

北京三校名师学校函授教学用书

依据2009年国家司法考试大纲精编

2009_年

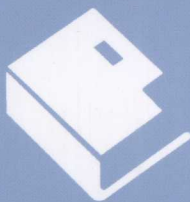
国家司法考试考前指导用书

第三卷

民法 商法 民事诉讼法与仲裁制度

本书编写组 编著

【法大版】



中国政法大学出版社

依据2009年国家司法考试大纲精编

2009^年

国家司法考试考前指导用书

第三卷

民法 商法 民事诉讼法与仲裁制度

本书编写组 编著

【法大版】

中国政法大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

2009年国家司法考试考前指导用书 / 《2009年国家司法考试考前指导用书》编写组编. —北京:
中国政法大学出版社, 2009.6

ISBN 978-7-5620-3391-2

I. 2... II. 2... III. 法律工作者 - 资格考核 - 中国 - 自学参考资料 IV. D92

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第085632号

书 名	2009 年国家司法考试考前指导用书
出版发行	中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号) 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088 zf5620@263.net http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社) (010) 58908325 (发行部) 58908285 (总编室) 58908334 (邮购部)
承 印	北京鑫海金澳胶印有限公司
规 格	787 × 1092 16 开本 89.75 印张 2220 千字
版 本	2009 年 6 月第 1 版 2009 年 6 月第 1 次印刷
书 号	ISBN 978-7-5620-3391-2/D · 3351
定 价	148.00 元 (1-3 卷)

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行科负责退换。
本社法律顾问 北京地平线律师事务所

编写说明

司法考试知识繁多，内容冗杂，若不理清脉络，抓大放小，常使复习陷入困境。在2009年司法考试大纲出炉之际，我们精心编写了《2009年国家司法考试考前指导用书》。本书共分三卷，紧扣大纲，化繁为简，重点突出，疏而不漏，为考生减轻学习负担，提高复习效率，提供有益帮助。

本套书以司法考试大纲为基础，章节分布与大纲一致，每章体例如下：

1. 2009年大纲要求与变化指引，包括四个部分。

- (1) 大纲基本要求——直接标明09年司考大纲要求的基本内容。
- (2) 大纲变化对比——透析新旧大纲变点的增删与变动。
- (3) 命题方向提示——点明本章考查的重、难、疑点，说明本章内容知识在司法考试中的地位以及会以何种方式命题及命题陷阱所在。
- (4) 已考考点及法条——以表格形式，展现已考查的知识点次数及涉及的法条。使考生了解历年考查情况，预知未来考试走向。

2. 正文部分。

- (1) 正文部分以大纲为纲，并删繁就简，提炼精华，且将琐碎知识点加以细致整理。
- (2) 对于重点、新增考点部分，本书论述详尽，并下设“注意”栏目，以提示复习要领，辨析易混知识，探究法理要义。
- (3) 对于冗赘知识点，本书精而减之，只提炼出要点予以论述。
- (4) 对于次要部分，本书则删之，略之。

此外，本书将历年试题以索引形式标于文中各知识点，以提示考点重要性，并方便考生查阅。

作者

2009年5月

目 录

民 法

第一章 民法概说	(1)
第二章 自然人	(8)
第三章 法人	(15)
第四章 民事法律行为	(21)
第五章 代理	(30)
第六章 诉讼时效与期限	(35)
第七章 物权概述	(40)
第八章 所有权	(48)
第九章 共有	(55)
第十章 用益物权	(59)
第十一章 担保物权	(65)
第十二章 占有	(76)
第十三章 债的概述	(79)
第十四章 债的履行	(83)
第十五章 债的保全与担保	(88)
第十六章 债的移转与消灭	(100)
第十七章 合同的订立和履行	(109)
第十八章 合同的变更和解除	(117)
第十九章 合同责任	(120)
第二十章 转移财产权利的合同	(125)
第二十一章 完成工作成果的合同	(135)
第二十二章 提供劳务的合同	(139)
第二十三章 技术合同	(146)
第二十四章 不当得利与无因管理	(150)
第二十五章 著作权	(154)
第二十六章 专利权	(164)
第二十七章 商标权	(170)

第二十八章 婚姻家庭	(177)
第二十九章 继承概述	(184)
第三十章 法定继承	(186)
第三十一章 遗嘱继承、遗赠和遗赠扶养协议	(189)
第三十二章 遗产的处理	(194)
第三十三章 人身权	(196)
第三十四章 侵权行为	(200)
附录：法律法规目录	(214)

商 法

第一章 公司法	(216)
第二章 合伙企业法	(238)
第三章 个人独资企业法	(250)
第四章 外商投资企业法	(253)
第五章 企业破产法	(259)
第六章 票据法	(269)
第七章 证券法	(277)
第八章 保险法	(287)
第九章 海商法	(295)
附录：法律法规目录	(310)

民事诉讼法与仲裁制度

第一章 民事诉讼与民事诉讼法	(311)
第二章 民事诉讼法的基本原则与基本制度	(315)
第三章 主管与管辖	(319)
第四章 诉	(328)
第五章 当事人	(332)
第六章 诉讼代理人	(343)
第七章 民事证据	(346)
第八章 民事诉讼中的证明	(351)
第九章 期间、送达	(358)
第十章 法院调解	(360)
第十一章 财产保全和先予执行	(363)

第十二章 对妨害民事诉讼的强制措施	(367)
第十三章 普通程序	(369)
第十四章 简易程序	(376)
第十五章 第二审程序	(379)
第十六章 特别程序	(384)
第十七章 审判监督程序	(388)
第十八章 督促程序	(397)
第十九章 公示催告程序	(400)
第二十章 民事裁判	(403)
第二十一章 执行程序	(405)
第二十二章 涉外民事诉讼程序	(416)
第二十三章 仲裁与仲裁法概述	(420)
第二十四章 仲裁委员会和仲裁协会	(422)
第二十五章 仲裁协议	(425)
第二十六章 仲裁程序	(429)
第二十七章 申请撤销仲裁裁决	(436)
第二十八章 仲裁裁决的执行与不予执行	(439)
第二十九章 涉外仲裁	(443)
附录：法律法规目录	(447)

民法

第一章 民法概说

● 2009 年大纲要求与变化指引

一、2009 年大纲基本要求

了解:民法的概念、民法的调整对象,民事法律关系的概念和特征、要素,民事权利、民事义务、民事责任的概念,物的概念和特征,有价证券的概念和特征、类型。

理解:民事权利、民事义务和民事责任的分类及其意义,民事法律事实的概念及分类,货币的特殊法律属性。

熟悉并能够运用:民法的各项基本原则的含义及其应用,民事权利的救济方式,物的分类的标准及其法律意义。

二、2009 年大纲变化情况

本章大纲内容没有变化。

三、2009 年命题方向提示

民法概述部分是提纲挈领的一章,对民事法律关系的理解、民法上民事权利义务的理解、民事责任的理解十分重要,已成为近几年基本概念中考查的重点。民事法律关系中的民事权利亦是本部分的重点。

考生需把握以下要点:①民事法律关系的概念和特征。民事法律关系必须是民事法律规范所调整的,平等的民事主体之间基于特定的民事法律事实发生的,以民事权利和民事义务为内容的社会关系。②民事权利。在民事权利中,应特别注意依据民事权利的效力将民事权利分为支配权、请求权、形成权与抗辩权四种类型。需要了解每种类型的概念、特征及其性质,特别是形成权的性质及表现形式。③物与有价证券。重点注意:其一,关于物的分类,需要掌握动产与不动产、主物与从物、原物与孳息等常见的分类,了解各种分类的标准及区分的法律意义。其二,常见的有价证券,应结合《公司法》、《票据法》的规定加以掌握。

四、已考考点及法条归纳

考查次数	已考考点	已考法条	考查次数	已考考点	已考法条
1 次	民法基本原则	《民法通则》第 4 条	3 次	民事责任	民法理论
9 次	民事法律关系	民法理论	3 次	物	民法理论
5 次	民事权利	民法理论			

第一节 民法的概念和调整对象

从历年的考题分布来看,相对重要的是民法调整对象,是指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。

注意:本部分难点在于民法调整对象与行政法、劳动法调整对象的区别。民法调整对象

一定是平等主体之间的关系,行政法调整对象是非平等主体之间的关系,劳动法调整的是企业与职工之间的关系。

第二节 民法的基本原则

一、平等原则

1. 民事主体资格(民事权利能力)平等;
2. 民事主体的地位平等;
3. 民事主体平等地享有权利,承担义务;
4. 民事主体的民事权益平等地受法律保护。

二、自愿原则

1. 民法在规范民事主体的行为方面,体现当事人意思自治;在调整合同关系方面,有较多的任意性规范。当事人意思表示的效力优于任意性规范。民事行为除违反法律、行政法规的强制性规定以外,通常均有效;

2. 民事主体根据自己的意愿设立、变更或终止民事法律关系,他人不得非法干预;

3. 双方和多方的民事行为由当事人自愿协商。

三、公平原则

1. 民法在规范民事活动时,体现公平原则,兼顾各方当事人的利益;

2. 合同订立应本着公平原则确定相互之间的权利与义务;

3. 法院在处理民事案件时,在法律规定不具体或无规定、当事人也无约定的情况下,应依公平原则作出裁决。

四、诚实信用原则

1. 民事主体行使民事权利,应诚实信用,不损害他人利益和社会利益;

2. 民事主体应诚信地履行义务,不履行或不适当履行义务给他人造成损害时,应承担侵权责任;

3. 处理民事案件时贯彻诚实信用原则,保护当事人的权利,平衡当事人的利益;

4. 在民事基本法上确立诚实信用为基本原则,根据需要制定若干体现诚实信用原则的具体条款。

五、禁止权利滥用原则

禁止权利滥用原则的含义是指权利人行使权利超过正当界限,有损他人利益或社会利益的,为权利的滥用。为防止权利人滥用权利,必要时法律应作限制性的具体规定。例如,加工承揽工作只有轻微瑕疵时,权利人不得请求解除合同。

注意:

A. 构成权利滥用需具备三个条件:①当事人有权利存在;②权利人有行使权利的行为(包括不作为);③当事人的行为有滥用权利的违法性。

B. 判断是否滥用权利。就主观方面而言,权利人的主观目的主要是为了损害他人。从客观上看,权利人的行为产生了损人不利己的后果,或者权利人的行为损人很多,利己很少的,可认定为滥用权利。

C. 滥用权利的法律后果,应区别对待。滥用权利的,权利人的目的不能实现,例如滥用权利解除合同的,合同不得解除;滥用权利构成侵权的,应承担侵权责任。

D. 权利人虽滥用权利,其原有权利并不丧失。

第三节 民事法律关系

一、民事法律关系的概念和特征(2006/3/1)

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。

民事法律关系具有以下特征:

1. 主体的私人性。民事法律关系是平等者之间的关系,因此,它的主体只能是自然人和法人,也即社会普通成员。

2. 内容为私权利和私义务。民事法律关系的内容,就是民事权利和民事义务,具体来说,是人身和财产权利义务关系。

3. 产生的自治性。在大多数情况下,民事法律关系是由当事人根据其意思自主设定的,法律只对意思表示规定严格的条件。

二、民事法律关系的要素(2008/3/1)

1. 民事法律关系的主体。民事法律关系

的主体是民事法律关系中享有权利、承担义务的参与者,包括自然人、法人、个体工商户、农村承包经营户、合伙组织、其他组织。国家在特殊情况下也可以成为民事主体。

2. 民事法律关系的客体。民事法律关系的客体是民事法律关系主体享有的民事权利义务所共同指向的对象,包括各种物质利益和非物质利益。依利益的表现形式,可分为物、行为、智力成果三类。

A. 物。物是能满足人的需要,能够被人支配或控制的物质实体或自然力。

B. 行为。作为客体的行为特指能满足债权人利益的行为,通常也称给付。

C. 智力成果。智力成果是人脑力劳动创造的精神财富,是知识产权的客体,包括文学、艺术、科技作品、发明、实用新型、外观设计以及商标等。知识产权保护的不是智力成果的载体,而是载体上的信息,而载体本身属物权保护对象。

3. 民事法律关系的内容。民事法律关系的内容是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。

注意:民事法律关系与其他社会关系的区别:民事法律关系是体现民事权利义务内容,并由法律规范加以调整的关系。其他社会关系,如道义关系、礼仪关系等,不体现民事权利义务内容,不由法律规范加以调整。在具体事例中将二者区别开来,不能将民事法律关系泛化。

三、民事权利

1. 民事权利的概念和分类(2005/3/58; 2004/3/1; 2003/3/34)。

民事权利,是指民事法律规范赋予民事主体实现其利益的法律手段。

根据不同的划分标准,可将民事权利作如下分类:

A. 以民事权利客体所体现的利益为标准,民事权利分为人身权和财产权。财产权是以财产利益为内容的权利,如物权、债权等;人身权是以人身利益为内容的权利,具有与人身不可分离的特点,包括人格权、身份权等。

B. 以民事权利的效力为标准,民事权利可

分为支配权、请求权、形成权、抗辩权。支配权是指权利主体进行直接的排他性支配,并享受其利益的权利,人身权、物权、知识产权中的财产权等属于支配权。请求权是指权利人请求他人为一定行为和不为一定行为的权利,债权是典型的请求权。形成权是指权利人以自己单方的意思表示就能使权利发生、变更、消灭的权利,撤销权、解除权、追认权、抵销权等属于形成权。抗辩权是指阻止请求权效力的权利,如先诉抗辩权、不安抗辩权等。

注意:形成权包括财产法上的形成权和身份法上的形成权。财产法上的形成权分为两类:①债权性形成权,此种形成权依附于债权而产生,并与债权不可分离,主要包括撤销权、撤回权、追认权、解除权、终止权、选择权、抵销权、免除权、买回权、减价请求权、租金减少请求权等;②物权性形成权,此种形成权是依附于物权而产生,并与物权不可分离,主要包括撤销权、所有权的抛弃、其他物权的抛弃、共有物分割请求权等。

身份法上的形成权主要是基于身份关系而产生的,主要包括婚约撤销权、解除婚约权、婚姻撤销权、离婚请求权、子女认领权、撤销收养权、监护资格辞去权、遗嘱撤回权、继承人或受遗赠人对继承权或受遗赠权的抛弃权、遗产分割权。

形成权的行使,一般而言,以当事人单方的意思表示就可以发生效力。如法定代理人的追认权、选择之债中的选择权、抵销权、合同解除权等。

C. 以民事权利效力所及相对人的范围为标准,民事权利可以划分为绝对权和相对权。绝对权是指权利效力所及不特定人的权利,物权、人身权等均属绝对权。相对权是权利效力所及特定人的权利,债权是典型的相对权。

D. 以民事权利的依存关系为标准,民事权利可分为主权利与从权利。主权利是不依赖他权利为条件而能够独立存在的权利。从权利是以主权利的存在为前提的权利,如保证债权。

E. 以民事权利与权利人的联系为标准,民事权利可以分为专属权与非专属权。

F. 以民事权利是否现实取得为标准,民事权利可分为既得权与期待权。

2. 民事权利的行使。民事权利的行使,是指民事权利主体实现其权利内容的行为。对此应当注意以下几点:

A. 行使民事权利与主张民事权利不同。例如,民事权利主体向法院提起确认权利存在的诉讼,是主张民事权利,并不是实现权利的内容。民事权利的行使是实现民事权利内容的过程。民事权利的实现是民事权利行使的结果。

B. 行使民事权利的方法多种多样,大体上可概括为事实行为方法和民事行为方法两种。

C. 民事权利的行使由权利人的意思决定,但不得滥用民事权利。

3. 民事权利的救济。无救济则无权利,民法对民事权利的保护,主要体现在救济制度上,即赋予当事人救济权,许可当事人在某些场合依靠自身力量实施自力救济,更着重于为权利人提供公力救济。

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。

自力救济是权利人依靠自己的力量强制他人捍卫自己权利的行为,包括自卫行为和自助行为。

注意:自助行为需要四个要件:①为保护自己的权利;②情势紧迫来不及请求公力救济;③采取的手段适当;④事后及时请求有关国家机关处理。

自助行为与侵权行为的区别在于:自助行为是针对自身权利受到侵害时进行的自力救济。

侵权行为与抗辩权的区别在于:抗辩权是针对请求权而言的,没有请求权就没有抗辩权,而侵权行为违反了自身的法定义务,侵害他人的权利。

四、民事义务

民事义务,是指由民事法律规范规定或当事人依法约定,义务人为一定的行为(作为或不作为),以满足权利人的利益的法律手段。民事权利体现为利益,民事义务则体现为不利

益。对民事权利,当事人既可行使,也可抛弃;而对民事义务,因其有法律的强制力,义务人必须履行,若过失而不履行时,要承担由此而产生的民事责任。

民事义务可以分为以下两类:

1. 法定义务与约定义务,这是以民事义务发生的根据为标准进行的分类。法定义务,是指民事法律规范规定的民事主体应负的义务。约定义务,是指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. 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。

五、民事责任

1. 民事责任的概念与特征。民事责任是指民事主体违反合同义务或法定民事义务而应承担的法律后果。民事责任与民事制裁二者概念既密切联系又有所区别。法律制裁是指由特定国家机关对违法者依其法律责任实施的强制性惩罚措施。

民事责任有如下特征:

A. 民事责任是不履行义务的法律后果。在行为规范中,应当实施的行为,属于义务而非责任,只有当事人不法地不履行义务时,方发生责任。因此,责任存在于裁判规范中,司法机关是依裁判规范而非行为规范课以当事人责任。

B. 民事责任属于公力救济。责任对应的是公法上的制裁,义务对应的是私权,民事责任的判处和执行依赖于国家公权力。

C. 民事责任的效果,是救济权人得以公力救济方式诉请执行机关予以强制执行。凡权利人以自己力量实施的救济,属自力救济,公力救济所实施的强制执行,即是民事责任。

2. 民事责任的分类。

A. 合同责任、侵权责任与其他责任,这是依责任发生根据的不同而进行的分类。合同责任,是指因违反合同约定的义务或违反合同法规定的义务而产生的责任。侵权责任,是指因侵犯他人的财产权益或人身权益而产生的责任。其他责任就是合同责任与侵权责任之外的

其他民事责任。必须注意的是,“合同责任”与“违约责任”不是同一个概念。合同责任的外延比违约责任要大,除违约责任外,依据合同法的规定产生的不属于侵权责任的民事责任,如缔约过失责任、后合同责任等也应包括在合同责任内。

B. 无限责任与有限责任,这是依承担民事责任的财产范围不同而进行的分类。

C. 按份责任、连带责任和补充责任,这是根据各责任人之间的关系进行的分类。

D. 过错责任、无过错责任、公平责任,这是根据责任的构成是否以当事人的过错为要件进行的分类。过错责任是指行为人主观上有过错并给他人造成了损害而应承担的责任。无过错责任是指行为人只要给他人造成损失,不问其主观上是否有过错,都应当承担的责任。公平责任是指当事人对造成的损害都无过错,不能适用无过错责任,但在如果不赔偿受害人遭受的损失又显失公平的情况下,由人民法院根据实际情况,依公平原则判由双方或多方分担损失的一种责任方式。

3. 民事责任的承担方式。承担民事责任的方式主要有以下 10 种:

- A. 停止侵害;
- B. 排除妨碍;
- C. 消除危险;
- D. 返还财产;
- E. 恢复原状;
- F. 修理、重作、更换;
- G. 赔偿损失;
- H. 支付违约金;
- I. 消除影响、恢复名誉;
- J. 赔礼道歉。

除此之外,法院在审理案件时还可采取训诫、责令具结悔过、收缴进行非法活动的财物和非法所得,并可依法处以罚款和拘留等强制措施。另外,承担违约责任的方式除了赔偿损失、支付违约金外,尚有实际履行、退货、减少价款或者报酬、执行定金罚则等。以上种种民事责任的承担方式,原则上讲既可以单独适用,也可以合并适用。除承担民事责任外,不排除根据

违法行为的性质还可能承担行政责任或刑事责任。

六、民事法律事实

1. 民事法律事实的概念。民事法律事实,是指引起民事法律关系发生、变更或消灭的事实或客观现象。不是任何事实都能成为民事法律事实,只有民法将一定的事实与一定的法律后果联系起来的时候,该事实才能成为民事法律事实。

2. 民事法律事实的分类。民事法律事实可分为行为和事件两类:

行为,是指人有意识的活动,包括作为和不作为。

事件,是指某种客观现象的发生,有学者称为具体的自然事实。例如,人的出生、死亡,天然孳息的分离。

3. 民事法律事实的构成。民事法律事实的构成,又称民事法律事实的结合,是指引起某项民事法律关系的发生、变更或消灭,需要有两个或两个以上的民事法律事实相结合。例如,遗嘱继承关系的发生,需要被继承人留下有效的遗嘱、被继承人死亡和继承人不拒绝接受遗嘱继承等民事法律事实的相结合。

第四节 物与有价证券

一、物的概念与特征

民法上的物,是指存在于人身之外,能够满足人们的社会需要而又能为人所实际控制或支配的物质客体。

物的法律特征为:

1. 物存在于人身之外,具有非人格性,只能是存在于人身之外的物。

2. 物必须具有一定的使用价值,能够满足人们一定的社会需要。

3. 物体或自然力只有被人支配和控制时,才能成为民法上的物。

4. 物以有体物为限。有体物,是指占有一定空间且具有某种形体的物。

二、物的分类

1. 不动产与动产。动产是指能够移动而不损害其价值或用途的物。此外,在法律上各

种可以支配控制的自然力,在性质上也应认定为动产。不动产是指不能移动或移动会损害其用途或价值的物。不动产主要指土地及土地上的定着物。

注意:区分动产和不动产的意义在于:

A. 物权变动的法定要件不同。动产的物权变动一般以物的实际交付为要件;不动产的物权变动一般以登记为要件。

B. 物权类型不同。根据物权的客体是动产还是不动产,可以分为动产物权和不动产物权。不动产所有权、地上权等是不动产物权;而动产所有权、动产质权、留置权等则是动产物权。

C. 诉讼管辖不同。因不动产发生的争议,适用专属管辖,不动产诉讼专属不动产所在地法院管辖。而因动产引起的民事诉讼,则依普通管辖确定管辖法院,如被告住所地、合同履行地等。

2. 特定物与种类物。特定物是指自身具有独立的特征,或者经权利人指定而特定化的物。种类物是指具有共同特征,能以品种、规格、质量或者度量衡加以确定的物。

注意:特定物和种类物的区别:

A. 民事法律关系的专属性不同。民事法律关系,有的只能以特定物为客体,如租赁、借用合同等,而有的只能以种类物为客体,如消费借贷、货币借贷等。

B. 物意外灭失的法律后果不同。特定物在交付前意外灭失,免除交付人的交付义务;种类物在交付前意外灭失的,则不免除交付人的交付义务。

C. 所有权移转时间不同。特定物的转让,既可以物之交付为所有权移转的时间,也可依约定或法定,以交付以外的方式确定所有权移转的时间。而种类物的转让,因交付前尚未特定化,故只能以物之交付为所有权移转的时间。

3. 可分物与不可分物。可分物是指可以分割,并且不因分割而损害其价值的物。不可分物是指依照物的性质不能分割的物,或者分割将损害其价值的物。

区分法律意义:

(1)确立共有物的分割方法。共有人在分割共同财产时,对可分物,可分割实物,各得其所;对于不可分物,只能作价值上的分割,而不能作实物分割,实物可归于一人,由其对他人所得作补偿,或者将实物出卖,分割所得价款。

(2)确认多数人之债的性质。对于多数人之债,须确认究属连带之债还是按份之债。当标的物为数人共有,标的物上产生的利益或负担自然也由共有人分享或分担。在标的物属可分物时,产生的利益或负担除法律有相反规定外,可作为按份债权或按份债务;在标的物属不可分物时,因产生的利益或负担属不可分债权或不可分债务,故在共有人之间发生连带债权或连带债务的关系。

4. 消耗物与不可消耗物。消耗物是仅一次性有效使用就灭失或品质发生变化的物。不可消耗物是可反复使用,通过使用逐渐磨损其效用的物,区分二者的法律意义在于:消耗物与不可消耗物决定民事法律关系的类型。如同样是借物,所借之物为消耗物时,合同的性质就是消费借贷,借贷物交付时所有权移转,借贷人只要返还种类物即可;反之,所借之物为不可消耗物时,合同的性质就是借用合同或租赁合同,租借交付时仅移转使用权,租借人须返还原物。

5. 主物与从物。从物是相对于主物而言的,应明确从物应具备的条件:从物之使用目的应具有永久性,从物与主物同属于一人,从物须具有独立性,须交易上视为从物。

注意:从物与附属物、从物与孳息的区别:

从物在物理上必须与主物相分离,具有独立性;而附属物在物理上附属于他物,不具有独立性。从物是永久地配合主物发生作用的,而孳息是原物所生的收益。无论从物、附属物、孳息,除当事人另有约定或法律另有规定外,随主物、不动产、原物所有权的转移而转移。

6. 原物与孳息(2005/3/52)。原物是指依自然属性或法律的规定,能够产生收益的物。孳息物是原物产生之物。依自然属性产生的孳息称天然孳息;依法律规定产生的孳息称法定孳息。

注意:孳息的法律意义体现在物权法和债

权法两个方面:在物权法方面,在当事人没有约定或法律没有特殊规定的情况下,我国采母物主义;在债权法方面,应特别注意买卖合同中,当事人没有约定的情况下,孳息与交付相联系,而非与所有权相联系。

孳息与原物是彼此分离的,孳息是相对于原物而言的,孳息是原物派生的。孳息与原物在物理上必须分离,如果未分离,则属于整体与部分的关系,不属于原物与孳息的关系。还应注意孳息与转化物的区别。像鸡蛋孵出的小鸡,煤发出的电,布匹做出的衣服,木料做成的家具,则不属于原物与孳息的关系,而属转化物的问题。

7. 货币。货币是充当一般等价物的特殊商品,属于民法上的种类物。我国的法定货币是人民币,包括各种纸币和铸币。

货币作为民法上特殊的种类物,其特殊之处是:①货币占有权与所有权合二为一,货币的占有人视为货币所有人;②货币所有权的转移以交付为要件,即使在借款合同中,转移的也是货币所有权,而非货币的使用权;③货币不发生返还请求权与占有回复诉权问题,仅能基于合同关系、不当得利或侵权行为提出相应的请求。

三、有价证券

1. 有价证券的概念和法律特征。有价证券是指设定并证明一定财产权利的书面凭证。有价证券,主要包括股票、公司债券和国务院依法认定的债券。但通说认为,有价证券还应包括票据。

有价证券具有下列特征:

A. 有价证券与证券上所记载的财产权利不能分离,持券人行使有价证券所载的权利必须提示并交付证券;

B. 有价证券的债务人是特定的,即证券的权利人只能向证券上记载的债务人要求实现债权;

C. 有价证券的债务人的义务是单方的,债务人不得要求权利人支付相应对价。

2. 有价证券的分类。

(1)依有价证券所设定的财产权利的性质不同可以将其分为:

A. 设定一定股份权利的有价证券,如股票。

B. 设定一定物权的有价证券,如提单、仓单。

C. 设定一定债权的有价证券,如债券、汇票、本票、支票等。

(2)依有价证券记载权利人的方式不同可以将其分为:

A. 记名有价证券,是指在证券上记载着证券权利人的姓名或名称的有价证券。

B. 无记名有价证券,是指在证券上没有记载该证券权利人的姓名或名称的有价证券。这种有价证券可以自由转让,证券义务人只对证券持有人负履行义务。

C. 指示有价证券,是指在证券上指明第一个权利人的姓名或名称的有价证券。指示有价证券的权利人是证券上指明的人,证券义务人只对证券上记载的持券人负履行义务。

3. 有价证券的几种主要类型。

A. 票据,是由出票人依法签发的,约定由自己或委托他人于约定时间无条件支付确定金额给持票人或收款人的有价证券。票据可分为汇票、本票、支票。

B. 债券,是国家或企业依法发行的,约定于到期时还本付息的有价证券。它可以分为公债券和企业债券。公债券是国家发行的债券,如国库券就是一种公债券。企业债券是企业发行的债券。

C. 股票,是股份有限公司依法发行的表明股东权利的有价证券。它是股东所持股份的书面凭证。

D. 提单,是指用来证明海上货物运输中承运人保证据以交付货物的单证。提单既是货物运输合同成立的证书,也是承运货物的物权凭证。

第二章 自然人

● 2009 年大纲要求与变化指引

一、2009 年大纲基本要求

了解:自然人的民事权利能力和民事行为能力的概念,自然人的住所的概念及法律意义,监护的概念、监护人的职责、监护的终止,宣告失踪和宣告死亡的概念,个人合伙的概念和特征。

理解:监护人的设立,宣告失踪和宣告死亡的法律要件,个体工商户和农村承包经营户的财产责任。

熟悉并能够运用:自然人的民事权利能力的开始和终止,自然人民事行为能力的类型,宣告失踪和宣告死亡的效力及其撤销,个人合伙的财产关系、内部关系、债务承担的基本规则。

二、2009 年大纲变化情况

本章大纲内容没有变化。

三、2009 年命题方向提示

自然人属于民事法律关系三要素中的民事主体,司法考试对此有所涉猎,主要从自然人的民事权利能力与民事行为能力、监护、宣告失踪与宣告死亡等方面进行考查。考生应把握以下主要知识点:①关于自然人的权利能力,要熟记自然人权利能力的起始点,了解胎儿在我国的民事法律地位。②关于自然人的行为能力,要了解行为能力的三种类型,知道它们各自的划分标准,掌握法律为了补救自然人行为能力的欠缺而设置的监护人制度。特别要注意监护人的法律职责,尤其是被监护人造成他人损害的,监护人应当承担的无过错责任,这是历年司法考试反复考查的知识点。③关于自然人行为能力,还需了解限制民事行为能力人与无民事行为能力人如何参与民事活动,哪些行为必须由法定代理人代理或者必须征得法定代理人的同意;哪些行为可由他们自己实施,对此应结合《合同法》中的效力待定合同加以掌握。

四、已考考点及法条归纳

考查次数	已考考点	已考法条
3 次	自然人的民事行为能力	《民法通则》第 11 ~ 14 条
1 次	自然人的住所	《民法通则》第 15 条
5 次	监护	《民法通则》第 15、16 条;《民通意见》第 10 ~ 23 条
2 次	宣告失踪	《民法通则》第 20 ~ 22 条;《民通意见》第 24 ~ 35 条
4 次	宣告死亡	《民法通则》第 23 ~ 25 条;《民通意见》第 36 ~ 40 条
5 次	个人合伙	《民法通则》第 30 ~ 35 条

第一节 自然人的民事权利能力

一、自然人

自然人,是依自然规律出生而取得民事主

体资格的人,自然人是与法人相对应的概念。

二、自然人民事权利能力

民事权利能力,是指民事主体依法享有民事权利和承担民事义务的资格。自然人的民事

权利能力,是指自然人依法享有民事权利和承担民事义务的资格。我国《民法通则》第10条规定,公民的民事权利能力一律平等。平等性是自然人民事权利能力的首要特征;其次,是不可转让性,民事权利能力与自然人不可分离,故不得转让、抛弃。

1. 自然人民事权利能力的开始。自然人的民事权利能力始于出生。因出生这一自然事实的完成,自然人当然取得民事权利能力,而无须履行任何法定手续。

(1) 出生时间的认定。自然人出生的时间以户籍证明为准。没有户籍证明的,以医院出具的出生证明为准。没有医院证明的,参照其他有关证明认定。

(2) 胎儿利益的保护。我国民法在不承认胎儿权利能力的前提下,考虑到胎儿将成为婴儿而具有的利益,给予特殊的保护。一是对胎儿应继份额的保护。二是对胎儿健康利益的保护,胎儿在母体内受害而流产或成为死体的只能由母亲行使损害赔偿请求权,不存在对胎儿利益的独立保护问题;胎儿在母体内受害,出生后身体或健康存在问题的,除母亲主张损害赔偿请求权外,出生后的婴儿可作为独立的民事主体向加害人主张损害赔偿请求权。

(3) 民事权利能力的开始与年龄的关系。自然人的民事权利能力始于出生,与自然人的年龄没有关系。这是民事权利能力的一条基本原则。但是作为例外,自然人的某些特殊的民事权利能力不是始于出生,而是要达到一定年龄以后才能享有。

2. 自然人民事权利能力的终止。自然人的民事权利能力终于死亡。死亡是自然人民事权利能力消灭的唯一原因。

民法上讲的死亡包括:

(1) 生理死亡,又称自然死亡,它是指自然人生命的终结。在我国的司法实践中,自然人在医院死亡的,以死亡证上记载的死亡时间为准。

(2) 宣告死亡,是指通过法定程序确定失踪人死亡。宣告死亡的时间以人民法院宣告死亡的日期为准。但有民事行为能力的人在被宣

告死亡期间实施的民事法律行为有效。

注意:在我国司法实践中,对死者名誉的保护,不是因为死者是民事主体、享有民事权利能力,而是基于死者近亲属利益的考虑。因此,不法侵害死者人格或遗骨的行为,死者的亲属可以主张损害赔偿请求权。

第二节 自然人的民事行为能力

一、自然人民事行为能力的概念

自然人的民事行为能力是指自然人能以自己的行为取得民事权利、承担民事义务的资格。

二、自然人民事行为能力的种类

A. 完全民事行为能力,是指自然人通过自己独立的行为行使民事权利、履行民事义务的能力。18周岁以上的自然人是成年人,具有完全的民事行为能力,可以独立进行民事活动。行为人致人损害时年满18周岁的,应当由本人承担民事责任;没有经济收入的,由扶养人垫付,垫付有困难的,可以判决或调解延期给付。16周岁以上不满18周岁的自然人,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。

B. 限制民事行为能力,是指自然人在一定范围内具有民事行为能力,超出一定范围便不具有相应的民事行为能力。10周岁以上的未成年人和不能完全辨认自己行为的精神病人是限制民事行为能力人,法律允许其实施日常生活必需的民事法律行为,进行某些纯获利益的行为,享有以自己的行为取得的荣誉权、发明权、著作权等民事权利。但是,一些重要的或复杂的民事法律行为由他们的法定代理人代理或征得其法定代理人同意以后才能实施。

C. 无民事行为能力,是指自然人不具有以自己的行为取得民事权利和承担民事义务的能力。不满10周岁的未成年人和不能辨认自己行为的精神病人是无民事行为能力人,由其法定代理人代理民事活动。但在实践中,根据日常生活习惯,不满10周岁的未成年人进行与其年龄、智力相适应的民事活动,应认定其民事行为的效力。无民事行为能力人纯获利益的行为有效。

第三节 自然人的住所与监护

一、自然人的住所

自然人的住所是自然人以久住的意思而经常居住的中心生活场所;居所是自然人经常居住的场所。构成住所,必须有久住的意思和经常居住事实两个条件。自然人的住所只能有一个,自然人以其户籍所在地的居住地为住所。经常居住地与户籍所在地不一致的,经常居住地视为住所。经常居住地是指自然人离开住所后连续居住满1年以上的地方,但医院除外。自然人于户籍所在地迁出后至迁入前无经常居住地的,仍以其原户籍所在地为住所。

二、监护

1. 监护人的设立。

(1) 未成年人的监护人的设立分为以下几种情况:

A. 父母为未成年人的当然法定监护人。未成年人一经出生,具有监护能力的父母便成为未成年人的当然监护人。这种监护是一种法定监护。

注意:①父母离婚以后,父母双方均为监护人,不因离婚而改变。②未成年子女在学校期间,其监护人仍为父母。学校只是负有教育管理义务的人,不为监护人。③未成年子女委托给亲戚朋友照管期间,监护人仍然是父母,亲戚朋友为受托监护人。④父母双方监护人的身份不因他们之间的协议而改变,但对未成年人成长不利的,可依法剥夺父母双方或一方的监护人资格。

B. 未成年子女的父母双亡或丧失监护能力或被取消监护人资格的,由未成年人的有监护能力的祖父母、外祖父母或成年兄、姐担任监护人。他们担任监护人是法定义务。在这些法定监护人中有两人以上又均具有监护能力的,可以通过协议确定由其中一人担任监护人或由数人担任监护人。

C. 在没有上述近亲属时,由未成年人的其他亲属、朋友,如叔、伯、姨、姑、舅等担任监护人。这些其他亲属、朋友担任监护人,还应具备两个条件:一是他们愿意担任监护人,二是应得

到未成年人父母所在单位或未成年人住所地的居民委员会或村民委员会的同意。

D. 指定未成年人的监护人。这在两种情况下发生,一是争当监护人,二是都不愿担任监护人。有权指定未成年人的监护人的有关组织是未成年人父母所在单位。如果未成年人父母没有所在单位或者该单位拒绝指定或不适宜由其指定时,由未成年人住所地的居民委员会或者村民委员会指定。当事人不服上述组织指定的,可以向人民法院提起诉讼。如果未经有关组织指定,直接向人民法院起诉的,人民法院不予受理。

E. 未成年人没有上述法定监护人,也没有其他亲属、朋友担任监护人的,由未成年人父母所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会或民政部门担任监护人。

(2) 精神病人设立监护人分为以下几种情况:

A. 精神病人的法定监护人为其配偶、父母、成年子女、其他近亲属。这些亲属担任精神病人的监护人是其法定义务。关系密切的其他亲属、朋友愿意承担监护责任,经精神病人所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会同意的,也可以担任监护人。

B. 精神病人没有上述监护人,或者上述监护人均丧失了监护能力,则由精神病人所在单位或者精神病人住所地的居民委员会、村民委员会或民政部门担任监护人。

C. 当担任精神病人的监护人有争议时,由精神病人的所在单位或住所地的居民委员会、村民委员会从近亲属中指定监护人。对上述组织指定不服的,可以向人民法院起诉,由人民法院指定监护人。为精神病人指定监护人时,应依其法定监护人的顺序为之,即只有前一顺序的有监护资格的人无监护能力,或者由其担任监护人对被监护人明显不利时,才可从后一顺序有监护能力的人中择优确定。指定关系密切的其他亲属、朋友担任监护人时,必须得到他们的同意。

2. 监护人的职责。

A. 保护被监护人的身体健康和人身安全,