

普通高等教育经管类专业“十三五”规划教材



林琳◎主编 刘巍巍 李滨晶◎副主编

经济法

(第三版)



本书提供配套课件和习题答案



清华大学出版社

普通高等教育经管类专业“十三五”规划教材

经 济 法

(第三版)

林 琳 主 编
刘巍巍 李滨晶 副 主 编

清华大学出版社

北 京

内 容 简 介

本书以高等院校经管类专业应用型、复合型人才培养目标为出发点,结合经济、管理类专业学生知识结构的特点和课程教学的实际需要,既保持了经济法学科体系的完整,又融入了民商法相关内容,满足了经济、管理类本科生专业学习和未来职业发展的法律知识的需求。本书注重基本知识、基本观点和基本内容的传授,并使用了最新的经济法律法规和司法解释,内容选择较为广泛,可供不同学校有选择性地讲解和学习。本书共12章,主要包括法律基础、企业法律制度、公司法律制度、破产法律制度、合同法律制度、担保法、银行法、证券法律制度、保险法律制度、票据法律制度、税收法律制度、劳动法与劳动合同法等内容。

本书可供普通高等院校经济管理、财政、金融、保险、证券、投资等财经专业的学生使用,也可以作为机关、企事业单位和社会团体工作人员,以及经济金融与法律实务工作者参加相关资格考试、学习经济法知识的重要参考资料。

本书对应的电子课件和习题答案可以到 <http://www.tupwk.com.cn/downpage> 网站下载。

本书封面贴有清华大学出版社防伪标签,无标签者不得销售。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

经济法/林琳 主编.—3版.—北京:清华大学出版社,2019

(普通高等教育经管类专业“十三五”规划教材)

ISBN 978-7-302-50983-7

I. ①经… II. ①林… III. ①经济法—中国—高等学校—教材 IV. ①D922.29

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第190318号

责任编辑:胡辰浩

封面设计:周晓亮

版式设计:思创景点

责任校对:成凤进

责任印制:丛怀宇

出版发行:清华大学出版社

网 址: <http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址:北京清华大学学研大厦A座

邮 编:100084

社总机:010-62770175

邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质 量 反 馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 装 者:三河市铭诚印务有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:185mm×260mm

印 张:25

字 数:706千字

版 次:2012年2月第1版 2019年1月第3版

印 次:2019年1月第1次印刷

定 价:49.00元

产品编号:080496-01

前 言

本书主要是为高等院校的非法律专业，特别是经济、管理类专业学生学习而编写的。本书考虑了我国法律体系的特点，以及经济、管理类专业学生所需的法律知识结构，兼顾经济、管理类专业学生知识结构的特点，以及课程教学的实际需要，融合了应用型本科院校经济管理类学生的专业基础知识和学生未来职业发展所需的法律知识。随着我国《民法总则》的颁布及一些与社会主义市场经济密切相关的法律法规的变化，本书在经济法(第二版)的基础上进行了修订，对变化的内容进行了更新和补充，对原来书中表述不准确的地方进行了修改和完善，以期更好地满足教学的需要。

本书具有如下特点。

(1) 灌输法治观念，确立法对经济生活的导向性。在每章前均设置课前导读，力争阐明在本章或本部门法中占主导地位的价值取向，让学生在宏观上把握相关章节的特定的理念和价值，避免“只见树木，不见森林”；同时也可以区分不同章节的理念与价值，进而把握不同法律制度的宏观区别。帮助学生增强对法律风险的识别和防范意识，养成合规意识，培养法律理念，运用法律知识处理工作和生活中的法律问题。

(2) 培养职业能力，突出经济法对职业的实用性。根据财经院校学生的专业特点和就业方向，围绕便于学生就业及未来职业的可持续发展这个中心选择教材内容，将学生的学习与将来的就业有机结合起来，注重对学生实践能力的培养。在应用型人才的培养目标下，需要有针对性的教材支撑课程体系的设置，便于学生有针对性地根据职业规划选取和优化教学内容。教材中的案例分析部分，运用具体知识对实际案例进行探讨和分析，从而帮助读者将基本理论与具体实践问题结合起来，提高其对法律的实践运用能力。

(3) 吸收最新成果，展现法学研究的前沿性。在编写过程中，尽量做到注重经济法学知识体系的完整性，注重开拓学生视野、提高学生的经济法理论水平和从事经济法实务的能力，注重体现最新的经济法学研究动态和立法情况。

(4) 重构教材内容，激发学生学习的主动性。使教学活动与实践应用相结合，有效地提高学生对知识点的理解、运用能力，锻炼学生综合、分析、评价方面的能力。同时，运用思维导图和图表，以形象化的方式表达知识体系，突出关键知识点，方便学生记录、强化记忆。改变过去教师一言堂的情形，更多加入学生参与的部分，提升学生学习的积极性和主动性。复习思考题是针对本章知识的重点提炼出来的需要思考的问题，可以帮助读者抓住重点，加深理解相关内容。

本书适合作为高等院校经济管理类相关专业学生学习经济法的教材，可以作为学生参加相关资格考试的参考书，还可作为国家机关、企事业单位从事法律、经济工作的人员的参考书。

本书由哈尔滨金融学院、黑龙江省政法管理干部学院、哈尔滨学院等多所院校 10 余位具有丰富经济法教学经验的一线教师共同编写。本书撰写具体分工如下。

第一章(第一节至第五节及复习思考题)由李滨晶撰写;第二章(第一、二节)由孟霁雨撰写;第二章(第三节及复习思考题)由孔令秋撰写;第三章(第一节至第六节及复习思考题)由陈丽莉撰写;第四章、第十章、第十一章由张乃强撰写;第五章(第一节至第五节及复习思考题)由刘巍巍撰写;第五章(第六、七节)、第八章、第九章由李欣铭撰写;第六章、第七章、第一章(第六节)由林琳撰写;第三章(第七、八节)、第十二章由腾笛撰写。徐丽老师也参与了教材的编写工作。

全书由林琳统稿,徐丽主审。

对于本书中的不足及错误之处,敬请专家、学者批评指正。我们的信箱是 huchenhao@263.net, 电话是 010-62796045。

本书对应的电子课件和习题答案可以到 <http://www.tupwk.com.cn/downpage> 网站下载。

编者
2018年3月

目 录

第一章 法律基础1	第二章 企业法律制度 43
第一节 法律概述.....2	第一节 企业法概述..... 44
一、法律的概念和特征.....2	一、企业的概念和分类..... 44
二、法律渊源.....3	二、我国现行企业法律制度..... 44
第二节 法律关系.....5	三、企业法的主要内容..... 44
一、法律关系的概念和特征.....5	第二节 个人独资企业法律制度..... 45
二、法律关系的构成.....6	一、个人独资企业法概述..... 45
三、法律关系的产生、变更和消灭.....9	二、个人独资企业的设立..... 46
第三节 法律行为制度..... 11	三、个人独资企业的投资人及事务 管理..... 47
一、法律行为理论.....11	四、个人独资企业的解散和清算..... 49
二、法律行为的要件.....13	第三节 合伙企业法律制度..... 51
三、法律行为的效力.....14	一、合伙企业法律制度概述..... 51
第四节 法律行为的代理..... 20	二、普通合伙企业..... 52
一、代理的概念与特征.....20	三、有限合伙企业..... 63
二、代理权.....22	四、合伙企业的解散和清算..... 65
三、无权代理.....23	复习思考题..... 66
四、表见代理.....24	第三章 公司法律制度 69
第五节 时效制度..... 25	第一节 公司法概述..... 70
一、时效的概念.....25	一、公司概述..... 70
二、诉讼时效期间.....27	二、公司法的概念和特征..... 72
三、诉讼时效期间的起算、中止、中断和 延长.....28	第二节 有限责任公司..... 73
第六节 经济纠纷的解决..... 30	一、有限责任公司的概念和特征..... 73
一、经济纠纷的概念和解决机制.....30	二、有限责任公司的设立..... 74
二、仲裁.....31	三、有限责任公司的组织机构..... 77
三、民事诉讼.....34	四、有限责任公司的股权转让..... 81
复习思考题..... 40	

五、一人有限责任公司·····	83	二、破产申请·····	118
六、国有独资公司的特别规定·····	84	三、破产申请受理·····	119
第三节 股份有限公司·····	86	第三节 管理人制度·····	122
一、股份有限公司的概念和特征·····	86	一、管理人的概念·····	122
二、股份有限公司的设立·····	86	二、管理人的选任·····	122
三、股份有限公司的组织机构·····	90	三、管理人的职责·····	123
四、股份有限公司的股份发行与转让·····	93	四、管理人的权利与义务·····	123
第四节 公司的董事、监事、高级管理人员·····	96	第四节 债务人财产·····	124
一、董事、监事、高级管理人员的任职资格·····	96	一、债务人财产的概念·····	124
二、董事、监事、高级管理人员的义务和责任·····	97	二、撤销权·····	125
第五节 公司债券·····	99	三、涉及债务人财产的无效行为·····	125
一、公司债券概述·····	99	四、取回权·····	126
二、公司债券的发行·····	100	五、抵销权·····	126
三、公司债券的转让·····	101	第五节 债权申报与债权人会议·····	127
第六节 公司的财务会计·····	101	一、债权申报·····	127
一、公司财务会计制度·····	101	二、债权人会议·····	128
二、公积金制度·····	102	第六节 重整与和解·····	130
三、公司利润分配·····	103	一、重整·····	130
第七节 公司变更·····	104	二、和解·····	132
一、公司合并·····	104	第七节 破产清算·····	134
二、公司分立·····	105	一、破产宣告·····	134
三、公司组织变更·····	107	二、破产财产的变价·····	135
第八节 公司解散和清算·····	107	三、破产财产的分配·····	136
一、公司解散·····	107	四、破产程序的终结·····	137
二、公司清算·····	108	复习思考题·····	138
复习思考题·····	110	第五章 合同法律制度·····	143
第四章 破产法律制度·····	115	第一节 概述·····	143
第一节 破产法概述·····	115	一、合同概述·····	143
一、破产的概念与特征·····	115	二、合同法概述·····	146
二、破产法·····	116	第二节 合同的订立·····	148
第二节 破产申请与受理·····	117	一、合同订立的概念·····	148
一、破产原因·····	117	二、合同订立的程序·····	148
		三、合同成立的时间和地点·····	152
		四、合同的形式与内容·····	153
		五、格式条款·····	154

六、缔约过失责任·····	156	二、保证合同·····	200
第三节 合同的效力·····	158	三、保证方式和保证责任·····	201
一、有效合同·····	159	四、保证人的权利·····	205
二、无效合同·····	160	五、最高额保证·····	206
三、可撤销的合同·····	162	第三节 抵押权·····	207
四、效力待定合同·····	163	一、抵押权概述·····	207
第四节 合同的履行·····	164	二、抵押权的设立·····	208
一、合同履行概述·····	164	三、抵押权的效力·····	209
二、合同履行的规则·····	166	四、抵押权的实现·····	212
三、双务合同履行中的抗辩权·····	168	五、特殊抵押·····	213
四、合同的保全·····	170	第四节 质权·····	214
第五节 合同的变更、转让与终止·····	172	一、质权概述·····	214
一、合同的变更·····	172	二、动产质权·····	215
二、合同的转让·····	173	三、权利质权·····	218
三、合同的终止·····	175	第五节 留置权·····	219
第六节 违约责任·····	177	一、留置权概述·····	219
一、违约责任概述·····	177	二、留置权的构成要件·····	219
二、违约行为形态·····	178	三、留置权的效力·····	220
三、违约责任的主要形式·····	179	四、留置权人的权利和义务·····	220
四、违约责任的免除·····	181	五、留置权的实现与消灭·····	221
五、违约责任与侵权责任的关系·····	182	六、担保物权的竞合与混合担保·····	221
第七节 几种典型的合同·····	183	第六节 定金·····	223
一、买卖合同·····	183	一、定金的概念和特征·····	223
二、租赁合同·····	186	二、定金的成立·····	223
三、赠与合同·····	188	三、定金的效力·····	224
四、借款合同·····	189	复习思考题·····	225
复习思考题·····	191	第七章 银行法律制度 ·····	230
第六章 担保法律制度 ·····	195	第一节 银行法概述·····	230
第一节 担保法概述·····	196	一、银行概述·····	230
一、担保的概念和特征·····	196	二、银行法概述·····	231
二、担保的分类·····	197	第二节 中国人民银行法律制度·····	232
三、担保合同的无效与责任承担·····	198	一、中国人民银行法概述·····	232
四、担保法概述·····	199	二、中国人民银行的性质、职能与组织	
第二节 保证·····	199	机构·····	233
一、保证的概念和特征·····	199	三、中国人民银行的职责和业务·····	235

四、中国人民银行的财务会计制度·····	238	二、债券上市·····	273
五、中国人民银行的金融监督管理·····	239	三、信息公开制度·····	274
第三节 商业银行法律制度·····	241	第四节 证券交易法律制度·····	275
一、商业银行概述·····	241	一、证券交易概述·····	275
二、商业银行的设立·····	243	二、限制的证券交易行为·····	275
三、商业银行的职能·····	245	三、禁止的证券交易行为·····	277
四、商业银行的业务·····	246	第五节 上市公司收购法律制度·····	278
五、商业银行的财务会计制度·····	248	一、上市公司收购概述·····	278
六、商业银行的监督管理·····	248	二、要约收购·····	280
七、商业银行的变更、接管和终止·····	249	三、协议收购·····	281
第四节 政策性银行法律制度·····	250	四、上市公司收购的法律后果·····	282
一、政策性银行概述·····	250	第六节 证券监督管理制度·····	282
二、中国国家开发政策性银行的规定·····	251	一、证券监管概述·····	282
三、中国农业发展政策性银行的规定·····	251	二、国务院证券监管机构·····	282
四、中国进出口政策性银行的规定·····	252	三、自律性监管机构·····	283
第五节 非银行业金融机构法律制度·····	253	复习思考题·····	284
一、非银行业金融机构的概念和特征·····	253	第九章 保险法律制度·····	286
二、非银行业金融机构的主要种类·····	253	第一节 保险与保险法概述·····	287
三、非银行业金融机构的监督管理·····	254	一、保险的概念和种类·····	287
复习思考题·····	255	二、保险法概述·····	289
第八章 证券法律制度·····	258	第二节 保险法的基本原则·····	289
第一节 证券法基本理论·····	259	一、最大诚信原则·····	290
一、证券的概念、特征与种类·····	259	二、保险利益原则·····	291
二、证券法的概念及立法概况·····	261	三、损失补偿原则·····	293
三、证券法的基本原则·····	261	四、近因原则·····	293
四、证券市场·····	262	第三节 保险合同·····	295
第二节 证券发行法律制度·····	267	一、保险合同的概念和特点·····	295
一、证券发行概述·····	267	二、保险合同的构成·····	296
二、股票的发行·····	268	三、保险合同的效力·····	297
三、公司债券的发行·····	268	四、财产保险合同·····	301
四、证券承销·····	270	五、人身保险合同·····	303
第三节 证券的上市·····	272	复习思考题·····	306
一、股票上市·····	272	第十章 票据法律制度·····	308
		第一节 票据法律制度的概述·····	309
		一、票据概述·····	309

二、票据法概述·····	310	二、税收法律关系·····	341
三、票据法上的法律关系·····	311	三、税法的构成·····	342
第二节 票据权利和票据行为·····	313	四、税法的分类·····	343
一、票据权利·····	313	第二节 流转税法·····	344
二、票据行为·····	316	一、流转税概述·····	344
第三节 票据丧失与补救·····	318	二、增值税法·····	344
一、票据丧失·····	318	三、消费税法·····	347
二、票据丧失的补救·····	319	四、关税法·····	349
第四节 票据抗辩·····	320	第三节 所得税法·····	350
第五节 汇票·····	321	一、企业所得税法·····	350
一、汇票概述·····	321	二、个人所得税法·····	351
二、汇票的出票·····	322	复习思考题·····	355
三、汇票的背书·····	323	第十二章 劳动法与劳动合同法·····	358
四、汇票的承兑·····	326	第一节 劳动法·····	359
五、汇票的保证·····	328	一、劳动法概述·····	359
六、付款·····	329	二、劳动法体系·····	361
七、汇票的追索权·····	330	第二节 劳动合同法·····	362
第六节 本票·····	332	一、劳动合同与劳动合同法概述·····	362
一、本票概述·····	332	二、劳动合同的订立·····	365
二、本票的出票·····	333	三、劳动合同的履行与变更·····	371
三、本票的付款·····	334	四、劳动合同的解除与终止·····	372
四、关于汇票规则的准用·····	334	五、劳动合同的特殊形式·····	375
第七节 支票·····	334	六、集体合同·····	379
一、支票概述·····	334	第三节 劳动争议处理法律制度·····	381
二、支票的出票·····	335	一、劳动争议的处理概述·····	381
三、支票的付款·····	336	二、劳动争议的解决方式及处理程序·····	382
四、关于汇票规则的准用·····	336	复习思考题·····	385
复习思考题·····	337	参考文献·····	388
第十一章 税收法律制度·····	340		
第一节 税收法律制度的概述·····	341		
一、税法的概念·····	341		

第一章

法律基础

法律是故事，是我们昨天的故事；法律是知识，是我们关于今天如何行事的知识；法律是梦想，是我们对明天的梦想。

美国最高法院大法官肯尼迪

课前导读

私法是以个人与个人之间的平等和自决(私法自治)为基础，规定个人与个人之间的关系。公法规定国家以及被赋予公权的团体同它们的成员之间的关系。原则上，私法中主要是平等关系，公法中主要是隶属关系。无论公法还是私法，其宗旨都不仅仅在于促进或保护某些公共的或个人的利益，而在于适当地平衡各方面的利益，创造正义和公正的局面。公法与私法在许多方面相互交错在一起，经济法即是如此。因此，考虑到学习经济法时需要一定的法律基础知识，本章对法律基本原理和基础知识做了叙述，目的在于让读者掌握学习经济法课程所需的基本原理和基础知识，为后面系统学习各种经济法律制度打下坚实的基础。

要点提示

1. 法律的概念
2. 法律关系的概念、主体、客体和内容
3. 法律行为的效力类型及代理制度
4. 法律责任的分类
5. 诉讼时效制度

第一节 法律概述

一、法律的概念和特征

(一) 法律的概念

我国法学界和法律界在法律、法等词汇的使用上,并没有严格的、规范的统一称呼。一般未做特别说明的时候,“法律”和“法”一词通常表达的是广义的法律或法,即国家机关制定或认可的一切具有法律效力的规范性法律文件。

在我国,广义的法律包括作为国家根本法的宪法,全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律,国务院制定的行政法规以及其他国家机关制定的地方性法规、自治条例和单行条例、规章等。狭义的法律仅指全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律。

“经济法”由法国空想社会主义者摩莱里在《自然法典》(1775年)中首次使用。1842年,德国空想共产主义者德萨米也在《公有法典》一书中使用了“经济法”这一词汇。现代经济法的概念始于第一次世界大战前后的德国,为了战争需要,德国颁布了一系列国家干预经济的法规,有的直接以经济法命名,如《煤炭经济法》(1919年)等。1979年,我国开始使用“经济法”这一概念。经济法作为一门新兴学科,对经济法概念的界定尚存争议,但我国大多数学者认同如下概念:经济法是调整国家对经济活动进行宏观调控过程中所形成的经济管理关系的法律规范的总称。经济法是国家干预市场、干预经济之法,以社会整体利益为本位,属于公法范畴。由于经济法的调整对象是经济关系,经济法区别于国内法体系中的民法、商法和行政法等而成为独立的法律。基于培养应用型人才的目,本书不仅包括经济法相关制度,而且包括一部分民法(如代理制度、时效制度、合同法和担保法等)和商法(如公司法、破产法、保险法、票据法和证券法)的相关制度。“经济法”这一名称已经不能完全涵盖本教材的内容,但是考虑到经济管理专业类学生所需的法律知识结构及课程教学的实际需要,且本书的名称一直沿用,已约定俗成,因此,继续使用“经济法”的名称。

(二) 法律的特征

1. 法律是人类社会生活的行为规范

人是社会动物,不能离群索居,必须和人交往,互相了解,彼此协助,共同生活,才能维持自己的存在,这种彼此交往协助的共同生活,就是社会生活。

在社会生活中,基于彼此交往,个人与团体的生活利益才能得到保证,并且能够继续发展。换句话说,由于社会中的个人有共同生活目标与共同价值标准,基于实践的要求,必须建立种种“当为的法则”,然后目的与理想才能实现,所以“当为的法则”,就是社会生活规范,法就是其中之一,为共同生活的必要条件。

2. 法是国家制定或认可的行为规范

行为规范是人们的行为反复出现以后逐渐形成的。法律规范是社会行为规范的一种,它所调整的是人与人的关系。制定和认可是国家创制法律规范的主要形式,制定即国家创制新的法律规范,认可则是国家权力确认某种社会上已经通行的规则具有法律效力。

3. 法律是由国家强制力保证实施的行为规范

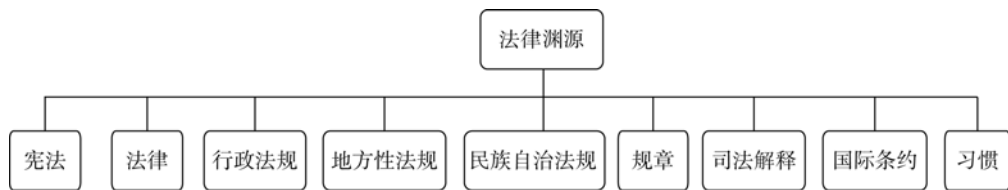
法是规定人与人之间外部行为的规范,具备客观标准。为了实现普遍的公平,其有强制施行的必

要。法之所以可能和道德、宗教产生区别，是因为道德虽为社会规范中的一种，可要求个人真心诚意去为善，但不能强制个人的外部行为去遵守道德，至于宗教的制裁，虽有类似于强制的性质，但是这种强制，起于愿受支配者的内心，而不是外在力量，并且强制的内容，纯属身后另一个世界的幸福问题，与现实世界生活利益毫无关系，所以道德、宗教规范和法律规范迥然不同。

4. 法律以保障群众安宁和维持社会秩序为目的

人类社会生活，其关系错综复杂，而利己自私之心，又在所难免。如果有人任意扩张一己之利，而不顾他人所受损害，则必然发生冲突，而群众的安宁，社会的秩序，必被破坏无疑，哪有生活可言。故群众之安宁，不能无保障，社会之秩序，不能不维持，而善尽此责者，非法律莫属，所以法律是以保障群众安宁和维持社会秩序为目的的规范。

二、法律渊源



(一) 法律渊源的概念与种类

渊源指事物的本源。法的渊源，按字面理解，指法的来源或表现形式。

所谓法律渊源，就是指法律的形式渊源，即被承认具有法的效力、法的权威性或具有法律意义并作为法官审理案件之依据的规范或准则来源。法律渊源主要有以下几种。

1. 宪法

宪法是国家的根本大法，由全国人民代表大会制定和修改，具有最高法律效力。经济法以宪法为渊源，与其他法律、法规、规章、命令、指示等一样，不得与之相违背之外，主要是从中吸收有关经济制度的精神。

2. 法律

法律有广义、狭义两种理解。狭义上讲，是指全国人民代表大会及其常务委员会制定的规范性文件。本书仅用狭义。在当代中国法的渊源中，法律的地位和效力仅次于宪法。

3. 行政法规

行政法规是指国家最高行政机关即国务院根据并为实施宪法和法律而制定的关于国家行政管理活动的规范性文件，是我国一种重要的法的渊源。行政法规地位仅次于宪法和法律。国务院所发布的决定和命令，凡属于规范性的，也属于法的渊源之列。

4. 地方性法规

地方性法规是我国地方的人民代表大会及其常务委员会所制定的适用于本行政区域的一类规范性文件。根据《中华人民共和国宪法》、《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》和《中华人民共和国立法法》(以下简称《立法法》)的规定，省、自治区、直辖市以及省级人民政府所在地的市、经国务院批准的较大的市和经济特区所在地的市的人民代表大会及其常务委员会有权制定地方性法规。地方性法规不得与宪法、法律和行政法规相抵触，否则无效。

5. 民族自治法规

民族自治法规是民族自治地方的权力机关所制定的特殊的地方规范性文件即自治条例和单行条例的总称。民族自治地方的人民代表大会有权依照当地民族的政治、经济和文化特点，制定自治条例和单行条例。自治区的自治条例和单行条例报全国人大常委会批准后生效。自治州、自治县的自治条例和单行条例，报省或自治区人大常委会批准后生效，并报全国人大常委会备案。

6. 部门规章与地方政府规章

部门规章是国务院所属部委根据法律和国务院行政法规、决定、命令，在本部门的权限内，所发布的各种行政性的规范性法律文件，亦称部委规章。部门规章的地位低于宪法、法律、行政法规，不得与它们相抵触。

根据宪法及上述法律规定，省、自治区、直辖市以及省级人民政府所在地的市、经国务院批准的较大的市和经济特区所在地的市的人民政府，可以根据法律、行政法规和本行政区的地方性法规制定规章。地方政府规章的效力低于宪法、法律、行政法规以及本级地方性法规。

7. 司法解释

司法解释是最高人民法院、最高人民检察院在总结司法审判经验的基础上发布的指导性文件和法律解释的总称。

8. 国际条约

国际条约指两个或两个以上国家或国际组织间缔结的，确定其相互关系中权利和义务的各种协议，是国际间相互交往的一种最普遍的法的渊源或法的形式。

缔约双方或各方即为国际法的主体。国际条约不仅包括以条约名称的协议，也包括国际法主体间形成的宪章、公约、盟约、规约、专约、协定、议定书、换文、公报、联合宣言、最后决议书。随着中国对外开放的发展，与别国交往日益频繁，与别国缔结的条约和加入的条约日渐增多。这些条约也是中国司法的重要依据。

9. 习惯

习惯是指非立法机关制定的，人们所知悉且反复实施的生活习惯和交易习惯。我国《民法总则》第十条规定：“处理民事纠纷，应当依照法律；法律没有规定的，可以适用习惯，但是不得违背公序良俗。”习惯不与现行法律、法规和社会公共利益相抵触，不违背公序良俗，经过国家认可，则成为法律渊源。在没有法律规定的情况下，可以依据习惯做出判决。因此，习惯是法律渊源之一。

(二) 法律渊源的适用原则

现代社会中，法源效力的高低主要依存于制定或确认法源的主体的权力性质和来源，不同等级的权力参与法律的创制活动，直接导致法源效力的大小。从这个意义上说，权力的等级性是法源效力划分的主要标准和决定因素。

1. 法律位阶的适用顺序

法律位阶的适用顺序，主要是指在对某一事项的调整存在着两个或两个以上不同的法律渊源时，当上、下位阶法律对相同事项调整并无冲突时，除非缺乏适当下位阶规则可资适用，否则应优先适用下位阶法而非上位阶法，即上、下位阶法律无冲突时的适用顺序，应当是“下位法优先适用于上位法”。

2. 法律的冲突规则

法律冲突是指法律渊源发生适用冲突，应当适用哪个渊源的问题。在这里仅说明两种情况。

一是不同位阶的法律渊源之间的冲突。处于适用冲突的法律渊源由不同等级的国家机关制定，那么适用“上位法优于下位法”的原则，这也称为效力等级规则。

二是同一位阶的法律渊源之间的冲突。同一机关制定的规范性文件冲突，解决的规则有两个，即特别法优先适用于普通法，新法优于旧法。《立法法》中对这两个规则进行了阐述，同一机关制定的法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章，特别规定与一般规定不一致的，适用特别规定；新的规定与旧的规定不一致的，适用新的规定。

第二节 法律关系

一、法律关系的概念和特征

(一) 法律关系的概念

法律关系，是指根据法的规定发生的，以权利与义务为内容的社会关系。法律关系的发生以法的存在为前提，先有法后有法律关系。

自然人从出生到死亡，法人和非法人组织从登记到解散，均会发生各种各样的法律关系。婴儿一出生即产生监护关系和法定代理关系，消费者和商家发生消费品、日用品购买的关系，出租人和承租人发生房屋租赁关系，保险人和被保险人发生保险关系，子女继承父母的遗产发生财产继承关系，夫妻之间发生婚姻关系，侵权人和被侵权人之间发生损害赔偿关系，企业之间发生的各种买卖关系等。可见，法律关系是现代社会中至关重要的一类社会关系，其设定当事人的权利和义务，并运用国家强制力保障权利和义务的实现，以达到调整社会关系的目的。

【例 1-1】“在法学家们以及各个法典看来，个人之间的关系，例如缔结契约这类事情，一般是纯粹偶然的现象，这些关系被他们看作是可以随意建立或不建立的关系，它们的内容完全取决于缔约双方的个人意愿。每当工业和商业的发展创造出新的交往形式(例如保险公司等)的时候，法便不得不承认它们是获得财产的新方式。”据此，法律关系是否体现国家意志？

【解析】有些法律关系的产生，不仅要通过法律规范体现国家意志，而且要通过法律关系参加者的个人意志表示意志。也有很多法律关系的产生，并不需要特定法律主体的意志。

(二) 法律关系的特征

与其他社会关系相比，法律关系具有以下特征。

1. 法律关系存在于人与人之间

法律关系是人与人之间的关系，不同于人与自然界之间的关系。例如，买卖为一种法律关系，存在于出卖人与买受人之间。

2. 法律关系是根据法律规定发生的

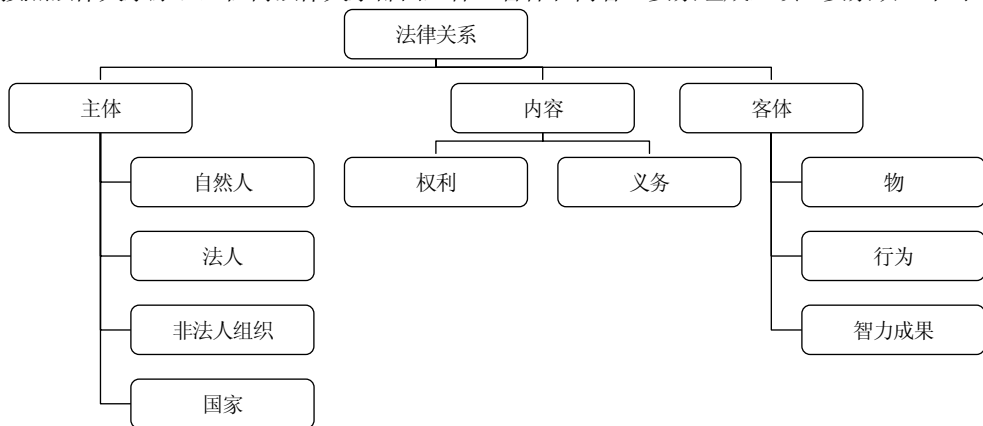
在人类社会，人与人之间必然发生各种联系，形成多种多样的社会关系，例如，师生关系、同学关系、宗教关系、恋爱关系、同乡关系等。这些关系受道德或习惯规范，不属于法律关系。法律关系是社会关系的一种，但是并非所有的社会关系均属于法律关系，有些社会关系不属于法律关系。法律规范是法律关系产生的前提，没有相应的法律规范，就不可能产生法律关系。只有经过法律确认和调整，以权利与义务为内容的社会关系，才是法律关系。

3. 法律关系以权利义务为内容

法律关系是具体的权利义务关系，它使得法律规范规定的权利义务具体化。法律规范规定的主体权利义务只是一种可能性，是主体能做和应该做的行为，并不是现实的行为；而在法律关系中，主体的权利与义务是一种现实的权利义务。法律规范规定的权利与义务针对的是同一类人、同一类行为。凡是出现法律规范所假定的事实，具有法律规范所规定的主体的资格，都享有同一类权利并承担同一类义务；而在法律关系中，主体、权利与义务及其所指向的对象都是具体的。

二、法律关系的构成

按照法律关系原理，任何法律关系都由主体、客体和内容三要素组成，该三要素缺一不可。



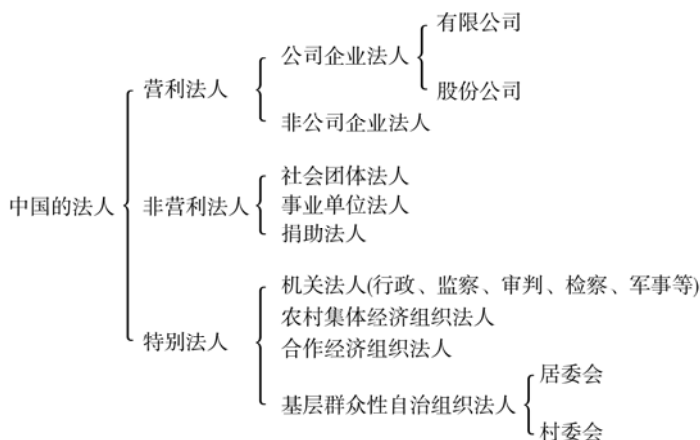
(一) 法律关系的主体

1. 法律关系主体的概念和种类

法律关系主体，又称权利主体，即法律关系的参加者，是法律关系中权利的享受者和义务的承担者。享有权利的一方称为权利人，承担义务的一方称为义务人。法律关系主体有以下几类。

(1) 自然人。指基于自然规律而出生，具有生命体征的人。这里的自然人既包括本国公民，也包括居住在一国境内或在境内活动的外国公民和无国籍人。

(2) 法人。法人是与自然人相对应的民事主体。《民法总则》第五十七条规定：“法人是具有民事权利能力和民事行为能力，依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织。”法人是依法成立的一种社会组织，拥有独立的财产或者经费，法人的财产与法人成员的财产相互独立，法人以自己的财产独立承担民事责任。《民法总则》第三章将法人分为营利法人、非营利法人和特别法人三部分。《民法总则》第七十六条规定：“以取得利润并分配给股东等出资人为目的成立的法人，为营利法人。营利法人包括有限责任公司、股份有限公司和其他企业法人等。”第八十七条规定：“为公益目的或者其他非营利目的成立，不向出资人、设立人或者会员分配所取得利润的法人，为非营利法人。”第九十六条规定：“本节规定的机关法人、农村集体经济组织法人、城镇农村的合作经济组织法人、基层群众性自治组织法人，为特别法人。”非营利法人包括事业单位、社会团体、基金会、社会服务机构等。

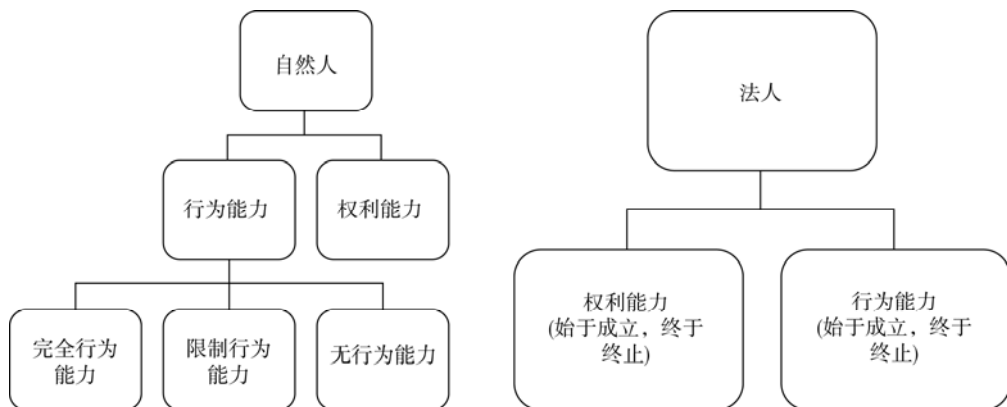


(3) 非法人组织。非法人组织则是指不具有法人地位,但是可以以自己的名义从事法律活动的主体。非法人组织包括个人独资企业、合伙企业、不具有法人资格的专业服务机构等。

(4) 国家。在特殊情况下,国家可以作为一个整体成为法律关系的主体。例如,国家作为主权者,是国际公法关系的主体,可以成为外贸关系中的债权人和债务人。在国内法上,国家可以直接以自己的名义参与国内法律关系(如发行国库券)。当然,大多数情况下,由国家机关或者授权的组织作为代表参加法律关系。由于经济法律关系主要是在国家和政府干预经济的过程中形成的,因此,其主体一方通常是国家及国家机构。这成为经济法律关系构成要素中主体要素的一个重要特征。

2. 法律关系主体资格

自然人和法人要成为法律关系的主体,享有权利和承担义务,必须具备权利能力和行为能力,即具有法律关系主体资格。只要是法律上所认可的“人”,即能够以自己的名义享受权利、承担义务的自然人或组织,都属于法律主体,具有法律上的人格,自然也都具有抽象意义上经济法主体的资格。



(1) 权利能力。权利能力是权利主体享有权利和承担义务的资格。它反映了权利主体享有权利和承担义务的可能性。各种具体权利的产生必须以主体的权利能力为前提。在不同的法律关系中对其参加者的要求不同,所需要的权利能力也不同。

(2) 行为能力。行为能力是指权利主体能够通过自己的行为取得权利和承担义务的能力。

对自然人来讲,有权利能力不一定有行为能力。行为能力是指法律所认可的一个人可进行法律行

为的能力,即为本人或被代理人对所为及可能产生的法律后果可独立承担法律责任的能力。法律只承认具备一定最低程度判断力的人具有行为能力。根据我国自然人的具体情况,按照年龄阶段的不同和心智是否正常,将自然人划分为完全行为能力人、限制行为能力人和无行为能力人三种。

① 完全行为能力人是指具有通过自己独立的意思表示进行法律行为的人。

我国的完全行为能力人分为两种:一是年满18周岁的成年人。通常在自然人达到成年时,不仅能够有意识地实施法律行为,而且能够熟悉和理解法律规范和社会规则,能够预见实施某种行为可能发生的后果和影响。因此,已经成年的自然人,具有完全行为能力。二是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,视为完全行为能力人。所谓“以自己的劳动收入为主要生活来源”,是指16周岁以上不满18周岁的自然人,能够以自己的劳动取得收入,并维持当地群众一般生活水平。

② 限制行为能力人是指独立通过意思表示,进行法律行为的能力受到一定限制的自然人。

我国的限制行为能力人分为两种:一是8周岁以上不满18周岁的未成年人;二是年满18周岁但不能完全辨认自己的行为的成年人。他们的行为能力受到限制,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、精神健康状况相适应的民事法律行为,而实施其他民事活动则应由他们的法定代理人代理进行,或者征得其法定代理人的同意或者追认。

③ 无行为能力人是指不具有以自己独立的意思表示进行法律行为的自然人。

我国的无行为能力人分为两种:一是不满8周岁的未成年人。不满8周岁的自然人年龄尚小,不能理性地从事民事活动。二是不能辨认自己行为的成年人。这类人不具有识别能力和认知能力,法律将其规定为无民事行为能力人。为了弥补无民事行为能力人的行为能力的欠缺,无民事行为能力人由其法定代理人实施民事法律行为。

《民法总则》第二十四条第一款规定:“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。”可见,认定成年人为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人,必须经过利害关系人或者有关组织申请,并由人民法院通过特别程序进行,防止有人恶意地以他人不具有辨认自己行为的能力为借口,认定他人为无民事行为能力人,侵害他们的合法权益。

【例 1-2】甲十七岁,高中生,以个人积蓄1000元在慈善拍卖会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。该买卖是否有效?

【解析】十七岁的甲是限制民事行为能力人,在慈善拍卖会上以1000元的个人积蓄拍得价值100元的表演道具,是与其年龄、智力状况相适应的,因此该行为有效。

权利能力和行为能力,对自然人而言在一定条件下可以分离;对组织体而言则往往是合一的,即同时产生、消灭,且范围重合。故权利能力与行为能力的区分,通常仅对分析自然人的主体资格有意义。社会组织作为法律关系的主体应当具有权利能力和行为能力,但是,其权利能力和行为能力不同于自然人。以法人为例,法人的权利能力、行为能力在法人成立时同时产生,到法人终止时同时消灭。自然人的行为能力一般通过自身实现,而法人的行为能力则通过法定代表人或者其他代理人实现。

3. 行为能力的认定和恢复

我国立法对成年人的无民事行为能力 and 限制民事行为能力采取认定制度。根据《民法总则》第二十四条规定,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。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。

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。

（二）法律关系的客体

法律关系的客体，是指法律关系主体间权利义务所指向的对象。权利和义务如果没有具体的对象，就无法落实，进而失去了意义。而各法律主体之间也是因为客体而彼此发生联系。法律关系的客体具有多样性，大体包括物、行为和智力成果三类。但是，随着经济的发展和社会的进步，法律关系的客体的范围也将进一步扩张。《民法总则》规定数据和网络虚拟财产是权利客体，正体现了这种法律关系客体不断扩张的趋势。

（1）物。法律意义上的物是指法律关系主体支配的、在生产上和生活上所需要的客观实体。它可以是自然物，如森林、土地，也可以是人的劳动创造物，如建筑物、机器、各种产品。

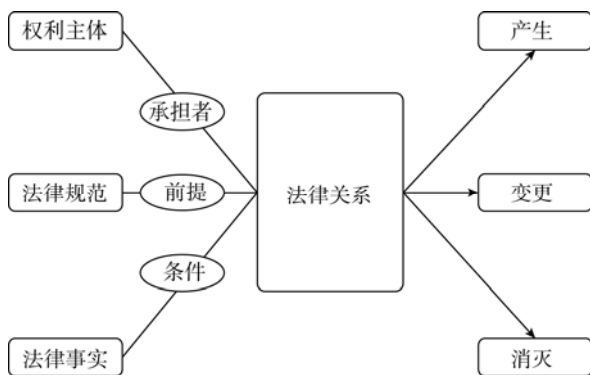
（2）行为。行为如满足权利人的利益和需要，可以成为法律关系的客体。如旅客运输合同的客体是运送旅客的行为。

（3）智力成果。是指人们通过智力劳动创造的精神财富或精神产品，智力成果作为法律关系的客体，其法律表现形式主要包括科学发明、学术论著、商标、专利、专有技术等。智力成果并不能直接表现为物质财富，但可以转化为物质财富。

（三）法律关系的内容

权利与义务是法律关系的内容。权利是享受特定利益的法律之力，即法律为了满足某人的需要而赋予他的一种法律的力，也就是法律制度对权利人的授权。权利功能在于保障个人的自由范围，使个人可以自主决定、组织或形成其社会生活，尤其是实践私法自治原则。法律上所谓的义务，指法律所加于当事人作为或不作为的拘束。所谓拘束，即不管义务人意思如何，都必须遵守，不能随意变更或免除。若不予遵守，将受到法律的强制执行和制裁。

三、法律关系的产生、变更和消灭



（一）法律关系的产生、变更和消灭

1. 法律关系产生、变更和消灭的概念

社会本身是不断发展的，人们之间结成的各种社会关系也在发生着变革，这决定了法律关系也会不断地发生变化和革新。法律关系的产生是指主体之间依据法律规范而结成一定的权利义务关系；法律

关系的变更是指由于符合法律规定的一定法律事实的出现而引起法律关系诸要素发生了变动；法律关系的消灭是指主体之间权利义务关系的完结。

2. 法律关系产生、变更和消灭的条件

法律关系处在不断产生、变更和消灭的运动过程中。它的产生、变更和消灭，需要具备一定的条件。其中最主要的条件包括以下几个方面。

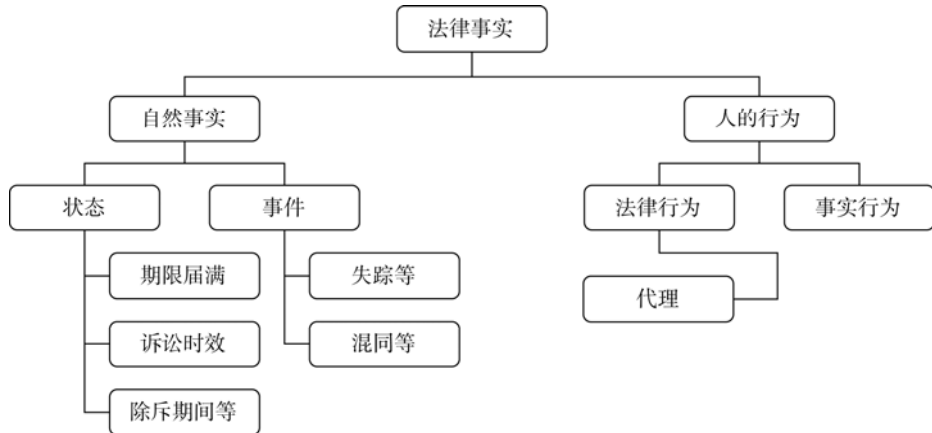
(1) 法律规范是经济法律关系具体产生、变更和消灭的前提，是法律关系产生、变更和消灭的法律依据。没有相关的法律规范便无法在相应主体之间建立法律上的关系。在现实生活中，法律关系能够实现变革主要是经由符合法律规定的一定的事实与行为的推动来实现的。

(2) 权利主体，即权利和义务的承担者。

(3) 法律事实是经济法律关系产生、变更和消灭的条件。法律事实，即出现法律规范所假定出现的那种情况。法律关系的产生、变更和消灭过程是需要相关的条件来推动其实现的，这些条件主要是发生在社会中的一些事件与行为。当然，具体情况要经由法律的确证并成为法律中规定的法律事实，才能发挥相应的功能。法律事实是法律规范与法律关系联系的中介。

(二) 法律事实

所谓法律事实，是指法律规范所规定的，能够引起法律后果即法律关系产生、变更和消灭的客观现象。根据不同的标准，法律事实分为两大类，即自然事实和人的行为。



1. 自然事实

民法上所称的自然事实，指人的行为之外的，能够引起民事法律关系发生、变更或消灭的一切客观情况。自然事实又分为两种：状态和事件。

(1) 状态。状态是指一定事实的经过，基于法律规定而发生一定法律效果的事由。如成年、期限届满、诉讼时效或者除斥期间等。

(2) 事件。所谓事件，是指一定自然事实的发生基于法律规定而发生一定法律效果的事由。如人的出生与死亡、失踪、混同、自然灾害、丧失意识等。

2. 人的行为

人的行为指人的有意识的活动，包括自然人和法人的活动。根据人的行为是否属于表意行为，可以分为两类。

(1) 法律行为，即以行为人的意思表示为要素的行为，目的是引起法律后果。法律行为之所以产生法

律后果，不仅是因为法律制度为法律行为规定了这样的后果，最主要的原因在于从事法律行为的人正是想通过这样的行为引起这种法律后果，可见，在通常情况下，法律行为是一种有目的的行为，即以最后引起某种法律后果为目的的行为，如合同。

(2) 事实行为，是指行为人实施行为时，没有产生、变更或消灭某一法律关系的主观意识，但由于法律的规定，却引起了一定的法律后果的行为。例如，写作时并没有取得著作权的主观意识，但是却发生了著作权法律关系。事实行为有合法的，也有不合法的。合法的事实行为如从事智力创造活动，拾得遗失物、漂流物等；不合法的事实行为如侵害国家、集体的财产或他人的人身、财产等。事实行为不需要行为人为具备相应的行为能力即可完成。

【例 1-3】甲与乙因琐事发生口角，甲冲动之下将乙打死。公安机关将甲逮捕，准备移送检察机关提起公诉。这时，甲因病而亡。公安机关遂做出撤销案件的决定。公安机关是基于下列哪一种原因撤销案件的？（ ）

- A. 法律行为 B. 违法行为 C. 事实构成 D. 自然事件

【解析】法律事实，是法律所规定的，能够引起法律关系产生、变更和消灭的现象。法律事实可以分为事件和行为两大类。事件，是指与主体的意志无关，能够引起法律后果的客观现象，如人的死亡、物的灭失等属于事件。法律行为是指受主体意志支配、能够引起法律后果的活动。本题中甲因病而亡属于事件，因此本题的正确答案是 D。

【例 1-4】张某有祖传的玉雕一尊，委托德龙拍卖公司进行拍卖，最终被一家文化公司以 140 万元的价格买到。本案涉及哪些法律关系和哪些法律关系主体？

【解析】本案中存在 3 个法律关系，一是委托法律关系，二是拍卖法律关系，三是买卖法律关系。涉及的法律关系的主体有自然人张某，也有拍卖公司和竞买者文化公司，既有自然人也有法人。

本章的第三节法律行为制度、第四节法律行为的代理、第五节时效制度的内容均属于法律事实之列。

第三节 法律行为制度

一、法律行为理论

(一) 法律行为的概念与特征

法律行为本是民法上的概念，但现在广泛用于法理学和其他法律学科。法律行为是以意思表示为要素，因意思表示而发生一定法律效果的法律事实，其特征如下。

(1) 法律行为是一种法律事实。因法律行为的形成而发生一定权利或法律关系的变动，故法律行为是一种法律事实。

(2) 以意思表示为要素。意思表示是指行为人将意欲达到某种预期法律后果的内在意思表现于外部的行为。如果行为人仅有内在意思而不表现于外，则不构成意思表示，法律行为不能成立。

法律行为至少应有一个以产生法律效果为目的的意思表示。意思表示为法律行为的核心。需注意的是，法律行为与意思表示并非相同，在概念上应严格区别。

(3) 法律行为在于产生法律效果。所谓产生法律效果，是指法律行为能够引起人们之间权利义务关系的产生、变更或消灭，它们可能会受到法律的承认、保护或奖励(如合法行为)，也可能会受到法律的否定、撤销或惩罚(如违法行为)。

(二) 法律行为的分类

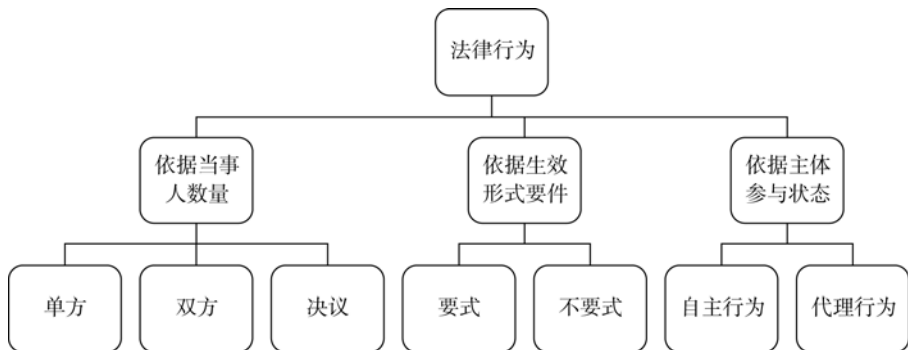
法律行为可以从不同的角度做不同的分类。不同的法律行为在法律上具有不同的法律意义。

1. 单方法律行为、双方法律行为和决议

根据参与法律行为的当事人的数量以及参与的方式，可以划分为单方法律行为、双方法律行为和决议。

单方法律行为是根据一方当事人的意思表示而成立的法律行为。该法律行为仅有一方当事人的意思表示而无须他方的同意即可发生法律效力，如委托代理的撤销、债务的免除、无权代理的追认等。

双方法律行为是指由两个意思表示的一致而成立的法律行为。例如合同行为。



决议是指多个民事主体依据多数表决原则做出的决定。决议可以以全票一致通过的方式做出，也可以以多数票通过的方式做出。《民法总则》第一百三十四条第二款规定：“法人、非法人组织依照法律或者章程规定的议事方式和表决程序作出决议的，该决议行为成立。”决议一般调整法人或非法人组织的内部事务，不调整法人或非法人组织与第三人之间的关系。作为一种重要的多方法律行为，在性质上与合同行为有很多区别：决议当事人的意思表示是以多数表决的方式做出，而且对没有表示同意的成员也具有拘束力；决议中的意思表示针对社团。民主的基本含义就是多数人的统治，决议以多数表决为原则，这可以称之为意思民主原则。与意思自治原则不同，意思民主的目的不在于肯定个人自治或各方的一致同意，而在于解决意思与意思不一致时的冲突，确定哪些人的意思优先。

2. 要式的法律行为和不要式的法律行为

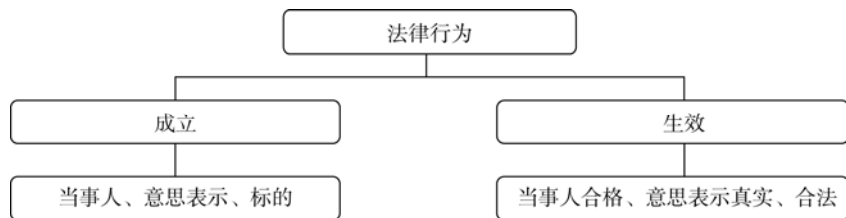
根据行为生效是否具备特定形式的要件，可分为要式的法律行为和不要式的法律行为。要式的法律行为是指法律规定必须采取一定的形式或者履行一定的程序才能成立的法律行为，如票据行为就是法定要式行为。不要式的法律行为是指法律不要求采取一定形式，当事人自由选择一种形式即可成立的法律行为。该类法律行为的形式可由当事人协商确定。

区分要式法律行为和不要式法律行为的意义在于：不要式法律行为可以由当事人自由选择法律行为的形式；要式法律行为要求当事人必须采取法定形式，否则法律行为不能成立。

3. 自主行为与代理行为

根据主体实际参与行为的状态，可以把法律行为分为自主行为和代理行为。自主行为是指行为人在没有其他主体参与的情况下以自己的名义独立从事的法律行为。代理行为是指行为人根据法律授权或其他主体的委托而以被代理人的名义所从事的法律行为。

二、法律行为的要件



(一) 成立要件

1. 一般成立要件

法律行为的一般成立要件，是指一般法律行为所共同的成立要件。法律行为的一般成立要件包括：①当事人。任何法律行为都不能没有当事人，没有当事人就无人做意思表示，有的法律行为的当事人只有一人，如遗嘱人；有的法律行为需有两个以上的当事人，如合同当事人。②意思表示。没有意思表示不构成法律行为，有的法律行为只需一个意思表示，如抛弃动产；有的法律行为需有两个以上的意思表示，如买卖合同。③标的。标的是指行为的内容，即行为人通过其行为所要达到的效果。

2. 特别成立要件

法律行为的特别成立要件，是指成立某一具体的法律行为，除须具备一般条件外，还须具备的其他特殊事实要素。如《合同法》中规定，除当事人另有约定外，保管合同自保管物交付时成立；当事人约定合同必须采用书面形式方为成立的，则采用书面形式为特别成立要件。

(二) 法律行为的生效要件

法律行为的生效，是指已经成立的法律行为因为符合法律规定的有效要件而取得法律认可的效力。法律行为的成立和法律行为的生效是两个不同的概念。法律行为的成立是法律行为生效的前提；法律行为尚未成立，当然也谈不上生效。在大多数情况下，法律行为成立和生效是重合的，在法律行为成立时即具有法律效力。

法律行为生效，应当具备一定的条件，即法律行为的有效要件。有效要件包括实质要件和形式要件。

1. 实质要件

(1) 行为人具有相应的民事行为能力。行为人实施的法律行为是合法行为，必然产生权利义务关系，进而产生相应的法律后果。因此，法律行为的行为人必须具有预见其行为性质和后果的相应的民事行为能力。就自然人而言，完全民事行为能力人可以以自己的行为取得民事权利，履行民事义务；限制民事行为能力人只能实施与其年龄、智力和精神健康状况相适应的民事法律行为，其他行为由其法定代理人代理，或者征得法定代理人的同意或追认；无民事行为能力人不能独立实施民事法律行为，必须由其法定代理人代理。但是，无民事行为能力人、限制民事行为能力人为纯获利益的民事法律行为，如接受奖励、无负担的赠与、报酬等，民事法律行为的效力不受影响。

(2) 行为人的意思表示真实。意思表示是指外部表明要发生一定法律效果的意思的行为。意思表示真实是行为人在自觉、自愿的基础上做出符合其内在意思的表示行为。意思表示真实包括两个方面：①意思表示自愿，任何人不得强迫；②行为人的主观意愿和外在意思表示一致。

意思表示不真实，也叫意思表示有瑕疵，主要包括两种情况：第一，意思与表示不一致，即行为人的内心意思与外部的表示行为不一致，具体可以分为真意保留、隐藏行为、虚伪表示、错误和误传；第

二, 行为人意思表示不自由, 具体可以分为欺诈、胁迫、乘人之危。将意思表示真实作为民事法律行为的有效要件, 是为了保证行为人的意思自治, 维护交易的安全。

(3) 不违反法律、行政法规的强制性规定, 不违背公序良俗。

法律行为之所以能够产生法律效力, 在于行为人的意思表示符合法律的规定。合法的法律行为, 具有法律效力, 行为人受其约束, 而不合法的法律行为就不能够受到法律保护。法律规范可以分为任意性规范和强制性规范。强制性规范是行为人必须要遵守, 不得任意改变的。任意性规范给行为人提供一种行为标准, 不是必须执行。只有违反法律、行政法规的强制性规定时, 法律行为才无效, 民事法律行为违反法律、行政法规的任意性规定, 并不当然导致该法律行为无效。

法律行为不仅要符合法律、法规的规定, 而且在内容上不得违背公序良俗。《民法总则》第一百五十三条第二款规定: “违背公序良俗的民事法律行为无效。” 因此, 公序良俗是法律行为生效的要件之一。公序良俗指公共秩序和善良风俗, 属于道德标准。法律的规定是有限的, 不能涵盖所有的公共利益和社会道德, 将公序良俗作为法律行为的生效要件, 弥补了法律规定的不足, 有利于维护公共秩序和社会道德。

2. 形式要件

法律行为须具备形式要件。法律行为的形式, 实际上是作为法律行为核心要素的意思表示的形式。在绝大多数情况下, 法律行为只要具备实质要件就发生法律效力, 但在某些特殊情况下, 法律行为还须具备形式要件才发生效力。主要有如下种类。

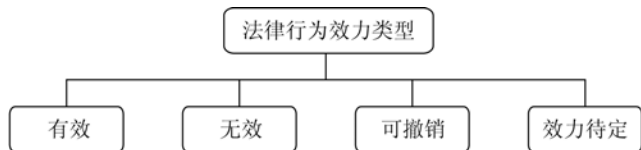
(1) 口头形式。指以对话的形式所进行的意思表示。对话的外延包括电话交谈、托人带口信、当众宣布自己的意思等。

(2) 书面形式。指用书面文字形式所进行的意思表示。合同书以及任何记载当事人权利、义务内容的文件, 都属于书面形式。

(3) 推定形式。指当事人通过有目的、有意义的积极行为将其内在意思表现于外部, 使他人可以根据常识、交易习惯或相互间的默契, 推知当事人已做某种意思表示, 从而使法律行为成立。如租期届满后, 承租人继续缴纳房租, 出租人予以接受, 由此可推知当事人双方做出了延长租期的法律行为。

(4) 沉默方式。沉默不是意思表示, 不能成立法律行为。只有在法律有特别规定时, 当事人的消极行为才被赋予一定的表示意义, 并产生成立法律行为的效果。

三、法律行为的效力



(一) 法律行为效力概述

法律行为不具备成立要件者, 则不能成立; 具备成立要件且具备生效要件者, 则完全有效。只具备成立要件而不具备生效要件时, 可分为三种情形, 即无效、可撤销与效力待定。对不具备生效要件的特定法律行为, 应赋予何种效力? 此为评价问题, 应视其所欠缺生效要件的性质及其严重性的程度而决定。

(二) 无效法律行为

1. 无效法律行为的概念

自始、当然、确定不能产生预期法律效果的法律行为，为无效法律行为。无效法律行为的特征如下：

(1) 自始无效，即从行为开始时起就没有法律约束力。

(2) 当然无效，即不论当事人是否主张，是否知道，也不论是否经过人民法院或者仲裁机构确认，该法律行为当然无效。

(3) 绝对无效，指无效的法律行为在其成立时即不发生效力，且以后无再发生效力的可能，也不因事情变更而恢复其效力，即使经当事人承认，也不能使其发生效力。法律行为当事人知其无效，而进行追认者，于其具备法律行为的有效要件时，视为重新为法律行为，自追认时起发生效力。

2. 无效法律行为的种类

1) 无民事行为能力人实施的

无民事行为能力人实施的民事法律行为无效。无民事行为能力人包括 8 周岁以下的未成年人和不能辨认自己行为的成年人。无民事行为能力人不能正确认识其行为的法律意义，依法不能独立进行民事活动，只能由其法定代理人代理。这样规定是为了保护无民事行为能力人的利益，维护交易安全。因此，无民事行为能力人实施的民事行为，因主体不合格而无效。但无民事行为能力人接受赠与、奖励、获得报酬等纯获益的行为有效。

【例 1-5】林某，7 岁，系某小学二年级学生。一天放学回家路上遇到某公司业务员赵某向其推销一种名为“学习效率机”的低配置电脑，开价 5800 元。林某信其言，用自己积攒的“压岁钱”1000 元交付了定金，并在分期付款合同上签了字。事后林某父母知晓此事，向公司要求退款。林某父母的行为能否得到法律上的支持？

【解析】根据法律规定，无民事行为能力人实施的民事行为无效，因此本案中林某签订的合同无效。故林某父母要求公司退款可以得到法律上的支持。

2) 虚假的意思表示实施的

《民法总则》第一百四十六条规定：“行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效。”该条规定了虚假的民事法律行为的无效，目的在于维护社会秩序，保障交易安全。虚假的民事法律行为，是指行为人与相对人通谋，共同实施了虚假的民事法律行为。例如，为了规避房屋限购政策而假离婚。《民法总则》第一百四十六条第二款规定：“以虚假的意思表示隐藏的民事法律行为的效力，依照有关法律规定处理。”这是对隐藏的民事法律行为做出的规定。隐藏的法律行为是指被虚假意思表示所掩盖的行为。如果被隐藏的法律行为是合法的，则该隐藏行为是有效的；如果被隐藏的行为是违法的，则该隐藏行为无效。例如，为了逃避债务而虚假赠与他人财产，赠与财产就是虚假的意思表示，而逃避债务是隐藏的法律行为。逃债违法，故此隐藏行为无效。

3) 违反法律、行政法规的强制性规定的

《民法总则》第一百五十三条第一款规定：“违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效，但是该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。”这一规定确立了法律行为有效与否的判断标准。法律是指全国人大及其常委会制定的法律，行政法规是指国务院制定的行政法规。只有违反了法律、行政法规的规定，才有可能导致法律行为的无效。

4) 违背公序良俗的

《民法总则》第一百五十三条第二款规定：“违背公序良俗的民事法律行为无效。”违背公序良俗的民事法律行为包括两类：第一，违背公共秩序的民事法律行为。只要民事法律行为危害了公共秩序，即使没有现行的法律规定，也应当认定为无效。例如，购买“洋垃圾”，即使现行法律没有明确做出规定，

也应当认为是无效的。因此,违背公共秩序的规定能够弥补法律规定的不足。如果违背公共秩序的行为是违法行为,如买卖毒品或者假冒伪劣商品,则以违反了法律或行政法规的强制性规定为由,认定该法律行为无效。第二,违背善良风俗的民事法律行为。善良风俗,是指全体社会成员所普遍认同和遵守的道德准则。例如,约定子女不承担抚养父母义务的协议,代孕协议等,均属于违背善良风俗的民事法律行为。

5) 恶意串通, 损害他人合法权益的

《民法总则》第一百五十四条规定:“行为人与相对人恶意串通, 损害他人合法权益的民事法律行为无效。”恶意是指行为人明知其行为将造成对他人的损害而故意为之。法律上做出此种规定的原因是, 在恶意串通的民事法律行为中, 行为人的行为具有明显的违法性。例如, 为了逃避债务而与其近亲属签订合同, 将房屋以极低的价格出售给其近亲属。

3. 无效法律行为的效果

法律行为无效时, 不发生当事人依据该法律行为所希望实现的法律效果。例如, 买卖合同无效时, 不产生买卖合同的效果; 解除合同的意思表示无效时, 不产生解除合同的效果。需要注意的是, 无效并不妨碍发生其他法律行为以外的效果。

(1) 返还财产。民事行为被确认无效, 当事人因民事行为取得的财产, 应当返还给对方。如果一方取得, 取得方应返还给对方; 如果双方取得, 则双方返还。如果财产已不存在, 无法返还的取得应折价赔偿。

(2) 赔偿损失。如果民事行为无效后给对方或者第三人造成了损失, 还应当赔偿损失。如果损失是一方的过错造成的, 则仅过错方赔偿; 如果双方都有过错, 则由双方承担各自应负的责任。

(3) 追缴财产。追缴财产属于公法上的责任。双方恶意串通, 实施民事行为损害国家、集体或者第三人的利益, 应当追缴双方已取得的或者约定取得的财产, 分别收归国家、集体所有, 或者返还第三人。应注意的是, 不仅要追缴双方已取得的财产, 还要追缴其约定取得的财产。

一项民事法律行为当中, 如果仅是局部内容存在缺陷, 存在无效或可撤销的原因, 而其余部分不存在缺陷, 并且仍然可以单独设定、变更或者终止民事法律关系的, 那么存在缺陷部分属于无效或被撤销, 其余部分则仍然可以有效。

【例 1-6】小刘从小就显示出很高的文学天赋, 6 岁时写了小说《隐形翅膀》, 并将该小说的网络传播权转让给某网站。小刘的父母反对该转让行为。请分析小说的著作权的归属以及合同效力。

【解析】《著作权法》第十一条规定, 著作权属于作者, 本法另有规定的除外。创作作品的公民是作者。本题中, 小刘是小说《隐形翅膀》的创作者, 因此, 小刘是该作品的著作权人, 不因其行为能力受到影响。本题中, 小刘是 6 岁的无民事行为能力人, 他签订的网络传播权转让合同无效。

(三) 可撤销法律行为

1. 可撤销法律行为的概念

可撤销法律行为, 是指当事人从事法律行为时的意思表示不真实, 因而向人民法院或者仲裁机关请求撤销其法律行为, 使已经生效的法律行为归于无效。可撤销法律行为必须由撤销权人主动行使, 法院应当采取不告不理的原则, 不得主动行使撤销权。可撤销行为在撤销前仍然是有效的, 当事人应当依法履行义务, 任何一方不得以法律行为具有可撤销的因素为由, 拒绝履行其义务。

2. 可撤销法律行为的种类

(1) 因重大误解而为的法律行为。《民法总则》第一百四十七条规定:“基于重大误解实施的民事法律行为, 行为人有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。”所谓重大误解是指行为人对行为的性

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，造成较大损失的意思表示。

(2) 显失公平的法律行为。《民法总则》第一百五十一条规定：“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者仲裁机构予以撤销。”显失公平的法律行为，指一方当事人利用优势或者利用对方缺少经验，致使双方的权利义务明显违反公平、等价有偿原则实施的法律行为。如某古董收购商下乡以极不合理的低价收购古董的行为即属显失公平的法律行为。

(3) 欺诈、胁迫的法律行为。《民法总则》第一百四十八条规定：“一方以欺诈手段，使对方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为，受欺诈方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。”欺诈是指欺诈方有主观上的恶意，明知自己的欺诈行为会使得被欺诈人陷入错误认识，而希望或者放任这种结果发生。

第三人实施欺诈，受欺诈方有权请求人民法院或者仲裁机构撤销该法律行为。《民法总则》第一百四十九条规定：“第三人实施欺诈行为，使一方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为，对方知道或者应当知道该欺诈行为的，受欺诈方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。”该条规定了因第三人欺诈而实施的法律行为，即因第三人实施欺诈行为而使当事人一方在违背真实意思的情况下实施的法律行为。例如，生产者进行虚假广告宣传，导致消费者受骗，而合同是在消费者和销售者之间订立的，生产者是第三人，该情形构成第三人欺诈。这种情形下受欺诈方有权请求人民法院或者仲裁机构撤销法律行为。此规定有利于保护受欺诈方和善意相对人，维护交易安全。

《民法总则》第一百五十条规定：“一方或者第三人以胁迫手段，使对方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为，受胁迫方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。”胁迫是指以直接加害或者是将来要发生的损害相威胁，使对方产生恐惧而做出的行为。受胁迫方因此所实施的民事法律行为属于可撤销的民事法律行为。

【例 1-7】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。分析商家是否有权撤销交易或者要求补偿？

【解析】商家无权要求潘某退货或者补偿，该案例中双方意思表示真实，不存在欺诈、胁迫、重大误解与显失公平等四种情形，法律行为有效。

3. 撤销权的行使

(1) 撤销权行使的主体。可以行使撤销权的主体包括因重大误解遭受损失的一方；显失公平中遭受不利的一方；被欺诈、胁迫的一方。撤销权为撤销权人单方的行为，无须相对人表示同意，因此撤销权属于形成权。

(2) 撤销权行使的期限。撤销权、变更权因须以诉为之，如久拖不行使，将影响相对人的利益和法律秩序的稳定。根据《民法总则》第一百五十二条，撤销权的行使期限包括以下几种情形：①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，该撤销权消灭。可见，撤销权的行使期限通常为一年。该期限在性质上属于除斥期间，是不存在中止、中断、延长情形的不可变期间。该期限从其知道或应当知道撤销事由之日起开始计算。②重大误解的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起三个月内没有行使撤销权的，撤销权消灭。因重大误解而撤销法律行为的撤销权行使的期限相对较短。因为在重大误解的情形下，撤销权人通常都有过错，所以除斥期间规定较短。③当事人受胁迫，自胁迫行为终止之日起一年内行使撤销权。④当事人知道撤销事由后明确表示或者以自己的行

为表明放弃撤销权的,撤销权消灭。按照私法自治原则,撤销权中的权利人可以放弃其权利。⑤当事人自民事法律行为发生之日起五年内没有行使撤销权的,撤销权消灭。这是一种客观的计算方法,有利于能够尽快确定法律关系的效力。即使当事人不知道且不应当知道撤销事由,也发生同样的法律效果。

撤销权一旦行使,经过法院的确认,将使法律行为自始不发生效力,当事人应当依法互相返还财产、恢复原状。

【例 1-8】某校长甲欲将一套住房以 50 万元出售。某记者乙找到甲,出价 40 万元,甲拒绝。乙对甲说:“我有你贪污的材料,不答应我就举报你。”甲信以为真,以 40 万元将该房卖给乙。乙实际并无甲贪污的材料。该房屋买卖合同的效力如何?

【解析】本题中乙以检举揭发甲贪污为由对甲进行威胁,应认定为存在胁迫行为,该房屋买卖合同属于可撤销合同。

(四) 效力待定的法律行为

1. 效力待定法律行为的概念

这是指法律行为之效力有待于第三人意思表示,在第三人意思表示前,效力处于不确定状态的法律行为。

效力待定的法律行为的特征是:①效力待定的法律行为的效力是不确定的,它既非有效,亦非无效,而是处于悬而未决的不确定状态之中。②效力待定的法律行为的效力确定,取决于享有形成权的第三人的行为。该第三人有追认权,对效力待定的法律行为享有同意或拒绝的权利。③效力待定的法律行为经同意权人同意后,其效力溯及于行为成立时;若拒绝,即自始无效。

2. 效力待定法律行为的类型

(1) 无权处分行为。无权处分行为是指无处分权人以自己名义对他人权利标的所为的处分行为,该行为若经权利人同意,效力溯自处分之时起有效;若权利人不同意,则效力确定为无效。《合同法》第五十一条规定:“无处分权的人处分他人财产,经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的,该合同有效。”由此可见,无处分权的人处分他人权利标的,只有该当事人事后取得了有处分权人的追认或取得处分权,该民事行为方可生效。但是,行为人实施无权处分行为时,若受让人是善意的且无过失,则构成善意取得,该无权处分行为成为有效的法律行为。

(2) 无权代理行为。《民法总则》第一百七十一条第一款规定:“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后,仍然实施代理行为,未经被代理人追认的,对被代理人不发生效力。”无代理人所为的代理行为对本人是没有效力的,但若本人事后追认,就成为名正言顺的代理行为,对本人发生效力;若本人否认,则该行为对行为人生效。在本人承认与否认前,该行为的效力处于不确定状态。

(3) 限制民事行为能力人待追认的行为。《民法总则》第一百四十五条第一款规定:“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者追认后有效。”这是指限制民事行为能力人实施超越其行为能力范围的行为,若获法定代理人的追认,就成为有效法律行为,反之,则为无效法律行为。

3. 效力待定法律行为的效果

1) 追认权

追认是追认权人实施的使他人效力待定行为发生效力的补足行为。追认属于单方民事法律行为,在意思表示完成时生效,其作用在于补足效力待定行为所欠缺的法律要件。

追认权主体为谁，因行为的类型不同而判定不同。就无权处分而言，追认权属于处分权人；就无权代理而言，追认权属于本人(即被代理人)；就债务承担而言，追认权属于债权人；就限制法律行为能力人实施的待追认行为而言，追认权属于法定代理人。追认权的实施方式，应由当事人以意思通知方式，向效力待定行为的相对人实施。

追认行为完成若使效力待定行为生效要件补足，除非追认权人有特别声明，效力待定行为溯及自始发生效力。

2) 相对人的催告权

这是指效力待定民事行为的相对人在得知其与对方实施的民事行为为效力待定的事由后，将效力未定事由告知追认权人，并催告追认权人于法定期限或合理期限内予以确认的权利。效力待定民事行为为经催告后，追认权人未于法定期限或合理期限内予以确认的，视为拒绝追认。

3) 相对人的撤销权

这是指效力待定行为的相对人撤销其意思表示的权利。撤销权的法律要件是：①撤销权的发生须在追认权人未予追认前，追认权一旦行使，效力待定行为即生效，相对人不得行使该项撤销权。②撤销之意思必须以明示的方式做出。③相对人须为善意，即对效力待定行为欠缺生效要件没有过失。如明知对方行为人能力欠缺而为之，则不得享有撤销权。

(五) 附条件和附期限的法律行为

1. 附条件的法律行为

(1) 概念。附条件的法律行为是指在法律行为中规定一定的条件，并且把该条件的成就或者不成就作为确定行为人的民事权利和民事义务发生法律效力，或者失去法律效力的根据的法律行为。《民法总则》第一百五十八条规定：“民事法律行为可以附条件，但是按照其性质不得附条件的除外。”根据条件对法律行为本身所起的作用，可以分为附生效条件的民事法律行为和附解除条件的民事法律行为，附生效条件的民事法律行为，自条件成就时生效。附解除条件的民事法律行为，自条件成就时失效。

并非所有的法律行为都可以附条件，根据相关法律规定，下列法律行为不得附条件：①依其性质不许附条件的法律行为。某些法律行为其性质决定必须即时地、确定地发生法律效力，不允许处于效力不确定状态，因此不得附条件。例如，票据行为，为保障其流通性，因此不许附条件。又如撤销、承认、解除及选择权的行使等单方行为，本来是为使不确定的法律关系变为确定而设，若附条件，则使本不确定的法律关系更加不确定，不仅违背该类法律行为性质，并且使相对人地位不安定，因此不许附条件。②条件违背社会公共利益或社会公德的。如结婚、离婚等行为。

(2) 法律行为所附条件的特征。法律行为所附条件，既可以是自然现象、事件，也可以是人的行为，但它应当具备下列特征。①应是将来发生的事实。作为条件的事实，必须是在进行法律行为时尚未发生的。过去的事实，不得作为条件。②应是发生与不确定的事实。法律行为中的条件应是可能发生或可能不发生的事实，如果在法律行为成立时，该事实是将来必然发生的，则该事实应当作为法律行为的期限而非条件。例如甲向乙表示“如果太阳从西边升起，我就把房屋赠与你”，则视为根本就不希望从事该项行为，已经成立的法律行为无效。相反，如果行为人把不可能发生的事实作为法律行为失效的“条件”，则视为未附任何条件。③条件应当是双方当事人约定的。所附条件必须是双方当事人约定，并以意思表示的形式表现出来的。凡是法律行为中附有法定条件的，应视为未附条件，法律行为当然有效。④条件必须合法。条件不得违反现行法律的规定。例如甲与丙协商，如果丙将乙打伤，则赠与丙3000元。由于该民事行为附有违法条件，该行为当然无效。

(3) 附条件法律行为的效力。附条件的法律行为一旦成立，则已经在当事人之间产生了法律关系，

当事人各方均应受该法律关系的约束。条件成就的效力,在于决定法律行为效力的发生或消灭。另外,《民法总则》第一百五十九条规定:“附条件的民事法律行为,当事人为自己的利益不正当地阻止条件成就的,视为条件已成就;不正当地促成条件成就的,视为条件不成就。”

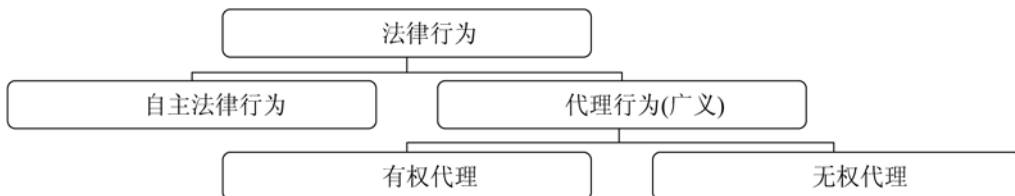
2. 附期限的法律行为

附期限的法律行为,指当事人设定一定的期限,并将期限的到来作为效力发生或消灭前提的法律行为。《民法总则》第一百六十条规定:“民事法律行为可以附期限,但是按照其性质不得附期限的除外。”按照所附期限的作用是引起效力的发生或者消灭为标准,分为附生效期限的民事法律行为和附终止期限的民事法律行为。附生效期限的民事法律行为,自期限届至时生效。附终止期限的民事法律行为,自期限届满时失效。期限具有以下特征:①期限是当事人约定的而不是由法律直接规定的;②期限必须符合法律规定;③期限是将来确定要到来的事实。

期限和条件不同之处在于:期限是确定的、将来一定能到来的;而条件则属将来是否发生不确定的事实。

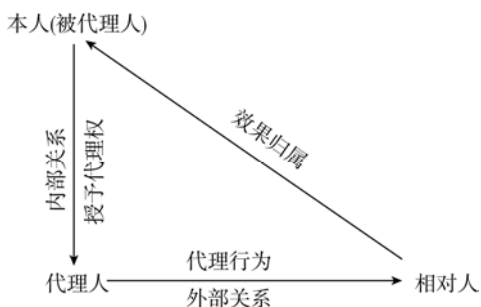
第四节 法律行为的代理

一、代理的概念与特征



(一) 代理的概念

代理是代理人于代理权限内,以本人(被代理人)名义向第三人(相对人)进行意思表示或受领意思表示,而该意思表示直接对本人生效的民事法律行为。代他人实施法律行为的人,称为代理人;为其所代并承受法律行为效果的人,称为本人。本人又称为被代理人、授权人或委托人。



(二) 代理的法律特征

1. 代理人在代理权限之内独立地进行意思表示

代理人进行代理活动的依据是代理权,因此代理人必须在代理权限内实施代理行为。委托代理人应根据被代理人的授权进行代理。法定代理人或指定代理人也只能在法律规定或指定的代理权限内进行代理行为。

代理人在实施代理行为时有独立进行意思表示的权利。为了很好地行使代理权和维护被代理人的利益,代理人可以在代理权限内根据具体情况进行意思表示,完成代理事务。

2. 代理人以被代理人的名义实施代理行为

依《民法总则》第一百六十二条的规定：“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。”代理人如果以自己的名义实施代理行为，这种行为是自己行为而非代理行为。代理人只能以被代理人的名义进行代理活动，才能为被代理人取得权利、设定义务。

3. 代理行为是具有法律意义的行为

代理是一种法律行为。只有代理人为被代理人实施的是能够产生民事权利义务的行为才是代理行为，如代签合同。而代友请客则不属于民法上的代理行为，不在双方当事人之间产生法律权利义务关系。

4. 代理人所实施的民事法律行为的法律效果归属于被代理人

在代理活动中，代理人不因其所实施的民事法律行为直接取得任何个人利益，由代理行为产生的权利和义务应由被代理人本人承受。

(三) 代理的种类

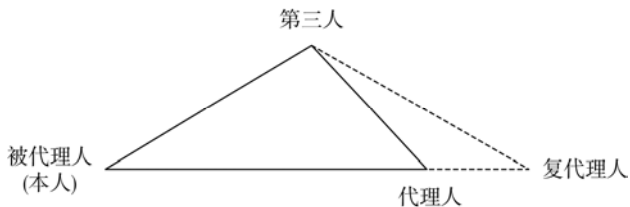
1. 根据代理权产生的依据不同，将代理分为委托代理和法定代理

《民法总则》第一百六十三条规定：“代理包括委托代理和法定代理。委托代理人按照被代理人的委托行使代理权。法定代理人依照法律的规定行使代理权。”委托代理是指代理人按照被代理人的委托而进行的代理。委托代理行为所享有的代理权，是被代理人授予的，所以委托代理又称授权代理。委托代理制度体现了私法中的意思自治。法定代理指基于法律的直接规定而发生的代理。《民法总则》第二十三条规定：“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。”法定代理人所享有的代理权是由法律直接规定的，与被代理人的意志无关。

《民法总则》第一百七十条规定：“执行法人或者非法人组织工作任务的人员，就其职权范围内的事项，以法人或者非法人组织的名义实施民事法律行为，对法人或者非法人组织发生效力。”该条规定承认了职务代理，职务代理属于委托代理的一种，是指法人或非法人组织的工作人员在其职权范围内从事的民事法律行为，不需要特别授权，就由法人或非法人组织承担法律后果。职务代理能够满足法人或非法人组织对外交易的需求，增强了交易结果的确定性，使得交易相对人能够准确地判断代理人是否有代理权，进而提高交易效率，降低交易成本。

2. 根据代理权的来源的不同，将代理分为本代理和复代理

本代理是指代理人的代理权基于被代理人的直接授权，或基于法律的规定。复代理又称为再代理，是代理人为了实施代理权，而以自己的名义选定他人担任被代理人的代理人，该他人称为复代理人，其代理行为产生的法律效果直接归属于被代理人。复代理人是被代理人的代理人，而不是代理人的代理人。复代理人只能以被代理人的名义为民事法律行为，其行为的法律效果直接归属于被代理人。



《民法总则》第一百六十九条规定：“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，被代理人可以就代理事务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。”所谓“紧急情况”是指由于急病、通信联络中断等特殊原因，委托代理人自己不能办理代理事项，又不能与被

代理人及时取得联系，如不及时转委托他人代理，会给被代理人的利益造成损失或者扩大损失的情形。

3. 根据行使代理权的人数的不同，将代理分为单独代理和共同代理

单独代理，是指由一人行使代理权的代理。共同代理，是指由数人共同行使代理权的代理。可见，代理人为数人且共同行使代理权，便构成共同代理。《民法总则》第一百六十六条规定：“数人为同一代理事项的代理人的，应当共同行使代理权，但是当事人另有约定的除外。”

二、代理权

（一）代理权的概念

代理权是代理制度的核心内容。它是指代理人基于被代理人的意思表示或法律的直接规定，能够以被代理人的名义进行意思表示或受领意思表示，其法律效果直接归于被代理人的资格。

（二）代理权的取得

1. 委托代理

在委托代理中，代理人取得代理权是基于被代理人的授权行为。《民法总则》第一百六十五条规定：“委托代理授权采用书面形式的，授权委托书应当载明代理人的姓名或者名称、代理事项、权限和期间，并由被代理人签名或者盖章。”该授权行为属单方法律行为，无须取得代理人或第三人的同意，即可发生授予代理权的效力。

2. 法定代理

在法定代理中，代理权的取得基于法律的直接规定。法定代理主要适用于被代理人为无民事行为能力人和限制民事行为能力人的情况，目的是为了维护交易安全，保护无民事行为能力人和限制民事行为能力人的利益。

（三）代理权的行使

1. 代理权行使的一般要求

代理人应当亲自行使代理权，除非经被代理人同意或有不得已的事由发生，不得将代理事务转委托他人处理。同时，代理人应谨慎、勤勉地行使代理权。如果代理人不履行或者不完全履行职责，造成被代理人损害的，应当承担民事责任。

2. 代理权行使的限制

第一，禁止自己代理。代理人以被代理人的名义与自己进行民事活动的行为为自己代理。在这种情况下，代理人同时为代理关系中的代理人 and 第三人，交易双方的交易行为实际上只由一个人实施。例如，自然人甲委托乙购买生产设备，乙以甲的名义与自己订立合同，把自己的生产设备卖给甲。通常情况下，由于交易双方都追求自身利益的最大化，因此很难避免发生代理人为自己利益而牺牲被代理人利益的情况。

第二，禁止双方代理。双方代理又称同时代理，是指一人同时担任双方的代理人为同一项民事行为。例如，甲受乙的委托购买电视机，又受丙的委托销售电视机，甲此时以乙丙双方的名义订立购销电视机合同。这种“一手托两家”的双方代理行为在通常情况下，难免顾此失彼，难以达到利益平衡。

第三，禁止代理人和第三人恶意串通。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。

(四) 代理权的消灭

1. 委托代理权消灭的原因

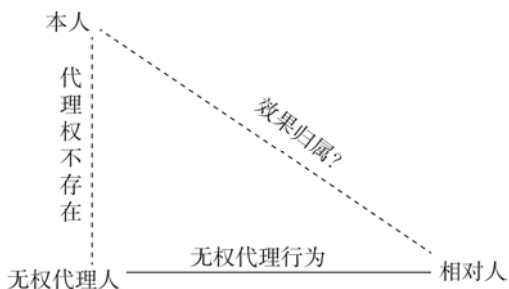
(1) 代理期间届满或者代理事务完成。此时，被代理人所追求的目的已经实现，代理关系当然终止。

(2) 被代理人取消委托或者代理人辞去委托。委托代理关系存在的基础是代理人和本人的相互信任，一旦双方这一基础消失或客观上不需要委托，亦应允许当事人双方解除代理关系。取消或辞去委托行为均属单方法律行为，一方当事人一旦做出这种意思表示并通知对方当事人，就可以使代理关系终止。

(3) 代理人丧失民事行为能力。代理人以完全民事行为能力为条件，丧失民事行为能力肯定无法担当代理职责，代理权也就终止了。

(4) 代理人或者被代理人死亡。代理人或者被代理人死亡使代理关系失去了一方主体，失去了代理关系中双方彼此信赖的主体要素。故代理人或者被代理人死亡，代理权随之消失，而不能以继承方式转移给继承人。

(5) 作为被代理人或者代理人的法人、非法人组织终止。代理权存在的基础是代理人和被代理人双方主体的存在。法人、非法人组织一经撤销或解散，便丧失了作为民事主体的资格，其代理权亦归于消灭。不过，由于法人、非法人组织终止过程中需依法进行清算活动，则在此范围内业已建立的代理关系仍应有效。



2. 法定代理权消灭的原因

(1) 被代理人取得或恢复完全民事行为能力。法定代理一般是为保护无民事行为能力人或限制民事行为能力人的合法权益而设立的，那么，当被代理人取得(如未成年子女已达成成年年龄)或恢复完全民事行为能力(如精神病患者恢复健康)后，设定代理的原因消失，则代理关系即告终止。

(2) 代理人丧失民事行为能力。法定代理人与被代理人之间存在一定的身份关系，具有严格的人身属性，一旦代理人自己丧失代理能力，则代理关系终止，代理权消灭。

(3) 代理人或者被代理人死亡。

(4) 法律规定的其他情形。

三、无权代理



(一) 无权代理的概念

无权代理是指行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后仍以被代理人的名义实施的代理。

《民法总则》第一百七十一条第一款规定：“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后，仍然实施代理行为，未经被代理人追认的，对被代理人不发生效力。”可见，无权代理的情形包括：①没有代理权的代理行为；②超越代理权的代理行为；③代理权终止后的代理行为。

（二）无权代理的后果

无权代理并非当然无效。如《合同法》第四十八条规定：“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。”因此无权代理的法律后果应当区分下列情况。

1. 被代理人的追认权和拒绝权

原则上，无权代理对被代理人不发生法律效力。但是，当被代理人认为无权代理符合自己的意愿时，则有权追认，经被代理人追认以后，该代理便对被代理人发生法律效力。被代理人的追认具有溯及力，一经追认，其代理关系即被认为自始有效。反之，如果被代理人拒绝追认则该代理归于无效。

2. 第三人(相对人)的催告权

在被代理人追认前，相对人可以催告，请求被代理人对是否追认代理权做出明确的意思表示。根据法律规定，相对人可以催告被代理人自收到通知之日起一个月内予以追认。被代理人未作表示的，视为拒绝追认。

3. 善意第三人(相对人)的撤销权

善意相对人在被代理人行使追认权之前，有权撤销其对无权代理人已经做出的意思表示，此为撤销权。撤销应当以通知的方式做出。非善意的相对人不享有上述权利。

4. 无权代理人应承担的赔偿责任

行为人实施的行为未被追认的，善意相对人有权请求行为人履行债务或者就其受到的损害请求行为人赔偿，但是赔偿的范围不得超过被代理人追认时相对人所能获得的利益。相对人知道或者应当知道行为人无权代理的，相对人和行为人按照各自的过错承担责任。

【例 1-9】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，乙的代理行为如何定性，甲、丙各有什么权利？

【解析】本题中，因乙的行为超越代理权构成无权代理，因此作为被代理人的甲对乙的无权代理行为享有上述内容的追认权、催告权和撤销权。

四、表见代理

（一）表见代理的概念

《民法总则》第一百七十二条规定：“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后，仍然实施代理行为，相对人有理由相信行为人有代理权的，代理行为有效。”这就确立了表见代理制度。表见代理是指没有代理权、超越代理权或者代理权终止后的无权代理人，以被代理人名义进行的民事行为，在客观上使第三人相信其有代理权而实施的代理行为。代理制度的价值在于尊重当事人的意思，考虑本人的利益。但若只尊重当事人的意思，不考虑相对人的意思表示和利益，则代理制度的价值将无法实现。表见代理的制度价值在于维护人们对代理制度的信赖，保护善意相对人，维护交易安全，在于使个人静的安全与社会动的安全相协调。

(二) 表见代理的构成要件

(1) 行为人无代理权。表见代理是广义无权代理，行为人若有代理权，适用有权代理的规定，即使代理权有瑕疵，也只能适用狭义无权代理的规定，与表见代理无涉。

(2) 相对人主观上为善意。这是表见代理成立的主观要件。即相对人不知道行为人的行为属于无权代理行为。

(3) 须有使相对人相信行为人具有代理权的事实或理由。存在客观事由并使相对人相信行为人有代理权，是成立表见代理的根据。通常情况下，行为人持有本人发出的证明文件，如本人盖有合同专用章或盖有公章的空白合同书等。

(4) 行为人与相对人之间的民事行为须具备民事法律行为的有效要件。表见代理发生有权代理的法律效力，因此，表见代理应具备民事法律行为成立的有效要件，即不得违反法律或者社会公德等。如果不具备民事法律行为的有效要件，则不成立表见代理。

(三) 表见代理的效果

(1) 发生有权代理的效果。即因行为人之行为，在行为人与相对人之间发生权利义务关系，本人不得行使无权代理的撤销权和其他抗辩权，对行为人表见代理的效果按有权代理承受。

(2) 相对人有撤销权。表见代理旨在保护相对人利益，相对人对于表见代理应享有选择权。即可以按狭义无权代理，享有撤销权；亦可按表见代理，接受与本人的民事法律行为，与本人之间发生权利义务关系。

【例 1-10】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，月底餐厅前去结账时，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。甲公司是否应付乙所签单的餐费？

【解析】本题中，虽然乙因故辞职，但是因为乙长期在丙餐厅签单招待客户，使丙餐厅有理由相信乙是有代理权的，形成表见代理，所以甲公司应该付款。

第五节 时效制度

一、时效的概念

(一) 时效与诉讼时效

所谓时效，指一定事实状态在法定期间持续存在，从而产生与该事实状态相适应的法律效果的法律制度。一般来说，时效必须有两个基本要素：①一定事实状态的持续存在；②达到法定期间。时效是一种期限，但与一般期限由当事人约定不同，时效是法定的。时效依其适用的权利和法律效果区分，可分为取得时效和消灭时效。

(1) 取得时效也称占有时效，是适用于物权的时效。我国法律对此没有规定。

(2) 消灭时效，也称诉讼时效，一般是针对债权规定的，是指权利人向人民法院请求保护其民事权利的法定期间。债权人怠于行使权利持续到法定期间，其公力救济权归于消灭的时效。

(二) 诉讼时效的特征

(1) 诉讼时效期间是法定期间。关于诉讼时效期间的规定,属于法律的强制规定,它不是约定期间,也不允许当事人通过协议延长或缩短时效期间。

(2) 诉讼时效期间是可变期间。诉讼时效期间内遇法定事由,可中止、中断和延长时效期间。

(3) 诉讼时效期间是权利人向人民法院请求保护其民事权利的法定期间,超过该期间,义务人可以提出不履行义务的抗辩。

(三) 除斥期间

1. 除斥期间概念

除斥期间,亦称预定期间,是指法律预定某种权利于存续期间届满当然消灭的期间。《民法总则》第一百九十九条规定:“法律规定或者当事人约定的撤销权、解除权等权利的存续期间,除法律另有规定外,自权利人知道或者应当知道权利产生之日起计算,不适用有关诉讼时效中止、中断和延长的规定。存续期间届满,撤销权、解除权等权利消灭。”

法律对除斥期间的规定是分散的,例如,我国《合同法》第五十五条规定:“有下列情形之一的,撤销权消灭:①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;②具有撤销权的当事人知道撤销事由后明确表示或者以自己的行为放弃撤销权。”该条规定的一年即为法律规定的除斥期间。该法第九十五条规定:“法律规定或者当事人约定解除权行使期限,期限届满当事人不行使的,该权利消灭。法律没有规定或者当事人没有约定解除权行使期限,经对方催告后在合理期限内不行使的,该权利消灭。”这即是当事人约定的形成权存在的除斥期间。《继承法》第二十五条第二款对受遗赠表示等条款中关于期间的规定,都是除斥期间的规定。

2. 诉讼时效与除斥期间的区别

除斥期间与诉讼时效虽均为因一定期间经过不行使权利而发生权利消灭的效果,但对两者比较,能显现其差异并揭示除斥期间的特征。

(1) 价值定位不同。除斥期间的规范功能旨在维持原事实状态,除斥期间届满原事实状态的法律关系状态得到维持;而诉讼时效的规范功能则是为了维护新事实状态,诉讼时效期间届满,新法律关系状态得到法律肯定。

(2) 适用范围不同。除斥期间一般适用于形成权,如撤销权、解除权等;诉讼时效则是对债权而言,适用于财产请求权的存在或丧失。

(3) 法律效果不同。除斥期间届满消灭的是实体权利,即形成权因除斥期间届满而消灭;诉讼时效届满,义务人可以提出不履行义务的抗辩。

(4) 期间计算不同。除斥期间是不变期间,期间经过不能中断、中止、延长;而诉讼时效是可变期间,期间可因中止、中断或延长而得以延展。

(四) 诉讼时效的法律效果

1. 义务人产生抗辩权

《民法总则》第一百九十二条第一款规定:“诉讼时效期间届满的,义务人可以提出不履行义务的抗辩。”也就是说,时效届满的主要后果是使义务人产生拒绝履行的抗辩权。如果权利人提出请求,义务人有权拒绝,法院也不得强制义务人必须履行。时效届满后,权利人的实体权利和诉权都不消灭。权利人可以向法院提起诉讼,只要符合起诉的条件,法院应当受理,而不得以时效届满为由,驳回起

诉或不予受理。

2. 义务人已经履行的不得请求返还

《民法总则》第一百九十二条第二款规定：“诉讼时效期间届满后，义务人同意履行的，不得以诉讼时效期间届满为由抗辩；义务人已自愿履行的，不得请求返还。”可见，诉讼时效届满后，债务人可以提出抗辩，但是债务本身仍然存在，该债权仍属有效的债权，债务人自愿做出给付的，债权人仍有权保有该给付利益，而不构成不当得利，债务人不得请求返还。

3. 法院不得主动适用诉讼时效的规定

《民法总则》第一百九十三条规定：“人民法院不得主动适用诉讼时效的规定。”这一规定明确了诉讼时效届满以后，尽管义务人享有时效利益，但是该利益由义务人自行决断是否抛弃，法院不应当主动依据职权审查时效是否已经届满，无论是在起诉阶段，还是在诉讼过程中，法院都不能主动援引时效规定。

(五) 不适用诉讼时效的情形

我国采用了排除法规定了诉讼时效的适用范围，根据《民法总则》的规定，不适用诉讼时效的请求权主要包括：

1. 请求停止侵害、排除妨碍、消除危险

这三种请求都涉及物权的保护问题，在请求停止侵害、排除妨碍、消除危险的情形下，如果行为人的侵权行为一直延续，诉讼时效就无法确定起算点，故不应当适用诉讼时效。

2. 不动产物权和登记的动产物权的权利人请求返还财产

不动产物权和登记的动产物权的权利人请求返还财产，不适用诉讼时效。例如，某甲出国，其房屋被他人占有，即使经过了三年，某甲也可以请求他人返还。

3. 请求支付抚养费、赡养费或者扶养费

支付抚养费、赡养费或者扶养费关系到权利人的基本物质生活保障，如果受到时效的限制，将无法保障权利人的基本生活，因此，这些请求权不受诉讼时效的限制，不属于诉讼时效的范围。

4. 依法不适用诉讼时效的其他请求权

依法不适用诉讼时效的请求权，应当由法律明文规定。

二、诉讼时效期间

诉讼时效期间，又称为时效期间，是指由法律规定的，权利人请求法院保护其民事权利的法定期间，可分为以下三类：

(一) 普通诉讼时效期间

《民法总则》第一百八十八条第一款规定：“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。”依据该条规定，普通诉讼时效期间为三年。

(二) 特别诉讼时效期间

所谓特别诉讼时效期间，是指由民事基本法或特别法针对某些民事法律关系规定的时效期间。法律设定特别诉讼时效，目的是为了根据不同纠纷的特点适用不同的诉讼时效。按照特别法优先于普通

法的一般规则, 如果符合特别诉讼时效规定的情况的, 应当适用特别诉讼时效, 而不应当适用普通诉讼时效。例如, 《海商法》规定, 就海上货物运输向承运人要求赔偿的请求权, 时效期间为一年。《合同法》规定, 因国际货物买卖合同和技术进出口合同争议提起诉讼, 期限为四年。《环境保护法》规定, 因环境污染损害赔偿提起诉讼的时效期间为三年。

(三) 最长诉讼时效期间

最长诉讼时效期间, 是指不适用诉讼时效中止、中断规定的时效期间。《民法总则》第一百八十八条第二款规定: “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。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。” 依据该条规定, 最长诉讼时效期间为二十年, 而且该期限具有固定性, 不适用诉讼时效的中止、中断的规定。

三、诉讼时效期间的起算、中止、中断和延长

(一) 诉讼时效期间的起算

1. 诉讼时效期间起算的一般规则

《民法总则》对诉讼时效期间的起算做出了一般规定: “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。” 因为诉讼时效的适用是以权利人能够行使请求人民法院保护其权利为前提的。在尚未发生侵犯民事权利的事实和权利人不知道或不应当知道权利被侵害事实和义务人的情况下, 诉讼时效不得开始计算。这是一种主观主义的计算方法。不过, 为防止侵权行为发生时间与权利人知道受侵害的时间相隔过长, 影响诉讼时效发挥作用, 《民法总则》同时也加以限制性规定: “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。” 最长权利保护期间的确定, 是为了避免因诉讼时效的主观主义计算方法(即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算)可能导致法律关系不确定、时效期间过长等问题。

2. 诉讼时效期间起算的特殊情形

(1) 分期履行债务。《民法总则》第一百八十九条: “当事人约定同一债务分期履行的, 诉讼时效期间自最后一期履行期限届满之日起计算。” 此规定有利于保护债权人的利益, 减少纠纷。

(2) 无民事行为能力人或者限制民事行为能力人起诉对其法定代理人。《民法总则》第一百九十条: “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。” 本条针对的是无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的法定代理人, 侵害其合法权益, 而对自己的法定代理人提起诉讼的情形。

(3) 未成年人遭受性侵害的损害赔偿。《民法总则》第一百九十一条: “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。” 为了保护受害人的利益, 在未成年人遭受性侵害的情况下, 自受害人年满十八周岁之日诉讼时效开始计算, 适用普通诉讼时效期间三年的规定。

(二) 诉讼时效中止

1. 诉讼时效中止的概念

诉讼时效中止是指在诉讼时效期间的最后六个月内, 因法定事由而使权利人不能行使请求权的,

诉讼时效期间的计算暂时停止。

2. 发生诉讼时效中止的法定事由

(1) 不可抗力。指的是不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。包括自然灾害和非出于权利人意思的“人祸”，例如瘟疫、暴乱等。

(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。此情形出现将导致无民事行为能力人或者限制民事行为能力人无法行使其权利，为了更好地维护其合法权益，诉讼时效中止。

(3) 继承开始后未确定继承人或者遗产管理人。在继承开始后，继承人尚未确定或者遗产管理人不明确，将导致继承人不能行使权力，因而诉讼时效中止。

(4) 权利人被义务人或者其他他人控制。例如，权利人被拘禁而丧失行动自由，无法行使自己的权利，可以导致诉讼时效中止。

(5) 其他导致权利人不能行使请求权的障碍。

3. 中止时效的发生期间

中止时效的法定事由必须在诉讼时效期间的最后六个月内发生，或法定事由虽发生于六个月前但持续至最后六个月内的，才能发生中止时效的法律效果。

4. 诉讼时效中止的法律效果

一旦出现引起诉讼时效中止的法定事由，诉讼时效期间停止计算，在中止事由消除之前的期间不计入诉讼时效期间，已经经过的时效期间仍然有效，中止事由一旦消除，诉讼时效期间将再重新计算六个月。例如，某甲在诉讼时效期间剩余三个月届满的时候，发生了引起诉讼时效中止的法定事由，那么在中止事由消除之日起，再计算六个月，某甲的诉讼时效期间方才届满。

5. 诉讼时效中止适用的时效期间类型

诉讼时效中止适用于最长诉讼时效期间以外的诉讼时效期间类型。

(三) 诉讼时效中断

1. 诉讼时效中断的概念

诉讼时效中断是指因法定事由使已经经过的时效期间失去效力，诉讼时效期间重新计算。诉讼时效的中止与诉讼时效的中断区别有：第一，引起诉讼时效中止的原因是发生与当事人无关的客观情况，而引起诉讼时效中断的原因是当事人的行为，是否中断时效取决于当事人的意思。第二，诉讼时效期间发生中止，以前经过的时效期间仍然有效，中止原因消灭后继续计算六个月；诉讼时效期间中断，中断前已经经过的时效期间无效，中断原因消灭后重新计算时效期间。第三，诉讼时效期间中止的原因发生在时效期间的最后六个月内，才能引起中止的效力，而在时效期间的任何时段都能发生诉讼时效期间中断。

2. 发生诉讼时效中断的事由

(1) 权利人向义务人提出履行请求。即权利人于诉讼外向义务人请求其履行义务的意思表示。权利人提出请求，使不行使权利的状态消除，诉讼时效也由此中断。关于请求的方式，法律无明文规定，应认为口头或书面等能达到请求效果的方式，均可使用。请求的相对人除义务人外，权利人若向主债务的保证人、债务人的代理人及财产代管人提出请求的，亦发生请求的效果。

(2) 义务人同意履行义务。即义务人向权利人表示同意履行义务的意思。义务人的同意，即对权利

人权利的承认,故与请求发生相同的中断时效的效果。同意的方式,对此法律没有限制,口头或书面、明示或默示,均无不可,而且也不问义务人的同意是否有中断时效的目的。同意的表示人原则上应为义务人本人,义务人的代理人于授权范围内而为同意的,亦发生同意的效果,但保证人等同意履行义务的意思,对主债务人不发生同意的效果。同意的相对人,原则上亦为权利人或权利人之代理人,对第三人为同意,不发生同意的效果。

【例 1-11】 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:“该笔债务已过诉讼时效期限,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,则本公司不再偿还任何货款。”乙公司是否需要向甲公司偿还货款?

【解析】 《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第二十二条规定,诉讼时效期间届满,当事人一方对方当事人做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。本题中,在诉讼时效期间届满后,乙公司向甲公司以书面形式做出“愿意偿还 3 万元”的意思表示,则意味着这“3 万元”不再受上述时效的限制,乙公司需要向甲公司偿还 3 万元。

(3) 权利人提起诉讼或者申请仲裁。即权利人提起民事诉讼或申请仲裁,请求法院或仲裁庭保护其权利的行为。诉讼之举,是权利人行使权利的最为强烈的表示,故诉讼之日便是时效中断之时。

(4) 与提起诉讼或者申请仲裁具有同等效力的其他情形。

3. 诉讼时效中断的法律效果

诉讼时效中断的事由发生后,已经过的时效期间全部归于无效,中断事由存续期间,时效不进行,中断事由终止时,重新计算时效期间。

4. 诉讼时效中断适用的时效期间类型

诉讼时效中断适用于最长诉讼时效期间以外的诉讼时效期间类型。

(四) 诉讼时效的延长

诉讼时效的延长,是指在诉讼时效期间届满以后,权利人基于某种正当理由,向人民法院提起诉讼时,经人民法院调查确有正当理由而将法定时效期间予以延长。《民法总则》第一百八十八条规定:“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。”诉讼时效期间延长是指因特殊情况,法院对已经完成的诉讼时效期间给予的延展。与诉讼时效的中止、中断不同,诉讼时效的延长只适用于诉讼时效期间已经完成的情形。

第六节 经济纠纷的解决

一、经济纠纷的概念和解决机制

经济纠纷是法律纠纷和社会纠纷的一种,是指经济法律关系主体在经济管理和经济活动中产生的争议。包括平等主体之间涉及经济内容的纠纷和公民、法人和其他组织作为行政管理相对人与行政机关之间因行政管理所发生的涉及经济内容的纠纷。为了保护当事人合法权益,维护社会经济秩序,必须采用有效的手段解决这些争议。因此,当公民、法人或者其他组织认为行政机关的具体行政行为侵犯其合法权益时,可采取申请行政复议或者提起行政诉讼的方式解决。行政复议与行政诉讼方式都是对纵向关系经济纠纷的解决方式,我们在这里不进行介绍,主要介绍作为平等民事主体的当事人之间

发生的经济纠纷的解决机制，根据纠纷处理的制度和方法的不同，主要可以分为以下几种：

（一）和解

和解，是指经济纠纷的双方主体，就争执的问题进行协商并达成协议，从而消除争执的行为。这是纠纷主体依靠自身力量解决纠纷，以达到维护自己的权益的目的的一种自力救济手段，是最原始、最简单的经济纠纷处理方式，但是在当代这种纠纷解决机制仍然有保留的必要，作为社会救济和公力救济的必要补充。

（二）诉讼外调解

诉讼外调解，是指双方当事人在第三方的组织下，就经济纠纷进行协商，在互谅互让的基础上达成解决经济纠纷协议的行为。主要有人民调解、行业调解和行政调解。第三方依据一定的道德和法律规范，对发生纠纷的当事人摆事实、讲道理，促使双方在互相谅解和让步的基础上，达到最终解决纠纷的一种活动。调解虽然有第三方的介入，但是最大程度体现了当事人的意愿，这种纠纷解决机制不但需要保留，还应大力倡导，使其发挥更大的作用。

（三）仲裁

仲裁，是指纠纷主体根据有关规定或者双方协议，将争议提交一定的机构以第三者居中裁决的方式解决纠纷。仲裁包括两类：解决劳动争议的劳动仲裁和解决民商事争议的民商事仲裁。人们通常所说的仲裁，指的是民商事仲裁。因此，在本书中，除非特别说明，所指的仲裁均指民商事仲裁。

（四）民事诉讼

民事诉讼，是指法院在所有诉讼参与人的参加下，按照法律规定的程序，审理和解决民事案件的诉讼活动以及在活动中产生的各种法律关系的总和。通过诉讼的方式解决纠纷，具有国家强制性和规范性，是一种最有权威和有效的机制，可以使纠纷得到最公平、最合理的解决。

上述各类纠纷解决方式都有自己的特点，解决纠纷的功能各有侧重，在侧重的基础和付出的代价方面也有所不同。和解属于私力救济，其结果一般能使双方当事人满意，但是须以当事人的合意为条件；调解一般具有较好的社会效果，但是是否成功，往往与当事人之间的让步以及调解者对双方的影响力密切相关；仲裁比较适合那些专业性强、涉及商业秘密或者当事人不希望纠纷的解决公开化的民商事纠纷，但是其适用与纠纷的性质以及当事人诉诸仲裁的意愿相关；民事诉讼可以满足那些希望对事实和法律都要搞清楚的要求，但其以花费双方当事人及国家相当的人力、物力、财力和时间为代价。下面对其中的仲裁和民事诉讼进行详细的介绍。

二、仲裁

（一）仲裁与仲裁法的概念

1. 仲裁，是一种根据双方当事人自愿而采取的争议解决方法，即在争议发生之前或者发生之后，当事人在自愿基础上达成书面仲裁协议，将协议所约定的争议提交约定的仲裁机构进行审理，并由其做出具有约束力的仲裁裁决的一种争议解决方式。仲裁的适用范围如表 1-1 所示。

表 1-1 仲裁的适用范围

可以仲裁	平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷
不能提请仲裁	(1)关于婚姻、收养、监护、抚养、继承纠纷；(2)依法应当由行政机关处理的行政争议
不适用于《仲裁法》	(1)劳动争议的仲裁；(2)农业集体经济组织内部的农业承包合同纠纷的仲裁

2. 仲裁法，是国家制定或认可的、规范仲裁法律关系主体的行为和调整仲裁法律关系的法律规范的总称。

仲裁法有广义和狭义之分。狭义的仲裁法即仲裁法典，是国家最高权力机关制定颁行的关于仲裁的专门法律。1994年8月31日，第八届全国人民代表大会常务委员会第九次会议通过的《中华人民共和国仲裁法》(以下简称《仲裁法》)即为狭义的仲裁法。广义的仲裁法除包括仲裁法典外，还包括所有涉及仲裁制度的法律中的相关法律规范。

(二) 仲裁法的基本原则和基本制度

1. 基本原则

仲裁法的基本原则是指《仲裁法》所规定的，在仲裁活动中仲裁机构、双方当事人和其他仲裁参与人必须遵循的基本准则。我国《仲裁法》所规定的基本原则包括：

1) 自愿原则

自愿原则是仲裁制度的根本原则，是仲裁制度存在和发展的基础。仲裁的自愿原则主要体现在：①当事人是否将他们之间所发生的纠纷提交仲裁，由双方当事人自愿协商决定；②当事人将哪些争议事项提交仲裁，由双方当事人在法律规定的范围内自行约定；③当事人将他们之间的纠纷提交哪个仲裁委员会仲裁，由双方当事人自愿协商决定；④仲裁庭如何组成，由谁组成，由当事人自主选定；⑤双方当事人还可以自主约定仲裁的审理方式、开庭方式等有关的程序事项。

2) 根据事实、符合法律规定、公平合理解决纠纷的原则

这一原则是对“以事实为根据，以法律为准绳”原则的肯定和发展，即在仲裁中要坚持以事实为根据、以法律为准绳的原则，同时，在法律没有规定或者规定不完备的情况下，仲裁庭可以按照公平合理的一般性原则来解决纠纷。

3) 独立仲裁原则

《仲裁法》明确规定仲裁应依法独立进行，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。独立仲裁原则体现在仲裁与行政脱钩，仲裁委员会独立于行政机关，与行政机关没有隶属关系，仲裁委员会之间也没有隶属关系。同时，仲裁庭独立裁决案件，仲裁委员会以及其他行政机关、社会团体和个人不得干预。

2. 基本制度

1) 协议仲裁制度

仲裁协议是当事人仲裁意愿的体现。当事人申请仲裁、仲裁委员会受理仲裁案件以及仲裁庭对仲裁案件的审理和裁决都必须依据双方当事人之间所订立的有效仲裁协议，没有仲裁协议就没有仲裁制度。

2) 或裁或审制度

仲裁与诉讼是两种不同的争议解决方式，当事人之间发生的争议只能由双方当事人在这两者之间选择其一加以采用。有效的仲裁协议即可排除法院对案件的司法管辖权，只有在没有仲裁协议或者仲裁协议无效的情况下，法院才可以行使司法管辖权予以审理。

3) 一裁终局制度

我国《仲裁法》明确规定，仲裁实行一裁终局制度，即仲裁裁决一经仲裁庭做出，即为终局裁决。仲裁裁决做出后，当事人就同一纠纷再申请仲裁或者向人民法院起诉，仲裁委员会或者人民法院不予受理。当事人应当自动履行仲裁裁决，一方当事人不履行的，另一方当事人可以向法院申请强制执行。

(三) 仲裁程序

1. 仲裁申请

申请仲裁是仲裁程序开始的必要条件之一，也是启动仲裁程序的第一步。申请仲裁是指平等主体的公民、法人和其他组织就他们之间所发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷，根据他们所签订的仲裁协议，提请所选定的仲裁机构进行仲裁审理和裁决的行为。

根据《仲裁法》的规定，当事人申请仲裁，应当符合以下条件。

1) 存在有效的仲裁协议

仲裁协议是争议发生之前或者争议发生之后，双方当事人自愿达成的、将特定争议事项提请约定的仲裁委员会进行仲裁审理并做出仲裁裁决的书面意思表示。就是说，仲裁协议是双方当事人之间自愿达成的解决争议的一种协议。仲裁协议是当事人授予仲裁机构仲裁权的依据。没有仲裁协议，一方申请仲裁的，仲裁机构不予受理。

2) 有具体的仲裁请求和事实、理由

当事人申请仲裁必须提出具体的仲裁请求及其所依据的事实、理由。所谓事实和理由是指申请人的仲裁请求是根据什么事实提出的，有哪些理由为基础。

3) 属于仲裁委员会的受案范围

仲裁委员会的受案范围是指仲裁申请人是平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同和其他财产权益纠纷。婚姻、收养、监护、抚养、继承纠纷与应当依法由行政机关处理的争议，不属于仲裁委员会的受案范围，不能申请仲裁。

2. 审查与受理

仲裁委员会自收到仲裁申请书之日起5日内，经审查认为符合受理条件的，应当受理，并通知当事人。认为不符合受理条件的，应当书面通知当事人不予受理，并说明不予受理的理由。如果仲裁委员会在审查中发现仲裁申请书有欠缺，应当让申请人予以完备。

3. 仲裁庭的组成

1) 仲裁庭的组成形式

仲裁庭的组成有两种形式：一是合议制仲裁庭，即由三名仲裁员组成，设一名首席仲裁员。根据《仲裁法》第三十一条第一款规定，当事人约定由三名仲裁员组成仲裁庭的，应当各自选定或者各自委托仲裁委员会主任指定一名仲裁员。第三名仲裁员由当事人共同选定或者共同委托仲裁委员会主任指定。其中，第三名仲裁员是首席仲裁员；二是独任制仲裁庭，即由一名仲裁员组成。根据《仲裁法》第三十一条第二款的规定，当事人约定由一名仲裁员成立仲裁庭的，应当由当事人共同选定或者共同委托仲裁委员会主任指定仲裁员。

2) 仲裁庭组成形式的确定方式

根据我国《仲裁法》第三十二条的规定，仲裁庭组成形式的确定方式有两种：一是由双方当事人在仲裁规则规定的期限内约定；二是由仲裁委员会主任指定，即当事人没有在仲裁规则规定的期限内约定仲裁庭的组成方式，则由仲裁委员会主任指定，这样有利于保证仲裁程序的顺利进行。

3) 仲裁员的回避与更换

(1) 仲裁员的回避。仲裁员的回避是指符合法定回避情形的仲裁员退出仲裁案件审理的一项制度。《仲裁法》第三十四条规定, 仲裁员有下列情形之一的, 必须回避, 当事人也有权提出回避申请: 是本案当事人或者当事人、代理人的近亲属; 与本案有利害关系; 与本案当事人、代理人有其他关系, 可能影响公正仲裁的; 私自会见当事人、代理人, 或者接受当事人、代理人的请客送礼的。

回避的形式有自行回避和申请回避。

(2) 仲裁员因其他原因的更换。根据《仲裁法》的规定, 仲裁员因回避以外的其他原因不能履行职责的, 应按照《仲裁法》的规定重新选定或指定仲裁员。

4. 仲裁审理

仲裁庭做出裁决前, 可以先行调解。当事人自愿调解的, 仲裁庭应当调解。调解达成协议的, 仲裁庭应当制作调解书或者根据协议结果制作裁决书。调解书与裁决书具有同等法律效力。调解不成的应当及时做出裁决。

按照《仲裁法》第三十九条规定, 仲裁审理的方式可以分为开庭审理和书面审理两种。①开庭审理。开庭审理是仲裁审理的主要方式。所谓开庭审理是指在仲裁庭的主持下, 在双方当事人和其他仲裁参与人的参加下, 按照法定程序, 对案件进行审理并做出裁决的方式。②书面审理。《仲裁法》第三十九条在规定仲裁应当开庭进行的同时也规定, 如果“当事人协议不开庭的, 仲裁庭可以根据仲裁申请书、答辩书以及其他材料做出裁决”, 即进行书面审理。所谓书面审理是指在双方当事人及其他仲裁参与人不到庭参加审理的情况下, 仲裁庭根据当事人提供的仲裁申请书、答辩书以及其他书面材料做出裁决的过程。书面审理是开庭审理的必要补充。

裁决应当按照多数仲裁员的意见做出。仲裁庭不能形成多数意见时, 裁决应当按照首席仲裁员的意见做出, 并制作裁决书, 裁决书自做出之日起发生法律效力。如果当事人一方不履行裁决的, 另一方当事人可以依照《中华人民共和国民事诉讼法》的有关规定向人民法院申请执行。

【例 1-12】 下列关于我国仲裁制度的表述中, 符合《仲裁法》规定的有()。

- A. 仲裁庭作出的仲裁裁决为终局裁决
- B. 当事人不服仲裁裁决可以向法院起诉
- C. 当事人协议不开庭的, 仲裁可以不开庭进行
- D. 仲裁的进行以双方当事人自愿达成的书面仲裁协议为条件

【解析】 ACD。根据规定, 仲裁实行一裁终局制度, 仲裁庭作出的仲裁裁决为终局裁决, 当事人不服仲裁裁决不可以再提起诉讼; 当事人协议不开庭的, 仲裁可以不开庭进行; 仲裁协议应当以书面形式订立, 口头达成仲裁的意思表示无效。

三、民事诉讼

(一) 民事诉讼与民事诉讼法

民事诉讼, 是指人民法院、当事人和其他诉讼参与人, 在审理民事案件的过程中, 所进行的各种诉讼活动以及由这些活动所产生的各种诉讼关系的总和。

民事诉讼法, 是国家制定的规范法院和诉讼参与人的各种诉讼活动以及由此产生的各种诉讼关系的法律规范的总称。民事诉讼法有广义与狭义之分。狭义的民事诉讼法是指国家最高权力机关制定颁布的关于民事诉讼的专门法律, 如在 1991 年 4 月 9 日颁布实施, 历经 2007 年、2012 年、2017 年三次修订的现行《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)。广义的民事诉讼法, 又称实质

意义的民事诉讼法,除了《民事诉讼法》以外,还指《宪法》和其他实体法、程序法中有关民事诉讼的规定。

(二) 审判制度

1. 合议制度

(1) 法院审理第一审民事案件,除适用简易程序审理的民事案件由审判员一人独任审理外,一律由审判员、陪审员共同组成合议庭或者由审判员组成合议庭。

(2) 法院审理第二审民事案件,由审判员组成合议庭。合议庭的成员,应当是3人以上的单数。

2. 回避制度

回避制度指参与某案件民事诉讼活动的审判人员、书记员、翻译人员、鉴定人、勘验人是案件的当事人或者当事人、诉讼代理人的近亲属,或者与案件有利害关系,或者与案件当事人有其他关系,可能影响对案件公正审理的,当事人有权用口头或者书面方式申请他们回避(不包括证人)。

3. 公开审判制度

法院审理民事或行政案件,除涉及国家秘密、个人隐私或者法律另有规定外,应当公开进行。离婚案件、涉及商业秘密的案件,当事人申请不公开审理的,可以不公开审理。不论案件是否公开审理,一律公开宣告判决。

4. 两审终审制度

一个诉讼案件经过两级法院审判后即终结。

(1) 适用特别程序、督促程序、公示催告程序和企业法人破产还债程序审理的案件,实行一审终审。最高人民法院所做的一审判决、裁定,为终审判决、裁定。

(2) 对终审判决、裁定,当事人不得上诉。如果发现终审裁判确有错误,可以通过审判监督程序予以纠正。

【例 1-13】下列关于我国审判制度有关内容的表述中,正确的有()。

- A. 人民法院审理案件依法实行合议制度
- B. 适用企业法人破产还债程序审理的案件,实行一审终审
- C. 人民法院审理案件一律公开宣告判决
- D. 人民法院审理案件依法实行两审终审制度

【解析】ABCD。两审终审制度是审判制度的基本原则,一审终审仅仅是特殊规定。

(三) 民事案件的管辖

民事诉讼中的管辖是指确定上下级人民法院之间和同级法院之间受理第一审民事案件的分工和权限。根据民事诉讼法的规定,管辖可以分为级别管辖和地域管辖等。

1. 级别管辖

级别管辖是根据案件性质、案情繁简、影响范围,来确定上、下级法院受理第一审案件的分工和权限。绝大多数第一审民事案件均由基层人民法院管辖。但《民事诉讼法》明确规定,由中级人民法院、高级人民法院和最高人民法院管辖的第一审民事案件不由基层人民法院管辖。

《民事诉讼法》第十八条规定,中级人民法院管辖的第一审民事案件有以下三种:①重大涉外案件。所谓重大涉外案件,是指争议标的额大,或者案情复杂,或者居住在国外的当事人人数众多的涉外案件;②在本辖区有重大影响的案件。本辖区即指中级人民法院所辖地区。有重大影响,是指案件自身

复杂, 涉及面广, 处理的结果影响大, 远远超出了基层人民法院辖区范围; ③最高人民法院确定由中级人民法院管辖的案件。根据最高人民法院的有关规定, 由中级人民法院管辖的第一审民事案件有: 海事、海商案件; 专利纠纷案件; 涉及台、港、澳同胞及其企业、组织的经济纠纷案件; 诉讼标的大的, 或者诉讼单位属于省、自治区、直辖市以上的经济纠纷案件。

《民事诉讼法》第十九条规定: 高级人民法院管辖在本辖区有重大影响的第一审民事案件。

《民事诉讼法》第二十条规定: 最高人民法院管辖下列第一审民事案件: ①在全国有重大影响的案件; ②认为应当由本院审理的案件。

2. 地域管辖

地域管辖是指按照人民法院的辖区和民事案件的隶属关系, 确定同级人民法院之间受理第一审民事案件的分工和权限。级别管辖解决的是上下级法院间的分工和权限问题, 地域管辖解决的是同级法院间的分工和权限问题。

1) 一般地域管辖

一般地域管辖是指根据当事人所在地与人民法院辖区的隶属关系所确定的管辖。我国民事诉讼法是以被告所在地管辖为原则, 原告所在地管辖为例外来确定一般地域管辖的权限。

(1) 原则规定——被告所在地法院管辖。被告为公民, 由被告住所地法院管辖, 被告住所地与经常居住地不一致的, 由经常居住地法院管辖。公民的住所地是指该公民的户籍所在地。经常居住地是指公民离开住所至起诉时已连续居住满一年的地方, 但公民住院就医的地方除外。

被告为法人或其他组织, 由被告住所地法院管辖。这里的住所地是指法人或其他组织的主要办事机构所在地或主要营业地。

(2) 例外规定——原告所在地法院管辖。《民事诉讼法》第二十二条规定了几种例外的情况由原告住所地人民法院管辖。原告的住所地与经常居住地不一致的, 由经常居住地人民法院管辖, 这些例外情况有: ①对不在中华人民共和国领域内居住的人提起的有关身份关系的诉讼; ②对下落不明或者宣告失踪的人提起的有关身份关系的诉讼; ③对被采取强制性教育措施的人提起的诉讼; ④对正在被监禁的人提起的诉讼。

2) 特殊地域管辖

(1) 因合同纠纷提起的诉讼, 由被告住所地或合同履行地人民法院管辖。

(2) 因保险合同纠纷提起的诉讼, 由被告住所地或者保险标的物所在地人民法院管辖。如果保险标的物是运输工具或运输中的货物, 则由被告住所地或运输工具登记注册地、运输目的地、保险事故发生地人民法院管辖。

(3) 因票据纠纷提起的诉讼, 由票据支付地或者被告住所地人民法院管辖。

(4) 因铁路、公路、水上、航空运输和联合运输合同纠纷提起的诉讼, 由运输始发地、目的地或者被告住所地人民法院管辖。

(5) 因侵权行为提起的诉讼, 由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。侵权行为地是指构成侵权行为的法律事实存在地, 包括侵权行为实施地、侵权结果发生地。

(6) 因铁路、公路、水上运输和航空事故请求赔偿提起的民事诉讼, 由事故发生地或者车辆、船舶最先到达地、航空器最先降落地或者被告住所地人民法院管辖。

(7) 因船舶碰撞或者其他海事损害事故请求损害赔偿提起的诉讼, 由碰撞发生地、碰撞船舶最先到达地、加害船舶被扣留地或者被告住所地人民法院管辖。

(8) 因海难救助费用提起的诉讼, 由救助地或者被救助船舶最先到达地人民法院管辖。

(9) 因共同海损提起的诉讼,由船舶最先到达地、共同海损理算地或者航程终止地的人民法院管辖。

3) 专属管辖

专属管辖,是指法律强制规定某些案件只能由特定的人民法院管辖,其他法院无管辖权,当事人也不得协议变更管辖法院。专属管辖是强制性最强的一种管辖,具有管辖上的排他性,即凡法律规定专属管辖的案件不得适用一般地域管辖和特殊地域管辖;当事人不得采用协议管辖;属于我国法院专属管辖的案件,外国法院无权管辖。根据民事诉讼法的规定,下列案件属于专属管辖。

(1) 因不动产纠纷提起的诉讼,由不动产所在地人民法院管辖。不动产,是指不能移动或移动后影响或丧失其性能和使用价值的地面附着物。如山林、矿山、建筑物等不动产,由不动产所在地人民法院管辖,便于受诉法院对不动产进行勘验、保全和生效裁判的执行。

(2) 因港口作业中发生纠纷提起的诉讼,由港口所在地人民法院管辖。港口作业,主要指货物的装卸、仓储、理货等。港口作业所造成的纠纷,如污染港口、损坏港口设施等,都由港口所在地人民法院管辖,便于人民法院对案件事实进行调查和检查,便于及时采取保全措施,有利于案件得到及时、正确的裁判。港口所在地人民法院指海事法院。

(3) 因继承遗产纠纷提起的诉讼,由被继承人死亡时所在地或者主要遗产所在地人民法院管辖。所谓遗产,是指死者生前个人的合法财产,既包括动产也包括不动产。此种案件,往往涉及有无继承权和遗产的分割等,因此由被继承人死亡时住所地或主要遗产所在地人民法院管辖,便于确定继承人和被继承人之间的身份关系,开始继承的时间、地点;便于确定遗产的范围和制定清理、分配方案等。

(四) 民事审判程序

1. 第一审程序

1) 起诉

起诉是指公民、法人和其他组织认为自己的民事权益或依法由自己管理、支配的民事权益受到他人的侵害或与他人发生争议,以自己的名义请求人民法院通过审判程序予以保护的诉讼行为。

《民事诉讼法》第一百一十九条规定,起诉必须符合下列条件:①原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织;②有明确的被告;③有具体的诉讼请求和事实、理由;④属于人民法院受理民事诉讼的范围和受诉人民法院管辖。

2) 受理

受理是指人民法院通过对原告起诉的审查,认为符合法律规定的条件,决定予以立案审理的诉讼行为。人民法院对原告的起诉进行认真审查认为不符合起诉条件的,应当在7日内裁定不予受理;认为符合条件的,应当在7日内立案,并通知当事人。

3) 审前准备

根据我国民事诉讼法和最高人民法院司法解释的规定,审前准备程序的内容包括以下几个:在法定期间内及时送达诉讼文书;告知当事人的诉讼权利和合议庭的组成人员;指定举证时限;组织当事人交换证据;审核诉讼材料,整理争点;调查收集必要的证据。

4) 开庭审理

开庭审理是指人民法院在当事人和其他诉讼参与人的参加下,依照法定形式和程序,对案件进行审理和裁判的诉讼活动。开庭审理的方式可以分为公开审理和不公开审理两种。根据法律规定,涉及国家秘密、个人隐私的案件,或者法律规定不公开审理的案件,人民法院一律不公开审理。离婚案件和涉及商业秘密的案件,当事人申请不公开审理的,可以不公开审理。

开庭审理可以分为庭前准备、法庭调查、法庭辩论、评议和宣判阶段。

2. 第二审程序

第二审程序，是指上一级人民法院根据当事人的上诉，就下级人民法院的一审判决和裁定，在其发生法律效力前，对案件进行重新审理的程序。

1) 上诉的提起和受理

上诉，是指当事人不服第一审人民法院做出的未生效裁判，在法定期间内，要求上一级人民法院对上诉请求的有关事实和法律适用，进行审理的诉讼行为。

上诉权是法律赋予当事人的一项诉讼权利，当事人既可以行使也可以放弃。《民事诉讼法》第一百六十四条规定，当事人不服一审法院判决提起上诉的期间为 15 日，对一审裁定不服提起上诉的期间为 10 日。超过上诉期间，原一审法院的判决、裁定即发生法律效力，当事人也就丧失了上诉权。

2) 上诉案件的审理

第二审人民法院收到第一审人民法院报送的材料后：①依法组成合议庭。根据民事诉讼法的规定，第二审人民法院审理案件时合议庭全部由审判员组成，没有陪审员参加。②对上诉进行审查。审查上诉是否符合法定条件、手续是否完备、上诉内容是否明确等。对上诉不符合条件的，应裁定予以驳回。上诉内容如有欠缺，应通知当事人在指定期间补正。③决定审理方式和开庭时间、地点。

3) 对上诉案件的裁判(见表 1-2)

表 1-2 对不服判决上诉案件的裁判

对 不 服 判 决 的 裁 判	判决驳回上诉，维持原判决	原判认定事实清楚，适用法律正确的
	依法改判	(1) 原判决适用法律错误的
		(2) 原判决认定事实错误，或者认定事实不清，证据不足的
	裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审	(1) 原判决认定事实错误，或者认定事实不清，证据不足的
		(2) 原判决违反法定程序，可能影响案件正确判决：《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>若干问题的意见》第一百八十一条
① 审理本案的审判人员、书记员应当回避而未回避的		
② 未经开庭审理而做出判决的		
调解，调解不成的裁定发回重审	③ 适用普通程序审理的案件当事人未经传票传唤而缺席判决的	
	④ 其他严重违反法定程序的	
	① 一审中已经提出的诉讼请求，原审人民法院未做审理、判决的	
裁定撤销原判，驳回起诉	② 必须参加诉讼的当事人在一审中未参加诉讼	
	③ 一审判决不准离婚，二审认为应当判决离婚，可与子女抚养、财产问题一并调解，调解不成裁定发回重审	
	该案依法不应由人民法院受理	

3. 审判监督程序

审判监督程序，是指人民法院对已经发生法律效力的判决、裁定，依照法律规定由法定机关提起，对案件进行再审的程序。它又称为再审程序。

根据《民事诉讼法》的规定，审判监督程序的发生包括：基于人民法院行使审判监督权而引起的再审；基于人民检察院行使检察监督权而引起的再审和当事人依法行使诉权申请再审而引起的再审。前两种称为审判监督程序，后一种称为当事人申请再审程序。

(1) 人民法院行使审判监督权而引起的再审。《民事诉讼法》第一百九十八条规定：“各级人民法院院长对本院已经发生法律效力的判决、裁定、调解书，发现确有错误，认为需要再审的，应当提交审判委员会讨论决定。最高人民法院对地方各级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定、调解书，上级人民法院对下级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定、调解书，发现确有错误的，有权提审或者指令下级人民法院再审。”

(2) 人民检察院行使审判监督权而引起的再审。《民事诉讼法》第二百零八条规定：“最高人民检察院对各级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，上级人民检察院对下级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，发现有本法第二百条规定情形之一的，或者发现调解书损害国家利益、社会公共利益的，应当提出抗诉。地方各级人民检察院对同级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，发现有本法第二百条规定情形之一的，或者发现调解书损害国家利益、社会公共利益的，可以向同级人民法院提出检察建议，并报上级人民检察院备案；也可以提请上级人民检察院向同级人民法院提出抗诉。”

(3) 当事人行使诉权申请再审。当事人的申请符合下列情形之一的，有新的证据，足以推翻原判决、裁定的；原判决、裁定认定的基本事实缺乏证据证明的；原判决、裁定认定事实的主要证据是伪造的；原判决、裁定认定事实的主要证据未经质证的；对审理案件需要的主要证据，当事人因客观原因不能自行收集，书面申请人民法院调查收集，人民法院未调查收集的；原判决、裁定适用法律确有错误的；审判组织的组成不合法或者依法应当回避的审判人员没有回避的；无诉讼行为能力人未经法定代理人代为诉讼或者应当参加诉讼的当事人，因不能归责于本人或者其诉讼代理人的事由，未参加诉讼的；违反法律规定，剥夺当事人辩论权利的；未经传票传唤，缺席判决的；原判决、裁定遗漏或者超出诉讼请求的；据以做出原判决、裁定的法律文书被撤销或者变更的；审判人员审理该案件时有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁判行为的，人民法院应当再审。

(五) 民事裁判和执行

1. 民事裁判

民事裁判，是指人民法院在审理民事案件的过程中，对所审理案件的实体争议、程序问题或者其他特殊问题，依据事实和国家的法律规定做出的民事诉讼行为。广义的民事裁判包括人民法院的判决、裁定和决定。

(1) 民事判决，是指人民法院对争议案件经过审理后，对案件中所涉及的当事人之间的实体问题所做出的结论性判定。民事判决必须采用书面形式，即判决书。判决书一经生效，当事人必须遵守，人民法院不能随意改变，社会应当尊重。当事人对于同一标的不得以同样的事实再提起诉讼。生效判决具有给付内容的，可以直接作为人民法院强制执行的根据。当事人不服法院第一审判决的，有权在判决书送达之日起15日内向上一级法院提起上诉。

(2) 民事裁定，是指人民法院在审理民事案件的过程中，为保障审理工作的顺利进行，就诉讼中的程序问题所做出的司法判定。裁定是人民法院用于指挥诉讼的手段，解决的是程序性问题，作用于诉讼过程。对裁定不服的上诉期是10日。

(3) 民事决定，是指在民事诉讼过程中，为保证人民法院能够公正地审理民事案件，维护正常的诉讼秩序，正确处理人民法院内部的工作关系，人民法院对诉讼中发生的特殊事项所做出的职务上的判定。民事决定可以是书面形式，也可以是口头形式，由书记员记入笔录。民事决定一经做出，立即发生法律效力。

2. 民事执行

(1) 民事执行是指人民法院依据执行根据,借助国家强制力,依法采取强制执行措施,迫使义务人履行生效法律文书所确定的实体义务的诉讼活动。

(2) 执行机构。发生法律效力民事判决、裁定以及刑事判决、裁定中的财产部分,一般由第一审人民法院或者与第一审人民法院同级的被执行人财产所在地的人民法院执行;法律规定由人民法院执行的其他法律文书,则由被执行人住所地或者被执行财产所在地人民法院执行。

(3) 9种执行措施。

- ① 查询、扣押、冻结、划拨、变价被执行人的财产;
- ② 扣留、提取被执行人的收入;
- ③ 查封、扣押、冻结、拍卖、变卖被执行人的财产;
- ④ 搜查被执行人的财产;
- ⑤ 强制被执行人交付法律文书指定的财物或票证;
- ⑥ 强制被执行人迁出房屋或者退出土地;
- ⑦ 强制被执行人履行法律文书指定的行为;
- ⑧ 要求有关单位办理产权证照转移手续;
- ⑨ 强制被执行人支付迟延履行期间的债务利息及迟延履行金。

复习思考题

一、单项选择

1. 关于民事法律关系,下列选项中正确的是()。
 - A. 民事法律关系只能由当事人自主设立
 - 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
 - D. 民事法律关系的内容均由法律规定
2. 甲手机专卖店门口立有一块木板,上面写着“假一罚十”4个醒目大字。乙从该店购买了一部手机,后经有关部门鉴定,该手机属于假冒产品,乙遂要求甲履行其“假一罚十”的承诺。关于本案,下列选项中正确的是()。
 - A. “假一罚十”过分加重了甲的负担,属于无效的格式条款
 - B. “假一罚十”没有被订入合同之中,故对甲没有约束力
 - C. “假一罚十”显失公平,甲有权请求法院予以变更或者撤销
 - D. “假一罚十”是甲自愿做出的真实意思表示,应当认定为有效
3. 根据《民法总则》的规定,()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。
 - A. 十周岁
 - B. 十四周岁
 - C. 八周岁
 - D. 六周岁
4. 《民法总则》规定,民事主体从事民事活动,不违反法律和行政法规的强制性规定,不得违背()。
 - A. 合法合理原则
 - B. 公序良俗
 - C. 社会主义核心价值观
 - D. 相关政策

5. 下列纠纷中, 可以适用《仲裁法》解决的是()。
- A. 甲乙之间的农村土地承包合同纠纷 B. 甲乙之间的货物买卖合同纠纷
C. 甲乙之间的遗产继承纠纷 D. 甲乙之间的劳动争议纠纷
6. 下列不需要回避的是()。
- A. 人民陪审员李某为本案原告的叔叔
B. 书记员何某是本案被告某公司的股东
C. 审判员宋某为本案原告代理律师的大学同学
D. 审判长朱某与本案原告代理人刘律师(常在本院办案)认识, 但无私交

二、多项选择

1. 下列各项中, 属于经济法律关系构成要素的是()。
- A. 主体 B. 客体 C. 对象 D. 内容
2. 下列各项中, 可以成为经济法律关系主体的是()。
- A. 自然人 B. 国家机关 C. 企业 D. 农村承包经营户
3. 下列有关经济法律关系主体的表述中, 正确的有()。
- A. 经济法律关系主体能够以自己的名义独立地参加经济法律关系
B. 经济法律关系主体是经济法律关系中权利和义务的承担者
C. 经济法律关系主体能够独立地承担经济法律责任
D. 经济法律关系主体必须具有一定的财产权
4. 下列各项中, 可以成为经济法律关系客体的是()。
- A. 著作权 B. 经济行为 C. 房产 D. 有价证券
5. 无效民事行为的法律后果包括()。
- A. 恢复原状 B. 赔偿损失 C. 追缴财产 D. 判处罚金
6. 下列关于诉讼时效的表述中, 正确的是()。
- A. 诉讼时效期间届满, 权利人不得请求对方当事人履行义务
B. 诉讼时效中止后, 之前经过的期间统归无效
C. 诉讼时效期间届满, 当事人仍然可以自愿履行义务
D. 当事人在合同中对于诉讼时效的约定, 人民法院将不予支持
7. 根据民事诉讼法有关管辖的规定, 下列哪些民事诉讼由原告住所人民法院管辖()
- A. 天津市张某对旅居美国的李某提起离婚之诉
B. 北京市王某对被宣告失踪人邓某提起离婚之诉
C. 四平市孙某对被劳动教养的陈某提起侵权之诉
D. 长春市吴某对被监禁的闫某提起侵权之诉
8. 根据我国有关法律规定, 下列第一审民事案件不属于中级人民法院管辖的是()
- A. 一般的涉外案件 B. 专利纠纷案件 C. 涉及国家秘密案件 D. 商标纠纷案件

三、名词解释

1. 经济法 2. 法律关系 3. 法律行为 4. 代理 5. 诉讼时效 6. 除斥期间
7. 仲裁协议 8. 民事诉讼

四、简答题

1. 简述法律关系的要素。
2. 简述法律行为的类型。
3. 简要回答法律行为的效力类型。
4. 简述代理权行使的限制。
5. 简述表见代理的构成要件。
6. 简述申请仲裁应当符合的条件。
7. 简述中级人民法院管辖一审民事案件的范围。

五、案例分析

某贸易公司职员肖某要去北京探亲，公司经理要求他为公司采购 5 台电脑，要求一定要买原装机，质量一定要好。肖某到北京后走亲访友，没有时间采购，于是找到其表弟杜某，请他代为购买并将公司经理的要求告诉杜某。杜某答应代为购买后找到自己做电脑生意的朋友刘某，对刘某说帮表哥买 5 台电脑。刘某给杜某组装了 5 台电脑，每台售价 2 万元，还给了杜某 5000 元好处费。刘某将电脑交给肖某，肖某未验货即将电脑运回贸易公司。公司使用后发现电脑并非原装机，质量低劣，市场价每台仅 1 万元左右。

请回答：

贸易公司的损失应当由谁承担？