

三校名师讲义

国 | 家 | 司 | 法 | 考 | 试
三 校 名 师 讲 义

2013年版

民 法

3

三校名师 组编

点石成金

凝聚廿一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

本书历经廿一年的经典传承

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

2013年版

民 法

3

三校名师◎组编

钟秀勇◎编著



中国政法大学出版社

2013·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

2013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, 2012.12

ISBN 978-7-5620-4601-1

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第310445号

书 名	国家司法考试三校名师讲义 (2013 年版) ——民法 GUOJIA SIFA KAOSHI SANXIAO MINGSHI JIANGYI 2013NIANBAN MINFA
出版发行	中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号) 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088 fada.sf@sohu.com http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社) (010) 58908433(编辑部) 58908325(发行部) 58908334(邮购部)
承 印	北京鑫海金澳胶印有限公司
规 格	787mm×1092mm 1/16
印 张	35
字 数	815 千字
版 本	2013 年 1 月第 1 版 2013 年 1 月第 1 次印刷
书 号	ISBN 978-7-5620-4601-1/D·4561
定 价	61.00 元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。

编 辑 委 员 会

阮齐林	晓 耕	焦洪昌	高其才
刘 玫	李仁玉	杨秀清	钟秀勇
张 锋	孙文恺	李 毅	杨 帆
鄢梦萱	王 利	刘凤科	张琮军
宋桂兰	张 龙	房保国	叶晓川
方 鹏	杨 军	徐金桂	汪华亮
杨 雄	刘 文	王 旭	李 佳

序 言

一、在 2012 年的废墟上眺望未来

今年的序言必须从 2012 年谈起。如同晴天霹雳，2012 年司法考试的民法试题震撼了绝大多数考生，大家多少有一种被欺负了的感觉，甚至出奇地愤怒。或如梦方醒，无措手足，或闲愁万种，欲说还休，或责备自己不该自复习以来一直 Beat around the bushes，或问候出题人的祖宗……如此等等，不一而足。其实，2012 年民法之惊雷，其耀眼的闪电早在 2011 年 9 月就已划破司法考试的天空。

2008 年、2009 年和 2010 年是司法考试的“放水年”，通过率很高（约 25%），司法部要求显著降低题目的难度，并要求这个任务主要由民法来完成。于是乎，民法这个法律帝国的王者（高度之王与宽度之王）立马换上便装，假扮成法律帝国的草根兼白痴，匍匐在司法考试的烂泥塘里，用宽阔的脊背托住数十万考生匆匆而慌乱的步履，背送（压根儿谈不上“目送”）他们达到成功的彼岸。2011 年和 2012 年是司法考试的“挤水年”，通过率显著降低（约 13%），司法部要求显著增加题目的难度，又要求这个任务主要由民法来完成。可怜见，民法之龙遂腾空而起，再露峥嵘，对万千考生下绊子（设置陷阱）、摆架子（提升理论要求）、兜圈子（增加题目的复合性，一个题目考数个知识点）、捅娄子（考颇具争议的知识点）。2011 年和 2012 年的司法考试变了，民法则尤其变了。慈母般的民法变为黑心的继母，温柔的民法之花结出司考的苦果。

归纳当下司考大势，曰：“得民法者未必能得天下，失民法者必痛失天下。”前瞻 2013 年民法考题，可知其必有两个特点：第一个是难；第二个还是难。怎么办？考生怎么办？辅导老师又当何为？作为对这一问题的回应，笔者撰写本文，简要介绍近期民法命题的特点与规律，大胆推荐复习准备 2013 年民法的策略与方法，供大家参考、借鉴、批评。形成共识，探索方法，鼓足勇气，从容应对。以浇“拔剑四顾心茫然”之愁，立“不破楼兰终不还”之志，杜“出师未捷身先死”之悲，期“直挂云帆济沧海”之许。下别为“总论”与“分论”述之。不过，我还是忘不了那句老话，你在看下列文字时，一定要同时记取叔本华的警示：“做自己的主人。不要让自己的大脑成为别人思想、观点的跑马场。”

二、复习方法总论

2011 年民法题目很难，2012 年还要难一些。2012 年有多难呢？50% 民法题目的从容解答需要具备民商法专业硕士生的水平。2013 年民法的难度必与 2012 年相当。恰成对照的是，80% 参加 2013 年司法考试的是大三的学生。民

法每年约 92 分，而题目的高难度对复习效果会产生这样的影响：(1) 不特别看重民法，只给民法分配常规的复习时间与复习力度，考试时连蒙带猜，一般可得 50 分左右；(2) 特别看重民法，给民法分配超常规的复习时间与复习力度，考试时半蒙半猜，可得 75 分左右（可得 85 分者尚未降临地球）。因此，笔者建议，各位可参照自己的具体情况，采用下面两种方法之一复习 2013 年的民法。

(一) 路径一：民法平平过，他法放光彩

这种方法就是：不在民法上耗费过多时间，民法弄个马马虎虎；重点突破其他科目，把它们弄个清清楚楚，门门得高分。一算总账，损益相抵，总成绩挺不错。采此路径应对民法者，做到以下几点足矣：把民法辅导用书过一遍，再把老师提示的重要知识点看几遍，全面而准确掌握重要知识点的内容，最后再挑着看一看（对重要知识点查漏补缺）。我建议多数考生采用这一路径复习民法，理由有三：(1) 其他科目相对于民法，要容易把握一些。比如民诉、刑诉、法制史、商经、三国法、法理学，毕竟容易很多，一看就能得分，稍加用力，就可保证很少失分。再比如刑法，“刑法是一串葡萄”，有一根红线贯穿其中，花一定力气搞定犯罪构成、刑罚论、若干财产犯罪，大头就到手了。而民法却是“一堆土豆”，不同的民法制度其法律构成与法律效果迥异，欲掌握大部民法知识点，须一个一个地拿下，费时费力。(2) 司法考试中，民法虽为第一大法，其重要性却远低于我等之想象。比如，每年民诉约 75 分，刑诉约 70 分，与民法相差无几；刑法约 90 分，与民法不相上下；商经约 80 分，勘敌民法。(3) 相同复习时间的产出比不同。根据笔者的估计，10 小时的复习在民诉、刑诉、商经可得 10 分；而 10 小时的复习在民法一般仅能得 4 分左右。故韩非子曰：“民法不可放弃，民法可平常待之。”

(二) 路径二：民法放光彩，他法亦粲然

这种方法就是：透彻地复习民法，力争取得 80 分左右；但对其他科目亦不手软，力争高分。下列三种考生若采用这第二种方法复习民法，不失为一种理性的选择：(1) 基础甚佳，民法为自己长项者；(2) 认为民法特别重要（75% 的律师吃民法饭），特别喜欢民法，愿意通过司法考试深化、拓展民法修养者；(3) 优秀成为一种习惯，奉“一鸣则已，一鸣惊人”为圭臬者。不过，笔者既不反对，也不鼓励学员采用这种方法。理由有二：(1) 不通民法者，欲在法律界立足，何其难也。利用司法考试的机会好好学习民法，未尝不可。故不反对。(2) 学好民法，道路何其多也！何必在司法考试一棵树上吊死。迅速通过司法考试，腾出手来好好学民法，不亦乐乎？故不鼓励。决定采用此种方法者，先要问自己两个问题：时间上能保证吗？累趴下的时候，会变节吗？

表一：2006~2012 年民法分值分布统计表

年份	总分	总则	物权	合同	侵权	债法	婚姻	继承	知产
2006	74	10	15	25	4	3	2	4	11
2007	97	8	17	30	11	7	4	6	14
2008	95	14	24	21	11	10	4	1	10
2009	92	11	19	35	6	2	4	4	11
2010	90	11	18	35	6	5	2	3	10
2011	89	7	22	27	5	10	4	3	11
2012	92	4	27	38	3	3	1	5	11

表二：2011 年司法考试民法分值分布统计表（共 89 分）

部门	分值	分值分布
总则	7 分	代理 2 分；法人 1 分；诉讼时效 1 分；人格权 3 分
物权	22 分	物 2 分；物权法定原则 2 分；物权变动 4 分；物权请求权 2 分；善意取得 1 分；共有 2 分；留置权 1 分；抵押权 7 分；动产担保物权竞合 1 分
合同	27 分	合同效力 8 分；代位权 1 分；合同转让 1 分；合同解除 3 分；履行抗辩权 6 分；违约金 2 分；转租 1 分；技术合同 1 分；建设工程施工合同 2 分；旅游合同 2 分
侵权	5 分	产品侵权 2 分；紧急避险 3 分
债法	10 分	债的分类 1 分；保证 4 分；不当得利 1 分；无因管理 2 分；连带债务 2 分
婚姻	4 分	夫妻共同债务 1 分；无效婚姻 1 分；夫妻共同财产与离婚 2 分
继承	3 分	继承权的放弃 1 分；代位继承与继承方式 2 分
知产	11 分	著作权法 5 分；专利法 3 分；商标法 3 分

表三：2012 年司法考试民法分值分布统计表（共 92 分）

部门	分值	分值分布
总则	4 分	代理 2 分；法人（分类）1 分；诉讼时效 1 分
物权	27 分	物权请求权 2 分；共有 3 分；占有 3 分；善意取得 1 分；交付（指示交付）1 分；（无权处分买卖合同）物权变动 1 分；债务转让与担保责任的承担 2 分；抵押权 9 分；权利质权（债权质权）1 分；混合担保 2 分；征收 2 分
合同	38 分	合同的效力 8 分；合同转让 4 分；要约与承诺（悬赏广告）1 分；代位权与撤销权 3 分；违约责任（实际履行）1 分；合同的相对性 6 分；技术合同 1 分；建设工程施工合同 2 分；商品房买卖合同 2 分；自然人之间的借款合同 3 分；合同的分类 4 分；保留所有权买卖 1 分；提存 1 分；情势变更 1 分
侵权	3 分	个人劳务关系中的侵权责任 1 分；违反安保义务的侵权责任 1 分；侵权责任的抗辩事由（正当防卫）1 分
债法	3 分	第三人代为清偿 1 分；不当得利 1 分；共同保证 1 分
婚姻	1 分	夫妻共同财产的分割与离婚损害赔偿请求权 1 分
继承	5 分	遗产的范围 1 分；继承方式 1 分；代位继承 1 分；遗嘱继承与法定继承 1 分；概括继承 1 分
知产	11 分	著作权法 5 分；专利法 3 分；商标法 3 分

三、复习方法分论

王阳明曰：“知是行的主意，行是知的工夫。知是行之始，行是知之成。”笔者撰写分论是出于这样的考虑，总论推荐的两种方法在内容上是重合的。无论你采用哪一种，

都必须面对下列问题：从何处下手？须达到何种程度？也就是说，根据 2011 年和 2012 年民法试题所呈现出的规律与特点，无论你采用前述两种方法中的哪一种，下列措施都是你在复习中必须采取的措施。在这里，我还必须放上我的老朋友笛卡尔说过的一句话，很多学员也喜欢。他说：“正确地运用才智。行动十分迂缓的人，只要始终循着正道前行，就可以比离开正道飞奔的人走在前面许多。”

（一）“重者恒重”的规律仍坚如磐石

司法考试不是一团乱麻，民法也不例外。2011 年、2012 年和 2013 年民法考题涉及的考点，有 50% 的内容是一样的。这就是重者恒重。比如，就物权法而言，2011 年、2012 年和 2013 年都会考到下列内容：（1）物权请求权（约 3 分）；（2）物权变动（约 5 分）；（3）善意取得（约 2 分）；（4）抵押权（约 9 分）；（5）共有（约 3 分）。再比如，就合同法而言，2011 年、2012 年和 2013 年都会考到下列内容：（1）合同的效力（可撤销的合同；效力待定的合同；无效合同）（约 9 分）；（2）合同权利的转让与债务承担（约 2 分）；（3）违约责任（约 2 分）；（4）代位权与撤销权（约 2 分）；（5）买卖合同（约 5 分）；（6）技术合同（约 2 分）；（7）合同的相对性（约 2 分）。**须注意：**重者恒重对我们的要求就是，复习民法应做的第一件事情，就是把每年都考的知识点掌握。下表（表四）就是民法的核心考点，若能透彻掌握下列知识点，民法一半的分数就已经收入囊中。**还须注意：**重者恒重还提供一个重要启示：历年真题是最重要的复习资料。无论如何要有一套历年真题分类解析。认真地看两遍，就知道司法考试考什么、怎么考、有何要求。

表四：民法核心考点一览表

部 门	每年必考或者十有八九要考的内容
总则	①民事法律关系（特别是民事权利的分类）；②无权代理、表见代理、复代理、间接代理；③肖像权、名誉权、隐私权、姓名权、荣誉权；④诉讼时效的性质、客体、期间、中断；⑤精神损害赔偿；⑥法人（分类、法人的能力、法人机关）
物权法	①物权请求权（第 34、35 条）；②基于法律行为的不动产或动产物权变动（第 9、15、23、24 条）；③非基于法律行为的物权变动（第 28～31 条）；④善意取得（第 106～108 条）；⑤抵押权；⑥共有；⑦占有的分类、占有保护（第 242～245 条）；⑧地役权；⑨留置权
债法	①无因管理；②不当得利；③保证；④债的消灭
侵权法	①被监护人致人损害和被监护人遭受损害；②饲养的动物致人损害；③用人单位责任；④物件致人损害；⑤地面施工致人损害；⑥公平责任；⑦医疗损害侵权；⑧共同侵权与分别侵权；⑨机动车道路交通事故责任
合同法	①合同的成立（要约、承诺、格式条款、缔约过失、悬赏广告）；②可撤销的合同；③效力待定的合同；④债权人撤销权与代位权；⑤合同解除；⑥违约责任（实际履行、违约金与惩罚性赔偿）；⑦买卖合同（保留所有权买卖、特种买卖、一物数卖、多重买卖、风险负担）；⑧合同权利转让与债务承担；⑨租赁合同（特别是转租、承租人的优先购买权、买卖不破租赁）；⑩技术合同
婚姻法	①夫妻共同财产与个人财产；②离婚损害赔偿请求权；③夫妻共同债务的清偿

续表

部 门	每年必考或者十有八九要考的内容
继承法	①法定继承人的顺序；②遗嘱继承与遗嘱的撤销；③代位继承与转继承
知产	①委托作品、合作作品、演绎作品等著作权的归属；②著作权的内容（特别是发表权、复制权、发行权、出租权、表演权、信息网络传播权）；③表演者权、录音制品制作者权；④合理使用与法定许可；⑤专利权的内容；⑥专利侵权的判断与抗辩事由；⑦不能作为商标使用的标记和不能注册的标记；⑧注册商标的撤销；⑨商标侵权的形态

（二）重者恒重的规律是“动态呈现”的

举几个例子说明之。例1：“欺诈”每年都会考到，但是2010年考的是“欺诈的构成要件”，2011年考的是“第三人欺诈”，2012年考的是“代理人遭受欺诈”。例2：“代理”每年必考，但是2010年考的是“无权代理的概念”，2011年考的是“间接代理、复代理、无权代理”，2012年考的是“代理的概念及类型”。例3：“诉讼时效”每年必考一题，但是2010年考的是“诉讼时效制度的性质”，2011年考的是“诉讼时效中断”，2012年考的是“诉讼时效期间的起算、中断、诉讼时效抗辩权”。由上面三个例子可以看出，每年都考这个点，但每年考的侧面并不相同。**须注意：**重者恒重的规律是动态呈现的，这一特点对我们的要求是，对重要知识点的复习要做到四个字：全面、准确。（1）“全面”的意思是，最重要的知识点都有诸多侧面，复习时要一网打尽。这是量的要求。（2）“准确”的意思是，对重要知识点的掌握一定要清晰、到位，不可模棱两可。这是质的要求。

（三）“贫富不均，基尼系数高位运行”

为了体现试题的区分度，从而控制通过率，2011年以后，每年的民法试题都采用了这样一种技术手段：某年若重点考查某几个知识点，就大幅提升其分值，拉开与其他知识点之间的差距。这些重要知识点掌握得好的考生就拼命得分，掌握得不好的考生就拼命失分。举几个例子说明：例1：双务合同中的抗辩权（同时履行抗辩权、顺序履行抗辩权、不安抗辩权）在2011年的考题中出现了4次，共考了6分。这个知识点在2010年以前的分值决不会超过2分。例2：保证在2011年的考题中出现了4次，共考了4分。例3：合同的相对性在2012年考题中出现了3次，共考了6分。这个知识点在2010年以前的分值一般是1分。例4：占有在2012年考题中出现了3次，共考了4分。而占有在此前的三年中从未涉及。**须注意：**这一特点给我们的启示是：不能贸然放弃某一知识点。比如，不能因为2011年和2012年都没有考地役权这一知识点，就断言2013年也不会考。说不定2013年有4个题目涉及地役权，分值高达5分。

（四）有意回避热点

最近几年，出题人一直在和考生玩“躲猫猫”的游戏。一旦出题人发觉多数考生都认定某一领域一定会考到，并且各司法考试培训机构也对这一领域的有关知识点进行了大力辅导，出题人就会有意回避，少考甚至不考。例1：2009年以前，侵权责任法的分值每年约9分。2009年12月份《侵权责任法》颁布后，大家都认为2010年一定会狠狠地考《侵权责任法》，好多辅导机构认为分值将达到20分。结果2010年考了6分，2011年考了5分，2012年考了3分。例2：2009年8月份颁布了《城镇房屋租赁合同解释》，

大家又押宝这个司法解释，拼命复习。结果，迄今为止，这个司法解释中规定的诸多崭新知识点一个也没有考到过。出题人还是老调重弹，不温不火地考过两次转租，与这个司法解释毫无关系。例3：2011年8月出台了《婚姻法解释（三）》，但2012年仅一个题目涉及它，仅半分而已。**须注意：**既然出题人有意回避热点，我们就不要押宝。比如，2011年5月出台了非常重要的《买卖合同解释》，2013年一定会涉及到，但我们不能只复习《买卖合同解释》，别的都不管了。这是非常危险的。因为出题人知道我们一般会怎么想。

（五）题目复合性极强

复合性体现在两个方面：（1）在一个题目中考查3个以上的知识点，这样的题目占80%；（2）把相互关联，但隶属于不同领域的知识点聚合在一起考查。举几个例子，例1：下面4个知识点组成一个题目——《物权法》第29条（通过继承发生的物权变动）+《继承法》第33条（概括继承）+《物权法》第31条（宣示登记的效力）+《物权法》第106条（善意取得）。例2：下面5个知识点组成一个题目——《物权法》第34条（返还原物请求权）+《物权法》第15条（区分原则）+《物权法》第9条（基于法律行为的不动产物权变动规则）+《物权法》第29条（通过继承发生的物权变动）+《继承法》第33条（概括继承）。**须注意：**应对题目复合性的有效手段有二：（1）好好看历年真题。它会一五一十地告诉你哪些知识点常常聚会碰面，狼狈为奸。（2）复习中有意作一些归纳，把具有内在联系的知识点整理在一起。

（六）过于偏僻的知识点可以忽略

每年都有一些非常偏僻的知识点，偏僻到令人恶心的程度。比如：2008年考了“收养的条件”；2009年考了“土地承包经营权”；2010年考了“监护”；2011年考了“器官捐献”；2012年考了“建设工程施工合同中的垫资”。这些知识点是奖励那些在司法考试中奉行“有困难要上，没有困难创造困难也要上”原则，像推土机一样复习的学员的。若从策略出发，则可忽略这些知识点，因为它们都是昙花一现的考点，再次考到的概率为零。

（七）理论性显著增强

这是一个很要命的特点，也是2012年民法试题难度大幅提升的首要原因。主要体现在两个方面：（1）有争议的知识点入题。例1：悬赏广告的性质（要约或单方允诺）、抵押权人是否享有返还原物请求权、债权人代位权的客体是否包括返还原物请求权，这些知识点迄今为止尚无定论，但2012年出题人依然按照自己的观点设计了题目。例2：缩短给付（经由被指令人给付）中的不当得利制度，通说观点（王泽鉴）认为应以给付关系替代因果关系。但出题人反对通说观点，按照自己的观点设计了题目（2012年卷三第20题）。（2）深入考查到规范背后的理论知识，远超本科教材的讲授范围。例1：2012年卷三第8题在考查占有回复请求权（《物权法》第245条）的构成要件时，就要求考生掌握，占有回复请求权的对象包括侵夺人及其概括继受人与恶意特定继受人，对善意的特定继受人不能行使占有回复请求权。例2：2012年卷三第7题在考查“债权质权的设立”时，就考到：债权质权的设立，适用债权转让的规定，自通知到达债务人，已经设立的质权对债务人发生效力。**须注意：**理论性显著增强这一特点是最难应付的。这是多数考生最害怕的地方。如何应对呢？我的建议是：如果你准备采用前述“总论”中的第一种方法（“民法平平过，他法放光彩”）复习，这些理论问题暂时就不要管他，

等司法考试通过后再对付他们。如果你准备采用前述“总论”中的第二种方法（“民法放光彩，他法亦粲然”），你可以看一看王泽鉴撰写的《民法总则》和《民法物权》这两本书，将很有帮助。

四、赵括与司法考试

《史记》卷二十一《廉颇蔺相如列传》中有这么一段话：“赵括自少时学兵法，言兵事，以天下莫能当。尝与其父奢言兵事，奢不能难，然不谓善。括母问奢其故，奢曰：‘兵，死地也，而括易言之。使赵不将括即已，若必将之，破赵军者必括也。’”

这段话的白话文的意思是：“赵括从小就学习兵法，喜欢谈论军事，认为天下没有一个人能比得过自己。他曾经与他的父亲赵奢一起争论战略战术问题，赵奢也说不过他，但赵奢却不认为他的儿子真有本领。赵括的母亲问赵奢这是为什么，赵奢说：‘战争，是生死攸关的事情，而赵括却随随便便地对待它。如果赵国不让赵括带兵还好，假如一旦让他带兵，那时使赵国吃败仗的肯定就是他。’”

五、勇敢的心：人生最强大的软件

西班牙人葛拉西安（Baltasar Gracian, 1601~1658）有一部名著《智慧书》。这本书太伟大了，每一个字都闪烁着钻石般的光芒。其中有这么一段话，对于必须应对一切困难之事的人，特别受用。特抄录于此：“知道怎样依靠自己。危难之时，勇敢的心就是最好的伙伴。如果心开始脆弱，最好用靠近它的器官来加强。意志坚定的人，忧虑自然就会消失。千万别向苦难投降，否则不幸会让你无法忍受。面对困境时，很多人不自救，且不懂得怎样去忍受，于是苦上加苦。了解自己的人懂得如何加强自己的弱项；明智之人可以征服一切，甚至包括他们的命运。”

这段话的一个英文版本是这样的：“Know how to take your own part. In great crises there is no better companion than a bold heart, and if it becomes weak it must be strengthened from the neighboring parts. Worries die away before a man who asserts himself. One must not surrender to misfortune, or else it would become intolerable. Many men do not help themselves in their troubles, and double their weight by not knowing how to bear them. He that knows himself knows how to strengthen his weakness, and the wise man conquers everything, even the stars in their courses.”

六、用爱和解

依余所信，人生充满着苦难。屈原不是说“悲兮愁，哀兮忧。叹人生之多艰”吗？才高如李白者，也一会儿感叹“古来万事东流水”，一会儿断言“人生在世不称意”。刚健古直的魏武帝曹操，亦甚有悲凉之句如：“慨当以慷，忧思难忘。何以解忧？唯有杜康。”

虽然，君知否？并非人生有苦味，而是感觉在发苦。印度哲人克里希那穆提（Krishnamurti）揭示了痛苦产生的秘密。人之为人，有七情六欲，欲望的满足带来快感。人之为人，欲壑难填，欲望不能满足或者快感不能重复，即生痛感。对未来不能获得快感或者已获快感不能重复的担忧就是恐惧，恐惧弥漫于心，味遂苦矣！虽然，子知否？痛苦只与快感有关，而与成功或失败无关。心仪杨玉环，但见贵妃只与玄宗戏，痛

苦。已得赵飞燕，又恐飞燕移情别恋，或恨瘦燕终无环肥态，亦痛苦。未过司法考试，痛苦。过了司法考试，却因此耽搁了研究生入学考试，亦痛苦。是成亦苦，败亦苦。所以，大家都信服叔本华（Arthur Schopenhauer）的宣言：“奋斗无法消除苦难本身。”（Striving can not eliminate suffering as such.）

然则，痛苦有一味解药，唯一的解药。她的名字叫“爱”。若你真爱民法，你就会无怨无悔地为民法献身，民法也会无怨无悔地听你差遣。若你真爱民法，看书者，恋爱也；作文者，游戏也；考试者，消遣也。若你真爱民法，学富五车犹未足也，孤陋寡闻又何惧哉！可是，爱不等于需要。爱的本质在于无怨无悔。好多明星都有干爹，遗憾的是她们仅仅需要一个或几个干爹（干爹，我要！），而不爱这个或这些干爹。她们也许嫌弃干爹的口臭，也许难堪于干爹不分场合地中部崛起。因为不是爱，所以，干爹往往是她们的灾难，她们往往也是干爹的绞命索。可是，爱不等于喜欢。爱的本质在于奉献。北京、上海最成功的律师年收入高达数千万元，某甲、某乙于是特别特别想当这样的律师，真的好想！某甲、某乙于是花万余元报了一个司法考试辅导班。民法课上，老师从占有制度开讲，第一个问题占有的分类尚未讲完，某甲许久前已经进入梦乡；第二个问题占有保护尚未讲完，某乙已数次“猥亵”其携带的两个手机（一个 iPhone4，一个 iPhone4S）。他们哪里知道，郝劲松因为热爱法律，不收分文，与铁道部斗，与钓鱼执法者斗。他们哪里知道，盲人陈光诚因为热爱法律，不计代价地为他人的权利而奋斗，浑身都是劲，浑身都是胆，浑身都是爱，都是光。所以，特蕾莎嬷嬷（Mother Teresa）断言：“在生命的终点，审判我的将是爱。”

人生苦。司法考试苦。与命运和解吧。用爱与命运和解。爱就是无怨无悔地与之携手而行，必要时，无怨无悔地为之奉献牺牲。爱是必要的，因为人生是残缺的，爱可以弥补人生的残缺。所以史铁生说：“我的生命密码是残缺与爱情。”爱是充足的，爱使生命具有价值，爱使生命值得期许，爱使生命值得回味。爱让一切艰苦的努力无怨无悔，爱让爱的对象成为目的本身，而不再是手段。所以莫言说：“一个被爱情之火烧烤的驴，比所有的人都幸福啊。”（《生死疲劳》第六章“柔情缱绻成佳偶，智勇双全斗恶狼”）

七、附论：民法的内容与技术

民法是一个海洋。究其内容，却令人吃惊的单纯而质朴。民法的内容有二：（1）确定利益（人格利益、身份利益、财产利益）归谁支配。（2）调整支配利益的变动，包括：①支配利益的不正当变动如何矫正；②支配利益的正当变动如何保障。

前者（确定利益归谁支配）是民法的中心内容，是民法的目的。后者（调整支配利益的变动）是服务前者的工具和手段。

（一）确定利益归谁支配

人的生存和发展，依赖于一定的利益。而利益有限，人的欲望无涯，为定纷止争，须确定一定的利益在法律上的归属。为此，首当其冲的问题是，“谁”有资格支配一定的利益，这就是民事权利能力问题。我国民法确立四种主体享有民事权利能力，可以依法支配一定的利益。它们是：（1）自然人（包括外国人）；（2）法人；（3）国家；（4）其他组织。

例1 甲早年丧妻，有二子一女，均长大成人，事业有成。甲订立的遗嘱表明，自己死后，所有的遗产归自己豢养的一只名叫“Gaga”的小狗所有。后甲死亡。此例中：

①甲的遗嘱无效。②原因在于，依照我国民法，狗是物，不具有民事权利能力，不能成为遗产的支配者（所有者）。③一句话：有资格在法律上支配一定的利益，须以得到确认的法律上的人格为前提。这个法律上的人格，称为民事权利能力。

例2 甲早年丧妻，有二子一女，均长大成人，事业有成。甲订立的遗嘱表明，自己死后，所有的遗产归女儿一人所有，但女儿负有继续豢养一只名叫“Gaga”的小狗的义务。后甲死亡。此例中：①甲的遗嘱有效。其遗嘱属于附义务的遗嘱。②若女儿取得遗产所有权后，不履行义务，依照《继承法意见》第43条处理。

进而，总结数千年的经验，参酌列强的做法，考虑经济、文化、政治、地理等等情况，民法确定在诸多情形下（即民事法律事实），人格利益、身份利益、财产利益归谁支配。为达此目的，民法采用的技术是赋予主体以支配权，由其直接支配并享有一定的利益，并排斥他人干涉。民法上的支配权有四种：（1）人格权（支配生命、健康、身体、姓名、名誉等人格利益）；（2）身份权（支配同居、忠实、扶养、赡养等身份利益）；（3）物权（支配特定的物或者民事权利的使用价值、交换价值）；（4）知识产权（支配作品、技术方案、商业标记等无形财产利益）。

这样，以支配权为内容，就在民事主体之间形成了一种法律关系：（1）支配权人直接支配一定的人身利益或者财产利益，无须他人行为的协助，即可直接享有该利益；（2）支配权人以外的任何人（即不特定的第三人，包括国家）均负不得侵害支配权的不作为义务。这样一种法律关系，称为绝对民事法律关系。其特点是，权利主体特定，义务主体不特定。绝对民事法律关系也是四种：（1）人格权法律关系；（2）身份权法律关系；（3）物权法律关系；（4）知识产权法律关系。

例3 甲、乙结婚，生子丙，丙不幸罹患先天性脑瘫。①丙虽是脑瘫患者，但依法享有民事权利能力。②基于出生这一法律事实，民法就赋予丙对其生命、健康、身体、肖像、名誉、隐私、姓名等人格利益享有作为支配权的人格权，对应的具体人格权分别是生命权、健康权、身体权、肖像权、名誉权、隐私权、姓名权。③以丙享有的人格权为内容，就在丙和丙以外的任何不特定人之间形成了人格权法律关系。④甲、乙作为自然人，与丙的情况相同。

例4 甲、乙结婚，生子丙，丙罹患先天性脑瘫。①只要甲、乙的婚姻符合《婚姻法》规定的有效婚姻之要件（有效婚姻的事实构成），婚姻法就赋予甲、乙对特定的身份利益（如：与配偶同居的利益；配偶对自己忠诚的利益；配偶在自己缺乏生活能力时扶养自己的利益）以身份权，一般称为配偶权。凭借身份权，甲、乙均得直接支配该身份利益，并排斥任何人（包括自己的配偶）的干涉和侵害。②无论甲、乙的婚姻是否有效，婚姻法都赋予丙对特定身份利益（如：父母抚养自己的利益；父母照看自己的利益；父母与自己同居的利益）以身份权。凭借该身份权，丙得以直接支配该身份利益，并排斥任何人（包括他的父母甲、乙）的干涉和侵害。

例5 甲的母牛生产一头小牛，取名“Bieber”。三年后，为了担保乙的债权，甲将“Bieber”质押给乙。①《物权法》第115条认为，“Bieber”是母牛的孳息，“Bieber”出生后，民法就赋予甲对“Bieber”之占有、使用、收益、处分的利益以支配权，并名之为所有权，这样，以甲对“Bieber”的所有权为内容，在甲和甲以外的任何人之间形成了所有权法律关系（甲以外的任何人均负有不得侵害甲对“Bieber”所有权的不作为义务）。②甲、乙约定以“Bieber”质押并完成交付后，民法就赋予乙对“Bieber”的交

换价值以支配权（即：若乙的债务人不履行到期债务或者发生约定的事由，乙有权拍卖、变卖“Bieber”，并就所得价款优先清偿自己的债权），并将乙的这一权利命名为质权。这样，以乙对“Bieber”的质权为内容，就在乙和乙以外的任何人之间形成了质权法律关系。

例6 甲设计了小汽车的外观设计，经申请，国家专利局授予甲小汽车外观设计专利权。①专利权，就是让甲对一定的利益予以排他支配。②根据《专利法》第11条，自申请日起10年内，甲对以生产经营目的制造、销售、许诺销售、进口该外观设计小汽车的财产利益享有排他性支配权。这样，以甲的专利权为内容，就在甲和甲以外的任何人之间形成了专利权法律关系。③若乙擅自以生产经营目的使用该小汽车外观设计，甲不能说乙侵犯了自己的专利权，因为“以生产经营目的使用该小汽车外观设计”不属于甲的专利权支配的利益范围。

由上可见，民法的核心任务是确定财产利益和身份利益归谁支配，其调整的方式是赋予支配权，调整的技术手段是形成以支配权为内容的绝对民事法律关系。《民法通则》、《物权法》、《婚姻法》、《继承法》、《著作权法》、《专利法》、《商标法》等法律中的部分条文就是为这一大事而来。然而，令人吃惊的是，这些法律三下五去二，寥寥数语就解决了这一问题。用了不足一百个条文就出色地完成了这一任务。这说明，目的确定与解决是相对容易的，而实现目的的手段和工具是复杂的。因此，民法的主要内容在第二个方面：调整支配利益的变动。

（二）调整支配利益的变动

1. 支配利益不正当变动的矫正。

若因一定的行为或事件，使绝对民事法律关系中的支配利益出现不正当变动，以支配权为内容的法律秩序即遭到破坏，民法于是赋予支配权人（或曾经的支配权人）以请求权（侵权损害赔偿请求权、不当得利返还请求权、无因管理之债请求权、物权请求权、人格权请求权、身份权请求权、占有保护请求权），请求特定的相对人完成一定的行为（包括作为和不作为），以恢复支配权的圆满状态，或者（在支配权的圆满状态已不可恢复的情况下）对支配权遭受的损害予以补偿。这样，就以请求权为内容，在特定的权利人与特定的义务人之间形成了相对民事法律关系。其特点是，权利主体特定，义务主体也特定。相对民事法律关系主要包括：（1）侵权之债；（2）不当得利之债；（3）无因管理之债；（4）缔约过失之债；（5）物权请求权法律关系；（6）占有保护请求权法律关系；（7）人格权请求权法律关系；（8）身份权请求权法律关系；（9）知识产权请求权法律关系。

例7 甲为知名作家，乙5年来不断捏造甲的作品系他人代笔的事实予以散布，致使数家出版社终止了与甲的出版合同。①乙的诽谤行为使甲的社会评价降低，甲的名誉权支配的人格利益（名誉）因此出现不正当变动。②依照民法理论，甲有权请求乙停止侵害。该权利属于人格权请求权，旨在恢复甲对名誉支配的圆满状态，其特点在于不适用诉讼时效。只要乙的诽谤行为还在持续，虽经过5年，甲仍有权请求乙停止侵害。③依照《民法通则》第101条和《侵权责任法》第6条第1款，甲有权请求乙赔偿损失。该权利属于侵权损害赔偿请求权，旨在补偿甲因此遭受的财产损失和精神痛苦。其特点在于适用诉讼时效，若乙提出抗辩，则只能计算2年的损害赔偿。④以前述两个请求权为内容，在甲、乙间分别形成人格权请求权法律关系和侵权之债法律关系（均为相对民

事法律关系)。

例8 甲盖房屋时,擅自取乙所有的木材作为房屋的屋梁,房屋竣工后,乙方才得知。①甲的行为使乙享有所有权的木材被甲占有、使用,乙对自己木材的支配利益出现不正当变动。②为了促进物尽其用,民法对此事的评价结论是:由于不毁损房屋或者变更其性质,就不能使木材与房屋分离,故木材已成为房屋的重要成分,“屋梁”不能再成为所有权的客体,乙对木材的所有权因“附合”而消灭,甲取得附合物(房屋)的所有权。这是民法对支配利益确立的新秩序。所以,乙无权要求甲返还木材。③但甲取得木材的支配利益欠缺法律上的原因,并因此给乙造成损失,乙对甲享有不当得利返还请求权;同时甲的行为还构成侵权,乙对甲还享有侵权损害赔偿请求权,但两个请求权乙只能择一行使,行使的目的在于补偿乙的所有权遭受的损害。④以前述两个请求权为内容,在甲、乙间分别形成了不当得利之债法律关系和侵权之债法律关系。

例9 甲的牛走失,被乙拾得,乙正好缺少耕牛,就将该牛作为己有,驱使其日出也作,日落也作。①乙的侵占行为致使甲对牛的支配利益出现不正当变动。②根据《物权法》第34条,所有权人甲对无权占有人乙享有返还原物请求权,有权请求乙返还占有的耕牛,旨在恢复甲对耕牛支配的圆满状态。这个请求权不适用诉讼时效。③以该返还原物请求权为内容,甲、乙间成立了返还原物请求权法律关系。**须注意:**这里存在请求权竞合,甲对乙还享有不当得利请求权或侵权损害赔偿请求权(诸位明白,略去不表)。

例10 甲的牛走失,被乙拾得,乙正好缺少耕牛,就将该牛作为己有,每日用其耕田百亩,半月后该牛被累死,尸体迅即腐烂。①甲对乙不享有返还原物请求权。因为牛已然死亡,恢复甲对牛支配的圆满状态即为不可能,故返还原物请求权不能发生。换个角度看就是,由于牛已经死亡,乙对牛的无权占有消灭,甲的所有权也消灭,不再符合返还原物请求权的构成要件。②当然,甲对乙享有侵权损害赔偿请求权,甲、乙间成立侵权之债法律关系。

从这四个例子可以看出,为了维护支配利益的归属秩序,民法的重要内容之一,是当支配利益因一定行为或事件出现不正当变动时,民法就赋予支配权人(或曾经的支配权人)请求权,内容是请求特定的人作出一定行为或者不得为一定行为,从而使支配权的圆满状态得以恢复,或者(在支配权的圆满状态已经不可能得到恢复时)让支配权人(或曾经的支配权人)得到相应的补偿。与支配权相比,请求权有两个重要特点:

(1) 请求权的权利人是特定的,义务人也是特定的;

(2) 请求权的实现具有间接性,依赖于义务人依照请求完成特定的行为(作为或不作为);相反,支配权的实现具有直接性,无须依赖任何人行为的协助(义务人只要不侵害支配权,支配权就处于实现状态)。

这些请求权可分为两个类型:

(1) 债权请求权,包括:侵权损害赔偿请求权;不当得利返还请求权;无因管理之债请求权;缔约过失请求权。其主要特点是:适用诉讼时效。

(2) 物权请求权性质的请求权,包括:返还原物请求权(《物权法》第34、35条);占有保护请求权(《物权法》第245条);人格权请求权;身份权请求权;知识产权请求权。其主要特点是:①不以相对人的故意或过失为构成要件;②不适用诉讼时效。

这些请求权的构成要件各不相同,权利的存续期间各不相同,分别规定在《物权

法》、《侵权责任法》、《民法通则》、《继承法》、《婚姻法》、《专利法》的相关部分，是司法考试的重中之重，留待后文详述。

2. 支配利益正当变动的保障。

人人享有支配权，支配的利益各不相同。人人爱好不同，价值取向各异，梦想也不一样。这就产生了交换、单方面移转各自支配利益的需要。当然，有些支配利益是不允许交换的（如配偶权，南京的副教授因交换配偶权获罪；再如名誉权也不能交换）。有些支配利益是不允许抛弃的（如生命权）。民法只保障支配利益之正当的交换、抛弃、单方面移转。民法采用民事法律行为制度保障正当的支配利益之交换、抛弃、单方面移转。这就是民事法律行为制度的体系定位。具体而言：

（1）用合同制度调整财产利益和身份利益的交换或变动，如结婚、协议离婚、收养、买卖合同、抵押合同。

（2）用抛弃物权、遗嘱、捐助等单方法律行为制度调整财产利益的抛弃和单方面移转。

（3）用离婚、解除收养、撤销婚姻等单方法律行为制度调整身份利益的单方面变动。

其采用的具体技术手段是：

（1）双方法律行为生效，产生一个债权请求权，请求权人有权请求对方作出一定的行为，以使支配权发生移转。

（2）单方法律行为生效（如抛弃所有权、形成权的行使），即可直接依照行为人单方的意思表示发生支配利益的变动。如遗嘱生效时，继承人即取得遗产所有权；动产所有权被抛弃后，动产成为无主动产；诉讼离婚或者办理离婚证后，配偶权消灭。

（3）由于是支配权的变动，除非法律另有规定，须经公示才可发生支配权的变动，如结婚、收养须经登记，离婚须经诉讼或登记，不动产物权变动须经登记，动产物权变动须经交付。

例 11 甲、乙达成协议，甲将自己的一栋房屋以 300 万元的价格出卖给乙。①甲、乙的买卖合同生效后，成立一个合同之债，产生两个债权请求权，甲的债权请求权的内容是请求乙支付 300 万元，并移转 300 万元的所有权，乙的债权请求权的内容是请求甲交付房屋并移转房屋的所有权。两个债权请求权均可得到法院之强制执行的保障（请求权的法律上之力）。②但是，甲、乙的债权请求权有效成立之时，支配权并未发生移转，房屋的所有权仍归甲，300 万元的所有权仍归属于乙。③须经公示，才可导致所有权的移转，即给乙办理房屋过户登记后，乙才取得房屋所有权，甲对房屋的所有权消灭；同样，须乙向甲完成 300 万元的交付，才发生金钱所有权的移转。

例 12 郭丽丽有 18 个“爱马仕”的包包，个个价值怕在 20 万元左右。丽丽觉得其中一个有些老土了，懒得提，不想惹凤姐笑话，扔了得了。红十节那天，丽丽起个大早，在腰间胡乱缠了些衣物，抓了这个包包出门，把包包扔在垃圾堆里，急急地绝尘而去。小区看门的老钟见状急忙捧回包包，藏匿数日，直等到老婆生日那天，才当作生日礼物送将出来，换了三碗水酒。①郭丽丽抛弃包包的所有权，构成要件有二：a. 抛弃的单方法律行为有效；b. 放弃对包包的占有，即完成公示。故当郭丽丽将包包扔到垃圾堆时，抛弃的要件齐备，郭丽丽对包包的所有权消灭，包包成为无主动产。②钟某可通过先占取得包包的所有权，先占属于事实行为（不是法律行为），其要件有三：a. 标的物

为无主动产；b. 以据为己有的意思占有；c. 他人对无主动产无先取权，如捕捞权。故钟某已经通过先占取得包包的所有权。③根据《婚姻法》第17条的规定，除非法律另有规定或者夫妻另有约定，婚姻关系存续期间一方取得的财产属于夫妻共同共有，故该包包属于钟某夫妻共有，不存在赠与的问题。钟某的赠与行为，在法律上属于自作多情。

例13 甲因遭乙胁迫，不得已与乙办理了结婚登记。半年后，甲起诉至法院，请求撤销甲、乙的婚姻。①根据《婚姻法》第11条，甲、乙的婚姻属于可撤销的婚姻，撤销前，甲、乙的婚姻有效，甲、乙均享有相应的配偶权。②自登记之日起一年内，甲享有撤销权（属于形成权），甲无须乙的协助，即有权依照自己单方面的意思请求法院或者婚姻登记机关撤销该婚姻。这个撤销权因具有依照权利人单方面的意思变动权利的作用，故属于形成权。③若法院支持甲的撤销权，自生效判决作出之日起，甲、乙的婚姻关系（配偶权）消灭。

通过以上三个例子，大致说明了民法采用何种技术手段保障支配利益的正当变动。当然，这里只是十分简略地叙述，其具体的内容十分丰富、庞杂，规定在《合同法》、《物权法》、《民法通则》、《婚姻法》、《继承法》的诸多条文中，是司法考试比重最大的部分，我们后面再详细阐述。