

民法主观题讲义

韩祥波

(微博@民法韩祥波; 微信: minshangfaxue; 微信公众号: 韩祥波民法)

序言

关于应对主观题方法的两点提醒

1. 学会分析案例的思维步骤。

分析案例，一定要有章法、有步骤。

过去授课，常听学员朋友讲，看到民法案例题，长度超过三行就会觉得紧张。我想，有此种感觉，一是因为没有思路，二是因为知识掌握得不够扎实。有了前面学习的基础，面对案例，其实与做数学题类似，一步一步往下推，结论就在那里等着你。

简单概括，可以分为三步：**第一步，找主体；第二步，分析发生在各主体之间的法律事实，并根据法律事实分析可能引起的法律关系中主体的各种权利义务、法律效力等；第三步，给各主体分配相应的民事责任。**所有案例，包括以后从事法律实务工作，也是这样的分析思路。

2. 要学会对法学方法论的应用。

法学方法论，是研习民法的根本，既关系到民法研习者对于已有法律规范的解释，也关系到在具体案例中对于当事人权利和义务认定、责任的分配。这其中，有着无限丰富的内容。其中，最为精髓的内容是，对于不同主体之间的利益衡量。运用这种方法，得出的结论，有时会 and 直接的形式推理相反，但是，只要在价值上具有更强的可接受性，就会被采纳。这一点，在过去司考中已经体现多次，未来这更是一种趋势。

新华考资网 www.xhkzedu.com 独家提供
案例、问题与考点要义

一、主观案例中可能有观点展示题

案例一

甲乙结婚，两年后，甲常夜不归宿。乙提出，若甲在晚上 12 点到次日 7 点不归宿，则甲应支付每小时空床费 200 元，甲同意。后来甲仍然经常夜不归宿。后来，甲乙离婚，乙请求甲支付约定的空床费。

问题

如何评价甲乙之间关于空床费的约定？

答案与考点要义

对于此种约定，**有两种观点**。一种认为，该约定是当事人自愿订立的协议，内容没有涉嫌违法，意思表示真实自由，且有利于促进公序良俗的实现，故应认为成立合同关系，乙的主张应当获得支持。另一种认为，该约定是好意施惠的表示，为了增进夫妻感情，不宜认定为有法律上的权利与义务关系。

案例二

甲乙是好友，双方达成协议，由甲用乙的名义购买房屋一套，房款由甲支付，房产证由甲持有，房屋由甲使用，房屋登记在乙的名下，乙不得擅自出卖房屋。后来，甲乙因为琐事破坏了友谊。乙将房屋卖给不知情的第三人丙，并办理了过户登记。对于此房屋，甲丙均主张所有权，产生了争执。

问题

1. 甲乙的协议是否有效?

2. 乙出卖房屋是有权还是无权处分? 丙取得房屋是原始取得，还是继受取得?

3. 甲乙发生纠纷后，甲可否直接去申请更正登记，登记自己为所有权人? 如果不能，采取什么方式最有利于甲利益的保护?

答案与考点要义

1. 有效。

在购房过程中，借名登记的行为，实务中颇为常见。根据目的不同，双方签订的借名登记协议效力不一。如果是为了规避法律的强制性规定，应当无效。如果未发现违法之处，理应尊重当事人自己的意思自治。本案中，没有说明此协议是为了规避强行法之规定，就应当按照正常情况理解，合同内容合法、双方自愿，合同有效。

2. 在借名登记的情况下，如果名义登记人处分了房屋，究竟是有权处分还是无权处分，是一个理论上的难点问题。如果按照公示公信原则之精神，不动产登记具有公信力，当名义登记人处分房屋时，买受人完全可以相信其是有权处分，进而将此项交易视为正常的买卖，在办理过户登记后，买受人即为继受取得房屋。然而，若按照甲乙之间的借名登记协议，名义登记人由于不是真正的权利人，若其处分房屋，理解为无权处分，亦有道理。此时，若买受人不知情且支付了合理对价的，可构成善意取得。然而，对于此有争议的理论问题，在考试真题中曾经出现，从命题人提供的答案看，倾向于认为此种情况下是有权处分，买受人为继受取得（2015年卷三单选第5题）。但是，笔者还是建议，如果此种情形出现在主观题之中，回答问题时，最好是将两种结论均写出来，因为这只不过是看待一个问题的两种不同视角，不存在绝对的对错。这样可以全面覆盖当年命题人可能给出的答案。

由此产生的问题是，既然名义登记人是有权处分，那么不动产的善意取得将何以存在呢? 因为，所有不动产构成善意取得的，均是名义登记人进行了无权处分才可能构成。如果按照命题人在2015年题目中给的单一结论理解，就需要区分不同情形下的“名义登记人处分”，有时理解为有权处分，有时理解为无权处分。像借名登记这种，真实权利人的权利根据是具有相对性的合同，而缺少对外公示之时，则认定名义登记人为有权处分。而真实权利人的权利对外有一定公示的，比如夫妻共同财产、通过法院判决取得所有权而尚未变更登记等情形，毕竟夫妻关系的存在，法院的判决文书均具有一定的公示效力，此时，则认定名义登记人的处分为无权处分。

3. 不能直接申请更正登记。最好是先申请异议登记，并在异议登记有效期内，提起确权之诉，这样一旦确权成功，一定能够实现获得不动产所有权的目的。

《物权法》第19条第1款规定：“权利人、利害关系人认为不动产登记簿记载的事项错误的，可以申请更正登记。不动产登记簿记载的权利人书面同意更正或者有证据证明登记确有错误的，登记机构应当予以更正。”第2款规定：“不动产登记簿记载的权利人不同意更正的，利害关系人可以申请异议登记。登记机构予以异议登记的，申请人在异议登记之日起十五日内不起诉，异议登记失效。异议登记不当，造成权利人损害的，权利人可以向申请人请求损害赔偿。”需要解释的是，在第1款中，什么情况下可以更正登记的问题。就本案而言，如果甲要去申请更正登记，乙书面同意的，固然可以办理更正。但是，“有证据证明登记错误”如何适用? 通常而言，如果登记机关自己发现登记出现了错误，进行更正自不待言。如果由当事人拿出房屋不属于名

义登记人的证据，如本案中关于购房的借名登记协议书，登记机关会进行实质审查，并办理更正吗？答案是否定的。此时，通常需要实际权利人去法院申请确权，只有经过法院审判，确认所有权人后，登记机关才会进行更正登记。所以，甲在乙不同意的情况下，是不能直接申请更正登记的。

为何先办理异议登记，并在异议登记期间提起诉讼的确权才是最有利于甲利益保护的？因为异议登记使得登记的公信力具有了瑕疵，排除了善意第三人存在的可能。只要确权成功，可以确保甲得到房屋所有权。如果没有办理异议登记，或者在异议登记失效后再起诉的，有可能赢得了判决，但房子已经归属于第三人所有，只能通过其他方式主张自己的利益保护。

案例三

自然人甲为资金周转需要向乙借款 100 万元，约定年利率为 35%，期限 1 年，达成协议后，乙于 5 月 10 日向甲指定的账户进行了转账，5 月 11 日实际到甲的账户。后双方又签订了买卖合同，约定：“甲把自己珍藏的一幅名画卖给乙，价款为甲的借款本息之和。甲须在 1 年以内以该画款分三期付款回购该画。如甲不回购，乙有权直接取得该画所有权。”乙交付借款时，甲出具收到全部画款的收据。后甲未按约定回购，也未把古画交付给乙。后古画因价格上涨至 300 万元，甲主张偿还借款本息，乙则主张甲履行买卖合同，将古画交付给自己。

问题

1. 甲、乙之间的借款合同，何时生效？如果乙在交付借款之前反悔，则甲可否主张乙承担违约责任？

2. 如何评价此处关于古画的买卖合同？甲未按照约定回购时，乙可否请求甲履行买卖合同？

3. 甲、乙借款合同中约定的利息是否有效？

4. 如果甲、乙借款合同中约定，先从 100 万中扣除 35% 作为年利息，实际交付给甲 65 万元，此种做法是否合法？会产生什么法律效果？

5. 本案中，甲逾期未偿还借款，对此应当如何计算逾期利息？如果约定了违约金的，乙可否同时主张甲支付逾期利息和支付违约金？

6. 如果甲、乙的借款合同没有约定还款期，乙可以如何行使权利？

7. 如果借款期限为 3 年，关于利息支付没有约定，则应当如何支付利息？

8. 如果乙是一个银行，乙没有按照约定日期向甲提供借款，则甲可否向乙主张违约责任？

答案与考点要义

1. 5 月 11 日，借款实际到甲账户时生效。若乙交付前反悔，甲不可向乙主张违约责任。

因为自然人之间的借款合同在性质上是实践合同。对于所有的实践合同而言，达成协议不能使得合同成立生效，还需要交付标的物，在此意义上，实践合同又叫要物合同。这类合同，交付标的物，合同依法成立，而依法成立的合同自成立时生效，故自交付借款时合同生效。如果通过银行转账等方式交付的，《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《民间借贷规定》）第 9 条第 2 项规定，“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”，可以视为具备《合同法》第 210 条关于自然人之间借款合同的生效要件。据此，款项实际到达甲指定的账户之时生效。

既然是实践合同，则意味着，如果没有交付标的物，则合同尚未成立生效，当事人之间没有任何法律意义上的权利与义务。故当乙反悔，不愿意将借款交付给甲之时，借款合同尚未成立生效，此时甲不能主张乙承担违约责任。

2. 此处所谓的买卖合同，目的在于为借款提供担保，此种情形下产生纠纷的，不以买卖纠纷处理。甲未履

行回购义务时，乙不能请求履行买卖合同。

《民间借贷规定》第 24 条第 1 款规定：“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。”第 2 款规定：“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。”

据此，这种试图通过买卖为借款提供担保的情形，不应以买卖合同纠纷来处理，乙如果请求履行买卖合同，不予支持。乙可以请求拍卖案中买卖合同的标的物，以获得的价款来受偿。

同时，就买卖合同而言，如果从《民法总则》关于通谋虚伪的角度评价，可以认定为无效。如果已经将古画交付给乙，则从从外公示的角度看，可以认定乙对于画享有所有权。

3. 约定有效。

《民间借贷规定》第 26 条规定：“借贷双方约定的利率未超过年利率 24%，出借人请求借款人按照约定的利率支付利息的，人民法院应予支持。借贷双方约定的利率超过年利率 36%，超过部分的利息约定无效。借款人请求出借人返还已支付的超过年利率 36% 部分的利息的，人民法院应予支持。”据此，只要不超过年利率 36% 的部分皆为有效。不过只有不超过 24% 的部分，可以请求法院强制执行，大于 24% 但不超过（小于或等于）36% 的部分是自然债务，不能请求法院强制执行，但是如果一旦履行，则受领具有保持力。只有超过 36% 的部分，才是无效的，一旦已经支付，则受领人构成不当得利。

4. 不合法。以实际借款的金额作为计算利息的标准。

《合同法》第 200 条规定：“借款的利息不得预先在本金中扣除。利息预先在本金中扣除的，应当按照实际借款数额返还借款并计算利息。”《民间借贷规定》第 27 条规定：“借据、收据、欠条等债权凭证载明的借款金额，一般认定为本金。预先在本金中扣除利息的，人民法院应当将实际出借的金额认定为本金。”据此，不允许当事人预先从本金中扣除利息，如果扣除的，按照实际借款金额作为本金来计算利息。

5. 可以按照约定的利息来计算逾期利息。可同时主张，但是主张强制执行的部分不能超过年利率的 24%。

《民间借贷规定》第 29 条规定：“借贷双方对逾期利率有约定的，从其约定，但以不超过年利率 24% 为限。未约定逾期利率或者约定不明的，人民法院可以区分不同情况处理：（一）既未约定借期内的利率，也未约定逾期利率，出借人主张借款人自逾期还款之日起按照年利率 6% 支付资金占用期间利息的，人民法院应予支持；（二）约定了借期内的利率但未约定逾期利率，出借人主张借款人自逾期还款之日起按照借期内的利率支付资金占用期间利息的，人民法院应予支持。”但此时，主张强制执行的利率，也不得超过年利率的 24%。第 30 条规定：“出借人与借款人既约定了逾期利率，又约定了违约金或者其他费用，出借人可以选择主张逾期利息、违约金或者其他费用，也可以一并主张，但总计超过年利率 24% 的部分，人民法院不予支持。”在合并使用之时，所有费用及利息相加之和，也不得超过年利率的 24%。

6. 借款人可以随时还款。贷款人也可以催告借款人在合理期限内还款。

《合同法》第 206 条规定：“借款人应当按照约定的期限返还借款。对借款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，借款人可以随时返还；贷款人可以催告借款人在合理期限内返还。”

7. 按年度支付，剩余不足 1 年的，按照剩余期限计算、支付。

《合同法》第 205 条规定：“借款人应当按照约定的期限支付利息。对支付利息的期限没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定，借款期间不满一年的，应当在返还借款时一并支付；借款期间一年以上的，应当在每届满一年时支付，剩余期间不满一年的，应当在返还借款时一并支付。”

8. 可以。

因为金融机构作为贷款人时，借款合同为诺成合同，达成协议之时，借款合同成立生效。如果金融机构不能如约提供借款之时，则需要承担违约责任。

案例四

甲在 A 市中国移动营业厅（属于中国移动 A 市分公司）参与充话费抽奖活动。甲充话费后抽中了一个微型高压锅。后来，用高压锅炖排骨，发生爆炸。另外，在甲与移动公司签订的充话费服务协议中，所充话费限定使用期限为 1 年，关于此期限的字体，与合同其他字体相比，明显较小。

问题

抽奖活动是什么性质的行为？甲可否向移动公司主张侵权责任？如何评价服务协议中关于服务期限限制的条款？

答案与考点要义

抽奖行为是法律行为，具体说，是财产行为、双方行为、从行为、不要式行为、诺成行为、射幸行为。可否向移动公司主张侵权责任，决定于对于移动公司能否认定为销售者。**一种观点认为，表面上虽为赠与行为，但是，实际上作为充话费之有偿行为的一部分，应当认为是销售行为，移动公司是销售者，故甲可以向移动公司主张侵权责任。另一种观点认为，移动公司并不是高压锅的持续销售者，故不宜认为移动公司是销售者，甲只能向生产主张侵权责任。**两种观点比较，从倾向于受害人利益保护方面考虑，认定移动公司为销售者更为合理。

公司限定所充话费使用期限的行为，属于格式条款，若格式条款提供方没有以适当的方式进行提示和说明的，非格式条款一方，可以向法院申请撤销该格式条款。

案例五

甲欠乙债务 10 万元，以一辆汽车为乙设立抵押，并办理抵押登记，甲以 15 万元价格出售给丙，丙交车款后，甲交付汽车，后才告知乙。乙称不同意甲出卖，遂起纠纷。

问题

甲丙合同是否有效？丙知情或不知情，是否会产生不同的法律效果？

答案与考点要义

解析此案，首先要看甲将汽车出卖给丙，是有权处分还是无权处分。理论上，通常认为是有权处分，不过也有人认为，设定抵押后，未经抵押权人同意的处分为无权处分。

1.从有权处分看，甲丙合同当然有效，属于正常的买卖。由于乙的抵押权已登记，可以对抗所有人，故，虽然可以追及，就抵押物行使抵押权。丙若欲获得所有权，需要代为清偿债务，通过涤除权来实现目的，然后，再向甲追偿。丙的知情与否，虽不影响乙抵押权行使，但是影响其基于合同向甲主张违约责任的权利。

2.从无权处分看，虽然此时甲被认为无处分权，但是根据买卖合同解释第三条规定，甲丙合同依然有效。丙若不知情，可善意取得所有权，知情则不能。在善意取得之时，则需要进一步衡量，登记的抵押权与善意取得所有权的丙之间的关系。由于登记的动产抵押权，可以对抗善意第三人，故依然可以追及。同样丙知情与否，将影响丙基于合同向甲主张违约赔偿的范围。

二、民法基本原则与民法适用中的利益衡量

案例 某餐厅案

1999年10月24日傍晚6时左右，原告李某、龚某夫妇二人带着8岁的儿子小龚，与朋友到被告某公司经营的某餐厅就餐，由餐厅礼仪小姐安排在二楼就座，座位旁是名为“福特”的餐厅包房。“福特”包房的东、南两墙是砖墙，西、北两墙是木板隔墙，小龚靠近该房木板隔墙的外侧就座。约6时30分左右，“福特”包房内突然发生爆炸，李某和小龚随即倒下不省人事，龚某忍着伤痛拖开被炸倒下的包房木板隔墙，立即将小龚送往医院抢救，李某也被送往医院。小龚因双肺爆炸伤外伤性窒息，呼吸、循环衰竭，经抢救无效死亡。李某的左上肢神经血管损伤，腹部闭合性损伤，失血性休克，肺挫伤，进行了左上肢截肢技术及脾切除术，伤愈后被评定为二级残疾。龚某右外耳轻度擦伤，右背部少许擦伤。某餐厅的这次爆炸，发生在餐厅服务员为顾客开启“五粮液酒”盒盖时。伪装成酒盒的爆炸物是当时在“福特”包房内就餐的一名医生收受的礼物，已经在家中放置了一段时间。10月24日晚，该医生将这个“酒盒”带入“福特”包房内就餐，服务员开启时发生爆炸。事故发生后，制造这个爆炸物并将它送给医生的犯罪嫌疑人已被公安机关抓获，正在审理之中。原告起诉某餐厅，请求法院判令餐厅赔偿其损失。

一审法院认为，原告李某、龚某到被告某公司下属的餐厅就餐，和某公司形成了消费与服务关系，某公司有义务保障李某、龚某的人身安全。某公司是否尽了此项义务，应当根据餐饮行业的性质、特点、要求以及对对象等综合因素去判断。本案中，李某、龚某的人身伤害和小龚的死亡，是某餐厅发生的爆炸造成的。此次爆炸是第三人的违法犯罪行为所致，与某公司本身的服务行为没有直接的因果关系。在当时的环境下，某公司通过合理注意，无法预见此次爆炸，其已经尽了保障顾客人身安全的义务。爆炸是使原告李某、龚某受到人身伤害、造成小龚死亡的必然原因。李某、龚某认为被告某公司的木板隔墙不符合标准，由此埋下了安全隐患，应当承担民事责任。木板隔墙不符合标准，只是造成李某、龚某、小龚伤亡的条件，不是原因，它与损害事实之间没有直接的因果关系，某公司不能因此承担侵权损害的赔偿责任。

二审法院认为，被上诉人某公司在本案中既没有违约也没有侵权，不能以违约或者侵权的法律事由判令某公司承担民事责任。某公司与上诉人李某、龚某同在本次爆炸事件中遭不幸，现在加害人虽已被抓获，但由于其没有经济赔偿能力，双方当事人同时面临无法获得全额赔偿的局面。在此情况下应当看到，某公司作为企业法人，是为实现营利目的才允许顾客自带酒水，并由此引出餐厅爆炸事件，餐厅的木板隔墙不能抵御此次爆炸，倒塌后使李某、龚某一家无辜受害。某公司在此爆炸事件中虽无法定应当承担民事责任的过错，但也不是与李某、龚某一家受侵害事件毫无关系。还应当看到，双方当事人虽然同在此次事件中受害，但李某、龚某一家是在实施有利于某公司获利的就餐行为时使自己的生存权益受损，某公司受损的则主要是自己的经营利益。二者相比，李某、龚某受到的损害比某公司更为深重，社会各界（包括某公司本身）都对李某、龚某一家的遭遇深表同情。最高人民法院在《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第157条中规定：“当事人对造成损害均无过错，但一方是在为对方的利益或者共同的利益进行活动的过程中受到损害的，可以责令对方或者受益人给予一定的经济补偿。”根据这一规定和李某、龚某一家的经济状况，为平衡双方当事人的受损结果，酌情由某公司给李某、龚某补偿一部分经济损失，是适当的。一审认定某公司不构成违约和侵权，不能因此承担民事责任，是正确的，但不考虑双方当事人之间的利益失衡，仅以李某、龚某应向加害人主张赔偿为由，驳回李某、龚某的诉讼请求，不符合《民法通则》第4条关于“民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则”的规定，判处欠妥，应当纠正。据此于2001年11月26日判决：一、撤销一审民事判决。二、被上诉人某公司给上诉人李某、龚某补偿30万元。三、二审案件受理费共60320元，由双方当事人各负担一半。

问题

从民法基本原则角度出发，对于一审与二审之判决该如何评价？

答案与考点要义

选择此案例，旨在讲述民法基本原则在案例分析中的应用及民事纠纷解决中利益衡量方法的应用。

民法基本原则，承载着民法追求的价值，这些价值既体现在立法、司法及执法的过程中，也体现在对于当事人具体行为的要求中。如法律禁止格式条款中义务的失衡，旨在体现公平之追求，进而确保平等的真正实现。工伤概不负责条款一律认定为无效，则体现了人们对于公序良俗的追求。作为帝王原则的诚实信用原则更是贯彻民法的始终。就民法的适用而言，时常需要对民法基本原则所体现的不同价值进行权衡，作出具有可接受性的判决。这种利益衡量的方法，已经体现在考试的命题当中，未来更值得重视。

运用利益衡量的方法，必然要娴熟把握民法基本原则所体现的不同价值追求。这种衡量主要体现在一些疑难案例之中，通过衡量可以在权衡各方利益的基础上，对于法律条文尽可能做出合理、妥当的解释，在法律没有明确对于责任做出分配时，弥补法律漏洞。

对于利益衡量，有学者将其概括为三个阶段：首先，利益衡量的操作实施体现在双方当事人的利益对峙中，结合法律规范的目的，比较各种不同的利益，若保护其中一方，受保护人增益如何，另一方受损如何，反之亦然。其次，验证价值取向。此种验证旨在防止法官在利益衡量的操作中出现偏差，对于初步衡量的结论，应当放在一国宪法价值体系中，加以验证，如果违背宪法之基本价值，则结论不能成立。最后，在衡量与验证之后，提炼、生成规则。^①

就本案而言，一审法院，驳回原告的诉讼请求，不能说没有依据，因为对于原告的损害而言，确实既不构成违约也不构成侵权，毕竟造成损害发生的另有其人。原告提出，木板墙不合标准的理由也显得牵强，对于餐厅隔离包间来说，木板墙也属于常见现象。但是，如此驳回原告请求，加之真正加害人没有经济能力，受害人又没有保险的保障，如此一来，将导致原告之损失无法得到任何的救济。一审法院如此判决，尽管合法，但是，却没有很好的体现民法基本原则所体现的精神。二审判决，直接引用了公平、诚实信用等基本原则，（在《民法总则》中体现在第6条与第7条之中），在认定餐厅既不违约也不侵权的前提下，根据公平原则对于双方的利益进行了衡量。法院引用的《民法通则》之司法解释规定，当前民事立法中体现在《侵权责任法》第24条，即“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。”据此，二审法院在原被告之间进行了利益衡量。具体步骤如下：

首先，若假设保护被告之利益，驳回原告之诉讼请求，正如一审法院之判决。此种结论的积极意义在于，某餐厅根据交易习惯，在尽到自己力所能及的安全保障义务之后，可以免责，不必承担自己无法预料的风险带来之损失，这当然有利于餐饮业的健康发展。这意味着为保护被告的经营利益，牺牲的是原告的生命、健康等人身利益。

其次，如保护原告，则意味着将就餐顾客的人身安全放在首位，这意味着某餐厅的经营利益受到了限制，餐厅在承担重大损失的同时，还要为一个无关的第三人故意加害他人的行为负责。若仅从经济利益衡量，餐厅似乎是雪上加霜，没有任何收益。然而，如果将对被告承担部分赔偿责任的行为，放在社会效益的立场上看，无疑可以树立一个负责任的企业情形，有利于提高餐厅的商业信誉。作为商家，可以将这种赔偿的损失，作为成本分摊在未来的经营成本之中。这相对于原告的生命、健康利益来说，原告之利益显然更值得保护。

最后，经过衡量之后，根据原被告的经济状况，二审法院衡量双方利益之后，作出由餐厅给予原告部分经济补偿的判决，相对于一审直接驳回原告请求之判决来说，显然更为适当。

^① 参见姚辉编著：《民法学原理与案例教程》，人民法学出版社 2015 年版，第 37 页。

三、权利能力、赠与和继承相关问题

案例

甲，孕妇，怀孕已四月有余。某日，甲之夫乙驾车（车辆为婚后购买）去医院产检，路上遭遇重大车祸，乙当场死亡，甲受重伤，后经医院检查，胎儿丙也受到伤害，需要特别治疗。甲考虑到自己的未来以及孩子可能残疾带来的生活艰辛，想要打胎。由于乙是丁（乙父）的独生子，考虑到如果不要这个孩子，将子嗣无继，于是丁向甲提出，如果将孩子顺利生下来，愿意将自己位于该市金融街出租给工商银行的房屋的租金赠与胎儿，直至胎儿 18 岁为止，甲同意。甲、丁达成协议后，将此事通知了银行。后来，孩子顺利出生，丁提出要自己抚养孩子，甲不同意。丁表示，若甲不同意其抚养孩子，将撤销赠与。经查明，乙与甲婚后，共同购买了两套房屋，价值 600 万元，有存款 30 万元，乙婚前自己购买过门面房三间，市价 1000 万元，乙没有留下遗嘱。

问题

1. 乙的遗产包括哪些？应当如何分配？
2. 甲、丁的协议是什么协议？
3. 丁将未来租金赠与胎儿，是什么法律关系？
4. 丁可否以甲不同意由其抚养孩子为由，撤销赠与？为什么？

答案与考点要义

1. 所谓遗产，通俗讲就是生前已经获得，死后遗留下来之财产。就本案而言，遗产包括两套房屋、汽车及 30 万存款的各一半、三间门面房。

由于乙没有留下遗嘱，应当按照法定继承进行遗产分配。依据《继承法》之规定，法定继承人第一顺位是配偶、父母和子女，第二顺位是兄弟姐妹、祖父母和外祖父母。当第一顺位继承人均不在或者放弃时，才由第二顺位继承人继承。本案中，乙的第一顺位法定继承人包括：甲（配偶）、胎儿（就继承而言，依据《民法总则》第 16 条，视为具有权利能力）和丁（乙之父）。因此，乙的遗产应当由甲、胎儿及丁进行分配。

2. 甲、丁的协议是附条件的、为第三人利益的赠与合同。

首先，“如果孩子顺利出生”之表述，是赠与附条件的基本标志。民法中所谓附条件，是指未来的、不确定的、可能的、合法的事实。在订立合同之时，孩子是否能够顺利出生，基于普通人的经验判断，完全符合民法中附条件之 4 项要求。

其次，合同在甲、丁之间订立，但是此合同是为了第三人的利益。在为第三人利益的合同中，只能为第三人带来利益，不能给第三人设定义务，就甲、丁的合同来说，完全是为了第三人之利益。

本案中，孩子后来顺利出生，条件成就，赠与合同生效，丁应当履行义务。

3. 本质上是一种债权让与法律关系，不过此债权让与，在合同约定条件成就时生效。

4. 不可。因为在赠与合同中，赠与若要任意撤销，需要在权利转移之前进行，并且还不能是公益性、道德性和经过公证的赠与。虽然在本案中，甲、丁达成的为第三人利益的合同，虽不是公益性、道德性及经过公证的赠与，但丁依然不得撤销。首先，丁在孩子出生后，又提出自己要抚养孩子的要求，这不是原合同的内容，没有正当性，不应获得支持。其次，本案中赠与的是债权，本质上是一种债权让与，通常而言债权让与在达成转让协议之时，债权即发生了转移，本案中此转让附了条件，孩子出生即为条件成就，这意味着债权让与已经发生效力，权利已经转移给顺利出生的孩子。权利转移之后，赠与人自然不得再撤销赠与。

四、法人格否认之应用

案例

甲为花样公司的控股股东，2016 年 2 月，以花样公司的名义从年华公司购进一批货物，并约定 3 月底付款，甲拿到货物后，旋即卖给了梁山公司。3 月底，年华公司欲要求花样公司付款时，却发现联系不上花样公司的人员，后来去花样公司所在地追讨，却发现花样公司原办公地址已经变成了其他公司。经查，甲同时是花样公司和梁山公司的控股股东。

问题

年华公司应当如何主张自己的权利？

答案与考点要义

《民法总则》第 83 条规定：“营利法人的出资人不得滥用出资人权利损害法人或者其他出资人的利益。滥用出资人权利给法人或者其他出资人造成损失的，应当依法承担民事责任。营利法人的出资人不得滥用法人独立地位和出资人有限责任损害法人的债权人利益。滥用法人独立地位和出资人有限责任，逃避债务，严重损害法人的债权人利益的，应当对法人债务承担连带责任。”据此，当股东滥用公司有限责任，试图逃避债务，损害债权人利益的，股东要与其出资法人一起承担连带责任。本案中，甲的行为显然是利用了花样公司为自己获取利益，损害债权人年华公司的利益，此时，若只是起诉花样公司，年华公司的利益不可能得到有效的保护。在此案例中，应当否认花样公司的人格，令控股股东甲与花样公司一起承担连带责任。

值得指出的是，所谓法人格否认，只是在具体的案例中否认股东的有限责任，而不是永远地否认法人独立承担责任的能力。

五、法人的产生、变更与消灭

案例

在全民创业、万众创新的时代背景下，甲、乙、丙三名刚毕业的大学生打算抛弃就业，选择创业。三人决定成立一个法人，但没有去办理登记。其中一人说，原来曾经听其法学院的朋友说，成立法人不一定要登记，而且民法讲究意思自治，估计登不登记只是一个形式问题，是作一个法人还是合伙关键取决于自己的意愿。请根据具体情形，回答下列问题：

问题

1. 本案中，不登记能够获得法人资格吗？

2. 如果甲、乙、丙出资后，进行了法人的设立登记，但后来在经营中触犯了法律，被工商部门吊销了营业执照，此时，法人资格是否丧失？

3. 此公司章程规定，如果转让价值超过 100 万元的资产或者对外提供担保，需要全体出资人一致同意。后来，甲、乙决定转让一台价值 120 万元的设备，丙不同意，但是，甲、乙依然向丁转让了该设备，此转让合同效力如何？丙如何获得救济？

4. 又一年，由于公司经营不善，对外欠债 500 余万元，甲、乙、丙一致决定转让该公司。后经协商，公司被戊公司收购，此时，对于甲公司的债务应当如何承担？

5. 假设公司因经营不善，进入破产程序，在清算期间，公司又和丁公司签订了一份销售公司产品的活动，

可否?

6.如果该法人在设立过程中,设立人为设立法人而签订合同,应当由谁承担法律后果?如果设立人以自己的名义订立合同,后违约,合同相对人可以如何主张合同责任?

答案与考点要义

1.本案中的法人不登记不能获得法人资格。

此问题,既涉及法人的设立,也涉及法人的类型。彻底理解此问题,需要注意从法人类型的角度来把握:

首先,不同类型的法人设立有不同的要求。有的法人需要特许才能设立,有的法人需要经过许可,有的法人只要去工商局办理登记就可以设立,还有法人是强制设立的。

其次,要掌握《民法总则》中关于法人分类的新规定,此点相对于《民法通则》有重大变化。《民法总则》中将法人分为营利法人、非营利法人和特别法人。在营利法人中,大部分直接经过工商登记就可以设立,若从事特殊行业,有其他法律法规特别规定的需要经过审批的,经批准后方可进行设立登记。《民法总则》规定的非营利法人包括事业单位法人、社会团体法人、基金会法人(基金会法人被确立为一种独立的法人类型,不再包括在社会团体法人之中)、社会服务机构等法人。其中,事业单位法人和社会团体法人中,不需要办理登记的,自成立之日起,即可获得法人资格。特别法人包括机关法人、农村集体经济组织法人、合作经济法人、基层群众自治性组织法人,这些法人通常需要经过批准。

本案中的法人是一般的营利法人,不需要经过审批,但必须通过登记才能获得法人资格。

2.不丧失。

对于法人来说,只要没有经过清算并注销登记,法人资格均为存在,是个独立的民事主体。关于法人终止,《民法总则》第 72 条第 3 款规定:“清算结束并完成法人注销登记时,法人终止;依法不需要办理法人登记的,清算结束时,法人终止。”第 73 条规定:“法人被宣告破产的,依法进行破产清算并完成法人注销登记时,法人终止。”可见,法人的注销登记才是法人终止的标志。

3.如果受让人不知情,则合同效力不受影响。丙可以请求法院撤销该决议。

《民法总则》第 85 条规定:“营利法人的权力机构、执行机构作出决议的会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规、法人章程,或者决议内容违反法人章程的,营利法人的出资人可以请求人民法院撤销该决议,但是营利法人依据该决议与善意相对人形成的民事法律关系不受影响。”此规定同样是全新的内容,同时兼顾了公司内部出资人的救济和善意第三人的保护。这同样是平衡双方利益的结果。

4.应当由戊公司负清偿责任。

正常情况下,公司的债务应当以公司拥有的财产对外独立承担责任。但当出现了法人的合并与分立时,则应当根据具体情况来确定债务的清偿主体。对此,《民法总则》第 67 条规定:“法人合并的,其权利和义务由合并后的法人享有和承担。法人分立的,其权利和义务由分立后的法人享有连带债权,承担连带债务,但是债权人和债务人另有约定的除外。”据此,只要没有特别约定,法人合并的,由合并后的法人承担,法人分离的,由分立后的法人承担连带责任。

5.不可以。

《民法总则》第 72 条第 1 款规定:“清算期间法人存续,但是不得从事与清算无关的活动。”此规定为强制性规定。如果违反此强制性规定而从事与清算无关的法律行为时,则应为无效。

6.如果法人顺利成立,后果由成立后的法人承受,如果法人未成立的,则由设立人承担。如果设立人在设立过程中,以自己的名义签订合同后违约的,第三人有权选择设立后的法人或者设立人承担。

对于设立中的法人从事民事活动的后果,在《民法通则》中没有规定。《民法总则》第 75 条规定:“设立人为设立法人从事的民事活动,其法律后果由法人承受;法人未成立的,其法律后果由设立人承受,设立人

为二人以上的，享有连带债权，承担连带债务。设立人为设立法人以自己的名义从事民事活动产生的民事责任，第三人有权选择请求法人或者设立人承担。”此规定，很好地解决了法人设立过程中有可能产生的责任归属问题。

六、意思表示的解释

案例

材料一：陷入生活窘迫之甲出售某珍藏图书一套与乙，价值 8 万元，但在书面合同中明确约定，如果甲日后中奖，得以时价买回。2 年后，甲购买彩票，中奖 5 元。甲认为，回购图书的条件已经成就，于是向乙请求买回该书，此时，书之时价为 10 万元。

材料二：甲乙是同事，一日，甲急需用钱，向乙提出可否帮忙拿 1500 元，乙欣然同意。于是，乙通过微信转账向甲转账 1500 元，并附言“爱你”。一个月后，乙主张甲还款。甲主张附言中既然有“爱你”之表示，乙是赠与给自己 1500 元，故不返还，乙称当时只是借给甲。两者发生争论。

问题

1.材料一中，甲回购图书的条件是否已经成就？

2.材料二中，甲乙之间的关系应当解释为赠与还是借款关系？为什么？

答案与考点要义

通常认为，意思表示解释是，法院或仲裁机构在纠纷裁判中对于因意思表示不清楚、不明确发生争议的情况下进行的解释。不同的解释将决定当事人实体权利和义务的分配。关于意思表示的解释规则，民法总则第 142 条，在区分是否有相对人的基础上规定了两款。第一款：“有相对人的意思表示的解释，应当按照所使用的词句，结合相关条款、行为的性质和目的、习惯以及诚信原则，确定意思表示的含义。”由于有相对人，因此，解释时倾向客观标准，对于当事人真意的探求，让位于一般人的理解（参照词句使用的习惯、诚信原则、行为性质等确定），以避免给相对人带来不必要的损失。第二款规定：“无相对人的意思表示的解释，不能完全拘泥于所使用的词句，而应当结合相关条款、行为的性质和目的、习惯以及诚信原则，确定行为人的真实意思。”由于没有相对人，倾向于主观主义，为探求当事人真意，甚至可以抛开对于词句的通常理解。

1.在材料一中，不能认为条件已经成就。因为当时出售图书时，价值为 8 万元，现在价值为 10 万元。在订立合同之时，所附条件即如果甲中奖则可以以时价买回，其真实意思应当是，当中奖所获得的奖金足以以时价买回时，方可认定为条件成就。甲只中奖了 5 元，尽管也是中奖，但不应当理解为回购的条件成就，这正是拘泥于文字本身而从目的的角度进行解释意思表示之结果。

2.材料二中，应当认定为借款关系。

（1）问题界定

本案双方当事人对于发生过 1500 元转账的事实没有争议。关键是对于微信转账时，附言“爱你”二字，理解出现冲突，到底是赠与还是借款？自民法视角而言，这是个意思表示的解释问题。

（2）本案中，是相对人之间的关系，对于转账时附言“爱你”的表示进行解释时，应适用 142 条第 1 款，采一般人理解的客观标准。两者之间解释为借款关系更为合理。理由如下：

首先，根据本案事实，两者之间只是一般朋友，不存在情侣关系，若是情侣关系，基于生活日常需要的转账，理解为赠与，可以为正常人接受，但是，普通朋友之间，难以得出转账给另一方就是赠与的结论。

其次，当今是一个词语含义不断贬值的时代，此背景对于本案“爱你”的解释具有重要的参考价值。所谓词语含义贬值，大致是说，原来人们轻易不用或慎用的词汇在当下生活中却变得稀松平常，比如，美女、亲、

表情包里的拥抱、爱你、男神、女神等。在日常里，人与人之间，在通过微信等社交工具交谈时，哪怕一次面都没见过，一旦获得了一丁点的情感满足，就可能向对方发送“爱你”等文字或表示“爱你”的表情包。因此，在普通朋友之间进行的微信转账中，附言“爱你”，基于词语含义贬值的时代背景，显然难以得出就是赠与的结论。

最后，从价值导向方面看，如果听信受益方的主张，认为既然已经发生，且受损方不能举出有力证据证明借款关系存在的情况下，就认为是赠与关系的话，则显然不利于鼓励人与人之间的互助行为。基于中国的人情考虑，有朋友临时急用需要借个千把两千的，一定要对方写个欠条以“立字为据”的做法，不符合中国人的风俗习惯，如此一来，如果出借，担心对方赖账，不借又有损交情。法院判决，应当确立一种让人们避免两难的价值导向。如果让一个愿意帮助他人的人，每次借出金钱，都要有“金钱一去兮不复返”的豪气或担忧，显然不能说是一种健康的社会状况。

七、显失公平

案例

甲 60 岁，比其小 15 岁的妻子乙遭遇车祸，头部严重受伤，需要巨额医疗费。于是甲为了筹措医疗费，紧急求售自己仅存的一幅名画给丙。丙见甲窘迫，明知该画时值 50 万元，表示仅愿意半价购买，甲再三苦苦求告，丙终不让步，甲迫于情势，只得半价出售于丙，2015 年 3 月 1 日，付款交货。半年后，甲病故，乙于 2015 年 11 月向张律师咨询，欲撤销甲、丙之买卖名画的合同。

问题

乙可否申请撤销甲、丙之间的买卖合同？

答案与考点要义

可以。

首先要注意的是，《民法总则》通过后，此方面做出的调整。《民法总则》第 151 条规定：“一方利用对方处于危困状态、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。”据此规定，合并了原来《民法通则》和《合同法》规定的显失公平与乘人之危。民法理论中，对于此种行为，通常称之为暴利行为。

在本案中，丙在甲处于窘迫危难之际，以半价收购了甲的名画，自结果考查，显属不公，故甲可以在知道可撤销之日起，1 年内主张撤销。《民法总则》第 152 条规定，除了重大误解产生的撤销权是当事人知道或者应当知道撤销事由之日起 3 个月，其他撤销权的期限均为 1 年。甲在此交易发生后半年去世，故乙作为甲的妻子，可以继承甲所有的权利及遗产，故甲的撤销权乙可以行使，2015 年 11 月，撤销权尚未消灭，故可撤销。

八、重大误解（意思表示错误）

案例

甲自大学毕业后，一直在外地工作。一日，甲父亲去世，依据遗嘱继承了其父收藏的一幅画。甲误认为其父所遗之画为复制品，于是以 3 万元的价格卖给了乙，达成协议后，双方同时履行，在缔约过程中，乙支出了 2000 元的费用。3 日后，乙将该画以 4 万元的价格转卖于丙。1 个月后，甲方获知该画乃为某世界级油画大师之真迹作品，价值至少在 500 万元，于是，想要向乙主张取回该画。经查，丙在受让该画之时，明知甲存在重

大误解之事实。

问题

- 1.甲可基于什么理由主张取回该画?
- 2.若甲从乙处将画取回,乙可以主张什么权利以保护自己的利益?
- 3.假设乙在甲请求返还该画之前,已经将画转售于丙,甲有无可能向丙主张返还该画?理由是什么?

答案与考点要义

- 1.甲可以重大误解为由,申请撤销甲、乙之合同,进而请求返还该画。
- 2.乙可以主张返还价款,同时要求甲赔偿自己的信赖利益之损失。
- 3.有可能,因为丙在受让该画之时,是知情的恶意第三人,不可能构成善意取得。

《民法总则》第 147 条规定:“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。”关于重大误解,《民法总则》部分,并无新的创建,从条文表述看,依然沿用了“重大误解”的用法,没有改为“意思表示错误”。在理解此种意思表示之瑕疵时,依然应按照《民通意见》第 71 条之规定:“行为人因对行为的性质、对方当事人、标的物的品种、质量、规格和数量等的错误认识,使行为的后果与自己的意思相悖,并造成较大损失的,可以认定为重大误解。”对于上述所有重要因素的认识,均关系到当事人实体权利和义务的变化,可谓事关重大,应当给予当事人加以纠正的机会。

但值得提醒的是,在适用重大误解之时,不可流于形式。有时尽管确有表面错误的存在,但是,若通过解释可以解决,探明真意,则不能以重大误解为由撤销之。这在民法理论上被称为“解释先行于撤销”的原则。主要有两种表现:

其一,合同履行的结果有利于表意错误之人时,不得撤销。如甲欲以 10 万元卖 A 物,但由于失误,价格标成了 12 万元,相对人不知情,以 12 万元表示接受,完成交货付款后, A 物之价格涨到了 15 万元。此时,甲可否以重大误解为由表示撤销呢?一定不可以,因为甲所谓的错误,对于甲来说,并无不利。

其二,相对人愿意接受表意人内心所欲的,不得撤销。如甲欲以 11 万元卖 A 物,但是,由于失误标成了 10 万元。当错误被发现后,相对人愿意以 11 万元购买,此时,尽管有错误,依据诚信原则不得撤销之。因为此种情形,如果可以撤销的话,显然与重大误解可撤销制度规范意旨相悖。

具体到本案,甲在卖画之时,误将真品当作复制品,是对于标的物性质理解错误。根据《民法总则》第 152 条第 1 项之规定,重大误解的当事人可以在知道可撤销事由之日起,3 个月内提请撤销。甲一旦撤销与乙之间的合同,则所有权回复到甲的手中,乙构成无权占有,故甲可以请求乙返还。与此相对应,若因甲撤销合同,从乙处取回该画,则乙可以请求甲返还已经支付的价款,具体可以依据不当得利提出请求。同时,由于甲的认识错误,导致乙进行了这次交易,乙为此而支出的成本费用,甲在撤销之后,应当向乙赔偿,此乃缔约过失责任。

本题中,丙既然知道甲在卖画之时存在重大误解,不可能构成善意取得,故甲在撤销与乙的合同后,若乙已经将画交付给丙占有,则甲可主张丙返还该画,当然若乙已经收取了丙的画款,丙可以请求乙返还画款。

九、欺诈

案例一

自小酷爱汽车之甲,获取驾照的第二天便去某市二手车销售中心乙处,打算用自己多年的积蓄购买二手车一辆。经仔细挑选,甲看中一台广本雅阁轿车,标价 12 万元。甲找销售中心工作人员丙询问,此车是否发生过交通事故,丙表示确无其事,甲于是付款取车。5 日后,甲之好友,曾就读于某著名大学汽车设计与制造专

业，与甲一起驾此车外出，感觉到此车发动机之声音听起来异常，于是建议甲对汽车详细检查。甲于是去某汽修部检查该车。经详细检查，该车果然曾经发生过严重交通事故，同时，汽车里程表也有问题，显示已行驶 4 万公里，其实已经行驶了 6 万公里。于是，甲开车到乙处，表示要撤销合同，请求返还 12 万元价款及利息，并赔偿自己因购买该车而支出的费用。乙表示不知道丙的不实陈述，拒绝甲之请求。

问题

甲可以通过什么途径寻求救济，请阐明各自的请求权基础及理由。

答案与考点要义

根据我国民法的规定，甲可以获得救济的途径如下：

1. 以受欺诈为由主张撤销合同，并主张因此而产生的费用损失。

《民法总则》第 148 条规定：“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。”此处所谓的欺诈，并不是要求从事法律行为的当事人不能对于自己的产品或服务做出任何的夸张描述，所谓“王婆卖瓜，自卖自夸”，是非常正常的现象，属于常人可以接受的范围，并不会给人们的认识带来误导。因此，要构成法律行为可撤销原因的欺诈，必须是对于当事人做出是否参与交易的决定有重大影响的信息，故意隐瞒与刻意编造均可构成欺诈。就本案而言，汽车发生过交通事故和里程表显示的里程错误，对于甲来说至关重要，构成欺诈。同时，由于丙是乙的工作人员，乙是否知道丙有不实之陈述，均不影响欺诈的成立，因为工作人员以单位名义从事职务行为的后果，均应当由单位承担，丙带有欺诈性的描述，所导致的后果自然也应当由乙承担。甲在以欺诈为由主张撤销合同之时，还可以主张乙赔偿自己因此合同而产生的费用损失，此为缔约过失责任。

2. 以重大误解为由主张撤销合同，并主张赔偿损失。

如上所述，由于乙处工作人员丙的行为构成了乙对于甲的欺诈，甲可因此而撤销合同。然而，若从甲的角度看，甲确实对于所交易之标的物之性质存在着认识错误，而且此错误影响甲之利益甚巨，故甲也可以主张因重大误解而撤销合同，并在撤销合同之时，主张乙赔偿其因此合同而支出的成本费用。不过，根据《民法总则》第 152 条之规定，以重大误解为由主张撤销的，撤销权的期间为知道撤销事由之日起 3 个月。

3. 主张瑕疵担保责任或违约责任。

通过此种主张获得救济的请求权基础在《合同法》中。《合同法》第 107 条规定：“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。”第 111 条规定：“质量不符合约定的，应当按照当事人的约定承担违约责任。对违约责任没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，受损害方根据标的的性质以及损失的大小，可以合理选择要求对方承担修理、更换、重作、退货、减少价款或者报酬等违约责任。”据此，由于乙向甲提供之汽车，显然不符合约定之标准，甲可以根据自已的需求选择适当的违约责任方式，以救济自已的权利。

十、代理行为的法律效果

案例

甲，25 岁，打算用自己工作几年来的积蓄，购买一辆价格在 10 万元以内的汽车。乙，甲之表弟，17 岁，就读于某高级汽车装配与维修学校，即将毕业，成绩优异。于是甲授权乙代其购买汽车。乙到某汽车销售商丙

处，由业务员丁接待并提供服务。乙经过比较，表示购买一辆价格 8 万元的汽车，丁以丙的名义进行了承诺。乙付款取车，并交与甲，甲表示感谢。3 日后，甲驾车与具有多年驾驶经验的忘年交老友戊一起出行，戊发现此车存在问题，具体原因不能断定，建议甲去做详细检查。经检查，该车果然具有重大瑕疵，是由某海滨城市化学物品爆炸造成损坏的车辆翻新而成的车辆。丁明知此事，故意不告知。

问题

1.甲、丙的合同是否成立?试描述过程。

2.甲可提出何种请求?依据是什么?

答案与考点要义

1.甲、丙的合同成立。

甲授权给乙，乙尽管是限制行为能力人，但是其代理权的获得不受影响，以甲的名义表示购买该车，是有效的要约。丁作为丙的雇员，被授权以丙的名义销售汽车，丁乃丙之有权代理人，以丙的名义作出承诺，合同成立，直接对甲、丙发生效力。

2.根据本案情形，甲可以提出的请求如下：

(1) 可以主张丙承担违约责任。

《合同法》第 107 条规定：“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。”据此，甲可以根据自己的需求，提出退货、返还价款及利息、更换合格汽车、赔偿损失等违约责任的方式满足自己的需求。

(2) 甲可以解除合同。

由于汽车质量存在严重瑕疵，造成根本违约，甲的合同目的不能实现，故可以解除合同，并在解除合同后，请求丙赔偿损失。《合同法》第 94 条规定：“有下列情形之一的，当事人可以解除合同：……（四）当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的；……。”据此，甲可以解除合同。《合同法》第 97 条规定：“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。”据此，在合同解除后，甲可以根据自己损失的情形，请求丙赔偿损失。

(3) 甲可以请求撤销合同，并主张赔偿损失。

因为卖方丙的代理人丁明知车有质量瑕疵，故意隐瞒，构成欺诈，代理人进行法律行为的后果，由被代理人承担，丁的欺诈，即相当于丙的欺诈。被欺诈人甲可以请求撤销合同。请求撤销的根据是《民法总则》第 148 条和《合同法》第 54 条，两者比较，《民法总则》取消了请求变更的权利。在撤销后，对于自己遭受的损失，可以请求欺诈人丙进行赔偿。主张赔偿的根据是《民法总则》第 157 条和《合同法》第 58 条。《民法总则》第 157 条规定：“民事法律行为无效、被撤销或者确定不发生效力后，行为人因该行为取得的财产，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由此所受到的损失；各方都有过错的，应当各自承担相应的责任。法律另有规定的，依照其规定。”

十一、冒名行为的处理

此处讨论的冒名，仅指假冒他人之名而为法律行为。对此，注意两种情形：

案例

1.某知名教授退休后，为专心从事自己的兴趣写作，避免不必要的打扰，在某江南小城以其大表哥的名义租赁了公寓一套。

2.甲冒某知名收藏家乙之名，向丙古董商行购买其珍藏的明代雕文家具一件，丙对于乙仰慕已久，本不打算出卖，但由于乙的特殊身份，丙希望借与乙的交易提高自己的名望。

问题

试辨析两种冒名的不同。

答案与考点要义

同样为冒名，但法律后果截然不同。

在第一个案例中，对于相对人即出租人而言，将房屋出租给谁不具有重要意义，姓名不具有区别价值，此时租赁合同直接对出租人和教授发生法律效力。

在第二个案例中，相对人对于被冒名之人有一定的联想，并且意在与其发生法律行为，建立法律关系，乙的姓名在此具有重要的区分价值。此时不能直接发生约束甲和丙的效力，不成立代理，在丙与甲之间，原则上应类推适用无权代理的规定，若乙不追认，则不产生效力，对于丙的损失，可请求甲进行赔偿。

可能的疑问是，在第二个案例中，为何不以欺诈或重大误解可撤销论？

因为这里讨论的是甲的行为后果，是甲与丙订立的合同效力。法律行为效力瑕疵，包括效力待定、可撤销（《民法总则》已删除可变更）和无效。原因分别是，主体不适格、意思表示不自由、不真实与涉嫌违法。主体不适格，法律行为效力待定，不适格之情形，包括限制行为能力人超出能力之行为、无权代理与无权处分。就丙而言，可以说，确实由于甲的冒名，对方当事人产生了认识错误，甲的冒名也有欺诈之嫌疑。但之所以不从可撤销角度分析，原因在于，甲的冒名行为如果得不到乙的追认，合同效力尚悬而未决，而可撤销的合同，在成立后、撤销前一直是有效的，一个效力悬而未决的合同，如何有效呢？何况，更重要的是，如果乙追认了，所谓的误解不也就消失了吗？所谓的欺诈也没有了任何意义。如果不追认，则归于无效，丙可直接主张损害赔偿。故无可撤销适用的空间，也没有必要。效力待定，作为一种独立的效力瑕疵状态，当主体不适格时，应优先考虑。

最后，值得说明的是，法律行为效力瑕疵，也不是不能并存，但一定是经过利益衡量，对于一方当事人显有不公时，方可能同时适用两种效力瑕疵制度，进而得出公正的结果。就本题而言，这种情形显然不存在。

十二、代理权授予的独立性

案例

甲，16岁，不喜学业，擅长电脑游戏，常在学习期间逃课外出。某日，被乙游戏公司看中，授权甲代为购买价值10万元的游戏软件，约定酬金1000元。后来，甲以乙的名义，与丙订立了合同。甲的法定代理人认为，甲应该专心读书，不应从事此种行为，未表示同意。

问题

1.甲、乙之间共有多少法律行为？各自效力如何？

2.甲的行为是否对乙和丙发生法律效力？为什么？

答案与考点要义

1.区分代理权的授予与代理权产生的基础关系（如委托、雇佣等法律关系）。何谓委托代理？我国民法通常将意定代理称为委托代理，《民法总则》中依然延续了这种表达。但是以“委托”修饰“代理”，极易产生混淆。委托与代理，是两个不同的法律事实，委托是双方法律行为，代理需要单方授权，故并无必然联系，可以并存，也可以分别存在。准确理解委托与代理，需要掌握三种情况：

（1）既有委托，又有代理，如甲、乙签订委托合同的同时授权给乙，让乙以甲的名义订立合同；（2）只

有委托没有代理，如甲、乙签订委托合同，乙作为受托人，代甲起草演讲稿，因起草演讲稿不是法律行为，不可能有代理；（3）只有代理没有委托，如乙是甲的好友，甲授权给乙，让乙以甲的名义订立合同。

本案中，甲、乙之间有两个法律行为。其一，是甲、乙之间的有偿委托合同，此谓之双方法律行为；其二，是乙对于甲的单方授权行为，是单方法律行为。委托合同，由于甲是限制行为能力人，且甲的法定代理人拒绝表示追认，根据《民法总则》第145条第1款的规定：“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；实施的其他民事法律行为经法定代理人同意或者追认后有效。”据此，委托合同因法定代理人不予追认，而最终归于无效。代理权的授予属于单方行为，而且甲所进行之代理行为后果直接由乙承担，因此单方授权行为有效。

2. 发生效力。

代理权产生于单方授权，尽管委托合同无效，不影响代理行为的效力，甲的行为后果直接由被代理人乙承担。为何作为基础关系的委托合同之无效，不影响代理行为的效力？其法理基础在于：

其一，这种处理不违背被代理人的意思或利益，同时也无害于代理人的利益，因为代理人不需要对于代理行为的后果直接负有义务。

其二，这种处理，可使第三人即交易相对人在行为时，不必顾虑代理人的内部法律关系，有助于促进交易安全。

十三、代理行为的瑕疵

案例一

甲授权乙，让乙以12000元购买一幅画，但乙在订立合同之时，错误表述为21000元。

问题

1. 合同可否撤销？
2. 撤销权应该归谁享有？为什么？
3. 被代理人在什么情况下有必要通过行使撤销权以保护自己的合法权利？
4. 如果被代理人以重大误解为由撤销合同，会产生什么法律后果？

答案与考点要义

1. 合同有撤销的可能，因为代理人作意思表示时，关于价格的错误表述，构成重大误解。
2. 撤销权归被代理人甲，因为在代理中，尽管意思表示的真实自由与否，应以代理人的状态来判断，但是代理人并不承担代理行为的法律后果，后果直接由甲承担，撤销与否应由甲来权衡。
3. 乙行为时超越了授权的范围，构成越权的无权代理，此时甲可以选择追认或者不追认，如果不愿接受21000元买画的后果，拒绝追认即可，无行使撤销权的必要。当交易相对人有合理的理由相信乙有权以21000元的价格以甲的名义买画时，构成表见代理，此时甲有必要行使撤销权撤销合同。
4. 一旦行使了撤销权，合同归于无效，甲应当向交易相对人承担信赖利益的赔偿，即缔约过失责任。

案例二

无权代理人甲以乙的名义从丙处购买一部手机，丙是无权处分他人之手机。

问题

1. 若乙不知情，甲知情，乙可否善意取得？
2. 若甲不知情，乙知情，乙可否善意取得？

答案与考点要义

此问题看似简单，其实颇为复杂，本质上是法学方法论的问题。若只是机械分析，既不符合实践中法律的适用，也不能满足当前考试的需求，如 2016 年卷四主观题中，对于我国民法没有规定的让与担保，尽管有流质之嫌疑，但在公布的答案中，效力仍被认定为有效。因此对于法律没有直接规定的问题，不能陷于简单机械。首先，要根据既有规范，作出逻辑推理，然后，对于逻辑结论，要进行价值权衡，若结论有失正当性，则常舍逻辑而取价值。

具体到本案，既然问被代理人能否善意取得，则在无权代理中，由于没有信息显示，丙有合理的理由相信甲有代理权，故不构成表见代理。因此，若乙构成善意取得，必然以被代理人追认为前提，否则乙就不可能取得。由此前提，回答两个问题如下：

1.不可以。在代理制度中，通说认为，以代理人的主观状态作为标准，故代理人知情时，就乙、丙的合同而言，乙不能善意取得。

2.若依据第一问的逻辑，应该得出的结论是，此时可以善意取得，然而这一结论几乎不被各国民法理论所接受，答案依然是不可以。原因在于，若此时可以善意取得，被代理人将假借代理人之手，轻而易举地将其有违诚信原则的行为合法化，这意味着，非善意的被代理人，将获得比亲自实施法律行为更为优越的法律待遇，不具有正当性。此处蕴含的思维方法正是，当逻辑推论与价值衡量发生冲突时，人们通常选择价值。

十四、物权优先性问题

案例一

3 月 1 日，甲将自己的一栋房屋卖给乙，约定价格 200 万元，1 个月后办理过户登记。3 月 5 日，甲又将此房卖给了丙，价格 220 万元，交付给丙，但约定 10 日后办理过户登记。3 月 10 日，甲又就此房与丁签订了买卖合同，并于次日办理了过户登记。

问题

- 1.此时房屋所有权归谁？丁可否请求丙返还房屋？
- 2.甲乙之间、甲丙之间的买卖合同是否有效？乙和丙可否请求甲实际履行合同，办理房屋过户登记？
- 3.丙在什么情形下可以主张甲丁之间的买卖合同无效？

答案与考点要义

1.不动产的买卖，正常情况下，先获得所有权的人优先获得保护。本案中，丁最先获得所有权，故房屋属于丁所有。丁请求丙返还，前提是，丁是所有权人，丙构成无权占有。根据上述案情，丁已经办理过户登记，是所有权人。丙根据甲丙之间的合同获得占有，相对于甲来说，丙的占有有正当理由，具有占有本权。但是，这里的占有本权，是来自具有相对性的合同，在甲违约将房屋卖给丁并办理过户登记后，相对于丁来说，丙的占有没有正当性，构成无权占有，故丁可以请求丙返还房屋。

2.合同均为有效。我国物权法贯彻了债权效力和物权效力区分的原则，是否发生物权变动，不影响债权合同的效力。《物权法》第 15 条规定：“当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同，除法律另有规定或者合同另有约定外，自合同成立时生效；未办理物权登记的，不影响合同效力。”因此，对于买卖合同而言，作为债权合同，只要当事人在自愿的状态下达成意思表示的一致，且内容没有涉嫌违法情形的，合同均是有效的。甲乙之间、甲丙之间的合同，均是自愿达成，且内容不存在违法情形，故均为有效。

合同有效，意味着乙丙均可请求甲承担违约责任。但是，在主张违约责任之时，不能主张实际履行，即不

能强制要求甲履行过户登记的义务。因为甲之房屋，作为不动产，是特定物，既然已经过户给了丁，就不可能再登记给乙丙。这属于法律上的履行不能。乙丙可以向甲主张损害赔偿等其他的违约责任。

3.如果能证明甲丁恶意串通订立合同是为了不向丙履行办理过户登记的义务，此时，甲丁之间的买卖合同为无效。当前根据恶意串通得出无效的规范依据有二：

其一，《民法总则》第 154 条规定：“行为人与相对人恶意串通，损害他人合法权益的民事法律行为无效。”

其二，《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。”

案例二

5 月 1 日，甲将自家祖传的一幅名画卖给了乙，约定价款 10 万元，10 日后交付，乙没有付款。5 月 2 日，甲又将此画卖给了愿意出价 15 万元的丙，约定 5 日后交付，丙支付了 30% 的价款。5 月 3 日，甲又将此画与丁签订了买卖合同，约定价款 20 万元，3 日后交付，丁支付了全部价款。5 月 4 日，甲又就此画与戊订立买卖合同，价款 21 万元，并立即交付给戊，戊没有付款。

问题

- 1.此时画的所有权人是谁?付款在前的丙丁，可否请求戊返还该画?
- 2.依据我国有关司法解释，本案中乙丙丁戊四个买受人从获得所有权角度看，可能获得保护的先后顺序如何?

- 3.甲乙、甲丙、甲丁之间的合同是否有效?乙丙丁可否请求甲实际履行合同?

答案与考点要义

本案涉及的是一般动产的一物多卖，在我国当前制度背景下，应当结合物权优先性之原理和《买卖合同解释》的有关规定来加以理解。

- 1.此时画的所有权人是戊。丙丁无权请求戊返还该画。

在动产一物多卖的案例中，最优先获得保护的是先获得物权的买受人，而动产所有权转移的标志是交付。本案中，合同签订顺序在前的乙丙丁，均没有获得交付，故均没有获得所有权。戊最先获得交付，故画的所有权现在属于戊。丙丁虽然付款在前，但也无权请求戊返还该画。

2.就一个标的物签订数份合同时，对于买受人获得保护的先后顺序，《买卖合同解释》第 9 条规定：“出卖人就同一普通动产订立多重买卖合同，在买卖合同均有效的情况下，买受人均要求实际履行合同的，应当按照以下情形分别处理：（一）先行受领交付的买受人请求确认所有权已经转移的，人民法院应予支持；（二）均未受领交付，先行支付价款的买受人请求出卖人履行交付标的物等合同义务的，人民法院应予支持；（三）均未受领交付，也未支付价款，依法成立在先合同的买受人请求出卖人履行交付标的物等合同义务的，人民法院应予支持。”据此，先受领交付的，最优先获得保护；若均未受领交付，则先付款的优先；若均未受领交付，也均未付款，则合同签订在前的优先。对于先付款而言，包括先付部分价款和全部价款，无论是部分价款还是全部价款，均是付款在前的更为优先。根据此司法解释，本案中，乙丙丁戊四个买受人可以获得优先保护的顺序是戊、丙、丁、乙。

- 3.合同均为有效，但均不能请求甲承担实际履行责任。

我国物权法，在基于法律行为引起的物权变动中，区分债权效力与物权效力。《物权法》第 23 条规定：“动产物权的设立和转让，自交付时发生效力，但法律另有规定的除外。”据此，物权的变动是自交付时发生，

但是，如没有交付，不影响债权合同的效力。故乙丙丁与甲的合同均为有效。既然合同有效，甲未履行合同义务，应当承担违约责任。然而祖传的名画一幅，通常为特定物，此时，既然已经交付给了戊，甲不可能再向乙丙丁任何一方交付该画。此种情形为法律上的履行不能，故乙丙丁只能向甲主张实际履行之外的其他违约责任。

案例三

甲有 1 辆二手汽车要出售，分别与乙丙丁签订买卖合同，合同的签订日期分别是 6 月 1 日、6 月 3 日和 6 月 5 日。6 月 7 日，甲将车辆交付给了丙，但没有办理过户登记。6 月 10 日，甲又将此车过户登记给了丁。

问题

1. 本案中，根据上述已知信息，已经获得汽车所有权的是谁？
2. 若甲没有将汽车交付给丙，也没有过户给丁，此时应当获得最优先保护的是谁？
3. 若甲没有将汽车交付给丙，而将汽车过户给了丁，此时应当获得最为优先保护的是谁？

答案与考点要义

本案例涉及的是特殊动产一物多卖时如何保护买受人利益的问题。此处，所谓特殊动产，是指船舶、机动车、航空器等在交易中有专门机关进行登记的动产。作为动产，通常都是以交付作为物权变动的标志。只不过，《物权法》第 24 条规定：“船舶、航空器和机动车等物权的设立、变更、转让和消灭，未经登记，不得对抗善意第三人。”此处，所谓的不得对抗善意第三人，是指在上述动产交付之后，如果未办理登记的，不得对抗后来出现的、不知情的第三人。而且，根据《物权法解释（一）》第 6 条的规定：“转让人转移船舶、航空器和机动车等所有权，受让人已经支付对价并取得占有，虽未经登记，但转让人的债权人主张其为物权法第二十四条所称的‘善意第三人’的，不予支持，法律另有规定的除外。”据此，这里的善意第三人，不是转让人债权人，而是在第一次转让并交付后，又出现的就该动产获得物权利益的第三人。如甲将汽车一部卖给乙，交付后，未办理登记，后来甲又将汽车抵押给不知情的债权人丙并办理抵押登记，此时，丙在实现抵押权时，即可追及乙所有的汽车，可以就拍卖该汽车的价款优先受偿。

本案不涉及善意第三人的问题，而是同一个动产，出卖人甲签订了多份买卖合同，哪一个买受人应当获得优先保护的问题。这里的买受人，没有谁是所谓的善意第三人。对于这种情形，《买卖合同解释》第 10 条规定：“出卖人就同一船舶、航空器、机动车等特殊动产订立多重买卖合同，在买卖合同均有效的情况下，买受人均要求实际履行合同的，应当按照以下情形分别处理：（一）先行受领交付的买受人请求出卖人履行办理所有权转移登记手续等合同义务的，人民法院应予支持；（二）均未受领交付，先行办理所有权转移登记手续的买受人请求出卖人履行交付标的物等合同义务的，人民法院应予支持；（三）均未受领交付，也未办理所有权转移登记手续，依法成立在先合同的买受人请求出卖人履行交付标的物和办理所有权转移登记手续等合同义务的，人民法院应予支持；（四）出卖人将标的物交付给买受人之一，又为其他买受人办理所有权转移登记，已受领交付的买受人请求将标的物所有权登记在自己名下的，人民法院应予支持。”据此，出卖人面对众多买受人，合同均为有效，首先，先受领交付的最为优先；其次，若均未受领交付，先登记的优先；再次，若均未受领交付，也均未登记的，合同成立在先的优先；最后强调，如果出卖人面对众多买受人，先交付给其中一个，又登记给另一个买受人的，受领交付的买受人优先获得保护，当然，这里的两个买受人均为已经签订合同的人，均是已知的，不存在善意第三人的问题。

据上述理解，本案例的答案如下：

1. 根据已知信息，车的所有权现在属于丙，因为丙是最先受领交付的买受人。
2. 应当优先保护的是乙。因为在均未交付，也均未登记的情形下，合同成立在先的应当最先获得保护。
3. 应当优先保护丁。因为在均未交付受领的情形下，先登记的买受人应当获得优先保护。

十五、基于法律行为物权变动中的登记问题

（一）不动产一物多卖中的登记问题

案例

2013年3月1日，甲将一栋房屋卖给乙，约定了价款为380万元。合同签订后，甲向乙交付了房屋，但没有办理过户登记，约定半年后办理。乙接受房屋后，对房屋进行了装修，并在装修完毕后，3月20日将房屋出租给了丙，约定租期2年。丙与其配偶夏某一起居住。6月1日，丙驾车外出，发生交通事故死亡，夏某悲痛欲绝。7月，因房价上涨，甲向乙表示要收回房屋，退还价款，乙则要求与甲办理过户登记。7月20日，甲突发心脏病死亡，全部遗产由其子小甲继承。8月1日，小甲将房子又卖给了丁，并办理了过户登记手续，办理登记手续时发现，产权证记载的房屋面积与登记簿差了1.5平方米。

问题

1. 甲乙的买卖合同是否生效？房屋所有权是否转移？甲乙的合同中，房屋毁损灭失的风险由谁承担？

2. 乙未获得所有权将房屋出租的行为是否是无权处分？乙获得租金有无正当理由？

3. 丙死亡后，乙可否立即终止租赁合同？

4. 甲是否能够以尚未办理登记为由主张解除合同，让乙返还房屋？甲死亡后，小甲是否有此权利？

5. 小甲通过继承获得该房屋的所有权，是否需要登记？若未登记，其所有权可否对抗善意第三人？

6. 小甲在将房屋卖给丁之前，是否需要将房屋先登记在自己的名下？

7. 丁获得房屋所有权后，可否请求乙、丙或者丙的配偶夏某立即返还房屋？

8. 登记簿与产权证所载面积不一致，该如何认定？如果因登记机关登记错误，造成权利人损失的，权利人如何寻求救济？

答案与考点要义

1. 甲乙的买卖合同有效，房屋所有权未转移，房屋毁损灭失的风险已经转移给乙。根据我国物权法的制度设计，在基于法律行为的物权变动中，原则上承认债权效力与物权效力的区分。买卖合同作为债权行为，在自愿的基础上达成意思表示的一致且内容不违法的情况下，合同即为有效，对于不动产买卖而言，没有办理过户登记只是不生物权变动之后果。规范基础是《物权法》第15条的规定：“当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同，除法律另有规定或者合同另有约定外，自合同成立时生效；未办理物权登记的，不影响合同效力。”对于买卖合同进行中的风险转移问题，根据《合同法》第142条的规定：“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。”据此，只要当事人对于风险没有约定的，无论动产还是不动产，均是自交付之时风险转移，故本案中，在房屋交付给乙之后，毁损灭失的风险由乙承担。

2. 不是无权处分。乙获得租金有正当理由。

认定一个行为是否是无权处分，思路如下：要构成无权处分，首先要处分行为，在物权法中，要是处分行为，前提又必须是引起物权变动的行为，要发生物权变动，则在物权的产生、变更与消灭中，必居其一。根据我国当前民法，出租行为，承租人只是享有债权，租赁合同未设定物权性的权利，故没有发生物权变动。既然没有物权变动，也就不是处分行为，不是处分行为，则根本不存在无权处分的前提。

租金是法定孳息的一种，在买卖进行的过程中，关于孳息的收取，不取决于何方享有所有权。《合同法》第163条规定：“标的物在交付之前产生的孳息，归出卖人所有，交付之后产生的孳息，归买受人所有。”据此，只要当事人没有特别约定，交付之后，孳息就归买受人收取。故乙在房屋交付之后，收取租金的行为正当。

合法。

3.不可以。

对于房屋租赁，考虑到与承租人有密切关系人的利益保护，《合同法》第 234 条规定：“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。”《城镇房屋租赁合同司法解释》第 19 条规定：“承租人租赁房屋用于以个体工商户或者个人合伙方式从事经营活动，承租人在租赁期间死亡、宣告失踪或者宣告死亡，其共同经营人或者其他合伙人请求按照原租赁合同租赁该房屋的，人民法院应予支持。”据此，房屋租赁合同期间，如果承租人死亡的，则与承租人共同居住的人、共同经营人、共同合伙人有继续承租房屋的权利，此权利是继续承租权，这些继续承租房屋的人，享有与承租人同样的权利，当然也应该履行同样的义务。

4.不能。小甲也没有此种权利。

本案中，就甲乙的合同而言，如上述分析，是完全有效的。当未涉及一物多卖并出现新获得物权之人时，就甲乙的合同关系而言，只要合同是有效的，只要履行是有可能的，就应当履行合同。甲在交付房屋之后，应当协助办理过户登记手续。之所以如此，是诚信原则的基本要求。如果甲不履行办理过户登记的义务，在履行可能的情况下，乙可以诉请法院强制履行。当甲死亡后，小甲继承甲的全部遗产，当然也应当在获得遗产的范围内，履行甲生前的债务。对于此房屋而言，恰恰是甲应当向乙履行合同的标的物，故小甲在甲死亡后，有协助乙去办理过户登记的义务，不能请求返还，这同样是基于诚信原则的基本要求。

在此要特别提醒有过实务经验的读者注意，在实践中，很多法院在买卖合同的纠纷中，当卖方因为种种原因（主要是房价上涨）订立了有效合同后，没有其他正当理由，主张解除合同时，支持了卖方的请求。这是有违诚信原则的法律适用，考试中看到此类案例，要抛开实务经验的影响。

5.小甲自己获得所有权不需要。可以。

不动产物权变动之所以要登记，是要通过登记标识权利以避免纠纷。因此，当在常态下不会产生纠纷之时，就会出现登记的例外。比如，通过继承获得、通过法院判决获得、自己建造房屋获得所有权等。对此，《物权法》第 28 条规定：“因人民法院、仲裁委员会的法律文书或者人民政府的征收决定等，导致物权设立、变更、转让或者消灭的，自法律文书或者人民政府的征收决定等生效时发生效力。”第 29 条规定：“因继承或者受遗赠取得物权的，自继承或者受遗赠开始时发生效力。”第 30 条规定：“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效力。”故小王通过继承获得所有权不需要登记。

所谓通过继承获得房屋的所有权可以对抗善意第三人，是指不论第三人是否知道房屋是继承所得，均对其有对抗之效力。但凡对于此点有疑义者，原因无不是将这里的“善意第三人”当作善意取得中的善意第三人。要知道，小甲通过继承获得所有权时，常态下是不可能出现善意取得的，因为善意取得在不动产的处分中，前提必须是名义登记人进行了无权处分，此时房屋尚登记在甲的名下，甲死亡，怎么会出现名义登记人的无权处分呢？这里的所谓可以对抗的善意第三人，主要指不知道小甲是通过继承获得房屋所有权的善意第三人。

6.需要先登记在自己名下，小甲才能完成法律上的处分。

尽管根据上述《物权法》第 28、29 和 30 条的规定，自己获得所有权不需要登记，但是，如果要再通过法律行为进行处分，必须要先登记在自己的名下。其规范依据是《物权法》第 31 条之规定，即“依照本法第二十八条至第三十条规定享有不动产物权的，处分该物权时，依照法律规定需要办理登记的，未经登记，不发生物权效力。”何以作出此种规定呢？因为，通过法律行为的处分，对于不动产来说，登记是要求具有连续性的，如果小甲不先登记在自己的名下，根本就无法完成从小甲过户给丁的登记。

7.丁获得房屋所有权后，有权主张乙返还房屋。丙已经死亡，自不存在请求返还的问题。无权主张夏某返还房屋。

丁作为新的买受人，获得了房屋所有权，根据一物多卖中物权优先于债权的原理，丁的权利优先于第一个买受人乙，故有权主张乙返还房屋。但又根据买卖不破租赁的原理，丁在租赁期限内不能主张承租人返还，由于承租人丙已死，与丙共同居住的夏某享有继续承租权，故丁不能主张夏某返还房屋。不过，自丁获得房屋所有权后，可以获得收取租金的权利。

8.以登记簿为准。可以向登记机关主张赔偿损失。

《物权法》第 17 条规定：“不动产权属证书是权利人享有该不动产物权的证明。不动产权属证书记载的事项，应当与不动产登记簿一致；记载不一致的，除有证据证明不动产登记簿确有错误外，以不动产登记簿为准。”之所以如此，是因为登记簿具有更强的公信力。第 21 条第 2 款规定：“因登记错误，给他人造成损害的，登记机构应当承担赔偿责任。登记机构赔偿后，可以向造成登记错误的人追偿。”据此，因登记机关的原因导致登记错误给权利人带来损失的，可以主张登记机关赔偿，登记机关赔偿后，再向具体行为人追偿。据此，在登记机关登记错误之时，登记机关是第一责任人。

（二）预告登记

案例

甲向乙开发商购买预售房屋一套，支付部分价金。为防止开发商再转卖该房屋，1 月 1 日，甲办理了预告登记。3 月 1 日房屋建成可以办理房产证，但甲由于忙于考试复习一直无暇去房产部门办理登记手续。8 月 1 日，乙开发商又将该房屋出售给不知情的丙，并办理了房产登记，丙随即入住。

问题

- 1.甲可否主张丙返还房屋？
- 2.甲可以向乙主张何种责任？
- 3.丙可否构成善意取得？
- 4.若在丙入住后，房屋遭雷击灭失，风险由谁承担？

答案与考点要义

预告登记制度，是在不动产买卖合同发生以后，由于种种原因暂时不能办理过户登记之时，为了防止出卖人再将不动产处分他人，以保护第一个买受人利益而作的登记。具体效力体现在，预告登记后，如果未经登记权利人同意，再处分该不动产的，将不发生物权效力。当然对于不发生物权效力的理解应注意两方面内容：其一，所谓不发生物权效力，并不意味着再处分时订立合同不发生效力，债权合同只要意思真实自由，内容不违法的，一律有效；其二，预告登记要发生对抗效力，必须是在预告登记有效期间之内，如果预告登记已经失效，原权利人再处分该不动产的，则可以发生物权变动效力。预告登记失效的原因有二：一是可以办理本登记之日起 3 个月没有办理的；二是债权消灭的。

1.不可以。

因为本案中的预告登记，从 3 月 1 日起，可以办理本登记，有效期 3 个月，即到 6 月 1 日。8 月 1 日，出卖人再卖房屋，由于预告登记已经失效，所以甲将房屋卖给丙，登记后丙可以获得房屋所有权，甲不能主张丙返还。

2.基于合同相对性，甲可以主张乙承担违约责任。

主张违约责任之时，就这一套房屋而言，由于已经给丙办理了过户登记，不可能再过户给甲，故不能请求继续履行，甲只能主张其他的违约责任。

3.不是。

因为房屋本属于乙所有，乙作为卖方为有权处分，故不存在善意取得的可能。

4.丙。

因为已经交付，动产与不动产在买卖中，均是以交付作为风险转移的标志。

（三）异议登记

案例

某房屋登记在甲名下，乙认为属于自己所有，故 2015 年 3 月 5 日申请了异议登记。甲在 4 月 5 日将房屋卖给了丙，办理了过户登记。乙于 4 月 15 日向法院起诉，经法院确认，此房屋的真正所有权人是乙。

问题

- 1.根据上述案情，乙可否请求丙返还房屋？若不能，乙该如何求得适当救济？
- 2.如果乙在申请异议登记后，于 3 月 10 日到法院请求确权，期间甲如果将房屋卖给丙并办理了过户登记，当法院确认了乙是房屋的所有人时，乙可否请求丙返还房屋？
- 3.如果乙在异议登记失效后，去法院请求确认所有权，法院可否以异议登记失效为由不予受理？
- 4.如果乙在申请异议登记后，发现自己没有充分的证据，故对此事置之不理，后来，甲欲卖房，因存有异议登记导致房屋没有及时出手，产生了额外费用，此时，乙是否应当赔偿？

答案与考点要义

- 1.不能。乙可以主张甲承担侵权责任或者主张甲返还卖房所得之不当得利。

异议登记作出后，应当在 15 日内去法院起诉确权，如果 15 日内没有起诉的，异议登记失效。本案中，乙在 3 月 5 日申请了异议登记，没有及时起诉确权，至 4 月 5 日，甲将房屋卖给丙之时，异议登记已经失效。尽管后来法院确权后确认乙是真实的权利人，但是，丙基于对登记公示的信任购买房屋的，可以获得所有权。甲卖了本属于乙的房屋，构成侵权，应当承担侵权赔偿责任；同时，处分他人财产获利，所得为不当得利，乙亦可请求返还。两者竞合，乙可选择其一行权。

- 2.可以。

因为，乙若在 3 月 10 日去法院起诉，异议登记依然在有效期间之内。此时，既然异议登记是有效的，名义登记人卖房时，买受人看到异议登记，应该知道出卖人可能没有处分权，因此排除了买受人对于登记无瑕疵的信任，理应引起合理怀疑。此时，乙确权成功的，无论房屋登记于谁的名下，均应当依据法院的确权判决，变更登记到乙的名下。

- 3.不可以。

异议登记的功能只是排除善意第三人的存在，在失效后，利害关系人依然可以就不动产的归属提起确权之诉，只不过，在异议登记失效后，若名义登记人又处分了该不动产的，可发生物权变动，即便确权成功，也不能得到房屋，只能主张其他的责任。对此，《物权法解释（一）》第 3 条规定：“异议登记因物权法第十九条第二款规定的事由失效后，当事人提起民事诉讼，请求确认物权归属的，应当依法受理。异议登记失效不影响人民法院对案件的实体审理。”

- 4.应当赔偿。

《物权法》第 19 条第 2 款规定：“……异议登记不当，造成权利人损害的，权利人可以向申请人请求损害赔偿。”异议登记不当的，显然具有过错，造成他人损失，构成侵权，故应承担损害赔偿责任。

十六、基于非法律行为的物权变动

案例

材料一：甲乙是夫妻，婚后购买一套住房，仅以甲的名义办理了登记。后感情不和离婚，甲乙双方协议，房屋归女方乙所有。后甲不履行协议协助乙办理过户登记，乙起诉，法院判决甲在判决生效后 15 日内协助女方办理登记手续。

材料二：甲乙是夫妻，婚后购买一套住房，仅以甲的名义办理了登记。后感情不和离婚，甲、乙因不能就财产分割协议达成一致起诉至法院。法院判决双方离婚，房屋归女方所有。判决生效后，乙没有及时办理变更手续，甲又将房子卖给了不知情的善意第三人丙，并办理了过户登记。

问题

1. 两则材料中，乙是否都能够根据有效的法院判决直接获得房屋的所有权，两者区别何在？

2. 材料二中，丙可否获得房屋的所有权？

答案与考点要义

1. 并不是所有的法院判决等官方文书均可直接引起物权之变动，此点特别容易疏忽。《物权法解释（一）》第 7 条规定：“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。”据此规定，必须是直接改变原有之物权关系的生效文书，才能直接导致物权的变动。上述材料一中，法院判决的内容是由甲履行给付的行为，即协助乙办理过户登记，此种判决为给付判决，并没有改变原有的物权关系，因此，此判决的生效，并不能直接导致物权变动。其原理正如同买卖达成协议后若没有办理登记，合同是有效的，但是物权并没有变动。材料二中，则是直接改变原有物权关系的判决，判决一生效，则物权立即变动，乙自判决生效之时，获得关于共有房屋的独立所有权。

2. 丙可以取得所有权。

因为判决生效后，乙通过法院判决获得房屋的所有权，甲再处分房屋是无权处分，丙作为善意第三人可以构成善意取得。

十七、善意取得及其相关问题

案例一

李一、李二外出游玩，向李三借进口相机一部。回来天色已晚，李一遂将相机带回家，打算第二天再还。当晚，李四到李一家做客，见此相机，爱不释手，定要以 3000 元买下，李一见此价格略高于市价，隐瞒真相，卖之。

数日后，李四手头钱紧，向李二以 2000 元兜售该相机。李二见此相机，甚为眼熟，便问从何处来，李四答从李一处购得，李二心头雪亮，但因价格便宜，遂不动声色，将之买下。

李二买得后甚是喜爱，将自己心爱的玉石镶嵌其上。一日，李二去香山游玩，不慎将相机丢失，而被同在香山赏红叶的李五拾得。李五在现场等候了一会，未见失主，遂回家。

次日李五见到报纸上登了一则启事，写明“如有拾得者，酬谢 1000 元”。李五见失主所寻找的正是自己拾得的相机，便携带相机找到李二。在李五向李二请求酬金时，李二拒绝。于是，李五拒绝交付相机，李二威胁要以“侵占罪”到公安机关报案，双方争执未果。李五一怒之下将相机带回家，适逢儿子学校举办运动会，于是交给 13 岁的儿子带到学校去拍照。上学途中，李五儿子又将相机遗失，被阿呆拾得，阿呆委托拍卖公司

拍卖。李六以 2 万元购得。1 年后，李二、李三知道相机在李六处，遂要求李六返还，此时，距离李三失去相机已整整 2 年过去了。

问题

1. 基于李一将相机卖与他人的事实，李三可以对李一提起何种之诉？
2. 李四可否取得相机的所有权？如果李一和李四达成协议后约定 2 天后交付相机给李四，李四当天晚上得知相机是李一从别处借用，李四还能否构成善意取得？如果李一将相机卖给李四的过程中进行了欺诈或者胁迫，李四有无可能构成善意取得？如果李四欺诈或者胁迫了李一呢？
3. 李二以 2000 元的价格从李四处购得相机，请问，李二能否取得该相机的所有权？为什么？
4. 李二买得相机后将其玉石镶嵌其上，请问，该行为是否属于所有权取得方式中添附之一的加工？
5. 李二在报纸上刊登“如有拾得者，酬谢 1000 元”启事的法律性质为何？
6. 在李五向李二请求酬金时，被李二以李五拾得遗失物的行为属于不当得利，应无偿返还为由，拒绝给付酬金，请问，李二的抗辩是否有效？为什么？
7. 李二拒绝给付酬金，请问，李五拒绝交付相机的行为是否合法？为什么？
8. 李五儿子丢失了相机，李五是否应承担赔偿责任？
9. 现在李二、李三和李六就该相机的归属发生争执，请问法院应如何判决？为什么？
10. 假设李五儿子丢失的相机被人拾得并交给失物招领处，经公告无人认领，公告期满，招领处将相机以拍卖的方式卖给李七，现在李二对该相机主张权利，法院该如何判决？

答案与考点要义

1. 此题意在考查善意取得的法律后果。首先，由于借用合同的存在，借用人李一将相机卖掉，构成违约；其次，将相机卖给不知情的李四，因李四可以构成善意取得，使得李三失去了所有权，故李一的行为也构成侵权；最后，李一卖了李三的相机，所获得的利益为不当得利，应当返还。综上，三种请求权均可成立，构成竞合，李三可以提起违约、侵权和不当得利返还之诉，其可根据自己的需要，任选其一主张权利。

2. (1) 可以善意取得。因为李四支付了合理价格，不知李一是无权处分，符合善意取得构成要件。

(2) 不能。如果李四达成协议时不知情，在交付之前知情的，不能构成善意取得。对于不动产而言，若达成无权处分的协议之时，买受人不知情，在过户登记之前知情的，也不能构成善意取得。简言之，判断是否构成善意的时间不是达成协议之时，而是物权变动之时。

(3) 如果无权处分的转让合同存在欺诈、胁迫等因素的，则涉及《物权法解释（一）》第 21 条的应用。此条规定：“具有下列情形之一，受让人主张根据物权法第一百零六条规定取得所有权的，不予支持：（一）转让合同因违反合同法第五十二条规定被认定无效；（二）转让合同因受让人存在欺诈、胁迫或者乘人之危等法定事由被撤销。”据此规定，如果无权处分人与善意第三人之间的转让合同，因内容涉嫌违法而无效的，一律不成立善意取得。如果转让合同因受让人即善意第三人的欺诈、胁迫等导致合同被撤销的，也不成立善意取得。难理解的是撤销的情形。根据本题情形，阐述如下：

在转让相机过程中，如果李一欺诈或者胁迫了李四，则是转让过程中，转让人对于受让人的欺诈、胁迫，此时，被欺诈被胁迫的受让人可以撤销，无论其是否选择撤销，均可以主张自己构成善意取得。首先，如果不选择撤销，则属于正常的善意取得。其次，如果受让人选择撤销合同，则意味着其想要恢复原状，已经履行的要返还，因此受让人已经没有获得相机所有权的愿望，那么为何可以主张善意取得呢？其背后的法理是，如果撤销了无权处分的转让合同，则其对于相机失去占有本权，相对于原权利人构成无权占有，此时，原权利人可以主张其返还原物。如果无权处分的转让人尚未将价款退还给被欺诈的受让人，此时，受让人的权利实现将没

有任何保障。若受让人此时依然可以主张善意取得，则可以对抗原所有权人的返还原物请求权。这是考虑到对善意第三人的保护，而进行的独特设计。

(4) 如果善意第三人李四欺诈或胁迫转让人李一的，一旦被欺诈或被胁迫的李一撤销合同，则李四不能主张善意取得。由此，可以得出的结论是，如果李一不选择撤销合同时，李四依然可能构成善意取得。在此需要提醒的问题是，既然李四存在欺诈或者胁迫，怎么还可以是善意第三人呢？因为善意取得中的善意，含义是不知道处分人为无权处分，是否存在欺诈、胁迫等对于构成善意取得的“善意”没有影响。

3.可以。尽管李二知情，但是，李四卖相机乃是有权处分，故买受人是否知情没有影响，因为李二的取得是基于正常买卖下的继受取得。

4.不构成。因为加工是通过改变他人财产的物质形态而使得财产价值大幅度增加的情形。玉石与相机相结合，若达到不损害相机价值不能使二者分离之程度，则可构成附合。

5.是悬赏广告。本质上是向不特定对象发出的单方意思表示。

6.无效。拾得人在拾得遗失物之后，固然有返还的义务，但是，失主因悬赏广告而产生的债务也应当履行。这是因两个不同的法律事实引起的不同法律关系中的权利与义务，故不能相互抗辩。

7.不合法。因为要行使留置权必须合法占有对方的财产，拾得人拾得遗失物后，有返还的义务，不是合法占有。

8.应当。李五对于拾得物有妥善保管的义务。根据《物权法》第 111 条规定：“拾得人在遗失物被领取前，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。”李五作为监护人，对于被监护人行为造成他人损害的，应当承担替代责任，即便是尽到了监护义务，也只是可以适当减轻，主要责任依然要承担。

9.此时相机的所有权归李二。作为遗失物，即便被无权处分，受让人不知情，也不能直接构成善意取得。《物权法》第 107 条规定：“所有权人或者其他权利人有权追回遗失物。该遗失物通过转让被他人占有的，权利人有权向无处分权人请求损害赔偿，或者自知道或者应当知道受让人之日起二年内向受让人请求返还原物，但受让人通过拍卖或者向具有经营资格的经营者购得该遗失物的，权利人请求返还原物时应当支付受让人所付的费用。权利人向受让人支付所付费用后，有权向无处分权人追偿。”据此，即便拾得人通过拍卖方式，将遗失物进行了处分，受让人也不能直接获得所有权，原权利人可以在知道受让人后 2 年内请求返还原物，只不过需要向受让人支付其已经支付的费用，而后再向拾得人追偿。本案中，李二在支付费用的基础上可以请求李六返还，对于支付的费用，李二可以向阿呆追偿。

10.此时，李二已失去所有权，所有权归李七所有。因为，拾得人交公后，经过公告无人认领，期满归国家所有，此时，国家依据法律规定直接取得所有权。当国家再委托拍卖处分的，国家是有权处分，李七买下后，直接获得所有权。

案例二

甲，14 岁，将其父珍藏之玉石一块卖给乙，换取零花钱，由于甲少年老成，乙不知甲尚未成年，支付了合理价款。乙得到后旋即赠给其女友丙。后丙将玉石遗失，被专事雕刻艺术的丁拾得。丁见此石材质上佳，故呕心沥血，在石上完成了两幅微雕作品，此石因此价值翻数倍。为确定微雕作品之价值，丁委托给鉴赏家戊鉴定。戊将此石出售给己，己又卖给了庚。

问题

1.乙可否善意取得？为什么？

2.丙可否获得玉石的所有权？

3.丁可否获得玉石的所有权?

4.对于戊的无权处分,己与庚的知情与否对于玉石所有权变动有何影响?请分别说明之。

答案与考点要义

1.不能。

因为甲 14 岁,是限制行为能力人。《民法总则》第 145 条第 1 款规定:“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;实施的其他民事法律行为经法定代理人同意或者追认后有效。”第 2 款规定:“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。”本案中,甲卖其父亲玉石的行为,明显超出其能力,故该行为效力待定,未经法定代理人追认,其行为无效,乙不能取得所有权。得出此种结论,自价值衡量而言,乙作为善意第三人,代表着交易秩序,值得保护,但是甲是未成年人,通常认为,对于未成年人的保护价值应优于交易秩序,故乙不能善意取得。

2.不能。

因为乙不能善意取得,故乙对于玉石的占有为无权占有,丙通过无权占有人获得占有,自然要承受乙无权占有的瑕疵,也是无权占有,不能获得所有权。

3.可以。

因为丁的行为构成民法上的加工。通过加工获得所有权,要件有三:加工的对象为他人财产;加工行为使得财产价值发生重大变化;加工人非为恶意(非以获取他人财产为目的)。本题中,丁的行为符合加工的构成要件,故可以通过加工获得玉石的所有权。不过,丁应当将玉石原有的价值向原权利人返还,否则构成不当得利。

4.戊作为无权处分人将玉石出售给己,只有己在被交付之时为善意,方可善意取得所有权,己获得所有权后卖给庚时,无论庚是否为善意,均可获得所有权,因为己此时的处分为有权处分。

在戊无权处分之时,如果己为恶意,则己不能获得所有权,此时己若处分玉石,为无权处分,若庚为不知情的善意买受人,则在支付合理对价的情形下,可以善意取得所有权。若庚为知情的恶意买受人,则不能获得所有权。

十八、建设用地使用权

案例

某宗土地位于某国有林场的一端,大概有 100 亩。某建筑公司认为林场对于该土地享有使用权。于是与林场协议长期借用,每年支付一定的费用。后来,建筑公司发现,对于这块土地,林场根本不享有土地使用权,于是就向国有土地管理部门申请建设用地使用权。经土管部门审核,建筑公司的申请符合要求,于是与其签订了建设用地使用权出让合同,并办理了登记。林场知道后,主张建筑公司承担违约责任。

问题

1.林场可否请求建筑公司承担违约责任?

2.若土管部门只是与建筑公司签订了合同,没有办理登记,后果如何?

3.若建筑公司获得建设用地使用权后,经批准,将土地的一半建设了商品房,另一半的使用权转让给甲公司,如果在销售房屋时,只与买方签订了房屋买卖合同,未涉及房屋所在土地使用权的问题,该如何处置?

4. 建筑公司向甲公司转让另一半土地的使用权，若只是签订了合同，后果如何？

答案与考点要义

1. 不可以。

因为林场对于此块土地根本不享有使用权。自所有权角度而言，我国土地属于国家和集体所有，对于不享有使用权的土地，林场无权以权利人的身份出借并获取利益。就本案所谓的出借合同而言，林场主体根本就不适格。作为有偿借用，类似于租赁。林场就其不享有权利的土地所获得的利益，也缺少正当性。

2. 合同有效，但是建筑公司并不能享有建设用地使用权。

《物权法》第 139 条规定：“设立建设用地使用权的，应当向登记机构申请建设用地使用权登记。建设用地使用权自登记时设立。登记机构应当向建设用地使用权人发放建设用地使用权证书。”据此规定，建设用地使用权的设立，是区分债权效力和物权效力的。若签订了出让合同，只是完成了债权行为，尚未设立具有物权效力的建设用地使用权，登记是建设用地使用权成立的标志。

3. 销售商品房时，若只是签订了房屋买卖合同未涉及建设用地使用权的，建设用地使用权视为同时转让。

鉴于房与地的不可分关系，两者应当一并处分，方可保证房屋与土地的正常使用。《物权法》第 146 条规定：“建设用地使用权转让、互换、出资或者赠与的，附着于该土地上的建筑物、构筑物及其附属设施一并处分。”第 147 条规定：“建筑物、构筑物及其附属设施转让、互换、出资或者赠与的，该建筑物、构筑物及其附属设施占用范围内的建设用地使用权一并处分。”据此，无论是处分房屋还是处分建设用地使用权，只要处分一个，另一个均视为一并处分。

4. 若只签订了合同，合同有效，但是建设用地使用权并没有转移。

所谓建设用地使用权转让，是指个人之间订立合同让与使用权之情形，同样要区分债权效力与物权效力。

《物权法》第 144 条规定：“建设用地使用权转让、互换、出资、赠与或者抵押的，当事人应当采取书面形式订立相应的合同。使用期限由当事人约定，但不得超过建设用地使用权的剩余期限。”第 145 条规定：“建设用地使用权转让、互换、出资或者赠与的，应当向登记机构申请变更登记。”据此，建设用地使用权转让，应当签订转让合同，再办理登记，如果不办理登记，则不生物权变动效力。

十九、地役权

案例

甲公司购得位于海滨的一块土地的建设用地使用权，以观海理念设计并建造了观海公寓，用来出租。为保证观海效果，与前邻靠近海边的乙学校达成协议，乙学校在 20 年内，不建高层建筑，甲公司每年向学校支付 10 万元补偿金，每年年底支付。甲乙达成协议后，未进行登记。5 年后，甲自己的公寓楼整体转让给了丙。丁在别处建设了高级校舍，提出与乙学校置换校舍，乙学校考察丁建的校舍后，表示同意，但乙未向丁提及与甲之间的协议。丁获得乙学校的校舍和建设用地使用权后，设计并开始建设高层住宅。丙要求丁停止建造，丁认为丙的主张无理，继续建造。

问题

1. 甲乙之间的约定是相邻关系还是地役权的约定？约定的权利何时成立？
2. 当甲将公寓楼转让给丙时，丙的权利是否会受未登记的影响？
3. 根据本案中提及的法律事实，丙有无权利禁止丁建高楼？
4. 当甲将公寓楼转让给丙，乙与丁置换校舍之后，甲乙之间的约定是否会直接失去效力？

5.丙的权利应当如何救济?

答案与考点要义

1.是地役权。

因为相邻关系是法定的、无偿的、满足最基本生活需要的对他人不动产的限制，根本不需要约定，而且本案中，甲公司所要实现的是观景，显然也不是最基本的生活需要，故是地役权。根据《物权法》第 158 条的规定：“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。”据此，地役权自甲乙之间合同生效时设立。

2.不会。

根据上述《物权法》第 158 条的规定，所谓不登记不得对抗善意第三人是指在负担地役义务的不动产物权发生变动之时，若受让人不知情的，则不再负担地役义务。当义务人没有发生变动之时，只有权利人发生变动的，则新的权利人的权利实现不受影响。

3.没有权利。

由于丙从甲处获得的地役权没有登记，而丁又是不知情的第三人，所谓未登记的地役权不得对抗善意第三人，正是此种情形。

4.不会。

地役权随着合同的生效而设立，只要合同尚在有效期内，地役权就是存在的。本案中，合同约定了地役权的期限是 20 年。在转让之时，合同才履行了 5 年，显然这在合同的有效期限之内。不过由于地役权没有登记，故面对善意第三人，不得对抗之。在此，应当区分权利是否存在与权利是否能够实现两个不同的层次。不能实现权利的权利人丙可以根据有效的权利，寻求其他的救济。

5.可基于违约找乙主张损害赔偿。

为何是向乙而不是向甲主张违约责任呢?当甲将公寓楼整体转让给丙之时，地役权（没有登记的）作为从权利已经转移给丙，正常情况下，丙可以享有地役权，甲的地役权本就没有登记，在转让公寓之时，也将没有登记的地役权转让给了丙，故甲是没有什么违约之处的。既然甲在地役权合同中的权利随着公寓楼的转让已经转让给了丙，则丙享有了甲的权利。原来与甲订立地役权合同的是乙，现在权利人发生变动，由于义务人乙的原因导致地役权不能实现，乙应当向新的权利人丙承担违约责任。对此，可参照债权让与的原理来理解。

二十、担保物权概述

（一）担保无效时的责任

案例

材料一：甲因赌博欠下乙赌债 20 万元，甲请求好友丙为自己的债务做担保，丙不知甲所欠为赌债，与乙签订了保证合同。

材料二：甲向银行借款 500 万元，请求自己在某大学做校长的好友乙用学校的某栋教学楼做抵押。后来，甲只偿还了 200 万元。

问题

1.材料一中，赌债合同无效，此时丙不知情，丙需要承担多少责任?如果丙知情呢?

2.材料二中，借款合同有效，担保合同无效，此时若银行对于教学楼抵押担保的事情不知情，甲乙在担保合同中对银行隐瞒了教学楼的性质，对于银行的损失，甲乙如何承担责任?如果银行明知教学楼不能设定抵押的事实，责任又当如何承担?

答案与考点要义

1.丙不知情，不需要承担。知情的，需要承担不超过 1/3 的责任。

本案涉及的情形是主合同无效导致担保合同无效的情形。对于此种情况下，担保人责任的承担，《物权法》第 172 条规定：“设立担保物权，应当依照本法和其他法律的规定订立担保合同。担保合同是主债权债务合同的从合同。主债权债务合同无效，担保合同无效，但法律另有规定的除外。担保合同被确认无效后，债务人、担保人、债权人有过错的，应当根据其过错各自承担相应的民事责任。”那么，该如何根据过错来承担责任呢？对此，《担保法解释》第 8 条的规定可以作为责任分配的具体参照。该条规定：“主合同无效而导致担保合同无效，担保人无过错的，担保人不承担民事责任；担保人有过错的，担保人承担民事责任的部分，不应超过债务人不能清偿部分的三分之一。”据此，主合同无效，导致担保合同无效的情形中，认定担保人的责任首先要看担保人的过错。当担保人对于主合同无效的原因不知情时，属于善意，自不应承担责任。如果知情，则意味着担保人有过错，司法解释规定此时担保人承担的责任不超过不能清偿部分的 1/3，其背后的法理基础是，主合同无效导致担保合同无效，两个合同均为无效，而这两个合同涉及三方当事人，即主债权人、主债务人和担保人，既然两个合同均为无效，每一方当事人都难辞其咎，因此，若没有特别约定或法律规定的情形，不能清偿部分的责任，应当由三方平分之，担保人承担的责任不超过 1/3。

2.若银行不知情，此时甲乙承担连带责任。若银行知情，则乙学校承担责任不超过不能清偿部分的 1/2。

本案涉及的是主合同有效而担保合同无效的情形。《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。”据此，此时若债权人没有过错，则债务人与担保人对债权人承担连带责任，如果债权人有过错，则担保人承担的责任，不超过债务不能清偿部分的 1/2。作出此种制度设计，背后的法理基础在于，由于担保合同是担保人与债权人之间的合同，此时，担保合同无效，要么是因为担保人不适格，要么是因为担保人提供的担保物不合法等，担保人通常难辞其咎，此时如果债权人无过错，则担保人应承担全部责任，债务人本就应承担全部责任，故此时规定了两者的连带责任；如果债权人有过错，如前所述，在主合同有效而担保合同无效的情形下，担保人总是难辞其咎的，对于担保合同而言，是债权人与担保人之间的合同，双方均有过错，故如无特别约定或法律规定，责任应当由两方分担，此时担保人承担的责任不超过不能清偿部分的 1/2。

（二）人保与物保的并存

案例

3 月 1 日，甲向银行借款 50 万元，约定 1 年后还本付息。银行请求甲提供担保，甲分别找到了乙和丙。乙承诺如果到期甲不能履行债务的，愿意代为清偿。丙愿意用自己的一栋房屋作抵押，签订抵押合同后，办理了抵押登记。同时，甲还用自己的一辆奔驰轿车设定了抵押，没有办抵押登记。甲到期未能如约履行债务。

问题

- 1.银行要实现担保权利，在乙的保证和丙的抵押之间，是否有必要先请求乙或者丙进行清偿？
- 2.银行实现担保权利，在乙的保证和甲的抵押之间，是否有必要先请求乙或者甲进行清偿？
- 3.银行实现担保权利，在甲和丙的抵押之间，是否有必要先请求甲或者丙进行清偿？
- 4.就乙丙而言，若其中一个人承担了全部担保责任后，应当如何追偿？

答案与考点要义

本题旨在考查人保与物保的关系，这是难点，也是历年来都值得关注的重点，主要规范依据是《物权法》第 176 条和《担保法解释》第 38 条。

1.没有必要。

乙和丙均是第三人的担保，对于第三人担保的并存，无论人保与物保、物保与物保、还是人保与人保，债权人在行使担保权时，均没有顺序的先后。对于人保和物保的并存，《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。”据此，本案中，乙是保证人，丙是抵押人，均为第三人担保，债权人行使权利，没有顺序的先后，可以任意选择。

2.有必要。应当先执行债务人的物保。

根据上述《物权法》第 176 条的规定，如果债务人自己的物保与保证并存，在没有特别约定的情况下，债权人应当先执行债务人的物保。

3.没有必要。

因为对于共同抵押（共同的物保），无论是债务人自己的抵押和第三人的抵押并存，还是两个第三人的抵押并存，在没有特别约定的情况下，共同担保人一律承担连带责任。

4.乙和丙，无论任何一方承担了全部担保责任，都可以向债务人追偿，或者向另一个担保人追偿相应的份额。

上述结论的规范依据是《担保法解释》第 38 条第 1 款的规定：“同一债权既有保证又有第三人提供物的担保的，债权人可以请求保证人或者物的担保人承担担保责任。当事人对保证担保的范围或者物的担保的范围没有约定或者约定不明的，承担了担保责任的担保人，可以向债务人追偿，也可以要求其他担保人清偿其应当分担的份额。”值得提醒的是，若是向其他担保人追偿，一定是追偿相应的份额。所谓相应，若有约定，依据约定；若没有约定，则平均分担。**最后，要补充说明的是，根据《物权法》第 176 条规定，只要有债务人物保与人保并存，即使同时有第三人的物保，若问债权人实施担保权在三者之间的顺序，也应当先执行债务人的物保。**

二十一、抵押权

（一）建设用地使用权与房屋的抵押

案例

王某向银行借款 1000 万元，银行要求王某提供担保人。王某分别找到了甲乙丙三人。甲表示用自己的房屋作抵押，随后与银行订立了抵押合同，并办理了抵押登记，同时，约定抵押担保的期间为 1 年。乙表示用自己的一块建设用地使用权作抵押，签订抵押合同后，也办理了登记。在设定抵押后，乙又在土地上建了一栋五层的楼房。丙表示愿意用自己位于郊区的一栋别墅作抵押，但是签订抵押合同后，没有办理抵押登记，要求王某必须想办法担保未来自己承担担保责任后追偿权一定能实现，否则不去办理抵押登记。王某找到丁，丁与丙签订了保证合同，表示愿意保证丙承担担保责任后的追偿权的实现。但是，丙依然没有办理抵押登记。

问题

- 1.银行对于甲的房屋是否享有抵押权？该抵押权若实现，其标的是什么？约定的抵押权担保期间效力如何？
- 2.银行对于乙的楼房是否享有抵押权？该抵押权若实现，应当如何实现？
- 3.银行对于丙的别墅是否享有抵押权？丙与银行之间的抵押合同是否有效？
- 4.丁与丙签订的保证合同是什么性质的担保？

5.如果王某经过银行同意，将其中 500 万元的债务转让给戊，则对于担保责任有何影响？

答案与考点要义

1.享有抵押权。若实现抵押权，权利标的是房屋和承载房屋的建设用地使用权。约定的抵押担保期间无效。

由于房屋与建设用地使用权的不可分离，当房地共存之时，无论用房屋设定抵押还是用建设用地使用权设定抵押，必然会及于另一方。对此，《物权法》第 182 条有强制规定：“以建筑物抵押的，该建筑物占用范围内的建设用地使用权一并抵押。以建设用地使用权抵押的，该土地上的建筑物一并抵押。抵押人未依照前款规定一并抵押的，未抵押的财产视为一并抵押。”据此，用房屋抵押，必然包括建设用地使用权；用建设用地使用权抵押的，必然及于已经存在的建筑物。故本案中甲将房屋抵押给银行，权利标的将包括房屋和建设用地使用权。

担保期间具有法定性。《担保法解释》第 12 条第 1 款规定：“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。”据此，担保物权的担保期间不能由当事人约定。《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。”据此，抵押权的期间是主债权的诉讼时效期间，当事人约定的抵押担保期间无效。

2.银行对于乙的楼房不享有抵押权。银行实现抵押权之时，应当将建设用地使用权与新增房屋一并处分，但处分后，只能就建设用地使用权部分获得的价款优先受偿。

本案涉及新增建筑物与建设用地使用权在抵押中的关系，对此《物权法》第 200 条规定：“建设用地使用权抵押后，该土地上新增的建筑物不属于抵押财产。该建设用地使用权实现抵押权时，应当将该土地上新增的建筑物与建设用地使用权一并处分，但新增建筑物所得的价款，抵押权人无权优先受偿。”据此，银行对于乙新增的楼房不享有抵押权。

3.不享有抵押权。抵押合同有效。

根据《物权法》第 187 条的规定，抵押人用建筑物、在建建筑物、建设用地使用权及四荒地的土地承包经营权设定抵押的，抵押权自办理登记之日生效，未办理登记的，抵押权不成立，但是不影响抵押合同的效力。此种制度，也是债权效力与物权效力区分的体现。本案中，由于丙没有办理抵押登记，故抵押权不成立，但是抵押合同依然有效。

4.是反担保。

所谓反担保，是指为了担保担保人在承担担保责任后追偿权的实现而设定的担保，提供反担保的可以是债务人，也可以是第三人。

5.若未经担保人书面同意，则担保人在 500 万元的范围内免除担保责任。

在第三人提供担保的情况下，无论第三人提供的是物保还是保证，当债务转让之时，均应经过担保人书面同意，否则就转让的债务而言，担保人在转让的范围内免除担保责任。对此，《物权法》第 175 条规定：“第三人提供担保，未经其书面同意，债权人允许债务人转移全部或者部分债务的，担保人不再承担相应的担保责任。”之所以如此，是因为债务转让，很有可能增加担保人承担担保责任的风险，如果不经担保人同意，债务转让后，担保人依然要承担责任，则容易促发债务人的道德风险。

（二）抵押权的效力范围、抵押权顺位

案例

材料一：甲向乙借款 10 万元，用自己的汽车一辆作抵押，3 月 1 日签订抵押合同后，未办理抵押登记。后来甲又向丙借款 10 万元，又用该汽车抵押，3 月 10 日办理了登记。3 月 15 日，甲向丁借款 5 万元，也用该汽车抵押，没有办理抵押登记。3 月 20 日，甲向戊借款 8 万元，还用该汽车抵押，办理了抵押登记。甲到期均未偿还，抵押权人均要求行使抵押权，申请法院扣押了抵押物。经查，甲在 3 月 12 日，将此车租给了庚，

租期 2 年，每年租金 1 万元。次年的 4 月 15 日，经法院拍卖，该车被王某拍得。

材料二：甲向银行借款 500 万元，用自己的一栋房屋作抵押，签订合同后，办理了抵押登记。同时，甲还将自己的一辆汽车抵押给银行，未办理抵押登记。

问题

1.材料一中，乙丙丁戊实现抵押权的顺序如何？

2.抵押权人是否有权就租金主张优先受偿权？

3.该车被王某拍得后，王某可否直接主张庚返还该车？

4.材料二中，若此房屋旁边有一车库，车库是否在抵押权优先受偿的范围？

5.若房屋着火，保险公司赔偿保险金 300 万元，银行对保险金可否优先受偿？

6.若设定抵押后，甲欲转让房屋和汽车，可否转让？若未经银行同意，甲转让房屋和汽车，分别签订了转让合同，会有何不同的法律效果？

7.若设定抵押之后，因甲的行为造成了房屋的毁损，银行对此可以提出什么主张？

8.材料二中，若甲将房屋抵押给银行后，房屋被甲的另一债权人申请法院进行了查封，此时，是否影响抵押权的实现？

答案与考点要义

1.丙最先，戊其次，乙丁最后按比例平等受偿。

当同一个抵押物上有两个以上的抵押权时，抵押权人实现的顺序问题，《物权法》第 199 条规定：“同一财产向两个以上债权人抵押的，拍卖、变卖抵押财产所得的价款依照下列规定清偿：（一）抵押权已登记的，按照登记的先后顺序清偿；顺序相同的，按照债权比例清偿；（二）抵押权已登记的先于未登记的受偿；（三）抵押权未登记的，按照债权比例清偿。”据此，丙与戊的抵押权均进行了登记，按照登记的时间先后受偿，乙丁的抵押权没有登记，则后于丙和戊，两者按比例平等受偿。

2.可以。

关于孳息的收取，在担保物权中，无论抵押、质押还是留置，可以简单概括为“谁占有，谁收取”，不过担保物权人收取孳息后，不是直接获得所有权，而是可以用来优先受偿。就抵押而言，由于设定后不转移财产的占有，通常是由抵押人收取孳息，但是当抵押权人开始行使抵押权，扣押抵押物之后，是可以收取孳息用来优先受偿的。对此，《物权法》第 197 条第 1 款规定：“债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，致使抵押财产被人民法院依法扣押的，自扣押之日起抵押权人有权收取该抵押财产的天然孳息或者法定孳息，但抵押权人未通知应当清偿法定孳息的义务人的除外。”本案中，抵押权人已经开始就该汽车主张抵押权，申请扣押了抵押物，故可以收取汽车的租金，用来优先受偿。

3.可以。

因为庚的租赁发生在 3 月 12 日，是在丙登记的抵押权之后。《物权法》第 190 条规定：“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。”据此，既然租赁发生在已经登记的抵押权之后，故一旦丙行使抵押权，可以直接打破租赁关系，买受人可以要求承租人直接返还抵押物。

4.在优先受偿的范围内。

因为抵押权的效力可以及于抵押物的从物。主房旁边的车库，对于主房来说，构成主房的从物。

5.可以。

因抵押物着火获得保险金，民法上称之为抵押物的代位物，抵押权的效力及于代位物。《物权法》第 174

条规定：“担保期间，担保财产毁损、灭失或者被征收等，担保物权人可以就获得的保险金、赔偿金或者补偿金等优先受偿。被担保债权的履行期未届满的，也可以提存该保险金、赔偿金或者补偿金等。”**不过值得说明的是，如果抵押人收到保险金后，债务尚未到期，抵押权人也没有提存的，抵押人一旦将此保险金用来偿还自己的其他债务，则债权人将失去优先受偿权，可请求抵押人承担违约责任。**

6. 设定抵押之后，抵押人若要转让抵押物，需要符合一定的条件，而且动产与不动产在设定抵押之后的转让会有不同的情形。

关于抵押物的转让，基本的规范依据是《物权法》第 191 条之规定：“抵押期间，抵押人经抵押权人同意转让抵押财产的，应当将转让所得的价款向抵押权人提前清偿债务或者提存。转让的价款超过债权数额的部分归抵押人所有，不足部分由债务人清偿。抵押期间，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。”据此，要转让抵押物，在两个条件中，必须满足其中之一：要么经过抵押权人同意；要么受让人代为清偿主债务。若两者均不具备，原则上抵押人不得转让抵押物。但是动产抵押与不动产抵押，会遭遇不同的情形。

就不动产而言，由于转让不动产需要办理登记，若不动产已经办理了抵押登记，此时，若没有经过抵押权人的同意，或者受让人代为清偿主债务，抵押人不可能完成过户登记的行为，因为在有抵押登记的情况下，登记机关不会办理过户登记。但是抵押人所签订的转让合同还是有效的。

就动产而言，情形就略微复杂一些，因为动产抵押，有登记和不登记两种情形。动产抵押，若不登记，不得对抗善意第三人。在动产抵押已经登记的情况下，则可以对抗所有的人。由于动产抵押设定后，不转移财产的占有，抵押人完全可能处分抵押物。在处分时未经过抵押权人同意，也没有受让人代为清偿主债务使得抵押权消灭的情况下，如果抵押办理了登记的，无论受让人是否知情，抵押权的实现均不受影响，可以直接追及到第三人处，拍卖抵押物，以获得的价款优先受偿；如果抵押没有办理登记，抵押人处分了抵押物，而受让人又不知情的，则抵押权人不能对抗此时的受让人，只能主张抵押人承担违反抵押合同之违约责任。

就本案而言，若未经银行同意，也没有受让人代为清偿主债务的情况下，甲不可能完成房产的转让。就汽车抵押来说，由于没有办理登记，抵押人如果转让抵押物的，抵押权能否追及，则要看受让人是否知情，若知情则可以，若不知情则不可以。

7. 可以请求恢复原状，或提供新的担保，如果抵押人不能做到，则可以请求债务人提前清偿债务。

此问题旨在考查抵押权人的保全请求权。对此《物权法》第 193 条规定：“抵押人的行为足以使抵押财产价值减少的，抵押权人有权要求抵押人停止其行为。抵押财产价值减少的，抵押权人有权要求恢复抵押财产的价值，或者提供与减少的价值相应的担保。抵押人不恢复抵押财产的价值也不提供担保的，抵押权人有权要求债务人提前清偿债务。”关于提前清偿，需要提醒的是，其正当性在于，是由于抵押人的原因导致的抵押物价值减少，故债务人、抵押人一方具有可归责性，在其他方式不能使得抵押权人利益获得必要保障之时，债权人可以主张债务人提前清偿。

8. 不影响。

《担保法解释》第 55 条规定：“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。”据此，如果抵押权设定在先，之后又被查封、扣押的，不影响抵押权的实现。

（三）抵押权的顺位、浮动抵押、抵押权与租赁权的关系

案例

2014 年 4 月明光机械厂为融资，将其正在制造的数字机床、现有及将有的原材料抵押给阳光公司（抵押权人）并办理了抵押登记。机床制造好投入生产 3 个月后出现故障，明光厂无法修理，遂交给宝光修理厂修理。

机床修理好之后，明光厂依约将 2 万元修理费打入宝光厂指定账户，并派人去宝光厂拉回机床。宝光厂以明光厂未付半年前另一笔修理费为由拒绝归还机床。后经协商，宝光厂归还了机床。2014 年 10 月，明光厂未经阳光公司同意将该机床以合理价格出卖给宝花公司。后明光厂不能向阳光公司履行到期债务。

2015 年 1 月，为了进一步融资扩大经营规模，明光厂以其厂房作抵押，先后向甲银行借款 100 万元，乙银行借款 300 万元，丙银行借款 500 万元，并依次办理了抵押登记。2015 年 5 月，明光厂与甲、丙银行商定，让甲、丙交换各自抵押权的顺位，并办理了变更登记，但乙银行并不知情。2015 年 6 月，因明光厂无力偿还三家银行的到期债务，银行拍卖其厂房，仅得价款 600 万元。

2015 年 8 月，明光厂将一辆卡车出租给刘某使用，约定租期为 1 年。3 个月后，明光厂因与宝明公司的买卖合同需在 3 个月向后宝明公司支付货款 30 万元，遂与宝明公司订立了抵押合同，将此卡车抵押给宝明公司，并约定如到期明光厂无法清偿债务，该卡车用来偿债，直接归宝明公司所有。明光厂告知宝明公司该卡车已出租给刘某的情况，宝明公司未提出异议，双方办理了抵押权登记。3 个月后，明光厂未向宝明公司支付货款，宝明公司遂要求刘某将卡车交给自己，以抵偿债权。

问题

1.假设明光厂到期无法清偿阳光公司的债务，阳光公司要拍卖机床实现其债权，明光厂认为，在设立抵押权时，该机床尚处于制造中，不是法律意义上的物，因此抵押权的设定无效，请问该抗辩是否有效?为什么?

2.宝光厂在收到 2 万元修理费后是否可以明光厂未付半年前另一笔修理费为由拒绝归还机床，行使留置权?为什么?

3.如果允许宝光厂行使留置权，宝光厂向明光厂提出必须在 1 个月内清偿欠款，否则将拍卖机床的要求是否合法?为什么?

4.假设明光厂与宝光厂间不存在其余债权债务纠纷，双方在签订修理合同时即约定，宝光厂不得以任何理由扣押机床而拒绝返还给明光厂，请问该约定是否违背“物权法定原则”?

5.明光厂未经阳光公司同意将该机床以合理价格出卖给宝花公司后，明光厂不能向阳光公司履行到期债务，请问阳光公司能否依登记的抵押权向宝花公司主张返还机床?为什么?

6.明光厂与甲、丙银行间关于甲、丙交换各自抵押权顺位的约定是否有效?为什么?

7.银行拍卖其厂房所得价款 600 万元该如何分配?为什么?

8.假如向三个银行设定抵押后，明光厂将厂房卖与甲银行并办理了登记，明光厂无法清偿到期债务时，乙、丙银行能否要求将自己的抵押权顺位上移?

9.明光厂与宝明公司之间达成的“如到期明光厂无法清偿债务，该卡车抵偿给宝明公司”的约定是否有效?为什么?

10.若 3 个月后，明光厂未向宝明公司支付货款，宝明公司可否要求刘某将卡车交给自己拍卖而实现其抵押权?为什么?拍卖之时，承租人对于汽车有无优先购买权?

11.若 3 个月后，明光厂未向宝明公司支付货款 30 万元，明光厂与宝明公司协议将卡车折价抵偿给宝明公司。经查，该卡车市值为 45 万元，明光厂尚欠阳光公司和甲、乙、丙银行债务未清偿完毕，请问以上债权人可以行使何种权利保护其合法权益?

答案与考点要义

1.无效。因为设定的是动产浮动抵押。

动产浮动抵押，是指企业、个体工商户和农业生产经营者以其现有的及将有的财产设定的抵押。所谓将有的财产，是指设定抵押时尚未存在，设定抵押后可能存在的财产。本案中正在建造中的机床，属于企业现有的

财产，无论是否已经建成机床，只要具有财产价值和可流转性，均可作为抵押权的标的。《物权法》第 181 条规定：“经当事人书面协议，企业、个体工商户、农业生产经营者可以将现有的以及将有的生产设备、原材料、半成品、产品抵押，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，债权人有权就实现抵押权时的动产优先受偿。”

2.可以。

《物权法》第 231 条规定：“债权人留置的动产，应当与债权属于同一法律关系，但企业之间留置的除外。”留置权的产生，一般情况下，要求所担保之债权与被留置之财产有直接牵连关系，属于同一法律关系。但是，企业之间的留置不需要牵连关系，只要合法占有对方的财产，即可进行留置。本案中，明光厂与宝光厂均为企业，因此尽管债权与所留置的财产之间没有牵连关系，也可以留置。

3.不合法。

留置债务人的财产，要实行留置权，若无特别约定，至少要给对方 2 个月的宽限期，除非标的物不适宜。对此，《物权法》第 236 条第 1 款规定：“留置权人与债务人应当约定留置财产后的债务履行期间；没有约定或者约定不明确的，留置权人应当给债务人两个月以上履行债务的期间，但鲜活易腐等不易保管的动产除外。债务人逾期未履行的，留置人可以与债务人协议以留置财产折价，也可以就拍卖、变卖留置财产所得的价款优先受偿。”本案没有特别约定，同时被留置的机床又不属于不适宜之情形，故只给 1 个月的时间，显然不合法。

4.不违背。

这是约定排除适用留置权的情形。《物权法》第 232 条规定：“法律规定或者当事人约定不得留置的动产，不得留置。”留置权是法定担保物权，不需要当事人约定，只要符合法定情形，直接产生，但是法律允许当事人约定排除留置权的适用，与物权法定原则并不矛盾。因为所谓物权法定，含义是物权的种类和内容法定，不允许当事人通过约定创设新的物权类型和通过约定改变物权的内容。排除留置权的适用，是物权法贯彻民法意思自治理念的具体体现。由于留置权是法定担保物权，其产生直接依据法律规定，完全排除了当事人意思自治的可能，不像抵押与质押，都是当事人通过自愿的合同设立。既然产生之时，没有体现当事人的意思自治，物权法约定，在符合法定情形之下，允许当事人约定排除，是通过赋予当事人反向排除的权利来体现当事人的意思自治。故本案中，当事人若约定不得留置，合法有效。

5.不可以。因为浮动抵押设定后，即便办理登记，抵押权人也不得对抗支付合理价款的买受人。

本案中，当事人设定的是动产浮动抵押。与一般动产抵押相比，动产浮动抵押有几个方面的特点。首先，只能是企业、个体工商户等商事主体才能设立；其次，财产可以是现有的，也可以是将有的财产；再次，抵押人可以转让抵押物，不需要经过抵押权人的同意，因为这是其正常经营的需要；最后，无论是否登记，动产浮动抵押的抵押权人都不能对抗经营活动中已经支付合理价款并取得抵押财产的买受人。对此，《物权法》第 189 条规定：“企业、个体工商户、农业生产经营者以本法第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。依照本法第一百八十一条规定抵押的，不得对抗正常经营活动中已支付合理价款并取得抵押财产的买受人。”

6.因为会给不知情的乙带来不利影响，在可能给乙带来不利影响的范围内无效。

在抵押权设定后，如果是登记的抵押权，抵押权人应当按照登记的先后顺序来实现抵押权，如果只有 2 个抵押权人，只要达成一致意见就可以变更抵押权顺位，但是本案中在厂房之上有甲、乙、丙 3 个抵押权人，由于甲、丙债权的数额不同，顺位的变更会给乙带来不利影响。关于抵押权顺位的调整，《物权法》第 194 条第 1 款规定：“抵押权人可以放弃抵押权或者抵押权的顺位。抵押权人与抵押人可以协议变更抵押权顺位以及被担保的债权数额等内容，但抵押权的变更，未经其他抵押权人书面同意，不得对其他抵押权人产生不利影响。”

据此，本案中，甲、丙顺位的交换，将可能给乙带来不利影响之部分无效。

7.乙 300 万元，丙 300 万元，甲没有。

关于变更抵押权顺位的案例题，应当有一个明确的思路，可以分两步来思考。首先，就这 600 万元，在甲、乙、丙正常顺位时应该分配的数额，显然是甲 100 万元，乙 300 万元，丙 200 万元，进行这一步思考的目的是，找出乙应该分得的数额为 300 万元。如上一问所述，甲、丙的换位不得给中间顺位的乙带来不利影响，因此，既然甲、丙的换位没有经过乙的同意，故无论是否换位，乙应该分得的数额均应该是相同的，即都应该是 300 万元。其次，换位之后丙排在了第一顺位，需要 500 万元方可满足其需要，然而乙的 300 万元应当先来满足，因为如前所述，是否换位乙均应分得 300 万元，故分给乙 300 万元之后，还剩下 300 万元，现在丙排在第一顺位，需要 500 万元方可完全满足其需要，剩下的 300 万元全部给丙还不够，故换位之后，排在最后一位的甲就不能通过抵押物得到任何清偿了。

8.不能。这意味着甲的抵押权并不消灭。

此问题涉及顺位在前的抵押权人与所有权人混同的问题。甲作为第一顺位的抵押权人，如果成了抵押物的所有人，其抵押权之所以不消灭，是因为甲需要用自己在第一顺位的抵押权对抗顺位在后的抵押权，在第一顺位抵押权优先受偿的数额内，第二顺位抵押权人不能优先受偿。对此，《担保法解释》第 77 条规定：“同一财产向两个以上债权人抵押的，顺序在前的抵押权与该财产的所有权归属一人时，该财产的所有权人可以以其抵押权对抗顺序在后的抵押权。”

9.无效。因为是流质条款。

在我国，无论是抵押还是质押，一律禁止流质条款。就抵押而言，《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。”作出这样的规定，其背后的法理基础是，为了防止债权人一方利用自己的优势，对债务人一方构成不正当的剥夺。故只要约定了流质条款，原则上一律无效。不过，值得提醒的是，流质条款的无效不影响抵押合同其他部分的效力，抵押合同的其他内容如果合法，并且符合抵押权设定要求的，抵押权照样可以成立。

10.不能。因为本案中是先租而后抵的情形。承租人没有优先购买权。

只要租赁设定在先，无论后来设定抵押权是否办理了登记，实现抵押权之时，都不能打破租赁。规范基础是《物权法》第 190 条的规定：“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。”

在租赁关系中，只有在房屋租赁合同中，承租人才有优先购买权。本案中是汽车，乃是动产，无承租人优先购买权存在的基础。

11.上述债权人可以通过行使债权人撤销权来保护自己的合法权益。

《合同法》第 74 条规定了债权人撤销权，当债务人使得自己责任财产不当减少，损及债权人利益之时，债权人可以通过撤销债务人行为，使得其财产恢复，以用来实现债权。此权利在实现抵押权过程中，也可以由受到不当损害的抵押权人用来保护自己的利益。《物权法》第 195 条第 1 款规定：“债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，抵押权人可以与抵押人协议以抵押财产折价或者以拍卖、变卖该抵押财产所得的价款优先受偿。协议损害其他债权人利益的，其他债权人可以在知道或者应当知道撤销事由之日起一年内请求人民法院撤销该协议。”本案中，明光厂与宝明公司的折价协议，明显给其他债权人带来了损失，故其他债权人可以通过行使债权人撤销权来保护自己的利益。

（四）共同抵押

案例

王某向 A 银行借款 100 万元，用自己的一辆汽车设定了抵押，办理了登记，同时甲用自己在郊区的一套房子为 A 银行设定了抵押，办理了抵押登记。张某向 B 银行借款 200 万元，分别由乙、丙用自己的房产为 B 银行设定了抵押，均办理了抵押登记。

问题

- 1.A 银行是否有必要先就王某的汽车实现抵押权？
- 2.如果 A 银行放弃了王某汽车的抵押权，则产生的法律效果是什么？
- 3.B 银行对于乙、丙的房产，可以如何行使抵押权？
- 4.如果乙、丙中的任何一个人承担了全部担保责任，该如何行使追偿权？

答案与考点要义

- 1.没有必要。

当同一债权有两个以上的抵押权人共同设定抵押的，债务人自己财产设定的抵押与第三人设定的抵押并存，只要没有特别约定债权人行使权利的顺序，一律是连带责任。其规范基础是《担保法解释》第 75 条第 2 款的规定：“同一债权有两个以上抵押人的，当事人对其提供的抵押财产所担保的债权份额或者顺序没有约定或者约定不明的，抵押权人就可以就其中任一或者各个财产行使抵押权。”

- 2.甲可以在放弃的范围内免除担保责任。

本来为了保障债权人利益的实现，对于所有的共同抵押，共同抵押人均应当向债权人承担连带责任，但是，如果债权人放弃了债务人自己提供的抵押，其他担保人之所以可以在放弃的范围内免除担保责任，是因为其他担保人承担担保责任后，本就可以向债务人追偿，既然债权人选择了放弃债务人提供的抵押，从法学方法论的角度看，在放弃的范围内直接免除其他担保人的责任，是平衡债权人与其他担保人利益的结果。对此，《物权法》第 194 条第 2 款规定：“债务人以自己的财产设定抵押，抵押权人放弃该抵押权、抵押权顺位或者变更抵押权的，其他担保人在抵押权人丧失优先受偿权益的范围内免除担保责任，但其他担保人承诺仍然提供担保的除外。”

- 3.可以任选其一主张权利，也可以向两者同时主张按比例行使权利。

如上所述，既然共同抵押是连带责任，则债权人可以根据自己的需求和意志，任意行使权利。其规范基础是上述《担保法解释》第 75 条第 2 款。

- 4.可以向债务人张某追偿，也可以向另一担保人追偿相应的份额。

《担保法解释》第 75 条第 3 款规定：“抵押人承担担保责任后，可以向债务人追偿，也可以要求其他抵押人清偿其应当承担的份额。”据此，承担了担保责任后的担保人，可以进行追偿。对于此追偿权，需要强调两点：首先，在向债务人追偿和向其他担保人追偿之间没有顺序的先后；其次，在向其他担保人追偿之时，只能是追偿相应的份额。

（五）最高额抵押

案例

甲银行与乙公司签订了最高额抵押合同，约定乙公司以其一栋价值 2 亿元的房屋设定抵押，用来担保乙公司未来即将发生的连续借款，抵押担保的金额不超过 1.8 亿元，债权确定期间为 2013 年 10 月 15 日到 2014 年 10 月 15 日。合同签订后，双方去登记机关办理了抵押登记。约定期间内，乙公司分 5 次向甲银行借款，共计 1.5 亿元。2015 年 7 月，甲银行将对乙公司的债权转让给了东方资产管理公司，债权让与协议签订后，通知了乙公司。乙公司认为，甲转让债权未经其同意，故抵押权已经消灭。

问题

1. 本案中，实际发生的借款为 1.5 亿元，则甲银行可以在多大范围内优先受偿？如果实际发生的债权余额是 1.9 亿元呢？
2. 若甲没有转让债权，则其行使抵押权的期间是多长？经过抵押权法定期间的，抵押权是否消灭？
3. 甲可否将债权转让？债权转让的，最高额抵押是否一起转让？
4. 如果在办理了与甲银行的抵押登记后，乙又将此栋楼房抵押给丙银行贷款 1000 万元，办理了抵押登记后，甲、乙协商将抵押担保的最高额调整为 2 亿元，此种调整是否有效？若此时，乙实际从甲银行借款达到 2 亿元，甲可以在多大范围内优先受偿？
5. 如果在最高额抵押设定之前，乙公司曾经欠甲银行 2000 万元，没有担保，双方约定将这 2000 万元的债务转入最高额抵押担保的范围是否有效？

答案与考点要义

1. 可在 1.5 亿元的范围内优先受偿。如果实际发生的债权余额是 1.9 亿元，则可以在 1.8 亿元的范围内优先受偿。

本案中，设定最高额抵押之时，预定最高额是 1.8 亿元。关于最高额抵押优先受偿的范围，《物权法》第 203 条第 1 款规定：“为担保债务的履行，债务人或者第三人对一定期间内将要连续发生的债权提供担保财产的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，抵押权人有权在最高债权额限度内就该担保财产优先受偿。”据此，既然是在约定的最高债权额度内实现优先受偿，则意味着，如果实际发生的债权余额低于预定的最高限额的，则在实际发生的债权范围内进行优先受偿；如果实际发生的债权余额高于预定的最高限额的，则在预定最高限额的范围内优先受偿。本案中，约定的最高限额是 1.8 亿元，实际发生了 1.5 亿元的债务，则在实际发生的范围内优先受偿即在 1.5 亿元的范围内受偿。如果实际发生了 1.9 亿元，则只能在 1.8 亿元的范围内优先受偿，剩下的 1000 万元视为普通债务，对于抵押物拍卖的价款不能优先受偿。

2. 3 年。经过抵押权期间的，抵押权消灭。

所谓抵押权的行使期间，是指抵押权行使权利受到什么样的期间限制。对此，《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。”据此，抵押权的行使，受到主债权诉讼时效的限制。主债权的诉讼时效是普通时效，根据《民法通则》之规定是 2 年，但《民法总则》将普通时效改成了 3 年。故根据新法优于旧法的原理，现在抵押权所受限制的期间为 3 年。

经过抵押权期间后，关于抵押权的状态有两种观点，一种认为是产生抗辩，另一种认为是抵押权消灭。从最高法院发布的案例公报看，抵押权消灭是实践中的做法。^①这意味着，一旦过了抵押权期间，抵押人可以向登记机关申请撤销抵押登记。

3. 可以。最高额抵押作为从权利应一并转让。

《物权法》第 204 条规定：“最高额抵押担保的债权确定前，部分债权转让的，最高额抵押权不得转让，但当事人另有约定的除外。”理解此问题，最容易受到此条文的干扰。根据该条规定，所谓部分转让债权的，最高额抵押不得转让，其适用的前提有二：其一是债权尚未确定；其二是债权部分转让。之所以有这样的限制，其背后的法理基础是，最高额抵押所担保的是未来连续发生的债权，其担保的使命是面向未来的。因此对于过去发生过的债权让与，最高额抵押不得转让的限制是有必要的。然而，本案的情形则是，债权已经确定，而且债权的让与是整体转让，此时作为从权利的最高额抵押权，当然应该一并转让。

4. 调整有效。可以在 1.9 亿元的范围内优先受偿。

^① “王军诉李睿抵押合同纠纷案”，载《最高人民法院公报》，2017 年第 7 期。

《物权法》第 205 条规定：“最高额抵押担保的债权确定前，抵押权人与抵押人可以通过协议变更债权确定的期间、债权范围以及最高债权额，但变更的内容不得对其他抵押权人产生不利影响。”据此，抵押权人可以通过与抵押人协商调整最高额抵押的最高额，但是，此种调整不得对其他抵押权人带来不利影响。这意味着，如果在最高额调整之前，在抵押物上又设定了其他抵押权的，其他抵押权相对于调整的数额来说，具有优先的效力。此问中所涉及的情形，即是如此。尽管最高额由原来的 1.8 亿元调整为 2 亿元，但是，在数额调整之前，丙银行又设定了 1000 万元的抵押权，故丙银行这 1000 万元的抵押权优先于调整后的数额。此时，虽然实际发生了 2 亿元的债务，甲银行也只能在 1.9 亿元的范围内优先受偿，因为剩余的 1000 万元，要首先满足丙银行的需要。

5.有效，可以约定转入。

如果当事人达成协议，将原来已经存在的无担保的债权转入最高额抵押担保的范围，是以放弃未来可以获得担保的数额，来增加已经存在债权实现的可能。对此，《物权法》第 203 条第 2 款规定：“最高额抵押权设立前已经存在的债权，经当事人同意，可以转入最高额抵押担保的债权范围。”

二十二、质权

案例

6 月 1 日，甲向乙借款 10 万元，约定 12 月 1 日还款。借款当天，甲将自己的一辆汽车交付给乙作质押。乙于 9 月 1 日向丙借款 5 万元，也约定 12 月 1 日归还。经甲同意后，将汽车质押给丙，达成协议后，乙向丙交付了汽车。到期后，甲、乙均不能如期偿还。对汽车进行拍卖，得价款 13 万元。

问题

- 1.若乙未经甲的同意，擅自将汽车质押给丙，丙可否获得质权?与经过同意时设定质权在性质上有何不同?
- 2.若质权人擅自转质之后，由于丙的原因，导致汽车受损的，出质人可以如何主张权利?
- 3.对于汽车拍卖所得的 13 万元应当如何分配?

答案与考点要义

1.若丙不知情，可以善意取得质权。善意取得在性质上为原始取得，若经过出质人同意转质获得质权的，是基于原权利人的意志而获得质权，故是继受取得。

2.若是未经同意的转质，则出质人可通过两种途径救济自己的权利。其一，由于质权人未经同意进行转质，违反了质押合同之约定，故可主张质权人承担违约责任。《物权法》第 217 条规定：“质权人在质权存续期间，未经出质人同意转质，造成质押财产毁损、灭失的，应当向出质人承担赔偿责任。”其二，由于是第三人的原因造成的损毁，故第三人过错，出质人作为所有人可通过侵权责任来直接主张第三人承担损害赔偿赔偿责任。

3.这 13 万元首先应当清偿丙的 5 万元债务，然后再清偿乙的 5 万元，最后剩下的 3 万元归出质人甲。

之所以首先清偿丙的债务，是因为乙作为质权人又出质给丙，意味着乙对于自己享有质权做出了限制，因此丙的权利应该优先实现。据此分析，在拍卖汽车后，丙先得 5 万元，然后，乙再得 5 万元，甲对于乙 10 万元的债务即得以清偿，因为汽车拍卖的价款中，丙所得的 5 万元，相当于从甲汽车所卖的价款中，替乙偿还了 5 万元对丙的债务，故甲原本欠乙 10 万元，只需要再还 5 万元即可。剩余的 3 万元应当退还给甲。

二十三、留置权

(一) 留置物的范围

案例

材料一：甲汽修厂为乙运输公司修理 10 部汽车，车的价值每辆 25 万元左右，维修费共计 25 万元。双方维修合同中约定，维修后 10 日内付款，可是维修完成的当天，汽修厂担心运输公司不能及时支付运费，于是在乙提车之时，要求留置一部汽车。

材料二：乙运输公司为丙运输一批货物，价值 50 万元，运费 5 万元。货物运到后，丙没有支付运输费，乙欲留置全部货物。

材料三：丁医院委托乙从上海急运一批药品到广州，用来抢救某恶性疾病患者，约定货到付款。药品运到后，由于医院财务暂时的问题未及时付款，乙欲留置药品。

问题

1.材料一中，根据案件的事实，汽修厂能不能留置汽车？如果乙运输公司半年前曾经欠汽修厂一笔修理费，可否因此留置汽车？

2.材料二中，乙公司能不能留置全部货物？

3.材料三中，乙可否留置药品？

答案与考点要义

1.材料一中，根据案件事实，汽修厂不能留置汽车，因为债务尚没有到约定的清偿期。

汽修厂可以以半年前乙运输公司的欠费留置汽车，因为商事主体之间的留置不需要牵连关系，只要合法占有对方的财产均可以留置。

2.乙不能留置全部货物。

留置权的目的是为了通过留置的财产，使债权获得实现。如果留置的财产价值远远超过了债权的数额，则会导致利益的失衡。如果财产不可分，为了保障债权人的利益，债权人在符合法定条件的情况下，可以留置整个财产以获得债权实现，是倾向于债权人利益保护之价值衡量的结果。如果财产是可分的，则债权人应当留置与债权额相当的数额。《物权法》第 233 条规定：“留置财产为可分物的，留置财产的价值应当相当于债务的金额。”此种规定，充分考虑了双方当事人的利益，旨在保障债权实现的同时，也避免给债务人带来不必要的伤害。

3.不能留置。

因为本案中药品关系到病人的健康利益，人的健康利益应当优先考虑。民法理论认为，有违公序良俗的，不能留置。本案中，如果对于药品进行留置，则属于违背公序良俗的情形。

（二）留置权的效力

案例

甲拾得乙遗失的电脑，在使用中出现故障，送到丙处去维修，维修完毕后，甲未支付修理费。

问题

1.丙可否对电脑进行留置？

2.如果甲在维修电脑之时，与丙约定不得留置电脑是否有效？

3.如果丙同意甲将电脑带回家，还可否留置？

4.如果丙在留置电脑后，通知甲如果半个月不支付修理费则将电脑变卖，可否？留置权人可否直接将电脑折价归自己所有，并将超出维修费的价款，退还给甲？

5.如果甲提供了一部手机作担保，丙表示同意，此时，留置权是否消灭？

6.如果丁从丙处将电脑盗走，此时，留置权是否消灭？

答案与考点要义

1.可以留置。

理解本案最关键的问题是，弄清此种情形下，留置权之所以能够产生的法理基础。对于本案中这种留置权的产生，有时候，被称作留置权的善意取得。但是，一定要明确的是这种所谓的善意取得与其他物权的善意取得有重大差异。原因如下：首先，电脑是遗失物；其次，甲非电脑的所有人，在将电脑交付给丙维修之时，根本就没有处分的意思，不可能为无权处分。

一般的善意取得，都是要求以无权处分为前提的，而甲将拾得的电脑交给他人维修之时，连处分的意思都没有，更谈不上无权处分。对于遗失物，如果被拾得人无权处分的，如将其卖给不知情的第三人，第三人即便支付了合理对价，也不能善意取得。但是，拾得人如果将拾得的遗失物交给他人维修或保管后，不给维修费或者保管费的，却可以形成留置权。这不可能从一般善意取得的角度作出合理解释。其背后的利益衡量是，留置权之所以可以形成，在于假设了留置权人的债权，相对于遗失人的利益而言，更值得保护。为何会作出如此的假定呢？因为，留置权人所要保护的债权，是其已经付出劳务的费用，劳务费用在民商法中，通常被认为应当优先于其他财产权获得保护。

2.有效。

当事人可以通过约定排除留置权的适用，由于留置权的产生是基于法律规定之情形，其产生之时，完全排除了当事人的意思自治，给当事人约定排除的权利，是尊重当事人意思自治的表现。

3.不可。

因为债权人合法占有债务人的财产是留置权发生的前提。当甲将电脑带回家之后，丙已经失去了对电脑的占有，因为丙同意甲将电脑带回，已经没有了占有的意思，不再构成占有。

4.不可。丙也不能直接将电脑折价归自己所有。

《物权法》第236条第1款规定：“留置权人与债务人应当约定留置财产后的债务履行期间；没有约定或者约定不明确的，留置权人应当给债务人两个月以上履行债务的期间，但鲜活易腐等不易保管的动产除外。债务人逾期未履行的，留置权人可以与债务人协议以留置财产折价，也可以就拍卖、变卖留置财产所得的价款优先受偿。”

据此，当事人可以约定行使留置权的时间，如果没有约定的，至少要给对方2个月的时间，除非标的物不适宜。留置权人如果要通过折价行使权利的，应当与债务人协议，不能单方进行。可以说，如果通过折价来行权，必须经过债务人同意。折价若不经债务人同意，有时非但不能解决问题，反而会因为折价的金额产生新的纠纷。同时，如果由债权人单方决定归其自己所有，基于正常人性出发来考量，很有可能给债务人的利益带来不利。故若不能达成折价协议的，只能通过拍卖或变卖来实现权利。

5.消灭。

如果债权人同意了债务人提供的其他担保的，意味着用新的担保置换出原来留置物的担保，留置权当然应当消灭。《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。”值得特别强调的是，如果说债务人通过提供其他的担保来消灭留置权的，一定要经过留置权人的同意，若没有同意这一条件，留置权不能消灭。

6.消灭。

留置权的存在以占有被留置的财产为前提，如果丧失了占有，则留置权消灭。在留置期间，若留置的财产被盗，留置权如何消灭的问题理论上争议。一种观点认为，被盗则意味着丧失占有，留置权直接消灭；另一种观点认为，留置物被盗，意味着留置权的占有被侵夺，此时，留置权人在侵夺发生后1年之内可以主张占有返还请求权，只有过了1年，占有返还请求权消灭后，才彻底失去了占有，留置权才消灭。从曾经的命题及公

二十四、保证

案例

2011年3月1日，王某向银行借款500万元，期限1年。银行要求王某提供担保。王某找到了经济实力较好的甲、乙、丙、丁4人。甲与银行签订了保证合同，表示愿意在王某不能履行时代为还款。乙以保证人的身份在王某与银行的借款合同上签字。丙单方向银行出具了承担保证责任的担保函。丁表示愿意承担保证责任，但是要求王某支付2万元的担保费用。

问题

- 1.甲、乙、丙、丁4人是否都可以设立保证？若能够设立保证的，保证的性质有何不同？哪一个保证人可享有先诉抗辩权？先诉抗辩权在什么情况下不能主张？
- 2.丁要求王某支付2万元的费用是否意味着丁与银行之间的保证合同是有偿合同？
- 3.如果甲、乙、丙、丁的保证没有约定保证期限，则保证期间何时届满？
- 4.如果债务履行期满后，王某没有履行债务，银行在2012年4月5日向保证人乙、丙、丁主张了权利，此时，保证债务的时效何时届满？
- 5.如果王某届期没有履行债务，银行一直没有催要，直到2015年4月20日，才向王某主张权利，王某提出诉讼时效抗辩，若丁在保证合同中约定了其承担保证责任的期间是4年，此时银行如果向保证人丁主张权利，保证人丁可否主张王某的时效抗辩拒绝履行合同？如果丁没有主张王某的抗辩权，履行了债务，可否向债务人王某追偿？
- 6.如果在保证期间内，银行将债权转让给了A资产管理公司，此时保证人责任的承担是否受影响？如果保证人丙在保证合同中声明，只对该银行承担保证责任，则在债权让与之后，丙是否还需要承担保证责任？
- 7.如果在保证期间内，经过银行同意，王某将债务转让给李某，此时保证人是否还需要承担责任？
- 8.如果在保证期间内，王某与银行协商，将借款期限延长3个月，保证人对于变更之后的债务是否还需要承担责任？
- 9.如果在保证期间内，王某与银行协商，将借款增加100万元，此时保证人在多大范围内承担保证责任？如果是减少了100万元呢？
- 10.如果保证人乙在合同上签字时，不知道意味着什么，王某欺骗乙说，只是做个见证，乙信以为真，故在保证人一栏中签署了自己的名字。经查，银行知道王某对于乙的欺骗行为，此时乙可否免责？
- 11.如果甲在签订了保证合同后，又以自己没有清偿能力为由，主张免除保证责任，能否获得支持？
- 12.若本案中，丙不是自然人，而是一所公办小学，则丙出具担保函的行为可否成立有效的保证合同？该小学应如何承担责任？

答案与考点要义

1.4人均可设立保证。甲为一般保证，乙、丙、丁均为连带保证。甲可以享有先诉抗辩权。

根据《担保法》及其解释的规定，设立保证有4种情形：保证人与债权人签订保证合同；以保证人的身份签章；在主合同中写入保证条款；保证人单方向债权人出具保证书。据此，甲、乙、丙、丁均可成立保证。

保证分为一般保证与连带保证。一般保证是指，明确约定当债务人不能履行债务时由保证人承担责任。如果没有约定或者约定不明的，一律为连带保证。本案中，甲有明确约定，当债务人不能履行时自己承担责任，是一般保证。作为一般保证人，甲享有先诉抗辩权。

所谓先诉抗辩权是指，只有当债务人不能履行时，才由保证人承担责任。反之，当债务人已经不能履行或一般保证人以法定的形式放弃了先诉抗辩权时，则不能再主张先诉抗辩。根据《担保法》第 17 条第 3 款的规定：“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。”《担保法解释》第 25 条规定：“担保法第十七条第三款第（一）项规定的债权人要求债务人履行债务发生的重大困难情形，包括债务人下落不明、移居境外，且无财产可供执行。”据此上述情形，不得再主张先诉抗辩。值得说明的是，所谓保证人放弃，通常有两项要求，一是需要书面放弃，二是要向债权人表示放弃。

2. 保证合同依然是无偿。

判断合同是有偿还是无偿，需要基于合同的相对性作出理解。保证合同，是发生在保证人与债权人之间的合同，一定无偿的。王某与丁之间约定的有偿，不影响保证合同的无偿性。

3. 如果保证合同没有约定保证期间的，则通常推定为 6 个月，从主债务的清偿期届满之日开始起算。本案中，债权发生为 2011 年 3 月 1 日，期限为 1 年，则清偿期届满之日为 2012 年 3 月 1 日，保证期间为 6 个月，保证期间到 2012 年 9 月 1 日届满。

4. 2015 年 4 月 5 日届满。

乙、丙、丁为连带保证人，则当债权人在保证期间之内，向保证人主张权利之时，保证债务时效开始起算，2012 年 4 月 5 日，在保证期间之内，如果债权人向保证人主张了权利，则保证债务的时效即开始起算。根据《民法总则》第 188 条之规定，债权的普通时效为 3 年，故 2015 年 4 月 5 日，保证债务时效届满。

5. 丁可以主张王某的时效抗辩权。如果没有主张王某的时效抗辩权，则在丁承担保证责任后，不得向王某追偿。

《担保法》第 20 条第 1 款规定：“一般保证和连带责任保证的保证人享有债务人的抗辩权。债务人放弃对债务的抗辩权的，保证人仍有权抗辩。”《诉讼时效规定》第 21 条规定：“主债务诉讼时效期间届满，保证人享有主债务人的诉讼时效抗辩权。保证人未主张前述诉讼时效抗辩权，承担保证责任后向主债务人行使追偿权的，人民法院不予支持，但主债务人同意给付的情形除外。”据此，如果主债务人享有抗辩权，而保证人未主张，承担保证责任后，不得向债务人追偿。其法理基础在于，作为从债务人的保证人，应当在履行债务前，关注主债务的状态，如果主债务人有抗辩，保证人不主张，并在承担责任后，可以向债务人追偿的话，则意味着主债务人的正当抗辩权被彻底消灭。

6. 债权让与，原则上不影响保证责任的承担。但是保证人丙如果特别声明只对特定债权人承担保证责任的，则债权让与之后，保证人丙不再承担保证责任。依据是《担保法解释》第 28 条之规定：“保证期间，债权人依法将主债权转让给第三人的，保证债权同时转让，保证人在原保证担保的范围内对受让人承担保证责任。但是保证人与债权人事先约定仅对特定的债权人承担保证责任或者禁止债权转让的，保证人不再承担保证责任。”

7. 如果王某的债务转让没有经过保证人的书面同意，则在债务转让后，保证人不需要再承担保证责任。《担保法解释》第 29 条规定：“保证期间，债权人许可债务人转让部分债务未经保证人书面同意的，保证人对未经其同意转让部分的债务，不再承担保证责任。但是，保证人仍应当对未转让部分的债务承担保证责任。”

8. 期限变更，没有经过保证人同意的，保证人依然在原来约定的期限内承担保证责任。《担保法解释》第 30 条第 2 款规定：“债权人与债务人对主合同履行期限作了变动，未经保证人书面同意的，保证期间为原合同约定的或者法律规定的期间。”

9. 《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；

如果加重债务人的债务的，保证人对加重的部分不承担保证责任。”据此，如果增加了 100 万元，则保证人在原来的范围内承担，如果减少了 100 万元，则对于变更后的债务承担。

10.可以免责。

《担保法》第 30 条规定：“有下列情形之一的，保证人不承担民事责任：（一）主合同当事人双方串通，骗取保证人提供保证的；（二）主合同债权人采取欺诈、胁迫等手段，使保证人在违背真实意思的情况下提供保证的。”《担保法解释》第 40 条规定：“主合同债务人采取欺诈、胁迫等手段，使保证人在违背真实意思的情况下提供保证的，债权人知道或者应当知道欺诈、胁迫事实的，按照担保法第三十条的规定处理。”据此，由于债务人王某对于保证人乙存在欺诈行为，且债权人银行知道欺诈的存在，故保证人乙不承担民事责任。

11.不能获得支持。《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。”据此，签订保证合同后，即使没有代偿能力，也不能免除保证责任。

12.保证合同无效，因为主合同有效，担保合同无效，由于公益性事业单位不能作为保证人，故债权人与担保人均有过错，小学应当承担的责任，不应超过不能清偿部分的二分之一。《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。”此为强制性规定，公办小学作为事业单位，不能做保证人，故小学出具担保函所设立的保证为无效。《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。”据此，虽然保证合同无效，担保人也应承担不超过二分之一的责任。

二十五、保证与物保

案例

甲对乙享有 60 万元债权，丙、丁分别与甲签订保证合同，但未约定保证责任的范围和方式，戊以价值 30 万元的房屋为乙向甲设定抵押并办理了登记。甲向己借款 50 万元，甲以自己的一辆价值 30 万元的汽车设定了抵押，同时庚单方向己出具了保证书。后来，甲又向辛借款 10 万元，甲以自己的一套价值 4 万元的进口音响设定了质押，壬用自己一辆二手汽车为辛设定了抵押担保。再后来，甲又向某小贷公司借款 100 万元，由张三和李四分别以其房屋设定了抵押，并办理了登记。债务到期均未清偿。

问题

- 1.如果甲放弃了对戊的抵押权，则丙、丁可否在放弃的范围内免责？
- 2.如果甲要求丙、丁承担保证责任，丙、丁可否要求甲先行使对戊的抵押权？
- 3.如果甲、戊之间的抵押被宣告无效，丙、丁应当如何承担保证责任？
- 4.如果甲的债权没有戊的抵押，只有丙、丁的保证。此时，若丙承担了全部保证责任后，应当如何追偿？
- 5.己是否有必要先申请对于债务人甲提供的物保实现债权，然后才能向庚主张保证责任？
- 6.辛是否有必要先对甲提供的音响实现优先受偿权？
- 7.小贷公司在甲不按时清偿借款时，对于张三和李四提供的抵押物应当如何实现抵押权？如果张三或者李四一个人承担了责任，应当如何去追偿？

答案与考点要义

本案例旨在考查担保并存时，债权人实现权利的方式，以及其中一个担保人承担担保责任后的追偿。与此问题相关的条文如下：

《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。”

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

同一债权既有保证又有物的担保的，物的担保合同被确认无效或者被撤销，或者担保物因不可抗力的原因灭失而没有代位物的，保证人仍应当按合同的约定或者法律的规定承担保证责任。”

《物权法》第 194 条第 2 款规定：“债务人以自己的财产设定抵押，抵押权人放弃该抵押权、抵押权顺位或者变更抵押权的，其他担保人在抵押权人丧失优先受偿权益的范围内免除担保责任，但其他担保人承诺仍然提供担保的除外。”

《物权法》第 218 条规定：“质权人可以放弃质权。债务人以自己的财产出质，质权人放弃该质权的，其他担保人在质权人丧失优先受偿权益的范围内免除担保责任，但其他担保人承诺仍然提供担保的除外。”

《担保法》第 12 条规定：“同一债务有两个以上保证人的，保证人应当按照保证合同约定的保证份额，承担保证责任。没有约定保证份额的，保证人承担连带责任，债权人可以要求任何一个保证人承担全部保证责任，保证人都负有担保全部债权实现的义务。已经承担保证责任的保证人，有权向债务人追偿，或者要求承担连带责任的其他保证人清偿其应当承担的份额。”

《担保法解释》第 20 条规定：“连带共同保证的债务人在主合同规定的债务履行期届满没有履行债务的，债权人可以要求债务人履行债务，也可以要求任何一个保证人承担全部保证责任。

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。”

上述条文，是理解担保并存问题的基本依据，由于此点每年必考，值得重点关注。根据上述条文关于当事人权利与义务的分配，分析本案具体问题如下：

1.不可以。

因为根据《物权法》第 194 条第 2 款和第 218 条之规定，当债权人放弃物保之时，其他担保人若在放弃的范围内免责，应当是放弃的债务人自己提供的物保。本案中，戊之抵押，非债务人自己的物保，而是第三人的物保。尽管丙、丁、戊承担的是连带责任，根据连带责任的一般原理，若债权人免除部分债务人责任的，其他债务人也在免除的范围内不承担责任。但是，既然对此《物权法》专门作出了规定，应当适用《物权法》之特别规定，不能按照连带责任的一般原理理解。

2.不能。

当第三人提供的担保并存时，无论是人保还是物保并存，只要没有特别约定，担保人之间均为连带责任，既然丙、丁、戊是连带责任，则债权人行使权利，就没有顺序的先后。

3.保证人应当承担全部责任。

根据《担保法解释》第 38 条第 2 款的规定，当物保合同无效或者被撤销的，保证人应当在原来合同约定的范围内承担责任。保证人本就是要承担全部责任的，故此时保证人依然要承担全部保证责任。

4.丙应当先向债务人乙追偿，不足部分，再向丁追偿相应的份额。

若甲的债权没有戊的抵押，则丙、丁为连带共同保证人。根据《担保法解释》第 20 条第 2 款的规定，连带共同保证之时，若其中一个保证人承担责任的，应当首先向债务人追偿，不能追偿的部分，再向其他保证人

追偿相应的份额。

5.有必要。

因为对于债权人己来说，其享有的担保权是债务人甲自己提供的物保和庚提供的保证并存。根据《物权法》第 176 条规定，当债务人物保与保证并存时，没有特别约定时，应当首先执行债务人的物保，然后才能向保证人主张权利。

6.没有必要。

因为对于债权人辛来说，其享有的担保权是债务人自己的物保和第三人的物保并存。此时，没有特别约定时，均为连带责任。债权人可以任意选择债务人的物保和第三人的物保来实现权利。只是按照《物权法》第 194 条第 2 款的规定，如果债权人辛放弃债务人甲自己提供的物保的，壬可以在放弃的范围内免责。

7.可以任意选择张三或李四的抵押物实现权利。如果张三或李四一个人承担了责任的，可以向债务人追偿，也可以向另一个担保人追偿相应的份额。

因为小贷公司享有的两个抵押权均为第三人提供的抵押，此时两者是连带共同抵押。无论债权人行使权利，还是一个担保人承担责任后的追偿，均没有顺序的先后。

最后，简单总结两句话：

当不同的担保并存时，只有当债务人提供的物保与人保并存时，债权人行使权利应当先执行债务人的物保，其他担保的并存，如果没有特别约定，则一律为连带责任。

当其中一个担保人承担担保责任后，如果要追偿，除了两个保证并存时，应当先向债务人追偿，不足的再找其他保证人追偿相应的份额之外，其他担保并存，一个担保人承担担保责任后，找债务人追偿和找其他担保人追偿相应份额之间，均没有顺序的先后。

二十六、合同的成立

甲公司从事食品批发，乙公司从事渔业养殖。甲公司欲从乙公司处购买海鲜类产品，故甲公司负责人李某联系乙公司，请乙公司寄送一份价目表。5 月 28 日，甲公司收到乙公司寄送的价目表，标明了各种鱼类及其他海鲜的价格。甲公司看后，向乙公司表示：欲从乙公司采购带鱼和黄鱼各 2 万公斤，但是希望两类鱼的价格都能比价目表每公斤降价 3 元。乙公司负责人回复称：原则上价格不能调整，但考虑到甲购买的量大，降价可以考虑，但需要公司研究后决定。甲表示同意。5 月 29 日，甲公司向乙公司发函称：带鱼和黄鱼，每公斤比价目表降价 3 元，各要 2 万公斤，可在一周内答复，如无异议，一周后正式签订合同，6 月分批交货。5 日后，另一家渔业公司听说了甲公司的巨大需求，主动向甲公司提供优惠的价格，甲公司决定向其购买，双方订立了正式合同。6 月 5 日，乙公司打电话给甲公司说，准备交付第一批货物。甲公司表示已经从他处购买，不再订立合同。乙公司则表示，甲、乙公司之间合同已经成立，要甲公司承担违约责任。

问题

1.甲、乙公司之间是否成立了合同？如果成立了，是什么性质的合同？

2.如果甲公司需要承担责任，则是什么责任？

答案与考点要义

1.甲、乙公司之间成立合同，但是不是买卖合同，而是成立了关于订立买卖合同的预约合同。

甲、乙公司在谈判过程中，并未达成关于带鱼和黄鱼的买卖合同。具体过程如下：

首先，乙公司向甲公司寄送价目表的行为属于要约邀请。甲公司表示各购买 2 万公斤，但表示价格每公斤

降价 3 元，是欲与乙公司订立买卖合同的要约。对此，乙公司并没有作出肯定的答复，只是说需要研究决定，故乙公司对于甲公司的要约并没有作出承诺。

其次，5 月 29 日，甲公司向乙公司发函称：带鱼和黄鱼，每公斤比价目表降价 3 元，各要 2 万公斤，可在一周内答复，如无异议，一周后正式签订合同，6 月分批交货。此一表示，同样是甲公司向乙公司发出的要约，不过，此要约中，表示让对方“在一周内答复”，并且“如无异议，一周后正式签订合同”。在此，值得思考的问题是，此要约是否是买卖合同的要约。如果是要订立买卖合同，则只需要说明自己购买的价格数量等关于买卖合同的主要因素即可，无须声明说“如无异议，一周后正式签订合同”。据此，按照该要约确定的内容去订立买卖合同本身才是该要约的目的。因此，准确理解，该要约是关于要订立买卖合同之预约的要约，而不是买卖合同本身的要求。所谓预约，是指当事人约定未来订立合同的合同。

最后，6 月 5 日，乙公司对于甲公司的要约作出了肯定的回复，并表示要履行买卖合同，并不妥当。因为此时，乙公司作出肯定的回复，是对于预约之要约的肯定回答，此时，准确理解，应该是预约合同生效。甲公司负有与乙公司按照预约内容订立合同的义务，否则就构成对预约合同的违反。

2. 甲公司没有履行预约，应当承担违约责任。从违约责任承担的形式看，尽管有人认为，可以强制履行，但是从司法考往年命题及其命题者给出的答案看，应该是属于不适用强制履行的情况（参照 2015 年卷四民法案例题第 1 问）。

《买卖合同解释》第 2 条规定：“当事人签订认购书、订购书、预订书、意向书、备忘录等预约合同，约定在将来一定期限内订立买卖合同，一方不履行订立买卖合同的义务，对方请求其承担预约合同违约责任或者要求解除预约合同并主张损害赔偿的，人民法院应予支持。”这是预约合同违约时需要承担违约责任的明确依据。至于为何司法考命题人认为，预约合同的违约责任，不宜适用强制履行，原因在于强制当事人去缔约，意味着强制的对象是违约方的人身自由，而不是直接强制的财产，故预约合同之债，在此种意义上，具有劳务之债的性质，属于标的不适宜强制履行的情况。因此，本案中，乙公司可以请求甲公司承担违约的赔偿责任，或者解除合同后让甲公司赔偿自己的损失。

新华考资网 www.xhkzedu.com 独家提供

二十七、向第三人履行的合同

案例

甲为了庆祝好友乙的生日，向玉器加工商丙定制了一件玉器。甲在订货单上写明，应当在 2015 年的 10 月 1 日之前将做好的玉器交付到乙的手中。甲向丙付了预付款 5000 元和定金 500 元，货物送到后，甲一周内付清剩余货款。丙于 9 月 25 日做好了玉器，委托丁给乙送货。丁在送货的路上，不慎将玉器碰坏，乙拒绝收货，要求丙重做。甲则主张丙承担违约责任，主张退还预付款，并双倍返还定金。

问题

1. 谁有权向丙主张违约责任？

2. 丙承担违约责任后，可否向丁追偿？

3. 如果丙没有按照约定向乙交付玉器，戊向甲表示，自己也从事玉器加工，愿意履行丙的债务，甲同意。在戊履行之后，丙的债务是否消灭？在戊履行之后，戊与丙之间可能成立什么法律关系？如果戊履行不合格，应当由丙还是戊承担违约责任？为什么？

4. 如果本题中，甲、乙、丙三方签订书面协议，丙向乙提供玉器一件，甲向丙支付价款。此时，若丙向乙提供的玉器不合格，或者甲没有向丙支付价款，则违约责任应当如何承担？

答案与考点要义

本案例旨在考查合同履行中的第三人问题。

1.甲可以请求丙承担违约责任。

本案中，玉器的定制合同，是甲、丙之间签订，两者在合同中约定，丙在完成玉器后，直接向第三人乙履行。这是向第三人履行的合同。对此，《合同法》第64条规定：“当事人约定由债务人向第三人履行债务的，债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定，应当向债权人承担违约责任。”据此，在双方合同中约定的，向第三人履行时，并没有打破合同的相对性，此时，如果债务人没有向第三人履行的，不是向第三人，而是向债权人承担违约责任。就本案而言，甲、丙的合同约定，由丙向第三人乙履行，由于丙向乙履行不合格，此时，基于合同的相对性，可以主张丙承担违约责任的是甲，而不是乙。故本案中，甲可以要求丙双倍返还定金，退还预付款，或者要求丙重做等违约责任。

2.可以追偿。

本案中，造成丙履行不合格的原因并非丙自身制作不合格，而是由于受丙委托去送货的丁的原因导致玉器受到损害。对于丙而言，显然是由于第三人的原因导致的履行不合格。根据《合同法》第121条的规定：“当事人一方因第三人的原因造成违约的，应当向对方承担违约责任。当事人一方和第三人之间的纠纷，依照法律规定或者按照约定解决。”据此，丙不能以是第三人丁的原因导致自己履行不合格而免除违约责任，应当首先承担违约责任，在承担违约责任后，由于丙、丁之间是委托合同关系，故丙可基于此委托合同，向丁追偿因承担违约责任而带来的损失。

3.此种情形，是具有完全独立地位第三人的代为清偿。

（1）在戊履行之后，债务消灭。

由于戊作为甲、丙法律关系之外的当事人，向债权人甲表示，愿意履行丙的债务，此时无论丙是否知情，只要债权人接受了戊的履行，则丙的债务即归于消灭。

（2）在戊履行之后，丙与戊之间的构成什么法律关系，取决于戊的行为目的。

如果以放弃财产利益或赠与的心态，履行后不存在向丙追偿的问题，但是如果以无因管理之心态，在履行后，则可能产生向丙追偿必要费用的问题。但是，值得强调的是，如果构成无因管理，则在追偿之时，只限于向丙追偿关于玉器的必要费用，而不是甲、丙之间约定的关于玉器的买卖价格，因为如果整个价格均可以追偿，则意味着戊直接抢去了丙的合同机会。

（3）如果戊履行不合格，应当由戊承担违约责任。

因为此时，戊作为第三人，是独立的与债权人达成的协议，故戊具有完全独立的合同地位，对于自己的履行行为，应当独立承担责任。如果对于戊的履行行为不合格，由原债务人丙承担责任的话，则意味着通过第三人的行为，加重了原债务人的负担，故需要戊独立承担责任。

4.如果甲、乙、丙签订了三方协议，则若丙向乙提供的玉器不合格，应当由丙直接向乙承担违约责任，若甲没有向丙支付价款，则甲直接向丙承担违约责任。

既然是签订的三方协议，则意味着甲、乙、丙三方均是独立的合同主体，当没有按照约定履行之时，直接按照合同约定承担责任即可。

二十八、履行中单方违约问题

案例

7月1日，甲、乙公司签订了一份加工承揽合同，约定甲公司委托乙公司制造10部工地施工打地基用的

打夯机，每部 4 万元，共计 40 万元。合同签订后 10 日内，甲公司向乙公司支付 8 万元价款。10 月 5 日，甲公司再支付 10 万元，到 12 月底，乙公司完成并交付全部 10 部打夯机时，甲公司支付剩余的全部款项。合同签订后，7 月 8 日，甲公司向乙公司汇去 8 万元。10 月 1 日，乙公司向甲公司发函：由于原材料价格上涨，要求提高打夯机的价格，否则将终止合同。甲公司 10 月 5 日复函：表示不同意涨价，等待乙公司回复确认。甲公司在等待乙公司确认无果后，在 10 月 8 日，向乙公司支付了第二笔货款 10 万元。乙公司退回 10 万元，并表示，甲公司没有如约履行合同，迟延履行付款义务，故要解除合同。同时，已经生产好的 2 部打夯机，由于甲公司已经付款，则由甲公司取回，剩余部分不再履行。甲公司认为自己不构成违约，就第二笔货款之所以迟付 3 日，是由于乙公司违约造成的，自己是因为等待乙公司的答复才推迟付款的。

问题

1. 本案中，甲公司因为乙公司提出单方涨价而推迟付款 3 天的行为如何评价？
2. 乙公司单方要求提高价格的行为如何评价？
3. 乙公司提出已经生产的 2 部打夯机由甲取走，剩余的不再履行，此行为在合同法上是什么性质的行为？

答案与考点要义

1. 甲公司不构成违约，而是行使正当抗辩权，具体来说，应当是不安抗辩权。

《合同法》第 68 条规定：“应当先履行债务的当事人，有确切证据证明对方有下列情形之一的，可以中止履行：（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 条规定：“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。”

相对于乙公司交付打夯机的义务，甲公司第一笔和第二笔付款的义务履行顺序在前，但是，由于在甲公司支付第二笔货款之前，乙公司单方要求提高价格，乙公司的这种先期违约的行为，很可能使得甲公司所期待的对待给付不能实现，故甲公司回复并等待乙公司确认之前，具备不安抗辩权的条件，故不构成违约。

2. 构成违约。

合同作为双方法律行为，是双方当事人达成协议的结果，在没有法律规定或当事人约定的情形下，任何一方都没有单方变更合同内容的权利，否则，则意味着，将一方当事人的意志自由置于另一方的控制之下，根本上背离法律行为追求当事人意思自治的价值理念。合同签订之后，履行完毕之前，交易标的物价格的增长或者降低，实乃正常人可以预见的商业风险。以原材料价格上涨为由，单方提高价格的行为，构成违约，应当承担违约责任。

3. 是变更合同内容的行为。

合同的内容原本是甲委托乙生产 10 部打夯机，因原材料价格上涨，乙不愿按照原来的约定履行合同，对于已经生产的 2 部，仍然希望按照原来的价格履行。然而变更合同，需要双方达成变更合同的协议，在没有法律规定或者事先约定的情况下，任何一方没有单方变更合同的权利。

二十九、履行中的抗辩

案例

甲公司因经营战略调整需要转让 2 台大型设备，价值 2000 万元。甲公司法定代表人与乙公司签订了买卖合同，约定价款 1900 万元，甲公司于合同签订后 3 日内交货，乙公司于收货后 10 日内付款。在即将到交货日

期的某一天，甲公司发现，乙公司因涉嫌不正当竞争被工商部门处罚，经营状况严重恶化，于是决定暂时不交货，要求乙公司提供相应担保，乙公司没有回应。又过了 10 天，乙公司被工商部门责令停业整顿。

问题

1. 本案中，甲公司可否中止履行合同？理由是否正当？
2. 如果本案中，因为甲公司交货后，有 1 台设备不合格，乙公司可否拒付全部价款？为什么？

答案与考点要义

1. 可以中止履行。理由正当，是行使不安抗辩权。

本案中，甲的履行顺序在先，乙的履行顺序在后。在甲公司履行之前，甲发现乙的经营状况严重恶化，这是足以令甲感到不安的事由，故可以中止履行，并通知乙，如果乙不能恢复履行能力或提供适当的担保，则甲可以解除与乙之间的合同，并主张相应的损害赔偿。

2. 不可以。因为抗辩权的成立，一定是针对对方对应义务没有履行进行的抗辩。

本案中，甲的履行顺序在前，乙的履行顺序在后。如果因为甲的履行不合格，而导致乙行使抗辩权的，此时乙的抗辩为先（顺序）履行抗辩权。然而由于本案中的机器设备是可分的，故，如果甲交付的设备中，只有一台不合格的，则乙不能以不支付全部价款来进行抗辩，只能以暂时不支付不合格设备的价款进行抗辩。

三十、代位权

案例

甲公司为扩大经营规模，曾经在 2013 年 5 月 10 日，向珠宝商乙借款 50 万元，约定 2014 年 10 月底前全部还清。甲公司到期没有还款，乙多次催要，甲公司称丙曾经从甲公司处购买了一批货物，价值 80 万元，应在 2015 年 4 月底支付价款，只要丙还了这 80 万元就立即偿还对乙的欠款 50 万元。甲公司与乙于是达成协议，甲公司将在丙支付全部价款后立即清偿对乙的欠款。直到 2015 年底，甲公司也没有偿还借款。乙于是派人去丙公司了解情况。丙说，已经向甲公司支付了 20 万元货款，由于甲公司和丙达成协议，共同创办一商贸公司，故甲公司允许丙延缓支付剩余的 60 万元。乙知晓后，甚为愤怒，要求甲还款，甲公司称，双方约定了丙的 80 万元支付到位才偿还对乙的欠款，现在丙尚未支付到位，故不应偿还。

问题

1. 本案中甲公司在 2015 年底，可否以丙尚未付清 80 万元货款为由，拒绝偿还对乙的借款 50 万元？阐明详细理由。
2. 本案中，甲、丙达成的协议，暂缓支付 60 万元，乙可否通过行使代位权来实现自己的权利？
3. 如果乙行使代位权，提起代位权诉讼，诉讼费及其他相关费用应该由谁承担？诉讼当事人是谁？
4. 如果乙行使代位权胜诉，丙应当如何履行？
5. 如果丙对于甲公司有抗辩权，则当乙提起代位权诉讼之时，丙可否向乙主张？
6. 如果乙行使代位权提起诉讼，甲公司与乙之间、甲公司与丙之间债权债务关系的时效会有什么影响？

答案与考点要义

1. 不可以。

理解此问题的关键取决于，甲公司与乙达成的关于甲公司将在丙于 2015 年 4 月底支付全部价款后立即清偿对乙的欠款之协议的效力。据此，似乎甲公司是否能够向乙还款，将取决于第三人丙能否履行对于甲公司的债务。如果作出此种理解，则意味着，甲公司能否履行向乙还款的义务，取决于第三人丙不确定的行为，如第

三人丙偿还了对甲公司的债务，则甲公司向乙清偿债务，若第三人丙没有偿还对甲公司的债务，则甲公司不需要向乙还款。这样的理解认为，甲公司与乙达成的协议，具有附条件的性质。然而，这样的理解，对于债权人乙来说，明显不公。

对于债权人乙来说，所谓“甲公司将在丙于 2015 年 4 月底支付全部价款后立即清偿对于乙的欠款”，更多的真实意义在于给甲公司给定了最后的还款期限，也就是 2015 年 4 月底，无论丙能否还款给甲，甲公司均应当履行对于乙的偿债义务。对于甲公司逾期仍不履行的行为，应当认定为构成违约，应当承担违约后给乙造成的损害赔偿赔偿责任。

2.可以。

《合同法》第 73 条第 1 款规定：“因债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害的，债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人的债权，但该债权专属于债务人自身的除外。”《合同法解释（一）》第 11 条规定：“债权人依照合同法第七十三条的规定提起代位权诉讼，应当符合下列条件：（一）债权人对债务人的债权合法；（二）债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害；（三）债务人的债权已到期；（四）债务人的债权不是专属于债务人自身的债权。”所谓债务人怠于行使其债权，是指债务人不履行其对债权人的到期债务，债权人又不以诉讼方式或者仲裁方式向其债务人主张其享有的具有金钱给付内容的到期债权，致使债权人的到期债权未能实现。从本案中甲、乙、丙之间的关系来看，完全符合代位权的构成要件，乙可以通过行使代位权，直接起诉甲的债务人丙。不能因为甲、丙之间暂缓支付的协议，影响乙代位权的行使。

3.乙若行使代位权，则是乙以自己的名义，直接起诉丙，乙为原告，丙为被告，甲可以列为第三人参加诉讼。

若代位权诉讼成功，诉讼费由次债务人丙承担，其他费用一律由债务人承担。

4.在代位权诉讼的主张的范围内，丙直接向乙履行，并在履行的范围内，甲、乙之间，甲、丙之间，两个债权债务关系，同时消灭。

5.可以。

此为抗辩权的延续。《合同法解释（一）》第 18 条第 1 款规定：“在代位权诉讼中，次债务人对债务人的抗辩，可以向债权人主张。”

6.一旦提起代位权之诉，两个债权债务关系的时效同时中断。

时效中断，是权利人行权的结果。一旦提起代位权诉讼，则既意味着乙向甲主张了权利，也意味着甲向丙主张了权利。

三十一、债权人撤销权

案例

甲建筑公司为乙房地产开发公司完成了一栋商品房的建筑，乙公司一直拖欠甲公司的工程款 1500 余万元。甲公司向乙公司催要工程款，乙公司表示一直在设法筹措资金偿还对于甲公司的债务，准备将一幢办公楼和一幢已经出租的房子卖与他人。两幢楼房，市价估值约 1600 万元。后来，乙公司将两幢楼房卖给了丙公司，约定价款为 700 万元。一周后，乙公司又租用了丙公司的一幢小楼作为办公场所，租期 10 年。甲公司了解到，乙公司与丙公司之间的租赁合同，租金很低，因此甲公司认为，乙公司与丙公司之间有恶意串通的行为。故欲向法院起诉，保护自己的合法权利。

问题

1.本案中，甲公司可否撤销乙公司与丙公司之间的转让合同？

2. 本案中，若甲公司可证明乙公司与丙公司之间存在恶意串通，应当如何理解恶意串通与甲公司之债权人撤销权之间的关系？

3. 如果甲公司与乙公司的债务发生在乙公司与丙公司的转让合同后，甲公司可否撤销乙公司与丙公司之间的转让行为？

4. 一旦甲公司行使了撤销权，会产生什么法律后果？

5. 甲公司行使撤销权产生的费用应当如何承担？

答案与考点要义

1. 可以。

《合同法》第 74 条第 1 款规定：“因债务人放弃其到期债权或者无偿转让财产，对债权人造成损害的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。债务人以明显不合理的低价转让财产，对债权人造成损害，并且受让人知道该情形的，债权人也可以请求人民法院撤销债务人的行为。”此规定，是债权人行使撤销权的基本依据。本案中，乙公司的行为，导致甲公司的债权不能实现，符合行使撤销权的构成要件，具体分析如下：

首先，债务人乙公司实施了以明显不合理低价转让财产的行为。

所谓不合理低价，《合同法解释（二）》第 19 条第 2 款规定：“转让价格达不到交易时交易地的指导价或者市场交易价百分之七十的，一般可以视为明显不合理的低价；对转让价格高于当地指导价或者市场交易价百分之三十的，一般可以视为明显不合理的高价。”本案中，乙转让市价约 1600 万元的房屋给丙，约定价格仅仅为 900 万元，显然不到市场价格的 70%，属于明显的不合理低价。

其次，乙公司以不合理低价转让房屋的行为，严重损害了甲公司之债权实现。

由于乙公司拖欠甲公司的工程款达 1500 万元，即便将乙公司与丙交易中的 700 万元全部用来偿付对于甲公司的欠款，也尚不足一半，故乙公司的行为，严重损害了甲公司债权的实现。这是债权人撤销权可以成立的实质性要求。

最后，丙公司以如此低价购买乙公司的楼房，以正常人的角度视之，应当是知情第三人。

因为非正常交易，必有其非正常之目的。如果目的合法，没有影响到他人利益，法律自没有干涉之必要，但是，如果损害了其他人的正当利益，则必须给予适当的救济。而且，本案中还有乙公司将楼房卖给丙公司之后，乙公司以极低价格租赁丙公司的楼房作为办公场所的事实，这显然是为了通过低租金，弥补乙公司卖给丙公司楼房时低价的损失。

综上所述，甲公司行使债权人撤销权的条件完全符合，故可以对于乙、丙公司之间的交易进行撤销。

2. 如果甲公司可以证明乙、丙公司之间，存在恶意串通，则因为乙、丙公司的恶意串通行为，损害了债权人甲公司的利益，故乙、丙公司之间的行为无效。

乙、丙公司的行为因为恶意串通而无效，与甲公司可以撤销乙、丙公司之间的合同，两者是对于同一种现象的不同法律评价，立足于不同视角，得出的不同结论，是属于规范的竞合。对于甲公司而言，通常通过行使债权人撤销权来保护自己更为有利。因为，就举证责任而言，如果甲公司要证明乙、丙公司恶意串通，需要同时证明两者存在恶意，很难举证。如果主张行使债权人撤销权，则只需要证明受让人知情即可，并且受让人的知情与否，可以通过客观情况进行推断。

3. 不能。

因为债权人如果要撤销债务人的行为，要求债务人的行为一定要发生在债权人与债务人的关系成立之后。自法理基础而言，如果债权人的债权尚未发生，债务人的行为，不可能为了让债权人权利不能实现的。

4. 一旦甲公司行使撤销权，则乙、丙公司的合同归于无效。

在无效之后，没有履行的不再履行，已经履行的相互返还，不能返还的应折价赔偿。总之，是要使得债务

人的责任财产得以恢复，使得债权人的利益能够得到实现。

5.甲公司行使撤销权的费用应当由乙公司承担，由于丙公司知情，故应当与乙公司一起承担。

《合同法解释（一）》第 26 条规定：“债权人行使撤销权所支付的律师代理费、差旅费等必要费用，由债务人负担；第三人有过错的，应当适当分担。”丙公司知情，即是有过错的体现。

三十二、合同变更

案例

材料一：2015 年 3 月 1 日，甲与乙电脑销售公司签订了购买电脑一台的买卖合同，约定 3 月 5 日，由乙电脑公司送货上门，价款 5680 元。合同签订的第二日，由于另一品牌的电脑促销，大幅降价，乙公司为保持市场竞争力，也随之进行了降价促销活动，每台电脑降价 500 元。甲获悉后，致电乙公司，希望自己购买的电脑也能按照促销价处理，乙表示可以，但是不再送货上门，而且甲付款时，不能用信用卡，而必须用现金，甲表示同意。

材料二：甲看了某房地产公司的宣传资料中描述的房型及价格，并在售楼部看了沙盘图后，决定与房地产开发公司签订合同，购买了某小区 A209 房，约定半年后办理登记手续。后来，由于房价上涨，开发公司又将此房卖给了乙。甲主张房地产开发公司承担违约责任，房地产开发公司提出，可以卖同一小区的另外一套房 B408 给甲，面积比 A209 多 15 平方米，价格增加 25 万元。甲看房后，表示同意。双方按照新的约定修改了购买 A209 房的合同。

问题

- 1.材料一和材料二中，合同的变更有何不同？
- 2.材料二中，如果没有达成变更协议，甲可否请求房地产开发公司承担实际履行的违约责任？
- 3.材料二中，在达成变更协议之后，甲可否请求，房地产开发公司赔偿因违约而给甲造成的损失？
- 4.材料二中，公司的宣传资料与沙盘图是否构成商品房买卖合同的内容？为什么？

答案与考点要义

1.变更合同的前提不同。

材料一中，甲乙双方在签订合同之后，履行之前，通过达成新的协议，变更了合同中标的物的价格、货物的运输方式、结算的方式等。达成变更之前，没有出现当事人违约的情况。

材料二中，甲与房地产开发公司达成变更协议的原因是由于房地产开发公司违约所致。对于甲来说，如果不变更合同，就不能实现购房的目的。

2.不能。

《合同法》第 110 条规定：“当事人一方不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定的，对方可以要求履行，但有下列情形之一的除外：（一）法律上或者事实上不能履行；（二）债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高；（三）债权人在合理期限内未要求履行。”据此，对于非金钱债务而言，并不是所有的情况下都可以强制执行的。就本案而言，甲与房地产开发公司之间买卖的是不动产 A209 号房，此房屋独一无二，由于房地产开发公司已经将此房卖给乙并办理了过户登记手续，此时房屋已经属于乙所有，故不能再请求房地产开发公司实际履行合同，此时已经构成法律上的履行不能，只能主张其他的违约责任。

3.可以。

因为材料二中，达成变更协议的原因是房地产开发公司的违约。达成协议之后，就合同履行而言，按照新的合同履行，但是由于达成变更的原因是房地产开发公司违约，如果房地产开发公司违约造成了甲损失的，变

更协议的达成不影响甲主张房地产开发公司承担违约责任的权利，具体责任方式通常是，赔偿因违约给甲造成的实际损失。

4.构成合同内容。《商品房买卖合同解释》第3条规定：“商品房的销售广告和宣传资料为要约邀请，但是出卖人就商品房开发规划范围内的房屋及相关设施所作的说明和允诺具体确定，并对商品房买卖合同的订立以及房屋价格的确定有重大影响的，应当视为要约。该说明和允诺即使未载入商品房买卖合同，亦应当视为合同内容，当事人违反的，应当承担违约责任。”据此，宣传资料虽然一般情况下视为是要约邀请，但是，对于合同订立及房屋价格具有重大影响的，可以视为要约。本题中，甲是基于宣传资料中的信息，决定订立合同的，故可以视为合同内容。

三十三、合同移转

案例一

2015年3月1日，甲公司与乙公司约定，甲公司从乙公司处采购一批货物，价款550万元，3月20日，甲公司到乙公司自提货物，提货后3月31日之前付款。3月15日，甲公司有经营战略的调整，不再需要此笔货物，于是致电乙公司协商解除合同，乙公司不同意。后来甲公司发现丙公司需要这批货物，于是与丙公司协商，让丙公司接手这批货物，同时由丙公司向乙公司支付价款。甲、丙公司达成协议后，通知了乙公司，乙公司表示同意。丙公司前去提货，乙公司表示，对于丙公司不够信任，因此要求丙公司先支付一半的价款，丙公司拒绝。经过甲公司居中协调，乙公司同意丙公司提货，丙公司将货物提回后，发现货物不合质量标准，于是拒绝付款，并向甲、乙公司主张违约责任。

问题

- 1.甲公司发现不需要货物后，根据本案的情形，甲公司是否有权解除合同？
- 2.甲、丙公司之间约定，货物由丙公司接手，价款由丙公司支付，通知乙公司之后，乙公司表示同意。此行为的性质是什么？会引起什么法律后果？
- 3.丙公司提货时，乙公司要求丙公司先支付一半的价款，有无道理？丙公司可以什么理由来对抗乙的此种要求？
- 4.对于货物的不合格，丙公司应当向甲公司还是乙公司主张违约责任？
- 5.如果甲、丙公司之间约定，货物由丙公司接手，价款由丙公司支付，通知乙公司之后，乙公司未作任何表示。此时，会产生什么法律效果？
- 6.如果甲、乙公司之间合同签订后，丁作为保证人，向乙公司保证，如果甲公司不支付货款时，由丁负责，而且丁只对乙公司承担保证责任。此种情形下，若甲、丙公司之间约定，货物由丙公司接手，价款由丙公司支付，通知乙公司之后，乙公司表示同意，对于丁的保证责任有何影响？

答案与考点要义

1.无权解除合同。

因为，首先双方没有约定可以解除合同的情形，其次甲公司因为战略调整的原因不再需要此笔货物的，也不属于法定解除权产生的情形。

2.是通过合同承受的方式，实现了甲公司之合同权利与义务的概括转移。在乙公司同意之后，甲公司的权利义务一并转移给丙公司，甲公司退出原来的合同关系，丙公司则取代甲公司的位置，承接甲公司对于乙公司享有的权利，履行甲公司对于乙公司的义务。

具体来说，本案中，甲、丙公司约定，由丙公司接手货物，是债权让与，让丙公司支付价款，是债务承担。

对于债权让与而言，通知乙公司之后即发生法律效力，对于债务承担而言，需要经过乙公司的同意方可发生法律效力。本案中，乙公司既然已经表示同意，则意味着债权债务均发生了转移。

3.没有道理。可以通过主张乙公司应当全面履行合同，即严格按照合同约定的顺序履行合同。

在甲、乙公司的合同中，约定的履行顺序，本来就是甲公司先提货，提货后 3 月 31 日之前需要付款。既然甲公司的权利和义务均转让给了丙公司，丙公司自当享有先提货的权利。

4.向乙公司主张违约责任。

甲公司的合同权利与义务全部转让给丙公司之后，甲公司即退出原来的合同关系。之后无论乙、丙公司任何一方履行出现违约，均与甲公司无关。本案中，如果货物不合格，丙公司应向乙公司主张违约责任。

5.甲公司对于乙公司接收货物的权利转让给丙公司，但是甲公司付款的义务没有转移给丙公司，甲公司还应当承担付款的义务。

如果甲、丙公司之间约定，货物由丙公司接手，价款由丙公司支付，通知乙公司之后，乙公司未作任何表示。其中，甲公司的意思是将自己的权利与义务均转让给丙。但乙公司未作任何表示，不能推定乙公司同意了甲公司债务转让请求。但是甲公司的债权转让，不需要经过乙公司的同意，只要通知乙公司即可，故甲公司提货的权利已经有效地转移给了丙公司。

6.丁不再承担保证责任。

甲、丙公司之间约定，货物由丙公司接手，价款由丙公司支付，通知乙公司之后，乙公司表示同意。这意味着，经过乙公司的同意，甲公司的权利与义务全部转给了丙公司。在有第三人担保的情况下，无论是保证还是第三人提供的物保，债务转让均需要经过担保人书面同意，否则担保人都不再承担责任。对此，《物权法》第 175 条规定：“第三人提供担保，未经其书面同意，债权人允许债务人转移全部或者部分债务的，担保人不再承担相应的担保责任。”《担保法解释》第 29 条规定：“保证期间，债权人许可债务人转让部分债务未经保证人书面同意的，保证人对未经其同意转让部分的债务，不再承担保证责任。但是，保证人仍应当对未转让部分的债务承担保证责任。”

同时，值得提醒的是，《担保法解释》第 28 条规定：“保证期间，债权人依法将主债权转让给第三人的，保证债权同时转让，保证人在原保证担保的范围内对受让人承担保证责任。但是保证人与债权人事先约定只对特定的债权人承担保证责任或者禁止债权转让的，保证人不再承担保证责任。”据此，当债权发生转让之时，原则上不影响保证人责任的承担，但是，如果保证人在签订保证合同时，有特别约定只对特定债权人承担责任的，债权让与若没有经过保证人同意，保证人也不再承担责任。本案中，也有保证人与债权人乙公司的特别约定，但是，却没有考查这一点，因为乙公司作为债权人，并没有转让自己被丁保证的债权。

案例二

甲对乙享有 10 万元到期债权，乙对丙也享有 10 万元到期债权，两个债权均在 2009 年 10 月 1 日到期。2010 年 1 月 1 日，三方书面约定，由丙直接向甲清偿。同时，丙对于乙也享有 8 万元的债权，到期时间为 2010 年 6 月 1 日。

问题

1.甲、乙、丙之间三方书面协议达成后，甲、乙、丙之间的抗辩权会如何延续？

2.在书面协议达成之后，如果丙与甲约定丙用自己的一辆二手汽车抵偿 10 万元债务，甲同意，此种行为是什么性质的债务清偿？何时债务消灭？

3.若丙不对甲清偿或者履行不合约定，甲是否可以要求乙清偿或者要求乙承担违约责任？为什么？

4.本案中，甲、乙、丙三方协议达成后，若乙对甲清偿，则属于什么性质的清偿？若乙的履行不合约定，应

当承担违约责任的是乙还是丙？

5.自三方书面协议达成之时，丙可否向甲主张 8 万元的抵销权？

答案与考点要义

1.丙对于乙的抗辩，丙可以向甲主张；乙对于甲的抗辩，丙可以向甲主张。

本案中，甲、乙、丙达成的三方协议可以分别从债权让与和债务承担的角度进行理解。首先，自债权让与角度而言，可以看作是乙将其对于丙的债权转让给了甲。其次，自债务承担的角度而言，可以看作是乙将其对于甲的债务转让给了丙。若从债权让与的角度看，抗辩权的延续就是丙对于乙的抗辩，现在可以向甲主张了。若从债务承担的角度看，则是乙对于甲的抗辩，此时丙可以向甲主张了。

2.是代物清偿。当甲接受了丙的履行之后，债务消灭。

代物清偿，是指债务人以他种给付代替其所负担的给付，从而使债消灭的。其构成要件有四：须原有债的关系存在；须以他种给付代替原定给付；须有当事人的合意；须清偿受领人现实受领他种给付。在这四个要件中，最值得注意，也是理解代物清偿最容易陷入困惑的，是第四个要件，即若当事人只是达成了用他种给付代替原定给付的协议，并不能发生代物清偿之效力，还必须要求，债权人现实地受领了债务人的他种给付，才可以消灭债务。故在这种意义上说，代物清偿协议，具有实践合同的性质。

3.不能。

因为在甲、乙、丙达成三方书面协议之后，乙就退出了原来的债权债务关系。故若丙没有履行债务，或者履行不合约定的，甲只能向丙主张违约责任。

4.属于第三人代为清偿。此时若乙履行不合同约定，则应当由乙承担违约责任。

因为此时，乙已经不是此法律关系的当事人，故乙的清偿为独立第三人的代为清偿，此时若乙完成了清偿则丙的债务也会消灭。由于乙是独立与债权人之间达成的清偿协议，故乙履行不合格时，应当由乙独立地承担违约责任。

5.不可以。

此问题旨在考查债权让与中，抵销权的延续。《合同法》第 83 条规定：“债务人接到债权转让通知时，债务人对让与人享有债权，并且债务人的债权先于转让的债权到期或者同时到期的，债务人可以向受让人主张抵销。”据此，如果债务人对于让与人（即债权人）也享有债权的，此时如果债务人的债权先于转让的债权或者与转让的债权同时到期的，在债权转让发生时，债务人可以向受让人主张抵销。本案中，丙对于乙也享有 8 万元的债权，当乙将其对丙的债权转让给甲后，丙之所以不能直接向甲主张抵销，是因为丙对于乙的 8 万元债权，相对于乙对于丙的 10 万元债权而言，是后到期的，故在乙的 10 万元债权让与之时尚不可直接主张抵销。

三十四、合同解除与违约责任

案例一

3 月 1 日，和平市的甲公司与富强市的乙公司签订了买卖一批电脑的合同，约定甲从乙公司买入电脑 100 台，每台价格 4000 元，价款共计 40 万元，合同签订后，由乙公司代办托运，至迟 3 月 31 日之前送达甲公司，交货的次日付款。乙公司于 3 月 20 日从富强市将电脑交由丙物流公司发运。

甲公司由于遇到重大危机，陷入财务困难，于 3 月 21 日致电乙公司，表示自己将不再履行合同。乙公司获悉后，立即组织力量寻找新的买家，3 月 25 日，在毗邻富强市的文明市找到了愿意以每台 3900 元的价格购

买此 100 台电脑的丁公司，价格总计 39 万元，丁公司在订立合同之时，向乙公司支付定金 10 万元，货到后，10 日内付清全部价款，在价款付清之前，乙公司保留电脑的所有权，任何一方违约，则需要承担总价款 15% 的违约金。

3 月 25 日，乙公司致电甲公司，表示要解除合同。3 月 27 日，丙物流公司在运输去文明市丁公司的过程中，遭遇山体滑坡，损毁了 20 台电脑。丁公司于 3 月 29 日，收到了 80 台完好无损的电脑。收货前，丁公司在 3 月 28 日与戊网吧签订了买卖合同，将 100 台电脑全部卖给戊。由于只能向戊交付 80 台电脑，故戊拒绝支付约定的价款。同时，丁公司收货 10 日后，以自己未收到 100 台电脑为由，拒绝向乙公司支付价款。戊不知道乙公司保留所有权之事实。

问题

1. 对于甲、乙公司之间的买卖合同而言，何时是交付，即转移所有权和风险的时间？如果在乙公司寻找新买家的过程中，丙公司运输途中遭遇冰雹，损毁电脑 20 台，此 20 台电脑的损失应当由谁承担？

2. 当甲公司表示自己将不能付款后，乙公司可否解除合同？甲公司对于乙解除合同可否提出异议？可否直接主张甲公司承担违约责任？

3. 乙、丁公司的电脑买卖合同何时生效？风险何时转移？遭遇山体滑坡造成的电脑损失，应该由谁承担？

4. 丁公司拒绝向乙公司付款，有无正当理由？

5. 丁公司拒绝向乙公司付款，乙公司可否主张丁双倍返还约定的定金并支付违约金？

6. 丁公司拒绝向乙公司付款，乙公司可否解除合同并主张丁公司支付约定的违约金？

7. 丁公司将电脑卖给戊，买卖合同效力如何？

8. 戊可否获得电脑的所有权？戊拒绝支付全部价款有无正当理由？

答案与考点要义

1. (1) 3 月 20 日，乙公司货交承运人丙之时，视为交付，所有权与风险均转移给买受人甲；(2) 损失应当由甲承担。

因为甲、乙公司的买卖合同中货物需要运输，同时两者约定由卖方乙公司代办托运。《合同法》第 141 条规定：“出卖人应当按照约定的地点交付标的物。当事人没有约定交付地点或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，适用下列规定：（一）标的物需要运输的，出卖人应当将标的物交付给第一承运人以运交给买受人；（二）标的物不需要运输，出卖人和买受人订立合同时知道标的物在某一地点的，出卖人应当在该地点交付标的物；不知道标的物在某一地点的，应当在出卖人订立合同时的营业地交付标的物。”第 142 条规定：“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。”第 143 条规定：“因买受人的原因致使标的物不能按照约定的期限交付的，买受人应当自违反约定之日起承担标的物毁损、灭失的风险。”据此，当卖方代办托运之时，货交承运人之时视为交付，风险与所有权均转移给买受人甲公司。因为甲公司不能如约接受电脑，属于预期违约行为，此时乙公司寻找新买家没有成功之前，由于甲公司已经违约，并且标的物通过货交承运人视为交付，此时，因冰雹而造成的电脑损毁灭失的风险应当由甲公司承担。

2. (1) 乙可以解除合同，甲公司对于乙公司提出解除合同可以提出异议。(2) 也可以直接主张违约责任。

甲公司的付款日期应当是在乙公司交货的次日，故甲公司表示不再履行合同之时，履行期限尚未到来，甲公司的行为属于预期违约。《合同法》第 94 条第 2 项规定，当“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”的，非违约方可以解除合同，并就解除合同之后的损失请求违约方进行赔偿。《合同法解释二》第 24 条规定：“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。”据此，当合同一方当事人提出解除合同时，为平衡双方当事人的利益，另一方可在接到通知后三个月之内提出异议，由法院审查异议是否成立。

《合同法》第 108 条规定：“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。”据此，即便当事人是预期违约，非违约方也可以直接主张违约责任。不过，在预期违约的情况下主张违约责任之时，一般不会主张让对方实际履行，而是主张损害赔偿。

3. (1) 3 月 25 日，乙、丁公司达成买卖协议之时，合同生效；(2) 合同生效之时，风险转移给买受人丁公司；(3) 由于山体滑坡造成的电脑损失应当由丁公司承担。

乙、丁公司之间的合同属于在途货物的买卖，作为典型的诺成合同，达成协议时成立，自成立时生效。《合同法》第 144 条规定：“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起由买受人承担。”据此，对于在途货物而言，合同一旦成立，如果当事人没有特别约定的，毁损灭失的风险就应当由买受人承担。本案中乙、丁公司之间的合同已经成立，又没有关于风险的特别约定，故自合同成立之日，风险由丁公司承担，即运输途中由于山体滑坡造成的损失由丁公司承担。

4. 没有正当理由。

因为在合同成立之后，标的物毁损灭失的风险，应当由丁公司承担，虽然电脑部分损毁，丁公司依然应当按照约定支付价款。

5. 不可以。

《合同法》第 116 条规定：“当事人既约定违约金，又约定定金的，一方违约时，对方可以选择适用违约金或者定金条款。”据此，当合同中既有违约金又有定金条款之时，当事人只能选择其一主张权利，两者不得并用。

同时，本案中乙公司是收取定金的一方，即便选择适用定金条款，也不是主张双倍返还定金，而是让丁公司即支付定金的一方直接丧失定金即可。

另外，本案中约定违约金数额适当，如果过高（超出损失 30%），则可请求法院予以降低。

6. 可以。

当丁公司拒绝支付货款之时，属于违约行为。此时，基于履行的迟延，若催告后依然不履行，乙公司可以根据《合同法》第 94 条的规定，主张解除合同。由于双方约定了违约金，故在主张解除合同之时，可以同时主张违约金。解除合同与违约责任，两者目的不同，可以并用，以周延保护非违约方的利益。

7. 有效。

3 月 28 日，丁公司将电脑卖给戊之时，虽然尚未收到货物和支付价款，由于乙、丁公司约定，在丁公司支付价款之前，乙公司保留电脑的所有权，故丁公司与戊的买卖为无权处分之买卖。根据《买卖合同解释》第 3 条之规定：“当事人一方以出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的，人民法院不予支持。出卖人因未取得所有权或者处分权致使标的物所有权不能转移，买受人要求出卖人承担违约责任或者要求解除合同并主张损害赔偿的，人民法院应予支持。”据此，即便是无权处分，买卖合同本身，作为负担行为也是有效的。

8. (1) 可以获得 80 台电脑所有权；(2) 无正当理由。

尽管丁公司是无权处分，但是戊是不知情的第三人，是以市价购买电脑的行为，可以构成善意取得，故在交付后可以取得 80 台电脑的所有权。

由于丁公司与戊合同约定买卖电脑是 100 台，但丁公司只交付了 80 台电脑，此时，戊不能拒绝支付全部

价款，但是可基于自己的同时履行抗辩权，拒接支付尚未交付的 20 台电脑的价款。

案例三

家住河东乡的甲专事家禽饲养。2015 年 3 月 1 日，乙公司与甲签订合同，从甲处购买活鸡 1000 只，乙公司应在 3 月 21 日前支付首付款 8000 元，甲从 4 月 1 日起分批交货，交货完毕后，乙公司付清全部价款。20 日，乙公司听说临近河东乡的河西乡发现了禽流感，立即致电甲查问情况。甲说虽然临近，但是甲养殖家禽已有数年，经验丰富，采取措施非常到位，不会导致自己养殖场感染。乙公司还是表示担心，要再观望一段时间再付款，甲坚持按照约定履行。3 月 25 日，养殖场的顶棚因为遭雷击起火，鸡棚倒塌，砸死了大部分鸡。甲将此事通知了乙公司。

2015 年 3 月 10 日，甲从丙饲料公司购买了一批饲料，约定 4 月 10 日到 15 日期间丙公司送货上门，甲收货后 10 日内付款。甲在 3 月 26 日将鸡死亡的消息告诉了丙公司，要求取消交易，丙公司不同意。于是甲询问自己也在养鸡的朋友丁是否需要饲料，丁表示可以接受。于是，甲告诉丙公司直接向丁送货，货款由丁支付。丙公司未置可否。由于丁所在地方较远，丙公司送货需要多支出 150 元的费用。后来，丙公司向丁送了饲料，但是丁发现饲养料已经过期发霉，全部不合格。

问题

- 1.乙在 3 月 21 日之前未付款是否有正当理由?是否违约?
- 2.因雷击起火，鸡棚倒塌导致鸡的死亡后，甲和乙公司谁可以解除合同?解除后是否需要赔偿?
- 3.甲不能向乙公司交货，是否需要承担违约责任?
- 4.甲与丙公司的合同是否因为鸡的死亡而自动解除?
- 5.甲与丙公司的合同中，甲是否有权单方解除合同?
- 6.丙公司是否有权要求甲继续履行合同?
- 7.甲、丁达成协议后，通知丙公司，丙公司未置可否，产生什么法律后果?
- 8.丁发现饲料不合格应当向谁主张违约责任?
- 9.丁若收到饲料后，验收合格，却拒绝支付价款，此时应当承担违约责任的是谁?
- 10.丙公司向丁履行多支出的 150 元费用，应当由谁承担?

答案与考点要义

- 1.无正当理由。构成违约。

就甲与乙公司供应活鸡的买卖合同而言，乙公司付款的顺序在先，甲交货的顺序在后，故乙公司应当先履行付款的义务。尽管临近的河西乡发生了禽流感，但是甲所在地的河东乡并未发生禽流感，故乙公司拒绝履行不构成不安抗辩权。因乙公司超过了约定履行期限，故乙公司构成违约。

- 2.均可解除合同。均不需要向对方赔偿，各自的损失各自承担。

《合同法》第 94 条第 1 项规定：“因不可抗力致使不能实现合同目的”的双方当事人均可以解除合同。因为一旦发生不可抗力，对于当事人来说，非不愿履行，实在是不能履行。本案中，由于鸡棚遭雷击起火，倒塌并砸死了大部分活鸡，属于典型的不可抗力。因此，对于甲、乙双方来说，买卖活鸡的目的均不能实现，故双方均可解除合同，且各自的损失自己承担。

- 3.不需要。

因为发生了不可抗力。不可抗力是违约责任法定的免责事由。

4.不会。

合同解除有协议解除和单方解除。单方解除中，有约定的解除权和法定的解除权。协议解除需要双方协商达成解除协议。单方解除需要享有解除权的一方行使解除权方可解除合同。因此，关于合同解除，没有自动解除合同的情形。

5.无权。

首先，对于甲与丙公司买卖饲料的合同而言，并没有因为鸡棚的倒塌而履行不能，还是可以履行的，故该合同不能因为不可抗力而解除。其次，毕竟有因鸡棚倒塌将大部分鸡砸死的客观事实，虽然没有导致买卖饲料的合同构成履行不能，但是甲购买饲料的目的毕竟已经落空，此时，甲可以以情事变更为由向法院提请解除合同，具体能否解除，由法院酌定。但无论如何，就甲与丙公司的合同而言，甲没有单方解除合同的权利。

6.若法院未以情事变更为由判令解除合同的情形下，丙公司有权请求甲继续履行债务。

因为丙公司对于甲享有的是金钱债权，不存在履行不能的问题。

7.丙公司未置可否，意味着甲将自己的收取饲料的债权转让给了丁，但是支付价款的义务并没有转移。

甲、丁达成协议是想要将甲对于丙公司的请求交付饲料的权利和支付饲料价款的义务均转让给丁。丙公司收到通知后，未置可否，意味着没有同意债务的转让，但是在接到债权转让的通知后，就应当向丁履行义务。

8.应当向丙公司主张违约责任。

因为在甲将自己请求丙公司交付饲料的权利转让给丁之后，丙公司应当向丁履行，丁此时完全替代了甲作为权利人的地位，故如果丙公司履行不合格，应当直接向丁承担违约责任。

9.找甲主张违约责任。

因为丙公司并未同意甲将支付价款的义务转让给丁，故甲、丁之间转让债务的行为尚未发生效力。故尽管甲已经将收取饲料的权利转让给了丁，但是支付价款的义务并没有转移给丁，当丁不支付价款之时，甲依然要承担违约责任。

10.应当由丁承担。

在债权让与的情形下，债务人接到通知就应当向受让人履行，然而若因为向受让人履行增加了债务人负担的，不能由债务人负担，应当由债权人承担。在债权让与发生以后，受让人作为新的债权人，应当承担债务人因为向受让人履行债务而增加的费用。

三十五、买卖合同

案例一

8月1日，甲与乙约定将手机卖与乙，交付时间为8月5日。8月5日，甲向乙表示愿意出让该手机的所有权，但欲借用5日，乙同意。8月6日，甲又将该手机以合理价格卖与不知情的丙并交付。8月8日，甲谎称手机被丙借用2天，如果丁愿意购买，8月10日丁可直接要求丙交付手机，丁应允。丙使用一段时间后，买彩票中了巨奖，感觉手机档次太低影响身份，遂丢弃之，后被戊捡到。

问题

1.从8月1日甲、乙双方签订买卖合同起，甲与乙间一共订立了几个合同？乙自哪个合同生效时取得了该手机的所有权？

2.如果甲与乙签订买卖合同时约定：从8月1日双方签订买卖合同起，甲不再是手机的所有权人，乙是手

机的所有权人。请问该约定是否有效?为什么?

3.假设乙是个未成年人(15岁),甲得知后限乙的父亲在1个月内对是否承认该购买手机合同作出决定,请问,该行为是在行使什么权利?该权利是否是形成权?

4.甲与丙签订的买卖合同效力如何?

5.如果乙不追认甲的处分行为,甲后来也未能获得该手机的所有权,丙能否取得该手机的所有权?为什么?

6.甲与丁签订的买卖合同效力如何?

7.甲与丁所约定的所有权变动的公示形式叫什么?是以何种形式代替交付?

8.如果最终丁得不到手机,丁可以追究甲何种民事责任?

9.丙抛弃手机以及戊取得该手机所有权的行为在民法理论上称为什么?这两种行为是否属于同类行为?

答案与考点要义

1.甲与乙签订了两个合同,即买卖合同和借用合同。乙取得手机所有权的时间应为第二个合同即借用合同生效时。

本题考查的是占有改定的交付方式。《物权法》第27条规定:“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。”本题中,签订买卖合同后,又约定出卖人借用手机,通过借用出让人继续占有手机,故借用约定生效,视为交付。

2.无效。因为违反了物权法定原则。

《物权法》第5条规定:“物权的种类和内容,由法律规定。”就动产的物权变动而言,严格区分负担行为与处分行为,如果在签订买卖合同后,既没有现实交付,也没有观念交付,则所有权不能转移。如果约定自订立债权合同之时所有权就转移,不符合所有权变动的公示方法,与所有权的内容不符,故此约定无效。

3.催告权。不是形成权。

因为催告本身不能决定法律关系的命运,只是在催告后,等待追认权人的追认。

4.有效。

《买卖合同解释》第3条规定:“当事人一方以出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的,人民法院不予支持。出卖人因未取得所有权或者处分权致使标的物所有权不能转移,买受人要求出卖人承担违约责任或者要求解除合同并主张损害赔偿的,人民法院应予支持。”据此,在区分债权效力与物权效力的情形下,即便在无权处分之时,签订的债权合同依然是有效的。

5.可以。因为丙可以构成善意取得。

虽然甲是无权处分,甲、丙的买卖合同本身作为负担行为是有效的,但是甲的处分行为依然是效力待定的。如果甲的处分被追认的,则甲为有权处分,丙可以继受取得。如果甲的处分行为不被追认的,则丙是善意第三人并且支付了合理的对价,可以善意取得。

6.有效。

此时甲依然是在没有处分权的情形下订立的买卖合同,根据上述《买卖合同解释》第3条的规定依然是有效的。

7.指示交付。可以通过请求第三人返还原物的权利的形式代替交付。

《物权法》第26条规定:“动产物权设立和转让前,第三人依法占有该动产的,负有交付义务的人可以通过转让请求第三人返还原物的权利代替交付。”根据民法通说的理解,只要买卖双方达成转让返还原物的请求权即可,不需要通知到达第三人。因为指示交付是观念交付的一种,只要买卖双方达成了协议,则买卖双方的观念转变就已经完成。

8.违约责任或解除合同主张损害赔偿。

根据上述《买卖合同解释》第3条的规定，此时甲、丁的合同是有效的，故丁可以基于有效的合同请求甲承担违约责任，或者解除合同并主张甲对于自己的损失进行赔偿。

9.单方抛弃与先占。不属于同类行为。

单方抛弃是单方法律行为，只要权利人有抛弃的意思，同时有外在的抛弃行为，就构成了抛弃。一旦抛弃，手机就构成了无主物。戊捡到手机，构成先占。先占是事实行为，不要求行为人具有相应的行为能力，只要有占有的意思，无论是谁，均可通过先占获得所有权。

案例二

A市甲公司于2015年6月5日向B市乙公司发出一份传真，要求以1000万元人民币的价格订购乙公司生产的一套精密仪器设备。6月10日，乙公司电话通知甲公司同意以该价格出售该设备，并于当天向甲公司寄出一份乙公司已签字的合同。6月13日，甲公司收到合同后在合同上签字，并于当天寄回乙公司。

6月16日，乙公司收到甲公司寄回的合同。双方在合同中约定：乙公司必须于8月1日前将该套精密仪器设备在A市交付给甲公司（约定了交货地点即买方所在地），甲公司于货到后付款，但由于甲公司对B市不熟悉，由乙公司帮助甲公司在B市寻找一家运输公司将设备运回A市。随后，乙公司与B市的丙运输公司签订了一份运输合同，约定由丙运输公司将该套设备运至A市，货运到后由甲公司支付运输费。

合同签订后，乙公司经调查发现甲公司的经营恶化，没有资金来支付货款，遂决定暂缓发货，并通知甲公司，甲公司为表明自己有履行能力，和乙公司签订了一份抵押合同。抵押合同约定：甲公司以其所有的刚建成尚未入住的一套职工宿舍楼作为抵押。双方去相关部门办理了抵押登记。抵押合同签订并登记后，乙公司便将仪器设备交付丙运输公司，由丙运输公司运往甲公司。

问题

1.甲公司与乙公司买卖合同成立的时间与地点是什么？如果约定的签字地点和实际的签字地点不一致，以何者为准确定合同的签订地？

2.乙公司决定暂缓发货有无法律依据？为什么？

3.假设甲公司无力支付货款，乙公司要求行使抵押权，能否要求对甲公司职工宿舍楼的建设用地使用权一并行使抵押权？

4.假设丙运输公司在运输过程中，遇上山洪暴发，导致这套精密仪器设备毁损，损失应由谁承担？为什么？

5.在上述情形下，丙运输公司能否要求甲公司支付其运输费？

6.假设丙运输公司安全将货物运送到甲公司所在的A市，丙运输公司向甲公司要求支付运输费时，甲公司拒绝的，丙运输公司应该怎么办？

7.假设甲、乙公司没有约定交付地点，约定由卖方乙公司代办托运，丙运输公司在运输过程中，由于司机疲劳驾驶，发生了交通事故，导致该套精密仪器设备毁损，甲公司是否有权要求乙公司承担赔偿责任？可否向丙运输公司主张赔偿？

8.在上述情形中，乙公司是否有权要求丙运输公司承担违约责任？

答案与考点要义

1.买卖合同成立时间为6月13日，签字地点为A市。以约定的签订地为准。

《合同法解释（二）》第4条规定：“采用书面形式订立合同，合同约定的签订地与实际签字或者盖章地点不符的，人民法院应当认定约定的签订地为合同签订地；合同没有约定签订地，双方当事人签字或者盖章不

在同一地点的，人民法院应当认定最后签字或者盖章的地点为合同签订地。”双方约定签订书面合同的，则最后签字的时间与地点为合同成立的时间和地点。本案中，乙公司先签字，寄给 A 市的甲公司，甲公司 6 月 13 日收到并签字。故合同成立的时间与地点为甲公司签字的时间与地点。当约定的签订地与实际签订地不一致时，法院应当以约定的签订地为合同的签订地。

2.有法律依据。因为是在行使不安抗辩权。

根据《合同法》第 68 条之规定，如果合同履行顺序在先的一方，有确切证据认为其对待给付有可能不能实现的时候，可以暂时中止履行，并通知对方，如果对方恢复了履行能力或者提供了适当担保的，则应当继续履行。本案中，乙公司经调查发现了甲公司经营状况恶化之情形，属于有确切事由感到不安，故可以行使不安抗辩权，暂缓发货。

3.可以。

《物权法》第 182 条第 1 款规定：“以建筑物抵押的，该建筑物占用范围内的建设用地使用权一并抵押。以建设用地使用权抵押的，该土地上的建筑物一并抵押。”第 2 款规定：“抵押人未依照前款规定一并抵押的，未抵押的财产视为一并抵押。”据此，当房地共存时，两者必须一起抵押，故本案中用职工宿舍楼抵押时，必然及于相应的建设用地使用权。所以行使抵押权时，可以及于建设用地使用权。

4.由出卖人即乙公司承担。因为约定了交货地点在买方所在地。

当约定了交付地点的，一定在交付地点交付。只要在未到达交付地点之前发生风险的，由出卖人承担。

5.不可以。

在当事人没有特别约定之时，关于货物运费，《合同法》第 314 条规定：“货物在运输过程中因不可抗力灭失，未收取运费的，承运人不得要求支付运费；已收取运费的，托运人可以要求返还。”本案中，山洪暴发，属于不可抗力，承运人不得请求支付运费。

6.丙公司只能要求合同另一方乙公司支付运输费。

本题考查的是由第三人履行的合同。《合同法》第 65 条规定：“当事人约定由第三人向债权人履行债务的，第三人未履行债务或者履行债务不符合约定，债务人应当向债权人承担违约责任。”据此，本案中运输合同的双方是乙公司和丙公司，双方约定了由第三人甲公司支付运费，根据合同的相对性，如果甲公司不支付运费的，则应当由乙公司承担违约责任，丙公司也只能向乙公司主张支付运费。

7.可以向乙公司主张赔偿，也可以向丙公司主张赔偿。

本题中，假设了没有约定交付地点的条件。在没有约定交付地点的情形下，约定了由卖方代办托运，此时货交承运人即视为交付，然而当因为承运人的过错导致货物受损之时，基于合同的相对性，甲公司依然可以向乙公司主张违约责任之赔偿。同时，由于货交承运人即视为交付，此时甲公司已经获得货物的所有权，由于承运人丙公司存在过错，故可以直接基于所有权被侵害向承运人丙公司主张侵权责任。

8.可以。

因为乙、丙公司之间直接存在运输合同关系，丙公司的行为导致货物受损，基于合同相对性，丙公司应当向托运人乙公司承担违约责任。

案例三

甲在“喜洋洋”金饰店看到一个金元宝样品，想定做一个送给即将过 80 岁生日的爷爷，于是，和金饰店签订了定做协议，同时封存了金元宝样品。约定 1 个月后来取货。

在此店，甲又看上一个金项链，价格为 10 万元，很犹豫是否购买，金饰店老板提出，可试戴数日，再决定是否购买。试戴半个月后，适逢甲的姐姐结婚，甲遂将此项链送与姐姐做贺礼。之后和金饰店签订合同，约

定以分期付款的方式**购买**此项链。约定首付 2 万元，余款分 3 期付清，分别为 2 万元、3 万元、3 万元。

约定的取货日期到来，甲买回金元宝后拿到专业鉴定部门进行鉴定，发现该金元宝并非约定的 24K 金而是 18K 金，遂向金饰店交涉，金饰店拿出封存的金元宝样品，指出该金元宝也是 18K 金，既然所定做的金元宝和封存样品一致，金饰店即不构成违约。

甲付了金项链的首付和第一期款，第二期款迟迟未付。

问题

1.金饰店所提出的“定做的金元宝和封存样品一致，金饰店即不构成违约”的主张是否合法?为什么?

2.试戴半个月后，适逢甲的姐姐结婚，甲遂将此项链送与姐姐做贺礼，请问该赠与合同效力如何?

3.假如试用期届满甲未作表示，买卖合同效力如何?

4.如果试用期间甲向张三借款 5 万元，将项链质押给了张三，张三对此并不知情，张三可否取得质权?甲用项链出质的，可否推定甲购买?

5.甲付了金项链的首付和第一期款，第二期款迟迟未付。金饰店可以采取何种法律措施?

6.假设试用期间，乙特别喜爱此款金项链，而金饰店再无存货，金饰店向乙说明了与甲之间的试用买卖情况，乙执意要求购买，于是签订买卖合同，请问，该合同属于何种性质的合同?

7.假设试用期间，乙特别喜爱此款金项链，而金饰店再无存货，金饰店为抓住眼前的生意，能否派工作人员直接找到甲，要求其返还该项链?为什么?

8.在上述情形下，假设金饰店为抓住眼前的生意，并未向乙说明与甲之间试用买卖情况，双方签订了买卖合同。但是，后来甲决定购买，请问：乙是否有权追究金饰店的违约责任?

9.如果试用期满甲不购买，金饰店能否要求甲支付适当的使用费?

10.假设关于金项链买卖中，甲与金饰店约定了所有权保留，甲付清价款之前所有权不转移。如果甲最后一期价款未支付，并表示不再履行，金饰店可以如何主张自己的权利?如果甲最后一期价款支付了 5000 元，尚有 2.5 万元没有支付，此时金饰店可以如何主张权利?

答案与考点要义

1.金饰店的抗辩不合法。

《合同法》第 168 条规定：“凭样品买卖的当事人应当封存样品，并可以对样品质量予以说明。出卖人交付的标的物应当与样品及其说明的质量相同。”第 169 条规定：“凭样品买卖的买受人不知道样品有隐蔽瑕疵的，即使交付的标的物与样品相同，出卖人交付的标的物的质量仍然应当符合合同种物的通常标准。”据此，即便出卖人后来交付的货物与样品相同，但是如果不符合约定之标准的，出卖人依然要承担违约责任，更换符合约定标准的标的物。

2.赠与合同有效。

赠与合同是诺成合同，通常而言，达成协议即为有效。在试用期间，如果甲将项链赠与他人的，是意图处分试用物，此时可以推定试用人购买。

3.合同有效。

《合同法》第 171 条规定：“试用买卖的买受人在试用期内可以购买标的物，也可以拒绝购买。试用期间届满，买受人对是否购买标的物未作表示的，视为购买。”据此，试用期满，未作任何表示的，推定甲购买，合同有效。

4.可以取得质权。可以推定甲购买。

在试用期间，只要试用人进行了非试用行为的，比如支付部分价款、出质、出租或出卖试用物等行为的，

通常都推定试用人购买试用物。对此,《买卖合同解释》第 41 条规定:“试用买卖的买受人在试用期内已经支付一部分价款的,人民法院应当认定买受人同意购买,但合同另有约定的除外。在试用期内,买受人对标的物实施了出卖、出租、设定担保物权等非试用行为的,人民法院应当认定买受人同意购买。”

5.金饰店可以要求甲支付全部价款或者解除合同。金饰店解除合同的,可以向甲要求支付该金项链的使用费。

《合同法》第 167 条规定:“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。”此规定,是为了保护出卖人防止买受人违约而进行的制度设计,当买受人不能如约履行之时,出卖人可以通过请求一次性支付价款或解除合同来救济自己的权利。

6.属于附条件的买卖合同。

因为项链尚在试用当中,甲是否购买尚不确定,对于金饰店与乙的买卖合同而言,如果甲不购买则合同生效,如果甲购买则合同不能发生效力。故此合同为附条件之合同。

7.金饰店可以决定终止试用,收回该金项链卖与乙。

试用期没有约定的,由出卖人指定。故在试用期内,出卖人可以终止试用。

8.乙有权追究金饰店的违约责任。

因为金饰店与乙的合同有效,当甲决定购买之时,由于甲已经占有,可以直接取得所有权,故金饰店不能再向乙履行合同,需要承担违约责任。

9.不可以。

试用买卖中的试用一般均是免费的,无论是否购买,出卖人均不得主张试用期间的使用费。《买卖合同解释》第 43 条规定:“试用买卖的当事人没有约定使用费或者约定不明确,出卖人主张买受人支付使用费的,人民法院不予支持。”

10.若最后一期价款(3 万元)未支付,则首饰店可以基于所有权直接取回标的物。如果只剩下(2.5 万元)没有支付,则不可基于所有权取回标的物,但可以解除合同,并在解除合同后取回标的物,并要求买方支付使用费,也可以要求买方一次性支付剩余的全部价款。

关于所有权保留的买卖,《买卖合同解释》第 36 条第 1 款规定:“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。”据此,如果尚有 3 万元未付,此时出卖人可以基于所有权直接请求返还原物。如果只剩 2.5 万元之时,则由于买受人已付价款达到了标的物总价款的 75%,此时不能再基于所有权取回标的物。然而按照分期付款的规则,只要未付款达到应付价款的 1/5 的,出卖人即可请求解除合同,并在解除合同后请求返还标的物,同时请求买受人支付使用费,或者可以请求其一次性支付剩余的全部价款。根据是《合同法》第 167 条。

案例四

甲欲购房。丁某是房地产开发企业绿地公司负责人的亲戚,便谎称绿地公司所开发的楼盘环境优美、生活便利,劝诱甲从绿地公司购房。甲听后,便与绿地公司签订房屋买卖合同。绿地公司对此毫不知情。

2017 年 2 月 1 日,尚未取得商品房预售许可证的绿地公司谎称已取得预售许可证,将一套房屋以 300 万元出卖给甲。合同约定:一年后绿地公司交房且办理登记;甲于合同成立时支付一半房款,余款于登记后一个月内支付;房屋须安装燃气管道。

甲的朋友乙也欲购房,得知甲房屋系自绿地公司所购,便前往看房。看过样板房后表示满意,随即与绿地

公司签订了房屋预购合同，约定：“乙向绿地公司支付定金 5 万元，双方于 2017 年 3 月 1 日订立商品房买卖合同。乙若在 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，定金不予退还；绿地公司若在 2017 年 3 月 1 日前将该房屋转售他人，应当向乙双倍返还定金。”2017 年 3 月 1 日，由于绿地公司提供的格式合同中有“样板房仅供参考”等不利于买方的条款，乙对该格式条款提出异议要求删除，公司无法立即给予答复，以致合同在该日未能订立。

后来，小区旁地铁开通，房价迅猛上涨。2017 年 4 月 1 日，绿地公司将已售与甲的房屋以 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房，且对绿地公司与甲之前订立买卖合同知情。

绿地公司取得预售许可证后，2018 年 2 月 1 日向甲交付房屋，甲随后搬入居住。入住后发现小区设施简陋，环境杂乱，与丁某之描述迥异，遂觉受骗。而且，房屋也并未安装燃气管道。

2018 年 2 月 2 日，绿地公司给张某办理了房产登记。张某系婚后购房，故房屋被登记在张某与其妻李某双方名下。春节将近，李某突发购物欲望，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，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) 绿地公司与甲之间的房屋买卖合同效力如何?为什么?

(2) 若在房屋买卖合同履行后，绿地公司一直就房屋的销售没有取得预售许可证，两年后，房价大幅上涨，若无其他违法事由，绿地公司是否能够以未取得预售许可为由主张合同无效，返还购房款并要求购房的业主退还房屋?理由是什么?

2. 乙可否请求绿地公司返还 5 万元定金?为什么?

3. 甲能否主张绿地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，绿地公司请求甲支付剩余房款，该请求能否得到支持?为什么?

5. 甲能否以房屋未安装燃气管道为由，请求解除与绿地公司之间的买卖合同?为什么?针对本案相关情形，甲可采取怎样的救济措施?

6. 中国银行强制执行房屋请求能否获得法院支持?为什么?

答案与考点要义

1. (1) 绿地公司与甲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。”由于绿地公司在向甲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，尽管甲是在受到第三人丁某的欺诈后与绿地公司订立的房屋买卖合同，但绿地公司不知道且不当知道该欺诈行为，故甲无权请求撤销合同。

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。

(2) 不可以。

因为预售许可证未取得而无效，是相对无效，起诉前取得许可即可有效。

绿地公司未取得许可证而销售房屋，在没有其他违法事由的情形下，应责令公司补办预售许可证，以弥补房屋买卖合同的瑕疵。

未取得预售许可，公司明知违法，依然销售，若允许主张合同无效，恢复原状，则在房价上涨的情况下，将产生的结果是，公司将因为其违法行为而获利，此种情形，将明显违背任何人不得因自己违法行为而获利的法理。

2. 可以。

《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”，故绿地公司应当将 5 万元定金返还给乙。

3. 不可以。

《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，尽管张某知道绿地公司已就该套房屋与甲订立了买卖合同，但其是为了投资而购买该房屋，主观上并无恶意串通绿地公司以侵害甲债权的意思，且房屋并未交付给张某使用。故甲不得以此主张绿地公司与张某订立的合同无效。同时，绿地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。

4. 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，根据甲与绿地公司之间的买卖合同，剩余房款应当于办理完毕房屋产权登记后 1 个月内支付，但绿地公司作为先履行一方并没有按照合同约定给甲办理房产登记，因此甲有权行使顺序履行抗辩权对抗绿地公司的请求。

5. 不能。

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，相对方才取得法定的合同解除权解除合同。而在本案中，绿地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，故甲无权以此为由要求解除房屋买卖合同。

但甲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，绿地公司在与甲签订买卖合同后，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，此举将使甲订立商品房买卖合同的目的无法实现，因而甲可请求解除合同、返还已付购房款 150 万元及利息、赔偿损失，并可请求绿地公司承担不超过 150 万元的赔偿责任。

6. 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，并非是用于夫妻共同生活、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。

三十六、租赁合同

案例

甲有一套位于闹市区的三居室房屋，房屋位于8层（顶层）。2009年1月租与乙，租期3年，乙与妻子丙共同居住。乙在入住后，对房屋进行了装修。装修后，乙为了减轻负担，在征求甲的同意之后，自己与妻子居住其中的一间，将另外两间分别转租给丁和戊，租期为1年。如果在租赁期间，从该楼下经过的张小呆被从楼上落下的酒瓶砸伤，住院治疗，花费数万元。

问题

- 1.若甲、乙之间的合同和乙与丁、戊之间的合同都没有签书面合同，则这些租赁合同的性质如何？会产生什么效果？
- 2.乙在将房屋转租后，若由于丁、戊不向乙交租金，乙未向甲交租金，甲可否直接主张丁、戊交租金？为什么？
- 3.如果乙在转租时，未取得甲的同意，甲可否解除租赁合同？如果可以，应如何行使？若不可以，为什么？
- 4.若由于丁的原因，导致租赁房屋被损害，甲可以向谁主张损害赔偿？请求权基础是什么？
- 5.如果甲在和乙签订租赁合同后，在乙入住之前，又和张三、李四就此套房屋先后签订了租赁合同，应如何确定乙、张三、李四的优先顺序？
- 6.如果甲要出卖房屋，承租人有优先购买权，在何种情况下排除承租人优先购买权的适用？
- 7.若甲出卖房屋，没有在合理期间内通知承租人，此时承租人可否主张出租人与第三人的房屋买卖合同无效？
- 8.对于张小呆的损失，本案中应分担损失的是甲还是乙？为什么？
- 9.如果在租赁期间内，乙不幸遇车祸死亡，丙可否继续居住？为什么？

答案与考点要义

- 1.不定期租赁。作为不定期租赁，效果是双方均可随时解除合同。

《合同法》第215条规定：“租赁期限六个月以上的，应当采用书面形式。当事人未采用书面形式的，视为不定期租赁。”据此，如果6个月以上的租赁不签订书面合同的，一律视为不定期租赁，租赁没有期限时，双方均享有任意解除权，但是，在行使权利时，应当给对方必要的准备时间。

- 2.不可。因为合同具有相对性。

在经过出租人同意后将房屋进行转租的，出租人与次承租人之间没有合同关系。其中出租人与承租人之间有合同关系，承租人与次承租人之间有合同关系。基于合同的相对性，此时，出租人只能向承租人主张租金或者违约责任。

3.可解除；单方通知即可解除。

此题旨在考查租赁合同中的违约解除权。《合同法》第 224 条第 2 款规定：“承租人未经出租人同意转租的，出租人可以解除合同。”不过，根据《城镇房屋租赁合同解释》第 16 条第 1 款之规定：“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。”据此，如果未经同意，承租人进行了转租，出租人的解除权受到 6 个月的限制，如果出租人知道或者应当知道后，6 个月没有表示异议的，则不能再行使解除权。另外值得说明的是，第 16 条第 1 款中规定的关于主张转租合同无效应当如何准确理解。首先，根据此规定，不能得出未经同意的转租合同一律无效的结论。其次，既然规定的内容是知道后未在 6 个月内表示异议的，不得主张认定转租合同无效，那么，对此作出反对解释，可以得出的结论是，如果在 6 个月内对于转租提出异议，即可主张转租合同无效。因此，不能说未经同意的转租合同一律无效，而只能是在知道后 6 个月内提出了异议的，可以请求认定为转租合同无效。而且这种无效，仅仅适用于房屋的转租。

4.可向乙或丁主张。主张乙承担违约责任或主张丁承担侵权责任。

《合同法》第 224 条第 1 款规定：“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。”据此，基于合同的相对性，在经过同意转租的情况下，如果由于次承租人的原因造成租赁物损毁的，承租人应当承担违约赔偿责任，这属于由于第三人的原因而导致的违约。同时，由于丁的原因致损，说明丁有过错，此时甲作为所有人，也可以向丁主张侵权责任。

5.先合法占有的最优先；若均未占有，保护优先登记备案的；前两者都没有的，合同成立在先优先。

此题旨在考查一房数租时的处理。《城镇房屋租赁合同解释》第 6 条规定：“出租人就同一房屋订立数份租赁合同，在合同均有效的情况下，承租人均主张履行合同的，人民法院按照下列顺序确定履行合同的承租人：（一）已经合法占有租赁房屋的；（二）已经办理登记备案手续的；（三）合同成立在先的。不能取得租赁房屋的承租人请求解除合同、赔偿损失的，依照合同法的有关规定处理。”

6.四种情形可以排除房屋承租人的优先购买权：共有人购买的；卖给近亲属的；接到通知后 15 日没有表示购买的；卖给善意第三人并已经办理过户登记的。

此题旨在考查房屋承租人优先购买权的排除适用情形。《城镇房屋租赁合同解释》第 24 条规定：“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。”其中需要特别注意的是第 2 项和第 4 项。第 2 项，卖给近亲属，在掌握时一定要注意近亲属在民法上界定的范围，对于有较近血缘关系但却不是民法上近亲属的情形，尤其值得注意。第 4 项中，若卖给不知情的善意第三人并且已经办理过户的，首先，此处的善意是指不知道有租赁关系的存在；其次，第三人获得房屋也不是善意取得，因为此时出租人为有权处分；最后，与前三项不同，前三种直接排除了承租人的优先购买权且都不存在赔偿的问题，第 4 种情形，虽然第三人可以取得房屋，但是出租人需要赔偿承租人因丧失了优先购买权所遭受的损失。

7.不可主张合同无效。

《城镇房屋租赁合同解释》第 21 条规定：“出租人出卖租赁房屋未在合理期限内通知承租人或者存在其他侵害承租人优先购买权情形，承租人请求出租人承担赔偿责任的，人民法院应予支持。但请求确认出租人与第三人签订的房屋买卖合同无效的，人民法院不予支持。”据此，承租人丧失优先购买权的，可以主张出租人进行损害赔偿，但不能主张出租人与第三人的买卖合同无效。

8.乙承担；应当承担责任的是使用人，不是所有人。

《侵权责任法》第 87 条规定：“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。”据此，从建筑物中抛掷物品致人损害的情形，不能确定具体侵权人的，应当由使用人分担损失。

9.可以；因为丙是与承租人共同居住者，在承租人死后，享有房屋的继续承租权。

《合同法》第 234 条规定：“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。”《城镇房屋租赁合同解释》第 19 条规定：“承租人租赁房屋用于以个体工商户或者个人合伙方式从事经营活动，承租人在租赁期间死亡、宣告失踪或者宣告死亡，其共同经营人或者其他合伙人请求按照原租赁合同租赁该房屋的，人民法院应予支持。”据此，在房屋租赁合同期限之内，如果承租人死亡、被宣告死亡或宣告失踪的，共同居住者、共同经营人或其他合伙人有权继续承租该房屋。

三十七、公平分担损失

案例

在医院工作的李医生，一次在医院乘坐 电梯遇到王某抽烟，于是进行语言劝阻。王某反应激烈，导致心脏病突发死亡。后王某的子女起诉李医生，让李医生赔偿损失。

问题

李医生的行为与 王某 死亡之间是否有因果关系？可否适用公平补偿？

答案与考点要义

劝阻抽烟行为不是造成死亡的原因，两者无法律上的因果关系，生活中认为的，劝阻也是死亡的原因的观点中的所谓‘原因’，与法律上因果关系无关。所以，侵权肯定不成立。据侵权法 24 条规定，双方都没有过错，法律又没有规定适用无过错责任的情况下，可以根据实际情况要求分担损失。这里的实际情况，主要是发生侵权的具体情景、双方当事人的经济状况、社会的价值导向等因素来决定。具体到本案，受害人在公共场所抽烟的行为是被肯定的还是被否定的？劝阻公共场所吸烟的行为是否值的提倡？是判定补偿还是不补偿更有利于社会良好价值导向的确立？被害人死亡是否给近亲属经济生活带来重大影响？等等。考虑上述问题，法官可以做出裁量。就本案情形而言，不补偿更为适宜。

三十八、多数人侵权

（一）典型的共同侵权

案例

材料一：甲、乙商量后，决定侵害丙，由甲负责将丙的房屋烧毁，乙负责将丙打伤。

材料二：甲、乙协商去偷停放在路边汽车中的汽油。两人分头行动，分别对停放相距不远的两辆车实施盗窃行为。乙在行窃过程中，用打火机照明观察自己的塑料桶是否已经装满，结果引起大火，将汽车烧毁。

材料三：甲酒后超速驾车，为躲避乙逆向行驶的摩托车，将路人丙撞伤。

材料四：某工厂的工人甲和乙，在操作一台机器设备时，为了节省时间，在简单沟通后，没有按照规程操作，结果造成机器报废。

材料五：甲酒后驾车，乙超速驾车，两车相撞，造成路边正常行走的丙受重伤。

问题

- 1.材料一中，甲、乙是否构成共同侵权，承担连带责任？
- 2.材料二中，甲、乙是否需要承担全部损失承担连带责任？
- 3.材料三中，甲、乙应当承担连带还是按份责任？
- 4.材料四中，甲、乙是否要承担连带责任？
- 5.材料五中，甲、乙是否要承担连带责任？

答案与考点要义

本案例中的材料旨在考查对于共同侵权的理解。《侵权责任法》第8条规定：“二人以上共同实施侵权行为，造成他人损害的，应当承担连带责任。”本条规定，有很大的解释空间。在理解之时，要注意以下结论：

首先，可以构成共同侵权的不但包括共同故意，还包括共同过失。共同过失有可能当事人主观上有联络，有可能没有联络但两个人分别有过失的行为，事实上发生联系后，共同造成损害结果的，出于保护受害人的角度也应当认为构成共同侵权。

其次，如果两个以上的侵权人有共同侵权的主观过错，但是如果行为时有分工的，对于所有的侵害后果，均应承担连带责任。

最后，如果两个以上的侵权人有共同侵权的主观过错，但是对于超出主观预期范围之外的损害，不构成共同侵权。

基于上述结论，分析上述材料，结论如下：

1.材料一中，甲、乙对于丙构成共同故意的侵权，两者主观上有共同侵害丙的故意，虽然一个侵害了丙的人身，一个侵害了丙的财产，这是两者对于加害丙之行为的分工，对此甲、乙有明确的认知，故对丙造成的所有损害，均应承担连带责任。

2.材料二中，甲、乙不需要对全部损失承担连带责任。因为甲、乙主观上是盗窃汽油，共同侵权的目标只是指向他人的汽油，对他人造成汽油失窃之损失，两者应承担连带责任。但是，对于乙在行窃过程中，因为过失引起大火将汽车烧毁的损失，甲不需要承担责任，不是共同侵权的内容。

3.材料三中，甲、乙应当承担连带责任而非按份责任。甲酒后超速驾车的行为与乙逆向行驶的行为，虽然为分别实施的有过失之行为，两者不存在观念上的联络，但是出现将路人丙撞伤的后果，是因为两个行为直接发生事实上联系之后导致的，甲撞伤丙的原因就是为了躲避乙逆向行驶的摩托车，甲的行为目的使得两者发生了事实上的联系，故甲、乙对于丙的损害，应当承担连带责任。

4.材料四中，甲、乙要承担连带责任，因为这明显属于疏忽大意的共同过失，而且两者主观上有共同的过失，客观上有共同的行为，且是因为共同行为造成的损害后果，故两者构成典型的共同侵权，应承担连带责任。

5.材料五中，甲、乙要承担连带责任。因为甲酒后驾车，乙超速驾车，两者分别实施了具有过失的行为，但是因为两车相撞造成丙的损害，也是因为两个分别具有过失的行为发生了事实上的结合后造成了对于丙的侵权，此时两者应当对丙的损害承担连带责任。

（二）无意思联络的数人侵权

案例

材料一：甲驾车不慎，撞伤了乙，无生命危险。在被送往医院的途中，被丙违章驾车撞死。

材料二：中华村在村头建了一个凉亭供路人休息。甲偷走了该凉亭的一根木柱。后来，乙又偷走了一根木柱。凉亭此时已经摇摇欲坠，中华村没有及时维修。一天，丙借用凉亭休息，凉亭倒塌，造成丙重伤。

材料三：甲驾车从王某身上碾过，致王某重伤失血，可能死亡。随后，乙、丙驾车分别从王某身上碾过，

导致王某死亡。

材料四：甲、乙、丙三家化工厂分别向张某承包养鱼的湖水中排放污水。经查，甲、乙的排放均足以导致全部损害的发生，丙的排放不足以导致全部损害发生。

问题

试分析上述材料中，各责任主体之间应该是按份责任还是连带责任？

答案与考点要义

无意思联络的数人侵权，主要根据是《侵权责任法》第 11 条和第 12 条的规定。

第 11 条规定：“二人以上分别实施侵权行为造成同一损害，每个人的侵权行为都足以造成全部损害的，行为人承担连带责任。”此种情形，在理论上被称为因果关系聚合型的无意思联络数人侵权，也叫行为直接结合的侵权。此类侵权，与上述典型的因为行为事实上发生了联系的两个分别实施的过失行为造成的侵权比较，突出的特点是，其中任何一个人的行为，均足以造成损害结果的发生。这里所谓的“足以”不是指实际上造成了损害的发生，而是指有足够的可能性造成损害的发生。

第 12 条规定：“二人以上分别实施侵权行为造成同一损害，能够确定责任大小的，各自承担相应的责任；难以确定责任大小的，平均承担赔偿责任。”此种情形，在理论上被称为因果关系竞合型无意思联络数人侵权，也叫行为间接结合的侵权。此类侵权，与上述典型的因为行为事实上发生了联系的两个分别实施的过失行为造成的侵权比较，突出的特点是，两个以上的行为没有发生任何事实上的联系，而且其中任何一个人的行为，均不足以导致损害结果的发生。

基于上述论述，在材料一中，甲和丙的行为，分别独立实施，两者在行为时，没有发生任何事实上的联系，并且两者任何一个人的行为，均不足以造成损害结果的发生，属于典型的间接结合。甲、丙对于乙的损害，应当根据各自行为对损害后果原因力的大小承担按份责任。

材料二中，甲、乙的行为，分别实施，两者行为时也没有发生任何事实上的联系，而且任何一个行为均不足以导致损害结果的出现，故甲、乙对于丙的损失应当承担按份责任。同时，中华村作为凉亭的管理者，没有及时维修，对损害的发生，也应当承担一定份额的责任。

材料三中，甲、乙、丙应承担连带责任。因为甲、乙、丙三人在行为时，彼此的行为之间没有发生事实上的联系，故不构成典型的共同侵权。但是，这三个分别实施的行为，每个人的行为均足以造成王某死亡结果的出现，这正是《侵权责任法》第 11 条规定的直接结合侵权，甲、乙、丙承担连带责任。

材料四中，甲、乙、丙三方排污，由于环境污染侵权是无过错责任，故主观上是否有共同过错，无须考虑。甲、乙的排放，每一方均足以造成损害后果的出现，故甲、乙应当对于损害后果的全部损失承担连带责任。丙的排污，不足以造成全部损害，故丙不需要就全部损失承担连带责任，丙应根据自己排污的排放量、排放污染物的种类等情形来确定责任的大小，但是对于丙造成的这部分损害，甲、乙也需要承担连带责任。

对此，《环境侵权司法解释》第 3 条规定：“两个以上污染者分别实施污染行为造成同一损害，每一个污染者的污染行为都足以造成全部损害，被侵权人根据侵权责任法第十一条规定请求污染者承担连带责任的，人民法院应予支持。两个以上污染者分别实施污染行为造成同一损害，每一个污染者的污染行为都不足以造成全部损害，被侵权人根据侵权责任法第十二条规定请求污染者承担责任的，人民法院应予支持。两个以上污染者分别实施污染行为造成同一损害，部分污染者的污染行为足以造成全部损害，部分污染者的污染行为只造成部分损害，被侵权人根据侵权责任法第十一条规定请求足以造成全部损害的污染者与其他污染者就共同造成的损害部分承担连带责任，并对全部损害承担责任的，人民法院应予支持。”

（三）共同危险行为

案例

材料一：3名未成年人甲、乙、丙从楼上扔下3只酒瓶。其中，1只酒瓶砸伤了从楼下经过的丁。

材料二：甲、乙、丙均为饲养毒蛇的养殖专业户，两人养殖场相邻。一日，丁从养殖场附近的道路经过时，被一条逃出养殖场的毒蛇咬伤，无法查清此毒蛇是从甲还是从乙的养殖场逃出，丙在三天前已将所有毒蛇卖出，养殖场中没有毒蛇。

材料三：正在上小学的晶晶，随祖母一起去走亲戚，当走到亲戚家楼下时，不知是谁从楼上扔下一块空心砖，砸到了晶晶的右臂，造成骨折。

问题

- 1.材料一中，甲、乙、丙承担何种责任？具有什么免责事由？
- 2.材料二中，甲、乙是否需要承担连带责任？
- 3.材料三中，对于晶晶的损失，应当如何救济？有什么免责事由？

答案与考点要义

本案例旨在考查共同危险行为与不明抛掷物、坠落物责任，两者略有相似，但是情形截然不同。两者的规范依据分别是《侵权责任法》第10条和第87条。

适用《侵权责任法》第10条的共同危险责任，通常首先应排除构成其他多数人侵权的可能，如果可以认定为其他多数人侵权，如共同故意侵权、共同过失侵权、分别具有过失但行为发生事实上的联系构成侵权、行为直接结合侵权或行为间接结合侵权。其次，共同危险行为，强调的不是所有行为共同作用造成了侵权，而是部分行为造成了侵权，但不能确定具体侵权人。最后，共同危险行为中，每个人的行为均具有造成损害发生的可能性。

1.材料一中，甲、乙、丙应承担连带责任，这是典型的共同危险行为。由于甲、乙、丙均为未成年人，故应当由其监护人承担连带责任。《侵权责任法》第10条规定：“二人以上实施危及他人人身、财产安全的行为，其中一人或者数人的行为造成他人损害，能够确定具体侵权人的，由侵权人承担责任；不能确定具体侵权人的，行为人承担连带责任。”据此，本材料中，不论甲、乙、丙三人的行为是否均具有相同的危险性，因为不论谁的行为，均可能造成同样的损害后果，又不知道是谁的行为导致的，故三者应根据第10条之规定承担连带责任。

关于免责事由，从第10条的内容看，只有举证证明责任人方可免责。至于举证证明自己的行为与损害之间没有因果关系，可否免责，存有争议，司考中的观点，通常不将其作为免责事由。

2.材料二中，甲、乙属于共同危险行为，需要承担连带责任，丙不需要承担责任，因为丙不属于共同危险行为的行为主体。此案例情形为饲养动物侵权，可见，共同危险行为，不仅仅限于人的行为导致的危险，还包括物件产生的共同危险。甲、乙饲养毒蛇，无论谁的毒蛇逃出，均对造成他人伤害具有相同的危险性，而且一旦发生损害，损害结果也具有同一性。本案中，又不能查清到底是谁的毒蛇逃出，故不存在免责事由，两者应承担连带责任。由于丙养殖场中没有毒蛇，故不构成共同危险行为，故丙不需承担侵权责任。

3.本材料的情形，是不明抛掷物、坠落物责任，不属于共同危险的情形。对于此种情形，《侵权责任法》第87条规定：“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。”据此，此种侵权中，实施了造成他人侵权行为的人通常只有一人，而且当不能确定具体侵权人时，是由可能加害的建筑物的使用人进行补偿。这种制度，本质上不是一种侵权责任的分配，而是一种意外风险的分担机制。本案中，对于晶晶的损失来说，当不能找到具体侵权人时，应当由本栋建筑物中可能造成损害的人分担损失。

就免责事由而言，第87条规定了两种。其一，是能够确定具体侵权行为人；其二，是能够举证证明不是自己所为。

（四）教唆、帮助的共同侵权

案例

材料一：甲欲盗窃乙之汽车，打电话给某开锁公司，谎称车属于自己，不慎丢了钥匙，要求开锁公司给自己开锁。开锁公司派工作人员去开锁，但工作人员没有核实甲的身份证、驾驶证等有效信息，帮甲将车锁打开，甲顺利将乙的车盗走。

材料二：16 岁的甲与 15 岁的乙一次外出游玩，看到一片桃园。桃子尚未成熟。甲对乙说，你去给我摘几个桃子来吃，我给你玩我的遥控直升机。乙摘来桃子后，由于尚未成熟，酸涩难吃。于是甲迁怒于桃，对乙说，你去把那棵桃树上的破桃都给我打下来踩碎，就将遥控玩具送给你，乙照办。由此，给桃园主人造成 5000 元损失。

问题

1.材料一中，开锁公司是否需要与甲承担连带责任？

2.材料二中，责任应当如何承担？

答案与考点要义

本案例旨在考查教唆帮助的共同侵权。《侵权责任法》第 9 条规定：“教唆、帮助他人实施侵权行为的，应当与行为人承担连带责任。教唆、帮助无民事行为能力人、限制民事行为能力人实施侵权行为的，应当承担侵权责任；该无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人未尽到监护责任的，应当承担相应的责任。”其中，教唆帮助他人侵权，教唆者、帮助者往往均是出于主观上的故意，而实际行为人需要与教唆者、帮助者存在共同的故意方可构成教唆帮助的共同侵权。因为过失不可能存在教唆，如果因过失帮助了他人侵权或者实际行为因过失进行侵权的，均不能构成教唆帮助的共同侵权。

1.根据上述论述，材料一中开锁公司对于乙汽车的被盗，不存在故意，只存在过失，故与甲之间不构成教唆帮助的共同侵权，只需要在自己过失的范围内承担责任。

2.材料二构成典型的教唆型共同侵权。两者在行为时，存在共同的故意，故应当承担连带责任。本案略显复杂的是，由于甲、乙均为限制行为能力人，故需要结合监护人责任来进行理解。甲是教唆人、乙是实际行为人，由于两者存在共同故意，构成共同侵权，两者的连带责任，应当由甲、乙的监护人来承担。同时，值得注意的是，如果被教唆人乙的监护人，尽到了监护职责的，则没有责任，甲的监护人就应当承担全部责任。因为根据《侵权责任法》第 9 条的规定，被教唆者的监护人，只有在没有尽到监护责任时，才需要承担相应责任。

三十九、侵权责任法中规定的特殊侵权

（一）网络侵权

案例

甲女陶醉于自己的美好身材，一次与好友乙女去某服装店买衣服，在试衣间让乙女用手机拍了几张裸体照片，并发送到甲的手机上。当天晚上甲的手机丢失，被丙拾得。甲当即通过交通广播进行悬赏，称捡到手机并送还者，愿意支付酬金 1000 元。丙听到了悬赏广告，打算主动将手机送还给甲，并约定在一处咖啡馆门口交还手机，并兑付悬赏的酬金。在去往咖啡馆的路上，丙打开手机，发现里面有裸体照片，于是将照片转发至自己的邮箱。在向甲归还手机后，甲只支付了 500 元酬金，并说丙本就应该归还手机。丙因此很生气，将甲裸体的照片上传到了 A 网站，甲知晓后，通知 A 网站，并提供了足以准确定位侵权信息的链接，网站工作人员接到通知后，与甲联系称，若要删除照片需要支付 5000 元的费用，甲无奈与网站达成了协议。经查，甲的住所

地在 S 市的新华区，丙的住所地在 S 市的黄浦区。

问题

1. 丙拾得手机，是否有归还的义务？
2. 若甲不按照承诺支付酬金 1000 元，丙可否留置手机？
3. 丙上传甲照片的行为是否构成侵权？
4. 甲与网站达成的甲支付 5000 元删除照片的协议是否有效？
5. A 网站是否构成侵权？如果构成，应当如何承担责任？
6. 如果 A 网站接到通知，立即进行了删除，是否构成侵权？
7. 对于甲、丙之间的侵权纠纷应当如何管辖？

答案与考点要义

1. 有归还的义务。

拾得遗失物，拾得人构成无权占有，原权利人基于物权请求权可以请求拾得人返还原物。对此，《物权法》第 109 条规定：“拾得遗失物，应当返还权利人。拾得人应当及时通知权利人领取，或者送交公安等有关部门。”

2. 不能留置。

因为，留置权产生的前提是合法占有债务人的财产，而所谓合法占有，通常是基于合同占有对方的财产。本案中，拾得遗失物，是无权占有，故不得留置。

3. 构成侵权。

具体而言，首先这是公开他人隐私的行为，构成对隐私权的侵害，若造成外在社会评价降低之侵害后果的，还会同时构成对名誉权的侵犯。

4. 无效。

《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》（以下简称《网络侵犯人身权益的司法解释》）第 14 条第 1 款规定：“被侵权人与构成侵权的网络用户或者网络服务提供者达成一方支付报酬，另一方提供删除、屏蔽、断开链接等服务的协议，人民法院应认定为无效。”此规定的法律基础在于民法之公序良俗原则。本身就已经构成侵权，还通过侵权行为获得合同利益，有违公序良俗，故无效。

5. 构成侵权。应当就接到通知后扩大的损失承担连带责任。

《侵权责任法》第 36 条第 2 款规定：“网络用户利用网络服务实施侵权行为的，被侵权人有权通知网络服务提供者采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施。网络服务提供者接到通知后未及时采取必要措施的，对损害的扩大部分与该网络用户承担连带责任。”值得注意的是，承担连带责任的范围仅仅限于扩大部分，网络服务提供者才需要承担连带责任。

6. 不侵权。

如果网络服务提供者接到通知后，就及时采取措施的，则根本就不构成侵权，而不是构成侵权但可以免责。因为，接到通知就及时采取措施的，对于网络服务提供者来说，根本就没有过错，不符合侵权的构成要件。

7. 《网络侵犯人身权益的司法解释》第 2 条规定：“利用信息网络侵害人身权益提起的诉讼，由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。侵权行为实施地包括实施被诉侵权行为的计算机等终端设备所在地，侵权结果发生地包括被侵权人住所地。”据此，被侵权人住所地、侵权人住所地、实施侵权行为的计算机等终端设备所在地法院均有权管辖。本案中，新华区和黄浦区的法院均有管辖权。

（二）产品责任侵权

案例

材料一：甲是一生产胶囊的知名企业，很多药品在生产时都使用甲生产的胶囊进行包装。乙是一名血液病患者，长期服用一种从丙药店购买的胶囊类药物，在血液病得到缓解的同时，却发现肝肾功能日益衰竭。经医院诊断，原来是由于乙体内铬含量超标导致。经查，乙体内铬的严重超标正是由于长期服用药品的胶囊所致。在有关部门对于胶囊问题进行查处的过程中，发现甲企业在三年前已经做出过研究报告，知道自己所生产的胶囊存在安全隐患，但考虑到节约成本依然使用了含铬超标的原料进行生产。

材料二：2009 年，甲厂自行设计了一款新型的打气筒，与 A 市的两家五金超市签订了供货合同，预计在 2010 年 1 月 1 日正式开始销售。2009 年 9 月，小偷乙潜入甲厂的仓库，盗窃其他财物的同时，顺手带走了一个打气筒。结果，在自行使用过程中，由于充气口爆裂，造成了乙受伤。

材料三：甲从某超市购买了一盒午餐肉熟食罐头，吃后中毒，花费医疗费若干。经查，该罐头是乙厂生产，由丙运输公司运送给超市，在运输过程中，丙没有按照合同约定采取冷藏措施，使得罐头发生了一定程度的变质。运到超市所在城市后，由丁仓储公司仓储，丁公司也没有按照合同约定采取冷藏措施，罐头进一步变质。

问题

1.材料一中，乙应如何主张自己的权利？可否请求甲、丙承担连带责任？乙可否请求甲或者丙承担惩罚性赔偿责任？

2.材料二中，对于乙的损害，甲厂可否主张免责？

3.材料三中，甲可以请求谁承担责任？本材料中的最终责任应当如何承担？

答案与考点要义

1.材料一中，乙可以主张甲或者丙承担侵权责任。甲、丙之间是不真正连带责任。乙可以请求甲承担惩罚性赔偿责任。

《侵权责任法》第 41 条规定：“因产品存在缺陷造成他人损害的，生产者应当承担侵权责任。”第 42 条规定：“因销售者的过错使产品存在缺陷，造成他人损害的，销售者应当承担侵权责任。销售者不能指明缺陷产品的生产者也不能指明缺陷产品的供货者的，销售者应当承担侵权责任。”第 43 条规定：“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。”关于产品缺陷侵权的上述 3 个条文，应当作为一个整体进行解读，尤其是理解第 42 条中规定的销售者过错，需要结合第 43 条中规定的受害人的选择权来考查。对于受害人而言，无论生产者还是销售者，均需要承担无过错责任，销售者的过错只在决定生产者或者销售者谁承担最终责任的时候才有价值。

根据上述理解，乙可以向甲或者丙主张损害赔偿，而且，无论是甲还是丙，承担的均是无过错责任。由于两者是任选其一，最终责任是由一个人承担而不是两者分担，故不是真正的连带责任，而是不真正连带责任。

关于产品缺陷中的惩罚性赔偿，《侵权责任法》第 47 条规定：“明知产品存在缺陷仍然生产、销售，造成他人死亡或者健康严重损害的，被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿。”据此规定，如果受害人要主张惩罚性赔偿的话，无论向生产者还是销售者主张，均需要两个要求：一是明知存在缺陷仍然生产、销售；二是造成他人的人身伤亡。本案中，丙对于胶囊存在的危害不知情，甲知情，故对于乙造成的严重人身伤害，甲需要承担惩罚性赔偿责任。

2.材料二中，甲厂可免责，因为产品尚未进入流通领域。

《产品质量法》第 41 条第 2 款规定：“生产者能够证明有下列情形之一的，不承担赔偿责任：（一）未

将产品投入流通的；（二）产品投入流通时，引起损害的缺陷尚不存在的；（三）将产品投入流通时的科学技术水平尚不能发现缺陷的存在。”这是产品质量侵权免责事由的特殊规定。本案属于产品尚未流通之情形。

3.材料三中，甲可请求乙厂或者超市承担责任。乙厂或者超市承担责任后，可以向运输者丙和仓储者丁进行追偿。

本案是由于第三人的原因导致生产者、销售者承担责任的情况。《侵权责任法》第44条规定：“因运输者、仓储者等第三人的过错使产品存在缺陷，造成他人损害的，产品的生产者、销售者赔偿后，有权向第三人追偿。”据此，即便是由于第三人的过错导致产品侵权发生的，生产者、销售者也不能因此免责，需要先向受害人承担无过错责任，然后再向第三人追偿。

（三）个人之间的用工责任：雇佣关系与承揽关系比较

案例

材料一：甲是某装修公司的员工，自己买了一套房屋，利用工作之余，自己进行装修，雇了乙和丙进行协助，乙和丙的报酬为每天50元。结果，乙在一次搬运装修材料时，在电梯里撞伤了正在使用电梯的王大爷。丙在刷天花板时，从木梯上跌落，造成小腿骨折。

材料二：甲购买了房屋一套，请乙装修公司进行装修。乙派了5名工作人员前去工作。结果，施工的某一天，某员工在施工过程中损坏了卫生间的地面防水层，导致水向下渗透，造成下层住户丙已经装修好的房屋天花板遭水浸，损失重大。

问题

1.材料一中，王大爷的损失应当如何救济？丙的损失应当如何救济？

2.材料二中，对于丙的损失应当由谁承担？如果甲聘请的装修公司没有相应的资质，本案责任分配会有何不同？

答案与考点要义

1.对于个人之间用工关系中产生的责任，《侵权责任法》第35条规定：“个人之间形成劳务关系，提供劳务一方因劳务造成他人损害的，由接受劳务一方承担侵权责任。提供劳务一方因劳务自己受到损害的，根据双方各自的过错承担相应的责任。”据此，如果一方在提供劳务过程中，造成他人伤害的，由接受劳务的一方承担责任。如果在此过程中，造成自己的伤害的，由双方按照各自的过错程度承担责任。按照这样的理解，材料一中，对于王大爷的损失，应当由甲承担；丙的损失，应当按照甲和丙的过错程度来分担。

2.丙的损失应当由装修公司承担。如果甲所聘请的装修公司没有相应的资质，损失由装修公司承担，定作人在选任有过失的范围承担相应赔偿责任。

《人身损害赔偿解释》第10条：“承揽人在完成工作过程中对第三人造成损害或者造成自身损害的，定作人不承担赔偿责任。但定作人对定作、指示或者选任有过失的，应当承担相应的赔偿责任。”定作人之所以一般不需要承担责任，是因为承揽人是一个完全独立的主体，故承揽人的行为造成的侵权后果自负。如果选任、指示有过失，说明其有过错，在过错的范围内承担责任。

四十、夫妻财产制度与债务清偿

案例

冬雪经人介绍，2013年1月嫁给张某为妻。婚前，张某曾经向乡信用社借款6万元，婚后用于婚房的装修。婚后，二人开了一个小饭馆。日常生活中，两人经常因为琐事争吵，2014年2月，一次争吵后，张某赌

气外出不归，去其他城市打工为生。2014 年 9 月，冬雪向王某借款 5 万元，用于小饭馆的经营。后来张某在外面认识了女子莎莎，并同居。2015 年 1 月，张某向冬雪提出离婚，两人约定，所有债务都由张某承担。由于张某与莎莎同居导致离婚，张某自愿向冬雪赔偿 8 万元，双方达成离婚协议，并办理了离婚登记。2015 年 5 月，张某听说冬雪足月生下一名男婴，想到自己在离婚前近一年都没有与冬雪同居过，定然有问题。经过查问，原来，冬雪在张某离家后不久就和常来饭馆吃饭的刘某有了感情，并经常发生关系。冬雪在离婚后，迅速与刘某结了婚。张某得知事情后，要求冬雪返还自己已经支付的 8 万元赔偿金。

问题

1. 张某向乡信用社借款 6 万元是否为共同债务？

2. 小饭馆是否为夫妻共同财产？

3. 冬雪向王某的借款 5 万元是否为共同债务？两人离婚时，约定由张某清偿是否有效？债权人王某应当如何主张权利？若冬雪向王某的借款 5 万元，不是用于餐馆的经营，而是用来为自己购买名牌衣物及化妆品，对此，债务可否认定为共同债务？

4. 根据本案情形，冬雪是否应当返还张某给予的赔偿金 8 万元？

5. 如果在张某和冬雪离婚之前，张某的母亲去世，留下一栋房屋，没有留下遗嘱，张某是唯一继承人，此时房屋是否为夫妻共同财产？

6. 如果在冬雪和张某离婚之前，冬雪的好友腊梅看到冬雪日子过得艰难，表示愿意赠与冬雪 50 万元用来改善生活，但明确表示只赠冬雪一人，请问这 50 万元是否为夫妻共同财产？

7. 如果冬雪结婚后，与张某没有自己的住房，于是冬雪的父母为其购买了一套住房供其居住，但是只以冬雪的名义进行了登记，此房屋是否为共同财产？

8. 如果在冬雪与张某婚姻存续期间，张某外出发生了车祸，获得 12 万元的赔偿金，这 12 万元是否为共同财产？

9. 如果婚前张某有一套住房，婚后增值了 20 万元，这 20 万元是否为共同财产？

10. 如果冬雪婚前以自己的名义按揭贷款购买了一套房屋，婚后张某与冬雪一起还款，离婚时对于房屋归属不能达成一致，应当如何处理？

11. 如果张某离家出走，带走了两人经营饭馆累积下的 15 万元，在外地与自己的其他三位高中同学甲、乙、丙共同创办了一个有限责任公司，对于张某在公司的股份，离婚时应当如何分割？如果共同创办的是一个合伙企业呢？

答案与考点要义

1. 是共同债务。

原则上婚前债务属于个人债务，但是，用于婚后共同生活的，视为共同债务。本案中，虽然借款发生在婚前，但是，用于婚后婚房装修属于用于婚后共同生活的表现，应视为共同债务。

2. 是共同财产。

当双方没有书面约定财产分别所有时，夫妻在婚后所得财产中，除专属于个人的财产之外，原则上均为共同财产。专属于个人的财产主要包括：一方婚前财产；继承或赠与中被继承人或赠与人明确只给其中一方的财产；一方因为身体受到伤害获得的赔偿金；一方专用的生活用品；一方为军人时获得的伤残赔偿金；一方婚前财产在婚后产生的增值或孳息等。本案中，小饭馆为婚后所开，又不属于上述专属个人财产的范围，故属于共同财产。

3. 是共同债务。若冬雪所借款项用于为个人购买名牌衣物及化妆品，不应认定为共同债务。

两人约定有效，但是，由于没有经过债权人同意，故两人的约定不得对抗债权人，对于债权人仍然要承担连带责任。债权人可以向张某或冬雪任何一方主张全部债权。

根据最新关于认定夫妻共同债务的司法解释，可以认定为共同债务的情形如下：

(1) 夫妻双方共同签字或者夫妻一方事后追认等共同意思表示所负的债务；

(2) 夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务；

(3) 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。

借款用于购买个人衣物及化妆品，不属于共同生活，也超出日常生活需要，故不应认定为共同债务。

4.应当返还。

《婚姻法解释（三）》第 17 条规定：“夫妻双方均有婚姻法第四十六条规定的过错情形，一方或者双方向对方提出离婚损害赔偿请求的，人民法院不予支持。”据此，只有无过错方在离婚之时，才可向具有法定过错的配偶主张赔偿。如果双方都有过错，则均不得主张损害赔偿。本案中，张某与他人同居具有过错，而冬雪也在离婚前已经与他人有了实质上的同居关系，而且还导致怀孕，此时离婚，彼此均不应当主张对方赔偿自己的损失。对于张某已经向冬雪赔偿的 8 万元，冬雪应当返还。

5.是共同财产。

夫妻双方在婚姻关系存续期间，接受继承或赠与的，如果被继承人或赠与人没有特别声明给予其中一方的，均视为夫妻共同财产。本案中，张某的母亲没有特别说明，故应为共同财产。

6.是个人财产。

因为赠与人表示只赠与冬雪一人。

7.是个人财产。

《婚姻法解释（三）》第 7 条规定：“婚后由一方父母出资为子女购买的不动产，产权登记在出资人子女名下的，可按照婚姻法第十八条第（三）项的规定，视为只对自己子女一方的赠与，该不动产应认定为夫妻一方的个人财产。由双方父母出资购买的不动产，产权登记在一方子女名下的，该不动产可认定为双方按照各自父母的出资份额按份共有，但当事人另有约定的除外。”《婚姻法》第 18 条第 3 项规定，“遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产”属于个人财产。由此，婚后父母为子女买房，登记在自己子女名下的，视为个人财产。

8.不是共同财产，是个人财产。

《婚姻法》第 18 条第 2 项的规定：“一方因身体受到伤害获得的医疗费、残疾人生活补助费等费用”属于夫妻一方的个人财产，因为这种财产，关系到受伤害人的身体健康，故认定为个人财产。

9.否。属于个人财产。

《婚姻法解释（三）》第 5 条规定：“夫妻一方个人财产在婚后产生的收益，除孳息和自然增值外，应认定为夫妻共同财产。”据此，一方个人的财产在婚后的孳息、自然增值，均应属于个人财产。其中，孳息包括法定孳息与天然孳息。

10.房屋属于冬雪所有，对于婚姻存续期间共同还款的部分和增值部分，张某可请求冬雪进行相应的补偿。

对此，《婚姻法解释（三）》第 10 条规定：“夫妻一方婚前签订不动产买卖合同，以个人财产支付首付款并在银行贷款，婚后用夫妻共同财产还贷，不动产登记于首付款支付方名下的，离婚时该不动产由双方协议处理。依前款规定不能达成协议的，人民法院可以判决该不动产归产权登记一方，尚未归还的贷款为产权登记一方的个人债务。双方婚后共同还贷支付的款项及其相对应财产增值部分，离婚时应根据婚姻法第三十九条第一款规定的原则，由产权登记一方对另一方进行补偿。”《婚姻法》第 39 条第 1 款规定：“离婚时，夫妻的

共同财产由双方协议处理；协议不成时，由人民法院根据财产的具体情况，照顾子女和女方权益的原则判决。”

11.当夫妻一方将共同财产以个人名义在企业出资的，离婚时若不能达成协议，根据企业形态的不同，《婚姻法解释（二）》分别作出了规定。

如果是有限责任公司，《婚姻法解释（二）》第16条第1款规定：“人民法院审理离婚案件，涉及分割夫妻共同财产中以一方名义在有限责任公司的出资额，另一方不是该公司股东的，按以下情形分别处理：（一）夫妻双方协商一致将出资额部分或者全部转让给该股东的配偶，过半数股东同意、其他股东明确表示放弃优先购买权的，该股东的配偶可以成为该公司股东；（二）夫妻双方就出资额转让份额和转让价格等事项协商一致后，过半数股东不同意转让，但愿意以同等价格购买该出资额的，人民法院可以对转让出资所得财产进行分割。过半数股东不同意转让，也不愿意以同等价格购买该出资额的，视为其同意转让，该股东的配偶可以成为该公司股东。”

如果是合伙企业，《婚姻法解释（二）》第17条规定：“人民法院审理离婚案件，涉及分割夫妻共同财产中以一方名义在合伙企业中的出资，另一方不是该企业合伙人的，当夫妻双方协商一致，将其合伙企业中的财产份额全部或者部分转让给对方时，按以下情形分别处理：（一）其他合伙人一致同意的，该配偶依法取得合伙人地位；（二）其他合伙人不同意转让，在同等条件下行使优先受让权的，可以对转让所得的财产进行分割；（三）其他合伙人不同意转让，也不行使优先受让权，但同意该合伙人退伙或者退还部分财产份额的，可以对退还的财产进行分割；（四）其他合伙人既不同意转让，也不行使优先受让权，又不同意该合伙人退伙或者退还部分财产份额的，视为全体合伙人同意转让，该配偶依法取得合伙人地位。”

四十一、继承的形式与责任

案例

王某与李某是夫妻，两人在婚后曾经约定财产分别所有。王某拥有房屋两栋，存款500万元，某上市公司股票50万股。李某拥有房屋三栋，存款200万元，宝马汽车两辆。两人育有子女甲、乙、丙三人。甲为长子，乙为次子，丙为女儿。甲与丁结婚，育有双胞胎一对，小明和小亮。王某生前立下遗嘱，自己的所有遗产均由乙继承。李某生前立下遗嘱，自己的遗产中三栋房屋归甲，存款归女儿丙，汽车归次子乙。乙在一次车祸中，先于王某死亡。2015年10月10日，王某死亡。10月30日，李某死亡。

问题

1.王某死亡后，其遗产应当如何继承？

2.李某死后，其遗产应当如何继承？如果乙有一个女儿小乙，应当如何继承？

3.如果在知道遗嘱的内容后，甲保持沉默，丙则明确表示放弃继承，则会发生何种法律效果？如果丙在遗产分割后，表示放弃的，是否是放弃继承权？

4.如果王某在遗嘱中表示，将自己存款中的300万元留给一位专门从事古代思想史研究的好友雄博士，雄博士如果获悉可以获得遗产后保持沉默，会发生何种效果？

5.如果王某对于自己的遗产分别订立了如下遗嘱：1月1日，自书遗嘱一份，将全部财产留给乙（假设乙没有先于王某死亡）；2月1日，请某律师代书遗嘱一份，将财产中股票留给甲；3月1日，突发心脏病被丙送往医院抢救，在危急时刻，又立下口头遗嘱，全部遗产都由丙继承，有在场的一位医生和一位护士见证，后来抢救成功，王某出院回家休养。因为在休养期间，甲每天都陪伴在王某的身边，王某于是又立下一书面遗嘱，并对于该遗嘱做了公证，表示将全部遗产均留给甲。甲知道后，向王某表示，自己条件较好，不需要继承遗产，希望能够将遗产给予生活条件不好的妹妹丙。王某口头表示了同意，但是，表示还是要将遗产中的200万元遗

产留给小明和小亮。在此种情况下，王某死后，其遗产应当如何继承？

6. 本案中，如果李某在立下遗嘱后，去世前又将三栋房屋进行了处分，卖掉了两栋，同时，将其中一栋房屋赠与了自己在某小学教书的好友李玲。李某的行为会发生什么后果？遗嘱指定的继承人对于卖房的价款，可否继承？

7. 如果李某去世后，继承人分别按照遗嘱和法定继承分割了其遗产，此时，债权人黄某出现，手持借条主张李某生前曾向其借款 300 万元，没有约定还款期。获悉李某去世，特来主张权利。对于此债务，应当如何清偿？如果有的继承人在李某死亡后表示放弃继承的，是否还有还款的义务？

8. 如果李某订立遗嘱的内容，是将全部财产留给甲，但要求甲必须在其死后，每年捐助 1 万元给宋庆龄基金会。如果甲没有履行此义务，会产生什么后果？若李某订立的遗嘱是代书遗嘱，委托 A 律师事务所指派律师做见证，律所只指派了 1 名律师，此时遗嘱效力如何？因此给甲造成损失，律所是否应当承担赔偿责任？

答案与考点要义

1. 王某的遗产应该按照法定继承来进行继承。

当遗嘱继承人先于被继承人死亡时，遗嘱无效，遗嘱所涉及的财产按照法定继承来进行，王某的法定继承人包括：配偶李某、长子甲和女儿丙。

2. 在李某的遗嘱中，关于给乙汽车的部分，因为乙作为遗嘱继承人先于被继承人死亡而无效，故汽车应当按照法定继承来进行。同时，由于李某从其配偶王某处继承的遗产，李某没有在遗嘱中进行分配，也应当按照法定继承进行继承。故对于李某遗产的继承，首先按照李某的遗嘱，房屋三栋由甲继承；其次，存款 200 万元由女儿丙继承；最后，关于遗嘱中分配给乙的汽车和李某从其配偶王某处继承的遗产，应当按照法定继承由甲、丙平分遗产。

如果乙有一个女儿小乙，则对于上述法定继承的部分，小乙可代位继承一部分，即对于汽车和李某从王某处继承遗产的部分，小乙可以代位继承。此时，这部分遗产就应当由小乙、甲和丙来平分。

3. 甲、丙均为法定继承人，保持沉默视为接受继承，丙表示放弃，则意味着放弃了继承权。如果在遗产分割以后，表示放弃的，不是放弃继承权，而是放弃所有权。

4. 作为受遗赠人，在获悉可以获得遗产后保持沉默的，视为放弃。这一点，与法定继承人的沉默，截然相反。

5. 本题中，有数个遗嘱。当存在数个遗嘱时，在遗嘱均为有效的情形下，注意两个规则：其一，如果数个遗嘱之间存在冲突，以最新的遗嘱为准；其二，如果在众多遗嘱中，有公证遗嘱的，则公证遗嘱最为优先，要改变公证遗嘱，必须再立一个新的公证遗嘱。据此，在这种情形下，如果王某去世，应当按照公证遗嘱，由甲来继承王某的全部遗产。原因如下：

首先，王某的自书遗嘱，虽然在王某死亡后，可以有效，但是，由于内容与后面的公证遗嘱冲突，应以公证遗嘱为准。

其次，王某请律师所立之代书遗嘱由于缺乏 2 个以上无利害关系的见证人而不能发生效力。口头遗嘱，虽然有 2 个见证人，符合形式要件可能发生效力，但是，口头遗嘱只能在危急时刻适用，王某立下口头遗嘱并未死亡，故口头遗嘱无效。

最后，虽然，甲建议王某改变公证遗嘱的内容，王某也口头表示同意，但是，并没有通过公证的形式改变公证遗嘱的内容，故公证遗嘱的内容，并没有被改变。

综上，应当按照公证遗嘱的内容，由甲继承王某的遗产。

6.视为对遗嘱关于房屋部分的撤销。遗嘱继承人对于卖房的价款不能继承，如果李某死亡前对于卖房所得价款没有进行处分的，应当按照法定继承来继承。

《继承法意见》第 39 条规定：“遗嘱人生前的行为与遗嘱的意思表示相反，而使遗嘱处分的财产在继承开始前灭失，部分灭失或所有权转移、部分转移的，遗嘱视为被撤销或部分被撤销。”据此，李某在订立遗嘱后，如果又将房屋卖给他人或者赠与给他人的，视为对于涉及房屋部分的遗嘱进行撤销，故遗嘱继承人不能再按照遗嘱继承房屋，也不能继承卖房所得的价款。

7.应当先由按照法定继承部分获得遗产进行清偿，不足部分再由遗嘱或者遗赠部分获得的遗产来清偿债务。表示放弃继承的人，不需要履行还款的义务。当被继承人死亡，生前负有债务的，继承人只需要在获得遗产的范围内负担清偿债务的责任，如果所有遗产均用来偿债依然不足的，继承人没有进一步还债的法律义务。放弃继承的继承人，不需要还债。对此，《继承法意见》第 62 条规定：“遗产已被分割而未清偿债务时，如有法定继承又有遗嘱继承和遗赠的，首先由法定继承人用其所得遗产清偿债务；不足清偿时，剩余的债务由遗嘱继承人和受遗赠人按比例用所得遗产偿还；如果只有遗嘱继承和遗赠的，由遗嘱继承人和受遗赠人按比例用所得遗产偿还。”

8.受益人或者其他继承人可请求人民法院取消甲接受遗产的权利。

此种情形为附义务的遗嘱。对此，《继承法意见》第 43 条规定：“附义务的遗嘱继承或遗赠，如义务能够履行，而继承人、受遗赠人无正当理由不履行，经受益人或其他继承人请求，人民法院可以取消他接受附义务那部分遗产的权利，由提出请示的继承人或受益人负责按遗嘱人的意愿履行义务，接受遗产。”

根据《继承法》第 17 条第 3 款的规定，代书遗嘱仅有一名见证人，因不符合法定形式要件而无效，律所行为，侵犯了甲所享有的继承利益，应当承担侵权赔偿责任。

新华考资网 www.xhkzedu.com 独家提供