

法律版
FALUBAN



司法考试名师讲义

SIFA KAOSHI MINGSHI JIANGYI

民法

法律考试中心 / 组编

李仁玉 / 著



法律出版社

司法考试名师讲义

民 法

法律考试中心 组编

李仁玉 著

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

民法/李仁玉著. —北京:法律出版社, 2005. 3

(司法考试名师讲义)

ISBN 7-5036-5405-8

I. 民… II. 李… 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(2005)第 015437 号

©法律出版社·中国

责任编辑/赵明霞

装帧设计/曹 铤 胡 欣

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/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/787×960 毫米 1/16

印张/20.5 字数/395 千

版本/2005 年 3 月第 1 版

印次/2005 年 3 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

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法律考试出版分社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/test@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939652

传真/010-63939650

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

传真/010-63939777

客服热线/010-63939792

网址/www.chinalawbook.com

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

中法图北京分公司/010-62534456

中法图上海公司/021-62071010/1636

中法图苏州公司/0512-65193110

中法图深圳公司/0755-83072995

中法图重庆公司/023-65382816/2908

中法图西安分公司/029-85388843

书号:ISBN 7-5036-5405-8/D·5122

定价(含光盘):45.00 元

国家司法考试应试资格及考试科目

考试性质	国家统一组织的从事特定法律职业(法官、检察官、律师)的资格考试。
报名条件	1. 具有中华人民共和国国籍; 2. 拥护《中华人民共和国宪法》,享有选举权和被选举权; 3. 具有完全民事行为能力; 4. 符合《法官法》、《检察官法》和《律师法》规定的学历、专业条件: 第一,具有高等院校法律专业本科以上学历,或者高等院校其他专业本科以上学历具有法律专业知识; 第二,各省、自治区、直辖市所辖自治县(旗),各自治区所辖县(旗),各自治州所辖县;国务院审批确定的国家扶贫开发工作重点县;西藏自治区所辖市、地区、县、县级市、市辖区,可以将报名的学历条件放宽为高等院校法律专业专科学历。 5. 品行良好。
考试科目	法理学、宪法、法制史、行政法与行政诉讼法、刑法、刑事诉讼法、民法、民事诉讼法、商法、经济法、国际法、国际私法、国际经济法、法律职业道德,共 14 个科目。
题型	1. 单项选择题:每题给四个选项,选项中只有一个答案是正确的,应试人员应将正确的选项选择出来并按要求在答题卡相应位置填涂,多选或不选均不得分。 2. 多项选择题:每题给四个选项,选项中有两个或两个以上答案是正确的,应试人员应将正确的选项选择出来并按要求在答题卡相应位置填涂,多选、少选或不选均不得分。 3. 不定项选择题:每题给四个选项,选项中有一个或一个以上(包括四个)的答案是正确的,应试人员应将正确的选项选择出来并按要求在答题卡相应位置填涂,多选、少选或不选均不得分。 4. 分析简答题:要求应试人员按照试题提问回答问题。应试人员应仔细审阅试题及提问,按要求作答。 5. 法律文书题:要求应试人员对试题所提供的事实材料进行加工整理,并按试题要求将其制作为相应的法律文书,或要求应试人员对试题所提供的法律文书找错,并提出理由或分析。法律文书题要求答题格式规范、文字通顺、标点正确、无语法错误等。 6. 论述题:要求应试人员根据试题所提供的材料,运用掌握的法学知识、理论进行分析和论述。论述题要求观点明确、说理充分、语言流畅、逻辑严谨、表述准确。

国家司法考试试卷结构及考试要求

试卷一	本卷共 100 道试题,由单项选择题、多项选择题、不定项选择题组成。其中单项选择题 50 题,每题 1 分;多项选择题、不定项选择题 50 题,每题 2 分。本卷分值 150 分,考试时间 180 分钟。 本卷包括以下科目:法理学、法制史、宪法、经济法、国际法、国际私法、国际经济法和法律职业道德。
试卷二	本卷共 100 道试题,由单项选择题、多项选择题、不定项选择题组成。其中单项选择题 50 题,每题 1 分;多项选择题、不定项选择题 50 题,每题 2 分。本卷分值 150 分,考试时间 180 分钟。 本卷包括以下科目:刑法、刑事诉讼法、行政法与行政诉讼法。
试卷三	本卷共 100 道试题,由单项选择题、多项选择题、不定项选择题组成。其中单项选择题 50 题,每题 1 分;多项选择题、不定项选择题 50 题,每题 2 分。本卷分值 150 分,考试时间 180 分钟。 本卷包括以下科目:民法、商法、民事诉讼法(含仲裁制度)。
试卷四	本卷主要由分析简答题、法律文书题、论述题等题型组成。本卷分值 150 分,考试时间 210 分钟。 本卷包括以下科目:法理学、宪法、行政法与行政诉讼法、刑法、刑事诉讼法、民法、商法、民事诉讼法。
考试要求	以上四卷总分为 600 分。合格人员必须参加以上四卷的全部考试,且四卷中任何一卷不得为零分。应试人员各卷的考试成绩当年有效。

国家司法考试相关信息统计表

年度	2002 年	2003 年	2004 年
报名人数	360751 人	194286 人	195000 余人
参考人数	311344 人	166995 人	179000 余人
合格人数	24098 人	17000 余人	20000 余人
合格分数线	240 分 (部分放宽地区 235 分)	240 分 (部分放宽地区 225 分)	360 分 (部分放宽地区 335 分)
合格比例	7.74% (占报名人数 6.68%)	10.18% (占报名人数 8.75%)	11.22% (占报名人数 10.26%)

精华要点导引

司法考试科目很多,对于参加司法考试的考生而言,准确高效地复习备考,是成功的关键,而慎选一本好的教材更是十分必要。

为了节省考生的时间,经过广泛调研,充分借鉴司法考试高分通过者的经验,按照备考规律及应试要求,邀请全国司法考试辅导领域名师,以课堂讲授为基础,对应试知识进一步系统归纳,整理整合,编写体例简洁清晰,彰显实用效果。

本书主要内容如下:

一、导读。简介学科构架,指点复习方法与应试技巧。

二、内容提要及体系表。提示重要内容,明晰学科体系,对最新修正、修改和重要法律法规、司法解释的相关条文对比列表或加以说明,参照记忆。

三、重点讲解。在保持学科体系完整的前提下,突出考点。重点讲解考试要点,略讲一般知识,不讲不具可考性的内容,繁简得当,重点突出。

四、实例演练。每一重要知识点均设例题及答案解析,解疑释惑,辨析法理,实现从理论知识到解题能力的迅捷转化。

五、历年试题。每讲附列涉及本讲内容的司法考试(律师资格考试)试题及答案,了解命题规律,把握命题特点。

另外,附有本学科必读法律法规、司法解释目录,指引考生重视结合现行法律规定,扎实基础知识。

每一位司法考试考生都渴望得到名师的口传心授,悉心点拨,在此意义上,把他们亲力亲为的倾心之作编辑出版,无疑是广大考生的福音。同时,这种集大成“一站式”教科书的出版,也是我们根据司法考试最新变化,及时满足考生备考需求,更好地服务考生一贯宗旨的最新奉献。

尽管尽心竭力,不足之处在所难免,敬祈批评指正。

选择法律版考试用书,选择成功!

目 录

导读:复习方法与应试技巧	(1)
第一讲 民法概述	(9)
第二讲 自然人	(18)
第三讲 法人	(32)
第四讲 物与有价证券	(42)
第五讲 民事法律行为	(47)
第六讲 代理	(67)
第七讲 诉讼时效与期限	(76)
第八讲 物权概述	(83)
第九讲 所有权	(95)
第十讲 用益物权与担保物权	(113)
第十一讲 债法概述	(136)
第十二讲 债的保全与担保	(145)
第十三讲 债的移转与消灭	(165)
第十四讲 合同总论	(172)
第十五讲 转移财产权利的合同	(199)
第十六讲 完成工作成果的合同	(222)
第十七讲 提供劳务的合同	(229)
第十八讲 技术合同	(242)
第十九讲 不当得利与无因管理	(247)
第二十讲 知识产权概述	(254)
第二十一讲 著作权	(257)
第二十二讲 专利权	(268)
第二十三讲 商标权	(277)
第二十四讲 婚姻、收养、继承	(286)
第二十五讲 人身权	(297)
第二十六讲 侵权行为	(303)
附录:必读法律法规及司法解释	(315)

导读:复习方法与应试技巧

一、民法考试的基本要求

1. 应当对民法的体系有较全面的把握,理解民法的各项制度在民法体系中的地位及其联系,尤其是民法总则对民法的各项具体制度的指导作用以及物权制度与债权制度之间的联系。

2. 应当准确掌握民法的基本概念、基本理论和基本制度,能够运用这些概念和理论对各类民事行为的性质及其所形成的关系进行准确的分析。

3. 学会综合运用民法的理论和具体法律规定对民事案例进行分析并能够得出有依据的结论。

二、民法学习的基本方法

某种意义上讲,民法复习的成功与否决定着整个司法考试成败,此即所谓“得民法者得天下”。一方面,民法在整个法律体系中居于基础性地位,民法的理解与掌握以及民法思维的形成会对其他法律的学习起着积极而有意义的作用,达到触类旁通的效果。另一方面,从大纲为民法设定的分值与历年考试的实际情况看,也可以说明民法复习在整个司法考试中的重要程度。在司法考试的试卷中,民法部分位于卷三与卷四之中,分别各占45%与35%—40%(后一比例涵盖商法部分);此外,民法理论也是做好商法题与民事诉讼法题所不可缺少的基础知识。因此,考生对民法的重要性必须有足够充分认识,认真扎实的做好这门课的复习。

民法自身的特殊性决定着民法这门课的复习应该有其特殊性,即民法具有源远流长、理论性强、体系完整、逻辑性强等特点,决定着考生不能仅看所谓的重点知识与法条,断章取义、孤立片面的复习,尤其是那些刚刚涉入法律学习的考生更不应该如此;我们认为民法的复习应大致遵循这样一个过程:以大纲为向导,精读细研民法的指定教材,吃透理论;细读并适当记忆法条;大量的习题演练;上述过程可据考生个人的不同情况有机的循环,同时也可加以适当的调整。

(一)紧扣大纲。大纲是确定民法考试范围的惟一准绳,因此,复习过程中决不可置大纲而不顾。对此我们提出如下意见,仅供参考:(1)做到人手一册大纲。(2)阅读指定教材之前,应该泛读大纲,大致了解本大纲要考查的范围。(3)阅读指定教材之中,也应不断地参考大纲规定,以大纲的要求指导对教材的阅读。通过紧扣大纲,可以做到方向明确、范围清楚、重点明白突出,从而达到事半功倍的效果。

(二)指定教材是复习的基础与重点。教材是大纲的具体化。在民法的复习中,多次阅读以达弄通教材是复习的基础与重点,这一点不因考生是否学过法律而有所

区别(区别仅在于数量上的不同)。原因在于:(1)民法理论性,采取仅看法条的办法来复习民法收效不会很好,那样,只能是一知半解,知其然而不知其所以然,所学到的部分知识也是僵化的死知识,经不住考。只有掌握民法理论,既知其然,又知其所以然,才能触类旁通,举一反三。(2)由于社会经济生活的发展与不断繁荣以及立法本身的滞后性,导致民法理论在解决民法所未定问题的适用,这一点在司法考试中也是会出现的,考生同样必须予以足够的注意。这一问题也只有从对教材的理解中寻求解决。(3)民法体系严密,逻辑性强,学习时需要运用系统归纳的方法,总结出其体系性的东西,即“彩线穿珍珠”。这样,就把知识学活了,既提高了学习的效率,也避免了因机械记忆而带来的枯燥。综上,对指定教材的复习应是民法复习的重点,考生必须认识到这一点。

(三)弄通重点法条。近年来,随着参加司法考试人数的逐年攀升,形形色色的相关辅导班及辅导用书也异常繁荣,几乎让考生应接不暇。有些辅导班也就创造出所谓的“以重点法条为主线”的独特辅导方法,并认为这一方法有着广泛的适用性,即除法理学、国际公法等少数部门法外,其他部门法试题 95% 以上是直接以法律、法规的相关规定为依据的,民商法、经济法及诉讼法的试题中,更是高达 95% 以上。我们也注意到近年来司法考试的命题有因法条而设题的趋势,但这并不能动摇民法的指定教材在司法考试复习中的基础与重点地位,也就是说,这一方法的运用在民法的复习中是有很大的局限性的,其原因所在已经在前面分析过,不再赘述。但是“以重点法条为主线”的辅导方法也有其一定的意义,正确的利用这一方法可以为考生节省大量的时间与精力。运用这一方法要注意以下几方面:(1)选准所考的民事法律法规,锁定其中的重点法条。(2)解读关键性、疑难性的法律条文,弄懂法条背后所隐藏的民法理论。(3)注意相关法条间的适用关系,尤其是冲突性法条间的法律适用。至于具体的民法学法条复习方法将在后面做详细介绍。

(四)习题演练与自我模测。恰当把握这一方法对考生会有许多帮助:(1)可巩固考生复习中已经掌握的知识点,加深对知识的理解与记忆;(2)可以锻炼考生运用已有的知识解决实际案例的能力;(3)可在潜移默化中渐渐熟悉司法考试的命题特点与规律,逐步培养出自己适应的司法考试的做题方法与思路;(4)可以迅速查缺补漏、及时发现错误,认清自己的复习水平;(5)考前的热身练习还可有利于调整出恰当的临场作战心态、增强实战经验。要想达到上述效果必须注意以下两点:(1)准确选择出质量高、权威性强的模拟练习题,否则,将事倍功半,甚至误入歧途;这是对习题演练与自我模测的复习方法的质的方面的要求。(2)做题要适量,不能过于迷信所谓的“模拟题”、“仿真题”等,否则在复习效果上会得不偿失。

(五)重点知识选取与记忆。我们认为司法考试的这一复习方法仅适用于复习备战的后期阶段,不可置于复习的开始阶段。考生在复习的开始阶段切勿擅作主张、自划重点。此种方法的运用应注意以下两个方面:(1)挑选出科学性强、权威性高的重点知识讲解辅导用书。(2)注意采纳科学的记忆方法,如分析归纳方法、体系性方法等。应该说,这一环节是一个较为重要的环节,它既能帮助考生在复习后期做好复习

范围的全面归纳,又能使考生在最后宝贵的时间内把精力放在刀刃上,因此,考生也应给予足够的重视。

三、民法复习要领

从整体上看,2003届司法考试民法指定教材总共由七大块构成,即民法总论部分、物权法部分、债权法部分、知识产权法部分、婚姻家庭继承部分、人身权部分以及侵权行为部分。实际上,这七块之间是有机联系在一起的。

第一部分 民法总论

民法总论中,共有七章。

第一章,民法概述。主要内容是民法的概念、调整对象、基本原则以及民事法律关系等内容。在这一部分之中,应主要把握民事法律关系这一知识点。因为民法学中的各个制度,如财产权所有权制度、债的制度(主要指合同制度)、知识产权制度、人身权制度等,都是从不同角度,以不同形式反映民事法律关系的。故应充分注意民事法律关系理论的学习,同时,要养成这样一个习惯,即处理任何一个民法案例题,必须首先从确认是否构成民事法律关系、构成什么性质的民事法律关系入手。

第二章是自然人,第三章是法人,这两章集中解决了民事法律关系的主体和主体资格问题,讲述了这两类民事主体各自的民事权利能力与民事行为能力问题。另外,自然人一章中,还回答了有关监护、宣告失踪、宣告死亡以及个体工商户、农村承包经营户和个人合伙问题;法人一章中,还具体集中的讲了法人应具备的条件和种类以及有关法人联营的主要形式。

第四章,物与有价证券。该章集中回答了民事法律关系三要素之一的主要客体问题,明确指出了法律上所讲的“物”的特征及其分类,另外重点说明了特殊类型的物——货币、有价证券的主要问题。

第五章是民事法律行为。本章讲述了民事法律行为的概念、特征,意思表示问题,法律行为的成立与生效要件以及附款法律行为问题,其中着重讲述无效行为及效力未定的民事行为。

第六章讲的是代理。该章讲述了代理的概念、特征及类型,代理的适用范围及代理的种类及代理权的行使与滥用代理权问题,无权代理及其法律后果是考试的一个热点。

第七章,诉讼时效与期限。首先要区分“时效”、“诉讼时效”、“除斥期间”三个相似概念间联系与区别。其次是关于诉讼时效的种类、开始计算的时间以及诉讼时效的中止、中断和延长诸问题。

对于民法总论各个部分之间可做如下分析:民法是调整平等主体的公民之间、法人之间、公民与法人之间的财产关系和人身关系(调整对象);调整这些关系要遵循一定原则(基本原则);被调整的这些关系,在法律上就是民事法律关系;任何一个民事法律关系,都必须有主体、内容、客体(民事法律关系三要素);所有民事法律关系的产生、变更和消灭,必须有法律事实;法律事实分为事件与行为,但行为是大量的,主要

是民事法律行为;任何一个民事法律关系主体进行民事活动,在商品经济发达的情况下,尤其是在商品经济发达的信息时代,不可能“事必躬亲”地亲自去干,于是就产生了代理制度;民事主体进行民事活动的目的,是为了实现自己的权利或者利益,当自己的权利或者利益受到非法侵害时,最终要请求人民法院保护,人民法院保护人民的权益不能没有期限,“陈年老债”不仅对己不利,对人民法院正确、及时审理案件,也会增加困难,故有诉讼时效和期间的规定。

第二部分 物权法部分

第八章,物权概述问题,讲述的是有关物权的基本知识、基本理论,即物权的一般原理。如物权的概念、特征、类型以及物权的变动等问题。

第九章讲述了所有权。所有权是物权的核心。本章涉及所有权概述、动产所有权以及不动产所有权三个部分。

第十章是共有问题。分别叙述了按份共有与共同共有。共有不过是一种特殊的所有权形式,即多人共有有一个所有权而已。

第十一章、第十二章分别讲述了用益物权与担保物权问题。这两种权利都是由所有权分离出来的一种他物权,是非所有人基于合法途径对他人所有的物的一种权利。用益物权又分为国有土地使用权、土地承包经营权、宅基地使用权以及典权。担保物权又分为抵押权、质权以及留置权。

我们可以对上述本部分所讲问题作如下概括:一是有关物权的一般原理,即具有普遍意义的原理;二是所有权的基本问题,概括讲述了适用于各种具体财产所有权的问题;三是有关财产的共有关系,作为特定的财产,可以为个人所有,也可以为两个以上的人所有。财产为两个以上的人所有时,即为财产共有。财产共有有按份的和未按份之分,就有按份共有与共同共有。四是财产相邻关系。该制度在相当范围内解决了不同财产的所有人(含占有人与使用人),因财产处于特定情况(相邻)而发生的法律关系。五是有关用益物权和担保物权。用益物权是对所有人行使所有权有所限制的一种他物权,对用益物权人来说,仅享有有限的支配权。担保物权是从物权,是担保债务的履行,在债务人或第三人的特定物上设定的物权,也称他物权。用益物权重在使用、收益,担保物权重在物的价值取得,确保债权的实现。

第三部分 债权法部分

本部分由两大块构成,债法总论(包括合同总论)以及合同分论(包括无因管理与不当得利)。债的总论部分介绍了债的一般原理:第十三章讲述了债的概念、要素债的发生根据以及债的分类问题。第十四章介绍了债的履行问题,涉及债的履行规则、债的不履行和不适当履行等具体问题。第十九章讲的是债的保全和担保。鉴于抵押权、质权以及留置权已于物权法中介绍过,本部分只讲述债的保全制度与保证、定金制度。第十六章讲述了债的移转和消灭。按照债的原理,合同只是产生债的最常见、最主要的根据,因此,把合同总论提到了债法总论的位置予以介绍,但实际上,二者是包含与被包含的关系。在合同总论中,第十七、十八、十九、二十以及二十一章具体介

绍了合同的一般原理。包括合同的概念、特征、类型,合同的订立、内容及解释,双务合同履行中的抗辩权,合同的变更和解除,违约责任等。

合同分论总共有五章,具体规定了各种有名合同与不当得利、无因管理问题。其中,第二十二章讲了转移财产权利的合同。这类合同列有五个:买卖合同、供用电、水、气、热力合同、赠送合同、借款合同、租赁合同以及融资租赁合同。它们的共同特征是转移财物的所有权或者是使用权。第二十三章讲述了完成工作成果的合同,这类合同有两个不可或缺的因素:既完成工作又必须交付成果。具体包括建设工程合同与承揽合同。第二十四章讲述的是提供劳务的合同,凡是以劳务为标的的合同均属此类,这些合同的共同特征是合同的标的,是一方提供一定的劳务,而不是物化成果。具体包括如下几类合同:运输合同、保管合同、仓储合同、委托合同、行纪合同以及居间合同。第二十五章讲了技术合同问题,该类合同是保障科技发展、科技成果推广的法律形式。技术合同的标的都是属于智力劳动的产物,具体包括技术开发合同、技术转让合同、技术咨询合同与技术服务合同。第二十六章介绍了不当得利与无因管理问题,它们与合同一样也是债发生的根据。

合同分论部分介绍了许多的类型的合同,学习时,可在同一类合同中,选一个较典型或具有代表性的合同,重点学习,对照其他合同找出共同性的问题,予以牢记;找出各自特点,分别记忆。比如,买卖合同、互易合同、赠与合同的共同点是“转移财产所有权”,记一及三,其余分别记忆,重点学习买卖合同。对每一种合同,学习时可从概念、特征,引申出双方的权利与义务。

第四部分 知识产权

知识产权,从民事权利讲,包括人身权利与财产权利。在我国,知识产权是著作权、专利权、商标权、发现权、发明权和其他科技成果权的总称。知识产权是人们对自已的创造性的智力活动取得成果后,依法享有的权利。智力活动没有取得成果,仅凭自己的知识,是不能享有知识产权的。司法考试指定教材仅讲述了著作权、专利权与商标权三种知识产权。

第五部分 婚姻家庭继承部分

婚姻家庭部分,即指定教材的第三十一章,主要讲述的是《中华人民共和国婚姻法》,对于该部分的复习,要注意新婚姻法中修改的部分以及最新的司法解释,但一般情况下,该部分所占的分值很少。

财产继承部分,共有四个部分。第三十二章是继承权概述,讲述了财产继承权及其法律特征,继承权的主体;财产继承权的本质与取得、放弃、丧失和保护,继承制度的性质、基本原则以及遗产的范围。第三十三章讲述了法定继承,涉及法定继承概述、法定继承人的范围与顺序、代位继承与转继承、遗产分配的原则。第三十四章是遗嘱继承、遗赠和遗赠扶养协议,具体讲述什么是遗嘱继承、遗赠和遗赠扶养协议以及它们的适用。第三十五章是遗产的处理问题,主要讲述了继承的开始、遗产的保管、继承的接受、放弃和丧失以及无人继承又无人受遗赠的遗产的归属问题。本部

分,一般情况下要出一道小案例题,多为考查法定继承、遗嘱继承、遗赠和遗赠扶养协议在继承中适用与先后顺序问题。做这样题的思路大致如下:在被继承人没有立遗嘱的情况下,推定被继承人的意思是他的遗产留给他最亲近的亲属,即法定继承;在被继承人立有遗嘱的情况下,应尊重他本人的意思,按遗嘱的内容办理,遗嘱内容可能把部分遗产指定由法定继承人中的一人或数人继承,即为遗嘱继承,也可能把一部分遗产遗赠国家、集体、法定继承人以外的人,即为遗赠。最后是遗赠扶养协议,它在继承顺序上优先于遗嘱继承与法定继承。

第六部分 人身权

民法的调整对象主要为两部分,一为财产关系,一为人身关系。但人身关系内容在教材中所占的篇幅却远远小于财产关系的内容。第三十六章讲述了人身权概述、人格权与身份权问题。

第七部分 侵权行为

第三十七章介绍了侵权行为的相关内容,主要讲解了侵权行为的归责原则、一般侵权行为的构成要件、共同侵权行为、特殊侵权行为与侵权责任。

通过以上介绍,对指定教材的基本结构会有所了解,不难发现:民法总论的内容,作为一般性的问题,它在以后的各部分之中,都有不同程度的反映与体现,把总论的内容给具体化了,如总论中的民事法律关系、法律行为、诉讼时效、代理等内容在分论中体现。

四、民法“法条”的学习方法与技巧

在全面复习民事法律法规的法条之前,必须搞清以下几个问题:(1)在所有的民事立法性文件之中,哪些是要重点掌握的,哪些是一般要理解的,哪些是根本不需要阅读的。(2)在一个民事性立法文件中,哪些法条是重点法条,哪些是一般了解性法条,哪些则是根本不需要怎么看的法条。(3)不同的民事立法性文件的法条之间存在的冲突,应该如何解决。

下面谈谈对上述问题的具体看法(可参照市面上编写较好的有关“重点法条”的辅导丛书,以及近五年的考试真题):

(一)根据《全国司法考试必读法律法规汇编》一书,在列入考试范围的民事法律法规中,确立哪些是要重点记忆的法律法规。经比较分析,一般说来,下列民事法律法规是较为重要的:民法通则、担保法、合同法、著作权法、专利法、商标法、婚姻法、继承法,以及上述法律的司法解释(一定不要忽视司法解释)。从近几年考试的命题来看,民法通则为25分左右,担保法大约15分,合同法大约占60分。

(二)至于在一个民事性立法文件中,哪些法条是重点法条、哪些是一般了解性法条、哪些则是根本不需要怎么看的法条的问题。应根据法条本身的性质来决定,如果属于程序性的法条,或者罚则部分,则属于一般了解性法条,否则,就为重点法条。合同法、合同法解释、担保法、担保法解释的多数规定均为重点法条。对于重点法条的复习主要从两个层次上予以把握:一是意思分解,即该法条有几层意思、每一层意思

的命题点如何、应掌握哪几个问题,以及对易错法条的理解。二是把握与该法条相关的条文,即联系相关联的法条与把握冲突法条的适用。

(三)对于不同民事立法性文件的法条之间存在的冲突应该的解决。解决办法是注意相关法条间的比较学习与研究。相关法条主要指关联性法条与冲突性法条,对于这些法条要根据民法理论找出它们之间关联所在与冲突所在,并加以梳理,一定不要含糊糊,囫圇吞枣,它们往往是考试之所在。

(四)要懂得民事法律法规的特殊性,即这类法律法规的重点法条仅具有相对性。因为民事法律法规的绝大多数条文均具有考查的可能性。所谓重点法条,只是指这些法条被考查的可能性较大,或者其内容在整个法律法规中居于重要地位,或者其内容易生歧义,等等。故此,对于未列入重点法条的条文仍应该作一般性了解,不能完全忽视。

五、民法应试的解题方法与技巧

根据司法部编审的2003年司法考试大纲可知,民法学部分处于卷三与卷四之中:卷三民法约占卷面分值的45%;卷四民法约占卷面分值的35%—40%。其中,卷三有100道试题,每题1分,试题由单项选择题、多项选择题和不定项选择题组成,因此,卷三中的民法也同样是上述三种题型;卷四由论述、案例分析、实例分析或法律文书等题型组成,约8—10题,然而,就近五年的律考或司考的命题来看,民法部分的题型多是案例分析题与实例分析题,基本上不涉及所谓的论述题与法律文书题。应掌握民法学应试解题的一些具体方法与技巧。

(一)所考题型部门法的识别与判断。即首先确定本题所考的知识点是否属于民法学的内容,这一点还是比较容易判断的。一般说来,能够与民法学产生混淆的部门法有民事诉讼法、行政法、经济法的一些内容等。近年来司考命题中跨部门法的题型也不足为奇,将民法与民事诉讼法的知识点放在一起考也是合乎生活与法律事实;民法与行政法的案例题有时也有混淆的可能性,迷惑人之处在于一些行政主体与行政相对人之间的行政关系较难于确认,究竟是纵向关系、还是横向关系,不是那么轻易识别,如电信部门等作为公共事业部门的单位与他们服务对象之间的有些关系有时就不那么轻易识别,考生在这些问题上栽跟斗也是常有的。民法与经济法的一些部门也可能产生混淆,如合同法中的买卖合同与产品质量法的混淆可能性。

(二)找准“题眼”,提取信息,缜密分析,构建民事法律关系。找准“题眼”即所谓确定该题所考的知识点,或者是民事法律制度。考生应注意,近年考题中直接考查知识点或简单的考一个知识点题目已经较少,更多的是绕个圈子命题,而且一个题目往往涉及几个相关知识点。找准“题眼”,就等于作对该题的一半,避免全盘皆输的“悲剧”发生。提取信息,即善于从题干中发现与“题眼”相关联的法律信息,这些信息往往涉及所考法律制度的定义、典型特征、构成要件等。找准“题眼”与提取信息是两个相辅相成、难以分开的过程,但却又不完全相同:找准“题眼”是根据所提取信息进行的初步判断,而对问题的最终解决尚需进一步提取更详尽的信息。缜密分析、构建民

事法律关系,该过程就是根据所考的“题眼”,即要考查民事法律制度,全面收集对该制度有意义的法律信息,运用已掌握的法理知识,构建民事法律关系,进而把握当事人之间的权利义务。上述思维过程对于卷四中民法案例题的作答更应如此,而对于卷三中的民法试题的作答而言,可能要简化一些或者是杂糅在一起。

(三)“因法设题”与“因题找法”。“因法设题”是司法考试命题者的一种命题思路,其含义在于:命题者一般是先在头脑中确定要考查的内容与知识点,然后检讨所要考查知识点所适用的法条,并根据法条具体设计考试的题目。“因题找法”即要求考生应把握命题者的这一命题思路,答题时针对性地采取一种逆向的思维方式解题。实践证明,上述解题思路是有效可取的。

(四)解答卷四中民法案例分析题时,一定要理清思路,通盘考虑后再统一答题。由于卷四的考查要求显然高于前三卷的考查要求,它要求考生自己给出问题的答案,而不是让考生去选择问题的答案。许多考生在平时复习时,往往是在头脑中一形成抽象、模糊的大致答案后,就急于翻看参考答案,而且基本上没有动笔的习惯,所以导致大多数考生在考场上答题时眼高手低,对问题似是而非、思路不清,结果试卷上前涂后改,大大降低了第四卷的得分。正确的做法应该是先理清思路、对所考问题通盘考虑后再一并解答,避免思维闪烁不定,搞得一团糟。而这一做题思路与习惯的形成却有待于平时练习时的严格的自我要求,练习时要事必躬亲、勤于动笔。

(五)答题时既要有自信,又不要“聪明反被聪明误”。答题时要有自信,指考生应该相信自己的实力,在缜密思考答完题后,敢于彻底放弃该题,接着做下面的题目,不要老是在一道题目上思来想去,花掉过多的时间。“聪明反被聪明误”是指一些考生在考场上思维“太严谨”,认为所考题目设计存有漏洞、失误,题目无法作答。对于“聪明者”的这种顾虑我们也不能说是“杞人忧天”,或者是“无病呻吟”。仔细推敲历年考题,每年总会有一些小问题,但就整个试卷而言,有“问题”的题目还是很少,如果考生对此保持过多的疑虑,那只能是“作茧自缚”了。聪明反被聪明误者多是自身的原因,比如因审题不清而落入陷阱。因此,如果你在考场上答题时,如果发现题目“错误”太多,那么,应该思考自身的因素,不要执迷不悟。另外,做题时不要想当然,要根据题干所给定的事实分析解答问题,要立足于题干,不要自己加入或者设定一些题干中没有的事实。

六、对搞好司法考试民法部分的复习的最后几点建议

其一,平时应注意民法功底的夯实。对于民法的学习不要过于“功利”,即为了司法考试而学习,应该早点看书、早点学习(不要等到考前两三个月才开始学习)。

其二,学习民法时,关键是要搞通原理性的东西,既要知其然,又要知其所以然,能够举一反三。

其三,要用体系性的思维方式从整体上把握民法。

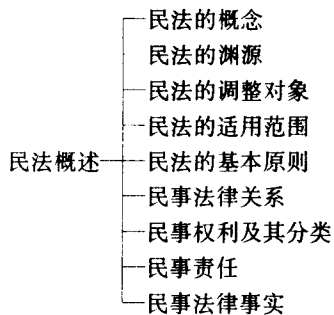
其四,善于将民法理论结合于生活实际,将民法“学活”。

第一讲 民法概述

内容提要

本讲是民法提纲挈领的一讲,主要涉及民法的概念、民法的含义、民法的调整对象、民法的渊源、民法的适用范围、民法的基本原则、民事法律关系的要素、民事法律事实、民事权利、民事义务和民事责任。从历年的考题来看,本讲内容并非考试重点,但对民事法律关系的理解、民法上民事权利义务的理解、民事责任的理解也是十分重要的内容,也已成为近几年考试的重点内容。

【体系表】



一、民法的概念

民法是调整平等主体的自然人、法人、其他组织之间的财产关系和人身关系的法律规范的总称。

二、民法的渊源

1. 制定法(民法通则及民事单行法、国务院制定发布的民事法规、地方性法规、最高人民法院民法解释规范性文件、国际条约中的民法规范)。

2. 习惯。

三、民法的调整对象

根据民法通则第2条规定,我国民法调整对象是平等主体之间的财产关系和人身关系。财产关系包括财产归属关系和财产流转关系,人身关系主要指人格关系和身份关系。非平等主体之间的财产关系和人身关系,民法不予调整。

四、民法的适用范围

1. 民法对人的适用范围。民法通则关于自然人的规定,适用于在我国领域内的外国人和无国籍人,法律另有规定的除外。我国自然人、法人在国外发生的民事关系一般适用所在地的法律,但法律另有规定的除外。

2. 民法在空间上的适用范围。一般而言,民法适用于我国的领土、领空、领海,包括驻外使馆以及在我国领域外航行的我国船舶、航空器。但法律规定只适用于局部地区的地方性法规除外。

3. 民法在时间上的范围。一般而言,民事法律规范不具有溯及力,但司法解释中另有规定的除外。

五、民法的基本原则

民法的基本原则是指民事立法、民事司法和民事活动的基本准则,包括平等原则、自愿原则、公平原则、诚实信用原则和禁止权利滥用原则。应理解上述原则的具体内容和适用。

应特别体会民法的平等原则、自愿原则、公平原则、诚信原则和禁止权利滥用的含义。

实例演练

1. 2000年5月4日傍晚,刘某约有几个客户到樱花咖啡厅,进入大堂后,樱花咖啡厅的服务员用日文询问,当知道刘某及其客户为中国人时,服务员告知刘某:“本咖啡厅不接待中国人,只接待日本人。”并以店堂告示为凭,拒绝刘某与其客户入座。刘某十分恼怒与其质问并发生冲突,引起纠纷。本案中,樱花咖啡厅应如何理解?

- A. 违反平等原则
- B. 违反自愿原则
- C. 违反公平原则
- D. 违反权利滥用原则

【答案】 A