



本系列丛书为2011年
重点推荐司考培训教材

2011

七书战司考系列丛书之3

国家司法考试 名师教案(卷三)

民法、商法、 民事诉讼法与仲裁制度

钟秀勇
司艳丽 编著
侍东波

本书结合司法考试大纲与历年试题，以现行法规为依托，以司法考试的命题思路为导向，对司法考的重要考点进行了全面系统的讲解，并对命题特点与应试技巧进行了简明的概括。全书体系完美，逻辑严谨，深入浅出，语言规范，是广大考生备考的得力助手。



世界科学出版社

2011 年

国家司法考试名师教案 卷三

钟秀勇 司艳丽 侍东波 编著

 世界知识出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

2011 年国家司法考试名师教案. 3 / 钟秀勇, 司艳丽, 侍东波编著. —北京: 世界知识出版社, 2011. 2

ISBN 978-7-5012-4023-4

I. ①2… II. ①钟… ②司… ③侍… III. ①法律工作者—资格考核—中国—自学参考资料 IV. ①D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 011112 号

2011 年国家司法考试名师教案 卷三

编 著: 钟秀勇 司艳丽 侍东波

责任编辑: 王瑞晴

责任出版: 赵 玥

封面设计: 田春艳

出版发行: 世界知识出版社

社 址: 北京市东城区干面胡同 51 号

邮 编: 100010

发行电话: (010) 85118127 (010) 65265928

经 销: 新华书店

印 刷: 北京市全海印刷厂

开本印张: 787×1092 毫米 1/16 40¼ 印张

版 次: 2011 年 3 月第一版

印 次: 2011 年 3 月第一次印刷

标准书号: ISBN 978-7-5012-4023-4

总 定 价: 300.00 元 (共三卷)

新起点备战国家司法考试 2011 年版“七书战司考”系列丛书

序 言

司考江湖传言:欲过司考,必备三宝!这个三宝,实际上是指:教材、真题、法条。

教材:由 3 本书构成。不是指大学传统的教科书,而是指专门为司法考试卷一、卷二、卷三考试的内容而编写的辅导教材。一般由多年从事司法考试辅导的老师,以自己的授课讲义为基础编写而成。

真题:1 本书。历年真题的汇总,包括详细解析。司法考试九年来最显著的一个特征就是“重者恒重!”,许多的知识点在重复考,认真研究、多遍习练历年真题是所有考生的必做功课。

法条:2 本书。涵盖司法考试大纲规定的所有法律所构成的“法律法规汇编”以及以这些法规汇编为基础所精选的“重点法条”。司法考试 80% 的考点是以法条为基础形成的,这也是充分体现司法考试务实性的一个表现。

有了“三宝”还不够,必不可少的是新起点独创的、短时间内提分效果最明显的“独门暗器”:论述题模板法答题技巧。

论述题模板法答题技巧:1 本书。经过简单的训练,神奇地将令人头痛的论述题变成了简单的填空题。

司考三宝:教材、真题和法条就像美军海军陆战队所配备的基本武器——长枪、短枪和匕首;而我们的“模板法”则是威力强大的两颗手雷,在关键时刻作用巨大。对于任何一个备战司考的学员来说,这四样东西是必需的标准配置,缺少任意一种,都会给备考活动带来不必要的困扰。

我们的“七书战司考”系列丛书正是按照教材、真题、法条以及论述题模板法答题技巧这四种标准配置,经过五年的摸索,科学组合而成的七本书。七书战司考,一本都不能少。

“七书战司考”系列丛书的作者与编辑团队非常强大。作者均是活跃在司考第一线的辅导名师,如:杨艳霞、钟秀勇、侍东波、杨帆、李毅、司艳丽、徐金桂、杨雄、张合功等。编辑团队全是经过司法考试考场的洗礼,并且顺利通过了司法考试的法学硕士,如:周浩昊、金竞、李昊、汪艳琴、刘宗珍、李海燕、魏大众、万超、郝霞、孟思凡、蒋贵荣、范开花、张晓东、鲍菡、刘文军、王晨、梁渲晶、郭丙丽、王志强等,他们从考生的角度对“七书战司考”系列的七本书进行“偏重实战”方面的编辑、整理,使得这套书使用起来更加方便、省力。下面对七本书及其作者做个大致介绍:

第一本书:卷一。内容为司法考试试卷一的考试内容,具体为:法理、宪法、法制史、三国法、经济法、司法制度与职业道德。

作者:杨帆、李毅、司艳丽

(1)杨帆:毕业于中国政法大学,获博士学位。现在北京某高校法学院任教,2003 年开始从事司法考试教学工作,主讲法理、宪法、法制史。杨帆老师善于听取学员建议,积极改进授课内容,形成了干练、清晰的讲课风格,成为了最受学员欢迎的辅导名师,活跃在全国司法考试辅导领域。

(2)李毅:毕业于北京大学,获博士学位。现任教于北京某著名高校,授课风格稳健、条理清晰,辅导效果显著,无论整理讲义还是编写教材,都格外认真、细致。这些特点使得李毅老师成为了三国法辅导三大名师之一,为整个司法考试辅导界所认可和接受。现和杨帆(女)一道承担新起点国际公法、国际私法、国际经济法的授课任务。

(3)司艳丽:毕业于中国政法大学,获博士学位。现任职于最高人民法院,讲课风格清新明快,以女性特有的细致和亲和力,和张海峡老师一起承担了新起点商经、知识产权的授课任务,成为了学员枯燥备考历程的一道亮丽风景线。

第二本书:卷二。内容为司法考试试卷二的考试内容,具体为:刑法、刑诉、行政法与行政诉讼法。

作者:杨艳霞、徐金桂、杨雄

(1)杨艳霞:毕业于中国政法大学,获博士学位。某高校法学院刑法教师。2003年开始在新起点司法考试讲台教授司法考试刑法习题课、考点精讲、法条串讲等核心课程,其对考生极其负责的态度,充分反映在了授课过程和图书的编辑过程。授课注重实用性、简洁性,教材编写也体现了重点突出、考点明确的特点,目前已经是司法考试辅导刑法学科的一线名师。和陈永生老师共同承担新起点刑法学的授课任务。

(2)徐金桂:对外经济贸易大学法学博士。司法考试辅导专家,主讲行政法。理论功底深厚,深谙考试规律。授课重点突出,思路清晰,针对性极强,擅长比较、总结行政法各部分相关理论知识点,强调将法理、法条与案例有机结合,帮助学员深刻领会行政法精神,切实掌握考试要诀,提高应试能力。激情澎湃感动司考课堂,真心奉献成就考生梦想。

(3)杨雄:北京大学诉讼法学博士,任教于北京师范大学刑事法律科学研究院暨法学院。自2004年至今已有7年的司法考试培训经验。理论功底扎实,深谙司法考试的命题规律,讲解重点突出,条理清晰。尤其善于总结诉讼法中的非典型现象,以表格讲义为学员理清知识脉络,突破难点,指点迷津,赢得学员们的广泛赞誉。曾编著飞跃版《刑事诉讼法》一本通教材、《刑事诉讼法同步题解》、《三大诉讼法比较19讲》(修订版)等司考辅导用书。

第三本书:卷三。内容为司法考试试卷三的考试内容,具体为:民法、商法、民诉与仲裁。

作者:钟秀勇、司艳丽、侍东波

(1)钟秀勇:中国人民大学民商法学硕士,中国人民大学民商法学博士。具有多年司法考试辅导经验,主讲民法。善于把握考试重点,清楚解析考试难点。所授课程针对性强,不枯燥,自信为广大考生的好帮手。

(2)侍东波:毕业于中国政法大学,获博士学位。现任教于北京法官学院,2004年开始在新起点教授民诉,授课风格稳健、条理清晰。

第四本书:真题。策划:张合功。编著:新起点国家司法考试命题研究组

本书全称为《双排双练专题式历年真题详解》,内容为2006-2010年五年的真题及详细解析。本书分为三个部分:第一部分为五年的真题,按照考试顺序排列,题目后面不附答案,用于考生全面、完整进行真题训练;第二部分为专题式历年真题考点归类,每个知识点后面附有原真题,但没有答案和解析,便于考生自我检测;第三部分为五年真题的答案和解析,并按照年份排列,方便考生查阅。本书为目前市场上唯一一本双排双练真题详解,将极大地方便考生备考。

第五本书:重点法条组合。策划:张合功。编著:新起点国家司法考试命题研究组

内容为司法考试大纲规定的重点法条,囊括了市场上该类书的全部优点并自成体系,实用性极佳。

第六本书:法律法规。策划:张合功。编著:新起点国家司法考试命题研究组

本书以司法考试大纲的范围为依据,将司考所涉及的法律法规及司法解释全部收录其中,并且对其中的重点法条予以解读,本书编排科学合理,是考生复习备考、查阅研读必不可少的工具。

第七本书:论述题。作者:张合功。著名司法考试辅导专家,新起点学校校长,被学员称为“神奇的司考教父”。

《论述题模板法答题技巧训练》是新起点独创的、能够使学员用最少的时间投入而提分最快的一个卷四备考法门。该方法问世四年来,无数考生得益于该书而顺利过关,12小时的训练使得考生轻松提高分数20-50分,成为新起点备战司法考试的“独门暗器”。

上述七本书,是考生备战司法考试全功能系列丛书,是考生备战司法考试一本都不能少的丛书。同时,拥有这七本书也已经足以应付司法考试了。

新起点“七书战司考”系列丛书编写组
2011年1月

目 录

民法	1
第一讲 民事法律关系	2
第二讲 自然人	13
第三讲 人格权	19
第四讲 法人	24
第五讲 民事法律行为	30
第六讲 代理	42
第七讲 诉讼时效	51
第八讲 物权法基础理论	59
第九讲 物权变动	68
第十讲 所有权	79
第十一讲 所有权取得的特别规定	87
第十二讲 用益物权	95
第十三讲 担保物权概述	99
第十四讲 抵押权	102
第十五讲 质权、留置权	107
第十六讲 占有	112
第十七讲 债之概述	118
第十八讲 债的担保——保证与定金	121
第十九讲 无因管理与不当得利	130
第二十讲 侵权之债概述	139
第二十一讲 特殊侵权责任(一)	163
第二十二讲 特殊侵权责任(二)	178
第二十三讲 合同概述	188
第二十四讲 合同的成立	199
第二十五讲 合同的效力	211
第二十六讲 合同的履行	220
第二十七讲 合同的保全	226
第二十八讲 合同的终止	231
第二十九讲 违约责任	240
第三十讲 买卖合同	248
第三十一讲 赠与合同、借款合同	254
第三十二讲 租赁合同、融资租赁合同	257
第三十三讲 承揽合同、建设工程合同	266
第三十四讲 提供服务的合同	270
第三十五讲 结婚与离婚	279

第三十六讲 夫妻财产关系	284
第三十七讲 继承法概述	289
第三十八讲 继承方式与遗产的分配	292
第三十九讲 著作权法	300
第四十讲 商标法	315
第四十一讲 专利法	322
第四十二讲 知识产权侵权的共同规则	332
商法	335
第一讲 公司种类	336
第二讲 公司的权利能力和行为能力	338
第三讲 公司章程、资本	339
第四讲 公司的组织机构	342
第五讲 公司的财务与会计制度	356
第六讲 公司债券与股票	357
第七讲 公司的变更、合并、分立、解散与清算	359
第八讲 特殊的有限责任公司	361
第九讲 合伙企业概述	365
第十讲 普通合伙企业	367
第十一讲 有限合伙企业	376
第十二讲 个人独资企业	379
第十三讲 外商投资企业法	382
第十四讲 保险合同	386
第十五讲 保险业法律制度	396
第十六讲 票据概述	399
第十七讲 票据权利	403
第十八讲 票据行为	408
第十九讲 涉外票据的法律适用	415
第二十讲 企业破产法概述	416
第二十一讲 破产管理人	423
第二十二讲 债务人财产、破产费用、共益债务	425
第二十三讲 破产程序中的各种权利	426
第二十四讲 破产重整	429
第二十五讲 破产和解 破产清算	432
第二十六讲 证券法	435
民事诉讼法	445
第一讲 民事诉讼与民事诉讼法	446
第二讲 民事诉讼法的基本原则和制度	449
第三讲 主管与管辖	457
第四讲 诉	474
第五讲 当事人与诉讼代理人	478
第六讲 民事诉讼证据	499
第七讲 民事诉讼中的证明	505

第八讲 法院调解·····	515
第九讲 财产保全和先予执行·····	522
第十讲 期间、送达、对妨害民事诉讼的强制措施、诉讼费用·····	529
第十一讲 普通程序·····	533
第十二讲 简易程序·····	543
第十三讲 第二审程序·····	548
第十四讲 审判监督程序·····	556
第十五讲 特别程序·····	566
第十六讲 督促程序、公示催告程序·····	570
第十七讲 执行程序·····	577
第十八讲 涉外民事诉讼程序·····	599
仲裁制度 ·····	605
第一讲 仲裁基础理论·····	606
第二讲 仲裁协议·····	611
第三讲 仲裁程序·····	617
第四讲 人民法院对仲裁的支持与监督·····	625

民法

第一讲 民事法律关系



【考点提示】

本讲是关于民事法律关系及其要素的理论。全部民法就是关于民事法律关系的法律。民法思考的核心内容是考查各种民事法律关系的要素；民事法律关系的分析方法是民法思维的基本方法。民事法律关系为司法考试的重要内容，且常为试卷三第一题的考试内容。本部分重点掌握三个问题：第一，民事法律关系的要素；第二，民事权利的分类；第三，民事法律事实。

一、民事法律关系的分类(★)

民事法律关系，是基于民事法律事实并由民事法律规范调整形成的民事权利义务关系，是民法所调整的平等主体之间的财产关系和人身关系在法律上的表现。

“民事关系”为民法的调整对象，调整的结果表现为“民事法律关系”，后者表现为一种以权利、义务为要素的关系，属于思想社会关系，有别于物质性民事关系。

依照不同的标准，民事法律关系可作如下分类：

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。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，性质上为债权法律关系，属于财产法律关系。

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，权利人都特定一人或数人，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得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、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才能实现。

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。例如, 个体工商户、农村承包经营户、个人合伙、分公司等。
4. 国家。国家在特殊情况下可以成为民事法律关系的主体, 例如, 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等。

(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。

权利和义务大多具有一一对应关系, 一方的权利就是向对方的义务。但也有若干例外: 例如形成权没有对应的义务; 不真正义务(买受人及时检验并通知的义务; 受害人采取必要措施防止损失扩大的义务) 没有对应的权利。

(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。

例如: 甲出卖一辆汽车给乙, 这一债权法律关系的客体不是汽车, 而是甲交付汽车并移转所有权的“行为”, 以及乙支付金钱并移转所有权的“行为”。在甲交付汽车之前, 汽车是甲之所有权法律关系的客体, 在甲交付汽车之后, 汽车是乙之所有权法律关系的客体。

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。

例如: 甲创作一幅国画《冰冰出浴图》, 这幅画本身是所有权法律关系的客体。其构图、色彩、笔法等要素所形成的“表达”(expression) 才是“作品”(work), 作品才是著作权法律关系的客体。

因此, 甲将该画出卖给乙并交付后, 发生如下法律效果: ①乙取得该画(作品载体)的所有权; ②乙取得该作品原件(不包括复制件)的展览权; ③这一作品的发表权、修改权、复制权、发行权、复制件的展览权、获得报酬权等多项著作权依然由甲享有。

为了乘胜追击, 再看一个例子: 辉瑞公司发明了“伟哥”这一药品并获得专利, 专利法律关系的客体是这一发明的技术方案(scheme), 即专利要求书(claim)中描述的所有必要技术特征所组成的完整技术方案。而辉瑞公司生产的一颗颗药丸则是所有权法律关系的客体。

因此, 如果辉瑞公司诉称某人生产的药丸侵犯了其“伟哥”的专利权, 法院应当请技术专家概括出被控侵权的药丸所包含的技术特征, 如果“伟哥”专利权利要求所描述的全部必要技术特征都出现在被控侵权的药丸中, 则侵权成立。法院“不能”将被控侵权药丸与辉瑞公司生产的药丸进行对比, 看它们是否相似或者相同, 这是不懂法律关系客体的错误做法。

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。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。

【真题链接】

2008—3—1

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。

民事法律事实是引起民事法律关系变动的原因。一定的民事法律事实发生,使民法规范与社会生活相连并发挥调整功能,从而以一定财产利益或者人身利益为对象,在民事主体之间产生民事权利、义务发生、变更、消灭的法律效果。

有时,单一的民事法律事实就足以导致民事法律关系的变动,如自然人出生这一事实,就能够导致该自然人以生命权、健康权、身体权为内容的人身法律关系的产生。而绝大多数民事法律关系的变动需要两个以上的民事法律事实的相互结合为依据。例如,遗嘱继承法律关系,需要立遗嘱的行为和被继承人死亡这两个法律事实同时具备才能产生。这种引起民事法律关系变动的数个民事法律事实的总和就是民事法律关系的事实构成,所谓的“构成要件”即法律事实构成的规范形态。

(二)民事法律事实的分类

民事法律事实分为自然事实和行为。

1. 自然事实

自然事实,指人的行为以外的,能够引起民事法律关系发生、变更或消灭的一切客观情况。自然事实分为两种:状态和事件。

(1)状态

状态,指某种客观情况的持续。例如,善意、恶意、人的下落不明、精神失常、对物继续占有、权利持续不行使、战争状态、封锁禁运等。

(2)事件

事件,是指与人的意志无关,能够引起一定民事法律后果的客观现象。例如,人的出生、死亡、不当得利、时间的经过、自然灾害、不受意志控制的身体动静均属事件。

事件又分为绝对事件和相对事件:①绝对事件,不是由人们的行为而是由某种自然原因引起的事件;②相对事件,是由人们的行为所引起的,但它的出现在该法律关系中并不以权利主体的意志为转移。例如:继承人杀害被继承人这一法律事实,对其导致继承人丧失继承权的法律后果而言属于行为;对其导致继承开始的法律后果来说则属于相对

事件。

2. 行为

行为,指人有意识的活动(指受意志支配的身体动静)。包括自然人和法人的行为。

(1)表示行为与非表示行为

①表示行为,指表现一定的意思内容,并基于其表现而发生法律效果的行为。表示行为包括民事法律行为与准民事法律行为:

第一,民事法律行为。

民事法律行为,指以意思表示为要素,并依照当事人企图的意思内容发生民事法律效果的行为。即在合于法律规定的范围内,由民事法律行为者自己赋予法律效果的权利义务内容。

第二,准民事法律行为。

准民事法律行为,指行为人表达了一定的主观意思,法律对其赋予一定法律效果的表示行为。准法律行为与法律行为的核心区别在于:法律行为之法律效果的权利义务内容由行为人自己确定,准法律行为之法律效果的权利义务内容由法律规范之内容确定。

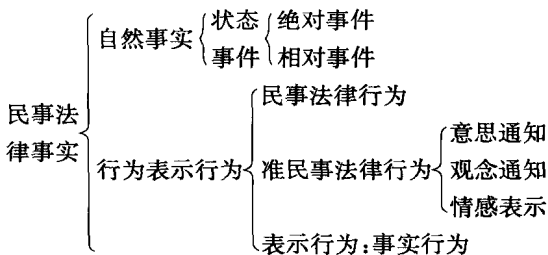
准民事法律行为包括:(a)意思通知,指表示某种欲望或者意思的行为,如拒绝要约、履行催告、选择权行使催告、无权代理相对人的催告;(b)观念通知,指行为人将其对于事情的观念加以表示,而法律对之直接赋予一定法律效果的表示行为,如承诺迟到的通知、发生不可抗力的通知、瑕疵通知、债权让与通知;(c)感情表示,指表示某种感情,如被继承人对丧失继承权的继承人表示宽恕。

②非表示行为,即事实行为。事实行为,指不用表现内心的意思内容,即可发生法律效力效果的行为。易言之,即事实上有此行为,即生法律上效果,行为人有无取得此种法律效果的意思,在所不问。

先占、添附、建造房屋、制造产品、天然孳息的分离、履行买卖合同的交付行为等属于引起物权变动效果的事实行为。无因管理、拾得遗失物、发现埋藏物属于引起债权、债务关系的事实行为。创作作品的行为,亦属事实行为。

(2)合法行为与不合法行为

民法上的行为,按其是否合于法律规范,可以分为:①合法行为,指与法律规范的要求相一致的行为,包括法律允许和不禁止的行为。②不合法行为,指与法律规范的要求不一致的行为,如侵权行为、违约行为。



(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”约定均为好意施惠关系: ①搭便车; 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邀请参加宴会、舞会、郊游。

(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, 无受其拘束的意思。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实际履行或损害赔偿的违约责任。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。

再比如, 北京海淀区的甲为了惩罚喜欢吃蹭饭的邻居乙, 假意与乙约定于 4 月 1 日晚在昌平区“鲍鱼公主”请乙吃生猛大餐。4 月 1 日晚, 甲估计乙已经乘车到达昌平后, 电话告知取消当日宴请, 另订 5 月 1 日于唐山“鲍鱼王子”再请不迟。虽然乙无权请求甲履行宴请的承诺, 但甲的行为属于故意以背于善良风俗的方式加损害于他人, 构成侵权行为, 甲应赔偿乙的信赖损失(如往返车费、购买的小礼品的费用)。

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, 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、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, 不能产生民事法律关系, 不属于民事法律事实。

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《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。

【真题链接】

2005—3—22,

2006—3—1



【例 1】

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, 因抽筋溺水身亡

【解析】本题为(2006—3—1)考题。A 选项: 本选项考察“预约合同”的成立及其性质。预约是以签订“本约”为合同内容的合同, 预约的成立要求双方就预约的主要内容意思表示一致。预约在性质上属于合同的一种, 违反预约者应承担违约责任。甲与乙约定某日“商谈”合作开发房地产开发事宜, 而不是约定某日“签订”合作开发房地产“合同”, 由此可知, 甲、乙之间尚未成立“预约合同”, 而只是具有订

立本约(房地产开发合同)的意向,甲、乙之间尚未成立合同关系,A 错误。B 选项:甲对乙的表示属于爱情的表白,不属于民事法律事实,不能产生任何民事法律关系。退一步讲,即使甲、乙的约定属于婚约,婚约在我国也不属于民事法律事实,不具有法律上的约束力,不能在甲、乙间产生人身法律关系。再退一步讲,即使在承认婚约属于身份合同的国家,其法律也规定“婚约不得附条件”,附条件的婚约无效。总之,甲、乙之间没有成立民事法律关系,B 错误。C 选项:甲虽不知乙不胜酒力,但其极力劝酒的行为违反了一个理性人应有的注意义务,甲对乙酒精中毒的损害后果具有过失,甲劝酒的行为与乙的健康权遭受损害之间具有因果关系,根据《侵权责任法》第 6 条第一款的规定,甲的行为构成侵权,甲、乙之间成立侵权损害赔偿法律关系,C 正确。D 选项:乙没有救助抽筋溺水的甲,属于不作为。但是,根据侵权法理论,不作为侵权以行为人违反“作为义务”为前提条件。作为义务的主要来源有三:①法律规定;②合同约定;③行为人的先前行为致受害人置于危险境地。在这三种情况下,行为人具有作为的义务,因违反作为义务致他人损害的,构成不作为侵权。D 选项中,“同事”一词表明甲、乙均为成年人,乙虽邀请甲前往水库游泳,但对甲的人身安全并不负有保护的作为义务,乙对甲因抽筋而溺水身亡的后果不具有过错,同时,乙邀请甲游泳的行为与甲死亡的后果之间也不具有相当因果关系(仅“条件”而已),乙的邀请行为不构成侵权,乙未实施救助的不作为也不构成侵权。与此恰成对照的是,假如乙带领“未成年”的甲前往水库游泳,则乙的先前行为给自己施加了保护未成年人甲的作为义务,违反该作为义务的,构成侵权。综上可知,D 错误。

【答案】C



【例 2】

下列哪一情形下,乙的请求依法应得到支持?

A. 甲应允乙同看演出,但迟到半小时。乙要求甲赔偿损失

B. 甲听说某公司股票可能大涨,便告诉乙,乙信以为真大量购进,事后该支股票大跌。乙要求甲赔偿损失

C. 甲与其妻乙约定,如因甲出轨导致离婚,甲应补偿乙 50 万元,后二人果然因此离婚。乙要求甲依

约赔偿

D. 甲对乙承诺,如乙比赛夺冠,乙出国旅游时甲将陪同,后乙果然夺冠,甲失约。乙要求甲承担赔偿责任

【解析】本题为(2010-3-1)真题。①A 选项中,甲应允乙同看演出,在甲、乙间成立好意施惠关系(情谊关系)。根据通说,好意施惠不成立合同关系,乙不得对甲主张违约损害赔偿。好意施惠关系本身虽不排除侵权责任的成立,但需要有独立的侵权事实发生,否则,仅一方当事人违反好意施惠中的约定或者承诺,并不构成侵权。本选项中,甲除了爽约外,未实施其他侵害行为(特别是不存在故意以悖于善良风俗的方式加损害于乙的行为),不构成侵权,故乙不得对甲主张侵权损害赔偿。综上,A 选项不当选。②B 选项中,乙遭受的损失在法律性质上属于“纯粹经济损失”,指被害人所直接遭受的经济上的不利益或金钱上的损失,它并非是因被害人的自身或有形财产遭受损害而间接引起的损失。在我国,纯粹经济损失的救济分两种情况:(a)《合同法》上的处理模式:债务人违约给对方造成的纯粹经济损失可以获得赔偿,但受可预见规则限制。此外,一方当事人构成缔约过失(或者违反后合同义务)给对方造成的纯粹经济损失,也可获得部分赔偿。(b)侵权法上的处理模式:首先,故意引起的纯粹经济损失,可以获得侵权法上的救济;其次,违反法定义务引起的纯粹经济损失,可以获得侵权法上的救济;最后,过失引起的纯粹经济损失,原则上不能获得侵权法上的救济(例外情况是当事人之间存在特殊关系,受害人对加害人存有合理的信赖)。本选项中,甲、乙间不存在合同关系,故乙不得对甲主张合同法上的责任。甲无损害的故意,亦未违反法定义务,甲、乙间亦无特殊关系(故乙不能对甲产生合理的信赖;此外,也很难认定甲对乙的损失存在过失),故乙不得就纯粹经济损失对甲主张侵权损害赔偿。综上,B 选项不当选。③C 选项涉及所谓的“忠诚协议”的效力,涉及立法热点。夫妻互享配偶权,一方违反忠实义务构成对对方配偶权的侵害。夫妻双方对此事先或者事后约定的损害赔偿协议,原则上应当认定为有效。《婚姻法解释(三)》(征求意见稿)第 6 条规定:“离婚时夫妻一方以婚前或婚后双方签订的‘忠诚协议’主张权利的,人民法院经审查认定该协议系自愿签订且不违反法律、法规的禁止性规定的,应当

予以支持”。综上，C 选项当选。④D 选项亦涉及好意施惠关系，不当选，理由同前述。

【答案】C

四、民事权利的分类(★★★)

民事权利，是法律为了保障民事主体的特定利益而提供法律之力的保护，是法律之力和特定利益的结合，是类型化了的利益。

“权利系私法的中心概念，且为多样性法律生活的最终抽象化。”人群共处，各有需求，涉及不同的利益，不免发生冲突，为维护社会生活，自须定其分际，法律乃于一定要件之下，就其认为合理正当的，赋予个人某种力量，以享受其利益。权利的功能乃在于保障个人的自由范围，使其得自主决定、组织或形成其社会生活，尤其是实践私法自治原则。

在学理上，按照不同的标准，可以将民事权利归入不同的类型。对民事权利进行分类，其实是站在不同的角度观察民事权利，以了解民事权利的作用、标的、效力所及的范围、与权利主体联系的紧密程度等方面的特征，从而更好地理解民事权利，更好地把握民法关于民事权利行使和保护的规定。需要注意的是：同一民事权利，按照不同的标准可以归入不同的民事权利类型。例如：所有权可以分别归属于财产权、支配权、绝对权、既得权、主权利（如果设立了地役权）、非专属权。

(一) 财产权、人身权、综合性权利

这是按照权利标的之属性所作的分类。

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，与权利人的人身不可分的民事权利。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与他人之间的民事法律关系发生、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

(a) 财产法上的形成权包括以下两大类：

第一，债法上的形成权。例如：（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。例如：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，实乃形成权也）。

(b) 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。例如：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。例如：（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

(a) 单纯形成权，又称直接形成权，指无需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，例如：（效力待定合同中）善意相对人的撤销权、合同解除权、赠与人的撤销权等。

(b)形成诉权^①,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。例如:(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(《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(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,无须对方当事人的同意,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发生。

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 条第二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,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 2 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个月内追认的,视为拒绝追认(《合同法》第 47、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、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,如果不是印刷错误,就是那个什么错误。关键是,出题人认为催告权不是形成权)。

① 有人问:形成权是依照权利人单方面的意思表示即可直接引起权利变动的权利。可在现实中,一方起诉离婚,法院有时候判决离婚,有时候判决不准离婚,看来起诉离婚还不能算是“一方说了算”的形成权。可为什么民法理论却将离婚请求权定性为形成权呢?对此,我们应该这样看:我国《婚姻法》规定的离婚标准为“感情确已破裂”,一方起诉离婚的,法院如果查明双方感情确已破裂,就应认定起诉方的离婚请求权这一形成权成立,调解无效的,应当判决离婚;法院如果查明双方的感情尚未破裂的,就应认定起诉一方的离婚请求权这一形成权尚未成立,应当判决不准离婚。此时,实体上的离婚请求权虽然尚不成立,但程序法意义上的离婚诉权(进而起诉权)却是存在的,不享有形成权的原告也是可以起诉的。可见,离婚请求权仍然不失“形成权的本色”,只是法院判决不准离婚时,原告之请求权尚未成立也。同理,可撤销合同中的撤销权虽为形成诉权,本质上也是“响当当的形成权”,法律之所以规定必须通过法院行使,是为了让法院把关,严格审查是否具有可撤销的事由,减少合同无效的发生,鼓励交易。

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、先履行抗辩权和不安抗辩权;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,《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。”于此不同,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^①。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”,义务人负有不得侵害支配权的“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

① 特别是物权的客体必须特定,在这一点上,连颇具特殊性的动产浮动抵押也不例外。动产浮动抵押权的客体虽在抵押权设立时是不特定的,但在抵押权行使是特定的,《物权法》第 196 条规定的情形出现,抵押标的物特定。