

第一章

1.1 本案张某作为乙门市部的采购员，虽然具有代理资格，但其作为代理人，与第三人恶意串通，损害被代理人的利益，应由代理人与第三人承担连带责任。因此，本案张某应该与甲厂对乙门市部承担连带赔偿责任。由于《民法典》规定的普通民事诉讼时效为三年，本案并没有过时效，乙门市部可以要求甲厂和张某承担赔偿责任。

1.2 《民法典》第一百六十九条第二、三款规定，转委托代理未经被代理人同意或者追认的，代理人应当对转委托的第三人的行为承担责任。但是，在紧急情况下代理人为了维护被代理人的利益需要转委托第三人代理的除外。可见，本案代理人由于情况紧急，为了维护被代理人利益进行转委托，符合上述规定的“紧急情况”，即使未经被代理人同意或追认，也应该认为是有效的，损失应该由甲承担。第二个问题是假设丙喝醉了酒，忘了关车门，导致汽车和服装全部被偷走，从而导致责任的承担问题。通过对第一个问题的分析可知，在转委托有效成立的情况下，丙作为代理人，就应该遵守代理人的职责，根据《民法典》第一百六十四条的规定，代理人不履行或者不完全履行职责，造成被代理人损害的，应当承担民事责任。可见，汽车和服装的损失都应该由丙承担。

【例 1-4】分析

房屋买卖必须经过登记才能发生所有权移转，但当事人之间的房屋买卖合同，只要依法达成合意就已经生效了，就应当在当事人之间产生拘束力。没有办理登记不发生物权移转的效力，但 A、B 之间的商品房买卖合同应当合法有效。因此，如果一方存在违约行为，并不影响另一方根据合同要求其承担违约责任。本案中买方可以依据合同，追究卖方的违约责任。最高人民法院 2012 年 7 月 1 日起施行的《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》对此类问题也作了明确规定，根据该司法解释第三条第二款的规定，出卖人因未取得所有权或者处分权致使标的物所有权不能转移，买受人要求出卖人承担违约责任或者要求解除合同并主张损害赔偿的，人民法院应予支持。

【例 1-5】分析

A 将 B 的房屋以自己的名义进行了产权登记并转让给 C，C 支付了对价并办理了产权登记，即使事后证明 A 当初的产权登记是不对的，但因为丙是相信了产权登记而购买的房屋，根据公信原则，其权利应当受到法律保护，甲与丙之间的交易应当有效。因此，公信原则实际上是赋予了公示的内容公信力。

【例 1-7】分析

本题涉及按份共有人的权利和责任问题。

1. 本问涉及优先购买权的行使问题。乙、丙均为共有人，其优先购买权是平等的，故应尊重出卖份额所有人的意志，因此，由甲决定将该份额转让给乙或丙。
2. 本问涉及抛弃份额的归属问题。抛弃份额归其他共有人，但其他共有人对其份额如何分配，依据所有权的弹性性原则，其他共有人按照自己的份额相应增加。
3. 本问涉及责任承担问题，花盆掉落无疑是甲的过错造成的，甲因此应负过错责任。
4. 本问涉及共有物致人损害的赔偿问题。修缮房屋是全体共有人的义务，因此，共有物致人损害属不可分之债，共有人负连带责任。

【例 1-9】分析

本题涉及抛弃物的所有权归属问题。权利人可抛弃自己享有所有权的物品，对于抛弃物，可依相应法律规定或习惯，由拾得人基于先占而取得所有权。本题中，王某抛弃其病牛，刘某牵回家中，刘某即取得对该牛的所有权，故第三种意见是正确的。

【例 1-11】分析

根据《民法典》第六百零四条的规定，买卖合同标的物毁损、灭失的风险，在标的物交付之前由出卖人承担，交付之后由买受人承担，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。本案中买卖双方约定第二天交付标的物驴子，但在交付之前标的物毁损（被雷电电死），在不存在法律另有规定或当事人另有约定的情况下，本案的风险应该由买受人承担。

【例 1-12】分析

1. 当事人的诉权不会因为诉讼时效届满而消失，所以本案当事人依然享有诉权；
2. 被告若不以时效届满提出抗辩，法院不可以主动以时效届满驳回起诉。《民法典》第一百九十三条规定，人民法院不得主动适用诉讼时效的规定。
3. 《民法典》第一百九十二条第二款规定，诉讼时效期间届满后，义务人同意履行的，不得以诉讼时效期间届满为由抗辩；义务人已自愿履行的，不得请求返还，因此，偿还了借款之后才发现诉讼时效已过，再起诉要求予以返还的，法院不予支持。

第二章

【例 2-1】分析

悬赏广告是不同于一般广告的一种特殊广告形式。它是广告人以广告的形式声明对完成悬赏广告中规定的行为的任何人，给予广告中约定的报酬的意思表示行为。对于悬赏广告的性质，我国理论和司法实践多数意见都把悬赏广告作为要约看待。《民法典》第三百一十七条第二款规定，权利人悬赏寻找遗失物的，领取遗失物时应当按照承诺履行义务。《民法典》第四百九十九条规定，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。

【例 2-2】分析

本案受要约人在要约还没有生效（到达生效）时即作了所谓的“承诺”，这个“承诺”不能视为有效承诺，只能看作是一个要约，这种情况在外贸上属于“cross-offer”，即“交互报价”，不视为合同有效成立。本案主要考核对要约撤回和要约撤销两个概念的辨析。注意，要约撤回与要约撤销是两码事，只要符合要约撤回的法定要件，即使是不可撤销要约，也是可以被撤回的。

虽然本案中要约人在要约中注明了“不可撤销”字样，且规定了要约的有效期，但要约人随即发出撤回通知，且撤回通知早于要约到达，要约被撤回，合同不成立。

【例 2-4】分析

本题考核的是要约的撤回与撤销，以及合同的效力问题。根据题意：①可以采用要约撤回的方式，只要撤回通知早于要约到达，要约即可被撤回；②可以采用要约撤销的方式，在要约到达之后，受要约人接受之前，在符合要约撤销法定要件的情况下，要约人可依法将要约撤销；③在受要约人依法作出有效承诺的情况下，合同已经成立，此时要约人（合同一方）在未取得对方同意的情况下不得随意变更合同。若能协商变更合同当然好，但根据本案情形，可考虑依据重大误解（或国际商法基于 mistake 订立的合同）原则可申请变更或撤销合同，从而尽可能挽回损失。

【例 2-5】分析

本题考核的是要约的终止或失效问题。根据题意可知，受要约人已经对该要约予以拒绝，此时要约已经终止。之后受要约人的所谓接受，只能看作是一个新要约，合同是否成立，要看甲公司的意思表示。但如果乙公司用挂号信表示拒绝，又改变主意，用更快的方式表示接受，且接受早于拒绝到达，则合同成立。

【例 2-6】分析

本题考核的是要约的终止或失效问题。英商 6 月 2 日的接受因为提出必须要降价 5%，对价格进行了讨价还价，实际上构成反要约，原要约已经被终止，此后英商提出的接受原要约，只能看作是一个新要约。中方公司实际上就处于一个典型的受要约人的地位，可以沉默、可以拒绝、可以接受、可以还价，实际上具备了一个受要约人所具有的所有的权利。

【例 2-7】分析

本题考核的是对要约内容作了变更的承诺的效力。《民法典》第四百八十八条规定了对要约内容实质性变更的六种情形，即有关合同标的、数量、质量、价款或者报酬、履行期限、履行地点和方式、违约责任和解决争议方法等的变更，是对要约内容的实质性变更。本案不属于这六种情形之一，即并非实质性变更（这里需要补充说明的是，并非所有对包装作的变更都属于非实质性变更，在国际贸易中，其实很多时候对包装作变更就等于对质量作变更），且要约人对此项非实质性变更也没有提出任何异议，故合同成立。

【例 2-8】分析

本题考核的是合同成立时间，即：承诺生效合同成立。承诺是到达生效，此题中承诺 5 月 3 日到达，合同成立。至于甲何时阅读，阅读完之后回不回复，都不影响合同在 5 月 3 日成立。

【例 2-9】分析

本题考核的是对要约的实质性变更与变更请求的区别。我们知道，要约的内容要具体确定，前面香港公司的几次询问，都不属于对要约的实质性变更，最后表示接受，合同成立。

【例 2-10】分析

本题考核的是对要约的实质性变更，甲公司对价格的讨价还价视为反要约，要约已经被终止，8 月 29 日的所谓接受，只能视为新要约，合同因此未成立。

【例 2-13】分析

本题考核的是缔约过失责任，结合题意，综合考虑，我们发现第三种意见是最合理的，被告的行为已经足以使原告相信其捐款的真实性，基于这项信赖，原告按照被告的要求作了一系列准备工作，结果造成了原告的损失，被告需要承担缔约过失责任，赔偿原告的损失。

【例 2-16】分析

公平原则是指在民事活动中以利益均衡作为价值判断标准，在民事主体之间发生利益关系摩擦时，以权利和义务是否均衡来平衡双方的利益。本题中，乙、丙等购房人虽然与甲公司签订了《退款协议书》，但是并非出于自愿，而是在无奈的情况下签订的。在该《协议书》中，乙、丙等购房人被迫放弃了数额巨大的利息、违约金支付的要求，该约定显然是显失公平的。《民法典》第一百五十一条规定，一方利用对方处于危困状态、缺乏判断能力等情形，致使民事法律行为成立时显失公平的，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。因此，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，因此答案为 C。

例 2-18】分析

1. 张三是限制行为能力人，该合同首先界定为效力待定合同，但由于未获追认，最终应为无效合同。
2. 张三如果是 19 岁，就属于完全民事行为能力人，但属于无处分权人处分他人财产，根据题意，不符合善意取得的基本条件，原所有权人有权追回（补充一点，假设此题将情节设定为善意取得成立，则根据《民法典》第三百一十一条第二款的规定，受让人依据善意取得规定取得不动产或者动产的所有权的，则原所有权人有权向无处分权人请求损害赔偿，也就是说此时原主人就有权向张三请求赔偿了）。
3. 本案原告起诉的对象是李四，由于限制行为能力人张三与李四的买卖合同最终属于无效合同，故李四应承担返还随身听的责任，若无法返还原物，则应承担金钱赔偿的责任，赔偿数额以市场价为基础考虑折旧的合理价为妥。当然，若本案随身听的主人直接起诉张三，张三亦需承担返还之责，若无法返还原物，张三亦应承担金钱赔偿之责。

【例 2-19】分析

1. 本案中，杭州公司可以行使不安抗辩权，暂停发货；
2. 若杭州公司在消息不确切的情况下擅自停止发货，则要承担违约责任；
3. 若日本公司以其在杭州的分公司的一批机器设备作为抵押担保，如担保是充分的，杭州公司就应该恢复履行；
4. 若日本公司确实被宣告破产，且也未能提供任何担保，杭州公司则可以解除合同并追究对方的违约责任。

【例 2-21】分析

1. 对于本案的第一个问题，法院认为，被告王成钢作为该笔借款的担保人，在借条上未明确约定保证方式，根据《民法典》第六百八十六条第二款的规定，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。关于被告担保到还款期即作废的主张，根据《民法典》第六百九十二条的规定，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。故对此主张不予采信，应按照自主债务履行期届满之日起六个月内计算保证期间。故判决被告偿还原告借款本息。
2. 对于本案第二个问题，虽然王成钢在电话中表示同意继续提供担保，但由于主合同已变更，保证合同的

变更也需要书面形式，本案王成钢只是在电话中表示同意，并没有采用书面形式，王成钢无须承担担保责任。

【例 2-23】分析

1. 借贷法律关系、保证法律关系、抵押法律关系；
2. 保证人在担保人一栏签名，但没有注明一般保证还是连带保证的，在《民法典》2021 年 1 月 1 日实施之前，视为连带责任保证；在《民法典》实施之后则视为一般保证；
3. 赵男可以与抵押人协商以抵押物折价或者以拍卖、变卖该抵押物所得的价款受偿，相对而言，折价的方式最为简便；
4. 第一笔借款可以要求李女承担保证责任，第二笔借款有抵押物，可以与抵押人协商以抵押物折价或者以拍卖、变卖该抵押物所得的价款受偿。

【例 2-24】分析

根据法律规定，抵押权与质权均是依当事人合意而成立的，但留置权则是法定的担保物权，因此在上述三种权利并存时以留置权人优先受偿。剩下的抵押权与质权，如果抵押权经法定登记，登记的抵押权优先于未登记的抵押权。根据《民法典》第四百一十五条的规定，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。

故本案例中，该批机器设备应按顺序优先清偿 E 的修理费用、B 的债权、C 银行的欠款，最后是 D 的债权。但需要注意的是，质权人有妥善保管质押财产的义务，因此修理费用应由 B 承担，在偿还 B 的债权时应予以扣除。

需注意三点：第一，从《民法典》的规定来看，抵押权人是否善意则不在考察之列；第二，未登记的抵押权在司法实践中不具有优先权，等同于一般债权；第三，未登记的抵押权不分先后，按债权比例清偿。

【例 2-25】分析

根据《民法典》第四百一十四条至第四百一十六条的规定，结合例 2-24 的分析内容，本题的清偿顺序应该是留置权最优先，其次是已经登记的抵押权，再次是质押权，最后是未登记的抵押权，故清偿顺序是丁、乙、丙、甲。

【例 2-28】分析

本案不仅探讨了定金与违约金的并用问题，还涉及定金支付的规则，即：在一方当事人仅仅是迟延履行而没有不履行合同的情况下，采用定金罚是不合适的，因为，作为一种债的担保形式，定金罚是在债不履行时采用的责任形式。因此，即使本案发生在合同法还没有颁布、定金和违约金的并用并未禁止的 1997 年，定金罚也不应该采用。至于违约金，合同已经规定为不能履约部分的 5%，故对于按期交货的那 500 台货物，无需承担相应的违约责任。假如卖方一直没有交付剩余的 500 台，此时可以以合同规定的一半的金额适用定金罚。

【例 2-29】分析

此案争议的焦点在于不可抗力的认定上。辽粤公司遭遇水灾的事实，符合辽粤公司以不可抗力抗辩本案被告的法定理由，但被告不能以辽粤公司发生水灾的事实作为抗辩原告的理由，毕竟，中国有对虾的公司不是只有辽粤公司一家，作为本案卖方的被告，在发现辽粤公司遭遇水灾的事实后，应该尽力通过其他渠道去其他产地组织货源，而不能借口其货源渠道之一的辽粤公司遭遇水灾的事实来拍价及不履行合同。退一步说，即使被告遭遇了不可抗力，根据《民法典》第五百九十条的规定，也应该履行通知义务，本案被告亦未履行这一义务。

【例 2-30】分析

此案考核的内容涉及《民法典》第五百六十三条以及第五百九十条的内容。本案中，甲公司没有按照合同规定的时间交付标的物，当然构成违约，而且根据《民法典》第五百九十条的规定，当事人迟延履行后发生不可抗力的，不能免除责任，本案甲公司迟延履行后发生了不可抗力，因此不能免除责任。此外，根据《民法典》第五百六十三条的规定，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，另一方有权单方解除合同。

【例 2-31】分析

本案中，我们可以认定违约方棉花供应商应当能预见到受损方棉花加工厂主张可得利益损失。这是因为：受损方在合同上盖的是棉花加工厂的章，作为违约方棉花供应商，他在缔约时知道受损方的身份，应当能预见到，他如果违约不把棉花卖给棉花加工厂，棉花加工厂肯定要受到生产利润的损失。但是，如果棉花加工厂购买的棉花并不是用来加工，而是用来转卖以赚取差价，这时他就不能把转售利润损失作为可得利益损失而要求棉花供应商赔偿，因为棉花供应商在缔约时只知道对方是一个棉花加工企业而不是商贸企业，不可能预见到棉花加工企业是把棉花进行转售。因此，在适用可预见规则时，应当依据合理标准（包括身份标准）认定违约方应当预见到可得利益损失的类型和数额，如果受损方是生产企业，那么违约方应当预见到的可得利益损失就是生产利润损失，而不是转售利润损失。

【例 2-32】分析

《民法典》第五百九十一条“减损规则”在本案中得以很好体现。本案原告在被告出现未及时提货的违约情形时，没有采取适当措施致使损失扩大，根据《民法典》第五百九十一条的规定，不得就扩大的损失要求赔偿。

【例 2-33】分析

1. 损失由乙承担，根据《民法典》第六百零四条的规定，这类风险由买受人承担。（本案例与本书【例 1-11】相对应）
2. 小牛由乙享有所有权，根据《民法典》第六百三十条的规定，标的物在交付之前产生的孳息，归出卖人所有，交付之后产生的孳息，归买受人所有。
3. 损失由乙承担，根据是《民法典》第六百零四条的规定。
4. 根据《民法典》第五百九十七条的规定，因出卖人未取得处分权致使标的物所有权不能转移的，买受人可以解除合同并请求出卖人承担违约责任。可见，《民法典》第五百九十七条认为无权处分的合同有效，但无权处分人应承担违约责任。
5. 丁能够取得牛 4 的所有权，丁为善意取得牛 4 之人，丁不知甲保留所有权且支付了相应的对价，并且乙已交付牛 4 给丁。
6. 租赁协议有效。租赁协议符合合同法规定，乙没有所有权不妨碍其租赁牛 5 给戊使用。租金作为法定孳息，其归属于乙所有，根据同样为《民法典》第六百三十条。

【例 2-34】分析

《民法典》第六百六十六条规定，规定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。

【例 2-35】分析

《民法典》第六百六十二条规定，赠与的财产有瑕疵的，赠与人不承担责任。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。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，应当承担损害赔偿责任。

【例 2-36】分析

《民法典》第六百五十八条对赠与合同的任意撤销与限制规定如下：赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。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。本案原告不可以撤销赠与合同，因为原告出差期间公司业务由朱某全权代理的事实已经经过公司正式发文公告，朱某代表公司所作的赠与行为有效。此外，《民法典》第六百六十二条对赠与的瑕疵担保责任规定如下：赠与的财产有瑕疵的，赠与人不承担责任。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。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，应当承担损害赔偿责任。公司无需对赠与物的瑕疵承担责任，除非故意不告知瑕疵或保证无瑕疵。

【例 2-37】分析

对于本案而言，老张是否能要回房屋，首先要分析老张将房屋过户给小丽这种行为应如何认定。老张将房

屋过户给小丽的行为不是买卖、不是借用，也不是租赁，而是赠与行为。老张在将房屋赠与给小丽的同时，又约定要收取房屋租金，可见这种赠与行为是附条件的。

老张将房屋赠与小丽，赠与行为是有效的，且已实际履行。老张如果想要将房屋收回，就要撤销赠与，那么老张有权撤销吗？

根据《民法典》第六百六十三条的规定，受赠人有下列情形之一的，赠与人可以撤销赠与：①严重侵害赠与人或者赠与人的近亲属；②对赠与人有扶养义务而不履行；③不履行赠与合同约定的义务。老张和小丽是父女关系，小丽对老张应当承担赡养义务。鉴于小丽不履行这种法定义务，老张可以依法撤销赠与，要求小丽返还房屋。这种撤销权的行使要自其知道或应当知道撤销原因之日起一年内申请。

如上所述，老张可以主张撤销赠与，请求小丽返还房屋来维护自己的权益。此外，子女对父母有赡养扶助的义务，当子女不履行赡养义务时，无劳动能力的或生活困难的父母，有要求子女支付赡养费的权利。

也就是说，本案老张事实上依法有两种选择：第一，可以向人民法院提起诉讼，要求小丽支付赡养费；第二，撤销赠与，收回房子。至于如何选择，那就要看老张自己了。

【例 2-38】分析

借款合同中未约定还款期限的，出借人可以随时要求借款人还钱，借款人也可以随时还钱给出借人。根据《民法典》第六百七十条的规定，借款的利息不得预先在本金中扣除，利息预先在本金中扣除的，应当按照实际借款数额返还借款并计算利息。此外，《民法典》第六百八十条规定，借款合同对支付利息没有约定的，视为没有利息。借款合同对支付利息约定不明确，当事人不能达成补充协议的，按照当地或者当事人的交易方式、交易习惯、市场利率等因素确定利息；自然人之间借款的，视为没有利息。

例 2-39】分析

根据合同法对租赁合同的规定，租赁合同期限最长不得超过 20 年；承租人对租赁物进行修缮，必须征得出租人同意；承租人在未征得出租人同意的情况下，不得转租租赁物；出租人出售租赁物，在同等条件下，承租人有优先购买权。

经济法案例分析整理

【例 2-13】分析

本题考核的是缔约过失责任，结合题意，综合考虑，我们发现第三种意见是最合理的，被告的行为已经足以使原告相信其捐款的真实性，基于这项信赖，原告按照被告的要求作了一系列准备工作，结果造成了原告的损失，被告需要承担缔约过失责任，赔偿原告的损失。

【例 2-14】分析

《民法典》第一百五十九条规定，附条件的民事法律行为，当事人为自己的利益不正当地阻止条件成就的，视为条件已成就；不正当地促成条件成就的，视为条件不成就。本案甲为了自己的利益，不正当地阻止条件成就，应视为条件已成就，甲需返还借款给乙，并承担赖账期间的利息。

【例 2-17】分析

本案非常典型，作为剖析善意取得制度很具有代表性。一审法院驳回乙的诉讼请求并没有错，虽然甲、丙串通起来，丙并非善意受让人，但根据“谁主张谁举证”的原则，乙没有证据证明丙不是善意受让人，故法院认定丙可依善意取得制度而取得房屋所有权。在这里，法院认定的是法律事实，与客观事实截然相反。而二审法院进行了改判也是对的，因为乙提供了新证据，足以证明甲丙串通起来，丙不是善意受让人的事实，这也是法律事实，与客观事实趋于一致。

【例 2-18】分析

1. 张三是限制行为能力人，该合同首先界定为效力待定合同，但由于未获追认，最终应为无效合同。

2. 张三如果是 19 岁，就属于完全民事行为能力人，但属于无处分权人处分他人财产，根据题意，不符合善意取得的基本条件，原所有权人有权追回（补充一点，假设此题将情节设定为善意取得成立，则根据《民法典》第三百一十一条第二款的规定，受让人依据善意取得规定取得不动产或者动产的所有权的，则原所有权人有权向无处分权人请求损害赔偿，也就是说此时原主人就有权向张三请求赔偿了）。

3. 本案原告起诉的对象是李四，由于限制行为能力人张三与李四的买卖合同最终属于无效合同，故李四应承担返还随身听的责任，若无法返还原物，则应承担金钱赔偿的责任，赔偿数额以市场价为基础考虑折旧的合理价为妥。当然，若本案随身听的主人直接起诉张三，张三亦需承担返还之责，若无法返还原物，张三亦应承担金钱赔偿之责。

【例 2-19】分析

1. 本案中，杭州公司可以行使不安抗辩权，暂停发货；
2. 若杭州公司在消息不确切的情况下擅自停止发货，则应承担违约责任；
3. 若日本公司以其在杭州的分公司的一批机器设备作为抵押担保，如担保是充分的，杭州公司就应该恢复履行；
4. 若日本公司确实被宣告破产，且也未能提供任何担保，杭州公司则可以解除合同并追究对方的违约责任。

【例 2-21】分析

1. 对于本案的第一个问题，法院认为，被告王成钢作为该笔借款的担保人，在借条上未明确约定保证方式，根据《民法典》第六百八十六条第二款的规定，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。关于被告担保到还款期即作废的主张，根据《民法典》第六百九十二条的规定，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。故对此主张不予采信，应按照自主债务履行期届满之日起六个月内计算保证期间。故判决被告偿还原告借款本息。

2. 对于本案第二个问题，虽然王成钢在电话中表示同意继续提供担保，但由于主合同已变更，保证合同的变更也需要书面形式，本案王成钢只是在电话中表示同意，并没有采用书面形式，王成钢无须承担担保责任。

【例 2-23】分析

1. 借贷法律关系、保证法律关系、抵押法律关系；
2. 保证人在担保人一栏签名，但没有注明一般保证还是连带保证的，在《民法典》2021 年 1 月 1 日实施之前，视为连带责任保证；在《民法典》实施之后则视为一般保证；
3. 赵男可以与抵押人协商以抵押物折价或者以拍卖、变卖该抵押物所得的价款受偿，相对而言，折价的方式最为简便；
4. 第一笔借款可以要求李女承担保证责任，第二笔借款有抵押物，可以与抵押人协商以抵押物折价或者以拍卖、变卖该抵押物所得的价款受偿。

【例 2-24】分析

根据法律规定，抵押权与质权均是依当事人合意而成立的，但留置权则是法定的担保物权，因此在上述三种权利并存时以留置权人优先受偿。剩下的抵押权与质权，如果抵押权经法定登记，登记的抵押权优先于未登记的抵押权。根据《民法典》第四百一十五条的规定，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。

故本案例中，该批机器设备应按顺序优先清偿 E 的修理费用、B 的债权、C 银行的欠款，最后是 D 的债权。但需要注意的是，质权人有妥善保管质押财产的义务，因此修理费用应由 B 承担，在偿还 B 的债权时应予以扣除。

需注意三点：第一，从《民法典》的规定来看，抵押权人是否善意则不在考察之列；第二，未登记的抵押权在司法实践中不具有优先权，等同于一般债权；第三，未登记的抵押权不分先后，按债权比例清偿。

【例 2-25】分析

根据《民法典》第四百一十四条至第四百一十六条的规定，结合例 2-24 的分析内容，本题的清偿顺序应该是留置权最优先，其次是已经登记的抵押权，再次是质押权（注意：这里质押权位列已登记的抵押权之后，是因为抵押登记的时间早于质权设立的时间），最后是未登记的抵押权，故清偿顺序是丁、乙、丙、甲。

【例 2-28】分析

本案不仅探讨了定金与违约金的并用问题，还涉及定金支付的规则，即：在一方当事人仅仅是迟延履行而没有不履行合同的情况下，采用定金罚是不合适的，因为，作为一种债的担保形式，定金罚是在债不履行时采用的责任形式。因此，即使本案发生在合同法还没有颁布、定金和违约金的并用并未禁止的 1997 年，定金罚也不应该采用。至于违约金，合同已经规定为不能履约部分的 5%，故对于按期交货的那 500 台货物，无需承担相应的违约责任。假如卖方一直没有交付剩余的 500 台，此时可以以合同规定的一半的金额适用定金罚。

【例 2-29】分析

此案争议的焦点在于不可抗力的认定上。辽粤公司遭遇水灾的事实，符合辽粤公司以不可抗力抗辩本案被告的法定理由，但被告不能以辽粤公司发生水灾的事实作为抗辩原告的理由，毕竟，中国有对虾的公司不是只有辽粤公司一家，作为本案卖方的被告，在发现辽粤公司遭遇水灾的事实后，应该尽力通过其他渠道去其他产地组织货源，而不能借口其货源渠道之一的辽粤公司遭遇水灾的事实来抬价及不履行合同。退一步说，即使被告遭遇了不可抗力，根据《民法典》第五百九十条的规定，也应该履行通知义务，本案被告亦未履行这一义务。

【例 2-30】分析

此案考核的内容涉及《民法典》第五百六十三条以及第五百九十条的内容。本案中，甲公司没有按照合同规定的时间交付标的物，当然构成违约，而且根据《民法典》第五百九十条的规定，当事人迟延履行后发生不可抗力的，不能免除责任，本案甲公司迟延履行后发生了不可抗力，因此不能免除责任。此外，根据《民法典》第五百六十三条的规定，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，另一方有权单方解除合同。

相关法律条文：《民法典》第五百八十六条 当事人可以约定一方向对方给付定金作为债权的担保。定金合同自实际交付定金时成立。定金的数额由当事人约定；但是，不得超过主合同标的额的百分之二十，超过部分不产生定金的效力。实际交付的定金数额多于或者少于约定数额的，视为变更约定的定金数额。

第五百八十七条 债务人履行债务的，定金应当抵作价款或者收回。给付定金的一方不履行债务或者履行债务不符合约定，致使不能实现合同目的的，无权请求返还定金；收受定金的一方不履行债务或者履行债务不符合约定，致使不能实现合同目的的，应当双倍返还定金。

第五百八十八条 当事人既约定违约金，又约定定金的，一方违约时，对方可以选择适用违约金或者定金**条款**。定金不足以弥补一方违约造成的损失的，对方可以请求赔偿超过定金数额的损失

4、不可抗力

◆ 定义：合同法 117 条第二款规定：

◆ 本法所称不可抗力，是指不能预见、不能避免并不能克服的 客观情况。

◆ 自然因素；社会因素。

◆ 注意法律的相关规定：

◆ 合同法第 117 条 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，但法律另有规定的除外。当事人迟延履行后发生不可抗力的，不能免除责任。

◆ 民法典第 180 条因不可抗力不能履行民事义务的，不承担民事责任。法律另有规定的，依照其规定。

◆ 不可抗力是不能预见、不能避免且不能克服的客观情况。

◆ 民法典：第五百九十条当事人一方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，但是法律另有规定的除外。因不可抗力不能履行合同的，应当及时通知对方，以减轻可能给对方造成的损失，并应

当在合理期限内提供证明。

◆ 当事人迟延履行后发生不可抗力的，不免除其违约责任

第四章

【例 4-1】分析

《公司法》第十六条第一款规定，公司向其他企业投资或者为他人提供担保，依照公司章程的规定，由董事会或者股东会、股东大会决议；公司章程对投资或者担保的总额及单项投资或者担保的数额有限额规定的，不得超过规定的限额。《公司法》第十六条第二款又规定，公司为公司股东或者实际控制人提供担保的，必须经股东会或者股东大会决议。前款规定的股东或者受前款规定的实际控制人支配的股东，不得参加前款规定事项的表决。该项表决由出席会议的其他股东所持表决权的过半数通过。

第一个案例中，a 同意为 B 提供担保，只是其个人同意，并没有由董事会或股东会作出决议，第二种情况的表决，则违反了公司法的程序性规定。

例 4-2】分析

本题主要考核《公司法》第二十条的规定，根据该条规定，公司股东应当遵守法律、行政法规和公司章程，依法行使股东权利，不得滥用股东权利损害公司或者其他股东的利益；不得滥用公司法人独立地位和股东有限责任损害公司债权人的利益。

公司股东滥用股东权利给公司或者其他股东造成损失的，应当依法承担赔偿责任。

公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任。

【例 4-1】分析

《公司法》第十六条第一款规定，公司向其他企业投资或者为他人提供担保，依照公司章程的规定，由董事会或者股东会、股东大会决议；公司章程对投资或者担保的总额及单项投资或者担保的数额有限额规定的，不得超过规定的限额。《公司法》第十六条第二款又规定，公司为公司股东或者实际控制人提供担保的，必须经股东会或者股东大会决议。前款规定的股东或者受前款规定的实际控制人支配的股东，不得参加前款规定事项的表决。该项表决由出席会议的其他股东所持表决权的过半数通过。

第一个案例中，a 同意为 B 提供担保，只是其个人同意，并没有由董事会或股东会作出决议，第二种情况的表决，则违反了公司法的程序性规定。这种担保的责任如何？

从司法实践中的法院判决来看，很多法院包括最高法院都认为，《公司法》第十六条第二款的规定是管理性强制规范，而非效力性规范，主要适用于调整公司内部法律关系，不能对抗债权人等公司以外的善意第

三人。故 A 公司还是应该承担担保责任。我觉得这个问题值得探讨。在实践中，公司的法定代表人绕开董事会或者股东会、股东大会，擅自以公司的名义对外提供担保的现象十分普遍。面对法定代表人甩来的这口“黑锅”，公司是否必须得背？这是司法实践中长期以来争论不休的一个热点问题。目前理论界和实务界的主流观点是：《公司法》第十六条应理解为对法定代表人权限的法定限制，违反该条规定签订的担保合同的效力的判定应以相对人是否知道或应当知道法定代表人超越代表权限为认定基础。

那么，这又引起了第二个争论：相对人是否负有审查义务？

有观点认为，相对人负有实质审查义务。另一种观点则认为，相对人仅负有形式审查义务，而对于文件的真实性、合法性、有效性等实质性问题则无须进行审查。我个人同意第二种观点。因为相对人作为公司之外的第三人，很多时候根本没法实质审查，如果硬性要求，容易滋生公司随意的以相对人未尽到审查义务为由否定担保合同效力的道德风险。主流观点也认为相对人仅负有形式审查义务，包括最高院在（2007）民二终字第 184 号判决中就认为，“只要审查董事会决议的形式要件是否符合法律规定，银行即尽到了合理的注意义务。”“决议上的签名是否为董事亲笔所签，则属于实质性审查的范畴，银行对此并无法定义务”。可见，相对人仅负形式审查义务相对是合理的，也获得司法实践的认可。

【例 4-2】分析

本题主要考核《公司法》第二十条的规定，根据该条规定，公司股东应当遵守法律、行政法规和公司章程，依法行使股东权利，不得滥用股东权利损害公司或者其他股东的利益；不得滥用公司法人独立地位和股东有限责任损害公司债权人的利益。

公司股东滥用股东权利给公司或者其他股东造成损失的，应当依法承担赔偿责任。

公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任。

【例 4-7】分析

本案最高人民法院的最终判决在司法实践中意义重大：判决一分为二，第一，股东与股东之间的对赌是有效的；第二，股东与目标公司之间的对赌是无效的，原因是侵害了其他债权人的利益。

本案最高法的这个判决具有标杆意义，为日益增多的 PE 投资行为提供了一个法律样本，同时，该判决也表现出最高法“鼓励投资、禁止投机”的导向。

本案最高人民法院再审判决对 PE 投资性质以及对赌协议效力的认定，无疑将对未来司法实践处理 PE 纠纷具有指导性意义，对广大 PE 投资者来说，“对赌条款”中对于投资人的投资权益的保障条款最好是由原股东来履行，在投资人与公司的关系中不要设立投资保本或收益的保底约定。也就是说，如协议中约定的条件没有出现，承担赔偿责任的人应该是原股东，公司并不承担赔偿责任，作为公司股东的投资人与公司之间的权利义务仍应按照公司法的相关规定予以规制。

【例 4-8】分析

本案的隐名股东王斌由于过于大意，没有做好相应的预防措施，最终付出了惨重代价。隐名投资人为了避免未来发生类似败诉，建议至少要做好以下两点：

其一，大额支出汇款时应在汇款附言处写清楚汇款用途，比如应在汇款时附注“请××代为向××公司出资”，就可以留下建立法律关系性质的凭证。由于资金往来性质存在多种可能性，委托投资、共同投资、赠与、借款、还款，等等，他人很难仅仅根据汇款凭据判断当时原被告之间实际发生的事实及其真实意思表示。

其二，应与名义股东签署书面形式的委托合同或者股权代持协议，并保留好所有参与公司经营管理的相关资料与证据。代持股关系应当基于委托关系形成，委托关系为双方法律行为，需双方当事人有建立委托关系的共同意思表示，签订委托合同或者代持股协议。仅凭向显名股东的汇款凭据无法确认股权代持关系、确认股东资格。银行资金划转凭证仅能够证明存在资金流转关系，但是未提交双方建立委托关系或者代持股关系的协议的直接证据，未能形成完整的证据链，不能证明双方对代持股形成委托关系。

商标法第十条规定不得作为商标使用的标志有：

◆（一）同中华人民共和国的国家名称、国旗、国徽、军旗、勋章相同或者近似的，以及同中央国家机关所在地特定地点的名称或者标志性建筑物的名称、图形相同的；

（二）同外国的国家名称、国旗、国徽、军旗相同或者近似的，但该国政府同意的除外；

（三）同政府间国际组织的名称、旗帜、徽记相同或者近似的，但经该组织同意或者不易误导公众的除外；

（四）与表明实施控制、予以保证的官方标志、检验印记相同或者近似的，但经授权的除外；

（五）同“红十字”、“红新月”的名称、标志相同或者近似的；

（六）带有民族歧视性的；

（七）夸大宣传并带有欺骗性的；

（八）有害于社会主义道德风尚或者有其他不良影响的。

县级以上行政区划的地名或者公众知晓的外国地名，不得作为商标。但是，地名具有其他含义或者作为集体商标、证明商标组成部分的除外；已经注册的使用地名的商标继续有效。地名第二含义：如凤凰，既可以作为地名使用，同是又是传说中的一种神鸟，所以可以作为商标来注册使

商标侵权行为

◆ 第五十七条有下列行为之一的，均属侵犯注册商标专用权：

◆（一）未经商标注册人的许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标的；

◆（二）未经商标注册人的许可，在同一种商品上使用与其注册商标近似的商标，或者在类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标，容易导致混淆的；

◆（三）销售侵犯注册商标专用权的商品的；

◆（四）伪造、擅自制造他人注册商标标识或者销售伪造、擅自制造的注册商标标识的；

◆（五）未经商标注册人同意，更换其注册商标并将该更换商标的商品又投入市场的；

◆（六）故意为侵犯他人商标专用权行为提供便利条件，帮助他人实施侵犯商标专用权行为的；

◆（七）给他人的注册商标专用权造成其他损害的。

◆ 第五十八条将他人注册商标、未注册的驰名商标作为企业名称中的字号使用，误导公众，构成不正当竞争行为的，依照《中华人民共和国反不正当竞争法》处理。

◆ 第五十九条注册商标中含有的本商品的通用名称、图形、型号，或者直接表示商品的质量、主要原料、功能、用途、重量、数量及其他特点，或者含有的地名，注册商标专用权人无权禁止他人正当使用。

◆ 三维标志注册商标中含有的商品自身的性质产生的形状、为获得技术效果而需有的商品形状或者使商品具有实质性价值的形状，注册商标专用权人无权禁止他人正当使用。

◆ 商标注册人申请商标注册前，他人已经在同一种商品或者类似商品上先于商标注册人使用与注册商标相同或者近似并有一定影响的商标的，注册商标专用权人无权禁止该使用人在原使用范围内继续使用该商标，但可以要求其附加适当区别标识。

◆ 第六十三条侵犯商标专用权的赔偿数额，按照权利人因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以确定的，可以按照侵权人因侵权所获得的利益确定；权利人的损失或者侵权人获得的利益难以确定的，参照该商标许可使用费的倍数合理确定。对恶意侵犯商标专用权，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的一倍以上三倍以下确定赔偿数额。赔偿数额应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。

◆ 人民法院为确定赔偿数额，在权利人已经尽力举证，而与侵权行为相关的账簿、资料主要由侵权人掌握的情况下，可以责令侵权人提供与侵权行为相关的账簿、资料；侵权人不提供或者提供虚假的账簿、资料的，人民法院可以参考权利人的主张和提供的证据判定赔偿数额。

◆ 权利人因被侵权所受到的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益、注册商标许可使用费难以确定的，由人民法院根据侵权行为的情节判决给予三百万元以下的赔偿。**精神损害**

不正当竞争

【例 6-2】分析

根据目前修订之后的《反不正当竞争法》的规定，这种“利用网络虚构交易案”属于“刷单炒信”行为，其罚款的金额已经提高到了最高可罚款 200 万元。“刷单炒信”情节严重的，还可追究刑事责任（比如：2017 年 6 月 19 日，浙江省杭州市余杭区人民法院判处“刷单炒信”者李某有期徒刑 5 年 9 个月，这是国内首例“刷单炒信”被追究刑事责任的案件）。

例8：2019年1月，徐老师取得工资1万元，劳务报酬所得2000元，稿酬所得5000元，个人负担“三险一金”4000元，专项附加扣除3000元，请计算徐老师需要缴纳的个人所得税。

首先，计算出应纳税所得额为： 10000 （工资） $+2000 \times 80\%$ （劳务报酬） $+5000 \times 80\% \times 70\%$ （稿酬） -4000 （三险一金） -5000 （免征额） -3000 （专项附加扣除） $=2400$ （元）

其次，再计算应纳税额为： $2400 \times 3\% = 72$ （元）

【例 9-4】分析

首先，计算出应纳税所得额为： 10000 （工资） $+2000 \times 80\%$ （劳务报酬） $+5000 \times 80\% \times 70\%$ （稿酬） -4000 （三险一金） -5000 （免征额） -3000 （专项附加扣除） $=2400$ （元）。

其次，再计算应纳税额为： $2400 \times 3\% = 72$ （元）。

【例 11-1】分析

本案中，A、B 两公司约定的仲裁条款中，没有约定具体的仲裁机构，如果双方对具体的仲裁机构达成补充协议，则可以通过仲裁解决争议，否则，将因无法就具体的仲裁机构达成一致而导致仲裁条款无效，从而使本案争议只能通过诉讼解决。

【例 11-2】分析

在本案中，由于三方约定的仲裁机构是一个不存在的仲裁机构，所以，除非三方对具体的仲裁机构达成补充协议，否则，本案争议只能通过诉讼解决。事实上，作为一个真实案例，本案最终通过诉讼解决了争议。

第八章 第九章 第十章 第十一章

【例 8-7】分析

此案的操作，毫无疑问，对于银行存在着很大的风险，从受托支付的角度，如果要规范操作，首先需要将这笔钱落地，在有规范授权且提供有效合同（比如开发商要求将一笔贷款直接打给其建筑材料供应商）的前提下，也是可以操作的；但如果该房地产开发商在该银行没有开立账户的情况下，直接要求银行根据其授权和合同，将贷款直接打给某一方，银行不应同意进行这类业务操作。

【例 9-4】分析

首先，计算出应纳税所得额为： 10000 （工资） $+2000 \times 80\%$ （劳务报酬） $+5000 \times 80\% \times 70\%$ （稿酬） -4000 （三险一金） -5000 （免征额） -3000 （专项附加扣除） $=2400$ （元）。

其次，再计算应纳税额为： $2400 \times 3\% = 72$ （元）。

例 10-1】分析

不可以，因为志愿者是无偿性质的劳动，即使可能拿到一天十几块钱的补贴，但是就其性质而言并非劳动者，不是劳动法调整的对象。

【例 10-7】分析

在劳动合同中，违约金的作用是什么？简单的说，就是用人单位绑住劳动者的“紧箍咒”。但是，用人单位并不能轻易绑住劳动者，劳动合同中约定违约金，只有两种情况下才可以有效“绑住”劳动者：第一是基于培训服务期而约定的违约金（《劳动合同法》第二十二条）；第二是竞业限制违约金（《劳动合同法》第二十三条）。本案约定的违约金显然不符合劳动合同法的规定，劳动者无须支付该违约金。

【例 10-9】分析

集体合同的目的是确定一个整体上的劳动标准，而非确定具体的劳动关系，不能用以替代劳动合同。用人单位未与劳动者签订劳动合同时，用人单位不能以已经与劳动者签订集体合同为由拒绝支付（双倍工资）。

例 10-17】分析

在本案中，若甲可以证明乙公司保证 2010 年 7 月还钱，则用人单位承诺支付之日为劳动争议发生之日，即 2010 年 7 月才是劳动争议发生之日，那么当然未超过时效；但是甲若没有证据证明乙公司承诺，则解除劳动关系之日即为劳动争议发生之日，此时时效当然已经过了。

【例 11-2】分析

在本案中，由于三方约定的仲裁机构是一个不存在的仲裁机构，所以，除非三方对具体的仲裁机构能达成补充协议，否则，本案争议只能通过诉讼解决。事实上，作为一个真实案例，本案最终通过诉讼解决了争议。

附：工伤认定

属于工伤的情况 《工伤保险条例》

第十四条职工有下列情形之一的，应当认定为工伤：

- (一)在工作时间和工作场所内，因工作原因受到事故伤害的；
- (二)工作时间前后在工作场所内，从事与工作有关的预备性或者收尾性工作受到事故伤害的；
- (三)在工作时间和工作场所内，因履行工作职责受到暴力等意外伤害的；
- (四)患职业病的；
- (五)因工外出期间，由于工作原因受到伤害或者发生事故下落不明的；
- (六)在上下班途中，受到非本人主要责任的交通事故或者城市轨道交通、客运轮渡、火车事故伤害的；
- (七)法律、行政法规规定应当认定为工伤的其他情形。

第十五条职工有下列情形之一的，视同工伤：

- (一)在工作时间和工作岗位，突发疾病死亡或者在 48 小时之内经抢救无效死亡的；
- (二)在抢险救灾等维护国家利益、公共利益活动中受到伤害的；
- (三)职工原在军队服役，因战、因公负伤致残，已取得革命伤残军人证，到用人单位后旧伤复发的。

职工有前款第(一)项、第(二)项情形的，按照本条例的有关规定享受工伤保险待遇；职工有前款第(三)项情形的，按照本条例的有关规定享受除一次性伤残补助金以外的工伤保险待遇。