# 考点16 合同的订立

#### （一）要约与承诺

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 要约邀请 | 1．概念 | 希望他人向自己发出要约的表示 |
| 2．典型例证 | 拍卖公告、招标公告、招股说明书、债券募集办法、基金招募说明书、商业广告和宣传、寄送的价目表 |
| 要约 | 1．概念 | 希望与他人订立合同的意思表示 |
| 2．构成要件 | （1）内容具体确定 |
| （2）表明经受要约人承诺，要约人即受该意思表示约束 |
| 3．与要约邀请的区分 | 商业广告和宣传的内容原则上属于要约邀请，但如果符合要约条件的，构成要约  【注意】符合要约要求的商品房的销售广告和宣传资料属于要约，违反的要承担违约责任（商品房买卖合同解释3） |
| 承诺 | 1．概念 | 受要约人同意要约的意思表示 |
| 2．构成要件 | （1）由受要约人向要约人作出 |
| （2）内容与要约一致（非实质变更） |
| （3）在承诺期限内到达要约人 |
| （4）承诺中必须表明订立合同的意思 |

#### （二）合同的成立时点

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 合同的订立方式 | | 合同的成立时点 |
| 要约与承诺方式 | | 承诺生效时 |
| 采用合同书形式订立 | | 当事人均签名、盖章或者按指印时（或的关系不需要同时签名盖章） |
| 采用合同书形式订立，在签名、盖章或者按指印之前，当事人一方已经履行主要义务，对方接受 | | 对方接受时 |
| 合同的订立要求签订确认书 | | 签订确认书时 |
| 电子合同 | | 相对方选择商品或服务并提交订单成功时 |
| 实践合同 | 定金合同 | 实际交付定金时 |
| 自然人之间的借款合同 | 贷款人提供借款时 |
| 保管合同 | 保管物交付时 |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 竞价方式订立合同 | 采取招标方式订立合同 | 中标通知到达中标人时 |
| 采取现场拍卖、网络拍卖等公开竞价方式订立合同 | 拍卖师落锤、电子交易系统确认成交时 |
| 产权交易所等机构主持拍卖、挂牌交易，其公布的拍卖公告、交易规则等文件中确定了合同成立所需具备的条件 | 该条件具备时 |
| 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 | | 债权人接收时 |

**三、格式条款**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **概念** | | 当事人预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款 |
| **订入合同** | **提供格式条款的一方的提示说明义务** | **提供格式条款的一方**应采取合理的方式提示对方注意免除或者减轻其责任等**与对方有重大利害关系的条款**，按照对方的要求，对该条款予以说明 |
| **违反的法律后果** | **对方可以主张该条款不成为合同的内容（没有形成合意）**，即使对方当事人已对合同整体上表示同意（如签字、盖章） |
| **无效事由** | | （1）一般性的民事法律行为无效事由 |
| （2）提供格式条款一方不合理地免除或者减轻其责任、加重对方责任、限制对方主要权利 |
| （3）提供格式条款一方排除对方主要权利 |
| 【注意】格式条款因上述事由无效，**属于部分无效**，通常并不会导致合同整体的无效。因此考生需要注意区分合同整体的效力与格式条款的效力 |
| **解释规则** | | （1）对格式条款的理解发生争议的，应当按照通常理解予以解释 |
| （2）对格式条款有两种以上解释的，应当作出不利于提供格式条款一方的解释 |
| （3）格式条款和非格式条款不一致的，应当采用非格式条款 |

特别提醒：

涉及格式条款的效力问题时，考生不妨遵照两步走的思维路径：

第一步：审查该格式条款是否已经订入合同，若未订入，则无需展开第二步审查；

第二步：若格式条款已经订入，再审查是否符合上述无效事由。

**四、缔约过失责任**

|  |  |
| --- | --- |
| **构成要件** | （1）缔约一方违反先合同义务 |
| （2）相对方受有损失。这里的损失仅包括财产损失，**不包括精神损失** |
| （3）违反先合同义务与该损失之间存在因果关系，即该损失是违反先合同义务而引起的 |
| （4）违反先合同义务者存在过错（违约是无过错责任） |
| **典型情形** | （1）恶意磋商 |
| （2）故意隐瞒与订立合同有关的重要事实 |
| （3）提供虚假情况 |
| （4）泄露或者不正当地使用相对方的商业秘密 |
| **法律后果** | 先合同义务违反者须承担损害赔偿责任，**赔偿范围是信赖利益**，即因违反先合同义务违反而给相对方造成的实际损失，具体包括直接损失与间接损失 |

特别提醒：

需明确区分缔约过失责任与违约责任

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **缔约过失责任** | **违约责任** |
| **违反的义务** | 先合同义务 | 合同义务 |
| **归责原则** | 过错责任 | 原则上为无过错责任 |
| **赔偿范围** | 信赖利益 | 履行利益 |
| **适用的前提** | 通常适用于不存在有效合同的情形 | 以合同有效为前提 |

# 考点17 合同的履行

### **一、**履行辅助人

|  |  |
| --- | --- |
| 概念 | 根据债务人的意思，协助债务人履行债务的人 |
| 典型例证 | 商场的售货员、出租车司机、医院的医生、家政公司的保洁人员 |
| 违约责任的承担 | 履行辅助人的违约责任由债务人承担（债的相对性原理，民593）辅助人不承担违约责任 |

### 二、合法利益的第三人代为履行

|  |  |
| --- | --- |
| 合法利益的第三人范围（有利害关系） | 1．保证人或者提供物的担保的第三人 |
| 2．担保财产的受让人、用益物权人、合法占有人 |
| 3．担保财产上的后顺位担保权人 |
| 4．对债务人的财产享有合法权益且该权益将因财产被强制执行而丧失的第三人 |
| 5．债务人的出资人、设立人 |
| 6．债务人的近亲属 |
| 7．经出租人同意转租时的次承租人（民719） |
| 8．其他对履行债务具有合法利益的第三人 |
| 法律效果 | 1．合法利益第三人有权代为履行，债权人不得拒绝受领 其他人代为履行债权人可以拒绝 |
| 2．债权人接受第三人履行后，其对债务人的债权法定地转让给第三人，第三人取得该债权及其从权利，第三人有权向债务人追偿，但不得损害债权人的利益 |

**三、双务合同的履行抗辩权**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **适用前提** | | **双务合同** |
| **法律性质** | | 一时性的抗辩权 |
| **同时履行抗辩权** | **构成要件** | （1）须因同一双务合同互负债务（构成对待给付义务） |
| （2）双方互负的债务均已届清偿期 |
| （3）对方对其自己的债务未履行或未提供履行而请求履行 |
| **法律效果** | 一方在对方履行之前有权拒绝其履行要求；任何一方主动作出恰当的履行行为后，对方的同时履行抗辩权归于消灭 |
| 程序法问题 | 1．原告起诉履行+被告主张同时履行抗辩权且成立+被告未提反诉：法院作出对待给付判决，即被告在原告履行债务的同时履行自己的债务，并在判决中明确原告申请强制执行的，人民法院应当在原告履行自己的债务后对被告采取强制执行措施 | |
|  | 2．原告起诉履行+被告主张同时履行抗辩权且成立+被告提反诉：法院作出同时履行判决，即判决双方同时履行自己的债务，并在判决中明确任何一方申请强制执行的，人民法院应当在该当事人履行自己的债务后对对方采取执行行为 | |
| **先履行抗辩权** |  | 当事人互负债务，有先后履行顺序的，先履行一方未履行其债务之前，后履行一方有权拒绝其履行请求 |
| **构成要件** | （1）须因同一双务合同互负债务，且有先后履行顺序 |
| （2）先履行一方未履行或未完全履行 |
| **法律效果** | 后履行一方有权拒绝其履行要求，但若先履行一方恰当地履行了其义务的，该抗辩权消灭 |
| **不安抗辩权** | **权利人** | **仅先履行义务的一方享有不安抗辩权** |
| **构成要件** | （1）双方当事人因同一双务合同而互负债务 |
| （2）后履行方有丧失或者可能丧失履行债务能力的情形，具体包括经营状况严重恶化、转移财产、抽逃资金以逃避债务、丧失商业信誉等 |
| （3）不安事由危及先履行方债权的实现 |
| **法律效果** | （1）先履行一方有权中止履行，但其有义务通知对方以便对方提供适当的担保 |
| （2）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，先履行方可以解除合同并可以请求对方承担违约责任（预期违约） |

特别提醒：

1．双务合同被认定为不成立、无效抑或是被撤销而发生双方返还的后果，则此双方的返还义务构成对待给付，有同时履行抗辩权适用之余地。

2．对于不安抗辩权，后履行方有丧失或者可能丧失履行债务能力的情形，先履行方须承担证明责任，如果先履行方没有确切证据中止履行的，应当承担违约责任。

### **四、**以物抵债

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 概念 | 当事人达成以他种给付替代原定给付的合同 | |
| 履行期届满前的以物抵债（担保型以物抵债） | 1．效力 | （1）如无其他效力瑕疵事由，合同整体有效 |
| （2）如有流担保条款（流押流质条款），流担保条款无效，但不影响合同整体效力 |
| 2．功能与性质：具有担保功能，属于非典型担保 | |
| 3．是否能优先受偿 | （1）未公示（交付或登记）：债权人只能就所抵之物变价受偿，无权优先受偿 |
| （2）已公示（交付或登记）：债权人有权优先受偿，参照担保物权实现程序 |
| 履行期届满后的以物抵债（清偿型以物抵债） | 1．生效时点：属于诺成性合同，当事人意思表示一致时生效，当事人另有约定除外 | |
| 2．原债务的消灭：以物抵债协议履行（交付或登记）时债务消灭  【注意】以物抵债协议本身，以及当事人的确认书、人民法院的调解书，都不能直接导致物权变动 | |
| 3．以物抵债协议不履行的救济：经催告后在合理期限内仍不履行——债权人享有选择权（新债旧债二选一） | |

履行期届满前的以物抵债协议具有担保功能，属于《民法典》第388条第1款规定的“其他具有担保功能的合同”。如果其中存在流押流质条款，则流押流质条款无效，但不影响担保合同整体的效力。

履行期届满后的以物抵债（清偿型以物抵债）

履行期届满后的以物抵债协议属于诺成性合同，自当事人意思表示一致时生效。

以物抵债协议生效时，债务原则上并不消灭；以物抵债协议履行（通常为财产的交付或转移登记）的同时，债务消灭。

如果债务人未按照以物抵债协议履行，且**经催告后在合理期限内仍不履行，债权人享有选择权：其可以选择请求债务人履行原债务或者以物抵债协议**，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

　 当事人也可以约定为债务更新，即协议达成后原债消灭、新债产生

**五、情势变更**

|  |  |
| --- | --- |
| **构成要件** | （1）合同的基础条件即**相关客观情况发生了重大变化**，且不属于商业风险 |
| （2）合同基础条件的变化**发生于合同成立后** |
| （3）基础条件的变化是当事人**在订立合同时无法预见** |
| （4）如果继续严守合同会对当事人一方明显不公平 |
| **法律效果** | （1）受不利影响的一方可以要求与对方重新协商，对方负有诚信磋商的义务 |
| （2）若在合理期限内协商不成，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** |

特别提醒：

1．情势变更构成后要奉行先磋商，后申请解除或变更两步走，而**不能直接申请解除或变更合同**。

2．情势变更构成后当事人不能直接解除合同，**是否解除合同由人民法院或者仲裁机构应当结合案件的实际情况，根据公平原则裁判**。

3．可抗力是指“不可抗力是不能预见、不能避免且不能克服的客观情况”。据此，不可抗力是中性的客观情况而已，发生不可抗力后，对合同有何影响，需要结合不可抗力对合同的具体影响而作出判断，对此可归纳出以下几种情形：（1）不可抗力发生后，如果对合同的履行并无影响，则无需适用不可抗力或情势变更的相关规则；（2）不可抗力发生后合同还有履行可能，但是继续履行对一方而言显失公平，此时构成情势变更，当事人有权依据《民法典》第533条主张救济；（3）不可抗力导致合同一方违约时，违约方有权依据《民法典》第590条免除违约责任；（4）不可抗力导致不能实现合同目的时，合同双方均可依据《民法典》第563条第1款解除合同。

# 考点18 合同的保全

**一、债权人代位权**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **代位权的构成要件** | | （1）债务人怠于行使其到期债权及其从权利 |
| （2）债务人怠于行使权利影响债权人的到期债权实现 |
| （3）债权人的债权、债务人对次债务人的债权均已届履行期 |
| （4）债权人代位行使的权利并非专属于债务人【注意】专属于债务人自身的权利包括：（1）抚养费、赡养费或者扶养费请求权；（2）人身损害赔偿请求权；（3）劳动报酬请求权，但是超过债务人及其所扶养家属的生活必需费用的部分除外；（4）请求支付基本养老保险金、失业保险金、最低生活保障金等保障当事人基本生活的权利；（5）其他专属于债务人自身的权利 |
| **代位权的行使** | **行使范围** | 以债权人的到期债权为限 |
| **行使方式** | （1）代位权的行使**须以诉讼的方式行使** |
| （2）代位权案件由被告（即次债务人）住所地管辖 |
| （3）债权人以次债务人为被告，债务人为无独三 |
| **次债务人的抗辩** | 相对人对债务人的抗辩，可以向债权人主张 |
| **代位权的法律效果** | | （1）**直接清偿的规则，不采入库规则** |
| （2）如果债务人对相对人的权利被采取了保全、执行措施，或者债务人被宣告破产，则须依民诉法、破产法等法律的规定处理（需要入库原则） |
| **债权人的保存行为** | **适用情形** | （1）债务人的债权或者与该债权有关的从权利存在诉讼时效期间即将届满 |
| （2）次债务人陷入破产，但债务人未及时申报破产债权 |
| **保存行为（不需要到期）** | （1）**债权人可以代位向债务人的相对人请求其向债务人履行、向破产管理人申报或者作出其他必要的行为** |
| （2）无须通过诉讼的方式作出，而是直接请求次债务人向债务人履行，或者向次债务人的破产管理人申报债权即可 |

**二、债权人撤销权**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **构成要件** | **客观要件** | （1）债务人实施了诈害债权的行为 |
| （2）债务人的诈害行为影响债权人的债权实现 |
| （3）债务人的诈害行为发生于债权成立之后 |
| **主观要件** | （1）债务人实施无偿的债权诈害行为时，**债务人的相对人无需主观要件**，不论其对债务人的诈害行为是否知情，债权人均有权行使撤销权 |
| （2）债务人实施有偿的债权诈害行为时，要求债务人的相对人知道或者应当知道债务人的诈害债权行为 |
| **典型的债权诈害行为** | **无偿的债权诈害行为** | （1）放弃其债权 |
| （2）放弃债权担保 |
| （3）无偿转让财产 |
| **有偿的债权诈害行为** | （1）以明显不合理的低价转让财产 |
| （2）以明显不合理的高价受让他人财产 |
| （3）为他人的债务提供担保 |
| **撤销权的行使** | **行使方式** | **须以向人民法院起诉的方式来行使** |
| **行使对象** | （1）**如果债权诈害行为是单方民事法律行为，应以债务人为被告** |
| （2）**如果债权诈害行为是双方民事法律行为，则应以债务人与相对人为共同被告** |
| **行使范围** | 以债权人的债权为限，如果所涉及的标的物是不可分之物（如一套商品房），则允许撤销行为整体 |
| **行使期间** | （1）主观期间：自债权人知道或者应当知道撤销事由之日起一年内行使 |
| （2）客观期间：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 |
| **法律效果** | | 债务人影响债权人的债权实现的行为被撤销的，**自始没有法律约束力** |

# 考点19 合同权利义务的移转

**一、债权转让**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **不得转让的债权** | | （1）根据债权性质不得转让，如抚养费、赡养费债权 |
| （2）按照当事人约定不得转让 |
| （3）依照法律规定不得转让 |
| **限制债权转让约定的效力** | | （1）当事人约定非金钱债权不得转让的，不得对抗**善意第三人** |
| （2）当事人约定金钱债权不得转让的，不得对抗**第三人** |
| **债权转让合同** | **概念** | 在出让人与受让人之间订立的以转让债权为内容的合同 |
| **形式要求** | 不要式 |
| **法律性质** | **处分行为** |
| **债权转让时点** | | 债权转让合同生效时 |
| **债权转让通知** | **法律目的** | 保护债务人，避免债务人错误清偿 |
| **法律效力** | **未经通知，债权转让对债务人不发生效力** |
| **债权转让的法律效力** | **让与人与受让人之间** | （1）债权由让与人移转于受让人，债权的从权利随之**自动**移转 |
| （2）因债权转让增加的履行费用，由让与人负担 |
| **受让人与债务人之间** | （1）债务人一经获得通知，债权让与即对其生效。自此以后，债务人应当向新债权人履行才能发生债务履行的效果 |
| （2）债务人一切得对抗原债权人的抗辩事由，均可对抗新债权人 |
| （3）债务人可向受让人主张抵销  “有下列情形之一的，债务人可以向受让人主张抵销：（一）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；（防止债权转让对债务人产生不利影响）（二）债务人的债权与转让的债权是基于同一合同产生。” |
| 债权多重转让 | 顺位规则 | 最先通知的受让人有接受债务人履行的权利 |
| 债务人错误履行的救济 | 债务人明知接受履行的受让人不是最先通知的受让人，最先通知的受让人有权请求债务人继续履行债务或依据债权转让协议请求让与人承担违约责任 |
| 最先通知受让人的返还请求权 | 最先通知的受让人不得请求接受履行的受让人返还其接受的财产的，但接受履行的受让人明知该债权在其受让前已经转让给其他受让人的除外 |

**二、债务承担**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **概念** | | 不改变债务的同一性，而依合同将债务移转于他人承受 |
| **类型** | | （1）免责的债务承担（债务移转） |
| （2）并存的债务承担（债务加入） |
| **免责的债务承担（债务移转）** | **债务移转合同的订立方式** | （1）三方订立 |
| （2）债务人与第三人订立，但**须债权人同意**，**经催告后的债权人沉默解释为不同意** |
| **法律效果** | 原债务人因债务承担而免去债务，仅承担人作为债务人 |
| **并存的债务承担（债务加入，不需要债务人同意）** | **债务加入合同的订立方式** | （1）三方订立 |
| （2）第三人与债务人订立，并通知债权人 |
| （3）**第三人向债权人表示愿意加入债务，债权人未在合理期限内明确拒绝** |
| **法律效果** | 第三人与债务人负担连带债务 |

# 考点20 合同权利义务的终止

**一、清偿**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **清偿的抵充** | **适用情形** | 债务人对同一债权人负担数个种类相同的债务（一般为金钱债务），如债务人仅作出一次履行，则需明确该次履行清偿了何笔债务 |
| **多笔债务抵充规则** | **已到期的——对债权人担保最少的——债务负担最重的——到期先后顺序——按比例** |
| **单笔债务抵充规则** | 债务人对债权人负担一笔有利息和履行费用的金钱债务，而其一次给付不足以清偿全部的，按**实现债权的费用——利息——主债务（本金）**顺序抵充 |
| **第三人代为履行权** | **适用前提** | 债务人不履行债务，**第三人对履行该债务具有合法利益的** |
| **法律效果** | 第三人有权向债权人代为履行，债权人不得拒绝 |
| **典型例证** | （1）债务人不履行到期债务，保证人有权代其履行（即承担保证责任） |
| （2）承租人租金义务逾期，次承租人可代其履行 |
| **第三人的追偿权** | 债权人接受第三人履行后，其对债务人的债权转让给第三人，但是债务人和第三人另有约定的除外 |

**二、合同的解除**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **解除的类型** | | （1）双方解除 |
| （2）**单方解除【考查重点】** |
| **解除权的发生原因** | **约定解除权** | 合同约定解除事由+事由成就+行使解除权=合同解除 |
| **法定解除权** | （1）不可抗力+不能实现合同目的 |
| （2）拒绝履行主要义务 |
| （3）迟延履行主要义务+催告后合理期限内仍不履行 |
| （4）其他违约+不能实现合同目的 |
| **任意解除权** | （1）继续性合同，双方+提前通知+任意解除 |
| （2）不定期租赁，双方+提前通知+任意解除 |
| （3）承揽合同，仅承揽人单方+完成工作前+任意解除+赔偿对方损失 |
| （4）委托合同，双方+随时解除+赔偿对方损失（区分有偿无偿） |
| （5）不定期合伙合同，所有合伙人+提前通知+任意解除 |
| （6）成年人意定监护，双方+该成年人丧失或者部分丧失民事行为能力前+任意解除 |
| **解除权的行使** | **解除权性质** | 简单形成权，**期满不行使解除权消灭** |
| **行使期间** | （1）约定优先 |
| （2）无约定+对方未催告，自权利人知道或应当知道解除事由之日起1年 |
| （3）无约定+对方催告，在催告后在合理期限内行使 |
| **行使方式** | 1. 以通知相对人的方式行使，**通知到达时合同解除** 2. **起诉方式形式：起诉书送达时合同解除** |
| **通知的典型方式** | （1）向对方发出明示的解除表示 |
| （2）向对方发出“最后通牒”，表明如果债务人在一定期限内继续不履行则合同将被自动解除 |
| （3）起诉解除，自起诉状副本送达对方时解除 |
| **相对方异议** | 相对方对解除有异议，可起诉确认解除行为的效力 |
| **合同解除的法律效力** | | （1）尚未履行的债权债务消灭。**已经履行债权债务部分，恢复原状或采取补救措施** |
| （2）**解除的溯及力：一时性合同有；继续性合同无** |
| （3）**合同解除与违约责任可并存**，另有约定除外 |
| （3）担保责任：担保范围包括解除后的民事责任，另有约定除外 |
| （4）合同中结算和清理条款仍继续有效 |

特别提醒：

1．需**区分约定解除权与附解除条件的合同**。前者解除事由成就后并不自动解除，须行使解除权后解除；后者解除条件成就后，合同自动失效。

2．合同解除与违约责任可以并存，**但合同解除下的违约责任仅指赔偿损失**，并不包括继续履行与采取补救措施。

**三、抵销**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **概念** | | 当事人就互负种类相同的给付，按对等数额使其相互消灭的意思表示 |
| **类型** | | （1）合意抵销 |
| （2）单方抵销【考查重点】（法定抵消） |
| **单方抵销的构成要件** | | （1）双方当事人互负债务 |
| （2）债务属于同一种类（金钱债务最为常见） |
| （3）主动债权（即抵销人的债权）必须是到期债权 |
| **抵销权** | **性质** | 简单形成权，无需以诉讼方式行使 |
| **行使方式** | （1）以通知的方式行使，无需对方当事人同意，对方当事人有异议可以起诉 |
| （2）不得附条件或者附期限 |

### 四、提存

|  |  |
| --- | --- |
| 概念 | 清偿人以消灭债务为目的，将其给付物为债权人寄托于提存所之行为 |
| 适用情形（债务人难以履行） | 1．债权人无正当理由拒绝受领 |
| 2．债权人下落不明 |
| 3．债权人死亡未确定继承人、遗产管理人，或者丧失民事行为能力未确定监护人 |
| 4．法律规定的其他情形 |
| 提存的效力 | 1．视为已经交付标的物，可排除迟延履行 |
| 2．债务人负有通知债权人的义务 |
| 3．标的物提存后，毁损、灭失的风险由债权人承担 |
| 4．提存期间标的物的孳息归债权人所有 |
| 5．提存费用由债权人负担 |
| 6．债权人可以随时领取提存物 |

### 五、免除

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 概念 | 债权人以消灭债权为目的而抛弃债权的单方民事法律行为 | |
| 法律性质 | 需受领的单方民事法律行为  【注意】免除无须债务人同意，但债务人可以拒绝 | 1．债务人未在合理期限内拒绝：发生免除效力 |
| 2．债务人在合理期限内拒绝：不发生免除效力 |
| 效力 | 债权全部或部分地消灭 | |

# 考点21 违约责任

**一、继续履行**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **不能请求继续履行的情形** | | （1）法律上或事实上履行不能 |
| （2）债务标的不适于强制履行，如预约合同之债、劳务之债 |
| （3）履行费用过高（债权人履行利益大大低于债务人履行费用） |
| （4）债权人在合理期限内未要求履行 |
| **违约方请求司法解除** | **构成要件** | 发生不能请求继续履行的情形+致使不能实现合同目的 |
| **法律效果** | （1）**当事人请求+法院或仲裁机构裁判终止合同** |
| （2）**违约责任不受影响** |

**二、赔偿损失**

|  |  |
| --- | --- |
| **赔偿范围** | **履行利益=所受损失+可得利益** |
| **赔偿范围的限制** | 可预见性限制，即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 |

特别提醒：

违约损害赔偿与缔约过失责任中的损害赔偿不同：前者赔偿履行利益，使守约方处于合同正常履行的利益状态；后者赔偿信赖利益，使权利人处于缔约前的利益状态。

**三、补救措施**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **主要适用场景** | | 不完全履行 |
| **具体形态** | | （1）请求补正履行，包括修理、更换、重作等 |
| （2）退货，相当于解除合同 |
| （3）减价 |
| **减价权** | **法律性质** | 形成权 |
| **行使方式** | 以通知方式，无须诉讼 |
| **减价标准** | 交付时合格标的物和实际交付标的物之间的市场差价 |
| **实现方式** | （1）价款未支付，按照减价后的价款支付 |
| （2）价款已支付，返还减价后多出部分价款 |

**四、违约金**

**违约金具有从属性**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **违约金的司法调整** | | （1）过高（**高于实际损失30%以上**）+当事人申请+法院或仲裁机构决定是否减少 |
| （2）低于损失（不要求过分低于）+当事人申请+法院或仲裁机构决定是否增加 |
| **定金** | **合同性质** | 实践性合同，**定金合同自实际交付定金时成立** |
| **数额限制** | **不得超过主合同标的额的20%**，超过部分不产生定金的效力（**超过部分不适用定金罚则，以不当得利要求返还或者折抵**） |
| **约定数额与交付数额不一致** | 以交付数额为准，视为合同的变更 |
| **定金罚则** | （1）给付定金方违约，无权请求返还定金（但可请求返还20%以上的部分） |
| （2）收定金方违约，双倍返还（20%以上部分无需双倍返还） |
| **违约金与定金并存** | | （1）**择一，不能同时主张** |
| （2）择一后无法填补损失，剩余损失可继续主张违约损害赔偿 |

特别提醒：

1．**迟延履行的违约金与继续履行可以并存**。

2．涉及定金时，考生需要依次审查：（1）定金是否已经支付，进而判断定金合同是否成立；（2）比较交付数额与主合同标的额的20%，判断多少数额能发生定金效力；（3）是否同时存在定金与违约金，进而判断是否需要择一行使。

3．关于定金罚则的计算，试举一例说明：AB两公司签订设备买卖合同，价款100万，约定30万违约定金。合同签订后A公司支付30万定金。若A公司违约，则B公司就其中20万（100×20%）无需返还，但仍需返还超过20%的部分，即10万；若B公司违约，则B公司除了返还A公司交付的30万以外，还需要承担定金罚则20万，共需支付A公司50万。

**五、违约责任与侵权责任的竞合（侵犯固有利益）**

|  |  |
| --- | --- |
| **主要适用场景** | （1）加害给付，如购买缺陷产品导致人身伤害 |
| （2）其他违约行为导致固有利益损害，如客运合同中承运人未尽保障旅客人身安全的义务导致旅客受伤 |
| **当事人的选择权** | 当事人可选择提起违约之诉或提起侵权之诉 |
| **竞合时的精神损害赔偿** | 基于违约与侵权均可主张精神损害赔偿 |

特别提醒：

违约与侵权竞合时，当事人可以自由选择提起违约之诉或提起侵权之诉，**但不同选择之下诉讼当事人有所不同**：基于违约之诉只能起诉合同相对方（如缺陷产品的出卖人），但基于侵权时被告的选择空间可能更大，如构成产品责任时，既可以起诉生产者，也可以起诉销售者。

# 考点22 典型合同

### 一、买卖合同

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 多重买卖 | 买卖合同效力 | 各买卖合同如果没有其他效力瑕疵的话，都是有效的 |
| 所有权归属 | （1）普通动产多重买卖：先交付者——都未交付的，先付款者——都未交付且未付款的，合同成立在先者 |
| （2）特殊动产多重买卖：先交付者——均未交付的，先登记者——均未交付且未登记的，合同成立在先者 |
| 违约救济 | 未取得所有权的买受人有权主张违约责任 |
| 风险负担 | 风险的含义 | （1）风险仅指不可归责于双方当事人（如不可抗力）而导致标的物毁损灭失的情形，如果标的物的灭失是由出卖人或买受人的原因引起，不适用风险负担规则 |
| （2）风险仅指价金风险，即标的物毁损灭失了以后买受人是否还需要支付价款 |
| 一般规则 | 交付时风险移转 |
| 交付地点 | （1）约定优先，若买受人指定交付地点时，在该地交付承运人，风险移转 |
| （2）未约定交付地点，无法通过解释确定，且标的物需要运输时，交付第一承运人风险移转 |
| 特别规则 | （1）买受人受领迟延的，自受领迟延之时起，由买方承担风险 |
| （2）在途货物（承运人运输）买卖的，自买卖合同成立时转移风险（须无交付地之约定） |
| （3）种类物买卖，特定化之前风险不转移于买受人 |
| （4）试用买卖，试用期内毁损、灭失的风险由出卖人承担 |
| 1. 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（风险回转）   此时交付不在移转风险  提存也会导致风险负担的移转  交付移转风险分担不仅适用于动产，也适用于不动产  分期付款等特殊买卖合同也适用交付移转风险规则  买受人是否支付价款 本质是风险负担问题  风险负担题干一定有标的物损毁灭失 |
| 分期付款买卖 | 含义 | 分3期以上（包括3期）才构成分期付款，仅分2期不是分期付款 |
| 合同解除特别规则 | 1. 买受人未支付价款达到总价的1/5+催告+合理期限内仍不支付=出卖人有权解除合同   出卖人催告才能解除合同 |
| （2）解除后，出卖人有权请求标的物的使用费 |
| 所有权保留买卖 | 适用范围 | 不适用于不动产买卖 |
| 出卖人保留的所有权 | （1）性质：非典型担保 |
| （2）登记对抗：未经登记不得对抗善意第三人，主要指取得占有的标的物善意买受人、移转占有的善意承租人等 |
| 出卖人的取回权 | （1）行使的前提：未按照约定支付价款，经催告后在合理期限内仍未支付；未按照约定完成特定条件；将标的物出卖、出质或者作出其他不当处分 |
| （2）取回权的排除：如果买受人已经支付标的物总价款的75%以上，或者第三人已经善意取得标的物，出卖人不得主张取回权 |
| （3）取回权的行使：与买受人协商，协商不成则参照适用担保物权的实现程序（不得直接取回） |
| 买受人的回赎权 | （1）适用前提：出卖人行使取回权后 |
| （2）赎回方式：买受人可在约定期间或出卖人指定合理期限内赎回（回赎的本质在于通过履行主债务消除非典型担保） |
| （3）未赎回的法律效果：参照担保物权的实现程序，出卖人就标的物变价受偿，多退少补  按照担保物变价程序 |

特别提示

关于风险负担问题，交付主义作为一般规则，同时适用于动产买卖与不动产买卖，以及一些特种买卖如分期付款买卖、所有权保留买卖。

### 二、赠与合同

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 赠与人的任意撤销权 | 法律性质 | 形成权，无需以诉讼方式行使 |
| 行使时间 | 在赠与财产的权利转移之前 |
| 不得任意撤销的情形 | （1）经过公证的赠与合同 |
| （2）具有公益、道德义务性质的赠与合同，如救灾、扶贫、助残等 |
| 不得任意撤销的法律后果 | （1）受赠人有权请求赠与人履行赠与义务 不履行受赠人可以起诉 |
| 1. 赠与人违约责任的减轻时：仅在赠与人因故意或重大过失致赠与物在交付前毁损灭失的，赠与人才须承担赔偿责任   无偿合同性质决定 赠与人仍可以主张穷困抗辩权 |
| （3）赠与人仍可主张穷困抗辩权 |
| 赠与人的法定撤销权 | 适用情形 | （1）赠与财产的权利转移之后 |
| （2）存在不得任意撤销的情形 |
| 适用条件 | （1）严重侵害赠与人或其近亲属 |
| （2）不抚养赠与人 |
| （3）不履行赠与合同中的义务 |
| 行使主体 | （1）原则上由赠与人行使 |
| （2）赠与人死亡或者丧失民事行为能力的，由赠与人的继承人或法定代理人行使 |
| 除斥期间 | （1）赠与人，自知道或应当知道撤销事由之日起1年内 |
| （2）赠与人的继承人或法定代理人，自知道或应当知道撤销事由之日起6个月内 |
| 法律效果 | 返还赠与财产 |
| 赠与人的违约责任 | | （1）在两种不得任意撤销的情形下，对于赠与财产的毁损、灭失，赠与人须具有故意或重大过失才承担违约责任 |
| （2）原则上赠与人无须对赠与财产的瑕疵承担违约责任，但存在两个例外情形：A．附义务的赠与，赠与的财产有瑕疵的；B．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 |
| 赠与人的穷困抗辩权 | 适用前提 | 赠与财产的权利尚未完全转移+赠与人的经济状况显著恶化+严重影响其生产经营或家庭生活 |
| 法律效果 | 可以不再履行赠与义务（已经转移的部分不能主张返还，但尚未转移的部分无需再履行 不能任意撤销的也可以穷困抗辩） |

特别提示

赠与合同的大多数规则都是基于赠与合同的无偿性，在学习上述赠与合同规则时，考生应紧扣赠与合同的无偿性进行理解。

### 三、借款合同

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 主要类型 | | （1）自然人之间的借款合同 实践合同 |
| （2）非自然人之间的借款合同 |
| 自然人之间的借款合同 | 合同形式 | 不要式，无需书面形式 |
| 合同性质 | 实践性合同，自贷款人提供借款时成立 |
| 利息有无 | 未约定利息的，视为无息借款 |
| 利息管制 | 约定的利息不得超过LPR的4倍（16%左右），超过部分无效 |
| 非自然人之间的借款合同 | 合同形式 | 须以书面形式订立 |
| 合同性质 | 诺成性合同，合同于当事人双方订立合同时即生效，贷款人有义务依约提供贷款 |

借款合同无效情形

1. 未依法取得放贷资格的出借人，以营利为目的向社会不特定对象提供借款的； （四）出借人事先知道或者应当知道借款人借款用于违法犯罪活动仍然提供借款的；

**四、保证合同**

|  |  |
| --- | --- |
| **不得担任保证人的主体** | （1）**机关法人原则上不得为保证人**，但存在例外（《民法典》第863条） |
| 1. **以公益为目的的非营利法人、非法人组织原则上不得为保证人**，但存在例外（《民法典担保制度解释》第6条）   以公益为目的的非营利性学校、幼儿园、医疗机构、养老机构等提供担保的，人民法院应当认定担保合同无效，但是有下列情形之一的除外：  　　（一）在购入或者以融资租赁方式承租教育设施、医疗卫生设施、养老服务设施和其他公益设施时，出卖人、出租人为担保价款或者租金实现而在该公益设施上保留所有权；  　　（二）以教育设施、医疗卫生设施、养老服务设施和其他公益设施以外的不动产、动产或者财产权利设立担保物权。  　　登记为营利法人的学校、幼儿园、医疗机构、养老机构等提供担保，当事人以其不具有担保资格为由主张担保合同无效的，人民法院不予支持。 |
| **保证合同的形式要求** | **书面形式** |
| **保证合同的订立方式** | （1）单独订立书面合同 |
| （2）主债权债务合同中的保证条款 |
| （3）**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** |

**保证类型**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **保证的类型** | | （1）一般保证 |
| （2）连带责任保证 |
| **一般保证人的先诉抗辩权** | **概念** | 在主合同纠纷未经审判或仲裁，并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前，保证人享有拒绝承担保证责任的抗辩权 |
| **权利性质** | 一时性的抗辩权 |
| **与诉讼的衔接** | （1）债权人未就主合同纠纷提起诉讼或者申请仲裁，仅起诉一般保证人的，人民法院应当驳回起诉 |
| （2）一般保证中，债权人一并起诉债务人和保证人的，人民法院可以受理，但是在作出判决时，除有民法典第687条第2款但书规定的情形外，应当在判决书主文中明确，保证人仅对债务人财产依法强制执行后仍不能履行的部分承担保证责任 |
| （3）债权人未对债务人的财产申请保全，或者保全的债务人的财产足以清偿债务，债权人申请对一般保证人的财产进行保全的，人民法院不予准许 |
| **保证类型的确定** | | （1）约定优先 |
| （2）没有约定或者约定不明确的，**按照一般保证承担保证责任** |

特别提醒：

一般保证与连带责任保证的核心区别在于，一般保证人享有先诉抗辩权。因此涉及保证时，考生需要明确保证的类型，进而确定保证人是否享有先诉抗辩权。

**保证期间**

|  |  |
| --- | --- |
| **概念** | 债权人可以要求保证人承担保证债务的有效期间 |
| **法律性质** | 失权期间。**保证期间届满，保证债权消灭，且不发生中止、中断和延长** |
| **长度** | （1）约定优先 |
| （2）未约定或者虽然约定但早于或等于主债务履行期的（等于无约定），则保证期间适用法定期间，即自债权清偿期届满之日起的**6个月**内为保证期间 |
| **起算点** | （1）被担保的债权有清偿期的，保证期间自主债务履行期届满之日起算 |
| （2）当事人未就主债权约定清偿期的，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 |
| **期间届满的法律效力** | （1）在一般保证中，债权人未在保证期间内对债务人提起诉讼或申请仲裁的，保证期间届满，保证人免除保证责任 |
| （2）在连带保证中，债权人未在保证期间内要求保证人承担保证责任的，保证期间届满，保证人免除保证责任 |
| **与诉讼时效的衔接** | （1）保证人如果未在保证期间内正当行使保证债权，保证责任消灭，无诉讼时效问题 |
| （2）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（先诉抗辩权消灭，对债务人执行完毕无效果），开始计算保证债务的诉讼时效（具体见《担保制度解释》第28条） |
| （3）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 |

**保证的效力**

|  |  |
| --- | --- |
| **在保证人和债权人之间的效力** | （1）债权人要求保证人履行保证债务的请求权，**但须考虑一般保证人的先诉抗辩权** |
| （2）保证人可以主张债务人对债权人的抗辩，即使债务人放弃抗辩权 |
| （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 |
| **在保证人和主债务人之间的效力** | （1）**保证人履行债务后，取得对主债务人的代位求偿权** |
| （2）若主债务人提供物保，保证人享有该物保（这个物保担保的是追偿权） |

### 五、租赁合同

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 租期限制 | | 不得超过20年，超过部分无效 |
| 租赁合同的形式要求 | 租期6个月以下 | 不要式 |
| 租期6个月以上 | 应采书面形式，如果违反且无法确定租期的，构成不定期租赁 |
| 不定期租赁 | 具体情形 | （1）租期6个月以上，当事人未采用书面形式，且无法确定租期的 |
| （2）如果当事人没有约定租期，且依据《民法典》第510条仍无法确定租期的 |
| （3）租赁期限届满，承租人继续使用租赁物，出租人没有提出异议的 |
| 任意撤销权 | 合同双方+提前通知+任意解除 |
| 一房多租 | 各租赁合同效力 | 原则上均有效 |
| 各租赁合同的履行顺序 | 已经合法占有租赁房屋者——均未占有的，先完成备案登记者——均未占有且未备案登记的，合同成立在先者 |
| 未取得租赁房屋的承租人救济 | 解除租赁合同+主张违约责任 |
| 承租人优先购买权（形成权） | 法律性质 | 形成权 |
| 适用范围 | 房屋租赁，其他租赁不适用 |
| 法律效力 | 仅具相对效力，可主张违约损害赔偿，但不影响出租人与第三人的房屋买卖合同效力  不能撤销或者主张无效 |
| 优先购买权排除的情形 | （1）房屋共有人行使优先购买权 |
| （2）出卖给出租人的近亲属 |
| （3）通知后15日内未明确表示购买 |
| （4）拍卖5日前通知但未参加拍卖 |
| 买卖不破租赁 | 适用范围 | 租赁期间租赁物所有权的变动，包括买卖、赠与、互易、出资等 也包括继承等  不仅限于买卖 |
| 构成前提 | 有效的租赁合同+承租人占有租赁物 |
| 法律效果 | 承租人的租赁权不受影响，租赁合同的权利义务由新所有权人承受 |
| 转租 | 经出租人同意的转租 | （1）形成双重租赁关系：原租赁合同与转租合同，各自维持合同相对性 |
| （2）转租期限如超过租赁合同剩余期限，则超过部分不约束出租人 |
| （3）次承租人享有代为履行权（支付承租人欠付的租金和违约金） 没有义务代为履行 |
| 出租人的同意 | （1）出租人明示或默示表达的同意 |
| （2）拟制的同意：出租人知道或应知转租事实，但六个月内未提出异议，视为同意转租 |
| 未经出租人同意的转租 | （1）转租合同有效 |
| （2）出租人可以解除合同+请求次承租人返还租赁物 |
| （3）次承租人不享有代为履行权 |
| 租赁物的维修 | 维修义务人 | 原则上出租人负担维修义务，另有约定除外 |
| 维修义务的履行 | （1）承租人可以请求出租人在合理期限内维修 |
| （2）承租人可以自行维修，维修费用由出租人负担 |
| 维修导致的承租人损害 | 因维修影响承租人使用的，应相应减少租金或延长租期 |
| 维修义务的排除 | 因承租人过错导致需要维修时，出租人不承担维修义务 |
| 租赁物的装饰装修 | | （1）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 |
| （2）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 |

特别提示

转租未经出租人同意并不会影响转租合同的效力，转租合同如果没有其他效力瑕疵，是有效的。不过此时出租人可以通过解除租赁合同并主张租赁物的返还，次承租人无权对抗。次承租人可以主张违约责任

### 六、承揽合同

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| 承揽合同的概念与识别 | 概念 | | 承揽人按照定作人的要求完成工作，交付工作成果，定作人支付报酬的合同 |
| 识别 | VS委托合同 | 承揽合同是结果之债，承揽人不仅要按照定作人的要求完成工作，而且要交付符合合同要求的工作成果，承揽人交付的工作成果不符合质量要求的，定作人有权请求承揽人承担违约责任；委托合同属于手段之债，委托人负有诚信地处理委托事务的义务，但委托人并不担保委托事务一定成功，对于因不可归责于受托人的事由而导致委托事务不能完成，受托人仍享有报酬请求权 |
| VS买卖合同 | 买卖合同是指出卖人转移标的物的所有权于买受人，买受人支付价款的合同，而承揽合同是指承揽人按照定作人的要求完成工作，交付工作成果，定作人支付报酬的合同 |
| 承揽人的主要工作应亲自完成 | | | （1）承揽人将其承揽的主要工作交由第三人完成的，应当就该第三人完成的工作成果向定作人负责；未经定作人同意的，定作人也可以解除合同 |
| （2）承揽人可以将其承揽的辅助工作交由第三人完成。承揽人将其承揽的辅助工作交由第三人完成的，应当就该第三人完成的工作成果向定作人负责 |
| 定作人的任意解除权 | | | （1）只有定作人享有任意解除权，承揽人不享有任意解除权 |
| （2）定作人应在承揽人完成工作前行使任意解除权，如果承揽人的工作已经完成，那么定作人不能再行使任意解除权 |
| （3）为了兼顾承揽人的利益，定作人行使任意解除权时，如果造成承揽人损失的，应当赔偿损失 |

### 七、建设工程合同

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 无效事由 | 1．资质瑕疵 | 承包人未取得建筑业企业资质或者超越资质等级，或者没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义，建设工程施工合同无效 |
| 2．招投标瑕疵 | 建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效时，建设工程施工合同无效 |
| 3．转包与违法分包 | （1）转包合同无效，即使经过发包方同意也是无效 |
| （2）违法分包合同无效 |
| 4．阴阳合同 | 阴合同无效 按照阳合同发生效力 |
| 5．规划审批手续瑕疵 | 发包人未取得建设工程规划许可证等规划审批手续时，建设工程施工合同无效，但发包人在起诉前取得建设工程规划许可证等规划审批手续的除外 |
| 合同无效的后果 | | （1）无效+竣工验收合格，可以参照合同约定折价补偿承包人 |
| （2）无效+验收不合格+修复后竣工验收合格，可以请求承包人承担修复费用 |
| （3）无效+验收不合格+修复后竣工验收不合格，承包人不得请求支付工程价款 |
| 工程款优先受偿权 | 权利性质 | 法定担保物权 |
| 构成要件 | （1）发包人迟延履行工程款 |
| （2）经承包人催告后，发包人在合理期限内仍不支付  【注意】工程款的优先受偿权不以工程竣工为前提，但建设工程质量须合格 |
| 权利主体 | 与发包人订立建设工程施工合同的承包人，不包括分包人与实际施工人 |
| 权利顺位 | 优先于抵押权和其他债权 |
| 适用的工程范围 | （1）建设工程 |
| （2）具备折价或者拍卖条件的装饰装修工程 |
| 被担保的债权范围 | 原则上应以工程款为限，逾期支付建设工程价款的利息、违约金、损害赔偿金等不能优先受偿 |
| 行使期间 | 承包人应当在合理期限内行使建设工程价款优先受偿权，但最长不得超过18个月，自发包人应当给付建设工程价款之日起算 |
| 预先放弃 | 预先放弃若损害建筑工人的利益，则该预先放弃无效 |

**保证合同**

|  |  |
| --- | --- |
| **不得担任保证人的主体** | （1）**机关法人原则上不得为保证人**，但存在例外（《民法典》第863条） |
| 1. **以公益为目的的非营利法人、非法人组织原则上不得为保证人**，但存在例外（《民法典担保制度解释》第6条）   以公益为目的的非营利性学校、幼儿园、医疗机构、养老机构等提供担保的，人民法院应当认定担保合同无效，但是有下列情形之一的除外：  　　（一）在购入或者以融资租赁方式承租教育设施、医疗卫生设施、养老服务设施和其他公益设施时，出卖人、出租人为担保价款或者租金实现而在该公益设施上保留所有权；  　　（二）以教育设施、医疗卫生设施、养老服务设施和其他公益设施以外的不动产、动产或者财产权利设立担保物权。  　　登记为营利法人的学校、幼儿园、医疗机构、养老机构等提供担保，当事人以其不具有担保资格为由主张担保合同无效的，人民法院不予支持。 |
| **保证合同的形式要求** | **书面形式** |
| **保证合同的订立方式** | （1）单独订立书面合同 |
| （2）主债权债务合同中的保证条款 |
| （3）**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** |

**二、保证类型**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **保证的类型** | | （1）一般保证 |
| （2）连带责任保证 |
| **一般保证人的先诉抗辩权** | **概念** | 在主合同纠纷未经审判或仲裁，并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前，保证人享有拒绝承担保证责任的抗辩权 |
| **权利性质** | 一时性的抗辩权 |
| **与诉讼的衔接** | （1）债权人未就主合同纠纷提起诉讼或者申请仲裁，仅起诉一般保证人的，人民法院应当驳回起诉 |
| （2）一般保证中，债权人一并起诉债务人和保证人的，人民法院可以受理，但是在作出判决时，除有民法典第687条第2款但书规定的情形外，应当在判决书主文中明确，保证人仅对债务人财产依法强制执行后仍不能履行的部分承担保证责任 |
| （3）债权人未对债务人的财产申请保全，或者保全的债务人的财产足以清偿债务，债权人申请对一般保证人的财产进行保全的，人民法院不予准许 |
| **保证类型的确定** | | （1）约定优先 |
| （2）没有约定或者约定不明确的，**按照一般保证承担保证责任** |

特别提醒：

一般保证与连带责任保证的核心区别在于，一般保证人享有先诉抗辩权。因此涉及保证时，考生需要明确保证的类型，进而确定保证人是否享有先诉抗辩权。

**三、共同保证**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **约定优先** | | 当事人可以约定各保证人承担的保证份额与保证责任承担顺序等 |
| **没有约定时的推定规则** | **保证责任的顺序** | 债权人可以自由选择 |
| **保证人对债务人的追偿权** | （1）保证人承担保证责任后，**取得对主债务人的代位求偿权** |
| （2）若主债务人提供物保，保证人享有该物保 |
| **保证人之间的追偿权** | **原则上保证人之间不得互相追偿**，除非存在法定可追偿的情形（《民法典担保制度解释》第13条第1-2款） |

特别提醒：

共同保证的规则与共同担保的规则基本相同，建议一起复习掌握。

**四、保证期间**

|  |  |
| --- | --- |
| **概念** | 债权人可以要求保证人承担保证债务的有效期间 |
| **法律性质** | 失权期间。**保证期间届满，保证债权消灭，且不发生中止、中断和延长** |
| **长度** | （1）约定优先 |
| （2）未约定或者虽然约定但早于或等于主债务履行期的（等于无约定），则保证期间适用法定期间，即自债权清偿期届满之日起的**6个月**内为保证期间 |
| **起算点** | （1）被担保的债权有清偿期的，保证期间自主债务履行期届满之日起算 |
| （2）当事人未就主债权约定清偿期的，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 |
| **期间届满的法律效力** | （1）在一般保证中，债权人未在保证期间内对债务人提起诉讼或申请仲裁的，保证期间届满，保证人免除保证责任 |
| （2）在连带保证中，债权人未在保证期间内要求保证人承担保证责任的，保证期间届满，保证人免除保证责任 |
| **与诉讼时效的衔接** | （1）保证人如果未在保证期间内正当行使保证债权，保证责任消灭，无诉讼时效问题 |
| （2）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（先诉抗辩权消灭，对债务人执行完毕无效果），开始计算保证债务的诉讼时效（具体见《担保制度解释》第28条） |
| （3）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 |

**五、保证的效力**

|  |  |
| --- | --- |
| **在保证人和债权人之间的效力** | （1）债权人要求保证人履行保证债务的请求权，**但须考虑一般保证人的先诉抗辩权** |
| （2）保证人可以主张债务人对债权人的抗辩，即使债务人放弃抗辩权 |
| （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 |
| **在保证人和主债务人之间的效力** | （1）**保证人履行债务后，取得对主债务人的代位求偿权** |
| （2）若主债务人提供物保，保证人享有该物保（这个物保担保的是追偿权） |

### 八、委托合同

|  |  |
| --- | --- |
| 概念 | 委托合同是委托人和受托人约定，由受托人处理委托人事务的合同 |
| 转委托 | （1）转委托经同意或者追认的，委托人可以就委托事务直接指示转委托的第三人，受托人仅就第三人的选任及其对第三人的指示承担责任 |
| （2）转委托未经同意或者追认的，受托人应当对转委托的第三人的行为承担责任 |
| 受托人责任 | （1）有偿委托：受托人对一般过错负责 |
| （2）无偿委托：受托人仅对故意或重大过失负责 |
| 任意解除 | （1）合同双方均享有任意解除权 |
| （2）无偿委托合同的解除方应当赔偿因解除时间不当造成的直接损失 |
| （3）有偿委托合同的解除方应当赔偿对方的直接损失和合同履行后可以获得的利益 |

### 九、物业服务合同

|  |  |
| --- | --- |
| 合同订立 | （1）建设单位（如开发商）与物业服务人订立（即前期物业服务合同），前期物业合同对业主具有约束力 |
| （2）业主大会选聘+业主委员会与物业服务人签订 |
| 法律效力 | （1）物业服务人需按约定提供物业服务，不得将全部物业服务转委托给第三人 |
| （2）业主需依约缴纳物业费，不得以未接受或不需要物业服务为由拒绝支付 |
| 合同解除 | 业主一方+业主大会解聘决议+提前60天书面通知+任意解除+赔偿对方的损失 |

### 十、合伙合同

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 概念 | | 二个以上合伙人为了共同的事业目的,订立的共享利益、共担风险的协议 |
| 事务执行 | | （1）合伙事务由全体合伙人共同执行 |
| （2）可以委托一个或者数个合伙人执行合伙事务；其他合伙人有权监督 |
| （3）合伙人分别执行合伙事务的，执行事务合伙人可以对其他合伙人执行的事务提出异议，提出异议后，其他合伙人应当暂停该项事务的执行 |
| （4）合伙人不得因执行合伙事务而请求支付报酬，但另有约定除外 |
| 损益分配 | | （1）盈利分配：约定——出资比例——等额分配 |
| （2）债务承担：对外合伙人对合伙债务承担连带责任；内部追偿 |
| 期限与终止 | 期限 | （1）合伙人未约定合伙期限的，视为不定期合伙 |
| （2）不定期合伙合同，合伙人可随时解除，但应当在合理期间前通知其他合伙人 |
| （3）定期合同到期后，如合伙人继续执行合伙事务而其他合伙人无异议的，转化为不定期合伙 |
| 终止 | 合伙人的死亡、终止或丧失行为能力原则上导致合伙合同的终止，另有约定除外 |

# 考点23 无因管理与不当得利

### 一、无因管理

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 类型 | | （1）适法的无因管理，即管理人有为他人管理的意思，且其管理符合被管理人真实意思【重点考查】 |
| （2）不适法的无因管理，管理人虽有为他人管理的意思，但其管理活动不符合被管理人真实意思 |
| 适法无因管理的构成要件 | | （1）有管理事务的行为 |
| （2）有为他人管理的意思。无须纯为他人，为自己兼为他人亦可 |
| （3）管理人系无法定或约定的义务 |
| （4）管理事务符合被管理人的真实意思 |
| 适法无因管理的法律效果 | 管理人的义务 | （1）以有利于受益人的方式管理的义务 |
| （2）及时通知义务 |
| （3）报告义务 |
| （4）移交管理利益义务 |
| 管理人的权利 | （1）请求必要费用 |
| （2）因管理事务所受损失请求适当补偿 |
| 排除违法性 | 若管理事务得当，即使造成被管理人损害，也不构成侵权；管理不当则可能构成侵权 |
| 不适法无因管理的法律效果  不符合管理人真实意思 | | 如果该无因管理仍使被管理人受益的，则被管理人应在受益范围内负费用偿还、损害补偿的义务 |

特别提示

1．管理人对被管理人没有报酬请求权。

2．无因管理作为“准合同”，与委托合同关系紧密，管理人管理事务经受益人事后追认的，从管理事务开始时起，适用委托合同的有关规定，但管理人另有意思表示的除外。

3．无因管理并不要求达到预期的管理效果，即便未达预期的管理效果（如避免被管理人的损失），只要管理行为本身得当，亦可发生无因管理的法律效果。 管理失败不影响无因管理

### 二、不当得利

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 构成要件 | | （1）一方受损 |
| （2）他方受益 |
| （3）受损与受益之间具有因果关系 |
| （4）得利欠缺法律上的原因 |
| 类型（考试不需要掌握） | | （1）给付型不当得利 |
| （2）非给付型不当得利 |
| 排除不当得利请求权的情形 | | （1）为履行道德义务进行的给付 |
| （2）债务到期之前的清偿，相当于放弃期限利益 |
| （3）明知无给付义务而进行的债务清偿 |
| 法律效果 | | 得利人有义务向受损人返还其所得利益 |
| 具体返还范围 | 得利人善意 | 仅需返还现存利益 |
| 得利人恶意 | 需返还所取得的一切利益+赔偿受损方的损失 |

特别提示

关于不当得利是否需要区分给付型与非给付型，学理争议较大，从法考的角度，不必刻意区分这两种类型，直接按照上述四要件判断分析即可。

# 考点24 人格权

### 一、人格权保护

|  |  |
| --- | --- |
| 人格权的保护方式 | （1）侵权责任，满足精神损害赔偿要件的可主张精神损害赔偿 |
| （2）违约责任，违约责任中也可主张精神损害赔偿 |
| （3）人格权请求权：停止侵害、排除妨害、消除危险、消除影响、恢复名誉等，无需过错，且不受诉讼时效限制 |
| （4）预防性的人格权禁令 |

### 二、身体权与健康权

|  |  |
| --- | --- |
| 保护对象 | （1）身体权的保护对象：身体完整与行动自由 |
| （2）健康权的保护对象：身心健康（生理健康+心理健康） |
| 侵害行为例证 | （1）侵害身体权的例证：未经同意割除他人发辫、非法拘禁、非法搜查他人身体 |
| （2）侵害健康权的例证：故意传播疾病于他人 |
| 器官捐赠 | （1）捐献应当采用书面形式或有效的遗嘱形式 |
| （2）自然人生前未表示不同意捐献的，该自然人死亡后，其配偶、成年子女、父母可以共同决定捐献，决定捐献应当采用书面形式 |
| （3）以任何形式买卖人体细胞、人体组织、人体器官、遗体的，买卖合同无效 |

### 三、姓名权

|  |  |
| --- | --- |
| 保护范围 | 1．法定姓名 |
| 2．具有一定社会知名度，被他人使用足以造成公众混淆的笔名、艺名、网名、译名、字号、姓名和名称的简称等：参照姓名权 |
| 侵害行为 | 1．干涉他人使用姓名 |
| 2．盗用他人姓名 |
| 3．假冒他人姓名（冒名行为） |

### 四、肖像权

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 侵害行为 | | 未经肖像权人同意，得制作、使用、公开肖像权人的肖像。无需以营利为目的 |
| 肖像权与著作权 | | （1）摄影、绘画、雕塑等作品中的人物享有肖像权，而作者对作品享有著作权 |
| （2）著作权的行使不得侵害肖像权 |
| 肖像权的商业利用 | 利用方式 | 肖像权许可使用合同 |
| 合同解释 | 关于肖像使用条款的理解有争议的，应当作出有利于肖像权人的解释 |
| 合同解除 | （1）合同无期限：双方+提前通知+任意解除 |
| （2）合同有期限：肖像权人+有正当理由+提前通知+解除+赔偿对方损失 |

### 五、名誉权

|  |  |
| --- | --- |
| 概念 | 对民事主体的品德、声望、才能、信用等的社会评价 导致社会评价降低 |
| 侵害行为 | 1．侮辱行为 |
| 2．诽谤行为 |
| 信用评价的保护 | 1．民事主体的查询权 |
| 2．评价不当时：异议权；请求更正、删除权 |

### 六、隐私权

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 概念 | 自然人的私人生活安宁和不愿为他人知晓的私密空间、私密活动、私密信息  【注意】法人或非法人组织不享有隐私权 | |
| 侵害行为 | 1．以电话、短信、即时通讯工具、电子邮件、传单等方式侵扰他人的私人生活安宁 | |
| 2．进入、拍摄、窥视他人的住宅、宾馆房间等私密空间 | |
| 3．拍摄、窥视、窃听、公开他人的私密活动 | |
| 4．拍摄、窥视他人身体的私密部位 | |
| 5．处理他人的私密信息 | |
| 6．以其他方式侵害他人的隐私权 | |
| 【注意】隐私权VS名誉权 | （1）侮辱、诽谤他人侵犯的是名誉权而非隐私权 |
| （2）擅自披露他人隐私信息侵犯的是隐私权，如果同时造成社会评价降低，同时构成侵犯名誉权 |

名誉权保护对象个人道德才能等方面的评价，侵害名誉权的行为包括侮辱诽谤等导致社会评价降低 擅自披露隐私也会影响名誉

### 七、个人信息权

|  |  |
| --- | --- |
| 知情权 | 处理个人信息前的告知、要求个人信息处理者公开处理规则等 |
| 决定权 | 对个人信息处理的同意权、撤回权与删除权等 |
| 查阅复制权 | 查阅、复制其个人信息 |
| 可携带权 | 将个人信息转移至其指定的个人信息处理者 |
| 更正补充权 | 个人发现其个人信息不准确或者不完整的，有权请求个人信息处理者更正、补充 |
| 删除权 | 符合下列情形之一时，个人有权请求个人信息处理者删除个人信息：（1）处理目的已实现、无法实现或者为实现处理目的不再必要；（2）个人信息处理者停止提供产品或者服务，或者保存期限已届满；（3）个人撤回同意；（4）个人信息处理者违反法律、行政法规或者违反约定处理个人信息；（5）法律、行政法规规定的其他情形 |
| 解释说明权 | 要求个人信息处理者对其个人信息处理规则进行解释说明 |

# 考点25 婚姻家庭

### 一、彩礼的认定与返还

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 不属于彩礼的情形 | | 1．一方在节日、生日等有特殊纪念意义时点给付的价值不大的礼物、礼金 |
| 2．一方为表达或增进感情的日常消费性支出 |
| 3．其他价值不大的财物 |
| 彩礼的返还规则 | | 见下表 |
| 彩礼返还诉讼的当事人 | 婚约财产纠纷 | 1．婚约一方及其实际给付彩礼的父母可以作为共同原告 |
| 2．婚约另一方及其实际接收彩礼的父母可以作为共同被告 |
| 离婚纠纷 | 当事人仍为夫妻双方，当事人双方的父母不得作为原被告 |

彩礼的返还规则

|  |  |
| --- | --- |
| 具体情形 | 可否返还 |
| 未办理登记且未共同生活 | 返还 |
| 未办理登记但共同生活 | 按比例返还 |
| 办理登记但未共同生活 | 返还（以离婚为前提） |
| 办理登记且共同生活 | 原则上不得返还，除非共同生活时间较短且彩礼数额过高，此时按比例返还 |
| 婚前给付并导致给付人生活困难 | 返还（以离婚为前提） |
| 以彩礼为名借婚姻索取财物 | 返还 |

### 二、同居关系

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 同居关系 | 1．类型 | （1）双方均未婚而同居 |
| （2）婚姻无效/被撤销时的同居 |
| （3）婚内与第三人同居 |
| 2．法律性质 | 并非受民法调整的身份关系  【注意】起诉请求解除同居关系：不予受理，已经受理的裁定驳回起诉；因同居期间财产分割或者子女抚养纠纷起诉：应当受理（婚姻家庭编解释一3） |
| 3．与结婚的区别 | （1）同居关系不创设身份关系；结婚创设身份关系（婚姻），互相有扶养义务，互相有第一顺位法定继承人资格 |
| （2）同居期间所得财产，原则上各方单独所有；婚姻期间取得的财产原则上共同共有 |
| 4．同居期间所得财产的处理 | （1）原则上各方单独所有（婚姻家庭编解释二4第1项） |
| （2）共同出资购置的财产或者共同生产、经营、投资的收益以及其他无法区分的财产，以各自出资比例为基础，综合考虑共同生活情况、有无共同子女、对财产的贡献大小等因素进行分割（婚姻家庭编解释二4第2项） |
| （3）婚姻无效/被撤销时，除有证据证明为当事人一方所有的以外，按共同共有处理（婚姻家庭编解释一22） |

### 三、无效婚姻

|  |  |
| --- | --- |
| 无效事由 | （1）重婚 |
| （2）有禁止结婚的亲属关系 直系血亲和三代以内旁系血亲 |
| （3）未到法定婚龄 |
| 无效事由的补正 | 无效事由在提起诉讼时已经消失的，不得起诉确认婚姻无效 |
| 无效的司法认定 | （1）原告不得撤诉 |
| （2）婚姻效力不得调解，财产分割和子女抚养可以调解 |
| （3）法院得依职权审查（通常在离婚诉讼中） |

### 四、可撤销婚姻

|  |  |
| --- | --- |
| 基于胁迫撤销 | （1）撤销权人：受胁迫方 |
| （2）撤销权行使方式：向人民法院起诉 |
| （3）撤销权的除斥期间：自胁迫行为终止之日起1年内；被非法限制人身自由时，自恢复人身自由之日起1年内 |
| （4）撤销的法律效果：婚姻自始无效；受胁迫方有权请求损害赔偿；依法处理财产与子女抚养问题 |
| 基于隐瞒重大疾病撤销 | （1）撤销权人：被隐瞒方 |
| （2）撤销权行使方式：向人民法院起诉 |
| （3）撤销权的除斥期间：自知道或者应当知道撤销事由（和胁迫不同）之日起1年内 |
| （4）撤销的法律效果：婚姻自始无效；被隐瞒方有权请求损害赔偿；依法处理财产与子女抚养问题 |

### 五、夫妻财产关系

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 法定夫妻财产制 | | 1. 原则上，婚后所得共同共有，法律规定为个人所有的除外   推定婚后财产取得双方各有一半贡献 |
| （2）夫妻双方可以另有约定 |
| 属于夫妻一方个人的财产类型 | | （1）一方的婚前财产 |
| （2）一方因身体受到伤害获得的赔偿和补偿 |
| （3）遗嘱或赠与合同中确定只归一方的财产 |
| （4）一方专用的生活用品 |
| （5）军人的伤亡保险金、伤残补助金、医药生活补助费 |
| 1. 夫妻一方个人财产婚后产生的孳息与自然增值   租金是共同财产 此处孳息不需要投入精力管理可以获得的  投资取得的收益都是共同财产 |
| 家事代理权 | 适用范围 | 因家庭日常生活需要而实施的民事法律行为 |
| 法律效力 | 一方缔约对双方有效 |
| 相对方的信赖保护 | 夫妻内部对家事代理权范围的限制，不得对抗善意相对人 |
| 夫妻共同债务的法定情形 | | （1）夫妻双方共同签名或者夫妻一方事后追认等共同意思表示所负的债务 |
| （2）夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务 |
| （3）夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的，且债权人能够证明该用于夫妻共同生活、共同生产经营的债务 |

特别提示

超出家庭日常生活需要范围而处分共同财产的，需要征得夫妻双方的同意。一方擅自处分的，构成无权处分。可能善意取得

### 六、离婚

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 协议离婚 | 离婚协议的必备内容 | 双方自愿离婚的意思表示+子女抚养+财产及债务处理 |
| 离婚冷静期 | 离婚登记申请+30日反悔冷静期+届满后共同亲自前往申请离婚证，届满后未申请离婚证，视为撤回离婚登记申请 |
| 诉讼离婚 | | （1）应当进行调解 |
| （2）一方被宣告失踪，另一方提起离婚诉讼的，应当准予离婚 |
| （3）判决不准离婚+又分居满1年，应当准予离婚 |
| （4）怀孕期间、分娩后1年内或中止妊娠后6个月内的女性及现役军人的特殊保护 |
| 离婚的法律效果 | 父母子女关系 | （1）离婚后父母子女关系不变，父母仍为子女的法定代理人与监护人 |
| （2）子女抚养：不满两周岁的子女，以由母亲直接抚养为原则。不与未成年子女共同生活的一方应负担抚养费 |
| （3）不直接抚养子女的父或者母有探望权，另一方有协助义务 |
| 财产处理 | （1）约定优先，达不成协议时由法院按照顾子女、女方和无过错方权益的原则判决 |
| （2）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 |
| （3）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 |
| 1. 在两种情况下可以返还彩礼：A．双方办理结婚登记手续但确未共同生活的；B．婚前给付并导致给付人生活困难的   没有登记也可以返还彩礼 |
| 债务清偿 | （1）夫妻共同债务，双方共同偿还 |
| （2）偿还后可依离婚协议等内部约定追偿 |
| 离婚损害赔偿 | 损害赔偿事由 | （1）重婚 |
| （2）有配偶者与他人同居 |
| （3）实施家庭暴力 |
| （4）虐待、遗弃家庭成员 |
| （5）有其他重大过错 |
| 请求方 | 只有无过错方可以请求，若双方均有法定过错，双方均不得主张 |
| 请求前提 | 以离婚为前提，不起诉离婚而只主张损害赔偿，不予受理 |

特别提示

夫妻离婚时往往会在离婚协议对债务问题作出安排，需要注意坚守合同的相对性原理，离婚协议中对债务偿还的安排，没有对外效力，特别是不能约束债权人。 债权人仍然可以找另一方

# 考点26 遗产继承

### 一、继承概述

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 继承的开始时点 | | 被继承人死亡时，死亡包括自然死亡与宣告死亡 |
| 死亡时间的推定 | 适用情形 | 相互有继承关系的数人在同一事件中死亡，且难以确定死亡时间 |
| 推定规则 | （1）推定没有其他继承人的人先死亡 |
| （2）都有其他继承人且辈份不同的，推定长辈先死亡 |
| （3）辈份相同的，推定同时死亡，相互不发生继承 |
| 继承权的丧失 | 丧失的情形 | （1）故意杀害被继承人（不论既遂和未遂） |
| （2）为争夺遗产而杀害其他继承人 |
| （3）遗弃被继承人，或者虐待被继承人情节严重 |
| （4）伪造、篡改、隐匿或者销毁遗嘱，且情节严重 |
| （5）以欺诈、胁迫手段迫使或者妨碍被继承人设立、变更或者撤回遗嘱，且情节严重 |
| 被继承人的情感宽恕 | 属于前述（3）-（5）的情形+确有悔改表现+被继承人表示宽恕或事后在遗嘱中将其列为继承人=不丧失继承权  【注意】前述（1）（2）情形不能被宽恕 遗嘱中列为继承人 遗嘱无效 |

### 二、法定继承

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 法定继承人的范围 | | 配偶、子女、父母、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母 |
| 法定继承的顺序 | 第一顺位 | 配偶、子女、父母；尽了主要赡养义务的丧偶儿媳、丧偶女婿  【注意】丧偶儿媳、丧偶女婿获得第一顺位的法定继承人资格后，即使再婚也不影响其第一顺位的法定继承人资格  子女包括生子女 养子女 和有抚养关系的继子女 |
| 第二顺位 | 兄弟姐妹、祖父母、外祖父母 |
| 代位继承 | 孙子女等的代位继承 | 1. 适用条件：被继承人子女先于被继承人死亡   没有辈数限制 但如果有长辈 后辈没有继承权  孙子辈不包括继子女 先死亡的子女可以是继子女 |
| （2）可以代位继承的主体：先死亡的被继承人子女的晚辈直系血亲，即被继承人的孙子女、外孙子女、曾孙子女等 |
| 侄儿侄女、外甥外甥女的代位继承 | （1）适用前提：被继承人没有第一顺序法定继承人 |
| 1. 可以代位继承的主体：兄弟姐妹的子女，即被继承人的侄儿侄女或外甥外甥女   包括继子女 |
| 转继承 | 适用前提 | 继承开始后+继承人于遗产分割前死亡+没有放弃继承的 |
| 法律效果 | 该继承人应当继承的遗产转给其继承人，遗嘱另有安排除外 |

特别提示

1．法定继承人的范围中，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；父母包括生父母、养父母和有扶养关系的继父母。法定继承人并不包括孙子女。

2．代位继承是法定继承的制度，遗嘱继承不适用代位继承。如遗嘱继承人先于被继承人死亡，则遗嘱自动失去效力。

3．如果被继承人有第一顺位的法定继承人，则不发生侄儿侄女、外甥外甥女的代位继承。

### 三、遗嘱继承、遗赠和遗赠扶养协议

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 法定继承、遗嘱继承与遗赠、遗赠扶养协议的适用顺序 | | 遗赠扶养协议——遗嘱——法定继承 |
| 遗嘱的形式及其生效要求 | 公证遗嘱 | 经合法公证程序即可 |
| 自书遗嘱 | 须亲笔书写并签名 |
| 打印遗嘱 | 须有两名见证人，且遗嘱人与见证人需要在打印遗嘱的每页上签字 |
| 代书遗嘱 | 至少两名见证人在场见证 |
| 录音遗嘱 | 至少两名见证人在场见证 |
| 口头遗嘱 | 至少两名见证人在场见证，危急情况解除而能够订立其他遗嘱的，口头遗嘱无效 |
| 数份遗嘱并存的处理 | 内容不抵触 | 可以并存，于被继承人死亡时同时生效 |
| 内容抵触 | 一律以最后遗嘱为准，不考虑是否公证 |
| 遗嘱的变更与撤回 | 遗嘱的变更 | 遗嘱人享有遗嘱变更自由 |
| 遗嘱的撤回 | 遗嘱人享有遗嘱撤回自由。立遗嘱后，遗嘱人实施与遗嘱内容相反的民事法律行为的，视为对遗嘱相关内容的撤回 |
| 遗嘱的无效事由 | | （1）无民事行为能力人或限制民事行为能力人 |
| （2）欺诈 |
| （3）胁迫 |
| （4）伪造的遗嘱 |
| （5）遗嘱中被篡改的部分 |

### 四、遗产的处理

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 遗产管理人 | 遗产管理人的确定 | （1）遗嘱执行人 |
| （2）没有遗嘱执行人的，由继承人推选 |
| （3）不推选的，全体继承人共同担任 |
| （4）无人继承时，由被继承人生前所在地的民政部门或村民委员会担任 |
| （5）有争议的，利害关系人可申请法院指定 |
| 遗产管理人的职责 | （1）清理遗产并制作遗产清单 |
| （2）向继承人报告遗产情况 |
| （3）采取必要措施防止遗产毁损 |
| （4）处理被继承人的债权债务 |
| 遗产管理人的责任 | 故意或重大过失时负赔偿之责 |
| 遗产的认定 | | （1）被继承人死亡时遗留的所有财产原则上均可作为遗产 |
| （2）夫妻关系中，遗产是被继承人的个人财产+夫妻共同财产分割后被继承人的部分 |
| 遗产债务的清偿 | | （1）分割遗产前应先清偿税款和债务，但应当为缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产 |
| （2）继承人、受遗赠人均在所得遗产范围内清偿税款和债务，责任承担顺序：法定继承人承担——不足部分由遗嘱继承人与受遗赠人按比例 |
| （3）放弃继承则不必负债 |

# 考点27 侵权责任的一般原理

### 一、侵权责任的归责原则

|  |  |
| --- | --- |
| 过错推定（加害人证明无过错） | （1）无民事行为能力人受害时教育机构的责任（《民法典》第1199条） |
| （2）医疗机构在几种特殊情形下的过错推定：（1）医疗机构违反法律、行政法规、规章以及其他有关诊疗规范的规定；（2）医疗机构隐匿或者拒绝提供与纠纷有关的病历资料；（3）医疗机构遗失、伪造、篡改或者违法销毁病历资料（《民法典》第1122条） |
| （3）动物园的动物致害责任（《民法典》第1248条） |
| （4）建筑物、构筑物及其搁置物、悬挂物脱落致害责任（《民法典》第1253条） |
| （5）堆放物倒塌致害责任（《民法典》第1255条） |
| （6）公共道路堆放、倾倒、遗撒妨害通行的物品致害时公共道路管理人的责任（《民法典》第1256条） |
| （7）林木折断致害责任（《民法典》第1257条） |
| （8）挖掘、修缮地下设施致害责任；窨井等地下设施致害责任（《民法典》第1258条） |
| 无过错责任（责任成立不要求过错） | （1）监护人责任（《民法典》第1188条） |
| （2）用人者责任（《民法典》第1191条、第1192条） |
| （3）产品责任（《民法典》第1202条以下、第1223条） |
| （4）机动车与非机动车、行人之间的机动车交通事故责任（《道路交通安全法》第76条） |
| （5）环境污染与生态破坏责任（《民法典》第1229条以下） |
| （6）高度危险责任（《民法典》第1236条以下） |
| （7）饲养动物损害责任（《民法典》第1245条以下），但动物园动物致害除外 |
| 公平责任 | （1）因自然原因引起危险，紧急避险人对受害人的适当补偿责任（《民法典》第182条第2款） |
| （2）见义勇为情形下如果没有侵权人、侵权人逃逸或者无力承担民事责任时，受益人的适当补偿责任（《民法典》第183条） |
| （3）完全民事行为能力人暂时没有意识或失去控制造成他人损害且无过错时，对受害人的补偿责任（《民法典》第1190条第1款） |
| （4）提供劳务期间，因第三人的行为造成提供劳务一方损害时，接受劳务一方的补偿责任（《民法典》第1192条） |
| （5）抛掷物、坠落物致害时，经调查难以确定具体侵权人，可能加害的建筑物使用人的补偿责任（《民法典》第1254条第1款） |

特别提示

过错推定、无过错责任、公平责任均以法律有明确规定为限。

公平责任只有上述五种 表述为适当补偿

### 二、多数人侵权（共同侵权）

多数人侵权

共同危险行为（民1170）

共同加害行为（民1168）

教唆帮助侵权（民1169）

无意思联络的数人侵权

共同侵权行为

承担连带责任的无意思联络数人侵权（民1171）

承担按份责任的无意思联络数人侵权（民1172）

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 共同侵权行为 | | 连带责任 |
| 教唆、帮助侵权 | 1．完全民事行为能力人教唆、帮助完全民事行为能力人实施侵权行为 | 教唆人、帮助人与行为人承担连带责任 |
| 2．无民事行为能力人、限制民事行为能力人教唆、帮助完全民事行为能力人实施侵权行为 | 由教唆人、帮助人承担侵权责任，该无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人未尽到监护职责的，应当承担相应的责任 |
| 3．完全民事行为能力人教唆、帮助无民事行为能力人、限制民事行为能力人实施侵权行为 | 由教唆人、帮助人承担侵权责任，该无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人未尽到监护职责的，应当承担相应的责任 |
| 4．无民事行为能力人、限制民事行为能力人教唆、帮助无民事行为能力人、限制民事行为能力人实施侵权行为 | 由教唆人、帮助人的监护人承担侵权责任，行为人的监护人未尽到监护职责的，应当承担相应的责任 |
| 共同危险行为 | 责任形态 | 各危险行为实施者承担连带责任 |
| 免责方式 | 各危险行为的实施者可以通过证明损害与自己的危险行为没有因果关系而免责 |
| 无意思联络的数人侵权 | 承担连带责任的无意思联络数人侵权 | 每个人的侵权行为都足以造成全部损害 |
| 承担按份责任的无意思联络数人侵权 | 单个加害行为不足以造成全部损害 |
| 难以确定责任大小的，平均承担责任 |

### 三、侵权责任的减轻和免责事由

|  |  |
| --- | --- |
| 责任免除事由 | （1）受害人故意（《民法典》第1174条） |
| （2）自甘冒险（《民法典》第1176条） |
| （3）自助行为（《民法典》第1177条） |
| 责任减轻事由 | 与有过失（《民法典》第1173条）过失相抵 |

### 四、精神损害赔偿和惩罚性赔偿

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 精神损害赔偿 | 侵害人身权益的精神损害赔偿 | 侵害自然人人身权益+造成严重精神损害 |
| 侵害特定物的精神损害赔偿 | 故意或重大过失+侵害具有人身意义的特定物+造成严重精神损害 |
| 惩罚性赔偿 | 相应的惩罚性赔偿 | （1）故意侵害他人知识产权+情节严重 |
| （2）明知产品存在缺陷仍然生产、销售者没有采取补救措施+造成他人死亡或者健康严重损害 |
| （3）故意违反国家规定污染环境、破坏生态+造成严重后果 |
| 3倍的惩罚性赔偿 | 经营者欺诈（《消费者权益保护法》第55条第1款） |
| 2倍以下惩罚性赔偿 | 经营者明知缺陷仍提供+造成死亡或健康严重损害（《消费者权益保护法》第55条第2款） |
| 10倍的惩罚性赔偿 | 生产不符合安全标准的食品或者经营明知不符合安全标准的食品（《食品安全法》第148条第2款） |

# 考点28 特殊侵权责任

### 一、监护人责任

|  |  |
| --- | --- |
| 归责原则与责任性质 | 无过错的替代责任 |
| 具体的责任承担方式 | （1）被监护人有个人财产的，从本人财产中支付赔偿费用，此时监护人无需承担责任 |
| （2）被监护人没有个人财产或者个人财产不足以支付全部赔偿费用时，不足部分由监护人承担 |
| 责任减轻事由 | 监护人尽到监护职责 |
| 监护人将监护职责委托给他人时的监护人责任 | （1）由监护人承担侵权责任 |
| （2）受托人有过错的，承担相应的责任 |

### 二、用人者责任

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 工作人员造成他人损害时用人单位的责任 | 责任主体 | 用人单位 |
| 归责原则与责任性质 | 无过错的替代责任 需要工作人员本身构成侵权 无过错指的是单位不需要过错 工作人员构成侵权一般要求具有过错 |
| 构成要件 | （1）工作人员 |
| （2）工作人员自身侵权责任成立 |
| （3）执行工作任务 |
| 追偿问题 | 可以向有故意或重大过失的工作人员追偿 |
| 劳务派遣的情形下的责任承担 | （1）由接受劳务派遣的用工单位承担侵权责任 |
| （2）劳务派遣单位有过错的，承担相应责任 |
| 提供劳务一方造成他人损害时劳务接受方的责任 | 责任主体 | 劳务接受方 |
| 归责原则与责任性质 | 无过错的替代责任 |
| 构成要件 | （1）个人之间形成劳务关系 |
| （2）损害须在提供劳务时造成 |
| 追偿问题 | 可以向有故意或重大过失的劳务提供方追偿 |
| 定作人责任 | 适用场景 | 承揽人在完成工作过程中造成第三人损害或者自己损害 |
| 责任承担 | 定作人仅对定作、指示或者选任的过错承担相应责任 |

### 三、违反安全保障义务的侵权责任

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 侵权责任的类型 | | （1）安全保障义务人直接侵权的责任 |
| （2）第三人侵权时安全保障义务人的责任 |
| 安全保障义务人直接侵权的责任 | 责任主体 | 经营者、管理者、组织者 |
| 归责原则 | 过错责任，未尽到安全保障义务即有过错 |
| 第三人侵权时安全保障义务人的责任 | | （1）第三人承担侵权责任 |
| （2）经营者、管理者、组织者在未尽到安全保障义务的范围内承担补充责任 |
| （3）经营者、管理者、组织者承担补充责任后，可以向第三人追偿 |

### 四、教育机构的侵权责任

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 侵权责任的类型 | | （1）教育机构直接侵权的责任 |
| （2）第三人侵权时教育机构的责任 |
| 教育机构直接侵权的责任 | 受害人为无民事行为能力人 | 过错推定责任 |
| 受害人为限制民事行为能力人 | 过错责任 |
| 第三人侵权时教育机构的责任 | | （1）第三人承担侵权责任 |
| （2）教育机构在过错范围内承担补充责任 |
| （3）教育机构承担补充责任后，可以向第三人追偿 |

### 五、产品责任

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 归责原则与责任承担方式 | | （1）无过错责任。不论是生产者，还是销售者都是承担无过错责任 |
| （2）被侵权人可以向产品的生产者请求赔偿，也可以向产品的销售者请求赔偿 |
| （3）生产者与销售者内部根据缺陷原因追偿 |
| 产品的概念与范围 | 概念 | 经过加工、制作用于销售的产品 |
| 范围 | 不包括不动产 |
| 惩罚性赔偿 | | 明知产品存在缺陷仍然生产、销售，或者没有采取有效补救措施，造成他人死亡或者健康严重损害的，被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿 |

特别提示

1．产品存在缺陷时，往往构成违约与侵权的竞存，考生需要全面审查可能的救济途径。

2．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。产品的生产者、销售者仍然需要先承担无过错的产品责任

3．因有缺陷的药品、消毒产品、医疗器械、血液造成患者损害时也构成产品责任。由药品上市许可持有人、生产者、血液提供机构或者医疗机构承担无过错责任。患者可以向药品上市许可持有人、生产者、血液提供机构请求赔偿，也可以向医疗机构请求赔偿。患者向医疗机构请求赔偿的，医疗机构赔偿后，有权向负有责任的药品上市许可持有人、生产者、血液提供机构追偿。

### 六、机动车交通事故责任

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 机动车交通事故责任的归责原则 | 机动车之间发生交通事故 | 过错责任原则 |
| 机动车与非机动车驾驶人、行人之间发生交通事故 | 无过错责任原则 |
| 出租、借用机动车时的责任承担 | | （1）机动车使用人承担赔偿责任 |
| （2）机动车所有人、管理人在过错范围内承担相应赔偿责任 |
| 机动车已交付但未登记时的责任承担 | | 受让人承担赔偿责任 |
| 机动车挂靠时的责任承担 | | 挂靠人和被挂靠人承担连带责任 |
| 未经允许驾驶他人机动车的责任承担 | | （1）机动车使用人承担赔偿责任 |
| （2）机动车所有人、管理人在过错范围内承担相应赔偿责任 |
| 拼装、报废机动车情形下的责任承担 | | 转让人和受让人承担连带责任 |
| 盗窃、抢劫或抢夺机动车时的责任承担 | | （1）盗窃人、抢劫人或者抢夺人承担赔偿责任 |
| （2）盗窃人、抢劫人或者抢夺人与机动车使用人不是同一人时，盗窃人、抢劫人或者抢夺人与机动车使用人承担连带责任 |
| 无偿搭乘时责任的减轻 | 构成要件 | （1）发生交通事故的机动车是非营运机动车 |
| （2）无偿搭乘的行为 |
| （3）机动车使用人没有故意或重大过失 |
| 法律效果 | 应当减轻机动车一方的责任 |

交警部门责任认定书的责任比例，按照这个分配责任即可

特别提示

下列情形下，不得基于无偿搭乘减轻机动车一方的责任：（1）发生交通事故的机动车是营运机动车，不过营运机动车在非营运期间发生交通事故，可以基于无偿搭乘减轻责任；（2）搭乘是有偿的；（3）机动车使用人有故意或者重大过失。

### 七、饲养动物损害责任

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| 侵权类型 | 责任类型 | 责任减轻事由 | 责任免除事由 |
| 一般的饲养动物造成他人损害 | 无过错责任 | 被侵权人重大过失 | 被侵权人故意 |
| 违反管理规定，未对动物采取安全措施造成他人损害 | 无过错责任 | 被侵权人故意 | 无 |
| 禁止饲养的烈性犬等危险动物造成他人损害 | 无过错责任 | 无 | 无 |
| 动物园饲养的动物造成他人损害 | 过错推定责任 | 被侵权人重大过失 | 被侵权人故意；动物园证明尽到了管理职责 |

特别提示

1．饲养动物损害责任，复习时应注意结合上表，根据《民法典》侵权责任编的安排分为四种主要侵权类型，分别掌握其归责原则、责任减轻事由与责任免除事由。

2．因第三人的过错致使动物造成他人损害的，被侵权人享有选择权：其可以向动物饲养人或者管理人请求赔偿，也可以向第三人请求赔偿。动物饲养人或者管理人赔偿后，有权向第三人追偿。

遗弃、逃逸的动物在遗弃、逃逸期间造成他人损害的，由动物原饲养人或者管理人承担侵权责任

### 八、物件致害责任

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 具体类型 | 归责原则 | 责任主体 |
| 建筑物、构筑物或者其他设施脱落、坠落致害责任（民1253） | 过错推定责任 | 建筑物的所有人、管理人或者使用人 |
| 建筑物、构筑物或者其他设施搁置物、悬挂物发生脱落、坠落致害责任（民1253） | 过错推定责任 | 建筑物的所有人、管理人或者使用人 |
| 堆放物倒塌、滚落或者滑落致害责任（民1255） | 过错推定责任 | 堆放人 |
| 在公共道路上堆放、倾倒、遗撒妨碍通行的物品致害时公共道路管理人的责任（民1256） | 过错推定责任 | 公共道路管理人 |
| 林木折断、倾倒或者果实坠落致害责任（民1257） | 过错推定责任 | 林木的所有人或者管理人 |
| 地面施工、地下设施致害责任（民1258） | 过错推定责任 | 施工人、管理人 |
| 建筑物、构筑物或者其他设施倒塌、塌陷致害责任（民1252） | 无过错责任 | 建设单位与施工单位 |
| 在公共道路上堆放、倾倒、遗撒妨碍通行的物品致害时行为人的责任（民1256） | 无过错责任 | 行为人 |
| 抛掷物或坠落物致害且难以确定具体侵权人时的补偿责任（民1254） | 公平责任 | 可能加害的建筑物使用人 |

#### （二）高空抛（坠）物问题

|  |  |
| --- | --- |
| 责任承担 | 1．可以确定具体侵权人：侵权人承担 |
| 2．无法确定具体侵权人：可能加害的建筑物使用人给予补偿（公平责任）；补偿后向侵权人追偿 |
| 建筑物管理人的责任 | 违反安全保障义务的侵权责任 |
| 公安等机关的职责 | 依法及时调查，查清责任人 |