



海天国律·司法考试

民法學

司法考试考点精读教材



中国书籍出版社
China Book Press

图书在版编目 (C I P) 数据

司法考试考点精读教材. 民法 / 海天国律司法考试
教学团队编著. -- 北京 : 中国书籍出版社, 2010.12
ISBN 978-7-5068-2271-8

I. ①司… II. ①海… III. ①民法—中国—法律工作
者—资格考核—自学参考资料 IV. ①D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 238999 号

责任编辑: 牛超
策划编辑: 韩晓丽
责任印制: 孙马飞 张智勇
封面设计: 岳文浩 靳广潘

出版发行: 中国书籍出版社
地 址: 北京市丰台区三路居路 97 号
邮政编码: 100073
电 话: (010) 52257142 (总编室) (010) 52257153 (发行部)
电子邮箱: chinabp@vip.sina.com

经 销: 全国新华书店
印 刷: 三河市文阁印刷厂
开 本: 787 毫米×1092 毫米 1/16
印 张: 166
字 数: 3750 千字
版 次: 2011 年 1 月第 1 版 2011 年 1 月第 1 次印刷

书 号: 978-7-5068-2271-8
定 价: (共 288.00 元) 本册 56.00 元

序 言

2001年6月九届全国人大常委会第22次会议通过《法官法》、《检察官法》修正案,规定“国家对初任法官、检察官和取得律师资格实行统一的司法考试制度。国务院司法行政部门会同最高人民法院、最高人民检察院共同制定司法考试实施办法,由国务院司法行政部门负责实施。”这一规定,标志着国家统一司法考试制度在我国正式确立。

国家司法考试制度的确立对实施依法治国、建设社会主义法治国家的方略,无疑具有划时代的意义,而理清统一司法考试制度的立法宗旨和意义,进而找到实现其立法宗旨的科学高效的途径则显得尤为重要。如何从考试的视角落实统一司法考试制度?如何帮助广大考生顺利通过考试……?这些问题摆在了多年来以司法考试培训教学为己任的优秀团体面前。

近年来,国家司法考试命题体现出新的思路,除了重点考查常考、实用、最新知识外,理论知识的考查也成为近年司法考试命题的重点和趋势。同时,纵观近几年司法考试的变化和发展,不难看出,司法考试已经从主要面向社会的职业资格考试,转向为同时面向社会和高校法科学生的法律专业考试。但是,现存的司法考试培训机制和司法考试图书种类,已经很难适应近几年司法考试的新形势,其中突出的几点有:**第一,不能与时俱进。很多培训机构仍然使用几年前的培训模式来培训现在的考生,不能兼顾现在司法考试的命题规律和考察趋势;第二,一成不变现象严重。市场上公开出版的多数司法考试图书,其撰写体例和编排模式都是在司法考试制度确立之初设计的,针对现在司法考试最新变化而编写的资料,基本没有。**

有感于此,本套《司法考试考点精读教材》应运而生。本套图书在编排之初,邀请了历年参与司法考试命题的专家和学者,倾听了他们的建议,并在此基础上完善了写作体例。本书所有的作者,均有多年的授课经验,熟悉司法考试命题特点和规律,并对司法考试制度有一定的研究,他们通过书本对司法考试的知识内容进行了精辟透彻的剖析和深入浅出的讲解。

本套图书的体例框架及内容编写,都是严格按照课堂教学的实践进行设计和完成的。课堂是司法考试教学培训的一线,各书作者根据多年授课经验总结,将课堂讲义的精华和考试的核心内容进行了精心的提炼和编写。以课堂讲授为基础,对应试知识进一步系统归纳,梳理整合,充分彰显了课堂与图书相结合的实用主义特色。

本套图书有以下三大特点:

权威性——多年命题规律总结,理论知识、历年真题、相关法条全面剖析;

前瞻性——紧跟司法考试发展趋势,预览教学培训未来发展方向;

及时性——凝聚司法考试最新变化,直指当年复习备考重心。

本套图书是以历年司法考试大纲为依据编写的专业辅导教材,适合所有参加司法考试的学员提前复习使用。当年司法考试大纲出台后将根据新大纲变化发行增补本,更能体现当年司法考试的最新考查范围。

本套图书特色在于突出司法考试又不限于司法考试,尽量将司法考试与法学理论教学结合起来,同时从法律实务应用角度将考试涉及的体系庞大、内容繁杂的各个主干学科的内容进行系统化讲解。

在从结构上系统介绍各个主干部门法时,尽力以图表方式说明各科的体系结构,以便读者形成对主干法体系的整体认知。本书在每章前配有本章结构图,在每节前配有制度依据、学习提示、本节重点等提示,有利于读者对每章每节内容有更直观的认识。

在使用本套图书时,一要注意理论与制度及实践的结合,不对各科理论基础有所了解,就很难理解考试要求掌握的具体内容。二要注意不同部门法之间的联系。近年来司法考试的出题趋势就是综合性较强,不限于某一部门法知识,而是考察不同制度及法条之间的区别与联系。司法考试出题也从实践应用出发日益重视部门法知识的融会贯通,因此,学习时要有意识地实现理论与制度、制度与制度、部门法与部门法之间的联系融合。三是要注意法条和真题的重要性。司法考试考查的重点非常明确,主要侧重于考查考生对部门法基本知识点的掌握,而历年真题正是这些部门法基本知识点的最集中反映。本书按照理论体系的不同,将各部门法真题加入到相应的知识框架后,并选择代表性真题加以精析,使考生通过对真题的研习,深化对部门法理论知识的把握。另一方面,法条复习的重要性不言而喻,本书没有对各部分所涉法条进行简单罗列,而是根据各部门法的不同情况,选择重点、核心法条进行分析对比。与此同时,还特别侧重对法条的归纳与比较、相关法条的联系与区分,其目的就是帮助读者通过对理论知识的理解学习,同时联系相关法律规定和真题理解,达到事半功倍的复习效果。

由于时间仓促,本书的疏漏不足之处在所难免,恳请广大读者朋友批评指正。

希望海天国律司法考试教学团队精心编写的本套图书在您复习的关键时期助您一臂之力。同时,为了便于读者们交流,特别设立“司法考试考点精读系列教材(“黑皮书”)交流专区”,详细网址为 <http://sifa.bjhaitian.com/bbs/>,欢迎朋友们批评指正,进行学习交流。同时,为了方便读者们对本套图书提出宝贵建议,可直接发邮件至本套图书总主编岳文松的电子邮箱 yuewensong@sina.com,我将以最快的速度,予以关注。

另,本套图书增补本将于当年司法考试大纲出台两周后对外发行,请与当地代理销售书店或分校联系。

最后祝广大考生 2011 年顺利过关。

岳文松
2011 年元月

民法学导读

一、民法的体系

所谓体系，笔者以为，就是由数个彼此相互联系的部分构成的一个整体。就民法而言，首先，应当掌握的是其整体结构。民法的调整对象是平等主体之间的财产关系和人身关系，以此为线索，民法构建出总论、物权、债权、亲属、继承这样的“五编式”体系。其中，物权法、债权法调整的是平等主体之间的财产关系，亲属法和继承法调整的是平等主体之间的人身关系，而总论编则从法律关系的角度概括了法律关系的主体、客体、内容、变动与期间，对应在本书中的章节就是自然人与法人、法律事实、法律行为和时效，这是考生首先应当掌握的一个大的体系。其次，掌握民法的体系还应当具体关注民法各个部分当中的内容体系，最基本的是“总分式”的系统化思路，于是，物权法总论、债权法总论和合同法总论就浮出了水面，这三个“总论”加上民法总论如果真正掌握了，民法的体系化问题就会迎刃而解，考生在解题的时候，将有一种庖丁解牛式的轻松。

二、民法的学习方法

司考中曾经有“重者恒重”的说法，随着近年来司考考查范围的扩大，这一提法貌似不再流行。但是，笔者要告诉大家的是，从近年来的真题分布来看，民法的考题始终“重者恒重”，那些具有总括性的内容，如权利变动，永远是命题者优先考查的地方。因此，抓住重点内容与重点法条，依然是民法复习最重要的方法。

三、民法的命题特点

首先，就考查方式而言，生活化、场景化的小案例仍然是主要的命题方式。这要求考生能够很好的将生活语言“翻译”成法律语言，进而作出正确的判断。相反，那种以“下列说法正确的是”作为题干的非案例型的考查题目相对要少很多。

其次，就考查内容而言，民法的题目以法条的考查为主，作答主要以法条为依据。但是，法条的背后往往需要考生具备一定的理论基础，并且建立一个相应的民法体系。而且，近年来试卷中每年都有直接考查理论题目出现，彰显了民法理论在考试中的重要性。

最后，就考点分布而言，民法试题在“五编式”体系中，如总论、物权、债法、婚姻家庭、知识产权等方面均有体现。但是，正如前文所述，在面面俱到的基础上，民法试题最重要的特征就是重者恒重，有所选择，有所放弃。

四、本书的特色

本书最大的特色在于其内容的全面性，既对考点有全面的覆盖，又吸收了相关的历年真题与重点法条的解读，具有“一书在手，司考无忧”的功能；而且，书中各种特殊符号、标注的使用也使得考生能够迅速和准确地掌握重点、难点，很大程度上提高了考生的复习效率。同时，本书也可以做为研习民法学之参考。我们期待，本书能给复习司法考试的广大考生提供一些帮助，并就书中不足接受读者的批评与建议。

目 录

Contents

导读

第一章 民法概述	1
第一节 民法概要——以民法的调整对象为核心	1
第二节 民法的基本原则	5
第三节 民事法律关系	6
第四节 民事权利	10
第五节 民事义务与民事责任	15
第六节 民事法律事实	18
第七节 物与有价证券	19
第二章 自然人	25
第一节 自然人的民事权利能力	25
第二节 自然人的民事行为能力	28
第三节 无行为能力人和限制行为能力人的监护制度	31
第四节 宣告失踪与宣告死亡	35
第五节 自然人的住所	41
第六节 个人合伙	42
第三章 法人	48
第一节 法人概述	48
第二节 法人的能力	52
第三节 法人的成立、变更和终止	55
第四节 法人机关	60
第四章 民事法律行为	63
第一节 民事行为和民事法律行为	63
第二节 意思表示	68
第三节 民事法律行为的成立与生效	77
第四节 附条件与附期限的民事法律行为	80
第五节 无效的民事行为	82
第六节 可撤销的民事行为	85
第七节 效力待定的民事行为	90
第五章 代理	95
第一节 代理概述	95
第二节 代理权	98

第三节 无权代理	101
第六章 诉讼时效	106
第七章 物权概述	117
第一节 物权的概念与效力	117
第二节 物权变动	123
第三节 不动产登记与动产交付	128
第八章 所有权	139
第一节 所有权概述	139
第二节 所有权的取得	142
第三节 国家所有权、集体所有权和私人所有权	152
第四节 不动产相邻关系	155
第五节 共有	158
第六节 建筑物区分所有权	164
第九章 用益物权	170
第一节 用益物权概述	170
第二节 土地承包经营权	174
第三节 建设用地使用权	177
第四节 宅基地使用权	181
第五节 地役权	184
第十章 担保物权	190
第一节 担保物权概述	190
第二节 抵押权	193
第三节 质权	210
第四节 留置权	217
第十一章 占有	220
第十二章 债的概述	224
第一节 债的概念、特征与分类	224
第二节 债的效力与债的履行	232
第十三章 债的保全与担保	238
第一节 债的保全	238
第二节 债的担保	248
第十四章 债的移转和消灭	264
第一节 债的移转	264
第二节 债的消灭	270
第十五章 合同法总论	274
第一节 合同概述	274
第二节 合同的订立、成立与生效	279
第三节 合同的内容和解释	294
第四节 双务合同履行中的抗辩权	295
第五节 合同的解除	299
第六节 违约责任	302

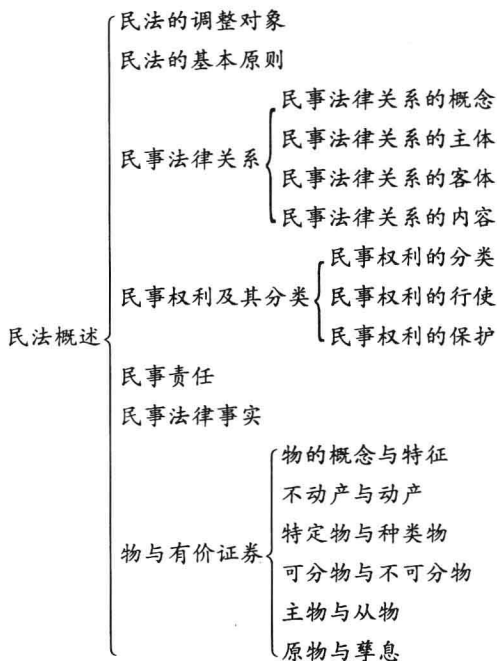
第十六章 转移财产权利的合同	312
第一节 买卖合同	312
第二节 供用电、水、气、热力合同	323
第三节 赠与合同	324
第四节 借款合同	329
第五节 租赁合同	332
第六节 融资租赁合同	340
第十七章 提供劳务的合同	344
第一节 运输合同	344
第二节 保管合同	349
第三节 委托合同	352
第四节 行纪合同	356
第五节 居间合同	359
第十八章 交付工作成果的合同	361
第一节 承揽合同	361
第二节 建设工程合同	365
第十九章 技术合同	371
第二十章 不当得利和无因管理	380
第一节 不当得利之债	380
第二节 无因管理之债	384
第二十一章 侵权责任	389
第一节 侵权责任法概述	390
第二节 多数人侵权	406
第三节 适用过错推定原则的特殊侵权行为	411
第四节 适用无过错责任的特殊侵权行为	415
第二十二章 婚姻法与继承法	428
第一节 婚姻的成立	428
第二节 夫妻关系	433
第三节 离婚	436
第四节 继承与继承权概述	443
第五节 法定继承	448
第六节 遗嘱继承、遗赠和遗赠扶养协议	451
第二十三章 人身权	456
第二十四章 知识产权法	465
第一节 著作权	465
第二节 专利权	492
第三节 商标权	511

第一章 民法概述

本章历年命题规律及复习建议

本章每年都有真题出现，并且以理论性考查的题目为主，主要集中在法律关系、民事权利的类型、民事法律事实等知识点上。复习建议有三：首先，注意体系化的掌握，例如民事法律关系的构成；第二，结合具体的章节掌握，例如结合侵权责任法学习民事责任；第三，通过记忆实例的方法实现理论与实践的结合，特别是历年试题中曾经提到的实例。

本章知识框架



第一节 民法概要——以民法的调整对象为核心

一、民法的概念

根据《民法通则》第2条规定，民法是指调整平等主体的公民之间、法人之间、公民与法人之间的财产关系和人身关系的法律规范的总称。

对该定义应当从下面几个方面加以理解：

1、民法属于实体部门法，是与刑法、行政法并列的、仅次于宪法的实体部门法。与这些实体部门法相对应的是程序法。

2、民法是调整社会成员之间关系的法律。在这个法律中，以个人利益为核心，以人的平等和自治为理念，当事人之间处于平等的地位。

与私法相对应的是公法，它是以国家利益为核心，体现公共秩序、政治管理的法律。在这个法律中，当事人之间是命令与服从关系，处于不平等的地位。

3、民法有形式意义上民法和实质意义上的民法之分。



形式上的民法就是指民法典，这是按一定逻辑顺序编纂的民事法律规范体系；实质上的民法，是指调整人身关系和财产关系的民事法律规范的总和，包括民法典以及各种民事单行法。我国目前尚未完成民法典的制定，民法制定法主要以《中华人民共和国民法通则》以及各种单行法律的形式公布。

二、民法的性质

1、民法在性质上属于私法。自罗马法以来，大陆法系在传统上分为两类，一为公法；一为私法。公法与私法的界限很难精确地划分，因此学说上对于两个法律系统的划分有不同的学说。民法旨在规范个人间的利益，以平等为基础，其主体均为私人或非基于公权力的地位，对于任何人皆可适用。所以民法属于私法是无争议的，且其作为私法的性质可以导出民法的基本理念：权利本位、意思自治、主体地位平等、民事权利（私权）神圣、过错责任等。

2、民法法律规范以任意规范为主。民法规范之所以主要是任意规范，是由民法的私法性质所决定的。作为私法，以当事人自治为最高原则，当事人的意思具有最高的法律地位，所以若当事人选择了不同于法律的其他安排则法律应当认可。不过任意规范和强制性规范在民法的各个部分中也有所不同，在合同法中主要以任意规范为主，而在物权法、婚姻法中则有大量的强制性规范，如物权法定、一夫一妻制等。

三、民法的调整对象

（一）人身关系

1、对人本身的存在加以保护所形成的人格权法律关系。民法作为私法调整的不是政治国家与人民之间的关系，而是作为平等的个人及个人所组成的团体相互之间进行交往所形成的关系。平等的人之间要进行交往首先得彼此尊重对方的人身，将对方作为与自己相同的人加以对待，这就意味着每一个人均得要求他人尊重自己的生命、身体、健康等物质性的存在以及名誉、隐私、自由、肖像等精神性利益。这就形成了每一个人都排他地对他人享有请求不侵害其存在本身的人格权法律关系。这种法律关系是整个法律体系得以展开的前提。

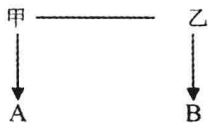
2、家庭关系

家庭关系又分为两个部分。

（1）婚姻关系。婚姻法主要调整婚姻的缔结；婚姻成立后夫妻之间最基本的权利义务关系；婚姻的结束（离婚）；以及父母和子女之间的相互关系等。基于家庭关系相互之间的权利义务关系被作为民法上的身份权加以表述和规范。

（2）继承关系。继承是家庭延续的重要方式，其中一个家庭成员死亡后其他家庭成员能够继受他的财产从而继续维持家庭的存续。

（二）财产关系



（图1）

1、财产归属关系——物权关系。民法首先在人和物之间进行了区别，人是作为民事主体而存在的，而物是与人截然相对的作为客体而存在的。主体是法律上的目的，而客体则是作为满足主体目的之手段而存在的。财产关系首先是作为主体的人对于作为客体的物的支配从而排除一切他人的干涉的关系，这种关系即属于财产归属关系，其中最为典型的就是财产所有权。如（图1）所示甲、乙是两个平等且具有独立人格的人，甲拥有财物A的所有权，乙则拥有财物B的所有权。也就是说甲可

以对财物 A 随意的占有、使用并可以任意对其处分，任何第三人（当然包括乙在内）都不得对甲对 A 的利用加以干涉；同样包括甲在内的任何第三人也不得干涉乙。财产归属关系除了所有权以外还包括用益物权和用做债务担保的担保物权。我国民法上的用益物权主要包括土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权和地役权四种；担保物权则由抵押权、质权和留置权三种构成。

2、财产流转关系——债权关系。如（图 1）所示，在确定了财物归属关系的前提下，乙不得利用财物 A，同样甲也不得利用财物 B。但是由人类生活需求的多样性所决定，往往会出现甲更想利用财物 B 而相对来说不太需要利用财物 A，而乙则恰恰不想利用财物 B 反而想利用财物 A。于是就有两种选择：一种是甲与乙达成协议用 A 交换 B；另一种就是甲用强力从乙处夺取 B，而乙也用强力从甲处夺取 A。为了实现交换法律提供了契约制度（即合同），为合同的成立、生效、履行以及违反合同后的法律救济提供框架，从而确保了交易的顺利进行。双方当事人达成交换的合同后，还不能直接取得对方标的物的所有权而是彼此有权请求对方交付给其原有的财物并移转其所有权，法律在这里的作用在于保证双方的交易是自愿的而不是被强迫和欺骗的情形下作出的，而且要保证达成的交换协议能够得到履行，这项请求对方交付其财物的权利即属于债权（合同之债）。在双方不是通过协议和对方进行交换而是通过强力夺取对方的财物，在承认所有权和人格独立的前提下必然为法律做出否定的评价，进而强制其返还夺取的财产并赔偿对方因此所受的损害，这就是侵权行为制度。在侵权行为关系中，受害方有权依据法律要求对方返还财物以及赔偿损失，虽然与基于契约而要求对方交付财产大相径庭，但是在有权要求对方交付特定财产而不能直接支配对方的财产这一点上又是相同的，因此也被作为债权来加以处理，这就是侵权行为之债。

除此之外，还会出现没有任何理由，归甲所有的财产流转到了乙的手中，例如（图 1）中甲所有的财物 A 为一只母鸡，A 在乙家的鸡舍中生了几颗蛋而乙不知，误以为是自己家的鸡所生，就吃掉了。因为乙没有任何理由保留该利益，应当将该利益返还给甲，这就是不当得利制度。此时甲有权请求乙返还这些鸡蛋的利益，无疑在结构上与合同、侵权行为所产生的债权相同，所以也作为债权而存在。最后有些人还会实施助人为乐的行为，在不能取得被帮助人的许可的情况下为其利益而实施行为，为此会花费必要的财物或者会受到损害，虽然助人为乐不能收取报酬，但是应当允许其收回支出的财物和就遭受的损害获得补偿，因此产生的请求权也称为债权，这就是无因管理之债。无论是合同产生出的债权（正态交易），还是因侵权、不当得利、无因管理之债都导致财产在不同人之间的转移，这就构成了作为财产流转关系的法律形式债权关系。

3、无体财产权关系——知识产权

随着文明的发展、科学技术的进步以及人类生活方式的转变，现代社会的财富越来越呈现出无体化、知识化的倾向。智力劳动的重要性也越来越突出，于是对智力劳动的成果的归属和流转进行规范也就成为现代民法的重要内容了。今天在民法家族中最为活跃的一个成员非知识产权莫属。

四、民法的法律渊源

法律渊源在学说上有不同的观点。目前我国的通说认为法律渊源是指法律的形式渊源，即由不同国家机关制定或者认可的从而具有不同法律效力的法的表现形式。法律渊源之所以重要乃是因为：法官在审判案件时应当有法律规范作为依据而不是依据个人的喜好而进行的，那么法官从哪里去寻找法律规范呢？这些法官可以从中寻找审判案件的法律规范，就是我们所说的法律渊源。在我国民法的法律渊源主要有如下几大类：

（一）制定法

1、宪法

宪法是我国的根本大法，具有最高的法律效力，一切法律的制定都必须符合宪法的规定，不得与

宪法相违背，否则该法律无效，民法也不能例外。因此宪法构成民法的逻辑前提和基本出发点，民法的规范可以看作是宪法精神的具体化。宪法中许多规定都是民法规范的基础，例如《宪法》第13条的规定构成我国《物权法》的基础，成为民法保护人民财产权的根本保障。《物权法》所确立的物权的保护程度和界限都源于此规定。《宪法》第37条和第38条则是人民人身权获得保障的基石。从《宪法》第47条则可以推导出人民的知识产权受保护的结论等。

2、《民法通则》及民事单行法

这些规范性文件构成我国民法渊源的核心，这些规范性文件整合在一起相当于西方国家的《民法典》。《民法通则》起到的是民法总则的功能，从而统领各民事单行法，当民事单行法没有规定时，应当适用《民法通则》的相关规定。单行法相对于民法典的分则，主要有《物权法》、《合同法》、《担保法》、《婚姻法》、《继承法》、《著作权法》、《专利法》、《商标法》、《农地承包法》等。

3、行政法规

行政法规是由国务院制定和颁布的规范性文件，主要是其进行行政管理的依据，但是其中也不乏民事性的规范。国务院制定的行政法规中有关民事法律规范有两大类：其一是为了配合法律的实施制定的配套法律。例如《专利法实施细则》、《著作权法实施细则》、《商标法实施细则》、《土地管理法实施条例》、《房地产法实施条例》等等；其二是含有民事法律规范的单行行政法，如《土地管理法》、《城市房地产法》等。需要说明的是这些行政法规的主体仍然是公法，只是其中包含有民事规范而已，并不都是民事规范。

4、地方性法规、自治条例和单行条例

地方性法规、自治条例和单行条例中包含有民事规范，在与宪法、法律、行政法规不相抵触的前提下，在其所管辖的范围内具有法律效力。《民法通则》第151条规定“民族自治地方的人民代表大会可以根据本法规定的原则，结合当地民族的特点，制定变通的或者补充的单行条例或者规定。自治区人民代表大会制定的，依照法律规定报全国人民代表大会常务委员会批准或者备案；自治州、自治县人民代表大会制定的，报省、自治区人民代表大会常务委员会批准。”此时在该民族自治地方单行条例的效力比法律的效力要高。

5、规章

行政规章中有的包含有民事法律规范，例如国土资源部制定并公布的《土地登记规则》就包含大量的物权法规范。这些也是民法的法律渊源。

不过需要注意的是：人民法院在审理案件的过程中对规章仅仅是参照适用，而不是必须适用，因此其规范效力较弱。

6、国际条约中的民法规范

《民法通则》第142条规定“涉外民事关系的法律适用，依照本章的规定确定。中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同中华人民共和国的民事法律有不同规定的，适用国际条约的规定，但中华人民共和国声明保留的条款除外。中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的，可以适用国际惯例。”依据该条的规定国际条约也构成我国民法法律规范。

7、最高人民法院的司法解释

司法解释对于各级法院在审判案件时具有拘束力，所以也作为法律渊源之一。这些司法解释主要有：《关于贯彻执行中华人民共和国民法通则若干问题的意见》、《关于适用中华人民共和国担保法若干问题的解释》、《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》、《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》、《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》、《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》、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》、《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》、《审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》等。

（二）习惯法

世界各国均承认习惯法作为法律渊源。例如《瑞士民法典》第1条规定“本法无相应规定时，法官应依据惯例。”中华民国时期的《民法典》第1条规定“民事，法律所未规定者，依习惯，无习惯者，依法理。”我国《民法通则》虽然没有明确规定习惯法可以作为法律渊源，但是习惯法可以作为法律渊源却也为我国法学界的通说。

（三）国家政策

《民法通则》第6条规定“民事活动必须遵守法律、法律没有规定的，应当尊重国家政策。”由此可见国家政策在我国也应当作为法律渊源。

第二节 民法的基本原则

一、基本原则的含义

所谓基本原则是指，贯穿于整个民事法律体系中，反映民法的根本精神和基本价值的，对各项民事法律制度 and 全部民法规范起统率作用的基本准则。

二、民法基本原则的功能

1、指导民事立法。立法者在制定法律时首先要明确法律的基本价值追求，并将该法律价值转化为若干个基本原则，然后由这些基本原则出发，构建具体的法律规范，从而不至于背离立法的目的。

2、指导司法。民法基本原则对于法院适用法律解决民事纠纷的过程中具有不可替代的作用。这首先表现在法院在解释法律时应当依据基本原则而进行。其次，则表现在填补法律漏洞上，法律不可避免地具有漏洞，当出现法律漏洞，没有可以适用的法律规范时，法官可以将基本原则予以具体化从而对案件进行处理。最后，基本原则可以作为法官修改法律的工具，法律有时会出现就具体个案而言严重的不正义，此时法官应当依据基本原则对法律作出适当的修改，从而在个案中实现正义。换言之，此时基本原则成为法官衡平的工具。

3、指导守法。民法既是裁判规范也是行为规范，当事人在依据民法实施行为行使权利和履行义务时也应依据基本原则来理解现行法律，不得背离基本原则所反映的基本价值判断，规避法律。

三、民法的各项基本原则

（一）平等原则

平等原则是民法的前提性原则，民法的其他原则和制度都是建立在平等原则基础上的。

民法平等原则有以下基本含义：任何民事主体在民法上都具有独立的法律人格，国家机关、企事业单位、社会团体和公民个人，无论他们在行政法或者其他部门法上是否存在隶属关系、主从关系、权力与服从关系，一旦进入到民事领域便都具有独立法律人格，彼此互不隶属和依从，任何民事主体在民事活动中都享有平等的法律地位；所有民事主体都享有平等的权利和承担平等的义务；任何民事主体的民事权利都受同等的法律保护；反之任何人实施了侵害他人民事权利的行为都要平等地承担民事责任。

（二）意思自治原则

意思自治原则在我国《民法通则》和《合同法》中被称之为自愿原则，在学理上其又被称之为私法自治，是指一切民事法律关系的发生、变更和消灭原则上均由当事人自己的意思所决定。在民事法律关系中，由于民事主体地位平等，一方无权干预另一方的行为，所以，民事主体从事民事活动时就能够充分根据自己的内心意愿，自由地设立、变更、终止民事法律关系。这即是意思自治。于是，意思自治原则就成为从表意行为这一民事法律事实角度规定的民法基本原则，其基本含义是：是否进行某项民事活动，完全由个人决定；否则该行为无效、可变更或可撤销；与什么人、以何种方式、进

行何种活动、由个人决定（至于该活动是否等价有偿，也由本人评价抉择。正基于此，等价有偿不是民法的基本原则）；对自己的行为承担风险和责任。既然是否进行某项民事活动完全由个人决定，那么该民事活动的后果应由自己承担。

意思自治原则在民法中是通过民事法律行为来具体落实的，集中体现为作为债法重要组成部分的合同法中的合同自由原则。合同自由包括：缔约自由，即是否订立合同的自由；选择相对人的自由，即与谁缔约的自由；选择合同条款的自由，即自由决定合同的内容；合同形式自由，即除了要式合同外，当事人可以自由选择合同订立的形式；解约自由，即双方当事人可以通过合意随时解除合同，有解除权之当事人也可以随时行使解除权而解除合同。

意思自治原则在物权法领域中体现为所有权自由。即所有人对于其所有的财产有权自由地占有、使用、收益和处分。只要不损害他人的权利，所有人如何使用自己的财产任何人都不能干涉，所有人是否行使其所有权，是自己行使所有权还是交给他人来行使所有权，都是由其自由决定的，法律和他人均不能干预。

在《婚姻法》和《继承法》中意思自治的适用范围不像在财产法中那样的广泛，但是仍然有其适用的余地。在经历了梅因所说的“从身份到契约的运动”之后，现代《婚姻法》及《继承法》中也奉行意思自治原则。意思自治在《婚姻法》中集中地体现为结婚自由和离婚自愿的原则；而在《继承法》中则是由遗嘱继承相对于法定继承的优先地位而体现出来的。

（三）诚实信用原则

民事活动应当遵循诚实信用的原则。一般认为，遵照诚实信用原则的要求，当事人在行使民事权利，履行民事义务的时候，应当尊重对方当事人的利益，不应当扩张己方权利，而增加他方的负担。它要求：民事主体参加民事活动、行使民事权利、履行民事义务时，应当持有善意、不规避法律；履行义务时还应考虑他方利益、行使权利时不得损害他人利益（这也是本文所述的权利不得滥用原则）；民事主体所做的意思表示要真实、不欺不诈、讲究信义、恪守诺言。

（四）公序良俗原则（公共秩序原则）

民事法律行为的内容及目的不得违反公共秩序或善良风俗。这一原则在现行法上的根据是《民法通则》第7条：民事活动应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益。及《民法通则》第58条：民事行为违反社会公共利益的无效。须注意的是，我国现行法因受前苏联民事立法和民法理论的影响，未使用公共秩序和善良风俗字样。

（五）公平原则

民事法律行为内容的确定，应当遵循公平的原则。由当事人一方或第三方确定民事法律行为内容的，其确定只在符合公平原则时，才能对他方当事人发生效力。公平原则在现行法上的根据是《民法通则》第4条：民事活动应当遵循公平的原则。

这是从民事法律关系的内容的整体考查得来的。民事法律关系内容包括权利、义务、民事责任。其要求是在权利不可侵犯的前提下，民事主体的权利、义务、责任要相对平衡。具体表现为享有权利与承担义务不能显失公平，要合理分担民事责任。民法具体制度中的显失公平的行为可撤销、无过错责任原则、公平责任原则均是该原则的具体表现。

第三节 民事法律关系

一、民事法律关系的概念与特征

民事法律关系，是由民事法律规范调整所形成的以民事权利和民事义务为内容的社会关系的一部分。具体则体现为由民法调整而形成的平等主体之间的财产关系和人身关系两种。

民事法律关系不同于其他法律关系的特点在于：

1、民事法律关系是由民法所调整的平等主体之间的权利义务关系。

2、民事法律关系的发生、变更和消灭，大多数都取决于民事主体的意思，而不是由法律直接规定所发生的。当然也有一些法律关系的变动是直接由法律的规定所产生的。

3、民事法律关系的保障措施具有补偿性。法律对民事法律关系的保护主要是赋予遭受损害的当事人一方以请求权。受损害方经请求权的行使，以弥补该方当事人所遭受的损失。

二、民事法律关系的要素

民事法律关系的要素是指构成民事法律关系的必要因素。任何民事法律关系都由几项要素构成，要素发生变化，具体的民事法律关系就随之变更。民事法律关系包括主体、内容和客体三个要素。

1、民事法律关系主体

(1) 民事法律关系主体简称民事主体，是指参加民事法律关系，享受民事权利并承担民事义务的人。

(2) 是否能构成民事主体的关键是法律是否赋予其民事权利能力。

(3) 现代社会民事主体主要有两大类，即：自然人、法人。合伙、个人独资企业等其他组织要么作为自然人的特殊形态要么作为法人的类型而存在。合伙企业和个人独资企业究竟属于自然人的特殊形态还是属于法人取决于国家的立法态度，法国将合伙企业作为法人来处理，而德国则将其作为自然人的形态来处理。我国目前对于个人独资企业和合伙企业的态度基本上作为介于自然人和法人之间的第三类主体来对待的。国家在参加民事法律关系时是作为法人的特殊形态的，因此也是民事主体。

在民事法律关系中，权利的主体与义务主体的组合与联系十分复杂，大致有以下几种不同情况：①就主体数量而言，有的民事法律关系只有两方主体参加，有的民事法律关系则有三方以上的主体参加。前者如买卖合同后者如合伙经营关系；②就主体是否是特定的人而言，有的民事法律关系的权利主体与义务主体都是特定的人，而有的民事法律关系，权利主体的人是特定的人而义务主体则是不特定的任何人；③就主体享有权利与承担义务的情况看，有的民事法律关系一方主体只享有权利而不承担义务，而另外一方只承担义务不享有权利，如赠与合同关系。而有的民事法律关系各方当事人都享有一定的权利也都承担一定的义务；④就主体权利与义务的联系看，在一些民事法律关系中，主体双方的权利、义务是对应关系，一方的权利正是另外一方的义务。而在另外一些民事法律关系中，各自主体的权利、义务则成平行关系，即各方主体都享有同样的权利，也都承担同样的义务如财产的按份共有关系。

2、民事法律关系客体

所谓民事法律关系的客体是指民事主体据以建立民事权利和义务的对象性事物。民事权利和民事义务如果没有具体的对象，将无法落实。民事法律关系的客体主要有五大类，即物、行为、智力成果、人身利益和权利。

(1) 物主要是物权法律关系的客体，例如所有权、用益物权法律关系的客体一般仅限于物；担保物权法律关系的客体一般也是物，但不限于物，还包括权利，如国有土地使用权抵押等。

(2) 债权法律关系的客体是行为，债权不是以债务人的人身为客体的，现代法律不允许将人本身作为客体，人因其本性永远只能作为主体而存在，不能作为法律关系的客体；债权也不是以债务人的特定财产为客体的，相反是以债务人对债权人的履行行为作为客体的。例如根据买卖合同买受人甲有权请求出卖人乙交付买卖的标的物洗衣机一台，此时甲对于乙享有一项债权性请求权，即请求乙交付洗衣机并移转洗衣机的所有权。这一项请求权的客体不是洗衣机本身，而是乙交付洗衣机的行为。而洗衣机则属于所有权的客体，在交付之前所有权仍然属于出卖人乙，而在交付之后其所有权则属于买受人甲。

(3) 人身法律关系的客体是人身性利益。需要注意的是人身性法律关系绝不是以人身为客体，人身性法律关系的客体只能定性为^①人身性利益。

(4) 知识产权法律关系的客体是智力成果。由于知识产权主要有三种即著作权、专利权和商标权,因此知识产权的客体也就主要有三大类:作品是著作权的客体;发明创造是专利权的客体;而商标则是商标权的客体。智力成果所具有的共同性即无体性,不能为权利人占有从而与作为物权之客体的“物”(通常为有体物)区别开来。

(5) 另外权利本身也可以作为法律关系的客体。有些法律关系是以权利本身作为客体的,例如在抵押权中,以建设用地使用权作为抵押的客体;在权利质权中以权利作为质权的客体。

历年试题

关于民事法律关系,下列哪一选项是正确的?(08-3-01,单选)

- A. 民事法律关系只能由当事人自主设立
- B. 民事法律关系的主体即自然人和法人
- C. 民事法律关系的客体包括不作为
- D. 民事法律关系的内容均由法律规定

【答案】C

解析要点

民事法律关系是基于民事法律事实,由民法规范调整而形成的民事权利义务关系。民事法律关系可以由当事人自主设立如合同关系,也可以基于法律的规定而直接产生,如侵权关系。故A错误。民事法律关系的主体包括自然人、法人和其他组织,因此B选项错误。民事法律关系的客体是指民事法律关系中的权利和义务共同指向的对象,包括物、行为、知识产权和人身利益,其中行为包括作为和不作为,因此C选项正确。D选项中,民事法律关系可以由当事人自主设立,自然包括其内容依当事人的意思产生。因此,选项D不正确。综上所述,本题答案为C。

3、民事法律关系的内容

民事法律关系的内容,是指民事法律关系的主体享有的民事权利和承担的民事义务以及救济民事权利而法律设定的民事责任。

难点辨析

第一,应特别注意民事法律关系与其他社会关系的区别。民事法律关系是体现民事权利义务内容,并由法律规范加以调整的关系。其他社会关系,如道义关系、礼仪关系等,不体现民事权利义务内容,不由法律规范加以调整。

【小结】非法律事实与法律行为的区分

注意:那些不归法律以及民法所调整的行为,以好意施惠为例——不能简单地将好意施惠理解为日常生活中人与人之间的无偿关系行为,其实民法所调整的法律行为也包括无偿的情形,如赠与合同此类的无偿合同行为等。好意施惠的本质特征在于当事人欠缺法律行为上的效果意思,也没有受其拘束的意思,所以不会发生私法上的效果,当然也就不受民法调整。又如:婚约属于道德调整的范畴,不能产生民事法律关系,不属于民事法律事实。像“甲对乙说:如果你考上研究生,我就嫁给你。”这种情形属于婚约,不受我国大陆的民法调整,不能成立民事法律关系。下列“无偿”约定属于好意施惠关系:

- (1) 搭便车;
- (2) 乘客叫醒另一乘客到站下车;
- (3) 顺路代为投递信件;
- (4) 邀请参加宴会、舞会、郊游;
- (5) 请吃饭、请看电影等。

需要说明的几个问题

1、法律关系可以由法律行为、事实行为、事件等引起，但法律行为引起法律关系者，必含有意思表示在内。

2、在好意施惠等道德层次的关系中，可能发生由事实行为引发的法律关系，如请客吃饭中毒、搭便车发生车祸等。

历年试题

下列哪一情形下，乙的请求依法应得到支持？（10-3-1，单选）

- A. 甲应允乙同看演出，但迟到半小时。乙要求甲赔偿损失
- B. 甲听说某公司股票可能大涨，便告诉乙，乙信以为真大量购进，事后该支股票大跌。乙要求甲赔偿损失
- C. 甲与其妻乙约定，如因甲出轨导致离婚，甲应补偿乙50万元，后二人果然因此离婚。乙要求甲依约赔偿
- D. 甲对乙承诺，如乙比赛夺冠，乙出国旅游时甲将陪同，后乙果然夺冠，甲失约。乙要求甲承担赔偿责任

【答案】C

解析要点

本题中，乙的请求权要得到支持，甲、乙之间必定产生了民事法律关系，所谓民事法律关系，由民法调整而形成的平等主体之间的财产关系和人身关系。但请注意，并不是所有的社会关系都受法律调整，要严格区分那些不归法律及民法所调整的行为，例如好意施惠行为（其本质在于当事人欠缺法律行为上的效果意思，也没有受其拘束的意思）、道德调整范围的行为等，由于其不发生私法上的效果，当然也就不受民法调整。本题A选项，甲应允同看演出而爽约属于道德调整范畴，不受法律及民法约束。同理，B选项也不属于民法调整范畴。D选项陪同行为也属于道德调整的范畴，当事人之间没有产生民事权利义务关系。故，只有C项夫妻之间对出轨导致离婚的补偿，符合民法意思自治的要求，甲乙之间有协议存在，乙的请求权能得到支持，选项C为正确答案，当选。

解题依据：《民法通则》第2条：中华人民共和国民法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。

第二，应当注意民事法律关系与行政法律关系的区别。

历年试题

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100万元的指标，第二年厂长和全厂职工都可以加两级工资。该合同属于什么性质的行为？（02-3-14，单选）

- A. 双方民事法律行为
- B. 无效民事行为
- C. 附条件民事法律行为
- D. 不属于民事法律行为

【答案】D

解析要点

本题涉及行政合同问题。本题中，县长与厂长签约，如完成指标，工资晋升两级为行政奖励行为，不为民事法律行为。故本题正确选项为D。

第三，应特别注意各种具体的民事法律关系，对于各种具体民事法律关系的掌握，应注意其细微之处，如不当得利关系与无因管理关系、各种具体的合同关系、侵权关系等。

历年试题

甲、乙、丙三村分别按20%、30%、50%的比例共同投资兴建一座水库，储水量10万立方米，