



2002年国家统一司法考试专用辅导教材

国家统一 司法考试指南

根据国家统一司法考试大纲权威编著

顾问 邹瑜 马原 冯锦汶 王化然

主编 常德



预测命题方向 透析命题要点

光明日报出版社

2002 年国家统一司法考试专用辅导教材

国家统一司法考试指南

第二卷

光明日报出版社

目 录

第四篇 民法学

(续)

第五章 民法通则·····	(547)
重点考核复习要点·····	(547)
配套综合测试题·····	(568)
配套综合测试题答案·····	(602)
附:司法考试必读法律法规·····	(606)

第五篇 刑法与刑事诉讼法

第一章 刑事诉讼法·····	(757)
重点考核复习要点·····	(757)
配套综合测试题·····	(804)
配套综合测试题答案·····	(838)
第二章 刑 法 学·····	(843)
重点考核复习要点·····	(843)
配套综合测试题·····	(868)
配套综合测试题答案·····	(902)
附:司法考试必读法律法规·····	(909)

第六篇 民事诉讼法与仲裁法

第一章 民事诉讼法·····	(1119)
重点考核复习要点·····	(1119)

第五章 民法通则

重点考核复习要点

一、民法概念与渊源

(一)民法的概念

我国民法,是指调整平等主体的公民之间、法人之间以及公民与法人之间的财产关系和人身关系的法律规范的总称。它是我国法律体系中的一个独立的法律部门,处于基本法的地位。

(二)民法的调整对象

中华人民共和国民法调整平等主体的公民之间、法人之间,公民和法人之间的财产关系和人身关系。我国民法调整的对象包括两种社会关系:第一是平等主体之间的财产关系,第二是平等主体之间的人身关系。

(三)民法的渊源

民法的渊源,指民法的具体表现形式。从我国现状看,民法渊源主要有:(1)宪法中的民事法律规范;(2)全国人民代表大会及其常务委员会制定法律;(3)国务院制定的行政法规;(4)地方性法规;(5)国务院部委的部门规章;(6)最高人民法院发布的司法解释;(7)国家的民事政策;(8)国家认可的民事习惯。

二、民法适用范围

(1)时间上的适用范围:《民法通则》原则上没有溯及既往的效力。《民法通则》从1987年1月1日起生效,所以,在此以前发生的民事事件或行为一般不适用《民法通则》,而仍应适用

当时的法律或政策。如果当时的法律或政策没有具体规定的,可比照《民法通则》处理。

(2)空间上的适用范围:在中华人民共和国领域内的民事活动,适用中华人民共和国法律,法律另有规定的除外。

(3)对人的适用范围:《民法通则》适用于:①我国领域内的中国公民和法人。②我国领域内的外国人、无国籍人和外国法人。但享有司法豁免权的外国人不适用我国民法;我国公民、法人专有的权利能力对外国人、无国籍人也不适用。我国民法关于法人的规定,并不当然适用于外国法人。外国法人要在我国进行民事活动,必须经过我国有关机关的批准。③中国领域外的中国公民原则上应适用居住国民法,但根据国际惯例也可适用中国民法。

我国民法在适用范围上实行以属地法为原则、属人法为辅的折衷原则。

三、民法基本原则

(一)当事人地位平等原则

当事人在民事活动中的地位平等。任何一方不得将自己的意志非法强加给对方。民事主体在民事活动中,无论其社会地位、财产状况等有无差异,均平等地享有权利、平等地承担义务,平等地受法律保护。

(二)自愿、公平、等价有偿原则

民事活动应当遵循自愿原则。自愿原则有

三方面含义:(1)当事人有依法进行某种民事活动或不进行某种民事活动的自由,他人无权干涉。(2)当事人有选择行为的相对人、行为内容和行为方式的自由。只要不违反强制性法律规定,当事人的选择受法律保护。(3)当事人有权约定解决纠纷的条款,明确发生争议后的解决方式,在涉外民事法律关系中,当事人还可以选择处理合同争议的准据法。

民事活动应当遵循公平原则。公平原则是指民事主体应依据社会公认的公平观念从事民事活动;司法机关行使裁判权时,也应体现社会正义及公共道德的要求。其具体体现为:(1)民事主体有同等的机会参加民事法律关系,行使相应的民事权利。(2)民事主体在享有权利和承担义务上不能显失公平。(3)民事主体合理承担民事责任,在通常情况下责任与过错的程度应当相适应。双方都无过错的,应由双方对损失合理分担责任。

民事活动应当遵循等价有偿的原则。除法律另有规定或者合同另有约定外,取得他人的财产利益或者得到他人的劳动服务,都应向对方支付相应的价款或酬金。民事活动中并非所有的财产流转都是等价有偿的。此外,即使是有偿的,双方的给付也不一定价值一定相等。只要是当事人自愿进行,就是法律所承认和保护的。

(三)诚实信用原则

民事活动应当遵循诚实信用的原则。它是指民事主体参加民事活动,都应当公平地考虑对方的正当利益和社会公共利益,善意地行使权利、履行义务。履行义务时考虑他方利益,行使权利时不得损害他人利益。

(四)保护公民、法人合法民事权益和禁止权利滥用原则

公民、法人的合法的民事权益受法律保护,任何组织和个人不得侵犯。保护公民、法人合法民事权益,并不等于“权利绝对”,也就是说不容许权利人在行使自己的权利时可以不顾国家法律、社会公德、社会利益,甚至去损害他人的合法权益。

四、公民(自然人)

(一)公民的民事权利能力

民事权利能力是指法律赋予公民享有民事权利和承担民事义务的资格。公民从出生时起到死亡时止具有民事权利能力,依法享有民事权利,承担民事义务。我国公民的民事权利能力一律平等,都因出生开始、因死亡终止。在司法实践中,出生的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。

(二)公民的民事行为能力

民事行为能力是指法律确认公民以自己的行为行使民事权利和设定民事义务,并且能够对自己的违法行为承担民事责任的资格。享有民事行为能力以享有民事权利能力为前提。

根据年龄和智力状况的不同,公民的民事行为能力分为3类:

(1)完全民事行为能力:①18周岁以上的公民是成年人,具有完全民事行为能力,可以独立进行民事活动,是完全民事行为能力人;②16周岁以上不满18周岁的公民,以自己的劳动收入为主要生活来源的,视为完全民事行为能力人。

(2)限制民事行为能力:①10周岁以上的未成年人是限制民事行为能力人,可以进行与他的年龄、智力相适应的民事活动;其他民事活动由其法定代理人代理,或征得其法定代理人同意后进行;②不能完全辨认自己行为的精神病人是限制民事行为能力人,可以进行与其精神健康状况相适应的民事活动;其他民事活动由其法定代理人代理,或征得其法定代理人同意后进行;③限制民事行为能力人的监护人是其法定代理人。

(3)无民事行为能力:①不满10周岁的未成年人是无民事行为能力人,由其法定代理人代理民事活动;②不能辨认自己行为的精神病人是无民事行为能力人,由其法定代理人代理民事活动;③无民事行为能力人的监护人是其

法定代理人。

(4)例外规定:①无民事行为能力人、限制民事行为能力人进行的纯粹受益、没有损害的行为如接受奖励、赠与、报酬,他人不得以行为人无民事行为能力、限制民事行为能力为由,主张以上行为无效;②当事人虽然属于完全民事行为能力人,但在神志不清状态下所为的民事行为仍然无效。

(三)监护

监护是为保护无民事行为能力人和限制民事行为能力人的人身、财产及其他合法权益,而由特定的公民、组织对其人身、财产及其他合法权益进行监督、管理和保护。

(1)对未成年人的监护:未成年人的父母是未成年人的监护人。未成年人的父母已经死亡或没有监护能力的,则按下列顺序确定其中有监护能力的人担任监护人:①祖父母、外祖父母;②兄、姐;③关系密切的其他亲属、朋友愿意承担监护责任,经未成年人的父、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会同意的。监护人可以是一个,也可以是同一顺序中的数人。有监护资格的人之间可以通过协议确定由谁担任监护人。对担任监护人有争议的,由未成年人的父、母所在的单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会在近亲属中指定。对指定不服的,可以提起诉讼,由人以法院裁决。

没有上述监护人的,由未成年人的父、母所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门担任监护人。

夫妻离婚后,与子女共同生活的一方无权取消对方对该子女的监护权。但以下情况除外:①未与该子女共同生活的一方对该子女有犯罪、虐待行为或者对该子女明显不利的;②人民法院认为可以取消监护权的。

(2)对精神病人的监护:无民事行为能力或者限制民事行为能力精神病人,应按下列顺序确定其监护人:①配偶;②父母;③成年子女;④其他近亲属;⑤关系密切的其他亲属、朋友愿意承担监护责任,经精神病人的所在单位或住

所地的居委会、村委会同意的。对担任监护人有争议的,由精神病人的所在单位或住所地的居委会、村委会在近亲属中指定。对指定不服的,可以提起诉讼,由人民法院裁决。

没有上述监护人的,由精神病人的所在单位或者住所地的居委会、村委会或民政部门担任监护人。

(3)人民法院指定监护人:在不存在前一顺序的监护人或者前一顺序的监护人没有监护能力或对被监护人明显不利时,人民法院可以根据对被监护人有利的原则,从后一顺序有监护资格的人中择优确定。被监护人有识别能力的,应视情况征求被监护人的意见。

(4)监护人的职责:①保护被监护人的身体健康;②照顾被监护人的生活;③管理和保护被监护人的财产,保证其财产权不受非法侵犯,除为被监护人的利益外,不得处分其财产;④代理被监护人进行民事活动,如订立合同、参加继承、接受赠与等;⑤对被监护人进行管理和教育;⑥在被监护人合法权益受到侵害或与他人发生争议时,代理其进行诉讼。

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。

4. 公民的住所

住所是公民长期居住的场所。住所与居所不同。凡公民的居住场所均可称为居所。一个公民可以有多个居所,但是只可以有一个住所。公民以其户籍所在地的居住地为住所;经常居住地与住所地不一致的,经常居住地视为住所。经常居住地是公民离开住所后连续居住满1年以上的地方,但住医院治病的除外。公民由其户籍所在地迁出后迁入另一地之前,无经常居住地的,仍以其原户籍所在地为住所。

5. 宣告失踪

(1)宣告失踪的条件:公民下落不明满二年的,利害关系人可向人民法院申请宣告其为失踪人。利害关系人指:被申请宣告失踪人的配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙

子女、外孙子女以及其他与被申请人有民事权利义务关系的人。

人民法院受理后,应当发出寻找下落不明人的公告,公告期为3个月。公告期间届满仍不能确知其下落的,应作出失踪宣告。宣告失踪判决中确定的失踪日期为被宣告人的失踪日期。宣告失踪的案件,由被宣告失踪人住所地的基层人民法院管辖,住所地与居住地不一致的,由最后居住地的基层人民法院管辖。

(2)宣告失踪后财产的处理:宣告失踪的法律后果是为失踪人设立财产代管人并为其清偿债务或追索债权。①失踪人的财产由他的配偶、父母、成年子女或关系密切的其他亲属、朋友代管。代管有争议的或没有以上规定的人或以上规定的人无能力代管的,由人民法院指定的人代管。无民事行为能力人、限制民事行为能力人失踪的,其监护人即为财产代管人。②失踪人所欠税款、债务和应付的赡养费、抚养费、抚育费和因代管财产所需的管理费等必要费用,由代管人从失踪人的财产中支付。

(3)宣告失踪的撤销:被宣告失踪的人重新出现或确知他的下落,经本人或利害关系人申请,人民法院应撤销对他的失踪宣告。

6. 宣告死亡

(1)宣告死亡的条件:公民下落不明满4年的,或因意外事故下落不明,从事故发生之日起满2年的,或因意外事故下落不明,经有关机关证明该公民不可能生存的,利害关系人可向人民法院申请宣告他死亡。利害关系人的顺序是: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。宣告失踪不是宣告死亡的必须程序。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的,应当宣告失踪,同一顺序的利害关系人,有的申请死亡,有的不同意宣告死亡,则应当宣告死亡。

人民法院受理后,应当发出寻找下落不明人的公告,公告期为1年,因意外事故下落不

明,经有关机关证明该公民不可能生存的,公告期为3个月,公告期间届满仍不能确知其下落的,应作出死亡宣告。判决书中确定的死亡日期即为受宣告人的死亡日期。

(2)宣告死亡的法律后果:被宣告死亡的人,丧失民事行为能力,遗产依法继承,婚姻关系消灭。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。

(3)宣告死亡的撤销:①被宣告死亡的人重新出现或确知他没有死亡,经本人或利害关系人申请,人民法院应当撤销对他的死亡宣告。②有民事行为能力的人在宣告死亡期间所实施的民事法律行为有效。被宣告死亡和自然死亡时间不一致的,被宣告死亡所引起的法律后果仍然有效,但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。③被撤销死亡宣告的人有权请求返还财产。依照《继承法》取得他的财产的公民或者组织,应当返还原物;原物不存在的,给予适当补偿。但如果原物已被第三人合法取得的,第三人可不予返还。④被撤销死亡宣告的人,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。⑤被宣告死亡的人在宣告死亡期间,其子女被他人依法收养。该收养关系受法律保护,被宣告死亡人在死亡宣告被撤销后,不得以未经本人同意为由主张收养关系无效,但收养人和被收养人同意的除外。

7. 个体工商户、农村承包经营户

公民在法律允许的范围内,依法经核准登记,从事工商业经营的,为个体工商户。农村集体经济组织的成员,在法律允许的范围内,按照承包合同规定从事商品经营的,为农村承包经营户。个体工商户、农村承包经营户的债务,个人经营的,以个人财产承担;家庭经营的,以家庭财产承担。

8. 个人合伙

1. 个人合伙的概念

个人合伙是指两个以上的公民按照协议,各自提供资金、实物、技术等,合伙经营、共同劳动。

2. 个人合伙的财产关系

个人合伙的财产关系包括合伙人之间的内部财产关系和合伙人对外的外部财产关系。

(1)合伙人共同出资的财产关系。合伙人出资的财产属合伙人共有财产,由合伙人统一管理和使用,合伙人不得擅自抽走投入的财产。

(2)合伙积累财产既不直接归原投资人所有,也不能与合伙人个人财产相混淆,它只能归全体合伙人共有,由合伙人根据合伙协议或全体合伙人的共同决定进行处分。

(3)全伙经营所得盈余归全体合伙人共有,由合伙人按合伙协议规定分享;协议无规定或规定不明确的,按出资额比例分配。合伙人对合伙债务共同负责,对内由各合伙人按合伙协议或出资比例以各自财产分担;对外除法律另有规定外,每个合伙人对合伙债务负连带责任,即均有义务向债权人清偿全部债务。偿还合伙债务超过自己应当承担数额的合伙人,有权向其他合伙人追偿。

(4)合伙人有权对合伙负责人或业务执行人的经营活动进行监督、检查,合伙负责人或业务执行人有义务向合伙人汇报合伙财产经营状况。

五、法人

(一)法人概念

1. 法人的概念和特征

法人是具有民事权利能力和民事行为能力,依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织。

法人有以下特征:

(1)法人是一种社会组织。法人是民事主体。但是与公民(自然人)不同,法人是人们为了各种目的而设立的组织

(2)法人享有民事权利能力。并非所有的社会组织都是法人,只有那些符合法律的要求,依法成立的社会组织,才属于法人,才是独立的

民事主体。

(3)法人有独立的民事权利、义务、责任。法人有独立的人格,与其设立人、成员、工作人员各是不同的民事主体,其权利由其自己享有,其他人不得侵犯,其义务自己履行,责任自己承担,除非有法律的明确规定,其他民事主体包括其成员都没能代为承担的义务。

2. 法人的条件

法人应当具备以下四个条件:(1)依法成立。(2)有必要的财产和经费。(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。

3. 法人的分类

根据《民法通则》的规定,法人可分为四类。

(1)企业法人。企业法人是指以营利为目的的法人。根据组织形式,可以将企业法人分为公司法人和非公司法人。企业法人的成立,需经工商管理机关核准登记,才能取得法人资格。

(2)机关法人。有独立经费的国家机关,是机关法人。机关法人不需要办理登记,因此从成立之日起具有法人资格。

(3)事业单位法人。由国家拨给经费、从事社会各项公益事业的社会组织,是事业单位法人。事业单位,依法不需要办理法人登记的,从成立之日起,具有法人资格;依法需要办理登记的,经核准登记取得法人资格。

(4)社会团体法人。公民自愿组成的以公益为目的的社会组织,是社会团体法人。社会团体依法不需要办理法人登记的,从成立之日起,具有法人资格;依法需要办理法人登记的,经核准登记,取得法人资格。

4. 法人的法定代表人

依照法律或者法人组织章程规定,代表法人行使职权的负责人,是法人的法定代表人。法定代表人在行使职务时,其行为就是法人的行为,所以法定代表人与法人的代理人不同。法定代表人的代表权来源于法律和法人的章程,代理人的代理权源于法人的授权,而法人的授权行为是通过法定代表人进行的。

企业法人对它的法定代表人和其他工作人员的经营活动,承担民事责任。

(二)法人的民事权利能力和民事行为能力

1. 法人的民事权利能力的概念和特征

法人的民事权利能力指由法律赋予法人的作为民事权利主体参与民事活动、享受民事权利并承担民事义务的资格。

法人的民事权利能力与公民的民事权利能力的主要区别有:

(1)开始与终止原因不同。公民的民事权利能力始于出生,终于死亡;法人的民事权利能力始于法人成立,终于法人终止。

(2)民事权利能力的范围不同。法人是一种社会组织,它不能享有公民的以人身权利为前提的某些权利能力,如收养、继承等。

(3)存在的差异性不同。法人之间的民事权利能力并非都是一样的,其因法人章程规定的目的、任务、业务范围等的不同而不同;而自然人的民事权利能力一律平等,无差异性。

2. 法人的民事行为能力的概念和特征

法人的民事行为能力指法人以自己的意思进行民事活动,取得权利、承担义务的资格。

与自然人的民事行为能力相比,法人的民事行为能力具有下特点:

(1)法人的民事行为能力与其民事权利能力同时产生。而自然人通常只有在成年后才具有完全民事行为能力。

(2)法人的民事行为能力范围大小也不尽的相同。

(3)法人的民事行为能力由其机关实现,即由产生或执行法人意志、进行业务经营活动的法人内部组织机构或个人以法人名义进行民事活动来实现。自然人的民事行为能力通过本人或监护人的行为来实现。

(三)企业法人的成立、变更和终止

1. 企业法人的成立

企业法人根据法律规定而成立。我国的相关企业立法规定了设立不同种类的企业法人所必须达到的最低注册资本限额。成立企业法人必须达到或者超过这个限额。此外还必须符合

有关法律规定的其他条件。企业法人的成立,必须经过工商管理机关的核准登记。

2. 企业法人的变更

企业法人变更的主要情形有:(1)所有制性质和组织形式的变更;(2)分立、合并;(3)经营范围的变更;(4)注册资本(注册资金)的变更;(5)其他事项的变更。

3. 企业法人的终止

企业法人终止是指企业法人资格的消灭,包括被撤销、解散、宣告破产和其他原因终止。企业法人终止,应当向登记机关办理注销登记并公告。

企业法人终止,应当依法进行清算,停止清算范围外的活动。企业法人解散,应当成立清算组织进行清算。企业法人被撤销、被宣告破产的,应当由主管机关或者人民法院组织有关机关和有关人员成立清算组织进行清算。清算组织负责对被终止的企业法人的财产进行保管、清理、估价、处理和清偿。企业法人破产的,应当按照破产法规定的程序进行清算。

(四)联 营

1. 联营的概念

联营是指两个或两个以上的企业之间、企业与事业单位之间,在平等自愿的基础上,为实现一定经济目的而实行联合的一种形式。

2. 联营的形式

联营有三种形式:

(1)法人型联营,又称紧密型联营。指参加联营的各方共同出资、组成新的具有法人资格的经济实体。其特点:①参加联营的方式是出资;②组成的经济实体具有法人资格;③联营各方共同经营、共负盈亏,仅以自己出资的财产为限承担责任。

(2)合伙型联营,又称半紧密型联营。指联营各方共同出资、共同经营,组成一个合伙性质的经济联合组织。其特点:①组成的经济实体不具有法人资格;②联营各方共同出资、共同经营,根据出资比例或协议约定,以自己所有的或经营管理的财产承担民事责任,依照法律规定或者协议的约定负连带责任的,要承担连带责

任;③联营各方投入的财产归各方所有,由联营各方共同使用,联营的经营所得为各方所有,按照出资比例或者协议的约定,分配利益。

(3)合同型联营,也称松散型联营、协作型联营。指联营各方按照合同的约定相互协作,但各自独立经营,各自承担民事责任。其特点:①不组成任何经济实体;②联营各方按合同进行协作;③联营各方各自经营、各自承担民事责任。

3. 联营合同中的保底条款问题

联营合同中的保底条款,通常是指联营一方虽向联营体投资,并参与共同经营、分享联营的盈利,但不承担联营体的亏损责任,在联营体亏损时,仍要收回其出资和收取固定利润的条款。保底条款违背了联营活动中应当遵循的共负盈亏、共担风险的原则,损害了其他联营方和联营体的债权人的合法权益,因此,应当确认无效。联营企业发生亏损的,联营一方依保底条款收取的固定利润,应当如数退出,用于补偿联营的亏损,如无亏损,或补偿后仍有剩余的,剩余部分可作为联营体的盈余,由双方重新商定合同分配或按联营各方的投资比例重新分配。

六、民事法律行为

(一)民事行为与民事法律行为概述

1. 民事法律行为概念

指以意思表示为要素,并且依意思表示的内容发生法律效力的合法行为。

民事行为指民事主体以发生一定法律后果为目的以意思表示为要素而进行的行为。

2. 民事法律行为的特征

(1)民事法律行为是民事主体以达到一定民事法律后果为目的的行为。

(2)民事法律行为以意思表示为要素。

(3)民事法律行为是具有法律约束力的合法行为。

3. 民事法律行为的分类

(1)依民事法律行为的成立须有几个方面的意思表示,可将其分为单方法律行为、双方法律行为和多方法律行为。

(2)依法律行为中当事人双方的权利义务关系是否相互对待,可将其分为单务法律行为和双务法律行为。

(3)依民事法律行为是否存在对等的给付,可将其分为有偿法律行为 and 无偿法律行为。

(4)依民事法律行为的成立是否以标的物的实际交付为要件,可将其分为诺成性法律行为和实践性法律行为。

(5)依民事法律行为的成立是否需具备法律规定的形式,可将其分为要式法律行为和不要式法律行为。

(6)依两个以上民事法律行为之间的主从关系,可将其分为主法律行为和从法律行为。

4. 民事法律行为的形式

(1)口头形式;(2)书面形式:①公证形式,②登记形式,③审核登记形式,④公告形式;(3)视听资料形式;(4)推定形式;(5)沉默形式。

(二)意思表示

此为新增内容

(三)民事法律行为的成立与生效

1. 民事法律行为的成立和生效

(1)民事法律行为的成立必须基于当事人的合意,其着眼点在于某一法律行为是否已经存在。

(2)民事法律行为生效的着眼点在于判断某一法律行为是否符合法律的规定,能否取得法律所认许的效力。

2. 民事法律行为的生效要件

(1)行为人具有相应的行为能力;(2)意思表示真实;(3)不违反法律和社会公共利益。

(四)无效民事行为

1. 无效民事行为概述

无效民事行为指因欠缺民事法律行为的有效要件,不发生法律效力的民事行为。其含义:

1. 自始不生效;2. 当然不生效;3. 确定无效;4. 完全无效。无效民事行为的本质特征在于违法性。无效民事行为可以补正。

2. 无效民事行为的种类

(1)无民事行为能力人进行的民事行为;

(2)限制民事行为能力人进行的是其依法不能独立进行的或没有征得其法定代理人同意而进行的民事行为。但若是订立合同,则经法定代理人追认(相对人可催告法定代理人在1个月内予以追认,未作表示,视为拒绝),视为有效。

(3)一方以欺诈、胁迫的手段或乘人之危,使对方在违背真实意思的情况下所为的民事行为。分为:

①因欺诈而为的民事行为,是指因受到故意欺骗,陷于错误认识而为的民事行为。欺诈的认定:a.有欺诈的故意;b.有欺诈的行为(注意,故意隐瞒真实情况作为欺诈时,必须是当事人负有法律上的告知义务,否则不构成欺诈);c.对方因受欺诈而陷于错误认识;d.对方基于其错误认识而为意思表示。注意:以欺诈手段订立的合同仅在因此损害国家利益时方属绝对无效。

②因胁迫而为的民事行为,指因受到不法的威胁,陷于恐惧而为的民事行为。胁迫的认定:a.有胁迫的故意;b.有不法的胁迫行为,且为不正当目的而行使;c.对方因受胁迫而陷于恐惧;d.对方因恐惧而为意思表示。注意:以胁迫手段订立的合同仅在因此损害国家利益时才属绝对无效。

③乘人之危使对方违背真意而为的民事行为。乘人之危的行为是指一方乘对方处于危难之机,为牟取不正当利益,迫使对方作出不真实的意思表示,严重损害其利益的行为。认定:a.一方处于危难,不仅指经济上的窘迫,还包括名誉、隐私等人格利益的危难;b.另一方利用此危难,以不适当的条件强迫其为意思表示;c.一方因处于危难而被迫满足对方的条件为意思表示,并因此蒙受重大不利。注意,对于合同而言,此种情形属可变更或撤销的合同。

(4)恶意串通,损害国家、集体或者第三人利益的行为。

(5)违反法律和社会公共利益的民事行为。

(6)经济合同违反国家指令性计划的民事行为。

(7)以合法形式掩盖非法目的的民事行为。

(8)其他。

3. 民事行为的部分无效

民事行为部分无效,不影响其他部分的效力,其他部分仍然有效。

(五)可变更、可撤销的民事行为

1. 可变更、可撤销民事行为概述

可变更、可撤销的民事行为,指的是依照法律的规定,可由当事人请求法院或仲裁机关予以变更或者撤销的民事行为。

2. 可变更、可撤销民事行为的种类

(1)重大误解的民事行为。行为人对行为的性质、对方当事人、标的物的品种、质量、规格、数量等的错误认识为重大误解。

(2)显失公平的民事行为。

(3)因欺诈、胁迫而订立的不损害国家利益的合同,乘人之危而订立的合同。

(六)民事行为被确认无效和被撤销的后果

1. 返还财产;2. 赔偿损失;3. 追缴财产。

(七)附条件、附期限的民事法律行为

1. 附条件的民事法律行为

(1)概念:指在民事法律行为中,把某种将来在客观上发生与否不确定的事实指明为条件,将条件的成就作为民事法律行为的效力发生或终止的原因。

(2)特征

①条件所指明的必须是尚未发生,并且将来发生与否在客观上是不确定的事实。

②条件是当事人任意对民事法律行为的效力所加的限制。

③条件不得违反强行法,不得违反公序良俗。

④条件是用来限制民事法律行为的效力的。

(3)条件的分类

①延缓条件;②解除条件;③肯定条件;④否定条件。

2. 附期限的民事法律行为

(1)概念:指在民事法律行为中,把某种将来客观上确定要发生的事实指明为期限,期限

到来时民事法律行为的效力发生或终止。

(2)期限的法律特征:①期限所指明的事实尚未发生,但是将来确定要发生;②期限是当事人任意对民事法律行为效力所加的限制;③期限是用来限制民事法律行为的效力的。

(3)期限的分类:①始期 指所附期限到来时民事法律行为的效力发生,亦称生效期限。②终期 指所附期限到来时一个已生效的民事法律行为丧失其效力,亦称终止期限。

(八)效力未定的民事行为

此为新增内容

七、代理

代理是指代理人在代理权范围内,以被代理人的名义与第三人实施民事法律行为,被代理人对代理人的代理行为承担民事责任。代理须以许可代理民事法律的行为为标的,不包括事实行为,更不包括违法行为。代理人知道被委托代理的事项违法仍然进行代理活动的,或者被代理人知道代理人的代理行为违法不表示反对的,由被代理人 and 代理人负连带责任。如果依照法律规定或者按照双方当事人的约定,应当由本人亲自进行的民事法律行为,不得代理,如结婚、离婚、收养、认领等。

(一)代理的种类

(1)根据代理权产生原因的不同,代理相应地分为三类:①委托代理是指基于被代理人授权的意思表示而发生的代理。委托代理产生的根据,是被代理人的委托授权行为。一般情况下,委托合同是产生委托代理授权的基本原因,但委托合同并不必定包含授权行为。委托代理授权一般为不要式行为。民事法律行为的委托代理,可以用书面形式,也可以用口头形式。法律规定用书面形式的,应当用书面形式。书面的委托形式是授权委托书。委托书授权不明确,被代理人应当向第三人承担民事责任,代理人负连带责任。②法定代理:是指法律根据一定的社会关系的存在而设立的代理。它是为无民事行为能力人和限制民事行为能力人设立的

代理方式。无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人是他的法定代理人。③指定代理:是指按照人民法院或者有权机关的指定而产生的代理。在没有法定代理人和委托代理人的情况下,法院可以依法为不能亲自处理自己事务的人指定代理人。

(2)本代理与复代理:复代理指代理人为处理代理事务,为被代理人选任其他人进行代理。与此相对称,复代理所基于的代理,即由代理人进行的代理,称为本代理。由代理人为被代理人选任的或者说转托的代理人称为复代理人。复代理人是行使代理人权限的人,复代理人的权限不得超过原代理人的权限;复代理人不是原代理人的代理人,而被代理人的代理人,其所为法律行为的后果直接由被代理人承担。委托代理人为被代理人的利益需要转托他人代理的,应当事先取得被代理人的同意。事先没有取得被代理人同意的,应当在事后及时告诉被代理人,如果被代理人不同意,由代理人对自己所转托的人的行为负民事责任,但在紧急情况下,为了保护被代理人的利益而转托他人代理的除外。紧急情况是指由于急病、通讯联络中断等特殊原因,委托代理人自己不能办理代理事项,又不能与被代理人及时取得联系,如不及时转托他人代理,会给被代理人的利益造成损失或者扩大损失的情形。

如果转托中授权不明,给第三人造成损失的,第三人可以直接要求被代理人赔偿损失;被代理人承担民事责任后,可以要求代理人赔偿损失,复代理人有过错的,应当负连带责任。

(二)代理权的行使

(1)代理权行使的一般准则:行使代理权须符合被代理人的利益,行使代理权须尽到职责要求。代理人不履行职责而给被代理人造成损害的,应当承担民事责任。

(2)滥用代理权的行为:①自己代理,指代理人以被代理人的名义与自己进行民事活动的行为造成损害的,代理人应承担民事责任。②双方代理,指代理人以被代理人的名义与自己代理的第三人进行民事活动的行为。造成损害

的,代理人应承担民事责任。③代理人和第三人恶意串通,损害被代理人利益的,代理人应当承担民事责任,第三人和代理人负连带责任。

(三)无权代理

(1)无权代理即没有代理权、超越代理权或者代理权终止后的代理行为。无权代理只有经过被代理人的追认,被代理人才承担民事责任。未经追认的行为,由行为人承担民事责任。本人知道他人以本人名义实施民事行为而不作否认表示的,视为同意。

第三人知道行为人没有代理权、超越代理权或者代理权已终止时仍与行为人实施民事行为给他人造成损害的,由第三人和行为人负连带责任。

在被代理人追认前,相对人可依自己的意志请求被代理人对是否追认代理权作出明确的意思表示。《合同法》第47条规定:限制民事行为能力人订立的合同,在经法定代理人追认后有效。相对人可以催告法定代理人在1个月内予以追认。法定代理人未作表示的,视为拒绝追认,合同无效。在合同被追认之前,善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知方式作出。合同一旦撤销即不生效。

(2)表见代理,指无权代理人的代理行为客观上存在使相对人相信其有代理权的情况,且相对人主观上为善意且无过失,因而可以向被代理人主张代理的效力。《合同法》第49条规定:行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同,相对人有理由相信行为人有代理权的,该代理行为有效。

(四)共同代理

数个委托代理人共同行使代理权,如果其中一人或者数人未与其他代理人协商,所实施的行为侵害被代理人权益的,由实施行为的代理人承担民事责任。被代理人为数人时,其中一人或者数人未经其他被代理人同意而提出解除代理关系,因此造成损害的,由提出解除代理关系的被代理人承担民事责任。

(五)代理关系的终止

(1)委托代理关系终止的原因:①代理期间届满或者代理事务完成;②被代理人取消委托或者代理人辞去委托;③代理人死亡;④代理人丧失民事行为能力;⑤作为被代理人或者代理人的法人终止。

被代理人死亡后,委托代理关系原则上也终止,但是如果有下列情况之一,委托代理人实施的代理行为有效:①代理人不知道被代理人死亡的;②被代理人的继承人均予以承认的;③被代理人与代理人约定到代理事项完成时代理权终止的;④在被代理人死亡前已经进行、而在被代理人死亡后为了被代理人的继承人的利益继续完成的。

(2)法定代理、指定代理因下列原因终止:①被代理人取得或者恢复民事行为能力;②被代理人死亡,或者代理人死亡或丧失民事行为能力;③指定代理的人民法院或者指定单位取消指定;④由其他原因引起的被代理人 and 代理人之间的监护关系消灭。比如因为收养关系的解除,养父母与养子女的监护关系解除。

八、民事责任

(一)民事责任概述

1. 民事责任的概念和特征

民事责任,是指进行了民事违法行为的人在民法上承担的对其不利的法律后果。民事责任的特征如下:①民事责任是因违反民事义务,依法应承担的法律后果。②民事责任的方式以财产责任为主。③民事责任范围与违法行为造成的权利损害范围相适应。④民事责任是对违法行为人的一种制裁。⑤民事责任的强制程序较刑事责任、行政责任弱。

2. 民事责任的分类

(1)违约责任与侵权责任

根据民事违法行为所侵害的权利的不同,民事责任主要可以分为违约责任与侵权责任。违约责任,是指合同关系中的债务人违反合同的规定,侵犯债权人的债权而应承担的民事责

任。侵权责任,是指侵犯债权之外的其他权利而应承担的民事责任。

(2) 财产责任与非财产责任

根据民事责任的方式,可以将其分为财产责任和非财产责任。财产责任,是指违法行为人依法应当承担的财产上的不利后果。民法通则中规定的承担财产责任的方式有:排除妨碍、消除危险、返还财产、恢复原状、赔偿损失、交付违约金及修理、更换、重作等形式。非财产责任,是指内容无法以金钱衡量的责任方式。民法通则规定的承担非财产责任的方式有:消除影响、恢复名誉、赔礼道歉等。

(二) 违反合同的民事责任

违反合同的民事责任,即违约责任,是指合同一方当事人不履行或部分不履行合同义务或履行合同义务不符合约定条件而应承担的民事责任,这种民事责任的产生根据是对合同债权的侵害。

《民事通则》规定,当事人一方违反合同的赔偿责任,应当相当于另一方因此所受到的损失。当事人可以合同中约定赔偿额的计算方法,可以约定支付一定数额的违约金或其他的双方同意的计算方法。

(三) 侵权的民事责任

1. 侵权行为的概念和特征

侵权行为,广义上指应对于他人的财产或者人身损害承担民事责任的行为;狭义上指因为过错侵害他人的财产或者人身并应当承担民事责任的行为。广义的侵权行为概念,包括一般侵权行为和特殊侵权行为。狭义的侵权行为仅指一般侵权行为。侵权行为的特征如下:(1)侵权行为是行为人有意或过失进行的行为。(2)侵权行为侵犯的是债权之外的其他权利。

2. 侵权行为的分类

(1) 一般侵权行为与特殊侵权行为

一般侵权行为,是指因为故意或者过失而造成他人财产或者人身损害,应当承担民事责任的行为。一般侵权行为成立,必须完全具备侵权行为的四个要件。在归责原则上,一般侵

权行为采用的是过错责任原则。

特殊侵权行为,是指不要求完全具备一般侵权行为的四个构成要件,而根据法律的特别规定应当对于他人的财产、人身损害承担民事责任的行为。各种特殊侵权行为在构成要件上比一般侵权行为要少。特殊侵权行为必须在法律有明文的情况下才能够存在。

(2) 单独侵权行为与共同侵权行为

一人单独进行、单独承担民事责任的侵权行为,是单独侵权行为。两人以上共同实施、连带承担民事责任的侵权行为,是共同侵权行为。两人以上共同侵权造成他人损害的,应当承担连带责任。教唆、帮助他人实施侵权行为的人,为共同侵权人,应当承担连带责任。教唆、帮助限制民事行为能力人实施侵权行为的人,为共同侵权人,也应当共同承担连带责任。

共同侵权人对受害人承担连带责任,而共同侵权人之间应当按照过错程度等因素分担责任。但如果是教唆、帮助限制民事行为能力人实施侵权行为,应当承担主要责任。

教唆、帮助公民民事行为能力人实施侵权行为,不构成共同侵权,仅教唆、帮助人为侵权行为人,应当对受害人承担民事责任。

(四) 侵权行为的构成要件

1. 一般侵权行为的构成要件

一般侵权民事责任,是指具备一般侵权行为的成立要件,直接由行为人自己承担的民事责任。其构成要件主要有以下四项:(1)有损害事实。(2)有违法行为的存在。(3)违法行为和损害事实之间存在因果关系。(4)行为人主观上有过错。

2. 侵权行为的免责事由

当事人的行为虽然造成了他人财产或者人身的损害,但如果具备法律规定的免责事由,则不承担民事责任。免责事由具体包括:

(1) 阴却违法性的事由

因为正当防卫或者紧急避险造成他人损失,由于行为本身属于合法行为,不具备违法性而不承担民事责任。

(2) 不可抗力

不可抗力,是指不能预见、不能避免、不能克服的客观情况。因不可抗力造成他人损害的,不承担民事责任,法律另有规定的除外。

(3)受害人的过错

受害人对于损害的发生也有过错的,可以减轻侵害人的民事责任。即应当衡量侵害人与受害人的过错程度,侵害人只承担与其过错程度相适应的民事责任。

3. 侵权行为的归责原则

侵权行为的归责原则指确定侵权行为的构成的主要依据。

(1)过错责任原则与无过错责任原则

侵权行为的归责原则,主要有两种:一种是过错责任原则;一种是无过错责任原则。过错责任原则,是指以当事人的主观过错为构成侵权行为的必备要件的归责原则。无过错责任,是指不以当事人的主观过错为构成侵权行为的必备要件的归责原则,即不论当事人在主观上有没有过错,都应当承担民事责任。公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产,侵害他人财产、人身的,应当承担民事责任。没有过错,但法律规定应当承担民事责任的,应当承担民事责任。

(2)推定过错责任

推定过错责任,是指在诉讼中当事人必须证明自己没有过错才能够不承担民事责任,否则就推定其有过错,应承担民事责任。推定过错责任应当在法律有明文规定的情况下才能适用。

(3)公平责任原则

公平责任原则,是指对于损害的发生双方当事人都没有过错,而且不能够适用无过错责任原则,可是受害人遭受的损失如果不予以补偿显然不公平的情况下,由人民法院根据具体情况,要求双方当事人公平分担损失的原则。

(五)特殊侵权行为

1. 国家机关职务侵权

国家机关或者国家机关工作人员在执行职务中,侵犯公民、法人的合法权益造成损害的,应当承担民事责任。国家机关工作人员,在执

行职务中侵犯他人合法权益并造成损害的违法行为,由此造成的损害,应由国家机关承担民事责任。国家机关负责赔偿后可向该工作人员追偿。

2. 产品责任

产品责任,是指产品的制造者和销售者因其产品质量的缺陷而造成的人身或财产损害应承担的民事责任。对产品瑕疵造成损害的民事责任,实行无过错责任(严格责任)原则。因产品质量不合格造成他人财产、人身损害的,产品制造商、销售者应当依法承担民事责任。运输者仓储者对此负有责任的,产品制造者、销售者有权要求赔偿损失。

3. 高度危险作业致人损害

从事高空、高压、易燃、易爆、剧毒、放射性、高速运输工具等对周围环境有高度危险的作业造成他人损害的,应当承担民事责任;如果能够证明损害是由受害人故意造成的,不承担民事责任。即实行无过错责任制度。

4. 污染环境致人损害

污染环境造成他人损害的,应当依法承担民事责任。这一民事责任的承担以违反国家保护环境防止污染的规定为前提条件。

5. 地面施工致人损害

在公共场所、道旁或者通道上挖坑、修缮、安装地下设施等,没有设置明显标志和采取安全措施造成他人损害的,施工人应当承担民事责任。

6. 建筑物及其设施致人损害

建筑物或者其设施以及建筑物上的搁置物、悬挂物发生倒塌、脱落、坠落造成他人损害的,它的所有人或者管理人应当承担民事责任,但能够证明自己没有过错的除外。即适用的是过错推定原则,而不是无过错责任。

7. 饲养动物致人损害

饲养的动物致人损害的,一般情况下,由动物饲养人或者管理人承担民事责任。但法律也规定两个例外情况:(1)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。(2)由于第三人的过错造成损害的,由第三

人承担民事责任。

8. 被监护人致人损害

(1)无民事行为能力人、限制民事行为能力造成他人损害的,监护人承担民事责任;(2)监护人如果能够证明自己尽了监护责任,可以适当减轻他的民事责任;(3)如果无民事行为能力人、限制民事行为能力人自己有财产,造成他人损害时,先从其本人财产中支付赔偿费用,监护人只补充不足部分,但单位作为监护人的除外。

(六)民事责任的承担

我国承担事责任的方式:(1)停止侵害。(2)排除妨碍。(3)消除危险。(4)返还财产。(5)恢复原状。(6)修理、重作、更换。(7)赔偿损失。(8)支付违约金。(9)消除影响、恢复名誉。(10)赔礼道歉。

九、诉讼时效与期限

(一)诉讼时效

1. 诉讼时效的概念

时效在民法上是指一定的事实状态持续经过一定的时间而导致一定民事法律后果的制度。时效属于民事法律事实。具体而言,时效是法律事实中的事件。时效具有强制性。根据时效的不同法律后果,可将其分为取得时效的消灭时效。

2. 诉讼时效与除斥期间的区别

除斥期间又称预定期间,指权利的法定存续期间,如请求撤销、变更权的除斥期间为1年。二者区别:1. 法律后果不同,诉讼时效经过,胜诉权消灭,但实体权利仍在;除斥期间经过,实体权利本身消灭;2. 诉讼时效为可变期间,有中止、中断、延长,除斥期间为不变期间,没有中止、中断、延长。3. 诉讼时效由权利行使的事实状态和法定期间的经过两个要件构成,而除斥期间则只有法定期间的经过一个要件。

3. 诉讼时效的种类

(1)普通诉讼时效,为2年,法律另有规定的除外。

(2)特别诉讼时效,下列的诉讼时效为1年:①身体受到伤害要求赔偿的;②出售质量不合格的产品未声明的;③延付或拒付租金的;④寄存财物被丢失或损毁的。其他特殊规定的,如因国际货物买卖合同和技术进出口合同争议提起诉讼或申请仲裁的期限为4年等。

另外,我国《民法通则》第137条规定了20年的最长保护期限。这20年既非诉讼时效,因其起算点不同,且不适用中断、中止;也非除斥期间,因20年期限届满,实体权利仍在。

4. 诉讼时效期间的计算

从知道或应当知道权利被侵害之日起计算,但下列情况特殊:

(1)附条件或附期限的债,从条件成就或期限届满之时起算。

(2)定有履行期限的债,从清偿期届满之时起算。未定履行期限或者履行期限不明的债,应当日债权人给予债务人清偿债务的宽限期届满时起算。

(3)财产被侵害要求返还财产或恢复原状的,从权利人知道或者应当知道其财产被侵害及加害人为谁时起算。

(4)人身伤害损害赔偿的诉讼时效期间,伤害明显的,从受伤之日起算,伤害当时未发现,后经检查确诊的,从伤势确认之日起算。

5. 诉讼时效的中止

(1)概念。在诉讼时效期间的最后6个月内,因不可抗力或其他障碍不能行使请求权的,诉讼时效中止,从中止时效的原因消除之日起,诉讼时效期间继续计算。

(2)条件:(1)权利人因不可抗力或其他客观障碍不能行使请求权,且(2)客观障碍发生在诉讼时效期间的最后6个月内。

6. 诉讼时效的中断

中断事由主要有:(1)起诉,(另外与起诉性质类似的请求有关机关保护的行为,如申请支付令、申请宣告破产、申请强制执行、申请仲裁、向人民调解委员会或有关单位提出保护权利的请求,均同起诉效力一样);(2)当事人一方提出请求(指直接向义务人请求,或向债务保证人、

债务人的代理人或财产代管人主张权利也可引起中断);(3)当事人一方同意履行义务。

7. 诉讼时效期间的延长

如果权利人在法定期间内没有行使权利是由于某种客观上的障碍,人民法院可以斟酌具体情况,延长诉讼时效期间,给权利人以司法上的保护。普通诉讼时效、特别诉讼时效和20年的最长诉讼时效都适用关于延长的规定。

(二)期限

1. 期限的概念。

2. 期限的确定和计算方法。

十、人身权

(一)人身权概述

1. 人身权的概念和特征

人身权,是指以与权利主体的人身不可分离的特定人身利益为内容的民事权利。人身权是与财产权并列的民事权利,其客体是特定的人身利益,这种利益,与权利主体的人身密不可分,性质上不适于交换,并且无法用金钱来衡量。与财产权相比,人身权有下列特征:

(1)人身权与权利主体的人身密不可分。

(2)人身权以特定的人身利益为客体。

(3)人身权具有专属性。

(4)人身权是绝对权。

2. 人身权的分类

按权利性质的不同,人身权可分为人格权和身份权两大类。二者的区别在于:人格权自民事主体产生时就依法享有,而身份权只有在民事主体具有特定身份时才依法享有;人格权是公民或者法人同等享有的权利,而身份权则只有取得某种特定身份才能享有。

(二)人格权

1. 人格权的概念

人格权,是指以民事主体作为法律上的人所必须具备的人格利益为内容的固有的民事权利。人格权以人格利益为客体。

2. 人格权的种类

(1)生命权、健康权

生命权,是指公民维持自己生命延续、不受他人非法剥夺的权利。健康权,是指公民保持身体组织的生理功能健全以及心理健康的权利。法人无生命权和健康权。

(2)姓名权

公民享有姓名权,有权决定、使用和依照规定改变自己的姓名,禁止他人干涉、盗用、假冒。姓名是公民用以确定、表明自己身份,与其他人相区别的符号。

(3)名称权

法人、个体工商户、个人合伙享有名称权。企业法人、个体工商户、个人合伙有权使用、依法转让自己的名称。

(4)肖像权

肖像权,是指公民对自己的肖像享有的拥有、使用和许可他人使用的权利。法人无肖像权。公民享有肖像权,未经本人同意,不得以营利为目的使用公民的肖像。

(5)名誉权

公民的名誉,是指社会公众对特定的公民的道德、能力、思想等方面的评价,法人的名誉,是指社会公众对特定法人的财产状况、信用、行业声望、是否尽社会责任等方面的评价。公民、法人享有名誉权,公民的人格尊严受法律保护,禁止用侮辱、诽谤等方式损害公民、法人的名誉。

(6)隐私权

隐私,是指公民私生活中的秘密。隐私权,是指公民保持其私生活中的秘密不为他人知悉的权利。以书面、口头形式宣扬他人的隐私,造成一定影响的,应当认定为侵害公民名誉权的行为。

(三)身份权

1. 身份权的概念

身份权,是指民事主体基于某种特定的身份面享有的民事权利。身份权的取得是基于某种特定的身份。

2. 身份权的种类

(1)荣誉权

荣誉权,是指公民、法人就其获得有关组织