

目 录

第一编 民法总则	1
第一章 民事权利	1
第二章 自然人	4
第三章 民事法律行为	14
第四章 代理	21
第五章 诉讼时效	25
第二编 物权法	30
第一节 物权概述	30
第二节 物权变动	42
第三节 所有权	56
第四节 用益物权	77
第五节 占有	83
第六节 担保法	89
第三编 合同	119
第一分编 通则	119
第一章 一般规定	119
第二章 合同的订立	121
第三章 合同的履行	123
第四章 合同的保全	125
第五章 合同的变更与转让	129

第六章 合同的权利义务终止	132
第七章 违约责任.....	136
第二分编 典型合同.....	139
第八章 买卖合同.....	139
第九章 租赁合同.....	146
第三分编 准合同.....	156
第一章 无因管理.....	156
第二章 不当得利.....	159
第四编 婚姻家庭	161
第五编 继承	168
第六编 侵权责任	172

第一编 民法总则

第一章 民事权利

按照作用和性质进行分类

形成权

支配权

抗辩权

请求权

(一) 形成权

概念	权利人依单方意思表示就能使民事法律关系发生、变更与消灭的权利。形成权必须通过行使才能产生效力，否则，权利人虽享有该权利但不行使，不会影响现存的法律关系。
注意	①形成权属于一方说了算的权利（形成权人单方面的意思表示到达对方或者为对方了解时生效），例如：法定抵销权、法定解除权、债务免除、撤销权等。
	②形成权无对应的义务即效力的产生不需要另一方作出某种辅助行为或者共同的行为。
	③形成权必须在除斥期间内行使，除斥期间届满，形成权消灭。
	④形成权的行使方式通常表现为单方明示行为，即通知的形式；但也可以以推定形式或者默示形式行使。 默示方式行使形成权的例子：《继承法》第二十五条；《合同法》第一百七十一条
	⑤合同保全中的债权人撤销权和效力待定合同中相对人的催告权不是形成权。

【例1】下列关于民事权利中的形成权的表述，哪些是正确的？（2005-3-58，多选）¹

- A. 形成权只能通过明示方式行使
- B. 效力待定合同中相对人的催告权并非形成权
- C. 债权人撤销权属形成权
- D. 形成权不受诉讼时效期间的限制

【例2】在行为人进行的下列行为中，哪些属于行使形成权的行为？（2003-3-34，多选）²

- A. 被代理人对越权代理进行追认

1 答案：BD

2 答案：ACD

- B. 监护人对限制民事行为能力人纯获利益的合同进行追认
- C. 受赠人于知道受赠的期限内未作受赠的意思表示
- D. 承租人擅自转租，出租人作出解除合同的意思表示

(二) 支配权

概念	对权利的客体直接支配并排斥他人干涉的权利。
注意	①物权、人身权、知识产权都是支配权。
	②原则上均具有排他性，故又称绝对权。
	③实现权利不需要义务人的积极作为，义务人只负担消极不作为义务。
	④权利主体是特定的，义务主体则是不特定的，故又称对世权。

(三) 抗辩权

概念	对抗请求权的权利。
举例	先诉抗辩权、先履行抗辩权、不安抗辩权、诉讼时效已过的抗辩权等
注意	①抗辩权的行使以请求权的行使为前提。
	②抗辩权与否认权：抗辩权虽认可对方的请求权存在，但阻碍请求权的行使；否认权是直接否认对方的请求权。

【例 3】甲被乙家的狗咬伤，要求乙赔偿医药费，乙认为甲被狗咬与自己无关拒绝赔偿。

下列哪一选项是正确的？（2009-3-1，单选）³

- A. 甲乙之间的赔偿关系属于民法所调整的人身关系
- B. 甲请求乙赔偿的权利属于绝对权
- C. 甲请求乙赔偿的权利适用诉讼时效
- D. 乙拒绝赔偿是行使抗辩权

(四) 请求权

概念	请求他人为一定行为或不为一定行为的权利。
注意	①具有相对性（权利人与义务人都是特定的，效力仅仅及于当事人之间）。
	②不具有排他性。
	③最具法考价值的请求权：物权请求权、债权请求权、占有保护请求权

【例 4】关于民事权利，下列哪些选项是正确的？（2008-3-51，多选）⁴

³ 答案：C

⁴ 答案：ABCD

- A. 甲公司与乙银行签订借款合同，乙对甲享有的要求其还款的权利不具有排他性
- B. 丙公司与丁公司协议，丙不在丁建筑的某楼前建造高于该楼的建筑，丁对丙享有的此项权利具有支配性
- C. 债权人要求保证人履行，保证人以债权人未对主债务人提起诉讼或申请仲裁为由拒绝履行，保证人的此项权利是抗辩权
- D. 债权人撤销债务人与第三人的赠与合同的权利不受诉讼时效的限制

第二章 自然人

1. 自然人的民事权利能力

概念	自然人的民事权利能力，指自然人从事民事活动、取得民事权利义务责任的资格。
注意	凡欠缺民事权利能力者，以其名义所从事的民事活动肯定归于无效。
	在自然人出生之前即胎儿状态的，以胎儿名义从事的行为无效。
例外	涉及遗产继承、接受赠与等胎儿利益保护的，胎儿视为具有民事权利能力。但是胎儿娩出时为死体的，其民事权利能力自始不存在。（《民法总则》第十六条）

【例1】郭某意外死亡，其妻甲怀孕两个月。郭某父亲乙与甲签订协议：“如把孩子顺利生下来，就送十根金条给孩子。”当日乙把八根金条交给了甲。孩子顺利出生后，甲不同意由乙抚养孩子，乙拒绝交付剩余的两根金条，并要求甲退回八根金条。下列哪些选项是正确的？(2015-3-60，多选)⁵

- A. 孩子为胎儿，不具备权利能力，故协议无效
- B. 孩子已出生，故乙不得拒绝赠与
- C. 八根金条已交付，故乙不得要求退回
- D. 两根金条未交付，故乙有权不交付金条未交付，故乙有权不交付

自然人的民事权利能力始于出生，终于死亡。	
出生、死亡时间的认定	自然人的出生时间和死亡时间，以出生证明、死亡证明记载的时间为准；没有出生证明、死亡证明的，以户籍登记或者其他有效身份登记记载的时间为准。有其他证据足以推翻以上记载时间的，以该证据证明的时间为准。（《民法总则》第十五条）
对死者的保护	保护的是社会公共利益及折射到死者近亲属的人格利益。
	对于侵权人侵害死者的人格利益、侮辱尸体行为，需要定性三个问题： ①侵权客体不是死者的人格权而是人格利益。 ②起诉的权利人（原告）并非死者，而是以其近亲属自己的名义进行。 ③赔偿所得并非死者的遗产，而是直接归属于原告（们）。
	侵害英雄烈士等的姓名、肖像、名誉、荣誉，损害社会公共利益的，应当承担民事责任。（《民法总则》第一百八十五条）

⁵ 答案：BC

【参考法条】

《精神损害赔偿解释》第三条自然人死亡后，其近亲属因下列侵权行为遭受精神痛苦，向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院应当依法予以受理：

- (一) 以侮辱、诽谤、贬损、丑化或者违反社会公共利益、社会公德的其他方式，侵害死者姓名、肖像、名誉、荣誉；
- (二) 非法披露、利用死者隐私，或者以违反社会公共利益、社会公德的其他方式侵害死者隐私；
- (三) 非法利用、损害遗体、遗骨，或者以违反社会公共利益、社会公德的其他方式侵害遗体、遗骨。

《精神损害赔偿解释》第七条自然人因侵权行为致死，或者自然人死亡后其人格或者遗体遭受侵害，死者的配偶、父母和子女向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，列其配偶、父母和子女为原告；没有配偶、父母和子女的，可以由其他近亲属提起诉讼，列其他近亲属为原告。

【例2】甲于2007年2月死亡。乙因与甲生前素来不和，遂到处散布甲系赌博欠下巨额高利贷无法偿还而自杀身亡，在社会上造成了较恶劣的影响。甲之子欲向法院起诉，要求追究乙的侵权责任。下列哪一选项是正确的？（2008延考-3-16，单选）⁶

- A. 甲已经死亡，不再具有民事主体资格，因而乙的行为不构成侵权
- B. 乙的行为侵害了甲的名誉，依法应当承担侵权责任
- C. 只有甲的配偶有权代表甲对乙提起诉讼
- D. 只有甲的子女有权对乙提起诉讼

【例3】欣欣美容医院在为青年女演员欢欢实施隆鼻手术过程中，因未严格消毒导致欢欢面部感染，经治愈后面部仍留下较大疤痕。欢欢因此诉诸法院，要求欣欣医院赔偿医疗费并主张精神损害赔偿。该案受理后不久，欢欢因心脏病急性发作猝死。网络名人洋洋在其博客上杜撰欢欢吸毒过量致死。下列哪一表述是错误的？（2014-3-22，单选）⁷

- A. 欣欣医院构成违约行为和侵权行为
- B. 欢欢的继承人可继承欣欣医院对欢欢支付的精神损害赔偿金
- C. 洋洋的行为侵犯了欢欢的名誉权
- D. 欢欢的母亲可以欢欢的名义对洋洋提起侵权之诉

⁶ 答案：B

⁷ 答案：D

2. 自然人的民事行为能力

概念	自然人的民事行为能力，指自然人能够以自己的行为独立行使民事权利和承担民事义务，并且能够对自己的违法行为独立承担民事责任的资格。民事行为能力决定自然人可否自己以自己的名义从事民事活动，凡欠缺民事行为能力者，对该行为的效力影响较为复杂，需视情况分析。
无民事行为能力人的行为效力（无效）	不满八周岁的未成年人为无民事行为能力人，由其法定代理人代理实施民事法律行为。（《民法总则》第二十条）
	不能辨认自己行为的成年人为无民事行为能力人，由其法定代理人代理实施民事法律行为。（《民法总则》第二十一条第一款）
	八周岁以上的未成年人不能辨认自己行为的，适用前款规定。（《民法总则》第二十一条第二款）

【例4】肖特有音乐天赋，16岁便不再上学，以演出收入为主要生活来源。肖特成长过程中，多有长辈馈赠：7岁时受赠口琴1个，9岁时受赠钢琴1架，15岁时受赠名贵小提琴1把。对肖特行为能力及其受赠行为效力的判断，根据《民法总则》相关规定，下列哪一选项是正确的？（2017-3-2，单选）⁸

- A. 肖特尚不具备完全的民事行为能力
- B. 受赠口琴的行为无效，应由其法定代理人代理实施
- C. 受赠钢琴的行为无效，因与其当时的年龄智力不相当
- D. 受赠小提琴的行为无效，因与其当时的年龄智力不相当

限制民事行为能力人的行为效力	两点有效（与行为能力相适应的行为；纯获利益的行为）
	一点无效（非合同行为如单方法律行为）
	一点效力待定（合同行为）
<p>【参考法条】</p> <p>《民法总则》第二十二条不能完全辨认自己行为的成年人为限制民事行为能力人，实施民事法律行为由其法定代理人代理或者经其法定代理人同意、追认，但是可以独立实施纯获利益的民事法律行为或者与其智力、精神健康状况相适应的民事法律行为。</p> <p>《民法总则》第二十四条不能辨认或者不能完全辨认自己行为的成年人，其利害关系人或者有关组织，可以向人民法院申请认定该成年人为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人。</p> <p>被人民法院认定为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的，经本人、利害关系人或者有关组织申请，人民法院可以根据其智力、精神健康恢复的状况，认定该成年人恢复为限制民事行为能力人或者完全民事行为能力人。</p> <p>本条规定的有关组织包括：居民委员会、村民委员会、学校、医疗机构、妇女联合会、残疾人联合会、依法设立的老年人组织、民政部门等。</p>	
完全民事行为能力人的行为效力	原则上有效

8 答案：B

【例 5】甲公司与 15 周岁的网络奇才陈某签订委托合同，授权陈某为甲公司购买价值不超过 50 万元的软件。陈某的父母知道后，明确表示反对。关于委托合同和代理权授予的效力，下列哪一表述是正确的？(2015-3-4，单选)⁹

- A. 均无效，因陈某的父母拒绝追认
- B. 均有效，因委托合同仅需简单智力投入，不会损害陈某的利益，其父母是否追认并不重要
- C. 是否有效，需确认陈某的真实意思，其父母拒绝追认，甲公司可向法院起诉请求确认委托合同的效力
- D. 委托合同因陈某的父母不追认而无效，但代理权授予是单方法律行为，无需追认即有效

【例 6】甲十七岁，以个人积蓄 1,000 元在慈善拍卖会拍得明星乙表演用过的道具，市价约 100 元。事后，甲觉得道具价值与其价格很不相称，颇为后悔。关于这一买卖，下列哪一说法是正确的？(2010-3-2，单选)¹⁰

- A. 买卖显失公平，甲有权要求撤销
- B. 买卖存在重大误解，甲有权要求撤销
- C. 买卖无效，甲为限制行为能力人
- D. 买卖有效

3. 宣告失踪

概念	自然人下落不明达到法定期限，经利害关系人申请，由人民法院依法定程序宣告其为失踪人，并为其设定财产代管人，以结束失踪人财产关系不稳定状态的法律制度。
日期	计算方法：下落不明满 2 年。 下落不明，指离开最后居住地，没有音讯的状态。 2 年的期限自离开最后居住地的“次日”起算。
申请人	自然人下落不明满二年的，利害关系人可以向人民法院申请宣告该自然人为失踪人。《民法通则》第四十条） 申请宣告失踪的利害关系人，包括被申请宣告失踪人的配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女以及其他与被申请人有民事权利义务关系的人。《民通意见》第二十四条） ①无先后顺序②有范围：一切利害关系人③排除规则：不利者无权申请。
公告期	3 个月（公告期满仍下落不明的，可以宣告失踪）

⁹ 答案：D

¹⁰ 答案：D

代管人	<p>失踪人的财产由其配偶、成年子女、父母或者其他愿意担任财产代管人的人代管。代管有争议，没有前款规定的人，或者前款规定的人无代管能力的，由人民法院指定的人代管。《民法总则》第四十二条)</p> <p>财产代管人应当妥善管理失踪人的财产，维护其财产权益。</p> <p>失踪人所欠税款、债务和应付的其他费用，由财产代管人从失踪人的财产中支付。</p> <p>财产代管人因故意或者重大过失造成失踪人财产损失的，应当承担赔偿责任。《民法总则》第四十三条)</p> <p>财产代管人不履行代管职责、侵害失踪人财产权益或者丧失代管能力的，失踪人的利害关系人可以向人民法院申请变更财产代管人。</p> <p>财产代管人有正当理由的，可以向人民法院申请变更财产代管人。</p> <p>人民法院变更财产代管人的，变更后的财产代管人有权要求原财产代管人及时移交有关财产并报告财产代管情况。《民法总则》第四十四条)</p> <p>①实体地位：管理、处分财产</p> <p>②程序地位：诉讼当事人</p>
-----	--

【例 7】甲与乙离婚，甲乙的子女均已成年，与乙一起生活。甲与丙再婚后购买了一套房屋，登记在甲的名下。后甲因中风不能自理，常年卧床。丙见状离家出走达 3 年之久。甲乙的子女和乙想要回房屋，进行法律咨询。下列哪些意见是错误的？(2011-3-52, 多选)¹¹

- A. 因房屋登记在甲的名下，故属于甲个人房产
- B. 丙在甲中风后未尽妻子责任和义务，不能主张房产份额
- C. 甲乙的子女可以申请宣告丙失踪
- D. 甲本人向法院提交书面意见后，甲乙的子女可代理甲参与甲与丙的离婚诉讼

4. 宣告死亡

情形	<p>①一般情形下落不明的，自下落不明之日起满 4 年。</p> <p>②因意外事故下落不明的，自下落不明之日起满 2 年。</p> <p>③因意外事故下落不明，经有关机关证明不可能生存的，可以直接申请宣告死亡。</p> <p>注意：以上时间当天均不算入内，从次日开始起算。</p>
申请人	无先后顺序
公告期	<p>一般情形下落不明、因意外事故下落不明：1 年</p> <p>因意外事故下落不明，经有关机关证明不可能生存的：3 个月</p>
死亡日	人民法院宣告死亡的判决作出之日视为死亡日，发生死亡的法律后果。

¹¹ 答案：ABC

效力	八字口诀：妻离子散，家破人亡（等同于自然死亡）。 妻离——婚姻关系解除； 子散——子女可被送养； 家破——继承开始发生； 人亡——主体资格丧失。
死亡宣告被撤销的法律后果	①婚姻：可以自行恢复，但是其配偶再婚或者向婚姻登记机关书面声明不愿意恢复的除外。 ②收养：有效，不得单方主张解除或者主张无效。 ③继承：继承人所得财产，原物存在的，返还；不存在的，适当补偿；第三人合法取得的（不强调有偿），不负返还义务，但可由处分人适当补偿。 ④赔偿：利害关系人隐瞒真实情况，致使他人被宣告死亡取得其财产的，除应当返还财产外，还应当对由此造成的损失承担赔偿责任。原则：能恢复的恢复，不能恢复的补偿，有第三人介入的，应当保护第三人的合法权益。
被宣告死亡后的行为效力	自然人被宣告死亡但是并未死亡的，不影响该自然人在被宣告死亡期间实施的民事法律行为的效力。（《民法总则》第四十九条）
宣告失踪与宣告死亡的关系	①宣告失踪不是宣告死亡的必经程序。 ②以申请人的申请为准。 ③对同一自然人，有的申请宣告死亡，有的申请宣告失踪的，应当宣告死亡。
【参考法条】 《民法总则》第四十七条对同一自然人，有的利害关系人申请宣告死亡，有的利害关系人申请宣告失踪，符合本法规定的宣告死亡条件的，人民法院应当宣告死亡。 《民通意见》第二十九条宣告失踪不是宣告死亡的必须程序。公民下落不明，符合申请宣告死亡的条件，利害关系人可以不经申请宣告失踪而直接申请宣告死亡。但利害关系人只申请宣告失踪的，应当宣告失踪；同一顺序的利害关系人，有的申请宣告死亡，有的不同意宣告死亡，则应当宣告死亡。	

【例 8】甲出境经商下落不明，2015 年 9 月经其妻乙请求被 K 县法院宣告死亡，其后乙未再婚，乙是甲唯一的继承人。2016 年 3 月，乙将家里的一辆轿车赠送给了弟弟丙，交付并办理了过户登记。2016 年 10 月，经商失败的甲返回 K 县，为还债将登记于自己名下的一套夫妻共有住房私自卖给知情的丁；同年 12 月，甲的死亡宣告被撤销。下列哪些选项是正确的？(2017-3-52，多选)¹²

- A. 甲、乙的婚姻关系自撤销死亡宣告之日起自行恢复
- B. 乙有权赠与该轿车
- C. 丙可不返还该轿车
- D. 甲出卖房屋的行为无效

12 答案：ABC

5. 住所

住所的确定	自然人以户籍登记或者其他有效身份登记记载的居所为住所；经常居所与住所不一致的，经常居所视为住所。（《民法总则》第二十五条） 经常居住地指自然人离开住所地最后连续居住一年以上的地方，住院就医的除外。
-------	---

6. 监护

{ 法定监护
 指定监护
 意定监护

（一）法定监护

未成年人	父母是未成年子女的监护人。 未成年人的父母已经死亡或者没有监护能力的，由下列有监护能力的人按顺序担任监护人： （一）祖父母、外祖父母； （二）兄、姐；（无需成年，因为 16 周岁可能视为完人） （三）其他愿意担任监护人的个人或者组织，但是须经未成年人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门同意。（《民法总则》第二十七条）
成年人	无民事行为能力或者限制民事行为能力的成年人，由下列有监护能力的人按顺序担任监护人： （一）配偶； （二）父母、子女； （三）其他近亲属； （四）其他愿意担任监护人的个人或者组织，但是须经被监护人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门同意。（《民法总则》第二十八条）

（二）指定监护

前提	被监护人的父母双亡或者全都丧失民事行为能力。
遗嘱监护	被监护人的父母担任监护人的，可以通过遗嘱指定监护人。（《民法总则》第二十九条）
协议监护	依法具有监护资格的人之间可以协议确定监护人。协议确定监护人应当尊重被监护人的真实意愿。（《民法总则》第三十条）
争议解决	对监护人的确定有争议的，由被监护人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门指定监护人，有关当事人对指定不服的，可以向人民法院申请指定监护人；有关当事人也可以直接向人民法院申请指定监护人。 居民委员会、村民委员会、民政部门或者人民法院应当尊重被监护人的真实意愿，按照最有利于被监护人的原则在依法具有监护资格的人中指定监护人。（有关组织指定不再是人民法院指定的前置必经程序） 依照本条第一款规定指定监护人前，被监护人的人身权利、财产权利以及其他合法权益处于无人保护状态的，由被监护人住所地的居民委员会、村民委员会、法律规定的有关组织或者民政部门担任临时监护人。 监护人被指定后，不得擅自变更；擅自变更的，不免除被指定的监护人的责任。（《民法总则》第三十一条）

兜底监护	没有依法具有监护资格的人的，监护人由民政部门担任，也可以由具备履行监护职责条件的被监护人住所地的居民委员会、村民委员会担任。 (《民法总则》第三十二条)
------	---

【例 9】甲十五岁，精神病人。关于其监护问题，下列哪一表述是正确的？(2010-3-3, 单选)¹³

- A. 监护人只能是甲的近亲属或关系密切的其他亲属、朋友
- B. 监护人可是同一顺序中的数人
- C. 对担任监护人有争议的，可直接请求法院裁决
- D. 为甲设定监护人，适用关于精神病人监护的规定

(三) 意定监护

具有完全民事行为能力的成年人，可以与其近亲属、其他愿意担任监护人的个人或者组织事先协商，以书面形式确定自己的监护人。协商确定的监护人在该成年人丧失或者部分丧失民事行为能力时，履行监护职责。(《民法总则》第三十三条)

【例 10】余某与其妻婚后不育，依法收养了孤儿小翠。不久后余某与妻子离婚，小翠由余某抚养。现余某身患重病，为自己和幼女小翠的未来担忧，欲作相应安排。下列哪些选项是正确的？(2017-3-51, 多选)¹⁴

- A. 余某可通过遗嘱指定其父亲在其身故后担任小翠的监护人
- B. 余某可与前妻协议确定由前妻担任小翠的监护人
- C. 余某可与其堂兄事先协商以书面形式确定堂兄为自己的监护人
- D. 如余某病故，应由余某父母担任小翠的监护人

【例 11】张某和李某达成收养协议，约定由李某收养张某 6 岁的孩子小张；任何一方违反约定，应承担违约责任。双方办理了登记手续，张某依约向李某支付了 10 万元。李某收养小张 1 年后，因小张殴打他人赔偿了 1 万元，李某要求解除收养协议并要求张某赔偿该 1 万元。张某同意解除但要求李某返还 10 元。下列哪一表述正确？(2014-3-2, 单选)¹⁵

- A. 李某、张某不得解除收养关系
- B. 李某应对张某承担违约责任
- C. 张某应赔偿李某 1 万元

13 答案：BC(《民法总则》生效后，本题变为多选题)

14 答案：ABC

15 答案：D

D. 李某应返还不当得利

【例 12】关于监护，下列哪一表述是正确的？（2013-3-2，单选）¹⁶

A. 甲委托医院照料其患精神病的配偶乙，医院是委托监护人

B. 甲的幼子乙在寄宿制幼儿园期间，甲的监护职责全部转移给幼儿园

C. 甲丧夫后携幼子乙改嫁，乙的爷爷有权要求法院确定自己为乙的法定监护人

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

(四) 其他规定

监护人的职责与法律责任	<p>①非为被监护人利益，不得处理被监护人财产。</p> <p>②一般情况下，监护人承担无过错责任原则，即被监护人造成他人损害的，由监护人承担民事责任。监护人尽了监护责任的，可以减轻他的民事责任。</p>
父母离婚后的责任分担	<p>①离婚后，父母仍均为子女的监护人；</p> <p>②与子女共同生活一方独立承担责任；如果独立承担民事责任确有困难的，可以责令未与该子女共同生活的一方承担补充责任。</p>
监护人责任不明时的责任承担	<p>具备以下两条件的人承担责任：</p> <p>①顺序在前；</p> <p>②有监护能力。</p>
十八周岁上下的责任承担	<p>①侵权时不满 18 周岁，诉讼时已满 18 周岁的；有经济能力的，本人承担责任；无经济能力的，仍由原监护人承担。</p> <p>②侵权时已满 18 周岁的，原则上本人承担责任；无经济收入的，扶养人垫付；垫付有困难的，可以判决或调解延期给付。</p>
监护权的撤销	<p>监护人有下列情形之一的，人民法院根据有关个人或者组织的申请，撤销其监护人资格，安排必要的临时监护措施，并按照最有利于被监护人的原则依法指定监护人：</p> <p>（一）实施严重损害被监护人身心健康行为的；</p> <p>（二）怠于履行监护职责，或者无法履行监护职责并且拒绝将监护职责部分或者全部委托给他人，导致被监护人处于危困状态的；</p> <p>（三）实施严重侵害被监护人合法权益的其他行为的。</p> <p>本条规定的有关个人和组织包括：其他依法具有监护资格的人，居民委员会、村民委员会、学校、医疗机构、妇女联合会、残疾人联合会、未成年人保护组织、依法设立的老年人组织、民政部门等。</p> <p>前款规定的个人和民政部门以外的组织未及时向人民法院申请撤销监护人资格的，民政部门应当向人民法院申请。（《民法总则》第三十六条）</p>

¹⁶ 答案：A

监护权撤销的后果	依法负担被监护人抚养费、赡养费、扶养费的父母、子女、配偶等，被人民法院撤销监护人资格后，应当继续履行负担的义务。（《民法总则》第三十七条）
监护资格的恢复	被监护人的父母或者子女被人民法院撤销监护人资格后，除对被监护人实施故意犯罪的外，确有悔改表现的，经其申请，人民法院可以在尊重被监护人真实意愿的前提下，视情况恢复其监护人资格，人民法院指定的监护人与被监护人的监护关系同时终止。（《民法总则》第三十八条）
监护关系的终止	有下列情形之一的，监护关系终止： （一）被监护人取得或者恢复完全民事行为能力； （二）监护人丧失监护能力； （三）被监护人或者监护人死亡； （四）人民法院认定监护关系终止的其他情形。 监护关系终止后，被监护人仍然需要监护的，应当依法另行确定监护人。 （《民法总则》第三十九条）

第三章 民事法律行为

1. 民事法律行为的成立与生效

成立的含义	意思表示的完成即为法律行为的成立。(事实判断)
生效的含义	当事人的意思表示具有合法性。(价值判断)
生效的条件	①行为人具有相应的民事行为能力——欠缺者会导致行为的无效或者效力待定。 ②意思表示真实——违反者会导致行为的可撤销。 ③内容合法——违反者会导致行为的无效。 ④部分行为的形式合法。
成立与生效的关系	一般关系：成立即生效 特殊情况： ①先成立后生效 须批准或登记的三个涉外合同(《合同法》第四十四条第二款) 附延缓条件的(《合同法》第四十五条) 附始期的(《合同法》第四十六条) ②成立但不能生效 无效的行为 被撤销的行为 被拒绝追认的效力待定行为 附条件未实现的行为

【例1】郭某意外死亡，其妻甲怀孕两个月。郭某父亲乙与甲签订协议：“如把孩子顺利生下来，就送十根金条给孩子。”当日乙把八根金条交给了甲。孩子顺利出生后，甲不同意由乙抚养孩子，乙拒绝交付剩余的两根金条，并要求甲退回八根金条。下列哪些选项是正确的？(2015-3-60，多选)¹⁷

- A. 孩子为胎儿，不具备权利能力，故协议无效
- B. 孩子已出生，故乙不得拒绝赠与
- C. 八根金条已交付，故乙不得要求退回
- D. 两根金条未交付，故乙有权不交付金条未交付，故乙有权不交付

意思表示构成要件	客观要件：表示行为 主观要件： ①行为意思：控制自己行为的意思 ②表示意思：明了自己行为具有某种法律意义的意识 ③效果意思：行为所追求的法律效果之内容
----------	---

¹⁷ 答案：BC

【例 2】下列哪些情形构成意思表示？（2007-3-51，多选）¹⁸

- A. 甲对乙说：我儿子如果考上重点大学，我一定请你喝酒
- B. 潘某在寻物启示中称，愿向送还失物者付酬金 500 元
- C. 孙某临终前在日记中写道：若离人世，愿将个人藏书赠与好友汪某
- D. 何某向一台自动售货机投币购买饮料

【例 3】教授甲举办学术讲座时，在礼堂外的张贴栏中公告其一部新著的书名及价格，告知有意购买者在门口的签字簿上签名。学生乙未留意该公告，以为签字簿是为签到而设，遂在上面签名。对乙的行为应如何认定？（2005-3-1，单选）¹⁹

- A. 乙的行为可推定为购买甲新著的意思表示
- B. 乙的行为构成重大误解，在此基础上成立的买卖合同可撤销
- C. 甲的行为属于要约，乙的行为属于附条件承诺，二者成立买卖合同，但需乙最后确认
- D. 乙的行为并非意思表示，在甲乙之间并未成立买卖合同

好意施惠关系	又称情谊关系，泛指不能在当事人之间产生合同关系的约定或承诺。 本质特征在于当事人欠缺法律行为上的效果意思，也没有受其拘束的意思，所以不会发生私法上的效果，所以不受民法上的调整。如搭便车到某地、火车过站叫醒、顺路投寄信件、邀请参加宴会、请客吃饭或郊游等。
法律效果	①不产生合同关系（不产生违约责任或者缔约过失责任）。 ②若有符合构成要件的侵权发生时，仍可成立侵权之债。

【例 4】某日清晨，甲出门遛狗。由于在家门口附近，没有戴项圈和狗链。甲的狗看见马路对面草坪上乙的小狗，不顾一切向马路对面冲去，却不料在路中央被汽车当场撞死。经查，汽车司机丙正常行驶，车况良好，当时发现甲的狗时急忙刹车，仍然没有能够避免将狗撞死。同时，丙免费搭载了单位同事丁，因紧急刹车造成丁轻伤，花去医疗费 3000 元。对于甲的狗被撞死以及丁受伤的损失，以下说法错误的是：（习题演练，不定项）²⁰

- A. 甲可以要求丙赔偿狗的损失，因为狗是丙撞死的
- B. 丁可以要求丙承担违约责任
- C. 丁可以向丙提起侵权之诉，要求丙赔偿 3000 元医疗费
- D. 甲应当对丁的损失承担赔偿责任

18 答案：BCD
19 答案：D
20 答案：ABC

2. 民事法律行为的效力分类 (以合同为例) (口诀: 足球阵形 4-3-3)

无效合同	<p>①恶意串通, 损害国家、集体或第三人的利益。(回扣)</p> <p>②虚伪表示和隐藏行为。(阴阳合同 < 阳合同无效 >)</p> <p>③违背公序良俗。(代孕合同)</p> <p>④违反法律、行政法规强制性规定。(毒品买卖合同)</p> <p>效力性强制性规定: 绝对不允许特定类型民事法律行为发生效力的强制性规定。</p> <p>管理性(取缔性)强制性规定: 授权管理机关可以就特定类型的民事法律行为对民事主体采取行政处罚措施的强制性规定。违反管理性强制性规定, 并不当然影响民事行为的效力。</p> <p>注意: 民事法律行为部分无效, 不影响其他部分效力的, 其他部分仍然有效。</p>
<p>【参考法条】</p> <p>《合同法解释二》第十四条 合同法第五十二条第(五)项规定的“强制性规定”, 是指效力性强制性规定。</p> <p>《合同法解释一》第四条 合同法实施以后, 人民法院确认合同无效, 应当以全国人大及其常委会制定的法律和国务院制定的行政法规为依据, 不得以地方性法规、行政规章为依据。</p> <p>《合同法解释一》第十条 当事人超越经营范围订立合同, 人民法院不因此认定合同无效。但违反国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营规定的除外。</p>	

【例 5】 下列哪些情形属于无效合同? (2012-3-52, 多选)²¹

- A. 甲医院以国产假肢冒充进口假肢, 高价卖给乙
- B. 甲乙双方为了在办理房屋过户登记时避税, 将实际成交价为 100 万元的房屋买卖合同价格写为 60 万元
- C. 有妇之夫甲委托未婚女乙代孕, 约定事成后甲补偿乙 50 万元
- D. 甲父患癌症急需用钱, 乙趁机以低价收购甲收藏的 1 幅名画, 甲无奈与乙签订了买卖合同

可撤销的合同	<p>欺诈</p> <p>①一方故意告知虚假事实或者隐瞒真实事实</p> <p>②对方因此陷入错误认识</p> <p>③对方因此作出不真实的意思表示</p> <p>④欺诈具有不正当性</p> <p>特别注意: 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。《民法总则》第一百四十九条)</p>
--------	--

21 答案: BC

可撤销的合同	胁迫	①故意预告实施危害 ②对方因此陷入恐惧 ③对方因恐惧作出不真实的意思表示 ④胁迫具有不正当性 特别注意：一方或者第三人以胁迫手段，使对方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为，受胁迫方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。 （胁迫零容忍） （《民法总则》第一百五十条）
	重大误解	①表意人对合同的要素发生重大误解（行为的性质；对方当事人；标的物的品种、质量、规格和数量） ②因为误解，致使表意人表示的意思与内心真意不一致 ③表意人因误解遭受较大损失
	显示公平	①合同当事人的权利义务明显不对等，违反公平、等价有偿原则 ②显失公平的事实发生在合同订立之时 ③一方当事人利用自己的优势或者利用对方没有经验、轻率（乘人之危）
	撤销权	有下列情形之一的，撤销权消灭： （一）当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内、重大误解的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起九十日内没有行使撤销权； （二）当事人受胁迫，自胁迫行为终止之日起一年内没有行使撤销权； （三）当事人知道撤销事由后明确表示或者以自己的行为表明放弃撤销权。 当事人自民事法律行为发生之日起五年内没有行使撤销权的，撤销权消灭。 （《民法总则》第一百五十二条） 口诀：三一五行使方式：起诉或仲裁

【例 6】齐某扮成建筑工人模样，在工地旁摆放一尊廉价购得的旧蟾蜍石雕，冒充新挖出文物等待买主。甲曾以 5000 元从齐某处买过一尊同款石雕，发现被骗后正在和齐某交涉时，乙过来询问。甲有意让乙也上当，以便要回被骗款项，未等齐某开口便对乙说：“我之前从他这买了一个貔貅，转手就赚了，这个你不要我就要了。”乙信以为真，以 5000 元买下石雕。关于所涉民事法律行为的效力，下列哪一说法是正确的？(2017-3-3，单选)²²

- A. 乙可向甲主张撤销其购买行为
- B. 乙可向齐某主张撤销其购买行为
- C. 甲不得向齐某主张撤销其购买行为
- D. 乙的撤销权自购买行为发生之日起 2 年内不行使则消灭

【例 7】下列哪一情形下，甲对乙不构成胁迫？（2013-3-3，单选）²³

- A. 甲说，如不出借 1 万元，则举报乙犯罪。乙照办，后查实乙构成犯罪
- B. 甲说，如不将藏獒卖给甲，则举报乙犯罪。乙照办，后查实乙不构成犯罪
- C. 甲说，如不购甲即将报废的汽车，将公开乙的个人隐私。乙照办
- D. 甲说，如不赔偿乙撞伤甲的医疗费，则举报乙醉酒驾车。乙照办，甲取得医疗费

和慰问金

【例 8】下列哪一情形构成重大误解，属于可撤销的民事法律行为？（2012-3-3，单选）²⁴

- A. 甲立下遗嘱，误将乙的字画分配给继承人
- B. 甲装修房屋，误以为乙的地砖为自家所有，并予以使用
- C. 甲入住乙宾馆，误以为乙宾馆提供的茶叶是无偿的，并予以使用
- D. 甲要购买电动车，误以为精神病人乙是完全民事行为能力人，并与之签订买卖合同

【例 9】甲手机专卖店门口立有一块木板，上书“假一罚十”四个醒目大字。乙从该店购买了一部手机，后经有关部门鉴定，该手机属于假冒产品，乙遂要求甲履行其“假一罚十”的承诺。关于本案，下列哪一选项是正确的？（2008-3-7，单选）²⁵

- A. “假一罚十”过分加重了甲的负担，属于无效的格式条款
- B. “假一罚十”没有被订入到合同之中，故对甲没有约束力
- C. “假一罚十”显失公平，甲有权请求法院予以变更或者撤销
- D. “假一罚十”是甲自愿作出的真实意思表示，应当认定为有效

【例 10】甲以 23 万元的价格将一辆机动车卖给乙。该车因里程表故障显示行驶里程为 4 万公里，但实际行驶了 8 万公里，市值为 16 万元。甲明知有误，却未向乙说明，乙误以为真。乙的下列哪一请求是错误的？（2015-3-2，单选）²⁶

- A. 以甲欺诈为由请求法院变更合同，在此情况下法院不得判令撤销合同
- B. 请求甲减少价款至 16 万元
- C. 以重大误解为由，致函甲请求撤销合同，合同自该函到达甲时即被撤销
- D. 请求甲承担缔约过失责任

23 答案：D

24 答案：C

25 答案：D

26 答案：C

效力待定的合同	限制民事行为能力人
	无权处分人
	无权代理人
【参考法条】 《合同法》第三条无处分权的人处分他人财产，经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的，该合同有效。 《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第三条当事人一方以出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的，人民法院不予支持。出卖人因未取得所有权或者处分权致使标的物所有权不能转移，买受人要求出卖人承担违约责任或者要求解除合同并主张损害赔偿的，人民法院应予支持。	

【例 11】甲、乙结婚后购得房屋一套，仅以甲的名义进行了登记。后甲、乙感情不和，甲擅自将房屋以时价出售给不知情的丙，并办理了房屋所有权变更登记手续。对此，下列哪一选项是正确的？（2008-3-13，单选）27

- A. 买卖合同有效，房屋所有权未转移 B. 买卖合同无效，房屋所有权已转移
C. 买卖合同有效，房屋所有权已转移 D. 买卖合同无效，房屋所有权未转移

【例 12】甲公司在城市公园旁开发预售期房，乙、丙等近百人一次性支付了购房款，总额近 8000 万元。但甲公司迟迟未开工，按期交房无望。乙、丙等购房人多次集体去甲公司交涉无果，险些引发群体性事件。面对疯涨房价，乙、丙等购房人为另行购房，无奈与甲公司签订《退款协议书》，承诺放弃数额巨大利息、违约金的支付要求，领回原购房款。经咨询，乙、丙等购房人起诉甲公司。下列哪一说法准确体现了公平正义的有关要求？（2011-3-1，单选）28

- A. 《退款协议书》虽是当事人真实意思表示，但为兼顾情理，法院应当依据购房人的要求变更该协议，由甲公司支付利息和违约金
B. 《退款协议书》是甲公司胁迫乙、丙等人订立的，为确保合法合理，法院应当依据购房人的要求宣告该协议无效，由甲公司支付利息和违约金
C. 《退款协议书》的订立显失公平，为保护购房人的利益，法院应当依据购房人的要求撤销该协议，由甲公司支付利息和违约金
D. 《退款协议书》损害社会公共利益，为确保利益均衡，法院应当依据购房人的要求撤销该协议，由甲公司支付利息和违约金

27 答案：C

28 答案：C

【例 13】房地产开发企业甲先与乙签订买卖合同并交付该别墅，乙支付了全部房款，但未办理产权变更登记。后来，甲与不知情的丙签订买卖合同并办理了产权变更登记。再后来，甲又与不知情的丁签订了买卖合同。下列关于甲、丁之间买卖合同的何种表述是正确的？（2006-3-92，不定项）²⁹

- A. 合同因欺诈而可撤销
- B. 合同因自始履行不能而无效
- C. 合同因无权处分而效力待定
- D. 如果合同被撤销，则甲应向丁承担缔约过错责任

3. 附条件、附期限的民事法律行为

条件的分类	延缓条件、解除条件；肯定条件、否定条件
条件的要件	将来事实、不确定事实、合法事实、约定事实
条件需自然成就，否则，适得其反。	
不得附条件的民事法律行为	①依其性质不许附条件：如票据行为；撤销、抵销、承认、解除及选择权的行使等单方行为。 ②附条件有违公序良俗，主要跟身份有关，如结婚、离婚、收养，收养关系的解除，继承之承认与抛弃，对非婚生子女的承认与否认等。
条件与期限的区别——确定性（附条件是可能实现，附期限是一定实现）	

【例 14】甲打算卖房，问乙是否愿买，乙一向迷信，就跟甲说：“如果明天早上 7 点你家屋顶上来了喜鹊，我就出 10 万块钱买你的房子。”甲同意。乙回家后非常后悔。第二天早上 7 点差几分时，恰有一群喜鹊停在甲家的屋顶上，乙正要 will 将喜鹊赶走，甲不知情的儿子拿起弹弓把喜鹊打跑了，至 7 点再无喜鹊飞来。关于甲乙之间的房屋买卖合同，下列哪一选项是正确的？（2008-3-6，单选）³⁰

- A. 合同尚未成立
- B. 合同无效
- C. 乙有权拒绝履行该合同
- D. 乙应当履行该合同

【例 15】甲对乙说：“等你过 70 大寿时，我送你一辆宝马车。”下列说法错误的是（习题演练，不定项）³¹

- A. 该合同是附延缓条件的合同
- B. 该合同是附生效期限的合同
- C. 该合同成立但未生效
- D. 该合同既未成立也未生效

29 答案：AD

30 答案：C

31 答案：BD

第四章 代理

概念	代理是指代理人基于被代理人之委托为被代理人之利益以被代理人之名义而与第三人之间为一定的法律行为。
代理与委托的区别	<p>①代理的成立需要有三方当事人，此为区别于委托之一的地方。此处的三方当事人分别是：代理人、被代理人与第三人。这说明代理人与被代理人在法律人格上是相互独立的，此处严格区别于代表：在代表关系中，代表人的人格被被代表人所吸收不存在独立人格，所以只存在被代表人与第三方的关系，而不存在三方当事人以及三方关系。</p> <p>②代理属于民事法律行为。这也是与委托相区分的第二点。</p> <p>③代理人在为被代理人办事且主观上在为被代理人谋利益。所以代理有一系列的表面特征：以被代理人名义；接受被代理人的指示；一切利益归被代理人等等。</p>
直接代理与行纪的区别	<p>①行纪合同拘束行纪人。（《合同法》第四百二十一条）</p> <p>②行纪人以自己的名义签合同。（《合同法》第四百一十四条）</p> <p>③行纪合同中自买自卖有效。（《合同法》第四百一十九条）</p> <p>④行纪合同中行纪人自己承担费用。（《合同法》第四百一十五条）</p> <p>⑤行纪合同有偿。（《合同法》第四百一十四条）</p>
间接代理与行纪的区别	<p>间接代理中委托人有自动介入权，受托人有披露义务，第三人有选择权（确定选择权后不得变更）委托人有被动介入权。（《合同法》第四百零三条）</p> <p>行纪人为合同当事人，对与其交易的第三人承担义务。（《合同法》第四百二十一条）</p>
代理与传达的区别	<p>①传达人不需具备完全行为能力。</p> <p>②传达错误的，传达人一般不承担责任。</p>
<p>【参考法条】</p> <p>《合同法》第四百零二条受托人以自己的名义，在委托人的授权范围内与第三人订立的合同，第三人在订立合同时知道受托人与委托人之间的代理关系的，该合同直接约束委托人和第三人，但有确切证据证明该合同只约束受托人和第三人的除外。</p> <p>《合同法》第四百零三条受托人以自己的名义与第三人订立合同时，第三人不知道受托人与委托人之间的代理关系的，受托人因第三人的原因对委托人不履行义务，受托人应当向委托人披露第三人，委托人因此可以行使受托人对第三人的权利，但第三人与受托人订立合同时如果知道该委托人就不会订立合同的除外。</p> <p>受托人因委托人的原因对第三人不履行义务，受托人应当向第三人披露委托人，第三人因此可以选择受托人或者委托人作为相对人主张其权利，但第三人不得变更选定的相对人。</p> <p>委托人行使受托人对第三人的权利的，第三人可以向委托人主张其对受托人的抗辩。第三人选定委托人作为其相对人的，委托人可以向第三人主张其对受托人的抗辩以及受托人对第三人的抗辩。</p>	

【例 1】下列哪些情形属于代理？（2012-3-53，多选）³²

- A. 甲请乙从国外代购 1 套名牌饮具，乙自己要买 2 套，故乙共买 3 套一并结账
- B. 甲请乙代购茶叶，乙将甲写好茶叶名称的纸条交给销售员，告知其是为自己朋友买茶叶
- C. 甲律师接受法院指定担任被告人乙的辩护人
- D. 甲介绍歌星乙参加某演唱会，并与主办方签订了三方协议

【例 2】甲委托乙购买一套机械设备，但要求以乙的名义签订合同，乙同意，遂与丙签订了设备购买合同。后由于甲的原因，乙不能按时向丙支付设备款。在乙向丙说明了自己是受甲委托向丙购买机械设备后，关于丙的权利，下列哪一选项是正确的？（2008-3-3，单选）³³

- A. 只能要求甲支付
- B. 只能要求乙支付
- C. 可选择要求甲或乙支付
- D. 可要求甲和乙承担连带责任

代理的分类	法定代理、委托代理（最新观点：无指定代理）
委托合同（基础关系）、授权行为（代理权产生的依据）、代理三者关系： 委托代理中代理人和被代理人存在基础关系：如委托合同、合伙合同、承揽合同、劳动合同、雇佣合同等。 授权行为属于单方法律行为。	
代理权行使原则	亲自行使；在权限范围内行使；谨慎、勤勉。
滥用代理权的行为	自己代理；双方代理；代理人与第三人恶意串通
共同代理	两个以上的受托人共同处理委托事务的，对本人承担连带责任。 ①责任主体：共同代理人，向委托人负责。 ②法定情形：共同代理人就过错的共同代理行为对本人承担连带责任，未与其他代理人协商的除外。

【例 3】甲建筑公司委托乙与丙为其代理人，向丁化工公司联系承包该公司的新厂房建筑业务，为求能达成交易，获得佣金，乙与丙隐瞒了甲公司资质不足的事实，后该合同被丁公司以欺诈为由撤销，并要求甲公司赔偿损失若干。（习题演练，案例分析）

1. 甲承担损失后，得如何寻求救济？
2. 若签订合同之时的隐瞒行为，系乙自作主张，并未与丙商议，甲得如何主张权利？
3. 若乙丙为欺诈行为时，甲得知此事而未表示反对，丁得要求谁赔偿其损失？

32 答案：AB

33 答案：C

复代理	成立情形转委托	在本人事先同意、事后追认和紧急情况三种情形下，代理人得转委托。
	效力关系转委托	转委托情况下，代理人仅就在对复代理人的选任和指示范围内负责： ①选任责任：即所选第三人其人品道德存在重大瑕疵并由此造成本人的损失； ②指示责任：即对次代理人有错误指示并由此造成本人的损失。代理人擅自转委托，则须对复代理人的一切行为后果负责。

【例 4】关于复代理，下列哪些选项是正确的？（2008 延考 -3-52，多选）34

- A. 复代理人是代理人基于复任权而选任的
- B. 复代理人的代理行为后果直接由本人承担
- C. 委托代理人转托他人代理必须取得被代理人同意
- D. 委托代理人转托不明给第三人造成损失的，转托代理人应负连带责任

无权代理	概念	指行为人不具有代理权，而以他人名义实施法律行为，且不构成表见代理的情形。
	特征	①行为人欠缺代理权； ②除缺乏代理权外，无权代理人的行为符合代理行为的其他特征，涉及三方当事人； ③无权代理不属于“无效代理”。无权代理人与相对人实施的违反法律强制性规定和公共利益的代理行为属于“无效代理”，而非无权代理。

【参考法条】

《合同法解释二》第十一条根据合同法第四十七条、第四十八条的规定，追认的意思表示自到达相对人时生效，合同自订立时起生效。

《合同法解释二》第十二条无权代理人以被代理人的名义订立合同，被代理人已经开始履行合同义务的，视为对合同的追认。

【例 5】下列哪一情形构成无权代理？（2009-3-4，单选）35

- A. 甲冒用乙的姓名从某杂志社领取乙的论文稿酬据为己有
- B. 某公司董事长超越权限以本公司名义为他人提供担保
- C. 刘某受同学周某之托冒充丁某参加求职面试
- D. 关某代收某推销员谎称关某的邻居李某订购的保健品并代为付款

【例 6】甲委托乙前往丙厂采购男装，乙觉得丙生产的女装市场看好，便自作主张以甲的名义向丙订购。丙未问乙的代理权限，便与之订立了买卖合同。对此，下列哪些说法是正确的？（2005-3-53，多选）36

34 答案：AB

35 答案：D

36 答案：ABC

- A. 甲有追认权
B. 丙有催告权
C. 丙有撤销权
D. 构成表见代理

表见代理 (表见代理 = 无权代理 + 权利外观 + 被代理人过错)	概念	行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同, 相对人有理由相信行为人有代理权的, 该代理行为有效。
	要件	<p>“第三人有理由相信行为人有代理权”的判断: 委托关系、雇佣关系终结后, 存在以下两种情况之一:</p> <p>①存在交易习惯时: 本人未向此受托人或雇员负责的经常客户告知此情况;</p> <p>②不存在交易习惯时: 本人未收回授权委托书、业务介绍信、盖有公章或合同专用章的空白合同书等。</p> <p>以下两种情况不认为是表见代理:</p> <p>①盗用证明文件 (盗用者负责)</p> <p>②借用证明文件 (出借人与借用人负连带责任)</p>
	效力	有效

【参考法条】
《合同法解释二》第十三条被代理人依照合同法第四十九条的规定承担有效代理行为所产生的责任后, 可以向无权代理人追偿因代理行为而遭受的损失。

【例 7】 甲公司经常派业务员乙与丙公司订立合同。乙调离后, 又持盖有甲公司公章的合同书与尚不知其已调离的丙公司订立一份合同, 并按照通常做法提走货款, 后逃匿。对此甲公司并不知情。丙公司要求甲公司履行合同, 甲公司认为该合同与己无关, 予以拒绝。下列选项哪一个是正确的? (2004-3-3, 单选) 37

- A. 甲公司不承担责任
B. 甲公司应与丙公司分担损失
C. 甲公司应负主要责任
D. 甲公司应当承担签约后果

【例 8】 吴某是甲公司员工, 持有甲公司授权委托书。吴某与温某签订了借款合同, 该合同由温某签字、吴某用甲公司合同专用章盖章。后温某要求甲公司还款。下列哪些情形有助于甲公司否定吴某的行为构成表见代理? (2014-3-52, 多选) 38

- A. 温某明知借款合同上的盖章是甲公司合同专用章而非甲公司公章, 未表示反对
B. 温某未与甲公司核实, 即将借款交给吴某
C. 吴某出示的甲公司授权委托书载明甲公司仅授权吴某参加投标活动
D. 吴某出示的甲公司空白授权委托书已届期

37 答案: D

38 答案: CD

第五章 诉讼时效

1. 一般规定

概念	民事权利受到侵害的权利人在法定的时效期间内不行使权利，当时效期间届满时，债务人获得诉讼时效抗辩权。
效力	以抗辩权为中心
适用范围	<p>仅适用于请求权，一般主要限于债权请求权。</p> <p>下列请求权不适用诉讼时效的规定：</p> <p>（一）请求停止侵害、排除妨碍、消除危险；</p> <p>（二）不动产物权和登记的动产物权的权利人请求返还财产；</p> <p>（三）请求支付抚养费、赡养费或者扶养费；</p> <p>（四）依法不适用诉讼时效的其他请求权。</p> <p>（《民法总则》第一百九十六条）</p> <p>【注】其他请求权包括：①存款；②企业债券；③形成权；④国家财产；⑤未按时出资的补足责任。</p>
特征	<p>法定性、可变性和强行性。</p> <p>尤其是强行性：当事人违反法律规定，约定延长或者缩短诉讼时效期间、预先放弃诉讼时效利益的，人民法院不予认可。</p>
诉讼时效抗辩提出时间	<p>一审期间</p> <p>（原则上不得在二审或再审中提出，除非有新证据出现）</p>
有关计算规则	<p>原则：从权利人知道或者应当知道权利受到侵害以及义务人之日起计算。</p> <p>例外：</p> <p>当事人约定同一债务分期履行的，诉讼时效期间自最后一期履行期限届满之日起计算。（《民法总则》第一百八十九条）</p> <p>无民事行为能力人或者限制民事行为能力人对其法定代理人的请求权的诉讼时效期间，自该法定代理终止之日起计算。（《民法总则》第一百九十条）</p> <p>未成年人遭受性侵害的损害赔偿请求权的诉讼时效期间，自受害人年满十八周岁之日起计算。</p> <p>（《民法总则》第一百九十一条）</p>

2. 诉讼时效的中断

中断事由 (必须发生在诉讼时效期间内)	①权利人提出请求 ②义务人承诺履行 ③提起诉讼或仲裁
<p>【参考法条】</p> <p>《诉讼时效司法解释》第十条具有下列情形之一的，应当认定为民法通则第一百四十四条规定的“当事人一方提出要求”，产生诉讼时效中断的效力：</p> <p>(一)当事人一方直接向对方当事人送交主张权利文书，对方当事人在文书上签字、盖章或者虽未签字、盖章但能够以其他方式证明该文书到达对方当事人的；</p> <p>(二)当事人一方以发送信件或者数据电文方式主张权利，信件或者数据电文到达或者应当到达对方当事人的；</p> <p>(三)当事人一方为金融机构，依照法律规定或者当事人约定从对方当事人账户中扣收欠款本息的；</p> <p>(四)当事人一方下落不明，对方当事人在国家级或者下落不明的当事人一方住所地的省级有影响的媒体上刊登具有主张权利内容的公告的，但法律和司法解释另有特别规定的，适用其规定。</p> <p>前款第(一)项情形中，对方当事人为法人或者其他组织的，签收人可以是其法定代表人、主要负责人、负责收发信件的部门或者被授权主体；对方当事人为自然人的，签收人可以是自然人本人、同住的具有完全行为能力的亲属或者被授权主体。</p> <p>《诉讼时效司法解释》第十一条权利人对同一债权中的部分债权主张权利，诉讼时效中断的效力及于剩余债权，但权利人明确表示放弃剩余债权的情形除外。(部分溯及剩余)</p> <p>《诉讼时效司法解释》第十二条当事人一方向人民法院提交起诉状或者口头起诉的，诉讼时效从提交起诉状或者口头起诉之日起中断。</p> <p>《诉讼时效司法解释》第十三条下列事项之一，人民法院应当认定与提起诉讼具有同等诉讼时效中断的效力：</p> <p>(一)申请仲裁；</p> <p>(二)申请支付令；</p> <p>(三)申请破产、申报破产债权；</p> <p>(四)为主张权利而申请宣告义务人失踪或死亡；</p> <p>(五)申请诉前财产保全、诉前临时禁令等诉前措施；</p> <p>(六)申请强制执行；</p> <p>(七)申请追加当事人或者被通知参加诉讼；</p> <p>(八)在诉讼中主张抵销；</p> <p>(九)其他与提起诉讼具有同等诉讼时效中断效力的事项。</p> <p>《诉讼时效司法解释》第十四条权利人向人民调解委员会以及其他依法有权解决相关民事纠纷的国家机关、事业单位、社会团体等社会组织提出保护相应民事权利的请求，诉讼时效从提出请求之日起中断。</p> <p>《诉讼时效司法解释》第十五条权利人向公安机关、人民检察院、人民法院报案或者控告，请求保护其民事权利的，诉讼时效从其报案或者控告之日起中断。</p> <p>上述机关决定不立案、撤销案件、不起诉的，诉讼时效期间从权利人知道或者应当知道不立案、撤销案件或者不起诉之日起重新计算；刑事案件进入审理阶段，诉讼时效期间从刑事裁判文书生效之日起重新计算。</p> <p>《诉讼时效司法解释》第十六条义务人作出分期履行、部分履行、提供担保、请求延期履行、制定清偿债务计划等承诺或者行为的，应当认定为民法通则第一百四十四条规定的当事人一方“同意履行义务。”</p>	

连带之债的诉讼时效中断	要断都断
《诉讼时效司法解释》第十七条对于连带债权人中的一人发生诉讼时效中断效力的事由，应当认定对其他连带债权人也发生诉讼时效中断的效力。 对于连带债务人中的一人发生诉讼时效中断效力的事由，应当认定对其他连带债务人也发生诉讼时效中断的效力。	
代位权之诉的诉讼时效中断	要断都断
《诉讼时效司法解释》第十八条债权人提起代位权诉讼的，应当认定对债权人的债权和债务人的债权均发生诉讼时效中断的效力。	
债权让与与债务承担中的诉讼时效中断	要断都断
《诉讼时效司法解释》第十九条债权转让的，应当认定诉讼时效从债权转让通知到达债务人之日起中断。债务承担情形下，构成原债务人对债务承认的，应当认定诉讼时效从债务承担意思表示到达债权人之日起中断。	
计算规则	重新计算

【例 1】关于诉讼时效中断的表述，下列哪一选项是正确的？（2011-3-5，单选）³⁹

- A. 甲欠乙 10 万元到期未还，乙要求甲先清偿 8 万元。乙的行为，仅导致 8 万元债务诉讼时效中断
- B. 甲和乙对丙因共同侵权而需承担连带赔偿责任计 10 万元，丙要求甲承担 8 万元。丙的行为，导致甲和乙对丙负担的连带债务诉讼时效均中断
- C. 乙欠甲 8 万元，丙欠乙 10 万元，甲对丙提起代位权诉讼。甲的行为，不会导致丙对乙的债务诉讼时效中断
- D. 乙欠甲 10 万元，甲将该债权转让给丙。自甲与丙签订债权转让协议之日起，乙的 10 万元债务诉讼时效中断

【例 2】关于诉讼时效，下列哪一选项是正确的？（2012-3-5，单选）⁴⁰

- A. 甲借乙 5 万元，向乙出具借条，约定 1 周之内归还。乙债权的诉讼时效期间从借条出具日起计算
- B. 甲对乙享有 10 万元货款债权，丙是连带保证人，甲对丙主张权利，会导致 10 万元货款债权诉讼时效中断
- C. 甲向银行借款 100 万元，乙提供价值 80 万元房产作抵押，银行实现对乙的抵押权后，会导致剩余的 20 万元主债务诉讼时效中断
- D. 甲为乙欠银行的 50 万元债务提供一般保证。甲不知 50 万元主债务诉讼时效期间届满，放弃先诉抗辩权，承担保证责任后不得向乙追偿

39 答案：B

40 答案：C

3. 诉讼时效的中止

中止事由	在诉讼时效期间的最后六个月内，因不可抗力或者其他障碍不能行使请求权的，诉讼时效中止。
【参考法条】	《民法总则》第一百九十四条在诉讼时效期间的最后六个月内，因下列障碍，不能行使请求权的，诉讼时效中止： (一) 不可抗力； (二) 无民事行为能力人或者限制民事行为能力人没有法定代理人，或者法定代理人死亡、丧失民事行为能力、丧失代理权； (三) 继承开始后未确定继承人或者遗产管理人； (四) 权利人被义务人或者其他他人控制； (五) 其他导致权利人不能行使请求权的障碍。 自中止时效的原因消除之日起满六个月，诉讼时效期间届满。
计算规则	诉讼时效中止。从中止时效的原因消除之日起，诉讼时效期间继续计算。 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。

【参考法条】	第二十一条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。
诉讼时效与除斥期间的区别	<p>①适用对象不同：诉讼时效原则上针对债权请求权，除斥期间针对形成权。</p> <p>②法律效果不同： 诉讼时效的效力——胜诉权还在 a. 当事人仍可起诉； b. 法院不得释明及主动适用诉讼时效，主张诉讼时效为一项当事人权利；(《诉讼时效司法解释》第三条) c. 经当事人主张，法院查明后，应判决驳回原告的诉讼请求； d. 自愿履行仍有效，不得反悔； e. 诉讼时效届满后，双方又签订新的债务协议的，表明债务人愿意放弃既得时效利益，诉讼时效重新计算。</p> <p>除斥期间的效力——实体权利消灭</p> <p>③期间不同： 普通诉讼时效：3 年 最长诉讼时效：20 年，自权利被侵害之日起算除斥期间： 1 年，可撤销合同； 5 年，保全中的撤销权； 5 年，提存中的领取权； 保证期间； 1 年，占有返还请求权，自侵占发生之日起。</p> <p>④诉讼时效可中止、中断、延长，除斥期间不因任何事由中止、中断、延长。</p>

【例 3】王某从某商场购得一电暖器（商场未声明有质量问题），放置 1 年半后使用时因漏电而受伤，为此花去医疗费 3000 元。根据诉讼时效的规定，王某起诉获法院支持应根据下列何种诉讼请求？（习题演练，单选）⁴¹

- A. 违约责任
- B. 侵权责任
- C. 违约责任与侵权责任
- D. 违约责任或侵权责任

【例 4】甲公司开发的系列楼盘由乙公司负责安装电梯设备。乙公司完工并验收合格投入使用后，甲公司一直未支付工程款，乙公司也未催要。诉讼时效期间届满后，乙公司组织工人到甲公司讨要。因高级管理人员均不在，甲公司新录用的法务小王，擅自以公司名义签署了同意履行付款义务的承诺函，工人们才散去。其后，乙公司提起诉讼。关于本案的诉讼时效，下列哪一说法是正确的？（2017-3-4，单选）⁴²

- A. 甲公司仍可主张诉讼时效抗辩
- B. 因乙公司提起诉讼，诉讼时效中断
- C. 法院可主动适用诉讼时效的规定
- D. 因甲公司同意履行债务，其不能再主张诉讼时效抗辩

41 答案：D

42 答案：A

第二编 物权法

第一节 物权概述

考点 1 物的分类

1、动产与不动产

动产与不动产	
构成要件	以物能否移动和移动后是否会损害物的价值为标准。 1. 动产是能够移动并且不因移动损害价值的物，如手机、汽车等。 2. 不动产是不能够移动或虽可移动但却会因移动损害价值的物，如土地、房屋等。
区分意义	1. 公示方法不同。基于法律行为的动产物权的变动，通常以交付为公示；而不动产物权的变动，通常以登记为公示，不经登记的不发生变动效力。 2. 他物权类型不同。物权中的用益物权，如土地使用权、地役权等，只能在不动产上设定，动产不能设定用益物权。在担保物权中，不动产可设定抵押权，而不能设定质权和留置权；而动产可设定抵押权、质权和留置权。 3. 不动产发生相邻关系。 4. 地域管辖不同。因不动产发生的争议，适用专属管辖。因不动产纠纷提起的诉讼，由不动产所在地法院管辖。

2、主物与从物

主物与从物	
构成要件	根据两个独立存在的物在法律效力中的主从关系作的划分。主物是指从物所辅助之物。从物是指非主物的成分，但常借助主物发挥经济效用，而与主物归一人所有的物。 1. 二者互相独立，非主物的成分。例如房屋与窗户不构成主从物关系，因为窗户属于房屋的非重要成分，不是独立的物。 2. 从物在经济用途上辅助主物发挥效用，即从物脱离主物将丧失其原有价值。例如上衣与裤子不构成主从物关系，因为裤子不具有常常协助上衣发挥经济效用的功能，不能认为上衣为主物，裤子为从物。 3. 二者归属同一人。如果分属不同的人，则不能认为两个物之间为主从物的关系。 4. 二者在时间和空间上有一定结合关系。 典型的主从物：电视机与遥控器、汽车与备胎、房屋与车库、落地灯与灯罩、网球拍与球拍套、鼠标与电脑、眼镜盒与眼镜等。
区分意义	若无相反约定，主物的权利变动及于从物。 第 320 条：主物转让的，从物随主物转让，但当事人另有约定的除外。 1. 抵押：抵押前取得的从物为抵押物。 2. 质押：从物随主物交付的为质权客体。 3. 留置：债权人同时留置从物的，对从物享有留置权。

3、原物与孳息

原物与孳息	
构成要件	<p>依产生收益的物与所生收益之间的关系而对物作的区分。原物是指依自然属性或法律的规定，能够产生收益的物。基于自然属性能产生收益的物，如能结果实的果树、生幼畜的母畜等；基于法律规定产生收益的物，如能收租金的出租屋、生息的本金等。孳息物是原物产生之物。依自然属性产生的孳息称天然孳息，依法律规定产生的孳息称法定孳息。</p> <p>1. 天然孳息特征有二：</p> <p>(1) 须与原物分离，是独立的物。例如果树上已成熟的果实，只有采摘下来才能称之为天然孳息，未采摘之前只是果树（原物）的组成部分。再如，动物腹中胎儿也不是天然孳息。</p> <p>(2) 系原物依据自然规律所产生的物，收取孳息不会对原物造成破坏。</p> <p>2. 法定孳息，是依据一定的法律关系产生的收益，“不使用原本的对价”，如租金、利息、彩票中奖所得的奖金（射幸孳息）。</p> <p>注：购买股票所得的收益为投资性收益，而非法定孳息，因为“原本”股权一直被利用。</p>
区分意义	<p>1. 确定孳息物的所有权归属。</p> <p>(1) 第 321 条：①天然孳息，由所有权人取得；既有所有权人又有用益物权人的，由用益物权人取得。当事人另有约定的，按照约定。②法定孳息，当事人有约定的，按照约定取得；没有约定或者约定不明确的，按照交易习惯取得。</p> <p>(2) 第 630 条：标的物在交付之前产生的孳息，归出卖人所有；交付之后产生的孳息，归买受人所有。但是当事人另有约定的除外。注：买卖合同适用交付主义。</p> <p>(3) 《婚姻法解释（三）》第 5 条：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。</p> <p>(4) 担保物权人有权收取孳息冲抵债务：①第 412 条第 1 款，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，但是抵押权人未通知应当清偿法定孳息义务人的除外。②第 430 条第 1 款，质权人有权收取质押财产的孳息，但是合同另有约定的除外。③第 452 条第 1 款，留置权人有权收取留置财产的孳息。</p> <p>2. 确定赔偿范围。</p> <p>(1) 当原物的所有权受到侵害，使孳息物的收取发生不能时，侵害人应赔偿原物的损失，并依法律规定，赔偿孳息物的损失。</p> <p>(2) 第 53 条：被撤销死亡宣告的人有权请求依照本法第六编取得其财产的民事主体返还财产；无法返还的，应当给予适当补偿。</p> <p>注：返还的范围包括原物及其孳息。</p>

√ 典型真题

【例 1】下列各选项中，哪些属于民法上的孳息？（2005 年卷三第 52 题，多选）⁴³

- A. 出租柜台所得租金
- B. 果树上已成熟的果实
- C. 动物腹中的胎儿
- D. 彩票中奖所得奖金

43 答案：AD

【例 2】甲乙夫妻的下列哪一项婚后增值或所得，属于夫妻共同财产？（2013 年卷三第 23 题，单选）⁴⁴

- A. 甲婚前承包果园，婚后果树上结的果实
C. 甲用婚前的 10 万元婚后投资股市，得利 5 万元

4、重要成分与非重要成分

重要成分与非重要成分	
构成要件	1. 重要成分：非经毁损或变更其性质，不能分离之物之组成部分。如车之油漆。 2. 非重要成分：无需经毁损或变更其性质，也能分离之物之组成部分。如车之发动机。
区分意义	1. 重要成分会发生附合。 2. 非重要成分则不会发生附合。

5、特定物与种类物

特定物与种类物	
构成要件	以物是否有特征或是否被特定化而对物所作的区分。 1. 特定物是独具特征或被特定化并且无从替代的物。特定物既包括 (1) 独一无二的物，如鲁迅某书手稿等。 (2) 经当事人指定后被特定化的种类物，如经挑选的家具等。 特定物因其不可替代性，故也称不可替代物。 2. 种类物是以品种、规格、质量或度量衡确认的一类具有共同特征的物。如 1 吨煤、20 公斤大米等。种类物在交易时，具有可替代性，故也称可替代物。种类物如经当事人指定后，也可成为特定物。
区分意义	1. 民事法律关系的专属性。民事法律关系，有的只能以特定物为客体，如租赁、借用合同等，而有的只能以种类物为客体，如消费借贷、货币借贷等。在租赁合同和借用合同期限届满时，承租人和借用人必须归还原物——特定物。相反，在消费借贷或货币借贷合同期限届满时，借贷人只要归还同种数量的物或同值的货币即可，因为所借之物或钱已被处分掉了，不可能也不需要返还原物或原币，况且原物、原币与返还的物、货币是具有共性、可替代的物——种类物。 2. 标的物灭失时的法律效果不同。当特定物作为债履行的标的物时，该物于交付对方当事人前灭失的，债务人可免除交付义务，改负过失赔偿责任。而若以种类物作为债履行的标的物时，债务人不能以交付前物已灭失作为免除交付的抗辩理由，仍需以同样品质、数量的种类物交付。

44 答案：C

6、可分物与不可分物

可分物与不可分物	
构成要件	<p>依物能否被分割为标准而对物作的区分。</p> <p>1. 可分物是指可以分割并且不因分割而损害其价值或性能的物，如一袋米可分为若干份，并不改变效用与性质。</p> <p>2. 不可分物是分割后会改变性能或价值的物。不可分物有二：</p> <p>(1) 自然性质上不可分，如一辆汽车、一架钢琴等；</p> <p>(2) 依权利人的意思不可分，如在一定时间内不许分割的共有物。</p>
区分意义	<p>1. 确立共有物的分割方法。共有人在分割共同财产时，对可分物，可分割实物，各得其所；对于不可分物，只能作价值上的分割，而不能作实物分割，实物可归于一人，由其对他人所得作补偿，或者将实物出卖，分割所得价款。</p> <p>2. 确认多数人之债的性质。在标的物属可分物时，产生的利益或负担除法律有相反规定外，可作为按份债权或按份债务；在标的物属不可分物时，因产生的利益或负担属不可分债权或不可分债务，故在共有人之间发生连带债权或连带债务的关系。例如，楼房下水管因堵塞而需疏浚时，由于下水管是不可分物，属各层房屋所有权人共有，所以，对疏浚费用各层房主负连带债务之责。</p>

7、消耗物与不可消耗物

消耗物与不可消耗物	
构成要件	<p>依物能否重复使用而作的区分。</p> <p>1. 消耗物是仅一次性有效使用就灭失或品质发生变化的物。物因一次性使用而灭失，如食物因吃而消灭，货币因使用而丧失所有权；物因一次性使用而改变品质的，如原材料经加工变为产品。</p> <p>2. 不可消耗物是可反复使用，通过使用逐渐磨损其效用的物，如车辆、电器、服装、房屋等。</p>
区分意义	<p>消耗物与不可消耗物决定民事法律关系的类型。如同样是借物，所借之物为消耗物时，合同的性质就是消费借贷，借贷物交付时所有权移转，借贷人只要返还种类物即可；反之，所借之物为不可消耗物时，合同的性质就是借用合同或租赁合同，租借交付时仅移转使用权，租借人须返还原物。</p>

考点 2 物权的优先效力

一、修改说明

《民法典·物权编》	《物权法》
第 405 条：抵押权设立前抵押财产已出租并转移占有的，原租赁关系不受该抵押权的影响。	第 190 条：订立抵押合同前抵押财产已出租的，原租赁关系不受该抵押权的影响。抵押权设立后抵押财产出租的，该租赁关系不得对抗已登记的抵押权。

评析：增加“移转占有”意味着租赁权设立在先，租赁物须移转占有形成权利外观，方可对抗在后的抵押权。

2018年3月全国人大法工委内部起草的《征求意见稿》（一审稿之草稿）曾规定，“抵押权设立后抵押财产出租并转移占有的，抵押权不得对抗善意承租人”。也就是说，此时连已经登记之抵押权也不能对抗善意承租人。该条规定是不妥当的，可以分两种情况来考虑：一是不动产抵押，如已经设立抵押权，则必然是已经进行了登记，那么此种情况下，在后承租人可能是善意吗？二是动产抵押，则适用登记对抗主义，抵押权设立却未登记，当然不能对抗善意第三人权利，因此完全不必在此浪费条文；如果是抵押权设立后已经登记，则与不动产相同，在后承租人依然无法主张其善意。因此，该条中关于“先抵后租”之规定被删除。

据此，“先抵后租”之规则应该是：不动产抵押和已经登记之动产抵押，在后承租人均不得对抗之，也无善意主张之余地；未登记之动产抵押，在后承租人恶意，依然是不能对抗抵押权（即便此抵押权未登记）；在后承租人善意，则可对抗未登记之动产抵押权，但此一效力本就内含于动产登记之对抗主义中，无须再行规定。

第414条：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，按照登记的时间先后确定清偿顺序；
（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。
（新增）其他可以登记的担保物权，清偿顺序参照适用前款规定。

第199条：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。

评析：补充了有关清偿顺序的规定，其他可以登记的担保物权参照适用抵押权的清偿顺位，该处修改统一了担保物权的优先受偿规则

第415条：同一财产既设立抵押权又设立质权的，拍卖、变卖该财产所得的价款按照登记、交付的时间先后确定清偿顺序。

—《担保法解释》第79条：同一财产法定登记的抵押权与质权并存时，抵押权人优先于质权人受偿。

评析：同一动产上抵押权与质权并存的，按照公示的先后顺序（先来后到）确定清偿顺序：

- （1）先设立质权，后设立抵押权的：质权＞抵押权。
- （2）先设立抵押权，后设立质权的：登记抵押权＞质权＞未登记的动产抵押权。

（新增）第416条：动产抵押担保的主债权是抵押物的价款，标的物交付后十日内办理抵押登记的，该抵押权人优先于抵押物买受人的其他担保物权人受偿，但是留置权人除外。

——

评析：对于抵押物价款的债权担保赋予优先效力。针对交易实践中普遍存在的借款人借款购买货物，同时将该货物抵押给贷款人作为价款的担保的情形，赋予了该抵押权优先效力，以保护融资人的权利，促进融资。

如甲将汽车出售给乙，6月1日交付，约定以汽车抵押担保乙欠甲之车款；6月5日乙又将汽车出质给丙，并完成汽车交付；6月10日，乙与甲办理抵押权登记。此案中，尽管丙之质权交付早于甲之抵押权登记，然而因甲之抵押权乃是为担保该抵押财产之价款而生，与该车存在不同于普通主债权之牵连关系，所以甲之抵押权仍然要优先于丙之质权受偿。此一规定类似于留置权，唯留置权由法定产生，该抵押权则由当事人意思产生。

二、考点精讲

<p>对外效力 物权 VS 债权</p>	<p>原则： 物权优先 债权</p>	<p>例外：债权优于物权。</p> <p>1. 买卖不破租赁。</p> <p>第 725 条：租赁物在承租人按照租赁合同占有期内发生所有权变动的，不影响租赁合同的效力。</p> <p>2. 预告登记（债权物权化）。</p> <p>(1) 第 221 条：预告登记后，未经预告登记的权利人同意，处分该不动产的，不发生物权效力。</p> <p>(2) 第 405 条：抵押权设立前抵押财产已出租并转移占有的，原租赁关系不受该抵押权的影响。</p> <p>3. 承包人价款优先权。</p> <p>第 807 条：建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。</p>
<p>对内效力 物权 VS. 物权</p>	<p>原则： 留置优先 公示先后</p>	<p>1. 抵押权 VS 抵押权</p> <p>第 414 条：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：</p> <p>(一) 抵押权已登记的，按照登记的时间先后确定清偿顺序；</p> <p>(二) 抵押权已登记的先于未登记的受偿；</p> <p>(三) 抵押权未登记的，按照债权比例清偿。</p> <p>其他可以登记的担保物权，清偿顺序参照适用前款规定。</p> <p>2. 抵押权 VS 质权</p> <p>第 415 条：同一财产既设立抵押权又设立质权的，拍卖、变卖该财产所得的价款按照登记、交付的时间先后确定清偿顺序。</p> <p>(1) 先设立质权，后设立抵押权的：质权 > 抵押权。</p> <p>(2) 先设立抵押权，后设立质权的：登记抵押权 > 质权 > 未登记的动产抵押权。</p> <p>第 416 条：动产抵押担保的主债权是抵押物的价款，标的物交付后十日内办理抵押登记的，该抵押权人优先于抵押物买受人的其他担保物权人受偿，但是留置权人除外。</p> <p>3. 留置 VS. 抵押 / 质押</p> <p>(1) 先设立质权或者抵押权，后成立留置权，则留置权优先于质权、抵押权（保护弱者），即留置权 > 抵押权 / 质权。</p> <p>第 456 条：同一动产上已设立抵押权或者质权，该动产又被留置的，留置权人优先受偿。</p> <p>(2) 先成立留置权，后设立质权或者抵押权。此时，关键在于质权或者抵押权是谁设立的。又分两种情况：</p> <p>① 留置权成立后，若动产的所有人以自己的名义再设立的质权、抵押权，则先成立的留置权优先于后设立的质权、抵押权。（先来后到）</p> <p>② 留置权成立后，若留置权人以自己的名义设立质权、抵押权，则后设立的质权、抵押权优先于先成立的留置权（视为留置权人自己放弃优先地位）。</p>

评析：此处区别对待民事责任与物权请求权之要件，立法本意殊难捉摸。然而，我国立法既采用物权请求权与侵权（民事）责任双轨竞合模式，则此二条均应为独立请求权之基础规范，故此处增加之“依法”二字纯属画蛇添足，还可能引发歧义：权利人究竟可否依据本条而独立行使权利？还是必须援引其他法律规定才能行使本条规定之权利？

第 239 条：本章规定的物权保护方式，可以单独适用，也可以根据权利被侵害的情形合并适用。

第 38 条：本章规定的物权保护方式，可以单独适用，也可以根据权利被侵害的情形合并适用。

侵害物权，除承担民事责任外，违反行政管理规定的，依法承担行政责任；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

评析：立法技术为避免重复表达。因总则编第 187 条已规定“民事主体因同一行为应当承担民事责任、行政责任和刑事责任的，承担行政责任或者刑事责任不影响承担民事责任；民事主体的财产不足以支付的，优先用于承担民事责任”。

二、考点精讲

1、物权请求权与损害赔偿请求权

物权请求权	损害赔偿请求权
物权请求权包括：返还原物请求权；停止侵害请求权；排除妨碍请求权；消除危险请求权。 (1) 物上请求权是独立于物权的一种请求权。 (2) 物上请求权是物权的效用。它以恢复物权的支配状态为目的，在物权存续期间不断地发生。 (3) 物上请求权附属于物权。	损害赔偿请求权的目的在于消除损害，它是在不能恢复物的原状时，以金钱作为赔偿，补偿物权人受到的财产损失。基于侵权行为的损害赔偿，必须是实际上受有损害，即标的物价值的减少或灭失。 在物权因他人的违法行为受到妨害时，如果有标的物的实际损害，可以同时发生损害赔偿请求权，故物上请求权与损害赔偿请求权是可以并存的。

√ 典型真题

【例 5】物权人在其权利的实现上遇有某种妨害时，有权请求造成妨害事由发生的人排除此等妨害，称为物权请求权。关于物权请求权，下列哪一表述是错误的？（2011 年卷三第 8 题，单选）⁴⁷

- A. 是独立于物权的一种行为请求权
- B. 可以适用债权的有关规定
- C. 不能与物权分离而单独存在
- D. 须依诉讼的方式进行

47 答案：D

2、返还原物请求权

返还原物请求权	<p>返还原物请求权是指物权人在物被他人无权占有时，可以向无权占有人请求返还原物或者请求法院责令无权占有人返还原物。</p> <p>(1) 请求人为物权人。包括所有权人和其他物权人，但是不包括抵押权人。</p> <p>(2) 被请求权人为 (相对于请求人的) 现时的无权占有人。此时的无权占有不再区分善意恶意，另外权利人不得对有权占有人主张返还原物。</p> <p>(3) 以基础权利受到侵害为前提。</p> <p>(4) 以原物尚且存在为前提；否则，只能转化为损害赔偿请求权。而损害赔偿请求权性质上属于债权请求权。</p> <p>(5) 登记动产与不动产权请求返还原物不适用诉讼时效，未登记动产物权请求权返还原物适用 3 年诉讼时效。</p> <p>被请求人应返还原物及孳息。</p>
排除妨碍请求权	<p>排除妨碍请求权，是指物权人虽然占有其物，但由于他人的非法行为，致使物权人无法充分行使权利时，物权人可以请求侵害人排除妨害，或者请求法院责令侵害人排除妨害。</p> <p>(1) 请求人为物权人。</p> <p>(2) 妨害人以无权占有以外的方式妨害物权的行使。妨害既可由妨害人的行为造成，亦可由妨害人的物件造成。如：在他人土地上堆放垃圾、在他人车库门口停放汽车、不动产登记簿上因他人行为产生错误登记、制造超出容忍限度的噪音、被大风刮断树木倒入邻人院内等。</p> <p>(3) 妨害具有不法性或者超越了正常的容忍限度。</p> <p>(4) 提出请求之时，妨害仍在持续中。</p> <p>排除妨害请求权可对两种人提出：行为妨害人和状态妨害人。①行为妨害人是指具体实施妨害行为的人，②状态妨害人是指对造成妨害之物或设施有事实上支配力的人。</p>
消除危险请求权	<p>(1) 请求人为物权人。</p> <p>(2) 物权的行使具有受到妨害的现实危险。</p> <p>(3) 被请求人为对危险的除去具有支配力的人。</p> <p>(4) 提出请求之时，危险仍现实存在。</p> <p>需要明确的是，排除妨害请求权与消除危险请求权，这两项权利的功能在于防范于未然，由于针对正在发生的事实，所以不适用诉讼时效期间。</p>

√ 典型案例

物权被侵犯受保护案⁴⁸

裁判要旨：物权应受法律保护。妨害物权的行为，权利人可以要求其排除妨害。本案中，被告××供电公司在未通知并征得原告王×明同意的情况下，在原告王×明的承

48 (2018) 川 10 民终 482 号

包地内安装电杆的行为妨害了原告王某明的物权，但被告××供电公司在原告王×明通过诉讼主张权利后，在一审法院开庭前已经对原告王×明的承包地造成的妨害进行了排除。现被告××供电公司对原告王×明的承包地造成的妨害已不存在且在庭审中原告王×明也未提交证据证明被告××供电公司排除妨害的行为及重新安装的供电设备对其承包地造成了新的妨害，故原告王×明要求被告××供电公司拆除其承包地内的供电设备的诉讼请求，本院依法不予支持。

√典型真题

【例6】2007年4月2日，王某与丁某约定：王某将一栋房屋出售给丁某，房价20万元。丁某支付房屋价款后，王某交付了房屋，但没有办理产权移转登记。丁某接收房屋作了装修，于2007年5月20日出租给叶某，租期为2年。2007年5月29日，王某因病去世，全部遗产由其子小王继承。小王于2007年6月将该房屋卖给杜某，并办理了所有权移转登记。

请回答：

(1) 如王某生前或王某死后其继承人小王欲出卖房屋前向丁某请求返还房屋，下列选项正确的是：(2007年卷三第94题，不定项)⁴⁹

- A. 王某无权请求丁某返还房屋
- B. 王某有权请求丁某返还房屋
- C. 小王无权请求丁某返还房屋
- D. 小王有权请求丁某返还房屋

(2) 如杜某向丁某、叶某请求返还房屋，下列选项正确的是：(2007年卷三第95题，不定项)⁵⁰

- A. 杜某无权请求丁某返还房屋
- B. 杜某有权请求丁某返还房屋
- C. 杜某无权请求叶某返还房屋
- D. 杜某有权请求叶某返还房屋

【例7】叶某将自有房屋卖给沈某，在交房和过户之前，沈某擅自撬门装修，施工导致邻居赵某经常失眠。下列哪些表述是正确的？(2013年卷三第55题，多选)⁵¹

- A. 赵某有权要求叶某排除妨碍
- B. 赵某有权要求沈某排除妨碍
- C. 赵某请求排除妨碍不受诉讼时效的限制

49 答案：AC

50 答案：BC

51 答案：ABC

考点 4 物权法定原则

一、修改说明

《民法典·物权编》	《物权法》
	第 5 条：物权的种类和内容，由法律规定。
<p>评析：《物权法》第 5 条物权法定原则，由于《民法典·总则编》第 116 条已规定，因此《民法典·物权编》将之删除。总则将之规定在第五章民事权利中，实际上该章并不需要强调物权法定，而物权法定对于《物权编》则举足轻重，是其命脉所在。基于此，似应将物权法定原则规定在物权编中为宜。</p> <p>同时，物权法定原则过于刚性化，理应有法条加以缓和。物权法定之缓和，一方面是尊重生活本身，在制度转型国家尤其重要，以利于不断有法外物权进入法内物权的过渡阶段；另一方面，物权法定原则之国家主义色彩太浓，对生活干预过甚，不利于民间自发健康财产秩序的生长，因此物权法定之缓和，实具有恒久之意义。从目的论之，物权法定将物权形式与内容固定化，无非为效率与安全着想，有些自发财产秩序诚为无效率且不安全者，然有些则完全符合效率与安全的要求；后者如因物权法定原则之僵化而得不到法律之认可，实为对财富创造力之窒息。当然，此不仅为物权法理论问题，更需对法典万能主义进行冷静反思。</p>	

二、考点精讲

种类法定	<p>又称“类型强制”，指哪些权利属于物权，只能由法律规定。违反物权法定创设的所谓“物权”，不具有物权的效力。比如：当事人约定创设的法律没有规定的“物权”，不具有物权的效力，顶多具有合同效力。</p>
内容法定	<p>又称“类型固定”，含义有二：</p> <p>(1) 物权的内容由法律确定，当事人不得约定与物权的法定内容不相符合的权能内容。例如，当事人不得约定某一所有权不具有处分效力。</p> <p>(2) 当事人不得通过约定违反物权法关于物权内容的强行性规定。例如，当事人不得约定“流质契约”。</p>
<p>效力法定</p> <p>物权法定原则应当包含效力法定。包括两方面的内容：</p> <p>(1) 当事人必须按照法律规定的效力来确定物权的效力。</p> <p>例如，第 374 条：未登记的地役权不具有对抗善意第三人的效力，当事人如果约定未登记的地役权具有对抗善意第三人的效力，则当事人的约定对于善意第三人“不算数”。</p> <p>(2) 当事人不得改变法律关于物权效力的规定。</p> <p>例如，第 419 条：抵押权人应当在主债权诉讼时效期间行使抵押权，如果抵押人与抵押权人约定，抵押权人可以在主债权诉讼时效期间完成后两年内行使抵押权，则抵押权的效力必须“缩短至”主债权诉讼时效期间内。</p>	
公示方法法定	<p>物权法定原则应当包含公示方法法定。</p> <p>例如，第 429 条：质权自出质人交付质押财产时设立。如果当事人约定设立动产质权时无须交付质押财产，则当事人之间不发生设立质权的法律效果。</p>
<p>违反物权法定原则的，不生物权效力（增添权能等于未增加，限制权能等于未限制），若无其他无效事由合同有效（可主张违约责任）。</p>	

√ 典型真题

【例 8】甲将其父去世时留下的毕业纪念册赠与其父之母校，赠与合同中约定该纪念册只能用于收藏和陈列，不得转让。但该大学在接受乙的捐款时，将该纪念册馈赠给乙。下列哪一选项是正确的？（2007 年卷三第 11 题，单选）⁵²

- A. 该大学对乙的赠与无效，乙不能取得纪念册的所有权
- B. 该大学对乙的赠与无效，但乙已取得纪念册的所有权
- C. 只有经甲同意后，乙才能取得纪念册的所有权
- D. 该大学对乙的赠与有效，乙已取得纪念册的所有权

【例 9】甲公司向乙银行借款 500 万元，以其闲置的一处办公用房作担保。乙银行正好缺乏办公场所，于是与甲公司商定，由甲公司以此办公用房为乙银行设立担保物权。随后，甲公司向乙银行交付了办公用房。借款到期后，甲公司未能偿还，乙银行主张对办公用房行使优先受偿的权利。下列哪一选项是正确的？（2008 年延考卷三第 13 题，单选）⁵³

- A. 乙银行有权这样做，因其对标的物享有抵押权
- B. 乙银行有权这样做，因其对标的物享有质权
- C. 乙银行有权这样做，因其对标的物享有同时履行抗辩权
- D. 乙银行无权这样做，因其与甲公司之间的约定不能设定担保物权

考点 5 公示公信原则

公示原则	公信原则
公示原则要求物权的产生、变更、消灭，必须以一定的可以从外部查知的方式表现出来。否则，因为物权具有排他的性质，如果没有通过公示方式将物权的变动表现出来，就会给第三人带来不测的损害，影响交易的安全。民法上关于物权的变动，以“登记”为不动产物权的公示方法，以“交付”为动产物权的公示方法。	公信原则包括两方面的内容： 1. 记载于不动产登记簿的人推定为该不动产的权利人，动产的占有人推定为该动产的权利人，除非有相反的证据证明。这称为“权利的正确性推定效力”。 2. 凡善意信赖公示的表象而为一定的行为，在法律上应当受到保护，保护的方式就是承认发生物权变动的效力（可以善意取得）。

第二节 物权变动

52 答案：D
53 答案：D

考点 6 区分原则

第 215 条：当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同，除法律另有规定或者当事人另有约定外，自合同成立时生效；未办理物权登记的，不影响合同效力。

内容	<p>区分原则，又称为物债两分原则，登记或交付是合同的履行行为，未登记或未交付并不影响债权合同的效力。而债权合同不成立、无效、被撤销的，也不可能发生物权变动的效果。</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 法律行为是否成立与生效，依照法律行为成立与生效的规则判断。 2. 物权变动是否发生，依照基于法律行为物权变动的规范判断。 3. 因欠缺物权公示不能发生物权变动效果的，法律行为的效力不会因此受影响。 4. 负担行为有效，即产生债的履行效力，也即在当事人之间产生债权债务关系，如一方不履行，将承担违约责任，包括继续履行、赔偿损失等。
具体应用	<ol style="list-style-type: none"> 1. 房屋买卖（赠与）中，若未办理过户登记，物权未发生变动，买受人（受赠人）尚未取得房屋所有权，但房屋买卖（赠与）合同不因此不成立或未生效，是否成立与生效依照合同成立与生效的规则判断。 2. 手机买卖（赠与）中，若未交付手机，物权未发生变动，买受人（受赠人）尚未取得手机所有权，但手机买卖（赠与）合同不因此不成立或未生效，是否成立与生效依照合同成立与生效的规则判断。 3. 不动产抵押中，若未办理抵押登记，则抵押权未设立，但不因此影响抵押合同的生效，是否成立与生效依照合同成立与生效的规则判断。 4. 动产质押中，若未交付动产（或者采用占有改定方式交付的），则质权未设立，但不因此影响质押合同的生效，是否成立与生效依照合同成立与生效的规则判断。 5. 预告登记后，未经预告登记权利人同意，所有权人再处分不动产的，不发生物权变动，但不因此影响合同的生效，是否成立与生效依照合同成立与生效的规则判断。 6. 基于法律行为而取得不动产所有权，所有权人再处分不动产的，未经登记，不发生物权变动，但不因此影响合同的生效，是否成立与生效依照合同成立与生效的规则判断。

√ 典型案例

确认合同效力纠纷案⁵⁴

裁判要旨：“当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同，除法律另有规定或者合同另有约定外，自合同成立时生效；未办理物权登记的，不影响合同效力。”本案中，程×柱与程×怀签订的房屋转让协议系双方当事人真实意思表示，不违反法律、行政法规的强制性规定，亦无恶意串通及损害社会公共利益之情形，应属有效。合同当事人应当遵循诚实信用原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。程×柱于 2002 年将其所有的房屋出卖给程×怀并交付使用后，程×怀在此房屋居住、使用至今，该房屋的产权至今仍未完成变更登记，程×怀要求变更产权登记手续，程×柱作为买卖合同的另一方有协助变更登记的义务。

⁵⁴ （2018）皖 03 民终 227 号

√ 典型真题

【例 10】郑某开办公司资金不足，其父将 3 间祖屋以 25 万元卖给即将回国定居的郭某，但其父还未来得及办理过户手续即去世。郑某不知其父卖房一事，继承了这笔房款及房屋，并办理了登记手续。随后，郑某以 3 间祖屋作抵押向陈某借款 10 万元，将房产证交给了陈某，但没有办理抵押登记。下列哪些选项是正确的？（2008 年延考卷三第 8 题，单选）⁵⁵

- A. 郑某的父亲与郭某之间的房屋买卖合同有效
- D. 陈某对房屋不享有抵押权

【例 11】甲继承了一套房屋，在办理产权登记前将房屋出卖并交付给乙，办理产权登记后又将该房屋出卖给丙并办理了所有权移转登记。丙受丁胁迫将房屋出卖给丁，并完成了移转登记。丁旋即将房屋出卖并移转登记于戊。请回答问题。

- 关于甲、乙、丙三方的关系，下列选项正确的是：（2008 年卷三第 95 题，不定项）⁵⁶
- A. 甲与乙之间的房屋买卖合同因未办理登记而无效
 - B. 乙对房屋的占有是合法占有
 - C. 乙可以诉请法院宣告甲与丙之间的房屋买卖合同无效
 - D. 丙已取得该房屋的所有权

考点 7 登记 / 交付生效模式与登记对抗主义模式

	登记 / 交付生效模式	登记对抗主义模式
内涵	亦称为形式主义，指发生物权变动时，除了以产生债权债务关系为目的的债权合同外，还必须有物权变动的意思表示并履行登记或交付的法定形式方能发生物权变动效力的立法例。	亦称为意思主义。指不动产物权的变动，依当事人间的合意即产生法律效力。但是，非经登记，不能对抗第三人。
公式提取	1. 有效的合同 + 登记 = 不动产物权变动 2. 有效的合同 + 交付 = 动产物权变动	1. 有效的合同 = 土地承包经营权 + 登记 > 善意第三人 (流转) 2. 有效的合同 = 地役权 + 登记 > 善意第三人 (供役地) 3. 有效的动产 (浮动) 抵押合同 = 动产 (浮动) 抵押权 + 登记 > 善意第三人

55 答案：AD（本题答案有删减）
56 答案：BD

具体体现	<p>1. 不动产所有权：（买卖、赠与等）合同有效 + 登记 = 所有权转移</p> <p>2. 建设用地使用权自登记时设立。</p> <p>3. 居住权自登记时设立。</p> <p>4. 不动产抵押权自办理抵押登记时设立。</p> <p>5. 以基金份额、股权出质，质权自办理出质登记时设立</p> <p>6. 以注册商标专用权、著作权、专利权等知识产权中的财产权出质的，质权自办理出质登记时设立。</p> <p>7. 以应收账款出质的，质权自办理出质登记时设立。</p> <p>8. 普通动产：（买卖、赠与等）合同有效 + 交付 = 所有权转移</p> <p>9. 质权自出质人交付质押财产时设立。</p> <p>10. 以汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单出质的，当事人应当订立书面合同。质权自权利凭证交付质权人时设立；没有权利凭证的，质权自有关部门办理出质登记时设立。</p>	<p>1. 土地承包经营权：从承包合同生效时取得，无需登记。但是在流转的情况下（互换、转让），从相应的流转合同生效时发生法律效力，未登记不发生对抗善意第三人的效力。</p> <p>2. 地役权：地役权自地役权合同生效时设立。未经登记，不得对抗善意第三人。</p> <p>动产抵押：从抵押合同生效时发生法律效力，但是未登记不得对抗善意第三人。</p>
------	--	--

√ 典型真题

【例 12】甲向乙借款，欲以轿车作担保。关于担保，下列哪些选项是正确的？（2013 年卷三第 58 题，多选）57

- A. 甲可就该轿车设立质权
- B. 甲可就该轿车设立抵押权
- C. 就该轿车的质权自登记时设立
- D. 就该轿车的抵押权自登记时设立

考点 8 登记制度

	预告登记	更正登记	异议登记
条件	指在当事人所期待的不动产物权变动所需要的条件缺乏或者尚未成就时，即权利取得人只对将来取得物权享有请求权时，法律为保护这一债权请求权而进行的登记。当事人自愿登记，防止“一房两卖”。	<p>1. 不动产登记簿出现登记错误（包括权利主体、内容、客体错误）；</p> <p>2. 权利人或者利害关系人提出更正申请；</p> <p>3. 登记名义人书面同意更正或者申请人确有证据证明登记错误。</p>	<p>1. 利害关系人未能办理更正登记。</p> <p>2. 利害关系人可以提出异议登记申请。</p> <p>3. 利害关系人提出异议登记的申请时，登记机构即应办理异议登记。</p>

57 答案：AB

效力	办理了预告登记后，未经预告登记权利人的同意，处分该不动产的，不发生物权效力（但不影响合同的效力）	1. 符合更正登记条件的，登记机关应当办理更正登记，消除错误登记。 2. 以更正后的登记确定不动产物权的归属与内容。	1. 减损错误登记的公信力，阻碍善意取得的发生。 2. 若登记名义人为真正的物权人，真正物权人之处分行为不受异议登记的影响。 3. 异议登记不当，给权利人造成损害的，由申请人承担赔偿责任。
失效	预告登记在下列两种情形下自动失效，即使没有涂销预告登记，预告登记亦不再具有前述效力： (1) 债权消灭：买卖不动产物权的协议被认定无效、被撤销、被解除，或者预告登记的权利人放弃债权的，应当认定为“债权消灭”。 (2) 自能够进行不动产登记之日起3个月内未申请本登记。	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，申请人在登记之日起15日内不起诉，异议登记失效。

【命题提示】甲乙婚姻关系存续期间共有一套房产，登记在甲的名下，乙如何确认其对房屋所享有的所有权。

救济途径（1）：先向登记机构申请异议登记，再起诉；

救济途径（2）：直接向法院提起形成之诉。这两条路径的差异在于：路径（1）显然成本高但风险小，路径（2）恰好相反。原因在于，在路径（2）的情况下，如在甲乙诉讼期间，甲有可能边打官司边变卖房，如出卖给丙，完成过户登记毫无法律障碍，其后即使乙赢得官司，可能面临要不回房屋的尴尬，因为此时丙可以善意取得抗辩，乙只能向甲主张房款返还或者损害赔偿。但在路径（1）的场合下，如将来乙赢得官司，丙无法主张善意取得。

√ 典型案例

秦×杰等与孙×泽所有权确认纠纷上诉案 58

裁判要旨：不动产登记仅是一种公示行为，它的目的是保护善意第三人的利益，使第三人知道物权的设立和变动，从而避免善意第三人的利益受到损害，以维护交易安全，但它并非一种赋权行为，物权登记的存在，并不能绝对排除他人对物权享有真正的权利。不动产物权登记的效力，也只是一种推定效力，与实际权利状况并不一定吻合，若当事人认

为权属证书记载的权利人错误，并提供充分的证据证实自己是真正权利人的，应当否定不动产权属证书记载的权利人的权利。

√典型真题

【例 13】甲公司开发写字楼一幢，于 2008 年 5 月 5 日将其中一层卖给乙公司，约定半年后交房，乙公司于 2008 年 5 月 6 日申请办理了预告登记。2008 年 6 月 2 日甲公司因资金周转困难，在乙公司不知情的情况下，以该层楼向银行抵押借款并登记。现因甲公司不能清偿欠款，银行要求实现抵押权。下列哪一判断是正确的？（2009 年卷三第 8 题，单选）⁵⁹

- A. 抵押合同有效，抵押权设立
- B. 抵押合同无效，但抵押权设立
- C. 抵押合同有效，但抵押权不设立
- D. 抵押合同无效，抵押权不设立

【例 14】案情：甲欲出卖自家的房屋，但其房屋现已出租给张某，租赁期还剩余 1 年。甲将此事告知张某，张某明确表示，以目前的房价自己无力购买。

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

后双方签订正式房屋买卖合同约定：乙在合同签订后的 5 日内将购房款的三分之二通过银行转账给甲，但甲须提供保证人和他人房屋作为担保；双方还应就房屋买卖合同到登记机关办理预告登记。（2015 年卷四民法案例分析题）⁶⁰

（第三问）如甲不按合同交付房屋并转移房屋所有权，预告登记将对乙产生何种保护效果？

（第四问）如甲在预告登记后又与第三人签订房屋买卖合同，该合同是否有效？为什么？

【例 15】某房屋登记的所有人为甲，乙认为自己是共有人，于是向登记机构申请更正登记。甲不同意，乙又于 3 月 15 日进行了异议登记。3 月 20 日，丙打算买甲的房屋，但是到登记机构查询发现甲的房屋存有异议登记，遂放弃购买。乙申请异议登记后，发现自

⁵⁹ 答案：C

⁶⁰ （第三问）预告登记后，甲再处分房屋的，不产生物权效力。即丙对房屋的交付请求权具有物权性优先权，可以对抗所有的未登记的购买人。

（第四问）预告登记后，甲与第三人签订的房屋买卖合同有效，只是不发生物权变动的效力，如果甲不履行，将对第三人承担违约责任。

己的证据不足，遂对此事置之不理。下列哪些选项是正确的？（2008 年延考卷三第 59 题，多选）⁶¹

- A. 异议登记后，未经乙同意，处分该房屋的，不发生物权效力
- B. 异议登记于 3 月 31 日失效
- C. 甲有权向乙请求赔偿损失
- D. 甲有权向登记机构请求赔偿损失

考点 9 借名买房问题（隐名登记 + 不动产登记的相对证明效力）

<p>借名买房行为是因为实际出资人不符合某种资格，或是不方便以本人的名义购房时，与登记名义人约定借用其名买房，将房屋登记在出名人名下，但仍保留房屋的使用权限。借名房屋造成法律层面的产权人和实际层面的产权人不一致的形态，从而引起诸多纠纷。</p> <p>借名买房关系中，实际存在两个合意：</p> <div><div>{</div><div>存在于借名人与被借名人之间的关于房屋所有权归属的合意</div><div>借名人与第三人之间达成的房屋买卖，并据此向登记机关进行房屋所有权登记的合意</div></div> <p>上述两个合意在一般情况下是一致的，但在特定情形下则出现分离</p>	
物 权 说	<p>1. 如根据当事人提供的购房款支付、房贷的偿还、双方之间关于借名买房及所有权归属的约定等证据，能够证明在双方之间形成了借名买房关系，则当事人之间的真实意思是借名人购买房屋并取得所有权。</p> <p>2. 被借名人虽然根据相应的房屋买卖合同等文件，被登记为房屋所有权人，但这并非当事人的真实意思表示，据此作出的权属登记不具有原因行为基础，故而导致登记权利状态与真实权利状态不一致。</p> <p>3. 此种情况，应回归真实权利状态，故当事人请求确认物权的，应予支持。</p>
债 权 说	<p>1. 在借名买房中，登记权利人与第三人之间的房屋买卖合同是真实有效的，并且已经基于这一基础法律关系完成了房屋所有权登记，故登记权利人是唯一合法的房屋所有权人。</p> <p>2. 借名人与登记权利人之间关于房屋所有权归属的约定，只能约束合同双方当事人，没有直接设立房屋所有权的法律效力。</p> <p>3. 借名人不能根据借名买房协议的约定，直接取得房屋的所有权。</p> <p>综上：(1) 不动产物权的登记，是一个权利公示的方式，具有公信力与推定效力，登记权利人应该被推定为物权人。(2) 如果登记的状态与真实的权利状态不一样的，真正权利人可依据法院确认其为所有权人的判决请求登记机关变更登记，改变名不符实的状态。</p>

√ 典型案例

1、借用他人名义买房的，实际买房人可根据充分有效的证据向法院主张变更房屋所有权——陆飞诉浙江五洲建设投资集团有限公司、王亚萍商品房买卖合同案⁶²

61 答案：BC

62 案号：（2009）浙绍民终字第 485 号

裁判要旨：在不违反社会公德和社会公共利益以及法律强行性规范的前提下，允许当事人自由订立合同，借用他人名义买房合同应认定为有效。即使最终房屋权属登记在名义买房人名下，实际买房人也可以根据充分、有效的证据向法院主张变更房屋的所有权，然后再凭生效的判决书到房屋管理部门办理变更登记。即便在房屋产权主张不成的情况下，也可最低限度地确保当事人的合法债权。

2、以他人名义购买并办理房产证引发的房屋所有权归属问题⁶³

裁判要旨：房产权属登记是登记机构根据当事人的申请对不动产的权属关系和界址、面积等予以登记，仅仅对不动产的权属内容和外在形态起到证明作用，对外具有公示、公信效力，该效力是为了保护善意第三人，确保交易安全。因各种原因产生登记的物权人与真正的权利人不一致，由此在物权的归属、内容上发生争议，如果有证据证明不动产登记错误，当事人可以向人民法院提起诉讼，请求确认产权。本案中因邵×杰提供了充分的证据证明了其购房的事实，故邵×杰是争议房产的实际权利人。魏×杰与邵×杰签订的房屋买卖契约，自合同成立时生效，其双方因房屋买卖合同关系引起的物权转让变更登记，可待本院对本案的诉争房产权属作出确认之后，依法予以办理。

√典型真题

【例16】刘某借用张某的名义购买房屋后，将房屋登记在张某名下。双方约定该房屋归刘某所有，房屋由刘某使用，产权证由刘某保存。后刘某、张某因房屋所有权归属发生争议。关于刘某的权利主张，下列哪些表述是正确的？（2014年卷三第55题，多选）⁶⁴

- A. 可直接向登记机构申请更正登记
- B. 向登记机构申请异议登记
- C. 可向法院请求确认其为所有权人
- D. 可依据法院确认其为所有权人的判决请求登记机关变更登记

【例17】甲与乙签订《协议》，由乙以自己名义代甲购房，甲全权使用房屋并获取收益。乙与开发商和银行分别签订了房屋买卖合同和贷款合同。甲把首付款和月供款给乙，乙再给开发商和银行，房屋登记在乙名下。后甲要求乙过户，乙主张是自己借款购房。下列哪一选项是正确的？（2015年卷三第5题，单选）⁶⁵

63 (2013)南民三终字第00168号

64 答案：BCD

65 答案：A

- A. 甲有权提出更正登记
- B. 房屋登记在乙名下，甲不得请求乙过户
- C. 《协议》名为代购房关系，实为借款购房关系
- D. 如乙将房屋过户给不知《协议》的丙，丙支付合理房款则构成善意取得

考点 10 交付制度

一、修改说明

《民法典·物权编》	《物权法》
第 226 条：动产物权设立和转让前，权利人已经占有该动产的，物权自民事法律行为生效时发生效力。 第 227 条：动产物权设立和转让前，第三人占有该动产的，负有交付义务的人可以通过转让请求第三人返还原物的权利代替交付。	第 25 条：动产物权设立和转让前，权利人已经依法占有该动产的，物权自法律行为生效时发生效力。 第 26 条：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。
评析：将简易交付和指示交付去掉“依法”占有之“依法”二字。以简易交付为例，物权法规定受让人之先行占有须为依法占有，无权占有者不得适用，此种规定不合情理。试举一例：甲之手机被乙偷走，乙使用一周后被甲发现，此时甲已购得新手机，乙则对甲之手机爱不释手，于是两人达成一致，甲将手机转让给乙。根据物权法规定，因乙之先行占有为无权占有，因此不得适用简易交付以完成权利转移。然观念交付之立法目的，不外提高交易效率、保护交易安全而已；此种情况下，先行占有虽为无权，然根本不会害及简易交付之立法目的，物权法将之排除，既不效率亦不安全！删除依法二字，体现立法对观念交付理解之深入。同理，指示交付也做相同之修改：甲之手机被丙偷走，甲将其返还请求权转移给乙，只要甲乙二人你情我愿，此时亦可于观念上完成交付。	

二、考点精讲

交付即移转占有。 ⁶⁶ 交付的要件有二： (1) 移转占有。现实交付与简易交付移转的是直接占有；指示交付与占有改定则创设或移转间接占有。 (2) 具有交付的合意。当事人之间就占有的移转达成协议。	
现实交付	事实管领力的移转，即双方在约定的地点，基于合意移转直接占有，使受让人取得直接占有，让与人放弃全部占有地位。

66 崔建远：《物权法》，中国人民大学出版社 2011 年版，第 86 页。

观念交付	简易交付	即受让人已经占有动产，如受让人已经通过租赁、借用等方式实际占有了动产，则于物权变动的合意生效时，视为交付（占有在先，物权在后）。第 226 条：动产物权设立和转让前，权利人已经占有该动产的，物权自民事法律行为生效时发生效力。
	指示交付	又称返还请求权的让与，即动产由第三人占有时，出让人将其对于第三人的返还请求权让与受让人，以代替交付（物权在先，占有在后）。如，甲将其出租的家具卖给乙，但是由于租赁期限未满，暂时无法收回，甲可以把其家具的返还请求权让与乙，以代替现实交付。第 227 条：动产物权设立和转让前，第三人占有该动产的，负有交付义务的人可以通过转让请求第三人返还原物的权利代替交付。
	占有改定	包含两个合意： (1) 移转所有权的合意； (2) 出卖人与买受人之间成立租赁、借用等债权合同的合意，基于该合意出卖人可以继续占有标的物，买受人为间接占有，后一个约定（租赁 / 借用）生效时，视为交付完成（物权在先，占有在后）。如，甲将其所有的书卖给乙，但甲还想留书阅读，这时甲可以占有改定的方式使乙取得间接占有，以代替现实交付。第 228 条：动产物权转让时，当事人又约定由出让人继续占有该动产的，物权自该约定生效时发生效力。 善意取得、质权不能通过占有改定交付。
交付的法律效果：“一交三转” 1. 所有权移转。2. 风险移转。3. 孳息移转。		

√ 典型真题

【例 17】某宾馆为了 8 月 8 日的开业庆典，于 8 月 7 日向电视台租借一台摄像机。庆典之日，工作人员不慎摔坏摄像机，宾馆决定按原价买下，以抵偿电视台的损失，遂于 8 月 9 日通过电话向电视台负责人表明此意，对方表示同意。8 月 15 日，宾馆依约定向电视台支付了价款。摄像机所有权何时转移？（2004 年卷三第 10 题，单选）⁶⁷

A. 8 月 7 日

B. 8 月 8 日

C. 8 月 9 日

D. 8 月 15 日

【例 18】甲有一块价值一万元的玉石。甲与乙订立了买卖该玉石的合同，约定价金

⁶⁷ 答案：C

11,000元。由于乙没有带钱，甲未将该玉石交付与乙，约定三日后乙到甲的住处付钱取玉石。随后甲又向乙提出，再借用玉石把玩几天，乙表示同意。根据上述事实，请回答：（案情有删减）

关于乙对该玉石所有权的取得和交付的表述，下列选项正确的是：（2009年卷三第91题，不定项）⁶⁸

- A. 甲、乙的买卖合同生效时，乙直接取得该玉石的所有权
- B. 甲、乙的借用约定生效时，乙取得该玉石的所有权
- C. 由于甲未将玉石交付给乙，所以乙一直未取得该玉石的所有权
- D. 甲通过占有改定的方式将玉石交付给了乙

【例19】甲公司将1台挖掘机出租给乙公司，因乙公司一直未向甲公司支付租金，甲公司便将挖掘机以48万元的价格出卖给王某，约定由乙公司直接将挖掘机交付给王某，王某首期付款20万元，尾款28万元待收到挖掘机后支付。此事，甲公司通知乙公司。（案情有删减）

甲公司与王某签订买卖合同之后，王某是否取得了该挖掘机的所有权？（2012年卷三第89题改编，不定项）⁶⁹

【例20】庞某有1辆名牌自行车，在借给黄某使用期间，达成转让协议，黄某以8000元的价格购买该自行车。次日，黄某又将该自行车以9000元的价格转卖给了洪某，但约定由黄某继续使用1个月。关于该自行车的归属，下列哪一选项是正确的？（2017年卷三第5题，单选）⁷⁰

- A. 庞某未完成交付，该自行车仍归庞某所有
- B. 黄某构成无权处分，洪某不能取得自行车所有权
- C. 洪某在黄某继续使用1个月后，取得该自行车所有权
- D. 庞某既不能向黄某，也不能向洪某主张原物返还请求权

68 答案：BD

69 答案：分析：甲是挖掘机的所有权人，甲将挖掘机出卖给王某，且与王某约定让与甲公司对乙公司的返还请求权，故甲公司与王某以指示交付的方式完成了交付，因此，王某已经取得了挖掘机的所有权。

70 答案：D

考点 11 动产多重买卖所有权移转规则

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：

普通动产多重买卖	{	第一层次看交付：先行受领交付的买受人优先 第二层次看付款：均未受领交付，先行支付价款的买受人优先 第三层次看先来后到：均未受领交付，也未支付价款，依法成立在先合同的买受人优先
----------	---	---

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：

特殊动产多重买卖	{	第一层次看交付：先行受领交付的买受人优先，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优先 第二层次看登记：均未受领交付，先行办理所有权转移登记手续的买受人优先 第三层次看先来后到：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
----------	---	--

√ 典型真题

【例 21】甲有件玉器，欲转让，与乙签订合同，约好 10 日后交货付款；第二天，丙见该玉器，愿以更高的价格购买，甲遂与丙签订合同，丙当即支付了 80% 的价款，约好 3 天后交货；第三天，甲又与丁订立合同，将该玉器卖给丁，并当场交付，但丁仅支付了 30% 的价款。后乙、丙均要求甲履行合同，诉至法院。下列哪一表述是正确的？（2013 年卷三第 11 题，单选）⁷¹

- A. 应认定丁取得了玉器的所有权
- B. 应支持丙要求甲交付玉器的请求
- C. 应支持乙要求甲交付玉器的请求
- D. 第一份合同有效，第二、三份合同均无效

【例 22】甲为出售一台挖掘机分别与乙、丙、丁、戊签订买卖合同，具体情形如下：2016 年 3 月 1 日，甲胁迫乙订立合同，约定货到付款；4 月 1 日，甲与丙签订合同，丙支付 20% 的货款；5 月 1 日，甲与丁签订合同，丁支付全部货款；6 月 1 日，甲与戊签订合同，甲将挖掘机交付给戊。上述买受人均要求实际履行合同，就履行顺序产生争议。关于履行顺序，下列哪一选项是正确的？（2016 年卷三第 12 题，单选）⁷²

- | | |
|------------|------------|
| A. 戊、丙、丁、乙 | B. 戊、丁、丙、乙 |
| C. 乙、丁、丙、戊 | D. 丁、戊、乙、丙 |

⁷¹ 答案：A

⁷² 答案：A

考点 12 非基于法律行为的物权变动

一、修改对比

《民法典·物权编》	《物权法》
第 230 条：因继承取得物权的，自继承开始时发生效力。（删除“或者受继承”）	第 29 条：因继承或者受遗赠取得物权的，自继承或者受遗赠开始时发生效力。
<p>评析：遗产之继承因被继承人死亡而开始，故继承人自继承开始时，即取得被继承人遗产，无须继承人主张，更无须具备一定方式，继承人是否知悉其事，亦非所问。因被继承人死亡后，其民事权利能力即告终止，权利主体归于消灭，其生前享有的财产权利包括动产、不动产所有权在法律上也归于消灭。因此在因继承取得物权的情况下，如果仍然适用物权变动的一般原则，要求物权的取得自登记或交付时才能生效，因登记或交付通常需要一定的时间，势必导致，在被继承人死亡后不动产登记或动产交付前，遗产处于无主状态。所以，被继承人于继承开始之际原享有的不动产物权，则由继承人承受，而不受关于不动产物权之变动须经登记始生效力规定之限制。</p> <p>在我国现行立法采“区分遗嘱继承与遗赠”及“形式主义物权变动模式”之框架下，遗赠与继承无法相提并论。遗赠仅具有债权效力而不具有直接导致物权变动之物权效力，遗赠是一种民事法律行为，由此引发的物权变动，应依据以民事法律行为发生的物权变动的一般规则。亦即遗赠非属非依法律行为为之物权变动情形。⁷³ 因此，删除是合理的。</p>	

二、知识点精讲

非基于法律行为的物权变动，既不以登记或者交付为生效要件，也不以登记或者交付为对抗要件，而以公法行为生效或者事件、事实行为的发生为准。

公法行为	<p>第 229 条：因人民法院、仲裁机构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，自法律文书或者征收决定等生效时发生效力。⁷⁴</p> <p>此处“生效法律文书”要做必要的限制解释，仅限于形成判决，不包括给付判决。也就是说，当事人行使形成权所产生的判决生效时，直接发生物权变动的效果（无须登记或交付）；但是，当事人行使请求权所产生的判决生效时，不能直接发生物权变动的效果（仍须登记或交付）。原因在于：形成权的作用在于依照形成权人单方的意思表示直接引起权利变动；而请求权的实现具有间接性，须依赖相对人依照请求完成一定的行为，请求权才能实现。</p>
继承行为	<p>第 230 条：因继承取得物权的，自继承开始时发生效力。</p> <p>本条所指的“继承开始”是指“被继承人死亡”之时。这里的“死亡”既包括生理死亡，如老死、病死、意外事故致死等，也包括宣告死亡。</p>

⁷³ 参见刘耀东：《论基于继承与遗赠发生的不动产物权变动——以〈物权法〉第 29 条为中心》载《现代法学》2015 年第 1 期。

⁷⁴ 在比较法上，德国、日本等国民法典中都没有这样的规定。这一条主要是借鉴我国台湾地区“民法”第 759 条而设立的。台湾地区“民法”第 759 条规定：“因继承、强制执行、征收、法院之判决或其他非因法律行为，于登记前已取得不动产物权者，应当登记，始得处分其物权。”

事实行为

第 231 条：因合法建造、拆除房屋等事实行为设立或者消灭物权的，自事实行为成就时发生效力。

具体而言，合法建造房屋的，自事实行为成就（房屋封顶之时，无论门窗是否安装）时，建造人取得房屋所有权，无须登记（初始登记）。更准确一点说，应当是每一层封顶时，建造人就取得这一层的所有权（因为楼房中的每一间房屋都具有经济上和法律上的独立性，可以成为所有权的客体）。拆除房屋的，将每一层的屋顶掀开时，该层的房屋所有权就消灭了，无须登记（注销登记）。

第 232 条：处分依照本节规定享有的不动产物权，依照法律规定需要办理登记的，未经登记，不发生物权效力。

1. 非基于法律行为取得不动产所有权或者其他不动产物权（如抵押权）的，无须登记，即可发生不动产物权变动。

2. 未经宣示登记（如移转登记、初始登记），该不动产所有权或他物权是不完整的权利，欠缺处分权，权利人处分该不动产的（如出卖、抵押、赠与等），不发生物权效力，但处分合同的效力不因此受影响。

√ 典型案例

任 × 诉任 × × 所有权确权纠纷案⁷⁵

裁判要旨：建造房屋属于取得权利的事实行为，房屋建好后即在事实上产生了房屋的所有权，建造人亦因此取得该房屋的所有权。但房屋一经拆除，建造人对房屋的所有权也随之消灭。

√ 典型真题

【例 23】中州公司依法取得某块土地建设用地使用权并办理报建审批手续后，开始了房屋建设并已经完成了外装修。对此，下列哪一选项是正确的？（2008 年卷三第 8 题，单选）⁷⁶

- A. 中州公司因为享有建设用地使用权而取得了房屋所有权
- B. 中州公司因为事实行为而取得了房屋所有权
- C. 中州公司因为法律行为而取得了房屋所有权
- D. 中州公司尚未进行房屋登记，因此未取得房屋所有权

【例 24】甲继承了一套房屋，在办理产权登记前将房屋出卖并交付给乙，办理产权登记后又将该房屋出卖给丙并办理了所有权移转登记。丙受丁胁迫将房屋出卖给丁，并完成

75 最高人民法院《人民司法·案例》2011 年第 04 期

76 答案：B

了移转登记。丁旋即将房屋出卖并移转登记于戊。请回答问题。

在办理继承登记前，关于甲对房屋的权利状态，下列选项正确的是：（2008年卷三第94题，不定项）⁷⁷

- A. 甲已经取得了该房屋的所有权
- B. 甲对该房屋的所有权不能对抗善意第三人
- C. 甲出卖该房屋未经登记不生物权效力
- D. 甲可以出租该房屋

【例25】吴某和李某共有一套房屋，所有权登记在吴某名下。2010年2月1日，法院判决吴某和李某离婚，并且判决房屋归李某所有，但是并未办理房屋所有权变更登记。3月1日，李某将该房屋出卖给张某，张某基于对判决书的信赖支付了50万元价款，并入住该房屋。4月1日，吴某又就该房屋和王某签订了买卖合同，王某在查阅了房屋登记簿确认房屋仍归吴某所有后，支付了50万元价款，并于5月10日办理了所有权变更登记手续。下列哪些选项是正确的？（2011年卷三第55题，多选）⁷⁸

- A. 5月10日前，吴某是房屋所有权人
- B. 2月1日至5月10日，李某是房屋所有权人
- C. 3月1日至5月10日，张某是房屋所有权人
- D. 5月10日后，王某是房屋所有权人

【例26】甲、乙和丙于2012年3月签订了合伙协议，约定登记在丙名下的合伙房屋归甲、乙共有。后丙未履行协议。同年8月，法院判决丙办理该房屋过户手续，丙仍未办理。9月，丙死亡，丁为其唯一继承人。12月，丁将房屋赠给女友戊，并对赠与合同作了公证。下列哪一表述是正确的？（2013年卷三第6题，单选）⁷⁹

- A. 2012年3月，甲、乙按份共有房屋
- B. 2012年8月，甲、乙按份共有房屋
- C. 2012年9月，丁为房屋所有人
- D. 2012年12月，戊为房屋所有人

77 答案：ACD

78 答案：BD

79 答案：C

第三节 所有权

《民法典·物权编》	修改说明
<p>1. 第 243、245 条把《物权法》第 42、44 条关于征收、征用规定中的“单位”修改为“组织”，把“拆迁”修改为“征收”。</p> <p>2. 第 269、270 条把《物权法》第 68、69 条规定中的“企业法人”“社会团体”修改为“营利法人”“社会团体法人、捐助法人”。</p> <p>3. 第 297、310 条把《物权法》第 93、105 条规定中的“单位”修改为“组织”。</p>	<p>之所以作出上述修改，根本原因在于：总则编已以营业法人、社会团体法人概念更新了《民法通则》的企业法人、社会团体概念，并明确采纳了“捐助法人”“非法人组织”概念；另外，《国有土地上房屋征收与补偿条例》（2011 年）已以“征收”取代了“拆迁”概念。</p>
<p>（增加）第 248 条：无居民海岛属于国家所有，国务院代表国家行使无居民海岛所有权。</p>	<p>该条系对《海岛保护法》第 4 条，“无居民海岛属于国家所有，国务院代表国家行使无居民海岛所有权”的吸收。</p>
<p>第 264 条：增补“集体成员有权查阅、复制相关资料”（关于集体财产的状况）的规定，作为第二句。</p>	<p>这实际上赋予集体成员一种查阅、复印集体财产账簿的权利，旨在与《村民委员会组织法》（2018 年）第 30 条的规定保持一致。</p>
<p>1. 删除《物权法》第 65 条所作规定“私人合法的储蓄、投资及其收益受法律保护。国家依照法律规定保护私人的继承权及其他合法权益”。因为《民法典·总则编》第 124、125 条已作规定。</p> <p>2. 删除《物权法》第 92 条规定中的“造成损害的，应当给予赔偿”。因为《民法典·侵权责任编》的规定能够涵盖此种情形。</p>	

考点 13 原始取得与继受取得

一、修改说明

《民法典·物权编》	修改说明
<p>（新增）第 322 条：因加工、附合、混合而产生的物的归属，有约定的，按照约定；没有约定或者约定不明确的，依照法律规定；法律没有规定的，按照充分发挥物的效用以及保护无过错当事人的原则确定。因一方当事人的过错或者确定物的归属造成另一方当事人损害的，应当给予赔偿或者补偿。</p>	<p>评析：添附制度在民法教科书上会讲到，但现行物权法没有规定。司法实践中，法院是将民法理论上的添附制度作为法理规则来适用的。例如，北京三中院 2015 年终字第 1207 号民事判决书，就一起在他入宅基地上建房纠纷案，法院适用民法关于添附的法理规则判决房屋所有权由宅基地使用权人取得。这次民法典分则草案把添附规则正式表述为条文。⁸⁰但是，加工、附合、混合是三种不同的添附制度，它们在物的归属上采纳不同判断标准⁸¹，把它们不加任何区分地混合规定在一起，非常不恰当。</p>

80 梁慧星：《关于民法典分则草案的若干问题》之物权编中添附制度的若干意见和建议部分，载《法治研究》2019 年第 4 期。

81 参见陈本寒：《构建我国添附制度的立法思考》，载《法商研究》2018 年第 4 期。

二、考点精讲

原始取得	<p>原始取得，指不基于原所有人的意思或者权利，而是依据法律直接取得某物的所有权。具体而言，</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 该物原来不存在所有人，现在属于第一次取得所有权，包括： <ol style="list-style-type: none"> (1) 劳动生产；(2) 孳息；(3) 先占等。 2. 该物原来有所有人，但现在的所有人取得所有权与原所有人的意愿、权利无关，包括： <ol style="list-style-type: none"> (1) 公法方式如征收；(2) 私法方式如拾得⁸²、发现、添附与善意取得等。 <p>先占，是以所有的意思占有无主物而取得其所有权的法律事实。先占应具备以下构成要件：</p> <ol style="list-style-type: none"> (1) 须为无主物。(2) 须为动产。(3) 须以所有的意思占有无主物。 <p>添附是指民事主体把不同所有人的财产或劳动成果合并在一起，如果恢复原状在事实上不可能或者在经济上不合理的情况下，形成另一种新形态的财产。</p> <p>添附</p> <ul style="list-style-type: none"> 附合。附合是指两个或两个以上不同所有人的财产结合在一起而不能分离，若分离会毁损该物或者所需费用过大的事实。 混合。混合是指两个或两个以上不同所有人的种类物互相混杂不能识别的事实。 加工。加工是指在他人之物上进行劳动使之成为新物的事实。 <p>添附物的归属：第 322 条：因加工、附合、混合而产生的物的归属，有约定的，按照约定；没有约定或者约定不明确的，依照法律规定；法律没有规定的，按照充分发挥物的效用以及保护无过错当事人的原则确定。因一方当事人的过错或者确定物的归属造成另一方当事人损害的，应当给予赔偿或者补偿。</p> <ol style="list-style-type: none"> (1) 附合物的所有权归属应区分两种情况： <ol style="list-style-type: none"> ①当动产附合不动产之上时，由不动产所有人取得附合物的所有权，原动产所有权人则可取得与其原财产价值相当的补偿。 ②当动产与动产附合时，附合的动产有主从之别者，由主物的所有权人取得附合物的所有权，同时给对方以价值上的补偿。如无主从之别，则由各动产所有人按其动产附合时的价值共有附合物。 (2) 混合物所有权的归属：混合物一般应由原物价值较大的一方取得所有权，给另一方以相当的补偿。如果原物价值相差不多，也可由各方共有。 (3) 加工物的所有权归属：如果当事人有约定的依约定处理；如无约定，加工所增加价值未超过原材料价值的，则加工物归原材料所有人；如果加工价值显然大于原物的价值的，新物可以归加工人所有；如果加工价值与原材料价值相当，可由双方共有。除共有外，不论哪种情况，取得加工物所有权的一方应对对方的加工劳动或原材料价值予以补偿。⁸³
继受取得	<p>继受取得，又称传来取得，是指通过某种法律事实从原所有人那里取得对某项财产的所有权。这种方式是以承认原所有人对该项财产的所有权作为取得的前提条件的。继受取得的原因，包括法律行为取得和法律行为以外的事实取得两大类。具体方式：</p> <p>继受取得</p> <ul style="list-style-type: none"> 合同行为→民事主体双方达成协议，通过买卖、赠与等合同行为使得所有权发生移转 继承遗产→继承人按照法律的直接规定或者合法有效遗嘱的指定，取得被继承人死亡时遗留的个人合法财产 接受遗赠→公民、集体组织或者国家作为受遗赠人，按照被继承人生前所立的合法有效遗赠的指定，取得遗赠的财产

82 第 318 条：遗失物自发布招领公告之日起一年内无人认领的，归国家所有。

83 杨立新：《物权法》，中国人民大学出版社 2016 年版，第 61 页。

√ 典型真题

【例 27】下列哪一选项属于所有权的继受取得？（2008 年卷三第 10 题，单选）⁸⁴

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

【例 28】甲继承了一套房屋，在办理产权登记前将房屋出卖并交付给乙，办理产权登记后又将该房屋出卖给丙并办理了所有权移转登记。丙受丁胁迫将房屋出卖给丁，并完成了移转登记。丁旋即将房屋出卖并移转登记于戊。请回答问题。

关于戊的权利状态，下列选项正确的是：（2008 年卷三第 96 题，不定项）⁸⁵

- A. 戊享有该房屋的所有权
- B. 戊不享有该房屋的所有权
- C. 戊原始取得该房屋的所有权
- D. 戊继受取得该房屋的所有权

【例 29】潘某与刘某相约出游，潘某在长江边拾得一块奇石，爱不释手，拟带回家。刘某说，《物权法》规定河流属于国家所有，这一行为可能属于侵占国家财产。关于潘某能否取得奇石的所有权，下列哪一说法是正确的？（2011 年卷三第 9 题，单选）⁸⁶

- A. 不能，因为石头是河流的成分，长江属于国家所有，石头从河流中分离后仍然属于国家财产
- B. 可以，因为即使长江属于国家所有，但石头是独立物，经有关部门许可即可以取得其所有权
- C. 不能，因为即使石头是独立物，但长江属于国家所有，石头也属于国家财产
- D. 可以，因为即使长江属于国家所有，但石头是独立物、无主物，依先占的习惯可以取得其所有权

84 答案：A

85 答案：AD（虽然丁胁迫丙将房屋转移给他，但是因为办理了过户登记，丁就是房屋的所有权人，其将房屋转让给戊，是有权处分，戊是基于合同，继受取得了该房屋的所有权）

86 答案：D

考点 14 善意取得

构成要件	<p>1. 善意取得只能发生在无权处分之中。无权处分包括两种类型：</p> <p>(1) 处分了合法占有的他人之物，如承租人将租赁的手机转卖。</p> <p>(2) 共有人不足法定多数而处分共有物。</p> <p>注：有权处分绝对不发生善意取得，这是出题人比较青睐的一个命题陷阱。</p> <p>在有些场合下，所有权人对于自己的财产处分受到一定程度的限制，如果违反这些限制性规定，就构成有瑕疵的有权处分，但究其性质仍然是属于有权处分，受让人在这些场合下就不是善意取得所有权。</p> <p>2. 第三人受让该不动产或者动产时是善意的。真实权利人主张受让人不构成善意的，应当承担举证证明责任。</p> <p>(1) 善意 = 不知情 + 无重大过失。</p> <p>(2) “受让人受让该不动产或者动产时”，是指依法完成不动产物权转移登记或者动产交付之时。可知，不仅要求受让人签约时是善意的，而且一直到动产交付与不动产登记办理之时也得保持善意的状态。</p> <p>(3) 以下情形视为第三人知情：①登记簿上存在有效的异议登记；②预告登记有效期内未经预告登记的权利人同意；③登记簿上已经记载司法机关或者行政机关依法裁定、决定查封或者以其他形式限制不动产权利的有关事项；④受让人知道登记簿上记载的权利主体错误；⑤受让人知道他人已经依法享有不动产物权。</p> <p>(4) 以下情形视为第三人具有重大过失：①真实权利人有证据证明不动产受让人应当知道转让人无处分权的，应当认定受让人具有重大过失。②受让人受让动产时，交易的对象、场所或者时机等不符合交易习惯的，应当认定受让人具有重大过失。</p> <p>3. 以合理的价格转让。应当根据转让标的物的性质、数量以及付款方式等具体情况，参考转让时交易地市场价格以及交易习惯等因素综合认定。</p> <p>4. 完成公示。</p> <p>(1) 不动产已经登记；动产已经交付（包括现实交付、简易交付和指示交付，不包括占有改定）。</p> <p>(2) 船舶、航空器和机动车等特殊动产善意取得的判断：以交付为法定公示方式。</p> <p>5. 合同有效。具有下列情形之一，受让人主张根据物权法规定善意取得所有权的，不予支持：</p> <p>(1) 转让合同被认定无效；(2) 转让合同被撤销。</p>
排除适用	<p>1. 占有脱离物（如遗失物、盗赃物等）</p> <p>2. 禁止流通物</p> <p>3. 货币（包括不记名有价证券）</p>
效力	<p>无权处分</p> <p>1. 买卖合同有效</p> <p>2. 物权变动效力待定</p> <div><p>追认，买受人继受取得</p><p>符合善意取得构成要件→买受人原始取得 (原权利人有权向无处分权人请求损害赔偿，比如违约、侵权、不当得利)</p><p>未追认</p><p>不符合善意取得构成要件→买受人有权解除合同，并主张违约责任 (买受人不能取得所有权，原权利人有权请求返还原物)</p></div>

√ 典型案例

1、施国凤诉高乃颖确认合同无效纠纷案⁸⁷

裁判要旨：非因重大过失而不知道，是构成善意的重要情形之一。对于受让人是否具有“重大过失”，应根据具体案件的一些客观情况综合认定。日常生活中的房屋买卖，交易相对方往往基于了解标的物自然属性的目的进行实地查看。而本案中，受让人在没有对买卖的房屋进行查看的情况下与转让人签订房屋买卖合同，不去实际占有、使用买卖的房屋，有违一般交易习惯，其对于转让人是否有权处分房屋这一事实明显处于放任的状态，有违一般人在进行同类交易时应有的谨慎和注意程度，故受让人对此难言非重大过失，应认定为非善意，故不构成善意取得。

2、刘志兵诉卢志成财产权属纠纷案⁸⁸

裁判要旨：本案件虽然判决理由中并没有提及受让人的重大过失，但是，就本案所涉及的情形而言，属于交易的对象明显不符合交易习惯的情形。一般而言，对于动产交易，交易相对人可以相信持有该动产的当事人即为有权处分人。但是，对于特殊的动产，比如已经全面实施登记的机动车，则交易相对人应核实该机动车行驶证上所载明的当事人，当载明的当事人与出卖人不统一时，则受让人应进一步进行核查，比如核查出卖人是否有授权手续及其他有权处分的情形。就本案而言，出卖人仅仅占有该机动车，但是在机动车行驶证上载明的所有权人非出卖人的情况下，其并未提供授权出售的手续等合法处分权利外观，故应认定受让人具有明显的重大过失。

3、池××与李××房屋买卖合同纠纷案⁸⁹

本案最终判决李××购买房屋完全符合不动产善意取得的三个法律要件，其根据物权法善意取得制度享有该房屋的所有权。为论述李某某构成善意取得，法院将不动产善意取得的要件归纳为三点：受让人出于善意、以合理的价格转让、转让的不动产已经登记。这里，法院的判决在认定“不动产善意”的过程中，未将前述“出让人无权处分”归入要件，是有道理的。因为若是出让人有权处分，就谈不上受让人善意与否的问题了。

√ 典型真题

【例 30】甲有一块价值一万元的玉石。甲与乙订立了买卖该玉石的合同，约定价金 11,000 元。由于乙没有带钱，甲未将该玉石交付与乙，约定三日后乙到甲的住处付钱取玉石。

87 河南省郑州市中级人民法院民事判决书 (2015) 郑民三终字第 877 号

88 最高人民法院公报案例。

89 最高人民法院《人民司法·案例》2014 年第 16 期

随后甲又向乙提出，再借用玉石把玩几天，乙表示同意。隔天，知情的丙找到甲，提出愿以 12,000 元购买该玉石，甲同意并当场将玉石交给丙。丙在回家路上遇到债主丁，向丙催要 9,000 元欠款甚急，丙无奈，将玉石交付与丁抵偿债务。后丁将玉石丢失被戊拾得，戊将其转卖给己。根据上述事实，请回答：

关于丙、丁对该玉石所有权的取得问题，下列说法正确的是：（2009 年卷三第 92 题，不定项）⁹⁰

- A. 甲将玉石交付给丙时，丙取得该玉石的所有权
- B. 甲、丙的买卖合同成立时，丙取得该玉石的所有权
- C. 丙将玉石交给丁时，丁取得该玉石的所有权
- D. 丁不能取得该玉石的所有权

【例 31】王某取得挖掘机后便死亡。王某临终立遗嘱，其遗产由其子大王和小王继承，遗嘱还指定小王为遗嘱执行人。因大王一直在外地工作，同意王某遗产由小王保管，没有进行遗产分割。在此期间，小王将挖掘机出卖给方某，没有征得大王的同意。请回答：（案情有删减）

关于小王将挖掘机卖给方某的行为，下列表述正确的是：（2012 年卷三第 90 题，不定项）⁹¹

- A. 小王尚未取得对挖掘机的占有，不得将其出卖给方某
- B. 小王出卖挖掘机应当取得大王的同意
- C. 大王对小王出卖挖掘机的行为可以追认
- D. 小王是王某遗嘱的执行人，出卖挖掘机不需要大王的同意

考点 15 拾得遗失物

一、修改说明

《民法典·物权编》	《物权法》
第 318 条：遗失物自发布招领公告之日起一年内无人认领的，归国家所有。	第 113 条：遗失物自发布招领公告之日起六个月内无人认领的，归国家所有。
评析：时间的延长一方面延缓了遗失物的国有化，另一方面带来了更多的物归原主的机会，比较合理。	

⁹⁰ 答案：C

⁹¹ 答案：BC

二、考点精讲

遗失物的认定	<p>遗失物是指非基于遗失人的意志而暂时丧失占有的物。可见，遗失物并非无主财产。一般认为遗失物有以下构成要件：</p> <p>(1) 须为他人之物。</p> <p>(2) 须为动产，不动产不构成遗失物。</p> <p>(3) 遗失人对物的占有的丧失须非出于自己的意思。</p> <p>(4) 须非隐藏物。</p> <p>举一例以释之：无行为能力的所有人将物抛弃，因他欠缺意思能力，就不成立所有权的抛弃，而只是丧失占有，是为遗失物。但是，所有人为了安全的目的或其他考虑，将物品埋藏于土地之中或放置于一定的隐秘的场所，这时所有人并没有丧失对于物的占有，因此并不是遗失物，如果因年长日久，所有人忘其所在，则为埋藏物或者隐藏物。</p> <p>拾得遗失物属于法律事实中的事实行为，不以拾得人有行为能力为构成要件。</p>
拾得人的义务	<p>1. 拾得人负有返还义务，据为己有的，就其获利构成不当得利，需要返还原物及孳息。（不当得利之债）</p> <p>2. 拾得人负有妥善保管的义务，因故意或者重大过失导致遗失物毁损、灭失的，构成侵权，需要承担赔偿责任。（侵权之债）</p>
拾得人的权利	<p>1. 失主领取遗失物时，应当向拾得人或者有关部门支付保管遗失物等支出的必要费用。（无因管理之债）</p> <p>2. 拾得人原则上不得主张报酬，失主悬赏寻找遗失物的，领取遗失物时应当按照承诺履行义务。（单方允诺之债）</p> <p>3. 若失主不支付必要费用，拾得人可以留置遗失物；若失主不支付悬赏报酬，则不得留置，因不是同一法律关系。</p> <p>4. 拾得人侵占遗失物的，无权请求保管遗失物等支出的费用，也无权请求失主按照承诺履行义务。</p>
效果	<p>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；但是，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。</p>
其他	<p>1. 遗失物自发布招领公告之日起一年内无人认领的，归国家所有。</p> <p>2. 拾得漂流物、发现埋藏物或者隐藏物的，参照适用拾得遗失物的有关规定。法律另有规定的，依照其规定。</p>

√ 典型真题

【例 32】甲有一块价值一万元的玉石。甲与乙订立了买卖该玉石的合同，约定价金 11,000 元。由于乙没有带钱，甲未将该玉石交付与乙，约定三日后乙到甲的住处付钱取玉石。随后甲又向乙提出，再借用玉石把玩几天，乙表示同意。隔天，知情的丙找到甲，提出愿以 12,000 元购买该玉石，甲同意并当场将玉石交给丙。丙在回家路上遇到债主丁，向丙催要 9,000 元欠款甚急，丙无奈，将玉石交付与丁抵偿债务。后丁将玉石丢失被戊拾得，戊将其转卖给己。根据上述事实，请回答：

关于该玉石的返还问题，下列说法正确的是：（2009 年卷三第 93 题，不定项）⁹²

- A. 戊已取得了该玉石的所有权，原所有权人无权请求返还该玉石
- B. 该玉石的真正所有权人请求已返还该玉石不受时间限制
- C. 该玉石的真正所有权人可以在戊与己的转让行为生效之日起两年内请求已返还该玉石
- D. 该玉石的真正所有权人可以在知道或者应当知道该玉石的受让人己之日起两年内请求已返还该玉石

【例 33】甲遗失手链 1 条，被乙拾得。为找回手链，甲张贴了悬赏 500 元的寻物告示。后经人指证手链为乙拾得，甲要求乙返还，乙索要 500 元报酬，甲不同意，双方数次交涉无果。后乙在桥边玩耍时手链掉入河中被冲走。下列哪一选项是正确的？（2017 年卷三第 6 题，单选）⁹³

- A. 乙应承担赔偿责任，但有权要求甲支付 500 元
- B. 乙应承担赔偿责任，无权要求甲支付 500 元
- C. 乙不应承担赔偿责任，也无权要求甲支付 500 元
- D. 乙不应承担赔偿责任，有权要求甲支付 500 元

92 答案：D

93 答案：B

考点 16 建筑物区分所有权

一、修改说明

《民法典·物权编》	《物权法》
<p>1. 第 275 条：建筑区划内，规划用于停放汽车的车位、车库的归属，由当事人通过出售、附赠或者出租等方式约定。占用业主共有的道路或者其他场地用于停放汽车的车位，属于业主共有。</p> <p>第 276 条：建筑区划内，规划用于停放汽车的车位、车库应当首先满足业主的需要。</p> <p>2. 第 278 条第 1 款第（二）项：制定和修改管理规约。</p> <p>3. 第 279 条：业主不得违反法律、法规以及管理规约，将住宅改变为经营性用房。业主将住宅改变为经营性用房的，除遵守法律、法规以及管理规约外，应当经有利害关系的业主一致同意。</p> <p>4. 第 281 条：建筑物及其附属设施的维修资金，属于业主共有。经业主共同决定，可以用于电梯、屋顶、外墙、无障碍设施等共有部分的维修、更新和改造。维修资金的筹集、使用情况应当公布。</p> <p>（新增）紧急情况下需要维修建筑物及其附属设施的，业主大会或者业主委员会可以依法申请使用维修资金。</p> <p>（新增）第 282 条：建设单位、物业服务企业或者其他管理人等利用业主的共有部分产生的收入，在扣除合理成本之后，属于业主共有。</p>	<p>1. 第 74 条：建筑区划内，规划用于停放汽车的车位、车库应当首先满足业主的需要。</p> <p>建筑区划内，规划用于停放汽车的车位、车库的归属，由当事人通过出售、附赠或者出租等方式约定。</p> <p>占用业主共有的道路或者其他场地用于停放汽车的车位，属于业主共有。</p> <p>2. 第 76 条第 1 款第（二）项：制定和修改建筑物及其附属设施的管理规约。</p> <p>3. 第 77 条：业主不得违反法律、法规以及管理规约，将住宅改变为经营性用房。业主将住宅改变为经营性用房的，除遵守法律、法规以及管理规约外，应当经有利害关系的业主同意。</p> <p>4. 第 79 条：建筑物及其附属设施的维修资金，属于业主共有。经业主共同决定，可以用于电梯、水箱等共有部分的维修。维修资金的筹集、使用情况应当公布。</p>
<p>评析：上述修改使法律条文显得简洁明快，并且为了与《物权管理条例》（2007 年）、《住宅专项维修资金管理办法》（2008 年）的规定在表达上保持一致。</p> <p>新增的 282 条是对《最高人民法院关于审理建筑物区分所有权纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》（法释〔2009〕14 号）第 14 条的吸收与改造。</p>	

<p>第 278 条：下列事项由业主共同决定：</p> <p>（一）制定和修改业主大会议事规则；</p> <p>（二）制定和修改管理规约；</p> <p>（三）选举业主委员会或者更换业主委员会成员；</p> <p>（四）选聘和解聘物业服务企业或者其他管理人；</p> <p>（五）使用建筑物及其附属设施的维修资金；</p> <p>（六）筹集建筑物及其附属设施的维修资金；</p> <p>（七）改建、重建建筑物及其附属设施；</p> <p>（八）改变共有部分的用途或者利用共有部分从事经营活动；（新增）</p> <p>（九）有关共有和共同管理权利的其他重大事项。</p> <p>业主共同决定事项，应当由专有部分面积占比三分之二以上的业主且人数占比三分之二以上的业主参与表决。决定前款第六项至第八项规定的事项，应当经参与表决专有部分面积四分之三以上的业主且参与表决人数四分之三以上的业主同意。决定前款其他事项，应当经参与表决专有部分面积过半数的业主且参与表决人数过半数的业主同意。</p>	<p>第 76 条：下列事项由业主共同决定：</p> <p>（一）制定和修改业主大会议事规则；</p> <p>（二）制定和修改建筑物及其附属设施的管理规约；</p> <p>（三）选举业主委员会或者更换业主委员会成员；</p> <p>（四）选聘和解聘物业服务企业或者其他管理人；</p> <p>（五）筹集和使用建筑物及其附属设施的维修资金；</p> <p>（六）改建、重建建筑物及其附属设施；</p> <p>（七）有关共有和共同管理权利的其他重大事项。</p> <p>决定前款第五项和第六项规定的事项，应当经专有部分占建筑物总面积三分之二以上的业主且占总人数三分之二以上的业主同意。决定前款其他事项，应当经专有部分占建筑物总面积过半数的业主且占总人数过半数的业主同意。</p>
<p>评析：</p> <p>1. 强化业主对共有部分共同管理的权利。实践中，一些物业服务企业未征求业主意见擅自改变共有部分的用途或者利用外墙、电梯张贴广告等营利。对此，增加规定，改变共有部分的用途或者利用共有部分从事经营活动应当由业主共同决定。该规定回应了现实需求，主要受到了《最高人民法院关于审理建筑物区分所有权纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》（法释〔2009〕14号）第14条的启发。</p> <p>2. 为了解决物业管理活动中业主作出决议难的问题，适当降低业主作出决议的门槛。⁹⁴</p> <p>经此种修改后，重大事项（涉及维修基金、建筑物改建或重建、共有部分改用或商用）的决定，实际上只需要经过专有部分占二分之一以上的业主且占总人数二分之一以上的业主同意；其他事项的决定，经专有部分占三分之一以上的业主且占总人数三分之一以上的业主同意，即可。这确实大大降低了业主作出决议的难度。</p>	

二、考点精讲

建筑物区分所有权，指业主对于一栋建筑物中自己专有部分的单独所有权、对共有部分的共有权以及因共有关系而产生的管理权所形成的“三位一体”的权利。

⁹⁴ 参见沈春耀：《关于〈民法典各分编（草案）〉的说明》，http://www.npc.gov.cn/npc/lfzt/rlyw/node_35177.htm 访问日期：2020年2月10日。

	权利范围	义务及权利限制
专有权(独立所有权)	<p>在区分所有权中居于主导地位, 包括:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 业主专有的住宅或者经营性住房。 2. 业主单独享有的车位、车库、绿地。 3. 业主单独享有的露台。 4. 具有构造、利用上的独立性, 能够予房屋登记的摊位。 	<p>1. 业主将住宅改为经营性用房(“住改商”), 应当经利害关系业主同意。在这里, “利害关系业主”包括:</p> <p>(1) 本栋建筑物内的所有其他业主。(2) 本栋建筑物之外, 应证明受到或者可能受到不利影响的其他业主。</p> <p>2. 行使专有权不得危及建筑物的安全。否则其他业主可以行使物权请求权。</p> <p>3. 业主转让其专有权时, 其他业主不享有优先购买权。</p>
共有权	<ol style="list-style-type: none"> 1. 全体业主共有: 上(楼顶)下(地基、承重结构)里(大厅、物业服务用房、照明设施、各种管道等)外(外墙)。 2. 部分业主共有: 如三四层之间的楼板(天花板)由三四层业主共有, 其他业主无权。 3. 车位、车库: 占用业主共有道路或其他场所用于停放汽车的车位——全体业主共有 开发商规划用于停放汽车的车位、车库——开发商所有, 先满足业主需要(出租、出售、赠与) 	<p>共享权利、共担费用</p> <p>不得以放弃权利为由不履行义务(权利可以放弃, 义务必须履行)</p>
管理权	<p>有权设立业主大会, 并选举业主委员会。可以自主管理, 也可以委托物业公司管理</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. 共同事项⁹⁵ “双 2/3” 以上表决(专有部分面积占比三分之二以上的业主且人数占比三分之二以上的业主参与表决) 2. 一般事项⁹⁶ “双过半” 决定(参与表决专有部分面积过半数的业主且参与表决人数过半数的业主同意) 3. 特别事项⁹⁷ “双 3/4” 以上决定(参与表决专有部分面积四分之三以上的业主且参与表决人数四分之三以上的业主同意)

95 共同事项 = 一般事项 + 特别事项

96 (一) 制定和修改业主大会议事规则;

(二) 制定和修改管理规约;

(三) 选举业主委员会或者更换业主委员会成员;

(四) 选聘和解聘物业服务企业或者其他管理人;

(五) 使用建筑物及其附属设施的维修资金;

(六) 筹集建筑物及其附属设施的维修资金;

97 (七) 筹集建筑物及其附属设施的维修资金;

(八) 改建、重建建筑物及其附属设施;

(九) 改变共有部分的用途或者利用共有部分从事经营活动。

建筑物区分所有权与共有的区别：共有是多人共同享有一个所有权；而建筑物区分所有权，每一个独立部分是一个所有权，即有多个所有权。

√ 典型真题

【例 34】王某有一栋两层楼房，在楼顶上设置了一个商业广告牌。后王某将该楼房的第二层出售给了张某。下列哪些选项是正确的？(2008 年卷三第 58 题，多选)⁹⁸

- A. 张某无权要求王某拆除广告牌
- B. 张某与王某间形成了建筑物区分所有权关系
- C. 张某对楼顶享有共有和共同管理的权利
- D. 张某有权要求与王某分享其购房后的广告收益

【例 35】蒋某是 C 市某住宅小区 6 栋 3 单元 502 号房业主，入住后面临下列法律问题，请根据相关事实予以解答。

(1) 小区地下停车场设有车位 500 个，开发商销售了 300 个，另 200 个用于出租。蒋某购房时未买车位，现因购车需使用车位。下列选项正确的是：(2017 年卷三第 86 题；不定项)⁹⁹

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

(2) 该小区业主田某将其位于一楼的住宅用于开办茶馆，蒋某认为此举不妥，交涉无果后向法院起诉，要求田某停止开办。下列选项正确的是：(2017 年卷三第 87 题；不定项)¹⁰⁰

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

98 答案：ABCD

99 答案：C

100 答案：ABC

考点 17 物业服务合同

一、修改说明

《民法典·物权编》	《物权法》
<p>第 285 条：物业服务企业或者其他管理人根据业主的委托，依照本法第三编有关物业服务合同的规定管理建筑区划内的建筑物及其附属设施，接受业主的监督，并及时答复业主对物业服务情况提出的询问。</p> <p>物业服务企业或者其他管理人应当执行政府依法实施的应急处置措施和其他管理措施，积极配合开展相关工作。</p>	<p>第 82 条：物业服务企业或者其他管理人根据业主的委托管理建筑区划内的建筑物及其附属设施，并接受业主的监督。</p>
<p>评析：与合同编中“物业服务合同”的内容相呼应。该规定进一步明确了物业服务企业或者其他管理人对业主的义务，为了解决物业管理企业管理不规范的问题。</p>	
<p>第 286 条：业主应当遵守法律、法规以及管理规约，相关行为应当符合节约资源、保护生态环境的要求。对于物业服务企业或者其他管理人执行政府依法实施的应急处置措施和其他管理措施，业主应当依法予以配合。</p> <p>业主大会或者业主委员会，对任意弃置垃圾、排放污染物或者噪声、违反规定饲养动物、违章搭建、侵占通道、拒付物业费 etc 损害他人合法权益的行为，有权依照法律、法规以及管理规约，请求行为人停止侵害、排除妨碍、消除危险、恢复原状、赔偿损失。</p> <p>业主或者其他行为人拒不履行相关义务的，有关当事人可以向有关行政主管部门报告或者投诉，有关行政主管部门应当依法处理。</p>	<p>第 83 条：业主应当遵守法律、法规以及管理规约。</p> <p>业主大会和业主委员会，对任意弃置垃圾、排放污染物或者噪声、违反规定饲养动物、违章搭建、侵占通道、拒付物业费 etc 损害他人合法权益的行为，有权依照法律、法规以及管理规约，要求行为人停止侵害、消除危险、排除妨害、赔偿损失。业主对侵害自己合法权益的行为，可以依法向人民法院提起诉讼。</p>
<p>(新增) 第 287 条：业主对建设单位、物业服务企业或者其他管理人以及其他业主侵害自己合法权益的行为，有权请求其承担民事责任。</p>	<p>——</p>

二、考点精讲

物业服务合同	<p>第 937 条：物业服务合同是物业服务人在物业服务区域内，为业主提供建筑物及其附属设施的维修养护、环境卫生和相关秩序的管理维护等物业服务，业主支付物业费的合同。物业服务人包括物业服务企业和其他管理人。</p> <p>1. 物业服务合同的约束力</p> <p>(1) 物业服务合同应当采用书面形式。</p> <p>(2) 物业服务企业公开作出的服务承诺及制定的服务细则，应当认定为物业服务合同的组成部分。</p> <p>(3) 建设单位依法与物业服务人订立的前期物业服务合同，以及业主委员会与业主大会依法选聘的物业服务人订立的物业服务合同，对业主具有法律约束力。业主不得以其并非合同当事人为由，拒绝接受合同的约束。</p> <p>(4) 建设单位依法与物业服务人订立的前期物业服务合同约定的服务期限届满前，业主委员会或者业主与新物业服务人订立的物业服务合同生效的，前期物业服务合同终止。</p> <p>(5) 物业服务人将物业服务区域内的部分专项服务事项委托给专业性服务组织或者其他第三人的，应当就该部分专项服务事项向业主负责。物业服务人将其应当提供的全部物业服务转委托给第三人，或者将全部物业服务支解后分别转委托给第三人，该委托合同无效。</p> <p>(6) 业主的告知义务：业主装饰装修房屋的，应当事先告知物业服务人，遵守物业服务人提示的合理注意事项，并配合其进行必要的现场检查。业主转让、出租物业专有部分、设立居住权或者依法改变共有部分用途的，应当及时将相关情况告知物业服务人。</p> <p>2. 物业费</p> <p>(1) 业主与物业的承租人、借用人或者其他物业使用人约定由物业使用人交纳物业费，物业服务人请求业主承担连带责任的，法院应予支持。</p> <p>(2) 物业服务企业向业主委员会提出物业费主张的，法院应当告知其向拖欠物业费的业主另行主张权利。</p> <p>(3) 物业服务企业已经按照合同约定以及相关规定提供服务，业主仅以未享受或者无需接受相关物业服务为抗辩理由的，法院不予支持。</p> <p>3. 物业服务合同的解除与续聘</p> <p>(1) 业主依照法定程序共同决定解聘物业服务人的，可以解除物业服务合同。决定解聘的，应当提前 60 日书面通知物业服务人，但是合同对通知期限另有约定的除外。</p> <p>(2) 解除合同造成物业服务人损失的，除不可归责于业主的事由外，业主应当赔偿损失。</p> <p>(3) 物业服务期限届满后，业主没有依法作出续聘或者另聘物业服务人的决定，物业服务人继续提供物业服务的，原物业服务合同继续有效，但是服务期限为不定期。</p> <p>(4) 当事人可以随时解除不定期物业服务合同，但是应当提前 60 日书面通知对方。</p> <p>(5) 物业服务期限届满前，物业服务人不同意续聘的，应当在合同期限届满前 90 日书面通知业主或者业主委员会，但是合同对通知期限另有约定的除外。</p>
权利界定	<p>1. 业主大会、业主委员会享有管理权。业主大会和业主委员会，对任意弃置垃圾、排放污染物或者噪声、违反规定饲养动物、违章搭建、侵占通道、拒付物业费等损害他人合法权益的行为，有权依照法律、法规以及管理规约，要求行为人停止侵害、消除危险、排除妨害、赔偿损失。</p> <p>2. 业主对侵害自己合法权益的行为，可以提起单独或者共同诉讼。</p> <p>3. 业主大会、业主委员会作出侵害业主权益的决定的，业主可以向法院提起撤销之诉，撤销权应当在知道或者应当知道业主大会或者业主委员会作出决定之日起一年内行使。</p>

√ 典型案例

1、占用减震连接带的行为构成侵权¹⁰¹

裁判要旨：本案中，罗×琼将减震连接带占有并修建洗衣槽等，属于法律规定的损害其他业主合法权益的行为。作为罗×琼相邻方当事人及××幢1单元21-1号房屋的业主，胡×芳要求罗×琼将减震连接带恢复原状，具有事实依据及法律依据，应当予以支持。

2、邓×诉杨×相邻关系纠纷案¹⁰²

裁判要旨：行为人为了阻止居住于其楼上的住户擅自悬挂牌匾的行为，从其家中封闭阳台穿出铁棍，该行为在阻止其楼上住户的同时亦损害了该幢楼房其他区分所有权人的合法权益，属于对建筑物的不当使用，该幢楼房的任何住户均有权请求行为人排除妨碍。

√ 典型真题

【例36】北林公司是某小区业主选聘的物业服务企业。关于业主与北林公司的权利义务，下列哪一选项是正确的？（2010年卷三第8题，单选）¹⁰³

- A. 北林公司公开作出的服务承诺及制定的服务细则，不是物业服务合同的组成部分
- B. 业主甲将房屋租给他人使用，约定由承租人交纳物业费，北林公司有权请求业主甲对该物业费的交纳承担连带责任
- C. 业主乙拖欠半年物业服务费，北林公司要求业主委员会支付欠款，业主委员会无权拒绝
- D. 业主丙出国进修两年返家，北林公司要求其补交两年的物业管理费，丙有权以两年未接受物业服务为由予以拒绝

【例37】蒋某是C市某住宅小区6栋3单元502号房业主，入住后面临下列法律问题，请根据相关事实予以解答。

对小区其他业主的下列行为，蒋某有权提起诉讼的是：（2017年卷三第88题；不定项）¹⁰⁴

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

101 (2017)渝03民终1782号

102 最高人民法院中国应用法学研究所《人民法院案例选》2010年第4辑

103 答案：B

104 答案：D

考点 18 共有

一、修改说明

《民法典·物权编》	《物权法》
第 301 条：处分共有的不动产或者动产以及对共有的不动产或者动产作重大修缮、变更性质或者用途的，应当经占份额三分之二以上的按份共有人或者全体共同共有人同意，但是共有人之间另有约定的除外。	第 97 条：处分共有的不动产或者动产以及对共有的不动产或者动产作重大修缮的，应当经占份额三分之二以上的按份共有人或者全体共同共有人同意，但共有人之间另有约定的除外。
评析：这实际上扩大了按份共有物之重要管理行为采纳的“绝对多数决”原则（“占份额三分之二以上”），强化了对按份共有物的维护，比较可取。	

二、考点精讲

	按份共有	共同共有
内涵	1. 各共有人按照确定的份额对共有物享有权利、承担义务。 2. 份额是所有权份额，而不是共有物的份额，是抽象地及于共有物的全部。 3. 按份共有人对其份额享有独立所有权。	1. 共同共有是不分份额的共有。在共同共有关系存续期间，各共有人对共有物享受的权利与承担的义务没有份额之分。 2. 共同共有的发生以共有人之间存在共同关系为前提。如夫妻关系。 3. 共同共有人平等地享有权利和承担义务。
认定	共有人对共有的不动产或者动产没有约定为按份共有或者共同共有，或者约定不明确的，除共有人具有家庭关系等外，视为按份共有。	1. 夫妻共有财产 2. 家庭共有财产 3. 遗产分割前共同继承的财产 4. 合伙财产
份额	（约定→出资额→等额） 按份共有人对共有的不动产或者动产享有的份额，没有约定或者约定不明确的，按照出资额确定；不能确定出资额的，视为等额享有。	不分份额
管理（保存行为，维持现状，防止物毁损、灭失、权利丧失）	共有人按照约定管理共有物，没有明确约定的，各共有人都有管理的权利，也有管理的义务。	

处分 ¹⁰⁵ 、重大修缮、变更性质或者用途	有约从约，无约应当经占份额 2/3 以上的按份共有人同意。	有约从约，无约须经全体共有人一致同意。
对内（收益、费用分担）	约定→出资额→等额	共同享有、共同承担
对外	连带债权、连带债务	连带债权、连带债务
分割共有物	<p>1、分割方式</p> <p>(1) 实物分割：对于可分物可以采取实物分割的方式。如粮食、布匹等。</p> <p>(2) 变价分割：如果共有物是不可分物的，而且各共有人都不愿意接受共有物时，可以将共有物折价或者拍卖、变卖，由各共有人分别取得价金。</p> <p>(3) 作价补偿：对于不可分物共有人中的一人愿意取得共有物的，可以由该共有人取得该共有物。对于共有物的价值超出其应得份额的部分，取得共有物的共有人应对其他共有人作价补偿。</p> <p>共有人分割所得的不动产或者动产有瑕疵的，其他共有人应当分担损失（互负瑕疵担保责任）。</p> <p>2、分割限制</p> <p>(1) 共有人约定不得分割共有的不动产或者动产，以维持共有关系的，应当按照约定。但共有人有重大理由需要分割的，仍然可以请求分割。</p> <p>(2) 没有约定或者约定不明确的，按份共有人可以随时请求分割，共同共有人在共有的基础丧失（比如夫妻离婚）或者有重大理由（①一方有隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产或者伪造夫妻共同债务等严重损害夫妻共同财产利益行为的；②一方负有法定扶养义务的人患重大疾病需要医治，另一方不同意支付相关医疗费用的）需要分割时可以请求分割。</p> <p>(3) 因分割造成其他共有人损害的，应当给予赔偿。</p>	

√ 典型案例

1、所有权确认纠纷案¹⁰⁶

裁判要旨：易×发、董×敏双方所签署的关于共同购买涉案房屋的共同购房契约系双方真实意思表示。该契约并不违反相关法律的规定，应属合法有效。共有人对共有的不动产或者动产没有约定为按份共有或者共同共有，或者约定不明确的，除共有人具有家庭关系等外，视为按份共有。按份共有人对共有的不动产或者动产享有的份额，没有约定或

¹⁰⁵ 这里的处分是指导致物权变动的原因行为，包括法律处分行为，如买卖、设立抵押等行为，也包括事实处分行为，如消费、毁灭等。但不包括出租、出借等设立债权的负担行为。共有人违反法律规定擅自对共有物进行处分，构成无权处分，适用善意取得制度。

¹⁰⁶ （2018）京03民终3508号

者约定不明确的，按照出资额确定；不能确定出资额的，视为等额享有。

2、共有物分割纠纷案¹⁰⁷

裁判要旨：本案中，涉案房产不宜进行实物分割，而吴××，魏××双方亦不能对涉案房产折价或者变卖取得的价款予以分割这两种分割方式达成一致，那么吴××现主张涉案房产由法院依法拍卖，由双方就拍卖价款予以分割，这种分割方式符合法律规定，且在双方不能就分割方式达成一致情形下，亦无其他更优的分割方式，故对吴××主张的上述分割方式，予以支持。

√典型真题

【例 38】甲、乙、丙按不同的比例共有一套房屋，约定轮流使用。在甲居住期间，房屋廊檐脱落砸伤行人丁。下列哪些选项是正确的？(2009 年卷三第 54 题，多选)¹⁰⁸

- A. 乙、丙如不能证明自己没有过错，应对丁承担连带赔偿责任
- B. 丁有权请求甲承担侵权责任
- C. 如甲承担了侵权责任，则乙、丙应按各自份额分担损失

【例 39】红光、金辉、绿叶和彩虹公司分别出资 50 万、20 万、20 万、10 万元建造一栋楼房，约定建成后按投资比例使用，但对楼房管理和所有权归属未作约定。对此，下列哪一说法是错误的？(2010 年卷三第 7 题，单选)¹⁰⁹

- A. 该楼发生的管理费用应按投资比例承担
- B. 该楼所有权为按份共有
- C. 红光公司投资占 50%，有权决定该楼的重大修缮事宜
- D. 彩虹公司对其享有的份额有权转让

【例 40】关于共有，下列哪些表述是正确的？(2011 年卷三第 56 题，多选)¹¹⁰

- A. 对于共有财产，部分共有人主张按份共有，部分共有人主张共同共有，如不能证明财产是按份共有的，应当认定为共同共有
- B. 按份共有人对共有不动产或者动产享有的份额，没有约定或者约定不明确的，按照出资额确定；不能确定出资额的，视为等额享有
- C. 夫或妻在处理夫妻共同财产上权利平等，因日常生活需要而处理夫妻共同财产的，

107 (2017) 粤 20 民终 4200 号

108 答案：ABC(本题答案有删减)

109 答案：C

110 答案：BCD

任何一方均有权决定

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

【例 41】甲、乙、丙、丁共有 1 套房屋, 各占 1/4, 对共有房屋的管理没有进行约定。甲、乙、丙未经丁同意, 以全体共有人的名义将该房屋出租给戊。关于甲、乙、丙上述行为对丁的效力的依据, 下列哪一表述是正确的? (2012 年卷三第 6 题, 单选)¹¹¹

- A. 有效, 出租属于对共有物的管理, 各共有人都有管理的权利
- B. 有效, 对共有物的处分应当经占共有份额 2/3 以上的共有人的同意, 出租行为较处分为轻, 当然可以为之
- C. 无效, 对共有物的出租属于处分, 应当经全体共有人的同意
- D. 有效, 出租是以利用的方法增加物的收益, 可以视为改良行为, 经占共有份额 2/3 以上的共有人的同意即可

【例 42】甲、乙二人按照 3: 7 的份额共有一辆货车, 为担保丙的债务, 甲、乙将货车抵押给债权人丁, 但未办理抵押登记。后该货车在运输过程中将戊撞伤。对此, 下列哪一选项是正确的? (2016 年卷三第 8 题, 单选)¹¹²

- D. 如甲对丁承担了全部担保责任, 则有权向乙追偿

考点 19 按份共有人的优先购买权

一、修改说明

《民法典·物权编》	《物权法》
第 306 条: 按份共有人转让其享有的共有的不动产或者动产份额的, 应当将转让条件及时通知其他共有人。其他共有人应当在合理期限内行使优先购买权。 (新增) 两个以上其他共有人主张行使优先购买权的, 协商确定各自的购买比例; 协商不成的, 按照转让时各自的共有份额比例行使优先购买权。	第 101 条: 按份共有人可以转让其享有的共有的不动产或者动产份额。其他共有人在同等条件下享有优先购买的权利。
评析: 对于共有物优先购买权的行使方法作出规定。第 2 款主要吸收了《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释(一)》(法释〔2016〕5 号)第 14 条的规定。	

111 答案: B

112 答案: D

二、考点精讲

行使	<p>按份共有存续期间，某一按份共有人向共有人之外的人转让其份额（对外转让），其他共有人在同等条件下享有优先购买的权利。除按份共有人之间另有约定，以下情形按份共有人主张优先购买权，不予支持：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 对内转让。按份共有人之间转让共有份额。 2. 继承遗赠。共有份额的权利主体因继承、遗赠等原因发生变化时。 3. 超期行使。（约定→通知→法定） 4. 非同等条件。（1）“同等条件”，应当综合共有份额的转让价格、价款履行方式及期限等因素确定。（2）虽主张优先购买，但提出减少转让价款、增加转让人负担等实质性变更要求，不享有优先购买权。
期限	<ol style="list-style-type: none"> 1. 转让人向其他按份共有人发出的包含同等条件内容的通知中载明行使期间的，以该期间为准。 2. 通知中未载明行使期间，或者载明的期间短于通知送达之日起15日的，为15日。 3. 转让人未通知的，为其他按份共有人知道或者应当知道最终确定的同等条件之日起15日。 4. 转让人未通知，且无法确定其他按份共有人知道或者应当知道最终确定的同等条件的，为共有份额权属转移之日起6个月。 <p>如图：</p> <div style="display: flex; align-items: center;"> <div style="font-size: 3em; margin-right: 10px;">{</div> <div> <p>有约从约→按照约定的期限确定</p> <p>未约定 {</p> <div style="display: flex; align-items: center;"> <div style="font-size: 2em; margin-right: 10px;">{</div> <div> <p>通知 {</p> <div style="display: flex; align-items: center;"> <div style="font-size: 1.5em; margin-right: 10px;">{</div> <div> <p>载明行使期间→按照载明期限行使</p> <p>未载明行使期间或载明期间少于15日→通知送达之日起15日</p> </div> </div> <p>未通知 {</p> <div style="display: flex; align-items: center;"> <div style="font-size: 1.5em; margin-right: 10px;">{</div> <div> <p>知道或应当知道最终确定的同等条件→知道之日起15日</p> <p>无法确定知道或者应当知道</p> <p>最终确定的同等条件→共有份额权属转移之日起6个月</p> </div> </div> </div> </div> </div> </div>
竞合	<ol style="list-style-type: none"> 1. 两个以上按份共有人主张优先购买：协商确定→协商不成按照转让时各自份额比例行使。 2. 共有人的优先购买优先于房屋承租人的优先购买。 3. 房屋次承租人的优先购买优先于房屋承租人的优先购买。
救济	<p>侵害优先购买权可以主张损害赔偿，但不能仅请求撤销共有份额转让合同或者认定该合同无效。</p>

√ 典型案例

中国农业银行股份有限公司海口金贸支行诉中国农业银行股份有限公司琼州市支行共有人优先购买权纠纷案¹¹³

裁判要旨：各个按份共有人虽有自由处分其共有份额的权利，但为了其他按份共有人能有效行使优先购买权，转让人必须履行通知义务。只有在其他按份共有人确切知道转让的时间和同等条件的情况下，才能决定是否行使优先购买权。通知义务的行使是优先购买

113 （2014）海南一中民一中字第243号民事判决书

权能否有效实现的基础。拍卖公告针对的是不特定的竞买人，在转让人拟通过公开拍卖方式转让共有份额的情况下，拍卖公告不能作为通知的方式。

√典型真题

【例 43】甲、乙按 20% 和 80% 的份额共有一间房屋。二人将房屋出租给丙，丙取得甲和乙的同意后将该房屋转租给丁。现甲欲转让自己的份额。下列哪一项表述是正确的？（2005 年卷三第 12 题，单选）¹¹⁴

- A. 乙、丙有优先购买权，丁无优先购买权
- B. 乙、丁有优先购买权，丙无优先购买权
- C. 乙、丙、丁都有优先购买权
- D. 丙、丁有优先购买权，乙无优先购买权

【例 44】甲、乙、丙、丁按份共有一艘货船，份额分别为 10%、20%、30%、40%。甲欲将其共有份额转让，戊愿意以 50 万元的价格购买，价款一次付清。关于甲的共有份额转让，下列哪些选项是错误的？（2016 年卷三第 53 题，多选）¹¹⁵

- A. 甲向戊转让其共有份额，须经乙、丙、丁同意
- B. 如乙、丙、丁均以同等条件主张优先购买权，则丁的主张应得到支持
- C. 如丙在法定期限内以 50 万元分期付款的方式要求购买该共有份额，应予支持
- D. 如甲改由向乙转让其共有份额，丙、丁在同等条件下享有优先购买权

【例 45】甲、乙、丙、丁按份共有某商铺，各自份额均为 25%。因经营理念发生分歧，甲与丙商定将其份额以 100 万元转让给丙，通知了乙、丁；乙与第三人戊约定将其份额以 120 万元转让给戊，未通知甲、丙、丁。下列哪些选项是正确的？（2017 年卷三第 54 题，多选）¹¹⁶

- A. 乙、丁对甲的份额享有优先购买权
- B. 甲、丙、丁对乙的份额享有优先购买权
- C. 如甲、丙均对乙的份额主张优先购买权，双方可协商确定各自购买的份额
- D. 丙、丁可仅请求认定乙与戊之间的份额转让合同无效

114 答案：C

115 答案：ABCD

116 答案：BC

第四节 用益物权

考点 20 土地承包经营权

一、修改说明

《民法典·物权编》	《物权法》
<p>第 333 条：土地承包经营权自土地承包经营权合同生效时设立。登记机构应当向土地承包经营权人发放土地承包经营权证、林权证等证书，并登记造册，确认土地承包经营权。</p> <p>第 335 条：土地承包经营权互换、转让的，当事人可以向登记机构申请登记；未经登记，不得对抗善意第三人。</p>	<p>第 127 条第 2 款：县级以上地方人民政府应当向土地承包经营权人发放土地承包经营权证、林权证、草原使用权证，并登记造册，确认土地承包经营权。</p> <p>第 129 条：土地承包经营权人将土地承包经营权互换、转让，当事人要求登记的，应当向县级以上地方人民政府申请土地承包经营权变更登记；未经登记，不得对抗善意第三人。</p>
<p>第 334 条：土地承包经营权人依照法律规定，有权将土地承包经营权互换、转让。未经依法批准，不得将承包地用于非农建设。</p>	<p>第 128 条：土地承包经营权人依照农村土地承包法的规定，有权将土地承包经营权采取转包、互换、转让等方式流转。流转的期限不得超过承包期的剩余期限。未经依法批准，不得将承包地用于非农建设。</p>
<p>第 342 条：通过招标、拍卖、公开协商等方式承包农村土地，经依法登记取得权属证书的，可以依法采取出租、入股、抵押或者其他方式流转土地经营权。</p>	<p>第 133 条：通过招标、拍卖、公开协商等方式承包荒地等农村土地，依照农村土地承包法等法律和国务院的有关规定，其土地承包经营权可以转让、入股、抵押或者以其他方式流转。</p>
<p>评析：1. 是为了与修改后的《农村土地承包法》中的表述保持一致。《全国人大农业与农村委员会关于〈中华人民共和国农村土地承包法修正案（草案）〉的说明》载明：土地集体所有权与承包经营权是承包地处于未流转状态的一组权利，是两权分离；土地集体所有权与土地承包权、土地经营权是承包地处于流转状态的一组权利，是三权分置。据此，承包地处于非流转状态时，存在土地集体所有权和承包经营权两种权利，承包经营权可以互换、转让；处于流转状态时，存在土地集体所有权与土地承包权、土地经营权三种权利，土地经营权可以流转，流转方式包括出租（转包）、入股等方式；土地承包经营权只能互换、转让，土地经营权可以流转、融资担保。</p> <p>2. 删除的部分，是因为《农村土地承包法》中已有相同规定。</p>	
<p>第 339 条：土地承包经营权人可以自主决定依法采取出租、入股或者其他方式向他人流转土地经营权。</p>	—
<p>第 340 条：土地经营权人有权在合同约定的期限内占有农村土地，自主开展农业生产经营并取得收益。</p>	—
<p>第 341 条：流转期限为五年以上的土地经营权，自流转合同生效时设立。当事人可以向登记机构申请土地经营权登记；未经登记，不得对抗善意第三人。</p>	—

二、考点精讲

	一般农村土地	“四荒地”（荒山、荒沟、荒丘、荒滩）
承包方式	家庭承包	招标、拍卖、公开协商
承包主体	本集体经济组织的农户	1. 本集体经济组织以外的单位或者个人（应当事先经本集体经济组织成员的村民会议三分之二以上成员或者三分之二以上村民代表的同意，并报乡（镇）政府批准。） 2. 在同等条件下，本集体经济组织成员享有优先承包权。
创设取得	承包方于合同生效时取得土地承包经营权。即有效的土地承包经营权合同 = 土地承包经营权（无需登记也可以对抗第三人，因为农村是熟人社会，发包时需召开村民大会，自带公示程序）	
移转取得	土地承包经营权人将土地承包经营权互换、转让，当事人要求登记的，应当向县级以上地方政府申请土地承包经营权变更登记；未经登记，不得对抗善意第三人。即有效的土地承包经营权合同 = 土地承包经营权 = 登记 > 善意第三人	
继承取得	承包土地的收益可以继承，但承包权本身不可以继承（林地除外）。	

【思路点拨】农村土地家庭承包的，承包方是本集体经济组织的农户。其本质特征是以本集体经济组织内部的农户家庭为单位实行农村土地承包经营。家庭承包方式的农村土地承包经营权属于农户家庭，而不属于某一个家庭成员。遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产。农村土地承包经营权不属于个人财产，故不发生继承问题。除林地外的家庭承包，当承包农地的农户家庭中一人或几人死亡，承包经营仍然是以户为单位，承包地仍由该农户的其他家庭成员继续承包经营；当承包经营农户家庭的成员全部死亡，由于承包经营权的取得是以集体成员权为基础，该土地承包经营权归于消灭，不能由该农户家庭成员的继承人继续承包经营，更不能作为该农户家庭成员的遗产处理。

√ 典型真题

【例 46】季大与季小兄弟二人，成年后各自立户，季大一直未婚。季大从所在村集体经济组织承包耕地若干。关于季大的土地承包经营权，下列哪些表述是正确的？（2014 年卷三第 56 题，多选）¹¹⁷

A. 自土地承包经营权合同生效时设立

117 答案：AD

B. 如季大转让其土地承包经营权，则未经变更登记不发生转让的效力

C. 如季大死亡，则季小可以继承该土地承包经营权

D. 如季大死亡，则季小可以继承该耕地上未收割的农作物

【例 47】河西村在第二轮承包过程中将本村耕地全部发包，但仍留有部分荒山，此时本村集体经济组织以外的 Z 企业欲承包该荒山。对此，下列哪些说法是正确的？(2016 年卷三第 54 题，多选)¹¹⁸

A. 集体土地只能以家庭承包的方式进行承包

B. 河西村集体之外的人只能通过招标、拍卖、公开协商等方式承包

C. 河西村将荒山发包给 Z 企业，经 2/3 以上村民代表同意即可

D. 如河西村村民黄某也要承包该荒山，则黄某享有优先承包权

【例 48】村民胡某承包了一块农民集体所有的耕地，订立了土地承包经营权合同，未办理确权登记。胡某因常年在外，便与同村村民周某订立土地承包经营权转让合同，将地交周某耕种，未办理变更登记。关于该土地承包经营权，下列哪一说法是正确的？(2017 年卷三第 7 题，单选)¹¹⁹

A. 未经登记不得处分

B. 自土地承包经营权合同生效时设立

C. 其转让合同自完成变更登记时起生效

D. 其转让未经登记不发生效力

考点 21 居住权

想把房子作为遗产留给儿子继承，又放心不下自己老母亲，怕到时候没人管也没有地方住；

保姆精心照料雇主，雇主答应其死后保姆可以免费继续住，这到底靠不靠谱？

为解决上述难题，“居住权”这一新的物权形式应运而生。所谓居住权，是指为特定主体因居住而对他人房屋及其附属物享有的使用、占有的权利。

118 答案：BD

119 答案：B

《民法典·物权编》	修改说明
<p>(新增) 第十四章 居住权</p> <p>第 366 条: 居住权人有权按照合同约定, 对他人的住宅享有占有、使用的用益物权, 以满足生活居住的需要。</p> <p>第 367 条: 设立居住权, 当事人应当采用书面形式订立居住权合同。</p> <p>居住权合同一般包括下列条款:</p> <p>(一) 当事人的姓名或者名称和住所;</p> <p>(二) 住宅的位置;</p> <p>(三) 居住的条件和要求;</p> <p>(四) 居住权期间;</p> <p>(五) 解决争议的方法。</p> <p>第 368 条: 居住权无偿设立, 但是当事人另有约定的除外。设立居住权的, 应当向登记机构申请居住权登记。居住权自登记时设立。</p> <p>第 369 条: 居住权不得转让、继承。设立居住权的住宅不得出租, 但是当事人另有约定的除外。</p> <p>第 370 条: 居住权期间届满或者居住权人死亡的, 居住权消灭。居住权消灭的, 应当及时办理注销登记。</p> <p>第 371 条: 以遗嘱方式设立居住权的, 参照适用本章的有关规定。</p>	<p>评析: 1. 党的十九大报告提出, 要加快建立多主体供给、多渠道保障、租购并举的住房制度, 让全体人民住有所居。为落实党中央的要求, 认可和保护民事主体对住房保障的灵活安排, 满足特定人群的居住需求, 在用益物权部分增加一章, 专门规定居住权, 居住权人有权按照合同约定并经登记占有、使用他人的住宅, 以满足其稳定生活居住需要。这一制度安排有助于为公租房和老年人以房养老提供法律保障。</p> <p>2. 居住权不能有偿设立, 否则就变成了房屋租赁。而房屋租赁是合同法问题, 虽然有租赁权, 但仅仅是一个债权, 而不是物权, 租赁合同是有偿的。但是居住权是物权, 需要进行登记, 可以产生对抗其他权利的效力。实际上, 设立居住权的时候, 双方的经济实力一般是不对等的, 是强势一方给弱势一方设置居住权, 因此要求无偿也是有道理的</p>

考点 22 地役权

一、修改说明

《民法典·物权编》	《物权法》
<p>第 378 条: 土地所有权人享有地役权或者负担地役权的, 设立土地承包经营权、宅基地使用权等用益物权时, 该用益物权人继续享有或者负担已设立的地役权。</p>	<p>第 162 条: 土地所有权人享有地役权或者负担地役权的, 设立土地承包经营权、宅基地使用权时, 该土地承包经营权人、宅基地使用权人继续享有或者负担已设立的地役权。</p>
<p>第 381 条: 地役权不得单独抵押。土地经营权、建设用地使用权等抵押的, 在实现抵押权时, 地役权一并转让。</p>	<p>第 165 条: 地役权不得单独抵押。土地承包经营权、建设用地使用权等抵押的, 在实现抵押权时, 地役权一并转让。</p>

二、考点精讲

设立与流转	<p>设立地役权，当事人应当采取书面形式订立地役权合同。地役权自地役权合同生效时设立。未经登记，不得对抗善意第三人。</p> <p>如图：</p> <p>A 地块 (需役地) B 地块 (供役地)</p> <p>甲 乙</p> <p>丙 丁</p> <p>地役权</p> <p>地役权 (从属性)</p> <p>未经登记不得对抗</p> <p>转让</p> <p>转让</p> <p>1. 从属性。(1) 地役权不得单独转让。①地役权人不得自己保留需役地的所有权或使用权，单独将地役权让与他人。②地役权人不得自己保留地役权，仅把需役地的所有权或使用权让与他人。③地役权人不得把需役地的所有权或使用权与地役权分别让与不同的人。</p> <p>2. 地役权不得单独抵押。土地承包经营权、建设用地使用权等抵押的，在实现抵押权时，地役权一并转让。</p> <p>3. 乙公司将 B 地块过户给不知上述情形的丁公司。①丁公司是善意的第三人。②因地役权未登记，因此，丙公司对丁公司的 B 地块不享有地役权。</p> <p>由此可知，需役地转让，地役权不受影响。供役地转让，未经登记不得对抗善意第三人。地役权在先，其他用益物权在后，地役权仍然有效。其他用益物权在先，地役权在后，需用益物权人同意。</p>
特征	<p>1. 从属性。(1) 地役权不得单独转让。①地役权人不得自己保留需役地的所有权或使用权，单独将地役权让与他人。②地役权人不得自己保留地役权，仅把需役地的所有权或使用权让与他人。③地役权人不得把需役地的所有权或使用权与地役权分别让与不同的人。</p> <p>2. 地役权不得单独抵押。土地承包经营权、建设用地使用权等抵押的，在实现抵押权时，地役权一并转让。</p>
期限	不得超过用益物权的剩余期限。
消灭	<p>1. 土地灭失。地役权不但因为作为其标的物的土地 (供役地) 灭失时消灭，而且地役权也因需役地的灭失而消灭。</p> <p>2. 目的事实上不能实现。即供役地事实上不能再供需役地便利时，地役权消灭。如汲水地役权因供役地水源枯竭而消灭。</p> <p>3. 地役权合同解除。在下列两种情形下，地役权因供役地权利人解除地役权关系而消灭：(1) 地役权人违反法律规定或者合同约定，滥用地役权；(2) 有偿利用供役地，约定的付款期间届满后在合理期限内经两次催告未支付费用。</p> <p>4. 抛弃。地役权人如将其地役权抛弃，供役地则因之恢复其无负担的状态，地役权归于消灭。但如果是有偿的地役权，地役权人抛弃地役权后，仍应支付地役权全部期间的租金。</p> <p>5. 存续期间的届满或者其他预定事由的发生。地役权如有存续期间，因期间的届满而消灭。其设定行为附有解除条件的，因条件的成就，地役权消灭。</p>

地役权与相邻关系的区别。解题中快速着眼点：有无“协议”字样，意定地役权，法定相邻关系。有无“价款”字样，有偿地役权，无偿是相邻关系。

1. 相邻关系是法定的；地役权是约定的。
2. 相邻关系的取得是无偿的；地役权的取得可以有偿的，也可以无偿取得。
3. 相邻关系的义务人仅提供最低限度的容忍义务；地役权的义务人提供的容忍义务并非最低限度的容忍义务，其内容由当事人约定。

√ 典型案例

相邻通行权纠纷案¹²⁰

裁判要旨：所谓相邻关系，是指两个或两个以上的相互毗邻的不动产所有人或使用人，在行使对自己不动产的占有、使用、收益、处分等权益时，客观上必须对相邻的不动产产生影响时，相邻的不动产权利人必须承担最低限度的“容忍”义务。

√ 典型真题

【例 49】甲、乙、丙依次比邻而居。甲为修房向乙提出在其院内堆放建材，乙不允。甲遂向丙提出在其院内堆放，丙要求甲付费 200 元，并提出不得超过 20 天，甲同意。修房过程中，甲搬运建材须从乙家门前经过，乙予以阻拦。对此，下列哪一种说法不正确？（2005 年卷三第 3 题，单选）¹²¹

- A. 乙无权拒绝甲在其院内堆放建材
- B. 乙无权阻拦甲经其门前搬运建材
- C. 甲应依约定向丙支付占地费
- D. 若建材堆放时间超过 20 天，丙有权要求甲清理现场

【例 50】甲为了能在自己房中欣赏远处风景，便与相邻的乙约定：乙不在自己的土地上建造高层建筑，作为补偿，甲一次性支付给乙 4 万元。两年后，甲将该房屋转让给丙，乙将该土地使用权转让给丁。下列哪些判断是错误的？（2006 年卷三第 56 题，多选）¹²²

- A. 甲、乙之间的约定为有关相邻关系的约定
- B. 丙可禁止丁建高楼，且无须另对丁进行补偿
- C. 若丁建高楼，丙只能要求甲承担违约责任
- D. 甲、乙之间约定因房屋和土地使用权转让而失去效力

【例 51】李某从自己承包的土地上出入不便，遂与张某书面约定在张某承包的土地上开辟一条道路供李某通行，李某支付给张某 2 万元，但没有进行登记。下列哪一选项是错

120 最高人民法院 2011 年公报案例

121 答案：A

122 答案：ACD

误的？（2008 年延考卷三第 11 题，单选）¹²³

- A. 该约定属于有关相邻关系的约定
- B. 该约定属于地役权合同
- C. 如果李某将其承包经营权转移给他人，受让人有权在张某承包的土地上通行，但合同另有约定的除外
- D. 如果张某将其承包经营权转移给他人，则善意的受让人有权拒绝李某在自己的土地上通行

【例 52】某郊区小学校为方便乘坐地铁，与相邻研究院约定，学校人员有权借研究院道路通行，每年支付一万元。据此，学校享有的是下列哪一项权利？（2010 年卷三第 9 题，单选）¹²⁴

- A. 相邻权
- B. 地役权
- C. 建设用地使用权
- D. 宅基地使用权

第五节 占有

考点 23 占有的分类

一、有权占有与无权占有

有权占有与无权占有	
构成要件	<p>是否享有占有本权。</p> <p>1. 有权占有，指有本权的占有。换言之，凡对物享有占有的物权、债权、监护权等，均为有权占有。如，所有权人、土地承包经营权人、建设用地使用权人、宅基地使用权人、质权人、留置权人的占有为有权占有（本权为物权）；借用人、承租人、保管人、承运人、买受人的占有亦属有权占有（本权为债权），替孩子保管财产的父母对财产的占有属于有权占有（本权为监护权）。</p> <p>(1) 以物权为本权的占有——具有绝对性（对抗任何人）</p> <p>(2) 以债权为本权的占有——具有相对性（例外：占有的延续——例如：买卖不破租赁、合法转租）</p> <p>2. 无权占有，指欠缺本权的占有。如，遗失物拾得人的占有、小偷对盗赃物的占有、无效买卖合同中买受人的占有、租赁期届满后承租人对租赁物的占有均为无权占有。</p>
区分意义	<p>1. 返还原物请求权的构成要件之一，系相对人为现时的无权占有人。对有权占有人，物权人不得行使返还原物请求权。</p> <p>2. 无权占有中的占有人不享有留置权。</p> <p>3. 占有保护请求权——有权占有与无权占有均保护。</p>

123 答案：A

124 答案：B

二、善意占有与恶意占有

善意占有与恶意占有	
构成要件	<p>无权占有中，是否知道自己无权占有。</p> <p>1. 善意占有，指占有人不知道也不应当知道缺乏占有的本权而占有，即无权占有人的主观状态为不知情且无怀疑。如：小偷甲将偷来的手表出卖给“不知情”的乙，乙的占有为善意占有。</p> <p>2. 恶意占有，指占有人明知无占有的权利，或者虽非明知但仍有所怀疑所形成的占有。如：小偷甲将偷来的手表出卖给“知情”的乙，乙对手表的占有即为恶意占有。拾得人对遗失物的占有亦为恶意占有。</p>
区分意义	<p>1. 只有善意占有人方可受到善意取得制度的保护。</p> <p>2. 无权占有的标的物因“使用”遭受损害的，恶意占有人应当承担赔偿责任；善意占有人不承担赔偿责任。</p> <p>3. 权利人请求返还占有物时，善意占有人有权请求权利人支付保管、维修等必要费用；恶意占有人无此项请求权。</p> <p>4. 无权占有的标的物毁损、灭失的，无权占有人无论是否为善意均应返还补偿金、赔偿金或者保险金给权利人。没有补偿金、赔偿金或者补偿金，或者尚有损失没有得到弥补的，恶意占有人还应当赔偿损失。</p>

三、直接占有与间接占有

直接占有与间接占有	
构成要件	<p>是否通过占有媒介关系占有。</p> <p>1. 直接占有，指直接对物进行事实上的管领和控制。如：质权人、承租人、保管人、借用人的占有为直接占有。</p> <p>2. 间接占有，指虽未直接占有某物，但依据一定的法律关系而对于直接占有人享有返还占有请求权，从而间接管领和控制该物。间接占有的构成要件有二：(1) 与直接占有人具有占有媒介关系：①意定的占有媒介关系（如出租、借用、保管、质押等），②法定的占有媒介关系（如基于返还原物请求权法律关系等）；(2) 对直接占有人享有返还请求权。如：出质人、出租人、寄托人为间接占有人。</p> <p>注：雇主甲的汽车由所雇的司机乙的驾驶，乙系汽车的占有辅助人，而非占有人，甲对该汽车是直接占有。</p>
区分意义	<p>1. 交付既可以通过移转直接占有完成（现实交付与简易交付），也可以通过移转或者创设间接占有完成（指示交付与占有改定）这是占有制度与交付制度之间的亲密关系。</p> <p>2. 直接占有可以独立存在；间接占有不能独立存在。</p> <p>3. 间接占有可以形成占有阶梯，形成多层次间接占有；直接占有则否。</p> <p>4. 返还原物请求权之相对人，既包括现时的无权的直接占有人，也包括现时的无权的间接占有人。</p> <p>5. 占有保护请求权，既保护直接占有人，又保护间接占有人。</p>

四、自主占有与他主占有

自主占有与他主占有	
构成要件	<p>是否以所有权人的心态占有。</p> <p>1. 自主占有，指以据为己有的意思而占有。自主占有不以享有所有权为前提。如，所有人的占有通常为自主占有，小偷的占有、侵占遗失物的拾得人的占有、买受人对已经交付但尚未办理登记的房屋的占有均为自主占有。</p> <p>2. 他主占有，指不以据为己有的意思而占有。如，留置权人对留置财产的占有、承租人对租赁物的占有均为他主占有。</p> <p>(1) 凡是基于占有媒介关系占有“他人”之物者，如承租人、保管人、质权人、留置权人的占有均为他主占有。</p> <p>(2) 若他主占有人“变了心”，以外界可得而知的方式将他主占有的意思变更为自主占有的意思，则他主占有变更为自主占有。</p>

√ 典型真题

【例 53】高某向周某借用一头耕牛，在借用期间高某意外死亡，其子小高不知耕牛非属高某所有而继承。不久耕牛产下一头小牛。期满后周某要求小高归还耕牛及小牛，但此时小牛已因小高管理不善而死亡。下列哪一选项是正确的？(2008 年延考卷三第 14 题，单选)¹²⁵

- A. 周某有权请求小高归还其耕牛，但无权请求返还小牛
- B. 周某有权请求小高归还其耕牛及小牛
- C. 周某有权请求小高返还其耕牛及小牛，但应向小高支付必要费用
- D. 周某可以请求小高赔偿小牛死亡的损失

【例 54】甲将 1 套房屋出卖给乙，已经移转占有，没有办理房屋所有权移转登记。现甲死亡，该房屋由其子丙继承。丙在继承房屋后又将该房屋出卖给丁，并办理了房屋所有权移转登记。下列哪些表述是正确的？(2012 年卷三第 56 题，多选)¹²⁶

- A. 乙虽然没有取得房屋所有权，但是基于甲的意思取得占有，乙为有权占有
- B. 乙可以对甲的继承人丙主张有权占有
- C. 在丁取得房屋所有权后，乙可以以占有有正当权利来源对丁主张有权占有
- D. 在丁取得房屋所有权后，丁可以基于其所有权请求乙返还房屋

【例 55】甲拾得乙的手机，以市价卖给不知情的丙并交付。丙把手机交给丁维修。修好后丙拒付部分维修费，丁将手机扣下。关于手机的占有状态，下列哪些选项是正确的？(2015 年卷三第 56 题，多选)¹²⁷

125 答案：A

126 答案：ABD

127 答案：ABCD

- A. 乙丢失手机后，由直接占有变为间接占有
- B. 甲为无权占有、自主占有
- C. 丙为无权占有、善意占有
- D. 丁为有权占有、他主占有

考点 24 占有的效力与保护

一、修改说明

《民法典·物权编》	《物权法》
第 462 条：占有的不动产或者动产被侵占的，占有人有权请求返还原物；对妨害占有的行为，占有人有权请求停止侵害、排除妨碍或者消除危险；因侵占或者妨害造成损害的，占有人有权请求损害赔偿。占有人返还原物的请求权，自侵占发生之日起一年内未行使的，该请求权消灭。	第 245 条：占有的不动产或者动产被侵占的，占有人有权请求返还原物；对妨害占有的行为，占有人有权请求排除妨害或者消除危险；因侵占或者妨害造成损害的，占有人有权请求损害赔偿。占有人返还原物的请求权，自侵占发生之日起一年内未行使的，该请求权消灭。

二、知识精讲

占有的效力	<p>占有的性质虽为一种事实状态而非权利，但为了维护社会秩序，合理解决当事人之间的权利义务关系，法律仍赋予占有一定的法律效力。主要有：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 权利推定效力。如果占有人在占有物上行使权利，则推定其享有此项权利。这就是占有的权利推定效力。根据占有的权利推定效力，在没有相反证据的情况下即推定占有人享有相应的物权或者债权。 2. 权利取得效力。占有人在符合法定要件的情况下可以取得本权，此即占有的权利取得效力。具体包括两种情形，(1) 善意取得所有权或者其他物权；(2) 因占有时效的完成而取得所有权或者其他物权。我国法律至今尚无关于占有时效的一般规定。 3. 保护效力。占有人的占有无论是否为有权占有，均可以对抗他人的侵犯。
占有的保护	<ol style="list-style-type: none"> 1. 占有返还请求权。占有返还请求权的构成要件： <ol style="list-style-type: none"> (1) 占有人的占有被侵夺（完全违背占有人的意思，以法律禁止的私力剥夺）。 (2) 请求人为占有人（有权占有人 + 无权占有人）。 (3) 被请求人为侵夺人及其继承人。 <p>注：①对侵夺人主张时，要求侵夺人仍为占有人。②对侵夺人的继承人主张时，要区分概括继承人（如：继承、企业合并等）和特定继承人（如：买卖、出租等）。对于概括继承人，无论其主观为善意还是恶意，均可对其主张占有返还请求权；对于特定继承人，若其为善意，不能向其主张占有返还请求权，若其为恶意，可对其主张占有返还请求权。</p> (4) 自侵夺之日起 1 年内行使（除斥期间）。 2. 停止侵害、排除妨碍或者消除危险请求权。在妨害已经发生或者有妨害之虞时，占有人有权请求停止侵害、排除妨碍或者消除危险。 3. 损害赔偿请求权。因侵占或者妨害造成损害的，占有人有权请求损害赔偿。

√ 典型案例

占有物返还纠纷案¹²⁸

裁判要旨：本案所确定的案由为占有物返还纠纷，孔×升既然请求姚×斗返还占有物，即孔×杰的两间房屋及1.8亩的责任田的承包经营权及树木4棵，则孔×升应享有对占有物的本权，其次，孔×升所行使的请求权的相对人应是无权占有人。

√ 典型真题

【例56】甲、乙是邻居。乙出国2年，甲将乙的停车位占为己用。期间，甲将该停车位出租给丙，租期1年。期满后丙表示不再续租，但仍继续使用该停车位。下列哪一表述是错误的？（2012年卷三第8题，单选）¹²⁹

- A. 甲将乙的停车位占为己用，甲属于恶意、无权占有人
- B. 丙的租期届满前，甲不能对丙主张占有返还请求权
- C. 乙可以请求甲返还原物。在甲为间接占有人时，可以对甲请求让与其对丙的占有返还请求权
- D. 无论丙是善意或恶意的占有人，乙都可以对其行使占有返还请求权

【例57】丙找甲借自行车，甲的自行车与乙的很相像，均放于楼下车棚。丙错认乙车为甲车，遂把乙车骑走。甲告知丙骑错车，丙未理睬。某日，丙骑车购物，将车放在商店楼下，因墙体倒塌将车砸坏。下列哪些表述是正确的？（2012年卷三第58题，多选）¹³⁰

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

【例58】张某遗失的名表被李某拾得。1年后，李某将该表卖给了王某。再过1年，王某将该表卖给了郑某。郑某将该表交给不知情的朱某维修，因郑某不付维修费与朱某发生争执，张某方知原委。下列哪一表述是正确的？（2013年卷三第9题，单选）¹³¹

- A. 张某可请求李某返还手表
- B. 张某可请求王某返还手表

128 （2013）周民终第1509号

129 答案：D

130 答案：ABCD

131 答案：C

C. 张某可请求郑某返还手表

D. 张某可请求朱某返还手表

【例 59】张某拾得王某的一只小羊拒不归还，李某将小羊从张某羊圈中抱走交给王某。

下列哪一表述是正确的？（2014 年卷三第 9 题，单选）¹³²

A. 张某拾得小羊后因占有而取得所有权

B. 张某有权要求王某返还占有

C. 张某有权要求李某返还占有

D. 李某侵犯了张某的占有

【例 60】某小区徐某未获得规划许可证和施工许可证便在自住房前扩建一个门面房，挤占小区人行通道。小区其他业主多次要求徐某拆除未果后，将该门面房强行拆除，毁坏了徐某自住房屋的墙砖。关于拆除行为，下列哪些表述是正确的？（2014 年卷三第 58 题，多选）¹³³

A. 侵犯了徐某门面房的所有权

B. 侵犯了徐某的占有

C. 其他业主应恢复原状

D. 其他业主应赔偿徐某自住房屋墙砖毁坏的损失

【例 61】甲、乙就乙手中的一枚宝石戒指的归属发生争议。甲称该戒指是其在 2015 年 10 月 1 日外出旅游时让乙保管，属甲所有，现要求乙返还。乙称该戒指为自己所有，拒绝返还。甲无法证明对该戒指拥有所有权，但能够证明在 2015 年 10 月 1 日前一直合法占有该戒指，乙则拒绝提供自 2015 年 10 月 1 日后从甲处合法取得戒指的任何证据。对此，下列哪一说法是正确的？（2016 年卷三第 9 题，单选）¹³⁴

A. 应推定乙对戒指享有合法权利，因占有具有权利公示性

B. 应当认定甲对戒指享有合法权利，因其证明了自己的先前占有

C. 应当由甲、乙证明自己拥有所有权，否则应判决归国家所有

D. 应当认定由甲、乙共同共有

132 答案：D

133 答案：BD

134 答案：B

第六节 担保法

第一节 担保概述

考点 25 担保法知识体系

<p>债的担保是指为确保特定债权人的债权实现，以第三人的信用或者以特定财产保障债务人履行义务的法律制度。债的担保形式共有五类：抵押、质押、留置、保证和定金。</p> <p>如图：</p> <div><div>{</div><div>人的担保：以第三人的信用担保债的履行的担保方式。如保证</div><div>物的担保：以特定的财物作为债权担保的担保方式。如抵押、质押、留置</div><div>金钱担保：以金钱为标的物而设定的担保，即定金担保。</div></div>	
<p>反担保：是指债务人或第三人为确保担保人承担担保责任后实现对主债务人的追偿权而设定的担保。反担保也是一种担保，只不过其担保的对象是担保人对主债务人的追偿权而已。</p> <p>反担保的特征：</p> <ol style="list-style-type: none">1. 反担保以担保的存在为前提。2. 反担保中的债权人是为债务人提供担保的第三人。3. 反担保所保障的对象是担保人对债务人的追偿权。4. 反担保的适用方式可以是债务人提供的抵押或者质押，也可以是其他人提供的保证、抵押或者质押（留置权不能为反担保方式，反担保产生于约定，而留置权发生于法定）。	

考点 26 担保合同无效的法律后果

第 388 条：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，但是法律另有规定的除外。

担保合同被确认无效后，债务人、担保人、债权人有过错的，应当根据其过错各自承担相应的民事责任。

<p>担保合同无效时，担保人的责任性质，不再是“担保责任”，而是“缔约过失责任”，即因一方过错导致合同无效情况下，向对方所承担的赔偿责任。担保合同无效的法律后果，系针对债务人以外的第三人提供担保的情况。</p>	
主合同有效，担保合同无效	<div><div>1.</div>债权人无过错的，由担保人承担全部责任；</div> <div><div>2.</div>债权人有过错的，担保人承担不超过 1/2 的责任。</div>

考点 27 让与担保

第 387 条第 1 款：债权人在借贷、买卖等民事活动中，为保障实现其债权，需要担保的，可以依照本法和其他法律的规定设立担保物权。

先让与担保	<p>先让与担保：债务人或者第三人为担保债权人的债权，将担保标的物的所有权等权利移转于债权人，与债务清偿后，担保标的物的物权应返还于债务人或者第三人，于债务不履行时，债权人得就该标的物的物权优先受偿的担保物权。¹³⁵</p> <p>1. 让与合同有效，让与财产的性质为担保物。</p> <p>2. 让与财产已经登记或者交付后，债务人不履行到期债务，禁止债权人不经评估作价，即取得该财产的所有权，债权人对拍卖、变卖该财产的价款享有优先受偿权。</p>
后让与担保	<p>后让与担保：债务人或者第三人为担保债权人的债权，与债权人签订不动产买卖合同，约定将不动产买卖合同的标的物作为担保标的物，但权利转让并不实际履行，于债务人不能清偿债务时，须将担保标的物的所有权转让给债权人，债权人据此享有的以担保标的物优先受偿的非典型担保物权。¹³⁶</p>

第二节 担保物权

考点 28 担保物权概述

一、修改说明

《民法典·物权编》	《物权法》
<p>第 401 条：抵押权人在债务履行期限届满前，与抵押人约定债务人不履行到期债务时抵押财产归债权人所有的，只能依法就抵押财产优先受偿。</p> <p>第 428 条：质权人在债务履行期限届满前，与出质人约定债务人不履行到期债务时质押财产归债权人所有的，只能依法就质押财产优先受偿。</p>	<p>第 186 条：抵押权人在债务履行期限届满前，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。</p> <p>第 211 条：质权人在债务履行期限届满前，不得与出质人约定债务人不履行到期债务时质押财产归债权人所有。</p>
<p>评析：在债务履行期届满之前，担保物权人与担保人约定，若债务人不履行到期债务时，担保物权人直接取得担保物的所有权，该约定无效（流押 / 流质条款）；该条款的无效，不影响担保合同其他条款的效力。从条文内容看，法律并未赋予抵押财产归债权人所有的约定效力，但从法律后果来看，抵押权人有权就抵押财产优先受偿，较大程度上保障了抵押权的实现。</p>	

¹³⁵ 杨立新：《物权法》，中国人民大学出版社 2016 年版，第 276 页。

¹³⁶ 杨立新：《物权法》，中国人民大学出版社 2016 年版，第 282 ~ 283 页。

二、考点精讲

<p>担保物权，是指以确保债务清偿为目的，而在债务人或者第三人的特定物或者权利上设立的定限物权。有下列情形之一的，担保物权消灭：</p> <div><div><div>主债权消灭</div><div>担保物权实现</div><div>债权人放弃担保物权</div><div>法律规定担保物权消灭的其他情形</div></div></div>	
从属性	<p>担保物权的从属性又称担保物权的附随性。担保物权是为担保债权受偿而设定的，从属于所担保的债权：</p> <div><div>1. 担保物权从属于其所担保的主债权。</div><div>2. 主债权无效，担保物权也无效。主债权消灭的，担保物权亦随之消灭。</div><div>3. 主债权转让时，担保物权原则上随主债权转让（例外：最高额抵押，部分主债权转让的，最高额抵押权不随之转让）。</div></div>
物上代位性	<div><div>1. 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。</div><div>2. 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。</div></div>
不可分性	<div><div>1. 主债权未受全部清偿的，担保物权人可以就担保物的全部行使担保物权。</div><div>2. 担保物被分割或者部分转让的，担保物权人可以就分割或转让后的担保物行使担保物权。</div><div>3. 主债权被分割或者部分转让的，各债权人可以就其享有的债权份额行使担保物权。</div><div>4. 担保物权设定后，担保物价值上涨，债务人无权减少担保物，担保物价值下跌，债务人无义务补充担保。</div></div>
优先受偿性	<p>担保物权人就特定物或权利享有担保物权的权利人可以就担保物的价值优先于债务人的普通债权人而受偿。</p> <p>注：在债务履行期届满之前，担保物权人与担保人约定，若债务人不履行到期债务时，担保物权人直接取得担保物的所有权，该约定无效（流押 / 流质条款）；该条款的无效，不影响担保合同其他条款的效力。</p>

√ 典型案例

苏州银行股份有限公司大丰支行与孙 × 伟等担保物权纠纷案¹³⁷

裁判要旨：申请人 A 银行大丰支行与被申请人孙 × 伟签订的企业最高额抵押、保证借款合同，是双方当事人的真实意思表示，且不违反相关法律法规的强制性规定，应为合

137 （2015）大商特字第 00008 号

法有效。被申请人孙×伟以其所有的房产、土地为上述借款提供抵押担保并依法进行了抵押登记，办理了他项权证，该抵押权成立并生效。上述合同签订后，申请人A银行大丰支行依约向借款人B油脂公司发放了贷款，但借款人B油脂公司未能按约偿还借款。借款展期后，借款人仍未还款。故申请人A银行大丰支行按照企业最高额抵押、保证借款合同，要求实现担保物权，就抵押标的物的拍卖、变卖价款在其享有的债权范围内优先受偿，应予准许。

√典型真题

【例 62】甲、乙二人按照 3: 7 的份额共有一辆货车，为担保丙的债务，甲、乙将货车抵押给债权人丁，但未办理抵押登记。后该货车在运输过程中将戊撞伤。对此，下列哪一选项是正确的？(2016 年卷三第 8 题，单选)¹³⁸

B. 因抵押权未登记，戊应优先于丁受偿

考点 29 抵押权的一般规定

一、修改说明

《民法典·物权编》	《物权法》
<p>第 395 条：债务人或者第三人有权处分的下列财产可以抵押：</p> <p>(一) 建筑物和其他土地附着物；</p> <p>(二) 建设用地使用权；</p> <p>(三) 海域使用权；</p> <p>(四) 生产设备、原材料、半成品、产品；</p> <p>(五) 正在建造的建筑物、船舶、航空器；</p> <p>(六) 交通运输工具；</p> <p>(七) 法律、行政法规未禁止抵押的其他财产。抵押人可以将前款所列财产一并抵押。</p>	<p>第 180 条：债务人或者第三人有权处分的下列财产可以抵押：</p> <p>(一) 建筑物和其他土地附着物；</p> <p>(二) 建设用地使用权；</p> <p>(三) 以招标、拍卖、公开协商等方式取得的荒地等土地承包经营权；</p> <p>(四) 生产设备、原材料、半成品、产品；</p> <p>(五) 正在建造的建筑物、船舶、航空器；</p> <p>(六) 交通运输工具；</p> <p>(七) 法律、行政法规未禁止抵押的其他财产。</p> <p>抵押人可以将前款所列财产一并抵押。</p>
<p>评析：这是因为物权编第 328 条把海域使用权规定为一种用益物权，并且《不动产登记暂行条例》第 5 条将海域使用权规定为一种适格之不动产权利。</p>	

¹³⁸ 分析：以汽车设立抵押，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。可知，虽然未办理抵押登记，丁依然享有抵押权，相对于普通债权人戊（享有人身损害赔偿之债）优先受偿。

<p>第 396 条：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，债权人有权就抵押财产确定时的动产优先受偿。</p> <p>第 403 条：以动产抵押的，抵押权自抵押合同生效时设立；未经登记，不得对抗善意第三人。</p> <p>第 404 条：以动产抵押的，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。</p> <p>第 411 条：依据本法第三百九十六条规定设定抵押的，抵押财产自下列情形之一发生时确定：</p> <p>（一）债务履行期限届满，债权未实现；</p> <p>（二）抵押人被宣告破产或者解散；</p> <p>（三）当事人约定的实现抵押权的情形；</p> <p>（四）严重影响债权实现的其他情形。</p>	<p>第 181 条：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。</p> <p>第 188 条：以本法第一百八十条第一款第四项、第六项规定的财产或者第五项规定的正在建造的船舶、航空器抵押的，抵押权自抵押合同生效时设立；未经登记，不得对抗善意第三人。</p> <p>第 189 条：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。</p> <p>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。</p> <p>第 196 条：依照本法第一百八十一条规定设定抵押的，抵押财产自下列情形之一发生时确定：</p> <p>（一）债务履行期届满，债权未实现；</p> <p>（二）抵押人被宣告破产或者被撤销；</p> <p>（三）当事人约定的实现抵押权的情形；</p> <p>（四）严重影响债权实现的其他情形。</p>
<p>评析：1. 删除“当事人书面协议”是因第 400 条第 1 款已规定“设立抵押权，当事人应当采取书面形式订立抵押合同”。</p> <p>2. “实现抵押权时”修改为“抵押财产确定时”，是因浮动抵押的财产一直处于变动状态，在就抵押财产优先受偿时，抵押财产确定的时间与实现抵押权的时间相比，前者更易确定，逻辑更严密。</p> <p>3. 将《物权法》第 188 条和 189 条合并为一条（物权编第 403 条），该处修改明确了对所有动产的抵押权设立时间均为抵押权合同生效时。</p> <p>4. 对《物权法》第 189 条第 2 款进行修改（物权编第 404 条），该处修改明确了以浮动抵押以外的所有其他动产抵押的，同样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。</p> <p>5. 第 196 条第二项“被撤销”修改为物权编第 411 条第二项“解散”。该处修改是为了与总则编保持一致。总则编已将“被撤销”纳入解散的情形之一。</p>	
<p>第 399 条：下列财产不得抵押：</p> <p>（一）土地所有权；</p> <p>（二）宅基地、自留地、自留山等集体所有土地的使用权，但是法律规定可以抵押的除外；（删除“耕地”）</p> <p>（三）学校、幼儿园、医疗机构等为公益目的成立的非营利法人的教育设施、医疗卫生设施和其他公益设施；</p> <p>（四）所有权、使用权不明或者有争议的财产；</p> <p>（五）依法被查封、扣押、监管的财产；</p> <p>（六）法律、行政法规规定不得抵押的其他财产。</p>	<p>《物权法》第 184 条：</p> <p>下列财产不得抵押：</p> <p>（一）土地所有权；</p> <p>（二）耕地、宅基地、自留地、自留山等集体所有的土地使用权，但法律规定可以抵押的除外；</p> <p>（三）学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体的教育设施、医疗卫生设施和其他社会公益设施；</p> <p>（四）所有权、使用权不明或者有争议的财产；</p> <p>（五）依法被查封、扣押、监管的财产；</p> <p>（六）法律、行政法规规定不得抵押的其他财产。</p>

<p>评析：根据党中央有关精神和修改后的《农村土地承包法》，删除了抵押权中关于耕地不得抵押的规定，以适应“三权分置”后土地经营权入市的需要。规定耕地可以设置抵押主要是出于这样一种考虑，农民最重要的财产就是地，如果不能流转就等于限制了农民的财产权。为解决土地承包权流转性不够的问题，就有必要实现三权分置，增加流转性。</p>	
<p>第 406 条：抵押期间，抵押人可以转让抵押财产。当事人另有约定的，按照其约定。抵押财产转让的，抵押权不受影响。抵押人转让抵押财产的，应当及时通知抵押权人。抵押权人能够证明抵押财产转让可能损害抵押权的，可以请求抵押人将转让所得的价款向抵押权人提前清偿债务或者提存。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。</p>	<p>第 191 条：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。</p>
<p>评析：《物权法》第 191 条多年来广受学界诟病，其因害怕转让给抵押权实现带来种种不测，干脆直接否认抵押人财产转让之自由，无异于因噎废食，有损于抵押财产之价值最大化与市场流通性，干预市场过甚。比如，抵押人把房屋拿去抵押后，却发现房价猛涨至最高点，抵押人此时如能趁机将其转让，并将收入用以清偿债务，对于抵押人与抵押权人均是有利无弊。然而依《物权法》之规定，抵押人必先取得抵押权人同意，抵押权人不同意，就必须等到债务清偿之后再转让，结果形成债务死结。众所周知，抵押权本质上为价值权，而非强调占有实物之权利；只要能最终获其价值，抵押权人即无死守抵押财产之必要。</p> <p>既然已承认抵押权之追及力，索性放手让抵押人自由转让，以抵押权之追及力来实现“以不变应万变”之效果。唯独当转让可能使抵押权受损时，由抵押权人举证后，可直接主张物上代位权，提前受偿或提存。同时，该条仍有必要赋予受让人以“涤除权”：抵押权人追及实现抵押权时，受让人可选择代替债务人清偿其全部债务，使抵押权归于消灭，然后再向抵押人追偿。如此则可在抵押权人、抵押人与受让人之间达致利益与手段之平衡，同时也最大限度地释放抵押财产之效率。</p>	
<p>第 410 条第 1 款：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，其他债权人可以请求人民法院撤销该协议。</p>	<p>第 195 条：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。</p>
<p>第 418 条：以集体所有土地的使用权依法抵押的，实现抵押权后，未经法定程序，不得改变土地所有权的性质和土地用途。</p>	<p>第 201 条：依照本法第一百八十条第一款第三项规定的土地承包经营权抵押的，或者依照本法第一百八十三条规定以乡镇、村企业的厂房等建筑物占用范围内的建设用地使用权一并抵押的，实现抵押权后，未经法定程序，不得改变土地所有权的性质和土地用途。</p>
<p>评析：该处修改是为了与《农村土地承包法》相衔接。根据修改后《农村土地承包法》，包括耕地、林地、草地、乡镇企业所占用的建设用地、以招标、拍卖、公开协商等方式取得的荒地等在内的农村土地，土地经营权均可依法流转、融资担保。</p>	

二、考点精讲

<p>抵押权是对于债务人或者第三人不移转占有而供担保的不动产或其他财产，在债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现债务情形下，债权人得优先清偿其债权的权利。其中，提供财产担保的债务人或者第三人，称为抵押人，享有抵押权的债权人，称为抵押权人。</p>	
抵押财产	<p>法律、行政法规未禁止抵押的财产均可抵押，包括抵押人的不动产、不动产权利及动产。</p> <p>第 399 条：下列财产不得抵押：</p> <ol style="list-style-type: none">1. 土地所有权2. 宅基地、自留地、自留山等集体土地使用权（但有两项例外：荒地等土地承包经营权可以抵押，乡镇、村企业的建设用地使用权与乡镇企业厂房一并抵押）3. 学校、幼儿园、医疗机构等以公益为目的成立的非营利法人的教育设施、医疗卫生设施和其他公益设施4. 所有权、使用权不明或者有争议的财产5. 依法被查封、扣押、监管的财产（先抵押后被查封不影响抵押权的实现）
设立规则	<p>1. 登记生效：以不动产及不动产权利设立抵押，抵押权自登记时设立。 公式：有效的合同 + 登记 = 不动产抵押权（抵押合同：成立时生效；抵押权：登记时设立）</p> <p>2. 登记对抗：以动产抵押的，抵押权自抵押合同生效时设立；未经登记，不得对抗善意第三人。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。</p> <p>动产浮动抵押是指经当事人协议，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的一种担保方式。</p> <p>动产浮动抵押具有以下特点：</p> <p>主体的特定性→抵押人限于企业、个体工商户、农业生产经营者</p> <div><p>财产的集合性→抵押财产是经营者所有的集合动产，包括现有或者将有的生产设备、原材料、半成品、产品。</p><p>财产的不特定性→抵押财产包括现有或者将有的财产，其范围和价值具有变动性。</p><p>财产的让与性→在抵押期间，未出现实现抵押权的情形时，抵押人可以不经抵押权人的允许，在正常的经营活动中转让抵押物。</p></div> <p>抵押财产自下列情形之一发生时确定：</p> <ol style="list-style-type: none">(1) 债务履行期限届满，债权未实现；(2) 抵押人被宣告破产或者解散；(3) 当事人约定的实现抵押权的情形；(4) 严重影响债权实现的其他情形。 <p>公式：有效的合同 = 动产抵押权 + 登记 > 善意第三人（抵押合同：成立时生效；抵押权：抵押合同生效时设立）</p> <p>3. 房地一体主义与新增建筑物的处理</p> <ol style="list-style-type: none">(1) “地随房走”：以建筑物抵押的，该建筑物占用范围内的建设用地使用权一并抵押。(2) “房随地走”：以建设用地使用权抵押的，该土地上的建筑物一并抵押。抵押人未依照规定一并抵押的，未抵押的财产视为一并抵押。(3) 新增建筑物：第 417 条：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，但实现抵押权时应当一并处分，对于新增建筑物价款，抵押权人无优先受偿权。

权利 义务	<p>1. 抵押人权利。(1) 出租。先租后抵：抵押权设立前抵押财产已出租并转移占有的，原租赁关系不受该抵押权的影响(买卖不破租赁)。先抵后租：①抵押权办理抵押登记的，承租人不受“买卖不破租赁”的保护。②抵押权未办理抵押登记的，承租人仍然受到“买卖不破租赁”的保护。(2) 转让：第 406 条：抵押期间，抵押人可以转让抵押财产。当事人另有约定的，按照其约定。抵押财产转让的，抵押权不受影响。抵押人转让抵押财产的，应当及时通知抵押权人。抵押权人能够证明抵押财产转让可能损害抵押权的，可以请求抵押人将转让所得的价款向抵押权人提前清偿债务或者提存。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。</p> <p>2. 抵押权人权利。</p> <p>(1) 优先受偿权。第 404 条：以动产抵押的，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。</p> <p>(2) 保全请求权。第 408 条：抵押人的行为足以使抵押财产价值减少的，抵押权人有权请求抵押人停止其行为。抵押财产价值减少的，抵押权人有权请求恢复抵押财产的价值，或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，抵押权人有权请求债务人提前清偿债务。</p> <p>(3) 处分抵押权。</p> <p>第 409 条：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，但是抵押权的变更未经其他抵押权人书面同意，不得对其他抵押权人产生不利影响。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，但是其他担保人承诺仍然提供担保的除外。</p>
权利 实现	抵押权人应当在主债权诉讼时效期间行使抵押权。

√ 典型案例

返还原物纠纷案¹³⁹

裁判要旨：根据相关法律规定，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。生效判决虽然认定因《房地产租赁合同》签订前诉争房屋已设立抵押权并被人民法院依法查封，故张×生对诉争房屋所享有的承租权应受到一定限制，但该限制具体为在××公司的抵押权人或者相关权利人就诉争房屋行使有关权利时，张×生不得以其对诉争房屋享有之承租权进行对抗，而非张×生在依约行使合同项下权利时应受作为合同相对人的××公司的限制。在本案无证据证明抵押权人和其他相关权利人已就诉争房屋主张权利，××公司作为出租方，请求张×生返还诉争房屋，缺乏事实和法律依据，本院不予支持。

¹³⁹ (2018) 闽 02 民终 423 号

√ 典型真题

【例 63】黄河公司以其房屋作抵押，先后向甲银行借款 100 万元，乙银行借款 300 万元，丙银行借款 500 万元，并依次办理了抵押登记。后丙银行与甲银行商定交换各自抵押权的顺位，并办理了变更登记，但乙银行并不知情。因黄河公司无力偿还三家银行的到期债务，银行拍卖其房屋，仅得价款 600 万元。关于三家银行对该价款的分配，下列哪一选项是正确的？(2008 年卷三第 11 题，单选)¹⁴⁰

- A. 甲银行 100 万元、乙银行 300 万元、丙银行 200 万元
- B. 甲银行得不到清偿、乙银行 100 万元、丙银行 500 万元
- C. 甲银行得不到清偿、乙银行 300 万元、丙银行 300 万元
- D. 甲银行 100 万元、乙银行 200 万元、丙银行 300 万元

【例 64】甲以自有房屋向乙银行抵押借款，办理了抵押登记。丙因甲欠钱不还，强行进入该房屋居住。借款到期后，甲无力偿还债务。该房屋由于丙的非法居住，难以拍卖，甲急于行使对丙的返还请求权。乙银行可以行使下列哪些权利？(2012 年卷三第 57 题，多选)¹⁴¹

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

【例 65】甲向乙借款，丙与乙约定以自有房屋担保该笔借款。丙仅将房本交给乙，未按约定办理抵押登记。借款到期后甲无力清偿，丙的房屋被法院另行查封。下列哪些表述是正确的？(2013 年卷三第 57 题，多选)¹⁴²

- A. 乙有权要求丙继续履行担保合同，办理房屋抵押登记
- B. 乙有权要求丙以自身全部财产承担担保义务
- C. 乙有权要求丙以房屋价值为限承担担保义务
- D. 乙有权要求丙承担损害赔偿责任

【例 66】甲公司以一地块的建设用地使用权作抵押向乙银行借款 3000 万元，办理了

140 答案：C

141 答案：AB

142 答案：CD

抵押登记。其后，甲公司在该地块上开发建设住宅楼，由丙公司承建。甲公司在取得预售许可后与丁订立了商品房买卖合同，丁交付了80%的购房款。现住宅楼已竣工验收，但甲公司未能按期偿还乙银行借款，并欠付丙公司工程款1500万元，乙银行和丙公司同时主张权利，法院拍卖了该住宅楼。下列哪些选项是正确的？（2017年卷三第55题，多选）¹⁴³

- A. 乙银行对建设用地使用权拍卖所得价款享有优先受偿权
- B. 乙银行对该住宅楼拍卖所得价款享有优先受偿权
- C. 丙公司对该住宅楼及其建设用地使用权的优先受偿权优先于乙银行的抵押权
- D. 丙公司对该住宅楼及其建设用地使用权的优先受偿权不得对抗丁对其所购商品房的权利

【例67】个体工商户甲将其现有的以及将有的生产设备、原材料、半成品、产品一并抵押给乙银行，但未办理抵押登记。抵押期间，甲未经乙同意以合理价格将一台生产设备出卖给丙。后甲不能向乙履行到期债务。对此，下列哪一选项是正确的？（2008年卷三第12题，单选）¹⁴⁴

- A. 该抵押权因抵押物不特定而不能成立
- B. 该抵押权因未办理抵押登记而不能成立
- C. 该抵押权虽已成立但不能对抗善意第三人
- D. 乙有权对丙从甲处购买的生产设备行使抵押权

【例68】某农村养殖户为扩大规模向银行借款，欲以其财产设立浮动抵押。对此，下列哪些表述是正确的？（2010年卷三第56题，多选）¹⁴⁵

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

考点 30 抵押权顺位的放弃

抵押权顺位的放弃是对一种权利的放弃，不会对其他抵押权人产生不利影响，因而无需取得其他抵押权人的同意。抵押权顺位的放弃分为相对放弃和绝对放弃：¹⁴⁶

143 答案：ACD

144 答案：C

145 答案：AD

146 王利明、杨立新、王轶、程啸：《民法学》（第五版），法律出版社，2017年版，第466页。

种类	概念	效力
相对放弃	先顺位的抵押权人为同一抵押财产上的“某一特定”的后顺位抵押权人的利益而放弃其在先顺位。	<ol style="list-style-type: none"> 1. 对其他抵押权人而言，抵押权顺位的放弃对其并未产生不利影响。 2. 对于放弃者与被放弃者而言，放弃者与被放弃者处于同一顺位，将其各自按照原来顺位可分配的数额合在一起，由双方按其债权比例分配。
绝对放弃	先顺位的抵押权人并非专为为同一抵押财产上的“某一特定”的后顺位抵押权人的利益，而是为同一抵押财产上“所有”的后顺位抵押权人利益抛弃其在先顺位。	<ol style="list-style-type: none"> 1. 后顺位的抵押权人的顺位依次升进。 2. 放弃者变为最后顺位的抵押权人。

考点 31 最高额抵押

一、修改说明

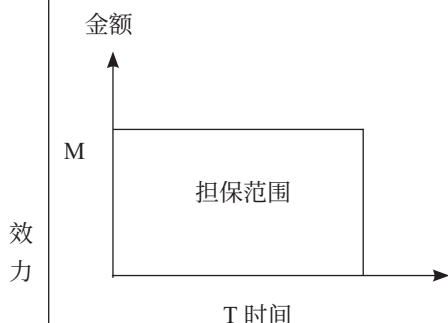
《民法典·物权编》	《物权法》
<p>第 423 条：有下列情形之一的，抵押权人的债权确定：</p> <p>（一）约定的债权确定期间届满；</p> <p>（二）没有约定债权确定期间或者约定不明确，抵押权人或者抵押人自最高额抵押权设立之日起满二年后请求确定债权；</p> <p>（三）新的债权不可能发生；</p> <p>（四）抵押权人知道或者应当知道抵押财产被查封、扣押；</p> <p>（五）债务人、抵押人被宣告破产或者解散；</p> <p>（六）法律规定债权确定的其他情形。</p>	<p>第 206 条：有下列情形之一的，抵押权人的债权确定：</p> <p>（一）约定的债权确定期间届满；</p> <p>（二）没有约定债权确定期间或者约定不明确，抵押权人或者抵押人自最高额抵押权设立之日起满二年后请求确定债权；</p> <p>（三）新的债权不可能发生；</p> <p>（四）抵押财产被查封、扣押；</p> <p>（五）债务人、抵押人被宣告破产或者被撤销；</p> <p>（六）法律规定债权确定的其他情形。</p>
<p>评析：《物权法》之规定为“抵押财产被查封、扣押”，修改为“抵押权人知道或者应当知道抵押财产被查封、扣押”。最高额抵押之债权不确定，要实现抵押权必须先确定债权，如果仅是因为客观上抵押财产被冻结，而主观上不问债权人是否知晓，就直接确定债权，则对于最高额抵押权人是公平的，因为他在不知情之情况下并没有相应的债权担保预见性。</p>	

二、考点精讲

最高额抵押是指为担保将来一段时间可能发生的不超过一定数额债权的实现而设定的担保方式。

最高额抵押权具有以下特点：

- ┌ 担保合同成立在前，主债权合同成立在后
- ├ 担保的主债权的发生及其数额具有不确定性
- └ 在担保物权确定前，部分债权转让的，最高额抵押权不随之转让（有约从约）



1. 在最高额抵押中，受到担保的主债权的范围，由抵押人与抵押权人在最高额抵押权合同中所约定的“最高金额”和“最长时间”两个维度加以确定，超出部分不再受最高额抵押的担保。
2. 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。
3. 第 422 条：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；但是，变更的内容不得对其他抵押权人产生不利影响。

- 确定
- 第 423 条：有下列情形之一的，抵押权人的债权确定：
1. 约定的债权确定期间届满；
 2. 没有约定债权确定期间或者约定不明确，抵押权人或者抵押人自最高额抵押权设立之日起满二年后请求确定债权；
 3. 新的债权不可能发生；
 4. 抵押权人知道或者应当知道抵押财产被查封、扣押；
 5. 债务人、抵押人被宣告破产或者解散；
 6. 法律规定债权确定的其他情形。

√ 典型真题

【例 69】甲、乙双方于 2013 年 5 月 6 日签订水泥供应合同，乙以自己的土地使用权为其价款支付提供了最高额抵押，约定 2014 年 5 月 5 日为债权确定日，并办理了登记。丙为担保乙的债务，也于 2013 年 5 月 6 日与甲订立最高额保证合同，保证期间为一年，自债权确定日开始计算。

(1) 水泥供应合同约定，将 2013 年 5 月 6 日前乙欠甲的贷款纳入了最高额抵押的担保范围。下列说法正确的是：(2016 年卷三第 89 题，不定项)¹⁴⁷

A. 该约定无效

B. 该约定合法有效

C. 如最高额保证合同未约定将 2013 年 5 月 6 日前乙欠甲的贷款纳入最高额保证的担保范围，则丙对此不承担责任

D. 丙有权主张减轻其保证责任

(2) 甲在 2013 年 11 月将自己对乙已取得的债权全部转让给丁。下列说法正确的是：(2016 年卷三第 90 题，不定项)¹⁴⁸

A. 甲的行为将导致其最高额抵押权消灭

B. 甲将上述债权转让给丁后，丁取得最高额抵押权

C. 甲将上述债权转让给丁后，最高额抵押权不随之转让

D. 2014 年 5 月 5 日前，甲对乙的任何债权均不得转让

考点 32 质权

一、修改说明

《民法典·物权编》	《物权法》
第 440 条：债务人或者第三人有权处分的下列权利可以出质： (一) 汇票、本票、支票； (二) 债券、存款单； (三) 仓单、提单； (四) 可以转让的基金份额、股权； (五) 可以转让的注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权； (六) 现有的以及将有的应收账款； (七) 法律、行政法规规定可以出质的其他财产权利。	第 223 条：债务人或者第三人有权处分的下列权利可以出质： (一) 汇票、支票、本票； (二) 债券、存款单； (三) 仓单、提单； (四) 可以转让的基金份额、股权； (五) 可以转让的注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权； (六) 应收账款； (七) 法律、行政法规规定可以出质的其他财产权利。
评析：对“应收账款”的表述进行修正和扩张，即修改为“取得应收账款、不动产收益的权利”，此二者性质类似，而这一表述则更为准确（质押客体是取得之权利而非账款本身）。	

147 答案：BC

148 答案：C

<p>第 441 条：以汇票、本票、支票、债券、存款单、仓单、提单出质的，质权自权利凭证交付质权人时设立；没有权利凭证的，质权自办理出质登记时设立。法律另有规定的，依照其规定。</p> <p>第 443 条第 1 款：以基金份额、股权出质，质权自办理出质登记时设立。</p> <p>第 444 条第 1 款：以注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权出质的，质权自办理出质登记时设立。</p> <p>第 445 条第 1 款：以应收账款出质的，质权自办理出质登记时设立。</p>	<p>第 224 条：以汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单出质的，当事人应当订立书面合同。质权自权利凭证交付质权人时设立；没有权利凭证的，质权自有关部门办理出质登记时设立。</p> <p>第 226 条第 1 款：以基金份额、股权出质，当事人应当订立书面合同。以基金份额、证券登记结算机构登记的股权出质，质权自证券登记结算机构办理出质登记时设立；以其他股权出质，质权自工商行政管理部门办理出质登记时设立。</p> <p>第 227 条第 1 款：以注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权出质的，当事人应当订立书面合同。质权自有关主管部门办理出质登记时设立。</p> <p>第 228 条第 1 款：以应收账款出质的，当事人应当订立书面合同。质权自信贷征信机构办理出质登记时设立。</p>
<p>评析：删除具体登记机构的规定。目前动产抵押和权利质押的登记机构较为分散，不能完全适应现代市场经济发展的需要。建立统一的动产抵押和权利质押登记制度有助于进一步发挥其融资担保功能。考虑到统一登记的具体规则宜由国务院规定，草案删除了有关动产抵押和权利质押具体登记机构的内容，为建立统一的动产抵押和权利质押登记制度留下空间。</p>	

二、考点精讲

<p>质权，是指为担保债权的履行，债务人或者第三人将其动产或者权利移转债权人占有，以成立的担保物权。</p>	
设立	<p>1. 动产质权：质押合同成立时生效；质权自出质人交付质押财产时设立（交付不能采用占有改定的方式）</p> <p>公式：质押合同有效 + 交付 = 动产质权</p> <p>2. 权利质权：质押合同成立时生效</p> <p>(1) 以汇票、本票、支票、债券、存款单、仓单、提单出质的，质权自权利凭证交付质权人时设立；没有权利凭证的，质权自办理出质登记时设立。</p> <p>(2) 以基金份额、股权出质，质权自办理出质登记时设立。</p> <p>(3) 以注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权出质的，质权自办理出质登记时设立。</p> <p>(4) 以应收账款出质的，质权自办理出质登记时设立。</p> <p>公式：质押合同有效 + 登记 / 交付 = 权利质权</p>

效力	<p>1. 质权人权利：占有权、优先受偿权、孳息收取权（质权人有权收取质押财产的孳息，但是合同另有约定的除外）、保全请求权（因不能归责于质权人的事由可能使质押财产毁损或者价值明显减少，足以危害质权人权利的，质权人有权请求出质人提供相应的担保；出质人不提供的，质权人可以拍卖、变卖质押财产，并与出质人通过协议将拍卖、变卖所得的价款提前清偿债务或者提存）、放弃质权（质权人可以放弃质权。债务人以自己的财产出质，质权人放弃该质权的，其他担保人在质权人丧失优先受偿权益的范围内免除担保责任，但是其他担保人承诺仍然提供担保的除外）、转质权。</p> <p>转质，是指质权人为了自己或者他人的债务，将质物向第三人再设定质权。转质以是否经过了原出质人同意，分为承诺转质（经过同意）和责任转质（未经同意）。</p> <p>(1) 承诺转质中，造成质押财产毁损、灭失的，质权人和转质权人承担赔偿责任（过错责任）。</p> <p>(2) 责任转质中，质权人属于无权处分，第三人可以善意取得动产质权，造成质押财产毁损、灭失的，质权人和转质权人承担不真正连带责任（无过错责任）。</p> <p>(3) 不论是承诺转质还是责任转质，转质权优于原质权。</p> <p>2. 质权人义务：不得擅自使用义务（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，应当承担赔偿责任——无过错责任）、妥善保管义务（质权人负有妥善保管质押财产的义务；因保管不善致使质押财产毁损、灭失的，应当承担赔偿责任——过错责任）、积极行使质权（出质人可以请求质权人在债务履行期限届满后及时行使质权；质权人不行使的，出质人可以请求人民法院拍卖、变卖质押财产）、返还质押财产（债务人履行债务或者出质人提前清偿所担保的债权的，质权人应当返还质押财产）。</p>
----	---

√ 典型真题

【例 70】甲为乙的债权人，乙将其电动车出质于甲。现甲为了向丙借款，未经乙同意将电动车出质于丙，丙不知此车为乙所有。下列哪些选项是正确的？（2008 年卷三第 59 题，多选）¹⁴⁹

- A. 丙因善意取得而享有质权
- B. 因未经乙的同意丙不能取得质权
- C. 甲对电动车的毁损、灭失应向乙承担赔偿责任
- D. 对电动车毁损、灭失，乙可向丙索赔

【例 71】甲对乙享有 10 万元的债权，甲将该债权向丙出质，借款 5 万元。下列哪一表述是错误的？（2012 年卷三第 7 题，单选）¹⁵⁰

- A. 将债权出质的事实通知乙不是债权质权生效的要件
- B. 如未将债权出质的事实通知乙，丙即不得向乙主张权利
- C. 如将债权出质的事实通知了乙，即使乙向甲履行了债务，乙不得对丙主张债已消灭

149 答案：ACD

150 答案：D

D. 乙在得到债权出质的通知后, 向甲还款 3 万元, 因还有 7 万元的债权额作为担保, 乙的部分履行行为对丙有效

【例 72】甲公司为乙公司向银行贷款 100 万元提供保证, 乙公司将其基于与丙公司签订的供货合同而对丙公司享有的 100 万元债权出质给甲公司作反担保。下列哪一表述是正确的? (2013 年卷三第 7 题, 单选)¹⁵¹

A. 如乙公司依约向银行清偿了贷款, 甲公司的债权质权仍未消灭

B. 如甲公司、乙公司将出质债权转让给丁公司但未通知丙公司, 则丁公司可向丙公司主张该债权

C. 甲公司在设立债权质权时可与乙公司约定, 如乙公司届期不清偿银行贷款, 则出质债权归甲公司所有

D. 如乙公司将债权出质的事实通知了丙公司, 则丙公司可向甲公司主张其基于供货合同而对乙公司享有的抗辩

【例 73】甲公司通知乙公司将其对乙公司的 10 万元债权出质给了丙银行, 担保其 9 万元贷款。出质前, 乙公司对甲公司享有 2 万元到期债权。如乙公司提出抗辩, 关于丙银行可向乙公司行使质权的最大数额, 下列哪一选项是正确的? (2014 年卷三第 7 题, 单选)¹⁵²

A. 10 万元

B. 9 万元

C. 8 万元

D. 7 万元

【例 74】2016 年 3 月 3 日, 甲向乙借款 10 万元, 约定还款日期为 2017 年 3 月 3 日。借款当日, 甲将自己饲养的市值 5 万元的名贵宠物鹦鹉质押交付给乙, 作为债务到期不履行的担保; 另外, 第三人丙提供了连带责任保证。关于乙的质权, 下列哪些说法是正确的? (2017 年卷三第 56 题, 多选)¹⁵³

A. 2016 年 5 月 5 日, 鹦鹉产蛋一枚, 市值 2000 元, 应交由甲处置

B. 因乙照管不善, 2016 年 10 月 1 日鹦鹉死亡, 乙需承担赔偿责任

C. 2017 年 4 月 4 日, 甲未偿还借款, 乙未实现质权, 则甲可请求乙及时行使质权

D. 乙可放弃该质权, 丙可在乙丧失质权的范围内免除相应的保证责任

151 答案: D

152 答案: C

153 答案: BCD

考点 33 留置权

债务人未履行到期债务，债权人可以留置已经合法占有的债务人的动产，并有权就该动产优先受偿。其中，债权人为留置权人，占有的动产为留置财产。	
构成要件	<p>1. 积极要件。</p> <p>(1) 债务人未履行到期债务（例外，债务人丧失支付能力或者被宣告破产的，即使债务的履行期尚未届至，债权人可以提前行使留置权，这种留置权称为“紧急留置权”）。</p> <p>(2) 债权人合法占有债务人的动产。</p> <p>(3) 债权人占有的动产与所担保的债权属于同一法律关系（商事留置除外）。</p> <p>商事留置权的成立要件：①双方必须均为企业。②留置权人必须基于营业关系而占有对方的动产。③留置的动产与所担保的债权“不必属于”同一法律关系。</p> <p>2. 消极要件。</p> <p>(1) 因侵权行为取得动产占有的。</p> <p>(2) 当事人约定不得留置的。</p> <p>(3) 留置不得违反公共秩序或善良风俗。</p>
效力	<p>1. 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。</p> <p>2. 留置权人有权收取留置财产的孳息（仅为“收取”而非“取得”）。</p> <p>3. 因留置权人保管不善致使留置财产毁损、灭失的，应当承担赔偿责任（过错责任）。</p> <p>4. 因留置权人擅自使用、处分留置财产造成损害的，应当承担赔偿责任（无过错责任）。</p>
实现	<p>先留置并确定履行宽限期→然后再确定优先受偿，即只有在宽限期满后债务人仍未履行债务的，留置权人才可以行使优先受偿权。具体而言：</p> <p>1. 对宽限期有约定的，按照约定。</p> <p>2. 没有约定的，留置权人应当确定两个月以上的宽限期。但标的物属于鲜活易腐等不易保管的动产的，留置权人可以迳行实行优先受偿权，不受两个月以上期限的限制。</p>
消灭	<p>1. 留置权人对留置财产丧失占有。</p> <p>2. 留置权人接受债务人另行提供担保。</p>

√ 典型案例

加工合同留置案¹⁵⁴

裁判要旨：原告按照被告的要求加工服装，并完成全部加工任务，被告应按约定寄付原告服装加工费，拖欠不付系违约。原告请求被告承担留置服装的保管费用，留置权人应对留置物妥善保管，并尽可能减少损失的发生，原告以被告擅自取走服装为由，借用他人场地并委托他人保管服装，并不能证明留置费用的必要性与合理性，对该部分请求，本院不予支持。

¹⁵⁴ （2017）辽 02 民终 3513 号

√ 典型真题

【例 75】辽东公司欠辽西公司货款 200 万元，辽西公司与辽中公司签订了一份价款为 150 万元的电脑买卖合同，合同签订后，辽中公司指示辽西公司将该合同项下的电脑交付给辽东公司。因辽东公司届期未清偿所欠货款，故辽西公司将该批电脑扣留。关于辽西公司的行为，下列哪一选项是正确的？（2010 年卷三第 10 题，单选）¹⁵⁵

- A. 属于行使抵押权
- B. 属于行使动产质权
- C. 属于行使留置权
- D. 属于自助行为

【例 76】小贝购得一只世界杯指定用球后兴奋不已，一脚踢出，恰好落入邻居老马家门前的水井中，正在井边清洗花瓶的老马受到惊吓，手中花瓶落地摔碎。老马从井中捞出足球后，小贝央求老马归还，老马则要求小贝赔偿花瓶损失。对此，下列哪些选项是正确的？（2010 年卷三第 54 题，多选）¹⁵⁶

- A. 小贝对老马享有物权请求权
- B. 老马对小贝享有物权请求权
- C. 老马对小贝享有债权请求权
- D. 如小贝拒绝赔偿，老马可对足球行使留置权

【例 77】下列哪些情形下权利人可以行使留置权？（2015 年卷三第 55 题，多选）¹⁵⁷

- A. 张某为王某送货，约定货物送到后一周内支付运费。张某在货物运到后立刻要求王某支付运费被拒绝，张某可留置部分货物
- B. 刘某把房屋租给方某，方某退租搬离时尚有部分租金未付，刘某可留置方某部分家具
- C. 何某将丁某的行李存放在火车站小件寄存处，后丁某取行李时认为寄存费过高而拒绝支付，寄存处可留置该行李
- D. 甲公司加工乙公司的机器零件，约定先付费后加工。付费和加工均已完成，但乙公司尚欠甲公司借款，甲公司可留置机器零件

155 答案：C

156 答案：AC

157 答案：CD

第三节 保证与定金

考点 34 保证

一、修改说明

《民法典·合同编》	《担保法》
第 681 条：保证合同是为保障债权的实现，保证人和债权人约定，当债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形时，保证人履行债务或者承担责任的合同。	第 6 条：本法所称保证，是指保证人和债权人约定，当债务人不履行债务时，保证人按照约定履行债务或者承担责任的行為。
评析：《担保法》关于“保证”的定义，意在表明保证这一担保形式，民法典将保证这一担保方式纳入合同编作为有名合同的一种，系对大陆法系国家担保立法传统的回归。	
第 682 条：保证合同是主债权债务合同的从合同。主债权债务合同无效，保证合同无效，但是法律另有规定的除外。 保证合同被确认无效后，债务人、保证人、债权人有过错的，应当根据其过错各自承担相应的民事责任。	第 5 条：担保合同是主合同的从合同，主合同无效，担保合同无效。担保合同另有约定的，按照约定。 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。
评析：重新定义担保合同的从属性，将“主合同”进一步明确为“主债权债务合同”，以强调担保的对象系债权债务关系而非其他合同关系。同时，进一步强化担保合同的从属性，将主债权债务合同无效，担保合同继续有效的情形严格限定在法定范围内。	
第 685 条：保证合同可以是单独订立的书面合同，也可以是主债权债务合同中的保证条款。 第三人单方以书面形式向债权人作出保证，债权人接收且未提出异议的，保证合同成立。	第 13 条：保证人与债权人应当以书面形式订立保证合同。 《担保法解释》第 22 条：第三人单方以书面形式向债权人出具担保书，债权人接受且未提出异议的，保证合同成立。主合同中虽然没有保证条款，但是，保证人在主合同上以保证人的身份签字或者盖章的，保证合同成立。
评析：由于保证合同是单务合同，为避免不必要的争议，民法典沿袭了《担保法》关于保证合同必须以书面形式订立的思路。但在立法表述上，吸收了《担保法解释》的若干内容，明确规定担保合同的形式可以是单独的合同，也可以是主合同中的担保条款。但民法典对于以保证人的身份在主合同上签字是否构成保证担保，则未作规定，未来实践中可能引发不必要的争议。理由在于：明示其一则排除其他，既然该条明示了三种保证合同成立的方式，则应排除以保证人身份签字成立保证合同的可能。但另一方面，如将“以保证人的身份在主合同上签字或盖章”的行为本身理解为主合同的一个独立条款，则也可认为保证合同可以“以保证人的身份在主合同上签字或盖章”的形式成立。笔者认为后一种解释更符合立法的本意，也符合意思自治。 本条第 2 款对《担保法解释》的条款进行了全面改造，科学地确定了债权人以沉默的方式订立保证合同的形式。首先，将司法解释中的“担保书”进一步准确定性为“作出保证”这一行为，求实不求名。其次，将“接受”改为“接收”，更为准确，并不要求债权人明确意思表示的参与。此前的“接受”似有要求债权人明确表示之意，但这又与条文中“未提出异议”自相矛盾。	

<p>第 686 条：保证的方式包括一般保证和连带责任保证。当事人在保证合同中对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照一般保证承担保证责任。</p>	<p>第 16 条：保证的方式有： (一)一般保证； (二)连带责任保证。 第 19 条：当事人对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照连带责任保证承担保证责任。</p>
<p>评析：对于保证方式的推定作了颠覆性改变。连带责任保证是一种加重保证人责任的保证方式，原则上宜由当事人明确约定；没有约定或者约定不明的，一概推定为连带责任保证，会加重实践中因互相担保或者连环担保导致资不抵债或者破产的问题，影响正常的生活和经营秩序。宪法和法律委员会经研究认为，将当事人对保证方式没有约定或者约定不明确的推定为一般保证，有利于防止债务风险的扩散，维护经济社会稳定。</p>	
<p>第 687 条：当事人在保证合同中约定，债务人不能履行债务时，由保证人承担保证责任的，为一般保证。 一般保证的保证人在主合同纠纷未经审判或者仲裁，并就债务人的财产依法强制执行仍不能履行债务前，有权拒绝向债权人承担保证责任，但是有下列情形之一的除外： (一)债务人下落不明，且无财产可供执行； (二)人民法院已经受理债务人破产案件； (三)债权人有证据证明债务人的财产不足以履行全部债务或者丧失履行债务能力； (四)保证人书面表示放弃前款规定的权利。</p>	<p>第 17 条：当事人在保证合同中约定，债务人不能履行债务时，由保证人承担保证责任的，为一般保证。 一般保证的保证人在主合同纠纷未经审判或者仲裁，并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前，对债权人可以拒绝承担保证责任。有下列情形之一的，保证人不得行使前款规定的权利： (一)债务人住所变更，致使债权人要求其履行债务发生重大困难的； (二)人民法院受理债务人破产案件，中止执行程序的； (三)保证人以书面形式放弃前款规定的权利的。 《担保法解释》第 25 条：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。</p>
<p>评析：对于先诉抗辩权的定义更为精准、科学：将要求一般保证人承担保证责任的前提修改为“就债务人的财产依法强制执行仍不能履行债务”，即对主债务人强制执行无效果前，保证人均可主张不承担担保责任。同时，删除了“债务人住所变更导致债权人要求其履行债务发生重大困难时，保证人不得主张先诉抗辩权”的情形。增加了“债权人有证据证明债务人的财产不足以履行全部债务或者丧失履行债务能力，保证人不得主张先诉抗辩权”的情形。</p>	
<p>第 688 条：当事人在保证合同中约定保证人和债务人对债务承担连带责任的，为连带责任保证。 连带责任保证的债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形时，债权人可以请求债务人履行债务，也可以请求保证人在其保证范围内承担保证责任。</p>	<p>第 18 条：当事人在保证合同中约定保证人与债务人对债务承担连带责任的，为连带责任保证。 连带责任保证的债务人在主合同规定的债务履行期届满没有履行债务的，债权人可以要求债务人履行债务，也可以要求保证人在其保证范围内承担保证责任。</p>
<p>评析：将“债务履行期届满”修改为“到期债务”，更为简洁明了；将“要求”修改为“请求”更为科学。</p>	

<p>第 692 条：保证期间是确定保证人承担保证责任的期间，不发生中止、中断和延长。债权人与保证人可以约定保证期间，但是约定的保证期间早于主债务履行期限或者与主债务履行期限同时届满的，视为没有约定；没有约定或者约定不明确的，保证期间为主债务履行期限届满之日起六个月。债权人与债务人对主债务履行期限没有约定或者约定不明确的，保证期间自债权人请求债务人履行债务的宽限期届满之日起计算。</p>	<p>第 25 条第 1 款：一般保证的保证人与债权人未约定保证期间的，保证期间为主债务履行期限届满之日起六个月。</p> <p>第 26 条第 1 款：连带责任保证的保证人与债权人未约定保证期间的，债权人有权自主债务履行期限届满之日起六个月内要求保证人承担保证责任。</p> <p>《担保法解释》第 31 条：保证期间不因任何事由发生中断、中止、延长的法律后果。</p> <p>第 32 条：保证合同约定的保证期间早于或者等于主债务履行期限的，视为没有约定，保证期间为主债务履行期限届满之日起六个月。</p> <p>保证合同约定保证人承担保证责任直至主债务本息还清时为止等类似内容的，视为约定不明，保证期间为主债务履行期限届满之日起三年。</p> <p>第 33 条：主合同对主债务履行期限没有约定或者约定不明的，保证期间自债权人要求债务人履行义务的宽限期届满之日起计算。</p>
<p>第 693 条：一般保证的债权人未在保证期间内对债务人提起诉讼或者申请仲裁的，保证人不再承担保证责任。</p> <p>连带责任保证的债权人未在保证期间请求保证人承担保证责任的，保证人不再承担保证责任。</p>	<p>第 25 条第 2 款：在合同约定的保证期间和前款规定的保证期间，债权人未对债务人提起诉讼或者申请仲裁的，保证人免除保证责任；债权人已提起诉讼或者申请仲裁的，保证期间适用诉讼时效中断的规定。</p> <p>第 26 条第 2 款：在合同约定的保证期间和前款规定的保证期间，债权人未要求保证人承担保证责任的，保证人免除保证责任。</p>
<p>评析：保证期间是不变期间，因此删除了所谓保证期间适用诉讼时效中断的规定。</p>	
<p>第 694 条：一般保证的债权人在保证期间届满前对债务人提起诉讼或者申请仲裁的，从保证人拒绝承担保证责任的权利消灭之日起，开始计算保证债务的诉讼时效。</p> <p>连带责任保证的债权人在保证期间届满前请求保证人承担保证责任的，从债权人请求保证人承担保证责任之日起，开始计算保证债务的诉讼时效。</p>	<p>《担保法解释》第 34 条：一般保证的债权人在保证期间届满前对债务人提起诉讼或者申请仲裁的，从判决或者仲裁裁决生效之日起，开始计算保证合同的诉讼时效。</p> <p>连带责任保证的债权人在保证期间届满前要求保证人承担保证责任的，从债权人要求保证人承担保证责任之日起，开始计算保证合同的诉讼时效。</p> <p>第 36 条：一般保证中，主债务诉讼时效中断，保证债务诉讼时效中断；连带责任保证中，主债务诉讼时效中断，保证债务诉讼时效不中断。</p> <p>一般保证和连带责任保证中，主债务诉讼时效中止的，保证债务的诉讼时效同时中止。</p>
<p>评析：1. 修改了一般保证的保证债务诉讼时效起算点。所谓“保证人拒绝承担保证责任的权利”是指一般保证的保证人就债务人的财产依法强制执行仍不能履行债务前，有权拒绝承担保证责任。实践中，判决或仲裁裁决生效之日和依法强制执行仍不能履行债务之日有时间差，以后者作为起算点更有利于保障债权人的权利。</p> <p>2. 确立了保证诉讼时效与主债权债务的诉讼时效彼此独立、分别计算、分别判断的原则。</p>	

<p>第 695 条：债权人和债务人未经保证人书面同意，协商变更主债权债务合同内容，减轻债务的，保证人仍对变更后的债务承担保证责任；加重债务的，保证人对加重的部分不承担保证责任。</p> <p>债权人和债务人变更主债权债务合同的履行期限未经保证人书面同意的，保证期间不受影响。</p>	<p>第 24 条：债权人与债务人协议变更主合同的，应当取得保证人书面同意，未经保证人书面同意的，保证人不再承担保证责任。保证合同另有约定的，按照约定。</p> <p>《担保法解释》第 30 条：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。</p> <p>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。</p> <p>债权人与债务人协议变动主合同内容，但并未实际履行的，保证人仍应当承担保证责任。</p>
<p>评析：对《担保法》第 24 条进行了全面改造，吸收了《担保法解释》的合理内容，规定仅在主债权债务合同变更，加重保证人责任时，保证人才可以主张对加重的部分不承担保证责任。删除了“保证合同另有约定的，按照约定”的内容，更有利于保护保证人，即主债权债务合同变更，对于加重保证人责任的部分，必须征得保证人书面同意，排除了当事人另行约定的可能。</p>	
<p>第 696 条：债权人转让全部或者部分债权，未通知保证人的，该转让对保证人不发生效力。</p> <p>保证人与债权人约定禁止债权转让，债权人未经保证人书面同意转让债权的，保证人对受让人不再承担保证责任。</p>	<p>第 22 条：保证期间，债权人依法将主债权转让给第三人的，保证人在原保证担保的范围内继续承担保证责任。保证合同另有约定的，按照约定。</p> <p>《担保法解释》第 28 条：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。</p>
<p>评析：债权转让未通知保证人时的效力问题。修改后增加了“未经通知，该转让对保证人不发生效力”，该处修改体现了合同编通则分编中要求债权转让须通知债务人的规定。</p>	
<p>第 697 条：债权人未经保证人书面同意，允许债务人转移全部或者部分债务，保证人对未经其同意转移的债务不再承担保证责任，但是债权人和保证人另有约定的除外。</p> <p>第三人加入债务的，保证人的保证责任不受影响。</p>	<p>第 23 条：保证期间，债权人许可债务人转让债务的，应当取得保证人书面同意，保证人对未经其同意转让的债务，不再承担保证责任。</p> <p>《担保法解释》第 29 条：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。</p>
<p>评析：“但书”部分体现了尊重保证人的意思自治。区分了免责的债务承担和并存的债务承担对保证人保证责任的影响。</p>	

第 698 条：一般保证的保证人在主债务履行期限届满后，向债权人提供债务人可供执行财产的真实情况，债权人放弃或者怠于行使权利致使该财产不能被执行的，保证人在其提供可供执行财产的价值范围内不再承担保证责任。	《担保法解释》第 24 条：一般保证的保证人在主债权履行期间届满后，向债权人提供了债务人可供执行财产的真实情况的，债权人放弃或者怠于行使权利致使该财产不能被执行，保证人可以请求人民法院在其提供可供执行财产的实际价值范围内免除保证责任。
第 701 条：保证人可以主张债务人对债权人的抗辩。债务人放弃抗辩的，保证人仍有权向债权人主张抗辩。	第 20 条：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。 抗辩权是指债权人行使债权时，债务人根据法定事由，对抗债权人行使请求权的权利。
(增加) 第 702 条：债务人对债权人享有抵销权或者撤销权的，保证人可以在相应范围内拒绝承担保证责任。	——
评析：该条中的抵销权是指合同编第五百六十八条规定的法定抵销权和第五百六十九条规定的约定抵销权；撤销权是指总则编第六章第三节规定的撤销权。目的在于最大限度保护保证人的利益，防止主债权债务的当事人恶意拉保证人“垫背”。	

二、考点精讲

保证是指保证人和债权人约定，当债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形时，保证人以自己全部财产（不特定财产）对债权人履行债务或承担责任的担保方式。	
如图： <div><pre>graph TD A[保证人] -- 保证债权 --> B[债权人] B -- 主债权 --> C[债务人] A -- 追偿权 --> C</pre></div>	
成立方式	1. 单独的书面保证合同：保证合同的当事人为债权人与保证人。 2. 主合同中写明保证条款，并由保证人签名或者盖章。 3. 主合同中没有保证条款，保证人在主合同上以保证人身份签字或者盖章。 4. 第三人单方以书面形式出具担保书，债权人接受且未提出异议。

保证方式	<p>保证分为一般保证与连带责任保证，当事人对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照一般保证承担保证责任，即“有约从约，无约为一般保证”。</p> <p>1. 一般保证</p> <p>(1) ①指明为一般保证；②当事人在保证合同中约定，债务人不能履行债务时，由保证人承担保证责任（注：考试中，约定债务人不履行债务时，“不”等于“不能”）。③当事人对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照一般保证承担保证责任。</p> <p>(2) 一般保证的保证人享有先诉抗辩权，即一般保证的保证人在就债务人的财产依法强制执行仍不能履行债务前，有权拒绝承担保证责任，但是有下列情形之一的除外：</p> <p>（一）债务人下落不明，且无财产可供执行；</p> <p>（二）人民法院受理债务人破产案件；</p> <p>（三）债权人有权证明债务人的财产不足以履行全部债务或者丧失履行债务能力；</p> <p>（四）保证人书面放弃前款规定的权利。</p> <p>2. 连带责任保证。保证人与债务人承担连带责任，保证人不享有先诉抗辩权。</p> <p>3. 一般保证与连带责任保证对诉讼的影响：</p> <p>(1) 一般保证</p> <p>①可只起诉债务人，列债务人为被告</p> <p>②可同时起诉债务人、保证人，二者为共同被告。但应在判决书中明确，在对债务人财产依法强制执行仍不能履行债务时，由保证人承担保证责任</p> <p>(2) 连带责任保证</p> <p>①可以只起诉债务人</p> <p>②可以只起诉保证人</p> <p>③可以起诉债务人和保证人，二者列为共同被告</p>
保证期间	<p>1. 保证期间，是指保证人承担保证责任的期间。保证期间意在督促债权人依照法定方式积极行使权利。</p> <p>(1) 在一般保证中，“对主债务人提起诉讼或者申请仲裁”（因为一般保证人享有先诉抗辩权）</p> <p>(2) 在连带责任保证中，“请求保证人承担保证责任”（因为连带责任保证人不享有先诉抗辩权）</p> <p>2. 保证期间内，债权人未依据上述方式主张权利，保证期间届满后，保证人不再承担保证责任；债权人依据法定方式主张了权利的，保证期间便功成身退，开始计算保证合同的诉讼时效。</p> <p>3. 保证期间是不变期间，不因任何事由中断、中止、延长。</p> <p>(1) 有约从约。</p> <p>(2) 未约定的，为主债务履行期届满之日起 6 个月；约定期间早于或者等于主债务履行期间的，视为未约定。</p>
诉讼时效	<p>1. 保证债务诉讼时效的起算：</p> <p>(1) 一般保证：从保证人拒绝承担保证责任的权利消灭之日起，开始计算保证债务的诉讼时效。</p> <p>(2) 连带责任保证：从债权人请求保证人承担保证责任之日起，开始计算保证债务的诉讼时效。</p> <p>2. 保证债务与主债务诉讼时效的关系：</p> <p>保证诉讼时效与主债权债务的诉讼时效彼此独立、分别计算、分别判断。</p>

保证 效力	<p>1. 在保证人与债权人之间。</p> <p>(1) 保证人可以援用主债务人享有的一切抗辩权（比如，主债务诉讼时效已过的抗辩、同时履行抗辩权、先履行抗辩权、不安抗辩权等）。</p> <p>①若债务人主张了抗辩，则保证人必须援用，保证人未援用抗辩承担责任后，对债务人无相应追偿权。②若债务人自己放弃了抗辩，保证人仍可以援用，保证人未援用的，承担责任后，对债务人的追偿权不受影响。</p> <p>(2) 保证人自己的抗辩（比如保证债务诉讼时效经过的抗辩、一般保证人的先诉抗辩权）。若保证人放弃自己的抗辩承担保证责任，向债权人追偿的权利不受影响。</p> <p>(3) 债务人对债权人享有抵销权或者撤销权的，保证人可以在相应范围内拒绝承担保证责任。</p> <p>2. 在保证人与主债务人之间。</p> <p>(1) 债权转让：①债权人将全部或者部分债权转让给第三人，通知保证人后，保证人对受让人承担相应的保证责任。未经通知，该转让对保证人不发生效力。②保证人与债权人约定仅对特定的债权人承担保证责任或者禁止债权转让，债权人未经保证人书面同意转让全部或者部分债权的，保证人就受让人的债权不再承担保证责任。</p> <p>(2) 债务承担：①债权人未经保证人书面同意，允许债务人转移全部或者部分债务，保证人对未经其同意转移的债务不再承担保证责任，但是债权人和保证人另有约定的除外。②第三人加入债务的，保证人的保证责任不受影响。</p> <p>(3) 内容变更：债权人和债务人未经保证人书面同意，协商变更主债权债务合同内容，①减轻债务的，保证人仍对变更后的债务承担保证责任；②加重债务的，保证人对加重的部分不承担保证责任。③债权人与债务人对主债权债务合同履行期限作了变更，未经保证人书面同意的，保证期间不受影响。</p>
----------	---

√ 典型真题

【例 78】根据甲公司的下列哪些《承诺（保证）函》，如乙公司未履行义务，甲公司应承担保证责任？（2015 年卷三第 57 题，多选）¹⁵⁸

- A. 承诺：“积极督促乙公司还款，努力将丙公司的损失降到最低”
- B. 承诺：“乙公司向丙公司还款，如乙公司无力还款，甲公司愿代为清偿”
- C. 保证：“乙公司实际投资与注册资金相符”。实际上乙公司实际投资与注册资金不符
- D. 承诺：“指定乙公司与丙公司签订保证合同”。乙公司签订了保证合同但拒不承担保证责任

【例 79】甲向乙借款 5 万元，乙要求甲提供担保，甲分别找到友人丙、丁、戊、己，他们各自作出以下表示，其中哪些构成保证？（2008 年卷三第 53 题，多选）¹⁵⁹

- A. 丙在甲向乙出具的借据上签署“保证人丙”

158 答案：BC

159 答案：ABC

- B. 丁向乙出具字据称 " 如甲到期不向乙还款, 本人愿代还 3 万元 "
- C. 戊向乙出具字据称 " 如甲到期不向乙还款, 由本人负责 "
- D. 己向乙出具字据称 " 如甲到期不向乙还款, 由本人以某处私房抵债 "

【例 80】出现下列何种情形时, 一般保证的保证人不得行使先诉抗辩权? (2007 年卷三第 58 题, 多选)¹⁶⁰

- A. 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
- B. 债务人移居国外, 但国内有其购买现由亲属居住的住宅
- C. 人民法院受理债务人破产案件, 中止执行程序
- D. 保证人以书面形式放弃先诉抗辩权

【例 81】下列关于保证债务诉讼时效的哪些表述是正确的? (2006 年卷三 59 题, 多选)¹⁶¹

- A. 保证期间届满后, 不必再起算保证债务的诉讼时效
- B. 保证债务的诉讼时效起算后, 不必再计算保证期间
- C. 保证债务的诉讼时效随主债务诉讼时效中止而中止
- D. 保证债务的诉讼时效随主债务诉讼时效中断而中断

【例 82】甲乙双方拟订的借款合同约定: 甲向乙借款 11 万元, 借款期限为 1 年。乙在签字之前, 要求甲为借款合同提供担保。丙应甲要求同意担保, 并在借款合同保证人一栏签字, 保证期间为 1 年。甲将有担保签字的借款合同交给乙。乙要求从 11 万元中预先扣除 1 万元利息, 同时将借款期限和保证期间均延长为 2 年。甲应允, 双方签字, 乙依约将 10 万元交付给甲。下列哪一表述是正确的? (2011 年卷三第 11 题, 单选)¹⁶²

- A. 丙的保证期间为 1 年
- B. 丙无须承担保证责任
- C. 丙应承担连带保证责任
- D. 丙应对 10 万元本息承担保证责任

160 答案: CD (旧题新解, 原答案 ACD)

161 答案: AB (旧题新解, 原答案 ABC)

162 答案: B

考点 35 定金

<p>定金是指为担保合同的订立、成立或生效、履行，由当事人一方在合同订立时或者订立后至履行前支付给对方的一定数额的金钱或替代物。</p> <p>定金具有以下特征：</p> <div><p>定金属于约定担保方式，当事人可以约定定金数额，但不得超过主合同标的额的 20%；</p><p>定金属于金钱担保，具有多重效力；</p><p>定金合同是实践性合同，从实际交付定金之日起生效，实际交付的定金与约定的不一致时，视为对约定的变更，以实际交付的为准。</p><p>定金具有从属性，主合同不成立或者无效，定金随之不成立或者无效</p></div>	
定金罚则	<p>1. 给付定金的一方不履行约定债务的，无权要求返还定金；收受定金的一方不履行约定债务的，应当双倍返还定金。</p> <p>2. 当事人一方不完全履行合同的，应当按照未履行部分所占比例适用定金罚则。</p>
择一行使	<p>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。</p>

√ 典型真题

【例 83】甲、乙约定：甲将 100 吨汽油卖给乙，合同签订后三天交货，交货后十天内付款。还约定，合同签订后乙应向甲支付十万元定金，合同在支付定金时生效。合同订立后，乙未交付定金，甲按期向乙交付了货物，乙到期未付款。对此，下列哪一表述是正确的？(2010 年卷三第 14 题，单选)¹⁶³

- A. 甲可请求乙支付定金
- C. 甲交付汽油使得定金合同生效

【例 84】甲公司与乙公司签订了一份手机买卖合同，约定：甲公司供给乙公司某型号手机 1,000 部，每部单价 1,000 元，乙公司支付定金 30 万元，任何一方违约应向对方支付合同总价款 30% 的违约金。合同签订后，乙公司向甲公司支付了 30 万元定金，并将该批手机转售给丙公司，每部单价 1,100 元，指明由甲公司直接交付给丙公司。但甲公司未按约定期限交货。请回答：

关于返还定金和支付违约金，乙公司向甲公司提出请求，下列表述正确的是：(2010 年卷三第 91 题，不定项)¹⁶⁴

163 分析：定金合同属于实践合同，由于乙一直未按照约定支付定金，甲、乙之间的定金合同尚未生效，甲无权请求乙支付定金。故 AC 项均错误。

164 答案：D

- A. 请求甲公司双倍返还定金 60 万元并支付违约金 30 万元
- B. 请求甲公司双倍返还定金 40 万元并支付违约金 30 万元
- C. 请求甲公司双倍返还定金 60 万元或者支付违约金 30 万元
- D. 请求甲公司双倍返还定金 40 万元或者支付违约金 30 万元

第四节 共同担保

考点 36 共同抵押

	承担方式	追偿顺序
按份共同抵押	按约定的份额行使 (对外按份)	只能向债务人追偿 (对内无关)
连带共同抵押	债权人行使抵押权无先后顺序限制, 抵押权人可以就其中任一或者各个财产行使抵押权 (对外连带)	追偿无顺序限制, 抵押人承担担保责任以后, 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 (对内按份)

√ 典型真题

【例 85】甲公司以其机器设备为乙公司设立了质权。10 日后, 丙公司向银行贷款 100 万元, 甲公司将机器设备又抵押给银行, 担保其中 40 万元贷款, 但未办理抵押登记。同时, 丙公司将自有房产抵押给银行, 担保其余 60 万元贷款, 办理了抵押登记。20 日后, 甲将机器设备再抵押给丁公司, 办理了抵押登记。丙公司届期不能清偿银行贷款。下列哪一表述是正确的? (2013 年卷三第 8 题, 单选)¹⁶⁵

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

考点 37 共同保证

一、修改说明

《民法典·合同编》	《担保法》
-----------	-------

¹⁶⁵ 分析: 因为甲、丙分别与银行约定了各自抵押担保的数额, 故甲、丙构成按份共同抵押。基于此, 银行主张 100 万债权只能按照约定的份额行使抵押权。故 AB 项均错误。

<p>第 699 条：同一债务有两个以上保证人的，保证人应当按照保证合同约定的保证份额，承担保证责任；没有约定保证份额的，债权人可以请求任何一个保证人在其保证范围内承担保证责任。</p> <p>第 700 条：保证人承担保证责任后，除当事人另有约定外，有权在其承担保证责任的范围内向债务人追偿，享有债权人对债务人的权利，但是不得损害债权人的利益。</p>	<p>第 12 条：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。</p> <p>《担保法解释》第 19 条：两个以上保证人对同一债务同时或者分别提供保证时，各保证人与债权人没有约定保证份额的，应当认定为连带共同保证。连带共同保证的保证人以其相互之间约定各自承担的份额对抗债权人的，人民法院不予支持。</p> <p>第 20 条：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。</p> <p>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。</p> <p>第 21 条：按份共同保证的保证人按照保证合同约定的保证份额承担保证责任后，在其履行保证责任的范围内对债务人行使追偿权。</p>
<p>评析：否定了共同保证人的相互追偿权，规定只能向债务人追偿。</p>	

二、考点精讲

	承担方式	追偿顺序
按份共同保证	按约定的份额行使（对外按份）	只能向债务人追偿（对内无关）
连带共同保证	无先后顺序限制，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（对外连带）	除当事人另有约定外，有权在其承担保证责任的范围内向债务人追偿，享有债权人对债务人的权利，但是不得损害债权人的利益。（对内无关）

【例 86】甲公司向乙银行借款 100 万元，丙、丁以各自房产分别向乙银行设定抵押，戊、己分别向乙银行出具承担全部责任的担保函，承担保证责任。下列哪些表述是正确的？（2012 年卷三第 55 题，多选）¹⁶⁶

- A. 乙银行可以就丙或者丁的房产行使抵押权
- B. 丙承担担保责任后，可向甲公司追偿，也可要求丁清偿其应承担的份额
- C. 乙银行可以要求戊或者己承担全部保证责任
- D. 戊承担保证责任后，可向甲公司追偿，也可要求己清偿其应承担的份额

考点 38 混合担保

同一个债，既有物保（抵押、质押），又有人保（保证），称为混合担保。

	承担方式	追偿顺序
债务人提供物保的情形	有先后顺序限制，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。	——
第三人提供物保的情形	无先后顺序限制，债权人应当按照约定实现债权；没有约定或者约定不明确，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	追偿无顺序限制，第三人承担担保责任以后，可以向债务人追偿，也可以要求其他担保人清偿其应当承担的份额

√ 典型真题

【例 87】甲公司将 1 台挖掘机出租给乙公司，为担保乙公司依约支付租金，丙公司担任保证人，丁公司以机器设备设置抵押。后乙公司未支付到期租金。请回答：（案情有删减）

关于丙公司和丁公司的担保责任，甲公司下列做法正确的是：（2012 年卷三第 87 题，不定项）¹⁶⁷

- A. 可以要求丙公司承担保证责任
- B. 可以要求丁公司承担抵押担保责任
- C. 须先要求丙公司承担保证责任，后要求丁公司承担抵押担保责任
- D. 须先要求丁公司承担抵押担保责任，后要求丙公司承担保证责任

【例 88】甲公司欠乙公司货款 100 万元，先由甲公司提供机器设备设定抵押权、丙公司担任保证人，后由丁公司提供房屋设定抵押权并办理了抵押登记。甲公司届期不支付货款，下列哪一表述是正确的？（2014 年卷三第 8 题，旧题新解）¹⁶⁸

- A. 乙公司应先行使机器设备抵押权
- B. 乙公司应先行使房屋抵押权
- C. 乙公司应先行请求丙公司承担保证责任
- D. 丙公司和丁公司可相互追偿

167 答案：AB

168 答案：AD

第三编 合同

第一分编 通则

第一章 一般规定

考点 1 合同的相对性

一般原理	<p>依法成立的合同，仅对当事人具有法律约束力，但是法律另有规定的除外。</p> <p>1. 因第三人原因违约</p> <p>(1) 当事人一方因第三人的原因造成违约的，应当依法向对方承担违约责任。</p> <p>(2) 当事人一方和第三人之间的纠纷，依照法律规定或者按照约定处理。</p> <p>2. 向第三人履行</p> <p>当事人约定由债务人向第三人履行债务，债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定的，应当向债权人承担违约责任。</p> <p>3. 由第三人履行</p> <p>当事人约定由第三人向债权人履行债务，第三人不履行债务或者履行债务不符合约定的，债务人应当向债权人承担违约责任。</p> <p>4. 经出租人同意转租，原租赁合同与次租赁合同各自独立</p> <p>5. 承揽人将其承揽的辅助工作交由第三人完成，承揽人与定做人的合同、承揽人与第三人的合同，各自独立</p> <p>6. 委托人与行纪人、行纪人与第三人的合同各自独立</p> <p>7. 网购中，出卖人与买受人的买卖合同、出卖人与承运人的运输合同各自独立</p>
特殊情形	<p>1. 债的保全</p> <p>(1) 债权人代位权</p> <p>(2) 债权人撤销权</p> <p>2. 法定承受</p> <p>(1) 买卖不破租赁</p> <p>(2) 法人合并与分立</p> <p>(3) 继承</p> <p>3. 建设工程合同</p> <p>(1) 工程质量纠纷：因建设工程质量发生争议的，发包人可以向总承包人、分包人和实际施工人为共同被告提起诉讼。</p> <p>(2) 工程价款纠纷：实际施工人以发包人为被告主张权利的，可以追加转包人或者违法分包人为本案当事人。发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。</p>

√ 典型真题

方某为送汤某生日礼物，特向余某定做一件玉器。订货单上，方某指示余某将玉器交给汤某，并将订货情况告知汤某。玉器制好后，余某委托朱某将玉器交给汤某，朱某不慎将玉器碰坏。下列哪一表述是正确的？（2014 年卷三第 11 题，单选）¹⁶⁹

- A. 汤某有权要求余某承担违约责任
- B. 汤某有权要求朱某承担侵权责任
- C. 方某有权要求朱某承担侵权责任
- D. 方某有权要求余某承担违约责任

169 答案：D

第二章 合同的订立

考点 2 悬赏广告

第 499 条：悬赏人以公开方式声明对完成特定行为的人支付报酬的，完成该行为的人可以请求其支付。

完成人	是否有报酬请求权、谁享有
完成人为无人、限人	有，完成人
完成人不知有悬赏广告	有，完成人
二人以上同时或共同完成	共同享有报酬（平分） 悬赏人善意向最先通知者支付报酬的，其支付报酬的义务消灭，由最先通知者向其他完成者返还不当得利。
二人以上先后完成	最先完成者享有 悬赏者善意向最先通知者支付报酬的，其支付报酬的义务消灭，由最先通知者向最先完成者返还不当得利。

考点 3 缔约过失责任

构成要件	<p>当事人为了订立合同而接触或者磋商时，虽然合同尚未成立，当事人已进入一种特别结合关系，表现为一方的行为会对对方的利益产生影响，根据诚实信用原则，任何一方当事人均负有协助、照顾、保护、忠实、通知、保密等先合同义务。若任何一方基于过错违反先合同义务，给对方造成合理的信赖利益损失，则构成缔约过失，应承担赔偿对方合理信赖利益损害的责任。</p> <ol style="list-style-type: none">1. 当事人为了订立合同而接触或者磋商；2. 一方当事人因过错违反了先合同义务；3. 给对方造成了合理的信赖利益损失；4. 违反先合同义务的行为与合理的信赖利益损失具有因果关系。
适用范围	<ol style="list-style-type: none">1. 通常适用于合同因不成立、无效和被撤销的情形；2. 须发生于缔约阶段，且仅发生在参与合同磋商的当事人之间。

适用情形	<p>1. 假借订立合同，恶意进行磋商；</p> <p>2. 故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况（欺诈）；</p> <p>3. 泄露、不正当地使用订立合同过程中知悉的商业秘密或其他应当保密的信息。合同是否成立，在所不问。</p> <p>4. 其他在合同订立过程中违背诚实信用原则的行为。例如，依照法律、行政法规的规定经批准或者登记才能生效的合同成立后，有义务办理申请批准或者申请登记等手续的一方当事人未按照法律规定或者合同约定办理申请批准或者未申请登记的，人民法院可以根据案件的具体情况和相对人的请求，判决相对人自己办理有关手续；义务人对由此产生的费用和给相对人造成的实际损失，应当承担损害赔偿责任。</p>
赔偿范围	<p>赔偿信赖利益的损失，包括缔约费用、准备履行合同所支出的费用以及受损害的当事人因此失去的与第三人订立合同的机会损失等。</p>

√ 典型真题

德凯公司你为新三板上市造势，在无真实交易意图的情况下，短期内以业务合作为由邀请多家公司来其主要办公地点洽谈。其中，真诚公司安排授权代表往返十余次，每次都准备了详尽可操作的合作方案，德凯公司佯装感兴趣并屡次表达将签署合同的意愿，但均在最后一刻推脱拒签。期间，德凯公司还将知悉的真诚公司的部分商业秘密不当泄露。对此，下列哪一说法是正确的？（2017 年卷三第 12 题，单选）¹⁷⁰

- A. 未缔结合同，则德凯公司就磋商事宜无须承担责任
- B. 虽未缔结合同，但德凯公司构成恶意磋商，应赔偿损失
- C. 未缔结合同，则商业秘密属于真诚公司自愿披露，不应禁止外泄
- D. 德凯公司也付出了大量的工作成本，如被对方主张赔偿，则据此可主张抵销

¹⁷⁰ 答案：B

第三章 合同的履行

考点 4 双务合同中的履行抗辩权

同时履行抗辩权（双方都享有）	<p>第 525 条：当事人互负债务，没有先后履行顺序的，应当同时履行。一方在对方履行之前有权拒绝其履行请求。一方在对方履行债务不符合约定时，有权拒绝其相应的履行请求。</p> <p>1、构成要件：(1) 当事人因同一双务合同互负对待给付义务；(2) 双方债务无先后履行顺序；(3) 双方债务履行期届至；(4) 请求履行的一方债务未履行或履行不适当。</p> <p>2、法律后果：有权拒绝其相应的履行要求。</p>
先履行抗辩权（后履行方）	<p>第 526 条：当事人互负债务，有先后履行顺序，应当先履行债务一方未履行的，后履行一方有权拒绝其履行请求。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请求。</p> <p>1、构成要件：(1) 当事人因同一双务合同互负对待给付义务；(2) 双方债务有先后履行顺序；(3) 先履行的一方债务未履行或履行不适当。</p> <p>2、法律后果：后履行义务的一方有权拒绝其相应的履行要求。</p>
不安抗辩权（先履行方）	<p>第 527 条：应当先履行债务的当事人，有确切证据证明对方有下列情形之一的，可以中止履行：</p> <p>（一）经营状况严重恶化；</p> <p>（二）转移财产、抽逃资金，以逃避债务；</p> <p>（三）丧失商业信誉；</p> <p>（四）有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。</p> <p>当事人没有确切证据中止履行的，应当承担违约责任。</p> <p>第 528 条：当事人依据前条规定中止履行的，应当及时通知对方。对方提供适当担保的，应当恢复履行。中止履行后，对方在合理期限内未恢复履行能力且未提供适当担保的，视为以自己的行为表明不履行主要债务，中止履行的一方可以解除合同并可以请求对方承担违约责任。</p> <p>1、构成要件：(1) 当事人因同一双务合同互负对待给付义务；(2) 双方债务有先后履行顺序；(3) 先履行的一方有确切证据证明对方有不能为对待给付的危险，即有不安事由。</p> <p>2、法律后果：举证——中止——通知——解除</p>

√ 典型真题

【例 1】2011 年 5 月 6 日，甲公司与乙公司签约，约定甲公司于 6 月 1 日付款，乙公司 6 月 15 日交付“连升”牌自动扶梯。合同签订后 10 日，乙公司销售他人的“连升”牌

自动扶梯发生重大安全事故，质监局介入调查。合同签订后 20 日，甲、乙、丙公司三方合意，由丙公司承担付款义务。丙公司 6 月 1 日未付款。下列哪一表述是正确的？（2011 年卷三第 14 题，单选）¹⁷¹

- A. 甲公司有权要求乙公司交付自动扶梯
- B. 丙公司有权要求乙公司交付自动扶梯
- C. 丙公司有权行使不安抗辩权
- D. 乙公司有权要求甲公司和丙公司承担连带债务

【例 2】甲公司向乙公司购买小轿车，约定 7 月 1 日预付 10 万元，10 月 1 日预付 20 万元，12 月 1 日乙公司交车时付清尾款。甲公司按时预付第一笔款。乙公司于 9 月 30 日发函称因原材料价格上涨，需提高小轿车价格。甲公司于 10 月 1 日拒绝，等待乙公司答复未果后于 10 月 3 日向乙公司汇去 20 万元。乙公司当即拒收，并称甲公司迟延付款构成违约，要求解除合同，甲公司则要求乙公司继续履行。下列哪一表述是正确的？（2014 年卷三第 12 题，单选）¹⁷²

- A. 甲公司不构成违约
- B. 乙公司有权解除合同
- C. 乙公司可行使先履行抗辩权
- D. 乙公司可要求提高合同价格

171 答案：C

172 答案：A

第四章 合同的保全

针对债务人恶意的消极或者积极减少自己责任财产以逃避债务的行为，债权人可以采取法律措施阻止债务人责任财产的不当减少，谓之谓为债的保全制度。

考点 5 债权人代位权 (应当增加而不增加)

构成要件	<p>1. 债权人对债务人享有合法、有效、到期的债权；债务人对次债务人享有合法、有效、到期属于债务人自身的金钱债权。</p> <p>(1) 合法：非法的债权 (如赌债)，债权人无代位权。</p> <p>(2) 有效：未超过诉讼时效，若债权人对债务人的债权已过诉讼时效，则债权人无代位权。</p> <p>(3) 到期：须债权人与债务人之间的债务及债务人与第三人 (次债务人) 之间的债权均到清偿期。为“保存”债权有例外：</p> <p>① 债务人的诉讼时效快要届满，需要债权人行使代位权以中断时效的；</p> <p>② 次债务人破产，债务人未申报破产债权，债权人可以代位以自己的名义申报债务人对次债务人的破产债权。</p> <p>2. 须债务人怠于行使其对第三人的权利。即债务人不履行其对债权人的到期债务，又不以诉讼方式或者仲裁方式向其债务人主张其享有的具有金钱给付内容的到期债权，致使债权人的到期债权未能实现。</p> <p>3. 须债务人怠于行使权利的行为有害于债权人的债权。判断标准：采“债务超过说”，即债务人除了对次债务人的金钱债权之外，债务人的其他财产不足以清偿对债权人的债务。</p> <p>4. 债务人对次债务人的债权不具有专属性。专属于债务人自身的债权，是指基于抚养关系、扶养关系、继承关系产生的给付请求权和劳动报酬、退休金、养老金、抚恤金、安置费、人寿保险、人身损害赔偿请求权等权利。</p>
行使方式	<p>1. 原告：债权人。</p> <p>2. 被告：次债务人。</p> <p>3. 无独三：债务人。债权人以次债务人为被告向法院提起代位权诉讼，未将债务人列为第三人的，法院可以追加债务人为第三人。</p> <p>4. 管辖：原告就被告原则：由被告住所地法院管辖。债务人与次债务人的管辖法院协议、仲裁协议 (相对性)，只约束债务人与次债务人，对提起代位之诉的债权人无约束力。</p> <p>5. 代位权之诉主张债权的范围：代位权的行使范围以债权人的债权为限，且不超过次债务人对债务人所负债务的数额 (就低不就高原则)。具体而言：</p> <p>情形 (1)：债权人 A 对债务人 B 的到期合法债权为 100 万，债务人 B 对次债务人 C 到期合法债权为 50 万，则 A 对 C 代位权范围最多为 50 万 (不得超过次债务人对债务人所负债务额)</p> <p>情形 (2)：债权人 A 对债务人 B 的到期合法债权为 50 万，债务人 B 对次债务人 C 到期合法债权为 100 万，则 A 对 C 代位权范围最多为 50 万 (不得超过债务人对债权人所负债务额)。</p> <p>6. 抗辩权的延续：次债务人可以主张</p> <p>(1) 原债的抗辩：债务人对债权人的抗辩；</p> <p>(2) 次债的抗辩：次债务人对债务人的抗辩；</p> <p>(3) 代位之债的抗辩：主管和管辖。</p>

法律后果	1. 债权人向次债务人提起的诉讼经人民法院审理后认定代位权成立的，可直接受领次债务人的清偿。债权人与债务人、债务人与次债务人之间相应的债权债务关系在对等额度内即予消灭。 2. 债权人胜诉的，诉讼费由次债务人负担，从实现的债权中优先支付。债权人行使代位权的必要费用（律师费用、差旅费），由债务人负担。
------	--

√ 典型真题

甲公司对乙公司享有 10 万元债权，乙公司对丙公司享有 20 万元债权。甲公司将其债权转让给丁公司并通知了乙公司，丙公司未经乙公司同意，将其债务转移给戊公司。如丁公司对戊公司提起代位权诉讼，戊公司下列哪一抗辩理由能够成立？（2011 年卷三第 12 题，单选）¹⁷³

- A. 甲公司转让债权未获乙公司同意
- B. 丙公司转移债务未经乙公司同意
- C. 乙公司已经要求戊公司偿还债务
- D. 乙公司、丙公司之间的债务纠纷有仲裁条款约束

考点 6 债权人撤销权（不应减少而减少）

当债务人实施了减少其责任财产的处分行为而有害于债权人的债权时，债权人可依法请求法院撤销债务人所实施之行为的权利。

构成要件	<p>目的在于恢复债务人的责任财产。</p> <p>1. 债权人对债务人有合法、有效的债权（不以债权已届清偿期为要件）</p> <p>2. 债务人负担债务后，实施了积极减少财产的行为</p> <p>(1) 债务人以放弃其债权、放弃债权担保、无偿转让财产等方式无偿处分财产权益，或者恶意延长其到期债权的履行期限，影响债权人的债权实现的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。</p> <p>(2) 债务人放弃其未到期的债权或者放弃债权担保，或者恶意延长到期债权的履行期，对债权人造成损害，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。</p> <p>（该行为需以财产为标的，收养、结婚等身份行为不得撤销；消极减少财产的行为如：继承放弃、拒绝接受赠与等不得撤销。）</p> <p>(3) 债务人放弃其未到期的债权或者放弃债权担保，或者恶意延长到期债权的履行期，对债权人造成损害。</p> <p>(4) 债权人行使撤销权，须以其债权产生于债务人实施不当处分行为之前。</p> <p>(5) 针对一切的无偿转让行为，哪怕是公益性质的赠与（区别于赠与合同中的赠与人的任意撤销权）。</p>
------	---

173 答案：B

构成要件	<p>3. 债务人实施上述行为，已损害债权人的债权（剩余财产不足以清偿对债权人的债务；行为与损害有因果关系）</p> <p>4. 存在恶意</p> <p>(1) 若为无偿处分，即可认定恶意的存在。</p> <p>(2) 若为有偿，但为明显不合理低价，以受让人明知该情形的存在认定恶意。“明显不合理的低价”，人民法院应当以交易当地一般经营者的判断，并参考交易当时交易地的物价部门指导价或者市场交易价，结合其他相关因素综合考虑予以确认。</p> <p>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。</p>
行使方式	<p>1. 原告：债权人</p> <p>2. 被告：债务人</p> <p>3. 无独三：债权人提起撤销权诉讼时只以债务人为被告，未将受益人或者受让人列为第三人的，人民法院可以追加该受益人或者受让人为第三人。</p> <p>4. 行使期间：双重除斥期间限制，债权人撤销权具有形成权和请求权双重特点。撤销权自债权人知道或者应当知道撤销事由之日起一年内行使。自债务人的行为发生之日起五年内没有行使撤销权的，该撤销权消灭。</p>
法律后果	<p>1. 实体法上：自人民法院依法撤销债务人的处分行为之日起，债务人的行为自始无效，债权人有权请求受益人或受让人向自己返还所受利益，并有义务将其归入债务人的一般责任财产（入库原则），作为全体债权人的责任财产（即撤销权人无优先受偿权）。</p> <p>2. 诉讼法上：诉讼费用由债务人承担（败诉方）；债权人行使撤销权所支出的律师代理费、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。</p>

√ 典型真题

【例1】乙向甲借款20万元，借款到期后，乙的下列哪些行为导致无力偿还甲的借款时，甲可申请法院予以撤销？（2016年卷三第58题，多选）¹⁷⁴

- A. 乙将自己所有的财产用于偿还对他人的未到期债务
- B. 乙与其债务人约定放弃对债务人财产的抵押权
- C. 乙在离婚协议中放弃对家庭共有财产的分割
- D. 乙父去世，乙放弃对父亲遗产的继承权

【例2】甲欠乙30万元到期后，乙多次催要未果。甲与丙结婚数日后即办理离婚手续，在《离婚协议书》中约定将甲婚前的一处住房赠与知悉甲欠乙债务的丙，并办理了所有权变更登记。乙认为甲侵害了自己的权益，聘请律师向法院起诉，请求撤销甲的赠与行为，

为此向律师支付代理费 2 万元。下列哪些选项是正确的？（2017 年卷三第 58 题，多选）¹⁷⁵

- A. 《离婚协议书》因恶意串通损害第三人利益而无效
- B. 如甲证明自己有稳定工资收入及汽车等财产可供还债，法院应驳回乙的诉讼请求
- C. 如乙仅以甲为被告，法院应追加丙为被告
- D. 如法院认定乙的撤销权成立，应一并支持乙提出的由甲承担律师代理费的请求

175 答案：BD

第五章 合同的变更与转让

考点 7 债权让与

构成要件	<p>1. 须存在有效的债权。</p> <p>2. 被让与的债权须具有可让与性。</p> <p>以下三类债权不得转让：</p> <p>(1) 根据债权性质不得转让的债权。包括：①基于个人信任关系而发生的债权，如雇佣、委托、租赁等合同所生债权。②专为特定债权人利益而存在的债权。如向特定人讲授外语的合同债权。③不作为债权，如竞业禁止约定。④属于从权利的债权，如保证债权不得单独让与。但从权利可与主权利分离而单独存在的，可以转让，如已经产生的利息债权可以与本金债权相分离而单独让与。</p> <p>(2) 按照当事人的约定不得转让的债权。</p> <p>第 545 条第 2 款：当事人约定非金钱债权不得转让的，不得对抗善意第三人。当事人约定金钱债权不得转让的，不得对抗第三人。</p> <p>(3) 依照法律规定不得转让的债权。</p> <p>3. 让与人与受让人须就债权的转让达成协议，并且不得违反法律的有关规定。</p> <p>4. 债权的让与须通知债务人。未经通知，该转让对债务人不发生效力。换言之，债权让与无须征得债务人的同意。另，通知非债权转让协议的生效要件，是对债务人的生效要件。</p>
法律后果	<p>1. 主体变更：原债权人退出，受让人成为新的债权人，原债权人受领债权构成不当得利。</p> <p>2. 从权利随之转移，具有专属性的除外。原则上，债权全部转让的，担保物权和保证债权随之转移（但另有约定的除外：约定禁止债权转让或约定只对特定债权人承担保证责任）；债权部分转让的，基于担保物权的不可分性，抵押、质押同时担保已经转让的部分和未转让的部分。</p> <p>3. 抗辩转移：债务人对让与人的抗辩，可以向受让人主张。</p> <p>4. 诉讼时效中断：债权让与通知到达债务人时诉讼时效中断（权利人主张债权）。</p> <p>5. 抵销延续：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债权。</p> <p>注：</p> <p>1. 债权不适用善意取得规则：无权处分的，善意第三人不能善意取得债权。</p> <p>2. 表见让与规则：当债权人将债权让与的事实通知债务人后，即使让与未发生或者让与无效，债务人基于对通知的信赖向第三人所为的履行仍然有效（清偿有效）。</p>

√ 典型真题

甲向乙借款 300 万元于 2008 年 12 月 30 日到期，丁提供保证担保，丁仅对乙承担保证责任。后乙从甲处购买价值 50 万元的货物，双方约定 2009 年 1 月 1 日付款。2008 年 10 月 1 日，乙将债权让与丙，并于同月 15 日通知甲，但未告知丁。对此，下列哪些选项

是正确的？（2010 年卷三第 57 题，多选）¹⁷⁶

- A. 2008 年 10 月 1 日债权让与在乙丙之间生效
- B. 2008 年 10 月 15 日债权让与对甲生效
- C. 2008 年 10 月 15 日甲可向丙主张抵销 50 万元
- D. 2008 年 10 月 15 日后丁的保证债务继续有效

考点 8 债务承担

构成要件	<p>1. 免责的债务承担：指债务人与受让人订立债务履行合，约定债务人将其债权人的债务转让给受让人，且在债务承担范围内债务人债务归于消灭的债务承担形式。</p> <p>(1) 须有有效的债务存在。</p> <p>(2) 债务承担合同的标的应具有可移转性。</p> <p>(3) 须有以债务承担为内容的合同。</p> <p>(4) 债务承担须经债权人同意。债权人的同意可以明示，也可以默示，还可以通过向第三人请求履行或者受领第三人以债务承担为意图的履行推定出来。</p> <p>2. 并存的债务承担：指受让人承担债务的同时，债务人的债务并不因此消灭的债务承担形式。</p> <p>(1) 当事人订立并存的债务承担协议。</p> <p>(2) 通知债权人。并存的债务承担不会消灭债务人的债务，不会对债权人产生实质性的不利影响，故只需要通知债权人，而无需征得债权人的同意。债权人有权在合理期间内拒绝受让人加入债务。</p>
法律后果	<p>1. 免责的债务承担</p> <p>(1) 主体变更：就已经全部或者部分转让给受让人承担的债务，原债务人脱离债的关系，而由受让人直接向债权人承担债务。</p> <p>(2) 抗辩移转：债务受让人可以主张原债务人对债权人的抗辩。</p> <p>(3) 时效中断：债务承担情形下，构成原债务人对债务承认的，应当认定诉讼时效从债务承担意思表示到达债权人之日起中断。</p> <p>(4) 保证责任：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。</p> <p>2. 并存的债务承担</p> <p>受让人加入原债权债务关系与债务人一起对债权人承担连带清偿责任。</p>

√ 典型真题

甲将其对乙享有的 10 万元贷款债权转让给丙，丙再转让给丁，乙均不知情。乙将债务转让给戊，得到了甲的同意。丁要求乙履行债务，乙以其不知情为由抗辩。下列哪一表述是正确的？（2012 年卷三第 13 题，单选）¹⁷⁷

176 答案：AB

177 答案：D

- A. 甲将债权转让给丙的行为无效
- B. 丙将债权转让给丁的行为无效
- C. 乙将债务转让给戊的行为无效
- D. 如乙清偿 10 万元债务，则享有对戊的求偿权

考点 9 概括承受

债权债务的概括移转，是指债的一方主体将其债权债务一并移转给第三人，使该第三人代替出让人的地位，成为债的新的当事人。债权债务的概括移转发生原因包括合同承受和法定承受。

合同承受	<p>合同承受，是指合同的一方当事人经对方当事人同意，与第三人订立合同将其在合同中的债权债务全部或者部分移转给第三人。合同承受应具备的条件有：</p> <p>(1) 合同承受须经合同一方当事人与第三人达成移转协议，并取得合同的对方当事人同意。但有一个例外，根据《旅游纠纷规定》第 11 条规定，“除合同性质不宜转让或者合同另有约定之外，在旅游行程开始前的合理期间内，旅游者将其在旅游合同中的权利义务转让给第三人，请求确认转让合同效力的，人民法院应予支持。”简言之，在旅游行程开始前的合理期间内，旅游者将其在旅游合同中的权利义务概括转让给第三人的，无须经合同对方当事人的同意。</p> <p>(2) 被移转的合同须为双务合同。</p> <p>(3) 法律、行政法规规定必须采取特定形式的，合同承受应遵循法律、行政法规的规定。</p> <p>2. 合同承受实为债权让与和债务承担同时发生，故合同承受的法律效力适用有关债权让与和债务承担效力的规定。在合同承受中，第三人完全取代了合同的一方当事人而成为新的合同当事人，原合同当事人一方完全退出合同关系。</p>
法定承受	<p>法定承受，是指基于法律的直接规定而产生的债权债务的概括移转，包括法人合并和财产继承等。</p>

√ 典型真题

债的法定移转指依法使债权债务由原债权债务转移给新的债权债务。下列哪些选项属于债的法定移转的情形？（2013 年卷三第 59 题，多选）¹⁷⁸

- A. 保险人对第三人的代位求偿权
- B. 企业发生合并或者分立时原债权债务的承担
- C. 继承人在继承遗产范围内对被继承人生前债务的清偿
- D. 根据买卖不破租赁规则，租赁物的受让人对原租赁合同的承受

第六章 合同的权利义务终止

考点 10 清偿

代为清偿	<p>1. 构成要件：</p> <p>(1) 债的性质允许第三人代为清偿。</p> <p>(2) 若债权人与债务人约定不得由第三人代为清偿，则不得由第三人代为清偿。</p> <p>(3) 须债权人未拒绝第三人代为清偿。具体而言：①若第三人与债务的清偿无法律上利害关系，债权人可以拒绝第三人的代为清偿。②若第三人与债务的清偿有法律上的利害关系，无论债务人是否提出异议，债权人均不得拒绝第三人代为清偿。比如，合法转租中，次承租人代替承租人支付租金。</p> <p>(4) 须第三人有为债务人清偿的意思。</p> <p>2. 法律后果：</p> <p>(1) 债务人与债权人：债务人对债权人的债务因第三人代为清偿而消灭。</p> <p>(2) 第三人与债务人：①若第三人基于赠与合同代为清偿，第三人对债务人无追偿权。②若第三人基于委托合同代为清偿，可基于委托合同向债务人追偿。③若第三人基于其他原因代为清偿，在使债务人免责的范围内，第三人可基于无因管理或者不当得利向债务人追偿。</p> <p>(3) 第三人与债权人：若第三人系对于债务清偿有法律上利害关系的第三人，则第三人享有代位求偿权，在其对债务人追偿的范围内，第三人取得债权人的权利。</p>
代物清偿	<p>债务人以他种给付代替其所负担的给付，从而使债消灭的方式。</p> <p>(1) 须有合法原债务存在。</p> <p>(2) 须以他种给付代替原来的给付。</p> <p>(3) 须有双方当事人关于代物清偿的合意（协议）。</p> <p>(4) 须完成他种给付的现实受领给付。据此可知，代物清偿协议是诺成合同。</p>
清偿抵充	<p>债务人的给付不足以清偿其对同一债权人所负的数笔相同种类的全部债务，决定以该给付抵充何宗债务的规则。</p> <p>1. 按顺位依次为约定抵充、指定抵充、法定抵充。</p> <p>2. 约定抵充：当事人可约定债务人的清偿用来抵充哪一宗债务。</p> <p>3. 指定抵充：没有约定抵充，清偿人有权单方面指定抵充。一经指定，不得撤回。</p> <p>4. 无约定抵充、指定抵充时：已到期——缺乏担保——负担较重——到期先后——比例范围，具体而言：</p> <p>(1) 应当优先抵充已到期的债务；</p> <p>(2) 几项债务均到期的，优先抵充对债权人缺乏担保或者担保数额最少的债务；</p> <p>(3) 担保数额相同的，优先抵充债务负担较重的债务；</p> <p>(4) 负担相同的，按照债务到期的先后顺序抵充；</p> <p>(5) 到期时间相同的，按比例抵充。</p>

√ 典型真题

甲公司对乙公司负有交付葡萄酒的合同义务。丙公司和乙公司约定，由丙公司代甲公司履行，甲公司对此全不知情。下列哪一表述是正确的？（2012 年卷三第 12 题，单选）¹⁷⁹

- A. 虽然甲公司不知情，丙公司的履行仍然有法律效力
- B. 因甲公司不知情，故丙公司代为履行后对甲公司不得追偿代为履行的必要费用
- C. 虽然甲公司不知情，但如丙公司履行有瑕疵的，甲公司需就此对乙公司承担违约责任
- D. 虽然甲公司不知情，但如丙公司履行有瑕疵从而承担违约责任的，丙公司可就该违约赔偿金向甲公司追偿

考点 11 合同的解除

解除方式	<p>1. 协议解除——当事人协商一致，可以解除合同。</p> <p>2. 约定解除——当事人可以约定一方解除合同的事由。解除合同的事由发生时，解除权人可以解除合同。</p> <p>(1) 第 564 条：法律规定或者当事人约定解除权行使期限，期限届满当事人不行使的，该权利消灭。</p> <p>法律没有规定或者当事人没有约定解除权行使期限，自解除权人知道或者应当知道解除事由之日起一年内不行使，或者经对方催告后在合理期限内不行使的，该权利消灭。</p> <p>(2) 约定解除与附解除条件的合同：附解除条件的合同，条件直接影响合同效力，条件成就时，合同自动解除；约定解除条件的合同，条件影响解除权成立与否，条件成就，合同不自动解除，需当事人行使解除权，合同才被解除。</p> <p>3. 法定解除——法律规定特定解除事由，事由发生时一方或双方享有解除权。</p>
解除事由	<p>1. 法定解除一般情形：</p> <p>第 563 条：有下列情形之一的，当事人可以解除合同：</p> <p>（一）因不可抗力致使不能实现合同目的；（不可抗力 + 合同目的落空）</p> <p>（二）在履行期限届满前，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；（预期违约 + 主要债务）</p> <p>（三）当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；（迟延履行 + 主要债务 + 合理催告）</p> <p>（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；（根本违约）</p> <p>（五）法律规定的其他情形。</p> <p>以持续履行的债务为内容的不定期合同，当事人可以随时解除合同，但是应该在合理期限之前通知对方。</p>

179 答案：A

解除事由	<p>第 533 条：（情势变更）合同成立后，合同的基础条件发生了当事人在订立合同时无法预见的、不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于当事人一方明显不公平的，受不利影响的当事人可以与对方重新协商；在合理期限内协商不成的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构变更或者解除合同。</p> <p>人民法院或者仲裁机构应当结合案件的实际情况，根据公平原则变更或者解除合同。</p> <p>情势变更的构成要件：</p> <p>(1) 发生了不属于商业风险的情势异常变动，包括等价关系严重破坏（如：通货膨胀、汇率大幅度变化）和合同目的不达（合同基础丧失、国家宏观政策调控）；</p> <p>(2) 事实是当事人在订立合同时所能预见的；</p> <p>(3) 原因须不可归责于双方当事人（迟延履行发生情势变更的，迟延履行不得援引情势变更）；</p> <p>(4) 事实发生在合同成立以后，履行完毕之前；</p> <p>(5) 如继续维持合同效力，将显失公平或合同目的不达。</p> <p>2. 法定解除特殊情形，一方实施特定违约行为时，非违约方享有法定解除权：</p> <p>(1) 分期付款买卖合同。买受人未支付到期价款的金额达到全部价款的 1/5 的，出卖人有权解除合同。</p> <p>(2) 借款人未按照约定的借款用途使用借款的，贷款人有权解除合同。</p> <p>(3) 承租人擅自转租的，出租人有权解除合同。</p> <p>(4) 承揽人擅自将承揽的主要工作交由第三人完成的，定做入有权解除合同。</p> <p>3. 任意解除权</p> <p>(1) 承揽合同定做入可以随时解除承揽合同，造成承揽人损失的，应当赔偿损失。</p> <p>(2) 承运人将货物交付收货人之前，托运人可以要求承运人中止运输、返还货物、变更到达地或者将货物交给其他收货人，但应当赔偿承运人因此受到的损失。</p> <p>(3) 保管合同：无论是否约定保管期间，寄存人可以随时解除合同；未约定保管期间，保管人享有解除权。</p> <p>(4) 委托合同的双方：委托人或者受托人可以随时解除委托合同。因解除合同给对方造成损失的，除不可归责于该当事人的事由以外，应当赔偿损失。</p> <p>(5) 未定保证期间的最高额保证人：保证人就连续发生的债权作保证，未约定保证期间的，保证人可以随时书面通知债权人终止保证合同。</p> <p>(6) 保险合同：投保人可以随时解除合同。</p> <p>(7) 网购：消费者 7 日无理由退货。</p>
行使方式	<p>1. 性质：形成权</p> <p>2. 方式：口头或书面通知</p> <p>3. 异议期：有约从约，无约在解除合同的通知到达之日起 3 个月</p>
解除效力	<p>1. 合同解除的溯及力：</p> <p>(1) 一时性合同解除有溯及力：尚未履行的，终止履行；已经履行的恢复原状，采取补救措施、赔偿损失。</p> <p>(2) 继续性合同解除无溯及力：尚未履行的，终止履行；已经履行的，保持现状。</p> <p>(3) 结算、清算、解决争议条款继续有效，如违约金、定金条款。</p> <p>2. 合同解除与违约责任</p> <p>(1) 合同解除不影响一方当事人要求另一方当事人赔偿损失的权利（解除合同可以和违约责任并用）。</p> <p>(2) 合同解除与继续履行不得一并主张。</p> <p>(3) 合同因违约而解除后，守约方可主张违约金。</p>

√ 典型真题

某律师事务所指派吴律师担任某案件的一、二审委托代理人。第一次开庭后，吴律师感觉案件复杂，本人和该事务所均难以胜任，建议不再继续代理。但该事务所坚持代理。一审判决委托人败诉。下列哪些表述是正确的？（2013 年卷三第 60 题，多选）¹⁸⁰

- A. 律师事务所单方解除委托合同，但须承担赔偿责任
- B. 律师事务所在委托人一审败诉后不能单方解除合同
- C. 即使一审胜诉，委托人也可解除委托合同，但须承担赔偿责任
- D. 只有存在故意或者重大过失时，该律师事务所才对败诉承担赔偿责任

第七章 违约责任

考点 12 违约责任一般规定

归责原则	<p>1. 原则上，违约责任的承担，采取严格责任原则。其具体表现是：</p> <p>(1) 债务人是否承担违约责任，只看违约的事实，债务人是否有过错在所不问。</p> <p>(2) 因第三人原因导致债务人违约，债务人仍然要向债权人承担违约责任。至于债务人与第三人之间的纠纷，按照相关法律规定或者约定来解决。</p> <p>2. 例外情形：</p> <p>(1) 在无偿合同中，由于债务人债务的负担没有回报，只有在债务人具有故意或者重大过失的情况下，才承担违约责任。</p> <p>(2) 在有偿的保管合同、委托合同和客运合同中，旅客随身物品损害的情况下，保管人、受托人、承运人违约责任的承担，应当以过错为条件。</p>
免责事由	<p>违约责任的免责事由是不可抗力。所谓不可抗力，是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。例如：自然灾害；政府行为；罢工、骚乱等。</p> <p>(1) 不可抗力作为免责条款具有强制性，当事人不可约定排除。</p> <p>(2) 因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，部分或者全部免除责任。</p> <p>(3) 当事人迟延履行后发生不可抗力的，不能免除责任。</p>
违约行为形态	<div style="display: flex; align-items: center;"> <div style="margin-right: 10px;"> 违约行为 </div> <div style="font-size: 3em; margin-right: 10px;">{</div> <div> <div style="margin-bottom: 10px;"> 预期违约 { <div style="display: inline-block; vertical-align: middle; margin-left: 5px;"> 明示违约 默示毁约 不履行 </div> </div> <div> 实际违约 { <div style="display: inline-block; vertical-align: middle; margin-left: 5px;"> 迟延履行 不适当履行：瑕疵给付、加害给付 </div> </div> </div> </div>

违约责任形态	<p>1. 继续履行 金钱债务、非金钱债务原则上应当继续履行。 第 579 条：当事人一方未支付价款、报酬、租金、利息，或者不履行其他金钱债务的，对方可以请求其支付。 第 580 条：当事人一方不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定的，对方可以请求履行，但是有下列情形之一的除外： (1) 法律上或者事实上不能履行，比如：一物数卖，特定物毁损、灭失。 (2) 债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高，比如劳务之债。 (3) 债权人在合理期限内未请求履行。</p> <p>2. 采取补救措施 (1) 适用于交付标的物或工作成果质量不符合约定的情形； (2) 具体方式包括修理、更换、重作、退货、减少价款或者报酬等； (3) 补救措施由受损害方根据标的性质及损失大小选择。</p> <p>3. 赔偿损失 <input checked="" type="checkbox"/> 补偿性损害赔偿：直接利益损失 + 可得利益损失 直接利益损失，是指因债务人违约给债权人已经造成的实际损失。 可得利益损失，是指如果债务人正确履行债务，债权人由此本可得到、却未得到的利益损失。预见的范围应具有合理性，即可得利益必须是若债务人履行合同，债权人必然能够得到的利益，而不是可能得到的利益。 (1) 可预见规则：不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。 (2) 减损规则：当事人一方违约后，对方应当采取适当措施防止损失的扩大，没有采取适当措施致使损失扩大，不得就扩大损失要求赔偿。 (3) 损益相抵规则：当事人一方因对方违约而获有利益，违约方有权请求从损失赔偿额中扣除该部分利益。 【例】甲到医院治病与医院约定采用 A 技术，医院擅自使用 B 技术，导致手术失败，造成损失 1 万元，但歪打正着治好了甲的胃病，治疗胃病需要花费 2000 元，损害赔偿数额为 10000-2000=8000 元。 (4) 过错相抵规则：当事人一方违约造成对方损失，对方对损失的发生也有过错的，违约方有权主张扣减相应的损失赔偿额。</p> <p>4. 违约金 违约金，是指合同当事人所约定的，一方违约时应当向对方支付的一定数额的金钱。</p>
--------	---

√ 典型真题

【例题】2016 年 8 月 8 日，玄武公司向朱雀公司订购了一辆小型客用汽车。2016 年 8 月 28 日，玄武公司按照当地政策取得本市小客车更新指标，有效期至 2017 年 2 月 28 日。2016 年底，朱雀公司依约向玄武公司交付了该小客车，但未同时交付机动车销售统一发票、合格证等有关单证资料，致使玄武公司无法办理车辆所有权登记和牌照。关于上述购车行为，下列哪些说法是正确的？（2017 年卷三第 57 题，多选）¹⁸¹

181 答案：ABC

- A. 玄武公司已取得该小客车的所有权
- B. 玄武公司有权要求朱雀公司交付有关单证资料
- C. 如朱雀公司一直拒绝交付有关单证资料，玄武公司可主张购车合同解除
- D. 朱雀公司未交付有关单证资料，属于从给付义务的违反，玄武公司可主张违约责任，但不得主张合同解除

考点 13 损害赔偿金、违约金和定金

三金的关系	<p>1. 三金的适用前提：违约金、定金的适用不需要以损害后果为前提，不需要以因果关系为要件，而损害赔偿金以损害后果为前提，需要违约行为与损害后果之间具有因果关系。</p> <p>2. 三金的适用关系</p> <p>(1) 定金与损害赔偿金原则上可以并用，但不得超过因违约所造成的损失；</p> <p>(2) 违约金与损害赔偿金不得并用；</p> <p>(3) 定金罚则与违约金不得并用，只能选择其一。定金最高 20%。</p>
违约金的调整（三种情况）	<p> $\left\{ \begin{array}{l} \text{约定的违约金低于实际损失——调整到损失；} \\ \text{约定的违约金一般高于实际损失——不变；} \\ \text{约定的违约金过分高于实际损失——适当减少。} \end{array} \right.$ </p> <p>第 585 条第 2 款：约定的违约金低于造成的损失的，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失的，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以适当减少。</p> <p>《合同法解释（二）》</p> <p>第 29 条：当事人主张约定的违约金过高请求予以适当减少的，人民法院应当以实际损失为基础，兼顾合同的履行情况、当事人的过错程度以及预期利益等综合因素，根据公平原则和诚实信用原则予以衡量，并作出裁决。</p> <p>当事人约定的违约金超过造成损失的百分之三十的，一般可以认定为“过分高于造成的损失”。</p>

√ 典型真题

甲乙签订一份买卖合同，约定违约方应向对方支付 18 万元违约金。后甲违约，给乙造成损失 15 万元。下列哪一表述是正确的？（2013 年卷三第 14 题，单选）¹⁸²

- A. 甲应向乙支付违约金 18 万元，不再支付其他费用或者赔偿损失
- B. 甲应向乙赔偿损失 15 万元，不再支付其他费用或者赔偿损失
- C. 甲应向乙赔偿损失 15 万元并支付违约金 18 万元，共计 33 万元
- D. 甲应向乙赔偿损失 15 万元及其利息

第二分编 典型合同

第八章 买卖合同

考点 14 动产买卖中的现实交付

交付地点	<p>1. 约定了交付地点 双方必须在约定地点，基于交付的合意，转移动产的直接占有，认定完成了现实交付： (1) 目的地交货：买受人来目的地提货，出卖人把货物交给来提货的人占有之时； (2) 指定地点交付承运人：双方明确了交付地点，出卖人一方把货物交给指定地点的承运人占有之时。</p> <p>2. 没有约定交付地点 (1) 标的物不需要运输：①出卖人和买受人订立合同时知道标的物在某一地点，买受人上门提货；②订立合同时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，买受人上门提货。 (2) 标的物需要运输：出卖人把货物交给第一承运人占有之时，完成现实交付。</p>
交付效力	<p>1. 所有权转移买受人 例外情形：在保留所有权买卖中，动产的交付不能够导致所有权的移转，所有权移转的时间为当事人约定的条件（如买受人付清全部价款）成就的时间。</p> <p>2. 风险同时转移买受人 标的物毁损、灭失的风险，在标的物交付之前由出卖人承担，交付之后由买受人承担，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。</p> <p>3. 买受人取得孳息所有权 标的物在交付之前产生的孳息，归出卖人所有；交付之后产生的孳息，归买受人所有。但是当事人另有约定的除外。</p>

考点 15 买卖合同风险负担

风险界定	<p>买卖合同中的风险，指的是标的物因不可归责于买卖双方当事人的事由毁损灭失的事实。买卖合同中的风险负担，是指谁来承担损失，具体表现为买受人是否还需要支付价款。</p>
一般规则	<p>1. 第 604 条：标的物毁损、灭失的风险，在标的物交付之前由出卖人承担，交付之后由买受人承担，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。</p> <p>2. 出卖人按照约定将标的物运送至买受人指定地点并交付给承运人后，标的物毁损、灭失的风险由买受人承担，但是当事人另有约定的除外。</p> <p>3. 《买卖合同解释》第 14 条：当事人对风险负担没有约定，标的物为种类物，出卖人未以装运单据、加盖标记、通知买受人等可识别的方式清楚地将标的物特定于买卖合同，买受人主张不负担标的物毁损、灭失的风险的，人民法院应予支持。</p>

特殊规则	<p>因买受人的原因致使标的物未按照约定的期限交付的，买受人应当自违反约定时起承担标的物毁损、灭失的风险。具体而言：</p> <p>1. 《商品房买卖合同解释》第 11 条：对房屋的转移占有，视为房屋的交付使用，但当事人另有约定的除外。</p> <p>房屋毁损、灭失的风险，在交付使用前由出卖人承担，交付使用后由买受人承担；买受人接到出卖人的书面交房通知，无正当理由拒绝接收的，房屋毁损、灭失的风险自书面交房通知确定的交付使用之日起由买受人承担，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。</p> <p>2. 出卖人按照约定或者依据法律规定将标的物置于交付地点，买受人违反约定没有收取的，标的物毁损、灭失的风险自违反约定时起由买受人承担。</p> <p>3. 因标的物不符合质量要求，致使不能实现合同目的的，买受人可以拒绝接受标的物或者解除合同。买受人拒绝接受标的物或者解除合同的，标的物毁损、灭失的风险由出卖人承担。</p> <p>4. 出卖人出卖交由承运人运输的在途标的物，除当事人另有约定外，毁损、灭失的风险自合同成立时起由买受人承担。</p> <p>《买卖合同解释》第 13 条：出卖人出卖交由承运人运输的在途标的物，在合同成立时知道或者应当知道标的物已经毁损、灭失而未告知买受人，买受人主张出卖人负担标的物的毁损、灭失的风险的，人民法院应予支持。</p>
三个无关	<p>1. 未交付单证不影响风险移转：出卖人按照约定未交付有关标的物的单证和资料的，不影响标的物毁损、灭失风险的转移。</p> <p>2. 风险负担不影响违约责任的追究：标的物毁损、灭失的风险由买受人承担的，不影响因出卖人履行债务不符合约定，买受人请求其承担违约责任的权利。</p> <p>3. 风险负担与所有权归属无关：不动产买卖、保留所有权买卖，交付后，风险由买受人承担。</p>

√ 典型真题

甲乙约定卖方甲负责将所卖货物运送至买方乙指定的仓库。甲如约交货，乙验收收货，但甲未将产品合格证和原产地证明文件交给乙。乙已经支付 80% 的货款。交货当晚，因山洪暴发，乙仓库内的货物全部毁损。下列哪些表述是正确的？（2013 年卷三第 61 题，多选）¹⁸³

- A. 乙应当支付剩余 20% 的货款
- B. 甲未交付产品合格证与原产地证明，构成违约，但货物损失由乙承担
- C. 乙有权要求解除合同，并要求甲返还已支付的 80% 货款
- D. 甲有权要求乙支付剩余的 20% 货款，但应补交已经毁损的货物

考点 16 所有权保留买卖

适用范围	<p>第 641 条：当事人可以在买卖合同中约定买受人未履行支付价款或者其他义务的，标的物的所有权属于出卖人。</p> <p>出卖人对标的物保留的所有权，未经登记，不得对抗善意第三人。</p> <p>当事人约定保留所有权的，即使动产完成交付，买受人不能取得所有权。买受人处分该动产的，构成无权处分。</p> <p>《买卖合同解释》第 34 条：买卖合同当事人主张关于标的物所有权保留的规定适用于不动产的，人民法院不予支持。</p> <p>可见，所有权保留仅适用动产买卖，不适用不动产买卖。因为所有权保留条款具有阻却因交付而发生所有权移转的作用，在不动产买卖中，不动产所有权移转的要件在于办理过户登记，即交付不能引起不动产所有权的移转。</p>
取回权	<p>取回权并不解除双方的买卖合同，目的仅在于保证出卖人的“就物求偿”。出卖人取回标的物后，不能马上另行出卖，应给予买受人一定的回赎期限。</p> <p>1. 出卖人取回权的条件：</p> <p>当事人约定出卖人保留合同标的物的所有权，在标的物所有权转移前，买受人有下列情形之一，造成出卖人损害的，除当事人另有约定外，出卖人有权取回标的物：</p> <p>（一）未按照约定支付价款，经催告后在合理期限内仍未支付；</p> <p>（二）未按照约定完成特定条件；</p> <p>（三）将标的物出卖、出质或者作出其他不当处分。</p> <p>2. 出卖人取回权的限制</p> <p>《买卖合同解释》第 36 条：</p> <p>（1）买受人已经支付标的物总价款的百分之七十五以上，出卖人不得取回标的物。</p> <p>（2）第三人依据法律规定已经善意取得标的物所有权或者其他物权，出卖人不得取回标的物。</p>
回赎权	<p>1. 适用情形：出卖人行使取回权后，买受人在回赎期内享有回赎权。</p> <p>2. 回赎权行使：买受人须消除自己的违约行为。未按约定支付价款的，须支付按约定支付拖欠价款；对标的物实施处分的，须消除标的物上的负担。</p> <p>3. 回赎权的效力：买受人行使回赎权后，出卖人的取回权消灭，出卖人应将标的物返还给买受人。</p> <p>4. 回赎期：回赎期，当事人双方可约定，不能约定的，由出卖人指定一个合理的期间；买受人必须在回赎期才能行使回赎权。</p>
再卖权	<p>买受人在回赎期间内没有回赎标的物的，出卖人可以以合理价格出卖标的物。</p> <p>出卖人另行出卖标的物的，出卖所得价款依次扣除取回和保管费用、再交易费用、利息、未清偿的价金后仍有剩余的，应返还原买受人；如有不足，出卖人可以要求原买受人清偿，但原买受人有证据证明出卖人另行出卖的价格明显低于市场价格的除外。</p>

考点 17 分期付款买卖

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

出卖人的权利	分期付款的买受人未支付到期价款的数额达到全部价款的五分之一，经催告后在合理期限内仍未支付到期价款的： (1) 出卖人可以请求买受人支付全部价款（加速到期）； (2) 解除合同：出卖人解除合同的，可以向买受人请求支付该标的物的使用费。
买受人的保护	1/5 以上这一比例，是强制性规范，且是法定最低比例。当事人的约定违反该比例，损害买受人利益的，约定无效。

√ 典型真题

【例 1】甲将其 1 辆汽车出卖给乙，约定价款 30 万元。乙先付了 20 万元，余款在 6 个月内分期支付。在分期付款期间，甲先将汽车交付给乙，但明确约定付清全款后甲才将汽车的所有权移转给乙。嗣后，甲又将该汽车以 20 万元的价格卖给不知情的丙，并以指示交付的方式完成交付。下列哪一表述是正确的？（2012 年卷三第 9 题，单选）¹⁸⁴

- A. 在乙分期付款期间，汽车已经交付给乙，乙即取得汽车的所有权
- B. 在乙分期付款期间，汽车虽然已经交付给乙，但甲保留了汽车的所有权，故乙不能取得汽车的所有权
- C. 丙对甲、乙之间的交易不知情，可以依据善意取得制度取得汽车所有权
- D. 丙不能依甲的指示交付取得汽车所有权

【例 2】周某以 6000 元的价格向吴某出售一台电脑，双方约定五个月内付清货款，每月支付 1200 元，在全部价款付清前电脑所有权不转移。合同生效后，周某将电脑交给吴某使用。期间，电脑出现故障，吴某将电脑交周某修理，但周某修好后以 6200 元的价格将该电脑出售并交付给不知情的王某。对此，下列哪些说法是正确的？（2016 年卷三第 61 题，多选）¹⁸⁵

- A. 王某可以取得该电脑所有权
- B. 在吴某无力支付最后一个月的价款时，周某可行使取回权
- C. 如吴某未支付到期货款达 1800 元，周某可要求其一次性支付剩余货款
- D. 如吴某未支付到期货款达 1800 元，周某可要求解除合同，并要求吴某支付一定的电脑使用费

184 答案：B

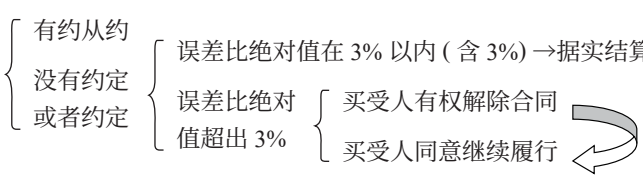
185 答案：ACD

考点 18 试用买卖

试用界定	<p>试用买卖：合同成立时出卖人将标的物交付给买受人试用，买受人在试用期间内决定是否购买的买卖合同。</p> <p>买卖合同存在下列约定内容之一的，不属于试用买卖：</p> <p>(1) 约定标的物经过试用或者检验符合一定要求时，买受人应当购买标的物；</p> <p>(2) 约定第三人经试验对标的物认可时，买受人应当购买标的物；</p> <p>(3) 约定买受人在一定期间内可以调换标的物；</p> <p>(4) 约定买受人在一定期间内可以退还标的物。</p>
试用期间	<p>1. 试用买卖的当事人可以约定标的物的试用期间。</p> <p>2. 对试用期间没有约定或者约定不明确，依据漏洞填补规则的规定仍不能确定的，由出卖人确定。</p>
选择权	<p>1. 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。</p> <p>2. 试用买卖的买受人在试用期内已经支付部分价款或者对标的物实施出卖、出租、设立担保物权等行为的，视为同意购买。</p>
使用费	<p>试用买卖的当事人对标的物使用费没有约定或者约定不明确的，出卖人无权请求买受人支付。</p>
风险负担	<p>标的物在试用期内毁损、灭失的风险由出卖人承担。</p>

考点 19 商品房买卖

适用范围	<p>1. 商品房买卖是指房地产开发企业将尚未建成或已竣工的房屋向社会销售并转移房屋所有权于买受人，买受人支付价款的合同。</p> <p>商品房的认购、订购、预订等协议具备商品房买卖合同的主要内容，并且出卖人已经按照约定收受购房款的，该协议应当认定为商品房买卖合同。</p> <p>2. 房地产开发商以外的人作为出卖人与买受人订立的房屋买卖合同，如二手房交易，不适用商品房买卖的法律规则。</p>
合同效力	<p>1. 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。</p> <p>2. 商品房预售合同未按照法律、行政法规规定办理登记备案，不因此确认合同无效。</p> <p>3. 当事人约定以办理登记备案手续为商品房预售合同生效条件的，从其约定，但当事人一方已经履行主要义务、对方接受的除外。</p>

<p>面积误差</p>	<p>《商品房买卖合同解释》第 14 条：出卖人交付使用的房屋套内建筑面积或者建筑面积与商品房买卖合同约定面积不符，合同有约定的，按照约定处理；合同没有约定或者约定不明确的，按照以下原则处理：</p> <p>（一）面积误差比绝对值在 3% 以内（含 3%），按照合同约定的价格据实结算，买受人请求解除合同的，不予支持；</p> <p>（二）面积误差比绝对值超出 3%，买受人请求解除合同、返还已付购房款及利息的，应予支持。买受人同意继续履行合同，房屋实际面积大于合同约定面积的，面积误差比在 3% 以内（含 3%）部分的房价款由买受人按照约定的价格补足，面积误差比超出 3% 部分的房价款由出卖人承担，所有权归买受人；房屋实际面积小于合同约定面积的，面积误差比在 3% 以内（含 3%）部分的房价款及利息由出卖人返还买受人，面积误差比超过 3% 部分的房价款由出卖人双倍返还买受人。</p> <p>如图：</p> <div style="margin-left: 40px;">  <pre> graph LR A["有约定 没有约定 或者约定"] --> B["误差比绝对值在 3% 以内 (含 3%) → 据实结算"] A --> C["误差比绝对值超出 3%"] C --> D["买受人有权解除合同"] C --> E["买受人同意继续履行"] </pre> </div> <p>1. 实际面积大于约定面积的，3% 以内（含 3%）部分按原价补足，超过 3% 部分买受人“赚的”。</p> <p>2. 实际面积小于约定面积的，3% 以内（含 3%）部分的房价款及利息返还买受人，超过 3% 部分的房价款双倍返还买受人。</p>
<p>合同解除</p>	<p>1. 迟延交付或迟延付款</p> <p>出卖人迟延交付房屋或者买受人迟延支付购房款，经催告后在三个月的合理期限内仍未履行，当事人一方请求解除合同的，应予支持，但当事人另有约定的除外。</p> <p>2. 房屋质量问题</p> <p>（1）房屋主体结构质量不合格不能交付使用，或者房屋交付使用后，房屋主体结构质量经核验确属不合格，买受人请求解除合同和赔偿损失的，应予支持。</p> <p>（2）因房屋质量问题严重影响正常居住使用，买受人请求解除合同和赔偿损失的，应予支持。</p> <p>（3）商品房仅存在一般质量问题，买受人只能请求采取修理、重作等补救措施和损害赔偿等违约责任，而不得解除合同。</p> <p>3. 无法办理担保贷款</p> <p>商品房买卖合同约定，买受人以担保贷款方式付款。</p> <p>（1）因当事人一方原因未能订立商品房担保贷款合同并导致商品房买卖合同不能继续履行的，对方当事人可以请求解除合同和赔偿损失。</p> <p>（2）因不可归责于当事人双方的事由未能订立商品房担保贷款合同并导致商品房买卖合同不能继续履行的，当事人可以请求解除合同，出卖人应当将收受的购房款本金及其利息或者定金返还买受人。</p>

√ 典型真题

冯某与丹桂公司订立商品房买卖合同，购买了该公司开发的住宅楼中的一套住房。合同订立后，冯某发现该房屋存在问题，要求解除合同。就冯某提出的解除合同的理由，下列哪些选项是正确的？（2017 年卷三第 59 题，多选）¹⁸⁶

- A. 房屋套内建筑面积与合同约定面积误差比绝对值超过 5% 的
- B. 商品房买卖合同订立后，丹桂公司未告知冯某又将该住宅楼整体抵押给第三人的
- C. 房屋交付使用后，房屋主体结构质量经核验确属不合格的
- D. 房屋存在质量问题，在保修期内丹桂公司拒绝修复的

186 答案：ABC

第九章 租赁合同

考点 20 租赁合同的效力

第 703 条: 租赁合同是出租人将租赁物交付承租人使用、收益, 承租人支付租金的合同。

其中, 提供物的使用或收益权的一方为出租人; 对租赁物有使用或收益权的一方为承租人。租赁物须为法律允许流通的动产和不动产。

形式要求	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, 无法确定租赁期限的, 视为不定期租赁。
租赁期限	1. 租赁期限不得超过二十年。超过二十年的, 超过部分无效。 2. 租赁期间届满, 当事人可以续订租赁合同; 但是, 约定的租赁期限自续订之日起不得超过二十年。
权利义务	1. 出租人的权利、义务 (1) 出租人有权收取租金。 (2) 适租义务: 出租人应当按照约定将租赁物交付承租人, 并在租赁期间保持租赁物符合约定的用途。 (3) 维修义务: 有约从约, 无约出租人应当履行租赁物的维修义务。承租人在租赁物需要维修时可以要求出租人在合理期限内维修。出租人未履行维修义务的, 承租人可以自行维修, 维修费用由出租人负担。因维修租赁物影响承租人使用的, 应当相应减少租金或者延长租期。因承租人的过错致使租赁物需要维修的, 出租人不承担维修义务。 (4) 承租人未按照约定的方法或者根据租赁物的性质使用租赁物, 致使租赁物受到损失的, 出租人可以解除合同并请求赔偿损失。 2. 承租人的权利、义务 (1) 在租赁期间, 承租人有权对租赁物占有、使用和收益。 (2) 承租人应当按照约定的方法使用租赁物。对租赁物的使用方法没有约定或者约定不明确, 依据合同漏洞填补规则的规定仍不能确定的, 应当根据租赁物的性质使用。 (3) 承租人按照约定的方法或者根据租赁物的性质使用租赁物, 致使租赁物受到损耗的, 不承担赔偿责任。 (4) 承租人应当妥善保管租赁物, 因保管不善造成租赁物毁损、灭失的, 应当承担赔偿责任。 (5) 承租人应当按照约定的期限支付租金。对支付租金的期限没有约定或者约定不明确, 依据合同漏洞填补规则的规定仍不能确定, 租赁期间不满一年的, 应当在租赁期间届满时支付; 租赁期间一年以上的, 应当在每届满一年时支付, 剩余期间不满一年的, 应当在租赁期间届满时支付。

效力问题	<p>1. 房屋租赁合同登记备案的效力认定：</p> <p>(1) 我国城市房屋租赁实行登记备案制度，《城市房地产管理法》对此有明确规定，但属于管理性规定，并非效力性强制性规定，不能作为房屋租赁合同的生效条件，故房屋租赁合同未登记备案的，其有效性不受影响。</p> <p>(2) 若当事人约定以办理登记备案手续为房屋租赁合同生效条件的，则以约定为准，未办理登记备案手续的，合同无效。但一方履行了合同主要义务且对方接受的情况下，视为当事人以履行合同主要义务的行为，变更了以办理登记备案手续未合同生效要件合同约定，此时，即使未办理登记备案手续，合同仍为有效。</p> <p>2. 无效租赁的类型：</p> <p>(1) 出租违法建筑物：未取得建设工程规划许可证（无证房）或者未按照建设工程规划许可建设的房屋（违章房），未经批准或者未按照批准内容建设的临时建筑，超过批准使用期限的临时建筑为违法建筑。此类建筑物的租赁合同无效。注：如果在一审辩论终结前违法情节消失的，合同转为有效。</p> <p>(2) 提起确认无效之诉：未经出租人同意擅自转租的房屋租赁合同，出租人提起无效之诉或者撤销之诉。</p> <p>(3) 转租超期：转租合同期限超过承租人剩余租赁期限，超过部分无效。</p> <p>租赁合同无效的，出租人不得请求承租人支付租金；出租人有权请求参照合同约定的租金标准，要求承租人支付房屋占有使用费（不当得利返还请求）。</p>
法定解除	<p>1. 出租人的法定解除权</p> <p>(1) 承租人擅自变动房屋建筑主体和承重结构或者扩建，在出租人要求的合理期限内仍不予恢复原状，出租人可以请求解除合同并要求赔偿损失；</p> <p>(2) 承租人未按照约定的方法或者根据租赁物的性质使用租赁物，致使租赁物受到损失的，出租人可以解除合同并要求赔偿损失；</p> <p>(3) 承租人未经出租人同意转租的，出租人可以解除合同；</p> <p>(4) 承租人无正当理由未支付或者迟延支付租金的，出租人可以请求承租人在合理期限内支付；承租人逾期不支付的，出租人可以解除合同。</p> <p>2. 承租人的法定解除权</p> <p>(1) 第 724 条：有下列情形之一的，因承租人原因致使租赁物无法使用的，承租人可以解除合同：</p> <p>（一）租赁物被司法机关或者行政机关依法查封、扣押；</p> <p>（二）租赁物权属有争议；</p> <p>（三）租赁物具有违反法律、行政法规关于使用条件强制性规定情形。</p> <p>(2) 租赁物部分或者全部毁损灭失，致使不能实现合同目的的；</p> <p>(3) 租赁物危及承租人的安全或者健康的，即使承租人订立合同时明知该租赁物质量不合格，承租人仍然可以随时解除合同。</p>

√ 典型真题

甲将其临街房屋和院子出租给乙作为汽车修理场所。经甲同意，乙先后两次自费扩建

多间房屋作为烤漆车间。乙在又一次扩建报批过程中发现，甲出租的全部房屋均未经过城市规划部门批准，属于违章建筑。下列哪些选项是正确的？（2015 年卷三第 59 题，多选）¹⁸⁷

- A. 租赁合同无效
- B. 因甲、乙对于扩建房屋都有过错，应分担扩建房屋的费用
- C. 因甲未告知乙租赁物为违章建筑，乙可解除租赁合同

D. 乙可继续履行合同，待违章建筑被有关部门确认并影响租赁物使用时，再向甲主张违约责任

考点 21 一房数租与不定租赁

一房数租	<p>《城镇房屋租赁合同解释》第 6 条：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：</p> <p>（一）已经合法占有租赁房屋的；</p> <p>（二）已经办理登记备案手续的；</p> <p>（三）合同成立在先的。</p> <p>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。</p>
不定期租赁	<p>1. 租赁期限 6 个月以上未采用书面形式无法确定租赁期限；</p> <p>2. 当事人未约定租赁期限，依据合同漏洞填补规则仍不能确定的；</p> <p>3. 租赁期限届满承租人继续支付租金，出租人没有提出异议的。</p> <p>不定期租赁合同双方都享有任意解除权，但是出租人解除合同应给承租人一定的合理期限。</p>

√ 典型真题

孙某与李某签订房屋租赁合同，李某承租后与陈某签订了转租合同，孙某表示同意。但是，孙某在与李某签订租赁合同之前，已经把该房租给了王某并已交付。李某、陈某、王某均要求继续租赁该房屋。下列哪一表述是正确的？（2014 年卷三第 14 题，单选）¹⁸⁸

- A. 李某有权要求王某搬离房屋
- B. 陈某有权要求王某搬离房屋
- C. 李某有权解除合同，要求孙某承担赔偿责任
- D. 陈某有权解除合同，要求孙某承担赔偿责任

187 答案：AB

188 答案：C

考点 22 转租

合法转租	<p>1. 承租人经出租人同意，可以将租赁物转租给第三人。承租人转租的，承租人与出租人之间的租赁合同继续有效；第三人造成租赁物损失的，承租人应当赔偿损失。</p> <p>2. 承租人经出租人同意将租赁物转租给第三人，转租期限超过承租人剩余租赁期限的，超过部分的约定对出租人不具有法律约束力，但是出租人与承租人另有约定的除外。</p> <p>3. 承租人拖欠租金的，次承租人可以代承租人支付其欠付的租金和违约金，但是转租合同对出租人不具有法律约束力的除外。</p> <p>(1) 次承租人代为支付的租金和违约金，可以折抵次承租人应当向承租人支付的租金；超出其应付的租金数额的，可以向承租人追偿。</p> <p>(2) 承租人代为履行以转租合同对出租人有法律约束力为前提，非法转租的，次承租人无权代承租人履行租金债务。</p>
非法转租	<p>1. 承租人未经出租人同意转租的，出租人可以解除合同。</p> <p>2. 出租人知道或者应当知道承租人转租，但是在六个月内未提出异议的，视为出租人同意转租。</p>
责任承担	<p>1. 出租人只能对承租人主张租金和违约责任；出租人可以对次承租人主张侵权责任；出租人对次承租人无权主张租金和违约责任；合法转租中，次承租人是有权占有（占有连续），出租人不可以主张原物返还请求权，非法转租中次承租人是无权占有，出租人可以主张原物返还请求权。</p> <p>2. 房屋租赁合同无效、履行期限届满或者解除，出租人有权请求次承租人返还租赁物。负有腾房义务的次承租人逾期腾房的，出租人有权请求次承租人支付逾期腾房的占有使用费。</p>

√ 典型真题

甲将自己的一套房屋租给乙住，乙又擅自将房屋租给丙住。丙是个飞镖爱好者，因练飞镖将房屋的墙面损坏。下列哪些选项是正确的？(2009 年卷三第 60 题，多选)¹⁸⁹

- A. 甲有权要求解除与乙的租赁合同
- B. 甲有权要求乙赔偿墙面损坏造成的损失
- C. 甲有权要求丙搬出房屋
- D. 甲有权要求丙支付租金

考点 23 买卖不破租赁

适用范围	<p>第 725 条：租赁物在承租人按照租赁合同占有期限内发生所有权变动的，不影响租赁合同的效力。</p> <p>可见，在租赁合同有效期间，租赁物因买卖、继承等使租赁物的所有权发生变更的，租赁合同对新所有权人仍然有效，新所有权人不履行租赁义务时，承租人得以租赁权对抗新所有权人，这在学理上称为“买卖不破租赁”。</p> <p>具体而言：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 对于承租人而言，第三人取得租赁物所有权后，承租人的租赁权不受影响，可以按照原来与出租人之间租赁合同约定的条件，继续承租直至租期届满。 2. 对于第三人而言，第三人取得租赁物所有权的同时，即发生了法定的债权债务概括承受。在出租人与承租人的租赁关系中，第三人取得了出租人的地位，成为承租人的新出租人。
排除情形	<ol style="list-style-type: none"> 1. 房屋在出租前已设立抵押权，因抵押权人实现抵押权发生所有权变动的； 2. 房屋在出租前已被人民法院依法查封的； 3. 房屋被没收、征收的。

优先购买权	<p>出租人出卖租赁房屋的，应当在出卖之前的合理期限内通知承租人，承租人享有以同等条件优先购买的权利。</p> <p>《城镇房屋租赁合同解释》</p> <p>第 21 条：出租人出卖租赁房屋未在合理期限内通知承租人或者存在其他侵害承租人优先购买权情形，承租人请求出租人承担赔偿责任的，人民法院应予支持。但请求确认出租人与第三人签订的房屋买卖合同无效的，人民法院不予支持。</p> <p>第 24 条：具有下列情形之一，承租人主张优先购买房屋的，人民法院不予支持：</p> <p>（一）房屋按份共有人行使优先购买权的；（法律设定共有人具有优先购买权，宗旨是简化物权关系，维护共有关系的稳定性，充分发挥物的用益价值，从利益衡量的角度考量，应当优先保护共有人的购买权）</p> <p>（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；（亲情关系往往是交换价值确定的重要考虑因素，具有浓厚的人身色彩，与纯粹的买卖关系终究有所不同）</p> <p>（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；</p> <p>（四）第三人善意购买租赁房屋并已经办理登记手续的。</p>
继续承租权	<p>第 732 条：承租人在房屋租赁期限内死亡的，与其生前共同居住的人或者共同经营人可以按照原租赁合同租赁该房屋。</p>

考点 24 承租人的优先购买权与第三人的继续承租权

√ 典型真题

甲与乙订立房屋租赁合同，约定租期 5 年。半年后，甲将该出租房屋出售给丙，但未通知乙。不久，乙以其房屋优先购买权受侵害为由，请求法院判决甲丙之间的房屋买卖合

同无效。下列哪一表述是正确的？（2013 年卷三第 10 题，单选）¹⁹⁰

- A. 甲出售房屋无须通知乙
- B. 丙有权根据善意取得规则取得房屋所有权
- C. 甲侵害了乙的优先购买权，但甲丙之间的合同有效
- D. 甲出售房屋应当征得乙的同意

考点 25 租赁物的扩建以及装饰、装修

第 715 条：承租人经出租人同意，可以对租赁物进行改善或者增设他物。

承租人未经出租人同意，对租赁物进行改善或者增设他物的，出租人可以请求承租人恢复原状或者赔偿损失。

装修费用	<p>《城镇房屋租赁合同解释》</p> <p>第 9 条：承租人经出租人同意装饰装修，租赁合同无效时，未形成附合的装饰装修物，出租人同意利用的，可折价归出租人所有；不同意利用的，可由承租人拆除。因拆除造成房屋毁损的，承租人应当恢复原状。</p> <p>已形成附合的装饰装修物，出租人同意利用的，可折价归出租人所有；不同意利用的，由双方各自按照导致合同无效的过错分担现值损失。</p> <p>第 10 条：承租人经出租人同意装饰装修，租赁期间届满或者合同解除时，除当事人另有约定外，未形成附合的装饰装修物，可由承租人拆除。因拆除造成房屋毁损的，承租人应当恢复原状。</p> <p>第 11 条：承租人经出租人同意装饰装修，合同解除时，双方对已形成附合的装饰装修物的处理没有约定的，人民法院按照下列情形分别处理：</p> <p>（一）因出租人违约导致合同解除，承租人请求出租人赔偿剩余租赁期内装饰装修残值损失的，应予支持；</p> <p>（二）因承租人违约导致合同解除，承租人请求出租人赔偿剩余租赁期内装饰装修残值损失的，不予支持。但出租人同意利用的，应在利用价值范围内予以适当补偿；</p> <p>（三）因双方违约导致合同解除，剩余租赁期内的装饰装修残值损失，由双方根据各自的过错承担相应的责任；</p> <p>（四）因不可归责于双方的事由导致合同解除的，剩余租赁期内的装饰装修残值损失，由双方按照公平原则分担。法律另有规定的，适用其规定。</p> <p>第 12 条：承租人经出租人同意装饰装修，租赁期间届满时，承租人请求出租人补偿附合装饰装修费用的，不予支持。但当事人另有约定的除外。</p> <p>第 13 条：承租人未经出租人同意装饰装修或者扩建发生的费用，由承租人负担。出租人请求承租人恢复原状或者赔偿损失的，人民法院应予支持。</p>
扩建费用	<p>《城镇房屋租赁合同解释》</p> <p>第 14 条：承租人经出租人同意扩建，但双方对扩建费用的处理没有约定的，人民法院按照下列情形分别处理：</p> <p>（一）办理合法建设手续的，扩建造价费用由出租人负担；</p> <p>（二）未办理合法扩建手续的，扩建造价费用由双方按照过错分担。</p>

√ 典型真题

甲将其临街房屋和院子出租给乙作为汽车修理场所。经甲同意，乙先后两次自费扩建多间房屋作为烤漆车间。乙在又一次扩建报批过程中发现，甲出租的全部房屋均未经过城市规划部门批准，属于违章建筑。下列哪些选项是正确的？（2015年卷三第59题，多选）¹⁹¹

- A. 租赁合同无效
- B. 因甲、乙对于扩建房屋都有过错，应分担扩建房屋的费用
- C. 因甲未告知乙租赁物为违章建筑，乙可解除租赁合同

D. 乙可继续履行合同，待违章建筑被有关部门确认并影响租赁物使用时，再向甲主张违约责任

191 答案：AB

第十章 赠与合同

考点 26 赠与合同的性质

第 657 条：赠与合同是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人，受赠人表示接受赠与的合同。

无偿合同	在赠与合同中，赠与人依约无偿转移其赠与物的所有权予受赠人，受赠人取得赠与物的所有权而不必向赠与人为相应的对待给付。
单务合同	赠与人只承担将赠与物无偿地交付给受赠人的义务，而受赠人只享受接受赠与物的权利。即使受赠人依约定负有一定义务，该义务与给予赠与物之间不存在对待给付关系，因而不构成双务合同。
双方合同	“恩惠不滥施于人”：赠与合同以赠与人、受赠人双方合意为成立条件。若只有赠与人的赠与意思表示，而无受赠人接受的意思表示，赠与合同不成立。
诺成合同	赠与人、受赠人一经达成赠与合意，赠与合同即告成立，即“一诺即成”。

考点 27 赠与合同的效力

交付赠与财产	<ol style="list-style-type: none">1. 赠与人应按约定将赠与物之所有权交付给受赠人，在赠与物为不动产时，还应协助办理有关登记手续。赠与物的所有权转移时间，可准用买卖合同的规定。第 660 条第 1 款：经过公证的赠与合同或者依法不得撤销的具有救灾、扶贫、助残等公益、道德义务性质的赠与合同，赠与人不交付赠与财产的，受赠人可以请求交付。2. 依据前款规定应当交付的赠与财产因赠与人故意或者重大过失致使毁损、灭失的，赠与人应当承担赔偿责任。
瑕疵担保义务	<p>第 662 条：</p> <ol style="list-style-type: none">1. 赠与的财产有瑕疵的，赠与人不承担责任。2. 附义务的赠与，赠与的财产有瑕疵的，赠与人在附义务的限度内承担与出卖人相同的责任。3. 赠与人故意不告知瑕疵或者保证无瑕疵，造成受赠人损失的，应当承担赔偿责任。

考点 28 赠与合同的终止

任意撤销	<p>第 658 条：</p> <ol style="list-style-type: none">1. 赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。2. 经过公证的赠与合同或者依法不得撤销的具有救灾、扶贫、助残等公益、道德义务性质的赠与合同，不适用前款规定。
------	---

法定撤销	<p>1. 第 663 条：受赠人有下列情形之一的，赠与人可以撤销赠与：</p> <p>（一）严重侵害赠与人或者赠与人近亲属的合法权益；</p> <p>（二）对赠与人有扶养义务而不履行；</p> <p>（三）不履行赠与合同约定的义务。</p> <p>赠与人的撤销权，自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内行使。</p> <p>2. 第 664 条：因受赠人的违法行为致使赠与人死亡或者丧失民事行为能力的，赠与人的继承人或者法定代理人可以撤销赠与。（“打死了”或者“打傻了”）</p> <p>赠与人的继承人或者法定代理人的撤销权，自知道或者应当知道撤销事由之日起六个月内行使。</p> <p>3. 第 665 条：撤销权人撤销赠与的，可以向受赠人请求返还赠与的财产。</p>
穷困抗辩	<p>第 666 条：赠与人的经济状况显著恶化，严重影响其生产经营或者家庭生活的，可以不再履行赠与义务。</p>

√ 典型真题

甲曾表示将赠与乙 5000 元，且已实际交付乙 2000 元，后乙在与甲之子丙的一次纠纷中，将丙殴成重伤。下列说法哪些是正确的？（2003 年卷三第 43 题，多选）¹⁹²

- A. 甲可以撤销对乙的赠与
- B. 丙可以要求撤销其父对乙的赠与
- C. 丙应在被殴伤 6 个月内行使撤销权
- D. 甲有权要求乙返还已赠与的 2000 元

192 答案：AD

第十一章 保理合同

考点 29 保理合同

概述	<p>1. 保理合同是应收账款债权人将现有的或者将有的应收账款转让给保理人，保理人提供资金融通、应收账款管理或者催收、应收账款债务人付款担保等服务的合同。</p> <p>2. 保理合同应当采用书面形式。</p> <p>3. 法律对于保理合同没有规定的，适用债权转让的有关规定。</p>
内容	<p>1. 保理合同的分类</p> <p>(1) 有追索权的保理合同</p> <p>当事人约定有追索权保理的，保理人可以向应收账款债权人主张返还保理融资款本息或者回购应收账款债权，也可以向应收账款债务人主张应收账款债权。保理人向应收账款债务人主张应收账款债权，在扣除保理融资款本息和相关费用后有剩余的，剩余部分应当返还给应收账款债权人。</p> <p>(2) 无追索权的保理合同</p> <p>当事人约定无追索权保理的，保理人应当向应收账款债务人主张应收账款债权，保理人取得超过保理融资款本息和相关费用的部分，无须向应收账款债权人返还。</p> <p>2. 保理合同的效力</p> <p>(1) 应收账款债权人与债务人虚构应收账款作为转让标的，与保理人订立保理合同的，应收账款债务人不得以应收账款不存在为由对抗保理人，但是保理人明知虚构的除外。</p> <p>(2) 保理人向应收账款债务人发出应收账款转让通知的，应当表明保理人身份并附有必要凭证。</p> <p>(3) 应收账款债务人接到应收账款转让通知后，应收账款债权人与债务人无正当理由协商变更或者终止基础交易合同，对保理人产生不利影响的，对保理人不发生效力。</p> <p>3. 同一应收账款债权的多次保理</p> <p>应收账款债权人就同一应收账款订立多个保理合同，致使多个保理人主张权利的：</p> <p>(1) 已登记的先于未登记的受偿；</p> <p>(2) 均已登记的，按照登记的先后顺序受偿；</p> <p>(3) 均未登记的，由最先到达应收账款债务人的转让通知中载明的保理人受偿；</p> <p>(4) 既未登记也未通知的，按照应收账款比例清偿。</p>

第三分编 准合同

第一章 无因管理

考点 30 无因管理

第 979 条：管理人没有法定的或者约定的义务，为避免他人利益受损失而管理他人事务，可以请求受益人偿还因管理事务而支出的必要费用；管理人因管理事务受到损失的，可以请求受益人给予适当补偿。

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

构成要件	<p>1. 管理他人事务</p> <p>“事务”：</p> <p>无因管理中的他人“事务”，指一切能够满足生活利益并适合作为债之客体的事项。管理下列事务不构成无因管理：</p> <p>(1) 违法事项（如替人打架；替他人看管赃物）；</p> <p>(2) 不能发生债之关系的纯粹道德、宗教或好意施惠行为（如养子女对生父母的照料；顺便帮邻居清扫积雪）；</p> <p>(3) 依法必须由本人亲自办理的事项（如登记结婚）；</p> <p>(4) 非经本人授权不得办理的事项（如放弃继承权；公司股东出席股东会并行使表决权）；</p> <p>(5) 单纯的不作为（如不侵犯他人权利的不作为义务，无法进行无因管理）</p> <p>“他人”：</p> <p>(1) 误将自己事务当成他人事务管理，即使具有管理意思，亦不能成立无因管理；</p> <p>(2) 他人需为特定的一人或数人，一个行为可以管理数个他人的事务，从而一个行为成立数个无因管理之债；只要为他人事务即可，不需要知道具体的被管理人，对被管理人发生误认的，仍可对真实权利人成立无因管理。</p> <p>“管理”：可以通过事实行为或法律行为来管理。</p> <p>(1) 管理人为管理实施法律行为时，可以自己名义为之，亦可以本人名义为之。以本人名义为之构成无权代理的，不影响无因管理的成立。</p> <p>(2) 管理人为管理实施法律行为时，若不具备相应的民事行为能力，则实施的法律行为可能无效或效力待定，但不影响无因管理的成立。</p> <p>2. 具有管理意思</p> <p>管理意思，指具有为他人管理事务的意思，即管理人认识到其所管理的系他人事务，并欲使管理事务所生的利益归于本人。</p> <p>(1) 为自己而管理他人事务，缺乏管理意思，不成立无因管理，其情形有二：①明知系他人事务，仍作为自己事务管理（不法管理）；②误将他人事务作为自己事务管理（误信管理）。</p> <p>(2) 为他人利益，兼为自己利益仍可在为他人利益范围内成立无因管理。</p>
------	---

构成要件	<p>3. 无法定或约定义务 管理人不具有管理之法定或约定义务，但管理人误以为具有义务，并因此管理他人事务的，欠缺管理意思，不成立无因管理（可成立不当得利）</p> <p>4. 管理利于本人，不违反本人明示的或可推知的意思表示 (1) 主观正当的无因管理：管理的事务不违反被管理人本人明示或可推知的意思，并且管理事务的效果也有利于被管理人本人。 (2) 客观正当的无因管理：管理的事务违反被管理人本人明示或可推知的意思，但管理的事务是被管理人本人应尽的法定义务或具有公益性义务的事务。 (3) 不当的无因管理：违反了被管理人的明示或可推知的意思，而且所管理的事务又不是被管理人应尽的法定义务和公益义务的管理行为。 三个例外：管理人虽违反本人明示或可得推知的意思，但仍成立正当的无因管理： (1) 为本人尽公益上的强制义务（如缴纳捐税、修缮具有危险性的建筑物）； (2) 为本人履行法定扶养义务（如为本人扶养妻子、赡养父母）； (3) 本人之意思违反公共秩序或善良风俗（如本人自杀，管理人救助的）。</p>
法律后果	<p>1. 正当无因管理具有违法阻却性，在管理的限度内不构成侵权 2. 本人获得利益的不构成不当得利 3. 自动在管理人与本人之间成立无因管理之债，双方互负有特定内容的权利与义务； (1) 管理人义务 ①适当管理的义务。以善良管理人的注意标准，实施管理行为，管理人未尽适当管理义务，构成债务之不履行，应承担损害赔偿赔偿责任。例外情形：管理人为免除本人生命、身体或财产上之急迫危险而管理事务时，只对故意或重大过失所致损害，承担赔偿责任。 ②通知义务。 ③报告、计算义务。管理人应将管理事务的状况报告本人，因处理事务所收取之金钱、物品及孳息，应返还本人。 (2) 管理人的权利： ①必要费用偿还请求权； ②负债清偿请求权； ③损失赔偿请求权； 注：管理人无权请求报酬 【例】甲发现一头牛在自家田里吃麦苗，便将其牵回家喂养。后牛生病，甲请来兽医为其治疗。一个月后，乙发现自己的牛在甲家牛棚，便向甲要求返还。甲同意返还，但要求乙支付下列费用。乙应当支付的费用有（ ）¹⁹³ A. 拾牛报酬 B. 麦苗损失费 C. 饲料费 D. 牛的治疗费 4. 时效期间：管理人因无因管理行为产生的给付必要管理费用、赔偿损失请求权的诉讼时效期间，从无因管理行为结束并且管理人知道或者应当知道本人之日起计算。 本人因不当无因管理行为产生的赔偿损失请求权的诉讼时效期间，从其知道或者应当知道管理人及损害事实之日起计算。</p>

下列哪一情形会引起无因管理之债？（2013 年卷三第 21 题，单选）¹⁹⁴

- A. 甲向乙借款，丙在明知诉讼时效已过后擅自代甲向乙还本付息
- B. 甲在自家门口扫雪，顺便将邻居乙的小轿车上的积雪清扫干净
- C. 甲与乙结婚后，乙生育一子丙，甲抚养丙 5 年后才得知丙是乙和丁所生
- D. 甲拾得乙遗失的牛，寻找失主未果后牵回暂养。因地震致屋塌牛死，甲出卖牛皮、牛肉获价款若干

194 答案：D

第二章 不当得利

考点 31 不当得利

第 985 条：得利人没有法律根据取得不当利益的，受损失的人可以请求得利人返还取得的利益，但是有下列情形之一的除外：

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

构成要件	<ul style="list-style-type: none">1. 一方获得财产利益（财产的积极增加和消极增加）；2. 他方受有财产损失（包括：财产的积极减少和消极减少）；3. 获得利益与受到损失间具有因果关系；4. 获得利益没有法律上的原因。
基本类型	<ul style="list-style-type: none">1. 因给付产生欠缺给付目的：（1）非债清偿——误偿他人债务；（2）作为给付原因行为未成立、无效或被撤销；（3）事前有原因，事后该原因不存在；（4）为将来的目的给付，但实际未能达成给付目的。2. 基于给付外的事实产生：（1）侵害他人权益而发生的不当得利；（2）无权处分他人之物；（3）无权使用或消费他人之物；（4）擅自出租他人之物；（5）侵害他人知识产权。因无权使用他人的知识产权受有利益时，构成不当得利；（6）侵害他人人格权获得不当经济利益。擅自使用他人的肖像、姓名或名称而获得不当经济利益，无权使用人可构成不当得利。3. 基于受损人行为发生的不当得利。4. 基于第三人行为发生的不当得利。
排除情形	<ul style="list-style-type: none">1. 履行道德上的义务（如对救助自己生命的人支付报酬）2. 清偿未到期债务或已过诉讼时效的债务：提前履行债务丧失期限利益。 （1）超过诉讼时效期间，当事人自愿履行的，不受诉讼时效限制。（2）过了诉讼时效期间，义务人履行义务后，又以超过诉讼时效为由反悔的，不予支持。据此可知，债务人对已过诉讼时效的债务履行后，再以自己不知超过诉讼时效为由反悔的，不予支持。因此，债权人取得清偿款是有法律依据的，不产生不当得利之债。3. 于给付时明知无给付义务的（视为赠与）。4. 因双方不法原因而给付（如支付赌债、行贿、支付毒资）。但不法原因仅在受领一方存在的除外（如对绑架者支付赎金；索贿）。5. 强迫得利。指受损人因其行为使受益人受有利益，但违反了受益人的意思，不符合其经济计划的情形。例如：油漆他人即将拆除的围墙；维修他人预计拆除的房屋等。6. 反射利益。指一方的财产因另一方的行为而增值，但并未致另一方损害，故不属于不当得利。比如，某大学新建校区，当地居民乙的房屋大幅升值，乙不构成不当得利。7. 受有非财产性利益。不当得利属于债法范畴，仅调整财产利益关系，故无法律上原因而受有非财产利益不成立不当得利。

法律后果	<p>1. 返还原物。</p> <p>2. 返还孳息。</p> <p>3. 受益人利用不当得利所取得的其他利益（主要是投资所产生的收益），扣除劳务管理费用后，予以“收缴”。</p> <p>4. 返还数额</p> <p>不当得利制度的意义在于去除不当得利，而非损害赔偿。所以：</p> <p>(1) 得利少于损失时，返还数额以得利为准；</p> <p>(2) 得利大于损失时，返还数额以损失为准。</p> <p>5. 返还范围</p> <p>受益人善意的，返还现存利益；受益人恶意的，返还一切所得利益。</p> <p>所得利益无偿转让给第三人时：</p> <p>(1) 善意受益人不负返还义务，第三人在受益人免除返还责任的限度内负相应返还责任；</p> <p>(2) 恶意受益人的返还义务不受影响，受害人有权选择要求受益人或第三人返还不当得利。</p> <p>注意：不当得利之债不以受益人恶意为构成要件，仅在确定返还范围时考虑受益人主观上为善意或恶意。</p>
------	---

下列哪一情形不产生不当得利之债？（2011 年卷三第 19 题，单选）¹⁹⁵

- A. 甲向乙借款 10 万元，1 年后根据约定偿还本息 15 万元
- B. 甲不知诉讼时效已过，向债权人乙清偿债务
- C. 甲久别归家，误把乙的鸡当成自家的吃掉
- D. 甲雇用的装修工人，误把邻居乙的装修材料用于甲的房屋装修

195 答案：B

第四编 婚姻家庭

考点 32 无效婚姻

无效婚姻，是指不符合结婚实质要件但已办理结婚登记的男女两性的结合。

无效情形	1. 婚姻无效的情形包括：(1) 重婚的；(2) 有禁止结婚的亲属关系的；(3) 未达到法定婚龄的。 2. 当事人以上述以外的情形申请宣告婚姻无效的，人民法院应当判决驳回当事人的申请。
宣告程序	1. 无效婚姻的宣告机关是人民法院，其他任何单位都无权宣告无效。 2. 有权依法向人民法院就已办理结婚登记的婚姻申请宣告婚姻无效的主体，包括婚姻当事人及利害关系人。利害关系人包括： (1) 以重婚为由申请宣告婚姻无效的，为当事人的近亲属及基层组织。 (2) 以未到法定婚龄为由申请宣告婚姻无效的，为未达法定婚龄者的近亲属。 (3) 以有禁止结婚的亲属关系为由申请宣告婚姻无效的，为当事人的近亲属。 3. 当事人依法向人民法院申请宣告婚姻无效的，申请时，法定的无效婚姻情形已经消失的（比如已经达到法定婚龄），人民法院不予支持。 4. 在婚姻当事人双方生存期间，只要无效婚姻的原因没有消除，请求权人都可提出宣告婚姻无效的申请；如果当事人一方或者双方死亡的，须在其死亡以后一年内提出宣告婚姻无效的申请。 5. 人民法院就同一婚姻关系分别受理了离婚和申请宣告婚姻无效案件的，对于离婚案件的审理，应当待申请宣告婚姻无效案件作出判决后进行。此外，人民法院审理宣告婚姻无效案件，对婚姻效力的审理不适用调解，应当依法作出判决。有关婚姻效力的判决一经作出，即发生法律效力。涉及财产分割和子女抚养的，可以调解。调解达成协议的，另行制作调解书。对财产分割和子女抚养问题的判决不服的，当事人可以上诉。
法律后果	1. 无效婚姻，自始无效。当事人不具有夫妻的权利和义务。 2. 同居期间所得的财产，由当事人协议处理；协议不成的，由人民法院根据照顾无过错方的原则判决。对重婚导致的无效婚姻的财产处理，不得侵害合法婚姻当事人的财产权益。 3. 当事人所生的子女，适用法律有关父母子女的规定。 4. 无过错方有权请求损害赔偿。

√ 典型真题

甲与乙登记结婚 3 年后，乙向法院请求确认该婚姻无效。乙提出的下列哪一理由可以成立？（2011 年卷三第 22 题，单选）¹⁹⁶

- A. 乙登记结婚的实际年龄离法定婚龄相差 2 年
- B. 甲婚前谎称是海归博士且有车有房，乙婚后发现上当受骗

- C. 甲与乙是表兄妹关系
- D. 甲以揭发乙父受贿为由胁迫乙结婚

考点 33 可撤销婚姻

可撤销婚姻，是指已经成立的婚姻关系，因欠缺婚姻合意，依法享有撤销权的人可以向有关机关请求撤销的婚姻。

撤销事由	1. 胁迫：行为人以给另一方当事人或者其近亲属的生命、身体健康、名誉、财产等方面造成损害为要挟，迫使另一方当事人违背真实意愿结婚的情况。 2. 一方患有重大疾病的，在结婚登记前未如实告知另一方的。
撤销主体	仅限于受胁迫方或者被隐瞒方的婚姻关系当事人本人。
撤销机关	有权撤销婚姻的机关有两个，即婚姻登记机关和人民法院。不同的撤销机关适用不同的程序，婚姻登记机关依行政程序撤销婚姻，人民法院依诉讼程序撤销婚姻。 (1) 胁迫情形导致的可撤销婚姻，撤销机关为婚姻登记机关或者人民法院； (2) 未告知重大疾病导致的可撤销婚姻，撤销机关为人民法院。
除斥期间	1. 受胁迫方自胁迫行为终止之日起一年内提出。 2. 被非法限制人身自由的当事人请求撤销婚姻的，应当自恢复人身自由之日起一年内提出。 3. 未告知重大疾病导致的可撤销婚姻，被隐瞒方应当自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内提出。
法律后果	同无效婚姻。

√ 典型真题

网名“我心飞飞”的 21 岁女子甲与网名“我行我素”的 25 岁男子乙在网上聊天后产生好感，乙秘密将甲裸聊的镜头复制保存。后乙要求与甲结婚，甲不同意。乙威胁要公布其裸聊镜头，甲只好同意结婚并办理了登记。下列哪些说法是错误的？（2006 年卷三第 66 题，多选）¹⁹⁷

- A. 甲可以自婚姻登记之日起 1 年内请求撤销该婚姻
- B. 甲可以在婚姻登记后以没有感情基础为由起诉要求离婚
- C. 甲有权主张该婚姻无效

¹⁹⁷ 答案：BC（本题答案有删减）

考点 34 夫妻财产关系

财产关系	<p>☑ 法定夫妻财产制：夫妻双方婚前、婚后都没有约定或约定无效时，直接适用有关法律规定夫妻财产制度。</p> <p>1. 夫妻共同财产</p> <p>(1) 夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产，为夫妻的共同财产，归夫妻共同所有：</p> <p>(一) 工资、奖金、劳务报酬；</p> <p>(二) 生产、经营、投资的收益；</p> <p>(三) 知识产权的收益：婚姻关系存续期间，实际取得或者已经明确可以取得的财产性收益。</p> <p>(四) 继承或者受赠的财产，但遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产除外；</p> <p>(五) 其他应当归共同所有的财产。包括一方以个人财产投资取得的收益；男女双方实际取得或者应当取得的住房补贴、住房公积金；男女双方实际取得或者应当取得的养老保险金、破产安置补偿费；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。</p> <p>(2) 夫妻共有财产权的行使：</p> <p>① 在婚姻关系存续期间，夫妻共有财产原则上是一个不分份额的整体，是一种共同共有关系。夫妻因共有财产而发生的债务，属于夫妻共同债务，夫妻对外承担连带责任。</p> <p>② 夫妻双方对共有财产的处理是平等的。夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权。这里的“有平等的处理权”有两层含义：其一，夫或妻在处理夫妻共同财产上的权利是平等的。因日常生活需要而处理夫妻共同财产的，任何一方均有权决定。其二，夫或妻非因日常生活需要对夫妻共同财产做重要处理决定，夫妻双方应当平等协商，取得一致意见。他人有理由相信其为夫妻双方共同意思表示的，另一方不得以不同意或不知道为由对抗善意第三人。如果一方未经另一方同意出售夫妻共同共有的房屋，第三人善意购买、支付合理对价并办理产权登记手续，另一方主张追回该房屋的，人民法院不予支持。夫妻一方擅自处分共同共有的房屋造成另一方损失，离婚时另一方请求赔偿损失的，人民法院应予支持。</p> <p>③ 婚姻关系存续期间，夫妻双方对共有财产的管理和处分不能协商一致，一方要求分割夫妻共有财产的，原则上不予支持。因为夫妻共同共有的财产是夫妻共同生活的物质基础，为维系婚姻关系，法律不支持婚内析产的主张。但现实中有夫妻一方利用管理共有财产之便，大肆侵害另一方共同财产权之现象，对此，法律做出了例外规定。第 1066 条：婚姻关系存续期间，有下列情形之一的，夫妻一方可以向人民法院请求分割共同财产：</p> <p>(一) 一方有隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产或者伪造夫妻共同债务等严重损害夫妻共同财产利益的行为；</p> <p>(二) 一方负有法定扶养义务的人患重大疾病需要医治，另一方不同意支付相关医疗费用。</p> <p>2. 夫妻个人财产</p> <p>(1) 下列财产为夫妻一方的个人财产：</p> <p>(一) 一方的婚前财产；</p> <p>(二) 一方因受到人身损害获得的赔偿和补偿；</p> <p>(三) 遗嘱或者赠与合同中确定只归一方的财产；</p> <p>(四) 一方专用的生活用品；</p> <p>(五) 其他应当归一方的财产，如军人的伤亡保险金、伤残补助金、医药生活补助费等。</p>
------	--

财产关系	<p>(2) 属于夫或妻一方所有的财产，无论是动产还是不动产，均不因婚姻关系的延续而转化为夫妻共同财产，但当事人另有约定的除外。</p> <p>3. 关于房产问题</p> <p>(1) 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，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。</p> <p>(2) 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。</p> <p>(3) 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。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，离婚时由产权登记一方对另一方进行补偿。</p> <p>(4) 婚姻关系存续期间，双方用夫妻共同财产出资购买以一方父母名义参加房改的房屋，产权登记在一方父母名下，离婚时另一方主张按照夫妻共同财产对该房屋进行分割的，人民法院不予支持。购买该房屋时的出资，可以作为债权处理。</p> <p>☑ 约定夫妻财产制：夫妻双方通过协商对婚前、婚后取得的财产归属、处分以及在婚姻关系解除后的财产分割达成协议，并优先于法定夫妻财产制适用的夫妻财产制度。</p>
------	---

√ 典型真题

甲（男）、乙（女）结婚后，甲承诺，在子女出生后，将其婚前所有的一间门面房，变更登记为夫妻共同财产。后女儿丙出生，但甲不愿兑现承诺，导致夫妻感情破裂离婚，女儿丙随乙一起生活。后甲又与丁（女）结婚。未成年的丙因生重病住院急需医疗费 20 万元，甲与丁签订借款协议从夫妻共同财产中支取该 20 万元。下列哪一表述是错误的？（2014 年卷三第 23 题，单选）¹⁹⁸

- A. 甲与乙离婚时，乙无权请求将门面房作为夫妻共同财产分割
- B. 甲与丁的协议应视为双方约定处分共同财产
- C. 如甲、丁离婚，有关医疗费按借款协议约定处理
- D. 如丁不同意甲支付医疗费，甲无权要求分割共有财产

考点 35 离婚的一般规定

离婚，又称婚姻的解除，是指夫妻一方或者双方依照法律规定解除婚姻关系的法律行为，分为协议离婚和诉讼离婚。

¹⁹⁸ 答案：D

（一）协议离婚

1. 夫妻双方自愿离婚，并就离婚的法律后果达成协议，经婚姻登记机关认可，即可解除婚姻关系的离婚方式。

2. 离婚的“冷静期”

(1) 自婚姻登记机关收到离婚登记申请之日起三十日内，任何一方不愿意离婚的，可以向婚姻登记机关撤回离婚登记申请。

(2) 婚姻登记机关收到离婚登记申请之日起三十日届满后，双方应当亲自到婚姻登记机关申请发给离婚证；未申请的，视为撤回离婚登记申请。

（二）诉讼离婚

夫妻一方向人民法院提起离婚诉讼，人民法院依法通过调解或判决而解除婚姻关系的离婚方式。

法定情形	<p>1. “人民法院审理离婚案件，应当进行调解；如果感情确已破裂，调解无效的，应当准予离婚。”据此，人民法院判决离婚需要有两个前提条件，即“调解无效”和“感情确已破裂”。其中，“调解无效”是程序性条件，要求人民法院在判决离婚之前必须先行调解，调解是人民法院审理离婚案件的必经程序，不经调解，一般不得直接作出离婚判决。“感情确已破裂”是实质性条件，是判决离婚的唯一法定理由。</p> <p>2. 有下列情形之一的，调解无效的，应当准予离婚：</p> <p>(1) 重婚或者与他人同居；</p> <p>(2) 实施家庭暴力或者虐待、遗弃家庭成员；</p> <p>(3) 有赌博、吸毒等恶习屡教不改；</p> <p>(4) 因感情不和分居满二年；</p> <p>(5) 一方被宣告失踪，另一方提起离婚诉讼的，应当准予离婚。</p> <p>(6) 经人民法院判决不准离婚后，双方又分居满一年，一方再次提起离婚诉讼的，应当准予离婚。</p> <p>(7) 夫以妻擅自中止妊娠侵犯其生育权为由请求损害赔偿的，人民法院不予支持；夫妻双方因是否生育发生纠纷，致使感情确已破裂，一方请求离婚的，人民法院经调解无效，应依法认为感情确已破裂判决离婚。</p>
特殊保护	<p>1. 对现役军人的配偶要求离婚的限制</p> <p>现役军人的配偶要求离婚的，须得军人同意，但军人一方有重大过错的除外（包括重婚或者与他人同居；实施家庭暴力或者虐待、遗弃家庭成员；有赌博、吸毒等恶习屡教不改）。</p> <p>2. 对男方要求离婚的限制</p> <p>女方在怀孕期间、分娩后一年内或中止妊娠后6个月内，男方不得提出离婚。女方提出离婚的，或人民法院认为确有必要受理男方离婚请求的，不在此限。</p>

考点 36 离婚时的救济

经济补偿请求权	夫妻一方因抚育子女、照料老年人、协助另一方工作等负担较多义务的，离婚时有权向另一方请求补偿，另一方应当给予补偿。具体办法由双方协议；协议不成的，由人民法院判决。
经济帮助请求权	离婚时，如一方生活困难，有负担能力的另一方应当给予适当帮助。具体办法由双方协议；协议不成的，由人民法院判决。
离婚损害赔偿请求权	<p>1. 情形：</p> <p>(1) 重婚；</p> <p>(2) 与他人同居；</p> <p>(3) 实施家庭暴力；</p> <p>(4) 虐待、遗弃家庭成员；</p> <p>(5) 有其他重大过错。</p> <p>【例】顾某欲与闫某离婚。下列情形中，顾某既可以作为起诉离婚的理由，同时可请求损害赔偿的有（ ）¹⁹⁹</p> <p>A. 闫某变卖夫妻共同财产</p> <p>B. 闫某殴打顾某致其残疾</p> <p>C. 闫某与婚外异性同居</p> <p>D. 闫某经常赌博且屡教不改</p> <p>2. 权利人：无过错方</p> <p>3. 义务人：过错方（第三人不是义务主体），夫妻双方都有过错的，任何一方均无离婚损害赔偿请求权。</p> <p>4. 前提条件：离婚（当事人仅起诉赔偿的，不予受理；法院判决不准离婚的，对赔偿请求不予支持）</p> <p>5. 范围：损害赔偿包括物质损害赔偿和精神损害赔偿。</p> <p>(1) 无过错方作为原告，向人民法院提起损害赔偿请求的，必须在离婚诉讼的同时提出。</p> <p>(2) 无过错方作为被告的离婚诉讼案件，如果被告不同意离婚也不提起损害赔偿请求的，可以在离婚后 1 年内就此单独提起诉讼。</p> <p>(3) 无过错方作为被告的离婚诉讼案件，一审时被告未提出损害赔偿请求，二审期间提出的，人民法院应当进行调解，调解不成的，告知当事人在离婚后 1 年内另行起诉。</p> <p>(4) 协议离婚的，如果已经放弃离婚损害赔偿请求权，不得再度主张；未放弃的，可于协议离婚后 1 年内提出。</p>

√ 典型真题

【例 1】董楠（男）和申蓓（女）是美术学院同学，共同创作一幅油画作品《爱你一千年》。毕业后二人结婚育有一女。董楠染上吸毒恶习，未经申蓓同意变卖了《爱你一千年》，所得款项用于吸毒。因董楠恶习不改，申蓓在女儿不满 1 周岁时提起离婚诉讼。下列哪些说

法是正确的？（2015 年卷三第 65 题，多选）²⁰⁰

- A. 申蓓虽在分娩后 1 年内提出离婚，法院应予受理
- B. 如调解无效，应准予离婚
- C. 董楠出售《爱你一千年》侵犯了申蓓的物权和著作权
- D. 对董楠吸毒恶习，申蓓有权请求离婚损害赔偿

【例 2】钟某性情暴躁，常殴打妻子柳某，柳某经常找同村未婚男青年杜某诉苦排遣，日久生情。现柳某起诉离婚，关于钟、柳二人的离婚财产处理事宜，下列哪一选项是正确的？（2016 年卷三第 19 题，单选）²⁰¹

- A. 针对钟某家庭暴力，柳某不能向其主张损害赔偿
- B. 针对钟某家庭暴力，柳某不能向其主张精神损害赔偿
- C. 如柳某婚内与杜某同居，则柳某不能向钟某主张损害赔偿
- D. 如柳某婚内与杜某同居，则钟某可以向柳某主张损害赔偿

200 答案：ABC

201 答案：C

第五编 继承

考点 37 法定继承

法定继承又称无遗嘱继承，指继承人的范围、继承顺序和遗产分配原则均由法律直接规定的一种继承方式。

适用条件	<p>有下列情形之一的，遗产中的有关部分按照法定继承办理：</p> <p>(一) 遗嘱继承人放弃继承或者受遗赠人放弃受遗赠；</p> <p>(二) 遗嘱继承人丧失继承权或者受遗赠人丧失受遗赠权；</p> <p>(三) 遗嘱继承人、受遗赠人先于遗嘱人死亡或者终止；</p> <p>(四) 遗嘱无效部分所涉及的遗产；</p> <p>(五) 遗嘱未处分的遗产。</p>
继承顺序	<p>1. 遗产按照下列顺序继承：</p> <p>(一) 第一顺序：配偶；子女；父母；对公婆、岳父母，尽了主要赡养义务的丧偶儿媳、丧偶女婿（是否再婚在所不论）；代位继承人。</p> <p>(1) 子女，包括婚生子女、非婚生子女、养子女和有扶养关系的继子女。</p> <p>(2) 父母，包括生父母、养父母和有扶养关系的继父母。</p> <p>【例】甲与妻子乙育有一子一女，女儿丙已出嫁，儿子与其妻丁生有一子戊，儿子于 2015 年遇车祸死亡。儿子去世后，甲、乙年老无生活来源，丙拒不赡养，甲、乙主要由再婚的丁供养。甲于 2020 年 3 月死亡，留下房屋 3 间。①乙是甲的配偶，故而当然是第一顺位继承人。②甲的儿子早于其去世，故甲之孙戊应代位继承，成为第一顺位的继承人。③对于丙，尽管法律规定，有抚养能力和有抚养条件的继承人，不尽抚养义务的，分配遗产时，应当不分或者少分，但该规定并没有完全、确定地剥夺丙的继承资格，因此丙依然是第一顺位的继承人。④丧偶儿媳对公婆，丧偶女婿对岳父母尽了主要赡养义务的，作为第一顺位继承人。因此丁也是第一顺位的继承人。</p> <p>(二) 第二顺序：兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。</p> <p>兄弟姐妹，包括同父母的兄弟姐妹、同父异母或者同母异父的兄弟姐妹、养兄弟姐妹、有扶养关系的继兄弟姐妹。</p> <p>2. 继承开始后，由第一顺序继承人继承，第二顺序继承人不继承。没有第一顺序继承人继承的，由第二顺序继承人继承。</p>

√ 典型真题

甲（男）与乙（女）结婚，其子小明 20 周岁时，甲与乙离婚。后甲与丙（女）再婚，丙子小亮 8 周岁，随甲、丙共同生活。小亮成年成家后，甲与丙甚感孤寂，收养孤儿小光

为养子，视同己出，未办理收养手续。丙去世，其遗产的第一顺序继承人有哪些？（2014 年卷三第 65 题，多选）²⁰²

- A. 小明
B. 小亮
C. 甲
D. 小光

考点 38 代位继承与转继承

代位继承	<p>1. 代位继承，是指被代位继承人先于被继承人死亡的，由代位继承人根据被代位继承人的继承地位，继承该被继承人遗产的继承制度。“白发人送黑发人”</p> <p>(1) 被代位继承人，是被继承人的子女或者被继承人的兄弟姐妹。</p> <p>(2) 代位继承人，是被代位继承人的晚辈直系血亲。晚辈直系血亲既包括自然血亲，也包括拟制血亲。晚辈直系血亲的范围不受辈数的限制。</p> <p>(3) 代位继承中的继承人（被代位继承人）先于被继承人死亡。</p> <p>(4) 适用范围：代位继承只适用于法定继承。</p> <p>(5) 代位继承是替补继承，代位继承人基于其代位继承权而直接取得被继承人的遗产。</p> <p>2. 代位继承的两种模式：</p> <p>(1) 被继承人的子女先于被继承人死亡的，由被继承人的子女的直系晚辈血亲代位继承。</p> <p>(2) 被继承人的兄弟姐妹先于被继承人死亡的，由被继承人的兄弟姐妹的子女代位继承。</p> <p>代位继承人一般只能继承被代位继承人有权继承的遗产份额。</p>
转继承	<p>转继承，是指继承人在被继承人死亡后、遗产分割前死亡，本该由该继承人继承的遗产份额转由其合法继承人继承的法律制度。</p> <p>1. 转继承中的继承人（被转继承人）后于被继承人死亡。</p> <p>2. 转继承人可以是被转继承人的所有法定继承人。</p> <p>3. 转继承既适用于法定继承，也适用于遗嘱继承和遗赠。</p> <p>4. 转继承是连续发生的二次继承，即由继承人直接继承后又由转继承人继承继承人的遗产。</p>

√ 典型真题

甲育有二子乙和丙。甲生前立下遗嘱，其个人所有的房屋死后由乙继承。乙与丁结婚，并有一女戊。乙因病先于甲死亡后，丁接替乙赡养甲。丙未婚。甲死亡后遗有房屋和现金。下列哪些表述是正确的？（2012 年卷三第 66 题，多选）²⁰³

- A. 戊可代位继承
B. 戊、丁无权继承现金
C. 丙、丁为第一顺序继承人
D. 丙无权继承房屋

202 答案：BC

203 答案：AC

考点 39 遗嘱继承

遗嘱继承的特征	<p>遗嘱继承,是指按照被继承人生前所立的合法有效遗嘱继承被继承人遗产的法律制度。遗嘱继承具有以下法律特征:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 遗嘱继承的发生须以有效遗嘱的存在为前提。 2. 遗嘱继承直接体现着被继承人的意愿,是对被继承人自由处分自己财产的尊重。 3. 遗嘱继承是对法定继承的排斥,遗嘱继承不受法定继承人的继承顺序、份额的约束。 4. 遗嘱继承的效力优于法定继承。
适用条件	<ol style="list-style-type: none"> 1. 没有遗赠扶养协议(遗赠扶养协议的效力优于遗嘱继承)。 2. 被继承人生前所立遗嘱合法有效。 3. 须遗嘱指定的继承人享有继承权,即遗嘱指定的继承人未丧失、也未放弃继承权。
遗嘱的特征	<p>遗嘱是公民生前依法处分自己的财产和安排有关事务,并于死后生效的民事法律行为。遗嘱具有以下法律特征:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 遗嘱是单方民事法律行为,只需遗嘱人一方意思表示即可成立。 2. 遗嘱是死因法律行为,在遗嘱人死后生效。 3. 遗嘱行为必须由遗嘱人亲自独立进行,不得由他人代理。 4. 遗嘱是要式法律行为,遗嘱的形式必须符合继承法的规定。
遗嘱的形式	<ol style="list-style-type: none"> 1. 遗嘱的六种形式 <ol style="list-style-type: none"> (1) 自书遗嘱由遗嘱人亲笔书写,签名,注明年、月、日。 (2) 代书遗嘱应当有两个以上见证人在场见证,由其中一人代书,并由遗嘱人、代书人和其他见证人签名,注明年、月、日。 (3) 打印遗嘱应当有两个以上见证人在场见证。遗嘱人和见证人应当在遗嘱每一页签名,注明年、月、日。 (4) 录音、录像遗嘱,应当有两个以上见证人在场见证。遗嘱人和见证人应当在录音、录像中记录其姓名或者肖像,以及年、月、日。 (5) 遗嘱人在危急情况下(一般是指遗嘱人生命垂危、突遇自然灾害、意外事故、战争等),可以立口头遗嘱。口头遗嘱应当有两个以上见证人在场见证。危急情况消除后,遗嘱人能够以书面或者录音录像形式立遗嘱的,所立的口头遗嘱无效。 (6) 公证遗嘱由遗嘱人经公证机构办理。 2. 见证人的要求 <p>为保证代书遗嘱、打印遗嘱、录音录像遗嘱和口头遗嘱的真实性,这四种遗嘱必须有两个以上见证人在场见证,并对见证人的资格作了限制性规定,即下列人员不能作为遗嘱见证人:</p> <ol style="list-style-type: none"> (1) 无民事行为能力人、限制民事行为能力人以及其他不具有见证能力的人; (2) 继承人、受遗赠人; (3) 与继承人、受遗赠人有利害关系的人,如债权人、债务人、合伙人以及继承人、受遗赠人的近亲属等。

遗嘱的效力	<p>1. 有效遗嘱应具备下列条件：</p> <p>(1) 立遗嘱人必须有立遗嘱能力，即立遗嘱时必须具有完全民事行为能力。</p> <p>(2) 遗嘱人在立遗嘱时必须意思表示真实。</p> <p>(3) 遗嘱内容必须合法，即遗嘱的内容不得违反公序良俗。</p> <p>(4) 遗嘱的形式必须符合继承法的规定。</p> <p>2. 遗嘱无效的情形，下列遗嘱全部或者部分无效，遗嘱处分的遗产按照法定继承办理：</p> <p>(1) 遗嘱人订立遗嘱时为无民事行为能力或者限制民事行为能力。</p> <p>(2) 受欺诈、胁迫订立的遗嘱。</p> <p>(3) 伪造的遗嘱无效；遗嘱被篡改的，篡改的内容无效。</p> <p>(4) 遗嘱生效时，如果遗嘱剥夺了缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人的遗产份额，遗嘱的该部分内容无效。</p> <p>(5) 遗嘱处分了国家、集体或他人所有的财产的，遗嘱的该部分内容无效。</p>
遗嘱的变更与撤回	<p>遗嘱的变更、撤回，是指立遗嘱人在订立有效遗嘱之后，又变更该遗嘱的内容，或者撤回该遗嘱的行为。</p> <p>1. 明示：若前后两份有效遗嘱的内容相互有冲突，以最后的遗嘱为准。</p> <p>2. 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，遗嘱视为被撤回或部分被撤回。</p>

√ 典型真题

【例 1】老夫妇王冬与张霞有一子王希、一女王楠，王希婚后育有一子王小力。王冬和张霞曾约定，自家的门面房和住房属于王冬所有。2012 年 8 月 9 日，王冬办理了公证遗嘱，确定门面房由张霞和王希共同继承。2013 年 7 月 10 日，王冬将门面房卖给他人并办理了过户手续。2013 年 12 月，王冬去世，不久王希也去世。关于住房和出售门面房价款的继承，下列哪一说法是错误的？（2015 年卷三第 21 题，单选）²⁰⁴

- A. 张霞有部分继承权
- B. 王楠有部分继承权
- C. 王小力有部分继承权
- D. 王小力对住房有部分继承权、对出售门面房的价款有全部继承权

【例 2】甲有乙、丙和丁三个女儿。甲于 2013 年 1 月 1 日亲笔书写一份遗嘱，写明其全部遗产由乙继承，并签名和注明年月日。同年 3 月 2 日，甲又请张律师代书一份遗嘱，写明其全部遗产由丙继承。同年 5 月 3 日，甲因病被丁送至医院急救，甲又立口头遗嘱一份，内容是其全部遗产由丁继承，在场的赵医生和李护士见证。甲病好转后出院休养，未立新遗嘱。如甲死亡，下列哪一选项是甲遗产的继承人？（2014 年卷三第 24 题，单选）²⁰⁵

- A. 乙
- B. 丙
- C. 丁
- D. 乙、丙、丁

204 答案：D

205 答案：A

第六编 侵权责任

考点 40 侵权损害赔偿

精神损害赔偿	<p>1. 精神损害赔偿请求权是专属于自然人的权利，法人和非法人组织不得主张精神损害赔偿。</p> <p>2. 侵害自然人人身权益造成严重精神损害的，被侵权人有权请求精神损害赔偿。</p> <p>3. 非法使被监护人脱离监护，导致亲子关系或者近亲属间的亲属关系遭受严重损害，可以主张精神损害赔偿。</p> <p>4. 侵害死者姓名、肖像、名誉、荣誉、隐私、遗体、遗骨等人格利益，死者的近亲属可以主张精神损害赔偿。</p> <p>5. 因故意或者重大过失侵害自然人具有人身意义的特定物造成严重精神损害的，被侵权人有权请求精神损害赔偿。</p> <p>【例】下列情形中，权利人可以请求精神损害赔偿的有()²⁰⁶</p> <p>A. 某医院将甲之子与乙之子抱错，10 年后发现</p> <p>B. 某扩印部将丙丁结婚照的底片丢失</p> <p>C. 某公司使用知名企业戊的名称促销自己的产品</p> <p>D. 某人冒用明星庚的姓名演出获利</p> <p>6. 精神损害抚慰金的请求权，不得让与或者继承。但赔偿义务人已经以书面方式承诺给予金钱赔偿，或者赔偿权利人已经向人民法院起诉的除外。</p>
--------	---

考点 41 监护人责任

概述	监护人责任是指作为被监护人的无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的，由监护人承担的侵权责任。
依据	<p>第 1188 条：无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的，由监护人承担侵权责任。监护人尽到监护职责的，可以减轻其侵权责任。</p> <p>有财产的无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的，从本人财产中支付赔偿费用；不足部分，由监护人赔偿。</p> <p>第 1189 条：无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害，监护人将监护职责委托给他人的，监护人应当承担侵权责任；受托人有过错的，承担相应的责任。</p>
释义	<p>1. 监护人责任是替代责任（孩子闯祸，爹妈埋单）</p> <p>2. 监护人责任是无过错责任。</p> <p>3. 监护人在承担赔偿责任时，有财产的被监护人造成他人损害的，从本人财产中支付赔偿费用。不足部分，由监护人赔偿。夫妻离婚后，未成年子女侵害他人权益的，同该子女共同生活的一方应当承担民事责任；如果独立承担民事责任确有困难的，可以责令未与该子女共同生活的一方共同承担民事责任。</p> <p>4. 监护人尽了监护职责的可以适当减轻责任。</p>

√ 典型真题

甲的儿子乙（8岁）因遗嘱继承了祖父遗产10万元。某日，乙玩耍时将另一小朋友丙的眼睛划伤。丙的监护人要求甲承担赔偿责任2万元。后法院查明，甲已尽到监护职责。

下列哪一说法是正确的？（2015年卷三第24题，单选）²⁰⁷

- A. 因乙的财产足以赔偿丙，故不需用甲的财产赔偿
- B. 甲已尽到监护职责，无需承担侵权责任
- C. 用乙的财产向丙赔偿，乙赔偿后可在甲应承担的份额内向甲追偿
- D. 应由甲直接赔偿，否则会损害被监护人乙的利益

考点 42 用人者责任

用人单位	<ol style="list-style-type: none">1. 用人单位工作人员因执行工作任务造成他人损害的，由用人单位承担无过错的替代责任。2. 工作人员不是责任主体。工作人员即使对损害的发生具有故意或者重大过失，亦不承担连带责任。用人单位承担侵权责任后，可以向有故意或者重大过失的工作人员追偿。3. 用人单位应作广义理解，包括国家机关、企事业单位、公司、合伙组织等。4. “因执行工作任务”：<ol style="list-style-type: none">(1) 执行单位授权或者指示范围内的工作任务(2) 工作人员的行为虽然超出单位授权、指示的范围，只要其表现形式是执行工作任务或者与执行工作任务具有内在联系，亦属于执行工作任务。
劳务派遣	<p>劳务派遣期间，被派遣的工作人员因执行工作任务造成他人损害的：</p> <ol style="list-style-type: none">(1) 由接受劳务派遣的用工单位承担无过错的替代责任；(2) 劳务派遣单位有过错的，承担相应的责任。
个人劳务	<ol style="list-style-type: none">1. 个人之间形成劳务关系，提供劳务一方因劳务造成他人损害的，由接受劳务一方承担侵权责任。接受劳务一方承担侵权责任后，可以向有故意或者重大过失的提供劳务一方追偿。2. 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。3. 提供劳务期间，因第三人的行为造成提供劳务一方损害的，提供劳务一方有权请求第三人承担侵权责任，也有权请求接受劳务一方给予补偿。接受劳务一方补偿后，可以向第三人追偿。
无偿帮工	<ol style="list-style-type: none">1. 帮工人在从事无偿帮工活动中致人损害，被帮工人承担赔偿责任。2. 帮工人因帮工活动遭受人身损害，被帮工人承担赔偿责任。3. 上述两种情形，被帮工人明确拒绝帮工的，不承担赔偿责任。4. 帮工人因第三人侵权遭受人身损害，由第三人承担责任，因第三人不能确定或没有赔偿能力，可由被帮人适当补偿。

√ 典型真题

甲赴宴饮酒，遂由有驾照的乙代驾其车，乙违章撞伤丙。交管部门认定乙负全责。以下假定情形中对丙的赔偿责任，哪些表述是正确的？（2013 年卷三第 67 题，多选）²⁰⁸

- A. 如乙是与甲一同赴宴的好友，乙不承担赔偿责任
- B. 如乙是代驾公司派出的驾驶员，该公司应承担赔偿责任
- C. 如乙是酒店雇佣的为饮酒客人提供代驾服务的驾驶员，乙不承担赔偿责任
- D. 如乙是出租车公司驾驶员，公司明文禁止代驾，乙为获高额报酬而代驾，乙应承担赔偿责任

考点 43 网络侵权责任

网络用户的侵权责任	网络用户利用网络侵害他人民事权益的，应当承担侵权责任。
网络服务提供者的侵权责任	<p>1. 网络服务提供者的直接侵权责任： 网络服务提供者利用网络侵害他人民事权益的，应当承担侵权责任。</p> <p>2. 网络用户侵权时网络服务提供者的侵权责任：</p> <p>(1) 避风港原则 网络用户利用网络服务实施侵权行为的，权利人有权通知网络服务提供者采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施。通知应当包括构成侵权的初步证据及权利人的真实身份信息。网络服务提供者接到通知后，应当及时将该通知转送相关网络用户，并根据构成侵权的初步证据和服务类型采取必要措施；未及时采取必要措施的，对损害的扩大部分与该网络用户承担连带责任。</p> <p>(2) 红旗原则 网络服务提供者知道或者应当知道网络用户利用其网络服务侵害他人民事权益，未采取必要措施的，与该网络用户承担连带责任。</p>
网络侵权其他规定	<p>1. 非法删帖责任 (1) 被侵权人与侵权方签订的有偿删帖协议因违反善良风俗而无效。 (2) 擅自非法删帖者须对发布信息的网络用户或者网络服务提供者承担侵权责任。 (3) 接受委托实施擅自非法删帖行为的，委托人与受托人须承担连带责任。</p> <p>2. 网络水军责任 雇佣、组织、教唆或者帮助他人发布、转发网络信息侵害他人人身权益，被侵权人请求行为人承担连带责任的，应予支持。</p> <p>3. 损害赔偿限额 被侵权人因人身权益受侵害造成的财产损失最高赔偿限额为 50 万。其中包括被侵权人为制止侵权行为所支付的合理开支、合理开支中包括被侵权人或者委托代理人对侵权行为进行调查、取证的合理费用以及符合国家规定的律师费用。</p>

√ 典型真题

甲、乙是同事，因工作争执甲对乙不满，写了一份丑化乙的短文发布在丙网站。乙发现后要求丙删除，丙不予理会，致使乙遭受的损害扩大。关于扩大损害部分的责任承担，下列哪一说法是正确的？（2010 年卷三第 23 题，单选）²⁰⁹

- A. 甲承担全部责任

B. 丙承担全部责任

C. 甲和丙承担连带责任

D. 甲和丙承担按份责任

考点 44 违反安全保障义务的侵权责任

责任主体	宾馆、商场、银行、车站、机场、体育场馆、娱乐场所等经营场所、公共场所的经营者、管理者或者群众性活动的组织者。	
加害行为	违反了法定的作为义务，应当履行作为的安全保障义务而未履行，即不作为。	
归责原则	过错责任原则。安全保障义务就其性质而言属于注意义务，未尽到适当的注意义务，则应认定为过错的存在。	
责任承担	直接责任	在没有第三人的行为介入的情况下，公共场所的管理人或者群众性活动的组织者未尽到安全保障义务，造成他人损害的，应当承担侵权责任。
	补充责任	在损害是由第三人行为所致的情况下： 1. 由第三人承担侵权责任； 2. 第三人不能确定或无力承担，管理人或者组织者未尽到安全保障义务的，承担相应的补充责任。经营者、管理者或者组织者承担补充责任后，可以向第三人追偿。

√ 典型真题

某洗浴中心大堂处有醒目提示语：“到店洗浴客人的贵重物品，请放前台保管”。甲在更衣时因地滑摔成重伤，并摔碎了手上价值 20 万元的定情信物玉镯。经查明：因该中心雇用的清洁工乙清洁不彻底，地面湿滑导致甲摔倒。下列哪一选项是正确的？（2015 年卷三第 23 题，单选）²¹⁰

- A. 甲应自行承担玉镯损失

B. 洗浴中心应承担玉镯的全部损失

C. 甲有权请求洗浴中心赔偿精神损害

D. 洗浴中心和乙对甲的损害承担连带责任

209 答案：C
210 答案：C

考点 45 教育机构责任

无人遭受人身损害	无民事行为能力人在幼儿园、学校或者其他教育机构学习、生活期间受到人身损害的，幼儿园、学校或者其他教育机构应当承担侵权责任；但是，能够证明尽到教育、管理职责的，不承担侵权责任。
限人遭受人身损害	限制民事行为能力人在学校或者其他教育机构学习、生活期间受到人身损害，学校或者其他教育机构未尽到教育、管理职责的，应当承担侵权责任。
第三人导致的损害	1. 无民事行为能力人或者限制民事行为能力人在幼儿园、学校或者其他教育机构学习、生活期间，受到幼儿园、学校或者其他教育机构以外的第三人人身损害的，由第三人承担侵权责任；幼儿园、学校或者其他教育机构未尽到管理职责的，承担相应的补充责任。 2. 幼儿园、学校或者其他教育机构承担补充责任后，可以向第三人追偿。

√ 典型真题

某小学组织春游，队伍行进中某班班主任张某和其他教师闲谈，未跟进照顾本班学生。该班学生李某私自离队购买食物，与小贩刘某发生争执被打伤。对李某的人身损害，

下列哪一说法是正确的？(2009 年卷三第 23 题，单选)²¹¹

- A. 刘某应承担赔偿责任
- B. 某小学应承担赔偿责任
- C. 某小学应与刘某承担连带赔偿责任
- D. 刘某应承担赔偿责任，某小学应承担相应的补充赔偿责任

考点 46 产品责任

加害 给付	原告	(1) 若提起违约之诉，根据合同相对应原理可知，原告只能是合同一方当事人而不能是其他受害人。 (2) 若提起侵权之诉，不限于合同一方当事人，凡受害人均可提起。
	被告	(1) 侵权之诉：生产者或者销售者。 (2) 违约之诉：销售者。因生产者不是买卖合同当事人，故不是被告。
	责任 方式	(1) 精神损害赔偿 ① 侵害自然人人身权益造成严重精神损害的，被侵权人有权请求精神损害赔偿。 ② 因故意或者重大过失侵害自然人具有人身意义的特定物造成严重精神损害的，被侵权人有权请求精神损害赔偿。 ③ 因当事人一方的违约行为，损害对方人格权并造成严重精神损害，受损害方选择请求其承担违约责任的，不影响受损害方请求精神损害赔偿。 (2) 违约金、定金责任 如原告欲追究对方违约金、定金责任的，则需提起违约之诉，侵权之诉自然不得主张违约金、定金责任。

211 答案：D

构成	1. 产品有缺陷。产品，是指经过加工、制作、用于销售的产品；缺陷是指产品存在危及人身、他人财产安全的不合理的危险。 2. 他人人身、财产遭受损害。 3. 产品缺陷与他人损害之间具有因果关系。	
主体	产品的生产者与销售者承担不真正连带责任。 ²¹²	
归责原则	无过错责任	(1) 生产者和销售者对直接责任的承担，均适用无过错责任原则。 (2) 生产者的最终责任。
	过错责任	(1) 销售者的最终责任。 (2) 运输者、仓储者及中间供货人的最终责任。
免责事由	1. 生产者能够证明有下列情形之一的，不承担赔偿责任： (1) 未将产品投入流通的； (2) 产品投入流通时，引起损害的缺陷尚不存在的； (3) 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。 2. 第三人原因不免责。 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。	

√ 典型真题

赵某从商店购买了一台甲公司生产的家用洗衣机，洗涤衣物时，该洗衣机因技术缺陷发生爆裂，叶轮飞出造成赵某严重人身损害并毁坏衣物。赵某的下列哪些诉求是正确的？
(2015 年卷三第 58 题，多选)²¹³

- A. 商店应承担更换洗衣机或退货、赔偿衣物损失和赔偿人身损害的违约责任
- B. 商店应按违约责任更换洗衣机或者退货，也可请求甲公司按侵权责任赔偿衣物损失和人身损害
- C. 商店或者甲公司应赔偿因洗衣机缺陷造成的损害
- D. 商店或者甲公司应赔偿物质损害和精神损害

²¹² 各债务人基于不同的发生原因而对于同一债权人负有以同一给付为标的的数个债务，因一个债务人的履行而使全体债务均归于消灭，此时数个债务人之间所负的责任即为不真正连带责任。在不真正连带责任中，当一债务人履行全部债务以后，其他债务人的债务亦因此消灭。具体到某一个债务人清偿完毕后，是否可以向其他债务人追偿，则视谁为最终的责任承担者而定。

²¹³ 答案：ABCD

