

万国名师诚意之作
凝聚授课精华
考生公认经典教材
深具备考实效

wan guo 万国

法的时代 法的事业

司考专题讲座

节选20讲

普
品
卡
卖

北京万国法源教育科技有限公司
BEIJING VANCO EDUCATION&TECHNOLOGY LTD.,CO.

发送手机短信 赢取五重大礼！

2008年司法考试报名已经开始，备考逐渐进入至为重要的阶段。为感谢广大考生的支持和厚爱，万国特举办“发送手机短信 赢取五重大礼”真情回馈考生大型活动！考生凭借万国短信平台反馈的数字验证码即可免费享受万国在考前为您送上的“五重优厚大礼”！

活动时间：

2008年6月25日-7月25日

参加方式：

发送手机短信“万国学校#BBHD”到106691600（只收正常短信费用），即可收到数字验证码：“*****[万国学校]”

活动内容：

1. 登陆万国网站www.wanguoschool.net，根据提示填写手机号、验证码和有效Email地址，即可享有万国网络课堂30元代金券，考生可凭代金券购买万国任意网授课程，或者体验万国专业服务（短信订阅除外）。

2. 登陆万国网站，根据提示填写手机号、验证码和有效Email地址，可免费获赠《08年万国精编考前预测题一套》，考前一周发送邮件。

3. 考生可凭手机号及验证码享有万国08年网授课程、各地分校面授课程报名优惠。具体优惠政策请致电万国各地分校。

4. 考生可凭手机号及验证码享有在万国各地分校购买万国版辅导教材的折扣优惠。具体优惠政策请致电万国各地分校。

5. 万国将于7月28日针对所有发送手机短信的考生举行“真情回馈大型抽奖活动”！本次抽奖产生10名幸运考生，他们将免费获赠“万国08年高分突破系列网授课程”或08年突破面授课程！万国网站7月30日公布获奖名单。

另各地分校还将针对积极参与本次万国活动的本地考生开展其他优惠活动，活动详情请登陆万国网站或致电当地万国。

注：本次活动所有验证码将与手机号码绑定，请不要重复发送。

目 录

民法部分	3
专 题 一 民事法律行为	3
专 题 二 共同侵权行为	20
专 题 三 买卖合同的风险负担、孳息归属与瑕疵担保责任	28
商法部分	39
专 题 四 公司的一般规定	39
专 题 五 公司董事、监事和高级管理人员	50
民事诉讼法部分	56
专 题 六 共同诉讼与代表人诉讼	56
专 题 七 再审程序	65
专 题 八 执行措施	73
刑法部分	80
专 题 九 停止形态(二)——犯罪未完成形态	80
专 题 十 共犯形态(一)——共犯成立条件	88
专 题 十 一 共犯形态(二)——共犯者刑事责任	97
专 题 十 二 侵犯财产罪(四)——侵占罪	103
刑事诉讼法部分	111
专 题 十 三 管 辖	111

专 题 十 四 公诉案件的普通一审程序	131
行政法部分	151
专 题 十 五 行政许可	151
专 题 十 六 行政诉讼参加人	167
理论法学部分	180
专 题 十 七 公民的基本权利与义务	180
专 题 十 八 法的内容	189
专 题 十 九 清末、民国时期的法律	199
专 题 二 十 律师制度及相关责任	208
附: 万国介绍	225
万国在培训界的地位和影响	225
万国培训课程设置	227
万国图书推介	231
万国律师培训业务介绍	233
您身边的万国	238
万国 LAWLEX 法律英语内训课	241
万国读者俱乐部——法律职业人的精神家园	244

目 录

民法部分	3
专 题 一 民事法律行为	3
专 题 二 共同侵权行为	20
专 题 三 买卖合同的风险负担、孳息归属与瑕疵担保责任	28
商法部分	39
专 题 四 公司的一般规定	39
专 题 五 公司董事、监事和高级管理人员	50
民事诉讼法部分	56
专 题 六 共同诉讼与代表人诉讼	56
专 题 七 再审程序	65
专 题 八 执行措施	73
刑法部分	80
专 题 九 停止形态(二)——犯罪未完成形态	80
专 题 十 共犯形态(一)——共犯成立条件	88
专 题 十 一 共犯形态(二)——共犯者刑事责任	97
专 题 十 二 侵犯财产罪(四)——侵占罪	103
刑事诉讼法部分	111
专 题 十 三 管 辖	111

专 题 十 四 公诉案件的普通一审程序	131
行政法部分	151
专 题 十 五 行政许可	151
专 题 十 六 行政诉讼参加人	167
理论法学部分	180
专 题 十 七 公民的基本权利与义务	180
专 题 十 八 法的内容	189
专 题 十 九 清末、民国时期的法律	199
专 题 二 十 律师制度及相关责任	208
附: 万国介绍	225
万国在培训界的地位和影响	225
万国培训课程设置	227
万国图书推介	231
万国律师培训业务介绍	233
您身边的万国	238
万国 LAWLEX 法律英语内训课	241
万国读者俱乐部——法律职业人的精神家园	244

民法部分

专 题 一

民事法律行为

母法条 《民法通则》

第 54 条 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。

第 55 条 民事法律行为应当具备下列条件:

- (一) 行为人具有相应的民事行为能力;
- (二) 意思表示真实;
- (三) 不违反法律或者社会公共利益。

第 57 条 民事法律行为从成立时起具有法律约束力。行为人非依法律规定或者取得对方同意,不得擅自变更或者解除。

一点说明

法律行为是近代德国民法乃至整个大陆法系现代民法的标志性概念。现代民法之称博大精深者,其巨大基石非法律行为理论莫属。可以说,习民法者若不深谙法律行为的概念与理论,永远是民法的门外汉!打一个不很贴切的比方,习民法者懂法律行为,就宛如习武者打通任督二脉一样。反之,打不通任督二脉者,习武之人不是废人也永远武功三流了。相应地,不谙法律行为者,也可谓不懂民法了。对民法老师而言,为学生讲不清楚法律行为而自谓“民法专家”者,那真是非愚即妄了。

但是,本书作者基于司考辅导授课的一线经验,以前总有一种担心,即在司法考试的授课课堂上,一方面是不可能留给老师足够的时间从容讲清楚法律行为的知识,另一方面也凭直觉认为大多数学生在有限的学习时间和经历内也不能够很好的理解并掌握法律行为的精髓。所以,在此课堂上大讲法律行为,对老师而言完全是一种吃力不讨好的差事了。况且,从应付以前的律考、司考的急功近利的角度,凭作者的观察,广大考生对法律行为所知了了,好像也不大影响他们在民法的得分。相应地,本书的前三版一直没有关于“民事法律行为”的专题。但现在回头再看,这差不多是一种专为应付考试的权宜之计的安排。严肃地想一想,缺少了“民事

法律行为”专题的讲座,不仅损及本书体系的严整性、科学性,而且不利于读者对民法理论和体系的总体掌握,从长远看是有损于信赖本书的读者的民法知识体系和民法理论素养的。而且,从2005年司法考试试卷卷三的民法命题情况来看,命题人对民法基本概念与基本理论的考察的兴趣明显在上升。笔者认为,这是一个良好的命题趋势,也是要求考生更透彻地掌握民事法律行为等民法基础知识的一个明显信号(如2005年卷三第1、6、8、22、51、52、54题等)。更何况,近两年来,本书的读者群早已经超出了司考考生的范围。想到这一点,作者在本次修订中将新列本专题视为重中之重之重的写作任务。

建议读者多读几遍本专题,以求真正弄懂民事法律行为的制度精髓。相信会从中受益良多。同时,有钻研精神和理论兴趣的读者也可以将对民事法律行为知识的掌握程度作为自己民法功底的最好的试金石。当然,对于一些直接以通过司考为目的的考生读者来讲,如果实在搞不清楚本专题的弯弯道道,也要在大体知其精神的前提下逾过本专题,径直往下读,大体上可能不十分影响对我国现行民法规定的理解与掌握,因为本书的合同法部分,对现行规定有更直截了当、更通俗明白的讲解与示例。

知识点及实例

一、民事法律行为的概念

(一) 法律行为的本义

法律行为一词源于德国民法典,萨维尼给出的定义是“行为人创设其意欲的法律关系而从事的意思表示行为”,大多数法学家接受了这一定义。这一定义强调了法律行为的意思表示要素与所产生的私法效果。

1. 意思表示

意思表示是法律行为不可缺少的核心构成要素。如果法律行为能够产生主体预期的后果,按照当事人的意思安排他们之间的权利义务关系,当事人必须要能够自主作出意思表示,而且这种意思表示能够依法在当事人之间产生拘束力。法律行为与事实行为的根本区别即在于当事人是否做出了意思表示且这种意思表示是否能够产生拘束力。在一些事实行为中,当事人也可能对其行为后果有一定的意思但没有表达于外(如先占),也有的对其行为后果有一定的意思而且也表达于外了(如自助),但由于不符合法律行为的本质要求而不能发生相应的法律效力,只是产生了法律直接规定的法律后果,因此并不被认为是意思表示。可见,在事实行为中,意思表示是不被考虑的。

2. 私法上的效果

法律行为并不是可以引起任何法律上的效果的,而仅仅是可以产生私法上的效果,而且这种私法上的效果不是法律直接规定的效果,而是当事

人所意欲发生的法律效果（此正是意思自治的精髓所在）。

3. 关于合法性

还要指出的是，萨维尼的这一经典定义表明法律行为本身不含有“合法性的要求”。在法律行为的构成中强调合法性的要求，将不适当地突出国家对民事主体行为自由的干预，限制了私法自治。法律行为的本质不在于其合法还是非法，而在于意思自治。在法律行为的构成中强调合法性的要求，不仅人为地造成许多概念上的冲突，而且人为地形成了民事行为、民事法律行为、民事违法行为等多个概念，反而使得法律行为与事实行为的区别趋于模糊。

实际上，合法性仅仅是法律行为的效力判断要件（标准），而非其本质构成要件。在确定法律行为的效力时必须强调合法性要件，即“不违反法律、行政法规的强行性规定和社会公共利益或社会公共道德”。这样，既严格确立了法律行为的生效要件，又严格区分了其效力规则（生效要件）与成立规则（构成要件）。

【例】甲、乙二人就毒品买卖事宜达成了意思表示一致，我们就可以说该买卖合同行为已经成立了，但该买卖行为并不能生效。

这样，德国民法上的民事法律事实体系图示如下：

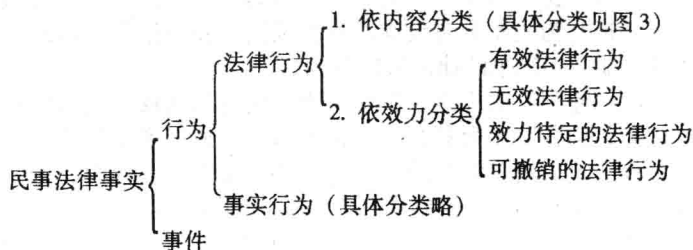


图 1

（二）我国《民法通则》上的民事法律行为

《民法通则》上的民事法律行为一词取于德国的法律行为，被定义为“公民或者法人设立、变更或终止民事权利义务的合法行为。”（《民法通则》第 54 条）可见，《民法通则》将合法性要求作为民事法律行为的构成要件来规定的。既然民事法律行为必须是合法行为，因此对于那些无效的法律行为、可撤销的法律行为、效力待定的法律行为就无法包容，就只能在民事法律行为之上再抽象出一个上位概念：民事行为，其在外延上包括了合法的民事行为（即民事法律行为）、无效的民事行为、可撤销的民事行为、效力待定的民事行为。如此，中国民事法律事实的体系图示如下：

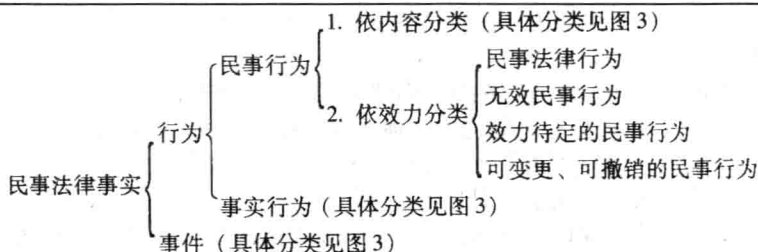


图 2

根据《民法通则》，所谓“民事行为”，是指民事主体在民事活动领域内基于其意志所实施的，能够产生一定民事法律后果的行为。但是，并非一切民事行为都是民事法律行为。其中，只有具备法律规定的有效条件的民事行为，才具有法律确认的法律效力，产生行为人预期的法律后果，属于民事法律行为。而不具备法定有效条件的民事行为则不具有法律效力，不产生行为人所追求的法律后果，或者通过当事人依法行使变更权或撤销权导致其效力的变更或者消灭。所以，民事行为与民事法律行为在形式逻辑上是包容概念的关系，即民事行为包括民事法律行为，无效民事行为，可撤销、可变更的民事行为以及效力待定的民事行为。

民事行为属于民事法律事实的一种，与其相对应的是事实行为。所谓事实行为，是指行为人不具有设立、变更或消灭民事法律关系的意图，但依照法律规定能引起民事法律后果的行为。

依照《民法通则》的规定，事实行为分别包括债权法上的侵权行为、无因管理行为、部分不当得利行为、正当防卫行为、紧急避险行为及自助行为等，物权法上的遗失物的拾得行为、埋藏物的发现行为、先占行为、添附行为等，知识产权法上的创作行为、发明创造行为等。

依民法通说，民事法律行为主要包括合同行为、遗嘱行为、婚姻行为、收养行为以及其他行为。

【提示】 理解民事法律行为与合同行为、民事行为的关系，是正确认识《民法通则》第 58-59 条的规定与《合同法》第 52-54 条的规定的适用关系的理论前提。民事行为是民事法律行为的上位概念，民事法律行为又是合同行为的上位概念，所以《民法通则》的规定原则上亦适用于合同行为，但《合同法》与《民法通则》规定不一致的，在合同行为领域，应以前者为准，此系特别法优于一般法的原理的应用。

（三）民事法律行为的再定位

《民法通则》将民事法律行为定位于合法行为，产生了许多逻辑混乱和不合理现象。比如，合同既然属于民事法律行为的一种，本身应该是合法的行为，但合同又有无效的合同、可撤销的合同以及效力待定的合同的分类，逻辑混乱可见一斑。不难看出，将民事法律行为定位于合法行为，

在逻辑上是行不通的。当然，更大的问题还在于这一立法概念体现的是当时的民事立法更强调国家意志而不是当事人的意思自治。随着我国民事立法技术的进步与立法思想的开放、开明，这一立法概念应该到了被摒弃的时候了。

未来民法典上的民事法律行为的含义将不再当然包含合法性要求，其在民事法律事实体系中的地位和其自身的外延如下图所示：

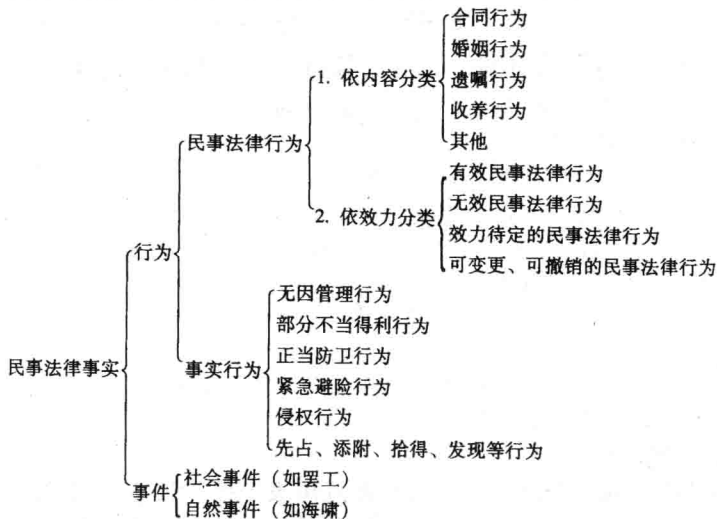


图 3

这样，民事法律行为作为民事法律事实中行为的一种，具有如下三项特征而区别于其他各类民事法律事实。

1. 民事法律行为是一种产生、变更、消灭民事权利义务关系的行为

这样，在法理上，民事法律行为作为法律行为的一种，就与行政法律行为、民事诉讼法律行为、刑事诉讼法律行为等相并列。在此，理解民事法律行为的外延就不再着眼于其合法性，而在于其引起的民事法律后果。

2. 民事法律行为是以行为人的意思表示作为构成要素

意思表示是指行为人追求民事法律后果的内心意思用一定的方式表示于外部的活动。比如，旅客在饭店将其要下榻某一房间的想法用口头方式告诉前台接待人员的表示就是意思表示。缺少民法所确认的意思表示的行为就不是民事法律行为。

【例】邀请朋友看电影也是人的有意识的行为，但它所表达的意思并非追求民事法律后果，不属于意思表示，故不构成民事法律行为。

3. 民事法律行为能够实现行为人所预期的民事法律后果

民事法律行为是一种目的性行为，即以设立、变更或终止民事法律关系为目的。这一目的是行为人在实施民事法律行为之时所追求的预期后果。

基于法律确认和保护民事法律行为的效力,行为人所追求的预期后果必然可以实现。可见,民事法律行为的目的与实际产生的后果是相互一致的。这一特点使得民事法律行为区别于民事违法行为。民事违法行为(如侵权行为)也产生法律后果(侵权责任)。但是,这种法律后果并不是行为人实施民事违法行为时所追求的后果,而是根据法律规定直接产生,并非以当事人的意思表示为根据。

二、民事法律行为的分类

(一) 单方法律行为、双方法律行为和共同法律行为

依民事法律行为的成立须有几个方面的意思表示而作此分类。

1. 单方法律行为

指依一方当事人的意思表示而成立的法律行为,大体上可以分为两种:一是行使个人权利的行为,而该行为仅仅发生个人的权利变动,如抛弃所有权、他物权的行为等;二是涉及他人权利的发生、变更或消灭等,如债务的免除、委托代理的撤销、委托代理的授权、处分权的授予、无权代理的追认、遗嘱的订立、继承权的抛弃等。

2. 双方法律行为

指由双方当事人相对应的意思表示的一致而成立的法律行为,一般的合同(契约)都是双方法律行为。

3. 共同法律行为

指依两个或两个以上当事人彼此意思表示的一致才能成立的法律行为,如合伙合同、联营合同、订立公司章程的行为等。共同法律行为与双方法律行为的区别在于,前者的当事人所追求的利益与目标是共同的,而后的当事人的利益与目标恰恰是相对的。

法律行为的这种分类的意义在于正确认定法律行为的成立及其效力。单方法律行为,只要一方当事人的意志即可成立;而双方法律行为或共同法律行为,则须双方或多方当事人之间意思表示达成一致才能成立。

(二) 有因行为与无因行为

根据民事法律行为与原因的关系而作此分类。

1. 有因行为

是指与原因不可分离的行为。所说的原因就是民事法律行为的目的,对于有因行为,原因不存在,行为就不能生效。

2. 无因行为

是指行为与原因可以分离,不以原因为要素的行为。例如票据行为就是无因行为。无因行为并非没有原因,而是指原因无效并不影响行为的效力。例如债权转让或债务承担合同行为即为无因行为,还有,委托代理关系中要委托人的授权行为也是无因行为。

【例】甲欠乙的债务 100 万元,乙将其对甲的债权转让给丙,乙、丙

之间订立债权转让合同是有原因的，比如赠与、偿还债务等。但债权转让行为与上述原因彼此分离，原因的瑕疵并不影响债权转让合同本身的效力。

区分有因行为与无因行为的意义在于：有因行为如原因不存在，则行为无效；无因行为，原因不存在或原因有瑕疵时，行为本身有效，仅发生不当得利问题。另外，这种分类只限于财产法上的行为，身份行为不存在此种区分。

（三）财产行为与身份行为

以法律行为发生的效果是财产性还是身份性的而作此分类。

1. 财产行为

是以发生财产上法律效果为目的的行为，财产行为的后果是在当事人之间发生财产权利与义务的变动，如处分行为、给付行为，处分行为与负担行为等。

2. 身份行为

是指直接以发生或丧失身份关系为目的的行为，如结婚、离婚、收养等行为。

区分财产行为与身份行为的主要意义在于：身份行为的目的在于取得或丧失身份，往往事关伦理，因而应特别强调对当事人意思的尊重，通常不能由代理人代理。

（四）主法律行为与从法律行为

根据法律行为相互间的附属关系而作此分类。主法律行为是指不需要其他法律行为的存在即可独立存在的法律行为，从法律行为是指以其他法律行为的存在为其存在前提的法律行为。

【例】对于主债务合同与保证合同而言，前者即是主法律行为，保证合同则为从法律行为。

从法律行为对于主法律行为的附属性体现在以下几方面：

1. 发生上的附属性。主法律行为成立的，从法律行为才成立。
2. 效力上的附属性。主法律行为有效的，从法律行为才有效；主法律行为无效的，从法律行为当然随之无效（见《担保法》第5条）。
3. 转让上的附属性。从法律行为的权利必须依附于主法律行为而转让（见《担保法》第22条）。
4. 消灭上的附属性。主法律行为消灭的，从法律行为也随之消灭（见《担保法解释》第39条）。

当然，法律有特别规定的，这种附属性并不是绝对的。例如，当抵押担保的主债权经过诉讼时效的，抵押权并不随之罹于时效而成为不可强制执行的抵押权（见《担保法解释》第12条）。

（五）负担行为与处分行为

依据法律行为所产生的效果而作此分类。

负担行为是指以发生债权债务为其效力的行为，亦称债权行为或债务行为。处分行为是指直接发生、变更、消灭物权或准物权的行为。这一分类是以承认德国民法上的物权行为为前提的。

【例】甲、乙之间订立了一份买卖服装的合同，则该合同行为即为负担行为，后甲交付服装给乙的行为以及乙交付货款给甲的行为就是负担行为。

二者的主要区别在于：

1. 法律效力不同。负担行为主要产生请求权，处分行为直接完成权利转移。负担行为使债权债务发生或变更，而处分行为直接导致权利的转移或消灭，如动产交付或不动产过户登记导致所有权的转让。值得注意的是，导致债权消灭的免除行为、导致债务转让的债务转移行为也是处分行为。

2. 对标的是否特定的要求不同。负担行为的生效不以标的物特定化为前提，但在处分行为生效之前，其客体必须确定、可能。

3. 对行为人是否有处分权的要求不同。行为人不具有处分权的，不影响负担行为的效力。但在从事处分行为时，处分人必须具有处分权的，处分行为才有效。

4. 对法律行为是否公示的要求不同。负担行为一般不予公示，但为了维护交易安全，处分行为一般都要求依法公示。

民事法律行为还有几种重要的分类，包括单务行为与双务行为、有偿行为与无偿行为、诺成性行为与实践性行为、要式行为与不要式行为等。因这些分类存在着对应的合同分类，所以，有关这些分类的标准、含义及意义留待本书专题 29 “债与合同一般”中阐述。

三、民事法律行为的形式

民事法律行为的形式，指民事法律行为借以表现的方式，它取决于构成该法律行为的意思表示的方式。民事法律行为的形式与合同的形式并无区别，在我国制定法上，有关合同的形式规定比有关民事法律行为的形式规定更为详细，故此处不再就民事法律行为的形式展开，相关内容可参见本书专题 30 “合同形式、条款及其解释”中的阐述。

四、意思表示

(一) 概念

1. 定义

民事法律行为是以意思表示为核心的行为，没有意思表示就没有法律行为。所谓意思表示是指行为人把发生一定私法上效果的内心意思以一定的方式表达于外部的行为。理解这一定义包括三方面的内容：

(1) 意思表示的“意思”是指设立、变更、终止一定民事法律关系的内心意图；

(2) 意思表示是一个意思由内到外的一个表示的过程；

(3) 意思表示依据是否符合生效要件产生不同的法律效力,符合法定生效要件的意思表示可以发生当事人预期的法律效果,否则发生的法律效果可能并不是当事人所意欲追求的。法律行为以意思表示为核心,只要当事人的意思不违反法律的强制性规定,就可以发生当事人期望实现的目的,法律行为就是要赋予当事人尽可能广泛的行为自由,充分体现私法自治(意思自治)。

2. 与法律行为的区别

意思表示与法律行为的概念密不可分,但实际上仍存有区别。比如,意思表示只能是某一方的意思表示,双方或多方的意思表示则构成双方或多方法律行为。法律行为可以由一个意思表示构成,如授予代理权、行使解除权、设立遗嘱等,但更多的法律行为并不是指单个的意思表示本身,如买卖合同包括了买卖双方的两个意思表示所进行的相互行为,而合伙协议则往往是由多个意思表示构成。还有,法律行为与意思表示的成立时间也往往不同。对于单方法律行为而言,原则上以意思表示的作出或到达为成立,对于双方或多方法律行为,以当事人的意思表示之间达成合意为成立,而对于要物行为而言,不仅需要当事人的意思表示合意达成,还要求完成一定的实际交付行为。

3. 三要素

德国法学家认为,意思表示包括五项要素:目的意思、效果意思、表示意思、行为意思和表示行为。我国法学家一般认为,五项要素过于繁琐,三项要素说较为合理:目的意思、效果意思和表示行为。前二者为主观要件,后者为客观要件。通俗地讲,目的意思就是指明法律行为具体内容的意思要素;效果意思就是指当事人设立法律关系的意图,在合同行为中就是指合同的目的;表示行为是指意思表示人将效果意思表现于外部的行为。

【例 1】 在一份买卖合同中,买卖双方关于合同标的、价款、数量等意思就属于目的意思;卖方通过让渡标的物所有权而取得相应价金所有权的意思,以及买方通过让渡一定价金所有权而取得标的物的所有权的意思,均属于效果意思;卖方将自己想取得标的物的意思(买)告诉对方,以及卖方将自己想取得价金所有权的意思(卖)告诉对方的行为,均属于表示行为。

【例 2】 教授甲举办学术讲座时,在礼堂外的张贴栏中公告其一部新著的书名及价格,告知有意购买者在门口的签字簿上签名。学生乙未留意该公告,以为签字簿是为签到而设,遂在上面签名。对乙的行为应如何认定?

(2005 年卷三 1 题)

- A. 乙的行为可推定为购买甲新著的意思表示
- B. 乙的行为构成重大误解,在此基础上成立的买卖合同可撤销
- C. 甲的行为属于要约,乙的行为属于附条件承诺,二者之间成立买卖合同

合同, 但需乙最后确认

D. 乙的行为并非意思表示, 在甲乙之间并未成立买卖合同

【答案】 D。

【提示】 效果意思是意思表示必不可少的要素之一。本题中, 乙认为签字行为属于签到, 根本没有与甲发生买卖关系或者其他法律关系的意图, 故不构成意思表示。

【例 3】 甲、乙在火车上相识, 甲怕自己到站时未醒, 请求乙在 A 站唤醒自己下车, 乙欣然同意。火车到达 A 站时, 甲沉睡, 乙也未醒。甲未能在 A 站及时下车, 为此支出了额外费用。甲要求乙赔偿损失。对此, 应如何处理?

(2005 年卷三 22 题)

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

【答案】 D。

【提示】 好意施惠关系与合同的区别在于: 在前者当事人就其约定, 欠缺法律行为上的效果意思, 也没有受其拘束的意思。本题中甲、乙约定乙在 A 站叫醒甲, 属于好意施惠的关系, 其约定在法律上并无拘束力。

(二) 意思表示的类型

1. 明示与默示

明示的意思表示是指行为人以语言、文字或其他直接表意方法表示内在意思的表意形式。默示的意思表示是从行为人的某种作为或不作为中推断出来的意思表示(《民通意见》第 66 条)。

2. 有相对人的意思表示与无相对人的意思表示

根据意思表示有无相对人, 意思表示可分为有相对人的意思表示与无相对人的意思表示。有相对人的意思表示是指有表示对象的意思表示。有相对人的意思表示又可分为对特定人的意思表示和对不特定人的意思表示。无相对人的意思表示是没有表示对象的意思表示, 最典型的就是设立遗嘱的意思表示。此外, 抛弃行为也属此类。

3. 对特定人的意思表示与对不特定人的意思表示

必须以特定人为相对人的意思表示是对特定人的意思表示, 如甲向乙发出的要约意思表示。无需向特定人实施的意思表示是对不特定人的意思表示, 如甲发出的符合要约要件的商业广告意思表示。区分的意义在于须以特定人为相对人的意思表示, 对于非特定人不生效。

4. 对话的意思表示和非对话的意思表示

在有相对人的双方意思表示中, 相对人可同步受领意思表示的, 为对

话的意思表示,如菜市场内顾客与小贩讨价还价的意思表示。不可同步受领意思表示的,为非对话的意思表示,如甲公司向乙公司发出的商业信函。

(三) 意思表示的发出与到达

1. 意思表示的发出

意思表示的发出,是指表意人向意思表示受领人作出了意思表示,完成了为意思表示生效所必需的行为,故又称意思表示的成立。以意思表示有无特定的受领人以及是否在对话方式下作出,意思表示的发出可分为:

(1) 不需受领的意思表示的发出

只要表意人完成表示行为就认为其意思表示已经发出且生效。比如:悬赏广告一经作出并对外公布,即视为意思表示已经发出。又如,遗嘱一经设立也即告完成,但由于遗嘱是死因行为,其生效适用特殊规则即待立遗嘱人死亡时才生效。

(2) 需要受领的意思表示的发出

对此又分为两种情况,对于以对话方式作出的意思表示,只要相对人或其代理人在场,表意人以口头方式告知其意思,其意思表示就已经发出。对于非以对话方式作出的意思表示的发出,如果相对人在场,表意人将书面文件交给相对人或其代理人才能使为其意思表示发出;如果相对人不在场,则表意人将信件投寄或转交给第三人的,即为意思表示的发出,但因尚未到达而未生效。

2. 意思表示的到达

是指发出的意思表示实际到达受领人。对于无相对人的意思表示而言,不存在到达的问题,其一经作出即为成立、生效。对于有相对人的意思表示,也应当区分有无特定的相对人。对于无特定相对人的意思表示,一般也没有到达的问题,原则上意思表示发出时就已经成立并生效。对于有特定相对人的意思表示而言,在以对话方式作出意思表示的,在受领人听到并了解了意思表示时才算作到达。而对于非以对话方式作出的意思表示的生效,大陆法系采到达主义,即意思表示到达相对人时生效。此处的“到达”是指根据一般情形和生活观念,已经进入了相对人可以了解的范围,至于相对人是否真的了解则在所不论。

【例】 比如甲对于乙发出的要约于6月1日发出了承诺的信函,该信函乙于6月3日收到,于6月5日才拆开读到,则承诺于6月3日生效,而非在6月5日生效。

许多情形下区分意思表示的发出与到达很有意义,比如,在有相对人的意思表示,正因为其发出与到达的时间不同,才存在撤回的问题,而对于无相对人的意思表示,则不能撤回。所谓意思表示的撤回,是指意思表示在发出后尚未到达受领人之前,表意人否认其存在的行为。只要撤回的通知先于或与意思表示同时到达,该撤回就是有效的(见《合同法》第17