民法总论提要

(2017年2月修订稿)

刘士国

复旦大学法学院

说 明

《中华人民共和国民法总则（草案）三次审议稿》已向全民征求意见，并将于2017年3月5日提交全国人大会议审议。可以期待新中国民法总则即将诞生。2017新学期开学在即、博考在即，我院将为本科生、硕士研究生开设民法总论课程，涉及学生逾500人。为满足教学、备考需要，特根据立法最新进展，对原民法总论提要作最新修定，以供参考。

民法总则的制定，集国人智慧，是改革开放之后近四十年实践经验之结晶，民法理论之集成、飞跃与升华，表明有中国特色的民法总论理论体系已经形成。中国人民大学张新宝教授所著《中华人民共和国民法总则条文释义》在总则通过后由中国人民大学出版社即时出版。类似的新书会及时出现。让我们师生一起关注民法总则带来的新理论、新内容，迎接新书籍，共享新成果，在新起点为全面推进以法治国而不懈奋斗！

“千门万户瞳瞳日、总把新桃换旧符。” 向各位拜个晚年并祝元宵节快乐！

由于本人水平所限，不当之处难免，欢迎批评指正，以便总则通过后修定。

第一章 民法的概念、基本原则及解释

第一节 民法的概念

民法是市民社会的一般私法。依据民法总则草案三审稿（以下简称草案均指三审稿）第2条规定，民法为调整平等社会关系的法。从平等的社会基础和民法的本质分析，民法是市民社会的一般私法。草案第一条强调“为……调整民事关系……制定本法” ，其“民事关系”，就是市民社会关系。民法是市民社会的一般私法，有以下几点涵意：

 一、民法是调整市民社会关系的法

社会分为政治社会与市民社会，民法是调整市民社会关系的法。

市民社会，可以分为三个层次：第一层次是指以市场经济为基础的社会。市场上发生的各种交易，均为市民社会关系。市民就是市场主体，包括自然人、法人及其他组织。商人是最典型的市民。我国的市场经济在上世纪末已形成；第二层次是指各种社团组织发展起来了，社团制定自己的规章以自律，知识人中形成了各种自由职业者，他们可以自由择业，行业自律，是市民社会的一部分。这一层次的市民社会，我国正在形成中；第三层次是各种社团有效地决定并影响国家的政策，国家的政治活动以市民的利益、意志为导向，一个真正民主的社会建立起来，在一切专制社会条件下形成的各种本末倒置的关系被彻底颠倒过来了。这是我国市民社会的发展方向。我国民法就是调整上述市民关系的法。

2、从社会发展历史看，“民法”不仅源于罗马“市民法”，而且市民社会的存在及发达程度决定民法的存在及发达程度

“民法”一词源于罗马法的市民法（Jus civil），日本学者明治前后将西方的市民法译为民法，系因当时日本尚不是市民社会，只有相对于天皇的封建臣民。但维新后形成市民社会，日本民法的目标是建立和发展日本的市民社会，因此，日本民法的本质是市民法。我国清未变法，民法一词传入我国，起草了大清民律，特别是国民党政府于1928—1930年间制定并公布实施《中华民国民法》各编。

古罗马是商品经济社会，是市民社会，因此民法发达，包括市民法和万民法，后两法融合为《罗马法大全》。

欧洲中世纪以农业经济为基础，商品经济不发达，有相应的日尔曼法，没有民法典。

资本主义是市场经济，是市民社会，发达国家均有先进的民法，大陆法系各国有民法典，英美法系有财产法、合同法、侵权行为法。

前苏联、东欧社会主义国家承认商品经济的存在，有民法典，但民法实际是落实国家计划的工具，基本不存在市民社会，民法不发达。

我国解放后废除国民党六法，引进苏俄民法理论，至改革开放前不承认商品经济，除了婚姻法没有其他民法。改革之后发展商品经济，产生了民法通则、继承法、三个知识产权法和三个合同法。1992年之后实行社会主义市场经济，形成了市民社会，产生了统一合同法、物权法、侵权责任法、涉外民事关系法律适用法。现正在以往法律基础上编纂民法典。

3、我国民法调整的平等社会关系，就是市民社会关系。民法总则草案第二条规定：＂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。＂人身关系包括人格关系和身份关系，财产关系包括物权、债权、继承权等关系。自然人、法人、非法人组织都是民事当事人，即市民。

二、民法是私法

法律分为公法与私法。私法调整市民关系，公法调整国家统治关系。前者为平等关系，后者为非平等关系。这一分类的意义在于明确国家对法律的适用是否首先干预。对公法关系，国家不仅首先干预，而且自始至终干预。对私法关系，国家不能首先干预，非在当事人请求下不干预。民法、商法是私法，其特点是当事人法律地位平等，不是命令与服从关系，是自愿的关系，即私法自治，尊重自己决定权，因此，不允许国家在适用法律时首先进行干预。

三、民法是一般私法

私法分为民法和商法，商法是特别民法或特别私法，民法调整一般的市民关系，在民商合一情况下，民法是最基本的私法，商法无特别规定，适用民法的一般规定，特别是适用民法总则的规定。

民法调整的是非由法律调整不可的那部分市民关系，而非市民关系的全部。

四、民法产生于市民社会，经立法程序文字化、条文化、甚至法典化，变为法律。

 民法分为实质民法与形式民法、广义民法与狭义民法。民法典是形式民法与狭义民法。我国民法典尚未产生，但有民法通则（即将诞生总则）、物权法、合同法、著作权法、专利法、商标法、继承法、婚姻法、侵权责任法等民法体系。这是现今我国的形式民法与狭义民法。我国正在此基础上编纂民法典。实质民法与广义民法，除前述法律外，还包括宪法中具公私双重属性的规范，国务院及各部委、地方人大和政府制定的民法规范，人民法院关于民事的司法解释及指导性案例、民事习惯、善良风俗中的民法规范以及一切商法。

 第二节 中外民法的回顾与展望

一、外国民法的历史与现状

 罗马法

法国民法

德国民法

日本民法

欧洲的统一法典化浪潮

英美法系的财产法、合同法、侵权行为法

二、我国民法的历史、现状与民法典编纂

中国古代民法

清未、民国时期的民事立法与中华民国民法

新中国民事立法回顾

中华人民共和国民法典的编纂（以下重点提示编纂的原因、两步走、法典结构及总则特色）

1. 为什么要编纂民法典？

全面推进以法治国的需要体系完备科学、逻辑严密的法律，而以往完善起来的市场经济需要的民法仅仅是主要的所谓起支架作用的民事法律，这些法律除婚姻法外都是在改革开放后三十年间陆续制定的，相互重复、矛盾甚至冲突之处需要整合、补充、完善。法典化最有利于达到这一目的。

进一步调整信息化、网络化、环境、老龄等新型社会关系，通过法典编纂加以规范，以适应时代发展的需要。

中国特色社会主义道路经三十多年实践逐步形成，证明是适合中国国情和实现民族复兴之路，其基本经济制度需在民法进一步做出完善规定。

编纂民法典是提升中国软实力的伟大工程。

1. 步骤

分两步走，2017年3月通过民法总则，2020年3月通过各分编。

1. 法典结构

由总则、物权、合同、侵权责任、婚姻、继承六编构成。知识产权、涉外民事法律关系法律适用暂不列入。人格权暂不列为一编，在总则、侵权责任中加以规定。不设债权总则。

4. 民法总则的特色

体系包括民事权利（统领民法体系）、民事责任（法律关系要素之完善）两章；宏扬社会主义核心价值观；基本制度之修定、增设。如无行为能力从十岁以下降至六岁以下，一般诉讼时间由两年改为三年；增加老年监护、法人分类的变化等。

第三节 民法的基本原则

一、定义

我国民法的基本原则是调整我国社会主义民事关系的基本准则。

基本原则是从实践中归纳出来的。它不是民法的出发点和归宿。民法对基本原则有明确规定和不明确规定两种情况。

二、民法通则关于基本原则规定的过时内容

1、计划原则［2009年8月27日，第十一届全国人大常委会第十次会议决议删除第7条中＂破坏国家经济计划＂。同时删除第58条＂（六）经济合同违反国家指令性计划的＂规定。］、等价有偿原则，因实行市场经济及价格改革任务早已完成而过时；

2、遵守国家政策原则，因适用范围有限或仅为民事法律行为的要件或因法律体系的完善不宜作为基本原则，但对此尚存争议；

3、欠缺善良风俗规定。编纂民法典将其规定为公序良俗，涵概禁止权利滥用规定。

三、我国民法总则草案规定的基本原则

1、平等原则

平等原则是由民法调整的市民社会关系的平等性决定的，是指民事主体的法律地位平等及适用法律的平等和受到法律的平等保护。法律平等地位，是指权利能力平等，自然人的权利能力平等（相同），法人有与其自身活动相应的权利能力（不相同），法律地位也是平等的。适用法律平等是指法律面前人人平等。平等保护是指法律对民事主体的保护规定是相同的，适用法律时不能区别对待，是由法律地位平等，适用法律平等决定的。平等是社会主义核心价值观的重要内容。

宪法第12条第1款“社会主义的公共财产神圣不可侵犯”应修改为“财产神圣不可侵犯”。

2、自愿原则

自愿是指在民事活动中体现当事人的意志，排除他人强迫，欺诈及其他不当影响和压力自己作主。这一原则不仅是由市民关系的平等性决定的，也是由市民关系的自治性决定的。我国民法的自愿原则主要表现为合同自由、婚姻自由、遗嘱自由、结社自由。自愿是社会主义核心价值观――自由的充分体现。

3、公平原则

公平是指在民事活动中公道、合情合理，在交易中遵循价值规律等价有偿、机会均等。公平是民事活动的基本准则，也是社会主义核心价值观的重要内容。

4、诚实信用原则

诚实信用原则是指按照诚实不欺、信守诺言的道德准则平衡当事人之间及当事人与社会之间的利益的原则。

此项原则要求当事人在民事活动中实事求是，诚实不欺，也赋予法官一种解释法律及法律行为的裁量权，即以一个诚实信用人的理解进行解释。此原则是社会主义诚信核心价值的体现。

5、遵守法律和公序良俗原则

法律是基本的行为准则，是人民共同意志，民事活动必须遵守。

公序良俗即公共秩序和善良风俗。

公共秩序体现的是社会政治秩，民事活动必须遵守。公序原则也包括禁止权利滥用。权利滥用，是指民事主体在行使权利时超出权利本身的目的和社会所容许的界线。此种行为是违法的，故为法律所禁止。行使权利损害社会公共利益，扰乱社会经济秩序，专以侵害他人为目的，以绝小瑕疵拒绝对方给付，违背权利目的等，均为法律所禁止。

善良风俗是人们在社会生活中形成的良好行为规范，许多善良风俗具有地域性，中华民族有“入乡随俗”的传统，民事活动应予遵守。

 6. 权利保护与义务履行原则

民法是权利本位的法，不仅规定民事主体享有充分的民事权利，也规定任何组织和个人不得侵犯以及侵权的民事责任。保护民事权利也是其他法律的共同任务。

民事主体必须自觉履行民事义务以保证他人权利的实现，否则，也需承担法律责任。

 第四节 民法的渊源

 民法的渊源，又称民法的法源，是指民法的来源和表现形式，分为实质渊源和形式渊源。实质渊源是符合社会发展需要的民事规则，形式渊源是指法的表现形式。渊源又可分广义民法渊源与狭义民法渊源。广义指一切民法规范，狭义指民法典。就形式渊源和广义形式渊源而言，包括：

一、法律、法规和其他国务院及各部委和地方规范性文件；

 二、最高法院司法解释、批复、指导案例判旨；

 三、习惯。

第五节 民法的解释方法

一、什么是民法的解释以及民法解释的原因

一般而言，民法的解释是阐明民法应有含义的工作。换言之，民法的解释就是发现民法应有规则的工作。

民法解释的原因主要是：

1、民法规范是一般性规定，具体案件是多种多样的，将一般性规定适用于多样性的案件，就需要解释；

2、民法具有相对的稳定性，而社会处于不断的发展之中，某些民法规范随着社会的发展可能过时，而社会发展出现的新情况又需对法律作出扩大解释或对法律漏洞作出补充；

3、民法本身也难免存在错误，需通过解释予以纠正。

二、民法解释的方法

民法解释的方法，是阐明民法确切含义的技术。

1、文义解释。即对民法规范用文法分析的方法阐明其确切含义；

2、逻辑解释。即通过逻辑分析的方法阐明民法规范的含义；

3、扩大解释。即在法律条文含义较窄的情况下根据实际需要所作的扩大解释；

4、限制解释。即在法律条文含义较宽的情况下根据实际需要所作的狭义解释；

5、当然解释。即在法律无明文规定，但所涉事实与某一法律规定比较更有适用理由，而径行适用该法律规定。

 第六节 民法的效力

我国民法的效力，是指我国民法发生效力的时间、空间及对人的适用范围。

时间效力：法律通过之后的生效时间；

空间效力：我国陆地、海域、领空；

人的效力：我国领域发生民事关系的当事人；

以上法律另有规定除外。

思考题：

1、为什么说民法是市民社会的一般私法？

2、试述我国民法总则草案规定的基本原则。

3、简述民法解释的原因及解释方法。

4、简述民法的渊源和效力。

5、试述编纂民法典的原因、步骤、结构。 第二章 民事法律关系

第一节 民事法律关系的概念和特征

 一、民事法律关系的概念和特征

民事法律关系，是由民法规范调整的发生于民事主体之间的具有民事权利义务内容的社会关系。

民事法律关系具有如下特征：

（一）民事法律关系是一种人与人的关系。这是由民法调整的市民社会关系决定的。市民社会关系，又叫民事关系，其中一部分经民法调整后变为民事法律关系，主要包括物权关系，债权关系、知识产权关系、继承权关系和人身权关系。这些关系建立在主体、客体、行为、责任等基础上，但决不是主体和客体的关系，而是主体之间的关系，即人与人关系。如物权关系是人对物的控制发生的人与人的关系，表面上是人与物的关系，实质是人与人的关系，也就是物权人可以控制物，物权人之外的义务人均不得妨碍、干预物权人对物的控制。因此，物权定义为物权人对物的控制并排除他人干涉的权利。物权是特定的权利人和不特定的义务人之间的关系。债权，是特定当事人之间的关系，典型的是合同关系，如买卖合同，是出卖人与买受人之间的关系，不是人与出卖物和价钱的关系。其他民事法律关系莫不如此。

（二）民事法律关系是一种思想社会关系。社会关系分为思想社会关系与物质社会关系，生产关系是物质社会关系，上层建筑（法律、道德等）是思想的社会关系，民事法律关系是上层建筑的一部分，是一种思想社会关系。民事法律关系依法产生，反映了市民的共同意志。有些民事法律关系又体现当事人的意志。

（三）民事法律关系是靠国家强制力保证实施的法律关系。在思想社会关系中，民事法律关系与道德关系区别的重要特征就是靠国家强制力保证实施，即是思想社会关系中的法律关系，而道德关系主要是靠人们的内心信念、社会舆论保证实施的。

（四）民事法律关系是平等当事人之间的关系，这是民事法律关系与其他法律关系的重要区别，是由民事关系的平等性决定的。

 二、民事法律关系理论在民法学中的地位

民事法律关系理论是民法学的核心，民法总论是从总体上研究民事法律关系的一般问题的，民法分论则是分别研究不同性质的民事法律关系的。

 三、争论的问题

1、民法调整的是人与人的关系（对人关系说），还是人与物的关系（对物关系说），还是人与人的关系与人与物的关系（折衷说）。

2、民事法律关系的特征与法理学上法律关系的特征的关系，是相同、有异同、还是完全不同。异：民法是平等的，公法法律关系不会是平等的；同：靠国家强制力实施，思想社会关系，人与人的关系，但同中有异，是一般与特殊的关系。

第二节 民事法律关系的要素

民事法律关系的要素是指民事法律关系的必备要件，即缺少其中一种要件，民事法律关系就不成立。各种具体的民事法律关系，构成要件不尽相同，我们这里所讲的构成要件，是指所有的民事法律关系都必须具备的要件，即共同构成要件。

民事法律关系的共同构成要件，包括主体、客体、内容、责任四个方面。

 一、民事法律关系的主体

民事法律关系的主体，是参加民事法律关系享有权利和承担义务的人，包括自然人（狭义指有中国国籍的市民，广义包括外国人、无国籍的人）、法人、国家、合伙、家庭（户）及其他共同体。

民事法律关系的主体，必须具备民事权利能力和民事行为能力。民事权利能力是法律赋予主体参加民事法律关系，享有权利和承担义务的能力或资格（权义能力）。民事行为能力是法律认可主体以自己的行为参加民事活动，享有权利或承担义务的资格。自然人、法人是最基本的民事主体，非法人组织也参加一定的民事活动，享有相应的权利能力和行为能力。国家是特殊的民事主体，在国际交往及发行国债、国家赔偿关系中充当民事主体。

关于民事主体，民法通则规定了公民、法人为独立主体，在公民一章中规定了个体工商户、农村承包经营户和个人合伙，法人一章规定了联营。现在的情况发生了较大变化，个体工商户多已发展为个体企业，合伙应统一规定，联营也没有规定的必要，好多已发展成为公司。上述规定符合改革初期的实际。公民是公法概念，合同法已改用自然人。合伙、家庭是不是独立的民事主体？我认为是，凡是能独立参加民事关系的组织体都是独立的主体，事实上都是主体，只不过责任上与法人不同。这是需要研究的问题。民法总则规定的民事主体为自然人、法人、非法人组织。

 二、民事法律关系的客体

民事法律关系的客体是主体发生法律关系所依据的具有确定性并能决定法律关系性质的事物。民事法律关系主体形成法律关系，均有其利益所在，利益所附之事物，即为客体。这种事物是多样性的，包括物、行为、智力成果，人的名誉、荣誉、人的身体、劳动力、财产权利等。

客体是发生法律关系所依据的事物，这一事物具有确定性（不确定，难以发生法律关系），此事物能决定法律关系的性质。符合这三个条件，就是法律关系的客体。

以往的民法理论讲客体是民事权利义务指向的对象，这不完全正确，客体是产生权利义务，即发生法律关系的基础，不是先有权利义务，根据权利义务指向的对象确定客体。权利义务指向的对象与法律关系客体不同，前者范围广，不都是法律关系的客体，只有决定法律关系性质的事物才是客体。

以往民法理论，关于人身、名誉、荣誉不是法律关系客体的解释不科学，是极左思想的产物，认为剥阶级的社会有将人身、名誉、荣誉商品化，即出卖人身的现象，就得出社会主义不允许人身买卖，人身不是客体的结论。法律关系是多种多样的，买卖只是其中一种，不能把法律关系都看作买卖。这是一个人身可以作为什么法律关系客体的问题，不是能不能作为客体的问题，是一个范围问题，而不是存在不存在的问题。人身不能作为买卖的客体，但仍是保险的客体，人身关系的客体（包括婚姻关系的客体）。这是一个不容否认的事实。况且，特殊情况下，人身的买卖也是允许的。劳动力，以往也不承认是客体，现在不应有争议了，是劳动合同的客体。

以上这些问题，很重要，一定要搞清楚。

 三、民事法律关系的内容

民事法律关系的内容，是指民事法律关系的主体享有的权利和承担的义务。

民事权利是民事主体为一定行为或不为一定行为而实现某种利益的法律之力。

民事义务则是义务人为满足权利人的利益需要而必须为一定行为或不为一定行为的法律拘束。

 四、责任

责任即民事责任，是违反民事义务的法律后果。没有民事责任的社会关系，就不是民事法律关系，因为这意味着不受民法调整。如过时效的自然债务。

民事责任与民事义务不同，民事责任是违反民事义务的后果，如果当事人不违反民事义务，不需承担民事责任，但自觉履行义务，是责任存在使然。民事责任体现了民法的强制力。

以往民法理论，忽视责任要素，就没有讲清民事法律关系与非民事法律关系特别是纯由道德规范调整的社会关系的区别。

第三节 民事法律关系的分类

根据不同的标准，可以将民事法律关系分为不同的种类，不同种类的民事法律关系有不同的性质和特点。

 一、财产法律关系和人身法律关系

这是依据民法调整的不同性质的两种社会关系种类划分的，也可以说是依据法律关系是否具有直接的财产内容或经济利益划分的。民法调整市民间的财产关系与人身关系，因而形成财产法律关系与人身法律关系。财产法律关系是以一定的财产或体现一定经济利益的行为作为客体的民事法律关系。如物权法律关系、继承法律关系。人身法律关系是以非财产或经济利益为客体的法律关系，如人格权关系，即因人的姓名、肖像、名誉、荣誉、生命、健康发生的法律关系；还有身份关系，如因智力创作产生的署名权、发表权、修改权等身份关系。

财产法律关系，其客体通常可以继承、转让，人身法律关系，一般不能继承、转让。保护上也有区别，财产关系往往要用财产责任方式，人身关系则采用非财产和财产两种责任方式。

 二、绝对法律关系与相对法律关系

依据义务人的范围不同，可将民事法律关系分为绝对法律关系与相对法律关系。绝对法律关系是指权利人毋需义务人以积极作为协助即可实现权利的民事法律关系，其义务人是不特定的任何人。如所有权关系、人身权关系、知识产权关系。相对法律关系，是指权利人须义务人协助才能实现其权利的法律关系，其义务人是特定的当事人。债权债务关系是典型的相对法律关系。

这一区分有利于明确民事法律关系义务人的范围及义务的内容,正确适用民法.

 三、物权法律关系与债权法律关系

在财产权法律关系中，依据义务人是否特定，又可分为物权法律关系与债权法律关系。物权法律关系是权利人对物支接支配并排除他人干涉的关系，是特定权利人与不特定义务人的关系。债权法律关系是特定当事人之间的关系，不仅权利人特定，义务人也是特定的。

这种分类有利于进一步明确两种最基本的财产法律关系的特点。

 四、正常实现的民事法律关系与民事责任法律关系

这是根据法律关系形成和实现的不同特点所作的分类。

正常实现的法律关系是指当事人没有违反民事义务的法律关系，民事责任法律关系是当事人违反民事义务并承担责任的法律关系。

这一区分有利分清义务与责任，有利正确适用法律（责任）。

第四节 民事法律事实

状态（时间过程：时效期间、战争状态、下落不明的状态）

 自然事实

 （与人的意志无关） 事件（瞬间发生：出生、死亡）

民事法律事实

 民事法律行为（符合民法规范的行为，意思表示为要素）

 司法行为（限引起民事后果）

 合法行为 行政行为（同上）

 准民事法律行为（法律上的通知：合同异

行为 议通知、催告、不可抗力的通知）

 （意识的行为） 事实行为（先占、无因管理、救助）

 违法行为

 一、民事法律事实的概念

民事法律事实是能够引起民事法律关系产生、变更、消灭的客观现象。民事法律关系的要素是因法律事实结合在一起（产生法律关系）、变更或解体（法律关系消灭的），因此，要素是法律关系内部因素，法律事实是法律关系的外部动因。

 二、民事法律事实的分类

依据是否与人的意识有关，可分为自然事实与行为，自然事实是与人的意识无关的客观现象，又可分为状态和事件。状态是一个时间过程，如时效、战争状态、下落不明状态。事件是瞬间的自然事实，如出生、死亡。行为是人的有意识的活动，主要是符合民法规范的行为，叫民事法律行为，还有某些司法行为、行政行为、准民事法律行为和事实行为。

 三、法律事实的构成

法律事实的构成是指某一民事法律关系的发生、变更、消灭必须有两个或两个以上的法律事实的出现，即单有某一事实不引起法律关系的变动，只有需要的多个事件都出现了才构成法律关系变动的原因。许多法律关系变动只需一个法律事实，特殊法律关系的变动才需不同法律事实的构成。这一区分的目的在于，凡需不同法律事实构成的，法律事实没有全部出现，不产生法律关系的变动。

思考题：

1、什么是民事法律关系？民事法律关系有什么特征？

2、试述民事法律关系的构成要素。

3、简述民事法律关系的分类。

4、什么是民事法律事实及民事法律事实的构成？简述民事法律事实的分类。

第三章 自然人

第一节 自然人的概念

自然人是基于自然规律而出生并具有民事权利能力的人。

自然人是一个法律概念，有两个基本特征：一、自然人必须是基于自然规律而出生的人。自然规律，即必须是人之后代，必须完全离于母体并能存活。因此，胎儿不是自然人；二、必须享有民事权利能力，即被民法赋予其主体资格。如果仅基于自然规律而出生而不能依法享有权利能力，也不是自然人。如依罗马法规定，奴隶不享有主体资格，因而不是自然人，当时叫“homo”，即无人格之人，有人格之人称“persona”。近世欧洲出现团体人格（persona ficta），即拟制人之后，自然人（persona）概念相对产生。

“自然人”与“公民”是两个不同的概念，“公民”是公法上的概念。我国民法理论及民法通则，用“公民”一词，是公私法不分的结果。我国合同法改用“自然人”，民法理论及以后立法，特别是民法总则章案，均使用“自然人”概念。

第二节 自然人的民事权利能力

 一、自然人民事权利能力的概念

自然人的民事权利能力是民法赋予基于自然规律而出生的人参加民事法律关系，享有民事权利和承担民事义务的资格。

权利能力，确切说是“权、义能力”，因资本主义初期以权利为本位，故称权利能力。

民事权利能力与民事权利不是一个概念。1、民事权利能力是享有一切民事权利的资格或前提、原因，享有民事权利是具有民事权利能力的结果。自然人具有民事权利能力，不仅意味着可以享有现行有效法律规定的各种民事权利，并且意味着对将来实施的民事法律规定的民事权利届时也可以享有；2、自然人民事权利能力的范围和内容是法律规定的。依民法总则草案第13条规定，“自然人的民事权利能力一律平等”。这一规定对外国人和无国籍人在我国进行民事活动同样适用。民事权利能力的享有与主体的意思无关，而主观民事权利享有则多取决于主体的个人意愿。民事主体参加的法律关系不同，各自取得的民事权利也不完全相同；3、自然人的民事权利能力涉及民事权利的享有和民事义务的承担，而民事权利不包括义务的内容；4、民事权利能力与主体的人身密不可分，不能放弃、转让、继承，他人也不得限制、剥夺。而主观民事权利可转让、放弃、继承，也可依法被限制、剥夺。

 二、自然人民事权利能力的开始和终止

民法总则草案第12条规定：“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”。依此规定，自然人的民事权利能力始于出生、终于死亡，终生享有。

1、出生

出生是完全离开母体并能独立生存的事实。关于出生，历史上有陈痛说，一部露出说、全部露出说、断脐说、啼哭说、独立呼吸说等。我们采用的是现代医学的标准，即全部离开母体并能独立生存。独立生存指独立的生命现象。

民法总则草案第14条规定：“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，以登记的时间为准。有其他证据足以推翻以上记载时间的，以相关证据证明的时间为准。”

国外许多国家，对出生标准规定是相同的，即以完全离开母体并独立生存为出生。也有少数国家对出生标准有特别规定。如埃塞俄比亚民法典第4条规定，婴儿出生后生存48小时的，视为存活，48小时内死亡的，视为未存活，但先天不足以外的原因例外。

2、对胎儿利益的保护

依我国民法通则规定，胎儿未出生，不享有民事权利能力。但胎儿是未来的自然人，有些利益需特殊保护。

关于胎儿有无权利能力，有两种学说和立法。一是限制人格说，认为胎儿出生前就有权利能力，但离开母体时是死体的，溯及地丧失其权利能力。瑞士、泰国、我国台湾民法均采此主义；二是人格溯及说，认为胎儿出生前不享有权利能力，待出生时溯及地取得权利能力。德、日民法均采此主义。依前说，对胎儿进行一般保护或总括保护，依后说，仅对胎儿进行特殊保护，保护范围依法律规定为准。因此，前者又称概括主义，后者又称列举主义。

我国的特殊保护规定，原仅限于《继承法》第28条：“遗产继承时，应当保留胎儿的继承份额，胎儿出生时是死体的，保留的份额按法定继承处理”。除此，在司法实践中，对赠与、胎儿的损害赔偿请求权也给予特殊保护。

我国民法总则草案第15条总结以往经验规定：“涉及遗产继承、接受赠与等胎儿利益的保护，胎儿视为具有民事权利能力。但是，胎儿出生时为死体的，其民事权利能力自始不存在。” 涉及利益保护视胎儿有权利能力，最后不能出生者除外，是我国立法更科学的规定。学理上可称“有条件视为有权利能力说” ，条件一是存在特殊利益保护，二是出生。

3、死亡

死亡包括生理死亡和宣告死亡。生理死亡是指自然人生命终结的事实。

关于死亡标准，以往有呼吸停止说、心脏停跳说、脑死亡说等。现在，应以全脑死为标准。实践中，一般以死亡登记为准，没有死亡登记的，以事实为准（某日为准）。同一事故的近亲属死亡，涉及财产如何继承，需依法律规定确定死亡时间。最高人民法院关于执行继承法的《意见》第2条规定：“相互有继承关系的几个人在同一事故中死亡，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，如几个死亡人辈份不同，推定长辈先死亡；几个死亡人辈份相同，推定同时死亡，彼此不发生继承，由他们各自的继承人分别继承”。

4、死者人格权益保护问题

自然人死亡，民事权利能力终止，不再享有民事权利。但死者生前享有的某些人格权益，比如名誉权、荣誉权，还有知识产权中的暑名权等，出于社会利益考虑，仍继续保护。这实际上保护的是死者生前的权利，即这些权利的的效力在权利人死后一定时期仍存在，因其客体仍存在并不能转归他人。

第三节 自然人的民事行为能力

 一、定义

自然人的民事行为能力是法律认可的自然人通过自己行为参与民事活动，取得民事权利，承担民事义务的资格。

自然人的民事行为能力有广义、狭义之分。广义的行为能力包括自然人实施合法行为取得民事权利、承担民事义务的资格，以及违反义务承担民事责任的能力。狭义仅指前者。我国民法总则草案采广义概念，但应采狭义概念，分别规定民事行为能力和民事责任能力。本节采狭义定义。

 二、分类

自然人只有达到一定年龄、具备一定的智力水平，也就是对自己的行为具有一定的判断能力，才能享有相应的行为能力。依民法总则草案规定，自然人的行为能力有以下三种：

1、完全民事行为能力

完全民事行为能力，是指自然人能以自已的行为进行一切民事活动，享有民事权利和承担民事义务的资格。依据民法总则草案第16条和第17条的规定，“年满十八周岁的自然人是成年人”，“成年人是完全民事行为能力，可以独立实施民事法律行为”。本草案第18条第2款规定，“十六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”。依上规定，结合相关条款分析，具有完全民事行为能力的自然人有两种，即精神健康的成年人和十六至十八周岁以自己劳动收入为主要生活来源的人。

2、限制行为能力

限制行为能力，是指自然人只能进行与其年龄、智力状况相适应的部分民事活动，其他民事活动需经监护人同意方可进行或由法定代理人进行。依据民法总则草案第18条规定，“六周岁以上的未成年人，为限制民事行为能力人，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；实施其他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。”民法总则草案第21条规定，“不能完全辩认自己行为的成年人，为限制民事行为能力人，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；实施其他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。”依上规定，限制行为能力人包括六周岁以上的未成年人和不能完全辩认自己行为的成年人。

3、无行为能力

无行为能力，是指自然人完全不具有以自己的行为从事民事活动的能力。依民法总则第20条分两款规定，“不能辩认自已行为的成年人，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。” “六周岁以上的未成年人不能辨认自己行为的，适用前款规定。” 该草案第19条规定，“不满六周岁的未成年人，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。”

以上规定，是基于普通人标准划分的三种类型。行为能力的依据是自然人为具体民事行为时判断能力，如法律对完全行为能力和无行为能力的规定与具体事实不一致，应以事实为依据。限制行为能力的年龄差别较大，应依具体情况认定行为人有无行为能力。法律有强行性规定的例外。

依民法总则草案第23条规定，对不能辨认或者不能完全辨认自己行为的成年人，可经利害关系人申请，由人民法院宣告为无行为能力人或者限制行为能力人。这主要是对后天患病者适用的，当然，对先天性的患者，如有必要，也可以适用。本条又规定，被宣告无行为能力或者限制行为能力后，根据健康恢复状况，经本人或者利害关系人或者有关组织申请，人民法院可宣告他为限制行为能力人或完全行为能力人。有关组织包括本人住所地的居民委员会、村民委员会，学校、医疗卫生机构、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。

第四节 自然人的民事责任能力

自然人的民事责任能力，是民法规定的自然人承担民事责任的资格。

民事责任能力，与民事行为能力有联系也有区别。联系主要表现在没有法律关于责任能力的特别规定，依行为能力的规定认定有无责任能力。如，关于违约责任，只要依行为能力规定当事人可独立订立合同，就有相应的违约责任能力，法律对违约责任能力不作特别规定。区别，主要是针对的情况不同，行为能力是合法行为的能力，责任能力是因违法行为承担责任的能力。违约都是违法的，是过错行为。过错侵权也是违法的。对违约，准用行为能力规定认定为责任能力。对过错侵权责任能力，又称侵权行为能力，许多国家均作出规定。我国民法典侵权行为法学者建议稿（社科院稿）第3条，规定了侵权责任能力，即“无民事行为能力人对自己造成的损害不承担民事责任。限制行为能力人对其能够认识的行为造成的损害承担民事责任。”“因过错使自己暂时丧失辩别能力的人造成损害的，应当承担民事责任”。从这一规定也可以看出与行为能力的另一点不同，行为能力的适用有灵活性，如不满十周岁的人也有相应行为能力，而责任能力适用是强制性的，无行为能力人造成任何损害都不承担责任，即都无责任能力。

民事责任能力，仅仅是承担过错责任的能力。至于有财产的无行为能力人造成他人损害，首先从其财产中支付赔偿费用，是公平责任问题，财产不是责任能力的依据。

第五节 失踪宣告与死亡宣告

 一、失踪宣告

1、定义：失踪宣告是自然人下落不明满一定期限，经利害关系人申请，由法院宣告该自然人失踪的制度。

2、意义：稳定社会秩序，保护失踪人和其他利害关系人。

3、条件：

 ① 自然人下落不明。

② 达法定期间。民法总则草案第38条规定：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他为失踪人。依本草案第39条规定，战争期间下落不明的，从战争结束之日起计算。

③ 利害关系人申请。

④ 由人民法院宣告。法院受理后，发布寻找失踪人公告，公告期为三个月，期满后宣告。

4、法律后果：确定财产代管人。代管人应履行义务，否则应承担责任。

5、失踪宣告的撤销：民法总则草案第43条规定：被宣告失踪的人重新出现，经本人或利害关系人申请，人民法院应当撤销对他的失踪宣告。

撤销之后，财产代管关系终止。

 二、死亡宣告

1、定义：宣告死亡是自然人下落不明达一定期限，经利害关系人申请，由法院宣告该人死亡的制度。

2、条件：

 ① 自然人下落不明。

② 达法定期间。民法总则草案第44条规定：自然人离开自已的住所下落不明满四年，意外事故情况下下落不明满两年的，经利害关系人申请，人民法院可以宣告该人死亡。战争期间下落不明的，从战争结束之日起算。民事诉讼法第167条规定：意外事故下落不明经有关机关证明该自然人不可能生存的，利害关系人即可向法院申请宣告死亡。

③ 利害关系人申请。

④ 人民法院宣告死亡。受理后发布寻找失踪人公告，公告期一年，期满可宣告死亡。

3、意义：保护利害关系人的利益。

4、法律后果：同于自然人死亡。婚姻终止，继承开始。但，如未死亡，在其他地方进行的法律行为有效。宣告死亡与自然死亡时间不一致，宣告死亡引起的法律后果有效，如自然死亡前实施的民事法律行为与宣告死亡法律后果相抵触，以其实施的民事法律行为为准。

5、撤销：自然人重新出现或确知他生存，本人或利害关系人应申请撤销。撤销后，取得其财产的，原物存在的返还原物，原物不存在的，适当补偿。婚姻关系，如另一方未再婚，可自然恢复。如已再婚，不可自然恢复。其子女被人收养的，收养有效。

 利害关系人有人申请宣告失踪，有人申请宣告死亡，符合宣告死亡条件的，宣告死亡。

宣告死亡确认的死亡时间为失踪人死亡时间，未确定死亡日期的以宣告之日为准。

第六节 监护

 一、定义

监护是为限制民事行为能力人、无民事行为能力人设立监护人保护其利益的制度。

 二、分类

1、法定监护：法律直接规定监护人的制度。民法总则草案第26条规定：未成年人的法定监护人依次为：父母；祖父母、外祖父母；兄姐；其他愿意担任监护人的个人或组织并经未成年人所在地居民委员会、村民委员会、民政部门同意的。民法总则草案第27条规定：无行为能力和限制行为能力的成年人的法定监护人依次为：配偶；父母、子女；其他近亲属；其他愿意担任监护人的个人和组织经被监护人住所地的居民委员会、村民委员会、民政部门同意的。

2、指定监护：依有关部门的指定产生监护人的制度。适用于对监护有争议或无法定监护人的情况；指定部门：法院、居民委员会、村民委员会；按监护人顺序，考虑被监护人利益指定。

3、遗嘱监护：父母可通过遗嘱指定监护人。。

4、老年监护：为老年人生活提供帮助的制度。我国人大常委会2012年12月28日修正的老年人权益保障法第26条规定：＂具备完全民事行为能力的老年人，可以在近亲属或者其他与自己关系密切、愿意承担监护责任的个人、组织中协商确定自己的监护人。监护人在老年人丧失或者部分丧失民事行为能力时，依法承担监护责任。＂＂老年人未事先确定监护人的，其丧失或者部分丧失民事行为能力时，依照有关法律的规定确定监护人。＂国外上世纪后期已有规定，为高龄化社会问题。

 三、监护人的职责

1、保护被监护人的利益；

2、代理被监护人进行民事活动；

3、对被监护人致人损害承担民事责任；

4、对被监护人承担违反义务的责任（指老年监护）。

 四、监护的终止

被监护人取得或恢复完全行为能力；一方当事人死亡；监护人丧失行为能力；被依法撤销监护；解除监护合同。

 第七节 个体工商户 农村承包经营户

 个体工商户和农村承包经营户为我国个体经济的基本经营单位，是与自然人密切联系的事实上民事关系的主体。

 个体工商户是经依法登记，从事工商业经营的以户为基础的组织，可以起字号，有相应的权利能力和行为能力。关于债务，个人经营的以个人财产承担；家庭经营或难以确定是否以家庭经营的，以家庭财产承担。

 农村承包经营户是农村集体组织成员取得农村土地承包经营权并以家庭承包经营的农户。债务由农户承担；部分成员经营的由部分成员承担。

思考题：

1、什么是自然人的民事权利能力？民事权利能力与民事权利有什么联系和区别？

2、试述自然人民事权利能力的开始和终止。

3、什么是自然人的民事行为能力？试述民法总则草案关于自然人民事行为能力的规定。

4、什么是失踪宣告？失踪宣告应具备什么条件？

5、什么是死亡宣告？死亡宣告应具备什么条件？

6、什么是监护？试述监护的分类及监护人的职责。

第四章 法人

第一节 法人的概念和特征

 一、定义

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。

 二、特征：

1、法人是一种社会组织。与自然人不同，自然人是生命体，法人是社会组织，有机构、名称、工作场所、章程等；

2、决定法人资格的是该组织具有的一定数量的财产或者经费。与自然人、合伙不同。

3、法人是独立享有民事权利能力和民事行为能力的主体。包括独立承担民事责任。与合伙不同。

第二节 法人的历史沿革

略

第三节 法人成立的条件

民法总则草案第56条规定，法人的条件为：依法成立；有自己的名称、组织机构和住所、财产或者经费。

一、依法成立：包括成立的程序合法和法人的活动宗旨合法。成立的程序有：1、经核准登记或上级主管部门批准；2、依章程；3、依法律。

二、有必要的财产或者经费。必要，以满足法人日常活动需要为准。有法律规定的最低财产额的，依法律。

三、有自己的名称、组织机构和住所。名称是区别法人的标志，一般反映隶属关系和业务性质。组织机构包括：意思机构，如股东大会、社员大会；执行机构，如董事会、理事会、厂长、经理、校长等；监督机构，如公司监事会。住所是法人经常活动的中心地点，是主办事机构所在地。

法人的设立人为设立法人进行的民事活动，法律后果由设立后的法人承担。法人未能设立的，由设立人承担。设立人为两人以上的，连带承担债权债务。设立人为设立法人以自己名义进行的民事活动产生的民事责任，第三人有权选择法人或者设立人承担。

法人可设分支机构，法律规定设分支机构应办理登记手续的应予办理。分支机构以自己名义进行的民事活动，由法人承担民事责任。

第四节 法人的本质

法人的本质指法人究属何种事物。

一、拟制说

认为权利义务主体限于自然人，法人是比照自然人而拟制的主体（德萨维尼力主此说）。

二、法人否认说

否认法人实体存在，有无主财产说，受益人主体说与管理人主体说。无主财产说认为法人实质是无主而为特定目的使用的财产（德布林兹首倡）。受益人说认为法人本质上为财产利益之受益人（德耶林首倡）。管理人说认为法人本质为其财产管理人（德霍达首倡）。

三、法人实在说

认为法人与自然人一样为社会存在的实体，有有机体说、组织体说。有机体说认为法人为共同意思构成的团体主体，自然人为个人意思构成的个人主体（德基尔特为代表）。组织体说认为法人不是社会的有机体，而是适于为权利主体的组织体（法米休所倡）。

以上三说，均有一定道理，又都有不科学之处。拟制说与古代社会相符而与现代社会不符，主体均为法律所拟制，不存在相对自然人的拟制法人问题。否认说中的无主财产说以财产只能为自然人所有为基础，与事实不符。受益人或管理人均为法人事物的某一方面而非本质。法人实在说只是说明法人为实际的存在而没有说明这一存在事物的本质是什么。

我认为法人本质为脱离出资人而独立存在的财产。

第五节 法人的分类

1. 传统民法分类或学理分类

公法人与私法人。这是按法人设立的法律依据不同划分的。根据公法设立的是公法人，如各种国家机关法人；根据私法设立的为私法人，如各种公司。前者主要履行国家职能，后者主要实现自身利益。

社团法人和财团法人。这是以有无组织成员划分的。社团法人有组织成员，如学校、公司；财团法人仅有财产而无组织成员，如各种基金会。

公益法人与营利法人。这是依法人的目的、活动性质划分的。以公益为目的的法人为公益法人，如国家机关、慈善组织（红十字会等）；以营利为目的的法人为营利法人，如公司。

企业法人与非企业法人。这是以是否从事生产或经营划分的。前者如工厂、商店；后者如国家机关、各种基金会。

1. 我国民法总则草案的分类

我国民法总则草案，将法人分为营利法人、非营利法人、特别法人，有所创新。此分类充分体现民商合一私法体系民法总则法人制度对公司等商事主体的统领和商法对民法的影响。其创新就是规定了营利法人、非营利法人之外特别法人的主体地位。

（一）营利法人

1. 营利法人的概念

 营利法人即以取得利润并分配给其股东等出资人为目的成立的法人，包括有限责任公司、股份有限公司和其他企业法。

2. 营利法人的设立

设立营利法人必须制定章程，必须依法登记并获得营业执照，营业执照签发日期为法人成立日期。

3. 营利法人的组织机构

营利法人的组织机构包括权力机构、执行机构、监督机构。权力机构为股东会等出资人会，行使修改章程、决定执行机构和监督机构成员以及章程规定的其他权力；执行机构为董事会或者执行董事，董事长或者执行董事或者经理依章程担任法定代表人。不设董事会或者执行董事的，章程规定的主要负责人为执行机构和法定代表人；监事机构为监事会或监事，对执行机构成员及高管人员执行职务进行监督、检查法人财务以及行使章程规定的其他职权。

1. 营利法人的法人格否认

法人格否认是在出资人滥用出资人权利损害法人债权人利益和社会公共利益时，就法律关系中的特定事实，否认法人格与出资人有限责任，追究滥用权利者的无限责任的制度。法人格否认法理主要适用于营利法人，适用于其他法人的情况极少。

法人享有民事权利能力和民事行为能力，有财产或者经费保证其独立进行民事活动，以其财产对外承担民事责任，出资人对法人债务只限其出资承担有限责任。出资人的有限责任是一种特权，是以保证法人出资及法人独立进行民事活动为条件的。出资人滥用出资人权利，如虚假出资、抽逃资金、母子公司混同、操纵等，必然损害法人债权人或者其他出资人利益，滥用权利者就不能再享有有限责任特权，而应承担民事责任。滥用法人独立地位和出资人有限责任造成债权人损失的，适用法人格否认法理，对法人债务承担连带责任。

法人格否认法理，其目的在于保护法人债权人利益，维护社会公平正义。法人格否认，不是法人格终止，而是一时性或一次性否认，不影响法人的其他民事活动和其他民事法律关系。

1. 营利法人的社会责任

营利法人的社会责任，是营利法人对社会应尽的义务，包括遵守商业道德、维护交易安全，接受政府和社会监督，履行保护环境义务等。

 （二）非营利法人

1. 非营利性法人的概念

 非营利性法人，是指为公益目的或者其他非营利目的成立的、不向其出资人或者设立人分配所取得利润的法人。包括作为公益法人的事业单位、基金会、社会服务机构，以及为社会公益或者会员共同利益的社会团体法人。非营利法人不但不能向出资人或者设立人分配利润，而且在法人终止时，其剩余利润也不得向这些人分配，剩余财产按章程或者权力机构决定用于公益目的，否则由主管机关转给宗旨相同或者相近的公益法人并向社会公告。

1. 事业单位法人

事业单位法人是为社会公益依法设立的非营利法人。需依法登记的，经登记而成立并取得法人资格；不需登记的，从成立之日取得法人资格。事业单位法人应设理事会并作为决策机构，法定代表人依章程规定产生。法律另有规定的依照其规定。

3. 社会团体法人

社团法人是基于会员共同意愿，为实现公益目的或者会员共同利益依法设立的非营利法人。需依法登记的，登记后取得法人资格；不需登记的，成立之日起取得法人资格。成立社团法人必须制定章程。社团法人的权力机构为会员大会或者会员代表大会，理事会为执行机构，理事长或者会长为法定代表人。

 4.捐助法人

捐助法人是以公益为目的、以捐助财产设立的基金会、社会服务机构等非营利法人。宗教活动场所符合法人条件的，可申请取得捐助法人资格。捐助法人应当设理事会、民主管理组织作为决策机构并设执行机构、监事会等监督机构，理事长等负责人为法定代表人。捐助人有权查询财产使用情况并提出使用意见和建议，捐助人和利害关系人、主管机关对捐助法人违反章程的决定可请求法院撤销，但不影响与善意第三人形成的民事法律关系。

（三）特别法人

特别法人是难以完全用营利、非营利衡量的法人，包括机关法人、合作经济组织法人、基层群众性自治组织法人。

有独立经费并承担行政职能的法定机构为机关法人，从成立之日具有法人资格，可进行履行职能所需的民事活动。机关法人被撤销，法人终止，债务由继续履行其职能的机关法人承担，无继续履行机关由撤销该机关的机关法人承担。

农村集体经济组织（村、乡）自成立时取得法人资格，有特别规定的，依照其规定。

城镇、农村合作经济组织自成立时取得法人资格，有特别规定的，依照其规定。

居民委员会、村民委员会为基层群众自治组织，可从事与履行职能相关的民事活动。未设立集体经济组织的，由村民委员会代行村集体经济组织的职能。

1. 非法人组织

非法人组织是不具有法人资格但依法能以自己名义进行民事活动的组织，包括个人独资公司、合伙企业、无法人资格的专业服务机构和其他组织。

非法人组织应依法登记，应经有关部门批准的应履行批准手续。

出资人或者设立人负无限责任，法律另有规定的依照其规定。

可确定一人或者数人代表非法人组织进行民事活动。

非法人组织的解散原因：章程规定的存在期限届满、其他解散事由出现；出资人或者设立人决定解散；法律规定的其他情形。解散应予清算。

第六节 法人的设立、变更和终止

 一、历史上，法人设立有五种主义：

1、自由设立主义。欧洲中世纪盛行，易生弊端，法人、合伙难分，近代仅瑞士对非营利法人采用；

2、特许设立主义。经国家特别立法或元首特别许可。法人制度产生初期的原则，因限制过严，现除法国外均不采用。但，国家机关的设立仍为特许主义，我国亦同。

3、核准主义（行政许可主义）。经行政机关许可，符合法定条件登记取得法人资格。我国对各种社会团体（协会、学会、研究会、行业团体、基金会等）采此主义。德国对财团法人、日本对公益法人采此主义；

4、准则设立主义（注册登记主义）。法律先规定条件，具备条件后经登记取得法人资格。德国对社团法人、日本对营利法人采此主义。我国对有些有限责任公司采此主义。

5、强制许可主义。国家对某些特殊产业或特殊团体强制设立法人。

 二、法人的变更

法人的变更指组织形式及其他重要事项的变更。

 原两个或两个以上合并以一个新法人

 合并

 一个法人归并到另一个法人中（归并）

法人组织形式变更

 从一个法人中分出一个或几个新法人

 分立

 一个法人分为几个新法人（分散）

法人合并的，原法人的民事权利义务依法或协议由合并后的法人享有或承担。

法人分立的，原法人的权利义务由分立后的法人享有连带债权，承担连带债务，债权人和债务人另有约定的除外。

其他重要事项的变更包括经营范围、注册资本、名称、住所等。

法人变更应予登记并公告，不须登记的应公告。

 三、法人的终止

指法人资格消灭

法人终止的原因：

1. 依法解散包括：

法人章程规定的存续期间届满或者法人章程规定的其他解散事由的出现；

法人权力机构决议解散；

因法人合并或者分立而解散；

法人依法被吊销营业执照、登记证书，被责令关闭或者被撤销；

法律规定的其他情形。

3、破产。

4、其他原因。

四、清算

法人终止，应进行清算。清算结束，法人资格消灭。

法人的董事、理事等执行机构成员为清算义务人，另有法律规定或者权力机关决议的除外。法人解散，清算义务人应及时组成清算组进行清算。清算期间，法人存在，但不能进行与清算无关的活动。清法程序依相关法律规定。清算结束，完成法人资格注销，法人终止。不需注销的，清算结束法人即终止。

第七节 法人的民事能力

 一、法人的民事权利能力

法人的民事权利能力是法律赋予的法人能够参加民事法律关系、享有权利和承担义务的资格。与自然人相比，有如下特点：

1、自然人的民事权利能力始于出生、终于死亡，法人的民事权利能力始自成立、终于消灭。

2、自然人民事权利能力相同，法人不同（与业务范围一致）；

3、某些自然人人身为前提的权利能力法人不享有，而某些以法人资格为前提的民事权利能力自然人也不能享有。

 二、法人的民事行为能力

法人的民事行为能力是法律赋予的法人以自己的意思参加民事法律关系、取得民事权利和承担民事义务的资格。与自然人相比有如下特点：

1、法人的民事权利能力与民事行为能力同时存在，自然人虽从出生始有民事权利能力，但须到一定年龄且具一定智力水平才有相应行为能力；

2、法人的民事权利能力与民事行为能力范围一致，自然人则不一定；

3、法人的民事行为能力一般由法人机关行使，自然人的民事行为能力一般由本人行使。

三法人的法定代表人

依照法律规定，代表法人从事民事活动的负责人为法定代表人，其以法人名义进行的活动后果由法人承担。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。

 四、法人的民事责任能力

法人的民事责任能力，又称法人的侵权责任能力，是法人因过错侵害他人而依法承担责任的能力。

有肯定说、否定说、无关说。我赞成肯定说。

思考题：

1、什么是法人？法人有什么特征？

2、试述法人的成立条件。

3、试述法人的本质。

4、简述法人的分类。

5、试述法人的设立主义。

6、简述法人组织形式的变更。

7、简述法人的终止原因。

8、试述法人的民事权利能力和民事行为能力。

第五章 物

第一节 物的概念和特征

民法上的物，是指独立于人身之外，可以为人们所控制，具有某种价值的自然存在或人工创造的物质财富。

特征：

1、物是存在于人体之外的占有一定空间的物质。

人体虽为特殊法律关系的客体，但与法律关系的客体物相区别。物是财产法律关系的客体，必然独立于人身之外。

物，必须占有一定的空间，包括宏观物质和微观物质。古代民法，物限于人的感观所能看到的宏观物质，现代民法，物包括象电、热、气等能源物质（微观物质）及空间等。

物占有一定空间，也包括数据网络财产、虚拟财产占有的网络空间，它们事实上已成为扩展、优化客观物质的财产存在形式，是民事法律关系的客体。

物存在于人体之外是相对而言的，不排除人体之一部或供医学研究用的尸体作为法律关系的客体有偿转让。

2、物能够满足人们在生产或生活上的某种需要，即必须具有使用价值。没有使用价值的物，不可能成为民事法律关系的客体（如有害无用的菌类）。

3、物必须能为人们所实际控制和支配。如果不能控制和支配，虽有使用价值，也不能成为民法上的物（如太阳、月亮、雷电）。

4、物必须独立为一体，这是物作为法律关系客体的先决条件。如汽车为物，可作为买卖汽车合同的客体，而汽车的某一部分，就不是民法上的物。

第二节 物的分类

根据不同的标准，可以将物分为不同的种类。每一分类具有不同的法律意义。

 一、流通物和限制流通物

根据法律是否禁止或限制流通，可以将物分为流通物与限制流通物。实践中，流通物是大量的。限制流通物是一些特殊物质，主要是为了维护国家的经济秩序及社会安全。

限制流通物主要包括：

1、国家专有物质，包括国家专有的自然资源和物资设备。如矿藏、水流、铁路、航空、邮电通讯、国家军工物资设备等。

2、国家或集体所有的土地和其他自然资源。

3、历史文物。

4、危险物品。如武器、弹药、爆炸物，以及麻醉药品和其他剧毒品。

 二、特定物与种类物

特定物是指具有单独特征不能以其他物代替，或当事人商定不许以其他物代替的物。如某座房屋或当事人选定的某台机器等。

种类物是指具有共同特征和经济意义能够用度量衡加以计量的，并可以用相同的品种、规格、质量互相替代的物。如布匹、粮食等。

区分特定物与种类物的法律意义在于：

（1）所有权转移的时间不尽相同。

 特定物的所有权有的可以从法律或合同规定的时间起转移，有的则从物交付时起转移。而种类物的所有权则一般从物交付时起转移。也就是说，对特定物的所有权转移时间更有约定的必要。

（2）对标的物的返还要求不同，在需要返还标的物的合同中，以特定物为标的的合同，如租赁、借用等，合同终止时应当返还原物。而以种类物为标的的合同，如消费借贷合同终止时只能返还数量、质量相同的种类物，而不能返还原物。

（3）标的物灭失后的责任不同。标的物为特定物的债，该物在交付前灭失，可免除债务人交付该物的义务。而标的物为种类物的债，在交付前灭失时，一般不能免除债务人交付同等种类物的义务。

 三、动产与不动产

不动产是指不能移动或移动则会损害其经济用途和使用价值的物。主要指土地和与土地相联结的永久建筑物。

动产，指可以移动，移动后并不损害其经济用途和使用价值的物，包括不动产以外的物质财富。

区分动产与不动产的法律意义在于：

（1）所有权转移程序不同。

不动产转移所有权时，一般需要管理部门办理产权过户登记手续。而动产转移所有权，除法律有特别规定以外，则不需要办理特别登记。

（2）审判管辖不同。因不动产提起的诉讼，由不动产所在地人民法院管辖，属于专属管辖。因动产提起的诉讼，由被告所在地人民法院管辖，属于地域管辖。

（3）适用法律不同。在涉外民事法律关系中，因不动产提起的诉讼，一般适用不动产所在地法律。即使在国内民事法律关系中，因不动产提起的诉讼，也要适用不动产所在地的有关法律。

 四、可分物与不可分物

可分物是指分割后并不损害其经济用途和使用价值的物。如货币、粮食、煤炭等。不可分物是指分割后即不符合其经济用途或显然降低其使用价值的物。如一头牛、一台机器、一处房屋等。

区分可分物与不可分物的法律意义在于：

（1）分割共有物的方式不同。分割的共有财产如果是可分物，则可以进行实物分割，否则只能作价补偿或变价分割。

（2）在多数人之债中，享有债权和承担债务的形式不同。在多数人之中，标的物如果是可分物， 通常情况债权可以按份享有，债务可以按份承担；标的物如果是不可分物，在法律和合同没有特别规定时，债权则连带承担。

 五、消耗物与不消耗物

消耗物是指经一次使用即改变其原有形态、性质的物，即只能使用一次。不消耗物是指可以经多次使用方可改变其形态、性质的物，即可多次使用，逐渐或分次消耗。如粮食为消耗物，衣服为不消耗物。

此类区分的意义在于说明，是否消耗物与特定的合同性质有关，如消费借贷合同的标的物只能是消耗物，租贷合同、使用借贷合同的标的物只能是不可消耗物。

 六、主物与从物

在存在两个或两个以上的物并能看出主从关系时，可将物分为主物与从物。主物是指起主要作用的物，从物是起辅助作用的物。如电视机与遥控器、马与马鞍。主物可独立存在。

区分主物与从物的意义，在于如果没有法律的特别规定或合同的特别约定，从物的所有权随主物转移。

 七、原物与孳息

原物是能产生收益的物。孳息是由原物产生的收益。孳息分为天然孳息与法定孳息。天然孳息是依物的自然属性产生的收益，如苹果树结出苹果，母畜产下的子畜。法定孳息是依法律规定产生的收益，如存款的利息。

区分原物与孳息的意义在于明确，如无法律特别规定或合同特别约定，孳息的所有权随原物转移。

物的一般分类有以上几种。除此，物还可以分为固定资产与流动资金，生产资料和生活资料。固定资产是经多次长期使用转移其价值的物，流动资金是一次使用的物质。这种分类可以说明法人组织的财产构成不同以及流通性质不同。生产资料是用于生产消费的物，生活资料是用于生活消费的物。这种分类可说明物的消费目的不同。

第三节 货币和有价证券

货币和有价证券是特殊的物。

货币是一般等价物，与许多法律关系发生联系，是支付手段，但作为法律客体则与借贷、存款合同等相关。

有价证券是指直接设定并能直接实现某种财产权利的书面凭证。如支票、股票、国库券等。

有价证券的法律特征主要有：

（1）它所设定的是某种财产权利。

 它的内容必须是为持券人直接设立一定的财产权，而不能是其他内容的权利，因此，有价证券是一种财产权的凭证。车票、船票、机票、邮票，之所以不应视为有价证券是因为它们为持票人所设立的并非是直接的财产权利。

（2）它可以直接实现某种财产权利，由于证券与财产权利不能分离，只要权利人提出这种凭证，就可以直接实现证券所设定的权利。而且只有在权利人提出证券时，义务人才履行他对证券内容所承担的义务。

思考题：

1、什么是物？物有哪些法律特征？

2、试述物的分类及其法律意义。

3、什么是有价证券？有价证券有什么法律特征？

第六章 民事权利与民事义务

第一节 民事权利的概念

民事权利是民事主体享有的为实现某种利益为一定行为或不为一定行为的法律之力。

1、享有者是民事主体；2、目的是实现某种利益；3、方式是为一定行为或不为一定行为；4、本质是法律之力。

关于民事权利的本质，有意思说、利益说、法力说。意思说认为，权利为个人意思自由活动或自由支配的范围，本质为个人意思。此说不能解释无行为能力人为什么享有权利。利益说认为，权利的本质为法律保护的利益。但象遵守交通规则也是利益，不过不是权利而是义务，此说不能解释。法力说认为权利本质上是法律赋予的力量，源自私力，即劳动成果的交换，等量劳动的交换，劳动力交换，被法律认可，转化为公力，凭公力实现，凭此可为一定行为或不为一定行为。法力说为通说。

前苏联法学讲权利是一种可能性也不科学，权利不仅是可能的，也是现实的。

第二节 民事权利的分类

 一、财产权与人身权

这是以民事权利有无直接的财产内容划分的。财产权是具有直接财产内容的权利。物权、债权都是财产权。人身权是与具体的人身不可分离而无直接的财产内容的权利。人身权可分为人格权与身份权。人格权是与人的主体资格密切联系的权利，包括生命健康权、姓名权或名称权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权等。身份权是基于民事主体的特殊身份享有的权利，包括亲属权（亲属间的身份权）、亲权（父母对子女的教育监护权）、配偶权（夫妻间的权利）。

 二、绝对权与相对权

这是根据民事权利的效力范围和内容不同划分的。绝对权是效力及于权利人之外的一切人的权利，即除了权利人之外的人都是义务人。相对权是效力及于特定人的权利，即义务人是特定的人。前者，如所有权、人身权、知识产权，后者如债权。

 三、既得权与期待权

既得权是具备权利实现条件的权利，期待权是不具备权利实现条件而只能期待将来实现的权利。如继承权，在不具实现条件时为期待权，具备条件实现时为既得权。与此类似的分类有主观权利（既得权）和客观权利（包括期待权）。

 四、 原权与救济权

这是以权利的派生关系为标准划分的。原权即原有的权利，救济权是因原权利受侵害而产生的权利。如财产所有权受侵害产生损害赔偿请求权，前者为原权，后者为救济权。这一分类与源权与派生权不同，源权又称母权，即产生其他权利的权利，派生权是从源权产生的权利。如环境权是源权，由此派生出景观权或嘹望权、通风权、采光权、安宁权等许多权利（此非基本分类）。

 五、支配权、请求权、形成权、抗辩权

这是根据民事权利的实现方法及作用不同划分的。

支配权是权利人可以直接对标的物进行管理和支配的权利。如所有权，其权利人可直接管理、支配所有物并排除他人干涉。

请求权是权利人请求他人为一定行为或不为一定行为的权利。债权是请求权，权利人可请求义务人为一定行为或不为一定行为，也可请求法院强制义务人履行义务。

形成权是指权利人凭自己单方的行为即可使民事法律关系产生、变更或消灭的权利。如追认权、撤销权。

抗辩权是对抗他人权利的权利。如采抗辩权发生说的诉讼时效制度，时效之后，义务人主张时效利益的权利就是抗辩权，即对抗了权利人的请求权，致其不能实现。这是永久性抗辩权。还有，对未到期的债务，债权人请求履行，债务人可以未到期拒绝履行。这是暂时性的抗辩权。

 第三节 我国民法总则草案规定的民事权利

 一、民法总则规定民事权利的意义

 （一）彰显我国民法是民事主体的权利宣言书，进一步规定了民事主体充分的民事权利

 1986年4月12日通过的民法通则，规定了民事权利一章，被国外誉为“中国的权利宣言书” 。制度民法总则，在民法通则基础上进一步规定了民事主体享有的15种人格权，以及其他财产权、人身权，进一步彰显我国民法权利本位、权利宣言书的意义，丰富了民事主体的民事权利，多于世界上任何一个国家民法规定的民事权利种类，体现了中国特色社会主义人权的充分性。

 （二）统领民法典体系

 我国民法典体系，是基于中国开改开放形成的中国特色社会主义道路的实际，是在社会主义市场经济法律体系中的民法体系基础上编纂而成。除民法总则是在民法通则和02年民法草案基础上制定外，其他分编是在物权法、合同法、侵权责任法、继承法、婚姻法基础上编篡而成，不设债权总则，知识产权、人格权暂不列入。因此，总则的民事权利一章应统领民法典分编，不仅对主要的人格权作出原则规定，还要规定物权，债权及其合同、侵权无因管理、不当得利之债，继续权，婚姻自主权以及知识产权以，以体现民法体系的完整性。

 二、人格权

（一）人格权是体现或者表明民事主体法律地位所应享有的权利，应有而未有或者不充分，就会丧失人格或者人格贬损。

（二）人格权的种类

1. 自由权：自然人的人身自由不受限制，可以自由地从事与其职业和生活相适宜的活动。除法律规定外，人身免于搜查与拘押。自由权是本源性权利，体现为合同自由、婚姻自由、遗嘱自由、结社自由以及民事活动的自愿原则。

2. 尊严权：人格尊严受法律保护，任何人、任何组织不得侵犯。人格尊严是本源性权利，是许多人格权的基础。

3. 生命权：自然人享有生命权，除人民法院判决外，任何人、任何组织不得剥夺自然人的生命。禁止安乐死，提倡尊严死。未期病人的治疗，尊重其预嘱。

4. 健康权：自然人享有身体的、精神的并有社会保障的健康的权利，有权获得维持其健康必要的住房、教育、食品、饮用水、经济收入、良好的生态环境和安宁的条件及社会公平与平等的待遇。

5. 身体权：自然人有维持其身体组织完整并依法捐献其器官和死后遗体受法律保护并体面安葬的权利，禁止侵害或者非法搜查自然人的身体。

6. 姓名权：自然人享有姓名权，有权依法决定、使用和改变自己的姓名，禁止他人非法干涉、盗用、假冒和侵害自然人的姓名。具有知名度的别名、笔名等受法律保护。

7. 肖像权：自然人享有肖像权，未经本人同意，不得制作、使用自然人的肖像，法律另有规定的除外。禁止侮辱、丑化自然人的肖像。

8. 名誉权：民事主体享有名誉权，有权获得荣誉及其产生的利益，任何人、任何组织不得侵犯。

9. 隐私权：自然人享有隐私权，禁止非法获得、披露、利用他人隐私。

10. 婚姻自主权：自然人的婚姻由自己决定，禁止非法干涉、包办他人婚姻。

11. 名称权：法人及其他非法人组织享有名称权，有权依法决定、使用、变更自己的名称。禁止非法干涉、盗用、假冒法人及非法人组织的名称。

12. 信息控制权：自然人有权控制个人信息，任何人、任何单位不得超出合理使用范围未经允许非法使用个人信息。

尚未规定的人格权：信用权、环境人格权、受教育权。信用权可通过扩大解释名誉权涵摄。环境人格权、受教育权可通过扩大解释健康权、尊严权确立。

二、身份权

身份权是在人身关系中基于特定当事人的身份享有的权利，一般是指亲属关系中的亲属权、配偶权。当然，法人法定代表人也是一种身份，也可以说是一种身份权，但有别于亲属关系中的身份权。

三、物权

物权是权利人依法对特定的物享有的直接支配和排他的权利，包括所有权、用益物权和担保物权。物权受平等保护，征收征用给予合理补偿。物权关系由物权编具体规定。

四、债权

债权是特定财产关系中一方当事人对另一方当事人享有的权利，权利人可以向义务人请求为一定行为或者不为一定行为以实现自己的利益。引起债权产生的原因有合同、侵权行为、无因管理和不当得利等。

合同是民事主体之间设立、变更、终止民事法律关系的协议，由合同编具体规定。

侵权行为是行为人侵犯他人绝对性民事权利的行为，依法产生侵权责任之债，由侵权责任编具体规定。

无因管理是没有法定或者约定的义务，为避免他人利益损失进行管理或者服务而形成的债，无因管理人有权请求受益人偿还由此支付的必要费用。

不当得利是没有合法根据取得不当利益并造成他人损失，依法形成不当得利之债，受损失者有权请求不当得利人返还不当利益。

五、知识产权

知识产权是民事主体对智力成果依法享有的权利。

知识产权的客体包括：作品；发明、实用新型、外观设计；商标；地理标志；商业秘密；集成电路布图设计；植物新品种；法律规定的其他客体。

知识产权暂不列入民法典，由法典之外的著作权法、专利法、商标法等法律调整。

六、继承权

继承权是继承人继承被继承人财产的权利，由继承编具体规定。

七、股权和其他投资性权利，主要由商事法律调整。

八、未成年人、老年人、残疾人、妇女、消费者的民事权利，由特别法规定。

第三节 民事权利的行使与保护

1. 民事权利的行使原则
2. 自愿行使，不受干涉；
3. 禁止权利滥用；
4. 节约资源、保护环境；
5. 弘扬中华优秀文化，践行社会主义核心价值观。

二、民事权利的保护

保护涉及许多法律和制度。本节只涉及民事诉讼的保护方法。

（一）确认之诉，即确认某项权利是否存在的诉讼；

（二）给付之诉，即请求法院责令义务人履行某种给付义务的诉讼；

（三）形成之诉，即请求法院变更或消灭某种法律关系从而形成新的法律关系的诉讼。

第四节 民事义务

民事义务是义务人为满足权利人实现权利而必须为一定行为或不为一定行为的法律拘束。

1、义务的本质是法律拘束；

2、目的是实现权利人的权利；

3、方式是义务人为一定行为或不为一定行为。

民事义务可以分为作为义务与不作为义务、明定义务与附随义务。作为即为一定行为，不作为即不为一定行为。明定义务，法律或合同规定的义务；附随义务，法律合同虽无规定，但从法律关系性质分析应有的义务。如为他人代买物品在交付前的保管义务。

思考题：

1. 什么是民事权利？民事权利的本质是什么？民事权利一章在民法典的意义？

2. 试述民事权利的分类。

3. 试述民法规定的人格权。

4. 简述民事权利的行使与保护。

4、什么是民事义务？民事义务分为哪些种类？

 第七章 民事责任

第一节 民事责任的概念和归责原则

民事责任是民事主体违反民事义务的法律后果。

1、民事主体违反民事义务；2、是违反义务的法律后果，主要是财产责任，也包括非财产责任；3、法律后果体现了国家强制力；4、违反民事义务一般是违法的，也包括合法行为违反民事义务。

归责原则是确定民事责任的依据。包括：

1、过错责任原则。即以过错为承担责任要件的原则。民法通则106条第2款；侵权责任法第6条。

2、无过错责任原则。即不管行为人有无过错而依法律的特别规定承担责任。民法通则关于特别侵权责任的规定、合同法第107条（违约即承担责任）；侵权责任法第7条。

3、公平责任原则。即双方当事人均无过错而依社会公平观念承担的责任。民法通则第132条 ；侵权责任法第24条。

第二节 民事责任的分类

一、侵权责任与违约责任

这是根据民事责任的产生原因不同划分的。侵权责任是行为人违反一般性义务（侵害绝对权）的法律后果，违约责任是合同义务人违反合同义务的法律后果。

区别：1、侵犯的权利不同，或违反的义务不同（侵害绝对权、违反合同义务）；

2、适用的法律不同（分别适用侵权法与合同法）；

3、一是新生之债（侵权），一是既存之债（违约）；

4、是否以损害事实为要件不同（合同责任不一定有损害，侵权须有损害）。

二、过错责任、无过错责任、公平责任

以原因不同划分的。略。

三、财产责任与非财产责任

以有无财产内容划分。财产责任是主要的，包括返还财产、恢复原状、赔偿损失、支付违约金及修理、重作、更换等。非财产责任如消除影响、恢复名誉、赔礼道歉。

四、共同责任与单独责任

以承担责任的主体多少划分。凡由一个民事主体承担的责任为单独责任。凡由两个或两个以上的主体承担的责任为共同责任。共同责任又可分为按份责任与连带责任。按份责任是依照法律规定或合同约定的份额承担的责任。连带责任是责任人中的每个人均有义务就全部责任向权利人承担的责任，承担之后可再向其他责任人请求补偿。

五、有限责任与无限责任

这是根据出资人承担财产责任是否限于出资划分的。有限责任仅限于出资人的出资，无限责任不限于出资人的出资，即出资不够，用出资人的其他个人财产承担责任。

第三节 承担民事责任的方式

十种方式：停止侵害；排除妨碍；消除危险；返还财产；恢复原状；

赔偿损失；修理、重作、更换；消除影响，恢复名誉；

支付违约金；赔礼道歉。

第四节 正当理由

 正当理由指造成他人损害不承担责任的理由。

一、不可抗力 不能预见、不能避免、不能克服的客观现象。

二、正当防卫 为了保护自己或他人的人身或财产免受不法侵害而采取的造成加害人人身或财产损失的行为。

条件：

1、防卫是对不法侵害行为进行的；

2、须有防卫的必要性；

3、目的是保护本人或他人的合法权益；

4、不能超过必要限度；

三、紧急避险 为了使本人或第三人的人身或财产免受正在发生的危险不得已采取的损害他人财产的行为。

条件：

1、危险正在发生；

2、没有其他办法防止危险发生，不得已损害他人财产；

1. 目的是保护本人或他人人身、财产免受损失。

四、履行职务的行为

五、紧急救助无重大过失不承担责任

六、受害人的同意

七、自助行为 情况紧急无法求助公权力保护不得已采取的对债务人财产或人身实行强制措施的行为。

条件：

1、为保护自身利益；

2、情况紧急，来不及请求公权力保护；

3、不采取对债务人的强制措施就不能保护自己利益；

4、事后应及时通知公权力机关。

思考题：

 1、简述民事责任的概念和基本原则。

 2、简述民事责任的分类。

 3、民事责任的十种方式是什么？

 4、简述不承担责任是正当理由。

第八章 民事法律行为

第一节 民事法律行为的概念和特征

民事法律行为是以发生民法上效果的意思表示为要素的法律事实。以下简称法律行为

特征：

1、法律行为以意思表示为构成要素。

意思表示，是当事人将发生民法上效果的意思通过一定方式表示出来让人知道的活动。包括：① 当事人的内心意思，即想产生民法上效果的意思，又叫效力意思；② 表示行为，即将内心意思表达于外部，通常是语言、文字的形态；③ 表示意思，即表示出来的意思。通常，表示意思与内心意思一致，有时不一致。

意思表示是法律行为区别与准法律行为和事实行为的标准。先占、无因管理、拾得遗失物等虽能引起民事权利和义务的设立，但没有意思表示，是事实行为，而非法律行为。要约之拒绝、被继承人饶恕继承人等行为，也没有发生民法效果的意思表示，为准法律行为（非法律行为的合法行为。因此，民法通则第54条规定的“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”不确切，没有将法律行为与事实行为、准法律行为区别开，范围太广。）

 2、法律行为是法律事实。

 3、发生民法上的效力，即引起民事权利义务关系的产生、变更或消灭。

法律行为与民事行为的区别。民事行为即市民行为，包括法律行为、绝对无效和相对无效的民事行为、可变更与可撤销的民事行为、事实行为、准法律行为、侵权行为、违约行为等，范围广。而法律行为仅为其中一种；法律行为合法，民事行为不一定。法律行为以意思表示为要素，民事行为也不一定。

第二节 意思表示的生效与解释

 一、意思表示的生效

 （一）以对话方式作出的意思表示，相对人了解其内容时生效；

 （二）以非对话方式作出的意思表示，到达相对人时生效；

 （三）数据电文形式作出的意思表示，到达对方指定的特定系统时生效。对方未指定特定系统的，相对人知道或者应当知道时生效。当事人另有约定的，依其约定；

 （四）无相对人的意思表示，表示完成时生效。法律另有规定依其规定；

 （五）公告方式作出的意思表示，公告发布时生效；

 （六）黙示作出的意思表示，只在有法律规定、当事人约定或者符合习惯时方可视为意思表示；

 （七）撤回的意思表示，在原意思表示到达对方前或者同时到达方为有效。

二、意思表示的解释

依词句（语义）、相关条款（体系）、行为性质与目的（实质、目的）、习惯、诚信解释。无相对人意思表示不拘于词句。

第二节 民事法律行为的有效要件

依据民法通则第 55条的规定，法律行为应当具备下列条件：

1、行为人具有相应的民事行为能力。这是指自然人如是限制行为能力人，行为时应有与其年龄、智力状况相应的判断能力，一般情况无行为能力人的行为不构成法律行为，成年人可以进行一切法律行为。法人应有与其业务活动相应的行为能力。

2、意思表示真实。因法律行为是自治行为，即自行或协商决定自治规范行为， 其规范就是相关当事人之间的法律，所以意思表示必须真实。否则，就无效或可变更可撤销。

3、不违反法律、行政法规的效力性强制规定，不违背公序良俗。因自治行为必须按法律一般规定进行，所以必须遵守法律，依法自治或依法造法，以维护社会秩序。公序体现公共利益，高于个人利益，因此，实施法律行为不得违反公共秩序。 善良风俗是行为准则亦应遵守。不违反法律，也包括按照法律规定的形式进行法律行为，即形式应当合法。

我国民法总则草案没有区分内容合法与形式合法，而是综合规定为不违返法律、法规的効力性强制规定。民法总则草案第144条规定的是有效要件，形式合法包括在不违法的规定中。第136条中规定＂法律规定或者当事人约定采用特定形式的，应当采用特定形式。＂这是对不违反法律的进一步规定。 一般情况下，成立就生效了。特殊情况先成立后生效，如附延缓条件的法律行为。民法总则草案第137条规定，“民事法律行为自成立时生效法律另有规定或者当事人另有约定的除外。” “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。”从这个意义上说，任何法律行为一经成立都有效。当然，从具体条款可否实行而论，特殊情况有成立但不生效的情况。

第三节 法律行为的分类

法律行为多种多样，这是由民事权利义务的复杂、多样性决定的。为正确认识各种法律行为的特点，以便正确适用民事法律规范，处理好民事法律关系主体间的权利义务关系，从不同角度，以不同标准，对法律行为作较为科学的分类，是完全必要的。法律行为主要可分以下几类；

一、以行为人的数目多少标准，可分单方法律行为和双方法律行为

（一）单方法律行为

单方法律行为是基于一方当事人的意思表示即能成立的法律行为。这种行为无须对方当事人作同意的意思表示就可产生法律效力。如符合法律规定的立遗嘱行为、撤销委托代理人的行为、放弃继承权的行为、被代理人事后对无权代理的追认行为等，均属单方法律行为。

（二）双方法律行为

双方法律行为是指由双方当事人的意思表示一致，才能产生法律效力的法律行为。这种行为多指订立、变更、解除合同行为。双方当事人意思表示一致，又称合意。合意可分为：（1）双方当事人追求的具体目标是一致的。如合伙行为。（2）双方当事人所追求的具体目标不一致。如买卖法律关系中，出卖方是卖掉商品取得价金，买受方则是支付价款买得商品。双方法律行为占绝大多数，它在法律关系的设立、变更和终止过程中，起着重要作用，是合同制度不可缺少的因素。

二、以经济利益不同为标准，可分为有偿法律行为和无偿法律行为

（一）有偿法律行为

有偿法律行为，是指一方当事人向他方让渡某种利益时，他方对此应支付相应的代价，即让渡有偿利益的一方有要求对方向他履行相应义务的权利，双方之间在权利义务上有对价关系。如买卖、互易、租赁、运输等合同关系，都是有偿的法律行为。

（二）无偿法律行为

无偿法律行为，是指一方当事人给付对方某种利益，不要求对方采用对价方法给予自己相应报偿，而对方只接受这种利益并不支付任何报偿。如赠与行为、将自己的财务无息地借给他人使用的行为等，就属无偿法律行为。

单方法律行为都是无偿的；只有双方法律行为，才有有偿和无偿之分。应当注意的是，就法律行为总体来说，有的只能有偿，有的只能无偿。有偿还是无偿，只要行为已定，是不能随意改变的，否则行为的性质也要发生变化。如买卖、租赁都是有偿的，如果改为无偿的，就变成赠与了。同样道理，赠与只能是无偿的，变成有偿的，则行为性质由赠与就变成买卖了。但确有一些法律行为，既可以是有偿的，也可以是无偿的。如民间的保管、委托、消费借贷等，都具备有偿或无偿的两种可能性，是否有偿，由承担义务的一方当事人是否向对方提出对价要求而定。

三、以行为的成立是否交付标的物为标准，可分为诺成法律行为和实践法律行为

（一）诺成法律行为

诺成法律行为，是指以双方当事人意思表示一致作为成立条件的法律行为。即只要双方有合意，就发生法律效力，不需有其他条件。大多数法律行为属诺成法律行为，如买卖、租赁、承揽等行为。

（二）实践法律行为

实践法律行为，是指除双方意思表示一致外，还需交付实物才成立的法律行为，也叫要物法律行为。仅有双方意思表示一致，没有交付实物的行为，也不能产生权利义务关系。例如，运输全同、保管合同、消费借贷合同、赠予合同，只有交付标的物，合同才算正式成立，因不交付标的物，对方当事人实际不能履行义务。如所要保管的物资不交给保管业务部门，该部门是很难实际履行保管义务的。再如， 一般的赠与，赠与人在作出赠与的意思表示之后，只要没交付实际财物，他是可以撤销赠与许诺的。

四、以法律行为成立是否有形式上要求为准，可分为要式法律行为和不要式法律行为。

（一）要式法律行为

要式法律行为，是指行为成立必须符合法律所要求的形式，否则，不承认其法律效力。如供应合同除非即时清结以外，都必须采用书面形式才有效。公民间收养子女所签订的协议，须公证机关公证为有效。

（二）不要式法律行为

不要式法律行为，是指这种行为的成立没有形式上的要求，采用什么形式都可以。采用什么方式，由当事人自己选定。

五、以行为是否有主从关系为标准，可分为主法律行为和从法律行为

（一）主法律行为

主法律行为，是指法律行为的成立无需其他法律行为的存在，而单独发生效力。如借贷合同。

（二）从法律行为

从法律行为，是指从属于主法律行为的法律行为。这一行为必以其他法律行为的存在为其自身存在的前提。如借贷合同的担保，保证人和债权人之间担保的法律行为，就从属于借贷合同这一双方由借贷引起的主法律行为的，因此它是从合同。

六、以行为人能否以自己的意思表示作为法律行为成立的条件为标准，可分为独立法律行为和辅助法律行为。

（一）独立法律行为

独立法律行为，是指行为人能凭自己的意思表示成立或与他人合意成立的行为。

（二）辅助法律行为

辅助法律行为，是指以他人的意思表示为辅助条件的法律行为。如法定代理人对未成年子女实施的法律行为表示同意的行为；被代理人对无权代理的追认，就是这类法律行为。

第四节 附条件的民事法律行为

 一、附条件法律行为的概念

法律规范对某些法律行为特别设定了一定条件，并把此条件的成就与否作为法律行为效力的发生或失去的依据。这种法律行为称为附条件法律行为。所谓条件，是指某种特定的事实，也叫情况，可以是人的行为，也可以是自然现象。所谓条件的成就，是指某种特定事实的出现或不出现。

 二、所附条件的特点：

附条件法律行为所附的条件，既然是某种特定的事实，那么这种事实需具备如下特点：

（一）这种事实在为法律行为时尚未发生。如已经发生的事实，不能作为条件。

（二）这种事实可能发生，也可能不发生。如肯定发生或肯定不发生的事实，不能作为条件。

（三）这种事实必须是合法的，违法的事实不能作为条件。

（四）这种事实是当事人选定的。法律规定或合同性质决定的事实，不能作为条件。

 三、所附条件的种类

条件基本上分为两类：延缓条件和解除条件。

延缓条件是当事人规定的权利和义务在条件成就时才发生效力。附延缓条件的法律行为，已明确了当事人之间的权利和义务关系，法律行为已成立，但这种法律行为的权利义务是处于不确定状态的权利义务，因此延缓条件又称停止条件。

解除条件是当事人规定的权利义务，在条件成就时失去效力。附解除条件的法律行为是已发生效力的法律行为，当事人已经开始行使权利或承担义务。当条件成就时，权利义务终止，法律行为就失去效力。

条件还可以分肯定条件和否定条件。以某种事实发生作为条件的，叫肯定条件（又称积极条件）；以某种事实不发生为条件的，叫否定条件（又称消极条件）。

肯定条件和否定条件都可作为延缓条件，也可作为解除条件。这样就构成了四个条件：肯定的延缓条件，否定的延缓条件，肯定的解除条件，否定的解除条件。

（一）肯定的延缓条件

肯定的延缓条件，是指法律行为在某种情况出现时，才发生效力。此情况不出现时就不发生效力。如甲与乙关于买卖房屋达成协议，其中甲提出：如果自己在半年内迁走户口搬往外地定居，此三间房就卖给乙，乙表示同意。在这个法律行为中，搬迁就是肯定延缓条件。甲一旦真的搬走了，条件就成就了，法律行为也就发生效力了，甲就要把房屋卖给乙。相反，如果没搬走，甲乙原达成的买卖房屋的预约就失去效力。

（二）否定的延缓条件

否定的延缓条件，是指法律行为在某种情况下不出现时发生法律效力。此情况出现时就不发生法律效力。如李某和张某双方为房屋租赁达成协议，但甲提出：今年暑期其长子大学毕业后如不回本市工作，房屋就租给乙住用，否则不能租给乙。结果甲的长子没回本市，即原选定的情况没出现，房屋租赁协议便发生了效力。相反，甲长子如回本市，原选定的情况已出现，这时原订的租赁房屋协议就不发生效力。

（三）肯定的解除条件

肯定的解除条件，是指某种情况出现时，法律行为失去效力。如退休工人刘某将自行车借给原同班的一名新工人骑用，当时言明：如果儿子三个月后大学毕业分在本市工作，车子得还回来，供儿子骑用。结果刘某之子确留在本市工作，就要回车子，由这一法律行为所产生的借用权利义务关系就失去效力。假若刘某之子去了外地，此法律行为就成为不附条件的了。

（四）否定的解除条件

否定的解除条件，是指某种情况不出现时，法律行为就失去效力。如教师王某借给邻居张某一千无钱，当时指出两个月后如出版社给他支付稿费，这笔借款就不必此时还，否则款须此时还，因为自己急用。到时，出版社因尚未发行而没给稿费，张某按所附条件还了款。法律行为就失去了效力。假若出版社支付了稿费，该法律行为就变成不附条件的了。

附条件的法律行为成立与否，在所选定的情况出现或不出现之前，对行为人都有约束力。因为这时民事法律关系已确立，以情况的出现或不出现为转移的，只是发生效力或失去效力的问题。所以任何行为人均不得为了自己的利益，而恶意地促使情况出现或阻碍情况出现。一般说来，恶意促成情况出现的，视为未出现；恶意阻碍情况出现的，视为情况出现。行为人一方在情况出现与否未定的情况下，如果因过错致使对方附条件的权利无效或受侵害时，应负赔偿责任。

民法总则草案第161、162条对附条件的民事法律行为及其效力作出明确规定。

第五节 附期限的民事法律行为

附期限的法律行为是指当事人约定以一定期限的到来作为法律行为生效或失效根据的法律行为（民法总则草案第163条、合同法第46条）。

期限与条件的区别：期限是将来确定发生的事实，条件是将来不确定发生的事实。

期限可分为始期和终期。始期是指已成立的法律行为开始发生法律效力的期限，终期是指已生效的法律行为终止法律效力的期限。

第六节 民事法律行动的无效

 一、民事法律行为的无效

民事法律行为的无效是指不完全具备民事法律行为有效要件的行为。包括绝对无效和相对无效。

 二、绝对无效的民事法律行为

绝对无效的民事法律行为是指根本不能发生法律效力的民事法律行为。根据民法总则草案第145～157条和合同法第52条的规定，绝对无效的民事法律行为包括以下几种：

1、无民事行为能力人实施的民事法律行为。这是为保护无民事行为能力人的利益和维护社会秩序。但这是原则规定，无行为能力应从事实判断，如未满六周岁的人也可进行价值甚至小的购买物品行为，甚至创作儿童画等，均应认可行为效力予以保护；

限制民事行为人超出其年龄、智力状况实施的民事法律行为，一个月内未经监护人追认的无效。一个月内经监护人追认的追认后有效。善意相对人自行为发生起一个月享有请求对方监护人追认的请求权。

2、违反法律、行政法规的效力性强制规定和公序良俗的民事法律行为；

3、以合法形式掩盖非法目的民事法律行为；

4、恶意串通，损害他人合法权益的民事法律行为。

 三、相对无效（可变更、可撤销）的民事法律行为

相对无效（可变更、可撤销）的民事法律行为是指行为人享有撤销权或变更权的民事法律行为。

1、重大误解的民事法律行为。当事人知道或者应当知道撤销之日起三个月内享有撤销权；

2、显失公平的民事民事行为；

3、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所为的民事法律行为（依合同法规定欺诈、胁迫侵害国家利益为绝对无效）。胁迫终止起一年内受协迫人享有撤销权。欺诈、乘人之危，当事人自知道或者应当知道撤销事由起一年内享有撤销权。

 以上五年内未行使撤销权的，撤销权终止。

 四、相对无效的民事法律行为与绝对无效民事行为的区别

1、主张无效的人不同。对绝对无效民事行为，利害关系人都可主张无效，而可撤销民事行为由受害人主张无效。

2、后果不同。绝对无效的民事行为从开始就无效，可撤销的民事法律行为是否撤销（无效）不一定，自行为发生时起超过一年的不能撤销。

 六、无效民事法律行为的法律后果

1、返还财产；

2、赔偿损失；

3、追缴财产。

思考题：

1、什么是法律行为？法律行为有什么特征？

2、试述法律行为的要件？

3、简述法律行为的分类？

4、什么是附条件法律行为？所附条件有什么特点？

5、简述条件的种类及附条件法律行为的约束力？

6、试述无效的民事行为？

第九章 代 理

第一节 代理概述

一、代理的概念和法律特征

代理是代理人在代理权限内以被代理人名义为法律行为，后果由被代理人承担的法律制度。

代理有如下法律特征：

1、  代理人需以本人名义为法律行为；

2、  代理人必须在代理权限内活动；

3、  代理人在代理活动中须独立进行意思表示；

4、  代理行为的后果由被代理人承担。

二、代理的适用范围

1、  适用范围：①代理进行法律行为；②代理进行财产、行政等其他具有法律意义的活动。

2、  不适用代理的情况：①行为性质决定必须由本人进行的行为不能代理；②违法行为不能代理。

第二节 代理的分类

 一、委托代理、法定代理与指定代理

这是依据代理权产生的根据不同划分的。

委托代理是基于被代理人的授权产生的代理。委托代理产生的基础是代理合同。委托的形式，一是直接签订委托代理合同，二是被代理人单方授权，代理人接受，委托合同成立，不接受，委托合同不成立。委托合同可以是口头的，也可以是书面的，但法律要求采用书面形式的，必须采用书面形式。委托书授权必须明确，否则应向第三人承担法律责任。

法定代理是依照法律的规定产生的代理。无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人是其法定代理人。依劳动法规定，工会可代理会员签订集体劳动合同、参加劳动争议的诉讼。

指定代理是依照有关部门的指定产生的代理。主要是企事业单位指定其职员进行代理活动。

 二、未成年人代理、智障人代理、老年代理

 未成年人代理基本为法定代理，是与父母对子女的监护密切相关的代理。智障人代理是对是对智障成年人的代理。老年代理是依照老年人权益保障法对年满六十周岁人的代理，多依老年人有完全行为能力时的委托而产生。

 三、概括代理与限定代理

这是按代理权限是否受限制划分的。

概括代理又称全权代理，是指就某一事务全权代理被代理人进行活动；限定代理又称特别代理，是指就某一事务的某些方面进行代理而非全权代理。

 四、直接代理与间接代理

这是以是否以本人名义进行活动划分的。

直接代理以本人名义进行。我国的代理限直接代理。间接代理是不以本人名义而以自己名义进行，就是行纪行为。英美的代理包括间接代理。间接代理又称隐名代理，直接代理又称显名代理。

 五、单独代理与共同代理

这是依代理人的人数不同划分的。

单独代理的代理人只有一人，代理关系简单。共同代理的代理人为2人或2人以上，代理关系复杂，应共同行使代理权，有约定的按约定。

 六、本代理与复代理

这是在转托关系中依据是否转托划分的。

本代理是被代理人直接授权选任代理人而产生的代理，复代理是经代理人转托产生的代理。依据法律规定，转托需经本人同意。紧急情况下，来不及征求本人意见，又确实是为本人利益转托的，转托有效，但事后应及时通知本人。复代理人的权限不能超出本人的权限。

第三节 表见代理及狭义无权代理

 一、表见代理的概念

表见代理，是指与本人有特殊关系的无权代理人表面上以代理人的身份进行活动，第三人信其有代理权并与之为法律行为从而可向本人主张法律效果的制度。

要点：①无权代理人表面上以代理人的身份进行活动；②无权代理人与本人有一定的特殊关系；③第三人信其有代理权并与之进行法律行为；④第三人可向本人主张法律效果。

特殊关系：①本人明示或默示他人以代理人的身份进行活动而形成的关系；②本人与表见代理人之间现存代理合同关系，而代理人越权；③本人与表见代理人之间曾存在代理合同关系，代理人进行代理权终止后的代理。

以上均足使第三人信其有代理权。

表见代理的效力是第三人可向本人主张法律效果。如主张，代理有效。也可以无权代理撤销其民事行为。第三人向本人主张法律效果，本人不得拒绝。本人承担责任后，可向表见代理人追偿。

 二、狭义无权代理

除表见代理外的越权代理、代理权终止后的代理、没有代理权的代理统称狭义无权代理。包括表见代理的上述代理称广义无权代理。

狭义无权代理，本人追认方为有效，否则，无效。

第四节 代理权的滥用

代理权的滥用，是指代理人享有代理权而利用代理权进行可能损害被代理人利益的活动。因违背代理宗旨，为法律所禁止。

几种情况：

1、代理人以被代理人的名义，同自己为民事行为，又称“自己代理”；

2、代理人同时代理双方当事人为同一项民事行为，又称“同时代理”；

3、代理人与第三人恶意串通而进行的行为，简称“串通代理”。

法律后果：为无效民事行为，对被代理人无法律约束力，被代理人不承担后果，如造成被代理人损失，代理人应负赔偿责任，如属串通代理，代理人和第三人对被代理人负连带责任。

第五节 代理的终止

委托代理终止原因：

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、作为被代理人或代理人的法人终止。但有下列情形，被代理人实施的代理行为有效：代理人不知道也不应当知道被代理人死亡的；被代理人的继承人予以承认的；授权中明确代理权在代理事项完成时终止的；在被代理人死亡前已经实施，在被代理人死亡后为了被代理人继承人的利益继续实施的。

法定代理和指定代理的终止原因：

1、被代理人取得或恢复民事行为能力；

2、被代理人或者代理人死亡；

3、代理人丧失民事行为能力；

4、指定代理的法院或单位取消指定；

5、因其他原因引起代理人与被代理人之间的监护关系消灭。

第六节 代理中的连带责任

1、委托书授权不明的，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、代理人和第三人串通，损害被代理人利益的，由代理人、第三人承担连带责任；

3、第三人知道行为人没有代理权、越权、代理权终止仍与行为人实施民事活动给他人造成损害的，由第三人和行为人负连带责任。

4、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，由被代理人和代理人负连带责任。

思考题：

1、什么是代理？代理有什么法律特征？

2、简述代理的分类。

3、试述表见代理和狭义无权代理。

4、简述代理权的滥用。

5、简述代理的终止原因。

6、简述代理中的连带责任。

第十章 时效与期限

第一节 时效制度概述

 一、时效的概念

时效，是一定的事实状态持续地达到一定的时间，即发生一定法律后果的法律事实。

要点：1、时效以一定的事实状态的存在为条件。一定的事实状态，一是占有的事实状态，二是权利不行使的事实状态（债权不行使）；2、达一定时间。一定时间是法律规定的时效期间；3、发生一定的法律后果。一是取得所有权的后果，二是权利不受法律保护的后果。

 二、时效制度的意义

1、维护社会关系的稳定；2、促使当事人积极行使权利，充分发挥物质财富的作用；3、有利法院及时结案。

 三、时效的种类

分为占有时效和诉讼时效。

占有时效是占有人公开、和平地以自己所有的意思占有他人财产达一定期间即取得占有物所有权的制度。

关于占有时效的争论及立法发展。

诉讼时效是债权人在一定期间内不行使债权；即丧失请求人民法院依诉讼程序强制义务人履行义务的权利的法律事实。

 四、时效的立法类型

1、占有时效与诉讼时效统一规定。法国、日本；

2、占有时效与诉讼时效分别规定。如德国，诉讼时效规定于总则，占有时效规定于物权；

3、只规定诉讼时效，不规定占有时效，如前苏俄1922年民法典，中国民法通则。

第二节 诉讼时效的概念和种类

诉讼时效，是权利人在一定期间内不行使权利，即丧失请求人民法院依诉讼程序强制义务人履行义务权利的制度。

诉讼时效分为一般诉讼时效与特殊诉讼时效。一般诉讼时效是适用于一般情况的时效。民法总则草案第191条规定：“向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为三年，法律另有规定的，依照其规定。”此条规定即为一般诉讼时效。特殊诉讼时效是法律规定的适用于特殊情况的诉讼时效。

第三节 诉讼时效的效力

1、诉讼或胜诉权消灭说，如我国民法，前苏俄1922年民法典；

2、实体权利消灭说，如日本民法；

3、抗辩权发生说，如德国民法、台湾民法。

应采第1种学说

第四节 诉讼时效期间的起算、中止、中断和延长

 一、诉讼时效的起算

诉讼时效的起算，即指诉讼时效从什么时候开始计算。

根据民法总则草案第191条第2款的规定，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，依其规定。“知道”，即权利人明知。“应当知道”即权利人虽不承认知道，但法律上推定其应当知道。

不适用诉讼时效的情况：

1、请求停止侵害、排除妨碍、消除危险；

2、登记的物权人请求返还财产；

3、请求支付赡养费、抚养费或者扶养费；

4、依法不适用诉讼时效的其他情况。

实践中，诉讼时效的起算有各种复杂情况。民法总则规定的起算情况有：

1、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届满之日起计算；

 2、无民事行为能力人或者限制民事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；

3、未成年人遭受性侵害的损害赔偿请求权的诉讼时效期间，自受害人年满十八周岁之日起计算。

有些情况法律没有具体规定，理论上或经验上认为：

1、有履行期限的债权，从期限届满起计算；

2、无期限的债权，从债权成立时起计算；

3、侵权行为所生之债，如为人身损害，从损害之日计算，如损害之日与发现损害之日不同，从发现损害之日计算。一般以医院诊断之日为准。法律对起算另有规定的，依照法律规定；

3、  持续性侵权行为，从侵权行为终了之日起算，否则，不适用诉讼时效。

 二、诉讼时效的中止

诉讼时效的中止，是指在诉讼时效期间进行中，由于发生了某种法定事由，使诉讼时效期间暂时停止进行，待中止事由消除后，诉讼时效继续计算。

根据民法总则草案第197条的规定，在诉讼时效进行的最后六个月，因发生下列障碍，诉讼时效中止：

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、丧失代理权、丧失民事行为能力；

 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人控制；

 5、其他导致权利人不能行使请求权的障碍。

 三、诉讼时效的中断

诉讼时效的中断，是指在诉讼时效期间进行中，由于发生了某种法定事由，使已经经过的诉讼时效期间归于无效，待中断事由消除后，诉讼时效重新起算。

根据民法总则草案第198条的规定，诉讼时效因下列原因引起中断：

1、权利人向义务人提出履行请求的；

2、义务人同意履行义务的；

3、权利人提起诉讼或者仲裁的；

4、与提起诉讼或者申请仲裁具有同等效力的其他情形。

连带债权债务一人发生中断效力及于所有连带当事人。

中止与中断的区别：a、是否有时间限制不同；

 b、法定事由不同；

 c、是否重新起算不同。

四、诉讼时效期间的延长

诉讼时效的延长，是指权利人因正当理由在诉讼时效期间没有行使权利，由人民法院依权利人的请求适当延长诉讼时效期间，以保护权利人的权利。

根据民法总则草案第191条规定，有特殊情况的，人民法院可以延长诉讼时效期间。依此规定，一是有特殊情况（正当理由），二是由人民法院延长。

第五节 除斥期间

除斥期间，是法律规定的实体权利的存在时间。

如最高法院关于民法通则的《意见》第73条第2款：“可变更或者可撤销的民事行为，自行为成立时起超过一年当事人才请求变更或者撤销的，人民法院不予保护。”这种请求变更或者撤销的民事权利，仅存在一年。合同法也有同类规定。

除斥期间与诉讼时效的区别：

1、性质和后果不同。诉讼时效是胜诉权存在的时间，除斥期间是实体权利存在的时间。因此，诉讼时效届满消灭胜诉权，除斥期间届满消灭实体权利；

2、是否中止、中断、延长不同。诉讼时效可中止、中断、延长，除斥期间则不能中止、中断、延长；

3、起算不同。诉讼时效从权利人知道或者应当知道权利被侵害之日起计算，除斥期间从实体权利产生之日起算。

期间从实体权利产生之日起算。

第六节 期限

期限是民事权利义务关系产生、变更、终止的时间。期限分为期日和期间。期日，是一个特定的时间点，如某年某月某日。期间，是一个时间过程，即从某一时间到另一时间的过程，如从某年某月某日到某年某月某日。

期间的计算：

根据民法规定，期间按公历年、月、日、小时计算。按小时计算的，从规定的时间开始计算；按年、月、日计算的，开始的当天不算入，从第二天开始计算。期间的最后一天是休息日、节假日的，以休假日结束的次日为最后一天。期间的最后一天截止时间为24点，但有业务活动截止时间的，以业务活动结束的时间为截止时间。以月计算的，一个月按三十天计算。以年计算的，一年按三百六十天计算。

思考题：

1、什么是时效？时效分为哪几种？时效制度有什么法律意义？

2、什么是诉讼时效？试述我国诉讼时效的分类。

3、试述诉讼时效的起算、中止、中断和延长。

4、什么是除斥期间？诉讼时效与除斥期间有什么区别？

附：《民法总论》阅读文献

中华人民共和国民法总则草案三审稿

中华人民共和国合同法

中华人民共和国继承法

最高人民法院《关于贯彻实施〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》

中华人民共和国公司法

中华人民共和国破产法

中华人民共和国侵权责任法

法学研究编辑部编《新中国民法学研究综述》，中国社会科学出版社，1990年9月出版。

史探径、张新宝、张广兴编著《民法学研究综述》，天津教育出版社，1989年6月出版。

刘心隐主编《中国民法学研究述评》，中国政法大学出版社，1996年11月出版。

梁慧星等《中国民法典草案建议稿》总则，法律出版社，2003年5月出版。

张友渔主编《中国法学四十年》第九章民法学，上海人民出版社，1989年8月出版。

刘士国著《科学的自然法观与民法解释》，复旦大学出版社，2011年12月出版。

刘士国著《中国民法典制定问题研究》，山东人民出版社，2002年12月出版。

重点推荐即将出版的立法机关及著名学者编著的中华人民共和国民法总则释义，代教材。