



# 文运法硕

[www.wyflashuo.com](http://www.wyflashuo.com)

中国法律硕士·权威品牌

## 2019 年文运法硕考前冲刺

### 主观题必背民法学 210 题

（非法学及法学均适用）



扫描并关注文运法硕微信，获取考前押题预测补充信息

**本主观题必背不是文运法硕押题，而是文运法硕整理的冲刺背诵材料！**

文运法硕网址：[www.wyflashuo.com](http://www.wyflashuo.com) 报名电话：010-57723978

客服手机：18810591683（微信）；18810591685（微信）；18811738882（微信）

客服 QQ:11570882 QQ:58900882 QQ:87800882 QQ:18980560

地址：北京市海淀区苏州街 33 号公寓写字楼 1503

（人民大学西门右转 350 米，地铁 10 号线苏州街站 A 口）

**内部资料，禁止外传！**

## 2006-2018 年法律硕士（非法学）真题民法主观题考点

年份	简答	辨析（已取消）	法条分析	案例分析
2006	建筑物区分所有权的概念和特征； 代位继承与转继承的区别	代理制度	无因管理	不动产物权变动
2007	善意取得 遗赠与遗嘱继承的区别	诉讼时效和除斥期间	缔约过失责任	债权让与 代位权
2008	物权与债权的区别 侵权责任归责原则	诚实信用原则	不当得利	不动产抵押权、权利 质权
2009	法人成立的条件 保证的含义和特征	债的相对性 限定继承	代位权	物件损害责任
2010	民事法律行为有效条件 缔约过失责任	父母子女关系 继承权平等	保证	承租人的优先购买 权
2011	诚实信用原则 无过错责任原则	保证责任	不动产物权变 动和合同效力 的关系	悬赏广告的法律性 质 拾得遗失物
2012	民事法律行为的含义和特征 留置权的含义及成立要件	夫妻财产制度	过错责任和过 错推定责任	非依法律行为的物 权变动 连带保证
2013	知识产权的法律特征 遗嘱的有效要件	监护制度和未成 年人侵权责任	物权法定原则	合同解除 拾得遗失物 悬赏广告
2014	不安抗辩权 邻接权与著作权的区别	民事权利行使的 限制	建筑物区分所 有权	买卖合同（履行救 济、非必备条款的补 充、风险负担）
2015	职务发明创造的具体类型 滥用代理权	不动产物权的设 立	可撤销婚姻	借款合同、保证、债 权让与
2016	宣告死亡 专利权客体的类型	物权的追及力	格式条款	所有权的消灭、赠与 合同、所有权转移的 交付方式
2017	侵权责任的承担方式 表见代理的构成要件	商标的保护	无因管理	无权处分的合同效 力、特殊动产抵押权 的设立、合同解除
2018	效力待定民事法律行为的法律 后果； 表演者的权利与表演权的区别	——	预告登记	分期付款买卖、 合同法定解除、 用人单位责任

## 2010-2018 年法律硕士（法学）真题民法主观题考点

年份	简答	论述	案例分析
2010	婚姻的效力 一般人格权的功能	狭义无权代理中 各方当事人的权 利义务	合同的生效条件、区分 原则
2011	非法人组织的概念和要件 地役权与相邻关系的联系和区 别	情势变更	夫妻共同债务、连带保 证、
2012	民事法律行为的含义和特征 用益物权和担保物权的区别	合同的相对性	夫妻忠诚协议的法律效 力
2013	共同危险行为的构成要件 遗赠和遗赠抚养协议的区别	民事权利的私力 救济	借款合同、连带保证
2014	共同侵权行为的概念和构成要 件 离婚与撤销婚姻的区别	民法的性质	善意取得、无权处分、 无因管理
2015	产品责任的构成要件及责任形 式 滥用代理权的情形和效力	物权的保护	买卖合同、留置权
2016	商业秘密的构成要件 附条件民事法律行为的含义和 条件的特点	物权法公示公信 原则	货运合同、格式条款、 物权请求权
2017	商标权的内容 侵权责任的抗辩事由	民法基本原则的 含义和功能	承揽合同、留置权、定 金合同
2018	效力待定民事法律行为的法律 后果； 表演者的权利与表演权的区别	我国民法中绿色 原则的功能	监护制度、债权合同效 力与物权变动效果的区 分原则、夫妻共同债务 的认定、宣告失踪制度

# 目 录

第一部分：民法总则.....	9
第一章 绪论.....	9
1、民法的性质（2017 年考试分析增修，2014 法学论述题）.....	9
2、民法解释的概念及其必要性（2017 年考试分析增修）.....	9
3、民法调整的人身关系的特点（2017 年考试分析增修）.....	9
4、民法调整的财产关系的特点（2017 年考试分析增修）.....	9
5、民法基本原则的概念及功能（2017 年考试分析增修、2017 年法学论述）.....	9
6、平等原则的含义及其具体体现（2017 考试分析新增）.....	10
7、自愿原则的含义及其具体体现.....	10
8、公平原则的含义及与其他原则的关系.....	10
9、诚实信用原则的含义及其体现（2011 年简答题）.....	10
10、合法原则的含义（2018 考试大纲、考试分析增修）.....	10
11、公序良俗原则的含义、作用（2018 考试大纲、分析增修）.....	10
12、绿色原则的含义和要求（2018 考试大纲、分析增修；2018 年法学论述题）.....	11
第二章 民事法律关系.....	11
13、民事法律关系的概念和特征.....	11
14、民事权利的概念及特征（2017 年考试分析新增）.....	11
15、民事权利的行使（2017 年考试分析新增，2014 年辨析题）.....	11
16、民事权利的保护（2017 年考试分析增修，2013 年法学论述题）.....	11
17、民事义务的概念和特征（2017 年考试分析新增）.....	11
18、民事责任的概念和特征（2017 年考试分析新增）.....	12
第三章 自然人.....	12
19、民事权利能力的概念和法律特征.....	12
20、自然人民事行为能力的概念和法律特征.....	12
21、自然人民事行为能力的分类（2018 考试分析增修）.....	12
22、自然人欠缺民事行为能力的认定（2018 考试分析增修）.....	13
23、关于监护制度的相关问题（2018 年考试分析增修、2018 年法学案例分析题涉及）.....	13
24、宣告失踪的条件（2018 考试分析增修；2018 年法学案例分析题涉及）.....	14
25、宣告死亡的条件（2016 年简答题）.....	14
26、死亡宣告撤销的后果（2018 考试分析增修）.....	14
27、个体工商户的概念及法律特征.....	15
28、农村承包经营户的概念及特征.....	15
第四章 法人.....	15
29、法人的概念及特征（2017 年考试分析增修）.....	15
30、社团法人和财团法人的区别.....	15
31、营利法人、非营利法人和特别法人的区别（2018 考试大纲、分析增修）.....	16
32、营利法人的机构（2018 考试大纲、分析增修）.....	16
33、法人人格否认制度（2018 考试大纲、分析增修）.....	16
34、非营利法人的概念和类型（2018 考试大纲、分析增修）.....	16
35、特别法人的概念和类型（2018 考试大纲、分析增修）.....	16
36、法人成立的条件（2009 年简答）.....	16
37、法人的变更（2018 考试大纲、分析增修）.....	17

38、法人终止的概念和原因(2018 考试大纲、分析增修)	17
第五章 非法人组织	17
39、非法人组织的概念及特征(2018 年考试分析增修, 2011 年法学简答题)	17
40、非法人组织的类型(2018 年考试大纲、分析增修)	17
41、普通合伙企业概念及设立条件	17
42、合伙企业的全票决事项:	18
43、退伙的情形(2018 考试分析增修)	18
44、有限合伙企业的设立条件(2018 考试分析增修)	18
45、有限合伙企业中入伙与退伙的特殊规定(2018 考试分析增修)	18
第六章 民事法律行为	18
46、民事法律行为的概念及特征(2018 年考试分析增修, 2012 简答题, 2012 法学简答)	18
47、意思表示的概念和特征(2017 年考试分析新增)	19
48、意思表示的解释(2018 考试大纲、分析新增)	19
49、民事法律行为的成立(2017 年考试分析新增)	19
50、民事法律行为的实质有效条件(2010 简答题)	19
51、无效的民事法律行为的概念及特点(2018 考试分析增修)	19
52、无效的民事法律行为的情形(2018 年考试大纲、分析增修)	19
53、无效的民事法律行为的法律后果(2018 考试大纲、分析增修)	19
54、可撤销的民事法律行为的相关问题(2018 考试大纲、分析增修)	19
55、效力待定的民事法律行为的概念和特征(2018 年考试分析增修)	20
56、效力待定的民事法律行为的情形(2018 考试分析增修)	20
57、效力待定的民事法律行为的法律后果(2018 考试大纲、分析增修、2018 年法学、非法学简答题)	20
58、附条件民事法律行为的概念及条件的特点(2005 年简答题、2016 法学简答题)	20
59、附期限法律行为的概念和期限的特点	21
第七章 代理	21
60、代理的概念及其特征	21
61、代理权的行使规则(2015 年简答、2015 法学简答)	21
62、无权代理的概念及效力(2010 年法学论述题)	21
63、表见代理的概念及构成条件(2004 年非法学简答题、2005 年非法学法条分析题、2017 年非法学简答)	22
64、常见的表见代理情形	22
65、简述委托代理终止的原因	22
66、法定代理终止的原因(2018 考试分析增修)	22
67、被代理人死亡后的代理行为仍然有效的情形有哪些?	22
第八章 诉讼时效与期间	23
68、时效的概念及特征(2017 年考试分析新增)	23
69、诉讼时效的适用范围(2018 考试分析增修)	23
70、诉讼时效的类型及中止事由(2018 考试分析增修)	23
71、诉讼时效的中断	23
72、诉讼时效和除斥期间的区别(2017 年考试分析增修)	23
第九章 人身权	24
73、人格权的概念和特征(2017 年考试分析新增)	24
74、一般人格权的特征和功能(2018 考试分析增修)	24
75、人身权的概念及特征	24



76、身份权的概念和特征（2017 年考试分析新增） .....	24
77、人格权与身份权的区别 .....	24
78、简述婚姻自主权和个人信息保护的内容（2018 考试分析新增） .....	25
第二部分：民法分则 .....	25
第十章 物权法概述 .....	25
79、简述物权的概念 .....	25
80、物权的特征（2008 年简答） .....	25
81、平等保护原则（2017 年考试分析增修） .....	25
82、物权客体特定原则 .....	25
83、物权法定原则（2013 年法条分析题） .....	26
84、公示、公信原则（2016 年法学论述题） .....	26
85、违反物权法定原则的后果（2017 年考试分析新增） .....	26
86、物权变动的相关问题（2017 年考试分析增修、2011 年法条分析、2015 年辨析题） .....	26
87、交付的几种方式 .....	27
88、异议登记及其效力 .....	27
89、物权的追及、优先、排他效力问题（2016 辨析题、2017 年考试分析增修） .....	27
90、物权的保护的方法（2015 年法学论述题） .....	27
第十一章 所有权 .....	28
91、所有权的概念与特征 .....	28
92、所有权的权能与限制（2017 年考试分析增修，2014 年辨析题） .....	28
93、善意取得的相关问题（2017 年考试分析增修，2007 年简答题） .....	28
94、共有关系的概念与特征 .....	29
95、按份共有关系中的权利 .....	29
96、共同共有的概念与特征 .....	30
97、建筑区分所有权的相关问题（2006 年简答，2014 年法条分析） .....	30
98、相邻关系的概念及特征 .....	30
第十二章 用益物权 .....	30
99、用益物权的概念及特征 .....	30
100、用益物权与担保物权的区别（2004 年简答题，2012 法学简答题） .....	31
101、土地承包经营权概念与特征 .....	31
102、土地承包经营权的内容 .....	31
103、建设用地使用权相关问题： .....	31
101、宅基地使用权的概念、特征 .....	32
104、地役权的概念、特征 .....	32
105、地役权与相邻关系的区别（2011 法学简答题） .....	32
第十三章 担保物权 .....	32
106、担保物权的概念与特征（2004 年简答题） .....	32
107、抵押权相关问题 .....	33
108、动产浮动抵押的相关问题（2017 年考试分析增修） .....	33
109、最高额抵押的概念及其特征 .....	33
110、最高额抵押权人的债权确定的情形（2017 年考试分析新增） .....	34
111、质权的概念、特征 .....	34
112、质权的相关问题 .....	34
113、留置权的相关问题（2012 年简答题） .....	34
第十四章 占有 .....	35

114、占有的效力（2017 年考试分析新增） .....	35
第十五章 知识产权 .....	35
115、知识产权的概念与特征（2013 年简答题，2018 年考试分析增修） .....	35
116、商业秘密的构成条件（2016 年法学简答） .....	35
117、侵犯商业秘密的主要情形 .....	35
118、著作权的概念特征 .....	35
119、邻接权与著作权的联系与区别（2014 年非法学简答题） .....	36
120、表演者的权利（2018 年法学、非法学简答题涉及） .....	36
121、专利权概念及特征（2017 年考试分析增修） .....	36
122、职务发明创造的情形（2015 年简答） .....	36
123、专利权的客体（2016 年简答题） .....	36
124、发明或者实用新型授予专利权的实体条件 .....	36
125、专利权的内容 .....	37
126、专利权无效的原因 .....	37
127、不视为侵犯专利权的行为 .....	37
128、商标权的内容（2017 年法学简答） .....	37
129、侵犯注册商标专用权的情形（2017 年非法学辨析） .....	37
130、我国关于驰名商标的规定 .....	37
第十六章 债法概述 .....	38
131、债权的概念及特征（2017 年考试分析增修） .....	38
132、债权的权能（2017 年考试分析新增） .....	38
133、债务的概念及特征（2017 年考试分析新增） .....	38
134、债的发生根据 .....	38
135、通过合同方式让与债权的条件 .....	39
136、免责的债务移转的概念及要件 .....	39
137、代物清偿的概念及构成要件（2017 年考试分析新增） .....	39
138、清偿抵充规则 .....	39
139、法定抵销的概念及其构成要件（2002 年简答题） .....	39
140、提存的概念及其构成要件 .....	39
141、债的混同及其原因 .....	40
142、不当得利之债的相关问题（2008 年法条分析题） .....	40
143、无因管理之债的相关问题（2006 年、2017 年非法学法条分析题） .....	40
第十七章 合同法总论 .....	40
144、合同的概念和特征 .....	40
145、合同法的基本原则（2017 年考试分析新增） .....	41
146、要约相关问题（2008 年辨析题） .....	41
147、承诺的相关问题（2008 年辨析题） .....	41
148、格式条款的概念及特殊性（2016 年法条分析） .....	41
149、缔约过失责任相关问题（2007 年法条分析题，2010 年简答题） .....	42
150、合同的生效要件 .....	42
151、无效合同的类型（2018 考试分析增修） .....	42
152、可撤销的合同类型及撤销权的消灭（2018 考试分析增修） .....	42
153、同时履行抗辩权的概念及其构成要件 .....	43
154、先履行抗辩权的概念及其构成要件 .....	43
155、不安抗辩权的概念及其构成要件（2014 年简答题） .....	43

156、债权人代位权的相关问题（2009 年法条分析题） .....	43
157、债权人撤销权的相关问题 .....	44
158、合同担保的概念及特征 .....	44
159、保证的相关问题（2009 简答题、2010 法条分析题、2011 年辨析题） .....	44
160、定金的相关问题 .....	45
161、合同解除的概念、特征 .....	45
162、法定解除的条件（2018 年非法学案例分析题涉及） .....	45
163、违约责任的相关问题 .....	45
第十八章 合同法分论 .....	46
164、买卖合同的风险负担 .....	46
165、赠与合同的相关问题 .....	46
166、间接代理制度相关问题（2017 年考试分析新增） .....	47
第十九章 婚姻家庭法 .....	47
167、我国婚姻家庭法的基本原则 .....	47
168、结婚的概念及条件 .....	47
169、无效婚姻的相关问题 .....	48
170、可撤销婚姻的相关问题（2015 年法条分析题） .....	48
171、夫妻法定财产制的内容。（2012 年辨析题） .....	48
172、离婚概念和特征（2017 年考试分析新增） .....	48
173、离婚与宣告婚姻无效、撤销婚姻的区别（2017 年考试分析新增） .....	49
174、登记离婚的条件（2017 年考试分析新增） .....	49
175、诉讼离婚的相关问题 .....	49
176、离婚损害赔偿请求 .....	50
177、收养的概念和特征（2017 年考试分析增修） .....	50
178、一般收养的成立条件 .....	50
179、父母子女之间的权利和义务 .....	50
第二十章 继承法 .....	50
180、继承的概念与特征 .....	50
181、继承权的概念与特征 .....	51
182、继承权的丧失的相关问题 .....	51
183、我国继承法的基本原则 .....	51
184、法定继承的概念与特征 .....	51
185、代位继承的概念与条件 .....	52
186、代位继承与转继承的区别（2006 年简答） .....	52
187、关于遗嘱的相关问题（2013 简答题） .....	52
188、遗嘱继承的概念与特征 .....	53
189、遗嘱继承的适用条件 .....	53
190、遗赠与遗嘱继承的区别（2007 年简答） .....	53
191、遗赠扶养协议的概念和特征 .....	53
192、遗赠扶养协议与遗赠的区别（2013 年法学简答） .....	53
193、遗产的概念与特征 .....	53
194、被继承人债务的清偿原则（2009 年辨析题） .....	53
第二十一章 侵权责任法 .....	54
195、侵权责任的概念与特征 .....	54
196、侵权责任的归责原则的分类及其适用情形（2005 年非法学辨析、2011 年非法学简答、2013	



年非法学辨析、2017 年非法学简答).....	54
197、一般侵权责任构成要件(2017 年考试分析增修).....	54
198、侵权责任的抗辩事由(2017 年法学简答).....	54
199、依法执行公务抗辩事由的构成要件.....	55
200、受害人同意作为抗辩事由的构成要件.....	55
201、自助行为作为抗辩事由的构成要件.....	55
202、共同侵权行为的概念及其构成要件(2004 年法学简答、2014 年法条分析).....	55
203、共同危险行为及其构成要件(2013 年法学简答题).....	55
204、无意思联络的多数人侵权.....	55
205、监护人责任(2017 年考试分析增修).....	55
206、产品责任的构成要件及其责任形式(2015 年法学简答).....	56
207、医疗损害责任的相关问题(2017 年考试分析增修).....	56
208、违反安全保障义务的责任.....	56
209、环境污染责任的概念及其构成条件(2017 年考试分析增修).....	57
210、饲养动物损害责任的构成要件及类型.....	57

## 第一部分：民法总则

### 第一章 绪论

#### 1、民法的性质（2017 年考试分析增修，2014 法学论述题）

民法是调整平等主体从事民事活动中发生的人身关系和财产关系的法律规范的总和。

（1）民法是私法。民法的调整对象决定了民法是私法，民法调整的社会关系主要涉及私人利益，民事主体之间是平等主体的关系，国家介入也是作为特殊的民事主体参与。

（2）民法是调整市场经济关系的基本法。从内容来看，民法调整的财产关系主要是财产归属关系和财产流通关系。

（3）民法是调整市民社会关系的基本法。民法调整市民社会关系，重在保护市民的私权，加大对个人自由权利的保障，以构建和谐和谐的市民社会秩序。

（4）民法是权利法。民法最基本的职能在于对民事权利的确认和保护。民法通过权利确认当事人的行为规则。民法通过救济手段确认权利。

（5）民法是实体法。民法规定民事主体相互间权利义务的实体内容。民法作为实体法，既是行为规则，又是裁判规则。民法作为行为规则具有确立交易规则和生活规则的功能，民法作为裁判规则是司法机关正确处理民事纠纷所要依循的准则。

#### 2、民法解释的概念及其必要性（2017 年考试分析增修）

民法的解释，是指一定的解释主体运用一定的方法和原则并遵循法定的权限和程序探求民事法律规范的含义的活动。民法解释的必要性体现在：

（1）法律必须通过解释才能适用。

（2）通过梳理法条的内在结构和逻辑关系从而弥补法律漏洞的需要。

（3）法律解释也是法官创造性的适用法律，充分实现司法公正的要求。

#### 3、民法调整的人身关系的特点（2017 年考试分析增修）

（1）主体地位平等。民法调整对象中的人身关系中，主体之间虽然存在性别、年龄、职业、职务的差别，但在民事法律关系中法律地位是平等的，任何人不得把自己的意志强加于他人。

（2）与人身不可分离。人身关系与人身不可分离，离开了人身就不会发生人身关系。

（3）民法所调整的人身关系虽然不具有直接的财产内容，但是某些人身关系是财产关系产生的前提条件。如亲属间的身份权是亲属间取得财产继承权的前提条件。同时，对民事主体的人身权进行侵害会导致民事主体的财产损失。

#### 4、民法调整的财产关系的特点（2017 年考试分析增修）

（1）主体地位平等。民事主体具有独立的法律人格，其法律地位平等、互不隶属，不存在领导与被领导、管理与被管理的关系。

（2）主体意思表示自由。民法所调整的财产关系的产生、变更、消灭都是在民事主体自愿的基础上进行的，一方不得将自己的意志强加于另一方。

（3）民法所调整的财产关系的基本内容是财产归属关系和财产流转关系。财产归属关系是指民事主体因占有、使用、收益、处分财产而形成的权利义务关系。财产流转关系是指民事主体为获取利益而相互交换财产所形成的权利义务关系，如债权债务关系。

（4）民法所调整的财产关系在利益实现方面大多具有有偿的特点。取得财产利益应当支付相应的对价，这一特点是市场经济条件下民事主体对于财产利益实现的基本要求。在坚持民事主体平等、自愿的前提下，赠与、借用等民事法律关系中不适用有偿原则也是法律所允许的。

#### 5、民法基本原则的概念及功能（2017 年考试分析增修、2017 年法学论述）

民法基本原则，是指效力贯穿于民法始终的基本准则，是对民事立法、民事行为和民事司法具有普遍指导意义的基本准则。其功能，主要表现为以下三个方面：

（1）指导功能。民法基本原则的功能突出表现在它的指导性。民法基本原则对民事立法、民事行为

和民事司法均有指导意义。

(2) 约束功能。民法基本原则对民法立法、民事行为和民事司法有约束力。

(3) 补充功能。民法基本原则在民事法律规范中处于指导和统帅的地位，但是通常在民事法律规范有具体规定的情况下，必须适用具体规定，不能直接适用民法基本原则。

#### 6、平等原则的含义及其具体体现（2017 考试分析新增）

民事主体在民事活动中的地位平等。平等原则是民法调整的社会关系的性质决定的，没有平等就没有民法，市场经济最本质的特征就体现在主体之间的平等性上。平等原则具体表现在以下四个方面：

(1) 公民的民事权利能力一律平等。

(2) 不同民事主体参与民事法律关系适用同一法律，处于平等的地位。

(3) 民事主体在民事法律关系中必须平等协商。

(4) 对权利予以平等的保护。在法律上，无论具体的人具有何种事实上的差异，当其权利受到侵害时，法律都给予一体保护。

#### 7、自愿原则的含义及其具体体现

自愿原则，是指民事主体在从事民事活动时，在法律允许的范围内自由表达自己的意愿，并按其意愿设立、变更、终止民事法律关系的原则。具体体现在以下三个方面：

(1) 民事主体有权自主决定是否参加民事活动以及如何参加民事活动。也就是说，当事人可以对所参与的民事法律关系的内容、相对人、行为方式、形式等依据其意志自由选择。

(2) 民事主体应当以平等协商的方式从事民事活动，就民事法律关系的设立、变更、终止达成合意。

(3) 在法律允许的范围内民事主体有权依其意愿自主作出决定，并对其自由表达的真实意愿负责，任何组织和个人不得非法干预。

#### 8、公平原则的含义及与其他原则的关系

公平原则，是指民事主体应当本着公平的理念从事民事活动，司法机关应当根据公平的理念处理民事纠纷。

公平原则与自愿原则有着密切的关系。公平原则是自愿原则的必要补充，并为诚实信用原则和显失公平原则树立了判断标准。公平原则的适用需要以自愿原则的运用为前提和基础，即使当事人之间利益关系不符合等价有偿原则，只要是当事人自愿的结果，就不能认为违背了公平原则。

#### 9、诚实信用原则的含义及其体现（2011 年简答题）

诚实信用原则，是指民事主体从事民事活动时，应当诚实守信，正当行使民事权利并履行民事义务，不实施欺诈和规避法律的行为，在不损害他人利益和社会利益的前提下追求自己的利益。具体体现在以下三个方面：

(1) 民事主体在从事民事活动时，必须将有关事项和真实情况如实告知对方，禁止隐瞒事实真相和欺骗对方当事人。

(2) 民事主体之间一旦作出意思表示并且达成合意，就必须重合同、守信用，正当行使权利和履行义务。法律禁止当事人背信弃义、擅自毁约的行为。

(3) 民事活动过程中发生损害，民事主体双方均应及时采取合理的补救措施，避免和减少损失。

#### 10、合法原则的含义（2018 考试大纲、考试分析增修）

合法原则，是指民事主体从事民事活动，应当符合法律尤其是公法规范的要求。它的主要含义有：

(1) 在我国法律体系中，有以行政管理性的法律关系为主要规范对象的公法规范，民事活动必须在其秩序框架中进行，尤其是民事法律行为效力的判断中，违反法律的效力性强制性规范会导致民事法律行为无效；

(2) 民事主体行使民事权利也不全是绝对自由的，应当受到国家法律等的必要约束和限制，从而协调个人利益和社会利益的关系，维持社会的正常秩序。

#### 11、公序良俗原则的含义、作用（2018 考试大纲、分析增修）

(1) 公序良俗原则的含义，是指民事主体从事民事活动的内容和目的不得违反公共秩序和善良风俗。

(2) 公序良俗原则的作用：具有维护社会一般利益以及一般道德观念的功能，突出表现在当民法规范

的禁止性规定无法涵盖一切损害社会公共利益和道德秩序的行为时，依据公序良俗原则授予法官自由裁量权以处理民事案件。

#### 12、绿色原则的含义和要求（2018 考试大纲、分析增修；2018 年法学论述题）

(1) 绿色原则的含义，是指民事主体从事民事活动应当有利于节约资源、保护生态环境。绿色原则是代际正义和社会可持续发展的要求。

(2) 绿色原则的要求，是指民事主体的民事活动应当符合资源的有效利用和环境保护的要求。具体而言，即民事主体应当选择低能耗、对环境友好的生产、生活方式，以实现节约资源、保护环境、绿色发展的生态理念。

## 第二章 民事法律关系

#### 13、民事法律关系的概念和特征

(1) 民事法律关系的概念：是指由民事法律规范所确立的以民事权利和民事义务为主要内容的法律关系。

(2) 民事法律的特征有：a 民事法律关系是民法在调整平等主体之间的人身关系和财产关系过程中所形成的社会关系。民事法律关系的发生，大多取决于民事主体的意思；b 民事法律关系的保障措施具有补偿性，以弥补损失为主要目的，惩罚性的赔偿责任不是主要的民事责任形式。

#### 14、民事权利的概念及特征（2017 年考试分析新增）

民事权利，是指民事主体为实现某种利益而依法为某种行为或不为某种行为的自由。

(1) 权利人依法直接享有某种利益，或者实施一定行为的自由。

(2) 权利人可请求义务人为一定行为或不为一定行为，以保证其享有实现某种利益的自由。

(3) 这种自由是有保障的自由，它表现为在权利受到侵犯时，具有请求有权国家机关予以保护的可能性。

#### 15、民事权利的行使（2017 年考试分析新增，2014 年辨析题）

1、民事权利的行使也就是民事权利内容的实现。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。

2、民事主体有权决定自己是否行使权利，怎样行使权利，任何人或组织不得非法干预，当事人可以根据自己的意思自治来行使权利。

3、但是权利并不是无边无际的，民事权利的行使应当遵循以下原则：

(1) 民事权利的行使必须符合国家法律和社会公共利益的要求。

(2) 不得滥用权利损害国家利益、社会公共利益或者他人合法权益。

(3) 民事权利的行使必须符合诚实信用原则。

#### 16、民事权利的保护（2017 年考试分析增修，2013 年法学论述题）

民事权利的保护根据保护措施性质的不同包括公力救济和私力救济。

1、民事权利的公力救济，又称民事权利的国家保护，是指民事权利受到侵害时，由国家机关给予保护。

2、私力救济方式主要包括依法向侵权行为人提出请求，债权人请求债务人履行债务，从事自助行为或者自卫行为等。自卫行为是指当民事权利受到侵害或者有受到侵害的现实危险时，权利人采取必要的措施，以防止损害的发生或扩大，包括正当防卫和紧急避险两种。

自助行为是指民事主体为了保护自己的权利，对他人的的人身自由予以拘束或对他人的财产予以扣押或毁损的行为。自助行为的条件十分严格，一般需要如下四个要件：

(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。

#### 17、民事义务的概念和特征（2017 年考试分析新增）



民事义务指义务人为满足权利人的利益而受到的为一定行为或不为一定行为的约束。它的特征包括：

(1) 义务人必须依据法律的规定或合同的约定，为一定的行为或不为一定的行为，以便满足权利人的利益。

(2) 义务人只承担法定的或约定的范围内的义务，而不承担超出这些范围以外的义务。

(3) 义务人必须履行其义务。民事义务是一种受到国家强制力约束的法律义务，如果义务人不履行其义务，将依法承担法律责任。

#### 18、民事责任的概念和特征（2017 年考试分析新增）

民事责任，是指民事主体违反民事义务应当承担的民事法律后果。民事责任是法律责任的一种类型。民事责任特征包括：

(1) 民事责任是民事主体一方对他方承担的责任。

(2) 民事责任主要是为了补偿权利人所受损失和恢复民事权利的圆满状态。民事责任侧重于补偿，一般不具有惩罚性。

(3) 民事责任既有过错责任又有无过错责任。有些民事责任的构成以民事主体有过错为要件，有些民事责任的构成不以民事主体有过错为要件。

(4) 民事责任的内容可以由民事主体在法律允许的范围内协商。

### 第三章 自然人

#### 19、民事权利能力的概念和法律特征

民事权利能力是指民事法律赋予民事主体从事民事活动，从而享有民事权利和承担民事义务的资格。其特征有：

(1) 民事权利能力是一种资格，而不是实际的权利。民事权利能力是法律赋予民事主体享有民事权利和承担民事义务的一种可能性，还没有为民事主体带来实际的利益，但是它是民事主体获得民事权利的前提。

(2) 民事权利能力的内容既包括民事主体取得民事权利的资格，也包括民事主体承担民事义务的资格。自然人享有民事权利和承担民事义务的前提都是自然人必须具有民事权利能力，所以它既可以称为民事权利能力，也可以称为民事义务能力。

(3) 民事权利能力的内容和范围具有法定性。民事权利能力的内容和范围都是由法律加以规定，与民事主体的个人意志无关。

(4) 民事权利能力具有与民事主体人身的不可分离性。民事权利能力是一种资格，这种资格是由法律赋予的，不能转让或者放弃，而且，除非法律有特别规定，任何民事主体的民事权利能力不受限制和剥夺。

#### 20、自然人民事行为能力的概念和法律特征

自然人的民事行为能力是指法律确认的自然人通过自己的行为从事民事活动参加民事法律关系，取得民事权利和承担民事义务的能力。其特征主要体现在以下几个方面：

(1) 民事行为能力的法定性。自然人是否具有民事行为能力，是由国家法律确认的，与自然人自己的意志无关。

(2) 民事行为能力与自然人的年龄和精神状况直接相联系。

(3) 民事行为能力非依法定条件和程序不受限制或取消。任何组织或个人都不得非法限制或取消自然人的民事行为能力，除非法律有明确的规定。

#### 21、自然人民事行为能力的分类（2018 考试分析增修）

(1) 完全民事行为能力：根据《民法总则》的规定，自然人具有完全民事行为能力需要满足：a 年满 18 周岁。但 16 周岁以上以自己的劳动收入为主要生活来源的未成年人视为完全民事行为能力人。b 精神状态正常。即能够正确理解法律规范和社会生活规则，能够理智的实施民事行为。

(2) 限制民事行为能力：根据《民法总则》的规定，8 周岁以上的未成年人以及不能完全辨认自己行为的成年人为限制民事行为能力人，他们可以进行与他们的年龄、智力或精神状态相适应的民事活动，其

他的民事活动由他们的法定代理人代理，或征得他们的法定代理人同意。

(3) 无民事行为能力：根据《民法总则》的规定，不满8周岁的未成年人和不能辨认自己行为的8周岁以上的自然人是无民事行为能力人，他们的民事活动由法定代理人代理。

## 22、自然人欠缺民事行为能力的认定（2018 考试分析增修）

(1) 欠缺民事行为能力的认定：《民法总则》第24条规定：“不能辨认或者不能完全辨认自己行为的成年人，其利害关系人或者有关组织，可以向人民法院申请认定该成年人为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人。”

(2) 恢复民事行为能力的认定：被人民法院认定为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的，经本人、利害关系人或者有关组织的申请，人民法院可以根据其智力、精神健康恢复的状况，认定该成年人恢复为限制民事行为能力人或者完全民事行为能力人。

(3) “有关组织”的含义：本条规定的有关组织包括：居民委员会、村民委员会、学校、医疗机构、妇女联合会、残疾人联合会、依法设立的老年人组织、民政部门等。

## 23、关于监护制度的相关问题（2018 年考试分析增修、2018 年法学案例分析题涉及）

### 1、被监护的对象是？

根据我国法律规定，监护主要包括未成年人监护和成年人监护。

### 2、监护都有哪些类型？（2018 年考试分析增修）

根据监护权的发生依据，可以将监护划分为法定监护、指定监护、遗嘱监护、协议监护与意定监护等不同的类型。

(1) 法定监护是指由法律直接规定的人担任监护人而形成的监护。法定监护包括对未成年人的监护与对不能辨认、不能完全辨认自己行为成年人的监护。

(2) 指定监护是指具有监护资格的人之间对担任监护人有争议，或者都要求担任监护人，或者都不愿意当监护人，由有关组织和人民法院依法指定监护人而形成的监护。

(3) 遗嘱监护是指被监护人的父母作为监护人通过遗嘱指定监护人的监护。

(4) 协议监护是指具有监护资格的人协议确定由其中一人或数人担任监护人而形成的监护。

(5) 意定监护是指具有完全民事行为能力的成年人，可以与其近亲属、其他愿意担任监护人的个人或者组织事先协商，以书面形式确定自己的监护人，协商确定的监护人在该成年人丧失或者部分丧失民事行为能力时履行监护的职责。

### 3、监护人的设定（2018 年考试分析增修）

(1) 未成年人的监护人：a 父母是未成年子女的监护人；b 未成年人的父母死亡或者丧失监护能力的，由下列有监护能力的人按照顺序担任监护人：（一）祖父母、外祖父母；（二）兄、姐；（三）其他愿意担任监护人的个人或组织，但是须经过未成年人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门同意。

(2) 无民事行为能力或限制民事行为能力的成年人的监护人：无民事行为能力或者限制民事行为能力的成年人，由下列有监护能力的人按顺序担任监护人：（一）配偶；（二）父母、子女；（三）其他近亲属；（四）其他愿意担任监护人的个人或组织，但须经被监护人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门同意。

(3) 对监护的争议：《民法总则》第31条规定：“对监护人的确定有争议的，由被监护人住所地的居民委员会、村民委员会、民政部门指定监护人，有关当事人对指定不服的，可以向人民法院申请指定监护人；有关当事人也可以直接向人民法院请求指定监护人。居民委员会、村民委员会、民政部门或者人民法院，应当尊重被监护人的真实意愿，按照最有利于被监护人的原则在依法具有监护资格的人中指定监护人。”

### 4、被监护人造成他人损害的，责任如何承担？（2018 考试分析增修）

(1) 被监护人造成他人损害的，由监护人承担侵权责任。监护人尽到监护职责的，可以减轻其侵权责任。

(2) 指定监护的情形，监护人被指定后，不得擅自变更。擅自变更的，不免除被指定的监护人的责任。

**5、监护人的监护职责具体有哪些？（2017 年考试分析新增）**

(1) 代理被监护人实施民事法律行为；(2) 保护和管理被监护人的人身、财产权利和其他合法权益。

根据《民法总则》第 35 条的规定，监护人应当按照最有利于被监护人的原则履行监护职责。监护人除为维护被监护人的利益外，不得处分被监护人的财产。

**6、监护关系终止的情况有哪些？（2018 年考试分析增修）**

(1) 被监护人取得或恢复完全民事行为能力。

(2) 监护人或被监护人一方死亡。

(3) 监护人丧失了监护能力。

(4) 人民法院认定监护关系终止的其他情形。

(5) 监护人被撤销监护人资格。监护人有下列情形之一的，人民法院根据有关个人或者组织的申请，撤销其监护人资格，安排必要的临时监护措施，并按照最有利于被监护人的原则依法指定监护人：a 实施严重损害被监护人身心健康的行为；b 怠于履行监护职责，或者无法履行监护职责并且拒绝将监护职责部分或全部委托给他人，导致被监护人处于危困状态的；c 实施严重侵害被监护人合法权益的其他行为的。

**24、宣告失踪的条件（2018 考试分析增修；2018 年法学案例分析题涉及）**

宣告失踪是指经利害关系人的申请，由法院依照法定条件和程序，宣告下落不明满法定期限的公民为失踪人的民事法律制度。宣告失踪的条件主要有：

1. 须有公民离开其住所下落不明满 2 年的事实。所谓“下落不明”，是指公民离开最后居住地后杳无音信。下落不明的期间必须持续满 2 年，有关利害关系人才能到法院申请宣告其失踪。

2. 须由利害关系人向法院提出申请。可以提出申请的利害关系人主要包括被申请宣告失踪人的配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女以及其他与被申请人有民事权利义务关系的人，如自然人的债权人或债务人等。

3. 须由人民法院依照法定程序宣告。具体的程序是：先由利害关系人到法院提出申请，人民法院受理后，应当发出寻找下落不明人的公告。公告期为 3 个月，期间届满后，人民法院根据失踪事实是否得到确认，作出宣告失踪或者驳回申请的判决，并在法定情形下指定失踪人的财产代管人。

**25、宣告死亡的条件（2016 年简答题）**

宣告死亡是指经利害关系人申请，由法院依照法律规定的条件和程序，判决宣告下落不明满法定期限的公民死亡的民事法律制度。宣告死亡的条件主要有：

1、自然人下落不明达法定的期间。包括以下几种情形：

一般情况下，下落不明的期间满 4 年；因意外事故下落不明的，从事故发生之日起期满 2 年的，就可申请宣告其死亡。战争期间下落不明的，从战争结束之日起计算。因意外事故下落不明，经有关机关证明，当事人不可能生存的，其利害关系人可以立即向法院提出宣告死亡的申请。

2、须有利害关系人的申请。申请宣告死亡的利害关系人的范围：(1) 配偶。(2) 父母、子女。(3) 兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女。(4) 其他与被申请宣告死亡人有民事权利义务关系的人，如债权人和债务人等。

3、须由人民法院依照法定程序进行宣告。程序：首先由利害关系人向法院提出申请，法院受理以后应当发出寻找失踪人的公告，公告期间为 1 年；因意外事件下落不明经有关机关证明该自然人不可能生存的，公告期间为 3 个月。期间届满下落不明的自然人仍无音讯的，法院应作出宣告该自然人死亡的判决。被宣告死亡的人，人民法院宣告死亡的判决作出之日视为其死亡的日期，因意外事件下落不明宣告死亡的，意外事件发生之日视为其死亡的日期。

**26、死亡宣告撤销的后果（2018 考试分析增修）**

(1) 有民事行为能力人在被宣告死亡期间实施的民事法律行为仍然有效。

(2) 人民法院撤销死亡宣告后，如果被宣告死亡人的配偶尚未再婚，其夫妻关系从撤销死亡宣告之日起自行恢复；如果其配偶再婚后又离婚或再婚后配偶又死亡的，则夫妻关系不能自行恢复，要恢复夫妻关系，需办理复婚手续。



(3) 被宣告死亡的人在宣告死亡期间，其子女被他人依法收养，被宣告死亡的人在死亡宣告被撤销后，仅以未经本人同意而主张收养关系无效的，一般不应准许，但收养人和被收养人同意的除外。

(4) 被撤销死亡宣告的人有权请求返还财产。但原物已被第三人合法取得的，第三人可不予以退还。依照继承法取得他的财产的公民或者组织，应当返还原物；如果原物已经不存在，则应给予适当补偿。

(5) 利害关系人隐瞒真实情况使他人被宣告死亡而取得其财产的，除应返还原物及孳息外，还应对其给他人造成的损失予以赔偿。

(6) 宣告失踪不是宣告死亡的必经程序。只要符合宣告死亡的条件，利害关系人可以直接向人民法院申请宣告失踪人死亡。利害关系人有的申请宣告失踪，有的申请宣告死亡，符合死亡条件的法院应当宣告死亡。

## 27、个体工商户的概念及法律特征

个体工商户是指在法律允许的范围内，依法经过核准登记从事工商业经营的自然人。其法律特征有：

(1) 个体工商户的经济性质是私人所有制。个体工商户以公民自己的个人财产或者家庭财产作为经营资本，其性质属于个体经济。

(2) 个体工商户的经营范围必须符合法律规定。根据我国法律规定，个体工商户经营的范围仅限于工商业。

(3) 个体工商户必须履行一定的核准登记手续方可成立。个体工商户应当在工商登记管理机关核准的范围内从事生产经营活动。

(4) 个体工商户以户的名义独立进行民事活动。个体工商户可以依法起字号、刻图章、在银行开立账户，依法进行生产经营活动。

(5) 个体工商户以其全部的个人财产对外承担无限清偿责任。个体工商户的债务，个人经营的，以个人财产承担；家庭经营的，以家庭财产承担；无法区分的，以家庭财产承担。

## 28、农村承包经营户的概念及特征

农村集体经济组织的成员，在法律允许的范围内，按照承包合同规定从事商品经营的，为农村承包经营户。农村承包经营户的法律特征有：

(1) 农村承包经营户是我国农村劳动群众集体所有制经济的分散经营方式的法律形式。按照承包合同农村承包经营的，以家庭成员的全部财产对外承担债务清偿责任。户是农村集体经济组织的成员，不属于个体经济的范围。

(2) 农村承包经营户从事的是商品经营活动。农村承包经营户进行生产的目的是进行商品交换，而不是为了满足家庭消费的需要。

(3) 农村承包经营户存在的基础是承包合同。农村承包经营户依据法律和承包合同经营集体所有的土地、森林、草原、荒地、滩涂、水面等生产资料从事商品经营，不得违反法律和承包合同的规定。

(4) 农村承包经营户以户的名义独立从事民事活动，对外承担无限清偿责任。

# 第四章 法人

## 29、法人的概念及特征（2017 年考试分析增修）

法人是具有民事权利能力和民事行为能力，依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织。它有以下基本特征：

(1) 法人是社会组织。

(2) 法人是具有民事权利能力和民事行为能力的组织体。

(3) 法人是独立享有民事权利和承担民事义务的组织。

## 30、社团法人和财团法人的区别

(1) 成立基础不同，凡是以人的集合为成立基础的是社团法人，凡是以捐助的财产为基础而成立的是财团法人。

(2) 设立人地位不同。社团法人的设立人，在法人成立时，可以成为法人的社员；而财团法人的设立人，不能成为法人的成员。



(3) 设立行为不同。社团法人设立行为属于合同行为，而且为生前行为；财团法人的设立行为则为单方行为，并可以遗嘱方式实施。

(4) 有无意思机关不同。社团法人有自己的意思机关，而财团法人则没有该机关。

(5) 目的事业不同。社团法人的目的可以是公益的也可以是营利的；而财团法人的目的只能是为公益事业，不以营利为目的。

(6) 解散原因及后果不同。社团法人的解散原因是多种的，并可以因成员的协议而解散；而财团法人只能因为期限届满或财产不足而解散。

### 31、营利法人、非营利法人和特别法人的区别（2018 考试大纲、分析增修）

(1) 营利法人是指以营利为目的且将利益分配于其成员的法人，如有限责任公司；

(2) 非营利法人是指为公益目的或者其他非营利目的，不向出资人、设立人或者会员分配所取得利润的法人，如事业单位、社会团体、基金会等；

(3) 特别法人是指不能简单归入营利法人和非营利法人的法人，包括机关法人、农村集体经济组织法人、城镇农村的合作经济组织法人、基层群众性自治组织法人。

### 32、营利法人的机构（2018 考试大纲、分析增修）

(1) 权力机构：负责修改法人章程、选举或者更换执行机构、监督机构成员，以及法人章程规定的其他职权。权力机构如股东大会。

(2) 执行机构：负责召集权力机构会议，决定法人的经营计划和投资方案，决定法人内部管理机构以及法人章程规定的其他职权。执行机构如董事会。

(3) 监督机构：负责检查法人财务，监督执行机构成员、高级管理人员执行法人职务的行为，以及法人章程规定的其他职权。监督机构如监事会。

### 33、法人人格否认制度（2018 考试大纲、分析增修）

法人人格否认制度，是指营利法人的出资人滥用法人独立地位和出资人有限责任，逃避债务，严重损害法人的债权人利益时，该出资人应当对法人债务承担连带责任，即要求该出资人直接向营利法人履行民事义务和承担民事责任。该制度的目的是为了为了更好的保护债权人和营利法人的利益。

### 34、非营利法人的概念和类型（2018 考试大纲、分析增修）

非营利法人是指为公益目的或者其他非营利目的成立，不向出租人、设立人或者会员分配取得利润的法人。非营利法人的类型主要有：

(1) 事业单位法人：是指具备法人条件，为适应经济社会发展需要，提供公益服务而设立的事业单位。事业单位法人的权力机构是理事会；

(2) 社会团体法人：是指具备法人条件，基于会员共同意愿，为公益目的或者会员共同利益等非营利目的而设立的社会团体，社会团体法人的权力机构是会员大会或会员代表大会；

(3) 捐助法人：是指具备法人条件，为公益目的以捐助的财产设立的基金会、社会服务机构等，经依法登记成立，取得法人资格。如宗教活动场所。捐助法人的决策机构是理事会、民主管理组织等。

### 35、特别法人的概念和类型（2018 考试大纲、分析增修）

特别法人，是指除营利法人和非营利法人之外的，具有特殊性的法人组织。特殊性在于特别法人具有行使公权力的职能。特别法人的类型主要有：

(1) 机关法人：是指有独立经费的机关和承担行政职能的法定机构，从成立之日起，可以从事为履行职能所需要的民事活动的法人；

(2) 农村集体经济组织法人：是指在一定的村或乡镇的社区范围内的集体成员，利用土地等农民集体所有的资源要素，通过资金联合与劳动联合的方式合作实现共同发展的经济组织法人；

(3) 城镇农村的合作经济组织法人：是指同类产品或产业的生产经营者或生产经营服务的提供者、利用者在资源联合的基础上，通过互助合作、民主管理共同实现成员利益的互助性经济组织法人；

(4) 基层群众自治组织法人：是指由我国城市居民和农村村民依照宪法、法律赋予的权利，通过民主选举的方式，实现“自我管理、自我教育、自我服务”的基层自治社会组织法人。

### 36、法人成立的条件（2009 年简答）

法人的成立必须具备以下条件：

(1) 依法成立。所谓依法成立，一是指法人的目的、成立宗旨、组织机构、经营范围、方式等合法，不得违反宪法和其他法律的规定；二是指其成立的审核和登记程序要合法。需要有关部门批准的必须依法取得批准后才能成立。

(2) 有必要的财产或经费。必要的财产或经费是法人独立进行民事活动，承担民事义务的物质保障。所谓“必要的财产或经费”是指与法人开展的各项业务相适应的一定数量的财产。

(3) 有自己的名称、组织机构和场所。

### 37、法人的变更（2018 考试大纲、分析增修）

法人的变更是指法人在其存续期间内发生的组织机构或其他重大事项的变更，具体包括

(1) 法人组织机构的变更：

a 法人的分立：是指一个法人分裂设立为两个以上法人的法律行为，分为创设式分立和存续式分立。前者是解散原法人，而分立为两个以上的新法人；后者是原法人继续存在，只是从中又独立出一个或多个新法人；

b 法人的合并：是指两个以上的法人，无需清算而归并为一个法人的法律行为，分为创设式合并和吸收式合并。前者是两个以上的法人归并为一个新法人，原有的法人均告消灭；后者是一个法人或多个法人归并于其他法人，被归并的法人人格消灭，该其他法人仍然存续的合并方式。

(2) 法人组织性质变更：法人成立后，其组织形式、性质可能会因各种各样的情况而发生变化，如由有限公司变成无限公司。组织性质的变更依法须经登记者必须办理登记。

(3) 其他事项的变更：如名称、注册资金、住所、活动宗旨、经营方式和范围等。

### 38、法人终止的概念和原因（2018 考试大纲、分析增修）

法人的终止，也称法人的消灭，是指法人资格的消灭，即法人丧失民事主体资格，不再具有民事权利能力和民事行为能力的状态。法人终止的原因主要包括：

(1) 解散：法人解散的事由主要有：a 法人章程规定的存续期间届满，或者法人章程规定的其他解散事由；b 法人的权力机构决议解散；c 法人因合并或分立需要解散；d 法人依法被吊销营业执照、登记证书、被责令关闭或者被撤销。

(2) 依法宣告破产：法人在其资产不足以清偿到期债务时，经法人或者债权人申请，依照法律规定，由人民法院依照法定程序宣告破产，法人终止。

(3) 法律规定的其他原因。

## 第五章 非法人组织

### 39、非法人组织的概念及特征（2018 年考试分析增修，2011 年法学简答题）

非法人组织，是指虽不具有法人资格但可以自己的名义从事民事活动的组织体，有特征如下：

(1) 非法人组织是具有稳定性的人合组织。

(2) 非法人组织具有相应的民事权利能力和民事行为能力。非法人组织不具有一般意义上的民事权利能力和民事行为能力。

(3) 非法人组织不能完全独立的承担民事责任。

### 40、非法人组织的类型（2018 年考试大纲、分析增修）

(1) 个人独资企业：是指由一个自然人投资，财产为投资人个人所有，投资人以其个人财产对企业承担无限责任的经营实体；

(2) 合伙企业：是指民事主体依法设立的，由各合伙人订立合伙协议，共同出资、合伙经营、共享收益、共担风险的营利性组织；

(3) 不具有法人资格的专业服务机构：是指应用某方面的专业知识和专门知识，按照服务对象的需要和要求，在相应专业知识领域内提供服务的社会组织，并且该组织不具备设立为法人的条件。。

### 41、普通合伙企业概念及设立条件

普通合伙企业由普通合伙人组成，合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任。

- (1) 有两个以上合伙人。合伙人为自然人的，应当具有完全民事行为能力。
- (2) 有书面合伙协议。
- (3) 有合伙人认缴或者实际缴付的出资。合伙人可以用货币、实物、知识产权、土地使用权或者其他财产权利出资，也可以用劳务出资。
- (4) 有合伙企业的名称和生产经营场所。
- (5) 法律、行政法规规定的其他条件。普通合伙企业名称中应当标明“普通合伙”字样。

#### 42、合伙企业的全票决事项：

- (1) 改变合伙企业的名称。
- (2) 改变合伙企业的经营范围、主要经营场所的地点。
- (3) 处分合伙企业的不动产。
- (4) 转让或者处分合伙企业的知识产权和其他财产权利。
- (5) 以合伙企业名义为他人提供担保。
- (6) 聘任合伙人以外的人担任合伙企业的经营管理人员。

#### 43、退伙的情形（2018 考试分析增修）

退伙是指合伙人退出合伙组织而丧失合伙人资格的事实，主要情形有：

- (1) 声明退伙：是指出于合伙人自己的意思而退伙；
- (2) 法定退伙：又称当然退伙，主要原因有作为合伙人的自然人死亡或被依法宣告死亡，作为合伙人的法人或其他组织被吊销营业执照、责令关闭撤销，或被宣告破产，个人丧失偿债能力，合伙人在合伙企业中的全部财产份额被人民法院强制执行等；
- (3) 除名退伙：是指当个别合伙人的行为如未履行出资义务、执行合伙事务时有不正当行为等危害了全体合伙人的合法权益时，经其他合伙人一致同意，强制将其清除出合伙的情况。

#### 44、有限合伙企业的设立条件（2018 考试分析增修）

有限合伙企业的设立条件除普通合伙企业的设立条件外，还包括：

- (1) 除法律另有规定外，合伙人为 2 个以上 50 个以下，且至少应当有 1 名普通合伙人；
- (2) 国有独资公司、国有企业、上市公司以及公益性的事业单位、社会团体不得成为普通合伙人；
- (3) 有限合伙人可以用货币、实物、知识产权、土地使用权或者其他财产权利作价出资，但不得以劳务出资；
- (4) 有限合伙企业名称中应当标明“有限合伙”字样。

#### 45、有限合伙企业中入伙与退伙的特殊规定（2018 考试分析增修）

- (1) 新入伙的有限合伙人对入伙前有限合伙企业的债务，以其认缴的出资额为限承担责任；
- (2) 个人丧失偿债能力不是有限合伙人的当然退伙事由；
- (3) 作为有限合伙人的自然人在有限合伙企业存续期间丧失民事行为能力的，其他合伙人不得因此要求退伙；
- (4) 作为有限合伙人的自然人死亡、被依法宣告死亡或者作为有限合伙人的法人及其他组织终止时，其继承人或者权利承受人可以依法取得该有限合伙人在有限合伙企业中的资格。

## 第六章 民事法律行为

#### 46、民事法律行为的概念及特征（2018 年考试分析增修，2012 简答题，2012 法学简答）

民事法律行为，是指民事主体通过意思表示设立、变更或者终止民事法律关系的行为。

民事法律行为的特征主要有：

- (1) 民事法律行为以意思表示为基本要素。意思表示是指民事主体将设立、变更或消灭一定民事法律关系的内在意思以一定的方式表示于外部的行为。
- (2) 民事法律行为是以设立、变更、终止民事法律关系为目的的行为。任何有意识的活动，都是有一定目的的活动，都能引起一定的后果，但民事法律行为不是要达到一般的目的，而是要设立、变更、终止某种民事权利和民事义务关系，并能引起行为人预期的法律后果。



#### 47、意思表示的概念和特征（2017 年考试分析新增）

意思表示是民事法律行为的要素。意思表示，是指向外部表明意欲发生一定私法上效果的意思的行为。意思表示具有如下特征：

（1）意思表示的表意人具有旨在使法律关系发生变动的意图，该意图不违反法律强制性规定和公序良俗，因而发生当事人所预期的效力。

（2）意思表示是一个意思由内到外的表示过程。单纯的停留在内心的主观意思是没有法律意义的，该意思必须表示在外，能够为人所知晓。

（3）意思表示依据是否符合生效要件，法律赋予其不同的效力。

#### 48、意思表示的解释（2018 考试大纲、分析新增）

（1）有相对人的意思表示的解释：应当按照所使用的词句，结合相关条款、行为的性质和目的、习惯及诚信原则，确定意思表示的含义。

（2）无相对人的意思表示的解释：不能完全拘泥于所使用的词句，而应当结合相关条款、行为的性质和目的、习惯以及诚信原则，确定行为人的真实意思。

#### 49、民事法律行为的成立（2017 年考试分析新增）

民事法律行为的成立，是指符合民事法律行为的构成要素的客观情况。民事法律行为成立要件可分为一般成立要件和特别成立要件。

1、一般成立要件：（1）当事人；（2）意思表示；（3）标的，指行为的内容，即行为人通过其行为所要达到的效果。

2、特别成立要件。民事法律行为的特别成立要件，是指成立某一具体的民事法律行为，除需要具备一般成立要件外，还须具备的其他特殊事实要素。例如，实践性行为以标的物交付为特别成立要件。

#### 50、民事法律行为的实质有效条件（2010 简答题）

（1）行为人合格。它指的是行为人应当具有相应的民事行为能力。

（2）行为人意思表示真实。意思表示真实就是说行为人表现于外部的表示与其内在的真实意志相一致。

（3）行为内容合法。行为内容合法表现为不违反法律和社会公共利益、社会公德。

#### 51、无效的民事法律行为的概念及特点（2018 考试分析增修）

无效民事法律行为是指因欠缺民事法律行为的有效条件而不产生法律效力的民事法律行为。

（1）无效民事法律行为具备了民事行为的成立要件，但不具备有效要件，因此，不能发生当事人所预期的法律后果。

（2）无效民事法律行为绝对确定无效，没有任何事实可以使其有效，且包括当事人在内的任何人均有权主张该行为无效。

（3）无效民事法律行为自始当然无效，无需任何人主张。

#### 52、无效的民事法律行为的情形（2018 年考试大纲、分析增修）

无效的民事法律行为，是指因欠缺民事法律行为的有效条件而不产生法律效力的民事法律行为。

（1）无民事行为能力人实施的民事行为；

（2）行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为；

（3）违反法律、行政法规的效力性强制性规定的民事法律行为；

（4）恶意串通，损害他人合法权益的民事法律行为。

#### 53、无效的民事法律行为的法律后果（2018 考试大纲、分析增修）

（1）返还财产：当事人因无效的民事法律行为取得的财产应当返还给对方；

（2）赔偿损失：民事法律行为被确认为无效后，有过错的当事人应当赔偿对方的损失；

（3）收归国家、集体所有或者返还第三人：双方恶意串通，实施民事法律行为损害国家、集体或者第三人利益的，应当追缴双方取得的财产，收归国家、集体所有或者返还第三人。

#### 54、可撤销的民事法律行为的相关问题（2018 考试大纲、分析增修）

##### 1、可撤销的民事法律行为的情形

（1）重大误解的民事法律行为；（2）因受欺诈实施的民事法律行为；（3）一方或者第三人以胁迫手段，



使对方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为；(4) 显失公平的民事法律行为。

## 2、何谓“重大误解”？

所谓重大误解，指行为人对于民事行为的内容产生错误的理解，并基于这种错误理解而为之的民事行为。具体包括：(1) 对行为性质的误解，如把买卖误解为赠与行为；(2) 对标的物的误解，如把复制品当做原件；(3) 对价金的误解，如将 1000 元误认为 100 元；(4) 对当事人的误解，如把某甲当做某乙。民法上的误解仅限于对行为内容的误解，不包括对行为动机的误解，而且这种误解是重大的、是由于行为人的过失造成的。

## 3、何谓欺诈？

欺诈，是指行为人故意实施的，以引起、强化或维持他人的错误认识并使其基于此错误认识而做出意思表示为目的的欺骗行为。包括(1) 一方以欺诈手段使对方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为；(2) 第三人实施欺诈行为使一方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为。此种情形又称为第三人欺诈。只有当民事法律行为的对方知道或者应当知道第三人欺诈行为的，该民事法律行为才可撤销。

## 4、何谓胁迫？

胁迫，是指一方当事人或者第三人向对方或其亲属预告危害，使其发生恐惧心理，并基于这种恐惧心理而作出的违背其真实意思的行为。

## 5、何谓显失公平？

所谓显失公平的民事行为。这是指在双方、有偿的民事行为中，对一方当事人明显有利，而对另一方有重大不利的民事行为。它具有以下特点：(1) 行为结果对一方当事人有重大不利，而另一方获得显然超过了正常情况下所能获得的利益(暴利)；(2) 不利一方当事人所为民事行为并非其本意；(3) 这种不公平是法律所不允许的，或者是当时社会所公认的不公平。

## 6、可撤销的民事法律行为与无效民事法律行为的区别

(1) 无效民事行为无条件无效，是绝对无效；而可撤销的民事行为是相对无效，是有条件的无效。(2) 无效的民事行为自始无效，对当事人没有约束力；可撤销的民事行为在被撤销之前，是有效的，只有在被撤销后，才溯及自始地无效。(3) 无效的民事行为，主张无效的主体没有严格限制；而可撤销的民事行为，只有享有撤销权的当事人才可请求撤销。另外，如果民事法律行为的一部分被撤销，没有被撤销的部分继续有效。

## 55、效力待定的民事法律行为的概念和特征(2018 年考试分析增修)

效力待定的民事法律行为，是指民事行为成立之后，是否能发生效力尚不能确定，有待享有形成权的第三人作出追认或拒绝的意思表示来使之有效或无效的法律行为。特征如下：

(1) 效力待定的民事法律行为已经成立，但因缺乏处分权或行为能力而使效力不齐全。

(2) 效力待定的民事法律行为的效力既非完全无效，也非完全有效，而是处于一种效力不确定的中间状态。

(3) 效力待定民事法律行为是否发生效力尚不能确定，有待于其他行为或事实使之确定。

## 56、效力待定的民事法律行为的情形(2018 考试分析增修)

(1) 限制民事行为能力人从事依法不能从事的法律行为；

(2) 无权代理行为，但表见代理除外。

## 57、效力待定的民事法律行为的法律后果(2018 考试大纲、分析增修、2018 年法学、非法学简答题)

(1) 真正的权利人行使追认权，对效力待定的民事法律行为进行事后追认；

(2) 善意相对人行使撤销权，从而使效力待定的民事法律行为归于无效；

(3) 效力待定的民事法律行为会因特定事实的出现而补正其效力。

## 58、附条件民事法律行为的概念及条件的特点(2005 年简答题、2016 法学简答题)

附条件的法律行为是为行为人的某种特殊需要而设立的法律行为。民事法律行为中所附的条件必须有下列特点：

(1) 条件应当是将来发生的事实，具有未来性。已经发生的事实，不得作为民事法律行为所附的条件。

(2) 条件应当是将来可能发生也可能不发生的事实，具有或然性。

(3) 条件应当是当事人选定(商定)的事实, 具有非法定性。

(4) 条件应当是合法的事实。违法的事实, 不能作为民事法律行为所附条件。如果所附条件是违背法律规定的, 应当认定该民事行为无效。

#### 59、附期限法律行为的概念和期限的特点

附期限的民事法律行为是指双方当事人约定一定的期限, 以期限的到来决定其效力产生或者终止的民事法律行为。

(1) 期限应当是在将来确定发生的, 具有未来性。

(2) 期限应当是双方当事人约定的, 具有意定性。法律规定的期限不属于附期限民事法律行为的所附期限。

(3) 期限的目的应当是限制民事法律行为效力的产生或终止, 具有特定的目的性。

## 第七章 代理

#### 60、代理的概念及其特征

代理是代理人以被代理人的名义, 在代理权内与第三人的法律行为, 其法律后果直接由被代理人承受的民事法律制度。其法律特征有:

(1) 代理人在代理权限范围内实施代理行为。

(2) 代理人一般以被代理人的名义进行代理行为。

(3) 代理主要是实施法律行为。代理主要是为被代理人设立、变更、消灭一定民事法律关系, 如代签合同、代为诉讼等。不具有法律意义的行为, 如代人算账, 代人抄写等只能是一种事实行为, 它不与第三人产生权利义务关系, 不是代理。

(4) 代理行为的后果直接由被代理人承担。代理的目的是为被代理人进行民事活动, 设定的权利、义务由被代理人承担, 代理人的行为给他人造成的损害由被代理人赔偿。

#### 61、代理权的行使规则(2015年简答、2015法学简答)

1、代理人应在代理权限范围内行使代理权。超越代理权限所为的行为, 除被代理人追认的以外, 对被代理人不发生法律效力, 而由代理人承担责任。

2、代理人应为维护被代理人的利益而行使代理权。本着对被代理人最有利的原则, 行使代理权。代理人不履行职责而给被代理人造成损害的, 应当承担民事责任。

3、代理人不得滥用代理权。

##### 滥用代理权主要有三种情形

(1) 自己代理。这是指代理人以被代理人的名义与自己进行民事活动的行为。该行为通常为无效行为, 但仅给被代理人带来利益的, 或者经被代理人许可的, 应为有效。

(2) 双方代理。这是指代理人以被代理人的名义与自己代理的其他人进行民事活动的行为。该行为原则上无效, 但符合法律规定或交易习惯, 或者经被代理人认可的, 应为有效。

(3) 代理人与第三人恶意串通。此种行为属于无效的民事行为, 给被代理人造成损害的, 由代理人 and 第三人负连带责任。

#### 62、无权代理的概念及效力(2010年法学论述题)

无权代理指没有代理权而以他人名义进行代理活动的民事行为。

1、无代理权包括三种情形: (1) 行为人根本没有代理权却从事代理活动; (2) 行为人享有代理权, 但却超越代理权限从事了本不该由其进行的代理活动; (3) 行为人原本享有代理权, 但其代理权已经终止, 行为人仍以代理人的身份进行代理活动。

2、无权代理的效力。

(1) 无权代理是无效行为, “被代理人”对所谓的代理行为不承担责任。

(2) 但如果“被代理人”对此行为予以追认, 则会使无权代理成为有权代理, 被代理人就应当对该代理行为承受相应的法律后果; 如果被代理人知道他人以本人名义实施民事行为而不作否认的, 视为其同意他人代理。

(3) 无权代理人所实施的行为，如果不能得到“被代理人”的追认，又不能证明自己有代理权，则应对自己的行为承担责任，对该行为所造成的相对人的损失负赔偿责任。被代理人对无权代理行为有拒绝承认的形成权，该拒绝的意思表示一经作出即产生无权代理对被代理人无效的法律后果。该无权代理人应对第三人承担相应的法律后果。

(4) 如果无权代理行为造成“被代理人”损失的，无权代理人也应负赔偿责任。

(5) 在无权代理中，相对人（第三人）对代理行为享有催告权。相对人可以催告要求被代理人在一个月内对于无权代理行为予以追认，如果被代理人未追认，因无权代理行为而造成相对人损失的，无权代理人也应负赔偿责任。

(6) 此外，在被代理人追认前，善意相对人享有撤销权。

### 63、表见代理的概念及构成条件（2004 年非法学简答题、2005 年非法学法条分析题、2017 年非法学简答）

表见代理是指行为人虽没有代理权，但第三人在客观上有理由相信其有代理权而与其实施法律行为，该法律行为的后果由本人承担的代理。其构成条件：

(1) 代理人无代理权。代理人在实施代理行为时，并无本人的授权，或虽有授权，但并未授权其可实施超出特定授权范围的行为。如果代理人对所实施的行为有代理权，当然不发生表见代理。

(2) 该无权代理人有被授予代理权的外表或假象。表见代理的成立须有“外表授权”的存在。如合同的签订人持有被代理人的介绍信签订合同、使用被代理人的合同专用章或盖有印章的空白合同书签订同等，即属于有被授予代理权的外表或假象。

(3) 相对人有正当理由相信该无权代理人有代理权。判断有无正当理由，应以一个善良人在正常情况下是否相信为判断标准。

(4) 相对人基于信任而与该无权代理人成立法律行为。

### 64、常见的表见代理情形

(1) 因表见授权表示而产生的表见代理。被代理人以直接或间接的意思表示，表明授予他人代理权，但事实上并未授权。在此情况下，相对人有理由相信该无权代理人为有权代理人，而与之为民事行为。

(2) 因代理授权不明而产生的表见代理。被代理人在代理授权时，未明确代理权限，或未将指明的代理权限有效告知相对人，致使相对人善意无过失地相信代理人的越权代理为有权代理，而与之为民事行为。

(3) 因代理关系终止后未采取必要的措施而产生的表见代理。如果因为被代理人的原因，使相对人不知代理关系终止，而与原代理人为民事行为，则构成表见代理。

### 65、简述委托代理终止的原因

- (1) 代理期间届满或者代理事务完成。
- (2) 被代理人取消委托或代理人辞去委托。
- (3) 被代理人或代理人死亡。
- (4) 代理人丧失民事行为能力。
- (5) 作为被代理人或代理人的法人终止。

### 66、法定代理终止的原因（2018 考试分析增修）

- (1) 被代理人取得或恢复民事行为能力。
- (2) 代理人丧失民事行为能力。
- (3) 被代理人或代理人死亡
- (4) 法律规定的其他情形：主要指其他原因引起的被代理人与代理人之间的监护关系消灭。

### 67、被代理人死亡后的代理行为仍然有效的情形有哪些？

- (1) 代理人不知道被代理人死亡而继续为代理行为的。
- (2) 委托书中约定待某一代理事项完成后代理关系终止，而在被代理人死亡时，该事项尚未完成的，代理人继续代理活动。
- (3) 被代理人的继承人全体承认的代理行为。



(4) 被代理人死亡前已经进行，而在被代理人死亡后为了被代理人的继承人的利益继续完成的代理活动

## 第八章 诉讼时效与期间

### 68、时效的概念及特征（2017 年考试分析新增）

时效，是指一定的事实状态在法定的期间持续存在，从而产生与该事实状态相适应的法律后果的制度。时效制度具有如下特征：

(1) 时效是法律事实。时效是民事法律关系发生、变更或消灭的依据。

(2) 时效是状态。时效的法律后果是因一定的事实状态持续经过法定期间而当然发生，与当事人意志无关。

(3) 时效具有强制性。时效不能由当事人以自由意志予以排除，也不能协议延长或缩短，时效利益也不得预先放弃。

### 69、诉讼时效的适用范围（2018 考试分析增修）

诉讼时效仅对请求权适用，但下列请求权不适用诉讼时效：

- (1) 请求停止侵害、排除妨碍、消除危险的请求权；
- (2) 不动产物权和登记的动产物权的权利人请求返还财产的请求权；
- (3) 请求支付抚养费、赡养费或者扶养费的请求权；
- (4) 依法不适用诉讼时效的其他请求权。

### 70、诉讼时效的类型及中止事由（2018 考试分析增修）

(1) 诉讼时效的类型：a 普通诉讼时效：也称一般诉讼时效，适用于法律没有特别规定的一切民事关系，我国的普通诉讼时效为 3 年；b 特殊诉讼时效：指民事基本法或特别法就特别民事法律关系规定的短于或长于普通诉讼时效期间的时效。在我国主要指长期诉讼时效。如国际货物买卖合同和技术进出口合同争议的诉讼时效期间为 4 年；c 最长诉讼时效：即最长时效期间，自权利受到损害之日起 20 年，适用于一切民事法律关系。

(2) 诉讼时效的中止：指在诉讼时效进行中，由于出现了法定事由而暂时中止诉讼时效进行的法律制度。包括：a 出现了法定中止的事由：包括不可抗力；无民事行为能力人或者限制民事行为能力人没有法定代理人，或者法定代理人死亡、丧失民事行为能力、丧失代理权；继承开始后未确定继承人或者遗产管理人；权利人被义务人或者其他他人控制；其他导致权利人不能行使请求权的障碍。b 中止的事由存在于诉讼时效期间的最后 6 个月内，包括在 6 个月人前发生的，但持续到 6 个月内的情况。c 诉讼时效中止的法律后果，是自中止时效的原因消除之日起满 6 个月，诉讼时效期间届满。

### 71、诉讼时效的中断

诉讼时效中断，是指在诉讼时效进行中，因一定事由的发生，阻碍时效进行，致使以前经过的时效期间统归无效，从中断、有关程序终结时起，其诉讼时效重新计算的制度。

诉讼时效中断的情形：

- (1) 权利人向义务人提出履行请求。
- (2) 义务人同意履行义务。

(3) 权利人提起诉讼或者申请仲裁。提起诉讼即权利人依诉讼程序请求人民法院强制义务人履行义务的行为。提起诉讼本身说明权利人不行使权利的事实状态被打破，从而使诉讼时效中断。申请仲裁与此相似。

- (4) 与提起诉讼或者申请仲裁具有同等效力的其他情形。

### 72、诉讼时效和除斥期间的区别（2017 年考试分析增修）

诉讼时效是指权利主体在法定期间内不行使权利，义务人便享有抗辩权，从而导致权利人无法胜诉的法律制度。除斥期间是指法律规定形成权预定存在的期间，权利人在此期间不行使权利，预定期间届满，即发生该形成权消灭的法律后果。区别在于：

- (1) 法律后果不同。除斥期间届满的法律效力是形成权消灭，而诉讼时效期间届满，只消灭胜诉权，



不消灭实体权利。(2) 适用范围不同。除斥期间适用于形成权, 诉讼时效适用于请求权。(3) 起算时间不同。除斥期间根据法律规定的时间或者权利发生的时间起算, 诉讼时效一般从知道或者应当知道权利被侵害时起算。(4) 适用条件不同。除斥期间届满, 法院可依职权主动适用有关规定而无需当事人提出主张。义务人自愿履行的, 也可以请求人民法院追回。诉讼时效届满后, 债务人自愿履行的, 则不能再要求返还。(5) 期间可变性不同。除斥期间是一个不变期间, 不能中止延长; 而诉讼时效则可因各种原因中止、中断甚至延长。

## 第九章 人身权

### 73、人格权的概念和特征 (2017 年考试分析新增)

人格权是指民事主体依法享有的为维护其独立法律人格所必备的基本民事权利。人格权是民事主体固有的权利, 只要自然人出生、法人或其他社会组织成立, 无需任何意思表示或实施任何行为, 就当然取得并受到法律保护。人格权兼具自然权利和法定权利的双重属性。人格权具有如下特征:

(1) 人格权是作为民事主体所应当具备的。

(2) 民事主体享有人格权是经法律认可的。民事主体的人格权的种类和内容是经法律认可的, 所谓悼念权、亲吻权等未经法律认可的“权利”不属于人格权的范畴。

(3) 民事主体享有的人格权完全平等。人格权是民事主体资格本身所要求的基本权利。

(4) 人格权以人格利益为客体。人格利益是民事主体自然生存和社会生存所必需的利益。

### 74、一般人格权的特征和功能 (2018 考试分析增修)

一般人格权, 是指民事主体基于人格平等、人格独立、人格自由以及人格尊严等根本人格利益而享有的人格权。一般人格权的功能是产生、解释、补充具体人格权, 与具体人格权相比, 一般人格权具有以下特征:

(1) 主体的普遍性。自然人、法人及其他组织均平等地享有一般人格权。(2) 权利客体的高度概括性。一般人格权的客体是高度概括的民事主体, 一般人格利益, 是具体人格权之外的、尚未或无法具体化的人格利益, 它涵盖了具体人格利益之外民事主体应当享有的所有其他人格利益。(3) 所保护利益的根本性。人格平等、独立、自由和尊严都是民事主体之所以成为民事主体最根本的条件。(4) 权利内容的不确定性。一般人格权的内容无法事先确定, 也不应当事先确定。

### 75、人身权的概念及特征

人身权是指民事主体依法享有的与其人身密不可分而又没有直接财产内容的民事权利。其特征有:

(1) 人身权具有非财产性, 同时与财产权利又有着一定的关系。人身权虽然没有直接的财产内容, 但又与财产权紧密相关, 往往是取得财产权利的基础和前提。同时, 对人身权的侵害也会影响权利人的经济利益, 导致损害赔偿, 引起财产权利的变化。

(2) 人身权具有专属性。人身权与民事主体的人身密切联系, 因此通常不能转让、赠与、继承。只有企业法人和其他社会组织的名称权可依法转让, 这是人身权不可转让的例外。

(3) 人身权属于绝对权、支配权。人身权的权利主体是特定人, 义务主体是不特定人。人身权赋予权利主体支配自己人身利益的权利。

### 76、身份权的概念和特征 (2017 年考试分析新增)

身份权是指民事主体基于在特定的社会关系中的地位和资格而依法享有的民事权利。身份权具有如下特征:

(1) 身份权属于人身权。

(2) 身份权必须以一定的社会关系中的地位或者资格作为前提。

(3) 身份权不直接体现财产的内容。

### 77、人格权与身份权的区别

人格权是指民事主体依法享有的为维护法律上的独立人格所享有的民事权利。凡民事主体都平等地享有人格权。身份权是指民事主体基于某种特定的身份而依法享有的维护一定社会关系的权利。区别主要表现在:

(1) 权利主体不同。人格权的权利主体包括自然人、法人和其他组织，身份权的权利主体限于自然人。

(2) 客体不同。人格权以人格要素为客体，如姓名、肖像、名誉等，身份权的客体是基于一定身份关系形成的身份。

(3) 取得根据不同。人格权源于民事主体的出生或成立，身份权源于事件或行为。

(4) 权利的存续期间不同。民事主体具有独立人格期间皆享有人格权，人格权没有特别的期限限制。身份权是以一定的身份的存在为前提，并以身份的存续为权利存续的前提。

#### 78、简述婚姻自主权和个人信息保护的内容（2018 考试分析新增）

1、婚姻自主权是自然人享有的对婚姻关系自主决定的权利，是非物质的自主决定权：(1) 婚姻自主权的内容是结婚自由和离婚自由；(2) 婚姻自主权要求自然人达到一定的年龄和符合行为能力才能实际享有。

2、个人信息保护：根据《民法总则》111 条的规定，自然人的个人信息受法律保护。任何组织和个人需要获取他人个人信息的，应当依法取得并确保信息安全，不得非法收集、使用、加工、传输他们个人信息，不得非法买卖、提供或者公开个人信息

## 第二部分：民法分则

### 第十章 物权法概述

#### 79、简述物权的概念

物权是权利主体依法直接支配特定的物并享受其利益的排他性权利，包括所有权、用益物权和担保物权。说明如下：

- (1) 物权是一种财产权，具有直接的财产内容。
- (2) 物权是直接支配物的权利。
- (3) 物权是支配特定物的权利。
- (4) 物权具有排除他人干涉的效力。

#### 80、物权的特征（2008 年简答）

与债权比较，物权具有下列特征：

(1) 在权利的性质上，物权是支配权，而债权则是一种请求权。权利人无须借助他人的行为就能行使其权利，并通过对标的物的直接管领、支配实现自己的利益。

(2) 在权利效力范围上，物权是绝对权，债权是相对权。物权的义务主体是权利人以外的一切人，故又称为对世权，而债权人则只能向特定的义务主体(债务人)主张权利。

(3) 在权利的客体上，物权的客体原则上为有体物，债权的客体则不限于物。

(4) 在权利的效力上，物权具有优先力、追及力，还具有排他性，而债权则没有这些效力。

(5) 在权利的发生上，物权的设定采取法定主义，而债权(合同之债)的设定则采任意主义。

(6) 在权利的保护方法上，物权的保护以恢复权利人对物的支配为主要目的，偏重于“物上请求权”的方法，赔偿损失仅为补充方法，而债权的保护则主要采取赔偿损失的方法。

#### 81、平等保护原则（2017 年考试分析增修）

平等保护是物权法明确规定的基本原则，是民法中平等原则在物权领域的具体化。基本内容为：

(1) 法律地位平等。所有民事主体在物权法中都共有平等地位。

(2) 适用规则平等。除法律有特别规定的外，各民事主体参与物权法律关系时平等适用《物权法》所确立的规则

(3) 保护的平等民事主体受物权法的平等保护

#### 82、物权客体特定原则

物权客体特定原则，又称为一物一权原则，其内容包括：

(1) 物权的客体限于在经济上和功能上完整的、独立的一物，物的组成部分不能成为物权的客体。

(2) 一物之上只能成立一个所有权。

该原则与以下情形并不矛盾：第一，多人对同一物共享一项物权。第二，内容互不冲突的物权并存于一物之上，如所有权与他物权并存、用益物权与担保物权并存、担保物权与担保物权并存等。

### 83、物权法定原则（2013 年法条分析题）

物权法定原则，是指物权的种类、内容、效力和公示方法等都应由法律明确规定，而不能由当事人通过合同任意设定。物权法定原则主要包括如下几方面内容：

(1) 物权种类必须由法律设定，不得由当事人随意创设。

(2) 物权的内容由法律规定。当事人不得创设与法定物权内容不符的物权内容，也不得基于其合意自由决定物权的内容。

(3) 物权的效力必须由法律规定，不能由当事人通过协议加以设定。

(4) 物权的公示方法必须由法律规定，不得由当事人随意确定。

### 84、公示、公信原则（2016 年法学论述题）

(1) 所谓公示，就是将物权设立、移转的事实通过一定的方法向社会公开，从而使第三人知道物权变动的情况。

(2) 所谓公信，主要适用于不动产的交易，是指一旦当事人变更物权时依据法律的规定进行了公示，则即使依公示方法表现出来的物权事实上并不存在或有瑕疵，但对于信赖该物权的存在并已从事了物权交易的人，法律仍然承认其具有与该物权为真实时相同的法律效果，以保护交易安全。具体来说，公信原则表现为两方面的内容：其一，登记记载的权利人在法律上推定其为真正的权利人。其二，凡是信赖登记所记载的权利而与权利人所进行的交易，即使此项登记错误，登记所记载的权利人与实际的权利人不一致，法律仍然承认其具有与真实物权相同的法律效果。

(3) 按照物权法定主义，物权的公示方法必须要由法律明确规定，不能由当事人随意创设。公示方法原则上应当采用不动产登记、动产交付的规则。

(4) 公示原则的作用在于确认依公示方法所取得的物权具有对抗第三人的效力。公信原则的功能则在于，即使在公示的内容是虚假或错误的情况下，第三人因信赖该公示的内容而从事交易，其从交易中所取得的权利仍应受到保护。

### 85、违反物权法定原则的后果（2017 年考试分析新增）

(1) 法律没有规定的物权当事人不得自由设立，即使当事人有约定也不发生物权设定的法律效果；

(2) 当事人的约定部分违反内容强制的规定，但不影响其他部分效力的，物权仍得以设立，仅违反规定的部分无效。如流质条款无效不影响抵押权或者质权的设立。

(3) 违反该原则的行为无效不影响当事人其他法律行为的效力。

### 86、物权变动的相关问题（2017 年考试分析增修、2011 年法条分析、2015 年辨析题）

物权的变动，是指物权的设立、变更、转让和消灭。

1、物权变动的分类，根据引起物权变动的原因，可以将物权变动分为基于法律行为的物权变动和非基于法律行为的物权变动。（2015 年辨析题）

(1) 在基于法律行为的物权变动中，公示为物权变动的生效要件或者对抗要件；就其中的不动产变动而言，未经登记不发生效力，但是法律另有规定除外。

(2) 非基于法律行为的物权变动则不需要公示，就其中的不动产变动而言，登记既非生效要件也不是对抗要件，而是处分要件。如人民法院、仲裁委员会的法律文书或者人民政府的征收决定等，继承或者受遗赠，合法建造、拆除房屋等都可以引起物权变动，而无需登记。但依上规定享有不动产物权的，处分该物权时，依照法律规定需要办理登记的，未经登记，不发生物权效力。

(3) 所以无论是动产物权还是不动产物权，交付或登记都不是唯一的产生物权变动的原因。另外，法律行为有效，不一定发生物权变动，法律行为无效，不一定就不发生物权变动。

2、物权变动的区分原则。（2011 年法条分析、2018 年法学案例分析题涉及）

(1) 法律行为是否生效，债权效果是否发生，应依照法律行为制度确定。

(2) 物权变动效果是否发生，应依照物权变动的规则确定。



(3) 因欠缺公示手段导致不能发生物权变动的，法律行为的效力不因此而受影响。

### 87、交付的几种方式

(1) 现实交付，即将出让物置于受让人的实际控制之下。

(2) 简易交付，动产物权的受让人因合同已占有出让人的出让物的，出让人与受让人达成物权转让合意时，交付即完成。

(3) 指示交付，出让人的出让动产被第三人占有的，出让人将返还请求权让与受让人，并告知占有人向受让人交付该动产，是为指示交付。也称“返还请求权的让与”。

(4) 占有改定，由出让人继续占有该动产，在约定期限届满时，出让人再按约定将该动产交还受让人占有，即为占有改定。在占有改定中，出让人与受让人实际上达成了两个合意，一是转让动产所有权的合意，二是借用、租赁等能够使出让人继续占有转让动产的合意。

在理论上，后三种交付方式被称为观念交付。

### 88、异议登记及其效力

异议登记是指，登记机构将利害关系人对不动产登记簿登记事项的异议记载于登记簿上的行为。其适用情形是利害关系人要求进行更正登记而不动产登记簿记载的权利人不同意更正。

(1) 登记机构予以异议登记的，申请人在异议登记之日起 15 日内未提交人民法院受理通知书、仲裁委员会受理通知书等提起诉讼、申请仲裁的材料，异议登记失效。

(2) 异议登记期间，不动产登记簿上记载的权利人以及第三人因处分权利申请登记的，不动产登记机构应当书面告知申请人该权利已经存在异议登记的有关事项。申请人申请继续办理的，应当予以办理，但申请人应当提供知悉异议登记存在并自担风险的书面承诺。

(3) 异议登记不当，造成权利人损害的，权利人可以向申请人请求损害赔偿。

### 89、物权的追及、优先、排他效力问题（2016 辨析题、2017 年考试分析增修）

#### 1、物权的追及力问题（2016 年辨析题）

(1) 物权的追及效力是指物权的标的物无论辗转落入何人之手，除法律另有规定外，物权人均可追及至物的所在行使物权的法律效力。

(2) 但物权的追及效力不是绝对的，而是相对的，它受到诸多限制，追及效力行使时，原物权人的物权必须经过公示或者设定他物权的事实为取得人所知。此外，为保护交易安全起见，善意取得制度的建立，阻断了物权的追及力。

#### 2、物权的优先效力问题（2017 年考试分析新增修）

(1) 物权的优先效力包括两个方面，一是物权对于债权的优先效力，二是物权相互之间的优先效力。物权对于债权的优先效力体现在当物权与债权可能发生权利冲突时，物权原则上具有优先于债权的效力。如同一物上既有物权，又有以其为给付标的物的债权时，物权优先于债权。物权相互之间的优先效力要解决的是能够并存且可能发生权利冲突的若干个物权之间何者优先的问题。该问题的解决规则是原则上成立在先则效力优先，但法律另有规定除外。

(2) 物权优先于债权也有例外，个别情形下法律赋予某些债权以优先于物权的效力，“买卖不破租赁”规则，租赁物的买受人不得以其所有权对抗承租人的债权。

#### 3、物权的排他效力

物权的排他效力则意味着同一物上不能同时存在两个或两个以上内容互不相容的物权。

(1) 同一标的物上，已有所有权存在的，不得再成立所有权，一物一个所有权。

(2) 同一标的物上不得有两个以上内容互不相容的他物权存在。如，不能同时存在两个质权。

### 90、物权的保护的方法（2015 年法学论述题）

(1) 确认物权。当物权归属不明或对物权是否存在发生争执时，当事人可以向法院提起诉讼，请求确认物权。请求确认物权，包括请求确认所有权和请求确认他物权。

(2) 返还原物。当所有人的财产被他人非法占有时，所有人或合法占有人可以依照法律的规定请求不法占有人返还原物或请求法院责令不法占有人返还原物。在特定情况下会受到物权法上善意取得等特别制度的限制。



(3) 排除妨害或者消除危险。当他人的行为非法妨害权利人行使物权时，权利人可以请求妨害人排除妨害，也可请求法院责令妨害人排除妨害。当他人的行为对权利人的标的物造成危险时，权利人可以请求消除危险。

(4) 恢复原状。当物权的标的物因他人的侵权行为而损坏时，如果能够修复，物权人可以请求侵权行为人加以修理以恢复物之原状。请求恢复原状旨在恢复物的圆满状态。

(5) 损害赔偿。当物权人因他人的侵害行为而遭受经济损失时，权利人可以直接请求侵害人赔偿损失，也可以请求法院责令侵害人赔偿损失。

## 第十一章 所有权

### 91、所有权的概念与特征

所有权人对自己的不动产或者动产，依法享有占有、使用、收益和处分的权利。所有权具有以下特征：

(1) 所有权具有全面性。所有权是所有人法定限制范围内对所有物加以全面支配的权利。所有权是绝对权。所有权关系的义务主体是所有人以外的一切人，他们负有不作为的义务。

(2) 所有权具有整体性。所有权是一个整体的权利，所有人对于标的物有统一的支配力。

(3) 所有权具有弹性性。所有权人在其所有的财产上为他人设定他物权后，虽然占有等权能与所有权人发生分离，但所有权并不消灭。当所有物上设定的其他权利消灭，所有权的负担除去以后，所有权恢复其圆满的状态。

(4) 所有权具有排他性。排他性是指所有权是独占的支配权，非所有人不得对所有人的财产享有所有权。同一物上只能有一个所有权存在，而不能同时并存两个或两个以上的所有权。

(5) 所有权具有恒久性。恒久性指所有权不因时效而消灭，也不得预定其存续期间。所有权不以期限为要件，除因标的物灭失、所有人抛弃等事由而消灭外，本质上可以永久存续。

### 92、所有权的权能与限制（2017 年考试分析增修，2014 年辨析题）

所有权的权能是指所有人为利用所有物以实现其对所有物的独占利益，而于法律规定的范围内可以采取的各种措施与手段。所有权的权能有积极权能和消极权能。

1、所有权的积极权能包括占有、使用、收益和处分。

(1) 占有权能，是对所有物加以实际管领或控制的权力。占有权可与所有人发生分离。占有权与占有是两个不同的概念。民法上的占有是指主体对物的实际控制，是一种事实。

(2) 使用权能，是在不损毁所有物或改变其性质的前提下，依照物的性能和用途加以利用的权利。使用权能也可以转移给非所有人行使，并且使用权能仅适用于非消耗物。

(3) 收益权能，是收取所有物所生利益(孳息)的权利。收益权是与使用权有密切联系的所有权权能，因为通常收益是使用的结果，但使用权不能包括收益权。

(4) 处分权能，是对所有物依法予以处置的权利。处分权能是所有权内容的核心和拥有所有权的根本标志，其通常只能由所有人自己行使。

2、所有权的消极权能即排除他人的不法干预，如请求排除妨害、消除危险，赔偿损失等。”

3、民法和其他一些相关法律、法规对所有权进行的限制主要表现为：

(1) 行使所有权不得违反法律规定。

(2) 行使所有权不得妨害他人的合法权益。

(3) 行使所有权时必须注意保护环境、自然资源和生态平衡。

(4) 根据公共利益的需要，国家可以依法对集体土地实行征用，或将其他财产收归国有。

### 93、善意取得的相关问题（2017 年考试分析增修，2007 年简答题）

#### 1、何谓善意取得？

善意取得，又叫即时取得，是指无权处分人在不法将其占有的他人动产或者错误登记在其名下的他人不动产让与第三人或者为第三人设定他物权时，如果受让人在取得该动产或者不动产的物权时系出于善意且符合其他条件，即取得该动产或者不动产的所有权或者他物权的制度。善意取得具有强化占有公

信力、保护交易安全的功能。

## 2、如何理解受让人“善意”

受让人受让动产或不动产时，不知道转让人无处分权，且无重大过失的，应当认定受让人为善意。所谓重大过失，是指行为人极为疏忽大意的情况，法律对行为人提出了较高的注意义务，而行为人没有达到该较高的注意义务，但却达到了一般人的注意义务，此时就认为构成一般过失；假设行为人不仅未达到该较高的注意义务，同时连一般人的注意义务都没有达到，就认定为构成重大过失。

## 3、如何认定“合理的价格”

“合理的价格”应当根据转让标的物的性质、数量以及付款方式等具体情况，参考转让时交易地市场价格以及交易习惯等因素综合认定。

## 4、动产所有权的善意取得的构成条件

- (1) 标的物须为占有委托物且为非禁止流通物。
- (2) 让与人系无权处分人。
- (3) 受让人取得动产时出于善意。
- (4) 受让人以合理的价格受让。
- (5) 已完成交付。此处的交付不包括占有改定。

## 5、不动产善意取得的适用条件为：

- (1) 让与人系无权处分人但具有权利外观。
- (2) 受让人受让该不动产是善意的。受让人受让不动产时，不知道转让人无处分权，且无重大过失的，应当认定受让人为善意。
- (3) 受让人以合理的价格受让。是否为“合理的价格”应当根据转让标的物的性质、数量以及付款方式等具体情况，参考转让时交易地市场价格以及交易习惯等因素综合认定。

- (4) 已经办理了登记。

## 6、善意取得的法律后果

- (1) 受让人取得转让不动产或者动产的物权，原所有权人丧失物权。
- (2) 受让人依照规定取得不动产或者动产的物权的，原所有权人有权向无处分权人请求赔偿损失或者返还不当得利。
- (3) 善意受让人取得动产后，该动产上的原有权利消灭，但善意受让人在受让时知道或者应当知道该权利的除外。

## 94、共有关系的概念与特征

共有关系，是指两个以上的权利主体对同一项财产都享有所有权而形成的权利义务关系，称为共有关系。其特征有：

- (1) 共有关系的主体总是两个以上。凡是形成财产共有关系的，其权利主体无论是公民或法人，其财产共有人必定是两个以上，否则就不能称其为共有。
- (2) 共有关系的客体总是同一项财产。各个共有人的权利、义务所指向的对象只能是同一项财产。
- (3) 共有关系的内容包括双重权利、义务关系。共有关系可分为按份共有和共同共有。无论哪种共有都发生对内、对外双重权利、义务。
- (4) 共有关系的形成基于公民或法人共同的生产经营目的或生活需要。共有不是一种独立的所有制和财产所有权。

## 95、按份共有关系中的权利

- (1) 依照份额享有共有权。按份共有人行使权利、享受利益的大小与其预先确定的份额成正比。
- (2) 分割请求权(包括转让权)，按份共有财产的每个共有人有权要求将自己的份额分出或转让。分出、转让受到优先购买权限制。
- (3) 优先购买权。当按份共有人转让自己的份额时，在同等条件下，其他共有人有优先购买权。
- (4) 在共有份额上设定担保物权，按份共有人可就其应有的财产份额设定担保。
- (5) 物上请求权。当共用权益受到侵犯，共有人可单独或共同地依法享有物上请求权，包括停止侵害、

排除妨害、恢复原状和返还原物的请求，以维护共有权益。

(6) 共有物处分权。处分按份共有的不动产或者动产以及对共有的不动产或者动产作重大修缮的，应当经占份额三分之二以上的按份共有人同意，共有人之间另有约定的除外。

#### 96、共同共有的概念与特征

共同共有，是指两个以上的所有人，对共有财产享有平等的所有权。基本特征是：

(1) 各个共有人对共有财产共同地、平等地享有所有权，没有份额的区分。各自的份额有在分割时才能确定。

(2) 各个共有人对共有财产享有平等的权利，承担平等的义务。

(3) 财产共同共有关系随着共有人的共同关系的存在而产生，随着共同关系的解除而消灭。

#### 97、建筑区分所有权的相关问题（2006 年简答，2014 年法条分析）

##### 1、建筑区分所有权的概念

建筑物区分所有权，是指根据使用功能，将一栋建筑物在结构上区分为各个所有人独自使用的部分和由多个所有人共同使用的共同部分时，每一个所有人享有的对其专有部分的专有权、对共有部分的共有权以及各个所有人之间基于其共同关系而产生的成员权的结合。

##### 2、建筑物区分所有权的特征

(1) 复合性。建筑物区分所有权由专有部分所有权、共有权及成员权等三要素构成，且区分所有人的身份也具有多重性，既是专有权人，又是共有所有人，还是管理建筑物的成员权人，此有别于单一的不动产所有权。

(2) 整体性。这是指区分所有权人的专有权、共有权及成员权三者共为一体不可分离。在转让、继承、抵押时应将三者一起转让、继承、抵押。

(3) 专有权的主导性，在构成建筑物区分所有权的三要素中，专有权真有主导性，具体体现在：区分所有人取得专有部分所有权即取得共有部分共有权及成员权；专有部分所有权的大小决定共有权及成员权的大小；区分所有权成立登记时，只登记专有部分所有权，而共有权及成员权并不单独登记。

(4) 客体的多元性。建筑物区分所有权的客体包括专有部分与共有部分，而不是仅局限于其中的一部分。

##### 3、构成专有部分的条件

专有部分，指在构造上能明确区分，具有排他性且可独立使用的建筑物部分。须具备三个条件：(1) 构造上的独立性，即“物理上的独立性”，从而能够明确区分；(2) 利用上的独立性，即“功能上的独立性”，可以排他使用；(3) 能够登记成为特定业主所有权的客体。

#### 98、相邻关系的概念及特征

相邻关系，是指相互毗邻的不动产的所有人或使用人因对不动产行使所有权或使用权而发生的权利义务关系。相邻关系实质上是对财产所有人或占有人、使用人行使所有权或占有、使用权的合理延伸和必要的限制。其特征有：

(1) 相邻关系总是发生在两个以上权利主体之间。权利主体既可以是自然人、个体工商户、农村承包经营户、个人合伙，也可以是法人；既可以是不动产所有人，也可以是不动产的使用人，如承包人、租用人、借用人等。

(2) 相邻关系的内容是相邻人间的权利、义务。它是按照法律的规定或者相邻各方的协议确定的。相邻一方有为了维护其合法权益行使方便的权利，他方负有提供这种便利的义务。相邻一方的权利受到法律的保护，但其不得滥用权利。

(3) 相邻关系是在不动产毗邻或相近的特定条件下因对财产的使用而发生的。

## 第十二章 用益物权

#### 99、用益物权的概念及特征

用益物权是指权利人对他人所有的不动产或者动产依法享有的占有、使用和收益的权利。用益物权的特征有：



(1)用益物权属于他物权、限制物权；(2)用益物权以占有为前提，以使用收益为内容；(3)用益物权的客体包括动产和不动产，主要是不动产。

#### 100、用益物权与担保物权的区别（2004年简答题，2012法学简答题）

(1)用益物权以追求物的使用价值为内容，标的物须具有使用价值。而担保物权主要以标的物的交换价值和优先受偿为内容。

(2)用益物权具有独立性，担保物权则具有从属性。一般地，用益物权根据法律的规定或与财产所有人的约定独立存在，而担保物权系以担保债务履行为目的，其存在则以担保物权人对担保物的所有人或其他关系人享有债权为前提。

(3)用益物权往往有明确的存续期间。在物权关系解除后，权利归于消灭，而在权利的存续期间，权利人可以依法或依合同规定行使权力。担保物权以债权的存在为前提，在担保物权实现之时，该权利亦归于消灭。

(4)用益物权的行使，一般以占有标的物为前提，而担保物权的行使，除留置权、质权外，均不以直接占有标的物为前提。

(5)担保物权具有物上代位性，而用益物权则不具有这一性质。担保物权的标的物灭失，如不能归责于担保物权人，担保物权人可以请求担保人以其他物替补。而用益物权的标的物灭失，用益物权人不得请求所有人以其他物替代。

#### 101、土地承包经营权概念与特征

土地承包经营权是指自然人或社会组织依据承包合同对于农民集体所有或者国家所有由农民集体使用的土地享有的占有、使用和收益的权利。具有如下特征：

(1)土地承包经营权是由土地所有权派生的以使用收益为内容的物权，属于他物权中的用益物权范畴。

(2)土地承包经营权的主体是承包人，包括自然人和社会组织。

(3)土地承包经营权的客体是农民集体所有或国家所有由农民集体使用的耕地、林地、草地以及其他用于农业的土地。权利人必须将以上土地用于从事种植业、林业、等农业生产。

(4)土地承包经营权是由发包人与承包人通过签订承包合同的方式设定的，无需登记设立。

(5)土地承包经营权是一种有期限的物权。

#### 102、土地承包经营权的内容

1、承包人享有的权利主要有：

(1)对承包地进行使用并获取相应的收益，自主组织生产经营和处置产品。

(2)通过家庭承包取得的承包经营权，承包人有权将土地承包经营权采取转包、互换、转让等方式流转；通过招标、拍卖、公开协商等方式承包荒地等农村土地，依照有关规定，其土地承包经营权可以转让、入股、抵押或者以其他方式流转。

(3)承包地被依法征用、占用的，承包人有权获得相应的补偿。

2、承包人义务：(1)维持土地的农业用途，未经依法批准，不得将承包地用于非农建设；(2)依法保护和合理利用土地，不得进行掠夺性经营，不得给土地造成永久性损害；(3)在生产过程中要保护环境；(4)接受发包人的必要指导和管理。

#### 103、建设用地使用权相关问题：

1、概念和特征是什么？

建设用地使用权是指自然人、社会组织对国家或集体所有的土地依法享有的利用该土地建造及保有建筑物、构筑物及其附属设施的权利。建设用地使用权具有以下特征：

(1)建设用地使用权属于用益物权。

(2)建设用地使用权的主体为一切符合法定条件的自然人和社会组织。

(3)建设用地使用权的内容为在土地上建造和保有建筑物、构筑物及其附属设施，以及对建设用地使用权的处分如出资、转让、抵押，但不包括对土地本身的处分。

(4)建设用地使用权的客体包括国有土地和集体所有的土地，其范围包括土地表面及其上下的一定空间。

(5)建设用地使用权具有排他性，在同一块土地上不允许有两个以上内容相同的建设用地使用权存在。



## 2、取得以国有土地为客体的建设用地使用权方式都有哪些？有什么区别？

取得方式有两种：一是通过土地使用权的出让、转让等方式取得；二是通过行政划拨的方式取得。这两种取得方式的主要区别在于：

(1) 性质不同。前者属于民事方式，后者属于行政方式。

(2) 是否支付对价不同。前者属于有偿方式，需要支付对价——交付土地出让金或转让金；后者属于无偿方式，不需要支付出让金。

(3) 取得的权利的内容不同。通过前种方式取得的地使用权可以转让、出租、抵押和继承；而通过后一种方式取得的地使用权只能由权利人自己使用，而不能作如上处分。

(4) 取得的地使用权存续期限不同。通过前种方式取得的地使用权存在一定期限，期限届满后，未申请续展或续展未获批准，使用权即告消灭；而通过后一种方式取得的地使用权是长期的或无期限的。

(5) 适用范围不同。后者仅限于法律有明文规定的情形，如国家机关用地和军事用地，城市基础设施用地和公益事业用地等。除此之外的情形只能采取出让方式取得国有土地使用权。

## 3、建设用地使用权何时设立？

无论通过何种方式取得建设用地使用权，均应向登记机构申请建设用地使用权登记。建设用地使用权自登记时设立。

## 4、建设用地使用权期间届满的，如何处理？

如果是住宅建设用地，自动续期；如果是非住宅，其续期依照法律规定办理。该土地上的房屋及其他不动产的归属，有约定的，按照约定；没有约定或者约定不明确的，依照法律、行政法规的规定办理。

## 101、宅基地使用权的概念、特征

宅基地使用权是指农村集体经济组织成员因建造自有房屋而依法对集体所有的土地享有的占有、使用的权利，是我国特有的一种用益物权。宅基地使用权的特征在于：

(1) 宅基地使用权的主体限于农村集体经济组织成员。

(2) 宅基地使用权的内容限于建造、保有住宅及其附属设施。

(3) 宅基地使用权的客体限于集体所有的土地，换言之，宅基地的所有权归集体。

(4) 宅基地使用权的取得是无偿的且没有期限限制，故该权利具有福利性。

## 104、地役权的概念、特征

地役权是指不动产的权利人如所有权或使用权人，为自己使用不动产的便利或提高自己不动产的效益而利用他人不动产的权利。地役权的特征包括：

(1) 地役权的主体包括不动产的所有权人和使用权人。

(2) 地役权的内容是利用他人不动产，并对他人的权利加以限制。

(3) 地役权的客体是他人不动产。

(4) 地役权的设立目的是为供自己使用不动产之便利或效益之提高。

(5) 地役权是否有偿及存续期限依当事人约定。

(6) 地役权具有从属性。地役权的从属性意味着地役权不得脱离需役地而存在，不得单独处分，必须与需役地的所有权或使用权一同转移。

## 105、地役权与相邻关系的区别（2011 法学简答题）

(1) 性质不同。地役权是一项独立的用益物权，相邻关系体现的则是所有权的延伸与限制。

(2) 产生依据不同。地役权基于当事人之间的合同而产生，相邻关系基于法律的规定而产生。

(3) 内容不同。地役权是当事人超出相邻关系限度而设定的权利，可以有偿，也可以无偿；相邻关系则是对相邻各方权利义务的最小限度的调节，通常是无偿的。

(4) 前提条件不同。地役权不以不动产相邻为条件，相邻关系则以此为条件。

# 第十三章 担保物权

## 106、担保物权的概念与特征（2004 年简答题）

担保物权是指以担保债务清偿为目的，而在债务人或者第三人的特定物或者权利上设立的定限物权。担保物权的特征：

- (1) 优先受偿性。担保物权人可以就担保物的价值优先于债务人的普通债权人而受偿。
- (2) 从属性。担保物权是为担保债权受偿而设定的，从属于所担保的债权。
- (3) 不可分性。这是指债权人在全部债权受清偿前，可就担保物的全部行使其权利。
- (4) 物上代位性。担保期间，担保财产毁损、灭失或者被征收等，担保物权人可以就获得的保险金、赔偿金或者补偿金等优先受偿。

## 107、抵押权相关问题

### 1、抵押权的概念及特征（2005 年简答题）

抵押权是指债权人对于债务人或第三人提供的不转移占有而作为债务履行担保的财产，在债务人不履行债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形时，得就该财产的价值优先受偿的权利。抵押权的特征表现在：

(1) 抵押权是一种约定担保物权；(2) 抵押权的客体是债务人或第三人提供的特定财产，该财产可以是动产、不动产，也可以是某种财产权利；(3) 抵押权是不转移占有的担保物权，在抵押期间，抵押财产仍由抵押人占有。

### 2、抵押权何时设立？

不动产抵押权自登记时设立，动产抵押权自抵押合同生效时设立。

### 3、抵押权担保的范围？

抵押担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金和实现抵押权的费用。抵押合同另有约定的，从其约定。抵押权的效力不仅及于原抵押财产，而且及于抵押财产的从物、从权利、添附物、孳息和代位物。

### 4、抵押权如何实现？

抵押权人在债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形时，得处分抵押财产，并就其价值优先受偿。可以和抵押人协议以抵押物折价，也可以请求人民法院拍卖、变卖抵押财产。抵押财产折价或者变卖的，应当参照市场价格。

### 5、一个物上存在同时存在多个抵押权，如何受偿？

在实现抵押权时，如果同一抵押财产上存在数个抵押权，则其受偿顺序是：(1) 抵押权已登记的，按照登记的先后顺序清偿；顺序相同的，按照债权比例清偿。(2) 动产抵押权已登记的先于未登记的受偿。(3) 动产抵押权未登记的，按照债权比例清偿。

### 6、抵押权与租赁权的处理规则（2017 年考试分析新增）

订立抵押合同前抵押财产已出租的，原租赁关系不受该抵押权的影响。抵押权设立后抵押财产出租的，该租赁关系不得对抗已登记的抵押权。

## 108、动产浮动抵押的相关问题（2017 年考试分析增修）

动产浮动抵押是指以法律规定的动产作为一财产整体设立的动产抵押。

### 1、动产浮动抵押的特征是什么？

- (1) 主体具有特定性，抵押人限于企业、个体工商户、农业生产经营者。
- (2) 抵押财产具有集合性，限于抵押人的动产，包括将来所有的动产。
- (3) 抵押财产特定化之前可以自由转让。

### 2、哪些情形下，抵押财产可以确定？

- (1) 债务履行期届满，债权未实现；
- (2) 抵押人被宣告破产或者被撤销；
- (3) 当事人约定的实现抵押权的情形；
- (4) 严重影响债权实现的其他情形。

3、设立动产浮动抵押的，不得对抗正常经营活动中已支付合理价款并取得抵押财产的买受人。

## 109、最高额抵押的概念及其特征

最高额抵押是指在预定的最高债权额限度内，为担保一定期间内将要连续发生的债权的清偿而设立的抵押。最高额抵押的特征是：

(1) 所担保债权的不确定性；(2) 适用范围的限定性；(3) 非从属性。最高额抵押不以某一特定债权的存在为条件。最高额抵押担保的债权确定前，部分债权转让的，除当事人另有约定外，最高额抵押权不得转让。抵押期间某一具体债权消灭，最高额抵押权并不因此消灭。

#### 110、最高额抵押权人的债权确定的情形（2017 年考试分析新增）

(1) 约定的债权确定期间届满；(2) 没有约定债权确定期间或者约定不明确，抵押权人或者抵押人自最高额抵押权设立之日起满两年后请求确定债权；(3) 新的债权不可能发生；(4) 抵押财产被查封、扣押；(5) 债务人、抵押人被宣告破产或者被撤销；(6) 法律规定债权确定的其他情形。

#### 111、质权的概念、特征

质权是指债务人或者第三人将其动产或财产权利交给债权人占有或控制，以此作为履行债务的担保，在债务人不履行债务时，债权人得以该动产或财产权利的价值优先受偿的权利。

质权的特征表现在：(1) 质权是一种约定担保物权；(2) 质权的客体是债务人或第三人提供的动产或者权利；(3) 质权是转移占有的担保物权，质押期间，质押财产转由质权人占有。

#### 112、质权的相关问题

##### 1、动产质权的效力

(1) 质权的担保范围。质权的担保范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金、质押财产保管费用和实现质权的费用。质押合同另有约定的，按照约定。

(2) 质权效力及于标的物的范围。质权效力及于质押财产、质押财产的从物、孳息和代位物，但从物未随同质押财产移交质权人占有的，质权的效力不及于从物。对于孳息是否作为出质财产，当事人可另作约定。

##### 2、动产质权何时设立？

动产质权自出质人交付质押财产时设立

##### 3、权利质权的客体有哪些？

权利质权指以债权或其他可让与的财产权利为质押财产的质权，债务人或者第三人有权处分的下列权利可以出质

(1) 汇票、支票、本票；(2) 债券、存款单；(3) 仓单、提单；(4) 可以转让的基金份额、股权；(5) 可以转让的注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权；(6) 应收账款；(7) 法律、行政法规规定可以出质的其他财产权利。

##### 4、权利质权的设定条件

(1) 以票据、债券、存款单、仓单、提单出质的，质权自权利凭证交付质权人时设立，没有权利凭证的，质权自有关部门办理出质登记时设立。

(2) 以基金份额、证券登记结算机构登记的股权出质的，质权自证券登记结算机构办理出质登记时设立。

(3) 以其他股权出质的，质权自工商行政管理部门办理出质登记时设立。

(4) 以注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权出质的，质权自有关主管部门办理出质登记时设立。

(5) 以应收账款出质的，质权自信贷征信机构办理出质登记时设立。

#### 113、留置权的相关问题（2012 年简答题）

留置权是指合法占有债务人动产的债权人，于债务人不履行债务时，得留置该动产并以其价值优先受偿的权利。

##### 1、留置权的特征

(1) 留置权属于法定担保物权。

(2) 留置权的标的物限于动产。

(3) 留置权不具有追及力，留置权人丧失对留置财产的占有即丧失留置权。

##### 2、留置权的成立要件（2012 年简答题）



- (1) 债权人已合法占有属于债务人所有的动产。
  - (2) 债权人对该动产的占有与其债权的发生出自同一个法律关系，但企业之间留置的除外。
  - (3) 债务已届清偿期而债务人未履行债务。
  - (4) 符合法律规定和当事人的约定并且不违背公序良俗。法律规定或者当事人约定不得留置的动产，不得留置。不得与留置权人承担的义务相抵触。
- 3、留置权的优先效力：**同一动产上已设立抵押权或者质权，该动产又被留置的，留置权人优先受偿。

## 第十四章 占有

### 114、占有的效力（2017 年考试分析新增）

占有的性质虽为一种事实状态而非权利，但为了维护社会秩序，合理解决当事人之间的权利义务关系，法律仍赋予占有有一定的法律效力。主要有：

- (1) 权利推定效力。如果占有人在占有物上行使权利，则推定其享有此项权利。这就是占有的权利推定效力。根据占有的权利推定效力，在没有相反证据的情况下即推定占有人享有相应的物权或者债权。
- (2) 权利取得效力。占有人在符合法定要件的情况下可以取得本权，此即占有的权利取得效力。
- (3) 保护效力。占有人的占有无论是否为有权占有，均可以对抗他人的侵犯。

## 第十五章 知识产权

### 115、知识产权的概念与特征（2013 年简答题，2018 年考试分析增修）

知识产权是指民事主体对创造性智力成果依法享有的权利的总称。知识产权有广义和狭义之分，广义的知识产权是权利人依法就下列客体享有的专有的权利：（1）作品；（2）发明、实用新型、外观设计；（3）商标；（4）地理标志；（5）商业秘密；（6）集成电路布图设计；（7）植物新品种；（8）法律规定的其他客体。狭义的知识产权，即传统意义上的知识产权，包括著作权、专利权、商标权三个组成部分，其中的专利权与商标权合称工业产权。在我国，知识产权属于民事权利。知识产权的特征主要有：

- (1) 专有性。专有性即独占性、排他性。同一智力成果之上不能有两项以上完全相同的知识产权并存；没有法律规定或未经权利人许可，任何人不得擅自使用权利人的智力成果。
- (2) 地域性。知识产权的地域性是指一项知识产权只在其产生的特定国家或地区的领域内有效，不具有域外效力，其他国家没有必须给予保护的义务。
- (3) 时间性。时间性意味着依法产生的知识产权一般只在法律规定的期限内有效，超出知识产权的法定保护期后，该知识产权消灭，有关智力成果进入公有领域，人们可以自由使用。
- (4) 客体的无形性。知识产权的客体是智力成果，而智力成果是不具有物质形态的，这是知识产权与其他民事权利的重大区别

### 116、商业秘密的构成条件（2016 年法学简答）

(1) 不为公众所知悉（秘密性）；(2) 能为权利人带来经济利益（价值性）；(3) 具有实用性；(4) 经权利人采取保密措施（保密性）；(5) 属于技术信息和经营信息。

### 117、侵犯商业秘密的主要情形

- (1) 采取不正当手段获取商业秘密的行为，一切违反竞争秩序的直接获取商业秘密情报的手段都可以被认定为不正当手段。
- (2) 对非法获得的商业秘密的泄露、使用和许可他人使用行为。
- (3) 恶意披露、转让商业秘密的行为。这一条主要针对的是保密协定的相对方违反约定，将他人的商业秘密泄露、披露以及许可他人使用的行为。
- (4) 第三人对第(3)所述的商业秘密的获取、使用及披露行为。

### 118、著作权的概念特征

著作权，亦称版权，是指著作权人对文学、艺术和科学作品依法享有的各项专有权利。

- (1) 著作权具有知识产权的共同特征，专有性、地域性、时间性、客体的无形性。
- (2) 权利内容的双重性，权利内容的双重性是指著作权包括人身权与财产权的双重内容。



(3) 权利自动产生的特点。权利的自动产生是指著作权基于作品的创作完成这一事实而自动产生，既不需要发表，也无须任何部门审批。

#### 119、邻接权与著作权的联系与区别（2014 年非法学简答题）

邻接权又称作品传播者权，是指作品传播者对在传播作品过程中产生的成果依法享有的专有权利。

1、联系：邻接权以著作权为基础；对于著作权合理使用的限制，同样适用于邻接权。

2、区别：

(1) 邻接权的主体多为法人或其他组织，著作权的主体多为自然人；

(2) 邻接权的客体是传播作品过程中产生的成果，而著作权的客体是作品本身；

(3) 邻接权中除表演者权外一般不涉及人身权，而著作权包括人身权和财产权双重内容。

#### 120、表演者的权利（2018 年法学、非法学简答题涉及）

表演者，包括演员、演出单位。表演者对其表演享有邻接权，表演者的邻接权包括人身权利和财产权利。

1、人身权利有两项，一是表明表演者身份，二是保护表演形象不受歪曲。

2、财产权利包括四项：

(1) 许可他人从现场直播和公开传送其现场表演并获得报酬；

(2) 许可他人录音录像并获得报酬；

(3) 许可他人复制、发行录有其表演的录音录像制品并获得报酬；

(4) 许可他人通过信息网络向公众传播其表演并获得报酬。

#### 121、专利权概念及特征（2017 年考试分析增修）

专利权，是指发明创造的发明人、设计人或其他申请人以及上述主体的合法继受人依法享有的对某项发明创造的独占使用权。其特征：

(1) 专利权具有知识产权的共同特征，专有性、地域性、时间性、客体的无形性。

(2) 公开性，指只有将专利技术予以公开才能被授予专利权。

(3) 行政授予性，专利权并非自动产生的权利，必须经专利行政部门授予才能取得。

#### 122、职务发明创造的情形（2015 年简答）

职务发明创造是指执行本单位的任务或者主要是利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造。

(1) 在本职工作中作出的发明创造；

(2) 履行本单位交付的本职工作之外的任务所作出的发明创造；

(3) 退职、退休或者调动工作后 1 年内作出的，与其在原单位承担的本职工作或者原单位分配的任务有关的发明创造。

#### 123、专利权的客体（2016 年简答题）

专利权的客体，是指符合专利条件的发明创造，具体包括发明、实用新型和外观设计。

(1) 发明，是指对产品、方法或者其改进所提出的新的技术方案。

(2) 实用新型，又称“小发明”或“小专利”，是指对产品的形状、构造或者其结合所提出的适于实用的新的技术方案。它和发明比，范围不如发明大，不包括物品的制造方法；创造性不如发明强；审批手续比发明简单，无须进行实质审查；保护期限亦不同。

(3) 外观设计是工业品外观设计的简称，是指对产品的形状、图案、色彩或者其结合以及色彩与形状、图案的结合所作出的富有美感并适合在工业上应用的新设计。

#### 124、发明或者实用新型授予专利权的实体条件

(1) 新颖性。该发明或者实用新型不属于现有技术，也没有在先申请。申请专利的发明创造在申请日以前 6 个月内，有下列情形之一的，不丧失新颖性：第一，在中国政府主办或者承认的国际展览会上首次展出的；第二，在规定的学术或者技术会议上首次发表的；第三，他人未经申请人同意而泄露其内容的。

(2) 创造性。对发明而言，必须同申请日以前已有的技术相比，有突出的实质性特点和显著的进步；对实用新型而言，要求同申请日以前已有的技术相比，有实质性特点和进步。

(3) 实用性。实用性是指用工业方法和手段能制造和使用发明物。我国专利法对实用性的要求是，发

明或者实用新型能够制造或者使用，并且能够产生积极效果。

#### 125、专利权的内容

专利权的内容即专利权人享有的权利，具体包括：

- (1) 自己实施专利的权利。
- (2) 许可他人实施专利的权利。
- (3) 转让权。专利权人有权转让专利权和专利申请权
- (4) 报酬权或受奖权。职务发明创造的发明人或设计人有权得到报酬或奖励。
- (5) 署名权和标记权。发明人或者设计人有权在专利文件中写明自己是发明人或者设计人，专利权人有权在其专利产品或包装上标明专利标识。

#### 126、专利权无效的原因

- (1) 被授予专利的发明创造不符合授予专利权的实体条件。
- (2) 专利申请文件不符合法律规定。
- (3) 属于不授予专利权范围。
- (4) 属于重复授权情形，违反了同样发明创造只能被授予一项专利之规定。
- (5) 违反“在先申请”原则。无效的专利可以是全部无效，也可以部分无效。宣告无效的专利权视为自始即不存在。

#### 127、不视为侵犯专利权的行为

某些情况下，尽管他人未经专利权人许可实施了专利权人的专利，但符合法律规定情形的，这些行为不视为侵犯专利权，这些情形包括：

- (1) 专利权用尽后的使用、许诺销售、销售和进口。
- (2) 在先使用。
- (3) 临时过境的外国运输工具的使用。
- (4) 以科学研究为目的的使用。
- (5) 以医药与医疗器械的行政审批为目的的使用。

#### 128、商标权的内容（2017年法学简答）

商标权的内容，即商标权的主要权利，具体包括：

- (1) 独占使用权。商标一经注册，商标权人即对注册商标在法定范围内享有专有使用的权利，他人未经许可不得使用。
- (2) 转让权。商标权人有权依照法律规定，将商标权转让给他人。商标转让后，原商标权人的权利丧失，受让人取得商标权。
- (3) 使用许可权。商标权人有权通过签订商标使用许可合同，许可他人使用自己的注册商标。

#### 129、侵犯注册商标专用权的情形（2017年非法学辨析）

- (1) 未经商标注册人的许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标的；
- (2) 未经商标注册人的许可，在同一种商品上使用与其注册商标近似的商标，或者在类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标，容易导致混淆的；
- (3) 销售侵犯注册商标专用权的商品的；
- (4) 伪造、擅自制造他人注册商标标识或者销售伪造、擅自制造的注册商标标识的；
- (5) 未经商标注册人同意，更换其注册商标并将该更换商标的商品又投入市场的；
- (6) 故意为侵犯他人商标专用权的行为提供便利条件，帮助他人实施侵犯商标专用权的行为的；
- (7) 给他人的注册商标专用权造成其他损害的。

#### 130、我国关于驰名商标的规定

驰名商标，是指在中国境内为相关公众广为知晓的商标。驰名商标可以是注册商标，也可以是未注册商标，我国《商标法》对二者给予不同的保护。

- (1) 根据《商标法》的规定，就相同或类似商品申请注册的商标是复制、摹仿或者翻译他人未在中国注册的驰名商标，容易导致混淆的，不予注册并禁止使用。

(2) 就不相同或不相类似商品申请注册的商标是复制、摹仿或者翻译他人未在中国注册的驰名商标，误导公众，致使该驰名商标注册人的利益可能受到损害的，不予注册并禁止使用。

(3) 驰名商标应当根据当事人的请求进行认定，驰名商标的认定主体包括商标局、商标评审委员会、人民法院。

(4) 生产、经营者不得将“驰名商标”字样用于商品、商品包装或者容器上，或者用于广告宣传、展览以及其他商业活动。

## 第十六章 债法概述

### 131、债权的概念及特征（2017 年考试分析增修）

债权是指债权人享有的以请求债务人为一定给付为内容的权利。债权的特征表现为：

(1) 债权为请求权。债权是债权人得请求债务人为特定行为的权利；

(2) 债权为相对权。债权人原则只能向债务人主张权利，请求债务人履行债务；

(3) 债权具有任意性。当事人在不违反强行法规定的情况下可以任意设定债的关系，即使是法定之债，当事人也可以通过协商确定债的内容；

(4) 债权具有非排他性。以同一给付为标的而成立的数个内容相同的债权相互之间不发生权利上的冲突。

(5) 债权具有平等性。对于同一债务人先后成立的数个债权，效力一律平等。在该债务人陷入破产时，数个债权人则根据债权数额的比例接受清偿。

### 132、债权的权能（2017 年考试分析新增）

(1) 请求权能。作为一种请求权，债权人可以直接请求债务人履行债务，也可以通过诉讼方式以国家强制力来实现其请求。

(2) 保持受领权能。债权的存在是债权人受领债务人给付的合法原因。债务人履行债务或受强制执行提出给付时，债权人有接受给付的权利并有权保持因此获得的利益。

(3) 保全权能。当债务人的某些行为对债权人造成损害时，债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人的债权，或者请求人民法院撤销债务人的行为。

(4) 处分权能。债权人可通过抵销、免除、让与债权和设定债权质权等方式对享有的债权予以处分。上述权能齐备的债权为完全债权，否则为不完全债权，但欠缺保持受领权能的债权不再是债权。

### 133、债务的概念及特征（2017 年考试分析新增）

债务人依照约定或法律规定向债权人作出给付的义务。债务的内容包括作为和不作为。债务的特征表现为：

(1) 债务具有特定性。在任何债之关系中，债务人均是特定的，且债务的内容也是特定的。依法成立的债务非依法律规定或经当事人协商不得变更。

(2) 债务具有期限性。任何债务都有确定或可确定的期限。

(3) 债务的履行具有强制性。债务在本质上是债务人应承担的负担，当债务人不履行债务时，债权人有权追究债务人的民事责任以满足其利益。责任是债务人履行债务的一种担保，无责任的债务无法律约束力。

### 134、债的发生根据

债的发生根据，是指能够在特定的当事人之间引起债之关系产生的法律事实。引起债之关系发生的法律事实既可以是行为，也可以是事件，其中行为包括表示行为和事实行为。

(1) 合同。合同依法成立之后，当事人之间即产生债权债务关系，故合同是债的发生原因之一。

(2) 侵权行为。侵权行为发生后，侵权人与受害人之间即产生债权债务关系，故侵权行为也是债的发生原因之一。

(3) 无因管理。无因管理能够依法在管理人与受益人之间引起债的关系，故无因管理是债的发生根据。

(4) 不当得利。不当得利是可以引起债发生的法律事实之一。因不当得利所产生的债，称为不当得利之债。



(5) 其他事实。除上述债发生的主要原因外，根据各国或地区规定，单方允诺、缔约过失、遗赠等也都可以成为债的发生根据。

### 135、通过合同方式让与债权的条件

(1) 存在有效的债权，包括诉讼时效已经完成的债权；可撤销但尚未撤销的债权；附解除或期限的债权等；

(2) 让与人即原债权人与第三人达成合意且不违反法律规定；

(3) 债权具有可让与性。有些债权是不能转让的，比如根据合同性质不得转让的债权，当事人约定不得转让的债权等。

### 136、免责的债务移转的概念及要件

免责的债务承担，是指原债务人将全部债务移转给第三人承担而脱离债的关系。

(1) 须存在有效的债务。

(2) 须有以债务移转为内容的协议。该协议可以是第三人与债权人订立的，也可以是第三人与债务人签订的。

(3) 须债务具有可移转性。凡性质上不可移转的债务以及当事人约定不得移转的债务，均不具有可移转性。

(4) 须经债权人同意。此外，法律、行政法规规定债务移转应当办理批准、登记等手续的，依照其规定。

### 137、代物清偿的概念及构成要件（2017 年考试分析新增）

代物清偿，是指在债的履行过程中，债权人受领他种给付以代替原定给付而使债的关系消灭。代物清偿须具备以下要件：

(1) 有原债务存在；(2) 经双方当事人约定，以他种给付代替原定给付；(3) 有双方当事人关于代物清偿的合意；(4) 债权人或其他有履行受领权的人现实地受领给付。

### 138、清偿抵充规则

清偿抵充，是指在债务人对于同一债权人负担数宗同种类的债务而清偿人提供的给付不足以清偿全部债务时，决定以该给付抵充何宗债务的规则。具体规则如下：

(1) 债权人与债务人对清偿的债务或清偿抵充顺序有约定的，依约定进行抵充。

(2) 没有约定的，应当优先抵充已到期的债务。

(3) 几项债务均到期的，优先抵充对债权人缺乏担保或者担保数额最少的债务。

(4) 担保数额相同的，优先抵充债务负担较重的债务。

(5) 债务负担相同的，按照债务到期的先后顺序抵充。

(6) 到期时间相同的，按比例抵充。

债务人除主债务之外，还应当支付利息和费用，当其给付不足以清偿全部债务，并且当事人没有约定时，应当按照下列顺序抵充：(1) 实现债权的有关费用；(2) 利息；(3) 主债务。

### 139、法定抵销的概念及其构成要件（2002 年简答题）

法定抵销是指依法律规定以当事人一方的意思表示所作的抵销，构成要件包括：

(1) 须双方当事人互负债务、互享债权。

(2) 须自动债权即提出抵销的债权已届清偿期。

(3) 须双方债务的标的物种类、品质相同。

(4) 须不存在按照合同性质或者依照法律规定不得抵销的情形。

### 140、提存的概念及其构成要件

提存是指由于债权人的原因而无法向其交付履行标的物时，债务人将该标的物交付给提存机关以消灭债务的行为。提存的条件包括：

(1) 须有因债权人方面的原因使债务人难以履行债务的客观情况发生。如债权人无正当理由拒绝受领，债权人下落不明等情形。

(2) 须提存的标的物适宜提存。如果标的物不适于提存或者提存费用过高，债务人依法可以拍卖或者变卖标的物，提存所得的价款。

(3) 须经法定程序进行。

#### 141、债的混同及其原因

混同是指债权和债务同归于一人的事实。当债权和债务同归于一人时，他既是债权人又是债务人，没有自己对自己履行债务的必要，债的关系归于消灭。引起混同的原因有：

(1) 概括承受。概括承受既有企业法人和其他组织的概括承受，也有个人的概括承受。前者如相互有债权债务关系的企业合并为一个企业，债权债务即因同归于一个企业而消灭。后者如债权人继承债务人的遗产或者债务人继承债权人的遗产，债权债务因同归继承人而消灭。

(2) 特定承受。这是指在债务人受让债权人的债权，债权人承受债务人的债务的场合，债权债务亦因混同而消灭。

#### 142、不当得利之债的相关问题（2008 年法条分析题）

不当得利是指没有合法根据取得利益而使他人财产受损的事实，不当得利的构成要件有：

##### 1、不当得利的构成条件

(1) 一方获得利益。一方获得利益即指财产的增加，财产的增加包括积极增加与消极增加两种情形。

(2) 他方受有损失。他方所受损失可以是现有财产利益的减少，也可以是财产本应增加而未增加，即应得利益的损失。

(3) 一方获益和他方受损之间有因果关系。此处的因果关系表现为他方的损失是因一方受益造成的，即一方受益是他方受损的原因。

(4) 获益没有合法根据。没有合法根据指的是一方获益既无法律上的根据，亦无合同上的根据。没有合法根据包括取得利益时即无合法根据和取得利益时虽有合法根据但嗣后丧失。

##### 2、不当得利之债的效力

(1) 不当得利一经成立，当事人之间形成债的关系，受有损失的一方享有请求返还其利益的权利，获得利益的一方负有返还利益的义务。

(2) 应予返还的利益，包括原物、原物所生的孳息以及利用原物所取得的其他利益。

(3) 返还利益的具体范围依获益方的主观心态而定：受益方为善意时，若损失大于利益，只返还现存利益；若损失小于利益，返还利益的范围以损失为准。受益方为恶意时，应返还其取得的全部利益；若利益少于损失，还须就损失与利益之间的差额进行赔偿。

#### 143、无因管理之债的相关问题（2006 年、2017 年非法学法条分析题）

无因管理是指没有法定的或者约定义务，为避免他人利益受损失而进行管理或服务的行为。

##### 1、无因管理的构成要件

(1) 管理他人事务。他人事务是指有关人们生活利益的一切事项，可以是有关财产的，也可以是非财产性的，但不包括公益事业。

(2) 有为他人谋利益的意思。这是无因管理成立的主观要件，也是无因管理阻却违法性的根本原因。

(3) 无法律上的义务。法律上的义务包括法定义务和约定义务。前者如扶养义务，后者如受托人对委托人承担的义务。有无法律上的义务应当以管理人开始管理时的客观事实而定。

##### 2、如何认定受益人偿付给管理人由此而支付的必要费用？

此处的必要费用，包括管理人在管理或服务活动中直接支出的费用，以及在该活动中受到的实际损失。该必要费用，一般以本人所受利益范围为限。管理人为本人利益而以管理人的名义负担的债务，有权要求本人直接向债权人清偿。

## 第十七章 合同法总论

#### 144、合同的概念和特征

合同是平等主体的自然人、法人及其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。合同具有以下法律特征：

(1) 合同是一种民事法律行为，以意思表示为要素并依意思表示的内容发生相应法律后果。

(2) 合同是两方以上当事人意思表示一致的民事法律行为，是平等当事人之间的一种协议。

(3) 合同以设立、变更、终止民事权利义务关系为目的。

#### 145、合同法的基本原则（2017 年考试分析新增）

合同法的基本原则，是指合同立法的指导思想以及调整民事主体之间合同关系应遵循的基本方针和准则。基本原则有：合同自由原则、合同严守原则和鼓励交易原则。

(1) 合同自由原则。合同自由原则，是指合同当事人有权对权利、义务关系进行自由协商，不受国家权力和其他主体的非法干预。但是，国家可以依法对当事人的合同自由进行干预，以实现合同自由和合同正义的统一。

(2) 合同严守原则。合同严守原则，是指依法成立的合同在当事人之间具有法律约束力，当事人必须严格遵守，不得擅自变更或者解除合同，也不得随意违约。除法律规定的免责事由外，任何一方当事人不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定时，都要承担违约责任。

(3) 鼓励交易原则。鼓励交易原则，是指合同法以降低当事人的交易成本，减少交易的制度障碍为指导思想，以促进当事人通过合同实现交易目标。比如，减少无效合同的种类，对合同解除规定了严格的法定条件等。

#### 146、要约相关问题（2008 年辨析题）

要约是当事人一方向对方发出的希望与对方订立合同的意思表示。

##### 1、要约的条件

(1) 要约必须是特定人向相对人发出的意思表示。

(2) 要约必须以缔结合同为目的。非以缔结合同为目的的表示不属于要约。

(3) 要约的内容应具体确定。要约一经相对人承诺即导致合同成立。因此，要约的内容必须具体确定，至少应包括拟订立合同的必备条款，以供相对人考虑是否承诺。

(4) 要约必须表明经受要约人承诺，要约人即受该意思表示约束。

##### 2、要约与要约邀请的区别

要约邀请，是一方向他方作出的希望他方向自己发出要约的意思表示。要约与要约邀请的相同之处是：

(1) 由特定人向特定人或不特定人发出。

(2) 均属于意思表示，故应具备意思表示的成立要件。

二者的区别是：

(1) 目的不同，要约的目的在于获得对方的承诺以成立合同；要约邀请的目的在于引出对方的要约。

(2) 条件不同，要约的条件如前所述；要约邀请无须具备前述条件，如无须内容具体确定只要邀请人足以确定即可。

(3) 效力不同，要约人须受要约约束；要约邀请本身没有法律效力，故邀请人不受要约邀请的约束。

##### 3、要约失效的情形

(1) 要约被拒绝。受要约人拒绝要约的通知到达要约人时，要约失效。(2) 要约人依法撤销要约。(3) 承诺期限届满，受要约人未作出承诺。(4) 受要约人对要约的内容作出实质性变更。要约人原先发出的要约因此失效，要约人不再受其要约的约束。

#### 147、承诺的相关问题（2008 年辨析题）

承诺是受要约人向要约人作出的同意要约的意思表示。要约经受要约人承诺，表明当事人之间达成协议，合同即告成立。承诺应具备以下条件：

(1) 承诺必须是由受要约人本人或其代理人向要约人作出。

(2) 承诺必须在要约确定的期限内到达要约人。

(3) 承诺的内容须与要约的内容一致。

(4) 承诺原则上应以明示方式作出，特殊情况下依交易习惯或要约的规定也可以行为作出。

#### 148、格式条款的概念及特殊性（2016 年法条分析）

格式条款，是指当事人为了重复使用而预先拟订，并在订立合同时未与对方协商的条款。

(1) 提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式如采用足



以引起对方注意的文字、符号、字体等特别标识提请对方注意免除或者限制其责任的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明。

(2) 提供格式条款的一方未尽公平拟约或者提示和说明义务，同时又有下列情形之一的，格式条款无效：一是格式条款中有合同无效事由，二是提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的；三是格式条款中的造成对方人身损害的、因故意或者重大过失造成对方财产损失的免责条款无效。

(3) 对格式条款的理解发生争议的，应当按照通常理解予以解释。对格式条款有两种以上解释，应当作出不利于提供格式条款一方的解释。格式条款和非格式条款不一致的，应当采用非格式条款。

#### 149、缔约过失责任相关问题（2007 年法条分析题，2010 年简答题）

缔约过失责任，是指在订立合同过程中，当事人一方因违反其依据诚实信用原则产生的先合同义务，而致另一方信赖利益损失时所应承担的损害赔偿责任。

##### 1、缔约过失责任主要适用的情形有哪些？（2010 年简答题）

- (1) 假借订立合同，恶意进行磋商；
- (2) 故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况；
- (3) 泄露或者不正当地使用在订立合同过程中知悉的对方商业秘密；
- (4) 其他违背诚实信用原则的行为等。

##### 2、缔约过失责任的构成要件

- (1) 一方违背依诚实信用原则应负的先合同义务。
- (2) 他方受有信赖利益的损失。
- (3) 一方违反先合同义务与他方所受损失之间有因果关系。
- (4) 违反先合同义务的一方具有过失。

##### 3、如何确定赔偿范围？

缔约过失所造成的是信赖利益的损失，一般包括缔约费用、准备履行合同所支出的费用、丧失与第三人另订合同的机会所造成的损失。

#### 150、合同的生效要件

合同的一般生效要件：

- (1) 当事人缔约时有相应的缔约能力
- (2) 当事人的意思表示真实。
- (3) 不违反强制性法律规范及公序良俗

有些合同除了需要具备一般的生效要件外，还需要具备特别生效要件才能够生效，主要有：

- (1) 法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的合同，在办理相关手续后生效。
- (2) 附生效条件的合同自条件成就时生效
- (3) 附生效期限的合同自期限届至时生效。

#### 151、无效合同的类型（2018 考试分析增修）

无效合同，是指虽然已经成立，但因违反法律、行政法规的强制性规定或损害社会公共利益而不能发生合同应有效力的合同。主要包括：

- (1) 无民事行为能力人订立的合同；
- (2) 行为人与相对人以虚假的意思表示订立的合同；
- (3) 违反法律、行政法规的强制性规定的合同；
- (4) 违背公序良俗的合同；
- (5) 行为人与相对人恶意串通，损害他人合法权益的合同。

#### 152、可撤销的合同类型及撤销权的消灭（2018 考试分析增修）

可撤销合同，又称相对无效的合同，是指因意思表示不真实等原因，享有撤销权的当事人有权予以撤销而使其无效的合同。

##### 1、可撤销的合同主要包括：

- (1) 因重大误解订立的合同；

(2) 第三人欺诈行为，使一方在违背真实意思的情况下订立的合同，对方知道或者应当知道该欺诈行为的，受欺诈方有权请求撤销；

(3) 一方或者第三人以胁迫手段，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同；

(4) 一方利用对方处于危困状态，缺乏判断能力等情形，致使订立时显失公平的合同。

## 2、撤销权的消灭

撤销权在本质上是一种形成权，在我国只能以诉讼或仲裁方式行使，撤销权在下列情形下消灭：

(1) 重大误解当事人自知道或应当知道撤销事由之日起三个月内没有行使撤销权；

(2) 当事人受胁迫，自胁迫行为终止之日起一年内没有行使撤销权；

(3) 当事人知道撤销事由后明确表示或者以自己的行为表示放弃撤销权；

(4) 当事人自合同订立后五年内没有行使撤销权。

## 153、同时履行抗辩权的概念及其构成要件

同时履行抗辩权，是指双务合同的当事人在没有约定履行顺序或约定应同时履行的情况下，一方当事人在对方未为对待给付之前，得拒绝履行自己债务的权利。构成要件包括：

(1) 须当事人就同一双务合同互负债务。

(2) 须双方互负的债务均届清偿期。

(3) 须对方未履行债务或履行债务不符合约定。

(4) 须对方的对待给付是可能履行的。

## 154、先履行抗辩权的概念及其构成要件

先履行抗辩权是指在当事人互负债务且有先后履行顺序时，负有先履行义务的一方未履行债务或履行债务不符合约定时，后履行一方拒绝其履行要求的权利。成立要件包括：

(1) 当事人基于同一双务合同互负债务。

(2) 双方债务均已届清偿期。

(3) 一方当事人有先为履行的义务。

(4) 应当先履行的一方未履行债务或者履行债务不符合约定，如履行迟延、不完全履行、部分履行等。

## 155、不安抗辩权的概念及其构成要件（2014年简答题）

不安抗辩权是指先履行一方在有证据证明后履行一方有丧失或者可能丧失履行债务能力的情况下，可暂时中止履行的权利。不安抗辩权的成立要件包括：

(1) 当事人基于同一双务合同互负债务。

(2) 主张不安抗辩权的一方应当先履行债务且其债务已届清偿期。

(3) 先履行一方有确切证据证明对方履行能力明显降低，有不能为对待给付的现实危险。

## 156、债权人代位权的相关问题（2009年法条分析题）

债权人代位权，是指当债务人怠于行使其对第三人的权利而危害债权实现时，债权人享有的以自己名义代位行使债务人权利的权利。

### 1、债权人代位权构成要件(2017年考试分析增修)

(1) 债权人对债务人的债权合法且已到期。

(2) 债权人对第三人享有债权且该债权已到期。

(3) 债务人怠于行使到期债权对债权人造成损害。

(4) 债务人对第三人的债权为非专属性权利和可以强制执行的债权。

### 2、如何认定债务人怠于行使其对第三人的到期债权？

这是指债务人不履行其对债权人的到期债务，又不以诉讼方式或者仲裁方式向其债务人主张其享有的具有金钱给付内容的到期债权，致使债权人的到期债权未能实现。

### 3、代位权如何行使？

债权人代位权必须通过诉讼方式行使，代位权的范围以债权人的债权为限，行使代位权的必要费用，由债务人负担。诉讼经人民法院受理后认定代位权成立的，由第三人向债权人履行清偿义务，债权人与债务人、债务人与第三人之间相应的债权债务关系消灭。

### 157、债权人撤销权的相关问题

债权人撤销权是指债权人享有的依诉讼程序申请法院撤销债务人实施的损害债权行为的权利。

#### 1、债权人撤销权的成立要件

债权人撤销权的成立要件因债务人所为的行为系无偿或有偿的不同而有所区别。若为无偿行为，只需具备客观要件；若为有偿行为，则需同时具备客观要件与主观要件。

其中，客观要件包括：

- (1) 债务人实施了一定的处分财产的行为，如放弃债权或者债权担保、无偿转让财产等。
- (2) 债务人的处分行为已发生法律效力。
- (3) 债务人的行为已给债权人造成损害。

主观要件要求在债务人实施损害债权人利益的行为时，受让人知道该情形。

#### 2、如何理解“明显不合理的低价或高价”？

转让价格达不到交易时交易地的指导价或者市场交易价 70% 的，一般可以视为明显不合理的低价；对转让价格高于当地指导价或者市场交易价 30% 的，一般可以视为明显不合理的高价。

#### 3、债权人撤销权如何行使？

债权人撤销权由债权人以自己的名义在诉讼中行使，其范围以债权人的债权为限。债权人行使撤销权的必要费用，由债务人负担。法院认定撤销权成立的，债务人处分财产的行为自始无效。债权人应当自知道或者应当知道撤销事由之日起 1 年内行使撤销权。自债务人的行为发生之日起 5 年内没有行使撤销权的，撤销权消灭。该 5 年是个除斥期间。

### 158、合同担保的概念及特征

合同担保是促使债务人履行债务，保障债权人的债权得以实现的法律措施。合同担保具有从属性、补充性和相对独立性和明确的目的性。

(1) 从属性表现在担保和主合同之间具有从属关系，担保以主合同的存在为前提，并可随主合同的移转而移转。

(2) 补充性表现在只有在所担保的主债务不能履行时才能执行担保的财产。相对独立性表现在担保有自己独立的变更和消灭原因，并且担保当事人可以约定排除从属性的某些内容。

(3) 明确的目的性表现在担保的目的在于保障债权的实现。

### 159、保证的相关问题（2009 简答题、2010 法条分析题、2011 年辨析题）

保证是指保证人和债权人约定，当债务人不履行债务时，保证人按照约定履行债务或承担责任的担保方式。

#### 1、保证的特征（2009 年简答）

- (1) 保证是由第三人提供的担保方式。
- (2) 保证属于人的担保。
- (3) 保证具有从属性、补充性、相对独立性和明确的目的性。

#### 2、保证的设定条件

- (1) 须保证人符合法定条件。
- (2) 须保证人与债权人达成合意且意思表示真实。
- (3) 须主合同合法有效。主合同无效，保证合同随之无效，保证人不承担保证责任。
- (4) 应当以书面形式订立保证合同。

#### 3、何谓先诉抗辩权？

所谓先诉抗辩权是指保证人在主合同纠纷未经审判或仲裁并对债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前，可以拒绝对债权人承担责任的权利。

#### 4、保证的法律后果

保证有效成立后，其效力体现在：

(1) 在保证人与债权人之间。债权人在履行期限届满时，可以要求保证人承担保证责任，而保证人则享有主债务人享有的一切抗辩权。同时，一般保证中的保证人还享有先诉抗辩权。



(2)在保证人与主债务人之间。保证人在承担保证责任后，有权向主债务人追偿。

## 160、定金的相关问题

### 1、何谓定金？

定金是指为担保合同的订立、成立或生效、履行，由当事人一方在合同订立时或者订立后至履行前给付给对方的一定数额的金钱或替代物。

### 2、定金的特征

- (1)定金属于约定担保方式，当事人可以约定定金数额，但不得超过主合同标的额的 20%；
- (2)定金属于金钱担保，具有多重效力；
- (3)定金合同是实践性合同，从实际交付定金之日起生效；
- (4)定金具有从属性，主合同不成立或者无效，定金随之不成立或者无效。

### 3、违约定金的效力

- (1)担保债务履行。定金是通过对违约方适用定金罚则，而起到合同担保作用的。
- (2)证明合同成立。定金的交付本身可以视为合同成立的证据。
- (3)预先给付，在合同履行的情形下，定金可以视为预付款。

### 4、违约定金与预付款的区别

- (1)性质不同。违约定金是一种担保方式，预付款是一种支付手段。
- (2)效力不同。违约定金除担保外，还有预先给付的作用；预付款则无担保之作用。
- (3)功能不同。违约定金有制裁功能，预付款无此功能。

## 161、合同解除的概念、特征

合同解除是指在合同有效成立之后尚未开始履行或者尚未全部履行之前，因当事人一方或双方的意思表示，提前终止合同效力的行为。其特征是：

- (1)合同解除发生在合同有效成立至全部履行这段时间。
- (2)合同解除必须具备一定的条件。这一条件可约定，可法定。
- (3)合同解除必须通过解除行为而实现。
- (4)合同解除的后果，是使基于合同发生的债权债务关系消灭。

## 162、法定解除的条件（2018 年非法学案例分析题涉及）

法定解除即单方解除，是指在解除事由出现时，由享有解除权的一方当事人以单方行为解除合同的方式。符合下列情形之一的，即可以享有法定解除权。

- (1)因不可抗力致使不能实现合同目的；
- (2)在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务；
- (3)当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；
- (4)当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的；
- (5)法律规定的其他情形。

## 163、违约责任的相关问题

### 1、违约责任的概念、特征

违约责任，是指当事人不履行或不适当履行合同义务而应承担的民事责任。违约责任具有以下特征：

- (1)违约责任属于民事责任。
- (2)违约责任具有相对性。
- (3)违约责任是当事人不履行债务而产生的责任。
- (4)违约责任是一种财产性的民事责任。
- (5)违约责任具有一定的任意性，可由当事人在法定范围内约定。

### 2、违约责任的构成要件

- (1)当事人之间存在有效合同。
- (2)客观上有违约行为。不履行或不适当履行。
- (3)不存在免责事由。免责事由又称免责条件，是指当事人即使违约也不承担责任的情况。免责事由

既可以约定也可以法定，如不可抗力。

### 3、违约责任的承担方式

(1) 继续履行。是指在合同债务人不履行合同义务或履行合同义务不符合约定条件时，债权人要求违约方继续按照合同的约定履行义务。继续履行时是实际履行原则的延申和补充，其内容是强制违约方交付按照合同约定本应交付的标的。我国采用继续履行为主，赔偿为辅的救济原则。在适用时：A. 违反金钱债务的，应继续履行，因为金钱债务不存在履行不能的问题；B. 违反非金钱债务的，除特殊情况外，原则上应继续履行。特殊情况是指：法律上或者事实上不能履约；债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高；债权人在合理期限内未要求履行。

(2) 采取补救措施。是指继续履行、赔偿损失、支付违约金等之外的其他补救方法。如恢复原状、修理、重作、更换、退货、减少价款或者报酬。采取补救措施之后对方还有其他损失的，违约方还应对损失予以赔偿。

(3) 支付违约金。是指依据法律规定或者当事人约定，一方不履行债务或不适当履行合同时应当向对方支付的一定数额的金钱。违约金是约定的，只有在当事人有约定时才适用。

(4) 赔偿损失。是指违约方以支付金钱的形式弥补受害方因违约行为而遭受损失的责任形式。承担赔偿责任的责任除应具备违约责任的必要条件外，还必须有违约行为造成对方财产损失的事实。

### 4、如何理解继续履行？

继续履行作为违约责任形式中的一种，是实际履行原则的延伸和补充，其内容是强制违约方交付按照合同约定本应交付的标的。由于债务性质不同，因此，继续履行在适用时亦有所不同，具体而言：

(1) 违反金钱债务的，应继续履行。因为金钱债务不存在履行不能的问题。

(2) 违反非金钱债务的，除特殊情况外，原则上应继续履行。

## 第十八章 合同法分论

### 164、买卖合同的风险负担

(1) 标的物毁损、灭失的风险，在标的物交付之前由出卖人承担，交付之后由买受人承担，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

(2) 因买受人的原因致使标的物不能按照约定的期限交付的，买受人应当自违反约定之日起承担标的物的毁损、灭失的风险。

(3) 出卖人出卖交由承运人运输的在途标的物，除当事人另有约定的以外，毁损、灭失的风险自合同成立时起由买受人承担。

(4) 当事人没有约定交付地点或者约定不明确，标的物需要运输的，出卖人将标的物交付给第一承运人之后，标的物毁损、灭失的风险由买受人承担。

(5) 出卖人按照约定将标的物置于交付地点，或者依照合同法的有关规定，在标的物不需要运输，出卖人和买受人订立合同时知道标的物在某一地点的，出卖人应当在该地点交付标的物；不知道标的物在某一地点的，应当在出卖人订立合同时的营业地交付标的物。买受人违反约定没有收取的，标的物毁损、灭失的风险自违反约定之日起由买受人承担。

(6) 出卖人按照约定未交付有关标的物的单证和资料的，不影响标的物毁损、灭失风险的转移。

(7) 因标的物质量不符合质量要求，致使不能实现合同目的的，买受人可以拒绝接受标的物或者解除合同。买受人拒绝接受标的物或者解除合同的，标的物毁损、灭失的风险由出卖人承担。

(8) 标的物毁损、灭失的风险由买受人承担的，不影响因出卖人履行债务不符合约定，买受人要求其承担违约责任的权利。

### 165、赠与合同的相关问题

#### 1、赠与合同的概念和特征

赠与合同是指，赠与人将自己的财产无偿给予受赠人，受赠人表示接受的合同。赠与的财产可以是物，也可以是财产权利。

特征：A. 单务合同；B. 无偿合同；C. 诺成合同；D. 不要式合同。

## 2、赠与合同的终止

赠与合同除了可以适用清偿、混同等合同终止的一般事由外，还存在三种特殊终止事由：

A. 赠与人的任意撤销权。赠与人可以在赠与财产权利转移之前撤销赠与，但具有救灾、扶贫等公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同不能任意撤销。

B. 赠与人的法定撤销权。是指在具备法律所规定的撤销原因时，赠与人依法撤销赠与的权利。在下列情形中，赠与人可以自知道或者应当知道撤销原因之日起一年内撤销赠与：a. 受赠人严重侵害赠与人或者赠与人的近亲属；b. 受赠人对赠与人有扶养义务而不履行；c. 受赠人不履行赠与合同约定的义务。

C. 赠与人的穷困抗辩权。赠与人的经济状况显著恶化，严重影响其生产经营或者家庭生活的，可以不再履行赠与义务。

## 166、间接代理制度相关问题（2017 年考试分析新增）

间接代理，是指代理人以自己的名义从事代理活动，该代理活动的法律效果间接归属于本人的代理制度。

1、委托人的介入权。委托人的介入权，是指当受托人因第三人的原因对委托人不履行义务时，受托人应当向委托人披露第三人，以便委托人介入受托人与第三人之间的合同关系而直接向第三人主张权利。委托人的介入权的行使需要具备的条件：

- (1) 受托人以自己的名义与第三人订立合同；
- (2) 第三人在订立合同时，不知道受托人和委托人之间存在代理关系；
- (3) 受托人因第三人的原因对委托人不履行义务；
- (4) 受托人在因第三人的原因对委托人不履行义务时，向委托人披露了第三人；
- (5) 不存在“第三人与受托人订立合同时如果知道该委托人就不会订立合同”的情形。在委托人行使介入权时，第三人可以向委托人主张其对受托人的抗辩。

2、第三人的选择权。第三人的选择权，是指当受托人因委托人的原因对第三人不履行义务时，受托人向第三人披露委托人，第三人因此可以选择委托人或者受托人作为相对人主张权利。第三人的选择权的行使需要具备的条件包括：

- (1) 受托人以自己的名义与第三人订立合同；
- (2) 第三人在订立合同时，不知道受托人和委托人之间存在代理关系；
- (3) 受托人因委托人的原因对第三人不履行义务；
- (4) 受托人向第三人披露了委托人。第三人可以在受托人和委托人中选择一方作为相对人主张权利，但不能同时选择受托人和委托人为共同相对人，且第三人在作出选择后不得变更选定的相对人。第三人选定委托人作为其相对人的，委托人可以向第三人主张其对受托人的抗辩以及受托人对第三人的抗辩。

## 第十九章 婚姻家庭法

### 167、我国婚姻家庭法的基本原则

(1) 婚姻自由原则。当事人有权根据法律规定，自主自愿地决定自己的婚姻问题，任何第三人不得强制和干涉。这是首肯原则，是私法上“意思自治原则”在婚姻家庭领域地体现。

(2) 一夫一妻原则。任何人不得同时有两个或者两个以上的配偶。

(3) 男女平等原则。指男女两性在婚姻家庭生活的各个方面都享有平等的权利，承担平等的义务，不因性别差异而受到影响。

(4) 保护妇女、儿童和老人的合法权益原则。是指对妇女、儿童和老人的合法权益给予特殊保护。

(5) 计划生育原则。是指有计划地调节人口增速和提高人口素质。实行计划生育是我国的基本国策，婚姻家庭领域是决定这项国策能否实现的关键性领域。

### 168、结婚的概念及条件

结婚，又称婚姻成立，是指男女双方依据法律规定的条件和程序，确立夫妻关系的民事行为。

1、积极条件：(1) 男女双方完全自愿；(2) 当事人必须达到法定的结婚年龄，男不得早于 22 周岁，女不得早于 20 周岁。



2、禁止条件：(1)有配偶者；(2)直系血亲和三代以内的旁系血亲；(3)患有医学上认为不应当结婚的疾病。

3、形式要件：男女双方结婚时必须履行的法定程序。

#### 169、无效婚姻的相关问题

##### 1、无效婚姻的法定情形

- (1)重婚的；
- (2)有禁止结婚的亲属关系的；
- (3)婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病，婚后尚未治愈的；
- (4)未达到法定婚龄的。

2、宣告婚姻无效的机关。对于无效婚姻，我国采用宣告无效制度，即无效婚姻并非当然无效，而是须经裁判宣告，才能认定无效。

##### 3、婚姻无效的法律后果

(1)人身关系：无效婚姻，自始无效。当事人不具有夫妻的权利和义务。当事人所生的子女，适用《婚姻法》有关父母子女的规定。

(2)同居期间所得的财产，由当事人协议处理；协议不成时，按共同共有处理。但有证据证明为当事人一方所有的除外。

#### 170、可撤销婚姻的相关问题（2015年法条分析题）

可撤销婚姻，是指已经成立的婚姻关系，因欠缺婚姻合意，依法享有撤销权的人可以向有关机关请求撤销的婚姻。

##### 1、何谓胁迫？

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。

2、撤销婚姻的机关。在我国，有权撤销婚姻的机关有两个，即婚姻登记机关和人民法院。不同的撤销机关对应着不同的程序，婚姻登记机关依行政程序撤销婚姻，人民法院依诉讼程序撤销婚姻。

##### 3、如何行使撤销权？

(1)权利主体：受胁迫一方的婚姻关系当事人本人。

(2)受胁迫的一方撤销婚姻的请求，应当自结婚登记之日起一年内提出。被非法限制人身自由的当事人请求撤销婚姻的，应当自恢复人身自由之日起一年内提出。

##### 4、行使撤销权的“一年期间如何理解”？

该“一年”是除斥期间，不适用诉讼时效中止、中断或者延长的规定。

#### 171、夫妻法定财产制的内容。（2012年辨析题）

法定财产制，是指在夫妻对婚前或婚后所得财产归属没有约定的情况下，当然适用法律规定的夫妻财产制度。法定财产制包括夫妻共同财产制和夫妻个人特有财产制。

1、夫妻共同财产制，双方另有约定的除外：(1)工资、奖金；(2)生产、经营的收益；(3)知识产权的收益；(4)因继承或赠与所得的财产，但遗嘱或赠与合同中确定只归一方的财产除外；(5)其他应当归共同所有的财产。夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权。

2、夫妻个人特有财产制，双方另有约定的除外：(1)一方的婚前财产；(2)因一方身体受到伤害获得的医疗费、残疾人生活补助费等费用；(3)遗嘱或赠与合同中确定只归一方的财产；(4)一方专用的生活用品；(5)其他应当归一方的财产。

#### 172、离婚概念和特征（2017年考试分析新增）

离婚，又称婚姻的解除，是指夫妻一方或者双方依照法律规定解除婚姻关系的法律行为。

离婚具有下列法律特征：

- (1)离婚主体具有特定性；
- (2)离婚双方法律地位平等；
- (3)离婚必须以有效婚姻关系的存在为前提。
- (4)离婚必须在夫妻双方生存期间进行；
- (5)离婚条件、程序具有法定性；
- (6)离婚将产生一系列法律后果。

### 173、离婚与宣告婚姻无效、撤销婚姻的区别（2017 年考试分析新增）

- （1）目的不同。离婚目的是终止合法婚姻关系；而后者目的是否认婚姻的效力。
- （2）原因不同。无论是离婚还是宣告婚姻无效、撤销婚姻，其原因均由法律加以规定，但法律设置的原因却不同。并且离婚的原因一般发生在结婚后，而婚姻无效、撤销婚姻的原因则是在婚姻缔结时就已经存在的。
- （3）请求权人不同。离婚请求权人仅限于婚姻当事人本人；但请求宣告婚姻无效既可以由当事人提出，也可以由其利害关系人提出。请求撤销婚姻，只能由受胁迫一方当事人提出。
- （4）对行使请求权期间的限制不同。离婚在婚姻关系存续期间都可以提出，没有时效限制；宣告婚姻无效，只要无效事由存在都可以提出，也没有时效限制；但撤销婚姻有 1 年的限制。
- （5）对当事人双方是否生存要求不同。离婚只能发生在配偶生存期间；而宣告婚姻无效和撤销婚姻，即使在当事人一方死亡后仍然可以提出。
- （6）是否具有溯及力不同。离婚没有溯及力，即离婚前那段婚姻仍然有效；但宣告婚姻无效和撤销婚姻具有溯及力，婚姻自始不受法律保护。

### 174、登记离婚的条件（2017 年考试分析新增）

- （1）双方当事人适格。当事人双方均为完全民事行为能力人，且必须是在中国内地登记的合法夫妻关系。
- （2）双方当事人必须有真实的离婚合意。登记离婚以当事人自愿离婚为前提。
- （3）双方当事人对子女的抚养和财产问题已达成协议。
- （4）离婚协议的内容必须合法。

### 175、诉讼离婚的相关问题

诉讼离婚，是指夫妻一方向人民法院提起离婚诉请，人民法院依法通过调解或判决而解除婚姻关系的离婚方式。

#### 1. 如何认定感情破裂？

“感情确已破裂”是实质性条件，是判决离婚的唯一法定理由，主要有以下情形：

- （1）重婚或有配偶者与他人同居的；
- （2）实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员的；
- （3）有赌博、吸毒等恶习屡教不改的；
- （4）因感情不和分居满两年的；
- （5）其他导致夫妻感情破裂的情形。

#### 2、何谓配偶者与他人同居？

指有配偶者与婚外异性，不以夫妻名义，持续、稳定地共同居住。

#### 3、何谓家庭暴力、虐待？

指行为人以殴打、捆绑、残害、强行限制人身自由或者其他手段，给其家庭成员的身体、精神等方面造成一定伤害后果的行为。持续性、经常性的家庭暴力，构成虐待。

#### 4、诉讼离婚的两项限制

- （1）对现役军人的配偶要求离婚的限制

现役军人的配偶要求离婚的，须得军人同意，但军人一方有重大过错的除外。

- （2）对男方要求离婚的限制

女方在怀孕期间、分娩后一年内或中止妊娠后 6 个月内，男方不得提出离婚。女方提出离婚的，人民法院确有必要受理男方离婚请求的，不在此限。

#### 5、离婚的法律后果

- （1）在人身关系方面，婚姻关系的终结导致配偶身份的丧失，忠实义务的终止，双方均有再婚的自由。
- （2）在财产关系方面，离婚导致夫妻之间扶养义务的终止、夫妻相互间继承权的丧失以及引起夫妻共同财产的分割、夫妻共同债务的清偿。
- （3）在父母子女关系方面，父母与子女间的关系，不因父母离婚而消除。离婚后，子女无论由父或母

直接抚养，仍是父母双方的子女。离婚后，父母对子女仍有抚养教育的权利和义务。

#### 176、离婚损害赔偿请求

离婚损害赔偿请求权，是指因夫妻一方的法定过错行为导致离婚的，无过错方得向有过错方请求赔偿的权利，但必须符合以下条件：

(1) 须当事人双方具有法律认可的夫妻身份。

(2) 须夫妻一方实施了法定的过错行为。法定的过错行为包括：重婚的；有配偶者与他人同居的；实施家庭暴力的；虐待、遗弃家庭成员的。

(3) 须因一方的法定过错行为而离婚。人民法院判决不准离婚的案件，对于当事人基于婚姻法规定提出的损害赔偿请求，不予支持。在婚姻关系存续期间，当事人不起诉离婚而单独依据该条规定提起损害赔偿请求的，人民法院不予受理。

(4) 须无过错方因离婚而受到损害。损害包括物质损害和精神损害。

(5) 须请求权人无过错。

#### 177、收养的概念和特征（2017 年考试分析增修）

收养，是指自然人依照法律规定的条件和程序，领养他人的子女为自己的子女，使之发生父母子女间权利义务关系的民事法律行为。收养具有以下法律特征：

(1) 收养是一种双方法律行为。

(2) 收养是一种身份行为。收养关系成立后，一方面解除了被收养人与其生父母之间的权利义务关系，另一方面形成了拟制的养父母子女关系。

(3) 收养是要式法律行为。收养关系的成立必须办理收养登记。

(5) 收养是可以解除的法律行为。

#### 178、一般收养的成立条件

一般收养关系成立的实质条件。通常情况下，收养关系会涉及三方当事人，即被收养人、收养人、送养人。这三方当事人应具备的条件：

(1) 被收养人。下列不满 14 周岁的未成年人可以被收养：丧失父母的孤儿；查找不到生父母的弃婴和儿童；生父母有特殊困难无力抚养的子女。

(2) 收养人。收养人应当同时具备下列条件：无子女，有抚养教育被收养人的能力，未患有医学上认为不应当收养子女的疾病，年满 30 周岁。

(3) 送养人。下列公民、组织可以作送养人：孤儿的监护人，社会福利机构，有特殊困难无力抚养子女的生父母。

(4) 当事人须有建立收养关系的合意。收养人收养与送养人送养，须双方自愿，并达成收养合意。收养人收养年满 10 周岁以上未成年人的，还应当征得被收养人的同意。

(5) 必须履行法定程序，即进行行政登记。

#### 179、父母子女之间的权利和义务

(1) 父母对子女有抚养教育的义务

(2) 父母对未成年子女有保护、教育的权利和义务

(3) 子女对父母有赡养扶助的义务

(4) 父母和子女有相互继承遗产的权利

## 第二十章 继承法

#### 180、继承的概念与特征

继承是指将自然人于死亡时遗留的个人合法财产依法转移给他人所有的法律制度。继承的特征有：

(1) 继承因自然人死亡而发生。

(2) 继承的主体是与被继承人生前有特定身份关系的自然人。

(3) 继承的客体是被继承人死亡时遗留的个人合法财产。

(4) 继承产生财产权利变动的后果。



### 181、继承权的概念与特征

继承权是指自然人根据法律的规定或者有效遗嘱的指定取得被继承人遗产的权利。继承权具有以下特征：

- (1) 继承权是自然人基于一定身份关系享有的权利，其主体限于与被继承人生前存在婚姻和血缘关系的自然人；
- (2) 继承权的产生是基于法律的规定或有效遗嘱的指定；
- (3) 继承权的标的是遗产；
- (4) 继承权是于被继承人死亡时才可行使的权利。

### 182、继承权的丧失的相关问题

1、继承权的丧失，又称继承权的剥夺，是指在发生法定事由时，依法取消继承人继承被继承人遗产的资格。

2、丧失继承权的主要情形

- (1) 故意杀害被继承人的。
- (2) 为争夺遗产而杀害其他继承人的。
- (3) 遗弃被继承人的，或者虐待被继承人情节严重的。但是，以后确有悔改表现，而且被虐待人、被遗弃人生前又表示宽恕，可不确认其丧失继承权。
- (4) 伪造、篡改或者销毁遗嘱，情节严重的。

3、如何理解“伪造、篡改或者销毁遗嘱，情节严重”？

继承人伪造、篡改或者销毁遗嘱，侵害了缺乏劳动能力又无生活来源的继承人利益，并造成其生活困难的，应认定其行为情节严重。

### 183、我国继承法的基本原则

继承法的基本原则，是指体现继承法的基本价值，贯穿于各项具体继承法律制度的基本准则，是处理继承关系的重要依据。主要有：

(1) 保护公民私有财产继承权原则。主要体现在以下几个方面：A. 凡是公民死亡时遗留的个人合法财产，都可以作为遗产转移给继承人；B. 公民的继承权受法律保护，不得非法剥夺继承权；C. 法律保障公民继承权的行使，当公民的继承权收到他人非法侵害时，有权请求司法机关予以保护。

(2) 继承权男女平等原则。主要体现在以下几个方面：A. 继承权的主体不因性别不同而存在差异，女子（包括出嫁女子）享有与男子平等的继承权。在代位继承中，男女有平等的代位继承权；B. 在确定法定继承人的范围和顺序时，是以亲属关系的亲疏远近为依据，而非以性别为依据；C. 在具体分割遗产时，同一顺序的继承人的继承份额不因性别不同而存在差异。

(3) 养老育幼、互助互济原则。既是道德规范的要求，同时也是确保实现家庭职能，发挥家庭成员互助作用的现实需要。主要体现在以下几个方面：A. 在法定继承中，同一顺序的继承人继承遗产的份额一般应当均等，但对生活有特殊困难的缺乏劳动能力的继承人，应当予以照顾；B. 遗嘱应当为缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的份额；C. 遗产分割时，应当保留胎儿的继承份额；D. 丧偶的儿媳对公婆，丧偶的女婿对岳父、岳母尽了主要赡养义务的，可以作为法定第一顺序继承人，等等。

(4) 互谅互让、和睦团结原则。在继承法律关系中，遗产继承主要在亲属之间进行，所以该原则是处理亲属之间关系的基本要求。

### 184、法定继承的概念与特征

法定继承，是指直接根据法律规定的继承人范围、继承顺序以及遗产分配原则，继承被继承人遗产的法律制度。法定继承具有以下特征：

- (1) 法定继承的内容来自于法律的规定。在法定继承中，继承人的范围、继承的顺序和遗产分配的原则等内容都由法律直接规定。
- (2) 法定继承以继承人和被继承人之间存在一定的身份关系为前提。
- (3) 法定继承是对遗嘱继承的补充。在效力上，遗嘱继承优于法定继承。
- (4) 法定继承是对遗嘱继承的限制。如遗嘱继承人只能是法定继承人范围之内的人。

#### 185、代位继承的概念与条件

在法定继承中，被继承人的子女先于被继承人死亡，应由被继承人子女继承的遗产份额，由被继承人子女的晚辈直系血亲继承的法律制度。代位继承须具备下列条件：

1. 须被代位继承人先于被继承人死亡。
2. 须被代位继承人为被继承人的子女。
3. 须被代位继承人未丧失继承权。

4. 须代位继承人是被继承人子女的晚辈直系血亲。晚辈直系血亲既包括自然血亲，也包括拟制血亲。晚辈直系血亲的范围不受辈数的限制。

#### 186、代位继承与转继承的区别（2006 年简答）

1. 继承人死亡的时间不同。代位继承中的继承人（被代位继承人）先于被继承人死亡；而转继承中的继承人（被转继承人）后于被继承人死亡。

2. 继承的主体不同。代位继承人只限于被继承人子女的晚辈直系血亲；而转继承人则没有这种限制，可以是被转继承人的所有法定继承人。

3. 性质不同。转继承是连续发生的二次继承，代位继承是替补继承，代位继承人基于其代位继承权而直接取得被继承人的遗产。

4. 适用范围不同。代位继承只适用于法定继承；而转继承既适用于法定继承，也适用于遗嘱继承和遗赠。

#### 187、关于遗嘱的相关问题（2013 简答题）

##### 1、遗嘱的概念和特征

遗嘱是公民生前依法处分自己的财产和安排有关事务，并于死后生效的民事法律行为。遗嘱的特征：

- （1）遗嘱是单方民事法律行为，只需遗嘱人一方意思表示即可成立。
- （2）遗嘱是遗嘱人死后生效的民事法律行为，这是由设立遗嘱的目的所决定的。
- （3）遗嘱是遗嘱人独立所为的民事法律行为，遗嘱必须由遗嘱人亲自设立，不得代理。
- （4）遗嘱是要式法律行为，遗嘱的形式必须符合继承法的规定。

##### 2、什么情况下可以立口头遗嘱？

口头遗嘱是指遗嘱人以口头方式设立的遗嘱。设立口头遗嘱须具备两个条件：

（1）遗嘱人处于危急情况下，不能以其他方式设立遗嘱。所谓“危急情况”，一般是指遗嘱人生命垂危、突遇自然灾害、意外事故、战争等。

（2）有两个以上见证人在场见证。危急情况解除后，遗嘱人能够用书面或者录音形式立遗嘱的，所立的口头遗嘱无效。

##### 3、哪些人员不能作为遗嘱见证人？

- （1）无行为能力人、限制行为能力人。
- （2）继承人、受遗赠人。
- （3）与继承人、受遗赠人有利害关系的人，如债权人、受遗赠人的近亲属等。

##### 4、遗嘱的有效要件（2013 简答题）

- （1）立遗嘱人必须有遗嘱能力，即立遗嘱时必须具有完全民事行为能力。
- （2）遗嘱人在立遗嘱时必须意思表示真实。
- （3）遗嘱内容必须合法，即遗嘱的内容不得违反法律、社会公德。
- （4）遗嘱的形式必须符合继承法的规定。

##### 5、哪些情形会导致遗嘱无效？

- （1）伪造的遗嘱无效。
- （2）遗嘱被篡改的，篡改的内容无效。
- （3）受胁迫、欺骗所立的遗嘱无效。
- （4）无行为能力人或者限制行为能力人所立的遗嘱无效。
- （5）处分了属于国家、集体或他人所有的财产的遗嘱无效。

**6、存在数份内容相抵触的遗嘱，如何执行遗嘱？**

有公证遗嘱的，以最后所立公证遗嘱为准；没有公证遗嘱的，以最后所立的遗嘱为准；

**188、遗嘱继承的概念与特征**

遗嘱继承，是指按照被继承人生前所立的合法有效遗嘱继承被继承人遗产的法律制度。其具有以下法律特征：

- (1) 遗嘱继承的发生须以有效遗嘱的存在为前提。
- (2) 遗嘱继承直接体现着被继承人的意愿，是对被继承人自由处分自己财产的尊重。
- (3) 遗嘱继承是对法定继承的排斥，遗嘱继承不受法定继承人的继承顺序、份额的约束。
- (4) 遗嘱继承的效力优于法定继承。

**189、遗嘱继承的适用条件**

遗嘱继承的适用条件是：

- (1) 没有遗赠扶养协议。遗赠扶养协议的效力优于遗嘱继承。
- (2) 被继承人生前所立遗嘱合法有效。
- (3) 须遗嘱指定的继承人享有继承权，即遗嘱指定的继承人未丧失、也未放弃继承权。

**190、遗赠与遗嘱继承的区别（2007 年简答）**

遗赠与遗嘱继承的区别主要表现在以下几个方面：

- (1) 受遗赠人与遗嘱继承人的法律地位不同。受遗赠人不是继承人，没有继承权；而遗嘱继承人是继承人，享有继承权。
- (2) 受遗赠人与遗嘱继承人的范围不同。受遗赠人必须是法定继承人范围以外的人，可以是自然人，也可以是国家或者集体；继承人只能是法定继承人范围之内的人，并且只能是自然人。
- (3) 遗赠受领权与遗嘱继承权标的不同。原则上，受遗赠人只享有受领遗产的权利，不承担清偿遗赠人生前债务的义务；而遗嘱继承人不仅享有接受遗产的权利，还负有清偿被继承人生前债务的义务。
- (4) 权力行使方式不同。受遗赠人应当在知道受遗赠后两个月内，作出接受或者放弃遗赠的表示，到期没有表示的，视为放弃受遗赠；遗嘱继承人在继承开始后遗产处理前，没有表示放弃遗嘱继承的，视为接受继承。

**191、遗赠扶养协议的概念和特征**

遗赠扶养协议，是指由遗赠人与扶养人签订的，由扶养人对遗赠人负生养死葬的义务，遗赠人将自己财产的一部分或全部在其死后转移给扶养人所有的协议。遗赠扶养协议的特征有：

- (1) 遗赠扶养协议是双方、双务、诺成、有偿、要式民事法律行为。
- (2) 遗赠扶养协议的扶养人不限于自然人，既可以是自然人，也可以是集体所有制组织。法定继承人和国家机关、国有企事业单位不能作扶养人。
- (3) 遗赠扶养协议是生前生效与死后生效相结合的法律行为。
- (4) 遗赠扶养协议在适用上具有最优先性。遗赠扶养协议是继承法规定的多种遗产转移方式中最优先适用的方式。

**192、遗赠扶养协议与遗赠的区别（2013 年法学简答）**

- (1) 遗赠扶养协议是双方法律行为，遗赠是单方法律行为。
- (2) 遗赠扶养协议是合同行为，遗赠是遗嘱行为。
- (3) 遗赠扶养协议是双务、有偿法律行为，遗赠是单务、无偿法律行为。
- (4) 遗赠扶养协议是生前生效兼死后生效法律行为，遗赠是死后生效的法律行为。

**193、遗产的概念与特征**

- (1) 时间上的特定性，遗产是公民死亡时遗留的财产。
- (2) 内容上的总括性，遗产既包括财产权利，也包括财产义务。
- (3) 范围上的限定性，遗产是死亡公民的个人财产。
- (4) 性质上的合法性，遗产是死亡公民遗留的合法财产。

**194、被继承人债务的清偿原则（2009 年辨析题）**



(1) 限定继承原则。继承人继承遗产应当清偿被继承人的债务，但清偿债务以被继承人的遗产实际价值为限。

(2) 清偿债务优先于执行遗嘱原则。

(3) 保留必留份原则。继承人中有缺乏劳动能力又没有生活来源的人，即使遗产不足清偿债务，也应为其保留适当遗产，然后再按继承法有关规定清偿债务。

(4) 连带责任原则。继承人共同继承遗产系共同共有，各共同继承人对遗产债务应当承担连带责任。但在共同继承人内部，则应当按照各自继承遗产份额的比例分担遗产债务。

## 第二十一章 侵权责任法

### 195、侵权责任的构成与特征

侵权责任是指行为人因其侵权行为而依法应当承担的民事法律责任。侵权责任的特征：

(1) 侵权责任是行为人因违反法律规定的义务应承担的法律后果。

(2) 侵权责任以侵权行为的存在为前提。

(3) 侵权责任的方式具有法定性。侵权责任的方式以及具体内容，法律都有明确规定。

(4) 侵权责任形式具有多样性。侵权责任主要体现为财产责任，但不限于财产责任。

### 196、侵权责任的归责原则的分类及其适用情形(2005年非法学辨析、2011年非法学简答、2013年非法学辨析、2017年非法学简答)

1、过错责任原则是指以行为人的过错作为归责根据的原则。过错责任原则是侵权行为的一般归责原则，在法律没有特别规定的情况下，都适用过错责任原则。

2、过错推定属于过错责任原则。所谓过错推定，是指在某些侵权行为的构成中，法律推定行为人实施该行为时具有过错。行为人可以通过证明自己没有过错来获得免责的效果。适用过错推定责任的情况，需要有法律的明确规定。

3、无过错责任原则是指不问行为人主观是否有过错，只要有行为、损害后果以及二者之间存在因果关系，就应承担民事责任的归责原则，适用必须有法律的明确规定。适用情形主要有：

(1) 高度危险作业致人损害的民事责任；

(2) 因产品质量不合格造成他人损害的民事责任；

(3) 环境污染造成他人损害的民事责任；

(4) 饲养的动物造成他人损害的民事责任；

(5) 被监护人致人损害的民事责任等；

(6) 用人单位承担的因员工执行任务致人损害的责任等。

### 197、一般侵权责任构成要件(2017年考试分析增修)

(1) 加害行为。加害行为是指行为人实施的加害于被侵权人民事权益的不法行为。加害行为包括作为和不作为。

(2) 主观过错。是指行为人应受责难的主观状态。分为故意和过失两种形式。

(3) 损害事实。指他人财产或者人身权益所遭受的不利影响，包括财产损害、非财产损害，非财产损害又包括人身损害、精神损害。

(4) 因果关系。因果关系是指各种现象之间引起与被引起的关系。侵权法上的因果关系包括责任成立的因果关系和责任范围的因果关系。

### 198、侵权责任的抗辩事由(2017年法学简答)

(1) 正当理由：正当理由着眼于加害行为本身的合法性或合理性进行抗辩，即承认某行为是损害发生的原因，但主张行为的实施有合法的根据。包括依法执行公务、正当防卫、紧急避险、受害人同意、自助行为。

(2) 外来原因：外来原因是指行为人将损害发生的全部或者部分原因归结于某种外部事件或他人的行为，从而主张其行为不构成或不单独够成法律上应负责任的原因。包括不可抗力、意外事件受害人过错、第三人过错。

#### 199、依法执行公务抗辩事由的构成要件

依法执行公务，是指造成他人损害的侵权行为是依照法律授权执行公务的行为。其构成要件包括：

- (1) 执行公务的行为必须有合法根据。
- (2) 执行公务的行为必须有合法程序。
- (3) 造成他人损失的行为必须为执行公务所必需。

#### 200、受害人同意作为抗辩事由的构成要件

受害人同意是指受害人在侵权行为或者损害结果发生之前明确自愿地表示自己愿意承担某种损害后果的意思表示。受害人的同意必须满足以下要求方可构成抗辩事由：

- (1) 受害人有愿意承担损害后果的意思表示。
- (2) 受害人的意思表示是明确、自愿的。
- (3) 受害人同意的意思表示不得违背法律、法规的规定，不得违背公序良俗。
- (4) 受害人同意发生在侵权行为或者损害结果发生之前。

#### 201、自助行为作为抗辩事由的构成要件

自助行为是指权利人为保护自己的权利，在来不及请求公力救济的情况下，对义务人的财产予以扣押或者对其人身自由予以约束等行为。其构成要件包括：

- (1) 为保护自己的权利。
- (2) 情势紧迫来不及通过法院或者其他国家机关解决。
- (3) 采取的方法适当。
- (4) 自助行为不能超过必要的限度。

#### 202、共同侵权行为的概念及其构成要件（2004 年法学简答、2014 年法条分析）

共同侵权行为是指二人以上共同故意或者共同过失侵害他人，依法承担连带责任的行为。共同侵权行为需要具备以下构成要件：

- (1) 行为人为二人以上。这里的主体，可以是自然人，也可以是法人或者其他组织。
- (2) 行为具有关联性。共同侵权行为的数个行为人，每个人都实施了加害行为。这些行为结合在一起，形成一个有机整体，共同造成了损害结果，彼此之间具有密切的关联性。
- (3) 行为人具有共同的过错。共同侵权行为以共同的过错为必要，这种共同过错可以是共同的故意，也可以是共同的过失，还可以是故意和过失的混合。
- (4) 造成单一的结果。数个侵权人虽然实施了多个侵权行为，但数个行为造成了同一损害结果，该损害结果不可分割。

#### 203、共同危险行为及其构成要件（2013 年法学简答题）

共同危险行为，又称准共同侵权行为，指二人以上实施危及他人人身或者财产安全的行为并造成损害后果，不能确定实际侵害行为人的情况，需要具备以下构成要件：

- (1) 主体必须是二人以上。
- (2) 每个人都单独实施完成了危险行为，行为彼此之间无关联或者结合关系。
- (3) 每个人都具有独立的过错，这些过错可能相同，但是彼此之间无意思联络。
- (4) 不能确定是谁的行为造成了损害后果。

#### 204、无意思联络的多数人侵权

无意思联络的数人侵权是指数个行为人并无共同的过错，但由于数个行为的结合而导致同一损害后果的侵权行为。无意思联络的数人侵权行为有两种类型：

1. 承担连带责任的无意思联络数人侵权，需要具备以下要件：

- (1) 行为人为二人以上。(2) 数个行为人分别实施了侵权行为，彼此之间没有意思联络。(3) 损害后果同一。(4) 每个人的行为都足以造成全部损害结果。

2. 承担按份责任的无意思联络数人侵权，需要具备以下要件：

- (1) 行为人为二人以上。(2) 数个行为人分别实施了侵权行为，彼此之间没有意思联络。(3) 损害后果同一。

#### 205、监护人责任（2017 年考试分析增修）

监护人责任是替代责任，其特征有：

(1) 在被监护人侵权行为中，行为主体和责任主体相分离，行为主体是被监护人，责任主体是其监护人。

(2) 监护人责任为无过错责任。监护人承担的是无过错责任，即只要被监护人的行为构成侵权行为，监护人就应当承担侵权责任。如果监护人尽到了监护责任，也只能减轻其责任，但不能免责。

(3) 监护人在承担赔偿责任时，并非必须使用监护人的财产。有财产的被监护人造成他人损害的，先从本人财产中支付赔偿费用。不足部分，才由监护人赔偿。

## 206、产品责任的构成要件及其责任形式（2015 年法学简答）

1、产品责任是指产品的制造者和销售者，因制造、销售的产品存在缺陷造成他人的人身或者财产损害而应当承担的侵权民事责任。其构成要件：

(1) 产品有缺陷。产品缺陷是指产品存在危及人身、他人财产安全的不合理的危险；产品有保障人体健康和人身、财产安全的国家标准、行业标准的，是指不符合该标准。

(2) 他人人身、财产遭受损害。

(3) 产品缺陷与他人损害之间须有因果关系。

2、产品责任的责任形式包括：

(1) 赔偿损失；(2) 排除妨碍、消除危险；(3) 警示、召回；(4) 损害性赔偿。

3、生产者的免责事由

(1) 未将产品投入流通的；

(2) 产品投入流通时，引起损害的缺陷尚不存在的；

(3) 将产品投入流通时的科学技术水平尚不能发现缺陷存在的。

## 207、医疗损害责任的相关问题（2017 年考试分析增修）

医疗损害责任，是指因医疗机构及其医务人员的过错，致使患者在诊疗活动中受到损害，由医疗机构承担的赔偿责任。

1、医疗损害责任的构成要件

(1) 医疗机构及其医务人员实施了具有违法性的医疗行为。医疗侵权行为发生在医务人员以医疗机构名义从事的医疗活动中。因此，医务人员是行为主体，医疗机构是责任主体。

(2) 患者遭受非正常的损失。大多数医疗行为都具有侵袭性。但这种侵袭必须是正常医疗行为导致的正常损失，如果超出了合理范围，则构成了非正常损失。

(3) 医疗机构存在过错。医疗机构在诊疗活动中负担一定的义务。没有尽到这些义务，则构成过错。

(4) 医疗过失行为与患者遭受的非正常损失之间具有因果关系。

2、医疗损害责任的减轻或免责事由。患者有损害，因下列情形之一的，医疗机构不承担赔偿责任：

(1) 患者或者其近亲属不配合医疗机构进行符合诊疗规范的诊疗，但医疗机构及其医务人员也有过错的，应当承担相应的赔偿责任。

(2) 医务人员在抢救生命垂危的患者等紧急情况下已经尽到合理诊疗义务；

(3) 限于当时的医疗水平难以诊疗。

## 208、违反安全保障义务的责任

安全保障义务是指宾馆、商场、银行、车站、娱乐场所等公共场所的管理人或者群众性活动的组织者，应尽的合理限度范围内使他人免受损害的义务。违反安全保障义务致人损害侵权责任的内容主要有：

(1) 责任主体。是负有安全保障义务的主体，即宾馆、商场、银行、车站、娱乐场所等公共场所的管理人或者群众性活动的组织者。

(2) 加害行为。此种责任中的加害行为表现为负有安全保障义务的主体违反了法定的作为义务，应当履行作为的安全保障义务而未履行，即不作为。

(3) 归责原则。违反安全保障义务侵权责任适用过错责任原则。安全保障义务就其性质而言属于注意义务，未尽到适当的注意义务，即应认定为过错的存在。

(4) 违反安全保障义务侵权责任的承担。违反安全保障义务的责任包括两种情况：A. 直接责任。在没有



第三人的行为介入的情况下，公共场所的管理人或群众性活动的组织者未尽到安全保障义务，造成他人损害的，应当承担直接侵权责任；B. 补充责任。在损害是由第三人的行为所致的情况下，由第三人承担侵权责任，管理人或者组织者未尽到安全保障义务的，承担相应的补充责任。

#### 209、环境污染责任的概念及其构成条件（2017 年考试分析增修）

污染环境造成他人财产或者人身损害而应承担的侵权责任。构成要件包括：

(1) 污染环境的行为。污染环境的行为，一般为积极的作为，且行为人不得以排污符合国家规定的标准或者行为不具有违法性主张免责。

(2) 损害。污染环境致人损害，既有财产损害，也有人身损害。

(3) 污染环境行为与损害之间存在因果关系。

#### 210、饲养动物损害责任的构成要件及类型

饲养的动物致人损害，动物饲养人或管理人依法承担的无过错的侵权责任。

1、饲养动物损害责任的构成要件包括：

(1) 须为饲养的动物；(2) 须饲养的动物独立加害。(3) 须有他人受有损害。(4) 须动物加害事实与损害之间具有因果关系。

2、饲养动物损害的类型：

(1) 饲养动物损害的一般责任：饲养的动物造成他人损害的，动物饲养人或者管理人应当承担侵权责任，但能够证明损害是因被侵权人故意或者重大过失造成的，可以不承担或者减轻责任；

(2) 违反管理规定时动物损害责任：违反管理规定，未对动物采取安全措施造成他人损害的，动物饲养人或者管理人应当承担侵权责任；

(3) 禁止饲养的危险动物损害责任：禁止饲养的烈性犬等危险动物造成他人损害的，动物饲养人或者管理人应当承担侵权责任；

(4) 动物园动物损害责任：动物园的动物造成他人损害的，动物园应当承担侵权责任，但能够证明尽到管理职责的，不承担责任；

(5) 遗弃、逃逸的动物损害责任：遗弃、逃逸的动物在遗弃、逃逸期间造成他人损害的，由原动物饲养人或者管理人承担侵权责任。



扫描并关注文运法硕微信，获取考前押题预测补充信息

**本主观题必背不是文运法硕押题，而是文运法硕整理的冲刺背诵材料！**

文运法硕网址：[www.wyflashuo.com](http://www.wyflashuo.com) 报名电话：010-57723978

客服手机：18810591683（微信）；18810591685（微信）；18811738882（微信）

客服 QQ:11570882 QQ:58900882 QQ:87800882 QQ:18980560

地址：北京市海淀区苏州街 33 号公寓写字楼 1503

（人民大学西门右转 350 米，地铁 10 号线苏州街站 A 口）

**内部资料，禁止外传！**