

司考捷径 应试法宝

法律版

经典真题举一反三

JINGDIAN ZHENTI JUYI FANSAN

民法

2007年版

李仕春
主编

精选历年经典真题，常考高频；考点举一反三，解构命题思路，点睛出题要点；巧设变形练习，多角度变换，全真模拟，强力提高应试能力。

一套深度挖掘、释放经典的司考指南



经典真题举一反三

D923-44

4

:2007

2007

民 法

2007 年版

主 编：李仕春

撰稿人：（按姓氏字母为序排列）

狄 嬛 韩 涛 李仕春

刘艳敏 马向岚 钱蓓蓓

田雅娟 王校师 万妮娅

辛 锋 于仲兴 张春光

张 莹 周益三

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

民法/李仕春主编. —北京:法律出版社,2007.2
(经典真题举一反三)
ISBN 978-7-5036-7109-8

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

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第021360号

©法律出版社·中国

责任编辑/张瑞珍 卫蓓蓓

装帧设计/曹铀 胡欣

出版/法律出版社

编辑统筹/法律考试出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京中科印刷有限公司

责任印制/沙磊

开本/787×1092毫米 1/16

印张/15 字数/402千

版本/2007年3月第1版

印次/2007年3月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 978-7-5036-7109-8

定价:25.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编写说明

据统计,关于司法考试历年真题,在各部门法中,以往被重复考查的基本知识点均会占到每年被考查内容的80%以上。很多考题由于其所涉及的考点、设计的案情、提供的选择项、答题的思路和技巧等引人入胜、意味深长,而堪称经典之作。掌握司法考试真题不仅在于其命题重复率较高,而且反复演练这些经典真题对掌握法学知识,提高分析案情和解题的能力是很重要的。

但是,有些考生可能将历年真题做了很多遍,但结果却不十分理想。原因就在于,这类考生只是机械地重复做题,为做题而做题,不懂得举一反三地进行深分析、深挖掘,从而达到触类旁通,真正地把司法考试做到胸有成竹。

本系列丛书,就是为了弥补考生没有更多的精力、能力、时间等缺陷,从而帮助考生最大程度地提高复习效率。

本系列丛书的作者凭借其丰富的经验和扎实的专业知识,对历年经典真题进行分析,细致地提炼出这些考题所涉及的考点、命题的角度,即“举一”;然后在“举一”的基础之上推导出与此真题考点相仿、相近、相反、相同考点不同的命题角度,即“反三”,从而把真题以及相关的所有考点一网打尽,触类旁通;司法考试对于历年真题的考查不仅重复率比较高,而且对于同样的考点不同年份也是进行变形地考查,所以本丛书最后依据“反三”针对性地对经典真题的题干(案情材料)或者选择项逐一进行变形设计,并提供答案,即“变形练习”。经过“经典真题”→“举一”→“反三”→“变形练习”四个环节,从而达到了知识上从点到面、深度延伸,效率上强化巩固、事半功倍,层面上囊括了众多的考点,效果上一通百通、豁然开朗。

本丛书旨在深层挖掘和释放历年真题,尤其是经典真题释放的巨大价值,使其真正成为考生顺利通过司法考试的又一法宝。毫无疑问,本丛书在内容和体例上可谓是一次充满挑战、费尽心血的创新。我们诚恳地冀望读者能提出批评和建议,并发至 E-mail:sikao2000@163.com。

祝福大家!

李仕春
2007年2月

目 录

第一章 民法概述	(1)
第二章 自然人	(5)
一、自然人的权利能力与行为能力	(5)
二、监护	(7)
三、宣告失踪与宣告死亡	(10)
四、个人合伙、个体工商户与农村承包经营户	(15)
第三章 法人	(20)
一、法人概述	(20)
二、法人的成立、变更和终止	(23)
第四章 物与有价证券	(25)
第五章 民事法律行为	(26)
一、民事法律行为概述	(26)
二、意思表示	(29)
三、民事法律行为的成立与生效	(32)
四、附条件与附期限的民事法律行为	(34)
五、无效民事行为	(36)
六、可变更、可撤销的民事行为	(38)
七、效力未定的民事行为	(40)
第六章 代理	(42)
一、代理的概念与类型	(42)
二、代理权	(44)
三、无权代理	(45)
第七章 诉讼时效与期限	(48)
第八章 所有权	(52)
一、不动产所有权	(52)
二、动产所有权	(55)
第九章 共有	(60)
第十章 用益物权	(63)
一、地役权	(63)
二、典权	(65)
第十一章 担保物权	(67)
一、抵押权	(67)
二、质权	(73)
三、留置权	(78)
第十二章 占有	(81)
第十三章 债的概述	(82)
一、债的特征	(82)

二、债的分类	(83)
第十四章 债的履行	(85)
第十五章 债的保全和担保	(88)
一、债的保全	(88)
二、债的担保	(92)
第十六章 债的移转和消灭	(101)
一、债的移转	(101)
二、债的消灭	(104)
第十七章 合同概述	(108)
第十八章 合同的订立	(112)
一、要约	(112)
二、承诺	(113)
三、合同的成立与生效	(115)
第十九章 合同的效力	(118)
一、效力待定合同	(118)
二、无效的合同	(119)
三、可变更、可撤销合同	(121)
第二十章 双务合同履行抗辩权	(123)
第二十一章 合同的变更和解除	(125)
第二十二章 合同责任	(127)
一、违约责任	(127)
二、缔约过失责任	(129)
第二十三章 转移财产权利的合同	(131)
一、买卖合同	(131)
二、赠与合同	(137)
三、借款合同	(138)
四、租赁合同	(140)
五、融资租赁合同	(142)
第二十四章 完成工作成果的合同	(144)
一、承揽合同	(144)
二、建设工程合同	(145)
第二十五章 提供劳务的合同	(147)
一、运输合同	(147)
二、保管合同、仓储合同	(149)
三、委托合同	(150)
四、行纪合同、居间合同	(152)
第二十六章 技术合同	(154)
第二十七章 不当得利与无因管理	(157)
一、不当得利	(157)
二、无因管理	(158)
第二十八章 著作权	(160)
一、著作权的主体	(160)
二、著作权侵权	(163)

三、邻接权	(167)
第二十九章 专利权	(170)
一、专利权主体	(170)
二、授予专利权的条件与程序	(172)
三、专利侵权	(175)
第三十章 商标权	(181)
一、商标概述	(181)
二、商标权的取得	(183)
三、商标权的内容	(185)
四、商标权的消灭	(187)
五、商标侵权行为	(189)
第三十一章 婚姻家庭	(191)
一、结婚	(191)
二、夫妻财产关系	(194)
三、离婚	(195)
第三十二章 继承概述	(201)
第三十三章 法定继承	(204)
第三十四章 遗嘱继承、遗赠和遗赠扶养协议	(207)
一、遗嘱继承	(207)
二、遗赠、遗赠扶养协议	(208)
第三十五章 人身权	(210)
第三十六章 侵权行为	(217)
一、侵权行为概述	(217)
二、共同侵权行为	(219)
三、特殊侵权行为责任	(221)

第一章 民法概述

真题导引 1

在行为人进行的下列行为中,哪些属于行使形成权的行为?(2003年试卷三第34题)

- A. 被代理人对越权代理进行追认
- B. 监护人对限制民事行为能力人纯获利益的合同进行追认
- C. 受遗赠人于知道受赠的期限内未作受赠的意思表示
- D. 承租人擅自转租,出租人作出解除合同的意思表示

【答案】 ACD。本题考查行使形成权行为的判定。

举一反三

举一:行使形成权行为的判定。

本考点是司法考试的常考点,2000年试卷二第51题与本题完全相同,2005年试卷三第34题也曾考到本考点。要判定一个行为是不是属于行使形成权的行为,必须从以下两个基本层面入手:

1. 该行为的权利基础是不是形成权。

形成权是指权利人依单方意思表示使民事法律关系发生、变更、消灭的权利。也就是说,无论相对人是否同意,只要形成权人行使权利,法律关系都将发生变动。我国法律规定的形成权,主要包括追认权、终止权、选择权、买回权、解除权、撤销权、撤回权、抛弃权、抵销权、免除权、共有物分割请求权、典物回赎权等。

2. 该行为是否符合形成权的行使规则。形成权的行使必须遵循下列要求:

(1) 形成权的行使表现为单方行为,不需要另一方作出某种辅助行为或者共同的行为,形成权的意思表示一经到达对方即为生效,因此一经行使不得撤销,只能在意思表示到达对方之前撤回。

(2) 形成权不得附任何条件或期限。

(3) 形成权既可以明示方式行使,也可以以默示形式行使。

(4) 除法律明确规定必须以诉讼方式行使的法定撤销权等外,绝大多数形成权都不必通过诉讼行使。本题中AC项中为追认权、D项为解除权都属于形成权的典型形式,由于限制民事行为能力人纯获利益的合同本身为有效合同,无需监护人的追认就当然地发生法律效力,所以B项不属于行使形成权的行为。

注意: 由于形成权是一个学理概念,法律上没有针对此类权利的统一规定,对其行使规则的分析都是从各种典型的形成权入手,因此考生掌握撤销权等典型形成权的内容和特点对于正确判定形成权行使行为有事半功倍之效。

反一: 本题是从行为内容角度考查行使形成权行为的判定,但是要判定一个行为是不是行使行使形成权的行为,还必须考虑到期限问题。

形成权必须在一定期限内行使,超过该期限形成权消灭,即使表面上符合形成权的行使规则,该行为也不再属于行使形成权的行为。而形成权的行使期限在民法理论上称之为除斥期间。除斥期间既可以由法律直接规定也可以由当事人约定,如《合同法》第95条规定,法律规定或者当事人约定解除权行使期限,期限届满当事人不行使的,该权利消灭。法律没有规定或者当事人没有约定解除权行使期限,经对方催告后在合理期限内不行使的,该权利消灭。目前我国法律明确规定的除斥期间主要有:

1. 1年。《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》(以下简称《民通意见》)第73条第2款的规定,可变更或者可撤销的民事行为,自行为成立时起超过1年当事人才请求变更或者撤销的,

人民法院不予保护。根据《合同法》第55条、第192条的规定,可撤销合同和赠与合同的撤销权,应当在权利人知道或者应当知道撤销原因之日起1年内行使。

2. 5年。《合同法》第75条规定,撤销权自债权人知道或者应当知道撤销事由之日起5年内没有行使撤销权的,该撤销权消灭。

3. 1个月。如根据《合同法》第47、48条的规定,对于限制行为能力人、无权代理人订立的合同,相对人可以催告被代理人在1个月内予以追认。被代理人未作表示的,视为拒绝追认。合同被追认之前,善意相对人有撤销的权利。

☞ **注意:**《民通意见》规定的撤销权的起算期间是自行为成立之日起算1年,而《合同法》规定的撤销权则是从权利人知道或者应当知道撤销事由之日起算1年。按照特别法优于一般法的原理,合同领域应当适用《合同法》的规定。

反二:本题直接考查行使形成权的行为的判定,本质上是对形成权概念的考查。司法考试中还有题目直接考查形成权的概念和特征,而且往往和其他相关权利的概念和特征结合在一起出题。

比如2004年试卷三第1题,就综合考查了形成权及与形成权处于同一分类体系下的支配权、请求权的基本概念和特征。因此考生必须对支配权、请求权、抗辩权有总体的把握:

1. 支配权。

支配权是指权利人可以直接支配权利客体(物、人身利益与智力成果)并享有其利益的权利,典型者如物权、知识产权、人身权。其特点是:(1)权利主体和客体都是特定的,但义务主体是不特定的;(2)实现不需要义务人的积极作为;(3)具有排他效力。

2. 请求权。

请求权是指权利人要求他人为特定行为(作为或不作为)的权利。请求权人对权利客体不能直接支配,其权利的实质有赖于义务人的协助,没有排他效力。债权是典型的请求权,物权、人身权、知识产权虽为支配权,但在受侵害时,需以请求权作为救济。

3. 抗辩权。

抗辩权是對抗对方请求权的权利,其功能

在于延缓请求权的行使或使请求权归于消灭。抗辩权只能由法律明确规定而产生,约定的抗辩事由只能产生合同的权利,而不能产生抗辩权。抗辩权有实体法上的抗辩权和程序法上的抗辩权两种。程序法上的抗辩权是指被告针对原告的诉讼请求从程序上提出异议,如管辖异议等。而实体法上的抗辩权又有永久性抗辩权和延期性抗辩权之分。前者指权利人有永久阻止他人行使请求权的权利,如已过诉讼时效的抗辩权。后者是指权利人在一定期间内、一定条件下可以提出的抗辩权,例如合同法上的同时履行抗辩权、先履行抗辩权、不安抗辩权以及担保法上的先诉抗辩权。

☞ **注意:**抗辩权的作用在于对抗,而非否认对方的权利。抗辩权的行使以请求权存在且提出请求为前提。在未提出请求权的情况下,抗辩权无从行使。

变形练习

1. 下列关于形成权的说法正确的是:()
A. 形成权必须以诉讼方式行使
B. 形成权必须在1年内行使
C. 形成权可以默示方式行使
D. 形成权的意思表示到达对方即生效
2. 下列关于支配权的说法正确的是:()
A. 支配权不存在对应义务
B. 支配权具有排他性
C. 支配权必须通过义务人的协助才能实现
D. 支配权的义务人是特定的
3. 下列关于民事权利的表述错误的是:()
A. 解除权是一种形成权
B. 知识产权是一种支配权
C. 债权是请求权的典型
D. 抗辩权就是根本否定对方权利的存在

【参考答案及解析】

1. CD。

2. B。

3. D。

真题导引 2

甲在乙经营的酒店进餐时饮酒过度,离去时拒付餐费,乙不知甲的身份和去向。甲酒醒后回酒店欲取回遗忘的外衣,乙以甲未付餐费为由拒绝交还。对乙的行为如何定性?(2005年试卷三第6题)

- A. 是行使同时履行抗辩权
- B. 是行使不安抗辩权
- C. 是自助行为
- D. 是侵权行为

【答案】 C。本题考查自助行为的概念。

举一：自助行为的概念。

本考点是司考常考点，2002年试卷三第6题也考到这一知识点。所谓自助行为是指权利人为保护自己的权利，在情势紧迫而又不能及时请求国家机关予以救助的情形下，对他人的财产或人身施加的为法律和道德所认可的强制行为。自助行为必须符合以下条件：(1)必须是为保护合法权益；(2)必须情势紧迫而又不能及时请求国家机关予以救助；(3)必须为法律和社会公德所认可；(4)必须不得超过必要限度；(5)必须事后及时提请有关部门处理依靠自身力量强制他人捍卫自身权利的行为。本题中，乙的行为符合自助行为的构成要件，不属于侵权，也不属于双务合同中抗辩权的行使范围。

反一：自助行为作为一种合法的权利自力救济方式，在民法上的关键意义是可以作为免除侵权责任的事由。因此，司考对其考查不会仅仅局限在概念层次，可能会考到其法律后果。

通说认为，实施自助行为造成义务人财产毁损的，只要其财产毁损为实施自助行为所必要，权利人不负损害赔偿赔偿责任。权利人实施自助行为，扣押义务人财产或者拘束义务人人身后，应即时请求法院处理。如有迟延或者请求被法院驳回，行为人应依法承担损害赔偿赔偿责任。

反二：除自助行为以外，民事权利的自力救济还包括自卫行为。

自卫行为是指权利人或者他人的人身、财产遭受暴力侵害或者遇有紧急危险时，依法实施的正当防卫行为或紧急避险行为。按《民法通则》第128条、第129条的规定，正当防卫行为在必要限度内造成侵权人损害的，不承担民事责任。正当防卫超过必要的限度，造成不应有的损害的，应当承担适当的民事责任。因紧急避险造成损害的，由引起险情发生的人承担民事责任。如果危险是由自然原因引起的，紧急避险人不承担民事责任或者承担适当的民事

责任。因紧急避险采取措施不当或者超过必要的限度，造成不应有的损害的，紧急避险人应当承担适当的民事责任。

变形练习

1. 如果甲补付餐费后，乙交还甲的外衣，但甲发现其外衣被划破了长长的一道口子，则甲可以为下列哪项行为？（ ）

- A. 甲可以向法院起诉，要求乙赔偿其损失
- B. 甲可以和乙协商，由乙给付一定金钱作为补偿

- C. 甲可以自行拿走两瓶酒作为补偿
- D. 甲可以要求乙退回其已缴纳的餐费

2. 如果甲从乙的餐馆出来，正好看到其仇人丙赶着一头牛迎面过来。丙看到甲，就狠抽了牛一鞭子，牛受到惊吓后直接向甲冲过来，街巷狭窄，前方又被一堵墙堵死，甲无处可躲，情急之下撞碎路边丁家窗户跳进去。则下列说法中哪些是正确的？（ ）

- A. 甲的行为为正当防卫
- B. 甲的行为为紧急避险
- C. 甲应当赔偿丁的损失
- D. 丙应当赔偿丁的损失

3. 如果上题中，甲看到牛冲过来，立刻掉头跑回乙的餐馆，向乙借了一把铁锹又冲出来，看到那头牛还在往前跑，路上一个人也没有，就把手中铁锹向牛扔过去，正好砍中牛腿。则关于甲的行为下列说法正确的是：（ ）

- A. 甲是正当防卫行为，不负赔偿责任
- B. 甲属防卫过当，应承担一定责任
- C. 甲的行为构成侵权，应当承担民事责任
- D. 甲的行为是紧急避险，不承担法律责任

【参考答案及解析】

1. AB。甲不可以自行抵销。

2. BD。见《民法通则》第129条。

3. C。自甲回餐馆，丙对其造成的危险已经消失，其再出来攻击牛就是侵权。

真题导引 3

甲、乙在火车上相识，甲怕自己到站时未醒，请求乙在A站唤醒自己下车，乙欣然同意。火车到达A站时，甲沉睡，乙也未醒。甲未能在A站及时下车，为此支出了额外费用。甲要求乙赔偿损失。对此，应如何处理？（2005年试卷三第22题）

- A. 由乙承担违约责任

- B. 由乙承担侵权责任
- C. 由乙承担缔约过失责任
- D. 由甲自己承担损失

【答案】 D。本题考查民事责任的产生。

举一反三

举一：民事责任的产生。

按照《民法通则》第106条的规定，民事责任的产生有以下三种情形：

1. 公民、法人违反合同或者不履行其他义务的；
2. 公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产，侵害他人财产、人身的；
3. 没有过错，但法律规定应当承担民事责任的。

因此如果当事人没有法定或者约定的义务，而只是违反道德性的约定，就不必承担民事责任。本题中甲和乙的约定仅仅是一种道德意义上的互助行为，本身不产生私法上的效果，所以不属法律调整范围，也没有民事法律责任，ABC三项都于法无据。

☞ **注意：**民事责任的产生与民事制裁不同。民事责任主要是对违反义务造成损害的补偿，因此责任的承担可能基于当事人自愿，也可能由法院强制，而且其承担方式主要是停止侵害、排除妨害、消除危险、恢复原状、赔偿损失等。而民事制裁则是人民法院依法对违反民事法律应负民事责任的违法行为人所处的处罚措施，包括训诫、责令具结悔过、收缴进行非法活动的财物和非法所得、罚款、拘留等（《民法通则》第134条）。

反一：本题是设定一种情形，让考生判断是否承担民事责任，因此考生除了掌握民事责任的产生基础之外，还必须掌握可以免除民事责任的法定事由。

一般来讲，民法上的免责事由主要有：

1. 不可抗力（《民法通则》第107条）；
2. 意外事件；
3. 紧急避险（《民法通则》第129条）；
4. 正当防卫（《民法通则》第128条）；
5. 自助行为；
6. 受害人同意（必须不违反法律和社会公益）；

7. 第三人过错；
8. 受害人过错（在双方都有过错的情况下，可以减轻加害人过错即过失相抵原则）；
9. 职务授权行为。

反二：考生要特别注意在一项行为既符合侵权责任的构成要件，又符合合同责任的构成要件（即民法理论中的责任竞合）情形下的责任承担。

依据《合同法》第122条的规定，当事人可以选择主张侵权责任或者违约责任中的一种，但不得同时主张两种责任。

举一反三

1. 如果甲、乙在火车上相谈甚欢，乙借用甲的相机拍照，不小心掉到车上，摔碎了镜头，则乙对甲承担何种责任？（ ）

- A. 由乙承担违约责任
- B. 由乙承担侵权责任
- C. 由乙承担缔约过失责任
- D. 乙不承担责任

2. 如果上题中，甲正在玩相机，丙想将自己的皮箱搁在行李架上，但是由于皮箱很沉，丙失手，皮箱掉下来砸坏了相机，则下列说法正确的是：（ ）

- A. 应当由乙承担侵权责任
- B. 应当由丙承担侵权责任
- C. 乙没有过错不承担责任
- D. 箱子掉下去是意外事件，丙不承担责任

3. 如果原题中，乙在火车上向甲推销一个电磁暖手炉，结果甲在使用中暖手炉爆炸，甲的手被炸伤，则下列说法哪些是正确的？（ ）

- A. 乙的暖手炉不符合安全标准，应当承担违约责任
- B. 乙的暖手炉炸伤了甲的手，应当承担侵权责任
- C. 甲乙之间自由达成交易，乙不承担责任
- D. 甲可以基于违约和侵权两个事由，得到双倍赔偿

【参考答案及解析】

1. B。乙的行为侵害了甲的所有权，故为侵权责任。
2. B。
3. AB。乙违反了产品质量瑕疵担保责任，应负违约责任；同时，乙的产品造成甲的人身损害，故为侵权。但由于责任竞合，甲只能选择其中一个行使请求权。

第二章 自然人

一、自然人的权利能力与行为能力

真题导引

杨某 15 周岁,智力超常,大学三年级学生。杨某因有某项发明,而与刘某达成转让该发明的协议。该转让协议的效力如何?(1999 年试卷二第 11 题)

- A. 该转让协议有效
- B. 该转让协议效力待定
- C. 该转让协议无效
- D. 该转让协议可撤销

【答案】 B。本题考查限制行为能力人订立合同的效力。

举一反三

举一:限制行为能力人订立合同的效力。

我国《合同法》第 47 条规定,限制民事行为能力人订立的合同,经法定代理人追认后,该合同有效,但纯获利益的合同或者与其年龄、智力、精神健康状况相适应而订立的合同,不必经法定代理人追认。也就是说限制行为能力人订立的合同原则上为效力待定的合同,如果其法定代理人追认则有效,如果其法定代理人不追认则无效。但是纯获利益的合同或者与其年龄、智力、精神健康状况相适应而订立的合同则为有效合同。本题中杨某转让发明的合同明显与其年龄不符,因此应该属于效力待定合同,正确答案为 B 项。

☞ 注意:效力待定的合同,相对人可以催告法定代理人在 1 个月内予以追认。法定代理人未作表示的,视为拒绝追认(《合同法》第 47 条)。

反一:限制行为能力人所为其他民事行为的效力。

《民法通则》第 12 条规定,10 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。《民法通则》第 13 条规定,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。《民通意见》第 6 条规定,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。由此可见,限制民事行为能力人为接受奖励、赠与、报酬等纯获益行为应认定为有效,10 周岁以上未成年人从事与其年龄、智力相适应的行为、不能完全辨认自己行为的精神病人从事的与其健康状况相适应的民事行为也为有效,除此之外所为行为都为无效。判定 10 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(《民通意见》第 3 条)。判定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(《民通意见》第 4 条)。

☞ 注意:除法定有效情形外,限制行为能力人签订的合同原则上为效力待定,需要通过法定代理人的追认而生效;其他民事行为则原则上为无效,只有事前征得法定代理人同意的才有效。

反二:无民事行为能力人所为民事行为的效力。

无民事行为能力人所为行为一律无效,但

是其接受奖励、赠与、报酬的行为应认定为有效(《民法通则》第12条、13条,《民通意见》第6条)。

☞ **注意:**无民事行为能力人日常生活中进行的小额购买活动,一般被认为有效。

反三:无行为能力、限制行为能力人所为行为的效力是司法考试的高频考点,但无论是选择题还是案例题都不会直接点出行为人的行为能力状态,考生在做答之前必须根据题目中的信息自己判断,因此掌握民事行为能力的认定标准就非常重要。

我国依据自然人的年龄和精神状态将自然人分为完全民事行为能力人、限制民事行为能力人和无民事行为能力人。具体区分如下:

1. 完全民事行为能力人(《民法通则》第11条)。

(1) 18周岁以上的成年人。

(2) 16周岁以上不满18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。

☞ **注意:**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(《民通意见》第2条)。

2. 限制民事行为能力人(《民法通则》第12、13条)。

(1) 10周岁以上的未成年人。

(2) 不能完全辨认自己行为的精神病人。

3. 无民事行为能力人(《民法通则》第12、13条)。

(1) 不满10周岁的未成年人。

(2) 不能辨认自己行为的精神病人。

反四:虽然民事行为能力因人而异,但是无论是完全行为能力人还是无行为能力、限制行为能力人,都享有同等的权利能力。民事权利能力仅在特殊情况下才有例外。

1. 关于胎儿的应留份额,虽然民法坚持出生才具备权利能力的原则,但为了保护胎儿利益,《继承法》第28条规定,遗产分割时,应当保留胎儿的继承份额,胎儿出生时是死体的,保留的份额按照法定继承办理。

2. 关于死者的人格利益保护。依权利能力终于死亡原则,死者不再享有民事权利能力,

自然也无从享有人格权,但是为了保护社会公益以及折射到死者近亲属的人格利益,《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》(以下简称《精神损害赔偿解释》)第3条规定,自然人死亡后,其近亲属因下列侵权行为遭受精神痛苦,向人民法院起诉请求赔偿精神损害的,人民法院应当依法予以受理:

(1) 以侮辱、诽谤、贬损、丑化或者违反社会公共利益、社会公德的其他方式,侵害死者姓名、肖像、名誉、荣誉;

(2) 非法披露、利用死者隐私或者以违反社会公共利益、社会公德的其他方式侵害死者隐私;

(3) 非法利用、损害遗体、遗骨,或者以违反社会公共利益、社会公德的其他方式侵害遗体、遗骨。

变形练习

1. 如果杨某(13岁)的法定代理人追认杨某与刘某的转让协议有效,杨某获得转让发明所得的10万元后捐赠给了希望工程,则其捐赠行为的效力如何?()

- A. 有效 B. 效力未定
C. 无效 D. 可撤销

2. 如果杨某为9周岁,则其与刘某的转让发明的协议效力如何?()

- A. 该转让协议有效
B. 该转让协议效力未定
C. 该转让协议无效
D. 该转让协议可撤销

3. 如果杨某已满16周岁,并大学毕业在一家外企工作,为将其在大学的发明转让给刘某,与刘某签订转让协议,那么此协议的效力如何?()

- A. 该转让协议有效
B. 该转让协议效力未定
C. 该转让协议无效
D. 该转让协议可撤销

4. 如果上题中,杨某转让发明获得100万元,当天回家途中将10万元掷于路边乞丐的钵中,后经诊断杨某当时系因过度欣喜而精神错乱,那么其行为的效力如何?()

- A. 有效 B. 效力未定
C. 无效 D. 可撤销

5. 如果刘某具有一定法律常识,知道与未成年

人签订协议可能会无效,故问及杨某的出生日期,杨某回答,其母亲记得是5月28日,医院的接生簿上记载的是5月29日,医院出具的出生证明上记载的是5月30日,其户口本上记载的是5月31日,则刘某应以哪天起计算杨某是否成年?()

- A. 5月28日 B. 5月29日
C. 5月30日 D. 5月31日

【参考答案及解析】

1. C. 依据《民法通则》第12条的规定,限制行为能力人进行的与其年龄、智力不相符合的行为,必须有法定代理人代理,或经法定代理人同意。

2. C. 参见《民法通则》第12条。

3. A. 杨某应认定为以自己的劳动收入为主要生活来源的完全行为能力人。

4. C. 杨某为不能辨清自己行为的精神病人,所为行为当然无效。

5. D. 参见《民通意见》第1条。

二、监 护

真题导引 1

1. 甲为一儿童影星,片酬颇丰,乙为甲的监护人。问: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?(1999年试卷二第43题)

- 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

【答案】 AC。本题考查监护人对被监护人财产的处分权限。

举一反三

举一:监护人对被监护人的财产的处分权限。

《民法通则》第18条规定,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。也就是说,只有在为了被监护人的利益的情形下,监护人才有权处分被监护人的财产。本题中AC项都是为了甲的利益处分其财产的行为,当然合法有效;而BD项都是为了他人利益而处分甲的财产,为法律所禁止。

☞ 注意:监护人处分财产必须是直接为

了被监护人的利益,即使是为了和被监护人具有重大利害关系的至亲也不行。

反一:监护人对被监护人财产的处分权限,只是监护人职责的一个方面,考生还应掌握监护人的其他监护职责与法律责任。

根据《民通意见》第10条的规定,监护人的监护职责包括六个方面:(1)保护被监护人的身体健康;(2)照顾被监护人的生活;(3)管理和保护被监护人的财产;(4)代理被监护人进行民事活动;(5)对被监护人进行管理和教育;(6)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。

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(《民法通则》第18条):

(1) 给被监护人造成财产损失的,应当赔偿损失。

(2) 根据有关人员或者有关单位的申请,人民法院可以撤销其监护人的资格。

真题练习

如果甲的监护人乙用甲的片酬为自己购买人身保险,则下列说法正确的是:()

- A. 甲有权要求乙赔偿其财产损失
B. 甲的近亲属可以请求法院撤销乙的监护人资格
C. 甲无权要求要求乙赔偿
D. 甲不得依此为由撤销乙的监护人资格

【参考答案及解析】

AB。《民法通则》第18条。

真题导引 2

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?(2002年试卷三第33题)

- A. 甲乙均为丙的监护人
B. 乙的行为是违约行为,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

【答案】 AC。本题考查父母对子女的监

护与抚养。

举一反三

举一：父母对未成年子女的监护与抚养。

《民法通则》第16条明确规定，未成年人的父母是未成年人的监护人。也就是说父母对子女的监护是基于父母子女关系，这一关系由出生开始，即使父母离异也不影响其成立。离婚后，子女无论由父或母直接抚养，仍是父母双方的子女，父母均为该子女的监护人。但是离婚后由于父母不再共同生活，一般仅有一方直接抚养子女。对于哺乳期内的子女，以随哺乳的母亲抚养为原则。哺乳期后的子女，如双方因抚养问题发生争执不能达成协议时，由人民法院根据子女的权益和双方的具体情况判决。因此，本题中AC项的说法都为正确。B项的错误在于甲乙之间的约定有关身份关系，因此不受合同法调整。D项的错误在于甲乙协议本身并不违反法律规定，只不过对抚养权的争议必须通过诉讼程序确定。

☞ **注意：**夫妻离婚后，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，与子女共同生活的一方可以通过人民法院取消该方的监护资格（《民通意见》第21条）。

反一：其他法定监护人对未成年人的监护。

依照《民法通则》第16条的规定，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：（1）祖父母、外祖父母；（2）成年的兄、姐；（3）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。

上述人员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。对上述组织的指定不服提起诉讼的，由人民法院裁决。人民法院可以按照上述法定监护人的顺序指定监护人，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，人民法院可以按照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，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。

但是一经指定，不得擅自变更。

☞ **注意：**有关组织指定是人民法院指定的必经程序，未经指定，直接向人民法院起诉的，人民法院不予受理（《民通意见》第16条）。

反二：未成年人的法定监护人与精神病人法定监护人的范围和顺序极易混淆，考生一定要注意加以区分：

	未成年人的监护人	精神病人的监护人
第一顺序	父母	配偶
第二顺序	祖父母、外祖父母	父母
第三顺序	成年的兄、姐	成年子女
第四顺序	关系密切的其他亲属、朋友	其他近亲属
第五顺序		关系密切的其他亲属、朋友

☞ **注意：**（1）按照《民通意见》第12条对民法中近亲属的界定，上表中的其他近亲属，应当是指：兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女。

（2）两种监护中关系密切的其他亲属、朋友担当监护人，除了本人愿意以外，还要经有关组织同意。如果是担当未成年人的监护人，就要经过未成年人的父、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；而如果是担当精神病人的监护人，则要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。

反三：未成年人、精神病人没有法定监护人（包括指定监护人）的处理。

没有法定、指定监护人的，前者由未成年人的父、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；后者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。

变形练习

1. 如果甲的父母离异，甲与其母共同生活，在下列哪些情形下，法院可以依法裁决取消其父的监护资格？（ ）

- A. 甲父吸烟成性，和甲在一起时常用烟头烫甲
- B. 甲父串通他人绑架甲，向甲母索取巨额钱财

- C. 甲父带甲去乡下探亲,甲被邻居的小狗咬伤
D. 甲父不小心打碎了甲的一个价值连城的奖杯

2. 如果甲的监护人乙因为上题中的事件被取消监护人资格,则下列人员中哪些可以担当甲的监护人?()

- A. 甲的姐姐,16岁,某中学高三学生
B. 甲的哥哥,18岁,某建筑公司工人
C. 甲的姥姥,78岁,因中风瘫痪在床
D. 甲的爷爷,68岁,退休在家

3. 如果甲不是童星,而是一个成年的精神病人,则有资格担当甲的监护人的有:()

- A. 甲的配偶,26岁,痴呆病人
B. 甲的朋友,18岁,酗酒成性
C. 甲的母亲,58岁,在乡下务农
D. 甲的侄儿,22岁,在邻县打工

4. 如果原题中,甲的监护人乙死亡,其他有监护资格的人互相推托不愿承担监护责任,于是起诉到人民法院,希望法院来指定,法院哪些做法是正确的?()

- A. 不予受理
B. 按照法定监护人顺序指定其中一人
C. 告诉当事人自行协商
D. 直接指定甲的叔叔担任

[参考答案及解析]

1. AB。《民通意见》第21条。
2. BD。《民法通则》第16条。
3. CD。《民法通则》第17条。
4. A。《民通意见》第16条。

真题导引 3

精神病患者甲在妻陪伴下外出散步,顽童乙前来挑逗,甲受刺激追赶,甲妻见状竭力阻拦无效,甲将乙头打破。乙的医药费如何承担?(1999年试卷二第7题)

- A. 完全由甲妻承担
B. 主要由甲妻承担,但乙的监护人也应适当承担
C. 完全由乙的监护人承担
D. 主要由乙的监护人承担,甲妻也应适当承担

【答案】 B。本题考查监护人民事责任的承担。

举一反三

举一:监护人民事责任的承担。

《民法通则》第133条规定:无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的,由监护人承担民事责任。监护人尽了监护责任的,可以适当减轻他的民事责任。如果被监护人侵权的情形下,受害人对于损害的发生也有过错,可以减轻监护人的民事责任。有财产的无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的,从本人财产中支付赔偿费用。不足部分,由监护人适当赔偿,但单位担任监护人的除外。

本题中,因为甲是侵权人,所以其监护人必须承担侵权责任;但由于受害人乙的监护人存在疏于监护的过失,也应当承担一定的责任,因此B项正确。

☞ 注意:虽然被监护人行为的责任由监护人承担,但是民事诉讼的主体仍然是被监护人,监护人为法定代理人。

反一:虽然一般情况下都遵循上述基本规则,但针对被监护人18周岁上下的特殊情况,《民通意见》第161条规定在以下两种特殊情形下可以变通:

1. 侵权时不满18周岁、诉讼时已满18周岁的,分为两种情况:

- (1) 有经济能力的,由本人承担责任;
(2) 无经济能力的,由监护人承担责任。

2. 侵权时已满18周岁的,又分为为三种情况:

- (1) 原则上由本人承担;
(2) 无经济收入的,抚养人垫付;
(3) 垫付有困难的,可判决或调解延期给付。

反二:虽然一般都是监护人亲自为监护行为,但在特殊情形下,监护人也可以委托他人代行监护职责。依《民通意见》第22条,委托监护情形下发生了被监护人侵权责任时,责任承担为:

1. 原则上仍由监护人(委托人)承担。
2. 委托人与受托人之间另有约定的,仍应当由监护人对第三人承担责任,而后监护人可依约向受托人追偿。

3. 受托人在履行监护职责时确有过错的,由受托人与委托人对第三人承担连带责任。

反三:擅自变更监护人时的责任承担。

依《民通意见》第18条,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。

反四:父母离婚后的责任分担。

《民通意见》第158条规定:夫妻离婚后,未成年子女侵害他人权益的,同该子女共同生活的一方应当承担民事责任;如果独立承担民事责任确有困难的,可以责令未与该子女共同生活的一方共同承担民事责任。可见,此时父母双方承担的是一种“补充性赔偿责任”,即与子女共同生活的一方不能独立承担时,另一方再承担余额。

反五:监护人不明时的责任承担。

依《民法通则》第159条,监护人不明晰的,由顺序在前的有监护能力的人承担民事责任。

例题

1. 如果原题中,精神病患者甲见孩童乙朝自己做鬼脸,就从地上捡起一块石头扔过去,结果乙的头被砸破,花去医药费1800元。乙起诉到法院请求甲赔偿。法院判决,因乙的监护人有监护上的失误,所以由甲赔偿甲乙1600元。经查,甲1年前刚继承其父亲遗产10万元,则此医药费应从谁的财产中支付?()

- A. 甲
- B. 甲妻
- C. 甲和其妻的夫妻共有财产
- D. 甲父的遗产

2. 如果原题中,甲为7岁小学生,在手工课上和同学乙打闹,拉扯中甲手里的剪刀扎伤了乙的脸,乙的医药费如何负担?()

- A. 全部由甲的监护人负担
- B. 由甲的监护人和乙的监护人分摊
- C. 应当由该小学负担
- D. 主要由甲的监护人承担,该学校也应负担部分费用

3. 假设法院指定甲妻为精神病人甲的监护人,一年后甲妻身体状况恶化,就和族人商议,由甲的叔父担任监护人。后发生甲侵权事由,则由何人承担责任?()

- A. 完全由甲妻承担
- B. 完全由甲的叔父承担
- C. 由甲妻和甲的叔父共同承担
- D. 由甲的族人承担

4. 假设原题中,顽童乙的父母离婚,乙和其母共同生活。如果乙砸伤精神病人甲,需要向其支付3000元医药费,但当时正逢乙母下岗,无法负担全部费用,该如何处理?()

- A. 乙母负担不了的由乙父承担
- B. 乙母负担不了的不必承担
- C. 乙母负担不了的待乙成年后自己承担
- D. 乙母负担不了的应当延期支付

5. 假设原题中,顽童乙的父母都已去世,乙由其祖父母、叔叔、舅舅、姑姑共同抚养,发生乙侵权事由是由谁承担民事责任?()

- A. 祖父母
- B. 叔叔
- C. 舅舅
- D. 姑姑

[参考答案及解析]

1. A。原则上限制行为能力人有财产的以其个人财产承担责任。

2. D。学校作为受托监护人存在过错,应当承担部分责任。

3. C。擅自变更监护人的,由变更前和变更后的监护人承担责任。

4. A。《民通意见》第158条规定。

5. A。《民通意见》第18条。

三、宣告失踪与宣告死亡

真题导引 1

1995年6月17日余某所乘的客轮触礁沉没,生死不明。余某的利害关系人若申请宣告余某死亡,最早应是哪一天才能向法院提出申请?(2000年试卷二第6题)

- A. 1997年6月17日
- B. 1997年6月18日
- C. 1999年6月17日
- D. 1999年6月18日

【答案】 A。本题考查因意外事故而申请宣告死亡的期间。

举一反三

举一:因意外事故下落不明而申请宣告死亡的期间及其起算的时间。

本考点是司法考试的常考点。如2002年试卷三第85题与本题几乎完全相同。我国《民法通则》第23条第1款规定,公民有下列情形之一的,利害关系人可以向人民法院申请宣告他死亡:

- (1)下落不明满4年的;