

司 考 新 增 大 纲 评 析

民法

命题趋势分析

考生大多认为 2007 年试卷难度下降,但是仍有很多同学因为失去了不应当失去的分数,在他人的一片欢腾声中与司法资格失之交臂,令人惋惜!08 年将会延续 07 年的趋势,但是,这可能是考试方式改革前的最后一次考试,应当抓住机会。

就民法而言,07 年考察 97 分,但是考生的口头禅“得民法者得天下,”不仅仅是从分值的角度,很多法律理念,法律关系的分析、综合,全部是来自于民法,民法对于训练法学思维的作用,都不可忽视,所以应当从总体上把握民法。今年命题的特点有以下几点:

一、总体延续较宽的尺度

中西部地区司法人才极度缺乏,青黄不接,很多县没有合格的法官、检察官,甚至没有律师。因此法、检强烈要求提高通过率。但是我认为这是暂时的解决措施,等到留住人才的机制解决了,恐怕通过率还会适当下调,因此,我们应当抓住机遇。

二、收缩考点,突出重点

考点压缩了,减少了 16 个,增加了 11 个。有人认为是难度增加,但是我认为今年的收缩考点主要服务于上一个目标。而且合同法考点在减少,增加的主要是物权法考点。

合同法:合同成立与生效的辨别,合同登记的效力,债权人的撤销权和代位权,债权让与,合同解除权,履行抗辩权,合同效力的三种类型,抵销权,合同相对性,违约责任,违约形式,买卖合同,租赁合同(含融资租赁),承揽与建设工程承包合同,赠与合同,运输合同,委托和行纪合同。(上述来自于 1999 年司法解释,也是实务重点)

债法总论:无因管理、不当得利。

物权法:所有权取得方式,公示公信,共有制度,物权优先效力,担保,物权变动(结合买卖合同)。但是今年的物权法考点肯定会增加在 30 分以上,难度会有所保留。

三、理论性和操作性并行增加

请通过的考生谈经验:法条是法宝、真题是真经!这的确不错,符合这种书面考试的一般规律。但是专家也在千方百计地克服书面考试的局限。这就是增加理论性和实践性。

今年的考试对理论将会有所倾斜，要求考生基础知识、体系化知识比较扎实。从今年的考试和去年的考试，我深切的感到司法考试的理论化程度提升必然进行。

我认为司考复习不能片面的追求重点法条，不能片面的追求真题，尽管这两个方面是非常重要的，我们一定对法理、法条要有一个体系化的复习，要有一个居高临下的掌握，要有一个运用自如的掌握。现在很多考生靠背重点法条、背真题的答案来应付考试，这肯定是行不通的。而且我预测将来的司法考试教育必然要和高校的本科教育相融合、相接近，我认为这是符合教育规律的。

同时，司法考试是选拔操作性人才的，需要具有一定的实践经验。这是为了实务的需要，也是法学教育本质的要求，更是对目前教育状况反思的结果。

07 年的一个大题“社会主义法治理念”充分体现上述思路，这不是一个高深的理论题目，但是具有理论性，这个题目学生答不对，但是在法院、检察院工作的人不用学习也可以答对。因为实践中工作的政治需要。

有人从 07 年大纲和 08 年大纲的字面，认为 08 年的大纲删除了很多理论性的考点，其实不然，删除的是记忆性的考点，而在大纲中，理论性是增加了。考点压缩了，减少了 16 个，增加了 11 个，考点更加集中，量减质增。当然，理论性不会增加在基本概念部分，而是增加在合同、物权、侵权的法律关系处理上。例如，物权变动中，主物转让时从物的所有权归属与孳息所有权的归属，这是新增的考点。例如，将合同的成立与履行合并，在实践中，合同成立、生效、履行抗辩之间的关系千变万化，运用之妙，在于理论的扎实。

四、题目考察重复化

考题重复率高已经不属于偶然现象，例如，根据从 2002 年到 2007 年试题的分析：

无因管理（02、03、05、06、07）

债权人的撤销权和代位权（03-07）

合同的解除（02、03、04、06、07）

优先购买权出现原题或者相似题目（02 年 3 题，05 年 12 题）

地役权的设定（03 年第 8 题，07 年 12 题，06 年 56 题）

五、加强物权法的考察

2007 年，物权法出台，很多人猜测物权法将重点考察，但是考试却虚晃一枪，只考了区区 12 分。这种情况反而增加了 2008 年重点考察的可能性，而且经过一年多的实践，积累了一些实际案例和重点问题，有了不少的题眼。08 年大纲的变化也体现了这一点，增加的几乎全是物权法的内容。

08 年新增知识点

章名	节名	新增之知识点
自然人	自然人的住所与监护	✧ 住所的法律意义
所有权	国家所有权、集体所有权、私人所有权与其它所有权	✧ 法人所有权(企业法人所有权 其他法人所有权)
	业主的建筑物区分所有权	✧ 业主的建筑物区分所有权的概念 ✧ 业主的建筑物区分所有权的内容(专有部分的单独所有权 共有部分的共有权 业主的管理权)
	所有权的特别取得方法	✧ 主物转让时从物的所有权归属与孳息所有权的归属
债的概述	债的发生	✧ 合同的概念和特征 合同的分类
著作权	知识产权的概念和范围	✧ 知识产权的概念和特征 知识产权的范围

08 年删除知识点

章名	删除之知识点
民法概述	✧ 民法的含义(形式上的民法与实质上的民法 广义的民法与狭义的民法 民法典与民法通则) ✧ 人身关系及其特征 财产关系及其特征 ✧ 民法的渊源 ✧ 民法的适用范围 ✧ 原权利与救济权 专属权与非专权 既得权与期待权 ✧ 积极义务与消极义务 ✧ 财产责任与非财产责任 无限责任与有限责任 单独责任与共同责任 按份责任与连带责任 过错责任、无过错责任、公平责任
自然人	✧ 对成年人、限制民事行为能力与无民事行为能力的认定 ✧ 住所的设定与变更 ✧ 户籍与身份证 ✧ 住所的法律效果 ✧ 个人合伙的终止
物与有价证券	✧ 流通物与限制流通物 有主物与无主物 ✧ 常见的有价证券(票据 债券 股票 提单 仓单)
物权概述	✧ 主物权与从物权 ✧ 所有权与限制物权 ✧ 有期限物权与无期限物权 ✧ 民法上的物权与特别法上的特权 ✧ 本权与占有

所有权	◇ 土地所有权（土地所有权的概念 国家土地所有权 集体土地所有权） ◇ 房屋所有权（房屋所有权的概念 建筑物区分所有权） ◇ 时效取得
担保物权	◇ 担保物权概述
合同的概述	◇ 合同的概述
转移财产权利的合同	◇ 供用电、水、气、热力合同
提供劳务的合同	◇ 仓储合同
知识产权概述	◇ 知识产权法 ◇ 知识产权的保护
继承概述	◇ 继承法的基本原则
人身权	◇ 人身权的分类（人格权 身份权）

法律法规目录增删

增加	删除
◇ 无增加	◇ 保护文学和艺术作品伯尔尼公约 ◇ 保护工业产权巴黎公约（节录）

新增知识点之重点精讲

一、民事法律行为的概念和特征

我国《民法通则》第 54 条的定义：民事法律行为是公民或者法人设立、变更、终止民事权利和民事义务的合法行为。

一般说来，法律行为是指以意思表示为要素，因意思表示而发生一定私法上的效果的法律事实。

- （1）法律行为是一种法律事实。引起法律关系变动的原因当然不限于和个人意思有关的行为，包括很多法律事实。因此，法律行为作为以意思表示为要素的法律事实就成为私法自治的工具。
- （2）以意思表示为要素，意思表示是法律行为的核心。法律行为就是个人希望通过自己的行为产生一定的私法上的效果，按照个人的意愿安排当事人之间的权利义务关系，当事人必须自主的表达自己的意愿，这种把行为人意欲发生一定私法上的效果的内心意思以一定的方式表达与外部的行为就是意思表示。但是意思表示区别于法律行为，意思表示能否变动法律关系，还要和其他的要件相结合，而法律行为则可以变动法律关系。
- （3）发生私法上的效果。法律行为的目的在于实现私法自治，依当事人的意思得发生一定的私法上的效果，一般是私法法律关系的变动。

另外，值得注意的是，法律行为本身并不必然包含合法性。在法律行为的构成中强调合法性要素，将过多的限制了民事主体行为自由，不利于私法自治。合法性是法律对于个人行为的判断，个人行为必然有合法与非法之分，但是，不能否认非法行为就不产生任何

私法的效果，这不合事实和逻辑。只是合法的法律行为的效力得到法律的认可，而产生预期的效果，不合法的法律行为可能产生其他私法的效果。

二、所有权的概念与特征（权能）

所有权是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。所有权是权利人享有的对权利对象的最全面最充分的永久性支配权。

所有权的特征：

- （1）所有权是完全物权。所有权是物权之一种，具有物权全部特征和效力。所有权是对动产和不动产享有的根本性的物权，其权能终极意义上最全面、概括、完整，任何设定的限制消除后，其权能自然恢复。
- （2）所有权是支配权。所有权的行使以对动产、不动产的支配为手段。
- （3）所有权具有排他性，因为是支配权，因此权利人行使权利排斥他人干涉，而且同一权利客体上只能存在一个所有权。
- （4）所有权是绝对权，权利主体是特定的，而义务主体是不特定的。
- （5）具有追及效力和优先效力。
- （6）所有权的客体是有体物、特定物和独立物。
- （7）所有权没有期限限制。

所有权的权能：占有权、使用权、收益权、处分权。

所有权的理论比较精深，具体考察出题不会有太大的难度，但是深刻理解对于整体物权法的题目是一把钥匙。

三、国家所有权（概念、特征、客体、保护）

国家所有权，是指国家对国有财产的占有、使用、收益、处分的权利。国家所有权本质上是全面所有制在法律上的体现。《物权法》第45条规定：“法律规定属于国家所有的财产，属于国家所有即全民所有。国有财产由国务院代表国家行使所有权；法律另有规定的，依照其规定。”

国家所有权的特征：

- （1）国家所有权的主体只能是国家，国家是国有财产的唯一主体。在这里，国家不是以公共权力的行使者出现，而是作为一种民事主体存在，和其他民事主体平等地参与民事法律关系。当然，国家在客观上无法直接行使财产所有权，一般通过占有国有财产的国家机关、企事业单位及国有资产管理部門行使所有权。
- （2）国家所有权的客体最为广泛。国家所有权的客体没有范围限制，任何财产都可以成为国家所有权的客体，而且有些财产只能为国家专有，对于新出现的财产，没有规定为其他主体所有的，推定为国家使用。

(3) 国家所有权的取得方式具有特殊性。国家往往凭借其公共权力，通过征收、国有化、没收等强制性方式取得集体、私人的财产。

(4) 国家行政权和所有权之间的关系密切。

国家所有权的客体：

矿藏、水流、海域。

城市的土地，法律规定属于国家所有的农村和城市郊区的土地。

森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源，但法律规定属于集体所有的除外。

法律规定属于国家所有的野生动植物资源。

无线电频谱资源。

法律规定属于国家所有的文物。

国防资产。

铁路、公路、电力设施、电信设施和油气管道等基础设施，依照法律规定为国家所有的。

国家所有权的保护：

国家所有的财产受法律保护，禁止任何单位和个人侵占、哄抢、私分、截留、破坏。

履行国有财产管理、监督职责的机构及其工作人员，应当依法加强对国有财产的管理、监督，促进国有财产保值增值，防止国有财产损失；滥用职权，玩忽职守，造成国有财产损失的，应当依法承担法律责任。

违反国有财产管理规定，在企业改制、合并分立、关联交易等过程中，低价转让、合谋私分、擅自担保或者以其他方式造成国有财产损失的，应当依法承担法律责任。

国家所有权的重点在于把握国家所有权取得方式和客体的特殊性，要能够区分哪些属于国家专有，哪些是国家、集体私人都可以享有的。另外，国家所有权的行使方式也需要重点关注，这对于公司法的问题也是基础。

四、集体所有权（概念、主体、行使、保护）

集体所有权，是指由集体组织成员对依法属于集体所有的财产享有占有、使用、收益和处分的权利。

集体所有权的主体的性质争议很大，有待于将来法律上进一步明确。传统的观点认为是“劳动群众集体”，但是鉴于主体地位弱化，集体财产的行使和保护都显著不足，因此“社区成员说”渐渐被接受，物权法规定集体所有权的财产属于全体集体成员。

集体所有权的客体：

法律规定属于集体所有的土地和森林、山岭、草原、荒地、滩涂；

集体所有的建筑物、生产设施、农田水利设施；

集体所有的教育、科学、文化、卫生、体育等设施；

集体所有的其他不动产和动产。

集体所有权的行使：

对于集体所有的财产，涉及下列事项的，应当依照法定程序经本集体成员决定：

- (1) 土地承包方案以及将土地发包给本集体以外的单位或者个人承包；
- (2) 个别土地承包经营权人之间承包地的调整；
- (3) 土地补偿费等费用的使用、分配办法；
- (4) 集体出资的企业的所有权变动等事项；
- (5) 规定的其他事项。

对于集体所有的土地和森林、山岭、草原、荒地、滩涂等，依照下列规定行使所有权：

- (1) 属于村农民集体所有的，由村集体经济组织或者村民委员会代表集体行使所有权；
- (2) 分别属于村内两个以上农民集体所有的，由村内各该集体经济组织或者村民小组代表集体行使所有权；
- (3) 属于乡镇农民集体所有的，由乡镇集体经济组织代表集体行使所有权。

城镇集体所有的不动产和动产，依照法律、行政法规的规定由本集体享有占有、使用、收益和处分的权利。

集体经济组织或者村民委员会、村民小组应当依照法律、行政法规以及章程、村规民约向本集体成员公布集体财产的状况。

集体所有权的保护：

集体所有的财产受法律保护，禁止任何单位和个人侵占、哄抢、私分、破坏。集体经济组织、村民委员会或者其负责人作出的决定侵害集体成员合法权益的，受侵害的集体成员可以请求人民法院予以撤销。

如果集体所有的财产受到侵害，集体组织不仅可以要求侵权人返还财产、赔偿损失等，还可以根据侵犯集体财产的情节，追究侵害者的行政责任和刑事责任。另外，非依法律规定，不得征收、征用集体所有的财产。当为了公共利益的需要依法征收集体财产时，应当依法足额支付土地补偿费、安置补助费、地上附着物和青苗补偿费、农民的社会保障费用等。集体经济组织、村民委员会或者负责人做出的决定侵害集体财产的行为，受害的集体成员可以请求人民法院予以撤销。

集体所有权的主体虚位，因此集体所有权容易受到侵害，而且实践案例也较多。因此，集体所有权有可能成为司法考试的重点。集体所有权的行使形式也有可能被考察。

五、私人所有权

私人所有权，是指公民个人依法对其所有的动产或者不动产享有的权利，以及个人投资者投资到各类企业中依法所享有的出资人的利益。

私人所有权的问题体现在所有的物权法的题目中，而本身可考之处并不多。

六、法人所有权

企业法人所有权，是指企业法人对其不动产和动产依照法律、行政法规以及章程享有占有、使用、收益和处分的权利。

其他法人所有权，是指企业法人以外的法人，对其不动产和动产的权利。

法人所有权本来是民法总论和公司法的问题，因为我国物权法涉及的国家所有权和集体所有权都大多由企业行使，法人所有权和国家所有权之间的关系是一个重要的理论问题，所以专门在物权法规定。

七、业主的建筑物区分所有权的概念

业主的建筑物区分所有权，是指多个业主作为所有人共同拥有一栋高层建筑时，业主对建筑物内的住宅、经营性用房等专有部分享有所有权，对专有部分以外的共有部分享有共有和共同管理的权利。

业主的建筑物区分所有权和一般的所有权相比，具有以下特征：

- (1) 复合性。该权利是一组复合性的权利，由专有所有权，共有所有权和成员权三部分组成。
- (2) 整体性。该权利的三部分是一个权利的集合体，具有不可分割性，在转让、抵押、继承时只能整体行使。
- (3) 专有部分所有权的主导性。共有部分所有权和成员权依附于专有部分所有权而存在，在取得、变动、处分时跟随专有部分所有权，登记时只登记专有部分所有权。
- (4) 权利主体身份的多重性。所有权人既是区分所有建筑物的专有权人，又是共有部分的共有人，同时还是行使共有部分管理权的成员权人。

八、业主的建筑物区分所有权的内容

业主的建筑物区分所有权包括专有权、共有权和成员权。专有权，是指业主在法律规定的范围内，对其建筑物专有部分享有占有、使用、收益和处分的权利。专有权包含所有权和相邻使用权。其他业主行使权利不得危及建筑物的安全，不得损害自己的合法权益，并且可以为了合理使用自己的专有部分，而请求使用其他业主的专有部分和共有部分。

业主对建筑物专有部分以外的共有部分，既享有权利，又承担义务；不得以放弃权利

不履行义务。业主转让建筑物内的住宅、经营性用房，其对共有部分享有的共有和共同管理的权利一并转让。

成员权是业主对于共有部分享有的管理权利。

08 年大纲对业主的建筑物区分所有权的要求程度为“熟悉并能够运用”，这将成为今年的考察重点，应当引起注意。

九、主物转让时从物的所有权归属与孳息所有权的归属“物权法”116 条与“合同法”163 条

物权的客体根据不同的标准有不同的分类。以一人所有的两个物是否能独立发挥作用和移转的对象为标准，可以将物分为主物和从物。以两物之间是否存在产生关系为标准，可以分为原物和孳息。

主物转让的，从物随主物转让，但当事人另有约定的除外。因为从物只能依附于主物时才能发挥它的辅助效用，因此，除非有相反约定，主物转让的效力及于从物。

孳息又可以分为天然孳息和法定孳息。物权法规定，天然孳息，由所有权人取得；既有所有权人又有用益物权人的，由用益物权人取得。当事人另有约定的，按照约定。法定孳息，当事人有约定的，按照约定取得；没有约定或者约定不明确的，按照交易习惯取得。

但是在合同法中，交付是孳息转移的标志。《合同法》第 163 条对买卖合同的标的物孳息采交付主义，而《物权法》对天然孳息归属采所有人主义，但有用益物权人的，用益物权人优先于所有人获得天然孳息，《物权法》还允许通过约定的方式确定孳息所有权的归属，且约定的方式优于法定规则。