

万国学校 考前冲刺

卷三突破100分

北京万国学校 编著

2010

wan guo 万国法源

■ 司法考试培训教材 ■

- ◆ 万国名师精析
- ◆ 考点一一列明
- ◆ 不求面面俱到
- ◆ 但求点点得分



知识产权出版社

万国学校 考前冲刺 卷三突破100分

北京万国学校 编著

撰稿人(以拼音为序):

楚道文 杨长庚

2010

wan guo万国法源

■司法考试培训教材■

知识产权出版社

内容提要

本书按照 2010 年新大纲的考试要求, 凭借老师自己多年的授课经验和司法考查规律, 找出 2010 年国家司法考试卷三的重点考点。并对考点精要讲解, 加注“小贴士”来要求考生把握细节, 通过“预测突破”试题来检测考生对考点的理解程度, 增加考生的得分能力。

读者对象: 所有参加司法考试的人员。

责任编辑: 彭小华

文字编辑: 贺慧峰 张高平

责任校对: 董志英

责任出版: 卢运霞

图书在版编目(CIP)数据

万国学校考前冲刺. 卷三突破 100 分/北京万国学校编著. —北京: 知识产权出版社, 2010. 6

ISBN 978 - 7 - 5130 - 0052 - 9

I. ①万… II. ①北… III. ①法律工作者 - 资格考核 - 中国 - 自学参考资料 IV. ①D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 108563 号

万国学校考前冲刺

卷三突破 100 分

Juansan Tupo 100 Fen

北京万国学校 编著

出版发行: 知识产权出版社

社 址: 北京市海淀区马甸南村 1 号

网 址: <http://www.ipph.cn>

发行电话: 010 - 82000860 转 8101/8102

责编电话: 010 - 82000860 转 8115

印 刷: 保定市中国画美凯印刷有限公司

开 本: 787mm × 1092mm 1/16

版 次: 2010 年 7 月第 1 版

字 数: 346 千字

ISBN 978 - 7 - 5130 - 0052 - 9/D · 1018 (2993)

邮 编: 100088

邮 箱: bjb@cnipr.com

传 真: 010 - 82005070/82000893

责编邮箱: pengxiaohua@cnipr.com

经 销: 新华书店及相关销售网点

印 张: 14

印 次: 2010 年 7 月第 1 次印刷

定 价: 25.00 元

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

总 序

考生在考前最需要一本让自己最短时间获得最多分数的“精华本”，2007年，万国首推《卷一突破100分》，一时洛阳纸贵，2008年和2009年的《突破100分》系列获得了广大考生的认可。为了更好地让考生在最后阶段能实现考前突破，获得最后的胜利，应考生的呼吁，2010年万国学校再次组织史上最强师资，强力打造了《突破100分》系列丛书。其要旨在于体现司法考试“重者恒重”和“新增必考”两大规律，预测2010年司考必然考查点和考查方式。不求面面俱到，但求点点得分！

该系列图书以2010年最新考试大纲的必考点为骨架，以万国名师归纳和精读为血肉，以考点预测为灵魂，分析精准，预测到位！

本书的主要特色如下：

一、网罗全部必考点，防止知识点遗漏

本丛书按照2010年新大纲的考试要求，凭借老师自己多年的授课经验和司法考查规律，找出2010年司考重要考点。考点少、精和准！对考点的精要讲解，让你省去大量时间，直击得分点！

二、考点层次分明，重点一目了然

为了方便考生，节约时间，本书对考点进行分级，★★★为最高级别，是必须进行背诵的考点，★★为次重点，需要辨析和记忆，★或者没有标记，则只要了解即可。同时，如果是2010年新增考点，也加以注明，因为概括“新增必考”的铁律，其地位不容忽视，要求考生能熟记。同时，本书要求考生不仅要知道该考点具体的内容，还要有考查方式的预测，将考生的知识储备转化为直接的“得分能力”。

三、考点精析，明辨概念，加注“小贴士”，把握细节

万国明师的考点精析，对一些近似的概念，通过比较性的表格进行辨析，也特别提供“小贴士”来简练说明，帮助考生把握每一个考点。同时，书中会有小案例举例，解析重点问题，明确疑难问题，拓展知识点等。

四、内容准确精练，预测突破加分

本丛书定位成一个“助力器”，希望考生在很短时间看完，但是，需要反复看而达到记忆的目的！在记忆之余，如果要检测自己的能力，可以做各单元所附的预测题。这样能够做到“测学相长”，有所获益！

祝所有考生在2010年的司法考试中能够实现突破，达到400分！

本书编写组

2010年6月20日

目 录

民 法

第一章 民法概说	(1)
第二章 自然人	(5)
第三章 法人	(8)
第四章 民事法律行为	(12)
第五章 代理	(16)
第六章 诉讼时效与期限	(17)
第七章 物权概述	(21)
第八章 所有权	(27)
第九章 共有	(33)
第十章 用益物权	(34)
第十一章 担保物权	(36)
第十二章 占有	(44)
第十三章 债的概述	(45)
第十四章 债的履行	(47)
第十五章 债的保全和担保	(48)
第十六章 债的转移和消灭	(56)
第十七章 合同的订立和履行	(59)
第十八章 合同的变更和解除	(64)
第十九章 合同责任	(66)
第二十章 转移财产权利的合同	(68)
第二十一章 完成工作成果的合同	(74)
第二十二章 提供劳务的合同	(75)
第二十三章 技术合同	(78)
第二十四章 不当得利、无因管理	(79)
第二十五章 人身权	(81)
第二十六章 侵权行为	(82)
第二十七章 婚姻家庭法	(89)
第二十八章 继承法	(94)

商 法

第一章	公司法	(98)
第二章	合伙企业法	(113)
第三章	个人独资企业法与外商投资企业法	(121)
第四章	企业破产法	(123)
第五章	票据法	(128)
第六章	证券法	(133)
第七章	保险法	(138)

知识产权法

第一章	著作权法	(146)
第二章	专利法	(152)
第三章	商标法	(156)

民事诉讼法

第一章	民事诉讼法的基本原则与基本制度	(160)
第二章	主管与管辖	(162)
第三章	诉	(168)
第四章	当事人	(169)
第五章	诉讼代理人	(173)
第六章	民事证据	(174)
第七章	民事诉讼中的证明	(177)
第八章	期间、送达	(181)
第九章	法院调解	(181)
第十章	财产保全和先予执行	(182)
第十一章	普通程序	(184)
第十二章	简易程序	(188)
第十三章	第二审程序	(189)
第十四章	审判监督程序	(193)
第十五章	特别程序	(197)
第十六章	督促程序	(199)
第十七章	公示催告程序	(199)
第十八章	执行程序	(200)
第十九章	涉外民事诉讼程序	(206)

仲 裁 法

第一章	仲裁与仲裁法概述	(208)
第二章	仲裁协议	(209)
第三章	仲裁程序	(212)
第四章	仲裁裁决的执行与不予执行	(213)

民法

第一章 民法概说

考点一：民事法律关系★★★

一、民事法律关系的界定

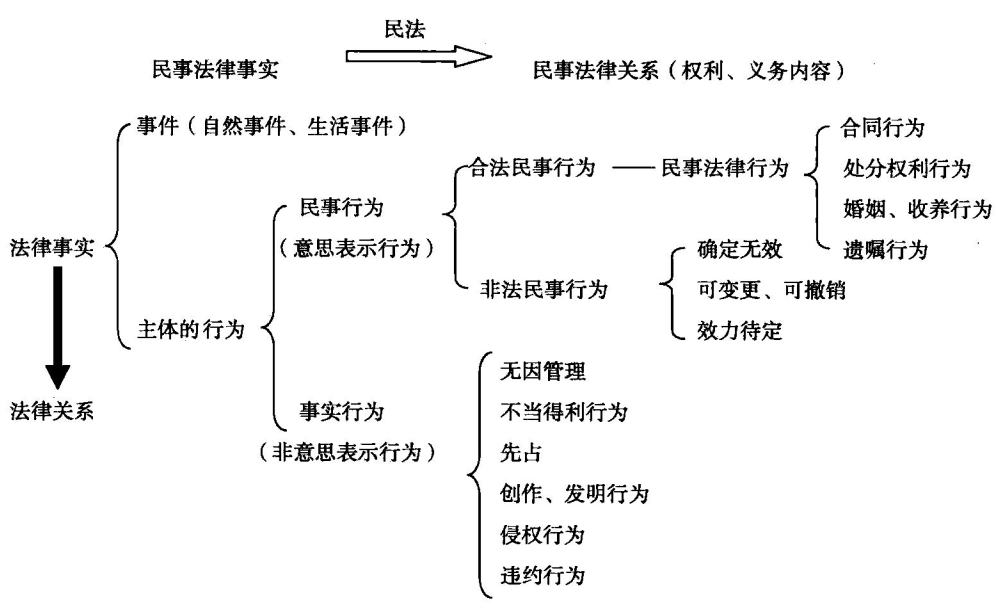
(1) 民事法律关系与日常生活关系：好意施惠 恋爱。

小贴士：搭便车到某地、火车过站叫醒、顺路投寄信件、邀请参加宴会属于常见的好意施惠行为。

(2) 民事法律关系与其他法律关系。

平等主体的判断标准：有国家未必不是平等主体；有合同未必是平等主体。

二、民事法律关系的产生



小贴士：民事行为与事实行为的区别：

- (1) 民事法律行为以行为人的意思表示为要素；事实行为没有意思表示。
- (2) 民事法律行为要求行为人有民事行为能力；事实行为不做要求。
- (3) 民事法律行为发生行为人所预期的法律后果；事实行为发生法定的法律后果。

三、民事法律关系的主体

自然人、法人、非法人组织（所谓第三类民事主体）。

四、民事法律关系的客体

物、行为、智力成果、人身利益、权利。

物权——物、权利（建设用地使用权、知识产权、债权等可以作为抵押权或者权利质权的客体）。

债权——行为（包括作为和不作为，如保密义务、竞业禁止）。

知识产权——智力成果。

人身权——人身利益。

五、民事法律关系的内容

民事权利、民事义务、民事责任。

小贴士：权利义务的非对应性：

无义务的权利——形成权。

无权利的义务——附随义务、不真正义务。

【预测突破】

关于民事法律关系，下列说法错误的是：

- A. 民事法律关系只能由当事人自主设立
- B. 民事法律关系的主体即自然人和法人
- C. 民事法律关系的客体包括不作为
- D. 民事法律关系的内容均由法律规定

【解析】A 项，法律关系既可以由当事人自主设立，如通过法律行为，也可以由法律规定产生，如因为事实行为或者事件，所以 A 项错误。与法律关系的产生相应，法律关系的内容既可以由法律规定，也可以由当事人自主设定，D 项同样错误。B 项，关于民事主体，法律明确肯定自然人和法人之外的某些组织可以参与民事活动，比如合伙企业、分公司之类可以以自己的名义签订合同，所以法律关系的主体不限于自然人和法人，B 项错误。C 项，法律关系的客体包括物、行为、智力成果等，其中行为作为债的客体，既包括作为，也包括不作为，如竞业禁止、保守商业秘密等，故 C 项正确。

【答案】ABD

考点二：民事权利★★★

一、支配权与请求权

(1) 支配权包括：人格权、物权、知识产权。

(2) 请求权包括：物上请求权和债权请求权。

比较：

	支配权	请求权
含义	直接支配客体，无需他人协助	请求他人作为或不作为
义务人是否特定	义务人不特定（绝对权、对世权）	义务人特定（相对权、对人权）
是否具有排他性	排他性	债权请求权——相容性

要点 1：债权请求权相容性的典型表现：一物二卖，两个先后成立的买卖合同都有效，而且效力平等，任何一个买受人都不享有优先权。

要点 2：债权请求权与物权请求权的区分。

物权请求权包括：返还原物请求权、排除妨害（停止侵害）请求权、消除危险请求权。

债权请求权包括：损害赔偿请求权、合同给付请求权。

小贴士：请求的标的上，有无请求权人“物权”的存在；物权请求权，不适用诉讼时效的限制。

二、请求权与抗辩权

含义：针对“有效”的请求权而言。

要点：区分“抗辩”与“否认”——提出新的“抗辩事实”；还是否认对方的“请求权基础”。

三、形成权

含义：单方意思表示，决定特定法律关系的命运的权利。

范围：

形成权	{	债权法上的形成权：撤销权、追认权、选择权、解除权、抵销权
		物权法上的形成权：典物的回赎权
		婚姻法上的形成权：婚姻撤销权
		继承法上的形成权：遗赠的接受与拒绝

各种形成权的除斥期间：

(1) 效力待定合同中的追认权：自催告之日起 1 个月。

(2) 可撤销合同中的撤销权：自知晓之日起 1 年。

(3) 合同解除中的解除权：无约定的，自催告之日起合理期限。

(4) 提存中的领取权：自提存之日起 5 年。

(5) 典权中的回赎权：无约定的，20 年。

(6) 可撤销婚姻中的撤销权：自登记之日起 1 年；限制自由的自恢复之日起 1 年。

(7) 遗赠中的接受权：自知晓之日起 2 个月。

要点 1：“单方决定权”——无需他人的“同意”。

要点 2：形成权的行使。

(1) “产生”——“行使”——“形成权的后果”。

(2) 行使方式：法律有要求——诉讼、仲裁；无要求——单方通知。

(3) 行使期间：除斥期间——不变期间——有法律规定，按法律规定；无法律规定，按“合理期间”。

小贴士：债的保全制度中，债权人的撤销权，非形成权。

【预测突破】

下列关于民事权利的表述，哪些是正确的？

- A. 债的保全中的撤销权是一种形成权
- B. 知识产权是一种支配权
- C. 债权请求权不具有排他性
- D. 支配权不存在对应义务

【答案】BC

考点三：自助行为★★

一、性质

为了保护债权而实施的自力救济行为，对债务人的人身或者财产进行拘束。符合要件的，构成自助行为；不符合要件的，属于侵权行为。

二、要件

- (1) 为了保护自己的请求权；
- (2) 情况紧急；
- (3) 不超过必要限度；
- (4) 及时申请公力救济。

小贴士：自助行为的四种常见情形有住店、吃饭、乘车、欠债潜逃。

三、自助行为与履行抗辩的区别

(1) 效果不同：一个是对债务人的人身自由或者财产进行拘束；另外一个中止履行。

(2) 发生前提不同：自助行为的债权人已经履行了自己的义务；而履行抗辩时的债权人尚未履行自己的义务。

(3) 紧急程度不同：自助行为产生于情况紧急来不及寻求公力救济，只好先行控制债务人；履行抗辩不存在紧急情况，为了避免先履行而遭受损失，所以中止履行。

四、自助行为与行使留置权的区别

(1) 指向对象不同：自助行为指向债务人人身或者与债的发生没有牵连关系的财物；而留置权的行使指向与债的发生具有牵连关系的财物。

(2) 紧急程度不同：自助行为产生于情况紧急来不及寻求公力救济，只好先行控制债务人；行使留置权不存在紧急情况，是为了实现债权，而留置债务人的财物。

第二章 自 然 人

考点一：权利能力与行为能力★★

一、权利能力

(一) 始于出生

出生时间的确定：户籍证明→医院出生证明→其他证明。

(二) 终于死亡〔生理死亡、死亡宣告〕

1. 死亡时间的推定

(1) 没有继承人的先死；(2) 都有继承人的，长辈先死。

2. 宣告死亡的法律效果

小贴士：死者人格利益的保护，近亲属可以起诉，要求精神损害赔偿。

(三) 特例——出生之前

小贴士：(1) 胎儿的特留份额：胎儿出生后是活体的，由胎儿继承；出生时是死体的，该份额由原继承人按份额继承。

(2) 侵犯胎儿利益，也要承担侵权责任。

二、民事行为能力

(一) 自然人民事行为能力的类型（依年龄与精神状况分为）

1. 完全民事行为能力

(1) 18 岁以上，精神正常。

(2) 16~18 岁，以劳动收入作为“主要”生活来源（“主要”：维持当地一般生活水平）。

2. 限制民事行为能力人

3. 无民事行为能力人

(二) 自然人民事行为能力的缓和

1. “事实行为”不适用行为能力

2. 行为能力之“缓和”

- (1) 纯粹获益行为不需行为能力；
- (2) 小型化、定型化的民事行为有效。

(三) 自然人行为能力的弥补

- 1. 代理
- 2. 追认——“限制行为能力人”

考点二：监护★

一、监护类型

(一) 法定监护：未成年人、精神病人

未成年人监护人的顺序	第一顺序：父母
	第二顺序：祖父母、外祖父母
	第三顺序：成年兄、姐
	第四顺序：关系密切的其他亲属、朋友，经基层组织同意的
	第五顺序：未成年人父母所在单位、居委会、村委会
精神病人监护人的顺序	第一顺序：配偶
	第二顺序：父母
	第三顺序：成年子女
	第四顺序：其他近亲属
	第五顺序：关系密切的其他亲属、朋友，经基层组织同意的
	第六顺序：精神病人所在的单位、居委会、村委会

小贴士：未成年精神病人，监护人如何确定？依照未成年人处理。

(二) 指定监护（《民通意见》^① 第 16 条）

知识点：父母之外的亲属对担任监护人发生争议时

- (1) 基层组织指定；
- (2) 人民法院指定，不得直接起诉。

小贴士：监护人不明时的责任承担？由顺序在前的应当充当监护人的人承担。

(三) 委托监护

小贴士：注意委托监护人与法定监护人的责任分担。

二、监护职责

- (1) 法定代理。
- (2) 监督。
- (3) 保护。（《民法通则》^② 第 18 条）

^① 《民通意见》是《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）》的简称。

^② 《民法通则》是《中华人民共和国民法通则》的简称。

小贴士：“非为被监护人利益，不得处分其财产。”

考点三：宣告失踪与宣告死亡★★

一、宣告失踪

（一）法律要件

- （1）下落不明满2年；
- （2）利害关系人的申请；
- （3）法院公告——宣告。（法院：住所地基层法院；公告期：3个月）

（二）后果

- （1）诉讼离婚中应准予离婚。（《婚姻法》^①第32条）
- （2）设立财产代管人。

①财产代管人的范围。（无利害关系的近亲属——监护人——有关机关）（《民通意见》第30条）

②财产代管人的职责。（地位——自己名义起诉、应诉）

二、宣告死亡

（一）法律要件（《民法通则》第23条，《民通意见》第25条，《民事诉讼法》第167、168条）^②

1. 下落不明

（1）一般：4年；（2）意外：2年；（3）意外，有关机关证明不能生还：0。

2. 利害关系人的申请

申请顺序：（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）其他有民事权利义务关系的人。

顺序意义：前顺序不申请——→后顺序不得申请。

3. 管辖法院：住所地基层法院

4. 公告期

（1）一般、意外：1年；（2）意外且证明不能生还：3个月。

（二）宣告死亡的法律效力——婚姻终止；继承开始（《民法通则》第25条，《民通意见》第36、37条）

难点：与事实不符：宣告仍然有效；宣告与事实冲突：以事实为准。

1. 人身、财产仍受保护

2. 签订合同有效

3. 订立遗嘱有效——效力高于住所地之法定继承

① 《婚姻法》是《中华人民共和国婚姻法》的简称。

② 《民事诉讼法》是《中华人民共和国民事诉讼法》的简称。

(三) 宣告死亡的撤销**1. 原因——撤销人****2. 撤销的效力**

(1) 财产关系。被撤销死亡宣告的人有权请求返还财产。依照继承法取得他的财产的公民或者组织，应当返还原物；原物不存在的，给予适当补偿。（《民法通则》第 25 条）

小贴士：“适当补偿”的前提——

(1) 原物不存在：事实不存在，权利不存在。

(2) 权利不存在——不包括“依照继承法”取得财产的公民或者组织。

(2) 婚姻关系。（《民通意见》第 37 条）

小贴士：配偶未再婚，自行恢复。

(3) 子女收养关系。（《民通意见》第 38 条）

要点：(1) 不得以“未经同意”为由，主张无效；(2) 收养人与被收养人同意除外。

(4) 侵权关系。（《民通意见》第 39 条）

要点：(1) 利害关系人隐瞒真实情况；(2) 返还原物、孳息，赔偿损失。

(四) 宣告失踪与宣告死亡的关系（《民通意见》第 29 条）

(1) 宣告失踪并非宣告死亡的必经程序。（所谓下落不明不须以宣告失踪来确认）

(2) 申请人只申请宣告失踪的，即使符合宣告死亡的条件，也只能宣告失踪。

(3) 同一顺序利害关系人有的要求宣告失踪，有的要求宣告死亡的，应宣告死亡。

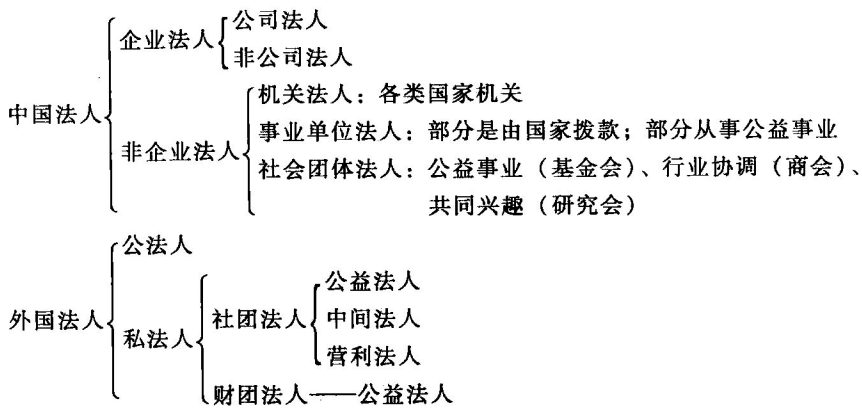
第三章 法 人

考点一：法人一般理论★★★**一、法人的特征****(一) 独立人格****(二) 独立财产****(三) 独立责任——有限责任**

(1) 出资人：对出资法人企业的债务所承担的责任——有限责任。

(2) 企业：对自身的债务所承担的责任——无限责任。

二、法人的分类



小贴士：

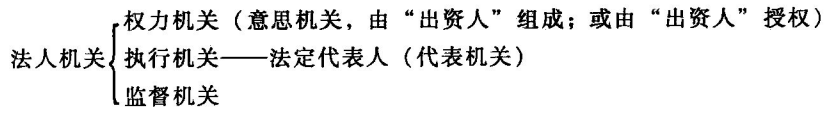
- (1) 社团法人与社会团体法人的区别：两种分类标准下的区分，有交叉有区别。
- (2) 社团法人与财团法人的区别。

	社团法人	财团法人
财产的来源	成员出资	社会捐赠
是否有成员	出资者为其成员	无
是否有赢利性	赢利性、公益性	公益性

三、法人的能力：经营范围

小贴士：除进入特许、限制、禁止经营行业外，有效。（《合同法解释（一）》^❶第10条）

四、法人机关



- (1) 财团法人，无权力机关（意思机关）。
- (2) 执行机关为必要机关，法定代表人（代表机关）属于其中。
- (3) 监督机关非必要机关。

❶ 《合同法解释（一）》是最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》的简称。

五、代表与代理

(一) 代表

法定代表人，以法人名义（执行代表职务），对外所作的意思表示，为代表（一个人）

(二) 代理

其他人以法人名义，对外所作的意思表示，为代理（两个人）。

(三) 越权代表：相对人是善意，有效（《合同法》^❶ 第 50 条）

六、法人分立后的债务承担

(1) 企业分立后的债务承担——与债权人约定的为按份责任，否则属于连带责任。

(2) 企业分立中债务分担协议的效力——对内有效，对外不能对抗债权人。

【预测突破】

1. 关于事业单位法人，下列哪些选项是错误的？

- A. 所有事业单位法人的全部经费均来自国家财政拨款
- B. 具备法人条件的事业单位从成立之日起取得法人资格
- C. 国家举办的事业单位对其直接占有的动产享有所有权
- D. 事业单位法人名誉权遭受侵害的，有权诉请精神损害赔偿

【解析】出版社、医院等很多事业单位的经费已经不完全是财政拨款，故 A 选项错误。事业单位应自登记之日为准取得法人资格。《民法通则》第 50 条第 2 款规定：“具备法人条件的事业单位、社会团体，依法不需要办理法人登记的，从成立之日起，具有法人资格；依法需要办理法人登记的，经核准登记，取得法人资格。”故 B 选项错误。国家举办的事业单位对其直接占有的动产只是享有管理权，不享有最终的所有权。《物权法》第 54 条规定：“国家举办的事业单位对其直接支配的不动产和动产，享有占有、使用以及依照法律和国务院的有关规定收益、处分的权利。”故 C 选项错误。法人不能主张精神损害赔偿。《精神损害赔偿解释》第 5 条规定：“法人或者其他组织以人格权利遭受侵害为由，向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院不予受理。故 D 选项错误。

【答案】ABCD

2. 下列关于法人机关的表述哪些是正确的？

- A. 法人机关无独立人格
- B. 财团法人没有自己的意思机关
- C. 法人的分支机构为法人机关的一种
- D. 监督机关不是法人的必设机关

【答案】ABD

❶ 《合同法》是《中华人民共和国合同法》的简称。