

## 段波民法讲义背诵版第五周：合同法总则

### ——六十天通关策略专用

#### 第一章 合同的形式与内容

1. 法律、行政法规规定或者当事人约定采用书面形式订立合同，当事人未采用书面形式但一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立。采用合同书形式订立合同，在签字或者盖章之前，当事人一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立。

▲小结 1——履行治愈的要点：以履行行为治愈欠缺法定或者约定要式的瑕疵

▲小结 2——履行治愈和行为推定意思表示的区别在于：前者已经达成意思表示的一致，只是欠缺一个形式；后者则以行为直接作为意思表示的内容。

2. 特定沉默的法条小结：

◆合同法 47 条：无权代理行为中，相对人催告后被代理人的沉默推定为拒绝追认；

◆合同法 48 条：限制行为能力人超越行为能力范围订立的合同，，相对人催告后法定代理人的沉默视为拒绝追认

◆继承法 25 条：继承人的沉默视为接受继承，受遗赠人的沉默视为放弃受遗赠；

◆合同法 171 条：试用买卖合同买受人的沉默视为同意购买；

◆合同法 236 条：租赁合同到期后承租人继续使用租赁物，出租人的沉默视为同意继续出租

▲易混淆点——要约中附有如果受要约人 10 天内不作出否认即视为同意的内容，10 天过去，受要约人未作出公开表示，合同不能成立

3. 缺乏必要条款，合同不能成立；欠缺重要条款，漏洞可以补充。必要条款包括（一）当事人的名称或者姓名和住所；（二）标的；（三）数量；重要条款包括（四）质量；（五）价款或者报酬；（六）履行期限、地点和方式；（七）违约责任；（八）解决争议的方法。

4. 合同的履行费用的负担不明确的，由履行义务一方负担。

5. 格式条款的提示和说明义务仅仅针对格式条款中免除或者限制其责任的内容，

6. 旅游经营者以格式合同、通知、声明、告示等方式作出对旅游者不公平、不合理的规定，或者减轻、免除其损害旅游者合法权益的责任，该内容无效。（旅游纠纷司法解释第六条）

## 第二章 合同的成立

1. 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。

2. 附有承诺期限的要约不得撤销。

3. 要约的失效情形包括：承诺期满、要约撤销、要约拒绝、实质变更（不包括要约的撤回）

4. 要约发出后，要约到达前，撤回要约；要约到达后，承诺发出前，撤销要约；承诺发出后，承诺到达前，撤回承诺。（承诺只有撤回，没有撤销）

5. 非实质性变更的承诺原则有效，例外无效；未迟发而迟到的承诺，原则无效，例外有效；迟发而迟到的承诺，原则无效，例外有效。（例外是指及时通知的情况）

6. 实质性变更的承诺一律无效，视为新要约。

## 第三章 合同的效力

1. 合同成立的一般要件为：主体+意思表示+标的；合同生效的一般要件：主体行为能力+意思表示真实+标的合法。

2. 一般情况下，承诺一到达，承诺就生效；承诺一生效，合同就成立；合同一成立，合同就生效。

3. 承诺到达而合同不成立的特殊情况为要式合同和实践合同（不包括定金和自然人借贷）。

4. 合同成立而不生效的特殊情况为附延缓条件的合同、附始期的合同、需要办理批准审批手续的合同以及定金合同、自然人借贷合同。

5. 合同无效是指自始、确定、当然无效，合同的无效事由包括：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、行政法规的强制性规定；⑥无民事行为能力人实施的合同行为。

6. 无民事行为能力人的合同行为无效；限制行为能力人的合同行为效力待定；无民事

行为能力人的单方行为无效；限制行为能力人的单方行为无效。（以上不包括小型化、定型化行为、不包括纯获利益行为、不包括能力范围之内的行为）

7. 违反效力性强制性规定的合同无效，违反取缔性强制性规定的合同仍然有效

8. 合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任（不当得利返还和缔约过失责任）。

9. 可撤销合同在撤销之前是有效的，可撤销事由包括无害国家利益的欺诈、无害国家利益的胁迫、乘人之危、重大误解、显失公平。

10. 可撤销合同的撤销权的除斥期间为 1 年，自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内不行使的，撤销权消灭；此外，具有撤销权的当事人知道撤销事由后明确表示或者以自己的行为放弃撤销权的，撤销权消灭。

11. 可撤销合同的撤销权的行使方式为起诉或仲裁，注意起诉主体的区别——重大误解和显失公平的时候，双方当事人都有撤销权，在欺诈、胁迫的手段或者乘人之危的情况下，只有受损害方有撤销权。

12. 效力待定包括四种情形：狭义无权代理、限制行为能力人实施的超出其能力范围的合同（双方）行为、无权处分、债务承担

13. 设 A 为被代理人、法定代理人；B 为无权代理人、限制行为能力人；C 为相对人，则，在“狭义无权代理”和“限制行为能力人超越能力范围的合同行为”中，A 有追认和拒绝追认的权利，追认到达生效，合同自始有效；C 有催告权，善意的 C 在追认之前有撤销权（通知行使）

14. 无权处分（一个起点、两条路径、三个问题）

——无权处分而善意取得的隐含前提：占有委托物（占有脱离物如盗赃物、遗失物不适用善意取得）

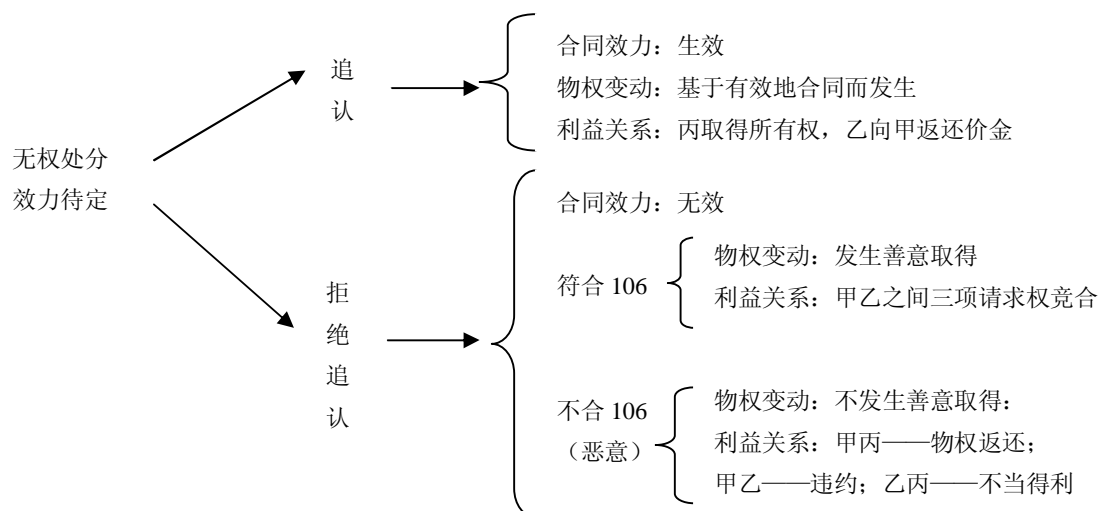
——基本案例：乙将其代为保管但无权处分的甲的物品出卖于丙

——考点概括：一个起点、两条路径、三个问题

①一个起点：无权处分的合同效力待定

②两条路径：追认或者拒绝追认

③三个问题：合同的效力归宿如何；物权归属何人；当事人利益关系如何平衡



▲善意取得的构成要件为何：善意、有偿、公示

## 。第四章 合同的履行

1. 合同履行抗辩权的前提为同一双务合同，先履行方主张不安抗辩权。

2. 不安抗辩权的行使流程可以概括为：举证——中止——通知——解除。

## 第五章 合同的保全

	代位权	撤销权
如何伤害债权	消极不作为	积极作为
要件	要求两个债权都到期	未到期也可撤销
	不区分第三人的善恶意	区分第三人的善恶意 <sup>1</sup>
行使	无除斥期间	有除斥期间（1 年）
以谁为被告	次债务人	债务人
向谁返还	债权人（就低不就高）	债务人
费用承担	诉讼费由次债务人承担；其他费用由债务人承担	诉讼费和其他费用都由债务人承担，第三人有过错的，可以适当分担其他费用

<sup>1</sup> ①放弃到期债权

②债务人放弃其未到期的债权或放弃债权担保，或者恶意延长到期债权的履行期，

③无偿转让财产（无论受让人善意或者恶意均可以撤销）

④以明显不合理低价转让财产（须受让人恶意即受让人知道该行为会损及债权人的债权）

⑤以明显不合理的高价收购他人财产（须受让人恶意即受让人知道该行为会损及债权人的债权）

## 第六章 合同的移转

1. 债权让与：成立生效、通知生效、抵销延续、抗辩延续（听过民法二的孩纸你们懂得）
2. 债务承担：效力待定——抗辩与债务同在（听过民法二的孩纸你们也懂得）
3. 债权债务的概括承受包括三种情况：合同的概括承受、企业法人的合并与分立、有限继承

## 第七章 合同的消灭

1. 不可抗力解除权、任意解除权、违约解除权、不定期合同解除权中的解除权主体与赔偿责任（听过民法二的孩纸你们懂得）
2. 一方迟延履行主要债务，如未导致合同目的不能实现，需先催告后解除合同。
3. 定作人不履行协助义务，承揽人须先催告才能解除合同。
4. 合同解除权以通知的方式行使，提出异议则需以诉讼的方式；异议期限有约定从约定，无约定三个月。
5. 提存掌握“五合一”：所有权、领取权、风险、孳息、提存费用均归债权人
6. 债权人对债务人负有到期债务，在债权人未履行债务或者提供担保之前，提存部门根据债务人的要求应当拒绝其领取提存物
7. 抵销掌握三句话：（详见民法二录音）
  - 第一句：如何判断主动债权：
  - 第二句：主动债权在抵销时需满足什么条件：
  - 第三句：有瑕疵的主动债权如何抵销？

## 第八章 违约责任与缔约过失责任

1. 归责原则的[三个层次]（详见民法二录音）

2. 不可抗力免责之例外：(1)[金钱债务的迟延履行]不得因不可抗力而免除。(2)[迟延履行期间发生的不可抗力]不具有免责效力。

3. [三种情况]不适用强制履行：(1) 法律上或者事实上不能履行 (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

4. 生产不符合食品安全标准的食品或者销售明知是不符合食品安全标准的食品，消费者[除要求赔偿损失外]，还可以向生产者或者销售者要求支付价款[十倍]的赔偿金。

5. 补偿性损害赔偿：(1) 完全赔偿规则 (2) 合理预见规则 (3) 减损规则

6. 违约金与损害赔偿金不得并用（[适用违约金，适当调整]）

▲小结：两种情况

第一种：约定的违约金低于造成的损失——[予以增加]（合同法解释二 28 条）

第二种：约定的违约金过分（30%）高于造成的损失——[适当减少]（合同法解释二 29 条）

7. 缔约过失责任是一种违反诚实信用原则的[过错责任]，有义务办理批准或者登记手续的合同当事人未办理上述手续的需承担[缔约过失责任]。

8. 责任竞合指受害方就[同一损害]对[同一责任人]享有[两项以上]的权利，常考合同类型包括医疗合同、运输合同、保管合同、承揽合同、安保义务人侵权责任与违约责任的竞合、产品责任等。构成责任竞合的，应当[择一而行使]。

**重要提示：六十天通关策略每周都包括三个步骤：第一步，记忆背诵版；第二步，研习曾经做错的真题或者通过重点法条查漏补缺，第三步，周五 YY 讲座练习题进行巩固，特别需要注意的是，不要忽视第二步！！**