

2009_年

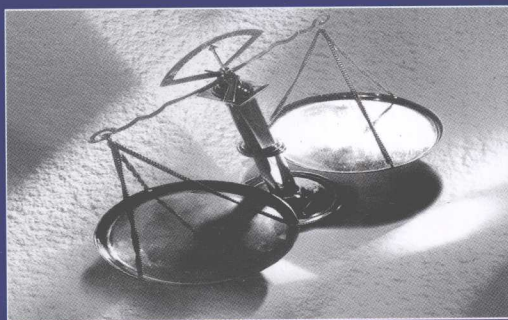
国家司法考试辅导用书

Guojia Sifa Kaoshi Fudao Yongshu

【修订版】

第三卷

国家司法考试辅导用书编辑委员会



国家司法考试辅导用书

(2009 年修订版)

第三卷

国家司法考试辅导用书编辑委员会

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

国家司法考试辅导用书:2009年修订版.第3卷/《国家司法考试辅导用书》编辑委员会组织编写.——北京:法律出版社,2009.4

ISBN 978-7-5036-9449-3

I. 国… II. 国… III. 法律工作者—资格考核—中国—
自学参考资料 IV. D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 051140 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/宋杰鹏等

装帧设计/曹 铀

出版/法律出版社

编辑统筹/法律考试出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京外文印刷厂

责任印制/沙 磊

开本/787×1092 毫米 1/16

印张/45 字数/1129 千

版本/2009 年 5 月第 1 版

印次/2009 年 5 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-9449-3

定价(全 3 册):260.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目录

Contents

民法

第一章 民法概述	1
第一节 民法的概念和调整对象	1
第二节 民法的基本原则	2
第三节 民事法律关系	3
第四节 物与有价证券	6
第二章 自然人	11
第一节 自然人的民事权利能力	11
第二节 自然人的民事行为能力	12
第三节 自然人的住所与监护	13
第四节 宣告失踪与宣告死亡	15
第五节 个体工商户、农村承包经营户和个人合伙	17
第三章 法人	20
第一节 法人概述	20
第二节 法人的能力	24
第三节 法人机关	25
第四节 法人的成立、变更和终止	26
第五节 法人联营	29
第四章 民事法律行为	30
第一节 民事法律行为概述	30
第二节 意思表示	34
第三节 民事法律行为的成立与生效	37
第四节 附条件与附期限的民事法律行为	38
第五节 无效民事行为	41
第六节 可变更、可撤销的民事行为	42
第七节 效力未定的民事行为	44
第五章 代理	46
第一节 代理的概念和类型	46
第二节 代理权	49

第三节 无权代理	51
第六章 诉讼时效与期限	54
第一节 诉讼时效	54
第二节 期限	59
第七章 物权概述	61
第一节 物权的概念和效力	61
第二节 物权的类型	65
第三节 物权的变动	66
第四节 物权的保护	76
第八章 所有权	79
第一节 所有权概述	79
第二节 国家所有权、集体所有权、私人所有权与其他所有权	81
第三节 业主的建筑物区分所有权	85
第四节 相邻关系	86
第五节 所有权的特别取得方法	88
第九章 共有	92
第一节 共有的概念和特征	92
第二节 按份共有	93
第三节 共同共有	96
第十章 用益物权	99
第一节 用益物权的概念和特征	99
第二节 土地承包经营权	100
第三节 建设用地使用权	103
第四节 宅基地使用权	106
第五节 地役权	106
第十一章 担保物权	110
第一节 抵押权	110
第二节 质权	117
第三节 留置权	121
第四节 担保物权的竞合	122
第十二章 占有	125
第一节 占有概述	125
第二节 占有的效力和保护	126
第三节 占有的取得和消灭	128
第十三章 债的概述	130
第一节 债的概念和要素	130
第二节 债的发生	133
第三节 债的分类	137

第十四章 债的履行	139
第一节 债的履行规则	139
第二节 债的不履行和不当履行	140
第十五章 债的保全和担保	143
第一节 债的保全	143
第二节 债的担保	147
第十六章 债的移转和消灭	157
第一节 债的移转	157
第二节 债的消灭	162
第十七章 合同的订立和履行	168
第一节 合同订立的程序	168
第二节 合同的内容和解释	174
第三节 双务合同履行抗辩权	176
第十八章 合同的变更和解除	179
第一节 合同的变更	179
第二节 合同的解除	179
第十九章 合同责任	182
第一节 违约责任	182
第二节 缔约过失责任	186
第二十章 转移财产权利的合同	188
第一节 买卖合同	188
第二节 赠与合同	190
第三节 借款合同	191
第四节 租赁合同	192
第五节 融资租赁合同	193
第二十一章 完成工作成果的合同	195
第一节 承揽合同	195
第二节 建设工程合同	196
第二十二章 提供劳务的合同	198
第一节 运输合同	198
第二节 保管合同	200
第三节 委托合同	200
第四节 行纪合同	201
第五节 居间合同	202
第二十三章 技术合同	204
第一节 技术合同概述	204
第二节 技术开发合同	206
第三节 技术转让合同	206
第四节 技术咨询和技术服务合同	207

第二十四章 不当得利、无因管理	208
第一节 不当得利	208
第二节 无因管理	213
第二十五章 著作权	217
第一节 知识产权的概念和范围	217
第二节 著作权的客体	218
第三节 著作权的主体	219
第四节 著作权的内容	221
第五节 著作权的限制	223
第六节 邻接权	224
第七节 著作权侵权行为	226
第八节 计算机软件著作权	226
第二十六章 专利权	230
第一节 专利权的主体	230
第二节 专利权的客体	231
第三节 授予专利权的条件	233
第四节 授予专利权的程序	234
第五节 专利权的内容和限制	236
第六节 专利侵权行为	238
第二十七章 商标权	240
第一节 商标概述	240
第二节 商标权的取得	240
第三节 商标权的内容	243
第四节 商标权的消灭	243
第五节 商标侵权行为	244
第六节 驰名商标的保护	245
第二十八章 婚姻家庭	247
第一节 结婚	247
第二节 离婚	252
第三节 夫妻关系	262
第四节 父母子女关系	264
第二十九章 继承概述	268
第一节 继承与继承权	268
第二节 继承权的取得、放弃、丧失和保护	268
第三十章 法定继承	270
第一节 法定继承概述	270
第二节 法定继承人的范围和顺序	270
第三节 代位继承	271
第四节 法定继承中的遗产分配	271

第三十一章 遗嘱继承、遗赠和遗赠扶养协议	273
第一节 遗嘱继承概述	273
第二节 遗 嘱	273
第三节 遗 赠	276
第四节 遗赠扶养协议	277
第三十二章 遗产的处理	279
第一节 继承的开始	279
第二节 遗 产	279
第三节 遗产的分割和债务清偿	281
第四节 无人继承又无人受遗赠的遗产	282
第三十三章 人身权	283
第一节 人格权	283
第二节 身份权	288
第三十四章 侵权行为	291
第一节 侵权行为概述	291
第二节 侵权行为归责原则	292
第三节 一般侵权行为构成要件	293
第四节 共同侵权行为	295
第五节 特殊侵权行为	296
第六节 侵权责任	301

商法

第一章 公司法	309
第一节 公司法概述	309
第二节 公司的设立	316
第三节 公司的股东	321
第四节 公司的董事、监事、高级管理人员	325
第五节 公司的财务与会计制度	326
第六节 公司债券	328
第七节 公司的变更、合并与分立	330
第八节 公司的解散与清算	333
第九节 外国公司的分支机构	334
第十节 有限责任公司	335
第十一节 股份有限公司	343
第二章 合伙企业法	352
第一节 合伙制度概述	352
第二节 普通合伙企业的设立条件与程序	353
第三节 普通合伙企业的财产	355

第四节 普通合伙事务的执行	356
第五节 普通合伙与第三人的关系	358
第六节 普通合伙的入伙与退伙	359
第七节 特殊的普通合伙企业	361
第八节 有限合伙企业	362
第九节 合伙的解散与清算	363
第三章 个人独资企业法	365
第一节 个人独资企业概述	365
第二节 个人独资企业的设立	367
第三节 个人独资企业的投资人及事务管理	368
第四节 个人独资企业的解散与清算	370
第四章 外商投资企业法	371
第一节 外商投资企业法概述	371
第二节 中外合资经营企业法	372
第三节 中外合作经营企业法	376
第四节 外资企业法	379
第五章 企业破产法	383
第一节 一般规定	383
第二节 破产申请和受理	385
第三节 管理人	393
第四节 债务人财产	394
第五节 债权申报	399
第六节 债权人会议	401
第七节 重整程序	403
第八节 和解程序	408
第九节 破产清算程序	410
第十节 法律责任	418
第十一节 特殊规定	419
第六章 票据法	420
第一节 票据法概述	420
第二节 票据权利和票据行为	423
第三节 票据抗辩与补救	427
第四节 汇票	430
第五节 本票和支票	440
第七章 证券法	443
第一节 证券法概述	443
第二节 证券发行	445
第三节 证券交易	452
第四节 证券上市	455

第五节 上市公司收购制度	457
第六节 证券机构	458
第七节 证券投资基金法律制度	463
第八节 违反证券法的法律责任	473
第八章 保险法	479
第一节 保险法概述	479
第二节 保险合同总论	482
第三节 保险合同分论	494
第四节 保险业法律制度	499
第九章 海商法	506
第一节 海商法概述	506
第二节 船舶与船员	506
第三节 海上货物运输合同	510
第四节 海上旅客运输合同	515
第五节 船舶租用合同	517
第六节 船舶碰撞	519
第七节 海难救助	520
第八节 共同海损	522
第九节 海事赔偿责任限制	524
第十节 海事诉讼特别程序	526

民事诉讼法与仲裁制度

第一章 民事诉讼与民事诉讼法	529
第一节 民事诉讼	529
第二节 民事诉讼法	530
第二章 民事诉讼法的基本原则与基本制度	533
第一节 基本原则	533
第二节 基本制度	537
第三章 主管与管辖	539
第一节 民事诉讼主管	539
第二节 管辖概述	541
第三节 级别管辖	542
第四节 地域管辖	543
第五节 裁定管辖	548
第六节 管辖权异议	550
第四章 诉	551
第一节 诉的概念与特征	551
第二节 诉的要素	551

第三节 诉的分类	552
第四节 反诉	553
第五节 诉的合并与分离	554
第五章 当事人	555
第一节 当事人概述	555
第二节 原告与被告	558
第三节 共同诉讼	559
第四节 诉讼代表人	563
第五节 第三人	565
第六章 诉讼代理人	569
第一节 诉讼代理人概述	569
第二节 法定诉讼代理人	570
第三节 委托诉讼代理人	571
第七章 民事证据	573
第一节 民事证据概述	573
第二节 民事证据的种类	575
第三节 民事证据的分类	578
第四节 证据保全	578
第八章 民事诉讼中的证明	580
第一节 证明对象	580
第二节 证明责任	583
第三节 证明标准	588
第四节 证明程序	588
第九章 期间、送达	596
第一节 期间	596
第二节 送达	597
第十章 法院调解	600
第一节 法院调解概述	600
第二节 法院调解的原则	601
第三节 法院调解的程序	601
第四节 调解书及调解的效力	602
第十一章 财产保全和先予执行	604
第一节 财产保全	604
第二节 先予执行	605
第十二章 对妨害民事诉讼的强制措施	607
第一节 对妨害民事诉讼的强制措施的概念	607
第二节 妨害民事诉讼行为的构成和种类	608
第三节 对妨害民事诉讼强制措施的种类和适用	609

第十三章 普通程序	611
第一节 普通程序概述	611
第二节 普通程序的基本阶段	611
第三节 撤诉和缺席判决	617
第四节 延期审理、诉讼中止和诉讼终结	618
第十四章 简易程序	620
第一节 简易程序的概念和适用范围	620
第二节 简易程序的具体适用	621
第十五章 第二审程序	624
第一节 第二审程序概述	624
第二节 上诉的提起与受理	625
第三节 上诉案件的审理	626
第四节 上诉案件的裁判	627
第十六章 特别程序	629
第一节 特别程序的特点和适用范围	629
第二节 选民资格案件	630
第三节 宣告公民失踪案件	630
第四节 宣告公民死亡案件	631
第五节 认定公民无行为能力或者限制行为能力的案件	632
第六节 认定财产无主案件	634
第十七章 审判监督程序	636
第一节 审判监督程序概述	636
第二节 基于审判监督权的再审	637
第三节 基于检察监督权的抗诉和再审	638
第四节 基于当事人诉权的申请再审	640
第五节 再审案件的审判程序	641
第十八章 督促程序	644
第一节 督促程序概述	644
第二节 支付令的申请和审查	644
第三节 对支付令的异议	646
第十九章 公示催告程序	647
第一节 公示催告程序概述	647
第二节 公示催告申请的提起和受理	648
第三节 公示催告案件的审理	648
第二十章 民事裁判	651
第一节 民事裁判的概念	651
第二节 判决	651
第三节 裁定	653
第四节 决定	654

第二十一章 执行程序	656
第一节 执行程序概述	656
第二节 执行开始	661
第三节 执行措施	662
第四节 执行中止和执行终结	664
第二十二章 涉外民事诉讼程序	666
第一节 涉外民事诉讼程序概述	666
第二节 涉外民事诉讼管辖	667
第三节 涉外民事诉讼中的期间、财产保全与送达	667
第四节 司法协助	668
第二十三章 仲裁与仲裁法概述	670
第一节 仲裁概述	670
第二节 仲裁法概述	671
第二十四章 仲裁委员会和仲裁协会	673
第一节 仲裁委员会	673
第二节 仲裁协会	674
第三节 仲裁规则	674
第二十五章 仲裁协议	675
第一节 仲裁协议概述	675
第二节 仲裁协议的内容	676
第三节 仲裁协议的效力	677
第四节 仲裁协议的无效与失效	679
第二十六章 仲裁程序	681
第一节 仲裁当事人与代理人	681
第二节 申请与受理	682
第三节 仲裁中的保全	684
第四节 仲裁庭的组成	685
第五节 仲裁审理	686
第六节 仲裁中的和解、调解和裁决	690
第七节 简易程序	691
第八节 仲裁时效	693
第二十七章 申请撤销仲裁裁决	694
第一节 申请撤销仲裁裁决的概念和特征	694
第二节 申请撤销仲裁裁决的条件和理由	694
第三节 法院对撤销仲裁裁决申请的处理及其法律后果	696
第二十八章 仲裁裁决的执行与不予执行	698
第一节 仲裁裁决的执行	698
第二节 仲裁裁决的不予执行	699
第三节 仲裁裁决的中止执行、终结执行和恢复执行	700

第二十九章 涉外仲裁	701
第一节 涉外仲裁的概念	701
第二节 涉外仲裁机构	701
第三节 涉外仲裁程序	702
第四节 对涉外仲裁裁决的撤销和不予执行	704
第五节 对涉外仲裁裁决的执行	705

第一章 民法概述

● 基本要求:

了解:民法的概念、民法的调整对象,民事法律关系的概念和特征、要素,民事权利、民事义务、民事责任的概念,物的概念和特征,有价证券的概念和特征、类型。

理解:民事权利、民事义务和民事责任的分类及其意义,民事法律事实的概念及分类,货币的特殊法律属性。

熟悉并能够运用:民法的各项基本原则的含义及其应用,民事权利的救济方式,物的分类的标准及其法律意义。

第一节 民法的概念和调整对象

一、民法的概念

民法是大陆法系特有的术语,是人类对法律体系,尤其是部门法学科认识的产物。在法律体系中,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。

民法起源于罗马私法,是调整社会普通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。与私法判然有别的是公法,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。

据此,可将民法定义为:调整自然人或法人之间人身关系和财产关系的法律规范体系的总称。

二、民法的含义

(一)形式上的民法与实质上的民法

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》(以下简称民法通则)以及各种单行法律的形式公布。

(二)广义的民法与狭义的民法

广义的民法就是指所有的私法规范,包括调整人身关系、财产关系、亲属关系、知识产权关系以及商事关系的法律规范;狭义的民法,仅仅指调整人身关系和财产关系的法律,通常不包括亲属法、知识产权法和商事法等法律规范。

(三)民法典与民法通则

民法典是按一定的逻辑体系和价值判断将各种民事制度规定于一部法律内的法律文件。在法制史上,比较有影响的民法典是法国民法典和德国民法典;在我国历史上,清末和民国时期曾制定过民法典。中华人民共和国成立后,于1986年公布并施行了民法通则,概括规定了民事法律的基本制度,有准民法典的性质。在2002年12月召开的九届全国人大常委会第三十一次会议上,民法典草案被列入正式议程进行审议。2007年3月16日,第十届全国人民代表大会第五次会议通过了《中华人民共和国物

权法》(以下简称物权法)。可以预见,一部新的民法典不久将可问世。

三、民法的调整对象

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、公民和法人之间的财产关系和人身关系。即民法调整的对象就是平等主体之间的人身关系和财产关系。

(一)人身关系

人身关系是“人格关系”和“身份关系”的合称。民法调整的人身关系即是自然人的的人格权关系和身份权关系。

所谓人格,是指自然人主体性要素的总称。人格关系是自然人基于彼此的人格或者人格要素而形成的关系。人格要素是与自然人人身不能分离的,没有直接经济内容的,包括生命、身体、健康等物质性要素和姓名、肖像、名誉、荣誉、隐私等精神性要素。人格在法律上不得抛弃、不得转让并不得褫夺。根据民法通则的规定,法人亦享有名称权、名誉权、荣誉权等有限人格权。

所谓身份,是指自然人基于彼此的身份形成相互关系,包括父母子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母等亲属关系。身份关系仅存在于自然人之间,也不得抛弃和转让。

(二)财产关系

财产是人们可以支配的有经济价值的资源和物品,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。民法调整的财产关系是发生于平等主体之间的。其特点是:(1)强调当事人身份的非官方性质。这与发生于上下级之间或与国家之间的调拨、没收、税收、罚款等截然不同。这类具有服从性质的财产关系,不由民法调整。(2)可以被支配。不能被支配的资源,如日月星辰、气流风暴,不能作为财产。(3)人身的物质要素不能作为财产,如人的器官、血液。

平等主体之间的财产关系,可分为两类:支配型与流转型。支配型财产关系表述的是财产归何人控制的状态,回答财产“是谁的”或“由

谁利用”这样的问题。在支配型财产关系中,对物的支配,民法上谓之物权关系;对智力成果的支配,民法谓之知识产权。流转型财产关系反映的是商品交换中的财产关系,表述财产在交易中即财产因买卖、租赁、借贷、承揽等行为而发生的移转状态。流转型财产关系民法上谓之债的关系。

财产还可以分为积极财产和消极财产:前者指物权、知识产权和债权等;消极财产仅指债务。

第二节 民法的基本原则

民法的基本原则,反映民事生活的根本属性,尤其是市民社会的一般条件、趋势和要求。我国民法通则第3~7条对我国民法的原则做了规定,概括其内容,大约可以分为两类:一类是对民法内容有普遍约束力的原则,是指导民事立法、民事审判和民事活动的基本准则,如平等、自愿等原则;另一类是适用于特定民事法律关系的原则,如公平、诚实信用、禁止权利滥用等原则。

一、平等原则

民法中的平等,是指主体的身份平等。身份平等是特权的对立物,是指不论其自然条件和社会处境如何,其法律资格亦即权利能力一律平等。民法通则第3条规定:当事人在民事活动中地位平等。任何自然人、法人在民事法律关系中平等地享有权利,其权利平等地受到保护。

二、自愿原则

自愿原则的实质,就是在民事活动中当事人的意思自治。即当事人可以根据自己的判断,去从事民事活动,国家一般不干预当事人的自由意志,充分尊重当事人的选择。其内容应该包括自己行为和自己责任两个方面。自己行为,即当事人可以根据自己的意愿决定是否参与民事活动,以及参与的内容、行为方式等;自己责任,即民事主体要对自己参与民事活动所导致的结果承担责任。

三、公平原则

公平原则是指在民事活动中以利益均衡作

为价值判断标准,在民事主体之间发生利益关系摩擦时,以权利和义务是否均衡来平衡双方的利益。因此,公平原则是一项法律适用的原则,即当民法规范缺乏规定时,可以根据公平原则来变动当事人之间的权利义务;公平原则又是一项司法原则,即法官的司法判决要做到公平合理,当法律缺乏规定时,应根据公平原则作出合理的判决。

四、诚实信用原则

所谓诚实信用,其本意是要求按照市场制度的互惠性行事。在缔约时,诚实并不欺不诈;在缔约后,守信用并自觉履行。如果说任何自由都是受制约的自由,那么诚实信用应是题中之义。然而,市场经济的复杂性和多变性昭示:无论法律多么严谨,也无法限制复杂多变的市场制度中暴露出的种种弊端,总会表现出某种局限性。民法规定该原则,使法院在审理具体案件中,能主动干预民事活动,调整当事人利益摩擦,使民事法律关系符合正义的要求;另一方面,法院可根据该原则作出司法解释,填补法律的漏洞。由于该原则位阶高、不确定性强,用而不当也可能会成为司法专横的工具,对该原则的运用,必须与其他原则结合起来统筹考虑。

五、禁止权利滥用原则

禁止权利滥用原则,是指民事主体在进行民事活动中必须正确行使民事权利,如果行使权利损害同样受到保护的他人利益和社会公共利益时,即构成权利滥用。对于如何判断权利滥用,民法通则及相关民事法律规定,民事活动首先必须遵守法律,法律没有规定的,应当遵守国家政策及习惯,行使权利应当尊重社会公德,不得损害社会公共利益,扰乱社会经济秩序。

第三节 民事法律关系

一、民事法律关系的概念和特征

(一)民事法律关系的概念

民事法律关系是由民法规范调整的、以权利义务为内容的社会关系,它包括人身关系和财产关系。生活事实层面的社会关系经由民法规范调整后,被赋予权利义务内容,就此转化为

法律关系。所以,民事法律关系的形成,是民法使社会关系秩序化的实现过程。

(二)民事法律关系的特征

民事法律关系有别于其他法律关系的特征有:

1. 主体的私人性。民事法律关系是平等者之间的关系,因此,它的主体只能是自然人和法人,也即社会普通成员。这个私人性之“私”,是相对于公法主体而言,而与公有制、私有制无关。即使政府、法院等公权力机关参与到民事法律关系中,也只能以法人的身份参与,不得以公权谋私利。

2. 内容为私权利和私义务。民事法律关系的内容,就是民事权利和民事义务,具体来说,是人身和财产权利义务关系。自然人享受权利,则承担相应义务,权利通常可以放弃,但义务不得违反,不履行义务,则要承担民事责任。

3. 产生的自治性。在大多数情况下,民事法律关系是由当事人根据其意思自主设定的,法律只对意思表示规定严格的条件,例如合同、遗嘱等,当事人只要遵循该条件,即可设定民事法律关系,并且受到法律的承认。

二、民事法律关系的要素

(一)民事法律关系的主体

民事法律关系的主体,简称民事主体,是指民事法律关系中享受权利、承担义务的参与者、当事人。民事法律关系在什么人之间发生,谁是权利义务的承受者,都涉及民事主体问题。

民事主体参与民事法律关系还取决于能力,民法将此能力分解为民事权利能力和民事行为能力。民事权利能力,是能够参加民事活动,享有民事权利和负担民事义务的法律资格。民事行为能力,是通过自己行为取得民事权利和负担民事义务资格。

民法承认的民事法律关系的主体主要是自然人和法人。自然人是因出生而获得生命的人类个体,是与法人相对应的概念;法人是法律拟制的“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。国家有时也直接参与民事活动,但基于