

中国政法大学出版社国家司法考试辅导用书编写组 编写

2007年

国家司法考试 复习精要

第5册



中国政法大学出版社

2007 年国家司法考试复习精要

(第五册)

中国政法大学出版社

国家司法考试辅导用书编写组 编写

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

2007 年国家司法考试复习精要.第 5 册/中国政法大学出版社国家司法
考试辅导用书编写组编. —北京:中国政法大学出版社, 2007.2
ISBN 978-7-5620-3010-2

I .2... II .中... 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(2007)第 013013 号

书 名 2007 年国家司法考试复习精要(第五册)
出版发行 中国政法大学出版社
经 销 全国各地新华书店
承 印 固安华明印刷厂
开 本 787×1092 1/16
印 张 27.25
字 数 755 千字
版 本 2007 年 2 月第 1 版 2007 年 2 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978-7-5620-3010-2/D·2970
定 价 36.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号
电 话 (010)58908325(发行部) 58908335(储运部)
58908285(总编室) 58908334(邮购部)
通信地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088
电子信箱 zf5620@263.net
网 址 <http://www.cuplpress.com>(网络实名:中国政法大学出版社)

☆ ☆ ☆ ☆

声 明 1. 版权所有,侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。
本社法律顾问 北京地平线律师事务所

编写说明

司法考试已成为我国竞争最为激烈的主要考试之一,如何安排复习成为困扰大多数考生的难题。合理的复习安排和科学的考试方法与考试成绩密切相关,而科学的复习不是试图掌握每一个知识点去获得满分,而是利用有限的复习资源(时间、精力等),按照考试几率的顺序,去尽可能多地掌握被考频度高、分值高的知识点。阅读有价值的辅导用书,是科学、合理复习的应有之意,以使考生达到事半功倍的效果。本书的宗旨正是在于深入了解考生的需求,秉持对考生认真负责的态度,使考生既能全面掌握考点,又能节省时间,记忆牢固,进行更加有效的复习。

本书的内容和特点如下:

1. 以大纲为线索,以教材为参考,全面覆盖考点,详略得当的阐述知识点。如果以指定教材为准,一个认真备考的人,试卷上90%以上的考点都能复习到。所以,本书以大纲为线索对考点进行整理和提炼,尽可能全面地覆盖所有考点,但在内容的阐述上又根据考试的需要有所取舍,帮助考生直击考点,只对考试需要掌握的知识点加以论述和分析。所采用的法理均为目前的通说,对个别异议也予以了标注,供考生了解。

2. 相关知识点下配以司考真题和解析,及时进行实战训练。司考真题的解析历来是司考复习的主要参考之一。本书收录了2002年至2006年共5届司考的真题,这样可以直观地反映出该知识点的重要程度和历年考试情况,使考生深刻体会司法考试的出题思路和命题范式,训练考生的实战能力和应试技巧。

3. 内容结构逻辑性强,层次清晰简练,并运用多种醒示手段,易于记忆,极具可读性。仅仅阅读教材来复习,在几百万字里面寻觅记忆区区几十万字的考点,确实是一条低效而费时的弯路。本书根据最佳记忆理论,采取提纲式逻辑结构,运用符号标示、附注提示等特色编写手段把句子和段落中蕴含的“题眼”专门加以强调提示,使内容层次清晰简练,文体形式活泼鲜明,去除平板乏味之感,增强了记忆的联系性和突出性。书中各种提示方式的含义:

(1)下划线:段中必须特别重视的句子。

(2)“注意”:对重要但易忽视的知识点予以单独强调。

(3)“特别提示”:对部分内容的总结性提示。

4. 针对不同部门法的特点,让作者充分发挥自己的学科优势,选择最有力的编写体例,利用图表、归纳和对比等方式凸显考点,深化记忆,提高复习效率。利用归纳和对比方式,对易混淆知识点进行比较,非常易于考生记忆和运用。

5. 书中所选用的法条均为目前的有效法条,对因法条修订而导致的不同结论亦进行了提示和说明,并对新修订的法规内容予以标注。

6. 为进一步方便读者学习,我们特提供作者的电子邮箱,可以直接与之交流沟通。

当然,由于篇幅所限,书中有些知识点未能详尽展开。但是瑕不掩瑜,本书无论是在早期复习阶段,还是考试冲刺阶段,考生均可适用,尤其是对那些复习时间实在有限的考生来说,使用本书更会起到事半功倍之效。本书的编写是编著者为广大考生提供有价值服务的一种努力,这种努力的效果如何,有待考生评判,但有一点考生们可以确信:编著者的努力是真诚的,也是扎实的。

编者

2007年1月

目 录

民 法

复习方法谈	(1)
第一章 民法概述	(3)
第二章 自然人	(8)
第三章 法人	(21)
第四章 物与有价证券	(27)
第五章 民事法律行为	(30)
第六章 代理	(43)
第七章 诉讼时效与期限	(54)
第八章 物权概述	(59)
第九章 所有权	(64)
第十章 共有	(71)
第十一章 用益物权	(76)
第十二章 担保物权	(85)
第十三章 占有	(100)
第十四章 债法概述	(104)
第十五章 债的履行	(107)
第十六章 债的保全和担保	(110)
第十七章 债的移转和消灭	(126)
第十八章 合同概述	(136)
第十九章 合同的订立	(139)
第二十章 双务合同履行抗辩权	(144)
第二十一章 合同的变更和解除	(148)
第二十二章 合同责任	(151)
第二十三章 转移财产权利的合同	(159)
第二十四章 完成工作成果的合同	(174)
第二十五章 提供劳务的合同	(180)
第二十六章 技术合同	(190)

第二十七章	不当得利、无因管理	(195)
第二十八章	知识产权概述	(203)
第二十九章	著作权	(206)
第三十章	专利权	(220)
第三十一章	商标权	(231)
第三十二章	婚姻、家庭	(241)
第三十三章	继承概述	(257)
第三十四章	法定继承	(259)
第三十五章	遗嘱继承、遗赠和遗赠扶养协议	(262)
第三十六章	遗产的处理	(268)
第三十七章	人身权	(273)
第三十八章	侵权行为	(278)

商 法

复习方法谈	(300)
第一章 公司法	(302)
第二章 合伙企业法	(338)
第三章 个人独资企业法	(349)
第四章 外商投资企业法	(354)
第五章 企业破产法	(363)
第六章 票据法	(379)
第七章 保险法	(396)
第八章 海商法	(411)

民 法

复习方法谈*

2007年司法考试民法部分仍将占有最大的比重,因此,复习好民法部分对顺利通过司法考试举足轻重。

民法部分不仅涉及的法律条文数量极为庞大,而且有相当的理论深度,加上命题方式越来越趋向于灵活、实用,往往一道题中包含了多个部分的内容,对考生准确记忆、全面理解、灵活运用法律的要求也就越来越高。因此,要求考生一定要在融会贯通、务求全面的基础上突出重点、准确记忆,对重点章节、重要知识点首先要牢牢把握。

其中,《民法通则》及最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》(以下简称《民通意见》)作为我国民商事立法的基础性法律,在历年的考试中所占分值都非常高。二者相比,后者更重于前者。复习此部分时,对于基本理论问题要力求深入,不可仅仅停留在表面;对于具体法律制度,要以法条为主,注重应用。应重点掌握的知识点具体包括:公民的民事行为能力及分类、监护制度、宣告失踪和宣告死亡、民事法律行为、代理制度、物权的一般规定、物权体系及效力、所有权制度、债权理论、侵权行为以及无因管理、不当得利等等。

担保法部分在每年考试中所占分值平均在15分左右,分量很重。而且,此部分理论性较强,有一定难度,重点也不是很突出,需要全面和仔细地理解、掌握。对于担保法复习,要注意担保法与司法解释的结合,因为担保法司法解释不仅是对担保法法条本身的细化,而且还对担保法中的很多问题作出了一些修正和补充,比如担保合同无效后的责任承担、保证合同的期间与诉讼时效、人保与物保的关系等。

合同法从分值分布看,是所有列入司法考试范围的法律、法规中最高的,年均分值在50分以上,因此必须予以特别重视。从命题方式上看,2006年、2005年的试题都很灵活也更深入,需要对合同法有深刻的理解。试题中,合同法总则占的分值要大一些,而且覆盖面很广,几乎囊括了合同法总则的全部规定,试题的难度也很大,因此考生在复习时务必仔细掌握。合同法分则在考试中的比重逐年上升,重点也趋向于分散,因此要求全面掌握每一个条文和制度。

著作权法在近年考试中所占分值在5分左右,而且命题较为集中,以考查法条为主,大多出自《著作权法实施条例》。重点内容为著作权的种类、内容及限制,邻接权的种类、内容,及侵犯著作权的法律责任等。

专利法以直接考法条为主,对法条的识记当然重要,但随着命题越来越趋于灵活、综合,又不能局限于个别的法条,需要融会贯通,要结合相关知识复习。例如,结合合同法中的技术合同。考点主要有:专利权的主体(职务发明、委托发明、合作开发)、专利权的客体(不授予专利的对象)、授予专利的

* 作者联系方式:mgx828@sina.com

条件、专利申请程序、专利权的内容、专利权的保护等。另外,专利许可使用、专利转让、专利侵权、强制许可等都是重复出现的考点。

商标法年均分值5分左右,理论性不强,也是以直接考法条为主,题型基本上限于选择题,而且重点比较突出。考点有:商标保护的公约(尤其是《巴黎公约》);商标的形式、分类、构成;商标的取得(商标注册的原则、条件、程序);商标专用权的内容(驰名商标的保护)、期限、撤销;商标的转让和许可使用;商标侵权和侵权责任等。

婚姻家庭法部分在司法考试中所占比例很小,法条较少,重点突出,无效或可撤销婚姻、夫妻财产的认定与处理是常考重点。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)、(二)》也应熟练掌握。

继承法近几年所占分值较少,为2分左右,但是其在民法中的地位不可忽视,仍要全面复习和掌握。主要考点有:遗产继承人的确定、遗产的范围、遗产的分割、法定继承制度、遗嘱形式及效力、遗嘱继承制度等。其中,遗产的分割是重点也是难点,必须清晰的掌握。

以上是对民法部分命题规律与出题侧重点的分析,希望能对考生有所帮助并节省考生宝贵的复习时间,在通过司法考试的路上少走弯路。

第一章 民法概述

第一节 民法的概念

一、定义

民法是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、存在形式

我国目前还没有民法典,主要以《民法通则》及各种单行法律的形式存在。

第二节 民法的调整对象

一、调整对象

我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,即调整平等主体之间的人身关系和财产关系。

二、人身关系

是“人格关系”和“身份关系”的合称。民法调整的是自然人间的人身关系。人身关系不得抛弃和转让。

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、不得转让并不得剥夺。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和配偶。身份关系仅存在于自然人之间,也不得抛弃和转让。

三、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、气流风暴等,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、血液等不能作为财产。

平等主体之间的财产关系,可分为两类:即支配型与流转型。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。

财产还可以区分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。

第三节 民法的渊源

1. 含义。民法的渊源是指民法的表现形式,即正式载有民法规范的公开文件。

2. 渊源包括。制定法(宪法中的民法规范、《民法通则》及民事单行法律、民事法规、地方性法规、规章、司法解释和国际条约中的民法规范等)和习惯。

第四节 民法的适用范围

1. 对人的适用范围。中华人民共和国领域内从事民事活动的人。

2. 在空间上的适用范围。我国的领土、领空、领海,包括驻外使馆、在我国领域外航行的我国船舶。区域性民法规范则只适用于特定地区。

3. 在时间上的适用范围。

注意:新法优于旧法,后法优于前法;一般没有溯及力。

第五节 民法的基本原则

1. 平等原则。民事主体身份平等。

2. 自愿原则。民事活动中当事人意思自治原则。

3. 公平原则。民事主体之间的权利和义务要均衡。

4. 诚实信用原则。按照市场制度的互惠性行事。

5. 禁止权利滥用原则。行使权利的同时不能损害受保护的他人的权益。

第六节 民事法律关系

一、民事法律关系的概念与特征

(一) 概念

民事法律关系是由民法调整的、以权利义务为内容的社会关系,包括人身关系和财产关系。

(二) 特征

1. 主体的私人性:主体只能是自然人和法人。

2. 内容为私权利和私义务。

3. 产生的自治性。

二、民事法律关系的要素

(一) 主体

注意:国家直接参与民事活动时,只能作为公法人。

(二) 客体

是民事主体得以结成相互关系的利益对象,分为以下三类:

1. 物:要具有可支配性、存在性和效用性。
2. 行为:又称给付,特指能满足债权人利益的行为。
3. 智力成果。

(三) 民事法律关系的内容

民事权利和民事义务。

(06 卷三单选第 1 题) 下列哪种情形成立民事法律关系?

- A. 甲与乙约定某日商谈合作开发房地产事宜
- B. 甲对乙说:如果你考上研究生,我就嫁给你
- C. 甲不知乙不胜酒力而极力劝酒,致乙酒精中毒住院治疗
- D. 甲应同事乙之邀前往某水库游泳,因于抽筋溺水身亡

【答案及解析】C。民事法律关系是民法干预社会生活的结果,它一旦基于一定的法律事实而成立,即在当事人之间发生一定的民事权利义务关系,从而区别于一般社会关系。本题中,只有 C 项符合民事法律关系的成立要件。A 选项中甲与乙只是约定对有关事宜进行“商谈”,并未明确将来要订立合作开发合同,甲乙的约定不属于预约,故不选 A;有人认为 B 选项构成附条件民事法律行为,但忘记了其不符合民法基础理论中身份行为不得附条件的有关规定,且婚约在我国也不具有法律效力,故不选 B;C 选项中甲“极力劝酒”,违背了大量饮酒有害于身体健康的生活常识,主观上具有过失,其行为构成侵权行为,应对乙承担相应的赔偿责任,故 C 选项正确;D 选项中,甲游泳时抽筋溺水身亡和乙邀请其去游泳无法律上的因果关系,乙在主观上并不存在故意或过失,其行为不构成侵权行为,甲乙双方不存在民事法律关系,故不选 D。本题正确答案为 C。

三、民事权利

(一) 类型

1. 财产权、人身权(以客体所体现的利益为标准)。
2. 支配权、请求权、形成权、抗辩权(以民事权利的效力特点为标准)。

支配权:对权利客体进行直接的排他性支配并享受其利益的权利,如人身权、物权、知识产权中的财产权。

请求权:请求他人为一定行为或者不为一定行为的权利,如债权。

形成权:依权利人单方面意思表示就能使民事法律关系发生、变更或者消灭的权利,如撤销权、解除权、追认权、抵销权、选择权、抛弃权等。

意思表示有明示和默示,当事人亦可以默示的方式行使形成权。

注意:形成权具有下述特点

- (1) 形成权的行使表现为单方行为;
- (2) 单方意思表示一经到达对方即为生效(因此,行使形成权的意思表示可以撤回但不得撤销);
- (3) 效力的产生不需要另一方作出某种辅助行为或共同的行为;
- (4) 形成权不能与所依附的原权利分割而单独转让;
- (5) 形成权的存在有一定的除斥期间。

(05 卷三多选第 58 题) 下列关于民事权利中的形成权的表述,哪些是正确的?

- A. 形成权只能通过明示方式行使
- B. 效力待定合同中相对人的催告权并非形成权
- C. 债权人撤销权属形成权

D. 形成权不受诉讼时效期间的限制

【答案及解析】BD。形成权既可以以明示方式行使,也可以以默示方式行使,故选项A错误。在效力待定合同中,相对人催告权的行使是为了督促法定代理人及被代理人等尽快行使自己的权利,本身不能使法律关系发生、变更或消灭,比如《合同法》第47条^[1]第48条^[2]规定的催告行为发生后,需要法定代理人、被代理人的意思表示(追认或默示拒绝,如1个月保持沉默),才能引起法律关系的变动,因此催告权不是形成权。债权人撤销权是指当债务人放弃对第三人的债权、实施低价或无偿转让财产的行为而有害于债权人的债权时,债权人依法请求法院撤销债务人的行为的权利,债权人最终是通过法院判决而非自己的意思表示而使债务人的法律关系发生改变的,属于形成诉权。诉讼时效期间仅适用于请求权,不适用于形成权。本题答案为BD。

考生须注意的是,从广义上讲,债权人撤销权也是形成权的一种,只不过是形成诉权。形成权包括形成诉权和单纯形成权,单纯形成权只需一方向对方做出意思表示就能使法律关系产生变动(如房屋承租人的优先购买权、共有人的优先购买权、典权人的优先购买权、优先承包权等就是单纯形成权),而形成诉权只能经人民法院判决或者仲裁机构裁决才能使法律关系产生变动。债权人撤销权只能诉请人民法院撤销,故本人以为C亦应选。

(03卷三多选第34题)在行为人进行的下列行为中,哪些属于行使形成权的行为?

- A. 被代理人对越权代理进行追认
- B. 监护人对限制民事行为能力人纯获利益的合同进行追认
- C. 受遗赠人于知道受赠的期限内未作受赠的意思表示
- D. 承租人擅自转租,出租人作出解除合同的意思表示

【答案及解析】ACD。《民法通则》第66条规定:“没有代理权、超越代理权或者代理权终止后的行为,只有经过被代理人的追认,被代理人才承担民事责任。未经被代理人追认的行为,由行为人承担民事责任。……”《合同法》第48条规定:“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立的合同,未经被代理人追认,对被代理人不发生效力,由行为人承担责任。相对人可以催告被代理人在1个月内予以追认。被代理人未作出表示的,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。”故A项正确,这是追认权的规定。《合同法》第47条规定:“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。”故B选项错误。受遗赠人于知道受遗赠的期限内(2个月)未作接受遗赠的意思表示(默示中的单纯沉默),以一方的意志消灭了受遗赠法律关系,因而属于行使形成权的行为。受遗赠人的形成权为单纯形成权(无须经过诉讼或者仲裁就可发生效力)、消灭形成权(消灭了当事人之间既存的法律关系)、法定形成权(《继承法》第25条^[3]作了规定),故C项正确。《合同法》第224条第2款规定:“承租人未经出租人同意转租的,出租人可以解除合同。”故D项正确。本题答案为ACD。

抗辩权:能够阻止请求权效力的权利,如同时履行抗辩权、不安抗辩权、先诉抗辩权等。

[1] 《合同法》第47条规定:“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1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。”

[2] 《合同法》第48条规定:“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立的合同,未经被代理人追认,对被代理人不发生效力,由行为人承担责任。相对人可以催告被代理人在1个月内予以追认。被代理人未作表示的,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。”

[3] 《继承法》第25条第2款规定:“受遗赠人应当在知道受遗赠后2个月内,作出接受或者放弃受遗赠的表示。到期没有表示的,视为放弃受遗赠。”

注意:抗辩权的作用在于“对抗”而非否认对方的权利。其行使以请求权存在且提出请求为前提。在未提出请求权的情况下,抗辩权无从行使。因此,在权利已经消灭的情况下,不适用抗辩权。

3. 绝对权与相对权(以民事权利的效力所及相对人的范围为标准)。

绝对权:权利所及相对人为不特定人的权利,又称对世权,如物权、人身权等。

相对权:权利效力所及相对人仅为特定人的权利,又称对人权,如债权。

4. 主权利与从权利、原权利与救济权(以各权利的地位划分)。在担保中,被担保的债权为主权利,担保权为从权利。

5. 专属权与非专属权(以民事权利与权利人的联系而划分)。

专属权与特定的民事主体不能分离,如人格权、身份权等。

非专属权是可以转让、继承的权利,如物权、债权等财产权。

6. 既得权与期待权(以权利是否现实取得划分)。大部分民事权利为既得权,继承权是典型的期待权。

(04 卷三单选第 1 题)下列关于民事权利的表述哪一个是错误的?

A. 抵销权是一种形成权

B. 知识产权是一种支配权

C. 债权请求权不具有排他性

D. 支配权不存在对应义务

【答案及解析】D。抵销权、撤销权、解除权、终止权、回赎权、继承抛弃权等属于消灭形成权,A 正确。支配权,又称管领权,该权利的首要功能,在于直接支配某种客体,物权为典型的支配权,知识产权、人格权、身份权亦多为支配权,B 正确。支配权的对应义务具有消极性,相对人有不作为或容忍义务,D 不正确。请求权是指首要权能为要求他人为给付的权利,债权是典型的请求权,请求权不具有排他性,C 正确。本题答案为 D。

(二)民事权利的救济

1. 公力救济:权利人通过行使诉权,诉请法院依民事诉讼和强制执行程序保护自己权利的措施。

2. 自力救济:权利人依靠自己的力量强制他人捍卫自己权利的行为,包括自卫行为和自助行为。前者如正当防卫和紧急避险,后者如公共汽车售票员扣留逃票乘客。

注意:公力救济为主,只有在来不及援用公力救济时,才使用自力救济。

(05 卷三单选第 6 题)甲在乙经营的酒店进餐时饮酒过度,离去时拒付餐费,乙不知甲的身份和去向。甲酒醒后回酒店欲取回遗忘的外衣,乙以甲未付餐费为由拒绝交还。对乙的行为应如何定性?

A. 是行使同时履行抗辩权

B. 是行使不安抗辩权

C. 是自助行为

D. 是侵权行为

【答案及解析】C。本题考查对相关概念的理解。所谓同时履行抗辩权是指基于同一双务合同双方当事人互负债务,双方当事人均无先为履行的义务,任何一方当事人在对方提出履行之前均可拒绝自己的履行;所谓不安抗辩权是指基于同一双务合同双方当事人互负义务,一方有先履行合同的义务,另一方有后履行合同的义务,有先履行义务的一方有证据证明自己履行了合同义务以后对方将不能履行其对应义务的危险时,得拒绝自己的履行而要求对方提出履行或者提供担保。可见,无论是同时履行抗辩权还是不安抗辩权均要求双方必须基于同一双务合同互负对等义务。就甲与乙的就餐合同而言,甲的义务是支付餐费,乙的义务是提供餐饮服务。甲只能基于所有物返还请求权要求乙返还外衣,这与就餐合同是两个法律关系,不符合同时履行抗辩权或不安抗辩权的成立要件。故 A、B 不正确。

自助行为是指权利人受到不法侵害后,为保全或者恢复自己的权利,在情势紧迫而不能及时请求国家机关予以救助的情况下,依靠自己的力量,对他人的财产或自由施加扣押、拘束或其他相应措施的行为。本案中,甲拒付餐费的违约行为使乙的债权受到了损害,且由于乙不知甲的身份和去向,如果任由甲取回其遗忘的外衣,则以后债权的行使将变得极为困难,故成立自助行为。乙拒绝交还外衣的行

为对其债权的保全目的而言并未过度,也不构成侵权行为。故应选 C,不选 D。

四、民事义务

类型:法定义务与约定义务;积极义务与消极义务;基本义务与附随义务(如在合同中,照顾义务、通知义务、协助义务等先合同义务或后合同义务就属于附随义务)。

五、民事责任

(一)特征

1. 民事责任是不履行义务的法律后果。
2. 民事责任属于公力救济。
3. 民事责任的效果,是救济权人得以公力救济方式诉请执行机关予以强制执行。

(二)类型

1. 合同责任、侵权责任和其他责任。
2. 财产责任与非财产责任。
3. 无限责任与有限责任:无限责任是指债务人以其全部财产对其债务负责;有限责任是指债务人仅以特定财产为限,对其债务负责。
4. 单独责任与共同责任:共同责任是指单方的多数人责任,又可分为按份责任与连带责任。
5. 过错责任、无过错责任、公平责任。

六、民事法律事实

1. 概念:是指符合民事规范,能够引起民事法律关系发生、变更、消灭的客观现象。包括事件和行为。

2. 事件:是与人的意志无关的法律事实,是引起民事法律关系变动的自然现象,如死亡、地震。

3. 行为:是与人的意志有关的法律事实,分为表意行为和非表意行为。

(1)表意行为:行为人通过意思表示,旨在设立、变更或者消灭民事法律关系的行为。

(2)非表意行为:行为人主观上没有产生民事法律关系效果的意思表示,客观上引起法律效果发生的行为,如侵权行为。

第二章 自 然 人

第一节 自然人的民事权利能力

一、概念

自然人的民事权利能力是法律确认的自然人享有民事权利承担民事义务的资格。与自然人不可分离,具有不可转让性。

二、民事权利能力的开始

1. 自然人的民事权利能力的取得始于出生。
2. 认定出生时间的证明依次为:①户籍证明;②医院出具的出生证明;③参照其他有关证明认定。

金家为其孙子金亮的出生日期犯愁。其母记得是8月26日早晨出生,医院的接生记录簿记载的是8月27日,医院的出生证上记载的是8月28日,其户口簿上记载的是8月29日。依法,金亮的出生

日期为

A. 8月28日

B. 8月26日

C. 8月29日

D. 8月27日

【答案及解析】C。本题主要考查对《民通意见》第1条^[1]的理解。《民通意见》只是规定了以什么时间为出生时间的标准问题,而没有规定在什么时间都有的情况下,出生时间的认定问题,这就涉及各种标准的效力问题。本题中应以户籍证明的效力最高。故正确答案为C。

注意:对于“遗腹子”问题,属于“权利能力的取得始于出生”原则的例外,即遗产分割时,应当保留胎儿的继承份额。这是以推定胎儿活体出生为前提的。在胎儿实际出生时,可能有三种情形,从而导致不同的权利分配形态:①胎儿出生为活体的,该应留份额属于该婴儿,由其监护人(通常是母亲)监护保管;②胎儿出生时是死体的,保留的份额按照法定继承办理;③胎儿出生时为活体,之后死去的,该应留份额成为该婴儿的遗产,由其继承人继承。

依据我国法律,胎儿

A. 应为民事主体

B. 享有民事权利

C. 享有继承权

D. 不为民事主体

【答案及解析】D。本题考查对《民法通则》第9条^[2]的理解。在我国自然人的民事主体资格始于出生,胎儿未出生不是民事主体,不是民事主体就不享有民事权利,继承权是民事权利的一种,胎儿不享有继承权,但考虑到胎儿的利益,《继承法》第28条规定,在遗产分割时保留胎儿的继承份额。故本题答案为D。

三、民事权利能力的终止

自然人的民事权利能力于死亡时消灭,包括生理死亡和宣告死亡。

依据我国法律,自然人张三死亡后,他享有

A. 所有权

B. 著作署名权

C. 隐私权

D. 名誉权

【答案及解析】B。本题考查自然人死亡后,是否享有民事权利的问题。应坚持自然人死亡不具有民事权利能力的原则,即自然人不享有民事权利,但特别法有规定的应以特别法的规定为准。本题中,所有权在张三死后肯定不享有,隐私权、名誉权为自然人的人格权,在张三死后亦不享有。但依据《著作权法》第20条^[3]的规定,作者对作品永远享有署名权。故张三死亡后仍对其作品享有署名权,答案为B。

注意:相互有继承关系的几个人在同一事件中死亡时,应如何确定死亡时间?

方法:根据《继承法意见》第2条,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,如几个死亡人辈分不同,推定长辈先死亡;几个死亡人辈分相同,推定同时死亡。

第二节 自然人的民事行为能力

一、概念

自然人的民事行为能力是指民事主体独立实施民事法律行为的资格。民事行为能力的有无与自

[1] 《民通意见》第1条规定:“公民的民事权利能力自出生时开始。出生的时间以户籍证明为准。没有户籍证明的,以医院出具的出生证明为准,没有医院证明的,参照其他有关证明认定。”

[2] 《民法通则》第9条规定:“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。”

[3] 《著作权法》第20条规定:“作者的署名权、修改权、保护作品完整权的保护期不受限制。”

然人的意思能力有关。

注意:与民事责任能力的异同:有民事行为能力人,同时也是有民事责任能力人,但限制民事行为能力人,是有责任能力的,而不是限制责任能力。

二、自然人的民事行为能力的类型

(一)完全民事行为能力人

1. 年满18周岁、精神正常的公民是完全民事行为能力人。

2. 16周岁以上不满18周岁的公民,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。

(二)限制民事行为能力人

只能独立实施与年龄智力相适应的民事法律行为的能力。其他民事行为则须经法定代理人同意或者代理。

1. 年满10周岁以上的未成年人为限制行为能力人。(采年龄主义)

2. 对成年人,是指不能完全辨认自己行为的精神病人为限制行为能力人。(采个案审查制)

注意:根据《合同法》第47条规定,^[1]①限制行为能力人订立的纯获利益的合同行为有效。限制民事行为能力人订立“纯获利益的合同”无论数额大小,无须法定代理人代理,属其民事行为能力范围,这是《合同法》对《民法通则》相关规定的一个补充,也对确认限制民事行为能力的范围,有认知价值。②与其年龄、智力、精神健康状况相适应而订立的合同行为有效。③超出民事行为能力范围而实施的合同行为为效力待定行为。④超出民事行为能力范围而实施的单方行为为无效行为。虽然依据《民法通则》第58条第2款,限制行为能力人超出民事行为能力范围实施的民事行为一律无效,但是依据《合同法》第47条,其中的合同行为却属于效力待定,因此对于不属于《合同法》规范的单方行为,应适用《民法通则》第58条第2款的规定,属无效行为。例如,《继承法》第22条规定,无行为能力人或者限制行为能力人所立的遗嘱无效。因为“遗嘱”行为是单方民事法律行为。

(三)无民事行为能力人

1. 不满10周岁的未成年人。(采年龄主义)

2. 完全不能辨认自己行为的精神病人。(采个案审查制)

无民事行为能力人参与民事活动,须有法定代理人代表,其自己不能独立参与民事活动,为民事法律行为。

但是依据《民通意见》第6条^[2]和第129条,^[3]无民事行为能力人纯获利益的行为并不因其无行为能力而无效。

依据我国法律,下列自然人中为限制民事行为能力或无民事行为能力的人是

- A. 失明的人
- B. 智障的人
- C. 双腿残疾的人
- D. 失聪的人

【答案及解析】B。依据《民法通则》的规定,判断自然人是否具有民事行为能力或民事行为能力是否限制的标准是:年龄和精神健康状况。在本题中,失明的人、双腿残疾的人、失聪的人均为身体残疾,

[1] 《合同法》第47条规定:“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1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。”

[2] 《民通意见》第6条规定:“无民事行为能力人、限制民事行为能力人接受奖励、赠与、报酬,他人不得以行为人无民事行为能力、限制民事行为能力为由,主张以上行为无效。”

[3] 《民通意见》第129条规定:“赠与人明确表示将赠与物赠给未成年人个人的,应当认定该赠与物为未成年人的个人财产。”