

华东政法大学国家司法考试教学与研究中心 编

主编 王立民

2007年

国家司法考试辅导读本

民法

主编 傅鼎生

- 易学易记 紧扣考纲 重点突出
- 针对性强 考试所涉法条、司法解释俱全
- 应试性强 历年真题、模拟试题充足
- 权威性高 由评卷和命题老师编写

上海人民出版社

2007 年国家司法考试辅导读本

华东政法大学国家司法考试教学与研究中心 编

王立民 主编

民 法

傅鼎生 主编

上海人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

民法/傅鼎生主编;华东政法大学国家司法考试教学
与研究中心编. —上海:上海人民出版社,2007

(2007 年国家司法考试辅导读本/王立民主编)

ISBN 978-7-208-07051-6

I. 民… II. ①傅…②华… III. 民法-中国-法
律工作者-资格考核-自学参考资料 IV. D923

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 064886 号

责任编辑 曹培雷 张美娣 张 哈

封面装帧 甘晓培

• 2007 年国家司法考试辅导读本 •

华东政法大学国家司法考试教学与研究中心编

王立民 主编

民 法

傅鼎生 主编

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.cc)

世纪出版集团发行中心发行 常熟新骅印刷厂印刷

开本 787×1092 1/16 印张 40.5 字数 1,062,000

2007 年 5 月第 1 版 2007 年 5 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-208-07051-6/D·1218

定价 64.00 元

主 编 王立民
主 编 傅鼎生
副主编 张 驰 戴永盛

总 序

我国的国家司法考试以其权威、规范、严格、廉洁而被誉称为“中国第一考”。它为选拔合格的司法人才、统一司法人员的法律知识水平、提高司法人员的素质都起到了不可替代的作用。这一考试越来越引起人们的关注,特别是有志于从事司法职业的人们积极参与其中,设法通过这一考试,取得准入司法领域的资格。

我校作为我国法学教育的重镇,十分重视国家司法考试工作。一方面,努力使这一考试与法学教育结合起来,促进法学教育;另一方面,则积极为社会服务,推出一系列有助于促进这一考试的措施。其中,比较突出的是在几年前成立了“华东政法学院国家司法考试教学与研究中心”,校长何勤华教授任中心主任。此中心以从事与国家司法考试相关的教育、培训与研究为己任,并以此为出发点开展各项工作。中心成立以后,便利用我校的法学优势与品牌,举办了一系列应对国家司法考试的辅导班,其中有业余基础班、脱产封闭班、模拟考试冲刺班等,其辅导总人数列上海地区前茅。这些辅导班的办班效果比较理想,通过考试率比较高,其中的脱产封闭班通过率高达47%。有这样的实践,我们就有了撰写本丛书良好的资源基础。

国家司法考试工作有个过程,其中的评阅试卷程序十分关键。它是能否正确反映考生的成绩,公平对待每一位考生的决定性程序之一。我校于2005年承担了当年国家司法考试的评卷工作,并出色地完成了任务,得到有关领导和社会的广泛好评。这年的评卷工作有其一定的特殊性,是第一年在网上评卷。每套考卷由4张卷子组成,其中前3张为客观题卷,通过机读完成;后1张则是主观题卷,由评卷人员在局域网上评阅。我们启用专门的程序,用电脑评卷。前3张客观题卷扫描机读,确保准确无误。后1张则按题分为8组,我们先将题与答案输入电脑,然后由评卷人员在网上评卷,同步还有电脑监控,避免了可能出现的差错,保证了评卷的质量。我们认真对待这一“新生事物”,并取得了许多有益的经验。这些经验也是我们能撰收本丛书的一个重要条件。2006年我校又继续承担了国家司法考试的评卷工作,也做好了这一工作。

不少考生为了通过国家司法考试,需要了解更多的相关信息,其中包括以往这一考试的题型、内容等一些有关情况,以提高自己的应对能力。于是,涉及这一考试的辅导书便应运而生了,而且还有增多的趋势。本丛书也是一种国家司法考试的辅导书。撰写本丛书的作者都是我校的成员,其中的骨干都是我校的法学教授,其中既有硕士、博士研究生导师,也有博士后合作导师。由他们来负责撰写本丛书有以下的优势。第一,他们有很深的法学理论造诣。这些教授大多具有硕士、博士学位,有的还是博士后。他们在法学理论研究方面都有丰硕的学术成果,有扎实的法学理论根底,是法学领域的行家。第二,他们有成功的法学教育实践。这些教授都长期在法学教育的讲台上授课。其中,有的已有20年以上的教龄,有的已荣获全国优秀教师、上海市高校教学名师、校“十佳教师”等多种称号。他们有成功的法学教学实践和精湛的教学方法,能把自己掌握的丰富法学理论知识传授给学生。第三,他们也有了国家司法考试的经验。这一经验包括命题和评卷等的工作经验。这些教授中不乏有人已多次参与过国家司法考试的命题工作,也参加过2005和2006两年在我校进行的这一考试的评卷工作,具有可贵的司法考试经验。此外,这些教授还是各种司法考试辅导班的主讲教师,精通考试的内容和范围,也深知其答题的要求和技巧。由他们来撰写本丛书,就集中了与这一考试有关的多种优势,可使其具有更强的针对性,便

于考生从中获益,通过国家司法考试。

本丛书有其自己的一些突出方面,主要表现在以下这些。首先,内容简要。这是指根据司法部颁布的国家司法考试大纲(以下简称《考纲》)所撰写的内容比较简要。考纲的内容是考试的范围。为示区别,在2007年考纲中新增加的内容用“* *”标明。本丛书严格按照考纲的要求编写其内容;而且内容以要点为主,简明扼要,没有赘述。考生不仅可以一目了然,还易学易记,有利于提高学习效率。其次,法律法规和司法解释俱全。这是指与考纲内容相关的法律法规和司法解释比较俱全。国家司法考试中许多内容都与我国现行的法律法规和司法解释相关,而且其中有的还是考试的直接内容。本丛书在有关内容后都列有这些法律法规和司法解释,便于考生学习和掌握。最后,试题充足。这是指历年的国家司法考试的真题和仿真模拟试题比较充足。本丛书把历年国家司法考试的所有真题都附在相关内容之后,考生可以从中发现命题的思路、题型、内容安排和答题要求等一系列问题,并有的放矢地为迎考作准备。同时,本丛书还依据考纲的要求,附有数量比较充足的仿真模拟试题,加大训练力度,增加练习机会,提高通过率。从以上的这些突出方面可见,本丛书是一本集考纲和相关内容、法律法规和司法解释、试题等为一体的国家司法考试辅导书,真可谓“一书在手,需要俱全”。它极大地方便了考生学习、掌握这一考试的内容,可从容应对考试,不失为考生的良师益友。

本丛书共有8分册,分别为:法理学、宪法、行政法与行政诉讼法分册;国际法、国际私法、国际经济法分册;经济法、商法分册;刑法分册;民法分册;刑事诉讼法分册;民事诉讼法与仲裁制度分册;法制史、司法制度和法律职业道德、法律文书分册,每册中的内容都与考纲的要求和内容对应,并按考纲的要求和内容撰写。每册的内容均由这样四个部分组成:考纲要求及根据考纲所编写的知识要点、相关的法律法规条文及司法解释、历年试题及答案、模拟试题及解析等。这些内容排列以考纲内容为线索和核心,应试的作用比较明显,希望它能帮助各位考生应考,真正体现它的价值。

华东政法大学副校长、教授、博导 王立民
中国国家司法考试协调委员会协调委员

2007年4月于华东政法大学

目 录

第一章 民法概述	1
第一节 民法的概念.....	1
第二节 民法的调整对象.....	2
第三节 民法的渊源.....	3
第四节 民法的适用范围.....	5
第五节 民法的基本原则.....	8
第六节 民事法律关系.....	9
第二章 自然人	18
第一节 自然人的民事权利能力	18
第二节 自然人的民事行为能力	19
第三节 自然人的住所	22
第四节 监护	23
第五节 宣告失踪与宣告死亡	27
第六节 个体工商户与农村承包经营户	31
第七节 个人合伙	33
第三章 法人	41
第一节 法人概述	41
第二节 法人的能力	43
第三节 法人机关	45
第四节 法人的成立、变更和终止.....	47
第五节 法人联营	50
第四章 物与有价证券	52
第一节 物	52
第二节 有价证券	55

第五章 民事法律行为	57
第一节 民事行为与民事法律行为概述	57
第二节 意思表示	60
第三节 民事法律行为的成立与生效	64
第四节 附条件与附期限的民事法律行为	67
第五节 无效民事行为	70
第六节 可变更、可撤销的民事行为	74
第七节 效力未定的民事行为	77
第六章 代理	81
第一节 代理的概念和特征	81
第二节 代理的类型	83
第三节 代理权	87
第四节 无权代理	90
第七章 诉讼时效与期限	94
第一节 诉讼时效	94
第二节 期限	101
第八章 物权概述**	104
第一节 物权的概念和效力	104
第二节 物权的类型	106
第三节 物权的变动	108
第四节 物权的保护	114
第九章 所有权	116
第一节 所有权概述	116
第二节 不动产所有权	118
第三节 动产所有权	120
第十章 共有	125
第一节 共有的概念和特征	125
第二节 按份共有	126

第三节	共同共有	129
第十一章	用益物权	132
第一节	用益物权的概念和特征	132
第二节	土地承包经营权	133
第三节	建设用地使用权	135
第四节	宅基地使用权	137
第五节	地役权	138
第十二章	担保物权	140
第一节	担保物权概述	140
第二节	抵押权	142
第三节	质权	152
第四节	留置权	158
第五节	担保物权的竞合	161
第十三章	占有	164
第一节	占有概述	164
第二节	占有的效力和保护	165
第三节	占有的取得和消灭	166
第十四章	债的概述	168
第一节	债的概念和要素	168
第二节	债的发生原因	171
第三节	债的分类	177
第十五章	债的履行	187
第一节	债的履行规则	187
第二节	债的不履行和不适当履行	194
第十六章	债的保全和担保	203
第一节	债的保全	203
第二节	债的担保	209

第十七章 债的移转和消灭	229
第一节 债的移转	229
第二节 债的消灭	234
第十八章 合同概述	240
第一节 合同的概念和特征	240
第二节 合同的分类	241
第十九章 合同的订立	247
第一节 合同订立的程序	247
第二节 合同的内容和解释	258
第二十章 双务合同履行抗辩权	261
第一节 同时履行抗辩权	261
第二节 不安抗辩权	262
第三节 顺序履行抗辩权	264
第二十一章 合同的变更和解除	267
第一节 合同的变更	267
第二节 合同的解除	269
第二十二章 合同责任	274
第一节 违约责任	274
第二节 缔约过失责任	283
第二十三章 转移财产权利的合同	288
第一节 买卖合同	288
第二节 供用电、水、气、热力合同	304
第三节 赠与合同	306
第四节 借款合同	310
第五节 租赁合同	315
第六节 融资租赁合同	320

第二十四章 完成工作成果的合同	325
第一节 承揽合同	325
第二节 建设工程合同	330
第二十五章 提供劳务的合同	338
第一节 运输合同	338
第二节 保管合同	345
第三节 仓储合同	349
第四节 委托合同	353
第五节 行纪合同	360
第六节 居间合同	364
第二十六章 技术合同	368
第一节 技术合同概述	368
第二节 技术开发合同	374
第三节 技术转让合同	378
第四节 技术咨询合同和技术服务合同	382
第二十七章 不当得利、无因管理	387
第一节 不当得利	387
第二节 无因管理	390
第二十八章 知识产权概述	394
第一节 知识产权的概念和范围	394
第二节 知识产权法	396
第三节 知识产权的保护	397
第二十九章 著作权	412
第一节 著作权的客体	412
第二节 著作权的主体	416
第三节 著作权的内容	425
第四节 著作权的限制	431
第五节 邻接权	440

第六节	著作权侵权行为·····	447
第七节	计算机软件著作权·····	450
第三十章	专利权·····	457
第一节	专利权主体·····	457
第二节	专利权客体·····	462
第三节	授予专利权的条件·····	467
第四节	授予专利权的程序·····	471
第五节	专利权的内容和限制·····	477
第六节	专利侵权行为·····	486
第三十一章	商标权·····	490
第一节	商标概述·····	490
第二节	商标权的取得·····	492
第三节	商标权的内容·····	499
第四节	商标权的消灭·····	502
第五节	商标侵权行为·····	505
第六节	驰名商标的保护·····	511
第三十二章	婚姻、家庭·····	514
第一节	结婚·····	514
第二节	离婚·····	519
第三节	夫妻关系·····	529
第四节	父母子女关系·····	532
第三十三章	继承概述·····	538
第一节	继承权·····	538
第二节	继承法的基本原则·····	540
第三节	继承权的取得、放弃、丧失和保护·····	541
第三十四章	法定继承·····	544
第一节	法定继承概述·····	544
第二节	法定继承人的范围和顺序·····	545

第三节 代位继承·····	547
第四节 法定继承中的遗产分配·····	548
第三十五章 遗嘱继承、遗赠和遗赠扶养协议 ·····	551
第一节 遗嘱继承概述·····	551
第二节 遗赠·····	552
第三节 遗赠·····	556
第四节 遗赠扶养协议·····	557
第三十六章 遗产的处理 ·····	560
第一节 继承的开始·····	560
第二节 遗产·····	561
第三节 遗产的分割和债务清偿·····	564
第四节 无人继承又无人受遗赠的遗产·····	566
第三十七章 人身权 ·····	568
第一节 人身权概述·····	568
第二节 人格权·····	569
第三节 身份权·····	574
第三十八章 侵权行为 ·····	577
第一节 侵权行为概述·····	577
第二节 侵权行为归责原则·····	579
第三节 一般侵权行为构成要件·····	581
第四节 共同侵权行为·····	583
第五节 特殊侵权行为·····	586
第六节 侵权责任·····	595
附 录 ·····	604
2006 年国家司法考试民法试题 ·····	604
中华人民共和国物权法·····	614
后 记 ·····	629

第一章 民法概述

第一节 民法的概念

一、考纲要求及知识要点

(一) 考纲要求

民法的概念 民法的含义(形式上的民法与实质上的民法 广义的民法与狭义的民法 民法典与民法通则)

(二) 知识要点

1. 民法的概念

民法是调整平等主体之间人身关系和财产关系的法律规范总和。体现为三层意思:一是强调当事人地位平等;二是以私的利益为内容和核心,包括发生在自然人或法人等之间的人身和财产关系;三是明确其范围为法律规范体系的总称。

2. 民法的含义

(1) 形式上的民法与实质上的民法。前者指依一定逻辑构建的民事法律规范体系,亦即民法典。后者指调整平等主体之间人身关系和财产关系的民事法律总和,包括民法典和各种单行民事法律。

(2) 广义的民法与狭义的民法。前者指所有的民事法律(私法)规范;后者仅指私法规范的某一部分。即狭义的民法仅指民事法律中调整人身关系和财产关系的法律,而不包括亲属法、知识产权法和商事法(另一种理解狭义的民法仅指民法典)。

(3) 民法典与民法通则。前者即指形式上的民法,是大陆法系的产物。在我国法制史上,清末和民国时期曾制定民法典,中华人民共和国成立后,未制定民法典。后者指于1986年颁布的《中华人民共和国民法通则》,它概括规定了民事法律的基本制度,有准民法典的性质,但不是真正意义上的民法典。现在我国民法典正在制定中。

二、法律及相关解释

法律

《中华人民共和国民法通则》(第六届全国人民代表大会第四次会议通过 1986年4月12日公布 自1987年1月1日起施行)

第1条 为了保障公民、法人的合法的民事权益,正确调整民事关系,适应社会主义现代化建设事业发展的需要,根据宪法和我国实际情况,总结民事活动的实践经验,制定本法。

三、历年试题及答案 无

四、模拟试题及解析

(一) 单项选择题

作为调整平等主体之间财产关系和人身关系的民事法律总和是

A. 狭义的形式意义的民法

B. 狭义的实质意义的民法

C. 广义的实质意义的民法

D. 广义的形式意义的民法

参考答案:C

解析:总和指一切民事规范,此点广义与实质意义民法一致。

(二) 多项选择题

下列对我国民法通则理解正确的是

A. 属实质民法,具有普通法的性质

B. 不属狭义民法,不具有普通法的性质

C. 不属形式民法,但具有普通法的性质

D. 属广义民法,不具有普通法的性质

参考答案:AC

解析:民法通则不是民法典,故不是形式意义上的民法,但又因其具有准民法典的性质,故具有普通法的地位。

第二节 民法的调整对象

一、考纲要求及知识要点

(一) 考纲要求

民法调整的对象 人身关系及其特征 财产关系及其特征

(二) 知识要点

1. 民法调整的对象

民法调整的对象是平等主体之间的人身关系和财产关系。既包括平等主体的自然人之间、法人之间、自然人和法人之间的人身关系和财产关系,也包括国家(公法人)作为平等主体与自然人或法人之间产生的各种人身关系和财产关系,以及法律规定的非法人团体与各类主体之间产生的各种人身关系和财产关系。

2. 人身关系及其特征

(1) 人身关系的概念和范围。人身关系是人格和身份关系的合称,指就人格和身份发生的法律关系。人格是主体性要素的总称,人格关系是基于彼此人格或人格要素而形成的各种关系,包括生命健康、身体等物质性要素和姓名、肖像、名誉、荣誉等精神性要素。身份是主体彼此间地位的体现,身份关系是基于主体彼此身份而形成的关系,如父母子女、兄弟姐妹等亲属关系。

(2) 人身关系的特征。其一,与特定主体密不可分,即人身关系不得抛弃和转让;其二,不具有直接的经济内容,但往往是发生财产关系的前提;其三,在平等主体间形成。

3. 财产关系及其特征

(1) 财产关系的概念和范围。财产是人们可支配的有经济价值的资源和物品,财产关系是主体基于财产的支配和流转而形成的法律关系。大致分为支配型和流转型两类,前者体现为财产的归属和利用状态,民法称为物权关系和知识产权关系;后者主要反映为商品交换中的财产移转状态,民法称为债权关系。财产还有积极和消极之分,前者指物权、债权等,后者仅指债务。

(2) 财产关系的特征。其一,当事人地位的平等,地位不平等、具有服从性的财产关系不由民法调整;其二,具有直接的经济内容,人身的物质要素不能作为财产;其三,具有可支配性,不能被支配的物质资源如日、月等不能作为财产。

二、法律及相关解释

法律

《中华人民共和国民法通则》

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。

三、历年试题及答案 无

四、模拟试题及解析

(一) 单项选择题

1. 下列属于民法调整的对象是

- A. 公司内部的工作隶属关系
- B. 国家与纳税人的税收关系
- C. 工厂排污超标收费关系
- D. 国家机关购买办公用品的关系

参考答案:D

解析:国家机关与商家买卖办公用品的关系是建立在当事人地位平等的基础上,故属民法调整的对象。

2. 民事法律调整的财产关系主要特性是

- A. 当事人地位平等,且经济利益上等价有偿
- B. 当事人地位平等
- C. 与特定主体密不可分且不得抛弃和转让
- D. 经济利益上等价有偿

参考答案:B

解析:主体地位平等是民法调整财产关系的主要特性,是否等价有偿可由当事人意思自主决定。另财产利益当事人可自主处分。

(二) 多项选择题

下列对民法调整的人身关系正确的说法是

- A. 人身关系不直接具有经济内容
- B. 人身关系与特定主体密不可分
- C. 人身关系是身份和人格关系的合称
- D. 人身关系不可转让和继承

参考答案:ABCD

解析:人身关系包括身份和人格关系,都不直接具有经济内容,且因与特定主体密不可分,故导致其不可转让和继承。

第三节 民法的渊源

一、考纲要求及知识要点

(一) 考纲要求

民法渊源的涵义 制定法(民法通则以及民事单行法 国务院制定发布的民事法规 地方

性法规 最高人民法院民事解释规范性文件 国际条约中的民法规范) 习惯

(二) 知识要点

1. 民法渊源的含义

民法的渊源,是指民法的表现形式。我国的民法渊源泛指一切有效的民事法律,包括制定法和习惯。

2. 制定法

制定法,是指由国家有立法权的机关按照法定程序制定和公布的法律。

(1) 民法通则以及民事单行法。民法通则规定了民事活动共同的原则和制度,在民法渊源中处于核心和指导地位。民事单行法规主要有合同法、担保法、继承法、婚姻法、公司法、票据法、著作权法等。此外,诸如森林法、文物法等也包含了民法的规范。

(2) 国务院制定发布的民事法规。包括两类:一是根据政府行政职能为立法部门所制定的法律加以配套,如企业法人登记管理条例、著作权法实施条例等;二是含有民事法律规范的单行行政法,如土地管理法、城市房地产管理法等。这类渊源不得与宪法和法律相抵触。

(3) 地方性法规。地方性法规、自治条例和单行条例有些也能成为民法渊源,但须在与宪法、法律和行政法规不抵触的前提下,按立法法规定的权限和程序制定。

(4) 最高人民法院民事解释规范性文件。它是指最高人民法院对民事法律系统性的解释文件和对法律适用的说明,如《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)》等。

(5) 国际条约中的民法规范。它指我国政府签署并经全国人大批准的国际公约或双边协定,如《联合国国际货物销售合同公约》等。

3. 习惯

习惯,是指人们在生活或交易中形成且作为行为规范的经常性做法。我国民法通则未对习惯的效力作一般性规定,仅在我国合同法中允许按照交易习惯解释合同的歧义条款。

二、法律及相关解释

法律

1. 《中华人民共和国民法通则》

第 151 条 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。

2. 《中华人民共和国合同法》(第九届全国人民代表大会第二次会议通过 1999 年 3 月 15 日公布 自 1999 年 10 月 1 日起施行)

第 125 条 当事人对合同条款的理解有争议的,应当按照合同所使用的词句、合同的有关条款、合同的目的、交易习惯以及诚实信用原则,确定该条款的真实意思。

三、历年试题及答案 无

四、模拟试题及解析

(一) 单项选择题

下列不属民法渊源的是

- A. 民法通则 B. 行业惯例 C. 合同法 D. 习惯

参考答案:B

解析:行业惯例未被普遍认可,故不能作为民法渊源。