



主观题

题干

1、(2017 真题)案情：2016年1月10日，自然人甲为创业需要，与自然人乙订立借款合同，约定甲向乙借款100万元，借款期限1年，借款当日交付。2016年1月12日，双方就甲自有的M商品房又订立了一份商品房买卖合同，其中约定：如甲按期偿还对乙的100万元借款，则本合同不履行；如甲到期未能偿还对乙的借款，则该借款变成购房款，甲应向乙转移该房屋所有权；合同订立后，该房屋仍由甲占有使用。

2016年1月15日，甲用该笔借款设立了S个人独资企业。为扩大经营规模，S企业向丙借款200万元，借款期限1年，丁为此提供保证担保，未约定保证方式；戊以一辆高级轿车为质押并交付，但后经戊要求，丙让戊取回使用，戊又私自将该车以市价卖给不知情的己，并办理了过户登记。

2016年2月10日，甲因资金需求，瞒着乙将M房屋出卖给了庚，并告知庚其已与乙订立房屋买卖合同一事。2016年3月10日，庚支付了全部房款并办理完变更登记，但因庚自3月12日出国访学，为期4个月，双方约定庚回国后交付房屋。

2016年3月15日，甲未经庚同意将M房屋出租给知悉其卖房给庚一事的辛，租期2个月，月租金5000元。2016年5月16日，甲从辛处收回房屋的当日，因雷电引发火灾，房屋严重毁损。根据甲卖房前与某保险公司订立的保险合同(甲为被保险人)，某保险公司应支付房屋火灾保险金5万元。2016年7月13日，庚回国，甲将房屋交付给了庚。

2017年1月16日，甲未能按期偿还对乙的100万元借款，S企业也未能按期偿还对丙的200万元借款，现乙和丙均向甲催要。

问题1:

1. 就甲对乙的100万元借款，如乙未起诉甲履行借款合同，而是起诉甲履行买卖合同，应如何处理？请给出理由。

参考答案

1 - 本案应按照民间借贷法律关系作出认定和处理。理由是：根据《民间借贷司法解释》第24条第1款，当事人以签订买卖合同作为民间借贷合同的担保，借款到期后借款人不能还款，出借人请求履行买卖合同的，人民法院应当按照民间借贷法律关系审理，并向当事人释明变更诉讼请求；当事人拒绝变更的，人民法院裁定驳回起诉。《民间借贷司法解释》第24条第2款，根据按照民间借贷法律关系审理作出的判决生效后，借款人不履行生效判决确定的金钱债务，出借人



可以申请拍卖买卖合同标的物，以偿还债务；就拍卖所得的价款与应偿还借款本息之间的差额，借款人或者出借人有权主张返还或补偿。

2 - 应当按照抵押合同处理。根据《民法总则》第146条第1款“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”，认定买卖合同无效；进而，又根据《民法总则》第146条第2款“以虚假的意思表示隐藏的民事法律行为的效力，按照有关法律规定处理”，认定隐藏的行为为抵押合同，应当按照抵押合同处理。

问题2:

2. 就S企业对丙的200万元借款，甲、丁、戊各应承担何种责任?为什么?

参考答案

甲仅于S企业财产不足以清偿债务时以个人其他财产予以清偿；根据《个人独资企业法》第31条的规定，“个人独资企业财产不足以清偿债务的，投资人应当以其个人的其他财产予以清偿”。丁应承担连带保证责任；根据担保法第19条的规定，未约定保证责任形式的按照连带责任保证承担责任。戊不承担责任，其质权因丧失占有而消灭。

问题3:

3. 甲、庚的房屋买卖合同是否有效?庚是否已取得房屋所有权?为什么?

参考答案

合同有效，庚知情并不影响合同效力。庚已取得所有权，甲系有权处分，庚因登记取得所有权。

问题4:

4. 谁有权收取M房屋2个月的租金?为什么?

参考答案

甲有权收取。甲为有权占有，租赁合同有效，甲可收取房屋法定孳息。

问题5:

5. 谁应承担M房屋火灾损失?为什么?

参考答案

应由甲承担。根据《合同法》第142条的规定，除非法律另有规定、当事人另有约定，标的物毁损、灭失的风险自交付时起转移。

问题6:



6. 谁有权享有M房屋火灾损失的保险金请求权?为什么?

参考答案

庚享有请求权。根据《保险法》第49条第1款的规定,保险标的转让的,保险标的的受让人承继被保险人的权利和义务。

题干

2、(2016 真题)案情:自然人甲与乙订立借款合同,其中约定甲将自己的一辆汽车作为担保物让与给乙。借款合同订立后,甲向乙交付了汽车并办理了车辆的登记过户手续。乙向甲提供了约定的50万元借款。

一个月后,乙与丙公司签订买卖合同,将该汽车卖给对前述事实不知情的丙公司并实际交付给了丙公司,但未办理登记过户手续,丙公司仅支付了一半购车款。某天,丙公司将该汽车停放在停车场时,该车被丁盗走。丁很快就将汽车出租给不知该车来历的自然人戊,戊在使用过程中因汽车故障送到己公司修理。己公司以戊上次来修另一辆汽车时未付修理费为由扣留该汽车。汽车扣留期间,己公司的修理人员庚偷开上路,违章驾驶撞伤行人辛,辛为此花去医药费2000元。现丙公司不能清偿到期债务,法院已受理其破产申请。

问题1:

1. 甲与乙关于将汽车让与给债权人乙作为债务履行担保的约定效力如何?为什么?乙对汽车享有什么权利?

参考答案

1 - 约定有效。因为我国《物权法》虽然没有规定这种让与担保方式,但并无禁止性规定,民事法律法无禁止即自由。通过合同约定,以转移所有权的方式达到担保目的,是不违反法律的,也符合合同自由、鼓励交易的立法目的。

对于乙对汽车享有的权利,由于甲乙约定是汽车作为担保物,所以乙享有的不是所有权,而是以所有权人的名义享有担保权。

2 - 约定有效。因为我国物权法虽然没有规定这种让与担保方式,但并无禁止性规定,民事法律法无禁止即自由。通过合同约定,再转移所有权的方式达到担保目的,是不违反法律的,也符合合同自由、鼓励交易的立法目的。对于乙对汽车享有什么权利,由于交付了汽车并办理了过户登记手续,乙享有所有权。

问题2:

2. 甲主张乙将汽车出卖给丙公司的合同无效,该主张是否成立?为什么?



参考答案

1 - 不能成立。乙对汽车享有所有权，其有权处分该汽车。没有导致合同无效的其他因素。

2 - 不能成立。乙对汽车不享有所有权，而是担保权，因此乙将汽车出卖给丙公司的行为属于无权处分，对甲也是违约行为，但无权处分不影响合同效力，法律并不要求出卖人在订立买卖合同同时对标的物享有所有权或者处分权。

问题3:

3. 丙公司请求乙将汽车登记在自己名下是否具有法律依据?为什么?

参考答案

有法律依据。因根据《物权法》的规定，汽车属于特殊动产，交付即转移所有权，登记只是产生对外的效力，不登记不具有对抗善意第三人的效力。本案中因为汽车已经交付，丙公司已取得汽车所有权。

问题4:

4. 丁与戊的租赁合同是否有效?为什么?丁获得的租金属于什么性质?

参考答案

有效，因为尽管丁不享有所有权或处分权，但是无权处分并不影响租赁合同效力。其所得的租金属于不当得利。

问题5:

5. 己公司是否有权扣留汽车并享有留置权?为什么?

参考答案

己公司无权扣留汽车并享有留置权。《物权法》第231条规定，债权人留置的动产与债权应该属于同一法律关系。而在本案中，债权是上次修汽车的修理费，与本次修理的汽车无牵连关系。

问题6:

6. 如不考虑交强险责任，辛的2000元损失有权向谁请求损害赔偿?为什么?

参考答案

辛有权向戊、己公司、庚请求赔偿，因为戊系承租人，系汽车的使用权人；庚是己公司的雇员，庚的行为属于职务行为[提示：司法考试中民法凡是拿不准的都当职务行为对待，往往不会错。]，己公司应当承担雇用人(或雇主)责任；庚系肇事人(或者答直接侵权行为人)。



问题7:

7. 丙公司与乙之间的财产诉讼管辖应如何确定?法院受理丙公司破产申请后,乙能否就其债权对丙公司另行起诉并按照民事诉讼程序申请执行?

参考答案

丙公司与乙之间的财产诉讼应该由破产案件受理的人民法院管辖。法院受理丙公司破产申请后,乙应当申报债权,如果对于债权有争议,可以向受理破产申请的人民法院提起诉讼,但不能按照民事诉讼程序申请执行。

题干

3、(2015 真题)案情:甲欲出卖自家的房屋,但其房屋现已出租给张某,租赁期还剩余1年。甲将此事告知张某,张某明确表示,以目前的房价自己无力购买。

甲的同事乙听说后,提出购买。甲表示愿意但需再考虑细节。乙担心甲将房屋卖与他人,提出草签书面合同,保证甲将房屋卖与自己,甲同意。甲、乙一起到房屋登记机关验证房屋确实登记在甲的名下,且所有权人一栏中只有甲的名字,双方草签了房屋预购合同。

后双方签订正式房屋买卖合同约定:乙在合同签订后的5日内将购房款的三分之二通过银行转账给甲,但甲须提供保证人和他人房屋作为担保;双方还应就房屋买卖合同到登记机关办理预告登记。

甲找到丙作为保证人,并用丁的房屋抵押。丁与乙签订了抵押合同并办理了抵押登记,但并没有约定担保范围。甲乙双方办理了房屋买卖合同预告登记,但甲忘记告诉乙房屋出租情况。

此外,甲的房屋实际上为夫妻共同财产,甲自信妻子李某不会反对其将旧房出卖换大房,事先未将出卖房屋的事情告诉李某。李某知道后表示不同意。但甲还是瞒着李某与乙办理了房屋所有权转移登记。

2年后,甲与李某离婚,李某认为当年甲擅自处分夫妻共有房屋造成了自己的损失,要求赔偿。甲抗辩说,赔偿请求权已过诉讼时效。

问题1:

1. 在本案中,如甲不履行房屋预购合同,乙能否请求法院强制其履行?为什么?

参考答案

1、不能。2、理由是预约虽是合同,其目的在于订立主合同。预约合同一方不履行的,对方可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。但是,法院不能强制当事



人签订正式合同。3、乙可以按照《合同法》第113条请求赔偿，也可以根据第94条请求解除合同并请求赔偿。

问题2:

2. 甲未告知乙有租赁的事实，应对乙承担什么责任？

参考答案

1、甲应对乙承担违约责任。2、甲应说明买卖标的物上有负担的事实而未说明，违反了法律规定的义务，在合同有效的情况下，应该纳入到违约责任中。

问题3:

3. 如甲不按合同交付房屋并转移房屋所有权，预告登记将对乙产生何种保护效果？

参考答案

1、按照我国《物权法》第21条的规定，预告登记后，甲再处分房屋的，不产生物权效力。2、即乙对房屋的交付请求权具有物权性优先权，可以对抗所有的未登记的购买人。

问题4:

4. 如甲在预告登记后又与第三人签订房屋买卖合同，该合同是否有效？为什么？

参考答案

预告登记后，甲与第三人签订的房屋买卖合同有效，只是不产生物权变动的效力，如果甲不履行，将对第三人承担违约责任。

问题5:

5. 如甲不履行合同义务，在担保权的实现上乙可以行使什么样的权利？担保权实现后，甲、丙、丁的关系如何？

参考答案

1、如果甲不履行合同义务，乙可以选择实现抵押权或者向保证人丁主张保证责任。2、无论丁还是丙履行担保责任后，都有权向甲追偿。3、丁丙之间构成混合抵押也可以相互追偿。

问题6:

6. 甲擅自处分共有财产，其妻李某能否主张买卖合同无效？是否可以主张房屋过户登记为无效或者撤销登记？为什么？

参考答案



1、不得主张无效。2、即使没有处分权，也不影响合同效力。3、不可以主张房屋登记过户为无效，对于善意的乙不得主张无效。

问题7:

7. 甲对其妻李某的请求所提出的时效抗辩是否成立？为什么？

参考答案

1、不成立。2、由于双方为夫妻共同财产制，夫妻关系存续是诉讼时效期间中止的法定事由。

题干

4、(2013 真题)案情：大学生李某要去A市某会计师事务所实习。此前，李某通过某租房网站租房，明确租房位置和有淋浴热水器两个条件。张某承租了王某一套二居室，租赁合同中有允许张某转租的条款。张某与李某联系，说明该房屋的位置及房屋里配有高端热水器。李某同意承租张某的房屋，并通过网上银行预付了租金。

李某入住后发现，房屋的位置不错，卫生间也较大，但热水器老旧不堪，不能正常使用，屋内也没有空调。另外，李某了解到张某已拖欠王某1个月的租金，王某已表示，依租赁合同的约定要解除与张某的租赁合同。

李某要求张某修理热水器，修了几次都无法使用。再找张某，张某避而不见。李某只能用冷水洗澡并因此感冒，花了一笔医疗费。无奈之下，李某去B公司购买了全新电热水器，B公司派其员工郝某去安装。在安装过程中，找不到登高用的梯子，李某将张某存放在储藏室的一只木箱搬进卫生间，供郝某安装时使用。安装后郝某因有急事未按要求试用便离开，走向李某保证该热水器可以正常使用。李某仅将该木箱挪至墙边而未搬出卫生间。李某电话告知张某，热水器已买来装好，张某未置可否。

另外，因暑热难当，李某经张某同意，买了一部空调安装在卧室。

当晚，同学黄某来A市探访李某。黄某去卫生间洗澡，按新装的热水器上的提示刚打开热水器，该热水器的接口处迸裂，热水喷溅不止，黄某受到惊吓，摔倒在地受伤，经鉴定为一级伤残。另外，木箱内装的贵重衣物，也被热水器喷出的水流浸泡毁损。

问题1:

1. 由于张某拖欠租金，王某要解除与张某的租赁合同，李某想继续租用该房屋，可以采取什么措施以抗辩王某的合同解除权？

参考答案

1、在合法转租的情况下，次承租人李某可通过行使代位清偿请求权代付租金，对抗出租人王



某的合同解除权。2、李某（次承租人）可以请求代张某（承租人）支付其欠付王某（出租人）的租金和违约金，以抗辩王某的合同解除权。

问题2:

2. 李某的医疗费应当由谁承担?为什么?

参考答案

1、由张某（出租人）承担。2、张某违反合同义务，约定提供高端热水器而没有提供，给李某造成人身损害，该损害未超过李某订立合同时的预见范围，李某有权就此损失请求张某承担违约损害赔偿责任。

问题3:

3. 李某是否可以更换热水器?李某更换热水器的费用应当由谁承担?为什么?

参考答案

1、可以更换，费用由张某承担。2、出租人应当履行租赁物的维修义务，承租人在租赁物需要维修时可以要求出租人在合理期限内维修。出租人未履行维修义务的，承租人可以自行维修，维修费用由出租人负担。据此，因张某不履行租赁物的维修义务，李某自行维修后，有权请求张某承担维修费用。

问题4:

4. 李某购买空调的费用应当由谁承担?为什么?

参考答案

1、由李某承担。题中李某经出租人同意安装空调的行为，是一种装修装饰行为，对于空调的费用没有特别约定，此时，应当由承租人承担费用。

问题5:

5. 对于黄某的损失，李某、张某是否应当承担赔偿责任?为什么?

参考答案

1、李某或张某均不应当承担赔偿责任。2、承担违约责任的前提是有约定义务，在没有履行造成损害的情况下，才承担责任，本题中张某和李某与黄某之间不存在合同关系，因此，不可能有违约责任。3、在法律没有特别规定为特殊侵权的情形下，要成立侵权责任，加害人必须有过错这一要件。张某和李某对于黄某的损害，不存在过错，因此，也没有侵权责任。4、综上，对于黄某的损害，张某、李某均无责。



问题6:

6. 对于黄某的损失，郝某、B公司是否应当承担赔偿责任?为什么?

参考答案

1、郝某不应当承担赔偿责任。B公司应当承担赔偿责任。2、郝某系因执行工作任务致黄某损害，应由用人单位 B 公司承担替代责任。3、因热水器是缺陷产品，缺陷产品造成损害受害人黄某可以向生产者主张赔偿，也可以向销售者主张赔偿，B 公司是销售者，因此，应当承担赔偿责任

问题7:

7. 对于张某木箱内衣物浸泡受损，李某、B公司是否应当承担赔偿责任?为什么?

参考答案

1、李某不应承担赔偿责任，B公司应承担赔偿责任。2、木箱损害的发生是由于产品缺陷所致，此时，受害人可以选择产品的生产者或者销售者承担责任，公司作为销售者，B应当承担责任。3、李某是否应当承担责任，关键要看李某是否存在过错。李某使用木箱，没有搬出浴室，将其放在墙边，尽管有不当之处，对于因热水器缺陷而造成接口处迸裂导致热水喷溅不止而导致的损害，难以预见，因此，并不能认定为过错，故李某没有责任。

题干

5、(2018 模拟题)民法模拟题二

案情：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，业务员按照活动标准履行了充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，字体均较小且不易辨明。

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：

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？

参考答案

A分公司推出活动的意思表示自发布时生效。A分公司将活动内容以宣传栏形式展示系以公告方式作出的意思表示，《民法总则》第139条“以公告方式作出的意思表示，自公告发布时生效。”因此该意思表示自发布时生效。

问题2：

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？

参考答案

参考答案：

意思表示自A分公司知晓时生效。刘某以口头形式申请办理相关业务的意思表示，系以对话方式作出的意思表示。以对话方式作出的意思表示的生效时间，自相对人知道其内容时生效，采取了解主义原则。

问题3：

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？

参考答案

参考答案：



A分公司可以作为本案中民事法律行为的主体。A分公司属于非法人组织，虽不能独立承担民事责任，但可以以自己的名义从事民事活动。

问题4:

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？

参考答案

参考答案：

刘某与A分公司订立的电信服务合同自刘某和A分公司签字或盖章时成立和生效。

成立：电信服务合同系以书面形式订立的合同，自双方当事人签字或者盖章时合同成立。

生效：法律、行政法规没有规定此类合同应当办理批准、登记等手续才能生效，因此该合同在依法成立时即生效。

问题5:

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？

参考答案

参考答案：

刘某与A分公司实施的抽奖行为是财产行为、双方行为、从行为、诺成行为、不要式行为、射幸行为。

财产行为：抽奖行为使刘某与A分公司之间发生财产关系变动的效果；

双方行为：基于双方当事人意思表示一致发生法律效力；

从行为：从属于“充话费”这个主法律行为；

诺成行为：只需意思表示一致，不需交付物；

不要式行为：抽奖行为不需要特定的形式；

射幸行为：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。

问题6:

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？

参考答案

参考答案：

否。

(1) 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。

(2)《服务协议》第四项是免责条款的规定，用于免除或限制其未来合同责任的条款，它和附条件民事行为的条件发生与否影响民事法律行为效力的产生或消灭不同，它的发生与否只是影响A分公司所应承担责任的大小。

问题7:

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？

参考答案

参考答案：

无效。《服务协议》第五项规定话费有效期1年，属于免责条款，提供该条款的一方对格式条款中免除或者限制其责任的内容，在合同订立时应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。提供格式条款一方对已尽合理提示义务及说明义务承担举证责任。而本案中A分公司无有效证据证明其对客户进行了有效的说明和提示，同时条款的字体均较小且不易辨明，不容易引起对方注意，A分公司未履行相应提示义务，该条款无效。

问题8:

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？

参考答案

1 - 参考答案：

能。因为从外观来看，中奖获得电饭锅是一种赠与关系，但商业赠与中，买方必须先购得商品，付出对价，才有获得赠品权利，实际上价款已分摊到成本之中，A分公司应当视为销售者。因产品存在缺陷造成损害的（产品存在缺陷：不合法+不合理危险“设计缺陷、警示缺陷、制造缺陷”；损害或危害是由缺陷产品造成的），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。

2 - 不能。因为A分公司经营通信业务，而不是主营销售电饭锅，A分公司对于电饭锅不构成持续销售行为，不能被视为电饭锅销售者。对于因产品存在缺陷造成损害的，受害人只能要求生产者赔偿，而不能要求A分公司赔偿。

题干

6、(2009 真题)案情：2005年1月1日，甲与乙口头约定，甲承租乙的一套别墅，租期为五年，租金一次付清，交付租金后即可入住。洽谈时，乙告诉甲屋顶有漏水现象。为了尽快与女友丙结婚共同生活，甲对此未置可否，付清租金后与丙入住并办理了结婚登记。



入住后不久别墅屋顶果然漏水，甲要求乙进行维修，乙认为在订立合同时已对漏水问题提前作了告知，甲当时并无异议，仍同意承租，故现在乙不应承担维修义务。于是，甲自购了一批瓦片，找到朋友开的丁装修公司免费维修。丁公司派工人更换了漏水的旧瓦片，同时按照甲的意思对别墅进行了较大装修。更换瓦片大约花了10天时间，装修则用了一个月，乙不知情。更换瓦片时，一名工人不慎摔伤，花去医药费数千元，丁公司并未给该员工参保。2005年6月，由于新换瓦片质量问题，别墅屋顶出现大面积漏水，造成甲一万余元财产损失。

2006年4月，甲遇车祸去世，丙回娘家居住。半年后丙返回别墅，发现戊已占用别墅。原来，2004年12月甲曾向戊借款10万元，并亲笔写了借条，借条中承诺在不能还款时该别墅由戊使用。在戊向乙出示了甲的亲笔承诺后，乙同意戊使用该别墅，将房屋的备用钥匙交付于戊。

问题1:

1. 甲乙之间租赁合同的期限如何确定?理由是什么?如乙欲解除与甲的租赁合同，应如何行使权利?

参考答案

司法部答案：

不定期租赁。租赁期限六个月以上，当事人未采取书面形式的，视为不定期租赁。

乙可以随时解除合同，但应当在合理期限前通知承租人。

问题2:

2. 别墅维修及费用负担问题应如何处理?理由是什么?

参考答案

司法部答案：

甲有权要求乙在合理期限内维修。乙未履行维修义务，甲可以自行维修，维修费用由乙负担。

甲的维修属于无因管理人的行为，由乙承担其支出的必要费用。瓦片质量问题不影响乙对该项义务的承担。

因维修影响了甲的使用，应当相应减少租金或延长租期。但装修期间不在延长租期的范围。

问题3:

3. 甲丁之间存有什么法律关系?其内容和适用规则如何?摔伤工人的医药费用、损失应如何处理?理由是什么?

参考答案



司法部答案：

(1) 甲丁之间属于无名合同，法律尚未确定一定名称与规则，应适用《合同法》总则的相关规定，并可参照《合同法》分则或其他法律最相类似的规定，例如，费用承担问题适用赠与合同的规则，完成工作问题适用承揽合同规则。

(2) 应由丁承担。因为职工所在用人单位未依法缴纳工伤保险费，发生工伤事故的，由用人单位支付工伤保险待遇。

问题4:

4. 别墅装修问题应如何处理?理由是什么?

参考答案

司法部答案：

乙可以要求甲恢复原状或赔偿损失。

理由是承租人未经出租人同意，对租赁物进行改装或增设他物的，出租人可以要求承租人恢复原状或赔偿损失。

问题5:

5. 甲是否有权请求乙赔偿因2005年6月屋顶漏水所受损失?理由是什么?

参考答案

司法部答案：

无权

造成第二次漏水是甲自身的原因，乙无过错，因此损失应由甲自行承担。

问题6:

6. 丙可否行使对别墅的承租使用权?理由是什么?

参考答案

司法部答案：

丙有权对乙主张自己基于原租赁合同对该别墅的承租使用权。

因为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。

问题7:

7. 丙应如何向戊主张自己的权利?理由是什么?

参考答案

司法部答案：



丙有权请求戊返还原物。

因为丙根据《合同法》的规定是合法占有人，有权请求侵占人返还原物。

题干

7、(2010 真题)案情：甲公司委派业务员张某去乙公司采购大蒜，张某持盖章空白合同书以及采购大蒜授权委托书前往。

甲、乙公司于2010年3月1日签订大蒜买卖合同，约定由乙公司代办托运，货交承运人丙公司后即视为完成交付。大蒜总价款为100万元，货交丙公司后甲公司付50万元货款，货到甲公司后再付清余款50万元。双方还约定，甲公司向乙公司交付的50万元货款中包含定金20万元，如任何一方违约，需向守约方赔付违约金30万元。

张某发现乙公司尚有部分绿豆要出售，认为时值绿豆销售旺季，遂于2010年3月1日擅自决定与乙公司再签订一份绿豆买卖合同，总价款为100万元，仍由乙公司代办托运，货交丙公司后即视为完成交付。其他条款与大蒜买卖合同的约定相同。

2010年4月1日，乙公司按照约定将大蒜和绿豆交给丙公司，甲公司将50万元大蒜货款和50万元绿豆货款汇付给乙公司。按照托运合同，丙公司应在十天内将大蒜和绿豆运至甲公司。

2010年4月5日，甲、丁公司签订以120万元价格转卖大蒜的合同。4月7日因大蒜价格大涨，甲公司又以150万元价格将大蒜卖给戊公司，并指示丙公司将大蒜运交戊公司。4月8日，丙公司运送大蒜过程中，因山洪爆发大蒜全部毁损。戊公司因未收到货物拒不付款，甲公司因未收到戊公司货款拒绝支付乙公司大蒜尾款50万元。

后绿豆行情暴涨，丙公司以自己名义按130万元价格将绿豆转卖给不知情的己公司，并迅即交付，但尚未收取货款。甲公司得知后，拒绝追认丙公司行为，要求己公司返还绿豆。

问题1:

1. 大蒜运至丙公司时，所有权归谁？为什么？

参考答案

司法部答案：

甲公司。

因为大蒜是动产，除合同有特别约定（法律另有规定）外，以交付作为其所有权转移的标志。甲公司和乙公司约定，大蒜交给丙公司时视为完成交付，故此时甲公司是所有权人。

问题2:

2. 甲公司与丁、戊公司签定的转卖大蒜的合同的效力如何？为什么？



参考答案

司法部答案：

(1) 有效

(2) 大蒜在交付之前，甲公司仍有所有权，享有处分权，出卖人就同一标的物订立的多重买卖合同，合同的效力相互之间是不排斥的。

问题3:

3. 大蒜在运往戊公司途中毁损的风险由谁承担？为什么？

参考答案

司法部答案：

戊公司承担。

在途货物的买卖，自买卖合同签订之日起，标的物意外毁损灭失的风险由买方承担。故大蒜毁损灭失的风险由买方戊公司承担。

问题4:

4. 甲公司能否以未收到戊公司的大蒜货款为由，拒绝向乙公司支付尾款？为什么？

参考答案

司法部答案：

不能

因为合同具有相对性，甲乙公司是大蒜购销合同的当事人，甲公司不能因为第三人戊公司的原因拒付尾款。

问题5:

5. 乙公司未收到甲公司的大蒜尾款，可否同时要求甲公司承担定金责任和违约金责任？为什么？

参考答案

司法部答案：

不能

因为甲公司和乙公司大蒜购销合同中既约定定金又约定违约金，乙公司只能选择适用违约金或者定金。

问题6:

6. 甲公司与乙公司签订的绿豆买卖合同效力如何？为什么？



参考答案

司法部答案：

有效

因为甲公司通过向乙公司支付50万元绿豆货款的行为，表示其已对张某无权代理行为进行了追认。

问题7:

7. 丙公司将绿豆转卖给己公司的行为法律效力如何？为什么？

参考答案

司法部答案：

有效

丙公司的转卖行为属无权处分，无权处分订立的买卖合同有效。

问题8:

8. 甲公司是否有权要求己公司返还绿豆？为什么？

参考答案

司法部答案：

无权

由于己公司并不知情的，并已经约定价格完成交付，虽没有实际交付货款，但是不影响善意取得的效力，因此己公司已经取得绿豆的所有权，甲公司无权要求返还。

题干

8、(2012 真题)案情：信用卡在现代社会的运用越来越广泛。设甲为信用卡的持卡人，乙为发出信用卡的银行，丙为接受银行信用卡消费的百货公司。甲可以凭信用卡到丙处持卡消费，但应于下个月的15日前将其消费的款项支付给乙；丙应当接受甲的持卡消费，并于每月的20日请求乙支付甲消费的款项，丙不得请求甲支付其消费的款项。

2012年3月，甲消费了5万元，无力向乙还款。甲与乙达成协议，约定3个月内还款，甲将其1间铺面房抵押给乙，并作了抵押登记。应乙的要求，甲为抵押的铺面房向丁保险公司投了火灾险，并将其对保险公司的保险赔偿请求权转让给了己。

2012年4月，甲与张某签订借款意向书，约定甲以铺面房再作抵押向张某借款5万元，用于向乙还款。后因甲未办理抵押登记，张某拒绝提供借款。

2012年7月，因甲与邻居戊有矛盾，戊放火烧毁了甲的铺面房。在保险公司理赔期间，己的



债权人庚向法院申请冻结了保险赔偿请求权。

问题1:

1. 2012年3月之前，甲与乙之间存在什么法律关系？乙与丙之间存在什么法律关系？甲与丙之间存在什么法律关系？

参考答案

司法部答案：

- (1) 甲持卡在丙处消费，由乙向丙付款，这是一种无名合同关系，参照委托合同的规定处理。甲应依其消费金额向乙还款，甲乙之间还形成借款合同法律关系（或形成还款关系）。
- (2) 丙负有接受符合条件的持卡人的消费，即丙受乙的委托向第三人（消费者）为给付，有与第三人订立合同的义务，这是一种类似于委托的关系（或无名合同关系）。乙在丙完成对第三人的给付之后，丙有要求乙付款的权利，乙和丙形成还款关系。
- (3) 甲与丙之间构成买卖合同关系。

问题2:

2. 丙有权请求乙支付甲消费的款项但不得请求甲支付其消费的款项，其法律含义是什么？乙可否以甲不支付其消费的款项为理由，拒绝向丙付款？为什么？

参考答案

司法部答案：

- (1) 甲在丙处的消费的付款义务，由乙独立承担。这是就将来可确定的债务，甲与乙订立债务承担协议。而且是经债权人同意的免责的债务承担，即免责的由乙承担，丙不得向甲主张权利。
- (2) 乙不可以甲不付款为理由拒绝向丙付款。因为甲与乙、乙与丙之间的债的关系是独立的，而且债务承担具有无因性。

问题3:

3. 如甲不向乙支付其消费的款项，乙可以主张什么权利？如乙不向丙支付甲消费的款项，丙可以主张什么权利？

参考答案

司法部答案：

- (1) 因为甲乙之间既存在类似于委托的法律关系，还存在借款法律关系。如果甲不向乙银行支付其在丙百货公司消费的款项，则乙银行有权依据其与甲之间的还款关系要求甲承担违约责任。
- (2) 因为乙丙之间既存在类似于委托的法律关系，还存在还款法律关系。如果乙银行不向丙百货公司支付甲所消费的款项，则丙百货公司可以依据其与乙银行之间的还款关系，要求乙银行承担



违约责任。

问题4:

4. 如丙拒绝接受甲持卡消费，应由谁主张权利?可以主张什么权利?为什么?

参考答案

司法部答案：

应当由乙主张权利。因为乙丙之间存在类似委托的法律关系，即丙受乙所托，须接受甲的持卡消费。如果如丙拒绝接受甲持卡消费，则丙违反了其对乙负担的与第三人（甲）订立合同的义务，而非违反其对甲负担的义务。简言之，甲不是丙所违反义务的当事人。故应由乙银行依据其与丙百货公司之间类似于委托的法律关系，向丙百货公司主张违约责任。

问题5:

5. 张某拒绝向甲提供借款是否构成违约?为什么?

参考答案

司法部答案：

张某不构成违约。

因为自然人之间的借款合同，自贷款人提供借款时生效。张某未向甲提供借款，借款合同未生效。

问题6:

6. 甲的抵押铺面房被烧毁之后，届期无力还款，乙可以主张什么权利?

参考答案

司法部答案：

（1）乙可以就甲对丁的保险赔偿金和甲对戊的损害赔偿金主张优先受偿权（或乙可以行使甲对丁的保险赔偿请求权、甲对戊的损害赔偿请求权）。（2）乙可以对戊行使基于抵押权的损害赔偿请求权。

问题7:

7. 甲将保险赔偿请求权转让给己，己的债权人庚向法院申请冻结该保险赔偿请求权，对己的抵押权有什么影响?为什么?

参考答案

司法部答案：

没有影响。



因为在甲的铺面房设定抵押后，甲将保险赔偿请求权转让给己，基于抵押权的物权效力（或追及效力，或优先效力），不影响抵押权的效力。己的债权人庚向法院申请冻结该保险赔偿请求权，基于抵押权的优先性，不影响抵押权的效力。

题干

9、(2014 真题)案情案情：2月5日，甲与乙订立一份房屋买卖合同，约定乙购买甲的房屋一套（以下称01号房），价格80万元。并约定，合同签订后一周内乙先付20万元，交付房屋后付30万元，办理过户登记后付30万元。

2月8日，丙得知甲欲将该房屋出卖，表示愿意购买。甲告其已与乙签订合同的事实，丙说愿出90万元。于是，甲与丙签订了房屋买卖合同，约定合同签订后3日内丙付清全部房款，同时办理过户登记。2月11日，丙付清了全部房款，并办理了过户登记。

2月12日，当乙支付第一笔房款时，甲说：房屋已卖掉，但同小区还有一套房屋（以下称02号房），可作价100万元出卖。乙看后当即表示同意，但提出只能首付20万元，其余80万元向银行申请贷款。甲、乙在原合同文本上将房屋相关信息、价款和付款方式作了修改，其余条款未修改。

乙支付首付20万元后，恰逢国家出台房地产贷款调控政策，乙不再具备贷款资格。故乙表示仍然要买01号房，要求甲按合同履行。甲表示01号房无法交付，并表示第二份合同已经生效，如乙不履行将要承担违约责任。乙认为甲违约在先。3月中旬，乙诉请法院确认甲丙之间的房屋买卖合同无效，甲应履行2月5日双方签订的合同，交付01号房，并承担迟延交付的违约责任。甲则要求乙继续履行购买02号房的义务。

3月20日，丙聘请不具备装修资质的A公司装修01号房。装修期间，A公司装修工张某因操作失误将水管砸坏，漏水导致邻居丁的家具等物件损坏，损失约5000元。

5月20日，丙花3000元从商场购买B公司生产的热水器，B公司派员工李某上门安装。5月30日，李某从B公司离职，但经常到B公司派驻丙所住小区的维修处门前承揽维修业务。7月24日，丙因热水器故障到该维修处要求B公司维修，碰到李某。丙对李某说：热水器是你装的，出了问题你得去修。维修处负责人因人手不够，便对李某说：那你就去帮忙修一下吧。李某便随丙去维修。李某维修过程中操作失误致热水器毁损。

问题1:

1. 01号房屋的物权归属应当如何确定？为什么？

参考答案

参考答案：



丙是房屋所有权人。甲、丙基于合法有效的买卖合同于2月11日办理了过户登记手续，即完成了不动产物权的公示行为。不动产物权发生变动，即由原所有权人甲变更为丙。

问题2:

2. 甲、丙之间的房屋买卖合同效力如何？考察甲、丙之间合同效力时应当考虑本案中的哪些因素？

参考答案

参考答案：

甲、丙之间于2月8日形成的房屋买卖合同，该合同为有效合同。尽管甲已就该房与乙签订了合同，但甲丙的行为不属于违背公序良俗的行为，也不违反法律、行政法规的强制性规定，不存在无效的因素。丙的行为仅为单纯的知情，甲、丙之间的合同不属于恶意串通行为，因其不以损害乙的权利为目的。

问题3:

3. 2月12日，甲、乙之间对原合同修改的行为的效力应当如何认定？为什么？

参考答案

参考答案：

2月12日，甲、乙之间修改合同的行为，该行为有效，其性质属于双方变更合同。双方受变更后的合同的约束。

问题4:

4. 乙的诉讼请求是否应当得到支持？为什么？

参考答案

参考答案：

乙与甲通过协商变更了合同，且甲、丙之间的合同有效且已经办理了物权变动的手续，故乙关于确认甲、丙之间合同无效、由甲交付01号房的请求不能得到支持。但是，因甲一物数卖，致使迟延履行，乙可以请求甲承担违约责任，乙同意变更合同不等于放弃追索甲在01号房屋买卖合同项下的违约责任。

问题5:

5. 针对甲要求乙履行购买02号房的义务，乙可主张什么权利？为什么？

参考答案

参考答案：



乙可请求解除合同，甲应将收受的购房款本金及其利息返还给乙。因政策限购属于当事人无法预见的情形，且合同出现了履行不能的情形（情势变更），乙有权解除合同，且无须承担责任。

问题6:

6. 邻居丁所遭受的损失应当由谁赔偿？为什么？

参考答案

参考答案：

应当由丙和A公司承担。张某是A公司工作人员，其执行职务的行为，由用人单位A公司承担无过错的替代责任。

丙聘请没有装修资质的A公司进屋装修，具有过错，也应对丁的损失承担赔偿责任。

问题7:

7. 丙热水器的毁损，应由谁承担赔偿责任？为什么？

参考答案

1 - 参考答案：

B公司承担。李某维修行为，构成表见代理，其行为后果由B公司承担（合同上的赔偿责任）。

2 - 李某虽然离职，但经维修处负责人指派，仍为执行工作任务，应由B公司承担（侵权责任）

题干

10、(2011 真题)案情：甲公司从某银行贷款1200万元，以自有房产设定抵押，并办理了抵押登记。经书面协议，乙公司以其价值200万元的现有的以及将有的生产设备、原材料、半成品、产品为甲公司的贷款设定抵押，没有办理抵押登记。后甲公司届期无力清偿贷款，某银行欲行使抵押权。法院拟拍卖甲公司的房产。甲公司为了留住房产，与丙公司达成备忘录，约定：“由丙公司参与竞买，价款由甲公司支付，房产产权归甲公司。”丙公司依法参加竞买，以1000万元竞买成功。甲公司将从子公司筹得的1000万元交给丙公司，丙公司将这1000万元交给了法院。法院依据竞拍结果制作民事裁定书，甲公司据此将房产过户给丙公司。

法院裁定书下达次日，甲公司、丙公司与丁公司签约：“甲公司把房产出卖给丁公司，丁公司向甲公司支付1400万元。合同签订后10日内，丁公司应先付给甲公司400万元，尾款待房产过户到丁公司名下之后支付。甲公司如果在合同签订之日起半年之内不能将房产过户到丁公司名下，则丁公司有权解除合同，并请求甲公司支付违约金700万元，甲公司和丙公司对合同的履行承担连带责任。”



在甲公司、丙公司与丁公司签订房产买卖合同的次日，丙公司与戊公司签订了房产买卖合同。丙公司以1500万元的价格将该房产卖给戊公司，尚未办理过户手续。丁公司见状，拒绝履行支付400万元首付款的义务，并请求甲公司先办理房产过户手续，将房产过户到丁公司名下。甲公司则要求丁公司按约定支付400万元房产购置首付款。鉴于各方僵持不下，半年后，丙公司索性把房产过户给戊公司，并拒绝向丁公司承担连带责任。经查，在甲公司、丙公司和丁公司签订合同后，当地房地产市场价格变化不大。

问题1:

1. 乙公司以其现有的及将有的生产设备等动产为甲公司的贷款设立的抵押是否成立?为什么?

参考答案

司法部答案：

成立。因为根据《物权法》规定，经当事人书面协议，乙公司可以现有的以及将有的生产设备、原材料、半成品、产品设定抵押，动产抵押无须以登记为设立要件。

问题2:

2. 某银行是否必须先实现甲公司的房产的抵押权，后实现乙公司的现有的及将有的生产设备等动产的抵押权?为什么?

参考答案

司法部答案：

不是。因为甲公司房产抵押与乙公司现有的及将有的生产设备等动产的抵押没有明确约定抵押份额，属于连带抵押。抵押权人（即银行）可以选择就任一财产实现抵押权。

问题3:

3. 甲公司与丙公司达成的备忘录效力如何?为什么?

参考答案

司法部答案：

具有法律效力。因为在法院依据竞买结果制作裁决书后，甲公司将房产过户给了丙公司，丙公司是房产所有人。根据物权法定原则，当事人对房产权属作的特别约定，不具有物权效力。但是该备忘录没有违背法律的强制性规定，具有债权效力，丙公司对甲公司负有合同义务，即依约履行将房产过户给甲公司的义务。

问题4:

4. 丙公司与戊公司签订房产买卖合同效力如何?为什么?



参考答案

司法部答案：

有效。因为丙公司是房产所有权人，有权对房产进行处分，且就同一房产签订多份买卖合同。根据物权区分原则，合同效力既不会仅因为房产没有过户而受影响，也不会仅因为是一物多卖而受影响。

问题5：

5. 丁公司是否有权拒绝履行支付400万元的义务?为什么?

参考答案

司法部答案：

有权。因为丁公司可以行使不安抗辩权。虽然在甲公司、丙公司与丁公司签订的房产买卖合同中约定，丁公司应先交首付，甲公司后办理房产过户。但是，房产产权人丙公司在签约次日就和戊公司签订房产买卖合同。该行为已经明确表明，甲公司有无法履行交房义务的可能。作为先交首付款义务的丁方，有权行使不安抗辩权。

问题6：

6. 丁公司是否有权请求甲公司在自己未支付400万首付款的情况下先办理房产过户手续?为什么?

参考答案

司法部答案：

无权。因为甲公司可以行使先履行抗辩权。甲公司办理房产过户手续的义务在后。丁公司享有不安抗辩权，可以拒绝履行自己的先给付义务，但是不能以不安抗辩权要求甲公司履行在后的义务。

问题7：

7. 丁公司能否解除房产买卖合同?为什么?

参考答案

司法部答案：

能。因为甲公司在合同订立半年内没有履行办理房产过户手续的义务，丁公司行使约定解除权的条件已经成就。

问题8：

8. 丙公司能否以自己不是合同的真正当事人为由拒绝向丁公司承担连带责任?为什么?

参考答案



司法部答案：

不能。因为甲公司、丙公司与丁公司签订房产买卖合同中约定丙公司和甲公司对合同的履行承担连带责任。该约定属于当事人真实意思表示，不违反法律、行政法规的强制性规定和社会公共利益，具有法律约束力。

问题9:

9. 甲公司可否请求法院减少违约金数额?为什么?

参考答案

司法部答案：

可以。因为根据《合同法》和相关司法解释，合同约定的违约金超过造成损失的百分之三十，数额过分高于损失，当事人可以请求法院予以适当减少。

题干

11、(2018 模拟题)民法模拟题一

案情

吕某（男）与张某（女）于2003年1月登记结婚。2009年1月25日，张某生下一女。因吕某与张某皆酷爱诗词歌赋和中国传统文化，夫妇二人决定给女儿起名为“南雁林依”，并以“南雁林依”为名办理了新生儿出生证明和计划生育服务手册新生儿落户备查登记。

2009年2月，吕某前往住所地派出所（以下简称A派出所）为女儿申请办理户口登记，被民警告知拟被登记人员的姓氏应当随父姓或者母姓，即姓“吕”或者“张”，否则不符合办理出生登记条件。但吕某坚持以“南雁林依”为姓名为女儿申请户口登记，A派出所遂依照《婚姻法》第22条之规定，于当日作出拒绝办理户口登记的决定。

女儿出生后，母亲张某在家全职照顾小孩，父亲吕某继续工作。自2009年7月起，吕某经常以工作忙为由不回家居住，张某对吕某的在外交往产生怀疑。经数次争吵，最后协商约定：自约定之日起，如果吕某晚上12时至凌晨7时不回家居住，每1小时支付“空床费”100元给张某。其后，吕某仍然经常夜不归宿，并经常与张某发生争吵。自双方达成上述约定之时起，吕某先后共计向张某出具了“空床费”4000元的欠条。

2010年2月15日，吕某与张某再次发生激烈争吵。在争吵过程中，吕某将张某打伤。张某被送到当地医院（以下简称B医院）治疗，诊断为：轻型颅脑损伤，头皮血肿，左中指皮肤裂伤，鼻骨骨折；需进行鼻骨修复手术。2月18日，在B医院进行的手术过程中，因主刀医师的医疗过失，手术部分失败，张某鼻部留下较明显疤痕。

2010年3月，张某向法院提起离婚诉讼，请求法院将夫妻共同财产全部判决归其所有，并要



求吕某支付医疗费、误工费3630元，婚姻过失赔偿费5万元及精神损失费2万元，“空床费”4000元。

问题1:

1. 吕某与张某给女儿起名为“南雁林依”，是否符合姓名权的法律规定？为什么？

参考答案

不符合姓名权的法律规定。《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。”全人常14年通过解释规定：公民原则上应当随父姓或者母姓。可以在此之外的取的姓氏包括，1.选取其他直系长辈血亲的姓氏，2.扶养人姓氏，3.少数民族依习惯。行使姓名权要求不违反法律和公序良俗。吕某与张某给女儿起名“南雁林依”仅因为二人皆酷爱诗词歌赋和中国传统文化。吕某和张某为其女儿的法定扶养人，女儿的姓氏既非父姓母姓，也非其他直系长辈血亲的姓氏，其名字不符合姓名权的行使要求。

问题2:

2. 吕某向A派出所为女儿申请办理户口登记，其所形成的法律关系是否属于民事法律关系？为什么？

参考答案

不属于民事法律关系。吕某前往A派出所为女儿申请办理户口登记，被告知不符合办理出生登记条件。但吕某坚持以“南雁林依”为姓名为女儿申请户口登记，A派出所依法于当日作出拒绝办理户口登记的决定。A派出所为行政机关，做出的行为为行政行为，吕某为行政相对人，在这一法律关系中，二者不是平等主体，二者之间形成的关系属于行政法律关系。

问题3:

3. 对于A派出所拒绝办理户口登记的决定，如果吕某与张某认为不合法，可以采取何种法律救济手段？为什么？

参考答案

提起行政诉讼或者行政复议。对于A派出所拒绝办理户口登记的决定，如果吕某与张某认为不合法，可采取的法律救济手段为行政复议或者行政诉讼。派出所作出的拒绝办理户口登记的决定，不属于复议前置、复议终局或者选择但终局的情形，因此吕某与张某可自由选择进行行政复议或者行政诉讼，若选择进行行政复议，原则上只能申请一次复议，若对复议结果不满意，可在复议后再提起行政诉讼。

问题4:



4. 吕某与张某“空床费”之约定，是否形成民事法律关系？为什么？

参考答案

本问题有争议，分两种情况讨论：

一：形成民事法律关系。吕某和张某关于“空床费”的约定符合法律对于具有完全效力的合同的规定，属于有效合同，不存在法律规定的合同无效或者可撤销情形，合同双方当事人基于合同形成民事法律关系。

二：不形成民事法律关系。吕某和张某关于“空床费”的约定仅仅是施惠行为（情谊行为），施惠行为特征之一是当事人之间无意设定法律上的权利义务关系。当事人之间不存在引起民事法律关系变动的意思表示，因此不形成民事法律关系。

问题5：

5. 吕某经常夜不归宿的行为，违反了配偶关系中的何种义务？为什么？

参考答案

忠实义务、同居义务。《婚姻法》第四条：夫妻应当互相忠实，互相尊重；家庭成员间应当敬老爱幼，互相帮助，维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系。吕某经常夜不归宿的行为，首先是对配偶间最基本之同居义务的违反：其夜不归宿如果是与他人发生不正当关系，则违反配偶间的忠实义务。

问题6：

6. 吕某打伤张某、医师存在医疗过失致使手术部分失败，最终给张某造成损害，吕某的行为与医师的行为是否构成共同侵权行为？为什么？

参考答案

不构成。共同侵权行为包括共同加害行为，教唆帮助行为以及共同危险行为。共同侵权行为与无意思联络的分别侵权行为共同构成了我国民法上的多数人侵权责任体系，而二者最大的区别就在于侵权行为主体是否存在意思联络。吕某打伤张某、医师存在医疗过失致使手术部分失败，最终给张某造成损害，显然两个侵权行为的主体不存在意思联络，因此不构成共同侵权行为。

题干

12、(2018 模拟题)模拟题三

案情

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，汽车因丁自身原因受损，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:

1. 甲与乙之间的《借款合同》何时生效？为什么？

参考答案

2016年10月24日，该笔借款50万元到达甲的账户时生效。《合同法》第210条规定：“自然人之间的借款合同，自贷款人提供借款时生效。”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9条第2项规定：“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。”据此，借款合同自2016年10月24日，该笔借款50万元到达甲的账户时生效。



问题2:

2. 陈某是否已取得C家用轿车的所有权？为什么？

参考答案

陈某未取得C家用轿车的所有权。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。甲乙之间订立抵押合同，虽未登记但不影响抵押权的效力，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。”因此甲转让C家用轿车属于无权处分行为，根据《物权法》第106条第1款第3项的规定，“转让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”。材料中甲与陈某约定的占有改定交付方式，而在物权的意义脉络中，立法文本所表述的“交付”概念从未涵盖占有改定，作为法律拟制产物的占有改定，其物权变动效果不等同于现实交付，与善意取得之间具有不相容性，占有改定的物权合意只能在传来取得的情形中产生效力，在善意取得的情形中则不生效力。因此陈某无法依靠善意取得获得C家用轿车的所有权。

问题3:

3. 丁的质权是否成立？为什么？

参考答案

丁的质权成立。《物权法》106条第三款规定当事人善意取得其他物权的，参照前面两款善意取得规定。质权也可以适用善意取得。甲丁之间具备设立质权的合意并且交付质物时丁为善意，因为质押合同为单务、无偿合同，不要求具备“以合理价格转让”，本案中，甲与丁之间因此，依据《担保法解释》第84条以及《物权法》第106条有关质权善意取得的规定，丁的质权成立。

问题4:

4. 戊的留置权是否仍存在？为什么？

参考答案

不存在。戊自愿丧失占有，其留置权消灭。《物权法》第240条规定：“留置权人对留置财产丧失占有或留置权人接受债务人另行提供担保的，留置权消灭。”通说认为：丧失占有应当限缩为自愿丧失占有，即留置权人主动放弃占有或抛弃留置物。

问题5:

5. 己是否有权拒绝丙换回A音响设备的请求？为什么？



参考答案

己有权拒绝丙换回A音响设备的请求。根据《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。”留置权的消灭以留置权人的接受为条件。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，而留置权已有权接受或者拒绝债务人丙另行提供担保的请求。

问题6:

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？

参考答案

否。优先受偿权指权利人得就其债权先于债务人的其他债权人之债权受偿的权利。因此优先受偿权的相关利益方是债务人的各个债权人。某县良种站与甲的其他债权人之债权同为没有担保之债权，具有平等性，应按比例受偿。基于合同相对性，该约定不约束甲的其他债权人，债务人与单个债权人达成的优先清偿约定并不对其他债权人发生效力。其他债权人优先就该10万元款项优先受偿也不会发生侵权效果和不当得利效果。故某县良种站不能就该10万元款项优先受偿。

问题7:

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？

参考答案

均成立。乙成立抵押权的原因在于《物权法》第188条以动产抵押的，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。材料中甲乙之间存在有效的抵押合同，因此抵押权成立。丙成立质权的原因在于根据《物权法》第210、212条的规定，甲丙之间存在有效的质押合同，并且甲将A音响设备交付丙占有，因此质权成立。己成立留置权的原因在于己因承揽合同合法占有A音响设备，并且丙未能交付修理费，因此根据《物权法》第230条第1款“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”的规定，己的留置权成立。应由己优先行使留置权。丙的质权与己的留置权之间，己的留置权优先。丙为第二顺位，因乙的抵押权未办理登记，不得对抗第三人。

综上，己优先行使留置权，丙再行使质权，最后由乙行使抵押权，丙是第二顺位。

题干

13、(2018 模拟题)民法模拟题十 案情



2003年8月10日，有购房意向的黄某在A房地产公司（以下简称A公司）售楼部了解情况。A公司工作人员向黄某介绍正在预售的某小区楼房，并向其详细展示了该小区的宣传资料和沙盘图。2003年8月17日，黄某与A公司签订一份《商品房买卖合同》，约定：黄某购买A公司预售的某小区5楼商品房一套，总金额60万元；黄某应于合同订立之日起一周内一次性支付全部价款，A公司应于2004年6月30日之前交付房屋；任何一方迟延履行义务，按每日5‰支付违约金。合同订立后，黄某依约支付了价款。

该小区建成后，A公司于2004年8月16日向黄某发出《入住通知书》。黄某收到通知后，办理了验收房屋及入住手续。同月，黄某给A公司发函反映窗外钢梁一事。经查，该钢梁属该幢楼房外立面的装饰造型，位于5楼与6楼之间，对5楼部分房屋的窗户造成一定程度且永久性遮挡，对窗内视觉感受有明显影响。因与A公司协商未果，黄某于2004年12月诉至法院，请求判令A公司：（1）按照合同约定支付违约金，数额按照实际天数计算；（2）将该钢梁上移55厘米。

经法院查明，该幢房屋在审查批准的施工图纸中设计有该钢梁，但是在A公司为预售房屋而展示的宣传资料和沙盘图上没有该钢梁，黄某与A公司签订的《商品房买卖合同》也未对该钢梁作出约定。另查明，每日5‰的违约金，折合年利率为182.5%，相当于同期银行贷款利率的30倍左右。

在诉讼中，黄某表示其在收房时已在《业主入住验收单》（以下简称《验收单》）上对钢梁一事明确提出书面异议，该《验收单》由A公司保存。在审理过程中，经法院要求，A公司拒不交出有黄某签名的《验收单》。为支持自己的诉讼请求，黄某提交了由有资质证书的某设计公司出具的一份报告。报告主要内容为：为不影响涉诉房屋5楼住户的采光，该钢梁的底部横梁以从现位置上移55厘米重新焊接为宜。A公司答辩称，该钢梁的安装已经过政府有关部门批准且符合施工图纸要求，A公司不应对此承担责任。

问题1:

1. A公司在售楼部展示的宣传资料和沙盘图是否可构成合同内容？为什么？

参考答案

可以构成合同内容。因为A公司在售楼部展示的宣传资料和沙盘图属于商品房的销售广告和宣传资料，其关于该房屋外并没有安装钢梁的说明对黄某是否订立该房屋买卖合同有重大影响，即使未载入商品房买卖合同，也应当视为合同内容。

问题2:

2. A公司存在哪些违约行为？为什么？

参考答案



A公司存在两个违约行为。其一，A公司未按照合同约定时间交付房屋，对黄某构成迟延履行违约行为；其二，A公司虽然向黄某交付了房屋，但该交付质量不符合合同约定，对黄某构成不当履行的违约行为。

问题3:

3. 对于黄某的诉讼请求（1）“按照合同约定支付违约金”，A公司有无相应的权利？为什么？

参考答案

有相应的权利。因为每日千分之五的违约金，折合年利率为182.5%，相当于同期银行贷款利率的30倍，故A公司与黄某关于违约金的约定属于过分高于违约损失的违约金，可以请求法院对违约金数额适当减少。

问题4:

4. 黄某的诉讼请求1和诉讼请求2能否同时主张？为什么？

参考答案

可以同时主张。因为黄某的诉讼请求1为请求支付迟延履行违约金，与其他违约责任可以并存，且诉讼请求2也已由有资质证书的设计公司出具报告证明在技术上可行，说明诉讼请求2具有实现的可能性，因此，黄某可以同时要求A公司承担采取补救措施的违约责任。

问题5:

5. 对于黄某的诉讼请求2“将该钢梁上移55厘米”，应否支持？为什么？

参考答案

应当支持。黄某关于将该钢梁上移55厘米的诉讼请求属于要求A公司对其违约行为采取补救措施，其该诉讼请求已经证明是合理且可行的。

问题6:

6. 在审理过程中，A公司拒不交出《验收单》，法院能否以此认定黄某表示其在收房时已在《验收单》上对钢梁一事提出书面异议？为什么？

参考答案

可以。因为A公司经法院要求提供《验收单》，其无正当理由拒不提供，且黄某关于该《验收单》内容的主张不利于A公司，所以法院可以据此认定黄某的主张成立。

题干



14、(2018 模拟题)民法模拟题十三 案情

2016年7月18日，王某与周某签订《抵押借款协议》一份，约定：王某急需现金向周某借款500万元，月利息3%，月服务费3%，起止时间为2016年7月18日到2017年7月17日；王某如到期不能全额归还借款本金及利息、服务费，借款人王某所有的价值150万元的A栋抵押房产直接归周某所有，王某必须无条件地配合周某将该抵押物过户；若无法办理过户手续，则周某有权将该房屋拍卖或变卖。

随后，王某和周某共同办理了A栋房产抵押登记手续。

同日，柏某在《抵押借款协议》中特别承诺：借款人王某因资金周转困难向周某借款，我自愿为借款人王某贷款做担保人，自愿承担保证责任，保证期限为借款人取得借款之日起至借款人还清贷款本息之日止。借款人若到期不能偿还贷款本息，由我归还全部贷款和本息，也可以处置本人家庭财产用于还贷，因此造成的一切损失和费用支出，均由我承担。

同日，《抵押借款协议》中约定：吴某自愿将其所有的价值200万元的B栋房产抵押给周某，并办理了抵押登记手续。

王某、周某、吴某和甲市第一公办幼儿园均在该《抵押借款协议》签字或盖章。

2016年7月25日，甲市第一公办幼儿园出具《担保人担保承诺书》一份，声明：如王某不能按时间给周某还款及支付利息，该幼儿园自愿双倍偿还周某本金、利息及违约金。

2017年7月17日，借款届满后，王某未归还贷款本息。在协商过程中，王某同意按照约定利息和服务费结算借款本金及全部费用，而周某同意不再向王某主张A栋房产的抵押权，直接要求吴某承担抵押担保责任，要求柏某和甲市第一公办幼儿园承担保证担保责任。

吴某回函称：周某与王某约定的利息和服务费过高，且周某应当找王某承担抵押担保责任。

柏某回函称：周某应首先找王某承担责任，王某无力承担时自己才承担责任。

甲市第一公办幼儿园回函称：自己没有偿债能力，不能作为保证人，因此，不应当承担任何责任。

2017年7月25日，周某向自己户籍所在地的周家庄人民法院起诉柏某要求其承担保证责任。

问题1:

1. 王某与周某《抵押借款协议》中的约定，即“王某如到期不能全额归还借款本金及利息、服务费，借款人王某所有A栋抵押房产直接归周某所有”是否有效？为什么？

参考答案

该约定无效。理由如下：《物权法》第186条规定：“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。”《担保法》第40条规定：“订立抵押合同时，抵押权人和抵押人在合同中不得约定在债务履行期届满抵押权人未受清偿时，抵押物的所有权转移为债权人所有。”本案中，王某与周某《抵押借款协议》中的约定，即“王某如



到期不能全额归还借款本金及利息、服务费，借款人王某所有A栋抵押房产直接归周某所有”属于订立流质契约，所以依据法律规定，王某与周某在《抵押借款协议》中的该约定无效。

问题2:

2. 甲市第一公办幼儿园向周某出具《担保人担保承诺书》的行为是否成立保证法律关系？为什么？

参考答案

是，成立保证法律关系。理由如下：《担保法解释》第22条第1款规定：“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，保证合同成立”。本案中，甲市第一公办幼儿园向周某出具《担保人担保承诺书》的行为属于第三人单方以书面形式向债权人出具担保书的单方法律行为，在债权人周某接受且未提出异议的情形下，保证合同成立。

问题3:

3. 吴某的回函理由中所称“周某与王某约定的利息和服务费过高”是否成立？为什么？

参考答案

该理由成立。理由如下：《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。”《民间借贷解释》第26条第1款规定：“借贷双方约定的利率未超过年利率24%的，出借人请求借款人按照约定的利率支付利息的，人民法院应予支持。”本案中，周某与王某在借款合同中约定，“借款500万元，月利息3%，月服务费3%”，显然年利率超过24%，违反了国家有关限制借款利率的规定，依据法律规定该利率应依法调整为月利率2%。所以，吴某的回函理由中所称“周某与王某约定的利息和服务费过高”，该理由成立。

问题4:

4. 吴某的回函理由中所称“周某应当找王某承担抵押担保责任”是否成立？为什么？

参考答案

吴某的回函理由成立。理由如下：《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。”本案中，债权人周某与债务人王某、第三人吴某、柏某并未约定实现债权的顺序，且债务人王某以自己的房产作为抵押物，依据法律规定债权人应当先就债务人自己提供的担保物实现债权，所以债权人周某应先



以债务人王某所提供的担保物A栋房产实现债权，剩余债权不能清偿部分再要求第三人吴某、柏某承担担保责任。所以，吴某的回函理由成立，周某应当先找王某承担抵押担保责任。

问题5:

5. 柏某的回函理由是否成立？为什么？

参考答案

柏某的回函理由成立。理由如下：《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，对债权人可以拒绝承担保证责任。有下列情形之一的，保证人不得行使前款规定的权利：（一）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的；（二）人民法院受理债务人破产案件，中止执行程序的；（三）保证人以书面形式放弃前款规定的权利的。”本案中，柏某以保证人的身份在《抵押借款协议》中特别承诺，“借款人若到期不能偿还贷款本息，由我归还全部贷款和本息”，在债权人无异议的情形下表明其约定的保证方式为一般保证，保证人柏某承担补充赔偿责任，享有先诉抗辩权。且本案中并不具有《担保法》第17条第3款所规定的情形，并不妨碍一般保证人柏某行使先诉抗辩权，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，其对债权人周某可以拒绝承担保证责任。所以，柏某的回函理由成立。

问题6:

6. 甲市第一公办幼儿园回函理由是否成立？为什么？

参考答案

甲市第一公办幼儿园的回函理由不成立。理由如下：《担保法解释》第14条规定：“不具有完全代偿能力的法人、其他组织或者自然人，以保证人身份订立保证合同后，又以自己没有代偿能力要求免除保证责任的，人民法院不予支持。”本案中，甲市第一幼儿园作为公益法人是不具有完全代偿能力的法人，但其以保证人身份订立保证合同，依据法律规定仍需承担民事责任，而非不承担责任。

另外，《担保法》第9条规定：“学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体不得为保证人。”《担保法解释》第7条规定：“主合同有效而担保合同无效，债权人无过错的，担保人与债务人对主合同债权人的经济损失，承担连带赔偿责任；债权人、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二分之一。”在甲市第一幼儿园与债权人所形成的保证法律关系中，依据《担保法》第9条的规定，幼儿园作为公益法人不能担任保证人，所以根据《合同法》第52条第5项之规定，该担保合同因违反法律的强制性规定而无效，且本案中，债权人周某对于担保合同的无效并无过错。所以，在主合同有效而担保合同无效，债权人无过错的情形下，应由担保人甲市第一幼儿园与债务人承担连带赔偿责任。本案中，债权人放弃



债务人自己所提供的A栋房产的150万元的担保债权，所以幼儿园仅承担350万元的担保责任，非《担保人担保承诺书》中声明的双倍返还本金及利息。

问题7:

7. 周某是否有权在自己户籍所在地的周家庄人民法院起诉柏某？法院是否应追加王某为共同被告？

参考答案

周某有权在自己户籍所在地的周家庄人民法院起诉柏某。理由如下：《民事诉讼法》第23条规定：“因合同纠纷提起的诉讼，由被告住所地或者合同履行地人民法院管辖”；《民间借贷解释》第3条规定：“借贷双方就合同履行地未约定或者约定不明确，事后未达成补充协议，按照合同有关条款或者交易习惯仍不能确定的，以接受货币一方所在地为合同履行地。”本案中，借贷双方周某、王某并未对合同履行地做出明确规定，且依据合同有关条款或者交易习惯仍不能确定，应以借方周某作为接受货币一方，其户籍所在地为合同履行地，同时依据《民事诉讼法》的规定，因抵押借款合同引起的纠纷，可由合同履行地，即本案中周某户籍所在地人民法院管辖。所以，周某有权在自己户籍所在地的周家庄人民法院起诉柏某。

法院应当追加王某为共同被告。理由如下：《民间借贷解释》第4条第1款规定：“保证人为借款人提供一般保证，出借人仅起诉保证人的，人民法院应当追加借款人为共同被告；出借人仅起诉借款人的，人民法院可以不追加保证人为共同被告。”本案中，柏某为一般保证人，所以依据法律规定，周某起诉一般保证人柏某时，人民法院应当追加借款人王某作为共同被告。

题干

15、(2018 模拟题)民法模拟题十二 案情

2014年10月18日，郑某在某汽车品牌店购买豪华汽车一辆，双方签署《买卖合同》，汽车价格为440万元，首期付款220万元，约定年利率为12%，余款则通过按揭贷款方式由某行王县支行支付，以汽车办理两年期抵押贷款，郑某与某行王县支行另行签署了《汽车抵押贷款合同》，办理了抵押登记，并由康达公司在《贷款合同》“担保人”一栏签字盖章。

2014年10月19日，利达公司与某行王县支行签署《保证合同》，利达公司愿意对郑某的借款承担一般保证责任，《保证合同》第十四条约定：“本合同由甲乙双方法定代表人或法定代表人授权的代理人签字并加盖公章后生效。”但该《保证合同》仅由利达公司法定代表人陆某私下签字，并未加盖公司公章。在知道担保情况下，利达公司事后并不认可。

2014年10月20日，顺达公司单方向某行王县支行出具了一份《贷款担保承诺函》，注明“郑某在贵行申请汽车按揭贷款，我公司愿意为其提供担保，当郑某丧失偿债能力不能按期还款耐，则由我公司负责还款”。



2015年11月20日，郑某与某行王县支行协商对贷款年利率进行了调整，降低为10%。

2017年3月18日，某行王县支行对主债务人郑某提起诉讼并胜诉，但郑某欠债较多，除了某豪华汽车以外并无可供执行的财产。

2017年4月18日，某行王县支行又对顺达公司和康达公司提起诉讼，要求其承担起诉郑某后胜诉判决书所确定的本金和利息承担保证责任。

顺达公司抗辩理由一：2015年11月20日，郑某与某行王县支行对贷款利率进行了调整，但并未经过本公司同意。

顺达公司抗辩理由二：我公司单方向某行王县支行出具了《贷款担保承诺函》，并不是双方合意的结果，且已经过了保证期间。

康达公司抗辩理由一：某行王县支行应首先将郑某的某豪华汽车进行拍卖或变卖，不足部分才能要求本公司承担责任。

康达公司抗辩理由二：某行王县支行要求本公司承担保证责任，但已过了保证期间，本公司依法不应当承担保证责任。

问题1:

1. 康达公司是否为郑某与某行王县支行之间债务的保证人？为什么？

参考答案

康达公司是郑某与某行王县支行之间债务的保证人。理由：《担保法解释》第22条第2款规定，“主合同中虽然没有保证条款，但是，保证人在主合同上以保证人的身份签字或者盖章的，保证合同成立”，本案中，康达公司在“担保人”一栏签章，保证合同成立，康达公司为保证人。

问题2:

2. 利达公司是否为郑某与某行王县支行之间债务的保证人？为什么？

参考答案

利达公司不是郑某与某行王县支行之间债务的保证人。理由：双方在《保证合同》第十四条约定：“本合同由甲乙双方法定代表人或法定代表人授权的代理人签字并加盖公章后生效。”由此可见，《保证合同》为附生效条件的合同，只有签字与加盖公章的条件同时具备，合同才能生效。因《保证合同》上仅有法定代表人陆某的签字，而无利达公司的真实公章，利达公司亦不存在先签订合同，而后又拒绝加盖公章、恶意阻却合同生效的情形，故此《保证合同》约定的生效条件并未成就。现利达公司对《保证合同》不予认可，《保证合同》确定地不能发生法律效力，利达公司无需承担保证责任。



问题3:

3. 顺达公司抗辩理由一能否成立？为什么？

参考答案

顺达公司的抗辩理由一不成立。理由：《担保法解释》第30条第1款规定，“保证期间，债权人与债务人对主合同数量、价款、币种、利率等内容作了变动，未经保证人同意的，如果减轻债务人的债务的，保证人仍应当对变更后的合同承担保证责任”。本案中，年利率的下调是减轻了债务人的债务，无需经过保证人同意，保证人仍应承担保证责任。

问题4:

4. 顺达公司抗辩理由二能否成立？为什么？

参考答案

顺达公司的抗辩理由二不成立。理由：第一，《担保法解释》第22条第1款规定，“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，保证合同成立”。本案中，顺达公司出具《贷款担保承诺函》，某行王县支行未提出异议，保证合同成立。第二，由顺达公司在《承诺函》中注明债务人不能还款时承担保证责任可知，其提供的担保仅为一般保证，该保证未约定保证期间，保证期间为主债务履行期届满之日起6个月，即2016年10月19日至2017年4月19日。同时，因债权人在保证期间内已对债务人提起诉讼，故其保证期间适用诉讼时效中断的规定。某行王县支行主张保证人顺达公司应承担保证责任，并未超出保证期间，应从法院作出关于主债权的判决生效时开始计算。

问题5:

5. 康达公司抗辩理由一能否成立？为什么？

参考答案

康达公司的抗辩理由一成立。理由：《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……” 本案中，既存在债务人自己的汽车抵押担保，又存在保证人保证，债权人应先就汽车抵押进行拍卖、变卖，不足部分由保证人承担。

问题6:

6. 康达公司抗辩理由二能否成立？为什么？

参考答案



康达公司的抗辩理由二不成立。理由：第一，依据《担保法》第19条的规定，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。所以康达公司承担的是连带责任保证。第二，根据《担保法》第26条规定，“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六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”。本案中，保证期间为2016年10月19日至2017年4月19日，某行王县支行要求康达公司承担保证责任并未超过保证期间。

问题7:

7. 如果法院最终认定康达公司和顺达公司均应承担连带保证责任，那么，一方承担保证责任后能否向另外一方追偿？为什么？

参考答案

如果法院最终认定康达公司和顺达公司均应承担连带保证责任，那么，一方承担保证责任后可以向另外一方追偿。理由：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条第1款规定，“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。”第20条第2款规定，“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。”本案中，康达公司和顺达公司为连带共同保证，债权人可以向任何一方主张责任，一方承担保证责任后可以向另一方追偿。

题干

16、(2018 模拟题)民法模拟题六 案情

2017年6月1日，蜂多来蜜蜂养殖公司与赵甲、赵乙、赵丙兄弟三人分别签订蜜蜂收购合同，约定赵甲、赵乙、赵丙分别将50箱蜜蜂出售于该养殖公司，且三人均应于6月10日之前将蜜蜂交付至H地，养殖公司将派遣员工钱某在H地接收货物。后三人与孙某签订运输合同，约定由孙某将150箱蜜蜂运送至H地，由于孙某当日有其他事情急待处理，而无法亲自驾车运送至约定交付地点，故孙某雇李某作为驾驶员。6月8日早晨，孙某、李某二人驾车至蜜蜂装运地，在装运蜜蜂过程中，坐在后座的孙某见主驾驶座旁车窗未被完全关闭，于是提醒李某关闭车窗，李某未理睬，孙某也没有关闭车窗。在装运过程中，因蜂箱未被密封，致使几只蜜蜂飞出将车中的李某蜇伤，李某顿感身体不适，被立即送往医院抢救治疗，由于李某具有过敏性体质，半个月之后，李某身亡，后无法查明蜇伤的蜜蜂属于何人所有，但赵丙所装运的50箱蜜蜂始终处于封闭状态。

6月9日，孙某亲自将装运的蜜蜂运送至H地交付于钱某，之后由钱某驾车将蜜蜂运送至蜜蜂



养殖公司所在地，途中，钱某绕道回家探望生病的妻子，在正常驾驶过程中，迎面驶来一辆高速逆向行驶的汽车，该车司机周某系醉酒驾驶，为避免两车相撞，钱某急打方向盘，导致多名行人死于车祸中。

赵丙于8月1日路过某小区时，三单元住房中一玻璃杯被抛掷到楼下，掉落砸伤赵丙，但无法查明何户抛掷该玻璃杯，随后，赵丙以三单元所有住户为被告向法院提起诉讼，并以《侵权责任法》第10条为依据，请求所有被告承担连带赔偿责任。诉讼过程中，一楼住户吴某认为，玻璃杯不可能从一楼掉落将赵丙砸伤。此外，案发时三楼住户郑某一家在国外旅游，家中无人居住，房屋呈全封闭状态。

郑某乘坐康泰旅行社安排的旅游大巴，行至中途时，因一辆客车横侧于路中，旅游大巴在让车上的乘客下车后停车牵引，但并未及时开启危险报警闪光灯，后王某醉酒驾车至此撞伤游客郑某，郑某为此支出医疗费等费用共计15万元。郑某认为康泰旅行社违反了旅游合同中保障游客旅行期间人身财产安全的义务，遂以康泰旅行社为被告提起违约之诉，诉讼过程中，双方达成和解协议，约定由康泰旅行社赔偿郑某50000元。

在李某死亡后，李某的亲属发现了李某留下的代书遗嘱。经查明，李某在住院过程中，与天地律师事务所签订了一份《非诉讼委托代理协议》，约定由天地律师事务所为其提供代书遗嘱服务，后天地律师事务所由于过失仅指派一名律师至医院对遗嘱进行见证，李某所立代书遗嘱中记载：由大儿子李甲继承其名下房产。在李某去世后，李某的两个儿子李甲、李乙因继承纠纷诉至法院，诉讼过程中，法院认为该份代书遗嘱仅有一名见证人签名，根据《继承法》第17条第3款的规定，代书遗嘱因不符合法定形式要件而无效，李甲不能依代书遗嘱单独取得房产。

问题1:

1. 赵甲、赵乙、赵丙三人应否对李某承担侵权责任？为什么？

参考答案

赵甲、赵乙二人应对李某承担侵权责任，赵丙不应应对李某承担侵权责任。根据《侵权责任法》第78条，饲养的动物造成他人损害的，动物饲养人或者管理人应当承担侵权责任，但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。在蜜蜂尚未被交付给蜜蜂养殖公司之前，赵甲、赵乙二人仍然是蜜蜂的所有权人，为蜜蜂的管理人。两人因未对蜜蜂采取相应安全措施致使蜜蜂飞出将李某蜇伤，无法确定蜇伤李某的蜜蜂属于何人所有，根据《侵权责任法》第10条，二人以上实施危及他人人身、财产安全的行为，其中一人或者数人的行为造成他人损害，不能确定具体侵权人的，行为人承担连带责任，本案中赵甲、赵乙的行为构成共同危险行为，赵甲、赵乙二人应对李某承担侵权责任。

在孙某提醒李某关闭车窗后，李某仍未关闭，其对于自身损害后果的发生具有一定的过错，但此



种过错并非重大过失，因而不应减轻或免除赵甲、赵乙两人的侵权责任。

由于赵丙的蜂箱在装运过程中始终处于密封状态，本案中并不存在赵丙实施危及他人人身、财产安全的行为，赵丙并不属于共同危险行为人，赵丙不应对李某承担侵权责任。

问题2:

2. 孙某应否对李某承担侵权责任？为什么？

参考答案

孙某应承担相应的侵权责任。根据《侵权责任法》第35条，个人之间形成劳务关系，提供劳务一方因劳务使自己受到损害的，根据双方各自的过错承担相应的责任。孙某、李某双方均为自然人，孙某雇佣李某为其提供有偿驾车送货服务，形成了个人劳务关系，李某作为提供劳务一方因劳务受到损害，此时孙某、李某二人应根据各自的过错承担相应责任，孙某作为接受劳务的一方，在明知李某未关闭车窗时而不主动关闭，未能为李某提供安全的工作场所，具有一定的过错，应承担相应的侵权责任。李某作为劳务提供者，在孙某提醒其关闭车窗后未予理睬，自身也有一定过错，因此，孙某李某根据各自过错承担侵权责任。

问题3:

3. 针对多名行人的死亡后果，钱某应否承担侵权责任？为什么？

参考答案

钱某不应对多名行人死亡的损害后果承担侵权责任。根据《侵权责任法》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，若紧急避险过当，紧急避险人也应当承担适当的责任。醉酒驾驶的周某逆向行驶引起了两车相撞险情发生，周某应承担侵权责任。由于钱某的紧急避险行为超过必要限度，而钱某为蜜蜂养殖公司的雇员，根据《侵权责任法》第34条第1款，雇主对雇员的侵权行为承担无过错替代责任，故而蜂多来蜜蜂养殖公司应对钱某紧急避险超过必要限度所造成的损害承担适当责任。综上所述，钱某不应承担侵权责任。

问题4:

4. 针对赵丙的诉讼请求，法官应如何处理？为什么？

参考答案

法官应判决三单元除吴某及郑某的其他住户对受害人赵丙给予一定的补偿。根据《侵权责任法》第87条，若建筑物中的抛掷物品造成他人损害，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。一楼住户吴某及三楼住户郑某均已举证证明自己并非是侵权人，因此，吴某、郑某不应承担侵权责任。本案不应适用《侵权责任法》第10条关于共同危险行为的规定，而是适用公平责任，应由三单元其他所有住户承担补偿义务，而非连



带赔偿责任。

问题5:

5. 在郑某获得50000元的赔偿之后，其是否可以继续向王某请求侵权损害赔偿？为什么？

参考答案

郑某可以继续向王某请求侵权损害赔偿。根据《合同法》第122条，合同当事人一方的违约行为为侵害合同相对方人身、财产权益的，受损害方有权要求其承担违约责任或侵权责任，因而，违约责任与侵权责任的竞合发生于合同当事人之间，而本案侵权人王某并非合同当事人，王某所实施的侵权行为并不构成违约行为，郑某与王某之间不存在责任竞合的关系。郑某在对康泰旅行社提起违约损害赔偿之诉后，其不得再针对康泰旅行社提起侵权之诉，但其可以对直接侵权人王某提侵权之诉。

问题6:

6. 李甲能否主张天地律师事务所对其承担侵权责任？为什么？

参考答案

李甲可请求天地律师事务所对其承担侵权责任。根据《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。天地律师事务所作为提供专业法律服务的机构，明知代书遗嘱必须满足法定形式要件，而该律师事务所由于过失仅指派一名律师提供代书遗嘱服务，致使李某所立遗嘱无效，侵害了李甲依遗嘱所享有的继承利益，应对李甲承担侵权责任。

题干

17、(2018 模拟题)民法模拟题四 案情

2012年10月12日，甲公司与德利银行签署了《贷款协议》，双方约定：贷款金额为500万元，借款期限为两年。

2012年10月13日，德利银行与乙公司签署了《抵押合同》，乙公司以其所有的价值1800万元的A栋房屋作为抵押物，为甲公司与德利银行之间的500万元借款提供抵押担保。

《抵押合同》签署后，乙公司与德利银行于2012年10月16日完成了抵押权登记。《抵押合同》对抵押权的行使期间并无约定，在抵押权登记过程中，按照登记部门的要求，登记的担保期间为1年。

2012年12月12日，乙公司拟将A栋房屋出售给丙公司，乙公司和丙公司订立了书面的《房屋买卖合同》，并将转让事实通知了德利银行并向丙公司告知了A栋房屋已经抵押的事实。

2013年11月11日，乙公司因与陆氏公司的贷款债务往来，将A栋房屋再次抵押给陆氏公司



，用于担保500万元的贷款债务，并于2013年11月15日办理了抵押权登记。

2014年10月11日，借款期间届满后，甲公司未能还款。德利银行亦未以任何形式向甲公司或乙公司主张权利。

2016年11月10日，乙公司因拖欠丁公司货款，丁公司将乙公司诉诸法院，并采取诉前保全措施，将乙公司名下的A栋房屋查封。

2017年12月10日，乙公司向法院起诉，要求德利银行解除抵押权登记。

2017年12月23日，市政府进行城市建设改造，在乙公司A栋房屋所属地域建设立交桥，城建投资公司作为本次城市改造的拆迁部门，在拆迁现场张贴了拆迁通告，在报纸上刊登了拆迁公告，并到土地管理部门对被拆迁物的权属状况进行了核实，土地管理部门确认乙公司名下的A栋房屋及其建设用地使用权设定了抵押权。

2017年12月26日，城建投资公司与乙公司签订了《非住宅房屋征收货币补偿协议》，并将征收补偿金一次性金额支付给了乙公司，乙公司将该笔款项全额支付给她合法债权人爱民公司。

问题1:

1. 乙公司和德利银行在抵押权登记中将抵押权行使期间登记为1年，该抵押权行使期间的约定是否具有法律约束力？为什么？

参考答案

该抵押权行使期间的约定不具有法律约束力。理由如下：抵押权是担保物权，具有物权的法律特征，根据《担保法解释》第12条：“当事人约定的或者登记部门要求登记的担保期间，对担保物权的存续不具有法律约束力。”可见担保期间只能由法律规定而不能由当事人自由约定，本案中乙公司和德利银行在抵押权登记过程中，按照登记部门的要求将抵押权行使期间登记为1年，不符合法律的规定，违反了物权法定原则，因此该约定不具有法律约束力。

问题2:

2. 如果德利银行不同意乙公司将A栋房屋出售给丙公司，那么乙公司与丙公司之间的《房屋买卖合同》效力如何？为什么？

参考答案

乙公司与丙公司之间的《房屋买卖合同》有效。理由如下：根据《物权法》第191条第2款规定，“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。”可见，抵押期间，抵押人转让抵押财产必须经抵押权人同意。但由于《第八次全国法院民事商事审判工作会议（民事部分）纪要》第14条规定：《物权法》第191条第2款并非针对抵押财产转让合同的效力性强制性规定，当事人仅以转让抵押房地产未经抵押权人同意为由，请



求确认转让合同无效的，不予支持。受让人在抵押登记未涂销时要求办理过户登记的，不予支持。因此，在本案中乙公司和丙公司订立了书面的《房屋买卖合同》，但未经德利银行的同意，虽然违反了《物权法》第191条的规定，但由于该条并非效力性强制性规定，因此该房屋买卖合同并不因此而无效。

问题3:

3. 如果德利银行不同意乙公司将A栋房屋出售给丙公司，丙公司在何种情况下才能取得A栋房屋所有权？

参考答案

如丙公司向德利银行代为清偿甲公司的银行债务，则不论银行是否同意转让，房屋管理部门均应当准予过户。理由如下：根据《物权法》第191条第2款规定，“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”。因此，在本案中，若丙公司代为清偿，则主债权消灭，抵押权也就随之消灭，此时，甲公司转让抵押物无须经抵押权人即德利公司同意。

问题4:

4. 2016年11月10日，丁公司对乙公司名下A栋房屋的查封行为是否会影响德利银行行使抵押权？为什么？

参考答案

丁公司对乙公司名下A栋房屋的查封行为不会影响德利银行行使抵押权。理由如下：根据《担保法解释》第55条：“已经设定抵押的财产被采取查封、扣押等财产保全或者执行措施的，不影响抵押权的效力。”可见在先抵押后查封的情况下，抵押权追及查封物。在本案中，乙公司将房屋抵押在前，查封在后，因此不影响抵押权的效力。

问题5:

5. 乙公司向法院起诉，要求德利银行解除抵押权登记的请求能否得到法院的支持？为什么？

参考答案

乙公司向法院起诉，要求德利银行解除抵押权登记的请求能够得到法院的支持。根据《物权法》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。根据最高人民法院在“王军诉李睿抵押合同纠纷案”中的观点：抵押权人在主债权诉讼时效期间未行使抵押权将导致抵押权消灭，而非胜诉权的丧失。抵押权消灭后，抵押人要求解除抵押权登记的，人民法院应当支持。可见该条款中“不予保护”含义应为抵押权的丧失，而不仅仅是胜诉权的丧失。具体到本案中，因德利银行在主债权诉讼时效期间并未向被乙公司主张行使抵押



权，故对德利银行的抵押权，人民法院不予保护，该抵押权消灭，乙公司请求解除抵押登记的请求应该予以支持。

题干

18、(2018 模拟题)民法模拟题七 案情

2002年11月7日，某县国土资源局（以下简称国土局）在当地报纸上刊登了《国有土地使用权挂牌出让公告》（以下简称《挂牌出让公告》），主要内容：国土局定于2002年11月21日8时到同年12月4日15时，在县地产交易窗口挂牌出让下列一宗国有土地使用权，开发编号为2002 - 005号海域开发宗地：该地块挂牌起拍价为4300万元，成交地价在成交后付40%，余额在合同中约定付清；参加竞买者在报名时须交纳保证金2000万元等。

2002年11月20日，国土局收到A房地产建设集团有限公司（以下称A公司）的“挂牌出让竞买申请书”。同日，A公司依约汇入2000万元，国土局出具了收据一份，确认收到该笔款项。次日，A公司向国土局提供了“挂牌出让竞买报价单”，报价为5000万元。

2002年11月20日，该省国土资源厅接到举报称国土局在当日上述挂牌出让中有不规范、暗箱操作行为后，查明该宗土地正在上报审批而未获批准，要求国土局在未经依法批准前停止挂牌。11月22日，国土局向A公司发出了《停止挂牌出让的通知》，表示停止对上述土地使用权挂牌出让。同日，国土局将2000万元退还给A公司。A公司收到通知和款项后，于同年12月6日发给国土局《关于对2002 - 005号海域开发宗地停止挂牌出让通知的复函》，认为国土局发布公告及接受保证金和A公司挂牌报价的行为是民事法律行为，对双方都具有法律约束力，要求国土局恢复挂牌，将该幅土地依法出让。其后双方协商未果。

2003年1月9日，A公司向法院提起诉讼，请求判令国土局：（1）继续履行合同，将开发编号为2002 - 005号开发宗地出让给A公司；（2）双倍返还A公司所交的定金性质的保证金计4000万元（已返还2000万元）；（3）赔偿A公司为处理挂牌出让竞买事项所支出的相关差旅费、劳务费、鉴定费等；（4）赔偿A公司在该项土地上开发房地产的预期利润（以当地平均利润为标准）1.5亿元。

问题1：

1. 国土局在报纸上刊登《挂牌出让公告》，该行为是否构成要约？为什么？

参考答案

不构成要约。《挂牌出让公告》与《合同法》第15条规定的拍卖公告、招标公告性质相同，是国土局向不特定主体发出的以吸引或邀请相对方发出要约为目的的意思表示。该意思表示实质上是希望竞买人提出价格条款，故属于要约邀请。要约是希望和他人订立合同的意思表示，内容必



须明确具体，一旦受要约人承诺，要约人即受该意思表示约束。《挂牌出让公告》不符合要约的基本要件。

问题2:

2. 国土局与A公司之间的土地使用权出让合同是否已经成立？为什么？

参考答案

出让国土局与A公司之间的土地使用权合同不成立。以挂牌方式确定竞得人后，出让人应当与竞得人签订国有土地使用权出让合同，此时仅产生当事人的缔约义务，而非直接导致合同成立。依据《合同法》第32条的规定，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。因双方尚未在合同书上签字或者盖章，所以土地使用权出让合同未成立。

问题3:

3. A公司向国土局交纳的保证金2000万元是否构成定金？为什么？

参考答案

不构成定金。该2000万元是竞买人在报名时预先交纳的保证金，A公司向国土局交纳2000万元时，双方既未明确约定该笔金钱是定金性质，也未约定该笔金钱在一方违约时适用定金罚则。根据《担保法解释》第118条规定，当事人交付留置金、担保金、保证金、订约金、押金或者订金等，但没有约定定金性质的，当事人主张定金权利的，人民法院不予支持。因此，该2000万元不应认定为定金。

问题4:

4. A公司的诉讼请求“国土局继续履行合同，将该项土地使用权出让给A公司” 应否得到支持？为什么？

参考答案

A公司请求国土局继续履行合同，出让土地使用权不应得到支持。A公司要求国土局继续履行合同是在合同有效成立的前提下所享有的权利。本案中A公司发出要约，国土局并未承诺，土地使用权出让合同并不成立，双方也不构成预约合同，因此A公司无权要求国土局继续履行合同。

问题5:

5. A公司的诉讼请求“国土局赔偿差旅费等费用” 应否得到支持？为什么？

参考答案

A公司请求国土局赔偿差旅费等费用应得到支持。国土局由于违反法律规定，未获批准而擅自挂牌出让国有土地，对合同的不成立具有过错，应承担缔约过失责任赔偿A公司的信赖利益损失。



A公司在缔约过程所支出的相关差旅费等费用是已经发生的实际损失，属于信赖利益损失，因此A公司有权请求国土局予以赔偿。

题干

19、(2018 模拟题)民法模拟题九 案情

东方化工有限责任公司（以下简称东方公司）为A市一家经营化工产品的企业。该公司股东张某欲将其所持的5%股权转让给李某。2016年6月20日，张某与李某签订《股权转让资金分期付款协议》。双方约定：股权合计1000万元，分四期付清，每期支付250万元；此协议经双方签字生效，不得反悔。李某依约如期支付第一期股权转让款250万元，随后经东方公司到工商部门进行变更登记，张某所持有的5%股权变更至李某名下。

2016年10月3日，因李某逾期未支付第三期股权转让款，张某旋即以李某根本违约为由向其送达了《解除协议通知书》。次日，李某支付了第二期转让款，并按照合同约定履行了后续两期转让款的支付义务。张某以已经解除合同为由将四笔转让款全数退还给李某。

2017年3月1日，东方公司与安达股份有限公司签订《技术委托开发合同》，以改进东方公司现存的三座中型燃煤锅炉的脱硫技术。安达公司组建了技术团队，购置了相关设备与材料，进驻东方公司开展锅炉脱硫改造的工作。2017年4月10日，A市市政府根据省政府《关于进一步加强污染物减排工作的意见》的要求，作出拆除A市所有中小型燃煤锅炉的行政决定。该技术委托开发合同的履行出现了障碍。

2017年6月1日，东方公司因订单量大幅增加，需扩大生产规模，与嘉美建筑有限公司签订《建设工程合同》。约定在2017年9月1日前建成厂房两间；厂房交付后10日内东方公司支付嘉美公司工程款200万元；嘉美公司每迟延交付1日，即支付违约金2000元。

2017年7月4日，东方公司发现正在修建的厂房墙体不直，存在安全隐患，后经调查又发现嘉美公司所派的建筑工人并不具备相关资质。东方公司遂与嘉美公司商议：拆除已建成部分，并由嘉美公司重新选派合格的工人继续该建设工程。嘉美公司表示接受，并提出工期需延长一个月，东方公司同意。嘉美公司于2017年10月1日交付两间厂房。经验收合格后，东方公司支付了194万元工程款，并向嘉美公司说明所扣除的6万元为迟延交付的违约金。

问题1:

1. 张某是否有权解除合同？为什么？

参考答案

张某无权解除合同。第一，合同解除必须具备一定的条件。根据《合同法》第93条和第94条的规定，只有在法定的或约定的解除条件成就时，即享有解除权时，才可以解除合同。第二，在本



案中，也不能简单适用《合同法》第167条关于买卖合同分期付款中解除合同的规定，因为张某与李某签订的是股权转让合同，而非主要以消费为目的的分期付款买卖合同。第三，本案中双方订立合同的目的能够实现。李某迟延支付第二期股权转让款的行为不影响其依约履行剩余三期转让款的事实。李某也以其行为表明履行第二期转让款的意愿，因此双方的合同目的能够得到实现。第四，根据《合同法》第60条规定的诚实信用原则，以及双方在合同中约定的“协议经双方签字生效，永不反悔”来看，张某应首先要求李某依约履行支付转让款的义务，而非直接解除合同。第五，从维护交易安全的角度来看，股权已经过户登记转让到李某的名下，如果李某不存在根本违约的行为，动辄解除合同可能会对公司经营管理的稳定产生不利影响。综上所述，张某不享有约定、法定解除权，因此无权解除合同。

问题2:

2. 李某应当如何维护其合同权利？

参考答案

李某应当在接到解除合同通知之日起三个月内向人民法院请求确认张某解除合同的效力。根据《合同法》第96条第1款及《合同法解释（二）》第24条的规定，李某有权向人民法院提出异议。由于双方未约定异议期间，李某应当自解除合同通知到达之日起三个月内请求人民法院确认张某解除合同的效力。

问题3:

3. 安达公司是否有权解除合同？为什么？

参考答案

安达公司有权解除合同。根据《合同法解释（二）》第26条的规定，情势变更原则所涉的解除权是法定解除权。本案中A市政府政策的调整导致合同的继续履行失去意义，双方订立合同的目的不能实现。因此安达公司可以依据情势变更原则行使法定解除权，请求解除双方的合同关系。

问题4:

4. 安达公司是否有权向东方公司请求补偿？是否有权要求其承担违约损害赔偿责任？为什么？

参考答案

安达公司可向东方公司请求补偿，但不能要求东方公司承担违约损害赔偿责任。因为情势变更的制度旨在消除情势变更对当事人造成的不公平后果，不可归咎于任何一方的过错，因此而受到损害的一方并不能主张损害赔偿等违约法律效果。而根据《合同法》第5条、第97条的规定，依据填平原则，安达公司在合同成立并生效后，组建团队、购置设备与材料所产生的费用，应由东方公司予以补偿。



问题5:

5. 东方公司扣除违约金的行为是否合法？为什么？

参考答案

东方公司扣除违约金的行为不合法。根据《合同法》第77条第1款和第78条，双方当事人协商一致，且变更的内容明确时，可以变更合同。本案中双方当事人对于工期延长一个月均表示同意，构成了对原合同的变更。嘉美公司在10月1日交付厂房，按期履行了变更后的合同所规定的义务，不存在延期交付的行为，因此不发生违约金的计算。东方公司不应扣除违约金。

题干

20、(2018 模拟题)民法模拟题八 案情

2015年3月10日，星星公司与新月公司订立合作开发“欣欣小区”房地产合同，主要卖点拟为“A小学学区房，交通方便，环境优美”（A小学为该地区公认的教学质量最好的小学）。但在开发筹备过程中，新月公司一直怠于履行自己的主要义务，星星公司多次催促无果。2015年5月8日，新月公司收到星星公司发来的《通知1》：鉴于你公司怠于履行主要义务，若在后续合作中不做改正，我方将终止与你方的合作。2015年7月3日，新月公司收到星星公司发来的《通知2》：鉴于你公司怠于履行主要义务，我方决定终止合同。

与新月公司合作无果，星星公司决定单独开发“欣欣小区”房地产项目，其于2015年8月5日与阳阳公司订立建设工程施工合同，同时，星星公司、阳阳公司与赵某签署《履约保证书》，载明如果阳阳公司违约，担保人赵某需向星星公司赔偿因此而遭受的损失。阳阳公司为了赚取更多利润，修建房屋过程中擅自采用部分不符合约定的劣质建筑材料。星星公司发现阳阳公司施工存在质量问题，必须进行修复，该开发项目工期因此延误。后因其他原因，双方在2016年8月19日协议解除合同并签订《解除合同协议》，但并未就因工期延误以致双方遭受的直接损失另行协商达成一致。2016年9月28日，星星公司向赵某发出《索赔通知》：保函约定的担保事由现已发生，通知你方依据保函赔偿因阳阳公司违约造成的损失共计100万元（该100万元为星星公司的实际损失）。

2016年12月3日，“欣欣小区”的房屋正式对外出售。钱某为了自己的孩子能到A小学上学，一直都在等待“欣欣小区”的房屋开售。开售当天，钱某在“欣欣小区”售楼处抢购到一套住房，在订立合同时特别约定：星星公司保证“欣欣小区”住房为A小学学区房。该套房屋于2016年12月15日完成房产登记。2017年1月25日，教育部门发布《更改校区分片的决定》，其中，“欣欣小区”对应的小学变更为B小学。

孙某也在开售当天抢购到“欣欣小区”的一套住房，以按揭方式支付价款，并约定如因政策



变动导致首付增加，需买方自行筹款。2016年12月4日，当地政府为了稳定房价，要求增加购买第二套房的首付比例。孙某购买的这套住房恰好是第二套，其手中并无余钱可以用来支付增加的首付，只好找到好友李某，向其借款20万元，同时孙某、李某与刘某签订《保证合同》，约定刘某对该笔借款承担连带保证责任，在该《保证合同》中还约定孙某与李某要变更主合同的有关条款，应征得保证人刘某的同意。2016年12月30日，李某因欠张某20万元，便将对孙某享有的20万元债权转让给张某，李某没有将此变动告知孙某。2017年1月4日，孙某因某些情况需要将对李某负担的20万元债务转移给王某。孙某于当日获得李某的同意。

“欣欣小区”的业主委员会与“奇奇”物业公司于2017年3月7日签订物业服务合同，合同期限3年，合同未约定解除合同条件。2018年2月24日该小区业主大会认为物业服务存在重大缺陷，按照法定程序作出解聘“奇奇”物业公司的决定，之后业主委员会向物业公司发出解除合同通知，物业公司在2018年3月12日提出小区业主大会无权单方决定解除物业服务合同的异议并向法院提起诉讼。

问题1:

1. 星星公司与新月公司之间的房地产合作开发合同何时解除？为什么？

参考答案

星星公司与新月公司之间的房地产开发合同于2015年7月3日解除。本题中，新月公司迟延履行主要债务，经星星公司催告后在合理期限内仍未履行，根据《合同法》第94条第3项，星星公司享有法定解除权。根据《合同法》第96条第1款的规定，当事人一方依照《合同法》第94条的规定主张解除合同的，应当通知对方；合同自通知到达对方时解除。本题中，《通知1》的性质为催告，《通知2》为解除合同的通知，所以新月公司收到《通知2》的时间为解除合同的时间。

问题2:

2. 赵某能否拒绝星星公司的索赔请求？为什么？

参考答案

赵某不能拒绝星星公司的索赔请求。第一，本题中，虽然星星公司与阳阳公司之间签订的建设工程施工合同已经解除，但星星公司与赵某之间的担保合同并不一并随之解除。根据《担保法解释》第10条的规定，主合同解除后，担保人对债务人应当承担的民事责任仍应承担担保责任。由此可知，主合同解除后，担保合同并不当然解除，赵某仍需承担担保责任。第二，《履约保证书》中只约定如果阳阳公司违约时，担保人赵某需向星星公司赔偿因此而蒙受的损失，并没有明确约定保证方式，根据《担保法》第19条的规定，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，赵某为连带责任保证人，所以赵某也不享有先诉抗辩权。综



上，赵某不能拒绝星星公司的索赔请求。

问题3:

3. 钱某能否以情势变更为由请求解除合同，为什么？

参考答案

钱某不能以情势变更为由请求解除合同。第一，根据《合同法解释（二）》第26条的规定，情势变更应当为合同成立以后，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，但是本题中的住房对应的学校发生改变是当事人订立合同时应当预见的，一般家长在为孩子购买学区房时都会十分注意入学政策，入学政策的变化应当在家长购房的考虑之中。第二，情势变更需发生在合同成立后履行完毕前才能解除合同，本题中的变化发生在房屋买卖合同履行完毕之后。综上，钱某不能以情势变更为由请求解除合同。

问题4:

4. 在孙某转让债务之前，李某将债权转让给张某后，刘某还需承担保证责任吗？为什么？

参考答案

在孙某转让债务之前，李某将债权转让给张某后，刘某还需承担保证责任。《担保法》第22条规定，“保证期间，债权人依法将主债权转让给第三人的，保证人在原保证担保的范围内继续承担保证责任。保证合同另有约定的，按照约定”。虽然孙某、李某与刘某在《保证合同》中约定孙某与李某若要变更主合同的有关条款，应征得保证人刘某的同意，但是从我国《合同法》的立法体例来看，合同变更采取的是狭义概念，专指合同内容的变更，对于主体变更则属于合同转让。孙某、李某与刘某只对主合同内容变更做出约定，并未对合同转让做出约定，所以应当适用《担保法》第22条，刘某还需承担保证责任。

问题5:

5. 孙某与王某之间的债务承担能否生效？为什么？

参考答案

根据《合同法》第84条的规定，“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”，本题中债务人孙某向王某转移债务已经经过债权人李某同意，所以孙某与王某之间的债务承担能够生效。

题干

21、(2018 模拟题)民法模拟题五

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，妻子李某腹痛难忍，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。

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:

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？

参考答案

不能。《侵权责任法》第26条规定：“被侵权人对损害的发生也有过错的，可以减轻侵权人的责任。”《道路交通安全法》第76条第1款第2项规定：“机动车与非机动车驾驶人、行人之间发生交通事故，非机动车驾驶人、行人没有过错的，由机动车一方承担赔偿责任；有证据证明非机动车驾驶人、行人有过错的，根据过错程度适当减轻机动车一方的赔偿责任。”本案中，虽然赵某的体质状况对损害后果的发生具有一定的影响，但这不是侵权责任法等法律规定的过错和



责任减轻的事由，且钱某和孙某的侵权行为才是导致赵某健康权被侵害的唯一原因。赵某不应因个人体质状况对交通事故导致的损伤存在一定影响而自负相应责任。

问题2:

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？

参考答案

能。通常而言，共同饮酒行为属于情谊行为，不属于法律调整的范围。但是积极的劝酒行为可能构成加害行为，进而引起侵权责任的产生。本案中，王某在钱某不胜酒力的情况下仍极力劝酒，存在过错，致使钱某醉酒驾车并导致事故发生。依据《侵权责任法》第6条第1款，行为人因过错侵害他人民事权益，应当承担侵权责任。因此，王某应当承担侵权责任。

问题3:

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？

参考答案

应当。先由保险公司在交强险责任范围内承担赔偿责任，不足部分由钱某承担，同时周某也应当承担相应的赔偿责任。《侵权责任法》第49条规定：“因租赁、借用等情形机动车所有人与使用人不是同一人时，发生交通事故后属于该机动车一方责任的，由保险公司在机动车强制保险责任限额范围内予以赔偿。不足部分，由机动车使用人承担赔偿责任；机动车所有人对损害的发生有过错的，承担相应的赔偿责任。”本案中，周某明知钱某无驾驶资格，仍出借汽车给钱某，具有过错，应承担相应的赔偿责任。因钱某驾驶的汽车已经投保交强险，所以保险公司在交强险责任范围内承担赔偿责任后，不足部分由钱某承担。

问题4:

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？

参考答案

不应当，不能。根据《侵权责任法》第6条第1款的规定：“行为人因过错侵害他人民事权益，应当承担侵权责任。”本案中，孙某在电梯里劝阻吴某吸烟的行为在客观上不属于侵权行为，其主观上也不具有过错。孙某的劝阻行为并不能引起吴某死亡的结果，两者之间不存在因果关系。因此，孙某不应当承担侵权责任。

依据《侵权责任法》第24条的规定，“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”。适用公平责任的前提除了要求受害人和行为人对损害的发生都没有过错，还要求行为与损害之间存在因果关系，但是本案中孙某的行为与吴某的死亡并不存在因果



关系，因此不能适用公平责任。

问题5:

5. 孙某能否就李某的死亡请求医院承担侵权责任？为什么？

参考答案

不能。根据《侵权责任法》第60条第1款第1项“患者有损害，因下列情形之一的，医疗机构不承担赔偿责任：（一）患者或者其近亲属不配合医疗机构进行符合诊疗规范的诊疗”以及第2款“前款第一项情形中，医疗机构及其医务人员也有过错的，应当承担相应的赔偿责任”的规定。本案中，李某的死亡不属于医院的诊疗活动所导致的，而是孙某不配合医院治疗引起的。医院及其医务人员不具有过错，且符合免责事由，无需承担侵权责任。

问题6:

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？

参考答案

有权。依据《民法总则》第16条的规定，“涉及遗产继承、接受赠与等胎儿利益保护的，胎儿视为具有民事权利能力。但是胎儿娩出时为死体的，其民事权利能力自始不存在”。因为孙小某的人身利益受到损害，属于胎儿利益保护的范畴，所以孙小某在未出生前视为具有民事权利能力，孙某可代孙小某向法院主张侵权损害赔偿。

题干

22、(2018 模拟题)民法模拟题十一

2003年5月5日，A建筑公司（以下简称A公司）与B房地产公司（以下简称B公司）签订《建筑施工协议》，该协议约定B公司将其开发的某楼盘工程发包给A公司施工，付款方式为：部分工程款以建成后房屋中的5套抵顶，B公司保证所抵顶房屋销售手续合法有效。

2004年2月22日，陈某与A公司签订《房屋销售合同》，约定：陈某购买B公司抵给A公司的一套600平方米房屋，单价为5000元/平方米，价款300万元；合同签订之日起三日内交付首付款150万元，余款通过银行按揭方式，在2004年9月1日房屋交付使用前支付；房屋的销售许可证、银行按揭、产权办理等手续由B公司协助陈某办理。合同签订当日，陈某即向A公司交付首付款150万元。后因A公司与B公司间建设工程施工合同纠纷，B公司未履行《建筑施工协议》约定的抵顶义务，致使陈某无法办理按揭贷款和取得房屋所有权。B公司于2004年9月2日取得案涉房屋的预售许可证，于2005年7月将案涉房屋出售给案外人。A公司与B公司建设工程施工合同纠纷一案，法院于2009年作出终审判决，认定A公司与B公



司签订的《建筑施工协议》有效，但对涉案房屋归属未作处理。

2012年8月，陈某起诉A公司与B公司，请求：（1）解除陈某与A公司签订的《房屋销售合同》；（2）A公司返还购房款150万元及利息；（3）A公司与B公司连带赔偿房屋增值损失886.98万元。诉讼中，陈某申请对案涉房屋现价值进行鉴定，某房地产评估公司接受法院委托，确定案涉房屋在估价时点2012年8月16日的市场价格为1186.98万元，单价为19783元/平方米。

问题1:

1. 陈某与A公司签订《房屋销售合同》时，A公司并未实际取得涉案房屋所有权，这是否影响合同效力？为什么？

参考答案

不影响合同效力。买卖合同有效成立导致出卖人负有移转标的物所有权的义务，而并不直接引起物权变动，此时即使出卖人对标的物尚无处分权也不影响合同效力。出卖人移转标的物所有权的行为直接引起物权变动，此时出卖人应对标的物享有处分权，否则不能导致所有权的有效移转。

问题2:

2. A公司对陈某构成何种形态的违约行为？陈某能否以A公司违约为由解除合同？为什么？

参考答案

A公司构成不能履行，因为第三人B公司将作为特定物的房屋卖给案外人导致A公司在客观上不能履行《房屋销售合同》约定的义务。陈某有权解除合同，因为A公司的违约行为致使合同目的不能实现，即陈某无法依据《房屋销售合同》取得房屋所有权。

问题3:

3. 因B公司未履行《建筑施工协议》约定的抵顶义务，导致A公司对陈某违约，A公司能否以此为由主张免责？为什么？

参考答案

A公司不能以此为由主张免责。因为违约责任具有相对性，合同当事人因第三人原因而违约的，仍由合同当事人承担违约责任，该合同当事人与第三人的法律关系另行处理。

问题4:

4. 陈某的诉讼请求2“A公司返还购房款150万元及利息” 应否得到支持？为什么？

参考答案



应当支持。因为合同解除后当事人有权要求恢复原状，陈某有权要求A公司返还其支付的首付款及利息。

问题5:

5. 陈某的诉讼请求3 “A公司与B公司连带赔偿房屋增值损失886.98万元” 应否得到支持？为什么？

参考答案

不应支持。因为：（1）非违约方要求违约方赔偿损失的，该损失包括实际损失和可得利益损失。可得利益损失不得超过违约方订立合同时预见到或者应当预见到的因违约可能造成的损失。房屋增值的损失超出了A公司违约时所能预见到的损失范围。（2）B公司与陈某并无合同关系，A公司与B公司对陈某也不构成共同侵权，要求A公司与B公司承担连带责任没有法律依据。

问题6:

6. 陈某在知道权利受到侵害6年后即2012年才提起诉讼，法院能否以诉讼时效已届满为由不予受理？为什么？

参考答案

不能。法院不能主动适用诉讼时效的规定，陈某有权起诉，对方当事人有权行使诉讼时效抗辩权。

题干

23、(2018 模拟题)民法模拟题十四

2017年5月10日，张某与王某签订购买1台MyPhone10手机的合同。合同中约定，手机总价为5000元，张某首期支付3000元，余款应于2017年11月31日前付清。在余款付清之前，王某仍拥有该手机所有权。另外，张某应当于收到手机的当天对其进行检验。

2017年6月20日，张某发短信给好友钱某，欲将其宠物狗大妞出卖。短信中称：钱某应于收到短信后一周内回复并支付价款500元，付款后即可取得宠物狗大妞的所有权。张某应于2018年1月30日放假回家时，将宠物狗大妞送至钱某家中，此前宠物狗大妞仍由张某负责保管照顾。2017年7月1日，钱某回复短信同意，并将500元转至张某的银行卡账户。其后，张某回复短信言明已收到500元转账。

2017年8月1日，宠物狗大妞产下3只小狗：小白、小黄、小花。前来围观的同学陈某误以为其品种为日奉柴犬，十分喜爱，愿以1000元购买宠物狗大妞、小白及小黄。张某同意，将3只狗交予陈某，陈某支付1000元现金。陈某对张某和钱某的买卖合同并不知情。2017年



8月5日，陈某带宠物狗大妞、小白和小黄去宠物医院注射疫苗，得知3只狗并非日本柴犬，而是秋田犬。

2017年9月23日，陈某与李某签订50袋澳洲进口狗粮的买卖合同。合同中未约定交付地点，但约定由李某办理托运，运费由陈某承担。次日，李某将50袋国产狗粮交迅德货运公司运输。2017年9月27日，陈某将运输途中的10袋狗粮以原价转售于关某。2017年10月3日，因迅德货运公司员工保管不周，20袋狗粮不慎丢失。2017年10月5日，30袋狗粮运至陈某住处。陈某虽发现狗粮为国产，但仍接收。同日，陈某通知关某其购买的10袋狗粮于运输途中灭失。

2017年11月10日，宠物狗大妞突患重病，濒临死亡。陈某打电话告知张某，因错将3只狗当成日本柴犬而购买，要求张某返还1000元价款并取回3只小狗。张某拒绝。

2017年11月21日，张某将1500元转至王某的银行卡账户。

2017年12月1日，张某发现MyPhone10手机无法充电，经检查系因使用劣质锂电池，导致其寿命仅有正常手机的1/4。张某要求王某免费维修，王某拒绝，并以张某未按期付款为由要求取回手机。

问题1:

1. 张某是否有权要求王某免费维修手机？为什么？

参考答案

张某有权要求王某免费维修。（1）王某售予张某的手机，于交付时即存在电池质量瑕疵。（2）根据《买卖合同解释》第18条第1款的规定，约定的检验期间过短，依照标的物的性质和交易习惯，买受人在检验期间内难以完成全面检验的，应当认定该期间为买受人对外观瑕疵提出异议的期间。张某与王某约定的检验期间为收到手机的当日，该期间不足以对手机完成全面检验，故应认定为对手机外观瑕疵的检验期间。（3）根据《合同法》第158条第2款和《买卖合同解释》第17条第1款，隐蔽瑕疵的检验期间为发现或应当发现质量瑕疵后的合理期间。手机的电池寿命瑕疵为隐蔽瑕疵，张某在发现手机无法充电当日即向王某通知，应认定其在“合理期间内”履行了通知义务。（4）根据《合同法》第158条第2款和《买卖合同解释》第20条的规定，买受人应于自标的物收到之日起2年内通知出卖人。张某通知王某之日与其收到手机之日间隔未超过2年。因此，王某售予张某之手机存在电池隐蔽瑕疵，致使该手机无法实现手机的一般功能。张某于法律规定的期间内履行了检验通知义务，有权要求王某承担违约责任，维修手机。

问题2:

2. 张某与钱某的买卖合同是否成立？为什么？



参考答案

张某与钱某之间的买卖合同成立。根据《合同法》第13条，第23条第1款和第28条的规定，当事人订立合同应采取要约、承诺方式。受要约人的承诺应于要约确定的期限内到达要约人，超过承诺期限发出承诺的，除要约人及时通知承诺有效外，为新要约。本案中，张某向钱某发出出卖宠物狗大妞的要约，规定承诺期间为1周（7日）。10日后钱某发出的承诺到达张某，超出承诺期间，视为新要约。张某回复收到500元转账，应认定为对钱某的新要约的承诺，该承诺到达钱某时，买卖合同成立。

问题3:

3. 谁享有4只小狗的所有权？为什么？

参考答案

陈某拥有宠物狗大妞、小白和小黄的所有权，钱某拥有宠物狗小花的所有权。（1）《物权法》第23条和第27条规定，动产物权的转让，自交付时发生物权变动。动产物权转让时，双方又约定由出让人继续占有该动产的，物权自该约定生效时发生效力。2017年7月1日，张某与钱某的买卖合同成立且生效，张某以占有改定方式完成交付，钱某取得宠物狗大妞的所有权。（2）根据《物权法》第116条第1款的规定，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。2017年7月1日，钱某取得宠物狗大妞的所有权。2017年8月1日，宠物狗大妞产下的3只小狗为自然孳息，归宠物狗大妞所有人钱某所有。（3）根据《物权法》第106条的规定，动产物权善意取得的条件为：受让人受让时为善意，以合理价格转让，且已完成交付。本案中，张某将宠物狗大妞、小白和小黄以合理价格转让给善意的陈某并完成了交付，故陈某善意取得了这三只狗的所有权。

问题4:

4. 对遗失的20袋狗粮，应当由谁承担风险损失？关某是否有权请求陈某交付10袋狗粮？为什么？

参考答案

对遗失的20袋狗粮，应当由陈某承担风险损失。（1）根据《合同法》第142条和第145条的规定，当事人没有约定交付地点或者约定不明确，标的物需要运输的，风险由出卖人将标的物交给第一承运人后转移至买受人。本案中，陈某与李某未约定交付地点，李某将狗粮交第一承运人，即迅德货运公司后，便完成交付，风险转移至陈某。（2）陈某和关某订立的是在途货物买卖合同。根据《合同法》第144条的规定，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由买受人承担。但是，买卖合同风险负担规则的适用以标的物特定化为前提。根据《买卖合同解释》第14条的规定，当事人对风险负担没有约定，标的物为种类物，且出卖人未以装运单据、加盖标记、通知买受人等可识别的方式清楚地将标



的物特定于买卖合同的，买受人不承担标的物毁损、灭失的风险。本案中，陈某未采取任何措施将转售于关某的10袋狗粮特定化，故关某不承担狗粮灭失的风险，关某仍有权要求陈某交付10袋狗粮。

问题5:

5. 陈某能否要求张某取回3只狗并返还1000元价款？为什么？

参考答案

陈某无权要求张某取回3只狗并返还1000元价款。（1）根据《买卖合同解释》第3条第1款的规定，出卖人没有所有权或处分权不影响合同的效力。张某出卖宠物狗大妞、小白和小黄给陈某，系无权处分。张某虽不享有3只狗的所有权，但张某与陈某间买卖合同的效力不受影响。

（2）陈某误以为宠物狗大妞、小白和小黄为日本柴犬，系对标的物性质认识错误，该错误在张某和陈某之间的买卖合同中具有重要性。陈某因该错误而与张某订立的买卖合同，属于因重大误解订立的合同。（3）根据《合同法》第54条和第55条，以及《民法总则》第147条和第152条的规定，因重大误解订立的合同属于可撤销的合同，产生错误认识的一方可行使撤销权予以撤销。但行使撤销权需满足以下条件：向法院或仲裁机构请求撤销；在知道或应当知道撤销事由之日起3个月内行使撤销权；在民事法律行为发生之日起5年内行使撤销权。本案中，陈某于2017年8月5日，带宠物狗去宠物医院注射疫苗时得知3只狗并非日本柴犬，而是秋田犬，陈某应于知道撤销事由起3个月内请求法院或仲裁机构撤销合同，即应当在2017年11月5日之前行使撤销权，因此2017年11月10日陈某的撤销权已经消灭。陈某与张某之间的买卖合同合法有效，故陈某不得要求张某取回3只狗并返还价款。

问题6:

6. 王某是否有权取回手机？为什么？

参考答案

王某无权取回手机。（1）根据《买卖合同解释》第35条第1款第1项的规定，在所有权保留买卖中，买受人未按约定支付价款，对出卖人造成损害的，出卖人享有取回权，可主张取回标的物。（2）但出卖人行使取回权在一定情况下受到限制。根据《买卖合同解释》第36条的规定，买受人已经支付标的物总价值的75%以上的，出卖人不得取回标的物。本案中，王某已支付价款4500元，超过手机总价值5000元的75%，故王某不得主张取回手机。

题干

24、(2018 模拟题)民法模拟题十五

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。还款期限届至，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:

1. 天蓝公司与王某之间的房屋买卖合同效力如何？为什么？

参考答案

天蓝公司与王某之间的房屋买卖合同有效。

首先，《商品房买卖合同解释》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。”

由于天蓝公司在向王某交付房屋前已取得预售许可证，故房屋买卖合同不会因订立合同时无预



售许可证而无效。

其次，《民法总则》第149条规定：“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。”本案中，尽管王某是在受到第三人丁某的欺诈后与天蓝公司订立的房屋买卖合同，但天蓝公司不知道且不当知道该欺诈行为，故王某无权请求撤销合同。

最后，《民法总则》第143条规定：“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、行政法规的强制性规定，不违背公序良俗。”由于该房屋买卖合同具备了这三项条件，故合同有效。

问题2:

2. 刘某可否请求天蓝公司返还5万元定金？为什么？

参考答案

刘某可以请求天蓝公司返还5万元定金。《商品房买卖合同解释》第4条规定：“出卖人通过认购、订购、预订等方式向买受人收受定金作为订立商品房买卖合同担保的，如果因当事人一方原因未能订立商品房买卖合同，应当按照法律关于定金的规定处理；因不可归责于当事人双方的事由，导致商品房买卖合同未能订立的，出卖人应当将定金返还买受人。”本案中，购房者对格式条款提出异议并要求删除，而由于时间的原因开发商无法立即答复，才导致房屋买卖合同未能按时订立，这属于“不可归责于当事人双方的事由”，故天蓝公司应当将5万元定金返还给刘某。

问题3:

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？

参考答案

王某不可以主张天蓝公司与张某订立的房屋买卖合同无效。《商品房买卖合同解释》第10条规定：“买受人以出卖人与第三人恶意串通，另行订立商品房买卖合同并将房屋交付使用，导致其无法取得房屋为由，请求确认出卖人与第三人订立的商品房买卖合同无效的，应予支持。”本案中，尽管张某知道天蓝公司已就该套房屋与王某订立了买卖合同，但其是为了投资而购买该房屋，主观上并无恶意串通天蓝公司以侵害王某债权的意思，且房屋并未交付给张某使用。故王某不得以此主张天蓝公司与张某订立的合同无效。同时，天蓝公司与张某订立的合同也具备《民法总则》第143条规定的有效要件，故合同真实有效。

问题4:

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？

参考答案



天蓝公司的请求不能获得支持。《合同法》第67条规定：“当事人互负义务，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，根据王某与天蓝公司之间的买卖合同约定，剩余房款应当于办理完毕房屋产权登记后1个月内支付，但天蓝公司作为先履行一方并没有按照合同约定给王某办理房产登记，因此王某有权行使顺序履行抗辩权对抗天蓝公司的请求。

问题5:

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？

参考答案

王某不能以房屋未安装燃气管道为由请求解除房屋买卖合同。根据《合同法》第94条的规定，仅在一方当事人的违约行为导致合同目的不能实现，即一方当事人根本违约时，相对方才可取得法定的合同解除权解除合同。而在本案中，天蓝公司所交付的房屋未安装燃气管道固然构成违约行为，但这并不会导致买卖商品房这一合同目的无法实现，因而只是一般违约行为，不属于根本违约，故王某无权以此为由要求解除房屋买卖合同。

但王某依然享有其他救济措施。根据《商品房买卖合同解释》第8条，若商品房买卖合同订立后，出卖人又将该房屋出卖给第三人，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。本案中，天蓝公司在与王某签订买卖合同后，又将该房屋出卖给了第三人张某，并为张某办理了房产登记，此举将使王某订立商品房买卖合同的目的无法实现，因而王某可请求解除合同、返还已付购房款150万元及利息、赔偿损失，并可请求天蓝公司承担不超过150万元的赔偿责任。

问题6:

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？

参考答案

中国银行的请求不能获得法院支持。最高人民法院《关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》第1条规定：“夫妻双方共同签字或者夫妻一方事后追认等共同意思表示所负的债务，应当认定为夫妻共同债务。”第3条规定：“夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务，债权人以属于夫妻共同债务为由主张权利的，人民法院不予支持，但债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外。”本案中，李某向银行所借50万元全部是供其个人消费，并非是基于夫妻共同生活、共同生产经营，而且其丈夫张某对此借款也未进行事后追认，不存在基于夫妻双方共同的意思表示，故李某对中国银行所负的该笔债务不属于夫妻共同债务，仅是其个人债务。另外，根据《物权



法》第97条的规定，处分共有的不动产，应当经全体共同共有人同意，但共有人之间另有约定的除外。夫妻双方对其共同财产是共同共有关系，因此对共同财产享有平等的处分权。同时，《民诉法解释》第313条规定：“对申请执行人提起的执行异议之诉，人民法院经审理，按照下列情形分别处理：（一）案外人就执行标的享有足以排除强制执行的民事权益的，判决准许执行该执行标的；（二）案外人就执行标的享有足以排除强制执行的民事权益的，判决驳回诉讼请求。”由于夫妻双方各自对共同财产的处分权足以排除强制执行，故未经李某丈夫张某同意，法院不得应银行的请求强制执行该套房屋。

题干

25、(2018 模拟题)民法模拟题十六

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。采取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:

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？

参考答案

该合同条款部分无效。理由是：依据《合同法》第214条规定：“租赁期限不得超过二十年。超过二十年的，超过部分无效。租赁期间届满，当事人可以续订租赁合同，但约定的租赁期限自续订之日起不得超过二十年。”本案《房屋租赁合同》约定租期为25年，超过了《合同法》第214条第1款规定的最长租赁期限20年。依据法律规定，该租赁合同的实际租赁期限为20年，超过的5年无效。

问题2:

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？

参考答案

《房屋租赁合同》已经生效。理由如下：依据《城镇房屋租赁合同解释》第4条第2款之规定：“当事人约定以办理登记备案手续为房屋租赁合同生效条件的，从其约定。但当事人一方已经履行主要义务，对方接受的除外。”本案中乙方已将出租屋交付甲方用于开办超市，甲方也已支付2014年度租金，双方均表示接受。《房屋租赁合同》因双方当事人的实际履行行为已发生法律效力。

问题3:

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？

参考答案

丙公司的请求不能得到法院的支持。理由如下：丙公司的租金请求权已因清偿而消灭。丙公司从出租人乙公司处受让成为建筑物二楼的区分所有权人，如无特别约定，同时概括承受乙公司租赁合同中权利义务，成为新的出租人，依据《合同法》第163条之规定，标的物交付之后产生的孳息由买受人享有，但是甲公司已依据合同约定于2017年1月15日向乙公司支付2017年全年的房屋租金，该部分合同项下的租金因清偿而消灭，受让人丙公司承继乙公司在租赁合同中的权利义务，自然也无该部分租金请求权，其仅能基于不当得利制度向原出租人甲公司要求偿还该部分租金。

问题4:



4. 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？

参考答案

不能得到法院的支持。根据《城镇房屋租赁合同解释》第21条的规定：“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。”在本案中，甲公司作为承租人具有优先购买权，甲公司可因为乙公司未履行告知义务侵害其优先购买权向乙公司请求其承担赔偿责任，但是不能以此为由请求确认乙公司与丙公司之间的房屋买卖合同无效。

问题5:

5. 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？

参考答案

乙公司的请求不能得到支持。其一，甲公司的解除权有法律根据。依据甲乙公司之间的《房屋租赁合同》约定，乙公司负有提供300个免费停车位的从给付义务，同时合同载明甲公司将该租赁物用于经营超市（合同目的），乙公司于订立合同时对此明知，现乙公司不能如约提供300个免费停车位构成违约，致使甲公司合同目的不能实现，依《合同法》第94条第4项之规定，当事人一方有其他违约行为致使不能实现合同目的的，当事人可以解除合同，此处的违约行为既包括违反主给付义务的行为，也包括违反从给付义务的行为，关键在于是否致使合同目的不能实现。本案甲公司的违约行为致使甲公司的合同目的不能实现，符合《合同法》第94条第4项之规定，甲公司享有解除权。其二，乙公司的请求超过了法定的异议期间，不应予以支持。依据《合同法》第96条的规定：“当事人一方依照本法第九十三条第二款、第九十四条的规定主张解除合同的，应当通知对方。合同自通知到达对方时解除。对方有异议的，可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除合同的效力。”同时依据《合同法解释（二）》第24条的规定：“当事人对合同法第九十六条、第九十九条规定的合同解除或者债务抵销虽有异议，但在约定的异议期限届满后才提出异议并向人民法院起诉的，人民法院不予支持；当事人没有约定异议期间，在解除合同或者债务抵销通知到达之日起三个月以后才向人民法院起诉的，人民法院不予支持。”本案中甲公司于2017年8月18日向乙公司发出《解除租赁合同通知书》，当事人未约定异议期间，应适用法定3个月的异议期间，乙公司于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，已超过3个月，故而乙公司的请求不会得到支持。

题干



26、(2018 模拟题)民法模拟题一(进阶)

一、张英、王福杰诉王栋杰房屋所有权确认纠纷案

案情

张英与王福杰系夫妻关系，王栋杰与王福杰系兄弟关系。2011年2月，张英、王福杰欲购买胜利房地产开发有限责任公司开发的位于山东省A市丽水园小区某单元602室商品房一套，因资金不足需向银行贷款，但由于欲购买房屋是他们夫妻的第二套住房，房贷较高（为抑制住房价格过快增长，巩固和扩大房地产调控成果，国务院办公厅于2011年1月下发了《关于进一步做好房地产市场调控工作有关问题的通知》，其中规定，要强化差别化住房信贷政策，对贷款购买第二套住房的家庭，首付款比例不低于60%，贷款利率不低于基准利率的1.1倍。该规定下发后，各地银行纷纷上调了二套房贷款利率），遂与王栋杰约定，以王栋杰的名义按揭购买了此房。双方为此签订了一份协议。随后，张英以王栋杰的名义与开发商签订购房合同并交付首付款，此后的贷款也由张英支付。2011年年底，开发商将房屋予以交付，张英进行装修并入住。2012年7月，王栋杰未经张英同意，私自将该房屋的产权办在了自己的名下。张英、王福杰要求房管部门予以更正未获同意，遂将王栋杰诉之法院。

一、王栋杰与开发商、银行所签协议概况

2011年3月1日，张英以王栋杰的名义与胜利房地产开发有限责任公司签订了商品房买卖合同。合同约定王栋杰购买胜利房地产开发有限责任公司开发的位于A市丽水园小区某单元602室房屋总房款为621,860元。付款方式为签订合同时首付221,860元。其余价款于签订合同后30日内到出卖人指定的银行办理按揭手续。张英遂于签订合同当日如数交付了首付款，开发商开具了首付款收据。2011年3月20日张英又以王栋杰的名义与中国工商银行A市某支行签订了按揭贷款合同，借款40万元，该笔贷款直接打入了开发商房款账户。自2011年5月起，张英按月向银行偿还贷款，截至2012年8月，已累计还款4万元。

二、张英、王福杰与王栋杰所签协议情况

2011年2月20日，张英、王福杰与王栋杰签订了一份协议，协议写明：甲方张英、王福杰在A市购买胜利房地产开发有限责任公司开发的位于A市丽水园小区某单元602室房屋，总房款为621,860元。因甲方购买二套房房贷过高，遂达成如下协议：(1)由甲方以乙方的名义购买房屋并向银行贷款40万元。(2)以上房屋以甲方的名义办理房产证；(3)40万元的银行贷款由甲方负责偿还，办理房产证等手续的一切费用也由甲方承担。甲乙双方分别在协议上签了名。但在签名时乙方王栋杰的签名是其妻子代签（王栋杰在场但未表示反对）。

三、原告的诉讼请求

2012年8月，原告张英、王福杰将被告王栋杰诉之法院。张英：王福杰认为：根据双方所签订协议，原告只是顶用被告的名义购买房屋，房屋的首付款系原告交付，而且银行贷款也均由原告支付和偿还，因此，原告才是房屋的真正购买人和所有权人。而被告违反协议将房屋



登记在自己名下，属于侵权行为。为此请求法院依法确认诉争房屋所有权归原告所有，并判令被告协助其办理产权过户手续。

四、被告的答辩意见

王栋杰辩称：(1)原告诉称不是事实。涉案的房屋系被告王栋杰所购买，从购房合同的签订再到按揭贷款以及办理相关的手续，均系以被告的名义，这足以证明该房屋是被告所购买。只是由于原、被告之间的亲情关系，被告购买房屋后，将房屋借给原告夫妻两人居住。

(2)双方于2011年2月20日所签协议不是被告真实的意思表示，被告对此并不知情。就算知情，也是委托代理关系，法律后果属于被告；如果是借名协议，因违反国务院的规定，应属无效；(3)原告的诉讼请求不能成立，应当依法驳回其诉请。原告提起的是确认房屋所有权之诉，根据我国房地产法律和物权法的相关规定，应以产权证书为准确定房屋的所有权。该诉争房屋登记在被告方名下，应当属于被告所有。综上，要求法院驳回原告的诉讼请求。山东省A市某区人民法院对本案予以了审理并依法作出判决。

问题1:

1. 如何理解不动产登记对于物权归属认定的效力？

参考答案

《物权法》第16条规定“不动产登记簿是物权归属和内容的根据”，但此项内容应当理解为登记只具有权利正确性推定效力，而并非绝对效力。根据《物权法》第17条，只要有相反证据证明登记错误，则登记簿上所记载的事实就应当被推翻。就此而言，不动产登记簿虽然系享有权利的证明，但并不具有绝对的证明力。在有相反证据予以佐证的情形下，还应当根据案件的具体情况予以认定不动产的权属。

问题2:

2. 如何认定借名买房中当事人之间法律关系的性质及效力？

参考答案

该协议的实质即当事人约定以被告的名义购买房屋并办理贷款，但该房屋上的权利义务均归属于原告，这属于典型的借名行为。首先，根据我国《合同法》第49条的规定，虽然被告并未在协议上签字，但在其妻子代为签字时，其在场并未表示反对，由此可以认定被告对于妻子代其签名是知情的而且并未表示反对，应当认定是对其妻子无权代理行为的同意，原告有理由相信被告的妻子有代理权。其次，该借名协议的内容虽然属于规避金融政策性的行为，但依《合同法》的规定，只有违反法律、行政法规强行性规定的行为才属无效。而国务院办公厅发布的《通知》并非法律、行政法规，该借名协议并不因违反此项通知的内容而无效。此外，该协议虽然违反了有关



贷款的政策性规定，但协议约定由原告按还款时间和金额偿还贷款，并未损害国家、集体及第三人的利益，不因恶意串通而无效。因此，借名行为有效。

问题3:

3. 借名买房情形下，如何根据事实确定房屋实际购买人所有权的归属？

参考答案

要解决涉案房屋归属问题，就应看购房时双方当事人的真实意思表示，并结合支付购房款和该房屋交房后居住、使用情况等进行综合分析，确定房屋归属。本案诉争的房屋购房时系原告借用被告的名义购买，购房首付款系由原告支付，按揭贷款由原告偿还，该房屋在交付后一直由原告居住和使用。被告虽然持有涉案房屋的所有权证书、买卖合同和抵押合同，但不能提供充分证据证明其为该房屋的实际购买者，且其辩称将房屋借给原告居住也未提供证据予以证实。而原告却出示了支付房屋对价以及偿还按揭贷款的证据，故房屋应归属于实际购买人张英、王福杰。综合上述事实，应当认定该房屋的实际购买人为原告，原告系借用被告的名义购买。

问题4:

4. 本案中，若审判员与王栋杰的代理人是近亲属关系，是否可以申请回避？若可以，请为原告提供具体建议。

参考答案

可以申请回避。因审判员与王栋杰的代理人是近亲属关系，属于民事诉讼法规定的应当回避的情形。根据《民事诉讼法》44条的规定，审判员是本案当事人或者当事人、诉讼代理人近亲属的当事人，审判员应该自行回避，当事人有权用口头或者书面方式申请他们回避。当事人提出回避申请，应当说明理由，在案件开始审理时提出回避申请，如果回避事由是在案件开始审理后知道的，也可以在法庭辩论终结前提出。