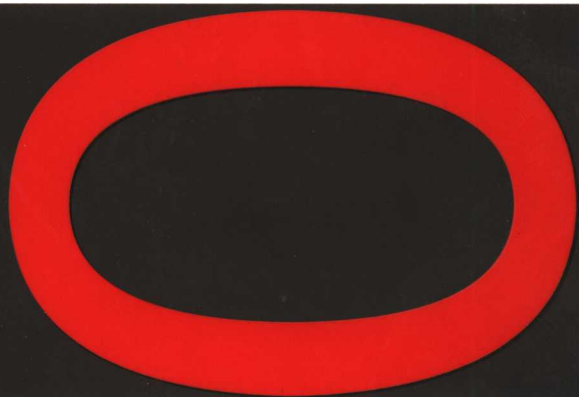


出版

启明星
司法考试

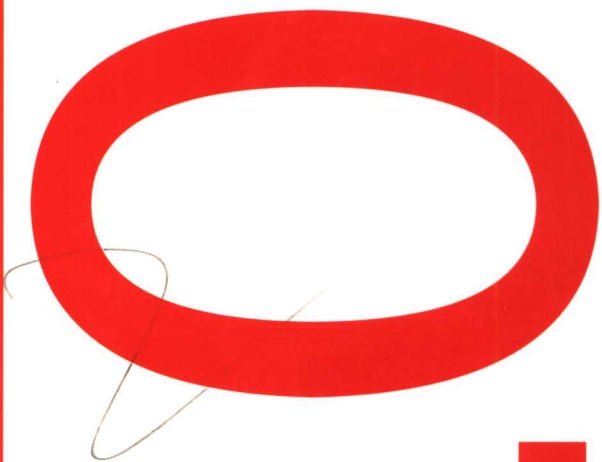


民法 精义

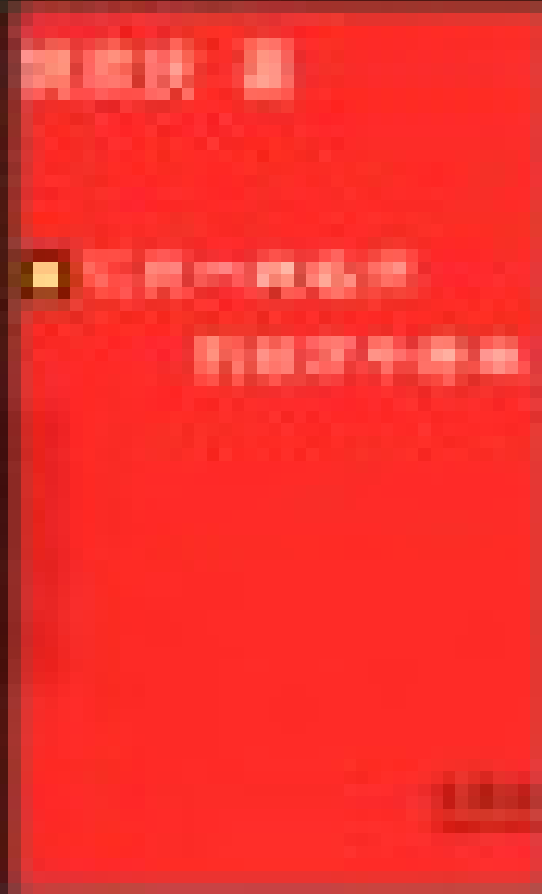
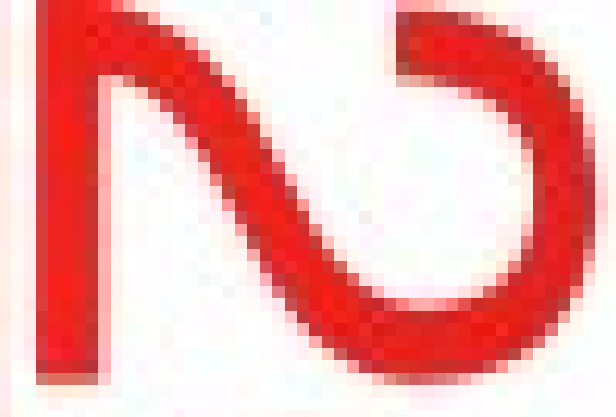


姚欢庆 著

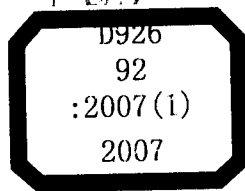
■ 汇聚一线名师
引领万千考生



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



启明星
司法考试



民法精义

MINFA JINGYI

姚欢庆 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

责任编辑：戴蕊

图书在版编目 (CIP) 数据

民法精义/姚欢庆编. —北京：中国法制出版社，
2007. 2

(启明星司法考试精义)

ISBN 978 - 7 - 80226 - 752 - 7

I. 民… II. 姚… III. 民法 - 中国 - 法律工作者 - 资格
考核 - 自学参考资料 IV. D923

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 013663 号

民法精义

MINFA JINGYI

编著/姚欢庆

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/787×960 毫米 16

版次/2007 年 3 月第 1 版

印张/27.5 字数/363 千

2007 年 3 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 80226 - 752 - 7

定价：48.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真：66031119

网址：<http://www.zgfs.com>

编辑部电话：66065921

市场营销部电话：66033393

邮购部电话：66033288



2007 年司法考试民法的复习指导

(代序)

“得民法者得天下”，这是律师资格考试时期大家对民法的评价。在 2000 年以前的律师资格考试中，民法的分值大概在 150 分（400 分总分）左右，此后逐年下降，如果不包括论述题中涉及民法的部分，则每年在 80 分上下浮动，与 600 分的总分相比，就只能是一个部门法了。可以相信，在今天的考试中，分值仍将保持这个水平，民法不再是司法考试的重头戏了！然而风光不再的民法，却以不断的修法，庞杂的内容不断挑战我们的记忆极限。如何在复习中采用一个正确的方法，以最少的时间获得满意的结果对所有考生来说都是梦寐以求的。

一、体系化的民法及学习的体系化

每年的司法考试大纲都会在基本要求中强调“全面把握民法的体系，理解民法的各项制度在民法体系中的地位及联系，尤其是民法总则对民法各项具体制度的指导作用”，可见民法的体系是民法的根本所在，也是我们每个通过考试的考生必须掌握的前提。从一般到特殊、从抽象到具体是大陆法系立法的特点，客观上则给初学者增加了学习的难度：总则规定太抽象，比具体规定更难以理解，但不了解总则，又无法真正理解具体的制度。具体到司法考试，大量的知识叠加型题目，让很多“只见树木，不见森林”的考生难以适应。如多年考试中出现的“狗咬人”的题目，其根本点是特殊侵权中动物致害的问题，但在考试中绝不仅仅只考民法通则第 127 条规定的内容，它往往要结合别的知识点进行考查。如结合紧急避险或者共同侵权等内容。这种多方面知识叠加的题目要求我们在学习中对民法要有体系性认识，要对整个民法的体系非常清楚。

整个民法体系的关键点是民事法律关系，整个民法的内容就是围绕民事法律关系展开。民事法律关系的要素是主体、客体、内容三个方面，民事法律事实则是法律关系的变动原因。对照大纲，就可以发现，除了第一章民法概述以外，公民和法人两章是关于主体的探讨；民事法律行为、代理、诉讼时效则是法律事实的探讨。物权、债权、人身权、民事责任则是具体内容的探讨。而其中又以意定的法律关系变动原因——民事法律行为最为重要，整个合同法、担保法的内容实际上就是这种意定的法律事实的进一步具体化。如果能够很好地把握这样一个体

系,不仅对司法考试有重要作用,而且对今后的法律工作,形成法律意识都有积极意义。

如果有对民法体系的认识,就可以通过知识树的方式很好地将整个民法的内容串在一起,并通过这样的一种方法帮助记忆,从而提高学习效率。

二、全面复习,重点突出

全面复习的原因是司法考试的题量大,分值小,细节化。在司法考试中,对于一个科班出身的法学院学生,即使没有准备一般也会考到340分左右,而往往我们需要突破的瓶颈是最后的20分。前三张试卷每卷100道选择题,每一道选择题不仅考一个知识点,而是考接近四个的知识点,这就意味着试卷的内容相当零碎,因此全面复习显得尤为重要。在全面复习的基础上要突出重点,重点的含义有三方面:一是传统重点。就是每一门课都有它固定的重点,无论是考法硕或法学研究生还是博士,任何一种考试包括司法考试都会考到的重点知识点;二是新增内容。新增内容主要强调每年新颁布的法律及司法解释。如2006年的卷三中民法考了60分,而涉及到新的司法解释的内容就达47分。三是热点问题,主要体现在每年的论述题中,这就要求大家对每年社会的热点问题有所了解。

对重点的理解上,也要有一个特别的认识。虽然重点不变,但是每年出题的角度及思路会改变,因此如何真正理解重点知识就成为获得高分的要素。试就刚刚通过的《物权法》作为例子分析:首先,《物权法》在考试中的内容不会太难,以便让大家都有一个学习和领会的过程;其次,一定要把握《物权法》中的一些特别的制度创新,如不动产登记生效的例外情形;善意取得制度在不动产上的适用;建筑物区分所有权的具体化等。最后,原有法律制度与《物权法》冲突的内容也将成为考试的重点,如人保与第三人的物保并存时,承担了担保责任的担保人可否向其他担保人追偿的问题;最高额抵押中主债权是否可以转让;企业之间的留置权不要求有牵连关系;共有制度中不能确定何种共有时的推定等等。

三、法条的复习方法

司法考试主要是针对法律实务人员,如律师、法官、检察官,因此主要以法条为主,可以保证答案唯一性,而不是学理的探讨。司法考试的这个特点决定了法条的重要性。当然,在明确法条重要性的前提下,仍然不能忽视教材的意义。因为法典化的结果就是导致法律所蕴含的价值被吸收,如果没有相关教材的解释,将无法理解法条的真正含义,故掌握法学的一些基本理论对于复习司法考试,特别是复习法条是有助于理解的。

具体复习法条的要点是掌握法条中的关键词，如举《民法通则》第55条规定为例。对这个条文的理解，应当按照下列方式分析：

只要求“相应”
而非“完全”。

《民法通则》第55条分析：

民事法律行为应当具备下列条件：^{条件1}(1) 行为人具有相应的民事行为能力；^{条件2}(2) 意思表示真实；^{条件3}(3) 不违反法律或者社会公共利益。

三个条件必须同时具备，
缺一不可。

表述为语言就是：首先这是对民事法律行为的规定，而非对民事行为的规定；要求民事法律行为应当具备三个条件，这三个条件缺一不可。其中条件1要求行为人具有“相应”的民事行为能力而不是“完全”的民事行为能力。条件2要求“意思表示真实”而不是仅有“意思表示”。条件3强调“不违反法律或者社会公共利益”，这里面要注意是“或者”而不是“和”，当然该条规定中“或者”与“和”并无多大区别，但是在一些特定的法条里，“或者”与“和”有着本质的区别。

再如分析《合同法》第24条：

《合同法》第24条分析：

^{情形1}要约以信件或者电报作出的，承诺期限自信件载明的日期或者电报交发之日开始计算。^{情形2}信件未载明日期的，自投寄该信件的邮戳日期开始计算。^{情形3}要约以电话、传真等快速通讯方式作出的，承诺期限自要约到达受要约人时开始计算。

这个法条看上去有些复杂，但是仔细分析并不难，承诺期限分三种情形，一是要约信件或电报载明日期的；二是要约信件或电报未载明日期的；三是以电话传真等快速通讯方式作出的。然后分别了解他们的法律后果，就很容易掌握该条规定。

这样的一种类似于划分语法结构的法条复习方法，可以帮助考生在短时间内有效地获得对法条的深刻认识和印象，也可以避免在掌握重点知识时的盲区。



四、大量演练真题

我们认为，通过对真题的学习和掌握，可以帮助考生把握考试重点。每年的考点在历年试题中的重复率大约在85%左右，因此通过对历年真题的把握，可以掌握今年考试的重点。另外可以通过对历年真题的学习，把握出题者的思路及方法。每种考试都有自己的一种固定的模式和结构，而这种模式和结构很难用语言来表述，而通过认真揣摩历年试题，可以找到这种感觉。因此对于历年真题，我们不仅要把题目全做一遍，还要多琢磨试题，看一下历年的试题的走向，自己做错了哪些，蒙对了哪些，错在哪里，为什么，即使是对的也要分析一下别的选项考到了哪些知识点。只有这样自己才能全面把握出题者的思路和出题的方法。

五、其他方面

1. 注意时间分配，最大限度克服遗忘规律。要有计划、有节奏准备自己的复习过程，不要搞疲劳战术。不要早早就开始高强度的复习，人的精神往往有一个限度，如果弦一直绷紧，到了最后自己就无法忍受了。应当掌握节奏，先松后紧，越到考前越集中，尤其是到了最后的15天，一定要一心一意，全力以赴，放下手中的其他事情专心做这一件事，这时候记忆力和精神状态是最好的。另外建议大家每天晚上对当天复习的内容做一个简单的回顾，回忆当天学到了哪些内容，掌握了哪些。一方面可以加强对内容的体系性的掌握，另一方面可以提高复习效率，增强自信心。

2. 多动手。对于没有法律基础的考生来说，多动手有利于培养对法律的认知，也有利于答题时语言的组织。现在论述题的形式对这方面要求尤其高。很多法律的专业术语，平时好像看得很很熟了，但到做题的时候却记不起来，写不出来，如果平时能够多动手，则可以避免考试时眼高手低。多动手有利于把握考试时间，考试时首先要保证先做完题，然后才是做好。

可以相信，每个人对成功的渴望都是一样的，不一样的结果则是来自实现梦想的方法！

本书涉及到的法律法规缩略语有：

《民法通则》——《中华人民共和国民法通则》

《民通意见》——《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（试行）》

《合同法》——《中华人民共和国合同法》

《合同法解释（一）》——最高人民法院关于适用《中华人民共和国合同法》

若干问题的解释（一）

《担保法》——《中华人民共和国担保法》

《担保法解释》——最高人民法院关于适用《中华人民共和国担保法》若干问题的解释

《继承法》——《中华人民共和国继承法》

《继承法意见》——最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国继承法》若干问题的解释

《民事诉讼法》——《中华人民共和国民事诉讼法》

《民诉意见》——最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的解释

《合伙企业法》——《中华人民共和国合伙企业法》

《产品质量法》——《中华人民共和国产品质量法》

《环境保护法》——《中华人民共和国环境保护法》

《海商法》——《中华人民共和国海商法》

《物权法》——《中华人民共和国物权法》

《人身损害赔偿司法解释》——《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》

《商品房买卖合同司法解释》——《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》

《建设工程合同司法解释》——《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》

《技术合同司法解释》——《最高人民法院关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》

《著作权法》——《中华人民共和国著作权法》

《著作权法实施条例》——《中华人民共和国著作权法实施条例》

《著作权法司法解释》——《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》

《专利法》——《中华人民共和国专利法》

《专利法实施细则》——《中华人民共和国专利法实施细则》

《专利法司法解释》——《最高人民法院关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定》

《商标法》——《中华人民共和国商标法》

《商标法实施条例》——《中华人民共和国商标法实施条例》

《商标法司法解释》——《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》

姚欢庆

2007年3月

目 录

2007 年司法考试民法的复习指导	1
-------------------------	---

民法总则

第一讲 民法概述	1
第二讲 民事权利、民事义务与民事责任	9
第三讲 民事主体之公民（自然人）	19
第四讲 民事主体之法人	37
第五讲 法律事实之民事法律行为	50
第六讲 代 理	71
第七讲 法律事实之诉讼时效	84
第八讲 人 身 权	92
第九讲 物权概述	102
第十讲 所 有 权	113
第十一讲 所有权的取得与移转	119
第十二讲 财产共有与相邻关系	127
第十三讲 用益物权	136
第十四讲 担保物权	141
第十五讲 占有制度	162
第十六讲 债权概述	166
第十七讲 不当得利与无因管理	171
第十八讲 侵权行为概述	177
第十九讲 共同侵权行为	183
第二十讲 特殊侵权行为	186

合 同 法

第二十一讲	合同概述	198
第二十二讲	要约与承诺	206
第二十三讲	合同的成立	212
第二十四讲	合同的效力	217
第二十五讲	合同履行	221
第二十六讲	合同的担保	227
第二十七讲	合同的保全	248
第二十八讲	合同的变更和转让	254
第二十九讲	合同权利义务的终止	259
第三十讲	违约责任	268
第三十一讲	转移财产权的合同（一）	275
第三十二讲	转移财产权的合同（二）	285
第三十三讲	交付工作成果的合同	292
第三十四讲	提供劳务的合同（一）	298
第三十五讲	提供劳务的合同（二）	302
第三十六讲	技术合同	308

知 识 产 权 法

第三十七讲	知识产权概述	313
第三十八讲	侵犯知识产权行为的救济	317
第三十九讲	著作权的主体与客体	325
第四十讲	著作权的内容	334
第四十一讲	著作权的限制	339
第四十二讲	邻接权	345
第四十三讲	专利权的归属	348
第四十四讲	授予专利权的条件和程序	353
第四十五讲	专利权的内容	364

第四十六讲	商标的申请与注册	370
第四十七讲	商标权	377

婚姻继承法

第四十八讲	婚姻概述	384
第四十九讲	夫妻财产关系	393
第五十讲	离 婚	398
第五十一讲	继承概述	403
第五十二讲	法定继承	407
第五十三讲	遗嘱继承	414
第五十四讲	遗 产	421

民法总则

第一讲 民法概述



旨要 本讲主要探讨民法的概念、调整对象、民法基本原则、民事法律关系等内容。

脉络 在掌握这部分内容时，应当着重其中理论性的部分，它是整个民法中最基础的内容，有助于对整个民法体系的把握，也有助于对民法相关内容的深入理解。

法条

《民法通则》第2~7条。



一、民法的调整对象

（一）民法的概念

民法，是调整平等的民事主体在从事民事活动中发生的财产关系和人身关系的法律规范的总称。《民法通则》第2条规定，中华人民共和国民法调整平等主体的公民之间、法人之间以及公民与法人之间的财产关系和人身关系。

民法发端于罗马法，特别是起源于罗马私法。罗马人将法律分为公法和私法，即政治国家的法和市民社会的法。前者以权力为核心，主要是服从与命令的关系，体现政治、公共秩序及国家利益。私法以权利为核心，主要以平等和自治为基本理念，称为“市民法”，即现在的民法。

（二）民法的调整对象

民法有自己特定的调整对象，即平等的民事主体之间财产关系和人身关系，这是民法能够作为一个独立的法律部门得以存在和发展的客观依据。

1. 平等主体之间的财产关系

民法调整的财产关系，是指平等的民事主体在从事民事活动的过程中所发生的以财产所有和财产流转为主要内容的权利与义务关系。这种财产关系具有以下特点：

(1) 主体法律地位平等。主体平等并非指当事人在所有情况下地位均为平等，只要当事人在从事法律活动，发生法律关系时地位是平等的，我们就认为主体的法律地位是平等的。

【案例】甲为某市市长，乙为甲的秘书。某日，甲乙一起外出在商场购物。乙的钱包丢失，遂向甲借钱1000元用于购物。问甲乙之间的借钱是否受民法调整？

分析：甲乙之间虽然存在工作上的管理与被管理的关系，但在借钱一事上，两者属于平等主体之间的法律关系，当然受民法调整。因此主体平等只是强调发生法律关系时平等即可，而不要求时时平等。

(2) 包括财产所有和财产流转两种关系。财产所有关系是指民事主体因对财产的占有、使用、收益和处分而发生的社会关系；财产流转关系是指民事主体因对财产进行交换而发生的社会关系。财产所有关系是财产流转关系的发生前提和主体追求的直接后果；而财产流转关系则是实现财产所有关系的基本方法。

2. 平等主体之间的人身关系

民法调整的人身关系，是指平等主体之间发生的以人格关系和身份关系为主要内容的权利与义务关系。这种人身关系具有如下特征：

(1) 人身关系包括人格关系和身份关系两种。人格关系是指因民事主体之间为实现人格利益而发生的社会关系。人格利益是民事主体的生命、健康、姓名、名称、肖像、名誉、荣誉等利益。在法律上体现为相应的权利，如生命权、健康权、姓名权、名称权、肖像权、名誉权。身份关系是指民事主体之间因彼此存在的身份利益而发生的社会关系。身份利益是指民事主体之间因婚姻、血缘和法律拟制而形成的利益，在法律上体现为配偶权、亲权、监护权等。

(2) 从人身关系与财产关系的相互联系来看，人身关系与财产关系是密切相关的。虽然人身关系本身并无直接的财产内容，但某些人身关系是特定财产关系发生的前提条件，如亲属之间的身份权是亲属之间取得财产继承权的法定条件。而且对人身权的侵害也给民事主体带来直接的财产损失。

二、民法的适用范围

1. 民法的适用范围，受空间、时间以及当事人身份的限制。民法在空间上的限制遵循主权原则，即原则上只能在本国领域内适用，国际法另有特殊规定的除外。而且由于我国存在不同的法域，如香港、澳门和台湾地区，因此在空间上的适用范围还受进一步的限制。

2. 民法在时间上的限制有：除法律明确规定的以外，民法原则上没有法律溯及力。在就同一事项的规定上，适用新法优于旧法的原则。当新法、旧法不是同一地位的法律时，而是一个为民事普通法，一个为民事特别法时，则排除“新法优于旧法”原则的适用，而适用特别法优于一般法的规则。

3. 民法在属人上的限制则采用属地主义为主的折衷原则。原则上，我国民法适用于我国境内的本国人、外国人和无国籍人、本国法人、外国法人。但有例外：（1）对于不在本国境内的中国人，或者对于不在中国境内的外国人、无国籍人，根据国际私法规则应适用中国民法时，仍然适用。（2）在中国境内的中国人或者外国人、无国籍人，同样也可能因为国际私法规则而适用国际条件、国际惯例或者外国法。

三、民事法律关系

（一）民事法律关系的概念

民事法律关系，是指由民事法律规范所调整的社会关系，也就是由民事法律规范所确认和保护的社会关系。双方当事人通过建立民事法律关系，确定双方当事人的权利与义务，目的是为了获得一定的自由，故主要以权利的形式体现。关于该概念需要注意两点：（1）并非所有的社会关系都受法律调整，有很多社会关系，如恋爱关系、朋友关系都不受法律的调整。（2）并非所有的法律关系都属于民事法律关系，只有那些由民事法律规范调整的社会关系才属于民事法律关系。

【题例】（06·卷三·单选·1）下列哪种情形成立民事法律关系？

- A. 甲与乙约定某日商谈合作开发房地产事宜
- B. 甲对乙说：如果你考上研究生，我就嫁给你
- C. 甲不知乙不胜酒力而极力劝酒，致乙酒精中毒住院治疗
- D. 甲应同事乙之邀前往某水库游泳，因抽筋溺水身亡

分析：此题主要就是涉及对民事法律关系概念的理解。由于民事法律关系强调由民法规范所调整的社会关系，因此必须要求当事人已经处于民法的调整范

围。选项 A 中的甲乙只是就有关合作事宜进行“商谈”，还没有进入预约的状态，因此不当选。在我国婚约不具有法律效力，因此选项 B 中的当事人不能成立民事法律关系，不当选。选项 D 中的乙只是一个邀请行为，对于甲因游泳而死亡并无任何过错，故不当选。而选项 C 中甲虽不知乙不胜酒力，但作为生活常识，大量饮酒必然会对身体造成伤害，因此就乙的酒精中毒有过错，应当承担相应的民事责任，故在当事人间产生了民事法律关系。本题答案为 C。

（二）民事法律关系的要素

民事法律关系由主体、客体和内容三部分构成。

1. 主体。民事法律关系的主体，亦称民事主体是指参加民事法律关系，享有民事权利并承担民事义务的人。民事主体包括两种类型，即自然人和法人。国家在特殊情况下，也可以成为民事法律关系的主体。可以成为民事权利主体的，民法上称之为“人”。民法上的人，指具有民事权利能力的主体，因此既包括自然人，也包括法人。因此通常所称“权利人”、“义务人”均包括自然人和法人，但成年人、未成年人特指自然人。

根据我国民法通则的规定，个体工商户、农村承包经营户、个人合伙也可以成为民事法律关系的主体存在。但是需要注意的一点是，他们实际上不是完全独立的民事法律关系主体，而是作为公民的具体形态出现的，是相对独立的民事主体。

2. 内容。民事法律关系的内容，指民事法律关系的权利主体所享有的权利，和义务主体所负担的义务，即民事权利和民事义务。关于这部分的内容，在第二讲中详细阐述。

3. 客体。民事法律关系的客体是指民事权利义务所指向的对象。民事法律关系因种类不同，可以有不同的客体，因此对于民事法律关系的客体不能一概而论。物权的客体是物（但担保物权的客体除物以外，还可以是权利）。债权的客体是债务人的行为，即给付。人格权的客体为人格利益。知识产权的客体是智力成果。

（三）法律事实

民事法律关系的变动，即民事法律关系的发生、变更和消灭。民事法律关系的变动总是存在一定的原因，这个导致民事法律关系变动的原因，称为法律事实。所谓法律事实，是指能够引起民事法律关系发生、变更和消灭的客观情况。不是一切客观情况都能引起民事法律关系的变动，因为很多自然现象，如日出、日落等不能当然引起民事法律关系的发生、变更和消灭，故不属法律事实。引起民事