飞跃版
因为专业 所以卓越

2013 国家司法考试

400分过关笔记

谢志强 ◎ 编

第三册 民法·商法

本书三大特点：

1.通过表格、图表的形式梳理提炼司法考试重点、难点、“永恒考点”，帮助考生减负。

2.跨类比较、跨法比较、易混知识点比较，帮助考生理解记忆、举一反三。

3.融会司法考试经典教材，帮助考生冲刺阶段查漏补缺、强化记忆。

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

需要全本请访问 www.ertongbook.com

2013国家司法考试400分过关笔记

（三）

民法·商法

谢志强　编著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

目　录

Contents

民　法

第一章　民法概述 …… (3-1)
第一节　民事法律关系 …… (3-1)
第二节　物 …… (3-3)
第二章　自然人 …… (3-4)
第一节　自然人的民事权利能力与民事行为能力 …… (3-4)
第二节　监护制度 …… (3-5)
第三节　宣告失踪与宣告死亡 …… (3-6)
第三章　法人 …… (3-8)
第一节　法人概述 …… (3-8)
第二节　法人机关 …… (3-9)
第四章　民事法律行为 …… (3-9)
第一节　民事法律行为概述 …… (3-9)
第二节　无效民事行为 …… (3-11)
第三节　可变更、可撤销的民事行为 …… (3-11)
第四节　效力待定的民事行为 …… (3-11)
第五节　《民法通则》与《合同法》中的行为比较 …… (3-12)
第五章　代理 …… (3-13)
第一节　代理概述 …… (3-13)
第二节　代理权 …… (3-14)
第三节　无权代理 …… (3-15)
第六章　诉讼时效与期限 …… (3-15)
第七章　物权 …… (3-18)
第一节　物权概述 …… (3-18)
第二节　所有权 …… (3-21)
第三节　共有 …… (3-23)
第四节　用益物权 …… (3-24)
第五节　担保物权 …… (3-26)
第六节　占有 …… (3-31)
第八章　债 …… (3-32)
第一节　债的概述 …… (3-32)
第二节　债的履行 …… (3-34)
第三节　债的保全和担保 …… (3-36)
第四节　债的移转和消灭 …… (3-41)
第五节　不当得利 …… (3-44)
第六节　无因管理 …… (3-46)
第九章　合同 …… (3-47)
第一节　合同的订立和履行 …… (3-47)
第二节　合同的变更和解除 …… (3-52)
第三节　合同责任 …… (3-53)
第四节　转移财产权利的合同 …… (3-55)
第五节　完成工作成果的合同 …… (3-59)
第六节　提供劳务的合同 …… (3-60)
第七节　技术合同 …… (3-63)
第十章　知识产权 …… (3-64)
第一节　知识产权概述 …… (3-64)
第二节　著作权 …… (3-65)
第三节　专利权 …… (3-71)
第四节　商标权 …… (3-75)
第十一章　婚姻家庭 …… (3-79)
第一节　结婚 …… (3-79)

第二节　离婚 …… (3－80)
第三节　夫妻关系 …… (3－85)
第四节　父母子女关系 …… (3－85)
第十二章　继承 …… (3－87)
第一节　继承权 …… (3－87)
第二节　法定继承 …… (3－88)
第三节　遗嘱继承、遗赠和遗赠扶养协议 …… (3－89)
第四节　遗产的处理 …… (3－91)
第十三章　人身权 …… (3－93)
第一节　人格权 …… (3－93)
第二节　身份权 …… (3－95)
第十四章　侵权行为 …… (3－95)
第一节　侵权行为概述 …… (3－95)
第二节　侵权责任 …… (3－97)
第三节　特殊侵权行为与责任 …… (3－100)

商　法

第一章　公司法 …… (3－107)
第一节　公司法概述 …… (3－107)
第二节　公司的设立 …… (3－109)
第三节　公司的股东 …… (3－112)
第四节　公司的董事、监事、高级管理人员 …… (3－115)
第五节　公司的收益分配制度 …… (3－115)
第六节　公司债券 …… (3－116)
第七节　公司的合并与分立 …… (3－117)
第八节　公司的解散与清算 …… (3－117)
第九节　有限责任公司与股份有限公司 …… (3－120)
第二章　合伙企业法 …… (3－131)
第一节　普通合伙企业 …… (3－131)
第二节　有限合伙企业 …… (3－137)
第三节　合伙的解散与清算 …… (3－140)
第三章　个人独资企业法 …… (3－141)
第一节　个人独资企业概述 …… (3－141)
第二节　个人独资企业的解散与清算 …… (3－142)
第四章　外商投资企业法 …… (3－142)
第一节　中外合资经营企业法 …… (3－142)
第二节　中外合作经营企业法 …… (3－144)
第三节　外资企业法 …… (3－146)
第五章　企业破产法 …… (3－147)
第一节　一般规定 …… (3－147)
第二节　破产申请和受理 …… (3－148)
第三节　管理人 …… (3－151)
第四节　债务人财产 …… (3－151)
第五节　债权申报 …… (3－154)
第六节　债权人会议 …… (3－154)
第七节　重整程序 …… (3－155)
第八节　和解程序 …… (3－158)
第九节　破产清算程序 …… (3－159)
第六章　票据法 …… (3－161)
第一节　票据法概述 …… (3－161)
第二节　票据权利与票据行为 …… (3－162)
第三节　票据抗辩与补救 …… (3－164)
第四节　汇票、本票和支票 …… (3－166)
第七章　证券法 …… (3－171)
第一节　证券发行 …… (3－171)
第二节　证券上市 …… (3－173)
第三节　证券交易 …… (3－174)
第四节　上市公司收购制度 …… (3－175)
第五节　证券机构 …… (3－177)
第六节　证券投资基金法律制度 …… (3－178)
第八章　保险法 …… (3－179)
第一节　保险合同总论 …… (3－179)
第二节　保险合同分论 …… (3－183)
第三节　保险业法律制度 …… (3－184)
第九章　海商法 …… (3－187)
第一节　船舶与船员 …… (3－187)
第二节　海上货物运输合同 …… (3－188)
第三节　海上旅客运输合同 …… (3－190)
第四节　船舶租用合同 …… (3－191)
第五节　船舶碰撞 …… (3－192)
第六节　共同海损 …… (3－192)

民　法

第一章　民法概述

第一节　民事法律关系

一、民事法律关系概述

主　体	自然人	因出生而获得生命的人类个体。
	法　人	在一些特定的民事法律关系中，其主体也可以是不具有法人资格的其他社会组织。
客　体	物	（1）能满足人的需要，能够被人支配或控制的物质实体或自然力。 （2）可支配性、客观存在性、效用性。
	行　为	（1）能满足债权人利益的行为，通常也称给付。 （2）行为主要是债这一民事法律关系的客体。
	智力成果	（1）智力成果是人脑力劳动创造的精神财富，是知识产权的客体。 （2）知识产权保护的不是智力成果的**载体**，而是载体上的**信息**，载体本身属物权保护对象。

二、民事权利的类型

分类标准	类　型	要　点	
效力特点	支配权	（1）是对权利客体进行**直接**的**排他性**支配并享受其利益的权利。 （2）人身权、物权、知识产权中的财产权等属于支配权。 （3）支配权常常是**确认**之诉的对象。 （4）支配权对应的义务是**不作为**的义务。	
	请求权	辨析	（1）**物权**请求权不适用诉讼时效期间与除斥期间，**债权**请求权适用**诉讼时效**期间，占有保护请求权中的**占有物返还**请求权适用**除斥期间**。 （2）物权请求权与占有保护请求权的发生不以责任人有**主观过错**为要件，债权请求权的发生通常以责任人有**主观过错**为前提。
	形成权	（1）撤销权、解除权、追认权、抵销权等都是形成权。 （2）形成权须**及时**行使，因而需要在法律上对其规定**除斥期间**，没有规定的，依**约定**期间，无约定的，应当在**合理**期间内行使，否则权利即告消灭。	

需要全本请访问 www.ertongbook.com

续 表

效力特点		（3）形成权的行使的要求：①不得附任何**条件**或**期限**；②一经行使**不得撤销**。 （4）行使形成权的意思表示一旦**到达**对方即生效，故无所谓撤销。但在到达对方之前，意思表示尚未生效，因而可以**撤回**。 （5）追认权可以通过**默示**的方式行使。如继承开始后，继承人没有放弃继承的，视为接受继承。		
	抗辩权	**概述**	（1）能够**阻止**[1]**请求权**效力的权利。 （2）抗辩权是为了**延缓**请求权的行使或使请求权归于**消灭**。 （3）如果对方请求的权利不存在，而予以否认的，这不是抗辩权，可称之为否认权。 （4）合同中的同时履行抗辩权、不安抗辩权、先诉抗辩权等都是抗辩权。	
		特征	（1）其行使以**请求权**的行使为前提。 （2）抗辩权只能由**法律**明确规定而产生，**约定**的抗辩事由只能产生合同的权利，而不是抗辩权。 （3）抗辩权为**私权**，是否行使由当事人决定，不主动援引者视为放弃，法官不得主动依职权审查抗辩权是否存在。 （4）抗辩权的行使有一定的**期限**限制，该期限或者由**法律**规定，或者推定为**合理**期限。	
相对人的范围	**绝对权**	（1）绝对权的义务人是权利人之外的一切人，又称“对世权”。 （2）物权、人身权是绝对权。		
	相对权	（1）相对权的效力仅仅及于特定的义务人，又称“对人权”。 （2）债权是相对权。		
相互地位	**主权利**	不依赖其他权利为条件而能够独立存在的权利。	在担保中，被担保的债权为主权利，而担保权则是从权利。	
	从权利	以主权利的存在为前提而存在的权利。		

三、民事权利的救济

公力救济	（1）能援用公力救济保护民事权利的，则排除适用自力救济。 （2）只有在来不及援用公力救济而权利正有被侵犯的现实危险时，才允许自力救济。	
自力救济	**自卫行为**	如紧急避险与正当防卫等。
	自助行为	如公交售票员扣留逃票乘客。
		自助行为须符合的条件： （1）为保护**合法**权益。 （2）情事**紧迫**而又不能及时请求国家机关予以救助。 （3）为法律和社会**公德**所认可。 （4）不得超过**必要限度**。 （5）事后及时提请有关部门处理。

① 是阻止（即对抗）而并非否认对方的权利。

四、民事责任

辨　析	（1）**债务**随着债务人的**死亡**而**消灭**，**责任**却追随债务人的财产。 （2）在**按份**责任中，债权人如果请求某一债务人清偿的**份额超过**了其应承担的份额，该债务人**可以拒绝**。如果法律没有规定或合同**没有约定**这种份额，则推定为**均等**的责任份额。 （3）不真正连带责任，是指各债务人基于**不同**的**发生原因**而对于同一债权人负有以**同一给付**为标的的**数个债务**，因一个债务人的履行而使全体债务均归于消灭。 （4）选择性竞合的民事责任，受害人**只能**依据**一项**请求权提起诉讼，如果该项诉讼请求被驳回，受害人也不能再依据另外一种请求权提起诉讼。

五、民事法律事实

概　念	符合民事规范，能够引起民事法律关系产生、变更、消灭的**客观**现象。	
类　型	事　件	与人的**意志无关**的法律事实（自然现象）。
	行　为	与人的**意志有关**的法律事实。

第二节　物

一、物的特征

特　征	客观存在	（1）财产权利、智力成果，虽体现物质利益，但其本身不是物。 （2）有生命的自然人的**活体**及肢体器官不能作为物。 （3）**尸体**及与人**分离**的器官、血液、毛发，在不违背善良风俗和法律时，可以作为物；但**尸体**和**血液**不能作为**有偿**物，只能作为**赠与**物。 （4）不占据特定**空间**又无**容积体**的物不能作为**物权**之物，如音波、热力、电流等，但能作为**债权**的交易对象。
	能被人支配与控制	如太阳、闪电，虽有巨大价值，而且也可以加以利用，但无法支配与控制，因而不能成为民法上的物。
	具有效用	能满足人的物质利益和精神需求。

二、物的分类

（一）动产与不动产

	动　产	不动产
比　较	（1）动产物权的变动，通常以**交付**[①]为公示。 （2）动产不能设定**用益物权**。 （3）动产可设定质权和留置权。 （4）机器、交通运输工具等特殊动产可设定抵押权。	（1）不动产物权的变动，以**登记**为公示。 （2）不动产得设定抵押权，而不能设定质权和留置权。 （3）不动产发生**相邻**关系。

① 有三个例外：①船舶、航空器和机动车等物权的设立、变更、转让和消灭，未经登记，不得对抗善意第三人。②因继承或者受遗赠取得物权的，自继承或者受遗赠开始时发生效力。③因人民法院、仲裁委员会的法律文书或者人民政府的征收决定等，导致物权设立、变更、转让或者消灭的，自法律文书或者人民政府的征收决定等生效时发生效力。

（二）特定物与种类物

	特定物	种类物
比　较	（1）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，改负过失赔偿责任。	（1）种类物作为债履行的标的物时，不能以交付前物已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。
	（2）特定物的转让，既可以物之**交付**为所有权移转时间，也可以依约定或法定，以交付**以外的方式**确定所有权移转的时间。	（2）种类物的**转让**，**只能**以物之**交付**为所有权移转的时间。

（三）其他分类

分类标准	类　型	要　点	
能否分割	**可分物**	如一袋米可分为若干份。	
	不可分物	分割后会改变性能或价值。	
能否重复使用	**消耗物**	一次性有效使用就灭失或品质发生变化。	（1）消费借贷——所借之物为**消耗物**，交付时**所有权**移转，借贷人只要返还**种类物**即可。①
	不可消耗物	可反复使用，通过使用逐渐磨损其效用。	（2）借用合同（租赁合同）——所借之物为**不可消耗物**，交付时仅移转**使用权**，租借人须返还**原物**。
主从关系	**主　物**②	（1）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。 （2）如果法律或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。	
	从　物③		
收益来源	**原　物**	（1）孳息物是原物产生之物。 （2）依自然属性产生的孳息称天然孳息；依法律规定产生的孳息称法定孳息。	
	孳　息		

第二章　自然人

第一节　自然人的民事权利能力与民事行为能力

一、自然人的民事权利能力

期　间	（1）从出生时起到死亡时止，具有民事权利能力。 （2）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。

① **无偿**的消费借贷合同，为**实践**合同；**有偿**的消费借贷合同，为**诺成**合同。

② 主物权：①所有权；②除地役权以外的用益物权。

③ 从物权：①担保物权；②地役权。

二、自然人的民事行为能力

辨　析	（1）民事行为能力的有无与自然人的意思能力有关。 （2）有民事行为能力人，也是有民事责任能力人；但**限制**民事行为能力人，是**有**责任能力的，而非**限制**责任能力。		
类　型	**完全民事行为能力**	（1）18 周岁以上的成年人。 （2）16 周岁以上不满 18 周岁，以自己劳动收入为主要生活来源的，视为完全民事行为能力人。①	
	限制民事行为能力	（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。 （3）只能**独立**实施与**年龄智力**相适应的民事法律行为。 （4）纯获利益的合同或与年龄、智力、精神健康状况相适应而订立的合同，不必经法定代理人追认。	（1）超出民事行为能力范围而实施的**合同**行为为**效力待定**。 （2）超出民事行为能力范围而实施的**单方**民事行为为**无效**行为。
	无民事行为能力	（1）不满 10 周岁。 （2）不能辨认自己行为的精神病人。	

第二节　监护制度

一、监　护

（一）监护人的设立

	未成年人监护	**精神病人监护**
法定监护	（1）父母。 （2）父母死亡或者没有监护能力的，**依次**由下列人员担任监护人： 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**父母单位**或者未成年人住所地**居委会、村委会**同意的。 （3）没有上述监护人的，由未成年人的父母单位或者未成年人住所地居委会、村委会或者**民政**部门担任监护人。	（1）配偶。 （2）父母。 （3）成年子女。 （4）其他**近**亲属②。 （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者住所地的居民委员会、村民委员会同意的。 （6）没有上述监护人的，由精神病人所在单位或者住所地居委会、村委会或者**民政**部门担任监护人。

① 此为民法上的特殊规定，刑法无此规定。

② 民法中的近亲属，是指配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女。

续 表

指定监护	其父母以外的其他法定监护人之间对担任监护人有争议的，由未成年人父母单位或者未成年人住所地居委会、村委会在近亲属中指定。对指定不服提起诉讼的，由法院裁决。	法定监护人之间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民委员会、村民委员会在近亲属中指定。对指定不服提起诉讼的，由人民法院裁决。
	（1）指定监护可以用口头或书面方式。 （2）被指定人不服指定，可30天内起诉，法院裁决之日生效。未起诉的，自收到通知后满30天后生效。 （3）监护人被指定后，不得自行变更。擅自变更的，由变更前后的监护人承担监护责任。 （4）指定监护人，辞去监护须经协商或起诉，擅自辞去的不发生效力。	
委托监护①	（1）无论全权委托还是限权委托，委托人都要对被监护人的侵权行为承担民事责任，另有约定的除外；但被委托人只有在过错时才负连带赔偿责任。 （2）委托人与受托人之间另有约定的，仍应由监护人对第三人承担责任，然后监护人可依约向受托人追偿。	

★ 法定监护人按照顺序优先效力担任监护人。

（二）监护人的职责

1. 监护人尽了监护责任的，可以适当减轻其民事责任。

2. 被监护人有财产的，从本人财产中支付赔偿，不足部分由监护人适当赔偿。

3. 侵权时不满18周岁，诉讼时已满18周岁，并有经济能力的，应承担民事责任；行为人没有经济能力的，应当由原监护人承担民事责任。

4. 行为人致人损害时年满18周岁的，应当由本人承担民事责任；没有经济收入的，由扶养人垫付；垫付有困难的，也可以判决或者调解延期给付。

第三节 宣告失踪与宣告死亡

一、宣告失踪与宣告死亡的程序

	宣告失踪		宣告死亡	
条件	公告3个月	下落不明满2年。	（1）下落不明满4年的； （2）因意外事故下落不明，从事故发生之日起满2年的。	公告1年
			（3）因意外事故下落不明，有关机关证明其不可能生存的。②	公告3个月
	战争期间下落不明的，下落不明的时间从战争结束之日起计算。			

① 委托监护属意定监护。

② 此处不受时间限制。

续 表

申请人	利害关系人（**无顺序**要求）： 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。	利害关系人**依顺序**[①]： （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。
公告期	公告**3个月**。	（1）公告1年； （2）但第3项条件的公告期为3个月。
效 力	（1）财产代管人[②]：①配偶；②父母；③成年子女；④关系密切的其他亲属、朋友。 （2）法院指定代管人的情形：①代管有争议的；②没有上述代管人；③上述代管人无能力代管。 （3）财产代管人不履行代管职责或侵犯失踪人财产的，负侵权民事责任，其他利害关系人可请求其担责并要求变更财产代管人。	（1）宣告死亡与自然死亡有等同的法律效果。 （2）但如实际上没有死亡的，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。
撤 销	重新出现或者确知他的下落，经本人或者利害关系人申请。	重新出现或者确知他没有死亡，经本人或者利害关系人申请[③]。

二、判决撤销死亡宣告的效力

溯及力	死亡宣告撤销的效力有溯及力，但当事人的民事法律关系并不完全回复原状。
人 身	（1）配偶尚未再婚的，婚姻关系自行恢复。 （2）配偶已再婚的，再婚效力不受撤销宣告的影响，即使再婚后又离婚的，或者再婚后其配偶死亡的，婚姻关系也不能自行恢复。 （3）子女被收养的，收养关系仍然有效。
财 产	（1）其原物已被第三人**合法**取得的，第三人**可**不予返还。 （2）但依**继承法**取得原物的公民或者组织，**应当**返还原物（包括孳息），原物不存在的，给予**适当**补偿（而非相应补偿）。

① 前一顺序未提出申请的，下一顺序的不得提出申请。

② 宣告失踪的主要法律意义，在于为失踪人设定财产代管人。

③ 申请撤销死亡宣告不受上列利害关系人顺序的限制。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

第三章　法　人

第一节　法人概述

分类一①	企业法人	取得民事主体地位②的企业。	见脚注③
	机关法人	国家机关只有参加**民事**活动时，才被视做法人；行使国家权力发号施令时，不是法人，而是公法主体。	特许主义
	事业单位法　人	（1）主要是为了公益目的，以区别于企业法人。 （2）事业单位法人的经费主要来自国家财政拨款，但也有部分事业单位法人可以通过集资入股或者由集体出资等方式取得经费，比如民办大学等。 （3）国家举办的事业单位对其直接支配的不动产和动产，享有占有、使用以及依照法律和国务院的有关规定收益、处分的权利。即不能享有充分的所有权。	（1）不需登记的，采特许主义（即**命令**设立）。 （2）需登记的，采行政许可主义（即**核准**主义）。
	社会团体法　人	（1）由自然人或法人组成的非营利性社会组织。 （2）负责社会团体法人登记的是各级民政部门。 （3）免予登记的团体：①参加中国人民政治协商会议；②国务院机构编制管理机关核定，并经国务院批准免予登记；③机关、团体、企事业单位内部经本单位批准成立、在本单位内部活动的团体。	

分类二	社团法人	财团法人
	（1）以**人**为基础而集合。 （2）既可以公益也**可以**营利。 （3）由社员组成意思机关，**自律**法人。	（1）以**财产**为基础而集合。 （2）只能为公益事业，**不得**营利。 （3）参与民事活动，须以捐赠人的意思进行，属**他律**法人，没有自己的意思机关。

分类三	公益法人	不得以营利为目的。
	营利法人	仅仅营利而**不能将利益分配**给出资人的法人，不是营利法人。
分类四	本国法人	在本国登记成立。
	外国法人	在外国登记成立。

① 《民法通则》按法人的功能、设立方法以及财产来源的不同作出的分类。
② 合伙企业、独资企业不是企业法人。
③ 有限公司，原则上采严格准则主义，例外采行政许可主义；非公司企业法人，采行政许可主义。

第二节　法人机关

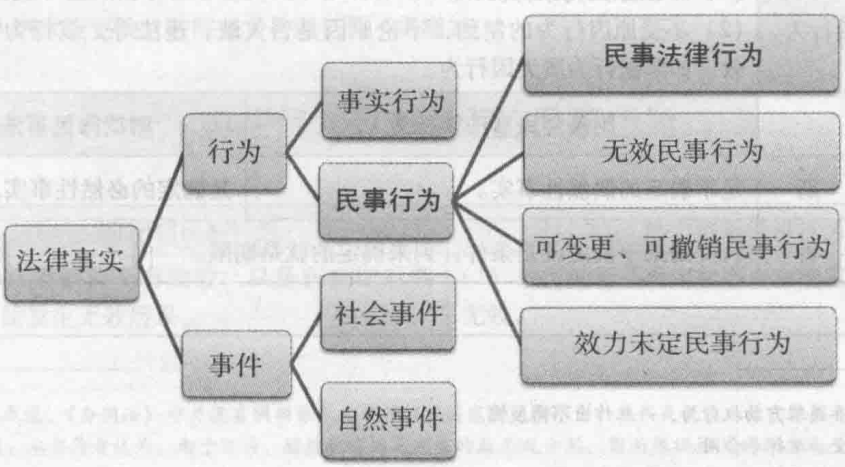
类　型	意思机关	即权力机关、决策机关，如公司的股东大会。
	执行机关	如董事会或理事会等。
	代表机关	即法人代表。下列不得担任法人代表： （1）**正在**被执行刑罚或刑事强制措施。 （2）正在被**通缉**。 （3）未清偿数额**较大**债务的。
		法人的**工作人员**对外以法人名义从事民事活动时属**委托代理**关系；但是，法定代表人对外以法人名义进行民事活动时，其与法人之间并非代理关系，而是**代表**关系，且其代表职权来自**法律**的明确授权，故不另需法人的授权委托书。
	监督机关	**监督机关**不是法人必设机关。

比　较	分支机构	职能机构
	在法人**授权**范围内能以**自己**名义从事营业活动，具有**相对独立**的民事主体资格。	不具有任何民事主体资格，以其名义从事的民事活动统归**无效**。

第四章　民事法律行为

第一节　民事法律行为概述

一、民事行为与民事法律行为的逻辑关系



- 任何民事法律权利义务关系都源于法律事实发生。
- 事件是**客观**事实，行为是**主观**事实。

二、民事法律行为

分类一	单方行为	不需要相对人的同意行为即告成立。如遗嘱、代理权的授予、无权代理的追认、抛弃所有权[①]等。	
	双方行为	当事人所追求的利益与目标恰恰是**相对**的。	
	共同行为	当事人所追求的利益与目标是**共同**的。	
分类二	有偿行为	只有**双方**民事法律行为才存在有偿与无偿的区分。	
	无偿行为	义务人不获对价，承担赔偿责任通常以**重大**过失为要件。	
分类三	诺成性行为	当事人双方意思表示一致即可成立，不以标的物的交付为要件。	
	实践性行为	除当事人意思表示一致外，还需要交付标的物才能成立。[②]	
分类四	要式行为	必须依照法律规定的形式实施。	
	不要式行为	（略）	
分类五	处分行为	（1）直接发生财产权移转或消灭效果。 （2）权利变动之效力的实现无须义务人协助。 （3）应是对物或权利有处分权的人才可以行使。 （4）分为物权行为[③]与准物权行为[④]。	
	负担行为	（1）发生给付义务效果的行为。 （2）负担行为设定的权利不能直接实现，须经义务人的履行行为权利才能实现。如买卖行为，须由出卖人交付标的物后，债权才能实现。 （3）又称非直接处分行为或债权行为。	
分类六	有因行为	（1）以原因为条件。 （2）该民事法律行为的效力受原因行为的制约，原因行为如有欠缺、不合法、不可能或与该行为不一致的，该行为则不成立。	
	无因行为	（1）不以原因为条件。 （2）不受原因行为的制约，不论原因是否欠缺、违法等，该行为自完成时起生效。如票据行为属无因行为。	
比　较		**附条件民事法律行为**	**附期限民事法律行为**
	区　别	是**不确定**的**偶然**性事实。	是**确定**的**必然**性事实。
	辨　析	只要**到来**不确定就是条件，到来确定的就是期限。	

① 所有权的抛弃属**单方**物权行为，一旦作出**不得反悔**。

② 如保管、定金、质押等合同。

③ 如让与物权、抛弃物权、设定抵押或质权等。

④ 如设定采矿权、渔业权等。

第二节　无效民事行为

	《民法通则》中规定的无效民事行为	《合同法》中规定的合同无效
无效情形	（1）无民事行为能力； （2）限制民事行为能力人不能独立实施； （3）欺诈、胁迫、乘人之危； （4）恶意串通； （5）违反法律或社会公共利益； （6）经济合同违反国家指令性计划； （7）以合法形式掩盖非法目的。	（1）欺诈、胁迫，损害国家利益； （2）恶意串通； （3）以合法形式掩盖非法目的； （4）损害社会公共利益； （5）违反法律、行政法规的强制性规定。
		合同中的下列免责条款无效： （1）造成对方人身伤害的； （2）因故意或者重大过失造成对方财产损失的。
辨　析	（1）欺诈、胁迫、乘人之危①，在民事行为中一律属无效行为；但在合同中，损害国家利益的，是无效合同，没有损害国家或公共利益的，是可变更、可撤销合同。 （2）恶意串通的，在民事行为与合同中均属无效。	

第三节　可变更、可撤销的民事行为

	《民法通则》中可变更、可撤销行为	《合同法》中可变更、可撤销合同
情　形	（1）重大误解； （2）显失公平。	（1）因重大误解订立的； （2）在订立合同时显失公平的； （3）欺诈、胁迫、乘人之危损害他方利益的。②
	无效的或被撤销的民事行为从行为开始起无效。	无效的合同或者被撤销的合同自始没有法律约束力。
撤销权	（1）撤销权行使的除斥期间为1年。 （2）明示或默示放弃的，撤销权自放弃之日起消灭。	

★　合同无效、被撤销或者终止的，不影响合同中独立存在的有关解决争议方法的条款的效力。

★　当事人请求变更的，法院或者仲裁机构不得撤销。

第四节　效力待定的民事行为

比　较	可撤销民事行为	效力待定民事行为
	（1）在撤销前是有效的，只是在撤销后溯及开始发生无效后果。	（1）效力处于不确定状态，在确定前既非有效亦非无效。

① 关于乘人之危，《合同法》中并没有明确乘人之危并损害国家利益的情形，而只是说乘人之危并损害对方利益的，属于可变更、可撤销合同。本书作者认为，由于欺诈、胁迫损害国家利益的属无效合同，因而根据相关法理，乘人之危损害国家利益的合同，当属无效。

② 是损害他方利益，而非损害国家利益，如果损害国家利益的话，就是无效合同。

续 表

	(2) 其效力“有效”或“无效”有待于表意人定夺，看其是否撤销。	(2) 有效或无效有待于第三人定夺。	
类 型	(1) **无权**处分行为。 (2) **欠缺**代理权的代理行为。 (3) 债权人同意之前的**债务承担**。 (4) 限制行为能力人**待追认**的行为。		
效 果	**追 认**	除非追认权人特别声明，效力未定行为**溯及自始**发生效力。	
	催告权	相对人可以催告法定代理人（被代理人）**1个月内**追认，对方未作表示的，视为拒绝追认。	相对人的权利
	撤销权	合同被追认前，**善意**相对人有撤销的权利。	
		(1) 撤销权须在追认权人未追认前行使，一旦追认，即不得撤销。 (2) 撤销之意思表示必须以**明示**方式作出。 (3) 相对人须为**善意**，即对效力未定行为没有过失，如**明知**对方行为能力欠缺，则不得享有撤销权。	
辨 析	(1) 无行为能力人处分零花钱的合同，限制行为能力人订立的与其行为能力相适应的合同，均为有效。 (2) 法律行为的**成立**与否是一种**事实**判断，法律行为的**生效**与否是一种**价值**判断。 (3) **成立**与否完全看当事人是否完成了相应的意思，与国家意志无关；而**生效**与否则取决于当事人的意思是否符合国家意志（法定的标准）。 (4) 法律行为的**不成立**，只可能产生**民事**责任（如缔约过失责任）；而法律行为的**无效**，不仅会产生**民事**责任，而且可能引发**行政处罚**责任甚至**刑事**责任。		

第五节 《民法通则》与《合同法》中的行为比较

	《民法通则》	《合同法》	
欺诈 胁迫 乘人之危	无 效	无 效	损害国家利益的
		可变更、可撤销	不损害国家利益的
恶意串通	无 效	无 效	
损害社会公共利益	无 效	无 效	
违反法律	无 效	无 效	
		是指下列两种违法合同无效： (1) 违反法律的**强制**性规定； (2) 违反行政法规的**强制**性规定。	
以合法形式掩盖非法目的	无 效	无 效	
重大误解	可变更、可撤销	可变更、可撤销	

续 表

显失公平	可变更、可撤销	可变更、可撤销
限制民事行为能力人不能独立实施	无 效	效力待定

★ 《合同法》对于《民法通则》来说属于特别法，而且《合同法》新于《民法通则》，因而合同行为优先适用《合同法》，其他非合同行为或者合同法未规定的才适用《民法通则》。

第五章 代 理

第一节 代理概述

法律要件	须有三方当事人	本人（被代理人）、代理人、第三人（相对人）
	代理的标的	代理标的须为民事法律行为，以下不得代理： （1）身份行为①，因有专属性。 （2）依法或依约必须由本人亲自实施的民事行为。 （3）违法行为。
		代理人知道被委托代理事项违法仍然进行代理的，或被代理人知道代理人代理行为违法不表示反对的，被代理人和代理人负连带责任。
	须依代理权	（略）
	须为本人计算	（1）凡以侵害被代理人利益为目的的行为，都不能构成代理。 （2）利己代理、自己代理、双方代理都被法律所禁止。
分类一	直接代理	受托人以本人（被代理人）名义处理委托事务。
	间接代理	受托人以自己的名义处理委托事务，其效果间接或直接归属于委托人。

分类二	委托代理	法定代理
	（1）属于意定代理。 （2）代理权产生自本人的授权行为。	（1）属于全权代理。 （2）以法律直接规定而产生②。

分类三		
	本代理	由本人选任代理人的代理。
	复代理	（1）由代理人基于复任权③选任代理人的代理，又称再代理。 （2）无复代理权之例外：由于急病、通讯联络中断等特殊原因，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扩大损失。 （3）复代理人是本人的代理人，而不是代理人的代理人，其行为效果直接归于本人。 （4）代理人负有选任责任和指示责任及转委托授权不明时的责任。

① 如结婚、离婚、收养等身份行为。

② 有法定监护资格的人之间对担任监护人有争议的，由有关机关指定监护人，其指定代理在本质上也是法定代理。

③ 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（即本人授权）。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（即效力未定，有待于事后追认），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。

需要全本请访问 www.ertongbook.com