

2018 蒋四金法考内部班

民法强化讲义

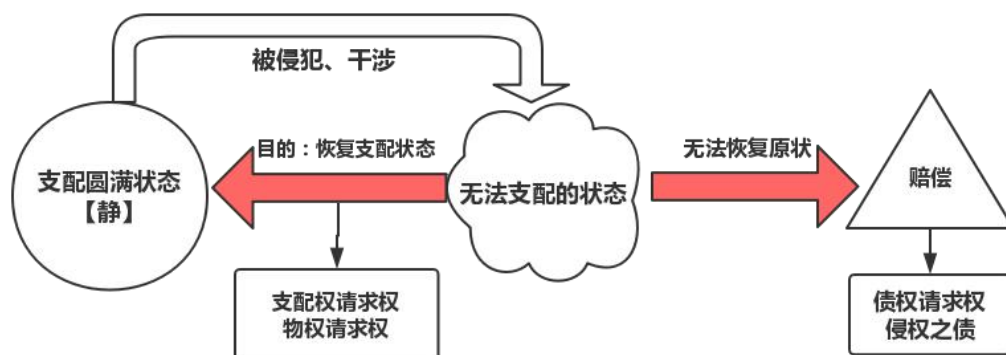
民法总则

【注意】

- 1、此讲义仅限于内部班使用，禁止外传。
- 2、此讲义只用于3月开班第一阶段。后续有邮寄讲义和其他阶段讲义。
- 3、民法此阶段讲义附上了相关真题和经典法条，需要大家读熟、掌握。

第一章、民法的基本体系概述

静态【物权和侵权】

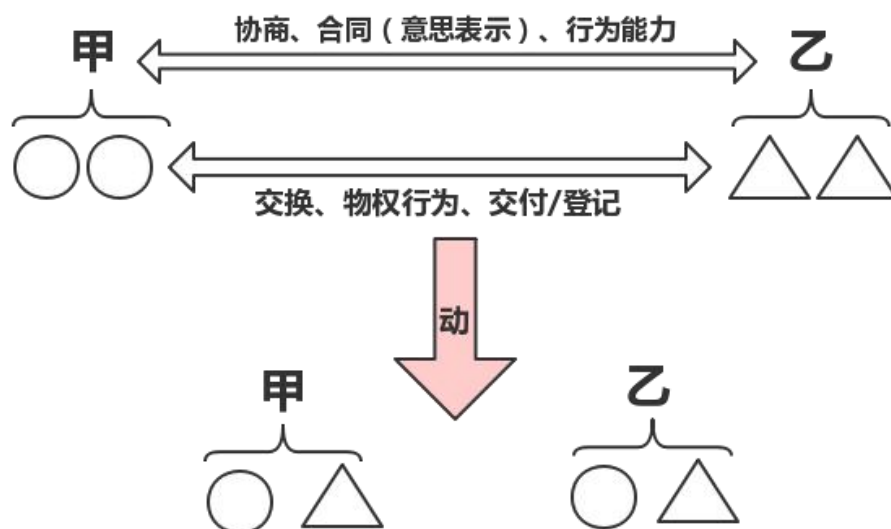


保护支配的状态，禁止侵犯，否则：

(一) 承担赔偿责任(遵循填平原则)、对应的是侵权之债请求权。

(二) 恢复原状，回复到圆满状态，对应的是支配权请求权（如物权请求权）。

动态【合同和物权】



保护交易安全，促进交易，维持公平、诚信，具体有：

一、父爱主义：行为能力（意思表示）

二、诚信交易：合同效力

三、促进交易：担保、合同内容补足、代理、

四、确认归属：物权变动、登记交付（公示公信原则）

五、维持公平：合同具体规定

六、

第二章、民法的基本原则

一、基本原则概述

1、民法的基本原则，是民事立法、司法、执法、守法和民事活动总的指导思想和根本法律准则。

2、民法的基本原则虽不直接涉及当事人的具体权利义务，但是其效力贯穿于整个民法规范之中。

3、基本原则属于强行性规范，不允许当事人排除适用。

二、平等原则

平等原则是指民事主体的法律地位一律平等，具体内容包括：

1. 自然人的民事权利能力一律平等

2. 不同的民事主体参与民事关系，应适用同一法律，具有平等的地位。

3. 民事主体产生、变更或者消灭民事法律关系时必须平等协商。

4. 民事权利平等地受法律保护，任何因他人的行为使自己的权利遭受损失，都有权要求他人承担权利。

三、自愿原则

自愿原则或称意思自治原则，民事主体从事民事活动，应当遵循自愿原则，按照自己的意思设立、变更和终止民事法律关系，具体内容包括：

1. 赋予民事主体在法定范围内广泛行为自由。

2. 允许当事人通过法律行为调整相互间的关系。

3. 确立了国家机关干预民事主体行为自由的合理界限。

四、公平原则

公平原则是公平观念在民法上的体现，（一般在订立合同时体现公平原则）具体内容包括：

1. 它要求民事主体本着公平公正的观念实施法律行为。

2. 它还是民事活动的目的性评价标准。

3. 它还是一条法律适用的原则。

4. 它又是一条司法原则。

5. 它还是解释意思表示和法律应当遵循的原则。

五、诚实信用原则

诚实信用原则，是指民事主体从事民事活动时，应当诚实守信，正当行使民事权利并履行民事义务，不实施欺诈和规避法律的行为，在不损害他人利益和社会利益的前提下追求自己的利益。

诚实信用原则在现代民法中具有重要的地位，被誉为现代民法的“帝王条款”。

功能：其一，指导民事主体进行民事活动；其二，赋予法官司法裁判的自由裁量权。

诚实信用原则的法律要求具体体现：

1. 民事主体在从事民事活动时，必须将有关事项和真实情况如实告知对方，禁止隐瞒事实真相和欺骗对方当事人。

2. 民事主体之间一旦作出意思表示并且达成合意，就必须重合同、守信用，正当行使权利和履行义务。法律禁止当事人背信弃义、擅自毁约的行为。

3. 民事活动过程中发生损害，民事主体双方均应及时采取合理的补救措施，避免和减少损失。

4. 民事法律关系终止后，当事人应当遵守诚实信用原则，根据交易习惯履行通知、协助、保密等义务。

六、绿色原则

《民法总则》第8条规定，民事主体从事民事活动，应当有利于节约资源、保护生态环境。

绿色原则是代际正义的要求，当代社会经济的发展不能牺牲未来的社会资源和环境。绿色原则也是社会可持续发展的要求，对于民事活动中民事责任承担的利益考量，应当符合绿色原则，在例如环境侵权等特殊侵权构成中基于绿色原则而确定其特殊的构成要件。《民法总则》第8条规定绿色原则也是倡导性的原则规定，倡导民事主体的民事活动应有利于节约资源，保护生态环境。民事主体应当选择低能耗、环境友好的生活方式，以实现节约资源、保护环境、绿色发展的理念。

七、禁止权利滥用原则

禁止权利滥用原则，是指权利人行使民事权利时应当依法正确行使，不得背离权利应有的社会目的或超越权利应有的限度，以至于损害他人利益和社会公共利益。

【真题】

170301: 甲、乙二人同村，宅基地毗邻。甲的宅基地倚山、地势较低，乙的宅基地在上将其环绕。乙因琐事与甲多次争吵而郁闷难解，便沿二人宅基地的边界线靠己方一侧，建起高5米围墙，使甲在自家院内却有身处监牢之感。乙的行为违背民法的下列哪一基本原则？

- A. 自愿原则
- B. 公平原则
- C. 平等原则
- D. 诚信原则

解析：A项：根据《民法总则》第5条的规定民事主体从事民事活动，应当遵循自愿原则，按照自己的意思设立、变更、终止民事法律关系。据此可知，自愿原则，也称意思自治原则，是指民事主体有权根据自己的意愿，自愿从事民事活动，按照自己的意思自主决定民事法律关系的内容以及设立变更和终止，自觉承受相应的法律后果。本题中乙在二人宅基地的边界线靠己方一侧，建起高5米围墙，属于行使自己权利的行为，不存在将自己的意志强加于他人的问题。故A项错误，不当选。

B项：根据《民法总则》第6条的规定，民事主体从事民事活动应当遵循公平原则，合理确定各方的权利和义务。据此可知，公平原则是指民事主体从事民事活动时秉持公平理念公正平允、合理地确定各方的权利和义务，并依法承担相应的民事责任。公平正义是人类共同追求的基本价值，也是法律追求的基本价值。本题中甲、乙之间因建围墙之事而产生的纠纷，与是否公平、平允、合理地确定双方的权利义务问题无涉。故B项错误，不当选。

C项：根据《民法总则》第4条的规定，民事主体在民事活动中的法律地位一律平等。据此可知，平等原则，是指民事主体，不论自然人法人还是非法人组织，不论自然是男、女、老少、贫、富，不论法人规模大小、经济实力雄厚与否，不论非法人组织经营什么业务，在从事民事活动时，他们相互之间在法律地位上都是平等的，他们的合法权益受到法律的平等保护。本题中，甲、乙二人均为自然人，平等独立的民事主体，二者间的矛盾与平等原则无涉。故C项错误，不当选。

D项：根据《民法总则》第7条的规定，民事主体从事民事活动应当遵循诚信原则，秉持诚实、恪守承诺。同时，根据《民法总则》第12条规定，民事主体不得滥用民事权利损害国家、社会公共利益或他人合法权益。据此可知，诚信原则，是指民事主体从事民事活动时，应当秉持诚信、善意，信守自己的承诺，在行使权利、履行义务过程中，讲诚实、重诺言、守信用，其核心乃诚实不欺、善意、信守承诺。诚信原则作为民法最为重要的基本原则，被称为民法的“帝王条款”，是各国民法公认的基本原则。同时，通说认为：“不得滥用民事权利乃诚实信用原则的反面体现”。本题中，乙在二人宅基地的边缘线靠己方一侧，建起高5米围墙的行为，虽然属于行使自己权利的行为，但该行为使甲在自家院内却有身处监牢之感，显属违背善意行使权利的诚信原则，故D项正确，当选。

综上所述，本题答案为D。

120301: 张某从银行贷得80万元用于购买房屋，并以该房屋设定了抵押。在借款期间房屋被洪水冲毁。张某尽管生活艰难，仍想方设法还清了银行贷款。对此，周围多有议论。根据社会主义法治理念和民法有关规定，下列哪一观点可以成立？

- A. 甲认为，房屋被洪水冲毁属于不可抗力，张某无须履行还款义务。坚持还贷是多此一举
- B. 乙认为，张某已不具备还贷能力，无须履行还款义务。坚持还贷是为难自己
- C. 丙认为，张某对房屋的毁损没有过错，且此情况不止一家，银行应将贷款作坏账处理。坚持还贷是一厢情愿
- D. 丁认为，张某与银行的借款合同并未因房屋被冲毁而消灭。坚持还贷是严守合约、诚实信用

解析：《民法总则》第7条规定，民事主体从事民事活动，应当遵循诚信原则，秉持诚实，恪守承诺本

题中就体现了诚实信用的原则。

A 项：抵押权属于担保物权的一种，抵押权随担保物的消灭而消灭。但是借款合同并不随抵押权的消灭而无效，借款合同仍有效成立，因而其还款义务并不因房屋灭失而消灭。因此张某仍需履行还款义务。故 A 选项错误。

B 项：没有偿还能力不是免除义务的事由。故 B 选项错误。

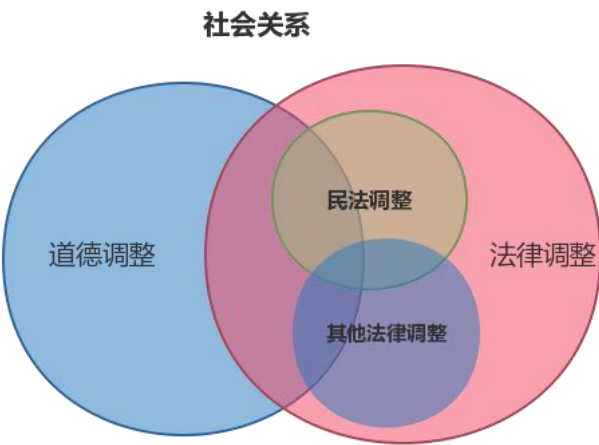
C 项：张某用以向银行设定抵押贷款的标的物房屋已经由于不可抗力而灭失，虽然其没有过错，但是借款合同仍然有效，张某理应履行还款义务。故 C 选项错误。

D 项：张某仍坚持还贷属于自觉履行合同的行为，体现了诚实信用原则。故 D 选项正确。

综上所述，本题答案为 D。

第三章、民事法律关系

【法条】民总第二条：民法调整平等主体的自然人、法人和非法人组织之间的人身关系和财产关系。



一、概述

设立	可以约定，可以法定	
平等主体	若双方属于行政隶属关系，则不构成民事法律关系。	
调整内容	人身关系和财产关系 人身关系包括人格关系（如生命权、隐私权等）和身份关系（如夫妻关系、父母子女关系等）。财产关系包括物权关系、债权关系和知识产权关系等。【注意】侵权引起的赔偿损失属于财产关系。	
民事法律关系的要素	主体	自然人、法人和其他组织。注意：非法人组织是《民法总则》明确增加的民事主体类型，指不具有法人资格，但是能够以自己的名义从事民事活动的组织，包括个人独资企业、合伙企业、不具有法人资格的专业服务机构等。
	客体	以物为中心，包括行为、人身利益、智力成果等。注意：物包括动产和不动产，法律规定权利作为物权客体的，依照其规定。
	内容	权利和义务。
	民事权利	是指民事主体为实现某种利益而依法为某种行为或不为某种行为的自由。 具体包括：1. 权利人依法直接享有某种利益，或者实施一定行为的自由；2. 权利人可以请求义务人为一定行为或不为一定行为，以保证其享有实现某种利益的自由；3. 这种自由是有保障的自由，它表现为在权利受到侵犯时，具有请求有权国家机关予以保护的可能性。
	民事义务	和民事权利相对应，是指义务人为满足权利人的利益而受到的为一定行为或不为一定行为的约束。

	务	具体包括：1. 义务人必须依据法律的规定或合同的约定，为一定的行为或不为一定的行为，以便满足权利人的利益；2. 义务人只承担法定的或约定的范围内的义务，而不承担超出这些范围以外的义务；3. 义务人必须履行其义务。民事义务是一种受到国家强制力约束的法律义务，如果义务人不履行其义务，将依法承担法律责任。
--	---	--

【真题】

080301:关于民事法律关系，下列哪一选项是正确的？

民事法律关系只能由当事人自主设立

D. 民事法律关系的内容均由法律规定

解析：AD 项：引起民事法律关系的原因是法律事实，法律事实分成行为和事件，行为又可分法律行为和事实行为，其中法律行为通过当事人的意思自治产生的法律关系，事实行为和事件属于基于法律规定产生的民事法律关系，因而 AD 项错误。

160301:根据法律规定，下列哪一种社会关系应由民法调整？

A. 甲请求税务机关退还其多缴的个人所得税

解析：《民法总则》第 2 条规定：民法调整平等主体的自然人、法人和非法人组织之间的人身关系和财产关系。

A 项：甲请求税务机关退还个人所得税，甲与税务机关不是平等主体，不由民法调整。所以，A 项错误。

090301:甲被乙家的狗咬伤，要求乙赔偿医药费，乙认为甲被狗咬与自己无关拒绝赔偿。下列哪一选项是正确的？

A. 甲乙之间的赔偿关系属于民法所调整的人身关系

解析：甲乙之间是由于人身权利受到侵害而产生的损害赔偿的财产关系，故 A 选项错误。

160301:根据法律规定，下列哪一种社会关系应由民法调整？

B. 乙手机丢失后发布寻物启事称：“拾得者送还手机，本人当面酬谢”

解析：乙丢失手机后发布寻物启事属于悬赏广告，属于民法调整的财产关系，由民法调整。所以，B 项正确。

080301:关于民事法律关系，下列哪一选项是正确的？

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

解析：B 项：民事法律关系的主体包括自然人、法人和其他组织，所以 B 项错误。

C 项：民事法律关系的客体是指民事法律关系中的权利和义务共同指向的对象，包括物、行为、知识产权和人身利益，行为包括作为和不作为，所以 C 项正确。

二、典型的非民事法律关系

- 1、自然现象【如日出、日落、刮风、下雨等】
- 2、人自己的活动【如起床、睡觉、散步、读书等】
- 3、道德领域调整的关系【如恋爱、同事、同学、同乡、师生、友谊、宗教等】
- 4、好意施惠关系【①邀请同看演出、比赛或旅游②请客吃饭③火车过站叫醒④搭便车⑤顺路投递邮件⑥顺便帮邻居清扫积雪等】

【注意】判断标准：是否具有可诉性，是否可以强制执行，一些鸡毛蒜皮的生活琐事，不归民法调整。

三、好意施惠关系和合同关系区别

	合同	好意施惠
有偿与无偿	合同原则上是有偿的，但有两类例外：绝对无偿的合同——赠与、借用与保证合同 相对无偿的合同（无约定推定为无偿）：民间借贷、保管与委托合同。	好意实惠，都是无偿的

有 无 法律约束 力	合同，当事人因意思表示一致而缔结契约，有受其意思表示约束的意思，内心具有法律行为上的效果意思。	好意施惠关系，则是当事人之间就其约定欠缺法律上的效果意思，无受其约定约束之意。
注意	二者的区分标准就是当事人之间是否具有法律上“效果意思”愿受其所约定之事项约束。 【核心：不想受约束，不履行没想过要承担违约责任】 好意施惠中 <u>不发生合同之债，但可以发生侵权之债。</u>	

【真题】

050322:甲、乙在火车上相识，甲怕自己到站时未醒，请求乙在A站唤醒自己下车，乙欣然同意。火车到达A站时，甲沉睡，乙也未醒。甲未能在A站及时下车，为此支出了额外费用。甲要求乙赔偿损失。对此，应如何处理？

- A. 由乙承担违约责任
- B. 由乙承担侵权责任
- C. 由乙承担缔约过失责任
- D. 由甲自己承担损失

解析：AD项：当事人出于某种动机而希望发生一定法律效果的意思，为“效果意思”，效果意思为意思表示的核心。本题中甲请求乙在到站时唤醒自己下车和乙欣然同意的行为由于都缺乏发生一定法律效果的意思即效果意思，不能看作是法律行为，乙的同意只是一种情谊行为，乙不承担违约责任。A项错误，D项正确。

B项：乙也并没有侵害甲的权利，故无需承担侵权责任。B项错误。

C项：因为乙没有与甲缔约的意图，因此也不存在缔约过失责任的问题。所以C项错误。综上所述，本题正确答案为D。

100301:下列哪一情形下，乙的请求依法应得到支持？

- A. 甲应允乙同看演出，但迟到半小时。乙要求甲赔偿损失
- B. 甲听说某公司股票可能大涨，便告诉乙，乙信以为真大量购进，事后该支股票大跌。乙要求甲赔偿损失
- C. 甲与其妻乙约定，如因甲出轨导致离婚，甲应补偿乙50万元，后二人果然因此离婚。乙要求甲依约赔偿
- D. 甲对乙承诺，如乙比赛夺冠，乙出国旅游时甲将陪同，后乙果然夺冠，甲失约。乙要求甲承担赔偿责任

解析：好意施惠关系指当事人之间无意设定法律上的权利义务关系，而由当事人一方基于良好的道德风尚实施的使另一方受恩惠的关系。好意施惠关系与民事法律关系的区别在于当事人就其约定，欠缺法律上的效果意思，无受其拘束的意思。因此，在好意施惠关系中，如果一方爽约，另一方不能请求对方承担实际履行或损害赔偿的违约责任。

A项：甲应允同看演出而爽约属于好意施惠关系，所以A项错误。

B项：转述听闻的消息产生的“损失”同样基于属于好意施惠关系产生，所以B项错误。

C项：夫妻之间对出轨导致离婚须给予补偿的约定，属于民事法律关系，是因出轨而产生赔偿问题不违反法律法规。该约定可维护正当的婚姻关系，督促婚姻当事人积极履行婚姻的忠诚义务，不违反公序良俗。所以乙的请求权能得到支持，C项正确。

D项：承诺陪同旅游属于好意施惠关系。所以D项错误。

综上所述，本题答案为C项。

160301:根据法律规定，下列哪一种社会关系应由民法调整？

- C. 丙对女友书面承诺：“如我在上海找到工作，则陪你去欧洲旅游”

解析：丙与女友之间的承诺属于生活关系，不由民法调整。所以，C项错误。

160310:甲单独邀请朋友乙到家中吃饭，乙爽快答应并表示一定赴约。甲为此精心准备，还因炒菜被热油烫伤。但当日乙因其他应酬而未赴约，也未及时告知甲，致使甲准备的饭菜浪费。关于乙对甲的责任，下列哪一说法是正确的？

- A. 无须承担法律责任
- B. 应承担违约责任
- C. 应承担侵权责任
- D. 应承担缔约过失责任

解析：甲邀请朋友乙来家中吃饭属于好意施惠，不属于民法的调整范围，也就无需承担责任，所以，A项正确，BCD错误。

170318:刘男按当地习俗向戴女支付了结婚彩礼现金10万元及金银首饰数件，婚后不久刘男即主张

离婚并要求返还彩礼。关于该彩礼的返还，下列哪一选项是正确的？

- A. 因双方已办理结婚登记，故不能主张返还
- B. 刘男主张彩礼返还，不以双方离婚为条件
- C. 已办理结婚登记，未共同生活的，可主张返还
- D. 已办理结婚登记，并已共同生活的，仍可主张返还

解析：《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释》第十条规定：当事人请求返还按照习俗给付的彩礼的，如果查明属于以下情形，人民法院应当予以支持：（一）双方未办理结婚登记手续的；（二）双方办理结婚登记手续但确未共同生活的；（三）婚前给付并导致给付人生活困难的。适用前款第（二）、（三）项的规定，应当以双方离婚为条件。据此可知，如刘男和戴女双方已办理结婚登记手续但未共同生活的，在双方离婚时，可以主张返还。所以 C 项正确，ABD 错误。

综上所述，本题答案为 C。

注意：与婚约有关的彩礼问题，支付的彩礼应如何处理？原则上，赠与人不得请求返还，但是，《婚姻法解释二》第 10 条规定了三种例外：（一）双方未办理结婚登记手续的；（二）双方办理结婚登记手续但确未共同生活的；（三）婚前给付并导致给付人生活困难的。适用前款第（二）、（三）项的规定，应当以双方离婚为条件。

四、民事法律事实

概念	民事法律事实，是民法认可的能够引起民事法律关系产生、变更、消灭的客观现象。			
民事法律事实	行为	表示行为	法律行为（意思表示）	单方、双方、多方
			准法律行为	意思通知、观念通知、情感表达
		非表示行为（事实行为）	适法行为	合法建造房屋等
			不法行为	侵权行为等
	自然事实	事件		地震等
		状态		时间、经过、人之出生、死亡
非民事法律事实		不发生法律关系的变动		

【真题】

120322 甲在乙寺院出家修行，立下遗嘱，将下列财产分配给女儿丙：乙寺院出资购买并登记在甲名下的房产；甲以僧人身份注册的微博账号；甲撰写《金刚经解说》的发表权；甲的个人存款。甲死后，在遗产分割上乙寺院与丙之间发生争议。下列哪一说法是正确的？

- D 甲既已出家，四大皆空，个人存款应属寺院财产，为维护宗教事业发展，其个人存款应归寺院所有
- 解析：出家不属于民事法律事实，不会改变民事法律关系。故 D 选项错误。

第四章、民事权利

绝对权	又称对世权，指义务人为不特定多数人的权利。例如物权、知识产权、人身权等。 【注意】绝对权通常包含支配权能，但并不等于支配权，例如物权的权能除了包括支配权外，还包括物权请求权。
相对权	又称对人权，是仅向特定人主张的权利，最典型的为债权。
主权利	不依赖其他权利而独立存在的。
从权利	不能独立存在而从属于主权利的。典型的从权利包括担保物权和地役权。【注意】从权利通常具有从属性，即主权利转让的，当事人无约定的，从权利一并转让。
既得权	指成立要件齐备的权利，例如物权，债权等。
期待权	成立要件尚未完全齐备，且将来有可能实现的权利。民法通常认为的期待权为附条件合同当事人的期待权以及所有权保留买卖合同中买受人的权利。【注意】继承权并非期待权。期待权不同于单纯的期待。
支配权、请求权、抗辩权、形成权（见下）	

一、支配权

概念	直接支配某种客体并排除他人干涉的权利，物权、知识产权、人格权、身份权。	
特性	对世性	权利主体特定而义务主体不特定
	特定性	客体是特定化的财产和人身利益
	直接性	权利的行使和实现无需义务人的积极作为，义务人只负有消极不作为义务【注：支配权也存在对应义务】
	排他性	权利人对权利标的的直接支配具有排他性，不容在同一标的上设定不相容的第二个权利
种类	标准	依其“客体”的不同
	内容	1、对物的支配权（即物权）
		2、对人身利益的支配（即人身权）
		3、对无形财产的支配（主要是知识产权）

【真题】

040301: 下列关于民事权利的表述哪一个是错误的？

B. 知识产权是一种支配权

D. 支配权不存在对应义务

解析：B 项：人身权、物权、知识产权等属于支配权，权利人得直接支配其财产并实现其利益。B 项正确。

D 项：支配权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。支配权的对应的义务人是其他不特定人，其他不特定人有不作为义务。D 项错误，当选。

080351: 关于民事权利，下列哪些选项是正确的？

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

解析：丁对丙享有的权利为地役权，地役权属于物权的一种，物权具有支配性，所以 B 项正确。

080301 四川: 关于民事权利，下列哪一选项是正确的？

C. 支配权的客体只能是物

解析：人身权属于支配权，但人身权的客体只能是人身，而不是物。因此，C 项说法错误。

二、请求权

概念	请求他人为一定行为或不为一定行为的权利。
特征	1、相对性（权利人与义务人均特定，效力仅及于当事人之间），不具有排他性（支配权有排他性）
	2、客体为行为（包括作为和不作为）
	3、非公示性（注：物权具有公示性）
发生	基础权利受侵害（侵权）或基础权利未受侵害（合同）均可能发生
种类	物权请求权（原则上不受任何时间的限制，例外：未登记动产的返还请求权受到诉讼时效限制）
	债权请求权（受诉讼时效的限制）【注意】绝对权收到侵害的损害赔偿请求权属于请求权
	占有保护请求权（1 年除斥期间）

【真题】

090301: 甲被乙家的狗咬伤，要求乙赔偿医药费，乙认为甲被狗咬与自己无关拒绝赔偿。下列哪一选项是正确的？

B. 甲请求乙赔偿的权利属于绝对权

解析：绝对权是指义务人不确定的一般人的权利，权利人可以向一切人主张权利。相对权是指义务人为特定人的权利，权利人只能请求特定人为一定行为，债权是典型的相对权，而侵权损害赔偿请求权属于

债权，是相对权，而非绝对权，故 B 选项错误。

080351:关于民事权利，下列哪些选项是正确的？

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

解析：乙对甲享有的权利为债权，债权为相对权，不具有排他性，所以 A 项正确。

三、抗辩权

对抗对方请求权的权利。【注意】抗辩权需要基于法律的明文规定，否则为抗辩，目前公认的只有下面 5 类抗辩权。		
一时抗辩权	双务合同	不安抗辩权、先履行抗辩权、同时履行抗辩权
	一般保证	先诉抗辩权
永久抗辩权	诉讼时效抗辩权	
核心：是否承认对方有请求权	1、如果当事人根本不承认对方的请求权或者主张请求权已经消灭的，为抗辩。	
	2、如果对方当事人承认对方有请求权，但拒绝履行其义务，则属于行使抗辩权（需要属于上述 5 类之一）。	
	3、抗辩权属于权利，是否行使由当事人自行决定，法院不得依职权行使，法院基于中立的地位也不得提示当事人。	

【判断】

1、乙说：我没有借过你的钱，你凭什么要求我还钱？【这是抗辩，因为否认其请求权的存在】

2、乙说：我是借过你的钱，但是上个月我把钱还你了。【这是抗辩，仍是不承认其请求权】

3、乙说：我虽然借了你的钱，但是诉讼时效已经过了，我可以不还。【承认请求权，但拒绝履行，是 5 类之一的时效抗辩权，因此是行使抗辩权】

【真题】

080351:关于民事权利，下列哪些选项是正确的？

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

解析：保证人享有对抗债权人请求履行的权利为一般保证人的先诉抗辩权，所以 C 项正确。

090301:甲被乙家的狗咬伤，要求乙赔偿医药费，乙认为甲被狗咬与自己无关拒绝赔偿。下列哪一选项是正确的？

D. 乙拒绝赔偿是行使抗辩权

解析：抗辩权是指对抗请求权的权利，其效果是暂时或者永久阻止请求权行使，其以对请求存在为前提。否认是直接否认对方请求权的成立。本题中，乙以甲被狗咬与自己无关拒绝赔偿，直接否认了甲的请求权，是抗辩而非抗辩权。故 D 选项错误。

四、形成权

概念	指依权利人单方意思表示就能使权利发生、变更、消灭的权利。		
特征	形成权无对应义务。形成权行使时，相对人只能容忍形成权行使的法律效果；行使形成权的行为均属于有相对人的单方民事法律行为。		
类型	追认权、合同解除权、合同撤销权、抵销权等		
	催告、异议等程序性权利不是形成权，债权人撤销权有争议，综合性权利（请求+形成权能），非形成权、诉讼方式行使		
行使方式	诉讼方式	形成诉权，以诉讼方式行使为必要，且效力在相关判决确定后才发生的形成权，主要有：可撤销合同的撤销权（类似的还有债权人撤销权和代位权也需要以诉讼的方式行使）	
	非诉讼方式	默示	视为拒绝：效力待定合同追认（限人、无权代理）、受遗赠人
			视为同意：试用买卖、继承人

期间	1、除斥期间经过形成权消灭 2、区别诉讼时效。诉讼时效经过债权人的权利没有消灭，只是债务人获得时效抗辩权，法院不得主动援用/提示，除斥期间经过，权利消灭，法院可以依职权主动行使【注：形成权受除斥期间限制，但受除斥期间限制的不一定是形成权】
----	--

【真题】

050358: 下列关于民事权利中的形成权的表述，哪些是正确的？

A. 形成权只能通过明示方式行使

解析：A项：形成权不必以明示方式行使，如追认权和拒绝追认权等可以默示行使。如《继承法》第25条“继承开始后，继承人放弃继承的，应当在遗产处理前，作出放弃继承的表示。没有表示的，视为接受继承。受遗赠人应当在知道受遗赠后两个月内，作出接受或者放弃受遗赠的表示。到期没有表示的，视为放弃受遗赠。”所以A项错误。

080351: 关于民事权利，下列哪些选项是正确的？

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

解析：《合同法》第七十五条规定撤销权自债权人知道或者应当知道撤销事由之日起一年内行使。自债务人的行为发生之日起五年内没有行使撤销权的，该撤销权消灭。因此法律规定债权人撤销权存续期间为除斥期间，不受诉讼时效的限制，所以D项正确。

五、权利的私力救济

（一）民事权利的公力救济。是指民事权利受到侵害时，由国家机关给予保护。主要的方式：起诉、仲裁、其他国家机关。

（二）民事权利的私力救济，是指权利人自己采取各种合法手段来保护自己的权利不受侵犯。民事权利主体可以以法律许可的方式在法律允许的限度内保护自己的权利。

【注意】

1、采取自我保护手段受到法律的严格限制，权利主体只能以法律许可的方式和在法律允许的限度内保护自己的权利。

2、一般限于为保护自己的权利+情势紧迫来不及请求公力救济+采取的手段适当+事后及时请求有关国家机关处理。

（三）私力救济方式

正当防卫	概念	为防卫自己或他人的利益受到不法侵害，而实施的行为。
	责任承担	1、因正当防卫造成损害的防卫人不承担民事责任。 2、正当防卫超过必要限度，造成不应有的损害，正当防卫人应该承担适当的民事责任。
紧急避险	概念	为避免自己或者他人生命、身体或者财产上急迫的危险，不得已而采取的行为。【如遭遇歹徒追杀，抢夺他人机车逃跑的行为】
	责任承担	1、避险人原则上不承担责任，由引起险情的人承担民事责任。 2、如果危险是由自然原因引起的，紧急避险人不承担民事责任或者给与适当补偿。 3、紧急避险采取措施不当或者超过必要限度，造成不应有的损害，紧急避险人应承担适当的民事责任。
自助行为	概念	为了保护自己的权利，在来不及请求公力救助时，采取私力救济，对他人的自由或者财产进行拘束等行为。
	构成要件	1、必须存在私法上可行使的请求权。【若请求权已过诉讼时效，则不得行使自助行为】
		2、必须是为了保护自己的权利。【正当防卫和紧急避险可救济他人权利】
		3、来不及获得公权力救济。【自助行为容易引发社会冲突，扰乱合同法治秩序，应对其严格限制，若来得及请求公力救济情况下，不得进行自助行为】

		4、若不自助，请求权将 无法实现 或者欲实现 异常困难 。
	方式	扣押财物；扣押义务人。
	法律后果	1、合法行为，不承担侵权责任。 2、若超出请求权行使的必要限度，应承担相应的赔偿责任。

【真题】

070318: 甲公司铺设管道，在路中挖一深坑，设置了路障和警示标志。乙驾车撞倒全部标志，致丙骑摩托车路经该地时避让不及而驶向人行道，造成丁轻伤。对丁的损失，下列哪一选项是正确的？

- A. 应由乙承担赔偿责任
- B. 应由甲和乙共同承担赔偿责任
- C. 应由乙和丙共同承担赔偿责任
- D. 应由甲、乙和丙共同承担赔偿责任

解析：《侵权责任法》第91条规定：“在公共场所或者道路上挖坑、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，施工人应当承担侵权责任。”第31条规定：“因紧急避险造成损害的，由引起险情发生的人承担责任。如果危险是由自然原因引起的，紧急避险人不承担责任或者给予适当补偿。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责任。”甲公司已经设置了路障和警示标志，无过错无需承担责任；丙紧急避险造成丁受到损害，丙对此不承担赔偿责任；乙驾车撞倒全部标志，引起险情发生，故应由乙承担赔偿责任。故A项正确，BCD项错误。

020316: 一住店客人未付房钱即早离开旅馆去车站，旅馆服务员见状揪住他不让走，并打报警电话。客人说“你不让我走还限制我自由，我要告你们旅馆，耽误了乘火车要你们赔偿”。旅馆这样做的性质应如何认定？

- A. 属于侵权，系侵害人身自由权
- B. 属于侵权，系积极侵害债权
- C. 不属于侵权，是行使抗辩权之行为
- D. 不属于侵权，是自助行为

解析：自助行为是指权利人受到不法侵害之后，为保全或者恢复自己的权利，在情势紧迫而不能及时请求国家机关予以救助的情况下，依靠自己的力量，对他人的财产或自由施加扣押、拘束或其他相应措施的行为。自助行为不是侵权行为。题中旅馆的做法属于自助行为。所以D正确，ABC错误。

六、死者的人格利益保护

保护对象	社会公共利益及死者近亲属的人格利益
侵权客体	死者的 人格利益而非人格权 【即姓名、肖像、名誉、荣誉、隐私、遗体、遗骨】
原告	近亲属 自己的名义 【近亲属顺位：①配偶、父母、子女②其他近亲属】
赔偿金	赔偿金归属有争议，一般认为归属于原告（近亲属），并非死者的遗产【注意题目表述】
构成要件	侵害人身权益+造成严重精神损害
适用情形	1. 侵害姓名权、肖像权、隐私权等人格权益造成严重精神损害的，可以主张精神损害赔偿 2. 非法使被监护人脱离监护，导致亲子关系或者近亲属间的亲属关系遭受严重损害，可以主张精神损害赔偿 3. 侵害死者姓名、肖像、名誉、荣誉、隐私、遗体、遗骨等人格利益，近亲属可以请求精神损害赔偿 4. 侵害英雄烈士等的姓名、肖像、名誉、荣誉，损害社会公共利益的，应当承担民事责任【民总新增】 5. 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，物品所有人可以请求赔偿精神损害。
排除适用	1、侵害法人或其他组织人格权的，不适用精神损害赔偿 2、未造成严重精神损害的，不适用精神损害赔偿
赔偿金请求权	① 原则：精神损害抚慰金的请求权，不得让与（没精神损害）或者继承（不知有没有精神损害）。 ② 例外：赔偿义务人已经以 书面方式承诺给予金钱赔偿 ，或赔偿权利人已经向法院起诉除外。 【注意】已经取得赔偿金，当然可以处分，上述说的是请求权

死者的人格利益问题	1、保护的 不是 权利（死者没有权利能力，不能享有权利（人格权），只有人格利益） 2、近亲属诉讼是自己的名义起诉（并非以死者名义） 3、 近亲属顺位：①配偶、父母、子女。②其他近亲属（没有配偶父母子女的，其他近亲属才可以起诉）
-----------	---

【真题】

050358: 下列关于民事权利中的形成权的表述，哪些是正确的？

- B. 效力待定合同中相对人的催告权并非形成权
- C. 债权人撤销权属形成权

解析：B项：形成权是依权利人单方意思表示就能使法律关系产生、变更或者消灭的权利。形成权的独特性在于有权利人一方的意思表示就足以使法律关系发生法律效力。效力待定合同中相对人的单方催告属于意思通知，不能使法律关系发生变动，不是形成权。所以B项正确。

C项：债权人撤销权属于形成权还是一种混合权利，学理上有争议。通说的观点认为债权人的撤销权是一项综合性的权利，其中既有请求权能又有形成权能。因此，这里的债权人的撤销权不是形成权。C选项错误。

080316 四川: 甲于2007年2月死亡。乙因与甲生前素来不和，遂到处散布甲系赌博欠下巨额高利贷无法偿还而自杀身亡，在社会上造成了较恶劣的影响。甲之子欲向法院起诉，要求追究乙的侵权责任。下列哪一选项是正确的？

- A. 甲已经死亡，不再具有民事主体资格，因而乙的行为不构成侵权
- B. 乙的行为侵害了甲的名誉，依法应当承担侵权责任

解析：AB项：《民法通则》第9条规定：“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。”《精神损害赔偿解释》第3条规定：“死者名誉遭受侵害的，死者的近亲属有权提起侵权之诉。”本题中，乙故意毁损甲的名誉，构成侵权，应依法承担侵权责任，甲的近亲属有权提起侵权之诉。因此，A项错误，B选项正确。

080316 四川: 甲于2007年2月死亡。乙因与甲生前素来不和，遂到处散布甲系赌博欠下巨额高利贷无法偿还而自杀身亡，在社会上造成了较恶劣的影响。甲之子欲向法院起诉，要求追究乙的侵权责任。下列哪一选项是正确的？

- C. 只有甲的配偶有权代表甲对乙提起诉讼
- D. 只有甲的子女有权对乙提起诉讼

解析：CD项：《精神损害赔偿解释》第7条规定：“自然人因侵权行为致死，或者自然人死亡后其人格或者遗体遭受侵害，死者的配偶、父母和子女向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，列其配偶、父母、子女为原告；没有配偶、父母和子女的，可以由其他近亲属提起诉讼，列其他近亲属为原告。”因此，甲的配偶和子女都有权对乙提起诉讼。C、D选项说法错误。

070352: 关于事业单位法人，下列哪些选项是错误的？

- D. 事业单位法人名誉权遭受侵害的，有权诉请精神损害赔偿

解析：《精神损害赔偿解释》第5条规定：“法人或者其他组织以人格权利遭受侵害为由，向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院不予受理。”因此D项错误。

080302 四川: 关于自然人和法人的权利能力，下列哪一选项是正确的？

- B. 自然人和法人人格权受侵害时都可向法院请求精神损害赔偿

解析：《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第5条规定：“法人或者其他组织以人格权利遭受侵害为由，向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院不予受理。”《侵权责任法》第22条规定：“侵害他人人身权益，造成他人严重精神损害的，被侵权人可以请求精神损害赔偿。”因此，只有自然人人格权受损害才可以请求精神损害赔偿。因此，B选项说法错误。

第五章、民事主体

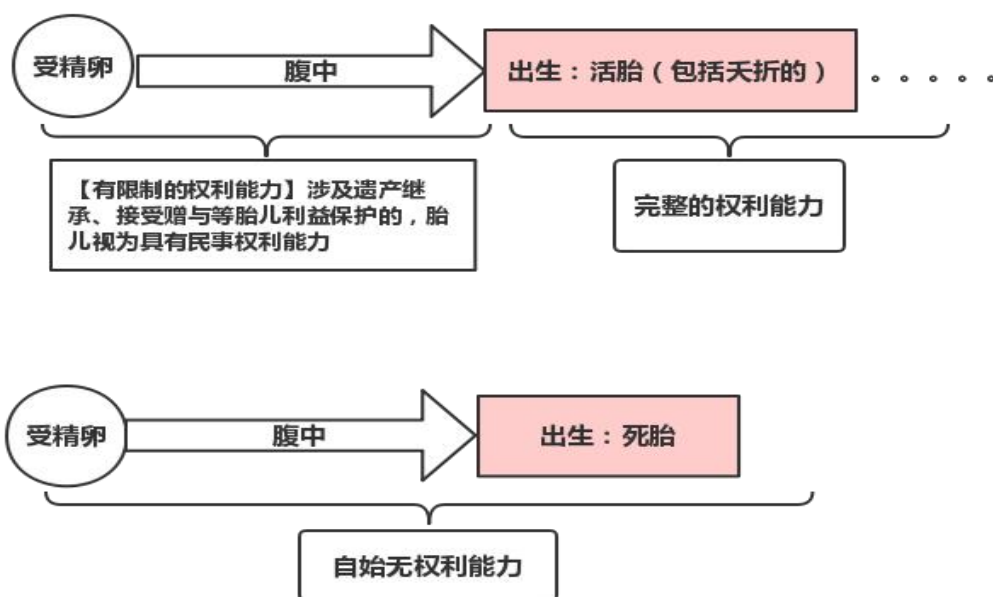
一、权利能力

【法条】《民法总则》第十三条 自然人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。

《民法总则》第十五条 自然人的出生时间和死亡时间，以出生证明、死亡证明记载的时间为准；没有出生证明、死亡证明的，以户籍登记或者其他有效身份登记记载的时间为准。有其他证据足以推翻以上记载时间的，以该证据证明的时间为准。

《民法总则》第十六条 涉及遗产继承、接受赠与等胎儿利益保护的，胎儿视为具有民事权利能力。但是胎儿娩出时为死体的，其民事权利能力自始不存在。

概念	民事权利能力是作为民法上的人的资格。无此资格，不得成为民法上的“人”。
	自然人的民事权利能力一律平等，不得转让也不得抛弃，但有一些特殊的民事权利能力，需要达到一定年龄才可以具备，主要是劳动者（16岁）与结婚者（男22、女20）
存续时间	始于出生（受精卵阶段有权利能力，只是有限制），终于死亡。
时间的确定	证据>出生证明、死亡证明>登记（户口簿）
胎儿	出生后为活体的，从形成受精卵之日起就有权利能力，但权利能力受到限制，仅限于接受赠与、遗赠等胎儿利益保护。 如果出生后夭折（活过），胎儿的财产由胎儿的继承人继承。
	出生后为死体的（包括一直都是死胎，也包括在肚子里活过，但出生之前就胎死腹中），自始没有权利能力。
死亡	包括自然死亡和宣告死亡
死亡推定	无继承人（死亡事件以外）>长辈>同时 死亡推定相互有继承关系的几个人在同一事件中死亡： 如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： （1）如几个死亡人辈分不同，推定长辈先死亡 （2）如几个死亡人辈分相同，推定同时死亡，彼此不发生继承，由他们各自继承人分别继承 【注意陷阱】要在统一事件中死亡，并且无法确定先后死亡顺序才可以适用



二、行为能力

概念	民法以年龄与精神状态为标准，将民事行为能力分为完全行为能力、限制行为能力、无行为能力 3 种类型	
完全行为能力人	类型	1、18 岁以上的自然人 ($X \geq 18$) 2、16 岁以上、以自己劳动收入作为主要生活来源的自然人
限制行为能力人	类型	1、8 周岁以上未成年人 ($8 \leq X < 18/16$ 以自己劳动收入作为主要生活来源) 2、不能完全辨认自己行为的精神病人, 为限制民事行为能力人
	民事行为效力	1、纯获利、与其年龄智力相适应的, 直接有效
		2、与其年龄不相适应的单方行为 (遗嘱、遗赠) 和多方行为 (商事行为) 无效
		3、双方法律行为 (合同): 效力待定
无行为能力人	类型	1、不满 8 周岁的未成年人 ($X < 8$) 2、完全不能辨认自己行为的精神病人
	民事行为效力	一律无效 (包括纯获利和与其年龄智力相匹配的)

【真题】

170302: 肖特有音乐天赋, 16 岁便不再上学, 以演出收入为主要生活来源。肖特成长过程中, 多有长辈馈赠: 7 岁时获赠口琴 1 个, 9 岁时获赠钢琴 1 架, 15 岁时获赠名贵小提琴 1 把。对肖特行为能力及其受赠行为效力的判断, 根据《民法总则》相关规定, 下列哪一选项是正确的?

肖特尚不具备完全的民事行为能力

B. 受赠口琴的行为无效, 应由其法定代理人代理实施

C. 受赠钢琴的行为无效, 因与其当时的年龄智力不相当

D. 受赠小提琴的行为无效, 因与其当时的年龄智力不相当

解析: 解析: A 项: 根据《民法总则》第 18 条第 2 款的规定, 16 周岁以上的未成年人, 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。本题中, 肖特 16 周岁, 以演出收入为主要生活来源, 应视为完全民事行为能力人, 故 A 项错误, 不当选。

B 项: 根据《民法总则》第 20 条的规定, 不满 8 周岁的未成年人为无民事行为能力人, 由其法定代理

人代理实施民事法律行为。同时，根据《民事总则》第144条的规定，无民事行为能力人所实施的民事法律行为无效。据此可知，肖特7岁时作为无民事行为能力人，其所实施的获赠口琴1个的民事法律行为是无效的，应为其法定代理人代理实施，故B项正确，当选。

CD项：根据《民法总则》第19条的规定，8周岁以上的未成年人为限制民事行为能力人，实施民事法律行为由其法定代理人代理或经其法定代理人同意、追认，但是可以独立实施纯获利益的民事法律行为或者与其年龄、智力相适应的民事法律行为。同时，根据《民法总则》第145条第1款的规定，限制民事行为能力人实施的纯获利益的民事法律行为或者与其年龄、智力、精神健康状况相适应的民事法律行为有效；实施的其他民事法律行为经法定代理人同意或追认后有效。本题中，肖特9岁和15岁时均属于限制民事行为能力人，其所接受的获赠钢琴1架和获赠名贵小提琴1把的民事法律行为均有效。故C、D项错误。

100302:甲十七岁，以个人积蓄1,000元在慈善拍卖会上拍得明星乙表演用过的道具，市价约100元。事后，甲觉得道具价值与其价格很不相称，颇为后悔。关于这一买卖，下列哪一说法是正确的？

- A. 买卖显失公平，甲有权要求撤销
- B. 买卖存在重大误解，甲有权要求撤销
- C. 买卖无效，甲为限制行为能力人
- D. 买卖有效

解析：A项：显失公平是指一方当事人利用优势或对方缺乏经验，在订立合同时致使双方的权利和义务明显违反公平、等价有偿原则。本题双方意思表示真实，没有显失公平，A错误。

B项：重大误解是指行为人因对行为的性质、对方当事人、标的物的品种、质量、规格和数量等发生错误认识，使行为的后果与自己的意思相悖，并造成较大损失的行为。本题双方意思表示真实，无重大误解，B错误。

CD项：《民法总则》第19条规定：八周岁以上的未成年人为限制民事行为能力人，实施民事法律行为由其法定代理人代理或者经其法定代理人同意、追认，但是可以独立实施纯获利益的民事法律行为或者与其年龄、智力相适应的民事法律行为。”对“与其年龄、智力状况相适应”，是从行为与本人生活相关联的程度、本人的智力能否理解其行为，并预见相应的行为后果，以及行为标的数额等方面认定。本题中，17岁的甲是限制民事行为能力人，在慈善拍卖会上以1000元的积蓄拍得价值100元的表演道具，虽然市值不高，但甲之所以愿以高价拍得，关键在于其被乙明星使用过，其年龄智力均可理解此含义。因此该行为有效。D项正确，C错误。

综上所述，本题答案为D项。

三、限制或无行为能力的成年人的宣告

《民法总则》第二十四条 不能辨认或者不能完全辨认自己行为的成年人，其利害关系人或者有关组织，可以向人民法院申请认定该成年人为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人。

被人民法院认定为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的，经本人、利害关系人或者有关组织申请，人民法院可以根据其智力、精神健康恢复的状况，认定该成年人恢复为限制民事行为能力人或者完全民事行为能力人。

本条规定的有关组织包括：居民委员会、村民委员会、学校、医疗机构、妇女联合会、残疾人联合会、依法设立的老年人组织、民政部门等。

四、监护制度

监护，是指对无民事行为能力人和限制民事行为能力人的人身、财产及其合法权益进行监督和保护的一种民事法律制度。监护人可以是一人或数人。

（一）监护的类型

法定监护	未成年人	父母，注意：1、父母是未成年子女当然的监护人！即使离婚，双方均为未成年子女的监护人；2、父母一方死亡的，另一方为监护人，除非是双方都死亡
		其他监护人，（1）祖父母、外祖父母（2）成年兄、姐（3）关系密切的其他亲属、朋友愿意，还须经未成年人住所地的居民委员会、村民委员会或民政部门同意
	精神病人	（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，还须经被监护人住所地的居民委员会、村民委员会或民政部门同意
	注意：1、上述都是有顺序的。2、监护人可以是一人，也可以是同一顺序中的数人	
遗嘱监护	被监护人的父母担任监护人的，可以通过遗嘱指定监护人；《民法总则》第29	

	条)
协议监护	依法具有监护资格的人之间（没有监护资格的属于委托监护）可以协议确定监护人。协议确定监护人的，应当尊重被监护人意愿
指定监护	1. 对担任监护人有争议的，由被监护人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门指定 2. 有关当事人对指定不服的，可以向人民法院申请指定监护人；有关当事人也可以直向人民法院提出申请指定监护人【可以直接起诉，也可以先指定再起诉】 3. 依照规定指定监护人前，被监护人的人身、财产及其他合法权益处于无人保护状态的，由被监护人住所地的居民或村民委员会、法律规定的有关组织或者民政部门担任临时监护人 4. 监护人被指定后，不得擅自变更。擅自变更的，不免除被指定的监护人的监护责任
意定监护	具有完全民事行为能力的成年人，可以与近亲属、其他愿意担任监护人的个人或者有关组织事先协商，以书面形式确定自己的监护人。协商确定的监护人在该成年人丧失或者部分丧失民事行为能力时，承担监护责任。
委托监护	1、通过委托协议将监护职责部分或全部委托给他人（例如委托给幼儿园）委托后不免除监护责任，被委托人有过错的承担相应的责任（具体见侵权责任法、教育机构侵权）

（二）未成年精神病的监护确定

对于未成年精神病的监护人程序、资格确定有争议，一般认为依据《民法总则》21 条的精神，应该适用精神病的确定规则，废除了《民通意见》13 条。

《民法总则》第 21 条规定“不能辨认自己行为的成年人为无民事行为能力人，由其法定代理人代理实施民事法律行为。

八周岁以上的未成年人不能辨认自己行为的，适用前款规定。”按照此条文解释，未成年精神病应当适用的是精神病规则。

理由：未成年精神病，更体现的是精神病这个因素，而不是未成年，应当按照确定精神病监护人的一些标志（例如看管能力，经济能力等），而不是考虑未成年的教育、成长问题。

【老师之间争议较大，历年真题只有在 100303 中有涉及，D 选项的答案以前是依据《民通意见》13 条给的，现在需要按照《民法总则》21 条修订，D 选项正确】

【真题】

100303: 甲十五岁，精神病人。关于其监护问题，下列哪一表述是正确的？

- C. 对担任监护人有争议的，可直接请求法院裁决
- D. 为甲设定监护人，适用关于精神病人监护的规定

解析：C 项：《民法总则》第三十一条：对监护人的确定有争议的，由被监护人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门指定监护人，有关当事人对指定不服的，可以向人民法院申请指定监护人；有关当事人也可以直接向人民法院申请指定监护人。【对比】以前的《民法通则》不可以直接找法院，需要经过前置指定程序。但修改后可以直接找法院。

D 项：《民法总则》第 21 条规定：不能辨认自己行为的成年人为无民事行为能力人，由其法定代理人代理实施民事法律行为。八周岁以上的未成年人不能辨认自己行为的，适用前款规定。因此未成年精神病人应当适用精神病人的规定。所以 D 正确。

130302: 关于监护，下列哪一表述是正确的？

- C. 甲丧夫后携幼子乙改嫁，乙的爷爷有权要求法院确定自己为乙的法定监护人
- D. 市民甲、乙之子丙 5 周岁，甲乙离婚后对谁担任丙的监护人发生争议，丙住所地的居民委员会有权指定

解析：C 项：《民法总则》第 27 条规定：“父母是未成年子女的监护人。未成年人的父母已经死亡或者没有监护能力的，由下列有监护能力的人按顺序担任监护人：（一）祖父母、外祖父母；（二）兄、姐；（三）其他愿意担任监护人的个人或者组织，但是须经未成年人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门同意。”因此，C 项由于不存在“未成年人的父母已经死亡或者没有监护能力的”情况，所以父母仍为监护人，祖父无权要求成为法定监护人，所以 C 错误。

D 项：《民法总则》第 31 条：对监护人的确定有争议的，由被监护人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门指定监护人，有关当事人对指定不服的，可以向人民法院申请指定监护人；有关当事人也

可以直接向人民法院申请指定监护人。父母离婚之后，父母仍然都是监护人，在法律上没有争议，不适用指定监护的规定。所以D错误。

170351：余某与其妻婚后不育，依法收养了孤儿小翠。不久后余某与妻子离婚，小翠由余某抚养。现余某身患重病，为自己和幼女小翠的未来担忧，欲作相应安排。下列哪些选项是正确的？

- B. 余某可与前妻协议确定由前妻担任小翠的监护人
- C. 余某可与其堂兄事先协商以书面形式确定堂兄为自己的监护人

解析：B项：根据《民法总则》第30条的规定，依法具有监护资格的人之间可以协议确定监护人。协议确定监护人应当尊重被监护人的真实意愿。同时，根据《婚姻法》第36条第1款：父母与子女间的关系，不因父母离婚而消除。离婚后，子女无论由父或母直接抚养，仍是父母双方的子女。本题中，虽然余某与妻子离婚，但离婚并不影响双方对小翠的监护，二者作为养父和养母依然可以协议确定监护人。故B项正确，当选。

C项：根据《民法总则》第33条的规定，具有完全民事行为能力的成年人，可以与近亲属、其他愿意担任监护人的个人或组织事先协商，以书面形式确定自己的监护人。协商确定的监护人在该成年人丧失或部分丧失民事行为能力时，履行监护职责。本题中，余某身患重病，依法可以与其堂兄事先协商以书面形式确定堂兄为自己的监护人。故C项正确，当选。

（三）监护人的职责

原则	监护人应当按照最有利于被监护人的原则履行监护职责，保护被监护人的人身权利、财产权利以及其他合法权益。
禁止	1、不得损害被监护人人身利益。 2、非为被监护人的利益，不得处理被监护人的财产。
成年人监护人	成年人的监护人履行监护职责，应当最大程度地尊重被监护人的真实意愿，保障并协助被监护人实施与其智力、精神健康状况相适应的民事法律行为。对被监护人有能力独立处理的事务，监护人不得干涉。
违反责任	《民法总则》34条规定，监护人不履行监护职责或者侵害被监护人合法权益的，应当承担法律责任。主要有：财产责任（赔偿、返还），变更监护关系，撤销监护资格。
	起诉主体：由监护资格的人或组织（《民法总则》第27条、第28条规定），被监护人（被监护人有行为能力后也可以独立自己起诉）
	诉讼时效：自法定代理终止起算（《民法总则》190条）
	程序：1、要求监护人承担民事责任的，按普通程序审理 2、要求变更监护关系的，按特别程序审理 3、既要求承担民事责任，又要求变更监护关系的，分别审理

【真题】

170317：高甲患有精神病，其父高乙为监护人。2009年高甲与陈小美经人介绍认识，同年12月陈小美以其双胞胎妹妹陈小丽的名义与高甲登记结婚，2011年生有一子高小甲。2012年高乙得知儿媳的真实姓名为陈小美，遂向法院起诉。诉讼期间，陈小美将一直由其抚养的高小甲户口迁往自己原籍，并将高小甲改名为陈龙，高乙对此提出异议。下列哪一选项是正确的？

- C. 陈小美为高小甲改名的行为侵害了高小甲的合法权益
- D. 陈小美为高小甲改名的行为未侵害高甲的合法权益

解析：CD项：根据《婚姻法》第22条的规定，子女可以随父姓，可以随母姓。关于未成年子女的姓名权问题，应由父母双方当事人协商确定。本题中，由于作为父亲的高甲患有精神病，因此关于高小甲修改姓名一事可以由母亲陈小美决定，该行为既不会侵害高甲的合法权益，也不会侵害高小甲的合法权益。故C项错误，不当选。D项正确，当选。

110302：乙因病需要换肾，其兄甲的肾脏刚好配型成功，甲乙父母和甲均同意由甲捐肾。因甲是精神病人，医院拒绝办理。后甲意外死亡，甲乙父母决定将甲的肾脏捐献给乙。下列哪一表述是正确的？

- B. 甲生前，其父母决定将甲的肾脏捐献给乙的行为有效
- C. 甲死后，其父母决定将甲的肾脏捐献给乙的行为有效
- D. 甲死后，其父母决定将甲的肾脏捐献给乙的行为无效

解析：B项：《民法总则》第34条第1款规定：“监护人的职责是代理被监护人实施民事法律行为，

保护被监护人的人身权利、财产权利以及其他合法权益等。监护人除为维护被监护人利益外，不得处分被监护人的财产。甲的父母将甲的肾脏捐献给乙的行为，并非为了甲的利益而实施，故甲的父母决定将甲的肾脏捐献给乙的行为无效。所以，B项错误。

CD项：自然人死亡后，其遗体仍然受到法律的保护，任何人包括其近亲属不得伤害之，父母对遗体不享有所有权，不能处分。故监护人无权在精神病人死后决定将其器官予以捐献。所以，C项错误，D项正确。

160352:甲6周岁，多次在国际钢琴大赛中获奖，并获得大量奖金。甲的父母乙、丙为了甲的利益，考虑到甲的奖金存放银行增值有限，遂将奖金全部购买了股票，但恰遇股市暴跌，甲的奖金损失过半。关于乙、丙的行为，下列哪些说法是正确的？

乙、丙应对投资股票给甲造成的损失承担责任

D. 如主张赔偿，甲对父母的诉讼时效期间在进行中的最后6个月内因自己系无行为能力人而中止，待成年后继续计算

解析：A项：《民法总则》第34条第3款规定：“监护人不履行监护职责或者侵害被监护人合法权益的，应当承担法律责任。”

D项：《民法总则》第190条规定：“无民事行为能力人或者限制行为能力人对其法定代理人的请求权的诉讼时效期间，自该法定代理终止之日起算。”所以，D项错误。【注意：按照民法通则，以前这个选项是正确的。按照民法总则，该选项错误】

（四）监护的撤销和恢复

监 护 的 撤 销	概念	监护人存在法定情形，人民法院根据有关人员或者组织的申请，撤销当事人的监护资格，安排必要的临时监护措施，并根据 最有利于被监护人的原则 依法指定新监护人。
	情形	1、监护人实施严重损害被监护人身心健康的行为的； 2、监护人怠于履行监护职责，或者无法履行监护职责并且拒绝将监护职责部分或全部委托给他人，导致被监护人处于危困状态的； 3、监护人有严重侵害被监护人合法权益的其他行为的；
	申请人	有关人员和组织（具体包括：1、其他有监护资格的人员；2、居民委员会、村民委员会、民政部门 3、学校、医疗机构、妇女联合会、残疾人联合会、未成年人保护组织、依法设立的老年人组织等）
	法律后果	1、原监护人丧失监护权 2、依法负担被监护人抚养费、赡养费、扶养费的父母、子女、配偶等，被人民法院撤销监护资格后，应当继续履行负担的义务。
监 护 权 的 恢 复	1、被监护人的 父母或子女 被人民法院撤销监护人资格后，除对被监护人 实施故意犯罪的外 ，确有悔改表现的，经其申请，人民法院可以在尊重被监护人真实意愿的前提下，视情况恢复其监护人资格。	
	2、监护人资格恢复后，人民法院指定的监护人与被监护人的监护关系 同时终止 。	
	注意：仅适用于父母或子女， 对被监护人实施故意犯罪不能恢复	
监 护 权 的 终 止	1、被监护人取得或者恢复完全民事行为能力； 2、监护人丧失监护能力； 3、被监护人或者监护人死亡的； 4、人民法院认定监护关系终止的其他情形。	

五、宣告失踪和宣告死亡

（一）宣告死亡

知识点内容	
申请人	一切利害关系人（配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母+其他利害关系人）
申请人顺序限制	<p>民总修改后：申请人没有顺序限制，配偶不申请，利害关系人也可以申请宣告死亡。</p> <p>【说明】对于可以向人民法院申请宣告死亡的利害关系人，要不要有顺序上的限制，《民通意见》第25条第1款规定：“申请宣告死亡的利害关系人的顺序是：（一）配偶；（二）父母、子女；（三）兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女；（四）其他有民事权利义务关系的人。”对于这一规定，历来存在争议。反对意见认为，法律不应当规定申请宣告死亡的顺序，因为如果顺序在前的当事人不申请，则失踪人长期不能被宣告死亡，使得与其相关的法律关系长期不能稳定，如继承不能发生、遗产不能分割等，对利害关系人的利益损害很大，与法律规定宣告死亡制度的初衷相悖。民法总则立法过程中，这种意见较为普遍，因此，民法总则没有规定利害关系人申请宣告死亡的顺序。</p> <p>对应的条文：2017的《民法总则》第四十条自然人下落不明满二年的，利害关系人可以向人民法院申请宣告该自然人为失踪人。</p> <p>第四十六条：自然人有下列情形之一的，利害关系人可以向人民法院申请宣告该自然人死亡：（一）下落不明满四年；（二）因意外事件，下落不明满二年。</p> <p>因意外事件下落不明，经有关机关证明该自然人不可能生存的，申请宣告死亡不受二年时间的限制。</p> <p>【此两处没有说有顺序限制，即宣告失踪和宣告死亡一样没有顺序限制】</p> <p>第四十七条：对同一自然人，有的利害关系人申请宣告死亡，有的利害关系人申请宣告失踪，符合本法规定的宣告死亡条件的，人民法院应当宣告死亡。</p> <p>【此处也是映照】强调没有顺序限制，可以申请死亡也可以申请失踪，但以死亡为准，如果有顺序限制，那么宣告死亡需要前顺位的同意，那此条文将没有任何意义。</p> <p>已经跟参与立法的老师确认，以宣告失踪和宣告死亡都没有顺序限制为准。</p>
时间	<p>1、一般，满4年（公告期1年）</p> <p>2、意外，满2年；（公告期1年）</p> <p>3、意外失踪且经有权机关证明不可能生存的，即刻申请（公告期3个月）【民总新增】</p>
死亡日期	被宣告死亡的人，人民法院宣告死亡的判决作出之日视为其死亡的日期；因意外事件下落不明宣告死亡的，意外事件发生之日视为其死亡的日期
后果	相当于死亡：1、婚姻关系终止 2、继承开始
宣告死亡的撤销	<p>需要申请法院宣告撤销（要申请，法院不会主动撤销）</p> <p>（1）财产返还</p> <p>①“依照继承法”取得被宣告人财产的人（继承人和受遗赠人），为返还义务人。应当返还原物，原物不在：适当补偿（不是赔偿）</p> <p>②非“依照继承法”取得被宣告人遗产的人，不负返还义务（赠与也没有返还义务，注意：是有权处分+继受取得，不是善意取得）。</p> <p>（2）婚姻关系</p> <p>撤销后自行恢复，配偶再婚（包括再婚后又离婚）/书面不愿意恢复的除外</p> <p>（3）收养关系</p> <p>宣告死亡后，配偶另一方单方有权送养子女，已经形成的合法收养关系受到法律保护，撤销宣告死亡后，不能恢复，但收养人和被收养人同意的除外。</p> <p>被宣告死亡的人在宣告死亡期间，其子女被他人依法收养的，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。</p>
恶意宣告死亡	明知被宣告人没有死亡的事实却故意隐瞒，需要承担返还+赔偿责任（不是补偿）

宣告死亡期间行为效力	1、自然人被宣告死亡但是并未死亡的，不影响该自然人在被宣告死亡期间实施的民事法律行为的效力。 2、宣告死亡后的行为和宣告死亡的后果有冲突，以实际行为为准。
宣告失踪和宣告死亡	1、宣告失踪不是宣告死亡的必经程序（可以直接申请死亡，不必先申请失踪） 2、申请人只申请宣告失踪的，即使符合宣告死亡的条件，法院也不能宣告死亡（不告不理原则），只能宣告失踪 3、同时宣告死亡和失踪的，符合宣告死亡条件，法院应当宣告死亡。

【法条】

《民法总则》第四十六条 自然人有下列情形之一的，利害关系人可以向人民法院申请宣告该自然人死亡：

（一）下落不明满四年；

（二）因意外事件，下落不明满二年。

因意外事件下落不明，经有关机关证明该自然人不可能生存的，申请宣告死亡不受二年时间的限制。

《民法总则》第四十八条 被宣告死亡的人，人民法院宣告死亡的判决作出之日视为其死亡的日期；因意外事件下落不明宣告死亡的，意外事件发生之日视为其死亡的日期。

《民法总则》第五十一条 被宣告死亡的人的婚姻关系，自死亡宣告之日起消灭。死亡宣告被撤销的，婚姻关系自撤销死亡宣告之日起自行恢复，但是其配偶再婚或者向婚姻登记机关书面声明不愿意恢复的除外。

《民法总则》第五十条 被宣告死亡的人重新出现，经本人或者利害关系人申请，人民法院应当撤销死亡宣告。

《民法总则》第五十三条第一款 被撤销死亡宣告的人有权请求依照继承法取得其财产的民事主体返还财产。无法返还的，应当给予适当补偿。

《民法总则》第五十一条 被宣告死亡的人的婚姻关系，自死亡宣告之日起消灭。死亡宣告被撤销的，婚姻关系自撤销死亡宣告之日起自行恢复，但是其配偶再婚或者向婚姻登记机关书面声明不愿意恢复的除外。

《民法总则》第五十二条 被宣告死亡的人在宣告死亡期间，其子女被他人依法收养的，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。

《民法总则》第五十三条第二款 利害关系人隐瞒真实情况，致使他人被宣告死亡取得其财产的，除应当返还财产外，还应当对由此造成的损失承担赔偿责任。

《民法总则》第四十九条 自然人被宣告死亡但是并未死亡的，不影响该自然人在宣告死亡期间实施的民事法律行为的效力。

【真题】

160351: 甲、乙为夫妻，长期感情不和。2010年5月1日甲乘火车去外地出差，在火车上失踪，没有发现其被害尸体，也没有发现其在何处下车。2016年6月5日法院依照法定程序宣告甲死亡。之后，乙向法院起诉要求铁路公司对甲的死亡进行赔偿。关于甲被宣告死亡，下列哪些说法是正确的？

A. 甲的继承人可以继承其财产

B. 甲、乙婚姻关系消灭，且不可能恢复

解析：《民法总则》第46条规定：“自然人有下列情形之一的，利害关系人可以向人民法院申请宣告该自然人死亡：（一）下落不明满四年；（二）因意外事件，下落不明满二年。因意外事件下落不明，经有关机关证明该自然人不可能生存的，申请宣告死亡不受二年时间的限制。”本题中，甲2010年5月1日下落不明，4年后，其妻乙即可宣告甲死亡。甲一旦被宣告死亡，婚姻关系终止，继承开始。因此A说法正确。

《民法总则》第51条规定：“被宣告死亡的人的婚姻关系，自死亡宣告之日起消灭。死亡宣告被撤销的，婚姻关系自撤销死亡宣告之日起自行恢复，但是其配偶再婚或者向婚姻登记机关书面声明不愿意恢复的除外。”甲、乙婚姻关系还有恢复的可能，因此B项后半句说法错误。

170352: 甲出境经商下落不明, 2015 年 9 月经其妻乙请求被 K 县法院宣告死亡, 其后乙未再婚, 乙是甲唯一的继承人。2016 年 3 月, 乙将家里的一辆轿车赠送给了弟弟丙, 交付并办理了过户登记。2016 年 10 月, 经商失败的甲返回 K 县, 为还债将登记于自己名下的一套夫妻共有住房私自卖给知情的丁; 同年 12 月, 甲的死亡宣告被撤销。下列哪些选项是正确的?

A. 甲、乙的婚姻关系自撤销死亡宣告之日起自行恢复

C. 丙可不返还该轿车

解析: A 项: 根据《民法总则》第 51 条的规定, 被宣告死亡的人的婚姻关系, 自死亡宣告之日起消灭。死亡宣告被撤销的, 婚姻关系自撤销死亡宣告之日起自行恢复, 但其配偶再婚或向婚姻登记机关书面声明不愿意恢复的除外。本题中, 2016 年 12 月, 甲的死亡宣告被撤销, 乙未再婚亦未向婚姻登记机关书面声明不愿意恢复, 因此, 甲、乙之间的婚姻关系自撤销死亡宣告之日起自行恢复。故 A 项正确, 当选。

C 项: 根据《民法总则》第 53 条第 1 款的规定, 被撤销死亡宣告的人有权请求依照继承法取得其财产的民事主体返还财产。无法返还的, 应当给予适当补偿。同时根据《民通意见》第 40 条的规定, 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组织, 应当返还原物或给予适当补偿。本题中, 在甲被宣告死亡期间, 乙将家里的一辆轿车赠送给弟弟丙的行为属于有权处分, 且交付并办理了过户登记, 丙已经合法取得轿车的所有权, 依法可以不返还。故 C 项正确, 当选。

(二) 宣告失踪

		一般从失去音讯之日开始计算	
条件	下落不明满两年	战争时期下落不明，从战争结束或有关机关确定的下落不明之日起计算	
申请人	一切利害关系人（配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母+其他利害关系人）		
申请人顺序要求：无顺序限制			
代管人	确定	配偶、父母、成年子女或者其他愿意担任财产代管人的人代管【无顺序、人数限制】。有争议的或没有上述规定的人或者无代管能力的，由法院指定。	
	法律地位	财产代管人应妥善管理失踪人的财产【不能处分】。维护其财产权益。失踪人所欠税款、债务和应付的其他费用，由财产代管人从失踪人的财产中支付。	
		诉讼当事人，作为原被告（告债务人、被债权人告）	
	责任	故意或重大过失造成失踪人财产损失的，应赔偿。【一般过失不赔】	
	变更	代管人自己申请	财产代管人有正当理由的，可以向法院申请变更财产代管人
		利害关系人申请	代管人不履行职责、侵害失踪人财产权益、或丧失行为能力，失踪人的利害关系人可以向法院申请变更财产代管人。
注意，不能私下变更，要向法院申请			

六、法人

(一) 法人分类

比较内容	社团法人	财团法人
成立基础	人的组合	目的财产
设立人的地位	通常为法人成员	无成员
设立行为	多方法律行为	单方法律行为
有无意思机关	有	无
目的事业	营利或公益	公益
解散原因及后果	多样化, 包括成员协议	只能因期限届满或成员不足解散。

营利法人	营利法人，经依法登记成立；依法设立的营利法人，由登记机关发给营利法人营业执照；营业执照签发日期为营利法人的成立日期【民总第 77、78 条】	
非营利法人（重点）	事业单位法人	具备法人条件，为适应经济社会发展需要，提供公益服务设立的事业单位，经依法登记成立，取得事业单位法人资格；依法不需要办理法人登记的，从成立之日起，具有事业单位法人资格【民总第 88 条】例如：中央电视台，中国人民大学等。
	社会团体法人	具备法人条件，基于会员共同意愿，为公益目的或会员共同利益等非营利目的设立的社会团体，经依法登记成立，取得社会团体法人资格；依法不需要办理法人登记的，从成立之日起，具有社会团体法人资格【民总第 90 条】例如：中国消费者协会、中国律师协会等。
	捐助法人	具备法人条件，为公益目的以捐助财产设立的基金会、社会服务机构等，经依法登记成立，取得捐助法人资格；依法设立的宗教活动场所，具备法人条件的，可以申请法人登记，取得捐助法人资格。法律、行政法规对宗教活动场所所有规定的，依照其规定【民总第 92 条】【注意：根据民法总则，基金会属于捐助法人，不再是社会团体法人。
特别法人	有独立经费的机关和承担行政职能的法定机构从成立之日起（不需要登记），具有机关法人资格，可以从事为履行职能所需要的民事活动【民总第 97 条】	
《民法总则》的分类是：营利法人、非营利法人、特别法人，但不代表其他角度进行的分类就不存在，还有其他学理分类也会作为考察内容。		
常考问题：		
1、辨析关于法人的说法。		
A. 基金会法人属于捐助法人、公益法人（对）		
B. 银行均是企业法人（错。 中国人民银行为机关法人，而非企业法人）		
C. 社会团体法人只能服务于公益目的（错。也可服务于其他非营利目的）		
D. 一人公司均不是法人（错。 公司都是法人）		
2. 辨析关于法人的说法。		
A. 社会团体法人均属于非营利法人（对）		
B. 基金会法人均属公益法人（对）		
C. 机关法人属于非营利法人（错。机关法人属于特别法人）		
D. 社会服务机构属于非营利法人（对）		
E. 事业单位法人必须设立执行机构和监督机构（错）		
F. 捐助法人必须设执行机构和监督机构（对）		

【真题】

120302:关于法人，下列哪一表述是正确的？

- A. 社团法人均属营利法人
- B. 基金会法人均属公益法人
- C. 社团法人均属公益法人
- D. 民办非企业单位法人均属营利法人

解析：所谓社团法人，是指以人为基础而集合成立的法人，如公司、工会。所谓营利法人，是指通过商业活动获取利益并将该利益分配给成员的法人，如公司。所谓公益法人，是指只从事营利活动但是未将利益分配给出资人的法人。可见，社团法人包括营利法人和公益法人。故 AC 选项错误。

B 项：公益法人不得以营利为目的，基金会法人不以营利为目的，属于公益法人之一。故 B 选项正确。

D 项：民办非企业单位是指企业事业单位、社会团体和其他社会力量以及公民个人利用非国有资产举办的，从事非营利性社会服务活动的组织。如民办学校、民办医院、民办图书馆、民办博物馆、民办科技馆等。民办非企业单位是公益法人。故 D 选项错误。

综上所述，本题答案为 B 项。

（二）法人的组成

股东	可以是自然人，也可以是法人，以出资额为限承担有限责任的出资人。	
	人格否认制度	1、营利法人的出资人不得滥用出资人权利损害法人或其他出资人的利益。滥用出资人权利给法人或其他出资人造成损失的，应当依法承担民事责任【民法总则第 83 条】
		2、营利法人的出资人不得滥用法人独立地位和出资人有限责任损害法人的债权人利益。滥用法人独立地位和出资人有限责任，逃避债务，严重损害法人债权人利益的，应当对法人债务承担连带责任。【个案效力】（注意：营利法人，无论是有限责任公司还是股份有限公司都存在法人人格否认的问题）
	关联交易的禁止	营利法人的控股出资人、实际控制人、董事、监事、高级管理人员不得利用其关联关系损害法人的利益。利用关联关系给法人造成损失的，应当承担赔偿责任【民法总则第 84 条】
法人机关	如董事会、股东会等，法人内部的组成部分， 无独立人格 ，不能以自己名义诉讼/对外进行法律行为。 监督机关不是法人的必设机关。	
	责任	和法人是代表关系，法人机关对外以法人名义实施的行为即法人行为，法律后果由法人承担。
法定代表人		我国采“一元制法定代表人”；《公司法》第 13 条规定，公司法定代表人依照公司章程的规定，由董事长、执行董事或经理担任，并依法登记
	关系	代表关系【不是代理】；其代表职权由法律明确授权， 无需法人的授权委托书
	责任	法定代表人以法人名义从事的民事活动，其法律后果由法人承受。法人章程或者法人权力机构对法定代表人代表权的限制，不得对抗善意相对人【民法总则61 条】 【注意区分代理和代表】代理关系一定是三方结构，代表只有两方结构，法定代表人执行职务时，其人格被法人吸收，法定代表人直接视为法人本身。
	营利法人法定代表人的确定	设董事会或执行董事的，为董事长、执行董事或经理，具体由章程确定
		未设董事会或执行董事的，为章程规定的主要负责人
	非营利法人法定代表人的确定	事业单位法人 按照法律、行政法规或法人章程的规定产生
		社会团体法人 理事长或会长等负责人按照法人章程的规定担任法定代表人
		捐助法人 理事长等负责人按照法人章程的规定担任法定代表人
工作人员	关系	劳动合同和代理关系关系
	责任	1、对外以法人名义从事职务行为时属委托 代理关系 ，由法人承担法律后果。 2、职务侵权，法人承担无过错替代责

（三）法人工作人员与法定代表人

定义	法人工作人员，也就是与法人存在劳动合同关系的人。
	法定代表人，是指依法律或法人章程规定代表法人行使职权的负责人。（营业执照有、只有一人）
对外法律行为效力不同	法定代表人对外以法人名义进行民事活动时，与法人之间并非代理而是代表关系，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。 如法定代表人超出内部权限限制的，构成表见代表，该代表行为有效，法人不得以内部权限限制对抗善意第三人（《合同法》第 50 条）。
	普通工作人员对外以法人名义进行民事活动时，与法人之间是代理关系，故需法人的授权委托书。如超出授权权限的，构成无权代理，效力待定（《合同法》第 48 条），是否构成表见代理看具体情况，而法定代表人都构成表见代表（除非第三人恶意）
对外侵权责任相同	法人对其职务行为（包括职务侵权）负责。《民法总则》第 62 条 法定代表人因执行职务造成他人损害的，由法人承担民事责任。法人承担民事责任后，依照法律或者法人章程的规定，可以向有过错的法定代表人追偿。 《侵权责任法》第 34 条 用人单位的工作人员因执行工作任务造成他人损害的，由用人单位承担侵权责任。

【真题】

060303: 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？

- 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
- 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

解析：《民法总则》第 61 条规定：“法定代表人以法人名义从事的民事活动，其法律后果由法人承受。”

A 项：法定代表人从事的以下三种行为均由企业法人承担责任：（1）合法经营活动；（2）违法经营行为；（3）从事经营活动可能给第三人造成损害的行为。因而 A 项错误。

B 项：法人章程属于内部规范，只能够约束法人和法定代表人，但却不能对外发生法律效力，法定代表人如果从事了超越法人章程范围内的活动，只要是以法人的名义，并且从外观上符合了职务行为的特征，法人也必须对这种超越法人章程的行为承担民事责任。故选项 B 错误。

C 项：根据民法理论，企业法人对其法定代表人行为承担民事责任的条件是，第一，法定代表人的行为以法人名义进行；第二，该行为为职务行为，所以 C 项正确。

D 项：《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》第 10 条规定：“当事人超越经营范围订立合同，人民法院不因此认定合同无效。但违反国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营规定的除外。”，故选项 D 错误。综上所述，本题答案为 C。

110303: 王某是甲公司的法定代表人，以甲公司名义向乙公司发出书面要约，愿以 10 万元价格出售甲公司的一块清代翡翠。王某在函件发出后 2 小时意外死亡，乙公司回函表示愿意以该价格购买。甲公司新任法定代表人以王某死亡，且未经董事会同意为由拒绝。关于该要约，下列哪一表述是正确的？

- A. 无效
- B. 效力待定
- C. 可撤销
- D. 有效

解析：《合同法》第 50 条规定：“法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外，该代表行为有效。”《民法总则》第 61 条规定：“法定代表人以法人名义从事的民事活动，其法律后果由法人承受。法人章程或者法人权力机构对法定代表人代表权的限制，不得对抗善意相对人。”王某作为甲公司的法定代表人，有权利外观，乙公司不知道其超越权限，所以王某以甲公司名义向乙公司发出的书面要约有效。企业法人人格独立，法定代表人的更换或者死亡均不影响法人所发出的要约的效力。因此，D 项正确，ABC 错误。

130352: 下列哪些情形下，甲公司应承担民事责任？

- A. 甲公司董事乙与丙公司签订保证合同，乙擅自在合同上加盖甲公司公章和法定代表人丁的印章
- C. 甲公司法定代表人乙委托员工丙与丁签订合同，借用丁的存款单办理质押贷款用于经营
- D. 甲公司与乙约定，乙向甲公司交纳保证金，甲公司为乙贷款购买设备提供担保。甲公司法定代表人丙以个人名义收取该保证金并转交甲公司出纳员入账

解析：A 项：《民法通则》第 43 条规定：“企业法人对他的法定代表人和其他工作人员的经营活动，承

担民事责任。”《民通意见》第 58 条规定：“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。”（民法总则继承了这一规定）乙为甲公司董事，乙擅自在合同上加盖甲公司公章和法定代表人丁的签章的行为属于以企业法人名义从事的经营活动，甲公司应当承担责任。所以 A 选项正确。

C 项：根据委托，丙的行为即属于法定代表人的行为，也就是甲公司的行为。丙借用丁的存款单以甲公司的名义设立质权后，甲公司应当对丁承担相应的责任。所以 C 选项正确。

D 项：甲公司法定代表人虽然以个人名义收取保证金，但其收取保证金后转交甲公司出纳员入账。这属于公司的经营活动，故甲公司应当承担责任。所以 D 选项正确。

（四）法人分支机构

性质	属于非法人组织，而非法人机关的一种。法人分支机构经依法登记后，可以成为 <u>独立</u> 的主体。	
责任	分支机构以自己的名义从事民事活动，产生的民事责任由法人承担。也可以先以该分支机构管理的财产承担，不足以承担的，由法人承担。 【民总新增，因为有些分支机构管理的财产比法人的财产更多】 该责任性质不是连带责任 。对于该责任的性质问题，民法总则起草过程中争议较大，曾规定为直接责任，即“分支机构以自己的名义从事民事活动产生的民事责任由法人承担”，后又修改为补充责任，即“分支机构以自己的名义从事民事活动的，产生的债务先以其财产进行清偿，不能清偿的，由法人清偿”，最后又修改为当前的表述“分支机构以自己的名义从事民事活动，产生的民事责任由法人承担；也可以先以该分支机构管理的财产承担，不足以承担的，由法人承担。”该表述是直接责任与补充责任的结合，不是连带责任。	
分公司与子公司的对比		
	分公司	子公司
对应概念	总公司	母公司
几家公司	1 家	2 家
是否有营业执照	有	有
是否具有法人资格	无	有
责任承担	原则总公司承担，（分公司先承担，不足的总公司承担）	自己承担

【真题】

030313:住所地在长春的四海公司在北京设立了一家分公司。该分公司以自己的名义与北京实达公司签订了一份房屋租赁合同，租赁实达公司的楼房一层，年租金为 30 万元。现分公司因拖欠租金而与实达公司发生纠纷。下列判断哪一个是正确的？

A. 房屋租赁合同有效，法律责任由合同的当事人独立承担

B. 该分公司不具有民事主体资格，又无四海公司的授权，租赁合同无效

C. 合同有效，依该合同产生的法律责任由四海公司承担，也可以先以分公司管理的财产承担，不足以承担的，由四海公司承担

D. 合同有效，依该合同产生的法律责任由四海公司及其分公司承担连带责任

解析：《合同法》第 2 条规定：“本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。……”分公司在法律上属于“其他组织”，能够以自己的名义从事民事法律行为，因此签订的合同合法有效。《民法总则》第 74 条第 2 款：“分支机构以自己的名义从事民事活动，产生的民事责任由法人承担；也可以先以该分支机构管理的财产承担，不足以承担的，由法人承担。”因此，四海公司分公司的民事责任应当由四海公司承担，也可以以分公司管理的财产承担，不足承担的由四海公司承担。同时，这种责任不是连带责任。ABD 项错误，C 项正确。

080302: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？

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

解析：《公司法》第 14 条规定：“公司可以设立分公司。设立分公司，应当向公司登记机关申请登记，领取营业执照。分公司不具有法人资格，其民事责任由公司承担。公司可以设立子公司，子公司具有法人资格，依法独立承担民事责任。”德胜公司为凯旋公司全资设立的子公司，德胜公司的债务由自己的全部财产清偿。所以，CD 错误。

（五）法人权利能力与自然人权利能力的比较

	法人的权利能力	自然人的权利能力
范围	受自身性质的限制，无姓名、隐私、肖像等权利能力	无限制
开始时间	法人成立之时	出生
消灭时间	法人注销时	死亡

（六）法人的行为能力与自然人行为能力的比较

	法人的行为能力	自然人的行为能力
范围	与权利能力一致	完全、限制、无行为能力
发生与消灭	与权利能力共存亡	与权利能力分别发生
实现方式	通过法人机关	通过自身或者代理人

【真题】

080302 四川:关于自然人和法人的权利能力,下列哪一选项是正确的?

- A. 自然人和法人都享有人格权
- C. 自然人与法人民事权利能力的范围相同
- D. 各类法人的民事权利能力的范围相同

解析: A 项:人格权对于自然人来讲,是与生俱来的;对于法人和其他组织来讲是法律赋予的,自成立时享有,如名称权。因此, A 项说法正确。

C 项:法人的民事权利能力范围与自然人的民事权利能力范围不同,如肖像权,自然人享受,法人不享有。因此, C 项说法错误。

D 项:法人民事权利能力的范围以其目的事业为限,法人的经营范围也有不同。因此, D 项说法错误。综上所述,本题的正确答案是 A。

（七）法人责任

1、法人以全部财产独立承担民事责任。	
2、法人责任与股东有限责任	
公司是企业法人,有独立的法人财产,享有法人财产权。公司以其全部财产对公司的债务承担责任。有限责任公司的股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任;股份有限公司的股东以其认购的股份为限对公司承担责任。	
设立中法人	<p>1、法人未设立成功。“发起人之间”视为“合伙关系”,法人未能成立,各发起人对设立期间的债务承担“无限连带责任”</p> <p>2、法人设立成功:以法人名义:法人承担,以设立人自己名义,第三人有权选择。</p> <p>【民总规定和公司法司法解释有冲突,以民总为准】《民法总则》第七十五条 设立人为设立法人从事的民事活动,其法律后果由法人承受;法人未成立的,其法律后果由设立人承受,设立人为二人以上的,享有连带债权,承担连带债务。</p> <p>设立人为设立法人以自己的名义从事民事活动产生的民事责任,第三人有权选择请求法人或者设立人承担。</p>
经营范围	法人成立后,以其名义可以从事任何法律、行政法规不禁止、限制的活动;法人超越经营范围实施的民事行为有效,除非法律有禁止、限制。
清算	在清算开始到注销前的清算期间,法人权利能力尚存,但受到限制:只能从事与清算相关的活动,其余活动无效; (清算组织参加诉讼需要以法人的名义)。
注销	注销后,法人丧失权利能力。

【真题】

170353: 黄逢、黄现和金耘共同出资,拟设立名为“黄金黄研究会”的社会团体法人。设立过程中,黄逢等 3 人以黄金黄研究会名义与某科技园签署了为期 3 年的商铺租赁协议,月租金 5 万元,押 3 付 1。此外,金耘为设立黄金黄研究会,以个人名义向某印刷厂租赁了一台高级印刷机。关于某科技园和某印刷

厂的债权，下列哪些选项是正确的？

- A. 如黄金黄研究会未成立，则某科技园的租赁债权消灭
- B. 即便黄金黄研究会未成立，某科技园就租赁债权，仍可向黄逢等 3 人主张
- C. 如黄金黄研究会未成立，则就某科技园的租赁债务，由黄逢等 3 人承担连带责任
- D. 黄金黄研究会成立后，某印刷厂就租赁债权，既可向黄金黄研究会主张，也可向金耘主张

解析：ABC 项：根据《民法总则》第 75 条第 1 款的规定，设立人为设立法人从事的民事活动，其法律后果由法人承受；法人未成立的，其法律后果由设立人承受，设立人为二人以上的，享有连带债权，承担连带债务。本题中，黄逢、黄现和金耘三人以设立中法人（黄金黄研究会）名义与某科技园签订了为期 3 年的商铺租赁协议。对于该租赁债权，如该社会团体法人成立的，由法人承受法律后果；未成立的，由 3 个设立人即黄逢、黄现和金耘承担无限连带责任，故 A 项错误，不当选；B、C 项正确，当选。

D 项：根据《民法总则》第 75 条第 2 款的规定，设立人为设立法人以自己的名义从事民事活动产生的民事责任，第三人有权选择请求法人或设立人承担。本题中，设立人金耘为设立黄金黄研究会以个人名义向某印刷厂租赁了一台高级印刷机，对于该租赁债权，如社会团体法人成立的，印刷厂可以在黄金黄研究会和金耘之间择一选择；如社会团体法人未成立的，由 3 个设立人即黄逢、黄现和金耘承担无限连带责任。故 D 项正确，当选。

综上所述，本题答案为 BCD。

020315:装修公司甲在完成一项工程后，将剩余的木地板、厨卫用具等卖给了物业管理公司乙。但甲营业执照上的核准经营范围并无销售木地板、厨卫用具等业务。甲乙的买卖行为法律效力如何？

- A. 属于有效法律行为
- B. 属于无效民事行为
- C. 属于可撤销民事行为
- D. 属了效力待定民事行为

解析：《合同法解释一》第 10 条：“当事人超越经营范围订立合同，人民法院不因此认定合同无效。但违反国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营规定的除外。”甲将剩余的木地板、厨卫用具等卖给了物业管理公司乙的行为虽然超出了经营范围，但是并不违反国家限制经营等禁止性规定，是有效的民事行为。所以 A 正确，BCD 错误。

七、非法人组织的基本原理

含义	非法人组织是不具有法人资格，但是依法能够以自己的名义从事民事活动的组织
分类	非法人组织包括个人独资企业、合伙企业、不具备法人资格的专业服务机构等
设立	非法人组织应当依照法律的规定登记，法律、行政法规规定须经有关机关批准的，依照其规定
责任承担	非法人组织的出资人或设立人对该组织的债务承担无限责任；法律另有规定的，依照其规定
事务执行	非法人组织可以确定一人或数人代表该组织从事民事活动
解散	有下列情形之一的，非法人组织解散：(1)章程规定的存续期间届满或章程规定的其他解散事由出现的；(2)出资人或设立人决定解散的；(3)法律规定的其他情形
清算	非法人组织解散的，应当依法进行清算

【法条】

《民法总则》第一百零二条 非法人组织是不具有法人资格，但是能够依法以自己的名义从事民事活动的组织。

非法人组织包括个人独资企业、合伙企业、不具有法人资格的专业服务机构等。

《民法总则》第一百零三条 非法人组织应当依照法律的规定登记。

设立非法人组织，法律、行政法规规定须经有关机关批准的，依照其规定。

《民法总则》第一百零四条 非法人组织的财产不足以清偿债务的，其出资人或者设立人承担无限责任。法律另有规定的，依照其规定。

《民法总则》第一百零五条 非法人组织可以确定一人或者数人代表该组织从事民事活动。

《民法总则》第一百零六条 有下列情形之一的，非法人组织解散：
 (一) 章程规定的存续期间届满或者章程规定的其他解散事由出现；
 (二) 出资人或者设立人决定解散；
 (三) 法律规定的其他情形。

《民法总则》第一百零七条 非法人组织解散的，应当依法进行清算。

第六章、法律行为的效力

	民事法律行为	事实行为
是否需要意思表示	必需	无需（有或没有不影响）
法律效果由谁决定	意定（当事人决定）	法定（法律规定）
是否需要行为人具有行为能力	具有相应的民事行为能力	无需
是否存在效力问题	有效力问题	无效力问题

一、分类

成立所需意思表示的数量	单方	依一方当事人的意思表示而成立的法律行为【抛弃动产所有权、遗嘱、遗赠、悬赏广告】
	双方	由双方相对应的意思表示的一致而成立的法律行为【赠与合同、遗赠扶养协议】
	共同	两个或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【合伙、联营】
效果是财产性或身份性	身份	直接以发生或丧失身份关系为目的的行为【结婚、收养】
	财产	以发生财产上法律效果为目的的行为【设立遗嘱】
行为与原因的关系	有因	与原因不可分离的行为【物权行为】
	无因	行为与原因可分离，不以原因为要素的行为【票据、委托代理权，仅此两个】
内容	负担	以发生债权债务为其效力的行为【债权行为】
	处分	以发生物权变动为其效力的行为【物权行为】
成立标志	诺成	只要行为人意思表示合意即成立【不要物行为】
	实践	除意思表示合意外，还需以物的交付为要件【注：定金、保管、自然人借款、借用、代物清偿协议】
仅一方附义务还是双方	单务	仅一方负担义务的民事行为。【赠与合同、保证合同】
	双务	双方各付对等义务的民事行为。【买卖合同、遗赠扶养协议】
是否主要报酬	无偿	无须对方给与报偿的民事行为。【赠与合同、无息借款合同】
	有偿	需对方提供报偿的民事行为。【买卖合同、租赁合同】
是否以某种特定形式为标准	要式	以特定形式为成立要件的民事行为。【结婚、遗嘱、融资租赁合同】
	不要式	不以特定形式为成立要件的民事行为。【买卖合同、委托合同】

二、意思表示

意思表示的要素	目的意思	行为人意欲发生效力的内容；例如以 50 元换取某物的所有权。
	效果意思	指发生私法上的效力的意思要素。
	表示行为	即将上述意思以一定方式表达于外的行为。例如发订单、点餐、刷卡消费。
	【注意 1】意思表示构成不等于法律行为成立；意思表示不等于表意行为。	
	【注意 2】单方允诺，是指表意人向相对人作出的为自己设定某种义务，使对方取得某种	

	权利的意思表示。悬赏广告的性质为单方允诺。（悬赏广告的性质理论上虽有争议，但通说和真题都是单方允诺）				
意思表示的方法	明示	书面	合同书、信件、数据电文（电报传真等）		
		口头	面对面交谈，电话交谈		
	默示	未用语言或文字明确表示，但通过特定行为间接表示其意思。 例如：上公交车、自助餐厅取食物			
	沉默	当事人既未明确起意思，亦不能借其他事实推知其意思。在有 法律规定、当事人约定 或符合当事人之间交易 习惯 时，可以视为意思表示。			
《继承法》第 25 条：继承开始后，继承人放弃继承的，应当在遗产处理前，作出放弃继承的表示。 没有表示的，视为接受继承。 【对比】受遗赠人应当在知道受遗赠后两个月内，作出接受或者放弃受遗赠的表示。到期 没有表示的，视为放弃受遗赠。					
《合同法》第 171 条： 试用买卖的买受人在试用期内可以购买标的物，也可以拒绝购买。试用期间届满，买受人对是否购买标的物 未作表示的，视为购买。					
意思表示的生效	无相对人的意思表示		自意思表示完成时生效		
	有相对人的意思表示	对话形式（当面、电话）	相对人知道其内容时生效		
		非对话形式（短信、邮件）	到达相对人时生效	1 到达主义。意思表示处于相对人可了解其内容的状态即可。实际是否知悉其内容在所不问。例如信件已送达办公室，因相关人员未及时取阅，仍视为信件已经到达。	
				2、采取数据电文形式的意思表示，相对人指定特定系统接收数据电文的，该数据电文 进入该特定系统时生效 ；未指定特定系统的，相对人知道或者应当知道该数据电文 进入其系统时生效 。	
				3、如果相对人以违背诚实信用原则的方式，无正当理由拒绝接收时，视为已经到达。【例如故意拔掉网线或者关机】	
公告	公告 发布时 生效				
意思表示的解释	原则	意思主义	探求当事人内心真意		
		表示主义	重在发现行为人表现出来的客观意思，以保护相对人的信赖利益和交易安全		
		折中主义	区分表示类型区别对待：（1）对无须受领的意思表示采取意思主义。（2）对需要受领的意思表示采取表示主义，兼顾表意人意思自治和交易安全的平衡。		
	我国意思表示原则	折中主义	有相对人的意思表示的解释	表示主义	
			无相对人意思表示的解释	意思主义	
	解释的方法	当事人对合同条款的理解有争议的，应当按照合同所使用的词句、合同的有关条款、合同的目的、交易习惯以及诚实信用原则，确定该条款的真实意思。			
合同文本采用两种以上文字订立并约定具有同等效力的，对各文本使用的词句推定具有相同含义。各文本使用的词句不一致的，应当根据合同的目的予以解释。					
上述规定包括了文义解释、体系解释、目的解释、习惯解释以及诚实信用等多种解释方法的综合解释标准，同时规定文本冲突时应适用目的解释。					

【真题】

050301:教授甲举办学术讲座时，在礼堂外的张贴栏中公告其一部新著的书名及价格，告知有意购买者在门口的签字簿上签名。学生乙未留意该公告，以为签字簿是为签到而设，遂在上面签名。对乙的行为应如何认定？

A. 乙的行为可推定为购买甲新著的意思表示

- B. 乙的行为构成重大误解，在此基础上成立的买卖合同可撤销
 C. 甲的行为属于要约，乙的行为属于附条件承诺，二者之间成立买卖合同，但需乙最后确认
 D. 乙的行为并非意思表示，在甲乙之间并未成立买卖合同

解析：AB 项：重大误解的前提是有希望某种法律效果发生的意思表示，而本题乙的行为不包含效果意思，不是意思表示。所以 AB 项错误。

C 项：承诺也是一种意思表示，乙的行为不是意思表示，不能构成承诺，所以 C 项错误。

D 项：法律行为的成立必须具备意思表示。效果意思是意思表示必不可少的要件之一。缺乏效果意思则不成立意思表示。因此 D 项为正确答案。

070351: 下列哪些情形构成意思表示？

- 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 500 元
 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

解析：A 项：请人喝酒的行为属于情谊行为，是好意施惠行为，不构成意思表示，故 A 项错误。

B 项：悬赏广告是指通过广告形式声明对完成广告中规定的特定行为的任何人给付广告中表明报酬的行为，它是一种针对不特定人而发出的单方承诺，属于意思表示，因此 B 是正确的。

C 项：《继承法意见》第 40 条规定：“公民在遗书中涉及死后个人财产处分的内容，确为死者真实意思的表示，有本人签名并注明了年、月、日，又无相反证据的，可按自书遗嘱对待。”日记中记载的事项属于遗嘱，遗嘱是遗嘱人的意思表示，故 C 项正确。

D 项：自动售货机属于向不特定人作出的要约，一经作出即生效力。只要机器没有故障，机器内有货可供销售，则意思表示因作出而生效，投币行为构成承诺。故 D 项正确。

综上所述，本题正确答案是 BCD。

120304: 甲与同学打赌，故意将一台旧电脑遗留在某出租车上，看是否有人送还。与此同时，甲通过电台广播悬赏，称捡到电脑并归还者，付给奖金 500 元。该出租汽车司机乙很快将该电脑送回，主张奖金时遭拒。下列哪一表述是正确的？

- A. 甲的悬赏属于要约
 B. 甲的悬赏属于单方允诺
 C. 乙归还电脑的行为是承诺
 D. 乙送还电脑是义务，不能获得奖金

解析：

AB 项：根据《物权法》第 112 条第 2 款的规定，权利人悬赏寻找遗失物的，领取遗失物时应当按照承诺履行义务。故 B 选项正确，A 选项错误。

CD 项：悬赏广告基于单方的意思表示已经发生法律效力，不需要对方当事人的承诺。因其基于事实行为的完成即可向悬赏广告发布人主张相应的报酬。故 CD 选项错误。

综上所述，本题答案为 B 项。

三、行为能力

概念	民法以年龄与精神状态为标准，将民事行为能力分为完全行为能力、限制行为能力、无行为能力 3 种类型	
完全行为能力人	类型	1、18 岁以上的自然人（ $X \geq 18$ ） 2、16 岁以上、以自己劳动收入作为主要生活来源的自然人
限制行为能力人	类型	1、8 周岁以上未成年人（ $8 \leq X < 18$ ）以自己劳动收入作为主要生活来源） 3、不能完全辨认自己行为的精神病人，为限制民事行为能力人
	民事行为能力	2、纯获利、与其年龄智力相适应的，直接有效
		2、与其年龄不相适应的单方行为（遗嘱、遗赠）和多方行为（商事行为）无效
		3、双方法律行为（合同） 效力待定
无行为能力人	类型	1、不满 8 周岁的未成年人（ $X < 8$ ） 2、完全不能辨认自己行为的精神病人
	民事行为能力	一律无效（包括纯获利和与其年龄智力相匹配的） 【注意：法定代理人代理其实施的行为可以有效】

【法条】

《民法总则》第十九条 八周岁以上的未成年人为限制民事行为能力人，实施民事法律行为由其法定代理人代理或者经其法定代理人同意、追认，但是可以独立实施纯获利益的民事法律行为或者与其年龄、智力相适应的民事法律行为。

《民法总则》第二十条 不满八周岁的未成年人为无民事行为能力人，由其法定代理人代理实施民事法律行为。

《民法总则》第二十一条 不能辨认自己行为的成年人为无民事行为能力人，由其法定代理人代理实施民事法律行为。

八周岁以上的未成年人不能辨认自己行为的，适用前款规定。

《民法总则》第二十二条 不能完全辨认自己行为的成年人为限制民事行为能力人，实施民事法律行为由其法定代理人代理或者经其法定代理人同意、追认，但是可以独立实施纯获利益的民事法律行为或者与其智力、精神健康状况相适应的民事法律行为。

【真题】

170302: 肖特有音乐天赋, 16 岁便不再上学, 以演出收入为主要生活来源。肖特成长过程中, 多有长辈馈赠: 7 岁时

获赠口琴 1 个, 9 岁时获赠钢琴 1 架, 15 岁时获赠名贵小提琴 1 把。对肖特行为能力及其受赠行为效力的判断, 根据《民

法总则》相关规定, 下列哪一选项是正确的?

- A. 肖特尚不具备完全的民事行为能力
- B. 获赠口琴的行为无效, 应由其法定代理人代理实施
- C. 获赠钢琴的行为无效, 因与其当时的年龄智力不相当
- D. 获赠小提琴的行为无效, 因与其当时的年龄智力不相当

答案解析: 关于自然人的民事行为能力问题, 我国《民法总则》延续了“三分法”的立法体例, 即无民事行为能力、限制民事行为能力和完全民事行为能力。A 项: 根据《民法总则》第 18 条第 2 款的规定, 16 周岁以上的未成年人, 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。本题中, 肖特 16 周岁, 以演出收入为主要生活来源, 应视为完全民事行为能力人, 故 A 项错误, 不当选。B 项: 根据《民法总则》第 20 条的规定, 不满 8 周岁的未成年人为无民事行为能力人, 由其法定代理人代理实施民事法律行为。同时, 根据《民法总则》第 144 条的规定, 无民事行为能力人所实施的民事法律行为无效。据此可知, 肖特 7 岁时作为无民事行为能力人, 其所实施的获赠口琴 1 个的民事法律行为是无效的

, 应由其法定代理人代理实施, 故 B 项正确, 当选。CD 项: 根据《民法总则》第 19 条的规定, 8 周岁以上的未成年人为限制民事行为能力人, 实施民事法律行为由其法定代理人代理或经其法定代理人同意、追认, 但是可以独立实施纯获利益的民事法律行为或与其年龄、智力相适应的民事法律行为。同时, 根据《民法总则》第 145 条第 1 款的规定, 限制民事行为能力人实施的纯获利益的民事法律行为或与其年龄、智力、精神健康状况相适应的民事法律行为有效; 实施的其他民事法律行为经法定代理人同意或追认后有效。本题中, 肖特 9 岁和 15 岁时均属于限制民事行为能力, 其所接受的获赠钢琴 1 架和获赠名贵小提琴 1 把的民事法律行为均有效。故 C、D 项错误。综上所述, 本题答案为 B。正确答案: B

110302 乙因病需要换肾, 其兄甲的肾脏刚好配型成功, 甲乙父母和甲均同意由甲捐肾。因甲是精神病人, 医院拒绝办理。后甲意外死亡, 甲乙父母决定将甲的肾脏捐献给乙。下列哪一表述是正确的?

- A. 甲决定将其肾脏捐献给乙的行为有效
- B. 甲生前, 其父母决定将甲的肾脏捐献给乙的行为有效
- C. 甲死后, 其父母决定将甲的肾脏捐献给乙的行为有效
- D. 甲死后, 其父母决定将甲的肾脏捐献给乙的行为无效

A 项: 《民法总则》第 21 条规定: “不能辨认自己行为的成年人为无民事行为能力人, 由其法定代理人代理实施民事法律行为。”甲是精神病人, 不具有完全民事行为能力, 没有独立作出意思表示的能力, 无法有效表达对其身体器官进行处分的意思。所以, A 项错误。

B 项: 《民法总则》第 34 条第 1 款规定: “监护人的职责是代理被监护人实施民事法律行为, 保护被监护人的人身权利、财产权利以及其他合法权益等。监护人对于被监护人财产和人身的处分应限于为保护被监护人的利益。甲的父母将甲的肾脏捐献给乙的行为, 并非为了甲的利益而实施, 故甲的父母决定将甲的肾脏捐献给乙的行为无效。所以, B 项错误。

CD 项: 自然人死亡后, 其遗体仍然受到法律的保护, 任何人包括其近亲属不得伤害之, 父母对遗体不享有所有权, 不能处分。故监护人无权在精神病人死后决定将其器官予以捐献。所以, C 项错误, D 项正确。

综上所述, 本题答案为 D 项。

四、法律行为的成立

构成要件①当事人②标的③意思表示（单方法律行为仅须一个意思表示；合同须要约与承诺合致）

【注意】实践合同需要实际交付，合同才成立（①定金合同；②保管合同；③借用合同；④自然人之间的借款合同、⑤代物清偿协议）

五、有效的民事法律行为

（一）主体：需要有主体资格，即有权利能力。

（二）具有相应的民事行为能力

（三）意思表示：意思表示真实，一致，自由、合法、不违背公序良俗，不违反法律、行政法规的强制性规定（注意，是效力性强制规定，不是程序/管理性强制规定，例如行政法规要求房屋租赁合同必须备案，但未备案不影响合同效力）

六、无效的民事法律行为

（一）情形

1、违反法律、行政法规的强制性规定

2、违反公序良俗

3、欺诈、胁迫手段损害国家利益

4、恶意串通损害他人合法权益

5、以合法形式掩盖非法目的

6、无行为能力人实施的行为

7、虚假行为，又称通谋虚假行为

① 行为人与相对人串通，以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效

② 行为人以虚假的意思表示隐藏的民事法律行为的效力，不当然认定无效，而依照有关法律规定处理

8、部分条款无效，例如：1、流（押）质条款；2、超过 20% 的定金合同；3、无效的格式条款和免责条款；4、超过 20 年的租赁合同。5、民间借贷利息超过 36% 的部分。

9、合同条款预先免除下面责任无效（事后可以免除）：免除给对方造成人身损害的责任、免除因故意或者重大过失造成的财产损害责任。

10 格式合同条款：免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的无效

（二）后果

1、自始无效、当然无效、法院发现可以主动判决无效

2、缔约过失责任（不可以主张违约责任）

3、返还到合同没有发生时候的状态

七、效力待定的民事法律行为

（一）情形

1、限制民事行为能力人实施的依法不能独立实施的民事行为

2、无权代理

（二）追认的问题

① 被追认后转化为有效 追认权人为法定代理人或被代理人

② 追认权性质上为形成权，以通知方式行使即可

③ 追认的意思表示自到达相对人时生效，合同自订立时起生效

④ 追认权人已经开始履行合同义务的，视为对合同的追认

⑤ 被拒绝后转化为无效、相对人可以催告法定代理人或被代理人自收到通知之日起一个月予以追认。追认权人未作表示的，视为拒绝追认

⑥ 民事法律行为被追认前，善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。（注意追认前才可以撤销，追认后不能撤销，除非符合欺诈等可撤销合同的要件）

⑦ 追认权人未追认或被撤销的，民事法律行为不生效力

八、附条件、附期限的民事行为

（一）【区分：条件VS 期限】

条件：将来的，发生与否不确定的，合法的

期限：一定会发生的

（二）【区分：条件VS 义务】

“附条件的民事行为”中的“条件”是指影响合同效力的附款，而“附义务的民事行为”是指该义务是民事行为一方当事人应当履行的义务，其履行与否与合同效力本身无关。

（三）不利推定

- ① 为自己的利益不正当地阻止条件成就的，视为条件已成就【做不利于行为人的推定】
- ② 为自己的利益不正当地促成条件成就的，视为条件不成就【不正当指违背了诚信原则】

九、可撤销的民事法律行为

（一）重大误解

- 1. 表意人对合同的内容发生重大误解（例如：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均为重大误解，而不是鸡毛蒜皮、无关紧要的误解）；
- 2. 因为误解，致使表意人表示出来的意思与其内心真意不一致；
- 3. 表意人因误解遭受较大损失。
- 4. 排除情形：
 - ① 动机错误，不属于重大误解
 - ② 对标的物价格或价值的认识错误不构成“重大误解”

【真题】

110353: 关于意思表示法律效力的判断，下列哪些选项是正确的？

A. 甲在商场购买了一台液晶电视机，回家后发现其妻乙已在另一商场以更低折扣订了一台液晶电视机。甲认为其构成重大误解，有权撤销买卖

解析：《民通意见》第71条规定：“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。”动机的错误不构成重大误解。甲属于动机误解，不得主张撤销买卖，A项错误。

120303: 下列哪一情形构成重大误解，属于可变更、可撤销的民事行为？

A. 甲立下遗嘱，误将乙的字画分配给继承人

B. 甲装修房屋，误以为乙的地砖为自家所有，并予以使用

C. 甲入住乙宾馆，误以为乙宾馆提供的茶叶是无偿的，并予以使用

D. 甲要购买电动车，误以为精神病人乙是完全民事行为能力人，并与之签订买卖合同

解析：A项：最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》第38条规定，遗嘱人以遗嘱处分了属于国家、集体或他人所有的财产，遗嘱的这部分，应认定无效。因此A项为无效的民事行为。故A选项错误。

B项：甲误以为乙的地砖为自家所有并予以使用，属于无权使用他人之物的事实行为，而非意思表示。故B选项错误。

C项：甲误将有偿提供茶叶当无偿的使用，甲基于对行为性质的错误认识而实施了相应行为，造成其损失，构成重大误解，属于可变更、可撤销的民事行为。故C选项正确。

D项：分情况讨论：若乙为无民事行为能力人，则其所为的行为为无效民事行为，签订的合同无效。若乙为限制民事行为能力人，则其所为的民事行为的效力待定，需法定代理人的追认后该合同才有效。两种情况都不属于因重大误解而可变更、可撤销的民事行为。故D选项错误。

综上所述，本题正确答案为C项。

（二）欺诈

1. 一方故意（**双重故意！即告知虚假事实或者隐瞒真实事实+想让对方被骗，否则构成胁迫**）；
2. 对方因此陷入错误认识（欺诈与错误具有因果关系）；
3. 对方因错误作出不真实的意思表示（认识错误与不真实的意思表示间有因果关系）；
4. 欺诈具有不正当性。**【注意】可撤销的婚姻只有胁迫一种情形，欺诈的婚姻不可撤销。**
5. **第三人欺诈：第三人实施欺诈行为，合同相对方知道或者应当知道该欺诈行为的，受欺诈方有权请求法院或仲裁机构撤销。【对比第三人胁迫】**

【真题】

050305: 甲经营金山酒店，顾客爆满，相邻的银海酒店由乙经营，生意清淡。乙指使数十人进入金山酒店，2—3人占据一桌，每桌仅消费10余元。前来金山酒店就餐的顾客见无空桌，遂就近转往银海酒店。如此数日，银海酒店收入大增。乙的行为应如何定性？

B. 构成欺诈行为

解析：B项：《民通意见》第68条规定：“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意思表示的，可以认定为欺诈行为。”故乙的行为不构成欺诈。B项错误。

170310: 陈老伯考察郊区某新楼盘时，听销售经理介绍周边有轨道交通19号线，出行方便，便与开发商订立了商品房预售合同。后经了解，轨道交通19号线属市域铁路，并非地铁，无法使用老年卡，出行成本较高；此外，铁路房的升值空间小于地铁房。陈老伯深感懊悔。关于陈老伯可否反悔，下列哪一说法是正确的？

- A. 属认识错误，可主张撤销该预售合同
- B. 属重大误解，可主张撤销该预售合同
- C. 该预售合同显失公平，陈老伯可主张撤销该合同
- D. 开发商并未欺诈陈老伯，该预售合同不能被撤销

解析：AD项：首先，根据《民通意见》68条的规定，一方当事人故意告知对方虚假情况或故意隐瞒真实情况，诱使对方当事人作出错误意思表示，可以认定为欺诈行为。本题中，销售经理给陈老伯介绍时告知周边有轨道交通19号线，并不存在欺诈行为。本质上而言，双方系对“轨道交通”的理解不一致，陈老伯认为轨道交通应该是地铁，可以使用老年卡且地铁房升值空间大，于是决定购买商品房。而开发商认为城市轨道交通也属于轨道交通，出行方便，其销售经理在介绍时不存在欺诈。综合本题来看陈老伯系基于自己的原因导致理解错误，开发商不存在错误，商品房合同应属于有效，不能被撤销，故A项错误，不当选；D项正确，当选。

B项：根据《民通意见》第71条的规定，行为人因行为的性质、对方当事人、标的物的品种、质量、规格和数量等方面错误认识，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。据此可知，重大误解的对象系合同的内容。本题中，陈老伯系对合同内容以为的“轨道交通”产生了错误认识，不属于重大误解，不能撤销合同。故B项错误。

C项：根据《民法总则》第151条的规定，一方利用对方处于危困状态、缺乏判断能力等情形，致使民事法律行为成立时显失公平的，受损害方有权请求人民法院或仲裁机构予以撤销。本题中，开发商并未利用自己的优势地位、陈老伯亦未处于危困状态、缺乏判断能力。因此，不存在显示公平的问题，陈老伯不可基于此而主张撤销合同，故C项错误。

综上所述，本题答案为D。

（三）胁迫

1. 故意预告实施危害；
2. 对方因此陷入恐惧（胁迫与恐惧具有因果关系）；
3. 对方因恐惧作出意思表示（恐惧与意思表示的作出具有因果关系）；
4. 胁迫具有不正当性（目的不正当、手段不正当、目的与手段结合的不正当）。
 - ① 手段不正当，即以不法手段要挟他人作出意思表示，即使为了合法目的也构成不法（公开裸照要求还债）
 - ② 目的不正当，即为追求不法结果而要挟他人作出意思表示（举报犯罪的方法要求他人低价卖房）
 - ③ 手段与目的的关联不正当。若手段与目的本身均属合法，二者结合仍可能构成不法（例如举报犯罪，要挟还债）
5. **第三人胁迫：第三人实施胁迫行为，即使相对人不知情，受胁迫方仍有权撤销该行为。【注意和第三人欺诈区分，原因：胁迫具有不可容忍的违法性】**

【真题】

130303: 下列哪一情形下, 甲对乙不构成胁迫?

- A. 甲说, 如不出借 1 万元, 则举报乙犯罪。乙照办, 后查实乙构成犯罪
- B. 甲说, 如不将藏獒卖给甲, 则举报乙犯罪。乙照办, 后查实乙不构成犯罪
- C. 甲说, 如不购甲即将报废的汽车, 将公开乙的个人隐私。乙照办
- D. 甲说, 如不赔偿乙撞伤甲的医疗费, 则举报乙醉酒驾车。乙照办, 甲取得医疗费和慰问金

解析: 《民通意见》第 69 条规定: “以给公民及其亲友的生命健康、荣誉、名誉、财产等造成损失或者以给法人的荣誉、名誉、财产等造成损害为要挟, 迫使对方作出违背真实的意思表示的, 可以认定为胁迫行为。”若迫使对方作出违背真实的意思表示的目的、手段均正当且两者间具备正当的关联, 则不构成胁迫。

A 项: 甲的目的、手段正当均具有正当性, 但甲要求出借 1 万元与乙构成犯罪两者间不具备正当的关联, 甲无权乙举报乙犯罪来要求借款, 因此甲构成胁迫, 所以 A 项不选。

B 项: 甲的目的是购买藏獒, 此目的是正当的, 但是甲要求乙出卖藏獒与举报乙犯罪两者间不具备正当的关联, 甲无权要求买卖, 因此构成胁迫, 所以 B 项不选。

C 项: 甲采取公开隐私的行为属于手段不正当, 构成胁迫, 所以 C 项不选。

D 项: 甲被乙撞伤, 要求取得医疗费, 其目的具有正当性; 另外甲取得医疗费和慰问金的手段是举报乙醉酒驾车, 并没有对其要挟, 其手段同样具有正当性。目的与手段具有正当的关联: 因醉驾造成损害从而有权要求赔偿因此甲对乙不构成胁迫。所以 D 项当选。

综上所述, 本题答案为 D。

110353: 关于意思表示法律效力的判断, 下列哪些选项是正确的?

C. 甲向乙银行借款, 乙银行要求甲提供担保。丙为帮助甲借款, 以举报丁偷税漏税相要挟, 迫使其为甲借款提供保证, 乙银行对此不知情。丁有权以其受到胁迫为由撤销保证

解析: 保证人丁受到丙的胁迫, 在违背自己真实意志的情况下为甲的借款提供保证, 因而其可以受胁迫为由向法院请求撤销。

(四) 显失公平

一方利用对方处于困境、缺乏判断能力等情形, 致使民事法律行为成立时显失公平的, 受损害方有权请求法院或仲裁机构予以撤销【民法总则将乘人之危和显示公平合在了一起】

【注意】假一罚十等承诺没有利用对方的困境, 故不属于显失公平, 是有效的承诺。

艺术品、珍宝、宝石等价值浮动很大的东西没有恶意, 一般不认为是显失公平。

【真题】

160303: 潘某去某地旅游, 当地玉石资源丰富, 且盛行“赌石”活动, 买者购买原石后自行剖切, 损益自负。潘某花 5000 元向某商家买了两块原石, 切开后发现其中一块为极品玉石, 市场估价上百万元。商家深觉不公, 要求潘某退还该玉石或补交价款。对此, 下列哪一选项是正确的?

- A. 商家无权要求潘某退货
- B. 商家可基于公平原则要求潘某适当补偿
- C. 商家可基于重大误解而主张撤销交易
- D. 商家可基于显失公平而主张撤销交易

解析: A 项: “赌石”活动在该地盛行, 则潘某与商家明确知悉赌石的相关活动规则, 购买原石后自负损益。所以, 商家无权要求潘某退货。所以, A 项正确。

B 项: 公平原则是指在订立合同时要根据公平原则确定双方的权利和义务, 不得滥用权利, 不得欺诈; 根据公平原则确定合同的风险; 根据公平原则确定违约责任。潘某与商家在订立原石买卖合同时知悉“赌石的”相关规则, 所以不可以基于公平原则要求潘某补偿, 所以, B 项错误。

C 项: 《合同法》第 54 条规定: “下列合同, 当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销: (一) 因重大误解订立; ……”, 同时最高院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第 71 条规定: “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, 并造成重大损失的, 可以认定为重大误解”, 潘某与商家订立买卖合同时, 双方对交易的性质没有产生误解, 而且双方事前约定损益自负。所以, 商家不可以以重大误解为由撤销交易。所以, C 项错误。

D 项: 《合同法》第 54 条规定: “下列合同, 当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销: (二) 订立合同时显失公平的;”。潘某与商家订立合同是在平等协商的基础上订立的, 并未显失公平。所以, D 项错误。

综上所述, 本题正确答案为 A。

（五）可撤销民事法律行为的效力

可撤销民事法律行为的效力	1、撤销前，合同已经成立并生效；依据有效的合同可以要求履行，承担违约责任、解除合同。 2、未行使撤销权，或者除斥期间经过，撤销权消灭，后果同上 3、撤销后，合同自始无效。（有溯及力） 4、撤销后过错方承担 缔约过失 责任（不是违约责任）	
撤销权的行使	主体	欺诈（受欺诈方）；胁迫（受胁迫方）；显失公平（受损害方）
		重大误解（双方）
	性质	形成权
	方式	诉讼或仲裁（注意：属于形成诉权，不能以通知的方式形式）
	除斥期间	1、受欺诈方自知道或应当知道撤销事由之日起 1 年内行使 2、受胁迫方自胁迫行为终止之日起 1 年内行使 3、重大误解的当事人自知道或应当知道撤销事由之日起 3 个月 内行使 4、显示公平的受损害方自知道或应当知道撤销事由之日起 1 年 内行使 5、以上当事人自民事法律行为发生之日起 5 年 内没有行使撤销权的，撤销权消灭。

【真题】

020306: 甲向首饰店购买钻石戒指二枚，标签标明该钻石为天然钻石，买回后即被人告知实为人造钻石。甲遂多次与首饰店交涉，历时一年零六个月，未果。现甲欲以欺诈为由诉请法院撤销该买卖合同，其主张能否得到支持？

A. 不可以，因已超过行使撤销权的一年除斥期间

B. 可以，因首饰店主观上存在欺诈故意

C. 可以，因未过两年诉讼时效

D. 可以，因双方系因重大误解订立合同

解析：A 项：《合同法》第 54 条第 2 款：“一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。”因此，甲有撤销权。A 项正确。

BC 项：《合同法》第 55 条第 1 项：“具有撤销权的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内没有行使撤销权的，撤销权消灭。”撤销权适用除斥期间，除斥期间结束之后撤销权消灭。因此，甲不能行使撤销权。BC 项错误。

D 项，重大误解是指行为人因对行为的性质、对方当事人、标的物的品种、质量、规格和数量等发生错误认识，使行为的后果与自己的意思相悖，并造成较大损失的行为。本题中首饰店存在欺诈，不属于重大误解，D 项错误。

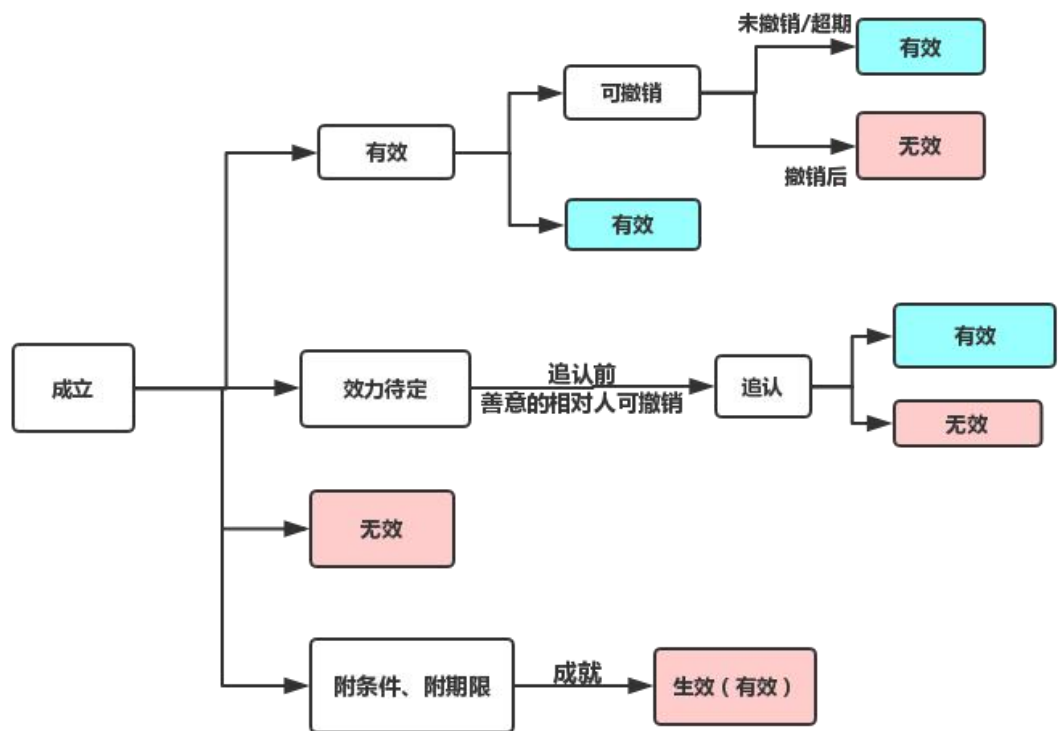
综上所述，本题答案为 A。

170303: 齐某成建筑工人模样，在工地旁摆放一尊廉价购得的旧蟾蜍石雕，冒充新挖出文物等待买主。甲曾以 5000 元从齐某处买过一尊同款石雕，发现被骗后正在和齐某交涉时，乙过来询问。甲有意让乙也上当，以便要回被骗款项，未等齐某开口便对乙说：“我之前从他这买了一个貔貅，转手就赚了，这个你不要我就要了。”乙信以为真，以 5000 元买下石雕。关于所涉民事法律行为的效力，下列哪一说法是正确的？

D. 乙的撤销权自购买行为发生之日起 2 年内不行使则消灭

解析：D 项：根据《民法总则》第 152 条的规定，有下列情形之一的，撤销权消灭：（1）在欺诈的情形下，受欺诈方乙应当自知道或应当知道撤销事由之日起 1 年内行使撤销权。当然，当事人自民事法律行为发生之日起 5 年内没有行使撤销权的，撤销权亦消灭。据此可知，无论从撤销权的起算点还是时间两个角度分析，D 项均是错误的。

法律行为效力总结



十、代理和欺诈竞合

标准案例	甲未经授权以乙的名义与丙订立合同，在订立合同中发生欺诈。一方面当事人存在无权代理行为，同时又有欺诈或受欺诈的情形，合同的效力存在双重瑕疵)【考过真题的题号：120354】	
1、代理人被欺诈	追认后	1、本人可以基于欺诈撤销合同 2、第三人不能撤销 3、代理人也可以以本人名义基于欺诈撤销合同
	拒绝追认	合同不发生效力、可以要求【第三人】承担缔约过失责任
	追认前	第三人不能撤销合同（欺诈者不善意）
2、代理人欺诈第三人	追认前	第三人可以基于无权代理撤销合同（善意）
	追认后	第三人只能基于欺诈撤销合同、或者不撤销，要求本人履行【不能要求代理人履行】/解除合同、违约责任
	拒绝追认	合同不发生效力、可以要求【代理人】承担缔约过失责任
注意	是否被欺诈以代理人为标准、欺诈撤销权需要以诉讼方式、无权代理撤销权只需要通知即可	

【真题】

120354:甲委托乙采购一批电脑，乙受丙诱骗高价采购了一批劣质手机。丙一直以销售劣质手机为业，甲对此知情。关于手机买卖合同，下列哪些表述是正确的？

- A. 甲有权追认
- B. 甲有权撤销
- C. 乙有权以甲的名义撤销
- D. 丙有权撤销

解析：A项：《合同法》第48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的合同，未经被代理人追认，对被代理人不发生效力，由行为人承担。”本题中，甲委托乙采购一批电脑，乙却采购了一批手机，乙的行为属于超越代理权限的无权代理。对于乙的无权代理，甲可以追认。故A选项正确。

BC项：《合同法》第54条规定：“下列合同，当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销：（1）因重大误解订立的；（2）在订立合同时显失公平的。一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。”判断题中交易意思表示有无瑕疵，应当以代理人乙为准，而非以被代理人甲为准。由于乙并不知情，因此甲有权以丙构成欺诈为由撤销手机买卖合同。故B选项正确。乙作为甲的代理人，可以以甲的名义对丙主张撤销，故C选项正确。

D项：根据《合同法》第48条，在乙无权代理订立的买卖合同中，若相对人丙为善意，善意的丙在追认生效之前享有撤销权，可以通知甲予以撤销。本题中，丙系恶意的相对人，无此撤销权。根据《合同法》第54条，因欺诈订立的合同，仅受害人享有撤销权，欺诈人不享有撤销权。故D选项错误。

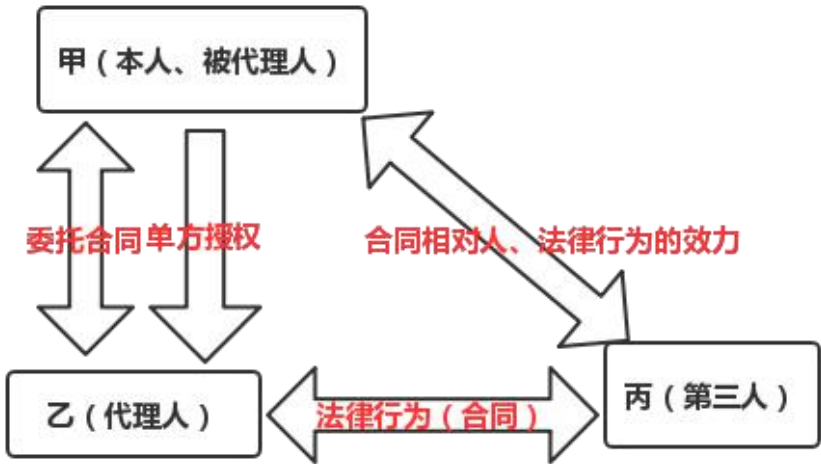
综上所述，本题答案为ABC。

第七章、代理

代理人在委托人的授权范围内行使代理权，实施代理行为；委托人的利益依赖于代理人的行为；代理人以委托人的名义实施行为，但其行为的法律后果要由委托人承担。

一、构成要件

- 1、有代理权
- 2、以被代理人（本人）**名义**【题眼】
- 3、实施代理行为
- 4、效果由被代理人承担



二、类型

法定代理、委托代理

- (1) 法定：依法律规定直接产生，夫妻之间、父母对子女等
- (2) 委托：委托授权、区分委托合同与代理权产生的依据。

三、代理与相关概念的区别

意思表示	代理要有意思表示！代理的行为需要是法律行为。 1、只能委托：合同、设立公司、票据等商行为。 2、事实行为不适用代理，例如接待朋友、写作业、做卫生，领工资、面试等
区别于代表	法定代表人是代表，不是代理。代表只有两方关系，而代理是三方关系。 <div><div>公司（法定代表人）</div><div>合同相对人</div><div>相对人</div></div>
区别于冒名	冒名行为不是代理。冒名行为只有两方关系，而代理是三方关系。
区别于使者	代理要有独立意思表示，传话使者是复制张贴，不是代理 【注意】选择交易对象也是独立的意思表示。
区别于居间	居间是独立、中立的信息提供者，不隶属于任何一方。
代理与行纪	行纪人独立性，行纪人以自己名义进行民事活动，自己是合同相对人

四、范围

无行为能力人不可代理；身份行为不能代理。

依照法律规定、当事人约定或者民事法律行为的性质，应当由本人亲自实施的民事法律行为，不得代理。例如结婚登记。

【真题】

120353:下列哪些情形属于代理?

- A. 甲请乙从国外代购1套名牌饮具,乙自己要买2套,故乙共买3套一并结账
- B. 甲请乙代购茶叶,乙将甲写好茶叶名称的纸条交给销售员,告知其是为自己朋友买茶叶
- C. 甲律师接受法院指定担任被告人乙的辩护人
- D. 甲介绍歌星乙参加某演唱会,并与主办方签订了三方协议

解析:代理是指代理人以被代理人(又称本人)的名义,在代理权限内与第三人(又称相对人)实施民事法律行为,其法律后果直接由被代理人承受的民事法律制度。

《合同法》第402条规定:“受托人以自己的名义,在委托人的授权范围内与第三人订立的合同,第三人在订立合同时知道受托人与委托人之间的代理关系的,该合同直接约束委托人和第三人,但有确切证据证明该合同只约束受托人和第三人的除外。”

《合同法》第403条规定:“受托人以自己的名义与第三人订立合同时,第三人不知道受托人与委托人之间的代理关系的,受托人因第三人的原因对委托人不履行义务,受托人应当向委托人披露第三人,委托人因此可以行使受托人对第三人的权利,但第三人与受托人订立合同时如果知道改委托人就不会订立合同的除外。”

A项:根据《合同法》403条的规定,受托人以自己的名义与第三人订立合同的可构成间接代理。因此,乙以自己的名义订立买卖合同,构成间接代理。故A选项正确。

B项:根据《合同法》402条的规定,乙告知销售员其为甲代买茶叶,帮助甲卖茶叶属于代理。故B选项正确。

C项:代理可分为指定代理、委托代理和法定代理。甲律师接受法院指定担任被告人乙的辩护人属于指定代理。故C选项正确。

D项:《合同法》第424条规定:“居间合同是居间人向委托人报告订立合同的机会或者提供订立合同的媒介服务,委托人支付报酬的合同。”甲介绍歌星乙参加某演唱会,并与主办方签订了三方协议,此三方协议即为居间合同,而非代理关系。故D选项错误。

150309:甲去购买彩票,其友乙给甲10元钱让其顺便代购彩票,同时告知购买号码,并一再嘱咐甲不要改变。甲预测乙提供的号码不能中奖,便擅自更换号码为乙购买了彩票并替乙保管。开奖时,甲为乙购买的彩票中了奖,二人为奖项归属发生纠纷。下列哪一分析是正确的?

- A. 甲应获得该奖项,因按乙的号码无法中奖,甲、乙之间应类推适用借贷关系,由甲偿还乙10元
- B. 甲、乙应平分该奖项,因乙出了钱,而甲更换了号码
- C. 甲的贡献大,应获得该奖之大部,同时按比例承担彩票购买款
- D. 乙应获得该奖项,因乙是委托人

解析:BCD项:根据《民法总则》第162条:“代理人在代理权限内,以被代理人名义实施的民事法律行为,对被代理人发生效力。”甲乙之间存在代理关系,效果是乙承担,虽然甲改变效果,但是甲乙之间的代理关系没有变化,所以代理行为的效果仍然归属于被代理人乙,所以D项正确,BC项错误。

A项:甲乙之间不存在借贷关系,甲用乙的钱为乙买东西,构成代理行为,没有借贷的合意,所以非适用借贷关系。所以A项错误。

150388:甲公司、乙公司签订的《合作开发协议》约定,合作开发的A区房屋归甲公司、B区房屋归乙公司。乙公司与丙公司签订《委托书》,委托丙公司对外销售房屋。《委托书》中委托人签字盖章处有乙公司盖章和法定代表人王某签字,王某同时也是甲公司法定代表人。张某查看《合作开发协议》和《委托书》后,与丙公司签订《房屋预订合同》,约定:“张某向丙公司预付房款30万元,购买A区房屋一套。待取得房屋预售许可证后,双方签订正式合同。”丙公司将房款用于项目投资,全部亏损。后王某向张某出具《承诺函》:如张某不闹事,将协调甲公司卖房给张某。但甲公司取得房屋预售许可后,将A区房屋全部卖与他人。张某要求甲公司、乙公司和丙公司退房款。张某与李某签订《债权转让协议》,将该债权转让给李某,通知了甲、乙、丙三公司。因李某未按时支付债权转让款,张某又将债权转让给方某,也通知了甲、乙、丙三公司。关于30万元预付房款,下列表述正确的是:

- B. 由乙公司和丙公司退给李某
- D. 由乙公司和丙公司退给方某

解析:BD项:乙公司和丙公司签订委托合同,约定丙公司代为对外销售房屋。但丙公司以自己名义向张某销售房屋,而非以乙公司名义,故不构成对乙公司的代理。因此,丙公司应当独自承担退款责任。所以,BD项错误。

090304:下列哪一情形构成无权代理?

- A. 甲冒用乙的姓名从某杂志社领取乙的论文稿酬据为己有
- B. 某公司董事长超越权限以本公司名义为他人提供担保
- C. 刘某受同学周某之托冒充丁某参加求职面试

解析:甲以乙的名义从事民事行为,是冒用他人姓名的侵权行为,不是法律行为,另外,冒名行为不属于代理。故A选项错误。

公司董事长以本公司名义为他人提供担保,其行为属于代表行为而非代理行为,故董事长的行为构成表见代表,B选项错误。

刘某与周某之间存在委托关系,其所从事行为并非民事行为,且并非以周某的名义从事该行为,故不为无权代理,C项错误。

五、代理权的行使

原则	诚信勤勉、及时报告、为被代理人利益、合法	
禁止	恶意串通	代理人和相对人恶意串通,损害被代理人利益的,由代理人和相对人负连带责任。
	自己代理	代理人不得以被代理人的名义与自己实施民事法律行为,但是被代理人同意或者追认的除外
	双方代理	代理人不得以被代理人的名义与自己同时代理的其他人实施民事法律行为,但是被代理的双方同意或者追认的除外

【真题】

160304:甲公司员工唐某受公司委托从乙公司订购一批空气净化机,甲公司对净化机单价未作明确限定。唐某与乙公司私下商定将净化机单价比正常售价提高200元,乙公司给唐某每台100元的回扣。商定后,唐某以甲公司名义与乙公司签订了买卖合同。对此,下列哪一选项是正确的?

- A. 该买卖合同以合法形式掩盖非法目的,因而无效
- B. 唐某的行为属无权代理,买卖合同效力待定
- C. 乙公司行为构成对甲公司的欺诈,买卖合同属可变更、可撤销合同
- D. 唐某与乙公司恶意串通损害甲公司的利益,应对甲公司承担连带责任

解析:根据《民法总则》第164条第2款规定:“代理人和相对人恶意串通,损害被代理人合法权益的,代理人和相对人应当承担连带责任。”甲公司委托员工唐某订购空气净化机属于委托代理合同,唐某与乙公司恶意串通,收取回扣,损害甲公司的利益。唐某与乙公司承担连带责任。所以,D项正确,ABC错误。综上所述,本题正确答案为D。

060305: A公司经销健身器材,规定每台售价为2000元,业务员按合同价5%提取奖金。业务员王某在与B公司洽谈时提出,合同定价按公司规定办,但自己按每台50元补贴B公司。B公司表示同意,遂与王某签订了订货合同,并将获得的补贴款入账。对王某的行为应如何定性?

- A. 属于无权代理
- B. 属于滥用代理权
- C. 属于不正当竞争
- D. 属于合法行为

解析:A项:无权代理是指欠缺代理权的代理。本题中王某按照公司规定的价格出售商品,不构成无权代理,因此A选项错误。

B项:滥用代理权是指代理人有损被代理人的利益而行使代理权。本题中王某的行为对于M公司的利益并未造成损害,不构成滥用代理权,因此B选项错误。

CD项:《反不正当竞争法》第8条规定“经营者不得采用财物或者其他手段进行贿赂以销售或者购买商品。在帐外暗中给予对方单位或者个人回扣的,以行贿论处;对方单位或者个人在帐外暗中收受回扣的,以受贿论处。经营者销售或者购买商品,可以以明示方式给对方折扣,可以给中间人佣金。经营者给对方折扣、给中间人佣金的,必须如实入帐。接受折扣、佣金的经营者必须如实入帐。”由于王某按照公司规定的合同价与对方签订合同,且其补贴的金额未超过其所获得的奖金提成,补贴款已入账,故不构成不正当竞争。王某的行为是一种双赢的行为,依法应当受到法律保护,属于合法行为。C错误,D正确。综上所述,本题正确答案为D。

六、直接代理 VS 间接代理

直接代理（以被代理人名义）	合同约束被代理人 and 第三人，代理人是不是合同当事人，不承担合同责任。
间接代理（以代理人名义）	显名，虽然以代理人名义，但是第三人知道合同对方是被代理人 效果：同直接代理
	隐名，第三人不知道被代理人，以为合同相对人是代理人。 效果：合同相对人是代理人 and 第三人，与本人无关（合同相对性、名义） 例外： 1、第三人违约：被代理人行使介入权。 2、被代理人违约：代理人披露+第三人行使选择权。选择走代理关系或者合同关系，选择只能一次，不可变更。【不是连带责任】

【真题】

080355 四川: 甲委托乙代销电视机, 乙分别与丙、丁签订了买卖合同, 但没有说明是代甲销售。后乙将与丙、丁签订合同的事实告知甲。甲分别以自己的名义向丙和丁送交了约定数量的电视机。丙接收了电视机, 丁拒收电视机并要求乙履行合同。后丁反悔, 直接向甲履行了付款义务。下列哪些选项是正确的?

- A. 如丙迟延履行付款义务, 甲可以要求乙承担连带责任
- B. 乙可以自己是受托人为由拒绝对丁履行交货义务
- C. 丁拒收电视机并要求乙履行合同意味着选择乙作为相对人
- D. 丁拒收电视机后又向甲付款的行为不发生合同履行的效力

解析:《合同法》第 403 条规定:“受托人以自己的名义与第三人订立合同时, 第三人不知道受托人与委托人之间的代理关系的, 受托人因第三人的原因对委托人不履行义务, 受托人应当向委托人披露第三人, 委托人因此可以行使受托人对第三人的权利, 但第三人与受托人订立合同时如果知道该委托人就不会订立合同的除外。受托人因委托人的原因对第三人履行义务, 受托人应当向第三人披露委托人, 第三人因此可以选择受托人或者委托人作为相对人主张其权利, 但第三人不得变更选定的相对人。”

A 项: 由于丙、丁分别与乙订立合同时并不知道甲与乙之间的代理关系, 因此若丙迟延履行付款义务, 乙应当向甲披露丙, 甲可以行使乙对丙的权利, 要求丙承担违约责任, 乙并不需要承担连带责任, 因此, A 选项说法错误。

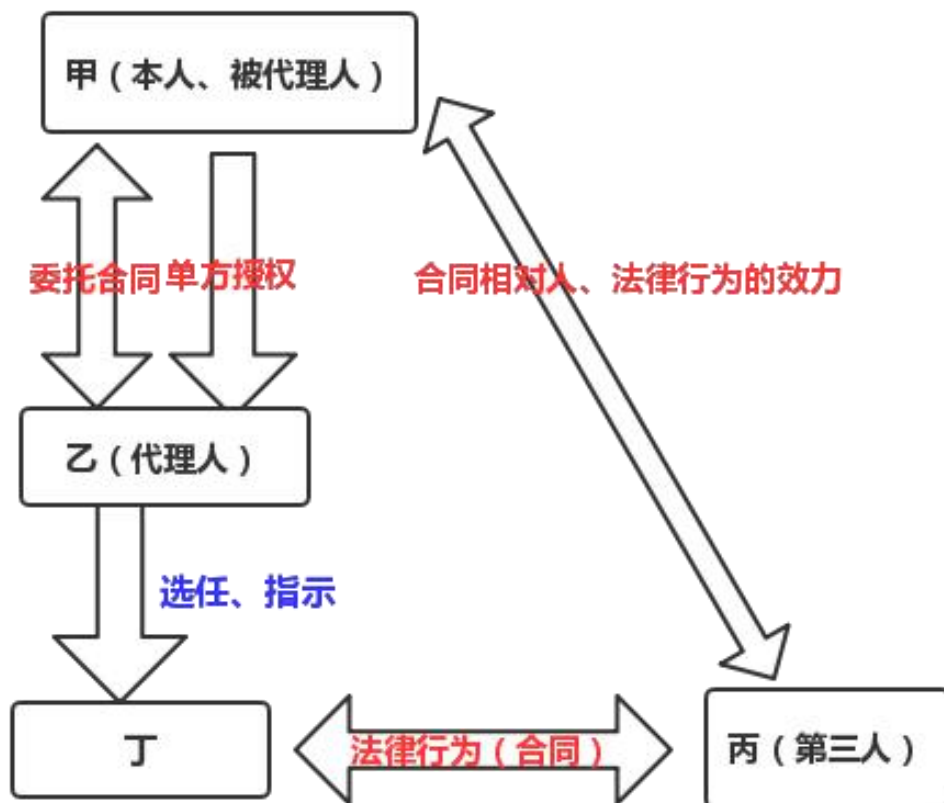
BC 项: 根据第 403 条第 2 款的规定, 丁可以选定甲或者乙履行义务。如果丁拒收电视机并要求乙履行合同, 说明丁继续选择受托人乙作为电视机买卖合同的相对人, 乙不能以自己是受托人为由拒绝履行对丁的交货义务。B 项错误, C 选项正确。

D 项: 根据第 403 条第 2 款规定, 丁既然拒收甲交付的电视机并要求乙履行合同, 那么他就已经选定了乙作为相对人, 不得再更改, 其后反悔, 在拒收电视机后又向甲付款的行为不发生合同履行的效力, 因此 D 项说法正确。

综上所述, 本题的正确答案是 CD。

七、本代理 VS 复代理

区分	由代理人授权于复代理人（如果本人直接授权给复代理人，形成更换代理人的关系，不形成复代理关系）	
类型	有权代理	1、本人事先就授予复任权
		2、本人事后追认
		3、紧急情况+为了本人利益【不需要本人同意】
	无权	效果同无权代理
责任	1、代理人负责选任+指示，如果有过错，要承担责任 2、复代理人在代理中需要尽到谨慎勤勉、诚信义务，有过错的承担责任。 3、双方都有过错，承担连带责任	



【真题】

080352 四川:关于复代理,下列哪些选项是正确的?

- A. 复代理人是代理人基于复任权而选任的
- B. 复代理人的代理行为后果直接由本人承担
- C. 委托代理人转托他人代理必须取得被代理人同意
- D. 委托代理人转托不明给第三人造成损失的,转托代理人应负连带责任

解析: A 项: 代理人基于复任权选任代理人的代理, 称为复代理。复代理的要件之一是代理人有复任权, 因此, A 选项说法正确。

BD 项: 《民通意见》第 81 条的规定: “……因委托代理人转托不明, 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, 可以要求委托代理人赔偿损失, 转托代理人有过错的, 应当负连带责任。” 复代理人的代理行为后果直接由被代理人即本人承担; 委托代理人转托不明, 有过错的负连带责任, 因此, B 项说法正确, D 项错误。

C 项: 《民法总则》第 169 条规定: “代理人需要转委托第三人代理的, 应当取得被代理人的同意或者追认。转委托代理经被代理人同意或者追认的, 被代理人可以直接指示转委托的第三人, 代理人仅就第三人的选任以及对第三人的指示承担责任。转委托代理未经被代理人同意或者追认的, 代理人应当对转委托的第三人的行为承担责任, 但是在紧急情况下代理人为了维护被代理人的利益需要转委托第三人代理的除外。” C 项过于绝对, 错误。

综上所述, 本题的正确答案是 AB。

八、有权代理 VS 无权代理

有权	合同直接约束本人和第三人和代理人无关
无权	1、没有权限或超越权限部分或曾经有代理权但已经消灭
	2、效果： (1) 合同效力待定 (2) 本人又追认权（催告后 1 个月不行使，视为拒绝追认） (3) 善意的相对人有撤销权（本人追认之前）
	3、例外：表见代理，（第三人善意无过失） 表见代理形成后，产生和有权代理一样的法律后果，本人需要向第三人承担合同责任，事后可以向表见代理人追偿。
	【注意】无权代理，除了没有授权，其他都需要具备，否则不是无权代理

【真题】

090304: 下列哪一情形构成无权代理？

D. 关某代收某推销员谎称关某的邻居李某订购的保健品并代为付款

解析：关某擅自代李某收取货款且付款，从事该行为构成无权代理。故 D 项正确。

100351: 张某到王某家聊天，王某去厕所时张某帮其接听了刘某打来的电话。刘某欲向王某订购一批货物，请张某转告，张某应允。随后张某感到有利可图，没有向王某转告订购之事，而是自己低价购进了刘某所需货物，以王某名义交货并收取了刘某货款。关于张某将货物出卖给刘某的行为的性质，下列哪些说法是正确的？

- A. 无权代理
- B. 无因管理
- C. 不当得利
- D. 效力待定

解析：AD 项：无权代理，是指在没有代理权的情况下以他人名义实施民事行为。《合同法》第 48 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的合同，未经被代理人追认，对被代理人不发生效力，由行为人承担责任。”张某以王某名义交货并收取货款，属于无权代理，该行为对王某属于效力待定的合同，故 AD 项正确。

B 项：无因管理，是指没有法定或约定的义务，为避免他人利益受损，自愿管理他人事务或为他人提供服务的行为。张某并没有为王某管理事务的意思，不成立无因管理，B 项错误。

C 项：《民法总则》第 122 条：“因他人没有法律根据，取得不当利益，受损失的人有权请求其返还不当利益。”若王某不追认该合同，张某应承担向刘某供货的责任，此时，张某收取占有刘某的货款是有依据的，不属于不当得利。如果王某追认，则合同有效，张某变为代理人，不直接承担权利义务，此时为王某与刘某之间的买卖合同，张某不构成不当得利。C 项错误。

050353: 甲委托乙前往丙厂采购男装，乙觉得丙生产的女装市场看好，便自作主张以甲的名义向丙订购。丙未问乙的代理权限，便与之订立了买卖合同。对此，下列哪些说法是正确的？

- A. 甲有追认权
- B. 丙有催告权
- C. 丙有撤销权
- D. 构成表见代理

解析：本题中，甲委托乙采购男装的事实丙无从得知，不知道也不应知道乙的具体代理权限，所以丙属于善意相对人。

ABC 项：《合同法》第 48 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的合同，未经被代理人追认，对被代理人不发生效力，由行为人承担责任。相对人可以催告被代理人在一个月内予以追认。被代理人未作表示的，视为拒绝追认。合同被追认之前，善意相对人有撤销的权利。……”所以甲有追认权，丙有催告权和撤销权。所以 ABC 正确。

D 项：本题中乙并没有使丙信其有代为购买女装的权利的表象，不是表见代理。所以 D 项错误。

综上所述，本题正确答案为 ABC。

九、无权代理 VS 表见代理

	无权代理	表见代理
判断	1、行为人没有代理权 2、以被代理人名义为法律行为 3、第三人没有理由相信其有代理	1、行为人没有代理权 2、以被代理人名义为法律行为 3、第三人有理由相信其有代理权（善意且无重大过失；第三人需尽到形式审查的义务）
合同	效力待定	有效
责任	本人追认的，本人担；不追认，行为 人承担； 相对人知道或应当知道代 理人无权代理的， 相对人和代理人 按照各自的过错承担责任	本人承担，承担责任后向代理人追偿
民事 权利	被代理人的追认权和否认权及善意 第三人的撤销权为形成权、善意第三 人催告权并非形成权	注意，下列情形不构成表见代理： 1、行为人伪造他人的公章、合同书或授权委托书等， 假冒他人的名义实施民事法律行为的； 2、被代理人的公章、合同书或者授权委托书等遗失、 被盗，或与行为人特定的职务关系已经终止，并且 已经以合理方式公告或通知，相对人应当知悉的

【真题】

140352: 吴某是甲公司员工，持有甲公司授权委托书。吴某与温某签订了借款合同，该合同由温某签字、吴某用甲公司合同专用章盖章。后温某要求甲公司还款。下列哪些情形有助于甲公司否定吴某的行为构成表见代理？

- A. 温某明知借款合同上的盖章是甲公司合同专用章而非甲公司公章，未表示反对
- B. 温某未与甲公司核实，即将借款交给吴某
- C. 吴某出示的甲公司授权委托书载明甲公司仅授权吴某参加投标活动
- D. 吴某出示的甲公司空白授权委托书已届期

解析：《合同法》第 49 条的规定：“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。”表见代理制度是基于本人的过失或本人与无权代理人之间存在特殊关系，使相对人有理由相信无权代理人享有代理权而与之所为民事法律行为，代理行为的后果由本人承担的一种特殊的无权代理。通常情况下，行为人持有被代理人发出的证明文件，如被代理人的介绍信、盖有合同专用章或者盖有公章的空白合同书，或者有被代理人向相对人所作法人授予代理权的通知或者公告，这些证明文件构成认定表见代理的客观依据。

A 项：《合同法》第 32 条规定：“当事人采用合同书形式订立合同的，自双方当事人签字或者盖章时合同成立。”公司的合同专用章和公司公章，在代表该公司对外签订合同时，均产生法律效力，可以构成表见代理。所以，A 项错误。

B 项：吴某持有甲公司授权委托书，温某有理由相信其享有代理权，可以构成表见代理。所以，B 项错误。

CD 项：吴某出示的授权委托书明确限定公司仅授权参加投标活动，或者授权委托已经届期，则不存在合理理由使温某相信吴某享有代理权，不能构成表见代理。所以，CD 项正确。

综上所述，本题正确答案为 CD。

040303: 甲公司经常派业务员乙与丙公司订立合同。乙调离后，又持盖有甲公司公章的合同书与尚不知其已调离的丙公司订立一份合同，并按照通常做法提走货款，后逃匿。对此甲公司并不知情。丙公司要求甲公司履行合同，甲公司认为该合同与己无关，予以拒绝。下列选项哪一个是正确的？

- A. 甲公司不承担责任
- B. 甲公司应与丙公司分担损失
- C. 甲公司应负主要责任
- D. 甲公司应当承担签约后果

解析：《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。”由于丙公司完全有理由相信乙有代理甲公司的权利，构成表见代理，甲公司作为被代理人应当承担签约后果。D 项确，ABC 项错误。

综上所述，本题正确答案为 D。

070303: 甲公司业务经理乙长期在丙餐厅签单招待客户, 餐费由公司按月结清。后乙因故辞职, 月底餐厅前去结帐时, 甲公司认为, 乙当月的几次用餐都是招待私人朋友, 因而拒付乙所签单的餐费。下列哪一选项是正确的?

- A. 甲公司应当付款
- B. 甲公司应当付款, 乙承担连带责任
- C. 甲公司有权拒绝付款
- D. 甲公司应当承担补充责任

解析: 《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。” 乙辞职后甲公司未将这一情况及时通知丙餐厅, 导致丙餐厅相信乙有代理权, 构成表见代理, 乙所签单的餐费应由甲公司承担, 故 A 项正确, BCD 项错误。综上所述, 本题正确答案为 A

第八章、诉讼时效

【法条】《民法总则》第一百九十七条 诉讼时效的期间、计算方法以及中止、中断的事由由法律规定, 当事人约定无效。

当事人对诉讼时效利益的预先放弃无效。

《诉讼时效规定》第一条 当事人可以对债权请求权提出诉讼时效抗辩, 但对下列债权请求权提出诉讼时效抗辩的, 人民法院不予支持:

- (1) 支付存款本金及利息请求权;
- (2) 兑付国债、金融债券以及向不特定对象发行的企业债券本息请求权;
- (3) 基于投资关系产生的缴付出资请求权;
- (4) 其他依法不适用诉讼时效规定的债权请求权。

《诉讼时效规定》第七条 享有撤销权的当事人一方请求撤销合同的, 应适用合同法第五十五条关于一年除斥期间的规定。对方当事人对撤销合同请求权提出诉讼时效抗辩的, 人民法院不予支持。

《民法总则》第一百九十六条 下列请求权不适用诉讼时效的规定:

- (一) 请求停止侵害、排除妨碍、消除危险;
- (二) 不动产物权和登记的动产物权的权利人请求返还财产;
- (三) 请求支付抚养费、赡养费或者扶养费;
- (四) 依法不适用诉讼时效的其他请求权

《诉讼时效规定》第三条

当事人未提出诉讼时效抗辩, 人民法院不应对诉讼时效问题进行释明及主动适用诉讼时效的规定进行裁判。

《诉讼时效规定》第四条 当事人在一审期间未提出诉讼时效抗辩, 在二审期间提出的, 人民法院不予支持, 但其基于新的证据能够证明对方当事人请求权已过诉讼时效期间的情形除外。

《民通意见》第一百七十一条 过了诉讼时效期间, 义务人履行义务后, 又以超过诉讼时效为由翻悔的, 不予支持。

《诉讼时效规定》第二十二条规定 诉讼时效期间届满, 当事人一方向对方当事人作出同意履行义务的意思表示或者自愿履行义务后, 又以诉讼时效期间届满为由进行抗辩的, 人民法院不予支持。

一、性质

指权利主体在法定期间内不行使权利，以致该权利效力减损（不是消灭）的法律事实。

性质	效力性强制性规定	当事人不得约定延长或缩短诉讼时效期间、 预先放弃 诉讼时效利益
		诉讼时效期间、计算方法以及中止、中断的事由由法律规定，当事人约定无效
适用范围	债权请求权	1 诉讼时效适用于债权请求权。例如合同、不当得利、无因管理。 【注意】抵押权是物权，但参照适用诉讼时效。
		2 支配权、抗辩权、形成权原则上不适用诉讼时效
		3 当事人请求确认合同无效，不受诉讼时效限制
		4 下列债权请求权不适用诉讼时效： 【存款本息、债券本息、缴付出资、未授权给公民、法人经营管理国家财产受到侵害】
	注意	下列请求权不适用诉讼时效： 1、请求停止侵害、排除妨碍、消除危险；2、 不动产物权和登记的动产物权的权利人请求返还财产 ；3、请求支付抚养费、赡养费或扶养费 【民总 196 条】 【注意】 传统民法认为，物权请求权不适用诉讼时效。为了促使权利人积极行使返还原物请求权，民法总则做出新规定：“不动产物权和登记的动产物权不适用诉讼时效”，换言之， 未登记的动产权利人返还原物请求权受诉讼时效的限制！ 其他：业主大会请求业主缴纳公共维修金、按份共有人请求分割共有物不适用诉讼时效。

【真题】

090352:关于诉讼时效的表述，下列哪些选项是正确的？

B. 当事人不能约定延长或缩短诉讼时效期间，也不能预先放弃诉讼时效利益

解析：《民法总则》第 197 条 诉讼时效的期间、计算方法以及中止、中断的事由由法律规定，当事人约定无效。当事人对诉讼时效利益的预先放弃无效。据此，选项 B 正确。

100352:某公司因合同纠纷的诉讼时效问题咨询律师。关于律师的答复，下列哪些选项是正确的？

当事人不得违反法律规定，约定延长或者缩短诉讼时效期间、预先放弃诉讼时效利益

解析：《民法总则》第 197 条 诉讼时效的期间、计算方法以及中止、中断的事由由法律规定，当事人约定无效。当事人对诉讼时效利益的预先放弃无效。据此，选项 A 正确。

080352:关于诉讼时效，下列哪些选项是正确的？

A. 诉讼时效仅适用于请求权

解析：诉讼时效仅适用于请求权，而不包括形成权、支配权和抗辩权。这里的请求权包括债权请求权和物权请求权。因此 A 项正确。

050387:甲对乙享有 60 万元债权，丙、丁分别与甲签订保证合同，但未约定保证责任的范围和方式。戊以价值 30 万元的房屋为乙向甲设定抵押并办理了登记。若甲对乙的债权已过诉讼时效一年，下列说法何者正确？

C. 甲不能对戊的房屋行使抵押权

解析：《物权法》第 202 条：抵押权人应当在主债权诉讼时效期间行使抵押权；未行使的，人民法院不予保护。由于主债务已过诉讼时效，所以甲不能对戊行使抵押权，C 正确。

040382:2000 年 2 月，甲公司与乙公司签订施工合同，约定由乙公司为甲建房一栋。乙与丙签订《内部承包协议》，约定由丙承包建设该楼房并承担全部经济和法律责任，乙收取丙支付的工程价款总额 5% 的管理费。丙实际施工至主体封顶。2004 年 1 月，乙向法院起诉请求甲支付拖欠工程款并解除施工合同。甲辩称乙起诉时已超过 2 年诉讼时效，要求法院驳回乙的诉讼请求。下列关于合同解除的说法，何者正确？

A. 乙起诉请求解除合同时已超过诉讼时效

- B. 乙起诉请求解除合同时未超过诉讼时效
C. 乙起诉请求解除合同不适用诉讼时效规定
D. 乙起诉请求解除合同适用特殊诉讼时效规定

解析：诉讼时效适用于债权请求权。合同的解除权属于形成权，适用除斥期间的规定，不适用诉讼时效的规定。故 C 选项正确，ABD 错误。

综上所述，本题正确答案为 C。

140353: 下列哪些请求不适用诉讼时效？

- A. 当事人请求撤销合同

解析：《关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第 7 条第 1 款规定：“享有撤销权的当事人一方请求撤销合同的，应适用合同法第五十五条关于一年除斥期间的规定。对方当事人对撤销合同请求权提出诉讼时效抗辩的，人民法院不予支持。”理论上通说认为合同撤销权是形成权，所以，A 项正确。

140353: 下列哪些请求不适用诉讼时效？

- C. 业主大会请求业主缴付公共维修基金
D. 按份共有人请求分割共有物

解析：C 项：《物权法》第 76 条第 1 款第 5 项规定：“下列事项由业主共同决定：……（五）筹集和使用建筑物及其附属设施的维修资金……”维修基金在性质上属于业主的共有财产，业主交付义务乃法定，其随业主的身份而存在，不因时间的经过而消灭，不适用诉讼时效。所以，C 项正确。

D 项：《物权法》第 99 条规定：“共有人约定不得分割共有的不动产或者动产，以维持共有关系的，应当按照约定，但共有人有重大理由需要分割的，可以请求分割；没有约定或者约定不明确的，按份共有人可以随时请求分割，共同共有人在共有的基础丧失或者有重大理由需要分割时可以请求分割。因分割对其他共有人造成损害的，应当给予赔偿。”故按份共有人分割共有物的权利属于法定权利，只要共有关系存在，则该请求权也不消灭，不适用诉讼时效。所以，D 项正确。

二、效力

学说	抗辩权发生说		
内容	起诉	权利人起诉后，法院应当受理，不得裁定不予受理	
	审理	被告	法院
		取得抗辩权	不得释明及主动适用
		主张	判决驳回原告的诉讼请求
		不主张	判决原告胜诉
	抗辩期限	原则	一审期间
		例外	二审期间【新证据】
	事后放弃时效利益	1、时效期间届满后，债务人自愿履行的，视为放弃时效利益，不得反悔；债权人受领给付的，不构成不当得利	
		2、时效期间届满后，债务人虽未自愿履行但已作出同意履行的意思表示的，视为放弃时效利益，时效期间重新计算【重新计算的原因并非诉讼时效中断，而是新的债权债务关系的形成】	

【真题】

170304: 甲公司开发的系列楼盘由乙公司负责安装电梯设备。乙公司完工并验收合格投入使用后，甲公司一直未支付工程款，乙公司也未催要。诉讼时效期间届满后，乙公司组织工人到甲公司讨要。因高级管理人员均不在，甲公司新录用的法务小王，擅自以公司名义签署了同意履行付款义务的承诺函，工人们才散去。其后，乙公司提起诉讼。关于本案的诉讼时效，下列哪一说法是正确的？

- C. 法院可主动适用诉讼时效的规定

解析：C 项：根据《民法总则》第 193 条的规定，法院不得主动适用诉讼时效的规定。据此可知，对于诉讼时效的适用，法院应被动适用，不得主动适用，故 C 项错误，不当选。

100352: 某公司因合同纠纷的诉讼时效问题咨询律师。关于律师的答复，下列哪些选项是正确的？

- C. 当事人在一审期间未提出诉讼时效抗辩的，二审期间不能提出该抗辩

解析：《诉讼时效规定》第 4 条规定：“当事人在一审期间未提出诉讼时效抗辩，在二审期间提出的，人民法院不予支持，但其基于新的证据能够证明对方当事人的请求权已过诉讼时效期间的情形除外。”C 项

忽略了“但书”的情形，故错误。

090352:关于诉讼时效的表述，下列哪些选项是正确的？

D. 当事人在一审、二审期间都可以提出诉讼时效抗辩

解析：《诉讼时效规定》第4条的规定“当事人在一审期间未提出诉讼时效抗辩，在二审期间提出的，人民法院不予支持，但其基于新的证据能够证明对方当事人的请求权已过诉讼时效期间的情形除外。”据此，选D正确。【注意】此题原D选项为错误，但和真题100352的C选项有矛盾，我们按照新题的观点，确认D选项也应该是正确的，当事人可以基于新证据的情况下，在二审期间提出时效抗辩。真题前后矛盾，根据新题优先于后题的原则处理。

100352:某公司因合同纠纷的诉讼时效问题咨询律师。关于律师的答复，下列哪些选项是正确的？

D. 诉讼时效届满，当事人一方向对方当事人作出同意履行义务意思表示的，不得再以时效届满为由进行抗辩

解析：《诉讼时效规定》第22条规定，“诉讼时效期间届满，当事人一方向对方当事人作出同意履行义务的意思表示或者自愿履行义务后，又以诉讼时效期间届满为由进行抗辩的，人民法院不予支持。”D项正确。

140305:甲公司向乙公司催讨一笔已过诉讼时效期限的10万元货款。乙公司书面答复称：“该笔债务已过时效期限，本公司本无义务偿还，但鉴于双方的长期合作关系，可偿还3万元。”甲公司遂向法院起诉，要求偿还10万元。乙公司接到应诉通知后书面回函甲公司称：“既然你公司起诉，则不再偿还任何货款。”下列哪一选项是正确的？

A. 乙公司的书面答复意味着乙公司需偿还甲公司3万元

B. 乙公司的书面答复构成要约

C. 乙公司的书面回函对甲公司有效

D. 乙公司的书面答复表明其丧失了10万元的时效利益

解析：ACD项：《诉讼时效规定》第22条规定：“诉讼时效期间届满，当事人一方向对方当事人作出同意履行义务的意思表示或者自愿履行义务后，又以诉讼时效期间届满为由进行抗辩的，人民法院不予支持。”乙公司书面答复中愿意偿还3万元，是对3万元的诉讼时效抗辩权的放弃，不能再以诉讼时效期间届满进行抗辩，但并不表明乙公司抛弃了全部10万元债务的时效利益。所以，A项正确，CD项错误。

B项：乙公司对3万元债务时效利益的抛弃属于单方行为，不是要约，不需要对方的同意。所以，B项错误。

综上所述，本题正确答案为A。

三、起算

原则	自权利人知道或应当知道权利受到损害以及义务人之日起计	
例外	合同之债	1、没有约定履行期限的，宽限期届满之日；但债务人在债权人第1次主张权利之时明确表示不履行的，自表示不履行义务之日
		2、约定1个确定履行期限的， 清偿期届满之日
		3、约定多个履行期限的，即分期履行的， 最后一期履行期限届满之日
		4、保险法人寿保险以外的其他保险的被保险人或者受益人，向保险人请求赔偿或者给付保险金的诉讼时效自其知道或者应当知道 保险事故发生之日起计算。其中，责任保险的保险事故发生之日，指的是被保险人对第三人所负“责任性质”以及“赔偿数额”的确定之日。
	侵权之债	1、当时发现的， 侵害发生之日
		2、当时未曾发现的， 伤势确诊之日
	注意	①、无限行为能力人对其法定代理人的请求权的诉讼时效期间，自该法定代理终止之日起计算【民总第190条】
		②、未成年人遭受性侵害的损害赔偿请求权的诉讼时效期间，自受害人年满18周岁之日起计算【民总第191条】

【真题】

080303 四川:2000 年 4 月, 甲得知乙出版社非法出版发行甲的小说, 但未予理会。由于乙一直未停止上述侵权行为, 甲遂于 2004 年 5 月向法院提起诉讼。下列哪一选项是正确的?

- A. 法院应当以超过诉讼时效为由不予受理
- B. 法院应当以超过诉讼时效为由驳回诉讼请求
- C. 法院应当判决乙停止侵害行为

解析:《著作权法》第 21 条规定: 公民的作品, 其发表权、本法第 10 条第 1 款第 (5) — (17) 项规定的权利的保护期为作者终生及其死亡后 50 年, 截止于作者死亡后第 50 年的 12 月 31 日; 如果是合作作品, 截止于最后死亡的作者死亡后第 50 年的 12 月 31 日。最高人民法院《关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第 28 条规定: 侵犯著作权的诉讼时效为 2 年, 自著作权人知道或者应当知道侵权行为之日起计算。权利人超过 2 年起诉的, 如果侵权行为在起诉时仍在持续, 在该著作权保护期内, 人民法院应当判决被告停止侵权行为; 侵权损害赔偿数额应当自权利人向人民法院起诉之日起向前推算 2 年计算。本题中, 诉讼时效自 2000 年 4 月甲得知乙出版社非法出版其小说时起算, 至 2003 年 5 月甲起诉乙出版社, 虽已超过 2 年的诉讼时效期间, 但由于乙一直未停止上述侵权行为, 而且未过著作权保护期, 这就意味诉请其停止侵权和侵权损害赔偿的诉讼时效尚未经过。因此, 本案未超过诉讼时效, 人民法院应当受理此案, 并判决乙停止侵害行为, 故 A、B 项错误而 C 项正确。本题答案为 C。【《民法总则》通过后, 应该认为第 188 条规定的普通诉讼时效期间 3 年的规定适用于本案。当然, 以 3 年计算, 本案的诉讼时效期间更是有经过。所以答案仍然为 C。

120305: 关于诉讼时效, 下列哪一选项是正确的?

- A. 甲借乙 5 万元, 向乙出具借条, 约定 1 周之内归还。乙债权的诉讼时效期间从借条出具日起计算

解析: A 项:《诉讼时效规定》第 6 条规定, 未约定履行期限的合同, 依照《合同法》第 61 条、第 62 条的规定, 可以确定履行期限的, 诉讼时效期间从履行期限届满之日起计算……A 项借贷合同约定一周归还, 可以确定履行期限, 因而诉讼时效从履行期限届满日亦即借款到期日起算, 而非自借条出具日起算。故 A 选项错误。

100352: 某公司因合同纠纷的诉讼时效问题咨询律师。关于律师的答复, 下列哪些选项是正确的?

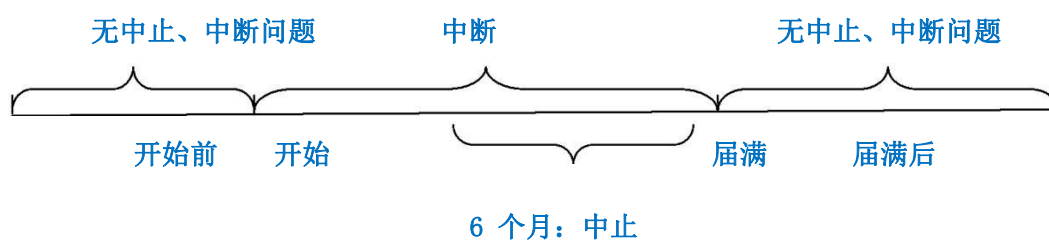
- B. 当事人约定同一债务分期履行的, 诉讼时效期间从最后一期履行期限届满之日起计算

解析:《民法总则》第 189 条规定: “当事人约定同一债务分期履行的, 诉讼时效期间从最后一期履行期限届满之日起计算。” B 项正确。

四、期限

普通	3 年	除下面外所有
特殊	4 年	涉外: 国际货物买卖和技术进出口合同争议【合同法 129 条】
	5 年	人寿保险的被保险人或者受益人向保险人请求给付保险金
最长	20 年	自权利受到损害之日起超过 20 年的, 法院不予保护; 有特殊情况, 法院可以根据权利人的申请决定延长
注意	原《民法通则》规定了四种适用短期 1 年诉讼时效的情形, 《民法总则》删除了该规定, 因此以后没有 1 年诉讼时效【此处有争议, 但没有新法出来之前以这里为准】	

五、诉讼时效中止与中断



中断	诉讼时效的中断，是指在诉讼时效进行中，因一定事由的发生，阻碍时效进行，致使以前经过的时效期间统归无效，从中断时起，其诉讼时效重新计算的制度。	1、当事人提起诉讼/仲裁。 2、权利人提出要求或义务人同意履行义务。 【可控】	涉他效力 1、部分断、全断； 2、连带断、全断； 3、代位断、全断； 4、转移、通知断
中止	1、诉讼时效的中止，是指在诉讼时效进行中，在最后6个月内，出现了法定事由，而暂时中止诉讼时效进行的法律制度。	1、不可抗力； 2、无民事行为能力人或者限制民事行为能力人没有法定代理人，或者法定代理人死亡、丧失民事行为能力、丧失代理权 3、继承开始后未确定继承人或者遗产管理人； 4、权利人被义务人或者其他他人控制； 5、其他导致权利人不能行使请求权的障碍。【不可控】	最后统一加6个月【民总的规定】
延长	诉讼时效的延长是对已经完成的诉讼时效期间，如果当事人有特殊理由，人民法院可以给予适当延长的法律制度。	已经届满+院长决定	不能中止、中断但可以延长
注意	中断、对于一些特殊情形的具体规定（《诉讼时效规定》，要点包括： （1）对同一债权的部分主张的，及于其他债权（第11条）；（2）连带之债的中断，由一人而及于全体（第17条）。（3）债权人提起代位权诉讼的，中断的效力一箭双雕（4）债的转移，中断效力从通知对方开始计算（第19条）。		

【法条】《民法总则》第一百九十五条 有下列情形之一的，诉讼时效中断，从中断、有关程序终结时起，诉讼时效期间重新计算：

- （一）权利人向义务人提出履行请求；
- （二）义务人同意履行义务；
- （三）权利人提起诉讼或者申请仲裁；
- （四）与提起诉讼或者申请仲裁具有同等效力的其他情形。

《诉讼时效规定》第十条 第十条 具有下列情形之一的，应当认定为民法通则第一百四十条规定的“当事人一方提出要求”，产生诉讼时效中断的效力：

- （一）当事人一方直接向对方当事人送交主张权利文书，对方当事人在文书上签字、盖章或者虽未签字、盖章但能够以其他方式证明该文书到达对方当事人的；
- （二）当事人一方以发送信件或者数据电文方式主张权利，信件或者数据电文到达或者应当到达对方当事人的；
- （三）当事人一方为金融机构，依照法律规定或者当事人约定从对方当事人账户中扣收欠款本息的；
- （四）当事人一方下落不明，对方当事人在国家级或者下落不明的当事人一方住所地的省级有影响的媒体上刊登具有主张权利内容的公告的，但法律和司法解释另有特别规定的，适用其规定。

前款第（一）项情形中，对方当事人为法人或者其他组织的，签收人可以是其法定代表人、主要

负责人、负责收发信件的部门或者被授权主体；对方当事人为自然人的，签收人可以是自然人本人、同住的具有完全行为能力的亲属或者被授权主体。

《民法总则》第一百九十四条 在诉讼时效期间的最后六个月内，因下列障碍，不能行使请求权的，诉讼时效中止：

（一）不可抗力；

（二）无民事行为能力人或者限制民事行为能力人没有法定代理人，或者法定代理人死亡、丧失民事行为能力、丧失代理权；

（三）继承开始后未确定继承人或者遗产管理人；

（四）权利人被义务人或者其他人控制；

（五）其他导致权利人不能行使请求权的障碍。

自中止时效的原因消除之日起满六个月，诉讼时效期间届满。

《民法总则》第一百八十八条第二款 诉讼时效期间自权利人知道或者应当知道权利受到损害以及义务人之日起计算。法律另有规定的，依照其规定。但是自权利受到损害之日起超过二十年的，人民法院不予保护；有特殊情况的，人民法院可以根据权利人的申请决定延长。

《诉讼时效规定》第十一条 权利人对同一债权中的部分债权主张权利，诉讼时效中断的效力及于剩余债权，但权利人明确表示放弃剩余债权的情形除外。

《诉讼时效规定》第十七条第2款规定 对于连带债务人中的一人发生诉讼时效中断效力的事由，应当认定对其他连带债务人也发生诉讼时效中断的效力。

《诉讼时效规定》第十八条规定 债权人提起代位权诉讼的，应当认定对债权人的债权和债务人的债权均发生诉讼时效中断的效力。

《诉讼时效规定》第十九条规定 债权转让的，应当认定诉讼时效从债权转让通知到达债务人之日起中断。

【真题】

050387:甲对乙享有60万元债权，丙、丁分别与甲签订保证合同，但未约定保证责任的范围和方式。戊以价值30万元的房屋为乙向甲设定抵押并办理了登记。若甲对乙的债权已过诉讼时效一年，下列说法何者正确？

D. 倘甲催告乙还款，乙在催款通知上签字，诉讼时效将因中断而重新起算

解析：时效中断须发生在诉讼时效尚在进行中，本题中诉讼时效已经届满，甲的催告已经无从产生时效中断的法律效力。所以D错误。

130305:甲公司与乙银行签订借款合同，约定借款期限自2010年3月25日起至2011年3月24日止。乙银行未向甲公司主张过债权，直至2014年4月15日，乙银行将该笔债权转让给丙公司并通知了甲公司。2014年5月16日，丁公司通过公开竞拍购买并接管了甲公司。下列哪一选项是正确的？

B. 甲公司债务的诉讼时效从2014年4月15日起中断

C. 丁公司债务的诉讼时效从2014年5月16日起中断

解析：BC项：原债务人甲以及其继承人丁的诉讼时效于2014年3月24日已过诉讼时效，因此在此之后不存在中断的问题。故BC错误。

090305:诉讼时效因当事人一方提出要求而中断，下列哪一情形不能产生诉讼时效中断的效力？

A. 对方当事人在当事人主张权利的文书上签字、盖章的

B. 当事人一方以发送信件或数据电文方式主张权利，该信件或数据电文应当到达对方当事人的

C. 当事人一方为金融机构，依照法律规定或当事人约定从对方当事人账户中扣收欠款本息的

D. 当事人一方下落不明，对方当事人在下落不明当事人一方住所地的县（市）级有影响的媒体上刊登具有主张权利内容的公告的

解析：《诉讼时效规定》第10条规定：“具有下列情形之一的，应当认定为民法通则第一百四十条规定的‘当事人一方提出要求’，产生诉讼时效中断的效力：（一）当事人一方直接向对方当事人送交主张权利文书，对方当事人在文书上签字、盖章或者虽未签字、盖章但能够以其他方式证明该文书到达对方当事人的；（二）当事人一方以发送信件或者数据电文方式主张权利，信件或者数据电文到达或者应当到达对方当事人的；（三）当事人一方为金融机构，依照法律规定或者当事人约定从对方当事人账户中扣收欠款本息的；（四）当事人一方下落不明，对方当事人在国家级或者下落不明的当事人一方住所地的省级有影响的媒体上刊登具有主张权利内容的公告的……”

ABC项均符合上述规定，分别属于第1、2、3项，故ABC表述正确。

D项：对方当事人应在国家级或省级有影响的媒体上刊登，故选项D表述错误。综上所述，答案为D项。

130354: 甲为自己的车向乙公司投保第三者责任险, 保险期间内甲车与丙车追尾, 甲负全责。丙在事故后不断索赔未果, 直至事故后第 3 年, 甲同意赔款, 甲友丁为此提供保证。再过 1 年, 因甲、丁拒绝履行, 丙要求乙公司承担保险责任。关于诉讼时效的抗辩, 下列哪些表述是错误的?

- A. 甲有权以侵权之债诉讼时效已过为由不向丙支付赔款
- B. 丁有权以侵权之债诉讼时效已过为由不承担保证责任
- C. 乙公司有权以侵权之债诉讼时效已过为由不承担保险责任

解析: A 项: 甲给丙造成的主要是财产损失, 丙享有的侵权之债的债权诉讼时效期间为 3 年, 自丙知道或者应当知道权利被侵害且知道加害人之日起开始计算。因丙不断向甲索赔, 改诉讼时效多次中断。甲同意赔款导致该债权诉讼时效中断, 重新起算 3 年。因此, 丙对甲享有的侵权债权的诉讼时效期间未过。A 项表述错误。

B 项: 由于甲对丙的债务诉讼时效期间未过, 故保证人丁不得以主债务诉讼时效期间经过为由不承担保证责任。故 B 项表述错误。

C 项: 由于丙在事故后不断索赔导致诉讼时效中断。甲同意赔款, 甲友丁为此提供保证时诉讼时效重新计算 3 年的诉讼时效。故 C 项错误

170304: 甲公司开发的系列楼盘由乙公司负责安装电梯设备。乙公司完工并验收合格投入使用后, 甲公司一直未支付工程款, 乙公司也未催要。诉讼时效期间届满后, 乙公司组织工人到甲公司讨要。因高级管理人员均不在, 甲公司新录用的法务小王, 擅自以公司名义签署了同意履行付款义务的承诺函, 工人们才散去。其后, 乙公司提起诉讼。关于本案的诉讼时效, 下列哪一说法是正确的?

- B. 因乙公司提起诉讼, 诉讼时效中断

解析: B 项: 根据《民法总则》第 195 条第 1 项的规定, 有下列情形之一的, 诉讼时效中断, 从中断、有关程序终结时起, 诉讼时效重新计算: (一) 权利人向义务人提出履行请求。据此可知, 诉讼时效中断必须发生在诉讼时效期间内, 如诉讼时效期间已经届满, 则不会发生诉讼时效中断的可能。故 B 项错误, 不当选。

120305: 关于诉讼时效, 下列哪一选项是正确的?

C. 甲向银行借款 100 万元, 乙提供价值 80 万元房产作抵押, 银行实现对乙的抵押权后, 会导致剩余的 20 万元主债务诉讼时效中断

解析: 《诉讼时效规定》第 11 条规定, 权利人对同一债权中的部分债权主张权利, 诉讼时效中断的效力及于剩余债权。C 选项中, 当银行主张抵押权 (80 万) 时, 其时效中断之效力及于剩余的 20 万元债权。故 C 选项正确。

六、除斥期间

概念	除斥期间, 是指法律规定某种权利预定存在的期间。权利人在此期间不行使权利, 预定期间届满, 即发生该项实体权利消灭的法律后果。
后果	除斥期间届满的法律效力是某项实体权利消灭; 而诉讼时效期间届满, 获得时效抗辩权, 不消灭实体权利。
性质	不变期间, 诉讼时效可变 (可中止、中断、延长)
适用范围	一般适用于形成权, 诉讼时效一般适用于请求权
使用条件	法院可以依职权主动适用, 诉讼时效法院不得主动适用
起算	权利成立之日起算, 诉讼时效一般是知道/应当知道权利受侵害和具体侵害人之日起算

七、诉讼时效 VS 除斥期间

适用范围	请求权	形成权
效果	债务人产生抗辩权	实体权利消灭
是否可变	最长诉讼时效外, 均为可变期间	不变期间
起算点	最长诉讼时效外, 均为自知或应知权利被侵害之日	权利成立之日为原则; 知或应知事由之日为例外

【真题】

080352:关于诉讼时效,下列哪些选项是正确的?

B. 一般诉讼时效期间属可变期间

解析:诉讼时效期间是可变期间,除斥期间是不可变期间,这是二者的基本区别之一。诉讼时效期间,可因中止、中断或延长而得以延展。因此B正确。

080352:关于诉讼时效,下列哪些选项是正确的?

C. 诉讼时效期间均从权利人知道或应当知道权利被侵害时起计算

解析:首先,最长诉讼时效是自权利受到损害之日起计算。其次《民法总则》第188条第2款规定,“诉讼时效期间自权利人知道或者应当知道权利受到损害以及义务人之日起计算。法律另有规定的,依照其规定。”这就是肯认了例外的情形,具体比如《婚姻法》第47条第1款规定:离婚时,一方隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产,或伪造债务企图侵占另一方财产的,分割夫妻共同财产时,对隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产或者伪造债务的一方,可以少分或不分。离婚后,另一方发现有上述行为的,可以向人民法院提起诉讼,请求再次分割夫妻共同财产。对于本条的适用,《婚姻法解释(一)》第31条规定:当事人依据《婚姻法》第47条的规定向人民法院提起诉讼,请求再次分割夫妻共同财产的诉讼时效为两年,从当事人发现之次日起计算。