

来胜 LICENSE

司考一本通

2009

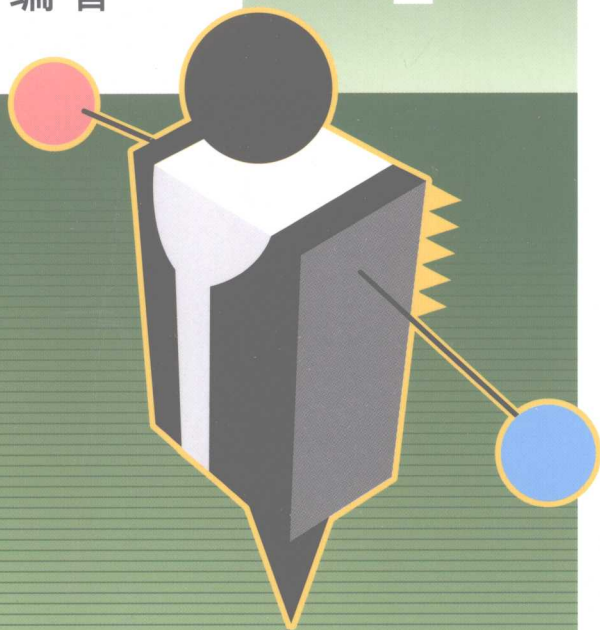
New Edition

精品丛书

民法

必 备 考 点 名 师 精 讲

姚欢庆 编著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

中国政法大学
CHINA UNIVERSITY OF POLITICAL SCIENCE AND LAW

中国政法大学
CHINA UNIVERSITY OF POLITICAL SCIENCE AND LAW

民法

中国政法大学
CHINA UNIVERSITY OF POLITICAL SCIENCE AND LAW

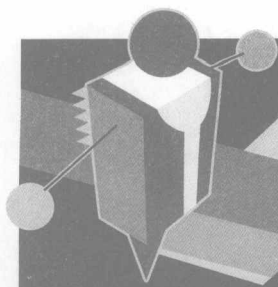
中国政法大学
CHINA UNIVERSITY OF POLITICAL SCIENCE AND LAW

2009

1



中国政法大学
CHINA UNIVERSITY OF POLITICAL SCIENCE AND LAW



LICENSE 来胜司法考试丛书

8/1

司考一本通
民法

编著
姚欢庆



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

司考一本通/姚欢庆等编著. —2版. —北京:北京大学出版社,2009.5
(来胜司法考试丛书)

ISBN 978-7-301-13597-6

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

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第064180号

书 名: 司考一本通

著作责任者: 姚欢庆 等编著

责任编辑: 陆建华

标准书号: ISBN 978-7-301-13597-6/D·2027

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印刷者: 北京飞达印刷有限责任公司

经 销 者: 新华书店

730毫米×980毫米 16开本 121印张 2989千字

2009年5月第2版 2009年5月第1次印刷

定 价: 168.00元(全八册)

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

编写说明

实行统一的国家司法考试,不仅是我国司法改革的一项重大举措,也是我国法学教育改革的突破口。从律考转变为司考后,使得更多适合条件的考生热衷于此,司法考试也逐渐形成了一个市场,辅导用书层出不穷。然而在众多的司考辅导用书当中,如何作出选择便成了备考考生一个头痛的问题。

司考该用何种辅导书?我们认为,要用“看一本就能通的”书。为了达成此目的,我们努力使本书具备了如下特色:

特色一 名师编著、套书完整

本书由来胜全方位法律人培训力邀各科司考名师亲自执笔,集结了老师们多年的司考辅导经验和智慧。本书共分八小册,涵盖了最新考纲的重要考点。

特色二 内容精炼、针对性强

本书强调内容的精炼和实战性。针对重要的考点,我们结合历年司考的规律,对其进行精讲,并针对实际考查情况和精讲内容,提供例题以提高实战能力。

特色三 体例安排科学合理

根据考纲的要求及体系,我们选出了各科的重要考点并对其从以下三个方面为考生提供帮助。

一、精讲。对当前考点进行精当、有效的讲解,以帮助读者掌握当前考点的精华,具备解决问题的能力。

二、例题。针对当前考点,并结合精讲内容,使考生得到及时、有效的练习,提高应试能力并在修正自己错误的过程中得到提高。

三、提示与预测。主要是针对一些应当特别注意的问题的提示,以及对2009年司考动向的预测。

业精于勤而荒于嬉,行成于思而毁于随。当您拥有了本书,您便得到了一片肥沃的黑土,若能加以勤耕,今日播下的种子,定能在那金秋结出胜利的果实!

编者

2009年5月

司法考试民法的复习指导(代前言)

“得民法者得天下”,这是律师资格考试时期大家对民法的评价。在2000年以前的律师资格考试中,民法的分值大概在150分(400分总分)左右,此后逐年下降,如果不包括论述题中涉及民法的部分,则每年在80分上下浮动,与600分的总分相比,就只能是一个部门法了。可以相信,在今天的考试中,分值仍将保持这个水平,民法不再是司法考试的重头戏了!然而风光不再的民法,却以不断的修法,庞杂的内容不断挑战我们的记忆极限。如何在复习中采用一个正确的方法,以最少的时间获得满意的结果对所有考生来说都是梦寐以求的。

一、体系化的民法及学习的体系化

每年的司法考试大纲都会在基本要求中强调“全面把握民法的体系,理解民法的各项制度在民法体系中的地位及联系,尤其是民法总则对民法各项具体制度的指导作用”,可见民法的体系是民法的根本所在,也是我们每个考生必须掌握的前提。从一般到特殊、从抽象到具体是大陆法系立法的特点,客观上则给初学者增加了学习的难度:总则规定太抽象,比具体规定更难理解,但不了解总则,又无法真正理解具体的制度。具体到司法考试,大量的知识叠加型题目,让很多“只见树木,不见森林”的考生难以适应。如多年考试中出现的“狗咬人”的题目,其根本点是特殊侵权中动物致害的问题,但在考试中绝不仅仅只考《民法通则》第127条规定的内容,它往往要结合别的知识点进行考查。如结合紧急避险或者共同侵权等内容。这种多方面知识叠加的题目要求我们在学习中对民法要有体系性认识,要对整个民法的体系非常清楚。

整个民法体系的关键点是民事法律关系,整个民法的内容就是围绕民事法律关系展开。民事法律关系的要素是主体、客体、内容三个方面,民事法律事实则是法律关系的变动原因。对照大纲,就可以发现,除了第一章民法概述以外,公民和法人两章是关于主体的探讨;民事法律行为、代理、诉讼时效则是对法律事实的探讨。物权、债权、人身权、民事责任则是对具体内容的探讨。而其中又以意定的法律关系变动原因——民事法律行为最为重要,整个合同法、担保法的内容实际上就是这种意定的法律事实的进一步具体化。如果能够很好地把握这样一个体系,不但对司法考试有重要作用,而且对今后的法律工作,形成法律意识都有积极意义。

如果有对民法体系的认识,就可以通过“知识树”的方式很好地将整个民法的内容串在一起,并通过这样的一种方法帮助记忆,从而提高学习效率。

二、全面复习,重点突出

全面复习的原因是司法考试的题量大,分值小,细节化。在司法考试中,对于一个科班出身的法学院学生,即使没有准备一般也会考到340分左右,而往往我们需要突破的瓶颈是最后的20分。前三张试卷每卷100道选择题,每一道选择题不仅考一个知识点,而是考接近四个知识点,这就意味着试卷的内容相当零碎,因此全面复习显得尤为重要。在全面复习的基础上要突出重点,重点的含义有三方面:一是传统重点。就是每一门课都有它固定的重点,无论是考法硕或法学研究生还是博士,任何一种考试包括司法考试都会考到的重点知识点;二是新增

内容。新增内容主要强调每年新颁布的法律及司法解释。如2006年的卷三中民法考了60分,而涉及新的司法解释的内容就达47分。三是热点问题,主要体现在每年的论述题中,这就要求大家对每年社会的热点问题有所了解。

在重点的理解上,也要有一个特别的认识。虽然重点不变,但是每年出题的角度及思路会改变,因此如何真正理解重点知识就成为获得高分的要素。试以《物权法》作为例子分析:首先,《物权法》在考试中的内容不会太难,因为《物权法》通过的时间不长,需要让大家都有一个学习和领会的过程;其次,一定要把握《物权法》中的一些特别的制度创新,如不动产登记生效的例外情形、善意取得制度在不动产上的适用、建筑物区分所有权的具体化等;最后,原有法律制度与《物权法》冲突的内容也将成为考试的重点,如人保与第三人的物保并存时承担了担保责任的担保人可否向其他担保人追偿的问题、最高额抵押中主债权是否可以转让、企业之间的留置权不要求有牵连关系、共有制度中不能确定何种共有时的推定等。

三、法条的复习方法

司法考试主要是针对法律实务人员,如律师、法官、检察官,因此主要以法条为主,可以保证答案的唯一性,而不是学理的探讨。司法考试的这个特点决定了法条的重要性。当然,在明确法条重要性的前提下,仍然不能忽视教材的意义。因为法典化的结果就是导致法律所蕴涵的价值被吸收,如果没有相关教材的解释,将无法理解法条的真正含义,故掌握法学的一些基本理论,对复习司法考试,特别是理解法条是有帮助的。

具体复习法条的要点是掌握法条中的关键词,举《民法通则》第55条规定为例。对这个条文的理解,应当按照下列方式分析:

《民法通则》第55条分析:

民事法律行为应当具备下列条件:^{条件1}(1) 行为人具有相应的民事行为能力;^{条件2}(2) 意思表示真实;^{条件3}(3) 不违反法律或者社会公共利益。

三个条件必须同时具备,缺一不可。

只要求“相应”而非“完全”。

表述为语言就是:这是对民事法律行为的规定,而非对民事行为的规定;要求民事法律行为应当具备三个条件,这三个条件缺一不可。其中条件1要求行为人具有“相应”的民事行为能力而不是“完全”的民事行为能力。条件2要求“意思表示真实”而不是仅有“意思表示”。条件3强调“不违反法律或者社会公共利益”,这里面要注意是“或者”而不是“和”,当然该条规定中“或者”与“和”并无多大区别,但是在一些特定的法条里,“或者”与“和”有着本质的区别。

再如分析《合同法》第24条:

《合同法》第24条分析:

情形¹ 要约以信件或者电报作出的, 承诺期限自信件载明的日期或者电报交发之日开始计算。情形² 信件未载明日期的, 自投寄该信件的邮戳日期开始计算。

情形³ 要约以电话、传真等快速通信方式作出的, 承诺期限自要约到达受要约人时开始计算。

这个法条看上去有些复杂,但是仔细分析并不难,承诺期限分三种情形:一是要约信件或电报载明日期的;二是要约信件或电报未载明日期的;三是以电话传真等快速通信方式作出的。然后分别了解它们的法律后果,就很容易掌握该条规定。

这样的一种类似于划分语法结构的法条复习方法,可以帮助考生在短时间内有效地获得对法条的深刻认识和印象,也可以避免在掌握重点知识时的盲区。

四、大量演练真题

我们认为,通过对真题的学习和掌握,可以帮助考生把握考试重点。每年的考点在历年试题中的重复率大约在85%左右,因此通过对历年真题的把握,可以掌握今年考试的重点。另外可以通过对历年真题的学习,把握出题者的思路及方法。每种考试都有自己的一种固定的模式和结构,而这种模式和结构很难用语言来表述,而通过认真揣摩历年试题,可以找到这种感觉。因此对于历年真题,我们不仅要把历年试题做一遍,还要多琢磨试题,看一下历年试题的走向,自己做错了哪些,蒙对了哪些,错在哪里,为什么,即使是对的也要分析一下各选项考到了哪些知识点。只有这样自己才能全面把握出题者的思路和出题方法。

五、其他方面

(1) 注意时间分配,最大限度克服遗忘规律。要有计划、有节奏地准备自己的复习过程,不要搞疲劳战术。不要早就开始高强度的复习,人的精神往往有一个限度,如果弦一直绷紧,到了最后自己就无法忍受了。应当掌握节奏,先松后紧,越到考前越集中,尤其是到了最后的15天,一定要一心一意,全力以赴,放下手中的其他事情专心做这一件事,这时候记忆力和精神状态是最好的。另外建议大家每天晚上对当天复习的内容做一个简单的回顾,回忆当天学到了哪些内容,掌握了哪些内容。一方面可以加强对内容的体系性的掌握,另一方面可以提高复习效率,增强自信心。

(2) 多动手。对于没有法律基础的考生来说,多动手有利于培养对法律的认知,也有利于答题时语言的组织。现在论述题的形式对这方面要求尤其高。很多法律的专业术语,平时好像看得很熟了,但到做题的时候却记不起来,写不出来,如果平时能够多动手,则可以避免考试时“眼高手低”。多动手有利于把握考试时间,考试时首先要保证先做完题,然后才是做好。

可以相信,每个人梦想着自己的成功,不一样的结果则是来自实现梦想的方法!

目 录

第一章 民法概述	(1)
第二章 公民(自然人)	(5)
第三章 法人	(14)
第四章 物和有价证券	(17)
第五章 民事法律行为	(18)
第六章 代理	(24)
第七章 诉讼时效	(27)
第八章 物权概述	(31)
第九章 所有权	(39)
第十章 用益物权	(46)
第十一章 担保物权	(47)
第十二章 占有制度	(58)
第十三章 债的概述	(60)
第十四章 债的履行	(62)
第十五章 债的保全与担保	(67)
第十六章 债的移转与消灭	(82)
第十七章 合同概述	(89)
第十八章 合同的订立	(92)
第十九章 合同的效力	(100)
第二十章 违约责任	(103)
第二十一章 转移财产权利的合同	(108)
第二十二章 交付工作成果的合同	(122)
第二十三章 提供劳务的合同	(128)
第二十四章 技术合同	(135)
第二十五章 不当得利和无因管理	(138)
第二十六章 知识产权概论	(145)
第二十七章 著作权法	(146)
第二十八章 专利法	(161)
第二十九章 商标法	(174)
第三十章 婚姻家庭	(183)
第三十一章 继承法	(191)
第三十二章 人身权	(198)
第三十三章 侵权行为	(205)

第一章 民法概述

考点 1 民事法律关系的认定

一、精讲

民事法律关系,是指由民事法律规范所调整的社会关系,也就是由民事法律规范所确认和保护的社会关系。

1. 并非所有的社会关系都受法律调整,有很多社会关系,如恋爱关系、朋友关系都不受法律的调整。另外现实生活中发生在一些陌生人之间的友好行为,法律上称之为情谊行为,如看演出时借用望远镜等,原则上不受法律关系的调整。但如果因故意或者重大过失导致了严重后果时,仍有侵权法的介入。

2. 并非所有的法律关系都属于民事法律关系,只有那些由民事法律规范调整的社会关系才属于民事法律关系。

二、例题

1. 关于民事法律关系,下列哪一选项是正确的?(2008年真题,单选)

- 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

[释疑] 对选项 A、D 的把握在于掌握法律关系的变动原因,即法律事实的内容(我们在本书的提示与预测中特意强调了这一点)。法律事实可以分为事件和行为,无论是事件还是行为中的事实行为,法律关系均不是当事人自主设立的,而是法律规定的结果。由当事人自主设立的法律关系主要体现为通过民事法律行为建立的法律关系。当事人自主设立的法律关系,如合同法律关系,其内容是由当事人自己决定的。因此选项 A、D 的说法错误。选项 B 的错误在于将民事法律关系的主体作了一个过窄的理解。实际上,法律关系的主体除了自然人和法人以外,至少还可以包括国家。关于选项 C,我们知道,债的法律关系的客体是行为,而行为既可以包括作为,也可以包括不作为,如竞业禁止条款等。(答案:C)

2. 下列哪种情形成立民事法律关系?(2006年真题,单选)

- A. 甲与乙约定某日商谈合作开发房地产事宜
- B. 甲对乙说:如果你考上研究生,我就嫁给你
- C. 甲不知乙不胜酒力而极力劝酒,致乙酒精中毒住院治疗
- D. 甲应同事乙之邀前往某水库游泳,因抽筋溺水身亡

[释疑] 由于民事法律关系强调由民法规范所调整的社会关系,故要求当事人已经处于民法的调整范围。首先,选项 A 中的甲乙只是就有关合作事宜进行“商谈”,还没有进入预约的状态,因此不当选。其次,在我国婚约不具有法律效力,故选项 B 中的当事人不能成立民事法律关系,不当选。再次,选项 D 中的乙只是一个邀请行为,对于甲因游泳而死亡并无任何过

错,故不当选。最后,选项C中甲虽不知乙不胜酒力,但作为生活常识,大量饮酒必然会对身体造成伤害,因此就乙的酒精中毒有过错,应当承担相应的民事责任,故在当事人间产生了民事法律关系。需要指出的一点是,本题出得不是很严谨,应当在题干中强调在甲乙当事人间产生民事法律关系。因为单就选项D而言,虽然甲乙之间不产生民事法律关系,但是在甲及其家人之间当会产生因死亡而导致的民事法律关系。(答案:C)

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年真题,单选)

- 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

【释疑】此题仍涉及民事法律关系的定性问题。民事法律关系是一种社会关系,但并非所有的社会关系均是民事法律关系。本题所涉及的情形中,双方当事人之间虽有约定,表面上看符合合同的情形,但实际上双方的关系属于一种情谊行为,即双方当事人之间就唤醒一事达成的意思仅属于不受法律拘束的情谊行为。双方当事人在该意思成立之时没有打算就此约定承担任何法律上的拘束力。即使按照法律关系处理,由于是无偿的,且乙在主观上并无故意或者重大过失,因此损失应由受损者自己承担。故正确答案应当是选项D。(答案:D)

三、提示与预测

掌握法律事实部分的内容:

1. 了解法律事实是导致民事法律关系变动的原因,即能够引起民事法律关系发生、变更和消灭的客观情况。

2. 引起民事法律关系变动的法律事实既可以是一个法律事实,也可以是两个或者多个法律事实。如遗嘱继承法律关系的产生就需要两个法律事实:立有遗嘱和被继承人死亡。

3. 法律事实可以分为两类:事件和人的行为。(1)事件是指与当事人意志无关,但能够引起民事法律关系发生、变更和消灭的客观情况。具体如:人的出生与死亡、自然灾害与意外事件、时间的经过等。(2)人的行为。人的行为指人有意识的活动;人的无意识的行为,如梦游是事件而非行为。根据人的行为是否属于表意行为,可以分为民事行为和事实行为两类。

考点 2 民事权利的分类

一、精讲

民事权利根据其效力所及范围、内容、作用和性质的不同,可以作不同的分类,其中最重要的分类就是根据权利的作用划分为支配权、请求权、形成权和抗辩权。对于这种分类,掌握以下几点:

1. 支配权。支配权具有下列特征:(1)支配权只凭权利人自己的意思就能实现利益,无须义务人的积极行为配合。(2)权利作用上具有支配性、排他性和优先效力。(3)对对应义务的消极性。

2. 请求权。请求权的权利人不能对权利客体直接支配,必须通过义务人的作为或不作为,才能实现其权利。请求权的特征:(1)权利利益须通过义务人的给付方能实现。(2)权利

作用体现为请求,而不是支配。(3)权利效力上不具有排他性。同一客体上可以存在两个不相容的请求权,如二重买卖。(4)权利效力上具有平等性。

3. 形成权。权利人依自己单方面的意思表示,使自己与他人之间的法律关系发生变动的权利。形成权具有以下特征:(1)此种意思表示既可以采用明示方式,也可以采用其他方式发生。(2)形成权的两个基本特征:一是单方意思表示;二是使得法律关系发生、变更、消灭。(3)形成权的行使,原则上不得附条件或附期限,一旦行使不得撤销。形成权要受除斥期间的限制。其行使对象既可以是不确定的当事人,如抛弃所有权;也可以是特定的当事人,如对越权代理的追认权。

4. 抗辩权。抗辩权指权利人用以对抗他人请求权的权利,如同时履行抗辩权、不安抗辩权、先诉抗辩权等。抗辩权具有如下特征:(1)主要针对请求权。(2)效力在于阻止请求权的行使。(3)并非否定相对人的请求权,并非变更或者消灭相对人的权利(与形成权不同)。

二、例题

1. 关于民事权利,下列哪些选项是正确的?(2008年真题,多选)

- A. 甲公司与乙银行签定借款合同,乙对甲享有的要求其还款的权利不具有排他性
- B. 丙公司与丁公司协议,丙不在丁建筑的某楼前建造高于该楼的建筑,丁对丙享有的此项权利具有支配性
- C. 债权人要求保证人履行,保证人以债权人未对主债务人提起诉讼或申请仲裁为由拒绝履行,保证人的此项权利是抗辩权
- D. 债权人撤销债务人与第三人的赠与合同的权利不受诉讼时效的限制

〔释疑〕首先,选项A中涉及的权利是债权,而债权的一个重要特征就是相对性,即不具有排他性,因此选项A的说法正确。其次,选项B中涉及的权利是物权的支配性。根据《物权法》第156条第1款:“地役权人有权按照合同约定,利用他人的不动产,以提高自己的不动产的效益。”可知,丁取得了丙不在其土地上建高楼的地役权,此属物权的一种,具有支配性,故B当选。再次,根据《担保法》第17条的规定,当事人在保证合同中约定,债务人不能履行债务时,由保证人承担保证责任的,为一般保证。一般保证的保证人在主合同纠纷未经审判或者仲裁,并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前,对债权人可以拒绝承担保证责任。这是抗辩权之先诉抗辩权,故C当选。最后,撤销权属于形成权的一种,受除斥期间的限制,而诉讼时效是相对于请求权而言的,故D当选。(答案:ABCD)

2. 下列关于民事权利中的形成权的表述,哪些是正确的?(2005年真题,多选)

- A. 形成权只能通过明示方式行使
- B. 效力待定合同中相对人的催告权并非形成权
- C. 债权人撤销权属形成权
- D. 形成权不受诉讼时效期间的限制

〔释疑〕首先,根据形成权的基本特征:(1)单方面的意思表示;(2)发生民事法律关系的变动,即有法律关系产生、变更和消灭。虽然B选项中的催告属于单方面的意思表示,但没有民事法律关系的变动,故选项B的表述正确。其次,限制形成权的期限为除斥期间,而非诉讼时效,因此选项D的表述正确。再次,形成权的意思表示既可以是明示的,也可以是非明示的,故选项A的说法错误。最后,债权人的撤销权在性质上有请求权说、形成权说、折中说、责

任说等学说,目前通说认为采折中说,因此选项 C 的说法错误。(答案:BD)

3. 下列关于民事权利的表述哪一个是错误的?(2004 年真题,单选)

- A. 抵销权是一种形成权 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

【释疑】 此题是对民事权利分类的综合考察。支配权是指权利人可以直接支配权利客体,并排斥他人干涉的权利。物权、知识产权与人格权均属支配权。同时根据权利与义务相一致原则,任何权利都存在对应的义务。另外权利人也不得滥用自己的权利。故选项 B 的说法正确,选项 D 的说法错误。请求权的特征之一就是权利不具有排他性。故选项 C 的说法正确,选项 A 中的抵销权属于形成权,因此选项 A 的说法正确。综上,本题的正确答案是选项 D。(答案:D)

4. 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 年真题,多选)

- 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. 受赠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

【释疑】 首先,选项 A 中被代理人的追认使得民事法律关系发生了变更,从原来的效力待定变成了合法有效,被代理人的追认属于形成权。选项 B 中的监护人是否追认均不影响该合同的效力,因此监护人的追认不是形成权。受赠赠人未在知道受赠期限内作出接受的意思表示的视为拒绝接受。所以选项 C 中的受赠赠人未作受赠的意思表示使得遗赠的民事法律关系未正式发生,故受赠赠人的同意属于形成权。选项 D 出租人单方面解除合同使得民事法律关系消灭,出租人的解除权属于形成权。(答案:ACD)

三、提示与预测

1. 形成权是重点。注意可撤销合同中的撤销权属于形成权,但债的保全中的撤销权不是形成权。
2. 掌握主权利和从权利的分类。尤其注意一点,从权利的消灭不影响主权利本身的存在,而且从权利不能独立于主权利而单独移转。

考点 3 权利的救济

一、精讲

权利的救济分为自力救济与公力救济两种,其中自力救济又有自卫行为和自助行为之分,其中的自卫行为又分为正当防卫与紧急避险。公力救济的手段则有诉讼和强制执行两种。

1. 掌握自助行为的构成要件:(1) 自己权利受到不法侵害;(2) 时间紧迫无法立即获得公力救济;(3) 采取手段得当;(4) 事后及时移交相关国家机关处理。
2. 注意自助行为与正当防卫、留置权等概念的区别。与正当防卫相比较,自助行为仅针对侵害自己权利的事实作出反应,而正当防卫既可以是针对侵害正当防卫人的事实作出反应,也可以针对侵害正当防卫人之外的人作出反应。与留置权相比,自助行为不要求特定合同关系的存在;自助行为既可以就财产进行自助,也可以就人身自由进行自助;自助行为不强调被

扣押的财产与合同具有牵连关系;自助行为不要求自助人实施自助行为的时候已经占有标的物,而留置权则强调必须合法占有标的物。

二、例题

1. 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。对乙的行为应如何定性?(2005年真题,单选)

- 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

【释疑】同时履行抗辩权、不安抗辩权属于双务合同中的抗辩权,其重要的特征有:拒绝履行的义务与对方应当履行的债务之间具有牵连关系;双方的债务构成对价关系。具体到本题,遗忘的外衣与未付餐费之间既不具有牵连关系,也没有对价。因此不能认定为同时履行抗辩权或者不安抗辩权。通过判断乙的行为是否具有合法性,可以确认乙的行为属于侵权行为还是自助行为。鉴于甲有不履行义务的行为,且甲为不特定的合同主体,如果乙不采取措施,必然导致乙没有办法追究甲的法律责任,因此乙有权在甲不履行义务的情况下,拒绝履行交还义务,当属于自助行为。自助行为与侵权行为的区别:自助行为成立的前提是有请求权;而侵权行为中当事人肯定没有请求权或者超越了请求权的范围。(答案:C)

2. 一住店客人未付房钱即要离开旅馆去车站,旅馆服务员见状揪住他不让走,并打报警电话。客人说:“你不让我走还限制我自由,我要告你们旅馆,耽误了乘火车要你们赔偿。”问:旅馆这样做的性质应如何认定?(2002年真题,单选)

- A. 属于侵权,系侵害人身自由权
- B. 属于侵权,系积极侵害债权
- C. 不属于侵权,是行使抗辩权之行为
- D. 不属于侵权,是自助行为

【释疑】掌握自助行为与侵权行为之间的区别,具体解释见上题。(答案:D)

三、提示与预测

当事人自己认为是自助行为,事后判断不构成自助行为,即使当事人主观上没有过错,也应承担侵权的民事责任。

第二章 公民(自然人)

考点 1 限制民事行为能力与无民事行为能力

一、精讲

行为能力是指自然人能以自己的行为取得民事权利,承担民事义务的能力。它以自然人的意思能力为前提,即判断行为后果的能力。对于行为能力要掌握:

1. 限制民事行为能力人包括两类,分别是10周岁以上的未成年人和不能完全辨认自己行为后果的精神病人。

2. 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。

3. 限制民事行为能力人依法不能独立进行的民事行为,应由其法定代理人代理,或者征得他的法定代理人的同意后独立进行。法定代理人由监护人担任。

4. 限制民事行为能力人使用诈术使他人相信其有完全民事行为能力的,其所为的民事行为为有效。

5. 无民事行为能力人,由他的法定代理人代理民事活动。与限制民事行为能力人相比,限制民事行为能力人可以在征得法定代理人同意后进行相关民事活动,而无民事行为能力人只能由其法定代理人代理。因此限制民事行为能力人独立签订依法不能独立签订的合同属于效力待定的合同,而无民事行为能力人独立签订依法不能独立签订的合同则属于无效合同。

二、例题

【例】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。问:该转让协议的效力如何?(1999 年真题,单选)

- 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

【释疑】 杨某为限制行为能力人,根据《合同法》第 47 条,协议在性质上属于效力待定的合同。需要注意几点:(1) 行为能力的认定由法律规定,与智力超常无关,非个案认定(关于成年人的精神病鉴定除外)。(2) 注意区别限制行为能力人订立合同的行为与从事其他民事行为的性质的认定:① 限制行为能力人独立实施的与其年龄、智力状况相适应的民事行为有效;② 根据《合同法》第 47 条的规定,限制行为能力人订立的合同属于效力待定的合同;③ 据《合同法》第 47 条及《民法通则》第 58 条的规定,限制行为能力人独立实施的除上述两项行为以外的民事行为(主要指单方民事行为)为无效民事行为。(3) 无论是限制民事行为能力人还是无民事行为能力人均得作为合同主体,只是在其年龄、智力、精神状态不相适应时,须由其法定代理人代理才行。(答案:B)

三、提示与预测

1. 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。另外只要被视为完全民事行为能力人,即使后来失去工作,也仍然属于完全民事行为能力人。

2. 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。

3. 完全民事行为能力人在神志不清的状态下所实施的民事行为无效。

考点 2 监护

一、精讲

1. 夫妻离婚后,孩子的父母仍都是监护人,与子女共同生活的一方无权取消对方对该子女的监护权,除非未与该子女共同生活的一方对该子女有犯罪、虐待行为或者对该子女明显不利的,或者人民法院认为可以取消监护权的。

2. 除为了被监护人利益外,监护人不得随意处分被监护人的财产。如为被监护人看病、

买保险、纳税或承担被监护人致他人损害时的赔偿责任,即属于为了被监护人利益。

3. 对于监护部分内容的掌握,必须结合特殊侵权中未成年人致人损害时监护人的民事责任部分一起把握。

二、例题

1. 小甲6岁,父母离异,由其母抚养并与之共同生活。某日,小甲在幼儿园午餐时与小朋友小乙发生打斗,在场的带班老师丙未及时制止。小甲将小乙推倒在地,造成骨折,花去医药费3000元。小乙的父母欲以小甲的父母、幼儿园及丙为被告,要求赔偿。下列表述哪些是正确的?(2004年真题,多选)

- A. 小甲之母应承担赔偿责任
B. 小甲之父应承担连带赔偿责任
C. 幼儿园应给予适当赔偿
D. 丙应承担连带责任

[释疑] 第一,根据《民法通则》第133条的规定,无民事行为能力人造成他人损害的,由监护人承担民事责任。本题中小甲的侵权行为由其监护人父母承担监护责任。同时根据《民通意见》第158条的规定,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。故小甲母亲应该承担赔偿责任,选项A的说法正确。第二,要求小甲父亲承担责任的前提是小甲母亲独立承担民事责任确有困难,此事实在于题中没有交代,故选项B不当选。第三,根据《人身损害赔偿司法解释》第7条的规定,对未成年人依法负有教育、管理、保护义务的幼儿园,未尽职责范围内的相关义务致使未成年人遭受人身损害的,应当承担与其过错相应的赔偿责任。本题中带班老师丙没有及时制止,有过错,同时老师的监管属于履行职务行为,应当由幼儿园承担相应的过错责任,故选项C的说法正确。最后指出一点,自2004年以后,关于教育机构的责任承担问题应当根据《人身损害赔偿司法解释》作答,不再依据《民通意见》第160条的规定处理。(答案:AC)

2. 甲与乙离婚并达成协议:婚生男孩丙(3岁)由乙(女方)抚养,如双方中的一方再婚,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。问:下列有关论述正确的有哪些?(2002年真题,多选)

- 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

[释疑] 第一,根据《民通意见》第21条的规定,夫妻离婚后,父母双方对子女均有监护权。故选项A正确。第二,双方对子女抚养问题达成的协议如果没有违反法律的强行性规定,当然有效,受法律保护。故选项D错误。第三,由于一方当事人不同意履行协议,故另外一方只能通过诉讼程序解决,选项C正确。第四,由于协议属于涉及身份关系的协议,根据《合同法》第2条第2款的规定,不能适用合同法。故选项B错误。(答案:AC)

3. 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年真题,多选)

- 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

【释疑】 第一,掌握《民法通则》第18条的规定,即除为被监护人的利益外,不得处理被监护人的财产。第二,选项A可以依据《民法通则》第133条第2款的规定确认为正确答案。第三,对于选项C的判断,应当考虑为谁买人身保险,由于是“为甲购买的人身保险”,故属于为甲的利益,所以合法有效。第四,本题最简单的解题思路是排除法,可以基于《民法通则》第18条的规定,很快排除B、D。同时此题属于多选题,因此,A、C必定正确。(答案:AC)

三、提示与预测

1. 未成年人的父母是其当然的监护人,这种监护资格因未成年人的出生而开始,同时这种资格不因父母离婚而取消。
2. 父母因为正当理由,不能亲自履行监护职责的,法律允许父母委托他人代为履行部分或者全部监护职责,但父母仍为法定监护人。
3. 监护人可以将监护职责的部分或者全部委托给他人。但在委托监护的情况下,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,除非双方另有约定,而且这种约定不能对抗被侵权人。如果受托人确有过错的,负连带责任。
4. 关系密切的其他亲属、朋友担任监护责任不是法定义务。他们担任监护人须秉承“自己愿意,单位同意”这样的规则。

考点 3 宣告死亡

一、精讲

1. 宣告死亡发生与自然死亡同样的法律后果。
2. 宣告死亡只是推定,因此如果被宣告死亡人没有死亡的,有民事行为能力的人在被宣告死亡期间实施的民事法律行为有效。
3. 宣告死亡被撤销后,被宣告死亡的配偶的婚姻状态未发生变化的,婚姻关系自行恢复;婚姻状态发生过变化的,婚姻关系不能自行恢复。
4. 撤销死亡宣告后,本人可请求返还财产。因继承法而取得财产的自然人或者组织,应当返还原物;原物不存在的,给予适当补偿。

二、例题

1. 甲被法院宣告死亡,甲父乙、甲妻丙、甲子丁分割了其遗产。后乙病故,丁代位继承了乙的部分遗产。丙与戊再婚后因车祸遇难,丁、戊又分割了丙的遗产。现甲重新出现,法院撤销死亡宣告。下列哪种说法是正确的?(2006年真题,单选)

- A. 丁应将其从甲、乙、丙处继承的全部财产返还给甲
B. 丁只应将其从甲、乙处继承的全部财产返还给甲
C. 戊从丙处继承的全部财产都应返还给甲
D. 丁、戊应将从丙处继承的而丙从甲处继承的财产返还给甲

【释疑】 根据《民法通则》第25条规定,被撤销死亡宣告的人有权请求返还财产。依照