

09年司法考试债权相关知识点比较司法考试 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/642/2021_2022_09_E5_B9_B4_E5_8F_B8_E6_B3_c36_642385.htm

一、所有权转移与风险转移、孳息（一）所有权转移 合同法第133条确立了所有权转移时间：标的物的所有权自标的物交付时起转移，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。1.标的物转移原则（1）动产适用交付主义，动产自交付之日发生转移。这里的动产包括汽车、轮船、飞机等特殊动产。（2）不动产适用登记主义，不动产自登记之日所有权发生转移。注意：房屋买卖合同，合同依法成立即为有效，不管不动产是否进行了登记。换言之，登记不是房屋买卖合同生效的要件，而是房屋所有权转移的生效要件。一定要二者区分开来，这也是导致以一房二买，一女二嫁的重要原因。如，甲与乙签订房屋买卖合同，将房屋交付给乙，但没有进行登记。这时，丙听说甲要买房子，于是也提出购买甲的房屋，甲与丙签订了房屋买卖合同，并且进行了房屋过户登记。分析：根据上面的原理，我们知道，甲乙签订的房屋买卖合同，甲丙签订的房屋买卖合同，符合法律、行政法规的要求，因此，都是合法有效的。千万不要以为甲乙的房屋买卖合同没有进行房屋过户登记而认定合同无效。这是错误的，在本案中，两份买卖合同都是有效的，丙因为进行了登记，因此取得房屋所有权，而对于乙来说，只能根据合同请求甲承担违约责任，赔偿其损失。（3）所有权保留买卖合同中，标的物所有权自买受人交清最后一笔款项时移转给买受人。（4）当事人另有约定的除外。合同倡导契约自由，一般情况下，只要法律没有作

强制性规定，都允许当事人约定，而且有约定的，优先约定。合同当事人可以对标的物所有权约定自合同成立时移转。这里的标的物必须是特定物。如收藏家甲在画家乙家中看到一幅画，与乙达成买卖协议，协议中特别约定合同成立时该画所有权即移转给甲，即属此例。此案中若甲第三天来取画，发现乙已于前一天将画卖给第三人丙且丙已取得该画。甲可对丙行使物上追及权收回该画，并有权请求乙承担侵权责任。因为乙的行为并非一物二卖，而是典型的无权处分行为（第51条）。当然，若丙系善意第三人，得以善意取得对抗甲。

2.交付的方式（1）现实交付，即出卖人将标的物置于买受人的实际控制之下，即标的物直接占有的移转。此为交付的常态。（2）观念交付。观念交付又分为三种：拟制交付。即交付提取标的物的单证，以代替标的物的现实交付的交付方式。标的物的单证，即物权凭证，包括仓单、提单等。简易交付。即买卖合同订立前，买受人已经通过租赁、借用、保管等合同关系实际占有标的物，标的物的交付系于合同生效的交付方式（第140条）。占有改定。即由双方当事人签订协议，使买受人取得标的物的间接占有，以代替标的物直接占有的移转的交付方式。我国《合同法》未确认这种交付方式，这里仅作学理探讨。我国《合同法》分别于第133、135、140条确认了现实交付、指示交付与简易交付三种交付方式。（3）现实交付依交货方式的不同，可以再分为三种情形：（1）送货上门。即由出卖人送运货物到买受人处，此时货交买受人处才算完成交付。（2）上门提货。即由买受人到出卖人处取走货物，此时货物运出出卖人处即算完成交付。（3）代办托运。即由出卖人代理买受人与承运人订

立运送合同，买受人承担运费的交付方式。此时出卖人将货物交给承运人即算完成交付。（二）风险转移 合同法第142条确立了风险转移的基本原则：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。风险负担，是指非可归责于任何一方当事人的原因，标的物发生的毁损灭失的损失承担。注意：风险转移采取交付主义，不仅适用于动产，而且也适用不动产。

1.交付主义：不同交付方式下的风险负担：（1）现实交付情形下，若为送货上门，自货交买受人处时转移风险给买受人；若为上门提货，自货出出卖人处时转移风险给买受人；若为代办托运，自货交承运人时转移风险给买受人。（2）指示交付情形下，自物权凭证交付给买受人时转移风险给买受人。（3）简易交付情形下，自合同生效时转移风险给买受人。

2.例外（1）第143条，因买受人原因交货迟延的；（2）第148条，出卖人瑕疵履行的；（3）第144条，路货买卖；（4）第145条，交货地点不明确的；（5）第146条，买受人受领迟延的。另外，注意两个问题：出卖人未交付物权凭证以外的标的物单证、资料的，不影响风险负担转移（第147条）。买受人承担风险负担的，不影响出卖人承担违约责任（第149条）。

3.不能混淆（1）在所有权保留买卖合同中，可能会出现风险负担人与物的所有权人并不一致的情形，这正体现了交付主义与所有权人主义立法规则的差别。比如，甲卖牛一头给乙，6月1日交货，牛款1800元，约定乙半年内每月付款300元，付清最后一笔款项后，牛的所有权归乙。结果7月1日这天牛被雷击而死。此时风险负担归乙，但牛的真正所有权人却是甲。（2）试用

买卖中的风险负担规则也值得重视 如，甲于5月20日交付一辆奔驰车供乙试用，试用期2周，下面以次为例分析如下：

在试用期间，发生风险，应由甲负担； 试用期届满，乙表示买下，其后发生风险，应由乙负担； 试用期届满，乙未作任何表示，其后发生风险，应由乙负担； 试用期届满，乙表示不购买，甲未当即取回，其后发生风险，应归甲承担

提示：试用期届满，乙表示购买（或不作任何表示），二人之间的买卖即告成立，此时发生简易交付，故以此时间点来确定风险负担规则。（3）在简易交付场合下，往往合同的成立与生效，交付的完成，所有权的转移，风险负担的转移等四个法律现象，是一并发生的。（三）孳息 孳息采交付主义，交付前产生的归出卖人，交付后产生的归买受人。如，甲卖一头牛给乙，交付后第三天乙将牛杀了出卖，发现有牛黄，那么，该牛黄归乙所有。这里的产生，并不是说形成，而是说已经所有权保留特约的买卖合同中，出卖人将标的物交付给买受人后仍保有所有权，买受人在交清最后一笔贷款后始得到标的物所有权。那么在标的物交付后至交清最后一笔款项前的这一段期间内，标的物所产生的孳息应归买受人所有，而不是归出卖人（所有权人）所有。所以说，对孳息归属权采交付主义与所有权人主义的差别，典型地体现在所有权保留的买卖合同中。共同点：所有权转乙、风险承担、孳息归属采交付主义，都仅仅适用于买卖、互易、赠与等转移所有权的合同中，而不可扩展于其他合同类型中。如在租赁、借用、保管合同中，标的物所有权转乙、风险负担、所生孳息当然应归所有权人所有，而不适用什么交付主义。如在质押合同中，如果约定合同期满所有权发生转移，视为流

质，质押合同无效，因此，所有权不发生转移。质物因不可抗力发生的风险，由所有权人承担。抵押期间，质押物所生孳息当然也应归所有权人（出质人）所有，而不当归占有人（质权人所有），后者仅仅有“收取”（占有）而无“所有”权。

二、违约金、定金与损害赔偿金

违约金，是指合同当事人预先设定的或法律直接规定的，在一方不履行合同时给付另一方一定数额的金钱。违约金具有补偿性特点，并兼有一定的惩罚性。《合同法》第114条第2款规定：约定的违约金低于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。因此，主张违约金时，可以实际发生的损失作为要求增加或减少违约金的法定依据。

定金，是指合同当事人为了确保合同的履行，由一方当事人按合同标的额的一定比例向对方预先给付的金钱。根据法律规定，当事人约定的定金数额不得超过合同标的额的20%，超过的部分由收受方退回或抵作价款。给付方不履行合同约定的义务，无权要求返还定金；收受方不履行合同约定的义务，应双倍返还定金。因此可以看出，定金责任是一种惩罚性规定，目的在于督促双方当事人积极履行合同的义务。

损害赔偿金，是指一方当事人因不履行或不完全履行合同义务而给对方当事人造成损失时，按照法律和合同的规定所应承担的损害赔偿责任。损害赔偿责任原则上仅具有补偿性为原则，但以惩罚性为例外。根据等价交换原则，任何民事主体一旦造成他人损害都必须以同等的财产予以赔偿。因此，一方违约后，必须赔偿对方因此所遭受的全部损失。但同时，我国《消费者权益保护法》第49条又作出例外

规定，经营者在有欺诈行为时，应按消费者的要求以其购买商品价款或接受服务费用的一倍增加赔偿消费者的损失，该条是我国法律中惟一的惩罚性损害赔偿金。案例：甲公司与乙公司依法订立一份总货款为20万元的购销合同。合同约定违约金为货款总值的5%。同时，甲公司向乙公司给付定金5000元，后乙公司违约，给甲公司造成损失2万元。甲公司依法最多可要求乙公司偿付多少？（D）A.2万元 B.3.5万元 C.2.5万元 D.3万元

分析：本题中的违约金为1万元，损失2万元，定金5000元，且定金未超过货款总额的20%的限制。首先，定金与违约金的适用关系。由于我国的定金在性质上属违约定金，具有预付违约金的性质，因此它与违约金在目的、性质、功能等方面相同，两者是不可并罚的。合同法第一百一十六条规定了当合同既约定定金，又约定违约金的，可以且也只能由非违约方选择一种对其最有利的责任形式。应当注意：这条规定是针对同一违约行为同时存在违约金和定金责任的情形。如果合同中约定的违约金和定金是针对不同的违约行为，且两者在数额上的总和也不太高，在一方同时实施不同的违约行为形态时，两种责任形式是可以并用的。其次，违约金与损害赔偿的适用关系。一般来说，合同中约定的违约金应视为对损害赔偿金额的预先确定，因而违约金与约定损害赔偿是不可以并存的。违约金与法定损害赔偿是否并存，牵涉到违约责任的适用是否以发生实际损害为要件以及国家对违约金的干预问题。原则上可以说违约金的运用并不以实际损害发生为前提，不管是否发生了损害，当事人都应支付违约金。根据合同法第一百一十四条第二款规定：违约金低于损失的，可请求适当增加。据此，虽然违约金的

适用不以实际损害发生为要件，但最终违约金金额大小的确定与实际损失额密切相关：法院或仲裁机构对违约金金额的调整是以实际损失额为参照标准的。对违约金和法定损害赔偿的适用关系可以概括为：原则上不并存；就高不就低；优先适用违约金责任条款。据此，如果本题中的甲公司选择适用违约金条款，题中约定的1万元违约金小于损失2万元，甲公司可请求人民法院或仲裁机构增至2万元。除该2万元外，由于非违约方选择违约金责任请求后，并不影响其要求对方返还定金的权利，故甲公司向乙公司给付的定金5000元应予返还。则此种情形下，乙公司应向甲公司偿付总额为2.5万元。最后，定金与损害赔偿的适用关系。定金具有非补偿性的特点，其适用不以实际损害的发生为前提，因而是独立于损害赔偿责任的。但也不能认为它与损害赔偿金毫无关系，定金与损害赔偿责任的联系表现在定金责任与损害赔偿责任的并用不能超过全部贷款的总值。据此，如果本题中的甲公司选择适用定金条款，甲公司能得到定金双倍返还的 $(5000 \times 2) = 1$ 万元，同时乙还应支付给甲造成的损害赔偿金2万。则此种情形下，乙公司应向甲公司偿付总额为3万元。综上所述，本题中对甲公司最有利的选择是适用定金条款，由甲公司向其偿付3万元。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com