

2016_年

百分百表考前冲刺系列

试卷三突破100分

第九版



杨洋 孟献贵/主编 众合教育/组编

根据2016年最新大纲全面修订

- 每天诵读1小时 轻松突破400分 ●
- 冲刺必备 表表得分

试卷三突破 100 分

杨洋 孟献贵/主编 众合教育/组编

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

试卷三突破 100 分 / 杨洋, 孟献贵主编; 众合教育
组编. —北京: 法律出版社, 2016. 5
2016 年百分百表考前冲刺系列
ISBN 978 - 7 - 5118 - 9418 - 2

I. ①试… II. ①杨…②孟…③众… III. ①法律—
中国—资格考试—自学参考资料 IV. ①D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 082095 号

©法律出版社·中国

责任编辑/陈睿

装帧设计/汪奇峰

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/三河市龙大印装有限公司

责任印制/沙磊

开本/787 毫米 × 1092 毫米 1/16

印张/12 字数/318 千

版本/2016 年 5 月第 1 版

印次/2016 年 5 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 - 5118 - 9418 - 2


定价: 35.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

民法	第一章 民事法律关系 / 1
	第二章 自然人 / 4
	第三章 人格权 / 7
	第四章 法律行为与代理 / 10
	第五章 诉讼时效 / 15
	第六章 占有 / 17
	第七章 物权与物 / 18
	 第八章 物权变动 / 21
	 第九章 共有与善意取得 / 23
	第十章 担保物权 / 25
	第十一章 无因管理 / 27
	第十二章 不当得利 / 28
	第十三章 保证 / 29
	第十四章 合同的相对性、合同的转让 / 32
	第十五章 合同的成立与生效 / 33
	第十六章 合同的保全 / 36
	第十七章 合同的终止 / 37
	第十八章 违约责任 / 38
	第十九章 买卖合同 / 39
	第二十章 租赁合同 / 41
	 第二十一章 民间借贷合同 / 42
	第二十二章 技术合同 / 43
	第二十三章 侵权责任法 / 44
	第二十四章 婚姻法 / 51
	第二十五章 继承法 / 56
	第二十六章 著作权法 / 57
	第二十七章 商标法 / 63
	第二十八章 专利权法 / 67
商法	第一章 公司法 / 72

民事诉讼法与仲裁制度

- 第二章 证券法 / 88
- 第三章 合伙企业法 / 91
- 第四章 个人独资企业法 / 97
- 第五章 外商投资企业法 / 98
- 第六章 企业破产法 / 98
- 第七章 保险法 / 104
- 第八章 票据法 / 109

- 第一章 民事诉讼与民事诉讼法 / 112
- 第二章 基本原则和基本制度 / 113
- 第三章 主管与管辖 / 116
- 第四章 诉 / 123
- 第五章 当事人 / 124
- 第六章 诉讼代理人 / 131
- 第七章 民事证据 / 132
- 第八章 民事诉讼中的证明 / 136
- 第九章 期间、送达 / 141
- 第十章 法院调解 / 143
- 第十一章 保全和先予执行 / 145
- 第十二章 对妨害民事诉讼的强制措施 / 147
- 第十三章 普通程序 / 148
- 第十四章 简易程序 / 152
- 第十五章 二审程序 / 155
- 第十六章 审判监督程序 / 159
- 第十七章 特别程序 / 164
- 第十八章 督促程序 / 167
- 第十九章 公示催告程序 / 168
- 第二十章 民事裁判 / 170
- 第二十一章 执行程序 / 171
- 第二十二章 涉外民事诉讼程序 / 178
- 第二十三章 仲裁与仲裁法概述 / 180
- 第二十四章 仲裁协议 / 180
- 第二十五章 仲裁程序 / 182

民 法

第一章 民事法律关系



考点一:民事法律关系的要素★

项 目	内 容	
民事法律关系的要素,指构成民事法律关系必须具备的因素。民事法律关系由主体、内容、客体三个要素组成	主体:指享有民事权利、承担民事义务的人。	包括四类: 1. 自然人,包括中国公民、外国人、无国籍人; 2. 法人; 3. 其他组织,如个人合伙、法人的分支机构等; 4. 国家(特殊情况下)。
	内容:民事法律关系的内容保护,以民事权利、民事义务为核心内容,特别是民事权利。	
	客体:指权利、义务指向的对象。	1. 物权的客体是特定化了的物和权利; 2. 债权的客体是行为(包括作为与不作为); 3. 人身权的客体是人身利益; 4. 知识产权的客体是智力成果; 5. 继承权的客体为遗产(财产的集合体)。



考点二:民事法律事实★★★

项 目	内 容		
民事法律事实,指依照法律规定,能够引起民事法律关系产生、变更、消灭的客观情况	事件	1. 自然事件(如人的出生或死亡;一定时间的经过等); 2. 社会事件(如战争、动乱、罢工等)。	
	行为	表示行为	法律行为
		非表示行为	事实行为

项目	内容	
四类典型的非民事法律关系	好意施惠	1. 搭便车; 2. 乘客叫醒另一乘客到站下车(即过站叫醒); 3. 顺路代为投递信件; 4. 顺便帮邻居清扫积雪; 5. 请客吃饭; 6. 邀请同看演出、比赛或旅游。 【考点提示】 好意施惠关系的法律效果: (1) 不产生合同关系(不产生违约责任或者缔约过失责任); (2) 不排除侵权之债的成立(好意施惠关系中,另有符合构成要件的侵权发生时,仍可成立侵权之债)。
	自然现象	日出、日落、刮风、下雨等自然现象(假设未构成不可抗力)。
	人自己的活动	散步、读报、起床、睡觉等人自己的活动。
	道德领域调整的关系	引发宗教关系、同乡关系、师生关系、同学关系、同事关系、恋爱关系、友谊关系的客观情况。



考点三:民事权利的分类 ★★★

(一)民事权利的基本分类(按作用分类)★★★

1. 形成权。

项目	内容
形成权概念	形成权,指依权利人单方意思表示就能使民事法律关系或权利产生、变更、消灭的权利。
8类典型的形成权	8字口诀:撤、抵、追、解、否、选、继、遗: (1) 效力特定合同中善意第三人的撤销权;可撤销合同的撤销权; (2) 抵销权; (3) 追认权; (4) 解除权; (5) 否认权; (6) 选择权; (7) 继承人; (8) 受遗赠人。
另一种分类	1. 单纯形成权:指无须通过诉讼行使的形成权,绝大多数形成权均属单纯形成权; 2. 形成诉权;又称间接形成权,指须通过法院或者仲裁机关行使的形成权。
形成权的行使	1. 形成权适用除斥期间,须在除斥期间内行使,除斥期间届满,形成权消灭; 2. 形成权的行使方式包括明示(书面通知或者口头通知)和默示(推定或者单纯沉默)两种。
非形成权	1. 债权人撤销权,出题人采用折中说,认为债权人撤销权为综合性权利(包括请求权能与形成权能),不属于形成权; 2. 效力待定合同中相对人的催告权,因为催告不会直接引起民事法律关系或权利的变动,因此并非形成权。

2. 抗辩权。

项 目	内 容
概念	抗辩权,指暂时或永久对抗对方请求权的权利。
抗辩权特征	1. 抗辩权限于法律明确规定。 2. 抗辩权的功能在于阻碍请求权的行使。 3. 抗辩权的行使以请求权的行使为前提(不安抗辩权属于例外,不以请求权的行使为前提条件)。抗辩权的作用在于防御,请求权和抗辩权是矛和盾的关系。
抗辩权的类型	1. 一时性抗辩权(暂时性抗辩权),主要有四种:(1)一般保证人的先诉抗辩权;(2)同时履行抗辩权;(3)先履行抗辩权;(4)不安抗辩权。 2. 永久性抗辩权:我国仅有诉讼时效经过的抗辩权。

3. 支配权。

项 目	内 容
概念	支配权,指权利主体直接支配权利客体,享有特定利益,并排斥他人干涉的权利。
支配权的范围	物权、知识产权、人身权均为支配权。
支配权的特征	1. 客体特定(支配权行使时客体须特定); 2. 权利主体特定,义务主体不特定,支配权的义务主体为权利人以外的任何“不特定的第三人”,义务人负有不侵害支配权的“不作为”义务; 3. 支配权的行使和实现具有直接性,通过权利人的直接行使而实现,不需要外力介入,不需要义务人的协力即可实现; 4. 支配权原则上均具有排他性。

4. 请求权。

项 目	内 容
概念	请求权,指特定人请求特定人为或不为特定行为的权利。
请求权的特征	1. 权利主体特定、义务主体亦特定; 2. 请求权原则上不具有排他性; 3. 请求权具有非公示性,请求权的变动不以公示为生效要件; 4. 请求权既可以作为独立的权利,也可以作为实体权利的内容(权能)。请求权大多表现为实体权利,如物权请求权、人格权请求权等。但请求权也可以只是某项权利的内容。
请求权的范围	在司法考试视野内主要为如下3项:(1)债权请求权;(2)物权请求权;(3)占有保护请求权。
请求权的产生	1. 基于基础权利受侵害而发生(如侵权); 2. 非基于基础权利受侵害而发生(如合同)。

(二)民事权利的学理分类★★

区分标准	义务主体是否特定	
义务主体是否特定以及权利的特点	绝对权	又称对世权,指对一切人主张的权利。绝对权的权利主体特定,义务主体是不特定的。物权、人身权、知识产权都是绝对权。
	相对权	又称对人权,指仅对特定人主张的权利。相对权的权利主体和义务主体均特定。请求权均为相对权。
权利是否已经取得	既得权	指成立要件全部齐备,由权利人实际享有的权利。绝大多数民事权利都是既得权。
	期待权	尚未具备全部成立要件,仅将来有实现可能性的权利(继承权即为典型的期待权)。
民事权利之间的主从关系	主权利	指在相互关联的几项民事权利中,不依赖于其他权利就可以独立存在的权利(在担保物权中,债权即为主权利)。
	从权利	指在相互关联的几项民事权利中,不能独立存在而从属于主权利的权利(在担保物权中,担保物权如抵押权即为从权利)。
权利的内容和性质	财产权	指以财产利益为标的的权利。财产权包括物权和债权。财产权不具有专属性,可以转让、抛弃和继承。
	人身权	指以人身利益为标的,与权利人的人身不可分的民事权利。包括人格权和身份权。人身权大多具有专属性,不可转让和继承。
	综合性权利	指兼具财产权和人身权属性的权利,包括:知识产权、继承权和成员权(又称“社员权”)。

第二章 自然人



考点一:自然人的民事权利能力★★★

项 目	内 容	
开始	始于出生	<p>出生包括两个要素:出和生。</p> <p>1. “出”,即脱离母体;</p> <p>2. “生”,即脱离母体后保有生命(无论存活时间有多久)。</p> <p>【考点提示】根据《民通意见》第1条,应“依次”按照下列顺序确定出生时间:(1)户籍证明;(2)医院出具的出生证明;(3)其他有关证明。</p>
	胎儿不具有民事权利能力(特留份)	<p>法律对胎儿的利益提供一定的保护,根据《继承法》第28条和《继承法意见》第45条:</p> <p>1. 胎儿的父亲死亡,分割遗产时,应当为胎儿(被继承人的遗腹子)保留应继份。此时,胎儿与第一顺序法定继承人的地位相当。</p> <p>2. 为胎儿保留的遗产份额,如胎儿出生后死亡的,由其(胎儿)继承人继承;如胎儿出生时就是死体的,由被继承人的继承人继承。</p>

项 目	内 容	
终止	生理死亡	<p>生理死亡的推定:相互有继承关系的几个人在同一事件中死亡,不能确定死亡先后时间的,推定没有继承人的人先死亡。死亡人各自都有继承人的,如几个死亡人辈分不同,推定长辈先死亡;几个死亡人辈分相同,推定同时死亡,彼此不发生继承,由他们各自的继承人分别继承。</p> <p>【考点提示】被保险人死亡后,有下列情形之一的,保险金作为被保险人的遗产,由保险人依照《继承法》的规定履行给付保险金的义务:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 没有指定受益人,或者受益人指定不明无法确定的; 2. 受益人先于被保险人死亡,没有其他受益人的; 3. 受益人依法丧失受益权或者放弃受益权,没有其他受益人的。 <p>受益人与被保险人在同一事件中死亡,且不能确定死亡先后顺序的,推定受益人死亡在先。因此,若受益人与被保险人在同一事件中死亡,且不能确定死亡先后顺序的,为了确定保险金的归属,应依照该条的规定推定受益人与被保险人死亡的先后顺序。</p>
	宣告死亡	<ol style="list-style-type: none"> 1. 被宣告死亡的人,判决宣告之日为其死亡的日期; 2. 被宣告死亡和自然死亡的时间不一致的,被宣告死亡所引起的法律后果仍然有效(我国对死亡宣告的效力采拟制主义,而非推定主义);有民事行为能力人在被宣告死亡期间实施的民事法律行为有效; 3. 但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。
	死者人格利益的特殊保护	<p>在法定情形下,对死者的名誉、隐私、姓名、肖像、遗体、遗骨、著作人身权等利益依然提供保护,这些法益受到侵害的,死者的近亲属有权以自己的名义起诉,寻求救济。但是,死者的近亲属请求精神损害赔偿的,有顺序限制:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 原则上,仅配偶、父母、子女有权作为原告起诉; 2. 没有配偶、父母和子女的,可以由其他近亲属(祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女)作为原告起诉。



考点二:自然人的民事行为能力★★

(一)完全民事行为能力

项 目	内 容
类型	<ol style="list-style-type: none"> 1. 成年无精神病人:18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; 2. 具有固定劳动收入的未成年人:16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。
效果	完全民事行为能力人可以独立实施民事法律行为,其实施的民事法律行为的效力不会因其欠缺行为能力被否认。

(二) 限制民事行为能力

项 目	内 容
类型	1. 10 周岁以上不满 18 周岁的未成年人; 2. 不能完全辨认自己行为的精神病人。
效果	1. 限制民事行为能力人所实施的纯获利益的法律行为(即不承担法律义务的法律行为,如接受奖励、赠与、报酬)有效; 2. 限制民事行为能力人所实施的与其年龄或者精神健康状况相适应的法律行为有效; 3. 限制民事行为能力人所实施的与其年龄或者精神健康状况不相适应的双方法律行为效力待定; 4. 限制民事行为能力人所实施的与其年龄或者精神健康状况不相适应的单方法律行为无效。

(三) 无民事行为能力

项 目	内 容
类型	1. 不满 10 周岁的未成年人; 2. 完全不能辨认自己行为的精神病人。
效果	1. 无民事行为能力人所实施的纯获利益的法律行为有效(如接受奖励、赠与、报酬); 2. 简单的民事生活行为(或称类型化的民事行为)有效,如购买棒棒糖的行为; 3. 除上述两种行为外,一律无效。



考点三:宣告死亡 ★★★

项 目	内 容
下落不明达法定期间	1. 一般情形下落不明的,自下落不明之日起满 4 年;因战争下落不明的,须从战争结束之日起满 4 年(开始的当天不算入,均从次日开始起算); 2. 因意外事故下落不明的,自下落不明之日起满 2 年; 3. 因意外事故下落不明,经有关机关证明不可能生存的,无期间的限制,可以直接申请宣告死亡。
利害关系人申请	利害关系人的顺序为:(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。 顺序的意义在于: 1. 前一顺序的利害关系人不同意宣告死亡的,后一顺序的利害关系人无权申请宣告死亡; 2. 同一顺序的利害关系人,有的申请宣告死亡,有的不同意宣告死亡的,应当宣告死亡。此外:宣告失踪不是宣告死亡的必经程序。利害关系人可以不经宣告失踪程序,直接申请宣告死亡。
法院依法宣告	管辖法院为失踪人住所地或最后居住地的基层法院。法院作出死亡宣告前应当进行公告: 1. 因意外事故下落不明,并经有关机关证明不可能生存的,公告期为 3 个月; 2. 其他情形,公告期为 1 年。
宣告死亡的法律效果	1. 被宣告死亡的人,判决宣告之日为其死亡的日期,发生死亡的法律后果,遗产依法继承,婚姻关系消灭; 2. 被宣告死亡和自然死亡的时间不一致的,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。


小贴士

死亡宣告撤销的要件

项 目	内 容	
死亡宣告撤销的要件	1. 宣告死亡的人重新出现或者确知他没有死亡; 2. 本人或者利害关系人提出申请,利害关系人申请撤销死亡宣告的,不受顺序的限制; 3. 人民法院依法撤销死亡宣告。	
身份关系上的效果	婚姻关系上的效果	1. 配偶尚未再婚的,婚姻关系自撤销死亡宣告之日起“自行恢复”; 2. 如果其配偶已再婚,新的婚姻关系受法律保护; 3. 其配偶再婚后又离婚或者再婚后配偶死亡的,夫妻关系并不自行恢复。
	其他身份关系上的效果	被宣告死亡人的子女被他人依法收养的,该收养关系继续有效。但收养人和被收养人同意解除收养关系,其与子女的身份关系自行恢复。
财产关系上的效果	依照《继承法》取得遗产的人应当返还继承的财产	1. 原物存在的,应返还原物;原物不存在的,给予适当补偿; 2. 原物已被第三人合法取得的,第三人可不予返还,由依继承法取得原物的人适当补偿。
	赔偿责任	利害关系人隐瞒真实情况使他人被宣告死亡而取得其财产的,除应返还原物及孳息外,还应对造成的损失予以赔偿。

第三章 人 格 权



考点一：一般人格权

项 目	内 容
概念与内容	自然人对人格平等、人格独立、人格自由、人格尊严的一般人格利益予以支配,并排斥他人干涉的权利。仅自然人享有一般人格权,法人或其他组织不享有一般人格权。
一般人格权的意义	即使加害人并未侵犯自然人的具体人格权,只要侵害了自然人的人格平等、人格独立、人格自由、人格尊严,情节严重,受害人即可以一般人格权受侵害为由,请求加害人停止侵害并承担精神损害赔偿。
侵害一般人格权的构成要件	1. 侵害了自然人的人格平等、人格独立、人格自由、人格尊严; 2. 加害人的行为不构成对具体人格权的侵害; 3. 受害人实际遭受了精神损害,并造成严重后果。

**考点二:生命权、健康权、身体权**

项 目	内 容
生命权	生命权,指自然人享有的以生命安全、生命维持为内容的人格权。生命权受到侵害,以死者的近亲属为救济对象。受害人因侵权行为死亡的,赔偿权利人包括死亡受害人的近亲属,以及依法由受害人承担抚养义务的被抚养人。在司法考试中,实施加害行为致人死亡,又无违法阻却事由的,即构成对生命权的侵害。
健康权	健康权,指自然人以其身体生理机能、心理机能的健全正常运作和功能正常发挥,进而维持人体生命活动为内容的人格权。健康权的内容: 1. 健康维护权; 2. 劳动能力保持权。在司法考试中,实施加害行为,导致受害人生理、心理功能无法正常发挥,即构成对健康权的侵犯。
身体权	身体权,指自然人维持其身体的完整性和完全性,并支配其肢体、器官和其他人体组织的人格权。身体权的内容: 1. 身体完整性保持权; 2. 身体组成部分的支配权。在司法考试中,实施加害行为,致使受害人身体的完整性遭受破坏的,即构成对身体权的侵犯。 【考点提示】 与身体相连,不能自由拆卸的假肢、义眼、心脏起搏器、支架属于身体权的客体。

**考点三:姓名权、名称权**

项 目	内 容	
法条	《民法通则》第99条: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。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。	
姓名权、名称权的内容	姓名权由自然人享有;名称权由法人或其他组织享有。	姓名权的内容:(1)姓名决定权;(2)姓名使用权;(3)姓名变更权。
		名称权的内容:(1)命名权;(2)使用权;(3)变更权;(4)转让权。
侵犯姓名权(名称权)的行为	1. 干涉:指妨害、阻碍他人行使姓名权的行为; 2. 盗用:指未经允许,为谋取不正当利益,擅自使用他人姓名; 3. 假冒:即冒名顶替,冒充他人进行活动。	
	【考点提示】 侵犯姓名权的行为仅限于干涉、盗用和假冒。除此之外,未经允许使用他人姓名的,不构成侵权。原因在于:姓名是一种区别符号,起名字就是为了让他人使用的。	

**考点四:肖像权 ★★★**

项 目	内 容
法条	《民法通则》第 100 条: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。 《民通意见》第 139 条:以营利为目的,未经公民同意利用其肖像做广告、商标、装饰橱窗等,应当认定为侵犯公民肖像权的行为。
概念	肖像权,指自然人对自己的面部肖像享有利益并排斥他人侵害的权利。肖像权的主体仅限于自然人。
注意	肖像具有“面部性”,肖像权的客体为面部整体肖像。面部的部分,若不能反映人的面部特征,不能成为肖像权的客体。
构成要件	1. 未经权利人同意;2. 主观上以营利为目的;3. 客观上使用他人肖像。

**考点五:名誉权**

项 目	内 容
法条	《民法通则》第 101 条: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。
概念	指自然人或法人对自己在社会生活中获得的社会评价、人格尊严享有的不受侵犯的人格权。
构成要件	行为人故意(或过失)实施了侮辱、诽谤的行为。诽谤,即捏造散布虚假事实。侮辱有三种: 1. 暴力侮辱; 2. 口头侮辱和动作侮辱; 3. 文字侮辱。
	1. 侮辱、诽谤指向特定人(一人或数人); 【考点提示】侮辱、诽谤一类人,一般不构成名誉权侵犯。除非这一类人很少,仅有特定的数人。 2. 侮辱、诽谤的行为为第三人所知悉; 3. 受害人的社会评价因侵害人的行为而降低。

**考点六:隐私权 ★★★**

项 目	内 容
概念	隐私权,指自然人所享有的个人信息、个人私事和个人领域不受他人侵犯的权利。
属于侵犯隐私权的行为	1. 窃取、刺探他人隐私; 2. 擅自披露、公开他人隐私; 【考点提示】隐私公开权是一次性的权利。若隐私权人自行或许可他人披露了隐私,曾经的隐私就不再是隐私,他人进一步传播该信息的,不会再侵犯隐私权。 3. 侵入、侵扰他人私生活空间; 4. 妨害他人的私生活安宁; 5. 侵害他人个人信息、通信秘密。

小贴士 精神损害赔偿

项 目	内 容
精神损害赔偿的适用范围	1. 自然人的人身权益受到侵害; 2. 具有人格象征意义的特定纪念物品因侵权行为而永久性毁损、灭失的。
精神损害赔偿的排除情形	下列情形,不能主张精神损害赔偿: 1. 法人、其他组织的人格权受到侵害的; 2. 在侵权之诉中未提出精神损害赔偿,诉讼终结后基于同一事实另行起诉请求精神损害赔偿的; 3. 加害给付中,受害人提起违约之诉而非提起侵权之诉的,不能主张精神损害赔偿; 4. 侵权致人精神损害,但未造成严重后果,受害人请求赔偿精神损害的,一般不予支持。
精神损害赔偿的其他边缘问题	侵权致人死亡或者侵害死者利益,有权主张精神损害赔偿的近亲属具有顺序上的限制: 1. 第一顺序为配偶、父母、子女(可以作为共同原告); 2. 第二顺序为其他近亲属。仅在没有第一顺序的近亲属时,第二顺序的近亲属才有权主张精神损害赔偿。 【考点提示】 如果不是主张精神损害赔偿,则所有的近亲属都可以作为原告起诉。
	精神损害赔偿具有专属性,原则上不得让与或继承。下列两种情况下,精神损害赔偿请求权可以转让或者继承: 1. 赔偿义务人已经以书面方式承诺给予金钱赔偿(即已承诺); 2. 赔偿权利人已经向人民法院起诉的(即已起诉)。

第四章 法律行为与代理



考点一:意思表示

(一) 意思表示的要素

项 目	内 容	
意思表示的要素	内心意思	1. 目的意思; 2. 效果意思。
	表示行为	1. 明示; 2. 推定方式(以行为表明内心意思); 3. 沉默方式(在法律明确规定或者当事人事先约定时,通过沉默表明内心意思)。

项目	内容	
表示行为	明示,即以语言、文字或当事人了解其意义的符号直接作出表示意思。	
	默示,即以明示以外的其他方式,间接作出意思表示。	1. 推定,即从行为人作出的特定积极行为推知其意思表示内容; 2. 沉默,即从行为人的单纯沉默(消极不作为)中推知其意思表示内容。 【考点提示】 不作为的默示,只有在法律有规定或者当事人双方有约定的情况下,才可以视为意思表示。

(二) 意思表示的类型

项目	内容	
意思表示的类型	无须受领的意思表示与需要受领的意思表示	根据是否须向相对人作出,意思表示分为: 1. 无须受领的意思表示,即无相对人的意思表示,指无须向他人作出的意思表示; 2. 需要受领的意思表示,即有相对人的意思表示,指需要向他人作出的意思表示。
	对特定人的意思表示与对不特定人的意思表示	有相对人的意思表示,根据相对人是否特定,分为两种: 1. 对特定人的意思表示,如授予代理权、要约、承诺、解除合同、抵销; 2. 对不特定人的意思表示。
	对话的意思表示与非对话的意思表示	有相对人的意思表示,根据相对人是否可同步受领意思表示,分为两种: 1. 对话的意思表示,指意思表示作出后,相对人可以同步受领的意思表示; 2. 非对话的意思表示,指意思表示作出后,相对人不能同步受领的意思表示。

(三) 意思表示的生效

项目	内容	
无相对人意思表示的生效	无相对人的意思表示,一经作出即生效力。所谓“作出”,指表意人以可辨认的方式将其意思最终表达出来。	
	有一个例外:遗嘱为死因行为,遗嘱经按法定方式作成(不需要作出)即告成立,于被继承人死亡时生效。	
有相对人意思表示的生效	对不特定人的意思表示。	
	对特定人的意思表示,如授予代理权、要约、承诺、解除合同,须经“作出和到达”两个环节,于“到达”时生效。 【考点提示】 准确地说,对话的意思表示自对方了解时生效。	
注意	对特定人的意思表示于到达受领人时生效,但有例外: 1. 撤回意思表示的通知先于意思表示或者与意思表示同时到达的,意思表示不生效。 2. 向无行为能力人、限制行为能力人作出意思表示,其生效分两种情况: (1) 如果该意思表示使无民事行为能力人、限制民事行为能力人纯获利益,或者与其行为能力相适应,或者其法定代理人事先同意,于到达限制民事行为能力人时生效。 (2) 除前述情形以外,意思表示于到达法定代理人时生效。	

**考点二:法律行为的分类 ★★★**

项 目	内 容	
单方法律行为、双方法律行为、共同法律行为	单方法律行为	指仅由一方意思表示即可成立的民事法律行为。其特点是不需要相对人的同意,法律行为即告成立。单方法律行为主要有: 1. 产生物权法效果的:抛弃(动产或不动产)所有权、抛弃他物权、请求分割共有物; 2. 产生债权法效果的:债务免除、债务的法定抵销、合同的解除、合同的撤销、无权代理的追认、效力待定合同的追认; 3. 产生代理权变动效果的:委托代理权的授予、委托代理权的撤销; 4. 产生继承法、婚姻法效果的:订立遗嘱、撤销与变更遗嘱、继承权的抛弃、受遗赠权的抛弃、婚姻的撤销。
	双方法律行为	指双方当事人相对应的意思表示达成一致才能成立的法律行为(异向的一致)。双方法律行为强调双方当事人之间的“合意”,要求当事人之间“交互的”意思表示达成一致。双方法律行为即合同。
	共同法律行为	指两个以上当事人相同方向的意思表示达成一致才能成立的法律行为(同向的一致)。
财产行为与身份行为	财产行为,指发生财产关系变动效果的法律行为。	
	身份行为,指发生身份关系变动效果的法律行为。	
负担行为与处分行为	负担行为,指使某人负担给付义务并为他人创设一项或多项请求权的法律行为。包括单独行为和契约。	
	处分行为,指直接使某种权利发生、变更或消灭的法律行为,包括物权行为和准物权行为。	
有因行为与无因行为	有因行为,指以原因之存在为有效要件的法律行为。多数法律行为均属有因行为。	
	无因行为,指不以原因行为的存在为有效要件的行为。	
主法律行为与从法律行为	主法律行为,指两个法律行为中,不需要其他法律行为的存在即可独立存在的法律行为。	
	从法律行为,指两个法律行为中,以其他法律行为的存在为自身存在前提的法律行为。	
实践行为与诺成行为	实践行为,指除意思表示外,尚需完成一定行为方可成立的法律行为(如定金合同、民间借贷合同)。	
	诺成行为,指仅须意思表示,无须完成一定行为即可成立的法律行为(如买卖合同、赠与合同)。	

**考点三:法律行为的生效 ★★**

项 目	内 容
概念	法律行为的生效,指已经成立的法律行为因符合法定的生效要件,产生行为人所意图的法律效果。法律行为的成立属于事实判断,而法律行为的生效属于价值判断。原则上,法律行为自成立时起生效,但有下列例外: 1. 附生效条件和附始期的合同,在条件成就或期限届至前,成立但未生效; 2. 效力待定的合同,成立但未生效。