

2016 国家司法考试 直击 600分

北京万国学校 / 编著 韩友谊 / 主编

教材考点版

(第三分册)

(根据最新《保险法》《保险法解释(三)》《物权法解释(一)》《专利纠纷解释(二)》等修订)

紧扣大纲考点精华集萃

科学归纳直击得分要点

脉络清晰简洁而不简单

引领复习挑战司考高分



超值赠送

司法考试最后冲刺“万国密卷”一套(详见扉页)

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

北京万国学校 / 编著 韩友谊 / 主编

2016

国家司法考试

直击600分

教材考点版

(第三分册)

(根据最新《保险法》《保险法解释(三)》《物权法解释(一)》《专利纠纷解释(二)》等修订)

万国图书编委会

主任 骆勇

副主任 韩友谊 季宏 陈少文

委员 (以姓氏笔画为序)

王斌 杨长庚 张进德 高晖云 黄韦博 淳于闻 韩祥波

秘书处 (以姓氏笔画为序)

马长燕 文兰香 石丽云 任海燕 刘念 张显 钟鸣

姚伟业 黄雪飞 薛白等

凡购买本书,将以电子版的形式赠送一套司法考试最后冲刺“万国密卷”,
请读者发送邮件至wgfz2016@sina.com获取下载方法。

目 录

民 法

第一章	民事法律关系	1
第二章	民事主体	7
第三章	民事法律行为与代理	11
第四章	诉讼时效	17
第五章	物权变动	20
第六章	物权法分论	24
第七章	债法总论	34
第八章	合同法总论	48
第九章	合同法分论	60
第十章	侵权责任法	77
第十一章	知识产权法	88
第十二章	婚姻家庭法	112

商 法

第一章	公司法	122
第二章	合伙企业法	145
第三章	三资企业法	152
第四章	破产法	154
第五章	票据法	163
第六章	证券法	167
第七章	保险法	172

民事诉讼法（含仲裁法）

第一章	民诉法基本问题	179
第二章	主管与管辖	185
第三章	当事人	193
第四章	证据与证明	201
第五章	法院调解	211
第六章	诉讼保障制度	214
第七章	一审程序	219
第八章	二审程序	228

第九章 再审程序.....	232
第十章 非讼程序.....	235
第十一章 涉外民事诉讼程序	239
第十二章 执行程序	241
第十三章 仲裁法	251

目 录

志 勇

法 商

(法商实务) 法商实务

第一章 法商实务.....	255
第二章 法商实务.....	256
第三章 法商实务.....	257
第四章 法商实务.....	258
第五章 法商实务.....	259
第六章 法商实务.....	260
第七章 法商实务.....	261
第八章 法商实务.....	262
第九章 法商实务.....	263
第十章 法商实务.....	264
第十一章 法商实务.....	265
第十二章 法商实务.....	266
第十三章 法商实务.....	267
第十四章 法商实务.....	268
第十五章 法商实务.....	269
第十六章 法商实务.....	270
第十七章 法商实务.....	271
第十八章 法商实务.....	272
第十九章 法商实务.....	273
第二十章 法商实务.....	274
第二十一章 法商实务.....	275
第二十二章 法商实务.....	276
第二十三章 法商实务.....	277
第二十四章 法商实务.....	278
第二十五章 法商实务.....	279
第二十六章 法商实务.....	280
第二十七章 法商实务.....	281
第二十八章 法商实务.....	282
第二十九章 法商实务.....	283
第三十章 法商实务.....	284
第三十一章 法商实务.....	285
第三十二章 法商实务.....	286
第三十三章 法商实务.....	287
第三十四章 法商实务.....	288
第三十五章 法商实务.....	289
第三十六章 法商实务.....	290
第三十七章 法商实务.....	291
第三十八章 法商实务.....	292
第三十九章 法商实务.....	293
第四十章 法商实务.....	294
第四十一章 法商实务.....	295
第四十二章 法商实务.....	296
第四十三章 法商实务.....	297
第四十四章 法商实务.....	298
第四十五章 法商实务.....	299
第四十六章 法商实务.....	300
第四十七章 法商实务.....	301
第四十八章 法商实务.....	302
第四十九章 法商实务.....	303
第五十章 法商实务.....	304
第五十一章 法商实务.....	305
第五十二章 法商实务.....	306
第五十三章 法商实务.....	307
第五十四章 法商实务.....	308
第五十五章 法商实务.....	309
第五十六章 法商实务.....	310
第五十七章 法商实务.....	311
第五十八章 法商实务.....	312
第五十九章 法商实务.....	313
第六十章 法商实务.....	314
第六十一章 法商实务.....	315
第六十二章 法商实务.....	316
第六十三章 法商实务.....	317
第六十四章 法商实务.....	318
第六十五章 法商实务.....	319
第六十六章 法商实务.....	320
第六十七章 法商实务.....	321
第六十八章 法商实务.....	322
第六十九章 法商实务.....	323
第七十章 法商实务.....	324
第七十一章 法商实务.....	325
第七十二章 法商实务.....	326
第七十三章 法商实务.....	327
第七十四章 法商实务.....	328
第七十五章 法商实务.....	329
第七十六章 法商实务.....	330
第七十七章 法商实务.....	331
第七十八章 法商实务.....	332
第七十九章 法商实务.....	333
第八十章 法商实务.....	334
第八十一章 法商实务.....	335
第八十二章 法商实务.....	336
第八十三章 法商实务.....	337
第八十四章 法商实务.....	338
第八十五章 法商实务.....	339
第八十六章 法商实务.....	340
第八十七章 法商实务.....	341
第八十八章 法商实务.....	342
第八十九章 法商实务.....	343
第九十章 法商实务.....	344
第九十一章 法商实务.....	345
第九十二章 法商实务.....	346
第九十三章 法商实务.....	347
第九十四章 法商实务.....	348
第九十五章 法商实务.....	349
第九十六章 法商实务.....	350
第九十七章 法商实务.....	351
第九十八章 法商实务.....	352
第九十九章 法商实务.....	353
第一百章 法商实务.....	354

民法

民法通则

年份	单选	多选	不定项	案例	论述	总分
2015 年	2	2	4	0	0	8/600
2014 年	6	2	2	0	0	10/600
2013 年	6	2	0	0	0	8/600
2012 年	6	2	0	0	0	8/600
2011 年	6	2	2	0	0	10/600

第一章 民事法律关系



高频考点 1 法律事实

民法上根据事实是否与人的意志有关，将其分为事件和行为两大类。

1. 事件

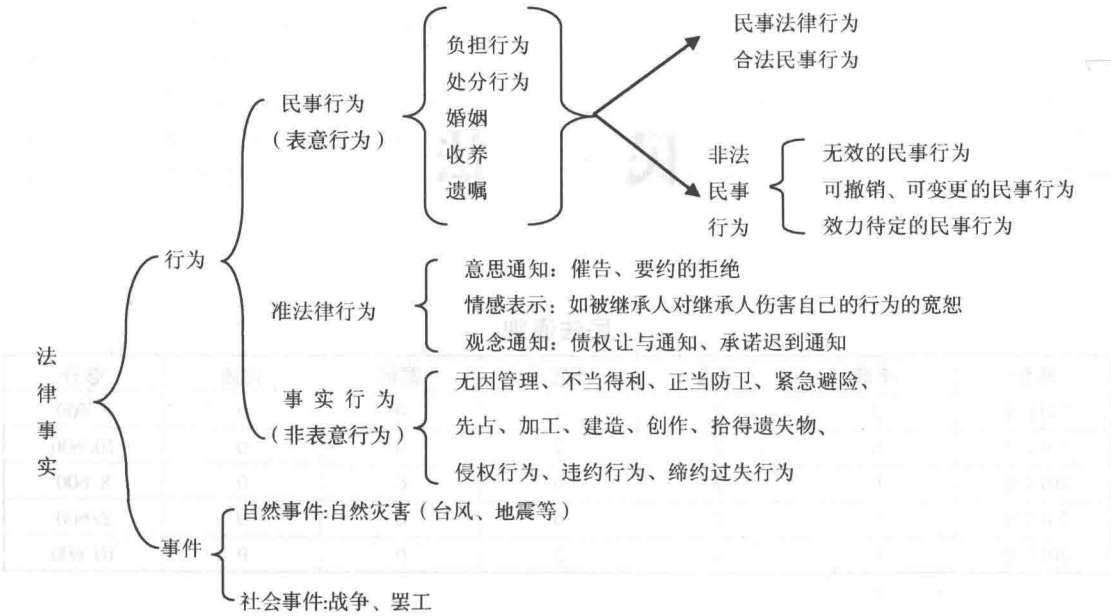
事件是与特定民事主体的意志无关的法律事实。事件分为两类，一类为自然事件，其发生与人类活动没有直接关联的事实，如自然灾害、自然人的出生或死亡之类；一类为社会事件，是社会群体的集体行为，与特定民事主体的意志没有关系，如战争、动乱、罢工之类。

2. 行为

行为是与特定民事主体的意志有关的法律事实。按行为有无私法效果意思，行为又被划分为表意行为和是非表意行为。

(1) 表意行为。表意行为又名“民事行为”，是行为人通过意思表示，旨在设立、变更或消灭民事法律关系的行为。意思表示是行为能力适格者将意欲实现的私法效果发表的行为。该意思表示须经法律的评价，民事法律行为是被法律评价为合法的表意行为，可以产生当事人意欲达到的民事法律关系产生、变更和消灭的效果。民事法律行为中的当事人意思将成为现实的权利义务关系，若不对意思表示有所要求，那么违法的意思也将发生预期效果，这是法律所不允许的。故意思表示必须合法，这也是法律对当事人个人行为的干预，说明自由是有边界的，任何人的行为不得以损害他人的权利或破坏公共秩序为代价。

(2) 非表意行为。非表意行为又名“事实行为”，是行为人主观上没有产生民事法律关系效果的意思表示，客观上引起法律效果发生的行为。如侵权行为，行为人主观上并没有效果意思，但客观上却导致赔偿的发生。



实战演练

下列事实中哪些可以成为民事法律事实?()

- A. 公民 A 死亡

C. 因暴雨 B 家池塘的鱼进入 C 家的池塘
- B. 甲乙两企业合并成丙企业

D. 甲请朋友乙吃饭

【答案】ABC



潜力考点 2 主义务、从义务与附随义务

给付义务		附随义务
主给付义务	从给付义务	
主给付义务，是指债的关系所固有和必备的，并用以决定债的关系的（合同）类型的基本义务。在双务合同中，主给付义务构成当事人双方的对待给付义务。例如买卖合同中交付标的物并转移其所有权、支付价金的义务。债务人不履行主给付义务，债权人有权解除合同。	从给付义务，是指在主给付义务之外，不具有独立的意义，只能辅助主给付义务发挥功能的义务。其目的在于使债权得到最大限度的满足。它不能决定债的关系（合同）的类型，但可以独立地通过诉讼来请求对方履行。其发生原因包括： ① 法律规定：如《合同法》第 266 条规定：承揽人应当按照定作人的要求保守秘密，未经定作人许可，不得留存复制品或者技术资料。又如《合同法》第 296 条所规定的承运人应当为旅客运送行李的义务。 ② 当事人约定：如买空调时约定由买方负责安装；营业转让时约定一并转让客户资料等。 ③ 基于交易习惯、诚实信用原则和补充的合同解释。《合同法》第 136 条规定：出卖人应当按照约定或者交易习惯向买受人交付提取标的物单证以外的有关单证和资料。	附随义务，是指并非自始确定，而是在债的关系发展的过程中，基于诚实信用原则而发生的、旨在更好地实现当事人利益的义务。包括通知、协助、保密、照顾、告知等义务。 ① 花瓶的出卖人妥善包装花瓶的义务，旨在便于买受人携带。 ② 营业的出让人负有竞业禁止的义务等。 ③ 超市应当保持购物环境的安全，避免损害顾客的人身安全。 ④ 保洁人员应避免刮擦房东的地板、洁具等物品。 ⑤ 锅炉的出卖人负担的告知买受人使用锅炉的注意事项的义务。

	主义务	从义务	附随义务
决定合同性质	√	×	×
解除合同	√	×	×
依诉请求	√	√	×
损害赔偿	√	√	√

实战演练

下列属于从给付义务的是：()

- A. 承运人为旅客运送行李
- B. 空调经销商给购买空调者安装空调
- C. 商场工作人员将所售花瓶妥善包装
- D. 房屋出卖者协助购房人办理过户手续
- E. 电脑销售商依照约定负责培训购买其电脑的公司工作人员

【答案】ABE



潜力考点3 民事法律关系的客体

所谓民事法律关系的客体是指民事主体据以建立民事权利和义务的对象性事物。民事权利和民事义务如果没有具体的对象，就无法落实。民事法律关系的客体主要有五大类，即物、行为、智力成果、人身利益和权利。

1. 物主要是物权法律关系的客体，例如所有权、用益物权法律关系的客体一般仅限于物；担保物权法律关系的客体一般也是物，但不限于物，还包括权利，如国有土地使用权抵押等。

2. 债权法律关系的客体是行为，债权不是以债务人的人身为客体的，现代法律不允许将人本身作为客体，人因其本性永远只能作为主体而存在，不能作为法律关系的客体；债权也不是以债务人的特定财产为客体的，相反是以债务人对债权人的履行行为作为客体的。例如根据买卖合同买受人甲有权请求出卖人乙交付买卖的标的物洗衣机一台，此时甲对于乙享有一项债权性请求权，即请求乙交付洗衣机并移转洗衣机的所有权。这一项请求权的客体不是洗衣机本身，而是乙交付洗衣机的行为。而洗衣机则属于所有权的客体，在交付之前所有权仍然属于出卖人乙，而在交付之后其所有权则属于买受人甲。

3. 人身法律关系的客体是人身性利益。需要注意的是人身性法律关系绝不是以人身为客体，人身性法律关系的客体只能定性为自身性利益。

4. 知识产权法律关系的客体是智力成果。由于知识产权主要有三种即著作权、专利权和商标权，因此知识产权的客体也就主要有三大类：作品是著作权的客体；发明创造是专利权的客体；而商标则是商标权的客体。智力成果所具有的共同性即无体性，不能为权利人占有从而与作为物权之客体的“物”（通常为有体物）区别开来。

5. 另外权利本身也可以作为法律关系的客体。有些法律关系是以权利本身作为客体的，例如在抵押权中，以建设用地使用权作为抵押的客体；在权利质权中以权利作为质权的客体。



高频考点4 支配权、请求权、形成权、抗辩权

根据民事权利作用方式的不同可以将民事权利划分为支配权、请求权、形成权和抗辩权四种。

1. 支配权是指权利主体进行直接的排他性支配，并享受其利益的权利，人身权、物权、知识产权中

的财产权等属于支配权。

2. 请求权是指权利人得请求他人为一定行为和不为一定行为的权利, 债权就是典型的请求权。

3. 形成权是指权利人以自己单方的意思表示就能使权利发生变更、消灭的权利, 所以法律对形成权的行使方式、行使时间进行了多种限制。撤销权、解除权、追认权、抵销权等属于形成权。

4. 抗辩权是指能够阻止请求权效力的权利, 如先诉抗辩权、不安抗辩权等。

抗辩权有一时性抗辩权和永久性抗辩权之分。一时性抗辩权是仅能暂时阻止请求权效力的抗辩权, 永久性抗辩权是可以永远阻止请求权效力的抗辩权。前者如双务合同中的同时履行抗辩权、不安抗辩权、后履行抗辩权以及一般保证中保证人的先诉抗辩权; 后者主要是诉讼时效已过的抗辩权。

总结:

	性质	常见情形	对应义务	时间制度
支配权	直接支配客体, 排除侵害	物权、知识产权、人身权	不特定人的不作为义务	
请求权	请求义务人作为或者不作为	债权请求权、物权请求权等	特定人的作为或者不作为义务	诉讼时效
抗辩权	对抗请求权	诉讼时效抗辩权、合同履行抗辩权、一般保证人的先诉抗辩权		
形成权	改变法律关系	撤销权、追认权、解除权、抵销权等		除斥期间

注意: 抗辩权和在民事诉讼过程中被告的抗辩不是一个概念。在民事诉讼的过程中被告对于原告的请求进行的抗辩有三种, 分别是: (1) 权利未发生的抗辩, 即原告主张某项请求权而被告则否认该请求, 认为这种请求权从来没有发生过。例如甲诉请乙归还 20 万元的借款而乙则主张从未向甲借过钱。(2) 权利已经消灭的抗辩, 即被告主张虽然原告对被告曾经有过请求但是现在却已经消灭了。例如甲诉请乙归还借款, 但是乙却主张乙已经在 10 天之前归还了该笔借款。(3) 行使民法上的抗辩权, 即虽然被告承认原告有请求权, 但是被告有某种合理的理由可以拒绝其履行行为, 这就是行使抗辩权。例如原告甲和被告乙签订有买卖合同甲以 5000 元的价格出卖给乙 1 头牛, 但是没有约定何时交牛和何时付款, 现在甲请求乙支付价金并承担违约责任, 乙则主张甲没有交牛, 乙有权不付款并无须承担违约责任, 即是行使民法上的同时履行抗辩权。

实战演练

关于民事权利, 下列哪一选项是正确的? ()

- A. 抵销权属抗辩权
- B. 权利的行使不都是事实行为
- C. 支配权的客体只能是物
- D. 请求权基于基础权利受侵害而发生

【答案】B



高频考点 5 按份责任和连带责任

共同责任又可以按照责任人之间的关联关系分为按份责任与连带责任两种:

1. 按份责任是指多数当事人按照法律的规定或者合同的约定各自承担一定份额的民事责任, 各责任人之间没有连带关系。按份责任, 是各责任人仅就自己所负担的责任份额承担责任, 当其承担了所负的责任份额时, 其民事责任即告完成。所以, 按份责任实际上是将同一责任分割为多个独立的部分, 由各

责任人独立负责,所以又称分割责任。

2. 连带责任是因违反连带债务或者共同实施侵权行为而产生的责任,各个责任人之间具有连带关系。承担超过自己份额的责任人有权向其他责任人请求予以补偿,即在连带责任人内部还是有份额的。连带责任是一种加重责任,只有在法律直接规定或由当事人约定时方能适用。

民法上的连带责任主要有:合伙人对合伙债权人的责任;共同侵权人的连带责任;连带保证人之间的连带责任;代理关系中发生的连带责任。

在此,需要对不真正连带责任进行说明,不真正连带责任并不是真正的连带责任。不真正连带责任是指在责任竞合的情形中,两个责任人基于不同的原因偶然地对同一债权人负有以同一给付为标的的数个债务,为了避免发生不当得利,任何一个人清偿债务后,其他债务人的债务归于消灭,看上去类似连带责任,所以称为不真正连带责任。最终的责任人只有一个,其他责任人在承担责任后,可以向终局责任人追偿。



高频考点6 物的分类

(一) 动产与不动产

1. 动产与不动产的概念

依据是否可以移动,物可以区分为动产与不动产:动产是能够移动并且不因移动损害其价值的物;不动产是不能够移动或虽可移动但却会因移动损害价值的物。

就数量而言,大多数物都属于动产,为了简约法律用语,法律一般以列举的方法界定不动产,而不动产以外的物,则解释为动产。我国法律上的不动产包括土地和土地上的附着物。

2. 区分的法律意义

(1) 所有权人限制。动产原则上任何人都可成为其所有权人;不动产中的土地、河流、森林等,只能成为国家或集体的所有权客体,任何自然人或集体组织以外的法人,都不能成为这些不动产的所有权人。

(2) 物权变动的公示方法不同。动产物权的变动,通常以交付公示;而不动产物权的变动,则以登记为公示,不经登记的不生物权变动效力。

(3) 设立的他物权类型不同。物权中的用益物权,如土地使用权、地役权、典权等,只能在不动产上设定,动产不能设定用益物权。在担保物权中,不动产之上可以设定抵押权,而不能设定质权和留置权;而动产可设定抵押权、质权和留置权。

(4) 不动产发生相邻关系。不动产由于不能移动,相邻的占有之间如因不动产的利用不可避免地会产生各种冲突与矛盾,此时就需要法律加以协调。所以,民法上有专门处理不动产相邻关系的规定,以处理截水、排水、通行、通风、采光等相邻关系,动产不存在相邻关系的问题。

(5) 地域管辖不同。因不动产发生的争议,以不动产所在地为管辖点。而因动产引起的民事诉讼,则依普通管辖确定管辖法院。

(二) 特定物与种类物

1. 概念

物,依据是否具有独立特征并且可否替代分为特定物与种类物:特定物是被特定化并且无从替代的物。特定物既包括独一无二物,也包括经当事人指定后被特定化的种类物,特定物因其不可替代性,所以也叫做不可替代物。种类物是以品种、规格、质量或度量衡确认的一类具有共同特征的物。种类物在交易时,具有可替代性,所以也叫做可替代物。种类物如经当事人指定后,也可成为特定物。

2. 区分的法律意义

(1) 可以建立的民事法律关系不同。民事法律关系,有的只能以特定物为客体,而有的只能以种类物为客体。

(2) 标的物灭失后引起的法律效果不同。当特定物作为债履行的标的物时,该物于交付对方当事人

前灭失的,债务人可免除交付义务,债权人只能要求对方承担损害赔偿的责任。而若以种类物作为债履行的标的物时,债务人不能以交付前标的物已经灭失作为免除交付的抗辩理由,仍需以同样品质、数量的种类物交付。

(3) 所有权移转时间不同。特定物的转让,既可以物之交付为所有权移转的时间,也可依约定或法定,以交付以外的方式确定所有权移转的时间。而种类物的转让,因交付前尚未特定化,故只能以物之交付为所有权移转的时间。

(三) 主物与从物

1. 概念

依据两个物在配合使用的过程中所起的作用,物可以分为主物与从物:主物是指能够独立发挥效用,并为从物所辅助之物;从物是指物理上独立存在,而在功能上辅助主物发挥效用的物。

2. 构成从物的要件

(1) 从物必须是一个独立的物

若一个物是另一个物的组成部分而不是独立的物则不能构成从物。例如轮胎和汽车,轮胎是汽车的组成部分,不是主物与从物的关系。

(2) 主物与从物必须同属一人所有

只有属于同一个所有人的两个独立存在的、要相互结合才能发挥效用的物,才构成主物与从物的关系,如果是不同所有人的物,不产生主物与从物的关系。

(3) 只有与主物相配合使用才能发挥其最大效用,但是与主物配合使用的过程中只起辅助作用。

3. 区分的意义

区分主物与从物的法律意义在于,如果法律或者合同没有相反约定时,从物的所有权随主物的所有权一并转移;对主物发生效力的事项也对从物发生效力,例如抵押权的效力当然及于从物,但仅限于抵押权设定前已为抵押物的从物。

(四) 原物与孳息

1. 概念

两个物依据产生与被产生的关系,可以分为原物与孳息:原物是指依自然属性或法律的规定,产生其他物的物;孳息物是原物产生之物。依自然属性产生的孳息称为天然孳息,如植物所结的已脱落的果实;依法律规定产生的孳息称为法定孳息。法定孳息主要是租金和利息。

2. 区分的法律意义

区分原物与孳息的意义在于确定孳息物的所有权归属。除法律有特别规定或当事人有约定外,孳息物归原物的所有权人所有,原物的所有权转让时,孳息物的收取权一并移转。对此我国《物权法》第116条规定,天然孳息,由所有权人取得;既有所有权人又有用益物权人的,由用益物权人取得。当事人另有约定的,按照约定。法定孳息,当事人有约定的,按照约定取得;没有约定或者约定不明确的,按照交易习惯取得。

需要注意的是:《合同法》中关于买卖合同中孳息收取权的归属有特殊规定,因此在买卖合同中孳息收取权的归属必须优先适用合同法的规定,而不能适用《物权法》的这条规定。

☞ [难点辨析]

1. 孳息的认定问题

应注意孳息与转化物的区别。孳息与原物在物理上必须分离,如果未分离,则属于整体与部分的关系,不属于原物与孳息的关系。孳息是相对于原物而言的,没有原物就没有孳息,如鸡蛋孵出的小鸡,煤发出的电,布匹做出的衣服,木料做成的家具,则不属于原物与孳息的关系,而属于转化物的问题。

2. 孳息的归属问题

对于孳息的归属,其规则如下:(1) 当事人有约定的,依照当事人约定;(2) 法律有规定的,依照法律规定;(3) 无规定、无约定的,孳息归原物所有人所有。

第二章 民事主体



高频考点7 自然人民事行为能力

1. 完全民事行为能力人，可以实施任何法律不禁止的法律行为。
 2. 无民事行为能力人，其行为分为两种：原则上，统为无效；例外，纯受利益的行为以及与其年龄智力相符的行为（处分小额零花钱的行为），不会因为行为能力欠缺而影响行为效力。
 3. 限制行为能力人，分为两种：
 - (1) 在其行为能力内的行为，不会因为行为能力欠缺而影响行为效力。
 - (2) 超出其行为能力的，又分为三类：
 - ① 纯受利益的行为（《民通意见》第6条），不会因为行为能力欠缺而影响行为效力；
 - ② 合同行为，为效力待定（《合同法》第47条）；
 - ③ 非合同行为比如单方行为（免除债务的行为），无效。
- 命题陷阱：行为能力制度仅仅限于合同等法律行为，而不适用于侵权等事实行为。



潜力考点8 监护人的设立

监护依设立的方式，可分为法定监护、指定监护和委托监护。

1. 法定监护

法定监护是由法律直接规定监护人范围和顺序的监护。法定监护人可以由一人或多人担任。《民法通则》第16条第1款规定，未成年人的父母是未成年人的监护人。父母对子女享有亲权，是当然的第一顺位监护人。未成年人的父母死亡或没有监护能力的，依次由祖父母和外祖父母、成年兄姐、关系密切的亲属或朋友、父母单位和未成年人住所地的居委会或村委会、民政部门担任监护人。成年精神病人的法定监护人的范围和顺序是：配偶、父母、成年子女、其他近亲属、关系密切的亲属或朋友、精神病人所在单位或住所地的居委会、村委会、民政部门。

法定监护人的顺序有顺序在前者优先于在后者担任监护人的效力。但法定顺序可以依监护人的协议而改变，前一顺序监护人无监护能力或对被监护人明显不利的，人民法院有权从后一顺序中择优确定监护人。

2. 指定监护

指定监护是指有法定监护资格的人之间对担任监护人有争议时，由监护权力机关指定的监护。从民法通则的规定看，指定监护实际上是法定监护的延伸，仍属法定监护范畴。

指定监护只是在法定监护人有争议时才产生。所谓争议，在未成年人是其父母以外的监护人范围内的人争抢担任监护人或互相推诿都不愿意担任监护人；在成年精神病人则是监护范围内的任何人之间的争议，争议项如同前述。

《民法通则》规定的指定监护的权力机关，是被监护人住所地的居民委员会或村民委员会。指定监护可以用口头方式，也可以用书面方式，只要指定监护的通知送到被指定人，指定即成立。被指定人不服指定的，可在接到指定通知次日起30天内向人民法院起诉，由人民法院裁决。指定监护被指定人未提起诉讼时，自收到通知后满30天后生效；在提起诉讼时，自法院裁决之日起生效。

3. 委托监护

委托监护是由合同设立的监护人，委托监护属意定监护，委托人仍要对被监护人的侵权行为承担民事责任，但当事人另有约定的除外；被委托人只有在确有过错时，才负担连带赔偿责任。即法定或指定

监护人对被监护人应承担的民事责任，不因委托发生移转，委托监护人只承担过错连带赔偿责任，其在尽到监护之责而无过错时，被监护人行为如依法律仍须由监护人负责时，则由法定监护人承担。



高频考点 9 宣告失踪与宣告死亡之比较

条件	宣告失踪	宣告死亡
时间	2 年	①4 年； ②2 年（意外事故下落不明）； ③意外事故下落不明，经有关机关证明该公民不可能生存，不受时间的限制。
申请主体	配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女、其他有民事权利义务关系的人。 (无先后顺序，前一顺序没有申请，后一顺序可以申请。)	①配偶； ②父母、子女； ③兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女； ④其他有民事权利义务关系的人。 (有严格的先后顺序，前一顺序没有申请，后一顺序不得申请。)
公告期	3 个月	①1 年；②3 个月（意外事故下落不明，经有关机关证明该公民不可能生存）。
宣告效力	指定财产代管人	①发生和自然死亡相同的效果； ②被宣告死亡人在自然死亡前实施的民事法律行为与被宣告死亡引起的法律后果相抵触的，则以其实施的民事法律行为为准。
两者关系	宣告失踪不是宣告死亡的必经程序。公民下落不明，符合申请宣告死亡的条件，利害关系人可以不经申请宣告失踪而直接申请宣告死亡。但利害关系人只申请宣告失踪，应当宣告失踪；同一顺序的利害关系人，有的申请宣告死亡，有的不同意见宣告死亡，则应当宣告死亡。	

实战演练

甲被法院宣告死亡，甲父乙、甲妻丙、甲子丁分割了其遗产。后乙病故，丁代位继承了乙的部分遗产。丙与戊再婚后因车祸遇难，丁、戊又分割了丙的遗产。现甲重新出现，法院撤销死亡宣告。下列哪种说法是正确的？（ ）

- A. 丁应将其从甲、乙、丙处继承的全部财产返还给甲
- B. 丁只应将其从甲、乙处继承的全部财产返还给甲
- C. 戊从丙处继承的全部财产都应返还给甲
- D. 丁、戊应将从丙处继承的而丙从甲处继承的财产返还给甲

【答案】D



高频考点 10 社团法人和财团法人

所谓社团法人，是指以人为基础而集合成立的法人，如公司为股东之集合，工会为会员之集合，均属社团法人。社团法人之成员统称社员，其享有的权利亦称社员权，如股东权就属社员权。社团法人与社会团体法人，是完全不同的概念。社会团体法人中有的属于社团法人，例如工会、学会等；有的则属于财团法人，例如各种基金会。

所谓财团法人，是指以财产为基础而集合成立的法人，财团法人的主要形式就是基金会。财团法人的特征，可从与社团法人的比较中显现。一是设立人地位不同，财团法人的设立人或出资人的出资，属于捐赠或遗赠，因此，法人成立或捐赠完成后，所赠财产即移转为法人所有，捐赠人或遗赠人并不获得社员权对价；社团法人的设立人或其成员的出资，属于取得社员权的合同行为，根据合同成为社员或股东。二是法人的目的事业不同，财团法人只能为公益事业，并不得营利；而社团法人既可从事公益事业，如工会，也可从事营利事业，如公司。三是有无意思机关不同，财团法人参与民事活动，须以捐赠人的意思进行，所以，财团法人属他律法人，没有自己的意思机关。如捐赠人捐与的扶贫基金，只能用于扶贫，而不能移作他用；而社团法人由社员组成意思机关，属自律法人，其从事的活动在章程范围内，由意思机关决定。

	社团法人	财团法人
财产的来源	成员出资	捐赠人的捐赠
是否有成员	出资者为其成员（社员权）	无（有雇员，无成员）
是否有营利性	营利性、公益性	公益性
意思机关	有	无

 潜力考点 11 法人的能力

一、法人的民事权利能力

法人作为民事主体自然享有权利能力，但是由于法人毕竟是基于满足自然人的目的而由法律制度所涉及的，所以其权利能力当然与自然人的权利能力有所不同，下面分别阐释。

（一）法人权利能力的始终

法人的民事权利能力从法人成立时产生。需要有关机关登记的法人，经核准登记之日为法人的成立之日。法人的民事权利能力到法人终止时消灭。需要有关机关登记的法人的终止，是指注销登记。

（二）法人权利能力的特征

1. 法人权利能力不平等

法人的民事权利能力范围，因各个法人的目地事业不同而不同。由于法人是自然人为了各种目的而设立的，因此，法人的民事权利能力范围，与自然人不同，即使各个法人之间也是各不相同的。

2. 法人权利能力受到不完全，受到一定的限制

法人的民事权利能力有以下三方面限制：

（1）性质上的限制

由于法人不是一有血有肉的精神上的存在体，因此，法人均不享有基于自然血肉之躯而存在的人身权。依据我国《民法通则》的规定法人只享有三项人身权，即：名称权、名誉权、荣誉权。

（2）法律上的限制

某些法人的民事权利能力范围受法律的直接限制。例如：依据我国《公司法》的规定，公司除了法律规定的特定情形下不能收购自己发行在外的股份，公司不能接受自己的股份作为自己债权的担保。

（3）目的事业的限制

各种法人由于成立的目的各不相同，因此其目的事业各不相同。公益法人不得实施营利性的经营活动，即便是营利性的法人其各自经营范围也是不相同的。营利法人在登记的时候都要求登记其经营范围，法人不得超出经营范围而进行经营。

不过依据我国《合同法》及相关司法解释的规定，法人超出经营范围所签订的合同不再是绝对无效，而是不得对抗善意第三人。即若第三人不知道法人的法定代表人及其他工作人员与其所签订的合同超越经营范围的，则该合同有效；反之若该第三人明知超越权限而订立合同的，应当作为效力待定的合同加

以对待,因为此时在法律上应当准用无权代理的规则加以解决,因为二者在法律上应当作相同的评价。

【小结】民事权利能力——法人的一生

(1) 设立中法人:在设立过程中,任何以法人名义从事的经营(营业)行为肯定无效;但是,以其名义从事的设立行为可以有效。

(2) 法人:成立后,以其名义可以从事任何法律、行政法规不禁止、限制的活动。

(3) 清算法人:在清算开始到注销前的清算期间,权利能力尚存但受到限制,即只能从事与清算相关的活动,其余活动肯定无效。

(4) 法人注销:注销后,丧失权利能力,以其名义从事的任何活动肯定无效。

二、法人的民事行为能力

(一) 法人行为能力之范围

与自然人中的无民事行为能力人或限制民事行为能力人与其民事权利能力范围不一致不同,法人的民事行为能力属于完全民事行为能力,其范围始终与民事权利能力范围相一致。

法人独立参与民事活动,实施民事法律行为,是由法人机构进行的。在企业,该法人机构就是指法定代表人,法定代表人必须是有完全民事行为能力的自然人。

(二) 法人行为能力的始终

法人民事行为能力开始和终止的时间,与民事权利能力相同,即从法人成立时产生,到法人终止时消灭。

三、法人的责任能力

所谓法人的责任能力是指法人能够独立承担民事责任的资格。法人作为独立的民事主体应当能够对其违法行为承担法律责任,因而应当具有责任能力,这是现代法律都承认的原则。然而这里的问题是法人作为虚拟的人是没有办法实施违法行为的,正如法人本身没有办法实施法律行为一样,也都将某些人的违法行为作为法人的违法行为来由法人承担责任。那么由法人承担责任的请求行为应当具备何种条件呢?对此《民法通则》第43条规定,企业法人对它的法定代表人和其他工作人员的经营行为,承担民事责任。依据该条规定我们认为构成法人侵权因而应当由法人承担侵权责任需要具备下述要件:

1. 必须是法人的法定代表人或者其他有权利对外代表法人的人以及经该有代表权的人授权进行代理的代理人。其他法人的工作人员的侵权行为不能作为法人侵权而由法人承担责任。但这并不意味着法人的其他工作人员实施的侵权行为法人不用承担责任,只是说法人的工作人员中没有代表法人权利也没有被法人授予代理权的人实施的侵权行为不属于法人的侵权,不能依据《民法通则》第43条的规定由法人承担责任。这些没有代表法人权利的人在履行职务的过程中实施的侵权行为可以适用受雇人侵权,此时仍然由用人单位承担责任。

2. 上述有代表权的人必须是履行职务的行为。并非所有有权代表公司实施法律行为的人实施的行为都由法人承担责任,只有他们在履行职务时实施的行为其后果才归属于法人,由法人承担责任。在判断是否法人侵权的过程中最为关键的,也是司法实践中最为复杂的就是划定这些人实施的行为究竟是职务行为还是个人行为,如果是个人行为则由个人承担法律责任。

3. 该职务行为要符合侵权行为的构成要件。即一般侵权行为应当具备四个要件:(1)行为给他人的权利造成损害的事实;(2)行为具有违法性;(3)违法行为与权利受损害之间要有相当因果关系;(4)行为人主观上要有故意或者过失。无过错侵权行为无须该要件,过失推定责任的侵权行为中,加害人要证明自己无过错才可以免责。

第三章 民事法律行为与代理



潜力考点 12 民事法律行为的类型

（一）单方行为、双方行为和多方行为

根据民事法律行为的成立是仅需一方意思表示还是必须有双方或多方意思表示，民事法律行为分为：单方行为、双方行为和多方行为（又成为共同行为）。

单方行为是仅由一方意思表示就能成立的民事法律行为。这类行为的特点是不需要相对人的同意，该行为即告成立。单方民事法律行为有的是有相对人的，如遗嘱、代理权授予、无权代理的追认等；还有的是无相对人的，如抛弃所有权等。

双方行为是当事人双方意思表示一致才能成立的民事法律行为。这类民事法律行为的特点是：必须有当事人双方的意思表示，而且必须对立统一、彼此一致。合同是双方行为的主要类型。

共同行为，也称多方行为，通说认为共同民事法律行为是多数当事人平行的意思表示一致而成立的法律行为。共同法律行为与双方法律行为的区别在于：双方法律行为的意思虽然达成一致，但意思内容却相对应，例如买卖中买者是要物付钱，卖者是交物收钱；而共同法律行为的意思一致则为平行的，而不是相对的，例如合伙、法人合并、股东决议、公司章程等。

（二）财产行为与身份行为

民事法律行为依发生的效果是身份关系亦或财产关系，区分为身份行为与财产行为。

身份行为是发生身份变动效果的民事法律行为，包括婚姻、监护和收养协议等；财产行为是发生财产变动效果的民事法律行为，其中直接发生物权变动的为物权行为，在当事人直接发生债权债务关系的则为债权行为。

（三）处分行为与负担行为

财产行为依据法律行为的效力，而进一步划分为负担行为与处分行为。

负担行为是发生给付义务效果的行为，换言之，负担行为生效后在行为人之间产生一项或多项债权、债务关系，因此负担行为又可以被称之为债权行为。负担行为有单方行为，如单方允诺；也有双方行为，如合同。

处分行为是直接发生财产权移转或消灭效果的行为。处分行为的结果是使权利的移转（交付物之行为）、权利内容的缩小或改变（设定地役权等用益物权的行为）、权利上设定负担（抵押）以及权利消灭（免除债务、抛弃）等。

处分行为分为物权行为与准物权行为两类。物权行为是直接变动物权效果的行为；准物权行为是直接变动物权以外支配财产权设定以及一切财产权移转或消灭效果的处分行为，如债权的转让即为准物权行为。

（四）有偿行为与无偿行为

对于财产性双方民事法律行为，根据当事人是否因给付而取得对价，可以分为有偿和无偿的民事法律行为。只有双方财产性民事法律行为才存在有偿与无偿的问题，单方民事法律行为或者身份行为，均不存在有偿或无偿的问题。

有偿民事法律行为是双方当事人各因给付而取得对待利益的行为，即约定各方当事人均需履行义务，并获得有对价利益的权利。

无偿民事法律行为是当事人约定一方当事人履行义务，对方当事人不给与对价利益的行为。这种行为的特点是，双方不形成对应报偿关系。赠与、使用借贷等都是无偿行为。

(五) 要式法律行为和不要式法律行为

根据民事法律行为是否必须依照一定方式实施，可以把它分为要式行为与不要式行为。要式民事法律行为是必须依照法律规定的形式实施的行为。常见的法定形式有书面形式、履行登记手续等。不要式民事法律行为是不拘形式的民事法律行为，即当事人可以自由决定行为的形式，只要该行为意思表示合法，行为即可生效。要式行为如未完成特定形式，该行为不成立，但法律另有规定的除外。如《合同法》第36条规定，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。

我国法律上的要式行为主要有：商业借款合同、融资租赁合同、建设工程承包合同、技术转让合同和技术开发合同、抵押合同、质押合同、定金合同、保证合同等。

(六) 诺成性行为与实践性行为

依据法律行为是否以交付标的物作为其特别要件而分为诺成行为与实践行为。诺成行为是仅须当事人的意思表示即可发生法律效力而不以标的物的交付为要件；实践性民事行为是除当事人意思表示之外，还需要交付标的物才能成立的民事法律行为。前者又称为不要物行为，后者则称为要物行为。

因此法律行为以诺成行为为原则，而以实践行为为例外，通常须按约定或法律规定确定。根据我国现行法律的规定，保管、定金、自然人之间的借贷合同属于实践性行为。

实战演练

下列观点哪些是正确的？()

- A. 二人设立合伙，是双方法律行为
- B. 二人设立合伙是共同法律行为
- C. 死因赠与是单方法律行为
- D. 捐赠设立基金，是单方法律行为

【答案】BD



潜力考点 13 意思表示、事实通知与意思通知

根据当事人表达的客体的不同，我们可以清晰地区分意思表示、事实通知与意思通知三个概念。如果追求体系和逻辑的完整，还应该考虑非法律事实的表示行为和事实行为中的表示行为，详述如下：

首先，并非所有的表示行为都是法律事实，可以受到法律的调整而产生法律关系，例如我们日常生活中常见的请客吃饭，相约逛街等都是一时情谊的表达，不产生任何法律后果，属于非法律事实的表意行为。

其次，还有一种表示行为，其所表达的意思并非法律认可的效果意思，而且这种意思的表达是法律所不允许的，所以此时法律就不能对之视而不见，而需要给以否定性的评价，并且直接规定此类表示行为的法律后果来加以规制，例如，辱骂他人表达了一种对他人的侮辱之意，直接产生侵权责任的法律后果。

第三种表示行为被称为事实通知，又称为观念通知，当事人在这里表示的不是一种主观的意思，而是一个客观的事实，如果当事人向相对人告知了某种事实，那么就会产生法律直接规定的后果。例如，当要约人告诉受要约人承诺迟到的事实的时候，该承诺将失去效力（《合同法》第29条）；再如，当债权人告知债务人债权已经转让的事实的时候，该债权让与对债务人生效，债务人须向受让人而非债权人履行债务（《合同法》第80条）。这里特别需要注意的是，法律作出评价的，不是“承诺迟到”和“债权让与”这样的事实（二者有各自相应的法律后果，但是和表示行为的性质无关），而是“承诺迟到通知”

和“债权让与通知”这样的事实通知行为。

第四个表示行为，叫做意思通知，当事人在这里表达的是一种具有法律效力的主观意思（此效力来自法律的直接规定而非当事人的意思，故当事人的主观意思非效果意思），例如在无权代理中，相对人催告被代理人追认无权代理行为，再比如，受要约人向要约人发出拒绝要约的通知。法律对意思通知的法律后果给予直接规定，如催告的效力在于相对人在催告后的1个月之内不追认的，视为拒绝追认（《合同法》第47条）；拒绝要约的观念通知可以使得要约失效（《合同法》第20条）。

第五个表示行为，即是意思表示。当事人表达的是一种私法上的效果意思，意图建立一定的权利义务关系。当事人作出意思表示后，法律评价的不是意思表示本身，而是以意思表示为核心的表意行为，这一评价是通过民事行为的效力制度实现的。

表意行为如果符合民事法律行为的生效要件，即是上文提及的合法的表意行为，可以依当事人的意思产生法律约束力。例如，当物的所有权人作出抛弃的意思表示时，他将丧失该物的所有权，该物即成为无主物。如果表意行为不能符合法律关于民事法律行为的法定生效要件，则是不合法的民事行为，不能产生当事人意图实现的法律效果。法律将此种表意行为的效力区分为无效、可撤销和效力待定，进而规定其各自不同的法律后果（如返还财产之于无效民事行为、撤销权之于可撤销民事行为、追认权之于效力待定的民事行为）。

【归纳总结】上述内容可以用下表来概括：

表示的客体	性质	法律的评价	示例
表达一个主观意思	非法律事实	法律不予调整	请客吃饭
表达一个法律所不容许表达的意思	事实行为	法律给以否定性评价并且直接规定法律后果	辱骂他人
表达一个客观事实	事实（观念）通知	法律直接规定法律后果	承诺迟到通知、债权让与通知
表达一个具有法律效力的主观意思	意思通知	法律直接规定法律后果	催告、拒绝要约
表达一个效果意思	意思表示	根据是否满足民事法律行为的生效要件，法律将表意行为区分为民事法律行为、无效民事行为、可撤销民事行为和效力待定的民事行为。	详见本讲关于民事行为的效力的阐述



高频考点 14 行为能力制度

类型	判断标准		效力
	年龄	精神状态	
完全行为能力人（年龄和认识判断能力之间是并列关系，即二者必须同时具备）	18 周岁以上（劳动成年制为16 周岁以上）	精神正常	有效