

国家司法考试专题讲座

——民法 **66** 讲

· 李建伟 编著

人民法院出版社

THE PEOPLE'S COURT PRESS

人民法院出版社
北京万国学校 司法考试强化培训专用教材:(一)

国家司法考试专题讲座 ——民法 66 讲

李建伟 编著

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

国家司法考试专题讲座. 民法 66 讲/李建伟编著. -北京: 人民法院出版社, 2003.1

ISBN 7-80161-486-0

I. 国… II. 李… III. 民法-中国-法律工作者-资格考核-自学参考资料 IV. D920.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2003) 第 005046 号

国家司法考试专题讲座——民法 66 讲

李建伟 编著

责任编辑 林志农

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市朝阳区安慧北里(亚运村)安园甲 9 号(100101)

电 话 (010)65290563(责任编辑) 65290516(出版部)
65290558 65290541 65290543(发行部)

网 址 www.courtpress.com

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷 北京人卫印刷厂

经 销 新华书店

开 本 787×1092 毫米 16 开本

字 数 625 千字

印 张 32

版 次 2003 年 4 月第 1 版 2003 年 5 月第 2 次印刷

书 号 ISBN 7-80161-486-0/D·486

定 价 58.00 元

版权所有 侵权必究

(如有缺页、倒装, 请与出版社联系调换)

序

写在前面的话

我曾应新浪网之邀，写过一篇短文，题目是“判断司法考试辅导用书的好书标准”（短文附后）。为什么写这篇短文？主要是有感于近年来市面上出现的司法考试辅导书越来越“繁荣昌盛”，选题越来越多样、复杂，着实让考生一头雾水，无从选择。但细翻看其内容，有些书却又不免令人大失所望。原因在于，这些书中的许多作品太多的具有以下共性：挂名主编现象太多；内容重复率太高；内容错误率高的惊人；内容的针对性很差，有些书名为辅导用书，实则与司法考试命题精神差之万里；体例陈旧，主次不分；编写人员的水平参差不齐；书中错字漏字层出不穷，编辑质量不敢恭维……如此等等，不一而足。以为读者负责的眼光看，这些司法考试辅导用书的质量实在难以令人满意！

或许以上现象是众人周知的事实，干嘛非得如此认真地指出呢！这里，我只想表述三方面的愿望：一是对现今司法考试辅导书整体质量状况的隐忧，这是份内之事。二是想提醒广大考生选购辅导书要有基本的警惕之心与判断之技。毕竟，一本好书可助你一臂之力，以圆律师、法官、检察官之梦，但一本不那么好的书也可以轻易地误你一程，拖你至连考不中的泥潭；三是也想给自己及同仁提供一个必要的警示！

感谢人民法院出版社林志农女士。在我将《国家司法考试专题讲座·民法66讲》书稿如释重负交付给她时，是她极力肯定了该书稿的体例与内容，给予我极大鼓舞。但林编辑同时提出，能否将司法考试中的其他学科内容也依此体例编辑成书。这是一个绝妙的好主意，同时又是一项艰巨的智力、体力的任务。因为在我当时看来，

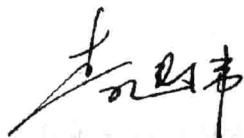
完成这一任务是需要作者的耐心、毅力、充分体能和卓绝智慧的。无疑，作者的人选是最重要也是最难的问题。环顾四周，也许再也没有比北京万国学校司法考试辅导团队更合适的人选了。这个由人民大学、北京大学、中国政法大学等名校各法学学科博士生组成的团体，以对司法考试（律考）命题的独到把握而饮誉京城，在过去的许多工作中，这些同仁总是以严谨的负责精神一次次感动了我，给我留下深刻的印象。

最终呈献给各位读者的这套四部作品，凝聚了各位作者的智慧与心血，更有令人敬佩的责任心。值得说明的是，本套作品也得到了胡锦涛教授、樊学勇教授、徐青森博士等名师的关注与指导，这里面的成果也体现了他们的眼光与智慧。

更要郑重指出的是，这套作品的出版，也正实现了我们多年来追逐的一个梦想——如何将司法考试中的法条、法理与实例完美地结合在一起，形成一个无缝接入的契合体，以清楚、精练地展现出司法考试命题对以上三个要素的绝对要求。凡是对司法考试略知一二的人都知道法条、法理与实例在司法考试中的地位与作用，而在复习与应试中，又有许许多多的考生无奈地将法条的把握、法理的理解与实例的解答当作了三张皮，无论如何努力却怎么也不能将三张皮连结起来。从某种意义上讲，将法条、法理、实例完美地结合在一起的司法考试辅导书，是在替考生做了一件功德无量的赞助之举。

而今，我们可以十分欣慰地说，这套作品的内容，是以体现法条、法理与实例的完美结合为始点的，是以体现法条、法理与实例的完美结合为轴心的，是以体现法条、法理与实例的完美结合为终点的。

是为序。



2003年6月

民法的体系与构成

——代前言

按照马克思主义经典作家的论述，民法主要是调整商品交易关系的。而一个商品交易的完成，必须有三个制度为依托才能进行。这三个制度分别是：民事主体制度、物权制度、债权制度。以一个最原始的交易行为——互易为例，甲以一只羊换乙五斤盐。从民法角度，甲、乙要完成这一交易，要有两个前提：一是甲、乙要具有民事权利能力与相应的民事行为能力，即要成为民法上的“人”（民事主体制度）；二是甲、乙二人彼此承认对方对交换对象（羊与盐）具有所有权或处分权（物权制度）。尔后，二人进行交易的过程，表现为一个动态的财产关系，成立互易合同并互为给付（债权制度）。交易完成的结果是形成一个新的物权关系，即甲拥有盐的所有权，乙拥有羊的所有权。

民事主体、物权、债权制度，的确是民法上最重要的三大制度，它们构成了民法体系的基本骨架。其中，物权制度与债权制度合称财产权制度。但是，民法又不仅限于调整商品交易关系。更重要的是，民事主体从事商品交易行为、行使财产权利的行为本身，也离不开人身权制度的支持与配合。故人身权亦属民事权利范畴，并与财产权合称民事权利。但人身权与财产权并非是截然分开的，如现代法上的继承权，其内容表现为财产权，但基于一定的身份权而发生。而在现代法上，随着智力成果等无形财产的日益重要，知识产权这种既有人身权内容又有财产权内容的民事权利，在民事权利体系中亦占有重要地位。

除民事主体制度与民事权利制度以外，民法上还有一些基本理论性或辅助性制度，才使得民事主体设立、变更、消灭民事权利成为可能。这些基本理论性或辅助性制度包括民事行为与代理制度、诉讼时效制度等，也属于民法体系的重要组成部分。

综上所述，一般说来，民法典应包括总则、人身权法、物权法、知识产权法、债权法（合同法、侵权行为法）、亲属法、继承法等。而与此相对应，民法学的主要内容应包括：

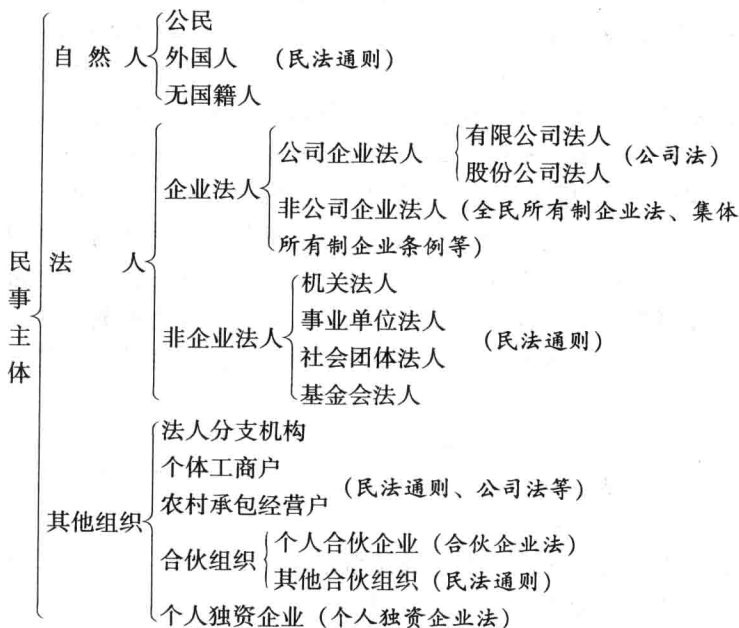
- 一、民法总则基本理论，包括民法概念、调整对象、性质、任务、基本原则、渊源、效力、适用和解释的基本理论；
- 二、民事法律关系基本理论，包括民事法律关系的概念、特征、要素、法律事实以及民事权利、义务和责任等基本知识；
- 三、民事主体制度基本理论；

- 四、民事行为与代理及诉讼时效基本理论；
- 五、人身权制度基本理论；
- 六、物权制度基本理论；
- 七、债权制度（包括合同法、侵权行为法）基本理论；
- 八、知识产权制度基本理论；
- 九、亲属法（婚姻家庭法）基本理论；
- 十、继承权制度基本理论。

民法理论博大精深，既具有严密的科学性，又具有强烈的实践性，各个具体制度的内容盘根错节，具有较之其他法律部门更明显的严密体系。因而，学习民法，在掌握各个具体制度理论精髓之基础上，务求贯通各项制度间的联系，以前后结合，左右逢合，融会贯通，既能从体系上整体把握民法理论，又不乏对具体制度的探微见幽。否则，往往会只及一点，不及其余，只见树木，不见森林，难免一鳞半爪，陷入自相矛盾之理解歧途。本书以专题形式讲述民法的基本制度，正是建立在这一认识基础之上的。

下面，我们以结构图的形式，简要展示民法体系下各制度的构成关系。

1. 民事主体制度



（注：（ ）内为相应调整该制度的我国现行部门法，下同。）

2. 民事权利体系



本书的任务，是结合司法考试的命题范围与特点，以现行立法为对象，以66个专题为平台，努力阐释民法体系下的各项具体制度的具体内容，并高度重视各制度之间的内在关联。这样，当读者置身于某一具体制度的精微之处，又不致迷失了自我，而是时刻能从体系上把握民法之经脉。事实上，本书66个专题所述内容是相当广泛的，几乎覆盖了列入司法考试范围的所有民商法规

范。详言之：

(一) 以下 18 个立法文件全面被阐述和分析：

1. 中华人民共和国民法通则
2. 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）》
3. 中华人民共和国担保法
4. 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》
5. 中华人民共和国合同法
6. 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）》
7. 中华人民共和国著作权法
8. 中华人民共和国著作权法实施条例（2002 年 9 月 15 日起实施）
9. 中华人民共和国商标法
10. 中华人民共和国商标法实施条例（2002 年 9 月 15 日起实施）
11. 中华人民共和国专利法（2000 年 8 月 25 日第二次修正）
12. 中华人民共和国专利法实施细则（2001 年 7 月 1 日起施行）
13. 中华人民共和国继承法
14. 最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》
15. 中华人民共和国婚姻法
16. 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）》
17. 最高人民法院《关于审理名誉权等案件若干问题的解答》
18. 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》

(二) 以下 14 个立法文件深度被阐述和分析：

1. 中华人民共和国土地管理法
2. 中华人民共和国土地管理法实施条例
3. 中华人民共和国城市房地产管理法
4. 中华人民共和国环境保护法
5. 中华人民共和国水法

6. 中华人民共和国矿产资源法
7. 中华人民共和国森林法
8. 中华人民共和国草原法
9. 中华人民共和国渔业法
10. 中华人民共和国野生动物保护法
11. 中华人民共和国拍卖法
12. 中华人民共和国招标投标法
13. 中华人民共和国消费者权益保护法
14. 中华人民共和国产品质量法

(三) 以下 19 个立法文件部分被阐述和分析

1. 中华人民共和国民事诉讼法
2. 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》
3. 中华人民共和国仲裁法
4. 中华人民共和国公司法
5. 中华人民共和国公司登记管理条例
6. 中华人民共和国合伙企业法
7. 中华人民共和国个人独资企业法
8. 中华人民共和国中外合资经营企业法
9. 中华人民共和国中外合作经营企业法
10. 中华人民共和国外资企业法
11. 中华人民共和国企业破产法（试行）
12. 中华人民共和国票据法
13. 中华人民共和国商业银行法
14. 中华人民共和国保险法
15. 中华人民共和国海商法
16. 中华人民共和国反不正当竞争法
17. 中华人民共和国劳动法
18. 中华人民共和国证券法
19. 中华人民共和国民用航空法

（注：上列法律、法规和司法解释共 51 项，在本书援引上述法条、司法解释和诠释法理时，一概用其简称。）

上述所谓“全面”被阐述和分析，是指该立法的所有主要内容全部被本书

阐述和分析；“深度”被阐述和分析，是指该立法规定中与司法考试相关的重要知识点基本上被本书阐述和分析，本书未涉及的规定多属与司法考试无关的内容；“部分”被阐述和分析，是指该立法规定中与司法考试相关的且与本书某一或某些专题相关的内容被本书阐述和分析，本书未涉及的规定尽管有些甚至很多与司法考试相关，但不在本书体系之列，故本书未予阐述和分析。

不难看出，本书的内容，并不局限于传统民法的内容，甚至也未严格遵守一般民法学教材的编写体例，而是充分照顾到了司法考试等法律专业（职业）考试的特点，较好地实现了法学理论、立法规定、实例三位合一的应试教材的编写要求。当然，这些特点并不影响本书成为一本民法入门教材。

是为前言。

李建伟

2003 年 5 月

目 录

民法的体系与构成

——代前言·····	(1)
------------	-----

民法通则部分

专题 一	民事权利能力、民事行为能力·····	(2)
专题 二	监护一般·····	(7)
专题 三	被监护人的侵权责任·····	(11)
专题 四	宣告失踪、宣告死亡·····	(17)
专题 五	民事主体、诉讼主体、责任承担者·····	(23)
专题 六	法人一般·····	(30)
专题 七	委托与代理·····	(40)
专题 八	诉讼时效期间·····	(51)
专题 九	物权一般及其效力·····	(58)
专题 十	物权的优先性·····	(64)
专题 十一	动产的原始取得·····	(70)
专题 十二	共有及优先购买权·····	(78)
专题 十三	土地所有权及用益物权·····	(85)
专题 十四	不当得利与无因管理·····	(96)
专题 十五	人格权·····	(101)
专题 十六	过错责任(共同过错、混合过错)、公平责任·····	(113)
专题 十七	无过错责任(特殊侵权行为)、免责事由·····	(118)

担保法部分

专题 十八	担保一般·····	(126)
专题 十九	保证合同一般·····	(135)
专题 二十	保证责任·····	(141)
专题二十一	定金·····	(151)
专题二十二	抵押权(担保物权)一般·····	(159)
专题二十三	抵押权生效规则·····	(165)

专题二十四	抵押权的内容	(171)
专题二十五	动产质权	(177)
专题二十六	权利质权	(183)
专题二十七	留置权	(187)
专题二十八	商法上的担保制度	(193)

合同法部分

专题二十九	合同及债权一般	(200)
专题三十	合同(民事法律行为)形式	(210)
专题三十一	合同条款及解释	(220)
专题三十二	要约规则	(225)
专题三十三	承诺规则	(231)
专题三十四	格式条款	(239)
专题三十五	缔约过失责任	(243)
专题三十六	合同成立与生效	(247)
专题三十七	效力待定的合同	(254)
专题三十八	无效的合同	(259)
专题三十九	可变更、可撤销的合同	(264)
专题四十	解决争议条款的独立性	(270)
专题四十一	履行抗辩权	(274)
专题四十二	合同保全	(279)
专题四十三	合同权利义务转让	(285)
专题四十四	合同解除	(292)
专题四十五	债的消灭	(302)
专题四十六	违约责任	(308)
专题四十七	合同(债)的相对性	(318)
专题四十八	加害给付(请求权竞合)	(325)
专题四十九	买卖合同的标的物所有权转移	(332)
专题五十	买卖合同标的物的风险负担、孳息归属	(337)
专题五十一	瑕疵担保责任	(344)
专题五十二	特种买卖合同	(349)
专题五十三	其他转移财产所有权的合同	(355)
专题五十四	转移使用权的合同	(363)
专题五十五	完成工作成果的合同	(370)

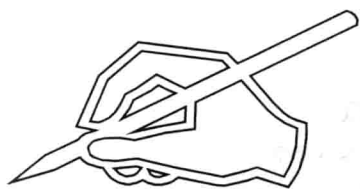
专题五十六	提供劳务（服务）的合同	(375)
专题五十七	技术合同	(385)

知识产权法部分

专题五十八	著作权一般	(394)
专题五十九	邻接权	(406)
专题六十	商标专用权一般	(414)
专题六十一	专利权一般	(430)
专题六十二	知识产权的侵权及救济	(444)

婚姻继承法部分

专题六十三	继承一般	(456)
专题六十四	继承方式	(463)
专题六十五	结婚、夫妻财产关系	(473)
专题六十六	离婚	(482)
后 记		(491)
判断司法考试辅导用书的好书标准		(493)
关于本书的几点说明		(496)



国家司法考试民法专题讲座 66

民法
通则
部分

专题一 民事权利能力、民事行为能力

[母法条]

《民法通则》

第9条 公民从出生时起到死亡时止，具有民事权利能力，依法享有民事权利，承担民事义务。

第36条 法人是具有民事权利能力和民事行为能力，依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织。

法人的民事权利能力和民事行为能力，从法人成立时产生，到法人终止时消灭。

《合同法》

第47条 限制民事行为能力人订立的合同，经法定代理人追认后，该合同有效，但纯获利益的合同或者与其年龄、智力、精神健康状况相适应而订立的合同，不必经法定代理人追认。

相对人可以催告法定代理人在一个月内予以追认。法定代理人未作表示的，视为拒绝追认。合同被追认之前，善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。

[相关法理]

民事权利能力是指民事主体依法享有民事权利和承担民事义务的资格。简言之，有民事权利能力，才有成为民事主体的可能（前提）。

民事行为能力是指民事主体能以自己的行为取得民事权利，承担民事义务的资格。简言之，民事行为能力为民事主体享有民事权利，承担民事义务提供了现实性。

自然人的民事权利能力始于出生，终于死亡，死亡包括生理死亡与宣告死亡。自然人的民事行为能力则因个体心智、健康状况而有差异。

法人的民事权利能力、行为能力，均从法人成立时产生，到法人终止时消灭。

民事权利能力、民事行为能力属于抽象理论范畴，但这是学习民法学的基础与起步，与其相联系的直接考点并不在少数。

[知识点及实例]

1. 自然人的民事权利能力始于出生

如何理解“出生时间”是一个重要知识点。

依《民通意见》第1条，认定自然人出生时间的标准依次为（记住：“依次”两个字）：（1）户籍证明；（2）医院出生证明；（3）其他有关证明。

【例】 张家有孙子张明，张明要过生日，张明母亲记得5月28日生下张明；医院的接生簿上记载的是5月29日；医院出具的出生证明上记载的是5月30日；当地派出所的户口本上记载的是5月31日。请问张明的法定出生时间为哪一日？

【答案】 5月31日。

2. 自然人的民事权利能力终于死亡

自然人的民事权利能力终于“死亡”，但有继承关系的多人在同一事件中死亡的，如何确定死亡之时间？这是一个重要知识点。

依《继承法意见》第2条，此时如不能确定死亡先后时间的，推定没有继承人的人先死亡；死亡人各自都有继承人的，如几个死亡人辈份不同的，推定长辈先死亡；几个死亡人辈份相同的，推定同时死亡。

3. 自然人民事权利能力的例外规定

以上两点是关于自然人民事权利能力起、止时间的原则性规定。凡原则之外，必有例外，以下两点例外是重要知识点：

(1) 关于胎儿的应留份额

若僵硬坚持权利能力始于出生，则“遗腹子”在其父亲死亡时将得不到任何遗产，这显然对该胎儿不公平。故《继承法》第28条规定了对胎儿的应留份额保护制度，以作为“权利能力始于出生”原则的一个例外。

【例】 甲、乙为夫妻，甲有父母丙、丁。甲死亡时，未留遗嘱，其妻乙正怀有胎儿，问甲之遗产如何分配？

【答案】 依《继承法》第28条及第10条，甲之遗产原则上应分为4份，即乙、丙、丁各一份，预留一份给胎儿。但问题在于，应留份制度是以推定胎儿活体出生为前提的。在胎儿出生时，可能存在以下三种情形，导致不同的权利分配形态：

①胎儿为活体，则该应留份属于该婴儿，由其母亲乙监护保管。

②胎儿为死体，则原预留份失去意义，应依法定继承制度处理，即以甲为被继承人，以乙、丙、丁为继承人，再分配这一原预留份。

③胎儿出生为活体，但旋即死去，则该预留份已转化为该婴儿之财产，依法定继承制度作如下处理：被继承人为婴儿，继承人为其母亲乙一人（法条依据见《继承法意见》第45条）。

(2) 死者的人格利益保护问题

依权利能力终于死亡原则，死者不再享有民事权利能力，自然也无从享有人格权。但若发生了有人侵害死亡人的人格利益（如隐私、名誉、肖像、姓名