

2020 年全国注册会计师统一考试

《经济法》

第三章&第四章&第五章

主讲老师：王菲菲

第三章 物权法律制度

考点三 担保物权★★

一、抵押权

(一) 抵押权的适用范围及设立 (选择题)

类型	动产	不动产
适用对象	①生产设备、原材料、半成品、产品； ②正在建造中的船舶、航空器； ③其他交通运输工具。	①建筑物和其他土地附着物； ②建设用地使用权； ③以招标、拍卖、公开协商等方式取得的荒地等土地承包经营权； ④正在建造的建筑物。
抵押权设立	抵押 合同生效 ；登记对抗善意第三人	办理抵押 登记

【相关法律条文】

1. 抵押合同须采用书面形式，合同成立立即生效。
2. 动产抵押权 **自抵押合同生效时设立，未经登记，不得对抗善意第三人**。
3. 以建筑物和其他土地附着物、建设用地使用权、以招标、拍卖、公开协商等方式取得的荒地等土地承包经营权以及正在建造的建筑物抵押的，**抵押权自登记时设立**。

(二) 不得设立抵押权的财产 (选择题)

无所有权	土地所有权、耕地、宅基地、自留地、自留山等集体所有的土地使用权。
公益	学校、幼儿园、医院等以 公益 为目的的事业单位、社会团体的教育设施、医疗卫生设施。
不可处分	①所有权、使用权不明或有争议的财产； ②依法被查封、扣押、监管的财产。

(三) 抵押合同的内容 (选择、主观题)

1. 抵押合同的 **“流押条款”** 无效。
订立抵押合同时，抵押权人和抵押人 **“不得”约定** 在债务履行期限届满抵押权人未受清偿时，**抵押物的所有权直接归债权人所有**。但“流押条款”的无效不影响抵押合同其他条款的效力。
2. 房地一体原则
 - (1) 以建筑物抵押：该建筑物占用范围内的建设用地使用权一并抵押。
 - (2) 以建设用地使用权抵押
 - ①设立抵押时已建成建筑物的，该土地上的 **建筑物一并抵押**。
 - ②设立抵押时尚未建成建筑物的，该土地上的 **“新增建筑物”不作为抵押财产**，但实现抵押权时，可 **整体处分**，但建筑物拍卖所得价款不得优先受偿。

【例题·案例分析节选】(2019 年) 2018 年 6 月 18 日，甲向乙借款 70 万元，借期一年，约定到期本息一年偿还 100 万元，同时，甲以其市价 100 万元的挖掘机作为抵押，并约定：借款到期若甲不能偿还，挖掘机归乙。双方签订抵押合同但未作登记。

(1) 乙对挖掘机的抵押权是否已有效设立？并说明理由。

【答案】本题考核抵押权的设立。抵押权已经有效设立。根据规定，动产抵押，抵押合同生

效时抵押权设立；未经登记，不能对抗善意第三人。题目中签订了抵押合同，抵押权设立。

(2) 甲和乙之间“借款到期，若甲不能偿还，挖掘机归乙所有”的约定是否有效？并说明理由

【答案】本题考核流押条款。甲和乙抵押合同中的该约定无效。根据规定，抵押权人在债务履行期届满前，不得与抵押人约定债务人不履行到期债务时抵押财产归债权人所有。

【例题·案例分析节选】(2016 年)……2014 年 3 月 5 日，乙公司因资金周转困难，欲向丙银行贷款 400 万元。……2014 年 4 月 2 日，乙公司与丙银行签订借款合同，并以其自有房屋一套为丙银行设定抵押。双方签订了书面抵押合同，但未办理抵押登记。

……

9 月 16 日，乙公司无法偿还丙银行到期贷款，丙银行要求实现在乙公司房屋上设定的抵押权。

(1) 乙公司与丙银行之间的抵押合同是否有效？并说明理由。

【正确答案】乙公司与丙银行之间的抵押合同有效。根据物权法律制度的规定，抵押合同须采用书面形式，合同成立即生效。

(2) 丙银行要求实现抵押权的主张能否得到支持？并说明理由。

【正确答案】丙银行要求实现抵押权的主张不能得到支持。根据物权法律制度的规定，以建筑物抵押的，除有效的抵押合同外，还须将抵押权登记，抵押权自登记之日起设立。丙银行的抵押权未登记，故未能设立，不得行使抵押权。

(四) 抵押范围(选择题)

1. 登记记载不一致

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。

2. 抵押物的物上代位

担保财产毁损、灭失或被征收等，担保物权人可以就获得的保险金、赔偿金或者补偿金等优先受偿。

(五) 抵押权实现前的特殊情况

1. 抵押物的保全

抵押人的行为足以使抵押财产价值减少的，抵押权人有权要求抵押人停止其行为。

抵押财产价值减少的，抵押权人有权要求恢复抵押财产的价值，或者提供与减少的价值相应的担保。

抵押人不恢复抵押财产的价值也不提供担保的，抵押权人有权要求债务人提前清偿债务。

2. 抵押物转让

抵押人有权转让抵押物所有权(不存在善意取得可能性)

(1) 抵押期间，抵押人经抵押权人同意转让抵押财产的，应当将转让所得的价款向抵押权人提前清偿债务或者提存。转让的价款超过债权数额的部分归抵押人所有，不足部分由债务人清偿。

(2) 抵押期间，抵押人未经抵押权人同意，不得转让抵押财产，但受让人代为清偿债务消灭抵押权的除外

3. 抵押与租赁

(1) 订立抵押合同前抵押财产已出租的，原租赁关系不受该抵押权的影响，抵押权实现后租赁合同在有效期内对抵押物的受让人继续有效。(先出租后抵押，租赁关系优于抵押)

(2) 抵押权设立后抵押财产出租的，该租赁关系不得对抗已登记的抵押权，抵押权实现后，租赁合同对受让人不具有约束力。(先抵押后出租，抵押优于租赁关系)

(六) 抵押权实现

1. 所担保的债权的范围：包括主债权及其利息、违约金、损害赔偿金和实现抵押权的费用。

当事人另有约定，按照约定。

2. 处分+优先受偿

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或者以拍卖、变卖该抵押财产所得的价款优先受偿。

3. 同一物上多个抵押权

同一财产向两个以上债权人抵押的，拍卖、变卖抵押财产所得的价款依照下列规定清偿：

- (1) 抵押权已登记的，按照登记的先后顺序清偿；顺序相同的，按照债权比例清偿；
- (2) 抵押权已登记的先于未登记的受偿；
- (3) 抵押权未登记的，按照债权比例清偿。

4. 债权到期顺序不同涉及抵押权实现规则

(1) 顺位在先的抵押权所担保的债权先到期的，抵押权实现后的剩余价款应予提存，留待清偿顺位在后的抵押担保债权。

(2) 顺位在后的抵押权所担保的债权先到期的，抵押权人只能就抵押物价值超出顺序在先的抵押担保债权的部分受偿。

(六) 动产特殊抵押

1. 浮动抵押

主体	企业、个体工商户、农业生产经营者。
设立	浮动抵押的设立以合同生效为条件。未经登记，不得对抗善意第三人。
抵押财产范围	现在和将来拥有的动产
抵押财产确定的情形	(1) 债务履行期届满、债权未实现； (2) 抵押人被宣告破产或者被撤销； (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。
即使浮动抵押办理了登记，该抵押权也不得对抗 <u>正常经营活动中已支付合理价款并取得抵押财产的买受人</u>	

【例题·案例分析节选】（2018 年）……2018 年 3 月 11 日，丁与戊、庚签订借款合同，分别自戊、庚处借款 500 万元和 300 万元，借款期限均为 3 个月。同时，丁还分别与戊、庚约定以房屋作为借款抵押。……2018 年 3 月 20 日，……随后，丁为戊、庚办理了顺位相同的房屋抵押登记。

……因丁无力偿还戊、庚的借款，2018 年 7 月 12 日，戊、庚主张实现抵押权。房屋拍卖所得价款为 720 万元，戊、庚均要求就拍卖所得价款全额实现自己的债权。

1. 戊和庚应如何就房屋拍卖所得价款实现各自的抵押权？并说明理由。

【答案】按债权比例清偿。根据规定，抵押权已登记的，按照登记的先后顺序清偿；顺序相同的，按照债权比例清偿。房屋拍卖价款 720 万元，戊的债权 500 万元、庚的债权 300 万元，即戊得到 $5/8$ 即 450 万元，庚得到 $3/8$ 即 270 万元。

【例题·案例分析节选】（2018 年）……2015 年 10 月，甲公司以在建写字楼抵押向 A 银行借款 3 亿元，借期 1 年。双方办理了抵押登记。2016 年 4 月，甲公司从丁公司借款 5000 万元，月利率 3%。甲公司仍以在建写字楼为抵押，并为丁公司办理第二顺位抵押登记。

……2016 年 6 月，甲公司无力偿还丁公司借款，丁公司诉至人民法院，请求拍卖甲公司写字楼，偿还所欠其借款本金 5000 万元及利息 150 万元。2016 年 6 月，写字楼拍卖价款 3.5 亿元。乙公司要求首先清偿其工程款债权 2000 万元。A 银行要求提存 3 亿元及利息以确保其债权到期后能获清偿。

.....

1.A 银行要求提存 3 亿元及利息以确保其债权到期后能获清偿的主张是否成立？并说明理由。

【答案】A 银行要求提存 3 亿元及利息的主张成立。根据规定，同一财产向两个以上债权人抵押的，顺序在后的抵押权所担保的债权先到期的，抵押权人只能就抵押物价值超出顺序在先的抵押担保债权的部分受偿。本题中，A 银行的抵押权顺序在先，丁公司的抵押权顺序在后但先到期，应将顺序在先的 A 银行的 3 亿元及利息提存，剩余部分再向丁公司清偿，所以 A 银行的主张成立。

二、质权★★

(一) 质权设立范围及设立方式 (选择题)

动产质权		质权自出质人“交付”质押财产时设立。
权利质权	汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单	①交付生效 ②没有权利凭证，登记生效
	基金份额、股权	出质登记
	知识产权的财产权利	
	应收账款	

(二) 质权人的义务

1. 妥善保管义务。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。

2. 质物转质。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。

【例题·单选题】(2014 年 A 卷) 根据物权法律制度的规定，以下列权利出质时，质权自权利凭证交付时设立的是 ()。

- A. 仓单 B. 股票
C. 基金份额 D. 应收账款

【答案】A

【解析】本题考核权利质权。以汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单出质的，当事人应当订立书面合同。质权自权利凭证交付质权人时设立；没有权利凭证的，质权自有关部门办理出质登记时设立。

【例题·单选题】(2013 年) 甲向乙借款，为担保债务履行，将一辆汽车出质给乙。乙不慎将汽车损坏。根据物权及合同法律制度的规定，下列表述中，正确的是 ()。

- A. 甲有权要求乙立即赔偿损失，或在借款到期时在损失赔偿额范围内相应抵销其对乙所负的债务
B. 甲有权拒绝归还借款并要求乙赔偿损失
C. 甲有权要求解除质押合同
D. 甲有权要求延期还款

【答案】A

【解析】本题考核动产质押的相关规定。根据规定，质权人负有妥善保管质押财产的义务，保管不善致使质押财产毁损、灭失的，应当承担赔偿责任。另外依据规定，当事人互负到期债务，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债务抵销，但依照法律规定或者按照合同性质不得抵销的除外。本题中，由于是乙的过失造成质押汽车损坏，因此应由乙承担赔偿责任，或者甲也可以要求抵销。

三、留置权★★

(一) 留置权的成立

1. 债权人须 **合法占有** 债务人动产。
2. 债权 **已届清偿期**。
3. 动产之占有与债权属 **同一法律关系**。企业之间留置不受同一法律关系之限制。

(二) 留置的效力

1. 债权人留置财产后，应与债务人约定留置财产后的债务履行期间；没有约定或者约定不明确的，留置权人应当给债务人 **两个月以上** 履行债务的期间，但鲜活易腐等不易保管的动产除外。
2. 债务人 **逾期未履行** 的，留置权人可以就留置财产折价，也可以就拍卖、变卖留置财产所得的价款优先受偿。
3. 抵押权、质权与留置权的效力等级。

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；同一财产法定登记的抵押权与质权并存时，**抵押权人** 优先于质权人受偿；质权与未登记抵押权并存时，质权人优先于抵押权人受偿。

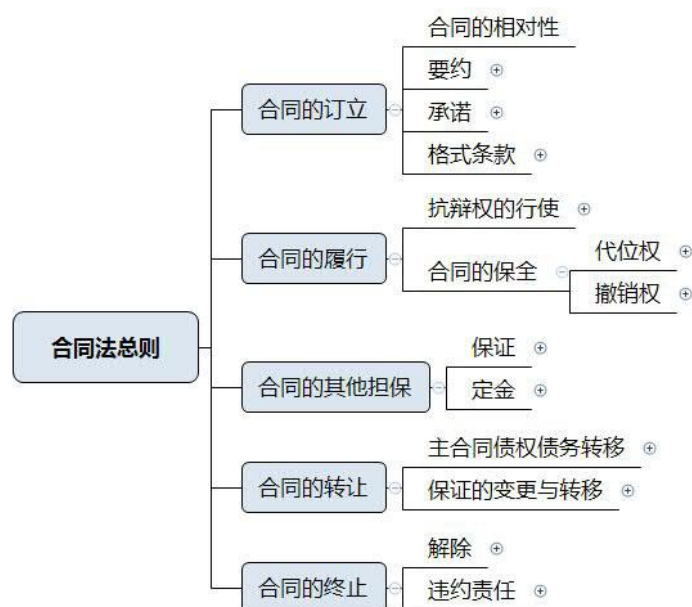
【例题·单选题】根据担保法律制度的规定，下列情形中，甲享有留置权的是（ ）。

- A. 甲为乙修理汽车，乙拒付修理费，待乙前来提车时，甲将该汽车扣留
- B. 甲为了迫使丙偿还欠款，强行将丙的一辆汽车拉走
- C. 甲为丁有偿保管某物，保管期满，丁取走保管物却未付保管费。于是，甲谎称丁取走的保管物有误，要求丁送回调换。待丁送回该物，甲即予以扣留，要求丁支付保管费
- D. 甲为了确保对戊的一项未到期债权能够顺利实现，扣留戊交其保管的某物不还

【答案】A

【解析】本题考核留置权。留置权是指债权人合法占有债务人的动产，在债务人不履行到期债务时，债权人有权依法留置该财产，并有权就该财产享有优先受偿的权利。选项 BC 中不是“债权人合法占有债务人的动产”，不构成留置权。留置权的行使条件之一是“债务已届清偿期且债务人未按规定期限履行义务”，选项 D 中是“未到期”，不构成留置权。

第四章 合同法律制度



考点一 合同相对性★

(一) 合同责任相对性表现

1. 违约当事人应对违约后果承担违约责任，违约当事人同样应当对履行辅助人的行为负责。
2. 在因第三人的行为造成债务不能履行的情况下，债务人仍应向债权人承担违约责任。
3. 债务人只能向合同中的债权人承担违约责任，而不应向国家或第三人承担违约责任。

【例题·案例分析节选】（2015 年）……3 月 16 日，丙将该批设备以 40 万元的价格卖给丁。3 月 20 日，丙交付设备，丁向丙付款。……4 月 8 日，丁发现该批设备存在严重质量瑕疵，无法投入使用，遂主张解除与丙之间的买卖合同，并要求丙赔偿损失，丙以该质量瑕疵在乙向其交付设备时已经存在为由予以拒绝，丁要求乙对自己承担违约责任。

1. 丁是否有权要求乙承担违约责任？并说明理由。

【答案】丁无权要求乙承担违约责任。根据合同相对性原则，合同责任只能在合同关系的当事人之间发生，合同关系以外的人不承担违约责任。丙丁是合同当事人，乙不是该合同当事人，所以乙不对丁承担违约责任。

考点二、合同的订立（选择题）

(一) 要约

1. 要约 vs 要约邀请

要约邀请：商品价目表、招标公告、拍卖公告、招股说明书（知道举例即可）商业广告一般是要约邀请，但符合要约条件的，则构成要约；悬赏广告视为要约

要约：①由特定人作出的意思表示；

②表明经受要约人承诺，要约人即受该意思表示的约束；

③内容具体明确（当事人名称或姓名、标的、数量）；

④通常向特定受要约人发出，但向不特定人发出的，也可依法构成要约。

2. 要约生效

要约“到达”受要约人时生效。

3. 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。

4. 要约的撤销

撤销要约的通知应当在受要约人发出承诺通知之前到达受要约人。

允许撤销，但法律有特别规定的情形除外，具体包括：

①受要约人已经作出承诺；

②要约人确定了承诺期限；

③明示要约不可撤销；

④受要约人有理由相信要约不可撤销而且已经为履行合同作了准备。

5. 要约失效

(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) 受要约人对要约内容作出“实质性”变更。

(二) 承诺

1. 承诺生效

承诺自通知到达要约人时生效。承诺生效时合同成立。

2. 迟延与迟到

迟 延	<u>承诺期限内</u> 发出承诺，因其他原因在承诺期限届满后才到达要约人	除要约人及时通知受要约人因承诺超过期限不接受该承诺外，该承诺有效
迟	<u>承诺期限届满后</u> 才发出或在承诺期限内发	通常情形为新要约，但是要约人及时通

到	出，但按通常情形不能及时到达要约人	知受要约人该承诺有效的除外
---	-------------------	---------------

3. 撤回

承诺的撤回，是指承诺人阻止承诺发生法律效力的意思表示。撤回承诺的通知应当在承诺到达要约人之前或者与承诺同时到达要约人。

【例题·单选题】（2003 年）甲公司 7 月 1 日通过报纸发布广告，称其有某型号的电脑出售，每台售价 8 000 元，随到随购，数量不限，广告有效期至 7 月 30 日。乙公司委托王某携带金额 16 万元的支票于 7 月 28 日到甲公司购买电脑，但甲公司称广告所述电脑已全部售完。乙公司为此受到一定的经济损失。根据合同法律制度的规定，下列表述正确的是（ ）。

- A. 甲公司的广告构成要约，乙公司的行为构成承诺，甲公司不承担违约责任
- B. 甲公司的广告构成要约，乙公司的行为构成承诺，甲公司应当承担违约责任
- C. 甲公司的广告不构成要约，乙公司的行为不构成承诺，甲公司不承担民事责任
- D. 甲公司的广告构成要约，乙公司的行为不构成承诺，甲公司不承担民事责任

【答案】B

【解析】本题考核要约与要约邀请的区别。商业广告的内容符合要约规定的，视为要约。在本题中，甲公司的广告包括了订立合同的主要条款，构成要约；乙公司在承诺期限内内容作出承诺，因此甲公司应该承担违约责任。

【例题·单选题】（2016 年）根据合同法律制度的规定，下列情形中，构成有效承诺的是（ ）。

- A. 受要约人向要约人发出承诺函后，随即又发出一封函件表示收回承诺。两封函件同时到达要约人
- B. 受要约人向要约人回函表示：“若价格下调 5%，我司即与贵司订立合同。”
- C. 受要约人发出表示承诺的函件时已超过要约人规定的承诺期限，要约人收到后未作任何表示
- D. 受要约人在承诺期限内发出承诺，正常情形下可如期到达要约人，但因连日暴雨致道路冲毁，承诺通知到达要约人时已超过承诺期限，要约人收到承诺通知后未作任何表示

【答案】D

【解析】选项 A，属于承诺的撤回，承诺人发出承诺后反悔的，可以撤回承诺，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，承诺撤回，故选项 A 承诺不生效。选项 B，受要约人对要约的内容作出实质性变更的，为新要约。选项 C，受要约人超过承诺期限发出承诺的，为迟延承诺，除要约人及时通知受要约人该承诺有效的以外，迟延的承诺应视为新要约。选项 BC 不选。

（三）格式条款与缔约过失责任

1. 格式条款无效的情形：

- （1）具有合同无效情形的；
- （2）具有免责条款无效情形的
 - 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
- （3）提供格式条款的一方免除自己的责任、加重对方责任、排除对方主要权利的

2. 格式条款的效力

对格式条款发生争议的，应当按照通常理解予以解释。对格式条款有两种以上争议的，应作出不利于格式条款一方的解释。格式条款和非格式条款不一致，应采用非格式条款。

3. 缔约过失责任

缔约过失的类型情形：

- （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) **泄漏或者不正当使用**在缔约过程中知悉的**商业秘密**；
 (4) 其他违背诚实信用原则的行为

【例题·单选题】(2016 年)根据合同法律制度的规定,下列关于缔约过失责任的表述中,正确的是()。

- A.一方当事人假借订立合同恶意进行磋商,给他人造成损失的,可成立缔约过失责任
 B.缔约过失责任仅在合同成立时适用
 C.缔约过失责任赔偿的是可期待利益损失
 D.缔约过失责任的赔偿额通常大于违约责任

【答案】A

【解析】本题考核缔约过失责任。缔约过失责任亦称缔约过错责任,是指合同当事人在订立合同过程中,因故意或过失致使合同未成立、未生效、被撤销或无效,给他人造成损失而应承担的损害赔偿责任;选项 B 错误。缔约过失赔偿的是信赖利益的损失;而违约责任赔偿的是可期待利益的损失。可期待利益的损失要大于或者等于信赖利益的损失;选项 CD 错误。

(2014 年 B 卷)根据合同法律制度的规定,合同中的下列免责条款中,无效的有()。

- A.排除因故意造成对方人身伤害的责任
 B.排除因重大过失造成对方人身伤害的责任
 C.排除因故意造成对方财产损失的责任
 D.排除因重大过失造成对方财产损失的责任

【答案】ABCD

【解析】本题考核合同的免责条款。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。

考点三、合同的履行(选择题、案例题)★★

(一)抗辩权

类型	特征	主张当事人	主张事由
同时履行抗辩权	双方 未约定先后顺序	双方	一方未履行或履行不符合约定
先履行抗辩权	双方 有先后顺序	后履行一方	先履行一方未履行或履行不符合约定
不安抗辩权		先履行一方	应当先履行一方有确切证据证明对方存在下列情形之一: 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 先履行一方的措施: 1.暂时 中止 履行 2.通知对方,若对方提供 担保 ,当恢复履行;若不提供担保,也未恢复履行能力,以 解除 合同

【补充相关法律条文】

- 1.同时履行抗辩权。当事人**互负债务**,**没有先后履行顺序的**,应当同时履行。一方在对方履

行之前有权拒绝其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，有权拒绝其相应的履行要求。

2. 先履行抗辩权。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。

3. 不安抗辩权，是指双务合同中应先履行义务的一方当事人，有确切证据证明相对人财产明显减少或欠缺信用，不能保证对待给付时，有暂时中止履行合同的权力。

当事人行使不安抗辩权中止履行的，应当及时通知对方。对方提供适当担保时，应当恢复履行。中止履行后，对方在合理期限内未恢复履行能力并且未提供适当担保的，中止履行的一方可以解除合同。

【例题·案例分析节选】（2017 年）4 月 7 日，甲公司与自行车生产商丁公司正式签署买卖合同。合同约定：“丁公司为甲公司提供 A 型号自行车 1000 辆，总价 100 万元，甲公司应于 4 月 9 日、4 月 20 日分别支付价款 50 万元，丁公司应于 4 月 16 日、4 月 27 日分别交付 A 型号自行车 500 辆。”……

4 月 20 日，丁公司请求甲公司支付第二期自行车价款 50 万元，甲公司调查发现，丁公司经营状况严重恶化，可能没有能力履行合同，遂告知丁公司暂不履行合同并要求丁公司在 15 天内提供具有足够履约能力的保证，丁公司未予理会。5 月 6 日，丁公司发函告知甲公司：如果再不付款，将向人民法院起诉甲公司违约。甲公司收到函件后，了解到丁公司经营状况继续恶化，便通知丁公司解除未交付的 500 辆自行车买卖合同。

1. 甲公司中止履行向丁公司支付第二期自行车价款的义务，是否构成违约？并说明理由。

【答案】甲公司中止履行向丁公司支付第二期自行车价款的义务不构成违约。《合同法》规定，应当先履行债务的当事人，有确切证据证明对方有经营状况严重恶化情形的，可以中止履行。本题中，甲公司经过调查，有确切证据证明丁公司经营状况严重恶化，可以中止履行，此属于行使不安抗辩权，并不构成违约。

2. 甲公司是否有权就未交付的自行车解除合同？并说明理由。

【答案】甲公司有权就未交付的自行车解除合同。根据规定，当事人行使不安抗辩权中止履行的，应当及时通知对方。对方提供适当担保时，应当恢复履行。中止履行后，对方在合理期限内未恢复履行能力并且未提供适当担保的，中止履行的一方可以解除合同。本题中，丁公司未恢复履行能力也没有提供适当的担保，甲公司可以解除合同。

（二）合同的保全

1. 代位权构成要件：

- ① 两个债权均合法并且已届清偿期；
- ② 主债务人怠于行使：必须是没有以诉讼或仲裁方式向次债务人主张；
- ③ 损害了债权人债权行使；
- ④ 债务人的债权应为金钱，且非专属于自身。（如扶养关系、抚养关系、赡养关系、继承关系、劳动报酬、退休金、养老金、抚恤金、安置费、人寿保险、人身伤害赔偿）

2. 撤销权

（1）行使条件

- ① 放弃债权（到期、未到期均可）。
- ② 放弃债权担保或恶意延长债务履行期。
- ③ 无偿转让财产，对债权人造成损害
- ④ 以明显不合理的价格“转让”财产，对债权人造成损害，并且相对人知道该情形。

⑤以明显不合理的“**高价收购**”他人财产，对债权人造成损害，并且相对人知道该情形。

【例题·单选题】（2015 年）甲对乙的债务清偿期已届满却未履行，乙欲就甲对他人享有的债权提起代位权诉讼。根据合同法律制度的规定，甲享有的下列债权中，乙可代位行使的是（ ）。

- A. 抚恤金请求权
- B. 劳动报酬请求权
- C. 人身损害赔偿请求权
- D. 财产损害赔偿请求权

【答案】D

【解析】本题考核代位权。因债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害的，债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人的债权，但该债权专属于债务人自身的除外。专属于债务人自身的债权，是指基于扶养关系、抚养关系、赡养关系、继承关系产生的给付请求权和劳动报酬、退休金、养老金、抚恤金、安置费、人寿保险、人身损害赔偿请求权等权利。

【例题·多选题】（2003 年）根据合同法律制度的规定，债务人的下列行为中，债权人认为对自己造成损害的，可以请求人民法院予以撤销的有（ ）。

- A. 放弃到期债权
- B. 无偿转让财产
- C. 拍卖优良资产
- D. 以明显不合理的低价转让财产，且受让人知道该情形

【答案】ABD

【解析】本题考核撤销权的行使。依据《合同法》规定，因债务人放弃其到期债权或者无偿转让财产，对债权人造成损害的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。债务人以明显不合理的低价转让财产，对债权人造成损害，并且受让人知道该情形的，债权人也可以请求人民法院撤销债务人的行为。

（三）合同的保证

1. 保证合同

保证合同必须采用书面形式。故保证合同为要式合同。

2. 保证方式

类型	责任形式	特别规定
一般保证	债务人先承担责任，剩余不足部分由保证人承担	（1） 先诉抗辩权 债务人未经审判、仲裁，并就债务人财产强制执行，不得要求保证人承担保证责任。 （2）不得行使先诉抗辩权情形： ①住所变更，债务履行发生重大困难； ②债务人破产案件被受理，中止执行程序； ③保证人以书面形式放弃先诉抗辩权。
连带责任保证	连带责任	当事人对保证方式 没有约定或者约定不明确 的，按照连带责任保证承担保证责任

3. 特别的担保方式

（1）物保+人保（混合担保）

担保方式	被担保的债权 既有物的担保又有人的担保 的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形。
责任承担方	①债权人应当按照约定实现债权；

式	②没有约定或者约定不明确，债务人<u>自己提供物的担保</u>的，债权人应当<u>先就该物的担保实现债权</u>； ③没有约定或者约定不明确，<u>第三人提供物”的担保</u>的，债权人可以就物的担保实现债权，也可以要求保证人承担保证责任。提供担保的第三人承担担保责任后，有权向债务人追偿。
---	---

4. 保证期间和保证的诉讼时效

	情形	起算
保证期间	无约定	主债务履行期限届满之日起 6 个月
	约定不明	主债务履行期限届满之日起 2 年
保证的诉讼时效	一般保证	对主债务人的裁判生效之日起算 3 年
	连带保证	对保证人主张债权之日起算 3 年
特殊情形：保证期间“早于或者等于”主债务履行期限的，视为没有约定；保证合同约定保证人承担保证责任直至主债务本息还清时为止等类似内容的，视为约定不明。		

5. 定金

性质	实践合同，自实际交付定金之日起生效
数额	不超过合同标的额的 20%，超过部分无效
罚则	给付一方不履行合同，无权要求返还； 收受一方不履行合同，双倍返还
适用	定金罚则与违约金：当事人只能选择其一，不能要求同时适用。 定金与赔偿损失：可以请求赔偿超过定金部分的损失，但定金+赔偿损失 ≤ 损失

考点四 合同的转让★

1. 主债权债务转让

债权转让	达成协议即生效，但需 <u>通知</u> 债务人
	担保人继续承担责任，除非另有约定
债务转让	须债权人 <u>同意</u> 才生效
	未经担保人 <u>书面同意</u> ，担保人不再承担责任

2. 主债权债务转让对保证的影响

情形	保证人责任	例外
债权	转让 <u>继续</u> 承担	明确约定债权不可转让或仅对特定的债权人承担保证责任
债务	转让 <u>不再</u> 承担责任	保证人书面同意
	延期 按 <u>原</u> 期限承担	
	加重 按 <u>原</u> 数额承担	
	减轻 按 <u>减轻后</u> 的承担	——

考点五 合同的终止★★

1. 解除

(1) 法定解除

- ①因不可抗力不能实现合同目的。双方当事人均可以行使解除权。
- 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。

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。

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。

2. 违约责任

继续履行	金钱债务	必须履行，不存在例外
	非金钱债务	存在例外： ①法律上或事实上不能履行 ②债务标的不适合强制履行或履行费用过高 ③债权人在合理期限内未要求履行
补救措施		修理、更换、重作、退货、减少价款或者报酬
损害赔偿	赔偿损失	①包括可得利益损失，但不超过可预见损失； ②双方互有过错的，可以相互抵减
	支付违约金	违约金过分高于或者低于实际损失的，可以调整违约金
	定金罚则	①违约金与定金不能并用； ②定金与赔偿损失可以并处，但不能超过实际损失

【法律条文补充】

1. 《合同法》规定，当事人履行合同义务，质量不符合约定的，应当按照当事人的约定承担违约责任。对违约责任没有约定或者约定不明确，受损害方根据标的的性质以及损失的大小，可以合理选择要求对方承担修理、更换、重作、退货、减少价款或者报酬等违约责任。

2. 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，应当承担损害赔偿责任。损害赔偿的具体方式主要有赔偿损失、支付违约金和适用定金罚则等。

【例题·案例分析节选】（2017 年）2016 年 4 月 4 日，甲公司从乙银行借款 80 万元，用于购置 A 型号自行车 1000 辆，借款期限自 2016 年 4 月 4 日至 2016 年 6 月 4 日，并以价值 90 万元的自有房屋一套为乙银行设定抵押，同时，乙银行与丙公司签订书面保证合同，约定丙公司为甲公司的借款承担连带保证责任。因自行车价格上调，甲公司于 4 月 5 日，又向乙银行追加借款 20 万元，借款期限自 2016 年 4 月 5 日至 2016 年 6 月 4 日。4 月 7 日，甲公司与自行车生产商丁公司正式签署买卖合同。合同约定：“丁公司为甲公司提供 A 型号自行车 1000 辆，总价 100 万元，甲公司应于 4 月 9 日、4 月 20 日分别支付价款 50 万元，丁公司应于 4 月 16 日、4 月 27 日分别交付 A 型号自行车 500 辆。”双方未就自行车质量问题作出约定。4 月 9 日，甲公司向丁公司支付第一期自行车价款 50 万元。4 月 16 日，丁公司交付 A 型号自行车 500 辆。甲公司在验货时发现该批自行车存在严重质量瑕疵，非经维修无法符合使用要求。4 月 18 日，甲公司表示同意收货，但要求丁公司减少价款，被丁公司拒绝。理由是：第一，双方未就自行车的质量要求作出约定；第二，即使自行车存在质量问题，甲公司也只能就质量问题导致的损失要求赔偿。4 月 20 日，丁公司请求甲公司支付第二期自行车价款 50 万元，甲公司调查发现，丁公司经营状况严重恶化，可能没有能力履行合同，遂告知丁暂不履行合同并要求丁在 15 天内提供具有足够履约能力的保证，丁公司未予理会。5 月 6 日，丁公司发函告知甲公司：如果再不付款，将向人民法院起诉甲公司违约。甲公司收到函件后，了解到丁公司经营状况继续恶化，便通知丁公司解除未交付的 500 辆自行车买卖合同。5 月 20 日，甲公司隐瞒已受领的 500 辆自行车的质量瑕疵，将该批自行车以 30 万元卖与戊公司，约定 6 月 30 日付款交货。5 月 25 日，庚公司告知甲公司，愿以 35 万元购买上述 500 辆自行车。5 月 30 日，甲公司以自己隐瞒质量瑕疵为由，主张撤销与戊公司之间的买卖合同。6 月 4 日，甲公司无力偿还乙银行两笔贷款，乙银行考虑到拍卖抵押房屋比较繁琐，遂直接要求丙公司还贷，被丙公司拒绝。

根据上述内容，分别回答下列问题：

- (1) 甲公司是否有权要求减少价款？并说明理由。
- (2) 甲公司中止履行向丁公司支付第二期自行车价款的义务，是否构成违约？并说明理由。
- (3) 甲公司是否有权撤销与戊公司的买卖合同？并说明理由。
- (4) 乙银行是否有权要求丙公司偿还第一笔贷款？并说明理由。
- (5) 乙银行是否有权要求丙公司偿还第二笔贷款？并说明理由。

【答案】

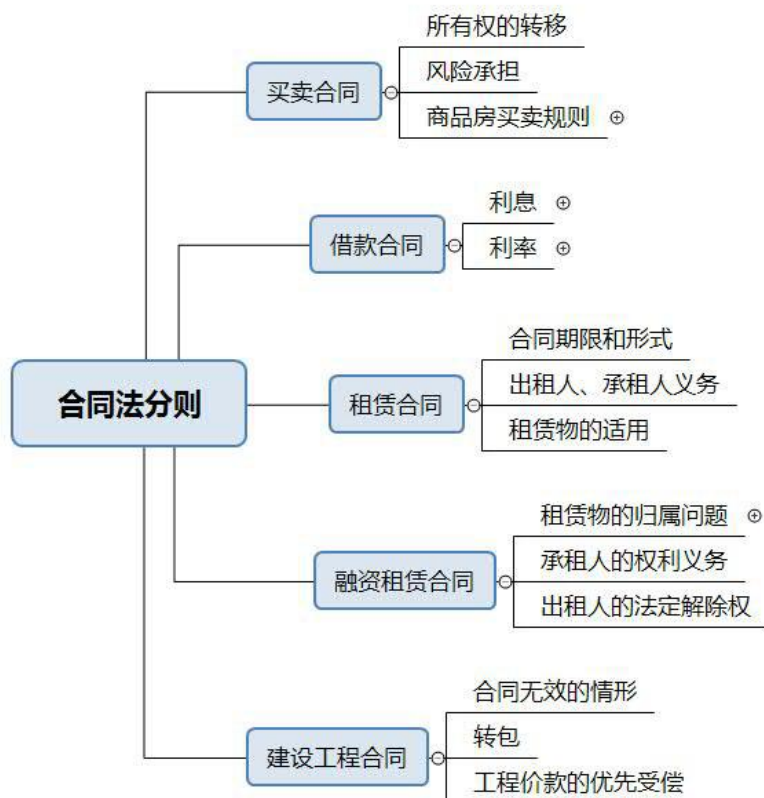
(1) 甲公司有权要求减少价款。根据规定，当事人履行合同义务，质量不符合约定的，应当按照当事人的约定承担违约责任。对违约责任没有约定或者约定不明确，受损害方根据标的的性质以及损失的大小，可以合理选择要求对方承担修理、更换、重作、退货、减少价款或者报酬等违约责任。本题中，自行车存在严重质量瑕疵，非经维修无法符合使用要求，因此甲公司可以要求减少价款。（3分）

(2) 甲公司中止履行向丁公司支付第二期自行车价款的义务不构成违约。《合同法》规定，应当先履行债务的当事人，有确切证据证明对方有经营状况严重恶化情形的，可以中止履行。本题中，甲公司经过调查，有确切证据证明丁公司经营状况严重恶化，可以中止履行，并不构成违约。（2分）

(3) 甲公司无权撤销与戊公司的买卖合同。根据规定，在一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，只有受损害方才有权撤销。本题中，甲公司是实施欺诈的一方，没有撤销权。（2分）

(4) 乙银行无权要求丙公司偿还第一笔贷款。根据规定，被担保的债权既有物的担保又有人的担保的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，债权人应当按照约定实现债权；没有约定或者约定不明确，债务人自己提供物的担保的，债权人应当先就该物的担保实现债权。本题中，甲以房屋为乙银行设定抵押，属于债务人自己提供物的担保的情形，债权人应当先就该物的担保实现债权。（3分）

(5) 乙银行无权要求丙公司偿还第二笔贷款。保证期间，债权人与债务人协议变更主合同的，应当取得保证人书面同意。未经保证人同意的主合同变更，如果减轻债务人的债务的，保证人仍应当对变更后的合同承担保证责任；如果加重债务人的债务的，保证人对加重的部分不承担保证责任。本题中，甲公司追加借款，加重了债务人的债务，并没有经过保证人的同意，保证人对第二笔贷款不承担保证责任。（3分）



考点六 买卖合同★★

(一) 所有权转移

普通情况	动产:	交付时所有权转移
	不动产:	登记时所有权转移
特殊情况	一物多卖	动产: 交付 > 付款 > 合同成立在先
		特殊动产: 交付 > 登记 > 成立在先
	无须有形载体交付的电子产品	约定—法律规定—收到电子产品或者凭证为交付
	所有权保留	当事人可以在买卖合同中约定买受人未履行支付价款或者其他义务的, 标的物的所有权属于出卖人。

(二) 风险承担

(1) 一般规则:

交付前: 出卖人承担

交付后: 买受人承担

(2) 具体责任确定

		时点
买受人	有约定	出卖人根据合同约定将标的物运送至“ <u>买受人指定地点并交付给承运人</u> ”后
	没有约定	出卖人将标的物交付给“ <u>第一承运人</u> ”
	责任	买受人原因致使合同标的物无法交付, 出卖人将标的物提存 出卖人按照约定或者将标的物置于交付地点, 买受人违反约定没有收取
出卖	风险	见买受人时点
	责任	出卖人出卖交由承运人运输的在途标的物, 在 <u>合同成立时</u> 知道或者应当知

人		道标的物已经毁损、灭失却 未告知 买受人
		因 标的物质质量不符合要求 ，致使不能实现合同目的，买受人可以拒绝接受标的物或者解除合同
		当事人对风险负担没有约定，标的物为种类物，出卖人未以装运单据、加盖标记、通知买受人等可识别的方式清楚地将标的物 “特定于买卖合同”

(三) 商品房买卖合同

1. 单方解除权

(1) 因房屋 **主体结构质量不合格** 不能交付使用，或房屋交付使用后，房屋主体结构质量经核验确属不合格。

(2) 因房屋 **质量问题严重影响正常居住使用**。

(3) 房屋套内建筑面积或者建筑面积与合同约定的 **面积误差比绝对值超过 3%** 的。

(4) 出卖人迟延交付房屋或者买受人迟延支付购房款，**“经催告”** 后在 **“3 个月”** 的合理期限内仍未履行。

(5) 约定或者法定的办理房屋所有权登记的期限 **届满后超过 1 年**，因出卖人的原因导致买受人无法办理房屋所有权登记的。

2. 惩罚性赔偿金

由于出卖人的行为构成了欺诈，因此买受人可以在 **解除合同并赔偿损失** 的前提下，还可以要求出卖人 **承担不超过“已付房款”1 倍的惩罚性赔偿金**。

情形		具体规定
抵押	先卖后抵	商品房买卖合同订立，出卖人未告知买受人又将该房屋抵押给第三人
	先抵后卖	故意隐瞒所售房屋已经抵押的事实
一房二卖	出卖安置房	故意隐瞒所售房屋已经出卖给第三人或者为拆迁补偿安置房屋的事实
	出卖商品房	商品房买卖合同订立后，出卖人又将该房屋出卖给第三人
未经许可预售		故意隐瞒没有取得商品房预售许可证明的事实或者提供虚假商品房预售许可证明

【例题·多选题】(2010 年) 甲房地产开发公司在预售某住宅区的广告中，宣称其“容积率不高于 1.2”“绿地面积超过 50%”，引起购房者的热烈关注，所预售的商品房一售而空，价格也比周边小区高出 20%。但是，该小区商品房的预售合同中未对容积和公共绿地面积问题作约定。甲公司交房时，购房者乙却发现小区的容积率超过 2.0，绿地面积只有 20%，并且在调查后得知，甲公司报经批准的规划就是如此。下列关于甲公司和乙之间的房屋预售合同的表述中，正确的有 ()。

- A. 合同无效
- B. 乙有权请求人民法院或仲裁机构撤销合同并请求甲公司赔偿损失
- C. 乙有权请求甲公司承担违约责任
- D. 乙有权请求甲公司支付不超过已付房款一倍的惩罚性赔偿金

【答案】BC

【解析】商品房的销售广告和宣传资料为要约邀请，但是出卖人就商品房开发规划范围内的房屋及相关设施所作的说明和允诺具体确定，并对商品房买卖合同的订立以及房屋价格的确定

定有重大影响的，应当视为要约。该说明和允诺即使未载入商品房买卖合同，亦应当视为合同内容，当事人违反的，应当承担违约责任，因此选项 B、C 的表述正确，选项 A 的表述错误；本题的情形不适用一倍的惩罚性赔偿金的规定，因此选项 D 的表述不符合题目要求。

【例题·案例分析】（2017 年）2016 年 3 月，甲公司因业务需要分别向乙公司和丙公司购买绒布面料和丝质面料。为筹措面料采购资金，甲公司与丁银行签订合同，约定：借款 50 万元，借期为自放款日起的 1 个月，月利率 4%。借款合同签订当日，丁银行预先扣除相应利息后发放贷款 48 万元。戊公司为甲公司借款提供保证，双方未约定保证方式属于一般保证还是连带责任保证。

甲公司和乙公司绒布面料买卖合同约定：面料总价 40 万元，乙公司交付绒布面料 3 日内一次付清；合同签订次日，甲公司给付定金 10 万元。合同签订后，甲公司如数给付定金。后因绒布面料价格上涨，乙公司要求加价，被甲公司拒绝。最终，乙公司比约定交货日期延迟 10 日才向甲公司交货。此时，甲公司因无原料投产，不能向买方按时交货，订单已被原买方取消。甲公司为此遭受损失 19 万元。鉴于乙公司的履行已无意义，甲公司拒绝接受乙公司履行，通知乙公司解除合同，要求适用定金罚则由乙公司双倍返还定金共 20 万元，并赔偿全部损失 19 万元。乙公司不同意解除合同，拒绝赔偿 19 万元损失，要求甲公司收货并支付货款。

甲公司和丙公司丝质面料买卖合同约定：甲公司向丙公司购买丝质面料 100 匹；甲公司应在收货后 10 日内检验面料质量并通知丙公司；甲公司于质量检验后 3 日内支付价款。甲公司收货后，由于业务繁忙，至收货后的第 12 日才开箱验货，发现面料质量存在问题，不能正常使用，遂通知丙公司解除合同。丙公司拒绝。验货次日，甲公司所在地山洪暴发，丝质面料全部毁损。

甲公司未能按期偿还丁银行借款。丁银行要求戊公司承担保证责任，为甲公司还本付息。戊公司拒绝，理由是：（1）4% 的月利率不合法；（2）丁银行应先就甲公司财产强制执行。

根据上述内容，分别回答下列问题：

要求（1）：甲公司是否有权解除与乙公司的绒布面料买卖合同？并说明理由。

要求（2）：根据定金罚则，甲是否有权要求乙返还 20 万元？并说明理由。

要求（3）：丝质面料遭山洪毁损的损失由谁承担？并说明理由。

要求（4）：戊公司关于“丁银行应先就甲公司财产强制执行”的理由是否成立？并说明理由。

【答案】

（1）甲公司有权解除买卖合同。根据规定，当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的；守约方可以解除合同。因乙公司迟延履行，导致甲公司不能实现合同目的，因此甲公司可以主张解除合同。

（2）根据定金罚则，甲无权要求乙返还 20 万元。根据规定，定金的数额由当事人约定，但不得超过主合同标的额的 20%；超过部分无效。题目中货款 40 万元，其 20% 是 8 万元，即适用定金罚则，甲公司可以要求乙返还 18 万元（即双倍返还定金 16 万元，多出的 2 万元原数返还）。

（3）损失由甲公司承担。根据规定，标的物毁损、灭失的风险，在标的物交付之前由出卖人承担，交付之后由买受人承担，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。题目中货物已经交付给甲公司，因此是甲公司承担风险。

（4）戊公司的理由不成立。根据规定，当事人对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照连带责任保证承担保证责任。题目中没有约定保证方式，视为连带责任保证。连带责任保证人没有先诉抗辩权，一般保证人才有先诉抗辩权。因此戊的理由不成立。

考点七 借款合同★★

1. 利息和利率问题

利息	借款利息不得事先在本金中扣除；事先扣除的，按 <u>实际借款额</u> 偿还本金及利息。		
	没有约定	出借人 <u>不得主张</u> 借期内利息	
	约定不明	自然人借款合同	视为无息
		其他	根据当地或者当事人的交易方式、交易习惯、市场利率等因素确定利息
借期利率	24%以下	约定有效	
	24%至 36%	自愿支付，已支付不得要求返还，没有支付可以不再支付	
	36%以上	超过部分无效，已支付可请求返还	
逾期利率	24%以下	约定有效	
	按 6%	未约定借款利率，也未约定逾期利率	
	按借款利率	未约定逾期利率，但约定借款利率	

【法律条文】

1. 利息

(1) 借贷双方没有约定利息，出借人主张支付借期内利息的，人民法院不予支持。

(2) 自然人之间借贷对利息约定不明，出借人主张支付利息的，人民法院不予支持。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、市场利率等因素确定利息。

2. 利率

(1) 年利率 36%以上的利息无效。即便借款人自愿偿还年利率 36%以上的利息，也是可以要求出借人返还，人民法院支持此请求。

(2) 24%~36%部分。出借人请求支付该部分的，人民法院不予支持；借款人主动支付该部分后又要求出借人返还的，人民法院不予支持。

(3) 出借人请求借款人按照借贷双方约定的利率未超过年利率 24%支付利息，人民法院予以支持。

3. 逾期利率

(1) 借贷双方对逾期利率有约定的，从其约定，但以不超过年利率 24%为限。

(2) 既未约定借期内的利率，也未约定逾期利率，出借人主张借款人自逾期还款之日起按照年利率 6%支付资金占用期间利息的，人民法院应予支持；

(3) 约定了借期内的利率但未约定逾期利率，出借人主张借款人自逾期还款之日起按照借期内的利率支付资金占用期间利息的，人民法院应予支持。

(4) 出借人与借款人既约定了逾期利率，又约定了违约金或者其他费用，出借人可以选择主张逾期利息、违约金或者其他费用，也可以一并主张，但总计超过年利率 24%的部分，人民法院不予支持。

【例题·案例分析节选】（2019 年）2018 年 6 月 18 日，甲向乙借款 70 万元，借期一年，约定到期本息一年偿还 100 万元，同时，甲以其市价 100 万元的挖掘机作为抵押，并约定：借款到期若甲不能偿还，挖掘机归乙。双方签订抵押合同但未作登记。

7 月 17 日，甲、丙口头约定甲将挖掘机出租于丙，租期 7 个月，双方对租赁物的维修义务

未作约定。9月20日，挖掘机出现故障，无法正常工作。丙要求甲维修，甲拒绝。丙遂自行维修，花去维修费3万元。丙要求甲支付该笔维修费，未果。

11月2日，甲电话通知丙解除租赁合同，要求丙在15日内返还，但未给出任何理由，丙拒绝。11月5日，丙将挖掘机售于丁，丁不知丙并非挖掘机所有人。同日，丁向丙支付100万元，双方约定11月16日交付挖掘机。

11月15日，丁得知挖掘机的所有权人是甲，并且甲不知自己与丙的交易。当晚，丁在未通知甲、丙的情况下，自行将挖掘机开走。11月16日，丁将挖掘机以110万元售于戊，当日戊付款，丁交付挖掘机，戊不了解挖掘机之前的交易情况，亦不知道丁并非挖掘机所有权人。11月17日，甲要求丙返还挖掘机，发现挖掘机已至戊手，甲请求戊返还挖掘机。甲向乙的借款到期后，甲不能偿还本息，乙诉至法院，请求判令甲按双方合同约定偿还借款本息100万元，甲辩称，该借款合同利率超过法律规定的最高利率，合同无效。

根据上述内容，分别回答下列问题：

(1) 甲乙借款合同约定的100万本息中，多少金额的约定是无效的？并说明理由。

【答案】本题考核民间借贷合同的利率。4.8万元的利息无效。根据规定，借贷双方约定的利率超过年利率36%，超过部分的利息约定无效。题目中本金70万元，约定一年本息100万元，即一年的利息为30万元，其中按照36%计算利息=70×36%=25.2万，那么超过的部分为30-25.2=4.8（万元），是无效的。

(2) 乙向甲主张偿还的100万本息中，法院应支持多少金额？并说明理由。

【答案】本题考核民间借贷合同的利率。法院支持86.8万元的本息。根据规定，利率24%-36%期间的利息，是债务人自愿履行，如果债务人拒绝支付，出借人不能请求支付。法院支持的仅是24%部分的利息，即70×24%=16.8（万元）。

考点八 租赁合同★★

租赁合同期限	租赁合同的期限 <u>超过20年</u> 的， <u>超过部分无效</u>
租赁合同形式	租赁期限 <u>6个月以上</u> 的，合同应当采用 <u>书面</u> 形式。当事人未采用书面形式的，视为不定期租赁。
出租人的义务	<u>维修租赁物的义务</u> 。如出租人不维修，承租人可以自行维修，维修费用由出租人负担。
承租人	支付租金。支付时间 <u>有约定按约定</u> ，无约定且依《合同法》规定仍不能确定的，每 <u>届满一年支付一次，剩余不足一年的，租期届满时支付</u> 。
租赁物使用	1.承租人未按照约定的方法或者租赁物的性质 <u>使用租赁物</u> ，致使租赁物受到损失的，出租人可以 <u>解除合同并要求赔偿损失</u> 。 2.承租人未经出租人同意，对租赁物进行 <u>改善或者增设他物</u> 的，出租人可以要求承租人 <u>恢复原状或赔偿损失</u> 。 3.租赁期间因占有、使用租赁物获得的收益，归承租人所有，但当事人另有约定的除外。 4.承租人经“出租人”同意，可以将租赁物 <u>转租</u> 给第三人。承租人转租的，承租人与出租人之间的租赁合同继续有效， <u>第三人对租赁物造成损失的，承租人应当赔偿损失</u> 。承租人未经出租人同意转租的，出租人可以解除合同。 5.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。

【例题·案例分析节选】（2019年）

……

7月17日，甲、丙口头约定甲将挖掘机出租于丙，租期7个月，双方对租赁物的维修

义务未作约定。9月20日，挖掘机出现故障，无法正常工作。丙要求甲维修，甲拒绝。丙遂自行维修，花去维修费3万元。丙要求甲支付该笔维修费，未果。

11月2日，甲电话通知丙解除租赁合同，要求丙在15日内返还，但未给出任何理由，丙拒绝。……

1.丙是否有权要求甲支付维修费？并说明理由。

【答案】丙有权要求甲支付维修费。根据规定，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。题目中当事人没有约定，因此是出租人承担维修义务。

2.甲丙之间的租赁合同是否因甲的解约通知而解除？并说明理由。

【答案】租赁合同因甲的解除通知而解除。根据规定，租赁期限6个月以上的，应当采用书面形式。当事人未采用书面形式的，视为不定期租赁。不定期租赁合同中当事人可以随时解除合同，但出租人解除合同应当在合理期限之前通知承租人。

考点九 融资租赁合同★★

租赁物归属	1.租赁期间，所有权归属于 <u>融资租赁公司</u> 。 2.租赁期间届满的归属，由出租方与承租方约定，未约定或约定不明，归属于出租方。 3.承租人破产的，租赁物 <u>不属于</u> 破产财产。
承租方的义务	1.租金的支付 承租人向融资租赁公司支付租金。 2.维修义务 在融资租赁合同中， <u>承租人</u> 承担租赁物的维修义务。 3.租赁物致人损害 在融资租赁合同中，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， <u>出租人对第三人不承担赔偿责任</u> 。
出租方的法定解除权利	1.承租人未经出租人同意，将租赁物转让、转租、抵押、质押、投资人股或者以其他方式 <u>处分租赁物</u> 的； 2.承租人未按照合同约定的期限和数额支付租金，符合合同约定的解除条件，经出租人 <u>催告后在</u> 合理期限内仍不支付的； 3.合同对于欠付租金解除合同的情形没有明确约定，但承租人欠付租金达到 <u>两期以上</u> ，或者数额达到 <u>全部租金 15%以上</u> ，经出租人 <u>催告后</u> 在合理期限内仍不支付的。

【例题·案例分析节选】（2018年）……2015年5月，乙公司从丙融资租赁公司租赁塔吊一台。双方约定：租金共计48万元，从当年6月开始，按月分12期支付，每期4万元。双方未就乙公司拖欠租金时如何处理以及塔吊在租赁期满后的归属作出约定。

2015年8月，因遭受强台风袭击，塔吊损坏。乙公司为修复塔吊花去维修费3万元。乙公司要求丙公司承担维修费，丙公司拒绝。为此，乙公司从2015年9月开始停止支付租金。

2016年1月，丙公司通知乙公司：由于欠交4个月租金，乙公司须在2016年2月的租金支付日支付全部剩余租金，否则解除合同。乙公司无奈，在2016年2月将剩余租金一次性全部交清。

租赁期满后，丙公司要求乙公司返还塔吊，乙公司拒绝。……

1.丙公司是否有权拒绝承担塔吊的维修费用？并说明理由。

【答案】丙公司有权拒绝承担塔吊的维修费用。根据规定，融资租赁合同中，承租人应当履行占有租赁物期间的维修义务。因此，塔吊的维修费用应由承租人乙公司承担，而不是由出租人丙公司承担，丙公司当然有权拒绝承担维修费用。

2. 丙公司是否有权要求乙公司在 2016 年 2 月支付全部剩余租金？并说明理由。

【答案】丙公司无权直接要求乙公司在 2016 年 2 月支付全部剩余租金。根据规定，融资租赁合同的承租人应当按照约定支付租金，承租人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。因此，丙公司在要求乙公司支付全部剩余租金前应先对乙公司进行催告，而无权不经催告而直接要求乙公司支付全部剩余租金。

3. 租赁到期后，塔吊应归属于谁？并说明理由。

【答案】租赁到期后塔吊的所有权归丙公司。根据规定，融资租赁合同的出租人和承租人可以约定租赁期间届满租赁物的归属。对租赁物的归属没有约定或者约定不明确，依照《合同法》相关规定仍不能确定的，租赁物的所有权归出租人。

★考点八 建设工程合同

合同无效的情形	1. 未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级，建设工程“竣工前”取得相应资质等级除外 2. 没有资质实际施工人“借用”有资质的建筑施工企业名义 3. 必须进行招标而未招标或者中标无效
转包	承包人不得将其承包的 全部建设工程转包 给第三人或者将其承包的全部建设工程肢解以后以分包的名义分别转包给第三人。
	1. 总承包人或者勘察、设计、施工承包人 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 。 2. 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 。 3. 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。建设工程主体结构的施工必须由承包人自行完成。
工程价款的法定优先受偿权	1. 建筑工程的价款包括承包人为建设工程应当支付的工作人员报酬、材料款等 “实际支出的费用” 。 2. 承包人的优先受偿权优于抵押权和其他债权承包人行使建设工程价款优先受偿权的期限为 6 个月 ，自发包人“应当给付”建设工程价款之日起算。承包人的优先受偿权 优于抵押权和其他债权 。 3. 该优先受偿权不能对抗已经交付全部或大部分购房款项的消费者。 4. 发包人与承包人约定放弃或者限制建设工程价款优先受偿权，损害建筑工人利益，发包人根据该约定主张承包人不享有建设工程价款优先受偿权的，人民法院不予支持。

【例题·案例分析节选】（2018 年）2015 年 4 月，甲公司与乙建筑公司签订写字楼建筑工程总承包合同，约定：工程造价 4000 万元，工期 1 年。合同签订后，甲公司依约先行支付 2000 万元工程款，剩余 2000 万元拟在工程竣工验收合格后一次付清。

……2016 年 4 月，甲公司从丁公司借款 5000 万元，月利率 3%。甲公司以在建写字楼为抵押，并为丁公司办理了抵押登记。

2016 年 4 月，乙公司如期完成工程建设，要求甲公司验收，并要求支付剩余 2000 万元工程款。甲公司验收合格，但拒绝支付剩余工程款，理由是：根据相关规定，承包该工程需具备一级承包资质，但乙公司在签订建设工程总承包合同时仅有二级资质，一级资质直到 2016 年 1 月才取得，故合同无效。

2016 年 6 月，甲公司无力偿还丁公司借款，丁公司诉至人民法院，请求拍卖甲公司写字楼，

偿还所欠其借款本金 5000 万元及利息 150 万元。2016 年 6 月，写字楼拍卖价款 3.5 亿元。乙公司要求首先清偿其工程款债权 2000 万元。

1. 甲公司关于乙公司签订建设工程总承包合同时仅有二级资质，合同因而无效的主张是否成立？并说明理由。

【答案】甲公司关于建设工程总承包合同无效的主张不成立。根据规定，承包人超越资质等级许可的业务范围签订建设工程施工合同，在建设工程竣工前取得相应资质等级，不按照无效合同处理。

2. 乙公司关于写字楼拍得价款首先清偿其工程款债权的主张是否成立？并说明理由。

【答案】乙公司先清偿工程款的主张成立。根据规定，建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先于抵押权和其他债权优先受偿，行使期限为发包人应给付价款之日起 6 个月。本题中，乙公司的工程款债权优于丁公司的抵押权受偿，且该优先权未过期。所以，乙公司关于写字楼拍得价款首先清偿其工程款债权的主张成立。

第五章 合伙企业法律制度

考点一、合伙企业的设立

比较项目	普通合伙企业	有限合伙企业
合伙人	合伙人可以是自然人，也可以是法人或者其他组织	
	①数量：有 2 个以上 合伙人。合伙人为自然人的，应具有 完全民事行为能力 ； ② 国有独资公司、国有企业、上市公司以及公益性的事业单位、社会团体 不得成为普通合伙人。	① 数量： 2 个以上 50 个 以下的合伙人； ② 至少有一个普通合伙人和一个有限合伙人 组成。
出资方式	货币、实物、土地使用权、知识产权或其他财产权利	
	普通合伙人也可以 用劳务 出资	有限合伙人不得以劳务出资

二、财产

比较项目	普通合伙企业	有限合伙企业
财产份额	出质 未经一致同意， 不得出质 。	可以 出质 ；除非合伙协议有约定。
	财产份额对外转让 约定一致同意；同等条件下，其他合伙人有 优先购买权 ；但是合伙协议另有约定的除外。	提前 30 日通知 其他合伙人。

三、事务执行

比较项目	普通合伙企业	有限合伙企业
事务执行	共同执行和委托执行	①由普通合伙人执行合伙事务； ② 有限合伙人不得执行 合伙事务， 不得对外代表 有限合伙企业。

竞业禁止	合伙人 <u>不得</u> 自营或者同他人合作经营与本合伙企业竞争的业务。 <u>(绝对禁止)</u>	有限合伙人可以自营或者同他人合作经营与本有限合伙企业相竞争的业务，但合伙协议另有约定的除外。 <u>(约定——可以)</u>
关联交易	除合伙协议另有约定或者经全体合伙人一致同意外，合伙人不得同本合伙企业进行交易。 <u>(约定——一致同意)</u>	有限合伙人可以同本有限合伙企业进行交易，但是，合伙协议另有约定的除外。 <u>(约定——可以)</u>
聘任非合伙人经营管理	<u>约定——一致同意；</u> 被聘任的经营管理人员“不是合伙企业的合伙人”， <u>不承担</u> 无限连带责任。	

四、普通合伙企业事务决议

合伙协议有约定按约定，没有约定 <u>法定一致同意</u>	<u>合伙协议另有约定除外</u>，下列事项应当经<u>全体合伙人一致同意</u>： ①修改或者补充合伙协议； ②A. 改变合伙企业的名称、经营范围、经营地点 B. 处分合伙企业的不动产、知识产权和其他财产权利 C. 以合伙企业名义为他人提供担保 D. 聘任合伙人以外的人担任合伙企业的经营管理人员 ③普通合伙人<u>同本合伙企业进行交易</u>； ④普通合伙人<u>向合伙人以外的人转让</u>其在合伙企业中的全部或部分<u>财产份额</u>； ⑤新合伙人<u>入伙</u>和原合伙人<u>协议退伙</u>； ⑥普通合伙人死亡或被依法宣告死亡，继承人具备完全民事行为能力的，取得普通合伙人资格； ⑦普通合伙人<u>转为</u>有限合伙人，或有限合伙人<u>转为</u>普通合伙人。
法定一致同意	①普通合伙人以其财产份额<u>出质</u>必须经其他合伙人一致同意； ②将普通合伙人<u>除名</u>必须经其他合伙人一致同意； ③普通合伙人死亡，继承人为无（限制）民事行为能力人的，经全体合伙人一致同意，可依法成为<u>有限合伙人</u>； ④普通合伙人被<u>依法认定</u>为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的，<u>经其他合伙人一致同意</u>，也可以依法转为有限合伙人，普通合伙企业依法转为有限合伙企业。
绝对禁止	①普通合伙人从事同本企业相<u>竞争的业务</u> ②普通合伙企业将<u>全部利润分配给部分合伙人或者由部分合伙人承担全部亏损</u>

五、损益分配

比较项目	普通合伙企业	有限合伙企业
------	--------	--------

顺序	合伙企业的利润分配、亏损分担，按照合伙协议的“约定”办理；合伙协议未约定或者约定不明确的，由合伙人“协商”决定；协商不成的，由合伙人按照“实缴”的出资比例分配、分担；无法确定出资比例的，由合伙人“平均”分配、分担。 <u>(协议→协商→实缴出资→平均)</u>		
损益分配	利润	不得约定将全部利润分配给部分合伙人 <u>(绝对禁止)</u> 。	不得将全部利润分配给部分合伙人，协议另有约定除外 <u>(约定——禁止)</u> 。
	亏损	不得约定由部分合伙人承担全部亏损 <u>(绝对禁止)</u> 。	

六、普通合伙企业与第三人关系

合伙企业与第三人的关系	合伙企业对合伙人执行合伙事务以及对外代表合伙企业权利的限制， <u>不得对抗善意第三人</u> 。		
合伙企业的债务清偿	先企业后个人	合伙 <u>企业</u> 对其债务，应先以其 <u>全部财产</u> 进行清偿。	
	对外连带	合伙企业不能清偿到期债务的， <u>普通合伙人承担无限连带责任</u> 。	
	对内按份	合伙人由于承担无限连带责任，清偿数额超过规定的其亏损分担比例的，有权向其他合伙人 <u>追偿</u> 。	
合伙人的债务清偿	债务性质界定	合伙人发生与合伙企业 <u>无关</u> 的债务	
	债务清偿	①债权人 <u>不得</u> 以其债权 <u>抵销</u> 其对合伙企业的债务； ②债权人 <u>不得代位</u> 行使该合伙人在合伙企业中的权利。	
		①以该合伙人的 <u>自有财产</u> 清偿； ②以该合伙人从合伙企业中分取的 <u>收益</u> 清偿； ③债权人可以依法 <u>请求人民法院强制执行</u> 该合伙人在合伙企业中的财产份额用于清偿。	
	强制执行程序	人民法院强制执行合伙人的财产份额时，应当 <u>通知</u> 全体合伙人，其他合伙人有 <u>优先购买权</u> ；其他合伙人未购买，又不同意将该财产份额转让给他人，依照《合伙企业法》的规定为该合伙人办理 <u>退伙</u> 结算，或者办理削减该合伙人相应财产份额的结算	

七、入伙与退伙

比较项目	普通合伙企业	有限合伙企业
程序	<u>约定→一致同意</u>	——
入伙	对入伙前合伙企业的债务承担 <u>无限</u> 连带责任。	新入伙有限合伙人对入伙前有限合伙企业的债务，以其 <u>认缴的出资额为限</u> 承担责任。
退伙	退伙人对基于其退伙前原因发生的合伙企业债务，承担无限连带责任。	有限合伙人对基于其退伙前原因发生的有限合伙企业债务，以其退伙时从 <u>有限合伙企业中取回的财产</u> 承担责任。

财产继承	(一) 继承人不做合伙人 继承人不愿意成为合伙人或者不能成为合伙人的, 合伙企业应当向其<u>退还</u>被继承合伙人的<u>财产份额</u>。 (二) 继承人为合伙人 1. 继承人具备“<u>完全民事行为能力+(约定→一致同意)</u>”, 可以取得普通合伙人资格。 2. 继承人“<u>无民事行为能力人或者限制民事行为能力人</u>”+<u>法定一致同意</u>, 可以依法成为“有限合伙人”, 普通合伙企业依法转为“有限合伙企业”。 (2) 全体合伙人未能一致同意的, 合伙企业应当将被继承合伙人的财产份额退还该继承人。	作为有限合伙人的自然人死亡、被依法宣告死亡或者作为有限合伙人的法人及其他组织终止时, 其继承人或者权利承受人可以<u>依法取得</u>该有限合伙人在有限合伙企业中的资格。
------	---	--

八、普通合伙人退伙原因

退伙分类	退伙条件
协议退伙 (约定合伙期限)	①合伙协议约定的<u>退伙事由</u>出现; ②经全体合伙人<u>一致同意</u>; ③发生合伙人<u>难以继续</u>参加合伙的事由; ④<u>其他</u>合伙人<u>严重违反</u>合伙协议约定的义务。
通知退伙(未约定合伙期限)	①合伙协议<u>未约定合伙期限</u>的; ②合伙人在<u>不给</u>合伙企业事务执行<u>造成不利</u>影响的情况下, 可以退伙; ③应当“<u>提前 30 日通知</u>”其他合伙人。
当然退伙	①自然人死亡或者被依法宣告死亡; ②<u>个人丧失偿债能力</u>; ③法人或其他组织依法被吊销营业执照、责令关闭、撤销, 或被宣告破产; ④必须具有相关资格而<u>丧失该资格</u>; ⑤合伙人在合伙企业中的全部财产份额被强制执行。
除名	下列情形<u>之一</u>, 经其他合伙人<u>一致同意</u>, 可以决议将其除名: ①未履行出资义务; ②因<u>故意或者重大过失</u>给合伙企业造成损失; ③执行合伙事务时有<u>不正当</u>行为; ④发生<u>合伙协议约定</u>的事由(<u>除名事由</u>)。

十、有限合伙人和普通合伙人性质转变

身份转变	除合伙协议另有 <u>约定</u> 外, 须经全体合伙人 <u>一致同意</u> 。	
	普通合伙人转变为有限合伙人, 对其作为 <u>普通合伙人期间</u> 合伙企业发生的债务承担 <u>无限</u>	有限合伙人转变为普通合伙人的, 对其作为 <u>有限合伙人期间</u> 有限合伙企业发生的债务承担 <u>无限连带责任</u> 。

	<u>连带责任。</u>	
--	--------------	--

十一、特殊的普通合伙企业

(一) 由某些合伙人故意或者重大过失引起债务

1. 对外

责任合伙人应当承担无限责任或者无限连带责任,其他合伙人以其在合伙企业中的财产份额为限承担责任。

2. 对内

合伙人执业活动中因故意或者重大过失造成的合伙企业债务,以合伙企业财产对外承担责任后,该合伙人应当按照合伙协议的约定对给合伙企业造成的损失承担赔偿责任。

(二) 非因故意或者重大过失造成的合伙企业债务以及合伙企业的其他债务,由全体合伙人承担无限连带责任。