



## 第五章 合同法律制度

### 考情分析

本章是重要章节，近几年考核分值高，平均约 17 分左右，且每年都会稳定的考查主观题。

本章的学习以理解为主，学习难度并不高。题目有一定的灵活性，以小案例为主。

着重关注合同的担保以及买卖合同、租赁合同等主要的有名合同。

2021 年教材本章变动较大，细节变动比较多，根据《民法典》进行调整。

### 第一节 合同法律制度概述

#### 【考点】合同的分类

|                          |      |                                |  |
|--------------------------|------|--------------------------------|--|
| 法律、法规是否对其名称作出明确规定        | 有名合同 | 法律设有规范并赋予一定名称                  |  |
|                          | 无名合同 | 法律尚未特别规定，也未赋予名称                |  |
| 除双方意思表示一致外，是否尚须交付标的物才能成立 | 诺成合同 | 当事人意思表示一致即可成立                  |  |
|                          | 实践合同 | 除当事人意思表示一致外，尚须交付标的物或完成其他给付才能成立 |  |

#### 【考点】合同的分类

|                           |       |                    |                                              |
|---------------------------|-------|--------------------|----------------------------------------------|
| 法律、法规或者当事人约定是否要求具备特定形式和手续 | 要式合同  | 必须具备一定形式           | 融资租赁合同、建设工程合同、银行放贷的借款合同、担保合同等应采取 <b>书面形式</b> |
|                           | 不要式合同 | 不要求具备一定形式          | 如买卖合同                                        |
| 双方是否互负给付义务                | 双务合同  | 双方当事人互负给付义务        | 如买卖、租赁、承揽等合同                                 |
|                           | 单务合同  | 只有一方当事人负给付义务       | 如 <b>赠与合同</b>                                |
| 合同相互间的主从关系                | 主合同   | 不以他种合同的存在为前提即能独立存在 | 为借款提供保证担保的，设立主债务的借款合同为主合同；保证合同为从合同           |
|                           | 从合同   | 必须以他种合同的存在为前提      |                                              |

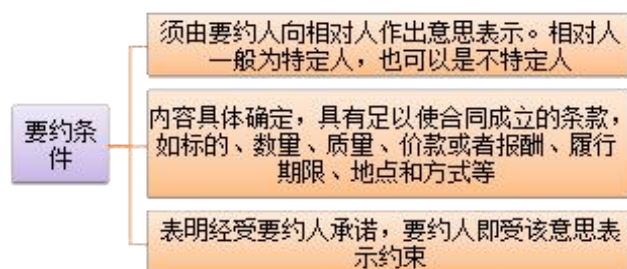
### 第二节 合同的订立

#### 【考点】合同订立的方式★

根据《民法典》规定，当事人采取要约、承诺方式订立合同。

##### （一）要约

要约是一方当事人以缔结合同为目的，向对方当事人提出合同条件，希望对方当事人**接受**的意思表示。



## （二）要约邀请

### 1. 【要约 vs 要约邀请】

### 2. 常见的要约邀请★

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、寄送的价目表等为要约邀请。（2021 年调整）

拍卖、招标公告（要约邀请）→参加拍卖、投标（要约）→落锤、中标（承诺）

## （三）要约生效时间（2021 年调整）

| 以对话方式作出的要约  | 自相对人知道其内容时生效 |                                                |
|-------------|--------------|------------------------------------------------|
| 以非对话方式作出的要约 | 自到达受要约人时生效   | 采用数据电文形式的意思表示，相对人指定特定系统接收数据电文的，该数据电文进入该特定系统时生效 |
|             |              | 未指定特定系统的，相对人知道或者应当知道该数据电文进入其系统时生效              |
|             |              | 当事人对采用数据电文形式的意思表示的生效时间另有约定的，按照其约定              |

【补充】要约到达受要约人，并不是指要约一定实际送达到受要约人或者其代理人手中，要约只要送达到受要约人通常的地址、住所或者其他能够控制的现实或虚拟空间（如信箱或邮箱等），即为送达。

【注意】到达≠实际到手；

到达≠内容知悉（即使未到达，已提前知悉，要约也未生效）

## （四）要约的撤回（要约尚未生效）、撤销（要约已生效）

|                      |                                                                                                                                                                                                                                                |
|----------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 要约的撤回                | 撤回要约的通知应当在要约到达受要约人之前或者与要约同时到达受要约人。<br>原则上，只有以非对话方式作出的要约可能被撤回                                                                                                                                                                                   |
| 要约的撤销★<br>(2021 年调整) | <p>①撤销要约的意思表示以对话方式作出的，该意思表示的内容应当在受要约人作出承诺之前为受要约人所知道；</p> <p>②撤销要约的意思表示以非对话方式作出的，应当在受要约人作出承诺之前到达受要约人</p> <p>不得撤销的情形：（为了不损害受要约人的利益）</p> <p>①要约人确定了承诺期限；②要约人以其他形式明示要约不可撤销；③受要约人有理由认为要约是不可撤销的，并已经为履行合同做了合理准备工作</p> <p>【提示】撤销要约，将会使已生效的要约丧失法律效力</p> |



## 老会计-用心传递温度

(五) 要约失效的情形 (针对已生效的要约)

1. 拒绝要约的通知到达要约人。
2. 要约人依法撤销要约。
3. 承诺期限届满, 受要约人未作出承诺。
4. 受要约人对要约的内容作出实质性变更。

【提示 1】受要约人对合同标的、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内容的变更, 是对要约内容的实质性变更。

【提示 2】受要约人对要约的内容作出实质性变更的, 视为**新要约**; **原要约失效**。

【例题·单选题】(2018) 3 月 1 日, 甲公司经理赵某在产品洽谈会上遇到乙公司钱某, 钱某告知赵某, 乙公司现有钢材一批, 价格合理, 双方达成口头买卖协议。3 月 2 日, 钱某以快递方式向甲公司发出要约, 收件人为赵某。3 月 3 日, 快递被甲公司传达室签收。3 月 5 日, 赵某出差归来, 传达室将快递送给赵某, 因事务繁忙, 赵某未能及时拆阅。3 月 6 日, 赵某拆阅快递内容, 该要约生效时间是 ( )。

- A. 3 月 2 日
- B. 3 月 3 日
- C. 3 月 5 日
- D. 3 月 6 日

【答案】B

【解析】本题考核合同订立的方式——要约生效时间。要约自到达受要约人时生效。要约到达受要约人, 并不是指要约一定实际送达到受要约人或者其代理人手中, 要约只要送达到受要约人通常的地址、住所或者其他能够控制的现实或虚拟空间 (如信箱或邮箱等), 即为送达。

### 【考点】承诺★★

承诺是受要约人同意要约的意思表示。

(一) 承诺应具备的条件

1. 承诺必须由受要约人作出。
2. 承诺必须向要约人作出。
3. 承诺的内容必须与要约的内容一致。
4. 承诺必须在有效期限 (承诺期限) 内作出并到达要约人。

(二) 承诺期限

承诺应当在要约确定的期限内到达要约人。

|                |                     |                                                                                  |
|----------------|---------------------|----------------------------------------------------------------------------------|
| 要约没有确定<br>承诺期限 | 要约以对话方式作出的          | 应当 <b>即时承诺</b>                                                                   |
|                | 要约以非对话方式作出的         | 承诺应在 <b>合理期限</b> 内到达                                                             |
| 承诺期限的起算        | 要约以信件或者电报作出的        | 承诺期限自 <b>信件载明的日期</b> 或者 <b>电报交发之日</b> 开始计算<br>信件未载明日期的, 自投寄该信件的 <b>邮戳日期</b> 开始计算 |
|                | 要约以电话、传真、电子邮件等方式作出的 | 承诺期限自要约到达受要约人时开始计算                                                               |



## 老会计-用心传递温度

### (三) 承诺的迟延与迟到

|                |                                                                          |                                                                                 |
|----------------|--------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------|
| 承诺迟延<br>(主观有错) | <p>■受要约人<b>超过承诺期限</b>发出承诺</p> <p>■在承诺期限内发出承诺,按照<b>通常情形</b>不能及时到达要约人的</p> | 除要约人 <b>及时通知</b> 受要约人该承诺有效的以外,为 <b>新要约</b><br>【除非通知有效,否则为新要约】                   |
| 承诺迟到<br>(客观有错) | 受要约人在 <b>承诺期限内</b> 发出承诺,按照 <b>通常情形</b> 能够及时到达要约人,但因其他原因承诺到达要约人时超过承诺期限的   | 除要约人 <b>及时通知</b> 受要约人因承诺超过期限 <b>不接受</b> 该承诺的以外,该 <b>承诺有效</b><br>【除非通知拒绝,否则承诺有效】 |

### (四) 承诺的生效

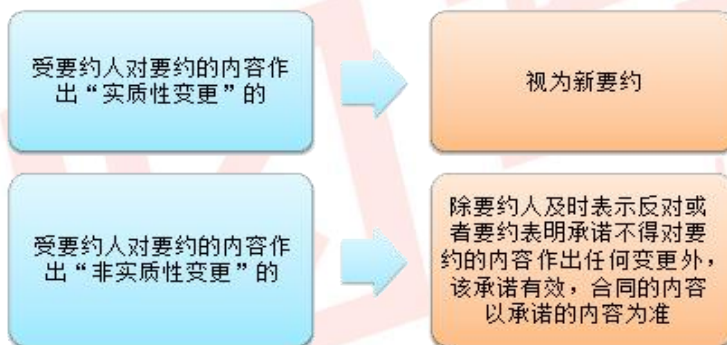
承诺通知**到达**要约人时生效;不需要通知的,根据交易习惯或者要约的要求作出承诺的行为时生效。

### (五) 承诺的撤回

撤回承诺的通知应当在承诺通知到达要约人之前或者与承诺通知同时到达要约人。

【提示】因承诺一经到达要约人即生效,承诺生效时合同成立,故承诺可以撤回但**不能撤销**,否则将会影响合同效力的稳定性。

### (六) 承诺对要约内容的变更



【例题·单选题】(2020) 梁某在路上遇见同村的丁某,询问丁某是否愿意购买其某辆摩托车,价格 2000 元,丁某当场未答复,次日,丁某找到梁某表示同意以 2000 元的价格购买该摩托车,梁某告知丁某该摩托车已卖给邻村的林某,丁某表示同意以 2000 元的价格购买摩托车的意思是( )。

- A. 要约
- B. 承诺
- C. 要约邀请
- D. 单方法律行为

【答案】A

【解析】要约邀请是希望他人向自己发出要约的意思表示(寄送的价目表、拍卖公告、招标公告、招股说明书等属于要约邀请)。要约是一方当事人以缔结合同为目的,向对方当事人提出合同条件,希望对方当事人接受的意思表示。承诺是受要约人同意要约的意思表示。本题中,梁某作出的是要约,但当时丁某未答复,要约失效,丁某次日表示欲以 2000 元购买摩托车的行为属于要约。



## 老会计-用心传递温度

### 【考点】合同成立的形式、时间和地点★

#### （一）合同成立的形式

|      |                                                              |
|------|--------------------------------------------------------------|
| 书面形式 | 指 <b>合同书、信件和数据电文</b> （包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件）等可以有形地表现所载内容的形式 |
| 口头形式 | 指当事人双方就合同内容面对面达成的协议                                          |
| 其他形式 | 实践中，可以根据当事人的 <b>行为或者特定情形</b> 推定合同的成立。这种形式的合同可以称为默示合同         |

#### （二）合同成立的时间

|                    |                                       |                                                                                           |
|--------------------|---------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------|
| 一般情况               | 承诺生效时合同成立                             |                                                                                           |
| 特殊情况<br>（2021 年调整） | 采用合同书形式                               | <b>■自双方当事人签名、盖章或者按指印时合同成立</b><br><b>■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并且对方接受的，该合同成立</b>         |
|                    | 采用信件、数据电文等形式                          | 可以在合同成立之前要求签订确认书， <b>签订确认书时合同成立</b>                                                       |
|                    | 通过 <b>互联网</b> 等信息网络发布的商品或者服务信息符合要约条件的 | 对方 <b>选择</b> 该商品或者服务并 <b>提交</b> 订单成功时合同成立，但是当事人 <b>另有约定</b> 的除外                           |
|                    | 以直接对话方式                               | ①承诺人的承诺生效时合同成立；<br>②法律、行政法规规定或者当事人约定采用书面形式订立合同，当事人未采用书面形式但 <b>一方已经履行主要义务并且对方接受的，该合同成立</b> |

#### （三）合同成立的地点

|           |                                                        |
|-----------|--------------------------------------------------------|
| 一般情况      | 承诺生效的地点为合同成立地点                                         |
| 数据电文形式    | 收件人主营业地→住所地                                            |
| 合同书、确认书形式 | 签字、盖章或者按指印的地点→不在同一地点的，认定 <b>最后（一方）</b> 签字、盖章或者按指印的地点   |
| 有约定的成立地点的 | <b>约定优先</b> （合同约定的成立地点与实际签字或者盖章地点不符的，应当认定约定的地点为合同成立地点） |

### 【考点】格式条款★

#### （一）概念（了解）

格式条款是当事人为了重复使用而预先拟订，并在订立合同时**未与对方协商**的条款。

格式条款的适用可以简化签约程序，加快交易速度，减少交易成本。但是，由于格式条款是当事人一方预先拟定，且在合同谈判中不容许对方协商修改，条款内容可能对于对方当事人不公平。

#### （二）合同编对格式条款适用的限制

采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取**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



## 老会计-用心传递温度

条款,按照对方的要求,对该条款予以说明。提供格式条款的一方**未履行提示或者说明义务**,致使对方没有注意或者理解与其有重大利害关系的条款的,对方可以主张该条款不成为合同的内容。

提供格式条款一方对已尽合理提示及说明义务承担**举证责任**。

### (三) 格式条款无效的情形

1. 提供格式条款的一方**不合理地免除或减轻**其责任, **加重**对方责任, **限制**对方主要权利。
2. 提供格式条款的一方排除对方主要权利。
3. **造成对方人身伤害**的免责条款、**因故意或者重大过失造成对方财产损失**的免责条款。
4. 格式条款具有《民法典》总则编第六章规定的无效情形:
  - ①行为人与相对人以**虚假的意思**表示实施;
  - ②恶意串通, **损害他人合法权益**;
  - ③违反法律、行政法规的强制性规定或违背公序良俗等。

### (四) 对格式条款的解释

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。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;
2. 格式条款和非格式条款**不一致**的,应当采用**非格式条款**。

【例题·多选题】(2017)根据合同法律制度的规定,下列属于合同中无效格式条款的有( )。

- A. 有两种以上解释的格式条款
- B. 因重大过失造成对方财产损失免责的格式条款
- C. 就内容理解存在争议的格式条款
- D. 造成对方人身伤害免责的格式条款

【答案】BD、

【解析】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。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。合同中的下列免责条款无效:(1)造成对方人身伤害的;(2)因故意或者重大过失造成对方财产损失的。

### 【考点】缔约过失责任★

#### (一) 缔约过失责任的概念

缔约过失责任,是指当事人在**订立合同过程中**,因故意或者过失致使合同未成立、未生效、被撤销或无效,给他人造成损失应承担的损害赔偿責任。

#### (二) 承担缔约过失责任的情形

当事人在订立合同过程中,有下列情形之一,给对方造成损失的,应当承担损害赔偿责任:

- (1) 假借订立合同,恶意进行磋商。
- (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**。
- (3) 当事人泄露或不正当使用在订立合同过程中知悉的**商业秘密或者其他应当保密**的信息。
- (4) 有其他违背诚实信用原则的行为。



## 老会计-用心传递温度

### 第三节 合同的效力

#### 【考点】合同的生效★

1. 依法成立的合同，原则上**自成立时生效**；
2. 法律、行政法规规定应当办理批准、登记等**手续生效的，自批准、登记时生效**；
3. 当事人对合同的效力可以**附条件或附期限**。附生效条件的合同，自条件成就时生效。附解除条件的合同，自条件成就时失效。

#### 【考点】效力待定合同★★

效力待定合同是指合同订立后尚未生效，须经同意权人追认才能生效的合同。**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**。

1. 限制民事行为能力人超出自己的行为能力范围与他人订立的合同

|         |                    |            |
|---------|--------------------|------------|
| 法定代理人代理 |                    | 有效         |
| 独立实施    | 纯获利益的              | 有效         |
|         | 与其年龄、智力、精神健康状况相适应的 |            |
|         | 其他不能独立实施的          | 效力待定（追认有效） |

（1）效力待定，经法定代理人同意或者追认后有效。如限制民事行为能力人独立与他人订立的标的额较大的合同行为。

- （2）相对人的催告权（不论是否善意）

相对人可以催告法定代理人自收到通知之日起**30日内**予以追认；法定代理人未作表示的，视为拒绝追认。

被代理人已经开始履行合同义务或者接受相对人履行的，视为对合同的追认。

- （3）善意相对人的撤销权

**被追认之前**，善意相对人有撤销的权利。撤销应当以**通知**的方式作出。

2. 【无权代理】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的合同，为效力待定合同。

【例题·单选题】（2018）10周岁的张某未经其法定代理人的同意，将价值5000元的笔记本电脑赠与同学李某。该赠与合同的效力是（ ）。

- A. 有效
- B. 无效
- C. 可撤销
- D. 效力待定

【答案】D

【解析】本题考核效力待定的合同。限制民事行为能力人超出自己的行为能力范围与他人订立的合同，为效力待定合同。经法定代理人追认后，该合同有效。

### 第四节 合同的履行

#### 【考点】合同履行的规则★★★

##### （一）合同约定不明确时的履行规则★

合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或约定不明确的：

- （1）可以协议补充。
- （2）不能达成补充协议的，按照合同有关条款或交易习惯确定。
- （3）仍不能确定的，适用合同编有关规定



## 老会计-用心传递温度

协议补充→有关条款或交易习惯→法律规定

【仍不能确定的，适用下列规定】

|                  |                                                                                                                                                        |
|------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 质量<br>(2021 年调整) | ①质量要求不明确的，按照 <b>强制性国家标准</b> 履行；<br>②没有强制性国家标准的，按照 <b>推荐性国家标准</b> 履行；<br>③没有推荐性国家标准的，按照 <b>行业标准</b> 履行；<br>④没有国家标准、行业标准的，按照 <b>通常标准或者符合合同目的的特定标准</b> 履行 |
| 价款或报酬            | ①按照 <b>订立合同时履行地的市场价格</b> 履行<br>②依法应当执行 <b>政府定价或者政府指导价</b> 的，按照规定履行                                                                                     |
| 履行地点             | ①交付 <b>不动产</b> 的，在不动产所在地履行<br>②给付 <b>货币</b> 的，在接受货币一方所在地履行<br>③ <b>其他标的</b> ，在履行义务一方所在地履行<br>【如交付动产，在卖方所在地】                                            |
| 履行期限             | 债务人可以 <b>随时履行</b> ，债权人也可以 <b>随时要求履行</b> ，但应当给对方必要的准备时间                                                                                                 |
| 履行方式             | 按照 <b>有利于实现合同目的</b> 的方式                                                                                                                                |
| 履行费用             | 由 <b>履行义务一方</b> 负担；<br>因 <b>债权人原因</b> 增加的履行费用，由债权人负担。                                                                                                  |

【例题·单选题】(2017) 地处江南甲地的陈某向地处江北乙地的王某购买五吨苹果，约定江边交货。后双方就交货地点应在甲地的江边还是乙地的江边发生了争议，无法达成一致意见，且按合同有关条款或者交易习惯仍无法确定。根据合同法律制度的规定，苹果的交付地点应是（ ）。

- A. 乙地的江边
- B. 甲地的江边
- C. 由王某选择甲地或者乙地的江边
- D. 由陈某选择甲地或者乙地的江边

【答案】A

【解析】当事人就履行地点约定不明确，依照相关规定仍不能确定的：给付货币的，在接受货币一方所在地履行；交付不动产的，在不动产所在地履行；其他标的，在履行义务一方所在地履行。本题是交付货物，应当在出卖人王某所在的乙地江边履行。

### (二) 涉及第三人的合同履行

#### 1. 向第三人履行

向第三人履行的合同又称利他合同，指双方当事人约定，由债务人向第三人履行债务的合同。

(1) 法律规定或者当事人约定第三人可以直接请求债务人向其履行债务，第三人表示接受该权利或未在合理期限内明确拒绝，债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定的，第三人可以**请求债务人承担违约责任**。

(2) 债务人对于合同债权人可行使的一切抗辩权，对该第三人均可行使。

#### 2. 由第三人履行

由第三人履行的合同又称第三人负担的合同，指双方当事人约定债务由第三人履行的合同，该债务履行的约定**必须征得第三人同意**。



## 老会计-用心传递温度

第三人不履行债务或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。**

【提示】第三人不是合同当事人，无论是由**第三人履行**的合同还是**向第三人履行**的合同，应当由**债务人向债权人承担违约责任**，与第三人无关。

### 3. 第三人代替履行的合同（2021 年新增）

债务人不履行债务，第三人对履行该债务具有**合法利益**的，第三人有权向债权人代为履行；但是，根据债务性质、按照当事人约定或者依照法律规定只能由债务人履行的除外。

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。

【例题·单选题】（2019）王某向张某购买一台电脑，与张某约定一个月后由李某支付电脑价款。一个月后，李某未支付电脑价款。下列关于张某请求承担违约责任的表述中，正确的是（ ）。

- A. 请求王某或李某承担
- B. 请求李某承担
- C. 请求王某承担
- D. 请求王某和李某共同承担

【答案】C

【解析】本题考核由第三人履行的合同。当事人约定由第三人向债权人履行债务的，第三人不履行债务或者履行债务不符合约定，债务人应当向债权人承担违约责任。

### 【考点】抗辩权的行使★★

抗辩权是指在双务合同中，一方当事人在对方不履行或履行不符合约定时，依法对抗对方请求或否认对方权利主张的权利。

#### （一）同时履行抗辩权

当事人**互负债务（同一双务合同）**，没有先后履行顺序，应当同时履行；一方在对方履行之前有权拒绝其对自己提出的履行要求；一方在对方履行债务不符合约定时，**有权拒绝（暂时阻止）**其相应的履行要求。

#### （二）后履行抗辩权

当事人互负债务，有先后履行顺序，先履行一方未履行的，后履行一方有权拒绝其履行要求；先履行一方履行债务不符合约定的，后履行一方有权拒绝其相应的履行要求。

#### （三）不安抗辩权★

1. 不安抗辩权，是指当事人互负债务，**有先后履行顺序的**，先履行的一方有**确切证据证明**另一方丧失履行债务能力时，在对方**没有履行或者没有提供担保之前**，有**拒绝自己履行**的权利。

#### 2. 适用情形

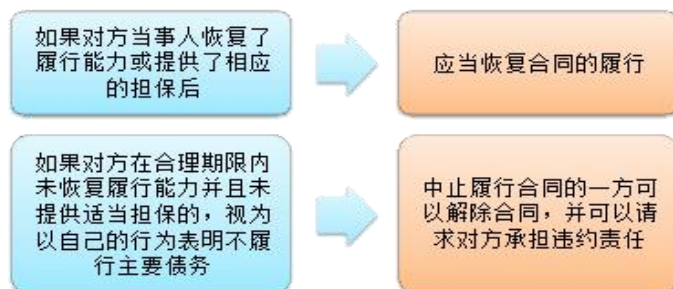
应当先履行债务的当事人，有**确切证据证明**对方有下列情况之一的，可以行使**不安抗辩权**，中止合同履行：

- （1）经营状况严重恶化。
- （2）转移财产、抽逃资金，以逃避债务。
- （3）丧失商业信誉。
- （4）有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。



### 3. 不安抗辩权的效力

应当先履行债务的当事人行使中止权时，应当**及时通知**对方。



【例题·单选题】（2019）甲公司与乙公司签订买卖合同，约定甲公司先交货。交货前夕，甲公司有确切证据证明乙公司负债严重，不能按时支付货款。甲公司遂决定中止交货，并及时通知乙公司。甲公司的行为是（ ）。

- A. 违约行为
- B. 行使先诉抗辩权的行为
- C. 行使同时履行抗辩权的行为
- D. 行使不安抗辩权的行为

【答案】D

【解析】本题考核不安抗辩权。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，可以行使不安抗辩权，中止合同履行：①经营状况严重恶化；②转移财产、抽逃资金，以逃避债务；③丧失商业信誉；④有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。

### 【考点】代位权★★★

#### （一）代位权的概念（2021 年调整）

代位权，是指债务人怠于行使其对**第三人（次债务人）享有的到期债权**或者与该债权相关的从权利，危及债权人债权的实现时，债权人为了保障自己的债权，可以**自己的名义**代位行使债务人对次债务人的权利，但该债权**专属于债务人自身的除外**。

#### （二）代位权的构成要件：合法债权、怠于行使、到期债权（有特例）、不是专属

1. 债务人对第三人享有合法债权或者与该债权有关的从权利。（债权人对债务人享有合法债权）

2. 债务人不履行其对债权人的到期债务，又不以诉讼方式或仲裁方式向其债务人（次债务人）主张其享有的到期债权，致使债权人的到期债权未能实现。

3. 债务人的债务已到期。（债务人的债权也已到期）

债权人的债权**到期前**，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或者未及时申报破产债权等情形，**影响债权人的债权实现的**，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。（2021 年新增）

4. 债务人的债权不是专属于债务人自身的债权。

【补充】专属于债务人自身的债权是指，基于

- ①扶养关系、抚养关系、赡养关系、继承关系产生的给付请求权
- ②劳动报酬
- ③退休金、养老金、抚恤金、安置费
- ④人寿保险、人身损害赔偿请求权等权利。



## (三) 代位权的行使与效力

|          |                                                                                     |                                                                              |
|----------|-------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------|
| 代位权的行使   | 诉讼当事人                                                                               | 债权人是原告，次债务人是被告，债务人为第三人<br>【补充】债权人提起代位权诉讼，未将债务人列为第三人的， <b>人民法院可以追加债务人为第三人</b> |
|          | 行使范围                                                                                | ■以债权人的债权为限<br>■债权人行使代位权的请求数额不能超过债务人所负债务的数额，否则对超出部分人民法院不予支持                   |
|          | 费用承担                                                                                | 债权人行使代位权的 <b>必要费用</b> ，由 <b>债务人负担</b>                                        |
|          | 抗辩                                                                                  | <b>次债务人对债务人的抗辩</b> ，可以向 <b>债权人主张</b>                                         |
| 代位权行使的效力 | 经人民法院受理后认定代位权成立的，由 <b>次债务人向债权人履行清偿义务</b> ，债权人接受履行后，债权人与债务人、债务人与次债务人之间相应的债权、债务关系即予消灭 |                                                                              |
|          | 债务人对相对人的债权或者与该债权有关的从 <b>权利</b> 被采取保全、执行措施，或者债务人破产的，依照相关法律的规定处理                      |                                                                              |
|          | 费用承担                                                                                | 债权人胜诉的， <b>诉讼费由次债务人负担</b> ，从实现的债权中优先支付                                       |

【例题·单选题】(2017) 2012 年，甲公司向乙银行借款 20 万元，借款期限为 2 年。借款期满后，甲公司无力偿还借款本息。此时甲公司对丙公司享有到期债权 10 万元，却不积极主张。乙银行拟行使代位权。下列关于乙银行行使代位权的表述中，符合合同法律制度规定的是（ ）。

- A. 乙银行可以直接以甲公司的名义行使对丙公司的债权
- B. 乙银行行使代位权应取得甲公司的同意
- C. 乙银行应自行承担行使代位权所支出的必要费用
- D. 乙银行必须通过诉讼方式行使代位权

【答案】D

【解析】债权人应当以自己的名义行使代位权，选项 A 错误；债权人行使代位权无需债务人同意，选项 B 错误；债权人行使代位权的必要费用，由债务人负担，选项 C 错误。

## 第五节 合同的担保

## 【考点】合同担保概论★

## (一) 担保方式

保证

定金

抵押、质押、留置

## (二) 反担保

1. 担保人可以要求债务人为担保人的担保提供担保，这种由债务人或者第三人向该担保人提供的担保，相对于原担保而言被称为反担保。

2. 反担保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、质押。

【提示】**留置和定金**不能作为反担保方式。



## 老会计-用心传递温度

### （三）不属于担保合同无效的情形

#### 1. 主合同解除，担保合同有效

【提示】担保合同是主债权债务合同的从合同，主债权债务合同有效，担保合同有效；主债权债务合同无效，担保合同无效，但法律另有规定的除外。

#### 2. 越权代表+善意相对人，担保合同有效

法人或者非法人组织的法定代表人、负责人超越权限订立的担保合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外，该代表行为有效。

### （四）担保合同的无效

1. **国家机关**和以**公益为目的**的事业单位、社会团体违反法律规定提供担保的，担保合同无效。

2. 以法律、法规**禁止流通的财产**或者**不可转让的财产**设定担保的，担保合同无效。

## 【考点】保证和保证人★★

### （一）保证

保证是指第三人为债务人的债务履行作担保，由**第三人和债权人约定**，当**债务人不履行债务时**，第三人按照约定履行债务或者承担责任的行为。该第三人被称作保证人。保证是保证人和债权人之间的合同关系。

### （二）保证人

【资格】保证人可以是具有**完全民事行为能力的自然人及法人、非法人组织**。（2021年调整）

不具有完全代偿能力的法人、其他组织或者自然人，以保证人身份订立保证合同后，又以自己没有代偿能力为由要求免除保证责任的，人民法院不予支持。

|             | 一般情形                                   | 不得作保证人        |
|-------------|----------------------------------------|---------------|
| 国家机关        | 经国务院批准为使用外国政府或者国际经济组织贷款进行转贷的情况下        | 可以作保证人        |
| 非营利法人、非法人组织 | 学校、医院、幼儿园等以公益为目的的                      | 不得作保证人        |
|             | 从事经营活动的                                | 可以作保证人        |
| 企业法人        | 职能部门提供保证的                              | 保证合同无效        |
|             | 分支机构有法人书面授权的                           | 在授权范围内可以作为保证人 |
|             | 企业法人的分支机构经营管理的财产不足以承担保证责任的，由企业法人承担民事责任 |               |

【例题·多选题】（2019）根据担保法律制度的规定，下列主体中，不得作为保证人的有（ ）。

- A. 不具有完全代偿能力的法人
- B. 公立大学
- C. 企业法人的职能部门
- D. 无民事行为能力人

【答案】BCD

【解析】本题考核保证人。选项A：不具有“完全”代偿能力的法人、其他组织或者自然人，以保证人身份订立保证合同后，又以自己没有代偿能力要求免除保证责任的，人民法院不予支持。选项BC：学校、幼儿园、医院等以公益为目的的非营利法人、非法人组织，企业法人的职能部门，不得作保证人。选项D：保证人应当具有完全行为能力



【考点】保证合同★★（2021 年调整）

1. 书面形式订立保证合同。（要式合同）★
2. 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。
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的，保证合同成立。

【考点】保证方式★★★

（一）一般保证

1. 当事人在保证合同中约定，在**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。

（有先后顺序：先债务人的财产→后保证人的财产）

2. 一般保证人享有先诉抗辩权

在主合同纠纷**未经审判或者仲裁**，并就债务人财产**依法强制执行仍不能履行债务前**，一般保证人对债权人可以拒绝承担保证责任。

3. 有下列情况之一的，一般保证人**不能行使先诉抗辩权**：

- ①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**；
- ②人民法院受理债务人破产案件，**中止执行程序**的；
- ③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**的；
- ④保证人以**书面形式**放弃先诉抗辩权的。

（二）连带责任保证（2021 年调整）

1. 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。

2. 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。

【扩展】连带责任保证 vs 连带保证

|                 |                       |
|-----------------|-----------------------|
| 连带责任保证          | 连带（共同）保证              |
| 保证的一种方式         | 共同保证的一种形式             |
| 保证人与债务人之间的连带    | 保证人之间的连带              |
| 没约定保证方式，默认为一般保证 | 没与债权人约定保证份额，默认为连带共同保证 |

【扩展】连带共同保证的债务人在主合同规定的债务履行期限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**在保证范围内承担全部保证责任，保证人都负有担保全部债权实现的义务。

【考点】共同保证、共同担保★★★

（一）共同保证（人保+人保）

同一债务有**两个或两个以上保证人**的，为共同保证。

共同保证人应当按照保证合同约定的保证份额，承担保证责任。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。（内部约定对债权人无约束力）



## 老会计-用心传递温度

### (二) 共同担保 (人保+物保)

被担保的债权既有物的担保又有人的担保的, 债务人不履行到期债务时或者发生当事人约定的实现担保物权的情形:

|                 |             |                                                                                     |
|-----------------|-------------|-------------------------------------------------------------------------------------|
| 与债权人约定          | 按照约定实现债权    |                                                                                     |
| 与债权人没有约定或者约定不明确 | 债务人自己提供物的担保 | 应当先就 <b>该物的担保</b> 实现债权                                                              |
|                 | 第三人提供物的担保   | <p>■可以就<b>物的担保</b>实现债权, 也可以要求<b>保证人</b>承担保证责任</p> <p>■提供担保的第三人承担担保责任后, 有权向债务人追偿</p> |

### 【考点】保证责任★★

#### (一) 保证责任的范围

1. 保证合同对责任范围另有约定的, 按照约定执行。
2. 没有约定或者约定不明的, 保证担保的范围包括**主债权及利息、违约金、损害赔偿金和实现债权的费用**。

#### (二) 主合同变更与保证责任承担★

##### 1. 主体变更

|                       |                                                                                                                                                                                                                                           |  |
|-----------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|
| 债权人转让债权<br>(2021 年调整) | <p>(1) 在保证期间, 债权人依法将<b>主债权</b>转让给第三人并通知保证人的, 保证债权同时转让, <b>保证人在原保证担保的范围内</b>对受让人承担保证责任</p> <p>(2) 未通知保证人的, 该转让对保证人不发生效力</p> <p>(3) 保证人与债权人<b>事先约定</b>仅对特定的债权人承担保证责任或者<b>禁止债权转让</b>的, 债权人未经保证人<b>书面同意</b>转让债权的, 保证人对于受让人<b>不再承担保证责任</b></p> |  |
| 债务人转让债务               | <p>债权人许可债务人转让债务的, 应当取得保证人<b>书面同意</b>。</p> <p>保证人对<b>未经其同意转让</b>的债务部分, <b>不再承担保证责任</b></p>                                                                                                                                                 |  |
| 第三人                   | 第三人加入债务的, 保证人的保证责任不受影响                                                                                                                                                                                                                    |  |

##### 2. 内容变更

|                    |                         |                                                                          |
|--------------------|-------------------------|--------------------------------------------------------------------------|
|                    | 未经保证人书面同意, 保证人保证责任也不得解除 |                                                                          |
|                    | 保证人同意                   | 保证人不同意                                                                   |
| 数量、价款、币种、利率等内容做了变动 | 按变更后的                   | <p>减轻债务人的债务: 对<b>变更后的</b>合同承担保证责任</p> <p>加重债务人的债务: 对<b>原债务</b>承担保证责任</p> |
| 对主合同履行期限做了变动       | 按变更后的                   | 保证期间为原合同约定的或者法律规定的期间                                                     |
| 协议以新贷偿还旧贷          | 承担新贷                    | 保证人不承担民事责任, 除非新贷与旧贷系同一保证人                                                |

【提示】债权人与债务人协议变更主合同内容, 但并未实际履行的, 保证人仍应当承担保证责任。



## 老会计-用心传递温度

### （三）债务人破产时的处理

1. 人民法院受理债务人破产案件的，债权人既可向人民法院申报债权，也可向保证人主张权利。（不适用先诉抗辩权）
2. 债权人申报债权后在破产程序中**未受清偿**的部分，保证人**仍应当承担保证责任**。债权人要求保证人承担保证责任的，应当在破产程序**终结后 6 个月内**提出。
3. 债权人知道或应当知道债务人破产，既**未申报债权也未通知**保证人，致使保证人不能**预先行使追偿权**的，保证人在该债权在破产程序中**可能受偿的范围内免除**保证责任。

### （四）保证责任的免除

有下列情形之一的，保证人不承担保证责任：

- （1）主合同当事人双方串通，骗取保证人提供保证的。
- （2）主合同债权人采取欺诈、胁迫等手段，使保证人在违背真实意思的情况下提供保证的。
- （3）主合同债务人采取欺诈、胁迫等手段，使保证人在违背真实意思的情况下提供保证的，并且债权人知道或者应当知道欺诈、胁迫事实的。

### （五）其他规定

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，保证人在其提供**可供执行财产的实际价值范围内**不再承担保证责任。

### 【考点】保证期间★★★（2021 年调整）

|      |                                                     |                                                                                |
|------|-----------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------|
| 除斥期间 | 在保证期间，债权人主张权利的，保证责任确定；<br>债权人未在保证期间主张权利的，保证人的保证责任消灭 |                                                                                |
| 提出方式 | 一般保证                                                | 债权人在保证期间对 <b>债务人</b> 提起诉讼或申请仲裁<br>在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 <b>不再承担保证责任</b> |
|      | 连带保证                                                | 债权人在保证期间向 <b>保证人</b> 提出承担保证责任                                                  |

| 情形                                                   | 起算点                                                                                      | 保证期间                    |
|------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------|
| 当事人在合同中约定保证期                                         | 从其约定                                                                                     |                         |
| 没有约定或者约定不明确的<br>【提示】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 | ①自主债务 <b>履行期限届满</b> 之日起算<br>②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的，自债权人请求债务人履行债务的 <b>宽限期届满</b> 之日起算 | 主债务履行期届满之日起 <b>6 个月</b> |

【例题·单选题】（2015）甲企业向乙银行申请贷款，还款日期为 2013 年 12 月 30 日。丙企业为该债务提供了保证担保，但未约定保证方式和保证期间。后甲企业申请展期，与乙银行就还款期限作了变更，还款期限延至 2014 年 12 月 30 日，但未征得丙企业的书面同意。展期到期，甲企业无力还款，乙银行遂要求丙企业承担保证责任。根据担保法律制度的规定，



## 老会计-用心传递温度

下列关于丙企业是否承担保证责任的表述中，正确的是（ ）。

- A. 不承担，因为保证期间已过
- B. 应承担，因为保证合同有效
- C. 应承担，因为丙企业为连带责任保证人
- D. 不承担，因为丙企业的保证责任因还款期限的变更而消灭

【答案】A

【解析】(1) 债权人与债务人对主合同履行期限作了变更，未经保证人书面同意，保证期间为原合同约定的或者法律规定的期间；(2) 当事人未约定保证期间的，保证期间为主债务履行期届满之日起 6 个月。本题中，丙企业按照原合同约定的期间承担保证责任。保证期间为 2013 年 12 月 30 日～2014 年 6 月 30 日。乙银行请求丙企业承担保证责任时已经超过保证期间，故丙企业不承担保证责任。

### 【考点】保证合同的诉讼时效★★（2021 年调整）

| 事项      | 一般保证                                           | 连带保证                    |
|---------|------------------------------------------------|-------------------------|
| 起算      | 债权人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（先诉抗辩权）消灭之日起 | 保证期间内，债权人请求保证人承担保证责任之日起 |
| 保证人的抗辩权 | 保证人对已经超过诉讼时效期间的债务承担保证责任后，不得又以超过诉讼时效为由提出抗辩。     |                         |
| 保证人对债务人 | 保证人的追索权自保证人向债权人承担保证责任之日起算。                     |                         |

### 【考点】抵押

1. **抵押**，是指为担保债务的履行，债务人或者第三人（抵押人）**不转移财产**的占有，将该财产作为债权的担保，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**，债权人有权就该**财产优先受偿**。

2. 设立抵押权，当事人应当采取**书面形式**订立抵押合同。

#### 3. 流押条款

抵押权人在债务履行期届满前，不得与抵押人约定债务人不履行到期债务时抵押财产归债权人所有。

如果当事人在抵押合同中约定了流押条款，该条款无效。该条款的无效不影响抵押合同其他部分内容的效力。

### 【考点】抵押财产、抵押权的设立★★★

|       |     | 财产范围                                                        | 抵押权设立要求★                                                                                                                                               |
|-------|-----|-------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 可抵押财产 | 不动产 | (1) 建筑物和其他土地附着物<br>(2) 建设用地使用权<br>(3) 海域使用权<br>(4) 正在建造的建筑物 | (1) 抵押权自登记时设立；未办理登记，只是抵押权未设立，但不影响抵押合同的效力<br>(2) 抵押物登记记载的内容与抵押合同约定的内容不一致的，以登记记载的内容为准<br>(3) 以尚未办理权属证书的财产抵押的，只要当事人在一审法庭辩论终结前能够提供权利证书或者补办登记手续的，法院可以认定抵押有效 |



## 老会计-用心传递温度

|  |    |                                                      |                              |
|--|----|------------------------------------------------------|------------------------------|
|  | 动产 | (5) 生产设备、原材料、半成品、产品<br>(6) 正在建造的船舶、航空器<br>(7) 交通运输工具 | 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 |
|--|----|------------------------------------------------------|------------------------------|

|         |                                                                                                                                                                                                                                                              |  |  |
|---------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|
| 不得抵押财产★ | (1) 土地 <b>所有权</b><br>(2) 宅基地、自留地、自留山等 <b>集体所有的土地使用权</b> ，但是法律规定可以抵押的除外<br>(3) 学校、幼儿园、医院等以公益为目的的非营利法人的 <b>教育设施、医疗卫生和其他社会公益设施</b><br>(4) 所有权、使用权不明或者有 <b>争议</b> 的财产<br>(5) 依法被查封、扣押、监管的财产<br>已经设定抵押的财产被采取查封、扣押等财产保全或执行措施的，不影响抵押权的效力<br>(6) 其他不得抵押财产，如违法、违章的建筑物 |  |  |
|---------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|

|             |          |                                                                                                                           |
|-------------|----------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 关于抵押财产的其他规定 | 房地一体     | 以建筑物抵押的，该建筑物占用范围内的建设用地使用权同时抵押<br>以建设用地使用权抵押的，该土地上的房屋同时抵押                                                                  |
|             | 抵押后新增建筑物 | 建设用地使用权抵押后，该土地上新增的建筑物 <b>不属于抵押财产</b><br>对该建设用地使用权实现抵押权时， <b>应当</b> 将该土地上新增的建筑物与建设用地使用权一并处分，但 <b>新增建筑物所得的价款，抵押权人无权优先受偿</b> |
|             | 地随房走     | 以乡镇、村企业的厂房等建筑物抵押的，其占用范围内的建设用地使用权一并抵押<br>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                                                   |

【例题·单选题】(2017) 根据物权法律制度的规定，以特定财产作为抵押物的，抵押权须办理抵押登记才能设立。下列各项中，属于该类特定财产的是 ( )。

- A. 飞机
- B. 正在建造的建筑物
- C. 正在建造的轮船
- D. 轿车

【答案】B

【解析】以建筑物和其他土地附着物，建设用地使用权，海域使用权，正在建造的建筑物设定抵押的，应当办理抵押物登记，抵押权自登记之日起设立。

### 【考点】抵押权的效力★★

#### (一) 抵押担保的范围

包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金和实现抵押权的费用。抵押合同另有约定的，按照约定。



## 老会计-用心传递温度

### （二）抵押权对抵押物所生孳息的效力

1. 一般情况下，抵押权的效力不及于抵押物的孳息。

2. 债务人**不履行**到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，致使抵押财产被人民法院依法扣押的，**自扣押之日起**抵押权人有权收取该抵押财产的天然孳息或者法定孳息，但抵押权人**未通知**应当清偿法定孳息的义务人的除外。

【孳息的清偿顺序】



### （三）抵押权对于抵押物上租赁权的效力 ★

|              |                                                                                                                                                                                                                           |
|--------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 先出租后抵押，租赁权优先 | 抵押权设立前，抵押财产已经出租并转移占有的， <b>原租赁关系不受该抵押权的影响</b>                                                                                                                                                                              |
| 先抵押后出租，抵押权优先 | <p>■抵押权设立后抵押财产出租的，该租赁关系<b>不得对抗已登记的抵押权</b>，抵押权实现后，租赁合同对受让人不具有约束力。</p> <p>■抵押人将已抵押的财产出租时，如果抵押人<b>未书面告知</b>承租人该财产已抵押的，<b>抵押人</b>对出租抵押物造成承租人的损失承担赔偿责任；</p> <p>■如果抵押人已<b>书面告知</b>承租人该财产已抵押的，抵押权实现造成承租人的损失，由<b>承租人</b>自己承担。</p> |

### （四）抵押期间抵押物的转让（2021 年改写）

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。

### （五）抵押权转移及消灭的从属性

主债权转让的，担保该债权的抵押权一并转让，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。（**债权转，抵押权转**）

主债权未受全部清偿的，抵押权人可以就抵押物的**全部**行使其抵押权。

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**行使抵押权。

主债务被分割或者部分转让的，抵押人仍以其**抵押物**担保数个债务人履行债务。

但是，**第三人提供抵押**的，债权人许可债务人转让债务未经抵押人书面同意的，抵押人对未经其同意转让的债务，不再承担担保责任。



## 老会计-用心传递温度

### (六) 抵押财产价值减少或毁损的处理

|          |                                                 |
|----------|-------------------------------------------------|
| 使价值减少→停止 | 抵押人的行为足以使抵押财产价值减少的，抵押权人有权要求抵押人停止其行为             |
| 价值减少的处理  | 抵押财产价值减少的，抵押权人有权要求恢复抵押财产的价值，或者提供与减少的价值相应的担保     |
|          | 抵押人不恢复抵押财产的价值也不提供担保的，抵押权人有权要求债务人提前清偿债务          |
| 物上代位性★   | 在抵押物灭失、毁损或者被征用的情况下，抵押权人可以就该抵押物的保险金、赔偿金或者补偿金优先受偿 |

【例题·多选题】(2010) 陈某用自己的轿车作抵押向银行借款 40 万元，并办理了抵押登记手续。陈某驾驶该车出行时，不慎发生交通事故。经鉴定，该车的价值损失了 30%，保险公司赔偿了该车损失，根据合同法律制度的规定，下列关于该抵押担保的表述中，正确的有( )。

- A. 该轿车不再担保银行债权
- B. 该轿车应担保银行债权
- C. 保险赔偿不应担保银行债权
- D. 保险赔款应担保银行债权

【答案】BD

【解析】本题考核抵押担保。根据规定，在所担保的债权未受全部清偿前，担保权人可就担保物的全部行使权利，担保物部分灭失，残存部分仍担保债权全部，因此 B 选项正确；A 选项错误；在抵押物灭失、毁损或者被征用的情况下，抵押权人可以就该抵押物的保险金、赔偿金或者补偿金优先受偿，因此 C 选项错误、D 选项正确。

### (七) 其他

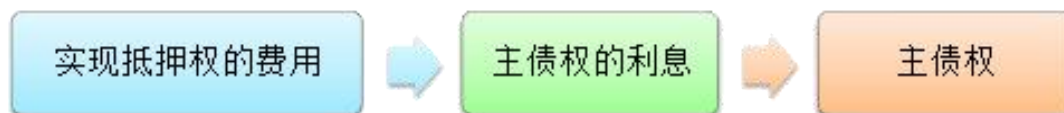
|                 |                                                                      |                                                |
|-----------------|----------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------|
| 价款债权抵押权         | 对如下两种价款债权提供特别担保的抵押权                                                  | ①融资机构提供贷款专用于购置标的物形成的债权；<br>②出卖人允许买受人赊购标的物形成的债权 |
|                 | 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 |                                                |
| 同一财产既设立抵押权又设立质权 | 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                                      |                                                |

### 【考点】抵押权的实现★★★

#### (一) 实现的条件与方式

债务人不履行到期债务或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、拍卖或者变卖该抵押财产所得的价款优先受偿。

抵押物折价或者拍卖、变卖所得的价款，当事人没有约定的，按下列顺序清偿：





## 老会计-用心传递温度

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。

### （二）抵押权的顺位及确定抵押权次序的规则 ★

#### 1. 多个抵押权并存时的清偿顺序

|         |                            |
|---------|----------------------------|
| 总原则     | 抵押权已登记的先于未登记的受偿            |
| 抵押权已登记的 | 按照登记的时间先后确定清偿顺序            |
| 抵押权未登记的 | （不看先后，只能）按照债权比例清偿          |
| 【提示】    | 跟登记时间有关系，跟主合同的到期时间和签订时间没关系 |

#### 2. 抵押权顺位的变更

（1）抵押权人可以放弃抵押权或者抵押权的顺位。

（2）抵押权人与抵押人可以协议变更抵押权顺位以及被担保的债权数额等内容，但抵押权的变更，未经其他抵押权人书面同意，不得对其他抵押权人产生不利影响。

（3）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，但承诺仍然提供担保的除外。

### 【考点】最高额抵押★★

#### （一）最高额抵押

是指为担保债务的履行，债务人或者第三人对一定期间内将要连续发生的债权提供担保财产的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，抵押权人有权在最高债权额限度内就该担保财产优先受偿。



#### （二）最高额抵押的特征

1. 抵押担保的是将来发生的债权，现在尚未发生；
2. 抵押担保的债权额不确定，但设有最高限制额；
3. 实际发生的债权是连续的，不特定的；
4. 债权人仅对抵押财产行使最高限度内的优先受偿权；
5. 最高额抵押只需首次登记即可设立，无须每个新生债权都到登记部门办理抵押登记。

#### （三）最高额抵押权的转让及变更

最高额抵押担保的债权确定前，部分债权转让的，最高额抵押权不得转让，但当事人另有约定的除外。

【链接】债权转让的，担保该债权的抵押权一并转让，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

#### （四）最高额抵押权所担保的债权确定

有下列情形之一的，抵押权人的债权确定：



## 老会计-用心传递温度

- 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2年后**请求确定债权；
- ③新的债权**不可能发生**；
- ④抵押财产**被查封、扣押**；
- ⑤债务人、抵押人**被宣告破产或者被撤销**；
- ⑥法律规定债权确定的其他情形。

### 【考点】动产浮动抵押★★

1. 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**。

2. 抵押权人应当向抵押人住所地的市场监督管理部门办理登记。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**。

3. 动产浮动抵押无论是否办理抵押登记，均不得对抗**正常经营活动中已支付合理价款并取得抵押财产的**（不论是否知情）买受人。★

4. 在下列情形发生时，应**确定抵押财产**：

- 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。

【例题·单选题】（2018）甲企业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，甲企业未经乙银行同意以合理价格将一台生产设备出售给知情的丙公司，并已交付。后甲企业不能向乙银行履行到期债务，乙银行拟行使抵押权。下列关于该抵押权效力的表述中，正确的是（ ）。

- A. 该抵押权已成立且可以对抗知情的丙公司
- B. 该抵押权因未办理抵押登记而不能成立
- C. 该抵押权因抵押物不特定而不能成立
- D. 该抵押权已成立但不得对抗丙公司

【答案】D

【解析】本题考核浮动抵押。动产浮动抵押，抵押权自抵押合同生效时设立；动产浮动抵押无论是否办理抵押登记，均不得对抗正常经营活动中已支付合理对价并取得抵押财产的买受人。

### 【考点】质押★

质押是指债务人或者第三人将其**动产或者权利移交债权人占有**，将该财产作为债权的担保，当债务人不履行债务时，债权人有权依照法律规定，以该动产或权利**折价或者以拍卖、变卖该动产的价款优先受偿**。

### 【考点】动产质押★★★

（一）范围

质押担保的范围**由当事人约定**；



## 老会计-用心传递温度

当事人未约定的，质押担保范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金、质物保管费用和实现质权的费用。

### (二) 动产质押的效力 ★

1. 质押合同自成立时生效，但质权自出质人交付质押财产时设立，即动产质权的设立以质物的交付为生效要件。

2. 债务人或者第三人未按质押合同约定的时间移交质物的，因此给质权人造成损失的，出质人应当根据其过错承担赔偿责任。

3. 出质人代质权人占有质物的，质权不设立。

4. 出质人以间接占有的财产出质的，质物自书面通知送达占有人时视为移交。

5. 质押合同中对质押的财产约定不明，或者约定的出质财产与实际移交的财产不一致的，以实际交付占有的财产为准。

6. 债务人以自己的财产出质，质权人放弃该质权的，其他担保人在质权人丧失优先受偿权益的范围内免除担保责任，但其他担保人承诺仍然提供担保的除外。

### (三) 质权人对质物的权利和责任

|       |                                                                                                           |                                                                                   |
|-------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------|
| 孳息收取权 | 质权人有权收取质押财产的孳息，但合同另有约定的除外。上述孳息应当先充抵收取孳息的费用                                                                |                                                                                   |
| 保管义务  | 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                                                                  | ■ 质权人有权要求出质人提供相应的担保；<br>■ 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   |
|       | 因保管不善致使质押财产毁损、灭失的（已经发生）                                                                                   | 应当承担赔偿责任                                                                          |
|       | 质权人的行为可能使质押财产毁损、灭失的（可能发生）                                                                                 | ■ 出质人可以请求质权人将质押财产提存，或者请求提前清偿债务并返还质押财产。<br>■ 质物提存费用由质权人负担，出质人提前清偿债务的，应当扣除未到期部分的利息。 |
| 处分限制  | ① 质权人在质权存续期间，未经出质人同意，擅自使用、处分质押财产，给出质人造成损害的，应当承担赔偿责任。<br>② 质权人在质权存续期间，未经出质人同意转质，造成质押财产毁损、灭失的，应当向出质人承担赔偿责任。 |                                                                                   |

### 【考点】权利质押★★

|                       |                                       |
|-----------------------|---------------------------------------|
| 可以用于质押的权利             | 质权的设定                                 |
| 汇票、本票、支票、存款单、仓单、提单、债券 | 有权利凭证：自交付权利凭证时设立<br>没有权利凭证：自办理出质登记时设立 |
| 基金份额、证券登记结算机构登记的股权    | 质权自办理出质登记时设立                          |
| 其他股权                  |                                       |



## 老会计-用心传递温度

|                                  |  |
|----------------------------------|--|
| 知识产权中的财产权（注册商标专用权、专利权、著作权）       |  |
| 现有的以及将有的应收账款                     |  |
| 《民法典》对于权利质押未作特别规定的，应适用有关动产质押的规定。 |  |

【例题·多选题】（2019）根据担保法律制度的规定，债务人有权处分的下列权利中，可用于设立权利质押的有（ ）。

- A. 建设用地使用权
- B. 仓单
- C. 动产所有权
- D. 应收账款

【答案】BD

【解析】本题考核权利质押的概念。债务人或者第三人有权处分的下列权利可以出质：（1）汇票、支票、本票；（2）债券、存款单；（3）仓单、提单；（4）可以转让的基金份额、股权；（5）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；（6）现有的以及将有的应收账款；（7）法律、行政法规规定可以出质的其他财产权利。

### 【考点】留置★

留置权是指债务人不履行到期债务，债权人可以留置已经合法占有的债务人的动产，并有权就该动产优先受偿。

1. 债权人占有债务人的动产。原则上动产应属于债务人所有。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。（不可分物：可以其留置物的全部）

当事人可以在合同中约定不得留置的物。法律规定或者当事人约定不得留置的动产，不得留置。

2. 占有的动产应与债权属于同一法律关系，但企业之间留置的除外。

留置权的适用范围不限于保管合同、运输合同、承揽合同等特定的合同关系，其他债权债务关系，只要法律规定不禁止留置，债务人不履行债务的，债权人均可留置已经合法占有的动产。

3. 债权已届清偿期且债务人未按规定的期限履行义务。

### 【考点】留置权的实现★

1. 留置权人负有妥善保管留置财产的义务；因保管不善致使留置财产毁损、灭失的，应当承担赔偿责任。

2. 留置权人有权收取留置财产的孳息。孳息应当先充抵收取孳息的费用。

3. 留置权人与债务人应当约定留置财产后的债务履行期间；没有约定或者约定不明确的，留置权人应当给债务人60日以上的履行债务期间，但鲜活易腐等不易保管的动产除外。（2021年调整）

4. 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。★





## 老会计-用心传递温度

【例题·单选题】（2016）李某向陈某借款10万元，将一辆卡车抵押给陈某。抵押期间，卡车因车祸严重受损，李某将卡车送到某修理厂大修，后李某无力支付2万元修理费，修理厂遂将卡车留置。经催告，李某在约定的合理期限内仍未支付修理费。此时，李某亦无法偿还欠陈某的到期借款，陈某要求修理厂将卡车交给自己依法进行拍卖，修理厂拒绝。下列关于该争议如何处理的表述中，符合物权法律制度规定的是（ ）。

- A. 修理厂应将卡车交给陈某依法拍卖，修理费只能向李某主张
- B. 陈某应当向修理厂支付修理费，其后修理厂应向陈某交付卡车
- C. 修理厂应将卡车交给陈某依法拍卖，拍卖所得资金优先偿付借款，剩余部分修理厂有优先受偿权
- D. 修理厂可将卡车依法拍卖，所得资金先偿付修理费，剩余部分陈某有优先受偿权

【答案】D

【解析】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

### 【考点】定金★★

#### （一）定金的概念与种类

定金是指合同当事人约定一方向对方给付一定数额的货币作为债权的担保。

#### （二）定金的生效（2021年调整）

|     |                                                                                                                      |
|-----|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 性质★ | 定金合同是实践性合同，从实际交付定金时成立                                                                                                |
| 数额★ | <p>■定金的数额由当事人约定，但不得超过主合同标的额的20%。超过部分不产生定金的效力。</p> <p>■实际交付的定金数额多于或者少于约定数额，视为变更约定的定金数额；收受定金一方提出异议并拒绝接受定金的，定金合同不成立</p> |

#### （三）定金的效力 ★（2021年调整）

债务人履行债务后，定金应当抵作价款或者收回。

|      |                                                                                                             |
|------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 定金罚则 | <p>■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；</p> <p>■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。</p> |
| 适用   | 因合同关系以外第三人的过错，致使主合同不能履行的，适用定金罚则；受定金处罚的一方当事人，可以向第三人追偿                                                        |
| 不适用  | 因不可抗力、意外事件致使主合同不能履行的，不适用定金罚则                                                                                |

【例题·多选题】（2018改）根据担保法律制度的规定，下列关于定金罚则的表述中，正确的有（ ）。

- A. 因不可抗力致使主合同不能履行的，不适用定金罚则
- B. 给付定金的一方不履行合同，无权请求返还定金
- C. 因意外事件致使主合同不能履行的，不适用定金罚则
- D. 因合同关系以外的第三人的过错，致使主合同不能履行的，不适用定金罚则

【答案】ABC

【解析】本题考核定金罚则。选项AC：因不可抗力、意外事件致使主合同不能履行的，



## 老会计-用心传递温度

不适用定金罚则。选项B：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。选项D：因合同关系以外第三人的过错，致使主合同不能履行的，适用定金罚则。

### 【考点】合同的变更★

合同的变更仅指**合同内容的变更**。

当事人对合同变更的内容**约定不明确**的，推定为未变更。

合同变更的效力**原则上仅对未履行的部分有效**，对已履行的部分没有溯及力，但法律另有规定或当事人另有约定的除外。

### 【考点】合同的转让★★

#### （一）合同权利转让

##### 1. 合同权利转让的条件 ★

债权人转让权利**无须经债务人同意**，但应当**通知**债务人。未经通知，该转让对债务人不发生效力。

债务人接到债权转让通知后，债权让与行为对债务人就生效，债务人应对受让人履行义务。

##### 2. 下列情形的合同权利，**债权人不得转让**：

①根据**合同性质**不得转让；

根据当事人之间信任关系而发生→委托合同

须对特定债权人为给付→扶养请求权、慰抚金请求权

针对特定当事人的不作为义务→竞业禁止

②根据**当事人约定**不得转让；

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**。

③根据**法律规定**不得转让。

##### 3. 合同权利转让的效力（2021年调整）

|     |                                                                                                                                                            |
|-----|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 从权利 | 债权人转让主权利时，附属于主权利的从权利也一并转让，受让人在取得债权时，也取得与债权有关的从权利，但该从权利专属于债权人自身的除外。<br>受让人取得从权利不因该从权利未办理转移登记手续或者未转移占有而受到影响。                                                 |
| 抗辩权 | 债务人接到债权转让通知后，债务人对让与人的抗辩，可以向受让人主张，如权利无效、权利已过诉讼时效期间等抗辩。                                                                                                      |
| 抵销权 | 有下列情形之一的，债务人可以向受让人主张抵销：<br>①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同时到期的，债务人可以向受让人主张抵销。<br>②债务人的债权与转让的债权是基于同一合同产生。<br><b>【提示】</b> 因债权转让增加的履行费用，由让与人负担。 |

#### （二）合同义务转移（2021年调整）

1. 债务人将合同的义务全部或者部分转移给第三人，**应当经债权人同意**。

债务人或者第三人**可以催告**债权人在合理期限内予以同意，债权人**未作表示**的，视



## 老会计-用心传递温度

为不同意。

第三人与债务人约定**加入债务**并通知债权人，或者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的**，债权人可以请求第三人在其愿意承担的债务范围内和债务人承担连带债务。

2. 合同义务转移后，新债务人成为合同一方当事人，如不履行或不适当履行合同义务，债权人可以向其请求履行债务或承担违约责任。

3. 债务人转移义务的，新债务人可以**主张原债务人对债权人的抗辩**。但原债务人对债权人享有债权的，新债务人不得向债权人主张**抵销**。

### （三）合同权利义务的一并转让

合同关系的一方当事人将权利和义务一并转让时，除了应当征得另一方当事人的同意外，还应当遵守有关转让权利和义务的规定。

### （四）法人或其他组织合并或分立后债权债务关系的处理

|             |                                                     |
|-------------|-----------------------------------------------------|
| 当事人订立合同后合并的 | 由合并后的法人或者其他组织行使合同权利，履行合同义务                          |
| 当事人订立合同后分立的 | 除债权人和债务人另有约定的以外，由分立后的法人或者其他组织对合同的权利和义务享有连带债权，承担连带债务 |

【例题·单选题】（2018）甲公司向乙公司订购车床一台，价款50万元。甲公司与丙公司约定，由丙公司承担甲公司对乙公司的50万元的债务，乙公司表示同意。丙公司未清偿50万元欠款，下列关于乙公司主张债权的表述中正确的是（ ）。

- A. 乙公司可以要求甲公司和丙公司共同偿还50万元价款
- B. 乙公司可以选择向甲公司或者丙公司主张清偿50万元价款
- C. 乙公司应当向丙公司主张清偿50万元价款
- D. 乙公司应当向甲公司主张清偿50万元价款

【答案】C

【解析】本题考核合同义务转移。甲公司将自己对乙公司的付款义务转移给了丙公司，且经过了债权人乙公司的同意，故新债务人（丙公司）成为合同一方当事人，如不履行或不适当履行合同义务，债权人可以向其（丙公司）请求履行债务或承担违约责任。因此，乙公司应当向新债务人丙公司主张清偿50万元价款。

## 【考点】合同权利义务终止

### （一）债务已经按照约定履行

债务已经按照约定履行是指债务人按照约定的标的、质量、数量、价款或报酬、履行期限、履行地点和方式**全面履行**。

债务人对同一债权人负担的**数项债务种类相同**，债务人的给付不足以清偿全部债务的，除当事人**另有约定外**，由债务人在清偿时**指定**其履行的债务。

债务人**未作指定**的，应当优先履行**已经到期**的债务；数项债务均到期的，优先履行对债权人**缺乏担保或者担保最少**的债务；均无担保或者担保相等的，优先履行债务人**负担较重**的债务；负担相同的，按照**债务到期的先后顺序**履行；到期时间相同的，按照**债务比例**履行。债务人在履行主债务外还应当支付利息和实现债权的有关费用，其给付不足以清偿全部债务的，除当事人另有约定外，应当按照下列顺序履行：



## （二）免除

债务的免除是指**权利人放弃自己的全部或部分权利**，从而使合同义务减轻或使合同终止的一种形式。

债权人免除债务人**部分或者全部**债务的，合同的权利义务**部分或者全部**终止，但是债务人在合理期限内拒绝的除外。

免除债权，债权的**从权利**如从属于债权的担保权利、利息权利、违约金请求权等**也随之消灭**。

## （三）混同

债权和债务同归于一人的，债权债务终止，但是损害第三人利益的除外。

法律另有规定的，债权债务不因混同而消灭。

例如由于甲、乙两企业合并，甲、乙企业之间原先订立的合同中的权利义务同归于合并后的企业，债权债务关系自然终止。

## （四）合同解除（2021年调整）

### 1. 合同解除的类型

#### 2. 法定解除

|           |                                                                                                                                                                                                         |
|-----------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 法定解除的情形 ★ | <p>有下列情形之一的，可以解除合同：</p> <p>（1）因不可抗力致使不能实现合同目的。</p> <p>（2）在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务。</p> <p>（3）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。</p> <p>（4）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。</p> <p>（5）规定的其他情形。</p> |
| 随时解除要求    | 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，但是应当在合理期限之前通知对方                                                                                                                                                           |

### 3. 合同解除的效力

#### （1）解除权的行使

|    |        |                                                                            |
|----|--------|----------------------------------------------------------------------------|
| 期限 | 有规定或约定 | 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                                       |
|    | 未规定或约定 | 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 |
| 通知 | 一般情形   | 当事人一方依法主张解除合同的，应当通知对方。合同自通知到达                                              |



## 老会计-用心传递温度

|     |                                                                               |                                                          |
|-----|-------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------|
|     |                                                                               | 对方时解除                                                    |
|     | 通知有履行期限的                                                                      | 通知载明债务人在一定期限内不履行债务则合同自动解除，债务人在该期限内未履行债务的，合同自通知载明的期限届满时解除 |
|     | 对方对解除合同有异议的，任何一方当事人均可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除行为的效力                                   |                                                          |
| 未通知 | 当事人一方未通知对方，直接以提起诉讼或者申请仲裁的方式依法主张解除合同，人民法院或者仲裁机构确认该主张的，合同自起诉状副本或者仲裁申请书副本送达对方时解除 |                                                          |

### (2) 解除权行使的效力

|         |                                                 |
|---------|-------------------------------------------------|
| 尚未履行的   | • 终止履行                                          |
| 已经履行的   | • 根据履行情况和合同性质，当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施，并有权要求赔偿损失    |
| 结算和清理条款 | • 合同的权利义务终止，不影响合同中结算和清理条款的效力                    |
| 因违约解除的  | • 解除权人可以请求违约方承担违约责任，但是当事人另有约定的除外                |
| 担保责任    | • 主合同解除后，担保人对债务人应当承担的民事责任仍应承担担保责任，但是担保合同另有约定的除外 |

### (五) 抵销

抵销是指双方当事人互负债务时，一方通知对方以其债权充当债务的清偿或者双方协商以债权充当债务的清偿，使得双方的债务在对等额内消灭的行为。

#### 1. 法定抵销

当事人互负债务，该债务的标的物种类、品质相同的，任何一方可以将自己的债务与对方的到期债务抵销；但是，根据债务性质、按照当事人约定或者依照法律规定不得抵销的除外。

当事人主张抵销的，应当通知对方，通知自到达对方时生效。

**抵销不得附条件或者附期限。**

按照有关法律规定，下列债务不能抵销：

#### (1) 按债务性质不能抵销。

如不作为债务、提供劳务的债务、与人身不可分离的债务（抚恤金、退休金、人身损害赔偿债务等）。

(2) 按照约定应当向第三人给付的债务。

(3) 当事人约定不得抵销的债务。

(4) 因故意实施侵权行为产生的债务。

(5) 法律规定不得抵销的其他情形（如法律禁止扣押和强制执行的债务）。

#### 2. 约定抵销

当事人互负债务，标的物种类、品质不相同的，经双方协商一致，也可以抵销。此种抵销即属经双方协商一致发生的约定抵销。

### (六) 提存 ★

#### 1. 提存的概念



## 老会计-用心传递温度

提存是指**由于债权人的原因**，债务人无法向其交付合同标的物而将该标的物交给**提存机关**，从而**消灭债务**的制度。

### 2. 提存的原因

有下列情形之一，**难以履行债务的**，债务人可以将标的物提存：

- (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。

### 3. 提存的法律效力

标的物提存后，债务人**应当及时通知**债权人或者债权人的继承人、遗产管理人、监护人、财产代管人。

标的物**不适于提存**或者**提存费用**过高的，债务人依法可以拍卖或者变卖标的物，提存所得的价款。

#### 【视同履行】

标的物毁损、灭失的风险由债权人承担

标的物的孳息归债权人所有

提存费用由债权人负担

#### 【提存物的领取】

(1) 债权人**可以随时领取**提存物，但债权人对债务人负有到期债务的，在债权人未履行债务或者提供担保之前，提存部门根据**债务人的要求应当拒绝**其领取提存物。

(2) 债权人领取提存物的权利，**自提存之日起5年内不行使而消灭**，提存物扣除提存费用后归国家所有。

但是，债权人未履行对债务人的到期债务，或者债权人向提存部门书面表示放弃领取提存物权利的，**债务人负担提存费用后有权取回提存物**。

此5年期间为不变期间，不适用诉讼时效中止、中断或延长的规定。

【例题·单选题】(2019) 因债权人胡某下落不明，债务人陈某难以履行债务，遂依法将标的物提存。后该标的物意外灭失。该标的物意外灭失风险的承担人是( )。

- A. 胡某
- B. 胡某与陈某
- C. 陈某
- D. 提存机关

【答案】A

【解析】本题考核提存的法律后果。标的物提存后，毁损、灭失的风险由债权人承担

### 【考点】承担违约责任的形式★★

#### (一) 继续履行

|       |                                                               |
|-------|---------------------------------------------------------------|
| 金钱债务  | (应当继续履行) 当事人一方未支付价款或者报酬的，对方可以要求其支付价款或者报酬                      |
| 非金钱债务 | 不履行或者履行非金钱债务不符合约定的，对方可以要求履行，但有下列情形之一的除外：<br>(1) 法律上或者事实上不能履行； |



## 老会计-用心传递温度

|  |                                                                                                         |
|--|---------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|  | <p>(2) 债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高;</p> <p>(3) 债权人在合理期限内未要求履行</p> <p>【补充】合同目的不能实现, 终止合同权利义务关系的, 不影响违约责任的承担</p> |
|--|---------------------------------------------------------------------------------------------------------|

### (二) 采取补救措施

当事人一方履行合同义务不符合约定的, 应当按照当事人的约定承担违约责任。

受损害方可以根据受损害的性质以及损失的大小, **合理选择要求对方适当履行**, 如采取修理、更换、重作、退货、减少价款或者报酬等措施, 也可以选择解除合同、中止履行合同、通过提存履行债务、行使担保债权等补救措施。

### (三) 赔偿损失

当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的, 在**履行义务或者采取补救措施后**, 对方还有其他损失的, 应当赔偿损失。

### (四) 支付违约金 ★

|                 |                                                                                                    |
|-----------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 约定的违约金低于造成的损失   | ■ 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 | <p>■ 约定的违约金过分高于造成的损失, 当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少</p> <p>■ 当事人约定的违约金超过造成损失30%的, 一般可以认定为“过分高于造成的损失”</p> |
| 迟延履行违约金         | 当事人就迟延履行约定违约金的, 违约方支付违约金后, 还应当履行债务                                                                 |

### (五) 定金 ★

在同一合同中, 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**, 即二者不能同时主张。

买卖合同约定的定金**不足以弥补**一方违约造成的损失, 对方**请求赔偿**超过定金部分的损失的, 但定金和损失赔偿的数额总和**不应高于因违约造成的损失**。

【总结】定金、违约金、损失赔偿

| 类型      | 金额范围        |
|---------|-------------|
| 定金、违约金  | 按定金or违约金要求  |
| 定金、损失赔偿 | 定金+赔偿金≤损失金额 |

## 【考点】免责事由 ★

### (一) 法定事由

1. 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。

2. 当事人迟延履行后发生不可抗力的, 不能免除责任。

【补充】不可抗力是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况, 包括但不限于: ①自然灾害(如地震、台风、洪水、海啸等); ②政府行为; ③社会异常现象(如罢工、骚乱等)。

### (二) 约定的免责条款



## 老会计-用心传递温度

当事人可以在合同中约定免责条款，但下列免责条款无效：

- (1) 造成对方人身伤害的。
  - (2) 因故意或者重大过失造成对方财产损失的。
- (三) 法律的特别规定

运输合同中，承运人对运输过程中货物的毁损、灭失承担损害赔偿责任。但是，承运人证明货物的毁损、灭失是因不可抗力、货物本身的自然性质或者合理损耗以及托运人、收货人的过错造成的，不承担损害赔偿责任。

### 【考点】买卖合同 ★

买卖合同是诺成、双务、有偿合同，可以是要式的，也可以是非要式的。

#### 【无权处分】

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，买受人可以解除合同并请求出卖人承担**违约责任**。

### 【考点】买卖合同的标的物 ★★

#### (一) 标的物的交付和所有权转移

|                    |                                                         |                 |                                                             |
|--------------------|---------------------------------------------------------|-----------------|-------------------------------------------------------------|
| 所有权转移的一般规定         | 标的物为动产                                                  | 动产的所有权自交付之日起转移  |                                                             |
|                    | 标的物为不动产                                                 | 不动产的所有权自登记之日起转移 |                                                             |
|                    | 标的物孳息                                                   | 约定              | <b>■</b> 标的物在交付之前产生的孳息，归出卖人所有；<br><b>■</b> 交付之后产生的孳息，归买受人所有 |
| 无须以有形载体交付的电子信息技术产品 | 当事人对交付方式约定不明确，且依照法律规定仍不能确定的，买受人收到约定的电子信息产品或者权利凭证即为交付    |                 |                                                             |
| 具有知识产权的计算机软件等标的物   | 出卖具有知识产权的计算机软件等标的物的，除法律另有规定或者当事人另有约定的以外，该标的物的知识产权不属于买受人 |                 |                                                             |

|        |      |                                                                                                                                                                                       |
|--------|------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 一物多卖 ★ | 普通动产 | 出卖人就同一普通动产订立多重买卖合同，买卖合同均有效的情况下，买受人均要求实际履行合同的，按以下情形处理：<br>①先行受领交付的买受人可以请求确认所有权已经转移；<br>②均未受领交付，先行支付价款的买受人可以请求出卖人交付标的物；<br>③均未受领交付，也未支付价款，依法成立在先合同的买受人可以请求出卖人交付标的物。                     |
|        | 特殊动产 | 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，在买卖合同均有效时，买受人均要求实际履行合同的，按照以下情形处理：<br>①先行受领交付的买受人可以请求出卖人办理所有权转移登记手续；<br><b>【提示】</b> 出卖人将标的物交付给买受人之一，又为其他买受人办理所有权转移登记，已受领交付的买受人请求将标的物所有权登记在自己名下，人民法院应予支持。 |



|  |                                                                                                                  |
|--|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|  | <p>②均未受领交付，先行办理所有权转移登记手续的买受人可以请求出卖人交付标的物；</p> <p>③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可以请求出卖人交付标的物和办理所有权转移登记手续。</p> |
|--|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

|             |                    |                                                                                           |
|-------------|--------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------|
| 多交部分<br>标的物 | 买受人接收              | 按照合同价格支付价款                                                                                |
|             | 买受人拒绝接收（应当及时通知出卖人） | <p>可以代为保管多交部分标的物。</p> <p>买受人代为保管期间的合理费用，由出卖人负担</p> <p>代为保管期间非因买受人故意或者重大过失造成的损失，由出卖人承担</p> |

【例题·单选题】（2020）张某有一件画作拟出售，于2019年5月10日与王某签订买卖合同，约定四日后交货付款；5月11日，丁某愿以更高的价格购买该画作，张某遂与丁某签订合同，约定三日后交货付款；5月12日，张某又与林某签订合同，将该画作卖给林某，林某当即支付了价款，约定两日后交货。后因张某未交付画作，王某、丁某、林某均要求张某履行合同，诉至人民法院，下列关于该画作交付和所有权归属的表述中，正确的是（ ）。

- A. 应支持王某对张某交付该画作的请求
- B. 应支持丁某对张某交付该画作的请求
- C. 应支持林某对张某交付该画作的请求
- D. 应认定王某、丁某、林某共同取得该画作的所有权

【答案】C

【解析】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：先行受领交付的买受人请求确认所有权已经转移的，人民法院应予支持；均未受领交付，先行支付价款的买受人（林某）请求出卖人履行交付标的物等合同义务的，人民法院应予支持；均未受领交付，也未支付价款，依法成立在先合同的买受人请求出卖人履行交付标的物等合同义务的，人民法院应予支持。

（二）标的物毁损、灭失风险的承担

|        |                                                                  |
|--------|------------------------------------------------------------------|
| 一般规定   | 标的物毁损、灭失的风险，在标的物交付之前由出卖人承担，交付之后由买受人承担，但法律另有规定或当事人另有约定的除外 ★       |
|        | 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                          |
| 一方违约 ★ | 因买受人的原因致使标的物不能按照约定的期限交付的，买受人应当自违反约定之日起承担标的物毁损、灭失的风险              |
|        | 出卖人按照约定或者依照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之日起由买受人承担 |
|        | ■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 |
|--|---------------------------------------|

|          |                                                                                                                           |
|----------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 在途标的物    | 出卖人出卖交由承运人运输的在途标的物，除当事人另有约定的以外，毁损、灭失的风险自合同成立之日起由买受人承担；<br>如果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，风险负担由出卖人承担 |
| 交付地点不明   | 当事人没有约定交付地点或者约定不明确，标的物需要运输的，出卖人将标的物交付给第一承运人后，标的物毁损、灭失的风险由买受人承担<br>【提示】出卖人负责代办托运，承运人系独立于买卖合同当事人之外的运输者                      |
| 约定地点+需运输 | 出卖人根据合同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负担，但当事人另有约定的除外                                                             |
| 种类物      | 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。                                          |

【例题·多选题】（2019）根据合同法律制度的规定，当事人未作特别约定的情况下，下列关于买卖合同标的物毁损、灭失风险承担的表述中，正确的有（ ）。

- A. 出卖人根据合同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
- B. 出卖人按照约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
- C. 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
- D. 因买受人的原因致使标的物不能按照约定的期限交付的，买受人应当自违反约定时起承担标的物毁损、灭失的风险

【答案】ABCD

【解析】本题考核买卖合同标的物毁损、灭失风险的转移。

### （三）买卖合同的解除

|      |                                                                   |                                                    |
|------|-------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------|
| 数物   | 标的物为数物，其中一物不符合约定的，买受人可以就该物解除<br>但该物与他物分离使标的物的价值显受损害的，当事人可以就数物解除合同 |                                                    |
| 分批交付 | 单独解除                                                              | 一批标的物不交付或不符约定，致使不能实现合同目的，就该批解除                     |
|      | 以后解除                                                              | 不交付其中一批或交付不符约定，致使今后其他各批交付不能实现合同目的，可以就该批以及今后各批标的物解除 |
|      | 全部解除                                                              | 该批标的物与其他各批标的物相互依存，可就已交付和未交付的各批解除                   |
| 主物   | 因标的物主物不符合约定而解除合同的，解除合同的效力及于从物。                                    |                                                    |



|    |                             |
|----|-----------------------------|
| 从物 | 因标的物的从物不符合约定被解除的，解除的效力不及于主物 |
|----|-----------------------------|

## (四) 标的物检验

|          |                                                                                                                                                                                                                                                           |
|----------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 检验标准     | 出卖人依照买受人的指示向第三人交付标的物，出卖人和买受人之间约定的检验标准与买受人和第三人之间约定的检验标准不一致的，应当以出卖人和买受人之间约定的检验标准为标的物的检验标准                                                                                                                                                                   |
| 未约定检验期间的 | <p>当事人对标的物的检验期间未作约定，买受人签收的送货单、确认单等载明标的物数量、型号、规格的，推定买受人已对数量和外观瑕疵进行了检验，但有相反证据足以推翻的除外</p> <p>当事人没有约定检验期间的，买受人应当在发现或者应当发现标的物的数量或者质量不符合约定的合理期间内通知出卖人；<br/>买受人在合理期间内未通知或者自标的物收到之日起2年内未通知出卖人的，视为标的物的数量或者质量符合约定<br/>出卖人知道或者应当知道提供的标的物不符合约定的，买受人不受前述规定的通知时间的限制</p> |
| 约定检验期间的  | 当事人约定检验期间的，买受人应当在检验期间内将标的物的数量或者质量不符合约定的情形通知出卖人；买受人怠于通知的，视为标的物的数量或者质量符合约定                                                                                                                                                                                  |
| 【提示】     | 出卖人自愿承担违约责任后，又以上述期间经过为由反悔，法院不予支持                                                                                                                                                                                                                          |

## 【考点】买卖双方当事人的权贵 ★★

## (一) 出卖人的权贵

## 1. 出卖人应当按照约定的地点交付标的物

当事人没有约定交付地点或者约定不明确，可以协商达成补充协议

不能达成补充协议的，按照合同有关条款或交易习惯确定

仍不能确定的，适用下列规定：

①标的物需要运输的，出卖人将标的物交付给第一承运人以运交给买受人；

②标的物不需要运输，出卖人和买受人订立合同时知道标的物在某一地点的，出卖人应当在该地点交付标的物；

③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。

2. 包装方式：有约定按约定→约定不明+依照《民法典》仍不能确定：通用方式→无通用方式：足以保护标的物且有利于节约资源、保护生态环境的包装方式。

3. 出卖人应保证标的物的价值或使用效果。买受人依约保留部分价款作为质量保证金，出卖人在质量保证期间未及时解决质量问题而影响标的物的价值或者使用效果，出卖人主张支付该部分价款的，人民法院不予支持。

4. 买受人在检验期间、质量保证期间、合理期间内提出质量异议，出卖人未按要求予以修理或者因情况紧急，买受人自行或者通过第三人修理标的物后，主张出卖人负担因此发生的合理费用的，人民法院应予支持。

5. 出卖人没有履行或者不当履行从给付义务，致使买受人不能实现合同目的，买受人可主张解除合同。

## 6. 瑕疵担保



## 老会计-用心传递温度

①合同约定减轻或者免除出卖人对标的物的瑕疵担保责任，但出卖人故意或者因重大过失不告知买受人标的物的瑕疵，出卖人无权主张减轻或者免除责任。

②买受人在缔约时知道或应当知道标的物质量存在瑕疵，主张出卖人承担瑕疵担保责任，法院不予支持，但买受人在缔约时不知道瑕疵会导致标的物的基本效用显著降低的除外。

### (二) 买受人的权贵

|      |                                                                                                                     |
|------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 分期付款 | 分期付款的买受人未支付到期价款的金额达到全部价款的1/5的，经催告后在合理期限内仍未支付到期价款的，出卖人可以请求买受人支付全部价款或者解除合同。<br>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            |
| 减少价款 | 标的物质量不符合约定，买受人请求减少价款，法院应予支持<br>当事人主张以符合约定的标的物 and 实际交付的标的物按交付时的市场价值计算差价，法院应予支持<br>价款已经支付，买受人主张返还减价后多出部分价款的，人民法院应予支持 |

### 【考点】所有权保留 ★★★

|       |                                                                                                                                       |                                                                       |
|-------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------|
| 适用    | 在移转财产所有权的交易中，根据法律的规定或者当事人的约定，财产所有人将标的物移转给对方当事人占有，但仍保留其对该财产的所有权，待对方当事人支付合同价款或完成特定条件时，该财产的所有权才发生移转<br>【提示】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。 |                                                                       |
| 取回标的物 | 可以行使取回权的情形                                                                                                                            | ①未按约定支付价款的，经催告后在合理期限内仍未支付；<br>②未按约定完成特定条件的；<br>③将标的物出卖、出质或者作出其他不当处分的。 |
|       | 不能行使取回权的情形                                                                                                                            | 第三人已经善意取得标的物所有权或者其他物权                                                 |
|       | 取回的标的物价值显著减少，出卖人可以请求买受人赔偿损失                                                                                                           |                                                                       |

|        |                                                          |                                       |
|--------|----------------------------------------------------------|---------------------------------------|
| 标的物的回赎 | 出卖人取回标的物后，买受人在双方约定的或者出卖人指定的回赎期间内，消除出卖人取回标的物事由，可以请求回赎标的物。 |                                       |
|        | 出卖条件                                                     | 买受人在回赎期限内没有回赎标的物，出卖人可以以合理价格将标的物出卖给第三人 |
|        | 超额部分返还                                                   | 出卖所得价款扣除买受人未支付的价款以及必要费用后仍有剩余的，应当返还买受人 |
|        | 不足部分补足                                                   | 不足部分由买受人清偿                            |

### 【考点】试用买卖 ★★



|         |                                                                                                                                               |
|---------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 使用费     | 试用买卖的当事人没有约定使用费或者约定不明确，出卖人无权主张买受人支付使用费。<br>标的物在试用期内毁损、灭失的风险由出卖人承担。                                                                            |
| 视为购买    | ①试用期限届满，买受人对是否购买标的物未作表示的，视为购买。<br>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。                                                      |
| 不属于试用买卖 | 买卖合同存在下列约定内容之一的，不属于试用买卖：<br>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；<br>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；<br>③约定买受人在一定期间内可以调换标的物；<br>④约定买受人在一定期间内可以退还标的物。 |

### 【考点】商品房买卖合同 ★★★

#### （一）商品房销售广告的性质

|      |                                                                                                                     |
|------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 要约邀请 | 一般情况下，商品房的销售广告和宣传资料为要约邀请                                                                                            |
| 要约   | 出卖人就商品房开发规划范围内的房屋及相关设施所作的说明和允诺具体确定，并对商品房买卖合同的订立以及房屋价格的确定有重大影响的，构成要约。<br>该说明和允诺即使未载入商品房买卖合同，仍属于合同的组成部分，一旦违反，应当承担违约责任 |

#### （二）商品房预售合同的效力

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**。

2. 当事人以商品房预售合同未按照法律、行政法规规定**办理登记备案手续**为由，请求确认合同无效的，人民法院不予支持。

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。

#### （三）解除权的行使

|                                               |                 |                                                                          |
|-----------------------------------------------|-----------------|--------------------------------------------------------------------------|
| 因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 |                 | 请求解除合同和赔偿损失                                                              |
| 因房屋质量问题严重影响正常居住使用                             |                 |                                                                          |
| 出卖人迟延交付房屋或者买受人迟延支付购房款                         | 合同有约定的，按照约定处理   |                                                                          |
|                                               | 法律没有规定或者当事人没有约定 | 经催告后在3个月内仍未履行，当事人一方有权请求解除合同。                                             |
|                                               |                 | 法律没有规定或者当事人没有约定，经对方当事人催告后，解除权行使的合理期限为3个月。<br>对方当事人没有催告的，解除权应当在解除权发生之日起 1 |



|  |  |                    |
|--|--|--------------------|
|  |  | 年内行使；逾期不行使的，解除权消灭。 |
|--|--|--------------------|

#### （四）商品房买卖合同中贷款合同的效力

|                                              |                                                |
|----------------------------------------------|------------------------------------------------|
| 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                             |
| 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        |
| 因商品房买卖合同被确认无效或者被撤销、解除                        | 致使商品房担保贷款合同的目的无法实现，当事人请求解除商品房担保贷款合同的，人民法院应予支持。 |
|                                              | 出卖人应当将收受的购房贷款和购房款的本金及利息分别返还担保权人和买受人            |

### 【考点】赠与合同 ★

#### （一）概述

赠与合同是单务合同、无偿合同、诺成合同。是双方法律行为。

赠与可以附义务，赠与附义务的，受赠人应当按照约定履行义务。

受赠人所负担的义务并非赠与人所负义务的对价，双方的义务并不是对应的，赠与入不能以受赠人不履行义务为抗辩。

#### （二）过错责任

|                                           |                   |                                 |
|-------------------------------------------|-------------------|---------------------------------|
| 因赠与人故意或重大过失，致使应当交付的赠与财产毁损、灭失，赠与人应承担损害赔偿责任 |                   |                                 |
| 赠与财产有瑕疵                                   | 一般情形              | 赠与财产有瑕疵的，赠与人不承担责任               |
|                                           | 附义务的赠与            | 赠与财产有瑕疵的，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             |

#### （三）解除权

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。

#### （四）赠与合同的撤销 ★

##### 1. 赠与合同的任意撤销

赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。

但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，不得撤销。（赠与人交付赠与财产的，受赠人可以请求交付。）

##### 2. 赠与合同的法定撤销



## 老会计-用心传递温度

|      |                                                                                   |                             |
|------|-----------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------|
|      | 赠与人的撤销权                                                                           | 赠与人的继承人或法定代理人的撤销权           |
| 适用情形 | 受赠人有下列法定情形之一的，赠与人可以撤销赠与：<br>①严重侵害赠与人或其近亲属的合法权益<br>②对赠与人有扶养义务而不履行<br>③不履行赠与合同约定的义务 | 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 |
| 期限   | 自知道或者应当知道撤销原因之日起1年内行使                                                             | 自知道或者应当知道撤销原因之日起6个月内行使      |

### 【考点】借款合同 ★★

#### （一）利息的规定

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，实际出借的金额认定为本金，应当按照**实际借款数额**返还借款并计算利息。

#### （二）未按照约定的借款用途使用借款

借款人未按照约定的借款用途使用借款的，贷款人可以：

● 提前收回借款

● 解除合同

● 停止发放借款

#### （三）利息支付期限

对支付利息的期限没有约定或者约定不明确，按照合同编有关规定仍不能确定的：

- ①借款期限**不满1年**的，应当在返还借款时一并支付；
- ②借款期限**1年以上**的，应当在每届满1年时支付；
- ③**剩余**期间不满1年的，应当在返还借款时一并支付。

#### （四）计息期间

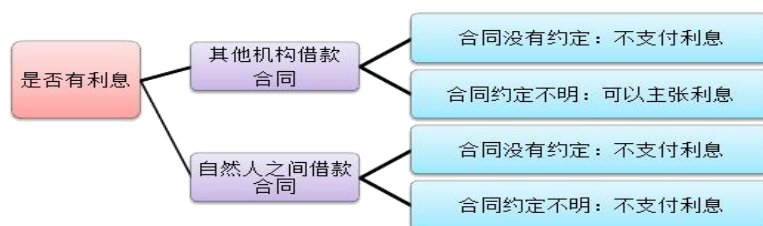
1. 利息的**起算（按约定算）** 借款人未按照约定的日期、数额收取借款的，应当按照约定的日期、数额支付利息。

2. 利息的**截止（按实际算）** 借款人提前偿还借款的，除当事人另有约定的以外，应当按照实际借款的期间计算利息。

**借款人默认有提前还款权。**

### 【考点】民间借贷合同 ★★

#### （一）是否有利息



【提示】禁止高利放贷，借款的利率不得违反国家有关规定。

除自然人之间借贷的外，借贷双方对借贷利息约定不明，出借人主张利息的，人民法院应当结合民间借贷合同的内容，并根据当地或者当事人的交易方式、交易习惯、市场报价利率等因素确定利息。

### （二）借款利率（2021年改写）

出借人请求借款人按照合同约定利率支付利息的，人民法院应予支持，但是双方约定的利率超过合同成立时一年期贷款市场报价利率四倍的除外。

【补充】“一年期贷款市场报价利率”，是指中国人民银行授权全国银行间同业拆借中心每月发布的一年期贷款市场报价利率。

### （三）复利计息（2021年改写）

#### 1. 后期借款本金的认定

借贷双方对前期借款本息结算后将利息计入后期借款本金并重新出具债权凭证，如果前期利率没有超过合同成立时一年期贷款市场报价利率四倍，重新出具的债权凭证载明的金额可认定为后期借款本金。

超过部分的利息，不应认定为后期借款本金。

#### 2. 到期本息和

借款人在借款期间届满后应当支付的本息之和，超过以最初借款本金与以最初借款本金为基数、以合同成立时一年期贷款市场报价利率四倍计算的整个借款期间的利息之和的，人民法院不予支持。

### （四）逾期利率（2021年改写）

#### 1. 是否支付逾期利息

| 逾期利率      | 具体规定                           |           |                                                                     |
|-----------|--------------------------------|-----------|---------------------------------------------------------------------|
| 有约定       | 从约定，但是以不超过合同成立时一年期贷款市场报价利率四倍为限 |           |                                                                     |
| 未约定或约定不明的 | 出借人可主张逾期利息                     |           |                                                                     |
|           | 看是否约定了借款利率                     | ①也未约定借期利率 | 出借人主张借款人自逾期还款之日起参照当时一年期贷款市场报价利率标准计算的利息承担逾期还款违约责任的，人民法院应予支持【按最新司法解释】 |
|           |                                | ②约定了借期内利率 | 出借人主张借款人自逾期还款之日起按照借期内利率支付资金占用期间利息的，人民法院应予支持                         |

#### 2. 逾期利率的计算



#### 3. 与其他违约责任



## 老会计-用心传递温度

出借人与借款人既约定了逾期利率，又约定了违约金或者其他费用，出借人可以选择主张逾期利息、违约金或者其他费用，也可以一并主张，但是总计超过合同成立时一年期贷款市场报价利率四倍的部分，人民法院不予支持。

【例题·单选题】（2020）2018年6月1日，赵某向钱某借款15万元，约定借款期限1年，未约定利息条款。还款时钱某与赵某就利息支付产生纠纷，下列关于借款利息支付的表述中，正确的是（ ）。

- A. 赵某可以不支付借款利息
- B. 赵某应当按照当地市场利率支付借款利息
- C. 赵某应当按照当地民间借贷交易习惯支付借款利息
- D. 赵某应当按照同期贷款市场报价利率支付借款利息

【答案】A

【解析】自然人之间的借款合同对支付利息没有约定或约定不明确的，视为不支付利息

### 【考点】租赁合同 ★

|         |                                                                                       |
|---------|---------------------------------------------------------------------------------------|
| 租赁合同的期限 | <p>■ 租赁合同的期限超过20年的，超过部分无效。</p> <p>■ 租赁期间届满，当事人可以续订租赁合同，但约定的租赁期限自续订之日起仍不得超过20年</p>     |
| 不定期租赁   | ① 租赁期限6个月以上的，合同应当采用书面形式。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。                                  |
|         | ② 当事人对租赁期限没有约定或者约定不明确的→补充协议→按照合同有关条款或者交易习惯确定→仍不能确定的，视为不定期租赁                           |
|         | ③ 租赁期限届满，承租人继续使用租赁物，出租人未提出异议的，原租赁合同继续有效，但租赁期限为不定期。<br>【提示】租赁期限届满，房屋承租人享有以同等条件优先承租的权利。 |

### 【考点】租赁合同当事人的权利义务 ★★

#### （一）租赁物的维修

1. 出租人应当履行租赁物的维修义务，但当事人另有约定的除外。
2. 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。
3. 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。
4. 因承租人的过错致使租赁物需要维修的，出租人不承担前款规定的维修义务。

#### （二）租赁物的使用、收益

|        |                                  |
|--------|----------------------------------|
| 租赁物的使用 | 承租人应当按照约定的方法或按照租赁物的性质使用租赁物       |
| 租赁物的收益 | 在租赁期间因占有、使用租赁物获得的收益<br>约定→归承租人所有 |

#### （三）买卖不破租赁

租赁物在租赁期间发生所有权变动的，不影响租赁合同的效力。

#### （四）租金的支付



|                  |                                                                                                           |
|------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 承租人应当按照约定的期限支付租金 |                                                                                                           |
| 对支付期限没有约定或约定不明的  | 协议补充→根据合同的有关条款或交易习惯确定→仍不能确定的：<br>①租赁期限不满1年的，应在租赁期限届满时支付；<br>②租赁期限1年以上的，应在每届满1年时支付，剩余期间不满1年的，应当在租赁期限届满时支付。 |

## (五) 转租

|         |                                                                                                           |
|---------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 经出租人同意  | ■可以将租赁物转租给第三人，承租人与出租人的租赁合同继续有效<br>■第三人对租赁物造成损失的，承租人应当赔偿损失<br>■出租人：要求承租人承担违约责任or第三人承担侵权损害赔偿 responsibility |
| 未经出租人同意 | ■承租人转租的，出租人可以解除合同<br>【提示】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<br>■由承租人向第三人承担违约责任                      |

## (六) 解除权

| 承租人的解除权                                              | 出租人的解除权                                                     |
|------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------|
| 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 | 承租人无正当理由未支付或者迟延支付租金的，出租人可以要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 |
| 因不可归责于承租人的事由，租赁物部分或者全部毁损、灭失，致使不能实现合同目的的，承租人可以解除合同    | 承租人未经出租人同意转租的，出租人可以解除合同                                     |
| 对于不定期租赁，当事人可以随时解除合同，但是应当在合理期限之前通知对方                  |                                                             |

## 【考点】房屋租赁合同 ★★

## (一) 房屋租赁合同的效力

## 1. 房屋租赁合同效力的特别规定

|       |                                        |                         |
|-------|----------------------------------------|-------------------------|
| 无效的情形 |                                        | 在一审法庭辩论终结前无效因素消灭，可转为有效  |
| 违建    | 出租人就未取得建设工程规划许可证或者未按照建设工程规划许可证的规定建设的房屋 | 取得建设工程规划许可证或者经主管部门批准建设的 |
| 未批    | 出租人就未经批准或者未按照批准内容建设的临时建筑               | 经主管部门批准建设的              |
| 超     | 租赁期限超过临时建筑的使用期限，超                      | 经主管部门批准延长使用期限的          |



## 老会计-用心传递温度

|   |       |  |
|---|-------|--|
| 期 | 过部分无效 |  |
|---|-------|--|

【提示1】房屋租赁合同无效，当事人请求参照合同约定的租金标准支付房屋占有使用费的，人民法院一般应予支持。

【提示2】当事人未依照法律、行政法规规定办理租赁合同登记备案手续的，不影响合同的效力。

### （二）房屋租赁合同的解除

《民法典》有下列情形之一，非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：

1. 租赁物被司法机关或者行政机关依法查封、扣押；
2. 租赁物权属有争议；
3. 租赁物具有违反法律、行政法规关于使用条件的强制性规定情形。

### （三）承租人的优先权（限于房屋租赁）

1. 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，承租人享有在同等条件下优先购买的权利。

2. 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的情形，承租人可以请求出租人承担赔偿责任。但是，出租人与第三人订立的房屋买卖合同的效力不受影响。

3. 租赁房屋在租赁期间发生所有权变动，承租人请求房屋受让人继续履行原租赁合同的，人民法院应予支持。但租赁房屋具有下列情形或者当事人另有约定的除外：

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。

#### 4. 不得主张优先购买权的情形

|           |                                                                           |
|-----------|---------------------------------------------------------------------------|
| 不得行使优先购买权 | ①房屋按份共有人行使优先购买权的<br>②出租人将房屋出卖给近亲属的。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   |
| 视为放弃优先购买权 | ③出租人履行通知义务后，承租人在15日内未明确表示购买的；<br>④出租人委托拍卖人拍卖租赁房屋的，应当在拍卖5日前通知承租人。承租人未参加拍卖的 |

【例题·多选题】（2017改）根据合同法律制度的规定，出租人出卖租赁房屋时，承租人享有以同等条件优先购买的权利。但在某些特殊情形下，承租人主张优先购买房屋的，人民法院不予支持。该特殊情形包括（ ）。

- A. 出租人履行通知义务后，承租人在15日内未明确表示购买的
- B. 出租人在拍卖5日前通知承租人，承租人参加拍卖的
- C. 出租人将租赁房屋出售给其侄子的
- D. 租赁房屋共有人行使优先购买权的

【答案】AD

【解析】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：房屋共有人行使优先购买权的；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；出租人履行通知义务后，承租人在15日内未明确表示购买的；出租人委托拍卖人拍卖租赁房屋的，应当在拍卖5日前通知承租人。承租人未参加拍卖的。



## 【考点】融资租赁合同 ★

### （一）概述

融资租赁合同，是出租人根据**承租人**对出卖人、租赁物的**选择**，向出卖人购买租赁物，提供给承租人使用，承租人支付租金的合同。

### （二）当事人的权利义务

1. 【对出租人】出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择订立的**买卖合同**，**未经承租人同意**，出租人**不得变更**与承租人有关的合同内容。

出租人应当保证承租人对租赁物的占有和使用，租赁物**不符合约定**或者**不符合使用目的**的，出租人**不承担责任**，但承租人**依赖出租人的技能确定租赁物**或者出租人**干预选择租赁物**的除外。

出租人**享有租赁物的所有权**；承租人破产的，租赁物不属于破产财产。

出租人对租赁物享有的所有权，**未经登记，不得对抗善意第三人**。

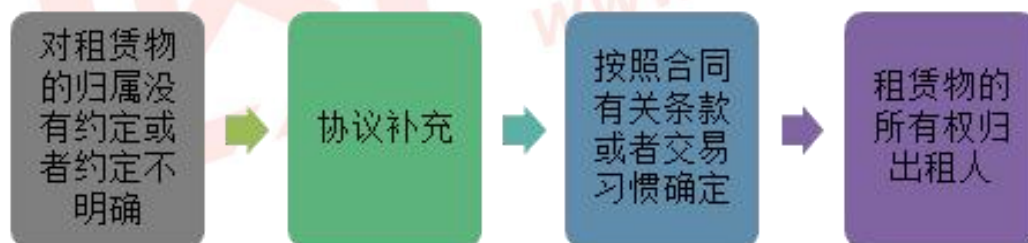
2. 【对承租人】承租人**享有与受领标的物有关的买受人的权利**，承租人应当妥善保管、使用租赁物，履行占有租赁物期间的维修义务，承租人占有租赁物期间，租赁物造成第三人的**人身伤害或者财产损害**的，出租人**不承担责任**。

出租人、出卖人、承租人**可以约定**，出卖人不履行买卖合同义务的，由**承租人行使索赔的权利**。承租人行使索赔权利的，出租人应当协助。

承租人**应当按照约定支付租金**，经催告后在合理期限内仍不支付租金的，出租人可以要求支付全部租金；也可以解除合同，收回租赁物。

### 3. 【租赁物归属】

出租人和承租人**可以约定**租赁期间届满租赁物的归属。当事人**约定**租赁期间届满租赁物**归承租人所有**，承租人已经支付大部分租金，但无力支付**剩余租金**，出租人因此解除合同收回租赁物的，收回的租赁物的价值**超过**承租人欠付的租金以及其他费用的，承租人可以要求**相应返还**。



当事人约定租赁期限届满，承租人仅需向出租人支付**象征性价款**的，视为约定的租金义务履行完毕后**租赁物的所有权归承租人**。

## 【考点】承揽合同 ★

|          |      |                                                                                                                         |
|----------|------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 承揽人的权利义务 | 主要工作 | ■ 承揽人应当以自己的设备、技术和劳力，完成主要工作，但当事人另有约定的除外<br>■ 经定作人同意的，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；<br>■ 未经定作人同意的，定作人也可以解除合同 |
|          | 辅助工作 | 承揽人可以将其承揽的辅助工作交由第三人完成，并就该第三人完成的工作成果向定作人负责                                                                               |



|  |      |                                         |
|--|------|-----------------------------------------|
|  | 保密义务 | 承揽人应当按照定作人的要求保守秘密，未经定作人许可，不得留存复制品或者技术资料 |
|--|------|-----------------------------------------|

|              |                    |                                                                                                                   |
|--------------|--------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 承揽人的<br>权利义务 | 定作人提供材料的           | 承揽人不得擅自更换定作人提供的材料，不得更换不需要修理的零部件                                                                                   |
|              | 承揽人提供材料的           | 承揽人应当按照约定选用材料，并接受定作人检验                                                                                            |
|              | 定作人提供的图纸或者技术要求不合理的 | 承揽人发现后，应当及时通知定作人。因定作人怠于答复等原因造成承揽人损失的，应当赔偿损失                                                                       |
| 定作人的<br>权利义务 | 协助义务               | <p>■ 承揽工作需要定作人协助的，定作人有协助的义务。定作人不履行协助义务致使承揽工作不能完成的，承揽人可以催告定作人在合理期限内履行义务，并可以顺延履行期限</p> <p>■ 定作人逾期不履行的，承揽人可以解除合同</p> |
|              | 付款义务               | 定作人未向承揽人支付报酬或者材料费等价款的，承揽人对完成的工作成果享有留置权（或者有权拒绝交付），但当事人另有约定的除外                                                      |
|              | 解除权★               | 定作人（在承揽人完成工作前）可以随时解除承揽合同，造成承揽人损失的，应当赔偿损失                                                                          |

### 【考点】建设工程合同 ★

特征：

①经发包人同意可分包

②分包只能部分分包，建设工程主体结构的施工必须自己完成，分包人必须具有相应资质

③分包人不得再分包

（一）分包和转包

|      |                                                                                                                                                                                                         |
|------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 不可分包 | 建设工程主体结构的施工必须由承包人自行完成                                                                                                                                                                                   |
| 分包   | <p>■ 发包人不得将应当由一个承包人完成的建设工程支解成若干部分发包给几个承包人</p> <p>■ 经发包人同意，可以将自己承包的部分工作交由第三人完成。第三人就其完成的工作成果与总承包人或者勘察、设计、施工承包人向发包人承担连带责任。</p> <p>■ 禁止承包人将工程分包给不具备相应资质条件的单位。禁止分包单位将其承包的工程再分包。承包人将建设工程转包、违法分包的，发包人可解除合同</p> |
| 转包   | <p>■ 承包人不得将其承包的全部建设工程转包给第三人（转包合同无效）</p> <p>■ 承包人不得将其承包的全部建设工程支解以后以分包的名义分别转包给第三人</p>                                                                                                                     |

（二）承包人的解除权

发包人提供的主要建筑材料、建筑构配件和设备不符合强制性标准或者不履行协助义务，致使承包人无法施工，经催告后在合理期限内仍未履行相应义务的，承包人可以解除合同。



## 老会计-用心传递温度

### （三）承包人的优先受偿权

发包人未按照约定支付工程价款的，承包人**可以催告**发包人在合理期限内支付价款。发包人逾期不支付的，除按照建设工程的性质不宜折价、拍卖的以外，承包人可以与发包人协议将该工程折价，也可以申请人民法院将该工程依法拍卖，建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款**优先受偿**。



请关注公众号、听更多免费直播

