

2017年版

配套《历年试题及考点归类精解》精心打造
通过专用讲义系统梳理考点，通过研习真题深入训练考点
讲义与真题相结合，形成高效复习整体

司法考试

专用讲义

民法

张能宝 杨艳霞 / 主编

从海量到微量

全面压缩知识容量，深入提取考点精华

从模糊到精准

区分考点轻重缓急，疑点难点彻底澄清

从片面到融通

联系、对比、归纳、总结，四位一体融会贯通



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

2017年版

司法考试专用讲义

民 法

主 编：张能宝 杨艳霞

副主编：张 玲 田域基 倪 燕

主要撰稿人：

张能宝	杨艳霞	张 玲	田域基
倪 燕	李慧琦	郭 玮	施金晶
汪涵中	从 钰	秦华伦	刘亚莉
邓新娟	王光明	刘金坤	杜 璇
石萍萍	韩煜坤	李梅丽	崔 咪
方宇菲	王胜男	玛丽莎	张劲晗



编写说明

为给 2017 年司法考试的复习应试提供更好支持,我们将《专用讲义》一书修订再版,以期给有一定基础或屡试不第的考生提供一套强化教材,减轻学习负荷提高复习效率。

本书特色:

(一) **专用性**。配套司法考试大纲,专用于突破司法考试。

(二) **配套性**。配套《历年试题及考点归类精解》(张能宝主编,法律出版社 2017 版),通过专用讲义梳理考点,通过研习真题训练考点,讲义与真题相结合,形成有机复习整体。

(三) **精炼性**。做好海量内容复习减法,压缩知识容量,提取考点精华。

(四) **融通性**。从点到面,从面到片,联系、对比、归纳、总结,四位一体融会贯通。

(五) **实用性**。以考点为中心,分析命题规律,把握命题脉搏,突出考试针对性,增强复习方向性。

由于时间仓促,本书不当之处,请各位专家及考生批评指正。使用本书过程中如有疑问,请关注新浪微博“张能宝真题”(网址:weibo.com/3062532517),进行讨论交流。

张能宝

2016 年 12 月

目 录

★民法复习内容提示	(1)
★民法复习方法提示	(2)
★2012~2016 年司法考试分值分布	(3)
★案例分析题集中精解	(3)

民法总则

第一章 民法基础理论	(4)
一、民法的调整对象	(4)
二、民法的基本原则	(4)
三、民事法律关系	(6)
四、民事责任	(10)
第二章 自然人	(12)
一、自然人的民事权利能力	(12)
二、自然人的民事行为能力	(12)
三、监护制度	(13)
四、自然人住所	(14)
五、宣告失踪与宣告死亡	(15)
六、个人合伙	(16)
第三章 人身权	(17)
一、人格权	(17)
二、身份权	(19)
三、关于侵害名誉权的问题	(19)
四、关于侵权行为中的精神损害赔偿 问题	(19)
第四章 法人	(20)
一、法人的特征	(21)
二、法人的民事权利能力和民事行为 能力	(21)
三、法人的成立条件	(21)
四、法人的分类	(21)
五、法人的变更、终止和登记	(22)
六、法人机关、分支机构和职能部门、 子公司、法定代表人和法人 工作人员	(23)
七、法人工作人员职务行为的认定	(24)
八、联营制度	(24)

九、其他组织	(24)
第五章 民事法律行为	(25)
一、民事行为与事实行为	(25)
二、民事法律行为	(27)
三、附条件、附期限民事行为	(29)
四、无效民事行为	(31)
五、可变更、可撤销民事行为	(32)
六、效力待定民事行为	(34)
第六章 代理	(36)
一、代理的法律特征	(36)
二、代理与传达的区别	(37)
三、代理与代表的区别	(37)
四、代理权	(38)
五、代理的类型	(38)
六、代理关系中的连带责任	(40)
七、代理关系的终止	(40)
第七章 诉讼时效	(40)
一、诉讼时效的一般规定	(41)
二、诉讼时效中止	(42)
三、诉讼时效中断	(43)
四、诉讼时效与除斥期间的区别	(44)

物 权 法

第八章 物权总则	(45)
一、物权的特征	(45)
二、物权的效力	(46)
三、物权法定主义	(48)
四、物权变动的原则	(48)
五、物权变动的方法	(49)
六、物权债权区分原则	(51)
七、物权保护	(52)
第九章 所有权	(52)
一、所有权基本原理	(53)
二、国家所有权的范围	(53)
三、建筑物区分所有权及物业服务 合同	(54)

四、共有	(55)	三、债的履行	(76)
五、善意取得及所有权取得的其他 特殊规定	(57)	四、债的移转	(78)
六、相邻关系	(58)	五、债的消灭	(78)
第十章 用益物权	(59)	第十七章 不当得利与无因管理	(78)
一、用益物权的特征	(59)	第一节 不当得利	(79)
二、土地承包经营权	(59)	一、不当得利的构成	(79)
三、建设用地使用权	(60)	二、不当得利的返还	(79)
四、地役权	(61)	第二节 无因管理	(79)
第十一章 占有	(62)	一、无因管理的构成要件	(79)
一、占有的特征	(62)	二、正当无因管理的法律效果	(80)
二、占有的种类	(62)	三、不当无因管理的法律效果	(80)
三、占有的效力	(63)	第十八章 担保的一般原理	(81)
四、占有人对返还请求权人的权利 义务	(63)	一、担保的种类	(81)
第十二章 抵押权	(64)	二、担保合同对主合同的从属性	(81)
一、抵押物的范围	(64)	三、担保合同对主合同的相对独立性	(81)
二、抵押权的设立	(65)	四、担保合同无效的表现及责任	(81)
三、抵押权的效力	(65)	五、主合同解除后,担保人承担担保 责任的范围	(82)
四、抵押物的租赁与让与	(66)	第十九章 保证	(82)
五、抵押权的保全、顺位变更、物上 代位性	(66)	第一节 保证概述	(82)
六、主合同变更对抵押人担保责任的 影响	(66)	一、可以作保证人的情形	(82)
七、抵押权行使期限	(67)	二、保证合同的形式	(83)
八、抵押权的清偿顺序	(67)	三、保证方式	(83)
九、最高额抵押权	(68)	四、保证责任的范围	(83)
第十三章 质权	(69)	五、主合同变更对保证责任的影响	(84)
一、动产质权	(69)	六、债务人破产对债权人及保证人的 影响	(84)
二、权利质权	(70)	第二节 保证期间与保证之债诉讼 时效	(84)
第十四章 留置权	(70)	一、保证期间	(84)
一、留置权的适用范围	(70)	二、保证之债诉讼时效	(85)
二、留置权的善意取得	(71)	三、一般保证与连带责任保证比较	(86)
三、留置权的行使规则	(71)	第二十章 定金	(87)
第十五章 一债数保与担保物权竞合	(71)	一、定金的种类	(87)
一、人保与物保并存	(71)	二、定金合同的生效时间	(87)
二、物保与物保并存	(72)	三、定金数额确定的三个法律规则	(87)
三、担保物权竞合的处理	(73)	四、定金罚则的适用	(87)

债法总则

合 同 法

第十六章 债权概述	(75)	第二十一章 合同的订立	(88)
一、债的要素及分类	(75)	一、合同与《合同法》	(88)
二、债的发生原因	(76)	二、合同的分类	(88)

三、合同形式	(90)	三、买卖合同中的交付主义	(112)
四、合同条款	(91)	四、标的物所有权移转和孳息归属	(114)
五、格式条款	(92)	五、标的物风险责任承担	(115)
六、要约	(92)	六、特种买卖合同	(115)
七、承诺	(94)	七、一物数卖	(117)
八、合同成立的时间和地点	(95)	第二节 赠与合同	(117)
九、缔约过失责任	(95)	一、赠与合同的特征	(117)
第二十二章 合同的履行、变更和转让	(95)	二、赠与合同当事人的权利义务	(117)
第一节 合同履行中的权利(一)		三、赠与合同的终止	(117)
——三大履行抗辩权	(96)	第三节 借款合同	(118)
一、同时履行抗辩权	(96)	一、借款合同的特征	(118)
二、先履行抗辩权	(96)	二、借款合同当事人的权利义务	(118)
三、不安抗辩权	(96)	三、自然人之间的借款合同	(119)
四、三大履行抗辩权比较	(96)	四、民间借贷	(119)
五、应当注意的其他问题	(97)	第二十六章 租赁合同、融资租赁合同、 承揽合同、建设工程合同、 技术合同	(121)
第二节 合同履行中的权利(二)		第一节 租赁合同	(121)
——债权人代位权与撤销权	(98)	一、租赁合同的特征	(121)
一、债权人代位权	(98)	二、租赁合同的形式和租赁期限	(121)
二、债权人撤销权	(98)	三、不定期租赁	(121)
三、债权人代位权与撤销权的异同	(99)	四、租赁合同中当事人的权利义务	(122)
四、合同之债中的三大撤销权比较	(100)	五、一房数租	(123)
第三节 合同的变更和转让	(101)	第二节 融资租赁合同	(123)
一、合同变更	(101)	一、融资租赁合同的特征	(123)
二、合同转让	(101)	二、融资租赁合同中当事人的权利 义务	(123)
第二十三章 合同的权利义务终止	(103)	三、租赁合同与融资租赁合同的 比较	(124)
一、清偿	(103)	第三节 承揽合同	(124)
二、解除	(104)	一、承揽合同的法律特征	(124)
三、抵销	(105)	二、承揽合同中当事人的权利义务	(124)
四、提存	(105)	第四节 建设工程合同	(124)
五、免除	(106)	一、建设工程合同的特征	(124)
六、混同	(106)	二、建设工程合同中当事人的权利 义务	(125)
第二十四章 违约责任	(106)	三、建设工程合同的无效	(126)
一、违约责任的特征及归责原则	(107)	四、建设工程合同的解除	(126)
二、违约行为形态	(107)	五、承包人优先权的行使条件和 效力	(126)
三、预期违约	(107)	六、承揽合同与建设工程合同比较	(127)
四、违约责任形式	(108)	第五节 技术合同	(127)
五、违约责任免责事由	(110)	一、技术合同的特征	(127)
六、违约责任与缔约过失责任比较	(111)		
第二十五章 买卖合同、赠与合同、借款 合同	(111)		
第一节 买卖合同	(111)		
一、买卖合同的特征	(111)		
二、买卖合同当事人的权利和义务	(111)		

二、技术开发合同	(127)
三、技术转让合同	(128)
四、技术咨询合同和技术服务合同	(128)
五、技术合同中权利或成果归属	(129)
第二十七章 运输合同、保管合同、 仓储合同	(130)
第一节 运输合同	(130)
一、运输合同的特征	(130)
二、客运合同	(130)
三、货运合同	(131)
四、多式联运合同	(131)
第二节 保管合同	(131)
一、保管合同的特征	(131)
二、保管合同当事人的权利义务	(132)
第三节 仓储合同	(132)
一、仓储合同的特征	(132)
二、仓储合同当事人的权利义务	(132)
三、保管合同和仓储合同的比较	(133)
第二十八章 委托合同、行纪合同、 居间合同	(133)
第一节 委托合同	(134)
一、委托合同的特征	(134)
二、委托合同当事人的权利义务	(134)
三、委托合同中的间接委托制度	(134)
四、委托合同的终止	(135)
第二节 行纪合同	(135)
一、行纪合同的特征	(135)
二、行纪合同当事人的权利义务	(135)
三、委托合同与行纪合同的比较	(136)
第三节 居间合同	(136)
一、居间合同的特征	(136)
二、居间合同当事人的权利义务	(136)
三、委托合同、行纪合同与居间合同 的比较	(136)

侵权责任法

第二十九章 侵权一般原理	(138)
一、侵权行为的特征	(138)
二、侵权责任归责原则	(138)
三、侵权责任构成要件	(139)
四、侵权责任免责事由	(139)
五、侵权行为种类	(141)

六、共同侵权行为	(141)
第三十章 责任主体特殊规定	(143)
一、行为能力有欠缺的人(无民事行为能力人和限制民事行为能力人) 侵权行为	(143)
二、用人单位侵权行为	(143)
三、个人劳务侵权行为	(143)
四、帮工人侵权行为	(144)
五、网络侵权行为	(144)
六、安保义务人侵权行为	(144)
七、教育机构侵权行为	(145)
第三十一章 特殊侵权行为	(145)
一、产品责任	(146)
二、机动车交通事故责任	(147)
三、医疗损害责任	(147)
四、环境污染责任	(148)
五、高度危险责任	(148)
六、饲养动物损害责任	(149)
七、物件损害责任	(149)
八、特殊侵权行为总结比较	(150)

婚姻、继承法

第三十二章 婚姻法	(151)
一、结婚	(151)
二、夫妻财产的归属	(152)
三、离婚	(154)
第三十三章 继承法	(156)
一、继承权的性质	(156)
二、继承权的取得方式	(157)
三、丧失继承权的情形	(157)
四、继承权的放弃规则	(157)
五、继承开始时间的认定	(157)
六、遗产范围的认定	(157)
七、遗嘱继承	(158)
八、法定继承	(159)
九、遗赠扶养协议	(160)
十、被继承人债务的清偿	(160)

知识产权法

第三十四章 著作权法	(162)
一、著作权的主体	(162)

二、著作权的归属	(163)	四、商标权的消灭	(174)
三、著作权的客体——作品	(164)	五、商标权侵权行为	(175)
四、著作权的内容——著作人身权		第三十六章 专利法	(176)
与著作财产权	(164)	一、专利权的主体	(177)
五、著作权的限制	(165)	二、专利权的客体	(178)
六、邻接权人	(166)	三、申请、授予专利权的程序	(179)
七、著作权侵权	(168)	四、专利权的内容及限制	(180)
第三十五章 商标法	(169)	五、专利权的保护	(182)
一、商标与商标权	(170)	六、知识产权案件的管辖	(185)
二、商标注册	(171)	七、商业秘密保护	(186)
三、商标权的内容	(173)		

民法复习内容提示

民法是私法,它的适用对象、调整范围、指导原则等都与公法截然不同。民法以调整平等主体之间的关系为己任,以充分尊重民事主体的意思自治为前提,以始终贯彻诚实信用原则为信念,以公平合理权衡利益得失为尺度,以全面适当履行义务关系为根本。

民法是一部人身与财产法。在平等主体的人身方面,不管是普通的人格权、身份权,还是与之相关的婚姻关系、继承关系、监护关系、收养关系等,民法均予以调整;在平等主体的财产方面,不论是静态的物权关系,还是动态的债权关系,民法均予以规范。民法是一部意思自治法。当事人的意思直接决定他是否参与民事法律关系,以什么样的方式参与,和什么样的人参与,参与的程度如何等,任何人(包括国家、单位、其他组织等)均不得对当事人进行强迫,否则,该行为要么无效,要么可变更可撤销。民法是一部诚实信用法。它不仅要以整个社会的诚实信用为基础,更要仰赖当事人始终以诚实信用的方式参与民事法律关系,不诚实会导致欺诈,不信用会导致违约,这些会造成当事人人力、财力的浪费,与社会发展奉行的经济、效益精神相违背,民法予以反对,并要求不诚实不信用者承担相应责任。民法是一部公平交易法。不管当事人之间的利益是一致的,还是存在冲突的,从共生共存和谐发展的角度出发,民法倡导公平原则,否定乘人之危,规范重大误解,确立公平责任,肯定情事变更等,这些都有助于形成公平合理的交易关系。

从内容上看,民法主要表现为三大特点,即以民事法律关系为主线、以民事权利义务为核心、以民事责任为补充。

首先,民法以民事法律关系为主线。

民事法律关系的产生、变更或终止,是民法从静态规定到现实发生法律调整作用的基础,缺少了具体的民事法律关系,民法将成为无源之水、无本之木。民事法律关系包括三个方面:一是产生诱因(内容为民事法律事实),它解决的是什么原因导致民事法律关系产生、变更或终止的问题。民事法律关系的产生诱因集中于两种情形,其一

是事件,其二是行为。二是构成要素,它解决的是民事法律关系在结构上由哪几个部分组成的问题。民事法律关系的构成要素有三个:其一是主体问题,即民事法律关系由什么样的人参与,它包括自然人、法人和其他组织;其二是客体问题,即民事法律关系所指向的对象,它包括物、行为和智力成果;其三是内容问题,即民事法律关系所包含的具体权利义务关系,它包括民事权利和民事义务两个部分。三是表现形式,它解决的是民事法律关系以什么样的客观上可感知的样态表现出来的问题。民事法律关系的表现形式可以从两个角度理解:其一是静态形式,即口头形式、书面形式和其他形式;其二是动态形式,即民事法律行为、可变更民事行为、效力待定民事行为、无效民事行为等。每一个具体的民事法律关系都由这三方面的内容构成,缺一不可,而民法也就是在对诸如此类的一个个具体民事法律关系的调整过程中发挥作用的。

其次,民法以民事权利义务为核心。

民法调整的是平等主体的人身关系和财产关系,这种调整是以设定民事权利和民事义务的方式进行的。民事权利得以维护,民事义务得以履行,民法的功能也就实现了。对于民事权利类型,从大的方面来说,它包括人身权、物权、知识产权和债权。这其中,人身权包括人格权、身份权及其他相关权利,物权包括所有权、用益物权和担保物权等,知识产权(著作权、专利权、商标权)包括知识产权人身权和知识产权财产权,债权包括合同之债、侵权之债、不当得利之债和无因管理之债。人身权、物权、知识产权和债权,每一种都是一个大的系统,各项民事法律制度围绕着它们,以它们为中心展开。对于民事义务,主要包括法定义务和约定义务两种。既没有无权利的义务,也没有无义务的权利,在与民事权利的对应过程中,民事义务要么表现为积极的作为,要么表现为消极的不作为,但不管怎样,只有通过民事义务的履行,民事权利才能真正实现。

最后,民法以民事责任为补充。

民事责任的补充作用是相对于民事权利义务

的核心地位而言的,体现为民法对不履行或不适当履行民事义务行为的补救甚至惩罚功能。对于民事责任,在类型上它主要包括财产责任与非财产责任,无限责任与有限责任,按份责任、连带责任与补充赔偿责任,过错责任、无过错责任与公平责任等。与民事责任紧密关联的还有一个重要制度,即诉讼时效问题。“法律不保护权利的睡眠

人”,我国民法规定,诉讼时效经过导致请求权人的胜诉权丧失。

民法的上述内容是一个融会贯通的整体,各部分彼此相对独立,但又相互补充、相互依存。当我们用联系的眼光来看待这个整体时,它会形成一个系统,发挥强大的系统功能,从而推进我们在更高层次上对民法进行理解与把握。

民法复习方法提示

俗话说:“得民刑者得天下”,民法平均每年在司法考试中考查达到90分以上,对成功通过司法考试非常重要。然而,民法是一门理论性、系统性、实践性都很强的学科,不少考生在复习过程中会感到其包含的具体民事制度太多,掌握起来头绪繁杂难以驾驭。为更好地把握和应对民法,建议大家从以下几方面进行复习:

一、全面深刻把握民法基础理论。近年来,民法对理论部分的考查已不再局限于法条所规定的内容,而是直接考查对法条之外的民法基础理论的理解。为此,大家在复习民法时,首先应当对民法的各项基本制度准确把握,在此基础上进一步领会民法的理念、精神和基础理论。尤其是不能简单记忆法条,而是应当把握和理解法条和具体制度背后深藏的精神原理。

二、注重培养关于民法的体系化思维。近年来,民法选择题一道题的考查范围往往不再局限于具体的一项法律制度,而是综合考查多项相关的法律制度。因此,大家在复习时,除了对民法各项法律制度精准把握外,还需要对各项法律制度的关系进行分析,做到举一反三、融会贯通。比如,买卖合同与物权法相关联的物权变动问题,近几年几乎成为司法考试的宠儿,每年与此相关的考查分值均达到10分。加强民法的制度体系化思维培养,对于获得民法高分非常关键。

三、掌握民法的重要法条和高频考点。根据统计,虽然近年来对纯理论的考查有所加强,但民法4/5左右的试题仍然围绕着重点法条和重要制度展开,民法的高频考点比较突出。比如民法总

则部分的民事法律关系、民事法律行为、代理制度、无因管理与不当得利、时效等;物权法部分的物权变动、所有权部分的善意取得制度、地役权、占有;合同法总则部分的合同效力、债权债务转移、债权人的代位权和撤销权、双务合同中的抗辩权、合同解除、违约责任以及合同法分则部分的买卖合同、借款合同、租赁合同、委托合同等;担保法部分的抵押权设立、抵押权的转让、抵押权顺位的变更与放弃、浮动抵押、保证部分的一般保证和连带责任保证、保证期间和保证合同的诉讼时效、主合同变更对保证的影响;侵权责任法部分的多数人侵权、各种特殊侵权、侵权责任中的精神损害赔偿;婚姻法部分的无效婚姻和可撤销婚姻、夫妻共同财产与约定财产、离婚时的损害赔偿、离婚时债务承担以及继承法部分的法定继承、代位继承和转继承、遗嘱继承等。对于这些高频考点,大家一定要弄懂弄透,不仅要知其然,还要知其所以然。

四、加强对历年真题的研习。历年真题在命题规律与复习技巧方面具有继往开来的重大导向功能。说它继往,因为它会真实全面地诠释以往考试的考查方向、考查重点、考查模式;说它开来,因为它会客观准确地昭示未来考试的考查方向、考查重点、考查模式。根据统计,在各部门法中,以往考查过的考点均会占到下一年考查内容的80%以上。通过对历年真题,尤其是近5年历年真题的研习,能够帮助大家准确把握司法考试民法部分的考查方向、考查重点、考查模式。通过大量反复地练习历年真题,可以稳固提高得分能力。“研习过去的真题,就是在做未来的考题。”

2012 ~ 2016 年司法考试分值分布

一、按题型统计

	单项选择题	多项选择题	不定项选择题	案例分析题	论述题	总计
2016 年	24	34	12	22	0	92
2015 年	24	34	12	21	0	91
2014 年	24	34	12	22	0	92
2013 年	24	34	12	22	0	92
2012 年	24	34	12	22	0	92

二、按内容统计

	民法 通则	物权法	债法 总则	合同法	侵权 责任法	知识 产权法	婚姻法	继承法	总计
2016 年	14	10	14	28	7	11	5	3	92
2015 年	5	14	2	47	9	10	3	1	91
2014 年	10	10	2	51	5	10	1	3	92
2013 年	13	15	0	46	3	11	1	3	92
2012 年	10	17	4	42	2	12	1	4	92

案例分析题集中精解

考查次数	已考考点	已考法条
**	效力待定的合同	《合同法》第 51 条
*	善意取得	《物权法》第 106 条
*	动产质押	《担保法》第 63 条
*	流质契约	《担保法》第 66 条
*	无因管理	《民法通则》第 93 条
*	违约责任与侵权责任竞合的处理	《合同法》第 122 条
*	指示交付与标的物所有权的转移	《合同法》第 133 条
****	违约责任	《合同法》第 107、114、406 条
*	让与担保	
*	物权与债权区分	《买卖合同解释》第 3 条
*	特殊动产物权变动	《物权法》第 23、24 条
*	不当得利	《民法通则》第 92 条
*	留置权	《物权法》第 230、231 条
*	交通事故损害赔偿 责任	《道路交通安全法解释》第 2 条 《侵权责任法》第 34、49 条
*	合同的解除	《合同法》第 93、94 条
*	协议管辖	《民事诉讼法》第 25 条
*	合同效力	《合同法》第 8、44 条 《合同法解释(二)》第 15 条
*	合同相对性	《合同法》第 64、65 条
*	无权代理与无权处 分、表见代理	《合同法》第 48、49、51 条
*	雇主责任	《人身损害赔偿解释》第 9、11 条

续表

考查次数	已考考点	已考法条
*	承租人义务	《合同法》第 223 条
*	信用卡法律关系	
*	免责债务承担	《合同法》第 84 条
*	借款合同	《合同法》第 210 条
*	债权请求权	
*	抵押权物上代位性	《物权法》第 174 条
*	物权优先效力	
*	租赁合同的解除	《房屋租赁合同解释》第 17 条
*	出租人适租义务	《合同法》第 216 条
**	用工责任	《侵权责任法》第 34 条
*	产品责任	《侵权责任法》第 43 条
*	民事责任	《合同法》第 107 条 《侵权责任法》第 6 条
*	不动产物权变动	《物权法》第 9 条
*	多重买卖合同	《合同法解释(二)》第 15 条
*	合同变更	《合同法》第 77 条
*	情势变更	《合同法解释(二)》第 26 条
*	房屋预售合同	《买卖合同解释》第 2 条
*	标的物权利瑕疵 担保	《合同法》第 150 条
*	预告登记	《物权法》第 20 条
*	人保物保竞合	《物权法》第 176 条
*	债权行为与物权行为	《买卖合同解释》第 3 条
*	诉讼中止	《民法通则》第 139 条

民法总则

第一章 民法基础理论

★本章考查基本规律

- 1. 本章平均每年考查 3 分。
- 2. 主要内容包括民法基本原则、民事法律关系及民事责任。
- 3. 重点考查民事法律关系,其中民事法律事实、民事法律行为及民事权利是重点内容。考查方式包括:(1)判断是否属于民事法律事实,当事人之间是否形成民事法律关系;(2)结合具体法律行为中的民事权利,考查权利的分类。
- 4. 本章近 5 年已考考点与已考法条归纳总结:

考查次数	已考考点
* *	民事法律关系的成立
*	权利义务相一致原则

★命题关键词提示:意思自治原则,诚实信用原则,事件与行为,物与行为,民事权利与民事义务

一、民法的调整对象

民法的调整对象是平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的人身关系和财产关系。

首先,民法调整的是平等主体间的关系。这些主体必须互不支配、互不管理、互不隶属、互相独立,如果有支配、管理或隶属关系,则不受民法调整,而应由其他法律管辖,如行政法、刑法、诉讼法等。

其次,民法调整的是平等主体间的人身关系和财产关系。所谓人身关系,是指没有直接财产内容,但具有人身属性的社会关系,包括人格权和身份权(统称为人身权)。所谓财产关系,是指人们在生产与生活中形成的具有财产内容的关系,主要包括物权和债权。人身关系一旦被侵害而产生赔偿责任,则赔偿责任属于财产关系,而不再是人身关系。由此,民法的最主要内容分成人身权、物权、债权三个部分(担保法本质上是为债权服务的,解决的是平等主体间的财产关系问题,知识产权法包含的是平等主体间的人身权与财产权问

题——知识产权人身权与知识产权财产权,所以均被纳入民法范畴)。

二、民法的基本原则☆☆

民法的基本原则,是指民法规范确立的在调整平等主体间的人身关系和财产关系时应坚持的指导原则,是民事主体进行民事活动时应遵循的基本准则。违反民法基本原则的行为,或者效力将受到影响,或者需要承担特别的责任。

(一)意思自治原则☆☆

意思自治原则,是指行为人自主决定参与民事法律关系,任何人不得干预强迫的原则,又称自愿原则。它是民法作为私法的最重要原则,是我们判断民事法律关系是否成立,民事责任如何划分的重要依据。意思自治原则的内涵主要包括:

- 1. 自主参与。
 - (1)行为人自己决定是否参与民事法律关系;
 - (2)自己决定与什么样的人进行民事法律关系;
 - (3)自己决定参与什么样的民事法律关系;
 - (4)自己决定以何种形式参与民事法律关系。

自主参与的核心是行为人自愿参与到具有民事权利和民事义务内容的法律关系中,给自己设定义务,并因此而享有可能产生的权利。与此相反,欺诈、胁迫、乘人之危、重大误解则是违反自主参与的,因此不符合意思自治。

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(试行)》(以下简称《民通意见》)第 68 条 一方当事人故意告知对方虚假情况,或者故意隐瞒真实情况,诱使对方当事人作出错误意思表示的,可以认定为欺诈行为。

第 69 条 以给公民及其亲友的生命健康、荣誉、名誉、财产等造成损害,或者以给法人的荣誉、名誉、财产等造成损害为要挟,迫使对方作出违背真实的意思表示的,可以认定为胁迫行为。

第 70 条 一方当事人乘对方处于危难之机,为牟取不正当利益,迫使对方作出不真实的意思表示,严重损害对方利益的,可以认定为乘人之危。

第71条 行为人因对行为的性质、对方当事人、标的物的品种、质量、规格和数量等的错误认识,使行为的后果与自己的意思相悖,并造成较大损失的,可以认定为重大误解。

2. 自己责任。

行为人自己承担因自主参与民事法律关系而发生的有利的或不利的民事法律后果。一旦符合自主参与,行为人必须要承担相关责任;但如果不符合自主参与,在行为人间则不会产生相应的民事责任。

例如,对生活中请人喝酒许诺的违反就不产生民事责任,因为在这种情况下,行为人的行为并不是自主参与,其没有给自己设定民事义务的意思,因此也不是民法上的意思自治。这种问题涉及对生活事实和法律事实的辨析问题,法律事实首先一定都是生活事实,但生活事实并不一定就能成为法律事实。在民法领域,只有加入了行为人自主参与和自己责任意思要素的生活事实,或者法律有明确规定的生活事实(如侵权行为),才能上升为法律事实。

再如,《合同法》第107条对违约责任的规定:当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的,应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。

3. 内容合法。

意思自治的内容不得违反法律的禁止性规定或强制性规定。

比如,根据《民法通则》第58条的规定,恶意串通损害国家、集体或者第三人利益的或者以合法形式掩盖非法目的的,行为无效,原因在于行为人意思的内容违反了法律的禁止性规定。再如,根据《物权法》第186条的规定,抵押权人在债务履行期届满前,不得与抵押人约定债务人不履行到期债务时抵押财产归债权人所有。

(二) 诚实信用原则☆☆☆

诚实信用原则,是指民事主体应当诚实行使权利,信用履行义务的原则。该原则是民法中的帝王条款,违反诚实信用的民事行为要受到民法的否定性评价。诚实信用原则的内涵主要包括:

1. 订约时诚实信用。

在订约时,行为人应当诚实行事,不欺不诈。如因为一方恶意磋商或欺诈等致合同不成立或者无效,要承担缔约过失责任。

《合同法》第42条 当事人在订立合同过程

中有下列情形之一,给对方造成损失的,应当承担损害赔偿责任:

(一)假借订立合同,恶意进行磋商;

(二)故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况;

(三)有其他违背诚实信用原则的行为。

2. 履约时诚实信用。

在订约后,重信用,自觉按照约定全面适当履行义务。

《合同法》第60条 当事人应当按照约定全面履行自己的义务。

当事人应当遵循诚实信用原则,根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。

3. 解释合同时诚实信用。

《合同法》第125条第1款 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。

4. 弥补法律规定的不足时诚实信用。

(三) 公平原则☆☆

公平原则,是指民事活动应当遵循权利义务相一致的原则确定当事人间的关系,当利益发生冲突时,按照权利义务均衡来判断处理。当民法规范无明确规定时,可以根据公平原则设立、变更和终止民事法律关系。公平原则的内涵主要包括:

1. 在权利的享有和义务的承担上,应当公平合理。不能厚此薄彼,显失公平。

2. 在民事责任的承担上,应当公平合理。一般情况下,民事责任适用过错责任原则,责任与过错的程度应当相适应。双方对造成损失都没有过错的,按照公平责任原则合理分担损失。

3. 在司法机关处理民事纠纷时,应当公平合理。特别是在法律缺乏明确规定时,法官应当本着公平和正义的观念进行妥当裁量。

《侵权责任法》第24条 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。

(四) 等价有偿原则

等价有偿原则,是指民事主体在从事民事活动时,除法律另有规定或者当事人另有约定外,应当按照等价的要求,从对方处获得利益,则应向对方支付相应的对价。等价有偿原则的内涵主要包括:

1. 民事主体双方的利益和负担应当基本相当,达到等价状态。不过,等价并不是绝对相等,而只是不应当显失公平。

《民通意见》第72条 一方当事人利用优势或者利用对方没有经验,致使双方的权利与义务明显违反公平、等价有偿原则的,可以认定为显失公平。

2. 民事主体从对方处取得利益,除法律规定或者当事人约定以外,应当支付一定的对价。

3. 民事主体的权益受到损害,致害方应当给予相应的赔偿或者补偿。

等价有偿原则与公平原则有着密切联系,它们都体现出实现当事人之间民事权利和民事义务平衡的精神。有权利才有义务,无义务则无权利。由此,如果行为人的行为是无偿的,那么承担的义务也要更轻或者不承担义务,如赠与合同中赠与人的义务等。

《合同法》第191条第1款 赠与的财产有瑕疵的,赠与人不承担责任。附义务的赠与,赠与的财产有瑕疵的,赠与人在附义务的限度内承担与出卖人相同的责任。

(五)遵守法律、社会公德、社会公共秩序原则

该原则要求民事行为应遵守国家法律、社会公德,不得违背社会的善良风俗、通常的伦理道德,不得损害社会的公共秩序。

(六)禁止权利滥用原则

禁止权利滥用原则,是指民事主体行使民事权利,不得损害他人、社会以及国家利益。

三、民事法律关系☆☆☆

民事法律关系,是指由民事法律规范确认、保护和调整的社会关系的总称,包括人身关系和财产关系两种。

(一)民事法律关系的产生原因☆☆☆

民事法律关系的产生原因是出现了民事法律事实,没有民事法律事实不可能产生民事法律关系。能够引起民事法律关系发生、变更、消灭的现象,统称为民事法律事实,它分为两类:

1. 事件。

事件是指与人的意志无关、能够引起民事法律后果的客观现象,又称自然事实。如人的出生会导致民事权利能力产生,人的死亡会导致继承开始和婚姻关系消灭,时间的经过会导致超过诉讼时效,不可抗力或意外事件会导致民事责任变更等,都可能导致民事法律关系产生、变更或终止。

《继承法》第2条 继承从被继承人死亡时开始。(死亡导致继承开始)

《合同法》第117条第1款 因不可抗力不能履行合同的,根据不可抗力的影响,部分或者全部免除责任,但法律另有规定的除外。当事人迟延履行后发生不可抗力的,不能免除责任。(不可抗力免责)

2. 行为。

行为是指人的有意识活动,并导致出现相应的民事权利和义务,分为因意思表示而引起的表意行为(也即法律行为)和不是因意思表示而引起的非表意行为(也即法律行为)两种。如买卖行为、抛弃所有权属于表意行为,因意思表示而产生相应的效果。而下述法律规定的侵权行为、无因管理等属于非表意行为,因为法律的规定而非当事人的意思表示引起相应的民事法律关系,产生相应的民事权利义务。

《侵权责任法》第6条 行为人因过错侵害他人民事权益,应当承担侵权责任。

根据法律规定推定行为人有过错,行为人不能证明自己没有过错的,应当承担侵权责任。

第7条 行为人损害他人民事权益,不论行为人有无过错,法律规定应当承担侵权责任的,依照其规定。

《民法通则》第93条 没有法定的或者约定的义务,为避免他人利益受损失进行管理或者服务的,有权要求受益人偿付由此而支付的必要费用。

● 考点点拨

下列事实不属于民事法律事实,不能引起民事法律关系的变化。

1. 好意施惠关系。又称情谊关系,泛指不能在当事人之间产生合同关系的约定或承诺。例如,约定搭便车;为人指路;约定叫醒其他乘客到站下车。

好意施惠关系的法律效果:(1)不产生合同关系。承诺人失约,无违约责任或者缔约过失责任。(2)不排除侵权之债的成立。好意施惠中符合侵权构成要件的,可成立侵权之债。

2. 法外空间。例如,日出日落下雨等自然现象;散步起床睡觉等不具有法律意义的行为;引发宗教关系、同事关系、师生关系的客观情况。

3. 婚约。婚约不是民事法律事实,不具有法律效力,婚约不是合同。

注意:相关彩礼问题:原则上,赠与人不得请

求返还已经支付的彩礼,但最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(二)》(以下简称《婚姻法解释(二)》)第10条规定了3种例外情况,赠与与人有权请求返还已经支付的彩礼:(1)双方未办理结婚登记手续的;(2)双方办理结婚登记手续后又离婚,确未共同生活的;(3)婚前给付彩礼,离婚后,给付一方因为给付彩礼而生活困难的。

4. 合同适用范围之外的约定。指按其性质不宜适用《合同法》调整或者采用《合同法》调整将产生不公正结果的。例如,甲与乙未婚同居期间约定:“乙应按时服用避孕药”,后乙怀孕生下小孩,乙代小孩起诉甲支付抚养费,甲以乙违反约定为由请求赔偿损失,法院认为该约定涉及“最为隐秘的个人自由领域”,即合同界域之外的约定。

(二)民事法律关系主体

民事法律关系主体,解决的是参与民事法律关系的人的问题,包括自然人、法人、其他组织三种类型。虽然理论上自然人、法人和其他组织可以参与各种民事法律关系,但能参与并不意味着主体是适格的。而主体适格,是民事法律关系产生行为入期望效力的前提。否则,行为入的期望将会落空。

比如,无民事行为能力人除纯受益的行为外,不是适格的民事法律关系主体,其参与的其他民事行为无效。再如,企业法人的职能部门作为保证人的保证合同之所以无效,其原因是根据《担保法》第10条第1款的规定,企业法人的职能部门不是适格的保证人。

(三)民事法律关系客体☆☆☆

所谓民事法律关系的客体,是指民事主体产生相互关系的客观对象,包括物、行为、智力成果三种。物是物权的客体,行为是债权的客体,智力成果是知识产权的客体。

第一种:物

1. 物的特性:

(1)存在于人身之外。所以自然人的活体或者肢体器官不是民法上的物。

(2)能为人所实际控制或支配。所以阳光、空气等不能为人所实际控制或支配的事物不是民法上的物。

(3)能满足人的社会需要。能够满足人社会需要的物不以有形为限,无形的东西也可能成为民法上的物,如电流、电磁波等。

2. 物的主要分类:

(1)动产与不动产。

①以物是否能移动并且移动是否损害其价值为标准,可将物分为动产和不动产。动产是指能够移动而不损害其价值或用途的物,不动产是指不能移动或移动会损害其用途或价值的物。

②动产与不动产,是法律上对物进行的最重要的分类。

③区分动产与不动产的主要法律意义,在于物权变动的方法不同。不动产以登记为物权变动的方法,动产以交付为物权变动的方法。

《物权法》第9条第1款 不动产物权的设立、变更、转让和消灭,经依法登记,发生法律效力;未经登记,不发生法律效力,但法律另有规定的除外。

第23条 动产物权的设立和转让,自交付时发生法律效力,但法律另有规定的除外。

(2)流通物、限制流通物与禁止流通物。

区分这一类物的标准是法律是否允许物在民事主体之间依法定程序自由流转。禁止流通物在民事主体间的流转是无效的,限制流通物在民事主体间的流转要遵循严格的法律限制,否则也是无效的。

最高人民法院关于《适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》(以下简称《担保法解释》)第5条第1款 以法律、法规禁止流通的财产或者不可转让的财产设定担保的,担保合同无效。

(3)特定物与种类物。

分类的标准是,物是否具有独立的特征或者是否经权利人指定而特定化。特定物是指物本身具有独立的特征,或者被权利人特定化,不能以其他物所替代的物,包括独一无二的物和从某类物中根据民事主体的意思而特定化了的物。种类物是指具有共同的特征,能以品种、规格、质量或度量衡加以确定的物。该区分的意义在于物的特定与否往往决定民事法律关系的设定和履行。

(4)可分物与不可分物。

分类的标准是,物能否分割以及分割是否损害其用途及价值。可分物与不可分物区分的主要法律意义在于,便于共有财产的分割。当数人共有一物时,若物为可分物,财产分割时可以采取实物分割的方法;若物为不可分物,只能采取变价分割或作价补偿其他共有人的方法分割。

《物权法》第100条第1款 共有人可以协商

确定分割方式。达不成协议,共有的不动产或者动产可以分割并且不会因分割减损价值的,应当对实物予以分割;难以分割或者因分割会减损价值的,应当对折价或者拍卖、变卖取得的价款予以分割。

(5) 主物与从物。

根据两个物在客观上相互独立,而在用途上又相互联系的标准,可以把物划分为主物与从物。

区分主物与从物应把握以下几点:

①从物与主物同属于一人。分属于不同主体的物不能构成主物与从物关系。

②从物须具有独立性,不为主物的部分。如窗户和房子间就不是从物与主物关系,因为窗户属于房子的组成部分。

③从物在两个物的结合使用中处于附属地位,发挥的是次要功用,如遥控器相较于电视机。

④主物与从物必须结合使用,才能发挥一个观念上的整体的作用,如电视机和遥控器。

主物与从物区分的法律意义主要在于:在法律没有相反规定或当事人没相反约定时,基于主物而发生的法律后果及于从物。

《合同法》第164条 因标的物主物不符合约定而解除合同的,解除合同的效力及于从物。因标的物的从物不符合约定被解除的,解除的效力不及于主物。

《担保法解释》第63条 抵押权设定前为抵押物的从物的,抵押权的效力及于抵押物的从物。但是,抵押物与其从物为两个以上的人分别所有时,抵押权的效力不及于抵押物的从物。

《物权法》第115条 主物转让的,从物随主物转让,但当事人另有约定的除外。

(6) 原物与孳息。

原物是指依照法律规定或依其自然性质产生新物的物,孳息是指因物或权益而生的收益。孳息分为天然孳息和法定孳息,天然孳息是指依照物的自然属性而产生的收益物,如梨树结的梨、鸡下的蛋等。法定孳息是指依照法律规定产生的收益物,如利息、租金等。

《物权法》第116条 天然孳息,由所有权人取得;既有所有权人又有用益物权人的,由用益物权人取得。当事人另有约定的,按照约定。

法定孳息,当事人有约定的,按照约定取得;没有约定或者约定不明确的,按照交易习惯取得。

第二种:行为

作为民事法律关系客体的行为,专指债务人为实现债权人权利所为的给付,也称给付行为。这种给付行为是在民事法律关系产生后,民事权利和民事义务已经确定的前提下,行为人产生相互关系的客观对象,其发挥的功能与同为民事法律关系客体的物是一样的,只不过一个是以物作为客体,一个是以行为作为客体而已。

● 考点点拨

此处的行为与民事法律事实中的行为是两个完全不同的概念。民事法律事实中的行为包括法律行为(即表意行为)和事实行为(即非表意行为)两种,其功能在于引起民事法律关系的产生、变更和消灭,能够导致行为人间产生民事权利和民事义务。以技术开发合同为例,签订合同的行为属于民事法律事实中的行为,引起技术开发合同的产生。合同签订后,研究开发人制订和实施研究开发计划、完成研究开发工作、交付研究开发成果的行为就是技术开发合同的客体,其宗旨是为实现委托人的权利,而不是确定委托人与研究开发人间的民事权利和民事义务。

第三种:智力成果

智力成果是知识产权的客体。在我国目前的法律范畴内,智力成果主要指著作权法中的作品、专利法中的发明创造、商标法中的商标等。

需要注意的是,知识产权所保护的是一种智力信息,而不是智力信息所依附的载体。

(四) 民事法律关系内容☆☆☆

民事法律关系内容包括民事权利和民事义务两个方面。

1. 民事权利。

所谓民事权利,是指民法赋予民事主体实现其民事利益的行为限度。对于民事权利,重点掌握它的分类及认定。民事权利的主要类型有:

(1) 财产权与人身权。

分类的标准是民事权利所体现的利益。其中,人身权包括人格权和身份权;财产权包括物权、债权等。

(2) 支配权、请求权、形成权、抗辩权。

分类的标准是民事权利的作用。

①支配权,是指权利人可以直接支配权利客体,而具有排他性的权利。物权是典型的支配权。

②请求权,是指权利人要求他人为特定行为(作为或不作为)的权利。债权是典型的请求权。

③形成权,是指权利人以自己单方的意思表示,使民事法律关系发生、变更或消灭的权利,如追认权、撤销权、解除权等。

④抗辩权,是指对抗他人权利行使的权利,抗辩权的效力在于阻止请求权的效力。双务合同中的同时履行抗辩权、先履行抗辩权、不安抗辩权,一般保证人的先诉抗辩权等,都是抗辩权。

《合同法》第66条 当事人互负债务,没有先后履行顺序的,应当同时履行。一方在对方履行之前有权拒绝其履行要求。一方在对方履行债务不符合约定时,有权拒绝其相应的履行要求。(同时履行抗辩权)

第67条 当事人互负债务,有先后履行顺序,先履行一方未履行的,后履行一方有权拒绝其履行要求。先履行一方履行债务不符合约定的,后履行一方有权拒绝其相应的履行要求。(先履行抗辩权)

第68条第1款 应当先履行债务的当事人,有确切证据证明对方有下列情形之一的,可以中止履行:

- (一)经营状况严重恶化;
- (二)转移财产、抽逃资金,以逃避债务;
- (三)丧失商业信誉;
- (四)有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。(不安抗辩权)

《担保法》第17条第2款 一般保证的保证人在主合同纠纷未经审判或者仲裁,并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前,对债权人可以拒绝承担保证责任。(一般保证人的先诉抗辩权)

(3)绝对权与相对权。

分类的标准是民事权利的效力范围。

①绝对权。

绝对权,是指可以请求义务人不为一定行为,并可以对抗不特定人的权利。绝对权有两个特征:一是权利人无须通过义务人的行为,自己可以直接实现其权利;二是义务主体是不特定的,因此又称对世权。人身权、物权属于绝对权。

②相对权。

相对权,是指须通过义务人为一定行为才能实现,并仅能对抗特定人的权利。相对权有两个特征:一是权利人自己不能直接实现其权利,必须通过义务人的行为其权利才能实现;二是只能请求特定的人为一定行为,该权利只能对抗特定的

人,又称对人权。债权属于相对权。

《合同法》第64条 当事人约定由债务人向第三人履行债务的,债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定,应当向债权人承担违约责任。

第65条 当事人约定由第三人向债权人履行债务的,第三人不履行债务或者履行债务不符合约定,债务人应当向债权人承担违约责任。

(4)主权利与从权利。

分类的标准是权利间的依存关系。主权利是不依赖其他权利而能够单独存在的权利,从权利则相反,如建设用地使用权与地役权之间、债权与担保权之间就是主权利与从权利关系。主权利与从权利的主从性主要体现在:

①主权利存在,从权利才能存在;主权利因履行、抵销、免除等原因消灭时,从权利同时消灭;

②从权利不能与主权利分离而单独转让。

《物权法》第164条 地役权不得单独转让。土地承包经营权、建设用地使用权等转让的,地役权一并转让,但合同另有约定的除外。

《担保法》第50条 抵押权不得与债权分离而单独转让或者作为其他债权的担保。

第52条 抵押权与其担保的债权同时存在,债权消灭的,抵押权也消灭。

第74条 质权与其担保的债权同时存在,债权消灭的,质权也消灭。

2. 民事义务。

民事义务的主要分类是:

(1)法定义务与约定义务。

法定义务,是指民事法律规定民事主体应负的义务。约定义务,是由当事人协商确定的义务。约定的义务不违法即受法律保护。

(2)积极义务与消极义务。

积极义务,是指义务人应作出积极行为的义务,又称作为义务。消极义务,是指义务人必须为消极行为或容忍他人的行为,又称不作为义务。如下述规定即是关于消极义务:

《合同法》第79条 债权人可以将合同的权利全部或者部分转让给第三人,但有下列情形之一的除外:

- (一)根据合同性质不得转让;
 - (二)按照当事人约定不得转让;
 - (三)依照法律规定不得转让。
- (3)基本义务与随附义务。