

法律版

2009_年

重点·难点·疑点三点一测

3



民法·商法·民事诉讼法与仲裁制度

法律考试中心/组编

重点讲解 难点突破
疑点辨析 边学边练



重点·难点·疑点三点一测

[三]

法律考试中心/组编

编写人员(排名不分先后)

陈 敦 袁 彬 白慧林

郭志媛 沈 磊 孟 涛

胡超宏 王平原 李 茜

赵 璐 潘春娟 代秋影

丁 敏 宋艳慧 阴建峰

黄晓亮

江苏工业学院图书馆
藏书章

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

重点·难点·疑点三点一测. 3/法律考试中心组编.
北京:法律出版社,2008.12
ISBN 978-7-5036-9062-4

I. 重… II. 法… III. 法律工作者—资格考核—中国—
自学参考资料 IV. D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 188211 号

©法律出版社·中国

责任编辑/丁 敏

装帧设计/曹 铀 胡 欣

出版/法律出版社

编辑统筹/法律考试出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/沙 磊

开本/787×1092 毫米 1/16

印张/14 字数/470 千

版本/2009 年 1 月第 1 版

印次/2009 年 1 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-9062-4

定价:30.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编写说明

大家都知道司法考试复习的三大要素:理论讲解、试题、法条,三者缺一不可。

理论讲解最有效的复习方式是围绕考点进行复习,本书以考点为核心,将考点分成重点、难点、疑点三个层次进行讲解。何为重点?是学科体系中重要的内容,能撑起学科的主要框架。何为难点?不一定是重点,但肯定要花时间理解,不会很容易就记住,如刑法中计算刑期的先并后减和先减后并就属此类。何为疑点?主要有:(1)理论有分歧的部分。(2)法学理论与我们日常的道德、经验相悖的地方。从这三个层次来把握考点能帮助我们更好地复习。

各种试题中以历年真题的价值最高,试题最能检验出我们对考点的把握程度。我们在考点的讲解后配以历年试题和相关例题,帮助大家检验所学、加深理解。

各学科的法条内容庞杂,由于篇幅有限,本书没有专列必读法条,相关内容糅在对考点的讲解中。

本书在内容上力求做到理论讲解、法条、试题三大要素的统一,提供给考生需要的、应试的知识;形式上较多采用了表格,突出重点,让知识点一目了然,减少阅读量,帮助大家顺利通过司法考试。

书中不足之处欢迎大家批评指正,有关本书的任何问题请发送邮件至 lawpress@sina.com。祝大家司考成功!

编者

目 录

民 法

专题一	民法总论	(1)
专题二	民法物权	(21)
专题三	民法债权	(42)
专题四	知识产权	(74)
专题五	婚姻家庭和继承	(87)
专题六	人身权与侵权行为	(93)

商 法

专题一	公司法	(103)
专题二	合伙企业法	(117)
专题三	个人独资企业法	(124)
专题四	外商投资企业法	(126)
专题五	破产法	(128)
专题六	票据法	(134)
专题七	保险法	(139)
专题八	海商法	(142)

民事诉讼法与仲裁制度

专题一	民事诉讼法学基础理论	(147)
专题二	民事诉讼基本原则与基本制度	(150)
专题三	主管与管辖	(153)
专题四	地域管辖	(157)
专题五	当事人	(162)
专题六	证据的种类与分类	(169)
专题七	证明	(172)
专题八	法院调解	(176)
专题九	诉讼保障制度	(179)
专题十	期间、送达及诉讼费用	(182)
专题十一	一审普通程序	(183)
专题十二	简易程序	(188)
专题十三	二审程序	(189)
专题十四	再审程序	(192)
专题十五	非讼程序	(195)
专题十六	执行程序一	(199)
专题十七	执行程序二	(202)

专题十八 涉外民事诉讼程序	(205)
专题十九 仲裁协议	(207)
专题二十 仲裁程序	(210)
专题二十一 仲裁裁决的撤销与执行	(213)

目录

第一章 绪论	1
第一节 法律职业	1
第二节 法律职业伦理	2
第三节 法律职业资格考试	3
第二章 民法	4
第一节 民法概述	4
第二节 民事法律关系	5
第三节 民事权利	6
第四节 民事义务	7
第五节 民事责任	8
第三章 民事诉讼法	9
第一节 民事诉讼法概述	9
第二节 民事诉讼基本原则	10
第三节 民事诉讼基本制度	11
第四节 民事诉讼管辖	12
第五节 民事诉讼当事人	13
第六节 民事诉讼证据	14
第七节 民事诉讼程序	15
第八节 民事诉讼裁判	16
第九节 民事诉讼执行	17

附录

附录一 民事诉讼法司法解释	18
附录二 民事诉讼法司法解释	19
附录三 民事诉讼法司法解释	20
附录四 民事诉讼法司法解释	21
附录五 民事诉讼法司法解释	22
附录六 民事诉讼法司法解释	23
附录七 民事诉讼法司法解释	24
附录八 民事诉讼法司法解释	25
附录九 民事诉讼法司法解释	26
附录十 民事诉讼法司法解释	27
附录十一 民事诉讼法司法解释	28
附录十二 民事诉讼法司法解释	29
附录十三 民事诉讼法司法解释	30
附录十四 民事诉讼法司法解释	31
附录十五 民事诉讼法司法解释	32
附录十六 民事诉讼法司法解释	33
附录十七 民事诉讼法司法解释	34
附录十八 民事诉讼法司法解释	35
附录十九 民事诉讼法司法解释	36
附录二十 民事诉讼法司法解释	37
附录二十一 民事诉讼法司法解释	38
附录二十二 民事诉讼法司法解释	39
附录二十三 民事诉讼法司法解释	40
附录二十四 民事诉讼法司法解释	41
附录二十五 民事诉讼法司法解释	42
附录二十六 民事诉讼法司法解释	43
附录二十七 民事诉讼法司法解释	44
附录二十八 民事诉讼法司法解释	45
附录二十九 民事诉讼法司法解释	46
附录三十 民事诉讼法司法解释	47
附录三十一 民事诉讼法司法解释	48
附录三十二 民事诉讼法司法解释	49
附录三十三 民事诉讼法司法解释	50
附录三十四 民事诉讼法司法解释	51
附录三十五 民事诉讼法司法解释	52
附录三十六 民事诉讼法司法解释	53
附录三十七 民事诉讼法司法解释	54
附录三十八 民事诉讼法司法解释	55
附录三十九 民事诉讼法司法解释	56
附录四十 民事诉讼法司法解释	57
附录四十一 民事诉讼法司法解释	58
附录四十二 民事诉讼法司法解释	59
附录四十三 民事诉讼法司法解释	60
附录四十四 民事诉讼法司法解释	61
附录四十五 民事诉讼法司法解释	62
附录四十六 民事诉讼法司法解释	63
附录四十七 民事诉讼法司法解释	64
附录四十八 民事诉讼法司法解释	65
附录四十九 民事诉讼法司法解释	66
附录五十 民事诉讼法司法解释	67
附录五十一 民事诉讼法司法解释	68
附录五十二 民事诉讼法司法解释	69
附录五十三 民事诉讼法司法解释	70
附录五十四 民事诉讼法司法解释	71
附录五十五 民事诉讼法司法解释	72
附录五十六 民事诉讼法司法解释	73
附录五十七 民事诉讼法司法解释	74
附录五十八 民事诉讼法司法解释	75
附录五十九 民事诉讼法司法解释	76
附录六十 民事诉讼法司法解释	77
附录六十一 民事诉讼法司法解释	78
附录六十二 民事诉讼法司法解释	79
附录六十三 民事诉讼法司法解释	80
附录六十四 民事诉讼法司法解释	81
附录六十五 民事诉讼法司法解释	82
附录六十六 民事诉讼法司法解释	83
附录六十七 民事诉讼法司法解释	84
附录六十八 民事诉讼法司法解释	85
附录六十九 民事诉讼法司法解释	86
附录七十 民事诉讼法司法解释	87
附录七十一 民事诉讼法司法解释	88
附录七十二 民事诉讼法司法解释	89
附录七十三 民事诉讼法司法解释	90
附录七十四 民事诉讼法司法解释	91
附录七十五 民事诉讼法司法解释	92
附录七十六 民事诉讼法司法解释	93
附录七十七 民事诉讼法司法解释	94
附录七十八 民事诉讼法司法解释	95
附录七十九 民事诉讼法司法解释	96
附录八十 民事诉讼法司法解释	97
附录八十一 民事诉讼法司法解释	98
附录八十二 民事诉讼法司法解释	99
附录八十三 民事诉讼法司法解释	100
附录八十四 民事诉讼法司法解释	101
附录八十五 民事诉讼法司法解释	102
附录八十六 民事诉讼法司法解释	103
附录八十七 民事诉讼法司法解释	104
附录八十八 民事诉讼法司法解释	105
附录八十九 民事诉讼法司法解释	106
附录九十 民事诉讼法司法解释	107
附录九十一 民事诉讼法司法解释	108
附录九十二 民事诉讼法司法解释	109
附录九十三 民事诉讼法司法解释	110
附录九十四 民事诉讼法司法解释	111
附录九十五 民事诉讼法司法解释	112
附录九十六 民事诉讼法司法解释	113
附录九十七 民事诉讼法司法解释	114
附录九十八 民事诉讼法司法解释	115
附录九十九 民事诉讼法司法解释	116
附录一百 民事诉讼法司法解释	117

专题一 民法总论

一、重点精讲

(一) 民事法律关系

1. 民事法律关系与其他社会关系的区别

	主体地位是否平等	是否体现民事权利义务内容
民事法律关系	是	是
行政法律关系	否	否
道德关系	是	否

【例】 林某与甲房地产经纪公司签订房屋委托购房合同,合同约定,甲公司为林某购买某小区一套住房,房价款为24万元,购房定金1万元,林某一次性支付购房款,其首付款不低于房价款30%,余款在该房屋产权转移前三日内补齐。甲公司为林某办理房屋过户手续后,林某支付8万元,余款未付。在此过程中,乙公司代为支付了7万元房款,并向甲公司出具欠条,内容为“关于林某购房我公司应付15万元整,已付7万元整,还欠8万元争取月底前一次性付完”。因乙公司未付剩余款项,甲公司将林某和乙公司诉至法院。林某和乙公司互相推诿,均认为该款应由对方支付。甲公司在诉讼中增加诉讼请求,因为剩余房款未付,其在与案外人原房主的诉讼中应支付的房屋尾款利息及负担的案件受理费应由本案被告承担。下列说法正确的是:

- A. 乙公司欠条的性质为第三人代为履行,8万元剩余房款应由林某支付
B. 乙公司欠条的性质为债务承担,8万元剩余房款

2. 民事权利的分类

(1) 非财产权、财产权与兼有两种性质的权利:

	主要类型	能否转让、抛弃	受侵害能否主张精神损害赔偿
非财产权	人格权、身份权	不可以	可以
财产权	物权、债权、知识产权	可以	一般不可以,例外者为具有人格象征意义的特定纪念物品,因侵权行为而永久性灭失或者毁损
兼有两种性质的权利	继承权、股权	视具体情况而定,如继承权不得转让,但股权可以转让	不可以

应由乙公司支付

C. 乙公司欠条的性质为保证担保,8万元剩余房款应由林某和乙公司连带支付

D. 甲公司有权请求被告承担其应支付给原房主的尾款利息和案件受理费

【答案及解析】 B。第三人代为履行和债务承担对第三人和债务人的责任方面存在很大不同,本案的特殊之处在于第三人直接向债权人出具了欠条,承诺偿还债务人所欠的金钱债务,且数目完整、日期清晰。第三人以自己的名义承担了债务人的债务,且对原合同中还款期限予以变更,都得到了债权人的同意,其行为应认定为债务承担。在债务承担中,原债务人退出了债的关系,不对承担人的履行承担保证责任,故8万元剩余房款应由乙公司支付,林某不负责任,B选项正确,A选项错误。C选项的错误在于,乙公司自始至终没有表示作为林某还款担保人的意思,故认定其为保证人实属牵强。本题还涉及违约责任中赔偿损失的范围问题,即对于甲公司在另案中所承担的违约责任是否包括在本案违约责任范围之内。由于在林某及乙公司与甲公司的协议中均未对此进行约定,而甲公司与原房主的合同与本案合同无关,基于合同相对性原理,该责任应由甲公司自担,故D选项错误。

【真题验证】 关于民事法律关系,下列哪一选项是正确的?①(2008年试卷三第1题)

- A. 民事法律关系只能由当事人自主设立
B. 民事法律关系的主体即自然人和法人
C. 民事法律关系的客体包括不作为
D. 民事法律关系的内容均由法律规定

(2) 支配权、形成权、请求权与抗辩权

支配权	具有排他性,义务人负消极不作为义务,一般不受时间限制,如人身权、物权,但知识产权受时间限制
形成权	往往具有从属性,从属于某种法律关系或者某种行为,如抵销权以享有合同债权为前提,处分权人对无权处分行为的追认以特定的法律关系存在为前提。一般受除斥期间的限制。形成权不存在对应的义务,此点区别于支配权和请求权。如撤销权、追认权、抵销权、解除权
请求权	请求权具有相对性,其内容包括主体的相对性、内容的相对性和效力的相对性,这是请求权区别于支配权的最本质的特征。以基础权利存在为前提,又可分为债权请求权、物权请求权、知识产权请求权、人格权请求权和身份权请求权等。一般受时间限制,但存在例外
抗辩权	抗辩权与请求权的关系在于,抗辩权的行使以请求权的行使为条件;抗辩权与形成权的共同点在于,通过单方意志影响法律关系的命运,不同之处在于,抗辩权为消极性权利,意在阻止请求权的行使,以维护既有的法律关系,而形成权则为积极性权利,通过积极行为变更或者消灭现有的法律关系;抗辩权不受时效期间限制;抗辩权不得单独转让,需随基础法律关系的转让而转让(如《合同法》第85条);抗辩权可因抛弃而消灭,抛弃既可以明示,也可以默示,如通过积极行为表明抛弃抗辩权

【真题验证】 关于民事权利,下列哪些选项是正确的?^②(2008年试卷三第51题)

A. 甲公司与乙银行签订借款合同,乙对甲享有的要求其还款的权利不具有排他性

B. 丙公司与丁公司协议,丙不在丁建筑的某楼前建造高于该楼的建筑,丁对丙享有的此项权利具有支配性

C. 债权人要求保证人履行,保证人以债权人未对主债务人提起诉讼或申请仲裁为由拒绝履行,保证人的此项权利是抗辩权

D. 债权人撤销债务人与第三人的赠与合同的权利不受诉讼时效的限制

(3)绝对权与相对权。绝对权的特征有二:一是权利上的利益是直接实现的,无须义务人的协助;二是义务主体为不特定的任何人。人身权、知识产权、物权均属于绝对权。相对权的特征也有二:一是权利的实现须通过相对人的协助,否则无法实现;二是义务主体为特定的人,权利人只能请求特定的人履行义务。债权为典型的相对权。

(4)主权利与从权利。二者区分的意义在于,从权利的变动,原则上依附于主权利;主权利的变动,则不受从权利的影响。

(5)既得权与期待权。权利人尚未现实取得而于将来可能取得的权利,称为期待权,如附条件的民事行为产生的权利、继承开始前继承人的权利、保险合同受益人的权利等。期待权的特征和意义在于:第一,期待权是一种未来的或然性权利;第二,期待权是一种法律保护的利益;第三,期待权包括约定产生的期待权和法定的期待权。

3. 民事权利的行使与保护

(1)民事权利的行使。民事权利赋予民事主体以法律保护之利益,唯民事主体在行使自己之权利时须遵守相应的原则与规则,不得滥用权利,更不得损害他人的合法权益。

【例】 张某购买一套商品房,该房共有两间浴室,最大一间面积为10平方米,现张某拟在该浴室安装一个特大的浴缸,该浴缸占地面积为8.6平方米,开口面积为9.8平方米,装满水后重量达到4吨左右。经检测,该浴缸的安装将危及该楼的安全。请问,张某的行为违反了民法中的哪一项基本原则?

- A. 公平原则 B. 平等原则
C. 禁止权利滥用原则 D. 自愿原则

【答案及解析】 C。任何权利均有一定界限,没有不受任何限制的权利。行使权利超出了一定界限而损害他人权益或者公共利益的,是权利滥用。一般认为,构成权利滥用需具备三个条件:一是当事人有权利存在;二是权利人有行使权利的行为;三是当事人的行为有滥用权利的违法性。本题中,张某对其所购买的商品房享有房屋所有权,但该所有权的行使应当不违反社会公共利益,不损害他人利益,否则即构成权利滥用。张某所拟安装的浴缸将危及整幢大楼的安全,属于滥用其权利的行为。故本题正确选项为C。应当注意的是,滥用权利的后果并不相同,而应区别对待。权利人虽滥用权利,但其原有权利并不丧失,例如本题中,张某虽不得安装该巨型浴缸,但并不丧失其对该房屋的所有权,基于其所有权,张某可以使用或者转让该房屋。

(2)民事权利的保护。民事主体的权利受到侵害可以通过自力救济和公力救济获得保护。自力救济包括正当防卫、紧急避险和自助行为。

正当防卫	①存在不法侵害行为,且该不法侵害行为现实地危害着防卫人的合法利益,或他人的合法利益,如不采取防卫措施必将使合法权益或公共利益遭受损害; ②必须针对不法侵害行为人为本人实施防卫措施; ③防卫措施必须适当,不能超过必要的限度
------	---

续表

紧急避险	①发生了现实的和紧急的危及民事主体合法权益的意外情况; ②不能超过必要的限度; ③紧急避险后须对受损人给予合理的补偿
自助行为	①为保护自己的权利; ②形势紧迫来不及请求公力救济; ③采取的手段适当; ④事后及时请求有关国家机关处理

特别要注意自助行为与侵权行为,以及行使抗辩权的区别:侵权行为须满足侵权行为的构成要件,如一般侵权行为的构成要件包括违法行为、主观过错、损害结果和因果关系。行使抗辩权以请求权的行使为前提,是对抗请求权的权利。

【真题验证】甲在乙经营的酒店进餐时饮酒过度,离去时拒付餐费,乙不知甲的身份和去向。甲酒醒后回酒店欲取回遗忘的外衣,乙以甲未付餐费为由拒绝交还。对乙的行为应如何定性?^③(2005年试卷三第6题)

- A. 是行使同时履行抗辩权
 - B. 是行使不安抗辩权
 - C. 是自助行为
 - D. 是侵权行为
4. 民事义务

民事义务以行为的方式不同,可分为作为义务与不作为义务。作为义务,即义务人必须为一定行为,以不作为为义务之违反;不作为义务,即义务人必须不为一定行为,以作为为义务之违反。权利与义务常相对应、关联,但在某些情况下,也有无义务的权利和无权利的义务。如形成权,即属于无义务的权利。合同当事人发生不可抗力时的通知义务,即为无权利的义务。

5. 民事责任

民事责任以补偿受害人所受损失为主要目的,且可以由当事人在法律允许的范围内协商赔偿的数额和承担责任的形式,此点区别于刑事责任。刑事责任一般不能通过当事人协商得以承担,有关规避法律制裁的协议属于无效协议。民事责任既包括过错责任,也包括无过错责任。

【真题验证】甲被乙打成重伤,支付医药费5万元。甲与乙达成如下协议:“乙向甲赔偿医药费5万元,甲不得告发乙。”甲获得5万元赔偿后,向公安机关报案,后乙被判刑。下列哪一选项是正确的?^④(2007年试卷三第2题)

- A. 甲、乙之间的协议有效
- B. 因甲乘人之危,乙有权撤销该协议
- C. 甲、乙之间的协议无效
- D. 乙无权要求甲返还该5万元赔偿费

(二)自然人

1. 自然人的民事权利能力

(1)自然人的民事权利能力始于出生,终于死亡。对出生的认定:自然人出生时间以户籍证明为准;没有户籍证明的,以医院出具的出生证明为准;没有医院证明的,参照其他有关证明认定。

(2)胎儿利益的保护。其一,胎儿在母体中因侵权行为而流产,或者成为死体,只能由母亲以自身受到损害为由提出侵权损害赔偿;其二,胎儿受到侵害后出生,身体或器官受到损害的,除母亲可因损害提出损害赔偿外,胎儿还可作为独立的诉讼主体提出损害赔偿。

【例】张某系一孕妇,家住峰顶家园,某日,张某在晚饭后下楼散步时,被从楼里突然闯出的一条狗吓了一跳,不慎流产,且为此身体健康受损和支付一定医药费。经查,该狗系李某家所养,该狗为一条体型庞大、形象凶猛,但实际上很温驯的牧羊犬,当时没有按照小区物业公司的要求配戴狗链。对损害赔偿,发生争议。下列说法正确的有:

- A. 张某所受损害应由李某和物业公司共同承担赔偿责任
- B. 张某有权请求李某赔偿因胎儿流产造成的财产损失
- C. 张某有权请求李某赔偿因胎儿流产造成的精神损害
- D. 张某之夫有权请求李某赔偿因胎儿流产造成的精神损害

【答案及解析】BC。根据《民法通则》第127条的规定,饲养的动物造成他人损害的,动物饲养人或者管理人应当承担民事责任;由于受害人的过错造成损害的,动物饲养人或者管理人不承担民事责任;由于第三人的过错造成损害的,第三人应当承担民事责任。本题中,李某饲养的狗造成张某损害,应承担赔偿责任。物业公司对此并无过错,故不承担赔偿责任,A选项错误。张某支付了医药费乃财产损失,因流产而健康受损可请求精神损害赔偿,故BC选项正确。由于胎儿尚未出生,故不具有民事权利能力,不为自然人,故张某之夫无权对胎儿流产主张精神损害赔偿,D选项错误。

(3)死者的人格及遗体、遗骨的保护。死者已不具有民事权利能力,不能作为民事权利和民事义务的承受者,故死者不为权利主体和义务主体。但对死者人格及遗体、遗骨的侵害,可令死者的近亲属遭受精神痛苦,应予以救济。

【例】张某与王某系邻居,但双方经常为琐事争吵,因而结仇。张某因心脏病死后,其子女依当地风俗土葬了张某。王某因对张某依然怀恨在心,某日,王某偷偷进入张某墓地,将张某的遗体毁坏,以泄恨。张某的子女得知后,十分痛苦,并将王某诉至法院。对此,下列表述中,正确的是:

- A. 王某的行为属于不道德的行为,应受道德谴责,但不应承担法律责任

B. 由于张某已死亡,不具有民事主体资格,故王某的行为不构成侵权行为

C. 张某的子女有权要求王某赔偿损失,包括精神损害

D. 王某的行为构成对张某身体权的侵害,应承担侵权责任

【答案及解析】 C。自然人的民事权利能力始于出

2. 自然人的民事行为能力

	具体内容	行为效力
完全民事行为能力人	(1) 年满 18 周岁的自然人; (2) 视为完全民事行为能力人	一般行为均有效,法律另有规定的除外,如结婚需男年满 22 周岁,女年满 20 周岁
限制民事行为能力人	(1) 10 周岁以上的未成年人; (2) 不能完全辨认自己行为的精神病人	(1) 有效行为:与年龄、智力状况相适应的民事行为;纯获利益的行为;经法定代理人同意的行为。 (2) 效力未定行为:与年龄、智力状况不相适应的合同行为。 (3) 无效行为:与年龄、智力状况不相适应的单独行为
无民事行为能力人	(1) 10 周岁以下的未成年人; (2) 完全不能辨认自己行为的精神病人	(1) 有效行为:与生活密切相关的细小行为;纯获利益的行为。 (2) 无效行为:除有效行为以外的其他行为

【例】 陆某(17 岁,在校学生)按其母亲丁某的嘱咐,持外币至甲银行的某储蓄所,并以陆某的户名在储蓄存款凭条上填写了存期 2 年,金额 1500 元(美元)后,连同现金交给该所接柜员刘某,之后刘某将铜牌一枚发给陆某,陆某即持铜牌等候。当陆某听见刘某呼叫自己所持的铜牌号时,便将铜牌交给刘某,刘某将钱款退还陆某并告知此款比其在存款凭条上所填金额少 300 美元。陆某清点后回家告知父母,并随丁某前往交涉,但与刘某未能达成一致。遂诉至法院,要求返还 300 美元。问题:陆某持外币前往存款的行为是否有效?

A. 有效

B. 无效

C. 效力未定

D. 可撤销

【答案及解析】 A。本案中,陆某年满 17 周岁,为限制民事行为能力人,对于存款行为即使是陆某的个人行为,也应认定是与其年龄、智力状态相适应的行为。而陆某按其母之嘱咐前往存款,应认为得到其法定代理人的同意,该存款行为应为有效行为无疑。

3. 自然人的住所

住所认定的一般问题	(1) 户籍所在地为住所地; (2) 户籍所在地与经常居住地不一致的,以经常居住地为住所地
住所认定的特殊问题	(1) 经常居住地为连续居住满一年以上的地方,住院除外; (2) 自然人于户籍所在地迁出后至迁入前无经常居住地的,仍以其原户籍所在地为住所; (3) 未成年人和精神病人的住所以其监护人的住所为住所

生,终于死亡。自然人死亡后,不具有民事权利能力,不享有民事权利,但侵害死者人格和尸体的,其近亲属可主张精神损害赔偿。依《精神损害赔偿解释》第 3 条第 1 款第 3 项的规定,非法利用、损害遗体、遗骨,或者以违反社会公共利益、社会公德的其他方式侵害遗体、遗骨,其近亲属因此遭受精神痛苦的,有权请求精神损害赔偿。

【例】 王某和刘某结婚后,生有一子王甲,后王某和刘某离婚,经法院判决,王甲随刘某生活。王某有一所住所某区 1 号,刘某也有一所住所某区 6 号。离婚之前,王某和刘某为王甲购买了一套商品房,在某区 7 号。王甲虽然随刘某生活,但经常居住在姥姥家,其姥姥家在某区 8 号。问王甲的住所在何处?

A. 某区 1 号

B. 某区 6 号

C. 某区 7 号

D. 某区 8 号

【答案及解析】 B。未成年人以监护人的住所为住所,故王甲的住所为某区 6 号,因为刘某为王甲的实际监护人。

4. 监护

(1) 监护人的设立:

未成年人监护人的设立	① 父母是未成年人的当然监护人; ② 祖父母、外祖父母、成年兄姐是具有法定义务的监护人; ③ 其他亲属为自愿监护人; ④ 村委会、居委会、未成年人父母所在单位以及民政部门可作为单位监护人
精神病人监护人的设立	① 配偶、父母、成年子女、其他近亲属,具有监护义务; ② 关系密切的其他亲属、朋友为自愿监护人; ③ 精神病人的所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门可为单位监护人

(2) 监护人的职责:

监护人的职责	①保护被监护人的身体健康,照顾被监护人的生活; ②管理和保护被监护人的财产; ③代理被监护人进行民事活动; ④对被监护人进行管理和教育,在被监护人合法权益受到侵害或者与人发生争议时,代理其进行诉讼; ⑤被监护人致人损害,监护人承担民事责任
监护人职责的特殊问题	①只有为了被监护人的利益,才能处分被监护人的财产。擅自处分被监护人财产的行为在效力上为无效行为,在性质上为侵权行为; ②委托监护中,因被监护人的侵权行为需要承担民事责任的,应当由监护人承担,但另有约定的除外,受托人有过错的负连带责任; ③将未成年人送到学校接受教育并非将监护职责委托给学校,教育机构只对其教育和管理承担过错责任; ④在诉讼中,监护人以法定代理人的身份出现,而不是以诉讼当事人的身份出现

【例】 某甲出差将6岁儿子某乙托邻居某丙照看。一日,某丙在家中饮酒,让某乙也与之同饮,某乙酒醉将隔壁小孩打伤,医药费近千元。这一损失应由:

- A. 某丙承担,可责令某甲适当赔偿
- B. 某甲承担,某丙负连带责任
- C. 某甲承担,若某甲无力承担,由某丙承担
- D. 某丙承担,某甲不负任何责任

【答案及解析】 B。依《民通意见》第22条的规定,监护人可以将监护职责部分或者全部委托给他人。因被监护人的侵权行为需要承担民事责任的,应当由监护人承担,但另有约定的除外;被委托人确有过错的,负连带责任。本题中,甲将自己的儿子委托给邻居丙照看,双方对监护责任的承担未进行约定,因对某乙致人损害,某丙存在过错,故应由某甲承担责任,某丙负连带责任。

【真题验证】 小甲6岁,父母离异,由其母抚养并与之共同生活。某日,小甲在幼儿园午餐时与小朋友小乙发生打斗,在场的带班老师丙未及时制止。小甲将小乙推倒在地,造成骨折,花去医药费3000元。小乙的父母欲以小甲的父母、幼儿园及丙为被告,要求赔偿。下列表述哪些是正确的?^⑨(2004年试卷三第60题)

- A. 小甲之母应承担赔偿责任
- B. 小甲之父应承担连带赔偿责任
- C. 幼儿园应给予适当赔偿
- D. 丙应承担连带责任

5. 宣告失踪与宣告死亡

宣告失踪	宣告失踪的条件与程序	(1)下落不明满2年; (2)利害关系人的申请; (3)人民法院的受理与公告。公告期为3个月
	宣告失踪的后果	(1)为失踪人设置财产代管人; (2)财产代管人代失踪人履行义务
宣告死亡	宣告死亡的条件与程序	(1)下落不明满4年,意外事故满2年; (2)利害关系人的申请; (3)人民法院的受理与公告。公告期为1年,意外事故情形公告期为3个月
	宣告死亡的后果	(1)财产依法继承; (2)婚姻关系归于消灭
	死亡宣告被撤销的后果	(1)婚姻关系:配偶未再婚的,自行恢复;配偶已再婚,不论是否离婚,或配偶他方死亡,均不能自行恢复; (2)通过继承取得财产的人返还财产,原物已被第三人合法取得的,予以适当补偿; (3)子女被他人收养的,不得仅以送养未经其同意为由主张收养无效

【例】 张某被宣告死亡后,其两间房屋被其父亲继承,一辆小货车由其妻子继承。其妻改嫁王某,王某在使用小货车运输过程中出现车祸,车毁人亡,货车被送至李某处修理,因未支付修理费被扣留。此时,张某回到家乡。经查,两间房屋一直出租给赵某居住,租期已过,赵某一直继续占用。因返还财产引起纠纷,下列判断正确

的是:

- A. 张某有权请求赵某返还两间房屋
- B. 张某有权请求其父亲返还房屋租金
- C. 修理费属于张某夫妻共同债务,张某有义务偿还该修理费
- D. 张某有权请求李某返还小货车,但应支付修理费

【答案及解析】 AB。《民通意见》第40条规定：

“被撤销死亡宣告的人请求返还财产，其原物已被第三人合法取得的，第三人可不予返还。但依继承法取得原物的公民或者组织，应当返还原物或者给予适当补偿。”赵某承租张某父亲继承的张某的房屋，租期已过却一直占用，属于非法占有，张某有权请求赵某返还房屋，A选项正确。返还财产包括返还原物和孳息，房屋租金属于房屋的法定孳息，故张某父亲应将房屋租金返还张某，B选项正确。张某之妻应将小货车返还给张某，现小货车被李某留置，因李某并未取得小货车的所有权，故张某作为所有权人有权请求李某返还小货车。由于李某扣留货车系行使留置权，故张某虽有权请求其返还小货车，但李某有权拒绝返还。支付修理费是承揽合同中定作人的义务，张某与李某之间并不存在合同关系，故张某无需支付修理费，D选项错误。如果张某愿意支付修理费，则属于代为履行，张某有权请求张某之妻返还修理费。《民通意见》第37条规定：“被宣告死亡的人与配偶的婚姻关系，自死亡宣告之日起消灭。死亡宣告被人民法院撤销，如果其配偶尚未再婚的，夫妻关系从撤销死亡宣告之日起自行恢复；如果其配偶再婚后又离婚或者再婚后配偶又死亡的，则不得认定夫妻关系自行恢复。”张某之妻已再婚，虽其配偶又死亡，但其夫妻关系不得认定自行恢复，故在张某被宣告死亡期间张某之妻使用货车产生的修理费非属于夫妻共同债务，C选项错误。

6. 个人合伙

(1) 合伙人的认定。

合伙人是根据合伙协议，共同出资、共同经营、共享收益、共担风险的人。但这不是绝对的，在合伙协议上，当事人之间没有书面合伙协议，又未经工商行政管理部门核准登记，但具备合伙的其他条件，又有两个以上无利害关系人证明有口头合伙协议的，人民法院可以认定为合伙关系。在共同经营上，自然人按照协议提供资金或者实物，并约定参与合伙盈余分配，但不参与合伙经营、劳动的，或者提供技术性劳务而不提供资金、实物，但约定参与盈余分配的，视为合伙人。

(2) 合伙财产：

合伙财产的构成	①合伙人的出资：货币、实物、知识产权、土地使用权或者其他财产权利，也可以是劳务； ②合伙经营取得的财产
合伙财产的保全	①一般情况下，合伙人不得请求分割合伙财产； ②向合伙人以外的人转让合伙财产份额的，应经其他合伙人一致同意。其他合伙人在同等条件下有优先购买权； ③合伙人用合伙财产份额出质的，应经其他合伙人一致同意。未经其他合伙人一致同意的，其行为无效

(3) 合伙事务执行：

①合伙人对执行合伙事务享有同等的权利；

②合伙人负有竞业禁止义务：不得自营或者为他人经营与其所在合伙相竞争的业务，除合伙协议另有约定或者经全体合伙人一致同意，不得与合伙从事交易；

③合伙对合伙人执行合伙事务或者对外代表合伙的权限予以限制的约定，不得对抗善意第三人。

(4) 合伙债务承担：

合伙债务的外部承担	合伙人对合伙债务负连带无限责任
合伙债务的内部承担	①首先根据合伙协议约定； ②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，由合伙人按照实缴出资比例分配、分担； ③无法确定出资比例的，由合伙人平均分配、分担

【真题验证】

甲、乙因合伙经商向丙借款3万元，甲于约定时间携带3万元现金前往丙家还款，丙因忘却此事而外出，甲还款未果。甲返回途中，将装有现金的布袋夹放在自行车后座，路经闹市时被人抢夺，不知所踪。下列哪一选项是正确的？^⑥（2008年试卷三第4题）

- A. 丙仍有权请求甲、乙偿还3万元借款
- B. 丙丧失请求甲、乙偿还3万元借款的权利
- C. 丙无权请求乙偿还3万元借款
- D. 甲、乙有权要求丙承担此款被抢夺的损失

(5) 入伙与退伙：

入伙	①入伙应经全体合伙人一致同意； ②入伙人对合伙享有与其他合伙人同样的权利，并承担同样的义务
退伙	①退伙有法定退伙、除名退伙和声明退伙； ②退伙人退伙后，对其参加合伙期间的全部债务仍负连带责任

【真题验证】

甲、乙、丙各出资5万元合伙开办一家餐馆，经营期间，丙提出退伙，甲、乙同意，三方约定丙放弃一切合伙权利，也不承担合伙债务。下列选项哪一个正确的？^⑦（2004年试卷三第2题）

- A. 丙退伙后对原合伙的债务不承担责任
- B. 丙退伙后对原合伙的债务仍应承担连带清偿责任
- C. 丙退伙后对原合伙的债务承担补充责任
- D. 丙退伙后仍应以其出资额为限对原合伙债务承担清偿责任

(三) 法人

1. 法人的概念、特征、分类

(1) 法人的概念与特征。法人是独立的组织，享有

独立财产,并独立承担责任。独立组织是指法人具有独立的法律人格,它能以自己的名义参与各种民事法律关系,在诉讼中以自己的名义作为当事人。独立财产是指法人的财产为法人所有,它与出资者、法定代表人、工作人员的财产彼此分离。独立责任是指法人以自己所有的全部财产承担责任,而不要求其出资者、法定代表人、工作人员负连带责任。法人责任既非有限责任,也非无限责任。

【真题验证】 德胜公司注册地在萨摩国并在该国设有总部和分支机构,但主要营业机构位于中国深圳,是

(2)法人的分类:

《民法通则》中的分类	企业法人、机关法人、事业单位法人、社会团体法人	①性质不同:企业法人为营利法人,机关法人、事业单位法人和社会团体法人均不以营利为目的。 ②财产或者经费来源不同:企业法人的财产或者是国家授权其经营管理的财产,或者是投资者投入的财产,或者是营利形成的财产;机关法人的经费来源于财政拨款;事业单位法人和社会团体法人的财产和经费来源于国家财政拨款及自筹资金等。 ③设立程序不同:企业法人经审批登记或者核准登记设立;机关法人依法律或者行政命令设立;事业单位法人或依法律、行政命令组建,或依登记设立;社会团体法人经登记设立
学理上的分类	公法人与私法人	①诉讼方式不同:对于公法人因行使公共权力所生争执,依行政救济程序解决,或行政复议或行政诉讼;对于私法人间所生争执,依民事诉讼程序或仲裁程序解决。 ②损害赔偿依据不同:公法人及其职员因侵权行为所生损害,依国家赔偿法或者特别规定承担责任;私法人及其职员因侵权行为所生损害,依民法规定承担责任
	社团法人与财团法人	①成立基础不同:社团法人成立基础为人,财团法人则以财产为基础。 ②设立人的地位不同:社团法人的设立人,在法人成立时为其成员;财团法人的设立人,在法人成立时与法人相脱离,不为其成员。 ③设立行为不同:社团法人的设立行为属于共同的民事行为,且为生前行为;财团法人的设立行为则为单方行为,有的为死后生效的行为。 ④有无意思机关不同:社团法人有自己的意思机关,为自律法人;财团法人无意思机关,为他律法人。 ⑤目的不同:社团法人可为营利,也可为公益;财团法人只能为公益
	营利法人与公益法人	①目的不同:营利法人以营利为目的,后者则以公益为目的。 ②设立准则不同:公益法人依特别法的规定设立,营利法人除有特别法外,依民法规定设立。 ③设立程序不同:营利法人的设立,除有特别规定外,一般不需要得到主管机关的许可;公益法人则必须得到这种许可后才能设立。 ④法律形式不同:营利法人只能采取社团法人的形式,公益法人既可以采取社团法人形式,也可以采取财团法人形式

【真题验证】 关于事业单位法人,下列哪些选项是错误的?®(2007 年试卷三第 52 题)

- A. 所有事业单位法人的全部经费均来自国家财政拨款
- B. 具备法人条件的事业单位从成立之日起取得法人资格
- C. 国家举办的事业单位对其直接占有的动产享有所有权
- D. 事业单位法人名誉权遭受侵害的,有权诉请精神

一家由台湾地区凯旋集团公司全资设立的法人企业。由于决策失误,德胜公司在中国欠下 700 万元债务。对此,下列哪一选项是正确的?®(2008 年试卷三第 2 题)

- A. 该债务应以深圳主营机构的全部财产清偿
- B. 该债务应以深圳主营机构和萨摩国总部及分支机构的全部财产清偿
- C. 无论德胜公司的全部财产能否清偿,凯旋公司都应承担连带责任
- D. 当德胜公司的全部财产不足清偿时,由凯旋公司承担补充责任

损害赔偿

2. 法人的能力

法人的民事权利能力	(1)法人的民事权利能力,始于成立,终于消灭; (2)法人不同于自然人,不享有基于自然人的自然属性而享有的权利,如肖像权、身体权、生命权,法人不享有继承权,但可作为受赠赠人
-----------	---

续表

法人的民事行为能力	(1)法人的民事行为能力与法人的民事权利能力同时取得,同时终止,且范围一致; (2)法人的民事行为能力由法人机关或其代表人实现; (3)企业法人超越经营范围签订合同,除违反国家限制经营、特许经营以及法律、法规禁止经营的外,合同有效
法人的民事责任能力	(1)法人具有民事责任能力; (2)法人承担民事责任的要件:①须有侵害他人的侵权行为;②须因法人的代表人或其他工作人员的行为;③须因执行职务的行为所发生

【例】蓝天有限责任公司经理刘某派工作人员王某去邮局寄送急件,王某为赶去邮局,向正到公司办事的好友张某借用其摩托车。在去邮局的途中,王某出了车祸,不仅摩托车报废,而且还致一行人高某重伤。经交通管理部门事故鉴定,是因为王某超速行驶而撞伤行人高某,后又撞在一石头护栏上致使摩托车损坏。于是,张某、高某向法院提起诉讼,要求蓝天有限公司承担赔偿责任。对于本案的处理,下列表述正确的是:

- A. 张某摩托车的损失应由王某承担
- B. 张某摩托车的损失应由蓝天有限责任公司承担
- C. 高某的损害应由王某承担
- D. 高某的损害应由蓝天有限责任公司承担

【答案及解析】AD。本案涉及两个行为,第一个是王某借用他人摩托车的行为;第二个是王某骑车撞人的行为。正是由于上述两种行为的性质不同,张某的摩托车损失应由谁赔偿才存在两种观点。第一种观点认为,王某向张某借用摩托车,是为了给公司送信,其行为虽然不是得到授权的行为,也不是直接与法人目的的实现有关的行为,但该行为仍然与执行职务相联系,因此,依据与执行职务相联系的观点,该损失应由蓝天公司承担。第二种观点认为,王某向张某借用摩托车的行为不是以公司的名义进行的,而是以自己的名义进行的,也未得到公司的授权。该行为与执行职务没有本质的关联,在外观上不具有执行职务的特征,依社会共同经验也难以认定其行为与执行职务相关联,因此,其借用行为应属个人行为。因个人行为造成的损失,应由其个人承担。本书作者认为第二种观点更符合我国现行法律的本意。至于高某的损害应由谁承担责任,依据执行职务说,该损害是王某执行职务过程中因侵权行为而发生的损害,故该损害应由蓝天公司承担。

【真题验证】关于企业法人对其法定代表人行为承担民事责任的下列哪一表述是正确的?^⑩(2006年试卷三第3题)

- A. 仅对其合法的经营行为承担民事责任
- B. 仅对其符合法人章程的经营行为承担民事责任
- C. 仅对其以法人名义从事的经营行为承担民事责任

任

- D. 仅对其符合法人登记经营范围的经营行为承担民事责任

3. 法人机关

法人机关不是一种独立的法律主体,其本身并非民事权利的享有者或民事义务的承担者,更不是民事责任的承担者,而是作为法人内部结构的一个重要组成部分而存在。但法人机关与法人的职能部门不同:法人机关实施的行为是具有私法上效果的行为,法人的职能部门虽履行一定的法人职责,但其所实施的行为与作为民事主体的法人所参加的民事权利义务关系无涉,不产生私法上的效果。

【真题验证】下列关于法人机关的表述哪些是正确的?^⑪(2005年试卷三第51题)

- A. 法人机关无独立人格
- B. 财团法人没有自己的意思机关
- C. 法人的分支机构为法人机关的一种
- D. 监督机关不是法人的必设机关

4. 法人的成立、变更与终止

法人的成立	法人成立的条件是:(1)依法成立,包括法人的设立目的合法和设立程序合法。 (2)有必要的财产和经费。是否具备必要的财产和经费,依具体法律规定。 (3)有自己的名称、组织机构和场所。 (4)能够独立承担民事责任
法人的变更	(1)法人变更包括法人的合并与分立,以及法人其他重大事项的变更。法人的变更应向登记机关办理变更登记,并公告。 (2)法人变更后,其债权债务由变更后的法人概括承受,但经与债权人约定的除外
法人的终止	(1)法人的终止原因主要有依法被撤销、解散、破产等。 (2)法人发生终止原因时应依法进行清算,清算组代表法人起诉或应诉,为诉讼中的主体。 (3)法人的消灭时间为办理注销登记的时间

【例】甲公司分立为乙公司和丙公司。在分立过程中,乙公司和丙公司对甲公司所欠丁、戊、己、庚的债务达成协议。乙公司承担丁、戊的债务,丙公司承担己、庚的债务,该协议经过了丁、戊、己、庚的同意。后因丙公司无力承担己、庚的债务,己、庚向乙公司请求偿还债务而发生纠纷。现问乙公司和丙公司达成的债务承担协议效力如何?

- A. 该协议无效 B. 该协议有效
C. 该协议可撤销 D. 该协议效力未定

【答案及解析】 B。在法人分立后的债务承担问题上,债权人与债务人有协议的,依照该协议,没有协议的,

应由变更后的法人承担连带责任。本题中,甲公司分立为乙公司和丙公司,乙公司和丙公司对甲公司的债务承担达成了协议,且该协议经过债权人同意,对债权人具有效力。

(四)物与有价证券

物	动产与不动产	1. 物权变动的要件不同:动产为占有,不动产为登记。 2. 物权类型不同。 3. 诉讼管辖不同:不动产为专属管辖
	流通物与限制流通物	1. 流通性不同。 2. 专属于国家所有的财产包括矿藏、水流、海域、城市的土地、野生动物资源、无线电频谱资源
	特定物与种类物	物意外灭失的法律后果不同:特定物在交付前意外灭失,免除交付人的交付义务,种类物在交付前意外灭失的,则不免除交付人的交付义务
	可分物与不可分物	共有财产属于不可分物的,在分割共有物时应采取变价分割、作价补偿的方式,以维护物的经济价值
	消耗物与不可消耗物	作为继续性法律关系客体的只能为不可消耗物,如租赁
	有主物与无主物	无主物一般归国家所有,例外者有二:一是无人继承又无人受遗赠的遗产,死者生前是集体经济组织的,归集体经济组织所有;二是自然人可依习惯取得一些无主物的所有权
	主物与从物	1. 从物应具备的条件:从物之使用目的应具有永久性,从物与主物同属于一人,从物须具有独立性,须交易上视为从物。 2. 除当事人另有约定外,主物转让的,从物随主物转让。 3. 在买卖合同中,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
	原物与孳息	1. 孳息属于原物产生的收益,可分为天然孳息和法定孳息。应注意孳息须与原物分离,未分离的为整体与部分的关系,而非孳息与原物的关系。 2. 除当事人另有约定外,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;法定孳息,则按习惯取得
有价证券	货币	1. 货币的所有权规则:货币的占有与所有权同一,对货币的占有即对货币的所有。 2. 货币所有权规则的例外:(1)货币的辅助占有,如出纳对单位现金的占有;(2)以封金形式特定化而设定质权的货币,如《担保法解释》第85条规定中的封金;(3)某些专用资金账户中的钱款,如保证金账户、信托资金账户中的钱款
	票据、债券、仓单、提单、股票	1. 证券权利与证券本身不可分离,证券权利的行使不能离开证券; 2. 证券的债务人是特定的,即证券的权利人只能向证券上记载的债务人请求实现债权; 3. 证券的债务人的支付是单方义务,债务人不得请求权利人支付相应对价

【例】 甲向乙借款,将自己一匹受孕的母马出质于乙。在质权存续期间,母马生下小马驹,因甲到期无力还款,乙欲行使质权,就行使质权的范围等问题双方发生纠纷。对此,下列表述正确的有:

- A. 小马驹的所有权归甲
B. 小马驹的所有权归乙
C. 乙有权对小马驹主张质权
D. 乙只能对母马主张质权

【答案及解析】 AC。甲将母马出质于乙,甲与乙之间形成质权关系,在质权关系中,当事人对孳息未有约定的,质权人享有孳息收取权,而不享有孳息的所有权,孳息的所有权为出质人享有,因此,小马驹的所有权归甲。

在质权存续期间,质权人享有孳息收取权,且可以将所收取的孳息用于冲抵债权,故乙有权对小马驹主张质权。

【真题验证】 下列各选项中,哪些属于民法上的孳息?^⑩(2005年试卷三第52题)

- A. 出租柜台所得租金
B. 果树上已成熟的果实
C. 动物腹中的胎儿
D. 彩票中奖所得奖金

(五)民事法律行为

1. 民事行为与民事法律行为

(1)民事行为与民事法律行为的联系。

民事行为是以意思表示为要素发生民事法律后果的

行为。这种行为包括民事法律行为、无效民事行为、可变更或可撤销的民事行为、效力未定的民事行为,但不包括侵权行为、违约行为、无因管理行为等事实行为。民事行为是民事法律行为的上位概念。民事法律行为是民事主体设立、变更、终止民事权利和民事义务的合法行为。民事法律行为具有下列特征:①应是民事主体实施的以发生民事法律后果为目的的行为;②应是以意思表示为构成要素的行为;③应是合法行为。

(2) 民事行为与事实行为的区别。

事实行为,是指行为人不具有设立、变更或消灭民事法律关系的意图,但依照法律规定能引起民事法律后果的行为。民事行为与事实行为的主要区别是:①民事行为以意思表示为其必备要素;而事实行为完全不以意思表示为其必备要素,当事人实施行为的目的并不在于追求民事法律后果。②民事行为依行为人的意思表示的内容而发生效力;而事实行为依法律规定而直接产生法律后果。③民事行为的本质在于意思表示,而不在于事实

构成;而事实行为只有在行为人的客观行为符合法定构成要件时,才发生法律规定的后果。④民事行为以行为人具有民事行为能力为生效条件;而事实行为的构成不要求行为人具有相应的民事行为能力。事实行为包括无因管理行为、正当防卫行为、紧急避险行为、侵权行为、遗失物的拾得行为、埋藏物的发现行为。

(3) 民事行为与情谊行为、行政行为和准法律行为的区别。

情谊行为是指当事人因社交、帮助、道义等原因发生的,没有民法上权利义务意思内容的行为。在此情况下,不发生民法上的权利义务关系。行政行为不是平等主体之间的行为,如行政奖励行为、行政委托行为、拆迁行为、征收征用行为均为行政行为,不是民事行为。准法律行为是表意行为之一种,但其效力非基于表意人的表意,而是基于法律的规定。民事行为是基于平等主体的当事人之间的意思而发生民法上权利义务关系的行为。因此其区别于情谊行为、行政行为和准法律行为。

(4) 民事法律行为的分类:

民事法律行为	单方行为、 双方行为与 共同行为	①单方行为基于一方的意思表示即可成立和生效,如要约行为、债务免除行为、遗嘱行为、悬赏广告行为。单方行为既可以为自己设定权利,也可以为自己设定义务,但涉及第三人时,只能为其设定权利。单方行为可根据当事人单方意思表示而变更或撤销。 ②双方行为须基于双方意思表示一致方可成立。应注意某些行为既可以是单方行为,也可以是双方行为,如赠与行为、免除债务的行为、解约行为。 ③共同行为是基于各行为人同向的意思表示而成立的行为,如公司设立行为、订立公司章程行为、合伙设立行为、合伙协议订立行为、共同捐助行为、由股东进行的共同清算行为、遗产分割与处理行为、共同的财产分割与处理行为。 ④区分的意义主要在于对行为成立的要求有所不同
	财产行为与 人身行为	①财产行为是以财产或经济利益为内容,发生财产关系变动效果的行为,如物权行为、债权行为;人身行为主要是以身份利益为内容,发生身份关系变动效果的行为,如亲属行为和继承行为。 ②区分的意义有二:一是区别两类性质不同的关系进而适用不同的行为规则,如财产关系多体现公平原则,强调对价与等价有偿,人身关系多体现平等原则,强调伦理秩序;二是财产行为可适用代理,人身行为原则上不能适用代理,必须由当事人亲自为之
	有偿行为与 无偿行为	①有偿行为是指双方互为给付,各因给付而取得对方之利益的行为,如买卖、租赁等;无偿行为是指仅一方为给付,对方无须支付代价而获得利益的行为,如赠与、借用、无息借贷、无偿保管、无偿委托等。 ②区分的意义在于,无偿行为中,履行义务一方当事人的责任较有偿行为中行为人的责任要轻。如无偿保管中,保管人仅在因故意或者重大过失致使保管物毁损、灭失时,才对寄存人承担责任
	诺成性行为 与实践性行为	①行为的成立仅须双方当事人意思表示一致即可的,为诺成性行为;除当事人意思表示一致外尚须物之交付才成立的,为实践性行为。 ②区分的意义在于行为成立的时间不同
	要式行为与 不要式行为	①要式行为是指意思表示须依一定形式,或在意思表示之外尚须履行一定形式的行为;不要式行为是指无须依一定形式的行为。 ②在我国现行法中,财产行为以不要式为原则,以要式为例外;身份行为则以要式为原则。 ③未履行法定形式的后果:其一,原则上不成立,例外为在一方已经履行主要义务,且对方接受时,视为合同成立(《合同法》第36条、37条),租赁合同未履行法定形式,视为不定期租赁。其二,经补正有效。如《婚姻法解释(一)》第4条规定:“男女双方根据婚姻法第八条规定补办结婚登记的,婚姻关系的效力从双方均符合婚姻法所规定的结婚的实质要件时起算。”

民事法律行为	处分行为与负担行为	①负担行为是指发生债权债务关系的行为,又称为债权行为;处分行为是指使某种特定权利发生得丧变更的行为,可再分为物权行为与准物权行为。 ②处分行为以行为人有处分能力为有效要件,无处分能力人就权利标的物所为的处分行为,称为无权处分。无权处分,除法律另有规定外,不发生处分的效力
	有因行为与无因行为	①有因行为是指行为与其原因在法律上相互结合不可分离的行为;无因行为是指行为与其原因可以分离的行为。 ②区分的意义在于,无因行为,原因虽不存在,其行为仍有效;有因行为,如原因不存在,其行为应归于无效。 ③票据行为属于典型的无因行为,其无因性有助于票据的流通,以维护交易安全

【真题验证】 甲欠丙 800 元到期无力偿还,乙替甲 4 题)
还款,并对甲说:“这 800 元就算给你了。”甲称将来一定奉还。事后甲还了乙 500 元。后二人交恶,乙要求甲偿还余款 300 元,甲则以乙已送自己 800 元为由要求乙退回 500 元。下列哪种说法是正确的?^⑩(2006 年试卷三第

- A. 甲应再还 300 元
B. 乙应退回 500 元
C. 乙不必退回甲 500 元,甲也不必再还乙 300 元
D. 乙应退还甲 500 元及银行存款同期利息

2. 意思表示

意思表示	构成要素	(1)目的意思,是指明民事行为具体内容的意思,它是意思表示据以成立的基础。 (2)效果意思,是指意思表示人使其表示内容引起法律上效果的意思,即具有设立、变更、终止民事法律关系的意图,又称法效意思、效力意思。 (3)表示行为,是指行为人将内心意思以一定方式表现于外部,并足以外界客观理解的行为
	主要类型	(1)明示与默示。区分明示的意思表示与默示的意思表示的意义在于:有的意思表示必须是明示的,如保证人承担保证责任的意思表示必须明示;默示的意思表示必须在法律有明确规定或当事人有特别约定时才发生效力。 (2)有相对人的意思表示与无相对人的意思表示。前者如债务免除、合同解除、授予代理权等,后者如遗嘱行为、抛弃动产所有权的行为。 (3)对特定人的表示与对不特定人的表示。前者如承诺、债务免除;后者如悬赏广告。 (4)对话表示与非对话表示
	瑕疵	(1)欺诈。其构成要件是:①须有欺诈人的欺诈行为。②欺诈人必须有欺诈的故意,即行为人须有使对方受欺诈而陷入错误,并因此为意思表示的目的。③须表意人因相对人的欺诈而陷入错误。④须对方因陷入错误而为意思表示,即错误与意思表示之间有因果关系。 (2)胁迫。其构成要件是:①须胁迫人有胁迫的行为。②胁迫人须有胁迫的故意。③胁迫的本质在于对表意人的自由意思加以干涉。④须相对人受胁迫而陷入恐惧状态。⑤须相对人受胁迫而为意思表示,即表意人陷入恐惧或无法反抗的境地与意思表示之间有因果关系。 (3)乘人之危。其构成条件是:①须表意人在客观上正处于急迫需要或紧急危险的境地。②须有行为人乘人之危的故意,即相对人明知表意人正处于急迫需要或紧急危险的境地,却故意加以利用,使表意人因此而被迫作出对行为人有利的意思表示。③须有相对人实施了足以使表意为人意思表示的行为。④须相对人的行为与表意人的意思表示之间有因果关系。⑤表意人因其意思表示而蒙受重大不利。 (4)重大误解。其构成要件是:①错误是由表意人自己的原因造成的;②表意人的内心真意与表示不一致;③表意人不知其内心真意与表示不一致;④错误必须具有严重性,即足以影响表意人决定为意思表示;⑤错误是否存在,以意思表示成立之时为决定标准。动机的误解不为重大误解

【真题验证】 下列哪些情形构成意思表示?^⑪(2007 年试卷三第 51 题)

500 元

- A. 甲对乙说:我儿子如果考上重点大学,我一定请你喝酒
B. 潘某在寻物启事中称,愿向送还失物者付酬金

- C. 孙某临终前在日记中写道:若离人世,愿将个人藏书赠与好友汪某
D. 何某向一台自动售货机投币购买饮料