

国家司法考试

法律条文复习技巧丛书(共五册)

民事

法律条文

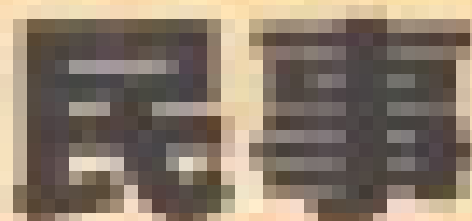
复习技巧

MINSHIFALU
TIAOWEN
FUXIJIQIAO

丛书主编：鲁晓明 周晓江
本书编著：鲁晓明

- 依据《2003年国家司法考试法律法规汇编》编写
- 标明重点法律法规与重点法条、可忽略法条，大大减轻考生复习负担
- 将法律法规的法条与其配套的司法解释法条全面有机地合成一体
- 详细、系统地同步解析重点法条
- 与重点法条同步传授记忆方法
- 与重点法条同步汇编历年考试真题、模拟试题

广东人民出版社



【关键词】 网络； 网络成瘾； 网络成瘾量表； 网络成瘾量表-中文版

1995

THE NEW YORK PUBLIC LIBRARY
ASTOR LENOX TILDEN FOUNDATION
500 5TH AVENUE
NEW YORK 17, N.Y.

■国家司法考试法律条文复习技巧丛书（共五册）

民事法律条文复习技巧

丛书主编：鲁晓明 周晓江

本书编著：鲁晓明

广东人民出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

民事法律条文复习技巧/鲁晓明、周晓江主编. —广州: 广东人民出版社, 2003.6

(国家司法考试法律条文复习技巧丛书)

ISBN 7-218-04247-3

I. 民... II. 鲁... III. 民法—汇编—中国—法律工作者—资格考核—自学参考资料 IV. D923.09

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2002) 第 027726 号

责任编辑	周晓江 徐欲晓
封面设计	实线创作室 流野
责任技编	孔洁贞
出版发行	广东人民出版社
印 刷	肇庆市科建印刷有限公司
开 本	787 毫米×1092 毫米 1/16
印 张	23
字 数	690,000 字
版 次	2003 年 6 月第 1 版 2003 年 6 月第 1 次印刷
印 数	4,000 册
书 号	ISBN 7-218-04247-3/D·479
定 价	35.00 元

如发现印装质量问题, 影响阅读, 请与承印公司联系调换。

售书热线: (020) 83791084 83790667

国家司法考试法律条文复习技巧

(代序)

法律条文在国家司法考试中占有十分重要的地位,这是参加过国家司法考试及以前律师资格考试的考生的共同体会。据有关专家的统计,除法理、国际法、国际私法、国际经济法等试题外,其他部门法试题的95%以上直接按法律、法规的法条来命题。因为重视法律条文的复习,许多非法律专业出身的考生能够顺利地通过国家司法考试;因为没有重视法律条文的复习,许多法律专业出身的考生却名落孙山,其中有不少还是教授、副教授、博士、硕士。

但是《2003年国家司法考试法律法规汇编》又字数太多了,浏览一遍都很费力,别说理解与记忆了。那么我们该如何牢牢地掌握国家司法考试法律法规的条文呢?

1. 牢牢地抓住重点法律法规。

《2003年国家司法考试法律法规汇编》内容庞杂,但是历年律师资格考试与国家司法考试只是在那些重点法律法规中出题,对于那些非重点法律法规只是蜻蜓点水般随机抽考一些,分值比例很小。因此,参加国家司法考试的考生务必抓住重点法律法规进行复习,对于非重点法律法规提纲挈领地浏览一两遍比较重要的法律条文就够了。而对于重点法律法规则要仔细研读。这些重点法律法规为以下这些:《合同法》及其司法解释,《刑法》及其修正案、司法解释,《民事诉讼法》及其司法解释,《刑事诉讼法》及其司法解释,《民法通则》及其司法解释,《律师法》,《公司法》,《行政诉讼法》及其司法解释,《担保法》及其司法解释,《仲裁法》,《宪法》及其修正案,等等。

2. 牢牢地抓住重点法律条文。

在每一部法律法规中,有一些法律条文是考试的重点,必须掌握;有一些法律条文是考试的次重点,多浏览一下,有个印象就可以了;有一些法律条文不可能出题,可以不看。《国家司法考试法律条文复习技巧丛书》将《2003年国家司法考试法律法规汇编》中法律法规与其司法解释全面有机地合成一体,并标明重点法条,同时详细、系统地同步解析重点法条,与重点法条同步传授重点法条的记忆方法。这样可以辅导考生合理分配宝贵的复习时间,大大减轻考生复习的负担,让考生在较短的时间内取得较明显的复习效果。

抓住重点法条进行复习,要注意处理复习法律条文和国家司法考试指定用书的关系。《宪法》及其修正案、《民事诉讼法》及其司法解释、《刑事诉讼法》及其修正案与司法解释、《行政诉讼法》及其司法解释、商法、经济法可以只看法律条文;《刑法》及其司法解释、《民法通则》及其司法解释、《担保法》及其

司法解释、《合同法》及其司法解释、行政法、法律职业法、国际经济法则法律条文和国家司法考试指定用书需要结合复习；法学基础理论、国际法、国际私法、中国法制史、外国法制史可以只复习国家司法考试指定用书，不看法律条文。

3. 注意将法律法规与其司法解释全面有机地合成一体进行复习。

国家司法考试很注重考司法解释，《刑法》、《民法通则》、《合同法》、《担保法》、《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》、《行政诉讼法》的司法解释考分比重很大，因此考生必须重视司法解释的复习。《国家司法考试法律条文复习技巧丛书》将《国家司法考试必读法律法规汇编》中法律法规与其司法解释全面有机地合成一体，在考生复习《刑法》、《民法通则》、《合同法》、《担保法》、《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》、《行政诉讼法》的法条时，所有必考的司法解释都同时得到了复习，免去考生自行总结时费时费力的烦恼。

例如《民事诉讼法》，《国家司法考试法律条文复习技巧丛书》在帮助考生复习时，在与《民事诉讼法》每一个法条的“相关法条”中，将《2003年国家司法考试法律法规汇编》中有关的司法解释都一一列举，方便考生复习。当考生《民事诉讼法》复习完毕，与《民事诉讼法》有关的司法解释也同时复习完毕。

4. 要多做历年考试真题，并适当地做一些模拟试题。

做试题是通过国家司法考试必不可少要下的功夫：做试题可以帮助考生加强理解法律条文，检测考生对法律条文的掌握程度，收到举一反三的效果；做试题也可以有效地帮助考生训练国家司法考试需要的做题等应试能力；做试题也可以有效地帮助考生训练法律思维的能力。不少考生对案例题头痛，案例部分考题得分不高，其中重要原因在于考前试题做得少。

国家司法考试与历年律师资格考试每年有不少考点是重复的，多做历年考试真题，还可以有效地帮助考生抓住考点，有效地帮助考生检测法律条文知识水平。认真研究历年考试真题答案，还可以有效地帮助考生总结出国家司法考试试卷的总体特点、命题重点、科目重点以及相应的学习方式，标准答案的特点，习惯于从哪个方向，以什么形式来回答问题，做到使自己的答题习惯和思路与标准答案保持一致。

历年考试真题数量有限，很难全面覆盖考点特别是新考点。因此适当地做一定量的模拟试题，可以做到弥补历年考试真题的不足，避免有的考点复习不到；还可以做到全面进攻与重点进攻相结合。

只要考生肯下功夫，在阅读《国家司法考试法律条文复习技巧丛书》后，就可以做到以上几点，就可以有效地克服国家司法考试法律条文复习的难关。

编著者

2003年6月

目 录

第一部 《中华人民共和国民法通则》 及其司法解释

第一章 基本原则	1
第二章 公民(自然人)	2
第一节 民事权利能力和民事 行为能力	2
第二节 监 护	5
第三节 宣告失踪和宣告死亡	8
第四节 个体工商户、农村承包 经营户	13
第五节 个人合伙	13
第三章 法 人	18
第一节 一般规定	18
第二节 企业法人	19
第三节 机关、事业单位和社会 团体法人	22
第四节 联 营	22
第四章 民事法律行为和代理	26
第一节 民事法律行为	26
第二节 代 理	31
第五章 民事权利	37
第一节 财产所有权和与财产所有权 有关的财产权	37
第二节 债 权	44
第三节 知识产权	51
第四节 人身权	52
第六章 民事责任	55
第一节 一般规定	55
第二节 违反合同的民事责任	57
第三节 侵权的民事责任	57
第四节 承担民事责任的方式	67
第七章 诉讼时效	67
第八章 涉外民事关系的法律适用	72
第九章 附 则	76

第二部 《中华人民共和国合同法》 及其司法解释

第一章 一般规定	80
第二章 合同的订立	81
第三章 合同的效力	92
第四章 合同的履行	100
第五章 合同的变更和转让	107
第六章 合同的权利义务终止	112
第七章 违约责任	117
第八章 其他规定	125
第九章 买卖合同	127
第十章 供用电、水、气、热力合同	138
第十一章 赠与合同	140
第十二章 借款合同	143
第十三章 租赁合同	146
第十四章 融资租赁合同	153
第十五章 承揽合同	157
第十六章 建设工程合同	161
第十七章 运输合同	165
第一节 一般规定	165
第二节 客运合同	165
第三节 货运合同	167
第四节 多式联运合同	170
第十八章 技术合同	172
第一节 一般规定	172
第二节 技术开发合同	174
第三节 技术转让合同	177
第四节 技术咨询合同和技术 服务合同	179
第十九章 保管合同	183
第二十章 仓储合同	186
第二十一章 委托合同	189
第二十二章 行纪合同	194
第二十三章 居间合同	196

第三部 《中华人民共和国担保法》 及其司法解释

第一章 总 则	199
第二章 保 证	201
第一节 保证和保证人	201
第二节 保证合同和保证方式	203
第三节 保证责任	205
第三章 抵 押	212
第一节 抵押和抵押物	212
第二节 抵押合同和抵押物登记	215
第三节 抵押的效力	217
第四节 抵押权的实现	220
第五节 最高额抵押	223
第四章 质 押	225
第一节 动产质押	225
第二节 权利质押	228
第五章 留 置	232
第六章 定 金	235
第七章 附 则	237

第四部 《中华人民共和国著作权法》 及《著作权法实施条例》

第一章 总 则	239
第二章 著作权	241
第一节 著作权人及其权利	241
第二节 著作权归属	243
第三节 权利的保护期	247
第四节 权利的限制	248
第三章 著作权许可使用和转让 合同	251
第四章 出版、表演、录音录像、 播放	252
第一节 图书、报刊的出版	252
第二节 表 演	254
第三节 录音录像	255
第四节 广播电台、电视台播放	256
第五章 法律责任和执法措施	257
第六章 附 则	261

第五部 《中华人民共和国商标法》 及《商标法实施条例》

2 第一章 总 则	263
-----------	-----

第二章 商标注册的申请	269
第三章 商标注册的审查和核准	272
第四章 注册商标的续展、转让和 使用许可	275
第五章 注册商标争议的裁定	277
第六章 商标使用的管理	279
第七章 注册商标专用权的保护	281
第八章 附 则	285

第六部 《中华人民共和国专利法》 及《专利法实施细则》

第一章 总 则	286
第二章 授予专利权的条件	297
第三章 专利的申请	298
第四章 专利申请的审查和批准	304
第五章 专利权的期限、终止和 无效	309
第六章 专利实施的强制许可	312
第七章 专利权的保护	314
第八章 附 则	319

第七部 《中华人民共和国婚姻法》 及其司法解释

第一章 总 则	320
第二章 结 婚	321
第三章 家庭关系	324
第四章 离 婚	328
第五章 救助措施与法律责任	331
第六章 附 则	334

第八部 《中华人民共和国继承法》 及其司法解释

第一章 总 则	335
第二章 法定继承	338
第三章 遗嘱继承和遗赠	342
第四章 遗产的处理	345
第五章 附 则	348

第九部 《中华人民共和国收养法》

第一章 总 则	354
第二章 收养关系的成立	354
第三章 收养的效力	360
第四章 收养关系的解除	361
第五章 法律责任	362
第六章 附 则	362

第一部 《中华人民共和国民法通则》^① 及其司法解释

【提示】第一部包括《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)及《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》(以下简称《民通意见》),这两部法律在我国大型法律专业考试中的地位有一个变化过程。以律师资格考试(以下简称律考)为例,在1995年以前,本部分每年所考分值都在60分以上,个别年份甚至达到80分以上(如1993年)。但随着我国民商事法律、法规体系的逐步完善,尤其是《中华人民共和国担保法》(以下简称《担保法》)和《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)的先后颁行,《民法通则》及《民通意见》在律考中的分值逐渐下降,近三年来稳定在25分左右。当然《民法通则》及《民通意见》仍不失为司法考试中的大法和民商事基本法地位,应给予足够重视。民法理论博大精深,体系宏大,各项制度之间关联密切,每个法条往往会涉及重大的基本理论问题。因此,把握法条的同时,应尽量把握相应的基本理论。从考试重点来看,本法的侧重点包括:民法基本原则;公民的民事行为能力;监护;宣告失踪、宣告死亡;法人的一般规定;民事法律行为;代理制度;物权的一般规定;物权体系、内容及效力;债的一般规定;无因管理和不当得利之债;特殊侵权种类;人格权种类;时效制度;涉外民事关系的法律适用等。就《民法通则》与《民通意见》的关系而言,后者较前者更重要,因为《民通意见》更具可操作性、具体性。考生对《民通意见》的具体规定务必精益求精,细之又细。

第一章 基本原则

【提示】(1)第一章在司法考试中的地位:

本章属于民法基本理论部分,故直接考查的不多,有2年围绕诚实信用原则设计过题目,近几年没有在此部分设计题目,故考生只需作一般了解即可,估计今后在此部分涉及题目的可能性也不大。

(2)第一章复习注意事项:

①着重了解民法的概念、民法的调整对象、民法的渊源以及民法的适用范围。

②深刻领悟民法的基本原则,尤其注意对诚实信用原则的理解。

③熟练掌握民事法律关系理论,如对民事法律关系要素、民事法律事实的理解与适用。

第一条 为了保障公民、法人的合法的民事权益,正确调整民事关系,适应社会主义现代化建设事业发展的需要,根据宪法和我国实际情况,总结民事活动的实践经验,制定本法。

第二条 中华人民共和国民法调整平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系。

【提示】本条是关于民法调整对象的规定。

第三条 当事人在民事活动中的地位平等。

【模拟测试】1. 依《民法通则》第3条,当事人在民事活动中()。

- A. 应当自愿 B. 地位平等
C. 权利受法律保护 D. 意思自治

第四条 民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则。

【1994年律考试题】2. 甲知其房屋南边邻地将建一高层楼房,但佯装不知,将房屋售与乙。半年后,南边高楼建成,乙之房屋受不到阳光照射。此例中甲违反了民法的哪一项原则?()

- A. 权利不受侵害原则 B. 平等互利原则
C. 情势变更原则 D. 诚实信用原则

① 《中华人民共和国民法通则》:1986年4月12日第六届全国人民代表大会第四次会议通过,1986年4月12日中华人民共和国主席令第三十七号公布,自1987年1月1日起施行。

参考答案:1.B 2.D

【1996年律考试题】3. 何某有一栋可以眺望海景的别墅, 当他得知有一栋大楼将要建设, 从此别墅不能再眺望海景时, 就将别墅卖给想得到一套可以眺望海景的房屋张某。何某的行为违背了民法的哪一原则? ()

- A. 自愿原则
- B. 等价有偿原则
- C. 保护公民、法人的合法权益原则
- D. 诚实信用原则

第五条 公民、法人的合法的民事权益受法律保护, 任何组织和个人不得侵犯。

第六条 民事活动必须遵守法律, 法律没有规定的, 应当遵守国家政策。

【模拟测试】4. 民事活动必须遵守法律, 法律没有规定的, 应当遵守 ()。

- A. 经国家认可的习俗
- B. 执政党的政策
- C. 社会公德
- D. 国家政策

第七条 民事活动应当尊重社会公德, 不得损害社会公共利益, 破坏国家经济计划, 扰乱社会经济秩序。

【提示】《民法通则》确立了我国民法的基本原则, 即①民事主体地位平等原则; ②自愿平等原则; ③等价有偿原则; ④诚实信用原则; ⑤保护公民、法人合法民事权益和禁止权利滥用原则。

【模拟测试】5. 某甲是游泳健将。一次某甲在海边游玩, 小孩某乙不慎失足溺水, 失事地点离某甲不远。但某甲听到呼救声, 不但没有救人, 反而转身走开, 等路人将某乙救上岸, 某乙已经腹内积水过多, 终至抢救无效死亡。依据《民法通则》的规定, 某甲的行为 ()。

- A. 违反了诚实信用原则
- B. 违反了国家法律
- C. 违反了国家政策
- D. 违反了社会公德

第八条 在中华人民共和国领域内的民事活动, 适用中华人民共和国法律, 法律另有规定的除外。

本法关于公民的规定, 适用于在中华人民共和国领域内的外国人、无国籍人, 法律另有规定的除外。

【模拟测试】6. 美国公民甲在北京某商场购买了一双乔丹牌运动鞋, 后经证明该运动鞋系假冒伪劣产品, 甲于是愤而把某商场告上了法庭。依照《民法通则》规定, 法院应如何适用法律? ()

- A. 美国法律
- B. 中国法律
- C. 同时适用美国法律和中国法律
- D. 法院可选择适用美国法律或中国法律

【模拟测试】7. 《民法通则》关于公民的规定, 除法律另有规定的外, ()。

- A. 不适用于在中华人民共和国领域内的外国

人、无国籍人

B. 适用于在中华人民共和国领域内的外国人、无国籍人

C. 可以参照适用于在中华人民共和国领域内的外国人、无国籍人

D. 依据对等原则, 适用于在中华人民共和国领域内的外国人、无国籍人

第二章 公民 (自然人)

【提示】(1) 第二章在司法考试中的地位:

纵观历年考题, 对公民住所的确定、监护人的职责、宣告死亡的法律后果及撤销宣告死亡后的处理情况为历年考试重点、难点, 因此, 上述几部分几乎每年都在设计试题, 此部分每年控制在2—3分之间, 故在考试中还是占有一席之地, 望考生熟练掌握。

(2) 第二章复习注意事项:

①重点掌握限制民事行为能力人的各种情况及其进行民事活动的方式。

②熟练掌握公民的住所、居所、经常居住地的区分以及监护人的顺序和监护人的职责。

③准确理解宣告失踪和宣告死亡的法律后果及撤销宣告后的处理情况。

④深刻领悟《民法通则》中规定的合伙关系。

第一节 民事权利能力和民事行为能力

第九条 公民从出生时起到死亡时止, 具有民事权利能力, 依法享有民事权利, 承担民事义务。

【相关法条】

《民通意见》

1. 公民的民事权利自出生时开始。出生的时间以户籍证明为准; 没有户籍证明的, 以医院出具的出生证明为准。没有医院证明的, 参照其他有关证明认定。

【提示】(1) 公民是指具有一国国籍的自然人。自然人包括本国公民外, 还包括外国公民和无国籍人。《民法通则》这样使用公民的提法实际上是不够科学的, 《合同法》已改而采用自然人概念。

(2) 公民的民事权利能力指公民享有民事权利、承担民事义务的资格, 始于出生终于死亡。

(3) 注意出生时间的证明:

①首先以户籍证明为准;

②无户籍证明的,以医院出具的证明为准;

③没有医院证明的,参照其他证明认定。

【1998年律考试题】8. 张家为孙子张明过生日,却为确定出生日期犯愁。张明的母亲记得儿子是8月28日傍晚出生,医院的接生记录簿上记载的是8月29日,出生证上记载的是8月30日,而户口簿上记载的是9月1日。依照有关法律,张某的出生时间应以哪一日期为准? ()

A. 8月28日 B. 8月29日

C. 8月30日 D. 9月1日

【模拟测试】9. 我国公民自 () 起至死亡时止,具有民事权利能力,依法享有民事权利,承担民事义务。

A. 年满20岁 B. 年满18岁

C. 年满16岁 D. 出生时

第十条 公民的民事行为能力一律平等。

第十一条 十八周岁以上的公民是成年人,具有完全民事行为能力,可以独立进行民事活动,是完全民事行为能力人。

十六周岁以上不满十八周岁的公民,以自己的劳动收入为主要生活来源的,视为完全民事行为能力人。

【相关法条】

《民通意见》

2. 十六周岁以上不满十八周岁的公民,能够以自己的劳动取得收入,并能维持当地群众一般生活水平的,可以认定为以自己的劳动收入为主要生活来源的完全民事行为能力人。

【提示】该条为重点法条。民事行为能力,是指自然人通过自己的行为享有民事权利,承担民事义务的资格。有民事权利能力并不一定就有民事行为能力,但有民事行为能力则必定有民事权利能力。民事权利能力是自然人具有民事行为能力的前提。自然人的民事行为能力分为完全民事行为能力、限制民事行为能力、无民事行为能力三种。

【模拟测试】10. 1999年7月1日,被上诉人李某与邻居6岁的小孩黄某在院内各拿一根小鞭子戏耍。上诉人于某(16岁,系某厂正式职工)路过该院时,向被上诉人李某和黄某索要鞭子。李某没给并抽了于某一鞭子。于某就从附近废钢筋堆旁拾起一段废钢丝追打李某,打伤其左眼。经李父送医院治疗,诊断为:左眼角巩膜横断裂伤,眼内内容物完全脱出,已无视力。李某因此住院62天,支付医药费560元,营养费430元。李某现诉至县人

民法院,要求于某父母赔偿一切经济损失。()

A. 法院应判决于某承担民事责任

B. 法院应判决于某父母承担民事责任

C. 法院应判决李某承担民事责任

D. 法院应根据李某、于某的过错程度判定各自应承担的民事责任

【模拟测试】11. 下列属于完全民事行为能力人的是 ()

A. 某甲,60岁,间歇性精神病人

B. 某乙,15岁,国际奥林匹克化学奖金牌获得者,少年大学生

C. 某丙,30岁,聋哑人

D. 某丁,16岁,打工仔,月入1000元,剩赚部分除供自己生活外,剩余部分还寄回家供弟妹读书

第十二条 十周岁以上的未成年人是限制民事行为能力人,可以进行与他的年龄、智力相适用的民事活动;其他民事活动由他的法定代理人代理,或者征得他的法定代理人的同意。

不满十周岁的未成年人是无民事行为能力人,由他的法定代理人代理民事活动。

【相关法条】

《民通意见》

3. 十周岁以上的未成年人进行的民事活动是否与其年龄、智力状况相适应,可以从行为与本人生活相关联的程度、本人的智力能否理解其行为,并预见相应的行为后果,以及行为标的数额等方面认定。

【1995年律考试题】12. 张强7岁,有绘画天才,他作的画很受人们的喜爱,有的还获了奖。张强对他的绘画作品 ()。

A. 享有著作权。因为绘画是合法行为,不论作者有无民事行为能力

B. 享有著作权。因为绘画是一种事实行为,并不需要作者享有民事行为能力

C. 不享有著作权。因为绘画是一种民事法律行为,要求作者具有相应的民事行为能力

D. 不享有著作权。因为绘画是合法行为,要求作者具有民事行为能力

【1997年律考试题】13. 根据《民法通则》,10周岁以上的未成年人的法定代理人: ()。

A. 可以同意该未成年人进行与其年龄、智力相适应的民事活动

B. 可以同意该未成年人进行某项与其年龄、智力不相适应的民事活动

C. 不可以同意未成年人进行某项与其年龄、

智力不相适应的民事活动

D. 不可以概括地同意该未成年人进行任何种类的民事活动

第十三条 不能辨认自己行为的精神病人是无民事行为能力人，由他的法定代理人代理民事活动。

不能完全辨认自己行为的精神病人是限制民事行为能力人，可以进行与他的精神健康状况相适应的民事活动；其他民事活动由他的法定代理人代理，或者征得他的法定代理人的同意。

【相关法条】

《民通意见》

4. 不能完全辨认自己行为的精神病人进行的民事活动，是否与其精神健康状况相适应，可以从行为与本人生活相关联的程度、本人的精神状态能否理解其行为，并预见相应的行为后果，以及行为标的数额等方面认定。

5. 精神病人（包括痴呆症人）如果没有判断能力和自我保护能力，不知其行为后果的，可以认定为不能辨认自己行为的人；对于比较复杂的事物或者比较重大的行为缺乏判断能力和自我保护能力，并且不能预见其行为后果的，可以认定为不能完全辨认自己行为的人。

7. 当事人是否患有精神病，人民法院应当根据司法精神病学鉴定或者参照医院的诊断、鉴定确认。在不具备诊断、鉴定条件的情况下，也可以参照群众公认的当事人的精神状态认定，但应以利害关系人没有异议为限。

【提示】《民法通则》第十三条为重点法条，应注意区分“不能辨认”与“不能完全辨认”的区别。

【模拟测试】14. 刘某想跟王某做一笔生意，遂与王某签订了合同。现刘某想撤消合同，就提出王某患有精神病作为理由，人民法院可以根据或参照（ ）加以判断。

- A. 司法精神病学鉴定
- B. 医院的诊断、鉴定
- C. 群众公认的当事人的精神状态
- D. 王某自己的陈述

【解析】参照群众公认的当事人的精神状态只能在具备了特定条件，即：①不具备诊断、鉴定条件；②利害关系人没有异议才能进行。

【模拟测试】15. 甲已成年，但周围的人认为

其精神不正常。一日，甲宣布自愿将 300 万元人民币捐献给乙少年发展基金会。该基金会得知此情况，立即表示接受该捐献。如下分析正确的是（ ）。

A. 甲精神不正常，属无民事行为能力人，该捐献行为无效

B. 甲精神不正常，但未经法院宣告为无民事行为能力人，故该捐献行为有效

C. 甲虽然精神不正常，但该行为属于赠与行为，且受赠人已接受赠与，为稳定社会经济关系，应认为该捐献行为有效

D. 由法院认定甲是否患有精神病，如不具备司法精神病诊断、鉴定条件，可参照当地群众公认的当事人精神状态认定，而不考虑利害关系人的意见

第十四条 无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人是他的法定代理人。

【相关法条】

《民通意见》

6. 无民事行为能力人、限制民事行为能力人接受奖励、赠与、报酬，他人不得以行为人无民事行为能力、限制民事行为能力为由，主张以上行为无效。

8. 在诉讼中，当事人及利害关系人提出一方当事人患有精神病（包括痴呆症），人民法院认为确有必要认定的，应当按照民事诉讼法（试行）规定的特别程序，先作出当事人有无民事行为能力的判决。

确认精神病人（包括痴呆症人）为限制民事行为能力人的，应当比照民事诉讼法（试行）规定的特别程序进行审理。

【模拟测试】16. 付某 7 岁的儿子小强平时非常淘气，经常用石头砸坏别人的玻璃窗，攀摘树木花草等。一日，当小强在马路边玩耍时，遇见有人用三轮车拉着镜子。邻居陈某见状说：“你若敢把那个镜子砸碎，我就算你厉害。”小强听完当即就拿起石块砸过去，结果致使价值 400 多元的镜子被砸碎，镜子的损失应由谁来赔偿。（ ）

- A. 小强
- B. 付某赔偿，付某赔偿以后可以向陈某追偿
- C. 邻居陈某赔偿，因为小强的行为是受其唆使
- D. 付某个人赔偿

【模拟测试】17. 根据法律的有关规定，下列的说法正确的是（ ）。

A. 十六周岁以上的公民是成年人，具有完全民事行为能力，可以独立进行民事活动，是完全民

民事行为能力人

B. 十四周岁以上不满十六周岁的公民，以自己的劳动收入为主要生活来源的，视为完全民事行为能力人

C. 十周岁以上的未成年人是限制民事行为能力人，进行民事活动应当征得他的法定代理人的同意

D. 无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人是他的法定代理人

第十五条 公民以他的户籍所在地的居住地住所，经常居住地与住所不一致的，经常居住地视为住所。

【相关法条】

《民通意见》

9. 公民离开住所地最后连续居住一年以上的地方，为经常居住地。但住医院治病的除外。

公民由其户籍所在地迁出后至迁入另一地之前，无经常居住地的，仍以其原户籍所在地为住所。

【提示】该条为重点法条。自然人的住所是自然人生活和进行民事活动的主要场所；居所是指自然人暂时生活和进行民事活动的民事场所。应特别注意当经常居住地与户籍地不一致时，以前者为住所。

【模拟测试】18. 公民甲户籍在长沙，在长沙有居住地，但他经常居住在广州。依我国现行法律，（ ）。

- A. 长沙与广州都是甲的住所
- B. 长沙与广州都不是甲的住所
- C. 长沙是甲的住所，广州视为甲的住所
- D. 长沙视为甲的住所，广州是甲的住所

【1997年律考试题】19. 张大来的原户籍所在地在杨村，1994年张大来从杨村开出迁移证，迁往李村。但在李村登记前，张大来得病，在县城关医院住院1年零3个月。病愈后张大来前往北京市打工，并在某区办理了暂住证，居住期限为6个月，现住在某区街道某号。问：张的住所应确定为何处？（ ）

- A. 杨村
- B. 李村
- C. 县城关医院
- D. 北京某区某街道某号

第二节 监 护

第十六条 未成年人的父母是未成年人的监护人。

未成年人的父母已经死亡或者没有监护能力的，由下列人员中有监护能力的人担任监护人：

（一）祖父母、外祖父母；

（二）兄、姐；

（三）关系密切的其他亲属、朋友愿意承担监护责任，经未成年人的父、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会同意的。

对担任监护人有争议的，由未成年人的父、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会在近亲属中指定。对指定不服提起诉讼的，由人民法院裁决。

没有第一款、第二款规定的监护人的，由未成年人的父、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门担任监护人。

【相关法条】

《民通意见》

10. 监护人的监护职责包括：保护被监护人的身体健康，照顾被监护人的生活，管理和保护被监护人的财产，代理被监护人进行民事活动，对被监护人进行管理和教育，在被监护人合法权益受到侵害或者与人发生争议时，代理其进行诉讼。

11. 认定监护人的监护能力，应当根据监护人的身体健康状况、经济条件，以及与被监护人在生活上的联系状况等因素确定。

12. 民法通则中规定的近亲属，包括配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女。

14. 人民法院指定监护人时，可以将民法通则第十六条第二款中的（一）、（二）、（三）项或者第十七条第一款中的（一）、（二）、（三）、（四）、（五）项规定视为指定监护人的顺序。前一顺序有监护资格的人无监护能力或者对被监护人明显不利的，人民法院可以根据对被监护人有利的原则，从后一顺序有监护资格的人中择优确定。被监护人有识别能力的，应视情况征求被监护人的意见。

监护人可以是一人，也可以是同一顺序中的数人。

15. 有监护资格的人之间协议确定监护人的，应当由协议确定的监护人对被监护人承担监护责任。

16. 对于担任监护人有争议的，应当按照民法通则第十六条第三款或者第十七条第

二款的规定，由有关组织予以指定。未经指定而向人民法院起诉的，人民法院不予受理。

17. 有关组织依照民法通则规定指定监护人，以书面或者口头通知了被指定人的，应当认定指定成立。被指定人不服的，应当在接到通知的次日起三十日内向人民法院起诉。逾期起诉的，按变更监护关系处理。

18. 监护人被指定后，不得自行变更。擅自变更的，由原被指定的监护人和变更后的监护人承担监护责任。

19. 被指定人对指定不服提起诉讼的，人民法院应当根据本意见第十四条的规定，作出维持或者撤销指定监护人的判决。如果判决是撤销原指定的，可以同时另行指定监护人。此类案件，比照民事诉讼法（试行）规定的特别程序进行审理。

在人民法院作出判决前的监护责任，一般应当按照指定监护人的顺序，由有监护资格的人承担。

21. 夫妻离婚后，与子女共同生活的一方无权取消对方对该子女的监护权；但是，未与该子女共同生活的一方，对该子女有犯罪行为、虐待行为或者对该子女明显不利的人，人民法院认为可以取消的除外。

【提示】关于未成年人的监护问题，历来是考试重点，主要侧重于两个方面：监护人的指定和监护人的法律责任。应特别注意夫妻离婚后子女的监护问题。

【2002年司法考试试题】20. 甲与乙离婚并达成协议：婚生男孩丙（3岁）由乙（女方）抚养，如双方中一方再婚，丙则由另一方抚养。后乙在丙6岁时再婚，甲去乙家接丙回去抚养，乙不允。甲即从幼儿园将丙接回，并电话告知乙。为此，双方发生争执，诉至法院。下列有关论述正确的有哪些？（ ）

- A. 甲、乙均为丙的监护人
- B. 乙的行为违约行为，受合同法调整
- C. 甲欲行使对丙的抚养权，应通过诉讼程序解决
- D. 甲、乙的协议违反了法律

【模拟测试】21. 下列人员中，（ ）不属于《民法通则》中规定的近亲属。

- A. 配偶
- B. 父母子女
- C. 兄弟姐妹
- D. 姑姨舅舅

【模拟测试】22. 甲为未成年人，今因由谁担

任其监护人发生争议，应由（ ）在甲的近亲属中指定。

- A. 甲住所地的居委会或村委会
- B. 甲住所地的民政部门
- C. 甲所在的学校
- D. 甲住所地的人民法院

【模拟测试】23. 未成年人甲，父亡，母患精神病。下列人员中可为其监护人的有（ ）。

- A. 祖父乙，80岁，身体健康，无生活来源，平时与甲及其母极少往来
- B. 外祖母丙，70岁，身体较弱，有固定生活来源，与甲及其母共同生活
- C. 甲兄丁，15岁，身体健康，极聪明，善绘画，每月可得稿费若干
- D. 甲远亲己，38岁，与甲为邻，身体健康，愿为甲的监护人且无人反对

【模拟测试】24. 甲、乙离婚，其女丙随乙共同生活。不久，乙死亡，将其全部财产留给丙，并指定其弟丁为丙的监护人，声明绝对不允许甲为丙的监护人。甲向法院起诉要求抚养丙并为其监护人。法院应当（ ）。

- A. 接受甲的诉讼请求，指定甲为丙的监护人
- B. 驳回甲的诉讼请求，指定丁为丙的监护人
- C. 接受甲抚养女儿的诉讼请求，指定丁为丙的监护人
- D. 驳回甲的诉讼请求，指定某少年发展基金会为丙的监护人并管理其财产

【模拟测试】25. 退休工人刘志固老伴早逝，有一儿子刘佩在美国工作。1985年，刘志固收养了一个不满周岁的小女孩，取名刘玲。1999年刘志固死亡，留下价值30余万元的财产。其时刘玲已满14岁，在某卫生技校读二年级。刘佩回国奔丧时表示，他在美国工作十分繁忙，又没有成家，不适合担任刘玲的监护人。父亲的财产他分文不要，全留给小妹。刘玲亲生父母仍健在，住在偏远的农村，且年老体迈、体弱多病，均表示无力照顾她。但提出儿子李运生在城里工作，离刘玲较近，可以让他来做刘玲的监护人。刘玲的舅舅张蜜也住在城里，得知情况后主动提出可以做刘玲的监护人。李运生听说后，十分生气，指斥张蜜没安好心，其目的是为了图谋刘玲的财产。两人争执不清，产生纠纷。

（1）什么是监护，本案中刘玲的监护人应如何确定？

（2）假定李运生和张蜜争执不清，向人民法院提起诉讼，可不可以？

（3）如果被指定人不服指定起诉到法院，人民法院应当采用什么程序审理？

【解析】(1) 所谓监护, 是监护人对未成年人和精神病人的人身、财产和其他生活权益依法实行监督保护。设置监护制度的目的, 在于为无民事行为能力人和限制民事行为能力人的权利设立保障。《民法通则》第十六条规定, 未成年人的父母是未成年人的监护人。未成年人的父母已经死亡或者没有监护能力的, 兄姐可以充当监护人; 关系密切的其他亲属、朋友愿意承担监护责任, 经未成年人父母的所在单位或未成年人住所地的居民委员会、村民委员会同意的, 也可以担任监护人; 如有争议, 则由上述单位在近亲属中指定。本案中, 刘玲刚满14岁, 属未成年人, 依相关法律的规定, 在其养父死后, 其与亲生父母的关系自动恢复。然而由于其亲生父母无监护能力, 其兄李运生住所离她不远, 且有稳定的收入来源, 可以由他担任监护人。刘玲之舅张蜜并不属法定近亲属, 故而单位应指定李运生为刘玲的监护人。

(2) 不可以直接提起诉讼。依据《民通意见》第16条, 对担任监护争执不清的, 先由有关组织予以指定, 未经指定而向人民法院起诉的, 人民法院不予受理。

(3) 比照民事诉讼法规定的特别程序进行审理。

第十七条 无民事行为能力或者限制民事行为能力的精神病人, 由下列人员担任监护人:

- (一) 配偶;
- (二) 父母;
- (三) 成年子女;
- (四) 其他近亲属;

(五) 关系密切的其他亲属、朋友愿意承担监护责任, 经精神病人的所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会同意的。

对担任监护人有争议的, 由精神病人的所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会在近亲属中指定。对指定不服提起诉讼的, 由人民法院裁决。

没有第一款规定的监护人的, 由精神病人的所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门担任监护人。

【相关法条】《民通意见》第10~19条

13. 为患有精神病的未成年人设定监护人, 适用民法通则第十六条的规定。

【提示】注意成年精神病人与未成年人的监护人范围的不同。为未成年精神病人设定监护人, 应适用关于未成年人的规定。

【模拟测试】26. 张某患精神病久治不愈, 其妻起诉要求离婚, 人民法院应指定由() 为张某的监护人代理诉讼。

- A. 张父, 75岁, 退休工人
- B. 张之长子, 24岁, 现在国外留学
- C. 张之次女, 20岁, 大学生
- D. 张之弟, 45岁, 工人

【模拟测试】27. 有关组织依照《民法通则》规定指定监护人, 被指定人不服的, 应当在接到通知的次日起() 日内向人民法院起诉

- A. 7 B. 14 C. 30 D. 一年

【模拟测试】28. 《民法通则》中规定的近亲属包括()。

- A. 配偶 B. 父母、子女
- C. 兄弟姐妹
- D. 祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女

【模拟测试】29. 《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第16条规定: 对于担任监护人有争议的, 由有关组织予以指定。有关组织包括()。

- A. 未成年人的父、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会
- B. 精神病人的所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会
- C. 未成年人或者精神病人住所地基层人民法院
- D. 未成年人或者精神病人住所地民政部门

第十八条 监护人应当履行监护职责, 保护被监护人的人身、财产及其他合法权益, 除为被监护人的利益外, 不得处理被监护人的财产。

监护人依法履行监护的权利, 受法律保护。

监护人不履行监护职责或者侵害被监护人的合法权益的, 应当承担责任; 给被监护人造成财产损失的, 应当赔偿损失。人民法院可以根据有关人员或者有关单位的申请, 撤销监护人的资格。

【相关法条】

《民通意见》

10. 监护人的监护职责包括: 保护被监护人的身体健康, 照顾被监护人的生活, 管理和保护被监护人的财产, 代理被监护人进行民事活动, 对被监护人进行管理和教育, 在被监护人合法权益受到侵害或者与人发生争议时, 代理其进行诉讼。

20. 监护人不履行监护职责, 或者侵害了被监护人的合法权益, 民法通则第十六条、第十七条规定的其他有监护资格的人或者单位向人民法院起诉, 要求监护人承担民事责任的, 按照普通程序审理; 要求变更监护关系的, 按照特别程序审理; 既要求承担民事责任, 又要求变更监护关系的, 分别审理。

22. 监护人可以将监护职责部分或者全部委托给他人。因被监护人的侵权行为需要承担民事责任的, 应当由监护人承担, 但另有约定的除外; 被委托人确有过错的, 负连带责任。

23. 夫妻一方死亡后, 另一方将子女送给他人收养, 如收养对子女的健康成长并无不利, 又办了合法收养手续的, 认定收养关系成立; 其他有监护资格的人不得以收养未经其同意而主张收养关系无效。

【提示】《民法通则》及相关法条为重点法条, 监护虽然名为监护权, 其实不是一种权利, 而是一种义务, 充其量是一种权限。复习本条应特别注意追究监护人责任的普通程序之诉与变更监护人的特别程序之诉应分别审理。应重点掌握委托监护问题。

【1998 年律考试题】30. 董红系儿童影星, 年满 9 周岁, 片酬甚丰。其父董军的亲弟董强, 家居山区, 生活较为困难。董军征得董红口头同意后, 将董红的片酬 3000 元以董红的名义赠与董强。对董军这一民事行为的效力的下列表述, 哪一个是正确的? ()

- A. 有效。理由是董军为其法定代理人, 有权处理财产
- B. 有效。理由是董军已征得董红的同意
- C. 无效。理由是董军未征得董红母亲的同意
- D. 无效。理由是董军处分董红的财产不是为了董红的利益

【1999 年律考试题】31. 甲为一儿童影星, 片酬甚丰, 乙为甲的监护人。乙的下列哪些行为在征得甲同意时, 属于合法有效的民事行为? ()

- A. 因甲的侵权行为给他人造成损失, 用其片酬予以支付的行为
- B. 用甲的片酬赠与他人的行为
- C. 用甲的片酬为甲购买人身保险的行为
- D. 用甲的片酬为乙母购买房产的行为

【模拟测试】32. 甲为乙的监护人, 甲处分乙的财产, 必须 ()。

- A. 经人民法院判决或仲裁机关裁决

- B. 经乙住所地居民委员会同意
- C. 为乙财产的安全与增值或其他利益所需要
- D. 经乙本人同意

【模拟测试】33. 某甲被有关组织指定为某无民事行为能力人的监护人。一日, 某甲外出做工, 将监护职责转托给某乙, 某乙答应承担监护义务。一天, 该无民事行为能力人跌伤, 花去医药费 1 千元。该医药费应当由谁承担 ()。

- A. 某乙承担全部责任
- B. 某甲承担全部责任
- C. 某乙和某甲共同承担责任
- D. 某乙承担主要责任, 某甲承担次要责任

【模拟测试】34. 某甲因外出而委托某乙全面照看其 8 岁的儿子某丙。某日, 某丙将邻居一小孩打伤, 花去医药费近千元。这一损失应由 ()。

- A. 某甲承担, 如某乙有过错, 某乙负连带责任
- B. 某甲承担, 如某甲无力承担, 由某乙承担
- C. 某甲承担, 因某甲是某丙之父, 某乙概不承担
- D. 某乙承担, 某甲负连带责任

第十九条 精神病人的利害关系人, 可以向人民法院申请宣告精神病人为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人。

被人民法院宣告为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的, 根据他健康恢复的状况, 经本人或者利害关系人申请, 人民法院可以宣告他为限制民事行为能力人或者完全民事行为能力人。

【相关法条】《民通意见》第 4、5、6、7 条

【模拟测试】35. 根据有关法律法规的规定, 下面哪些案件适用特别程序 ()。

- A. 人民法院审理宣告失踪的案件
- B. 失踪人的财产代管人以无力履行代管职责为由, 申请变更代管人的案件
- C. 被指定人对指定不服提起诉讼的
- D. 监护人不履行监护职责, 或者侵害了被监护人的合法权益, 其他有监护资格的人或者单位向人民法院起诉, 要求监护人承担民事责任的

第三节 宣告失踪和宣告死亡

第二十条 公民下落不明满二年的, 利害关系人可以向人民法院申请宣告他为失踪人。

战争期间下落不明的, 下落不明的时间

从战争结束之日起计算。

【相关法条】

《民通意见》

24. 申请宣告失踪的利害关系人, 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。

28. 民法通则第二十条第一款、第二十三条第一款第一项中的下落不明的起算时间, 从公民音讯消失之次日起算。

宣告失踪的案件, 由被宣告失踪人住所地的基层人民法院管辖。住所地与居住地不一致的, 由最后居住地的基层人民法院管辖。

【提示】第二十条与相关法条为重点法条。复习时应注意:

(1) 申请宣告失踪的“利害关系人”包括被申请人的近亲属及与其有民事权利义务关系的人。

(2) 注意宣告失踪的管辖法院: 下落不明人住所地基层人民法院(《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)第一百六十六条), 或者最后居住地的基层人民法院(《民通意见》)第28条第二款)。

【模拟测试】36. 有关《民法通则》第二十条和第二十三条中“下落不明”下面的说法正确的是()。

A. 下落不明是指公民离开最后居住地后没有音讯的状况

B. 对于在台湾或者在国外, 无法正常通讯联系的, 可以下落不明宣告失踪

C. 下落不明的起算时间, 从公民离开居住地次日起算

D. 战争期间下落不明的, 下落不明的时间可以从战争结束之日起计算, 申请宣告死亡的期间为2年

【模拟测试】37. 宣告某甲为失踪人的条件之一是该人下落不明满()。

A. 1年 B. 2年 C. 3年 D. 4年

【模拟测试】38. 申请宣告甲死亡的利害关系人的正确顺序是()。

A. 甲妻乙, 甲债权人丙, 甲父丁, 甲子戊

B. 甲父丁, 甲妻乙, 甲债权人丙, 甲子戊

C. 甲父丁, 甲子戊, 甲妻乙, 甲债权人丙

D. 甲妻乙, 甲父丁, 甲子戊, 甲债权人丙

第二十一条 失踪人的财产由他的配偶、父母、成年子女或者关系密切的其他亲

属、朋友代管。代管有争议的, 没有以上规定的人或者以上规定的人无能力代管的, 由人民法院指定的人代管。

失踪人所欠税款、债务和应付的其他费用, 由代管人从失踪人的财产中支付。

【相关法条】

《民通意见》

30. 人民法院指定失踪人的财产代管人, 应当根据有利于保护失踪人财产的原则指定。没有民法通则第二十一条规定的代管人, 或者他们无能力作代管人, 或者不宜作代管人的, 人民法院可以指定公民或者有关组织为失踪人的财产代管人。

无民事行为能力人、限制民事行为能力人失踪的, 其监护人即为财产代管人。

31. 民法通则第二十一条第二款中的“其他费用”, 包括赡养费、扶养费、抚育费和因代管财产所需的管理费等必要的费用。

32. 失踪人的财产代管人拒绝支付失踪人所欠的税款、债务和其他费用, 债权人提起诉讼的, 人民法院应当将代管人列为被告。

失踪人的财产代管人向失踪人的债务人要求偿还债务的, 可以作为原告提起诉讼。

33. 债务人下落不明, 但未被宣告失踪, 债权人起诉要求清偿债务的, 人民法院可以在公告传唤后缺席判决或者按中止诉讼处理。

34. 人民法院审理宣告失踪的案件, 比照民事诉讼法(试行)规定的特别程序进行。人民法院审理宣告失踪的案件, 应当查清被申请宣告失踪人的财产, 指定临时管理人或者采取诉讼保全措施, 发出寻找失踪人的公告。公告期间为半年。公告期间届满, 人民法院根据被宣告失踪人失踪的事实是否得到确认, 作出宣告失踪的判决或者终结审理的裁定。如果判决宣告为失踪人, 应当同时指定失踪人的财产代管人。

35. 失踪人的财产代管人以无力履行代管职责, 申请变更代管人的, 人民法院比照特别程序进行审理。

失踪人的财产代管人不履行代管职责或者侵犯失踪人财产权益的, 失踪人的利害关系人可以向人民法院请求财产代管人承担民