遗嘱）。

（三）无民事行为能力人（年龄和认识判断能力是选择关系，即二者具备其一即是）

1.年龄:不满8周岁的未成年人

2.精神状态:完全不能辨认自己行为的成年人，及8周岁以上和18周岁以下的未成年人。

（1）表意行为的效力:无民事行为能力人，由其法定代理人代理实施民事法律行为。未经法定代理人代理，无民事行为能力人独立实施的民事法律行为，一律无效。

（2）例外：①定型化、小型化民事行为有效，如公交车刷卡、消费少量零用钱。②纯获利益，如接受奖励、赠与、报酬等，纯获利益合同无需追认，直接有效。

【注意】“过”与“不满”不含本数，以上、以下包含本数。

（四）八个组织可以申请认定无或者限制行为能力人：妇老民残居村学医。

**三、监护**

为弥补无、限制民事行为能力人的行为能力欠缺，民法特设监护制度，目的在于对未成年人、精神病人的人身、财产及其他合法权益进行监护和保护。关于监护的性质，究竟属一种权利还是一种职责，存在争议。通说认为，兼而有之。

（一）监护人的权利与职责

1.监护权：教育、监督和管教被监护人。

2.监护职责的履行：最有利于被监护人的原则保护被监护人的人身、财产权利及其他合法权益。非为被监护人利益不得处分其财产。最大程度地尊重被监护成年人的真实意愿，尊重被监护成年人的行为能力。

3.担任被监护人的法定代理人，代理其实施民事法律行为或进行诉讼。

4.两种法律责任：监护人不履行监护职责或者侵害被监护人的，监护人对被监护人承担责任。区别于《侵权责任法》第32条对被监护人的侵权行为，在其无财产或财产不足承担责任时，承担无过错的替代责任。

5.要求监护人承担民事责任：普通程序审理。要求变更监护关系的：特别程序审理。既要求承担民事责任，又要求变更监护关系的，分别审理。

6.监护人可以是一人，也可以是同一顺序中的数人。

（二）监护的种类

1.法定监护

（1）未成年人的法定监护人

监护人按照下列顺序确定：①父母；②祖父母、外祖父母；③兄姐；④其他愿意的个人或组织且需经被未成年人住所地的居民委员会、村民委员会、民政部门同意。

父母离婚后：①与子女共同生活的一方无权取消对方的监护权；②例外：未与子女生活的一方有虐待等行为，可要求法院取消其监护权；③离婚后的父母仍为法定监护人，只是监护责任轻重不同。离婚后未成年子女侵权的，由与该子女共同生活的一方承担责任，一方承担责任确有困难可责令另一方共同承担。

未成年人的监护人履行监护职责，在作出与被监护人利益有关的决定时，应当根据被监护人的年龄和智力状况，尊重被监护人的真实意愿。

（2）无、限制民事行为能力成年人的法定监护人

按照下列顺序确定：①配偶；②父母、子女；③其他近亲属；④其他愿意的个人或组织且需经被监护人住所地的居民委员会、村民委员会、民政部门同意。

成年人的监护人履行监护职责，应当最大程度地尊重被监护人的真实意愿，保障并协助被监护人实施与其智力、精神健康状况相适应的民事法律行为。对被监护人有能力独立处理的事务，监护人不得干涉。

两种法定监护人对没有依法具有监护资格的人的，监护人由民政部门担任，也可以由具备履行监护职责条件的被监护人住所地的居民委员会、村民委员会担任。

2.指定监护：法定监护的变种

（1）前提

第一顺位监护人死亡或无监护能力；其他有监护资格之间发生争议且无法协商。若第一顺位监护人有监护能力就没有指定监护这一说。

（2）程序

①由被监护人住所地的居民委员会、村民委员会、民政部门指定。对指定不服的，可向法院提出申请。②也可以直接向法院提出申请，由法院指定。前者不是后者的前置程序；指定可以打破法定的顺序。单位不再作为监护人。

指定时应按照最有利于被监护人的原则，并尊重其真实意愿。

（3）临时监护人：在给被监护人指定监护人之前，被监护人处于无人保护状态，此时由被监护人住所地的居民委员会、村民委员会、民政部门和法律规定的有关组织担任临时监护人。

（4）监护人被指定后不得自行变更。擅自变更的原被指定的监护人仍要承担监护责任，不免除被指定的监护人责任。

3.遗嘱监护

被监护人的父母可以通过遗嘱指定监护人。条件：①遗嘱合法有效；②被指定人同意；③被指定人有监护能力且不存在对被监护人无利情况。

4.协议法定监护

第一顺位的监护人均死亡或无监护能力，其他顺位的监护人可以协商确定被监护人的法定监护人，但应该尊重被监护人的真实意愿。

5.意定监护(成年协议监护)

（1）具有完全民事行为能力的成年人，可以与其近亲属、其他愿意担任监护人的个人或者组织事先协商，以书面形式确定自己的监护人。协商确定的监护人在该成年人丧失或者部分丧失民事行为能力时，履行监护职责。

（2）民法总则规定的意定监护，打破了监护法上被监护人不得为自己制定监护人的陈规，这是为了迎合老龄化社会的现实举措。

6.委托监护

依据民法原理与司法实践，监护人在必要时可以将监护职责部分或全部委托他人，但此时委托人仍是监护人。监护职责既可全部委托，亦可部分委托。监护职责全部或者部分委托后，委托人对被监护人的侵权行为仍应承担民事责任，被委托人有过错时方可与委托人承担连带责任。

值得注意的是，未成年学生与幼儿园、学校等教育机构之间属于管理与被管理、教育与被教育的关系，不存在委托监护关系，校方并不因教育者的身份而成为委托监护的受托人。

（三）监护资格的撤销与监护关系的终止

1.监护资格的撤销

监护人有下列情形之一的，法院根据有关个人或者组织的申请，撤销其监护人资格，安排必要的临时监护措施，并按照最有利于被监护人的原则依法指定监护人：（1）实施严重损害被监护人身心健康行为的；（2）怠于履行监护职责，或者无法履行监护职责并且拒绝将监护职责部分或者全部委托给他人，导致被监护人处于危困状态的；（3）实施严重侵害被监护人合法权益的其他行为的。

2.有权提出撤销申请的有关个人和组织包括

（1）其他依法具有监护资格的人

（2）居民委员会、村民委员会、学校、医疗机构、妇女联合会、残疾人联合会、未成年人保护组织、依法设立的老年人组织、民政部门等。申请主体总结：妇老民残居村学医未。

（3）个人和民政部门以外的组织未及时向法院申请撤销监护人资格的，民政部门应当向法院申请。

3.撤销监护资格的效果：监护资格与抚养义务分离

依法负担被监护人抚养费、赡养费、扶养费的父母、子女、配偶等，被人民法院撤销监护资格后，应当继续履行负担的义务。

4.监护资格的恢复

被监护人的父母或者子女被人民法院撤销监护人资格后，除对被监护人实施故意犯罪的外，确有悔改表现的，经其申请，人民法院可以在尊重被监护人真实意愿的前提下，视情况恢复其监护人资格，人民法院指定的监护人与被监护人的监护关系同时终止。

5.监护关系的终止

有下列情形之一的，监护关系终止：

（1）被监护人取得或者恢复完全民事行为能力；

（2）监护人丧失监护能力；

（3）被监护人或者监护人死亡；

（4）法院认定监护关系终止的其他情形。监护关系终止后，被监护人仍然需要监护的，应当依法另行确定监护人。

**历年真题**

08-03-60

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。下列哪些选项是正确的？

A.推定王某和李某先于女儿死亡

B.推定王某和李某同时死亡

C.王某和李某互不继承

D.女儿作为第一顺序继承人继承王某和李某的遗产

09-03-14

小刘从小就显示出很高的文学天赋，九岁时写了小说《隐形翅膀》，并将该小说的网络传播权转让给某网站。小刘的父母反对该转让行为。下列哪一说法是正确的？

A.小刘父母享有该小说的著作权，因为小刘是无民事行为能力人

B.小刘及其父母均不享有著作权，因为该小说未发表

C.小刘对该小说享有著作权，但网络传播权转让合同无效

D.小刘对该小说享有著作权，网络传播权转让合同有效

10-03-02

甲十七岁，以个人积蓄1，000元在慈善拍卖会拍得明星乙表演用过的道具，市价约100元。事后，甲觉得道具价值与其价格很不相称，颇为后悔。关于这一买卖，下列哪一说法是正确的？

A.买卖显失公平，甲有权要求撤销

B.买卖存在重大误解，甲有权要求撤销

C.买卖无效，甲为限制行为能力人

D.买卖有效

10-03-03

甲十五岁，精神病人。关于其监护问题，下列哪一表述是正确的？

A.监护人只能是甲的近亲属或关系密切的其他亲属、朋友

B.监护人可是同一顺序中的数人

C.对担任监护人有争议的，可直接请求法院裁决

D.为甲设定监护人，适用关于精神病人监护的规定

11-03-02

乙因病需要换肾，其兄甲的肾脏刚好配型成功，甲乙父母和甲均同意由甲捐肾。因甲是精神病人，医院拒绝办理。后甲意外死亡，甲乙父母决定将甲的肾脏捐献给乙。下列哪一表述是正确的？

A.甲决定将其肾脏捐献给乙的行为有效

B.甲生前，其父母决定将甲的肾脏捐献给乙的行为有效

C.甲死后，其父母决定将甲的肾脏捐献给乙的行为有效

D.甲死后，其父母决定将甲的肾脏捐献给乙的行为无效

13-03-02

关于监护，下列哪一表述是正确的？

A.甲委托医院照料其患精神病的配偶乙，医院是委托监护人

B.甲的幼子乙在寄宿制幼儿园期间，甲的监护职责全部转移给幼儿园

C.甲丧夫后携幼子乙改嫁，乙的爷爷有权要求法院确定自己为乙的法定监护人

D.市民甲、乙之子丙5周岁，甲乙离婚后对谁担任丙的监护人发生争议，丙住所地的居民委员会有权指定

14-03-02

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？

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

16-03-52

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

A.乙、丙应对投资股票给甲造成的损失承担责任

B.乙、丙不能随意处分甲的财产

C.乙、丙的行为构成无因管理，无须承担责任

D.如主张赔偿，甲对父母的诉讼时效期间在进行中的最后6个月内因自己系无行为能力人而中止，待成年后继续计算。

**真题答案解析**

1.08-03-60

《继承法意见》第2条规定：“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，推定没有继承人的人先死亡。死亡人各自都有继承人的，如几个死亡人辈分不同，推定长辈先死亡；几个死亡人辈分相同，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。”

AD项：王某、李某及其女儿都相互有继承关系，且辈分不同，应推定王某和李某作为长辈先死亡，女儿作为晚辈后死亡。所以A项正确。《继承法》第10条规定，遗产按照下列顺序继承：第一顺序：配偶、子女、父母。第二顺序：兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。女儿作为晚辈后死亡，故女儿作为第一顺序继承人继承王某和李某的遗产，所以D项正确。

B、C项：王某和李某为夫妻，辈分相同，应推定王某和李某同时死亡，同时王某和李某互不继承。所以B、C项正确。

综上所述，本题答案为ABCD项。

2.09-03-14——修订

AB项：《民法通则》第9条规定，我国公民的民事权利能力从出生时开始，由此未成年人小刘具有民事权利的资格。民法上，创作是一种事实行为，而非法律行为，不受自然人行为能力状况的限制，只要创作成果符合作品的条件，从作品创作完成之日起著作权产生，创作主体就能取得作者身份。根据《著作权法》第2条：中国公民、法人或者其他组织的作品，不论是否发表，依照本法享有著作权。本题中，自作品创作完成之日起，小刘为作者，不论作者是否发表均享有著作权；其父母并没有参与创作，当然不是著作权人。因此AB在当年是错误的。

当然，在《民法总则》通过后，A项的表述有瑕疵，就是小刘9岁，不再属于无行为能力人，而属于限制性行为能力人。《民法总则》第19条规定：八周岁以上的未成年人为限制民事行为能力人，实施民事法律行为由其法定代理人代理或者经其法定代理人同意、追认，但是可以独立实施纯获利益的民事法律行为或者与其年龄、智力相适应的民事法律行为。第20条：不满八周岁的未成年人为无民事行为能力人，由其法定代理人代理实施民事法律行为。

CD项：网络传播权属于著作权中的财产权，可以转让，但根据《民法通则》第12条第2款规定，不满十周岁的未成年人是无民事行为能力人，由他的法定代理人代理民事活动。根据当时的法律，小刘为无民事行为能力人，转让著作权的合同应由其监护人代为行使，因为小刘的父母反对该转让行为，因此小刘独自签订的转让合同无效。故在当年D项错误，C项正确。

但是在《民法总则》通过后，CD项的正确错误不变，但法律依据发生变化，应该进行新的解读：小刘作为限制行为能力人，签订的超出其行为能力的网络传播权转让合同效力待定，在其父母拒绝追认即反对后，该合同不发生效力。根据各项表述，C项正确，ABD错误。

综上所述，本题答案为C项。（仍然不变）

3.10-03-02

CD项：《民法通则》第12条规定，10周岁以上的未成年人是限制民事行为能力人，可以进行与他的年龄、智力相适应的民事活动；其他民事活动由他的法定代理人代理，或者征得他的法定代理人的同意。对“与其年龄、智力状况相适应”，是从行为与本人生活相关联的程度、本人的智力能否理解其行为，并预见相应的行为后果，以及行为标的数额等方面认定。

本题中，17岁的甲是限制民事行为能力人，在慈善拍卖会上以1000元的积蓄拍得价值100元的表演道具，虽然市值不高，但甲之所以愿以高价拍得，关键在于其被乙明星使用过，是其年龄智力都能理解的。因此该行为有效。根据各项表述，D项正确，C错误。

A项：显失公平的是指一方当事人利用优势或对方缺乏经验，在订立合同时致使双方的权利和义务明显违反公平、等价有偿原则。本题双方意思表示真实，没有显失公平，A错误。

B项：重大误解是指行为人因对行为的性质、对方当事人、标的物的品种、质量、规格和数量等发生错误认识，使行为的后果与自己的意思相悖，并造成较大损失的行为。本题双方意思表示真实，无重大误解，B错误。

综上所述，本题答案为D项。

4.10-03-03——修订

A项：考试当年，根据当时的《民法通则》第16条第3款规定，没有第1款、第2款规定的监护人的，由未成年人的父、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门担任监护人。2017年新颁布的《民法总则》关于监护的规定有所改变，目前已经去掉居民委员会、村民委员会或者民政部门这些相关单位担任监护人的规定。《民法总则》第27条父母是未成年子女的监护人。未成年人的父母已经死亡或者没有监护能力的，由下列有监护能力的人按顺序担任监护人：（1）祖父母、外祖父母；（2）兄、姐；（3）其他愿意担任监护人的个人或者组织，但是须经未成年人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门同意。此处，除了甲的近亲属或关系密切的其他亲属、朋友，其他组织或个人经过居民委员会、村民委员会或者民政部门同意，也可以担任监护人，因此A项仍然错误。

B项：《最高人民法院关于贯彻执行<中华人民共和国民法通则>若干问题的意见（试行）》第14条第2款规定：监护人可以是一人，也可以是同一顺序中的数人。所以B项正确。

C项：根据当年考试的《民法通则》第16条第3款规定，对于担任监护人有争议的，应当先由有关单位予以指定。因对指定不服而向人民法院起诉的，由人民法院裁决。因此不能直接请求法院裁决，未经指定而向人民法院起诉的，法院不予受理，因此当年答案C项错误。根据新的《民法总则》第31条规定，相关组织的指定监护不再是前置程序，有关当事人也可以直接向人民法院申请指定监护人，故最新法律规定C项正确。

D项：《最高人民法院关于贯彻执行<中华人民共和国民法通则>若干问题的意见（试行）》。第13条规定，为患有精神病的未成年人设定监护人，适用民法通则第16条的规定，也即未成年人的监护人的规定，因此D项错误。2017新颁布的《民法总则》不再使用“精神病人”这样的称谓，对于需要监护的被监护人分为两类：未成年人和无民事行为能力或者限制民事行为能力的成年人。因此未成年的精神病人适用未成年人监护的规定，D项仍然错误，只是精神病人的称谓不应再使用了。

综上所述，本题答案为BC项（原答案为B项）。

5.11-03-02

CD项：自然人死亡后，其遗体仍然受到法律的保护，任何人包括其近亲属不得伤害之，父母对遗体不享有所有权，不能处分。精神病人作为一个特殊的群体，更应特别注意维护其利益，避免发生道德风险，故监护人无权在精神病人死后决定将其器官予以捐献。所以，D项正确，C项错误。

A项：《民法通则》第13条规定：“不能辨认自己行为的精神病人是无民事行为能力人，由他的法定代理人代理民事活动。不能完全辨认自己行为的精神病人是限制民事行为能力人，可以进行与他的精神健康状况相适应的民事活动；其他民事活动由他的法定代理人代理，或者征得他的法定代理人的同意。”甲为精神病人，不具有完全民事行为能力，没有独立作出意思表示的能力，无法有效表达对其身体器官进行处分的意思。所以，A项错误。

B项：《民法通则》第18条第1款规定：“监护人应当履行监护职责，保护被监护人的人身、财产及其他合法权益，除为被监护人的利益外，不得处理被监护人的财产。”监护人在处分被监护人财产时，必须为被监护人的利益而实施，否则该处分行为无效。甲的父母将甲的肾脏捐献给乙的行为，并非为了甲的利益而实施，故甲生前，其父母决定将甲的肾脏捐献给乙的行为无效。所以，B项错误。

综上所述，本题答案为D项。

6.13-03-02

A项：委托监护是由合同设立的监护人，委托监护属意定监护。甲委托医院照料其精神病配偶，即通过合同将医院设立为委托监护人。所以A正确。

B项：《民通意见》第10条规定，监护人的监护职责包括：保护被监护人的身体健康，照顾被监护人的生活，管理和保护被监护人的财产，代理被监护人进行民事活动，对被监护人进行管理和教育，在被监护人合法权益受到侵害或者与人发生争议时，代理其进行诉讼。第22条：监护人可以将监护职责部分或者全部委托给他人。因被监护人的侵权行为需要承担民事责任的，应当由监护人承担，但另有约定的除外；被委托人确有过错的，负连带责任。

甲将监护职责委托给幼儿园，属于限权委托，甲的监护职责并不能全部转移，所以B错误。

CD项：《民法通则》第16条规定，未成年人的父母是未成年人的监护人。未成年人的父母已经死亡或者没有监护能力的，由下列人员中有监护能力的人担任监护人：（一）祖父母、外祖父母；（二）兄、姐；（三）关系密切的其他亲属、朋友愿意承担监护责任，经未成年人的父、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会同意的。对担任监护人有争议的，由未成年人的父、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会在近亲属中指定。对指定不服提起诉讼的，由人民法院裁决。没有第一款、第二款规定的监护人的，由未成年人的父、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门担任监护人。

因此，C项由于不存在“未成年人的父母已经死亡或者没有监护能力的”情况，所以父母仍为监护人，祖父无权要求成为法定监护人，所以C错误。D项，由于不存在“未成年人的父母已经死亡或者没有监护能力的”情况，所以父母都是监护人，在法律上没有争议，不适用居委会指定的规定。真正可能发生争议的是由谁直接抚养，而不是谁担任监护人。所以D错误。

综上所述，本题答案为A项。

7.14-03-02

张D项：张某和李某达成收养协议，李某负有收养小张的义务，张某负有给付10万元的义务。一年后张某和李某协议解除收养协议，此时该协议不发生效力，此时双方先前的给付丧失法律依据，根据《民法通则》第92条规定，没有合法根据，取得不当利益，造成他人损失的，应当将取得的不当利益返还受损失的人，所以李某保有张某的给付的钱财的数额属于不当得利，张某有权请的求返还相应数额（低于10万，因为李某履行抚养义务一年之久。）

A项：根据《收养法》第26条第1款规定，收养人在被收养人成年以前，不得解除收养关系，但收养人、送养人双方协议解除的除外，养子女年满十周岁以上的，应当征得本人同意。本案中，李某要求解除收养协议，张某同意解除，属于协议解除。不必经过小张（目前7岁）同意。所以，A项错误，可以协议解除。

B项：根据《合同法》第2条第2款规定，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。因此收养协议不适用合同法的规定，不产生违约责任。所以，B项错误。

C项：根据《收养法》第23条规定，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，适用法律关于父母子女关系的规定。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。根据《民法通则》第16条第1款规定，未成年人的父母是未成年人的监护人。此时小张的收养人李某是其的监护人，小张（无行为能力人）造成的侵权损害，按照《侵权责任法》的第32条第1款规定，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。应当由李某承担赔偿责任，李某承担责任是因为作为监护人承担替代责任，而此时张某和小张不存在任何关系，所以没有监护职责，不承担监护责任，所以李某无权向张某主张赔偿。所以，C项错误。

综上所述，本题正确答案为D。

8.16-03-52

A、B项：《民法通则》第18条规定：“监护人应当履行监护职责，保护被监护人的人身、财产及其他合法权益，除为被监护人的利益外，不得处理被监护人的财产。

监护人依法履行监护的权利，受法律保护。监护人不履行监护职责或者侵害被监护人的合法权益的，应当承担责任；给被监护人造成财产损失的，应当赔偿损失。人民法院可以根据有关人员或者有关单位的申请，撤销监护人的资格。”甲的父母乙和丙作为甲的监护人，除为被监护人的利益外，不得处理被监护人的财产。所以，B项正确。给被监护人造成财产损失的，应当赔偿损失。所以，A项正确。

D项：《民法通则》第139条规定：“在诉讼时效期间的最后六个月内，因不可抗力或者其他障碍不能行使请求权的，诉讼时效中止。从中止时效的原因消除之日起，诉讼时效期间继续计算。”《诉讼时效规定》第二十条有下列情形之一的，应当认定为民法通则第一百三十九条规定的“其他障碍”，诉讼时效中止：（一）权利被侵害的无民事行为能力人、限制民事行为能力人没有法定代理人，或者法定代理人死亡、丧失代理权、丧失行为能力；（二）继承开始后未确定继承人或者遗产管理人；（三）权利人被义务人或者其他人控制无法主张权利；（四）其他导致权利人不能主张权利的客观情形。甲为无民事行为能力人，适用诉讼时效中止。所以，D项正确。

C项：《民法通则》第93条规定：“没有法定的或者约定的义务，为避免他人利益受损失进行管理或者服务的，有权要求受益人偿付由此而支付的必要费用。”家的父母乙和丙作为甲的合法监护人具有法律规定的义务，所以不适用无因管理制度，所以，C项错误。

综上所述，本题正确答案为ABD。

**2018年第003期——每日重点考点宣告失踪与宣告死亡（4星考点）**

**基本概念**

1.宣告失踪：经利害关系人申请，由人民法院对下落不明满一定期间的人宣告为失踪人的制度。

2.宣告死亡：自然人离开住所或者最后居所而生死不明，达到法定期间，经利害关系人申请，由法院推定其死亡，宣告结束失踪人以生前住所为中心的民事法律关系的制度。

3.死亡宣告撤销：被宣告死亡的人重新出现或者确知他没有死亡，经本人或者利害关系人申请，由人民法院撤销对他的死亡宣告。其意义在于保护受到不真实死亡宣告的人及其家属的利益，同时兼顾善意相对人的信赖利益。

**重点考点详解**

**一、宣告失踪——保护该自然人的利益**

（一）宣告失踪的条件

1.自然人下落不明满2年；

2.一切利害关系人均可向法院申请，且无顺序限制；

3.法院依法宣告，公告期3个月。

【注意】战争期间下落不明，自战争结束之日起算。

（二）宣告失踪的法律效果

1.设立财产代管人。

（1）代管人管理、处分财产；财产代管人可以用代管财产支付宣告失踪人失踪前所欠债务。代管人具有实体权利义务，有权管理与处分失踪人的财产，不会构成无权处分。

【注意】财产代管人一般过失导致财产损失的，不承担赔偿责任，仅承担过错责任。

（2）作为诉讼当事人，可以做原告或被告。

2.婚姻一方被宣告失踪，可以构成另一方诉请离婚，是法院准予离婚的法定事由。

3.代管人失职、渎职、侵权，利害关系人可申请法院更换代管人。代管人有正当理由也可申请更换。

（三）宣告失踪人重新出现

1.本人或利害关系人向法院申请，法院依法撤销失踪宣告；

2.财产代管人移交财产、报告代管情况。

（四）宣告失踪不是宣告死亡的必经程序

宣告失踪或宣告死亡由利害关系人决定，以申请人的申请为准。利害关系人的申请不一致时，有的申请宣告死亡，有的申请宣告失踪的，应当宣告死亡。【注意】申请人只申请宣告失踪的，即使符合宣告死亡的条件，也只能宣告失踪。

**二、宣告死亡——保护利害关系人的利益**

（一）宣告死亡的条件

1.受宣告人失踪

（1）受宣告人离开住所或者最后居所；

（2）生死不明。以申请人、管辖公安机关以及法院善意不知道失踪人的下落即可。

2.下落不明达到法定期间

（1）通常情况下，下落不明满4年的。时间从下落不明之次日起计算。

（2）因意外事件下落不明，从意外事件发生之日起满2年。例外：有关机关证明该自然人不可能生存的，不受2年时间的限制，可以立即申请。

【注意】战争期间下落不明，需要宣告死亡的，下落不明的时间从战争结束之日起计算，且适用4年期间。

3.经法律上（人身、财产）的利害关系人申请

（1）宣告死亡须通过诉讼进行，因此须经利害关系人申请。

（2）申请宣告死亡的利害关系人无顺序限制。

（3）申请权人行使其申请权时，可以单独行使，也可以共同行使。

（4）申请人在申请时，须附交管辖公安机关或者其他有关机关关于被申请人失踪的证明书。

4.经法院公示寻找

（1）法院受理宣告死亡案件后，应当发出寻找下落不明人的公告。公告期间为1年。

（2）意外事件下落不明，经有关机关证明该公民不可能生存的，宣告死亡的公告期间为3个月。

5.由法院宣告

管辖法院为失踪人住所地或最后居住地的基层法院。在宣告死亡的事实得到确认后，法院作出宣告死亡的判决。

（二）宣告死亡的法律效果

1.性质：宣告死亡属于法律推定，其性质仅类似于自然死亡，而不等同于自然死亡。宣告死亡的四种效力：人格（民事权利能力）丧失，继承开始，婚姻终结，单方可以送养子女。

2.死亡日期：被宣告死亡的人，判决宣告之日视为其死亡的日期；因意外事件下落不明宣告死亡的，意外事件发生之日视为其死亡的日期。被宣告死亡和自然死亡的时间不一致的，被宣告死亡所引起的法律后果仍然有效，但自然死亡前实施的民事法律行为与被宣告死亡引起的法律后果相抵触的，则以其实施的民事法律行为为准。

3.效力范围：①仅限于民事范围，其公法上的法律关系不受影响。例如，某甲系当地人大代表，被宣告死亡并不导致其人大代表之职被撤销。②效力及于一切民事法律关系，包括财产关系（按照继承办理）、人身关系（婚姻关系、亲权关系消灭）。③效力的空间范围限于被宣告死亡人住所地为中心的区域。例如，甲某在其家乡武汉被宣告死亡，事实上他流落到了内蒙古，其在内蒙古发生的一切民事法律关系，均为有效。

（三）死亡宣告的撤销

1.死亡宣告的撤销条件

（1）被宣告死亡的人尚生存或重新出现；

（2）经该本人或者利害关系人申请；

（3）法院依法撤销。

2.死亡宣告撤销的效力：

（1）人身关系方面

①其配偶尚未再婚的，夫妻关系从撤销死亡宣告之日起自行恢复。

【注意】配偶虽未再婚书面形式向婚姻登记机关声明不愿复婚的或已再婚的；

②如果其配偶再婚后又离婚或者再婚后配偶又死亡的，不得认定夫妻关系自行恢复。

③被宣告死亡的人在被宣告死亡期间，其子女被他人依法收养，被宣告死亡的人在死亡宣告被撤销后，收养关系仍然有效。

【注意】不得仅以未经本人同意而主张收养无效。

（2）财产关系方面

①依照继承、受遗赠取得被宣告死亡人的财产的公民或者组织，应当返还原物；原物不存在的给予适当补偿，非赔偿。第三人合法取得的，可以不予返还。

【注意】是适当补偿，而非相应补偿。

②非“依照继承法”取得被宣告人遗产的人，不负返还义务。应予返还的财产，为宣告死亡时，被宣告人的遗产。

【注意】哪怕是赠与、非善意取得都不负返还义务。

【注意】处理此类问题的两个基本原则：第一原则：在法律关系当事人之间，能恢复原状者即恢复；第二原则：涉及第三人的，保护合法的第三人。

（3）利害关系人恶意造成宣告死亡的行为，属于侵权行为，以侵权责任论。

3.恶意陷人于宣告死亡的侵权责任

①责任人，为被宣告人的利害关系人。

②责任人的行为，表现为明知被宣告人没有死亡的事实却故意隐瞒。

1. 责任人的动机，在于通过宣告死亡取得被宣告人的财产。

④侵权责任的范围：返还原物、孳息；并对所造成的被宣告人的损失，负赔偿责任。

**历年真题**

06-03-02

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

A.丁应将其从甲、乙、丙处继承的全部财产返还给甲

B.丁只应将其从甲、乙处继承的全部财产返还给甲

C.戊从丙处继承的全部财产都应返还给甲

D.丁、戊应将从丙处继承的而丙从甲处继承的财产返还给甲

08-03-93（延期）

张某一家共4口人：张某夫妇、两岁的儿子及张父。张某自1992年外出打工，1993年春节托人捎给其妻王某一封信和6000元钱，其后音信皆无。1998年2月，对张某的归来不抱希望的王某向法院申请宣告张某死亡，法院依法于1999年10月宣告张某死亡。张某和王某共有面积相同的房屋6间，现金6000元。2000年5月，王某将儿子送与李某收养。之后，王某与刘某结婚，但1年后刘某即病故。根据上述事实，请回答下列各题。

(不定项选择题)如张某生还并申请法院撤销死亡宣告，下列选项正确的是：

A.张某在被宣告死亡期间所实施的民事法律行为并不因此而无效

B.张某与王某的夫妻关系不能自行恢复

C.经王某之子同意，张某可与李某协议解除王某之子与李某之间的收养关系

D.若张某和王某共有的房屋已被第三人合法取得，第三人可不予返还

09-03-51

关于宣告死亡，下列哪些选项是正确的？

A.宣告死亡的申请人有顺序先后的限制

B.有民事行为能力人在被宣告死亡期间实施的民事行为有效

C.被宣告死亡的人与其配偶的婚姻关系因死亡宣告的撤销而自行恢复

D.被撤销死亡宣告的人有权请求依《继承法》取得其财产者返还原物或给予适当补偿

16-03-51

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

A．甲的继承人可以继承其财产

B．甲、乙婚姻关系消灭，且不可能恢复

C．2016年6月5日为甲的死亡日期

D．铁路公司应当对甲的死亡进行赔偿

**真题答案解析**

1.06-03-02

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

A.丁应将其从甲、乙、丙处继承的全部财产返还给甲

B.丁只应将其从甲、乙处继承的全部财产返还给甲

C.戊从丙处继承的全部财产都应返还给甲

D.丁、戊应将从丙处继承的而丙从甲处继承的财产返还给甲

《民法通则》第25条规定，被撤销死亡宣告的人有权请求返还财产。依照继承法取得他的财产的公民或者组织，应当返还原物；原物不存在的，给予适当补偿。《民通意见》第40条规定：被撤销死亡宣告的人请求返还财产，其原物已被第三人合法取得的，第三人可不予返还。但依照继承法取得原物的公民或者组织，应当返还原物或者给予适当补偿。

本题中，甲被宣告死亡之后，乙丙丁继承分割了其财产，在甲被撤销死亡宣告后，应当将继承的甲的财产返还给甲，丁、戊应当将从丙处继承的而丙从甲处继承的财产返还给甲。所以D项正确，B项错误。

A项中，另外，对于丁代位继承从乙处取得的财产，由于代位继承实际上是继承了甲应当继承的份额，所以在甲被撤销死亡宣告后理应返还给甲，但是丁从丙处继承的财产除了丙从甲处继承的外，还有丙自身的财产，而这一部分丁是有权继承的，不予返还，因而A错误。同样的道理，戊对丙从甲处继承的财产之外的自身财产有权继承，对这一部分不予返还，因而C项错误。

综上所述，本题答案为D。

2.08-03-93（延期）

张某一家共4口人：张某夫妇、两岁的儿子及张父。张某自1992年外出打工，1993年春节托人捎给其妻王某一封信和6000元钱，其后音信皆无。1998年2月，对张某的归来不抱希望的王某向法院申请宣告张某死亡，法院依法于1999年10月宣告张某死亡。张某和王某共有面积相同的房屋6间，现金6000元。2000年5月，王某将儿子送与李某收养。之后，王某与刘某结婚，但1年后刘某即病故。根据上述事实，请回答下列各题。

(不定项选择题)如张某生还并申请法院撤销死亡宣告，下列选项正确的是：

A.张某在被宣告死亡期间所实施的民事法律行为并不因此而无效

B.张某与王某的夫妻关系不能自行恢复

C.经王某之子同意，张某可与李某协议解除王某之子与李某之间的收养关系

D.若张某和王某共有的房屋已被第三人合法取得，第三人可不予返还

A项：《最高人民法院关于贯彻执行<中华人民共和国民法通则>若干问题的意见（试行）》第36条规定：“被宣告死亡的人，判决宣告之日为其死亡的日期。被宣告死亡和自然死亡的时间不一致的，被宣告死亡所引起的法律后果仍然有效，但自然死亡前实施的民事法律行为与被宣告死亡引起的法律后果相抵触的，则以其实施的民事法律行为为准。”张某在被宣告死亡期间民事法律行为仍然有效。因此，A选项的说法正确。

B项：上述规定第37条：“被宣告死亡的人与配偶的婚姻关系，自死亡宣告之日起消灭。死亡宣告被人民法院撤销，如果其配偶尚未再婚的，夫妻关系从撤销死亡宣告之日起自行恢复；如果其配偶再婚后又离婚或者再婚后配偶又死亡的，则不得认定夫妻关系自行恢复。”本题中，王某已经再婚，所以王某与张某之间的夫妻关系不得自行恢复。因此，B选项说法正确。

C项：上述规定第38条：“被宣告死亡的人在被宣告死亡期间，其子女被他人依法收养，被宣告死亡的人在死亡宣告被撤销后，仅以未经本人同意而主张收养关系无效的，一般不应准许，但收养人和被收养人同意的除外。”根据此法律规定张某可以和李某协议解除其子与李某之间的收养关系。因此，C选项说法正确。

D项：上述规定第40条：“被撤销死亡宣告的人请求返还财产，其原物已被第三人合法取得的，第三人可不予返还。但依继承法取得原物的公民或者组织，应当返还原物或者给予适当补偿。”因此，D选项说法正确。

综上所述，本题的正确答案是ABCD。

3.09-03-51

关于宣告死亡，下列哪些选项是正确的？

A.宣告死亡的申请人有顺序先后的限制

B.有民事行为能力人在被宣告死亡期间实施的民事行为有效

C.被宣告死亡的人与其配偶的婚姻关系因死亡宣告的撤销而自行恢复

D.被撤销死亡宣告的人有权请求依《继承法》取得其财产者返还原物或给予适当补偿

考点：宣告死亡。此处有争议，目前2017《民法总则》修订后，认为宣告死亡的申请人无顺序限制。（李建伟、段波老师均持此种观点）即宣告失踪和宣告死亡一样没有顺序限制。《民法总则》第47条对同一自然人，有的利害关系人申请宣告死亡，有的利害关系人申请宣告失踪，符合本法规定的宣告死亡条件的，人民法院应当宣告死亡。

A项：原来根据《民通意见》第25条规定:“申请宣告死亡的利害关系人的顺序是:(一)配偶;(二)父母、子女;(三)兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女;(四)其他有民事权利义务关系的人。申请撤销死亡宣告不受上列顺序限制。”据此,选项A正确。但是，根据《民法总则》的最新规定，宣告死亡的申请人无顺序限制，故A不再正确。

B项：（根据民法通则解析）：

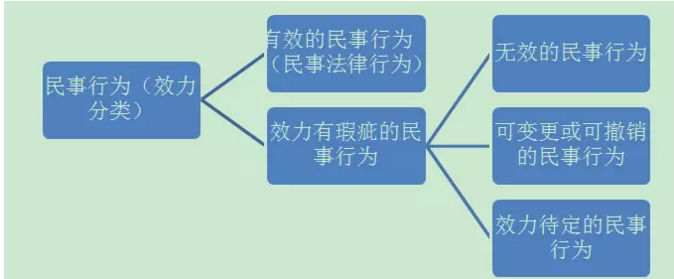
《民法通则》第24条规定：“被宣告死亡的人重新出现或者确知他没有死亡，经本人或者利害关系人申请，人民法院应当撤销对他的死亡宣告。有民事行为能力人在被宣告死亡期间实施的民事法律行为有效。”

依照《民法通则》第54条的规定，民事法律行为是公民或者法人设立、变更、终止民事权利和民事义务的合法行为。

既然是合法的行为，一般都为有效的。民事法律行为属于民事行为的一种，除民事法律行为外，尚有其他效力类型的民事行为，如可撒销的民事行为、效力待定的民事行为等，而可撒销的民事行为与效力待定的民事行为不是必然有效的。因此，B选项不加区分地认定有民事行为能力人在被宣告死亡期间实施的民事行为，无论是合法的民事法律行为还是效力存在瑕疵的可撤销和效力待定的民事行为均有效的判断是错误的。

依照《民法通则》第5４条的规定，民事法律行为在《民法通则》中是指“合法有效的民事行为”，是民事行为的下位概念，与无效民事行为、可撤销民事行为等概念并列。比如，一个被宣告死亡的成年人事实上没有死亡，在另外一个城市生活，某天干了两件事，一是购买一个烧饼，一是购买海洛因２００克。这两个行为都是民事行为，但前者是民事法律行为，合法有效，后者是无效民事行为，无效。

根据《民法通则》的分类：

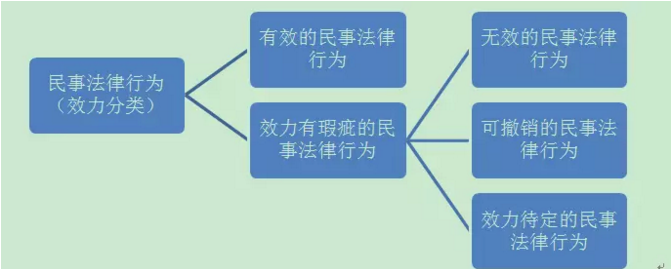


综上可知，《民法总则》颁布前，民事行为是民事法律行为的上位概念，民事行为包括民事法律行为、无效的民事行为、可变更或可撤销的民事行为和效力待定的民事行为。

《民法总则》颁布后，第133条规定，民事法律行为是民事主体通过意思表示设立、变更、终止民事法律关系的行为。

从两条对比可以看到一个极其重大的变化：不再包含“合法性的要求”。在《民法总则》里，民事行为的概念被废止，取而代之的是民事法律行为，也就是现在的民事法律行为不再有合法有效的含义，所以Ｂ项在今天即使换作“民事法律行为”，也同样是错误的。

根据《民法总则》的分类：



C项：宣告死亡后，被宣告死亡的人与其配偶的婚姻关系是否可以自行恢复，取决于其配偶是否再婚，如果配偶已经再婚的，婚姻关系不能自行恢复。根据《民通意见》第37条的规定：“死亡宣告被人民法院撤销，如果其配偶尚未再婚的，夫妻关系从撤销死亡宣告之日起自行恢复；如果其配偶再婚后又离婚或者再婚后配偶又死亡的，则不得认定夫妻关系自行恢复。”因此选项C错误。

D项：根据《民法通则》第25条：被撤销死亡宣告的人有权请求返还财产。依照继承法取得他的财产的公民或者组织，应当返还原物；原物不存在的，给予适当补偿。《民通意见》第40条的规定：“被撤销死亡宣告的人请求返还财产，其原物已被第三人合法取得的，第三人可不予返还；但依继承法取得原物的公民或者组织，应当返还原物或者给予适当补偿。”因此，选项D正确。

综上所述，本题答案为D项（原答案为AD）。

4.16-03-51

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

A．甲的继承人可以继承其财产

B．甲、乙婚姻关系消灭，且不可能恢复

C．2016年6月5日为甲的死亡日期

D．铁路公司应当对甲的死亡进行赔偿

A项：宣告死亡与自然死亡有同样的法律效果。即：(1)被宣告死亡人丧失民事主体资格；(2)被宣告人的婚姻关系自然解除；(3)被宣告人的个人合法财产发生继承；(4)夫妻的另一方可以决定将子女送养他人。乙作为甲的合法配偶具有申请宣告死亡的资格，法院作出了宣告死亡，因此甲的继承人可以继承其财产，所以，A项正确。

C项：《民法通则实施细则》第36条规定：“被宣告死亡的人，判决宣告之日为其死亡的日期。判决书除发给申请人外，还应当在被宣告死亡的人住所地和人民法院所在地公告。”人民法院依照法定程序宣告甲死亡，所以甲的死亡日期为2016年6月5日。所以，C项正确。

B项：《民法通则实施细则》第37条规定：“被宣告死亡的人与配偶的婚姻关系，自死亡宣告之日起消灭。死亡宣告被人民法院撤销，如果其配偶尚未再婚的，夫妻关系从撤销死亡宣告之日起自行恢复；如果其配偶再婚后又离婚或者再婚后配偶又死亡的，则不得认定夫妻关系自行恢复。”甲与乙之间的婚姻关系有可能恢复，所以，B项错误。

D项：《合同法》第302条规定：“承运人对旅客在运输过程中的人身伤亡承担无过错责任，但是伤亡是旅客自身的健康原因造成或者承运人能够证明伤亡是旅客故意、重大过失造成的除外。”所以，铁路公司如能够证明是旅客自身的健康原因造成或者承运人能够证明伤亡是旅客故意、重大过失造成则不承担责任，所以，D项错误。

综上所述，本题正确答案为AC。

**2018年第004期——每日重点考点人格权之具体人格权（4星考点）**

**基本概念**

1.一般人格权：自然人对人格平等、人格自由、人格独立、人格尊严等一般人格利益予以支配，并排斥他人的干涉。

2.生命权：法律赋予自然人的以生命维持和生命安全为内容的权利。

3.健康权：自然人依法享有的保持其自身及其器官以致身体整体的功能安全为内容的人格权。生理机能、心理机能正常运作。

4.身体权：身体完整保持性、完满性权，身体组成部分支配权，如与身体相连的假肢等。

5.姓名权：自然人依法享有的决定、使用、改变自己姓名并排除他人侵害的权利。

6.名称权：法人、个体工商户、个人合伙等社会组织依法享有的决定、使用、改变其名称，并排除他人侵害的权利。

7.名誉权：公民或法人对自己在社会生活中获得的社会评价、人格尊严享有的不可侵犯的权利。

8.肖像权：公民通过各种形式在客观上再现自己形象而享有的专有权。

9.隐私权：又称个人生活秘密权，是指公民不愿公开或让他人知悉个人秘密信息的权利。

10.荣誉权：公民、法人或其他组织所享有的，因自己的突出贡献或特殊劳动成果而获得光荣称号或其他荣誉的权利。

**重点考点详解**

**一、一般人格权**

仅自然人享有一般人格权，法人或其他组织不享有一般人格权。

**二、生命权、身体权、健康权**

1.死亡赔偿金不属于遗产，由死者近亲属或者被扶养人依法主张。

2.对于健康权、身体权两项权利而言，其受到侵害必须以“生命存续”作为条件。

3.健康权包括健康维护权和劳动能力保持权。

4.能够自由拆卸的假肢、假牙等不属于身体权的客体。

**三、姓名权与名称权**

1.公民行使姓名权（决定、使用、变更）受一定程度限制。三个方面：①应当尊重社会公德；②不得损害社会公共利益（即不得违反公序良俗）；③姓氏的选取，原则上应当按照《婚姻法》第22条的规定“随父姓或者母姓”。

2.公民原则上应当随父姓或者母姓。有下列情形之一的，可以在父姓和母姓之外选取姓氏：（1）选取其他直系长辈血亲的姓氏；（2）因由法定扶养人以外的人扶养而选取扶养人姓氏；（3）有不违反公序良俗的其他正当理由；（4）少数民族公民的姓氏可以从本民族的文化传统和风俗习惯。

3.姓名权侵权方式：干涉、盗用、假冒，侵犯姓名权必须以造成姓名归属上的混淆为前提。

4.自然人的姓名权受到侵害的，可以主张精神损害赔偿；但法人或者其他组织以名称权遭受侵害为由，向法院起诉请求赔偿精神损害的，法院不予受理。

5.法人的名称权包括命名、使用、变更、转让。

**四、肖像权**

1.肖像权的主体仅限于自然人，需具备“面部性”和“可辨识性”。侵犯肖像权的行为：擅自制造、擅自传播、以营利为目的擅自使用。

2.公民有权决定是否在艺术作品中再现其形象，是否同意其他社会组织或个人使用其肖像。对公民肖像权的侵犯需具备两个构成要件：其一，使用公民肖像未经其同意；其二，以营利为目的进行使用。

3.对公民肖像权的保护也有一定的限制，为了社会公共利益的需要，或为了科学艺术上的目的，或为了宣传报道而制作和使用公民的肖像，可以不征得公民同意，但同时不应侵害公民的合法权益。为了职务上的目的或公共利益而依法制作、使用他人肖像的，则无须通过本人同意，如通缉逃犯，张贴寻人启事等。公民肖像权受到侵害的可以赔偿损失，包括精神损害赔偿。

4.肖像所有权：

（1）自拍：本人是照片的所有权人；

（2）他拍：根据承揽合同关系规则，照片的所有权依照“交付与否”来确定；他拍时拍摄者擅自把照片出卖给第三人，对本人构成肖像侵权；

（3）有权处分：所有权转移；

（4）拍摄者与第三人没有明确著作权转让之约定的，著作权并不发生转移。

5.肖像权与著作权：自拍：本人既是肖像权人，又是著作权人；他拍：本人是肖像权人，拍摄者是著作权人。

**五、名誉权、荣誉权**

1.名誉权主要包括公民名誉权和法人名誉权两种。

2.公民的名誉权不仅存在于其有生之年，而且延续至其死亡后，死亡公民的权利能力、行为能力虽已终止，但基于对死者亲属感情的尊重和对良好社会风尚的维护，自然人死亡后，其姓名、肖像、名誉、荣誉和隐私仍受法律保护。

3.名誉权侵权构成要件：（1）行为人故意（或过失）实施了侮辱、诽谤的行为；（2）侮辱、诽谤指向特定人（一人或数人）；（3）侮辱、诽谤的行为为第三人所知悉；（4）受害人的社会评价因侵害人的行为而降低。

4.公民的名誉权、法人的名誉权受到侵害的，有权要求停止侵害，恢复名誉，消除影响，赔礼道歉，并可以要求赔偿损失。同时公民因名誉权受到损害的还可提起精神损害赔偿。

5.对一般人来说，死者名誉受到损害由近亲属进行起诉，但对于英烈来说，其可能没有近亲属作为原告，此时可以视为损害社会公共利益，由相关组织和部门提起公益诉讼。

6.公民荣誉权受到侵害的，可以主张精神损害赔偿，但法人或其他组织不能以荣誉权等人格权受到侵害为由主张精神损害赔偿。

【注意】侵害荣誉权要以自然人获得荣誉称号为前提。

7.名誉权：社会评价，可好可坏，人兼有之；荣誉权：组织评价，一定正面，人或有之。

【注意】臭名昭著的人也有名誉权。

**六、隐私权**

1.除因国家安全或者追查刑事犯罪的需要，由公安机关或者检察机关依照法律规定的程序对通信进行检查外，任何组织或者个人不得以任何理由侵犯公民的通信自由和通信秘密。

【注意】为了公共利益的需要披露隐私，具有违法阻却事由，不侵犯隐私权。

2.对公民的隐私权构成侵害的，可以主张精神损害赔偿。仅自然人享有隐私权，隐私权包括私人信息自主和私密领域不受干扰。

3.非法披露、利用死者隐私，或者以违反社会公共利益、社会公德的其他方式侵害死者隐私的，死者近亲属亦可向法院起诉要求精神损害赔偿。

4.侵犯隐私权之类型：（1）窃取、刺探他人隐私；（2）擅自披露、公开他人隐私；（3）侵入、侵扰他人私生活空间；（4）妨害他人的私生活安宁；（5）侵害他人个人信息、通信秘密。

【注意】公开权是一次性权利。

5.如何区别侵犯名誉权和隐私权：侵犯名誉权是“无中生有”，侵犯隐私权是“秘而宣之”，两者的区别在于“这事”有还是没有，如果没有侵犯名誉，如果有侵犯隐私。

**七、精神损害赔偿**

1.适用范围

①一般人格权——未侵犯具体人格权，侵犯了人格自由、人格尊严且造成严重后果；

②八种具体人格权（生命权、健康权、身体权、姓名权、肖像权、名誉权、隐私权、荣誉权）；

③两种身份权：亲权、配偶权（可以主张离婚损害赔偿请求权仅限这4种：重婚、家庭暴力、虐待遗弃家庭成员、有配偶与他人同居）；

④死者的姓名、肖像、名誉、荣誉、隐私、遗体、遗骨等人格利益——故意违反社会公共利益、社会公德。

⑤具有人格象征意义的特定纪念物品，因侵权行为而永久性灭失或者毁损，所有人因此遭受严重精神损害的。

2.排除情形

①法人、其他组织的人格权受到侵害的。

②因侵权致人精神损害，但未造成严重后果的。

③在侵权之诉中未提出精神损害赔偿，诉讼终结后基于同一事实另行起诉请求精神损害赔偿的。

④在加害给付中，原则上受害人选择提起违约之诉而非提起侵权之诉的。例外：旅游合同、丧葬合同，造成履行利益的损害，且无法提起侵权之诉，此时可以在提起违约责任的同时提出精神损害赔偿。

3.侵权致人死亡或者侵害死者利益，有权主张精神损害赔偿的近亲属有顺序上的限制：

①第一顺序为配偶、父母、子女（可以作为共同原告）；

②第二顺序为其他近亲属。仅在没有第一顺序的近亲属时，第二顺序的近亲属才有权主张精神损害赔偿。

【注意】如果不是主张精神损害赔偿，则所有的近亲属都可以作为原告起诉。

4.精神损害赔偿请求权具有专属性，原则上不得让与或继承。但赔偿义务人已经以书面方式承诺给予金钱赔偿，或者赔偿权利人已经向法院起诉的除外。

【注意】精神损害赔偿金可以让与和继承。

**历年真题**

06-03-13

某市国土局一名前局长、两名前副局民和一名干部因贪污终审被判有罪。薛某在当地晚报上发表一篇报道，题为“市国土局成了贪污局”，内容为上述四人已被法院查明的主要犯罪事实。该国土局、一名未涉案的副局长、被判缓刑的前局长均以自己名誉权被侵害为由起诉薛某，要求赔偿精神损害。下列哪种说法是正确的?

A.三原告的诉讼主张均能够成立

B.国土局的诉讼主张成立，副局长及前局长的诉讼主张不能成立

C.国土局及副局长的诉讼主张成立，前局长的诉讼主张不能成立

D.三原告的诉讼主张均不能成立

06-03-58

甲在某网站上传播其自拍的生活照，乙公司擅自下载这些生活照并配上文字说明后出版成书。丙书店购进该书销售。下列哪些说法是正确的?

A.乙公司侵犯了甲的发表权

B.乙公司侵犯了甲的复制权

C.乙公司侵犯了甲的肖像权

D.丙书店应当承担侵权责任

07-03-21

文某在倒车时操作失误，撞上冯某新买的轿车，致其严重受损。冯某因处理该事故而耽误了与女友的约会，并因此争吵分手。文某同意赔偿全部的修车费用，但冯某认为自己的爱车受损并失去了女友，内心十分痛苦，要求文某赔一部新车并赔偿精神损害。下列哪一选项是正确的？

A.文某应当赔偿冯某一部新车

B.文某应向冯某支付精神损害抚慰金

C.文某应向冯某赔礼道歉

D.法院不应当支持冯某的精神损害赔偿请求

07-03-22

某媒体未征得艾滋病孤儿小兰的同意，发表了一篇关于小兰的报道，将其真实姓名、照片和患病经历公之于众。报道发表后，隐去真实身份开始正常生活的小兰再次受到歧视和排斥。下列哪一选项是正确的？

A.该媒体的行为不构成侵权

B.该媒体侵犯了小兰的健康权

C.该媒体侵犯了小兰的姓名权

D.该媒体侵犯了小兰的隐私权

07-03-66

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。下列哪些选项是正确的？

A.彩扩店侵害了周某的财产权和肖像权

B.彩扩店的行为构成违约行为和侵权行为

C.彩扩店应当赔偿胶卷费并返还冲洗费

D.周某的精神损害赔偿请求应当得到支持

08-03-15

赵某系全国知名演员，张某经多次整容后外形酷似赵某，此后多次参加营利性模仿秀表演，承接并拍摄了一些商业广告。下列哪一选项是正确的？

A.张某故意整容成赵某外形的行为侵害了赵某的肖像权

B.张某整容后参加营利性模仿秀表演侵害了赵某的肖像权

C.张某整容后承接并拍摄商业广告的行为侵害了赵某的名誉权

D.张某的行为不构成对赵某人格权的侵害

08-03-16（延期）

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

A.甲已经死亡，不再具有民事主体资格，因而乙的行为不构成侵权

B.乙的行为侵害了甲的名誉，依法应当承担侵权责任

C.只有甲的配偶有权代表甲对乙提起诉讼

D.只有甲的子女有权对乙提起诉讼

08-03-61

张某旅游时抱着当地一小女孩拍摄了一张照片，并将照片放在自己的博客中，后来发现该照片被用在某杂志的封面，并配以“母女情深”的文字说明。张某并未结婚，朋友看到杂志后纷纷询问张某，熟人对此也议论纷纷，张某深受困扰。下列哪些说法是正确的？

A.杂志社侵害了张某的肖像权

B.杂志社侵害了张某的名誉权

C.杂志社侵害了张某的隐私权

D.张某有权向杂志社要求精神损害赔偿

08-03-66（延期）

李某与黄某未婚同居生子，取名黄小某。后李某和黄某分手，分别建立了家庭。黄小某长大后，进入演艺界，成为一名当红歌星。星星报社专职记者吴某（工作关系在报社）探知这一消息后，撰写文章将黄小某系私生子的事实公开报道，给黄小某造成极大痛苦。下列哪些选项是正确的？

A.该报道侵害了黄小某的隐私权

B.该报道侵害了黄小某的荣誉权

C.吴某应对黄小某承担侵权责任

D.星星报社应对黄小某承担侵权责任

2009-3-24

朴某系知名美容专家。某医院未经朴某同意，将其作为医院美容专家在医院网站上使用了朴某照片和简介，且将朴某名字和简介错误地安在了其他专家的照片旁。下列哪一说法是正确的？

A.医院未侵犯朴某的姓名权

B.医院未侵犯朴某的肖像权

C.医院侵犯了朴某的肖像权和姓名权

D.医院侵犯了朴某的荣誉权

10-03-22

某“二人转”明星请某摄影爱好者为其拍摄个人写真，摄影爱好者未经该明星同意将其照片卖给崇拜该明星的广告商，广告商未经该明星、摄影爱好者同意将该明星照片刊印在广告单上。对此，下列哪一选项是正确的？

A.照片的著作权属于该明星，但由摄影爱好者行使

B.广告商侵犯了该明星的肖像权

C.广告商侵犯了该明星的名誉权

D.摄影爱好者卖照片给广告商，不构成侵权

10-03-68

女青年牛某因在一档电视相亲节目中言词犀利而受到观众关注，一时应者如云。有网民对其发动“人肉搜索”，在相关网站首次披露牛某的曾用名、儿时相片、家庭背景、恋爱史等信息，并有人在网站上捏造牛某曾与某明星有染的情节。关于网民的行为，下列哪些说法是正确的？

A.侵害牛某的姓名权

B.侵害牛某的肖像权

C.侵害牛某的隐私权

D.侵害牛某的名誉权

10-03-69

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？

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

11-03-24

甲到乙医院做隆鼻手术效果很好。乙为了宣传，分别在美容前后对甲的鼻子进行拍照（仅见鼻子和嘴部），未经甲同意将照片发布到丙网站的广告中，介绍该照片时使用甲的真实姓名。丙网站在收到甲的异议后立即作了删除。下列哪一说法是正确的？

A.乙医院和丙网站侵犯了甲的姓名权，应承担连带赔偿责任

B.乙医院和丙网站侵犯了甲的姓名权，应承担按份赔偿责任

C.乙医院侵犯了甲的姓名权

D.乙医院和丙网站侵犯了甲的姓名权和肖像权，但丙网站可免于承担赔偿责任

11-03-66

甲女委托乙公司为其拍摄一套艺术照。不久，甲女发现丙网站有其多张半裸照片，受到众人嘲讽和指责。经查，乙公司未经甲女同意将其照片上传到公司网站做宣传，丁男下载后将甲女头部移植至他人半裸照片，上传到丙网站。下列哪些说法是正确的？

A.乙公司侵犯了甲女的肖像权

B.丁男侵犯了乙公司的著作权

C.丁男侵犯了甲女的名誉权

D.甲女有权主张精神损害赔偿

13-03-22

甲用其拾得的乙的身份证在丙银行办理了信用卡，并恶意透支，致使乙的姓名被列入银行不良信用记录名单。经查，丙银行在办理发放信用卡之前，曾通过甲在该行留下的乙的电话（实为甲的电话）核实乙是否申请办理了信用卡。根据我国现行法律规定，下列哪一表述是正确的？

A.甲侵犯了乙的姓名权

B.甲侵犯了乙的名誉权

C.甲侵犯了乙的信用权

D.丙银行不应承担责任

14-03-22

欣欣美容医院在为青年女演员欢欢实施隆鼻手术过程中，因未严格消毒导致欢欢面部感染，经治愈后面部仍留下较大疤痕。欢欢因此诉诸法院，要求欣欣医院赔偿医疗费并主张精神损害赔偿。该案受理后不久，欢欢因心脏病急性发作猝死。网络名人洋洋在其博客上杜撰欢欢吸毒过量致死。下列哪一表述是错误的？

A.欣欣医院构成违约行为和侵权行为

B.欢欢的继承人可继承欣欣医院对欢欢支付的精神损害赔偿金

C.洋洋的行为侵犯了欢欢的名誉权

D.欢欢的母亲可以欢欢的名义对洋洋提起侵权之诉

15-03-66

张某毕业要去外地工作，将自己贴身生活用品、私密照片及平板电脑等装箱交给甲快递公司运送。张某在箱外贴了“私人物品，严禁打开”的字条。张某到外地收到快递后察觉有异，经查实，甲公司工作人员李某曾翻看箱内物品，并损坏了平板电脑。下列哪些选项是正确的？

A.甲公司侵犯了张某的隐私权

B.张某可请求甲公司承担精神损害赔偿责任

C.张某可请求甲公司赔偿平板电脑的损失

D.张某可请求甲公司和李某承担连带赔偿责任

16-03-22

下列哪一情形构成对生命权的侵犯？

A.甲女视其长发如生命，被情敌乙尽数剪去

B.丙应丁要求，协助丁完成自杀行为

C.戊为报复欲致己于死地，结果将己打成重伤

D.庚医师因误诊致辛出生即残疾，辛认为庚应对自己的错误出生负责

**真题答案解析**

1.06-03-13

某市国土局一名前局长、两名前副局民和一名干部因贪污终审被判有罪。薛某在当地晚报上发表一篇报道，题为“市国土局成了贪污局”，内容为上述四人已被法院查明的主要犯罪事实。该国土局、一名未涉案的副局长、被判缓刑的前局长均以自己名誉权被侵害为由起诉薛某，要求赔偿精神损害。下列哪种说法是正确的?

A.三原告的诉讼主张均能够成立

B.国土局的诉讼主张成立，副局长及前局长的诉讼主张不能成立

C.国土局及副局长的诉讼主张成立，前局长的诉讼主张不能成立

D.三原告的诉讼主张均不能成立

《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第5条规定，法人或者其他组织以人格权利遭受侵害为由，向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院不予受理。因此本题中国土局的诉讼主张不能成立。

未涉案的副局长的诉讼主张是不能成立的。因为薛某发表的文章标题是“市国土局成了贪污局”，文章反映的问题是国土局的一名前局长、两名前副局长和一名干部的因贪污终审被判有罪，并没有涉及未涉案的副局长的名誉，当然更不构成对副局长的名誉侵权。

《民法通则》101条规定：“公民、法人享有名誉权，公民的人格尊严受法律保护，禁止用侮辱、诽谤等方式损害公民、法人的名誉。”《民通意见》第140条规定：“捏造事实公然丑化他人人格，以及用侮辱、诽谤等方式损害他人名誉，造成一定影响的，应当认定为侵害公民名誉权的行为。以书面、口头等形式诋毁、诽谤法人名誉，给法人造成损害的，应当认定为侵害法人名誉权的行为。”《最高人民法院关于审名誉权案若干问题的解答》第8条规定：“因撰写、发表批评文章引起的名誉权纠纷，人民法院应根据不同情况处理：文章反映的问题基本真实，没有侮辱他人人格的内容的，不应认定为侵害他人名誉权。文章反映的问题虽基本属实，但有侮辱他人人格的内容，使他人名誉受到侵害的，应认定为侵害他人名誉权。文章的基本内容失实，使他人名誉受到损害的，应认定为侵害他人名誉权。”

根据以上法规，具体到本题，薛某的文章反映的问题是真实的，并没有侮辱他人格的情况，根据最高人民法院前述司法解释的规定，不应认定为薛某侵害了他人的名誉权。三原告的诉讼主张均不能够成立，所以选项D是正确的，ABC错误。

综上所述，本题正确答案为D。

2.06-03-58

甲在某网站上传播其自拍的生活照，乙公司擅自下载这些生活照并配上文字说明后出版成书。丙书店购进该书销售。下列哪些说法是正确的?

A.乙公司侵犯了甲的发表权

B.乙公司侵犯了甲的复制权

C.乙公司侵犯了甲的肖像权

D.丙书店应当承担侵权责任

AB项：所谓作品，是指文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以某种有形形式复制的智力成果。甲自拍的生活照符合作品的含义，属于摄影作品，受《著作权法》的保护。《著作权法》第10条规定：著作权包括下列人身权和财产权：(一)发表权，即决定作品是否公之于众的权利；...(五)复制权，即以印刷、复印、拓印、录音、录像、翻录、翻拍等方式将作品制作一份或者多份的权利；...B项中乙公司擅自下载甲的生活照并配上文字说明后出版成书，已经构成了对甲的复制权的侵害，因此B选项正确。A项中，甲已将其照片在网上公布，发表权已经行使，也就不存在发表权被他人侵害的问题，因此A选项错误。

C项：《民法通则》第100条规定：“公民享有肖像权，未经本人同意，不得以营利为目的使用公民的肖像。”肖像作品，如本题中的生活照，通常会牵涉到两种权利，一是作者的著作权，一是肖像人的肖像权。本题中，乙公司擅自下载甲的生活照并配上文字说明后出版成书，不仅侵害了甲的著作权，而且构成了对甲的肖像权的侵害，因此C选项正确。

D项：丙书店的行为属于未经著作权人许可而发行其作品，已经构成了著作权侵权行为。至于丙书店是否有过错，仅仅影响到它是否承担损害赔偿责任，对侵权行为的构成并无影响。因此D项说法正确。

综上所述，本题答案为BCD。

3.07-03-21

文某在倒车时操作失误，撞上冯某新买的轿车，致其严重受损。冯某因处理该事故而耽误了与女友的约会，并因此争吵分手。文某同意赔偿全部的修车费用，但冯某认为自己的爱车受损并失去了女友，内心十分痛苦，要求文某赔一部新车并赔偿精神损害。下列哪一选项是正确的？

A.文某应当赔偿冯某一部新车

B.文某应向冯某支付精神损害抚慰金

C.文某应向冯某赔礼道歉

D.法院不应当支持冯某的精神损害赔偿请求

D项：根据《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第4条，具有人格象征意义的特定纪念物品，因侵权行为而永久性灭失或者毁损，物品所有人以侵权为由，向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院应当依法予以受理。本题中，冯某的车不是具有人格象征意义的特定纪念物品，而且也并非永久性灭失或者毁损，他因此要求文某赔偿精神损失是不可以的，所以法院不予支持；故D项正确。

A项：根据《民法通则》第117条第2款规定：损害国家的、集体的财产或者他人财产的，应当恢复原状或者折价赔偿。因此冯某的车被文某撞坏，可以要求文某承担全部的修车费用，但不是赔偿一辆新车，这显然超出了轿车的实际损失。故A项错误。

B项：我国《精神损害赔偿解释》将可以使用精神损害赔偿的范围仅限于人身权和具有人格象征意义的特定纪念物品，冯某的轿车不属于此类，因此冯某无权请求精神损害赔偿，故B项错误。

C项：根据《民法通则》第120条但针对人身权的损害规定了赔礼道歉的责任形式，对财产损害一般不适用赔礼道歉。故C项错误。

综上所述，本题的答案为D。

4.07-03-22

某媒体未征得艾滋病孤儿小兰的同意，发表了一篇关于小兰的报道，将其真实姓名、照片和患病经历公之于众。报道发表后，隐去真实身份开始正常生活的小兰再次受到歧视和排斥。下列哪一选项是正确的？

A.该媒体的行为不构成侵权

B.该媒体侵犯了小兰的健康权

C.该媒体侵犯了小兰的姓名权

D.该媒体侵犯了小兰的隐私权

AD项：隐私权是指自然人不愿公开或让他人知悉个人秘密的权利。患有艾滋病属于个人隐私的范畴，未经同意不得将情况公之于众。媒体的报道公开了小兰的隐私，对其造成了较大的损害，构成了对其隐私权的侵犯。因此D项正确，A项错误。

B项：健康权是指自然人依法享有的保持其自身及其器官以至身体整体的功能安全为内容的人格权，本题中媒体对小兰的报道并未侵害到小兰的健康，因此B项错误

C项：姓名权是自然人依法享有的决定、使用、改变自己姓名并排除他人侵害的权利。《民法通则》第99条第1款规定：“公民享有姓名权，有权决定、使用和依照规定改变自己的姓名，禁止他人干涉、盗用、假冒。”本题中媒体的行为不构成“干涉、盗用、假冒”，未侵犯小兰的姓名权，因此C项错误。

综上所述，本题的答案为D。

5.07-03-66

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。下列哪些选项是正确的？

A.彩扩店侵害了周某的财产权和肖像权

B.彩扩店的行为构成违约行为和侵权行为

C.彩扩店应当赔偿胶卷费并返还冲洗费

D.周某的精神损害赔偿请求应当得到支持

BC项：周某将彩色胶卷底片交给某彩扩店冲印，意味着双方缔结了一个承揽合同，彩扩店应冲印相片并将相片交付给周某，但是因为此时相片连同底片均被焚毁，彩扩店无法履行自己的合同义务，构成了违约。另外，周某对彩色胶卷底片享有所有权，如今底片被焚毁，可以认定彩扩店侵害了周某的所有权，因此B、C的说法正确。

D项：《精神损害赔偿司法解释》第4条规定：“具有人格象征意义的特定纪念物品，因侵权行为而永久性灭失或者毁损，物品所有人以侵权为由，向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院应当依法予以受理。”结婚照片对周某具有特定的纪念意义，因此周某的精神损害赔偿应当得到支持。所以D的说法是正确的。

A项：所谓肖像权是指公民享有的通过各种形式在客观上再现自己的形象的权利。《民法通则》第100条规定：“公民享有肖像权，未经本人同意，不得以营利为目的使用公民的肖像。”本题中彩扩店并未以营利为目的使用周某的肖像，因此并未侵害周某的肖像权，因此A项是错误的。

综上所述，本题正确答案是BCD。

6.08-03-15

赵某系全国知名演员，张某经多次整容后外形酷似赵某，此后多次参加营利性模仿秀表演，承接并拍摄了一些商业广告。下列哪一选项是正确的？

A.张某故意整容成赵某外形的行为侵害了赵某的肖像权

B.张某整容后参加营利性模仿秀表演侵害了赵某的肖像权

C.张某整容后承接并拍摄商业广告的行为侵害了赵某的名誉权

D.张某的行为不构成对赵某人格权的侵害

构成侵权行为的要件之一是必须有侵害行为的存在，如未经容许使用他人肖像等。《民法通则》第100条：公民享有肖像权，未经本人同意，不得以营利为目的使用公民的肖像。肖像是指自然人个人真实形象通过照相、绘画、雕塑、录像等艺术方式或其他方式再现的物质形态。肖像权是指自然人对自己的肖像享有再现、使用或许可他人使用的权利。本题中张某整容、拍摄广告、参加表演秀的行为不存在形象再现的问题，使用的都是自己的肖像而不是赵某的肖像，所以也不涉及肖像权的使用问题，不构成对赵某肖像权的侵害。《民法通则》第101条规定：公民、法人享有名誉权，公民的人格尊严受法律保护，禁止用侮辱、诽谤等方式损害公民、法人的名誉。名誉权的侵权要件之一是导致受害人的社会评价被降低，本题中张某并没有使用侮辱、诽谤等方式损害赵某的名誉，并没有导致赵某的社会评价被降低，因此，不构成对赵某的名誉权的侵害。由此，其行为不构成对赵某人格权的侵害。根据各项表述，D项正确，ABC错误。

综上所述，本题答案为D项。

7.08-03-16（延期）

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

A.甲已经死亡，不再具有民事主体资格，因而乙的行为不构成侵权

B.乙的行为侵害了甲的名誉，依法应当承担侵权责任

C.只有甲的配偶有权代表甲对乙提起诉讼

D.只有甲的子女有权对乙提起诉讼

A、B项：《民法通则》第9条规定：“公民从出生时起到死亡时止，具有民事权利能力，依法享有民事权利，承担民事义务。”

《精神损害赔偿解释》第3条规定：“死者名誉遭受侵害的，死者的近亲属有权提起侵权之诉。”

自然人死亡后，其民事权利能力随之消灭，不再具有民事主体资格，但这并不意味着可以随意诋毁死者，基于对死者亲属感情的尊重和对良好社会风尚的维护，自然人死亡后，其姓名、肖像、名誉、荣誉和隐私仍受法律保护，这是一种对人格利益的保护。

本题中，乙故意毁损甲的名誉，构成侵权，应依法承担侵权责任，甲的近亲属有权提起侵权之诉。因此，B选项正确，A项错误。

C、D项：《精神损害赔偿解释》第7条规定：“自然人因侵权行为致死，或者自然人死亡后其人格或者遗体遭受侵害，死者的配偶、父母和子女向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，列其配偶、父母、子女为原告；没有配偶、父母和子女的，可以由其他近亲属提起诉讼，列其他近亲属为原告。”根据此法条，甲的配偶和子女都有权对乙提起诉讼。因此，C、D选项说法错误。

综上所述，本题的正确答案为B。

8.08-03-61

张某旅游时抱着当地一小女孩拍摄了一张照片，并将照片放在自己的博客中，后来发现该照片被用在某杂志的封面，并配以“母女情深”的文字说明。张某并未结婚，朋友看到杂志后纷纷询问张某，熟人对此也议论纷纷，张某深受困扰。下列哪些说法是正确的？

A.杂志社侵害了张某的肖像权

B.杂志社侵害了张某的名誉权

C.杂志社侵害了张某的隐私权

D.张某有权向杂志社要求精神损害赔偿

A项：《民法通则》第100条：公民享有肖像权，未经本人同意，不得以营利为目的使用公民的肖像。杂志社以营利为目的，未经张某同意，使用张某放博客中的照片，侵害了张某的肖像权，A项正确。

B项：《民法通则》第101条：公民、法人享有名誉权，公民的人格尊严受法律保护，禁止用侮辱、诽谤等方式损害公民、法人的名誉。本题中，杂志社捏造张某与照片中小女孩为母女关系，很容易让人误以为张某有一个女儿，且受到熟人的纷纷议论，对一个未婚女性名誉权的侵害是显而易见的，损害了张某的名誉权，所以B项正确。

D项：《侵权责任法》第22条：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。《精神损害赔偿解释》第1条：自然人因下列人格权利遭受非法侵害，向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院应当依法予以受理：(一)生命权、健康权、身体权；(二)姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权；(三)人格尊严权、人身自由权。违反社会公共利益、社会公德侵害他人隐私或者其他人格利益，受害人以侵权为由向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院应当依法予以受理。本题中，杂志社侵害了张某的肖像权和名誉权并造成了张某严重的精神损害，因此张某有权向侵害其肖像权和名誉权的杂志社要求精神损害赔偿，D项正确。

C项：《侵权责任法》第2条规定了隐私权为法定权利，将其从名誉权保护中分离出来。张某事先已经将照片放在博客中，已经对社会公开，而且杂志封面上的“母女情深”并非事实，因此不构成对张某隐私权的侵害，所以C项错误。

综上所述，本题答案为ABD项。

9.08-03-66（延期）

李某与黄某未婚同居生子，取名黄小某。后李某和黄某分手，分别建立了家庭。黄小某长大后，进入演艺界，成为一名当红歌星。星星报社专职记者吴某（工作关系在报社）探知这一消息后，撰写文章将黄小某系私生子的事实公开报道，给黄小某造成极大痛苦。下列哪些选项是正确的？

A.该报道侵害了黄小某的隐私权

B.该报道侵害了黄小某的荣誉权

C.吴某应对黄小某承担侵权责任

D.星星报社应对黄小某承担侵权责任

AB项：《侵权责任法》第2条规定：“侵害民事权益，应当依照本法承担侵权责任。本法所称民事权益，包括生命权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、婚姻自主权、监护权、所有权、用益物权、担保物权、著作权、专利权、商标专用权、发现权、股权、继承权等人身、财产权益。”隐私权，又称个人生活秘密权，是指公民不愿公开或让他人知悉个人秘密的权利。一般而言，公民的隐私权包括通信秘密权与个人生活秘密权。个人生活秘密权，是指公民对其财产状况、生活经历、个人资料等私人信息享有的禁止他人非法利用的权利。荣誉权，是指公民、法人或其他组织所享有的，因自己的突出贡献或特殊劳动成果而获得光荣称号或其他荣誉的权利。本题中，吴某（工作关系在报社）将黄小某的私人信息公开报道，虽然是事实，没有进行捏造，但是其属于黄小某的隐私，吴某的行为侵犯了黄小某的隐私权。荣誉权，是指公民、法人所享有的，因自己的突出贡献或特殊劳动成果而获得的光荣称号或其他荣誉的权利，本案没有对黄小某的荣誉权的侵犯，因此，A项说法正确，B项错误。

CD项：《侵权责任法》第3条规定：“被侵权人有权请求侵权人承担侵权责任。”第22条规定：“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。”第34条规定：“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。”吴某将黄小某的个人信息公开属于执行职务，应当由报社承担侵权责任，因此，D选项说法正确，C项错误。

综上所述，本题的正确答案是AD。

10.09-03-24

朴某系知名美容专家。某医院未经朴某同意，将其作为医院美容专家在医院网站上使用了朴某照片和简介，且将朴某名字和简介错误地安在了其他专家的照片旁。下列哪一说法是正确的？

A.医院未侵犯朴某的姓名权

B.医院未侵犯朴某的肖像权

C.医院侵犯了朴某的肖像权和姓名权

D.医院侵犯了朴某的荣誉权

《民法通则》第99条第1款规定：“公民享有姓名权，有权决定、使用和依照规定改变自己的姓名，禁止他人干涉、盗用、假冒”。第100条规定：“公民享有肖像权，未经本人同意，不得以营利为目的使用公民的肖像”。第102条规定：“公民、法人享有荣誉权，禁止非法剥夺公民、法人的荣誉称号。”

ABC项：《民通意见》第139条规定：“以营利为目的，未经公民同意利用其肖像做广告、商标、装饰橱窗等，应当认定为侵犯公民肖像权的行为。”第141条规定：“盗用、假冒他人姓名、名称造成损害的，应当认定为侵犯姓名权、名称权的行为。”

本题中，某医院在未经朴某同意的情况下即商业性的使用其照片，侵犯了朴某的肖像权；未经朴某同意将其名字使用在广告中，将其名字错误的安在其他专家的照片旁，侵犯了姓名权。根据各项表述，C项正确，AB错误。

D项：荣誉权是指，公民、法人或其他组织所享有的，因自己的突出贡献或特殊劳动成果而获得光荣称号或其他荣誉的权利。本题中，医院的行为并不涉及朴谋的荣誉权，D项错误。

综上所述，本题答案为C项。

11.10-03-22

某“二人转”明星请某摄影爱好者为其拍摄个人写真，摄影爱好者未经该明星同意将其照片卖给崇拜该明星的广告商，广告商未经该明星、摄影爱好者同意将该明星照片刊印在广告单上。对此，下列哪一选项是正确的？

A.照片的著作权属于该明星，但由摄影爱好者行使

B.广告商侵犯了该明星的肖像权

C.广告商侵犯了该明星的名誉权

D.摄影爱好者卖照片给广告商，不构成侵权

B项：《民法通则》第100条，公民享有肖像权，未经本人同意，不得以营利为目的使用公民的肖像。《最高人民法院关于贯彻执行<中华人民共和国民法通则>若干问题的意见（试行）》第139条规定，以营利为目的，未经公民同意利用其肖像做广告、商标、装饰橱窗等，应当认定为侵犯公民肖像权的行为。本题中，广告商未经该明星的同意将其照片刊登在广告上，有商业盈利目的，属于对被摄影者肖像权的侵害。因此，B项是正确的。

A项：根据《著作权法》第17条的规定，受委托创作的作品，著作权的归属由委托人和受托人通过合同约定。合同未作明确约定或者没有订立合同的，著作权属于受托人。本题中，该明星聘请摄影爱好者为其拍摄个人写真，属于受委托创作的作品，双方未对著作权的归属作出约定，因此，该照片的著作权属于受托人即该摄影爱好者。因此，A项是错误的。

C项：根据《民法通则》第101条的规定，构成侵犯名誉权的行为为用侮辱、诽谤等方式损害公民、法人的名誉，本题中并不存在这些情形，故C项是错误的。

D项：根据上述分析，照片的著作权属于受托人即摄影爱好者，但同时需要注意的是，摄影师也不可以随便使用这幅作品，因为摄影作品的使用还必须尊重被摄者的肖像权。该摄影爱好者未经该明星的同意，即为了营利的目的将该照片出卖，侵犯了明星的肖像权。故D项是错误的。

综上所述，本题答案为B项。

12.10-03-68

女青年牛某因在一档电视相亲节目中言词犀利而受到观众关注，一时应者如云。有网民对其发动“人肉搜索”，在相关网站首次披露牛某的曾用名、儿时相片、家庭背景、恋爱史等信息，并有人在网站上捏造牛某曾与某明星有染的情节。关于网民的行为，下列哪些说法是正确的？

A.侵害牛某的姓名权

B.侵害牛某的肖像权

C.侵害牛某的隐私权

D.侵害牛某的名誉权

C项：隐私权是自然人享有的对其个人的与公共利益无关的个人信息、私人活动和私有领域进行支配的一种人格权。本题中，网民收集和擅自公开的私人信息，构成了对牛某隐私权的侵害。因此，C是正确的。

D项：《民法通则》第101条，公民、法人享有名誉权，公民的人格尊严受法律保护，禁止用侮辱、诽谤等方式损害公民、法人的名誉。本题中，有人在网站上捏造牛某曾与某明星有染的情节，属于捏造事实公然丑化他人人格的行为，降低了社会对牛某名誉的评价，应当认定为侵害公民名誉权的行为。因此，D是正确的。

A项：根据《民法通则》第99条的规定，侵犯姓名权的行为包括干涉、盗用、假冒等。在本题中，网名仅仅披露牛某的曾用名，并不存在上述情形，因此，网民的行为并没有侵犯牛某的姓名权，A是错误的。

B项：《民法通则》第100条，公民享有肖像权，未经本人同意，不得以营利为目的使用公民的肖像。本题中，网民在网站披露牛某的儿时照片不构成对牛某肖像权的侵害，因为没有以营利为目的。故B是错误的。

综上所述，本题答案为CD项。

13.10-03-69

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？

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

A项：《侵权责任法》第2条规定：“自然人的生命权、健康权受法律保护。第54条：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”。本题中，医院医生手术时误将张某一肾脏摘除，侵犯了张某的健康权，后来张某由于感染医治无效死亡，即医院侵犯了其生命权。因此，A项是正确的。

B项：《民事诉讼法》第150条规定：“有下列情形之一的，中止诉讼：（一）一方当事人死亡，需要等待继承人表明是否参加诉讼的；......”在张某死亡的情况下，法院应当中止诉讼，等待继承人表明是否参加诉讼。本题中，张某的继承人有权继续参加诉讼，如果其决定继续参见诉讼，即继承了张某在诉讼中的权利，即继承了张某的医疗费赔偿请求权。因此，B项是正确的。

C项：根据《最高人民法院关于适用《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释（二）》第18条的规定：“精神损害抚慰金的请求权，不得让与或者继承。但赔偿义务人已经以书面方式承诺给予金钱赔偿，或者赔偿权利人已经向人民法院起诉的除外。本题中，张某已经就医院赔偿精神损害赔偿金提起了诉讼，因此，张某继承人有权继承张某的精神损害抚慰金请求权。故C项是正确的。

D项：根据最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第7条的规定，自然人因侵权行为致死，或者自然人死亡后其人格或者遗体遭受侵害，死者的配偶、父母和子女向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，列其配偶、父母和子女为原告；没有配偶、父母和子女的，可以由其他近亲属提起诉讼，列其他近亲属为原告”。D项正确。

综上所述，本题答案为ABCD项。

14.11-03-24

甲到乙医院做隆鼻手术效果很好。乙为了宣传，分别在美容前后对甲的鼻子进行拍照（仅见鼻子和嘴部），未经甲同意将照片发布到丙网站的广告中，介绍该照片时使用甲的真实姓名。丙网站在收到甲的异议后立即作了删除。下列哪一说法是正确的？

A.乙医院和丙网站侵犯了甲的姓名权，应承担连带赔偿责任

B.乙医院和丙网站侵犯了甲的姓名权，应承担按份赔偿责任

C.乙医院侵犯了甲的姓名权

D.乙医院和丙网站侵犯了甲的姓名权和肖像权，但丙网站可免于承担赔偿责任

《侵权责任法》第36条规定：“网络用户利用网络服务实施侵权行为的，被侵权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。网络服务提供者接到通知后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任。”《民法通则》第99条第1款规定：“公民享有姓名权，有权决定、使用和依照规定改变自己的姓名，禁止他人干涉、盗用、假冒”。第100条规定：“公民享有肖像权，未经本人同意，不得以营利为目的使用公民的肖像”。

本案中，乙医院未经甲的同意使用甲的姓名为其进行广告宣传，侵犯了甲的姓名权；乙上传的照片仅仅限于鼻子和嘴部，故没有构成对肖像权的侵犯；丙网站作为网络服务提供者，收到异议后删除了链接，故丙无需承担侵权责任。根据各项表述，C项正确，ABD错误。

综上所述，本题答案为C项。

15.11-03-66

甲女委托乙公司为其拍摄一套艺术照。不久，甲女发现丙网站有其多张半裸照片，受到众人嘲讽和指责。经查，乙公司未经甲女同意将其照片上传到公司网站做宣传，丁男下载后将甲女头部移植至他人半裸照片，上传到丙网站。下列哪些说法是正确的？

A.乙公司侵犯了甲女的肖像权

B.丁男侵犯了乙公司的著作权

C.丁男侵犯了甲女的名誉权

D.甲女有权主张精神损害赔偿

A项：《民法通则》第100条规定，公民享有肖像权，未经本人同意，不得以营利为目的使用公民的肖像。《民通意见》第139条规定，以营利为目的，未经公民同意利用其肖像做广告、商标、装饰橱窗等，应当认定为侵犯公民肖像权的行为。乙公司未经甲女同意上传照片至其网站做宣传，侵犯了甲女的肖像权，A项正确。

B、C项：《著作权法》第3条规定，本法所称的作品，包括以下列形式创作的文学、艺术和自然科学、社会科学、工程技术等作品：……（五）摄影作品；……。因而，乙公司对其摄影作品享有著作权。第10条规定：著作权包括下列人身权和财产权：……（四）保护作品完整权，即保护作品不受歪曲、篡改的权利；...依据该条规定，著作权人乙公司享有保护其作品不受篡改的权利，丁男将乙公司所拍摄照片中的甲女头部移植至他人半裸照片，侵犯了乙公司著作权中的保护作品完整权，故B项正确。

C项：《民通意见》第140条第1款规定，以书面、口头等形式宣扬他人的隐私，或者捏造事实公然丑化他人人格，以及用侮辱、诽谤等方式损害他人名誉，造成一定影响的，应当认定为侵害公民名誉权的行为。该题中，丁男将甲女头部移植至他人半裸照片，使甲女受到众人的批评和指责，甲女的社会评价被降低，因而丁男的行为侵犯了甲女的名誉权，故C正确；

D项：《侵权责任法》第22条规定，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。甲女名誉权被侵害而且造成严重后果，故可主张精神损害赔偿，D项正确。

综上所述，本题答案为ABCD项。

16.13-03-22

甲用其拾得的乙的身份证在丙银行办理了信用卡，并恶意透支，致使乙的姓名被列入银行不良信用记录名单。经查，丙银行在办理发放信用卡之前，曾通过甲在该行留下的乙的电话（实为甲的电话）核实乙是否申请办理了信用卡。根据我国现行法律规定，下列哪一表述是正确的？

A.甲侵犯了乙的姓名权

B.甲侵犯了乙的名誉权

C.甲侵犯了乙的信用权

D.丙银行不应承担责任

A项：《民法通则》第99条第1款：“公民享有姓名权，有权决定、使用和依照规定改变自己的姓名，禁止他人干涉、盗用、假冒。”甲冒用乙的姓名办卡、用卡，侵犯了乙的姓名权，所以A正确。

B项，《民法通则》第101条：“公民、法人享有名誉权，公民的人格尊严受法律保护，禁止用侮辱、诽谤等方式损害公民、法人的名誉。”办卡、用卡行为本身并不损害名誉，所以B项错误。

C项，信用权目前不存在，所以C项错误。

D项，银行没有审查出身份证与人的不符，应为其过失承担一定的责任，所以D项错误。

综上所述，本题正确答案为A项。

17.14-03-22

欣欣美容医院在为青年女演员欢欢实施隆鼻手术过程中，因未严格消毒导致欢欢面部感染，经治愈后面部仍留下较大疤痕。欢欢因此诉诸法院，要求欣欣医院赔偿医疗费并主张精神损害赔偿。该案受理后不久，欢欢因心脏病急性发作猝死。网络名人洋洋在其博客上杜撰欢欢吸毒过量致死。下列哪一表述是错误的？

A.欣欣医院构成违约行为和侵权行为

B.欢欢的继承人可继承欣欣医院对欢欢支付的精神损害赔偿金

C.洋洋的行为侵犯了欢欢的名誉权

D.欢欢的母亲可以欢欢的名义对洋洋提起侵权之诉

CD项：《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第3条：“自然人死亡后，其近亲属因下列侵权行为遭受精神痛苦，向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院应当依法予以受理：（一）以侮辱、诽谤、贬损、丑化或者违反社会公共利益、社会公德的其他方式，侵害死者姓名、肖像、名誉、荣誉……”由此可见，本案中洋洋杜撰欢欢吸毒过量致死导致欢欢名誉权受损，同时，其近亲属因遭受精神痛苦就此事提起侵权诉讼应当以自己的名义。所以，C项正确，D项错误。

AB项：最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第18条第2款规定：“精神损害抚慰金的请求权，不得让与或继承。但赔偿义务人已经以书面方式承诺给予金钱赔偿，或者赔偿权利人已经向人民法院起诉的除外。”本案中，欢欢与欣欣美容院因隆鼻手术产生服务合同关系，而美容院因自身过错导致欢欢面部感染并留下疤痕，对欢欢造成了侵权损害，同时也没有如约履行美容合同，本案中欢欢因美容院侵权案诉诸法院，在要求赔偿医疗费并主张精神损害赔偿后死亡，符合精神损害抚慰金的继承条件。因此欢欢的继承人可以继承美容院对欢欢支付的精神损害赔偿金。所以，AB项正确。

本题是选非题，综上所述，本题正确答案为D。

18.15-03-66

张某毕业要去外地工作，将自己贴身生活用品、私密照片及平板电脑等装箱交给甲快递公司运送。张某在箱外贴了“私人物品，严禁打开”的字条。张某到外地收到快递后察觉有异，经查实，甲公司工作人员李某曾翻看箱内物品，并损坏了平板电脑。下列哪些选项是正确的？

A.甲公司侵犯了张某的隐私权

B.张某可请求甲公司承担精神损害赔偿责任

C.张某可请求甲公司赔偿平板电脑的损失

D.张某可请求甲公司和李某承担连带赔偿责任

ACD项：李某拆看他人物品，属于侵害他人隐私权的情形。李某作为甲公司工作人员，在履行职责时实施侵权行为，根据《侵权责任法》第34条第1款，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。故张某只能请求甲公司赔偿。所以，AC项正确，D项错误。

B项：《侵权责任法》第22条规定：“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。”题干并未说明李某的行为造成张某在精神上的损害。所以，B项错误。

综上所述，答案为AC。

19.16-03-22

下列哪一情形构成对生命权的侵犯？

A.甲女视其长发如生命，被情敌乙尽数剪去

B.丙应丁要求，协助丁完成自杀行为

C.戊为报复欲致己于死地，结果将己打成重伤

D.庚医师因误诊致辛出生即残疾，辛认为庚应对自己的错误出生负责

B项：生命权的客体为生命，侵犯生命权的结果是造成他人的死亡，所以，B项正确。

A项：情敌剪去甲女的长发，侵犯甲女的身体权。所以，A项错误。

C项：戊想杀死己结果将其重伤，侵犯己的人身健康的权利。所以，C项错误。

D项：庚因为误诊造成辛残疾，侵犯对方的人身健康的权利。所以，D项错误。

综上所述，本题正确答案为B。

**2018年第005期——每日重点考点法人（3星考点）**

**基本概念**

1.法人：指依法成立，具有民事权利能力和民事行为能力，依法独立享有民事权利和承担民事义务的社会组织或目的性财产。

2.公法人：指由国家依公法设立的行使或分担国家权力或政府职能的法人。

3.私法人：指依私法设立的，不履行国家职能的法人。

4.社团法人：指以人的集合为基础成立的私法人，包括公司、企业、合作社、协会、学会等。

5.财团法人：指一定目的财产为基础而成立的私法人，包括基金会、慈善组织、寺院等。

6.营利法人：指以取得营利并将营利分配给其他成员为设立目的的法人，如公司、企业。

7.非营利法人：为公益目的或者其他非营利目的成立，不向其出资人或者设立人分配所取得利润的法人。

8.公益法人：指以公益为其设立目的的法人，如学校、医院、慈善机构、中国法学会等。

9.中间法人：指既不以营利为目的，又非纯公益性质的法人。如取得法人资格的社交俱乐部、校友会、同乡会。

10.事业单位：具备法人条件，为实现公益目的设立、依法登记取得事业单位法人资格的事业法人。

11.社会团体：具备法人条件，基于会员共同意愿，为实现公益目的或者会员共同利益等非营利目的而登记设立的社会团体。

12.捐助法人：具备法人条件，为实现公益目的，以捐助财产设立的基金会、社会服务机构等，经依法登记设立，取得捐助法人资格。

13.法人民事权利能力：使法人成为民法上的人，享有民事权利，负担民事义务的资格。

14.法人民事行为能力：指法人独立实施有效民事法律行为的能力。法人的民事行为能力由法人机关实现。

15.法人机关：指根据法律或章程的规定，于法人成立时成立，无须特别委托授权就能够形成、表示和实现法人意志的机构。

16.非法人组织是不具有法人资格,但是依法能够以自己的名义从事民事活动的组织。非法人组织包括个人独资企业、合伙企业、不具有法人资格的专业服务机构和其他组织。

**重点考点详解**

**一、法人的特征**

1.法人制度的核心是区分社团与社团成员的人格。若社团具有法人资格，则社团与其成员就是民法上各自独立的人。

2.法人与其成员在三个方面各自独立：人格独立、财产独立、责任独立。法人以其全部财产对自己的债务承担无限责任，法人成员仅对法人负担出资义务，即出资额为限间接承担有限责任。

**二、法人的分类**

（一）学理分类

1.设立依据不同：公法人、私法人

2.成立基础不同：社团法人、财团法人

3.设立目的不同：营利法人、公益法人、中间法人

【注意】营利的实质：持续性开展营业活动；获取盈利；可分配给法人成员。

（二）立法分类

1.营利法人：

（1）有限责任公司

（2）股份有限公司

（3）其他企业法人

2.非营利法人

（1）捐助法人：基金会、社会服务机构、宗教活动场所。

（2）事业单位法人

（3）社会团体法人

3.特别法人

（1）机关法人：有独立经费的机关和承担行政职能的法定机构从成立之日起，具有机关法人资格，可以从事为履行职能所需要的民事活动。

（2）农村集体经济组织法人：依法取得法人资格。

（3）合作经济组织法人：城镇、农村的合作经济组织依法取得法人资格。

（4）基层群众性自治组织法人：居民委员会、村民委员会，未设立村集体经济组织的村民委员会可以依法代行村集体经济组织的职能。

（三）立法分类在学理分类的定位

1.营利法人：私法人、社团法人、营利法人

2.非营利法人

（1）捐助法人：私法人、财团法人、公益法人

（2）事业单位法人：私法人、社团法人、公益法人

（3）社会团体法人：私法人、社团法人、公益法人或中间法人

3.特别法人

（1）机关法人：公法人

（2）农村集体经济组织法人：私法人、社团法人

（3）合作经济组织法人：私法人、社团法人

（4）基层群众性自治组织法人：私法人、社团法人

（四）捐助法人、非营利法人的特别规则

1.捐助法人目的之变更，唯主管机关有权为之。

基金会管理条例15条：基金会、基金会分支机构、基金会代表机构和境外基金会代表机构的登记事项需要变更的，应当向登记管理机关申请变更登记。基金会修改章程，应当征得其业务主管单位的同意，并报登记管理机关核准。

民法总则94条：捐助法人的决策机构、执行机构或者法定代表人作出决定的程序违反法律、行政法规、法人章程，或者决定内容违反法人章程的，捐助人等利害关系人或者主管机关可以请求人民法院撤销该决定，但是捐助法人依据该决定与善意相对人形成的民事法律关系不受影响。

2.非营利法人

为公益目的成立的非营利法人终止时，不得向出资人、设立人或者会员分配剩余财产。剩余财产应当按照法人章程的规定或者权力机构的决议用于公益目的；无法按照法人章程的规定或者权力机构的决议处理的，由主管机关主持转给宗旨相同或者相近的法人，并向社会公告。

**三、法人的成立与终止**

法人的民事权利能力和民事行为能力，从法人成立时产生，到法人终止时消灭。

（一）法人的成立

1.依法成立：不同类型的法人，设立原则不同

2.有必要的财产或者经费。

3.有自己的名称、组织机构和场所。

（二）法人的终止

1.法人解散。

2.法人被宣告破产。

3.法律规定的其他原因。

**四、法人的民事权利能力、民事行为能力**

（一）法人的民事权利能力

1.受自身性质的限制，不享有专属于自然人的权利，如生命权、健康权、身体权、肖像权、继承权、精神损害赔偿请求权。

2.受法律、行政法规的限制，如非金融机构不得从事金融贷款业务。

3.受目的范围的限制，如机关法人只能从事为履行职能所需要的民事活动。

从“法人的一生”看其权利能力：

（1）设立中法人期间：在设立过程中，任何以法人名义从事的经营（营业）行为肯定无效；但是，以其名义从事的设立行为可以有效。

（2）法人正常的存续期间内，以其名义可以从事任何法律、行政法规不禁止、限制的活动；

（3）清算法人期间：在清算开始到注销前的清算期间，权利能力尚存但受到限制：只能从事与清算相关的活动，其余活动肯定无效；

（4）法人终止后，丧失权利能力，以其名义从事的任何活动肯定无效。

（二）法人的民事行为能力

1.法人的民事行为能力只有有或无的问题，不存在限制民事行为能力。

2.法人的民事行为能力和民事权利能力产生与消灭的时点一致，均为成立到终止，但清算期间权利能力受限制，法人虽存续但不得从事与清算无关的活动。

3.原则上营利法人的民事行为能力不受目的范围限制，但营利法人违反法律、行政法规有关限制经营、特许经营或者禁止经营的规定，超越经营范围从事民事活动时，无民事权利能力。但不要将企业法人的经营范围与其权利能力混为一谈，单纯违反经营范围的，法律行为有效，当事人超越经营范围订立合同，人民法院不因此认定合同无效。

**五、法人机关、成员实施行为的法律效果归属于法人承担的依据**

1.法人机关：其行为就是法人的行为

法人机关如法定代表人在“权限范围内”以“法人名义”实施法律行为或因“执行职务”实施的侵权行为，均归属于法人承担。法人对其权限限制不得对抗善意相对人，法定代表人都构成表见代理。

2.法人成员：直接代理制度

法人的工作人员基于职务授权享有的代理权，以法人名义实施的法律行为其法律效果归属于法人承担。普通工作人员与法人之间是代理关系，故需法人的授权委托书，如超出授权权限的，构成无权代理效力待定，是否构成表见代理看具体情况。

其“执行工作任务”致人损害构成侵权的，用人单位承担无过错的替代责任，工作人员非对外承担责任的主体。

**六、法人机关**

（一）特征

1.依据法律或章程规定而设立。

2.无独立的人格，其人格被法人吸收，法人机关的行为就是法人的行为。

3.法人机关无须法人的授权行为即可对内形成法人意思，对外代表法人作出或者接受意思表示。

（二）类型

1.意思机关：法人的权力机关。

2.执行机关（必设机关）：法人的董事会或者理事会。

3.法定代表人（必设机关）：一元制，只能是一个自然人。

4.监督机关：公司的监事会或监事。

七、法人登记及相关债务承担

1.法人的起始与结束：设立、成立、变更与终止。法人存续期间登记事项发生变化的，应当依法向登记机关申请变更登记。法人的实际情况与登记的事项不一致的，不得对抗善意相对人。

三类登记的效力：  
（1）设立行为+设立登记=法人成立；  
（2）清算行为+注销登记=法人终止；  
（3）法人登记事项变更+变更登记>第三人【以法定代表人的表见代表为例】

2.设立人

设立人为设立法人从事的民事活动，其法律后果由法人承受；法人未成立的（类似合伙），其法律后果由设立人承受，设立人为二人以上的，享有连带债权，承担连带债务。

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者设立人承担。

3.法人人格否定：仅对本案具有既判力、对后案无

营利法人的出资人不得滥用出资人权利损害法人或者其他出资人的利益。滥用出资人权利给法人或者其他出资人造成损失的，应当依法承担民事责任。

营利法人的出资人不得滥用法人独立地位和出资人有限责任损害法人的债权人利益。滥用法人独立地位和出资人有限责任，逃避债务，严重损害法人的债权人利益的，应当对法人债务承担连带责任。

4.不公平关联交易的禁止

营利法人的控股出资人、实际控制人、董事、监事、高级管理人员不得利用其关联关系损害法人的利益。利用关联关系给法人造成损失的，应当承担赔偿责任。

5.决议可撤销

营利法人的权力机构、执行机构作出决议的会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规、法人章程，或者决议内容违反法人章程的，营利法人的出资人可以请求人民法院撤销该决议，但是营利法人依据该决议与善意相对人形成的民事法律关系不受影响。

6.分支机构与职能机构

分支机构，是指在法人总部之外区域依法设立的执行法人一部分营业活动的组织，最典型的即是分公司。分支机构在法人授权范围内能以自己名义从事营业活动，具有相对独立的民事主体资格。

职能机构，是指法人总部设立的执行法人一部分职能的机构，常见的有企业法人的科室、车间等，如财务部、研发部、公关部等。职能机构不具有任何民事主体资格，以其名义从事的民事活动统归无效。

7.分公司与子公司

分支机构（分公司）只具有相对独立的人格、财产与责任能力，其经营活动的最终责任还需要由所属的法人承担，但决不能表述为分支机构与法人之间承担连带责任，因为二者的财产相互不独立，前者的财产属于后者的一部分。

但子公司为独立法人，具有完全独立的人格、财产与责任能力。

**历年真题**

06-03-03

关于企业法人对其法定代表人行为承担民事责任的下列哪一表述是正确的?

A仅对其合法的经营行为承担民事责任

B仅对其符合法人章程的经营行为承担民事责任

C仅对其以法人名义从事的经营行为承担民事责任

D仅对其符合法人登记经营范围的经营行为承担民事责任

07-03-52

(多选题)关于事业单位法人，下列哪些选项是错误的？

A所有事业单位法人的全部经费均来自国家财政拨款

B具备法人条件的事业单位从成立之日起取得法人资格

C国家举办的事业单位对其直接占有的动产享有所有权

D事业单位法人名誉权遭受侵害的，有权诉请精神损害赔偿

08-03-02

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

A该债务应以深圳主营机构的全部财产清偿

B该债务应以深圳主营机构和萨摩国总部及分支机构的全部财产清偿

C无论德胜公司的全部财产能否清偿，凯旋公司都应承担连带责任

D当德胜公司的全部财产不足清偿时，由凯旋公司承担补充责任及解析

10-03-04

根据我国法律规定，关于法人，下列哪一表述是正确的？

A成立社团法人均须登记

B银行均是企业法人

C法人之间可形成合伙型联营

D一人公司均不是法人

11-03-03

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

A无效

B效力待定

C可撤销

D有效

12-03-02

关于法人，下列哪一表述是正确的？

A社团法人均属营利法人

B基金会法人均属公益法人

C社团法人均属公益法人

D民办非企业单位法人均属营利法人

13-03-52

(多选题)下列哪些情形下，甲公司应承担民事责任？

A甲公司董事乙与丙公司签订保证合同，乙擅自在合同上加盖甲公司公章和法定代表人丁的印章

B甲公司与乙公司签订借款合同，甲公司未盖公章，但乙公司已付款，且该款用于甲公司项目建设

C甲公司法定代表人乙委托员工丙与丁签订合同，借用丁的存款单办理质押贷款用于经营

D甲公司与乙约定，乙向甲公司交纳保证金，甲公司为乙贷款购买设备提供担保。甲公司法定代表人丙以个人名义收取该保证金并转交甲公司出纳员入账

14-03-03

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

A第四条为无效格式条款

B乙公司法定代表人未在第四条处签字

C乙公司法定代表人的签字仅代表乙公司的行为

D李蓝并未在合同上签字

15-03-01

甲以自己的名义，用家庭共有财产捐资设立以资助治疗麻风病为目的的基金会法人，由乙任理事长。后因对该病的防治工作卓有成效使其几乎绝迹，为实现基金会的公益性，现欲改变宗旨和目的。下列哪一选项是正确的？

A甲作出决定即可，因甲是创始人和出资人

B乙作出决定即可，因乙是法定代表人

C应由甲的家庭成员共同决定，因甲是用家庭共有财产捐资的

D应由基金会法人按照程序申请，经过上级主管部门批准

15-03-86

甲公司、乙公司签订的《合作开发协议》约定，合作开发的A区房屋归甲公司、B区房屋归乙公司。乙公司与丙公司签订《委托书》，委托丙公司对外销售房屋。《委托书》中委托人签字盖章处有乙公司盖章和法定代表人王某签字，王某同时也是甲公司法定代表人。张某查看《合作开发协议》和《委托书》后，与丙公司签订《房屋预订合同》，约定：“张某向丙公司预付房款30万元，购买A区房屋一套。待取得房屋预售许可证后，双方签订正式合同。”丙公司将房款用于项目投资，全部亏损。后王某向张某出具《承诺函》：如张某不闹事，将协调甲公司卖房给张某。但甲公司取得房屋预售许可后，将A区房屋全部卖与他人。张某要求甲公司、乙公司和丙公司退回房款。张某与李某签订《债权转让协议》，将该债权转让给李某，通知了甲、乙、丙三公司。因李某未按时支付债权转让款，张某又将债权转让给方某，也通知了甲、乙、丙三公司。

(不定项选择题)关于《委托书》和《承诺函》，下列说法正确的是：

A乙公司是委托人

B乙公司和王某是共同委托人

C甲公司、乙公司和王某是共同委托人

D《承诺函》不产生法律行为上的效果

**真题答案解析**

06-03-03

关于企业法人对其法定代表人行为承担民事责任的下列哪一表述是正确的?

A仅对其合法的经营行为承担民事责任

B仅对其符合法人章程的经营行为承担民事责任

C仅对其以法人名义从事的经营行为承担民事责任

D仅对其符合法人登记经营范围的经营行为承担民事责任

C项：《民法通则》第43条规定：“企业法人对它的法定代表人和其他工作人员的经营活动，承担民事责任。”《民通意见》58条规定：“企业法人的法定代表人和其他工作人员，以法人名义从事的经营活动，给他人造成经济损失的，企业法人应当承担民事责任。”此外，根据民法理论，企业法人对其法定代表人行为承担民事责任的条件是，第一，法定代表人的行为以法人名义进行；第二，该行为为职务行为，所以C项正确。

A项：法定代表人是企业法人的代表，其行为的效果直接归属于企业法人，根据上述《民法通则》第43条和《民通意见》第58条的规定，法定代表人从事的以下三种行为均由企业法人承担责任：（1）合法经营活动；（2）违法经营行为；（3）从事经营活动可能给第三人造成损害的行为。因而A项错误。

B项：法人章程属于内部规范，只能够约束法人和法定代表人，但却不能对外发生法律效力，法定代表人如果从事了超越法人章程范围内的活动，只要是以法人的名义，并且从外观上符合了职务行为的特征，法人也必须对这种超越法人章程的行为承担民事责任。当然，根据法人章程的内部规定，法人在承担责任以后，可以向法定代表人进行追偿，故选项B错误。

D项：法人登记经营范围只是行政机关进行行政管理的依据。法定代表人即使超出了法人登记的经营范围进行经营行为的，法人也要承担相应的法律后果。目前，各国对于法人从事矗经营范围的民事活动都采取了一种宽容的态度，只要法人从事的不是违反国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营的活动，即便是超越法人登记的经营范围的活动，也不会因此而认定行为无效。《最高人民法院关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释（一）》第10条规定：“当事人超越经营范围订立合同，人民法院不因此认定合同无效。但违反国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营规定的除外。”，故选项D错误。

综上所述，本题答案为C。

07-03-52

(多选题)关于事业单位法人，下列哪些选项是错误的？

A所有事业单位法人的全部经费均来自国家财政拨款

B具备法人条件的事业单位从成立之日起取得法人资格

C国家举办的事业单位对其直接占有的动产享有所有权

D事业单位法人名誉权遭受侵害的，有权诉请精神损害赔偿

A项：事业单位法人的独立经费主要来源于国家财政拨款，也可以通过集资入股或由集体出资等方式取得。A项说“所有”……“全部经费”来自拨款，所以错误。

B项：《民法通则》第50条第2款规定：“具备法人条件的事业单位、社会团体，依法不需要办理法人登记的，从成立之日起，具有法人资格；依法需要办理法人登记的，经核准登记，取得法人资格。”可见并非所有具备法人条件的事业单位均可从成立之日起取得法人资格，所以B项错误。

C项：《物权法》第54条规定：“国家举办的事业单位对其直接支配的不动产和动产，享有占有、使用以及依照法律和国务院的有关规定收益、处分的权利。”可见，国家举办的事业单位对其直接占有的动产不能享有所有权，只有国家才享有所有权，C项错误。

D项：《精神损害赔偿解释》第5条规定：“法人或者其他组织以人格权利遭受侵害为由，向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院不予受理。”因此D项错误。

本题为选非题，综上所述，本题答案为ABCD。

08-03-02

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

A该债务应以深圳主营机构的全部财产清偿

B该债务应以深圳主营机构和萨摩国总部及分支机构的全部财产清偿

C无论德胜公司的全部财产能否清偿，凯旋公司都应承担连带责任

D当德胜公司的全部财产不足清偿时，由凯旋公司承担补充责任及解析

AB项：法人是依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织。法人的独立性表现为：组织独立性，财产独立性和责任独立性。德胜公司作为独立法人，其在中国发生的债务应以其全部财产承担，即包括主营机构和总部以及分支机构在内的全部财产。所以B项正确，A项错误。

CD项：《公司法》第14条规定：公司可以设立分公司。设立分公司，应当向公司登记机关申请登记，领取营业执照。分公司不具有法人资格，其民事责任由公司承担。公司可以设立子公司，子公司具有法人资格，依法独立承担民事责任。

本题中，德胜公司为凯旋公司全资设立的子公司，德胜公司的债务由其以其全部财产清偿，凯旋公司不承担责任。所以，CD错误。

综上所述，本题答案为B项。

10-03-04

根据我国法律规定，关于法人，下列哪一表述是正确的？

A成立社团法人均须登记

B银行均是企业法人

C法人之间可形成合伙型联营

D一人公司均不是法人

C项：《民法通则》第52条规定，企业之间或者企业、事业单位之间联营，共同经营、不具备法人条件的，由联营各方按照出资比例或者协议的约定，以各自所有的或者经营管理的财产承担民事责任。依照法律的规定或者协议的约定负连带责任的，承担连带责任。据此，因法人不限于企业，还包括上述规定中的各组织，所以法人之间可以形成合伙型联营，C项正确。

A项：中国法律中的企业法人、事业单位法人和社会团体法人都属于传统民法分类中的社团法人，《民法通则》第50条第2款规定，具备法人条件的事业单位、社会团体，依法不需要办理法人登记的，从成立之日起，具有法人资格；依法需要办理法人登记的，经核准登记，取得法人资格。因此并不是成立所有社团法人都需要登记，A项错误。

B项：中国人民银行是国家政策性银行、金融机构的监督管理单位，是国家最高行政机关国务院的组成部门之一，而非企业法人。除此之外，还存在非企业法人的各种政策性银行。作为企业法人的银行是商业银行。因此B项表述太绝对，错误。

D项：《公司法》第57条第2款规定，本法所称一人有限责任公司，是指只有一个自然人股东或者一个法人股东的有限责任公司。根据《公司法》第3条的规定，公司是企业法人。因此，我国的一人有限公司属于法人，D项说法错误。

综上所述，本题答案为C项。

11-03-03

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

A无效

B效力待定

C可撤销

D有效

《合同法》第50条规定：“法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外，该代表行为有效。”《民法通则》第43条规定：“企业法人对他的法定代表人和其他工作人员的经营活动，承担民事责任。”王某作为甲公司的法定代表人，乙公司不知道其超越权限，所以王某以甲公司名义向乙公司发出的书面要约有效。企业法人具有独立的民事权利能力和民事行为能力，法定代表人的更换或者死亡均不影响作为民事主体的法人所发出的要约的效力。根据各项表述，该要约属于有效。D项正确，ABC错误。

综上所述，本题答案为D项。

12-03-02

关于法人，下列哪一表述是正确的？

A社团法人均属营利法人

B基金会法人均属公益法人

C社团法人均属公益法人

D民办非企业单位法人均属营利法人

法人依据不同的标准可进行不同的分类。按照法人设立的基础可分为社团法人与财团法人；依法人的目的事业的性质，法人可划分为公益法人和营利法人；按法人的功能、设立方法以及财产来源，分为企业法人、机关法人、事业单位法人、社会团体法人。

B项：所谓公益法人，是指以公益为目的事业的法人。公益法人不得以营利为目的，基金会法人不以营利为目的，属于公益法人之一。故B选项正确。

AC项：所谓社团法人，是指以人为基础而集合成立的法人，如公司为股东之集合，工会为会员之集合，他们都是社团法人。所谓营利法人，是指通过商业活动获取利益并将该利益分配给成员的法人，如公司。注意，只从事营利活动但是未将利益分配给出资人的法人是公益法人。可见，社团法人包括营利法人和公益法人。故AC选项错误。

D项：民办非企业单位是指企业事业单位、社会团体和其他社会力量以及公民个人利用非国有资产举办的，从事非营利性社会服务活动的组织。如民办学校、民办医院、民办图书馆、民办博物馆、民办科技馆等。由此可见，民办非企业单位是公益法人。故D选项错误。

综上所述，本题答案为B项。

13-03-52

(多选题)下列哪些情形下，甲公司应承担民事责任？

A甲公司董事乙与丙公司签订保证合同，乙擅自在合同上加盖甲公司公章和法定代表人丁的印章

B甲公司与乙公司签订借款合同，甲公司未盖公章，但乙公司已付款，且该款用于甲公司项目建设

C甲公司法定代表人乙委托员工丙与丁签订合同，借用丁的存款单办理质押贷款用于经营

D甲公司与乙约定，乙向甲公司交纳保证金，甲公司为乙贷款购买设备提供担保。甲公司法定代表人丙以个人名义收取该保证金并转交甲公司出纳员入账

根据《民法通则》第43条规定：企业法人对他的法定代表人和其他工作人员的经营活动，承担民事责任。《民通意见》第58条规定：企业法人的法定代表人和其他工作人员，以法人名义从事的经营活动，给他人造成经济损失的，企业法人应当承担民事责任。

A项，乙系甲公司董事，乙擅自在合同上加盖甲公司公章和法定代表人丁的签章的行为，以企业法人名义从事的经营活动，故，甲公司应当承担责任。所以A选项正确。

B项，根据《合同法》第37条的规定，采用合同书形式订立合同，在签字或者盖章之前，当事人一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立。而选项中甲公司虽未盖章，但是乙公司已经付款，属于当事人一方已经履行了主要义务，而且该款项是用于公司的项目建设，故甲公司应当承担责任。所以B选项正确。

C项，根据委托，丙系甲公司的委托代理人。丙借用丁的存款单以甲公司的名义设立质权，无论丁的意思如何（是否授予甲公司设立质权的处分权），其结果都一样，甲公司均应当对丁承担相应的责任（承担丁追偿的责任或者对丁承担赔偿责任）。甲公司法定代表人委托员工丙与丁签订合同，借用丁的存款单用于甲公司项目建设，属于法定代表人从事的经营活动，公司应当对此承担责任。所以C选项正确。

D项，虽然题目中甲公司法定代表人以个人名义收取保证金，但是法定代表人收取保证金后转交甲公司出纳员入账。这属于公司的经营活动，故甲公司应当承担责任。所以D选项正确。

综上所述，本题答案为ABCD。

14-03-03

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

A第四条为无效格式条款

B乙公司法定代表人未在第四条处签字

C乙公司法定代表人的签字仅代表乙公司的行为

D李蓝并未在合同上签字

CD项：甲乙两个公司订立合同，订立合同是的代表人是李红。从代表人的角度看，签署的合同属于代表行为，对公司产生效力。

因为题目有特别约款——乙公司法定代表人对乙公司支付货运代理费承担连带责任，李红签署该协议，李红对货运代理费承担连带责任，该约定属于李红和甲公司的特别约定。基于合同书中的乙的法定代表人特指合同签署人李红。与其他代表人无关，所以其他未签字的代表人不承担连带责任，所以D选项可以作为抗辩事由，符合题目D选项正确。根据上述分析，签字人李红签字产生的效力，第一是代表效力，使得合同对乙公司生效，此时的李红是代表人，第二基于第四条约款属于签字人李红和甲之间的约定，同时对甲和乙、李红产生效力，此时的李红充当第三人，产生约定的连带责任。（李红相当于并存的债务承担人）所以C表述错误，不能作为抗辩事由。

B项，第一，在合同上签字，即为承诺全部合同条款，即使没有在第四款签字，不影响签字人的责任的承担，所以，B作为抗辩的理由不成立。

A项：首先，本题中仅仅是合同书，即使有特别约定，没法认定为格式合同，其次，即使是格式条款，根据《合同法》第40条规定，格式条款具有本法第52条和第53条规定情形的，或者提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的，该条款无效。《货运代理合同》第四条的约定不存在无效的情况，因此，该条的约定合法有效。所以，A项错误。

综上所述，本题的正确答案为D。

15-03-01

甲以自己的名义，用家庭共有财产捐资设立以资助治疗麻风病为目的的基金会法人，由乙任理事长。后因对该病的防治工作卓有成效使其几乎绝迹，为实现基金会的公益性，现欲改变宗旨和目的。下列哪一选项是正确的？

A甲作出决定即可，因甲是创始人和出资人

B乙作出决定即可，因乙是法定代表人

C应由甲的家庭成员共同决定，因甲是用家庭共有财产捐资的

D应由基金会法人按照程序申请，经过上级主管部门批准

根据《基金会管理条例》第15条规定，基金会、基金会分支机构、基金会代表机构和境外基金会代表机构的登记事项需要变更的，应当向登记管理机关申请变更登记。基金会修改章程，应当征得其业务主管单位的同意，并报登记管理机关核准。基金会法人想改变基金会的宗旨和目的，是对基金会的章程的改变，经过主管机关的批准，所以D项正确，ABC项错误。

综上所述，本题正确答案为D。

15-03-86

甲公司、乙公司签订的《合作开发协议》约定，合作开发的A区房屋归甲公司、B区房屋归乙公司。乙公司与丙公司签订《委托书》，委托丙公司对外销售房屋。《委托书》中委托人签字盖章处有乙公司盖章和法定代表人王某签字，王某同时也是甲公司法定代表人。张某查看《合作开发协议》和《委托书》后，与丙公司签订《房屋预订合同》，约定：“张某向丙公司预付房款30万元，购买A区房屋一套。待取得房屋预售许可证后，双方签订正式合同。”丙公司将房款用于项目投资，全部亏损。后王某向张某出具《承诺函》：如张某不闹事，将协调甲公司卖房给张某。但甲公司取得房屋预售许可后，将A区房屋全部卖与他人。张某要求甲公司、乙公司和丙公司退回房款。张某与李某签订《债权转让协议》，将该债权转让给李某，通知了甲、乙、丙三公司。因李某未按时支付债权转让款，张某又将债权转让给方某，也通知了甲、乙、丙三公司。

(不定项选择题)关于《委托书》和《承诺函》，下列说法正确的是：

A乙公司是委托人

B乙公司和王某是共同委托人

C甲公司、乙公司和王某是共同委托人

D《承诺函》不产生法律行为上的效果

ABC项：委托书的当事人是乙公司和丙公司，乙公司作为法人委托丙公司此时乙公司是委托人，所以A说法正确，但是注意，王某仅仅是法定代表人，代表的是乙公司，其本身作为法人机关，不是独立的民事主体，所以A项正确，BC项错误。

D项：《承诺函》仅仅是协调甲公司卖房，不是发出的意思表示，所以D项正确。

综上所述，答案为AD。

**2018年第006期——每日重点考点法律行为之可撤销合同（4星考点）**

**基本概念**

1.意思表示：就是行为人把意欲发生一定私法效果的内心意思以一定方式表达于外部的行为。

2.负担行为：一个人相对于另一个人（或若干人）承担为或不为一定行为之义务的法律行为。

3.处分行为：直接发生某项权利移转或消灭效果的行为。

4.可撤销合同：合同因欠缺一定的生效要件，其有效与否，取决于有撤销权的一方当事人是否行使撤销权的合同。

5.重大误解：行为人因对行为的性质、对方当事人、标的物的品种、质量、规格和数量等发生错误认识，使行为的后果与自己的意思相悖，并造成较大损失的行为。

6.欺诈：当事人一方故意编造虚假情况或者隐瞒真实情况，使对方陷入错误而为违背自己真实意思表示的行为。

7.胁迫：以给他人的人身或者造成损害为要挟，迫使对方作出不真实的意思表示的行为。

8.显失公平：一方当事人利用优势或对方缺乏经验，在订立合同时致使双方的权利和义务明显违反公平、等价有偿原则。

**重点考点详解**

**三、可撤销的合同**

1.类型：重大误解、显失公平、欺诈、胁迫。

【注意】欺诈、胁迫不能损害国家利益。

2.合同的效力

（1）思维顺序：合同作出→合同成立→合同不生效或生效或无效或效力待定。

（2）可撤销合同的效力，撤销前合同已经成立并生效，撤销后合同自始无效。

（3）在合同的最终处理上只有两种情况：合同自始生效，当事人有义务履行，否则构成违约责任；合同自始不生效，不履行，受损方可以请求过错方承担缔约过失责任。

（4）婚姻行为包括3种效力形态：有效、无效、可撤销；遗嘱等单方行为只有2种效力形态：有效、无效。三个涉外合同，中外合资、中外合作和向外国人转让中国专利的合同需要批准才能生效。

3.撤销权人：重大误解的误解方；重大误解中双方错误，双方均享有撤销权；显失公平中受有不利益的一方；欺诈、胁迫中受害人；代理人遭受欺诈、胁迫或者发生重大误解等，被代理人享有撤销权。

4.撤销权人只能以起诉或仲裁的方式行使撤销权。

5.除斥期间：（1）5年——最长除斥期间，法律行为发生之日起；（2）1年——原则上自知道或者应当知道撤销事由之日起1年内，例外：遭受胁迫的，自胁迫行为终止之日起1年内；（3）3个月——因重大误解。

【注意】在可撤销合同中，撤销期间的法律意义在于撤销权人可以行使撤销权；而诉讼时效的法律意义则在于追究对方当事人的违约责任。

6.撤销权的消灭：具有撤销权的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起1年内没有行使撤销权；具有撤销权的当事人知道撤销事由后明确表示或者以自己行为表示放弃撤销权。

7.法律行为因胁迫被撤销的，合同的无效可对抗善意第三人。

**四、可撤销的合同——重大误解**

1.重大误解构成要件：

（1）表意人对合同内容发生重大误解——错误应兼具主观和客观上的重要性：

①对法律行为性质的错误（将买卖的要约当做赠与的要约予以承诺）；

②对人的特征的错误（将不懂法的人聘为法律顾问）；

③对标的物的性质（而非价值）和标的物数量的错误；

④误传、误写、误说（欲以5000元出售手机，误说成500元）。

（2）因为误解，致使表意人表示出来的意思与其内心真意不一致。

（3）表意人因误解遭受较大损失。

2.判断重大误解时的注意点

（1）解释先行于错误：即在判断错误问题时，先通过合同解释确定表示的客观意义：

①先解释意思表示的客观意义：以一个理性相对人为标准；

②再判断经由解释的意思表示之客观含义与其内心真意之间是否发生重大误解。

（2）误载不害真意：当事人就意思表示已经达成一致，仅仅用错了词或者说错了话，不属于重大误解。

【注意】属于解释先行于错误的延伸。

（3）基于诚实信用原则，有利于表意人的错误表示不能撤销。

（4）动机不属于法律行为的内容，如果仅是作出意思表示的内心起因（动机）发生错误，属于狭义的动机错误，不构成重大误解。

（5）利用使者进行表意行为：

①若使者因过失传达错误，可构成重大误解；②使者故意传达错误，合同就不成立，不构成重大误解。

（6）典型风险优先于重大误解——如：古玩市场淘到假货。

保证人对债务人信用状况的错误认识，系保证人应当承担的典型风险，虽属对“当事人特征的重大错误”，作为例外，不构成重大误解。

（7）计算错误：隐藏的计算错误和公开的计算错误，不构成重大误解。

（8）合同中的标的物有瑕疵，不符合约定，且该瑕疵涉及标的物的性质，属于重大误解，此时买受人可以选择瑕疵担保责任或选择因重大误解撤销合同。

3.虽成立重大误解，但仍排除错误方撤销权的两种情形：①所发出的错误表示较其真意对表意人更为有利。②表意人发出对己不利的错误表示，受领人知悉表意人真意后，愿意以其真意为内容订立契约。

**五、可撤销的合同——欺诈**

1.欺诈构成要件

（1）一方故意（双重故意）告知虚假事实或者隐瞒真实事实；

【注意】对无须说明的问题、对法律的虚假回答以及过失的虚假陈述，均不成立欺诈。例外，执法部门故意对法律进行错误表述成立欺诈。

（2）对方因此陷入错误认识；仅有欺诈行为，但未陷入错误认识不成立欺诈。同时，欺诈行为与陷入错误之间需要有因果关系。

【注意】原则上，“知假买假”的无权依照消费者保障法第55条主张惩罚性赔偿，但是食品、药品是例外。

（3）对方因错误作出不真实的意思表示；

（4）欺诈具有不正当性——超过法律、道德、交易习惯允许的限度。

【注意】仅对商品进行夸大的宣传，未对商品性质作虚假陈述的，不成立欺诈。

2.因遭受第三人欺诈订立的合同，撤销权受特别限制：若（受欺诈人的）合同相对人订立合同时知道或者应当知道第三人欺诈的，受欺诈人享有撤销权。反之，若（受欺诈人的）合同相对人订立合同时不知道也不应当知道第三人欺诈的，受欺诈人不享有撤销权。

因第三人欺诈订立的“利益第三人合同”，若（受欺诈人的）合同相对人或者利益第三人在订立合同时知道或者应当知道第三人欺诈的，受欺诈人享有撤销权。相反，因第三人欺诈订立的“利益第三人合同”，若（受欺诈人的）合同相对人和利益第三人在订立合同时均不知道且均不应当知道第三人欺诈的，受欺诈人不享有撤销权。

3.代理人订立的合同，代理人实施欺诈行为的，视为被代理人欺诈；代理人遭受欺诈的，视为被代理人遭受欺诈。

【注意】代理人遭受欺诈的，撤销权由被代理人享有。

4.欺诈人实施欺诈行为，受欺诈人因此陷入狭义的动机错误，并因动机错误作出不真实的意思表示，构成欺诈。

5.欺诈仅限于“交易事项”；对“交易事项”以外的其他事项的欺骗，如对交易背景、交易目的、行为能力、处分权、代理权上的欺骗，并不构成欺诈。

**六、可撤销的合同——胁迫**

1.胁迫构成要件

（1）故意（双重故意）预告实施危害；

（2）对方因此陷入恐惧（胁迫与恐惧具有因果关系）；

（3）对方因恐惧作出意思表示（恐惧与意思表示的作出具有因果关系）；

（4）胁迫具有不正当性。

2.具有正当性的威胁不成立胁迫，如，为实现权利内容，以行使权利相威胁；长辈施加的压力。威胁具有不正当性：目的不正当、手段不正当、目的与手段结合的不正当。

3.因第三人胁迫订立合同的撤销：受胁迫人的撤销权不受任何限制，这与欺诈不同，因为胁迫具有不能容忍的违法性。

**七、可撤销的合同——显失公平**

1.显失公平的构成要件

（1）双务合同当事人的权利义务明显不对等，违反公平、等价有偿原则。

【注意】权利义务是否平等应以订立合同时的主观等价有偿原则为准。

（2）显失公平的事实发生在合同成立之时。

（3）显失公平的原因系因一方当事人利用自己的优势或者利用对方的困境、危难、急迫、轻率、无经验、缺乏判断力、意志力薄弱等不利境地（主观要件）。

2.行为人一方“利用优势”这一要素。在这里优势既包括经济地位上的优势，也包括缔约经验上的优势。因此“利用优势”所导致的“权利、义务显著失衡”才是显失公平。

3.显示公平的重点不在于权利义务的不对等，而在于意思表示的不自由。

4.欺诈与胁迫、重大误解、显失公平的区别：

（1）欺诈和重大误解都是基于错误，欺诈引发的错误来自于欺诈方，重大误解的错误来自于表意人自己。

（2）胁迫和显示公平都是基于危难，胁迫中的危难来自于胁迫方，显示公平的危难来自于表意人自身。前者如威胁举报对方犯罪，后者如因疾病被迫低价卖房。

**历年真题**

10-03-05

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

A.存在欺诈行为，属可撤销合同

B.存在胁迫行为，属可撤销合同

C.存在乘人之危的行为，属可撤销合同

D.存在重大误解，属可撤销合同

11-03-01

甲公司在城市公园旁开发预售期房，乙、丙等近百人一次性支付了购房款，总额近8000万元。但甲公司迟迟未开工，按期交房无望。乙、丙等购房人多次集体去甲公司交涉无果，险些引发群体性事件。面对疯涨房价，乙、丙等购房人为另行购房，无奈与甲公司签订《退款协议书》，承诺放弃数额巨大利息、违约金的支付要求，领回原购房款。经咨询，乙、丙等购房人起诉甲公司。下列哪一说法准确体现了公平正义的有关要求？

A.《退款协议书》虽是当事人真实意思表示，但为兼顾情理，法院应当依据购房人的要求变更该协议，由甲公司支付利息和违约金

B.《退款协议书》是甲公司胁迫乙、丙等人订立的，为确保合法合理，法院应当依据购房人的要求宣告该协议无效，由甲公司支付利息和违约金

C.《退款协议书》的订立显失公平，为保护购房人的利益，法院应当依据购房人的要求撤销该协议，由甲公司支付利息和违约金

D.《退款协议书》损害社会公共利益，为确保利益均衡，法院应当依据购房人的要求撤销该协议，由甲公司支付利息和违约金

11-03-53

关于意思表示法律效力的判断，下列哪些选项是正确的？

A.甲在商场购买了一台液晶电视机，回家后发现其妻乙已在另一商场以更低折扣订了一台液晶电视机。甲认为其构成重大误解，有权撤销买卖

B.甲向乙承诺，以其外籍华人身份在婚后为乙办外国绿卡。婚后，乙发现甲是在逃通缉犯。乙有权以甲欺诈为由撤销婚姻

C.甲向乙银行借款，乙银行要求甲提供担保。丙为帮助甲借款，以举报丁偷税漏税相要挟，迫使其为甲借款提供保证，乙银行对此不知情。丁有权以其受到胁迫为由撤销保证

D.甲患癌症，其妻乙和医院均对甲隐瞒其病情。经与乙协商，甲投保人身保险，指定身故受益人为乙。保险公司有权以乙欺诈为由撤销合同

12-03-03

下列哪一情形构成重大误解，属于可变更、可撤销的民事行为？

A.甲立下遗嘱，误将乙的字画分配给继承人

B.甲装修房屋，误以为乙的地砖为自家所有，并予以使用

C.甲入住乙宾馆，误以为乙宾馆提供的茶叶是无偿的，并予以使用

D.甲要购买电动车，误以为精神病人乙是完全民事行为能力人，并与之签订买卖合同

12-03-54

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

A.甲有权追认

B.甲有权撤销

C.乙有权以甲的名义撤销

D.丙有权撤销

13-03-03

下列哪一情形下，甲对乙不构成胁迫？

A.甲说，如不出借1万元，则举报乙犯罪。乙照办，后查实乙构成犯罪

B.甲说，如不将藏獒卖给甲，则举报乙犯罪。乙照办，后查实乙不构成犯罪

C.甲说，如不购甲即将报废的汽车，将公开乙的个人隐私。乙照办

D.甲说，如不赔偿乙撞伤甲的医疗费，则举报乙醉酒驾车。乙照办，甲取得医疗费和慰问金

13-03-04

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

A.如乙公司追认，则丙公司有权通知乙公司撤销

B.如乙公司追认，则丙公司有权请求法院撤销

C.无论乙公司是否追认，丙公司均有权通知乙公司撤销

D.无论乙公司是否追认，丙公司均有权要求乙公司履行

15-03-02

甲以23万元的价格将一辆机动车卖给乙。该车因里程表故障显示行驶里程为4万公里，但实际行驶了8万公里，市值为16万元。甲明知有误，却未向乙说明，乙误以为真。乙的下列哪一请求是错误的？

A.以甲欺诈为由请求法院变更合同，在此情况下法院不得判令撤销合同

B.请求甲减少价款至16万元

C.以重大误解为由，致函甲请求撤销合同，合同自该函到达甲时即被撤销

D.请求甲承担缔约过失责任

15-03-52

某旅游地的纪念品商店出售秦始皇兵马俑的复制品，价签标名为“秦始皇兵马俑”，2800元一个。王某购买了一个，次日，王某以其购买的“秦始皇兵马俑”为复制品而非真品属于欺诈为由，要求该商店退货并赔偿。下列哪些表述是错误的？

A.商店的行为不属于欺诈，真正的“秦始皇兵马俑”属于法律规定不能买卖的禁止流通物

B.王某属于重大误解，可请求撤销买卖合同

C.商店虽不构成积极欺诈，但构成消极欺诈，因其没有标明为复制品

D.王某有权请求撤销合同，并可要求商店承担缔约过失责任

16-03-03

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

A.商家无权要求潘某退货

B.商家可基于公平原则要求潘某适当补偿

C.商家可基于重大误解而主张撤销交易

D.商家可基于显失公平而主张撤销交易

16-03-59

甲隐瞒了其所购别墅内曾发生恶性刑事案件的事实，以明显低于市场价的价格将其转卖给乙；乙在不知情的情况下，放弃他人以市场价出售的别墅，购买了甲的别墅。几个月后乙获悉实情，向法院申请撤销合同。关于本案，下列哪些说法是正确的？

A.乙须在得知实情后一年内申请法院撤销合同

B.如合同被撤销，甲须赔偿乙在订立及履行合同过程当中支付的各种必要费用

C.如合同被撤销，乙有权要求甲赔偿主张撤销时别墅价格与此前订立合同时别墅价格的差价损失

D.合同撤销后乙须向甲支付合同撤销前别墅的使用费

**真题答案解析**

5.10-03-05

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

A.存在欺诈行为，属可撤销合同

B.存在胁迫行为，属可撤销合同

C.存在乘人之危的行为，属可撤销合同

D.存在重大误解，属可撤销合同

《合同法》第54条第2款规定，一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。

《民通意见》第68条规定，一方当事人故意告知对方虚假情况，或者故意隐瞒真实情况，诱使对方当事人作出错误意思表示的，可以认定为欺诈行为。

《民通意见》第69条规定，以给公民及其亲友的生命健康、荣誉、名誉、财产等造成损失或者以给法人的荣誉、名誉、财产等造成损害为要挟，迫使对方作出违背真实的意思表示的，可以认定为胁迫行为。

《民通意见》第70条规定，一方当事人乘对方处于危难之机，为牟取不正当利益，迫使对方作出不真实的意思表示，严重损害对方利益的，可以认定为乘人之危。

《民通意见》第71条：行为人因对行为的性质、对方当事人、标的物的品种、质量、规格和数量等的错误认识，使行为的后果与自己的意思相悖，并造成较大损失的，可以认定为重大误解。

本题中，乙对甲所说的“我有你贪污的材料”虽为虚假情况，但是并非以此诱使甲作出错误的意思表示而是以“不答应我就举报你”为要挟，迫使甲做出了不真实的意思表示，以40万元将房卖与乙。因此，应认定为存在胁迫行为。根据各项表述，选项B正确，ACD不正确。

综上所述，本题答案为B项。

6.11-03-01

甲公司在城市公园旁开发预售期房，乙、丙等近百人一次性支付了购房款，总额近8000万元。但甲公司迟迟未开工，按期交房无望。乙、丙等购房人多次集体去甲公司交涉无果，险些引发群体性事件。面对疯涨房价，乙、丙等购房人为另行购房，无奈与甲公司签订《退款协议书》，承诺放弃数额巨大利息、违约金的支付要求，领回原购房款。经咨询，乙、丙等购房人起诉甲公司。下列哪一说法准确体现了公平正义的有关要求？

A.《退款协议书》虽是当事人真实意思表示，但为兼顾情理，法院应当依据购房人的要求变更该协议，由甲公司支付利息和违约金

B.《退款协议书》是甲公司胁迫乙、丙等人订立的，为确保合法合理，法院应当依据购房人的要求宣告该协议无效，由甲公司支付利息和违约金

C.《退款协议书》的订立显失公平，为保护购房人的利益，法院应当依据购房人的要求撤销该协议，由甲公司支付利息和违约金

D.《退款协议书》损害社会公共利益，为确保利益均衡，法院应当依据购房人的要求撤销该协议，由甲公司支付利息和违约金

AC项：《民通意见》第72条规定，一方当事人利用优势或者利用对方没有经验,致使双方的权利义务明显违反公平、等价有偿原则的，可以认定为显失公平。本案中，甲公司利用已经收取了购房人的房款这一优势，致使购房人在协议中承诺放弃了利息和违约金，而这一承诺对于购房人来说是不公平的，因而应当认定为显失公平。根据各项表述，选项C正确。A项没有法律依据，因而错误。

D项：《合同法》第52条规定，有下列情形之一的，合同无效：......（四）损害社会公共利益......依据该条规定，损害社会公共利益的合同应属无效，而不是可撤销，且该题中《退款协议书》并未损害社会公共利益，因而D项错误。

B项：本题最大的干扰项当属B项，《民通意见》第69条规定，以给公民及其亲友的生命健康、荣誉、名誉、财产等造成损失或者以给法人的荣誉、名誉、财产等造成损害为要挟,迫使对方作出违背真实的意思表示的，可以认定为胁迫行为。本题中，甲公司没有主动提出要挟，而且购房人的购房款也没有损失，故非胁迫，B项错误。

综上所述，本题答案为C项。

7.11-03-53

关于意思表示法律效力的判断，下列哪些选项是正确的？

A.甲在商场购买了一台液晶电视机，回家后发现其妻乙已在另一商场以更低折扣订了一台液晶电视机。甲认为其构成重大误解，有权撤销买卖

B.甲向乙承诺，以其外籍华人身份在婚后为乙办外国绿卡。婚后，乙发现甲是在逃通缉犯。乙有权以甲欺诈为由撤销婚姻

C.甲向乙银行借款，乙银行要求甲提供担保。丙为帮助甲借款，以举报丁偷税漏税相要挟，迫使其为甲借款提供保证，乙银行对此不知情。丁有权以其受到胁迫为由撤销保证

D.甲患癌症，其妻乙和医院均对甲隐瞒其病情。经与乙协商，甲投保人身保险，指定身故受益人为乙。保险公司有权以乙欺诈为由撤销合同

CD项：《合同法》第54条第2款规定，一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。《民通意见》第68条规定，一方当事人故意告知对方虚假情况，或者故意隐瞒真实情况，诱使对方当事人作出错误意思表示的，可以认定为欺诈行为。第69条规定，以给公民及其亲友的生命健康、荣誉、名誉、财产等造成损害或者以给法人的荣誉、名誉、财产等造成损害为要挟，迫使对方作出违背真实的意思表示的，可以认定为胁迫行为。

C项中，保证人丁受到丙的胁迫，在违背自己真实意志的情况下为甲的借款提供保证，因而其可以受胁迫为由向法院请求撤销。故C项正确。D项中，乙明知甲患癌症，仍与甲商量由甲投保人身保险，受益人为乙自己，未将有关情况如实告知保险公司，且足以影响保险公司是否同意承保的，因而保险公司可以乙欺诈为由撤销合同，故D正确。

A项：《民通意见》第71条规定，行为人因对行为的性质、对方当事人、标的物的品种、质量、规格和数量等的错误认识，使行为的后果与自己的意思相悖，并造成较大损失的，可以认定为重大误解。可见，动机的错误不构成重大误解。甲属于动机误解，不得主张撤销买卖，A项错误。

B项：《婚姻法》第11条，因胁迫结婚的，受胁迫的一方可以向婚姻登记机关或人民法院请求撤销该婚姻.....《婚姻法解释一》第10条，《婚姻法》第11条所称的“胁迫”，是指行为人以给另一方当事人或者其近亲属的生命、身体健康、名誉、财产等方面造成损害为要挟，迫使另一方当事人违背真实意愿结婚的情况。因受胁迫而请求撤销婚姻的，只能是受胁迫一方的婚姻关系当事人本人。可见，只有胁迫才是可撤销婚姻的事由，欺诈不构成可撤销婚姻的事由。B项错误。

综上所述，本题答案为CD项。

8.12-03-03

下列哪一情形构成重大误解，属于可变更、可撤销的民事行为？

A.甲立下遗嘱，误将乙的字画分配给继承人

B.甲装修房屋，误以为乙的地砖为自家所有，并予以使用

C.甲入住乙宾馆，误以为乙宾馆提供的茶叶是无偿的，并予以使用

D.甲要购买电动车，误以为精神病人乙是完全民事行为能力人，并与之签订买卖合同

重大误解行为是基于重大错误认识而实施的意思表示。所谓重大误解，最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》（试行）第71条规定，行为人因对行为的性质、对方当事人、标的物的品种、质量、规格和数量等的错误认识，使行为的后果与自己的意思相悖，并造成较大损失的，可以认定为重大误解。

C项：根据《合同法》第54条规定，下列合同，当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销：（一）因重大误解订立的……。甲误将有偿提供茶叶当无偿的使用，甲基于对行为性质的错误认识而实施了相应行为，造成其损失，构成重大误解，属于可变更、可撤销的民事行为。故C选项正确。

A项：最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》第38条规定，遗嘱人以遗嘱处分了属于国家、集体或他人所有的财产，遗嘱的这部分，应认定无效。因此A项为无效的民事行为。故A选项错误。

B项：甲装修房屋，误以为乙的地砖为自家所有，并予以使用，这属于无权使用他人之物的事实行为，而非意思表示。甲的行为构成添附，甲乙之间的法律关系应结合添附规则予以解决，而不适用重大误解规则。故B选项错误。

D项：甲与精神病人乙签订买卖电动车的合同，可能存在两种情形。一种情形是，乙为无民事行为能力人，则其所为的行为为无效民事行为，签订的合同无效。第二种情形是，乙为限制民事行为能力人，则其所为的民事行为的效力待定，需法定代理人的追认后该合同才有效。合同被追认前，善意相对人有撤销的权利，撤销应当以通知的方式做出。无论是哪种情况，都不属于因重大误解而可变更、可撤销的民事行为。故D选项错误。

综上所述，本题正确答案为C项。

9.12-03-54

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

A.甲有权追认

B.甲有权撤销

C.乙有权以甲的名义撤销

D.丙有权撤销

A项：《合同法》第48条规定，行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立的合同，未经被代理人追认，对被代理人不发生效力，由行为人承担。合同被追认之前，善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式做出。本题中，甲委托乙采购一批电脑，乙却采购了一批手机，乙的行为属于超越代理权限的无权代理。对于乙的无权代理，甲可以追认。故A选项正确。

BC项：《合同法》第54条规定，下列合同，当事人一方有权请求人们法院或者仲裁机构变更或者撤销：（1）因重大误解订立的；（2）在订立合同时显失公平的。一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。本题中，乙代理甲与相对人丙之间达成交易，判断该交易意思表示有无瑕疵，应当以代理人乙为准，而非以被代理人甲为准。甲虽然明知丙一直在行骗，但乙并不知情，因此甲有权以丙构成欺诈为由撤销手机买卖合同。故B选项正确。乙作为甲的代理人，可以以甲的名义对丙主张撤销，故C选项正确。

D项：本案中，虽然丙采取欺诈的手段骗取乙购买了一批劣质手机，但题中未交待丙明知乙无权代理，故丙为善意相对人。因此，就无权代理而言，丙在甲追认之前可以撤销手机买卖合同。但是就欺诈而言，丙是欺诈人，不得主张撤销。故D选项错误。

综上所述，本题答案为ABC。

10.13-03-03

下列哪一情形下，甲对乙不构成胁迫？

A.甲说，如不出借1万元，则举报乙犯罪。乙照办，后查实乙构成犯罪

B.甲说，如不将藏獒卖给甲，则举报乙犯罪。乙照办，后查实乙不构成犯罪

C.甲说，如不购甲即将报废的汽车，将公开乙的个人隐私。乙照办

D.甲说，如不赔偿乙撞伤甲的医疗费，则举报乙醉酒驾车。乙照办，甲取得医疗费和慰问金

《民通意见》第69条规定，以给公民及其亲友的生命健康、荣誉、名誉、财产等造成损失或者以给法人的荣誉、名誉、财产等造成损害为要挟，迫使对方作出违背真实的意思表示的，可以认定为胁迫行为。若迫使对方作出违背真实的意思表示，但目的、手段均正当且两者间具备正当的关联，则不构成胁迫。

D项：甲被乙撞伤，要求取得医疗费，其目的具有正当性；另外甲取得医疗费和慰问金的手段是举报乙醉酒驾车，并没有对其要挟，其手段同样具有正当性。目的与手段具有正当的关联：因醉驾造成损害从而有权要求赔偿因此甲对乙不构成胁迫。所以D项当选。

A项：甲的目的、手段正当均具有正当性，但甲要求出借1万元与乙构成犯罪两者间不具备正当的关联，甲无权乙举报乙犯罪来要求借款，因此甲构成胁迫，所以A项不选。

B项：甲的目的是购买藏獒，此目的是正当的，但是甲要求乙出卖藏獒与举报乙犯罪两者间不具备正当的关联，甲无权要求买卖，因此构成胁迫，所以B不选。

C项：甲采取公开隐私的行为属于手段不正当，构成胁迫，所以C项不选。

综上所述，本题答案为D。

11.13-03-04

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

A.如乙公司追认，则丙公司有权通知乙公司撤销

B.如乙公司追认，则丙公司有权请求法院撤销

C.无论乙公司是否追认，丙公司均有权通知乙公司撤销

D.无论乙公司是否追认，丙公司均有权要求乙公司履行

B项：《合同法》第54条第2款：“一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。”即使乙公司追认，由于甲欺诈丙公司订立合同，所以丙公司有权请求法院撤销。B正确。

AC项：无权代理引起的撤销权（以通知对方的方式），规定在《合同法》第48条：“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立的合同，未经被代理人追认，对被代理人不发生效力，由行为人承担责任。相对人可以催告被代理人在一个月内予以追认。被代理人未作表示的，视为拒绝追认。合同被追认之前，善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。”

由于“合同被追认之前，善意相对人有撤销的权利”，所以撤销权存在于追认前，追认后不能通知对方撤销合同。所以AC错误。

D项：《合同法》第49条规定的表见代理规则：“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同，相对人有理由相信行为人有代理权的，该代理行为有效”。题干中没有说明丙公司“有理由相信”甲有代理权，所以不构成表见代理，若乙公司不追认，则依据《合同法》第48条“对被代理人不发生效力，由行为人承担责任”，即甲承担责任，无权要求乙公司履行。所以D错误。

综上所述，本题答案为B项。

12.15-03-02

甲以23万元的价格将一辆机动车卖给乙。该车因里程表故障显示行驶里程为4万公里，但实际行驶了8万公里，市值为16万元。甲明知有误，却未向乙说明，乙误以为真。乙的下列哪一请求是错误的？

A.以甲欺诈为由请求法院变更合同，在此情况下法院不得判令撤销合同

B.请求甲减少价款至16万元

C.以重大误解为由，致函甲请求撤销合同，合同自该函到达甲时即被撤销

D.请求甲承担缔约过失责任

C项：《民通意见》第71条规定：“行为人因对行为的性质、对方当事人、标的物的品种、质量、规格和数量等的错误认识，使行为的后果与自己的意思相悖，并造成较大损失的，可以认定为重大误解。”故本题中由于甲的欺诈行为，使乙对机动车质量产生错误认识，可适用《合同法》对重大误解的规定。《合同法》第54条第2款规定：“一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。”因此，因重大误解所生之撤销权，须以诉讼或仲裁方式行使。乙仅以书面方式行使撤销权，不产生撤销合同的效力。所以，C项错误。

A项：《民通意见》第68条规定：“一方当事人故意告知对方虚假情况，或者故意隐瞒真实情况，诱使对方当事人作出错误意思表示的，可以认定为欺诈行为。”故本题中，甲明知汽车的行驶里程数据错误，却未向乙说明，致使乙在错误的认知下购买了该车，甲的行为构成欺诈。因此，根据《合同法》第54条第1款的规定，乙享有撤销权或变更权。同时，《合同法》第54条第3款规定：“当事人请求变更的，人民法院或者仲裁机构不得撤销。”所以，A项正确。

B项：《合同法》第111条规定：“质量不符合约定的，应当按照当事人的约定承担违约责任。对违约责任没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，受损害方根据标的的性质以及损失的大小，可以合理选择要求对方承担修理、更换、重作、退货、减少价款或者报酬等违约责任。”按照甲乙之间的约定，甲交付给乙的机动车行驶里程应为4万公里，但实际交付的车行驶里程为8万公里，甲的行为属于瑕疵履行，乙可根据《合同法》第111条，要求甲减少价款。所以，B项正确。

D项：《合同法》第42条规定：“当事人在订立合同过程中有下列情形之一，给对方造成损失的，应当承担损害赔偿责任：（一）假借订立合同，恶意进行磋商；（二）故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况；（三）有其他违背诚实信用原则的行为。”甲故意隐瞒该车实际行驶里程，属于第42条第2项的情况，如果乙有损失的话，可以请求甲承担缔约过失责任。所以，D项正确。

综上所述，本题为选非题，本题正确答案为C。

13.15-03-52

某旅游地的纪念品商店出售秦始皇兵马俑的复制品，价签标名为“秦始皇兵马俑”，2800元一个。王某购买了一个，次日，王某以其购买的“秦始皇兵马俑”为复制品而非真品属于欺诈为由，要求该商店退货并赔偿。下列哪些表述是错误的？

A.商店的行为不属于欺诈，真正的“秦始皇兵马俑”属于法律规定不能买卖的禁止流通物

B.王某属于重大误解，可请求撤销买卖合同

C.商店虽不构成积极欺诈，但构成消极欺诈，因其没有标明为复制品

D.王某有权请求撤销合同，并可要求商店承担缔约过失责任

ACD项：根据《民通意见》第68条，一方当事人故意告知对方虚假情况，或者故意隐瞒真实情况，诱使对方当事人作出错误意思表示的，可以认定为欺诈行为。第一，欺诈人具有欺诈的故意。第二，欺诈人具有欺诈行为。第三，被欺诈人因为欺诈故意陷入欺诈的意思表示。在纪念品店购买秦始皇兵马俑，且价格是2800元。按照一般人的见识足以知道属于复制品，属于明知复制品而购买，不属于欺诈的行为。所以A项正确，C错误错在欺诈，D项既然没有欺诈不存在撤销权，所以D错误。

B项：根据《民通意见》第71条，行为人因对行为的性质、对方当事人、标的物的品种、质量、规格和数量等的错误认识，使行为的后果与自己的意思相悖，并造成较大损失的，可以认定为重大误解。但是此处王某没有误解。所以B项错误。

综上所述，本题正确答案为BCD。

14.16-03-03

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

A.商家无权要求潘某退货

B.商家可基于公平原则要求潘某适当补偿

C.商家可基于重大误解而主张撤销交易

D.商家可基于显失公平而主张撤销交易

A项：“赌石”活动在该地盛行，则潘某与商家明确知悉赌石的相关活动规则，购买原石后自负损益。所以，商家无权要求潘某退货。所以，A项正确。

B项：公平原则是指在订立合同时要根据公平原则确定双方的权利和义务，不得滥用权利，不得欺诈；根据公平原则确定合同的风险；根据公平原则确定违约责任。潘某与商家在订立原石买卖合同时知悉“赌石的”相关规则，所以不可以基于公平原则要求潘某补偿，所以，B项错误。

C项：《合同法》第54条规定：“下列合同，当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销：（一）因重大误解订立；……”，同时最高院《关于贯彻执行<中华人民共和国民法通则>若干问题意见》第71条规定：“行为人因对行为的性质、对方当事人、标的物的品种、质量、规格和数量等的错误认识，使行为的后果与自己的意思相悖，并造成重大损失的，可以认定为重大误解”，潘某与商家订立买卖合同时，双方对交易的性质没有产生误解，而且双方事前约定损益自负。所以，商家不可以以重大误解为由撤销交易。所以，C项错误。

D项：《合同法》第54条规定：“下列合同，当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销：（二）订立合同时显失公平的；”。潘某与商家订立合同是在平等协商的基础上订立的，并未显失公平。所以，D项错误。

综上所述，本题正确答案为A。

15.16-03-59

甲隐瞒了其所购别墅内曾发生恶性刑事案件的事实，以明显低于市场价的价格将其转卖给乙；乙在不知情的情况下，放弃他人以市场价出售的别墅，购买了甲的别墅。几个月后乙获悉实情，向法院申请撤销合同。关于本案，下列哪些说法是正确的？

A.乙须在得知实情后一年内申请法院撤销合同

B.如合同被撤销，甲须赔偿乙在订立及履行合同过程当中支付的各种必要费用

C.如合同被撤销，乙有权要求甲赔偿主张撤销时别墅价格与此前订立合同时别墅价格的差价损失

D.合同撤销后乙须向甲支付合同撤销前别墅的使用费

A项：《合同法》第55条规定：“有下列情形之一的，撤销权消灭：（一）具有撤销权的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内没有行使撤销权；”所以，A项正确。

B、C、D项：《合同法》第56条规定：“无效的合同或者被撤销的合同自始没有法律约束力。合同部分无效，不影响其他部分效力的，其他部分仍然有效。”《合同法》第58条规定：“合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。”甲故意隐瞒别墅的真实情况，应当赔偿乙的损失同时乙支付别墅的使用费。所以，B、C、D三项正确。综上所述，本题正确答案为ABCD。

**2018年第007期——每日重点考点法律行为之效力待定的合同（4星考点）**

**基本概念**

1.效力待定合同：合同之效力有待于第三人意思表示，在第三人意思表示之前，合同效力处于不确定状态。

2.有意不真实：表意人于表意时知道表示出来的意思与其内心真意不一致。【注意】重大误解属于无意不真实。

3.真意保留：行为人故意隐瞒其真意，而表示与其真意不同之意思的意思表示。

4.戏谑行为：表意人基于游戏目的而做出表示，并预期他人可以认识其表示欠缺诚意。

5.虚伪行为：表意人与相对人通谋而为虚伪的意思表示。

6.隐藏行为：当事人将真实的意思表示隐匿在虚假的意思表示之下，因此虚假的意思表示不生效，真实的意思表示根据情况判断是否有效。

7.追认：追认权人实施的，使他人效力待定合同发生效力的补救行为。

**重点考点详解**

**一、有意不真实的法律行为**

1.真意保留（单方虚假行为）构成要件：有意思表示、意思表示并非真实的意思、表意人明知。

2.真意保留效力：原则上有效，若相对人明知其为真意保留则无效，但不得对抗善意第三人。

3.真意保留的变种——戏谑行为，构成要件：意思表示属于真意保留，期待对方不至于产生误认。

4.戏谑行为的效力：一律无效。若对方相信了，应及时澄清误会，避免给对方造成损失。

5.虚伪行为（双方虚假行为）的构成要件：意思表示与真意不符、双方通谋。

6.虚伪行为的效力：在当事人间，因当事人无受其拘束的意思（无法律效果意思），故虚伪表示无效。虚伪表示的无效，不得对抗善意第三人。

7.隐藏行为的构成要件：有真实的意思表示、另有虚伪的行为、真实的意思表示隐藏在虚伪行为中。

8.隐藏行为的效力：以一种行为掩盖另一种行为，但两种行为都合法，如甲、乙订了一份名为借用、实为租赁的合同，此时应将当事人的真意解释为被掩盖的行为意思，而隐藏行为本身无效，被掩盖的行为属于真意，有效；以合法行为掩盖非法目的，如名为买卖、实为法律禁止的借贷合同，该行为无效。

**二、效力待定合同**

1.效力待定合同的特点

（1）合同成立，但其效果效力却待定，既非无效，也非有效。

（2）合同效力取决于第三人的行为，该第三人称为追认权人。

（3）经追认权人追认，合同效力自始发生。

（4）经追认权人否认，合同确定无效。

2.追认权

追认权为形成权，是单方民事法律行为，于意思表示到达相对人或相对人了解时生效。追认权人在收到相对人的催告后，在合理期间内的沉默被视为不予追认。

3.追认权人

限制民事行为能力人依法不能独立订立的合同——法定代理人。

因无权代理订立的合同——被代理人。

4.效力待定合同中善意第三人的撤销权

仅善意相对人享有撤销权；行使方式：通知、诉讼、仲裁。善意相对人的撤销权因追认生效而消灭，即追认生效之前都可行使。

【注意】可撤销合同的撤销权受1年除斥期间限制，且只能以诉讼或仲裁的方式行使。

5.催告权人或撤销权人

限制民事行为能力人依法不能独立订立的合同——相对人。

因无权代理订立的合同——相对人。

6.追认的相对人

限制民事行为能力人依法不能独立订立的合同：

（1）合同相对人或限制民事行为能力人；

（2）向限制民事行为能力人作出后，合同相对人催告的，需重新向其作出追认。

因无权代理订立的合同——合同相对人、无权代理人。

**三、效力待定合同——限制民事行为能力人依法不能独立订立的合同**

1.法定代理人追认的合同自始有效。追认可以明示、推定。

【注意】追认是形成权，有溯及力。

2.法定代理人拒绝追认：（1）明示拒绝，确定无效；（2）经催告，1个月内不回复，视为拒绝，确定无效。

【注意】当事人有约定的，以约定为准。

3.限制民事行为能力人采用诈术与善意相对人签订合同，该合同有效。

**四、效力待定合同——因无权代理（非表见代理）订立的合同**

1.被代理人追认的合同自始有效。

【注意】开始履行合同属于以推定的方式进行的追认。

2.被代理人拒绝追认：（1）明示拒绝，确定无效；（2）经催告，1个月内不回复，视为拒绝，确定无效。

3.被代理人未追认的，善意第三人有权要求无权代理人履行债务或者赔偿损失，但是所赔偿损失不能超过其理应获得的利益。

**五、因无权处分订立的合同**

1.因无权处分订立买卖合同，无权处分不影响买卖合同的效力，若无其他效力瑕疵（如行为能力瑕疵、意思表示瑕疵、不违反法律的强制性规定和公共利益），该买卖合同有效。

2.买卖合同解释第3条：还可准用于互易、出资、债权转让、股权转让等其他有偿合同。

3.出卖人因未取得所有权或者处分权致使标的物所有权不能转移，买受人有权要求出卖人承担违约责任或者要求解除合同并主张损害赔偿。

4.擅自出租他人之物的租赁合同，原则上擅自出租他人之物订立的租赁合同有效。【例外】房屋租赁合同的非法转租合同虽属于擅自出租他人之物的租赁合同，但是房屋租赁合同的非法转租合同无效。

5.技术秘密成果委托开发或合作开发双方无约定的，双方均有使用权转让权。当事人一方将技术秘密成果的转让权让与他人，或者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者追认的，应当认定该转让或者许可行为无效。

6.融资租赁合同，承租人无权处分租赁物，但原则上第三人可善意取得租赁物。下列4种情况推定第三人为恶意：

（1）出租人已在租赁物的显著位置作出标识，第三人在与承租人交易时知道或者应当知道该物为租赁物的。

（2）出租人授权承租人将租赁物抵押给出租人并在登记机关依法办理抵押权登记的。

（3）第三人与承租人交易时，未按照法律、行政法规、行业或者地区主管部门的规定在相应机构进行融资租赁交易查询的。

（4）出租人有证据证明第三人知道或者应当知道交易标的物为租赁物的其他情形。

【总结】无权处分：没有物权、知产等订立的合同效力待定或者有效（没有无效）因为意思表示没有瑕疵。

1.原则是效力待定（赠与、质押、抵押合同）

2.例外一是有效，只能解除+违约，包括买卖和普通租赁；例外二是非法转租房屋是无效的。

**历年真题**

11-03-58

下列甲与乙签订的哪些合同有效？

A.甲与乙签订商铺租赁合同，约定待办理公证后合同生效。双方未办理合同公证，甲交付商铺后，乙支付了第1个月的租金

B.甲与乙签署股权转让协议，约定甲将其对丙公司享有的90%股权转让给乙，乙支付1亿元股权受让款。但此前甲已将该股权转让给丁

C.甲与乙签订相机买卖合同，相机尚未交付，也未付款。后甲又就出卖该相机与丙签订买卖合同

D.甲将商铺出租给丙后，将该商铺出卖给乙，但未通知丙

11-03-86

甲公司与乙公司约定，由甲公司向乙公司交付1吨药材，乙公司付款100万元。乙公司将药材转卖给丙公司，并约定由甲公司向丙公司交付，丙公司收货后3日内应向乙支付价款120万元。关于乙公司与丙公司签订合同的效力，下列表述正确的是：

A.效力待定

B.为甲公司设定义务的约定无效

C.有效

D.无效

11-03-91

丁公司员工方某驾驶该车接送酒店客人时，为躲避一辆逆行摩托车，将行人赵某撞伤。方某自行决定以丁公司名义将该车放在戊公司维修，为获得维修费的八折优惠，方某以其名义在与戊公司相关的庚公司为该车购买一套全新座垫。汽车修好后，方某将车取走交丁公司投入运营。戊公司要求丁公司支付维修费，否则对汽车行使留置权，丁公司回函请宽限一周。庚公司要求丁公司支付座垫费，丁公司拒绝。关于座垫费和维修费，下列表述正确的是：

A.方某应向庚公司支付座垫费

B.丁公司应向庚公司支付座垫费

C.丁公司应向戊公司支付维修费

D.戊公司有权将汽车留置

12-03-86

甲公司将1台挖掘机出租给乙公司，为担保乙公司依约支付租金，丙公司担任保证人，丁公司以机器设备设置抵押。乙公司欠付10万元租金时，经甲公司、丙公司和丁公司口头同意，将6万元租金债务转让给戊公司。之后，乙公司为现金周转将挖掘机分别以45万元和50万元的价格先后出卖给丙公司和丁公司，丙公司和丁公司均已付款，但乙公司没有依约交付挖掘机。关于乙公司与丙公司、丁公司签订挖掘机买卖合同的效力，下列表述错误的是：

A.乙公司可以主张其与丙公司的买卖合同无效

B.丙公司可以主张其与乙公司的买卖合同无效

C.乙公司可以主张其与丁公司的买卖合同无效

D.丁公司可以主张其与乙公司的买卖合同无效

13-03-04

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

A.如乙公司追认，则丙公司有权通知乙公司撤销

B.如乙公司追认，则丙公司有权请求法院撤销

C.无论乙公司是否追认，丙公司均有权通知乙公司撤销

D.无论乙公司是否追认，丙公司均有权要求乙公司履行

14-03-86

张某、方某共同出资，分别设立甲公司和丙公司。2013年3月1日，甲公司与乙公司签订了开发某房地产项目的《合作协议一》，约定如下：“甲公司将丙公司10%的股权转让给乙公司，乙公司在协议签订之日起三日内向甲公司支付首付款4000万元，尾款1000万元在次年3月1日之前付清。首付款用于支付丙公司从某国土部门购买A地块土地使用权。如协议签订之日起三个月内丙公司未能获得A地块土地使用权致双方合作失败，乙公司有权终止协议。”《合作协议一》签订后，乙公司经甲公司指示向张某、方某支付了4000万元首付款。张某、方某配合甲公司将丙公司的10%的股权过户给了乙公司。关于《合作协议一》，下列表述正确的是：

A.是无名合同

B.对股权转让的约定构成无权处分

C.效力待定

D.有效

15-03-89

顺风电器租赁公司将一台电脑出租给张某，租期为2年。在租赁期间内，张某谎称电脑是自己的，分别以市价与甲、乙、丙签订了三份电脑买卖合同并收取了三份价款，但张某把电脑实际交付给了乙。后乙的这台电脑被李某拾得，因暂时找不到失主，李某将电脑出租给王某获得很高收益。王某租用该电脑时出了故障，遂将电脑交给康成电脑维修公司维修。王某和李某就维修费的承担发生争执。康成公司因未收到修理费而将电脑留置，并告知王某如7天内不交费，将变卖电脑抵债。李某听闻后，于当日潜入康成公司偷回电脑。关于张某与甲、乙、丙的合同效力，下列选项正确的是：

A.张某非电脑所有权人，其出卖为无权处分，与甲、乙、丙签订的合同无效

B.张某是合法占有人，其与甲、乙、丙签订的合同有效

C.乙接受了张某的交付，取得电脑所有权

D.张某不能履行对甲、丙的合同义务，应分别承担违约责任

**真题答案解析**

2.11-03-58

下列甲与乙签订的哪些合同有效？

A.甲与乙签订商铺租赁合同，约定待办理公证后合同生效。双方未办理合同公证，甲交付商铺后，乙支付了第1个月的租金

B.甲与乙签署股权转让协议，约定甲将其对丙公司享有的90%股权转让给乙，乙支付1亿元股权受让款。但此前甲已将该股权转让给丁

C.甲与乙签订相机买卖合同，相机尚未交付，也未付款。后甲又就出卖该相机与丙签订买卖合同

D.甲将商铺出租给丙后，将该商铺出卖给乙，但未通知丙

A项：《合同法》第36条规定：“法律、行政法规规定或者当事人约定采用书面形式订立合同，当事人未采用书面形式但一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立。”此即合同法关于履行治愈的规定，当事人以办理公证为租赁合同生效要件的，也应适用实际履行原则。甲乙已经履行主要合同义务，故合同成立并生效，A项正确。

B项：根据《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第3条规定：“当事人一方以出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的，人民法院不予支持。”因此甲之前将股权转让给丁并不影响甲乙之间合同的效力，所以B项正确。

C项：《合同法解释二》第15条：“出卖人就同一标的物订立多重买卖合同，合同均不具有合同法第五十二条规定的无效情形，买受人因不能按照合同约定取得标的物所有权，请求追究出卖人违约责任的，人民法院应予支持。”C项为一物二卖，甲出让的是自己的相机，属于有权处分，因而甲丙之间的买卖合同有效，乙只能请求甲承担违约责任。C项正确。

D项：《租赁合同司法解释》第21条规定：“出租人出卖租赁房屋未在合理期限内通知承租人或者存在其他侵害承租人优先购买权情形，承租人请求出租人承担赔偿责任的，人民法院应予支持。但请求确认出租人与第三人签订的房屋买卖合同无效的，人民法院不予支持。”据此，甲乙买卖合同有效，D项当选。

综上所述，本题答案为ABCD项。

【本题原答案为ACD，根据《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》的颁布将答案修改为ABCD。】

3.11-03-86

甲公司与乙公司约定，由甲公司向乙公司交付1吨药材，乙公司付款100万元。乙公司将药材转卖给丙公司，并约定由甲公司向丙公司交付，丙公司收货后3日内应向乙支付价款120万元。关于乙公司与丙公司签订合同的效力，下列表述正确的是：

A.效力待定

B.为甲公司设定义务的约定无效

C.有效

D.无效

《合同法》第65条规定，当事人约定由第三人向债权人履行债务的，第三人不履行债务或者履行债务不符合约定，债务人应当向债权人承担违约责任。该题中，乙丙约定“约定由甲公司向丙公司交付”符合该条中规定的“当事人约定由第三人向债权人履行债务的”，其意思表示真实有效，因而乙公司与丙公司之间签订的合同有效。C选项正确，ABD错误。

综上所述，本题答案为C项。

4.11-03-91

丁公司员工方某驾驶该车接送酒店客人时，为躲避一辆逆行摩托车，将行人赵某撞伤。方某自行决定以丁公司名义将该车放在戊公司维修，为获得维修费的八折优惠，方某以其名义在与戊公司相关的庚公司为该车购买一套全新座垫。汽车修好后，方某将车取走交丁公司投入运营。戊公司要求丁公司支付维修费，否则对汽车行使留置权，丁公司回函请宽限一周。庚公司要求丁公司支付座垫费，丁公司拒绝。关于座垫费和维修费，下列表述正确的是：

A.方某应向庚公司支付座垫费

B.丁公司应向庚公司支付座垫费

C.丁公司应向戊公司支付维修费

D.戊公司有权将汽车留置

A、B项：座垫是方某以其自己名义购买的座垫，该合同关系应约束方某与庚公司，基于合同相对性，该费用应该由方某自己支付，丁公司不是座垫买卖合同中的义务人。A项正确，B项错误。

C项：《合同法解释二》第12条规定，无权代理人以被代理人的名义订立合同，被代理人已经开始履行合同义务的，视为对合同的追认。本案中，丁公司的回函说明丁公司对其义务进行了确认，应属对维修合同的追认，丁公司便是汽车维修合同当事人，需要向戊公司支付维修费。另一方面，无因管理是指没有法定或约定的义务，而替他人管理事务的行为，无因管理人有权要求受益人支付必要的管理费用。方某维修汽车的行为构成了无因管理，故其必要费用即维修费应该由戊公司支付，C项正确。

D项：《物权法》第240条规定，留置权人对留置财产丧失占有或者留置权人接受债务人另行提供担保的，留置权消灭。可见，留置权的行使以权利人占有财产为前提，戊公司已经不再占有汽车，故其不能行使留置权，D项错误。

综上所述，本题答案为AC项。

5.12-03-86

甲公司将1台挖掘机出租给乙公司，为担保乙公司依约支付租金，丙公司担任保证人，丁公司以机器设备设置抵押。乙公司欠付10万元租金时，经甲公司、丙公司和丁公司口头同意，将6万元租金债务转让给戊公司。之后，乙公司为现金周转将挖掘机分别以45万元和50万元的价格先后出卖给丙公司和丁公司，丙公司和丁公司均已付款，但乙公司没有依约交付挖掘机。关于乙公司与丙公司、丁公司签订挖掘机买卖合同的效力，下列表述错误的是：

A.乙公司可以主张其与丙公司的买卖合同无效

B.丙公司可以主张其与乙公司的买卖合同无效

C.乙公司可以主张其与丁公司的买卖合同无效

D.丁公司可以主张其与乙公司的买卖合同无效

最高人民法院《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》（以下简称《买卖合同司法解释》）第3条规定：“当事人一方以出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的，人民法院不予支持。出卖人因未取得所有权或者处分权致使标的物所有权不能转移，买受人要求出卖人承担违约责任或者要求解除合同并主张损害赔偿的，人民法院应予支持。”结合本题，乙公司作为承租人，将挖掘机出卖给丙公司与丁公司，当事人任何一方均不能以出卖人无权处分为由主张合同无效。故选项ABCD说法错误。

本题为选非题，综上所述，本题答案为ABCD。

6.13-03-04

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

A.如乙公司追认，则丙公司有权通知乙公司撤销

B.如乙公司追认，则丙公司有权请求法院撤销

C.无论乙公司是否追认，丙公司均有权通知乙公司撤销

D.无论乙公司是否追认，丙公司均有权要求乙公司履行

B项：《合同法》第54条第2款：“一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。”即使乙公司追认，由于甲欺诈丙公司订立合同，所以丙公司有权请求法院撤销。B正确。

AC项：无权代理引起的撤销权（以通知对方的方式），规定在《合同法》第48条：“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立的合同，未经被代理人追认，对被代理人不发生效力，由行为人承担责任。相对人可以催告被代理人在一个月内予以追认。被代理人未作表示的，视为拒绝追认。合同被追认之前，善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。”

由于“合同被追认之前，善意相对人有撤销的权利”，所以撤销权存在于追认前，追认后不能通知对方撤销合同。所以AC错误。

D项：《合同法》第49条规定的表见代理规则：“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同，相对人有理由相信行为人有代理权的，该代理行为有效”。题干中没有说明丙公司“有理由相信”甲有代理权，所以不构成表见代理，若乙公司不追认，则依据《合同法》第48条“对被代理人不发生效力，由行为人承担责任”，即甲承担责任，无权要求乙公司履行。所以D错误。

综上所述，本题答案为B项。

7.14-03-86

张某、方某共同出资，分别设立甲公司和丙公司。2013年3月1日，甲公司与乙公司签订了开发某房地产项目的《合作协议一》，约定如下：“甲公司将丙公司10%的股权转让给乙公司，乙公司在协议签订之日起三日内向甲公司支付首付款4000万元，尾款1000万元在次年3月1日之前付清。首付款用于支付丙公司从某国土部门购买A地块土地使用权。如协议签订之日起三个月内丙公司未能获得A地块土地使用权致双方合作失败，乙公司有权终止协议。”《合作协议一》签订后，乙公司经甲公司指示向张某、方某支付了4000万元首付款。张某、方某配合甲公司将丙公司的10%的股权过户给了乙公司。关于《合作协议一》，下列表述正确的是：

A.是无名合同

B.对股权转让的约定构成无权处分

C.效力待定

D.有效

A项：无名合同是指《合同法》分则明文规定的15类合同之外的合同。即合同法明确规定的买卖合同，供用电、水、气、热力合同，赠与合同，借款合同，租赁合同，融资租赁合同，承揽合同，建设工程合同，运输合同，技术合同，保管合同，仓储合同，委托合同，行纪合同，居间合同之外的其他合同。本案中，合作协议一签订了附条件的股权转让协议，不属于列举内合同名目。所以，A项正确。

B项：无权处分，是指行为人没有处分权，却以自己的名义实施的对他人财产的法律上的处分行为。本案中，未提及甲公司拥有乙公司股权，则其签订股权转让协议转让丙公司股权应认定为无权处分。所以，B项正确。

CD项：《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第3条第1款规定:“当事人一方以出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的，人民法院不予支持。”所以，C项错误，D项正确。

综上所述，本题正确答案为ABD。

8.15-03-89

顺风电器租赁公司将一台电脑出租给张某，租期为2年。在租赁期间内，张某谎称电脑是自己的，分别以市价与甲、乙、丙签订了三份电脑买卖合同并收取了三份价款，但张某把电脑实际交付给了乙。后乙的这台电脑被李某拾得，因暂时找不到失主，李某将电脑出租给王某获得很高收益。王某租用该电脑时出了故障，遂将电脑交给康成电脑维修公司维修。王某和李某就维修费的承担发生争执。康成公司因未收到修理费而将电脑留置，并告知王某如7天内不交费，将变卖电脑抵债。李某听闻后，于当日潜入康成公司偷回电脑。关于张某与甲、乙、丙的合同效力，下列选项正确的是：

A.张某非电脑所有权人，其出卖为无权处分，与甲、乙、丙签订的合同无效

B.张某是合法占有人，其与甲、乙、丙签订的合同有效

C.乙接受了张某的交付，取得电脑所有权

D.张某不能履行对甲、丙的合同义务，应分别承担违约责任

AB项：《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第3条第1款规定：“当事人一方以出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的，人民法院不予支持。”因此，张某虽然不享有电脑的所有权，但张某与甲、乙、丙三人签订的合同仍有效。所以，A项错误，B项正确。

C项：《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第9条第1项规定：“出卖人就同一普通动产订立多重买卖合同，在买卖合同均有效的情况下，买受人均要求实际履行合同的，应当按照以下情形分别处理：（1）先行受领交付的买受人请求确认所有权已经转移的，人民法院应予支持。”笔记本属于动产，当张某将电脑交付给乙时，乙取得该电脑的所有权。所以，C项正确。

D项：《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第3条第2款规定：“出卖人因未取得所有权或者处分权致使标的物所有权不能转移，买受人要求出卖人承担违约责任或者要求解除合同并主张损害赔偿的，人民法院应予支持。”因此，张某不能履行对甲、丙的合同义务，应分别承担违约责任。所以，D项正确。

综上所述，本题答案为BCD。

**2018年第008期——每日重点考点法律行为之无效合同（3星考点）**

**基本概念**

1.无效合同：一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；以合法形式掩盖非法目的；损害社会公共利益；违反法律、行政法规的强制性规定。

2.当然无效：无效的合同无须任何人主张，当然不发生效力，任何人皆可主张其为无效，也可对任何人主张。

3.自始无效：在合同成立时，即自始不发生当事人所意欲发生的效力。

4.确定无效：无效的合同在其成立时，即不发生效力，且以后无再发生效力的可能，也不因情事变更而恢复其效力。

5.附条件的法律行为：以当事人意思表示选定的将来可能发生的客观事实的发生与否为条件决定其效力开始或终止的法律行为。

6.解除条件：使已发生效力的民事法律行为在条件实现时终止的条件。

7.停止条件：使未发生效力的民事法律行为在条件实现时生效的条件。

8.附期限的法律行为：在法律行为中指明一定的期限，把期限的到来作为法律行为生效或终止的依据。

9.始期：以所附期限到来为民事法律行为发生效力的期限。

10.终期：以所附期限到来为民事法律行为效力消灭的期限。

**重点考点详解**

**一、合同无效的特点**

1.合同自始、当然、确定无效。

2.不能按照当事人的意愿发生法律效果。

3.对合同无效有过错的当事人须承担缔约过失责任、不当得利返还或者侵权责任。

【注意】合同无效后，因该合同取得的财产，应当予以返还，不能返还或没有必要返还的，应当折价补偿。有过错一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方均有过错的，应当各自承担相应的责任。

**二、合同无效的类型**

1.因欺诈、胁迫订立且损害国家利益的合同。

【注意】国有企业的利益不等于国家利益。

2.恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的合同;

（1）具有损害的恶意。即不仅意识到将造成损害，且希望损害发生。

（2）须有串通。指双方均为故意，且有意思联络。

（3）客观上损害了国家、集体或者第三人的利益。

3.以合法形式掩盖非法目的的合同；

（1）掩盖行为属于双方虚假行为，无效。

（2）被掩盖的行为，属于隐藏行为，若违反了法律的强制性规定，亦无效。

4.损害社会公共利益的合同；

（1）损害公共秩序的合同无效；

（2）违反善良风俗的合同无效。例如：违反性道德、婚姻伦理、家庭伦理、贬损人格尊严、过度限制自由、践踏宪法基本权利、违反公平竞争、政府特许之外的射幸合同。

【注意】为结束婚外情的“分手费”有效；婚姻关系中的忠诚协议有效。

5.违反法律、行政法规的强制性规定的合同

（1）违反的必须是法律或者行政法规。

（2）违反的必须是强制性规定。违反任意性规定的，不算。

（3）违反的必须是强制性规定中的效力规范。

【注意】行政法规是指国务院制定的行政法规，不包括地方性法规、行政规章。强制性规定是指效力性强制性规定，而不包括取缔性强制性规定。

**三、合同部分无效的构成要件**

1.无效部分与有效部分是一个整体，属于一个合同内容。

2.合同的一部分具有无效事由：预先免除两类责任条款无效。

（1）免除给对方造成人身损害的责任的；

（2）免除因故意或重大过失给对方造成财产损失的。

【注意】无论这两种免责条款采用的是格式条款还是个别协商条款，也无论其免除的是违约责任还是侵权责任，均属无效。

3.无效部分具有可分性。

【注意】合同部分有效、部分无效的几种情况：流（押）质条款、超过20%的定金合同、无效的格式条款和免责条款、超过20年的租赁合同。

**四、法定代表人越权和法人超越经营范围订立合同的效力**

1.法定代表人越权订立的合同和法定代表人的代表权的范围限制，不得对抗善意第三人。

2.法人超越经营范围订立的合同，不因此而无效。例外，违反禁止经营、限制经营、特许经营的规定，则合同无效。

**五、附条件的法律行为**

1.不得附条件的法律行为：公益上、私益上不允许，登记行为、票据行为不允许。

2.作为民事法律行为所附条件，必须具备以下要件

（1）须是行为当时尚未发生的事实；

（2）须是有发生可能的事实；

（3）事实的发生须不确定；

（4）必须合法；

（5）须为当事人约定而不能是法定事实；

（6）不能与法律行为的主要内容相矛盾。

3.当事人以不正当手段阻止条件成就的，视为条件成就；当事人以不正当手段促成条件成就的，视为条件不成就。

**六、附期限的法律行为**

1.期限构成要件：（1）须属将来事实；（2）须属必成事实，即其发生为确定的事实。不可能发生的事实(如千年以后赠与)，不能被设定为期限；（3）须属约定事实，而非法定事实。

2.期限与条件的区别

（1）条件是不确定的偶然性事实，期限是确定的必然性事实。

时期确定，到来不确定，为条件。例如“60大寿送电视一台”，60岁虽确定，但人之寿命不可测，是否能活到60岁不可知，具有偶发性。

时期不确定，到来也不确定，为条件。如“司法考试通过之日”，能否考得上，已属不确定，至于哪一年考得上，则更加不确定，故显然属于条件。

（2）条件之事实成就与否是不确定的，期限是肯定会到来的。

时期确定，事实的发生也确定，如今年9月9日是期限。

时期不确定，到来确定，为期限。例如“临终时将物送给你”，何时死虽难预料，但人必有一死，死期终会到来。

**七、相关总结**

**【总结一】**

在民事法律行为成立之初的效力状态有四种有效的、无效的、可撤销的、效力待定的。其中有效里包括：可撤销、可变更（没撤销之前都是有效的）

1.婚姻行为的三种效力状态：有效的、无效的、可撤销的（胁迫婚）。

2.遗嘱等单方行为只有两种效力状态：有效的、无效的。

3.合同状态有多种，但在合同的最终处理结果上，只有两种

（1）合同自始生效，当事人有义务履行之，否则发生违约责任。

（2）合同自始不生效，当事人不得履行，受损方可以请求过错方承担缔约过失责任。

**【总结二】无效合同的后果**

1.合同无效后，因该合同取得的财产，应当予以返还。不能返还或没有必要返还的，应当折价补偿。

2.有过错的一方，应当赔偿对方因此受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。

**【总结三】法律行为的成立与生效的关系模式**

1．成立的含义：意思表示的完成即为法律行为的成立（事实判断）

2．生效的含义：当事人的意思表示具有合法性（价值判断）。

生效的条件：

A．行为能力——欠缺者，导致行为的无效或者效力待定；

B．意思表示真实——违反者（欺诈、胁迫、重大误解、显失公平），将导致行为的可撤销或者无效；

C．内容合法——内容违法（违反效力性强制性规定）者，导致行为的无效。

**【总结四】成立与生效的关系：三种模式**

1.模式一：成立暨生效【合同、婚姻的成立与生效，主要都是此模式】

2.模式二：成立，尔后生效：三种情形【遗嘱的成立与生效，主要是此模式】

（1）合同法44条2款：须批准、登记的（主要是三个涉外合同：中外合资、中外合作、向外国人转让中国专利合同）

（2）合同法45条：附延缓条件的。

（3）合同法46条：附始期的（如遗嘱）。

3.模式三：成立，但不生效：两大类6种情形【合同、婚姻、遗嘱的通用模式】

（1）无效的行为，自始无效；可撤销的行为，被撤销后自始无效；效力待定的行为，被拒绝追认或者撤销后，自始无效。

（2）附条件、附期限、登记批准才能生效的等三种行为，后来未能成就。

**【总结五】三种效力有瑕疵的行为，真正区别的节点行为成立之时：**

（1）效力待定的民事法律行为，在其成立之初，其效力是不确定的，故为“待定”（？）。

（2）可撤销的民事法律行为，在其成立之初就是有效的，直到其被撤销之前一直都是具有法律效力的（∨）。

（3）无效的民事法律行为，在其成立之初一开始就是无效的(×)。

**历年真题**

12-03-52

下列哪些情形属于无效合同？

A.甲医院以国产假肢冒充进口假肢，高价卖给乙

B.甲乙双方为了在办理房屋过户登记时避税，将实际成交价为100万元的房屋买卖合同价格写为60万元

C.有妇之夫甲委托未婚女乙代孕，约定事成后甲补偿乙50万元

D.甲父患癌症急需用钱，乙趁机以低价收购甲收藏的1幅名画，甲无奈与乙签订了买卖合同

13-03-53

甲、乙之间的下列哪些合同属于有效合同？

A.甲与丙离婚期间，用夫妻共同存款向乙公司购买保险，指定自己为受益人

B.甲将其宅基地抵押给同村外嫁他村的乙用于借款

C.甲将房屋卖给精神病人乙，合同履行后房价上涨

D.甲驾车将流浪精神病人撞死，因查找不到死者亲属，乙民政部门代其与甲达成赔偿协议

14-03-54

杜某拖欠谢某100万元。谢某请求杜某以登记在其名下的房屋抵债时，杜某称其已把房屋作价90万元卖给赖某，房屋钥匙已交，但产权尚未过户。该房屋市值为120万元。关于谢某权利的保护，下列哪些表述是错误的？

A.谢某可请求法院撤销杜某、赖某的买卖合同

B.因房屋尚未过户，杜某、赖某买卖合同无效

C.如谢某能举证杜某、赖某构成恶意串通，则杜某、赖某买卖合同无效

D.因房屋尚未过户，房屋仍属杜某所有，谢某有权直接取得房屋的所有权以实现其债权

14-03-59

刘某欠何某100万元货款届期未还且刘某不知所踪。刘某之子小刘为替父还债，与何某签订书面房屋租赁合同，未约定租期，仅约定：“月租金1万元，用租金抵货款，如刘某出现并还清货款，本合同终止，双方再行结算。”下列哪些表述是错误的？

A.小刘有权随时解除合同

B.何某有权随时解除合同

C.房屋租赁合同是附条件的合同

D.房屋租赁合同是附期限的合同

14-03-61

甲公司员工魏某在公司年会抽奖活动中中奖，依据活动规则，公司资助中奖员工子女次年的教育费用，如员工离职，则资助失效。下列哪些表述是正确的？

A.甲公司与魏某成立附条件赠与

B.甲公司与魏某成立附义务赠与

C.如魏某次年离职，甲公司无给付义务

D.如魏某次年未离职，甲公司在给付前可撤销资助

15-03-03

张某和李某设立的甲公司伪造房产证，以优惠价格与乙企业（国有）签订房屋买卖合同，以骗取钱财。乙企业交付房款后，因甲公司不能交房而始知被骗。关于乙企业可以采取的民事救济措施，下列哪一选项是正确的？

A.以甲公司实施欺诈损害国家利益为由主张合同无效

B.只能请求撤销合同

C.通过乙企业的主管部门主张合同无效

D.可以请求撤销合同，也可以不请求撤销合同而要求甲公司承担违约责任

15-03-04

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

A.均无效，因陈某的父母拒绝追认

B.均有效，因委托合同仅需简单智力投入，不会损害陈某的利益，其父母是否追认并不重要

C.是否有效，需确认陈某的真实意思，其父母拒绝追认，甲公司可向法院起诉请求确认委托合同的效力

D.委托合同因陈某的父母不追认而无效，但代理权授予是单方法律行为，无需追认即有效

15-03-60

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？

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

**2018年第008期——法律行为之无效合同-真题解析共11题**

5.12-03-52

下列哪些情形属于无效合同？

A.甲医院以国产假肢冒充进口假肢，高价卖给乙

B.甲乙双方为了在办理房屋过户登记时避税，将实际成交价为100万元的房屋买卖合同价格写为60万元

C.有妇之夫甲委托未婚女乙代孕，约定事成后甲补偿乙50万元

D.甲父患癌症急需用钱，乙趁机以低价收购甲收藏的1幅名画，甲无奈与乙签订了买卖合同

《合同法》第52条规定，有下列情形之一的，合同无效：（1）一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；（2）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；（3）以合法形式掩盖非法目的；（4）损害社会公共利益；（5）违反法律、行政法规的强制性规定。《合同法》第54条规定，下列合同，当事人一方有权请求人们法院或者仲裁机构变更或者撤销：（1）因重大误解订立的；（2）在订立合同时显失公平的。一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。

B项：甲乙合同属于以合法形式掩盖非法目的的，其行为当属无效，故B选项正确。

C项：甲乙的约定违反公序良俗，损害社会公共利益，合同无效。故C选项正确。

A项：甲医院的行为没有损害国家利益，并非无效合同，其行为构成欺诈，为可变更、可撤销合同。故A选项错误。

D项：最高人民法院《关于贯彻执行<中华人民共和国民法通则>若干问题的意见》第70条规定，一方当事人乘对方处于危难之机，为牟取不正当利益，迫使对方作出不真实的意思表示，严重损害对方利益的，可以认定为乘人之危。乙的行为构成乘人之危，甲乙签订的买卖合同属于可变更、可撤销的合同。故D选项错误。

综上所述，本题答案为BC。

6.13-03-53

甲、乙之间的下列哪些合同属于有效合同？

A.甲与丙离婚期间，用夫妻共同存款向乙公司购买保险，指定自己为受益人

B.甲将其宅基地抵押给同村外嫁他村的乙用于借款

C.甲将房屋卖给精神病人乙，合同履行后房价上涨

D.甲驾车将流浪精神病人撞死，因查找不到死者亲属，乙民政部门代其与甲达成赔偿协议

A项，根据《保险法》第31条第3款的规定，订立合同时，投保人对被保险人不具有保险利益的，合同无效。A选项中，甲丙离婚期间，甲对丙有保险利益，且合同不具有无效情形。所以A选项正确。

D选项，根据《民法通则》第17条规定：无民事行为能力或者限制民事行为能力的精神病人，由下列人员担任监护人：（一）配偶；（二）父母；（三）成年子女；（四）其他近亲属；（五）关系密切的其他亲属、朋友愿意承担监护责任，经精神病人的所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会同意的。对担任监护人有争议的，由精神病人的所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会在近亲属中指定。对指定不服提起诉讼的，由人民法院裁决。没有第一款规定的监护人的，由精神病人的所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门担任监护人。D选项中查找不到死者亲属，由精神病人的所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门担任监护人。乙民政部门代其与甲达成赔偿协议是行使监护人的职责。所以D选项正确。

B项，根据《物权法》第184条的规定：下列财产不得抵押：（2）耕地、宅基地、自留地、自留山等集体所有的土地使用权，但法律规定可以抵押的除外。根据《合同法》第52条的规定，有下列情形之一的，合同无效：（一）一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；（二）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；（三）以合法形式掩盖非法目的；（四）损害社会公共利益；（五）违反法律、行政法规的强制性规定。宅基地不能抵押，所以甲宅基地抵押给同村外嫁他村的乙用于借款属于《合同法》第52条第（五）项的情形，违反了法律规定，故合同无效。所以B选项错误，不当选。

C项，根据《合同法》第9条规定，当事人订立合同，应当具有相应的民事权利能力和民事行为为能力。甲将房屋出卖给精神病人乙，若乙为无民事行为能力人，甲、乙间的买卖合同无效；若乙为限制民事行为能力人，甲、乙间的合同效力待定。故C项错误，不当选。

综上所述，本题答案为AD。

7.14-03-54

杜某拖欠谢某100万元。谢某请求杜某以登记在其名下的房屋抵债时，杜某称其已把房屋作价90万元卖给赖某，房屋钥匙已交，但产权尚未过户。该房屋市值为120万元。关于谢某权利的保护，下列哪些表述是错误的？

A.谢某可请求法院撤销杜某、赖某的买卖合同

B.因房屋尚未过户，杜某、赖某买卖合同无效

C.如谢某能举证杜某、赖某构成恶意串通，则杜某、赖某买卖合同无效

D.因房屋尚未过户，房屋仍属杜某所有，谢某有权直接取得房屋的所有权以实现其债权

A项：《合同法》第74条第1款规定：“因债务人放弃其到期债权或者无偿转让财产，对债权人造成损害的，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，对债权人造成损害，并且受让人知道该情形的，债权人也可以请求人民法院撤销债务人的行为。”根据《合同法解释二》第19条规定，对于合同法第七十四条规定的“明显不合理的低价”，人民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者市场交易价，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者市场交易价百分之七十的，一般可以视为明显不合理的低价；对转让价格高于当地指导价或者市场交易价百分之三十的，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，参照合同法第七十四条的规定予以撤销。本案中，将其市值120万元的房屋以90万元卖给赖某，不属于以明显低价转让。所以，A项错误。

B项：《合同法》第25条规定：“承诺生效时合同成立。”第44条规定：“依法成立的合同，自成立时生效。法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，依照其规定。”本案中，房屋买卖合同自双方意思表示真实有效，达成合意是成立并生效，并不以房屋过户为生效条件。所以，B项错误。

D项：本案中，房屋尚未过户，仍属杜某所有，谢某与杜某间的债权债务关系可以通过协商、仲裁、起诉等方式进一步确认偿还方式，而不能直接取得房屋所有权以实现债权。所以，D项错误。

C项：《合同法》第52条规定的合同无效的情形包括恶意串通，并损害国家、集体或第三人利益的合同。本案中如果谢某能够举证杜某、赖某恶意串通，有损自己利益，则该合同无效。所以，C项正确。

本题为选非题，综上所述，本题正确答案为ABD。

8.14-03-59

刘某欠何某100万元货款届期未还且刘某不知所踪。刘某之子小刘为替父还债，与何某签订书面房屋租赁合同，未约定租期，仅约定：“月租金1万元，用租金抵货款，如刘某出现并还清货款，本合同终止，双方再行结算。”下列哪些表述是错误的？

A.小刘有权随时解除合同

B.何某有权随时解除合同

C.房屋租赁合同是附条件的合同

D.房屋租赁合同是附期限的合同

AB项：《合同法》第61条规定：“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，按照合同有关条款或者交易习惯确定。”本案中，小刘与何某房屋租赁合同目标是以租金抵债，根据双方缔约目的和租金条款，可以通过货款总额100万元除以每月租金1万元，核算出具体的租期时间，因此本案不属于不定期租赁合同，不适用《合同法》第232条的规定，双方均无任意解除权。所以AB项错误。

CD项：附条件合同，是指当事人在合同中特别规定一定的条件，以条件是否成就来决定合同效力的发生或消灭的合同。所谓条件，是指当事人以将来客观上不确定的事实，作为决定法律行为效力的附款。附期限合同，是指当事人在合同中设定一定的期限，作为决定合同效力的附款。所谓期限，是指当事人以将来客观确定到来之事实。本案中，该租赁合同约定如刘某出现并还清贷款作为合同终止条件，刘某的出现并还清贷款是以将来客观上不确定的事实作为附款，应当视为附条件合同。所以，C项正确，D项错误。

本题为选非题，综上所述，本题正确答案为ABD。

9.14-03-61

甲公司员工魏某在公司年会抽奖活动中中奖，依据活动规则，公司资助中奖员工子女次年的教育费用，如员工离职，则资助失效。下列哪些表述是正确的？

A.甲公司与魏某成立附条件赠与

B.甲公司与魏某成立附义务赠与

C.如魏某次年离职，甲公司无给付义务

D.如魏某次年未离职，甲公司在给付前可撤销资助

AB项：根据民法理论，附义务赠与也称附负担赠与，是指在赠与合同中赠与人对其赠与附加一定的条件，使受赠人负担一定的给付义务。附条件赠与，是指当事人对赠与行为设定一定的条件，把条件的成就与否作为赠与行为的效力发生或消灭的前提。在附条件的赠与中，条件的成就与否关系到赠与合同的效力。当条件尚未成就时，赠与的权利义务虽已确定，但效力却处于未定状态。而附义务赠与中所附的义务，与赠与合同的法律效力无关，不能因为附义务而延缓或解除赠与的效力。本案中公司资助魏某子女次年教育经费，以魏某则继续在公司工作为条件，因此为附条件赠与合同。所以，A项正确，B项错误。

C项：《合同法》第192条第1款第3项规定：“受赠人有下列情形之一的，赠与人可以撤销赠与：……（三）不履行赠与合同约定的义务。”本案中，如果魏某离职，则视为不履行约定义务，甲公司可撤销赠与合同，并不承担给付义务。所以，C项正确。

D项：《合同法》第186条规定：“赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与但具有救灾、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。”所以D项错误。

综上所述，本题正确答案为AC。

10.15-03-03

张某和李某设立的甲公司伪造房产证，以优惠价格与乙企业（国有）签订房屋买卖合同，以骗取钱财。乙企业交付房款后，因甲公司不能交房而始知被骗。关于乙企业可以采取的民事救济措施，下列哪一选项是正确的？

A.以甲公司实施欺诈损害国家利益为由主张合同无效

B.只能请求撤销合同

C.通过乙企业的主管部门主张合同无效

D.可以请求撤销合同，也可以不请求撤销合同而要求甲公司承担违约责任

《合同法》第54条规定：“下列合同，当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销：（一）因重大误解订立的；（二）在订立合同时显失公平的。一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。当事人请求变更的，人民法院或者仲裁机构不得撤销。”

ABD项：甲欺诈乙企业，实施欺诈行为，根据《合同法》第54条的第2款，所以使得当事人享有撤销权。但是这样的合同，因为未撤销前属于有效的所以A错误在无效，国有企业不同于国家利益，所以不适用合同法的52条的第一种情形，即一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益。所以A项错误。合同有效当事人可以根据《合同法》第54条行使撤销权，也可以不选择行使撤销权，而主张违约责任。所以B错误。D正确。

C项：乙企业作为民事主体，可以自己主张撤销权，不必经过主管部门同意。所以C项错在行使权利主体。

综上所述，本题答案为D。

11.15-03-04

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

A.均无效，因陈某的父母拒绝追认

B.均有效，因委托合同仅需简单智力投入，不会损害陈某的利益，其父母是否追认并不重要

C.是否有效，需确认陈某的真实意思，其父母拒绝追认，甲公司可向法院起诉请求确认委托合同的效力

D.委托合同因陈某的父母不追认而无效，但代理权授予是单方法律行为，无需追认即有效

甲公司和15岁的陈某订立委托合同，且甲公司授予代理权。委托合同属于双方法律行为，代理权的授予属于单方行为。

D项：根据《合同法》第47条规定，限制民事行为能力人订立的合同，经法定代理人追认后，该合同有效，但纯获利益的合同或者与其年龄、智力、精神健康状况相适应而订立的合同，不必经法定代理人追认。限制行为能力人从事的法律行为属于效力待定的，未经父母追认，合同不发生效力，而单方行为无效，拒绝追认之前即为无效，但是纯获得利益的行为有效，代理权的授予属于纯获得利益的行为，属于有效。所以D项说法正确。

A项：委托行为父母拒绝追认有效，但是代理权的授予不需要追认，所以A项错误。

B项：委托行为无效，而非均有效，所以B项错误。

C项：有效不是根据陈某的真实意思，有效与否是确定的，所以C项错误。

综上所述，本题正确答案为D。

12.15-03-60

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？

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

BCD项：《合同法》第186条规定：“赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。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。”甲乙之间的协议属于具有道德义务性质的赠与合同，赠与人乙不得撤销该合同，乙应当按照合同约定交付剩余的两根金条，已交付的八根金条不得要求退回。所以，BC项正确，D项错误。

A项：乙和甲订立合同，意思表示真实，合同有效，该合同属于附条件的赠与合同，自胎儿出生时起合同生效。所以，A项错误。

综上所述，本题正确答案为BC。

**2018年第009期——每日重点考点代理（5星考点）**

**基本概念**

1.代理：代理人以被代理人名义，在代理授权范围内，与第三人进行的，确立被代理人和第三人之间的法律关系的法律行为。代理必须是民事法律行为。

2.使者：帮助民事主体实施民事行为的辅助人，其任务在于传达主体的意思或意思表示，或者代主体接受意思表示。因其任务不同，可分为:表示使者，传达使者，受领使者。

3.复代理：代理人为被代理人的利益将其所享有的代理权转托他人而产生的代理，又称再代理。

4.无权代理：非基于代理权而以被代理人名义实施的旨在将效果归属于被代理人的代理。委托代理以被代理人授予代理权为要件，无权代理与有权代理的区别就是欠缺代理权。

5.表见代理：行为人虽无代理权，但由于本人的行为，造成了足以使善意第三人相信其有代理权的表象，而与善意第三人进行的、由本人承担法律后果的代理行为。

6.间接代理：受托人以自己的名义在代理权限的范围内为了被代理人利益，以自己的名义实施法律行为，处理委任事务，其效果间接或直接归属于委托人的代理。

**重点考点详解**

**一、代理制度概述**

1.分类

（1）按代理权产生依据分为：委托代理、法定代理、指定代理。

（2）按代理人多寡分为：单独代理、共同代理。

（3）按是否以本人名义分为：直接代理和间接代理（显名间接代理、隐名间接代理）。

（4）按代理人选任方式分为：本代理、复代理。

【注意】有权复代理的三种情况：本人事先授权、本人事后追认、紧急情况且为了本人利益。复代理人过错责任，转代理人对选任指示承担过错责任，代理人、复代理人都有过错，承担连带责任。

按代理权有无分为：有权代理和广义无权代理（狭义无权代理和表见代理）

2.不允许代理的行为

事实行为、侵权行为、遗嘱（代书遗嘱不是代理）、身份行为（收养、结婚、离婚）不得代理。

【例外】无民事行为能力人的配偶有虐待、遗弃等严重损害无民事行为能力一方的人身权利或者财产权益行为，其他有监护资格的人可以依照特别程序要求变更监护关系；变更后的监护人代理无民事行为能力一方提起离婚诉讼的，人民法院应予受理。

3.代理制度法律效果的承担

（1）直接代理：被代理人直接承担相应的法律效果。

（2）显名间接代理：显名的被代理人直接承担相应的法律效果，但是若代理人与第三人有约定，则依约定。

（3）隐名间接代理：代理人直接承担相应的法律效果，若隐名被代理人行使介入权或第三人行使选择权选定隐名被代理人，则由隐名被代理人承担相应的法律效果。

4.使者不能独立意思表示，仅能传达他人已确定的意思表示；不需要具备相应的民事行为能力；不得代理的行为仍可通过使者传达。

【注意】法定代表人是代表不是代理，传话使者是复制粘贴，不是代理人。

5.代理权的行使规则

代理的实质是代理人“受人之托忠人之事”，是为人谋利益而不是为己谋利益。为此法律要求代理人行使代理权必须遵循一定的行为准则：

（1）有限代理原则。代理人应当在代理权限范围内行使代理权，否则构成无权代理。

（2）忠实义务原则。代理人对被代理人尽忠实义务，否则构成滥用代理权，包括自己代理、双方代理以及与第三人串通损害被代理人的利益。

（3）善管义务原则。代理人行使代理权应当符合代理人的职责要求，尽到勤勉、谨慎等善良管理人的义务。否则造成被代理人损害的，代理人承担民事责任。

（4）亲自代理原则。代理人原则上应当亲自完成代理事务，不得擅自转委托。

6.代理权滥用的三形态

（1）自己代理，原则上属于无权代理，事前同意或事后追认的有效。【例外】法律有规定或不损害被代理人利益的系有权代理。

（2）双方代理，原则上属于无权代理，经双方被代理人事前同意或事后追认的有效。

（3）与第三人恶意串通侵害被代理人利益，无效，承担连带责任。

**二、狭义的无权代理——效力待定的行为**

1.特征：

（1）行为人欠缺代理权，表现形态：不曾享有代理权、超越代理权、代理权已终止。

不曾享有代理权：既没有经委托授权，又没有法律上的根据，也没有法院或者主管机关的指定，而以他人名义实施民事法律行为之代理。

超越代理权：代理人超越代理权限范围而进行代理行为。

代理权已终止：代理人因代理期限届满或者约定的代理事务完成甚至被解除代理权后，仍以被代理人的名义进行的代理活动。

（2）符合代理的其他特征，如形成三方结构。

【注意】冒名行为不属于无权代理，因为没有形成三方结构。

（3）没有其他无效事由，否则构成无效代理。

2.狭义无权代理的效果

（1）本人有追认权和拒绝权。

追认是本人接受无权代理之行为效果的意思表示。拒绝权须以明示方式表示，默示（代理人知道或者应当知道代理事项违法仍然实施代理行为，或者被代理人知道或者应当知道代理人的代理行为违法未作反对表示的，被代理人和代理人应当承担连带责任）则视为追认。无权代理经追认溯及行为开始对本人生效，本人拒绝承认的，无权代理效果由行为人自己承受。追认权与拒绝权只需本人一方意思表示即生效，故属于形成权。

相对人可以催告被代理人在1个月内予以追认。被代理人未作表示的，视为拒绝追认。

【注意】若双方约定，未作表示视为追认，则依约定。

被代理人追认的，无权代理合同转为有效。本人与第三人的合同关系：有效合同。如一方拒不履行的，承担违约责任。

被代理人未追认的，区分意相对人善意与否（知情与否）而作不同处理：善意的相对人可以选择要求代理人履行义务或者赔偿。

【注意】赔偿范围不得超过预期可见的履行利益；恶意的相对人，与无权代理人按照各自过错分担责任。

（2）相对人有催告权和撤销权。

催告是相对人请求本人于确定的期限内作出追认或拒绝的意思表示；撤销是相对人确认无权代理为无效的意思表示。撤销权只需相对人一方意思表示即生效，故属于形成权。合同被追认之前，善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。

3.无因管理与无权代理区别：在无权代理中，行为人是以本人的名义进行活动的，而在无因管理中，管理人并不以本人名义实施管理行为；无权代理发生本人的追认，经本人追认的无权代理为有权代理，对本人发生效力，而在无因管理中，不发生本人的追认，本人是否接受不影响效力。

在狭义的无权代理中，行为人之无权代理如果确实是为了“本人”的利益而实施，符合无因管理的要件的，可以构成无因管理；如不是为了“本人”的利益而实施的，则构成侵权，承担损害赔偿责任。

**三、表见代理**

1.表见代理可分为三种类型，即未予授权之表见代理、超越权限之表见代理和代理权终止之表见代理。

2.未予授权之表见代理：本人以自己的行为表示授予他人代理权而实际上并未授权，或者明知他人以自己的名义订立合同为而不作否认表示，造成第三人误以为行为人有代理权，此时本人要对相对人承担实际授权人的责任。分为以下几种情况：

（1）本人以书面、口头或者其他形式直接或间接向相对人表示已经授权而实际上未授权，相对人依赖本人的表示而与行为人进行的交易行为。

（2）本人将其具有代理权证明意义的文书印鉴交与他人，他人凭此以本人的名义从事民事活动，相对人对此信赖而进行的交易。这些文书印鉴包括被代理人的印章、合同章、盖章的空白证明信、空白委托书、空白合同文书等。

（3）本人知道他人以自己的名义订立合同为而不作否认表示的。

（4）允许他人作为自己的分支机构进行活动。

3.超越权限之表见代理：代理人的代理权通常都有一定的限制，但这一限制不一定为相对人所知，如果表现在外的客观情况，能使善意相对人误以为行为人有代理权，与其为民事行为，就构成表见代理，由本人承担其后果。这就是现代代理制度中“代理权的限制不得对抗善意相对人”的原则。分为以下几种情况：

（1）本人虽对行为人的代理权作了某些限制，但未在委托授权书中说明，或者本人授予代理人一定的代理权，但事后又加以限制，代理人不顾其限制而按原来的代理权进行代理活动，但相对人并不知情，这时应构成表见代理，由本人承担其后果。

（2）本人委托授权不明，而客观情况又能使善意相对人误信行为人有代理权，即使行为人的行为超越了本人意定的授权范围，也成立表见代理。

4.代理权终止之表见代理：本人与行为人曾有代理关系，但代理权已经终止或撤回后，本人未及时向外部公示，相对人并不知情。因此为保护善意相对人的利益和维护交易安全，其代理权的终止和撤回不得对抗善意相对人。分为以下几种情况：

（1）代理期间届满或代理事务完成后的代理。只要第三人不知道代理期间届满或代理事务完成这一情况，仍与代理人订立合同，则成立表见代理。

（2）本人撤回委托后的代理。这时本人应收回代理证书，通知第三人，或者发布代理权撤回的公告。如果本人没有这样做，致使相对人不知道代理权已不存在，仍与代理人为民事行为，则构成表见代理。

**历年真题**

10-03-51

张某到王某家聊天，王某去厕所时张某帮其接听了刘某打来的电话。刘某欲向王某订购一批货物，请张某转告，张某应允。随后张某感到有利可图，没有向王某转告订购之事，而是自己低价购进了刘某所需货物，以王某名义交货并收取了刘某货款。关于张某将货物出卖给刘某的行为的性质，下列哪些说法是正确的？

A.无权代理

B.无因管理

C.不当得利

D.效力待定

11-03-04

甲委托乙销售一批首饰并交付，乙经甲同意转委托给丙。丙以其名义与丁签订买卖合同，约定将这批首饰以高于市场价10%的价格卖给丁，并赠其一批箱包。丙因此与戊签订箱包买卖合同。丙依约向丁交付首饰，但因戊不能向丙交付箱包，导致丙无法向丁交付箱包。丁拒绝向丙支付首饰款。下列哪一表述是正确的？

A.乙的转委托行为无效

B.丙与丁签订的买卖合同直接约束甲和丁

C.丙应向甲披露丁，甲可以行使丙对丁的权利

D.丙应向丁披露戊，丁可以行使丙对戊的权利

12-03-53

下列哪些情形属于代理？

A.甲请乙从国外代购1套名牌饮具，乙自己要买2套，故乙共买3套一并结账

B.甲请乙代购茶叶，乙将甲写好茶叶名称的纸条交给销售员，告知其是为自己朋友买茶叶

C.甲律师接受法院指定担任被告人乙的辩护人

D.甲介绍歌星乙参加某演唱会，并与主办方签订了三方协议

14-03-52

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

A.温某明知借款合同上的盖章是甲公司合同专用章而非甲公司公章，未表示反对

B.温某未与甲公司核实，即将借款交给吴某

C.吴某出示的甲公司授权委托书载明甲公司仅授权吴某参加投标活动

D.吴某出示的甲公司空白授权委托书已届期

15-03-04

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

A.均无效，因陈某的父母拒绝追认

B.均有效，因委托合同仅需简单智力投入，不会损害陈某的利益，其父母是否追认并不重要

C.是否有效，需确认陈某的真实意思，其父母拒绝追认，甲公司可向法院起诉请求确认委托合同的效力

D.委托合同因陈某的父母不追认而无效，但代理权授予是单方法律行为，无需追认即有效

15-03-09

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

A.甲应获得该奖项，因按乙的号码无法中奖，甲、乙之间应类推适用借贷关系，由甲偿还乙10元

B.甲、乙应平分该奖项，因乙出了钱，而甲更换了号码

C.甲的贡献大，应获得该奖项之大部，同时按比例承担彩票购买款

D.乙应获得该奖项，因乙是委托人

15-03-87

甲公司、乙公司签订的《合作开发协议》约定，合作开发的A区房屋归甲公司、B区房屋归乙公司。乙公司与丙公司签订《委托书》，委托丙公司对外销售房屋。《委托书》中委托人签字盖章处有乙公司盖章和法定代表人王某签字，王某同时也是甲公司法定代表人。张某查看《合作开发协议》和《委托书》后，与丙公司签订《房屋预订合同》，约定：“张某向丙公司预付房款30万元，购买A区房屋一套。待取得房屋预售许可证后，双方签订正式合同。”丙公司将房款用于项目投资，全部亏损。后王某向张某出具《承诺函》：如张某不闹事，将协调甲公司卖房给张某。但甲公司取得房屋预售许可后，将A区房屋全部卖与他人。张某要求甲公司、乙公司和丙公司退回房款。张某与李某签订《债权转让协议》，将该债权转让给李某，通知了甲、乙、丙三公司。因李某未按时支付债权转让款，张某又将债权转让给方某，也通知了甲、乙、丙三公司。关于《房屋预订合同》，下列说法正确的是：

A.无效

B.对于甲公司而言，丙公司构成无权处分

C.对于乙公司而言，丙公司构成有效代理

D.对于张某而言，丙公司构成表见代理

16-03-04

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

A.该买卖合同以合法形式掩盖非法目的，因而无效

B.唐某的行为属无权代理，买卖合同效力待定

C.乙公司行为构成对甲公司的欺诈，买卖合同属可变更、可撤销合同

D.唐某与乙公司恶意串通损害甲公司的利益，应对甲公司承担连带责任

**真题答案解析**

6.10-03-51

张某到王某家聊天，王某去厕所时张某帮其接听了刘某打来的电话。刘某欲向王某订购一批货物，请张某转告，张某应允。随后张某感到有利可图，没有向王某转告订购之事，而是自己低价购进了刘某所需货物，以王某名义交货并收取了刘某货款。关于张某将货物出卖给刘某的行为的性质，下列哪些说法是正确的？

A.无权代理

B.无因管理

C.不当得利

D.效力待定

A、D项：所谓无权代理，是指在没有代理权的情况下以他人名义实施民事行为。《合同法》第48条规定，行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立的合同，未经被代理人追认，对被代理人不发生效力，由行为人承担责任。本题张某以王某名义交货并收取货款，属于无权代理，该行为对王某属于效力待定的合同，故AD项正确。

B项：所谓无因管理，是指没有法定或约定的义务，为避免他人利益受损，自愿管理他人事物或为他人提供服务的行为。张某并没有为王某管理事务的意思，不成立无因管理，B项错误。

C项：《民法通则》第92条，没有合法根据，取得不当利益，造成他人损失的，应当将取得的不当利益返还受损失的人。本题中，对于张某无权代理的行为，如果王某不追认，该无权代理行为由张某自担其责，承担向刘某供货的责任，此时，张某收取占有刘某的货款是有依据的，自然也不属于不当得利。如果王某追认，则合同有效，张某变为代理人，不直接承担权利义务，此时为王某与刘某之间的买卖合同，张某不构成不当得利。C项错误。

综上所述，本题答案为AD项。

7.11-03-04

甲委托乙销售一批首饰并交付，乙经甲同意转委托给丙。丙以其名义与丁签订买卖合同，约定将这批首饰以高于市场价10%的价格卖给丁，并赠其一批箱包。丙因此与戊签订箱包买卖合同。丙依约向丁交付首饰，但因戊不能向丙交付箱包，导致丙无法向丁交付箱包。丁拒绝向丙支付首饰款。下列哪一表述是正确的？

A.乙的转委托行为无效

B.丙与丁签订的买卖合同直接约束甲和丁

C.丙应向甲披露丁，甲可以行使丙对丁的权利

D.丙应向丁披露戊，丁可以行使丙对戊的权利

CD项：《合同法》第403条规定，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。受托人因委托人的原因对第三人不履行义务，受托人应当向第三人披露委托人，第三人因此可以选择受托人或者委托人作为相对人主张其权利，但第三人不得变更选定的相对人。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。

本题中，丙已经把甲的首饰交付给丁，但丁拒付首饰款构成违约，尽管丁拒付首饰款的原因是因戊的违约，导致丙无法向丁交付箱包，但此处的戊不在间接代理关系中，因而不属于披露对象，所以丙应当向甲去披露丁，由甲去行使丙对丁的权利，此时，丁可以以丙没有交付箱包抗辩，但本题没有考查。故C项正确，D项错误。

A项：乙方的转委托经过了甲的同意，故其转委托有效，A项错误。

B项：《合同法》第402条规定，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，但有确切证据证明该合同只约束受托人和第三人的除外。该题中，丙以自己的名义和丁签订买卖合同，构成间接代理，甲为委托人，丙为代理人，丁为第三人，但丁对此不知情，故该合同不能直接约束甲丁，B项错误。

综上所述，本题答案为C项。

8.12-03-53

下列哪些情形属于代理？

A.甲请乙从国外代购1套名牌饮具，乙自己要买2套，故乙共买3套一并结账

B.甲请乙代购茶叶，乙将甲写好茶叶名称的纸条交给销售员，告知其是为自己朋友买茶叶

C.甲律师接受法院指定担任被告人乙的辩护人

D.甲介绍歌星乙参加某演唱会，并与主办方签订了三方协议

根据《民法通则》第63条的规定，代理是指代理人以被代理人（又称本人）的名义，在代理权限内与第三人（又称相对人）实施民事行为，其法律后果直接由被代理人承受的民事法律制度。

A项：《合同法》第403条规定，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，但第三人与受托人订立合同时如果知道改委托人就不会订立合同的除外。通过该法条的规定，可知，受托人以自己的名义与第三人订立合同的，也构成代理关系，属于间接代理。A选项，乙以自己的名义订立买卖合同，构成间接代理。故A选项正确。

B项：《合同法》第402条规定，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，但有确切证据证明该合同只约束受托人和第三人的除外。因此，B选项中乙在告知销售员其为甲代买茶叶的情况下，帮助甲卖茶叶属于代理。故B选项正确。

C项：代理可分为指定代理、委托代理和法定代理。甲律师接受法院指定担任被告人乙的辩护人，甲是乙的指定代理人，构成代理。故C选项正确。

D项：《合同法》第424条规定，居间合同是居间人向委托人报告订立合同的机会或者提供订立合同的媒介服务，委托人支付报酬的合同。D选项中，甲介绍歌星乙参加某演唱会，并与主办方签订了三方协议，此三方协议即为居间合同，甲和歌星乙之间不是代理关系。故D选项错误。

综上所述，本题答案为ABC项。

9.14-03-52

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

A.温某明知借款合同上的盖章是甲公司合同专用章而非甲公司公章，未表示反对

B.温某未与甲公司核实，即将借款交给吴某

C.吴某出示的甲公司授权委托书载明甲公司仅授权吴某参加投标活动

D.吴某出示的甲公司空白授权委托书已届期

根据《合同法》第49条的规定，行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同，相对人有理由相信行为人有代理权的，该代理行为有效。表见代理制度是基于本人的过失或本人与无权代理人之间存在特殊关系，使相对人有理由相信无权代理人享有代理权而与之为民事法律行为，代理行为的后果由本人承担的一种特殊的无权代理。通常情况下，行为人持有被代理人发出的证明文件，如被代理人的介绍信、盖有合同专用章或者盖有公章的空白合同书，或者有被代理人向相对人所作法人授予代理权的通知或者公告，这些证明文件构成认定表见代理的客观依据。

CD项：吴某出示的授权委托书明确限定公司仅授权参加投标活动，或者授权委托已经届期，则不存在合理理由使温某相信吴某享有代理权，不能构成表见代理。所以，CD项正确。

A项：《合同法》第32条规定：“当事人采用合同书形式订立合同的，自双方当事人签字或者盖章时合同成立。”公司的合同专用章和公司公章，在代表该公司对外签订合同时，均产生法律效力，可以构成表见代理。所以，A项错误。

B项：吴某持有甲公司授权委托书，温某有理由相信其享有代理权，可以构成表见代理。所以，B项错误。

综上所述，本题正确答案为CD。

10.15-03-04

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

A.均无效，因陈某的父母拒绝追认

B.均有效，因委托合同仅需简单智力投入，不会损害陈某的利益，其父母是否追认并不重要

C.是否有效，需确认陈某的真实意思，其父母拒绝追认，甲公司可向法院起诉请求确认委托合同的效力

D.委托合同因陈某的父母不追认而无效，但代理权授予是单方法律行为，无需追认即有效

甲公司和15岁的陈某订立委托合同，且甲公司授予代理权。委托合同属于双方法律行为，代理权的授予属于单方行为。

D项：根据《合同法》第47条规定，限制民事行为能力人订立的合同，经法定代理人追认后，该合同有效，但纯获利益的合同或者与其年龄、智力、精神健康状况相适应而订立的合同，不必经法定代理人追认。限制行为能力人从事的法律行为属于效力待定的，未经父母追认，合同不发生效力，而单方行为无效，拒绝追认之前即为无效，但是纯获得利益的行为有效，代理权的授予属于纯获得利益的行为，属于有效。所以D项说法正确。

A项：委托行为父母拒绝追认有效，但是代理权的授予不需要追认，所以A项错误。

B项：委托行为无效，而非均有效，所以B项错误。

C项：有效不是根据陈某的真实意思，有效与否是确定的，所以C项错误。

综上所述，本题正确答案为D。

11.15-03-09

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

A.甲应获得该奖项，因按乙的号码无法中奖，甲、乙之间应类推适用借贷关系，由甲偿还乙10元

B.甲、乙应平分该奖项，因乙出了钱，而甲更换了号码

C.甲的贡献大，应获得该奖项之大部，同时按比例承担彩票购买款

D.乙应获得该奖项，因乙是委托人

BCD项：根据《民法通则》第63条的规定，公民、法人可以通过代理人实施民事法律行为。代理人在代理权限内，以被代理人的名义实施民事法律行为。被代理人对代理人的代理行为，承担民事责任。甲乙之间存在代理关系，效果是乙承担，虽然甲改变效果，但是甲乙之间的代理关系没有变化，所以代理行为的效果仍然归属于被代理人乙，所以D项正确，BC项错误。

A项错误，甲乙之间不存在借贷关系，甲用乙的钱为乙卖东西，构成代理行为，所以非适用借贷关系，没有借贷的合意。所以A项错误。

综上所述，本题正确答案为D。

12.15-03-87

甲公司、乙公司签订的《合作开发协议》约定，合作开发的A区房屋归甲公司、B区房屋归乙公司。乙公司与丙公司签订《委托书》，委托丙公司对外销售房屋。《委托书》中委托人签字盖章处有乙公司盖章和法定代表人王某签字，王某同时也是甲公司法定代表人。张某查看《合作开发协议》和《委托书》后，与丙公司签订《房屋预订合同》，约定：“张某向丙公司预付房款30万元，购买A区房屋一套。待取得房屋预售许可证后，双方签订正式合同。”丙公司将房款用于项目投资，全部亏损。后王某向张某出具《承诺函》：如张某不闹事，将协调甲公司卖房给张某。但甲公司取得房屋预售许可后，将A区房屋全部卖与他人。张某要求甲公司、乙公司和丙公司退回房款。张某与李某签订《债权转让协议》，将该债权转让给李某，通知了甲、乙、丙三公司。因李某未按时支付债权转让款，张某又将债权转让给方某，也通知了甲、乙、丙三公司。关于《房屋预订合同》，下列说法正确的是：

A.无效

B.对于甲公司而言，丙公司构成无权处分

C.对于乙公司而言，丙公司构成有效代理

D.对于张某而言，丙公司构成表见代理

BCD项：丙公司的委托人是乙公司，乙公司授予代理权，但是此时甲公司没有授予代理权，房屋预订合同涉及别人财产，非丙公司代理的范围，属于无权处分和无权代理，所以B项正确，CD项错误。

A项：此处是预订合同有效而不是预售合同，《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第2条规定：“出卖人未取得商品房预售许可证明，与买受人订立的商品房预售合同，应当认定无效，但是在起诉前取得商品房预售许可证明的，可以认定有效。”本条规定的是预售合同，不同于题干，所以A项错误，预订合同有效。

综上所述，本题答案为B。

13.16-03-04

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

A.该买卖合同以合法形式掩盖非法目的，因而无效

B.唐某的行为属无权代理，买卖合同效力待定

C.乙公司行为构成对甲公司的欺诈，买卖合同属可变更、可撤销合同

D.唐某与乙公司恶意串通损害甲公司的利益，应对甲公司承担连带责任

根据《中华人民共和国民法通则》第66条第3款规定：“代理人与第三人串通，损害被代理人利益的，由代理人和第三人负连带责任。”甲公司委托员工唐某订购空气净化机属于委托代理合同，唐某与乙公司恶意串通，收取回扣，损害甲公司的利益。唐某与乙公司承担连带责任。所以，D项正确，A、B、C三项错误。

综上所述，本题正确答案为D。

**2018年第010期——每日重点考点诉讼时效（4星考点）**

**基本概念**

1.诉讼时效中断：在诉讼时效期间进行中，因发生一定的法定事由，致使已经经过的时效期间统归无效，待时效中断的事由消除后，诉讼时效期间重新起算。

2.诉讼时效中止：在诉讼时效期间的最后6个月内，因法定事由而使权利人不能行使请求权的，诉讼时效期间的计算暂时停止。从中止时效的原因消除之日起，诉讼时效期间继续计算。依诉讼时效的中止，其已经过的期间仍然有效，待阻碍时效进行的法定障碍消除后，时效期间继续进行。

3.诉讼时效延长：法院查明权利人在诉讼时效期间确有法律规定之外有正当理由而未行使请求权的，适当延长已完成的诉讼时效期间。

**重点考点详解**

**一、诉讼时效的适用对象**

1.诉讼时效仅适用于请求权。

（1）支配权不适用诉讼时效，【例外】抵押权受其担保之债权的诉讼时效期间限制。

（2）抗辩权不适用诉讼时效。抗辩权具有永续性。

（3）形成权不适用诉讼时效，形成权一般适用除斥期间。

（4）请求权适用诉讼时效。事实上还得有所限制，在我国只有债权请求权与继承权回复请求权适用诉讼时效。

2.民法总则规定，下列四种请求权不适用诉讼时效：

（1）请求停止侵害、排除妨碍、消除危险；

（2）不动产物权和登记的动产物权人请求返还财产；

（3）请求支付赡养费、抚养费或者扶养费；

（4）依法不适用诉讼时效的其他请求权。

3.《诉讼时效规定》第1条规定，下列三种债权请求权不适用诉讼时效：

（1）支付存款本金及利息请求权；

（2）兑付国债、金融债券以及向不特定对象发行的企业债券本息请求权；

【注意】向不特定对象发行指公开发行，即不适用3年也不适用20年。

（3）基于投资关系产生的缴付出资请求权。

4.《公司法解释（三）》第20条规定，下列三种债权请求权不适用诉讼时效：

（1）公司请求瑕疵出资股东缴付出资的债权；

（2）公司的债权人请求公司的瑕疵出资股东（在未出资本息范围内）对公司债务承担补充责任的债权；

（3）公司的债权人请求抽逃出资的公司股东（在抽逃出资本息范围内）对公司债务承担补充责任的债权。

5.《环境侵权解释》第17条规定：被侵权人提起诉讼，请求污染者停止侵害、排除妨碍、消除危险的，不受环境保护法第66条规定的时效期间的限制。

6.根据学理，不适用诉讼时效的请求权：

（1）物权法245条：占有返还请求权适用1年的除斥期间；占有妨害排除请求权、占有妨害防止请求权不适用诉讼时效。

（2）人格权请求权：指人格权遭受侵害或有遭受侵害之虞时，人格权人对特定人享有的请求停止侵害、排除妨害、销毁侵权物品之权利不适用诉讼时效。

（3）纯粹的身份权请求权，如夫妻同居请求权、夫妻忠实请求权、解除收养关系请求权不适用诉讼时效。

（4）知识产权请求权，指知识产权遭受侵害或有遭受侵害之虞时，知识产权人对特定人享有的请求停止侵害、销毁侵权物品、删除盗版复制件之权利不适用诉讼时效。

**二、诉讼时效期间的类型和性质**

1.最长诉讼时效期间——为不变期间，不适用中止、中断规则

（1）原则：20年。自权利受到损害之日起计算。

（2）例外：10年。自缺陷产品交付最初消费者之日起计算。但明示的安全使用期超过10年的，最长诉讼时效期间为该安全使用期；6年，油污侵权，自事故发生之日。

2.普通短期时效期间：3年，自权利人知道或者应当知道权利受到损害以及义务人之日起计算。

3.特殊短期时效期间

（1）1年。人身侵权、买卖合同标的物瑕疵违约责任、租金、保管物损害或丢失。

【注意】产品人身侵权2年，环境人身侵权3年。

（2）2年。

物主找到遗失物时知道和应当知道的物权返还原物请求权、融资租赁合同索要租金。

（3）3年。环境所有侵权。

（4）4年。国际货物买卖合同和技术进出口合同纠纷。

（5）5年。人寿保险金支付请求权，自其知道或者应当知道保险事故发生之日起计算。

4.时效起算-略

5.诉讼时效的期间、计算方法以及中止、中断的事由由法律规定，当事人约定无效。当事人对诉讼时效利益的预先放弃无效。

6.当事人排除诉讼时效适用的约定无效、当事人不得约定延长或缩短诉讼时效期间、债务人不得预先处分诉讼时效利益。

**三、期间的计算规则**

1.任何民事法律事实都在一定的时间中发生，时间常常具有民法上的意义，属于民事法律事实。民法上的时间（期限）包括期日和期间。

2.“期日”，是一个“不可分的”时间上的点；“期间”，是两个期日之间的一个时间段。

3.以某日为给付或意思表示的期日的，该日“全日”视为不可分的期日。但原则上应于营业时间或作息时间内为给付或意思表示，于凌晨或者深夜为之的，可能因违反诚实信用而不发生相应的法律效果。

4.应于一定期日为给付或者意思表示的，该期日为法定休假日的，以法定休假日结束的次日代之。

5.以“月初”、“月中”、“月末”为期日的，应分别解释确定为“月之1日”、“月之15日”和“月之末日”。

6.以年、月为计量单位的“非连续期间”和以小时、日为计量单位的期间，采用自然计算法。

自然计算法：按实际时间计算期间的方法。如：所称“一小时”为60分钟；所称“一日”为24小时；所称“一月”为30日；所称“一年”为365日。

7.按照小时计算期间的，自法律规定或者当事人约定的时间起计算。

8.按照日、月、年计算期间的，开始的当日不计入，自下一日起计算。

9.按照月、年计算期间的，到期月的对应日为期间的最后一日；没有对应日的，月末日为期间的最后一日（采用的系“历法计算法”）

10.期间的最后一日的截止时间为24点；有业务时间的，到停止业务活动的时间截止。

**四、诉讼时效期间经过的法律效果**

（一）对债权人的效力

1.债权效力减损：请求权能减损；抵销权能、代位权能、撤销权能消灭；处分权和受领权依然存在。

2.抵押权人应当在主债权诉讼时效期间行使抵押权；未行使的法院不予保护。

3.主债务诉讼时效期间届满，保证人享有主债务人的诉讼时效抗辩权。保证人未主张前述诉讼时效抗辩权，承担保证责任后向主债务人行使追偿权的，法院不予支持，但主债务人同意给付的情形除外。

4.一般保证和连带责任保证的保证人享有债务人的抗辩权。债务人放弃对债务的抗辩权的，保证人仍有权抗辩。

5.受领权依然存在，义务人自愿履行的，不构成不当得利。

6.起诉权依然存在，法院须依法立案。分两种情况：对方提出抗辩，且成立，判决驳回起诉，对方未提出抗辩，法院应判决债权人胜诉。

（二）对债务人的效力

1.获得诉讼时效抗辩。原则上仅能在一审程序主张，但若发现新证据可在二审中主张。

2.债务人未提出诉讼时效抗辩时，法院不得主动适用诉讼时效抗辩。

3.义务人有权以明示或默示的方法抛弃诉讼时效利益。

【注意】需义务人明确表示同意履行义务，而非仅仅承认债务存在。

4.明示抛弃后，重新起算诉讼时效；默示抛弃即自动履行，不提出时效抗辩，履行后不得要求返还。

**五、诉讼时效中断**

（一）诉讼时效中断的法律效果

1.诉讼时效中断的事由发生后，已经过的时效期间归于无效，中断事由存续期间，时效不进行，中断事由消除之日起，重新计算时效期间。

【注意】债权人请求的情况下，诉讼时效的中断日与重新计算日相连：今日发生中断，明日即重新计算。债务人同意的情况下，诉讼时效的中断日与重新计算日同样相连：今日发生中断，明日重新计算。

2.因请求或同意中断时效的，书面通知应以到达相对人时为事由终止；口头通知应以相对人了解时为事由终止。在时效期间重新起算后，权利人再次请求或义务人再次同意履行义务的，诉讼时效可再次中断。

3.因提起诉讼或仲裁中断时效的，应于诉讼终结或法院作出裁判时为事由终止；权利人申请执行程序的，应以执行程序完毕之时为事由终止。

4.因调解中断时效的，调处失败的，以失败之时为事由终止；调处成功而达成合同的，以合同所定的履行期限届满之时为事由终止。

5.诉讼时效中断不适用于最长诉讼时效期间，适用普通诉讼时效和特殊短期诉讼时效，可多次中断，无次数限制。

6.对连带权利人或者连带义务人中的一人发生诉讼时效中断的，中断的效力及于全部连带权利人或者连带义务人。

7.权利人对同一债权的部分债权主张权利，诉讼时效中断的效力及于剩余债权，但权利人明确表示放弃剩余债权的情形除外。

8.一般保证中，主债务诉讼时效中断，保证债务诉讼时效中断；连带责任保证中，主债务诉讼时效中断，保证债务诉讼时效不中断。

【注意】由于保证债务为从债务，从属于主债务。同时由于保证债务与主债务属于两个债务。故保证人对债权人享有两种抗辩权：保证人自己的抗辩权；保证人可以援用债务人的抗辩权。

9.在连带担保责任中：（1）主债权人行使保证权的行为，不会导致主债权诉讼时效的中断；（2）主债权人行使担保物权的行为，能够导致主债权诉讼时效的中断。

（二）发生诉讼时效中断的事由

1.权利人主张权利

（1）当事人一方直接向对方当事人送交主张权利文书，对方在文书上签字、盖章或者虽未签字、盖章但能够以其他方式证明该文书到达对方当事人的；

（2）当事人一方以发送信件或者数据电文方式主张权利，信件或者数据电文到达或者应当到达对方当事人的；

（3）当事人一方为金融机构，依照法律规定或者当事人约定从对方当事人帐户中扣收前款本息的；

（4）当事人一方下落不明，对方当事人在国家级或者下落不明的当事人一方住所地的省级有影响的媒体上刊登具有主张权利内容的公告的，但法律和司法解释另有规定的，适用其规定。

2.义务人同意。

同意的方式，对此法律未有限制，口头或书面、明示或默示，均可，而且也不问义务人的同意是否有中断时效的目的。同意之表示人原则上应为义务人本人，义务人的代理人于授权范围内而为同意的，亦发生同意的效果，但保证人等同意履行义务的意思，对主债务人不生同意之效果。同意之相对人，原则上亦为权利人或权利人之代理人，对第三人为同意，不生同意的效果。

（1）义务人作出分期履行、部分履行、提供担保、请求延期履行、制定清偿债务计划等承诺或者行为的，自债务人同意履行义务之日起诉讼时效中断。债权人与债务人约定有履行期限的，诉讼时效期间从履行期限届满之日起重新计算。

（2）债务承担情形下，构成原债务人对债务承认的，诉讼时效从债务承担意思表示到达债权人之日起中断。

3.提起诉讼或仲裁。

（1）权利人提起本诉、反诉、刑事附带民事诉讼均可导致诉讼时效中断，诉讼时效从提交起诉状或者提起口头起诉之日起中断；

【注意】诉讼时效因为起诉而中断，其中断的时间为提交起诉状或者提起口头起诉之日，而不是法院受理之日，更不是起诉状送达之日。起诉被裁定驳回的，起诉人撤诉的，均不引起时效中断（除非起诉状副本已经送达对方）。因诉讼引起的时效中断，自生效给付判决确定的履行期届满之日起重新起算2年的执行时效期间。

（2）债权人提起代位权诉讼的，债权人对债务人的债权以及债务人对第三人的债权均发生时效中断的效力；

（三）对比明示抛弃时效和诉讼时效的中断-略

**六、诉讼时效中止**

（一）发生诉讼时效中止的法定事由

1.不可抗力。

2.无民或限民没有法定代理人或法定代理人死亡、丧失代理权、丧失民事行为能力。

3.继承开始后未确定继承人或者遗产管理人。

4.权利人被义务人或者其他人控制无法主张权利。

5.夫妻之间或家庭成员之间的请求权，因夫妻关系或家庭关系不能行使的，时效中止。

6.其他导致权利人不能主张权利的客观情形。

（二）诉讼时效中止的法律效果

1.法定事由发生前已经过的时效期间仍为有效，法定事由经过的期间为时效中止期间，不生时效期间的效力，法定事由消除后，时效期间继续进行。

2.法定事由发生在最后6个月内，如法定事由消除后，剩下时效期间不足6个月，应补足6个月。

3.主债务诉讼时效中止的，保证债务的诉讼时效同时中止。

**历年真题**

10-03-52

某公司因合同纠纷的诉讼时效问题咨询律师。关于律师的答复，下列哪些选项是正确的？

A.当事人不得违反法律规定，约定延长或者缩短诉讼时效期间、预先放弃诉讼时效利益

B.当事人约定同一债务分期履行的，诉讼时效期间从最后一期履行期限届满之日起计算

C.当事人在一审期间未提出诉讼时效抗辩的，二审期间不能提出该抗辩

D.诉讼时效届满，当事人一方向对方当事人作出同意履行义务意思表示的，不得再以时效届满为由进行抗辩

11-03-05

关于诉讼时效中断的表述，下列哪一选项是正确的？

A.甲欠乙10万元到期未还，乙要求甲先清偿8万元。乙的行为，仅导致8万元债务诉讼时效中断

B.甲和乙对丙因共同侵权而需承担连带赔偿责任计10万元，丙要求甲承担8万元。丙的行为，导致甲和乙对丙负担的连带债务诉讼时效均中断

C.乙欠甲8万元，丙欠乙10万元，甲对丙提起代位权诉讼。甲的行为，不会导致丙对乙的债务诉讼时效中断

D.乙欠甲10万元，甲将该债权转让给丙。自甲与丙签订债权转让协议之日起，乙的10万元债务诉讼时效中断

12-03-05

关于诉讼时效，下列哪一选项是正确的？

A.甲借乙5万元，向乙出具借条，约定1周之内归还。乙债权的诉讼时效期间从借条出具日起计算

B.甲对乙享有10万元货款债权，丙是连带保证人，甲对丙主张权利，会导致10万元货款债权诉讼时效中断

C.甲向银行借款100万元，乙提供价值80万元房产作抵押，银行实现对乙的抵押权后，会导致剩余的20万元主债务诉讼时效中断

D.甲为乙欠银行的50万元债务提供一般保证。甲不知50万元主债务诉讼时效期间届满，放弃先诉抗辩权，承担保证责任后不得向乙追偿

13-03-05-修改题目

甲公司与乙银行签订借款合同，约定借款期限自2010年3月25日起至2011年3月24日止。乙银行未向甲公司主张过债权，直至2014年4月15日，乙银行将该笔债权转让给丙公司并通知了甲公司。2014年5月16日，丁公司通过公开竞拍购买并接管了甲公司。下列哪一选项是正确的？

A.因乙银行转让债权通知了甲公司，故甲公司不得对丙公司主张诉讼时效的抗辩

B.甲公司债务的诉讼时效从2014年4月15日起中断

C.丁公司债务的诉讼时效从2014年5月16日起中断

D.丁公司有权向丙公司主张诉讼时效的抗辩

13-03-54

甲为自己的车向乙公司投保第三者责任险，保险期间内甲车与丙车追尾，甲负全责。丙在事故后不断索赔未果，直至事故后第3年，甲同意赔款，甲友丁为此提供保证。再过1年，因甲、丁拒绝履行，丙要求乙公司承担保险责任。关于诉讼时效的抗辩，下列哪些表述是错误的？

A.甲有权以侵权之债诉讼时效已过为由不向丙支付赔款

B.丁有权以侵权之债诉讼时效已过为由不承担保证责任

C.乙公司有权以侵权之债诉讼时效已过为由不承担保险责任

D.乙公司有权以保险合同之债诉讼时效已过为由不承担保险责任

14-03-05

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

A.乙公司的书面答复意味着乙公司需偿还甲公司3万元

B.乙公司的书面答复构成要约

C.乙公司的书面回函对甲公司有效

D.乙公司的书面答复表明其丧失了10万元的时效利益

14-03-53

下列哪些请求不适用诉讼时效？

A.当事人请求撤销合同

B.当事人请求确认合同无效

C.业主大会请求业主缴付公共维修基金

D.按份共有人请求分割共有物

**真题答案解析**

5.10-03-52

某公司因合同纠纷的诉讼时效问题咨询律师。关于律师的答复，下列哪些选项是正确的？

A.当事人不得违反法律规定，约定延长或者缩短诉讼时效期间、预先放弃诉讼时效利益

B.当事人约定同一债务分期履行的，诉讼时效期间从最后一期履行期限届满之日起计算

C.当事人在一审期间未提出诉讼时效抗辩的，二审期间不能提出该抗辩

D.诉讼时效届满，当事人一方向对方当事人作出同意履行义务意思表示的，不得再以时效届满为由进行抗辩

A项：《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第2条规定，当事人违反法律规定，约定延长或者缩短诉讼时效期间、预先放弃诉讼时效利益的，人民法院不予认可。因此A项正确。

B项：该规定的第5条规定，当事人约定同一债务分期履行的，诉讼时效期间从最后一期履行期限届满之日起计算。B项正确。

D项：该规定的第22条规定，诉讼时效期间届满，当事人一方向对方当事人作出同意履行义务的意思表示或者自愿履行义务后，又以诉讼时效期间届满为由进行抗辩的，人民法院不予支持。D项正确。

C项：该规定的第4条规定，当事人在一审期间未提出诉讼时效抗辩，在二审期间提出的，人民法院不予支持，但其基于新的证据能够证明对方当事人的请求权已过诉讼时效期间的情形除外。C项忽略了“但书”的情形，故错误。

综上所述，本题答案为ABD项。

6.11-03-05

关于诉讼时效中断的表述，下列哪一选项是正确的？

A.甲欠乙10万元到期未还，乙要求甲先清偿8万元。乙的行为，仅导致8万元债务诉讼时效中断

B.甲和乙对丙因共同侵权而需承担连带赔偿责任计10万元，丙要求甲承担8万元。丙的行为，导致甲和乙对丙负担的连带债务诉讼时效均中断

C.乙欠甲8万元，丙欠乙10万元，甲对丙提起代位权诉讼。甲的行为，不会导致丙对乙的债务诉讼时效中断

D.乙欠甲10万元，甲将该债权转让给丙。自甲与丙签订债权转让协议之日起，乙的10万元债务诉讼时效中断

B项：《诉讼时效规定》第17条第2款规定，对于连带债务人中的一人发生诉讼时效中断效力的事由，应当认定对其他连带债务人也发生诉讼时效中断的效力。丙要求连带债务人甲承担责任，这一事由会导致甲和乙对丙负担的连带债务诉讼时效中断，B项正确。

A项：该《规定》第11条规定，权利人对同一债权中的部分债权主张权利，诉讼时效中断的效力及于剩余债权，但权利人明确表示放弃剩余债权的情形除外。乙公司的行为是对部分债权主张权利，全部债权时效发生中断。这样能够导致甲公司10万元债务诉讼时效中断。从题干信息不能推断乙公司放弃了2万元债权，相反，乙公司是要求甲公司“先”清偿8万元，意味着乙公司没有放弃2万元债权。A项错误。

C项：该规定第18条规定，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。甲公司对丙公司提起代位权诉讼，甲公司的行为会导致丙公司对乙公司的债务诉讼时效中断。代位权诉讼，同时中断两个时效，C项错误。

D项：该规定第19条规定，债权转让的，应当认定诉讼时效从债权转让通知到达债务人之日起中断。乙公司的10万元债务诉讼时效中断应该是自通知到达债务人乙公司之日起而不是自债权转让协议签订之日起。D项错误。

综上所述，本题答案为B项。

7.12-03-05

关于诉讼时效，下列哪一选项是正确的？

A.甲借乙5万元，向乙出具借条，约定1周之内归还。乙债权的诉讼时效期间从借条出具日起计算

B.甲对乙享有10万元货款债权，丙是连带保证人，甲对丙主张权利，会导致10万元货款债权诉讼时效中断

C.甲向银行借款100万元，乙提供价值80万元房产作抵押，银行实现对乙的抵押权后，会导致剩余的20万元主债务诉讼时效中断

D.甲为乙欠银行的50万元债务提供一般保证。甲不知50万元主债务诉讼时效期间届满，放弃先诉抗辩权，承担保证责任后不得向乙追偿

C项：《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第11条规定，权利人对同一债权中的部分债权主张权利，诉讼时效中断的效力及于剩余债权。C选项中，当债权人（银行）主张抵押权时，亦是对部分主债权（80万）的主张，故其时效中断之效力及于剩余的20万元债权。故C选项正确。

A项：《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第6条规定，未约定履行期限的合同，依照《合同法》第61条、第62条的规定，可以确定履行期限的，诉讼时效期间从履行期限届满之日起计算……A项借贷合同约定一周归还，可以确定履行期限，因而诉讼时效从履行期限届满日亦即借款到期日起算，而非自借条出具日起算。故A选项错误。

B项：《担保法解释》第36条规定，一般保证中，主债务诉讼时效中断，保证债务诉讼时效中断；连带责任保证中，主债务诉讼时效中断，保证债务诉讼时效不中断。B项为连带保证，所以，主债务和连带保证债务的时效中断相互独立，不会受到另一方债务时效中断的影响。因此，甲向保证人丙主张权利发生诉讼时效中断时，对主债务人不发生中断的效力。故B选项错误。

D项：《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第21条规定，主债务诉讼时效期间届满，保证人享有主债务人的诉讼时效抗辩权。保证人未主张前述诉讼时效抗辩权，承担保证责任后向主债务人行使追偿权的，人民法院不予支持，但主债务人同意给付的情形除外。本条规定的是“人民法院不予支持”，即丧失了胜诉权而非丧失了债权本身，因此保证人可以向主债务人追偿。况且还有但书的规定，即只要主债务人同意给付债务，那么人民法院是可予支持的。因此，甲不知主债务诉讼时效期间届满，放弃先诉抗辩权，承担保证责任后仍可以向乙追偿。故D选项错误。

综上所述，本题答案为C项。

8.13-03-05-修改题目

甲公司与乙银行签订借款合同，约定借款期限自2010年3月25日起至2011年3月24日止。乙银行未向甲公司主张过债权，直至2014年4月15日，乙银行将该笔债权转让给丙公司并通知了甲公司。2014年5月16日，丁公司通过公开竞拍购买并接管了甲公司。下列哪一选项是正确的？

A.因乙银行转让债权通知了甲公司，故甲公司不得对丙公司主张诉讼时效的抗辩

B.甲公司债务的诉讼时效从2014年4月15日起中断

C.丁公司债务的诉讼时效从2014年5月16日起中断

D.丁公司有权向丙公司主张诉讼时效的抗辩

甲公司与乙银行签订借款合同，约定借款期限自2010年3月25日起至2011年3月24日止。乙银行未向甲公司主张过债权，直至2014年4月15日，乙银行将该笔债权转让给丙公司并通知了甲公司。2014年5月16日，丁公司通过公开竞拍购买并接管了甲公司。下列哪一选项是正确的？

A.因乙银行转让债权通知了甲公司，故甲公司不得对丙公司主张诉讼时效的抗辩

B.甲公司债务的诉讼时效从2014年4月15日起中断

C.丁公司债务的诉讼时效从2014年5月16日起中断

D.丁公司有权向丙公司主张诉讼时效的抗辩

本题主要考查诉讼时效的起算、诉讼时效的中断、债权让与与债务承担中的抗辩权延续。甲乙之间的借款约定了到期时间，即2011年3月24日。有明确清偿期的债权从清偿期届满之次日起算时效，这意味着2011年3月25日起算时效，到2014年3月24日届满，自2014年3月25日起，债务人此时可以主张诉讼时效抗辩权。

AD项：《合同法》第82条规定，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。因此，当乙银行将债权转让给丙公司之后，债务人甲公司可以向受让人丙公司主张其对于让与人即原债权人乙银行的抗辩，故A项错误。2014年5月16日，丁公司通过公开竞拍接管了甲公司，属于债权债务的法定转移，此时，丁公司需要承担甲公司的债务，并享有甲公司的权利。《合同法》第85条规定:“债务人转移义务的，新债务人可以主张原债务人对债权人的抗解。”丁公司作为甲公司债务的承受人，可以主张原债务人甲公司对于债权人(包括原债权人乙银行和债权让与之后的新债权人丙公司)的抗辩，故D项正确。

BC项：本题中，由于债权人乙银行一直没有向债务人主张过债权，期间未发生过时效中断，因此时效已经届满，债务人在债权人主张权利时可以提出有效的时效抗辩。《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第19条第1款规定:“债权转让的，应当认定诉讼时效从债权转让通知到达债务人之日起中断。”该条规定的时效中断的发生以转让的债权没有过时效为前提，如果转让的债权已经过了时效，之后再发生债权让与的，不可能导致诉讼时效的中断，故B、C项错误。

综上所述，本题正确答案为D。

9.13-03-54

甲为自己的车向乙公司投保第三者责任险，保险期间内甲车与丙车追尾，甲负全责。丙在事故后不断索赔未果，直至事故后第3年，甲同意赔款，甲友丁为此提供保证。再过1年，因甲、丁拒绝履行，丙要求乙公司承担保险责任。关于诉讼时效的抗辩，下列哪些表述是错误的？

A.甲有权以侵权之债诉讼时效已过为由不向丙支付赔款

B.丁有权以侵权之债诉讼时效已过为由不承担保证责任

C.乙公司有权以侵权之债诉讼时效已过为由不承担保险责任

D.乙公司有权以保险合同之债诉讼时效已过为由不承担保险责任

A项，根据题意，甲给丙造成的主要是财产损害，丙对甲享有的侵权之债的诉讼时效期间为3年，自丙知道或者应当知道权利被侵害且知道加害人之日起开始计算。此后，因丙不断向甲索赔，将导致丙对甲的侵权债权的诉讼时效数次中断的法律效果，自中断的事由消除后，重新起算3年。甲同意赔款（债务人同意履行债务），又将导致该债权诉讼时效中断，重新起算3年。因此，丙对甲享有的侵权债权的诉讼时效期间未经过。A项表述错误，当选。

BC项，甲同意赔款后，丁为甲的债务提供担保。因为甲对丙的债务诉讼时效期间未经过，故保证人丁不得以主债务诉讼时效期间经过为由不承担保证责任。故B项表述错误，当选。C项表述错误，当选。

D项，《保险法》第26条规定：“人寿保险以外的其他保险的被保险人或者受益人，向保险人请求赔偿或者给付保险金的诉讼时效期间为2年，自其知道或者应当知道保险事故发生之日起计算。人寿保险的被保险人或者受益人向保险人请求给付保险金的诉讼时效期间为5年，自其知道或者应当知道保险事故发生之日起计算。”第三者责任险属于财产险，故丙对乙请求支付保险金的合同之债的诉讼时效期间为2年。本题中，丙在事故后不断索赔导致诉讼时效中断，直至事故后第3年，甲同意赔款，甲友丁为此提供保证，此时诉讼时效重新计算2年的诉讼时效。故D项表述不正确，当选。

【注意】民法总则第188条将民事权利保护的诉讼时效期间从二年洞整为三年，同时还规定法律另有规定的依照其规定。也就是说，保险法第26条所规定的“人寿保险以外的其他保险的被保险人或者受益人，向保险人请求赔偿或者给付保险金的诉讼时效明间为二年，自其知道或者应当知道保险事故发生之日起计算。人寿保险的被保险人或者受益人向保险人请求给付保险金的诉讼时效期间为五年，自其知道或者应当知道保险事故发生之日起计算”依然适用，不因民法总则对诉讼时效的改变而改变。

综上所述，本题答案为ABCD。

10.14-03-05

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

A.乙公司的书面答复意味着乙公司需偿还甲公司3万元

B.乙公司的书面答复构成要约

C.乙公司的书面回函对甲公司有效

D.乙公司的书面答复表明其丧失了10万元的时效利益

ACD项：《关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第22条规定：“诉讼时效期间届满，当事人一方向对方当事人作出同意履行义务的意思表示或者自愿履行义务后，又以诉讼时效期间届满为由进行抗辩的，人民法院不予支持。”乙公司书面答复中愿意偿还3万元，是对3万元的诉讼时效抗辩权的放弃，不能再以诉讼时效期间届满进行抗辩，但并不表明乙公司抛弃了全部10万元债务的时效利益。所以，A项正确，CD项错误。

B项：乙公司对3万元债务时效利益的抛弃属于单方行为，不是要约，依单方意思表示便可发生法律效果，不需要对方的同意。所以，B项错误。

综上所述，本题正确答案为A。

11.14-03-53

下列哪些请求不适用诉讼时效？

A.当事人请求撤销合同

B.当事人请求确认合同无效

C.业主大会请求业主缴付公共维修基金

D.按份共有人请求分割共有物

诉讼时效适用于请求权且是部分债权请求权，不适用于形成权。

A项：《关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第7条第1款规定：“享有撤销权的当事人一方请求撤销合同的，应适用合同法第五十五条关于一年除斥期间的规定。对方当事人对撤销合同请求权提出诉讼时效抗辩的，人民法院不予支持。”所以，A项正确。

B项：合同无效属于当然无效、确定无效、自始无效，不适用诉讼时效制度。所以，B项正确。

C项：《物权法》第76条第1款第5项规定：“下列事项由业主共同决定：……（五）筹集和使用建筑物及其附属设施的维修资金……”维修基金在性质上属于业主的共有财产，业主交付义务乃法定，其随业主的身份而存在，不因时间的经过而消灭，不适用诉讼时效。所以，C项正确。

D项：《物权法》第99条规定：“共有人约定不得分割共有的不动产或者动产，以维持共有关系的，应当按照约定，但共有人有重大理由需要分割的，可以请求分割；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。因分割对其他共有人造成损害的，应当给予赔偿。”故按份共有人分割共有物的权利属于法定权利，只要共有关系存在，则该请求权也不消灭，不适用诉讼时效。所以，D项正确。

本题为选非题，综上所述，本题正确答案为ABCD。

**2018年第011期——每日重点考点占有之占有的分类（5星考点）**

**基本概念**

1.占有：对不动产或者动产事实上的控制与支配。占有的两个要素是心素和体素，缺一不可。

2.心素：占有的意思。

3.体素：人对物的管理与控制的事实。

4.有权占有：占有人与占有返还请求人之间，有寄托、租赁或有其他正当法律关系时占有人对不动产或者动产的占有，即为有本权的占有。

5.无权占有：占有人对不动产或者动产的占有无正当的法律关系或者原法律关系被撤销或无效时，占有人对不动产或者动产的占有，即为无本权的占有。

6.善意占有：占有人不知其无占有的权利而进行的占有。

7.恶意占有：占有人明知或者因重大过失不知自己为无权占有而仍然进行的占有。

8.直接占有：不通过他人媒介而能够对自己所有或他人之物进行直接控制和管领的事实状态，即在事实上对物进行控制。

9.间接占有：因他人媒介的占有而对物享有间接的控制，即基于一定法律关系，对于事实上占有物的人（即直接占有人）有返还请求权，因而间接对物管领的占有。

10.自主占有：占有人以将占有物据为己有的意思而对该物进行占有。

11.他主占有：占有人非以所有人的意思而进行占有。

12.占有辅助人：占有人基于特定的法律关系，根据他人的指示对标的物进行的占有。依照他人的指示而占有物的人是占有辅助人，对占有辅助人发布指示的人是占有人。占有辅助人与占有人之间的关系是服从关系，一般是雇佣关系、委托关系等具有服从和被服从内容的关系。

**重点考点详解**

**一、占有概述**

1.占有的特点：占有为事实，非权利；受法律保护的财产利益；客体为物及物的部分；民法上承认间接占有、占有继承、通过占有辅助人的占有等观念占有。

【注意】对权利的占有属于准占有。

占有放弃也是一种事实行为，无须意思表示，因而不存在撤销的问题。

2.占有的要素：体素与心素，二者缺一不可。【例外】占有继承。继承人自动取得直接或间接占有，是否具备体素或心素在所不问。

3.心素的认定：仅须为一般占有的意思，不需有行为能力，只需对物有支配的自然能力。

4.体素的认定中的法律关系

指某人对于某物是否成立，优先依据相应的法律关系予以认定。应特别关注以下四种情形：依占有辅助人和通过法人机关而成立的占有；间接占有；现实交付；抛弃占有。

【注意】依照空间关系与时间关系认定占有时，一般社会观念居于主导地位，空间关系和时间关系仅为辅助判断因素。

**二、占有的分类**

（一）有权占有和无权占有

1.有权占有的本权有物权如所有权、用益物权等；债权，如租赁权；身份权、监护权、扣押之公权力。

【注意】别人善意取得后就丧失了物权。

基于债权的有权占有具有相对性，仅对债务人成立有权占有。区别于基于物权的有权占有具有绝对性。

【注意】（1）占有连续可突破债权相对性。（2）债权人非法占有债务人动产的，如侵权的，不成立留置权。

2.无权占有，包括误将他人之物认为己有或者借用他人之物到期不还、盗窃他人之物而进行的占有等。司考常见的无权占有情形：

（1）遗失物拾得人的占有（构成无因管理的除外）。

（2）小偷对赃物的占有。

（3）无效买卖合同中买受人的占有。

（4）租赁期届满后承租人对租赁物的占有。

3.以有期限的权利为本权的占有，在权利期间之内，占有人的本权存在，为有权占有；在权利期间届满，且占有人的本权消灭，则为无权占有。

4.返还原物请求权（物权法34条）以相对人为无权占有人为构成要件。

（二）无权占有——善意占有和恶意占有

1.是否为恶意占有，依占有人取得占有时的具体情况而进行判断。

【注意】善意占有属无权占有，不可将善意占有理解为有权占有。

善意占有人知道或者应当知道自己缺乏占有的权源时，善意占有变为恶意占有。【例外】善意占有人于本权诉讼败诉时，自诉状送达之日起为恶意占有人，具有溯及力。

2.物权法第242条：占有物导致磨损、折旧、损坏的，其中

（1）善意的自主占有不论是否有过错，均不承担损害赔偿责任；

（2）善意的他主占有：因超越假想的占有权对占有物造成的损害应承担损害赔偿责任；

（3）恶意占有无论是否有过错占有人均要承担赔偿责任。

【注意】绝对的无过错责任。

3.物权法第243条：请求权利人支付保管、维修等必要费用，其中：

（1）无权占有人无论善意还是恶意，对权利人负有返还原物及孳息（法定孳息和天然孳息）的义务。

（2）无权占有期间，善意占有人有权请求权利人返还或补偿必要费用。

【注意】仅仅包括必要费用（饲养费、保管费、治疗费、维修费等）、有益费用（增加占有物价值的费用，但强迫得利除外），不包括奢侈费用。有益费用可依据不当得利规则要求返还或补偿。

（3）无权占有期间，恶意占有人无权请求权利人返还或补偿必要费用。

4.物权法第244条规定，无权占有的标的物毁损、灭失的，无权占有人均应返还补偿金、赔偿金或者保险金对于此外的损失。其中：

（1）善意的自主占有不论是否有过错，均不承担损害赔偿责任；只负现存不当得利的返还义务。

（2）善意的他主占有：因超越假想的占有权对占有物造成的损害应承担损害赔偿责任；

（3）无论物的毁损、灭失是否可归责于恶意占有人自身，对于物的权利人，恶意占有人都应负担赔偿全部损失的责任。

【注意】绝对的无过错责任。

（4）确定善意占有人的责任时，应当依照不当得利的返还原则即只有善意占有人因物的毁损、灭失而受有利益时，才对物的权利人承担赔偿责任；如果未受有利益，则不必赔偿。所谓因物的毁损、灭失而受有利益，指占有人所受积极利益，如当物的毁损、灭失由第三人造成时，占有人取得的赔偿金或者替代物。而消极利益，即占有人因物的毁损、灭失而减少支出的费用，则不在此列。

5.善意占有中的善意的内容，指占有人虽为无权占有，但不知道也不应当知道自己的占有欠缺占有的权源。善意取得中的善意的内容，指第三人不知道交易属于无权处分。

【注意】此为二者的核心区别，需要重点区分。

6.善意占有和恶意占有的区分

（1）关于使用权与损耗责任

侵权责任承担相同：善恶意，只要有过错的，均承担。

损耗责任承担不同：善意不承担，恶意承担。

（2）关于原物及其孳息返还、必要费用求偿权

原物、孳息返还的义务相同：善恶意均负有返还义务。

请求管理费用的支付不同：善意有权，恶意无权。

（3）关于物上代位金返还、占有物风险的承担

物上代位金的返还相同：善恶意均返还。

风险负担承担不同：善意不承担，恶意承担风险。

（三）直接占有与间接占有

1.间接占有人对于直接占有人享有占有返还请求权。例如质权人、承租人、保管人，基于质权、租赁、保管法律关系，占有标的物，是直接占有人，而享有占有返还请求权的出质人、出租人、寄托人为间接占有人。

2.交付既可以通过移转直接占有完成（现实交付与简易交付），亦可通过移转或者创设间接占有完成（指示交付与占有改定），交付与占有血脉相连。

3.间接占有可以形成占有阶梯，形成多层次间接占有；直接占有则否。

4.间接占有的成立要件：

（1）成立间接占有的占有媒介关系，不仅包括“约定占有媒介关系”（租赁、承揽、保管），还包括“法定占有媒介关系”（如基于返还原物请求权、占有返还请求权、无因管理、身份关系等而成立的占有媒介关系）；

（2）不要求直接占有人为他主占有，直接占有人为自主占有人的，亦可；

（3）对直接占有人享有返还请求权。

5.返还原物请求权可向无权的直接或间接占有人行使。占有保护请求权，保护直接和间接占有。

（四）自主占有和他主占有

1.自主占有不以享有所有权为前提，所有人的占有通常为自主占有。小偷的占有、侵占遗失物的拾得人的占有、不知买卖合同无效的买受人的占有均为自主占有。

2.凡是基于占有媒介关系占有“他人”之物者，如承租人、保管人、质权人、留置权人的占有均为他主占有。若他主占有人“变了心”，以外界可得而知的方式将他主占有的意思变更为自主占有的意思，则他主占有变更为自主占有。

3.占有人是否以所有权人的心态占有标的物，具体的判断方法是：占有人有没有日后将占有物归还予他人的想法。无此想法的，为自主占有；有此想法的，则为他主占有。

（五）自己占有与辅助占有

1.辅助占有的构成要件：（1）基于从属关系管领控制某物；（2）占有辅助人听从主人的指示。

2.占有辅助人不是占有人，其老板、雇主、主人才是占有人，其不享有占有保护请求权，另外，返还原物请求权不得对占有辅助人行使。

**三、占有的推定、取得与消灭**

(一)占有的状态推定

十分复杂，不同类型状态的占有的效力相差又悬殊，故法律设立占有推定制度：

1.无权占有与有权占有不明时，除有相反证据证明外，推定为有权占有。

2.无权占有，包括善意占有和恶意占有，除有相反证据证明外，推定善意占有。

(二)占有的权利推定

1.占有人在占有物上行使权利的，推定其合法有此权利，占有人免负举证责任。

2.占有的权利推定原则上以动产为限，未登记的不动产物权准用之。已经登记的不动产不适用占有权利推定规则。

3.占有的权利推定只有消极的效力，占有人不得利用该推定作为其行使权利的证明。如占有人不得仅仅依该推定而请求为所有权的登记。

（三）占有的取得-略

**四、占有状态的变更-略**

**历年真题**

12-03-08

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

A．甲将乙的停车位占为己用，甲属于恶意、无权占有人

B．丙的租期届满前，甲不能对丙主张占有返还请求权

C．乙可以请求甲返还原物。在甲为间接占有人时，可以对甲请求让与其对丙的占有返还请求权

D．无论丙是善意或恶意的占有人，乙都可以对其行使占有返还请求权

12-03-58

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？

A.丙错认乙车为甲车而占有，属于无权占有人

B.甲告知丙骑错车前，丙修车的必要费用，乙应当偿还

C.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

D.对于乙车的毁损，丙应当承担赔偿责任

14-03-09

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

A．张某拾得小羊后因占有而取得所有权

B．张某有权要求王某返还占有

C．张某有权要求李某返还占有

D．李某侵犯了张某的占有

15-03-56

甲拾得乙的手机，以市价卖给不知情的丙并交付。丙把手机交给丁维修。修好后丙拒付部分维修费，丁将手机扣下。关于手机的占有状态，下列哪些选项是正确的？

A.乙丢失手机后，由直接占有变为间接占有

B.甲为无权占有、自主占有

C.丙为无权占有、善意占有

D.丁为有权占有、他主占有

**真题答案解析**

1.12-03-08

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

A．甲将乙的停车位占为己用，甲属于恶意、无权占有人

B．丙的租期届满前，甲不能对丙主张占有返还请求权

C．乙可以请求甲返还原物。在甲为间接占有人时，可以对甲请求让与其对丙的占有返还请求权

D．无论丙是善意或恶意的占有人，乙都可以对其行使占有返还请求权

D项：占有返还请求权的义务人为直接侵占占有人及其继承人、盗抢人或恶意承继占有的人。若丙为善意的占有人，则不能对其行使占有返还请求权。故D选项说法错误。

A项：占有是对物在事实上的占领、控制。无权占有又称无本权的占有，是指没有法律上的根据或者原因的占有，如对赃物，遗失物的占有。无权占有又分为善意占有和恶意占有。恶意占有，是指占有人明知无占有的权利或者对有无占有的权利有所怀疑而仍然进行的占有。本题中，甲对停车位并没有本权（即所有权），即基于法律上的原因可依法对物进行占有的权利，因此是无权占有。另外，甲明知自己没有占有的权利仍进行占有，所以是恶意占有。故A选项说法正确。

B项：主张占有返还请求权的前提是占有被侵占，即非基于占有人的意思侵夺了占有人的占有。甲是基于租赁关系自愿将占有转让给丙，不存在侵夺。故B选项说法正确。

C项：《物权法》第34条规定：“无权占有不动产或者动产的，权利人可以请求返还原物。”故乙可以要求无权占有人甲返还原物；因甲将车位出租而成为间接占有人，所以，乙可以对甲请求让与其对丙的占有返还请求权。故C选项说法正确。

本题为选非题，综上所述，本题答案为D选项。

2.12-03-58

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？

A.丙错认乙车为甲车而占有，属于无权占有人

B.甲告知丙骑错车前，丙修车的必要费用，乙应当偿还

C.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

D.对于乙车的毁损，丙应当承担赔偿责任

A项：根据进行的占有是否依据本权可将占有分为有权占有和无权占有。有权占有是指有本权的占有；无权占有是指无本权的占有。丙错认乙车为甲车而占有，因丙与乙之间并无借用法律关系，因此丙对乙的车没有任何占有的本权，属于无权占有。故A项正确。

B项：根据《物权法》第243条的规定，不动产或者动产被占有人占有的，权利人可以请求返还原物及其孳息，但应当支付善意占有人因维护该不动产或者动产支出的必要费用。甲告知丙骑错车前，丙对自行车的占有为善意占有。自行车所有权人可以请求丙返还原物，但是应当支付善意占有人因维护该自行车所支出的必要费用。故B项正确。

C项：根据《物权法》第34条的规定，无权占有他人不动产或者动产的，应当返还原物。此条不区分善意、恶意占有，所有权人均得主张占有返还请求权。故C项正确。

D项：根据《物权法》第242条的规定，占有人因使用占有的不动产或者动产，致使该不动产或者动产受到损害的，恶意占有人应当承担赔偿责任。甲告知丙骑错车后，丙为恶意占有人。恶意占有人因使用占有的自行车，致使该自行车受到损害的，恶意的占有人应承担损害赔偿责任。故D项正确。

综上所述，本题答案为ABCD。

3.14-03-09

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

A．张某拾得小羊后因占有而取得所有权

B．张某有权要求王某返还占有

C．张某有权要求李某返还占有

D．李某侵犯了张某的占有

BCD项：占有指占有人对不动产或者动产的实际控制。占有人可以是依法有权占有不动产或者动产，如根据租赁合同在租期内占有对方交付的租赁物。占有人也可能是无权占有他人的不动产或者动产。为稳定财产的占有关系，以维护物的秩序和社会平和，法律给占有以相当于本权的保护。根据民法理论，占有在遭到侵害，或者有遭到侵害的危险情况下，由占有人对造成这种侵害状态的人，要求排除侵害或这种危险性，维持、恢复占有的权利，但无权占有的该项权利不得对抗有权占有。因此，李某将小羊交还王某后，李某并不拥有小羊的占有，张某也因此无法要求李某返还，但就占有状态受保护而言，李某侵犯了张某的占有。所以，BC项错误，D项正确。

A项：根据《物权法》第109条规定，拾得遗失物，应当返还权利人。拾得人应当及时通知权利人领取，或者送交公安等有关部门。小羊属王某遗失物，王某对小羊的所有权不因遗失而消灭，同时，张某也不能因拾得小羊后获得所有权。所以，A项错误。

综上所述，本题正确答案为D。

4.15-03-56

甲拾得乙的手机，以市价卖给不知情的丙并交付。丙把手机交给丁维修。修好后丙拒付部分维修费，丁将手机扣下。关于手机的占有状态，下列哪些选项是正确的？

A.乙丢失手机后，由直接占有变为间接占有

B.甲为无权占有、自主占有

C.丙为无权占有、善意占有

D.丁为有权占有、他主占有

A项：丢失手机成间接占有。所以A项说法正确。

B项：有权占有即指有本权的占有，无权占有是指无本权的占有，甲拾得乙的手机，没有占有权源属于无权占有，自主占有是指以物属于自己所有（所有的意思）的占有。具备所有人占有的意思，不必是真正的所有人或要求其自信为所有人。甲拾得手机属于自己所有的意思占有属于自主占有,所以B项说法正确。

C项：甲出让给丙，不能取得所有权，没有占有权源，属于无权占有。善意占有是占有人不知其无占有的权利的占有。误信有占有的权利。恶意占有是占有人知道其无占有的权利的占有。知无权源或者怀疑占有权源。丙不知没有占有权源，所以属于无权占有的善意占有。所以C项正确。

D项：丁善意取得手机的留置权，属于有权占有，他主占有是无所有的意思，仅于某种特定关系支配物的意思的占有。所以丁属于他主占有，所以D项说法正确。

综上所述，答案为ABCD。

**2018年第012期——每日重点考点占有之占有保护请求权（4星考点）**

**基本概念**

1.占有保护的请求权：占有人请求国家有权机关通过运用国家强制力来保护其占有，包括占有返还请求权、占有妨害排除请求权和占有妨害防止请求权。

2.占有返还请求权：占有人的占有被侵夺时，有权请求侵夺人或继受人回复其占有，返还占有物。

3.侵夺：违背占有人的意思，以法律禁止的私力剥夺占有人的占有，将占有人的占有物转移到自己管理控制之下。

4.占有妨害排除请求权：占有人在其占有受到他人妨害时，有权请求除去妨害。排除对占有的妨害，可以用私力对抗的方式，超出了“即时”行使的界限后，只有通过公力请求排除妨害。

5.占有妨害防止请求权：占有人的权利有被妨害的危险时，占有人可以请求防止妨害发生的权利。

**重点考点详解**

**一、对占有的的保护**

1.无论是有权占有、无权占有、直接占有、间接占有，均受保护，只是保护的程度不同。

2.占有人对于他方侵占或者妨害自己占有的行为，可以行使法律赋予的占有保护请求权，如返还原物、排除妨害或者消除危险请求权。

3.侵害人只要实施了侵害行为即应承担相应的责任，法律不问其是否具有过失，也不问其对被占有的不动产或者动产是否享有权利。

4.物权法保护方法——占有保护请求权分为：占有返还请求权、占有妨害排除请求权、占有妨害防止请求权。特征：不适用诉讼时效、遭受侵害即可、加害人是否有过错在所不问。

5.债法保护方法——有权占有人可主张违约、侵权、不当得利；无权占有人可主张侵权，但损害赔偿范围仅限直接损失，不包括间接损失。特征：加害人有过错、遭受损失、适用诉讼时效。

**二、占有返还请求权的构成要件**

1.占有被侵夺。非因他人的侵夺而丧失占有的，如因受欺诈或者胁迫而交付的，不享有占有返还请求权。此时，可依据返还原物请求权、不当得利请求权、违约责任等救济。

【注意】侵夺不等于侵占，盗窃、抢夺属于侵夺。

2.请求权人须为占有被侵夺的占有人，无论其为有权占有人还是无权占有人；亦无论其为直接占有人还是间接占有人。

3.须自侵夺之日起1年内行使，1年期间期满未行使的，占有返还请求权消灭。

【注意】通说认为系除斥期间。占有返还请求权因除斥期间经过而未行使的，占有人如果对物享有其他实体权利（如所有权），仍然可以依照其实体权利提出返还请求。

4.被请求人为占有的侵夺人及侵夺人的占有继受人。

（1）对“侵夺人”。须主张占有返还请求权之时，侵夺人仍为占有人（直接占有与间接占有均可）。否则，若侵夺人的占有已经因为被盗、遗失，出卖并完成现实交付等原因消灭，则对侵夺人不再享有占有返还请求权。

（2）对“侵夺人的占有继受人”。分概括继受人与特定继受人而异。

对侵夺人的概括继受人——基于继承、企业合并从侵夺人处继受占有，无论其为善意还是恶意，均可对其主张占有返还请求权。

对于侵夺人的特定继受人——基于买卖、赠与、出租等原因从侵夺人处继受占有，若其为善意（受让时不知侵夺人的占有有瑕疵），不得对其行使占有返还请求权；若其为恶意（受让时知道侵夺人的占有有瑕疵），可对其行使占有返还请求权。

【注意】无论被请求人为现时的善意无权或恶意无权占有人，均不影响返还原物请求权的成立——物权保护程度强于对占有保护的程度。

【例外】交互侵夺不适用占有返还请求权。如甲侵夺所有权归乙的汽车，乙在1年内又侵夺回来，此时不适用占有返还请求权。

**三、占有妨害排除请求权**

1.构成要件：

（1）占有被妨害。以侵夺以外的方式妨碍占有人的占有。

（2）被请求人为对妨害的除去具有支配力的人。

（3）妨害具有不法性或超出了正常的容忍限度。

（4）请求之时，妨害仍在持续中。

2.占有保护请求权中的占有排除妨害请求权和占有妨害防止请求权，原则上同妨害或者危险的持续状态紧密相连。如果妨害已经消失或者危险已经不存在，自然没有排除妨害或者消除危险请求权提请的必要；如果此种妨害或者危险造成了实际的损害，占有人当然可以提起损害赔偿请求，而此项损害赔偿请求权应当受诉讼时效的限制；如果妨害或者危险持续发生，那么此项排除妨害或者消除危险的请求权自然不受时效限制。

3.排除妨害费用的承担：（1）妨害人具有过错的，应独自承担排除妨害的费用；（2）妨害人对妨害无过错的，由双方合理分担排除妨害的费用。

4.妨害的主要情形：无权占有他人土地兴建房屋、丢弃垃圾于他人庭院、在他人墙壁悬挂招牌、停车于他人车库等。

**四、占有妨害防止请求权的构成要件**

1.对占有的妨害虽未实际发生，但具有妨害的现实危险。

2.请求人为占有人，无论有权占有还是无权占有。

3.相对人须为对危险的除去具有支配力的人。

4.请求之时，妨害危险依然存在。

**五、占有人的自力救济权**

1.占有防御权和占有物取回权（直接占有人）。

2.占有辅助人不享有占有保护请求权（公立救济权），但享有自力救济权。

**历年真题**

11-03-09

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。关于潘某能否取得奇石的所有权，下列哪一说法是正确的？

A.不能，因为石头是河流的成分，长江属于国家所有，石头从河流中分离后仍然属于国家财产

B.可以，因为即使长江属于国家所有，但石头是独立物，经有关部门许可即可以取得其所有权

C.不能，因为即使石头是独立物，但长江属于国家所有，石头也属于国家财产

D.可以，因为即使长江属于国家所有，但石头是独立物、无主物，依先占的习惯可以取得其所有权

12-03-58

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？

A.丙错认乙车为甲车而占有，属于无权占有人

B.甲告知丙骑错车前，丙修车的必要费用，乙应当偿还

C.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

D.对于乙车的毁损，丙应当承担赔偿责任

14-03-58

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？

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

15-03-12

甲、乙两公司签订协议，约定甲公司向乙公司采购面包券。双方交割完毕，面包券上载明“不记名、不挂失，凭券提货”。甲公司将面包券转让给张某，后张某因未付款等原因被判处合同诈骗罪。面包券全部流入市场。关于协议和面包券的法律性质，下列哪一表述是正确的？

A．面包券是一种物权凭证

B．甲公司有权解除与乙公司的协议

C．如甲公司通知乙公司停止兑付面包券，乙公司应停止兑付

D．如某顾客以合理价格从张某处受让面包券，该顾客有权请求乙公司兑付

16-03-09

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？

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

**真题答案解析**

1.11-03-09

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。关于潘某能否取得奇石的所有权，下列哪一说法是正确的？

A.不能，因为石头是河流的成分，长江属于国家所有，石头从河流中分离后仍然属于国家财产

B.可以，因为即使长江属于国家所有，但石头是独立物，经有关部门许可即可以取得其所有权

C.不能，因为即使石头是独立物，但长江属于国家所有，石头也属于国家财产

D.可以，因为即使长江属于国家所有，但石头是独立物、无主物，依先占的习惯可以取得其所有权

《物权法》第46条规定，矿藏、水流、海域属于国家所有。因而长江属于国家所有。而石头是独立物、无主物，并非河流的组成部分。先占是指最先占有无主财产。先占必须在事实上占有物，这种占有要有取得所有权的意思。司法实践中承认依先占而取得物权。从题干信息显示，潘某有取得石头所有权的意思，符合先占构成要件，因而可以先占取得所有权。根据各项表述，D项正确，ABC错误。

综上所述，本题答案为D项。

2.12-03-58

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？

A.丙错认乙车为甲车而占有，属于无权占有人

B.甲告知丙骑错车前，丙修车的必要费用，乙应当偿还

C.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

D.对于乙车的毁损，丙应当承担赔偿责任

A项：根据进行的占有是否依据本权可将占有分为有权占有和无权占有。有权占有是指有本权的占有；无权占有是指无本权的占有。丙错认乙车为甲车而占有，因丙与乙之间并无借用法律关系，因此丙对乙的车没有任何占有的本权，属于无权占有。故A项正确。

B项：根据《物权法》第243条的规定，不动产或者动产被占有人占有的，权利人可以请求返还原物及其孳息，但应当支付善意占有人因维护该不动产或者动产支出的必要费用。甲告知丙骑错车前，丙对自行车的占有为善意占有。自行车所有权人可以请求丙返还原物，但是应当支付善意占有人因维护该自行车所支出的必要费用。故B项正确。

C项：根据《物权法》第34条的规定，无权占有他人不动产或者动产的，应当返还原物。此条不区分善意、恶意占有，所有权人均得主张占有返还请求权。故C项正确。

D项：根据《物权法》第242条的规定，占有人因使用占有的不动产或者动产，致使该不动产或者动产受到损害的，恶意占有人应当承担赔偿责任。甲告知丙骑错车后，丙为恶意占有人。恶意占有人因使用占有的自行车，致使该自行车受到损害的，恶意的占有人应承担损害赔偿责任。故D项正确。

综上所述，本题答案为ABCD。

3.14-03-58

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？

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

根据民法理论，通说认为对未获得规划许可证和施工许可证的，即建筑人对违章建筑的占有，作为一种事实状态受法律保护，除执法机关依法处理外，建筑人对建筑物可以自己占有与进行一定的使用，禁止他人侵犯建筑人对违章建筑的占有。占有是一种事实状态，而非权利。“占有是主体对于物基于占有的意思进行控制的事实，占有首先是对物的一种事实上的控制。不管占有人对物的控制是否具有据为己有的意思，只要客观上的控制状态形成就可以构成占有。”同时，占有可以是有本权的占有，也可以是无本权的占有。而在建筑人对违章建筑物，虽不享有所有权（本权），但由于其实际的管理与控制，也形成了一种占有，并受法律的保护，他人不得随意侵犯。

本案中，徐某对于违规建筑不拥有所有权，但享有占有的权利，因此小区其他业主强行拆除门面房的行为没有侵犯其所有权，但侵犯了其占有的权利，同时，对于已拆除的违规建筑，没有恢复原状的可能和必要，但应当就徐某拥有所有权的自住房的墙砖损失的侵权问题进行赔偿。所以，AC项错误，BD项正确。

综上所述，本题正确答案为BD。

4.15-03-12

甲、乙两公司签订协议，约定甲公司向乙公司采购面包券。双方交割完毕，面包券上载明“不记名、不挂失，凭券提货”。甲公司将面包券转让给张某，后张某因未付款等原因被判处合同诈骗罪。面包券全部流入市场。关于协议和面包券的法律性质，下列哪一表述是正确的？

A．面包券是一种物权凭证

B．甲公司有权解除与乙公司的协议

C．如甲公司通知乙公司停止兑付面包券，乙公司应停止兑付

D．如某顾客以合理价格从张某处受让面包券，该顾客有权请求乙公司兑付

D项：面包券中记载“不记名、不挂失，凭券提货”，相当于债权凭证具有一定的流通性，张某持有面包券可以请求乙公司对付。所以D项正确。

A项：面包券是一种债权凭证，有了面包券的合法持有人可以请求乙公司支付一定数量的面包，使得持有人享有债权请求权，非物权凭证，属于债权凭证，物权凭证是物权人的物权的证明，显然不涉及物权。A项说法错误。

B项：甲乙之间因为购买面包劵而履行完毕，合同消失，所以不存在解除权的问题。所以B项错误。

C项：甲乙公司之间的协议结束，甲公司无权请求乙公司停止兑付，所以C项错误。

综上所述，本题答案为D。

5.16-03-09

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？

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

占有状态的推定属于证明规则。占有人就其主张的占有事实不需要举证，法律推定其主张成立。由否定其主张的相对人承担证明责任。乙为现实占有人，无须证明自己的占有状态，但是甲已经举证证明在2015年10月1日之前为合法占有人，则乙的占有状态被推翻。所以，B项正确，A、C、D三项错误。

综上所述，本题正确答案为B。

**2018年第013期——每日重点考点物权与物之物权请求权、物权法定原则（3星考点）**

**基本概念**

1.物：民事主体实际能够支配或控制的具有一定经济价值的物质资料。

2.物的重要成分：在一个物之相互结合的各个部分中，非经毁损或者变更其性质，不能分离者，为该物的重要成分。

3.物的非重要成分：一个物之相互结合的各个部分中，重要成分之外的构成部分，为非重要成分。

4.主物：凡能独立存在，但需共同使用，并能从中可以看出主从关系的二物或数物，其中起主要作用的是主物，起从属作用的是从物，从物补助主物的效用，如拖拉机与拖犁便是主物与从物的关系。

5.从物：在两个独立物结合使用中处于附属地位，起辅助和配合作用的，如桨是船的从物。

6.天然孳息：因物的自然属性而获得的收益，与原物分离前是原物的一部分。

7.法定孳息：因法律关系所获得的收益。【注意】购买股票所获得股息，不是法定孳息。

8.船舶优先权：海事请求人依照海商法第22条的规定，向船舶所有人、光船承租人、船舶经营人提出海事请求，对产生该海事请求的船舶具有优先受偿的权利。

9.返还原物请求权：物权人在其所有物被他人非法占有时，可以向非法占有人请求返还原物，或请求法院责令非法占有人返还原物的权利。

10.排除妨害请求权：物权人虽然占有其物，但由于他人的非法行为，致使物权人无法充分地行使占有、使用、收益、处分权能时，物权人可以请求侵害人排除妨碍，或者请求法院责令侵害人排除妨碍。

11.消除危险请求权：侵害虽未发生，但物权面临遭受侵害的危险，存在被侵害的可能，对于这种可能发生的侵害，物权人有权请求相对人为一定行为或者不为一定行为，防止侵害，消除既存的危险，以避免侵害的发生。

12.状态妨害人：持有或者经营某种妨害他人物权之物或者设施之人，不仅包括所有人，还包括占有人，凡对造成妨害之物或设施有事实上支配力者都算。

**重点考点详解**

**一、物与物的分类**

1.物的特征：须为有体物、须存在于人身之外、须能为人力所实际控制和支配、须具有独立性、原则上为特定物（物权客体特定原则）。

【注意】动产浮动抵押权成立时，不要求客体特定。

2.几种特殊的物：固定于身体中的假肢、假牙；尸体；抽出的血液、切割的器官；法律上有排他支配可能性的自然力；

【注意】特殊种类物——货币所有权。种类物买卖不存在风险负担移转的问题。

3.物的重要成分是按照“有利分离原则”作为判断标准，而不是按照成分所具有的经济功能作为区分标准。物的重要成分不能越出该物之外，成为另一个物权的客体——物的重要成分不能成为物权的客体，物的重要成分与该物具有相同的物权归属。

4.从物的特征：从物之使用功能为协助主物发挥经济效益、从物与主物同属于一人、从物须具有独立性，不为主物的部分、须从物与主物一定程度上的结合关系。

【注意】不动产可以作为从物，如（无独立产权证的）车库、地下室、阁楼为房屋的从物。

5.除非另有约定或法律另有规定，主物的所有权因买卖、赠与、继承、企业合并等原因发生移转，应认定从物的所有权随同移转。抵押权成立之前还未取得从物的所有权，则从物不属于抵押权客体；质权成立后，从物未交付质权人的，从物不属于质权客体；债权人未留置从物，则从物不属于留置权客体。

6.孳息所有权之归属一般法（物权法第116条规定）：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，按照约定。而法定孳息，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。

【注意】有权收取孳息不等于有权取得孳息。抵押权人、质权人、留置权人有权收取孳息，并用于充债，但题目问谁取得孳息所有权，他们不能取得，只是收取。

7.孳息所有权之归属特别法（合同法第163条规定）：标的物在交付前产生的孳息，归出卖人所有，交付之后产生的孳息，归买受人所有。

【注意】163条是特别法，在买卖合同中优先适用于116条的一般法。

8.夫妻个人财产在婚姻关系存续期间产生的孳息和自然增值属于个人财产，投资收益属于夫妻共同财产。

**二、物权的优先效力**

（一）物权对债权的优先效力

1.所有权、担保物权、用益物权均优先权于债权；具有物权效力的债权优先于不具有物权效力的债权。

2.例外：

（1）承包人的优先受偿权（债权）优先于在建设工程上设立的抵押权和尚未支付一定比例购房款的业主的所有权。

（2）船舶优先权>船舶留置权>船舶抵押权。

（3）预告登记

（4）买卖不破租赁

（二）物权对物权的优先效力

1.物权对物权优先效力的一般规则——先来后到，但法律另有规定除外。

2.同一不动产上有多个抵押权的：先登记的优先；同天登记顺位相同，按债权比例清偿。

【注意】不动产上设立抵押权，经登记，抵押权才设立，所以不存在是否登记的情况。

3.同一动产上有多个抵押权的：登记过的优先；均登记的，先登记的优先，同天登记，顺位相同；均未登记的，顺位相同，按债权比例清偿。

4.留置权与质权、抵押权之间

（1）先设立质权或者抵押权，后成立留置权，则留置权优先于质权、抵押权；

（2）先成立留置权后设立质权或者抵押权：①留置权成立后，若动产的所有人以自己的名义再设立的质权、抵押权，则先成立的留置权优先于后设立的质权、抵押权；②留置权成立后，若留置权人以自己的名义设立质权、抵押权，则后设立的质权、抵押权优先于先成立的留置权。

（3）质押先于抵押：留置权>质押权>登记抵押权>未登记抵押权。

（4）抵押先于质押：留置权>登记抵押权>质押权>未登记抵押权。

5.抵押权与质权之间

（1）若质权先设立，则优先于抵押权。

（2）若抵押权先设立且登记，则优先于质权。

（3）若抵押权先设立但未登记，抵押权不得对抗善意的质权人。

6.转质权优先于原质权。

**三、物权请求权**

（一）概述

1.物权法救济方法——物权请求权分为：返还原物请求权、排除妨害请求权、妨害防止请求权。特征：不适用诉讼时效、遭受侵害即可、加害人是否有过错在所不问。

2.债法救济方法——物权人可主张违约、侵权、不当得利。特征：加害人有过错、遭受损失、适用诉讼时效。

3.确认所有权、恢复原状、返还原物、排除妨害、赔偿损失，这五种保护方法是物权的最基本的保护方法。其中，前四种保护方法是物权的保护方法，而赔偿损失则是债权的保护方法。确认所有权、恢复原状、返还原物、排除妨害、赔偿损失既可以单独适用，也可以与其他保护方法并用。

4.排除妨害请求权不适用于诉讼时效，只要提出请求之时，妨害仍在持续中，即可主张排除妨害请求权。

5.排除妨害费用的承担：妨害人具有过错的，应独自承担排除妨害的费用；妨害人对妨害无过错的（如地震震倒围墙于邻居院中），由双方合理分担排除妨害的费用。

6.消除危险的费用，原则上应由相对人负担。若危险的产生系由不可抗力所致或危险的原因与请求权人自身具有客观上的关联时，则应参酌个案的具体情况，可以确定由请求人与相对人合理分担。

（二）返还原物请求权的构成要件

1.请求人为物权人。

（1）须为包含占有权能的物权，如所有权、用益物权、质权、留置权。抵押权人不享有返还原物请求权。

（2）破产管理人、遗产管理虽非物权人，基于诉讼担当，亦可作为原告行使他人的返还原物请求权。

（3）无期限限制，但质权人与留置权人对无权占有人的返还原物请求权适用1年的除斥期间。

2.被请求权人为（相对于请求人的）现时的无权占有人，不包括占有辅助人；请求时无权占有人依然占有该物。

（三）排除妨害请求权的构成要件

1.请求人为物权人。

【注意】抵押权人亦可。

2.妨害人以无权占有以外的方式妨害物权的行使。

3.妨害具有不法性或超越了正常的容忍限度。

【注意】物权人有容忍义务的，无排除妨害请求权。

4.提出请求之时，妨害仍在持续中。

5.被请求人为任何对物权为妨害之人，包括行为妨害人与状态妨害人。

（四）消除危险请求权的构成要件

1.请求人为物权人。

【注意】抵押权人亦可。

2.物权的行使具有受到妨害的现实危险。例如：邻人在自己房屋近旁挖坑，具有危及房屋安全的现实可能性。再如：邻人所有的大树欲倾倒于自己房屋上。

3.被请求人为对危险的去除具有支配力的人。

4.提出请求之时，危险仍现实存在。

**历年真题**

11-03-07

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？

A.甲乙丙丁

B.乙丙丁甲

C.丙丁甲乙

D.丁乙丙甲

11-03-08

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

A.是独立于物权的一种行为请求权

B.可以适用债权的有关规定

C.不能与物权分离而单独存在

D.须依诉讼的方式进行

12-03-56

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

A．乙虽然没有取得房屋所有权，但是基于甲的意思取得占有，乙为有权占有

B．乙可以对甲的继承人丙主张有权占有

C．在丁取得房屋所有权后，乙可以以占有有正当权利来源对丁主张有权占有

D．在丁取得房屋所有权后，丁可以基于其所有权请求乙返还房屋

13-03-08

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？

A．如银行主张全部债权，应先拍卖房产实现抵押权

B．如银行主张全部债权，可选择拍卖房产或者机器设备实现抵押权

C．乙公司的质权优先于银行对机器设备的抵押权

D．丁公司对机器设备的抵押权优先于乙公司的质权

13-03-09

张某遗失的名表被李某拾得。1年后，李某将该表卖给了王某。再过1年，王某将该表卖给了郑某。郑某将该表交给不知情的朱某维修，因郑某不付维修费与朱某发生争执，张某方知原委。下列哪一表述是正确的？

A．张某可请求李某返还手表

B．张某可请求王某返还手表

C．张某可请求郑某返还手表

D．张某可请求朱某返还手表

13-03-55

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

A．赵某有权要求叶某排除妨碍

B．赵某有权要求沈某排除妨碍

C．赵某请求排除妨碍不受诉讼时效的限制

D．赵某可主张精神损害赔偿

**四、物权法定原则-略**

**真题答案解析**

7.11-03-07

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？

A.甲乙丙丁

B.乙丙丁甲

C.丙丁甲乙

D.丁乙丙甲

《担保法解释》第79条规定，同一财产法定登记的抵押权与质权并存时，抵押权人优先于质权人受偿。同一财产抵押权与留置权并存时，留置权人优先于抵押权人受偿。

根据上述规定，本题中，留置权作为法定担保物权最优先，所以丁排第一位；乙的动产抵押已经登记，所以乙排第二位；丙的动产质押已经交付，所以丙排第三位；甲的动产抵押未办理登记，不得对抗善意第三人，所以排在最后。根据各项表述，D正确，ABC错误。

综上所述，本题答案为D项。

8.11-03-08

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

A.是独立于物权的一种行为请求权

B.可以适用债权的有关规定

C.不能与物权分离而单独存在

D.须依诉讼的方式进行

D项：《物权法》第32条规定，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。因而，物权请求权的行使，不必非得依诉讼的方式进行，也可以依意思表示的方式为之：物权受到妨害后，物权人可以直接请求侵害人为一定的行为或不为一定的行为，故D项错误。

A项：物权请求权在物权受到妨害时发生，是物权人请求特定的人（妨害物权的人）为特定行为（除去妨害）的权利，属于行为请求权。它不以对物权标的物的支配为内容，故不是物权的本体，而是独立于物权的一种请求权，故A项正确。

B项：作为请求权，物权请求权与债权有类似的性质，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，故B项正确。

C项：物权请求权派生于物权。其命运与物权相同，即其发生、移转与消灭均从属于物权，不能与物权分离而单独存在，故C项正确。

本题为选非题，故综上所述，答案为D项。

9.12-03-56

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

A．乙虽然没有取得房屋所有权，但是基于甲的意思取得占有，乙为有权占有

B．乙可以对甲的继承人丙主张有权占有

C．在丁取得房屋所有权后，乙可以以占有有正当权利来源对丁主张有权占有

D．在丁取得房屋所有权后，丁可以基于其所有权请求乙返还房屋

有权占有。指有本权的占有。换言之，凡具有占有的物权、债权、亲权等权利，均为有权占有。所有权人、建设用地使用权人、留置权人、质权人的占有为有权占有（本权为物权）；借用人、承租人、保管人、运输人、买受人的占有亦属有权占有（本权为债权）。

A项：《物权法》第9条第1款规定，不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生效力；未经登记不发生效力，但法律另有规定的除外。本题中，甲将房屋出卖给乙，交付但并未过户登记，此时乙并未取得房屋所有权，但其占有房屋具有本权依据，即其与甲签订的房屋买卖合同。故A选项正确。

B项：债权债务是可以发生继承的，甲的继承人丙并未放弃继承，故而甲死后该房屋买卖合同关系由甲的继承人予以承受，因此乙仍可对甲的继承人丙主张基于债权的有权占有。故B选项正确。

C项：该项容易误认为，丁和乙之间没有任何合同关系，根据合同的相对性，乙不能以占有有正当权利来源为由对丁主张有权占有。这种想法是错误的。《物权法》第29条规定：“因继承或者受遗赠取得物权的，自继承或者受遗赠开始时发生效力。”甲死亡后，其房屋归丙继承，丙成为房屋所有权人。丙将该房屋出卖给丁，并办理好房屋所有权转移登记手续，至此，丁成为房屋所有权人。同理，乙仍然可以对丁主张其对该房屋的占有属于无权占有，则一旦房屋发生发生毁损灭失，乙可能需要承担赔偿责任，这对乙来说是不公平的。况且，无论占有的权利基础是什么，占有本身均属物权制度。即使是基于合同而产生的占有，也应推定其为有权占有，具有物权的绝对效力和对世效力。需要注意的是，“占有具有权利推定的效力，不仅权利人自己可以援用，第三人也可以援用。例如，从占有人处借用物的人，在物的真正所有人要求返还时，该借用人也可援用借用人以占有人身份所受的所有人推定，此时所有人要求返还原物，必须证明自己的所有权”。当然，占有的权利推定具有消极性，占有人不得利用此推定作为其行使权利的积极证明。总而言之，C项表述正确。所以，C项正确。

D项：丙继承了该房屋，是房屋的所有权人，其将房屋出售给丁属于有权处分，并完成过户登记，此时丁是房屋的所有权人。因此，丁可以基于物权请求权向乙主张返还房屋，乙只能对丙主张违约责任。故D选项正确。

综上所述，本题答案为ABCD项。

10.13-03-08

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？

A．如银行主张全部债权，应先拍卖房产实现抵押权

B．如银行主张全部债权，可选择拍卖房产或者机器设备实现抵押权

C．乙公司的质权优先于银行对机器设备的抵押权

D．丁公司对机器设备的抵押权优先于乙公司的质权

当质权先设立时，不论之后的抵押权是否登记，质权的效力都优先于抵押权。若已登记的抵押权在先，则优先顺序为：登记抵押权>质权>未登记抵押权。

CD项：题干中机器设备上的担保物权的设立顺序依次为：乙公司的质权、银行的无登记的抵押权、丁公司的有登记的抵押权。本题中，乙公司的质权时间上最先，丁公司的抵押权有登记，银行的抵押权未登记，所以优先顺序为：乙公司质权>丁公司抵押权>银行抵押权。所以C项正确，D项错误。

A项：《担保法解释》75条规定，同一债权有两个以上抵押人的，债权人放弃债务人提供的抵押担保的，其他抵押人可以请求人民法院减轻或者免除其应当承担的担保责任。同一债权有两个以上抵押人的，当事人对其提供的抵押财产所担保的债权份额或者顺序没有约定或者约定不明的，抵押权人可以就其中任一或者各个财产行使抵押权。抵押人承担担保责任后，可以向债务人追偿，也可以要求其他抵押人清偿其应当承担的份额。本题中，甲和丙对抵押权的顺序没有明确约定，因此债权人即银行可以选择拍卖房产或者行使机器设备的抵押权，并非一定要先拍卖房产。所以A项错误。

B项：根据《担保法解释》75条，债权人即银行可以选择拍卖房产或者行使机器设备的抵押权。但由于银行对机器的抵押权并未进行登记，不能对抗善意第三人，因此银行在实现抵押权时，应给质权人即乙公司预留出质权人的份额。所以B项错误。

综上所述，本题正确答案为C项。

11.13-03-09

张某遗失的名表被李某拾得。1年后，李某将该表卖给了王某。再过1年，王某将该表卖给了郑某。郑某将该表交给不知情的朱某维修，因郑某不付维修费与朱某发生争执，张某方知原委。下列哪一表述是正确的？

A．张某可请求李某返还手表

B．张某可请求王某返还手表

C．张某可请求郑某返还手表

D．张某可请求朱某返还手表

《物权法》第107条：“所有权人或者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，或者自知道或者应当知道受让人之日起二年内向受让人请求返还原物，但受让人通过拍卖或者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。”本题中，李某是拾得人，王某是第一受让人，郑某是第二受让人，若手表由这三个中的任何人占有，那么张某可依据上述条文请求返还手表，但手表现由朱某占有，只能考虑请求朱某返还。

《物权法》第34条规定：“无权占有不动产或者动产的，权利人可以请求返还原物。”第230条：“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。”由于手表是遗失物，不适用物权的善意取得，所以朱某不享有第230条的留置权，所以对于张某是无权占有手表，张某可请求朱某返还。所以D正确，ABC错误。

综上所述，本题答案为D项。

12.13-03-55

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

A．赵某有权要求叶某排除妨碍

B．赵某有权要求沈某排除妨碍

C．赵某请求排除妨碍不受诉讼时效的限制

D．赵某可主张精神损害赔偿

A项：妨害人分为行为妨害人和状态妨害人两种。行为妨害人，指具体实施妨害行为之人；状态妨害人，即对造成妨害之物或设施有事实上支配力者。本题中，叶某可通过对沈某行使返还原物请求权排除妨害，叶某未行使该除去妨害的行为，叶某属于状态妨害人，赵某可对叶某行使排除妨害请求权。故A项正确。

B项：排除妨害请求权的构成要求有四：（a）请求人系物权人；（b）物权遭受不法妨害；（c）被请求人系对妨害的除去具有支配力的人；（d）请求之时，妨害仍在持续中。沈某施工产生的噪音与震动对赵某的房屋所有权构成妨害，赵某有权对沈某主张排除妨害。故B项正确。

C项：中国大陆的通说观点认为，排除妨害请求权不适用于诉讼时效，只要提出请求之时，妨害仍在持续中，即可主张排除妨害请求权。故C项正确。

D项：《精神损害赔偿解释》第8条第1款规定：“因侵权致人精神损害，但未造成严重后果，受害人请求赔偿精神损害的，一般不予支持，人民法院可以根据情形判令侵权人停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉。”故D项错误。

综上所述，本题正确答案为ABC。

**2018年第014期——每日重点考点物权变动之基于法律行为的物权变动（5星考点）**

**基本概念**

1.物权变动：物权的发生、转移、变更和消灭。物权变动的原因主要有三种:(1)法律行为，如单方民事法律行为(如抛弃、捐助、遗赠)、合同(如买卖合同、抵押合同)和多方法律行为(如设立公司的协议);(2)事件和事实行为，如时效取得、先占、添附、善意取得等;(3)公法上的行为，如征收、没收、强制执行、判决。

2.地役权：为使用自己不动产的便利或提高其效益而按照合同约定利用他人不动产的权利。

3.现实交付：出卖人将标的物直接置于买受人的实际控制之下，是一种将对动产的直接管领力现实地移转于买受人的物权变动。

4.简易交付：是一种观念交付，动产物权的受让人己经直接占有该动产，如受让人已经通过寄托、租赁、借用占有该动产，在让与人与受让人就移转动产所有权或设立动产质权的合同生效时，即视为已经完成交付，以代替现实交付。

5.指示交付：动产物权设立和转让前，第三人依法占有该动产的，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。涉及三方当事人：如甲的动产由乙直接占有，而甲欲将此动产处分给丙。

6.占有改定：在动产交易中，出让标的物时，出让人基于生产、生活的需要仍需继续占有动产，此时双方可以通过协议，使受让人取得动产时间接占有，以取代现实交付而取得所有权。

**重点考点详解**

1.物权的取得与消灭

（1）能够引起物权取得的法律事实——民事行为：买卖、互易、赠与、遗赠等行为取得所有权，通过设定抵押权、地役权、质权等取得他物权；民事行为以外的原因：时效、征收、没收、法律规定、附合、混合、加工、继承、拾得遗失物、发现埋藏物、合法建造、法律文书、孳息。

（2）能够引起物权消灭的法律事实——民事行为：抛弃（单方民事行为）、合同、撤销权的行使；民事行为以外的原因：标的物灭失、法定期间的届满、混同。

2.基于法律行为的物权变动：单方行为（抛弃物权、捐助）、双方行为（买卖、赠与、抵押、质押、承包合同等）、多方行为（合伙、设立公司）。

**一、基于法律行为的不动产的物权变动规则**

（一）变动模式

法律行为有效+处分权+登记

（二）适用范围

1.不动产的所有权、抵押权、建设用地使用权的抛弃：抛弃行为有效+处分权+注销登记

2.不动产买卖：买卖合同有效+处分权+过户登记

3.不动产赠与：赠与合同有效+处分权+过户登记

4.建设用地使用权出让或转让：出让或转让合同有效+处分权+设立登记

5.不动产抵押权的设立：抵押合同有效+处分权+设立抵押登记

6.基于设立公司（合伙）协议的不动产出资：设立公司（合伙）的多方法律行为有效+处分权+过户登记

7.附着于土地之林木的买卖与赠与：买卖（赠与）合同有效+处分权+过户登记

（三）例外情况

1.土地承包经营权的设立或转让，无须设立登记或移转登记。未登记，不得对抗善意第三人，但可以对抗本集体经济组织中的其他成员。

家庭承包的，家庭成员之一死亡的，不发生土地承包经营权继承问题，承包地由家庭其他成员继续承包经营。家庭成员全部死亡的，该土地承包经营权消灭，但承包地为林地的除外。承包人应得的承包收益，依照继承法的规定继承。

2.地役权的设立，无须设立登记。但未登记，不能对抗善意第三人。

【注意】仅指不得对抗自“供役地”受让权利的善意第三人。

约定的地役权期限不得超过需役地和供役地上的土地承包经营权、建设用地使用权的剩余期限。

（四）登记

1.由不动产所在地的县级人民政府不动产登记机构办理。

2.跨县级行政区域的不动产登记，由所跨县级行政区域的不动产登记机构分别办理。不能分别办理的，由所跨县级行政区域的不动产登记机构协商办理；协商不成的，由共同的上一级人民政府不动产登记主管部门指定办理。

3.原则上由当事人双方共同申请。动产登记机构应当自受理登记申请之日起30个工作日内办结不动产登记手续，法律另有规定的除外。

4.可由当事人单方申请的情况：

（1）尚未登记的不动产首次申请登记的。

（2）继承、接受遗赠取得不动产权利的。

（3）生效法律文书或者人民政府生效的决定等设立、变更、转让、消灭不动产权利的。

（4）权利人姓名、名称或者自然状况发生变化，申请变更登记的。

（5）不动产灭失或者权利人放弃不动产权利，申请注销登记的。

（6）申请更正登记或者异议登记的。

5.登记为不动产物权变动的要件，物权变动的时间点是将注销登记、移转登记、设立登记、变更登记记载到不动产登记簿之日，而不是发放权属证书（房产证、建设用地使用权证等）之日。

6.登记具有对抗力——登记使物权变动产生抗力；处分力——不登记不得处分。

当事人办理抵押登记手续时，因登记部门的原因致使无法办理抵押物登记，抵押人向债权人交付权利凭证的，可以认定债权人对该财产具有优先受偿权，但不可对抗善意第三人。

**二、基于法律行为的动产物权变动规则**

（一）变动模式

生效的法律行为+处分权+交付（或放弃占有）。

1.普通动产：交付即完成物权变动，没有登记的问题。

2.特殊动产：交付即完成物权变动，但未登记的不得对抗善意第三人。

(1)物权法解释一第6条：转让人转移船舶、航空器和机动车等所有权，受让人已经支付对价并取得占有，虽未经登记，但转让人的债权人主张其为此处物权法第24条所称的“善意第三人”的，不予支持，法律另有规定的除外。转让人的债权人含破产债权人、人身损害债权人、强制执行债权人、参与分配债权人。

(2)船舶、航空器、机动车等物权的设立、变更、转让和消灭，未经登记，不得对抗善意第三人。

【注意】受让人已支付对价并转移占有，虽未办理过户登记仍可对抗善意第三人。

（二）适用范围

1.抛弃动产所有权或质权：抛弃单方法律行为有效+处分权+放弃或返还占有。

2.动产买卖或赠与：买卖或赠与合同有效+处分权+交付（现实交付、指示交付、占有改定、简易交付）。

3.动产质权或部分权利质权（具有权利凭证的支票、本票、汇票、债券、存款单、仓单、提单等）的设立：质押合同有效+处分权+交付（现实交付、指示交付、简易交付）。

【注意】此处无占有改定。另外，以支票、本票、汇票、债券这4种出质时，未在凭证背书“质押”字样的，已经设立的权利质押不能对抗善意第三人。

4.基于设立公司（合伙）协议的动产出资：设立公司（合伙）的多方法律行为有效+处分权+交付（现实交付、指示交付、占有改定、简易交付）。

（三）例外情况——需要设立登记

普通动产及有权利凭证的有价证券质押生效是交付生效。但以下几种情况质押需要登记才生效。其变动模式：生效的法律行为+让与人具有相应的处分权+设立登记，即：质押合同有效+处分权+设立登记。

1.以没有权利凭证的有价证券（例如国库券、电子提单、电子仓单）出质的，质权自在有关部门办理出质登记时设立。

2.以基金份额、证券登记结算机构登记的股权、其他股权出质，质权自证券登记结算机构办理出质登记时设立；以其他股权出质的，质权自工商行政管理部门办理出质登记时设立。

3.以著作财产权出质的，质权自在国家版权局办理出质登记时设立；以专利权出质的，质权自在国家知识产权局办理出质登记时设立；以商标权出质的，质权自在国家商标局办理出质登记时设立。

4.以应收账款设立权利质权的，质权自在信贷征信机构办理出质登记时质权设立。

（四）例外情况——无须公示

1.生效的法律行为+让与人具有的处分权

2.动产抵押的设立。抵押合同有效+处分权。

【注意】未登记不能对抗善意第三人。

3.动产浮动抵押权的设立。抵押合同有效+处分权。

【注意】未登记，在休眠期结束后，不能对抗善意第三人。（休眠期指浮动抵押权在抵押财产确定之前，抵押权人没有支配具体抵押财产的权利，或不产生禁止抵押人在正常经营范围内处分抵押财产的权利，除非在抵押合同中对某些财产或处分行为作相反的规定。）

**三、交付**

以交付作为公示方式的物权包括：

（1）普通动产的所有权；

（2）动产质权。

【注意】交通运输工具所有权的变动，以交付为要件；但是其公示的方法，则是登记。因此，第三人判断交通工具所有权归属的依据，并不是占有，而是登记。

（一）现实交付

1.现实交付有三种特殊情况：经由占有辅助人为交付、经由被指令人为交付、经由占有媒介关系而为交付。

2.现实交付的法律效果：①动产所有权移转于买受人；②风险移转给买受人承担；③利益承受——由买受人取得孳息所有权。

3.动产买卖中交付完成的判断：

（1）约定了交货地点：①目的地交货；②指定地点交货；

【注意】目的地交货不等于送货上门。

（2）未约定交货地点且标的物不需要运输：①订立合同时已知的货物存放地点——该存放点；②订立合同时不知货物存放地点——营业地。

（3）未约定交货地点且标的物需要运输：货交第一承运人。

（二）简易交付

1.构成要件：

（1）动产已经由对方直接占有，但物权并未变动；

（2）引起简易交付的合意，法律要求较为宽松：既可以表现为“债权性合意”，如买卖合意、质押合意，也可以表现为“物权性合意”，如让渡所有权的合意、设立质权的合意；

（3）简易交付引起物权变动的时间点，为上述合意达成之时。

（三）指示交付

1.两个合意：（1）产生移转动产所有权或者设立动产质权的合意；（2）让与返还请求权的合意。

2.物权变动时间：指示交付的两个合意生效时发生物权变动。但该指示通知到达直接占有人之前，就算已经发生物权变动，也不对直接占有人发生效力。

3.指示交付两种类型：

（1）让与人系间接占有人（如出租人、出借人、寄存人）时，可将他基于占有媒介关系（租赁、借用、寄存）所生的债权返还请求权让与受让人，以代交付。这种返还请求权的让与同时为间接占有的移转。

（2）让与人非间接占有人时，可对受让人让与对直接占有人的返还原物请求权、占有回复请求权或者占有之不当得利返还请求权以代现实交付。

（四）占有改定

1.两个合意：

（1）受让人取得动产所有权的合意；法律对引起占有改定的合意要求较为严格：必须以“物权性合意”（“它是你的了”）为限。反之，“债权性合意”（“我愿意把它卖给你”）不能够引起占有改定。

（2）让与人和受让人成立借用、保管、租赁、委托、承揽等债权合同的合意，依照该债权合同使受让人取得间接占有，以代现实交付。

2.占有改定引起物权变动的时间点，两个合意达成之时。

3.设立动产质权、权利质权时，若采用占有改定方式交付，不发生物权变动的效果，质权未设立。（根据：物权法27条、担保法解释87条）

4.让与人实施无权处分，且以占有改定方式完成交付的，不发生善意取得的效果，受让人不能善意取得动产所有权或动产质权。（无法律依据、通说观点）

**四、有权处分的多重买卖-略**

**五、无权处分的多重买卖**

1.行为模式：第一出卖人与前买受人之前已进行交付或登记，标的物的所有权已转移给前买受人，然后又与次买受人签订买卖合同（无权处分）。

2.与前买受人订立的合同、与次买受人订立的合同都有效。

3.与前买受人是有权处分；与后买受人是无权处分。

4.前行为人取得物权；后行为人没有取得物权，可依合同主张违约责任，至于能不能构成善意取得，要结合具体情况来分析，严格把握善意取得的构成要件。

【总结】“让与人具有相应的处分权”决定是有权处分还是无权处分，则又涉及“物权的归属”的复杂问题。一般而言物权人享有处分权。但在下列情形物权人的处分权受到限制:

①物权法第20条：办理移转所有权的预告登记后,不动产所有权人不享有处分权。

②物权法第31条：经由非基于法律行为的物权变动取得不动产物权后,未经宣示登记的,该不动产物权人不享有处分权。

③物权法第191条：设立抵押权后,抵押期间,抵押物的所有人不享有转让(出卖、赠与、互易、出资)该抵押物的处分权，但仍享有抵押、质押的处分权。

④物权法第97条：部分共有人违反应当经占份额三分之二以上的按份共有人或者全体共同共有人同意的规定实施的处分行为欠缺处分权。

**六、基于法律行为物权变动的区分原则-略**

**历年真题**

10-03-06

甲将一辆汽车以15万元卖给乙，乙付清全款，双方约定七日后交付该车并办理过户手续。丙知道此交易后，向甲表示愿以18万元购买，甲当即答应并与丙办理了过户手续。乙起诉甲、丙，要求判令汽车归己所有，并赔偿因不能及时使用汽车而发生的损失。关于该汽车的归属，下列哪一说法是正确的？

A.归甲所有，甲应交付于丙

B.归乙所有，乙只能请求甲承担赔偿责任

C.归丙所有，但甲、丙应赔偿乙的损失

D.归丙所有，但丙应赔偿乙的损失

10-03-53

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

A.房屋应归甲所有

B.房屋应归乙所有

C.抵押合同有效

D.抵押权未成立

11-03-55

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，并入住了该房屋。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？

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

12-03-89

甲公司将1台挖掘机出租给乙公司，为担保乙公司依约支付租金，丙公司担任保证人，丁公司以机器设备设置抵押。乙公司欠付10万元租金时，经甲公司、丙公司和丁公司口头同意，将6万元租金债务转让给戊公司。之后，乙公司为现金周转将挖掘机分别以45万元和50万元的价格先后出卖给丙公司和丁公司，丙公司和丁公司均已付款，但乙公司没有依约交付挖掘机。

因乙公司一直未向甲公司支付租金，甲公司便将挖掘机以48万元的价格出卖给王某，约定由乙公司直接将挖掘机交付给王某，王某首期付款20万元，尾款28万元待收到挖掘机后支付。此事，甲公司通知了乙公司。

王某未及取得挖掘机便死亡。王某临终立遗嘱，其遗产由其子大王和小王继承，遗嘱还指定小王为遗嘱执行人。因大王一直在外地工作，同意王某遗产由小王保管，没有进行遗产分割。在此期间，小王将挖掘机出卖给方某，没有征得大王的同意。

甲公司与王某签订买卖合同之后，王某死亡之前，关于挖掘机所有权人，下列选项正确的是：

A.甲公司

B.丙公司

C.丁公司

D.王某

13-03-11

甲有件玉器，欲转让，与乙签订合同，约好10日后交货付款；第二天，丙见该玉器，愿以更高的价格购买，甲遂与丙签订合同，丙当即支付了80%的价款，约好3天后交货；第三天，甲又与丁订立合同，将该玉器卖给丁，并当场交付，但丁仅支付了30%的价款。后乙、丙均要求甲履行合同，诉至法院。下列哪一表述是正确的？

A.应认定丁取得了玉器的所有权

B.应支持丙要求甲交付玉器的请求

C.应支持乙要求甲交付玉器的请求

D.第一份合同有效，第二、三份合同均无效

15-03-05

甲与乙签订《协议》，由乙以自己名义代甲购房，甲全权使用房屋并获取收益。乙与开发商和银行分别签订了房屋买卖合同和贷款合同。甲把首付款和月供款给乙，乙再给开发商和银行，房屋登记在乙名下。后甲要求乙过户，乙主张是自己借款购房。下列哪一选项是正确的？

A.甲有权提出更正登记

B.房屋登记在乙名下，甲不得请求乙过户

C.《协议》名为代购房关系，实为借款购房关系

D.如乙将房屋过户给不知《协议》的丙，丙支付合理房款则构成善意取得

15-03-08

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

A.甲乙之间的担保合同无效

B.红木已交付，丙取得质权

C.丙经甲的授权而占有，甲取得质权

D.丙不能代理甲占有红木，因而甲未取得质权

16-03-12

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。关于履行顺序，下列哪一选项是正确的？

A.戊、丙、丁、乙

B.戊、丁、丙、乙

C.乙、丁、丙、戊

D.丁、戊、乙、丙

**真题答案解析**

8.10-03-06

甲将一辆汽车以15万元卖给乙，乙付清全款，双方约定七日后交付该车并办理过户手续。丙知道此交易后，向甲表示愿以18万元购买，甲当即答应并与丙办理了过户手续。乙起诉甲、丙，要求判令汽车归己所有，并赔偿因不能及时使用汽车而发生的损失。关于该汽车的归属，下列哪一说法是正确的？

A.归甲所有，甲应交付于丙

B.归乙所有，乙只能请求甲承担赔偿责任

C.归丙所有，但甲、丙应赔偿乙的损失

D.归丙所有，但丙应赔偿乙的损失

《物权法》第24条规定，船舶、航空器和机动车等物权的设立、变更、转让和消灭，未经登记，不得对抗善意第三人。

《买卖合同解释》第10条规定，出卖人就同一船舶、航空器、机动车等特殊动产订立多重买卖合同，在买卖合同均有效的情况下，买受人均要求实际履行合同的，应当按照以下情形分别处理：……（二）均未受领交付，先行办理所有权转移登记手续的买受人请求出卖人履行交付标的物等合同义务的，人民法院应予支持。

可见，上述特殊动产的物权变动模式采登记对抗主义，即上述特殊动产的转让从交付时起所有权即发生了变动，但是不登记不具有对抗善意第三人的效力。本题中，甲将汽车卖给乙，但是并没有交付，所以此时甲仍有所有权。另，根据《买卖合同解释》第10条的规定，机动车所有权的移转以交付为准，只登记不交付无法转移所有权，所以，甲对丙的过户登记行为也不能转移所有权，此时所有权仍归甲所有，而丙因登记享有优先的顺位请求权但还没有取得所有权，故A项正确，BCD项错误。

综上所述，本题正确答案为A项。

9.10-03-53

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

A.房屋应归甲所有

B.房屋应归乙所有

C.抵押合同有效

D.抵押权未成立

AB项：《物权法》第28条规定，因人民法院、仲裁委员会的法律文书或者人民政府的征收决定等，导致物权设立、变更、转让或者消灭的，自法律文书或者人民政府的征收决定等生效时发生效力。因此，仲裁裁决争议房屋归乙所有且裁决书生效后，房屋的所有权即属于乙。所以，B正确，A错误。

C项：《合同法》第44条规定，依法成立的合同，自成立时生效。《物权法》第15条：当事人之间设立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同，除法律另有规定或者合同另有约定外，自合同成立时生效；未办理物权登记的，不影响合同效力。本题中，所有权人乙将该房屋抵押给丙银行，签订了书面合同，虽未登记，但是不妨碍抵押合同自签订之日起生效，C正确。

D项：《物权法》第31条规定，依照本法第28条至第30条规定享有不动产物权的，处分该物权时，依照法律规定需要办理登记的，未经登记，不发生物权效力。乙将房屋抵押必须办理变更登记，否则不能发生相应的物权效力，故抵押权没有成立，D项正确。

综上所述，本题答案为BCD项。

10.11-03-55

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，并入住了该房屋。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？

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

根据《物权法》第28条的规定，“因人民法院、仲裁委员会的法律文书或者人民政府的征收决定等，导致物权设立、变更、转让或者消灭的，自法律文书或者人民政府的征收决定等生效时发生效力。2月1日，法院作出生效判决后，房屋已经归李某所有。

《物权法》第31条，依照本法第28条至第30条规定享有不动产物权的，处分该物权时，依照法律规定需要办理登记的，未经登记，不发生物权效力。3月1日张某与李某签订了买卖合同，但并没有办理房屋所有权变更登记手续，故所有权还没有移转，仍归李某所有。吴某将属于李某所有但登记在自己名下的房屋转让给王某，属于无权处分，根据《物权法》第106条第1款的规定，无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的，所有权人有权追回；除法律另有规定外，符合下列情形的，受让人取得该不动产或者动产的所有权：（一）受让人受让该不动产或者动产时是善意的；（二）以合理的价格转让；（三）转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记，不需要登记的已经交付给受让人。因而当5月10日善意受让人王某办理了所有权变更手续时，王某基于善意取得制度取得房屋所有权。因此，5月10日后，王某成为房屋的所有权人。

2月1日至5月10日，李某是房屋所有权人；5月10日后，王某是房屋所有权人。BD正确，AC错误。

综上所述，本题答案为BD。

11.12-03-89

甲公司将1台挖掘机出租给乙公司，为担保乙公司依约支付租金，丙公司担任保证人，丁公司以机器设备设置抵押。乙公司欠付10万元租金时，经甲公司、丙公司和丁公司口头同意，将6万元租金债务转让给戊公司。之后，乙公司为现金周转将挖掘机分别以45万元和50万元的价格先后出卖给丙公司和丁公司，丙公司和丁公司均已付款，但乙公司没有依约交付挖掘机。

因乙公司一直未向甲公司支付租金，甲公司便将挖掘机以48万元的价格出卖给王某，约定由乙公司直接将挖掘机交付给王某，王某首期付款20万元，尾款28万元待收到挖掘机后支付。此事，甲公司通知了乙公司。

王某未及取得挖掘机便死亡。王某临终立遗嘱，其遗产由其子大王和小王继承，遗嘱还指定小王为遗嘱执行人。因大王一直在外地工作，同意王某遗产由小王保管，没有进行遗产分割。在此期间，小王将挖掘机出卖给方某，没有征得大王的同意。

甲公司与王某签订买卖合同之后，王某死亡之前，关于挖掘机所有权人，下列选项正确的是：

A.甲公司

B.丙公司

C.丁公司

D.王某

《物权法》第23条规定，动产物权的设立和转让，自交付时发生效力，但法律另有规定的除外。《物权法》第26条规定，动产物权设立和转让前，第三人依法占有该动产的，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。指示交付，即动产由第三人占有时，出让人将其对于第三人的返还请求权让与受让人，以代替交付。指示交付是交付的一种特殊形态，是动产物权变动的公示方法之一。甲王某间成立（挖掘机）买卖合同，甲将向乙的返还（挖掘机）请求权转让给了王某，甲通知了乙。这属于观念交付中的指示交付，故已完成交付。

《物权法》第106条规定，无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的，所有权人有权追回；除法律另有规定外，符合下列情形的，受让人取得该不动产或者动产的所有权：（一）受让人受让该不动产或者动产时是善意的；（二）以合理的价格转让；（三）转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记，不需要登记的已经交付给受让人。受让人依照前款规定取得不动产或者动产的所有权的，原所有权人有权向无处分权人请求赔偿损失。当事人善意取得其他物权的，参照前两款规定。本题中，丙公司和丁公司知道乙公司是承租人而非所有权人，他们并非善意第三人，也未取得挖掘机占有，因此丙公司和丁公司不是所有权人。故D选项正确，ABC选项错误。

综上所述，本题答案为D项。

12.13-03-11

甲有件玉器，欲转让，与乙签订合同，约好10日后交货付款；第二天，丙见该玉器，愿以更高的价格购买，甲遂与丙签订合同，丙当即支付了80%的价款，约好3天后交货；第三天，甲又与丁订立合同，将该玉器卖给丁，并当场交付，但丁仅支付了30%的价款。后乙、丙均要求甲履行合同，诉至法院。下列哪一表述是正确的？

A.应认定丁取得了玉器的所有权

B.应支持丙要求甲交付玉器的请求

C.应支持乙要求甲交付玉器的请求

D.第一份合同有效，第二、三份合同均无效

《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第9条：“出卖人就同一普通动产订立多重买卖合同，在买卖合同均有效的情况下，买受人均要求实际履行合同的，应当按照以下情形分别处理：（一）先行受领交付的买受人请求确认所有权已经转移的，人民法院应予支持；（二）均未受领交付，先行支付价款的买受人请求出卖人履行交付标的物等合同义务的，人民法院应予支持；（三）均未受领交付，也未支付价款，依法成立在先合同的买受人请求出卖人履行交付标的物等合同义务的，人民法院应予支持。”

ABC项：本题中，丁已先行受领交付，动产所有权以交付转移。所以丁取得所有权，丙、乙不能再请求甲交付玉器，但可以要求甲承担违约责任。所以A项正确，玉器的所有权已归丁所有，所以丙乙不得要求甲交付玉器，而可要求甲承担违约责任。BC项错误。

D项：《合同法》第52条规定：”有下列情形之一的，合同无效：（一）一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；（二）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；（三）以合法形式掩盖非法目的；（四）损害社会公共利益；（五）违反法律、行政法规的强制性规定”。第54条规定：“下列合同，当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销：（一）因重大误解订立的；（二）在订立合同时显失公平的”。三份合同不存在《合同法》第52、54条中无效、可撤销的情形，所以均有效，D项错误。

综上所述，本题正确答案为A。

13.15-03-05

甲与乙签订《协议》，由乙以自己名义代甲购房，甲全权使用房屋并获取收益。乙与开发商和银行分别签订了房屋买卖合同和贷款合同。甲把首付款和月供款给乙，乙再给开发商和银行，房屋登记在乙名下。后甲要求乙过户，乙主张是自己借款购房。下列哪一选项是正确的？

A.甲有权提出更正登记

B.房屋登记在乙名下，甲不得请求乙过户

C.《协议》名为代购房关系，实为借款购房关系

D.如乙将房屋过户给不知《协议》的丙，丙支付合理房款则构成善意取得

甲乙之间缔结协议，让乙以自己的名义购买房屋，甲实际支付贷款，乙仅仅是名义上的所有人，实际上的所有人是甲。

A项：根据《物权法》第19条第1款的规定，权利人、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。所以A说法正确。

B项：房屋所有人是甲，甲可以请求乙过户登记在自己的名下，所以B项说法错误。

C项：甲仅仅是借用乙的名义购买房屋，甲乙之间不存在借贷关系，所以C项说法错误。

D项：乙是不动产登记簿记载的主体，有公示效力，所以乙无权处分房屋，善意的丙以市价购买时，根据《物权法》的106条的规定，登记时构成善意取得。所以D项不正确。

综上所述，正确答案为A。

14.15-03-08

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

A.甲乙之间的担保合同无效

B.红木已交付，丙取得质权

C.丙经甲的授权而占有，甲取得质权

D.丙不能代理甲占有红木，因而甲未取得质权

BCD项：乙是债务人甲是债权人，甲乙之间设定质权，甲是质权人。且本案属于交付第三人代为占有，此时丙是直接占有，甲的基于质权的间接占有，所以甲享有质权，所以C正确，BD项错误。

A项：甲乙之间的质押合同，不存在无效的事由，所以A项错误。

综上所述，本题答案为C。

15.16-03-12

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。关于履行顺序，下列哪一选项是正确的？

A.戊、丙、丁、乙

B.戊、丁、丙、乙

C.乙、丁、丙、戊

D.丁、戊、乙、丙

《买卖合同解释》第9条规定：“出卖人就同一普通动产订立多重买卖合同，在买卖合同均有效的情况下，买受人均要求实际履行合同的，应当按照以下情形分别处理：（一）先行受领交付的买受人请求确认所有权已经转移的，人民法院应予支持；（二）均未受领交付，先行支付价款的买受人请求出卖人履行交付标的物等合同义务的，人民法院应予支持；（三）均未受领交付，也未支付价款，依法成立在先合同的买受人请求出卖人履行交付标的物等合同义务的，人民法院应予支持。”甲出售的挖掘机属于普通动产，甲与戊于6月1日签订合同并且完成交付，所以戊取得所有权。5月1日丁完成支付货款，4月1日丙支付了20%的货款，3月1日乙签订合同。所以，A项正确。

综上所述，本题正确答案为A。

**2018年第015期——每日重点考点物权变动之非基于法律行为的物权变动（4星考点）**

**基本概念**

1.形成诉权：与单纯形成权互为相对关系，指必须通过法院或者仲裁机构行使的形成权。

2.单纯形成权：行使人将意思表示通知相对人即可产生法律关系变动效力的形成权。

3.原始取得：不基于原所有人的意愿或权利而取得某物的所有权，如劳动生产、孳息、先占、征收、添附和善意取得等。

4.继受取得：基于原所有人的意愿或权利而取得某物的所有权，如合同、继承等。

5.确认判决：在民事诉讼中是指法院对处于争议状态的特定民事法律关系的存在与否及归属作出的确定。

6.继承回复请求权：当继承权受到不法侵害时，继承人有权直接向侵权人提出恢复继承权原状，返还遗产，赔偿损失或请求法院给予法律保护，强制侵权人恢复继承权未被侵害时的原状，返还被侵占的遗产或赔偿继承人遭受的损失。

7.添附：将不同所有人的物结合在一起而形成不可分离的物或具有新物性质的物，如果要恢复原状在事实上不可能或者在经济上不合理，在此情况下，确认该新财产的归属问题。

8.附合：不同所有人的财产密切的结合在一起而形成新的财产，对原物虽然尚能辨明，但无法分离或分离后会大大降低新物的价值。

9.混合：不同所有人的动产相融合。

10.加工：在他人之物上附加自己的有价值的劳动，使之成为新物。

11.先占：以所有的意思，先于他人占有无主的动产，而取得其所有权的法律事实。

12.更正登记：权利人、利害关系人认为不动产登记簿记载的事项错误的，可以申请更正登记，是彻底地消除登记权利与真正权利不一致的状态，避免第三人依据不动产登记簿取得不动产登记簿上记载的物权。

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

14.预告登记：就是为保全关于不动产物权的请求权而将此权利进行的登记。他将债权请求权予以登记，使其具有对抗第三人的效力，使妨害其不动产物权登记请求权所为的处分无效，以保障将来本登记的实现。

**重点考点详解**

非基于法律行为的物权变动：生效法律文书，继承、受遗赠，合法建造、拆除房屋，添附（加工、附合、混合)，无主动产的先占，征收、没收、强制执行，取得孳息，善意取得。

【注意】如果处分人未登记，直接处分，相对人不能取得物权。上述情况下，处分人与相对人之间合同的债权效力不受影响。如处分人未经登记，可以直接向相对人出租该房屋。

**一、生效法律文书**

无须登记和交付，法律文书生效时发生物权变动的效果，不包括给付判决、裁决、调解书和确认判决。包括形成判决、裁定、裁决、调解书，具体包括：

1.行使离婚请求权所形成的分割夫妻共有财产的生效判决、调解书。

2.行使可撤销婚姻撤销权所形成的分割夫妻共有财产的生效判决、调解书。

3.行使债权人撤销权所形成的生效判决。

【注意】债权人撤销权属于综合性的权利，即包括形成权能，又包括请求权能。

4.行使可撤销合同中的撤销权所产生的胜诉生效判决。

5.行使共有物分割请求权所形成导致共有物所有权变动的生效判决书、裁决书、调解书。

6.人民法院在执行程序中作出的拍卖成交裁定书、以物抵债裁定书。

【注意】单纯形成权获得胜诉的判决属于确认判决，不属于形成判决。

**二、继承、受遗赠**

1.因继承（法定、遗嘱）或者受遗赠取得物权的，无须登记或交付，被继承人死亡时继承人或受遗赠人自动取得物权。

2.若有两个以上的继承人，被继承人死亡后，遗产分割前为共同共有（承担责任也是连带责任）。

3.继承人放弃继承权的意思表示应于被继承人死亡后，遗产分割前作出，遗产分割后作出，此时放弃的是所有权而非继承权。

【注意】放弃继承权具有溯及力，追溯到继承开始时。

4.继承不适用诉讼时效，但继承权回复请求权适用诉讼时效。

**三、基于生效法律文书、继承、受遗赠取得不动产物权的几个问题**

1.基于生效法律文书、继承、受遗赠取得不动产物权，无须登记。未办理宣示登记的，物权人不得处分，处分的不发生物权变动效果，但不影响合同效力。

2.基于生效法律文书、继承、受遗赠取得不动产物权，未办理宣示登记的，物权人不得处分，但不动产物权的其他权能不受影响，侵害该物权的，物权人仍可主张保护请求权。

3.基于生效法律文书、继承、受遗赠取得不动产物权，未办理宣示登记导致该不动产登记错误的，该错误登记具有公信力。若登记名义人无权处分该不动产，该不动产可被善意取得。此时真实权利人只能请求无权处分人赔偿损害。

**四、合法建造、拆除房屋**

（一）合法建造房屋：

1.基于房屋建造行为取得物权：建造行为完成，无需登记，物权即变动；物权取得后，物权人处分该物权，必须先登记，再向受让人处分；受让人取得物权，必须登记。

2.合法建造房屋的，自事实行为成就（房屋封顶之时，无论门窗是否安装）时，建造人取得房屋所有权，无须登记（初始登记）。

（二）合法拆除房屋：

1.基于房屋拆除行为消灭物权：拆除行为完成，无需注销登记，物权即消灭。上述规则，可以依法适用于“房屋拆除”这一事实行为，也可以扩张适用于因“事件”所引起的房屋毁损灭失，如地震、海啸、泥石流等。

2.拆除房屋的，将每一层的屋顶掀开时该层房屋所有权就消灭了，无须登记（注销登记）。

**五、添附——附合、混合、加工**

（一）附合

1.构成要件：

从外观尚能区分二物；分别属于不同所有权人；动产附合于动产或不动产之上；动产成为不动产的重要成分；不经损毁不能分离或分离费用太大。

2.动产附合于不动产的物权效果

动产所有权因附合消失；不动产所有权人取得附合物的所有权。

【注意】未经出租人同意的装修，出租人可以要求承租人恢复原状或者赔偿损失。

3.动产附合于动产的物权效果

按附合时各自产生的价值，按份共有附合物；未构成擅自附合的，新物归价值较大的一方；附合的动产中，有可视为主物的，由主物所有权人取得附合物的所有权；构成擅自附合的，新物归对方。

4.附合而成的新物处理规则是：

首先，当事人之间有约定的，按约定办理。

其次，没有约定又协商不成，能够拆除的，可以责令拆除。

最后，不能拆除的，可折价归所有人，造成所有人损失的，应当负赔偿责任。

【例外】城镇房屋租赁合同解释第12条:承租人经出租人同意装饰装修，租赁期间届满时，承租人请求出租人补偿附合装饰装修费用的，不予支持。但当事人另有约定的除外。（原理：不得强迫得利问题）

（二）混合

1.构成要件：动产和动产混合；混合后不能识别原物或识别费用太大；原属于不同的所有人。

2.物权效果：原则上按照混合时各自原物的价值共有混合物；被混合物有可视为主物的，由主物的所有权人取得混合物；混合之物的所有权，归属于价值较大的一方；取得混合之物的“所有权人”，应当向对方返还对方之物的价值。

（三）加工

1.构成要件：加工的标的物需为动产；加工的标的物为他人所有；需因加工而制成了新物或使原物的价值发生了较大的增值。

2.物权效果：原则上，加工物归原材料所有人；如果增加的价值明显超过了原材料价值，归加工人，但加工人恶意的除外；加工承揽合同除外。

【注意】

（1）因添附取得新物的“所有权人”，就原属于对方所有之物而言，构成不当得利，应负不当得利返还义务；相应的，对方请求“新物所有权人”返还的权利，属于返还不当得利的债权请求权。同理，因添附遭受损失的人，有权向有过错方主张侵权损害赔偿责任。

（2）因添附而消灭的动产所有权，该动产上的其他权利随之消灭，但该动产上已设定的抵押权、质权不消灭。抵押物因添附致使抵押物归第三人，抵押权及于补偿金；抵押物所有权人为添附物的所有人，抵押权及于添附物；第三人与抵押物所有权人为添附物的共有人，抵押权及于抵押人的添附物享有的份额。

**六、先占**

1.构成要件：先占的客体是无主动产，遗失物不是无主动产；先占需以所有的意思占有（自主占有）；不违反法律、法规的禁止性规定，且不与他人依法享有的先占权冲突。

2.法律效果：取得无主动产的所有权；先占属于事实行为，原始取得；指示他人先占，所有权归雇主所有。

**七、登记-略**

**八、相关总结**

比较原始取得、非基于法律行为的物权变动

1.概念涵盖环节长短不同。原始取得物权仅仅涵盖某一主体取得物权，不能涵盖物权的移转、内容变更和消灭全流程。非基于法律行为的物权变动则全面涵盖所有不通过法律行为发生的物权移转、内容变更、设立、消灭的全过程。

2.二者并非一一对应关系。大多数情况下，非基于法律行为而取得物权的，都属于原始取得。但也有例外。例如通过法定继承取得物权，属于非基于法律行为的物权变动，但属于继受取得，而非原始取得。

**历年真题**

10-03-53

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

A.房屋应归甲所有

B.房屋应归乙所有

C.抵押合同有效

D.抵押权未成立

11-03-55

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，并入住了该房屋。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？

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

12-03-51

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？

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

13-03-06

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

A.2012年3月，甲、乙按份共有房屋

B.2012年8月，甲、乙按份共有房屋

C.2012年9月，丁为房屋所有人

D.2012年12月，戊为房屋所有人

14-03-55

刘某借用张某的名义购买房屋后，将房屋登记在张某名下。双方约定该房屋归刘某所有，房屋由刘某使用，产权证由刘某保存。后刘某、张某因房屋所有权归属发生争议。关于刘某的权利主张，下列哪些表述是正确的？

A.可直接向登记机构申请更正登记

B.可向登记机构申请异议登记

C.可向法院请求确认其为所有权人

D.可依据法院确认其为所有权人的判决请求登记机关变更登记

16-03-05

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

A.因未办理房屋所有权变更登记，蔡永无权要求蔡花搬出

B.因诉讼时效期间届满，蔡永的房屋腾退请求不受法律保护

C.蔡花系合法占有，蔡永无权要求其搬出

D.蔡永对该房屋享有物权请求权

**真题答案解析**

8.10-03-53

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

A.房屋应归甲所有

B.房屋应归乙所有

C.抵押合同有效

D.抵押权未成立

AB项：《物权法》第28条规定，因人民法院、仲裁委员会的法律文书或者人民政府的征收决定等，导致物权设立、变更、转让或者消灭的，自法律文书或者人民政府的征收决定等生效时发生效力。因此，仲裁裁决争议房屋归乙所有且裁决书生效后，房屋的所有权即属于乙。所以，B正确，A错误。

C项：《合同法》第44条规定，依法成立的合同，自成立时生效。《物权法》第15条：当事人之间设立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同，除法律另有规定或者合同另有约定外，自合同成立时生效；未办理物权登记的，不影响合同效力。本题中，所有权人乙将该房屋抵押给丙银行，签订了书面合同，虽未登记，但是不妨碍抵押合同自签订之日起生效，C正确。

D项：《物权法》第31条规定，依照本法第28条至第30条规定享有不动产物权的，处分该物权时，依照法律规定需要办理登记的，未经登记，不发生物权效力。乙将房屋抵押必须办理变更登记，否则不能发生相应的物权效力，故抵押权没有成立，D项正确。

综上所述，本题答案为BCD项。

9.11-03-55

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，并入住了该房屋。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？

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

根据《物权法》第28条的规定，“因人民法院、仲裁委员会的法律文书或者人民政府的征收决定等，导致物权设立、变更、转让或者消灭的，自法律文书或者人民政府的征收决定等生效时发生效力。2月1日，法院作出生效判决后，房屋已经归李某所有。

《物权法》第31条，依照本法第28条至第30条规定享有不动产物权的，处分该物权时，依照法律规定需要办理登记的，未经登记，不发生物权效力。3月1日张某与李某签订了买卖合同，但并没有办理房屋所有权变更登记手续，故所有权还没有移转，仍归李某所有。吴某将属于李某所有但登记在自己名下的房屋转让给王某，属于无权处分，根据《物权法》第106条第1款的规定，无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的，所有权人有权追回；除法律另有规定外，符合下列情形的，受让人取得该不动产或者动产的所有权：（一）受让人受让该不动产或者动产时是善意的；（二）以合理的价格转让；（三）转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记，不需要登记的已经交付给受让人。因而当5月10日善意受让人王某办理了所有权变更手续时，王某基于善意取得制度取得房屋所有权。因此，5月10日后，王某成为房屋的所有权人。

2月1日至5月10日，李某是房屋所有权人；5月10日后，王某是房屋所有权人。BD正确，AC错误。

综上所述，本题答案为BD。

10.12-03-51

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？

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

《物权法》第42条规定，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单位、个人的房屋及其他不动产。征收集体所有的土地，应当依法足额支付土地补偿费、安置补助费、地上附着物和青苗的补偿费等费用，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。征收单位、个人的房屋及其他不动产，应当依法给予拆迁补偿，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。

A项：征收的前提是为了公共利益，由此实现国家、集体和个人利益的统一。故A选项正确。

B项：征收须依照法定权限和程序进行，保证程序公正。故B选项正确。

D项：征收个人住宅，应保障被征收人的居住条件。故D选项正确。

C项：征收城市房屋，应依法给予拆迁补偿；征收农村土地，应依法足额支付土地补偿费、安置补助费、地上附着物和青苗的补偿费等费用，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。因此C选项中的“可予拆迁补偿”应改为“应当给予拆迁补偿”。故C选项错误。

综上所述，本题答案为ABD。

11.13-03-06

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

A.2012年3月，甲、乙按份共有房屋

B.2012年8月，甲、乙按份共有房屋

C.2012年9月，丁为房屋所有人

D.2012年12月，戊为房屋所有人

C项：《物权法》第29条：“因继承或者受遗赠取得物权的，自继承或者受遗赠开始时发生效力。”9月，丙死亡，继承开始，丁取得房屋所有权，所以C正确。

A项：《物权法》第9条第1款：“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生效力；未经登记，不发生效力，但法律另有规定的除外。”3月，虽有散伙协议，但丙没有履行协议，房屋仍登记在丙名下，所以丙仍然是所有人。所以A项错误。

B项：《物权法》第28条：“因人民法院、仲裁委员会的法律文书或者人民政府的征收决定等，导致物权设立、变更、转让或者消灭的，自法律文书或者人民政府的征收决定等生效时发生效力。”8月，法院判决丙有办理过户的行为义务，即丙应给付一定的行为，而非判决房屋归甲、乙共有，这种判决并不直接导致物权的变更，所以不适用上述第28条。所以，仍然要等丙履行判决，过户后，所有权才变更为甲、乙共有。所以B项错误。

D项：依据《物权法》第9条第1款，未做变更登记，房屋所有权没有变动，所有人仍然是丁。合同是否公证与物权变动无关。所以D项错误。

综上所述，本题答案为C项。

12.14-03-55

刘某借用张某的名义购买房屋后，将房屋登记在张某名下。双方约定该房屋归刘某所有，房屋由刘某使用，产权证由刘某保存。后刘某、张某因房屋所有权归属发生争议。关于刘某的权利主张，下列哪些表述是正确的？

A.可直接向登记机构申请更正登记

B.可向登记机构申请异议登记

C.可向法院请求确认其为所有权人

D.可依据法院确认其为所有权人的判决请求登记机关变更登记

AB项：《物权法》第17条规定：“不动产权属证书是权利人享有该不动产物权的证明。”第19条规定：“权利人、利害关系人认为不动产登记簿记栽的事项错误的，可以申请更正登记。不动产登记簿记栽的权利人书面同意更正或者有证据证明登记确有错误的，登记机构应当予以更正。不动产登记簿记载的权利人不同意更正的，利害关系人可以申请异议登记。登记机构予以异议登记的，申请人在异议登记之日起15日内不起诉，异议登记失效。异议登记不当，造成权利人损害的，权利人可以向申请人请求损害赔偿。”本案中，刘某以张某名义购房后将房屋登记在张某名下，在刘某、张某因房屋所有权归属发生纠纷，但没有诉诸法院的情况下不能认为刘某有确切证据证明不动产登记簿记载事项错误。所以，A项错误，B项正确。

CD项：权属证书是权利的外在表现形式，只具有推定的证据效力，与实际权利状况并不一定完全吻合。如果主张权利案件当事人一方有充分证据证明房屋所有权证上记载的权利人不是真正的权利人，自己才是真正的权利人，那么就应当否定不动产权属证书记载的权利人之权利，而支持提供证据一方当事人的请求。本案中，刘某与张某约定房屋登记在张某名下，由刘某使用房屋并保存产权证，约定本身并不违反法律和行政法规的强制性规定，因此合法有效。但刘某无权直接要求登记机构进行更正登记，应当先通过法院请求确认其为所有权人，再依据法院判决请求登记机关变更登记。所以，CD项正确。

综上所述，本题正确答案为BCD。

13.16-03-05

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

A.因未办理房屋所有权变更登记，蔡永无权要求蔡花搬出

B.因诉讼时效期间届满，蔡永的房屋腾退请求不受法律保护

C.蔡花系合法占有，蔡永无权要求其搬出

D.蔡永对该房屋享有物权请求权

《物权法》第29条规定：“因继承或者受遗赠取得物权的，自继承或者受遗赠开始时发生效力。”同时《继承法》第2条规定：“继承从被继承人死亡时开始。”即遗嘱在被继承人死亡时生效。所以蔡永在其父母死亡时依据遗嘱取得房屋的所有权，不需要办理变更登记。所以，D项正确，A、B、C三项错误。

综上所述，本题正确答案为D。

**2018年第016期——每日重点考点所有权之共有（3星考点）**

**基本概念**

1.建筑物区分所有权：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。

2.共有：两个或以上共有人，对一个共有物的一个所有权的分享。共有的标的物，可以是动产，也可以是不动产。共有分为两类按份共有与共同共有。

共有的主体称为共有人，客体称为共有财产或共有物。各共有人之间因财产共有形成的权利义务关系，称为共有关系。

3.按份共有，又称分别共有：数人按应有份额（部分）对共有物共同享有权利和分担义务。

4.共同共有：两个或两个以上的民事主体，根据某种共同关系而对某项财产不分份额地共同享有权利并承担义务。

5.共有物的保存:指为防止共有物的毁损、灭失或其权利丧失，而维持其现状的行为。保存行为,对全体共有人均有利无害,且性质上多需急速处理,因此无论按份共有或共同共有,共有人可以不经其他共有人的事先同意而“单独为之”。

**重点考点详解**

**一、建筑物区分所有权**

1.包括三部分：业主自己专有部分的单独所有权、共有部分的共有权、因共有关系而产生的管理权。

2.建筑物区分所有权里的共有权，既不属于按份共有，也不属于共同共有，而是一种特殊的共有，又称为互有。且业主不得请求分割共有部分。

3.双绝对多数三分之二以上(总面积、总人数)：筹集和使用建筑物及其附属设施的维修资金、改建重建建筑物及其附属设施。其他事项：二分之一以上双简单多数决定。

**二、按份共有——共有份额的确定：约定→出资额→等额享有**

1.按份共有中，各共有人对共有物享有不同的份额。各共有人的份额，又称应有份，其具体数额一般是由共有人明确约定的。在按份共有中，各共有人的应有份必须是明确的。

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

3.特征：

（1）按份共有中的份额是抽象的，是所有权的份额，而不是共有物的份额。

（2）共有人的应有份额抽象地及于共有物的整体，而非具体地及于共有物的部分；在按份共有中，各个共有人的权利不是局限在共有财产的某一部分上，或就某一具体部分单独享有所有权，而是各共有人的权利均及于共有财产的全部。

（3）按份共有人对其份额享有独立的所有权，有权转让、抵押自己共有的份额——无须其他共有人同意。

【注意】不同于共有物的处分。

（4）按份共有关系不以共有人之间存在特定的身份关系为前提。

4.各共有人依其份额对共有物进行占有、使用、收益，这种权利的行使及于共有物的全部。全体共有人不能同时对共有物进行占有、使用、收益时，应由共有人对占有、使用、收益的方法进行协商，并按协商一致的方法处理；在意见不一致时，按照拥有共有份额一半以上的共有人的意见办理，但不得损害其他共有人的利益。

5.各共有人应当在其份额的范围内行使权利和承担义务；否则，就是对其他共有人合法权益的侵害，其他共有人可要求侵害人承担民事责任。

6.按份共有人在不损害社会利益和他人利益的条件下，可以抛弃其应有份额。但是，国家机关和国有企业、事业单位不得抛弃其占有的国家财产，当然亦不得抛弃其在共有关系中的份额。在共有人抛弃其应有份额后，应由其他共有人取得。

**三、共同共有**

1.类型：（1）夫妻共同共有。（2）家庭共同共有。（3）继承人或受遗赠人共有：遗产分割前，继承人对遗产的共同共有。（4）被宣吿无效或被撤销的婚姻，当事人同居期间所得的财产，按共同共有处理。但有证据证明为当事人一方所有的除外。

2.特征：

（1）须有家庭、夫妻等共同关系。

（2）在共同共有关系存续期间内，共有财产不分份额。这是共同共有与按份共有的主要区别。即共有人不分份额地分享一个所有权。

（3）在共同共有中，各共有人平等地对共有物享有权利和承担义务。

**四、共有物的管理与处分**

1.共有物的管理是共有物的处分的上位概念，管理包括占有、使用，收益、处分、保存等行为。

2.处分类型：事实上的处分——如加盖房屋、装修房屋，拆除房屋重建；宰杀共有的牛；法律上的处分——转让、抵押、质押、设立用益物权；赠与共有的。

3.共有物的处分规则——注意区分共有物的处分和按份共有份额的处分

（1）有约定的按约定；

（2）原则上按份共有没有约定时：2/3以上同意。

【注意】只讲份额不讲人数；三分之二以上包含三分之二；共同共有没有约定时：须经全体共同共有人同意。

（3）例外情况：夫妻彼此享有“钥匙权”，因日常生活需要而处理夫妻共同财产，任何一方有权独立决定，无须他方同意。但越出日常生活需要之外，则适用《物权法》第97条规定的一致决定原则。

4.共有物的保存，无论是按份共有还是共同共有，共有人可以不经其他共有人同意，单独行使。

5.共有物管理费用的负担

（1）对外：连带责任；（2）对内：按份共有按照份额负担，共同共有共同负担。

6.因共有物所生之债的对内、对外效力

（1）对外：连带责任；（2）对内：有约定按约定。按份共有没有约定时按份承担，超过自己份额部分有权向其他人追偿；共同共有没有约定时共同负担。

7.只有在按份共有中，才有共有人以转让、出质、抵押等方式，处分自己的共有份额的问题；共同共有关系中，只存在一种财产，即共有物，而不存在“共有份额”这一财产。因此，在共同共有时只存在处分共有物的问题，而不可能发生处分共有份额的问题。

**五、共有物的分割**

（一）约定在一定期限内不得分割共有物的

1.原则上各共有人均不得行使分割请求权；

【注意】共有物分割请求权属于形成权。

2.例外：（1）对共有物的处分持不同意见的“少数派共有人”；（2）家人病重急需用钱，共有人除共有财产外别无其他财产；（3）共有人破产；（4）法院对共有财产采取强制措施。

（二）未约定在一定期限内不得分割共有物的

1.按份共有：随时请求分割。

2.共同共有的共有基础丧失或有重大理由时（如夫妻约定财产分别所有）可以随时请求分割。

3.夫妻一方在婚姻关系存续期间请求分割共同财产的情形：

（1）一方有隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产或者伪造共同债务等严重损害夫妻共同财产利益的行为的；

（2）一方负有法定扶养义务的人患有重大疾病需要医治，另一方不同意支付相关医疗费的。

（三）共有物的分割方式

1.共有人协商确定；

2.不能协商确定，原则上采用实物分割的方式；

3.不宜采用实物分割的，则采用变价分割或者作价分割。

【注意】各共有人相互间承担与买卖合同中出卖人相同的瑕疵担保责任，包括权利瑕疵担保责任和质量瑕疵担担保责任。

**六、按份共有的优先购买权-略**

**历年真题**

10-03-07

红光、金辉、绿叶和彩虹公司分别出资50万、20万、20万、10万元建造一栋楼房，约定建成后按投资比例使用，但对楼房管理和所有权归属未作约定。对此，下列哪一说法是错误的？

A.该楼发生的管理费用应按投资比例承担

B.该楼所有权为按份共有

C.红光公司投资占50%，有权决定该楼的重大修缮事宜

D.彩虹公司对其享有的份额有权转让

10-03-08

北林公司是某小区业主选聘的物业服务企业。关于业主与北林公司的权利义务，下列哪一选项是正确的？

A.北林公司公开作出的服务承诺及制定的服务细则，不是物业服务合同的组成部分

B.业主甲将房屋租给他人使用，约定由承租人交纳物业费，北林公司有权请求业主甲对该物业费的交纳承担连带责任

C.业主乙拖欠半年物业服务费，北林公司要求业主委员会支付欠款，业主委员会无权拒绝

D.业主丙出国进修两年返家，北林公司要求其补交两年的物业管理费，丙有权以两年未接受物业服务为由予以拒绝

11-03-56

关于共有，下列哪些表述是正确的？

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

12-03-06

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？

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

12-03-90

甲公司将1台挖掘机出租给乙公司，为担保乙公司依约支付租金，丙公司担任保证人，丁公司以机器设备设置抵押。乙公司欠付10万元租金时，经甲公司、丙公司和丁公司口头同意，将6万元租金债务转让给戊公司。之后，乙公司为现金周转将挖掘机分别以45万元和50万元的价格先后出卖给丙公司和丁公司，丙公司和丁公司均已付款，但乙公司没有依约交付挖掘机。

因乙公司一直未向甲公司支付租金，甲公司便将挖掘机以48万元的价格出卖给王某，约定由乙公司直接将挖掘机交付给王某，王某首期付款20万元，尾款28万元待收到挖掘机后支付。此事，甲公司通知了乙公司。

王某未及取得挖掘机便死亡。王某临终立遗嘱，其遗产由其子大王和小王继承，遗嘱还指定小王为遗嘱执行人。因大王一直在外地工作，同意王某遗产由小王保管，没有进行遗产分割。在此期间，小王将挖掘机出卖给方某，没有征得大王的同意。

王某死后，关于甲公司与王某的买卖合同，下列表述错误的是：

A.甲公司有权解除该买卖合同

B.大王和小王有权解除该买卖合同

C.大王和小王对该买卖合同原王某承担的债务负连带责任

D.大王和小王对该买卖合同原王某承担的债务按其继承份额负按份责任

12-03-91

关于小王将挖掘机卖给方某的行为，下列表述正确的是：

A.小王尚未取得对挖掘机的占有，不得将其出卖给方某

B.小王出卖挖掘机应当取得大王的同意

C.大王对小王出卖挖掘机的行为可以追认

D.小王是王某遗嘱的执行人，出卖挖掘机不需要大王的同意

14-03-06

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

A.李某构成违约，张某可请求李某返还5万元

B.李某构成违约，张某可请求李某返还6万元

C.李某构成侵权，张某可请求李某返还5万元

D.李某构成侵权，张某可请求李某返还6万元

16-03-06

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。对此，下列哪一说法是正确的？

A.丙善意取得房屋所有权，甲无权请求返还

B.丙不能善意取得房屋所有权，甲有权请求返还

C.乙出售夫妻共有房屋构成家事代理，丙继受取得房屋所有权

D.乙出售夫妻共有房屋属于有权处分，丙继受取得房屋所有权

16-03-08

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？

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

16-03-53

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

A.甲向戊转让其共有份额，须经乙、丙、丁同意

B.如乙、丙、丁均以同等条件主张优先购买权，则丁的主张应得到支持

C.如丙在法定期限内以50万元分期付款的方式要求购买该共有份额，应予支持

D.如甲改由向乙转让其共有份额，丙、丁在同等条件下享有优先购买权

**2018年第017期——每日重点考点善意取得制度（5星考点）**

**基本概念**

1.善意取得制度：原物由占有人转让给不知占有人为非法转让而取得原物的第三人即善意第三人时，善意第三人一般可以取得原物的所有权，所有权人不得请求善意第三人返还原物。

2.占有脱离物：非出于动产所有人的意思而丧失占有之物，如所有人被盗之物、遗失之物、被抢之物等。

**重点考点详解**

**一、概述**

善意取得制度旨在妥当处理无权处分情形下的一对矛盾：所有权之静的安全的保护与受让人之交易安全保护。利益衡量的结论是：在符合严格构成要件(善意取得的构成要件)的前提下，在物权法领域善意取得制度以牺牲所有权之静的安全为代价，保障财产交易之动的安全。

(1)原则上物权可善意取得(因为物权有公示制度，即使错误的公示亦可产生公信力)。债权因欠缺典型公开性(无公示制度，不能产生足以支撑善意取得的公信力)，无善意取得可能性。

(2)股权因登记制度的支撑可善意取得。①公司法解释(三)第26条规定：名义股东将登记于其名下的股权转让、质押或者以其他方式处分，实际出资人以其对于股权享有实际权利为由，请求认定处分股权行为无效的，人民法院可以参照物权法第106条的规定处理。②公司法解释(三)第28条规定:股权转让后尚未向公司登记机关办理变更登记，原股东将仍登记于其名下的股权转让、质押或者以其他方式处分，受让股东以其对于股权享有实际权利为由，请求认定处分股权行为无效的，法院可以参照物权法第106条的规定处理。

(3)票据权利。虽然《票据法》未明确规定，但通说观点是票据权利可善意取得。但其受让须符合《票据法》的规定且符合《物权法》第106条规定的精神。

【注意】无、限制民事行为能力人的保护优先于善意取得。在物权法领域善意取得制度以牺牲所有权为代价保护善意第三人的交易安全。交易安全总是受到优先保护。但是若无权处分人系无、限制民事行为能力人，则无、限制民事行为能力人优先于善意第三人受到保护，善意第三人不能善意取得。

1.善意取得法律效果：

（1）善意受让人取得动产后，该动产上的原有权利消灭。受让人在受让时知道或者应当知道存在其他的权利的，该权利不消灭。

【注意】善意受让人在受让时知道或者应当知道该权利中的“权利”，不包括所有权。如善意受让人受让时知道该动产之上存在他人所有权，就不是善意的，不能善意取得该动产。

（2）第三人善意取得用益物权或担保物权，所有权人应承受。

（3）第三人善意取得动产所有权的，原动产上的抵押权、质权消灭，但善意第三人知道的除外。

（4）所有权人对无权处分人享有债权请求权。

2.关于善意取得的前提条件——无权处分且存在权利外观。

3.所有人可以对无权处分人主张：不当得利返还请求权、侵权损害赔偿权、违约损害赔偿请求权。

4.权利外观：不动产——权属登记错误；动产——无权处分人占有动产。

5.善意取得的范围广泛：所有权、用益物权、担保物权、建设用地使用权、股权和票据权利。

【注意】盗脏、遗失物等原则上不适用善意取得。

6.转让合同因违法（合同法52条）而被认定无效或因欺诈、胁迫而被撤销，不构成善意取得。

7.恶意的举证责任——真实权利人。善意取得中的善意为不知情且无重大过失；善意第三人不承担“善意”的举证责任——原则上消极事实无须举证，但法律另有规定的除外。

8.善意取得与可追认的无处分权人处分财产行为不同。善意取得中的受让人是善意第三人，善意取得行为自始有效，无须权利人追认。可追认的无处分权人处分财产行为中的受让人是非善意第三人，其知道出让人无处分权仍受让财产，故该行为是可追认的行为。权利人追认的，让与行为自始有效；权利人不追认的，让与行为自始无效。

**二、不动产所有权善意取得构成要件**

不动产登记簿出现权属登记错误。

2.不动产登记名义人以自己的名义实施了无权处分——出卖、互易、抵债、出资等。

【注意】借他人名义买房，在对外关系上采用登记名义说，房屋登记在谁名下，谁就是所有权人，所以即使是被借名人处分房屋，也是有权处分行为。

3.受让人受让时为善意。

（1）善意的判断：不知为无权处分或者对不知不存在重大过失。

（2）不动产受让人恶意的推定：（物权法解释一16条）

①有效的异议登记；

②预告登记未经权利人同意；

③记载了行政、司法机关查封等信息；

④受让人知道记载权利主体错误；

⑤受让人知道他人已享有不动产物权。

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。

（3）对受让人善意的判断，应以“受让时”即登记时为时点——依法完成不动产物权变动前是善意的。

4.第三人以合理的价格受让。故赠与、继承、企业合并以及以明显不合理价格受让的，不能善意取得。

【注意】只要无权处分与第三人约定以合理的价格转让，第三人是否实际支付了合理的价款，在所不问。即不要求实际支付价款，可以是代物清偿、互易、设立公司的出资等有偿行为。

5.办理了过户登记。

**三、动产所有权善意取得构成要件**

1.须为占有委托物。即无权处分人基于所有权人的意思取得占有——租赁、保管、借用等。

（1）占有脱离物，包括盗脏、遗失物、漂流物、埋藏物、隐藏物、失散的动物等不适用善意取得；知道或应当知道善意人受让之日起2年内可请求返还。

【注意】盗脏不等于赃物，盗脏是指以法律禁止的私力，剥夺原占有人的占有而取得占有的动产。

（2）货币、无记名有价证券（如演唱会门票、球票等）——特殊动产，占有即所有，不适用善意取得。

【注意】错币、封金除外。封金是指封存的货币。

（3）禁止流通物——枪支、毒品等不适用于善意取得。

2.动产的占有人——直接占有或间接占有均可，实施无权处分——出卖、互易、出资、抵债等。

3.受让人受让时为善意——动产物权变动前是善意的，应以受让时即动产交付时为时点。

（1）简易交付的交付之时——转让动产的法律行为生效之时。

（2）指示交付的交付之时——转让返还原物请求权的协议生效之时。

（3）动产受让人不合交易习惯、场所、对象、时机，就算重大过失。

【总结】无权处分下的第三人善恶意判断，要把动产和不动产区别对待，不动产主要从登记薄出发，动产则主要从交易习惯而论。

4.第三人以合理的价格受让。同样，仅须约定，无须实际支付合理价格。

5.完成交付。

（1）特殊动产——汽车、轮船、飞机等的善意取得以交付为生效要件，并非以登记为生效要件。

【注意】权属登记状况可以用来判断受让人是否为善意且无重大过失。

（2）现实交付、简易交付与指示交付的方式可适用善意取得，但占有改定不能发生善意取得的效果。

**四、担保物权善意取得的特殊之处**

1.善意取得质权、抵押权，不要求具备以合理的价格受让这一要件。

2.不动产抵押权的善意取得以办理抵押登记为构成要件；动产抵押权的善意取得并不以“登记”或者“交付”为构成要件。

3.动产质权的善意取得以动产交付为构成要件，但是占有改定的交付方式不发生动产质权的善意取得。

4.因留置权系法定担保物权，留置权的善意取得有其特别构造，不以无权处分为前提条件。占有脱离物也可善意取得留置权。

5.出质人以其不具有所有权但合法占有的动产出质的，不知出质人无处分权的质权人行使质权后，因此给动产所有人造成损失的，由出质人承担赔偿责任。

**五、占有脱离物原则上不能善意取得**

物权法第107条：所有权人或者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，或者自知道或者应当知道受让人之日起二年内向受让人请求返还原物，但受让人通过拍卖或者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。

（一）占有脱离物

1.占有脱离物包括盗赃、遗失物、漂流物、埋藏物、隐藏物、失散的动物。

2.因欺诈、威胁而丧失占有的物，不是占有脱离物。

3.只要在2年回复期期间内，占有脱离物恒为占有脱离物，不论辗转多少手，均不发生善意取得的效果。

4.例外：占有脱离物可以善意取得留置权；占有脱离物可善意取得当铺质权。

（二）回复请求权——形成权

1.期限：权利人有权自知道或者应当知道善意受让人之日起2年内请求善意的受让人返还。

【注意】2年期满，只要还符合善意取得的其他构成要件，则可以善意取得占有脱离物。

2.有偿回复：若善意受让人是通过拍卖或者从具有经营资格的经营者处购买，善意受让人有权请求权利人支付自己（向无权处分人）支付的价款，权利人拒绝支付的，无权请求善意受让人返还。

3.无偿回复：除此以外：善意受让人无权请求权利人支付自已（向无权处分人）支付的价款。

4.失主有权自知道或者应当知道遗失物受让人之日起2年内，向受让人请求返还原物。

**六、拾得遗失物**

1.拾得人的义务：

（1）向失主返还遗失物及孳息。

（2）拾得人应当及时通知权利人领取或送交公安机关有关部门。

（3）妥善保管：因故意、重大过失或存在侵占遗失物行为，从而导致遗失物毁损、灭失的，应承担赔偿责任。若无侵占遗失物的行为，仅是一般过失致使遗失物毁损、灭失的不承担赔偿责任。

【注意】拾得人将拾得物据为己有，拒不返还的，按照侵权之诉处理。

2.拾得人权利：

（1）必要费用返还请求权；

（2）悬赏报酬请求权。可成立悬赏广告之债，要求其按照承诺履行支付报酬义务；不返还必要费用时，可行使留置权，但因悬赏广告之债，拾得人不能留置遗失物。

（3）受让人拍卖或向有经营资格的经营者购得的，应当支付受让人所支付的费用。支付后，可向无权处分人追偿。

【注意】拾得人侵占遗失物的，丧失必要费用请求权和悬赏报酬请求权。

（4）拾得+他主占有的心态=适用无因管理的法理

（5）拾得+自主占有的心态=适用无权占有的法理

3.遗失物自自发布招领公告之日起6个月，无人认领，归国家所有，国家原始取得。

**七、物权变动在案例中考察时需要注意的事项**

法律关系链条长、法律主体多，但一定要注意背后衡量的标准：所有权变动的条件是否符合法律规定。

1.如果是遗失物、盗窃物，则后续不可能发生任何所有权变动，所有权属于失主。

2.如果发生了善意取得，那么前面的题干不用看，全面消灭，因为原始取得。但要注意是不是无权处分，这里往往是陷阱。

3.留意留置权的特殊性和动产抵押不需要登记这两个关键点。

4.其他未登记、交付，视为没有发生物权变动，仅是占有。

**历年真题**

11-03-88

甲公司与乙公司约定，由甲公司向乙公司交付1吨药材，乙公司付款100万元。乙公司将药材转卖给丙公司，并约定由甲公司向丙公司交付，丙公司收货后3日内应向乙支付价款120万元。

张某以自有汽车为乙公司的债权提供抵押担保，未办理抵押登记。抵押合同约定：“在丙公司不付款时，乙公司有权就出卖该汽车的价款清偿自己的债权。”李某为这笔货款出具担保函：“在丙公司不付款时，由李某承担保证责任”。丙公司收到药材后未依约向乙公司支付120万元，乙公司向张某主张实现抵押权，同时要求李某承担保证责任。

张某见状，便将其汽车赠与刘某。刘某将该汽车作为出资，与钱某设立丁酒店有限责任公司，并办理完出资手续。

丁公司员工方某驾驶该车接送酒店客人时，为躲避一辆逆行摩托车，将行人赵某撞伤。方某自行决定以丁公司名义将该车放在戊公司维修，为获得维修费的八折优惠，方某以其名义在与戊公司相关的庚公司为该车购买一套全新座垫。汽车修好后，方某将车取走交丁公司投入运营。戊公司要求丁公司支付维修费，否则对汽车行使留置权，丁公司回函请宽限一周。庚公司要求丁公司支付座垫费，丁公司拒绝。

在刘某办理出资手续后，关于汽车所有权人，下列选项正确的是：

A.乙公司

B.张某

C.刘某

D.丁公司

12-03-09

甲将其1辆汽车出卖给乙，约定价款30万元。乙先付了20万元，余款在6个月内分期支付。在分期付款期间，甲先将汽车交付给乙，但明确约定付清全款后甲才将汽车的所有权移转给乙。嗣后，甲又将该汽车以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。下列哪一表述是正确的？

A.在乙分期付款期间，汽车已经交付给乙，乙即取得汽车的所有权

B.在乙分期付款期间，汽车虽然已经交付给乙，但甲保留了汽车的所有权，故乙不能取得汽车的所有权

C.丙对甲、乙之间的交易不知情，可以依据善意取得制度取得汽车所有权

D.丙不能依甲的指示交付取得汽车所有权

13-03-13

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？

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

15-03-05

甲与乙签订《协议》，由乙以自己名义代甲购房，甲全权使用房屋并获取收益。乙与开发商和银行分别签订了房屋买卖合同和贷款合同。甲把首付款和月供款给乙，乙再给开发商和银行，房屋登记在乙名下。后甲要求乙过户，乙主张是自己借款购房。下列哪一选项是正确的？

A.甲有权提出更正登记

B.房屋登记在乙名下，甲不得请求乙过户

C.《协议》名为代购房关系，实为借款购房关系

D.如乙将房屋过户给不知《协议》的丙，丙支付合理房款则构成善意取得

15-03-06

甲将一套房屋转让给乙，乙再转让给丙，相继办理了房屋过户登记。丙翻建房屋时在地下挖出一瓷瓶，经查为甲的祖父埋藏，甲是其祖父唯一继承人。丙将该瓷瓶以市价卖给不知情的丁，双方钱物交割完毕。现甲、乙均向丙和丁主张权利。下列哪一选项是正确的？

A.甲有权向丙请求损害赔偿

B.乙有权向丙请求损害赔偿

C.甲、乙有权主张丙、丁买卖无效

D.丁善意取得瓷瓶的所有权

**真题答案解析**

10.11-03-88

甲公司与乙公司约定，由甲公司向乙公司交付1吨药材，乙公司付款100万元。乙公司将药材转卖给丙公司，并约定由甲公司向丙公司交付，丙公司收货后3日内应向乙支付价款120万元。

张某以自有汽车为乙公司的债权提供抵押担保，未办理抵押登记。抵押合同约定：“在丙公司不付款时，乙公司有权就出卖该汽车的价款清偿自己的债权。”李某为这笔货款出具担保函：“在丙公司不付款时，由李某承担保证责任”。丙公司收到药材后未依约向乙公司支付120万元，乙公司向张某主张实现抵押权，同时要求李某承担保证责任。

张某见状，便将其汽车赠与刘某。刘某将该汽车作为出资，与钱某设立丁酒店有限责任公司，并办理完出资手续。

丁公司员工方某驾驶该车接送酒店客人时，为躲避一辆逆行摩托车，将行人赵某撞伤。方某自行决定以丁公司名义将该车放在戊公司维修，为获得维修费的八折优惠，方某以其名义在与戊公司相关的庚公司为该车购买一套全新座垫。汽车修好后，方某将车取走交丁公司投入运营。戊公司要求丁公司支付维修费，否则对汽车行使留置权，丁公司回函请宽限一周。庚公司要求丁公司支付座垫费，丁公司拒绝。

在刘某办理出资手续后，关于汽车所有权人，下列选项正确的是：

A.乙公司

B.张某

C.刘某

D.丁公司

《公司法》第28条规定，股东以货币出资的，应当将货币出资足额存入有限责任公司在银行开设的账户；以非货币财产出资的，应当依法办理其财产权的转移手续。据此，当刘某办理出资手续后，意味着汽车所有权已经转移到了刘某所投资的丁公司，故D正确，ABC错误。

综上所述，本题答案为D项。

11.12-03-09

甲将其1辆汽车出卖给乙，约定价款30万元。乙先付了20万元，余款在6个月内分期支付。在分期付款期间，甲先将汽车交付给乙，但明确约定付清全款后甲才将汽车的所有权移转给乙。嗣后，甲又将该汽车以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。下列哪一表述是正确的？

A.在乙分期付款期间，汽车已经交付给乙，乙即取得汽车的所有权

B.在乙分期付款期间，汽车虽然已经交付给乙，但甲保留了汽车的所有权，故乙不能取得汽车的所有权

C.丙对甲、乙之间的交易不知情，可以依据善意取得制度取得汽车所有权

D.丙不能依甲的指示交付取得汽车所有权

AB项：《合同法》第133条规定，标的物的所有权自标的物交付时起转移，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。第134条规定：“当事人可以在买卖合同中约定买受人未履行支付价款或其他义务的，标的物所有权属于出卖人。”本题中，甲乙明确约定付清全款后汽车的所有权转移，此时虽然汽车已经交付，但乙仍未取得汽车的所有权，甲仍保留汽车所有权，因此B项正确，A项错误。

C项：《物权法》第106条规定，无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的，所有权人有权追回；除法律另有规定外，符合下列情形的，受让人取得该不动产或者动产的所有权：（一）受让人受让该不动产或者动产时是善意的（二）以合理的价格转让；（三）转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记，不需要登记的已经交付给受让人。受让人依照前款规定取得不动产或者动产的所有权的，原所有权人有权向无处分权人请求赔偿损失。当事人善意取得其他物权的，参照前两款规定。甲是汽车所有权人，其对汽车的出分为有处分权，而非无权处分，因此不适用善意取得规则。故C项错误。

D项：《物权法》第26条规定，动产物权设立和转让前，第三人依法占有该动产的，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。指示交付也是交付方式的一种，丙可以依据甲的指示交付取得汽车的所有权。故D项错误。

综上所述，本题答案为B项。

12.13-03-13

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？

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

AD项：《物权法》第112条第2款：“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。”故D项正确。A项中前两句，方某有权利、李某有义务没错，但方某的悬赏是有效的单方承诺，应支付酬金，所以A项错误。

B项：我国目前的法律中并没有规定拾得人对遗失物的留置权，且不属于同一法律关系，B项表述于法无据。所以B项错误。

C项：《物权法》第112条第1款：“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。”所以“可不支付任何报酬或费用”表述不正确，故C项错误。

综上所述，本题答案为D项。

13.15-03-05

甲与乙签订《协议》，由乙以自己名义代甲购房，甲全权使用房屋并获取收益。乙与开发商和银行分别签订了房屋买卖合同和贷款合同。甲把首付款和月供款给乙，乙再给开发商和银行，房屋登记在乙名下。后甲要求乙过户，乙主张是自己借款购房。下列哪一选项是正确的？

A.甲有权提出更正登记

B.房屋登记在乙名下，甲不得请求乙过户

C.《协议》名为代购房关系，实为借款购房关系

D.如乙将房屋过户给不知《协议》的丙，丙支付合理房款则构成善意取得

甲乙之间缔结协议，让乙以自己的名义购买房屋，甲实际支付贷款，乙仅仅是名义上的所有人，实际上的所有人是甲。

A项：根据《物权法》第19条第1款的规定，权利人、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。所以A说法正确。

B项：房屋所有人是甲，甲可以请求乙过户登记在自己的名下，所以B项说法错误。

C项：甲仅仅是借用乙的名义购买房屋，甲乙之间不存在借贷关系，所以C项说法错误。

D项：乙是不动产登记簿记载的主体，有公示效力，所以乙无权处分房屋，善意的丙以市价购买时，根据《物权法》的106条的规定，登记时构成善意取得。所以D项不正确。

综上所述，正确答案为A。

14.15-03-06

甲将一套房屋转让给乙，乙再转让给丙，相继办理了房屋过户登记。丙翻建房屋时在地下挖出一瓷瓶，经查为甲的祖父埋藏，甲是其祖父唯一继承人。丙将该瓷瓶以市价卖给不知情的丁，双方钱物交割完毕。现甲、乙均向丙和丁主张权利。下列哪一选项是正确的？

A.甲有权向丙请求损害赔偿

B.乙有权向丙请求损害赔偿

C.甲、乙有权主张丙、丁买卖无效

D.丁善意取得瓷瓶的所有权

A项：《物权法》第107条规定：“所有权人或者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……”同法第114条规定：“拾得漂流物、发现埋藏物或者隐藏物的，参照拾得遗失物的有关规定……”本题中的瓷器为埋藏物，原为甲的祖父所有，甲的祖父去世后，甲继承取得该瓷器的所有权。丙将瓷器卖给丁，属于无权处分，故甲有权向无权处分人丙请求损害赔偿。所以，A项正确。

B项：根据前述分析，所有权人或者其他权利人有权向无权处分权人请求损害赔偿，但乙并非该瓷器的所有权人或者其他权利人。所以，B项错误。

C项：《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第3条第1款规定：“当事人一方以出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的，人民法院不予支持。”由此可知，无权处分并不影响买卖合同效力，若无其他瑕疵，丙丁之间的买卖合同有效。所以，C项错误。

D项：埋藏物不适用善意取得制度。所以，D项错误。

综上所述，正确答案为A。

**2018年第018期——每日重点考点一般担保物权（4星考点）**

**基本概念**

1.担保物权：以担保债务的清偿为目的，以债务人或第三人的特定物或权利作为担保物，在债务人不清偿到期债务或者出现约定的情形，债权人就担保物的交换价值所享有的优先（优先于担保人之普通债权人）受偿的他物权。担保物权包括抵押权、质权和留置权。

2.优先受偿：在债务人到期不清偿债务或者出现当事人约定的实现担保物权的情形时，债权人可以对担保财产进行折价或者拍卖、变卖，以所得的价款优先实现自己的债权。

3.流质契约（流押契约）：当事人双方在设立担保物权时约定，当债务人不履行债务时，由债权人取得担保物所有权的合同。

4.反担保：替债务人提供担保的第三人，为了保证自己的追偿权得到实现，可以要求债务人为自己追偿权的实现提供担保。反担保的设立程序实质与设立担保物权一样。

5.混合共同担保：对同一债权既有保证，又有抵押、质押担保的情况，也就是人的担保与物的担保混合。

6.按份共同抵押：若两个以上的抵押人在设立抵押权时，分别或者共同与债权人约定各自仅对特定的债权数额承担担保责任，为按份共同抵押。

7.连带共同抵押：若两个以上的抵押人在设立抵押权时，未与债权人约定债权人行使抵押权的顺序与份额，为连带共同抵押。

**重点考点详解**

**一、担保物权的特征**

（一）从属性

1.成立上的从属性。主债权不存在或不成立，担保物权则无从成立。

2.内容和范围上的从属性。担保物权担保的范围小于等于主债务。

3.效力上的从属性。主合同无效，担保合同无效，抵押权和质权未设立。担保人有过错的，承担缔约过失责任；

【注意】担保人有过错的，担保人承担民事责任的部分，不应超过债务人不能清偿部分的三分之一。不允许当事人约定主债权债务合同无效，担保物权合同仍有效。

4.消灭上的从属性。主债务全部消灭的，担保物权消灭。

【注意】若主债务部分消灭，担保物权仅内容和范围相应缩减。

5.移转上的从属性。债权转让时，除另有约定或法律规定，担保物权随同债权转让给受让人。

【例外】商事留置权具有专属性，债权转让时，商事留置权不转让。

担保物权从属于债权，但不从属于债务。债权转让时，除非担保人与债权人另有约定，担保物权随同转移。但是，免责的债务承担时的情形就不同了:

(1)《物权法》第175条第三人提供担保，未经其书面同意，债权人允许债务人转移全部或者部分债务的，担保人不再承担相应的担保责任。须注意:若债务人以自己的财产提供抵押或者质押，则债务转让时，抵押权或质权仍随同转移。

(2)《担保法》第23条保证期间，债权人许可债务人转让债务的，应当取得保证人书面同意，保证人对未经其同意转让的债务，不再承担保证责任。《担保法解释》第29条规定:保证期间，债权人许可债务人转让部分债务未经保证人书面同意的，保证人对未经其同意转让部分的债务，不再承担保证责任。但是保证人仍应对未转让部分的债务承担保证责任。

（二）物上代位性

担保期间，担保财产毁损、灭失或者被征收等，担保物权并不消灭，担保物权人可以就获得的保险金、赔偿金或者补偿金等优先受偿。被担保的债权的履行期未届满的，也可以提存该保险金、赔偿金或者补偿金等。

（三）不可分性

1.从债权的角度：（1）担保物担保债权的全部；（2）债权部分消灭的，剩余债权仍对担保物享有担保物权；（3）债权部分转让的，保留部分和转让部分债权均对担保物享有担保物权。

2.从担保物的角度：（1）担保物的全部担保债权；（2）担保期间，担保物的价值增加的，担保物的全部担保债权；（3）担保期间，担保物的价值减少的，担保物的全部担保债权；（4）担保期间，担保物被分割的，分割后的各部分担保物均担保债权。

（四）其他需要注意的地方

1.担保物权以确保债权人的债权得到完全清偿为目的。担保物权的权利人对特定财产一般没有直接的使用、收益和处分的权利，而是有对特定财产交换价值的支配权。

2.优先受偿性。担保物权的优先受偿性主要体现在两方面：一是优先于其他不享有担保物权的普通债权；二是有可能优先于其他物权，如后顺位的担保物权。

【注意】担保物权的优先受偿性并不是绝对的，如果物权法或其他法律有特别规定，担保物权的优先受偿效力会受到影响。

3.流质（押）契约无效。但是流质契约无效，并非指整个担保合同无效，如果该内容的无效不影响担保合同其他内容的效力，担保合同其他部分内容仍是有效的。

【注意】当铺质权的流质条款有效，但是当铺质权人只能就当物受偿。

4.免责的债务承担与担保责任的承担

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

【注意】债务人自己提供抵押或质押，不受影响。

（2）保证期间，债权人许可债务人转让债务的，应当取得保证人书面同意，保证人对未经其同意转让的债务，不再承担保证责任。

（3）保证期间，债权人许可债务人转让部分债务未经保证人书面同意的，保证人对未经其同意转让部分的债务，不再承担保证责任。但是，保证人仍应当对未转让部分的债务承担保证责任。

（五）担保合同特征

1.担保合同具有从属性。担保合同是主债权债务合同的从合同，担保合同关系必须以主债权债务合同关系的存在为前提。

2.担保合同在效力上具有补充性。只有主合同的债务人不履行义务，才能够要求担保人依据合同的约定承担责任，这个责任是补充性的，担保合同在效力上具有补充性。

3.担保合同是财产合同。

4.担保合同为要式合同。

5.担保合同为单务合同。担保合同中明确双方当事人的权利义务，担保权人享有权利即担保物权，而担保人承担义务即担保义务，故担保合同是单务合同，但是，并非担保权人没有义务。

**二、混合担保实现顺序——既有物保，又有人保**

1.有约定按约定。

【注意】是债权人与担保人的约定。不是债权人与债务人之间的约定。

2.没有约定或者约定不明确，债务人自己提供物的担保的情况下：

（1）应当优先就债务人自己提供的物的担保实现债权，其他担保人均有先诉抗辩权。

（2）债权人放弃债务人自己提供的物担保的，其他担保人在债权人放弃权利的范围内免除担保责任。

3.没有约定或者约定不明确，第三人提供物的担保，又有人的保证的情况下：

（1）可以向任何一个担保人主张全部或部分权利——连带担保责任。

【注意】假设债务人自己同时提供了物保，且已实现了部分担保物权，此时剩余债务其他担保人仍应承担连带担保责任。

（2）债权人放弃对任一担保人的权利，其他担保人在被免除的担保人应当承担的份额内免责；

（3）原则上无追偿顺序限制，即第三人承担担保责任后，无须向债务人追偿前，即可直接依照内部份额比例向第三人追偿。

（4）债权人在主合同履行期届满后怠于行使担保物权，致使担保物的价值减少或者毁损、灭失的，视为债权人放弃部分或者全部物的担保。保证人在债权人放弃权利的范围内减轻或者免除保证责任。

4.物的担保合同被确认无效或者被撤销，或者担保物因不可抗力的原因灭失而没有代位物的，保证人仍应当按合同的约定或者法律的规定承担保证责任：

（1）有约定的，保证人按约定的份额承担保证责任。

（2）无约定的，成立连带关系，保证人要承担全部责任。

**三、共同抵押、共同保证**

（一）按份共同抵押

1.按份共同抵押中，债权人行使抵押权时，只能按照约定的份额行使抵押权。

2.按份共同抵押人彼此之间无追偿权，只能向债务人追偿。

（二）连带共同抵押

1.连带共同抵押中，债权人行使抵押权时，不受顺序与份额的限制，可以就其中的任一抵押权行使担保权，也有权对所有的抵押权同时行使担保物权。

2.连带共同抵押中，即使债务人自己提供了物的担保，权利人在行使权利时无顺序限制。

【注意】混合担保中，需要先向债务人行使权利。

3.连带共同抵押中，抵押人承担了担保责任，追偿顺序没有限制。

（三）按份共同保证

1.保证人和债权人明确约定承担保证责任的份额；

【注意】按份共同保证必须是保证人分别或共同与债权人约定的，如果是其他情形，皆为连带共同保证！

2.保证人按照确定的份额对债权人承担责任。

3.保证人承担责任后，只能向债务人追偿。

4.保证期间的确定：有约定按约定，未约定保证期间的，无论一般保证或连带保证，保证期间均为6个月。但有例外：约定的保证期间早于或等于主债务履行期限的，视为没有约定，为6个月；约定保证人承担保证责任直至主债务本息还清时为止等类似内容的，视为约定不明，为2年。

（四）连带共同保证

1.保证人和债权人明确约定承担连带保证责任。

【注意】若仅保证人之间约定了承担保证责任的份额，而无债权人参与约定，仍为连带共同保证，而非按份共同保证。

2.没有约定的，推定为保证人间承担连带保证责任。

3.各保证人应对债权人承担连带保证责任。

4.连带保证人承担保证责任后，应先向债务人追偿；向债务人不能追偿的部分，各连带保证人按其内部约定的比例分担，无约定均分。

**四、担保物权的消灭**

1.主债权债务全部消灭，主债权部分消灭，担保物权并不消灭。

2.担保物权实现。

3.债权人放弃担保物权。

4.担保物因不可归责于担保人的原因毁损、灭失且无代位物。

5.混同，指担保物权人取得担保物的所有权。

6.免责的债务承担时，未经提供物保的第三人书面同意；

7.混合担保中，债权人放弃债务人提供的物保，其他人在债权人丧失优先受偿权的范围内免除担保责住。

**历年真题**

11-03-07

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？

A.甲乙丙丁

B.乙丙丁甲

C.丙丁甲乙

D.丁乙丙甲

11-03-87

甲公司与乙公司约定，由甲公司向乙公司交付1吨药材，乙公司付款100万元。乙公司将药材转卖给丙公司，并约定由甲公司向丙公司交付，丙公司收货后3日内应向乙支付价款120万元。

张某以自有汽车为乙公司的债权提供抵押担保，未办理抵押登记。抵押合同约定：“在丙公司不付款时，乙公司有权就出卖该汽车的价款清偿自己的债权。”李某为这笔货款出具担保函：“在丙公司不付款时，由李某承担保证责任”。丙公司收到药材后未依约向乙公司支付120万元，乙公司向张某主张实现抵押权，同时要求李某承担保证责任。

张某见状，便将其汽车赠与刘某。刘某将该汽车作为出资，与钱某设立丁酒店有限责任公司，并办理完出资手续。

丁公司员工方某驾驶该车接送酒店客人时，为躲避一辆逆行摩托车，将行人赵某撞伤。方某自行决定以丁公司名义将该车放在戊公司维修，为获得维修费的八折优惠，方某以其名义在与戊公司相关的庚公司为该车购买一套全新座垫。汽车修好后，方某将车取走交丁公司投入运营。戊公司要求丁公司支付维修费，否则对汽车行使留置权，丁公司回函请宽限一周。庚公司要求丁公司支付座垫费，丁公司拒绝。

关于乙公司要求担保人承担责任，下列表述正确的是：

A.乙公司不得向丙公司和李某一并提起诉讼

B.李某对乙公司享有先诉抗辩权

C.乙公司应先向张某主张实现抵押权

D.乙公司可以选择向张某主张实现抵押权或者向李某主张保证责任

12-03-55

甲公司向乙银行借款100万元，丙、丁以各自房产分别向乙银行设定抵押，戊、己分别向乙银行出具承担全部责任的担保函，承担保证责任。下列哪些表述是正确的？

A.乙银行可以就丙或者丁的房产行使抵押权

B.丙承担担保责任后，可向甲公司追偿，也可要求丁清偿其应承担的份额

C.乙银行可以要求戊或者己承担全部保证责任

D.戊承担保证责任后，可向甲公司追偿，也可要求己清偿其应承担的份额

12-03-87

甲公司将1台挖掘机出租给乙公司，为担保乙公司依约支付租金，丙公司担任保证人，丁公司以机器设备设置抵押。乙公司欠付10万元租金时，经甲公司、丙公司和丁公司口头同意，将6万元租金债务转让给戊公司。之后，乙公司为现金周转将挖掘机分别以45万元和50万元的价格先后出卖给丙公司和丁公司，丙公司和丁公司均已付款，但乙公司没有依约交付挖掘机。

在乙公司将6万元租金债务转让给戊公司之前，关于丙公司和丁公司的担保责任，甲公司下列做法正确的是：

A.可以要求丙公司承担保证责任

B.可以要求丁公司承担抵押担保责任

C.须先要求丙公司承担保证责任，后要求丁公司承担抵押担保责任

D.须先要求丁公司承担抵押担保责任，后要求丙公司承担保证责任

12-03-88

在乙公司将6万元租金债务转让给戊公司之后，关于丙公司和丁公司的担保责任，下列表述正确的是：

A.丙公司仅需对乙公司剩余租金债务承担担保责任

B.丁公司仅需对乙公司剩余租金债务承担担保责任

C.丙公司仍应承担全部担保责任

D.丁公司仍应承担全部担保责任

13-03-07

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？

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

14-03-08

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？

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

16-03-55

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？

A.戊可同时就丙和丁的房屋行使抵押权，但对每个房屋价款优先受偿权的金额不得超过100万元

B.戊可同时就丙和丁的房屋行使抵押权，对每个房屋价款优先受偿权的金额依房屋价值的比例确定

C.戊必须先后就丙和丁的房屋行使抵押权，对每个房屋价款优先受偿权的金额由戊自主决定

D.戊只能在丙的房屋价款不足以使其债权得到全部清偿时就丁的房屋行使抵押权

16-03-91

甲、乙双方于2013年5月6日签订水泥供应合同，乙以自己的土地使用权为其价款支付提供了最高额抵押，约定2014年5月5日为债权确定日，并办理了登记。丙为担保乙的债务，也于2013年5月6日与甲订立最高额保证合同，保证期间为一年，自债权确定日开始计算。

乙于2014年1月被法院宣告破产，下列说法正确的是：

A.甲的债权确定期届至

B.甲应先就抵押物优先受偿，不足部分再要求丙承担保证责任

C.甲可先要求丙承担保证责任

D.如甲未申报债权，丙可参加破产财产分配，预先行使追偿权

**真题答案解析**

4.11-03-07

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？

A.甲乙丙丁

B.乙丙丁甲

C.丙丁甲乙

D.丁乙丙甲

《担保法解释》第79条规定，同一财产法定登记的抵押权与质权并存时，抵押权人优先于质权人受偿。同一财产抵押权与留置权并存时，留置权人优先于抵押权人受偿。

根据上述规定，本题中，留置权作为法定担保物权最优先，所以丁排第一位；乙的动产抵押已经登记，所以乙排第二位；丙的动产质押已经交付，所以丙排第三位；甲的动产抵押未办理登记，不得对抗善意第三人，所以排在最后。根据各项表述，D正确，ABC错误。

综上所述，本题答案为D项。

5.11-03-87

甲公司与乙公司约定，由甲公司向乙公司交付1吨药材，乙公司付款100万元。乙公司将药材转卖给丙公司，并约定由甲公司向丙公司交付，丙公司收货后3日内应向乙支付价款120万元。

张某以自有汽车为乙公司的债权提供抵押担保，未办理抵押登记。抵押合同约定：“在丙公司不付款时，乙公司有权就出卖该汽车的价款清偿自己的债权。”李某为这笔货款出具担保函：“在丙公司不付款时，由李某承担保证责任”。丙公司收到药材后未依约向乙公司支付120万元，乙公司向张某主张实现抵押权，同时要求李某承担保证责任。

张某见状，便将其汽车赠与刘某。刘某将该汽车作为出资，与钱某设立丁酒店有限责任公司，并办理完出资手续。

丁公司员工方某驾驶该车接送酒店客人时，为躲避一辆逆行摩托车，将行人赵某撞伤。方某自行决定以丁公司名义将该车放在戊公司维修，为获得维修费的八折优惠，方某以其名义在与戊公司相关的庚公司为该车购买一套全新座垫。汽车修好后，方某将车取走交丁公司投入运营。戊公司要求丁公司支付维修费，否则对汽车行使留置权，丁公司回函请宽限一周。庚公司要求丁公司支付座垫费，丁公司拒绝。

关于乙公司要求担保人承担责任，下列表述正确的是：

A.乙公司不得向丙公司和李某一并提起诉讼

B.李某对乙公司享有先诉抗辩权

C.乙公司应先向张某主张实现抵押权

D.乙公司可以选择向张某主张实现抵押权或者向李某主张保证责任

AB项：《担保法》第17条第1、2款规定，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。一般保证的保证人在主合同纠纷未经审判或者仲裁，并就债务人的财产依法强制执行仍不能履行债务前，对债权人可以拒绝承担保证责任。该题中，李某承诺，“丙公司不付款，由李某承担”，意味着李某为一般保证人，依据该条规定享有先诉抗辩权，因而B正确。

《担保法解释》第125条规定，一般保证的债权人向债务人和保证人一并提起诉讼的，人民法院可以将债务人和保证人列为共同被告参加诉讼。但是，应当在判决书中明确在对债务人财产依法强制执行后仍不能履行债务时，由保证人承担保证责任。据此，乙公司可以同时起诉丙公司和李某，但李某享有先诉抗辩权，A项错误。

C、D项：《物权法》第176条规定，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。结合本题，本题为第三人提供的物保与第三人保证并存，故乙公司既可以选择张某，也可以选择王某主张权利，C项错误，D项正确。

综上所述，本题答案为BD项。

6.12-03-55

甲公司向乙银行借款100万元，丙、丁以各自房产分别向乙银行设定抵押，戊、己分别向乙银行出具承担全部责任的担保函，承担保证责任。下列哪些表述是正确的？

A.乙银行可以就丙或者丁的房产行使抵押权

B.丙承担担保责任后，可向甲公司追偿，也可要求丁清偿其应承担的份额

C.乙银行可以要求戊或者己承担全部保证责任

D.戊承担保证责任后，可向甲公司追偿，也可要求己清偿其应承担的份额

AC项：《物权法》第176条规定：“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。”本题属于第三人物保和第三人保证并存的情形，无论是物的担保人还是保证人都应该承担全部担保责任。所以，乙银行既可以就丙或者丁的房产行使抵押权，又可以要求戊或者己承担全部保证责任。故AC选项正确。

B项：最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第75条第3款规定，抵押人承担担保责任后，可以向债务人追偿，也可以要求其他抵押人清偿其应当承担的份额。本案中，丙、丁以各自房产分别向乙银行设定抵押，属于连带共同抵押。丙承担担保责任后，可向甲公司追偿，也可要求丁清偿其应承担的份额。故B选项正确。

D项：根据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第19条规定，两个以上保证人对同一债务同时或者分别提供保证时，各保证人与债权人没有约定保证份额的，应当认定为连带共同保证。连带共同保证的保证人以其相互之间约定各自承担的份额对抗债权人的，人民法院不予支持。由此可见，各保证人与债权人没有约定保证份额的，应当认定为连带共同保证。因此，本案中的保证人戊、己为连带共同保证。另据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第20条第2款的规定，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。所以戊应该首先向甲追偿，然后再向已追偿。故D选项错误。

综上所述，本题答案为ABC。

7.12-03-87

甲公司将1台挖掘机出租给乙公司，为担保乙公司依约支付租金，丙公司担任保证人，丁公司以机器设备设置抵押。乙公司欠付10万元租金时，经甲公司、丙公司和丁公司口头同意，将6万元租金债务转让给戊公司。之后，乙公司为现金周转将挖掘机分别以45万元和50万元的价格先后出卖给丙公司和丁公司，丙公司和丁公司均已付款，但乙公司没有依约交付挖掘机。

在乙公司将6万元租金债务转让给戊公司之前，关于丙公司和丁公司的担保责任，甲公司下列做法正确的是：

A.可以要求丙公司承担保证责任

B.可以要求丁公司承担抵押担保责任

C.须先要求丙公司承担保证责任，后要求丁公司承担抵押担保责任

D.须先要求丁公司承担抵押担保责任，后要求丙公司承担保证责任

《物权法》第176条规定，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。第178条规定，担保法与本法的规定不一致的，适用本法。结合本题，甲乙间（挖掘机）有租赁合同，甲为出租人，乙为承租人；甲丙间（连带）担保合同，甲为主合同债权人，丙为保证人，乙为被保证人；甲丁间（动产）抵押合同，甲为主合同债权人（抵押权人），丁为抵押人，乙为被担保人。甲乙间的主债权，既有第三人保证，又有第三人物保，据《物权法》，甲可以就物的担保要求丁承担抵押担保责任实现债权，也可以要求保证人丙承担保证责任。故AB选项正确，CD选项错误。

综上所述，本题答案为AB。

8.12-03-88

在乙公司将6万元租金债务转让给戊公司之后，关于丙公司和丁公司的担保责任，下列表述正确的是：

A.丙公司仅需对乙公司剩余租金债务承担担保责任

B.丁公司仅需对乙公司剩余租金债务承担担保责任

C.丙公司仍应承担全部担保责任

D.丁公司仍应承担全部担保责任

《物权法》第175条规定，第三人提供担保，未经其书面同意，债权人允许债务人转移全部或者部分债务的，担保人不再承担相应的担保责任。乙公司欠付10万元租金时，给甲公司、丙公司和丁公司口头同意，将6万元租金债务转让给戊公司。丙公司和丁公司是口头同意，而非书面同意，因此，丙公司和丁公司仅对乙公司剩余租金债务承担担保责任。故AB选项正确，CD选项错误。

综上所述，本题答案为AB。

9.13-03-07

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？

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

D项：《合同法》第82条：“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。”丙公司是债务人，乙公司是债权人，若发生实现质权的情形。甲公司从乙对丙的债权中优先受偿，地位类似债权转让中的受让人，所以，丙对乙的抗辩可以向甲主张。所以D正确。

A项：《物权法》第177条规定：“有下列情形之一的，担保物权消灭：（一）主债权消灭；（二）担保物权实现；（三）债权人放弃担保物权；（四）法律规定担保物权消灭的其他情形。因此，乙公司清偿主债务，主债消灭”。乙公司清偿主债务，主债消灭，从债消灭，即甲公司提供的保证消灭，乙公司提供的债权质权反担保也消灭。所以A项错误。

B项：《合同法》第80条规定：“债权人转让权利的，应当通知债务人。未经通知，该转让对债务人不发生效力。”未通知丙公司，则债权转让对丙不生效，丁公司不能向丙主张。所以B项错误。

C项：《物权法》第211条规定：“质权人在债务履行期届满前，不得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。”所以甲、乙间不能约定选项中的流质条款。所以C项错误。

综上所述，本题答案为D项。

10.14-03-08

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？

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

ABC项：根据《物权法》第176条规定，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。所以，A项正确，BC项错误。

D项：《物权法》第176条改变了《担保法解释》第38条第1款关于“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”的规定，并明确“提供担保的第三人承担担保责任后，有权向债务人追偿。”所以，D项错误，丙公司和丁公司之间不存在互相追偿。

综上所述，本题正确答案为A。

11.16-03-55

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？

A.戊可同时就丙和丁的房屋行使抵押权，但对每个房屋价款优先受偿权的金额不得超过100万元

B.戊可同时就丙和丁的房屋行使抵押权，对每个房屋价款优先受偿权的金额依房屋价值的比例确定

C.戊必须先后就丙和丁的房屋行使抵押权，对每个房屋价款优先受偿权的金额由戊自主决定

D.戊只能在丙的房屋价款不足以使其债权得到全部清偿时就丁的房屋行使抵押权

担保物权具有从属性，主债权让与时，除非让与人与受让人另有约定或者债权人与物保人另有约定或者法律另有约定，担保物权随同主债权转让给受让人。所以，戊对丙和丁的房屋享有抵押权。《担保法解释》第75条规定：“同一债权有两个以上抵押人的，当事人对其提供的抵押财产所担保的债权份额或者顺序没有约定或者约定不明的，抵押权人可以就其中任一或者各个财产行使抵押权。抵押人承担担保责任后，可以向债务人追偿，也可以要求其他抵押人清偿其应当承担的份额。”丙和丁的房屋均为限定抵押物的担保金额，所以抵押权人戊可以就其中任一财产行使抵押权。所以，A、B、C、D项均错误。

综上所述，本题为选非题，正确答案为ABCD。

12.16-03-91

甲、乙双方于2013年5月6日签订水泥供应合同，乙以自己的土地使用权为其价款支付提供了最高额抵押，约定2014年5月5日为债权确定日，并办理了登记。丙为担保乙的债务，也于2013年5月6日与甲订立最高额保证合同，保证期间为一年，自债权确定日开始计算。

乙于2014年1月被法院宣告破产，下列说法正确的是：

A.甲的债权确定期届至

B.甲应先就抵押物优先受偿，不足部分再要求丙承担保证责任

C.甲可先要求丙承担保证责任

D.如甲未申报债权，丙可参加破产财产分配，预先行使追偿权

A项：《破产法》第46条规定：“未到期债权，在破产申请受理时视为到期”所以，A项正确。

D项：《破产法》第51条规定：“债务人的保证人或者其他连带债务人尚未代替债务人清偿债务的，以其对债务人的求偿权申报债权。但是，债权人已经向管理人申报全部债权的除外”。所以，如甲未申报债权，丙可以参加破产分配，预先行使追偿权。所以，D项正确

B、C项：《物权法》第176条规定：“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的，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。”乙作为债务人，以自己的土地使用权提供抵押应当先就该抵押实现债权。所以，B项正确，C项错误。

综上所述，本题正确答案为ABD。

**2018年第019期——每日重点考点抵押权（5星考点）**

**基本概念**

1.抵押权：债务人或者第三人不转移财产的占有，将该财产作为债权的担保，债务人未履行债务时，债权人依照法律规定的程序就该财产优先受偿的权利。债务人或者第三人为抵押人，债权人为抵押权人，提供担保的财产为抵押财产。

2.涤除权：在主债务履行期限届满，债务人不履行债务时，抵押物的受让人为了保有抵押物的所有权，防止抵押物的所有权因债权人对抵押物的拍卖而丧失，代债务人清偿债务进而消灭抵押权的行为。

3.抵押权的顺位：就同一个抵押物设定数个抵押权时，各个抵押权人优先受偿的先后顺序，即同一抵押物上数个抵押权之间的相互关系。

4.抵押权顺位的变更：同一抵押物上的数个抵押权人，经合意将其抵押权的顺位互相交换。顺位变更后，各变更抵押权当事人的优先受偿次序发生互换之变动效果。

5.抵押权顺位的抛弃：同一财产上的先顺位抵押权人，为后顺位抵押权人的利益而放弃其优先受偿的顺位。

6.抵押权顺位的相对抛弃：先顺位的抵押权人为同一抵押财产上的“某一特定”后顺位抵押权人的利益而抛弃其在先顺位。

7.抵押权顺位的绝对抛弃：先顺位的抵押权人并非专为同一抵押财产上的“某一特定”后顺位抵押权人的利益，而是为同一抵押财产上的“所有”后顺位抵押权人的利益抛弃其在先顺位。

8.动产浮动抵押：权利人以现有的和将有的全部财产或者部分财产为其债务提供担保。当债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形时，债权人有权就约定实现抵押权时的动产优先受偿。

9.最高额抵押：抵押人与抵押权人协议，在最高债权限额内，以抵押物对一定期间内连续发生的债权作担保。

**重点考点详解**

**一、抵押权概述**

1.不动产抵押权的设立条件

(1)抵押合同有效；(2)抵押人具有处分权；(3)办理抵押登记。

【注意】当事人办理抵押登记手续时，因登记部门的原因致使无法办理抵押物登记，抵押人向债权人交付权利凭证的，可以认定债权人对该财产具有优先受偿权，但不可对抗善意第三人。

2.动产抵押权的设立条件

（1）抵押合同有效；（2）抵押人具有处分权。

【注意】动产抵押权的设立无须公示，既不需要登记，也不需要交付。但是未登记的动产抵柙权不能对抗善意第三人。

3.可以抵押的财产范围

（1）建筑物和其他土地附着物。只有抵押人有权处分的建筑物才可以抵押。

（2）建设用地使用权。

（3）以招标、拍卖、公开协商等方式取得的荒地等土地承包经营权。

（4）经当事人书面协议，企业、个体工商户、农业生产经营者可以以现有的以及将有的生产设备、原材料、半成品、产品作抵押。

（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。

【注意】抵押人可以将上述所列财产一并抵押。

4.禁止抵押的财产

（1）土地所有权；

（2）耕地、宅基地、自留地等集体所有的土地使用权，但法律规定可以抵押的除外；

【注意】集体土地使用权原则上不得抵押，有两个例外：其一是四荒用地（荒山、荒沟、荒丘、荒滩等农村土地）的土地承包经营权可以抵押；其二是乡镇、村企业的建设用地使用权可以随厂房等建筑物一并抵押。

（3）学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体的公益设施。

【注意】不论是公办的，还是民办的，都是为社会公益而设立的。对于其教育设施和医疗卫生设施禁止抵押，其他社会公益设施也不得抵押。比如，不得将公共图书馆、科学技术馆、博物馆、国家美术馆、少年宫、工人文化宫、敬老院、残疾人福利基金会等用于社会公益目的的设施设立抵押。

（4）所有权、使用权不明或者有争议的财产。

（5）依法被查封、扣押、监管的财产。

【注意】“先抵后封”不影响抵押权的实现（担保法解释第55条）已经设定抵押权的财产，被查封、扣押的，不影响抵押权的效力。

（6）土地承包经营权一般不能抵押，但以招标、拍卖、公开协商等方式取得的荒地等土地承包经营权可以抵押。

【注意】抵押上述财产的抵押合同无效，抵押权不设立。

【注意】公益法人的公益设施不可抵押，但公益法人的非公益财产为自身债务可以抵押。

**二、抵押中的房地一体主义**

1.不论是以建筑物抵押还是以建筑物占用范围内的建设用地使用权进行抵押，在办理抵押登记时应一并办理——即办理两个抵押登记。

2.抵押人在抵押时未一并抵押的，视为一并抵押。抵押登记在前的，优先受偿。

3.建设用地使用权抵押后，该地上新增的建筑物不属于抵押财产。在实现该抵押权时应一并处理，但该新增建筑物所得价款，抵押权人无优先受偿权。

4.土地承包经营权抵押的，或者依照物权法第183条规定以乡镇、村企业的厂房等建筑物占用范围内的建设用地使用权一并抵押的，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。

5.乡村企业建筑物抵押时“地随房走”，但“房不随地走”：乡镇、村企业不能仅以集体所有的建设用地使用权抵押，但可以将乡镇、村企业的厂房等建筑物抵押，以厂房等建筑物抵押的，其占用范围内的建设用地使用权一并抵押。

**三、抵押权的实现和买卖不破租赁**

1.抵押权的实现，必须具备以下要件：须抵押权有效存在；须债务已届清偿期。

2.抵押权的实现方式：具有顺序性。

（1）抵押权人可以与抵押人协议抵押财产折价或拍卖，变卖该抵押财产所得的价款优先受偿。

（2）达不成协议，抵押权人请求法院拍卖、变卖抵押财产。

【注意】这点与质权不同，质权人可自行拍卖质物。

3.先租后抵。抵押财产出租后又将该财产抵押的，租赁关系不受影响，适用买卖不破租赁规则。

4.先抵（已登记）后租。抵押权登记后，再出租该抵押财产的，不适用买卖不破租赁规则。

5.先抵（未登记）后租。抵押合同设立，未登记（仅限动产），后出租该抵押财产的，适用买卖不破租赁规则。

6.房屋租赁中，即使抵押权在先，且已登记，虽不适用买卖不破租赁规则，但承租人享有优先购买权。

【注意】其他租赁合同的承租人不享有该优先购买权。

7.抵押权人应当在主债权的诉讼时效期间行使抵押权，未行使的人民法院不予支持。

**四、抵押物的转让和抵押权人的保全请求权**

1.抵押期间，抵押人经抵押权人同意，可以转让抵押物，但应当将转让所得的价款向抵押权人提前清偿债务或者提存。

2.抵押期间，抵押人未经抵押权人同意，不得转让抵押物。

(1)未经同意只是不得转让——出卖、赠与、互易、出资、抵债抵押物，但可以抵押、质押、出租抵押物。

(2)抵押人将抵押物转让时，受让人享有涤除权，有权提出代为清偿债务人的债务以消灭抵押权。

【注意】涤除权的行使，债务人不得提出异议，债权人不得拒绝，若拒绝受让人可以提存。

(3)抵押人未经抵押权人同意转让抵押物的，构成无权处分，但转让合同有效，符合善意取得构成要件的，善意受让人可善意取得。

3.因抵押人的行为导致抵押物有价值减少的可能时，抵押权人享有保全请求权，包括请求抵押人停止其行为；要求恢复原状；要求增加担保；若既不恢复原状，也不增加担保，则可要求提前清偿债务——未到期的债务视为已经到期，加速到期制度。

【注意】若并非抵押人的责任，则抵押权人不享有保全请求权。

**五、抵押权顺位**

1.不动产抵押权的顺位

（1）先登记的优先于后登记的；（2）同一天登记的，顺位相同，按照债权比例清偿。

2.动产抵押权的顺位

（1）登记的优先于未登记的；（2）先登记的优先于后登记的，同一天登记的顺位相同；（3）均没有登记的的，顺位相同（均为最后顺位），按照债权比例清偿。

3.抵押权的顺位变更

（1）达成变更顺位协议；（2）不动产顺位变更需要登记生效，动产登记为对抗要件。（3）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。

4.抵押权顺位的相对抛弃。对其他抵押权人：抛弃者和被抛弃者顺位不变；抛弃者和被抛弃者之间：同一顺位，按比例清偿。

5.抵押权顺位的绝对抛弃。后顺位的抵押权人的顺位依次升进，抛弃者为最后顺位。

6.抵押权的顺位让与。（1）对外：各抵押权人顺位不变；（2）对内：先满足被让与人，后满足让与人。

【注意】与抵押权相对抛弃效力的区别。

**六、动产浮动抵押权-略**

**七、最高额抵押**

1.原则上，抵押人仅对抵押后，被担保债权确定之前这个时间段内的债权提供担保。例外，最高额抵押权设立之前已经存在的债权，经同意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确定之前，债权转让的，最高额抵押权不转让。确定之后，才具有转移上的从属性。

3.最高额抵押担保债权的确认：

(1)约定的债权确定期间届满。

(2)没有约定债权确定期间或者约定不明确，抵押权人或者抵押人自最高额抵押权设立之日起满二年后请求确定债权。

(3)新的债权不可能发生。

(4)抵押财产被查封、扣押。

(5)债务人、抵押人被宣告破产或者被撤销。

4.实现最高额抵押时，实际发生的债权高于最高限额的，以最高额为限；低于最高限额的，以实际发生为限。

**历年真题**

10-03-56

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？

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

12-03-57

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？

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

13-03-57

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

A.乙有权要求丙继续履行担保合同，办理房屋抵押登记

B.乙有权要求丙以自身全部财产承担担保义务

C.乙有权要求丙以房屋价值为限承担担保义务

D.乙有权要求丙承担损害赔偿责任

13-03-58

甲向乙借款，欲以轿车作担保。关于担保，下列哪些选项是正确的？

A.甲可就该轿车设立质权

B.甲可就该轿车设立抵押权

C.就该轿车的质权自登记时设立

D.就该轿车的抵押权自登记时设立

15-03-07

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

A.抵押合同无效

B.借款合同无效

C.甲对100万元借款应负连带还款义务

D.甲可请求撤销丙的抵押权

15-03-53

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？

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

15-03-54

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

A.债权额为100万元

B.债权额为400万元

C.抵押权期间为1年

D.抵押权期间为主债权诉讼时效期间

16-03-89

甲、乙双方于2013年5月6日签订水泥供应合同，乙以自己的土地使用权为其价款支付提供了最高额抵押，约定2014年5月5日为债权确定日，并办理了登记。丙为担保乙的债务，也于2013年5月6日与甲订立最高额保证合同，保证期间为一年，自债权确定日开始计算。

水泥供应合同约定，将2013年5月6日前乙欠甲的货款纳入了最高额抵押的担保范围。下列说法正确的是：

A.该约定无效

B.该约定合法有效

C.如最高额保证合同未约定将2013年5月6日前乙欠甲的货款纳入最高额保证的担保范围，则丙对此不承担责任

D.丙有权主张减轻其保证责任

16-03-90

甲在2013年11月将自己对乙已取得的债权全部转让给丁。下列说法正确的是：

A.甲的行为将导致其最高额抵押权消灭

B.甲将上述债权转让给丁后，丁取得最高额抵押权

C.甲将上述债权转让给丁后，最高额抵押权不随之转让

D.2014年5月5日前，甲对乙的任何债权均不得转让

**真题答案解析**

6.10-03-56

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？

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

A项：《物权法》第181条规定，经当事人书面协议，企业、个体工商户、农业生产经营者可以将现有的以及将有的生产设备、原材料、半成品、产品抵押，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，债权人有权就实现抵押权时的动产优先受偿。这是对浮动抵押的规定，存栏的养殖物可以作为抵押财产，故A项正确。

D项：《物权法》第196条规定，依照本法第181条规定设定抵押的，抵押财产自下列情形之一发生时确定：（1）债务履行期届满，债权未实现……因此，如果养殖户借款到期未还，抵押财产自借款到期时确定，D项正确。

B、C项：《物权法》第189条规定，企业、个体工商户、农业生产经营者以本法第181条规定的动产抵押的，应当向抵押人住所地的工商行政管理部门办理登记。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。依照本法第181条规定抵押的，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。据此，抵押登记机关应为抵押人住所地的工商行政管理部门而非抵押财产所在地；浮动抵押登记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。B、C项错误。

综上所述，本题答案为AD项。

7.12-03-57

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？

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

AB项：因抵押权人并不直接占有抵押物，故法律赋予抵押权人保全抵押物的权利。《物权法》第193条规定，抵押人的行为足以使抵押财产价值减少的，抵押权人有权要求抵押人停止其行为。抵押财产价值减少的，抵押权人有权要求恢复抵押财产的价值，或者提供与减少的价值相应的担保。抵押人不恢复抵押财产的价值也不提供担保的，抵押权人有权要求债务人提前清偿债务。本题中，由于丙的非法居住，导致乙银行的抵押权难以实现，乙银行可以直接主张保全请求权，请求甲行使对丙的返还请求权；也可以通过请求甲将对丙的返还请求权转让给自己来保全抵押物。故AB选项正确。

C项：债权人代位权的对象仅限于金钱债权，甲对丙享有的返还请求权并非金钱债权，故不适用代位权规则。故C选项错误。

D项：本案中的抵押权人乙银行并非房屋所有权人，不享有返还原物请求权；也非抵押物的占有人，因此，乙既不能主张基于《物权法》第34条的返还原物请求权，也不能主张基于《物权法》第245条的占有人返还请求权。故D选项错误。

综上所述，本题答案为AB。

8.13-03-57

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

A.乙有权要求丙继续履行担保合同，办理房屋抵押登记

B.乙有权要求丙以自身全部财产承担担保义务

C.乙有权要求丙以房屋价值为限承担担保义务

D.乙有权要求丙承担损害赔偿责任

AD项，根据《物权法》第15条规定：“当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同，除法律另有规定或者合同另有约定外，自合同成立时生效；未办理物权登记的，不影响合同效力。”本条规定的是区分原则，丙以自己房屋为乙设立抵押权时，未办理抵押登记，故房屋抵押权未设立；但不因此影响丙、乙间房屋抵押合同的成立与生效。同时，根据《合同法》第107条：“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。”和第110条：“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，对方可以要求履行，但有下列情形之一的除外：（一）法律上或者事实上不能履行；（二）债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高；（三）债权人在合理期限内未要求履行。”乙有权请求丙实际履行办理抵押登记的合同义务。但是丙的房屋被法院另行查封，故乙不能请求办理抵押登记。故A项错误。丙、乙间成立一个有效的房屋抵押合同，丙不履行办理抵押登记的构成违约，若因此给乙造成损失，乙有权基于抵押合同请求丙承担违约损害赔偿。故D项正确。

BC项，丙与乙约定以自有房屋担保该笔借款，并未约定担保方式，则推定为连带责任保证。根据《担保法》第18条的规定：“当事人在保证合同中约定保证人与债务人对债务承担连带责任的，为连带责任保证。连带责任保证的债务人在主合同规定的债务履行期届满没有履行债务的，债权人可以要求债务人履行债务，也可以要求保证人在其保证范围内承担保证责任。”所以，丙应该在其保证范围内承担责任，即乙有权要求丙以其房屋价值为限承担担保责任。故C选项正确，B选项错误。

综上所述，本题答案为CD。

9.13-03-58

甲向乙借款，欲以轿车作担保。关于担保，下列哪些选项是正确的？

A.甲可就该轿车设立质权

B.甲可就该轿车设立抵押权

C.就该轿车的质权自登记时设立

D.就该轿车的抵押权自登记时设立

A项，根据《物权法》第208条：“为担保债务的履行，债务人或者第三人将其动产出质给债权人占有的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现质权的情形，债权人有权就该动产优先受偿。前款规定的债务人或者第三人为出质人，债权人为质权人，交付的动产为质押财产。”汽车（动产）可以设立动产质权。故A项正确。

B项，根据《物权法》第180条：“债务人或者第三人有权处分的下列财产可以抵押：（六）交通运输工具；”汽车（动产；交通运输工具）可以设立动产抵押权。故B项正确。

C项，《物权法》第212条规定：“质权自出租人交付质押财产时设立。”动产质权的设立乙交付为生效要件。故C项错误。

D项，《物权法》第188条规定：“以本法第一百八十条第一款第四项、第六项规定的财产或者第五项规定的正在建造的船舶、航空器抵押的，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。”动产抵押无需公示，登记为动产抵押权的对抗要件。故D项错误。

综上所述，本题答案为AB。

10.15-03-07

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

A.抵押合同无效

B.借款合同无效

C.甲对100万元借款应负连带还款义务

D.甲可请求撤销丙的抵押权

D项：在签订抵押合同和办理抵押登记时乙冒用甲的名字签字，属于无权处分，故甲可以请求撤销丙的抵押权。所以，D项正确。

A项：本题中房屋为甲乙夫妻共同共有，乙瞒着甲将房屋抵押给丙，属于无权处分，其抵押合同不是无效。所以，A项错误。

B项：乙向丙借款100万元供个人使用，乙丙之间的借款合同意思表示真实，借款合同有效。所以，B项错误。

C项：《最高人民法院关于适用＜中华人民共和国婚姻法＞若干问题的解释（二）》第24条规定：“债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理。但夫妻一方能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务，或者能够证明属于婚姻法第十九条第三款规定情形的除外。”本题中，乙以自己名义向丙借款供本人使用，该借款应当认定为是乙的个人债务，故甲无需对100万元借款负连带还款义务。所以，C项错误。

综上所述，正确答案为D。

11.15-03-53

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？

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

A项：《合同法》第37条规定：“采用合同书形式订立合同，在签字或者盖章之前，当事人一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立。”乙把房本交给了银行，银行接收房本表示其接受乙提供的抵押，故双方之间的抵押合同有效成立，因此，乙应向银行承担违约责任。所以，A项正确。

C项：《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第59条规定：“当事人办理抵押物登记手续时，因登记部门的原因致使其无法办理抵押物登记，抵押人向债权人交付权利凭证的，可以认定债权人对该财产有优先受偿权。但是，未办理抵押物登记的，不得对抗第三人。”由于银行未办理抵押物登记，其优先受偿权不得对抗第三人，故第三人丙无义务代为向银行还款。但若丙代为向银行还款则构成无因管理，可向甲主张相应款项。所以，C项正确。

B项：根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第59条规定可知，银行未办理抵押物登记，其优先受偿权不得对抗第三人，故第三人丙无义务代为向银行还款。所以，B项错误。

D项：根据《物权法》第187条的规定可知，不动产抵押应当办理抵押登记，抵押权自登记时设立。由于尚未登记，故银行未取得抵押权。所以，D项错误。

综上所述，本题答案为AC。

12.15-03-54

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

A.债权额为100万元

B.债权额为400万元

C.抵押权期间为1年

D.抵押权期间为主债权诉讼时效期间

AB项：根据《物权法》第203条的规定，为担保债务的履行，债务人或者第三人对一定期间内将要连续发生的债权提供担保财产的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，抵押权人有权在最高债权额限度内就该担保财产优先受偿。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。虽然题目中约定债权确定期间为2014年7月2日到2015年7月1日，但是一周前的货款可以转到最高额抵押的范围中去，所以A项错误，B项正确。

CD项：根据《物权法》第207条规定，最高额抵押权除适用本节规定外，适用本章第一节一般抵押权的规定。第202条规定：“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。”所以C项错误，D项正确。

综上所述，答案为BD。

13.16-03-89

甲、乙双方于2013年5月6日签订水泥供应合同，乙以自己的土地使用权为其价款支付提供了最高额抵押，约定2014年5月5日为债权确定日，并办理了登记。丙为担保乙的债务，也于2013年5月6日与甲订立最高额保证合同，保证期间为一年，自债权确定日开始计算。

水泥供应合同约定，将2013年5月6日前乙欠甲的货款纳入了最高额抵押的担保范围。下列说法正确的是：

A.该约定无效

B.该约定合法有效

C.如最高额保证合同未约定将2013年5月6日前乙欠甲的货款纳入最高额保证的担保范围，则丙对此不承担责任

D.丙有权主张减轻其保证责任

A、B项：《物权法》第203条规定：“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范围”所以，该约定有效，所以，B项正确，A项错误。

C、D项：保证期间，债权人与债务人协议变更主债务（数量、价款、币种等）内容，应当取得保证人的同意。未经保证人同意，若加重保证人债务的，保证人对加重部分不承担保证责任。所以，C项正确，D项错误。

综上所述，本题正确答案为BC。

14.16-03-90

甲在2013年11月将自己对乙已取得的债权全部转让给丁。下列说法正确的是：

A.甲的行为将导致其最高额抵押权消灭

B.甲将上述债权转让给丁后，丁取得最高额抵押权

C.甲将上述债权转让给丁后，最高额抵押权不随之转让

D.2014年5月5日前，甲对乙的任何债权均不得转让

A、B、C项：《物权法》第204条规定：“在最高额抵押担保的债权依照《物权法》第206条确定之前，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。”所以，C项正确，A、B两项错误。

D项：在债权确定之前，债权可以转让，但是除当事人另有约定之外，最高额抵押权不随之转让。所以，D项错误。

综上所述，本题正确答案为C。

2018年第020期——每日重点考点动产质权和权利质权（3星考点）

**基本概念**

1.动产质权：债务人或者第三人将其动产移转给债权人占有作为债权的担保，当债务人不履行到期债务或者当事人约定的实现质权的情形出现时，债权人享有就质押给债权人的动产折价或者拍卖、变卖该动产的价款优先受偿的权利。

2.权利质权：为了担保债权清偿，就债务人或第三人所享有的权利设定的质权。权利质权是一种准质权，因为权利质权的标的是权利。

3.应收账款：权利人因提供一定的货物、服务或者设施而获得的要求义务人付款的权利，不包括因票据或者其他有价证券而产生的付款请求权。应收账款的概念中包括了公路、桥梁等收费权。

**重点考点详解**

**一、质权基础知识**

1.质权人的权利：占有质物；收取质物孳息；质权保全请求权；抛弃质权；优先受偿权。

2.质权人的义务：妥善保管质物；不得擅自使用、处分质物；质权消灭后，向出质人返还质物；及时行使质权。

3.设立权利质权后，未经质权人同意，出质人不得转让权利质权的客体。

4.质权的效力及于质物的全部。主债权未受全部清偿的，质权人可以就质物的全部行使其质权。质物被分割或者部分转让的，质权人可以就分割或转让后的质物行使质权。

5.质物有隐蔽瑕疵造成质权人其他财产损害的，应由出质人承担赔偿责任；但是质权人在质物移交时明知质物有瑕疵而予以接受的除外。

6.质物因附合、混合或者加工使质物的所有权为第三人所有的，质权的效力及于补偿金；质物所有人为附合物、混合物或者加工物的所有人的，质权的效力及于附合物、混合物或者加工物；第三人与质物所有人为附合物、混合物或者加工物的共有人的，质权的效力及于出质人对共有物享有的份额。

7.动产质权的效力及于质物的从物。但是从物未随同质物交付于质权人占有的，质权的效力不及于从物。

8.主债权被分割或者部分转让的，各债权人可以就其享有的债权份额行使质权；主债务被分割或者部分转让的，出质人仍以其质物担保数个债务人履行债务。但是，第三人提供质物的，债权人许可债务人转让债务未经出质人书面同意的，出质人对未经其同意转让的债务，不再承担担保责任。

**二、动产质权**

1.特征

（1）动产质权是担保物权。质权人占有质物实际上是取得了质物上的交换价值。在一般情况下，其只能占有质物，而不能使用、收益。

（2）动产质权是在他人的财产上设立的物权。动产质权是在债务人或者第三人的动产上设定的担保物权，因此属于他物权。

（3）动产质权以债权人占有质物为生效条件。移转质物的占有是质权与抵押权的根本区别。

（4）动产质权是就质物价值优先受偿的权利。

（5）以占有改定方式完成交付的，不发生动产质权设立的效果。

2.质权合同

（1）订立质权合同应当采用书面形式。

【注意】动产质权未采用书面形式的，一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立。

（2）禁止流质。当事人不得在质权合同中约定出质人在债务履行期届满不履行到期债务的，质押财产的所有权转移于质权人所有，即使当事人认为质物与债权价值相当，也不允许订立如此内容的协议。

（3）交付质押财产是质权的生效要件。质权自出质人交付质押财产时设立。出质人与质权人订立动产质权合同，该合同自成立时生效。但在移转质物的占有之前，并不发生担保物权的效力。出质人只有实际移转质物交付到质权人占有时，质权才发生效力。交付除现实交付外，还包括简易交付和指示交付，但不包括占有改定。质物交付后，质权人又返还质物予出质人的，质权有效，但是不得对抗第三人。

当事人不得约定不交付标的物，约定的约定无效。质押物约定与移交不一致的，以实际移交的物品为准。

**三、权利质权**

1.权利质权的标的

以出质人提供的财产权利为标的而设定的质权，并不是所有的权利都可以作为权利质权的标的，其必须满足下列条件：

（1）必须是财产权。

（2）必须具有让与性。若该权利不能让与，不仅不能就该权利的变卖价金受偿，也不能由质权人取得权利；比如，一些与特定权利主体密不可分的财产权，如继承权、亲属间的扶养请求权、抚恤金领取请求权，都不得作为权利质权的标的。

（3）必须是适于设质的权利。比如：不动产物权、抵押权、质权、留置权等不能成为权利质权的标的。

【注意】必须是不违背质权性质的财产权。质权是动产质权，不动产原则上不能设定质权。

2.可以出质的权利

（1）汇票、支票、本票；（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）应收账款。

【注意】从民法上看，可质押的权利主要分成三类，①即票据等有价证券，股票，股份；②知识产权；③一般债权。

3.以汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单出质的权利质权

（1）质权设立：

①有权利凭证的，质权自权利凭证交付质权人时设立。

【注意】以汇票、支票、本票、公司债券出质的，权利凭证背后未注明“质押”字样，不得对抗善意第三人。

②没有权利凭证的，质权自有关部门办理出质登记时设立。

（2）汇票、支票、本票、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，质权人可以不经过出质人同意，将汇票、支票、本票、债券或者存款单上所载款项兑现，将仓单或者提单上所载货物提货。但质权人兑现款项或者提取货物后不能据为己有，必须通知出质人，并与出质人协商，或者用兑现的价款或提取的货物提前清偿债权，或者将兑现的价款或提取的货物提存。

4.以基金份额、股权出质的权利质权

（1）质权设立：

①以基金份额出质的，应当到证券登记结算机构办理出质登记，质权自登记时设立。

②以股权出质的，其质权设立的情形分为两种：第一，以证券登记结算机构登记的股权出质的，质权自证券登记结算机构办理出质登记时设立。第二，以其他股权出质的，质权自工商行政管理部门办理出质登记时设立。

【注意】《担保法》规定以有限责任公司的股份出质的，质押合同自股份出质记载于股东名册之日起生效。《物权法》将登记机构设为工商行政管理部门。

（2）对出质人处分基金份额和股权的限制：基金份额和股权出质后，原则上不能转让，经出质人与质权人协商同意的除外。

5.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权利质权

（1）质权设立：

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，双方当事人应当订立书面质权合同。合同订立后，质权并不当然设立，须到有关主管部门办理出质登记时才能设立。

（2）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，但经出质人与质权人协商同意的除外。同意转让的，所获得价款，应提前清偿债务或者提存。

6.以应收账款出质的权利质权

（1）质权设立：质权自信贷征信机构办理出质登记时设立。

（2）应收账款出质后，不得转让，但经出质人与质权人协商同意的除外。

**历年真题**

06-03-08

方某向孙某借款1万元，孙某要求其提供担保，方某说:“我有一部手提电脑被刘某租去用了，就以它作质押吧，但租金不作质押。”孙同意，遂付款。下列哪种说法是正确的?

A.孙某实际占有电脑时质押合同才生效

B.如刘某书面同意，则质押合同生效

C.质押合同为诺成合同，自合同成立时生效

D.如质押合同生效，则孙某有权收取电脑租金

09-03-07

根据《物权法》的规定，下列哪一类权利不能设定权利质权？

A.专利权

B.应收账款债权

C.可以转让的股权

D.房屋所有权

15-03-08

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

A．甲乙之间的担保合同无效

B．红木已交付，丙取得质权

C．丙经甲的授权而占有，甲取得质权

D．丙不能代理甲占有红木，因而甲未取得质权

**真题答案解析**

1.06-03-08

方某向孙某借款1万元，孙某要求其提供担保，方某说:“我有一部手提电脑被刘某租去用了，就以它作质押吧，但租金不作质押。”孙同意，遂付款。下列哪种说法是正确的?

A.孙某实际占有电脑时质押合同才生效

B.如刘某书面同意，则质押合同生效

C.质押合同为诺成合同，自合同成立时生效

D.如质押合同生效，则孙某有权收取电脑租金

AC项：《物权法》第224条规定：“以汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单出质的，当事人应当订立书面合同。质权自权利凭证交付质权人时发生效力。没有权利凭证的，质权自有关部门办理出质登记时发生效力。”《合同法》第44条第1款：依法成立的合同，自成立时生效。根据上述规定，质权设立以质押物的交付或者权利质权登记为生效要件，质押合同则自合同成立时生效。

本题中质押合同的生效与否与孙某是否实际占有电脑无关，该电脑是否交付于债权人决定着质权的生效而非质押合同的生效，故C项正确，A项错误。

B项：基于合同的相对性，刘某不是质押合同的当事人，也不是质押物的所有人，所以该质押合同的效力与刘某是否同意无关，故B项错误。

D项：根据《物权法》第213条规定，质权人有权收取质押财产的孳息，但合同另有约定的除外。前款规定的孳息应当先充抵收取孳息的费用。本题中，质押合同生效，根据当事人之间的约定，质押的效力不及于租金，故D项错误。

综上所述，本题正确答案为C

2.09-03-07

根据《物权法》的规定，下列哪一类权利不能设定权利质权？

A.专利权

B.应收账款债权

C.可以转让的股权

D.房屋所有权

本题考核权利质权。

《物权法》第223条规定，债务人或者第三人有权处分的下列权利可以出质：

（一）汇票、支票、本票；

（二）债券、存款单；

（三）仓单、提单；

（四）可以转让的基金份额、股权；

（五）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；

（六）应收账款；

（七）法律、行政法规规定可以出质的其他财产权利。

根据上述规定可知，本题的正确答案是D。

3.15-03-08

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

A．甲乙之间的担保合同无效

B．红木已交付，丙取得质权

C．丙经甲的授权而占有，甲取得质权

D．丙不能代理甲占有红木，因而甲未取得质权

BCD项：乙是债务人甲是债权人，甲乙之间设定质权，甲是质权人。且本案属于交付第三人代为占有，此时丙是直接占有，甲的基于质权的间接占有，所以甲享有质权，所以C正确，BD项错误。

A项：甲乙之间的质押合同，不存在无效的事由，所以A项错误。

综上所述，本题答案为C。

**2018年第021期——每日重点考点债权质权和留置权（4星考点）**

**基本概念**

1.债权质权：以债权为标的物设立的权利质权。

2.转质：在质权关系存续期间，质权人以自己的责任或经出质人同意，为供自己或他人债务的担保，将质物移转占有于第三债权人而为其设定新质权的行为。第三债权人称为转质权人，质权人亦称为转质人，质权人这样以原质押物作为自身债务的担保而将其占有权移转给自己的债权人的权利就是转质权。

3.责任转质：质权人于质权存续期间，不经出质人同意，而以自己的责任将质物转质于第三人，设定新质权。

4.承诺转质：质权人经出质人同意，为担保自己的债务或他人的债务，以其占有的质押物为第三人再设定质权的行为。

5.留置权：在债务人不履行到期债务时，债权人有权依照法律规定留置已经合法占有的债务人的动产，并就该动产优先受偿。这时债权人便为留置权人，占有的动产便为留置财产。

**一、债权质权**

1.设立条件

债权具有可转让性；

出质人与质权人应订立书面质押合同且合同有效；

有债权证书的，出质人应交付，但债权证书的交付并非债权质权的设立条件；

【注意】债权质权的的设立与行使适用有关债权转让规则。

2.设立通知的效力

（1）通知不是债权质权设立要件，未通知的不影响债权质权的效力。

（2）未通知第三债务人的，已经成立的质权对第三债务人不发生效力，第三债务人向债权人（即出质人）的清偿行为有效，出质债权因清偿而消灭，债权质权亦因此消灭。

（3）通知到达第三债务人时，己经成立的质权对第三债务人发生效力，第三债务人对债权人（即出质人）的清偿行为被冻结，第三债务人对债权人（即出质人）的清偿行为无效，不发生清偿的效力。

3.出质人的特别义务

（1）处分权的限制。非经质权人同意，出质人不得以法律行为使出质的债权消灭或者变更。

（2）受领清偿权能的限制。通知债务人后，债务人对出质人的清偿被冻结，出质人不得接受债务人的清偿行为。

4.债权质权的行使

（1）金钱债权质权

金钱债权的清偿期先于被担保的债权的清偿期，质权人有权请求债务人（出质人的债务人）提存，并对提存物行使质权。

金钱债权的清偿期后于被担保的债权的清偿期，质权人于其债权到期时，有权直接请求债务人（出质人的债务人）向自己给付该金钱。

（2）金钱之外的其他动产债权质权

除金钱之外的其他动产为内容的债权设立债权质权的，请求出质人的债务人直接向自己给付该动产，并对给付的动产享有动产质权。

（3）不动产债权质权

将以移转不动产所有权为内容的债权（如买卖房屋、赠与房屋）设立债权质权的，请求出质人的债务人为出质人移转不动产所有权，并对该不动产享有抵押权。

【注意】该抵押权属于法定抵押权，无须办理抵押登记，但未办理不得对抗善意第三人。

**二、转质**

（一）责任转质

1.未经出质人同意，质权人以质权人身份转质的。

2.效力

（1）转质权优先于原质权。

（2）转质权具有从属性。①转质权对质物优先受偿的范围以原质权为限。②原质权消灭，转质权消灭。③原质权和转质权均具备行使条件，转质人才能行使转质权。

（3）转质人对质物毁损灭失，对原出质人承担绝对无过错责任。

【注意】因为不可抗力毁损，同样要承担责任。

【注意】责任转质与善意取得的区别：关键是看第三人知不知道他是转质人。

（二）承诺转质

1.经出质人同意，质权人以质权人身份转质的。

2.效力

（1）转质权优先于原质权；

（2）转质权具有独立性。①转质权对质物优先受偿的数额不受原质权的限制。②原质权消灭，不影响转质权。③原质权的尚不能实现，但转质权条件具备，即可行使转质权。

（3）质权人对质物的毁损灭失承担过错责任。

**三、留置权**

（一）留置权的特征

1.从属性。留置权为从属于所担保债权的从权利。

2.法定性。留置权为法定担保物权，只能直接依据法律的规定发生，不能由当事人自由设定。

3.不可分性。留置权所担保的是债权的全部，而不是部分；留置物不可分时，可对全部留置财产行使留置权。

【注意】留置物可分时，留置财产的价值应当等于债务的金额。

（二）留置权成立要件

1.积极要件

（1）债务人未履行到期债务。

【例外】紧急留置权，即丧失支付能力或宣告破产时，不需要等到债务到期。

（2）债权人合法占有债务人的动产。必须是占有，单纯的持有不能成立留置权；必须是合法占有；必须是占有动产；必须是债务人所有的动产。

【注意】留置权可善意取得。

（3）债权人占有的动产与所担保的债权属于同一法律关系。

2.消极要件

（1）因侵权行为取得动产占有的，不成立留置权。

（2）当事人约定不得留置的，不得留置。

（3）留置不得违反公共秩序或善良风俗。如因欠交学费而留置大学生的学位证书；再如因欠交医疗费留置死者的尸体；又如留置残疾人的器具法律上都不允许。

（4）留置不得与留置人所承担的义务相抵触。例如，承运人在履行运输义务“之前”，即以未付运费为由留置所运货物的，其留置货物的行为即与其承担的义务相抵触。

（三）商事留置权的成立要件

1.双方均为企业。

2.债权人基于营业关系而占有对方的动产。

3.留置的动产与被担保的债权“不必属于”同一法律关系。

（四）留置权人的权利和义务

1.权利：

（1）符合成立要件时即可留置动产。

（2）优先受偿权；

【注意】宽限期一般依约定，无约定时最少2个月，若为鲜活不易保存的动产，无须给其宽限期，即可实现留置权。

（3）收取留置物所产孳息。

【注意】仅为“收取”而非“取得”。

（4）为保管之目的而使用留置物。

2.义务

（1）妥善保管留置物。

（2）不得擅自使用、出租或处分留置财产；

（3）经债务人的请求行使留置权。

（4）留置权消灭后返还留置财产。

（五）留置权消灭的特殊事由

1.债务人另行提供担保，留置权人接受的，留置权消灭。

2.留置权人对留置物丧失占有，留置权消灭。

【注意】若占有的留置物被他人侵夺的，若留置权人自侵夺之日起1年内行使占有回复请求权，回复对留置物的占有，则留置权“复活”。

**四、总结优先性**

1.留置权（以及类似的法定优先权——合同法第286条），第一；

2.登记抵押权、质押权，按照成立先后定先后，分居第二或者第三位；

3.未登记抵押权，居最后。

每日经典真题

10-03-10

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。关于辽西公司的行为，下列哪一选项是正确的？

A.属于行使抵押权

B.属于行使动产质权

C.属于行使留置权

D.属于自助行为

10-03-54

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

A.小贝对老马享有物权请求权

B.老马对小贝享有物权请求权

C.老马对小贝享有债权请求权

D.如小贝拒绝赔偿，老马可对足球行使留置权

12-03-07

甲对乙享有10万元的债权，甲将该债权向丙出质，借款5万元。下列哪一表述是错误的？

A.将债权出质的事实通知乙不是债权质权生效的要件

B.如未将债权出质的事实通知乙，丙即不得向乙主张权利

C.如将债权出质的事实通知了乙，即使乙向甲履行了债务，乙不得对丙主张债已消灭

D.乙在得到债权出质的通知后，向甲还款3万元，因还有7万元的债权额作为担保，乙的部分履行行为对丙有效

13-03-07

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？

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

14-03-07

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？

A.10万元

B.9万元

C.8万元

D.7万元

15-03-55

下列哪些情形下权利人可以行使留置权？

A.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，张某可留置部分货物

B.刘某把房屋租给方某，方某退租搬离时尚有部分租金未付，刘某可留置方某部分家具

C.何某将丁某的行李存放在火车站小件寄存处，后丁某取行李时认为寄存费过高而拒绝支付，寄存处可留置该行李

D.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，甲公司可留置机器零件

15-03-91

顺风电器租赁公司将一台电脑出租给张某，租期为2年。在租赁期间内，张某谎称电脑是自己的，分别以市价与甲、乙、丙签订了三份电脑买卖合同并收取了三份价款，但张某把电脑实际交付给了乙。后乙的这台电脑被李某拾得，因暂时找不到失主，李某将电脑出租给王某获得很高收益。王某租用该电脑时出了故障，遂将电脑交给康成电脑维修公司维修。王某和李某就维修费的承担发生争执。康成公司因未收到修理费而将电脑留置，并告知王某如7天内不交费，将变卖电脑抵债。李某听闻后，于当日潜入康成公司偷回电脑。

关于康成公司的民事权利，下列说法正确的是：

A.王某在7日内未交费，康成公司可变卖电脑并自己买下电脑

B.康成公司曾享有留置权，但当电脑被偷走后，丧失留置权

C.康成公司可请求李某返还电脑

D.康成公司可请求李某支付电脑维修费

16-03-07

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。对此，下列哪一选项是正确的？

A.甲有权请求丙返还自行车

B.丙如将自行车返还给乙，必须经过甲当场同意

C.乙有权要求丙返还自行车，但在修理费未支付前，丙就自行车享有留置权

D.如乙要求丙返还自行车，即使修理费未付，丙也不得对乙主张留置权

**真题答案解析**

1.10-03-10

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。关于辽西公司的行为，下列哪一选项是正确的？

A.属于行使抵押权

B.属于行使动产质权

C.属于行使留置权

D.属于自助行为

C项：《物权法》第230条：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。第231条：债权人留置的动产，应当与债权属于同一法律关系，但企业之间留置的除外。

可见，行使留置权应当具备以下条件：（1）留置的财产必须是债权人以合法方式占有债务人的财产；（2）留置的财产必须与债权人的债权有牵连关系，所谓的牵连关系是指债权人对动产的留置权与债务的产生是基于同一法律关系发生的。但是根据《物权法》第231条的规定，企业之间的商事留置不要求同一法律关系，即企业之间的留置不受牵连关系的限制；（3）必须是债权已届清偿期；（4）留置的财产必须是动产。

本题中，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，属于对第三人履行的合同，据此辽西公司基于买卖合同合法占有债务人辽东公司的电脑，虽然留置该电脑与两公司之间的债权债务没有牵连关系，但由于均为企业，因此辽西公司可以行使留置权，C项正确。

AB项：抵押权和质权均为约定担保物权而非法定担保物权，本题中，双方没有对担保达成合意，辽西公司未有约定即实施了扣留行为，显然并非行使抵押权和质权的行为，所以AB项错误。

D项：自助行为要求情况紧急和不能及时请求公力救济为前提条件，而本题不能满足该要求，故D项错误。

综上所述，本题答案为C项。

2.10-03-54

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

A.小贝对老马享有物权请求权

B.老马对小贝享有物权请求权

C.老马对小贝享有债权请求权

D.如小贝拒绝赔偿，老马可对足球行使留置权

本题考点：侵权。小贝侵犯了老马的物权，因此承担侵权损害赔偿责任，为典型的债权请求权，所以C正确，B错误。小贝作为足球的所有人，享有请求老马返还原物的权利，即享有物权请求权，A正确。物权法》第231条规定，债权人留置的动产，应当与债权属于同一法律关系，但企业之间留置的除外。小贝因侵权行为对老马承担赔偿的义务，但是老马对于足球的返还不是基于该义务，所以二者是两个法律关系，老马不能对足球行使留置权，D错误。

综上所述，本题答案为AC项。

3.12-03-07

甲对乙享有10万元的债权，甲将该债权向丙出质，借款5万元。下列哪一表述是错误的？

A.将债权出质的事实通知乙不是债权质权生效的要件

B.如未将债权出质的事实通知乙，丙即不得向乙主张权利

C.如将债权出质的事实通知了乙，即使乙向甲履行了债务，乙不得对丙主张债已消灭

D.乙在得到债权出质的通知后，向甲还款3万元，因还有7万元的债权额作为担保，乙的部分履行行为对丙有效

本题考查债权出质中通知的效力，《物权法》对此没有规定，但因债权质押与债权让与类似，因而可以类推适用《合同法》中债权让与的基本规则。《合同法》第80条规定，债权人转让权利的，应当通知债务人。未经通知，该转让对债务人不发生效力。

D项：担保物权具有不可分性，即担保物权所担保的债权的债权人得就担保物的全部行使其权利。故乙在获悉债权出质事实后，部分或者全部履行行为均不得对质权人丙发生效力。故D选项说法错误。

A项：根据《合同法》第80条的规定，可得知，未经通知，该转让对债务人不发生效力，但是不影响债权质权的效力，其在债权人和质权人之间的仍然是生效的。因此，债权出质事实的通知，不是债权质权发生效力的要件。故A选项说法正确。

B项：根据《合同法》第80条的规定，如果甲未将债权出质的事实通知乙，则该债权出质对乙不发生效力，并不得对乙主张权利。故B选项说法正确。

C项：根据《合同法》第80条规定，如果债权人甲将债权出质给丙的事实通知了债务人乙，则丙的债权对债务人乙发生效力。如乙仍向甲履行债务，则不得对丙主张债已消灭。故C选项说法正确。

本题为选非题，故正确答案为D项。

4.13-03-07

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？

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

D项：《合同法》第82条：“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。”丙公司是债务人，乙公司是债权人，若发生实现质权的情形。甲公司从乙对丙的债权中优先受偿，地位类似债权转让中的受让人，所以，丙对乙的抗辩可以向甲主张。所以D正确。

A项：《物权法》第177条规定：“有下列情形之一的，担保物权消灭：（一）主债权消灭；（二）担保物权实现；（三）债权人放弃担保物权；（四）法律规定担保物权消灭的其他情形。因此，乙公司清偿主债务，主债消灭”。乙公司清偿主债务，主债消灭，从债消灭，即甲公司提供的保证消灭，乙公司提供的债权质权反担保也消灭。所以A项错误。

B项：《合同法》第80条规定：“债权人转让权利的，应当通知债务人。未经通知，该转让对债务人不发生效力。”未通知丙公司，则债权转让对丙不生效，丁公司不能向丙主张。所以B项错误。

C项：《物权法》第211条规定：“质权人在债务履行期届满前，不得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。”所以甲、乙间不能约定选项中的流质条款。所以C项错误。

综上所述，本题答案为D项。

5.14-03-07

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？

A.10万元

B.9万元

C.8万元

D.7万元

根据《合同法》第85条的规定，债务人转移义务的，新债务人可以主张原债务人对债权人的抗辩。同时，应收账款质权是质权人与出质人通过质押合同设立，根据债的相对性原理，该合同仅得约束出质人与质权人，不得为第三债务人设定义务，限制第三债务人对出质人享有的权利。而法定抵销权是法律赋予第三债务人的权利，不因质权人、出质人之间的法律行为而被限制或剥夺。从这个意义上讲，乙公司有权就债务抵销问题对丙公司提出抗辩，即抵销后乙公司对甲公司承担8万元的债务。因此，丙银行可以向乙公司行使质权的最大数额为8万元。所以，ABD项错误，C项正确。

综上所述，本题正确答案为C。

6.15-03-55

下列哪些情形下权利人可以行使留置权？

A.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，张某可留置部分货物

B.刘某把房屋租给方某，方某退租搬离时尚有部分租金未付，刘某可留置方某部分家具

C.何某将丁某的行李存放在火车站小件寄存处，后丁某取行李时认为寄存费过高而拒绝支付，寄存处可留置该行李

D.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，甲公司可留置机器零件

根据《物权法》第230条规定，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。第231条规定：“债权人留置的动产，应当与债权属于同一法律关系，但企业之间留置的除外。”

C项：产生留置权，基于同一法律关系，丁某有偿还价款的义务，存放处面对丁某不履行债务，可以行使留置权。如果何某占有他人之物，然后寄存，此时善意取得留置权。所以C项符合题意。

D项：甲公司和乙公司之间属于企业，不要求基于同一法律关系，即可生留置权，所以D构成留置权。当选。

A项：不产生留置权。因为张某和王某约定，货物运到后一周支付费用，张某在货物运到后此时债权未到期，所以不生留置权所以，A项不符合题意。

B项：不产生留置权。刘某和方某之间存在租赁法律关系，方某退房没有支付部分租金，不是基于同一法律关系，刘某不可以留置家具，此时不形成留置权。B不符合题意。

综上所述，答案为CD。

7.15-03-91

顺风电器租赁公司将一台电脑出租给张某，租期为2年。在租赁期间内，张某谎称电脑是自己的，分别以市价与甲、乙、丙签订了三份电脑买卖合同并收取了三份价款，但张某把电脑实际交付给了乙。后乙的这台电脑被李某拾得，因暂时找不到失主，李某将电脑出租给王某获得很高收益。王某租用该电脑时出了故障，遂将电脑交给康成电脑维修公司维修。王某和李某就维修费的承担发生争执。康成公司因未收到修理费而将电脑留置，并告知王某如7天内不交费，将变卖电脑抵债。李某听闻后，于当日潜入康成公司偷回电脑。

关于康成公司的民事权利，下列说法正确的是：

A.王某在7日内未交费，康成公司可变卖电脑并自己买下电脑

B.康成公司曾享有留置权，但当电脑被偷走后，丧失留置权

C.康成公司可请求李某返还电脑

D.康成公司可请求李某支付电脑维修费

B项：《物权法》第240条规定：“留置权人对留置财产丧失占有或者留置权人接受债务人另行提供担保的，留置权消灭。”电脑被李某偷走后，康城公司丧失了对电脑的占有，留置权也由此消灭。所以，B项正确。

C项：王某未支付维修费用，康成公司有权对电脑留置，故康成公司对电脑的占有属于有权占有。李某从康成公司偷走电脑后，作为占有人的康成公司有权请求李某返还电脑。所以，C项正确。

A项：《物权法》第236条第1款规定：“留置权人与债务人应当约定留置财产后的债务履行期间；没有约定或者约定不明确的，留置权人应当给债务人两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。”留置权人应当给债务人两个月以上履行债务的期间。所以，A项错误。

D项：根据电脑维修费产生的债权债务关系发生在康成公司和王某之间，债权具有相对性，康成公司只能要求王某向其支付维修费用。所以，D项错误。

综上所述，本题答案为BC。

8.16-03-07

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。对此，下列哪一选项是正确的？

A.甲有权请求丙返还自行车

B.丙如将自行车返还给乙，必须经过甲当场同意

C.乙有权要求丙返还自行车，但在修理费未支付前，丙就自行车享有留置权

D.如乙要求丙返还自行车，即使修理费未付，丙也不得对乙主张留置权

C、D项：《物权法》第230条规定：“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。”丙合法占有乙的自行车，丙留置的动产与债权属于同一法律关系，符合留置权的条件。所以，C项正确，D项错误。

A项：返还请求权属于物权人和占有人。乙通知甲解除借用关系并且告知丙，甲向丙核实后，甲已经承认自己既不是物权人，也不是占有人，所以甲无权请求丙返还自行车，所以，A项错误。

B项：乙为所有权人，而且乙已经解除了其与甲之间的借用关系并告知丙，所以，乙作为物权人要求返还原物不需要甲的同意，所以，B项错误。

综上所述，本题正确答案为C。

**2018年第022期——每日重点考点债的分类和移转（4星考点）**

**基本概念**

1.债：按照合同的约定或依照法律的规定，在当事人之间产生的一方享有请示他方为或不为特定行为的权利义务关系。

2.债权：请求他人为一定行为（作为或不作为）的权利。

3.债务：必须为一定行为（作为或不作为）的义务。

4.债的移转：债的内容不失其同一性，而变更其主体。分为三种：债权人变更是债权移转，债务人变更是债务移转，债务与债权一并移转给同一人的是债权债务的概括承受。

5.债权转让：是指不改变债的关系的内容，债权人将其债权转移至第三人享有的法律事实。其中，债权人称为转让人，第三人称为受让人。

6.债务承担：是指在不改变债的内容的前提下，债权人、债务人通过与第三人订立转让债务的协议，将债务全部或部分移转给第三人承担的法律事实。

7.概括承受：合同当事人一方将自己的合同权利与义务一并移转给第三人。

**重点考点详解**

**一、债的特征**

1.属于财产法律关系。

2.主体特定。

3.客体是给付。

4.具有平等性。【例外】动产多重买卖中，数个买受人对出卖人享有的请求实际履行的债权不平等。

5.具有期限性。【区别】物权、人身权无法定期限的限制。但知识产权中专利权与著作权有法定期限限制。

**二、债的分类**

（一）法定之债、意定之债

1.合同之债、单方允诺之债（如基于悬赏广告所产生的、以赏金支付为内容的债）是意定之债。

2.无因管理、不当得利、侵权之债是法定之债。

（二）财物之债、劳务之债

1.财物之债：以财产为标的的债，即债务人“付出财物”的债；

2.劳务之债：以劳务为标的的债，即债务人“付出劳务”的债。

【注意】劳务之债有标的（客体），但无标的物，更不能区分为特定之债与种类之债。劳务之债一般不得由第三人代为履行，不得强制履行；财物之债，存在强制执行的可能性。

（三）特定之债、种类之债

1.特定之债，是指以特定物为标的的债。

2.种类之债，是指以种类物为标的的债。

【注意】这是对财物之债的分类。特定之债，于债务履行前标的物毁损、灭失的，债权人不得请求实际履行；种类之债一般不发生履行不能。种类之债不可以通过占有改定、指示交付方式交付。

3.种类物买卖，若未特定化，其风险一直由出卖人承担。种类物特定化的情形：

（1）送货上门——货已送达，随时可受领。

（2）上门提货——货已分好，随时可取走。

（3）待办托运——货已交托运人。

（4）经债权人同意，对货物加标识或包装。

（四）简单之债、选择之债

1.简单之债，是指只有一种标的债。

【注意】只有一个给付行为，可以有多个标的物。

2.选择之债，是指存在多种标的以供选择的债。

3.选择权的归属：有约定的，从其约定；没有约定的，选择权归债务人；未在约定或经催告后的合理期限内行使选择权，债权人或债务人的选择权归对方。

4.选择之债转化为简单之债：(1)协议补充确定；(2)选择权的行使；(3)其他标的履行不能。

【注意】只有在全部标的均发生履行不能时，选择之债才发生履行不能。

（五）单一之债、多数人之债

1.单一之债，是指债的双方人数均为一人的债。

【注意】债的一方多数人为两人或两人以上，但是却以“共同的名义”（如名称、商号）对外订立合同时，所形成的合同之债，为单一之债。

2.多数人之债，是指债的双方中，一方或双方人数为两人或两人以上的债。

（六）多数人之债：连带之债、按份之债

1.连带之债，是指债之关系的多数人一方，每一多数人均得对外主张全部债权，或均需对外承担全部债务的债。特征：对外连带、对内追偿。

连带责任的内部份额是债务人承担的最终责任。连带责任的内部份额的确定规则：（1）有约定，依约定；（2）无约定，按照过错程度和原因力大小；（3）均不能的，份额均等。

公司法解释三规定的几种连带责任:

（1）第4条：公司未设立的，设立人对设立行为产生的债务承担连带责任。

（2）第19条：就瑕疵出资股东对公司的出资义务、瑕疵出资股东对公司债权人的补充责任，瑕疵出资股东股权的恶意受让人须承担连带责任。

（3）第13条：就瑕疵出资股东对公司的出资义务、瑕疵出资股东对公司债权人的补充责任，公司的发起人须承担连带责任

2.按份之债，是指按份债权人或按份债务人，按照自己的份额对外享有债权、承担债务的债。在按份之债中，多数人一方内部不存在分配或者追偿的问题。特征：对外按份、对内无关。

3.不真正连带责任，是指多数责任人基于不同发生原因而偶然产生的同一内容的给付，各负全部履行的义务，并因债务人之一的履行而使全体债务人的债务均归于消灭的一种责任方式。特征：对外连带、对内无份额分担。

侵权责任法规定了四种不真正连带责任：

（1）产品责任：生产者与销售者。

（2）医疗产品责任：医疗机构与产品制造人或者血液制品提供者。

（3）因第三人的过程污染环境：第三人与污染者。

（4）因第三人的过错导致饲养的动物致人损害：第三人与动物饲养人或管理人。

4.补充责任，是指因同一债务，在应承担清偿责任的主责任人财产不足给付时，由补充责任人基于与主责任人的某种特定法律关系或因为存在某种与债务相关的过错而承担补充清偿的民事责任。

【注意】补充责任的特点：具有顺位利益、过错责任、与过错相应的赔偿数额。

侵权责任法规定了三种补充责任：

（1）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。

（2）安保义务人违反安保义务，致使第三人致人损害的。

（3）无、限制民事行为能力人在教育机构学习、生活期间，因教育机构以外第三人遭受人身损害的。

公司法解释三第13条第2款规定的补充责任：公司债权人请求未履行或者未全面履行出资义务的股东在未出资本息范围内对公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任的，人民法院应予支持；未履行或者未全面履行出资义务的股东已经承担上述责任，其他债权人提出相同请求的,人民法院不予支持。

**三、法定移转——无须债权人同意**

法定移转的类型：

1.因继承发生的债权债务的法定承受。

【注意】所继承债务不超过其所继承的财产价值。

继承法第33条：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此限。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。

【关联制度】继承法第33条常与下列制度如影随形:①物权法第29条;②物权法第31条;③物权法第84条;④共有。应一并掌握。

2.因企业合并、分立发生的债权债务的法定承受；

【注意】合同存续期间。

合同法第90条：当事人订立合同后合并的，由合并后的法人或者其他组织行使合同权利，履行合同义务。当事人订立合同后分立的，除债权人和债务人另有约定的以外，由分立的法人或者其他组织对合同的权利和义务享有连带债权，承担连带债务。

3.买卖不破租赁。

合同法第229条：租赁物在租赁期间发生所有权变动的，不影响租赁合同的效力。

4.财产保险合同保险人的代位求偿权。仅限于财产保险合同、人身保险合同无此制度。

保险法第60条：因第三者对保险标的的损害而造成保险事故的，保险人自向被保险人赔偿保险金之日起，在赔偿金额范围内代位行使被保险人对第三者请求赔偿的权利。前款规定的保险事故发生后，被保险人已经从第三者取得损害赔偿的，保险人赔偿保险金时，可以相应扣减被保险人从第三者已取得的赔偿金额。保险人依照本条第一款规定行使代位请求赔偿的权利，不影响被保险人就未取得赔偿的部分向第三者请求赔偿的权利。

5.房屋租赁合同的法定承受：承租人在房屋租赁期间死亡，与其生前共同租赁的人可以按照原租赁合同租赁该房屋。

合同法第234条：承租人在房屋租赁期间死亡的，与其生前共同居住的人可以按照原租赁合同租赁该房屋。

**四、约定移转——债权转让（合同法第79-83条）**

（一）债权让与的要件

1.债权人与受让人订立债权让与合同。①债权让与合同成立时生效；②债权让与合同一经生效，债权人对债务人的债权，即转移至受让人。

2.通知债务人。①未经通知，转让行为对债务人不生效力；②通知不得迟于债务履行期；③通知到达债务人之后即发生效力，如果债权转让无效或被撤销，不必然消灭通知的效力，即如果债权转让无效或被撤销，债务人仍然可以基于对通知的信赖对受让人履行债务，此谓“表见让与”。④通知不得撤销，受让人同意的例外。

3.须债权具有可让与性。

三类债权不得转让

（1）根据合同性质不能转让的合同债权，包括：①基于个人信任关系而发生的债权，如雇佣、委托、租赁等合同所生债权。

【注意】转让这样的债权，须经债务人同意；②专为特定债权人利益存在的债权；③不作为债权，如竞业禁止的约定；④属于从权利的债权，但从权利可与主权利分离而单独存在的，可以转让。

（2）按照当事人的约定不得转让的债权。

【注意】不得对抗善意第三人。

（3）依照法律规定不得转让的债权。如抚养费请求权、赡养费请求权等。

4.遵循法定形式。

法律规定转让债权应当办理批准、登记手续的，依照其规定。

（二）债权让与的后果

1.抗辩权延续

债务人对债权人享有抗辩权，债权人将债权让与给受让人的，债务人可以此抗辩事由继续抗辩受让人。

【注意】包括实体上和程序上的抗辩。

【注意】诉讼当事人排列的规则是：原告为受让人；被告为债务人；无独立请求权第三人为原债权人。

2.抵销权延续

债权让与的抵销权延续，是指债务人对债权人享有抵销权的，债权人将其债权让与给受让人之后，债务人可以对受让人主张抵销。债权让与之抵销权延续的条件有二：第一，债务人对债权人享有抵销权的条件，债务人与债权人基于两个法律关系，互负同种类债务，且债务人的债权到期。第二，债务人对受让人主张抵销权的条件，在债务人对债权人享有抵销权的前提下，债权让与的通知到达债务人后，债务人即可对受让人主张抵销权。

【注意】这个抵销权属于特殊情况，即不要求抵消人与被抵消人“互负债务”这一条件。

3.被转让债权发生诉讼时效中断：通知到达债务人之日中断。

4.从权利随同移转，如抵押权、质权、留置权、保证债权。但具有专属性的从权利除外。

【注意】债权转让，保证债权随同转让。但有约定仅对特定人承担保证责任；禁止债权转让的。例外

5.让与人对其让与的债权应当负担瑕疵担保责任。

（三）债权多重转让的法律效果

1.债权无善意取得问题：让与的第一个人取得债权。

2.让与通知到达债务人时，债权让与对债务人发生效力。

3.表见让与规则：债务人基于对让与通知的信赖。

**五、约定移转——债务承担（合同法第84-87条）-略**

**六、约定移转——概括承受(合同法第88-89条)-略**

**历年真题**

10-03-57

甲向乙借款300万元于2008年12月30日到期，丁提供保证担保，丁仅对乙承担保证责任。后乙从甲处购买价值50万元的货物，双方约定2009年1月1日付款。2008年10月1日，乙将债权让与丙，并于同月15日通知甲，但未告知丁。对此，下列哪些选项是正确的？

A.2008年10月1日债权让与在乙丙之间生效

B.2008年10月15日债权让与对甲生效

C.2008年10月15日甲可向丙主张抵销50万元

D.2008年10月15日后丁的保证债务继续有效

11-03-10

甲公司向银行贷款1000万元，乙公司和丙公司向银行分别出具担保函：“在甲公司不按时偿还1000万元本息时，本公司承担保证责任。”关于乙公司和丙公司对银行的保证债务，下列哪一表述是正确的？

A.属于选择之债

B.属于连带之债

C.属于按份之债

D.属于多数人之债

11-03-12

甲公司对乙公司享有10万元债权，乙公司对丙公司享有20万元债权。甲公司将其债权转让给丁公司并通知了乙公司，丙公司未经乙公司同意，将其债务转移给戊公司。如丁公司对戊公司提起代位权诉讼，戊公司下列哪一抗辩理由能够成立？

A.甲公司转让债权未获乙公司同意

B.丙公司转移债务未经乙公司同意

C.乙公司已经要求戊公司偿还债务

D.乙公司、丙公司之间的债务纠纷有仲裁条款约束

12-03-13

甲将其对乙享有的10万元货款债权转让给丙，丙再转让给丁，乙均不知情。乙将债务转让给戊，得到了甲的同意。丁要求乙履行债务，乙以其不知情为由抗辩。下列哪一表述是正确的？

A.甲将债权转让给丙的行为无效

B.丙将债权转让给丁的行为无效

C.乙将债务转让给戊的行为无效

D.如乙清偿10万元债务，则享有对戊的求偿权

13-03-05

甲公司与乙银行签订借款合同，约定借款期限自2010年3月25日起至2011年3月24日止。乙银行未向甲公司主张过债权，直至2013年4月15日，乙银行将该笔债权转让给丙公司并通知了甲公司。2013年5月16日，丁公司通过公开竞拍购买并接管了甲公司。下列哪一选项是正确的？

A.因乙银行转让债权通知了甲公司，故甲公司不得对丙公司主张诉讼时效的抗辩

B.甲公司债务的诉讼时效从2013年4月15日起中断

C.丁公司债务的诉讼时效从2013年5月16日起中断

D.丁公司有权向丙公司主张诉讼时效的抗辩

13-03-12

甲、乙与丙就交通事故在交管部门的主持下达成《调解协议书》，由甲、乙分别赔偿丙5万元，甲当即履行。乙赔了1万元，余下4万元给丙打了欠条。乙到期后未履行，丙多次催讨未果，遂持《调解协议书》与欠条向法院起诉。下列哪一表述是正确的？

A.本案属侵权之债

B.本案属合同之债

C.如丙获得工伤补偿，乙可主张相应免责

D.丙可要求甲继续赔偿4万元

13-03-59

债的法定移转指依法使债权债务由原债权债务人转移给新的债权债务人。下列哪些选项属于债的法定移转的情形？

A.保险人对第三人的代位求偿权

B.企业发生合并或者分立时对原债权债务的承担

C.继承人在继承遗产范围内对被继承人生前债务的清偿

D.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

**真题答案解析**

4.10-03-57

甲向乙借款300万元于2008年12月30日到期，丁提供保证担保，丁仅对乙承担保证责任。后乙从甲处购买价值50万元的货物，双方约定2009年1月1日付款。2008年10月1日，乙将债权让与丙，并于同月15日通知甲，但未告知丁。对此，下列哪些选项是正确的？

A.2008年10月1日债权让与在乙丙之间生效

B.2008年10月15日债权让与对甲生效

C.2008年10月15日甲可向丙主张抵销50万元

D.2008年10月15日后丁的保证债务继续有效

A、B项：《合同法》第80条规定，债权人转让权利的，应当通知债务人。未经通知，该转让对债务人不发生效力。本题债权转让发生在10月1日，此时债权让与在乙丙之间生效，但是对甲直到15日通知时发生效力，故AB项正确。

C项：《合同法》第83条规定，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的，债务人可以向受让人主张抵销。本题中，甲的债权晚于转让的债权到期，因此不能主张抵销。C项错误。

D项：《最高人民法院关于适用<中华人民共和国担保法>若干问题的解释》第28条规定，保证期间，债权人依法将主债权转让于第三人的，保证债权同时转让，保证人在原保证担保的范围内对受让人承担保证责任。但是保证人与债权人事先约定仅对特定的债权人承担保证责任或者禁止债权转让的，保证人不再承担保证责任。题干中明确指出“丁仅对乙承担担保责任”，因此丁不再承担保证债务。D项错误。

综上所述，本题答案为AB项。

5.11-03-10

甲公司向银行贷款1000万元，乙公司和丙公司向银行分别出具担保函：“在甲公司不按时偿还1000万元本息时，本公司承担保证责任。”关于乙公司和丙公司对银行的保证债务，下列哪一表述是正确的？

A.属于选择之债

B.属于连带之债

C.属于按份之债

D.属于多数人之债

BC项：在多数人之债中，根据多数人的一方当事人享有权利和承担义务的情况，债可以分为按份之债和连带之债。按份之债，是指债的一方当事人为多数，各自按照确定的份额分享权利或者分担义务的债。连带之债，是指多数债权人中的任何一人都有权请求对方履行全部债务，或者多数债务人中的任何一人都有义务向债权人履行全部债务的债。《担保法》第12条规定，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，保证人承担连带责任。故B项正确，C项错误。

A项：选择之债，是指债的履行标的有数种，债务人可从中选择其一履行或债权人可选择其一请求债务人履行的债。本题中的债务为金钱债务，债的标的没有选择性，所以A项错误。

D项：按债的主体的多少，将债分为多数人之债和单一之债。凡债权人或债务人一方为多人的，均为多数人之债，反之，双方都是一个人，为单一之债。丙、丁对于乙银行的债是彼此独立的，故不属于多数人之债。所以D错误。

综上所述，本题答案为B项。

6.11-03-12

甲公司对乙公司享有10万元债权，乙公司对丙公司享有20万元债权。甲公司将其债权转让给丁公司并通知了乙公司，丙公司未经乙公司同意，将其债务转移给戊公司。如丁公司对戊公司提起代位权诉讼，戊公司下列哪一抗辩理由能够成立？

A.甲公司转让债权未获乙公司同意

B.丙公司转移债务未经乙公司同意

C.乙公司已经要求戊公司偿还债务

D.乙公司、丙公司之间的债务纠纷有仲裁条款约束

B项：《合同法》第84条，债务人将合同的义务全部或者部分转移给第三人的，应当经债权人的同意。丙作为乙的债务人，将其债务转移给戊公司未经乙同意，因而该债务承担没有生效，丙仍然是乙的债务人，而戊还没有成为乙的债务人，也就没有成为丁的次债务人，因而戊公司可以以此为由进行抗辩。B项正确。

A项：《合同法》第80条第1款，债权人转让权利的，应当通知债务人。未经通知，该转让对债务人不发生效力。本题中，甲将债权转让给丁并通知了乙，此时该债权转让已经对乙方生效，A项错误。

C项：《合同法》第73条第1款，因债务人怠于行使到期债权，对债权人造成损害的，债权人可以向人民法院请求以自己的名义代为行使债务人的债权，但该债权专属于债务人自身的除外。《合同法解释一》第13条第1款，合同法第七十三条规定的“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，又不以诉讼方式或者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。乙公司只是简单地提出请求，不能仅此认为乙公司没有怠于行使其债权。故抗辩理由不成立。C项错误。

D项：法律并无规定仲裁条款可以阻碍代位权的行使，故仲裁排除法院管辖的作用限于乙丙之间，所以D项抗辩理由不成立。

综上所述，本题答案为B项。

7.12-03-13

甲将其对乙享有的10万元货款债权转让给丙，丙再转让给丁，乙均不知情。乙将债务转让给戊，得到了甲的同意。丁要求乙履行债务，乙以其不知情为由抗辩。下列哪一表述是正确的？

A.甲将债权转让给丙的行为无效

B.丙将债权转让给丁的行为无效

C.乙将债务转让给戊的行为无效

D.如乙清偿10万元债务，则享有对戊的求偿权

AB选项：《合同法》第80条规定，债权人转让权利的，应当通知债务人。未经通知，该转让对债务人不发生效力。本题中，债权人甲将债权转让给丙，丙又转让给丁，甲都未通知债务人乙，因此，两次债权让与对乙都不生效。但是，债权让与协议并不因此无效。让与人与第三人达成合意后债权让与合同成立并生效，因此甲转让给丙，丙转让给丁的转让行为都有效。故AB选项错误。

C选项：《合同法》第84条规定，义务人将合同的义务全部或者部分转移给第三人的，应当经债权人同意。本题中，由于甲转让债权未通知乙，则乙的债权人仍为甲。乙转让债务时经过了甲的同意，该债务转让行为有效。故C选项错误。

D选项：既然乙将债务转让给戊的债务承担有效，则乙就退出了该债权债务关系，若乙清偿10万元债务，构成代为清偿。乙和戊之间无委托合同也无其他履行上的利害关系，乙可依无因管理或者不当得利的规定向戊追偿。故D选项正确。

综上所述，本题答案为D。

8.13-03-05

甲公司与乙银行签订借款合同，约定借款期限自2010年3月25日起至2011年3月24日止。乙银行未向甲公司主张过债权，直至2013年4月15日，乙银行将该笔债权转让给丙公司并通知了甲公司。2013年5月16日，丁公司通过公开竞拍购买并接管了甲公司。下列哪一选项是正确的？

A.因乙银行转让债权通知了甲公司，故甲公司不得对丙公司主张诉讼时效的抗辩

B.甲公司债务的诉讼时效从2013年4月15日起中断

C.丁公司债务的诉讼时效从2013年5月16日起中断

D.丁公司有权向丙公司主张诉讼时效的抗辩

2011年3月24日经过后，3月25日起甲公司应还款。乙公司的诉讼时效期间从2011年3月25日起至2013年3月24日。因此，从2013年3月25日起，甲公司取得时效抗辩权。

AD项：《合同法》第82条：“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。”乙银行将债权转让给丙公司，于是债务人甲公司可对受让人丙公司主张时效抗辩，所以A项错误。丁公司购买、接管甲公司，即继受甲公司的权利义务，所以丁公司有权向丙公司主张时效抗辩。所以D项正确，A项错误。

BC项：原债务人甲以及其继受人丁的诉讼时效于2013年3月24日已过诉讼时效，因此在此之后不存在中断的问题。故BC错误。

综上所述，本题正确答案为D。

9.13-03-12

甲、乙与丙就交通事故在交管部门的主持下达成《调解协议书》，由甲、乙分别赔偿丙5万元，甲当即履行。乙赔了1万元，余下4万元给丙打了欠条。乙到期后未履行，丙多次催讨未果，遂持《调解协议书》与欠条向法院起诉。下列哪一表述是正确的？

A.本案属侵权之债

B.本案属合同之债

C.如丙获得工伤补偿，乙可主张相应免责

D.丙可要求甲继续赔偿4万元

AB项：在交通事故中发生人身、财产损害，可形成侵权之债，但就这些损害达成调解协议后，侵权之债就转化为合同之债。若义务人不履行调解协议，则权利人只能依协议主张对方的违约责任，而不能再依原来的侵权关系主张侵权损害赔偿。本题中，乙未履行调解协议，属于合同之债，所以B项正确，A项错误。

C项：丙是否获得工伤补偿与乙丙间的调解协议无关，不影响乙须完全履行合同义务，所以C项错误。

D项：甲、乙间没有连带关系，是“分别”赔偿，甲履行5万元债务后对丙已没有给付义务。丙只能要求乙赔偿余下的4万，所以D项错误。

综上所述，本题正确答案为B。

10.13-03-59

债的法定移转指依法使债权债务由原债权债务人转移给新的债权债务人。下列哪些选项属于债的法定移转的情形？

A.保险人对第三人的代位求偿权

B.企业发生合并或者分立时对原债权债务的承担

C.继承人在继承遗产范围内对被继承人生前债务的清偿

D.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

A项，因为代位求偿权与一般的债权法定移转的区别在于：在代位求偿的场合，第三人清偿债务之后，债权人对债务人的债权因此消灭，仅清偿人对债务人享有求偿权。而一般的债权法定移转场合，不存在债权消灭的问题。所以，关于代位求偿权的性质有几种学说（债权拟制的移转说、赔偿请求权说、债权法定移转说），但通说观点认为，代位求偿权属于法定债权移转。《保险法》第60条第1款：因第三者对保险标的的损害而造成保险事故的，保险人自向被保险人赔偿保险金之日起，在赔偿金额范围内代位行使被保险人对第三者请求赔偿的权利。故A项正确。

BCD项，根据《合同法》第90条：“当事人订立合同后合并的，由合并后的法人或者其他组织行使合同权利，履行合同义务。当事人订立合同后分立的，除债权人和债务人另有约定的以外，由分立的法人或者其他组织对合同的权利和义务享有连带债权，承担连带债务。”、《继承法》第33条：“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此限。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。”、《合同法》第229条：“租赁物在租赁期间发生所有权变动的，不影响租赁合同的效力。”企业合并与分立、概括继承、买卖不破租赁都是债权债务法定移转的典型例子。故BCD项正确。

综上所述，本题正确答案为ABCD。

**2018年第023期——每日重点考点债的消灭（3星考点）**

**基本概念**

1.清偿：即合同的履行，是指债务人按合同的约定了结债务、配合债权人实现债权目的的行为。

2.第三人代为清偿：指由第三人为消灭债务，以自己的名义向债权人为清偿。

3.代物清偿：债务人以他种给付代替其所负担的给付，从而使债消灭。

4.抵销：指当事人双方相互负有同种类的给付，将两项债务相互冲抵，使其相互在对等额内消灭。

5.法定抵销：具备法律所规定的条件时，依当事人一方的意思表示所为的抵销。依当事人一方的意思表示，使双方的债权按同等数额消灭的权利，称为抵销权，属于形成权。通常所说的抵销即是指法定抵销。

6.约定抵销（为契约上抵销）：是指依当事人双方的约定所为的抵销。约定抵销是由当事人自由约定的，其效力也决定于当事人的约定。

7.抵销适状：符合法定抵销权成立要件时的状态。

8.免除：是指债权人抛弃债权，从而全部或部分消灭债的关系的单方行为。

9.混同：是指债权和债务同归一人，原则上致使债的关系消灭的事实。

**重点考点详解**

**一、清偿**

（一）第三人代为清偿

1.构成要件：

（1）债务的性质允许第三人代为清偿。具有专属性的债务，第三人不得代为清偿。如：不作为债务；注重债务人特别技能、技术、设备的债务；基于特别信任关系的债务。

（2）无禁止第三人代为清偿的约定。

（3）须经债权人同意。

【注意】第三人清偿时，若债权人拒绝，则第三人不得清偿；但是若第三人就债务的清偿具有法律上的利害关系，债权人不得拒绝。

①如物权法第191条第2款：抵押期间，抵押人未经抵押权人同意，不得转让抵押财产，但受让人代为清偿债务消灭抵押权的除外。

②如城镇房屋租赁合同解释第17条：因承租人拖欠租金，出租人请求解除合同时，次承租人请求代承租人支付欠付的租金和违约金以抗辩出租人合同解除权的，人民法院应予支持。但转租合同无效的除外。

（4）须第三人有为债务人清偿的意思。

2.法律效果：

（1）债务人与债权人：债务人对债权人的债务因第三人代为清偿而消灭。

（2）第三人与债权人：有法律上利害关系第三人，可取得债权人权利，享有代位求偿权；无法律上利害关系第三人，无代位求偿权。

（3）第三人与债务人：若第三人基于赠与合同代为清偿，第三人对债务人无追偿权；若第三人基于委托合同代为清偿，可基于委托合同向债务人追偿；若第三人基于其他原因代为清偿，在（因代为清偿）使债务人免责的范围内，第三人可基于无因管理或者不当得利向债务人追偿。

（二）代物清偿

1.构成要件：

（1）须有合法债务存在。

（2）须以他种给付代替原来的给付。

（3）须为了消灭原债务。

（4）清偿须与债权人达成协议。

（5）须完成他种给付的履行行为（代物清偿协议系实践合同）。

2.法律效果：

（1）自交付他种给付之时，原债务消灭。

（2）只要交付他种给付，当事人间的原债权债务关系消灭，若他种给付无法实现或有瑕疵，可依据代物清偿协议主张违约责任或瑕疵担保责任。

（3）代物清偿协议系实践合同，除达成协议外，尚须完成履行行为，该协议才能生效。否则，仅达成协议而无完成履行行为，则为债的变更，而非代物清偿，原定债务不能消灭。

（4）代物清偿协议被解除（根本违约）、被撤销（欺诈、胁迫）、无效，不发生代物清偿的效力，债权人可要求债务人履行原给付。

**二、法定抵销**

（一）成立要件

1.当事人在两个法律关系中，互享债权、互负债务。

【两个例外】(1)债权转让中债务人对债权受让人的抵销；(2)在保证中，债权人请求保证人承担保证责任时，保证人可以就主债务人对债权人所享有的债权主张抵销保证债务。

2.双方债务的给付种类、品质相同。

【注意】负有抗辩权的债权，不得作为主动债权被抵销，但可以作为被动债权被抵销。

3.须主动债权已届清偿期，即主张抵销的人的债权已到期；

4.须双方的债务都不属于不能抵销的债务。

不能抵销的债务包括：

（1）不作为、提供劳务的债务；

（2）具有专属性的债务，如退休金、抚恤金；

（3）因故意侵权发生的债务，侵权人不得主张抵销，受害人可主张抵销；

（4）约定应向第三人给付的债务。

（二）法定抵销的行使

1.法定抵销权为形成权，抵销权人为抵销时，无须对方当事人的同意。

2.法定抵销权人主张抵销的，应当发出抵销的通知（书面、口头均可），通知到达对方时产生抵销的效力；如果有余额的，一方当事人仅就此余额履行。

3.抵销权相对人在异议期间可起诉，异议期间有约定的按约定，无约定，通知到达后3个月。异议的内容，为主张行使抵销权一方，不享有抵销权。

4.抵销权行使的方式，为单方通知，不得附条件、附期限。

（三）法律效果

1.双方债权在对等额内消灭。

2.法定抵销具有溯及力，双方互付债务不是在抵销通知到达对方的时候消灭，而是在法定抵消构成要件达成时——抵销适状时消灭。

（1）自抵销适状时，因抵销而消灭的债务不再发生支付利息的债务；

（2）自抵销适状时，因抵销而消灭的债务不发生债务人迟延履行的责任。

（3）自抵销适状时，债务发生的变化（如债权让与、主动债权罹于诉讼时效、被动债权被扣押），对抵销权的行使不生影响。

（4）主动债权人享有法定抵销权之后（抵销适状），因怠于行使权利，诉讼时效经过，此后，其仍享有抵销权，有权通知对方抵销。如果诉讼时效先经过，其后才抵销适状，则无权通知对方抵销。

【注意】约定抵销情况下，由于存在当事人合意的基础，所以无论当事人互负的债务标的是否种类相同、债权是否到期、是否届满诉讼时效、是否具有人身专属性，均可通过抵销的约定，使当事人互负的债务归于消灭。约定抵销情况下，当事人互负的债务归于消灭的时间，为抵销合意达成之时。

**三、提存**

（一）提存条件

1.具有法律规定的提存原因：

（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或者丧失民事行为能力未确定监护人。

（4）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。

2.标的物适合于提存。

（1）只有在财物之债中，债务人的债务才有可能通过提存而归于消灭。反之，在劳务之债中，不适用提存制度。

（2）在财物之债中，适于提存的财物可直接提存。不适于提存的财物，如不易保管、不易放置、保管费用过高的财物，债务人依法可以拍卖或者变卖标的物，提存所得的价款。

（二）法律效果

1.提存机关——法定的提存机关是债务履行地的公证机关

（1）提存人向公证机关完成提存后，将成立一个向第三人履行的保管合同。

（2）公证机关负有妥善保管的义务。提存机关过错责任，因保管不善造成提存物毁损、灭失的,提存机关应承担赔偿责任。

（3）若提存人另行向债权人清偿了债务，提存人对公证机关享有取回权。

（4）在双务合同中，当事人双方互负债务。一方的债务已经提存，而另一方的债务已经到期，但是尚未履行。经提存一方当事人的要求，提存机构在对方当事人未履行债务，且未提供适当担保的情况下，有权拒绝其领取提存物。

2.债务人：

（1）债务人的债务免除。提存成立的，视为债务人在其提存范围内已经履行债务。

（2）债务人负有通知义务。债务人应将提存的事实通知债权人或者债权人的继承人、监护人。债务人怠于通知的，虽不影响提存的效力，但债务人应赔偿因怠于通知给对方造成的损失。

（3）提存完成之后，在债权人领取提存物之前，债务人有权撤销提存。提存一经撤销，债务人有权请求提存机关返还提存物。

3.债权人：

（1）提存物的所有权归债权人。

（2）提存物所生的孳息归债权人所有。

（3）提存物毁损、灭失的风险自提存之日起由债权人承担。

【例外】合同法143条：买卖合同中买受人受领迟延，风险自延迟日移转。

（4）提存费用由债权人承担。

（5）5年内未领取，须扣除提存费用后归国家所有。

**四、其他债的消灭原因-略**

**历年真题**

12-03-12

甲公司对乙公司负有交付葡萄酒的合同义务。丙公司和乙公司约定，由丙公司代甲公司履行，甲公司对此全不知情。下列哪一表述是正确的？

A.虽然甲公司不知情，丙公司的履行仍然有法律效力

B.因甲公司不知情，故丙公司代为履行后对甲公司不得追偿代为履行的必要费用

C.虽然甲公司不知情，但如丙公司履行有瑕疵的，甲公司需就此对乙公司承担违约责任

D.虽然甲公司不知情，但如丙公司履行有瑕疵从而承担违约责任的，丙公司可就该违约赔偿金向甲公司追偿

12-03-14

乙在甲提存机构办好提存手续并通知债权人丙后，将2台专业相机、2台天文望远镜交甲提存。后乙另行向丙履行了提存之债，要求取回提存物。但甲机构工作人员在检修自来水管道时因操作不当引起大水，致乙交存的物品严重毁损。下列哪一选项是错误的？

A.甲机构构成违约行为

B.甲机构应承担赔偿责任

C.乙有权主张赔偿财产损失

D.丙有权主张赔偿财产损失

14-03-15

张某从甲银行分支机构乙支行借款20万元，李某提供保证担保。李某和甲银行又特别约定，如保证人不履行保证责任，债权人有权直接从保证人在甲银行及其支行处开立的任何账户内扣收。届期，张某、李某均未还款，甲银行直接从李某在甲银行下属的丙支行账户内扣划了18万元存款用于偿还张某的借款。下列哪一表述是正确的？

A.李某与甲银行关于直接在账户内扣划款项的约定无效

B.李某无须承担保证责任

C.乙支行收回20万元全部借款本金和利息之前，李某不得向张某追偿

D.乙支行应以自己的名义向张某行使追索权

14-03-57

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

A.王某、李某的借款之债消灭

B.李某的租赁权可对抗张某的抵押权

C.王某、李某修订租赁合同行为无效

D.李某可向王某主张违约责任

16-03-56

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？

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

**真题答案解析**

2.12-03-12

甲公司对乙公司负有交付葡萄酒的合同义务。丙公司和乙公司约定，由丙公司代甲公司履行，甲公司对此全不知情。下列哪一表述是正确的？

A.虽然甲公司不知情，丙公司的履行仍然有法律效力

B.因甲公司不知情，故丙公司代为履行后对甲公司不得追偿代为履行的必要费用

C.虽然甲公司不知情，但如丙公司履行有瑕疵的，甲公司需就此对乙公司承担违约责任

D.虽然甲公司不知情，但如丙公司履行有瑕疵从而承担违约责任的，丙公司可就该违约赔偿金向甲公司追偿

AB项：根据《合同法》第65条的规定，当事人约定由第三人向债权人履行债务的，第三人不履行债务或者履行债务不符合约定，债务人应当向债权人承担违约责任。该条规定的是关于第三人代为履行，同时该条也强调了合同的相对性原则。因为第三人代为履行不是债务承担，因此合同关系仍然存在于原合同当事人之间。但是上述案例并不能适用《合同法》第65条的规定，因为是第三人丙公司与债权人乙公司约定代为履行的，原债务人甲公司并不知晓，此时丙公司的代为履行行为构成无因管理，因此应适用《民法通则》第93条的规定，没有法定的或者约定的义务，为避免他人利益受损失进行管理或者服务的，有权要求受益人偿付因此而支付的必要费用。因此，上述案例中，丙公司代为履行，甲公司不知晓，丙公司的代为履行行为构成无因管理。除甲公司事先明确反对，或者与乙公司特别约定不得由第三人代为履行，或者债务的性质不允许第三人代为履行的以外，丙公司的代为履行行为有效。同时就履行的内容和费用，丙公司可以向甲公司进行追偿。故A选项正确，B选项错误。

C项：如果丙公司的履行有瑕疵从而导致违约责任的，甲公司对乙公司不承担违约责任，因为甲公司对丙公司的代为履行行为并不知晓，任何人不得通过自己的行为，在未征得他人同意的情况下使他人承担额外的债务。此时乙公司只能向丙公司主张违约责任，甲公司并不需就此对乙公司承担违约责任。故C选项错误。

D项：丙公司承担违约责任以后，致使甲公司对乙公司的债务消灭的，丙公司可在原债务的范围内，基于无因管理的规定向甲公司进行追偿。但是因违约产生的费用，只能由丙自己承担，因为作为无因管理人，在管理的过程中应尽到善良管理人的义务，未尽到此义务对第三人造成损害的，应由其自己承担责任。故D选项错误。

综上所述，本题答案为A项。

3.12-03-14

乙在甲提存机构办好提存手续并通知债权人丙后，将2台专业相机、2台天文望远镜交甲提存。后乙另行向丙履行了提存之债，要求取回提存物。但甲机构工作人员在检修自来水管道时因操作不当引起大水，致乙交存的物品严重毁损。下列哪一选项是错误的？

A.甲机构构成违约行为

B.甲机构应承担赔偿责任

C.乙有权主张赔偿财产损失

D.丙有权主张赔偿财产损失

提存是指由于债权人的原因而无法向其交付债的标的物时，债务人将该标的物交给提存部门而消灭债务的制度。

AB项：《提存公证规则》第19条第1款规定，公证处有保管提存标的物的权利和义务。公证处应当采取适当的方法妥善保管提存标的，以防毁损、变质或灭失。本题中，甲机构违反保管义务导致提存物毁损灭失的，构成违约，应当承担赔偿责任，故AB选项正确。

CD项：《合同法》第103条规定，标的物提存后，毁损、灭失的风险由债权人承担。提存期间标的物的孳息归债权人所有。提存费用由债权人负担。可见，一般情况下，标的物提存之后，毁损、灭失的风险由债权人承担，但是本题中，债务人乙另行向债权人丙履行了提存之债，此时丙和提存机关并没有建立法律关系，故乙有权要求甲机构返还提存物。因此，乙有权向甲机构主张赔偿财产损失，而丙无权。故C选项正确，D选项错误。

本题为选非题，综上所述，本题答案为D。

4.14-03-15

张某从甲银行分支机构乙支行借款20万元，李某提供保证担保。李某和甲银行又特别约定，如保证人不履行保证责任，债权人有权直接从保证人在甲银行及其支行处开立的任何账户内扣收。届期，张某、李某均未还款，甲银行直接从李某在甲银行下属的丙支行账户内扣划了18万元存款用于偿还张某的借款。下列哪一表述是正确的？

A.李某与甲银行关于直接在账户内扣划款项的约定无效

B.李某无须承担保证责任

C.乙支行收回20万元全部借款本金和利息之前，李某不得向张某追偿

D.乙支行应以自己的名义向张某行使追索权

D项：根据《民事诉讼法》第48条和《民诉解释》第52条的规定，专业银行（商业银行）、保险公司设在各地的分支机构虽不具备法人资格，但属于“其他组织”，具有诉讼主体资格，可以作为民事诉讼的当事人参加诉讼。商业银行的分支机构在总行授权范围内开展业务时，与其他公民、法人和其他组织发生纠纷引起民事诉讼的，应以分支机构作为诉讼主体，而不应以其总行作为诉讼主体。所以，D项正确。

A项：根据《民法通则》第54条的规定，民事法律行为是公民或者法人设立、变更、终止民事权利和民事义务的合法行为。第55条规定:“民事法律行为应当具备下列条件：（一）行为人具有相应的民事行为能力；（二）意思表示真实；（三）不违反法律或者社会公共利益。”民事主体双方享有意思自治权利，在不违背法律规定的前提下，意思表示真实有效，达成合意的，应当认为合法有效。所以，A项错误。

B项：《担保法》第30条规定：“有下列情形之一的，保证人不承担民事责任：（一）主合同当事人双方串通，骗取保证人提供保证的；（二）主合同债权人采取欺诈、胁迫等手段，使保证人在违背真实意思的情况下提供保证的。”本案中，李某不存在免责事由，应当承担保证责任。所以，B项错误。

C项：《担保法》第31条规定：“保证人承担保证责任后有权向债务人追偿。”所以，C选项错误。

综上所述，本题正确答案为D。

5.14-03-57

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

A.王某、李某的借款之债消灭

B.李某的租赁权可对抗张某的抵押权

C.王某、李某修订租赁合同行为无效

D.李某可向王某主张违约责任

A项：《合同法》第100条规定：“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。”本案中，王某将房屋无偿租赁给李某，以租金抵偿借款，李某向王某出具借款还清收据，该借款之债因抵销而消灭。所以，A项正确。

C项：《合同法》第52条规定的合同无效的情形包括恶意串通，并损害国家、集体或第三人利益的合同。本案中王某、张某修订租赁合同的行为将改变抵押合同与租赁合同的成立时间顺序，损害抵押权人张某的利益，因此该修订行为无效。所以，C项正确。

D项：《合同法》第107条规定：“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。”本案中，因张某实现抵押权，要求李某搬离房屋，致使王某无法合理履行出租人义务，构成违约，应当承担违约责任。所以，D项正确。

B项：《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第20条规定：“租赁房屋在租赁期间发生所有权变动，承租人请求房屋受让人继续履行原租赁合同的，人民法院应予支持。但租赁房屋具有下列情形或者当事人另有约定的除外：（一）房屋在出租前已设立抵押权，因抵押权人实现抵押权发生所有权变动的……”本案中张某抵押权成立在先，李某的租赁权不能对抗张某的抵押权。所以，B项错误。

综上所述，本题正确答案为ACD。

6.16-03-56

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？

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

A、B项：王某与丁某签订借款合同，后无力清偿，王某以自己所有的古画抵债属于借款合同的履行方式，不是另签订一份合同。所以，B项正确，A项错误。

C项：《最高人民法院公报》刊载案例中明确：依据民法基本原理，代物清偿作为清偿债务的方法之一，是以他种给付代替原定给付的清偿，以债权人等有受领权的人现实地受领给付为生效条件，在新债务未履行前，原债务并不消灭，当新债务履行后，原债务同时消灭。”所以，C项错误。

D项：王某与丁某约定以古画抵债，王某负有交付真实古画的义务，所以，D项正确。

综上所述，本题正确答案为BCD。

**2018年第024期——每日重点考点无因管理（5星考点）**

**基本概念**

1.无因管理:是指没有法律规定或者约定的义务，为避免他人受到损失而管理事务或提供服务的行为。管理事务或提供服务的人称为管理人，该他人称为本人。

2.管理意思:指管理人知道管理的是他人事务，并愿意将管理所得利益归属于他人。

3.不当的无因管理：是指管理人没有法定或约定的义务，为他人管理事务，但管理事务不利于本人，或管理事务违反本人明示或可得推知的意思。

**重点考点详解**

**一、正当的无因管理**

（一）构成要件

1.管理他人事务

（1）事务：一切能够满足生活利益并适合作为债的客体的事项。包括财产性、非财产性、一次性、继续性、民事法律行为、事实行为等。

【注意】管理他人事务不包括：他人的违法事务，如为他人清偿赌债；单纯的不作为；本人专属的事务，如婚姻的缔结；依法必须由本人授权才可办理的事务，如公司股东的表决权的行使；不发生债的关系的事务，如纯粹道德或宗教信仰方面的事务。

（2）他人：须为特定的一人或者特定的数人。若管理的系不特定多数人的事务，则不成立无因管理。一个管理行为，可以构成多个无因管理之债。

【注意】事务属于他人：其确定标准可以依客观上事务在法律上的权利归属，如清偿“他人”之债务。如果客观上权利归属为中性，并不必然与某人有结合关系，可以以管理人主观意思为标准，如管理人为他人利益而改建自己房屋。

【注意】管理人为他人利益管理事务，并不必须明确知道利益的归属者，如管理人误将甲的事务当作乙的事务而管理的，并不影响无因管理的成立。

（3）管理行为：①事实行为（如照料丢失的家畜）；②法律行为（如购买物品）：可以自己名义为之，亦可以本人名义为之。以本人名义为之构成无权代理的，无因管理的成立不会因为无权代理而受影响。

【注意】无因管理是一种事实行为，其效力由法律直接规定，不以当事人的效果意思为必要。管理人实施管理行为时，无须具备民事行为能力，因此，管理人可以是限制行为能力人或无行为能力人。

2.具有管理意思

（1）为自己而管理他人事务，不成立无因管理：①误将他人事务作为自己事务管理（误信管理）；②明知系他人事务，仍作为自己事务管理（不法管理）。

（2）为他人利益，兼为自已利益，仍可在为他人利益范围内成立无因管理。

3.管理人无法定或约定义务。

（1）法定义务。法律规定的义务，不限于民法的规定，还包括其他部门法的规定，如在公法上警察的救助行为，消防员的救火行为，虽并非由于对被救助个人负有义务，但此时对个人利益的保护是其公法上义务的内容，故也不构成无因管理。

（2）如果管理人与本人之间存在约定义务，但管理人依约定完成管理事务后，契约无效、撤销或不成立，一般认为不成立无因管理，但管理人可以依不当得利要求本人返还。

（3）如果管理人负有义务，但其管理行为超出义务范围外，就其超过的部分认为属于无义务，可以成立无因管理。管理人有无义务，以管理事务开始时为基准进行判断。

（4）如果管理人误认为自己具有义务，由于欠缺管理意思，不成立无因管理。

4.事务的管理，客观上有利于本人，并且不违反本人明示或者可得推知的意思。

【注意】为自己之利益而管理他人之事务的，如邻居家失火，因怕连累自家房屋损失，而进行救火。此种情形可以依普通无因管理之效力规定，但本人的赔偿范围以受益范围为限。

【注意】客观适法的无因管理，指管理事务违反本人的意思，但管理符合公序良俗或是为维护公共利益而管理，如本人拒绝缴纳应缴费税，管理人替其缴纳，管理人虽未尊重本人之意思，但其管理符合公共利益，也应产生普通无因管理之法律效力。三种情形：

（1）为本人尽公益上的义务。

（2）为本人履行法定扶养义务。

（3）本人意思违反公序良俗。

（二）法律效果

1.具有违法阻却性，不再构成侵权。

2.管理人与本人间不成立不当得利——因为具有法律上的原因，即无因管理。

3.成立无因管理之债，双方互负权利义务。

（三）管理人的权利

1.管理人有权请求偿付，可以向所有权人，也可向实际使用人主张无因管理。

（1）支出的必要费用及自支出时起的利息。

（2）负担的必要债务。

（3）遭受的人身损害与财产损害。

2.管理人无报酬请求权和劳务费用请求权。

3.无因管理重在管理行为本身，只要管理人尽到了适当管理的义务，目的是否达成，不影响无因管理之成立与效力。

（四）管理人的义务

1.适当管理的义务：

（1）原则：要尽到善良管理人的义务（依本人明示或可推知的意思，利于本人的方法），否则赔偿——不管则已，管必管好。

（2）降低适当管理标准的例外：管理人为免除本人生命、身体或财产急迫危险而为事务之管理，对于因其管理所生的损害，除有故意或者重大过失外，不承担赔偿责任。

【注意】违反适当管理义务的主观标准是，管理人具有故意、重大过失；管理人是否存在重大过失，要结合管理行为的背景来把握。在情况紧急时，不应对管理人的注意程度要求过高。

2.通知义务：

（1）管理开始时若能通知，应立即通知本人。

（2）若事情不急，应等本人指示。

本人指示继续管理的，转为委托合同；本人指示停止管理的，管理人仍继续管理的，则属违反本人明示的管理，构成不正当无因管理。

3.报告义务：管理人应将管理事务进行之状况报告本人，管理终止时，应报告其始末。

4.计算义务：管理人因处理事务所收取之金钱、物品及孳息，应交付本人。以自已名义为本人取得之权利，应移转于本人。

5.继续管理义务。管理人于本人、本人的继承人或法定代理人得以进行管理前，应当继续管理。

6.管理人为自己利益使用本人的金钱，应支付利息，有损害应赔偿。

（五）本人的义务：

（1）偿还管理人为管理本人事务而支出的必要费用及利息。

（2）清偿管理人为管理事务而以自己名义向第三人负担的必要债务。

（3）赔偿管理人因管理事务所受的损害。

【注意】本人的义务并不以其因管理人管理事务所受的利益范围为限，即使管理人管理事务的结果对本人无任何利益，本人仍应负担上述义务。

**二、不当的无因管理**

不正当的无因管理，须本人主张发生无因管理的效果时，才能成立无因管理之债。

（一）构成要件

1.管理他人事务。

2.具有管理意思。

3.就事务的管理，管理人无法定义务和约定义务。

4.管理事务的承担，不利于本人或违反本人明示或可得推知的意思。

（二）法律效果

1.不具有违法阻却性。若管理人因不当管理行为侵害他人权利，构成侵权。

2.若本人主张享有无因管理所得利益，则本人负有偿付必要费用、必要债务、管理人因管理遭受损失的义务，但本人的偿付义务以其所得利益为限。

3.若本人不主张享有无因管理所得利益，一般可按照不当得利处，当然符合侵权要件的，还可主张侵权损害赔偿。

**历年真题**

11-03-20

刘某承包西瓜园，收获季节突然病故。好友刁某因联系不上刘某家人，便主动为刘某办理后事和照看西瓜园，并将西瓜卖出，获益5万元。其中，办理后事花费1万元、摘卖西瓜雇工费以及其他必要费用共5000元。刁某认为自己应得劳务费5000元。关于刁某的行为，下列哪一说法是正确的？

A.5万元属于不当得利

B.应向刘某家人给付3万元

C.应向刘某家人给付4万元

D.应向刘某家人给付3.5万元

13-03-21

下列哪一情形会引起无因管理之债？

A.甲向乙借款，丙在明知诉讼时效已过后擅自代甲向乙还本付息

B.甲在自家门口扫雪，顺便将邻居乙的小轿车上的积雪清扫干净

C.甲与乙结婚后，乙生育一子丙，甲抚养丙5年后才得知丙是乙和丁所生

D.甲拾得乙遗失的牛，寻找失主未果后牵回暂养。因地震致屋塌牛死，甲出卖牛皮、牛肉获价款若干

14-03-20

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？

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

**真题答案解析**

5.11-03-20

刘某承包西瓜园，收获季节突然病故。好友刁某因联系不上刘某家人，便主动为刘某办理后事和照看西瓜园，并将西瓜卖出，获益5万元。其中，办理后事花费1万元、摘卖西瓜雇工费以及其他必要费用共5000元。刁某认为自己应得劳务费5000元。关于刁某的行为，下列哪一说法是正确的？

A.5万元属于不当得利

B.应向刘某家人给付3万元

C.应向刘某家人给付4万元

D.应向刘某家人给付3.5万元

BCD项：《民法通则》第93条规定，没有法定的或者约定的义务，为避免他人利益受损失进行管理或者服务的，有权要求受益人偿付由此而支付的必要费用。《民法通则》第93条规定的管理人或者服务人可以要求受益人偿付的必要费用，包括在管理或者服务活动中直接支出的费用，以及在该活动中受到的实际损失。本题刁某的行为为无因管理，刁某享有必要费用偿还请求权，但没有报酬请求权，故可以从5万元收益中扣除办理后事的花费1万元以及其他必要费用5000元，但不能主张劳务费5000元，故应向向刘某家人给付3.5万元。根据各项表述，D项正确，BC错误。

A项：不当得利指没有合法根据，或事后丧失了合法根据而被确认为是因致他人遭受损失而获得的利益。刁某并未取得该5万元，不属于不当得利，A错误。

综上所述，本题答案为D项。

6.13-03-21

下列哪一情形会引起无因管理之债？

A.甲向乙借款，丙在明知诉讼时效已过后擅自代甲向乙还本付息

B.甲在自家门口扫雪，顺便将邻居乙的小轿车上的积雪清扫干净

C.甲与乙结婚后，乙生育一子丙，甲抚养丙5年后才得知丙是乙和丁所生

D.甲拾得乙遗失的牛，寻找失主未果后牵回暂养。因地震致屋塌牛死，甲出卖牛皮、牛肉获价款若干

无因管理，是指没有法定的或者约定的义务而为他人管理事务。《民法通则》第93条：“没有法定的或者约定的义务，为避免他人利益受损失进行管理或者服务的，有权要求受益人偿付由此而支付的必要费用。”无因管理的成立条件：管理他人事务；为他人利益的意思；无法律上的原因。

D项：甲为乙的利益管理乙的遗失物（暂养牛），没有法定或约定义务，构成无因管理，有权要求乙偿付养牛的费用。所以D项当选。

A项：即使没有丙的偿还，甲的利益也不会受损。而且丙的偿还明显违反甲的意思（诉讼时效经过，甲已有对乙的抗辩权，不必还钱），所以不引起无因管理之债，丙不能要求甲还款。所以A项不当选。

B项：即使没有清扫行为，乙的利益也不会受损。虽然甲为乙的利益管理乙的事物，也没有义务，但这里的清扫属于不能发生债之关系的好意施惠行为。所以B项不当选。

C项：甲把丙作为自己的儿子抚养，没有管理他人事务的意思，所以不构成无因管理。所以C项不当选。

综上所述，本题答案为D项。

7.14-03-20

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？

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

D项：根据民法理论，管理人进行管理或服务是为了避免他人利益受损失，这是无因管理成立的主观要件。这里的受损失，既包括现有利益的减少，也包括可得利益的丧失。既然管理的目的是为避免他人利益受损失，就要求管理人的管理是为他人谋利益为目的。本案中甲欠缺为A公司的利益管理的主观意思，因此不构成对A公司的无因管理。所以，D项正确。

A项：根据民法理论，无因管理中，管理人为自己之意思与他人之意思可以并存，为他人管理事务兼具为自己利益者，不碍无因管理之成立。所以，A项错误。

BC项：《民法通则》第93条规定：“没有法定的或者约定的义务，为避免他人利益受损失进行管理或者服务的，有权要求受益人偿付由此而支付的必要费用。其费用包括在管理或者服务活动中直接支出的费用，以及在该活动中受到的实际损失。”本案中，乙作为房屋所有权人，丙作为房屋实际使用人的利益都会因火灾受到损害，因此乙丙都应当界定为受益人，即甲可以向乙丙主张医疗费赔偿。所以，BC项错误。

综上所述，本题正确答案为D。

**2018年第025期——每日重点考点不当得利（5星考点）**

**基本概念**

1.不当得利:是指没有法律上的根据，使他人受损而取得的利益。

2.财产积极增加：指财产本不应增加而增加，包括取得财产权或其他财产利益、财产权的扩张或效力的加强.

3.财产消极增加:指财产本应减少而未减少，包括债务的减少或消灭、本应设定的权利负担未设定、劳务或物的使用。

4.强迫得利：指受损人因其行为使受益人受有利益，但违反了受益人的意思，不符合其经济计划的情形。

**重点考点详解**

**一、不当得利基础知识**

（一）分类

1.民事法律行为不成立、无效及被撤销所产生的不当得利。

2.履行不存在的债务所引起的不当得利。

3.因合同解除产生的不当得利。

4.基于受益人、受损人或第三人行为而产生的不当得利。

5.基于事件而产生的不当得利。

【注意】在司法考试中，常见的不当得利类型包括：

（1）无债权而受领（诉讼时效期间届满后的债务人履行，以及赌博之债中的债务人履行，不构成无债权而受领）。

（2）无依据而占有现金，如拾得现金，获得对方多支付的现金，银行卡里凭空多出的现金等。

（3）无依据而获得无形利益，如消费他人之物、待耕之田被他人耕种等。

（4）因添附而获得他人之物，如将他人的装修材料用于自家装修、他人鱼塘中的鱼跳入自家鱼塘等。

（二）构成要件

1.一方获得利益。因一定的事实结果而获得了或增加了财产或利益上的积累。受益人获得可以用金钱价值衡量的利益，精神利益不属于这里的利益范畴。包括财产积极增加和消极增加。

【注意】仅在一种情况下误食他人东西的，不构成不当得利，即食用人对误食的物品不具有消费能力或者消费计划的，此时不能认定误食人的财产消极增加，因此不构成不当得利。

2.他方受有损失。包括财产积极减少和消极减少。

（1）财产积极减少，指财产本不应减少而减少；

（2）财产消极减少，指财产本应增加而未增加。

【注意】对“财产本应增加而未增加”的认定不必以其“实际增加”为要件，只要在通常情形下财产能够增加即可。例如，无权使用他人房屋，无论房屋权利人是否打算使用或出租该房屋，均认为其对于房屋使用或出租的潜在利益受到损失。

3.获得利益与受到损失之间具有因果关系（在给付型不当得利中，以给付关系替代因果关系）。

【注意】所取得的利益与所受的损失，形态及范围均不必相同。利益或损失的范围只影响最后返还义务的范围。

4.获得利益没有法律上的原因（采用非统一说）。

（1）给付型不当得利，指自始或嗣后欠缺给付目的；

（2）非给付型不当得利，指欠缺保有利益的权利或法律原因。

（三）不当得利的排除情形

1.给付型不当得利的排除情形：

（1）给付系履行道德上的义务；

（2）债务人为清偿未到期债务而给付；

（3）因清偿债务而给付，于给付时明知无给付义务的；

（4）因不法原因而给付。但不法原因仅在受领一方存在的除外（如对绑架者支付赎金；索贿）

2.其他排除情形：

（1）强迫得利。虽获得不当得利，但该得利对其没有意义。如，油漆他人准备拆除的围墙。

（2）反射利益。指一方虽因一定的行为或事实而受益，但并未致他方损害的情形。反射利益根本不符合不当得利得利的构成要件。如，航务局修建灯塔，渔民利用该灯塔夜航捕鱼所获利益。

（3）非财产性收益。不当得利仅调整财产利益关系。

**二、不当得利之债的内容**

（一）不当得利返还的原则

1.得利少于损失的，返还的数额以得利为准。

2.得利大于损失的，返还的数额以损失为准。

（二）不当得利的返还范围

1.原物存在的返还原物；原物不存在的，折价返还；原物毁损后存在代位物（如保险金、赔偿金）的，应返还原物的代位物。

2.所受利益依其性质不能返还（如获利为物的使用和占有；再如获利为他人提供的劳务）的，应返还其价额（如相当期限的租金、相当数额的工资）

3.原物孳息（自然孳息与法定孳息）及使用利益，基于权利的取得，原物的代偿，均应返还。

4.受益人利用不当得利所取得的其他利益（主要是利用不当得利进行投资所产生的收益），扣除劳务管理费用后，应当予以“收缴”，即国家予以没收，而不是返还给受害人。

【注意】不当得利的一般返还范围：原物与孳息；利息、租金应予返还；收益经营所得、投资所得应予收缴。

（三）受益人善意与恶意对返还范围的影响

不当得利的返还范围，依受益人主观心态为恶意或善意而有重大不同。

1.受益人为善意时，返还范围以现存利益为限，对已不存在的利益不负返还义务；

2.受益人为恶意时，返还范围以取得利益与损失利益中较大者为限；

3.受益人先为善意，后为恶意的，返还范围以恶意开始时存在的利益为限。

（四）不当得利由第三人无偿取得时的返还义务

1.善意的受益人将所受利益无偿让与第三人

（1）善意受益人就无偿让与第三人的部分不负返还义务.（因系无偿让与，现存利益不存在）

【注意】若是有偿让与，则现存利益仍然存在，受益人仍负返还不当得利的义务。

（2）第三人在受益人免除返还责任的限度内对受损人负返还的责任。

2.恶意的受益人将所受利益无偿让与第三人

（1）恶意受益人的返还义务不因此而受影响。原因：恶意不当得利人应返还所受利益，即使所受利益己不存在，恶意得利人的不当得利返还义务不受影响。

（2）受害人享有选择权，亦可要求第三人负担合同返还义务。当然，这需要受害人与第三人之前符合不当得利的构成要件。

（五）不当得利与侵权行为的区别

1.侵权行为成立，须以行为人主观过错以及行为违法为要件；不当得利不以过错和违法为要件。

【注意】根据《民通意见》第94条的规定，遗失物拾得人将拾得物据为己有，拒不返还的，其性质由不当得利转化为侵权，由此引起的诉讼按侵权之诉处理。

2.不当得利只针对财产性利益;侵权行为则包括侵犯财产权和人身权，侵权之债的归责原则包括过错责任原则和无过错责任原则。

3.对不当得利之债的处理是返还不当得利，返还不当得利的目的是维护社会公平。对侵权的处理有停止侵害;排除妨碍;消除危险;返还财产;恢复原状;修理、重作、更换;赔偿损失;消除影响、恢复名誉;赔礼道歉等。目的是补偿受害人因被侵权所遭受的损失，使权利回复到未受侵害的圆满状态。

**历年真题**

11-03-19

下列哪一情形不产生不当得利之债？

A.甲向乙借款10万元，1年后根据约定偿还本息15万元

B.甲不知诉讼时效已过，向债权人乙清偿债务

C.甲久别归家，误把乙的鸡当成自家的吃掉

D.甲雇用的装修工人，误把邻居乙的装修材料用于甲的房屋装修

2011年国家司法考试真题第19题卷三

12-03-20

甲将某物出售于乙，乙转售于丙，甲应乙的要求，将该物直接交付于丙。下列哪一说法是错误的？

A.如仅甲、乙间买卖合同无效，则甲有权向乙主张不当得利返还请求权

B.如仅乙、丙间买卖合同无效，则乙有权向丙主张不当得利返还请求权

C.如甲、乙间以及乙、丙间买卖合同均无效，甲无权向丙主张不当得利返还请求权

D.如甲、乙间以及乙、丙间买卖合同均无效，甲有权向乙、乙有权向丙主张不当得利返还请求权

13-03-20

下列哪一情形产生了不当得利之债？

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

15-03-61

甲遗失其为乙保管的迪亚手表，为偿还乙，甲窃取丙的美茄手表和4000元现金。甲将美茄手表交乙，因美茄手表比迪亚手表便宜1000元，甲又从4000元中补偿乙1000元。乙不知甲盗窃情节。乙将美茄手表赠与丁，又用该1000元的一半支付某自来水公司水费，另一半购得某商场一件衬衣。下列哪些说法是正确的？

A.丙可请求丁返还手表

B.丙可请求甲返还3000元、请求自来水公司和商场各返还500元

C.丙可请求乙返还1000元不当得利

D.丙可请求甲返还4000元不当得利

**真题答案解析**

2.11-03-19

下列哪一情形不产生不当得利之债？

A.甲向乙借款10万元，1年后根据约定偿还本息15万元

B.甲不知诉讼时效已过，向债权人乙清偿债务

C.甲久别归家，误把乙的鸡当成自家的吃掉

D.甲雇用的装修工人，误把邻居乙的装修材料用于甲的房屋装修

不当得利，是指无法律上的原因而获得利益，致使他人受损失的事实。不当得利是债的发生依据之一，不当得利成立后，就在受益人与受损人之间产生不当得利之债，受益人应向受损人偿还其无合法根据而获得的利益。

B项：根据《民通意见》第171条规定，过了诉讼时效期间，义务人履行了义务后，又以超过诉讼时效为由翻悔的，不予支持。根据本条规定，时效届满后，虽然债务人取得时效抗辩权，但债权本体还存在。债务人已经给付，债权人的受领有法律依据的，所以不产生不当得利，B项正确。

A项：《合同法》第211条第2款规定，自然人之间的借款合同约定支付利息的，借款的利率不得违反国家有关限制借款利率的规定。根据《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第28条规定，借贷双方对前期借款本息结算后将利息计入后期借款本金并重新出具债权凭证，如果前期利率没有超过年利率24%，重新出具的债权凭证载明的金额可认定为后期借款本金；超过部分的利息不能计入后期借款本金。约定的利率超过年利率24%，当事人主张超过部分的利息不能计入后期借款本金的，人民法院应予支持。按前款计算，借款人在借款期间届满后应当支付的本息之和，不能超过最初借款本金与以最初借款本金为基数，以年利率24%计算的整个借款期间的利息之和。出借人请求借款人支付超过部分的，人民法院不予支持。5万元的利息已经超过上述法律规定的利率，超出部分没有法律依据，构成不当得利，A项不符合题意。

C项：甲吃掉乙的鸡，受有利益致乙损害，且无法律依据，构成不当得利。C项不符合题意。

D项：甲雇佣的装修工人误将乙的装修材料用于甲的房屋加工，使乙丧失了对材料的所有权，遭受利益损失，甲获得此利益并没有法律上的或者约定上的正当原因，因而甲构成不当得利，在甲和乙之间产生不当得利之债。D项错误。

综上所述，本题答案为B项。

3.12-03-20

甲将某物出售于乙，乙转售于丙，甲应乙的要求，将该物直接交付于丙。下列哪一说法是错误的？

A.如仅甲、乙间买卖合同无效，则甲有权向乙主张不当得利返还请求权

B.如仅乙、丙间买卖合同无效，则乙有权向丙主张不当得利返还请求权

C.如甲、乙间以及乙、丙间买卖合同均无效，甲无权向丙主张不当得利返还请求权

D.如甲、乙间以及乙、丙间买卖合同均无效，甲有权向乙、乙有权向丙主张不当得利返还请求权

不当得利，是指没有合法根据而获得利益并使他人利益遭受损失的事实。《民法通则》第92条规定，没有合法根据，取得不当利益，造成他人损失的，应当将取得的不当利益返还受损失的人。不当得利依据是否基于给付行为而发生，可将其分为给付不当得利与非给付不当得利。给付不当得利是指受益人受领他人基于给付行为而转移的财产或利益，因欠缺给付目的而发生的不当得利。

C项：甲、乙间以及乙、丙间买卖合同均无效，则丙构成不当得利。该得利既可以表现为对物的占有，也可能表现为丙对物的使用。甲基于所有权可以请求丙返还不当得利。故C选项说法错误。

A项：甲将该物直接交付于丙，是履行其对乙的债务，由此构成甲对乙的给付，而不构成甲对丙的给付。如果仅甲、乙间买卖合同无效，给付不当得利关系仅存在于甲乙之间，不存在与甲丙之间，因此，甲有权向乙主张不当得利返还请求权。故A选项说法正确。

B项：甲将该物直接交付于丙，是履行乙对丙的债务，构成乙对丙的给付。如果乙、丙间买卖合同无效，则给付不当得利关系存在于乙丙之间，因此，乙有权向丙主张不当得利返还请求权。故B选项说法正确。

D项：如甲、乙间以及乙、丙间买卖合同均无效，则甲乙之间、乙丙之间分别发生给付不当得利关系，甲有权向乙、乙有权向丙主张不当得利返还请求权。故D选项说法正确。

本题为选非题，综上所述，本题答案为C。

4.13-03-20

下列哪一情形产生了不当得利之债？

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

《民法通则》第92条：“没有合法根据，取得不当利益，造成他人损失的，应当将取得的不当利益返还受损失的人。”

D项：甲有得利（债权多1万），银行有损失（债务多1万），得利、损失间有因果关系，但没有合法根据，所以产生不当得利之债。所以D项当选。

A项：诉讼时效经过，实体债权债务关系仍然存在，只不过债务人产生时效抗辩权。《民法通则》第138条：“超过诉讼时效期间，当事人自愿履行的，不受诉讼时效限制。”债务人还款仍然是清偿债务，债权人受领有合法根据，不构成不当得利。所以A项不选。

B项：关于利息部分，《合同法》第208条：“借款人提前偿还借款的，除当事人另有约定的以外，应当按照实际借款的期间计算利息。”提前支付全部利息可能就是当事人约定的内容，所以此情况下实际借款的期间不影响利息支付的数额、时间等，乙可依约定取得全部利息，所以利息部分不构成不当得利。关于本金部分，还款是债务清偿，债权人受领有合法根据，也不构成不当得利。所以B项不当选。

C项：关于赌债的性质，民法理论上有两种观点。一种观点认为，赌债也是实际存在的债务，与诉讼时效经过的债务一样都属于自然债，不受法律强制力保护，法院不能支持自然债的主张，但当事人自愿清偿的为有效清偿，债权人受领有合法根据，也不构成不当得利。另一种观点认为，赌博是无效的民事行为，不产生债权债务关系。按这种思路，偿还赌债本应成立不当得利，但属于“因不法原因而为给付”的情况，从而排除不当得利的成立。结论与自然债的思路相同。赌债属于自然债还是非债，哪一结论更恰当有待进一步研究，但不影响本题的答案。所以C项不选。

综上所述，正确答案为D项。

5.15-03-61

甲遗失其为乙保管的迪亚手表，为偿还乙，甲窃取丙的美茄手表和4000元现金。甲将美茄手表交乙，因美茄手表比迪亚手表便宜1000元，甲又从4000元中补偿乙1000元。乙不知甲盗窃情节。乙将美茄手表赠与丁，又用该1000元的一半支付某自来水公司水费，另一半购得某商场一件衬衣。下列哪些说法是正确的？

A.丙可请求丁返还手表

B.丙可请求甲返还3000元、请求自来水公司和商场各返还500元

C.丙可请求乙返还1000元不当得利

D.丙可请求甲返还4000元不当得利

A项：甲遗失手表，窃取丙的手表，手表属于盗赃物，丁不能取得所有权，所以丙是所有权人，可以请求返还手表，所以A项说法正确。

D项：甲盗取他人财物，构成不当得利可以请求返还4000元数额。所以D说法正确。

B项：甲窃取的金钱，为他人所取得，不能向自来水公司和商场主张返还，这是因为金钱具有特殊的性能，占有即混合，所有权发生变动。所以B项说法错误。但是可以请求甲偿还一定数量的金额4000元。所以B项说法错误。

C项：金钱占有即取得，所以C说法错误。

综上所述，答案为AD。

**2018年第026期——每日重点考点保证方式（4星考点）**

**基本概念**

1.保证：指第三人和债权人约定，当债务人不履行或不能履行其债务时，该第三人按照约定或法律规定履行债务或者承担责任的担保方式。主合同债务消灭时，保证债务也随之消灭。

2.一般保证：当事人在合同中约定，当债务人不能履行债务时，保证人仅对债务人不能履行的债务承担补充责任的保证。

3.连带保证：保证人在债务人不履行债务时与债务人承担连带责任的保证。是一种保证方式，保证人无先诉抗辩权，强调的是债务人与保证人之间的共同连带偿还关系。

4.共同保证：是指数人共同担保同一债务人的同一债务履行而为的保证。共同保证的特点在于保证人不是一人而是二人以上。

5.连带共同保证：是共同保证，指债权人可请求任一保证人就全部债务承担保证责任，强调的是共同保证人之间的关系。

**重点考点详解**

**一、保证概述**

1.特征：

（1）保证合同的当事人是债权人与保证人。

（2）保证人须为债务人以外的第三人。

（3）债务人不是保证合同的当事人。

2.保证合同成立的方式

（1）订立书面保证合同。

（2）主合同定有保证条款，保证人在主合同上签字或盖章的。

（3）主合同虽无保证条款，保证人在主合同上以保证人身份签字或盖章的。

（4）第三人单方以书面形式向债权人出具担保书，债权人接受且未提出异议的。

（5）自然人之间的口头保证合同，有两个以上无利害关系人证明的，也视为保证合同。

【注意】主合同当事人双方恶意串通，骗取保证人提供保证的，保证人不承担保证责任；主合同债权人采取欺诈、胁迫等手段，使保证人在违背真实意思的情况下提供保证的，保证人不承担保证责任。

3.保证债务的内容

（1）代为履行。在债务人不对债权人履行非金钱债务时，由保证人按照约定代为履行。

（2）赔偿责任。不能代为履行，或按照约定不代为履行的，有保证人承担赔偿责任。

4.保证责任的范围

（1）有限保证。按照约定，保证人仅对债务人的部分债务承担保证责任。

（2）无限保证。保证人对债务人的全部债务承担保证责任。未约定保证范围或约定不明的，保证人须对主债权及利息、违约金、损害赔偿金和实现债权的费用承担保证责任。

5.保证人资格的限制——不得为保证人

（1）国家机关。国务院批准，使用外国政府或国际组织贷款进行转贷的除外。

（2）公益性事业单位或社会团体。

（3）企业法人的职能部门，如保卫科等。

【注意】公司为他人提供担保的

①公司为他人提供担保的，根据公司章程，由董事会或股东会、股东大会决议。

②公司为公司股东或实际控股人提供担保的，必须经股东会或者股东大会决议，被担保的股东或实际控制人不得参加表决，表决由出席会议的其他股东所持表决权的过半数通过。

③董事、经理违反公司法第60条的规定，以公司名义为本公司的股东或者其他个人债务提供保证的，保证合同无效。

6.企业法人的分支机构以自己名义提供保证的

（1）经企业授权，保证有效，分支机构承担责任，不足以全部承担，剩余部分由企业承担。

（2）未经企业授权，保证无效，双方均有过错，按过错承担责任；对方无过错的，企业法人承担缔约过失责任。

**二、保证债务的从属性**

1.成立上的从属性：存在债权，才存在保证。

2.效力上的从属性：主合同无效，保证合同无效。

3.内容与范围上的从属性。

（1）保证债务小于等于原债务。

（2）债权人与债务人变更债务内容，未取得保证人同意：减轻债务的，保证人应承担；加重债务的，对加重部分不承担责任；变动债务履行期限的，保证期间不变。

（3）主合同双方当事人协议以新贷偿还旧贷，除保证人知道或者应当知道的外，保证人不承担民事责任。

4.消灭上的从属性：债务消灭，保证消灭。

5.转移上的从属性

（1）债权转让的，保证随同转让。

【例外】不随同转让：保证人约定仅对特定债权人承担保证责任；约定禁止债权转让的。

（2）债务转让的，未经保证人书面同意，保证人不承担责任。

**三、保证方式——解决的是保证人与债务人间的关系**

（一）一般保证

1.须明确约定为一般保证，当事人对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照连带责任保证承担保证责任。

2.—般保证人享有先诉抗辩权。

3.一般保证人丧失先诉抗辩权的四种情形：

（1）债务人住所变更，致使债权人要求其履行债务发生重大困难。

（2）债务人下落不明、移居境外，且无财产可供执行。

（3）法院受理债务人破产案件，中止执行程序。

（4）保证人以书面形式向债权人或者债务人放弃先诉抗辩权的。

（二）连带责任保证

1.连带责任保证人不享有先诉抗辩权。

2.连带责任保证的成立方式

（1）明确约定为连带责任保证。

（2）没有约定保证方式或者约定不明确的，视为连带责任保证。

（三）保证人的诉讼主体地位

1.一般保证人的诉讼地位——债务人不履行到期债务

（1）债务人为被告。

（2）保证人不能单独为被告。只列保证人为被告的，法院应当追加债务人为被告。

（3）债务人、保证人为共同被告；此时应当在判决书中明确，在对债务人财产依法强制执行后，仍不能履行债务时，由保证人承担责任。

2.连带保证人的诉讼地位

（1）可以只列债务人为被告；

（2）可以只列保证人为被告；

（3）可以列债务人、保证人为共同被告。

**四、共同保证**

（一）按份共同保证

1.保证人和债权人约定了承担保证责任的份额。仅按照该份额承担保证责任。

2.保证人之间无内部关系，承担保证责任后，仅能向债务人追偿。

（二）连带共同保证

1.明确约定承担连带责任或者均未约定承担保证责任的份额。

2.保证人追偿顺序

（1）向债务人追偿。

（2）不足部分，由各保证人按照内部约定比例分担。

（3）未约定比例的，平均分担。

3.在连带共同保证中，保证人之间关于内部份额的约定不具有对抗债权人的效力，仅对保证人之间的分摊请求权具有效力。

【注意】共同保证人关于内部分摊份额的约定无需债权人同意即可生效，只是不能对抗债权人而已！

**五、相关内容总结**

【总结一】保证人采取的保证方式的不同排列组合

1.两个以上保证人、全部都是一般保证。

2.两个以上保证人、全部都是连带保证。

3.两个以上保证人，有人是一般保证、有人是连带保证，两种方式并存的。

【总结二】保证人与债务人之间不同内部关系的排列组合

1.一般保证（债务人与保证人之间的关系）；按份共同（保证人之间的关系）

2.一般保证（债务人与保证人之间的关系）；连带共同（保证人之间的关系）

3.连带保证（债务人与保证人之间的关系）；按份共同（保证人之间的关系）

4.连带保证（债务人与保证人之间的关系）；连带共同（保证人之间的关系）

【总结三】连带保证责任VS连带共同保证

1.连带保证责任指的是保证方式，指保证人无先诉抗辩权。强调的是债务人与保证人之间的关系。

2.连带共同保证指的是共同保证，指债权人可请求任一保证人就全部债务承担保证责任。与先诉抗辩权无直接关联。强调是共同保证人之间的关系。

**历年真题**

11-03-11

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？

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

11-03-54

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

A.如丙公司知情并向乙公司付款10万元，则丙公司只能向甲公司追偿8万元

B.如丙公司不知情并向乙公司付款10万元，则乙公司会构成不当得利

C.如甲公司付款债务诉讼时效已过，丙公司仍向乙公司付款8万元，则丙公司不得向甲公司追偿

D.如丙公司放弃

11-03-59

甲公司与乙公司签订10万元建材买卖合同后，乙交付建材，甲公司未付建材款。甲公司将该建材用于丙公司办公楼装修，丙公司需向甲公司支付15万元装修款，其中5万元已经支付完毕。丙公司给乙公司出具《担保函》：“本公司同意以欠甲公司的10万元装修款担保甲公司欠乙公司的10万元建材款。”乙公司对此并无异议。后，甲公司对乙公司的债务、丙公司对甲公司的债务均届期未偿，且甲公司怠于向丙公司主张债权。下列哪些表述是正确的？

A.乙公司对丙公司享有应收账款质权

B.丙公司应对乙公司承担保证责任

C.乙公司可以对丙公司提起代位权诉讼

D.乙公司可以要求并存债务承担人丙公司清偿债务

12-03-55

甲公司向乙银行借款100万元，丙、丁以各自房产分别向乙银行设定抵押，戊、己分别向乙银行出具承担全部责任的担保函，承担保证责任。下列哪些表述是正确的？

A.乙银行可以就丙或者丁的房产行使抵押权

B.丙承担担保责任后，可向甲公司追偿，也可要求丁清偿其应承担的份额

C.乙银行可以要求戊或者己承担全部保证责任

D.戊承担保证责任后，可向甲公司追偿，也可要求己清偿其应承担的份额

14-03-10

甲公司与乙公司达成还款计划书，约定在2012年7月30日归还100万元，8月30日归还200万元，9月30日归还300万元。丙公司对三笔还款提供保证，未约定保证方式和保证期间。后甲公司同意乙公司将三笔还款均顺延3个月，丙公司对此不知情。乙公司一直未还款，甲公司仅于2013年3月15日要求丙公司承担保证责任。关于丙公司保证责任，下列哪一表述是正确的？

A丙公司保证担保的主债权为300万元

B丙公司保证担保的主债权为500万元

C丙公司保证担保的主债权为600万元

D因延长还款期限未经保证人同意，丙公司不再承担保证责任

15-03-13

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

A.借款合同不成立

B.方某应返还不当得利

C.张某应承担保证责任

D.刘某无义务办理房屋抵押登记

15-03-57

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？

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

**真题答案解析**

2.11-03-11

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？

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

《担保法》第13条规定，保证人与债权人应当以书面形式订立保证合同。所以，本题中保证合同的当事人是债权人乙与保证人丙。该保证合同中的保证期间是1年，主债权的期限也是1年。

《担保法解释》第30条第2款规定，债权人与债务人对主合同履行期限作了变动，未经保证人书面同意的，保证期间为原合同约定的或者法律规定的期间。

该题中甲乙协议变更履行期限，将1年变更为2年，该约定未经保证人书面同意，保证人本应按原合同约定的借款期间也就是1年的期间承担保证责任。但是债权人乙和主债务人甲还将丙的保证期间进行变更，将1年期间变更为2年，因该变更未经丙同意，不是丙的意思表示，因而对丙不生效，所以丙无需承担保证责任，因而B正确，ACD错误。

综上所述，本题答案为B项。

3.11-03-54

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

A.如丙公司知情并向乙公司付款10万元，则丙公司只能向甲公司追偿8万元

B.如丙公司不知情并向乙公司付款10万元，则乙公司会构成不当得利

C.如甲公司付款债务诉讼时效已过，丙公司仍向乙公司付款8万元，则丙公司不得向甲公司追偿

D.如丙公司放弃

《担保法》第17条规定，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。一般保证的保证人在主合同纠纷未经审判或者仲裁，并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前，对债务人可以拒绝承担保证责任。本题中丙为保证人，且约定为一般保证，享有先诉抗辩权。

A项：《担保法》第20条规定，一般保证和连带责任保证的保证人享有债务人的抗辩权。债务人放弃对债务的抗辩权，保证人仍有抗辩权。抗辩权是指债权人行使债权时，债务人根据法定事由，对抗债权人行使请求权的权利。丙知情付款，由于其中两袋茶叶质量不符合约定，故双方债务仅为8万元。丙放弃主债务人对主债权人享有物的瑕疵担保抗辩权，则就这部分多付款项，不得向主债务人追偿。丙只能向甲追偿8万元，A项正确。

B项：《民法通则》第92条规定，没有合法根据，取得不当利益，造成他人损失的，应当将取得的不当利益返还受损失的人。不论丙是否知情，只要乙受领10万元清偿，其中2万元均为非债清偿，构成不当得利。B项正确。

C项：《诉讼时效规定》第21条规定，主债务诉讼时效期间届满，保证人享有主债务人的诉讼时效抗辩权。保证人未主张前述诉讼时效抗辩权，承担保证责任后向主债务人行使追偿权的，人民法院不予支持，但主债务人同意给付的情形除外。据此，如过时效，甲已经取得时效抗辩权，丙清偿后不得向甲追偿，C项正确。

D项：《担保法》第31条规定，保证人承担保证责任后，有权向债务人追偿。丙公司作为一般保证人，对主债权人乙公司享有先诉抗辩权。也对主债务人享有追偿权。但是，一般保证人放弃先诉抗辩权，不影响债务追偿，D项错误。

综上所述，本题答案为ABC项。

4.11-03-59

甲公司与乙公司签订10万元建材买卖合同后，乙交付建材，甲公司未付建材款。甲公司将该建材用于丙公司办公楼装修，丙公司需向甲公司支付15万元装修款，其中5万元已经支付完毕。丙公司给乙公司出具《担保函》：“本公司同意以欠甲公司的10万元装修款担保甲公司欠乙公司的10万元建材款。”乙公司对此并无异议。后，甲公司对乙公司的债务、丙公司对甲公司的债务均届期未偿，且甲公司怠于向丙公司主张债权。下列哪些表述是正确的？

A.乙公司对丙公司享有应收账款质权

B.丙公司应对乙公司承担保证责任

C.乙公司可以对丙公司提起代位权诉讼

D.乙公司可以要求并存债务承担人丙公司清偿债务

A、B项：《物权法》第228条规定：“以应收账款出质的，当事人应当订立书面合同。质权自信贷征信机构办理出质登记时设立。”《担保法》第6条规定：“本法所称的保证，是指保证人和债权人约定，当债务人不履行债务时，保证人按照约定履行债务或者承担责任的行为。”

本题乙丙双方并没有设定质权的合意，也没有进行过应收账款的质押担保登记，而是由丙方出具了一份担保函，其内容是“本公司同意以欠甲公司的10万元装修款担保甲公司欠乙公司的10万元建材款。”故其性质并非应收账款质权，而应该是丙公司用欠甲公司的10万元专修款来担保乙公司对甲公司的10万元债权，因而其性质是保证，丙公司应对乙公司承担保证责任。故B项正确，A项错误。

C、D项：《合同法》第73条第1款规定：“因债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害的，债权人可以向人民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。”根据《合同法解释（一）》第11条的规定，“债权人依照合同法第七十三条的规定提起代位权诉讼，应当符合下列条件：（一）债权人对债务人的债权合法；（二）债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害；（三）债务人的债权已到期；（四）债务人的债权不是专属于债务人自身的债权。”本题中，甲公司对乙公司的债务、丙公司对甲公司的债务均届期未偿，且甲公司怠于向丙公司主张债权。这符合代位权的行使条件，因此，C项正确。且，丙为保证人，而非并存债务承担人，所以D项错误。

综上所述，本题答案为BC项。

5.12-03-55

甲公司向乙银行借款100万元，丙、丁以各自房产分别向乙银行设定抵押，戊、己分别向乙银行出具承担全部责任的担保函，承担保证责任。下列哪些表述是正确的？

A.乙银行可以就丙或者丁的房产行使抵押权

B.丙承担担保责任后，可向甲公司追偿，也可要求丁清偿其应承担的份额

C.乙银行可以要求戊或者己承担全部保证责任

D.戊承担保证责任后，可向甲公司追偿，也可要求己清偿其应承担的份额

AC项：《物权法》第176条规定：“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。”本题属于第三人物保和第三人保证并存的情形，无论是物的担保人还是保证人都应该承担全部担保责任。所以，乙银行既可以就丙或者丁的房产行使抵押权，又可以要求戊或者己承担全部保证责任。故AC选项正确。

B项：最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第75条第3款规定，抵押人承担担保责任后，可以向债务人追偿，也可以要求其他抵押人清偿其应当承担的份额。本案中，丙、丁以各自房产分别向乙银行设定抵押，属于连带共同抵押。丙承担担保责任后，可向甲公司追偿，也可要求丁清偿其应承担的份额。故B选项正确。

D项：根据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第19条规定，两个以上保证人对同一债务同时或者分别提供保证时，各保证人与债权人没有约定保证份额的，应当认定为连带共同保证。连带共同保证的保证人以其相互之间约定各自承担的份额对抗债权人的，人民法院不予支持。由此可见，各保证人与债权人没有约定保证份额的，应当认定为连带共同保证。因此，本案中的保证人戊、己为连带共同保证。另据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第20条第2款的规定，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。所以戊应该首先向甲追偿，然后再向已追偿。故D选项错误。

综上所述，本题答案为ABC。

6.14-03-10

甲公司与乙公司达成还款计划书，约定在2012年7月30日归还100万元，8月30日归还200万元，9月30日归还300万元。丙公司对三笔还款提供保证，未约定保证方式和保证期间。后甲公司同意乙公司将三笔还款均顺延3个月，丙公司对此不知情。乙公司一直未还款，甲公司仅于2013年3月15日要求丙公司承担保证责任。关于丙公司保证责任，下列哪一表述是正确的？

A丙公司保证担保的主债权为300万元

B丙公司保证担保的主债权为500万元

C丙公司保证担保的主债权为600万元

D因延长还款期限未经保证人同意，丙公司不再承担保证责任

根据《担保法》第26条的规定，连带责任保证的保证人与债权人未约定保证期间的，债权人有权自主债务履行期届满之日起6个月内要求保证人承担保证责任。在合同约定的保证期间和前款规定的保证期间，债权人未要求保证人承担保证责任的，保证人免除保证责任。《担保法解释》第30条第2款规定：“债权人与债务人对同合同履行期限做了变动，未经保证人书面同意的，保证期间为原合同约定的或法律规定的期间。”

在本案中，丙公司对三笔还款分别提供保证，则其中100万元的保证期间为2012年7月30日至2013年1月30日，同理，200万元、300万元的保证期间届满分别为2013年2月30日、3月30日，当甲公司于2013年3月15日要求丙公司承担保证责任时，丙公司仅对300万元主债权承担保证担保。所以，A项正确，BCD项错误。

综上所述，本题正确答案为A。

7.15-03-13

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

A.借款合同不成立

B.方某应返还不当得利

C.张某应承担保证责任

D.刘某无义务办理房屋抵押登记

方某和李某缔结书面合同，方某是借贷人，李某是贷款人，同时刘某作为抵押人和张某作为保证人也参与其中且在合同上签字。李某没有在合同书上签字，但是李某将货款出借给方某，履行了主要义务，根据《合同法》第37条，采用合同书形式订立合同，在签字或者盖章之前，当事人一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立。所以此时的合同有效，所以，借款合同有效成立，相应的以书面合同订立的抵押合同和保证合同也成立生效。

C项：保证合同成立，此时方某到期没有偿还借款，引起保证责任的产生。所以C项正确。

A项：错在借款合同不成立，借款合同因为履行治愈，即合同生效。所以A项错误。

B项：借款合同成立生效，此时方某享有对价款的保有权，不构成不当得利。所以B项错误。

D项：因为抵押合同生效，刘某有义务办理抵押登记。所以D项错误。

综上所述，本题答案为C。

8.15-03-57

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？

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

B项：《担保法》第6条规定：“本法所称保证，是指保证人和债权人约定，当债务人不履行债务时，保证人按照约定履行债务或者承担责任的行为。”甲承诺代为清偿，符合《担保法》第6条的规定，应承担保证责任。所以，B项正确。

C项：《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第27条规定：“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，或者抽逃转移注册资金的，保证人在注册资金不足或者抽逃转移注册资金的范围内承担连带保证责任。”所以，C项正确。

A项：甲公司仅承诺督促乙公司偿还价款，并没有代为偿还债务的意思，不构成保证责任。所以，A项错误。

D项：甲公司只是承诺指定乙公司和丙公司签订保证合同，实际签订保证合同的是乙公司和丙公司，甲公司无需承担保证责任。所以，D项错误。

综上所述，答案为BC。

**2018年第027期——每日重点考点保证期间和定金（5星考点）**

**基本概念**

1.保证期间:是指保证合同当事人的约定或依法律推定在主债务履行期届满后，保证人能够容许债权人主张权利的最长期限。在保证期间中，债权人应当向债务人提起诉讼或仲裁（在一般保证中）或向保证人(在连带保证中)主张权利。逾此期限，债权人未提起上述主张的，保证人则不承担保证责任。

2.追偿权:保证人承担保证责任后，可以向主债务人请求偿还的权利。主债务人对债权人因保证而免责；如果主债务人的免责不是由保证人承担保证责任的行为引起的，保证人不得主张求偿权。

3.定金：是在合同订立或在履行之前支付的一定数额的金钱或替代物作为担保的担保方式。

4.违约定金：实际就是履约定金，即以担保合同的履行而支付的一定数额的金钱。

5.立约定金：立约定金常常与预约合同并存，是指在合同订立前交付，目的在于保证正式订立合同的定金。

6.成约定金：谓为合同成立要件的定金，与要物合同之物的交付，作用相同。因其未见有“定金罚则”，故实际非债的担保。

7.解约定金：是指当事人在合同中约定的以承受定金罚则作为保留合同解除权的代价的定金。

8.证约定金：是指以交付事实作为当事人之间存在合同关系的证明的定金。

**重点考点详解**

**一、保证期间**

（一）主张权利方式

1.一般保证：债权人须在保证期间内（对债务人或保证人）起诉或申请仲裁。

2.连带责任保证：债权人须在保证期间内请求保证人承担保证责任。

保证期间的性质：通说认为是除斥期间，不发生中断、中止、延长。在保证期间内，若债权人未依法定方式主张权利，保证期间经过，保证责任消灭。

（二）保证期间的确定和起算

1.有约定的按约定。

【例外】

（1）约定的保证期间早于或者等于主债务履行期限的，视为没有约定，保证期间为主债务履行期届满之日起6个月。

（2）约定保证人承担保证责任直至主债务本息还清时为止等类似内容的，视为约定不明，保证期间为主债务履行期届满之日起2年。

2.未约定的，保证期间为6个月。

（1）自主债务履行期届满之日起计算。

（2）没有约定债务履行期限的，自宽限期届满之日起计算。

（3）债务人被宣告破产的，自破产程序终结之日起计算。

**二、保证债务的诉讼时效期间**

1.保证期间经过的，不再计算保证债务的诉讼时效；开始计算保证债务诉讼时效的，不再计算保证期间。

2.一般保证债务诉讼时效期间的起算：从判决或者仲裁裁决生效之日起。

3.主债务的诉讼时效期间与保证债务诉讼时效期间

（1）一般保证中止：保证债务的诉讼时效同时中止。

（2）连带保证中止：保证债务的诉讼时效同时中止。

（3）一般保证中断：保证债务的诉讼时效同时中断。

（4）连带保证中断：不中断。

4.主债务的诉讼时效期间经过，保证人可以援引债务人的抗辩权。

5.保证债务诉讼时效期间经过，无论主债务诉讼时效期间是否经过，保证人可拒绝承担保证责任。

**三、保证人的权利**

（一）保证人对债权人的抗辩权

1.保证人自己享有的抗辩权

（1）一般保证人享有先诉抗辩权。保证人在债权人未就主债务人的财产依法强制执行而无效果时，对于债权人可拒绝清偿的权利。

（2）若保证债务的诉讼时效期间经过，一般保证人和连带责任保证人均享有诉讼时效经过的抗辩权。

2.保证人可以援用的债务人的抗辩权（来源于保证债务内容及范围上的从属性）

（1）可援用债务人的抗辩权，包括主债务诉讼时效经过的抗辩权、同时履行抗辩权、顺序履行抗辩权、不安抗辩权。

（2）债务人放弃对债权人的抗辩权的，保证人仍可援用债务人对债权人的抗辩权。

3.保证人抗辩权对追偿权的影响

（1）若债务人对债权人主张了抗辩权，则保证人必须援用债务人的抗辩权，否则不能向债务人追偿。

（2）债务人放弃抗辩权，保证人也有权主张，因为保证人主张主债务人的抗辩权并非代为主张，而是基于保证人的地位而独立行使。主债务人对主合同有撤销权时，保证人对债权人可以拒绝履行。

（3）若债务人对债权人不享有抗辩权或者债务人放弃对债权人的抗辩权，保证人放弃自己对债权人的抗辩权承担保证责任的，保证人对债务人的追偿权不受影响。

4.一般保证的保证人在主债权履行期间届满后，向债权人提供了债务人可供执行财产的真实情况，债权人放弃或者怠于行使权利致使该财产不能被执行的，保证人可以请求人民法院在该可供执行财产的实际价值范围内免除其保证责任。

5.在同一债权既有保证又有物的担保的情况下，债权人放弃物的担保时，保证人在债权人放弃权利的范围内免除保证责任。

6.债权人在主合同履行期届满后怠于行使担保物权，致使担保物的价值减少或者毁损、灭失的，视为债权人放弃部分或全部物的担保，保证人在债权人放弃权利的范围内减轻或者免除保证责任。

（二）保证人对债务人追偿权

1.成立要件

保证人向债权人履行了保证债务；保证人无赠与意思；因保证人履行保证债务使得债务人免责。

2.诉讼时效：2年，自保证人履行了保证债务起算。

3.追偿范围：本金、利息、必要费用、遭受的损害。

4.追偿权的行使：保证人有权对债务人以诉讼或者诉讼外请求的方式对债务人求偿。如果债务人破产的，保证人有权申报破产债权，参与破产财产的分配。

保证人追偿权的预先行使：债务人破产时，债权人未申报债权，尚未承担保证责任的保证人可预先行使追偿权，保证人追偿权的预先行使方式为参加破产财产分配。各连带共同保证的保证人只能作为一个主体申报债权。债权人知道或应当知道债务人破产，既未申报债权也未通知保证人，致使保证人不能预先行使追偿权的，保证人在该债权在破产程序中可能受偿的范围内免除保证责任。

**四、定金-略**

**五、相关内容总结**

【总结一】保证期间是或有期间的性质与功能

或有期间，是决定当事人能否取得相应请求权的期间。当事人在或有期间内未依照法律的规定或者当事人之间的约定提出主张的，或有期间届满，当事人不能取得相应请求权。可见，或有期间可以由法律规定，也可以由当事人约定；如当事人约定不明的，则适用法律的规定；逾越或有期间的后果是：不能取得相应请求权。

或有期间与诉讼时效期间的衔接关系，可以用两种情形来说明：

其一，当事人在或有期间内依照法律的规定或者当事人的约定未提出权利主张的，当事人不能取得相应的请求权，这也算是或有期间已经完成了自己法律使命的一种方式；既然请求权不存在，也就无所谓诉讼时效期间的计算问题。

其二，当事人在或有期间内依照法律的规定或者当事人的约定提出主张的，当事人取得相应的请求权，或有期间即停止计算，因为其已经完成了法律上的使命；当事人取得的相应请求权得适用诉讼时效的，开始进行诉讼时效期间的计算。

【总结二】保证三重时间限制之间的关系问题-略

**历年真题**

10-03-14

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

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

10-03-91

甲公司与乙公司签订了一份手机买卖合同，约定：甲公司供给乙公司某型号手机1，000部，每部单价1，000元，乙公司支付定金30万元，任何一方违约应向对方支付合同总价款30%的违约金。合同签订后，乙公司向甲公司支付了30万元定金，并将该批手机转售给丙公司，每部单价1，100元，指明由甲公司直接交付给丙公司。但甲公司未按约定期间交货。

关于返还定金和支付违约金，乙公司向甲公司提出请求，下列表述正确的是：

A.请求甲公司双倍返还定金60万元并支付违约金30万元

B.请求甲公司双倍返还定金40万元并支付违约金30万元

C.请求甲公司双倍返还定金60万元或者支付违约金30万元

D.请求甲公司双倍返还定金40万元或者支付违约金30万元

11-03-54

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

A.如丙公司知情并向乙公司付款10万元，则丙公司只能向甲公司追偿8万元

B.如丙公司不知情并向乙公司付款10万元，则乙公司会构成不当得利

C.如甲公司付款债务诉讼时效已过，丙公司仍向乙公司付款8万元，则丙公司不得向甲公司追偿

D.如丙公司放弃对乙公司享有的先诉抗辩权，仍向乙公司付款8万元，则丙公司不得向甲公司追偿

14-03-10

甲公司与乙公司达成还款计划书，约定在2012年7月30日归还100万元，8月30日归还200万元，9月30日归还300万元。丙公司对三笔还款提供保证，未约定保证方式和保证期间。后甲公司同意乙公司将三笔还款均顺延3个月，丙公司对此不知情。乙公司一直未还款，甲公司仅于2013年3月15日要求丙公司承担保证责任。关于丙公司保证责任，下列哪一表述是正确的？

A.丙公司保证担保的主债权为300万元

B.丙公司保证担保的主债权为500万元

C.丙公司保证担保的主债权为600万元

D.因延长还款期限未经保证人同意，丙公司不再承担保证责任

**真题答案解析**

3.10-03-14

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

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

B项：根据《最高人民法院关于适用<中华人民共和国担保法>若干问题的解释》第116条的规定，当事人约定以交付定金作为主合同成立或者生效要件的，给付定金的一方未支付定金，但主合同已经履行或者已经履行主要部分的，不影响主合同的成立或者生效。本题中，甲乙约定，买卖合同在支付定金时生效，即以交付定金作为合同生效要件，后来乙未交付定金，但甲已经履行了合同义务，并不影响甲乙中间主合同即买卖合同的生效。故B项是正确的。

A项：根据《担保法》第90条的规定，定金合同为实践合同，从实际交付定金之日起生效。结合本题，定金尚未交付，定金合同还没有生效，乙并没有交付定金的义务。甲不可以请求乙支付定金。因此A项是错误的。

C项：甲交付汽油使得买卖合同生效而不能使定金合同生效，因为定金合同的生效要件为交付定金，所以C项错误。

D项：甲乙之间的买卖合同是有效的，甲有权请求乙支付价款。D项是错误的。

综上所述，本题答案为B项。

4.10-03-91

甲公司与乙公司签订了一份手机买卖合同，约定：甲公司供给乙公司某型号手机1，000部，每部单价1，000元，乙公司支付定金30万元，任何一方违约应向对方支付合同总价款30%的违约金。合同签订后，乙公司向甲公司支付了30万元定金，并将该批手机转售给丙公司，每部单价1，100元，指明由甲公司直接交付给丙公司。但甲公司未按约定期间交货。

关于返还定金和支付违约金，乙公司向甲公司提出请求，下列表述正确的是：

A.请求甲公司双倍返还定金60万元并支付违约金30万元

B.请求甲公司双倍返还定金40万元并支付违约金30万元

C.请求甲公司双倍返还定金60万元或者支付违约金30万元

D.请求甲公司双倍返还定金40万元或者支付违约金30万元

根据《合同法》第116条的规定，当事人既约定违约金，又约定定金的，一方违约时，对方可以选择适用违约金或者定金条款。因此，定金和违约金只能选择其一适用。根据《合同法》第115条，收受定金的一方不履行约定的债务的，应当双倍返还定金。《担保法》第91条规定，定金最高不超过合同标的额的20%，超过部分无效。本题合同标的额为100万元，故定金最高为20万元，适用双倍罚则为40万元。另外，约定的30万定金中剩余的10万应当根据合同无效效果恢复原状，即返还当事人，也可作为预付款，不予返还。根据各项表述，D正确，ABC错误。

综上所述，本题答案为D项。

5.11-03-54

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

A.如丙公司知情并向乙公司付款10万元，则丙公司只能向甲公司追偿8万元

B.如丙公司不知情并向乙公司付款10万元，则乙公司会构成不当得利

C.如甲公司付款债务诉讼时效已过，丙公司仍向乙公司付款8万元，则丙公司不得向甲公司追偿

D.如丙公司放弃对乙公司享有的先诉抗辩权，仍向乙公司付款8万元，则丙公司不得向甲公司追偿

《担保法》第17条规定，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。一般保证的保证人在主合同纠纷未经审判或者仲裁，并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前，对债务人可以拒绝承担保证责任。本题中丙为保证人，且约定为一般保证，享有先诉抗辩权。

A项：《担保法》第20条规定，一般保证和连带责任保证的保证人享有债务人的抗辩权。债务人放弃对债务的抗辩权，保证人仍有抗辩权。抗辩权是指债权人行使债权时，债务人根据法定事由，对抗债权人行使请求权的权利。丙知情付款，由于其中两袋茶叶质量不符合约定，故双方债务仅为8万元。丙放弃主债务人对主债权人享有物的瑕疵担保抗辩权，则就这部分多付款项，不得向主债务人追偿。丙只能向甲追偿8万元，A项正确。

B项：《民法通则》第92条规定，没有合法根据，取得不当利益，造成他人损失的，应当将取得的不当利益返还受损失的人。不论丙是否知情，只要乙受领10万元清偿，其中2万元均为非债清偿，构成不当得利。B项正确。

C项：《诉讼时效规定》第21条规定，主债务诉讼时效期间届满，保证人享有主债务人的诉讼时效抗辩权。保证人未主张前述诉讼时效抗辩权，承担保证责任后向主债务人行使追偿权的，人民法院不予支持，但主债务人同意给付的情形除外。据此，如过时效，甲已经取得时效抗辩权，丙清偿后不得向甲追偿，C项正确。

D项：《担保法》第31条规定，保证人承担保证责任后，有权向债务人追偿。丙公司作为一般保证人，对主债权人乙公司享有先诉抗辩权。也对主债务人享有追偿权。但是，一般保证人放弃先诉抗辩权，不影响债务追偿，D项错误。

综上所述，本题答案为ABC项。

6.14-03-10

甲公司与乙公司达成还款计划书，约定在2012年7月30日归还100万元，8月30日归还200万元，9月30日归还300万元。丙公司对三笔还款提供保证，未约定保证方式和保证期间。后甲公司同意乙公司将三笔还款均顺延3个月，丙公司对此不知情。乙公司一直未还款，甲公司仅于2013年3月15日要求丙公司承担保证责任。关于丙公司保证责任，下列哪一表述是正确的？

A.丙公司保证担保的主债权为300万元

B.丙公司保证担保的主债权为500万元

C.丙公司保证担保的主债权为600万元

D.因延长还款期限未经保证人同意，丙公司不再承担保证责任

根据《担保法》第26条的规定，连带责任保证的保证人与债权人未约定保证期间的，债权人有权自主债务履行期届满之日起6个月内要求保证人承担保证责任。在合同约定的保证期间和前款规定的保证期间，债权人未要求保证人承担保证责任的，保证人免除保证责任。《担保法解释》第30条第2款规定：“债权人与债务人对同合同履行期限做了变动，未经保证人书面同意的，保证期间为原合同约定的或法律规定的期间。”

在本案中，丙公司对三笔还款分别提供保证，则其中100万元的保证期间为2012年7月30日至2013年1月30日，同理，200万元、300万元的保证期间届满分别为2013年2月30日、3月30日，当甲公司于2013年3月15日要求丙公司承担保证责任时，丙公司仅对300万元主债权承担保证担保。所以，A项正确，BCD项错误。

综上所述，本题正确答案为A。

**2018年第028期——每日重点考点合同的相对性（4星考点）**

**基本概念**

1.合同:是当事人之间设立、变更、终止民事关系的协议。依法成立的合同，受法律保护。

2.合同自由(契约自由)：是指当事人有依合同负担义务并受强制之履行的自由。

3.无效合同：是相对于有效合同而言的，是指合同虽然已经成立，但由于存在无效事由，故自始不具有法律约束力的合同。

4.合同的相对性：指合同仅在合同当事人之间发生拘束力，合同的效力仅及于合同当事人，包括主体的相对性、内容的相对性与责任的相对性。

**重点考点详解**

合同法不适用的范围：①没有财产内容的身份合同：收养合同、离婚协议、监护合同；②行政合同；③执行企业内部生产责任制的协议。

**一、合同的分类**

1.有名合同（典型合同）与无名合同（非典型合同）

（1）有名合同，又称典型合同，是指合同法或其他法律赋予其一定名称的合同。

目前合同法分则有15种有名合同，分别是买卖合同，供用电水气热合同，赠与合同，借款合同，租赁合同，融资租赁合同，承揽合同，建设工程合同，运输合同，技术合同，保管合同，仓储合同，委托合同，行纪合同，居间合同。

（2）无名合同，又称非典型合同，是指法律上尚未确定一定的名称与规则的合同。债权立法实行债权任意主义，所以对无名合同也予以承认和保护。

对于有名合同中当事人没有约定或者约定不明的内容，直接适用合同法或者其他法律的规定；对于无名合同中当事人没有约定或者约定不明的内容，适用合同法总则并可以参照合同法分则或者其他法律最相类似的规定。

2.诺成合同与实践合同

（1）诺成合同，又称不要物合同，指只要行为人意思表示一致，就能成立的合同。交付标的物是诺成合同的义务，违反该义务承担违约责任。

（2）实践合同，又称要物合同，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。交付标的物是实践合同的先合同义务，违反可能构成缔约过失责任。

合同以诺成合同为常态，以实践合同为异态。实践合同的类型：①定金合同；②借用合同；③自然人之间的借贷合同；④保管合同；⑤代物清偿协议。

【注意】动产抵押合同、赠与合同为诺成合同。

3.双务合同和单务合同

（1）双务合同是指双方对待给付义务，且一方当事人所享有的权利，即为对方当事人所负担的义务的合同。

（2）单务合同是指仅一方当事人负担给付义务（借用合同）或者虽然双方均须负担给付义务，但双方的义务不具有对待给付关系的合同（附义务的赠与合同）。

区别：①履行抗辩权仅发生于双务合同中，单务合同无此问题。②合同被解除、确认无效或被撤销时，双务合同存在双方互为返还给付问题，单务合同不存在对待给付及返还问题。③双务合同存在风险负担的问题，单务合同无风险负担的问题。

【注意】单务合同通常是无偿合同，双务合同通常是有偿合同，但并非一一对应关系。

4.有偿合同与无偿合同

（1）有偿合同，是指合同当事人一方享有合同规定的权益，必须向对方给付相应代价的合同。

（2）无偿合同，则是指一方只为给付而无对价的合同。

（3）买卖、互易、租赁只能是有偿合同；赠与、借用、保证、质押、抵押只能是无偿合同；委托、保管、消费、借贷两者皆可，但若是无偿合同，仅对故意或重大过失承担责任。

（4）有偿合同当事人的注意义务较无偿合同的重；纯获利益的赠与等无偿合同，不要求获益当事人具有完全民事行为能力，但有偿合同对当事人的行为能力要求较髙；善意取得的构成以第三人与无权处分人之间是有偿交易为要件。

5.要式合同与非要式合同

（1）要式合同，是指法律要求必须具备特定形式的合同。既包括书面形式，也包括批准、备案等形式。

【注意】

须采取书面形式的合同：①金融机构为贷款人的借款合同；②六个月以上的租赁合同；③融资租赁合同；④建设工程合同；⑤技术开发合同；⑥技术转让合同。

须经登记的合同：①专利申请权和专利权转让合同；②注册商标转让合同（核准登记且公告）。

须经批准的合同：①中外合资经营合同；②中外合作经营合同；③向外国人转让专利申请权或专利权的合同。

（2）非要式合同，指法律不要求必须具备一定形式的合同。非典型合同都是非要式合同。

6.确定合同与射幸合同

（1）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。一般的合同均为确定合同。

（2）射幸合同，又称机会合同，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。如保险合同、抽奖合同、博彩合同。

（3）确定合同一般要求等价有偿，否则会影响合同效力；射幸合同则不要求等价有偿。射幸合同因双方的给付义务严重不对等，故其类型由法律明文加以规定。例如在我国彩票是合法的，而赌博则是非法的。

7.本约与预约

（1）预约，是指约定将来订立一定合同的合同。预约是一个以订立合同为给付内容的合同，它不同于附生效条件的合同。

【注意】初步协议、意向书，若不包含使当事人订立本约的义务，则不属于预约。

（2）本约，指为履行预约而订立的合同。可见预约与本约之间具有手段和目的的关系。

（3）预约合同违约后，债权人不得诉请债务人承担实际履行（即承担强制缔约义务）的违约责任。

（4）预约合同的目的和效力是将来按照合同约定的条件订立本合同，不产生实体权利义务；而本约的目的和效力则是确定当事人之间的实体权利义务。预约的性质也是合同，违反预约合同的规定也须承担违约责任。

**二、合同的相对性**

(1)合同债权人只能请求合同债务人履行合同义务（或者承担违约责任），不能请求合同以外的第三人履行合同义务（或者承担违约责任）；(2)合同当事人之外的第三人无权请求合同债务人履行合同义务（或者承担违约责任）；(3)合同债务人因第三人违约的，仍应对合同债权人承担违约责任，债务人与第三人的关系另行解决。

（一）合同法总则关于合同相对性的规定

1.向第三人履行的合同或由第三人履行的合同，虽突破了主体的相对性，但仍遵循违约责任的相对性。

2.当事人一方因第三人的原因造成违约的，应当向对方承担违约责任。

（二）合同法分则最爱考合同相对性的三个法条

1.合同法第224条：承租人经出租人同意，可以将租赁物转租给第三人（合法转租）。承租人转租的，承租人与出租人之间的租赁合同继续有效，第三人对租赁物造成损失的，承租人应当赔偿损失。承租人未经出租人同意转租的（非法转租），出租人可以解除合同。

【注意】合法转租中，原出租人无权要求第三人向自己支付租金；第三人损害房屋，原出租人有权请求第三人承担侵权责任，无权请求承担违约责任。但是由于第三人的原因，承租人对原出租人违约，原出租人可以请求承租人承担违约责任。

2.第253条：承揽人应当以自己的设备、技术和劳力，完成主要工作，但当事人另有约定的除外。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。

第254条：承揽人可以将其承揽的辅助工作交由第三人完成。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。

【注意】承揽人擅自将工作交给第三人完成，定作人与承揽人之间不存在合同关系，所以定作人不能要求第三人承担违约责任，只能要求承揽人承担违约责任。

3.第421条：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，行纪人应当承担损害赔偿责任，但行纪人与委托人另有约定的除外。

（三）合同相对性原则的例外：即相对性的突破

1.买卖不破租赁。租赁期间，租赁物的所有权（因买卖、赠与、继承、企业合并）发生变动的，原租赁合同对新的所有权人继续有效，即新的所有权人应法定承受原租赁合同。

2.建设工程施工合同分包人的连带责任。合同法第272条第2款规定，总承包人或者勘察、设计、施工承包人经发包人同意，可以将自己承包的部分工作交由第三人完成。第三人就其完成的工作成果与总承包人或者勘察、设计、施工承包人向发包人承担连带责任。

建设工程施工合同解释第25条规定：因建设工程质量发生争议的，发包人可以以总承包人、分包人和实际施工人为共同被告提起诉讼。

3.非法转包、违法分包情形下，发包人对实际施工人的责任。建设工程施工合同解释第26条规定：实际施工人以转包人、违法分包人为被告起诉的，法院应当依法受理。实际施工人以发包人为被告主张权利的，法院可以追加转包人或者违法分包人为本案当事人。发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。

4.单式联运合同。合同法第313条规定：两个以上承运人以同一运输方式联运的，与托运人订立合同的承运人应当对全程运输承担责任。损失发生在某一运输区段的，与托运人订立合同的承运人和该区段的承运人承担连带责任。

【注意】多式联运合同中，实际承运人与多式联运经营人不承担连带责任，没有突破合同相对性的问题

5.旅游纠纷解释第2条：以单位、家庭等集体形式与旅游经营者订立旅游合同，在履行过程中发生纠纷，除集体以合同一方当事人名义起诉外，旅游者个人提起旅游合同纠纷诉讼的，法院应予受理。

6.交强险。机动车交通事故责任强制保险，不受合同相对性的限制。

7.第三者责任商业险。保险法第三者责任保险，保险事故发生后，被保险人怠于主张合同债权的，可突破合同相对性，受害人有权直接请求保险人支付保险金。

保险法第65条第2款：责任保险的被保险人给第三者造成损害，被保险人对第三者应负的赔偿责任确定的，根据被保险人的请求，保险人应当直接向该第三者赔偿保险金。被保险人怠于请求的，第三者有权就其应获赔偿部分直接向保险人请求赔偿保险金。

8.合同保全。合同法第73条规定的代位权、第74条规定的债权人撤销权，突破了合同的相对性，合同债权人在法定条件成就时，得对合同关系以外的第三人主张权利。

**历年真题**

12-03-10

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？

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

14-03-86

张某、方某共同出资，分别设立甲公司和丙公司。2013年3月1日，甲公司与乙公司签订了开发某房地产项目的《合作协议一》，约定如下：“甲公司将丙公司10%的股权转让给乙公司，乙公司在协议签订之日起三日内向甲公司支付首付款4000万元，尾款1000万元在次年3月1日之前付清。首付款用于支付丙公司从某国土部门购买A地块土地使用权。如协议签订之日起三个月内丙公司未能获得A地块土地使用权致双方合作失败，乙公司有权终止协议。”

(不定项选择题)关于《合作协议一》，下列表述正确的是：

A.是无名合同

B.对股权转让的约定构成无权处分

C.效力待定

D.有效

14-03-88

(不定项选择题)

关于2013年5月1日张某、方某未将4000万元支付给丙公司，应承担的责任，下列表述错误的是：

A.向乙公司承担违约责任

B.与甲公司一起向乙公司承担连带责任

C.向丙公司承担违约责任

D.向某国土部门承担违约责任

**真题答案解析**

2.12-03-10

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？

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

C项：《买卖合同解释》第2条规定，当事人签订认购书、订购书、预订书、意向书、备忘录等预约合同，约定在将来一定期限内订立买卖合同，一方不履行订立买卖合同的义务，对方请求其承担预约合同违约责任或者要求解除预约合同并主张损害赔偿的，人民法院应予支持。根据上述规定，本题中的认购书有效，甲公司应当依约履行。甲公司应优先通知李某选购，甲公司未能预先通知李某，导致合同履行不能，合同目的无法实现，构成了根本违约，所以C项正确。

A项：未取得预售许可证影响的是商品房买卖合同的效力。而《商铺预售书》不是商品房买卖合同，而是预约。所以，A项错误。

B项：《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第1条规定，当事人对合同是否成立存在争议，人民法院能够确定当事人名称或者姓名、标的和数量的，一般应当认定合同成立。但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。对合同欠缺的前款规定以外的其他内容，当事人达不成协议的，人民法院依照合同法第六十一条、第六十二条、第一百二十五条等有关规定予以确定。根据法条的规定，一个买卖合同只要具有当事人、标的和数量即为一个完整合同。《商铺预售书》的当事人为甲公司和李某，约定了优先认购权，合同完整。所以，B项错误。

D项：《合同法》第110条规定，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，对方可以要求履行，但有下列情形之一的除外：（一）法律上或者事实上不能履行；（二）债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高；（三）债权人在合理期限内未要求履行。本题中，商铺已卖完，无法继续履行，所以D项错误。

综上所述，本题正确答案为C项。

3.14-03-86

张某、方某共同出资，分别设立甲公司和丙公司。2013年3月1日，甲公司与乙公司签订了开发某房地产项目的《合作协议一》，约定如下：“甲公司将丙公司10%的股权转让给乙公司，乙公司在协议签订之日起三日内向甲公司支付首付款4000万元，尾款1000万元在次年3月1日之前付清。首付款用于支付丙公司从某国土部门购买A地块土地使用权。如协议签订之日起三个月内丙公司未能获得A地块土地使用权致双方合作失败，乙公司有权终止协议。”

(不定项选择题)关于《合作协议一》，下列表述正确的是：

A.是无名合同

B.对股权转让的约定构成无权处分

C.效力待定

D.有效

A项：无名合同是指《合同法》分则明文规定的15类合同之外的合同。即合同法明确规定的买卖合同，供用电、水、气、热力合同，赠与合同，借款合同，租赁合同，融资租赁合同，承揽合同，建设工程合同，运输合同，技术合同，保管合同，仓储合同，委托合同，行纪合同，居间合同之外的其他合同。本案中，合作协议一签订了附条件的股权转让协议，不属于列举内合同名目。所以，A项正确。

B项：无权处分，是指行为人没有处分权，却以自己的名义实施的对他人财产的法律上的处分行为。本案中，未提及甲公司拥有乙公司股权，则其签订股权转让协议转让丙公司股权应认定为无权处分。所以，B项正确。

CD项：《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第3条第1款规定:“当事人一方以出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的，人民法院不予支持。”所以，C项错误，D项正确。

综上所述，本题正确答案为ABD。

4.14-03-88

(不定项选择题)

关于2013年5月1日张某、方某未将4000万元支付给丙公司，应承担的责任，下列表述错误的是：

A.向乙公司承担违约责任

B.与甲公司一起向乙公司承担连带责任

C.向丙公司承担违约责任

D.向某国土部门承担违约责任

根据民法理论合同相对性原则，由于合同关系是仅在特定人之间发生的法律关系，因此只有合同关系当事人之间才能相互提出请求，非合同关系当事人，没有发生合同上的权利义务关系的第三人不能依据合同向合同当事人提出请求或提起诉讼。除法律、合同另有规定以外，只有合同当事人才能享有合同规定的权利，并承担该合同规定的义务，当事人以外的任何第三人不能主张合同上的权利，更不负担合同中规定的义务。违约责任只能在特定的合同关系当事人之间发生，合同关系以外的人不负违约责任，合同当事人也不对其承担违约责任。本案中，《合作协议一》是甲乙公司间签订的合同，仅对甲乙公司有约束力，张某、方某作为非合同相对人，不对乙公司承担连带责任。同时本材料未体现张某、方某与丙公司及国土部门之间的约定，因此也不对其承担违约责任。所以，ABCD项错误。

本题为选非题，综上所述，本题正确答案为ABCD。

**2018年第029期——每日重点考点合同的成立（4星考点）**

**基本概念**

1.要约：是希望和他人订立合同的意思表示。

2.要约邀请：是希望他人向自己发出要约的意思表示，又称为要约引诱。

3.要约的生效：是指要约产生法律效力，对发出要约的人产生拘束力。要约生效，要约人即受要约的拘束，不得撤回或对要约加以限制、变更。

4.要约的撤回：是指要约人阻止要约发生效力的意思表示。

5.要约的撤销：是要约人消灭要约效力的意思表示。

6.承诺：是受要约人同意要约的意思表示。一般来说，要约已经受要约人承诺，就表明双方当事人对合同的主要条款达成一致意见，合同即宣告成立。

7.承诺迟到：是超过承诺期限到达要约人的承诺。

8.承诺延迟：是指在要约规定的承诺期限内作出，但由于邮政等其他原因，没有及时到达要约人。

9.交叉要约：是指订约当事人采取非直接对话方式，相互不约而同地向对方发出了内容相同的要约。对于交叉要约可否成立合同，存有争议，一般认为不能当然成立合同，因为交叉要约当事人缺乏承诺的意思表示。但两个要约内容严格一致的情况下要约生效，合同成立。

10.合同成立：指当事人之间形成合意，产生了合同关系。合同的订立要件为：要约人作出要约，受要约人对正在生效的要约作出承诺，且要约与承诺都符合法律规定的要件，则在承诺生效时，合同即成立。

11.格式条款（标准条款）：是指当事人为了重复使用而预先拟定、并在订立合同时未与对方协商的条款，如保险合同、拍卖成交确认书等，都是格式合同。

12.缔约过失责任：指当事人为了订立合同而接触或者磋商时，根据诚实信用原则，任何一方当事人均负有协助、照顾、保护、忠实、通知、保密等先合同义务。若任何一方基于过错违反先合同义务，给对方造成合理的信赖利益损失，则构成缔约过失，应承担赔偿对方合理信赖利益损失的责任。

**重点考点详解**

**一、要约**

（一）构成要件

1.特定的人的意思表示；未作出的要约不能生效。

2.向要约人希望和其订立合同的受要约人作出。

（1）对特定人，要约到达（以非对话方式）、了解（以对话方式）时生效。

（2）对不特定人作出时生效。

3.具有订立合同的目的，且明示，对方一旦作出承诺，自己受该要约拘束。

4.内容具体而确定。

（1）内容具体：必须包含合同的主要条款，各合同的主要条款是不一样的。

（2）内容确定：内容明确，而非含糊不清.

（二）要约邀请

1.要约邀请不能成为承诺的对象，承诺的对象必须是正在生效的要约。

2.要约邀请只是引诱他人向自己发出要约，在发出邀请后，要约邀请人撤回其邀请，只要未给善意相对人造成信赖利益的损失，邀请人并不承担法律责任。以下四个法律文件肯定为要约邀请：寄送的价目表、拍卖公告、招标公告、招股说明书。

（1）商业广告的内容符合要约规定的，视为要约。

（2）在拍卖过程中，拍卖公告是要约邀请，拍卖（出价）的意思表示是要约，拍定是承诺；在招标过程中，招标公告是要约邀请，投标是要约，定标（决标）是承诺。

3.要约邀请不是一种意思表示，而是一种事实行为。即邀请是当事人订立合同的预备行为，在发出要约邀请时，当事人还未进入订约阶段（状态）。

4.商品房的广告或者宣传资料能够定性为商品房买卖合同要约的，须同时符合三个条件：

（1）广告和宣传资料说明和允诺的对象是商品房开发规划范围内的房屋及相关设施；

（2）所作的说明和允诺具体确定；

（3）该说明和允诺对商品房买卖合同的订立以及房屋价格的确定有重大影响。

（三）悬赏广告

1.悬赏广告是一种附条件的单方法律行为（单方允诺），条件成就时单方允诺行为生效。

2.完成指定行为的相对人为无、限制民事行为能力人或者相对人完成指定行为时不知有悬赏广告存在的，均有报酬请求权。

3.两个以上的人完成指定行为时，谁有权获得报酬：

（1）两个以上的人先后完成指定行为的，仅最先完成者享有报酬请求权。但悬赏人善意向最先通知者（非最先完成者）支付报酬的，悬赏人向最先完成者支付报酬的义务消灭。

【注意】最先完成者可向最先通知者主张不当得利。若悬赏人恶意的向最先通知者支付报酬的，最先完成者的报酬请求权不消灭。

（2）两个以上的人分别同时或者共同完成指定行为的，由他们共同取得报酬（平分），悬赏人善意向最先通知者支付报酬的，其支付报酬的义务消灭。

(四)要约的生效

1.要约生效后相对人才获得承诺资格。

2.对不特定人的要约一经作出即生效力。

3.对特定人的要约：

（1）以对话方式（相对人可以同步受领）作出的，自相对人了解时生效。

（2）以非对话方式（相对人不能同步受领）作出的，自到达相对人时生效。

【注意】到达指要约到达受要约人控制的范围，受要约人具有知悉可能性，受要约人是否实际知悉，在所不问。

（五）要约的撤回

1.发出撤回通知。

2.撤回通知先于或同时于要约到达相对人。

【注意】要约撤回不是要约失效的原因，仅是为了阻止要约生效。

（六）要约的撤销

1.三个条件：

（1）该要约可以撤销。

（2）发出撤销通知。

（3）撤销通知比相对人作出承诺的通知更早到达相对人。

2.不可撤销的要约

（1）明示该要约不可撤销。

（2）该要约确定了承诺期限。

（3）相对人有理由相信该要约不可撤销，并已经为履行该合同做了准备。

3.要约撤销的效力

（1）要约失去效力，相对人丧失承诺资格。

（2）要约人有可能承担缔约过失责任。

（七）要约失效的原因

1.要约人依法撤销要约。

2.承诺期限届满，受要约人未作出承诺。

3.受要约人对要约的内容作出实质性变更。

4.拍卖中，竞买人的要约因出现更高的出价而失效。

5.拒绝要约的通知到达要约人。

【注意】对特定人的要约，受要约人拒绝要约的通知到达要约人时，要约失效；对不特定人的要约，部分受要约人拒绝的，要约并不失去效力。

**二、承诺**

（一）构成要件

1.承诺只能由受要约人作出，其他人无承诺资格。

2.承诺必须向要约人作出承诺的通知。【例外】根据交易习惯或要约要求作出承诺的行为。

3.承诺的内容应当与要约的内容一致。

（1）作出实质性变更的：承诺无效，只能视为新的要约。

实质性变更包括：合同标的、数量、质量、价款、报酬、履行期限、履行地点、履行方式、违约责任、解决争议的方式等。

（2）作出非实质性变更的，除非要约人及时表示反对或在要约中明确说明不得变更要约任何内容的，否则有效。

4.承诺必须在承诺期限内到达要约人。

（1）承诺迟到，无效，视为新的要约。

（2）承诺迟延，除非要约人及时通知其不受该承诺约束，否则有效。

【注意】承诺期限有约定依约定；无约定以对话方式作出的，须即时承诺；以非对话方式作出的，应在合理期限内作出。

5.承诺必须表明受要约人决定与要约人订立合同，即具有受拘束的意思。

（二）承诺的生效

1.以对话方式承诺：自要约人了解承诺内容时生效。

2.以非对话的通知方式承诺：到达要约人时承诺生效。

【注意】到达控制范围内，具有知悉可能性即可。

3.采用数据电文方式承诺：要约人指定特定系统接收数据电文的，承诺进入该特定系统时生效；要约人未指定特定系统的，相对人知道或应当知道承诺进入该系统时生效。

4.意思实现：当事人以非对话方式订立合同，根据交易习惯或者要约的要求承诺不需要通知的，受要约人可以通过作出特定的行为来承诺。自作出承诺的行为时，承诺生效。

5.以单纯的沉默作出承诺：缔约当事人双方事前约定承诺可以沉默方式作出的，承诺期间届满，受要约人未作任何表示的，视为作出承诺，承诺期间届满之日为承诺生效之日。

（三）承诺的撤回

1.发出撤回通知，撤回通知先于或同时于承诺到达要约人。

2.承诺撤回阻止了承诺的生效，此时合同不成立。

【注意】承诺不能撤销，因为承诺一旦生效，合同即宣告成立。此时只能撤销合同或解除合同。

**三、合同成立**

（一）合同成立时间

1.一般规定：承诺生效时合同成立。

2.当事人采用合同书形式订立合同的，自双方当事人签字或者盖章时合同成立。双方当事人签字或者盖章不在同一时间的，最后签字或者盖章时合同成立。

3.当事人采用信件、数据电文形式订立合同的，可以在合同成立之前要求签订确认书。签订确认书时合同成立。在此情况下确认书具有最终承诺的意义。

【注意】双方隔地签订确认书的，经签字的确认书相互送达后，合同成立。

4.法律、行政法规规定或者当事人约定采用书面形式订立合同，当事人未采用书面形式但一方已经履行主要义务，对方接受的，自对方接受时该合同成立。

（二）合同成立地点

1.承诺生效的地点为合同成立的地点。

2.书面合同的成立地点。当事人采用合同书形式订立合同的，双方当事人签字或者盖章的地点为合同成立的地点。

【注意】约定签字地点与实际签字地点不符的，以约定的地点为合同成立地点。

**四、格式条款**

（一）格式条款的三个要件

由一方事先拟定的；重复使用的，也即针对不特定相对人的；不协商。

（二）格式条款的主要义务

提供格式条款的一方，未尽到对免除或限制自己责任的格式条款的提示与说明义务的（足以引起对方注意的方式），对方享有撤销权。若该格式条款具有无效事由的，则该条款自始无效。

1.提示义务：即提请对方注意该类条款；

2.说明义务：应对方要求对该类条款进行说明。

（三）无效格式条款

1.格式条款免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的，该格式条款无效。

（1）“免除其责任”。指提供格式条款的一方不合理、不正当地免除其依照法律应当负有的强制性法定义务；

（2）“加重对方责任”指格式条款含有对方当事人在通常情况下不应当承担的义务；

（3）“排除对方主要权利”。指排除对方按照“合同的性质”通常应当享有的“主要”权利。

2.符合《合同法》第52条、53条规定情形的格式条款无效。

52条：有下列情形之一的，合同无效：

(1)一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益;

(2)恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益;

(3)以合法形式掩盖非法目的;

(4)损害社会公共利益;

(5)违反法律、行政法规的强制性规定。

53条：合同中的下列免责条款无效：

(1)造成对方人身伤害的;

(2)因故意或者重大过失造成对方财产损失的。

（四）格式条款的解释规则

1.非格式条款优先于格式条款；

2.按照通常理解予以解释；

3.有两种以上理解的，以不利于提供格式条款一方的解释为准。

**五、缔约过失责任-略**

**历年真题**

10-03-11

张某和李某采用书面形式签订一份买卖合同，双方在甲地谈妥合同的主要条款，张某于乙地在合同上签字，李某于丙地在合同上摁了手印，合同在丁地履行。关于该合同签订地，下列哪一选项是正确的？

A.甲地

B.乙地

C.丙地

D.丁地

10-03-12

甲、乙同为儿童玩具生产商。六一节前夕，丙与甲商谈进货事宜。乙知道后向丙提出更优惠条件，并指使丁假借订货与甲接洽，报价高于丙以阻止甲与丙签约。丙经比较与乙签约，丁随即终止与甲的谈判，甲因此遭受损失。对此，下列哪一说法是正确的？

A.乙应对甲承担缔约过失责任

B.丙应对甲承担缔约过失责任

C.丁应对甲承担缔约过失责任

D.乙、丙、丁无须对甲承担缔约过失责任

12-03-04

甲与同学打赌，故意将一台旧电脑遗留在某出租车上，看是否有人送还。与此同时，甲通过电台广播悬赏，称捡到电脑并归还者，付给奖金500元。该出租汽车司机乙很快将该电脑送回，主张奖金时遭拒。下列哪一表述是正确的？

A.甲的悬赏属于要约

B.甲的悬赏属于单方允诺

C.乙归还电脑的行为是承诺

D.乙送还电脑是义务，不能获得奖金

14-03-51

甲房产开发公司在交给购房人张某的某小区平面图和项目说明书中都标明有一个健身馆。张某看中小区健身方便，决定购买一套商品房并与甲公司签订了购房合同。张某收房时发现小区没有健身馆。下列哪些表述是正确的？

A.甲公司不守诚信，构成根本违约，张某有权退房

B.甲公司构成欺诈，张某有权请求甲公司承担缔约过失责任

C.甲公司恶意误导，张某有权请求甲公司双倍返还购房款

D.张某不能滥用权利，在退房和要求甲公司承担违约责任之间只能选择一种

16-03-59

甲隐瞒了其所购别墅内曾发生恶性刑事案件的事实，以明显低于市场价的价格将其转卖给乙；乙在不知情的情况下，放弃他人以市场价出售的别墅，购买了甲的别墅。几个月后乙获悉实情，向法院申请撤销合同。关于本案，下列哪些说法是正确的？

A.乙须在得知实情后一年内申请法院撤销合同

B.如合同被撤销，甲须赔偿乙在订立及履行合同过程当中支付的各种必要费用

C.如合同被撤销，乙有权要求甲赔偿主张撤销时别墅价格与此前订立合同时别墅价格的差价损失

D.合同撤销后乙须向甲支付合同撤销前别墅的使用费

**真题答案解析**

7.10-03-11

张某和李某采用书面形式签订一份买卖合同，双方在甲地谈妥合同的主要条款，张某于乙地在合同上签字，李某于丙地在合同上摁了手印，合同在丁地履行。关于该合同签订地，下列哪一选项是正确的？

A.甲地

B.乙地

C.丙地

D.丁地

《最高人民法院关于适用<中华人民共和国合同法>若干问题的解释（二）》第4条的规定：“采用书面形式订立合同，合同约定的签订地与实际签字或者盖章地点不符的，人民法院应当认定约定的签订地为合同签订地；合同没有约定签订地，双方当事人签字或者盖章不在同一地点的，人民法院应当认定最后签字或者盖章的地点为合同签订地。”第5条的规定：“当事人采用合同书形式订立合同的，应当签字或者盖章。当事人在合同书上摁手印的，人民法院应当认定其具有与签字或者盖章同等的法律效力”。

在本题中，双方当事人并没有约定合同签订地，张某首先在乙地签字，李某后来于丙地在合同上摁了手印，李某的摁手印具有与签字或者盖章同等的法律效力。结合本题，并未明确张某与李某的签字、摁手印的先后顺序。按照一般命题的规律，题干的行文先后即为时间的先后顺序，因此推定张某签字在前而李某摁手印在后，即后签字的李某签字或者盖章的地点即丙地为合同签订地。根据各项表述，C项正确，ABD错误。

综上所述，本题答案为C项。

8.10-03-12

甲、乙同为儿童玩具生产商。六一节前夕，丙与甲商谈进货事宜。乙知道后向丙提出更优惠条件，并指使丁假借订货与甲接洽，报价高于丙以阻止甲与丙签约。丙经比较与乙签约，丁随即终止与甲的谈判，甲因此遭受损失。对此，下列哪一说法是正确的？

A.乙应对甲承担缔约过失责任

B.丙应对甲承担缔约过失责任

C.丁应对甲承担缔约过失责任

D.乙、丙、丁无须对甲承担缔约过失责任

缔约过失责任，是指在订立合同过程中，一方因违背其依据诚实信用原则所应尽的义务而致另一方信赖利益的损失，依法应承担的民事责任。《合同法》第42条规定，当事人在订立合同过程中有下列情形之一，给对方造成损失的，应当承担损害赔偿责任：（一）假借订立合同，恶意进行磋商；（二）故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况；（三）有其他违背诚实信用原则的行为。

本题属于《合同法》第42条第1项规定的当事人在订立合同中有假借订立合同，恶意进行磋商的情况，成立缔约过失责任，该责任应由合同当事人来承担。而乙和丙均不是合同的当事人，因此不承担缔约过失责任。所以应当由丁来承担责任。C项正确，ABD错误。

综上所述，本题答案为C项。

9.12-03-04

甲与同学打赌，故意将一台旧电脑遗留在某出租车上，看是否有人送还。与此同时，甲通过电台广播悬赏，称捡到电脑并归还者，付给奖金500元。该出租汽车司机乙很快将该电脑送回，主张奖金时遭拒。下列哪一表述是正确的？

A.甲的悬赏属于要约

B.甲的悬赏属于单方允诺

C.乙归还电脑的行为是承诺

D.乙送还电脑是义务，不能获得奖金

本题考查的是悬赏广告。

AB项：单方允诺，是指表意人向相对人作出的为自己设定某种义务，使对方取得某种权利的意思表示。依据意思自治原则，民事主体可以为自己设定单方义务，此可引起债的发生。悬赏广告属于单方允诺，这既有利于保护不知道悬赏广告存在的情况下完成悬赏广告要求行为的当事人的利益，也有利于保护完成悬赏广告要求行为的无民事行为能力人的合法权益。且根据《物权法》第112条第2款的规定，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。故B选项正确，A选项错误。

CD项：悬赏广告基于单方的意思表示已经发生法律效力，不需要对方当事人的承诺，也不需要对方当事人具有相应的民事行为能力，因其基于事实行为的完成即可向悬赏广告发布人主张相应的报酬。故CD选项错误。

综上所述，本题答案为B项。

10.14-03-51

甲房产开发公司在交给购房人张某的某小区平面图和项目说明书中都标明有一个健身馆。张某看中小区健身方便，决定购买一套商品房并与甲公司签订了购房合同。张某收房时发现小区没有健身馆。下列哪些表述是正确的？

A.甲公司不守诚信，构成根本违约，张某有权退房

B.甲公司构成欺诈，张某有权请求甲公司承担缔约过失责任

C.甲公司恶意误导，张某有权请求甲公司双倍返还购房款

D.张某不能滥用权利，在退房和要求甲公司承担违约责任之间只能选择一种

A项：根本违约，是指合同一方当事人违反合同的行为，致使该合同的目的不能实现，根本违约不仅满足一般违约的构成要件且违约行为导致的合同目的不能实现，其法律效果是当一方根本违约时，另一方当事人可以解除合同并要求对方承担责任。本案中，张某因健身方便为目的购买甲公司商品房，但实际收房时发现没有健身馆，甲公司因虚假宣传导致合同目的不能实现，张某有权请求解除合同。所以，A项正确。

BD项：出卖人就商品房开发项目规划范围内的房屋及相关设施所作的说明和允诺具体确定，并对商品房买卖合同的订立及房屋价格的确定有决定作用的，即对买受人决定订立合同以及房屋价格的确定有重大影响的，在买受人就此内容提出订立合同时，该商品房销售广告内容的对象就已特定化，应当将该内容视为要约，而买卖合同的订立则视为买受人对出卖人要约的承诺。在这种特定的情形下，虽然该说明和允诺未订入商品房买卖合同文本中，但这些说明与允诺与正式合同条款共同构成商品房买卖的完整的交易条件，这些说明与允诺即具有合同条款的效力，亦应视为合同内容的组成部分。本案中，甲公司违反该合同内容的，存在欺诈行为，属于可撤销合同，产生缔约过失责任。所以，B选项正确，D选项错误。

C项：《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第8条规定：“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一倍的赔偿责任：（一）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；（二）商品房买卖合同订立后，出卖人又将该房屋出卖给第三人。”第9条：“出卖人订立商品房买卖合同时，具有下列情形之一，导致合同无效或者被撤销、解除的，买受人可以请求返还已付购房款及利息、赔偿损失，并可以请求出卖人承担不超过已付购房款一倍的赔偿责任：（一）故意隐瞒没有取得商品房预售许可证明的事实或者提供虚假商品房预售许可证明；（二）故意隐瞒所售房屋已经抵押的事实；（三）故意隐瞒所售房屋已经出卖给第三人或者为拆迁补偿安置房屋的事实。”本案中张某不符合双倍返还购房款的条件。所以，C项错误。

综上所述，本题正确答案为AB。

11.16-03-59

甲隐瞒了其所购别墅内曾发生恶性刑事案件的事实，以明显低于市场价的价格将其转卖给乙；乙在不知情的情况下，放弃他人以市场价出售的别墅，购买了甲的别墅。几个月后乙获悉实情，向法院申请撤销合同。关于本案，下列哪些说法是正确的？

A.乙须在得知实情后一年内申请法院撤销合同

B.如合同被撤销，甲须赔偿乙在订立及履行合同过程当中支付的各种必要费用

C.如合同被撤销，乙有权要求甲赔偿主张撤销时别墅价格与此前订立合同时别墅价格的差价损失

D.合同撤销后乙须向甲支付合同撤销前别墅的使用费

A项：《合同法》第55条规定：“有下列情形之一的，撤销权消灭：（一）具有撤销权的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内没有行使撤销权；”所以，A项正确。

B、C、D项：《合同法》第56条规定：“无效的合同或者被撤销的合同自始没有法律约束力。合同部分无效，不影响其他部分效力的，其他部分仍然有效。”《合同法》第58条规定：“合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。”甲故意隐瞒别墅的真实情况，应当赔偿乙的损失同时乙支付别墅的使用费。所以，B、C、D三项正确。

综上所述，本题正确答案为ABCD。

**2018年第030期——每日重点考点合同的履行（4星考点）**

**基本概念**

1.合同的履行：指的是合同规定义务的执行。任何合同规定义务的执行，都是合同的履行行为；相应地，凡是不执行合同规定义务的行为，都是合同的不履行。因此合同的履行，表现为当事人执行合同义务的行为。当合同义务执行完毕时，合同也就履行完毕。

2.主给付义务：指合同关系中所固有、必备的、自始确定的，并能够决定合同类型的基本义务，如买卖合同中卖方的交付标的物、买方支付价款的义务。

3.从给付义务：简称为从义务，是指不具有独立的意义，仅具有辅助主给付义务的功能的义务。

4.附随义务：指法律无明文规定，当事人亦无明确约定，为保护对方利益和稳定交易秩序，当事人依诚实信用原则，根据合同的性质、目的和交易习惯而履行的通知、协助、保密、保护等给付义务以外之义务。

5.不真正义务：是指合同相对人虽不得请求义务人履行，义务人违反亦不会发生损害赔偿责任，而仅使负担此义务者遭受权利减损或丧失后果的义务，理论上也称间接义务。

6.同时履行抗辩权：指当事人互负债务，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要求。一方在对方履行债务不符合约定时，有权拒绝其相应的履行要求。

7.顺序履行抗辩权（先履行抗辩权、后履行抗辩权）：指当事人互负债务，有先后履行顺序，先履行一方未履行的，后履行一方有权拒绝其履行要求。先履行一方履行债务不符合约定的，后履行一方有权拒绝其相应的履行要求。

8.不安抗辩权：是指先给付义务人在有证据证明后给付义务人的经营状况严重恶化，或者转移财产、抽逃资金以逃避债务，或者有谎称有履行能力的欺诈行为，以及其他丧失或者可能丧失履行债务能力的情况时，有权中止自己的履行；后给付义务人收到中止履行的通知后，在合理的期限内未恢复履行能力或者未提供适当担保的，先给付义务人有权解除合同。

9.清偿抵充：是指债务人对债权人负担数宗同种类债务，而债务人的履行不足清偿全部债务时，确定该履行抵充其中某宗或某几宗债务。

**重点考点详解**

**一、合同履行**

（一）合同履行的基本原则

1.适当履行原则。

2.协作履行原则。

3.经济合理原则。

4.情势变更原则。

5.全面履行原则。

（二）合同履行的内容

1.双务合同中，若从给付义务未履行或不适当履行会导致合同目的不能实现，则从给付义务与主给付义务地位相同，此时对方可主张同时履行抗辩权。若从给付义务不履行会导致合同目的不能实现，则构成根本违约，对方享有解除权。

2.附随义务目的在于促进主给付义务的实现和维护对方人身或财产的固有利益。其中，先合同义务违反的，成立缔约过失责任。合同履行中附随义务和后合同义务违反的，成立违约或侵权。

3.不真正义务包括：合同债权人的减损义务、买受人的及时检验通知义务、收货人的及时检验通知义务、寄存人的告知义务。

1.买卖合同主要条款可以约定，没有约定的主要条款只有标的和数量，不包括价款。

2.有名合同漏洞填补顺序：

（1）依照《合同法》61条处理

（2）按照《合同法》或其他法律关于该类合同的规定处理

（3）适用《合同法》62、63条处理。

3.无名合同漏洞填补顺序：

（1）依照《合同法》61条处理

（2）适用《合同法》总则并参照合同法或其他法律此类合同相似的合同规定处理。

（3）适用《合同法》62、63条处理。

【注意】62、63条始终在最后出现。

4.合同法第61条：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，按照合同有关条款或者交易习惯确定。

第62条：当事人就有关合同内容约定不明确，依照本法第61条的规定仍不能确定的，适用下列规定：

(1)质量要求不明确的，按照国家标准、行业标准履行;没有国家标准、行业标准的，按照通常标准或者符合合同目的的特定标准履行。

(2)价款或者报酬不明确的，按照订立合同时履行地的市场价格履行;依法应当执行政府定价或者政府指导价的，按照规定履行。

(3)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。

(4)履行期限不明确的，债务人可以随时履行，债权人也可以随时要求履行，但应当给对方必要的准备时间。

(5)履行方式不明确的，按照有利于实现合同目的的方式履行。

(6)履行费用的负担不明确的，由履行义务一方负担。

第63条：执行政府定价或者政府指导价的，在合同约定的交付期限内政府价格调整时，按照交付时的价格计价。逾期交付标的物的，遇价格上涨时，按照原价格执行;价格下降时，按照新价格执行。逾期提取标的物或者逾期付款的，遇价格上涨时，按照新价格执行;价格下降时，按照原价格执行。

5.对上述法条的总结：

（1）质量：国家标准→行业标准→通常标准或符合合同目的的标准；

（2）价款：协商→交易习惯→应当依法执行政府指导价的，按合同履行时的此价→订立合同时履行地市价；

【注意】执行政府定价或者政府指导价的，在合同约定的交付期限内政府价格调整时，按照交付时的价格计价。①逾期交付标的物的遇价格上涨时，按照原价格执行；价格下降时，按照新价格执行。②逾期提取标的物或者逾期付款的，遇价格上涨时，按照新价格执行；价格下降时，按照原价格执行。

（3）履行地点：给付货币，按接受货币一方所在地；交付不动产，不动产所在地；其他标的，履行义务一方所在地。

（4）期限：履行期限不明确的，债务人可以随时履行，债权人也可以随时要求履行，但应当给对方必要的准备时间。

（5）费用：履行费用由履行义务一方负担。

**二、同时履行抗辩权**

（一）构成要件

1.双方当事人因“同一双务合同”互负债务。

2.双方的债务没有履行的先后顺序。

3.双方债务的履行期均已届至。

4.请求履行的一方未履行自己的义务或者履行不适当。

（1）他方当事人不履行的，债务人可以提出完全的抗辩权。

（2）他方当事人不完全履行的，债务人可以提出相应的抗辩权。

【注意】三人以上的合伙关系，不能主张同时履行抗辩权。

（二）同时履行抗辩权的效力

1.主张同时履行抗辩权，才能一时阻却请求权行使。

2.同时履行抗辩权无请求合同相对方先为给付的效力，也无消灭对方请求权的效力；。

3.当事人因行使同时履行抗辩权拒绝履行义务的，不构成违约。

4.诉讼中，被请求人未主张同时履行抗辩权，法院不得依职权援引。

5.有同时履行抗辩权的债务人不陷于履行迟延；欲始对方陷于迟延履行，须提供自己的履行，消灭对方的同时履行抗辩权，合理期间对对方仍不履行，则享有解除权。

**三、顺序履行抗辩权**

（一）构成要件

1.双方因同一双务合同互负债务。

2.双方债务有先后履行的顺序。

3.应当先履行的一方未履行或者履行不适当。

4.应先履行的一方请求应后履行的一方履行。

（二）顺序履行抗辩权的效力

1.先履行一方未履行的，后履行一方有权拒绝其履行要求。先履行一方履行债务不符合约定的，后履行一方有权拒绝其“相应的”履行要求。

2.先履行一方因行使不安抗辩权而中止履行自己的义务，后履行一方仍有权拒绝其履行要求，行使顺序履行抗辩权。

3.因行使顺序履行抗辩权拒绝履行合同义务的，不构成违约。

**四、不安抗辩权**

（一）构成要件

1.因同一双务合同互负债务，且两债务间具有对价关系。单务合同以及不完全的双务合同均不能产生不安抗辩权。

2.双方当事人履行债务的期限有先后顺序，即不安抗辩权适用的双务合同属于异时履行。

【注意】应当履行一方的债务是否到期，在所不问。

【注意】根据《合同法》规定，对一些买卖合同，除法律有特别规定外，一般采用同时履行主义。而对于以下合同，除当事人有特别规定外，应采用异时履行主义，包括租赁、承揽、保管、仓储、委托、行纪、居间等。

【注意】异时履行是指双方履行存在的时间顺序，即一方先履行，另一方后履行。

3.先履行方有确切证据证明后履行方于合同成立后丧失或可能丧失履行能力。

（1）后履行方丧失或可能丧失履行能力。

（2）后履行方丧失或可能丧失履行能力发生于合同成立之后。

【注意】不安抗辩权中履行能力明显降低，有不能为对待给付的现实危险，须发生在合同成立以后。如果在订立合同时即已经存在，先给付义务人若明知此情而仍然缔约，法律则无必要对其进行特别保护；若不知此情，则可以通过合同无效等制度解决。

（3）先履行方对事实负有举证责任。先履行方主张不安抗辩权，必须有对方丧失或可能丧失履行债务能力的确切证据，而不能凭自己的主观猜测。否则，将会因擅自中止合同履行而承担违约责任。

（二）不安抗辩权的效力

1.先履行方可中止履行合同，但应通知对方，并给对方一定的合理期限，使其恢复履行能力或提供适当的担保。通知方式口头或书面形式均可。

2.在合理期限内，后履行方提供担保或恢复履行，先履行方应当继续履行合同。担保的形式既可以是保证，也可以是物的担保。

3.在合理期限内，后履行方未提供担保且未恢复履行能力而要求对方履行的，先履行方可以拒绝。

4.对方在合理期限内未恢复履行能力且未提供适当担保的：

（1）中止履行一方享有法定解除权。

【注意】合同解除的方式，由先给付义务人通知后给付义务人，通知到达时发生合同解除效力；但后给付义务人有异议时，可以请求法院或与仲裁机构确认合同解除效力。

（2）中止履行一方亦可不解除合同，要求对方提前清偿债务。

（3）对方构成预期违约的，中止履行一方有权依照合同法第108条请求对方承担预期违约的责任。

5.先履行方在行使不安抗辩权时，在以下两种情况下可能要承担违约责任：

（1）先履行方对后履行方丧失或可能丧失履约能力的事实不能证明。

（2）在合理期限内，后履行方提供担保或恢复履行，先履行方拒不继续履行合同的。

【注意】三大抗辩权的前提是，双方当事人基于同一个双务合同，互负债务。

【注意】双务合同中的履行抗辩权：无先后履行顺序：双方均有同时履行抗辩权；有先后履行顺序，先履行一方：享有不安抗辩权，后履行一方：享有顺序履行抗辩权。

**五、清偿的抵充-略**

**六、第三人代为清偿-略**

历年真题

10-03-13

甲、乙订立一份价款为十万元的图书买卖合同，约定甲先支付书款，乙两个月后交付图书。甲由于资金周转困难只交付五万元，答应余款尽快支付，但乙不同意。两个月后甲要求乙交付图书，遭乙拒绝。对此，下列哪一表述是正确的？

A.乙对甲享有同时履行抗辩权

B.乙对甲享有不安抗辩权

C.乙有权拒绝交付全部图书

D.乙有权拒绝交付与五万元书款价值相当的部分图书

11-03-14

2011年5月6日，甲公司与乙公司签约，约定甲公司于6月1日付款，乙公司6月15日交付“连升”牌自动扶梯。合同签订后10日，乙公司销售他人的“连升”牌自动扶梯发生重大安全事故，质监局介入调查。合同签订后20日，甲、乙、丙公司三方合意，由丙公司承担付款义务。丙公司6月1日未付款。下列哪一表述是正确的？

A.甲公司有权要求乙公司交付自动扶梯

B.丙公司有权要求乙公司交付自动扶梯

C.丙公司有权行使不安抗辩权

D.乙公司有权要求甲公司和丙公司承担连带债务

12-03-12

甲公司对乙公司负有交付葡萄酒的合同义务。丙公司和乙公司约定，由丙公司代甲公司履行，甲公司对此全不知情。下列哪一表述是正确的？

A虽然甲公司不知情，丙公司的履行仍然有法律效力

B因甲公司不知情，故丙公司代为履行后对甲公司不得追偿代为履行的必要费用

C虽然甲公司不知情，但如丙公司履行有瑕疵的，甲公司需就此对乙公司承担违约责任

D虽然甲公司不知情，但如丙公司履行有瑕疵从而承担违约责任的，丙公司可就该违约赔偿金向甲公司追偿

14-03-12

甲公司向乙公司购买小轿车，约定7月1日预付10万元，10月1日预付20万元，12月1日乙公司交车时付清尾款。甲公司按时预付第一笔款。乙公司于9月30日发函称因原材料价格上涨，需提高小轿车价格。甲公司于10月1日拒绝，等待乙公司答复未果后于10月3日向乙公司汇去20万元。乙公司当即拒收，并称甲公司迟延付款构成违约，要求解除合同，甲公司则要求乙公司继续履行。下列哪一表述是正确的？

A.甲公司不构成违约

B.乙公司有权解除合同

C.乙公司可行使先履行抗辩权

D.乙公司可要求提高合同价格

14-03-13

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？

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

15-03-10

甲与乙公司签订的房屋买卖合同约定：“乙公司收到首期房款后，向甲交付房屋和房屋使用说明书；收到二期房款后，将房屋过户给甲。”甲交纳首期房款后，乙公司交付房屋但未立即交付房屋使用说明书。甲以此为由行使先履行抗辩权而拒不支付二期房款。下列哪一表述是正确的？

A.甲的做法正确，因乙公司未完全履行义务

B.甲不应行使先履行抗辩权，而应行使不安抗辩权，因乙公司有不能交付房屋使用说明书的可能性

C.甲可主张解除合同，因乙公司未履行义务

D.甲不能行使先履行抗辩权，因甲的付款义务与乙公司交付房屋使用说明书不形成主给付义务对应关系

15-03-53

(多选题)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？

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

**真题答案解析**

6.10-03-13

甲、乙订立一份价款为十万元的图书买卖合同，约定甲先支付书款，乙两个月后交付图书。甲由于资金周转困难只交付五万元，答应余款尽快支付，但乙不同意。两个月后甲要求乙交付图书，遭乙拒绝。对此，下列哪一表述是正确的？

A.乙对甲享有同时履行抗辩权

B.乙对甲享有不安抗辩权

C.乙有权拒绝交付全部图书

D.乙有权拒绝交付与五万元书款价值相当的部分图书

CD项：根据《合同法》第67条的规定，当事人互负债务，有先后履行顺序的，先履行一方履行债务不符合约定的，后履行一方有权拒绝其相应的履行要求。结合本题，甲乙在图书买卖合同中约定甲先支付书款，乙后交付图书，双方当事人是有先后履行顺序的，即甲先履行，乙后履行。但后来甲只交付了5万元，属于先履行一方履行债务不符合约定，在此情形下，后履行的一方乙有权拒绝其相应的履行请求。注意这里是“相应”的履行请求，甲已经履行了5万元的义务，乙应当交付其5万元的图书，而对于未交付的5万元，乙有权基于先履行抗辩权拒绝交付与5万元书款价值相当的部分图书。所以，D项正确，C项错误。

A项：《合同法》第66条规定，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要求。一方在对方履行债务不符合约定时，有权拒绝其相应的履行要求。本题中，甲乙互负债务，约定了履行顺序，因此乙享有的抗辩权不是同时履行抗辩权。所以A项错误。

B项：《合同法》第68条规定，应当先履行债务的当事人，有确切证据证明对方有下列情形之一的，可以中止履行.....所以，不安抗辩权的主体是先履行的一方，而本题中应当先履行的是甲，因此乙享有的抗辩权不是不安抗辩权。B项错误。

综上所述，本题答案为D项。

7.11-03-14

2011年5月6日，甲公司与乙公司签约，约定甲公司于6月1日付款，乙公司6月15日交付“连升”牌自动扶梯。合同签订后10日，乙公司销售他人的“连升”牌自动扶梯发生重大安全事故，质监局介入调查。合同签订后20日，甲、乙、丙公司三方合意，由丙公司承担付款义务。丙公司6月1日未付款。下列哪一表述是正确的？

A.甲公司有权要求乙公司交付自动扶梯

B.丙公司有权要求乙公司交付自动扶梯

C.丙公司有权行使不安抗辩权

D.乙公司有权要求甲公司和丙公司承担连带债务

C项：《合同法》第68条，应当先履行债务的当事人，有确切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。当事人没有确切证据中止履行的，应当承担违约责任。本案中，乙公司销售的同品牌自动扶梯已经发生重大安全事故，政府部门介入调查。故甲公司有证据证明乙公司发生丧失履行债务能力的情形，甲公司有权行使不安抗辩权。甲、乙、丙公司三方合意，由丙公司承担付款义务，属于债务承担。《合同法》第85条规定，债务人转移义务的，新债务人可以主张原债务人对债权人的抗辩。故丙公司作为义务受让人，可以主张原债务人甲公司对乙公司的抗辩权，故丙可以主张不安履行抗辩权。C项正确。

A项：《合同法》第67条，当事人互负债务，有先后履行顺序，先履行一方未履行的，后履行一方有权拒绝其履行要求。先履行一方履行债务不符合约定的，后履行一方有权拒绝其相应的履行要求。由于丙未付款，乙公司可以行使顺序履行抗辩权，甲公司无权要求乙公司交付自动扶梯，所以A项错误。

B项：该题中，甲乙丙三方合意，由丙承担付款义务，属于经债权人同意的债务承担，甲公司的付款义务转由丙公司承担，但也仅限于此，丙公司仅负担付款的义务，在该三方合意中，丙公司并不享有什么权利，因而丙无权要求乙交付自动扶梯，所以B错误。

D项：《合同法》第84条，债务人将合同的义务全部或者部分转移给第三人的，应当经债权人同意。因此，债务承担后，原债务人不再负担合同义务，故甲公司不承担连带责任，D项错误。

综上所述，本题答案为C项。

8.12-03-12

甲公司对乙公司负有交付葡萄酒的合同义务。丙公司和乙公司约定，由丙公司代甲公司履行，甲公司对此全不知情。下列哪一表述是正确的？

A虽然甲公司不知情，丙公司的履行仍然有法律效力

B因甲公司不知情，故丙公司代为履行后对甲公司不得追偿代为履行的必要费用

C虽然甲公司不知情，但如丙公司履行有瑕疵的，甲公司需就此对乙公司承担违约责任

D虽然甲公司不知情，但如丙公司履行有瑕疵从而承担违约责任的，丙公司可就该违约赔偿金向甲公司追偿

AB项：根据《合同法》第65条的规定，当事人约定由第三人向债权人履行债务的，第三人不履行债务或者履行债务不符合约定，债务人应当向债权人承担违约责任。该条规定的是关于第三人代为履行，同时该条也强调了合同的相对性原则。因为第三人代为履行不是债务承担，因此合同关系仍然存在于原合同当事人之间。但是上述案例并不能适用《合同法》第65条的规定，因为是第三人丙公司与债权人乙公司约定代为履行的，原债务人甲公司并不知晓，此时丙公司的代为履行行为构成无因管理，因此应适用《民法通则》第93条的规定，没有法定的或者约定的义务，为避免他人利益受损失进行管理或者服务的，有权要求受益人偿付因此而支付的必要费用。因此，上述案例中，丙公司代为履行，甲公司不知晓，丙公司的代为履行行为构成无因管理。除甲公司事先明确反对，或者与乙公司特别约定不得由第三人代为履行，或者债务的性质不允许第三人代为履行的以外，丙公司的代为履行行为有效。同时就履行的内容和费用，丙公司可以向甲公司进行追偿。故A选项正确，B选项错误。

C项：如果丙公司的履行有瑕疵从而导致违约责任的，甲公司对乙公司不承担违约责任，因为甲公司对丙公司的代为履行行为并不知晓，任何人不得通过自己的行为，在未征得他人同意的情况下使他人承担额外的债务。此时乙公司只能向丙公司主张违约责任，甲公司并不需就此对乙公司承担违约责任。故C选项错误。

D项：丙公司承担违约责任以后，致使甲公司对乙公司的债务消灭的，丙公司可在原债务的范围内，基于无因管理的规定向甲公司进行追偿。但是因违约产生的费用，只能由丙自己承担，因为作为无因管理人，在管理的过程中应尽到善良管理人的义务，未尽到此义务对第三人造成损害的，应由其自己承担责任。故D选项错误。

综上所述，本题答案为A项。

9.14-03-12

甲公司向乙公司购买小轿车，约定7月1日预付10万元，10月1日预付20万元，12月1日乙公司交车时付清尾款。甲公司按时预付第一笔款。乙公司于9月30日发函称因原材料价格上涨，需提高小轿车价格。甲公司于10月1日拒绝，等待乙公司答复未果后于10月3日向乙公司汇去20万元。乙公司当即拒收，并称甲公司迟延付款构成违约，要求解除合同，甲公司则要求乙公司继续履行。下列哪一表述是正确的？

A.甲公司不构成违约

B.乙公司有权解除合同

C.乙公司可行使先履行抗辩权

D.乙公司可要求提高合同价格

AC项：《合同法》第67条规定：“当事人互负债务，有先后履行顺序，先履行一方未履行的，后履行一方有权拒绝其履行要求。先履行一方履行债务不符合约定的，后履行一方有权拒绝其相应的履行要求。”本案中，乙公司提出对前分期付款合同的变更要约，甲公司因等待乙公司答复未果而于两日后按照要求付款，乙公司不符合先履行抗辩权行使条件，同时，因乙公司提出变更要求在前，不能因此认为甲公司构成违约。所以，A项正确，C项错误。

B项：《合同法》第94条规定：“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；（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；（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；（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；（五）法律规定的其他情形。”《合同法》第167条规定：“分期付款的买方未支付价款达到全部价款的五分之一时，卖方可要求买方支付全部价款或解除合同。”本案中乙公司不具备解除合同的条件。所以，B项错误。

D项：《合同法》第54条第1款规定：“下列合同，当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销：（一）因重大误解订立的；（二）在订立合同时显失公平的。”就本案而言，订立合同后，原材料上涨属于正常商业风险，并不符合重大误解、显失公平的情况，不能以此为由要求变更合同价格。所以，D项错误。

综上所述，本题正确答案为A。

10.14-03-13

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？

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

根据《合同法解释二》第20条规定，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者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者清偿抵充顺序有约定的除外。本案中，2010年胡某归还100万元时，第一笔借款已经到期，第二笔借款尚未到期，因此，根据法律规定，归还的债务相当于归还的是2006年的100万借款。所以，A项正确，BCD项错误。

综上所述，本题正确答案为A。

11.15-03-10

甲与乙公司签订的房屋买卖合同约定：“乙公司收到首期房款后，向甲交付房屋和房屋使用说明书；收到二期房款后，将房屋过户给甲。”甲交纳首期房款后，乙公司交付房屋但未立即交付房屋使用说明书。甲以此为由行使先履行抗辩权而拒不支付二期房款。下列哪一表述是正确的？

A.甲的做法正确，因乙公司未完全履行义务

B.甲不应行使先履行抗辩权，而应行使不安抗辩权，因乙公司有不能交付房屋使用说明书的可能性

C.甲可主张解除合同，因乙公司未履行义务

D.甲不能行使先履行抗辩权，因甲的付款义务与乙公司交付房屋使用说明书不形成主给付义务对应关系

AD项：《合同法》第67条规定：“当事人互负债务，有先后履行顺序，先履行一方未履行的，后履行一方有权拒绝其履行要求。先履行一方履行债务不符合约定的，后履行一方有权拒绝其相应的履行要求。”甲乙之间互负债务，且有先后履行顺序。乙已经履行了交付房屋的主给付义务，虽然乙还负有交付房屋使用书的义务，该义务属于从给付义务，甲支付房款属于主给付义务，在乙未履行从给付义务的前提下，甲拒绝履行主给付义务，属于违约，不能行使先履行抗辩权。所以，D项正确，A项错误。

B项：《合同法》第68条第1款规定：“应当先履行债务的当事人，有确切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。”由此可知，不安抗辩权属于先履行一方，即乙的抗辩权，甲无权行使。所以B错误。

C项：《合同法》第94条规定：“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；（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；（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；（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；（五）法律规定的其他情形。”乙已经履行了交付房屋的主给付义务，交付房屋说明书属于从给付义务，不符合该条款规定的合同法定解除情形，故甲无权解除合同。所以，C项错误。

综上所述，本题答案为D。

12.15-03-53

(多选题)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？

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

A项：《合同法》第37条规定：“采用合同书形式订立合同，在签字或者盖章之前，当事人一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立。”乙把房本交给了银行，银行接收房本表示其接受乙提供的抵押，故双方之间的抵押合同有效成立，因此，乙应向银行承担违约责任。所以，A项正确。

C项：《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第59条规定：“当事人办理抵押物登记手续时，因登记部门的原因致使其无法办理抵押物登记，抵押人向债权人交付权利凭证的，可以认定债权人对该财产有优先受偿权。但是，未办理抵押物登记的，不得对抗第三人。”由于银行未办理抵押物登记，其优先受偿权不得对抗第三人，故第三人丙无义务代为向银行还款。但若丙代为向银行还款则构成无因管理，可向甲主张相应款项。所以，C项正确。

B项：根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第59条规定可知，银行未办理抵押物登记，其优先受偿权不得对抗第三人，故第三人丙无义务代为向银行还款。所以，B项错误。

D项：根据《物权法》第187条的规定可知，不动产抵押应当办理抵押登记，抵押权自登记时设立。由于尚未登记，故银行未取得抵押权。所以，D项错误。

综上所述，本题答案为AC。

**2018年第031期——每日重点考点代位权与债权人撤销权（5星考点）**

**基本概念**

1.债的保全：是指法律为防止因债务人的责任财产不当减少给债权人的债权带来损害，允许债权人代债务人之位向第三人行使债务人的权利，或者请求法院撤销债务人与第三人的法律行为的法律制度。

2.代位权：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。代位权的行使范围以债权人的债权为限，债权人行使代位权的必要费用由债务人负担。

3.债权人撤销权:是指债权人对债务人所为的危害债权的行为，可以申请法院予以撤销的权利。它与债权人代位权一样，突破了债的相对性原则以保全债权，体现了债的对外效力。

**重点考点详解**

债的保全包括债权人的代位权与撤销权两部分。

**一、代位权**

（一）构成要件

1.债权人对债务人的债权合法、有效、到期但不能过了诉讼时效

（1）债务人已陷入履行迟延。附停止条件的债权，在条件成就之前，没有代位权成立的可能。债务定有履行期的，债务人届期不履行即构成迟延；债务未定履行期的，经债权人催告后，债务人仍不履行的，才构成迟延。然而债权人专为保存债务人权利的行为，如中断时效、申请登记、申报破产债权等，可以不必等债务人履行迟延时即可行使。

（2）非法债权无代位权，除非非法债权背后存有合法债权，该合法债权有代位权。

2.债务人对次债务人的金钱债权合法、有效、到期。

【注意】仅限于金钱债权，非金钱债权，如返还原物请求权等，无权行使代位权。

3.债务人怠于（未进行诉讼或仲裁）行使对次债务人的到期债权。

判断怠于行使的标准：

（1）在债务到期以后，债务人不存在行使权利的障碍。

（2）必须是在合理期限内，没有及时主张权利。

（3）债务人在合理期限内怠于行使权利无正当理由。

【注意】即使次债务人与债务人之间约定了仲裁条款，债权人仍可使用诉讼方式行使代位权。

4.代位权的客体必须适当。

（1）代位权的客体是债权，而不是所有权。

（2）作为代位权客体的债权，必须合法。

（3）作为代位权客体的债权，主要是具有金钱给付内容的到期债权。

（4）作为代位权客体的债权，是非专属于债务人的债权。

【注意】以下权利为专属于债务人自身的权利，不得由债权人代位行使：

（1）非财产性权利。如监护权、婚姻撤销权、离婚请求权、非婚生子女的认领权及否认权、婚生子女的否认权。

（2）主要为保护权利人无形利益的财产权。如继承或遗赠的承认或抛弃的权利，抚养请求权，因生命、健康、名誉、自由等受到侵害而产生的损害赔偿请求权。

（3）不得让与的权利。主要是指那些基于个人信任关系而发生的债权或者以特定身份关系为基础的债权、不作为债权等。

（4）不得扣押的权利，如养老金、救济金、抚恤金。

5.债务人怠于行使权利的行为已经对债权人造成损害。

债务人因怠于行使自己对次债务人的权利，造成自己无力清偿对债权人的债务，也就是说，在怠于行使自己的债权与不能清偿自己的债务之间具有一定的因果关系。

【注意】对于给第三人造成损害，不应当理解为债务人怠于行使权利的行为已经给债权人构成严重损害。

（二）代位权行使方式

1.行使方式：只能是诉讼，禁止债权人的私力救济。

（1）原告；债权人。

（2）被告：次债务人。

（3）无独三：可以追加债务人为无独三。

（4）管辖法院：被告住所地人民法院

【注意】债权人代位权行使的主体是债权人，债权人以自己的名义行使代位权。多数人享有债权的，各债权人可独立行使代位权，也可共同行使代位权，如果其中一个债权人已就某项债权行使代位权而获得满足，则其他债权人不得再就该项债权行使代位权，然而这并不妨碍其就其他债权行使代位权或向债务人请求履行。

债权人行使代位权，必须履行善良管理人的义务，否则因违反该项义务而给债务人造成损害的，由债权人予以赔偿。

2.行使范围：

（1）不得超过次债务人对债务人所负债务的数额；

【注意】债权人只能在本人债权额内提起代位权诉讼，同时，不得超出债务人权利的范围。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者超过次债务人对债务人所负的债务额的，对超出部分人民法院不予支持。

（2）债务人对超过债权人代位请求数额的债权部分起诉次债务人的，应另行起诉。

（3）以保全债权的必要范围为限。在必要范围内，可以同时或顺位代位行使债务人的数个债权，对一项债权行使代位权已足以保全债权的，债权人不得再代位行使债务人的其他权利。

3.被告可主张的抗辩

（1）原债、次债的抗辩：债务人对债权人的抗辩，例如对主债务的成立进行的抗辩。次债务人对债务人的抗辩，例如对次债务的成立进行的抗辩。

（2）代位之债的抗辩，包括主管、管辖。

（三）法律效果

1.债权人胜诉，则由次债务人向债权人履行其对债务人所负义务，次债务人对债务人的债务在对等额度内消灭。

2.诉讼费用由次债务人负担，从实现的债权中优先支付。

3.其他必要费用（律师费用、差旅费），由债务人负担。

4.债务人对其债权的处分权因代位权的行使而受到限制，即不得再为妨害代位权行使的处分行为。债务人违反此限制而擅自处分的，债权人有权主张其处分无效。

**二、债权人的撤销权**

（一）构成要件

1.债权人对债务人的债权合法、有效。

【注意】无须到期。

（1）债权人对债务人的债权成立于债务人处分行为之前。

【注意】债权人撤销权功能在于恢复债务人的责任财产，而不是增加债务人的责任财产。所以债权人只能撤销债务人负担债务之后的处分行为，而不能撤销之前的处分行为！

（2）债权人对享有提供劳务之债权，则债权人无撤销权。

若因违约，该劳务之债转化为损害赔偿请求权且符合条件时，债权人撤销权可行使。

2.债务人负担债务之后，实施的财产行为损害债权人的债权。

（1）8种行为：①放弃到期债权，债务免除；②无偿转让财产，赠与、遗赠；③以明显不合理的低价转让财产，且债务人为恶意，受让人也须为恶意；④恶意串通的事后抵押；⑤放弃未到期债权；⑥放弃债权担保；⑦恶意延长到期债权的履行期；⑧明显不合理的高价收购他人财产。

【注意】对于债务人毁损、抛弃财产的行为，债权人没有撤销权行使的可能，当然无法行使其撤销权。

（2）债务人实施上述财产处分行为行为，已经危及债权人的债权，导致债务人其他财产不足以清偿对债权人的债务。

（3）财产处分行为与债权人的损害之间存在因果关系。

（4）债务人实施的身份行为（结婚、收养子女），或者拒绝接受赠与、拒绝接受第三人代位清偿、放弃继承等行为，债权人均不得为撤销权。

3.若债务人的行为为有偿，需要债务人、受益人或者受让人具有恶意。

【注意】债务人的恶意以行为时为标准，行为后产生恶意的，不成立债权人撤销权。债务人虽有主观恶意，但并未发生有害于债权人债权的结果时，不成立撤销权。受益人的恶意，以受益时为标准，受益后始为恶意的，债权人不能行使撤销权。

（二）撤销权的行使方法

1.行使方式：通过诉讼方式行使。

2.诉讼主体：

（1）原告为债权人；

（2）被告为债务人；

（3）无独三：可以追加受益人或受让人为无独三；

（4）管辖法院：被告住所地人民法院

【注意】在债权为连带债权的情况下，各债权人可作为共同原告主张债权人撤销权，也可以由其中的一个债权人作为原告主张债权人撤销权，但在后一种情况下，其他共同债权人不得再就该撤销权的行使提起诉讼。

3.行使期间——双重除斥期间：债权人知道或者应当知道撤销事由之日起1年；自债务人的行为发生之日起5年。

4.行使范围：以债权人对债务人的债权数额为限。另债权人依照规定提起撤销权诉讼，请求法院撤销债务人放弃债权或转让财产的行为，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。

5.合并审理：两个或者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。

（三）法律效果

1.自人民法院依法撤销债务人的处分行为之日起，债务人的行为自始无效。

2.在债权为连带债权的情况下，申请撤销权的债权人有权请求受益人或受让人向自己返还所受利益，并有义务将所受利益加入债务人的一般财产（入库规则），作为全体一般债权人的责任财产——其无优先受偿权。

3.债权人行使撤销权所支出的诉讼费用、律师代理费、差旅费等必要费用，由债务人负担，受益人、受让人有过错的，应适当分担。

4.债务人的行为被依法撤销后，自始失去法律效力。受益人已受领债务人财产的负有返还的义务，原物不能返还的应折价予以赔偿。受益人向债务人支付对价的，对债务人享有不当得利返还请求权。

5.债务人实施了处分行为，即使具有公益性质，债权人也可以撤销，但债务人不能撤销。

**三、相关商法知识：破产撤销权-略**

**历年真题**

10-03-58

甲对乙享有2006年8月10日到期的六万元债权，到期后乙无力清偿。乙对丙享有五万元债权，清偿期已届满七个月，但乙未对丙采取法律措施。乙对丁还享有五万元人身损害赔偿请求权。后乙去世，无其它遗产，遗嘱中将上述十万元的债权赠与戊。对此，下列哪些选项是正确的？

A.甲可向法院请求撤销乙的遗赠

B.在乙去世前，甲可直接向法院请求丙向自己清偿

C.在乙去世前，甲可直接向法院请求丁向自己清偿

D.如甲行使代位权胜诉，行使代位权的诉讼费用和其他费用都应该从乙财产中支付

12-03-15

甲公司在2011年6月1日欠乙公司货款500万元，届期无力清偿。2010年12月1日，甲公司向丙公司赠送一套价值50万元的机器设备。2011年3月1日，甲公司向丁基金会捐赠50万元现金。2011年12月1日，甲公司向戊希望学校捐赠价值100万元的电脑。甲公司的3项赠与行为均尚未履行。下列哪一选项是正确的？

A.乙公司有权撤销甲公司对丙公司的赠与

B.乙公司有权撤销甲公司对丁基金会的捐赠

C.乙公司有权撤销甲公司对戊学校的捐赠

D.甲公司有权撤销对戊学校的捐赠

12-03-59

(多选题)甲公司对乙公司享有5万元债权，乙公司对丙公司享有10万元债权。如甲公司对丙公司提起代位权诉讼，则针对甲公司，丙公司的下列哪些主张具有法律依据？

A.有权主张乙公司对甲公司的抗辩

B.有权主张丙公司对乙公司的抗辩

C.有权主张代位权行使中对甲公司的抗辩

D.有权要求法院追加乙公司为共同被告

16-03-58

乙向甲借款20万元，借款到期后，乙的下列哪些行为导致无力偿还甲的借款时，甲可申请法院予以撤销？

A.乙将自己所有的财产用于偿还对他人的未到期债务

B.乙与其债务人约定放弃对债务人财产的抵押权

C.乙在离婚协议中放弃对家庭共有财产的分割

D.乙父去世，乙放弃对父亲遗产的继承权

**真题答案解析**

4.10-03-58

甲对乙享有2006年8月10日到期的六万元债权，到期后乙无力清偿。乙对丙享有五万元债权，清偿期已届满七个月，但乙未对丙采取法律措施。乙对丁还享有五万元人身损害赔偿请求权。后乙去世，无其它遗产，遗嘱中将上述十万元的债权赠与戊。对此，下列哪些选项是正确的？

A.甲可向法院请求撤销乙的遗赠

B.在乙去世前，甲可直接向法院请求丙向自己清偿

C.在乙去世前，甲可直接向法院请求丁向自己清偿

D.如甲行使代位权胜诉，行使代位权的诉讼费用和其他费用都应该从乙财产中支付

A项：《合同法》第74条第1款规定，因债务人放弃其到期债权或者无偿转让财产，对债权人造成损害的，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，对债权人造成损害，并且受让人知道该情形的，债权人也可以请求人民法院撤销债务人的行为。据此，乙在遗嘱中对财产的处分有害于债权人甲的债权，使其无法获得清偿，故甲可行使债权人撤销权，向法院请求撤销乙的遗赠，A项正确。

B、C项：《合同法》第73条规定，因债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害的，债权人可以向人民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。代位权的行使范围以债权人的债权为限。债权人行使代位权的必要费用，由债务人负担。《合同法解释一》第12条：合同法第七十三条第一款规定的专属于债务人自身的债权，是指基于抚养关系、扶养关系、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、人身保险、人身伤害赔偿请求权等权利。

本题中的人身伤害赔偿请求权就是专属债务人自身的债权，故在乙去世前，甲可以直接向法院请求丙对自己清偿，但由于乙对丙享有的人身损害赔偿请求权专属于乙自身，故甲对丁不能行使代位权。B项正确，C项错误。

D项：《最高人民法院关于适用<中华人民共和国合同法>若干问题的解释（一）第19条规定，代位权诉讼中，债权人胜诉的，诉讼费用由次债务人负担，从实现的债权中优先支付。据此，债权人行使代位权的必要费用应由债务人丙负担，故D项错误。

综上所述，本题答案为AB项。

5.12-03-15

甲公司在2011年6月1日欠乙公司货款500万元，届期无力清偿。2010年12月1日，甲公司向丙公司赠送一套价值50万元的机器设备。2011年3月1日，甲公司向丁基金会捐赠50万元现金。2011年12月1日，甲公司向戊希望学校捐赠价值100万元的电脑。甲公司的3项赠与行为均尚未履行。下列哪一选项是正确的？

A.乙公司有权撤销甲公司对丙公司的赠与

B.乙公司有权撤销甲公司对丁基金会的捐赠

C.乙公司有权撤销甲公司对戊学校的捐赠

D.甲公司有权撤销对戊学校的捐赠

《合同法》第74条规定，因债务人放弃到期债权或者无偿转让财产，对债权人造成损害的，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，对债权人造成损害，并且受让人知道该情形的，债权人也可以请求人民法院撤销债务人的行为。债权人撤销权的行使前提是债务人的行为对债权人造成损害。本题中，甲公司于乙公司之间的债权债务关系发生在2011年6月1日，故甲公司在此之前无偿转让财产的行为，谈不上对债权人乙公司造成损害的问题。

C项：甲公司对戊希望学校的赠与行为发生在2011年6月1日之后，且甲公司届期无力清偿对乙的债务，可见甲公司的赠与损害到了乙的债权，因而符合债权人撤销权的要件，因此乙公司有权行使债权人撤销权，撤销甲公司对戊学校的捐赠。故C选项正确。

AB项：甲丙之间的赠与以及甲丁之间的赠与是发生在2011年6月1日之前，因此，乙公司无权撤销。故AB选项错误。

D项：《合同法》第186条规定，赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。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。甲公司对戊希望学校的赠与属于社会公益性质的赠与，因此甲公司不能撤销。故D选项错误。

综上所述，本题答案为C项。

6.12-03-59

(多选题)甲公司对乙公司享有5万元债权，乙公司对丙公司享有10万元债权。如甲公司对丙公司提起代位权诉讼，则针对甲公司，丙公司的下列哪些主张具有法律依据？

A.有权主张乙公司对甲公司的抗辩

B.有权主张丙公司对乙公司的抗辩

C.有权主张代位权行使中对甲公司的抗辩

D.有权要求法院追加乙公司为共同被告

最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》（以下简称《合同法解释（一）》）第18条规定，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，人民法院应当裁定驳回债权人的起诉。在代位权的法律关系中，存在三项债，即原债、次债和代位之债。具体到本题中，该三项债体现为甲公司与乙公司、乙公司与丙公司、甲公司和丙公司的债的关系。如果甲公司对丙公司提起代位之诉，丙公司可以主张三项抗辩，即原债、次债和代位之债本身的抗辩。

A项：丙公司作为次债务人，有权主张债务人乙公司对债权人甲公司的抗辩权，即原债本身的抗辩权。故A选项正确。

B项：丙公司作为次债务人，有权主张对债务人乙公司的抗辩，即次债本身的抗辩。故B选项正确。

C项：丙公司作为次债务人，有权主张代位权行使中对甲公司的抗辩，即代位之债本身的抗辩。故C选项正确。

D项：《合同法解释（一）》第16条规定，债权人以次债务人为被告向人民法院提起代位权诉讼，未将债务人列为第三人的，人民法院可以追加债务人为第三人。可见，代位之诉中，债权人未将债务人列为第三人，人民法院可以追加债务人为第三人，而非共同被告。故D选项错误。

综上所述，本题答案为ABC。

7.16-03-58

乙向甲借款20万元，借款到期后，乙的下列哪些行为导致无力偿还甲的借款时，甲可申请法院予以撤销？

A.乙将自己所有的财产用于偿还对他人的未到期债务

B.乙与其债务人约定放弃对债务人财产的抵押权

C.乙在离婚协议中放弃对家庭共有财产的分割

D.乙父去世，乙放弃对父亲遗产的继承权

A、B项：《合同法》第74条规定：“因债务人放弃其到期债权或者无偿转让财产，对债权人造成损害的，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，对债权人造成损害，并且受让人知道该情形的，债权人也可以请求人民法院撤销债务人的行为。”《合同法解释二》第18条规定：“债务人放弃其未到期的债权或者放弃债权担保，或者恶意延长到期债权的履行期，对债权人造成损害，债权人依照合同法第七十四条的规定提起撤销权诉讼的，人民法院应当支持。”所以，A、B两项正确。

C项：乙在离婚协议中放弃对共有财产的分割，放弃自己确定可以得到的财产，符合债权撤销权的构成要件，所以，可以实施撤销权。所以，C项正确。

D项：债务人负担债务之后实施的身份行为及时损害了债权人的债权，债权人不得实施撤销权。所以，D项错误。

综上所述，本题正确答案为ABC。