

2004年版

国家司法考试推荐用书

国家司法考试 名师大讲堂

国家司法考试命题研究组 审定

民 法

赵晓婷 著

命题方向

在剖析各科历年考情与命题趋势的基础上，对该学科的2004年命题作出预测，并就此为广大考生提出针对性较强的复习备考策略。

考点精华

以最新考试大纲为经，以重点法条和司法解释为纬，找出找准考试重点进行权威解读，从不同角度凸现司法考试之精华。

精选范例

详尽解析典型真题，权威阐述命题范围、命题重点、命题思路、命题角度及命题趋势，以便考生“知己知彼、百战不殆”。

好题精练

各科都编写了大量的预测试题，并逐一作了详细解析，以便考生举一反三，有效进行高密度、高强度的针对性训练。

标准预测试卷

严格按照最新考试大纲精心编写两套标准化押题试卷，集中凸显考试的新内容、新趋势，让考生进行实战演习，及时查漏补缺。

人民日报出版社

2004 年版国家司法考试推荐用书

国家司法考试名师大讲堂

民 法

国家司法考试命题研究组 审定

赵晓婷 著



人民日报出版社

图书在版编目(CIP)数据

国家司法考试名师大讲堂.民法/国家司法考试命题研究组编.

—北京:人民日报出版社,2004.2

ISBN 7-80153-815-3

I. 国...

II. 国...

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(2004)第 009091 号

书 名:国家司法考试名师大讲堂·民法

责任编辑:郑秉宏

选题策划:朱小平

出 版 者:人民日报出版社(北京金台西路 2 号/邮编:100733)

发 行 者:新华书店

印 刷 者:北京金华印刷有限责任公司

字 数:282 千字

开 本:787×1092 1/16

印 张:11

印 次:2004 年 2 月 第 1 次印刷

书 号:ISBN 7-80153-815-3/D·137

定 价:18.00 元

司考新突破 名师大讲堂

(出版前言)

为帮助参加 2004 年国家司法考试的广大考生快捷高效地进行备考复习,及时把握命题方向,全面掌握考试内容,透彻理解考核重点、难点与疑点,我们特地组织中国政法大学、中国人民大学法学院、北京大学法学院、清华大学法学院等单位一批司法考试辅导名师,共同精心编写了这套丛书。

本书严格按照最新考试大纲分科编写,共分为 10 分册:《法理学、宪法、法制史、法律职业道德》、《刑法》、《刑事诉讼法》、《民法》、《民事诉讼法》、《行政法与行政诉讼法》、《商法》、《经济法》、《国际法、国际私法、国际经济法》、《标准预测试卷》。各科内容均由相应学科的辅导名师亲自撰写。各分册体例与特点如下:

◆**命题方向** 在剖析各科历年考情与命题趋势的基础上,对该学科的 2004 年命题作出预测,并就此为广大考生提出针对性较强的复习备考策略。

◆**考点精华** 以最新考试大纲为经,以重点法条和司法解释为纬,找出找准考试重点,从不同角度凸现司法考试之精华,并对其中的难点内容进行权威系统的解读,益于广大考生快速掌握。

◆**精选范例** 在对历年有代表性的考试真题进行详尽解析的基础上,对司法考试的命题范围、命题重点、命题理念、命题思路、命题角度及命题趋势等进行了总结概括,以便考生“知己知彼、百战不殆”。

◆**好题精练** 根据以上各部分总结出的命题规律,各科都编写了大量的预测试题,并逐一作了详细解析,以便考生进行高密度、高强度的针对性训练,巩固对考点的理解与掌握,并能举一反三。

◆**标准预测试卷** 严格按照最新考试大纲精心编写的两套标准化信息模拟试卷,不仅基本涵盖了各科的考核要点,强调对“易混、易漏、易误、易错”知识点的考查,而且集中凸现了考试的新内容、新趋势,并通过对答案的详尽解析,让考生明晰并掌握司法考试的答题思路、解题方法与应试技巧。

本书在编写过程中,难免存在一些错漏不当之处,恳请广大读者批评指正。最后,衷心祝愿广大读者顺利通过 2004 年司法考试。

国家司法考试命题研究组

2004 年 2 月

目 录

【命题方向】	(1)
考情趋势	(1)
名师对策	(1)
【考点精华】	(2)
一、民法总论	(2)
二、担保法	(10)
三、合同法	(14)
四、著作权法	(19)
五、专利法	(22)
六、商标法	(26)
七、婚姻法与继承法	(29)
【精选范例】	(31)
2003 年考题	(31)
2002 年考题	(45)
【好题精练】	(60)
一、民法通则	(60)
(一)单项选择题	(60)
(二)多项选择题	(68)
二、合同法与担保法	(77)
(一)单项选择题	(77)
(二)多项选择题	(88)
三、婚姻法与继承法	(99)
(一)单项选择题	(99)
(二)多项选择题	(101)
四、知识产权法	(104)
(一)单项选择题	(104)
(二)多项选择题	(109)
五、不定项选择题	(113)
六、案例分析题	(116)
【答案诠释】	(128)
一、民法通则	(128)
(一)单项选择题	(128)
(二)多项选择题	(133)
二、合同法与担保法	(138)
(一)单项选择题	(138)
(二)多项选择题	(143)

民法

【命题方向】

考情趋势

年 份	单项选择题	多项选择题	不定项选择题	案例分析题	总 分
2003 年	13	20	14	18	65
2002 年	18	23	8	28	77
2000 年	36	29	15	31	111
1999 年	31	27	13	41	112

名师对策

民法部分是司法考试的重点,考生会把它作为重点来复习,命题者也会将其作为命题研究的重点对象。从历年出题情况来看,民法部分既有对某一个知识点的单独考核,也有对多个知识点的综合考核;既可以从理论角度考核,也可以从法律实务角度来考核。无论以哪种形式去考,命题者一般都已不会再从表面层次上去出题,比较多的是考核各个知识点背后所隐含的原理及细节。可以说,测试考生的理论功底及其运用知识解决实际问题的综合能力,已成为民法学部分命题的一种趋势。

民法学部分分为总论和分论两大部分,民法分论包括债权法、物权法、合同法、担保法、婚姻法、继承法及知识产权法等内容。命题者对这两大部分考核的侧重点是有所不同的。民法总论部分一般侧重于考核基础理论及其运用,包括对一些基本概念和原理的考核,虽然有时也涉及《民法通则》等法律法规中的一些条文,但一般需要考生去剖析该条文所依存的理论依据。民法分论部分则较多地直接考核法条,包括合同法、担保法、婚姻法、继承法及知识产权法中的条文,主要是考核考生对相关条文的掌握和运用。

民法部分的考题,目前绝大多数都是采取案例形式来出的。命题者在确定要考核考生对

某一知识点的掌握程度后,便根据该知识点的具体内容和相关法条,虚构出一个实际案例,将其作为题干;然后再对该案例作出种种分析,有错误的也有正确的,混杂在一起,列为选项,让考生作出判断与选择。考生如果稍微粗心了一点,便很容易出错。在解答这类考题时,考生首先必须准确地判别出题者的意旨,即他要考核的是哪一个或哪几个知识点的内容,从而才能找到相应的解题依据,才能正确作答;否则,就会导致适用法律条文方面的错误,得到的答案也会有所偏差。其次,考生必须认真阅读题干,弄清题意,绕开命题者在题干中设置的陷阱,真正把握住其出题的角度,特别是其提问的角度,不要答非所问。最后,考生必须根据相应知识点的内容,对各个选项作出详细的剖析,对于能直接确定的,应直接圈定或排除;对于不能直接确定的,则必须再研究一遍题干,再仔细比较分析,决定是选上还是不选。

【考点精华】

一、民法总论

民法通则及其司法解释由于颁布实行的时间较早,其覆盖面十分广泛,涉及到了民事法律的方方面面。十几年来,我国相继颁布实施了一系列民事方面的单行法,如著作权法、专利法、商标法、担保法、合同法等等,这些单行法的许多内容比民法通则及其司法解释规定得更为具体详细,因此,在复习本部分内容时,应注意将其中的相关内容进行比较分析。但就《民法通则》及《民通意见》而言,在司法考试中还是占有十分重要的地位的,且后者的重要性明显比前者高,考生应着重掌握后者的一些细节性规定。

1. 自然人的民事权利能力和民事行为能力

(1)公民是指具有一国国籍的自然人,自然人除包括公民外,还包括外国公民和无国籍人。《民法通则》将公民、自然人并用,《合同法》用自然人替代了公民的提法。

(2)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)。

(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,为民法学基础,亦为司法考试重点。应特别注意:16周岁以上不满18周岁的公民的民事行为能力的认定,可参见《民法通则》第11条第2款,《民通意见》第2条。

(4)限制行为能力、无行为能力的公民纯获利益的行为有效。

2. 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离开住所地最后连续居住1年以上的地方,住医院治病的除外。

(4)考生需特别注意: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。

3. 监护人

(1)监护职责共计六项(《民通意见》第10条)。考生应注意:非为被监护人利益的,不得处

理被监护人财产。

(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),应承担赔偿责任。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) 应特别注意《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。

4. 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) 宣告失踪的管辖法院:被申请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民通 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),其他利害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)。

5. 宣告死亡

(1) 与宣告失踪不同,申请宣告死亡的利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,依继承关系取得人应返还原物;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)。

6. 法人的民事行为能力

考生应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。

7. 代理行为的效力

(1)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。

(2)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。

8. 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。考生应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。

复代理又称转委托代理,《民法通则》第68条规定:“委托代理人为被代理人的利益需要转托他人代理的,应当事先取得被代理人同意。事先没有取得被代理人同意的,应当在事后及时告诉被代理人,如果被代理人不同意,由代理人对自己所转托的人的行为负民事责任,但在紧急情况下,为了保护被代理人的利益而转托他人代理的除外。”

9. 代理制度中的连带责任

我国代理制度中的连带责任共有五种情况:

(1)《民法通则》第65条第3款,委托书授权不明的;

(2)《民法通则》第66条第3款,代理人与第三人恶意串通的;

(3)《民法通则》第66条第4款,第三人恶意的无权代理;

(4)《民法通则》第67条,代理事项或代理行为违法的;

(5)《民法通则》第81条,转代理中,代理人转委托授权不明致第三人损失的,被代理人对第三人负责后可对代理人追偿,有过错的次代理人负连带责任。

另外,《民法通则》第66条第1款“本人知道他人以本人名义实施民事行为而不作否认表示的,视为同意”,表明本人的沉默具有积极的法律意义;《合同法》第48条第2款“被代理人未作表示的,视为拒绝追认”表明本人沉默具有否定性的法律意义。二者截然相反,不可混淆。

10. 所有权的特征及分类

(1)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。

(2)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。

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。

11. 财产所有权的取得方式

(1)原始取得指依法最初取得财产的所有权或不依赖于所有人的意志而取得所有权;继受取得又称传来取得,指通过某种法律行为从原所有人那里取得对某项财产的所有权。

(2)混合是指不同所有人的财产互相掺合,难以分开并形成新财产;附合是指不同所有人的财产密切结合在一起而形成新财产,虽未达到混合程序但非经拆毁不能达到原来的状态;加工是指一方使用他人财产加工改造成更高价值的新财产。

添附情形下新财产所有权的归属,依以下方法确定(《民通意见》第86条):①由当事人协商处理,或归一方所有,或归当事人共有。归一方所有时,另一方有权获得相应的经济补偿;②不能达成协议的,能拆除的可以责令拆除;不能拆除的也可以归财产所有人;③恶意添附的,原所有人有权要求添附人恢复原状,赔偿损失。

(3)没收、征收、税收、征用、国有化等方式都是国家财产所有权的特有取得方式。

(4)无人继承的财产、无人认领的财产、所有人不明的埋藏物、隐藏物等无主财产收归国有,但能证明应归公民、法人所有的埋藏物、隐藏物除外(《民通意见》第93条)。

(5)拾得遗失物、漂流物、失散的饲养动物,应归还失主。

(6)先占是对所有人自动放弃所有权的抛弃物,第一占有人依法取得所有权。

(7)有关善意取得规则。善意取得的构成要件:

①受让人取得财产时出于善意;

②受让人取得的财产限于依法可以流通的动产;

③受让人必须通过有效交换方式而有偿取得财产;

④不法处分人占有财产是基于原权利人的意思。

特别注意要件之四,依此,不法处分人处分盗赃物、拾得物、漂流物、遗失的失散动物等财产时,不适用善意取得制度。

善意取得的法律后果表现在:

①受让人取得财产所有权,原权利人丧失所有权,并不得向受让人追回财产;

②不法处分人的非法所得应作为不当得利返还给原权利人,并赔偿原权利人的损失。

12. 财产共有制度

(1)按份共有制度。

共有分为按份共有和共同共有。按份共有的法律特征:

①按份共有人按照预先确定的份额分别对共有财产享有占有、使用、收益、处分的权利,并按份额承担义务。

②按份共有人有权分出、转让自己的份额,并无时间限制。

③某一共有人转让份额时,其他共有人在同等条件下有优先购买权。

④一个或几个共有人未经全体共有人同意而擅自处分共有财产的,对其他共有人不生效力;如果该擅自处分行为的受让人为善意,可按善意取得规则处理,其他共有人得要求擅自处分人赔偿损失。

(2)共同共有制度。

共同共有制度的内容较为复杂,也是司法考试重点和难点,应予准确理解其法律特征:

①共同共有依据共同关系而产生,以共同关系的存在为前提。依我国法,这种共同关系包括:

a. 夫妻财产共有关系;

b. 家庭财产共有关系;

c. 继承开始后,遗产分割前的各继承人、受遗赠人之间的财产共有关系(《民通意见》第177条);

d. 当事人在合同中约定共有人对财产为共同共有关系。

②在共同共有中,共有财产不分份额。只有共同共有关系终止后,才能确定各共有人的份额。

③共同共有人平等享有权利、承担义务。

④共同共有关系存续期间,各共有人无权请求分割共有财产,部分共有人擅自划分份额并分割共有财产的,应认定为无效。

⑤共同共有关系存续期间,对共有财产的处分,必须征得全体共有人的同意。部分共有人擅自处分共有财产的,一般认定无效。但第三人为善意、有偿取得的,可依善意取得原则处理;对其他共有人的损失,由擅自处分人赔偿(《民通意见》第89条)。

⑥共同共有人优先购买权的延伸,见《民通意见》第92条。

(3)共有财产的分割。

分割方式包括三种:①实物分割;②变价分割;③作价补偿。

注意《民通意见》第91条规定,共有财产为特定物,而且不能分割或分割有损其价值的,可折价处理。

(4)建筑物区分所有权制度。

建筑物区分所有权,是财产共有关系的新形式,是以下各项权利的结合:①专有部分;②共有部分的所有权;③共有部分的专有使用权;④基地使用权;⑤成员权。

13. 典权制度

(1)房屋典权是我国民法上传统的、独特的用益物权,它是指典权人支付典价、占有他人(出典人)的房屋,并对其进行占有、使用、收益的权利。

(2)典权人的权利有:①占有、使用房屋并进行收益;②转典权;③优先购买权(留买权),但不得对抗共有人的优先购买权。

(3)出典人的权利:①对出典房屋的所有权;②对出典房屋的处分权(转让权);③对出典房屋设立抵押权;④回赎权。

(4)注意《民通意见》第120条的规定:①典期届满时,当事人可自由约定延长典期或增减

典价;②承典人不得要求出典人高于原典价赎回;③以合法流通物作典价的,应依赎回时市场零售价计算;(5)典物的风险负担归出典人,但典价风险由双方分担。

14. 债的分类

(1) 连带之债与按份之债。

按份之债的多数债权人或债务人的债权或债务是相互独立的,相互之间不存在连带关系;而连带之债的连带债权人或连带债务人之间的权利或义务是连带的。因此,在按份之债中,仅存在对外效力问题,即任一债权人实现了其份额债权或任一债务人履行了其份额债务,与其他债权人或债务人均不发生任何权利、义务关系。在连带之债中,则既有对外效力问题,又有对内效力问题,即在连带之债中,任一连带债权人实现了全部债权,或者任一连带债务人履行了全部债务,连带之债即归于消灭,同时在连带债权人或连带债务人之间成立按份之债。

简言之,连带之债的“连带关系”仅是就对外关系而言的,而在内部,则是按份债权或按份债务。连带之债内部关系的按份性质正是履行了义务的连带债务人产生向其他连带债务人求偿权的基础。

(2) 简单之债与选择之债。

简单之债,又称单纯之债,指债的履行标的只有一种,当事人也只能按照该种标的履行的债。

选择之债指债的履行标的有数种,当事人须从中选择一种来履行的债。选择之债在履行前必定要将其特定化成为简单之债。特定方式有二:一是选择;二是履行不能。选择是一种权利,称选择权,是一种形成权。关于选择权,应注意:

①当事人可明确约定归债务人、债权人或第三人行使;

②无明确约定时,归债务人;

③选择权人在法定、约定或合理期限内不行使选择权的,归债的对方当事人行使。

15. 不当得利

(1) 不当得利的构成要件。

①一方获得利益。获得利益包括两种情况,一是财产的积极增加,即权利的增强或义务的消灭,使财产范围扩大;二是财产消极的增加,指当事人的财产本应减少却因一定事实而未减少。

②他方受到损失。损失,包括现在财产利益的减少,即积极损失和财产利益应当增加而未增加即消极损失。

③获得利益与受损失之间存在因果关系。

④无合法根据。

(2) 不当得利的基本类型。

①民事法律行为不成立、无效及被撤销所产生的不当得利。

②履行不存在的债务所引起的不当得利。

③因合同解除产生的不当得利。

④基于受益人、受害人或第三人行为而产生的不当得利。

⑤基于事件而产生的不当得利。

(3) 不当得利的效力。

不当得利的效力,依受益人主观状态为恶意或善意而有重大不同:

①受益人为善意的,返还义务以现存利益为限,对已不存在的利益不负返还责任。

②受益人为恶意的,返还范围应是取得利益时的数额,对已不存在的利益的返还义务并不免除。

③受益人先为善意,后为恶意的,返还范围以恶意开始之时存在的利益为准。

(4)特别注意《民通意见》第94条,遗失物拾得人将拾得物据为己有,拒不返还的,其性质由不当得利转化为侵权,故由此引起的诉讼按侵权之诉处理。

16. 无因管理

(1)无因管理的构成要件。

①为他人管理事务。事务是指有关人们生活利益的一切事项,但下列事项不在此列:a. 违法事项;b. 不发生债的关系的事项,如纯粹宗教的、道德的和公益性质的事项;c. 依法必须由本人授权才能办理的事项;d. 须由本人办理的事项;e. 不作为事项。

同时,事务是指他人的事务,故将自己事务误当作他人事务而管理,不构成无因管理。

②有为他人谋利益的意思。

③没有约定或法定义务。

(2)无因管理的效力。

①管理人的义务:

a. 适当管理义务;b. 通知义务;c. 报告义务;

②本人的义务:

a. 偿还管理人为管理事务支付的必要费用及其利息;b. 清偿管理人为本人负担的必要债务;c. 赔偿管理人因管理事务而遭受损失。

17. 民事责任的归责原则

我国民事责任的归责原则体系是由过错责任原则、无过错责任原则、公平责任原则所构成的。

(1)过错责任原则。

过错责任原则,是以行为人的过错为承担民事责任要件的归责原则。在过错责任中,以过错为责任的构成要件和最终要件,并以过错作为确定责任范围的依据。无过错,即无责任。

过错推定是适用过错责任原则的一种方法,它是根据损害事实的发生推定行为人主观上有过错,只有行为人证明自己确无过错时,才能免除责任。

(2)无过错责任原则。

又称无过错责任原则,指的是在法律规定的情况下,不以过错的存在判断行为人应否承担民事责任的归责原则。《民法通则》第106条第3款即是我国民法对无过错责任原则的一般规定。

(3)公平责任原则。

公平责任原则是指在法律没有规定适用无过错责任原则,而适用过错责任又显失公平时,依公平原则在当事人之间分配损害的归责原则。我国《民法通则》及《民通意见》有三种规定体现了公平责任原则,即《民法通则》第132条,《民通意见》第155~157条。

18. 特殊侵权行为

(1)高度危险作业。

①高度危险作业是指在人类现有技术条件下,即使予以注意或谨慎经营仍有可能致人损害的危险性作业。

②高度危险作业致人损害的民事责任系典型的无过错责任。

③受害人的故意是该责任的惟一免责事由。

(2)地面施工责任。

①地面施工致人损害责任也是一种特殊侵权责任,归责原则采过错推定原则。即若施工人能证明其已设置明显标志和采取安全措施,而且这些标志足以使任何人以通常的注意即可避免损害发生,则不必承担民事责任。

②特别注意地面施工致人损害的责任承担者是施工人,而不是建设人(通常为建设工程合同的发包方),施工人通常为建设工程合同的承包人或分承包人。

(3)建筑物侵权责任。

①建筑物致人损害责任也是一种特殊侵权责任,归责原则同地面施工致人损害责任一样,采过错推定原则。被告可通过证明自己没有过错而获免责,其可得以主张的事由通常有不可抗力、受害人的过错、第三人的过错等。

②建筑物致人损害责任适用情形包括:

- a. 建筑物倒塌的;
- b. 其他设施(不动产)倒塌的,但堆放物品除外;
- c. 建筑物上的搁置物、悬挂物脱落、坠落的。

(4)产品责任。

①产品责任人包括生产者、销售者。其承担责任与仓储者、运输者的实体及程序关系,见《民通意见》第158条。

②产品责任适用无过错原则。

③参见《产品质量法》、《消费者权益保护法》的相关细节性规定及《合同法》第122条规定。

(5)饲养动物侵权。

①动物致人损害责任的归责原则为无过错责任原则,故该责任也是特殊侵权责任之一种。

②主张成立动物致人损害责任的,其动物须为饲养的动物,且损害须为基于动物的本能行为所造成。如果是由于受害人的过错,如主动挑逗动物而致损害,动物饲养人或管理人将免责。由于第三人的过错造成损害的,由第三人承担责任。如果是由于动物饲养人或管理人故意纵使动物主动侵害他人的,如狼狗的主人驱使狼狗去咬行人,则应成立一般侵权责任甚至构成故意杀人、故意伤害罪等。

19. 共同侵权

(1)共同侵权行为的构成要件是:

①主体上,存在两个以上的加害人;

②行为上,数个加害人的行为相互联系,构成统一的致损原因,学理上称之为行为的共同性;

③结果上,数人的共同加害行为构成一个统一的损害结果。

其中,所谓行为的共同性,应具备两个要素:

①行为的客观方面,各加害人的行为之间存在着相互依存、彼此结合的关系。

②行为的主观方面,各加害人之间存在着共同过错(故意或过失)。

(2)共同侵权责任的承担,由共同侵权人承担连带责任。

(3)共同侵权行为分为两大类:共同危险行为与共同加害行为,其中后者又分为平行加害行为、教唆加害行为、帮助加害行为。对于教唆与帮助行为,注意《民通意见》第148条,关于教唆、帮助他人实施侵权行为的三种情形:①一般情形下,成立共同侵权,承担连带责任;②教唆、

帮助无民事行为能力人的,不成立共同侵权,由教唆人、帮助人单独承担责任;③教唆、帮助限制行为能力人的,成立共同侵权,但教唆、帮助人承担主要责任,限制行为能力人承担次要责任。

20. 诉讼时效制度

(1)我国《民法通则》上的诉讼时效分为两类,其一是普通时效,期间为2年;其二为特殊诉讼时效,期间为1年。另外,其他民事立法上也有特殊时效的规定,期间有3年、4年、5年不等。

(2)注意《产品质量法》第43条的特殊时效规定:产品责任诉讼时效为2年。这2年不同于《民法通则》第136条第(二)项的1年规定,后者仅指“出售质量不合格的商品未声明的”违约之诉的诉讼时效。

(3)时效的中止、中断与起算。

①中止的法律效果。

a.中止事由发生前已经经过的时效期间仍然有效,等到时效再进行时,前后期间合并计算;b.在民法的权利最长保护期限内,诉讼时效中止的持续时间并无限制。

②中断的法律效果。

a.中断事由发生前已经经过的时效期间归于无效,等到中断事由消除时,诉讼时效期间重新计算;

b.在法律规定的权利最长保护期限内,诉讼时效中断的次数不限。

③特殊起算点。《民通意见》第168条规定:“人身损害赔偿的诉讼时效期间,伤害明显的,从受伤害之日起算;伤害当时未曾发现,后经检查确诊并能证明是由侵害引起的,从伤势确诊之日起算。”

二、担保法

复习担保法,应以担保物权和合同法的理论为基础,先研究各个条文规定的理论根据,即弄明白法律为什么会作如此的规定,这样就能既快捷又透彻地掌握条文。担保法部分,应重点掌握以下几部分的条文:(1)保证人的范围;(2)保证方式及其责任范围;(3)抵押财产的范围;(4)抵押合同的生效;(5)抵押物的登记;(6)抵押的效力;(7)抵押权的实现;(8)质押物及其孳息的归属;(9)权利质押;(10)留置权;(11)定金。

1. 保证合同

(1)保证合同的含义,保证合同为诺成性合同。保证合同应为要式合同,应当以书面形式订立保证合同。保证合同为附从合同。

(2)保证人,依《担保法》和最高人民法院的司法解释。

①自然人可以做保证人,但自然人为保证人应具有完全民事行为能力和偿债能力。②企业法人可以为保证人,但公司企业法人的董事、经理为本公司的股东或者其他个人债务,以公司名义进行保证的,保证合同无效。③学校、幼儿园、医院等公益为目的的事业单位、社会团体不得作保证人,但从事经营活动的事业单位、社会团体作为保证人的,如无其他导致保证合同无效的情况,保证合同有效。④国家机关原则上不得为保证人。但经国务院批准为使用外国政府或者国际经济组织贷款进行转贷的除外。⑤其他组织可以作为保证人。⑥企业法人的分支机构、职能部门因其主体资格、清偿能力等方面的原因,不宜充任保证人。

(3) 保证合同应明确规定保证期间, 无此规定的, 在连带责任保证的情况下, 债权人有权自主债务履行期届满之日起 6 个月内要求保证人承担保证责任; 在一般保证场合, 保证期间为主债务履行期届满之日起 6 个月。保证合同约定的保证期间早于或等于主债务履行期限的, 视为没有约定。保证期间为主债务履行期届满之日起 6 个月, 保证合同约定保证人承担保证责任, 直至主债务本息还清为止等类似内容的, 视为约定不明, 保证期间为主债务履行期间届满之日起两年。

2. 保证的分类及责任

(1) 一般保证和连带责任保证。

这两种保证之间最大的区别在于保证人是否享有先诉抗辩权。在一般保证情况下, 保证人享有先诉抗辩权, 即一般保证的保证人在主合同纠纷未经审判或者仲裁, 并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前, 对债权人可以拒绝承担保证责任。而在连带责任保证的情况下, 保证人不享有先诉抗辩权。

(2) 单独保证和共同保证。

同一债务有两个以上保证人的, 保证人应当按照保证合同约定的保证份额, 承担保证责任。没有约定保证份额的, 保证人承担连带责任, 债权人可以要求任何一个保证人承担全部保证责任, 保证人都负有担保全部债权实现的义务。已经承担保证责任的保证人, 有权向债务人追偿, 或者要求承担连带责任的其他保证人清偿其应承担的份额。

3. 抵押的生效

(1) 我国《担保法》对抵押物登记效力区分了两种情况:

① 必须办理抵押物登记, 抵押登记是抵押合同的生效要件(必须办理抵押物登记的财产种类规定在第 42 条, 考生应予一一识记)。第 41 条用了“应当”一词, 即如不进行登记, 抵押合同就不生效, 抵押权也就当然不能成立。因而, 登记实际上是抵押权成立的条件, 换言之, 登记是抵押权设立的必须程序和必要条件。

② 可以办理登记, 登记是抵押权对抗第三人的条件。当事人以第 42 条以外的财产抵押的, 可以办理抵押登记, 也可以不办理抵押登记。是否办理抵押登记完全由当事人自愿决定, 抵押登记也不是抵押合同生效的条件, 抵押合同自签订之日起生效。但是, 当事人未办理抵押登记的, 不得对抗第三人。换言之, 抵押登记具有对抗第三人的效力。

(2) 我国其他一些法律对抵押登记的效力作了不同于《担保法》第 41 条的规定, 如《海商法》第 13 条规定: 设立船舶抵押权, 由抵押权人和抵押人共同向船舶登记机关办理抵押权登记; 未经登记的, 不得对抗第三人。《民用航空法》第 16 条也有类似规定。依《担保法》第 95 条之规定, 对船舶抵押权、民用航空器材抵押权的登记效力的认定上, 应依《海商法》和《民用航空法》的特别法规定。

4. 抵押权实现的顺序

《担保法》第 54 条: “同一财产向两个以上债权人抵押的, 拍卖、变卖抵押物所得的价款按照以下规定清偿: (一) 抵押合同以登记生效的, 按照抵押物登记的先后顺序清偿; 顺序相同的, 按照债权比例清偿; (二) 抵押合同自签订之日起生效的, 该抵押物已登记的, 按照本条第(一)项规定清偿; 未登记的按照合同生效时间的先后顺序清偿; 顺序相同的, 按照债权比例清偿。抵押物已登记的先于未登记的受偿。”

(1) 法定登记的抵押权, 实现顺序如下: ① 先登记的优先于后登记的; ② 同一天登记的, 顺序相同(《担保法解释》第 58 条)。