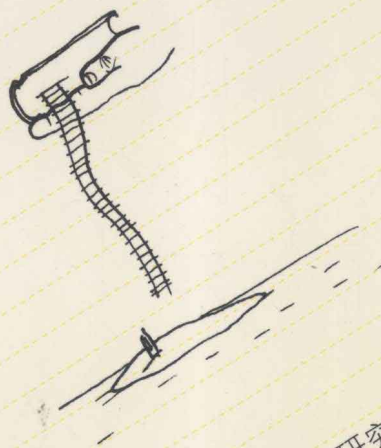


2006年
司法考试新进阶系列 [图表解]

6 民法学

李显冬 薄燕娜 陈金木 编著



宏元法泰司法考试研究室/组编

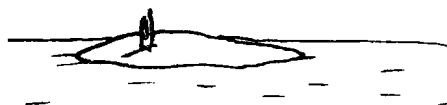
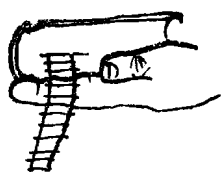
2006年

司考新进阶系列 [图表解]

6 民法学

李显冬 薄燕娜 陈金木 编著

中国宇航出版社·北京



版权所有 侵权必究

图书在版编目(CIP)数据

民法学 / 李显冬, 薄燕娜, 陈金木 编著. —北京: 中国宇航出版社, 2004. 4
(2006 司考新进阶系列)
ISBN 7-80144-789-1

I. 民… II. ①李…②薄…③陈… III. 民法—法的理论—中国—法律工作者—资格考核—自学参考资料 IV. D923.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 025930 号

策划 宏元法泰 责任编辑 白 鹤 封面设计 海意工作室

出版 中国宇航出版社

社址 北京市阜成路 8 号 邮编 100830
(010)68768548

网址 www.caphbook.com / www.caphbook.com.cn

经销 新华书店

发行部 (010)68371900 (010)88530478(传真)
(010)68768541 (010)68767294(传真)

零售店 读者服务部 北京宇航文苑
(010)68371105 (010)62579190

承印 北京时事印刷厂

版次 2006 年 4 月第 3 版
2006 年 4 月第 1 次印刷

开本 1 / 16

规格 787 × 1092

印张 26

字数 404 千字

书号 ISBN 7-80144-789-1

定价 39.00 元

本书如有印装质量问题, 可与发行部调换

循阶渐进 势必登顶

司法考试以其理解难以透彻、记忆难以准确、应用难以得心应手而被称为“天下第一考”，然天下事有难易乎？为之，则难者亦易矣；不为，则易者亦难矣。事实上，一套好的辅导资料加上几个月的认真复习，通过司法考试也并非痴人说梦。但是，目前市面上流传的司法考试辅导资料五花八门，不一而足，面对这些令人眼花缭乱的辅导资料，应试者作出正确的选择是十分重要的。

“司考新进阶系列”的雏形为“司考进阶达标系列”，是宏元法泰司法考试研究室继“司考（律考）导航系列”、“司考射雕手系列”之后推出的全国首套以表格形式为主的司考辅导资料，2004年一经出版，即受到了全国各地考生的信赖和业内同仁的关注。究其原因，除了中国政法大学、北京大学、中国人民大学、西南政法大学、浙江大学、外交学院等院校多位教授的悉心编著之外，与其首创的表格叙述方式也有很大的关系。

采用图表解析的方式，优点有三

一是突出重点，提纲挈领。因为一般的教辅用书对于考点的阐述，除要点（基本概念与基本原理）以外，还包括展开的分析讲解与论述，其目的在于帮助读者领会要点。理解以后，若只是单纯的出于应试角度考虑的话，牢记要点即可。用表格形式则易于萃取要点，对知识加以浓缩，有利于短期的强化记忆。

二是令分散零乱的内容体系化排列，使读者能纵观全局，一目了然。图表解析能使考生在对相关知识全面剖析的基础上勾勒出体系结构、分析其内在关系，将知识点有机联系起来，从高屋建瓴的角度，迅速在头脑中形成知识的轮廓，并准确抓住重点内容。

三是相同的部分一带而过，相异之处详说细述，便于对比记忆。这种做法在最大程度上降低了读者的重复阅读量，并能帮应试者准确的抓住各考点的题眼以及相近考点关键区别之所在，真正的为广大考生“减负”、“增效”。

图表记忆为本书特色所在，其结合众多司考名师针对理论的深入讲解而形成的“以图带解”的风格，令其他跟风之作难以望其项背。

全书的体例编排

全书体例基本上是按照大纲的章节顺序编排,以帮助考生构建一套完整且科学的理论体系。相信大家都清楚,妄图将多套理论知识体系糅合成自己独特的学习体系不是一蹴而就的,针对司法考试这种目的性强、复习时间短、学科跨度大的综合性考试,体系的惟一性至关重要。从这一点上说,本书的定位应为大纲的配套用书。

本书在各章下分为概述、知识体系、考点统计、重点识记、真题演练五个部分。“概述”部分是对本章的重要内容与高频考点进行了简要的提示,使考生有的放矢;“知识体系”将每章内容结构以图表形式列出,点明内在逻辑,使考生能宏观把握该章内容,构建知识框架;“考点统计”汇总历年考点,更有利于考生在复习过程中重点把握;“重点识记”为本书的核心所在,根据大纲,对重要知识进行了讲解、比较和归纳,以便考生透彻理解并快速、准确地记忆,同时,在该栏目中配有“注意领会”小栏目,针对相关知识点中易误解、易忽略、易混淆的内容作了进一步阐述;“真题演练”部分则选择了2000~2005年以来具有代表性和导向性的真题,以考点为标准分类,置于各章节之后作为学习标尺,以便考生了解实战的风格及难易程度。

另外,在学科的正文之前均设置了“综述”,从宏观的角度对本学科的特点及学习方法进行指引。同时针对部分科目的特点设置了“综合题解”这一项目,将该部门法中涉及多个考点的不定项选择题、案例分析题放置一处,便于考生理解掌握司法考试中综合题型的考查特点。

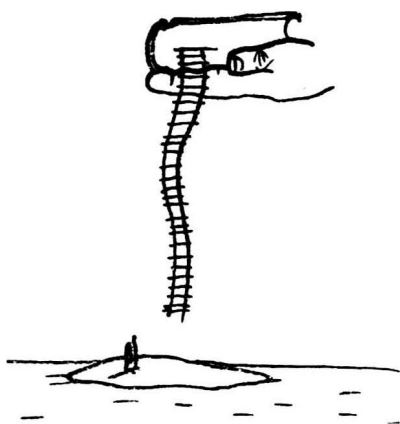
本书作者在写作中的确做到了兢兢业业,并以如履薄冰之心态,展现出对著作和读者负责之精神,但仍深恐有不妥之处,还望诸位读者朋友不吝赐教,以利来年更加完善。

古罗马时代,两部法学阶梯先后撰成,杰作不朽,助无数学子步入法学的神圣殿堂。愿我们奉献的这套“司考新进阶”丛书,能助您在复习的路上披荆斩棘,收获在金秋的九月!

宏元法泰司法考试研究室

2006年4月

目 录



民法通则 / 1

- 第一章 民法概述 / 4
- 第二章 自然人 / 13
- 第三章 法人 / 30
- 第四章 民事法律行为 / 36
- 第五章 代理 / 49
- 第六章 人身权 / 54
- 第七章 时效和期限 / 65
- 第八章 物权 / 72
- 第九章 债权 / 102

合同法 / 145

- 第一章 合同概论 / 147
- 第二章 合同的订立 / 150
- 第三章 合同的效力 / 168
- 第四章 合同的履行 / 179
- 第五章 合同的变更与转让 / 195
- 第六章 合同的权利义务终止 / 200
- 第七章 违约责任 / 206
- 第八章 有名合同 / 225

担保法 / 288

著作权法 / 327

专利法 / 347

商标法 / 365

婚姻法 / 380

继承法 / 394

民法通则

综 述

民法是调整平等主体之间民事法律关系(财产关系和人身关系)的法律规范的总称。民法理论博大精深,体系宏大,各项制度之间关系密切,其中基础立法是指《民法通则》及《民通意见》,涵盖民法的基本理论、制度和原则,相当于民法的总论;特别立法指的则是《合同法》、《担保法》、《著作权法》、《商标法》、《专利法》、《婚姻法》、《继承法》等一系列民事法规,具体规范各项民事制度,相当于民法的分论。

2005年司法考试中,民法部分共考查了79分。其中包括第3卷的22道单项、13道多项、8道不定项和第4卷1道简答题。分布为:《民法通则》及民法理论21分、《合同法》16分、《担保法》10分、《著作权法》2分、《商标法》4分、《专利法》16分、《婚姻法》4分、《继承法》6分。民法在司法考试中的重要性可见一斑。纵观近几年的司法考试,其民法试题呈现出以下几大变化:

第一,合同法的分值逐年走低,从原来年均分值50多分(当时总分仍为400分)降至2004年的35分(当年总分已调整为600分),后又降至2005年的16分,真是跌破了许多行家的眼镜。其实,这种变化恰恰有其合理性。首先,经过多年考查之后,合同法已被挖掘得相对充分,而民法尚有许多重要内容未被充分考查,包括《担保法解释》、《婚姻法解释》等;其次,合同法已实施多年,人们对合同法已比较熟悉,通过大量考查合同法进行“普法”的必要性相对降低;再次,在考生高度重视合同法的情况下,突然小分值考查合同法,使各种猜、押题的做法失效,也是合情合理的,也在一定程度上增加了司法考试的“魅力”。

第二,民法理论的考查力度大大增强。本书所谓的民法理论是指无法直接通过法条直接推导出答案、而需要通过民法理论知识才能正确作答的部分。就此而言,2005年司法考试涉及民法理论的分值有12分(包括6道单项和3道多项),内容涉及民事法律行为的判断、不当民事行为的理解、自助行为、占有种类、债的分类、侵权行为构成要件等等。

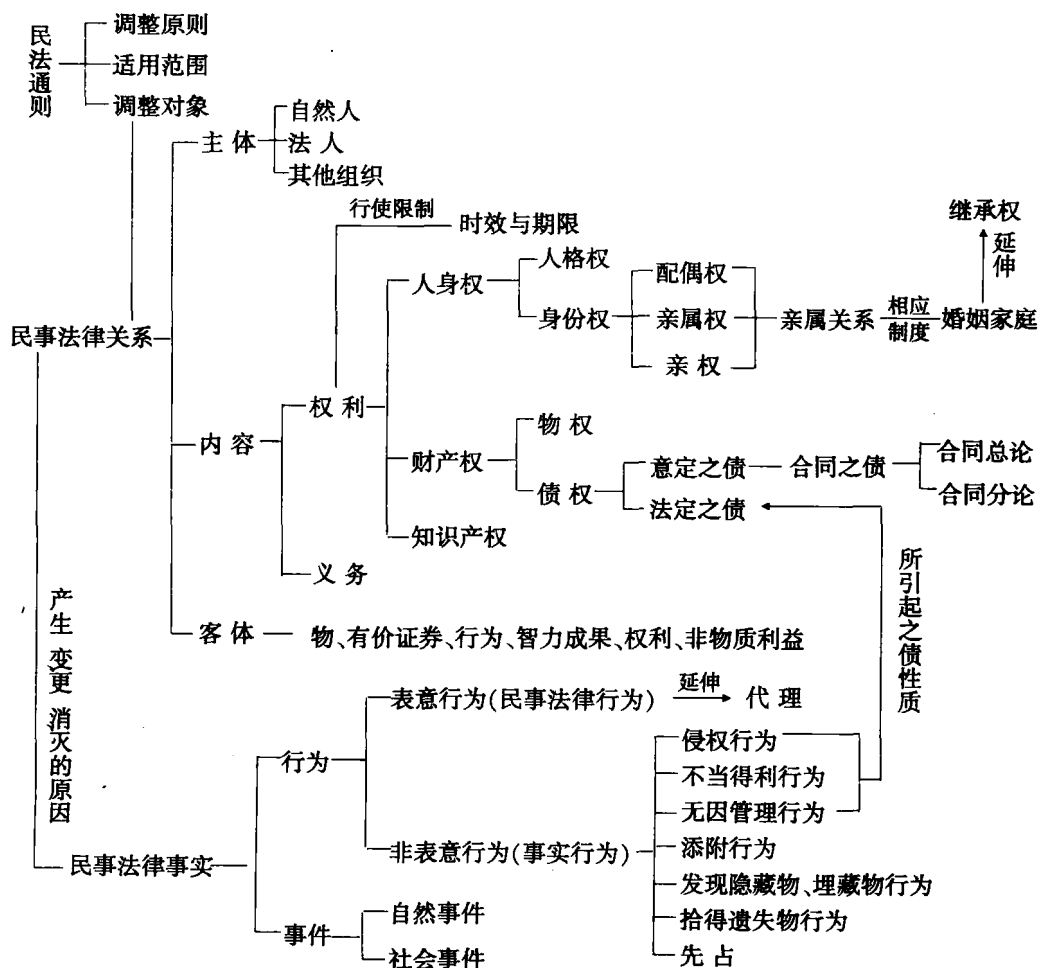
第三,知识产权法的考查偏多。往年三大知识产权法中,著作权法基本保持在5分左右,商标法基本保持在2分左右,专利法则呈“波浪型”(1999~2005年的分值分别为13分、5分、1分、1分、8分、16分)。2005年司法考试中,三大知识产权法的分值虽然继续了此种趋势,即著作权法和商标法小分值考查,专利法上升至“波峰”,然而,毕竟三大知识产权法共考查了22分,远远超过了合同法,有偏多之嫌。

从考试的一般规律上看,预计2006年司法考试中,民法理论的考查仍保持相当力度,民法通则的考查力度基本不变,合同法的考查应当会“大幅回升”,而三大知识产权法则会“大幅回落”,婚姻法和继承法基本保持不变。

就民法通则(此处“民法通则”是就本书的编写体例而言的,包括民事基本法的《民法通则》、《民通意见》、《人身损害赔偿解释》和民法理论)而言,2005年司法考试与2004年相比,

无论分值还是出题套路,均一脉相承。从分值上看,《民法通则》、《民通意见》和《人身损害赔偿解释》(涉及国际私法的内容除外)共考查了9分(包括第3卷7道单项和1道多项),民法理论共考查了12分(包括6道单项和3道多项)。就出题套路而言,仍然为三种:一是直接考查《民法通则》及《民通意见》的法条内容;二是考查法条内容,但需要深入理解法条并具备一定民法理论知识方能正确作答;三是考查教材及民法理论,要求考生除掌握法条内容外,还应当对教材中不属于法条内容的部分有所了解。因此,考生在复习民法通则时,应当在理解的基础上准确记忆法条内容。此外,作为基本法,《民法通则》及《民通意见》的内容同《公司法》、《合伙企业法》、《合同法》、《担保法》、《著作权法》等特别法存在着一定的重叠,甚至是冲突之处,其结果使得《民法通则》及《民通意见》的部分内容明显过时而不再适用。许多考生往往不能辨别出这些条文,或者难以处理这些冲突的问题。为便于考生复习,本书将考生指出这些过时或冲突的内容。

知识体系



附注:合同之债、知识产权以及身份权所引出的婚姻、继承制度在《合同法》、《著作权法》等单行法规中体现,此处仅列出其结构体系。

考点统计

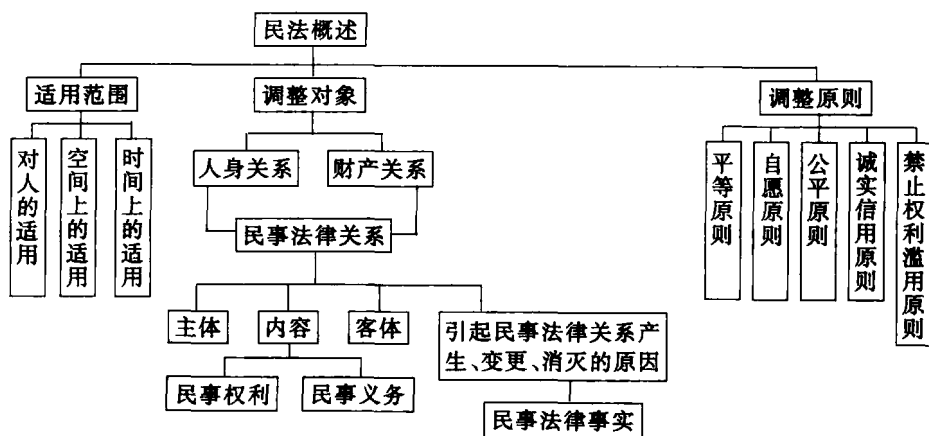
题型	年份	考 点	分值
单项选择题	2005 年	1. 民事权利的救济 2. 民事法律行为的判断 3. 肖像权 4. 隐私权 5. 地役权与相邻关系 6. 占有种类 7. 债的分类 8. 无因管理的法律效果 9. 不当得利的判断 10. 侵权的一般原理 11. 动物侵权致人损害、帮工人致人损害 12. 道路交通事故致人损害	12
	2004 年	1. 民事权利 2. 个人合伙退伙后的债务承担 3. 典权 4. 遗失物的所有权归属 5. 简易交付的所有权转移时间 6. 不当得利与无因管理的排除适用 7. 侵权的一般原理	7
	2003 年	1. 被宣告死亡人的婚姻效力 2. 地役权 3. 按份共有 4. 动物侵权责任	4
	2002 年	1. 优先购买权 2. 不当得利返还义务 3. 限制民事行为能力人致人损害的侵权行为 4. 特殊侵权之混合过错 5. 合伙关系认定及合伙债务承担 6. 自助行为 7. 民事行为性质认定 8. 无因管理 9. 民事法律行为	9
	2000 年	1. 产品责任诉讼时效 2. 特殊侵权责任 3. 个人合伙的债务承担 4. 名誉权侵权责任 5. 无效民事行为 6. 死亡宣告的申请 7. 优先权的顺序 8. 有限责任的含义 9. 清算法人的民事行为能力 10. 侵权责任的承担	10
多项选择题	2005 年	1. 形成权 2. 法人机关 3. 诉讼时效 4. 孳息	8
	2004 年	1. 诉讼时效的计算、地面施工致人损害侵权责任 2. 被监护人致人损害侵权责任	8
	2003 年	1. 形成权 2. 先占取得 3. 一般侵权责任承担方式 4. 公平责任原则	4
	2002 年	1. 无因管理 2. 产品责任与产品质量瑕疵担保区别 3. 违约责任、职务行为、共同危险行为 4. 产品责任与产品质量瑕疵担保责任	4
	2000 年	1. 动产所有权转移 2. 返还原物的适用 3. 相邻关系种类 4. 合伙连带责任的追偿 5. 无因管理之构成要件 6. 形成权 7. 被宣告死亡人的婚姻关系	7
不定项选择题	2002 年	1. 被监护人致人损害的民事责任 2. 被监护人致人损害的民事责任 3. 申请宣告死亡时间的确定 4. 宣告死亡的法律后果 5. 合同效力与所有权转移 6. 共有关系的认定 7. 诉讼时效	7
	2000 年	1. 饲养动物侵权责任 2. 个人合伙的成立 3. 合伙的债务承担 4. 追索权 5. 追索权 6. 合伙的诉讼资格	6

案例分析题	2004 年	1. 共有财产处分的一般原理 2. 民事法律行为的效力判断 3. 债的履行不能 4. 不当得利	
	2003 年	1. 无因管理 2. 无因管理的法律效力 3. 一般债务偿还 4. 无因管理的无因性 5. 侵权之债的主观要件	
	2002 年	1. 无权处分 2. 善意取得 3. 无因管理 4. 管理人权利 5. 侵权责任与违约责任竞合	
	2000 年	1. 联营的性质 2. 企业间非法拆借资金的法律后果	

第一章 民法概述

本章是民法的概述,包括民法的调整对象、适用范围、基本原则和民事法律关系等内容,是总括性的概说。本章在考试中主要反映为对民事权利之考查,其中形成权又为重点,考查方式趋向于考查考生对民事权利(尤其是形成权)的综合理解。2005 年司法考试中还考查了自助行为的判断,题目虽不难,但在一定程度上表明了司法考试有加大民法理论考查的趋势,应当引起考生足够重视。

知识体系



历年考题

题 型	年 份	考 点	分 值
单项选择题	2005 年	民事权利的救济	1
	2004 年	民事权利	1

多项选择题	2005 年	形成权	2
	2003 年	形成权	1
	2000 年	形成权	1



一、民法的概念、调整对象、渊源与适用范围

(一)民法的概念

民法是指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)民法的调整对象

项目	内容	注意事项
概述	民法调整的对象是平等主体之间的人身关系和财产关系。	
人身关系	1. 人身关系是人格关系和身份关系的合称。 2. 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。 3. 身份关系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、外祖父母等关系。身份关系仅存在于自然人之间,也不得抛弃和转让。	1. 法人享有名称权、名誉权、荣誉权等有限人格权。 2. 法人不存在身份权。
财产关系	1. 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。 2. 民法调整的财产关系是平等主体之间的财产关系。平等主体之间的财产关系可分为支配型和流转型。在支配型财产关系中,对物的支配称为物权关系,对智力成果的支配称为知识产权。流转型财产关系称为债的关系。	

(三)民法的渊源

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,包括制定法和习惯。

民法的渊源

制定法

宪法中的民法规范

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、自治条例和单行条例

规章

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

我国民法没有对习惯的效力作一般规定,但有些单行法肯定习惯效力,例如合同法第 125 条就允许用交易习惯解释合同的歧义条款。

(四)民法的适用范围

1. 对人的适用范围:《民法通则》第 8 条第 1 款规定:“在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,法律另有规定的除外。”即在我国境内的自然人及法人,除

了法律另有规定的以外,均适用我国民法;我国自然人、法人在国外发生的民事法律关系,一般适用所在地的法律规定,但法律另有规定的除外。

2. 在空间上的适用范围:我国立法部门和政府制定的民法规范,其适用的空间范围及于我国的领土、领空、领海,包括我国驻外使馆、在我国领域外航行的我国船舶。但是,一些区域民法规范,只能在特定的区域内有效。

3. 在时间上的适用范围:

(1)民法的生效:《民法通则》第156条规定:“本法自1987年1月1日起施行。”

(2)民法的溯及力问题:《民通意见》第196条规定:“1987年1月1日以后受理的案件,如果民事行为发生在1987年以前,适用民事行为发生时的法律、政策;当时的法律、政策没有具体规定的,可以比照民法通则处理。”可见,我国民事法律规范一般不具有溯及力,但司法解释中另有规定的除外。

二、民法的基本原则

概念	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。		
法定基本原则	对民法内容有普遍约束力的基本准则	平等原则	民法中的平等,是指主体的身份平等。《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。
		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。
	适用于特定民事法律关系的原则	公平原则	公平原则是一条法律适用的原则,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;公平原则又是一条司法原则,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。
		诚实信用原则	1. 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,守信并自觉履行。 2. 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。
		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。

三、民事法律关系

(一)民事法律关系的概念与要素

1. 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,包括人身关系和财产关系。

2. 要素

(1)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和承担义务的参与者、当事人。民法承认的民事法律关系的主体主要是自然人和法人。国家有时也直接参与民事活动,但基于民事主体的平等性,国家出现在民事活动中时,其身份只是公法人。另外,在一些特定的民事法律关系中,其主体也可以是不具有法人资格的其他社会组织。

(2)民事法律关系的客体:即民事主体得以结成相互关系的利益对象。民事法律关系的客体,依利益的表现形式,可分为物、行为、智力成果三类。

(3)民事法律关系的内容:指民事主体之间基于客体所形成的具体联系,即民事权利和民事义务。

(二)民事权利

1. 概念:民事权利是民法赋予民事主体实现其利益所得实施行为的界限。

2. 类型

划分标准	类型	内容
民事权利的客体所体现的利益	财产权	财产权是以具有经济价值的利益为客体的权利,可以进一步划分为物权、债权、知识产权和继承权。
	人身权	人身权是以人身之要素为客体的权利,可以进一步划分为人格权和身份权。
民事权利的效力特点	支配权	(1)概念:支配权是对权利客体进行直接的排他性支配并享受其利益的权利。 (2)特点:支配权的行使无需其他人积极义务的配合,只要其他义务人容忍、不行使同样的支配行为即可。 (3)典型:人身权、物权、知识产权中财产权等属于支配权。
	请求权	(1)概念:请求权是权利人得请求特定他人为一定行为或不为一行为的权利。 (2)特点:请求权人对权利客体不能直接支配,其权利的实现有赖于义务人的协助,没有排他效力。 (3)典型:债权是典型的请求权,物权、人身权、知识产权虽为支配权,但在受侵害时,需以请求权作为救济,故请求权在民事权利中的地位相当重要。
	形成权	(参见扩展阅读 1)
	抗辩权	(1)概念:抗辩权是能够阻止请求权效力的权利。 (2)特点:抗辩权主要是针对请求权的,通过行使抗辩权,一方面可以阻止请求权效力,另一方面可以使权利人能够拒绝向相对人履行义务。 (3)典型:合同法中的同时履行抗辩权、不安抗辩权、先诉抗辩权等皆属于抗辩权。

民事权利的效力所及相对人的范围	绝对权	绝对权是权利效力所及相对人为不特定人的权利。绝对权的义务人是权利人之外的一切人,故又称“对世权”。物权、人身权等均属绝对权。
	相对权	相对权是权利效力所及相对人仅为特定人的权利。相对权的效力仅仅及于特定的义务人,故又称“对人权”。债权就是典型的相对权。
在相互关联的民事权利中,依各权利的地位划分	主权利	主权利是不依赖其他权利为条件而能够独立存在的权利,从权利则是以主权利的存在为前提而存在的权利。在担保中,被担保的债权为主权利,而担保权则是从权利。
	从权利	
	原权利	在基础权利受到侵害时,援助基础权利的权利是救济权,而基础权利则是原权利。民法上有所谓“无救济则无权利”之说,救济权是原权利的保障,否则权利就难以实现。
	救济权	
民事权利与权利人的联系	专属权	专属权是指专属于特定的民事主体的权利,人格权、身份权等均属于专属权,该权利与主体不能分离,不得转让、继承。
	非专属权	非专属权指可以转让、继承的权利,物权、债权等财产权均属于非专属权。
权利是否现实取得	既得权	既得权是指已经取得并能享受其利益的权利。
	期待权	期待权是指因法律要件未充分具备而尚未取得的权利。如被继承人没有死亡,继承人的继承权就属于期待权。

3. 民事权利的救济

(1)公力救济:公力救济是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。在现代文明社会中,公力救济是保护民事权利的主要手段,在能够援用公力救济保护民事权利的场合,则排除适用自力救济。

(2)自力救济:自力救济是民事权利受到侵害时,民事权利主体自己采取必要的措施保护其权利,包括自卫行为和自助行为。前者如紧急避险和正当防卫等,后者如公共汽车售票员扣留逃票的乘客等。由于自力救济易演变为侵权行为,故只有在来不及援用公力救济而权利有正被侵犯的现实危险时,才允许被例外使用,以弥补公力救济的不足。

★扩展阅读 1:形成权

形成权是司法考试的重点,有必要深入理解。《国家司法考试辅导用书》指出:“形成权是依权利人单方意思表示就能使权利发生、变更或者消灭的权利。形成权的独特性在于只要有权利人一方的意思表示就足以使权利发生法律效力。追认权、撤销权、解除权、选择权、变更权、抵销权等都属形成权。”

上述分析过于简单,笔者从司法考试的角度,对形成权整理如下:

1. 形成权在我国民事法律中的规定:我国现行民事法律中规定了大量的形成权,如《民法通则》第59条规定了民事行为的变更或撤销权等,《合同法》规定了效力未定合同的追认

权(第47、48、51条,注意:相对人的催告权并非形成权)、合同撤销权(第54条)、债权人的撤销权(第74条)、合同解除权(第94条)、法定抵销权(第99条)、违约金增减权(第114条第2款)、行纪人的选择权(第403条第2款)和介入权(第403条第1款)、承租人的优先购买权(第230条)等,《继承法》规定了继承人(或受遗赠人)对继承权(或受遗赠权)的抛弃、遗产分割权(第25条,注意:受遗赠人在知道受遗赠后两个月内没有表示的,视为放弃受遗赠,可见,形成权并非都须通过明示方式行使)等。

2. 形成权的特征

(1)形成权的客体为民事法律关系。因为形成权作用的结果是使自己与他人或者他人与他人之间的法律关系发生变动,所以形成权的客体既不是物或行为,也不是人身利益或智力成果,只能是法律关系自身,这也正是形成权区别于其他权利的标志。

(2)形成权的行使表现为单方行为。在形成权的法律关系中,相对人不负任何义务,即形成权的实现无须相对人行为的介入,只要权利人将变动法律关系的意思表达于对方,按照法律的规定即可自动产生相应的效果(可见,行使形成权的意思表示可以撤回但不得撤销)。

(3)形成权无被侵害的可能。这是因为,形成权在未行使前,对原法律关系不产生任何影响,但一经行使,具体的权利义务关系即因而发生、变更或消灭,他人没有干预的机会。

(4)形成权不可单独让与他人。形成权不能与基本权利的法律关系相分离而单独发挥作用,离开了基础法律关系,形成权的存在也就失去了意义。

3. 形成权的分类

(1)财产法上的形成权与身份法上的形成权。

①财产法上的形成权又包括两类:

一是债权性形成权,如追认权、终止权、选择权、买回权、减价请求权、租金减少请求权、解除权、撤销权、撤回权、抛弃权、抵销权、免除权等等。

二是物权性请求权,包括:撤销权、所有权的抛弃、他物权的抛弃、共有物分割请求权、典物回赎权等。

②身份法上的形成权又分为纯粹身份法上的形成权与身份财产上的形成权:前者包括婚约撤销权、婚约解除权、婚姻撤销权、离婚请求权、婚生子女否认权、子女认领权、监护资格辞去权、遗嘱撤回权等;后者包括继承人(或受遗赠人)对继承权(或受遗赠权)的抛弃、遗产分割权等。

(2)法定形成权与约定形成权。大多数形成权为法定形成权,后者如约定合同解除权(见《合同法》第93条2款)。

(3)通过诉讼行使的形成权与非通过诉讼行使的形成权。绝大多数形成权为非通过诉讼行使的形成权(见《合同法》第47、48、51、96、186、192条);通过诉讼行使的形成权是指权利人必须要到法院(仲裁机构)提起诉讼,经过法院的确认才能发生法律关系变动的法律效果,如法定撤销权的行使(见《合同法》第55条、第75条)。此种形成权是形成权的例外形式,强调通过诉讼行使这种权利:一是对第三人意义重大,二是为了避免发生纠纷。

4. 形成权行使的限制:形成权的行使,只须以单方意思表示为之,于相对人了解,或到达相对人时发生效力。由此可见,形成权赋予权利人单方形成之力,为保护相对人,并维护法律关系的明确与安定,形成权的行使应受限制。

(1)行使期间的限制。关于请求权的行使期间,民法设有诉讼时效制度。关于形成权的行使期间,民法虽然没有规定统一的期限,但对具体形成权的存续期间(即除斥期间)也不乏规定,大致可分为三类:一是对个别形成权设有除斥期间,惟其期间多较诉讼时效为短,以便早日确定当事人的法律关系。如根据《合同法》第47、48条的规定,法定代理人对限制行为能力人所签合同的追认权、本人对无权代理人所签合同的追认权均为一个月。又如,根据《合同法》第55条的规定,合同撤销权的除斥期间为当事人知道或应当知道撤销事由之日起一年。二是明确规定若形成权的行使未定期间者,于他方当事人催告后,逾期未行使时,形成权消灭。如《合同法》第95条第2款规定:“法律没有规定或者当事人没有约定解除权行使期限,经对方催告后在合理期限内不行使的,该权利消灭。”三是未设有除斥期间或催告的规定。此种情形多数是在不损害相对人利益的情况下,允许形成权人随时行使。如《合同法》第268条规定:“定作人可以随时解除承揽合同,造成承揽人损失的,应当赔偿损失。”又如《合同法》第410条规定:“委托人或者受托人可以随时解除委托合同。因解除合同给对方当事人造成损失的,除不可归责于该当事人的事由外,应当赔偿损失。”另外还有《合同法》第99条规定的法定抵销权、第114条规定的违约金增减请求权等等。

(2)行使方式的限制。形成权在多数情况下,由权利人直接向相对人为意思表示即可发生法律效力。但是,在特定情形,要求形成权人必须提起诉讼,形成权也只有在判决具有既判力后才能发生法律效力。如《合同法》第74条规定的债权人撤销权,第114条第2款规定的违约金增减请求权即属此类。

(3)行使条件的限制。如果说对形成权在时间、方式上的限制是一种外在限制的话,那么对形成权行使条件的限制,便属于一种内在限制。主要有以下几种情形:

①形成权行使的特定条件。除个别形成权(如加工承揽合同中定作人的解除权)外,多数形成权必须达到法定或约定的条件方可行使。比如,只有在承租人未经出租人同意擅自转租的情况下,出租人才可以解除租赁合同(《合同法》第242条第2款)。又如,赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与(《合同法》第168条第1款)。

②形成权的行使不得附条件或期限。形成权的行使是一种单方法律行为,形成权人在行使权利时,无须相对人的同意,即可依自己单方面的意思表示,使相对人的法律地位发生变更。而对这一事实,相对人必须接受,没有选择的余地。因此,为避免相对人受到附条件或附期限所造成的这种悬而未决的状态,对形成权的行使不得附条件或附期限。如我国《合同法》第99条第2款规定:“当事人主张抵销的,应当通知对方。通知到达对方时生效。抵销不得附条件或者附期限。”同理,形成权的行使也不得撤回,因为允许撤回也会使相对人的地位处于不确定的状态。

(三)民事义务

1. 概念:民事义务是当事人为实现他方的权利而受行为限制的界限。

2. 类型

(1)根据义务产生的原因可分为法定义务与约定义务。

(2)根据行为的方式可分为积极义务与消极义务。以作为的方式履行的义务是积极义务,以不作为方式实施的义务是消极义务。

(3)基本义务与附随义务。在合同中,基于诚实信用原则还有所谓的附随义务,这是依

债的发展情形所发生的义务,如照顾义务、通知义务、协助义务等。

(四) 民事责任

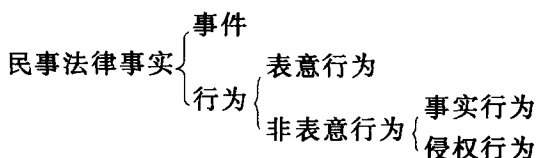
1. 概念:民事责任是违反约定或者法定义务所产生的法律效果,狭义的民事责任,即是民事义务,广义民事责任还包括使用强制执行的公力救济。

2. 《民法通则》第134条规定了十种具体承担民事责任的方式,具体有:停止侵害,排除妨碍,消除危险,返还财产,恢复原状,修理重作更换,赔偿损失,支付违约金,消除影响和恢复名誉,赔礼道歉。

(五) 民事法律事实

1. 概念:民事法律事实简称法律事实,是符合民事规范,能够引起民事法律关系发生、变更、消灭的客观现象。

2. 类型



真题演练

(一) 单项选择题

1. 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?(2005年)

- 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

2. 下列关于民事权利的表述哪一个错误的?(2004年)

- 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

(二) 多项选择题

1. 下列关于民事权利中的形成权的表述,哪些是正确的?(2005年)

- 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

2. 在行为人进行的下列行为中,哪些属于行使形成权的行为?(2003年)

- 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

附:答案、考点和讲解

(一) 单项选择题

1. 答案:C

考点:民事权利的救济

讲解:根据《合同法》第66条和第68条的规定,同时履行抗辩权和不安抗辩权均