

2011^年

国家司法考试 考点精编

第三卷

2011 THE NATIONAL JUDICIAL EXAMINATION

新东方北斗星司法考试研究院/编

新东方教育科技集团董事长 **俞敏洪** 荐序

刘 玫 ▶



杨秀清 ▶



◀ 杨 帆



杨 帆 ▶



◀ 张海峡



◀ 杨 帆



◀ 钟秀勇



◀ 刘凤科

八大名辅集结新东方北斗星

2011 年国家司法考试考点精编

第三卷

新东方北斗星司法考试研究院/编

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

2011 年国家司法考试考点精编. 第3卷/新东方北斗
星司法考试研究院组编. —北京:法律出版社,2011.4

ISBN 978-7-5118-1960-4

I. ①2… II. ①新… III. ①法律工作者—资格考试
—中国—自学参考资料 IV. ①D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 044520 号

©法律出版社·中国

责任编辑/杨大康 赵明霞

装帧设计/马 帅

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京中科印刷有限公司

编辑统筹/法律考试出版分社
经销/新华书店
责任印制/沙 磊

开本/787×1092 毫米 1/16
版本/2011 年 4 月第 1 版

印张/23.75 字数/650 千
印次/2011 年 4 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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908
上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-1960-4

定价:50.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

俞敏洪序

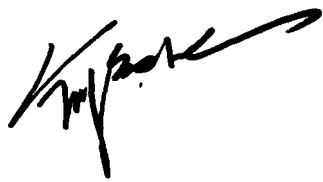
一个人一辈子如何活得更有意义,并不在于争得每一分钟,而在于生命作为一个整体内涵有多丰富。内涵的丰富来自于对生命的完整意义的追求,而不是每一分钟能做多少事情的匆忙。如果因为追求每一分钟的充实而迷失了一生,实在是得不偿失的事情。

一个人生命的高度不在于每天的忙碌,而是取决于他的追求和梦想。有了梦想,我们才会去追求,才会有实现梦想的重要时刻;但那一刻的来临,是以前无数日日夜夜不懈努力的结果。

学法律的学生,我接触的虽然不多,但也通过不同的实例了解到这个专业学生的就业前景不是很乐观。新东方能做的就是帮助站在路口的法律人找到出路。那么学法律的出路,我认为无非是去考研、考博,为的是能站在不同的高度去寻求更好的工作;去考公务员,为的是从事法院、检察院、公安局等公职工作;出国留学,到国外继续深造,考个 BAR,对未来无论是国内还是国外工作都是有帮助的;去考过司法考试,从事律师、法务等工作;还有就是改行做其他工作了。法律人到底要怎么选择自己的出路,选择什么样的出路,这个问题不解决好,会影响一生的职业选择。无论怎么样,在国内发展,我想考过司法考试对于你们都是很重要的,也是未来职业的前提。新东方有英语培训,出国留学规划,有公务员培训,甚至可以帮助大家联系律所、法院、检察院去实习。把这些培训做很好的整合,对于你们选择未来的职业会有帮助,这也是我们想要做的,而且也是正在做的。

此书出版之际,也是司法考试备考的关键时期,我们邀请著名的司考辅导专家编写的这套教材,希望给大家带来的是成功的喜悦。学习完司法考试的课程,让我们的专家为大家规划一下自己的未来职业,这就是北斗星的使命。

生命的意义在于从容,在于从容之中眺望未来,在于从容之中成就人生。仅以此写给为中国法治建设而努力的莘莘学子,希望你们都能找到适合自己的法律人的道路。



2011 年 5 月

编写说明

自信来自于内心,而不是来自于和别人的比较,和别人比较永远不可能带来真正的自信。比较的结果不是产生虚妄的优越感,就是产生强烈的自卑感。这两种感觉和真实的你无关,也和自信无关。自信是一种自我肯定,肯定自己在某些方面能够做得比较出色,而不是在所有方面都比别人好。司法考试的备考也是如此,有了来自自己的自信,加上一套好的辅导教材,是您赢得 2011 年司法考试的核心“武器”。

从事司法考试研究多年的新东方司考研究院,在对司法考试命题研究、教材研究、真题分析的基础上,由“京城八大名辅”亲自撰写的《2011 年国家司法考试考点精讲》,俗称“司法考试三小本”今天与您正式见面了,希望通过本书的学习对您的司法考试备考起到减负的作用。

本书重要的特点主要体现在如下几个方面:

一是作者权威,本书的作者都是从事司法考试辅导多年的一线老师,有着丰富的辅导经验,这套书也是所有老师将多年经验融合到每个章节。

二是体例科学,本书为了更具有应试性,在体例方面更合理,考生朋友阅读起来更加条理清晰,每个知识点下大部分都附有相关的精选真题,用于巩固对知识点的掌握程度。

三是全部按照最新的法律规定进行编写,《刑法修正案(八)》、《涉外民事关系法律适用法》等 2011 年新增法律、法规、司法解释都在本书中有深度的解读。

四是涵盖所有重要考点,司法考试每年要考查的知识点是固定的,本书涵盖的大纲规定的所有考查知识点,真正达到把书读薄,但不遗漏每个知识点,为考生起到减负的作用。

五是按照考试特点分为三卷本,考生朋友在复习备考中,尤其是复习到最后,可以按照试卷的分类来复习,方便大家查找相关知识,提高复习效率。

在此特别感谢刘玫、杨秀清、张海峡、杨帆(女)、吴鹏、刘凤科、钟秀勇、杨帆(男)八位老师对本书的大力支持。我们相信在我们的共同努力下,进一步提高本书的质量,使得其对参加司法考试的考生朋友有更多的帮助,是对我们最大的鼓舞。如果在阅读过程中遇到问题,可以直接与新东方北斗星学校联系,我们有 7×12 小时在线解决您备考过程中的疑问。我们的网址: www.beidouxing.org,我们将认真聆听每位考生朋友的意见。

新东方教育科技集团旗下北斗星司法考试研究院教材编写组

2011 年 5 月

目 录

民法 主讲人:钟秀勇	(1)
第一章 民事法律关系	(1)
第二章 自然人	(7)
第三章 人格权	(11)
第四章 法人	(15)
第五章 民事法律行为	(19)
第六章 代理	(27)
第七章 诉讼时效	(33)
第八章 物权法基础理论	(38)
第九章 物权变动	(43)
第十章 所有权	(51)
第十一章 所有权取得的特别规定	(55)
第十二章 用益物权	(59)
第十三章 担保物权概述	(62)
第十四章 抵押权	(64)
第十五章 质权、留置权	(68)
第十六章 占有	(71)
第十七章 债之概述	(74)
第十八章 债的担保——保证与定金	(76)
第十九章 无因管理与不当得利	(82)
第二十章 侵权之债概述	(87)
第二十一章 特殊侵权责任(一)	(99)
第二十二章 特殊侵权责任(二)	(108)
第二十三章 合同概述	(113)
第二十四章 合同的成立	(120)
第二十五章 合同的效力	(127)
第二十六章 合同的履行	(133)
第二十七章 合同的保全	(136)
第二十八章 合同的终止	(139)
第二十九章 违约责任	(145)
第三十章 买卖合同	(151)
第三十一章 赠与合同、借款合同	(154)
第三十二章 租赁合同、融资租赁合同	(156)
第三十三章 承揽合同、建设工程合同	(162)
第三十四章 提供服务的合同	(164)
第三十五章 结婚与离婚	(169)
第三十六章 夫妻财产关系	(172)
第三十七章 继承法概述	(174)
第三十八章 继承方式与遗产的分配	(176)

第三十九章 著作权	(181)
第四十章 商标权	(188)
第四十一章 专利权	(191)
第四十二章 知识产权侵权的共同规则	(196)
商法 主讲人:张海峡	(198)
第一章 公司法	(198)
第二章 合伙企业法	(211)
第三章 个人独资企业法	(218)
第四章 外商投资企业法	(219)
第五章 企业破产法	(220)
第六章 票据法	(231)
第七章 证券法	(236)
第八章 保险法	(247)
第九章 海商法	(255)
民事诉讼法与仲裁制度 主讲人:杨秀清	(264)
上编 民事诉讼法	(264)
第一章 民事诉讼与民事诉讼法	(264)
第二章 民事诉讼法的基本原则和制度	(265)
第三章 主管与管辖	(268)
第四章 诉	(275)
第五章 当事人	(278)
第六章 诉讼代理人	(287)
第七章 民事证据	(289)
第八章 民事诉讼中的证明	(293)
第九章 期间、送达	(299)
第十章 法院调解	(299)
第十一章 财产保全与先予执行	(301)
第十二章 对妨害民事诉讼行为的强制措施	(303)
第十三章 普通程序	(305)
第十四章 简易程序	(309)
第十五章 二审程序	(311)
第十六章 特别程序	(315)
第十七章 审判监督程序	(318)
第十八章 督促程序	(324)
第十九章 公示催告程序	(326)
第二十章 民事裁判	(328)
第二十一章 执行程序	(330)
第二十二章 涉外民事诉讼程序	(341)
下编 仲裁法	(345)
第一章 仲裁与仲裁法概述	(345)
第二章 仲裁委员会和仲裁协会	(348)
第三章 仲裁协议	(349)
第四章 仲裁程序	(352)

第五章 申请撤销仲裁裁决 (357)

第六章 仲裁裁决的不予执行 (359)

第七章 涉外仲裁 (361)

民 法

主讲人:钟秀勇

第一章 民事法律关系

【本章重点】 民事法律关系的要素、民事权利的分类、民事法律事实。难点为形成权的概念与类型、抗辩权与抗辩的区别、事实行为的理解

【本章真题分值】 3分左右

第一节 民事法律关系

一、民事法律关系的分类(★)

1. 财产法律关系和人身法律关系。

分类标准:是否直接具有财产内容。

(1)财产法律关系,指与财产所有和财产流转相联系,具有直接物质利益内容的民事法律关系。财产法律关系包括物权法律关系和债权法律关系。

(2)人身法律关系,指与民事主体的人身(包括人格和身份)不可分离,不具有直接物质利益内容的民事法律关系。人身法律关系包括人格权法律关系和身份权法律关系。

需要注意的是:人身法律关系遭受侵害后所形成的侵权损害赔偿之债的法律关系属于债权法律关系,为财产法律关系。

2. 绝对民事法律关系和相对民事法律关系。

分类标准:义务主体是否特定。

(1)绝对民事法律关系,指与权利主体相对应的义务主体为权利主体以外的一切不特定人的民事法律关系。物权法律关系、人身权法律关系、知识产权法律关系都是绝对法律关系,在这些法律关系中,权利人都是特定的一人或数人,但义务主体为权利人以外的任何不特定的人,这些义务主体都负有不侵犯绝对权的不作为义务。

(2)相对民事法律关系,指与权利主体相对应的义务主体都是特定的、具体的人的民事法律关系。债权法律关系、物权请求权法律关系(《物权法》第34条及第35条)、占有保护请求权(《物权法》第245条)等以请求权为要素形成的法律关系都是相对民事法律关系。在这种民事法律关系中,权利主体与义务主体都是特定的一人或者数人,权利的实

现需要义务人的作为或者不作为予以配合。

3. 单一民事法律关系和复合民事法律关系。

分类标准:法律关系的复杂程度。

(1)单一民事法律关系,指只有一组相对应的权利义务构成的民事法律关系,如就某物形成的所有权关系,约定赠与某物形成的赠与合同关系。

(2)复合民事法律关系,指由两组以上权利义务构成的民事法律关系,如一份内容包括了设备买卖、技术服务、知识产权许可的合同所形成的民事法律关系。

4. 主民事法律关系和从民事法律关系。

分类标准:能否独立存在。

(1)主民事法律关系,指在两项民事法律关系中,无须依赖于其他民事法律关系而能够独立存在的民事法律关系。

(2)从民事法律关系,指在两项民事法律关系中,必须依赖或附属于其他民事法律关系而存在的民事法律关系。从民事法律关系具有附从性,一般而言,主法律关系无效,从法律关系亦无效;主法律关系消灭,从法律关系亦消灭。

例如,主债权债务关系为主民事法律关系,而因担保该债权债务关系而成立的抵押、质押、保证、定金等法律关系则为从民事法律关系。

5. 调整性民事法律关系和保护性民事法律关系。

分类标准:形成与实现的不同特点。

(1)调整性民事法律关系,指因主体的合法行为而形成、主体权利能够正常实现的民事法律关系,如所有权法律关系。

(2)保护性民事法律关系,指因不合法的行为而产生的民事法律关系,如所有权遭受侵害后产生

的损害赔偿法律关系。

二、民事法律关系的要素(★★)

民事法律关系的要素,指构成民事法律关系必须具备的因素。民事法律关系由主体、内容、客体三个要素组成。

(一)民事法律关系的主体

民事法律关系的主体,指参加民事法律关系,享有民事权利、承担民事义务的人。包括四类:(1)自然人,包括中国公民、外国人、无国籍人。(2)法人,包括中国法人、外国法人。(3)其他组织,指依法成立,但不具有法人资格的其他组织,如个体工商户、农村承包经营户、个人合伙、分公司。(4)国家。国家在特殊情况下可以成为民事法律关系的主体,如国家可以享有所有权、国家对国家机关工作人员在执行工作任务中致人损害的行为承担侵权责任、国家发行国债从而成为债务人。

(二)民事法律关系的内容

民事法律关系以一定的权利义务为其内容。每一个法律关系至少须以一个权利为其要素,或为债权,或为物权,或为人身权。每个权利皆有一定的权能。义务系法律上的当为要求,包括作为和不作为。

(三)民事法律关系的客体

民事法律关系的客体,指民事权利和民事义务所指向的对象。不同的民事法律关系具有不同的客体。

1. 物。物是物权法律关系的客体。物是指存在于人身之外、人力所能支配并且能够满足人类需要的财产。需要注意的是,物权的客体还包括权利,如权利质权,以建设用地使用权为客体的抵押权。

2. 给付。给付是债权法律关系的客体。给付是按照债的本旨应当履行的行为,包括作为和不作为。

3. 创造性智力成果和工商业标记。作品、计算机软件、专利、商业秘密、植物新品种等创造性智力成果和商标等工商业标记是知识产权法律关系的客体。

4. 人格利益、身份利益。生命、健康、名誉、姓名、肖像、隐私等人格利益以及亲属间的身份利益是人身法律关系的客体。

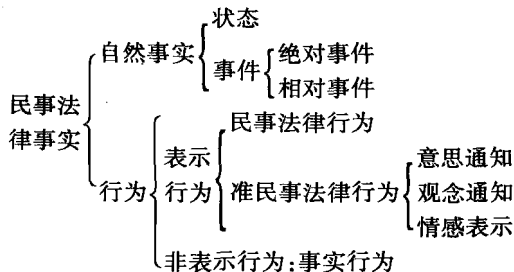
5. 部分民事权利。例如,建设用地使用权可以是抵押权法律关系的客体,应收账款(实质上为债权)可以是权利质权法律关系的客体。

三、民事法律事实(★)

(一)民事法律事实的概念

民事法律事实是指能够引起民事法律关系发生、变更、消灭的客观情况。

(二)民事法律事实的分类



(三)下列事实不属于民事法律事实(★★★)

1. 好意施惠关系。

(1)好意施惠关系的概念与类型。

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。

下列“无偿”约定或者承诺均为好意施惠关系:

- ①搭乘便车;
- ②约定乘客叫醒另一乘客到站下车;
- ③顺路代为投递信件;
- ④参加宴会、舞会、旅游;
- ⑤指路。

(2)好意施惠关系的法律效果。

①好意施惠关系不能在当事人之间产生合同关系。

好意施惠关系与合同的区别在于当事人就其约定欠缺法律上的效果意思,不受其拘束的意思。因此,在好意施惠关系中,如果一方爽约,另一方不能请求对方承担违约责任。例如,请人吃饭者,如果取消邀请,对于对方因前往赴宴而支出的车费不承担损害赔偿赔偿责任,对方亦不得请求其履行请吃饭的承诺。

②好意施惠关系不排除侵权之债的成立。

好意施惠关系仅排除合同之债的成立,如一方另有侵权行为,仍可成立侵权之债。比如,在免费搭便车的过程中,车主因为重大过失发生交通事故,导致搭便车者人身伤害的,受害者可以主张侵权损害赔偿。

③好意施惠如为“有偿”则应认定为合同关系。

有些约定貌似好意施惠关系,但因其约定为“有偿”,应当认定为合同关系。例如,支付一定报酬,于自己外出期间请邻居定时浇花,成立有偿委托合同;邻居数人约定共同分担油费、车辆养护费用“拼车”上下班,成立无名合同。

2. 法外空间。

日出、日落、刮风、下雨等自然现象以及散步、读报、起床、睡觉等人的活动均不能引起民事法律关系变动,因此不能成为法律事实。

引发宗教关系、同乡关系、师生关系、同学关系、同事关系、恋爱关系、友谊关系等非法律关系的客观

情况也不属于法律事实。

3. 婚约。

我国民法不承认婚约(订婚)具有法律效力,婚约不是合同,也不属于民事法律事实,不能产生民事法律关系。

与婚约相关的一个问题是“彩礼”。订婚一方支付的“彩礼”在性质上为赠与合同的履行。已经支付的“彩礼”,赠与人不得请求返还(即不得撤销赠与)。不过,根据《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条的规定,离婚或解除婚约后,在下列三种情况下,赠与人有权请求返还彩礼:(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。

【例】下列哪种情事成立民事法律关系?(2006/三/1)①

- 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,因抽筋溺水身亡

四、民事权利的分类(★★★)

(一)财产权、人身权、综合性权利

这是按照权利标的之属性所做的分类。

1. 财产权,指以财产利益为标的的权利。财产权包括物权和债权。财产权不具有专属性,可以转让、抛弃和继承。

2. 人身权,指以人格利益或者身份利益为标的,与权利人的身份不可分的民事权利,包括人格权和身份权。人身权大多具有专属性,不可转让和继承。

3. 综合性的权利,指兼具财产权和人身权属性的权利。主要有三种:第一,知识产权(商标权除外);第二,继承权;第三,社员权(如股权、合作社的社员权)。

(二)形成权、抗辩权、支配权、请求权

按照权利的作用,民事权利分为形成权、抗辩权、支配权和请求权。究其实质,这四种权利实为权利的作用,是一种权能,而非真正的权利,仅因学理上的方便而称其为权利。

1. 形成权。

(1)形成权的概念。

形成权,指依据权利人单方意思表示就能使权

利发生、变更、消灭的权利。

形成权的作用在于依据形成权人单方面的意思表示就可以使自己与他人或者他人之间的人民事法律关系发生、变更或者消灭。例如,法定代理人对限制民事行为能力人订立的合同的追认,可以使已经成立(但效力待定)的合同自始生效;法定抵销权人主张部分抵销的单方行为,将产生被动债权部分消灭的效果;被胁迫人主张撤销婚姻的单方面请求,可以产生婚姻关系消灭的效力。

(2)形成权的类型。

①财产法上的形成权与身份法上的形成权。

首先,财产法上的形成权包括以下两大类:

第一,债法上的形成权,如(效力待定合同中的)追认权、(《合同法》第54条规定的可撤销合同中的)撤销权、(选择之债中债务人享有的)选择权、法定抵销权(任意抵销权不是形成权)、债务免除权、合同解除权(法定解除权与约定解除权都是)、(试用买卖合同中)买受人的认可权、(间接代理中第三人的)选择权。

第二,物权法上的形成权,如所有权的抛弃(无相对人的形成权)、他物权的抛弃(有相对人的形成权)、典物回赎权、共有物分割请求权(虽名为请求权实乃形成权)。

其次,身份法上的形成权包括以下两大类:

第一,继承法上的形成权,如遗嘱撤销权、继承权抛弃(明示或者默示抛弃均可)、受遗赠权抛弃(明示或者默示抛弃均可)、遗产分割请求权。

第二,其他身份法上的形成权,如(可撤销婚姻中受胁迫人的)撤销权、离婚请求权、非婚生子女认领权。

②单纯形成权与形成诉权。

首先,单纯形成权,又称直接形成权,指无须通过诉讼即可直接行使的形成权。绝大多数形成权属于单纯形成权,如(效力待定合同中)善意相对人的撤销权、合同解除权、赠与人的撤销权。

其次,形成诉权,又称间接形成权,是指必须通过人民法院或者仲裁机关行使的形成权,如可撤销合同中的撤销权、可撤销婚姻中的撤销权、情势变更中的合同变更权或者解除权(《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释》,以下简称《合同法解释(二)》第26条)。

(3)形成权的特征。

①行使形成权的行为属于单方民事法律行为

①C

(形成权属于一方说了算的权利)。形成权人单方面的意思表示到达对方或者为对方了解时生效,无须对方当事人同意即产生权利变动的效果。

②形成权无对应的义务。形成权赋予权利人得以其单方意思表示而形成一定法律效果的法律地位,相对人并不负有对应的义务,只是受到拘束,容忍此项形成权的行使及其法律效果的产生。

③形成权具有从属性。形成权不是独立的权利,须依附于一定的基础权利之上,不能与所依附的权利分离而单独转让。例如,合同撤销权、解除权不得与合同相分离而转让。

④形成权具有法定性。由于形成权可以引起法律关系的变动,影响法律关系的安定,多数形成权须由法律明确规定,仅少数形成权可以由当事人约定(《合同法》第93条第2款规定的约定解除权)。

(4)形成权的行使。

①形成权必须在除斥期间内行使,除斥期间届满,形成权消灭。除斥期间大多由法律明确规定(注意各种除斥期间的起算点),有确定的期间,属于不变期间,不发生中止、中断或延长。有些形成权的除斥期间比较特殊。例如,根据《合同法》第95条的规定,合同当事人可以约定解除权的行使期限,当事人没有约定并且法律也无特别规定的,解除权应在经对方催告后的合理期限内行使,否则,解除权消灭。

②形成权的行使原则上不得附条件或期限。作为例外,如果条件的成就与否依据相对人意思而定或者所附期限明确的,形成权的行使可以附有条件或者期限。例如,解除权人甲向乙表示:“乙不于3月3日之前付清拖欠的房租,则甲乙之间的房屋租赁合同届时解除。”甲行使解除权时所附的期限明确,不至于导致法律关系不确定的后果,形成权有效。

③形成权的行使方式包括明示(书面通知或者口头通知)和默示两种。在下列三种情形下,单纯的沉默构成形成权的行使:第一,受遗赠人自知道受遗赠之日起两个月内未表示接受遗赠的,视为放弃受遗赠权;继承人在遗产分割前,未明确表示放弃继承的,视为接受继承(《继承法》第25条)。第二,试用买卖中,试用期间届满,买受人对是否购买标的物未作表示的,视为购买(《合同法》第171条)。第三,效力待定合同中,相对人催告后,法定代理人或者被代理人未在一个月内追认的,视为拒绝追认(《合同法》第47条、第48条)。

(5)下列权利不属于形成权。

①债权人撤销权。

根据司法考试确定的标准,《合同法》第74条规定的“债权人撤销权”不属于形成权。原因在于,债权人撤销权具有两方面的权能:一方面,具有形成权的权能,债权人通过法院撤销债务人损害债权的行为的,债务人的行为自始无效,依照债权人单方面的意思发生了权利变动。另一方面,具有请求权的权能,撤销后,如果债权已经到期,债权人有权请求第三人向自己交付其受领的财物;如果债权尚未到期,债权人有权请求第三人将其受领的财物提存。因此,债权人的撤销权为一“综合性权利”,不属于形成权。

②效力待定合同中相对人的催告权。

《合同法》第47条、第48条规定的相对人的催告权不具有依据催告权人单方面的意思表示而引起权利变动的法律效果,因此不属于形成权。(“三大本”认为催告权属于形成权,属于印刷错误。关键是,出题人认为催告权不是形成权。)

2. 抗辩权。

(1)抗辩权的概念。

抗辩权,指虽承认他方请求权的存在但得拒绝履行,亦即对于他方请求权的行使可以拒绝其请求之权能。

(2)抗辩权的特征。

①抗辩权是由法律明确规定的权利。抗辩权必须基于法律规定产生,约定的抗辩事由仅产生合同上的抗辩,不属于抗辩权。

②抗辩权的功能在于阻碍请求权的行使。抗辩权的行使效果仅在于“阻碍”请求权的效力,并不在于否定相对人的请求权。通俗地说,行使抗辩权的功能在于,“我承认你对我有请求权,但你的请求权暂时或者永远对我不起作用”。

③抗辩权的行使以请求权的行使为前提。抗辩权的作用在于防御,而不在于攻击,请求权和抗辩权是矛盾的关系,只有请求权人行使请求权后,抗辩权人才可以行使抗辩权(不安抗辩权属于例外,不以请求权的行使为前提条件)。

(3)抗辩权的类型。

①一时性的抗辩权,又称延缓的抗辩权,指仅能使对方的请求权在一定期限内或者一定条件未成就前不能行使的抗辩权。主要有五种:一般保证人的先诉抗辩权、双务合同中的同时履行抗辩权、双务合同中的先履行抗辩权、双务合同中的不安抗辩权和债务人以自己财产提供物保时提供担保的第三人的抗辩权(《物权法》第176条)。

②永久性的抗辩权,指能够永久性阻止请求权效力发生的抗辩权。最典型的永久性抗辩权就是时

效经过的抗辩。有些国家规定,对通过侵权行为取得的债权可以行使永久抗辩权,债务人对赌债可以行使永久抗辩权。

(4) 抗辩权与抗辩的区别。

“抗辩权”不同于“狭义的抗辩”。“狭义的抗辩”又称为“否认权”,其特点在于,抗辩人不承认对方享有有效的请求权,而是主张对方的请求权不成立或者已经消灭。“狭义的抗辩”包括:①权利未发生的抗辩。例如,主张合同未成立,因而对方不享有合同债权的抗辩;主张自己未侵权,因而对方不享有侵权损害赔偿请求权的抗辩。②权利消灭的抗辩。例如,主张债权已经(因为清偿、提存、抵销、免除、混同)消灭的抗辩。

“狭义的抗辩”与抗辩权的区别有二:①功能不同。抗辩权的功能在于虽认可对方的请求权存在,但阻碍请求权的行使;“狭义的抗辩”之功能则在于否认对方的请求权。②在诉讼中,法院可以不待当事人主张依职权主动适用“狭义的抗辩”;但抗辩权必须由抗辩权人主张,法院不得依职权主动适用。例如,最高人民法院《关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》(以下简称《诉讼时效规定》)第3条规定:“当事人未提出诉讼时效抗辩,人民法院不应就诉讼时效问题进行释明及主动适用诉讼时效的规定进行裁判。”与此不同,如果人民法院根据经质证的证据足以认定请求权不成立、已消灭或者部分消灭的,可以主动认定,据此裁判。

3. 支配权。

(1) 支配权的概念与范围。

支配权,指权利主体直接支配权利客体(物、人格利益和身份利益、创造性智力成果和工商业标记等),享有特定利益,并排斥他人干涉的权利。物权、知识产权、人格权、身份权(身份权只是对身份利益的支配,而不是对他人人身的支配)都是支配权。

(2) 支配权的特征。

支配权的特征:①客体特定。支配权的客体必须是特定的财产利益和人身利益。②权利主体特定,义务主体不特定。支配权的义务主体是权利主体以外的任何“不特定的第三人”,义务人负有不侵害支配权的“不作为”义务。③支配权的行使和实现具有直接性,通过权利人的直接行使而实现,不需要外力介入,不需要义务人的协力。④支配权原则上均具有排他性。

4. 请求权。

(1) 请求权的概念与特征。

请求权,指特定人请求特定人为特定行为(作

为或者不作为)的权利。

请求权具有以下特征:①权利主体特定、义务主体特定。请求权具有相对性,请求权人不能对权利标的为直接支配,只能请求义务人作出特定行为。②请求权不具有排他性。同一客体上可以存在两个以上相互冲突的债权,如一物数卖时数个债权可以并存,但最终只有一人能够取得该物的所有权(因为支配权具有排他性)。③请求权具有非公示性。请求权不具有排他性,一般不会妨碍交易安全,因而请求权的变动不以公示为生效要件。④请求权既可以作为独立的权利,也可以作为实体权利的内容(权能)。请求权大多表现为实体权利,如物权请求权、人格权请求权。但请求权也可以只是某项权利的内容,如请求权只是债权的内容之一,债权除具有请求权的内容以外,还具有给付受领权、解除权、撤销权、终止权等内容。

(2) 请求权的范围。

根据请求权产生的基础关系,请求权可以分为债权请求权、物权请求权(《物权法》第34条、第35条)、占有保护请求权(《物权法》第245条)、人格权请求权、身份权请求权、知识产权请求权。

在此需要特别注意的是,人格权请求权仅指人格权遭受侵害时权利人请求侵害人“停止侵害、消除影响、恢复名誉”的权利。与此相对照,权利人请求侵害人赔偿损失的权利不属于人格权请求权,而是债权请求权。区分二者的意义主要在于,人格权请求权不适用诉讼时效,而损害赔偿请求权适用诉讼时效。(对身份权请求权、知识产权请求权也应做同样理解。)

(三) 绝对权、相对权

区分标准:义务主体是否特定以及权利的效力所及范围。

1. 绝对权,又称对世权,指得对一切人主张的权利。物权、人身权、知识产权都是绝对权。绝对权的权利主体特定,义务主体是不特定的。

2. 相对权,又称对人权,指仅得对特定人主张的权利。相对权的权利主体和义务主体均为特定的一人或者数人。债权是最典型的相对权。

举例说明:甲对自己汽车的所有权为绝对权。甲的汽车被乙损坏,甲请求乙赔偿的权利为债权,属于相对权。甲的汽车被丙无权占有,甲请求丙返还汽车的权利为物权请求权,也是一种相对权。

(四) 既得权、期待权

区分标准:权利的实现要件是否全部具备。

1. 既得权,指成立要件全部齐备,由权利人实际享有的权利。绝大多数民事权利都是既得权。

2. 期待权,指尚未具备全部成立要件,仅将来有实现可能性的权利。公认的期待权有:(1)约定条件成就前,保留所有权买卖合同中买受人对标的物所有权的期待利益;(2)保险合同受益人享有的期待利益;(3)条件成就或者期限届至前,附生效条件或者附始期的合同当事人对合同项下的权利所享有的期待利益。

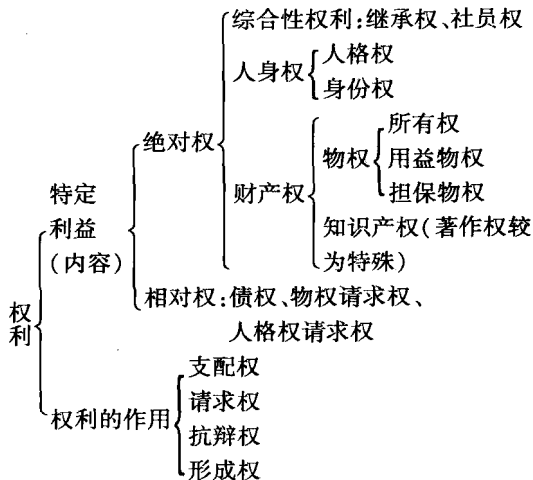
(五)主权利、从权利

区分标准:权利之间所具有的主从关系。

1. 主权利,指在相互关联的几项民事权利中不依赖于其他权利就可以独立存在的权利。

2. 从权利,指在相互关联的几项民事权利中不能独立存在而从属于主权利的权利。

例如,需役地所有权人的所有权为主权利,地役权为从权利。再如,主债权为主权利,担保物权、保证债权为从权利。



第二节 民事权利的自力救济

一、自助(★★)

(一)自助的概念

自助行为,是指权利人为保护自己的民事权利,在情况紧迫来不及请求国家机关救助的情况下,对加害人的财产施加扣押、毁损或者对加害人的人身实施拘束等措施,而为法律和社会公德认可的行为。

(二)自助的构成要件

1. 须为保护自己的请求权。自助行为仅限于保护自己的请求权,包括债权请求权和物权请求权,抗辩权、形成权依其性质不得以自助行为实施救济。

对诉讼时效期间经过的请求权或者依其性质不得强制执行的请求权(如提供劳务请求权)也不能实施自助行为。保护他人的权利,不成立自助行为,符合条件的可构成正当防卫或者紧急避险。

2. 情事紧迫,来不及请求公力救济,并且如果不实施自助势必导致请求权难以实现或者无从实现。例如,债务人在国内没有财产而欲逃往国外,于其行将出国之时被债权人发现,债权人自可对其携带的财产予以扣押或者对其人身予以拘束。再如,自选商场发现某人夹带未付款商品即将离去,附近又无警察可资求助,即属于来不及请求公力救济,商场有权限制该人离去并从其身上搜出、取回未付款商品。

3. 不超过必要的限度。具体而言,如果扣押其财物即可达到目的,则不得对财物加以毁损;如毁损其财物即可达到目的,则不得拘束其人身。无论如何,均不得伤害其身体。自助行为超过必要限度的,构成侵权行为。

4. 事后必须及时请求国家机关处理。所谓请求国家机关处理,指将扣押的财物或者拘束之人送交法院或有关国家机关,请求为适当处置(对财产予以诉前保全或者责令债务人清偿债务)。实施自助行为后,如果不及时请求国家机关处理,不发生自助的效力,行为人将承担侵权责任。

(三)自助的法律效果

自助行为符合前述构成要件的,具有违法阻却性,不构成侵权,其所加于债务人之财产、人身自由上的损害,自助行为人不承担民事责任。

二、紧急避险(★★)

(一)紧急避险的构成要件

1. 本人或者他人的生命、身体、自由、财产或者社会公共财产遭受正在发生的“急迫危险”。(1)所谓“危险”,指对一切危险而言,如天灾地变、战乱、强盗绑架、恶犬追逐均包括在内。(2)所谓“急迫”,指近在眼前,刻不容缓。(3)遭受危险的对象仅限于生命、身体、自由、财产四种权利。名誉、信用纵然遭受急迫危险,亦不符合紧急避险的条件。

2. 具有“避险目的”。避险人主观上是为了避免自己或他人的生命、身体、自由、财产或公共财产上之急迫危险而采取避险行动。

3. 避险行为具有“必要性”。要求当事人所实施的避险行为应为避免危险所必要,亦即以达到避险的目的为止。

4. 避险行为具有“相当性”。紧急避险行为不应超过必要的限度。一般指所加于他人的实际损害不超过所避免的危险可能造成的损害程度。

(二) 紧急避险的法律效果

1. 因紧急避险采取措施不当或者超过必要限度构成“避险不当”。应由紧急避险人对于所造成的“不应有的损害”承担“适当”的民事责任。此民事责任的成立以避险措施不当或超过必要限度为要件,不考虑避险人是否具有过错,属于严格责任。

2. 避险适当的,因避险造成的损害按照以下规则承担责任:(1)因紧急避险造成的损害,由引起险情发生的人承担赔偿责任。引起险情的人是否具有过错,在所不问。(2)如果危险是由自然原因引起的,紧急避险人采取的措施又无不当,紧急避险人不承担民事责任。受害人要求补偿的,可以适用公平责任,责令受益人适当补偿。

第二章 自 然 人

【本章重点】 本章内容的重要性逐年降低,但不可放弃。第一,宣告死亡;第二,自然人的民事权利能力;第三,自然人的民事行为能力。监护制度几乎不考,但被监护人侵权是一个十分重要的考点,与监护制度有一定的牵连性

【本章真题分值】 5—8 分

第一节 自然人的民事 权利能力与民事 行为能力

一、自然人的民事权利能力(★★)

(一) 自然人的民事权利能力的概念

自然人的民事权利能力,指自然人依法享有民事权利和承担民事义务的资格,是每个自然人平等地享有民事权利、承担民事义务的可能性。

(二) 自然人民事权利能力的开始

1. 自然人的民事权利能力始于出生。

“出生”指胎儿脱离母体并生存的法律事实。出生须具备两个条件:(1)“出”,即脱离母体;(2)“生”,即脱离母体后保有生命(无论存活时间之久暂)。

根据《民通意见》第1条的规定,应“依次”按照下列顺序确定出生时间:(1)户籍证明;(2)医院出具的出生证明;(3)其他有关证明(如接生婆的证言)。

2. 自然人的特殊民事权利能力。

所谓自然人的特殊民事权利能力,指自然人充当特定民事主体的资格,法律只将其赋予符合特定条件的自然人,而不赋予所有的自然人。授予特殊权利能力的标准主要有:

(1)国籍。例如,外国人在我国不得以律师身份执业,外国人在我国不具有充当引水员的民事权利能力。

(2)年龄。例如,在我国男性满22周岁之前、女性满20周岁之前,均不具有结婚的权利能力。

(3)主体类别。例如,法人、其他组织不具有享

有肖像权、隐私权、身体权、健康权的民事权利能力;在我国,同性之间不得结婚。

3. 胎儿不具有民事权利能力。

在我国,胎儿不具有民事权利能力。但法律对胎儿的利益提供一定的保护,包括以下两种情形:

(1) 继承时的特留份。

根据《继承法》第28条和《继承法意见》第45条的规定:

①继承时,应当保留胎儿(被继承人的遗腹子)的继承份额。此时,胎儿与第一顺序法定继承人的地位相当。

②为胎儿保留的遗产份额,如胎儿出生后死亡的,由其(胎儿)继承人继承;如胎儿出生时就是死体的,由被继承人的继承人继承。

(2) 侵害胎儿健康、生存的责任。

根据民法理论,因侵害孕妇致使胎儿受到侵害的,分情况处理:

①孕妇遭受侵害(如对孕妇身体实施暴力侵害、不洁输血导致感染病毒)致使胎儿流产或者胎儿出生时为死体的,视为对孕妇健康权、身体权的侵害,由孕妇作为受害人主张侵权损害赔偿;

②孕妇遭受侵害,胎儿出生后发现某种身体残疾或者疾病是由于其在母体中遭受的侵害所致(如医院给孕妇错误用药、孕妇身体遭受暴力侵害),则由已经出生的自然人作为受害人主张侵权损害赔偿(如果孕妇的身体权、健康权受到侵害,得另行主张侵权损害赔偿)。

(三) 自然人民事权利能力的终止

1. 自然人民事权利能力于生理死亡或者宣告死亡时终止。

(1)生理死亡,又称为自然死亡,指自然人生命的自然终结。学理上判断生理死亡的标准是心脏停止跳动,自主呼吸消失,血压为零。

(2)生理死亡时间的推定,根据最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》(以下简称《继承法意见》)第2条的规定,相互有继承关系的几个人在同一事件中死亡,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,彼此不发生继承,由他们各自的继承人分别继承。

对此注意以下几点:

①必须是“不能确定死亡先后时间”;否则,不能适用该推定规则。例如,丈夫甲与妻子乙带领3岁的独生子丙旅游途中发生车祸,救援人员赶到时,发现甲、丙均已死亡,乙奄奄一息。乙在送往医院的途中死亡。甲唯一的亲人为哥哥A,乙唯一的亲人为姐姐B。此例中,可以证明甲、丙先于乙死亡,仅甲、丙死亡的先后顺序不能确定。又由于甲、丙在死亡时都有第一顺序的继承人乙还活着,故应推定长辈甲先死亡,丙后死亡。这样一来,甲最先死亡,其遗产由第一顺序继承人乙、丙继承(A为第二顺序继承人,不能继承甲的遗产);丙然后死亡,其遗产由第一顺序的继承人乙继承;乙最后死亡,其遗产由第二顺序的继承人B继承。

②《继承法意见》第2条中所谓的“没有继承人的人”是指除了在同一事件中死亡的人之外,该人没有“其他的继承人”。例如,丈夫甲与妻子乙带领3岁的独生子丙在旅游途中发生车祸,救援人员赶到时,发现甲、乙、丙均已死亡,不能确定死亡的先后顺序。甲唯一的亲人为哥哥A,乙唯一的亲人为姐姐B。此例中,丙除了甲、乙之外没有其他的继承人,而甲还有继承人A,乙尚有继承人B。因此,丙属于没有继承人的人,应当推定丙最先死亡,丙的遗产由甲、乙继承。甲、乙均有继承人,且辈分相同,应当推定为同时死亡,甲、乙互不继承,甲的全部遗产由A继承,乙的全部遗产由B继承。

③根据民法理论,相互有继承关系的数人在“同一时间”、“不同事件中”死亡,不能确定死亡的先后顺序的,也可以依照《继承法意见》第2条的规则进行推定。

④法律推定“没有继承人的人先死亡”,是为了防止遗产成为无主财产。法律推定“辈分相同的人同时死亡,彼此不发生继承”是考虑了血缘关系。

(3)宣告死亡:①被宣告死亡的人,判决宣告之

日为其死亡的日期。②被宣告死亡和自然死亡的时间不一致的,被宣告死亡所引起的法律后果仍然有效。③但被宣告死亡人在自然死亡前实施的民事法律行为与被宣告死亡引起的法律后果相抵触的,则以其实施的民事法律行为为准。

2. 死者利益的特殊保护

在法定情形下,对死者的名誉、隐私、姓名、著作人身权等依然提供保护,这些法益受到侵害的,死者的近亲属有权以自己的名义起诉,寻求救济。但是,死者的近亲属请求“精神损害赔偿”的,有顺序限制:(1)原则上,仅配偶、父母、子女有权作为原告起诉。(2)没有配偶、父母和子女的,可以由其他近亲属(祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女)作为原告起诉。

【例】王某与李某系夫妻,二人带女儿外出旅游,发生车祸全部遇难,但无法确定死亡的先后时间。下列哪些选项是正确的?(2008/三/60)①

- A. 推定王某和李某先于女儿死亡
- B. 推定王某和李某同时死亡
- C. 王某和李某互不继承
- D. 女儿作为第一顺序继承人继承王某和李某的遗产

二、自然人的民事行为能力(★★)

(一)自然人的民事行为能力的概念

自然人的民事行为能力,指自然人能够以自己的行为独立行使民事权利和承担民事义务,并且能够对自己的违法行为独立承担民事责任的资格。

根据自然人的年龄、智力和精神健康状况,《民法通则》将自然人的民事行为能力分为完全民事行为能力、限制民事行为能力和无民事行为能力三种。

(二)完全民事行为能力

1. 类型。(1)成年无精神病人。18周岁以上的公民是成年人,具有完全民事行为能力,可以独立进行民事活动,是完全民事行为能力人。(2)具有固定劳动收入的未成年人。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。

2. 效果。完全民事行为能力人可以独立实施民事法律行为,其实施的民事法律行为的效力不会因其欠缺行为能力被否认。

(三)限制民事行为能力

1. 类型。(1)10周岁以上不满18周岁的未成年人。(2)不能完全辨认自己行为的精神病人。

①ABCD

2. 效果。(1)限制民事行为能力人可以独立实施法律上纯获利益的法律行为,即不承担法律义务的法律行为(如接受奖励、赠与、报酬)。(2)限制民事行为能力人可以独立实施与其年龄或者精神健康状况相适应的法律行为。(3)未经其法定代理人同意,限制民事行为能力人签订的与其行为能力不相适应又不属于纯获利益的合同,属于效力待定的合同。(4)未经其法定代理人同意,限制民事行为能力人实施的超出其民事行为能力范围的单方民事法律行为无效。例如,限制民事行为能力人抛弃价值较大的动产所有权的行为应当认定为无效。再如,《继承法》第22条第1款规定,“无民事行为能力人或者限制民事行为能力人所立的遗嘱无效”。

(四)无民事行为能力

1. 类型。(1)10周岁以下的未成年人。(2)完全不能辨认自己行为的精神病人。

2. 效果。(1)无民事行为能力人可以独立实施法律上纯获利益的法律行为,即不承担法律义务的法律行为(如接受奖励、赠与、报酬)。在这一点上,我国民法与德国、我国台湾地区“民法”不同,其规定无民事行为能力人实施的法律行为一律无效。(2)无民事行为能力人可以独立实施与其年龄、智力和精神健康状况相适应的民事法律行为,如以零花钱购买零食的行为。(3)无民事行为能力人实施其不能独立实施的民事法律行为,一律无效,不存在效力待定的问题。

第二节 监 护

监护(★)

(一)法定监护

法定监护,指由法律直接规定监护人范围和顺序的监护。法定监护人的确定具有顺序性,即只有在《民法通则》第16条、第17条规定的前一顺序的监护人不存在或者没有监护能力的前提下才由后一顺序的具有监护能力的人依法“自动”取得监护人的资格。确定某人是否具有“监护能力”,应当根据其“身体健康状况、经济条件以及与被监护人在生活上的联系状况”等因素确定。法定监护人可以由同一法定顺序的一人或者多人担任。

1. 未成年人的监护人。

未成年人(包括未成年的精神病人)的监护人按照下列顺序确定:(1)父母;(2)祖父母、外祖父母;(3)成年兄、姐;(4)经有关单位同意的其他亲属、朋友;(5)未成年人的父、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政

部门。

需要注意的是,父母离婚,不影响法定监护关系,父母均为未成年人的法定监护人。《民通意见》第158条规定:“夫妻离婚后,未成年子女侵害他人权益的,同该子女共同生活的一方应当承担民事责任;如果独立承担民事责任确有困难的,可以责令未与该子女共同生活的一方共同承担民事责任。”未与该子女共同生活的一方承担的是补充责任,即仅在与该子女共同生活的一方无力承担时由其承担剩余的部分。

2. 成年精神病人的监护人。

成年精神病人的监护人按照下列顺序确定:

(1)配偶;(2)父母;(3)成年子女;(4)其他近亲属;(5)经有关单位同意的其他亲属、朋友;(6)精神病人的所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门。

(二)指定监护

指定监护,指在有法定监护资格的人对担任监护人“有争议”(包括争当监护人和推脱监护职责)又不能协商确定监护人时,由有权机关指定监护人的制度。指定监护属于法定监护之变种。

1. 指定的程序。

(1)由未成年人的父、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会在近亲属中指定,或者由精神病人的所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会在近亲属中指定。这是“必经程序”,未经前述有关单位指定,直接起诉请求人民法院指定的,人民法院“不予受理”。

需要注意两点:①有权指定的部门不包括民政部门;②只能在近亲属中指定。

(2)对指定不服的,应当自接到指定通知之日起的30日内起诉,由人民法院按照特别程序裁决,指定监护人。

2. 指定监护的效力。

《民通意见》第18条规定:“监护人被指定后,不得自行变更。擅自变更的,由原被指定的监护人和变更后的监护人承担监护责任。”

(三)委托监护

委托监护,指法定监护人以合同的方式将自己的监护职责部分或者全部委托给他人承担而形成的监护。接受监护的人应是本无监护资格的人。

需要注意两点:

1. 委托监护人不论将监护职责全部还是部分委托给第三人,委托人仍应对被监护人的侵权行为承担民事责任,被委托人只有在确有“过错”时才负“连带”责任。《民通意见》第22条规定:“监护人可