

第四章 合同法律制度

⑤ 本章考情:

(1) 历年规律: 本章属于重点章节, 平均分在 16 分左右, 而且每年都会考查主观题。本章的重点为合同的履行、保证、终止、违约责任、买卖合同、融资租赁合同以及租赁合同。本章出题往往是在具体合同的背景下, 结合考查总则和分则的内容。

(2) 学习建议: 本章学习以理解为主, 入门难度不大, 但是题目比较灵活, 所以需要学员能够结合历年考题体会出题思路。

【考点】合同的基本理论

一、《合同法》的适用

1. 适用: 平等主体间设立、变更、终止民事权利义务的协议。

2. 不适用:

(1) **非平等主体间的关系**: 政府用公权力进行行政管理, 如行政奖励的合同。

【注意】并非所有牵涉政府的都是非平等: **政府采购合同、出让国有土地使用权**的合同受合同法调整。

(2) **身份关系**: **婚姻、收养、监护**等有关身份关系的协议。

二、合同的分类

| | |
|------------------------|--|
| 按法律对名称和规则是否有规定 | 有名合同和无名合同 |
| 按当事人是否相互负有对价 | 单务合同 (如赠与合同) 和双务合同 |
| 按是否以 交付标的物为成立要件 | <p>■ 诺成合同: 当事人意思表示一致即成立;</p> <p>■ 实践合同: 除当事人意思表示一致以外, 还须实际交付标的物才能成立。</p> <p>【注意】常见的实践合同: 保管合同、自然人借款合同、定金合同、借用合同。★</p> |

【例题·单选题】下列各项中, 属于实践合同的是 ()。

- A. 张某与银行之间的贷款合同
- B. 王某与甲公司签订的定金合同
- C. 乙公司赠与刘某笔记本电脑的赠与合同
- D. 牛某与银行签订的质押合同

【正确答案】B

【答案解析】本题考核合同的分类。选项 A, 自然人之间的借款合同, 为实践合同; 选项 B, 定金合同为实践合同; 选项 CD, 赠与与合同、质押合同为诺成合同。

【考点】合同的相对性理论

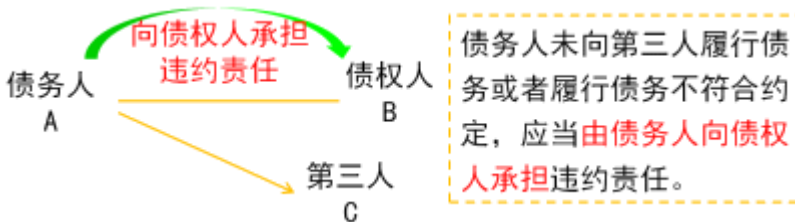
一、理论分析

合同的相对性：指合同是在特定的合同当事人之间发生权利义务关系，当事人只能基于合同向另一方当事人提出请求或提起诉讼，不能向无合同关系的第三人提出合同上的请求。

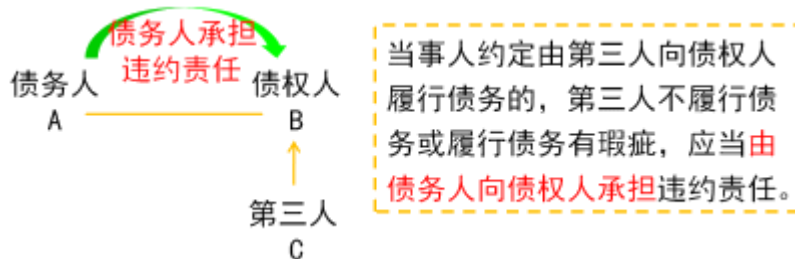
债权是相对权

1. 涉他合同：

(1) 向第三人履行的合同：



(2) 由第三人履行的合同：



【结论】合同具有相对性，不论是向第三人履行，还是由第三人履行，责任只约束债务人和债权人。★

2. 因第三人引起的违约责任：

当事人一方因第三人的原因造成违约的，应当向对方承担违约责任；当事人一方和第三人之间的纠纷，按法律规定或按约定解决。

示例 1

A 卖方 ——— B 买方

 |

 C 迟延发货
 承运人

问1: B追究谁违约责任?
答: B追究A违约责任。

问2: 后续A可如何处理?
答: A可追究C违约责任。

示例 2

A 送货上门 B 买方

卖方 卖马

C C练习九阴白
路人 骨爪伤了马

问1: B追究谁违约责任?
答: B追究A违约责任。

问2: 后续A可如何处理?
答: A可追究C侵权责任。

二、具体体现

| | |
|----|--|
| 适用 | <p>■租赁合同: 承租人经出租人同意, 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, 第三人对租赁物造成损失的, 承租人应当赔偿损失。</p> <p>举例: 假设 AB 之间有租赁合同, B 将东西转租给 C, 转租给 C 是经过出租人 A 同意的, C 在使用租赁物的时候, 对租赁物造成损害, 这时是谁对 A 承担责任? 考虑合同的相对性, 合同是 AB 签的, 所以是 B 对 A 承担违约责任。</p> <p>■承揽合同: 承揽人经定作人同意, 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。</p> <p>举例: AB 之前签订加工承揽合同, A 让 B 加工东西, B 将主要的工作交给 C 做, C 没有做好, 这时责任谁承担? 考虑合同相对性, 所以是由 B 向 A 承担违约责任。</p> |
| 例外 | <p>■代位权: 债权人可以向合同关系以外的第三人提起诉讼, 主张权利。</p> <p>■买卖不破租赁: 租赁合同的承租人可以以自己的租赁权对抗新的所有权人。</p> <p>■单式联运合同: 某一区段的承运人与总的承运人共同向托运人承担连带责任。</p> <p>■建设工程合同: 分包人与承包人共同对发包人承担连带责任。</p> <p>举例: 建设工程合同的分包问题, 假设 A 有工程交给 B 做, B 将其中一部分交给 C (分包人), 责任承担是? BC 是合在一起, 承担连带责任。突破了合同的相对性。</p> |

【例题·单选题】(2011年) 甲公司与乙公司订立货物买卖合同, 约定出卖人甲公司将货物送至丙公司, 经丙公司验收合格后, 乙公司应付清货款。甲公司在送货前发现丙公司已濒于破产, 遂未按时送货。根据合同法律制度的规定, 下列各项中, 正确的是 ()。

A. 甲公司应向乙公司承担违约责任

- B. 甲公司应向丙公司承担违约责任
- C. 甲公司应向乙公司、丙公司分别承担违约责任
- D. 甲公司不承担违约责任

『正确答案』A

『答案解析』本题考核合同的履行。当事人约定由债务人向第三人履行债务的，债务人未向第三人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。在本题中，濒于破产的是丙公司，而不是买受人乙公司。甲公司不享有不安抗辩权，其未按时送货的行为构成违约，应当向乙公司（买卖合同相对人）承担违约责任，而不是向丙公司承担违约责任。

【考点】合同的订立程序



一、要约

1. 要约的概念

(1) 定义：希望和他人订立合同的意思表示。

(2) 要求：同时满足以下两条：

① **内容具体确定**（包含合同的主要条款，如什么东西，多少钱，多少数量等）；

② 表明经受要约人承诺，要约人即**受该意思表示约束**。

(3) 要约邀请 VS 要约

要约邀请是希望他人向自己发出要约的意思表示，**没有法律约束力**。

| | |
|--------------------------|---------------|
| 寄送的价目表、拍卖公告、招标公告、招股说明书等★ | 一定是要约邀请 |
| 商业广告 | 要约邀请或要约 |
| 悬赏广告 | 一定是 要约 |

① 拍卖流程：拍卖公告（要约邀请）→ 应买（要约）→ 落槌（承诺）

② 招标流程：招标公告（要约邀请）→ 投标（要约）→ 定标（承诺）

③ 商业广告：

【示例 1】某化妆品广告称：水晶四季是引进日本全新技术专业除皱消眼袋组合，能有效消除眼袋、黑眼圈及暗沉。咨询订购热线 64986666，免费送货。

『正确答案』要约邀请

【示例 2】

戴尔电脑型号 XX 本周六促销，价格为 2999 元，随到随购，数量不限。该广告属于要约还是要约邀请？

【答案】这是一个要约。意味着一经接受即受约束的意思表示。



戴尔电脑型号 XX 本周六促销，价格为 2999 元，欲购从速，数量有限。该广告属于要约还是要约邀请？

【答案】这是一个要约邀请，有可能来了也买不到，即没有法律约束力。

2. 要约的生效

(1) 时点：“到达”受要约人时生效。

【注意 1】到达的解读：到达并不是指要约一定实际到达受要约人（或者其代理人）手中，只要送达到受要约人通常的地址、住所或能够控制的地方（如信箱）即可。

【注意 2】到达 ≠ 知道：即使在要约送达受要约人之前受要约人已经知道其内容，要约也不生效。

【示例】A 在 1 月 1 日通过信件方式发要约给 B，信件 1 月 3 日到达 B，但是由于事忙一直未阅读，直至 1 月 5 日方才阅读。但其实这件事情去年 12 月 28 日 B 就已经听到消息了。问要约生效的时间是什么时候？

『正确答案』1 月 3 日

【总结】到达 ≠ 看到 ≠ 知道

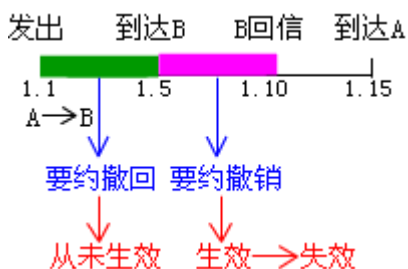
(2) 数据电文的到达界定：

| | |
|-----------------|-----------------|
| □ 指定特定系统接收数据电文 | 进入该特定系统的时间 |
| □ 未指定特定系统接收数据电文 | 进入收件人的任何系统的首次时间 |

3. 要约的撤回、撤销：

(1) 认定：

| | | |
|-------|----|-------------------------------|
| 要约的撤回 | 可以 | 撤回要约的通知应当在要约到达受要约人之前或同时到达受要约人 |
| 要约的撤销 | 可以 | 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 |



(2) 不得撤销要约的情形:

- ① 确定了**承诺期限**的; ★
- ② **明示**不可撤销的;
- ③ 受要约人有理由认为要约是不可撤销的, 并已经为履行合同作了**准备工作**。
- 4. ★ 要约的失效: ①**拒绝**; ②**撤销**; ③**期限届满未作承诺**; ④**实质性变更(产生新要约)**。

【补充】实质性变更: 合同标的、数量、质量、价款、履行期限、地点和方式、违约责任和解决争议方法等的变更。

【例题·单选题】甲公司于7月1日向乙公司发出要约, 出售一批原材料, 要求乙公司在1个月内作出答复。该要约于7月2日到达乙公司。当月, 因市场行情变化, 该种原材料市场价格大幅上升, 甲公司拟撤销该要约。根据《合同法》的规定, 下列关于甲公司能否撤销该要约的表述中, 正确的是()。

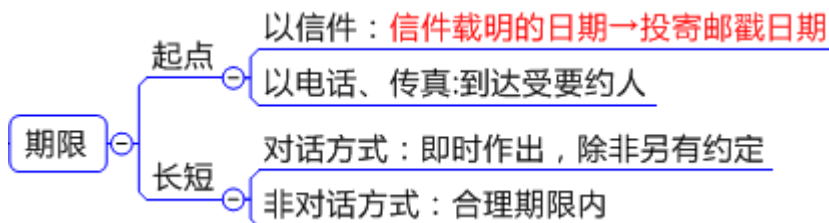
- A. 不可以撤销该要约, 因该要约确定了承诺期限
- B. 可以撤销该要约, 撤销通知在乙公司发出承诺通知之前到达乙公司即可
- C. 可以撤销该要约, 撤销通知在承诺期限届满前到达乙公司即可
- D. 可以撤销该要约, 撤销通知在乙公司发出承诺通知之前发出即可

【正确答案】A

【答案解析】本题考核要约的撤销。要约人确定了承诺期限的要约不可撤销。

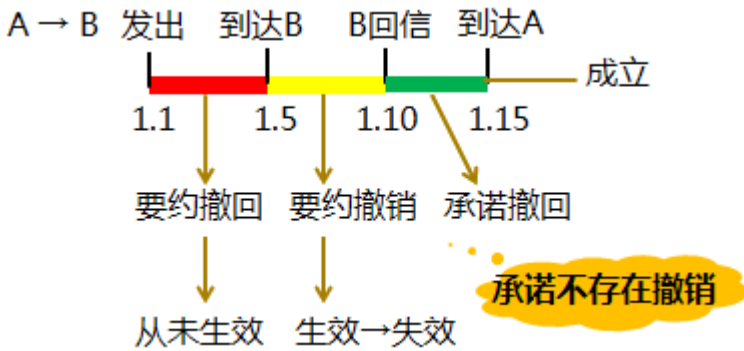
二、承诺

1. 承诺期限:

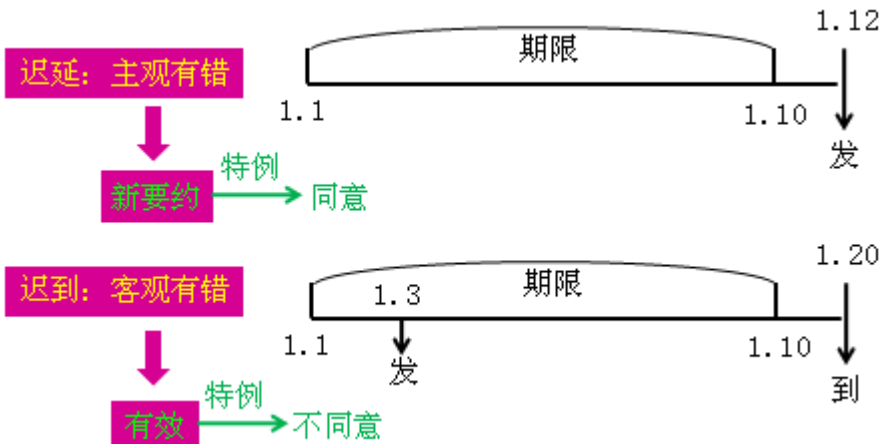


2. 承诺的生效: 承诺自通知到达要约人时生效。——一般此时合同成立

3. 承诺的撤回：承诺生效之前到达要约人，通知应当在承诺通知到达要约人之前或与承诺通知同时到达要约人。



4. 承诺的迟延与迟到



| | 一般 | 例外 |
|---------------------|------|---------------|
| 迟延：超过承诺期限发出 | 新要约 | 除非要约人及时通知承诺有效 |
| 迟到：承诺期限内发出，其他原因导致迟到 | 承诺有效 | 除非要约人及时表示不接受 |

5. 承诺内容

| | |
|--------|--|
| 实质性变更 | 新要约 |
| 非实质性变更 | <input type="checkbox"/> 除要约人及时表示反对或要约表明承诺不得对要约的内容作出任何变更的外，该承诺有效。 <input type="checkbox"/> 合同的内容以承诺的内容为准。 |

【例题·多选题】2015年2月1日甲公司拟订信函，拟向乙公司购买A型号螺丝钉1000件，0.5元/件，要求乙公司在10日内回函，但信件中并未记载明确日期；投寄后邮局邮戳显示的日期为2015

年 2 月 2 日。2015 年 2 月 4 日，乙公司收到该信函，当日即给甲公司回函同意按甲公司要求发货。因邮局突然搬迁，导致该信件于 2015 年 2 月 18 日方到达甲公司，甲公司收到该信件后没有任何表示。根据合同法，下列表述正确的有（ ）。

- A. 甲公司的信函到达乙公司后、乙公司发出承诺通知前，甲公司有权撤销该要约
- B. 承诺期限自 2015 年 2 月 2 日起计算
- C. 乙公司的回函为承诺的迟延，又因甲公司无任何表示，视为新要约
- D. 乙公司的回函为承诺的迟到，又因甲公司无任何表示，为有效承诺

『正确答案』BD

『答案解析』本题考核要约与承诺。根据规定，要约以信件或者电报作出的，承诺期限自信件载明的日期或者电报交发之日开始计算。信件未载明日期的，自投寄该信件的邮戳日期开始计算。本题中，信件中并未记载明确日期，因此承诺期限自 2015 年 2 月 2 日起算。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的以外，迟到的承诺为有效承诺。

三、合同成立

1. 合同成立的时间：

| | | |
|---------|---|--|
| 一般 | 承诺生效时 | |
| 书面 | 合同书形式 | 双方签字或盖章时。签章有先后时， 最后一方签字或盖章时 。 【注意】当事人在合同上 摁手印 的，具有与签字或盖章 同等的法律效力 。 |
| | 信件、数据电文 | 双方约定成立之前签确认书：签订确认书时 |
| 实际履行原则★ | <p>■采用书面形式订立合同，当事人未采用书面形式但一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立。</p> <p>■采用合同书形式订立合同，在签字或盖章之前，当事人一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立。</p> <p>【示例】A、B 约定采用书面形式订立合同，B 公司尚未有书面合同，B 公司就按口头约定发货，A 公司清点入库，合同在 A 接受 B 发来的货物时成立。</p> | |

2. 合同成立的地点：

| | |
|-------|--|
| 一般 | 承诺生效的地点 |
| 数据电文 | 约定→收件人（要约人）的主营业地→收件人经常居住地 |
| 合同书形式 | <p>■双方签字或盖章的地点。</p> <p>■签章有先后时，最后一方签字或盖章的地点。</p> <p>■约定的签订地与实际的签订地不符：约定的签订地。</p> |

【例题·多选题】根据《合同法》的规定，下列各项中，属于合同成立的情形有（ ）。

- A. 甲向乙发出格式条款的合同文本，乙未在合同书上签字，仅摁了手印
 B. 甲、乙约定以书面形式订立合同，但在签订书面合同之前甲已履行主要义务，乙接受了履行
 C. 甲向乙发出要约，乙作出承诺，该承诺除对履行地点提出异议外，其余内容均与要约一致
 D. 乙发出承诺表示对要约的所有条款都满意，但要约中日期用的是农历，自己很不习惯，于是将所有日期改为公历日期

『正确答案』ABD

『答案解析』本题考核合同的成立。对履行地点的变更属于实质性变更，视为新要约，而不是承诺，因此合同不能成立，选项 C 错误。

【考点】合同订立中的其他问题

一、格式条款

1. 提示说明：采取合理的方式（采用足以引起对方注意的文字、符号、字体等特别标识）提请对方注意免除或限制其责任的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明。

2. 格式条款无效：

| | | |
|------|--|---|
| 合同无效 | (1) 一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益； (2) 恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益； (3) 以合法形式掩盖非法目的； (4) 损害社会公共利益； (5) 违反法律、法规的强制性规定。 | |
| 条款无效 | 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。 |
| | 提供格式条款的一方免除其责任，加重对方责任，排除对方主要权利的 | |

【注意】**条款无效不意味合同无效。**

3. 格式条款解释：

(1) 对格式条款的理解有争议：按“字面含义及通常理解”→ 有两种以上解释，应作出“**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：采用**非格式条款**。

【例题·单选题】甲运输公司在与客户乙公司签订运输合同时提供了一份格式合同，该格式合同载明：“运输方式为仓对仓运输。”双方按此格式合同订约后，在履行中发生争议。甲公司认为仓对仓是指乙公司的仓库到所要运达的仓库，乙公司则认为仓对仓是指货物所在的仓库到所要到达的仓库。根据我国《合同法》，下列关于该合同的表述中，正确的是（ ）。

- A. 该条款含义模糊不清，合同未成立
 B. 该条款含义模糊不清，合同无效
 C. 合同生效，应以乙公司的理解为准
 D. 合同生效，应以甲公司的理解为准

『正确答案』C

『答案解析』本题考核格式条款的效力。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。

二、缔约过失责任

缔约过失责任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，给他人造成损失而应承担的损害赔偿责任。

| | | |
|----|---------------------------------|--|
| 时间 | 在合同 成立前（订立中） | |
| 行为 | 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) 当事人 泄露 或者 不正当地使用 在订立合同过程中知悉的商业秘密； (4) 有其他违背诚实信用原则的行为。 |
| | 性质 | 故意或者过失 |
| 结果 | 使合同未成立、未生效、被撤销或无效 + 造成损失 | |
| 赔偿 | 信赖利益的损失 | |

【缔约过失责任 VS 违约责任】

| | 缔约过失责任 | 违约责任 |
|----|---------|----------|
| 环节 | 订立中 | 生效后 |
| 损失 | 有损失 | 不一定 |
| 赔偿 | 信赖利益的损失 | 可期待利益的损失 |

(2016) 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。

【考点】合同的生效

1. ★一般情况：**原则上自成立时生效**。

【注意 1】实践合同：①**定金合同从实际交付定金之日起生效**；②**自然人之间的借款合同**为实践合同，自**贷款人提供借款时生效**。

【注意 2】一物多卖：出卖人就同一标的物订立多重买卖合同，如合同均不具有《合同法》第 52 条规定的无效情形，买受人因不能按照合同约定取得标的物的所有权，请求追究出卖人违约责任的，人民法院应予支持。

2. 附条件、附期限生效的合同：条件成就时、期限届至生效。

3. 是否必须登记、批准？

(1) 应当登记、批准，但并非合同的生效要件：法律、法规规定应当办理登记手续，但未规定登记后生效的，当事人未办理登记手续不影响合同的效力。

| | |
|----------|---|
| 不动产 | 当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同，除法律另有规定或者合同另有约定外，自合同成立时生效；未办理物权登记，不影响合同效力。 |
| 商品房预售 | 商品房预售合同应当办理 登记备案手续 ，但该登记备案手续 并非合同生效条件 ，当事人另有约定的除外。 |
| 房屋租赁 | 当事人以房屋租赁合同未按照法律、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。 |
| 自由进出口的技术 | 我国对自由进出口的技术实行合同登记制度，但登记仅具有备案意义，合同自依法成立时生效， 不以登记作为合同生效的条件 。 |
| 股权质押 | 外商投资企业 股东与债权人订立的 股权质押合同，未办理质权登记的，不影响股权质押合同的效力 。当事人仅以股权质押合同未经外商投资企业审批机关批准为由主张合同无效或未生效的，人民法院不予支持。 |

(2) 经登记、批准合同生效：法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，在依照其规定办理批准、登记等手续后生效。

【链接】外商投资企业合同：当事人在外商投资企业设立、变更等过程中订立的合同，依法律、行政法规的规定应当经外商投资企业审批机关批准后才生效的，自批准之日起生效；未经批准的，人民法院应当认定该合同未生效。

4. 是否必须许可？

(1) 必须许可：对限制进出口的技术，实行许可证管理。技术进出口经许可的，该合同自许可证颁发之日起生效。

(2) 非必须许可：人民法院不应仅以出租人未取得行政许可为由认定融资租赁合同无效。

【考点】合同的履行规则

一、约定不明时的确定规则

1. 协议补充；

2. 不能达成补充协议的，按照合同**有关条款或者交易习惯**确定；
3. 仍不能确定的：

| | | |
|-------|---|--|
| 质量要求 | 国家标准、行业标准→通常标准或符合合同目的的特定标准 | |
| 履行期限 | □债务人可以随时； □债权人也可以随时要求履行 【注意】 无论哪方提出，都应当给对方必要的准备时间 | |
| 履行方式 | 有利于实现合同目的的方式 | |
| 价款、报酬 | □一般： 订立合同时履行地 的市场价格★ 【示例】 5月1日北京的A和南京的B在上海签约，约好10月1日在成都履行。约定不明时价格如何定？ 『正确答案』 协议→条款或交易习惯→5月1日成都的价格 □执行政府定价或指导价，按规定履行 | |
| 履行地点★ | 货币 | 接受货币一方所在地 |
| | 不动产 | 不动产所在地 |
| | 其他标的 | 履行义务一方所在地 【分析】 交付动产： 卖方所在地 |
| 履行费用 | 履行义务一方负担 | |



示例



问1：货币交付地点约定不明，在哪里交付？

A所在地

问2：设备交付地点约定不明，在哪里交付？

A所在地

问3：提货的费用约定不明，谁承担？

B承担

问4：若双方协议由A送货上门，送货费用

谁承担？ **A承担**

【例题·单选题】（2014年）甲、乙两公司的住所地分别位于北京和海口。甲向乙购买一批海南产香蕉，3个月后交货。但合同对于履行地点和价款均无明确约定，双方也未能就有关内容达成补充协议，依照合同其他条款及交易习惯也无法确定。根据合同法律制度的规定，下列关于合同履行价格的表述中，正确的是（ ）。

- A. 按合同订立时海口的市场价格履行
- B. 按合同订立时北京的市场价格履行
- C. 按合同履行时海口的市场价格履行
- D. 按合同履行时北京的市场价格履行

『正确答案』 A

『答案解析』本题考核合同的履行。针对交付香蕉，履行义务一方是出卖人乙，所以履行地是海口。那么价格就是按照订立合同时海口的市场价格履行。

二、特殊的履行

1. 中止履行：债权人分立、合并或者变更住所没有通知债务人，致使履行债务发生困难的，**债务人可以中止履行或者将标的物提存。**

2. 提前履行或部分履行：

| | 提前履行 | 部分履行 |
|----|--|------|
| 拒绝 | 可以拒绝，不损害债权人利益的除外 【链接】 借款人提前偿还借款的，除另有约定，应按实际借款期间计算利息。 | |
| 接收 | 可以接收，但给债权人增加的费用，由 债务人 负担 | |

三、抗辩权

同时履行抗辩权 一手交钱，一手交货，你不交货，我不给钱

先履行抗辩权 你先交货，我再给钱，你不交货，我不给钱

不安抗辩权 我先交货，你再给钱，我不放心，就不发货



- 同一个合同
- 双务合同
- 相应抗辩权
- 延期权

【链接】 债权人留置的动产，应当与债权属于同一法律关系，但企业之间留置的除外。

| | | |
|---------|----------------|--|
| 同时履行抗辩权 | 守约一方提出 | 当事人互负债务，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履行要求。 |
| 先履行抗辩权 | 后履行一方提出 | 当事人互负债务，有先后履行顺序，先履行一方未履行或履行债务不符合约定的，后履行一方有权拒绝其履行要求。 |
| 不安抗辩权★ | 先履行一方提出 | 义务 <ul style="list-style-type: none"> ■ 提供证据：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有丧失或可能丧失履约能力的其他情形。 ■ 及时通知对方 |
| | | 权利 <ul style="list-style-type: none"> ■ 第一步：中止履行 |

■第二步:

①恢复履行能力或提供担保: **恢复履行**

②未恢复并不提供担保: 先履行方可以**解除合同**

【例题·单选题】(2012年)甲、乙双方签订一份煤炭买卖合同,约定甲向乙购买煤炭1000吨,甲于4月1日向乙支付全部煤款,乙于收到煤款半个月后装车发煤。3月31日,甲调查发现,乙的煤炭经营许可证将于4月15日到期,目前煤炭库存仅剩700余吨,且正加紧将库存煤炭发往别处。甲遂决定暂不向乙付款,并于4月1日将暂不付款的决定及理由通知了乙。根据合同法律制度的规定,下列表述中,正确的是()。

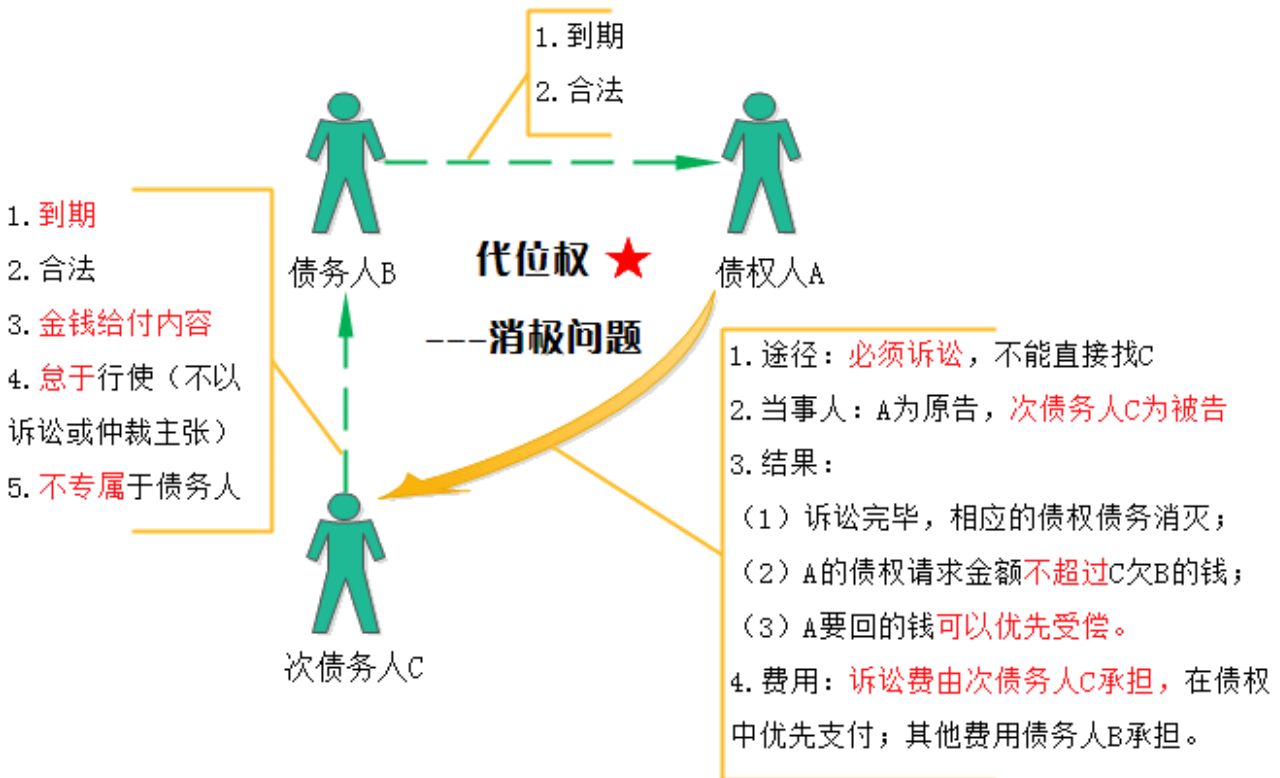
- A. 甲无权暂不付款,因为在乙的履行期届至之前,无法确知乙将来是否会违约
- B. 甲无权暂不付款,因为甲若怀疑乙届时不能履行合同义务,应先通知乙提供担保,只有在乙不能提供担保时,甲方可中止履行己方义务
- C. 甲有权暂不付款,因为甲享有先履行抗辩权
- D. 甲有权暂不付款,因为甲享有不安抗辩权

【正确答案】D

【答案解析】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,可以中止履行:经营状况严重恶化;转移财产、抽逃资金,以逃避债务;丧失商业信誉;有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。因为乙的煤炭经营许可证将于4月15日到期,有可能丧失履行债务的能力,因此甲可以行使不安抗辩权。

【考点】合同的保全

一、代位权



1. 条件：债权合法+债权到期+债权有金钱给付内容+债务人怠于行使（不以诉讼方式或仲裁方式）+损害债权人债权+债务人的债权**非专属于自身**

【注意】**专属于债务人自身**：（1）基于家庭身份关系：扶养、抚养、赡养、继承关系；（2）劳动报酬；（3）基于社会身份关系：退休金、养老金、抚恤金、安置费；（4）人寿保险、人身伤害赔偿请求权。

【链接】公司债权人请求未履行或者未全面履行出资义务的股东在未出本息范围内对公司债务不能清偿的部分承担补充清偿责任的，人民法院应予支持。

2. 效力：

| | | |
|------|--|-------------|
| 途径 | 通过代位权诉讼—— NOT 仲裁，NOT 直接找次债务 | |
| 当事人 | 债权人是原告，次债务人是被告，债务人为第三人 | |
| 管辖 | 被告住所地（次债务人所在地） 人民法院管辖 | |
| 诉讼时效 | 债权人提起代位权诉讼，对债权人的债权和债务人的债权均发生诉讼时效中断的效力。 | |
| 效力 | 对债务人 | 相应的债权债务关系消灭 |

| | |
|-------|---|
| 对债权人 | <ul style="list-style-type: none"> ■ 优先受偿权利; ■ 债权人行使代位权不得超出债务人的权利范围; ■ 债权人胜诉的, 诉讼费由次债务人负担, 从实现的债权中优先支付; 其他必要费用则由债务人承担。 |
| 对次债务人 | <p>次债务人对债务人的抗辩, 可以向债权人主张。</p> <p>【示例】甲欠乙 100 万元, 同时甲又怠于行使对丙的到期合法债权, 乙银行提起代位权诉讼, 丙公司以甲公司交付的货物有质量问题为由提出不支付或减少支付。</p> |

【口诀】**因为怠, 诉次债, 合法到期自身外。**

【例题·单选题】乙企业欠甲企业货款 20 万元, 期满未还。丙欠乙 20 万元货款也已到期, 乙曾向丙发出催收通知书。乙、丙之间的供货合同约定, 若因合同履行发生争议, 在乙地法院诉讼。下列选项中说法正确的是 ()。

- A. 甲对丙不享有债权, 故甲不能起诉丙
- B. 乙曾向丙发出债务催收通知书, 故甲不能行使债权人代位权
- C. 甲应以乙为被告、丙为第三人提起代位权诉讼
- D. 甲应当在丙地法院起诉丙

【正确答案】D

【答案解析】本题考核代位权的行使。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, 选项 B 错误; 代位权的行使以次债务人为被告, 债务人为第三人, 选项 AC 错误; 管辖法院为次债务人住所地法院, 选项 D 正确。

二、撤销权

撤销权, 是指债务人实施了减少财产行为, **危及债权人债权实现时**, 债权人为保障自己的债权**请求人民法院**撤销债务人处分行为的权利。



1. 可撤销的行为: ★

- (1) 放弃到期、**未到期债权**、**放弃债权担保**、**恶意延长**债权的履行期;
- (2) 无偿转让财产;

(3) 低值高买、高值低卖：以明显不合理的低价转让财产或以明显不合理的高价收购财产，对债权人造成损害，并且受让人**知道**；（前提是对方恶意）

■明显不合理的低价：转让价格达不到交易地市场价的 **70%**；

■明显不合理的高价：转让价格高于交易地市场价的 **30%**。

【总结】无偿行为（放弃债权、无偿转让财产），无论第三人善意还是恶意，均可撤销；有偿行为（低值高买、高值低卖），第三人恶意时才可以撤销。

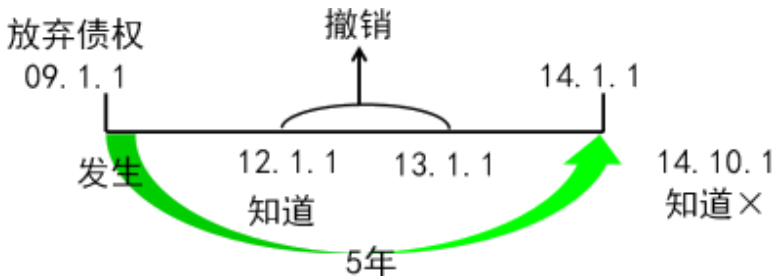
【示例 1】乙欠甲债 10 万元，到期未还。乙的财产仅有一辆汽车，在 15 万左右，乙赠与给丙，丙不知甲乙之债，问甲可否行使撤销权？可以

【示例 2】乙欠甲债 10 万元，到期未还。乙的财产仅有一辆汽车，在 15 万左右，乙以 3 万卖给丙，丙不知甲乙之债，问甲可否行使撤销权？不可以

【示例 3】乙欠甲债 10 万元，到期未还。乙尚有活期存款 10 余万，乙赠与汽车给丙，丙不知甲乙之债，问甲可否行使撤销权？不可以

2. 行使

| | | |
|-----|--|-----------------------------|
| 当事人 | 债权人为原告，债务人为被告，受益人或者受让人为诉讼上的第三人 | |
| 效力 | 处理 | 有权请求受益人返还利益， 无优先受偿权 |
| | 费用 | 由债务人承担；第三人有过错，应当适当分担 |
| | 范围 | 行使范围以债权人的债权为限 |
| 管辖 | 由被告（债务人）住所地人民法院管辖 | |
| 期限 | 自债权人知道或者应当知道撤销事由之日起 1 年内 行使，自债务人的行为发生之日起 5 年内 没有行使撤销权的，该撤销权消灭。—— 除斥期间 | |



【总结】各种撤销权的对比

| | 合同保全的撤销权 | 可撤销合同的撤销权 | 无权代理的撤销权 |
|----|----------------------|------------------|-----------------------|
| 几方 | 三方关系：债权人撤销债务人与第三人的合同 | 两方关系：撤销权人撤销自己的合同 | 三方关系：善意相对人撤销与无权代理人的合同 |
| 年限 | 知道起 1 年，且行为发生起 5 年 | 知道起 1 年 | 被代理人追认前 |

【口诀】弃债权、无偿转，明显知道仍要转，三十高、七十低，一年知道五年管。

【代位权 VS 撤销权】

| | 代位权 | 撤销权 |
|--------------|-----------------|--------------|
| 行使方式 | 诉讼 | 诉讼 |
| 适用 | 消极行为 | 积极行为 |
| 被告 | 次债务人 | 债务人 |
| 是否是金钱之债 | √ | √/× |
| 对次债务人的债权是否到期 | √ | √/× |
| 债权人是否有权优先受偿 | √ | × |
| 费用 | 诉讼费：次债务人；其他：债务人 | 债务人，第三人有过错分担 |

【例题·多选题】甲欠乙 5000 元，乙多次催促，甲拖延不还。后乙通知甲必须在半个月内存钱，否则将对甲提起诉讼。甲立即将家中仅有的九成新苹果电脑一台以 200 元的价格卖给知情的丙，被乙发现。根据合同法律制度的规定，下列表述中，正确的有（ ）。

- A. 乙可书面通知甲、丙，撤销该买卖合同
- B. 如乙发现之日为 2008 年 5 月 1 日，但一直未行使撤销权，则自 2009 年 5 月 2 日起，乙不再享有撤销权
- C. 行使撤销权由丙所在地法院管辖
- D. 如乙的撤销权成立，则乙为此支付的律师代理费、差旅费应由甲、丙承担

【正确答案】BD

【答案解析】本题考核撤销权。债务人实施了减少财产行为，危及债权人实现债权时，债权人为保障自己的债权，可以请求人民法院撤销债务人处分行为，所以选项 A 表述错误，撤销权应当自债权人知道或者应当知道撤销事由之日起 1 年内行使，选项 B 正确。撤销权诉讼由被告所在地人民法院管辖，应为乙所在地不是丙所在地，选项 C 表述错误。债权人行使撤销权所支付的律师代理费、差旅费等必要费用，由债务人负担；第三人有过错的，应当适当负担。选项 D 正确。

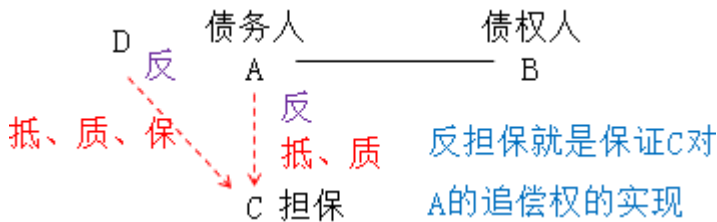
【考点】合同担保的基本理论

一、担保方式

1. 形式：保证、抵押、质押、留置和定金。

抵押、质押和留置为物保。保证为人保。定金为金钱担保。

2. 反担保：由债务人或第三人向担保人提供的担保。



| | |
|-----------|-----------|
| 反担保人 | 反担保方式 |
| 债务人 | 抵押或者质押 |
| 债务人之外的第三人 | 保证、抵押或者质押 |

【注意】反担保方式不包括留置和定金。

二、担保合同的无效

1. 担保合同的无效的情形：

| | |
|------|---------------------------------|
| 主体不行 | 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 |
| 财产不行 | 以法律、法规禁止流通的财产或不可转让的财产设定担保 |

2. 不属于担保合同无效的情形：

(1) 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，除非担保合同另有约定。——**主合同解除，担保合同有效**

(2) 法人或者其他组织的法定代表人、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。——**越权代表，担保合同有效**

3. 担保合同无效的法律后果：

| 主合同 | 担保合同 | 债权人 | 担保人 | 责任承担 |
|-----|------|-----|-----|--|
| | | 无过错 | | 担保人与债务人 连带赔偿 责任 |
| 有效 | 无效 | 有过错 | | 担保人承担不超过债务人 不能清偿部分的 1/2 举例：债务人 A 债权人 B，A 欠 B 100 万，A 能清偿的部分 40 万，担保人是 C，不能清偿的是 60 万，不超过 60 万的 1/2 所以 C 承担的是 30 万 |
| 无效 | 无效 | | 有过错 | 担保人承担不超过债务人 不能清偿部分的 1/3 |
| | | | 无过错 | 担保人 不承担 责任 |

【考点】保证的含义及方式

一、保证与保证合同

1. 保证：指第三人为债务人的债务履行作担保，由保证人**和债权人约定**，当债务人不履行债务时，保证人按照约定履行债务的行为。

2. 保证合同

| | |
|-----|--|
| 性质 | 单务合同、 无偿合同 、诺成合同、 要式合同 、从合同 |
| 形式★ | (1) 单独的书面保证合同。 (2) 在主合同上有保证条款，保证人签字或盖章。 (3) 在主合同上没有保证条款，第三人在主合同上以保证人的身份签字或盖章。 (4) 第三人 单方以书面形式 向债权人 出具担保书 ，债权人 接受且未提出异议 |

【补充】民间借贷合同中保证条款的认定

当事人在借据、收据、欠条等债权凭证或者借款合同上签字或者盖章，但**未表明其保证人身份或者承担保证责任**，或者通过其他事实不能推定其为保证人，出借人请求其承担保证责任的，人民法院不予支持。

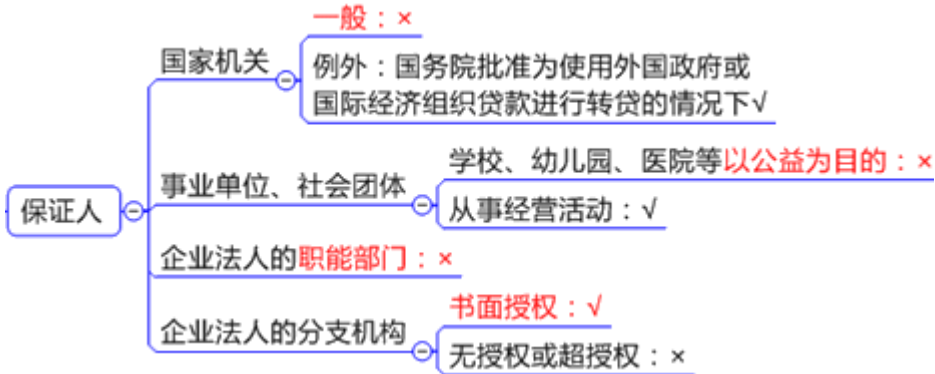
【例题·单选题】小米公司向建行借款 100 万元，大米公司拟为之提供保证。根据担保法律制度的规定，下列各项中，保证不成立的是（ ）。

- A. 大米公司单方以书面形式向建行出具担保书，建行接受且未提出异议
- B. 大米公司在小米公司与建行签订的订有保证条款的借款合同上，以保证人的身份签字、盖章
- C. 大米公司与小米公司、建行达成了提供保证的口头约定，并且明确保证期间为 1 年，保证方式为连带责任保证
- D. 大米公司在小米公司与建行签订的不涉及保证条款的借款合同上，以保证人的身份签字、盖章

【正确答案】C

【答案解析】选项 A 属于第三人单方以书面形式向债权人出具担保书，债权人接受且未提出异议，保证成立。在主合同上有保证条款，保证人以保证人的身份签字、盖章的保证成立。保证合同必须采用书面形式，选项 C 保证不成立。在主合同上没有保证条款，第三人在主合同上以保证人的身份签字或盖章的保证成立，选项 D 的保证成立。

二、保证人



【注意】保证人必须有代为清偿债务的能力；但不具有完全代偿能力的主体，只要以保证人身份订立保证合同后，就**应当承担**保证责任。

三、保证方式

1. 一般保证和连带责任保证：★

| | 一般保证（有先后） | 连带责任保证（无先后） |
|-------|---|----------------------------|
| 定义 | 保证人与债权人约定，当债务人“不能”履行债务时，由保证人承担保证责任  | 保证人与债权人约定，保证人与债务人对债务承担连带责任 |
| 先诉抗辩权 | <ul style="list-style-type: none"> 含义：主合同未经审判或仲裁并对财产强制执行前，保证人拒绝承担保证责任 一般保证有先诉抗辩权 | 连带责任保证无先诉抗辩权 |
| 界定 | 对保证方式没约定或约定不明，按 连带责任 保证承担 | |

2. 不得行使先诉抗辩权的情形：

(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（下落不明 or 移居境外 + **无财产可供执行**）。

(2) 人民法院受理债务人**破产案件**，中止执行程序的。

(3) 保证人以**书面形式**放弃先诉抗辩权的。

3. 共同保证

保证人为多个

按份共同保证：保证人与债权人约定保证义务份额

共同保证

连带共同保证

1 保证人与债权人之间没有约定保证义务份额

2 各保证人约定均对主债务承担



概念对比

连带共同保证 vs 连带责任保证

连带共同保证：

保证人之间连带

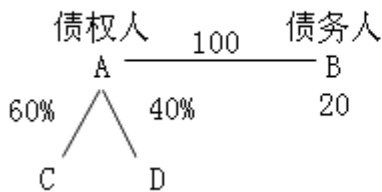
连带责任保证：

债务人与保证人

之间的连带



(1) 按份共同保证：



◆一般保证：

先B 20 → 后C $80 \times 60\%$, D $80 \times 40\%$

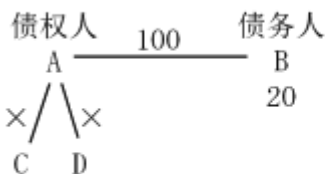
◆连带责任保证：

A → C $100 \times 60\%$; A → D $100 \times 40\%$

(2) 连带共同保证：

保证人偿债后追偿权的行使

| | |
|--------|--|
| 按份共同保证 | 只能向债务人行使追偿权 |
| 连带共同保证 | 连带共同保证的保证人承担保证责任后，向债务人不能追偿的部分，由各连带保证人按内部约定的比例分担。没有约定的，平均分担。（顺序有先后） |



保证人 保证人

对内5:5

◆一般保证：

先B 20 → 后 80（可找C or D）

假如C承担了80，对内C → D 40

◆连带责任保证：

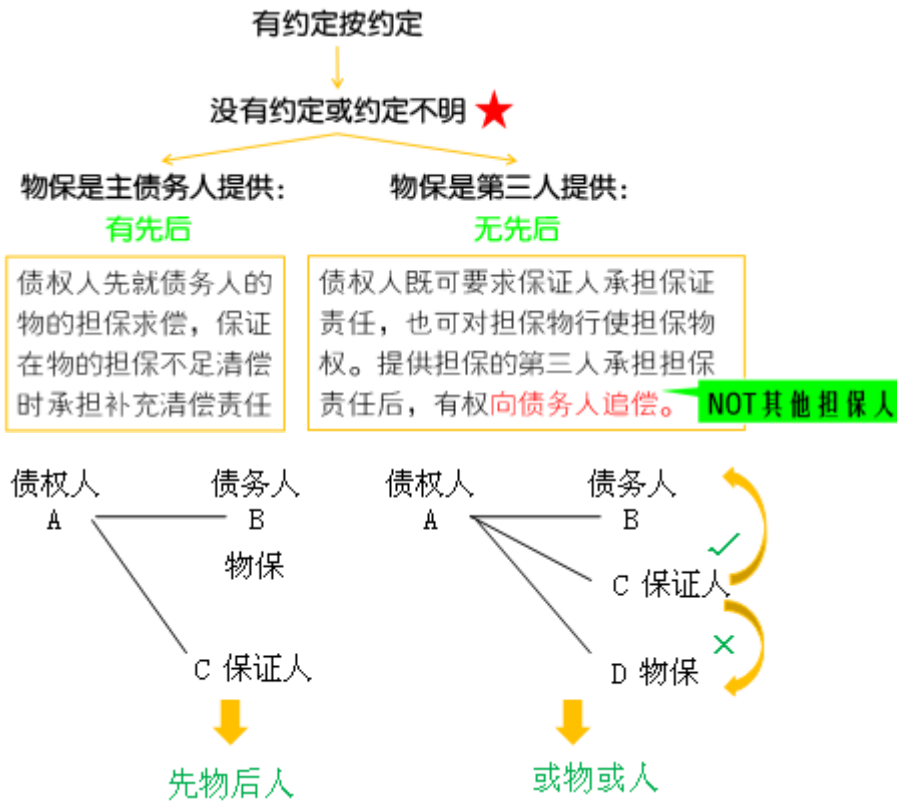
A → B or C or D。

假如C承担了100，可先找B追偿，

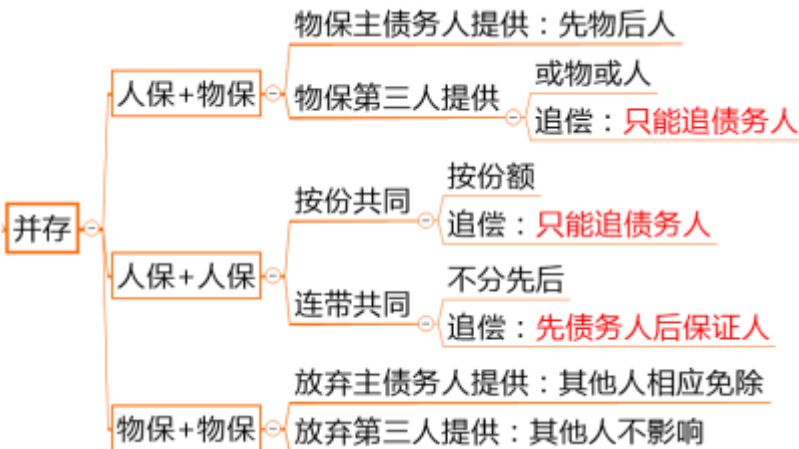
不够的部分找D，找D追40

4. 共同担保 (人保+物保)

【共同保证 VS 共同担保】共同保证是“人保和人保”并存；共同担保是“人保和物保”并存。



【总结】担保并存的处理



【例题·多选题】陈某向李某借款 10 万元, 并签订了借款合同。张某向李某单方面提交了签名的保证书, 其中仅载明“若陈某不清偿到期借款本息, 张某将代为履行”。借款到期后, 陈某未清偿

借款本息。经查，张某并不具有代偿能力。根据担保法律制度的规定，下列关于保证合同效力及张某承担保证责任的表述中，不正确的有（ ）。

- A. 张某可以以自己不具有代偿能力为由主张保证合同无效
- B. 张某可以以自己未与李某签订保证合同为由主张保证合同不成立
- C. 张某须向李某承担一般保证责任
- D. 张某须向李某承担连带保证责任

『正确答案』ABC

『答案解析』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，A选项的表述错误；第三人单方以书面形式向债权人出具担保书，债权人接受且未提出异议的，保证合同成立，B选项的表述错误；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，因此C选项表述错误。

【例题·单选题】甲公司向银行借款100万元，用自己所有的厂房设定抵押担保，乙公司为此用自己所有的机器设备设定质押，张某为此提供了连带责任保证。借款到期后，甲公司无力向银行清偿债务，而对实现担保权的顺序，并无约定。根据担保法律制度的规定，银行行使担保权的顺序为（ ）。

- A. 先对厂房行使抵押权，后对机器设备行使质权，最后要求张某承担保证责任
- B. 先对机器设备行使质权，后对厂房行使抵押权，最后要求张某承担保证责任
- C. 先对厂房行使抵押权，后对机器设备行使质权或要求张某承担保证责任
- D. 先要求张某承担保证责任，后对厂房行使抵押权，最后对机器设备行使质权

『正确答案』C

『答案解析』被担保的债权既有物的担保又有人的担保的，且对债务人不能履行没有约定或约定不明的，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。对于第三人提供的物的担保与保证共存的，债权人既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，选项C正确。

【考点】保证责任

一、责任界定

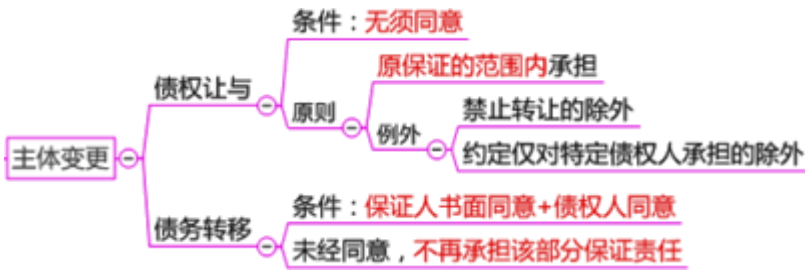
1. 范围：

(1) 要求：包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金和实现债权的费用；保证合同另有约定的，按照约定执行。

(2) 放弃债务人的财产执行：债权人放弃或怠于行使权利致使债务人可供执行财产不能被执行，“一般保证”的保证人可以请求法院在其提供可供执行财产的实际价值范围内**免除保证责任**。

2. 主合同变更与保证责任承担：★

(1) 主体变更:



(2) 内容变更:

| | 同意 | 未同意 |
|------------|-------|--------------------------|
| 数量、价款等内容变动 | 按变更后的 | 减轻债务: 按减轻后 加重债务: 按加重前 |
| 履行期限变动 | 按变更后的 | 按原期限 |
| 新贷换旧贷 | 承担新贷 | 不承担, 除非前后系同一保证人 |

100 → 120 $\begin{cases} \text{同意: } 120 \\ \text{不同意: } 100 \end{cases}$

120 → 100 $\begin{cases} \text{同意: } 100 \\ \text{不同意: } 100 \end{cases}$

原先 09.1.1 ———— 09.12.31 ———— 10.10.31

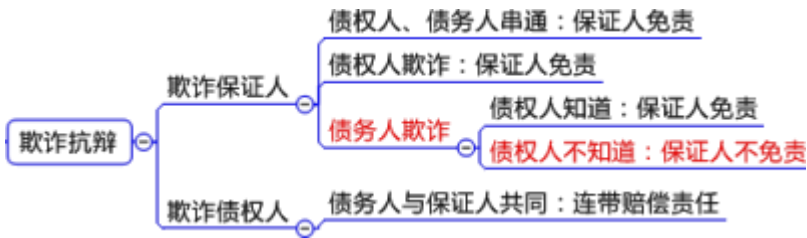
变更 09.1.1 ———— 10.3.31 ———— 11.1.31

同意

未同意

10.10.31

3. 欺诈情形下保证人的责任:



4. 其他规定

(1) 第三人保证监督支付专款专用，未尽监督义务造成资金流失——承担“**补充赔偿责任**”

(2) 保证人对债务人的注册资金提供保证，如债务人出资不实或抽逃注资——承担“**连带保证责任**”

(3) 保证责任消灭后，债权人书面通知保证人要求承担保证责任或者清偿债务，保证人在催款通知书上签字的，人民法院**不得认定**保证人继续承担保证责任。但是，该催款通知书内容能够认定成立新的保证合同的，人民法院应当认定保证人按照新保证合同承担责任。

【分析】催款通知书上签字仅仅具有签收性质，不代表继续承担。

【例题·单选题】甲企业与乙银行签订借款合同，借款金额为 10 万元人民币，借款期限为 1 年，由丙企业作为借款保证人。以下情况中，未经丙企业书面同意，丙企业不再承担保证责任的是（ ）。

- A. 甲与乙协商，将借款金额提高到 15 万元
- B. 甲与乙协商，将借款金额减少到 7 万元
- C. 甲与乙协商，将乙的债权转让给丁
- D. 甲与乙协商，将甲的债务转让给戊

【正确答案】D

【答案解析】本题考核保证责任。保证期间，债权人许可债务人转让部分债务未经保证人书面同意的，保证人对未经其同意转让部分的债务，不再承担保证责任。

二、涉及保证人的诉讼问题

1. 一般保证：

债务人A —— 债权人B

保证人C

示 问1: 可否将AC作为共同被告? **可以**

例 问2: 可否只告A? **可以**

问3: 可否只告C? **不行, 应当追加A为共同被告**

| 策略 | 观点 | 法条原文 |
|---------------|-------------------------|---|
| 以借款人和保证人为共同被告 | 可以, 但责任有先后 | ◆一般保证的债权人向债务人和保证人一并提起诉讼的, 人民法院可以将债务人和保证人列为共同被告参加诉讼。 ◆应在判决书中明确在对债务人财产依法强制执行后仍不能履行债务时, 由保证人承担保证责任。 |
| 只告保证人 | 不行, 应当追加借款人为共同被告 | 保证人为借款人提供一般保证, 出借人仅起诉保证人的, 人民法院应当追加借款人为共同被告。 |
| 只告借款人 | 可以 | 出借人仅起诉借款人的, 人民法院 可以不追加 保证人为共同被告。 |

【补充】涉及反诉: 债务人对债权人提起诉讼, 债权人提起反诉的, 保证人**可以作为第三人**参加诉讼。

2. 连带责任保证:

债务人A —— 债权人B

保证人C

示 问1: 可否将AC作为共同被告? **可以**

例 问2: 可否只告A? **可以**

问3: 可否只告C? **可以**

| | | |
|---------------|----|---|
| 策略 | 观点 | 法条原文 |
| 以债务人和保证人为共同被告 | 可以 | 连带责任保证的债权人可以将债务人和保证人作为共同被告提起诉讼。 |
| 只告保证人或债务人 | 可以 | 保证人为借款人提供连带责任保证，出借人仅起诉借款人的，人民法院 可以 不追加保证人为共同被告；出借人仅起诉保证人的，人民法院 可以 追加借款人为共同被告。 |

三、保证期间

1. 一般情况：

| | | |
|--------|--|-----------------------------|
| 作用 | 债权人超过此期间主张权利的，保证人不承担保证责任。——除斥期间 | |
| 确认保证责任 | 一般保证 | 债权人在此期间 向债务人提起诉讼或仲裁 |
| ★ | 连带保证 | 债权人在此期间 向保证人提出承担保证责任 |
| 起点 | ■一般：主债务履行期届满之日； ■主债务履行期限没有约定或约定不明：宽限期开始 | |
| 长短★ | ■有约定按约定； ■没有约定的：主债务履行期届满之日起 6个月 ； 【注意】保证合同约定的保证期间早于或等于主债务履行期限的，视为没有约定。 ■约定不明：主债务履行期届满之日起 2年 ； 【注意】承担保证责任直至主债务本息还清时为止等的，视为约定不明。 | |

【总结】没有约定或约定不明的处理

| | |
|--------|---|
| 保证方式 | 没有约定或约定不明：连带责任 |
| 保证责任范围 | 没有约定或约定不明：保证人应当对全部债务（主债权及利息、违约金、损害赔偿金和实现债权的费用）承担责任。 |
| 保证期间 | ◆没有约定：主债务履行期届满之日起6个月 ◆约定不明：主债务履行期届满之日起2年 |

【示例】背景资料：债务人 A 与债权人 B 债权发生于 2009 年 1 月 1 日，主债务为 1 年期，C 为保证人。



2. 最高额保证：对一定期限内连续发生的债务提供的有最高债权额限度的保证。

| | | |
|----------|----------|--|
| 有约定 | 保证期间按约定 | |
| 未约定或约定不明 | 有清偿债务期限 | 期限届满之日起 6 个月 |
| | 没有清偿债务期限 | 自最高额保证终止或收到保证人终止保证的书面 通知到达 之日 6 个月 |

3. 破产程序中的保证：债权人要求保证人承担保证责任，应当在破产程序**终结后 6 个月内**提出。（详见破产法）

【例题·多选题】2015 年 1 月 1 日，甲公司向乙银行贷款 100 万元，约定到期日为 2015 年 8 月 1 日。丙公司为甲公司提供保证，而保证合同中对保证方式没有约定，约定的保证期间为 2015 年 1 月 1 日-2015 年 8 月 1 日。后甲公司到期无力还款，已知无其他约定。下列表述正确的有（ ）。

- A. 丙公司提供的是连带责任保证
- B. 丙公司的保证期间为主债务履行期届满之日起 6 个月
- C. 若乙银行于 2015 年 8 月 5 日直接要求丙公司承担保证责任，丙公司不能拒绝
- D. 若乙银行于 2015 年 8 月 5 日直接要求丙公司承担保证责任，丙公司可以先诉抗辩权进行拒绝

【正确答案】ABC

四、保证的诉讼时效

诉讼时效和保证期间有何不同?

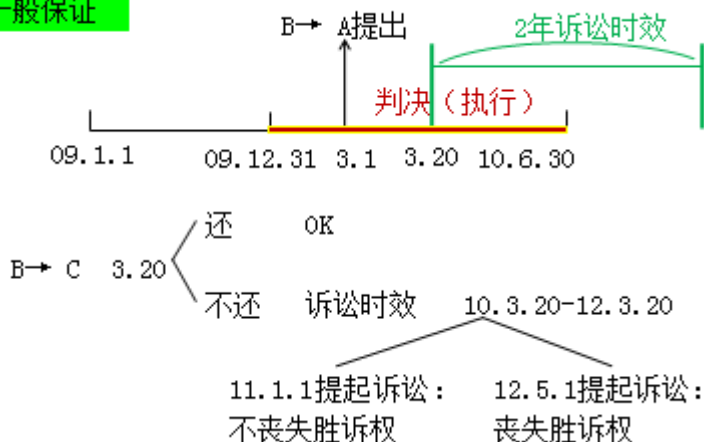


答：保证期间确定保证人是否承担保证责任，诉讼时效是在保证人有保证责任的情况下确定是否有胜诉权。

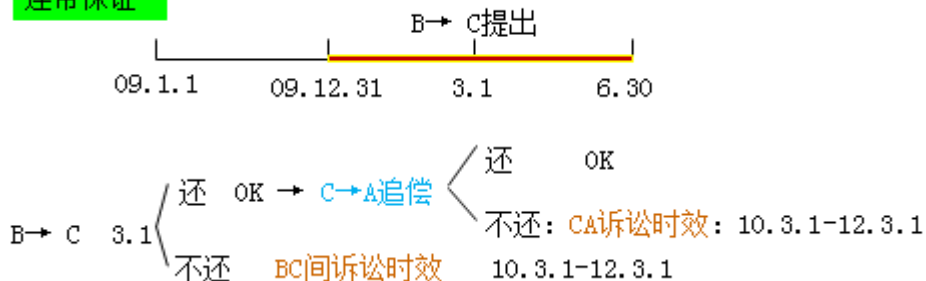
1. 起算点：

| | | |
|------|----------------------------|--|
| 一般保证 | 从“ 判决或者仲裁裁决生效之日 ”起算 | |
| 连带保证 | 债权人对保证人 | 从“ 债权人要求保证人承担保证责任之日 ”起算 |
| | 保证人对债务人 | 行使追偿权的诉讼时效，自保证人向债权人“ 承担保证责任之日 ”起算 |

一般保证



连带保证



2. 诉讼时效的中止、中断：

| | | |
|------|-----------|-----------|
| | 主债务诉讼时效中断 | 主债务诉讼时效中止 |
| 一般保证 | 保证诉讼时效中断 | 保证诉讼时效中止 |
| 连带保证 | 保证诉讼时效不中断 | 保证诉讼时效中止 |

3. 抗辩权：

(1) 债务人放弃对债务的抗辩权，保证人仍有权抗辩，因其保证责任并未免除。

(2) 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。

【例题·单选题】（2012 年）甲、乙两公司签订一份买卖合同，约定甲公司向乙公司购买机床一台，价格为 300 万元。同时，丙公司向乙公司出具一份内容为“丙公司愿为甲公司应付乙公司 300 万元机床货款承担保证责任”的保函，并加盖了公司公章。之后，由于市场变化，甲、乙双方协商同意将机床价格变更为 350 万元，但未通知丙。乙公司向甲公司交付机床后，甲公司无力按期支付货款，乙公司遂要求丙公司代为清偿。根据合同法律制度的规定，下列表述中，正确的是（ ）。

- A. 丙公司出具保函是其单方行为，因此保证不成立
- B. 丙公司应在 300 万元范围内承担保证责任
- C. 在乙公司未就甲公司财产依法强制执行用于清偿债务之前，丙公司有权拒绝乙公司代为清偿的要求
- D. 丙公司应承担保证责任，保证期间适用 6 个月的短期诉讼时效期间，自主债务履行期届满之日起计算

【正确答案】B

【答案解析】本题考核保证合同。第三人单方以书面形式向债权人出具担保书，债权人接受且未提出异议的，保证合同成立；选项 A 错误。如果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，按照连带责任保证承担保证责任；连带责任保证人没有先诉抗辩权；选项 C 错误。保证期间与诉讼时效期间是不同的概念，选项 D 错误。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，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；选项 B 正确。

【考点】定金

1. 性质：定金合同是实践性合同。定金合同从实际交付定金之日起生效。★
2. 处理：给付定金的一方不履行约定的债务的，无权要求返还定金；收受定金的一方不履行约定的债务的，应当双倍返还定金。

定金 VS 订金

订金：无担保作用，合同未履行时，接受预付款的一方必须如数返还款项。

定金：具有担保作用，接受定金的一方不履行合同的，应当双倍返还定金。

3. 数额：

(1) 约定的定金数额不得超过主合同标的额的 **20%**，超过部分无效。★

【思考】甲乙签订合同，主合同标的额 100 万元，若甲支付给乙 30 万定金，后续乙不履行，甲有权要求乙返还多少？

【答】 $100 \times 20\% \times 2 + (30 - 100 \times 20\%) = 50$ 万

(2) 如果当事人一方不完全履行合同的，应当**按照未履行部分所占合同约定内容的比例**，适用定金罚则。

【思考】甲方与乙方签订了一份合同，主合同标的是 100 万元，甲向乙支付的定金为 20 万元，若乙违约，未履行部分为 60%。

【答】乙支付： $20 + 20 \times 60\% = 32$ 万元

或乙支付： $20 \times 60\% \times 2 + 20 \times 40\% = 32$ 万元

4. 适用：★

| | |
|----------------------------|-----|
| 一方迟延履行或者有其他违约行为，致使合同目的不能实现 | 适用 |
| 因不可抗力致使主合同不能履行 | 不适用 |
| 因第三人的过错，致使主合同不能履行 | 适用 |

★5. 二选一：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。

【例题·单选题】(2015 年)根据合同法律制度的规定，下列关于定金的表述中，正确的是()。

- A. 收受定金一方不履行合同义务时，应当三倍返还定金
- B. 收受定金一方履行合同义务时，定金所有权发生移转
- C. 定金数额不得超过主合同标的额的 20%
- D. 既约定定金又约定违约金的，一方违约时，当事人有权要求同时适用

【正确答案】C

【答案解析】本题考核定金的规定。收受定金的一方不履行约定的债务的，应当双倍返还定金；选项 A 错误。定金一旦交付，定金所有权发生转移；选项 B 错误。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；选项 D 错误。

【例题·单选题】(2012 年)甲餐厅承接乙的婚宴。双方约定：婚宴共办酒席 20 桌，每桌 2000 元；乙先行向甲餐厅支付定金 1 万元；任何一方违约，均应向对方支付违约金 5000 元。合同订立后，

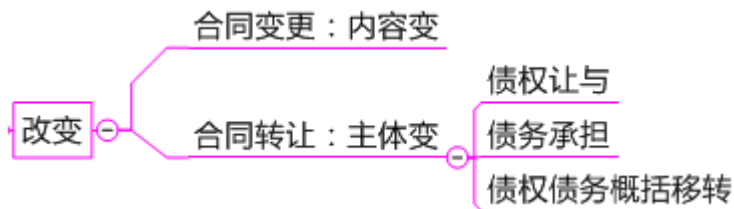
乙未依约向甲支付定金。婚宴前一天，乙因故通知甲取消婚宴。甲要求乙依约支付 1 万元定金与 5000 元违约金。根据合同法律制度的规定，下列表述中，正确的是（ ）。

- A. 甲餐厅应在 1 万元定金与 5000 元违约金之间择一向乙主张，因为定金与违约金不能同时适用
- B. 甲餐厅仅有权请求乙支付 8000 元定金，因为定金不得超过合同标的额的 20%
- C. 甲餐厅无权请求乙支付定金，因为乙未实际交付定金，定金条款尚未生效
- D. 甲餐厅无权请求乙支付定金，因为定金额超过合同标的额的 20%，定金条款无效

『正确答案』C

『答案解析』定金合同从实际交付定金之日起生效，本题中由于未支付定金，因此双方的定金合同未生效。

【考点】合同的变更与转让



一、合同的变更

1. 概念：指合同内容的变更，不包括合同主体的变更。
2. 界定：当事人对合同变更的内容约定不明确的，**推定为未变更**。
3. 效力：

(1) 合同的变更，仅对变更后未履行的部分有效，对已履行的部分无溯及力。

(2) 合同生效后，当事人不得因姓名、名称的变更或者法定代表人、负责人、承办人的变动而不履行合同义务。

二、合同的转让

1. 债权转让



(1) 条件：

| | |
|---------|---|
| 债权让与生效 | 债权让与的生效只要第三人和债权人达成一致意思即可,无须征得债务人的同意。 |
| 对债务人生效★ | 债权人转让权利的,无须债务人同意,但应当通知债务人,通知到达债务人时对债务人生效;未经通知,该转让对债务人不发生效力。 |

(2) 禁止债权转让的情形:

- ①根据合同性质不得转让(基于特定身份订立的,如**出版合同、赠与合同、委托合同、雇用合同**);
- ②根据当事人约定不得转让;
- ③根据法律规定不得转让。

(3) 效力:

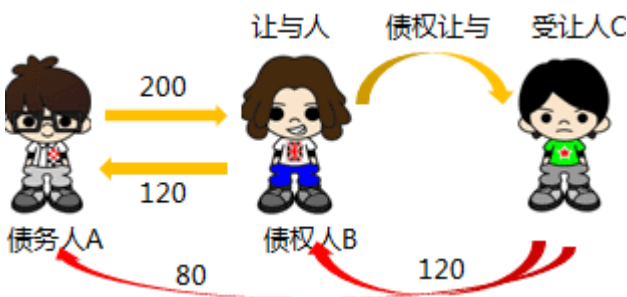
①诉讼时效中断:从债权转让通知到达债务人之日起中断。

②从权利:主债权转让给第三人,保证债权同时转让,保证人在原保证范围内承担保证责任;但与债权人事先约定仅对特定的债权人承担保证责任或禁止转让的除外。

③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**,如提出债权无效、诉讼时效已过等事由的抗辩。

【示例】甲与乙的债权债务于 2012 年 12 月 31 日到期,债权人乙在 2015 年 1 月 5 日将债权转让给丙,丙对甲提出诉讼要求还款,甲可以以诉讼时效期间已经经过为由提出抗辩。

④抵销权:债务人接到债权转让通知时,债务人对让与人享有债权,并且其债权先于转让的债权到期或者同时到期的,**债务人可以向受让人主张抵销**。



2. 债务承担:

(1) 条件:

| | |
|---------------|--------------------------------|
| 将合同的义务转移给第三人★ | 债权合法+可移转性+与第三人协议+ 债权人同意 |
| 并存的债务承担 | 并存时不需要同意 |

(2) 效力:

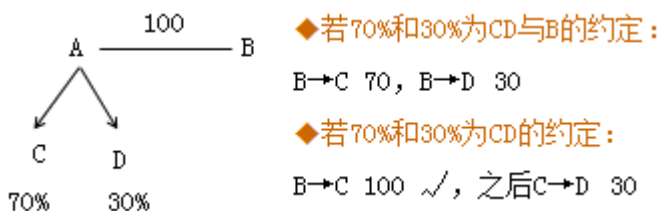
①诉讼时效中断:债务承担意思表示到达债权人之日。

②从债务:债权人许可债务人转让债务的,应当取得保证人书面同意;保证人对未经其同意转让的债务,不再承担保证责任。

③抗辩权：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。

3. 债权债务的概括转移：

| | | |
|---------|--|--|
| 意定的概括转移 | 当事人一方经他方 当事人同意 ，可以将自己在合同中的权利义务一并转让给第三人。 | |
| 法定的概括转移 | 合并 | 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。 |
| | 分立 | 除债权人和债务人另有约定的 以外，由分立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。★ |



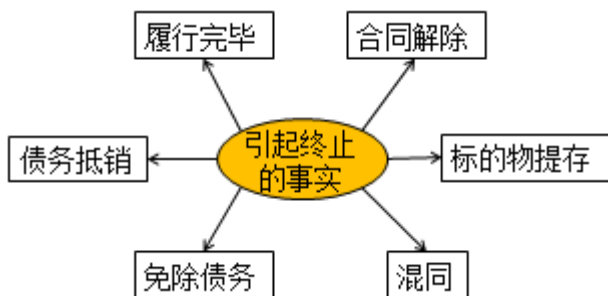
【例题·多选题】晨曦公司向伟东公司出售并交付其生产的残疾人轮椅 20 台，伟东公司未付款。因欠北海公司债务，晨曦公司以协议形式将其对伟东公司的债权转让给北海公司抵债，并通知了伟东公司。下列关于该债权转让事项的表述中，正确的有（ ）。

- A. 晨曦公司债权转让通知到达伟东公司时，才对伟东公司发生债权转让效力
- B. 晨曦公司与北海公司转让协议生效时，对伟东公司同时发生债权转让效力
- C. 晨曦公司移转债权不需征得伟东公司的同意即产生法律上的效力
- D. 晨曦公司与北海公司的协议有效，北海公司可不通过晨曦公司而直接向伟东公司主张债权

『正确答案』ACD

『答案解析』本题考核债权让与。第三人与债权人达成一致时，债权让与协议生效。通知债务人后，该转让对债务人发生效力。所以协议生效与对债务人发生效力不是同时的。债权让与后，北海公司成为伟东公司的债权人，有权向伟东公司主张债权。

【考点】合同的终止



一、清偿

1. 同一债权人多项债务并存时的抵充顺序

当债务人的给付不足以清偿其对同一债权人所负的数笔相同种类的全部债务时，优先顺序如下：

- (1) 有约定按约定；
- (2) 没约定，优先抵充**已到期**的债务；
- (3) 几项债务均到期，优先抵充对债权人**缺乏担保或者担保数额最少**的债务；
- (4) 担保数额相同的，优先抵充债务**负担较重**的债务（如利息高者或有违约金者）；
- (5) 负担相同的，按照债务到期的**先后顺序**抵充；
- (6) 到期时间相同的，按**比例**抵充。

【示例】

| | | | |
|-----|-------|---------|-----|
| 第一笔 | 100 万 | 1. 1 到期 | 有担保 |
| 第二笔 | 100 万 | 2. 1 到期 | 有担保 |
| 第三笔 | 200 万 | 3. 1 到期 | 无担保 |

问 1：2 月 15 日有 150 万用于偿还，怎么还？

此时只有 2 笔到期，都有相同担保，到期日在先是第一笔，所以先还第一笔的 100 万，余下的 50 万还第二笔，此时第二笔尚有 50 万未还完。

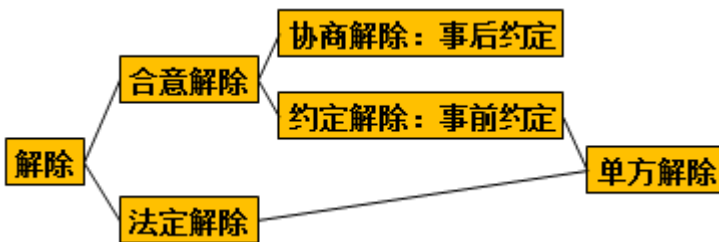
问 2：3 月 15 日有 150 万用于偿还，怎么还？

此时两笔均到期，但是第三笔没有担保，所以先还第三笔，全部的 150 万仍然不够，所以此时尚有 50 万的第二笔和 50 万的第三笔未还。

2. 主债务、利息、费用的抵充顺序：

- (1) 有约定按约定
- (2) 没有约定：**实现债权的费用→利息→主债务**

二、解除



1. 法定解除的具体情形：★

- (1) 因**不可抗力**致使不能实现合同目的；
- (2) **预期违约**：在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或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**；

【链接】**合理期限**：商品房买卖合同中为 3 个月，技术合同中为 30 日。

(4) 当事人一方迟延履行债务或有**其他违约行为**致使**不能实现合同目的**;

【注意 1】**迟延并不必然导致解除**, 要看催告后的情况和是否不能实现合同目的。

【注意 2】因不可抗力致使主合同不能履行的, **不适用定金罚则**。而迟延履行或者有其他违约行为致使合同目的不能实现, 可以**适用定金罚则**。

(5) 法律规定的其他情形:

①承揽合同: 定作人可以随时解除承揽合同, 造成承揽人损失的, 应当赔偿损失。

②货运合同: 在承运人将货物交付收货人之前, 托运人可以要求承运人中止运输、返还货物、变更到达地或者将货物交给其他收货人。

③委托合同: 委托人与受托人均可以随时解除委托合同。

④不安抗辩权: 当事人在中止履行合同后, 如果对方在合理期限内未恢复履行能力且未提供适当担保的, 可以解除合同。

⑤租赁合同: 对于不定期租赁, 双方当事人均可随时解除合同。

⑥情势变更: 合同成立以后, 如果客观情况发生了当事人在订立合同时无法预见的、非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化, 继续履行合同对于一方当事人明显不公平或不能实现合同目的, 当事人请求法院变更或解除的, 法院应结合案件的实际情况确定是否变更或解除。

2. 解除权的程序: 合同自**通知到达**对方时解除。

3. 解除权的效力:

(1) 尚未履行的, 终止履行。

(2) 已经履行的, 当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施, 有权要求赔偿损失。

(3) **合同的解除不影响合同中结算条款、清理条款以及解决争议方法条款的效力**。

【例题·多选题】(2014 年) 下列情形中, 买受人可以取得合同解除权的有 ()。

- A. 因不可抗力导致标的物在交付前灭失
- B. 因出卖人过错导致标的物在交付前灭失
- C. 出卖人在履行期限届满前明确表示拒绝交付标的物
- D. 出卖人在履行期限届满后明确表示拒绝交付标的物

【正确答案】ABCD

【答案解析】本题考核合同的法定解除权。根据规定, 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, 因此选项 A 当选; 当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的, 另外一方当事人可以解除合同, 因此选项 B 和选项 D 当选; 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的, 另外一方当事人可以解除合同, 因此选项 C 当选。

【例题·单选题】2014 年 3 月, 甲科研所与乙企业签订一份设备改造的技术服务合同, 约定自 2014 年 7 月 1 日至 12 月 1 日, 甲科研所负责对乙企业的自动生产线进行技术改造。合同签订后, 乙企业为履行合同做了相关准备工作。5 月, 甲科研所通知乙企业, 因负责该项目的技术人员辞职, 不

能履行合同，根据合同法律制度的规定，下列关于乙企业权利的表述中，正确的是（ ）。

- A. 乙企业有权解除合同，并要求甲科研所赔偿损失
- B. 乙企业有权主张合同无效，并要求甲科研所承担缔约过失责任
- C. 乙企业有权撤销合同，并要求甲科研所承担缔约过失责任
- D. 乙企业至 7 月 1 日方有权要求甲科研所承担违约责任

『正确答案』A

『答案解析』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的，另外一方当事人可以解除合同，并且乙企业已经为履行合同做了相关准备，有一定的经济投入，所以可以要求甲经济赔偿。因此选项 A 正确；本题不属于合同无效的情形，因此选项 B 错误；本题不属于合同撤销的情形，因此选项 C 错误；本题为预期违约情况，在 5 月 1 日乙就已经有解除合同的权利，同时可以要求甲科研所承担违约责任，因此选项 D 错误。

三、抵销

1. 法定抵销：符合下列条件，任何一方可以将自己的债务与对方的债务抵销：

(1) 条件：

| | |
|----|---|
| 互负 | 双方互负债务 【示例】甲乙丙组成合伙企业 A，丁欠 A10 万，甲欠丁 10 万。——不得抵销 |
| 同类 | 种类、品质相同 【示例】甲欠乙苹果，乙欠甲香蕉。——不得抵销 |
| 到期 | 主动债权已到期： 一项债务已届清偿期，而另一项债务未届清偿期的，则 未到期的债务人可以主张抵销。 【示例】甲欠乙债 10 万，已到期，乙欠甲 10 万，还有半年到期。 乙提出抵销，可否？可以 甲提出抵销，可否？不可以 |
| 有效 | 主动债权效力完全：效力不完全的债权不能作为主动债权 而主张抵销，如诉讼时效届满后的债权，该债权人不得主张抵销；但作为被动债权，对方以其债权主张抵销的，应当允许。 【示例】甲欠乙的 100 万已到期 6 个月，乙欠甲 100 万已到期 3 年，此时已过诉讼时效。 甲提出抵销，可否？不可以 乙提出抵销，可否？可以 |
| 性质 | 不能抵销的情形： ■ 按法律规定（如故意侵权的债务）； ■ 按合同性质（如提供劳务的债务、不作为的债务）。 |

【注意 1】是否设有担保、数额是否相同均不是抵销的障碍。

【注意 2】抵销不得附条件或者附期限。

(2) 抵销的生效：自通知到达对方时生效。——形成权

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。

【例题·多选题】2015 年 2 月 2 日，甲公司欠银行的 100 万元贷款到期；经查银行尚欠甲公司装修费 40 万元，但该 40 万元债权 2015 年 2 月 1 日诉讼时效期间届满。根据合同法的规定，下列表述正确的有（ ）

- A. 2015 年 2 月 3 日，银行可以主张法定抵销
- B. 2015 年 2 月 3 日，甲公司可以主张法定抵销
- C. 法定抵销权为形成权，自通知到达对方时生效
- D. 2015 年 2 月 3 日，银行和甲公司可以约定抵销

【正确答案】ACD

【答案解析】因为甲对银行的 40 万的债权已经过了诉讼时效期间，所以这 40 万的债权效力是不完全的，但银行对甲的 100 万的债权效力是完全的。所以选项 A 正确，选项 B 错误；自通知到达对方时生效，所以选项 C 正确；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。所以选项 D 正确。

四、提存

1. 提存的原因：

- (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**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（如抵押人转让抵押物所得的价款，应当向抵押权人提前清偿债权或提存）。

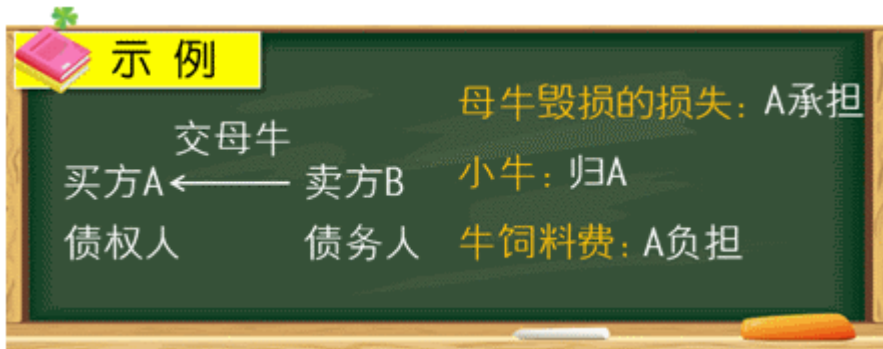
2. 提存的法律效果

(1) 提存的标的：原则上是债的标的。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。

(2) 义务：**除债权人下落不明的以外**，债务人应及时**通知**债权人或者债权人的继承人、监护人。

(3) 提存的效力：

- ① 毁损、灭失的**风险由债权人**承担；
- ② 标的物的**孳息归债权人**所有；
- ③ 提存**费用由债权人**负担。



(4) 提存期间：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**。

【例题·多选题】（2009年）债务人甲因债权人乙下落不明，遂将作为合同标的物的名贵西服一套交当地公证机关提存。根据合同法律制度的规定，下列关于提存期间当事人间权利义务的表述中，正确的有（ ）。

- A. 西服提存后，甲负有通知义务
- B. 保管西服产生的保管费由乙承担
- C. 如果西服因为地震灭失，损失由乙承担
- D. 如果自提存之日起5年后，乙仍没有领取西服，甲可以在交付保管费后取回西服

『正确答案』BC

『答案解析』本题考核点是提存的法律效力。根据规定，标的物提存后，除债权人下落不明的以外，债务人应当及时通知债权人或者债权人的继承人、监护人。标的物提存后，毁损、灭失的风险由债权人承担。提存期间，标的物的孳息归债权人所有。提存费用由债权人负担。债权人领取提存物的权利，自提存之日起五年内不行使而消灭，提存物扣除提存费用后归国家所有。因此选项AD不对。

【考点】违约责任

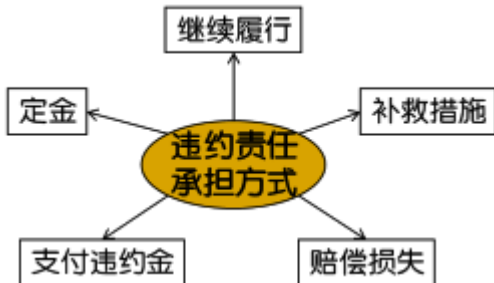
一、违约形态

1. 违约行为分为预期违约和届期违约。
2. 因当事人一方的违约行为，侵害对方人身、财产权益的，受损害方有权选择要求其承担违约责任 **或者** 侵权责任。

【示例】XX去整容，与整形医院签了合同，结果整形失败，使得眼睛完全看不见了，侵犯了人身权，所以可以选择追究医院的违约责任或侵权责任。

【注意】债权人向人民法院起诉时作出选择后，在 **一审开庭以前** 又变更诉讼请求的，人民法院应当准许。

二、承担违约责任的方式



1. 继续履行:

| | |
|-------|---|
| 金钱债务 | 必须继续履行。当事人一方未支付价款或报酬的，对方可要求其支付价款。 |
| 非金钱债务 | 不符合约定，对方可要求履行，但下列情形之一除外： (1) 法律上或者事实上不能履行（如齐白石画弄坏了、房子已经过户给他人）； (2) 债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高； (3) 债权人在合理期限内未要求履行。 |

2. 补救措施:

对违约责任没有约定或约定不明，受损害方根据标的性质以及损失的大小，可以合理要求对方承担修理、更换、重作、退货、减少价款或者报酬等违约责任。

3. 赔偿损失:

(1) 适用情形：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。

(2) 买卖合同违约后的损失计算规则：**可预见规则、减损规则、过失抵减规则以及损益相抵规则。**

①可预见规则：当事人一方不履行合同义务或履行合同义务不符合约定，给对方造成损失的，损失赔偿额应当**包括合同履行后可以获得的利益**，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。★

②减损规则：当事人一方违约后，对方应当采取适当措施防止损失的扩大；没有采取适当措施致使损失扩大的，**不得就扩大的损失要求赔偿。当事人因防止损失扩大而支出的合理费用，由违约方承担。**

【示例】承包商从水泥厂购买水泥并按约定支付了全部货款，可是收到的货却是有所问题的，承包商认为水泥厂违约，因而次日大雨时未对堆放水泥采取任何保护措施，导致水泥受潮全部硬化，这就属于没有采取适当措施致使损失扩大，因此受潮硬化的损失就不得要求水泥厂赔偿。

③过失抵减规则：买卖合同当事人一方违约造成对方损失，对方对损失的发生也有过错，违约方主张扣减相应的损失赔偿额的，人民法院应予支持。

④损益相抵规则：买卖合同当事人一方因对方违约而获有利益，**违约方主张从损失赔偿额中扣除该部分利益的，人民法院应予支持。**

【示例】甲要求乙 1 月 1 日发木材，但乙于 4 月 1 日才发货，而甲的工具正在维修，3 月 1 日才能修好去加工木材，这样乙的违约使得甲节约了两个月的木材保管费，保管费的减少即为利益，应抵减赔偿额。

【思考题】甲乙两公司签订买卖合同，甲公司将设备卖给乙公司作价 100 万元。乙公司打算将该设备转卖给丙公司，作价 150 万元，运费 10 万元由乙公司承担，同时乙丙之间约定了违约金 25 万。现由于甲公司违约，致使乙公司不能向丙公司交付设备。请问乙公司有权要求甲公司赔偿多少？

【答案】 $150-100+25-10=65$ 万元

4. 支付违约金：

| | | |
|--------------|--|---|
| 调整 | <p>■约定的违约金低于损失的，当事人可以请求法院或者仲裁机构予以增加；</p> <p>■约定的违约金过分高于损失的，当事人可以请求法院或者仲裁机构予以适当减少。</p> <p>【注意】《商品房买卖合同解释》中对过高的界定：违约金超过损失的 30% 为标准。</p> | |
| 迟延履行 的违约金 | 继续 | 当事人就迟延履行约定违约金的，违约方支付违约金后， 还应当继续履行债务。 |
| | 起算 | 如果买卖合同对付款期限作出变更，不影响当事人关于逾期付款违约金的约定，但该违约金的起算点应当随之变更。 |
| | 无效 抗辩 | 买卖合同约定逾期付款违约金，买受人 以出卖人接受价款时未主张逾期付款违约金为由拒绝支付该违约金的，人民法院不予支持。 |
| 独立 | 买卖合同因违约而解除后，守约方主张 继续适用违约金条款的 ，人民法院应予支持。 | |

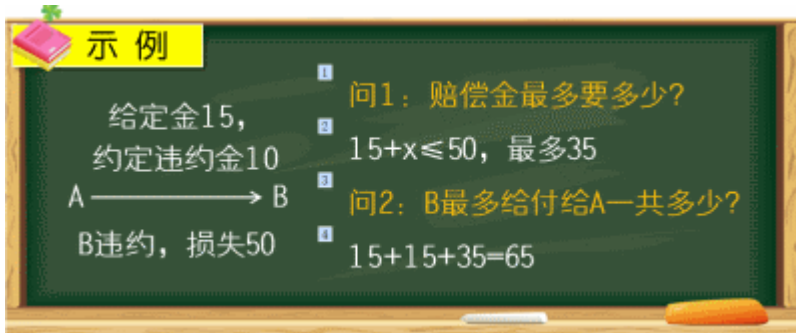
5. 定金：

(1) **定金和违约金不能并用**

(2) **定金和赔偿金可以并用：**

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，法院可以并处，但定金和赔偿损失的数额总和不应高于因违约造成的损失。

【总结】**定金 + 损失赔偿 ≤ 损失**



三、免责事由

1. 免责事由:

(1) 法定的免责事由: 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。

【注意】当事人**延迟履行后发生不可抗力的, 不能免责。**

(2) 约定的免责事由: 免责条款。

2. 主张不可抗力的义务:

(1) 及时**通知**对方不能履行的情况和理由;

(2) 在合理期限内提供**证明**。

【考点】买卖合同的一般规定

一、交付标的物

1. 交付时间: 一般看现实交付的时间

(1) 先占有: 标的物在订立合同之前已为买受人占有的, **合同生效的时间为交付时间**。

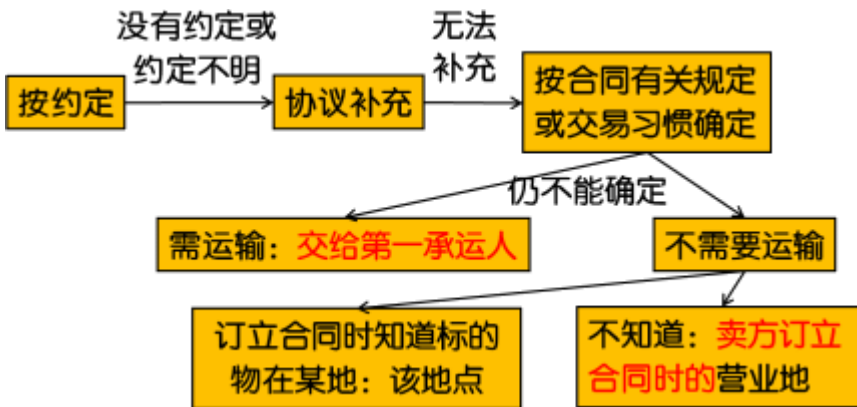
示例:

背景资料: 8月15日甲乙订立买卖合同, 订立买卖合同前, 货已于8月7日委托乙保管, 9月15日前付清买卖的款项。交付是何时?

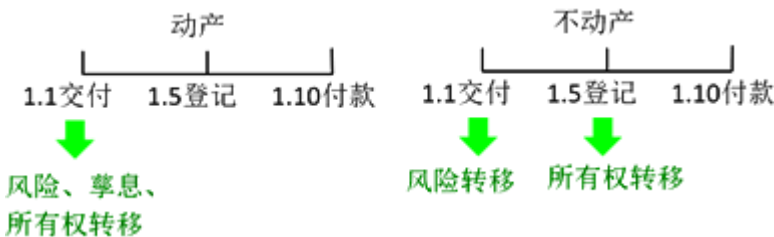
答: 8月15日。

(2) 电子信息产品的交付: 标的物为无需以有形载体交付的电子信息产品, 当事人对交付方式约定不明确, 且依照合同法第61条的规定仍不能确定的, 买受人**收到约定的电子信息产品或者权利凭证**即为交付。

2. 交付地点:



3. 交付效力:



(1) 所有权:

①规则: 标的物的所有权自标的物**交付时**起转移, 但法律另有规定的除外。★

【注意】除外情形:

a. **不动产**: 所有权自登记转移;

b. **所有权保留条款**: 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。

②出卖具有知识产权的计算机软件等标的物的, 但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**。

③一物多卖的所有权归属:

| | |
|------|---|
| 普通动产 | <p>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:</p> <p>A. 先行受领交付的买受人可以请求确认所有权已经转移;</p> <p>B. 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;</p> <p>C. 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。</p> <p>【顺序】交付→付款先后→合同成立先后★</p> |
| 特殊动产 | <p>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:</p> |

| | |
|------|--|
| | A. 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; 【注意】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。 |
| 特殊动产 | B. 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; C. 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。 【顺序】交付→登记→合同成立先后; 交付与登记冲突时, 以交付为准★ |

【链接】出卖人就同一标的物订立多重买卖合同, 合同均不具有合同法第五十二条规定的无效情形, 买受人因不能按照合同约定取得标的物所有权, 请求追究出卖人**违约责任**的, 人民法院应予支持。

【示例】甲有件玉器, 欲转让, 与乙签订合同, 约好 10 日后交货付款; 第二天, 丙见该玉器, 愿以更高的价格购买, 甲遂与丙签订合同, 丙当即支付了 80% 的价款, 约好 3 天后交货; 第三天, 甲又与丁订立合同, 将该玉器卖给丁, 并当场交付, 但丁仅支付了 30% 的价款。请问哪个合同有效? 所有权归谁?

【正确答案】合同均有效。所有权归丁。

(2) 孳息: 标的物在**交付**之前产生的孳息, 归出卖人所有, 交付之后归买受人所有。

(3) 风险:

【注意】**风险不是过错引起的, 有过错的叫做责任承担。**

| | |
|------|--|
| 常规 | 风险在标的物 交付 时转移 ★ (1) 出卖人依约代办托运: 出卖人根据合同约定将标的物运送至指定地点并 交付给承运人 后, 标的物毁损、灭失的风险由买受人负担。 (2) 未约定交付地点: 没有约定交付地点或约定不明, 标的物需要运输, 出卖人将标的物 交付给第一承运人 后风险转移。 |
| 路货交易 | 交由承运人运输的在途标的物, 除另有约定, 风险自 合同成立时 起由买受人承担 【注意】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、灭失却未告知买受人, 出卖人负担标的物毁损、灭失的风险。 |
| 一方违约 | 风险自违约时起转移 (1) 因买受人的原因致使标的物不能按照约定的期限交付 (如已按照约定置于交付地点, 买受人违反约定没有收取), 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。★ (2) 因标的物质量不符合要求, 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 。 |

| | |
|-----------|---|
| 不影响 风险 | (1) 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。 (2) 标的物毁损、灭失的风险由买受人承担的, 不影响 因出卖人履行债务不符合约定, 买受人要求其 承担违约责任 的权利。★ |
|-----------|---|

【例题·多选题】(2013 年) 根据合同法律制度的规定, 下列情形中, 买受人应当承担标的物灭失风险的有 ()。

- A. 出卖人依约为买受人代办托运, 货交第一承运人后意外灭失
- B. 买卖双方未约定交付地点, 出卖人将标的物交由承运人运输, 货物在运输途中意外灭失
- C. 约定在出卖人营业地交货, 买受人未按约定时间前往提货, 后货物在地震中灭失
- D. 买受人下落不明, 出卖人将标的物提存后意外灭失

【正确答案】 ABCD

【答案解析】 本题考核买卖合同中标的物风险的承担。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, 选项 AB 正确; 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之日起由买受人承担, 选项 C 正确; 标的物提存后, 风险由债权人承担, 选项 D 正确。

【例题·多选题】(2009 年) 2009 年 5 月 12 日, 甲因农忙借用邻居乙的一头耕牛耕地三天。5 月 14 日, 甲、乙两人又以 2500 元价格达成购买该耕牛的买卖合同, 双方约定甲应在 5 月 31 日前付清价款。5 月 14 日晚, 当地爆发泥石流, 导致耕牛灭失。根据合同法律制度的有关规定, 下列表述中, 正确的有 ()。

- A. 甲在 5 月 12 日取得耕牛的所有权
- B. 甲在 5 月 14 日取得耕牛的所有权
- C. 耕牛灭失的损失由甲承担
- D. 耕牛灭失的损失由乙承担

【正确答案】 BC

【答案解析】 本题考核点是动产的物权变动和标的物的风险承担。(1) 根据规定, 动产物权设立和转让前, 权利人已经依法占有该动产的, 物权自法律行为生效时发生效力(“简易交付”), 动产物权的设立和转让, 自交付时发生效力。(2) 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。

二、标的物的检验

1. 有约定检验期: 在检验期间内通知出卖人, 怠于通知视为符合约定。

2. 未约定检验期:

(1) **合理期间内**通知出卖人, 在合理期间内未通知或自标的物“**收到之日**”起**2年内**未通知出卖人, 视为符合约定; 但对标的物有**质量保证期**的, 适用质量保证期。★

【思路】**质保期→收到之日起2年或合理期间**

【注意】两年是最长的合理期间。该期间为不变期间, 不适用中止、中断或延长。

(2) 在超过合理期间或者两年期间后, 出卖人自愿承担违约责任后, 又以上述期间经过为由反悔的, 人民法院不予支持。

(3) 出卖人知道或者应当知道标的物不符合约定, 买受人**不受通知时间的限制**。

【注意】两年是最长的合理期间。该期间为**不变期间**, 不适用中止、中断或延长。

【例题·单选题】2014年3月3日, 甲公司收到自乙公司批发的派克笔; 3月8日, 将该批派克笔作为妇女员工的妇女节礼物。后公司人事部陆续听到员工称该笔根本不能用, 经查, 产品说明书上注明, 生产日期2014年1月, 质量保证期1年。2015年2月, 甲公司通知乙公司, 货物存在质量问题, 要求乙公司承担违约责任。下列对此表述不正确的是()。

- A. 甲公司的通知符合规定, 因为是在收到标的物之日起2年内
- B. 甲公司的通知不符合规定, 已经超过了质量保证期1年
- C. 因甲公司怠于通知, 视为该批派克笔的质量符合约定
- D. 乙公司自愿承担违约责任后, 不得因合理期间的超过而反悔

【正确答案】A

【答案解析】未约定检验期的, 合理期间内通知出卖人, 在合理期间内未通知或自标的物“收到之日”起2年内未通知出卖人, 视为符合约定; 但对标的物有质量保证期的, 适用质量保证期。因此本题适用质保期1年, 因此选项A错误。

三、特别解除

| | | |
|-----|---|--|
| 主从物 | 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。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。 | |
| 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, 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 | 单独解除 | 一批标的物不交付或不符合约定, 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合约定, 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。 |

【考点】特种买卖合同

一、分期付款买卖合同

1. 期数：总价款至少分三次支付。

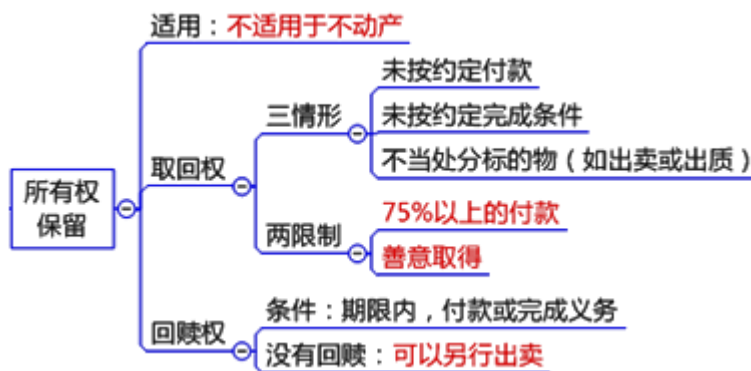
2. 解除：分期付款的买受人未支付到期价款的金额达到全部价款的 1/5 的，出卖人可以要求买受人一并支付到期与未到期的全部价款或者解除合同。出卖人解除合同的，双方应互相返还财产，出卖人可以向买受人要求支付该标的物的使用费。★

【总结】两个选择：一并支付或解除，解除要支付使用费。

二、凭样品买卖合同

凭样品买卖的买受人不知道样品有隐蔽瑕疵的，即使交付的标的物与样品相同，出卖人交付的标的物的质量仍然应当符合同种标的物的通常标准。

三、所有权保留买卖合同（补充）



四、试用买卖合同

| | |
|---------|--|
| 试用期间 | 对试用期间没有约定或约定不明确，依照《合同法》第 61 条的规定仍不能确定的，由出卖人确定。 |
| 视为购买★ | <ul style="list-style-type: none"> ■ 试用期间届满，买受人对是否购买标的物未作表示； ■ 试用期内已经支付一部分价款； ■ 试用期内买受人对标的物实施了出卖、出租、设定担保物权等非试用行为。 |
| 不属于试用买卖 | <ul style="list-style-type: none"> ■ 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； ■ 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； |

| |
|--|
| <ul style="list-style-type: none"> ■ 约定买受人在一定期间内可以调换标的物； ■ 约定买受人在一定期间内可以退还标的物。 |
|--|

五、商品房买卖合同

1. 销售广告的性质认定

| | |
|------|---|
| 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 | 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 ，并对合同的订立以及房屋价格的确定有 重大影响 的，视为“要约”。 【注意】 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。 |

2. 商品房预售合同的效力

| | |
|------------------|---|
| 预售许可影响生效 | 出卖人未取得预售许可而与买受人订立预售合同的， 合同无效 ，但是在 起诉前 取得预售许可的，合同有效。 |
| 登记备案不影响生效 | 商品房预售合同应当办理登记备案手续，但该登记备案手续 并非合同生效条件 ，当事人另有约定的除外。 |

3. 被拆迁人的优先权：若拆迁人将该补偿安置房屋另行出卖给第三人，被拆迁人可请求优先取得补偿安置房屋。

4. 商品房买卖合同与贷款合同的效力关系

- (1) 贷款合同未能订立，导致商品房买卖合同不能履行的，则当事人**“可以”要求解除合同**。
- (2) 商品房买卖合同无效、被撤销或者被解除，则贷款合同也**“应当”相应解除**。

5. 法定解除条件

(1) 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；

(2) 因房屋质量问题严重影响正常居住使用；

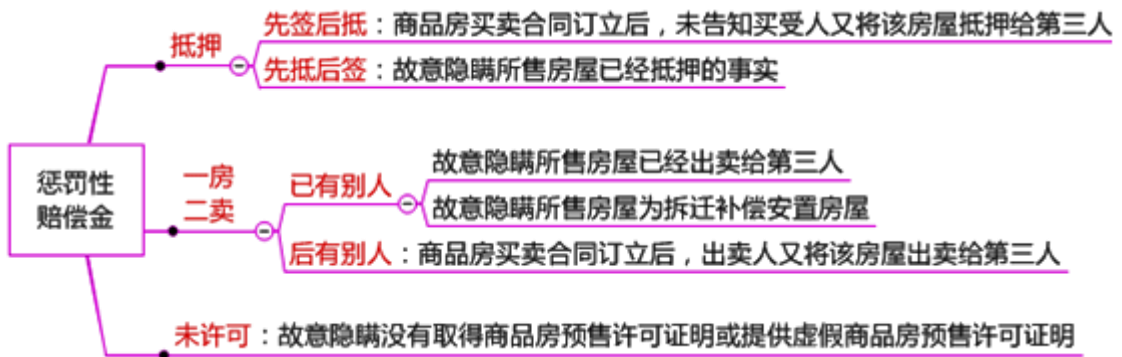
(3) 房屋套内建筑面积或者建筑面积与合同约定的面积误差比绝对值超过**3%**的；

(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。

6. 适用惩罚性赔偿金的情形：★

具有下列情形之一，买受人可以在**解除合同并赔偿损失**的前提下，要求出卖人承担**不超过“已付房款”1倍**的惩罚性赔偿金：



【例题·多选题】（2010 年）甲房地产开发公司在预售某住宅小区的广告中，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

『正确答案』BC

『答案解析』本题考核点是商品房买卖合同。因欺诈而订立的合同，如果不损害国家利益的，不属于无效合同，而应当属于可变更、可撤销合同。选项 A 错误，选项 B 正确。商品房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，应当视为要约。即使未载入商品房买卖合同，亦为合同内容，当事人违反的，应当承担违约责任，选项 C 正确；本题的情形不适用惩罚性赔偿金，选项 D 不选。

【例题·多选题】2010 年 3 月份，甲房地产开发公司将自己开发的一套住房抵押给刘某借款 200 万元，双方办理了抵押登记；2011 年 3 月，张某看中甲公司的该住房地理位置极佳，与甲公司协商后以 300 万元的价格达成协议，双方签订了房屋买卖合同，且张某已支付价款的一半；张某在准备办理产权过户登记时才发现该房屋甲公司已经抵押给刘某，抵押权仍未解除。张某提出的下列主张可以得到人民法院支持的有（ ）。

- A. 请求确认刘某的抵押权无效
- B. 请求解除与甲公司之间的合同
- C. 请求判令甲公司赔偿损失
- D. 请求判令甲公司支付不超过总房款一倍的惩罚性赔偿金

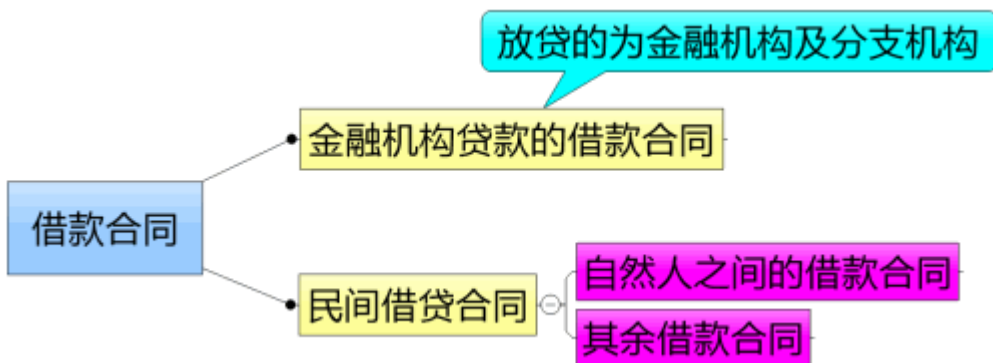
『正确答案』BC

『答案解析』本题考核商品房买卖合同。由于双方办理了抵押登记，所以抵押有效。选项 A 错误；张某可以请求判令甲公司支付不超过已付房款一倍的惩罚性赔偿金。选项 D 错误。正确答案 B、C。

六、互易合同（新增）

1. 性质：参照买卖合同的规定，属于双务、诺成合同。
2. 附补足金的互易合同：一方当事人还须交付一定金钱的情形，金钱部分应当参照买卖合同中关于支付价款部分的规定处理。

【考点】借款合同



一、借款合同的一般规定

1. 形式：借款合同应采用**书面形式**，但**自然人之间借款另有约定的除外**。
2. 生效：★
 - (1) 金融机构贷款的借款合同：**诺成合同**。合同自双方意思表示一致时成立。
 - (2) 自然人之间的借款合同：**实践合同**。合同自出借人提供借款时生效。

【注意】认定构成“出借人提供借款”：

| | |
|-----------------------------|---------------------------|
| 以现金支付 | 自借款人 收到借款 时 |
| 以银行转账、网上电子汇款或者通过网络贷款平台等形式支付 | 自资金 到达 借款人账户时 |
| 以票据交付 | 自借款人依法取得票据权利时 |
| 出借人将特定资金账户支配权授权给借款人 | 自借款人 取得对该账户实际支配权 时 |
| 出借人以与借款人约定的其他方式 | 提供借款并实际履行完成时 |

(3) 其余民间借贷合同：除自然人之间的借款合同外，当事人主张民间借贷合同自合同成立时生效的，人民法院应予支持，但当事人另有约定或法律、行政法规另有规定的除外。——**约定→诺成合同**

3. 合同的影响：借款合同转移的是**货币的所有权**，而非货币的使用权。

【链接】一旦定金交付，定金所有权发生转移。

4. 未按用途使用：借款人未按照约定的借款用途使用借款的，贷款人可以**停止发放借款、提前收回借款或者解除合同**。

5. 支付利息：

(1) 利息预先扣除：在借款合同中，借款的利息**不得预先在本金中扣除**；利息预先在本金中扣除的，应当按照**实际借款数额**返还借款并计算利息。

(2) 付息期不定：对支付利息的期限没有约定或约定不明确的，依照《合同法》的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，剩余期间不满 1 年，应当在返还借款时一并支付。

(3) 不按时：

| | |
|--------|--|
| 延迟收取借款 | 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。 |
| 提前偿还借款 | 借款人提前偿还借款，除另有约定，应当按照“ 实际 ”借款的期间计算利息。 |

【例题·单选题】（2005 年）根据合同法律制度的规定，借款人提前偿还贷款的，除当事人另有约定外，计算利息的方法是（ ）。

- A. 按照借款合同约定的期间计算
- B. 按照借款合同约定的期间计算，实际借款期间小于 1 年的，按 1 年计算
- C. 按照实际借款的期间计算
- D. 按照实际借款的期间计算，但是借款人应当承担相应的违约责任

【正确答案】C

【答案解析】借款人提前偿还借款，除另有约定，应当按照“**实际**”借款的期间计算利息。

二、民间借贷合同

1. 概念：民间借贷是指**自然人、法人、其他组织之间及其相互之间**进行资金融通的行为。

【注意】经金融监管部门批准设立的从事贷款业务的**金融机构及其分支机构**（如银行、信用合作社、财务公司、信托投资公司、金融租赁公司等），因发放贷款等相关金融业务引发的纠纷，不属于民间借贷。

2. 民间借贷案件的受理和管辖：

（1）举证：

①出借人向人民法院起诉时，应当提供借据、收据、欠条等债权凭证以及其他能够证明借贷法律关系存在的证据。

②当事人持有的借据、收据、欠条等债权凭证**没有载明债权人，仍可以提起诉讼**。被告对原告的债权人资格提出有事实依据的抗辩，人民法院经审理认为原告不具有债权人资格的，裁定驳回起诉。

（2）管辖：

【补充】因合同纠纷提起的诉讼，由被告住所地或者合同履行地法院管辖。

合同履行地的确定：借贷双方就合同履行地未约定或者约定不明确，事后未达成补充协议，按照合同有关条款或者交易习惯仍不能确定的，以**接受货币一方所在地为合同履行地**。

★（3）涉及刑事案件的民间借贷案件受理：

①人民法院立案后，发现与民间借贷纠纷案件**虽有关联但不是同一事实**的涉嫌非法集资等犯罪的线索、材料的，**不影响人民法院对民间借贷纠纷案件的审理**，只是应当将涉嫌非法集资等犯罪的线索、材料移送公安或者检察机关。

【补充】人民法院立案后，发现民间借贷行为**本身涉嫌**非法集资犯罪的，应当**裁定驳回起诉**，并将涉嫌非法集资犯罪的线索、材料移送公安或者检察机关。

②借款人涉嫌犯罪或者生效判决认定其有罪，出借人起诉请求担保人承担民事责任的，**人民法院应予受理**。

3. 民间借贷合同的效力：

（1）效力界定：**原则上有效**

①企业间借款合同：指法人之间、其他组织之间以及它们相互之间为生产、经营需要订立的民间借贷合同。

②企业内部集资合同：指法人或者其他组织在本单位内部通过借款形式向职工筹集资金，用于本单位生产、经营签订的民间借贷合同。

③涉嫌犯罪的民间借贷合同：借款人或者出借人的借贷行为涉嫌犯罪，或者已经生效的判决认定构成犯罪，当事人提起民事诉讼的，民间借贷合同**并不当然无效**。

（2）民间借贷合同无效的情形：★

①存在《合同法》第 52 条规定的无效情形；

②套取金融机构信贷资金又**“高利转贷”**给借款人，且借款人“事先知道或应当知道的”；

③以向**“其他企业”**借贷或者向**“本单位职工集资”**取得的资金又转贷给借款人牟利，且借款人**“事先知道或应当知道的”**；

【总结】**一看去向，二看来源**：去向是高利转贷为无效，用于生产经营有效；来源是其他企业或企业集资为无效，是闲散资金则有效。

④出借人**“事先知道或者应当知道”**借款人借款用于违法犯罪活动仍然提供借款的；

【注意】关键词：事先知道或应当知道。

⑤违背社会公序良俗的；

⑥其他违反法律、行政法规效力性强制性规定的。

【注意】担保人以借款人或者出借人的借贷行为涉嫌犯罪或者已经生效的判决认定构成犯罪为由，主张不承担民事责任的，**人民法院应当依据民间借贷合同与担保合同的效力、当事人的过错程度，依法确定担保人的民事责任。**

4. 互联网借贷平台的法律责任

(1) 借贷双方通过网络贷款平台形成借贷关系，网络贷款平台的提供者**仅提供媒介服务，不承担担保责任。**

(2) 网络贷款平台的提供者通过网页、广告或者其他媒介**明示或者有其他证据证明其为借贷提供担保的**，网络贷款平台的提供者应当承担担保责任。

5. 法定代表人在民间借贷合同中的责任★

| | |
|---------------------|--|
| 以 企业名义 借用于个人 | 出借人可以要求将企业法定代表人或负责人列为 共同被告或者第三人 |
| 以 个人名义 借用于企业 | 企业法定代表人或负责人以个人名义与出借人签订民间借贷合同，所借款项用于企业生产经营， 出借人可以请求企业与个人共同承担责任 |

6. 民间借贷与买卖合同混合时的处理规则

【示例】小李向 A 企业借款，签订借款合同的同时又签订了房屋买卖合同。合同中约定，如果小李到期不能清偿借款本息，则需履行买卖合同，将房屋出售给 A 企业。

(1) 合同性质：**按照民间借贷合同处理**

当事人以签订买卖合同作为民间借贷合同的担保，借款到期后借款人不能还款，出借人请求履行买卖合同的，**人民法院应当按照民间借贷法律关系审理**，并向当事人释明变更诉讼请求。当事人拒绝变更的，人民法院**裁定驳回起诉**。

(2) 后续处理：**作为担保物处理**

借款人不履行生效判决确定的金钱债务，出借人**可以申请拍卖买卖合同标的物，以偿还债务**。就拍卖所得的价款与应偿还借款本息之间的差额，借款人或者出借人有权主张返还或补偿。

7. 民间借贷的利息和利率：

(1) 关于借期内利息：

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。

③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。

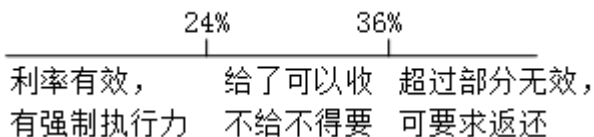
【总结】借期内利息★

| | | |
|------|---------|----------------|
| 没有约定 | | 不支付利息 |
| 约定不明 | 自然人之间借贷 | 不支付利息 |
| | 其余民间借贷 | 支付利息（法院结合情况确定） |

(2) 关于借期内利率上限：★

①借贷双方约定的利率**未超过年利率 24%（小于等于 24%）**，出借人请求借款人按照约定的利率支付利息的，人民法院应予支持。

②借贷双方约定的利率**超过年利率 36%（大于 36%）**，超过部分的利息约定无效。借款人请求出借人返还已支付的超过年利率 36%部分的利息的，人民法院应予支持。



(3) 关于利滚利的处理：

| | | |
|----------------|---|----------------------------------|
| 本金 的处 理 | 约定的利率 ≤ 年利率 24% | 重新出具的债权凭证载明的金额可认定为后期借款本金 |
| | 约定的利率 > 年利率 24% | 当事人主张超过部分的利息不能计入后期借款本金的，人民法院应予支持 |
| 本息 和的 处理 | 借款人在借款期间届满后应当支付的本息之和， 不能超过最初借款本金与以最初借款本金为基数，以年利率 24% 计算的整个借款期间的利息之和。 出借人请求借款人支付超过部分的，人民法院不予支持。 | |



示例 借款本金为100万元，年利率20%

| | 本金 | 利息 |
|-----|-------|-------|
| 第一年 | 100 | 20 |
| 第二年 | 120 | 24 |
| 第三年 | 144 | 28.8 |
| 第四年 | 172.8 | 34.56 |

债权人请求偿还=172.8+34.56=207.36万元

本息和上限=100+100×24%×4=196万元

法院只支持196万，

对超出上限的

207.36-196=11.36

万，法院不予支持

(4) 关于逾期利息的处理★

①逾期利率的确定

| | | |
|-----------|----------------------------|---|
| 有约定 | 从其约定，但以不超过年利率 24%为限 | |
| 没有约定或约定不明 | 既未约定借期内利率，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 |
| | 约定了借期内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 |

【补充】**自然人之间的借款合同**有约定偿还期限而借款人不按期偿还，或者未约定偿还期限但经出借人催告后，借款人仍不偿还的，**出借人可以要求借款人偿付逾期利息**。

②逾期利息与违约责任：

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·多选题】下列借款合同中，不属于民间借贷的有（ ）。

- A. 小王与 A 银行签订的抵押借款合同
- B. 甲企业与 B 财务公司签订的小额借款合同
- C. 小李与 C 商贸企业签订的借款合同
- D. 乙食品厂与 D 面粉厂签订的抵押借款合同

【正确答案】AB

【答案解析】选项 A，提供款项的是金融机构，不属于民间借贷；选项 B 属于金融机构贷款的借款合同，不属于民间借贷。

【例题·多选题】小王向小李借款，出具的借据载明本金共计 100 万，借款期限一年。借款到期后，小李未偿还任何本息，小王向法院起诉，法院支持的诉求有（ ）。

- A. 返还本金 100 万
- B. 按年利率 24% 支付借期内利息
- C. 按年利率 6% 支付逾期利息
- D. 按年利率 24% 支付逾期利息

『正确答案』AC

『答案解析』题目没有约定借款利息，所以视为不支付利息，不能要求支付借期内利息，选项 B 错误；可以要求支付逾期利息，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。

【考点】租赁合同

一、关于期限的规定

1. 期限：租赁期限不得超过 **20 年**；超过 20 年的，超过部分无效。

2. 不定期租赁：

(1) 情形：

① 租赁期限 **6 个月以上**的，应采用**书面形式**；**未采用书面形式的，视为不定期租赁**。

② 对租赁期限没有约定或约定不明，依照《合同法》规定仍不能确定，视为不定期租赁。

③ 租赁期届满，承租人继续使用租赁物，出租人没有提出异议的，原租赁合同继续有效，但租赁期限为不定期。

(2) 后果：双方当事人均可**随时**解除，但出租人解除应当在合理期限之前通知承租人。

【例题·多选题】根据合同法律制度的规定，下列租赁合同中，为不定期租赁的有（ ）。

- A. 甲与乙签订书面房屋租赁合同，约定的租赁期限为 30 年
- B. 甲与丙口头约定，将房屋出租给丙，租期 3 个月
- C. 甲与丁签订的房屋租赁合同对租期未作约定，依照合同的有关规定仍不能确定
- D. 甲与戊的房屋租赁合同到期后，承租人戊继续使用该房屋，甲未提出异议

『正确答案』CD

『答案解析』本题考核租赁合同期限的规定。租赁期限不得超过 20 年；超过 20 年的，超过部分无效。不是不定期租赁。选项 A 错误；租赁期限 6 个月以上的，应采用书面形式；未采用书面形式的，视为不定期租赁。而租期 3 个月，不足六个月，可以口头约定，为定期租赁。选项 B 错误；对租赁期限没有约定或约定不明，依照《合同法》规定仍不能确定，视为不定期租赁。选项 C 正确；租赁期届满，承租人继续使用租赁物，出租人没有提出异议的，原租赁合同继续有效，但租赁期限为不定期。选项 D 正确。

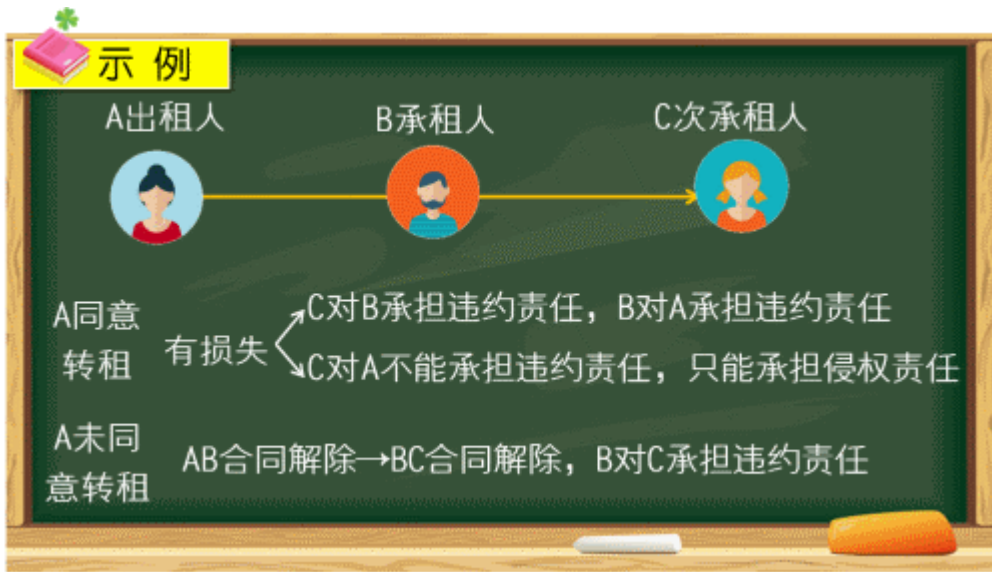
二、双方的义务

1. 出租人：

- (1) 出租人应当履行租赁物的维修义务，另有约定的除外。
- (2) 出租人未履行维修义务的，承租人可自行维修，维修费用由**出租人**负担。
- (3) 因维修影响使用的，应相应减少租金或延长租期。

2. 承租人：

| | |
|---------|---|
| 租金支付 | <p>■ 期限未确定：协议补充→交易习惯→不满 1 年，期限届满时支付；1 年以上，满 1 年时，剩余部分届满时支付</p> <p>■ 承租人无正当理由未付或延付租金：合理期限内支付→逾期不支付，出租人可解除合同</p> |
| 禁止任意添附 | <p>承租人经出租人同意，可对租赁物进行改善或增设他物，如未经出租人同意，可要求承租人恢复原状或赔偿损失。——出租人不得要求解除合同</p> |
| 依约使用 | <p>■ 承租人按约定的方法或租赁物的性质使用租赁物，致使租赁物受到损耗的，不承担损害赔偿责任。</p> <p>■ 承租人未按约定的方法或租赁物的性质使用租赁物，致使租赁物受到损失的，出租人可以解除合同并要求赔偿损失。</p> |
| 禁止任意转租★ | <p>■ 承租人未经出租人同意转租：出租人可以解除合同。</p> <p>■ 承租人经出租人同意转租：承租人与出租人的租赁合同继续有效，第三人租赁物造成损失的，承租人应当赔偿损失（指承担违约责任）。</p> <p>【注意】出租人追究的两个选择：①出租人追究承租人的违约责任；②出租人追究第三人的侵权损害赔偿责任。</p> |



三、买卖不破租赁

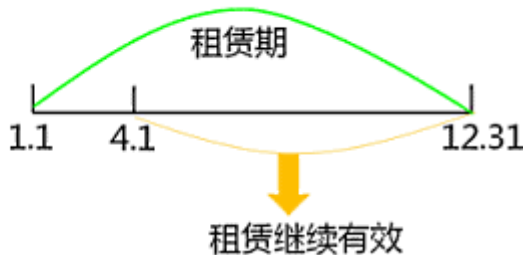
租赁物在租赁期间发生所有权变动的，**不影响租赁合同的效力**。★

【注意】适用于所有租赁，不仅仅针对房屋租赁。

📖 示例

1.1 : A出租给B

4.1 : A出售给C



【链接】抵押和租赁并存：出租在先，抵押在后，原租赁关系不受影响；抵押在先，出租在后，租赁不得对抗已登记的抵押权。

【例题·单选题】（2003年）甲公司所属设备租赁给乙公司使用。租赁期间，甲公司将用于出租的设备卖给丙公司。根据合同法律制度的规定，下列表述正确的是（ ）。

- A. 甲公司在租赁期间不能出卖出租设备
- B. 买卖合同有效，原租赁合同继续有效
- C. 买卖合同有效，原租赁合同自买卖合同生效之日起终止
- D. 买卖合同有效，原租赁合同须经丙公司同意后方继续有效

『正确答案』B

『答案解析』本题考核买卖不破租赁。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。选项 B 正确。

四、房屋租赁合同

1. 房屋租赁的无效

(1) 属于：

| | | |
|----|---|------------------------------|
| 情形 | 违建 | 出租未取得建设工程规划许可证或未按许可证的规定建设的房屋 |
| | 未批 | 出租人未经批准或未按照批准内容建设的临时建筑 |
| | 超期 | 租赁期限超过临时建筑的使用期限，超过部分无效 |
| 处理 | ■ 在 一审法庭辩论终结前 无效因素消灭，可转为有效； ■ 不可请求租金，但可要求参照约定的租金标准支付房屋 占有使用费 。 | |

(2) 不属于：当事人以房屋租赁合同未按照法律、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。——**登记与否不影响合同生效**

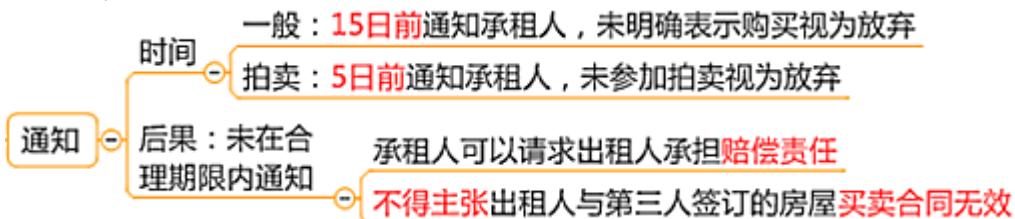
【链接】商品房预售合同应当办理登记备案手续，但该登记备案手续并非合同生效条件，当事人另有约定的除外。

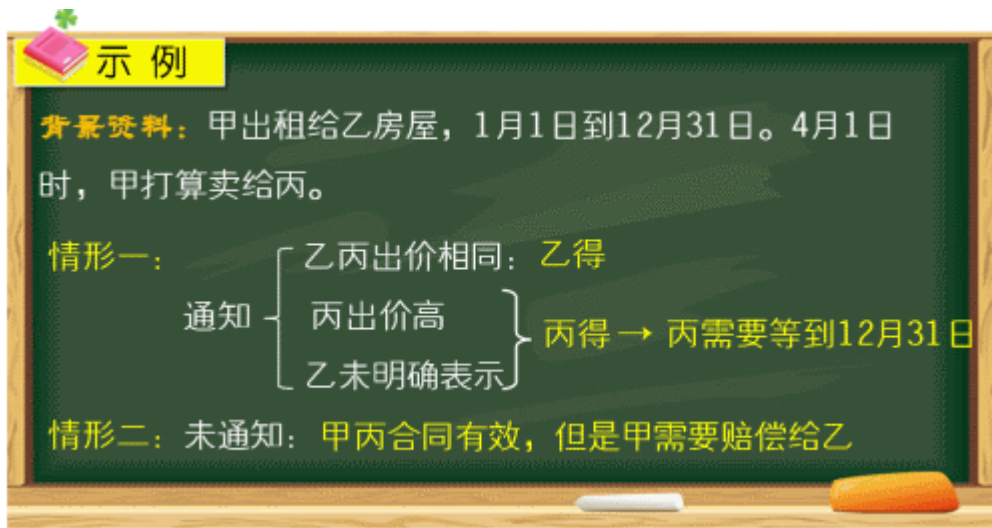
2. 房屋租赁中承租人的优先权

(1) 对象：**限于房屋——不同于买卖不破租赁**

出租人出卖租赁房屋的，应在出卖之前通知承租人，承租人享有**同等条件下优先购买权**。★

(2) 通知：





(3) 优先购买权的例外：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：

①房屋共有人行使优先购买权；

②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；

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；

④第三人善意购买租赁房屋并已经办理登记手续的。

3. 续租权：

(1) 承租人在租期死亡的，与其生前共同居住的人可以继续租赁该房屋。

(2) 承租人租赁房屋用于以个体工商户或者个人合伙方式从事经营活动，承租人在租期死亡、失踪或被宣告死亡，其共同经营人或其他合伙人可以继续租赁该房屋。

【例题·多选题】张先生将自己的一套房屋出租给王女士，在租赁期间，张先生将房屋出售，王女士主张优先购买权，人民法院不予支持的情形有（ ）。

A. 张先生将房屋卖给了他的姐姐张女士

B. 张先生将房屋卖给了他的同事李先生，并且李先生知道该房屋正在出租

C. 张先生将房屋卖给了他的同学刘先生并办理了房屋过户手续，刘先生购买时不知道该房屋正在出租

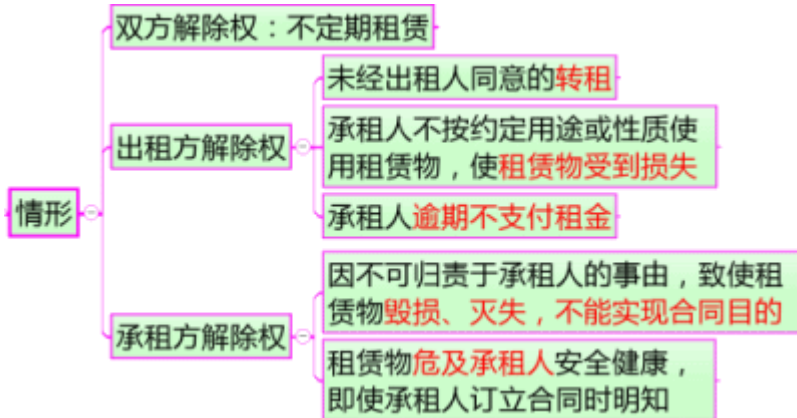
D. 张先生将欲出售房屋的事实通知了王女士，王女士在 15 日内未明确表示购买

『正确答案』ACD

『答案解析』本题考核优先购买权。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：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；出租人履行通知义务后，承租人在 15 日内未明确表示购买；第三人善意购买租赁房屋并已经办理登记手续的。选项 A、C、D 正确；李先生不是善意第三人，人民法院应予

支持。选项 B 错误。

五、租赁合同的解除

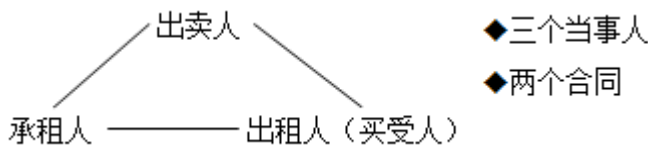


【考点】融资租赁合同

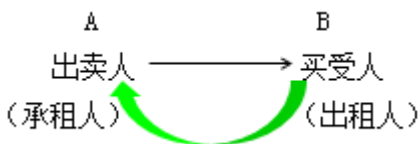
一、合同认定

1. 含义：

(1) 概念：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。



(2) 售后租回：承租人将其自有物出卖给出租人，再通过融资租赁合同将租赁物从出租人处租回的，法院不应仅以承租人和出卖人系同一人为由认定不构成融资租赁法律关系。★



2. 形式：融资租赁合同应当采取**书面形式**。

3. 合同效力：承租人对于租赁物的经营使用应当取得行政许可的，人民法院**不应仅以出租人未取得行政许可为由认定融资租赁合同无效**。★——出租人未获许可仍有效

4. 变更和解除：

(1) 不得随意变更：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。

(2) 不得随意解除：融资租赁的租赁物是出租人为承租人特别购入的，承租人解除合同的权利应当受到一定的限制。承租人无正当理由、充分的理由不得解除合同。

(3) 出租人转让其在融资租赁合同项下的部分或者全部权利，受让方以此为由请求**解除或者变更**融资租赁合同的，人民法院不予支持。

二、关于承租人

1. 索赔权：

(1) 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，**由承租人行使索赔权**；承租人行使索赔权利的，出租人应当予以协助。——**约定事项**

★(2) 承租人对出卖人行使索赔权，**不影响其履行融资租赁合同项下支付租金的义务**，但承租人以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为由，主张减轻或者免除相应租金支付义务的除外。——**出租人错，租金不付；出租人无错，租金照付**

2. 受领权：

(1) 出卖人应当按照约定向承租人交付标的物，承租人享有与受领标的物有关的买受人的权利。

(2) 拒领：

| | |
|----|--|
| 情形 | 承租人因下列情形之一可拒绝受领租赁物： ①租赁物 严重不符合约定的 ； ②出卖人未在约定的交付期间或者合理期间内交付租赁物，经承租人或者出租人催告，在 催告期满后仍未交付的 。 |
| 后果 | 承租人拒绝受领租赁物，未及时通知出租人或无正当理由拒绝受领租赁物，造成出租人损失，出租人向承租人主张损害赔偿的，人民法院应予支持。 |

3. 维修义务：**承租人**应履行占有租赁物期间的维修义务。

4. 风险：承租人占有租赁物期间，租赁物毁损、灭失的风险由**“承租人”**承担，出租人可要求承租人**继续支付租金**。但当事人另有约定或法律另有规定的除外。★

【链接】一般的租赁：因不可归责于承租人的事由，致使租赁物部分或全部毁损、灭失的，承租人**可要求减少租金或不支付租金**；致使不能实现合同目的，承租人可以解除合同。

三、关于出租人

1. 租金：

(1) 确定：约定→根据购买租赁物的成本以及出租人的合理利润确定

(2) 是否需要支付？

①承租人对出卖人行使索赔权，不影响其履行融资租赁合同项下支付租金的义务，但依赖出租人的技能确定租赁物或出租人干预选择的除外。

②承租人占有租赁物期间，租赁物毁损、灭失的风险由承租人承担，出租人可要求承租人继续支付租金。

(3) 不付租金的后果：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。——**全付或解除**

【链接】与租金有关的解除权：①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**催告后**在合理期限内仍不支付的；②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 2 期以上，或者数额达到全部租金 15% 以上**，经出租人催告后在合理期限内仍不支付的。

2. 不合目的：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。★

3. 损害赔偿：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**。★

【例题·单选题】甲公司因资金紧张，将自己所有的昂贵机器设备两台卖与乙公司，并与乙公司签订融资租赁合同将设备租回。在双方对下列事项无约定且法律无特殊规定的情况下，下列表述正确的是（ ）。

- A. 不构成融资租赁，因不符合融资租赁合同涉及三方当事人的条件
- B. 所涉合同可以为书面合同，亦可为口头合同
- C. 甲公司占有回租的设备期间，设备毁损的风险由乙公司承担
- D. 甲公司占有回租的设备期间，设备毁损，乙公司有权要求甲公司继续支付租金

【正确答案】D

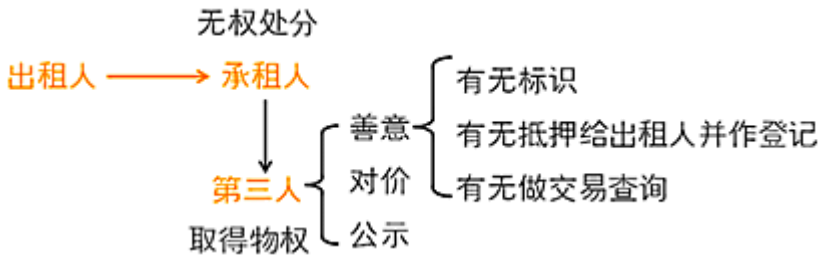
【答案解析】本题考核融资租赁合同。售后租回：承租人将其自有物出卖给出租人，再通过融资租赁合同将租赁物从出租人处租回的，法院不应仅以承租人和出卖人系同一人为由认定不构成融资租赁法律关系，因此选项 A 的说法错误；融资租赁合同应当采取书面形式，因此选项 B 的说法错误；承租人占有租赁物期间，租赁物毁损、灭失的风险由“承租人”承担，即甲公司承担，因此选项 C 的说法错误；承租人占有租赁物期间，租赁物毁损、灭失的风险由“承租人”承担，出租人可要求承租人继续支付租金，但当事人另有约定或法律另有规定的除外，即乙公司有权要求甲公司继续支付租金，因此选项 D 的说法正确。

四、财产归属

1. 所有权：★

| | |
|------|--|
| 租赁期间 | 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 。 |
| 期间届满 | (1) 出租人和承租人可以约定租赁期间届满租赁物的归属。 (2) 对租赁物的归属没有约定或者约定不明确，依照《合同法》有关规定仍不能确定的，租赁物的所有权归 出租人 。 |

2. 善意取得:



承租人或者租赁物的实际使用人，未经出租人同意转让租赁物或者在租赁物上设立其他物权，第三人依据《物权法》第 106 条（善意取得制度）的规定取得租赁物的物权，出租人主张第三人物权权利不成立的，人民法院不予支持。但有下列情形之一的除外：

- (1) 出租人已在租赁物的显著位置作出**标识**，第三人在与承租人交易时知道或者应当知道该物为租赁物的；
- (2) 出租人授权承租人将租赁物**抵押**给出租人并在登记机关依法办理抵押权登记的；
- (3) 第三人与承租人交易时，未按照法律、行政法规、行业或者地区主管部门的规定在相应机构进行融资租赁**交易查询**的；
- (4) 出租人有证据证明第三人知道或者应当知道交易标的物为租赁物的其他情形。

【例题·多选题】下列关于融资租赁合同的说法中，错误的有（ ）。

- A. 承租人将其自有物出卖给出租人，再通过融资租赁合同将租赁物从出租人处租回的，人民法院不应仅以承租人和出卖人系同一人为由认定不构成融资租赁法律关系
- B. 承租人破产的，租赁物不属于破产财产
- C. 融资租赁合同的租金，除当事人另有约定外，应当根据经营租赁同类设备的市场租金以及出租人的合理利润确定
- D. 承租人占有租赁物期间，租赁物毁损、灭失的风险由出租人承担

『正确答案』CD

『答案解析』本题考核融资租赁合同。融资租赁合同的租金，除另有约定外，应当根据购买租赁物的成本以及出租人的合理利润确定，因此选项 C 的说法错误；承租人占有租赁物期间，租赁物毁损、灭失的风险由承租人承担，出租人要求承租人继续支付租金的，人民法院应予支持。但当事人另有约定或者法律另有规定的除外，因此选项 D 的说法错误。

五、合同解除

1. 出租人的解除权:

- (1) 承租人未经出租人同意，将租赁物转让、转租、抵押、质押、投资入股或者以其他方式**处分**租赁物的；

(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**催告**后在合理期限内仍不支付的；

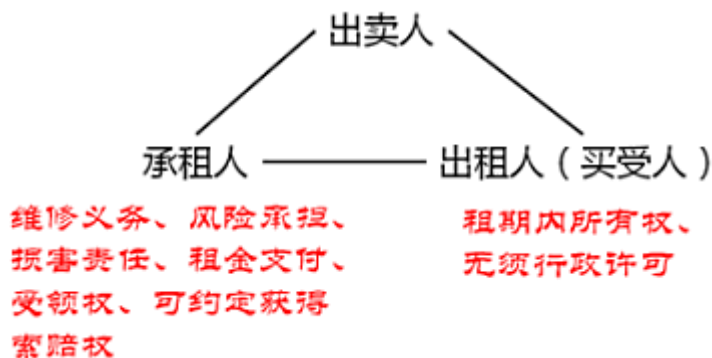
★ (3) 合同对于欠付租金解除合同的情形没有明确约定，但承租人欠付租金达到**2期以上，或者数额达到全部租金15%以上**，经出租人**催告**后在合理期限内仍不支付的；

(4) 承租人违反合同约定，致使合同目的不能实现的其他情形。

2. 承租人的解除权：

因出租人的原因致使承租人**无法占有**、使用租赁物，承租人请求解除融资租赁合同的，人民法院应予支持。

总结



【考点】建设工程合同

一、合同性质

1. 建设工程合同的无效

| | | | |
|----|-------|--|--|
| 情形 | 无资质 | 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 | |
| | 借资质 | 没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义 | |
| | 未招标 | 必须进行招标而未招标或者中标无效 | |
| 处理 | 验收合格 | 合同 | 可请求参照合同约定 支付工程价款 |
| | 验收不合格 | 无效 | <ul style="list-style-type: none"> ■ 修复后的合格：发包人请求承包人承担修复费用； ■ 修复后的不合格：承包人无权请求支付工程价款。 |

2. 性质：

(1) 建设工程合同应当采用**书面形式**。

(2) 委托监理合同由发包人与监理人采用**书面形式**订立，应按照**委托合同**的规定执行。

【例题·单选题】(2013年) 甲公司与乙公司签订建设工程施工合同，由乙公司承建甲公司的办公楼，但乙公司并无相应的建筑施工企业资质。工程竣工后，经验收合格。根据合同法律制度的规

定，下列表述中，正确的是（ ）。

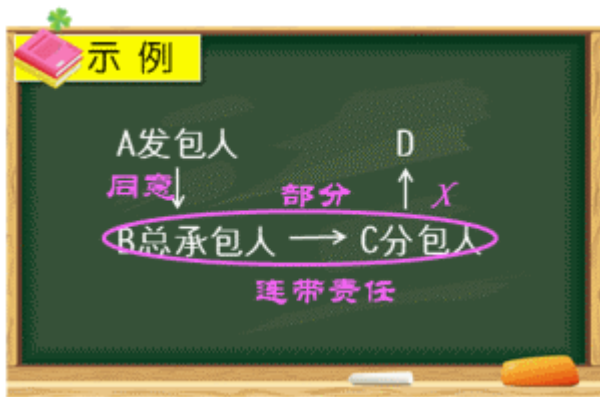
- A. 合同无效，乙公司无权请求甲公司付款
- B. 合同无效，但乙公司有权请求甲公司参照合同约定的工程价款数额付款
- C. 合同有效，乙公司有权请求甲公司按照合同约定的数额支付工程价款
- D. 合同有效，但甲公司有权撤销合同并拒付工程价款

『正确答案』B

『答案解析』本题考核建设工程合同无效的相关规定。根据规定，承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级签订建设工程合同的，属于无效合同。建设工程施工合同无效，但建设工程经竣工验收合格，承包人可以请求参照合同约定支付工程价款。

二、分包和转包★

1. 分包



(1) 经发包人**同意**，总承包人可以将自己承包的“**部分工作**”交由有资质的第三人完成。第三人就其完成的工作成果与总承包人向发包人承担“**连带责任**”。

(2) 主体结构的施工必须由总承包人自行完成。

(3) 禁止分包人将其承包的工程再分包。

【总结】分包四条件：**同意+资质+不得再分包+主体自行完成**

2. 转包：总承包人不得将其承包的建设工程全部转包给第三人或者将其承包的全部建设工程肢解后以分包的名义分别转包给第三人。

三、建设工程的竣工

| | |
|-----------------------|----------------------|
| 情形 | 竣工日 |
| 经验收合格 | 竣工 验收合格 之日 |
| 承包人已经提交竣工验收报告，发包人拖延验收 | 承包人 提交验收报告 之日 |
| 未经竣工验收，发包人擅自使用 | 转移占有 建设工程之日 |

【补充】未经验收或者验收不合格的，不得交付使用。建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用后，不得以使用部分质量不符合约定为由主张权利；但是承包人应当在建设工程的合理使用寿命内对**地基基础工程和主体结构质量**承担民事责任。

【例题·多选题】（2012 年）下列关于建设工程施工合同上的竣工与验收的表述中，符合合同法律制度规定的有（ ）。

- A. 建设工程未经竣工验收合格，不得交付使用
- B. 建设工程经竣工验收合格的，以建设工程转移占有之日为竣工日期
- C. 建设工程未经竣工验收，发包人即擅自使用的，以发包人开始使用之日为竣工日期
- D. 承包人已提交竣工验收报告，发包人拖延验收的，以提交验收报告之日为竣工日期

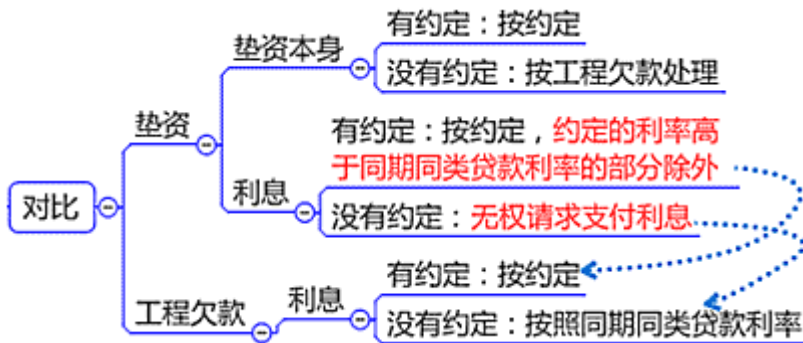
『正确答案』AD

『答案解析』根据规定，建设工程经竣工验收合格的，以竣工验收合格之日为竣工日期，因此选项 B 的说法错误；建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用的，以转移占有建设工程之日为竣工日期，因此选项 C 的说法错误。

四、付款

1. 阴阳合同：当事人就同一建设工程另行订立的建设工程施工合同与经过备案的中标合同实质性内容不一致，**以备案的中标合同**作为结算工程价款的根据。

2. 垫资与工程欠款：



3. 利息起算时间：利息从应付工程价款之日开始起算。对付款时间没有约定或者约定不明的：**交付之日→提交竣工结算文件之日→当事人起诉之日**

4. 优先受偿权：

发包人未按照约定支付价款的，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**。

| | |
|----|--|
| 前提 | 发包人未按照约定支付价款，催告仍不支付 |
| 范围 | 包括应支付的工作人员报酬、材料款等实际支出的费用， 不包括承包人因发包人违约造成的损失★ |
| 行使 | (1) 优先受偿权 优于抵押权和其他债权。 (2) 消费者交付购买商品房的全部或者大部分款项后，承包人就该商品房享有的工程价款 优先受偿权不得对抗买受人。 【总结】买受人>承包人>一般的抵押权★ |
| 期限 | 行使优先权的期限为 6 个月 ，自竣工之日起计算 |

【例题·多选题】甲建筑公司与乙食品厂签订了一份建设工程合同，由甲建设公司为乙食品厂承建家属楼一栋，包工包料，工程总造价 2500 万元，工程如期竣工后，食品厂因经营亏损无力支付工程款，依照合同法的规定，下列表述正确的有（ ）。

- A. 甲公司可以催告乙食品厂在合理的期限内支付价款；发包人逾期仍不支付，甲公司可以直接申请人民法院拍卖该家属楼，也可以与食品厂协商将该楼折价
- B. 建筑公司对该楼卖得的价款与食品厂的其他债权人按照比例分配
- C. 如果某房屋的买受人已经全额付款，那么甲公司不能就该房屋行使优先受偿权
- D. 如果甲公司自建设工程竣工之日起第 8 个月才行使优先受偿权，其主张得不到实现

【正确答案】 ACD

【答案解析】 本题考核建设工程合同。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。建筑工程的承包人的优先受偿权优于抵押权和其他债权。消费者交付购买商品房的全部或者大部分款项后，承包人就该商品房享有的工程价款优先受偿权不得对抗买受人。建设工程承包人行使优先权的期限为六个月，自建设工程竣工之日或者建设工程合同约定的竣工之日起计算。

■ 思维导图：

【考点】技术合同

一、技术合同概述

1. 技术合同的主体：自然人、法人、其他组织。

【注意】不具有民事主体资格的科研组织订立的技术合同，经法人授权或认可，视为法人订立的合同，由法人承担责任；未经法人授权或认可，**由该科研组织成员共同承担责任**，但法人因此受益的承担相应责任。

2. 技术合同的解除：**（新增）**

技术合同当事人一方迟延履行主要债务，经催告后**在 30 日内**仍未履行，另一方有权主张解除合同。

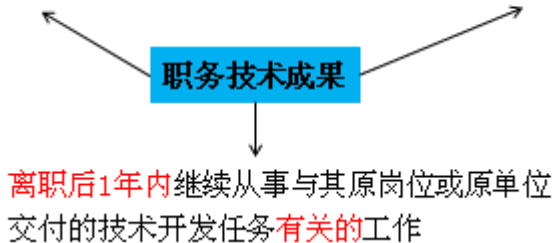
当事人在催告通知中附有履行期限且该期限超过 30 日的，在该履行期限届满后方可有权提出解除合同的主张。

二、职务技术成果

1. 属于职务技术成果：

(1) 情形：

履行岗位职责或承担法人交付的开发任务 主要利用法人的物质技术条件完成



【注意】不属于主要利用法人物质技术条件的：

- ①利用法人提供的物质技术条件，**约定返还资金或交纳使用费**；
- ②技术成果**完成后**利用法人的物质技术条件验证、测试。

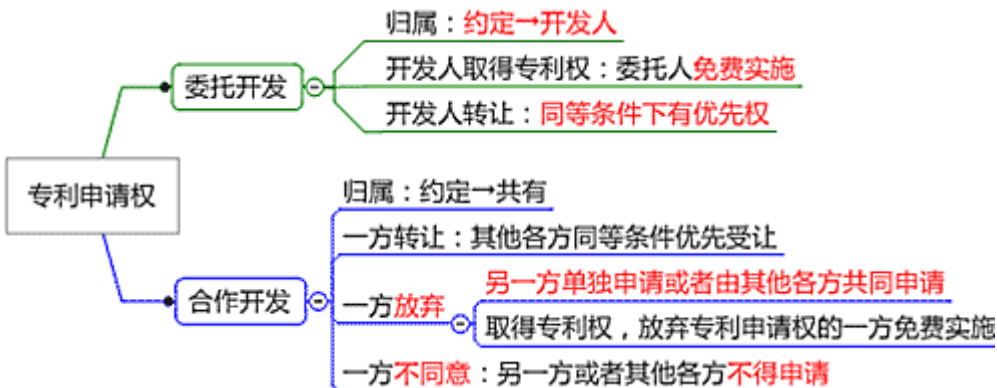
(2) 后果：

- ①使用权、转让权**属于法人或者其他组织**。
- ②对完成该项职务技术成果的个人给予奖励或者报酬。
- ③完成人享有以**同等条件优先受让**的权利。

2. 属于非职务技术成果：归属于完成技术成果的个人。

三、技术开发合同

1. 专利申请权：★



2. 委托开发或合作开发的技术秘密：

【示例】背景资料：甲乙合作开发的技术秘密，使用权、转让权等双方未作约定。第三人丙打算从甲处取得技术秘密

| | | | | |
|-------|---|-------|-----|---------|
| 无须乙同意 | } | 甲自己实施 | 甲 ✓ | 乙 ✓ |
| | | 普通许可 | 甲 ✓ | 丙 ✓ 乙 ✓ |
| 须乙同意 | } | 排他许可 | 甲 ✓ | 丙 ✓ 乙 × |
| | | 独占许可 | 甲 × | 丙 ✓ 乙 × |
| | | 转让 | 甲 × | 丙 ✓ 乙 × |

(1) 有约定，按约定。

(2) 没有约定或约定不明，按《合同法》的有关规定仍不能确定：

①当事人**均有使用和转让的权利**，包括当事人均有不经对方同意而自己使用或以普通使用许可方式许可他人使用技术秘密，并**独占**所获利益的权利。

②当事人一方将技术秘密成果的转让权让与他人，或以独占或者排他使用许可的方式许可他人使用技术秘密，未经对方当事人**同意**或者追认的，应当认定为无效。

【总结】**自己使用、普通许可不需要对方当事人同意；转让、独占许可、排他许可应当经过对方当事人同意。**

【例题·单选题】甲公司与乙公司签订一份技术开发合同，未约定技术秘密成果的归属。甲公司按约支付了研究开发经费和报酬后，乙公司交付了全部技术成果资料。后甲公司在未告知乙公司的情况下，以普通使用许可的方式许可丙公司使用该技术，乙公司在未告知甲公司的情况下，以独占使用许可的方式许可丁公司使用该技术。根据合同法律制度的规定，下列表述中，正确的是（ ）。

- A. 该技术成果的使用权仅属于甲公司
- B. 该技术成果的转让权仅属于乙公司
- C. 甲公司与丙公司的许可行为无效
- D. 乙公司与丁公司的许可行为无效

『正确答案』D

『答案解析』本题考核技术秘密成果归属。委托开发或者合作开发完成的技术秘密成果的使用权、转让权以及利益的分配方法，由当事人约定。没有约定或者约定不明确，按照《合同法》的有关规定仍不能确定的，当事人均有使用和转让的权利。选项 AB 错误。当事人一方将技术秘密成果的转让权让与他人，或者以独占或者排他使用许可的方式许可他人使用技术秘密，未经对方当事人同意或者追认的，应当认定该项让与或者许可行为无效。选项 D 正确。

四、技术转让合同

1. 技术转让合同包括专利权转让、专利申请权转让、技术秘密转让、**专利实施许可合同**。

【补充】当事人以技术入股方式订立联营合同，但技术入股人不参与联营体的经营管理，并以**保底条款**形式约定联营体或联营对方支付其技术价款或者使用费，**视为技术转让合同**。

2. 专利申请权转让合同★

- (1) 办理“**转让登记前**”的解除权：可以以专利申请**被驳回**为由要求解除合同。
- (2) 变更或撤销权：理由是合同成立时即存在尚未公开的同样发明创造的在先专利申请被驳回。
- (3) 在先权利：

①该转让合同**不影响在合同成立前让与人**与他人订立的**专利实施许可、技术秘密转让合同的效力**。

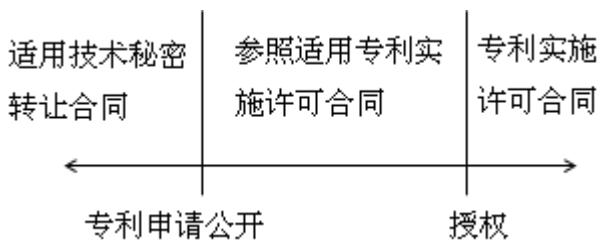
②受让人可以**要求让与人停止实施**。

3. 专利实施许可合同

(1) 方式：

| | |
|----|---|
| 认定 | ①对专利实施许可方式 没有约定或约定不明确 ，认定为普通实施许可。 ②许可合同约定受让人可以 再许可 他人实施专利的，认定该再许可属于 普通实施许可 ，另有约定除外。 |
| 处理 | 排他实施许可 合同的让与人不具有独立实施的条件，以一个 普通许可 的方式许可他人实施专利的，可以认定为自己实施，另有约定的除外。 |

(2) 正在申请专利的技术成果的许可合同：当事人**不得**以专利实施许可合同的标的是已经申请专利但尚未授权的技术为由**主张合同无效**。



五、技术咨询合同和技术服务合同

1. 性质：技术服务合同不包括建设工程合同和承揽合同，包括技术中介合同和技术培训合同。

2. 归属：——**谁完成，属于谁**

- (1) 受托人利用委托人提供的技术资料和工作条件完成的新技术成果，属于受托人；
- (2) 委托人利用受托人的工作成果完成的新技术成果，属于委托人。

3. 费用：

(1) 当事人对技术咨询合同受托人进行调查研究、分析论证等所需费用的负担没有约定或者约定不明确的，由**受托人**承担。

(2) 当事人对技术服务合同受托人提供服务所需费用的负担没有约定或者约定不明确的, 由**受托人**承担。

【考点】其他有名合同

一、赠与合同

1. 特征: 单务、无偿、诺成合同; 双方法律行为。

2. 赠与人的责任:

(1) 过错责任: 因赠与人故意或重大过失, 致使赠与的财产毁损、灭失, 赠与人应承担损害赔偿赔偿责任。

(2) 瑕疵担保责任: 赠与的财产有瑕疵的, **赠与人不承担责任**; 附义务的赠与, 赠与的财产有瑕疵的, 赠与人在附义务的限度内承担与出卖人相同的责任。

3. 撤销:

★ (1) 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, 但具有**救灾、扶贫等**社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过**公证**的赠与合同, 不得撤销。

★ (2) 法定撤销: **即便是公证公益的, 一旦有下列情况, 也要撤销**

| 赠与人 | 赠与人继承人、法定代理人 |
|-----------------------------|------------------------------|
| ① 受赠人 严重侵害 赠与人或其近亲属 | 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 |
| ② 受赠人对赠与人有 扶养义务 而不履行 | |
| ③ 受赠人 不履行 赠与合同约定的义务 | |
| 自知道或应当知道撤销原因之日起 1 年内 | 自知道或应当知道撤销原因之日起 6 个月内 |

4. 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。

【口诀】有错有暇责不同, 公益公证不回头; 忘恩负义给一年, 恩将仇报只半年。

【例题·多选题】甲公司与乙希望小学签订赠与一批电脑的合同, 后甲公司法定代表人更换, 不愿履行赠与合同。对此下列表述错误的有 ()。

- A. 赠与合同是单务合同, 甲公司可以反悔
- B. 甲公司尚未交付赠与物, 可以撤销赠与
- C. 乙小学有权要求甲公司交付电脑
- D. 若甲公司以书面形式通知乙小学不予赠与, 则甲公司不再承担责任

『正确答案』ABD

『答案解析』本题考核赠与合同的撤销。具有救灾、扶贫等社会公益性质的赠与合同不得撤销, 选项 ABD 错误。

【例题·多选题】根据《合同法》的规定, 下列情形中, 赠与人不得主张撤销赠与的有 ()。

- A. 张某将 1 辆小轿车赠与李某，且已交付
- B. 甲公司与某地震灾区小学签订赠与合同，将赠与 50 万元用于修复教学楼
- C. 乙公司表示将赠与某大学 3 辆校车，双方签订了赠与合同，且对该赠与合同进行了公证
- D. 陈某将 1 块名表赠与王某，且已交付，但王某不履行赠与合同约定的义务

『正确答案』ABC

『答案解析』本题考核赠与合同的撤销。选项 A 中赠与物已经交付，选项 B、C 属于具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同，因此 A、B、C 不能任意撤销赠与。受赠人不履行赠与合同约定的义务，赠与人可以撤销赠与，因此 D 选项不选。

二、承揽合同

1. 交由第三人

(1) 承揽人将其承揽的“**主要工作**”交由第三人完成的，应当就该第三人完成的工作成果向定作人负责；未经定做人**同意**的，**定作人可以解除合同**。

(2) 承揽人可以将其承揽的“**辅助工作**”交由第三人完成，并就该第三人完成的工作成果向定作人负责。

| | | | |
|--|------|----|---------|
| <div style="font-size: 3em; vertical-align: middle;">{</div> | 主要工作 | 同意 | 承揽人→定作人 |
| | 辅助工作 | × | 承揽人→定作人 |

【总结】承揽和建设工程分给第三人

| 分给第三人 | | 要求 | 责任 |
|-------|------|-------|-------|
| 承揽 | 主要工作 | 需要同意 | 承揽人承担 |
| | 辅助工作 | 不需要同意 | 承揽人承担 |
| 建设工程 | 主要工作 | NO | |
| | 辅助工作 | 需要同意 | 连带责任 |

2. 检验:

(1) 承揽人不得擅自更换定做人提供的材料，不得更换不需要修理的零部件。

(2) 承揽人发现定做人提供的图纸或者技术要求不合理的，应当及时通知定做人。因定做人怠于答复等原因造成承揽人损失的，应当赔偿损失。

3. 留置权：定作人未向承揽人支付报酬或材料费，承揽人对完成的工作成果享有留置权。

4. 解除权：**定作人可以随时解除承揽合同**，造成承揽人损失的，应当赔偿损失。

【例题·单选题】根据合同法律制度的规定，承揽合同的承揽人的下列行为中，构成违约行为的是（ ）。

- A. 承揽人发现定作人提供的图纸不合理，立即停止工作并通知定作人，因等待答复，未能如期完

成工作

- B. 承揽人发现定作人提供的材料不合格，遂自行更换为自己确认合格的材料
- C. 承揽人未征得定作人同意，将其承揽的辅助工作交由第三人完成
- D. 因定作人未按期支付报酬，承揽人拒绝交付工作成果

『正确答案』B

『答案解析』本题考核点是承揽合同。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。

三、运输合同（新增）

（一）概述

- 1. **类型：**客运合同、货运合同和多式联运合同。
- 2. **性质：**一般为格式合同。

运输合同的订立具有强制性，从事公共运输的承运人不得拒绝旅客、托运人通常、合理的运输要求而拒绝订立运输合同。

（二）客运合同

1. 旅客权利义务：

（1）承运人未按照约定、通常路线运输而致使增加票款或者运输费用的，旅客、托运人或收货人可以拒绝支付增加部分的票款或者运输费用。

（2）旅客可以自行决定解除客运合同。旅客因自己的原因不能按照客票记载的时间乘坐的，应当在约定的时间内办理退票或者变更手续。逾期办理的，承运人可以不退票款，并不再承担运输义务。

2. 承运人权利义务：

（1）承运人擅自变更运输工具而降低服务标准的，应当根据旅客的要求退票或者减收票款；提高服务标准的，不应当加收票款。

（2）承运人应当对运输过程中的旅客，包括按照规定免票、持优待票或者经承运人许可搭乘的无票旅客的伤亡，承担损害赔偿责任，但**伤亡是旅客自身健康原因造成的或承运人证明伤亡是旅客故意、重大过失造成的除外**。

（三）货运合同

1. 托运人权利义务：

在承运人将货物交付收货人之前，托运人可以要求承运人中止运输、返还货物、变更到达地或者将货物交给其他收货人，但应当赔偿承运人因此受到的损失。

2. 承运人权利义务：

（1）检验：

①对检验货物的期限没有约定或约定不明确，依照《合同法》有关规定仍不能确定的，应当在合理期限内检验货物。

②收货人在约定的期限或者合理期限内对货物的数量、毁损等未提出异议的，视为承运人已经按照运输单证的记载交付货物的“初步证据”。但以后如收货人有证据证明货物的毁损、灭失发生在运输过程中，仍可向承运人索赔。

(2) 赔偿：

| | |
|-----|---|
| 责任 | 承运人对运输过程中货物的毁损、灭失承担赔偿责任，但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 ，不承担赔偿责任。 |
| 运费 | 货物在运输过程中因不可抗力灭失， 未收取运费的，承运人不得要求支付运费；已收取运费的，托运人可以要求返还。 |
| 赔偿额 | 货物的毁损、灭失的赔偿额，当事人有约定的，按照其约定；没有约定或者约定不明确，依照《合同法》有关规定仍不能确定的， 按照交付或应当交付时货物到达地的市场价格计算。 另有规定的，依照其规定。 |

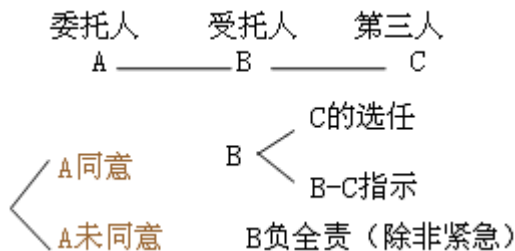
(3) 联运合同责任：两个以上承运人以同一运输方式联运的，与托运人订立合同的承运人**应当对全程运输承担责任**。损失发生在某一运输区段的，与托运人订立合同的承运人和该区段的承运人**承担连带责任**。

(4) 留置权：托运人或者收货人不支付运费、保管费以及其他运输费用的，承运人对相应的运输货物享有**留置权**，但当事人另有约定的除外。

四、委托合同

1. 适用：具有人身属性的事项，如结婚、离婚、收养子女等，不适用委托合同。

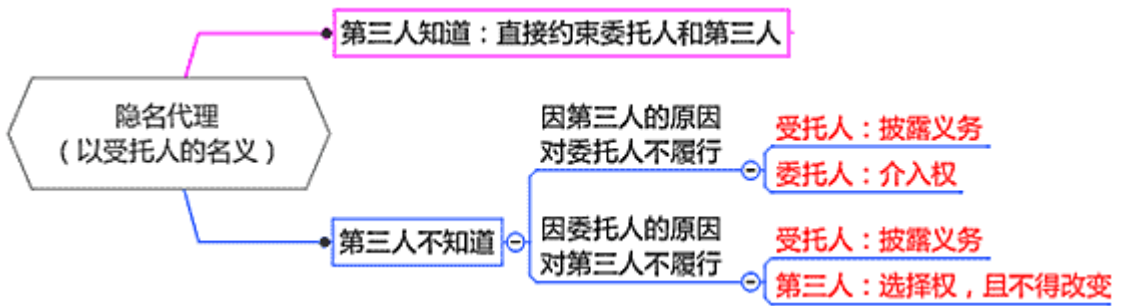
2. 转委托：



(1) 经委托人同意，受托人可以转委托。委托人可以就委托事务直接指示转委托的第三人，受托人**仅就第三人的选任及其对第三人的指示承担责任**。

(2) 转委托未经同意的，受托人应当对转委托的第三人的行为承担责任，**但在紧急情况下受托人为维护委托人的利益需要转委托的除外**。

3. 隐名代理



4. 费用与报酬

| | |
|----|--|
| 费用 | 受托人为处理委托事务垫付的必要费用， 委托人应当偿还该费用及其利息。 |
| 报酬 | <ul style="list-style-type: none"> ■ 有偿或无偿 ■ 因不可归责于受托人的事由，委托合同解除或者委托事务不能完成的，委托人应当向受托人支付相应的报酬。当事人另有约定的，从其约定。 |

5. 损失赔偿

| | |
|----|-------------------------------------|
| 有偿 | 受托人“ 过错 ”给委托人造成损失时可要求赔偿 |
| 无偿 | 受托人“ 故意或重大过失 ”给委托人造成损失时可要求赔偿 |

6. 随时解除：**委托人或受托人可以随时解除**委托合同，因解除合同给对方造成损失的，除不可归责于该当事人的事由以外，应当赔偿损失。

【总结】随时解除的合同：**承揽合同的定做人；委托合同的双方；运输合同的托运人；不定期租赁合同**的双方。

【例题·单选题】（2015 年）根据合同法律制度的规定，下列关于委托合同的表述中，正确的是（ ）。

- A. 原则上受托人有权转委托，不必征得委托人同意
- B. 无偿的委托合同，因受托人一般过失给委托人造成损失的，委托人可以要求赔偿损失
- C. 有偿的委托合同，因不可归责于受托人的事由，委托事务不能完成的，委托人有权拒绝支付报酬
- D. 两个以上的受托人共同处理委托事务的，对委托人承担连带责任

『正确答案』D

『答案解析』本题考核委托合同。经委托人同意，受托人可以转委托，选项 A 错误。有偿的委托合同，因受托人的过错给委托人造成损失的，委托人可以要求赔偿损失。无偿的委托合同，因受托人的故意或者重大过失给委托人造成损失的，委托人可以要求赔偿损失。选项 B 错误。受托人完成委托事务的，委托人应当向其支付报酬。因不可归责于受托人的事由，委托合同解除或者委托事务不能完成的，委托人应当向受托人支付相应的报酬。选项 C 错误。

五、行纪合同（新增）

（一）概述

1. **定义**：行纪人以自己的名义为委托人从事贸易活动，委托人支付报酬的合同。

2. 特征：

| | 行纪合同 | 委托合同 |
|----|-------------------|-------------|
| 名义 | 以行纪人的名义 | 原则上是以委托人的名义 |
| 代价 | 有偿合同 | 有偿 or 无偿 |
| 费用 | 除当事人另有约定，应行纪人自行承担 | 由委托人承担 |

（二）权利义务

1. **费用**：行纪人处理委托事务产生的费用，由**行纪人**负担。

2. 报酬：

（1）行纪人完成或者部分完成委托事务的，委托人应当向其支付相应的报酬。

（2）委托人逾期不支付报酬的，行纪人对委托物享有**留置权**，但当事人另有约定的除外。

3. 卖高或卖低：

（1）行纪人低于委托人指定的价格卖出或高于委托人指定的价格买入，应当**经委托人同意。未经同意，行纪人补偿差额。**

（2）行纪人高于委托人指定的价格卖出或低于委托人指定的价格买入，可以按照约定增加报酬。没有约定或约定不明确，依照《合同法》的规定仍不能确定，**该利益属于委托人。**

4. **行纪人的介入权**：行纪人卖出或者买入市场定价的商品，除委托人有相反的意思表示外，**行纪人自己可以作为买受人或者出卖人。**

【注意】条件：①委托的商品具有市场定价；②委托人没有相反的意思表示；③行纪人仍然**可以要求委托人支付报酬。**

5. **责任承担**：行纪人与第三人订立合同的，行纪人对该合同直接享有权利、承担义务。第三人未履行义务致使委托人受到损害的，**“行纪人”应当承担损害赔偿责任**，但行纪人与委托人另有约定的除外。

第五章 合伙企业法律制度

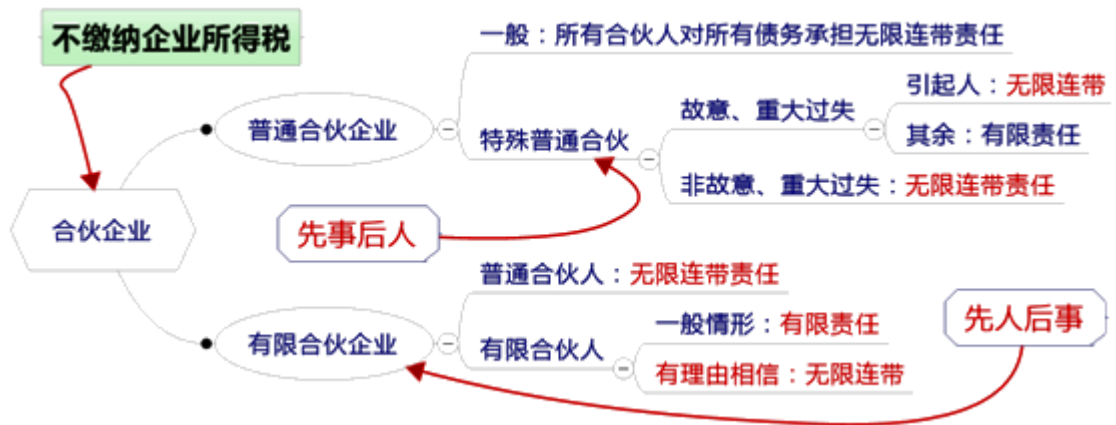
⑤ 本章考情：

（1）历年规律：本章历年平均分为 7-8 分，属于一般性章节，考核形式主要为客观题，12 年曾考过案例题。本章重点在于事务执行、财产问题、债务清偿和退伙问题。

（2）学习建议：本章关键在于理清层次、记忆准确、分清易混淆的内容。建议学员能把合伙企业和公司的制度做对比，在普通合伙与有限合伙的区分上多下功夫。

【考点】合伙企业法的概述

1. 合伙企业类型：



这边有个甲普通合伙企业，其中有三个合伙人，分别是 ABC，甲企业欠乙企业 100 万的外债，可是目前甲企业只有 40 万元的财产，此时不够的 60 万是不是可以追到 ABC 身上呢？此时就得看这个关键词“无限”了，它相对应的就是“有限”，有限就是以出资额为限。而我们这显然是不能以出资额为限的，那意味着超出的部分还是需要进行相应承担的。所以企业还不了的部分，是可以追到合伙人身上的。所谓“无限”就是指的先企业后个人，企业搞不定的会追到出资人的身上，所以这里是需要 ABC 另掏腰包来进行还债的。

2. 外商投资合伙企业：

(1) 概念：2 个以上外国企业或者个人在中国境内设立合伙企业，以及外国企业或者个人与中国的自然人、法人和其他组织在中国境内设立合伙企业。——中+外、外+外

【链接】外商投资合伙企业中方投资者可以是自然人，而外商投资企业中方投资者不得是自然人。

(2) 外方出资：可自由兑换的外币或依法获得的人民币。

(3) 程序：

| | |
|----|---|
| 设立 | <u>无需审批，可直接设立登记</u> 【链接】外商投资企业须经商务主管部门批准后方可设立。 |
| 变更 | 外方 <u>全部退伙</u> or 中方设立的合伙企业，外方 <u>入伙</u> |
| 注销 | 清算结束之日起 <u>15 日内</u> 办理注销登记 |

【考点】普通合伙企业的设立和财产

一、设立

1. 设立条件：

| | | |
|-----|----|---|
| 合伙人 | 人数 | <u>2 个以上合伙人</u> |
| | 性质 | <p>■ 合伙人为自然人或法人组织</p> <p>① 自然人必须具备 <u>完全民事行为能力</u>。</p> <p>② <u>国有独资公司、国有企业、上市公司及公益性的事业单位、社会团体不得</u>成为普通合伙人。★</p> <p>■ 合伙人可以为外国个人或组织。</p> |
| 协议 | | <p>(1) 合伙协议应当由全体合伙人协商一致，以书面形式订立。</p> <p>(2) 修改或者补充合伙协议，应当经全体合伙人一致同意；但是，合伙协议另有约定的除外。——<u>约定→一致同意</u></p> <p>(3) 协议 <u>经营期限并非必需事项</u>（若约定经营期限，须作为登记事项）。</p> |
| 名称 | | 必须标明“普通合伙”字样 |
| 出资 | 时间 | 认缴或实缴出资—— <u>可以分期</u> |
| | 方式 | 普通合伙人可以用货币、实物、知识产权、土地使用权或者其他财产权利出资，也可用 <u>劳务</u> 出资。★ |
| | 作价 | 劳务出资（ <u>协商确定</u> ）；其他出资（ <u>协商确定或评估</u> ） 【链接】公司对非货币性出资须评估作价。 |
| | 限额 | 无 |

2. 登记：

(1) 成立时间：为合伙企业的 营业执照签发日期。

(2) 变更登记：执行合伙事务的合伙人应当自作出变更决定或发生变更事由之日起 15 日内申请办理。

(3) 注销登记：清算人在 15 日内申请办理注销登记。

【例题·单选题】下列对普通合伙企业设立的论述，符合法律规定的是（ ）。

- A. 公民张某与自己年仅 13 周岁的儿子成立一普通合伙企业
- B. 合伙人必须一次全部缴付出资，不可以约定分期出资
- C. 公民甲乙丙丁出资设立一个普通合伙企业，甲可以以劳务出资
- D. 合伙企业名称中没有标明“普通”或是“有限”字样的话，就视为是普通合伙企业

【正确答案】C

【答案解析】本题考核合伙企业的设立。合伙企业设立时，合伙人是自然人的，应当具有完全民事行为能力，所以 A 不正确；合伙人可以约定出资的缴付期限，不一定非得一次性缴付出资，所以 B 不正确；合伙企业必须在名称中标明“普通”或是“有限”字样，否则是不符合规定的，所

以 D 不正确。

二、财产管理

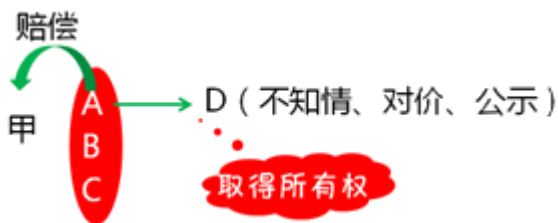
1. 财产构成：包括合伙人认缴的出资、以合伙企业名义取得的收益和依法取得的其他财产（如接受赠与的财产）。

2. 财产性质：

(1) 独立性：合伙企业的财产独立于合伙人的财产。

(2) 完整性：合伙人在合伙企业清算前，不得请求分割合伙企业的财产；但法律另有规定的除外。合伙人在合伙企业清算前私自转移或者处分合伙企业财产的，合伙企业不得以此对抗善意第三人。

——对外有效，对内赔偿



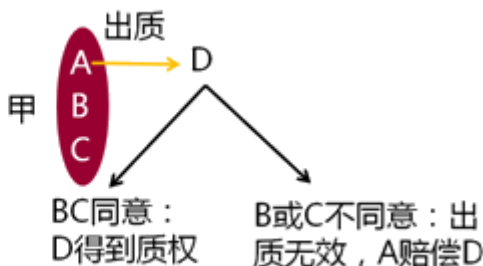
3. 财产份额的转让——对外同意，对内通知

| 对外转让 | 对内转让 |
|---|---|
| <p>(1) 条件：<u>除合伙协议另有约定外</u>，普通合伙人向合伙人以外的人转让其在合伙企业中的全部或者部分财产份额时，须经其他合伙人<u>一致同意</u>。（<u>约定→一致同意</u>）★</p> <p>(2) 优先购买权：合伙人向合伙人以外的人转让其在合伙企业中的财产份额的，<u>在同等条件下</u>，其他合伙人有优先购买权；但是合伙协议另有约定的除外。（<u>约定→优先购买权</u>）</p> | <p>普通合伙人之间转让其在合伙企业中的全部或者部分财产份额时，应当<u>通知</u>其他合伙人。</p> |

总结：对外同意，对内通知。

4. 财产份额的出质

合伙人以其在合伙企业中的财产份额出质的，须经其他合伙人一致同意。未经其他合伙人一致同意，其行为无效，由此给善意第三人造成损失的，由行为人依法承担赔偿责任。★



【例题·多选题】（2014 年）根据合伙企业法律制度的规定，下列各项中，属于合伙企业财产的有（ ）。

- A. 合伙人缴纳的实物出资
- B. 合伙企业借用的某合伙人的电脑
- C. 合伙企业对某公司的债权
- D. 合伙企业合法接受的赠与财产

【正确答案】ACD

【答案解析】本题考核合伙企业财产的范围。合伙企业财产主要有合伙人的出资；以合伙企业名义取得的收益；依法取得的其他财产三部分构成，选项 A 属于合伙人的出资；选项 B 属于借用的财产，合伙企业并没有所有权，因此不属于合伙企业财产；选项 C 属于以合伙企业名义取得的收益；选项 D 属于依法取得的其他财产。

【例题·多选题】张某和李某共同出资设立一合伙企业，他们共同出资 20 万元，一年后获得经营利润 2 万元，还获赠一台电脑。那么，下列说法中错误的有（ ）。

- A. 该 20 万元出资和 2 万元利润属于合伙企业的财产
- B. 获赠的电脑不属于出资，也不属于营业所得，但仍属合伙企业财产
- C. 张某欲向王某转让其在合伙企业中的一半财产份额，只需通知李某即可
- D. 张某以其在合伙企业中的财产份额出质而未取得李某的同意，但不得以之对抗善意第三人，故该出质行为有效

【正确答案】CD

【答案解析】本题考查的是合伙企业的财产及其处分。根据规定，合伙人的出资、以合伙企业名义取得的收益和依法取得的其他财产，均为合伙企业的财产，故 A、B 项正确。除合伙协议另有约定外，合伙人向合伙人以外的人转让其财产份额的，应当事先取得其他合伙人的一致同意，故 C 项错误。合伙人以其财产份额向合伙人以外的人出质，应经其他合伙人一致同意，未经一致同意的，该出质行为无效，但由此给善意第三人造成损失的，由行为人承担赔偿责任，D 项错误。

【考点】普通合伙企业的事务执行

一、事务执行的形式

1. 全体合伙人共同执行合伙事务；
2. 委托一个或者数个合伙人执行合伙事务。

【注意】**事务执行人一定是合伙人**，执行合伙事务的合伙人**对外代表**合伙企业。

【VS 代理人】代理权源于授权，而事务执行人的权利是**法律直接规定**的。

【VS 法定代表人】法定代表人经过一定的登记手续而成为单位的代表，不一定是出资者；事务执行人是**基于出资行为**取得合伙人身份，从而获得对外代表企业的权利。

二、合伙人权利和义务

| | |
|----|--|
| 权利 | 1. 合伙人对执行合伙事务享有 <u>同等 (NOT 按照出资比例)</u> 的权利。 2. 执行合伙事务的合伙人 <u>对外代表</u> 合伙企业。 3. 不执行合伙事务的合伙人的监督权利。 4. <u>(所有)</u> 合伙人查阅合伙企业会计账簿等财务资料的权利。 5. 合伙人有提出异议的权利和撤销委托的权利。 |
| 义务 | 1. 合伙事务执行人向不参加执行事务的合伙人报告企业经营状况和财务状况。 2. 普通合伙人不得自营或者同他人合作经营与本合伙企业相竞争的业务。★—— <u>法定事项</u> 3. 除合伙协议另有约定或经全体合伙人一致同意外, 普通合伙人不得同本合伙企业进行交易。(约定→一致同意→NO) |

【事务执行人 VS 非事务执行人】

| | 事务执行人 | 非事务执行人 |
|-----------|----------|----------|
| 对外代表的权利 | <u>√</u> | <u>X</u> |
| 责任承担 | <u>√</u> | <u>√</u> |
| 查阅财务资料的权利 | √ | √ |
| 报告财务经营状况 | √ | X |

【例题·单选题】甲为某普通合伙企业的合伙人, 该合伙企业经营手机销售业务。甲拟再设立一家经营手机销售业务的个人独资企业。下列关于甲能否设立该个人独资企业的表述中, 符合《合伙企业法》规定的是 ()。

- A. 甲经其他合伙人一致同意, 可以设立该个人独资企业
- B. 甲可以设立该个人独资企业, 除非合伙协议另有约定
- C. 甲如不执行合伙企业事务, 就可以设立该个人独资企业
- D. 甲只要具有该合伙企业合伙人的身份, 就不可以设立该个人独资企业

【正确答案】D

【答案解析】本题考核普通合伙人的义务。根据规定, 合伙人不得自营或者同他人合作经营与本合伙企业相竞争的业务, 故 D 选项的说法正确。

三、决议办法★



| | | |
|---------|------|---|
| | 绝对不得 | <p>(1) 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。</p> <p>(2) 普通合伙人不得从事同本企业相竞争的业务；</p> <p>(3) 普通合伙企业的合伙协议不得约定将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；</p> <p>(4) 合伙人的债权人不得以其债权抵销其对合伙企业的债务，不得代位行使合伙人在合伙企业中的权利；</p> <p>(5) 有限合伙人不得以劳务出资；</p> <p>(6) 有限合伙人执行合伙事务，不得对外代表合伙企业。</p> |
| 法定 | 一致同意 | <p>(1) 将合伙人除名必须经其他合伙人一致同意；</p> <p>(2) 普通合伙人以其财产份额出质必须经其他合伙人一致同意；</p> <p>(3) 普通合伙人死亡，继承人为无（或限制）民事行为能力人的，经全体合伙人一致同意，可以成为有限合伙人；</p> <p>(4) 普通合伙人被认定为无（或限制）民事行为能力人，经其他合伙人一致同意，可以依法转为有限合伙人，否则该合伙人退伙。</p> <p>【口诀】行为质普，统统除名</p> |
| | 过半数 | 合伙企业解散时如指定一个或数个合伙人，或委托第三人担任清算人，应经全体合伙人过半数同意。 |
| | 通知事项 | <p>(1) 普通合伙人之间转让财产份额时，应当通知其他合伙人；</p> <p>(2) 有限合伙人向合伙人以外的人转让其财产份额，应当提前 30 日通知其他合伙人。</p> |
| 约定→一致同意 | | <p>除合伙协议另有约定，下列事项应当经全体合伙人一致同意：</p> <p>(1) 改变合伙企业的名称；</p> <p>(2) 改变合伙企业的经营范围、主要经营场所的地点；</p> <p>(3) 处分合伙企业的<u>不动产</u>；</p> <p>(4) 转让或者处分合伙企业的<u>知识产权</u>和其他财产权利；</p> |

- (5) 以合伙企业名义为他人提供担保；
(6) 聘任合伙人以外的人担任合伙企业的经营管理人员；
(7) 修改或者补充合伙协议；
(8) 新合伙人入伙；
(9) 普通合伙人向合伙人以外的人转让其在合伙企业中的全部或部分财产份额时；
(10) 普通合伙人同本合伙企业进行交易；
(11) 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；
(12) 普通合伙人转变为有限合伙人，或者有限合伙人转变为普通合伙人。
- 【总结】口诀：继承担保交份额，入伙转变改协议，聘人处知不动产，改变范围地点名。

【例题·单选题】（2012 年）根据合伙企业法律制度的规定，除合伙协议另有约定外，下列事项中，需全体合伙人一致同意的是（ ）。

- A. 聘请合伙人以外的人担任企业的财务负责人
- B. 出售合伙企业名下的动产
- C. 合伙人以其个人财产为他人提供担保
- D. 聘请会计师事务所承办合伙企业的审计业务

『正确答案』A

『答案解析』本题考核合伙事务执行的决议办法。根据规定，除合伙协议另有约定外，处分合伙企业的不动产的，须经全体合伙人一致同意，因此选项 B 不选；以合伙企业名义为他人提供担保的，须经全体合伙人一致同意，因此选项 C 不选；聘任合伙人以外的人担任合伙企业的经营管理人员须经全体合伙人一致同意，因此选项 A 应一致同意，选项 D 不需要一致同意。

【例题·单选题】（2015 年）合伙企业举行合伙人会议表决对外投资事项，但合伙协议对该事项的表决办法未作约定。根据合伙企业表决办法的表述中，正确的是（ ）。

- A. 须持有过半数财产份额的合伙人同意
- B. 须经全体合伙人一致同意
- C. 须过半数合伙人同意
- D. 须 2/3 以上合伙人同意

『正确答案』C

『答案解析』本题考核合伙企业的事务执行。合伙人对合伙企业有关事项作出决议，按照合伙协议约定的表决办法办理。合伙协议未约定或者约定不明确的，实行合伙人一人一票并经全体合伙人过半数通过的表决办法。

四、损益分配

1. 合伙企业的利润分配、亏损分担规则：约定→协商→实缴→平均

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。

【注意】规则针对有限 or 普通合伙企业均适用。

2. 禁止事项：“普通合伙企业”的合伙协议不得约定将全部利润分配给部分合伙人或由部分合伙人承担全部亏损。——法定事项

【例题·单选题】（2015 年）根据合伙企业法律制度的规定，合伙企业利润分配的首要依据是（ ）。

- A. 合伙协议约定的比例
- B. 合伙人均等的比例
- C. 合伙人实缴出资的比例
- D. 合伙人认缴出资的比例

『正确答案』A

『答案解析』本题考核合伙企业的损益分配。合伙企业的利润分配、亏损分担，按照合伙协议的约定办理。

五、非合伙人参与经营管理

1. 产生：除合伙协议另有约定外，经全体合伙人一致同意，可以聘任合伙人以外的人担任合伙企业的经营管理人员。——约定→一致同意

2. 责任：

（1）对外：被聘任的经营管理人员属于非合伙人，无需对企业债务承担无限连带责任。

（2）对内：被聘任的经营管理人员，超越授权范围履行职务，或者因故意或重大过失给合伙企业造成损失的，依法承担赔偿责任。

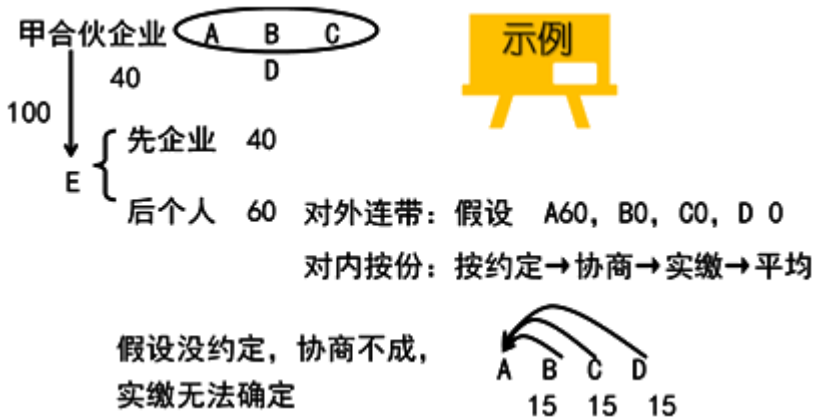
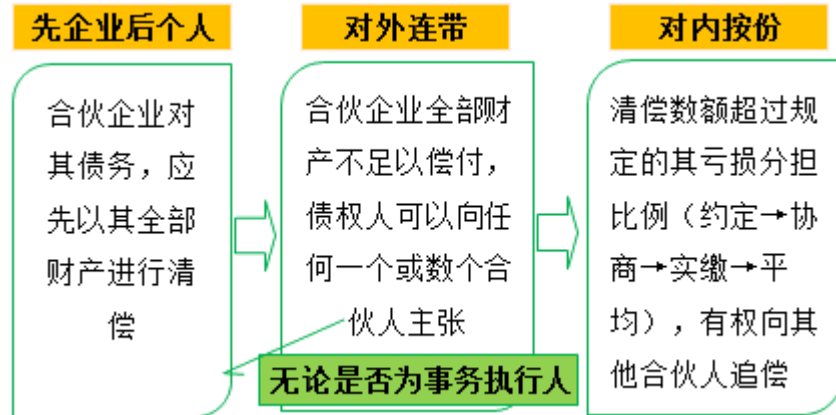
【合伙事务执行人 VS 合伙企业经营管理者】①合伙事务执行人：必须是普通合伙人，是负责对外代表合伙企业的。②合伙企业经营管理者：并不享有代表权，是负责履行的职责的。

六、与第三人的关系

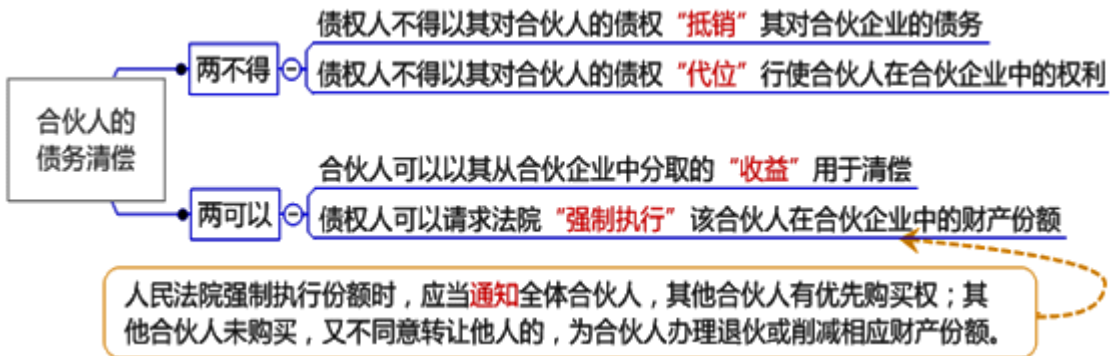
1. 合伙企业对外代表权的效力：

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，不得对抗善意第三人。——行为有效

2. 合伙企业的债务清偿：



3. 合伙人的债务清偿★



【例题·多选题】张某向陈某借款 20 万作为出资，与李某、王某成立一家普通合伙企业。1 年后借款到期，张某无力还款。根据合伙企业法的规定，下列说法正确的有（ ）。

- A. 经李某和王某同意，张某可将自己的财产份额作价转让给陈某，以抵销部分债务
- B. 张某可不经李某和王某同意，将其在合伙企业中的财产份额出质，用获得的贷款偿还债务
- C. 陈某可直接要求法院强制执行张某在合伙企业中的财产份额以实现自己的债权

D. 陈某可要求李某和王某对张某的债务承担连带责任

『正确答案』AC

『答案解析』本题考核合伙人的债务清偿。

【考点】普通合伙人的入伙和退伙

一、入伙

1. 程序：新合伙人（包括有限合伙人和普通合伙人）入伙，除合伙协议另有约定外，应当经全体合伙人一致同意。

2. 责任：

（1）对外：新合伙人对入伙前合伙企业的债务承担无限连带责任。——法定事项

（2）对内：入伙的新合伙人与原合伙人享有同等权利，承担同等责任；入伙协议另有约定的，从其约定。——约定事项

【例题·单选题】（2012年）甲、乙、丙、丁、戊共同出资设立一有限合伙企业，甲、乙、丙为普通合伙人，丁、戊为有限合伙人。执行合伙人甲提议接收庚为新合伙人，乙、丙反对，丁、戊同意。合伙协议对新合伙人入伙的表决办法未作约定。根据合伙企业法律制度的规定，下列表述中，正确的是（ ）。

A. 庚可以入伙，因甲作为执行合伙人有权自行决定接收新合伙人

B. 庚可以入伙，因全体合伙人过半数同意

C. 庚不得入伙，因丁、戊作为有限合伙人无表决权，而反对庚入伙的普通合伙人占全体普通合伙人的 2/3

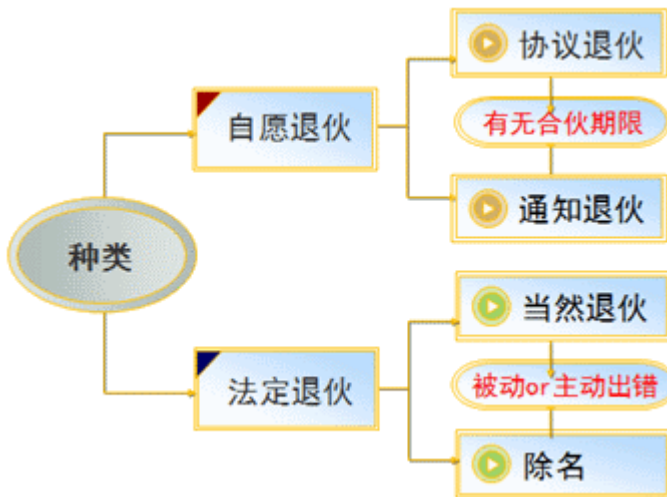
D. 庚不得入伙，因未得到全体合伙人一致同意

『正确答案』D

『答案解析』本题考核新合伙人入伙。根据规定，新合伙人入伙，除合伙协议有约定外，应当经全体合伙人一致同意，并依法订立书面入伙协议。

二、退伙

1. 情形：



(1) 自愿退伙:

| | |
|------|---|
| 协议退伙 | 约定合伙期限 + 四情形之一 (①协议约定的退伙事由出现; ②难以继续参加合伙; ③其他合伙人严重违反协议约定; ④全体合伙人 <u>一致同意</u>) |
| 通知退伙 | 未约定期限+无不利影响+ <u>提前 30 日通知</u> |

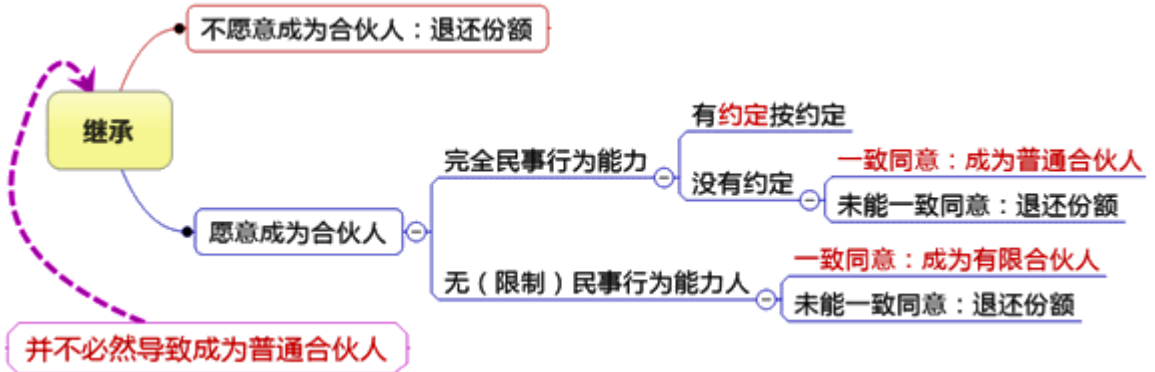
(2) 法定退伙:

| | | |
|-------|---|---|
| 当然退伙★ | <p>①自然人死亡或者被依法宣告死亡;</p> <p>②法人或其他组织被吊销营业执照、责令关闭、撤销, 或被<u>宣告</u>破产;</p> <p>③<u>个人丧失偿债能力</u>;</p> <p>④合伙人在合伙企业中的全部财产份额被强制执行;</p> <p>⑤必须具有相关资格而丧失该资格。</p> <p>【口诀】人死财空资格无</p> <p>【判断】对普通合伙人来说, 丧失民事行为能力是否会当然退伙?</p> <p>【答案】不一定。经其他合伙人<u>一致同意</u>, 可以转为有限合伙人, 企业转为有限合伙企业。</p> | 实际发生之日为生效日 |
| 除名 | <p>下列情形之一, 经其他合伙人<u>一致同意</u>, 可以决议将其除名: ——<u>法定事项</u></p> <p>①未履行出资义务;</p> <p>②因故意或重大过失给合伙企业造成损失;</p> <p>③执行合伙事务时有不正当行为;</p> | 被除名人 <u>接到</u> 除名通知之日为生效日 (有异议自接到通知 30 日内起诉) |

| | |
|--|--|
| ④发生合伙协议约定的事由。 【判断】 合伙人因贪污等被判刑是否会被除名？因斗殴等被行政处罚是否会被除名？ 【答案】 不会。不会。 | |
|--|--|

2. 效力：退伙人对退伙前发生的合伙企业债务，承担**无限连带责任**。★

3. 财产继承：



【例题·单选题】（2014 年）某合伙企业的合伙人包括有限责任公司甲、乙，自然人丙、丁。根据合伙企业法律制度的规定，下列情形中，属于当然退伙事由的是（ ）。

- A. 甲被债权人申请破产
- B. 丁因斗殴被公安机关拘留
- C. 丙被依法宣告失踪
- D. 乙被吊销营业执照

『正确答案』D

『答案解析』本题考核当然退伙。合伙人有下列情形之一的，当然退伙：（1）作为合伙人的自然人死亡或者被依法宣告死亡；（2）个人丧失偿债能力；（3）作为合伙人的法人或者其他组织依法被吊销营业执照、责令关闭、撤销，或者被宣告破产；（4）法律规定或者合伙协议约定合伙人必须具有相关资格而丧失该资格；（5）合伙人在合伙企业中的全部财产份额被人民法院强制执行。

【例题·多选题】（2015 年）根据合伙企业法律制度的规定，下列各项中，属于普通合伙企业的合伙人当然退伙情形的有（ ）。

- A. 个人丧失偿债能力
- B. 经全体合伙人一致同意
- C. 合伙人在合伙企业中的全部财产份额被人民法院强制执行
- D. 发生合伙人难以继续参加合伙的事由

『正确答案』AC

『答案解析』本题考核普通合伙人的退伙。根据规定，合伙人有下列情形之一的，当然退伙：（1）作为合伙人的自然人死亡或者被依法宣告死亡；（2）个人丧失偿债能力；（3）作为合伙人的法人或者其他组织依法被吊销营业执照、责令关闭、撤销或者被宣告破产；（4）法律规定或者合伙协议约定合伙人必须具有相关资格而丧失该资格；（5）合伙人在合伙企业中的全部财产份额被人民法院强制执行。选项 B 与选项 D 属于协议退伙的情形。

（2016 年）某普通合伙企业经营期间，吸收甲入伙。甲入伙前合伙企业已负债 20 万元。甲入伙 1 年后退伙，在此期间合伙企业新增债务 10 万元，甲退伙后半年，合伙企业解散，以企业全部财产清偿债务后，尚有 80 万元债务不能清偿。根据合伙企业法律制度的规定，下列关于甲承担清偿责任的表述中，正确的有（ ）。

- A. 甲对担任合伙人期间合伙企业新增加的 10 万元债务承担无限连带责任
- B. 甲对合伙企业解散后尚未清偿的全部 80 万元债务承担无限连带责任
- C. 甲对入伙前合伙企业的 20 万元债务承担无限连带责任
- D. 甲对入伙后至合伙企业解散时新增的 60 万元债务承担无限连带责任

【答案】AC

【解析】本题考核退伙的效果。退伙人对基于其退伙前的原因发生的合伙企业债务，承担无限连带责任；选项 A 正确。普通合伙企业的新合伙人对入伙前合伙企业的债务承担无限连带责任；选项 C 正确。

【考点】特殊的普通合伙企业

1. 适用情形：非企业专业服务机构

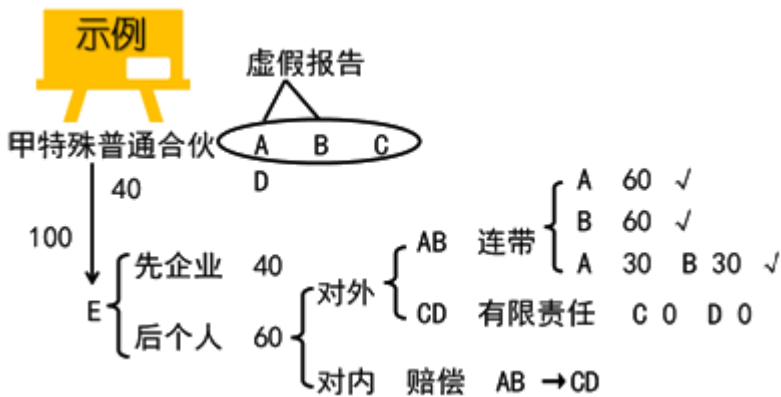
非企业专业服务机构，是指不采取公司制形式成立的、以自己专业知识提供特定咨询等方面服务的组织。如律师事务所、会计师事务所等专业服务机构。

2. 公示要求：应当标明“特殊普通合伙”字样。

3. 风险防范要求：特殊的普通合伙企业应当建立执业风险基金（单独立户管理）、办理职业保险。

4. 责任要求★

| 原因 | 该责任人 | 其他合伙人 |
|------------------|--------|---------------|
| 故意或者重大过失给企业造成损失 | 无限连带责任 | 以财产份额为限承担有限责任 |
| 非故意或者重大过失给企业造成损失 | 无限连带责任 | |



【例题·多选题】（2012 年）甲、乙、丙共同出资设立一特殊普通合伙制的律师事务所。2010 年 5 月，乙从事务所退出，丁加入事务所成为新合伙人。2010 年 8 月，法院认定甲在 2009 年的某项律师业务中存在重大过失，判决事务所向客户赔偿损失。根据合伙企业法律制度的规定，下列关于赔偿责任承担的表述中，正确的有（ ）。

- A. 甲应以其全部个人财产承担无限责任
- B. 乙应以其退出时在事务所中的实际财产份额为限承担赔偿责任
- C. 丙应以其在事务所中的财产份额为限承担赔偿责任
- D. 丁无需承担赔偿责任

『正确答案』ABC

『答案解析』本题考核特殊的普通合伙企业。由于甲在执业活动中存在重大过失，因此应由甲承担无限连带责任，其他合伙人以其出资为限承担有限责任，丁作为入伙人也应承担有限责任。有限合伙人退伙后，对基于其退伙前的原因发生的有限合伙企业债务，以其退伙时从有限合伙企业中取回的财产承担责任，因此退伙的合伙人乙也应承担有限责任。

（2016）根据合伙企业法律制度的规定，下列关于特殊的普通合伙企业执业风险防范措施的表述中，正确的有（ ）。

- A. 企业应当从其经营收益中提取相应比例资金作为执业风险基金
- B. 执业风险基金应当单独立户管理
- C. 执业风险基金用于偿付合伙人执业活动造成的债务
- D. 企业可以选择建立执业风险基金或办理职业保险

【答案】ABC

【解析】本题考核特殊的普通合伙企业执业风险防范。特殊的普通合伙企业从其经营收益中提取相应比例的资金留存收益或者根据相关规定上缴至指定机构形成执业风险基金，选项 A 正确。执业风险基金应当单独立户管理。执业风险基金用于偿付合伙人执业活动造成的债务，选项 BC 正确。特殊的普通合伙企业应当建立执业风险基金、办理职业保险，选项 D 错误。

【考点】有限合伙企业

一、有限合伙企业设立

| | |
|------|--|
| 合伙人 | <p>■ 有限合伙企业人数：2-50 人</p> <p>【链接】普通合伙企业人数：2 人以上。</p> <p>■ 有限合伙企业至少应有 1 个普通合伙人和 1 个有限合伙人。</p> <p>【链接】有限合伙企业仅剩有限合伙人的，应当解散；有限合伙企业仅剩普通合伙人的，转为普通合伙企业。</p> <p>■ 国有独资公司、国有企业、上市公司及公益性的事业单位、社会团体不得成为普通合伙人，可成为有限合伙人。★</p> |
| 出资方式 | 有限合伙人 不得以劳务出资 ，普通合伙人可以以劳务出资。★ |
| 名称 | 应当标明“有限合伙”字样。 |

【例题·单选题】（2014 年）甲上市公司、乙普通合伙企业、丙全民所有制企业和丁公立大学拟共同设立一有限合伙企业。根据合伙企业法律制度的规定，甲、乙、丙、丁中可以成为普通合伙人的是（ ）。

- A. 甲 B. 乙 C. 丙 D. 丁

【正确答案】B

【答案解析】本题考核有限合伙企业的设立。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，但可以成为有限合伙人。

【例题·单选题】（2014 年）根据合伙企业法律制度的规定，下列各项中，有限合伙人可用作合伙企业出资的是（ ）。

- A. 为合伙企业提供财务管理
B. 为合伙企业提供战略咨询
C. 债权
D. 社会关系

【正确答案】C

【答案解析】本题考核有限合伙人的出资。有限合伙人不得以劳务出资。

二、有限合伙企业事务执行

1. 事务执行人★：由“**普通合伙人**”执行合伙事务，“**有限合伙人**”不执行合伙事务，不得对外代表有限合伙企业。

【注意】有限合伙人的行为中不视为执行合伙事务：

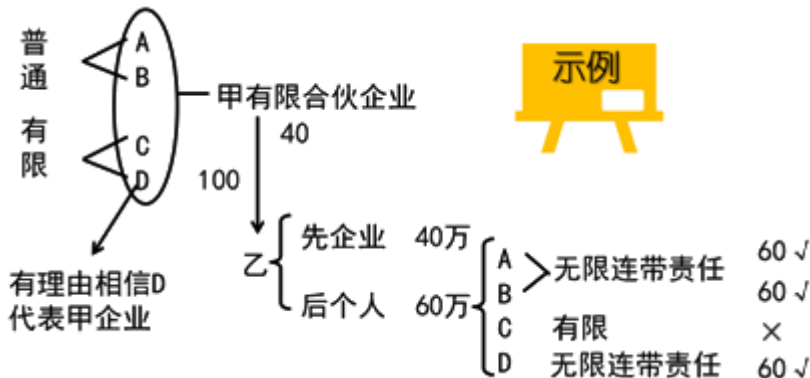
- (1) 参与决定普通合伙人入伙、退伙;
- (2) 对企业的经营管理提出建议;
- (3) 参与选择承办有限合伙企业审计业务的会计师事务所;
- (4) 获取经审计的有限合伙企业财务会计报告;
- (5) 对涉及自身利益的情况, 查阅有限合伙企业财务会计账簿等财务资料;
- (6) 在有限合伙企业中的利益受到侵害时, 向有责任的合伙人主张权利或者提起诉讼;
- (7) 执行事务合伙人怠于行使权利时, 督促其行使权利或者为了本企业的利益以自己的名义提起诉讼;
- (8) 依法为本企业提供担保。

【口诀】**提议入退事务所, 查阅账报诉担保。**

2. 有限合伙人的责任承担: 一般为有限责任, 特殊情况无限连带

(1) 对外: 第三人有理由相信有限合伙人为普通合伙人并与其交易的, 该有限合伙人对该笔交易**承担与普通合伙人同样的责任(无限连带)**。

(2) 对内: 有限合伙人未经授权以有限合伙企业名义与他人进行交易, 给有限合伙企业或其他合伙人造成损失的, 该有限合伙人应当承担赔偿责任。



3. 利润分配★: 有限合伙企业不得将**全部利润**分配给部分合伙人; 但是, 合伙协议另有约定的除外。——**约定→不得**

【链接】普通合伙企业的合伙协议绝对不能约定将全部利润分配给部分合伙人。

【举例】比如有限合伙企业有 ABC 三个合伙人, 协议约定把全部利润分配给 AB, 绝对不分配给 C, 可不可以? 可以。

4. 有限合伙人权利:

| | 有限合伙人★ | 普通合伙人 |
|------|-----------------------------------|--------------------|
| 关联交易 | 约定→可以 同本合伙企业交易 | 约定→一致同意→不得同本合伙企业交易 |
| 竞业禁止 | 约定→可以 自营或同他人合作经营与本企业相竞争的业务 | 不得 |

| | | |
|------|----------------------|---------|
| 出质 | <u>约定→可以</u> 将财产份额出质 | 一致同意 |
| 对外转让 | <u>对外转让提前 30 日通知</u> | 约定→一致同意 |

【例题·单选题】（2015 年）甲、乙、丙拟设立一有限合伙企业。甲为普通合伙人，乙、丙为有限合伙人。下列合伙协议内容中，符合合伙企业法律制度规定的是（ ）。

- A. 乙以劳务作价 20 万元出资
- B. 甲以其出资金额的两倍为限对合伙债务承担责任
- C. 丙不得将其在合伙企业中的财产份额出质
- D. 丙为合伙事务执行人

【正确答案】C

【答案解析】有限合伙人不得以劳务出资，选项 A 错误；甲是普通合伙人，对合伙企业的债务承担无限连带责任，选项 B 错误；丙是有限合伙人，不得作为合伙事务执行人，选项 D 错误。

【例题·多选题】（2014 年）某产业投资基金的组织形式为有限合伙企业。其有限合伙人的下列行为中，符合合伙企业法律制度规定的有（ ）。

- A. 担任该基金总经理
- B. 对该基金的经营管理提出建议
- C. 参与选择承办该基金审计业务的会计师事务所
- D. 依法为该基金提供担保

【正确答案】BCD

【答案解析】选项 A 如果有限合伙人担任总经理，就会涉及决策，不仅是参与合伙企业事务，所以是错误的。

三、有限合伙企业入伙和退伙

1. 入伙：新入伙的有限合伙人对入伙前有限合伙企业的债务，以其认缴的出资额为限承担责任。

【链接】普通合伙人对入伙前合伙企业的债务承担无限连带责任。

2. 退伙：

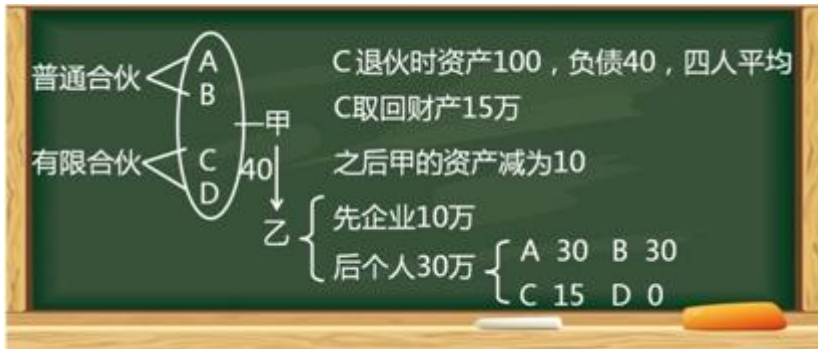
(1) 有限合伙人当然退伙的情形：★

| | 普通合伙人 | 有限合伙人 |
|--------|-------------|------------|
| 死亡 | 退伙 | 退伙 |
| 全部强制执行 | 退伙 | 退伙 |
| 吊销资格证书 | 退伙 | 退伙 |
| 丧失偿债能力 | <u>退伙</u> | <u>不退伙</u> |
| 丧失行为能力 | <u>并不必然</u> | <u>不退伙</u> |

(2) 财产的继承：作为有限合伙人的自然人死亡（宣告死亡）或作为有限合伙人的法人及其他组织终止时，其继承人或权利承受人可以依法取得该有限合伙人在有限合伙企业中的资格。——不考虑行为能力，不考虑其他合伙人是否同意

【链接】普通合伙人的继承人或权利承受人不一定能取得合伙企业合伙人的资格。

(3) 责任承担：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“取回的财产”承担责任。



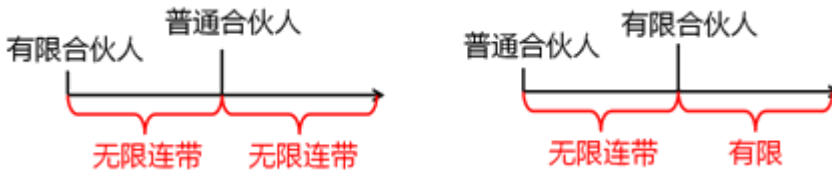
四、合伙人性质转变

1. 条件：除协议另有约定外，普通合伙人转变为有限合伙人，或有限合伙人转变为普通合伙人，须经全体合伙人一致同意。

2. 责任：★

| | |
|----------|------------------------------|
| 有限→普通合伙人 | 对其作为有限合伙人期间有限合伙企业的债务承担无限连带责任 |
| 普通→有限合伙人 | 对其作为普通合伙人期间合伙企业的债务承担无限连带责任 |

【总结】有→普：前后都无限，普→有：前无限，后有限



【例题·多选题】（2014年）甲、乙分别为某有限合伙企业的普通合伙人和有限合伙人。后甲变更为有限合伙人，乙变更为普通合伙人。下列关于甲、乙对其合伙人性质互换前的企业债务承担的表述中，符合合伙企业法律制度规定的有（ ）。

- A. 甲对其作为普通合伙人期间的企业债务承担有限责任
- B. 甲对其作为普通合伙人期间的企业债务承担无限连带责任
- C. 乙对其作为有限合伙人期间的企业债务承担无限连带责任
- D. 乙对其作为有限合伙人期间的企业债务承担有限责任

【正确答案】BC

【答案解析】本题考核合伙人身份转变。有限合伙人转变为普通合伙人的，对其作为有限合伙人

期间有限合伙企业发生的债务承担无限连带责任。普通合伙人转变为有限合伙人的，对其作为普通合伙人期间合伙企业发生的债务承担无限连带责任。

【例题·多选题】王某是一有限合伙企业的有限合伙人。根据合伙企业法律制度的规定，下列选项中，正确的有（ ）。

- A. 若王某被法院判决认定为无民事行为能力人，其他合伙人可以因此要求其退伙
- B. 若王某死亡，其继承人可以取得王某在有限合伙企业中的资格
- C. 若王某转为普通合伙人，其必须对其作为有限合伙人期间企业发生的债务承担无限连带责任
- D. 如果合伙协议没有限制，王某可以不经其他合伙人同意而将其在合伙企业中的财产份额出质

【正确答案】BCD

【答案解析】王某是有限合伙人，有限合伙人丧失行为能力并不导致其退伙。

【普通合伙人 VS 有限合伙人】

| | | 普通合伙人 | 有限合伙人 |
|------|----------------------------|--------------------|---------------------------|
| 合伙人 | 人数 | 普通合伙企业：2 个以上 | 有限合伙企业：2-50 |
| | 完全民事行为能力 | √ | √/× |
| | 国独公司、国有企业、上市公司、公益事业单位、社会团体 | × | √ |
| 出资 | 劳务 | √ | × |
| 事务执行 | 事务执行人 | 执行合伙事务 | 不执行合伙事务 |
| | 关联交易 | 约定→一致同意→× | 约定→√ |
| | 竞业 | × | 约定→√ |
| 损益分配 | | 不得约定将全部利润分配给部分合伙人。 | 不得将全部利润分配给部分合伙人，协议另有约定除外。 |
| 财产权利 | 对外转让出资 | 约定→一致同意 | 提前 30 日通知其他合伙人 |
| | 出质 | 一致同意，否则无效 | 约定→√ |
| 入伙 | | 对入伙前的债务承担无限连带责任 | 对入伙前的债务以认缴的出资额为限承担责任 |
| 退伙 | 责任 | 对退伙前发生的债务承担无限连带责任 | 对退伙前发生的债务，以其退伙时取回的财 |

| | | | |
|------|--------|---|-----------|
| | | | 产承担责任 |
| | 丧失偿债能力 | 当然退伙 | 无须退伙 |
| | 丧失行为能力 | 经其他合伙人一致同意,可转为有限合伙人,普通合伙企业转为有限合伙企业。未能一致同意只能退伙 | 无须退伙 |
| | 继承 | ①继承人完全:约定→一致同意,取得普通合伙人资格。 ②继承人为无或限制:一致同意,成为有限合伙人 | 依法取得 |
| 性质转变 | | 普→有:前无限,后有限 | 有→普:前后都无限 |

【考点】合伙企业的解散和清算

一、合伙企业解散

1. 合伙期限届满,合伙人决定不再经营;
2. 合伙协议约定的解散事由出现;
3. **全体合伙人**决定解散;
4. 合伙人已**不具备法定人数满 30 日**;
5. 合伙协议约定的合伙目的已经实现或者无法实现;
6. 依法被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销;
7. 其他(如有限合伙企业仅剩有限合伙人)。

二、合伙企业清算

1. 清算人

| | |
|------|---|
| 自行清算 | (1) 清算人由全体合伙人担任; (2) 经全体合伙人 过半数 同意,可以自合伙企业解散事由出现后 15 日内指定一个或者数个合伙人,或者委托第三人,担任清算人。 |
| 强制清算 | 自解散事由出现之日起 15 日内 未确定清算人, 合伙人或者其他利害关系人可以申请 人民法院指定清算人。 |

2. 债权申报:自被确定之日起 **10 日内**将合伙企业解散事项通知债权人,并于 **60 日内**在报纸上公告。债权人应当自接到通知书之日起 **30 日内**,未接到通知书的自公告之日起 **45 日内**,向清算人申报债权。

【口诀】**清算一路三四五**

3. 清算顺序：清算费用→职工工资、社会保险费用和补偿金→所欠税款→清偿债务→分配剩余财产

4. 合伙企业不能清偿到期债务的处理：

(1) 路径：债权人可以向人民法院提出破产清算申请，也可以要求普通合伙人清偿。

(2) 责任：合伙企业依法被宣告破产的，普通合伙人对合伙企业的债务仍应承担无限连带责任。