

第三部分 民法法学

民法通则考点讲解

一、民法的适用范围和基本原则

1. 民法的适用范围

(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。

2. 民法的基本原则

民法的基本原则一般有:民事主体地位平等原则;自愿、公平原则;等价有偿原则;诚实信用原则;民事权利受法律保护原则。在上述原则中,要注意:如果一方当事人因恶意损害他人,即使缺乏法律的明确规定,当事人之间也无明确约定,但因违反诚实信用原则而仍然属于民事违法行为,应当承担民事责任。

律考相关题解

1996年律考单项选择题:何某有一栋可以眺望海景的别墅,当他得知有一栋大楼将要建设,从此别墅不能再眺望海景时,就将别墅卖给想得到一套可以眺望海景的房屋张某。何某的行为违背了民法的哪一原则?

A、自愿原则

B、等价有偿原则

C、保护公民、法人的合法民事权益原则

D、诚实信用原则

正确答案:D 参见《民法》第4条 考点:民法的基本原则

二、公民(自然人)

1. 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。

2. 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。

3. 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,由人民法院裁决。

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的精神病人,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者住所地的居委会、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,但是只能有一个住所。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,但住院治疗的除外。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、扶养费、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,丧失民事权利能力,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被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被宣告死亡的人在死亡宣告期间,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

请参见《合伙企业法》。

历年律考相关题解

1. 2000年单项选择题:甲、乙合伙经营鸭绒业务,甲提供厂房,乙提供鸭绒。双方请求丙以技术性劳务入伙,丙未予明确答复,但丙提供了技术性劳务,并参与了当年的分红,分红比例4:4:2。第二年因经营亏损,负债高达10万元。对该债务承担发生分歧,丙认为自己不是合伙人,拒绝承担该债务。为此,诉至法院。该债务应如何承担?

- A. 甲、乙、丙对该债务承担按份责任 B. 甲、乙、丙对该债务承担连带责任
C. 甲、乙对该债务承担连带责任 D. 甲、乙对该债务承担按份责任

正确答案:B 参见《民法》第35条,最高法民通意见第46条 考点:个人合伙的债务承担

2. 2000年单项选择题:1995年6月17日余某所乘的客轮触礁沉没,生死不明。余某的利害关系人若申请宣告余某死亡,最早应是哪一天才能向法院提出申请?

- A. 1997年6月17日 B. 1997年6月18日
C. 1999年6月17日 D. 1999年6月18日

正确答案:B 参见《民法》第23条、第154条第2款、第155条 考点:死亡宣告的申请

3. 2000年多项选择题:甲、乙、丙三人各自出资10万元、6万元、4万元合伙从事汽车零配件经营,其间因经营管理不善,对丁负债10万元,丙遂退出合伙,并拿出1万元由甲、乙代为偿还对丁的债务。现在丁应如何追偿其债权?

- A. 可以分别向甲、乙、丙三人要求偿还5万元、3万元、2万元
B. 只能要求丙偿还1万元,其余部分向甲、乙追偿
C. 可以只向甲或只向乙要求偿还全部10万元,但不能要求丙单独偿还10万元

D. 可以向甲、乙、丙中任何一人要求偿还 10 万元

正确答案:AD 参见《民法》第 35 条 考点:合伙连带责任的追偿

4. 2000 年多项选择题:丁某因一次沉船事故下落不明,后被法院宣告死亡。此后,有人意外发现丁某依然生存。经其利害关系人申请,法院作出新判决,撤销原判。请问:在下列哪些情况下,丁某因宣告死亡而消灭的婚姻关系不能自行恢复?

- A. 原配偶再婚
- B. 原配偶再婚又离婚
- C. 原配偶再婚后其配偶病故
- D. 原配偶虽未再婚,但拒绝恢复婚姻关系

正确答案:ABC 参见最高法民通意见第 37 条 考点:被宣告死亡人的婚姻关系

5. 1999 年单项选择题:甲被宣告死亡后,其妻乙改嫁丙。丙死亡后一年,乙得知甲仍然在世,经通讯联系后,遂向法院申请撤销原死亡宣告。撤销甲的死亡宣告后,甲与乙的婚姻关系如何?

- A. 自行恢复
- B. 并未自行恢复
- C. 视为自行恢复
- D. 经甲同意自行恢复

正确答案:B 参见最高人民法院《关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见(试行)》(以下简称最高法民通意见)第 37 条 考点:撤销死亡宣告的法律后果

6. 1999 年单项选择题:杨某 15 周岁,智力超常,大学三年级学生。杨某因有某项发明,而与刘某达成转让该发明的协议。该转让协议的效力如何?

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

正确答案:B 参见《合同法》第 47 条第 1 款及《民法》第 12 条 考点:效力未定的合同及公民民事行为能力

7. 1999 年多项选择题:甲为一儿童影星,片酬颇丰,乙为甲的监护人。乙的下列哪些行为在征得甲同意时,属于合法有效的民事行为?

- A. 因甲的侵权行为给他人造成损失,用其片酬予以支付的行为
- B. 用甲的片酬赠与他人的行为
- C. 用甲的片酬为甲购买人身保险的行为
- D. 用甲的片酬为乙母购买房产的行为

正确答案:AC 参见《民法》第 18 条、第 133 条第 2 款 考点:监护人的职责及被监护人的侵权责任

8. 1998 年单项选择题:董红系儿童影星,年满 9 周岁,片酬颇丰。其父董军的亲弟董强,家居山区,生活较为困难。董军征得董红口头同意后,将董红的片酬 3000 元以董红的名义赠与董强。对董军的这一民事行为的效力的下列表述,哪一个是正确的?

- A. 有效。理由是董军为其法定代理人,有权处理其财产
- B. 有效。理由是董军已经征得董红的同意
- C. 无效。理由是董军未征得董红母亲的同意
- D. 无效。理由是董军处分董红的财产不是为董红的利益

正确答案:D 参见《民法》第 18 条 考点:监护人的职责

9. 1998 年单项选择题:1991 年 5 月,冯敏因受单位行政处分而离家出走,一直下落不明。1997

年6月其妻王慧向法院起诉,要求离婚。同月,冯敏所在单位欲将其除名,亦向同一法院送交了宣告冯敏死亡申请书。下列有关该案的表述中哪一项是正确的?

- A. 法院应判决离婚,但不应判决宣告死亡
- B. 法院应判决宣告死亡,使冯敏与王慧的婚姻关系自然解除
- C. 法院可以判决离婚也可以判决宣告死亡
- D. 法院可以在判决离婚的同时判决宣告死亡

正确答案:A 参见最高法民通意见第25条 考点:申请宣告死亡顺序

10. 1998年单项选择题:刘某出海打渔,因遇台风下落不明。现其妻王某向法院申请宣告刘某失踪。因刘某失踪后王某与他人姘居,并与姘夫合用家中财产,在确定刘某的财产代管人时,刘某父母与王某发生争议。本案中法院应依法指定谁为财产代管人?

- A. 王某,理由是王某提出了宣告失踪的申请
- B. 王某,理由是王某是刘某失踪后的第一顺序的财产代管人
- C. 刘某的父母,理由是若指定王某则不利于保护刘某的财产
- D. 王某和刘某的父母,理由是他(她)们均为法律规定的财产代管人

正确答案:C 参见《民法》第21条 考点:失踪人财产的代管问题

11. 1998年单项选择题:张家为孙子张明过生日,却为确定出生日期犯愁。张明的母亲记得儿子是8月28日傍晚出生,医院的接生记录簿上记载的是8月29日,出生证上记载的是8月30日,而户口簿上记载的9月1日。依照有关法律,张明的出生时间应以哪一日期为准?

- A. 8月28日
- B. 8月29日
- C. 8月30日
- D. 9月1日

正确答案:D 参见最高法民通意见第1条 考点:自然人出生时间的确定

12. 1997年单项选择题:张大来的原户籍所在地在杨村,1994年张大来从杨村开出迁住证,迁往李村。但在李村登记前,张大来得病,在县城关医院住院1年零3个月,病愈后张大来前往北京市打工,并在某区办理了暂住证,居住期限为6个月,现住在某区某街道某号。现问,张的住所应确定为何处?

- A. 杨村
- B. 李村
- C. 县城关医院
- D. 北京某区某街道某号

正确答案:A 参见最高法民通意见第9条 考点:经常居住地、住所

三、法人

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。法人是与自然人(公民)相对称的另一类民事主体。

1. 法人成立的条件

①依法成立;②有必要的财产或者经费;③有自己的名称、组织机构和场所;法人以它的主要办事机构所在地为住所;④能够独立承担民事责任。

2. 法人的法定代表人

法定代表人是指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。法人的正职负责人,是法人的法定代表人。没有正职负责人的,由主持工作的副职负责人担任法定代表人。设有董事会的法人,以董事长为法定代表人;没有董事长的法人,经董事会授权的负责人为法定代表人。法定代表人在合法权限内代表法人进行活动时并不需法人另外授权,职权是由法

律和章程规定的,法定代表人的行为即是法人的行为,法定代表人可以直接代表法人对外签订合同、在法院应诉和起诉。企业法人的法定代表人和其他工作人员,以法人名义从事的经营活动,给他人造成经济损失的,企业法人应当承担民事责任。

法人机关又称法人的组织机构,它是由法律、章程或条例规定的不需要特别委托而能够以法人名义进行民事活动的集体或个人。法定代表人是法人的代表机关,是法人机关之一。

3. 法人分类

(1)企业法人和非企业法人:企业法人是以营利为目的、从事生产经营活动的法人。非企业法人是指机关法人、事业单位法人和社会团体法人。

(2)社团法人和财团法人:以2个以上成员的结合而取得权利义务主体资格的,为社团法人;由一定目的的财产的集合而取得权利义务主体资格的,为财团法人。

4. 法人的民事权利能力和民事行为能力

法人的民事权利能力和民事行为能力从法人成立时产生,到法人终止时消灭。企业法人从核准登记手续办理完毕,依法领取营业执照之日起,取得法人资格。经主管机关注册登记是我国企业法人成立的法定程序。非企业法人,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,经核准登记后取得法人资格。

5. 企业法人的变更

企业法人分立、合并或者所有制性质和组织形式的变更、经营范围的变更、注册资本(注册资金)的变更,都需要进行相应的变更登记,否则不发生法律效力。

企业法人分立、合并,它的权利、义务由变更后的法人享有和承担。企业法人分立的,原来法人所承担的义务由分立后的法人承担连带责任;原来法人所享有的权利,如果没有事先作划分,事后也没有达成协议,则应作为分立后的法人的共有财产或者连带债权。企业法人合并的,原来的几个法人所享有的权利、义务全部由合并后的法人享有或者承担。

历年律考相关题解

1. 2000年单项选择题:李某与合伙企业“大木采石场”各出资50万元组建了一家具有独立法人资格的大木贸易有限责任公司,经营建筑材料,聘请营销专家陈某担任经理。这里谁负“有限责任”?

- A. “大木采石场”对合伙企业债务
- B. 大木有限公司对公司所负债务
- C. 李某和“大木采石场”对大木有限公司债务
- D. 陈某对大木有限公司债务

正确答案:C 参见《公司法》第3条 考点:有限责任的含义

2. 2000年单项选择题:依民法原理和现行民事法律,下列选项中,哪一表述是正确的?

- A. 清算法人不具有民事行为能力
- B. 清算法人具有与原法人相同的民事行为能力
- C. 清算法人仅具有清算范围内的民事行为能力
- D. 清算法人仅具有资产清理的民事行为能力

正确答案:C 参见《企业破产法(试行)》第24~28条,《公司法》第191~198条 考点:清算法人的民事行为能力

3. 1999年单项选择题: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。

后因丙公司无力承担已、庚的债务而发生纠纷。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

正确答案:A 参见《民法》第44条第2款,《合同法》第90条,《公司法》第185条 考点:法人的分立

4. 1998年多项选择题:下列选项中哪些必须经过登记注册才能取得民事主体资格?

- A. 城镇个体工商户
- B. 农村承包经营户
- C. 公司法人
- D. 社会团体

正确答案:AC 参见《民法》第26条、第27条、第50条第2款 考点:民事主体资格的取得时间

5. 1998年多项选择题:在法定代表人和法人关系问题上,下列哪些表述是正确的?

- A. 法定代表人既是法人的代表人,又是法人机关的代表人
- B. 法定代表人履行职务的行为是法人的行为
- C. 法定代表人只能是法人单位的行政正职负责人
- D. 法定代表人的代表权源于法律和章程,而不是源于法人的授权

正确答案:BD 参见最高法民通意见第38条及法定代表人相关知识 考点:法定代表人与法人的关系

6. 1998年多项选择题:某市国有投资部门出资51%,其他34名股东共出资49%组建红星有限责任公司。1997年5月国有投资部门作出了撤销公司董事长张某的决定,并通知了各股东,但未及时到工商行政管理部门办理变更登记。在此期间,张某应李某所求,以红星公司的名义为李某个人提供了50万元的担保,后因李某的债权人向红星公司请求承担担保责任而发生纠纷。现问,下列有关说法中哪些是正确的?

- A. 在办理变更登记之前,张某仍是公司董事长
- B. 从撤销决定做出之日起,张某不再是公司董事长
- C. 本案担保因张某被撤销董事长职务而无效
- D. 应责令张某取消担保

正确答案:AD 参见《民法》第44条第1款 考点:变更登记的法律效力

7. 1997年多项选择题:有限责任公司从其性质上说,属于哪类法人?

- A. 企业法人
- B. 财团法人
- C. 事业法人
- D. 营利法人

正确答案:AD 考点:法人的分类

四、民事法律行为

1. 民事法律行为

民事法律行为是公民或者法人设立、变更、终止民事权利和民事义务的合法行为。民事法律行为从成立时起具有法律约束力,行为人非依法律规定或者取得对方同意,不得擅自变更或者解除。

民事法律行为应同时具备下列要件:

(1)行为人具有相应的民事行为能力。无民事行为能力人只能实施纯获利益、不负担义务、且不损害他人的行为。限制民事行为能力人只能实施与其年龄、智力或者精神健康状况相适应

的行为,以及法定代理人同意的其他行为。完全民事行为能力人可以独立进行各种民事法律行为。法人都有完全民事行为能力。

(2)意思表示真实。即没有错误、恶意通谋、受詐欺、受胁迫等因素存在。

(3)民事法律行为的内容不违反法律或者社会公共利益、社会公德。

(4)符合法律规定的形式。法律规定用特定形式的应依法律规定。民事法律行为可以采取以下形式:①书面形式。②口头形式。③视听资料形式。当事人以录音、录像等视听资料形式实施的民事行为,如有两个以上无利害关系人作为证人或者有其他证据证明该民事行为符合民事法律行为有效要件的,可以认定有效。④推定形式。一方当事人向对方当事人提出民事权利的要求,对方未用语言或者文字明确表示意见,但其行为表明已接受的,可以认定为默示。这种行为的默示,即是民事法律行为的一种推定形式。⑤沉默形式。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。

2. 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。单方法律行为指依一方当事人的意思表示而成立的法律行为,如债务的免除、委托代理的撤销、无权代理的追认、遗嘱的订立、继承权的抛弃等。双方法律行为指由双方当事人相对应的意思表示的一致而成立的法律行为,一般的合同都是双方法律行为。多方法律行为指依两个以上当事人彼此意思表示的一致才能成立的法律行为。

(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。单务法律行为指法律行为的一方当事人负有义务,而另一方当事人仅享有权利的法律行为,如赠与;双务法律行为指当事人双方互享权利互负义务的法律行为,绝大多数的法律行为均属双务法律行为。

(3)依民事法律行为是否存在对待的给付,可将其分为有偿法律行为和无偿法律行为。所谓对待给付,指一方为获取对方提供的利益而偿付的代价。有偿法律行为就是根据法律行为而享有权利时必须偿付相应代价的法律行为,如买卖、租赁、承揽等;无偿法律行为则是根据法律行为享有权利而无需支付任何代价的法律行为,如赠与、借用等。

(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。诺成性法律行为指不须交付标的物,仅以意思表示为成立要件的法律行为,如买卖、租赁、承揽等。实践性法律行为,又称要物行为,指除当事人意思表示一致外还须交付标的物才能成立的民事法律行为。例如在保管合同中,仅凭当事人双方达成的协议尚不足以引起民事权利义务的发生,只有在达成协议并实际交付了标的物时,法律行为才成立。

(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。要式法律行为,指法律明确规定必须采用某种形式或履行一定程序才能成立的法律行为。如《民法通则》第56条规定:“法律规定用特定形式的,应当依照法律规定。”不要式法律行为,指法律未规定特定形式,可由当事人自由选择形式成立的法律行为。

3. 无效民事行为

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。包括:

(1)无民事行为能力人实施的民事行为及法人超越其经营范围实施的民事行为无效。无民事行为能力人实施的民事行为是无效的,除非实施的是使自己纯受利益的民事行为。

(2)限制民事行为能力人,如果实施的是其依法不能够独立实施的民事行为,或者没有征得其法定代理人的同意而实施其他民事行为,其行为无效。但如果限制民事行为能力人此时所

为的民事行为是订立合同,根据《合同法》第47条的规定在经法定代理人追认后,合同有效。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。

(3)因欺诈而为的民事行为无效。因受欺诈而为的民事行为,是指一方当事人故意告知对方虚假情况,或者故意隐瞒真实情况,诱使对方当事人作出错误的意思表示。《合同法》第52条第1项则规定,一方以欺诈手段而订立的合同,仅在因此损害国家利益时才属绝对无效,否则根据该法第54条第2款的规定属可变更或可撤销的合同。

(4)因一方胁迫而为的民事行为无效。但是,与欺诈行为的处理一样,《合同法》则将因胁迫而订立的合同也分为两类,一类是一方采用胁迫手段迫使另一方订立合同,损害了国家利益,对这类合同应作为无效合同对待;另一类是一方以胁迫手段迫使对方订立合同,但并没有造成国家利益的损失,对这类合同,应按可变更或可撤销合同处理。

(5)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无效。《合同法》第54条第2款则将一方乘人之危使对方在违背真实意思的情况下订立的合同规定为可变更或可撤销的合同。

(6)恶意串通,损害国家、集体或者第三人利益的民事行为无效。

(7)违反法律或者社会公共利益的民事行为。

(8)经济合同违反国家指令性计划的民事行为。

(9)以合法形式掩盖非法目的的民事行为。比如,两人为了规避法律上关于禁止文物买卖但不禁止赠与的规定,签订了两个赠与合同,一方将文物赠与对方,对方将一笔钱赠与此方。

民事行为部分无效,不影响其他部分的效力的,其他部分仍然有效。如产品买卖合同中规定了违反法律规定的免责条款,则买卖合同仍然有效,仅免责条款本身无效。

4. 可变更、可撤销的民事行为

可变更、可撤销的民事行为指民事行为不完全具备民事法律行为的有效要件,当事人可请求人民法院或仲裁机关予以变更、撤销,如果当事人行使此权利,则民事行为将变更其效力或者归于无效,如果当事人不行使此权利,则民事行为原来的效力不变。

(1)可变更、可撤销的民事行为的种类

①重大误解的民事行为。行为人因对行为的性质、对方当事人、标的物的品种、质量、规格和数量等的错误认识,使行为的后果与自己的意思相悖,并造成较大损失的,可以认定为重大误解。

②显失公平的民事行为。一方当事人利用优势或者利用对方没有经验,致使双方的权利义务明显违反公平、等价有偿原则的,可以认定为显失公平。

③受欺诈、胁迫而订立的不损害国家利益的合同。

④乘人之危而订立的合同。根据《合同法》第54条第2款的规定,一方乘人之危,使对方在违背真实意思的情况下订立的合同,受损害方有权请求变更或撤销。

(2)撤销权的行使

撤销权的行使,必须在诉讼或者仲裁之中,向人民法院或者仲裁委员会提出,由人民法院或者仲裁委员会在裁判中确定。如果当事人直接向对方当事人表示变更或者撤销,不发生变更或者撤销的效力,民事行为继续有效。当然,如果对方当事人表示同意,可以作为双方协商同意终止民事行为的效力。

根据最高法民通意见第73条,对于重大误解或者显失公平的民事行为,当事人请求变更

的,人民法院应当予以变更;当事人请求撤销的,人民法院可以酌情予以变更或者撤销。可变更或者可撤销的民事行为,自行为成立时起超过1年当事人才请求变更或撤销的,人民法院不予保护。《合同法》第54条第3款更明确规定,当事人请求变更的,人民法院或仲裁机构不得撤销。《合同法》第55条规定的除斥期间虽亦为1年,但起算点为自有撤销权的当事人知道或应当知道撤销事由之日起计算。具有撤销权的当事人自知道撤销事由后明确表示或者以自己的行为放弃撤销权的,则撤销权消灭。

5. 民事行为被确认无效或被撤销的法律后果

民事行为被确认为无效或被撤销后,从行为开始起就无效,没有法律约束力。民事行为部分无效,不影响其他部分的效力的,其他部分仍然有效。民事行为被确认为无效或被撤销后,当事人因该行为取得的财产,应当返还给受损失的一方。有过错的一方应当赔偿他方因此所受的损失,双方都有过错的,应当各自承担相应的责任。双方恶意串通,实施民事行为损害国家的、集体的或者第三人的利益的,应当追缴双方已经取得的或者约定取得的财产,收归国家、集体所有或返还第三人。

6. 附条件、附期限的民事法律行为

(1)条件:民事法律行为可以附条件,附条件的民事法律行为在符合所附条件时生效。一个事实成为条件应具备下列要件:①须属于将来发生的事实。②须属发生与否不能确定的事实。肯定能够实现或不能实现的事实都不能设定为条件。如果将来肯定要发生,但什么时候发生不确定,比如人的死亡,不属于条件,而属于不确定期限。③须属合法事实,否则,该法律行为无效。例如约定“如杀某人,赠金10万元”,属违法事实,不能作条件。④须是由当事人设定而非法定的。⑤条件不得与行为的主要内容相矛盾。

(2)条件的分类:①附延缓条件的民事法律行为和附解除条件的民事法律行为。延缓条件也称停止条件,是指如果该案件成就,则民事法律行为的效力发生。例如约定:“如果今年考上大学,则给钱1000元”。其中“考上大学”即属停止条件。停止条件的作用是使已经成立的民事法律行为并不立即发生效力,其效力处于停止状态,只有到条件成就时才能生效。解除条件又称消灭条件,是指民事法律行为已经发生效力,但如果该条件成就,则其效力消灭。例如约定:“此屋借与你住,但我儿子结婚时,则须返还。”其中“儿子结婚”即属解除条件。②条件以其内容所设事实成就与否为标准可分为积极条件(又称肯定条件)与消极条件(又称否定条件)。积极条件是以设定事实发生为内容的条件,比如以签订某合同为条件。消极条件是以所设事实不发生为内容的条件。

当事人为自己的利益不正当地阻止条件成就的,视为条件已成就;不正当地促成条件成就的,视为条件不成就。如果所附条件是违法或不可能发生的,该民事行为无效。

(3)附期限的民事法律行为:附期限的民事法律行为,在所附期限到来时生效或解除。期限作为民事法律行为的附款,应是将来事实、确定发生的事实和合法事实。已经发生的事实、不可能发生的事实以及不法事实,均不能设定为期限。

期限与条件的区别:在于期限是确定发生的将来事实,即必成事实;而条件则是发生与否并不确定的事实,即偶成事实。①时期确定,事实的发生也确定,则为期限。例如“今年10月1日”。②时期确定,能否到来却不确定,应为条件。比如“明年6月1日开始大选”,作为时间是确定的,但该大选能否发生是不确定的,因而应属条件。③时期不确定,但事实的发生确定,应为期限。例如“下次下雨时”。下雨的天气过程必然到来,尽管具体时点未知,但属必成事实,属期限而不属条件。④时期不确定,事实发生与否也不确定,则为条件,例如“某人获得博士学位

之日”,该人能否获得博士学位,已属不确定之事;至于何日获取博士学位,则更加不确定,故显然属于条件。

(4)期限的分类:①期限以效力为标准,划分为延缓期限和解除期限。延续期限指所附期限到来时民事法律行为的效力发生,故又称“始期”,《合同法》称之为生效期限。附始期的民事法律行为已经成立,但是暂时不发生效力,须始期到来时才发生效力。始期的功能与停止条件相同。解除期限指所附期限到来时一个已经生效的民事法律行为丧失其效力,故又称“终期”,《合同法》称之为终止期限。终期的功能与解除条件相同。②确定期限和不确定期限。期限指明的事实的发生时间,可能现在就能够确定具体时间,也可能暂时无法确定具体时间。能够确定具体时间的,是确定期限,比如合同中约定合同2个月后生效,或者3年后失效。不能够确定具体时间的,是不确定期限,比如人的死亡,某次航程的终了,某人的病愈。

历年律考相关题解

1. 2000年单项选择题:甲为一乘客(老烟民,熟知烟的价格),乙为一小贩。乙在火车车厢叫卖:“红塔山香烟,10元钱一条。”甲欣然买之。经查,该烟为假烟。甲与乙之间的行为性质应如何认定?

- A. 无效民事行为,理由为欺诈
- B. 可撤销民事行为,理由为欺诈
- C. 无效民事行为,理由是违反法律规定
- D. 有效民事行为,理由是双方达成合意

正确答案:C 参见《民法》第58条第1款第1项 考点:无效民事行为

2. 1999年多项选择题:甲从乙处购买黄牛一头,作价500元。乙明知该牛有病而告知甲该牛没病,甲认为该牛可能有病,但因价格便宜,而愿意购买。在交易过程中,乙对甲说:“如果发生纠纷,你必须在3个月内(自交易之日起算)起诉,否则我概不负责。”乙表示允诺。甲买回该牛后第4个月该牛因病死亡,遂发生纠纷。现问:

- A. 甲与乙之间构成民事欺诈
- B. 甲与乙之间构成合同违约
- C. 甲与乙之间约定起诉期限有效
- D. 甲与乙之间约定起诉期限无效

正确答案:BD 参见最高法民通意见第68条及《合同法》第61条、第62条、第154条(注意:诉讼时效为强制性规定,当事人不得以约定加以变更) 考点:民事欺诈的构成,买卖合同的质量要求及诉讼时效的法律性质

3. 1999年多项选择题:下列民事行为中,哪些属于意思表示不真实的民事行为?

- A. 恶意串通损害他人利益的行为
- B. 以合法形式掩盖非法目的的行为
- C. 误将赝品作为真品出卖的行为
- D. 与他人合伙开设赌场的行为

正确答案:BD 考点:意思表示不真实的民事行为

4. 1997年单项选择题:根据我国民法实践的一般作法,书面的意思表示在需要经过传达媒介才能到达对方当事人时,则该意思表示的生效时间为:

- A. 表意人完成其表意行为时
- B. 意思表示离开表意人时,如函件已邮寄
- C. 意思表示到达相对人时
- D. 相对人了解意思表示的内容

正确答案:C 考点:书面的意思表示生效时间

5. 1997年多项选择题:甲将其房屋3间出租给乙,双方约定租赁合同在甲的女儿调到外地工

作时生效。这一约定属于哪种条件？

- A. 延缓条件
- B. 解除条件
- C. 肯定条件
- D. 否定条件

正确答案:AC 考点:附条件的民事法律行为的分类

6. 1997 年多项选择题:构成民法上的欺诈,须具备下列哪些条件?

- A. 欺诈人有欺诈的故意
- B. 欺诈人有欺诈的行为
- C. 受欺诈人因欺诈陷入错误认识
- D. 受欺诈人陷入错误认识而为意思表示

正确答案:ABCD 参见最高法民通意见第 68 条 考点:欺诈的构成

7. 1997 年多项选择题:王某与张某签订了一份书面合同,约定由王某在签约后 3 日借给张某 1 万元,张某于半年后偿还该 1 万元并支付 7% 的利息。该行为属于何种民事法律行为?

- A. 有偿民事法律行为
- B. 无偿民事法律行为
- C. 单务民事法律行为
- D. 双务民事法律行为

正确答案:AD 考点:民事法律行为的分类

8. 1996 年单项选择题:甲常为乙制作手工制品,历来都是由乙按数量向甲支付一定的预付款。这次由于数量较大,乙提出要签订书面合同,并将预付款改为定金。由于甲是文盲,乙给甲讲合同内容与以前的做法完全一样,甲遂在合同上签字。该合同是一种什么性质的民事行为?

- A. 可撤销,因为甲是因重大误解而作出意思表示
- B. 无效,因为甲是因受欺诈而为的意思表示
- C. 无效,因为甲所作出的是虚假意思表示
- D. 无效,因为甲是在乙乘人之危情况下而为的意思表示

正确答案:B 参见最高法民通意见第 68 条 考点:欺诈的民事行为

9. 1996 年多项选择题:意思表示的默示形式是不通过语言文字,而是通过推定或沉默使他人可以推断真实意思。下列选项所列行为哪些属于默示形式?

- A. 行人向出租车招手,出租车司机将车停靠在行人旁边等候行人上车
- B. 继承开始后,继承人没有表示放弃或接受继承
- C. 租赁期届满,承租人继续支付租金,出租人也予以接受
- D. 要约中附有如果受要约人 10 天内不作出否认表示即视为同意的内容,10 天过去,受要约人未作出否认表示

正确答案:BC 参见最高法民通意见第 66 条 考点:意思表示的默示形式

五、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。

1. 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。

2. 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。

3. 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。

4. 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。

5. 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。

历年律考相关题解

1. 1999 年多项选择题:甲原籍是山区茶乡。春节期间,甲回原籍探亲,同事乙委托甲买上等茶叶 10 斤,并付款 1 千元。春节期间因无茶叶出卖,甲将情况告乙,乙说你转托一人在春天三月再买吧。甲在回城前的一天晚上,丙正好前来探望甲,于是甲便委托丙代乙买 10 斤上等茶叶,丙应允。甲将一千元放在信封里交付给丙。丙在当晚回家途中,1 千元被人所抢。抢劫案未侦破。甲回城后将此事告知乙,为此引起纠纷。乙起诉到法院,法院对乙的哪些请求不予支持?

- A. 请求甲赔偿损失 1 千元
- B. 请求丙赔偿损失 1 千元
- C. 请求甲、丙各赔偿损失 500 元
- D. 请求甲、丙对 1 千元损失负连带责任

正确答案:ABCD 参见《民法》第 68 条 考点:复代理

2. 1999 年多项选择题:甲委托其在外地的好友乙代购药材,并汇去两万元钱。因一时无货,乙便以甲的名义将钱暂存银行。乙的好友丙因生产经营急需用钱,去找乙,乙便拿出甲的存折给丙,由丙的好友丁担保。乙未将上述情况告知甲。后丙因生产经营不善无力还款而引起纠纷。甲诉至法院。本案中哪些法律关系有效?

- A. 甲与乙之间的委托代理关系
- B. 甲与银行之间的储蓄法律关系
- C. 乙与丙之间的借款法律关系
- D. 丁与乙、丙之间的担保法律关系

正确答案:AB 参见《民法》第 66 条及《合同法》第 48 条 考点:无权代理的法律效力

3. 1998 年单项选择题:甲医药公司与乙运输公司订立了一份运输合同,要求乙将价值 100 万元的药品运往丙公司,因乙的车辆当天全部外出,乙遂委托个体运输户张某代运,并约定了运价。由于当天下大雨,张某不能按时赶到,就宿于某旅馆。旅馆有车库,但张某为省钱,将车停在河堤旁。当晚山洪爆发,冲倒车辆,致使药品损失大半,对此损失应由谁赔偿?

- A. 由甲医药公司赔偿
B. 由乙运输公司赔偿
C. 由张某赔偿
D. 由乙运输公司和张某共同赔偿

正确答案:B 参见《民法》第 111 条,《合同法》第 311 条 考点:运输合同中的货物的毁损灭失及风险

4. 1997 年单项选择题:在委托代理中,代理人享有代理权的依据是什么?

- A. 委托合同
B. 委托授权
C. 委托合同和委托授权
D. 委托合同或委托授权

正确答案:C 考点:代理权产生的根据

5. 1997 年多项选择题:根据《民法通则》,10 周岁以上的未成年人的法定代理人

- A. 可以同意该未成年人进行某项与其年龄、智力相适应的民事活动
B. 可以同意该未成年人进行与其年龄、智力不相适应的民事活动
C. 不可以同意该未成年人进行某项与其年龄、智力不相适应的民事活动
D. 不可以概括地同意该未成年人进行任何种类的民事活动

正确答案:BD 参见《民法通则》第 12 条 考点:限制民事行为能力人进行民事活动的限制

6. 1997 年多项选择题:一般情况下,委托代理人为了被代理人的利益转委托他人代理的,在下列哪些情况下,复代理人代理行为的法律后果由被代理人直接承担?

- A. 委托代理人事先通知被代理人
B. 委托代理人事先通知被代理人,被代理人表示不同意的
C. 委托代理人事先取得被代理人同意的
D. 委托代理人事后取得被代理人同意的

正确答案:CD 参见《民法通则》第 68 条 考点:转委托的法律后果

7. 1997 年多项选择题:在民事代理过程中,代理人负有哪些义务?

- A. 履行其代理职责
B. 不能同时代理双方当事人为同一法律行为
C. 不能与第三人恶意串通损害被代理人的利益
D. 在因故暂时无法履行代理职责时,应当转托他人代理

正确答案:ABC 参见《民法》第 66 条第 2 款、第 3 款、第 68 条,最高法民通意见第 80 条
考点:代理人的责任

8. 1996 年多项选择题:甲委托乙购买一头奶牛,但这头奶牛有病。该项购牛行为的效力应如何确定?

- A. 设甲明知该奶牛有病而乙不知道的情况,为可撤销的民事行为
B. 设甲明知该奶牛有病而乙不知道的情况,甲不得撤销该行为
C. 在乙明知该奶牛有病而甲不知道时,是有效民事法律行为
D. 在甲明知该奶牛有病而指示乙购买时,甲不得撤销该行为

正确答案:BD 考点:代理行为的效力

9. 1996 年单项选择题:胡某陪同其 12 岁的女儿胡红到某公司购买了一架钢琴,逾期没有支付价款,现公司要解除合同。该解除合同的书面通告于什么时候生效?

- A. 在送达胡红时生效
B. 在送达胡某时生效
C. 在送达胡红并胡某时生效
D. 在送达胡红并告知其转交胡某时生效

正确答案:B 参见《民法》第12条 考点:法定代理及意思表示的生效时间

六、民事责任

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,又称违反合同的责任(请参见合同法部分)。侵权责任,又称侵权的民事责任,指行为人不法侵害他人的人身权、财产权时依法所应承担的民事责任。根据归责原则的不同,侵权民事责任可分为一般侵权民事责任和特殊侵权民事责任。

1. 一般侵权民事责任的构成要件

(1)损害事实:损害事实是构成民事责任的首要条件,可分为财产损害和人身损害。

(2)违法行为:行为的违法性是构成民事责任的必要条件之一。违法行为有作为的违法行为和不作为的违法行为。实施法律所禁止的行为,侵害他人合法权益的,就是作为的违法行为;未履行法律规定的行为义务,致他人受损害,便是不作为的违法行为。

(3)违法行为与损害事实之间存在因果联系。

(4)行为人主观上有过错。

2. 侵权民事责任的抗辩事由(免责条件)

抗辩事由就是被告针对原告的诉讼请求而提出的证明原告的诉讼请求不成立或不完全成立的事实。

(1)正当防卫:正当防卫是指为了保护国家、集体、他人或者自己的合法权益免受侵害,而对正在进行的不法行为所采取的正确的、适当的防卫措施。因正当防卫造成损害的,不承担民事责任。如果正当防卫超过必要的限度,造成不应有的损害的,应当承担适当的民事责任。

(2)紧急避险:紧急避险是发生了某种紧急的危险,可能造成较大的财产损害或危及公民的生命、健康,为了避免造成更大的损害而不得不对他人的财产或人身造成一定的损害。如果危险是由人为原因造成的,则因紧急避险造成的损害,由引起险情发生的人承担民事责任。如果危险是由自然原因引起的,行为人采取的措施又无不当,则行为人不承担民事责任,受害人要求补偿的,可以责令受益人适当补偿。因紧急避险采取措施不当或者超过必要的限度造成不应有的损害的,紧急避险人应当承担适当的民事责任。

(3)职务授权行为。

(4)不可抗力:不可抗力指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。如地震、水灾、台风等。因不可抗力造成他人损害的,行为人不承担民事责任,法律另有规定的除外。

(5)受害人的过错:受害人的过错是指损害事实的发生是由受害人自己的过错造成的,而行为人无过错,对此,行为人可以不承担民事责任。若对损害事实的发生,不仅受害人有过错,行为人也有过错,则构成混合过错,应根据双方过错程度的大小,确定各自应负的民事责任。

(6)受害人的同意:受害人的同意是受害人事前明确作出的自愿承担某种损害结果的意思表示。受害人的同意可以成为免除民事责任的条件。

(7)第三人的过错:第三人的过错是除原告和被告之外的第三人,对原告的损害的发生和扩大具有过错。第三人的过错是免除或减轻被告的民事责任的依据。如果被告没有过错而第三人有过错,或被告只有轻微过失而第三人有故意或重大过失,则就应由第三人单独或主要承担民事责任。如果第三人的过错是损害发生的惟一原因,则只能由第三人承担民事责任。

(8)外处事件:意外事件指非因当事人的故意或过失而偶然发生的不可预见的损害,意外事件作为免责事由,仅适用于过错责任。

(9)自助行为:自助行为指权利人为保护自己的权利,在情事紧迫而又不能及时请求国家