

2018 年

ZHU GUAN  
**主观题**

TI

强化精讲讲义

民法



内部资料 学员专享



官方微博



官方微信

# 2018 年主观题精讲班民法授课讲义

欢迎大家加入 2018 年萌主主观题训练营

新浪微博：@民商法孟献贵或加入 QQ 群：902775927.

## 目录

<b>第一编 方法编</b>	2
第一讲 民法的请求权分析法	2
一、请求权分析法的含义和适用步骤	2
二、请求权分析法的适用条件	3
三、请求权分析法的检讨次序	3
第二讲 请求权体系	4
一、债权法上的请求权	4
二、物权法上的请求权	7
<b>第二编 知识编</b>	8
第三讲 重点知识体系概略	8
一、民事法律行为的成立、生效和效力体系	8
二、无权代理和表见代理	10
三、诉讼时效的适用范围和效力	11
四、物权变动	12
五、善意取得和动产遗失物的拾得	13
六、共同担保	13
七、双务合同的三大抗辩权	14
八、合同的变更	14
九、合同的解除	15
十、买卖合同	16
十一、房屋租赁合同	17
十二、侵权责任的构成要件	18
十三、民法的六大基本原则	19
<b>第三编 实战编</b>	20
第四讲 审题与做题的基本程序和技巧	20
一、认定案件法律事实	20
二、寻找案件适用的法律规范	21
三、推论与裁判	21
第五讲 实战案例分析题五则	22
一、实战案例一：刘某与中国移动通信集团某省有限公司 A 市分公司合同纠纷案	22
二、实战案例二：某养鱼专业户与乙借款纠纷案	25
三、实战案例三：天蓝房地产公司与他人房屋销售纠纷案	27
四、实战案例四：甲超市与乙公司房屋租赁纠纷案	28
五、实战案例五：钱某、孙某、赵某交通事故案	29

# 第一编 方法编

## 第一讲 民法的请求权分析法

### 一、请求权分析法的含义和适用步骤

请求权分析法，是指从当事人的诉讼请求出发，以案件事实为根据，检讨当事人的诉讼请求是否具有法律依据即请求权基础，从而依法支持或驳回当事人诉讼请求的民法适用方法。

请求权分析法之适用在操作步骤上有三：

1. 判断当事人的诉讼请求在民法请求权体系中为何种请求：物上请求、占有请求还是债权请求等。
2. 一切以判断为基础，寻找有关法律规定，查清该项请求权构成的法律要件。。
3. 将该项请求权构成的法律要件与案件事实进行比较，看案件事实是否符合该法律要件。如符合，当事人提出的诉讼请求为正当之请求，应予以保护；如不符合，当事人提出的诉讼请求为不正当之请求，则不应给予保护。

【例1】公民丙组建一建筑工程队，挂靠某建筑公司乙。某年丙以乙的代理人的名义与某单位甲订立一份宿舍楼的建筑承包合同。合同由甲方打印、签名盖章后交由丙找乙签名盖章。几天后，丙返回的合同书上只有丙作为乙公司的代理人的签字，没有乙公司的印章和法定代表人的签字。甲方问及原因，丙谎称公司法定代表人出差不在，并说：“我这个工程队的实力你们是清楚的，有啥不放心的，我保证履行合同，给你们把宿舍楼建好就行了。”实际上，丙想对乙瞒过这项工程，以规避公司收取管理费。以后丙如期开工，甲单位遂不再过问合同未由乙公司盖章之事。工程进行到一半，甲方刚刚向丙支付了中期工程费用，丙即要求甲增加工程费用10万元，理由是合同订的工程费用太低（经查，丙当初为揽到工程，接受的工程建设费确实偏低）。甲方拒绝增加工程建设费，丙即停止工程建筑，撤走工程队。数月后，甲方向法院起诉，请求乙方公司和代理人丙完成宿舍楼之建筑工程。诉讼中，乙方公司拒绝追认丙与甲订立的合同。适用请求权分析法来解决本案的法律适用问题，回答以下问题：

1. 本案甲方的诉讼请求为何种请求？
2. 合同债权人乙之给付请求权发生的一般法律要件是什么？
3. 代订的合同，其效力如何？
4. 本案甲方对乙公司和丙的给付请求有无法律障碍？

【例2】甲将其所有的一幅名画寄存于朋友乙处，后乙急于用钱就擅自卖与不知情的丙，小偷丁又自丙处入室盗窃卖与戊，后丁被公安机关抓获供出案情。甲丙知情后均要求戊返还名画，遭戊以己系花钱买得之由拒绝。遂起纠纷。适用请求权分析法来解决本案的法律适用问题，回答以下问题：

1. 甲对戊返还古画的诉讼请求能否依法成立？
  - (1) 甲对戊返还古画的诉讼请求为何种请求？
  - (2) 甲请求戊返还古画有无物权上的依据？

- ①甲对乙有无权利？
- ②甲对丙有无权利？

(3) 甲对其损失有何种救济措施？

2. 丙对戊返还古画的诉讼请求能否依法成立？

(1) 丙对戊返还古画的诉讼请求为何种请求？

返还原物的物上请求。

(2) 丙有无请求戊返还古画的权利？

①丙对古画的所有权是否因丁的盗窃行为而消灭？

②戊能否取得古画的所有权？

(3) 戊返还古画后，对其所受的损失有何救济措施？

## 二、请求权分析法的适用条件

请求权分析法的适用要求具备以下条件：

1. 要确定当事人的诉讼请求为何种请求，须掌握请求权检讨之逻辑次序；
2. 要认定案件事实是否足以支持当事人的请求，即案件事实能否构成作为当事人提出该项请求的权利基础的法律事实，须掌握该项请求权发生的法律要件；
3. 民事案件的被告对原告的起诉请求提出抗辩或原告对被告的反诉请求提出抗辩时，则要求民法适用的检讨者善于对当事人的请求与抗辩进行辩证思考，以确定对案件进行检讨的出发点。

## 三、请求权分析法的检讨次序

### （一）合同上的请求权

适用请求权分析法检讨民事案件的法律适用，应首先检讨当事人的诉讼请求是否为合同上的请求。如当事人的请求或抗辩有合同上的依据，即可确定本案法律适用的范围，排除《物权法》规范与《侵权责任法》规范对本案的适用。因为合同上的请求与抗辩之存在，是阻却其他请求与抗辩发生的前提条件。

### （二）无因管理上的请求权

把无因管理上的请求权列在合同上的请求权之后、其他请求权之前，是因为有效成立的合同如委托合同与雇佣合同可阻却无因管理规范对案件的适用，而无因管理的成立又可阻却《物权法》规范、《侵权行为法》规范对案件的适用。

### （三）物上请求权

物上请求权应排在合同上的请求权、无因管理上的请求权之后的理由已如前述。物上请求权何以要排在不当得利请求权、因侵权行为而发生的请求权之前？答案在于此二项请求权与物权变动密切联系。在因无权处分行为而发生的物权关系中，财产所有人之所有权是否丧失与财产占有之受让人能否取得占有物的所有权，是决定损害赔偿请求权与不当得利请求权是否发生的前提条件。因此，对这类案件的审理必须先从物上请求权的角度检讨物权变动的情况，然后才能确定当事人间是否发生了损害赔偿关系与不当得利关系。

### （四）不当得利请求权

不当得利请求权之所以要放在合同上的请求权与物上请求权之后进行检讨，是因为不当得利发生的原因十分复杂，合同履行过程中债务人为额外给付、合同无效与被撤销，以及物权变动等，都可能引起不当得利。先从合同上请求权、物上请求权出发检讨案件的法律适用，有利于确定一方当事人之得利与另一方当事人受损是否构成不当得利。把不当得利请求权排在侵权行为所生的请求权之前进行检讨，是因为不当得利之成立可以阻却侵权行为之成立。

### （五）因侵权行为而发生的请求权

此项请求权之所以放在最后检讨，其原因在于：

（1）此项请求权是基于物权关系、知识产权关系、人身权关系的义务主体违反其义务，构成对权利主体权利之侵害而引起的。因此，要检讨此项请求权是否成立（即侵权行为是否成立），须首先检讨当事人在物权、知识产权关系、人身权关系中的权利义务，看义务主体的行为是否违反其义务，构成了对权利主体权利的侵害。

（2）侵权行为是违法行为，除引起受害人请求停止侵害、消除影响、赔偿损失等权利外，不能作为发生合同关系、无因管理关系、不当得利关系、物权关系、知识产权关系、人身权关系等民事权利义务的前提条件。因为这些民事权利义务关系都是由适法事实而引起的。



## 第二讲 请求权体系

### 一、债权法上的请求权

#### (一) 合同之债请求权

##### 1. 合同债权人的给付请求权。

(1) 内容：由当事人订立的合同确定，主要有：

- ①请求交付标的物及移转标的物的所有权或使用权（转移标的物所有权、使用权的合同，如买卖合同、租赁合同）；
- ②请求返还借贷物或借贷之金钱（借贷合同）；
- ③请求移转知识产权或许可使用作为知识产权客体的智力成果（知识产权转让、许可使用合同）；
- ④请求完成一定工作并交付工作成果（交付工作成果的合同，如承揽合同）；
- ⑤请求提供一定劳务（提供劳务的合同，如运输合同）。

(2) 法律要件：

- ①合同成立，其要件是：具备要约与承诺，即当事人意思表示一致；
- ②合同有效，其要件是：行为人具有相应的民事行为能力；意思表示真实；不违反法律或者社会公共利益。

(3) 可得抗辩之事由：

- ①权利障碍抗辩：合同不成立；合同无效；合同可以被撤销；
- ②权利消灭抗辩：合同债权人的请求权因抵销、提存等原因而消灭；合同履行不能；债务人享有解除权；
- ③债务人享有抗辩权：诉讼时效抗辩权；履行抗辩权；保证人的先诉抗辩权。

**【金钱债务的违约责任】**《合同法》第 109 条：当事人一方未支付价款或者报酬的，对方可以要求其支付价款或者报酬。

**【非金钱债务的违约责任】**《合同法》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。

##### 2. 缔约过失之债请求权（因合同不成立、无效和被撤销而发生的请求权）

(1) 内容：

- ①请求返还财产；
- ②请求赔偿损失；
- ③请求将双方所得的财产收归国家、集体所有或者返还第三人。

(2) 法律要件：

- ①合同不成立，缔约一方存有过失，详见《合同法》第 42 条、第 43 条规定的情形；
- ②合同有无效之事由：详见《合同法》第 52～53 条所列各情形；
- ③合同有可变更、可撤销之事由：详见《合同法》第 54 条所列各情形。

(3) 抗辩事由：合同已有效成立。

**【缔约过失责任】**《合同法》第 42 条：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。

《合同法解释（二）》第 8 条：依照法律、行政法规的规定经批准或者登记才能生效的合同成立后，有义务办理申请批准或者申请登记等手续的一方当事人未按照法律规定或者合同约定办理申请批准或者未申请登记的，属于《合同法》第 42 条第（三）项规定的“其他违背诚实信用原则的行为”，人民法院可以根据案件的具体情况和相对人的请求，判决相对人自己办理有关手续；对方当事人对由此产生的费用和给相对人造成的实际损失，应当承担损害赔偿责任。

【**保密义务**】《合同法》第 43 条：当事人在订立合同过程中知悉的商业秘密，无论合同是否成立，不得泄露或者不正当地使用。泄露或者不正当地使用该商业秘密给对方造成损失的，应当承担损害赔偿责任。

【**合同无效或者被撤销的法律后果**】《合同法》第 58 条：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。

### 3. 因合同违约而发生的请求权。

（1）内容：

- ①请求继续履行；
- ②请求采取补救措施如修理、重作、更换；
- ③请求赔偿损失；
- ④请求支付违约金；
- ⑤请求承担定金罚则。

（2）法律要件：

①请求继续履行的法律要件：须有违约行为；须债务人不存在履行不能的情形；是否需要违约人有过失？应该视该类合同的违约归责原则而定。根据《合同法》第 107 条的规定，合同违约责任的归责原则是无过错责任。但个别类型的合同如赠与、保管、仓储、委托等合同适用过错责任原则，所以具体情况视合同类型而定。下同。

②请求采取补救措施的法律要件：须有违约行为；

③请求赔偿损失的法律要件：须有违约行为；须有损失存在；违约行为与损失之间须有因果关系；

④请求支付违约金的法律要件：须有违约金条款的约定；须有违约金条款约定的违约行为的发生；

⑤请求承担定金罚则的法律要件：须有定金条款的约定且已经支付了定金；须有定金条款约定的违约行为的发生。

（3）抗辩事由：

用以对抗合同债权人给付请求的事由，几乎都可以作为违约抗辩的事由。除此之外，尚有以下抗辩事由：

- ①不可抗力；
- ②债权人的故意或过失；
- ③违约方无过失（仅仅适用于过错归责的合同类型）；
- ④法律规定或者当事人约定的其他事由。

【**承担违约责任的方式**】《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。

【**预期违约**】《合同法》第 108 条：当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行合同义务的，对方可以在履行期限届满之前要求其承担违约责任。

【**赔偿损失的范围**】《合同法》第 113 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，给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。

经营者对消费者提供商品或者服务有欺诈行为的，依照《中华人民共和国消费者权益保护法》的规定承担损害赔偿责任。

【**违约金适用规则**】《合同法》第 114 条：当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金，也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。

约定的违约金低于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。

当事人就迟延履行约定违约金的，违约方支付违约金后，还应当履行债务。

【**违约金或者定金条款的选用**】《合同法》第 116 条：当事人既约定违约金，又约定定金的，一方违约时，对方可以选择适用违约金或者定金条款。

## （二）无因管理之债请求权

### 1. 内容。

#### （1）本人的请求权：

- ①本人有请求管理人移交因无因管理而取得的权益；
- ②无因管理人故意或过失致本人损害的，本人有请求赔偿损失的权利。

#### （2）无因管理人的请求权：

- ①请求本人偿还因无因管理而支出的必要费用；
- ②请求本人清偿因无因管理而发生的债务；
- ③请求赔偿因无因管理而遭受的损失。

### 2. 法律要件。

- （1）须有管理他人事务的事实；
- （2）须有为他人管理的意思；
- （3）须无为他人管理事务的义务（约定义务和法定义务）。

**【无因管理之债】**《民法总则》第 121 条：没有法定的或者约定的义务，为避免他人利益受损失而进行管理的人，有权请求受益人偿还由此支出的必要费用。

## （三）不当得利之债请求权

### 1. 内容。受损人有请求不当得利人返还不当得利的权利。

### 2. 法律要件。

- （1）一方获得利益；
- （2）他方受有损失；
- （3）利益与损失之间有因果关系；
- （4）获利须无合法根据。

**【不当得利之债】**《民法总则》第 122 条：因他人没有法律根据，取得不当利益，受损失的人有权请求其返还不当利益。

## （四）侵权之债请求权

### 1. 内容。

- （1）物权受侵害的，物权人根据其受损害之情形，有权请求停止侵害、赔偿损失；
- （2）知识产权受侵害的，有权请求停止侵害、消除影响、赔偿损失；
- （3）公民身体受到伤害的，有权请求赔偿医疗费、因误工而减少的收入，残废者生活补助费等费用；造成死亡的，还有权请求支付丧葬费、死者生前扶养的人必要的生活费等费用，还有精神损害赔偿金等；
- （4）公民姓名权、肖像权、隐私等人格利益，以及公民、法人的名誉权、荣誉权受到侵害的，有权请求停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失。

### 2. 法律要件。

一般侵权责任的构成，即受害人请求权之发生，须具备以下要件：

- （1）有致害行为；
- （2）须有损害后果；
- （3）须致害行为与损害后果之间具有因果关系；
- （4）须致害行为人主观上有过错。

适用无过错责任原则和公平责任原则的特殊侵权责任，受害人请求权的发生无须侵权行为人主观上有过错。

### 3. 抗辩事由。

- （1）客观方面的抗辩事由：不可抗力；意外事故；受害人的过错；第三人的过错；受害人同意。
- （2）主观方面的抗辩事由：国家机关或公务人员依法执行职务；正当防卫；紧急避险；自助行为。

**【适用范围】**《侵权责任法》第 2 条：侵害民事权益，应当依照本法承担侵权责任。

该本法所称民事权益，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。

【**过错责任原则**】《侵权责任法》第6条：行为人因过错侵害他人民事权益，应当承担侵权责任。

根据法律规定推定行为人有过错，行为人不能证明自己没有过错的，应当承担侵权责任。

【**无过错责任原则**】《侵权责任法》第7条：行为人损害他人民事权益，不论行为人有无过错，法律规定应当承担侵权责任的，依照其规定。

## 二、物权法上的请求权

### （一）物上请求权

#### 1. 返还原物请求权。

##### （1）法律要件。

- ①请求权人对请求返还的标的物须有包含占有权能的物权；
- ②占有人对标的物的占有属于无权占有；
- ③须原物尚存。

##### （2）抗辩事由。

指占有人的占有属于有权占有，详言之主要包括：

- ①占有人因善意取得、添附等原因原始取得占有物的所有权；
- ②占有人对标的物的占有有合同上的根据（租赁合同、借用合同、质押合同等）；
- ③占有人对占有物享有留置权。

#### 2. 排除妨碍、消除危险请求权。

##### （1）法律要件：须有妨碍之事实或妨碍之危险。

##### （2）抗辩事由：依相邻关系的法律规定或当事人的约定，物权人对行为人的行为负有容忍义务。

#### 3. 恢复原状请求权。

##### （1）法律要件

- ①须有财产损坏之事实；
- ②须损坏的财产有修复的可能。

##### （2）抗辩事由

对一般人而言，可引用侵权责任的免责事由进行抗辩。对物之合法占有人（如保管人、运送人、质权人、留置权人）、使用人（如承租人、借用人）、善意占有人而言，还可引用以下事由进行抗辩：

- ①物之损坏系出于不可抗力或意外事故；
- ②物之损坏系出于合理使用的磨损；
- ③物之损坏系出于物之自然因素；
- ④物之所有人未尽维修义务。

【**返还原物请求权**】《物权法》第34条：无权占有不动产或者动产的，权利人可以请求返还原物。

【**排除妨害、消除危险**】《物权法》第35条：妨害物权或者可能妨害物权的，权利人可以请求排除妨害或者消除危险。

【**修理、重作、更换或者恢复原状**】《物权法》第36条：造成不动产或者动产毁损的，权利人可以请求修理、重作、更换或者恢复原状。

### （二）占有保护请求权

#### 1. 内容。

- （1）占有被侵占的，占有人有权请求返还原物；
- （2）占有被妨害的，占有人有权请求排除妨害；
- （3）占有有被妨害之虞的，占有人有权请求消除危险；
- （4）侵占或者妨害占有行为已经造成损害的，占有人有权请求损害赔偿。

#### 2. 抗辩事由。

自侵占发生之日起超过1年的，占有人返还原物的请求权消灭。

【**占有人的权利**】《物权法》第245条：占有的不动产或者动产被侵占的，占有人有权请求返还原物；对妨害占有的行为，占有人有权请求排除妨害或者消除危险；因侵占或者妨害造成损害的，占有人有权请求损害赔偿。

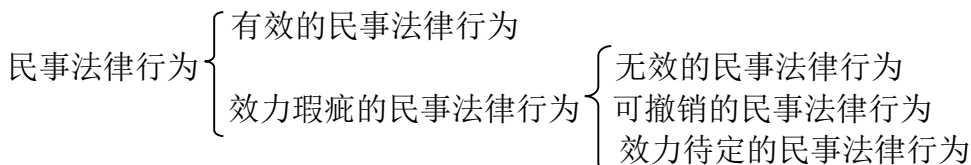
占有人返还原物的请求权，自侵占发生之日起一年内未行使的，该请求权消灭。



## 第二编 知识编

### 第三讲 重点知识体系概略

#### 一、民事法律行为的成立、生效和效力体系



#### (民事法律行为的效力体系)

【成立与生效】《民法总则》第136条：民事法律行为自成立时生效，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

行为人非依法律规定或者未经对方同意，不得擅自变更或者解除民事法律行为。

【生效的条件】《民法总则》第143条：具备下列条件的民事法律行为有效：

- (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、行政法规的效力性强制规定，不违背公序良俗。

【无效的婚姻】《婚姻法》第10条：有下列情形之一的，婚姻无效：

- (一) 重婚的；
- (二) 有禁止结婚的亲属关系的；
- (三) 婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病，婚后尚未治愈的；
- (四) 未到法定婚龄的。

【可撤销婚姻】《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。受胁迫的一方撤销婚姻的请求，应当自结婚登记之日起一年内提出。被非法限制人身自由的当事人请求撤销婚姻的，应当自恢复人身自由之日起一年内提出。

【无效的遗嘱】《继承法》第22条：无行为能力人或者限制行为能力人所立的遗嘱无效。

遗嘱必须表示遗嘱人的真实意思，受胁迫、欺骗所立的遗嘱无效。

伪造的遗嘱无效。

遗嘱被篡改的，篡改的内容无效。

《继承法意见》第38条：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。

【附条件的民事法律行为】《民法总则》第158条：民事法律行为可以附条件，但是按照其性质不得附条件的除外。附生效条件的民事法律行为，自条件成就时生效。附解除条件的民事法律行为，自条件成就时失效。

【条件的成就】《民法总则》第159条：附条件的民事法律行为，当事人为自己的利益不正当地阻止条件成就的，视为条件已成就；不正当地促成条件成就的，视为条件不成就。

【附期限的民事法律行为】《民法总则》第160条：民事法律行为可以附期限，但是依照其性质不得附期限的除外。附生效期限的民事法律行为，自期限届至时生效。附终止期限的民事法律行为，自期限届满时失效。

【婚姻的成立与生效】《婚姻法》第8条：要求结婚的男女双方必须亲自到婚姻登记机关进行结婚登记。符合本法规定的，予以登记，发给结婚证。取得结婚证，即确立夫妻关系。未办理结婚登记的，应当补办登记。

#### (三) 民事法律行为的效力体系

##### 1. 有效的民事法律行为

###### 1. 类型。

有效的民事法律行为的生效四要件，需要同时具备，即“强、公、主、意。”

###### 2. 特征：自始有效；最终有效。

【生效的条件】《民法总则》第 143 条：具备下列条件的民事法律行为有效：

- (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、行政法规的效力性强制规定，不违背公序良俗。

## 2. 效力待定的民事法律行为

### 1. 类型：

- (1) 限制行为能力人超出行为能力订立的合同；
- (2) 狭义无权代理的合同。

### 2. 特征：

- (1) 起始效力状态：效力未定；
- (2) 最终处理结果，有两个命运：

- ① 自始有效（追认的）；
- ② 自始无效（被否认的；被撤销的）。

【效力待定的民事法律行为】《民法总则》第 145 条：限制民事行为能力人实施的纯获利益的民事法律行为或者与其年龄、智力、精神健康状况相适应的民事法律行为有效，实施其他的民事法律行为经法定代理人同意或者追认后有效。

相对人可以催告法定代理人自收到通知之日起一个月内予以追认。法定代理人未作表示的，视为拒绝追认。民事法律行为被追认前，善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。

【效力待定的民事法律行为】《民法总则》第 171 条：行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后，仍然实施代理行为，未经被代理人追认的，代理行为无效。

相对人可以催告被代理人自收到通知之日起一个月内予以追认。被代理人未作表示的，视为拒绝追认。无权代理人实施的行为被追认前，善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。

无权代理人实施的行为未被追认的，善意相对人有权请求无权代理人履行债务或者就其受到的损害请求无权代理人赔偿，但是赔偿的范围不得超过代理行为有效时所能获得的利益。

相对人知道或者应当知道代理人无权代理的，相对人和代理人按照各自的过错承担责任。

## 3. 可撤销的民事法律行为

### 1. 类型：

- (1) 欺诈；
- (2) 胁迫；
- (3) 重大误解；
- (4) 显失公平。

### 2. 特征：

- (1) 起始效力状态：有效；
  - (2) 最终处理结果，有两个命运：
- ① 自始有效（明示放弃撤销权或过除斥期间而丧失撤销权）；
  - ② 自始无效（行使撤销权）。

【欺诈的定义】《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。

【胁迫的定义】《民通意见》第 69 条：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。

【重大误解的定义】《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。

【显失公平的定义】《民通意见》第 72 条：一方当事人利用优势或者利用对方没有经验，致使双方的权利与义务明显违反公平、等价有偿原则的，可以认定为显失公平。

【可撤销的民事法律行为】《民法总则》第 147 条：基于重大误解实施的民事法律行为，行为人有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。

【可撤销的民事法律行为】《民法总则》第148条：一方以欺诈手段，使对方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为，受欺诈方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。

【可撤销的民事法律行为】《民法总则》第149条：第三人实施欺诈行为，使一方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为，对方知道或者应当知道该欺诈行为的，受欺诈方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。

【可撤销的民事法律行为】《民法总则》第150条：一方或者第三人以胁迫手段，使对方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为，受胁迫方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。

【可撤销的民事法律行为】《民法总则》第151条：一方利用对方处于困境、缺乏判断能力等情形，致使民事法律行为成立时显失公平的，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。

【撤销权消灭】《民法总则》第152条：有下列情形之一的，撤销权消灭：

(一)当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内、重大误解的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起三个月内没有行使撤销权的；

(二)当事人受胁迫，自胁迫行为终止之日起一年内没有行使撤销权的；

(三)当事人知道撤销事由后明确表示或者以自己的行为表明放弃撤销权的；

当事人自民事法律行为发生之日起五年内没有行使撤销权的，撤销权消灭。

#### 4. 无效的民事法律行为

##### 1. 类型：

(1) 违反法律、行政法规的效力性强制性规定；

(2) 违背公序良俗；

(3) 无民事行为能力人独立实施的民事法律行为；

(4) 行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为；

(5) 恶意串通，损害他人合法权益的民事法律行为。

2. 特征：自始有效；最终有效。

【无效的民事法律行为】《民法总则》第144条：无民事行为能力人实施的民事法律行为无效。

【无效的民事法律行为】《民法总则》第146条：行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效，以虚假的意思表示隐藏的民事法律行为的效力，依照有关法律规定处理。

【部分的隐藏行为】《民法总则》第147条第2款：行为人以虚假的意思表示隐藏的民事法律行为的效力，依照有关法律规定处理。

【无效的民事法律行为】《民法总则》第153条：违反法律、行政法规的效力性强制规定或者违背公序良俗的民事法律行为无效。但是该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。

## 二、无权代理和表见代理

### (一) 无权代理代理的效力

1. 为被代理人追认的，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。

2. 不为被代理人追认的，区分意相对人善意与否（知情与否）而作不同处理：

(1) 善意的相对人有选择权：可以选择要求代理人履行债务；或者请求其赔偿【新规定】

(2) 恶意的相对人，与无权代理人按照各自过错分担责任。

### (二) 表见代理代理的构成要件和法律效力

#### 1. 表见代理的构成要件。

(1) 符合“狭义无权代理”的所有形式特征；

(2) 但又具备一个特殊要件：“第三人有理由认为行为人具有代理权”。

对这句关键话的理解包括三个方面：

①从行为人的角度看，虽无代理权，但身上却具有代理权的外观，具有代理权外观。

②从被代理人的角度，具备“本人与因”要件也即行为人的权利外观的造成与被代理人有关系（过错），从考试与司法的经验正面来讲，通常是两种经典情形：

A. 被代理人曾经授权给行为人，没有回收有关授权证书的；

B. 被代理人曾经雇佣行为人，没有及时通知相对人职务变化的。

从反面来讲，如“行为人伪造他人公章、合同书或授权委托书，以及被代理人的公章、合同书或授

权委托书等遗失、被盗，或与行为人特定的职务关系已经终止，并且已经以合理方式公告或通知，相对人应当知悉的”，就是不具备“本人与因”之要素，不构成表见代理。

③从第三人的角度看，其“善意且无过失”（善意，是指不知情，不知道行为人没有代理权；无过失，是指尽到必要的形式审查义务后，仍然无从发现权利外观的破绽）。

总结：

- A. 第三人恶意：不构成表见代理；
- B. 第三人善意但有过失：不构成表见，属于无权代理（狭义），但第三人享有撤销权；
- C. 第三人善意且无过失：构成表见代理。

## 2. 表见代理的法律效力。

（1）被代理人与第三人的合同关系：合同有效；不履行者，承担违约责任。

（2）被代理人与表见代理人的可能的侵权关系：可能构成侵权。

**【狭义无权代理】**《民法总则》第 171 条：行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后，仍然实施代理行为，未经被代理人追认的，代理行为不发生效力。

相对人可以催告被代理人自收到通知之日起一个月内予以追认。被代理人未作表示的，视为拒绝追认。行为人实施的行为被追认前，善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。

行为人实施的行为未被追认的，善意相对人有权请求无权代理人履行债务或者就其受到的损害请求行为人赔偿，但是赔偿的范围不得超过被代理人追认时相对人所能获得的利益。

相对人知道或者应当知道行为人无权代理的，相对人和行为人按照各自的过错承担责任。

**【表见代理】**《民法总则》第 172 条：行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后，仍然实施代理行为，相对人有理由相信行为人有代理权的，代理行为有效。

**【表见代理】**《合同法》第 49 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。

**【侵权责任】**《合同法解释二》第 13 条：被代理人依照《合同法》第 49 条的规定承担有效代理行为所产生的责任后，可以向无权代理人追偿因代理行为而遭受的损失。

## 三、诉讼时效的适用范围和效力

### （一）诉讼时效的适用范围

**【诉讼时效的适用范围】**《民法总则》第 196 条：下列请求权不适用诉讼时效的规定：

- （一）请求停止侵害、排除妨碍、消除危险；
- （二）不动产物权和登记的动产物的权利人请求返还财产；
- （三）请求支付抚养费、赡养费或者扶养费；
- （四）依法不适用诉讼时效的其他请求权。

**【债权请求权的诉讼时效期间】**《诉讼时效规定》第 1 条：当事人可以对债权请求权提出诉讼时效抗辩，但对下列债权请求权提出诉讼时效抗辩的，人民法院不予支持：

- （一）支付存款本金及利息请求权；
- （二）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；
- （三）基于投资关系产生的缴付出资请求权；
- （四）其他依法不适用诉讼时效规定的债权请求权。

### （二）诉讼时效的效力

1. 诉讼时效期间的规定乃属于法律的效力性强制性规定，违反者无效；

2. 当事人不得事前自行以协议加以变更或限制、预先放弃的，此类合意属无效；但事后是可以的（债务人自愿放弃失效利益制度）。

**【诉讼时效的效力】**《民法总则》第 197 条：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。

《诉讼时效规定》第 2 条：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。



## 四、物权变动

(一) 一般物权变动=有权处分+有效合同+登记/交付=物权变动=继受取得【公示生效主义】

【物债两分】《物权法》第15条：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。

【不动产物权变动，登记生效主义】《物权法》第9条：不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生法律效力；未经登记，不发生效力，但法律另有规定的除外。

依法属于国家所有的自然资源，所有权可以不登记。

【动产物权变动，交付生效主义】《物权法》第23条：动产物权的设立和转让，自交付时发生法律效力，但法律另有规定的除外。

(二) 作为例外的意思主义模式：有效合同=物权变动+登记 > 第三人【公示对抗主义】

### 1. 土地承包经营权

【土地承包经营权设立：意思生效主义】《物权法》第127条：土地承包经营权自土地承包经营权合同生效时设立。县级以上地方人民政府应当向土地承包经营权人发放土地承包经营权证、林权证、草原使用权证，并登记造册，确认土地承包经营权。

【土地承包经营权移转：登记对抗主义】《物权法》第129条：土地承包经营权人将土地承包经营权互换、转让，当事人要求登记的，应当向县级以上地方人民政府申请土地承包经营权变更登记；未经登记，不得对抗善意第三人。

### 2. 地役权

【地役权：登记对抗主义】《物权法》第158条：地役权自地役权合同生效时设立。当事人要求登记的，可以向登记机构申请地役权登记；未经登记，不得对抗善意第三人。

### 3. 动产抵押权

【普通动产抵押权：登记对抗主义】《物权法》第188条：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。

【集合动产抵押权：登记对抗主义】《物权法》第189条第1款：企业、个体工商户、农业生产经营者以本法第一百八十一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。

(三) 非基于民事法律行为的物权变动

### 4 字口诀：政、法、继、事

1. 取得权利以“某种事实”（事件、事实行为、行政司法行为）发生为准，无需登记与交付：

2. 但取得后又进行处分的，须经“双重登记”手续，才能发生物权变动的效力，否则只能发生债权的效力【物债两分】。

【裁决、征收的物权变动】《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法律效力。

【继承的物权变动】《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法律效力。

【建造、拆除的物权变动】《物权法》第30条：因合法建造、拆除房屋等事实行为设立或者消灭物权的，自事实行为成就时发生法律效力。

【确认、形成之诉的裁决】《物权法解释一》第7条：人民法院、仲裁委员会在分割共有不动产或者动产等案件中作出并依法生效的改变原有物权关系的判决书、裁决书、调解书，以及人民法院在执行程序中作出的拍卖成交裁定书、以物抵债裁定书，应当认定为物权法第二十八条所称导致物权设立、变更、转让或者消灭的人民法院、仲裁委员会的法律文书。

《物权法解释一》第8条：依照物权法第二十八条至第三十条规定享有物权，但尚未完成动产交付或者不动产登记的物权人，根据物权法第三十四条至第三十七条的规定，请求保护其物权的，应予支持。

## 五、善意取得和动产遗失物的拾得

### （一）善意取得

特殊物权变动=无权处分+有效合同+登记/交付=物权变动=原始取得=善意取得

构成要件口诀：卖方一个买方俩；还有一个公示管全家。

【善意取得的基本条款】《物权法》第 106 条：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。

【夫妻财产的善意取得】《婚姻法解释三》第 11 条：一方未经另一方同意出售夫妻共同所有的房屋，第三人善意购买、支付合理对价并办理产权登记手续，另一方主张追回该房屋的，人民法院不予支持。

夫妻一方擅自处分共同所有的房屋造成另一方损失，离婚时另一方请求赔偿损失的，人民法院应予支持。

【无权处分合同有效】《买卖合同解释》第 3 条：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。

### （二）动产遗失物的拾得

1. 原则上，物归原主：拾得人有义务返还给权利人；

2. 但有两个例外：

（1）拾得人上交公安等部门的，6 个月；否则归国家，国家属于原始取得；

（2）拾得人转让给第三人的，2 年；否则归受让人。

3. 漂流物、埋藏物、隐藏物，适用遗失物的规则。

【返还、递交义务】《物权法》第 109 条：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。

【失权期间】《物权法》第 113 条：遗失物自发布招领公告之日起六个月内无人认领的，归国家所有。

【漂流物埋藏物隐藏物的准用】《物权法》第 114 条：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。文物保护法等法律另有规定的，依照其规定。

【妥善保管与侵权责任】《物权法》第 111 条：拾得人在遗失物送交有关部门前，有关部门在遗失物被领取前，应当妥善保管遗失物。因故意或者重大过失致使遗失物毁损、灭失的，应当承担民事责任。

【无因管理之债】《物权法》第 112 条：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。

【单方允诺之债】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。

【侵占失权】拾得人侵占遗失物的，无权请求保管遗失物等支出的费用，也无权请求权利人按照承诺履行义务。

## 六、共同担保

【保证与担保物权并列时的行使】《物权法》第 176 条：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。

【流质条款无效】《物权法》第 186 条：抵押权人在债务履行期届满前，不得与抵押人约定债务人不履行到期债务时抵押财产归债权人所有。

《物权法》第 211 条：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。

【连带共同保证】《担保法解释》第 20 条第 2 款：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。

## 七、双务合同的三大抗辩权

(一) 同时履行抗辩权：被要求履行合同的一方可以要求对方履行，否则拒绝履行

1. 适用条件：合同约定或者推定双方同时履行的。
2. 行使主体：双方都享有，任何一方先被要求履行的，行使之。

(二) 先履行抗辩权：按约定的后履行方，被要求履行合同的，可以要求对方先履行，否则拒绝履行

1. 适用条件：合同约定履行有先后。
2. 行使主体：依约后履行义务的一方。

(三) 不安抗辩权：按约定的先履行方，在发现后履行方有失信（不能履行）之虞的，可以中止（暂停）履行；要求对方提供担保且得到，满足的，恢复先履行，否则终止合同履行

1. 适用前提：合同约定履行有先后，后履行方存在可能失信的情形。
2. 行使主体：先履行方。
3. 行使时间：履行期限到来之前。
4. 行使效力：分两段分别行使：中止履行；被拒绝提供担保的，再终止履行。

【同时履行抗辩权】《合同法》第 66 条：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。

【先履行抗辩权】《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。

【不安抗辩权】《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。

第 69 条：当事人依照本法第六十八条的规定中止履行的，应当及时通知对方。对方提供适当担保时，应当恢复履行。中止履行后，对方在合理期限内未恢复履行能力并且未提供适当担保的，中止履行的一方可以解除合同。

## 八、合同的变更

### (一) 债权转让

1. 债权转让协议，成立即生效
2. 协议生效，债权即转让
3. 协议生效与债权转让本身，都无需经过债务人的同意；
4. 通知债务人，不是债权转让协议、债权转让的生效要件，是对债务人的生效要件，也即，不通知债务人，债务人可以对抗新债权人；
5. 债务人仍有两个权利可以主张：
  - (1) 援用抗辩权（82 条）：
  - (2) 援用抵销权（83 条）。

【债权让与】《合同法》第 80 条：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。债权人转让权利的通知不得撤销，但经受让人同意的除外。

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。

第 83 条：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。

### (二) 债务承担

1. 免责式债务承担，原债务人脱离债的关系，以债权人同意为生效要件；
2. 并存式债务承担，原债务人不脱离债的关系，不以债权人同意为生效要件。

【债务承担】《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。



## 九、合同的解除

### （一）约定解除权

【约定解除权】《合同法》第93条：当事人协商一致，可以解除合同。

当事人可以约定一方解除合同的条件。解除合同的条件成就时，解除权人可以解除合同。

### （二）法定解除权

【法定解除权】《合同法》第94条：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。

【违反从义务也会构成根本违约】《买卖合同解释》第25条：出卖人没有履行或者不当履行从给付义务，致使买受人不能实现合同目的，买受人主张解除合同的，人民法院应当根据《合同法》第九十四条第（四）项的规定，予以支持。

【情势变更】《合同法解释二》第26条：合同成立以后客观情况发生了当事人在订立合同时无法预见的、非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的，当事人请求人民法院变更或者解除合同的，人民法院应当根据公平原则，并结合案件的实际情况确定是否变更或者解除。

### （三）任意解除权

【未定期租赁合同的双方】《合同法》第232条：当事人对租赁期限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，视为不定期租赁。当事人可以随时解除合同，但出租人解除合同应当在合理期限之前通知承租人。

【承揽合同的定作人】《合同法》第268条：定作人可以随时解除承揽合同，造成承揽人损失的，应当赔偿损失。

【货运合同的托运人】《合同法》第308条：在承运人将货物交付收货人之前，托运人可以要求承运人中止运输、返还货物、变更到达地或者将货物交给其他收货人，但应当赔偿承运人因此受到的损失。

【保管合同的寄存人以及未约定保管期间的保管合同的双方】《合同法》第376条：寄存人可以随时领取保管物。当事人对保管期间没有约定或者约定不明确的，保管人可以随时要求寄存人领取保管物；约定保管期间的，保管人无特别事由，不得要求寄存人提前领取保管物。

【委托合同的双方】《合同法》第410条：委托人或者受托人可以随时解除委托合同。因解除合同给对方造成损失的，除不可归责于该当事人的事由以外，应当赔偿损失。

【未定保证期间的最高额保证人】《担保法》第27条：保证人依照本法第十四条规定就连续发生的债权作保证，未约定保证期间的，保证人可以随时书面通知债权人终止保证合同，但保证人对于通知到债权人前所发生的债权，承担保证责任。

【七日内，消费者单方】《消费者权益保护法》第24条1款：经营者提供的商品或者服务不符合质量要求的，消费者可以依照国家规定、当事人约定退货，或者要求经营者履行更换、修理等义务。没有国家规定和当事人约定的，消费者可以自收到商品之日起七日内退货；七日后符合法定解除合同条件的，消费者可以及时退货，不符合法定解除合同条件的，可以要求经营者履行更换、修理等义务。

### （四）合同解除的效力

1. 对后生效：尚未履行的不再履行。

2. 对前：可以（不是应当）恢复原状。

此处需要区分继续性合同（如培训合同）与非继续性合同，决定是否具有溯及力；在前者没有溯及力；在后者可以具有溯及力。但非继续性合同，是否具有溯及力，还要看履行情况以及权利人的主张与否。

3. 可以同时主张损害赔偿（违约责任）。

合同解除，以该合同已经成立或成立并生效为前提，所以发生违约责任而非缔约过失责任；因一方违约而解除合同的，违约金条款也是有效的，故对方还可以主张违约金责任。

可见，合同解除之后，要求恢复原状与违约责任承担是可以并存的。



【**合同解除的效力**】《合同法》第 97 条 合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施，并有权要求赔偿损失。

【**合同解除后的违约责任：还可以适用违约金责任**】《买卖合同解释》第 26 条 买卖合同因违约而解除后，守约方主张继续适用违约金条款的，人民法院应予支持；但约定的违约金过分高于造成的损失的，人民法院可以参照合同法第 114 条第二款的规定处理。

## 十、买卖合同

### （一）风险负担

【**基本规则：交付主义**】《合同法》第 142 条：标的物毁损、灭失的风险，在标的物交付之前由出卖人承担，交付之后由买受人承担，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

【**违约在先风险负担**】《合同法》第 143 条：因买受人的原因致使标的物不能按约定的期限交付的，买受人应当自违反约定之日起承担标的物毁损、灭失的风险。

《商品房买卖合同司法解释》第 11 条：对房屋的转移占有，视为房屋的交付使用，但当事人另有约定的除外。房屋毁损、灭失的风险，在交付使用前由出卖人承担，交付使用后由买受人承担；买受人接到出卖人的书面交房通知，无正当理由拒绝接收的，房屋毁损、灭失的风险自书面交房通知确定的交付使用之日起由买受人承担，但法律另有规定或当事人另有约定的除外。

【**在途货物风险负担**】《合同法》第 144 条：出卖人出卖交由承运人运输的在途标的物，除当事人另有约定的以外，毁损、灭失的风险自合同成立时起由买受人承担。

《买卖合同司法解释》第 13 条：出卖人出卖交由承运人运输的在途标的物，在合同成立时知道或者应当知道标的物已经毁损、灭失而未告知买受人，买受人主张出卖人负担标的物毁损、灭失的风险的，法院应予支持。

【**代办托运**】《合同法》第 145 条：当事人没有约定交付地点或者约定不明确，依照本法第 141 条第 2 款第 1 项的规定标的物需要运输的，出卖人将标的物交付给第一承运人后，标的物毁损、灭失的风险由买受人承担。

【**从给付义务不影响风险负担**】《合同法》第 147 条：出卖人按照约定未交付有关标的物的单证和资料的，不影响标的物毁损、灭失风险的转移。

【**风险负担不影响违约责任**】根据《合同法》第 149 条：标的物毁损、灭失的风险由买受人承担的，不影响因出卖人履行债务不符合约定，买受人要求其承担违约责任的权利。

### （二）特种买卖合同

#### 1. 动产所有权保留买卖合同

（1）所有权保留期内，出卖人再卖的，属“一物二卖”，第二个买受人可以继受取得所有权；但买受人转卖的，属于“无权处分”，第三人可以善意取得所有权。

（2）出卖人的取回权：买受人严重违约的，取回；但买受人支付 75% 以上价款时，出卖人的取回权消灭；但此时买受人并未取得所有权。

（3）买受人的回赎权：消除违约行为后，可以回赎。

【**动产所有权保留买卖合同**】《合同法》第 134 条：当事人可以在买卖合同中约定买受人未履行支付价款或者其他义务的，标的物的所有权属于出卖人。

【**只适用于动产**】《买卖合同解释》第 34 条：买卖合同当事人主张《合同法》第 134 条关于标的物所有权保留的规定适用于不动产的，人民法院不予支持。

【**取回权**】第 35 条：当事人约定所有权保留，在标的物所有权转移前，买受人有下列情形之一，对出卖人造成损害，出卖人主张取回标的物的，人民法院应予支持：（一）未按约定支付价款的；（二）未按约定完成特定条件的；（三）将标的物出卖、出质或者作出其他不当处分的。取回的标的物价值显著减少，出卖人要求买受人赔偿损失的，人民法院应予支持。

【**无权处分与善意取得**】在本解释第三十五条第一款第（三）项情形下，第三人依据《物权法》第 106 条的规定已经善意取得标的物所有权或者其他物权，出卖人主张取回标的物的，人民法院不予支持。

第 36 条：买受人已经支付标的物总价款的百分之七十五以上，出卖人主张取回标的物的，人民法院不予支持。

## 2. 分期付款买卖合同

(1) 由于出卖人的风险较大, 所以对其进行特殊保护, 如买受人违约 20% 以上的, 已经属于“根本违约”, 出卖人享有选择权:

- ① 单方解除合同, 并主张相应期间的使用费;
- ② 单方变更合同: 分期付款改为一次性付款。

(2) 分期付款的含义: 至少 3 次。

**【分期付款买卖合同】**《合同法》第 167 条: 分期付款的买受人未支付到期价款的金额达到全部价款的五分之一的, 出卖人可以要求买受人支付全部价款或者解除合同。

出卖人解除合同的, 可以向买受人要求支付该标的物的使用费。

《买卖合同解释》第 38 条: 《合同法》第 167 条第 1 款规定的“分期付款”, 系指买受人将应付的总价款在一定期间内至少分三次向出卖人支付。

分期付款买卖合同的约定违反《合同法》第 167 条第 1 款的规定, 损害买受人利益, 买受人主张该约定无效的, 人民法院应予支持。

## 十一、房屋租赁合同

### (一) 买卖不破租赁规则及其例外

1. 在租赁期间, 房屋所有权发生变动(买卖、赠与、继承等)的, 原租赁合同继续履行;
2. 但有一个例外: 先抵后租的, 买卖破租赁。

**【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。

**【先抵押后租赁: 买卖破租赁】**《物权法》第 190 条: 订立抵押合同前抵押财产已出租的, 原租赁关系不受该抵押权的影响。抵押权设立后抵押财产出租的, 该租赁关系不得对抗已登记的抵押权。

### (二) 房屋承租人的优先购买权及其例外

1. 优先购买权仅适用于房屋租赁; 但“所有权移转不破租赁”, 适用于所有的租赁合同, 如租车。
2. 优先购买权的救济方式: 只能主张出租人的违约责任, 不得主张出租人与第三人的转让合同无效。
3. 优先购买权在 4 种情形下不得主张, 牢记第 24 条。
4. 优先购买权的犹豫期: 15 日, 逾期不表示的, 视为放弃。
5. 共有人优先权优先于承租人; 次承租人优先权优先于承租人。

**【房屋承租人的优先购买权】**《合同法》第 230 条: 出租人出卖租赁房屋的, 应当在出卖之前的合理期限内通知承租人, 承租人享有以同等条件优先购买的权利。

**【房屋优先购买权受到侵犯的救济】**《房屋租赁合同解释》第 21 条: 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。

**【房屋承租人优先购买权的例外】**《房屋租赁合同司法解释》第 24 条: 具有下列情形之一, 承租人主张优先购买房屋的, 人民法院不予支持:

- (一) 房屋共有人行使优先购买权的;
- (二) 出租人将房屋出卖给近亲属, 包括配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女的;
- (三) 出租人履行通知义务后, 承租人在十五日内未明确表示购买的;
- (四) 第三人善意购买租赁房屋并已经办理登记手续的。

### (三) 转租的处理与合同相对性

1. 合法转租。

此时, 承租人与出租人之间的租赁合同不因转租而受影响, 继续有效。

根据合同相对性原理, 次承租人损害租赁物的, 出租人可以追究其侵权责任; 可以选择追究承租人的违约责任; 承租人再向次承租人追偿。

2. 非法转租。

承租人未经出租人同意转租的, 为非法转租。《解释》没有采用绝对的采用无效或有效说, 而是赋予出租人在知道或应当知道擅自转租之日起 6 个月(除斥期间, 不变期间)内享有选择权:

选择 1: 可以选择同意(6 个月后视为默认), 非法转租合同转为合法转租合同, 两份合同继续履行。

选择 2: 请求法院确认转租合同无效。这样, 出租人与承租人的租赁合同继续履行; 但次承租人需要搬出房屋, 承租人继续使用房屋。

选择 3: 解除租赁合同。这样: 出租人与承租人之间租赁合同终止履行; 承租人与次承租人之间的租赁合同虽然有效, 但也不得再履行(丧失了履行的基础), 次承租人需要搬出房屋; 如有损失, 可以追究有过错的承租人的违约责任; 承租人有义务将房屋交还给出租人。

**【转租的处理】**《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。承租人转租的, 承租人与出租人之间的租赁合同继续有效, 第三人对租赁物造成损失的, 承租人应当赔偿损失。

承租人未经出租人同意转租的, 出租人可以解除合同。

《房屋租赁合同解释》第 15 条: 承租人经出租人同意将租赁房屋转租给第三人时, 转租期限超过承租人剩余租赁期限的, 人民法院应当认定超过部分的约定无效。但出租人与承租人另有约定的除外。

第 16 条: 出租人知道或者应当知道承租人转租, 但在六个月内未提出异议, 其以承租人未经同意为由请求解除合同或者认定转租合同无效的, 人民法院不予支持。

因租赁合同产生的纠纷案件, 人民法院可以通知次承租人作为第三人参加诉讼。

## 十二、侵权责任的构成要件

### (一) 过错责任原则

#### 1. 一般过错责任。

过错责任原则作为一般侵权行为的归责原则, 适用的方式一般是由原告(受害人)负举证责任证明被告(加害人)主观上具有过错; 否则, 不成立一般侵权责任。

#### 2. 过错推定。

过错推定是适用过错责任原则的特殊适用方式, 不是独立的归责原则, 而是实行举证责任倒置——由加害人负举证责任; 如能证明自己无过错, 不成立侵权责任; 否则就推定有过错承担侵权责任。

**【过错责任原则】**《侵权责任法》第 6 条: 行为人因过错侵害他人民事权益, 应当承担侵权责任。

根据法律规定推定行为人有过错, 行为人不能证明自己没有过错的应当承担侵权责任。

《侵权责任法》第 38 条: 无民事行为能力人在幼儿园、学校或者其他教育机构学习、生活期间受到人身损害的, 幼儿园、学校或者其他教育机构应当承担侵权责任, 但能够证明尽到教育、管理职责的, 不承担责任。

第 58 条: 患者有损害, 因下列情形之一的, 推定医疗机构有过错

(一) 违反法律、行政法规、规章以及其他有关诊疗规范的规定;

(二) 隐匿或者拒绝提供与纠纷有关的病历资料;

(三) 伪造、篡改或者销毁病历资料。

第 81 条: 动物园的动物造成他人损害的, 动物园应当承担侵权责任, 但能够证明尽到管理职责的, 不承担责任。

第十一章“物件损害责任”的全部规定, 即第 85-91 条【如 91 条的地面施工责任】, 唯第 86 条“物件倒塌”采无过错责任。

### (二) 无过错责任原则

**【无过错责任原则】**《侵权责任法》第 7 条: 行为人损害他人民事权益, 不论行为人有无过错, 法律规定应当承担侵权责任的, 依照其规定。

#### 1. 相对无过错责任

可以在符合法定情形下如受害人故意、第三人的原因等情形下得以免责的无过错责任, 《侵权责任法》规定的无过错责任, 除第 79-80 条外, 都属于这一类情形。具体列举而言:

第 32 条: 监护人就被监护人侵权承担的责任;

第 34 条: 用人单位就工作人员职务侵权承担的责任;

第 34-35 条: 接受个人劳务方就提供劳务方的劳务侵权承担的责任;

第 41 条: 生产者的产品责任;

第 48 条(以及《道路交通安全法》第 76 条): 机动车侵害非机动车的交通事故责任;

第 65 条(以及整个第八章): 环境污染责任;

第 69 条(以及整个第九章): 高度危险作业责任;



第 78 条（以及整个第十章，第 81 条的动物园的动物侵权除外）：饲养动物侵权；

第 86 条第 1 款：物件倒塌损害责任。

## 2. 绝对无过错责任：

受害人具有故意、重大过失的，加害人也不得免责。采用这种归责原则的只有第 79-80 条。

【相对无过错责任】《侵权责任法》第 78 条：饲养动物致人损害的，饲养人或者管理人应当承担侵权责任，但能够证明损害是因被侵权人故意或者重大过失造成的，可以不承担或者减轻责任。

【绝对无过错责任】《侵权责任法》第 79 条：违反管理规定，未对动物采取安全措施造成他人损害的，动物饲养人或者管理人应当承担侵权责任。

【绝对无过错责任】《侵权责任法》第 80 条：禁止饲养的烈性犬等危险动物造成他人损害的，动物饲养人或者管理人应当承担侵权责任。

## （三）公平补偿规则及其适用

公平补偿规则并不是侵权法的一个归责原则，而是独立于过错责任与无过错责任原则之外、在两原则不足以公平调整某些利益关系时的补充性法律规则。所以在性质上，此时的责任性质不是“赔偿”，而是“补偿”。

1. 适用情形之一：双方均无过错的一般侵权情形。

2. 适用情形之二：见义勇为的受益人对受害人的补偿。

【公平补偿规则】《侵权责任法》第 24 条 受害人和行为人对损害的发生都没有过错的，可以根据实际情况，由双方分担损失。

第 31 条：因紧急避险造成损害的，由引起险情发生的人承担责任。如果危险是由自然原因引起的，紧急避险人不承担责任或者给予适当补偿。紧急避险采取措施不当或者超过必要的限度，造成不应有的损害的，紧急避险人应当承担适当的责任。

第 33 条第 1 款：完全民事行为能力人对自己的行为暂时没有意识或者失去控制造成他人损害有过错的，应当承担侵权责任；没有过错的，根据行为人的经济状况对受害人适当补偿。

第 87 条：从建筑物中抛掷物品或者从建筑物上坠落的物品造成他人损害，难以确定具体侵权人的，除能够证明自己不是侵权人的外，由可能加害的建筑物使用人给予补偿。

## 十三、民法的六大基本原则

### （一）平等原则

此乃民法的首要原则，包含三层含义：

1. 民事主体的地位平等；
2. 权利义务平等；
3. 民事主体受到平等保护。

### （二）自愿原则

也即私法自治、意思自治原则，乃民法的灵魂性原则。含义是：民事主体按照自己的意愿行权，遵守以下规则：

1. 适用范围不得涉及公权力处分；
2. 对于私法中的强制性效力规定，也不得排除适用（如诉讼时效期间的规定，属于此类）
3. 内容不得违反公序良俗、不得“违法”（狭义）。

### （三）公平原则

道德原则上升为民法原则。以合同法领域为例，适用公平原则的两个典型情形：

1. 合同订立时要公平，否则显失公平的，得撤销；
2. 合同履行时要公平，否则构成情势变更的，得解除或者变更。

### （四）诚实信用原则

民法的帝王原则，君临民法全法域。含义：童叟不欺，诚实守信，道德伦理要求上升为法律原则。

### （五）公序良俗原则

不违反公共秩序、善良风俗，主要适用于人身权与家庭婚姻法领域。



## （六）绿色原则

绿色原则的作用包括：

1. 确立国家立法规范民事活动的基本导向，即要以节约资源、保护生态环境作为重要的考量因素；
2. 要求民事主体本着有利于节约资源、保护生态环境的理念从事民事活动，树立可持续发展的观念；
3. 司法机关在审判民事案件，适用民事法律规定时，要加强对节约资源、保护生态环境的民事法律行为的保护。

【平等原则】《民法总则》第4条：民事主体在民事活动中的法律地位一律平等。

【财产权平等保护】第113条：民事主体的财产权利受法律平等保护。

【自愿原则】《民法总则》第5条：民事主体从事民事活动，应当遵循自愿原则，按照自己的意思设立、变更、终止民事法律关系。

【民事权利自愿行使原则】《民法总则》第130条：民事主体按照自己的意愿依法行使民事权利，不受干涉。

【公平原则】《民法总则》第6条：民事主体从事民事活动，应当遵循公平原则，合理确定各方的权利和义务。

【诚实信用原则】《民法总则》第7条：民事主体从事民事活动，应当遵循诚实信用原则，秉持诚实，恪守承诺。

【公序良俗原则】《民法总则》第8条：民事主体从事民事活动，不得违反法律，不得违背公序良俗。

【绿色原则】《民法总则》第9条：民事主体从事民事活动，应当有利于节约资源、保护生态环境。

## 第三编 实战编

### 第四讲 审题与做题的基本程序和技巧

#### 一、认定案件法律事实

##### （一）判断争议事项的真伪

判断事项真伪是对原被告双方当事人就案件陈述的诸事项是否真实可靠加以审查和评判的作业。真实性是法律评价的基础，如果案件争议事项的真伪不清、是非不明，就根本不可能从法律上作出正确评价和裁判。一个扭曲的裁判，往往建立在事实不清、颠倒黑白乃至指鹿为马的基础上。因此，判断争议事项真伪是案件审理的一项重要作业。

##### （二）对案件事实的法律评价与定性

法律评价是在判断案件争议事项真伪的基础上，对已作认定的真实事项（以下称案件事实）的法律意义所作的评价。如果说判断真伪的作业在于查清案件事实的话，那么，法律评价的作业则在于明确案件事实的法律性质。在民事诉讼中，原告、被告双方当事人不仅可能为使诉讼获得有利自己的结果而作虚伪的陈述，而且也可能为主张自己的权利，说明纠纷发生、发展的经过而事无巨细地作冗长的陈述。判断真伪的作业所完成任务，仅仅是去伪存真的任务，即剔除陈述中虚伪事项、肯定其中真实事项的任务。而肯定下来的真实事项，是否都具有法律意义，都能作为法律适用基础的法律事实，以及能作为什么法律事实而适用法律等等，则有待于法律评价这项作业。

##### （三）法律评价的内容和方法

1. 评价案件事实是否具有民事法律意义。

这项作业的目的在于剔除不具有民事法律意义的案件事实，认定具有民事法律意义的案件事实。

2. 法律评价是评价案件事实的法律特征，并根据其法律特征加以概括，使之类型化，与民法规范中的法律要件具有可比较性。这项作业的最终目的是要用陈述句把案件事实属于哪种民事法律事实表述出来。

## 二、寻找案件适用的法律规范

### （一）民法规范的结构与寻法

1. 一个法条表述一项完整的法律规定。
2. 一个条文表述多项法律规定。
3. 一个条文形式上表述了一项法律规定，但实际上需要与相关条文整合才能构成一项完整的法律规定。
4. 一个条文表述法律规定的主项，一个条文表述法律规定的谓项，需要把两个条文整合起来才能构成一项完整的法律规定。

### （二）寻法作业的操作程序与基本方法

#### 1. 预测。

预测是确定寻法方向的作业。预测的基础是案件法律事实。因此，认定案件法律事实后，即可根据案件法律事实预测本案适用的法条在制定法中可能存在的位置。在预测的位置如果找到了案件适用的法条，预测之作业即告结束；如果没有找到案件适用的法条，即应进行新的预测与寻找。

#### 2. 法条整合。

法条整合，是指将不完整的、不规则的法条整合为完整的、规则的法律规范。整合的目的在于清楚表述法律规定的主项和谓项，使之形成一个从形式上一看而知的完整的逻辑判断，以便于适用案件法律事实与判断的主项（法律要件）进行比较，为下一步的逻辑涵摄作业做好准备。

#### 3. 逻辑涵摄。

逻辑涵摄是用已整合的法律规定的主项——法律要件，与案件法律事实进行比较，看案件法律事实能否为法律要件所涵摄的作业。逻辑涵摄作业的目的在于从逻辑上检查所找到的法律条文能否真正适用于本案。在进行此项作业时，可能遇到以下几种情况，应分别进行处理：

①法律要件与案件法律事实的内涵、外延一致：在这种情况下，案件法律事实为法律要件所涵摄，寻法成功，法律适用之作业可转入推论、判断阶段。

②法律要件与案件法律事实的内涵、外延不一致：在这种情况下，案件法律事实不能为法律要件所涵摄，寻法失败，必须重新进行寻法作业。

③法律要件与案件部分法律事实一致、部分法律事实不一致：在这种情况下，法律要件涵摄了案件部分法律事实，可以予以适用，但是需要为不能涵摄的案件法律事实寻求相应的法律规定。这种情况，常常发生于同一案件存在多个争议事项的复杂案件。如前已作分析的无民事行为能力人、限制民事行为能力人致人伤害的案件，饲养的动物致人伤害的案件等特殊侵权案件。

④案件法律事实虽为法律要件所涵摄，但是法律要件较之案件法律事实显得过分抽象。在这种情况下，应另寻具体法律规定予以适用，如无具体法律规定，也可通过法律解释而适用该抽象规定。

## 三、推论与裁判

### （一）推论

推论是适用逻辑推理的方法，使被选择的法律规定的法律效果归属于案件法律事实的作业。在这里，推理的大前提是被选择适用的法律规定，小前提是本案法律事实，结论是根据大前提与小前提的逻辑涵摄关系而获得的被选择适用的法律规定的法律效果应当归属于本案法律事实的判断

### （二）裁判

裁判是在适用三段论逻辑推理方法，对本案法律事实应当产生的法律效果获得结论性判断的基础上，具体确定案件当事人权利、义务或责任，并制成裁判文件的作业环节。

## 第五讲 实战案例分析题五则

### 一、实战案例一：刘某与中国移动通信集团某省有限公司 A 市分公司合同纠纷案

#### 【实战案例一】

2009 年 11 月，中国移动通信集团某省有限公司 A 市分公司（以下称 A 分公司）推出“充话费、送话费+抽奖”活动，该活动的具体内容以宣传栏形式在营业厅展示。11 月 24 日，刘某在 A 分公司营业厅看到该宣传栏，遂在业务办理窗口以口头形式提出办理“神州行标准卡”并参与“充话费、送话费+抽奖”活动的申请。业务员了解刘某的申请后，遂拿出一份业务受理单让刘某填写。刘某填写好业务受理单并交给业务员，业务员审核无误后加盖公章一式两份，并将其中一份交给刘某留存。该业务受理单所附《中国移动通信客户入网服务协议》（以下简称《服务协议》）记载了“神州行标准卡”的服务内容以及 A 分公司和客户刘某的各项权利义务。刘某当场预付话费 50 元，业务员按服活动标准履行了充 50 元送 50 元的义务，并让刘某抽奖，刘某抽得三等奖获得电饭锅一个。

《服务协议》中，第四项特殊情况的承担中的第 1 条为：在下列情况下，乙方有权暂停或限制甲方的移动通信服务，由此给甲方造成的损失，乙方不承担责任：（1）甲方银行账户被查封、冻结或余额不足等非乙方原因造成的结算时扣划不成功的；（2）甲方预付费使用完毕而未及时补交款项（包括预付费账户余额不足以扣划下一笔预付费用的）。第五项列举 A 分公司有权解除协议、收回号码、终止提供服务的情形，其中包括“话费超过有效期 1 年”。

2010 年 7 月 5 日，刘某在中国移动官方网站网上营业厅通过银联卡网上充值 50 元。2010 年 11 月 7 日，刘某在使用该手机号码时发现该手机号码已被停机，刘某到 A 分公司的营业厅查询，得知 A 分公司于 2010 年 10 月 23 日因话费有效期到期而暂停移动通信服务，此时账户余额为 11.70 元。刘某认为 A 分公司单方终止服务构成合同违约，遂诉至法院，要求取消对刘某手机号码的话费有效期的限制，恢复该号码的移动通信服务。

在诉讼中，A 分公司主张在客户办理业务时已由业务员告知客户话费有效期，且通过单联发票、宣传册和短信的方式向客户告知了有效期，但均未能提供有效的证据予以证明。另查明，《服务协议》第四项和第五项内容所采字体与其他条款字体相同，字体均较小且不易辩明。

另外，2010 年 6 月 5 日，刘某在使用抽奖获得的电饭锅煮饭时，因电饭锅存在设计瑕疵引起失火，造成财产损失 1000 元。

#### 【问题】

1. A 分公司推出“充话费、送话费+抽奖”活动的意思表示何时生效？为什么？
2. 刘某以口头形式申请办理相关业务的意思表示何时生效？为什么？
3. A 分公司不具有法人资格，其能否作为本案中民事法律行为的主体？为什么？
4. 刘某与 A 分公司订立的电信服务合同何时成立？何时生效？为什么？
5. 刘某与 A 分公司实施的抽奖行为是什么类型的民事法律行为？
6. 《服务协议》第四项规定，如果“甲方银行账户被查封、冻结或余额不足等非乙方原因造成的结算时扣划不成功的”，则乙方有权暂停或限制甲方的移动通信服务。这是否意味着该电信服务合同是附条件民事法律行为？为什么？
7. 《服务协议》第五项规定话费有效期 1 年，该规定是否有效？为什么？
8. 刘某因电饭锅存在设计瑕疵引起失火造成的财产损失，能否要求 A 分公司予以赔偿？为什么？



**【解题思路】**

1. 材料中，A 分公司推出“充话费、送话费+抽奖”活动，并将该活动的具体内容以宣传栏形式在营业厅展示。将活动内容以宣传栏形式作出系以公告方式作出的意思表示。公告方式，是指通过在报纸刊登、广告栏张贴、广播电视传播以及互联网发布等公共媒介形式发布意思表示。以公告方式作出的意思表示的生效，应适用《民法总则》第 139 条的规定，“以公告方式作出的意思表示，公告发布时生效”。

2. 根据是否须向相对人作出，是否需要相对人受领，意思表示可以分为无相对人的意思表示与有相对人的意思表示。材料中刘某申请办理相关业务的意思表示须向 A 分公司作出，属于有相对人的意思表示。有相对人的意思表示，根据相对人是否可同步受领意思表示，又可进一步分为对话的意思表示与非对话的意思表示。刘某在业务办理窗口以口头形式提出办理“神州行标准卡”并参与“充话费、送话费+抽奖”活动的申请，意思表示作出后相对人可以同步受领，系对话的意思表示。以对话方式作出的意思表示的生效，应适用《民法总则》第 137 条第 1 款的规定，“以对话方式作出的意思表示，相对人知道其内容时生效”。

3. 关于 A 分公司的法律地位，由于分公司属于非法人组织，不具有法人资格，其法律地位应适用《民法总则》102 条第 1 款的规定，“非法人组织是不具有法人资格，但是能够依法以自己的名义从事民事活动的组织”。关于分 A 公司能否作为本案中民事法律行为的主体，本案中，刘某以口头形式提出办理业务的申请，并填写了附有《服务协议》的受理单，A 分公司加盖了公章。A 分公司可以以自己的名义从事民事活动。据此，双方处于平等地位，且达成了设立民事权利义务关系的协议，两者之间的民事法律关系，应适用《合同法》第 2 条第 1 款的规定，“本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议”。还应适用《电信条例》第 5 条的规定，“电信业务经营者应当为电信用户提供迅速、准确、安全、方便和价格合理的电信服务”。

4. 刘某与 A 分公司订立电信服务合同的行为属于民事法律行为，应适用《民法总则》第 136 条第 1 款的规定，“民事法律行为自成立时生效，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外”。刘某填写业务受理单，并由 A 公司加盖公章，系签订了书面合同。故对于刘某与 A 分公司订立的电信服务合同的成立，应适用《合同法》第 32 条的规定，“当事人采用合同书形式订立合同的，向双方当事人签字或者盖章时合同成立”。对于刘某与 A 分公司订立的电信服务合同的生效，应适用《合同法》第 44 条的规定，“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”。

5. 关于抽奖行为的定性，可从以下几方面分析：

(1) 从行为的效果来看，抽奖行为使刘某与 A 分公司之间发生了财产关系变动的效果，属于财产行为。

(2) 从当事人的权利义务关系来看，刘某有依照 A 分公司的规定实行正当抽奖的义务，A 分公司则在刘某中奖后有提供奖品的义务，双方均负担相应的义务。该抽奖行为基于双方当事人的意思表示一致才能够发生法律效力，属于双方行为。

(3) 从民事行为内容上的主从关系为标准来看，抽奖行为是基于充话费这一民事法律行为的存在而发生，即以充话费这一行为的存在为前提，依附于充话费这一主行为而存在，不能独立发生。如果刘某未在 A 分公司办理相应的充话费业务，那么其无法参加 A 分公司举办的抽奖活动。据此，抽奖行为属于从行为。

(4) 从行为是否必须具备某种特别形式才能成立来看，抽奖行为不必具有特定形式或履行特定程序即可成立，属于不要式行为。

(5) 从行为的成立是否须交付标的物为标准来看，抽奖行为不须交付相应的标的物，当事人的意思表示达成一致即告成立，属于不要物行为，即诺成行为。

(6) 从当事人一方履行义务的确定性来看，当刘某中奖时，A 分公司才负有给予奖品的义务；反之，A 公司则不必履行义务。A 分公司是否履行义务有赖于偶然事件的发生，即刘某中奖。故抽奖行为属于射幸行为。

6. 附条件民事法律行为是指双方当事人在民事法律行为中设立一定的事由作为条件。以该条件的成就与否（是否发生）作为决定该民事法律行为效力产生或解除根据的民事法律行为。对于附条件的民事法律行为，应适用《民法总则》第 158 条的规定，“民事法律行为可以附条件，但是按照其性质不得附



条件的除外。附生效条件的民事法律行为，自条件成就时生效。附解除条件的民事法律行为，自条件成就时失效”。材料中《服务协议》第四项所规定的情形发生与否并不会作为决定乙方 A 分公司提供网络通信服务这一民事法律行为产生或解除的根据，只是影响 A 分公司所应承担责任的承担大小。该规定系 A 分公司用以免除或限制其未来合同责任的条款，属于免责条款，应适用《合同法》第 39 条的规定，“采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式提请对方注意免除或者限制其责任的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明。格式条款是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”。

7. 《服务协议》第五项规定话费有效期 1 年，系 A 分公司用以解除或限制其责任的条款，属于限责免责条款。对于此类条款，在合同订立时，提供格式条款的一方应履行相应的提示、说明义务。据此《服务协议》第五项规定的效力，应适用《合同法》第 39 条第 1 款的规定，“采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式提请对方注意免除或者限制其责任的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明”。以及最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》（以下简称《合同法解释（二）》）第 6 条的规定，“提供格式条款的一方对格式条款中免除或者限制其责任的内容，在合同订立时采用足以引起对方注意的文字、符号、字体等特别标识，并按照对方的要求对该格式条款予以说明的，人民法院应当认定符合合同法第三十九条所称‘采取合理的方式’。提供格式条款一方对已尽合理提示及说明义务承担举证责任”。

8. 关于刘某因电饭锅存在设计瑕疵引起失火造成的财产损失，能否要求 A 分公司予以赔偿。存在不同意见：

观点一，认为 A 分公司是销售者。虽然刘某是凭借抽奖获得电炖锅，从外观上看，刘某获得奖品，与 A 分公司之间形成的是一种赠与合同关系。但在这种商业赠与中，买方必须先购得卖方商品，付出对价后，才能享有取得赠品的权利。材料中，刘某只有办理 A 分公司的业务，才能参加抽奖。抽奖所得的电饭锅，虽名为免费赠与，但其实质仍是商品买卖行为。因为该附赠行为作为一种营业手段，与其销售行为不可分离。因此，本案中 A 分公司应该作为销售者，对奖品承担与商品相应的责任。据此，对于因电饭锅存在设计瑕疵引起失火造成的财产损失，应适用《侵权责任法》第 43 条的规定，“因产品存在缺陷造成损害的，被侵权人可以向产品的生产者请求赔偿，也可以向产品的销售者请求赔偿。产品缺陷由生产者造成的，销售者赔偿后，有权向生产者追偿。因销售者的过错使产品存在缺陷的，生产者赔偿后，有权向销售者追偿”。还应适用《产品质量法》第 4 条规定，“生产者、销售者依照本法规定承担产品质量责任”；第 40 条第 1 款规定，“售出的产品有下列情形之一的，销售者应当负责修理、更换、退货；给购买产品的消费者造成损失的，销售者应当赔偿损失：（一）不具备产品应当具备的使用性能而事先未作说明的；（二）不符合在产品或者其包装上注明采用的产品标准的；（三）不符合以产品说明、实物样品等方式表明的质量状况的”。

观点二，认为 A 分公司不是销售者。本案中，A 分公司的主要业务是提供电信服务，对于刘某通过抽奖获得的电炖锅并不构成持续销售行为，A 分公司不能被看作电饭锅的销售者。对于电饭锅存在设计瑕疵引起失火造成的财产损失，不应适用《侵权责任法》第 43 条、《产品质量法》第 4 条、第 40 条的规定。

## 二、实战案例二：某养鱼专业户与乙借款纠纷案

### 【实战案例二】

甲系养鱼专业户，为改建鱼塘和引进良种急需资金。2016年10月21日，甲与乙订立书面《借款合同》，合同约定：甲向乙借款50万元，年利息10万元，借款期限为1年。10月23日，乙通过银行转账方式向甲支付50万元；10月24日，该笔50万元到达甲的账户。

在订立《借款合同》的同时，甲以自己的一套价值20万元的A音响设备和价值30万元的C家用轿车设立抵押，甲与乙订立了《抵押合同》，但均未办理抵押登记。

2016年11月10日，甲又向丙借款10万元，又以A音响设备质押，甲与丙双方订立《质押合同》，并将A音响设备交付丙占有。

2016年12月10日，甲将C家用轿车出卖给了陈某，双方签署了《买卖合同》并办理了车辆过户手续，但双方约定7日后甲再将C家用轿车交付给陈某。

2016年12月16日，甲向丁借款15万元，并以C家用轿车设定质押，并将C家用轿车交付给了丁，丁已将15万元支付给甲，并对陈某与甲之间的家用轿车买卖事宜毫不知情。

甲获得上述借款后，改造了鱼塘，且与某县良种站签订了良种鱼引进合同。合同约定甲以销售鱼的款项优先偿还某县良种站的货款。后某县良种站将良种鱼送交甲，要求支付运费，甲拒绝。

2017年2月10日，因所在水域发生洪水，导致甲的鱼塘被冲垮，因甲反应及时，部分鱼得以捕捞并出卖获得价款10万元。随后，因甲不能及时偿还借款和支付货款而与某县良种站发生纠纷。

某县良种站诉至法院后，法院查证上述事实后又查明：丁在占有C家用轿车期间，汽车园丁自身原因受损，送戊修理。丁拖欠戊1万元修理费尚未支付而被戊扣下，但因丁急于用车，戊又将扣下的车辆返还给了丁。

丙在占有A音响设备期间，不慎将该音响设备损坏，送己修理。丙无力交付修理费3万元，但愿意向己提供价值3.5万元的机动车作为担保，换回A音响设备，但被己以其不需要机动车为由拒绝。

#### 【问题】

1. 甲与乙之间的《借款合同》何时生效？为什么？
2. 陈某是否已取得C家用轿车的所有权？为什么？
3. 丁的质权是否成立？为什么？
4. 戊的留置权是否仍存在？为什么？
5. 己是否有权拒绝丙换回A音响设备的请求？为什么？
6. 某县良种站能否依据良种鱼引进合同，请求以甲销售鱼的10万元款项优先偿还某县良种站的货款？
7. 乙、丙、己三人对甲的音响设备的担保物权是否均成立？则现乙对该音响设备要求行使抵押权，丙要求行使质权，己要求行使留置权，应由谁优先行使其权利？谁应第二顺位行使其权利？理由分别是什么？

**【解题思路】**

1. 本问题考查民间借贷合同的生效时间。依据《合同法》第 210 条的规定：“自然人之间的借款合同，自贷款人提供借款时生效。”同时依据最高人民法院《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》（以下简称《民间借贷解释》）第 9 条第 2 项，“具有下列情形之一，可以视为具备合同法第二百一十条关于自然人之间借款合同的生效要件：……（二）以银行转账、网上电子汇款或者通过网络贷款平台等形式支付的，自资金到达借款人账户时。”在本案中，乙出借的 50 万元于 2016 年 10 月 24 日到达甲的账户，因此，甲与乙之间的借款合同于 2016 年 10 月 24 日生效。

2. 本问题考查无权处分情形下的物权变动以及占有改定是否适用善意取得。根据《物权法》第 191 条第 2 款的规定：“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。”材料中甲 C 家用轿车为乙之债权设定抵押，虽然未办理抵押登记，但是根据《物权法》第 188 条的规定，以动产抵押的，抵押权自抵押合同生效时设立；未经登记，不得对抗善意第三人。甲未经抵押权人同意，擅自处分 C 家用轿车的行为属于无权处分，应适用《物权法》第 106 条的规定。《物权法》第 106 条第 1 款第 3 项“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。”本案中甲与陈某采取的占有改定的交付方式，对于占有改定是否适用善意取得学界一直存在争议，其中否定说占据主导地位，该说认为善意取得以限制并排除当事人的约定为规则前提，它依靠公信力来切断前手交易的瑕疵，因此只能产生原始取得的法律效果。与此相反，占有改定以扩展当事人的约定为规则前提，当事人之间约定的法律效果等同于物权变动法定形式，因此它只能产生继受取得的法律效果。换言之，善意取得制度对交易安全的保护是有条件的，即善意取得人不能是占有改定人。如果以占有改定方式善意取得，还会产生一个无法调和的矛盾，即此时的善意变动到底是基于法定原因还是基于法律行为发生。占有改定的成立意味着约定排除法定，当事人的意思自治被充分实现；善意取得的成立意味着法定排除约定，当事人的意思自治被彻底消灭，二者在法理上如水火般不相容，彼此就是天生的反对派。皮之不存毛将焉附，当事人之间关于所有权转移的约定本已不生效力，关于所有权移转具体方式的约定岂能仍生效力？因此陈某不能取得 C 家用轿车的所有权。

3. 本问题考查担保物权的善意取得。我国承认动产质权善意取得制度。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》（以下简称《担保法解释》）第 84 条规定：“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。”《物权法》第 106 条第 1、2 款规定了所有权的善意取得制度，第 3 款规定当事人善意取得其他物权的，参照前两款规定。因为质权设立一般都是无偿的，所以善意取得物权不要求《物权法》第 106 条第 1 款第 2 项规定的“以合理价格转让”这一条件。在本案中，甲与丁之间具备设立质权的合意，甲已完成 C 家用轿车的交付并且丁对陈某与甲之间的家用轿车买卖事宜毫不知情，因此质权人丁可基于善意取得制度取得质权。

4. 本问题考查留置权的成立条件即以占有为前提。戊的留置权不再存在，因为根据《物权法》第 240 条：“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。”在本案中，留置权人戊因丁急于用车，将扣下的车辆返还给了丁，属于自愿放弃占有，而债权人占有留置财产是留置权成立及存续的前提条件，因此戊不再享有留置权。

5. 本问题考查留置权的消灭。己有权拒绝丙换回 A 音响设备的请求。因为根据《物权法》第 240 条：“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。”由此可见，债务人另行提供的担保只有被债权人接受时才发生留置权消灭的效果，而留置权人己有权接受或拒绝债务人丙另行提供担保的请求。

6. 本问题考查优先受偿权的法律性质。债务人甲与债权人某县良种站约定以销售鱼的款项优先偿还某县良种站的货款。基于合同的相对性，该约定只在甲与某县良种站之间产生债权效力，而不约束甲的其他债权人。因此甲的其他债权人就销售鱼的款项优先受偿，不构成不当得利，也不构成对某县良种站权益的侵犯，甲则需要承担合同履行不能之责任。

7. 本问题考查担保物权的竞合。

（1）均成立。根据《物权法》第 188 条的规定，以动产抵押的，抵押权自抵押合同生效时设立；未经登记不得对抗善意第三人。因此甲乙之间存在有效的抵押合同；根据《物权法》第 210 条以及第 212 条的规定，设立质权当事人应当采取书面形式订立质权合同，同时质权自出质人交付质押财产时设立。



甲丙之间存在有效的质押合同并且甲将音响设备交付于丙，因此丙的担保物权成立；根据《中华人民共和国物权法》第 230 条第 1 款的规定，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。已基于承揽合同合法占有该音响设备，因此依法直接产生留置权。

(2) 应当由己优先行使留置权。根据《物权法》第 239 条：同一动产上已设立抵押权或者质权，该动产又被留置的，留置权人优先受偿。

(3) 应由丙第二顺位行使其质权。理由在于乙的抵押权虽成立在先，但依据《物权法》第 188 条，乙的抵押权不得对抗作为善意第三人的丙。

### 三、实战案例三：天蓝房地产公司与他人房屋销售纠纷案

#### 【实战案例三】

王某是红冈市务工人员，在红冈市工作十余年，有较丰厚的存款，计划在该市购置房产。丁某是红冈市房地产开发企业天蓝公司负责人的亲戚，听说王某欲购房，便谎称天蓝公司所开发的楼盘环境优美、生活便利，极力劝诱王某从天蓝公司处购房。王某轻信此言，便与天蓝公司签订房屋买卖合同。天蓝公司对此毫不知情。2017 年 2 月 1 日，尚未取得商品房预售许可证的天蓝公司谎称已取得预售许可证，将一套房屋以 300 万元出卖给王某。房屋买卖合同约定：一年后天蓝公司交房且办理房产登记；王某于合同成立时支付一半房款，剩余房款于办理完毕房屋产权登记后一个月内支付；天蓝公司交付的房屋须安装燃气管道。

王某的朋友刘某也欲购房，得知王某房屋系自天蓝公司所购，便前往天蓝公司售楼部看房。刘某看过天蓝公司的样板房后表示满意，随即与天蓝公司签订了房屋预购合同，合同约定：“刘某向天蓝公司支付定金 5 万元，双方于 2017 年 3 月 1 日订立商品房买卖合同。刘某若在 2017 年 3 月 1 日前选择放弃已取得的物业购买权，或者到期不签约，5 万元定金不予退还；天蓝公司若在 2017 年 3 月 1 日前将该房屋转售他人，应当向刘某双倍返还定金。”2017 年 3 月 1 日，由于天蓝公司提供的商品房买卖合同格式条款中有“样板房仅供参考”等不利于买方的条款，刘某对该格式条款提出异议要求删除，天蓝公司无法立即给予答复，以致商品房买卖合同在该日未能订立。

不久后，由于小区旁地铁线开通，该处房价迅猛上涨。2017 年 4 月 1 日，天蓝公司又将之前已售与王某的房屋以 360 万元的价格再次出卖给张某，约定 10 个月后交房并办理房产登记。张某系以投资为目的购买此房，且对天蓝公司与王某之前订立的房屋买卖合同知情。

天蓝公司取得预售许可证后，于 2018 年 2 月 1 日向王某交付房屋，王某随后搬入居住。然而，王某入住后发现该小区设施简陋，环境杂乱，与丁某之描述有着天壤之别，遂觉受骗。而且，房屋也并未按照合同约定安装燃气管道。

2018 年 2 月 2 日，天蓝公司给张某办理了房产登记。张某系以夫妻共同财产购买此房，故该房屋被登记在了张某与其妻李某双方的名下。新年伊始，李某因抵挡不住各大购物网站的广告轰炸，突发购物欲望，遂隐瞒张某，向中国银行办理个人信用贷款 50 万元，全部用于购买供其个人使用的高档奢侈品。还款期限届满，李某无力偿还贷款，中国银行主张强制执行该套房屋以清偿债务，张某表示反对。

#### 【问题】

1. 天蓝公司与王某之间的房屋买卖合同效力如何？为什么？
2. 刘某可否请求天蓝公司返还 5 万元定金？为什么？
3. 王某能否主张天蓝公司与张某之间订立的房屋买卖合同无效？为什么？
4. 2018 年 2 月 1 日，天蓝公司请求王某支付剩余房款，该请求能否得到支持？为什么？
5. 王某能否以房屋未安装燃气管道为由，请求解除与天蓝公司之间的买卖合同？为什么？针对本案相关情形，王某可采取怎样的救济措施？
6. 中国银行强制执行房屋的请求能否获得法院支持？为什么？



#### 四、实战案例四：甲超市与乙公司房屋租赁纠纷案

##### 【实战案例四】

2014年1月2日，甲超市连锁有限责任公司与乙公司签署了《房屋租赁合同》，但甲公司与乙公司双方签署合同后并未来到房产管理部门办理房屋租赁登记备案手续。

该《房屋租赁合同》约定的房屋租赁期限是25年，甲公司租赁乙公司所有的A栋建筑用于开办超市，拟开办的超市名称为利民超市有限责任公司；租赁物为A栋建筑的一楼、二楼和三楼，面积分别为1万平方米、1万平方米和8千平方米。

该《房屋租赁合同》中明确约定“在合同约定的租赁期间内，每年的1月15日甲公司一次性向乙公司支付当年全年的租金，乙公司应当向甲公司出具正规的发票”，“乙公司应向甲公司所开办的利民超市提供300平方米的免费停车位”，“本合同至双方到房产管理部门办理租赁登记备案手续之日起生效”，“在本合同签署后，甲乙双方应就该超市的具体经营模式等未尽事宜进行协商”。

2017年6月30日，乙公司将A栋建筑二楼（1万平方米）卖给了丙公司，将三楼（8千平方米）卖给了丁公司，均未通知甲公司，并已经办理了房产过户手续，甲公司在丙公司和丁公司向其主张租金时，方才经查询房产部门登记了解到房屋已经转让的事实。

2017年8月1日，因所在地交通管理部门的统一规定，乙公司无法向甲公司所办超市提供300平方米的免费停车位，而必须采用每小时收费3元的计时收费停车模式后，利民超市的顾客人流受到了一定的影响。采取计时收费停车模式后，利民超市因乙公司无法向利民超市提供300平方米的免费停车位，且因受网络交易影响，利民超市的运营状况不佳，亏损严重。甲公司于2017年8月18日向乙公司发出《解除租赁合同通知书》，明确表示因乙公司无法向利民超市提供300平方米的免费停车位，甲公司立即解除双方签署的《房屋租赁合同》。

2014年、2015年和2016年，甲公司均已按时支付租金；甲公司已于2017年1月15日向乙公司支付2017年全年的房屋租金。

##### 【问题】

1. 《房屋租赁合同》约定的租赁期限是25年，该合同条款的效力如何？为什么？
2. 《房屋租赁合同》约定“本合同至双方到房产管理部门办理租赁登记备案手续之日起生效”，但甲公司与乙公司双方签署合同后并未办理租赁登记备案手续，如果甲公司已经将A栋建筑用于开办超市，并已支付2014年度租金，《房屋租赁合同》效力如何？为什么？
3. 2018年1月19日，丙公司向法院起诉要求甲公司向其支付2017年7月1日至12月31日的A栋建筑二楼房屋租金。丙公司的该请求能否得到法院的支持？为什么？
4. 2018年1月21日，丁公司向甲公司发函要求甲公司向其支付2018年度A栋建筑三楼房屋的租金，丁公司的请求是否具有法律依据？为什么？
5. 2017年6月30日，乙公司将A栋建筑二楼出卖给了丙公司，现甲公司向法院起诉，要求确认乙公司与丙公司之间的房屋买卖合同无效。请问甲公司的该请求能否得到法院的支持？为什么？
6. 乙公司收到甲公司于2017年8月18日发出的《解除租赁合同通知书》后，于2017年12月1日向法院起诉请求确认甲公司的解除行为无效。请问乙公司的该请求能否得到法院的支持？为什么？
7. 如果甲公司与乙公司签署《房屋租赁合同》后，双方因经营模式和停车场等问题存在争议，甲公司并未进场进行装修和营业，也未实际支付租金，在双方争议两年半后，甲公司向乙公司书面表示，因双方信任基础丧失，其将不再履行《房屋租赁合同》；现乙公司向法院起诉要求甲公司继续履行《房屋租赁合同》。请问乙公司的该请求能否得到法院的支持？为什么？

## 五、实战案例五：钱某、孙某、赵某交通事故案

### 【实战案例五】

2017年11月11日下午，赵某（6岁）与其他三名同伴在自家鑫鑫小区楼下一起玩耍。期间，赵某未经手机扫码，帮自己和其他三名同伴每人成功解锁一辆 OHO 共享单车。随后，为了寻求更多的刺激，赵某在脱离父母看管的情况下，独自骑行该共享单车上路。17时35分许，赵某骑车沿小区东路行驶至和平路十字路口时，遇钱某驾驶机动车与同样驾车通过该路口的孙某两车发生碰撞，致赵某受伤骨折。

经查，因钱某的好友王某成功“脱单”，当日钱某受邀一同前往“中国好嗓子 KTV”喝酒庆贺。不胜酒力的钱某几杯酒下肚后已至微醺，但王某仍极力劝酒，钱某无奈又多喝了几杯，后钱某自行驾车回家。另查明，钱某驾驶的汽车实际所有人为周某，周某虽明知钱某没有驾驶资格，但碍于情面仍将该车借给了钱某。该车已投保了交强险。

同日，正值孙某怀有身孕的妻子李某临近分娩，身体不适。孙某驾车携李某仓促赶往医院进行检查。不料，钱某行车至路口时，未减速让行，与逆行的孙某两车发生碰撞，最终造成骑车通行的赵某受伤。交通事故责任认定书认定，钱某与孙某对本次交通事故负同等责任，赵某无责。事后经鉴定，赵某因从小缺钙而患有骨质疏松，其所受的损伤中个人体质因素占比 25%。

孙某在驾车发生碰撞后，妻子李某腹疼难忍，被紧急送往医院。在乘坐电梯上楼过程中，孙某因劝阻同电梯内吸烟的吴某，与吴某发生激烈争执，但两人始终只有语言交流，无肢体冲突。双方争执随即被医院工作人员平息，却不料吴某在离开后，因心脏病发作而猝死。之也无特别加以保护的必要，应使抵押权消灭。

李某经医院妇产科检查后，医院认为李某如果不立即进行剖宫产，那么她和孩子都将会有生命危险。但是，孙某考虑到顺产更有利于孩子的健康成长，坚决不同意签字进行手术。经李某苦苦哀求，医院考虑到病情发展，在为了挽救其性命的情况下径行完成了手术，李某成功生下儿子孙小某。孙某见医院未经其同意就进行手术，大为不满，与医院理论未果后要求立即出院。医院诊断认为李某身体虚弱，应继续住院观察，不宜出院。孙某不以为然，仍坚持出院。李某回家不到三天，突发高烧，经抢救无效，不治而亡。同时，孙小某被查出患有先天性智力障碍，系医院手术过失所致。

#### 【问题】

1. 本案中，由于赵某个人体质的因素在其所受损害中占到 25%，那么钱某和孙某能否主张减轻相应 25% 的责任？为什么？
2. 本案中，赵某能否向劝酒的王某主张承担侵权责任？为什么？
3. 钱某驾驶的汽车实际所有人周某是否应当承担赔偿责任？在存在交强险的情况下，钱某应当如何承担赔偿责任？为什么？
4. 孙某是否应当对吴某的死亡承担侵权责任？本案中，是否能够适用公平责任？为什么？
5. 孙某能否就李某的死亡请求医院承担侵权责任？为什么？
6. 孙小某是否有权就未出生前所受的损害向法院主张侵权损害赔偿？为什么？

更多法考资讯及资料下载请关注众合教育新浪官方微博：

<http://t.sina.com.cn/zhonghejiaoyu>

或 登录新浪微博搜索 方圆众合法考

**版权声明：**本资料系众合学校资料中心精心编制，著作权归众合学校和授课教师所有，未经众合学校许可，任何人不得以任何方式复制、使用。众合学校保留追究侵权者法律责任之权利。发现者请与我校联系。