

名师权威预测：2007年司法考试民法考点 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/250/2021\\_2022\\_\\_E5\\_90\\_8D\\_E5\\_B8\\_88\\_E6\\_9D\\_83\\_E5\\_c36\\_250902.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/250/2021_2022__E5_90_8D_E5_B8_88_E6_9D_83_E5_c36_250902.htm) 考点十一：意思表示的瑕疵

第一，欺诈。欺诈要求行为人存在主观故意，行为人是否具有主观故意往往应从行为人的经验、阅历、专业知识等方面判断，还可以从行为后果是否给表意人造成重大损失的角度进行判断，否则只能认定为错误。欺诈还要求表意人因欺诈行为陷入错误认识，或者加深错误认识。对于欺诈行为造成的损失，一般实行补偿原则，但对于消费欺诈，则应双倍赔偿。

第二，胁迫。是指因他人的威胁和强迫而陷入恐惧作出的不真实意思表示。

第三，乘人之危。乘人之危与单方允诺的区别在于：在存在一个危难背景的情况下，如果是行为人主动索要，则可认定为乘人之危；如果是行为人被动接受，则可认定为单方允诺。乘人之危与显失公平的区别在于：在乘人之危中必须存在危难背景，而在显失公平中则不存在危难背景。

第四，重大误解。（1）误解必须是重大的。（2）是指内容和方式的误解，动机的误解不为重大误解。（3）重大误解与显失公平的区别在于：如果是一方当事人利用自己的优势，或者利用对方没有经验致使违反公平原则，可以认定为显失公平。当然，重大误解和显失公平的适用范围不一样：显失公平仅适用于实行市场价的财产行为，而重大误解没有此限制。

考点十二：民事法律行为的有效要件 民事法律行为的有效要件包括实质要件和形式要件。其实质要件为：（1）行为人具有相应的民事行为能力。（2）行为人的意思表示真实，即行为人的意思表示须是自愿的、意思表

示须是真实的。（3）内容合法，并非指必须要有法律依据，而是指不违法，即不违反法律的强制性规范。（4）标的须可能和确定。其形式要件：在绝大多数情况下，民事法律行为只要具备实质要件就发生法律效力，但在某些特殊情况下，民事法律行为还须具备形式要件才发生效力。注意：第一，（1）无民事行为能力人接受报酬、赠与、奖励的行为有效；（2）无民事行为能力人所进行的细小民事行为有效；（3）无民事行为能力人所进行的其他民事行为无效。第二，（1）限制民事行为能力人接受报酬、赠与、奖励的行为有效；（2）限制民事行为能力人所进行的与其能力相适应的民事行为有效；（3）限制民事行为能力人所进行的与其能力不相适应的合同行为效力待定；（4）限制民事行为能力人所进行的与其能力不相适应的单方行为、身份行为无效。第三，注意登记生效的民事行为。法定登记才能生效的民事行为一般包括婚姻行为、收养行为、公司设立行为等。考点十三：附条件的民事法律行为除了法律规定不得附条件的民事法律行为外，民事法律行为可以附条件。不得附条件的民事法律行为有：（1）妨碍相对人利益的，这主要是指形成权的行使。（2）违背社会公共利益或社会公德的。附条件民事法律行为可以分为：（1）附延缓条件与附解除条件的民事法律行为。（2）附肯定条件与附否定条件的民事法律行为。关于附条件民事法律行为的效力应明确以下几点：（1）当事人为自己的利益不正当地阻止条件成就的，视为条件已成就；不正当地促成条件成就的，视为条件不成就。阻止条件成就或不成就的人，须为因条件成就或不成就而受利益的当事人。如为第三人阻止条件的成就或不成就，不为拟制。（2）相对

人在条件成就与否未确定前，应有因条件成就而取得权利或利益的希望。此种权益状态，称为期待权，法律应予保护。

（3）应注意附条件民事行为与附期限民事行为的区别。区别在于条件是可能发生或者不可能发生的，而期限则是肯定要到来的。

考点十四：无效民事行为的种类（1）行为人不具有行为能力的民事行为。（2）意思表示不自由且损害国家利益的民事行为。因受欺诈、胁迫而实施的合同行为，其结果损害国家利益时，是无效的民事行为。（3）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的民事行为。（4）以合法形式掩盖非法目的的民事行为。这里存在两个民事行为：一是形式合法而非真意的民事行为；二是意思表示具有真意而内容违法的民事行为。形式合法的民事行为因其非当事人真实意思表示而不具有效力；意思表示真实而内容违法的民事行为当然无效。（5）损害社会公共利益的民事行为。（6）违反法律禁止规定或强行规定的民事行为。（7）标的确定或自始客观不能的民事行为。注意：在我国，无效民事行为的确认不适用诉讼时效，但对于无效民事行为所产生的返还原物请求权、赔偿损失请求权则应适用诉讼时效，该诉讼时效应从确认无效之日起计算。

考点十五：可变更、可撤销民事行为的种类（1）因重大误解的民事行为。表意人对行为的性质、对方当事人、标的物的品种、质量、规格和数量等发生错误认识，从而使行为的后果与自己真实意思相悖，并造成较大的经济损失的，可以认定为构成重大误解。（2）显失公平的民事行为。（3）受欺诈而实施的且非损害国家利益的民事行为。（4）受胁迫而实施的且非损害国家利益的民事行为。（5）乘人之危的民事行为。

考点十六：可撤销民

事行为与违约行为的区别从行为的样态上讲，欺诈、胁迫、乘人之危、显失公平、重大误解为可撤销的民事行为，其他不履行合同或者不适当履行合同的行为则为违约行为。在合同关系中，如果存在欺诈、胁迫、乘人之危、重大误解、显失公平的情况，行为人如果不行使撤销权，则合同继续有效，行为人可行使违约责任请求权。如果行为人行使撤销权，对所造成的损失，可请求损害赔偿，但该损害赔偿请求权不是违约责任请求权，而是缔约过失责任请求权。

考点十七：效力待定的民事行为的类型

(1) 民事行为能力欠缺。限制民事行为能力人订立的合同，其法定代理人拒绝追认的，则为无效合同。如果其法定代理人予以追认，则该合同有效。

(2) 处分权限的欠缺。此处注意无权处分与善意取得的问题。无权处分行为的效力依照《合同法》第51条的规定，似采效力未定说。《合同法》第51条只是解决了行为效力问题，而未解决该行为而引起的财产归属问题。该问题应通过善意取得制度解决。

(3) 代理权的欠缺。无权代理的行为对被代理人不发生效力，但经被代理人追认的，仍对被代理人发生效力。

考点十八：相对人的催告与撤销权 效力待定民事行为经催告后，追认权人未于法定期限或合理期限内予以确认的，视为拒绝追认。我国法律对催告权的性质未加规定，权威学者认为催告权为形成权。只有善意的相对人才享有撤销权。相对人撤销其意思表示的意思，可以向追认权人表示，也可以向对方行为人表示。相对人撤销其意思表示后，效力未定民事行为自始无效。相对人行使撤销权应采用明示的方式，并应于追认权人未予追认之前行使。

考点十九：代理与相关概念的区别

1. 代理与传达。传达是指传达人传送表意

人已确定的意思表示，传达人不为自己的意思表示。代理与传达的区别意义在于：第一，传达人不必有行为能力，而代理人必有行为能力；第二，传达人传达不实，本人可以撤销，但由此造成的损失由本人承担。代理人因自己的过错给被代理人造成损失的，代理人通常承担赔偿责任。

2．代理与代表。法人组织必有代表人。区分代理与代表的法律意义在于：第一，代表人与法人是民事主体间的法律关系，是一个民事主体，代理人与被代理人是两个民事主体间的关系，是两个独立的民事主体。第二，代表人为法人实施民事法律行为即为法人的民事法律行为，不发生效力归属的问题；代理人的行为不是被代理人的行为，仅其效力归属于被代理人。第三，代表人为法人所为的行为，包括民事行为和事实行为，均为法人行为；代理人为被代理人仅得为民事法律行为。

3．代理与行纪。区分代理与行纪的意义在于：第一，行纪人是以自己的名义为民事法律行为；代理人是以被代理人的名义为民事法律行为。第二，行纪的后果直接归属于行纪人，然后由行纪人移转于委托人；代理的后果直接归属于被代理人。第三，行纪必为有偿法律行为，代理不以有偿为要件，如监护人代理被监护人实施民事法律行为。

4．代理与委托。区分委托与代理的法律意义是：第一，委托不涉及第三人，代理涉及三方当事人。第二，委托是产生一切委托事务的基础，委托合同是一种基础合同。委托解决委托人与受托人之间的权利义务关系问题，代理解决代理后果的归属问题。

5．代理与代位权。区分代理与代位权的意义在于，代位权是债权人的固有权，债权人可以以自己的名义行使，无须取得债务人的同意。代理人进行代理行为以取得代理权为前提。

考点二十：委托代理、法定代理与指定代理 委托代理一般产生于代理人与被代理人之间存在的基础法律关系之上，这种法律关系可以是委托合同关系，也可以是劳动合同关系(职务关系)，还可以是合伙合同关系。但是，基础法律关系不存在或无效，并不当然导致代理人丧失代理权。被代理人死亡，委托代理关系并不必然终止。代理人不知道被代理人死亡的，被代理人的继承人均予承认的，被代理人与代理人约定到代理事项完成时终止的，在被代理人死亡前已经进行，而在被代理人死亡后，为被代理人的继承人的利益继续完成的代理行为有效。法定代理主要是为无民事行为能力人和限制民事行为能力人设立代理人的方式。法定代理人所享有的代理权是由法律直接规定的，与被代理人的意志无关。指定代理是在没有委托代理人和法定代理人的情况下，为无民事行为能力人和限制民事行为能力人设立的代理。

考点二十一：滥用代理权的禁止 滥用代理权包括以下类型：（1）自己代理，是指代理人以被代理人名义与自己进行民事行为。（2）双方代理，又称同时代理，是指一人同时担任双方的代理人为民事行为。（3）代理人和第三人恶意串通，进行损害被代理人利益的行为。被代理人的利益的受损，由代理人和第三人负连带责任，该连带责任为并行的连带责任。

考点二十二：表见代理 表见代理，本属于无权代理，但因本人与无权代理人之间的关系，具有外表授权的特征，致使相对人有理由相信行为人有代理权而与其进行民事法律行为，法律使之发生与有权代理相同的法律效果。表见代理对本人产生有权代理的效力，本人不得以无权代理为抗辩；表见代理对相对人来说，既可主张狭义无权代理，也可主张成立表见代理，相对

人对此享有选择权。表见代理制度是为了维护交易安全而设定的制度，其所体现的原则为效率原则，其所体现的特征为表示主义或客观化特征，因此，表见代理制度应只适用于商事关系，对于一般的民事关系应不适用表见代理制度。

考点二十三：诉讼时效与除斥期间 诉讼时效仅适用于请求权，而不适用于支配权，也不适用于形成权。一般认为，债权请求权适用诉讼时效无疑，但物权请求权中，请求排除妨碍和请求消除危险不适用诉讼时效，至于请求确认物权和请求返还原物是否适用诉讼时效，存有争议。诉讼时效属于法律的强制性规定，当事人之间对于诉讼时效的事先约定不具有效力。但是，事后约定放弃时效利益的，具有效力。除斥期间主要是针对撤销权、追认权等形成权而言的，其目的在于撤销已经成立的民事行为，或确认效力未定的民事行为。但在法律有规定的情况下，除斥期间也适用于请求权，如在合伙债务中，合伙企业解散后，债权人在5年之内未主张权利的，该权利消灭。诉讼时效和除斥期间的区别在于：（1）适用对象不同。（2）法律效力不同。诉讼时效届满以后，实体权利本身并不因此而消灭，只是该权利失去了国家强制力的保护，而成为一种自然权利。此时，义务人自动履行义务的，权利人可以接受。如果义务人以自己不知道关于诉讼时效的规定为由，向法院起诉要求返还的，法院不予支持。而除斥期间届满后，消灭的是实体权利本身。（3）期间性质不同。诉讼时效期间是可变期间，可以适用中断、中止和延长的规定，除斥期间是不变期间，不适用中断、中止和延长的规定。

考点二十四：诉讼时效的中止 诉讼时效中止要求客观事由发生在最后6个月内，或者延续到最后6个月内。客观事由发生

在最后6个月内，自事由结束之日起，其所剩时效期间最长为6个月，不足6个月的，以其实际时效期间计算。中止诉讼时效的原因消除后，时效期间继续计算。中止前已经进行的时效期间仍然有效，中止时效的法定事由消除后，继续以前计算的诉讼时效期间至届满为止。诉讼时效中止的事由是法定事由，一是不可抗力，二是其他障碍。“其他障碍”参见《民通意见》第172条的规定。

**考点二十五：诉讼时效的中断**

诉讼时效中断的法定事由包括：（1）提起诉讼。所谓提起诉讼是指广义的“诉讼”，权利人申请强制执行、申请支付令或申请破产或向仲裁机构申请仲裁，以及向行政机关提出解决权益纠纷的请求行为，均应发生中断诉讼时效的效力。但是，如果权利人起诉后又自动撤诉的，自然不能引起诉讼时效的中断。此外，因起诉不符合法律的要求而被人民法院通知不予受理或裁定驳回起诉的，或者权利人经人民法院传唤无正当理由拒不到庭的，诉讼时效不能中断。关于起诉从何时中断时效，应以诉状交于法院为时间界限。权利人向人民调解委员会或有关单位提出保护民事权利的请求的，从提出请求时起诉讼时效中断。权利人向人民法院申请执行或者向仲裁委员会申请仲裁的，应从向上述机关提交文件时起诉讼时效中断。权利人被追加为诉讼当事人，从参加诉讼时起诉讼时效中断。（2）当事人一方提出请求。这里专指诉讼外的请求，不包括诉讼上的请求。权利人除向义务人直接提出请求外，向债务人的担保人、代理人或财产管理人主张权利的，也可以认定为诉讼时效中断。（3）义务人同意履行义务。同意履行义务的表示方法除了书面或能够证明的口头方式之外，债务人向债权人要求延期给付、对债务履行提供担保、

支付利息或租金等，都属于义务人同意履行义务的表现方式。在诉讼时效进行中，义务人同意履行义务为诉讼时效中断，在诉讼时效经过以后，义务人同意履行义务不为诉讼时效之中断，而为新债的产生，导致诉讼时效重新起算。诉讼时效中断的效力，可分为：（1）对时效力。这是使中断事由发生前已经进行的诉讼时效全部归于无效，诉讼时效重新计算。（2）对人效力。在多数人之债中，债权人向连带债务人中的一人起诉的，对其他债务人发生同样的效力。但连带债权人中的一人起诉的，对其他债权人不发生起诉的效力。

考点二十六：物权的优先效力 包括物权对于债权的优先效力，即同一物上既存在物权，又存在债权，一般物权有优先于债权的效力，但应注意，物权优先效力的例外规定：买卖不破租赁。对于物权相互之间的效力：（1）法定物权优于约定物权；（2）登记物权优于非登记物权；（3）占有物权优于非占有物权；（4）以物权生效的先后时间决定其效力，即先设定的物权优于后设定的物权。

考点二十七：物权请求权 应明确物权请求权的性质。掌握物权请求权与债权请求权的区别：（1）物权请求权以恢复物权的完美支配状态为目的，它是基于物权的绝对性和排他性而产生的一种防卫性请求权；债权请求权是一种索求性请求权。（2）物权请求权来自于物权的支配内容，是一种从属性的内容，物权请求权不能转让；而债权请求权可以转让。（3）物权请求权的效力优于债权请求权的效力。（4）物权请求权不考虑相对人是否有过错，只需证明相对人已实施了侵害物权的行为便可；而债权请求权中，债权人一般应对债务人负过错的举证责任。

应掌握物权请求权的种类：（1）确认物权的请求权；（2）返还原物请求

权；（3）排除妨碍请求权；（4）消除危险请求权；（5）恢复原状请求权。

**考点二十八：物权的公示**

（1）依民事法律行为发生动产物权变动的，以交付为生效要件。不论动产所有权的移转，还是动产质权的设定、留置权的成立，均以动产的交付为生效要件。交付的方法主要有：简易交付、占有改定、指示交付、拟制交付。

（2）登记是指主管部门在相关的登记簿上记载物权变动的情况。依我国现行法律规定，不动产的物权变动以登记为生效要件，如房屋所有权的转让，未办理登记手续的，房屋所有权不发生转移。对于特别动产，如车辆、船舶、航空器，采登记对抗主义。不动产物权以登记为公示方式。不动产物权经登记后，不仅意味着物权已变动，而且表示着物权变动后的权利状态。不论标的物是否交付，也不论取得方是否支付价款，均发生物权变动的效力。

**？考点二十九：土地所有权**

土地所有权的效力范围，在横的方面，是以地界为限；从纵的方面看，不仅包括地面，也包括地上及地下空间。但是，我国土地所有权的这种及于地上及地下的效力，并不是漫无限制的。这种限制主要有两方面：

（1）内在的限制。土地所有权的客体，以人力所能支配并满足所有人的需要为要件。即是说，土地所有权的支配力，仅限于其行使受到法律保护的利益的范围。对此范围外他人在其地上及地下的干涉，土地所有人不得排除之。

（2）法律的限制。法律对土地所有权的限制很多，除了相邻关系的规定外，还有国防、电信、交通、自然资源、环境保护、名胜古迹等方面的限制。

属于国家所有的土地有：

（1）城市市区的土地。（2）农村和城市郊区中已经依法没收、征收、收购为国有的土地。（3）国家依法征用的土地。（4）依

法不属于集体所有的林地、草原、荒地、滩涂及其他土地。

(5) 农村集体经济组织全部成员转为城镇居民的原属于其成员集体所有的土地。(6) 因国家组织移民、自然灾害等原因，农民成建制的集体迁移后不再使用的原属于迁移农民集体所有的土地。属于集体所有的土地，是指除法律规定属于国家所有的农村和城市郊区的土地。享有集体土地所有权的集体组织有以下3类：(1) 村农民集体。(2) 如果村范围内的土地已经分别属于村内两个以上农业集体经济组织所有的，可以属于各农业集体经济组织的农民集体所有。(3) 土地如果已经属于乡(镇)农民集体所有的，可以属于乡(镇)农民集体所有。注意：土地所有权的取得，只存在国家对集体土地的征收、征用问题，不存在买卖问题。对于集体土地所有权，不存在抛弃而丧失所有权的问题，只存在互换而取得所有权的问题。

考点三十：建筑物区分所有 建筑物区分所有的客体：(1) 须具有构造上的独立性，即被区分的部分在建筑物的构造上，可以被区分而与建筑物其他部分隔离。至于是否具有此项独立性，应以一般的社会观念而确定。(2) 须具有使用上的独立性，即建筑物被区分的各部分，可以为居住、工作或其他的目的而使用。其主要的区分标准，在于该区分的部分有无独立的出入门户。

建筑物区分所有权的内容：(1) 专有部分。以此专有部分为客体的区分所有权，为各区分所有人单独所有，在性质上与一般所有权并无不同。区分所有人就专有部分的使用、收益、处分，不得违反各区分所有人的共同利益。(2) 共有部分。建筑物的共有部分，为相关区分所有人所共有，均不得分割。各区分所有人对共有部分，应按其目的加以使用。共有部分的修缮费以及其他负

担，由各区分所有人按其所有部分的价值分担。注意：（1）专有部分的所有人出售专有部分时，其他人不享有优先购买权，但专有部分的所有人将居住用房改为经营性用房时除遵守法律法规和管理规约外，应当经有利害关系的业主同意。（2）对于建筑区划内的道路除属于城镇公共道路以外，属于区分所有人共有。对于建筑区划内的绿地，除属于城市公共绿地或标明属于个人的以外，属于区分所有人共有。对于建筑区划内的其他公共场所、公用设施和物业服务用房属于区分所有人共有。对于建筑区划内规划用于停放汽车的车位、车库除有约定的以外，属于区分所有人共有，但是占用公用道路或者其他场地的车位属于区分所有人共有。区分所有人对其共有权不得放弃。区分所有人的共有权在性质上属于按份共有，除有约定的以外，区分所有人按建筑物专有部分占建筑物总面积的比例享有权利和承担义务。（3）成员权。各区分所有人对于建筑物的共有部分享有共同管理的权利。设立业主大会选举业主委员会，制定管理规约。应由业主共同决定的事项参见《物权法》第76条规定。考点三十一：善意取得 善意取得亦称即时取得。（1）受让人受让财产时基于善意。如果受让人为恶意，则因受让人和无处分权人恶意串通导致行为无效。这里所说的善意，是指受让人不知道或不应当知道处分人是无权处分人。至于受让人取得财产后知道处分人是无权处分人对善意取得不生影响。（2）以合理的价格转让，即取得人属于有偿取得。如属无偿取得，则不适用善意取得制度。（3）转让的财产如应登记的已经登记，不需要登记的已经交付给受让人。善意取得作为物权的原始取得方式，善意受让人一旦取得，该财产上的原有权利消

灭，原权利人只能向无处分权人请求损害赔偿。注意：（1）遗失物原则上不适用善意取得，权利人有权追回，依照《物权法》第107条规定，如果遗失物是在有经营资格的经营者的处购买或者通过拍卖包括权力机构的拍卖的方式取得，权利人请求受让人返还时，应当受两年时效之限制且应当向买受人支付所购买该物的价款和必要费用。（2）盗赃物原则上不适用善意取得，虽然物权法对盗赃物是否适用善意取得未有规定，但实务中，盗赃物一般参照遗失物的规定处理。（3）走私财物原则上不适用善意取得。（4）权力机关的查封物不适用善意取得。（5）拾得漂流物、发现埋藏物或隐藏物适用遗失物的规定。（6）禁止流通物不适用善意取得。（7）不动产和用益物权也适用善意取得制度。考点三十二：添附

（1）动产与动产的附合，应当由原所有人按照其动产的价值，共有合成物。如果可以区别主物或从物，或者一方动产的价值显然高于他方的动产，则应当由主物或价值较高的物的原所有人取得合成物的所有权，并给对方以补偿。动产与不动产的附合，由不动产所有人取得所有权，但应当给原动产所有人以补偿。（2）混合发生在动产之间，它与附合的不同在于：附合（指动产的附合）的数个动产在形体上可以识别，只是分离后要损害附合物的价值，出于社会利益考虑不许分割；而混合则是数个动产混合于一起，在事实上不能也不易区别。但二者的法律效果却无区别，故混合应准用附合的规定。（3）加工物的所有权原则上归原物的所有人，并给加工人以补偿。但是当加工增加的价值大于材料的价值时，加工物可以归加工人所有，但应当给原物的所有人以补偿。考点三十三：按份共有 1. 按份共有人对共有财产享有

的份额依照其约定，没有约定或者约定不明确的，按出资额确定。不能确定出资额的，视为等额享有。应当注意的是，共有人对财产没有约定是按份共有还是共同共有或者约定不明确的，除共有人具有家庭关系、同居关系以外，视为按份共有。

2. 按份共有的内部关系：（1）各共有人在行使占有、使用、收益权时应当按其份额进行。（2）共有物的处分。一是对其享有的份额的处分，二是对整个共有物的处分。共有人对其份额只能进行法律上的处分，即将其份额分出或转让。共有人对其份额可以转让而不必征得其他共有人的同意。但是，共有人之间在合同中对共有份额的分出和转让进行了限制的除外。在共有人转让其份额时（这里的转让，应解释为出卖，赠与不应包括在内），在同等条件的情况下，其他共有人有优先于非共有人购买的权利。这里应当指出的是，其他共有人的这种优先购买权，应当在一定期限内行使。在共有人抛弃其应有份额后，该应有份额应归属于其他共有人。按份共有人对共有物的处分，包括事实上的处分与法律上的处分。这种处分及于共有物的全部，应由全体共有人协商，不能由某一共有人或某部分共有人擅自为之。如果共有人对处分共有物不能达成一致协议时，可以按拥有共有份额三分之二以上的共有人的意见办理，但不得损害其他共有人的利益。当然，共有人之间有协议的，依照其协议。（3）除了共有人之间有特别约定外，对共有物的管理，应由全体共有人共同进行。但保存行为共有人可以单独进行，改良行为不能完全由共有人单独进行，应由拥有共有份额三分之二以上的共有人同意后进行。共有物的管理费用，包括保存费用和改良费用以及共有物的其他费用，共有人之间有约定按照其

约定承担，没有约定或者约定不明确的，由全体共有人按其份额比例分担。如果某一共有人支付了上述费用，超过其份额所应承担的部分，有权请求其他共有人按其份额偿还所应承担的部分。这种偿还请求权是一种债权，如果其他共有人不履行此项债务，应按债的一般规则处理。(4)共有人之间的物上请求权。如果其他共有人否认共有人的应有份额，则共有人可以以其他共有人为被告，提起确认其应有份额的诉讼。如果其他共有人妨害共有人应有份额的，共有人也可以行使物上请求权。

3. 按份共有的外部关系：(1)各共有人对于外部的侵害，可以为共有人全体的利益独立行使物权请求权和债权请求权。(2)在共有人与第三人发生的民事法律关系中，除法律另有规定或者第三人知道共有人不具有连带债权债务关系的以外，共有人应负连带义务或承担连带责任。在这种连带关系中，共有人中的一人或数人在代替其他共有人履行义务或承担责任后，有权请求其他共有人偿还其应当承担的部分。

4. 共有物的分割：在按份共有关系期间，共有人约定不得分割共有财产的，依照其约定，但共有人有重大理由需要分割的，可以请求分割。没有约定或约定不明确的，按份共有人可以随时要求分割。因分割对其他共有人造成损害的，应当给予赔偿。在按份共有消灭的大多数情况下，都要进行共有物的分割。共有人在分割共有物时，可以协商确定分割方式。分割方法有：(1)实物分割；(2)变价分割；(3)作价补偿。共有人分割所得的不动产或动产有瑕疵的，其他共有人应当按照份额分担损失。

考点三十四：共同共有

1. 共同共有根据共同关系产生，必须以共同关系的存在为前提。这种共同关系，或是由法律直接规定的，如夫妻关

系、家庭关系，或是由合同约定的，如合伙合同。没有共同关系这个前提，共同共有就不会产生，而丧失这个前提，共同共有就会解体。各个共有人对于共有物，平等地享有占有、使用、收益、处分权，并平等地承担义务。

2. 共同共有的内外部关系：对于共有物的占有、使用、收益、处分权的行使，应当得到全体共有人的同意。如果根据法律的规定或合同的约定，某个或某些共有人有权代表全体共有人管理共有财产时，则该共有人可以依法或依合同对共有财产进行管理。但是，在共同共有关系存续期间，部分共有人擅自处分共有财产，一般是无效的。但第三人善意、有偿取得该财产的，应当维护第三人的合法权益；对其他共有人的损失，由擅自处分共有财产的人赔偿。共同共有人在享有权利的同时，对于共有物的管理费用及其他费用应当共同负担。对于共同共有人因经营共有财产对外发生的财产责任或对造成第三人的损害，全体共有人应承担连带责任。共同共有在共同关系存续中，各共有人一般不得请求分割共有物。但是，共同共有人在共有的基础丧失或者有重大理由需要分割时可以请求分割，但因分割给其他共同共有人造成损害的，应当予以赔偿。

3. 共同共有的类型：（1）夫妻共有财产，包括在婚姻关系存续期间各自的合法收入和共同劳动收入，以及各自因继承或接受赠与取得的财产。夫妻双方经过协商，约定以其他方式确定夫妻间的财产归属的，只要夫妻双方的这种约定不违反法律的禁止性规定，就应当依这种约定来确定夫妻间的财产归属。夫妻的婚前财产，是夫妻各自所有的财产，不属于夫妻共有财产。但是婚前财产在婚后经过长期使用，财产已经在质和量上发生很大的变化的，就应当根据具

体情况，将财产的全部或部分视为夫妻共同财产。另外，对于婚前财产，在婚后如果用共有财产进行重大修缮，通过修缮新增加的价值部分，应认定为夫妻共有财产。夫妻一方在处分共有财产时，另一方明知其行为而不作否认表示的，视为同意，事后不得以自己未亲自参加处分而否认处分的法律后果。

(2) 家庭共有财产，包括家庭成员在家庭共同生活关系存续期间共同创造、共同所得的财产。家庭共有财产属于家庭成员共同所有。

(3) 共同继承的财产。这是指在继承开始以后、遗产分割以前，两个或两个以上的继承人对之享有继承权的遗产。在分割遗产时，共同继承人应当按照法律规定的原则确定各自的份额或按遗嘱的规定确定各自的份额。

考点三十五：地役权 地役权采用书面合同形式设立，自合同生效时，地役权发生效力。地役权采登记对抗主义，未登记的，不得对抗第三人。地役权的期限由当事人约定，但不得超过土地承包经营权、建设用地使用权等用益物权剩余的期限。

地役权与土地所有权及其他用益物权的关系：

(1) 土地所有权人享有地役权或者负担地役权的，设立土地承包经营权、宅基地使用权时，该土地承包经营权人、宅基地使用权人继续享有或者负担该土地上的地役权。

(2) 土地上已设立土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权等权利的，未经上述用益物权人同意，土地所有权人不得设定地役权。

(3) 土地承包经营权、建设用地使用权全部或部分转让的，除合同另有约定的以外，地役权一并转让。地役权对受让人具有约束力，但地役权不得单独转让。

(4) 土地承包经营权、宅基地使用权抵押的，在实现抵押权时，抵押权一并转让。但地役权不得单独抵押。在传统民法中，只有地役权

的概念，没有相邻权的概念。地役权既包括法定地役权，又包括约定地役权。但在我国现行民法中，存在相邻权的概念，因此，地役权仅指约定地役权。地役权和相邻权在内容上可能重叠，但其设立方式不同，地役权通过合同设立，相邻权是法律规定的。

考点三十六：抵押权的标的可以作为抵押物的财产有：

- (1) 抵押人所有的建筑物和其他土地附着物。以依法获准尚未建造的或者正在建造中的房屋或者其他建筑物抵押的，当事人办理了抵押登记，该抵押应为有效。以经法定程序确定为违法、违章的建筑物抵押的，抵押无效。另外，以尚未办理权属证书的财产抵押的，在第一审法庭辩论终结前能够提供权利证书或者补办登记手续的，可以认定抵押有效。但在此种情况下当事人未办理抵押登记的，不得对抗第三人。
- (2) 建设用地使用权。
- (3) 以招标、拍卖、公开协商等方式取得的荒地等土地承包经营权。
- (4) 生产设备、原材料、半成品、产品。
- (5) 正在建造的船舶、航空器。
- (6) 交通运输工具。
- (7) 依法可以抵押的其他财产，例如，当事人以农作物进行抵押。此时需注意的是，当事人以农作物和与其尚未分离的土地使用权同时抵押的，土地使用权部分的抵押无效。

根据我国法律规定，下列财产不得抵押：

- (1) 土地所有权；
- (2) 耕地、宅基地、自留地、自留山等集体所有的土地使用权，但法律有特别规定的除外；
- (3) 学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位和社会团体的教育设施、医疗卫生设施和其他社会公益设施，但以其教育设施、医疗卫生设施和其他社会公益设施以外的财产为自身债务设定抵押的，该抵押应为有效；
- (4) 所有权、使用权不明或有争议的财产；
- (5) 依法被查封、扣押、监管的财产；

(6) 依法不能抵押的其他财产。注意：(1) 对于可以抵押的财产，抵押人既可以将其中的一项财产单独抵押，也可以将几项财产一并抵押。在将几项财产一并抵押时，抵押财产的范围应当以登记的财产为准。抵押财产的价值在抵押权实现时予以确定。(2) 经当事人书面协议，企业、个体工商户、农业生产经营者可以将现有的或将有的生产设备、原材料、半成品、产品进行抵押。这里所说的“将有的”，必须要有合同依据或其他材料能够证明。(3) 乡镇、村企业的建设用地使用权不得单独抵押。以乡镇、村企业的厂房等建筑物抵押的，其占用范围内的建设用地使用权一并抵押。(4) 按份共有人以其共有财产中享有的份额设定抵押的，抵押有效。(5) 共同共有人以其共有财产设定抵押，未经其他共有人同意的，抵押无效，但是，其他共同共有人知道或者应当知道而未提出异议的，视为同意，抵押有效。

**考点三十七：最高额抵押担保** 最高额抵押担保的债权确定前，部分债权转让的，最高额抵押权不得转让，除非当事人另有约定。有下列情形之一的，抵押担保的债权确定：(1) 约定的确定债权的期限届满的；(2) 没有约定确定债权确定期间，或者约定不明确，抵押权人或者抵押人自最高额抵押权设定之日起满2年请求确定债权的；(3) 新的债权不可能发生的；(4) 抵押财产被查封、扣押的；(5) 债务人、抵押人被宣告破产或者被撤销的；(6) 法律规定的确定债权的其他情形。

**考点三十八：动产质权** 当事人签订的质权合同应采用书面形式。动产质权自交付动产时生效。质押合同中对质押的财产约定不明，或者约定的出质财产与实际交付的财产不一致的，以实际交付占有的财产为质押财产。在质权合同中，出质人和质

权人不得约定在债务履行期届满，质权人未受清偿时，质物的所有权转移为质权人所有。质押合同中的此种约定无效，但该部分内容的无效不影响质押合同其他部分内容的效力。质权人将质物返还出质人后，以其质权对抗第三人的，法院不予支持。出质人未按合同约定的时间交付质物，给质权人造成损失的，出质人应根据其过错承担赔偿责任。注意：第一，质权的生效时间问题。质权的生效时间不是质押合同的订立时间，而是出质人交付质押财产的时间。出质人以间接占有的财产出质的，自书面通知送达占有人时视为移交。第二，质物问题。禁止转让的动产不得出质。一般认为，禁止流通物不得出质，但限制流通物可以出质。盗赃物不得出质，已经被查封、扣押的动产不得出质，遗失物一般不得出质。

考点三十九：质权人的权利（1）占有质物。对质物的占有，既是质权的成立要件，也是质权的存续要件，质权人有权在债权受清偿前占有质物，并以质物的全部行使其权利。质权人将质物返还给出质人后，即不可以其质权对抗第三人。但是，因不可归责于质权人的事由而丧失对质物的占有的，质权人可以向不当占有人请求停止侵害、恢复原状、返还质物。（2）收取孳息。质权人有权收取质物的孳息，但质押合同另有约定的除外。质权人收取的孳息应当先充抵收取孳息的费用，其次用于主债权的利息、主债权的清偿。（3）质权的保全。质物有损坏或价值明显减少的可能，足以危害质权人权利的，质权人可以要求出质人提供相应的担保。出质人不提供的，质权人可以拍卖或变卖质物，并与出质人协议，将拍卖或变卖所得的价款用于提前清偿所担保的债权，或向与出质人约定的第三人提存。（4）优先受偿。债务履

行期届满，质权人未受清偿的，可以与出质人协议以质物折价，也可以依法拍卖、变卖质物。质物折价或拍卖、变卖以后，其价款超过债权数额的部分归出质人所有，不足部分由债务人清偿。在质物灭失、毁损或者被征用的情况下，抵押权人可以就该质物的保险金、赔偿金或者补偿金优先受偿。如果质物灭失、毁损或者被征用时，质权所担保的债权又未届清偿期的，质权人可以请求法院对保险金、赔偿金或者补偿金等采取保全措施。（5）转质权。质权人在质权存续期间，为担保自己的债务，经出质人同意，以其所占有的质物为第三人设定质权的，应当在原质权所担保的债权范围之内，超过的部分不具有优先受偿的效力。转质权的效力优于原质权。质权人在质权存续期间，未经出质人同意，为担保自己的债务，在其所占有的质物上为第三人设定的质权无效。质权人对于因转质而发生的损害承担赔偿责任。注意：第一，质权的善意取得。质权适用善意取得制度。但对于赃物、遗失物不适用善意取得。第二，质权的行使。出质人请求质权人行使质权，质权人怠于行使造成损害的，应负赔偿责任。

考点四十：抵押权与质权的竞合 因抵押权是不移转标的物占有的，而质权是以移转标的物的占有为成立要件，所以在设定抵押权后，抵押人得将标的物再用于质押，成立质权。因为于此情形下，后设定的质权无害于抵押权。此时当发生抵押权与质权的竞合。通说认为，抵押权的效力应优先于质权，因为抵押权成立在前。但是若抵押权属于可不予登记即成立而当事人又未为抵押登记的，则未登记的抵押权不具有对抗第三人的效力，故未登记的抵押权虽成立在前，质权的效力也应优先于抵押权。在一般情况下，设定质权后不宜设

定抵押权，但也并非不可设定抵押权。若当事人同意于出质的财产上再设定抵押权时，抵押权与质权竞合，于此情形下，质权的效力应优先于抵押权。惟应注意的是，在我国的司法实践中，同一财产法定登记的抵押权与质权并存时，抵押权人优先于质权人受偿。

**考点四十一：抵押权与留置权的竞合**

**第一，先设定抵押权而后成立留置权。**因为先设定抵押权后因标的物不移转占有，所以在抵押人将抵押物交由他人占有时，在具备留置权成立的条件下可在抵押物上再成立留置权。此种情形下发生的抵押权与留置权的竞合效力如何？通说认为留置权优先于抵押权。因为留置权人占有标的物，并且因留置权担保的债权往往是有利于保全抵押权人利益的。

**第二，先成立留置权而后设定抵押权。**这有两种可能：一是留置物所有人将留置物抵押，此时在留置物上又成立抵押权，抵押权与留置权竞合，因留置权成立在先，留置权的效力当然优先于抵押权。二是留置权人将留置物抵押，于此情形下，因为留置权人非为标的物所有人，抵押应为无效，不发生抵押权与留置权的竞合。但是若经留置物所有人同意，留置权人为自己的债务履行而为其债权设定抵押权的，抵押权可为有效，发生抵押权与留置权的竞合。不过于此情形下，抵押权的效力应优先于留置权。因为留置权人是抵押权所担保债权的债务人，债务人的权利不能优于债权人的权利。

**考点四十二：留置权与质权的竞合**

**第一，先成立留置权后成立质权。**留置权人以其占有的留置物再设定质权的，如经所有人同意，质权成立；如未经所有人同意，则其设定行为应为无效，但因留置权与质权均以占有为公示原则，善意第三人得依善意取得原则取得质权。在第三人取得质权时，留置权与

质权竞合，后设定的质权效力应优先于留置权。因为在此种情形下，标的物为质权人实际直接占有，而留置权人仅为间接占有人。但如果在留置期间经留置权人同意，标的物所有人以留置物设定质权的，则因留置权成立在前，质权成立在后，留置权的效力应当优先于质权。第二，先成立质权后成立留置权。在质物由质权人占有期间，质权人将质物交由第三人直接占有，而自己间接占有时，第三人得基于留置权的成立事由而取得留置权。例如，质权人将质物交由第三人保管，保管人得于具备留置权条件下取得留置权。于此情形下，因质权人的质权并不消灭，则发生留置权与质权的竞合，留置权的效力优先于质权。因为留置权是担保基于维护或保存标的物的价值的行为而发生的债权，并且标的物由留置权人直接占有，而质权人仅为间接占有人。

考点四十三：选择之债的履行 选择之债的数种给付中的一种嗣后不能，且不可归责于双方当事人时，选择之债存在于其余的给付之上。债务人有选择权的，有权就剩余的给付加以选择，无权选择嗣后不能的给付；债权人有权选择的，有权就剩余的给付加以选择，也有权选择嗣后不能的给付。若因可归责于当事人的原因致使数种给付全部不能时，此时发生债的不能履行，可归责的债权人或债务人应负损害赔偿 responsibility。但是，若因可归责于当事人的原因致一种给付不能时，应当区分：（1）债权人有权选择的，且因可归责于他的原因致选择之债的一种给付嗣后不能的，选择之债存在于其余给付之上，债权人只能就此选择。若该不能系可归责于债务人的原因产生时，债权人有权选择该不能履行的给付，从而追究债务人的债务不履行责任。（2）债务人有选择权，且因可归责于他的原因致选择

之债的一种给付嗣后不能的，选择之债存在于其余给付之上，债务人只能就此选择。若该不能系可归责于债权人的原因产生时，债务人有权选择该不能履行的给付，从而追究债权人的债务不履行责任。

考点四十四：多数人之债的履行

按份债务的履行，需注意以下几点：（1）按份债务基于双务合同而产生的，一债务人未履行或者未提出其给付时，债权人可行使同时履行抗辩权；（2）按份债务人中的一人清偿其他债务人的债务，该债务人的债务消灭，不按非债清偿处理；（3）按份债务人可以为共同诉讼人起诉或应诉。按份债权的受偿，需注意以下几点：（1）按份债权基于双务合同而产生的，债权人就债务人中的一人未提出给付，对于其他债务人可主张同时履行抗辩权。（2）按份债权基于合同而产生的，解除该合同须由按份债权人全体主张，其中一债权人的解除权消灭时，其他债权人的解除权也随之消灭。不过，在继续性合同场合，解除权可由一按份债权人单独行使。（3）一按份债权人，原则上不得就其他债权人的份额受领给付。若为受领行为，则或者是其他债权人的代理人或辅助人，或者是无因管理人。（4）按份债权人全体可以为共同诉讼人起诉或应诉。

连带债务的履行，需注意以下几点：（1）连带债务的任何一个债务人都有义务履行全部债务，不得拒绝超过在债务人内部自己分担部分的给付。（2）连带债务人中的一人或者数人清偿全部债务时，全部连带债务因失去目的而消灭。清偿部分债权时，其他连带债务人的债务于此范围内被相应免除。（3）一个连带债务人以其债权抵销债权人的债权，债权消灭，各连带债务人的连带债务也消灭。（4）连带债务人中一人与债权人混同，该连带债务消灭。其他连带债务是否随

之消灭?于此场合，没有对其他连带债务人予以优惠保护的必要，以其他连带债务不因之而免除为宜，其他连带债务仍需按债的履行原则、规则及方法履行。（5）债权人免除部分连带债务人的债务，而无消灭其他连带债务人的债务的意思表示的，法律对此应予承认，其他连带债务人仍需履行。（6）履行期届满，全部连带债务人未履行债务，构成债务不履行，除一人或数人有免责事由的以外，须负债务不履行责任。

（7）连带债务的发生原因可以各异，构成连带债务的各债务的诉讼时效期间及起算点可能不同，即使相同，但因诉讼时效中止、中断可能不同，所以各债务的时效完成时间可能有先有后。此时，连带债务之一已超过诉讼时效期间时，其他连带债务仍需履行。（8）连带债务人中一人或数人破产时，债权人既可以向未陷于破产程序的连带债务人主张债权，也可以其债权申报破产财产，参加分配。（9）在诉讼程序中，债权人可以将全部连带债务人作为共同被告提起诉讼，也可以单独地对某一连带债务人提起诉讼。不过，该连带债务人清偿全部债权时，债权人的债权因目的达到而消灭，债权人便不得再诉请其他连带债务人。连带债权的实现，需注意以下几点：（1）每个连带债权人都有权单独请求债务人履行债务，债务人应一个连带债权人的请求履行了债务时，其他连带债权因目的已经实现而消灭；（2）一个连带债权因与债务人的债权抵销，或者经提存或混同而消灭的，其他连带债权人的债权也因目的达到而消灭；（3）一个连带债权人免除债务人的债务的，除该债权人应享有的部分以外，其他连带债权人的债权不消灭；（4）连带债权中的一个债权已超过诉讼时效期间时，债务人就该部分不仅有权对抗该债权人，也有

权就该部分对其他连带债权人拒绝履行债务，但是对其余部分的连带债权仍有义务清偿；（5）连带债权人中的一人有过失、转让债权、免除债务的，对其他连带债权人不产生影响。

考点四十五：债权人撤销权的成立要件 债权人撤销权的客观要件：（1）须有债务人的行为。（2）债务人的行为必须以财产为标的。不以财产为标的的行为，因与债务人的责任财产无关，因此债权人不得撤销。（3）债务人的行为须有害于债权。这是指债务人的行为减少了债务人的责任财产，致使债务人无足够的财产来清偿其对债权人的债务。债权人撤销权的主观要件：（1）债务人的恶意。（2）受益人的恶意。

对此需把握： 受益人的恶意，是指在其取得一定财产或财产利益时，已经知道债务人所为的行为有害于债权人的债权的事实，至于受益人是否具有故意损害债权人利益的意图，或是否曾与债务人恶意串通，不在考虑之列； 为第三人利益的合同，以第三人（受益人）有恶意为已足，与债务人成立民事法律行为的相对人是否有恶意，在所不问； 受益人必须在受益时为恶意，在受益后才为恶意的，债权人不得行使撤销权，即使受益人受益与债务人行为在时间上不一致，只要在受益时为恶意，不论行为时系善意或恶意，就认定为恶意； 受益人的恶意，虽一般要求由债权人举证，但债权人能证明债务人有害于债权的事实，依当时具体情形应为受益人所能知晓的，即可推定受益人为恶意。债务人为无偿行为而有害于债权时，只须具备客观要件，债权人即可请求法院予以撤销，但债务人所为行为为有偿时，还须具备债务人及受益人恶意的要件。此外，撤销权为形成权，债权人撤销权的行使使债务人与第三人的法律行为归于无效，使

债务人的责任财产恢复到行为前的状态。 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)