

第一条 为了保护民事主体的合法权益，调整民事关系，维护社会和经济秩序，适应中国特色社会主义发展要求，弘扬社会主义核心价值观，根据宪法，制定本法。第二条 民法调整平等主体的自然人、法人和非法人组织之间的人身关系和财产关系。第三条 民事主体的人身权利、财产权利以及其他合法权益受法律保护，任何组织或者个人不得侵犯。第四条 民事主体在民事活动中的法律地位一律平等。第五条 民事主体从事民事活动，应当遵循自愿原则，按照自己的意思设立、变更、终止民事法律关系。第六条 民事主体从事民事活动，应当遵循公平原则，合理确定各方的权利和义务。第七条 民事主体从事民事活动，应当遵循诚信原则，秉持诚实，恪守承诺。第八条 民事主体从事民事活动，不得违反法律，不得违背公序良俗。第九条 民事主体从事民事活动，应当有利于节约资源、保护生态环境。第十条 处理民事纠纷，应当依照法律；法律没有规定的，可以适用习惯，但是不得违背公序良俗。第十一条 其他法律对民事关系有特别规定的，依照其规定。第十二条 中华人民共和国领域内的民事活动，适用中华人民共和国法律，法律另有规定的，依照其规定。第十三条 自然人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。第十四条 自然人的民事权利能力一律平等。第十五条 自然人的出生时间和死亡时间，以出生证明、死亡证明记载的时间为准；没有出生证明、死亡证明的，以户籍登记或者其他有效身份登记记载的时间为准。有其他证据足以推翻以上记载时间的，以该证据证明的时间为准。第十六条 涉及遗产继承、接受赠与等胎儿利益保护的，胎儿视为具有民事权利能力。但是胎儿娩出时为死体的，其民事权利能力自始不存在。第十七条 十八周岁以上的自然人为成年人。不满十八周岁的自然人为未成年人。第十八条 成年人为完全民事行为能力人，可以独立实施民事法律行为。十六周岁以上的未成年人，以自己的劳动收入为主要生活来源的，视为完全民事行为能力人。第十九条 八周岁以上的未成年人为限制民事行为能力人，实施民事法律行为由其法定代理人代理或者经其法定代理人同意、追认，但是可以独立实施纯获利益的民事法律行为或者与其年龄、智力相适应的民事法律行为。第二十条 不满八周岁的未成年人为无民事行为能力人，由其法定代理人代理实施民事法律行为。第二十一条 不能辨认自己行为的成年人为无民事行为能力人，由其法定代理人代理实施民事法律行为。八周岁以上的未成年人不能辨认自己行为的，适用前款规定。第二十二条 不能完全辨认自己行为的成年人为限制民事行为能力人，实施民事法律行为由其法定代理人代理或者经其法定代理人同意、追认，但是可以独立实施纯获利益的民事法律行为或者与其智力、精神健康状况相适应的民事法律行为。第二十三条 无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人是其法定代理人。第二十四条 不能辨认或者不能完全辨认自己行为的成年人，其利害关系人或者有关组织，可以向人民法院申请认定该成年人为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人。被人民法院认定为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的，经本人、利害关系人或者有关组织申请，人民法院可以根据其智力、精神健康恢复的状况，认定该成年人恢复为限制民事行为能力人或者完全民事行为能力人。本条规定的有关组织包括：居民委员会、村民委员会、学校、医疗机构、妇女联合会、残疾人联合会、依法设立的老年人组织、民政部门等。

主观考 题破译 民法

上律指南针®
SURELY COMPASS

韩祥波 著
上律指南针 出品

2018国家法律职业资格考试

上律指南针[®]
SURELY COMPASS

韩祥波 著
上律指南针 出品

主观考
题破译
民法

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

2018 国家法律职业资格考试主观考题破译. 民法 / 韩祥波著. —北京: 中国法制出版社, 2018. 9

ISBN 978-7-5093-9777-0

I. ①2… II. ①韩… III. ①民法—中国—资格考试—题解 IV. ①D92-44

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 215046 号

策划编辑: 胡 斌 李连宇

责任编辑: 李连宇 汪洁琼

封面设计: 上律指南针

2018 国家法律职业资格考试主观考题破译. 民法

2018 GUOJIA FALU ZHIYE ZIGE KAOSHI ZHUGUAN KAOTI POYI. MINFA

著者 / 韩祥波

经销 / 新华书店

印刷 / 三河市华润印刷有限公司

开本 / 787 毫米 × 1092 毫米 16 开

版次 / 2018 年 9 月第 1 版

印张 / 9.5 字数 / 195 千

2018 年 9 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-9777-0

定价: 41.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 010-66033393

传真: 010-66031119

编辑部电话: 010-66078158

邮购部电话: 010-66033288

(如有印装质量问题, 请与本社印务部联系调换。电话: 010-66032926)

序 言

2018, 法考元年, 主观题与客观题首次分别考查。民法主观题, 虽无确切消息, 但若正常命题, 依然应该是通过案例形式考查。由于题量限制, 民法部分应该还是一个综合案例。

适应新形势的变化, 司法部发布了案例指导用书, 其中民法部分共16个案例, 涉及的考点, 均是过去命题曾经考查过的必考点与常考点。据此推断, 正式考试的案例, 从知识点方面分析, 虽然不一定全部是发布案例中的考点, 但是, 考查必考点与常考点应是必然的选择。因此, 诸君在备考客观题时打下的专业基础, 回答主观题时, 依然是最重要的知识资源。

为方便读者阅读, 关于本书及案例分析方法, 说明如下:

首先, 本书选取的大小案例, 囊括了案例分析指导用书民法部分的全部主要考点, 为节约时间, 提高效率, 考生可以在客观题测试成绩出来后, 直接阅读本书, 备考主观题。

其次, 学会分析案例的方法。

分析案例, 一定要有章法、有步骤。

过去授课, 常听学员朋友讲, 看到民法案例题, 长度超过三行就会觉得紧张。我想, 有此种感觉, 一是因为没有思路, 二是因为知识掌握得不够扎实。有了前面学习的基础, 面对案例, 其实与做数学题类似, 一步一步往下推, 结论就在那里等着你。

简单概括, 可以分为三步: 第一步, 找主体; 第二步, 分析发生在各主体之间的法律事实, 并根据法律事实分析可能引起的法律关系中主体的各种权利义务、法律效力等; 第三步, 给各主体分配相应的民事责任。所有案例, 包括以后从事法律实务工作, 也是这样的分析思路。

最后, 通过阅读案例, 要学会对法学方法论的应用。

法学方法论, 是研习民法的根本, 既关系到民法研习者对于已有法律规范的解释, 也关系到在具体案例中对于当事人权利和义务认定、责任的分配。这其中, 有着无限丰富的内容。其中, 最为精髓的内容是,



对于不同主体之间的利益衡量。运用这种方法，得出的结论，有时会和直接的形式推理相反，但是，只要在价值上具有更强的可接受性，就会被采纳。这一点，在过去司考中已经体现多次，未来这更是一种趋势。

祝读者诸君阅读愉快。有任何问题欢迎通过新浪微博@[民法韩祥波](#)提出。

2018年8月17日星期五

目 录

第一部分 民法总则	/ 1
第一节 民法调整对象与基本原则	/ 1
一、民法的调整对象	/ 1
二、民法基本原则与民法适用中的利益衡量	/ 2
第二节 民事权利	/ 5
一、物权与债权	/ 5
二、人格权	/ 7
第三节 自然人权利能力与行为能力	/ 11
一、权利能力	/ 11
二、行为能力	/ 12
第四节 法人格否认制度与法人变动	/ 13
一、法人格否认之应用	/ 13
二、法人的产生、变更与消灭	/ 14
第五节 法律行为	/ 16
一、意思表示的解释	/ 16
二、通谋虚伪表示与恶意串通之法律行为的区分	/ 18
三、违背公序良俗或强制性规定之无效	/ 19
四、显失公平	/ 20
五、重大误解（意思表示错误）	/ 21
六、欺诈	/ 22
七、关于欺诈、重大误解、显失公平及胁迫中的善意取得第三人保护问题	/ 24
第六节 代理	/ 25
一、代理行为的法律效果	/ 25
二、冒名行为的处理	/ 26
三、代理权授予的瑕疵	/ 27
四、代理权授予的独立性	/ 28
五、代理行为的瑕疵	/ 29



第二部分 物权法	/ 31
第一节 物权优先性问题	/ 31
第二节 物权法定与物权保护	/ 34
一、物权法定原则及其缓和趋势	/ 34
二、物权的保护	/ 35
第三节 物权变动	/ 36
一、基于法律行为物权变动中的登记问题	/ 36
二、动产物权变动之交付问题	/ 43
三、基于非法律行为的物权变动	/ 45
四、善意取得及其相关问题	/ 45
第四节 用益物权	/ 49
一、建设用地使用权	/ 49
二、地役权	/ 51
第五节 担保物权	/ 52
一、担保物权概述	/ 52
二、抵押权	/ 54
三、质权	/ 66
四、留置权	/ 68
第六节 占有的效力	/ 70
第三部分 债权法	/ 73
第一节 债的债权性担保——保证	/ 73
一、保证	/ 73
二、保证与物保	/ 76
第二节 合同的成立	/ 79
第三节 合同的履行	/ 83
一、向第三人履行的合同	/ 83
二、履行中单方违约问题	/ 84
三、履行中的抗辩	/ 86
第四节 合同的保全	/ 86
一、代位权	/ 86
二、撤销权	/ 88
第五节 合同的变更与移转	/ 90
一、合同变更	/ 90
二、合同移转	/ 91
第六节 合同解除与违约责任	/ 94
第七节 买卖合同	/ 99
第八节 借款合同	/ 108
第九节 租赁合同	/ 111

第十节 其他合同	/ 113
一、承揽合同	/ 113
二、建设工程合同	/ 115
三、委托合同	/ 118
第十一节 侵权责任法	/ 120
一、侵权构成之因果关系判断与公平分担损失	/ 120
二、多数人侵权	/ 121
三、侵权责任法中规定的特殊侵权	/ 126
第四部分 婚姻家庭与继承法	/ 136
一、夫妻财产制度与债务清偿	/ 136
二、继承的形式与责任	/ 139

第一部分 民法总则

第一节 民法调整对象与基本原则

一、民法的调整对象

案例

材料一：某高官许国，因垂涎某女星容貌，遂将该女星发展为其情人。情人有一女姗姗，亦是才貌出众，许国为讨女星欢心，答应资助姗姗出国，平日也负责其日常开销，并收姗姗为其干女儿。后来，许国贪腐，东窗事发，被剥夺公职，开除党籍，没收家产。刑满释放后，生活无着，甚为落魄。此时，女星已病逝，姗姗已经成家，事业有成。许国欲以自己曾经供给其开销、供其出国深造为由，让姗姗支付其赡养费用，姗姗拒绝。

材料二：甲在某景点摆摊卖冷饮。一日，某顾客买了一盒冰淇淋，发现里面有冻死的小虫一只，于是找甲更换。甲同意更换，并将有小虫的冰淇淋冷冻保存。而后向进货厂家索赔，并说如果不给 10 万元赔偿，将向当地电视台的消费指南频道举报曝光。最终厂家与甲没有就赔偿达成协议。于是厂家向公安机关报案，公安机关将甲抓获，并以涉嫌构成敲诈勒索罪向检察院移送审查起诉，检察院以此罪提起公诉，法院判决罪名成立。

材料三：某市交警队交警甲下班后驾驶单位车辆回家，途中发生交通事故，与乙所驾驶车辆相撞。经查，甲应对于交通事故的发生负主要责任。双方对于责任性质没有异议，但在协商赔偿事宜中，未达成一致意见。乙向法院起诉，要求交警队赔偿。交警队认为，自己本身就是处理交通事故的机关，与乙是管理与被管理关系，此事应当由交警队自己解决，法院不应当受理。

材料四：甲、乙结婚，两年后，甲常夜不归宿。乙提出，若甲在晚上 12 点到次日 7 点不归宿，则甲应支付每小时空床费 200 元，甲同意。后来甲仍然经常夜不归宿。后来，甲乙离婚，乙请求甲支付约定的空床费。

[问题]

1. 材料一中，姗姗是否有对许国承担赡养费的义务？为什么？
2. 材料二中，甲与厂家的关系是民事法律关系还是刑事法律关系？公检法机关的做法是否得当？
3. 材料三中，交警队与乙之间的赔偿关系是民事法律关系还是行政管理关系？
4. 材料四中，如何评价甲乙之间关于空床费的约定？

[答案与考点要义]

1. 无义务。因为许国与姗姗之间，并没有形成法律上的收养关系，彼此之

间不存在抚养赡养关系。许国当年对于姗姗的资助，就民法角度而言，应视为赠与，姗姗不因此而负有向许国支付赡养费的法律义务。

2. 甲与厂家之间应该是民事法律关系，不构成刑事犯罪。公检法机关的做法不当。甲的主张尽管不甚合理，厂家不予赔偿这么多便是。何况对于食品存在质量问题，向媒体举报，也有利于消费者利益的保护。

3. 是民事法律关系，因为交警队在损害赔偿中不是执法机关，与乙之间，不是管理与被管理之关系，是平等主体之间的关系，应受民法调整。

4. 对于此种约定，有两种观点。一种认为，该约定是当事人自愿订立的协议，内容没有涉嫌违法，意思表示真实自由，且有利于促进公序良俗的实现，故应认为成立合同关系，乙的主张应当获得支持。另一种认为，该约定是好意施惠的表示，为了增进夫妻感情，不宜认定为有法律上的权利与义务关系。

二、民法基本原则与民法适用中的利益衡量

▣ 案例

1999年10月24日傍晚6时左右，原告李某、龚某夫妇二人带着8岁的儿子小龚，与朋友到被告某公司经营的某餐厅就餐，由餐厅礼仪小姐安排在二楼就座，座位旁是名为“福特”的餐厅包房。“福特”包房的东、南两墙是砖墙，西、北两墙是木板隔墙，小龚靠近该房木板隔墙的外侧就座。约6时30分左右，“福特”包房内突然发生爆炸，李某和小龚随即倒下不省人事，龚某忍着伤痛拖开被炸倒下的包房木板隔墙，立即将小龚送往医院抢救，李某也被送往医院。小龚因双肺爆炸伤外伤性窒息，呼吸、循环衰竭，经抢救无效死亡。李某的左上肢神经血管损伤，腹部闭合性损伤，失血性休克，肺挫伤，进行了左上肢截肢技术及脾切除术，伤愈后被评定为二级残疾。龚某右外耳轻度擦伤，右背部少许擦伤。某餐厅的这次爆炸，发生在餐厅服务员为顾客开启“五粮液酒”盒盖时。伪装成酒盒的爆炸物是当时在“福特”包房内就餐的一名医生收受的礼物，已经在家中放置了一段时间。10月24日晚，该医生将这个“酒盒”带入“福特”包房内就餐，服务员开启时发生爆炸。事故发生后，制造这个爆炸物并将它送给医生的犯罪嫌疑人已被公安机关抓获，正在审理之中。原告起诉某餐厅，请求法院判令餐厅赔偿其损失。

一审法院认为，原告李某、龚某到被告某公司下属的餐厅就餐，和某公司形成了消费与服务关系，某公司有义务保障李某、龚某的人身安全。某公司是否尽了此项义务，应当根据餐饮行业的性质、特点、要求以及对象等综合因素去判断。本案中，李某、龚某的人身伤害和小龚的死亡，是某餐厅发生的爆炸造成的。此次爆炸是第三人的违法犯罪行为所致，与某公司本身的服务行为没有直接的因果关系。在当时的环境下，某公司通过合理注意，无法预见此次爆炸，其已经尽了保障顾客人身安全的义务。爆炸是使原告李某、龚某受到人身伤害、造成小龚死亡的必然原因。李某、龚某认为被告某公司的木板隔墙不符合标准，由此埋下了安全隐患，应当承担民事责任。木板隔墙不符合标准，只

是造成李某、龚某、小龚伤亡的条件，不是原因，它与损害事实之间没有直接的因果关系，某公司不能因此承担侵权损害的赔偿责任。

二审法院认为，被上诉人某公司在本案中既没有违约也没有侵权，不能以违约或者侵权的法律事由判令某公司承担民事责任。某公司与上诉人李某、龚某同在本次爆炸事件中遭不幸，现在加害人虽已被抓获，但由于其没有经济赔偿能力，双方当事人同时面临无法获得全额赔偿的局面。在此情况下应当看到，某公司作为企业法人，是为实现营利目的才允许顾客自带酒水，并由此引出餐厅爆炸事件，餐厅的木板隔墙不能抵御此次爆炸，倒塌后使李某、龚某一家无辜受害。某公司在此爆炸事件中虽无法定应当承担民事责任的过错，但也不是与李某、龚某一家受侵害事件毫无关系。还应当看到，双方当事人虽然同在此次事件中受害，但李某、龚某一家是在实施有利于某公司获利的就餐行为时使自己的生存权益受损，某公司受损的则主要是自己的经营利益。二者相比，李某、龚某受到的损害比某公司更为深重，社会各界（包括某公司本身）都对李某、龚某一家的遭遇深表同情。最高人民法院在《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见（试行）》第157条中规定：“当事人对造成损害均无过错，但一方是在为对方的利益或者共同的利益进行活动的过程中受到损害的，可以责令对方或者受益人给予一定的经济补偿。”根据这一规定和李某、龚某一家的经济状况，为平衡双方当事人的受损结果，酌情由某公司给李某、龚某补偿一部分经济损失，是适当的。一审认定某公司不构成违约和侵权，不能因此承担民事责任，是正确的，但不考虑双方当事人之间的利益失衡，仅以李某、龚某应向加害人主张赔偿为由，驳回李某、龚某的诉讼请求，不符合《民法通则》第4条关于“民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则”的规定，判处欠妥，应当纠正。据此于2001年11月26日判决：一、撤销一审民事判决。二、被上诉人某公司给上诉人李某、龚某补偿30万元。三、二审案件受理费共60320元，由双方当事人各负担一半。

〔问题〕

从民法基本原则角度出发，对于一审与二审之判决该如何评价？

〔答案与考点要义〕

选择此案例，旨在讲述民法基本原则在案例分析中的应用及民事纠纷解决中利益衡量方法的应用。

民法基本原则，承载着民法追求的价值，这些价值既体现在立法、司法及执法的过程中，也体现在对于当事人具体行为的要求中。如法律禁止格式条款中义务的失衡，旨在体现公平之追求，进而确保平等的真正实现。工伤概不负责条款一律认定为无效，则体现了人们对于公序良俗的追求。作为帝王原则的诚信原则更是贯彻民法的始终。就民法的适用而言，时常需要对民法基本原则所体现的不同价值进行权衡，作出具有可接受性的判决。这种利益衡量的方法，已经体现在考试的命题当中，未来更值得重视。

运用利益衡量的方法，必然要娴熟把握民法基本原则所体现的不同价值追



求。这种衡量主要体现在一些疑难案例之中，通过衡量可以在权衡各方利益的基础上，对于法律条文尽可能作出合理、妥当的解释，在法律没有明确对于责任作出分配时，弥补法律漏洞。

对于利益衡量，有学者将其概括为三个阶段：首先，利益衡量的操作实施体现在双方当事人利益对峙中，结合法律规范的目的，比较各种不同的利益，若保护其中一方，受保护人增益如何，另一方受损如何，反之亦然。其次，验证价值取向。此种验证旨在防止法官在利益衡量的操作中出现偏差，对于初步衡量的结论，应当放在一国宪法价值体系中，加以验证，如果违背宪法之基本价值，则结论不能成立。最后，在衡量与验证之后，提炼、生成规则。^①

就本案而言，一审法院，驳回原告的诉讼请求，不能说没有依据，因为对于原告的损害而言，确实既不构成违约也不构成侵权，毕竟造成损害发生的另有其人。原告提出，木板墙不合标准的理由也显得牵强，对于餐厅隔离包间来说，木板墙也属于常见现象。但是，如此驳回原告请求，加之真正加害人没有经济能力，受害人又没有保险的保障，如此一来，将导致原告之损失无法得到任何的救济。一审法院如此判决，尽管合法，但是，却没有很好的体现民法基本原则所体现的精神。二审判决，直接引用了公平、诚信等基本原则（在《民法总则》中体现在第6条与第7条之中），在认定餐厅既不违约也不侵权的前提下，根据公平原则对于双方的利益进行了衡量。法院引用的《民法通则》之司法解释规定，当前民事立法体现在《侵权责任法》第24条，即“受害人和行为人对损害的发生都没有过错的，可以根据实际情况，由双方分担损失。”据此，二审法院在原被告之间进行了利益衡量。具体步骤如下：

首先，若假设保护被告之利益，驳回原告之诉讼请求，正如一审法院之判决。此种结论的积极意义在于，某餐厅根据交易习惯，在尽到自己力所能及的安全保障义务之后，可以免责，不必承担自己无法预料的风险带来之损失，这当然有利于餐饮业的健康发展。这意味着为保护被告的经营利益，牺牲的是原告的生命、健康等人身利益。

其次，如保护原告，则意味着将就餐顾客的人身安全放在首位，这意味着某餐厅的经营利益受到了限制，餐厅在承担重大损失的同时，还要为一个无关的第三人故意加害他人的行为负责。若仅从经济利益衡量，餐厅似乎是雪上加霜，没有任何收益。然而，如果将对被告承担部分赔偿责任的行为，放在社会效益的立场上看，无疑可以树立一个负责任的企业情形，有利于提高餐厅的商业信誉。作为商家，可以将这种赔偿的损失，作为成本分摊在未来的经营成本之中。这相对于原告的生命、健康利益来说，原告之利益显然更值得保护。

最后，经过衡量之后，根据原被告的经济状况，二审法院衡量双方利益之后，作出由餐厅给予原告部分经济补偿的判决，相对于一审直接驳回原告请求之判决来说，显然更为适当。

① 参见姚辉编著：《民法学原理与案例教程》，中国人民大学出版社2015年版，第37页。

第二节 民事权利

一、物权与债权

案例

材料一：甲欲出卖房屋一套，3月1日，与乙签订了买卖合同，约定价格250万元，20日后办理过户登记。3月5日，甲将此房卖给出价更高的丙，并在3月10日过户登记给了丙。

材料二：王某欲出卖自家祖传的青花瓷瓶一件给李某，5月1日签订了买卖合同，约定5月5日交付。5月4日，王某携家人外出观看话剧，家中被史某偷盗，盗走了欲卖给李某的青花瓷瓶。5月20日，李某在史某经营的古玩店发现该瓷瓶，遂通知王某。

[问题]

1. 材料一中，如果甲已经将房屋交给了乙占有，丙可否请求乙返还？如果乙可以举证证明甲、丙的房屋买卖存在恶意串通之情形，后果如何？
2. 假设材料一中，甲没有把房屋卖给丙，后来因为房价上涨，甲向乙表示将不予过户登记，认为在过户登记前，自己依然享有所有权，因此，应优先于乙的债权获得保护，此主张可否成立？
3. 材料二中，王某有什么救济自己的途径？请求权基础是什么？
4. 材料一中的乙、材料二中的李某，应该如何救济自己的权利？
5. 乙可否向丙，李某可否向史某主张侵权责任以获得救济？

[答案与考点要义]

1. 可以。如果甲、丙合同存在恶意串通，则合同无效，丙应返还房屋，而后乙可请求甲承担继续履行的违约责任，有损失的，同时还可请求赔偿。

因为物权是绝对权，债权是相对权，在一物多卖中，在多个买受人中先获得物权的主体，最先获得保护，这正是“物权优先于债权”原理的体现。因此，丙在获得物权之后，由于乙的占有本权来自具有相对性的合同债权，故相对于新的所有权人丙来说，乙的占有缺少正当性，属于无权占有，故丙可请求乙返还房屋。

恶意串通，作为法律行为无效的原因，无论是《民法通则》还是《合同法》中均明确规定。《民法总则》第154条规定：“行为人与相对人恶意串通，损害他人合法权益的民事法律行为无效。”对于这种被基本法确定的无效，在《商品房买卖合同解释》第10条也作出了明确规定：“买受人以出卖人与第三人恶意串通，另行订立商品房买卖合同并将房屋交付使用，导致其无法取得房屋为由，请求确认出卖人与第三人订立的商品房买卖合同无效的，应予支持。”可见，恶意串通损害第三人利益的合同无效，是不存在任何争议的。然，理解此问题，要区分理论与实务两个层次。理论上的毫无争议，并不代表实务中可以任意适用，在实务中，是否构成恶意必须有切实证据加以证明方可认定，而且通常很难举证。本案中，如果乙能够举证证明甲、丙恶意串通，后果首先是甲、



丙合同无效，其次是丙向甲返还房屋，再次，乙可以请求甲履行合同，办理过户登记，因为甲的迟延履行造成其他损失的，乙还可以向甲主张赔偿损失。最后，值得补充的是，当一方违约，追究违约责任时，通常在继续履行、赔偿损失、支付违约金等方式中选择一种，但当选择一种方式不足以弥补非违约方的损失时，则可以并用其他方式。故乙在请求甲继续履行合同的同时，若还有其他损失，则还可主张赔偿损失。

2. 不成立。

因为，如果只有一物一卖，当买卖成立生效后，就应当按照合同去履行义务，不存在物权优先于债权的适用。只要合同是有效的，只要合同履行是有可能的，就应当履行合同。如果不履行，非违约方即可主张违约方承担继续履行之违约责任。

3. 王某作为所有权人，有4种可能的救济途径。

首先，可以基于所有权，请求史某返还原物。因为，瓷瓶被史某盗取，史某不能获得所有权，为无权占有。王某作为所有权人，可以主张史某返还原物。

其次，王某可以主张侵权责任。王某是所有权人，史某的盗窃行为，侵害了王某的所有权，故可以主张侵权赔偿责任。

再次，史某盗取瓷瓶的行为，也构成对于王某占有的侵夺，故王某也可以主张占有返还请求权。不过，根据我国《物权法》第245条的规定，主张占有返还请求权的，应受到1年除斥期间的限制，自侵占发生之日起，超过1年的，则占有返还请求权彻底消灭。实践中，如果是所有权人占有被侵夺，通常不会选择此种救济途径。

最后，可主张史某通过盗窃获得之利益为不当得利，主张不当得利返还。《民法总则》第122条规定：“因他人没有法律依据，取得不当利益，受损失的人有权请求其返还不当利益。”据此，通过不当得利，王某也可实现权利之救济。

4. 均可主张合同相对人承担违约责任。

材料一中的乙、材料二中的李某均是债权人，而债权具有相对性。若甲将房屋卖给了丙并办理了过户登记，此时在乙不能证明甲、丙存在恶意串通的情形下，乙可以主张甲承担违约责任。若王某由于瓷瓶被盗不能向李某履行，李某可以向王某主张违约责任，且王某不可以因第三人原因不能履行合同为由而免除责任，应当先承担违约责任，再向第三人追偿。

5. 不可以。

此题涉及第三人侵害债权之理论及其应用。因第三人原因不能实现债权，原则上不能主张第三人承担侵权责任，但例外的情况下可以。具体原理阐述如下：

债权因第三人原因不能实现，可否通过《侵权责任法》救济？我国《侵权责任法》第2条，列举了侵权法保护的具体权利，不包括债权。原因在于绝对权与相对权区分的思维所致。由于债权是相对权，效力不及于第三人，第三人往往对于债权的存在一无所知。比如，如果甲骑车不慎撞伤了乙，导致乙未能

如约向丙履行合同义务，若此时，丙可以侵权为由，向甲主张侵权责任，这将有损法律安全之价值，因为没有谁可以知道与自己产生纠纷之人背后，到底有多少相对权会因此造成影响，而且还有可能诱发被侵权人乙的道德风险。故此种情形，先由乙向丙承担违约责任，再向甲追偿是更为合理的制度选择。当然，如果第三人明知债权的存在，故意对一方当事人进行侵害，以追求另一方债权不能实现之目的，若债权不能实现的一方，向第三人主张侵权责任，则是正当的。

就本案而言，材料一中的丙、材料二中的史某，均不存在故意让债权不能实现的意图，故非违约方不能通过向第三人主张侵权责任来主张救济。

二、人格权

（一）一般人格权

案例

材料一：某日，张女士逛超市购物过程中，被超市的管理人员怀疑偷窃了小件商品，强行带到保安室进行了搜身检查，结果没有任何发现。张女士认为自己权利受到侵害。

材料二：万先生家用电话是 34592270，某日，某家政公司在该市公交站牌发布广告，在广告留的联系方式中，其中一个号码与万先生家的电话相同，并声称 24 小时接受电话咨询。自此以后，万先生家里电话经常响起，每天少则十几次，多则几十次，而且深夜也时常有人拨打。万先生一家深受其扰。经查，原来是因为家政公司工作人员失误，将公司电话 34592210 错误的写成了 34592270。

〔问题〕

1. 材料一中，张女士的什么权利被侵害？
2. 材料二中，万先生的什么权利被侵害？

〔答案与考点要义〕

1. 人格尊严之一般人格权被侵害。若在公开场合进行搜身行为，则还会造成张女士之名誉权被侵害。

2. 万先生生活安宁的利益被侵犯，由于生活安宁权并没有被《民法总则》确立为具体的人格权，故生活安宁的利益可以通过一般人格权进行保护。

《民法总则》第 109 条规定：“自然人的人身自由、人格尊严受法律保护。”此条文被认为是我国民法确立一般人格权的标志。所谓一般人格权是对于民事主体人格自由、人格独立和人格尊严等一般人格利益的保护。通过具体列举人格权，对于人格进行保护，尽管明确、清晰，然而不免挂一漏万。确立一般人格权具有补充法律漏洞的功能，对于暂时无法或者尚未被权利化的人格利益保护至关重要。

材料一中的搜身行为，在没有任何证据的前提下强行搜身，对于张女士的人身自由构成了不当限制，同时侵犯了张女士的人格尊严，可直接依据《民法总则》第 109 条的规定，主张侵权责任。侵犯名誉权，是指通过一定的行为，



使得受害人外在社会评价降低的行为。因此，如果在公开场合进行搜身或者指责，还可能构成张女士名誉权的侵犯。

材料二中涉及的生活安宁的利益。每个人都应当享有生活安宁带来的利益。在生活安宁权尚未被确立为一种具体人格权的背景下，以一般人格利益受到侵害加以保护，是一般人格权补充功能的重要体现。

（二）具体人格权

▣ 案例

材料一：甲女，某小学英语教师。某日，在自家庭院身着泳装，享受日光浴。乙窥见其身材火辣，于是偷偷拍摄了照片若干，并用在专门介绍女士内衣杂志的封面。杂志发行后，甲受到学校领导批评，周围同事对此也议论纷纷，说其有违师道尊严。甲深感痛苦。

材料二：甲女，平面模特，对于自己鼻子形状不甚满意。于是到某知名整形医院做隆鼻手术。但是，手术不幸失败，造成面容受损。后来治疗此损害支出了医疗费 20 万元。

材料三：甲、乙同时竞选某区人大代表。在竞选过程中，乙在自己拥有近百万粉丝的微博上发布两条信息。信息一说：甲是某某黑社会成员、是某涉黄娱乐场所的后台老板、是披着企业家外衣的流氓等，后均查无实据。信息二中发布了：甲虐待其妻子进而导致离婚的法院判决书全文和甲逃漏个人所得税资料，两者皆为真实信息。

材料四：甲、乙是邻居，素来不合。乙的姓名是高尚，甲买了一只小狗，取名“高尚”，并且时常在楼道、小区等地方高呼小狗为“高尚”。乙为此深感痛苦。

材料五：张某与吕某结婚，两年后生一女丙，欲为丙取名“北雁云翳”，户口申报时，登记机关以姓氏选择没有依据为由拒绝登记。张某、吕某认为，登记机关的行为，构成对于其为子女命名自由权的侵害。

[问题]

上述案例中，分别构成什么人格权的侵害？

[答案与考点要义]

《民法总则》第 110 条第 1 款规定：“自然人享有生命权、身体权、健康权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权、婚姻自主权等权利。”第 2 款规定：“法人、非法人组织享有名称权、名誉权、荣誉权等权利。”据此规定，上述权利受到侵害之时，均可以主张相应的侵权责任。在理解上述主体的人格权之时，首先要注意的是，自然人与法人、非法人组织人格权的差异。自然人的权利往往关系到自然人能否作为主体存在，对于法人和非法人组织来说，则更多的关系到商业的价值。因此，两者尽管都享有人格权，但具有截然不同的意义。自然人的姓名权不能转让，法人的名称权则可以转让；专属于自然人的身性的权利法人不能享有，故法人权利受到侵害时，不存在主张精神损害赔偿的可能。

材料一中，乙的行为侵犯了甲的3项权利。首先，偷拍甲在庭院之泳装照片，侵犯了甲的隐私权，因为对于正常人而言，并不愿这样的着装被人看到，更不愿被拍成照片进行传播。其次，未经甲的允许在杂志封面上使用了甲之照片，侵犯了甲之肖像权。关于肖像权，《民法总则》通过之后，在理解上应该作出调整。因为在原《民法通则》中，第100条规定，构成肖像权的侵犯需要是“营利性的”利用他人肖像。既然在《民法总则》中，关于肖像权没有延续原来的表述，而且自民法理论而言，要求具有营利性才构成侵权本来就缺少足够的正当性，在学界饱受诟病。故在《民法总则》之后，再理解肖像权之侵权，自当不再需要营利性的要求，只要未经允许，利用了他人肖像、丑化歪曲他人肖像等行为，均可构成对于肖像权之侵犯。再次，由于杂志刊载甲肖像的行为，造成了甲社会评价的降低，故乙的行为还构成对于甲名誉权的侵犯。对此，需要说明的是，一般来讲构成名誉侵权，是通过虚构、捏造虚假事实，造成被侵权人社会评价降低，这也是在一般情形中，名誉权区别于隐私权的重要标志，因为侵犯隐私权通常是披露关于他人不愿为人知的真实信息。然而上述区别只是一般情形，在有的情形下，隐私权与名誉权两者会同时构成，正如本题，照片对于甲女来说是真实的，但同时也造成了外在社会评价的降低。

材料二中，是履行合同过程中构成加害给付而导致的人身权侵害，具体而言，是构成健康权的侵害。所谓加害给付，是指在履行合同过程中，不但合同义务没有如约履行，而且违约方的给付本身，还造成了非违约方既有利益的损害，包括财产损害和人身损害。此时，受害人根据《合同法》第122条之规定，选择主张违约或者侵权。当造成人身利益的损害且有严重后果的，受害人通常会通过侵权来主张权利，因为依据我国司法惯例，通过违约行使权利往往不能主张精神损害赔偿。之所以违约不能主张精神损害，背后的法理基础在于，违约损害赔偿所赔偿的是履行利益，即在订立合同之时预期可以获得的利益，而精神损害通常不在可预期的范围之内。就本案而言，甲的健康权被侵犯，可通过侵权主张损害赔偿。最后值得提醒的是，虽然是面部受到损害，但是不构成肖像权的侵犯，因为侵犯肖像权的客体是肖像，肖像是通过一定手段对于他人形象的再现，不是人的身体本身。

材料三中，乙所发布的两则信息中，第一条信息，既然均查无实据，纯属捏造事实，此种情形，依据一般人的观念而言，会造成甲社会评价的降低，故此信息的发布显然会构成对甲名誉权的侵犯。第二条信息，涉嫌揭露甲的隐私，因为对于甲来说，因自己的不良行为导致离婚的判决，当然不愿为公众所知，属于甲隐私的范围，故披露此内容可能会构成对甲隐私权的侵犯，漏税问题，由于涉嫌违法，不再属于隐私权的保护范围之内。尽管披露甲之离婚判决之行为涉嫌侵犯隐私权，但是考虑到乙披露甲信息的背景，即甲在竞选人大代表，人大代表乃是公职，民众对于候选人的情况有知情权。因此，就存在两种利益的衡量问题。甲个人的隐私与公众对于候选人情况的知情权之间，哪种价值是更值得保护的？在追求民主的现代社会中，民众作为选民，对于从事公职之人员，有合法的知情权，只要该信息的披露不违反公序良俗之民法基本原则就