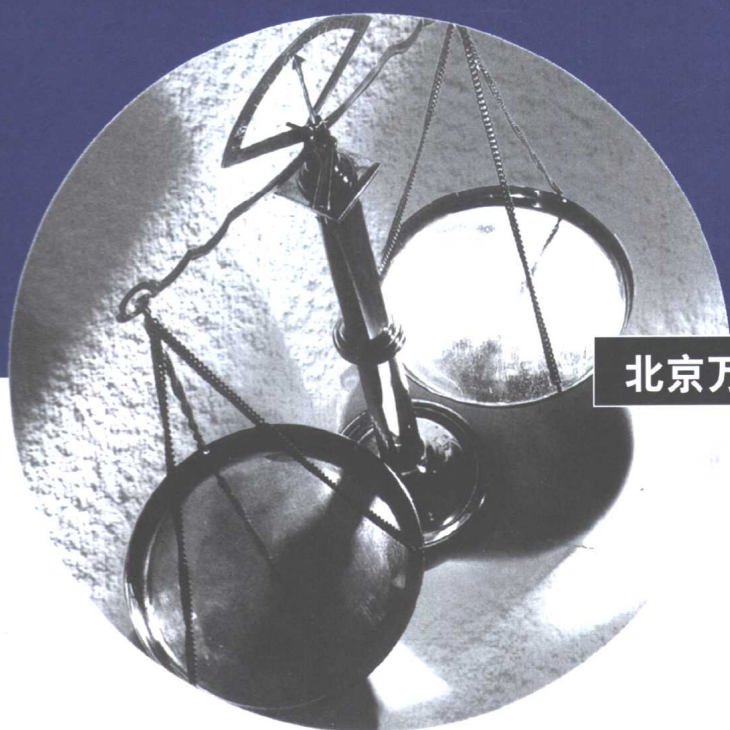


法律版

2003年国家司法考试 考点举要



北京万国学校 编

第三卷



法律出版社

2003 年国家司法考试考点举要

第 三 卷

北京万国学校 编

法 律 出 版 社

图书在版编目(CIP)数据

2003 年国家司法考试考点举要. 第 3 卷/北京万国学校编.
—北京:法律出版社,2003.7
ISBN 7-5036-4345-5

I.2… II.北… III.法律工作者—资格考核—中国—
自学参考资料 IV.D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 051046 号

©法律出版社·中国

责任编辑/陆 远 左 临

装帧设计/胡 欣

出版/法律出版社

编辑/法律考试出版中心

总发行/中国法律图书公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/787×1092 毫米 1/16

印张/12.75 字数/288 千

版本/2003 年 7 月第 1 版

印次/2003 年 7 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法律考试出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/test@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939636

传真/010-63939650

中国法律图书公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

销售热线/010-63939792

网址/www.Chinalaw-book.com

010-63939778

书号:ISBN 7-5036-4345-5/D·4063 定价:22.00 元

编写说明

如何才能在有限的时间内掌握应试知识,达到应试要求,是每一位考生都迫切需要解决的问题。应当承认,任何事物都有其规律可循,司法考试也不例外,考生如果能把握复习备考规律,便会收到事半功倍的效果。

所有成功者的经验告诉我们,复习备考的关键在于:一是准确判断和把握考试重点;二是注意将零散知识点系统化,融会贯通,了然于胸。抓住这两点,就等于找到了复习备考的捷径。正是在此意义上,我们编写了本书。

本书严格按照司法考试大纲要求的考点编写,针对考试命题,以部门法为分类基础,对各部门法进行了解析。在各部门法下主要包括以下内容:

一、对每个部门法的考试情况进行了提纲挈领的综述。旨在通过宏观地分析每一个部门法的考试情况,使考生对每一个部门法在考试中所占的地位和分量有一个整体的了解,让其明确在考试复习中每一个部门法应当投入的时间和精力,在复习中做到全面复习又要突出重点。其内容包括对各部门法历年考试试题分值的分析,对考试题型进行总结,并且指出了考试重要知识点在本法中的分布。

二、将若干相对分散和凌乱的重点知识有机地系统地归纳,使之成为较为完整的体系,既在宏观上把握完整的知识体系,又要对重点的知识做到心中有数。这是本书的核心所在。本部分根据司法考试的考点,将司法部国家司法考试中心编审《国家司法考试辅导用书》(2003年版)中的重点内容与法律法规有机结合,从应试的角度对重点的具体法律制度进行讲解,并以此为主线,将重点内容(包括辅导教材的内容和相关法条)串连起来,做到点面结合。这样,一是简化了教材和法条的内容,帮助考生把书读薄,减轻了复习的负担;二是突出复习的重点,应当说本书所列举出的内容均属考试重点;三是有利于考生形成脉络清晰的基础知识体系,从宏观上把握全局。

总的说来,本书具有两个重要的特点:

第一,把握考试重点。本书就是将各部门法的重点内容按照一定的体例编排,将法条和教材的重点内容拎出来,并有机结合予以剖析,指出其考点何在,题眼何在,命题角度何在。

第二,突破考生的弱点。建立适合司法考试的知识体系对于大多数考生都是比较困难的,即使对于法学科班出身的考生,面对其他非本专业的其他部门法要建立其科学的知识体系也并非易事。本书在此的意义在于以重点法条为主线将相关内容进行纵横的串连、归纳,更重要的是将易混淆项全部列举出来,从而在读者头脑中构建起系统的知识点体系。

本书的使用方法建议:

第一,对于经济法学、商事法学、宪法学、行政法学部分,可径直阅读本书,基本无须其他辅导教材。因为这部分的重点内容较为突出,某种意义上具有绝对性,哪些内容要考,哪些内容不考,基本上泾渭分明。根据多年的试题分析可以看出,命题基本上限于某些内容,而其他的内容却无涉及的机会。因此,对于此部分,阅读本书对于考生的意义极大。

第二,对于民法、刑法部分,建议考生在通读司法部国家考试中心编审《国家司法考试辅导用书》(2003年版)和法律法规的基础上,再阅读本书,本书的意义在于指引考生把握重点和难点,系统理解相关制度,将知识体系化。因为此部分内容是司法考试的大头,所谓的重点具有一定的相对性,本书所列举的重点只能是在考试中占有绝对重要地位的内容以及易忽略、易混淆的内容等等,所以考生在掌握本书指出的重点以外,对于其他内容也不能完全忽略。

第三,对于诉讼法学和仲裁法、律师制度部分,建议考生仔细研读本书,本书在此的重要意义在于将诉讼法学的零散的知识点串连起来,目的在于让考生在答题时能做到思考全面,消除盲点。

第四,就法理学、法制史、国际法学的部分,本书基本上是在把握重点的基础上对于教材的浓缩与简化,指出了司法考试在本部分的考查重点,但是同样,其内容相当庞杂和零散,并且时效性强,对于本书没有提及的内容,考生也不要完全忽略。

概括而言,结合本书的内容特色,本书的使用特点可以概括为:一是阶段性,建议考生在备考复习的中后期使用本书;二是指引性,本书宗旨并不在于提供全方位的复习服务,而是指引考生把握重点和难点,帮助考生快速、有效、精确地掌握司法考试必备知识;三是减压性,本书在确保考试有效性的同时将复习内容减少到最小,方便考生在最短的时间内复习应考;四是可信性,本书是在总结多年的辅导经验,科学分析历年的考试试题内在规律并对2003年司法考试命题预测的基础上编写而成,往年的此项工作经过了考试真题的检验,从而确保了本书的有效和准确。

本书的编写是对考试重点和考生弱点的再次总结和把握,是对以前成果的去粗取精、去伪存真的过程,殊为不易。要感谢去年的众多读者对本书所提的意见(这是非常宝贵的)。本说明既是对本书的介绍,也是对考生复习应考的建议,希望能给您一点有益的启示,更希望本书能帮助您在司法考试中取得成功。

最后需要说明的是,本书的编成,凝聚了京城部分司法考试辅导专家的一丝不苟的工作精神,大家本着法律人为法律人负责的态度完成本书。但其中不当之处恐在所难免,读者在使用本书过程中,如有疑问,或者批评、建议等,恳请读者来电来函指正,邮箱地址:wanguo@wanguoschool.net,并欢迎访问万国学校,网址:www.wanguoschool.net,以利来年修订。

骆 勇

2003年6月

于北京

目 录

民法编	(1)
民法通则	(1)
合同法	(21)
担保法	(52)
婚姻法	(62)
继承法	(68)
商标法	(71)
专利法	(79)
著作权法	(86)
商法编	(94)
公司法	(94)
合伙企业法	(111)
个人独资企业法	(117)
外商投资企业法	(120)
票据法	(130)
保险法	(142)
海商法	(151)
民事诉讼法与仲裁制度编	(158)
民事诉讼法	(158)
仲裁法	(192)

民法编

民法通则

《民法通则》及《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》(以下简称《民通意见》)作为我国民事立法的基本法及司法解释,主要规定了一些基本民事法律制度。《民法通则》及《民通意见》在我国民商事立法中的基础性地位不容置疑。民法理论博大精深,体系宏大,各项制度之间关联密切,每个法条往往会涉及重大的基本理论问题。但随着我国民事立法的日益完善,尤其是《合同法》、《担保法》以及《著作权法》、《商标法》、《专利法》、《保险法》、《票据法》、《合伙企业法》、《公司法》、《产品质量法》、《城市房地产管理法》、《土地管理法》等法律文件的通过,使《民法通则》及《民通意见》对许多制度的原则性规定失去了考查的意义。迄今为止,《民法通则》及《民通意见》还有考查价值的制度规定主要包括:

1. 自然人的民事权利能力和行为能力制度;
2. 监护制度;
3. 宣告失踪、宣告死亡制度;
4. 代理;
5. 无因管理,不当得利之债;
6. 侵权之债;
7. 人格权制度;
8. 诉讼时效制度;
9. 涉外民事法律关系的法律适用。

就《民法通则》与《民通意见》的关系而言,从司法考试角度讲,其实后者较前者更为重要。《民法通则》多原则性、概括性规定,而《民通意见》更重可操作性、具体性。近年来考试所考查的知识点比较细节化,对《民通意见》的具体规定考查的力度更大,相信司法考试中会继续这一做法。因此,考生对《民通意见》的具体规定务必精益求精,细之又细。我们在论述中也会指出其重点。另外,对于一些没有法条依据的民法基本制度考点,也在这里阐述。

一、自然人的民事权利能力和民事行为能力

我国民法上承认的民事法律关系主体

(简称民事主体)主要是自然人和法人。某些情况下,国家也可能成为民事主体。另外,我国还有其他组织是这种民事主体,它不具有独立的民事责任能力,但是却能独立从事民

事活动。

1. 公民的民事权利能力指公民享有民事权利、承担民事义务的资格,始于出生终于死亡。据此,胎儿不具有民事权利能力,但法律对胎儿给予了特殊保护(《继承法》第28条,胎儿的应留份制度)。

2. 注意出生时间的证明(《民通意见》第1条):

(1)首先以户籍证明为准;

(2)无户籍证明的,以医院出具的出生证明为准;

(3)没有医院证明的,参照其他证明认定。

3. 公民的民事行为能力的分类,与民事行为的效力联系密切。特别注意:

(1)16周岁以上不满18周岁的公民的民事行为能力的认定:能够以自己的劳动取得收入,并能维持当地群众一般生活水平的,可以认定为以自己的劳动收入为主要生活来源的完全民事行为能力人。参见《民法通则》(本部分以下未指明者均如此)第11条第2款,《民通意见》第2条。

(2)限制行为能力、无行为能力的公民纯获利益的行为有效。

(3)限制行为能力人未经法定代理人同意,超出自己的行为能力范围而实施的合同行为是效力待定合同(《合同法》第47条,如何处理参见合同法部分)。

二、自然人的住所

1. 公民首先以户籍地为住所。

2. 当经常居住地与户籍地不一致时,以前者为住所。

3. 经常居住地是指公民最后离开住所地连续居住1年以上的地方,住医院治病的除外。

4. 特别注意:公民户籍迁出后迁入另一地之前,无经常居住地的,仍以原户籍地为住所。

5. 自然人住所与民事诉讼的管辖有密切的关系,注意与《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》(以下简称《民诉意见》)第4、7条的协调。

三、监护

(一)监护人的确定

1. 未成年人的监护人首先是其父母(法定代理人)。父母离婚不影响父母对未成年子女的监护资格。但具有下列情形之一,且法院认为可以取消监护资格的,未与子女共同生活的一方无监护权:(1)对子女有犯罪行为的;(2)对子女有虐待行为的;(3)对子女明显不利的(《民通意见》第21条)。

2. 父母死亡或无监护能力的,有监护资格的人可以协议确定监护人。

3. 对担任监护人有争议的,由有关单位指定,本法第16条第2款所列顺序即是指定监护人的顺序。前一顺序有监护资格的人无监护能力或者对被监护人明显不利的,人民法院可以根据对被监护人有利的原则从后一顺序有监护资格的人中择优确定。监护人可以不限于1人,但法律规定了数人应是同一顺序中(《民通意见》第14条)。

4. 对指定不服可以起诉,且有关组织的指定程序是确定监护人争议诉讼的前置程序(《民通意见》第16条)。

5. 一旦指定,即不得自行变更。否则,由变更前后的监护人共同承担监护责任(《民通意见》第18条)。

6. 为精神病人指定监护人的程序同未成年人基本相同,区别在于有监护资格的人的顺序和范围不同(《民通意见》第17条第1款)。但是,为患有精神病的未成年人设定监护人,应适用关于未成年人的规定(《民通意见》第13条)。

(二)监护职责

1. 了解监护职责的内容,共计6项(《民

通意见》第10条)。尤其注意:非为被监护人利益的,不得处理被监护人财产(第18条第1款)。

2. 监护既是一项权利,更是一项义务。监护人不履行职责(不作为)或侵害被监护人权益的(作为),应承担责任(第18条第3款)。其他有监护资格的人或单位可起诉追究其责任或撤销其资格。

3. 特别注意《民通意见》第20条,追究监护人责任的普通程序之诉与变更监护人的特别程序之诉应分别审理。参见《民诉意见》第198条。

(三)被监护人的侵权责任

1. 构成此项民事责任须具备两个要件:

(1) 损害是由被监护人造成的;

(2) 责任承担者与加害人之间存有监护关系。

2. 本责任采无过错责任原则,监护人承担此项责任并不因其尽了监护责任而免责,仅仅是“可以适当减轻”责任。

3. 有关被监护人致人损害责任的具体承担,应注意以下几点规则:

(1) 被监护人有财产的,应首先从其财产中支付,不足部分由监护人赔偿(第133条第2款)。

(2) 夫妻离婚后,未成年子女发生侵权行为的,应首先由与该子女共同生活的一方承担责任,惟有其独立承担有困难的,未与该子女共同生活的一方才负共同承担的责任(《民通意见》第158条)。

(3) 无明确的监护人时,由顺序在前的有监护能力的人承担民事责任(《民通意见》第159条)。这是一种法律上的推定。

(4) 特别注意《民通意见》第160条,该条款为司法考试绝对的重点和热点。对该条款以下几个含义应重点掌握:

① 适用对象仅为无民事行为能力人,而不含限制民事行为能力人。

② “单位”的范围只有三个(幼儿园、学校、精神病院),并仅为临时监护人。单位为监护人的,不承担被监护人致人损害责任。换言之,单位监护人不承担被监护人致人损害的责任。受到伤害或者给他人造成损害,单位有过错的,可以责令这些单位适当给予赔偿。

③ 这就要与《民法通则》第133条结合起来。“不足部分,由监护人适当赔偿,但单位担任监护人的除外。”这个除外到底是什么意思?从上面的对于单位监护人只承担过错责任的规定,我们可以推知,单位担任监护人的,则无须对不足部分适当赔偿。

4. 重点掌握委托监护问题(《民通意见》第22条):

(1) 委托监护的,被监护人的侵权责任由委托人承担,但允许另行约定。

(2) 在被委托人有过错之情形下,委托人与被委托人负连带责任。换言之,委托人对被监护人的侵权责任承担无过错责任,被委托人承担过错责任。

四、宣告失踪

1. 申请宣告失踪的“利害关系人”包括被申请人的近亲属及与其有民事权利义务关系的人(《民通意见》第24条)。

2. 注意宣告失踪的管辖法院:下落不明人住所地基层人民法院(《民事诉讼法》第166条),或者最后居住地的基层人民法院(《民通意见》第28条第2款)。

3. 宣告失踪的最重要法律后果即是指定财产代管人。应注意:

(1) 无民事行为能力、限制行为能力人失踪的,其监护人为当然代管人;

(2) 其他人失踪的,人民法院指定代管人的范围并不限于第21条中所列人员(《民通意见》第30条);

(3) 代管人在有关失踪人的诉讼中,有充

当原告或被告的资格(《民通意见》第32条);

(4) 代管人不履行代管职责(不作为)或侵犯失踪人权益的(作为),其他利益关系人可起诉追究其责任或变更代管人;同时提起诉讼的,应分别审理(《民通意见》第35条)。

五、宣告死亡

1. 与宣告失踪不同,申请宣告死亡的危害关系人是有顺序之分的,换言之,当存在在先顺位人时,在后顺位人即无申请权。但申请撤销死亡宣告则不受顺序限制(《民通意见》第25条)。

2. 战争期间下落不明的,申请宣告死亡的期间是4年而非2年(《民通意见》第27条)。

3. 宣告死亡案的公告期间是1年,但因意外事故下落不明,经有关机关证明该公民不可能生存的,公告期间为3个月(《民事诉讼法》第168条)。

4. 撤销死亡宣告的法律后果是司法考试的热点和难点。其法律后果包括:

(1) 被宣告死亡时间与自然死亡时间不一致的,以后者为准,自然死亡前实施的民事法律行为与被宣告死亡引起的法律后果相抵触的,以其实施的民事法律行为为准(《民通意见》第36条第2款)。

(2) 被撤销死亡宣告的人有权请求返还财产,依继承关系取得的应返还原物;原物不存在的,应予适当补偿(而非相应补偿)(《民通意见》第40条)。

(3) 第三人合法取得被撤销死亡宣告的人的财产的,可不予返还(《民通意见》第40条)。

(4) 特别注意夫妻关系的恢复问题(《民通意见》第37条)。

(5) 子女被收养的效力问题(《民通意见》第38条)。

(6) 恶意利害关系人的侵权责任(《民通意见》第39条)。

六、“两个”问题

1. 个体工商户可起字号,有权申请商标(《民通意见》第138条)。

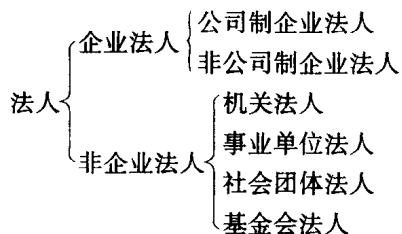
2. 起字号的个体工商户在民事诉讼中以户主为诉讼当事人而非以字号为当事人,有别于个人合伙。注意个人合伙的全体合伙人在诉讼中为共同诉讼人。此为《民诉意见》第47条的规定,取代了《民通意见》第45条的规定。

3. 注意个人经营与家庭经营的个体工商户承担责任的区别(《民法通则》第29条,《民通意见》第42条)。以家庭财产承担责任的情形有:(1)家庭经营的;(2)以家庭共有财产投资的;(3)收益的主要部分供家庭成员享用的。

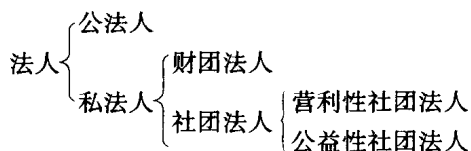
读者可注意个人独资企业法的规定,个人独资企业的投资人以个人财产承担无限责任,但是投资人在申请企业设立登记时明确以其家庭共有财产作为个人出资的,应当依法以家庭共有财产对企业债务承担无限责任。

七、法人制度的基础知识

1. 法人分类。我国法和外国法对法人分类是不同的。我国现行法律对法人作如下分类:



其中,基金会法人属于社会团体法人之一,但也有将其与社会团体法人等并列的。国外法对法人的基本分类:



依此分类,基金会法人属于财团法人的一种,而非属社团法人范畴。

注意社会团体法人和社团法人不是同一个概念。它们属于不同的分类。社团法人包括企业法人、事业单位法人和社会团体法人。而基金会法人则属于财团法人。

2. 法人的民事权利能力、民事行为能力。注意法人的民事权利能力、行为能力与公民的差别。

(1)法人的民事权利能力存续时间及范围同行为能力一致;

(2)法人之间的民事权利能力呈现差异性;

(3)法人不享有公民人身属性的权利能力,如结婚能力等;

(4)企业法人的民事权利能力和经营范围之间没有必然的联系。不可将经营范围视为企业的民事权利能力范围。而且人民法院不能以“当事人超越经营范围订立合同”为由而认定该合同无效,除非当事人违反了以下禁止性规定:①限制经营的,如麻醉品、黄金及黄金制品等;②特许经营的,如食盐、烟草制品;③法律、行政法规(不包括其他立法文件)禁止经营的,如毒品等。实际上,以上三种禁止性规定在当前社会经济生活中仅属极其例外的情况[《〈合同法〉解释(一)》第10条]。

3. 法人的一般特征:

(1)法人具有独立于其成员的人格;

(2)法人具有独立于其成员的财产;

(3)法人具有独立的责任能力,即有限责任。

其中,法人的有限责任,实质含义应是指法人以其全部资产对其债务承担无限责任,

法人的成员以出资额为限承担有限责任。

法人成员是指投资于法人的民事主体,如公司股东即是公司法人成员,有别于法人的工作人员。

法人的有限责任在现代法上并非绝对,当法人成员恶意利用法人独立人格和有限责任去侵害法人债权人利益时,得适用“揭破法人面纱”原则,直索法人成员的无限责任。

八、联营

1. 联营的三种形式:

(1)法人型联营。适用企业法人的规定(《民法通则》第51条)。

(2)合伙型联营。适用合伙的规定(《民法通则》第52条)。

(3)合同型联营。适用契约的规定(《民法通则》第53条)。

2. 重点注意联营协议中的两类无效条款:

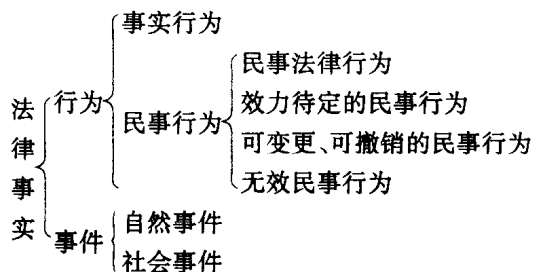
(1)保底条款。联营一方虽向联营组织投资并参与共同经营,分享盈利,但不承担联营的亏损责任。在联营亏损时,仍要收回其投资和收取固定利润的条款。此类条款应予确认无效。

(2)明为联营,实为借贷条款。联营一方向联营组织投资,但不参与共同经营,也不承担亏损,不论盈亏均按期收回固定利润。该条款即典型的《民法通则》第58条第(七)项规定的“以合法形式掩盖非法目的”的隐匿行为,属于无效合同条款。这一条款违反了我国金融法规关于禁止非金融企业之间非法资金拆借的规定,应当确认无效。其处理结果是:除本金可以返还外,对出资方已经取得的或约定取得的利息应予收缴;对另一方则应处以相当于银行利息的罚款。

九、民事法律行为制度的基础知识

1. 民事法律行为的地位。民事法律关

系是民事法律规范调整人们之间的社会关系过程中形成的权利义务关系的一种。民事法律规范本身并不能在当事人之间引起民事法律关系,只有在一定的法律事实发生后,才能使民事法律关系产生、变更和消灭。那么,民事法律行为就是作为一种民事法律事实而在民事法律关系中发挥作用的。民事法律事实可分为:



2. 民事法律行为的特征:

(1)民事法律行为是民事主体以达到一定民事法律后果为目的的行为,是民事主体创设法律关系的最主要方式。

(2)民事法律行为以意思表示为要素。意思表示是行为人将其期望发生法律效果的内心意愿以一定方式表达于外部的行为。它可以分解为三个部分:第一,当事人出于某种动机而希望发生一定法律效果的意愿,为“效果意思”;第二,效果意思表达于外部即为“表示意思”;第三,当事人将效果意思表示于外部的行为,则为“表示行为”。

民事法律行为由一个或数个意思表示要素构成,无意思表示即无民事法律行为,这是民事法律行为区别于其他法律事实的标志。

(3)民事法律行为是具有法律拘束力的合法行为。

3. 民事法律行为的分类:

(1)单方、双方、多方法律行为。

(2)单务、双务法律行为。这是依法律行为当事人双方的权利义务关系是否相互对待而分的。分类意义在于正确确认法律行为的成立及其效力。如双务法律行为中存在履行

抗辩权,一方因可归责于己方的原因导致不能履行义务时,他方得解除法律关系并要求赔偿损失。而单务法律行为无此效力。

(3)有偿、无偿法律行为。依民事法律行为是否存在对待给付而划分。对待给付是指一方为获取对方提供的利益而偿付的代价。分类意义在于确定当事人权利义务的范围及其责任后果的承担。一般地说,有偿法律行为为义务人的法律责任较之无偿法律行为义务人的法律责任要重。例如,赠与合同的赠与、无偿保管合同的保管人,无偿委托合同的委托人都是在故意或重大过失情形下才承担赔偿责任,而有偿保管合同的保管人,有偿委托合同的受托人有过错即须承担赔偿责任(《合同法》第189、374、406条)。

(4)诺成、实践性法律行为。依民事法律行为的成立是否以标的物实际交付为要件而划分。实践性法律行为,又称要物行为,指除当事人意思表示一致外,还须交付标的物始能成立的民事法律行为。如自然人之间的借款合同、保管合同等(《合同法》第210、367条)。诺成性法律行为指仅以意思表示为成立要件的法律行为。大多数合同行为都是诺成性法律行为。

十、代理制度

1. 代理的法律特征可概括为四个方面:

(1)代理行为是民事法律行为,以意思表示为核心。

(2)代理人须以被代理人的名义为民事法律行为。

(3)代理人是在代理权限内独立地向第三人为意思表示,代理人在代理关系中具有独立地位。

(4)代理人所为的民事法律行为的法律效果归属于被代理人。

2. 代理权行使的一般准则。

代理由被代理人与代理人之间的内部关

系及被代理人与第三人、代理人与第三人之间的外部关系构成,其中内部关系是核心关系,而内部关系的基础是代理权。换言之,代理制度的核心内容就是代理权。代理人行使代理权时应遵循的准则是:

- (1)行使代理权须符合被代理人的利益;
- (2)行使代理权须尽到职责要求。

违反行使代理权的一般准则,即构成滥用代理权的行为。其构成要件是:

(1)代理人拥有代理权(此为滥用代理权行为区别于无权代理);

(2)代理人实施行使代理权的行为;

(3)代理人的行为违反了行使代理权的基本准则;

(4)代理人的行为损害了被代理人的利益。

滥用代理权的行为分为三类:

(1)自己代理,即代理人自买自卖的行为;

(2)双方代理,即同一代理人同时代理双方当事人进行一项民事活动的行为;

(3)代理人与第三人恶意串通。

3. 代理的分类:

(1)委托、法定、指定代理。这是依代理权产生原因不同划分的。重点掌握委托代理的代理权产生根据,其根据在于被代理人的委托授权行为。该委托授权行为是一种单方的不要式的法律行为,形成书面文件的即是授权委托书,又称代理证书。

(2)单独、共同代理。依《民通意见》第79条,共同代理是数个代理人共同行使代理权的代理。注意掌握共同代理人的责任承担,并非当然的连带责任制。

(3)本代理、复代理。

(4)一般代理与特别代理。

4. 代理中的六个连带责任:

(1)授权不明时本人与代理人的连带责任(第65条第3款);

(2)代理人与第三人串通的连带责任(第66条第3款);

(3)恶意第三人与代理人的连带责任(第66条第4款);

(4)代理人与本人的连带责任(第67条);

(5)代理人转授权不明时与有过错次代理人的连带责任(第81条);

(6)共同代理人之间的连带责任(《合同法》第409条)。

其中,第(1)种为补充性连带责任(先由本人承担;本人不足以承担时再由代理人承担);其余均为平行性连带责任。

5. 几类特殊代理。

(1)共同代理:①原则上,共同代理人就共同代理行为向本人负责,就过错的共同代理行为对本人承担连带责任(《合同法》第409条)。②作为例外,依《民通意见》第79条,若共同代理人中一人或数人未与其他代理人协商而实施行为侵害本人权益的,由行为人承担责任,此行为为非共同代理行为。

(2)复代理(《民法通则》第68条,《合同法》第400条)。复代理是指代理人为本人的利益将其享有的代理权转托给他人而产生的代理,是相对于本代理而言的。其中,代理人选任复代理人的权利称为复任权。关于复代理,注意以下几点:

①产生情形。由于原则上委托代理人无复任权,所以,复代理仅限于以下几种情形:

- a. 本人事前授权的;
- b. 事前本人同意的;
- c. 事后本人追认的;
- d. 紧急情况下,为被代理人之利益的。

其中,前三种情形皆取决于本人意志,但在d种情形下不取决于本人意志,而由法律强制成立。

②复代理的特征:

- a. 复代理人由代理人以自己名义选任;

b. 复代理人是被代理人的代理人而非代理人的代理人;

c. 复代理人的代理权限以代理人的权限为限;

d. 复代理人接受被代理人、代理人的双重指示。

③代理人在复代理中的责任。原则上,复代理一经成立,代理人并不对复代理人的行为负责,复代理人自己对自身的代理行为对被代理人负责。但在以下三种情形下,代理人仍对复代理人的行为负责:a. 选任责任;b. 指示责任;c. 转委托授权不明时的责任。

(3)无权代理(狭义)。

①特征:第一,行为人实施的民事法律行为,完全符合了代理行为的表面特征;第二,行为人缺乏代理权,具体包括:

- a. 根本未经授权;
- b. 虽曾有授权但已过期;
- c. 虽有授权但超出了授权范围。

②构成要件:

- a. 行为人无代理权;
- b. 行为人以本人名义为民事行为;
- c. 第三人为善意且无过失;
- d. 第三人与行为人的行为合法。

③效力。依《合同法》第47条,为效力待定行为。另外,有关表见代理、间接代理参见合同法部分。

十一、物权(所有权)制度的基础知识

(一)物的几种重要分类

1. 动产与不动产。分类的最主要意义在于物权变动的法定要件不同——前者以交付为要件,后者以登记为要件。

2. 特定物与种类物。

3. 可分物与不可分物。分类的意义在于共有财产的分割方法不同:后者不能用实物分割方式,只能用变价分割或折价分割方式。

4. 主物与从物。不同于以上分类的是:主物、从物必须特定于某两物之间的关系才能定论。认定某两个物之间是否为主物、从物关系,本身就是一个考点。

(1)认定主物、从物关系之成立,须同时具备以下条件:

①二者在物理上互相独立,否则,会构成整体与部分的关系。如房屋与窗户(窗户不具有物理独立性,乃一房屋的组成部分),又如轮胎与汽车。

②二者在经济用途上存在主、从关系:A物脱离B物,不损A物之独立用途,则A物为主物;B物脱离A物,则失却其本来的用途(价值),则B物为从物。否则,会构成不存在任何联系的两个独立物,如鞋子与袜子、上衣与裙子、帽子与围巾。

③交易观念上视为有主、从关系。如装米之麻袋,非为从物。

(2)二者的分类意义:若无相反法律规定或约定,主物之权利变更及于从物(见《担保法解释》第61条)。

5. 原物与孳息。

(1)孳息指因物或权益而生的收益。包括:

①天然孳息,如植物所结果子,动物所产幼仔,动物所产奶、蛋;

②法定孳息,如租金、利息、承包金;

③射幸孳息,如福利彩券之中奖奖金。

(2)确定原物与孳息的法律意义:若无相反约定,孳息收取权(所有权)归原物所有人。

(二)物权法定主义

物权之享有、变动往往涉及第三人,故各国法严格限制一国法上的物权类型及其内容。故不同于债的任意主义,物权法采法定主义。

1. 物权种类不得自由创设。

2. 每一种物权的内容不得自由创设。

(三)一物一权主义

基于物权的排他性,民法学说上有“一物

一权主义”原则,这也是学习物权法尤其是担保法之理论基础。

“一物一权主义”,即“一物不存二主”,此处的“权”严格地讲是指所有权,而非他物权。事实上,许多他物权之间,所有权与他物权是可以并存的。详见下文(×表示不可并存一物,○表示可并存):

- (1)所有权、所有权(×);
- (2)所有权、他物权(○);
- (3)抵押权、抵押权(○);
- (4)抵押权、质押权(○);
- (5)质押权、质押权(×);
- (6)抵押权、用益物权(○);
- (7)用益物权、用益物权(×)。

当一物之上存在数个物权时,会有先后权位之分,详见本书有关物权的优先性的阐述。

(四)物权变动的公示、公信原则

物权为支配权,且有优先性、排他性、追及性和物上请求权的效力。如果一个物权之变动不能以从外部查知的方式进行,必然纠纷不断,有害交易安全,故物权之变动有此原则。这是学习物权法尤其是担保法的必备知识背景之一。

1. 公示原则。公示原则要求物权之产生、变更、消灭,必须以外部可查知的方式表现出来:(1)动产的公示方法——交付;(2)不动产的公示方法——登记。

2. 公信原则。

(1)若当事人在享有、变动物权时依法要求进行了公示,第三人因信赖这一公示而为一定行为,事后即使公示出来的物权状态与真实的物权状态不符,第三人的物权亦受保护。

(2)若当事人在享有、变动物权时依法进行了公示,则其物权足以对抗第三人。

(3)若当事人在享有、变动物权时未依法进行公示,则其物权不得对抗第三人。

(五)物权的追及效力

追及效力又称“物在呼叫主人”,指物权

人对自己所有的物,不论辗转经过多少人之手,只要在最后占有人处发现自己的物,即可予以取回。

(六)物上请求权

又称物权请求权,指物权人在其权利实现上遇有某种妨害时,物权人有权对于造成妨害其权利事由发生的人请求排除此妨害。物上请求权作为物权的特殊民法保护方法,仅适用于物权保护而不适用于债权保护,故又称物权的保护方法。具体包括:(1)停止侵害;(2)排除妨碍;(3)消除危险;(4)返还财产;(5)恢复原状。

(七)所有权的特征

1. 所有权是完全物权。物权分为所有权和他物权,其区别在于所有人对财产享有完整的权利。正因为所有权是物权的一种,所以,它具有物权的基本效力和特征。

2. 所有权是绝对权。即所有权权利主体是特定的,而义务主体是不特定的。

3. 所有权是支配权,具有强烈的排他性。排他性首先表现在一物之上不得存在两个所有权,即一物一权主义,其次表现在排斥他人干涉。

4. 所有权具有追及效力和优先效力,这也是物权的共同特征。追及效力是指物权的标的物不论辗转流入何人之手,物权人都可以依法向物的不法占有人索取,请求其返还原物。

优先效力包括两个方面;第一,物权与债权并存时,物权优先于债权;第二,同一物之上数权并存时,先设立的物权优先于后设立的物权。

5. 所有权的客体仅限于有体物、特定物和独立物。

6. 所有权具有永恒性,无期限限制。

(八)所有权的权能

1. 占有。占有是主体对于物基于占有的意思进行控制的事实状态。占有可作以下分类:

占有	{	有权占有
		无权占有 { 善意占有 恶意占有

务必掌握区分恶意占有与善意占有的意义：第一，善意取得的构成要件之一就是第三人的善意占有，而恶意占有情形下不成立善意取得；第二，时效取得的构成要件之一就是取得人对他人之物的善意占有，而恶意占有情形下不成立善意取得；第三，在不当得利返还上的区别；第四，在返还原物时的区别：善意占有人可要求所有人支付保管费用，并不返还已获得的孳息；恶意占有人无权要求所有人支付费用，并有义务返还所获得的孳息。

2. 使用权。

3. 收益权。民法上收益主要是指孳息，孳息可分为天然孳息、法定孳息和射幸孳息。

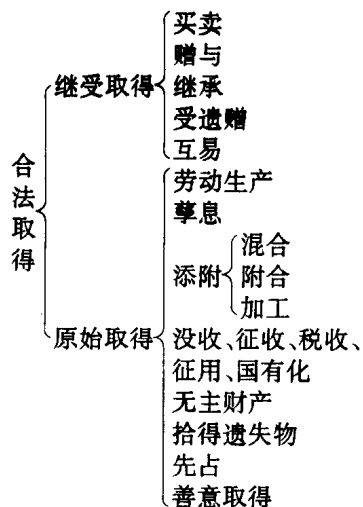
4. 处分权。

(九) 相邻关系

相邻关系是指两个或两个相互毗邻的不动产的所有人或使用人，在行使不动产的所有权或使用权时，因相邻各方应当给予便利和接受限制而发生的权利义务关系。注意与地役权是不同的。读者可参考《民通意见》第97—103条，了解一下各种情形下具体相邻关系的内容。

十二、财产所有权的取得方式

财产所有权的合法取得方式可作如下分类：



以下详解其要点：

1. 先占。

(1) 对象是无主财产，但并非所有的无主财产均可先占取得。

(2) 最常见的对象是抛弃物，即基于所有人或处分权人的意志而放弃所有权的物，如饮用完饮料后扔掉的易拉罐。

(3) 先占人必须在事实上占有该物，且在主观上有取得所有权的意思。

(4) 先占属瞬间行为，一经成立，即取得所有权。

2. 拾得遗失物。遗失物并非无主财产，所有人并未丧失所有权，而仅暂时丧失占有权。同时，遗失物规则同样适用于另外两种物——漂流物、失散的饲养动物。下面以遗失物为例，集中论述有关的物权、债权规则（《民法通则》第79条第2款、《民通意见》第94条）。

(1) 基于拾得遗失物而产生的物权规则有：

① 应当归还失主；

② 找不到失主的，拾得人有权将遗失物交予公安机关等单位；接收单位发布招领公告，期满无人认领的，归国家。

(2) 债权规则有：

① 拾得人归还失主而生的费用（无因管理费用），有权向失主主张；

② 但不得主张报酬（有悬赏广告的除外）；

③ 拾得人将遗失物据为己有的，构成不当得利之债；

④ 拾得人据为己有且拒不返还的，构成侵权之债；

⑤ 拾得物非由于拾得人故意而毁损、灭失的，拾得人不负赔偿责任。

3. 发现埋藏物、隐藏物（《民法通则》第79条第1款、《民通意见》第93条）。埋藏物指包藏于他物之中，不易从外部发现的物。隐藏物指置于隐蔽场所，不易发现的物。二

物并非无主物,而属有主物,仅仅是主人不明而已。故物权规则有:

(1)如能证明属某人所有,且为现行法律、政策允许,应归其人或其继承人所有;

(2)所有人不明的,归国家所有。

相应的债权规则有:

(1)若发现人将埋藏物、隐藏物归其主人的,不得请求报酬;

(2)若归国有的,接受单位给予上缴人表扬或物质奖励。

4. 添附(《民通意见》第86条)。添附乃附合、混合、加工的通称。附合:不同所有人的物结合在一起无法分离或不宜分离,其包括:动产与动产的附合;动产与不动产的附合。混合:不同所有人的动产混杂在一起,无法识别。加工:在他人之物上附加自己有价值的劳动,使之成为一新财产。

总之,添附是指基于种种原因致使原属数个不同所有人之物结合为或加工为一新物。对于该新物之归属,规则如下:

(1)附合。

①动产与动产的附合:若能区分主物与从物,则新物归原主物所有人所有,原主物所有人给原从物所有人以相应补偿;若不能区分主从物,则归价值较高的物的原所有人所有,价值较高的物的原所有人给对方以相应补偿。

②动产与不动产的附合:多发生在建筑或种植场合,由不动产所有人取得新物所有权,并给对方以相应补偿。

③附合与合同行为的区别:应特别注意,附合乃一事实行为,而非民事法律行为。若不同物的所有人依协议而将各自拥有的物结合为一物,则不应成立附合。

(2)混合。准用上述动产与动产附合的规则。

①原则上采原材料主义:新物归原物所有人所有,由原物所有人给加工人以相应补

偿;

②作为例外,若加工价值远大于原材料价值,也可归加工人所有,由加工人给原材料所有人以相应补偿。

(3)特别关注。上述所有添附规则,是以行为人善意或由事件引发为前提的。若行为人为恶意为添附行为,则依《民通意见》第86条,作如下处理:

①能拆除的,责令拆除(恢复原状);

②不能拆除的,折价归财产所有人;

③造成财产所有人损失的,应负赔偿责任。

5. 善意取得。

(1)概念。动产由合法占有人基于无权处分而转让给善意第三人,第三人取得动产所有权,而原所有人丧失所有权,又称即时取得。

(2)制度价值。为保障社会交易安全而牺牲原权利人利益,乃一双利剑。

(3)构成要件。

①对象:仅限于动产,而不包括不动产。具体而言:a. 一般动产;b. 货币、无记名有价证券。

但下列动产一般也不作善意取得之对象:a. 盗赃物;b. 遗失物,失散的饲养动物、漂流物;c. 埋藏物、隐藏物。

但上述三类动产在例外情形下可适用善意取得:即第三人从同类物品之公共市场上取得的。

②无权处分人与原权利人之间的关系。基于后者意思而使前者合法占有该动产。二人之关系常见情形有:

a. 存在保管、仓储关系;

b. 存在租赁、借用关系;

c. 存在运输、承揽关系;

d. 存在试用买卖关系。

但下列情形不适用善意取得:

a. 盗窃、抢夺、抢劫等基于非法占有人