

三校名师讲义

2017 年版

国 | 家 | 司 | 法 | 考 | 试
三 | 校 | 名 | 师 | 讲 | 义

民 法

1

三校名师 组编

点石成金

凝聚廿五载名师课堂授业精华

作为三校名师司法考试培训授课专用教材

本书历经廿五年的经典传承

千锤百炼

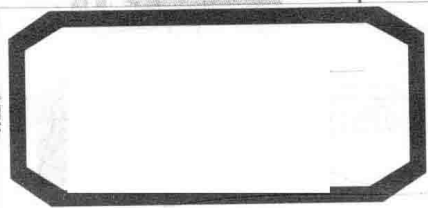
实至名归

带给您身临其境的名师授业风范

与智者的深邃启迪



中国政法大学出版社



国 | 家 | 司 | 法 | 考 | 试
三 校 名 师 讲 义

民 法

1

三校名师◎组编

陈 飞◎编著



中国政法大学出版社

2016·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

2017 年国家司法考试三校名师讲义. 民法/三校名师组编. —北京：中国政法大学出版社，2016. 12
ISBN 978-7-5620-7185-3

I. ①2… II. ①三… III. ①民法—中国—资格考试—自学参考资料 IV. ①D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 285114 号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话	010-58908285 (总编室) 58908433 (编辑部) 58908334 (邮购部)
承 印	北京鑫海金澳胶印有限公司
开 本	787mm × 1092mm 1/16
印 张	24.25
字 数	600 千字
版 次	2016 年 12 月第 1 版
印 次	2016 年 12 月第 1 次印刷
定 价	61.00 元

前言

民法与司法考试

司法考试历来有“得民刑者，得司考”的说法。其含义是说，民法与刑法在司法考试中占分比例较高，试题难度整体偏大，要想通过司法考试，必须在民刑两科上取得理想的成绩，否则，通过司法考试就只是一句空话。关于刑法的复习，各位可以参考刑法方面的复习资料。这里主要谈谈司法考试中民法的命题特点与趋势，以及考生可采的复习方法。

一、近年司法考试中民法分值概况

司法考试中民法试题的安排，就其分值来看，有两大特点，即“变”与“不变”。

1. “不变”

“不变”，即意味着规律，具体包括两项内容：

第一，在司法考试中，卷三的民法试题总分值恒定不变，为70分。不仅如此，这70分的构成在近五年也一直未变，即，单项选择题为24道题，每题1分，共24分；多项选择题为17道题，每题2分，共34分；不定项选择题为6道题，每题2分，共12分。三种题型的总分值共为70分。

第二，在司法考试中，卷四必有一道民法案例分析题，该大题的分值一般为22分，一般包括7个小问题，平均每个小问题约为3分。

因此，在司法考试中，民法的总分值有92分的不变分值。

2. “变”

所谓的“变”，是指在司法考试中，卷四的商法案例中可能会涉及民法考题，少则涉及1个小题，多则涉及4个小题，平均每个小题3分。因此卷四中的民法考题除了民法案例分析题的分数之外，还会增加约3分~12分，这就属于变化的内容。因此，司法考试中，历年民法试题的总分值约为95~105分，即在100分左右浮动。

以下列表，详细展现了上述“变”与“不变”的这种规律。

表格 1：历年司法考试中民法分值概况

题型 分值 年代	单项 选择题	多项 选择题	不定项 选择题	案例 分析题	合计	比例
2016	24	34	12	22	92	15.3%
2015	24	34	12	24	94	15.7%
2014	24	34	12	28	98	16.3%
2013	24	34	12	28	98	16.3%
2012	24	34	12	30	100	16.7%
2011	24	34	12	45	115	19.2%
2010	24	40	6	30	100	16.7%
2009	24	40	6	47	117	19.5%

二、2016 年司法考试中民法各分支分值分配

民法的分支主要包括以下几个部分：民法通则、合同法、物权法、知识产权、婚姻法、继承法、收养法以及侵权责任法等。2016 年司法考试中，民法各分支的分值安排，基本延续了近 5 年以来的一贯传统，规律较为明显：即传统重点物权法与合同法成为两大支柱，民法通则、侵权与亲属、知识产权三部分分值大致相同。具体可参见以下简表。

表格 2：2016 年司法考试中民法各分支分值分配简表

考区	2016 年考分	构成
民法通则	14 分	单 6 + 多 2 + 不定 2
合同	卷三合同法：4 + 12 + 2（18 分） 卷四合同法：13 分 共计：31 分	单 4 + 多 6 + 不定 1 + 案例 13 分
物权	卷三物权法：3 + 6 + 6（15 分） 卷四物权法：6 分 共计：21 分	单 3 + 多 3 + 不定 3 + 案例 6 分
侵权与人格权	卷三侵权法：3 + 2 + 0（5 分） 卷四侵权法：3 分 共计：8 分	单 3 + 多 1 + 案例 3 分
知识产权	10 分	单 4 + 多 3
婚姻家庭继承	8 分	单 4 + 多 2

1. 合同法与物权法形成“两大支柱”

在 2016 年的司法考试中，民法中的合同法与物权法，其分值分别为 31 分与 21 分。这两部分的分值，在民法各部分分值排名，分别为第一名与第二名。这两部分的分值不仅远高于民法其他部分，而且这两部分的总分值之和达到了约 52 分，竟占据了民法总分值的一大半。因此，要想通过司法考试，民刑是重点，而民法要想取得理想成绩，合同法与物权法是重中之重。

有同学可能会这样问：2016年的合同法与物权法是两大支柱，重中之重，这是否一定意味着2017年的司法考试中，合同法与物权法仍然是两大支柱，仍然是重中之重？有没有可能发生变化？

我们的回答非常确定：不会改变，2017年的司法考试中，合同法与物权法仍然是两大支柱，仍然是重中之重。

为什么？

原因在于：中国在致力于建设和维护社会主义市场经济。

社会主义市场经济的重要特征，在于利用市场的手段促进资源的优化配置。

配置，即确定归属。配置资源，即确定各种资源的归属。资源的优化配置，即优化资源的最终归属。这是物权法的主要功能与目标。

市场，其核心在于交易规则的建立。合同法就是建立交易规则的基础性法律规范。

因此，只要中国还在致力于建设和维护社会主义市场经济，还在利用市场的手段促进资源的优化配置，中国的私法体系中，合同法与物权法的支柱地位就无可撼动。中国的社会现实，映射到司法考试中，就表现为合同法与物权法的分值成为民法分值的两大支柱，并且占去了民法分值的大半。

其中合同法的命题特点，在于“重点突出；新法显著”；而物权法的命题特点，在于“传统重点；循环出现”。

首先，就合同法而言。

合同法律规范的立法体系是，《合同法》作为基本立法，规定了最基础的交易规则。在此之上，最高人民法院颁行了一系列的相关司法解释，对《合同法》的规则进行补充和完善。典型的相关司法解释主要有《合同法解释一》《合同法解释二》《买卖合同司法解释》《租赁合同司法解释》《建设工程合同司法解释》《民间借贷合同司法解释》以及《旅游服务合同司法解释》等。这些立法规范大致可以划分成两大部分，即合同法的总则与合同法的分则（有名合同）。

合同法的总则部分，每年必考，而且会重点考到。每年几乎必考的内容，主要包括：合同订立、合同效力、合同履行、合同解除、合同变更、合同转让、合同终止以及合同责任，等等。这就是“重点突出”。

合同法的分则部分，各种有名合同，如果有新的相关司法解释颁行，则有关该有名合同的新规定，常常会考到，而且会连续考2~3年。如果遇到比较重要的司法解释，则可能连续考查3年以上。这就是“新法显著”。

其次，就物权法而言。

由于物权法主要是用来确定物权有无以及物权变动的相关法律规范。因此物权法的考查重点也很明确，主要集中在：物权变动、物权原理、共有、抵押权、质押权、共同担保、地役权以及占有等制度上。这些就是“传统重点”。

但是由于物权法的总考分约为21分，仅为合同法部分考分的一半，因此物权法部分的重点不会在同一年份同时全部考到，而是会区分不同的年份，依照一定的规律轮流考查。这就是“循环出现”。

如能有效地把握这些命题规律，对在合同法与物权法领域取得理想成绩将有重大帮助。

2. 民法其他三部分“平分秋色”

除合同法与物权法外，民法的其他三部分，主要是民法通则、侵权与亲属、知识产权

这四个板块。这四部分的分值特点是“平分秋色”。即，这四部分的分值分配比较平均，都大约在10分左右。

首先，对于民法通则。

民法通则中的考点，主要集中在民法的概念与调整对象、民事主体、民事行为与代理以及诉讼时效等。民法通则的难点，在于其理论性与实务性的结合。这种困难集中体现在民事行为制度上。考生既需要理解民事行为的含义、民事行为的效力以及民事行为的核心要素——意思表示，也要能运用意思表示的一般原理来分析案例，解决案件。

【例如】甲、乙结婚多年，因甲沉迷于网络游戏，双方协议离婚，甲同意家庭的主要财产由乙取得。离婚后不久，乙发现甲曾在婚姻存续期间私自购买了两处房产并登记在自己名下，于是起诉甲，要求再次分割房产并要求甲承担损害赔偿责任。请问，法院是否应当将两处房产都判给乙？（2008/3/68）

【答案】法院不应当将两处房产都判给乙，而应当将两处房产作为夫妻共同财产，依法分割，而不是依离婚协议分割。

【解析】对该问题的精确回答，要从意思表示的构成说起。学说上，关于意思表示的构成主要有四种见解：①要件说，认为意思表示由两项要件构成，效果意思与表示行为；②要件说，认为意思表示由三项要件构成，效果意思、表示意思与表示行为；③要件说，认为意思表示由四项要件构成；④多要件说，认为意思表示由四个以上的要件构成。其中三要件说，为学界通说。但是在司法考试中，我们掌握两要件说就足够了。理由有二：第一，两要件说简洁，容易记忆与运用；第二，两要件说可以将目前所有的司法考试案例完美地解答。

下面利用意思表示的两要件学说，分析本案，重点分析本案中的离婚协议。本案中，乙在签署离婚协议时，根本就不知道甲所隐藏的两处房产。因此乙在签署离婚协议时，其意思表示的效果意思中，是不包含上述两处房产的。甲呢？由于甲在签署离婚协议的时候，根本就没有告诉乙有两处房产的存在，甲根本就不愿意让乙取得两处房产的任何一处，因此甲在签署离婚协议时，其意思表示的效果意思中，也是不包括两处房产的。因此，甲乙在签署离婚协议时，他们意思表示的效果意思中均不包含两处房产。因此该离婚协议的内容不包含两处房产。简单来说，就是甲乙通过该离婚协议，确定甲将除两处房产之外的其他家庭主要财产划归乙所有；但是，甲乙对两处房产的归属未用离婚协议作出约定。既然未用离婚协议作出约定，则应依法分割。即，原则上平均分割。

其次，对于亲属与侵权。

亲属与侵权的重点比较集中，难度适中。首先，对侵权责任法而言，其考查主要有三项特点：第一，集中考查几种重要的侵权责任类型；第二，综合性的命题思路；第三，主要考具体的规范。

第一，集中考查几种重要的侵权责任类型。侵权责任法，主要考查的责任类型包括：用人者责任、产品责任、监护人责任、教育机构责任、安全保障义务人责任、物件致人损害的责任、动物侵权责任以及环境污染责任，等等。至于其他侵权责任类型，则考查不多。

第二，综合性的命题思路。在侵权责任法的考查中，试题往往是将几种侵权责任综合在一个题目当中考查。比如，将监护人责任、教育机构责任与动物侵权责任结合在一起考查，或者将用人者责任与动物侵权责任结合在一起考查。这种综合性考查的方式，将侵权责任法相关题目的难度，予以了一定程度的提高。但是，这种难度是可以克服的。其主要

方式是，将相关的规范背熟，在遇到侵权责任法的具体案例时，在题目中将数个不同的侵权责任法律关系区分开来，相对应的分别适用相关的法律规范，并综合推理，得出具体的处理结果。

第三，主要考具体的规范。侵权责任法的题目，试题主要考查对法律规范的准确记忆，很少考查对法律规范的具体理解。因此，大家在应对侵权责任法的试题时，着重将侵权责任法的相关重点规范记熟，就足以应对考试。

另外，对于亲属法而言，包括婚姻法与继承法。其考查特点与侵权责任法类似，参照侵权责任法的方法，复习应对即可。

三、司法考试中民法试题的难点与应对

从总体趋势看，民法试题的难度近年有显著提升。提升试题难度的方法，主要有三种：第一，强化对请求权基础题目的考查；第二，明显增多民法解释的相关题目；第三，将题目的法律关系进一步复杂。

关于请求权基础的题目，要想正确处理，首先要对民法请求权的发生以及请求权的运用方法，有一个基本的了解。关于这一点，本书的第一章第二节中“民法院例的分析方法”部分已经有十分详尽的阐述。由于篇幅所限，此处就不再展开。考生可以直接参看正文中该相关部分的论述。

关于法律关系复杂的题目，其实并不能算真正的难题，因为这种题目是可以做对的，是可以逾越的。只要将相关的规则记熟，并静下心来仔细推理，这种题目都可以正确解答。所以，应对这种题目的方法就是：狂背法条，仔细研讨。

真正的难题，是关于民法解释的题目。这种题目的难处在于，即使你将法条背的无比的熟悉，甚至说就把法条放在你的手边，允许你任意查阅，结果这种题目你还是不会做，这种案件你还是不会处理。为什么会这样？因为你不懂法律的解释方法。换句话说，就是不会解释法条。要想将这种题目做对，必须要掌握民法的一些基本原理，必须要理解法的基本价值，必须要对民法的解释方法有较为全面的掌握。关于民法的解释，本书在第一章第二节中“民法的解释及其方法”部分也已经有十分详尽的阐述，此处不再展开。考生可以直接参看正文中的论述。

四、余论两点

最后，想谈两点内容：一个是关于司法考试的去向；另一个是关于本书的特点。

1. 司法考试的去向

司法考试的改革方向已经很明确了。司法考试将要改成法律职业资格考试，参考人员的范围也要作重大调整。所幸的是，关于考试内容和形式的基本安排未做较大变化，仍然是实行全国统一组织、统一命题、统一标准、统一录取的考试方式，一年一考。因此，民法学科的地位，应当不会受到太大冲击。民法仍然是各位考生复习的重点。目前来看，民法学科的考查方式，也应当不会有太大变化。按照目前的方法来复习是可行的。

2. 本书的特点

本书专为司法考试的民法学科所编写。本书的特点，主要有三：第一，紧扣司法考试的最新动向；第二，既注重理论的讲授，也注重实践的分析；第三，用尽量简洁的篇幅与思路讲清考试重点，讲清案例分析。

另外，本书作为系列图书的一部分，只选取了具有代表性的真题予以引用、解答。如

果考生朋友对全部的真题解析有需求的，可以参看系列图书中的真题解析分册。

希望本书能为各位考生带来最大的帮助。在此也祝大家顺利通过2017年的司法考试！

以下是作者的微博账号与微信公众号，敬请关注：

微博：司考民法陈飞

微博二维码：



司考民法陈飞

扫一扫二维码图案，关注我吧

微信公众号：陈飞讲民法

微信公众号二维码：



陈 飞

2016年10月于北京

目 录

第一编 民法通则	1
第一章 民法基础	3
第二章 民事权利	24
第三章 民事主体	37
第四章 民事行为	50
第五章 时效期限	80
第二编 合同法	88
第六章 债法概述	88
第七章 合同基础	92
第八章 合同订立	101
第九章 合同履行	109
第十章 合同变动	124
第十一章 合同终止	132
第十二章 合同责任	141
第十三章 其他规定	151
第十四章 转移财产权利的合同	153
第十五章 完成工作成果的合同	181
第十六章 提供劳务的合同	189
第十七章 技术合同	198
第十八章 担保合同	204
第三编 物权法	215
第十九章 物权基础	215
第二十章 物权原则	227
第二十一章 物权变动	243
第二十二章 所有权论	260
第二十三章 共有	268

第二十四章 用益物权	275
第二十五章 担保物权	283
第二十六章 担保冲突	311
第二十七章 占有	318
第四编 侵权与亲属法	324
第二十八章 侵权归责	324
第二十九章 侵权责任	336
第三十章 典型侵权	339
第三十一章 不当得利	354
第三十二章 无因管理	357
第三十三章 婚姻法	359
第三十四章 继承法	368
附录：侵权简表	376

第一编 民法通则

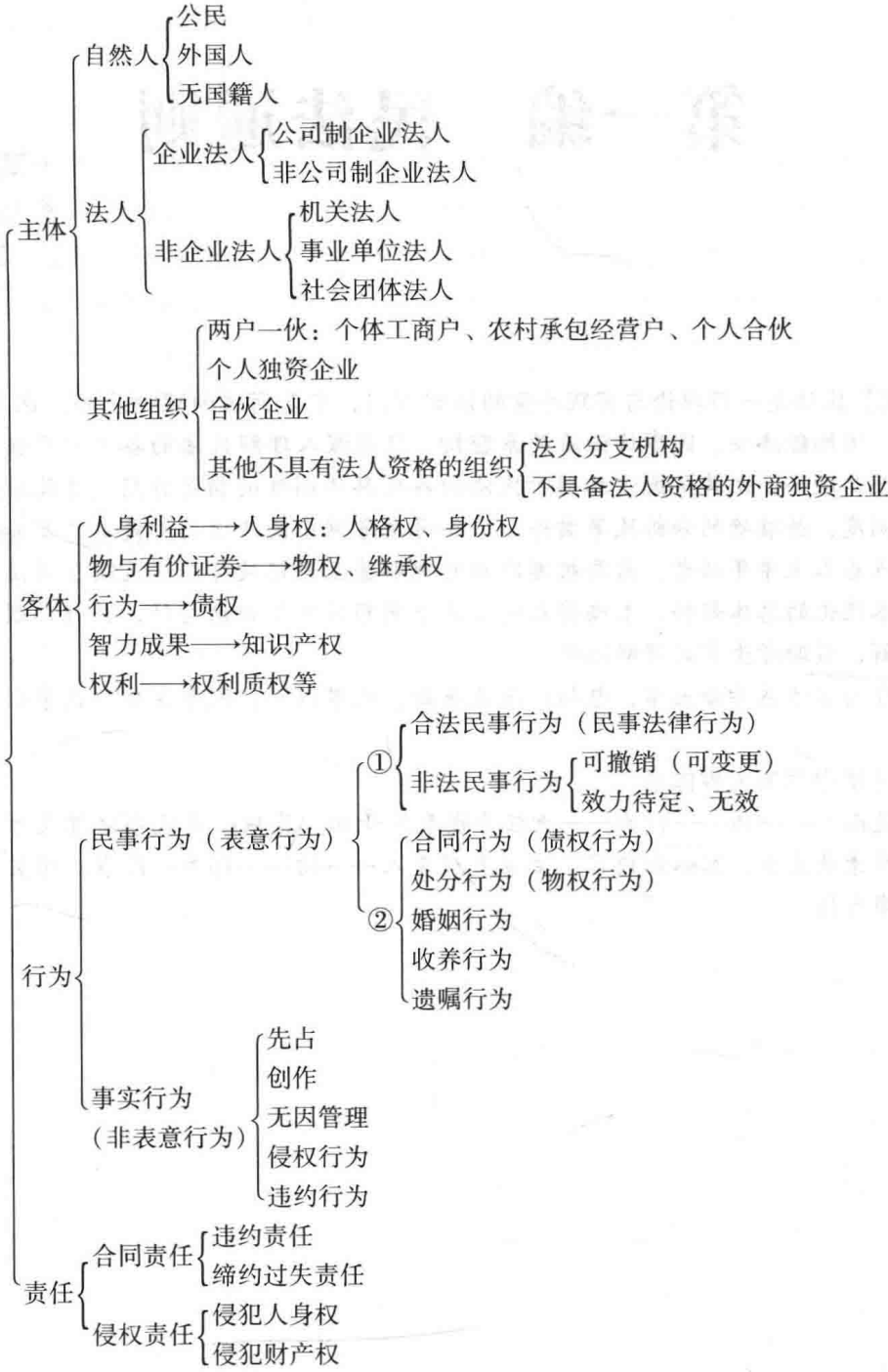
【导读】民法是一门理论与实践并重的法律部门，它是商法的理论基础，也与经济法、国际私法、国际经济法、民事诉讼法关系密切。只有深入理解民法的各项制度在民法体系中的地位及其联系，尤其是民法总则对民法的各项具体制度的指导作用，才能准确掌握民法的具体制度，并准确的分析民事案件。历年司法考试中民法通则都是考查基础知识，并且重点考点基本上年年必考，需要极其准确的理解甚至死记硬背。这反映了司法考试关注立法与基本理论的总体趋势。本编将在讲述具体问题时择要归纳总结，并将总则与分则进行交叉分解，帮助考生有效理解记忆。

本部分内容体系共分五章，包括：民法基础，民事权利，民事主体，民事行为，时效期间。

司法考试中民法内容体系

民法是以人——物——行为——责任为线索展开的，其核心是民事法律关系。民事法律关系的要素是主体、客体和内容，主要表现是人——物——行为；民事法律关系的保障措施是民事责任。

图表 1：司法考试中民法制度体系简表



第一章 民法基础

【导读】本章是民法最基本的概念和原则，直接考题较少。近年来直接考查的主要是民法的调整对象、民法的适用范围以及民事权利的分类，都是选择题。从司法考试的命题趋势来看，民法的调整对象、民法的适用范围以及民事权利的分类是重点，并且试题难度逐年加大。因此概括地理解、深入地思考本部分内容对于做对考题以及后面各部分的学习均有很大帮助。

本部分往往涉及较为重大的理论型考题。

第一节 民法的概念

一、民法的含义与考点

民法一词源远流长，含义颇丰。其所指范围，既可指实质意义上的民法，也可指形式意义上的民法，甚至可指民法学。但本书所指民法，主要从中国的实在法出发，以调整特定法律关系为核心所形成的制度规范体系。

1. 民法通则的规定。

依据《民法通则》第2条的规定，民法，是调整平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系的法律规范的总和。

2. 对该规范，应主要从如下角度理解。

(1) 关于“平等”

“平等”强调当事人双方不存在纵向隶属关系。“平等”一词，也道出了民法的核心特征：民法所调整的法律关系是“平等”主体之间的法律关系。如果主体在实施行为时，他们之间地位不平等，则主体之间的关系不能用民法调整。^{〔1〕}

但是在社会关系中，主体之间地位“平等”的情形纷繁复杂，难以一一列举。因此，我们可以从相反的角度来理解“平等”一词。即将“不平等”的情形列举出来，并加以排除，剩下的情形则为主体之间地位“平等”的情形。主体之间地位“不平等”的情形，主要有二，具体如下：

第一，当事人之间存在行政上的管理关系。所谓行政上的管理关系，是指行政主体在行使行政职权过程中与相对人发生的各种关系。^{〔2〕}主要体现在两个方面：

〔1〕 需要注意的是，在有些情形下，主体之间地位一般是不平等的，但在实施具体行为的过程中，主体之间以平等的身份进行，此时主体之间的关系仍可受民法规范调整，如政府机关在市场上进行采购活动。

〔2〕 实际上，除行政上的管理关系之外，还存在司法上的管理关系。在司法活动中，司法机关与司法活动相对人之间的地位也是不平等的，当事主体之间的关系也不能用民法规范来调整。本书为行文简洁，未对此再作详细区分，读者参照行政上的管理关系来理解即可。

①行政主体与行政相对人之间。当行政主体依法行使行政权力时，与行政相对人所形成的这种关系就是行政上的管理关系。

例如，城管人员在行使城市管理的职权时，与摆摊的小贩之间所形成的管理与被管理的关系，地位不平等。

再如，税收征管机关在行使税收征管权力时，与纳税义务人所形成的关系。

②行政机关内部上下级之间。当行政机关内部的上级对下级进行任用、监督、指导、考核等管理行为时所形成的关系。

例如，国家商务部对各省商务厅的相关工作进行指导时，两主体之间形成了行政上的管理关系，地位不平等。

再如，国家交通运输部的运输司，对司属各处室的业务活动进行指导时，两主体之间也形成了行政上的管理关系。

第二，当事人之间存在经济上的管理关系。这种关系，最典型的表现就是用人单位与劳动者之间所形成的关系。用人单位对本单位的劳动者，有权力进行任免、监督、指导、考核等管理行为。因此他们之间所形成的关系是一种不同于平等主体之间的关系，是管理与被管理的关系，即劳动关系。也因此，当事人因劳动关系所形成的争议，应当适用《劳动法》《劳动合同法》及其相关司法解释来解决，而不用民法规范中的《合同法》来解决。

事实上，将以上两种不平等的情形排除之后，剩下的情形，都是主体地位平等的情形。在主体地位平等时，当事人之间的争议可以用民法规范来解决。

兹有两例，观察如下：

1. 某县政府为鼓励县属酒厂多创税利，县长与酒厂厂长签订合同约定：酒厂如果完成年度税收一百万元的指标，第二年厂长和全厂职工都可以加两级工资。

请问：该合同属于什么性质的行为？〔1〕

2. 薛某驾车撞死一行人，交警大队确定薛某负全责。鉴于找不到死者亲属，交警大队调处后代权利人向薛某预收了6万元赔偿费，商定待找到权利人后再行转交。因一直未找到权利人，薛某诉请交警大队返还6万元。

请问：本案应当如何处理？〔2〕

【注意】主体“平等”的推论：主体意思自由。

既然民事主体之间的地位是平等的，不存在各种形式的管理与被管理的关系，那么，各民事主体在参与民事活动时，其意思也应当是自由的。一方不能将自己的意志强加于其他主体意志之上。如果一方主体将自己的意志强加于其他主体意志之上，使得其他主体的意思不自由，那么受害方有权否定其意思不自由时所实施的行为的效力。典型的如，《合同法》第54条所规定的合同撤销权。

（2）关于民事主体的范围

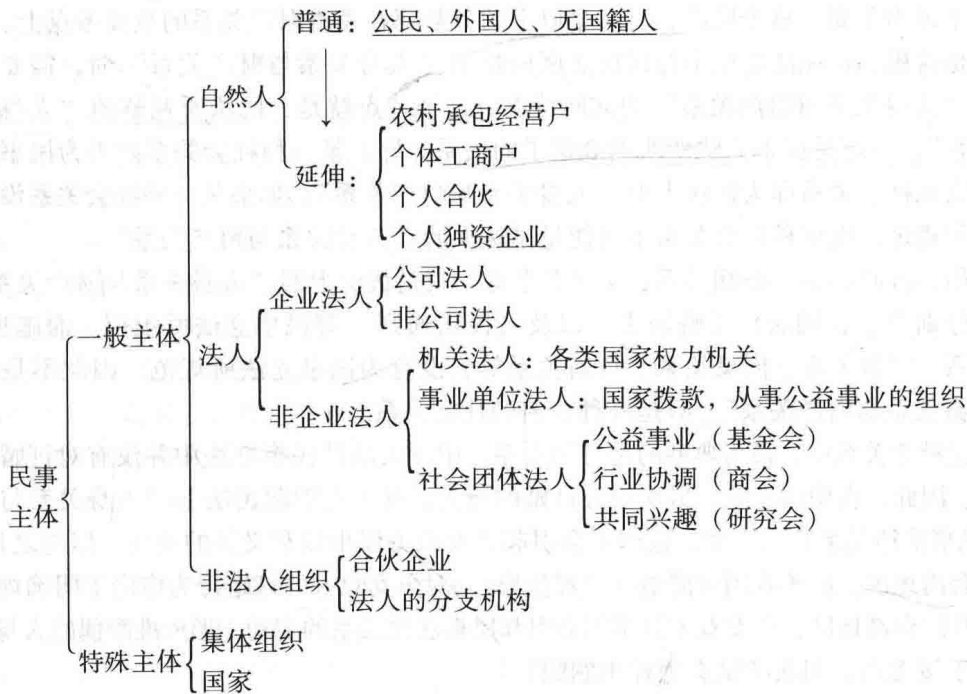
民事主体，是指参加民事法律关系的人。在我们国家，常见的民事主体有自然人、法

〔1〕 答：是行政行为，不是民事法律行为，也不是无效的民事行为。因为合同双方的地位不平等，存在行政上的管理与被管理的关系，从题干中的“县属酒厂”一词可观察而知。

〔2〕 答：如确实未找到权利人，交警大队代收的6万元为无主财产，应收归国库。本案中，交警大队确实有权对交通事故予以处理。但是在赔偿金的偿付等问题上，交警大队是没有行政管理权力的。因此交警大队代收赔偿金，实际上是代替赔偿权利人所实施的一种民事活动。从另外一个角度来说，交警大队在本案中所收取的6万元，不是对肇事者的罚款，而是代替受害人收取的赔偿金，因此该行为不是行政管理活动，而是一种民事活动。

人、非法人组织；特殊情形下，集体组织与国家也可以成为民事主体。

图表 2：民事主体的类别



《民法通则》第 2 条关于民事主体的规定，有如下三点，需要大家掌握：

第一，对“公民”的理解。《民法通则》第 2 条，在指称自然人的时候，使用的是公民一词。但我们应当知道，此处的“公民”实际上指的就是自然人。也就是说，不是中华人民共和国公民的自然人，包括外国人、无国籍人，只要在中国境内，其从事民事活动，也受中国民法规范的约束。

第二，对“非法人组织”的确认。《民法通则》实际上还调整各民事主体与非法人组织之间的关系，只是在《民法通则》中没有具体规定而已，但《合同法》第 2 条第 1 款对此予以了确认。

第三，对“特殊主体”的理解。在我国，集体组织与国家也是可以成为民事主体的，但不是在任何时候，而是要在特定的情形下。例如，农村集体土地的发包。村集体在发包村集体所有的土地给本村村民时，村集体要与该村民签订农村土地承包经营合同。此时村集体的身份是民事主体。再如，国有土地使用权的出让。国家在出让国有土地使用权的时候，与受让人签订国有土地使用权出让合同。此时，国家的身份是民事主体。^{〔1〕}

（3）关于“财产关系和人身关系”

人身关系，是指没有财产内容，但有人身属性的社会关系。人身关系基于一定的人格和身份所产生，体现人们精神上和道德上的利益，具体包括人格关系和身份关系两大类。

财产关系，是人们基于财产的支配和交易而形成的社会关系。主要包括财产所有关系

〔1〕 需要注意的是，对此也有不同的见解，认为国有土地使用权出让合同是行政合同，并非民事合同。事实上，国家在出让国有土地使用权的时候是以平等主体的身份进入市场的，国家虽然有权力对土地的使用进行监督管理，但监督管理行为与出让行为是截然不同的两种行为，不应混为一谈。因此，司法考试作答时，以本书意见为准即可。

与财产流转关系两大类。

【提示】从司法考试的角度来讲，人身关系与财产关系，在考试中均会涉及。其中尤以财产关系最为重要。整个民法，有一半以上的分数都在考查财产关系的重要考点上。

但是这里，在民法总论中探讨民法所调整的“人身关系与财产关系”时，需要从总体上发现“人身关系与财产关系”的共同特点。这个特点就是：民法所调整的“人身关系与财产关系”，一定是民事立法所明确规定的关系。即，某一种社会关系如果为民事立法所规定，则该社会关系即为民法上的“人身关系与财产关系”；如果某一种社会关系没有为民事立法所规定，则该种社会关系不可能是民法上的“人身关系与财产关系”。

例如，合同关系、婚姻关系、父子关系等，就是民法上的“人身关系与财产关系”。因为它们分别为《合同法》《婚姻法》以及《民法通则》等民事立法所规范。而施惠关系、恋爱关系、宗教关系、同桌关系、订婚关系等，没有为民事立法所规范，因此不是民法上的“人身关系与财产关系”，只是一种普通的社会关系。

上述社会关系中，最为典型的是订婚关系。中国大陆的民事立法中并没有对订婚行为作出规定。因此，在中国大陆，男女双方订婚的行为，并不会引起民法上“人身关系与财产关系”（民事法律关系）的变动，也即不会引起男女双方民事权利义务的变化。但与之相反的，是我国台湾地区，由于我国台湾地区“民法典”，对男女双方的订婚行为作出了明确规定。因此，在我国台湾地区，男女双方订婚则会引起民事法律关系的变动，形成准配偶的人身关系。

对于该考点，司法考试会怎样出题呢？

司法考试的命题思路主要如下：列举一件生活中的实例，并且其中一方当事人受害，让考生判断该受害当事人的赔偿请求应否予以支持。解题思路是这样的：如果当事人之间形成了民法上的人身关系与财产关系，则依相应民法规定得出结论，支持该受害当事人的请求；如果当事人之间没有形成民法上的人身关系与财产关系，则对该受害当事人的请求，当然不予支持。而当事人之间到底有没有形成民法上的人身关系或财产关系呢？关键则看，当事人之间的关系，有没有为民事法律规范所具体规定。

以下再举两例。

(1) 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？〔1〕

(2) 甲在乙寺院出家修行，立下遗嘱，将个人存款分配给女儿丙。甲死后，在遗产分割上乙寺院与丙之间发生争议。试分析该遗产的归属？〔2〕

二、民法的渊源与考点

1. 含义。

民法的渊源，即是民法的表现形式，是指一切有效民事法律，包括制定法和习惯。

2. 制定法。

(1) 宪法中的民法规范

〔1〕 答案：由甲自己承担损失。因为甲乙之间并没有形成合同关系，而只是好意施惠而已，所以甲请求乙赔偿的主张，不予支持。

〔2〕 答案：甲的个人存款，应由丙继承。因为“出家人，四大皆空”等规范只是佛教教义，并非民法规范，因此该教义不能用来处理继承关系。继承关系仍然依继承法处理。