

2017年版

研习历年试题就是做未来真正考题

司法考试

历年试题及考点归类精解

民法

法律考试中心/组编 张能宝/主编

始于二〇〇二 始于司考元年

张能宝团队倾力钜献 十五年畅销经典之作

与司法考试同步问世 助广大考生成功过关



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

2017年版

司法考试 历年试题及考点归类精解

民法

法律考试中心/组编 张能宝/主编

主 编	张能宝			
副主编	杨艳霞	张 玲	田域基	郭 玮
撰稿人	张能宝	杨艳霞	张 玲	田域基
	郭 玮	刘亚莉	李慧琦	倪 燕
	汪涵中	施金晶	黄 果	高 娜
	杨星星	姚 岚	孙 阳	高顺燊
	王光明	刘金坤	张劲晗	

目 录

民法分值分布、命题基本规律与复习技巧	(1)
一、分值分布	(1)
二、命题基本规律与复习技巧	(1)

民法通则

第一部分 2012~2016 年分值分布、命题	
基本规律与复习技巧	(1)
一、分值分布	(1)
二、命题基本规律与复习技巧	(2)
(一)命题基本规律	(2)
(二)复习技巧	(2)
第二部分 客观试题归类精解	(3)
一、民法基础理论	(3)
(一)单项选择题	(3)
(二)已考考点归纳	(6)
(三)备考提示	(6)
二、自然人	(6)
(一)单项选择题	(6)
(二)多项选择题	(10)
(三)不定项选择题	(11)
(四)已考考点及已考法条归纳	(13)
(五)备考提示	(13)
三、法人	(13)
(一)单项选择题	(13)
(二)多项选择题	(14)
(三)已考考点及已考法条归纳	(15)
(四)备考提示	(15)
四、民事法律行为与代理	(15)
(一)单项选择题	(15)
(二)多项选择题	(20)
(三)已考考点及已考法条归纳	(22)
(四)备考提示	(23)
五、人身权	(23)
(一)单项选择题	(23)
(二)已考考点及已考法条归纳	(25)
(三)备考提示	(26)
六、债权	(26)
(一)单项选择题	(26)
(二)多项选择题	(29)
(三)已考考点及已考法条归纳	(29)

(四)备考提示	(30)
七、诉讼时效	(30)
(一)单项选择题	(30)
(二)多项选择题	(32)
(三)已考考点及已考法条归纳	(33)
(四)备考提示	(33)

合 同 法

第一部分 2012~2016 年分值分布、命题	
基本规律与复习技巧	(34)
一、分值分布	(34)
二、命题基本规律与复习技巧	(34)
(一)命题基本规律	(34)
(二)复习技巧	(34)
第二部分 客观试题归类精解	(35)
一、合同的订立与效力	(35)
(一)单项选择题	(35)
(二)多项选择题	(38)
(三)不定项选择题	(40)
(四)已考考点及已考法条归纳	(46)
(五)备考提示	(46)
二、合同的履行、变更和转让	(47)
(一)单项选择题	(47)
(二)多项选择题	(52)
(三)不定项选择题	(54)
(四)已考考点及已考法条归纳	(57)
(五)备考提示	(57)
三、合同的权利义务终止	(58)
(一)单项选择题	(58)
(二)多项选择题	(59)
(三)已考考点及已考法条归纳	(60)
(四)备考提示	(60)
四、违约责任	(60)
(一)单项选择题	(60)
(二)已考考点及已考法条归纳	(61)
(三)备考提示	(61)
五、买卖合同、赠与合同、借款合同	(61)
(一)单项选择题	(61)
(二)多项选择题	(64)
(三)已考考点及已考法条归纳	(69)

(四) 备考提示	(70)
六、租赁合同、融资租赁合同、承揽合同、 建设工程合同、技术合同	(70)
(一) 单项选择题	(70)
(二) 多项选择题	(72)
(三) 不定项选择题	(74)
(四) 已考考点及已考法条归纳	(76)
(五) 备考提示	(76)
七、委托合同、行纪合同、居间合同	(77)
(一) 单项选择题	(77)
(二) 多项选择题	(78)
(三) 已考考点及已考法条归纳	(78)
(四) 备考提示	(78)
第三部分 案例分析题集中精解	(78)
一、试题解析	(78)
二、已考考点及已考法条归纳	(91)
三、备考提示	(91)

物 权 法

第一部分 2012~2016 年分值分布、命题 基本规律与复习技巧	(92)
一、分值分布	(92)
二、命题基本规律与复习技巧	(92)
(一) 命题基本规律	(92)
(二) 复习技巧	(92)
第二部分 客观试题归类精解	(92)
一、物权总则	(92)
(一) 单项选择题	(92)
(二) 多项选择题	(95)
二、所有权	(96)
(一) 单项选择题	(96)
(二) 多项选择题	(100)
三、用益物权	(102)
多项选择题	(102)
四、占有	(103)
(一) 单项选择题	(103)
(二) 多项选择题	(105)
第三部分 物权法已考考点及已考法条 归纳、备考提示	(107)
一、已考考点及已考法条归纳	(107)
二、备考提示	(107)

侵权责任法

第一部分 2012~2016 年分值分布、命题 基本规律与复习技巧	(107)
--	-------

一、分值分布	(107)
二、命题基本规律与复习技巧	(108)
第二部分 客观试题归类精解	(108)
一、责任主体特殊规定	(108)
多项选择题	(108)
二、特殊侵权责任	(108)
(一) 单项选择题	(108)
(二) 多项选择题	(112)
第三部分 侵权责任法已考考点及已考 法条归纳、备考提示	(116)
一、已考考点及已考法条归纳	(116)
二、备考提示	(116)

担 保 法

第一部分 2012~2016 年分值分布、命题 基本规律与复习技巧	(117)
一、分值分布	(117)
二、命题基本规律与复习技巧	(117)
(一) 命题基本规律	(117)
(二) 复习技巧	(117)
第二部分 客观试题归类精解	(117)
一、保证	(117)
(一) 单项选择题	(117)
(二) 多项选择题	(119)
二、抵押	(119)
(一) 单项选择题	(119)
(二) 多项选择题	(120)
(三) 不定项选择题	(124)
三、质押	(126)
(一) 单项选择题	(126)
(二) 多项选择题	(128)
四、留置	(128)
多项选择题	(128)
第三部分 担保法已考考点及已考法条 归纳、备考提示	(129)
一、已考考点及已考法条归纳	(129)
二、备考提示	(129)

著作 权 法

第一部分 2012~2016 年分值分布、命题 基本规律与复习技巧	(130)
一、分值分布	(130)
二、命题基本规律与复习技巧	(130)
(一) 命题基本规律	(130)
(二) 复习技巧	(130)

第二部分 客观试题归类精解 (131)

一、单项选择题 (131)

二、多项选择题 (135)

三、已考考点及已考法条归纳 (140)

四、备考提示 (140)

商 标 法

第一部分 2012 ~ 2016 年分值分布、命题

基本规律与复习技巧 (141)

一、分值分布 (141)

二、命题基本规律与复习技巧 (141)

(一) 命题基本规律 (141)

(二) 复习技巧 (141)

第二部分 客观试题归类精解 (141)

一、单项选择题 (141)

二、多项选择题 (144)

三、已考考点及已考法条归纳 (146)

四、备考提示 (146)

专 利 法

第一部分 2012 ~ 2016 年分值分布、命题

基本规律与复习技巧 (147)

一、分值分布 (147)

二、命题基本规律与复习技巧 (147)

(一) 命题基本规律 (147)

(二) 复习技巧 (147)

第二部分 客观试题归类精解 (147)

一、单项选择题 (147)

二、多项选择题 (151)

三、已考考点及已考法条归纳 (154)

四、备考提示 (154)

婚 姻 法

第一部分 2012 ~ 2016 年分值分布、命题

基本规律与复习技巧 (154)

一、分值分布 (154)

二、命题基本规律与复习技巧 (154)

(一) 命题基本规律 (154)

(二) 复习技巧 (155)

第二部分 客观试题归类精解 (155)

一、单项选择题 (155)

二、多项选择题 (158)

三、已考考点及已考法条归纳 (159)

四、备考提示 (160)

继 承 法

第一部分 2012 ~ 2016 年分值分布、命题

基本规律与复习技巧 (160)

一、分值分布 (160)

二、命题基本规律与复习技巧 (160)

(一) 命题基本规律 (160)

(二) 复习技巧 (160)

第二部分 客观试题归类精解 (161)

一、单项选择题 (161)

二、多项选择题 (164)

三、已考考点及已考法条归纳 (166)

四、备考提示 (166)

民法分值分布、命题基本规律与复习技巧

一、分值分布

	民法通则	合同法	物权法	侵权责任法	担保法	著作权法	商标法	专利法	婚姻法	继承法	总 计
2016 年	14	28	10	7	14	5	3	3	5	3	92
2015 年	5	47	7	9	9	4	3	3	3	1	91
2014 年	10	51	8	5	4	4	3	3	1	3	92
2013 年	13	46	9	3	6	5	3	3	1	3	92
2012 年	10	42	12	2	9	5	3	4	1	4	92

注:2012~2016 年案例及不定项题目均为综合题目,涉及民法通则、物权法、担保法等,为保持题目完整,在分值分别统计的情况下,我们将试题做集中解析。

二、命题基本规律与复习技巧

一直以来,民法始终在国家司法考试(含以往的律考)中占据着举足轻重的地位。究其原因,市场经济建立和发展的社会就是“私法”发展与完善的社会,市场经济越是繁荣发达就越需要“私法”的繁荣昌盛。而在整个“私法”领域,民法既是奠基者又是排头兵。民法在国家市场经济建设中的这种基础保障性地位,决定了它应当而且必须在司法考试中占有重要地位。

1. 从上表可以看出,民事法学在 2012~2016 年 5 年的司法考试中共考了 459 分,年均 92 分,成为当之无愧的司法考试第一大户;民法历年分值占据了整个考试 600 分总量的近 1/6,在各部门法分值中高居榜首。

我们认为,在未来的司法考试中,民法的分数仍将保持在这一水平上。

2. 在大的命题方向上,虽然民法的各单行法在 2016 年的司法考试中都有生动表现,但总体上仍维持的是一个基本的态势——以民法通则、合同法、物权法、侵权责任法为“龙头”,以担保法、知识产权法为“龙身”,以婚姻法、继承法为“龙尾”。“龙头”、“龙身”、“龙尾”各司其职、交相辉映。由此,也决定了我们在复习民法时应以“龙头”(民法通则、合同法、侵权责任法、物权法)为重心,兼及“龙身”(担保法、知识产权法),附带“龙尾”(婚姻法、继承法)的总体复习格局。

民法通则

第一部分 2012~2016 年分值分布、命题基本规律与复习技巧

一、分值分布

	单项选择题	多项选择题	不定项选择题	案例分析及论述题	总 计
2016 年	6	4	4	0	14
2015 年	3	2	0	0	5
2014 年	6	4	0	0	10
2013 年	9	4	0	0	13
2012 年	6	4	0	0	10

二、命题基本规律与复习技巧

(一)命题基本规律

1. 从1987年施行至今,《民法通则》已参加了近二十届司法考试(包括律师资格考试)。在这近二十年中,虽然有一系列的民事单行法相继颁行,但《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《民法通则意见》)在司法考试中的地位基本上岿然不动。从我们截取的2012~2016年的样本看,《民法通则》及《民法通则意见》在司法考试中年均占到了近11分的比重。民法是市场经济建设顺利进行在法治调控手段方面的最基本保障,而《民法通则》及《民法通则意见》在民法中又居于理论基础的地位。这种理论基础的地位决定了《民法通则》及《民法通则意见》的内容理应在司法考试——选拔国家未来法律建设者的考试中得到必要彰显。

2. 在具体的命题方式上,《民法通则》及《民法通则意见》呈现出以单项选择题、多项选择题、不定项选择题为主,以案例题为辅,以论述题为新考查点的稳定的命题态势。之所以《民法通则》及《民法通则意见》在案例题中日渐衰微,是因为一系列民事单行法(特别是合同法、物权法、侵权责任法、担保法)的相继颁行,使《民法通则》及《民法通则意见》中的两大重要制度——债权制度与物权制度的内容受到很大削弱,以致《民法通则》及《民法通则意见》中很难再有更复杂的制度承受起案例分析题的8~15分之重。退而求其次,《民法通则》及《民法通则意见》的另一些重要制度,如宣告失踪与宣告死亡、个人合伙与代理、无因管理与不当得利,也只有在6分左右的不定项选择题中一展身手了!

需要注意的是,《民法通则》的内容在2004年首次进入了论述题的考查范围,2006年再一次在论述题中一展身手,2011年的论述题又出现了其身影。司法考试历来以基础性的重要部门法为主体内容,在以考查广大考生综合能力见长的论述题中,当然不能少了以《民法通则》为基础的民法的身影。在这一点上,司法考试论述题的表现,不仅会如我们以前所预言的那样,而且在未来的考试中,仍将会始终如一。

3. 在具体的命题内容方面,理论题所占比例较大是《民法通则》及《民法通则意见》在司法考试中的一个亮点。如2016年第1题关于民事法律关系的考查、第10题关于好意施惠的考查,就属于这类题目。据统计,理论题在《民法通则》及《民法通则意见》的试题中所占的比例每年约为1/8。《民法通则》及《民法通则意见》的理论题多集中在民法的基本原则、民事法律关系、民事权利、民事法律行为、意思表示、法人的一般理论、所有权的取得、他物权、债权的一般理论等方面。理论题所

占比例较大,使《民法通则》及《民法通则意见》在司法考试中独具特色,这一特色虽然加大了考生对《民法通则》及《民法通则意见》的复习难度,但广大考生也因之而受益无穷。因为通过这种晦涩的复习会强化考生对民法基础理论的领会和理解,而对民法基础理论的融会贯通对学习其他民事单行法和民事特别法又是不可或缺的,它可以极大地提高大家学习其他民事单行法和民事特别法的效率。

(二)复习技巧

1. 构建民法理论体系,领会民法理念精神,加大对民法理论部分的复习力度。民法理论的博大精深意味的绝不仅仅是民法理念的源远流长抑或晦涩艰深,它更代表着法的理性化发展方向(以正义与安全为核心),代表着法的以人为本的人本主义精神(以自由与平等为核心)。民法理论除了维护民事主体的自由全面发展的终极理念外,还包括一系列的重要制度,如民法基本原则(特别是民事主体地位平等原则、意思自治原则、诚实信用原则、公平原则等)、民事法律关系、民事权利与民事义务的基本理论、民法中的行为表现及效力、人身权至上理论、物权的一般理论、债权的一般理论与表现、民事责任等。这些重要制度和理念,构成了整个民法的基本理论体系和构架。这种体系和构架以民法总则性理论为前提,以民法分则性理论为中心,以民法附则性理论为补充,总则、分则、附则彼此相对独立而又相互支持依存,构成一幅完整生动的民法体系与精神图景。民法的体系和精神,是学习民法的关键和灵魂。

同时,我们必须明白,民法理论指导的并不仅仅是《民法通则》及《民法通则意见》,它还在广泛而深刻地指导和影响着一系列的民事单行法(如侵权责任法、物权法、合同法、担保法、婚姻法、继承法、知识产权法等)和民事特别法(如公司法、证券法、票据法、保险法、合伙企业法、海商法等)。学好民法理论是学好这些民事单行法和民事特别法的根基,任何在民法理论学习方面的一知半解和含混不清,都会导致对这些民事单行法和民事特别法的学习事倍功半。

2. 抓住《民法通则》及《民法通则意见》的重点内容,以这些内容作为复习的重心。《民法通则》及《民法通则意见》的重点内容每年都会占到相关考试内容的80%以上,掌握住了这80%,也就把握住了考试成功的关键。《民法通则》及《民法通则意见》的重点内容主要包括:(1)民法基本原则及民事法律关系;(2)公民的民事权利能力和民事行为能力;(3)个人合伙;(4)宣告失踪和宣告死亡;(5)法人的一般理论;(6)民事法律行为;(7)代理;(8)人身权;(9)物权的一般理论;(10)债权的一般理论;(11)无因管理与不当得利;(12)民事责任;(13)时效制度等。上述各部分间在本质上是存在有机联系的严谨体系,它们各项制度之间关联程度很

深,考生应全面、系统地进行复习,力求从整体上予以把握。

3. 精益求精,从细微之处把握和领会《民法通则》及《民法通则意见》的重点法条。虽然对《民法通则》及《民法通则意见》的考查中,大部分的试题仍是对法条的考查。但如今的法条考查与以往已有很大差别,它已被赋予了新的内涵。具体表现为:直接援用法条甚至照搬法条的情形已日渐萎缩,以案例形式出现的试题比例大幅提高。例如,在对自然人民事行为能力进行考查时,它不再明确交代自然人的民事行为能力怎样,而只是告诉考生“甲公司与15周岁网络奇才陈某签订委托合同,授权陈某为甲公司购买价值不超过50万元软件,陈某父母知道后,明确表示反对,问委托合同与授予代理权行为效力如何?”然后要求考生自己根据相关法条的规定排查出“陈某”的民事行为能力,进而确定其民事行为的效力。又如,在考查民事责任的承担时,它也

不再明确交代行为人行为的性质,而只是告诉考生:赵某在公共汽车上因不慎踩到售票员而与之发生口角,售票员在赵某下车之后指着他大喊:“打小偷!”赵某因此被数名行人扑倒在地致伤。对此应由谁承担责任?然后要求考生自己根据相关法条的规定排查出售票员的行为是属个人行为还是职务行为,进而确定民事责任的承担主体。诸如此类的试题就是对法条规定是否融会贯通地考查,在这种情况下,只有深入把握法条规定的内涵,切实领会法条的重点和要领所在之后,才能正确解题。

4. 认真研习历年真题。历年真题肩负着继往开来的重任,说它继往,是因为它会真实全面地诠释以往考试的考查方向、考查重点、考查模式;说它开来,是因为它也会客观准确地昭示未来考试的考查方向、考查重点、考查模式。研习过去的真题,就是在做未来的考题。

第二部分 客观试题归类精解

一、民法基础理论

(一)单项选择题

1. 根据法律规定,下列哪一种社会关系应由民法调整?(2016年试卷三第1题)

- A. 甲请求税务机关退还其多缴的个人所得税
- B. 乙手机丢失后发布寻物启事称:“拾得者送还手机,本人当面酬谢”
- C. 丙对女友书面承诺:“如我在上海找到工作,则陪你去欧洲旅游”
- D. 丁作为青年志愿者,定期去福利院做帮工

[答案] * ¹

[考点] 民事法律关系

[解析] 本题考查了民事法律关系的判断。根据《民法通则》第2条的规定:“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。”可知,民事法律关系是基于民事法律事实,由民法调整而形成的民事权利义务关系。具体而言:

(1)民事法律关系的主体具有平等性。这种平等性,表现在以下四个方面:①主体参与民事活动的条件及机会平等;②主体的法律地位平等,不存在领导和服从、管理与被管理的关系;③主体意思自治平等,任何一方主体不得将自己的意志强加给另一方;④法律对主体在民事活动中的保护平等。

(2)民事法律关系是基于民事法律事实而形成的社会关系。所谓民事法律事实,是指能够引起民事法律关系发生、变更与消灭的客观事实。它包括两大类:

①人的行为,可以分为表意行为与非表意行为。所谓表意行为,是指行为人通过意思表示,旨在设立、变更或消灭民事法律关系的行为;所谓非表意行为,是指行为人主观上没有产生民事法律关系效果的意思表示,民事法律关系的内容由法律直接加以规定。②不以人的意志为要件的客观事实,又分为事件和状态。

(3)民事法律关系是以民事权利和民事义务为基本内容的社会关系。

(4)民事社会关系包括了财产关系和人身关系。财产关系包括财产支配关系、财产流转关系、智力成果支配和利用关系。人身关系包括人格法律关系和身份法律关系。

首先,选项A中,甲请求税务机关退还多缴个人所得税这一社会关系不由民法进行调整。原因在于:该社会关系中的两方主体并非平等的民事主体,而是存在着管理与被管理、领导与服从的关系;另外,在这一社会关系中甲缴税及退税系国家法律强制规定,而非甲的意思自治。故甲与税务机关退缴税款的社会关系不应由民法调整,其实质是国家协调和管理经济运行过程中发生的经济法律关系,应由经济法进行调整。选项A是错误的。

其次,选项B中,乙发布悬赏广告对拾得者进行酬谢,乙与拾得者之间的社会关系应由民法进行调整。原因在于:这一社会关系中的两方主体乙与拾得人均属

* 为强化对真题考点的思考,应广大考生要求,我们在每题后不再直接列明答案,相关答案请参见每页右下角注释,全书体例同。——编者注

平等民事主体,且乙发布悬赏广告系出于个人意思自治,符合民事主体平等性的特征。且乙发布悬赏广告的内容为向拾得人支付一定的报酬,使得乙与拾得人之间发生了财产流转关系,故该社会关系应由民法进行调整。《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(二)》(以下简称《合同法解释(二)》)第3条明确规定:“悬赏人以公开方式声明对完成一定行为的人支付报酬,完成特定行为的人请求悬赏人支付报酬的,人民法院依法予以支持。但悬赏有合同法第五十二条规定情形的除外。”据此,选项B是正确的。

再次,选项C中,丙与女友间的社会关系不由民法进行调整。原因在于:丙与女友虽属平等的民事主体,但从丙给女友的承诺内容来看,丙承诺“如我在上海找到工作,则陪你去欧洲旅游”,该承诺并非是丙意欲与女友间产生任何民法上权利义务关系的意思表示,非属民事法律事实,不能引起民事法律关系的发生;此外,该承诺的内容也非在丙与女友间产生任何的财产关系或人身关系,故丙的承诺不应由民法进行调整。据此,选项C是错误的。

最后,选项D中,丁与福利院间的帮工关系不应由民法进行调整。原因在于:丁去福利院帮工并非是丁欲与福利院间产生任何民法上的权利义务关系的意思表示,所以帮工行为并非民事法律事实,不能引起民事法律关系的发生。而且,丁的帮工行为也非在丁与福利院间产生任何的财产关系或人身关系,故民法对此不进行调整。据此,选项D是错误的。但应注意,虽然帮工行为本身并非民法调整,但帮工过程中发生了损害时,会在当事人间形成损害赔偿的财产流转关系,民法应对这种财产关系进行调整。

[难度系数] *

2. 薛某驾车撞死一行人,交警大队确定薛某负全责。鉴于找不到死者亲属,交警大队调处后代权利人向薛某预收了6万元赔偿费,商定待找到权利人后再行转交。因一直未找到权利人,薛某诉请交警大队返还6万元。根据社会主义法治理念公平正义要求和相关法律规定,下列哪一表述是正确的?(2014年试卷三第1题)

- A. 薛某是义务人,但无对应权利人,让薛某承担赔偿责任,违反了权利义务相一致的原则
- B. 交警大队未受损失而保有6万元,形成不当得利,应予退还
- C. 交警大队代收6万元,依法行使行政职权,与薛某形成合法有效的行政法律关系,无须退还
- D. 如确实未找到权利人,交警大队代收的6万元为无主财产,应收归国库

[答案] 2

[考点] 权利义务相一致原则、不当得利、依法行政、无主财产

[解析] 选项A考查权利义务相一致原则。所谓权利义务相一致原则,是指权利和义务在任何情况下都相辅相成、相互依存。就个人而言,享有权利的同时又承担义务;就双方而言,一方享有权利,他方必负有相应义务,或互为权利和义务。根据权利义务相一致的原则,权利和义务不可分离。本题中,薛某驾车致人死亡,权利人一直未找到,但并不代表就没有权利人,选项A错误将权利人找不到的事实等同于无权利人的事实,并进而推断出薛某赔偿6万元违反了权利义务相一致的原则是错误的。

选项B考查了不当得利。所谓不当得利,是指没有合法根据取得利益而使他人受损失的事实。根据《民法通则》第92条的规定,可知,不当得利的构成要件为:(1)一方取得利益。(2)他方受到损失。(3)取得利益和受到损失之间具有因果关系。(4)获得利益缺少合法根据。本题中,交警大队仅仅是代权利人接收6万元赔偿费,并非自身取得6万元的利益,因此其并非获益人,与薛某之间的关系也不应适用不当得利的法律规定,选项B错误。

选项C考查依法行政。所谓依法行政是指行政机关必须根据法律、法规的规定设立,并依法取得和行使其行政权力,对其行政行为的后果承担相应的责任的原则,按照依法行政的原则,行政机关进行行政活动时应严格遵循“法无授权即禁止”的原则,否则行政机关的行政行为就是违法行政。关于交警大队能否代收义务人的赔偿款,《交通事故处理程序规定》(公安部令第70号)第71条曾规定:“交通事故死亡人员身份无法确认的,公安机关交通管理部门应当将其所得赔偿费交付有关部门保存。其损害赔偿权利人确认后,由有关部门将赔偿费交付给损害赔偿权利人。”但是,2009年1月1日实施的《道路交通事故处理程序规定》(公安部令第104号)将上述规定予以删除,表明现行法律文件已经不再认可交警部门具有代收赔偿款的权利。故本题中,交警大队代收薛某的6万元,已经没有法律授权,属于违法行政,其与薛某之间并未形成合法有效的行政法律关系。据此,选项C错误。

选项D考查了无主财产。所谓无主财产,是指所有人不明或者没有所有人的财产。在我国,认定无主财产具有严格的法律程序。按照《民事诉讼法》第191条的规定:“申请认定财产无主,由公民、法人或者其他组织向财产所在地基层人民法院提出。申请书应当写明财产的种类、数量以及要求认定财产无主的根据。”以及第192条的规定:“人民法院受理申请后,经审查核实,应当发出财产认领公告。公告满一年无人认领的,判决认定财产无主,收归国家或者集体所有。”可

知,本题中,如果交警大队一直未找到权利人的,可以向人民法院提起确认代收的6万元为无主财产的特别诉讼,人民法院经过法律程序后,判决属于无主财产后,从而收归国有,据此,选项D正确。

[难度系数] **

3. 兹有四个事例:①张某驾车违章发生交通事故致搭车的李某残疾;②唐某参加王某组织的自助登山活动因雪崩死亡;③吴某与人打赌举重物因用力过猛致残;④何某心情不好邀好友郑某喝酒,郑某畅饮后驾车撞树致死。根据公平正义的法治理念和民法有关规定,下列哪一观点可以成立?(2013年试卷三第1题)

- A. ①张某与李某未形成民事法律关系合意,如让张某承担赔偿责任,是惩善扬恶,显属不当
- B. ②唐某应自担风险,如让王某承担赔偿责任,有违公平
- C. ③吴某有完整意思能力,其自担损失,是非清楚
- D. ④何某虽有召集但未劝酒,无需承担责任,方能兼顾法理与情理

[答案] _____³

[考点] 民事法律关系

[解析] 本题考查民事法律关系中民事责任的判断。民事法律关系是基于民事法律事实,由民法调整而形成的民事权利义务关系。其核心要素是民事权利和民事义务。民事责任则是为保障民事主体的权利而设,当民事主体违反民事义务后应承担的法律后果即为民事责任。考生正确判断民事责任的前提是了解民事责任的内涵和外延。同时,根据《民法通则》第4条的规定“民事活动应当遵循公平原则”及社会主义法治理念关于公平正义的要求,在判断民事主体是否应承担民事责任时,还应当在民事主体责任的承担上体现公平正义,兼顾各方当事人的利益平衡。具体而言,民事责任的内涵是指民事主体违反合同义务或法定义务而应承担的法律后果。民事责任依据发生根据的不同,可以分为合同责任、侵权责任以及其他责任。合同责任是指违反合同约定的义务或违反合同法规定的义务而产生的责任。侵权责任是因侵犯他人的财产权益与人身权益产生的责任。其他责任是在合同责任与侵权责任之外的其他民事责任,较为常见的如因拒绝返还不当得利而产生的责任,被管理人拒绝补偿管理人损失产生的责任等。所以,判断一方民事主体是否对另一方民事主体应当承担民事责任,可以从是否构成合同责任、侵权责任或者其他责任三个方面去考量。

第一,选项A中,根据《合同法》第302条的规定:“承运人应当对运输过程中旅客的伤亡承担赔偿责任,但伤亡是旅客自身健康原因造成的或者承运人证明伤亡是旅客故意、重大过失造成的除外。前款规

定适用于按照规定免票、持优待票或者经承运人许可搭乘的无票旅客。”可知,张某和李某之间形成运输合同,张某作为承运人,李某属于经张某许可搭乘的旅客,在张某因重大过失违章驾车发生交通事故致搭乘旅客李某伤亡时,张某应当依据《合同法》承担赔偿责任。据此,选项A错误。

第二,首先,从合同角度考查选项B中的王某和唐某之间有没有形成旅游合同关系。所谓旅游合同,通常是指旅游者支付旅游费用,经营者收取旅游者费用后为旅游者提供约定服务的书面合同。王某组织自助登山活动,属于自发组织非营利性旅游活动,并没有与参加者唐某订立旅游合同关系,因此在唐某因雪崩发生死亡时,不能依据合同法追究王某的违约赔偿责任。其次,可以从侵权责任角度考查王某对唐某的死亡是否应当承担侵权赔偿责任。根据《侵权责任法》第37条的规定:“宾馆、商场、银行、车站、娱乐场所等公共场所的管理人或者群众性活动的组织者,未尽到安全保障义务,造成他人损害的,应当承担侵权责任。因第三人的行为造成他人损害的,由第三人承担侵权责任;管理人或者组织者未尽到安全保障义务的,承担相应的补充责任。”可知,群众性活动的组织者对于参与者的安全应当尽到安全保障义务,未尽该义务造成参与者损害的,应承担侵权赔偿责任;否则不需要对参与者的损害承担赔偿责任。王某组织自助登山活动,可以认定为是侵权责任法所界定的群众性活动的组织者,王某应对参与者唐某尽到安全保障义务,如果尽到安全保障义务的,不应当对唐某的死亡承担赔偿责任。安全保障义务属于过错责任的一种,在实践中判断是否尽到安全保障义务应当综合考虑安全保障义务人的情况、组织活动的条件规模、侵权行为的性质和力度,以及损害发生时所能采取的防范措施等多方面因素。唐某的死亡是雪崩,属于意外事件,王某无法事先预测并加以防范,因此不能认定王某未尽安全保障义务导致唐某的死亡。所以,王某不应当对唐某的死亡承担侵权赔偿责任。而且,王某与唐某之间也不存在无因管理或者不当得利之债的情形,所以,唐某亦无权依据其他责任向王某主张损害赔偿。综上,无论从合同责任、侵权责任或者其他责任的角度,王某均无须对唐某的死亡承担责任,据此,选项B正确。

第三,首先,从合同角度考查选项C中的吴某和他人之间有没有形成合同关系。王某与他人之间所谓的打赌,实际上是民法理论所称的射幸合同或称赌博契约,即双方当事人以将来不确定的某事件的成功与否决定财物的得失。我国对射幸合同无明文规定,现行民事法规对打赌也未明确规定。但从世界各国的民事立法及民法实务看,对赌博契约,除非经国家特许为有效外,其余的或者由法律明确规定无效,或者以违反公

序良俗为由而被确定无效。我国实践中对赌博产生的债务均以违反公序良俗为由认定无效,不予保护。当事人之间虽然存在着赌博契约关系,但是一方当事人不能依据此契约向另一方主张合同责任。那么,在赌博契约中一方受到伤害另一方是否应当承担责任须通过侵权责任法进行考量。根据《侵权责任法》第6条第1款的规定:“行为人因过错侵害他人民事权益,应当承担侵权责任。”赌博中发生损害时,主要衡量赌博时双方当事人对损害的发生有无过错。选项C中,吴某与他人打赌,赌博的内容是举重物,吴某和他人作为完全民事行为能力人,应当知道人体对重物有一定的承重范围,应当预见到超过人体极限承重重物时会对身体造成一定的损害后果,但是双方对此损害结果的发生均持放任态度,并最终导致结果的发生。此时,除了吴某应当自担责任以外,他人也应对吴某的损害结果承担一定的赔偿责任。据此,选项C错误。

第四,首先,考虑选项D中的何某与郑某之间是否存在合同关系,具有合同法上的赔偿责任。何某邀请郑某喝酒,属于一种社交活动,双方并没有发生民事法律关系的意思表示的一致,因此在何某和郑某之间并没有成立合同关系,何某不应对郑某的死亡承担合同法上的赔偿责任。其次,从侵权责任角度考查。何某是否对郑某酒后驾车撞树死亡承担侵权责任,要看何某是否对郑某的死亡具有过错。何某作为完全民事行为能力人,应当预料到郑某酒驾后发生损害结果的可能性,其作为饮酒活动的召集者、共饮者,本应在郑某高强度饮酒后尽到互相扶助、注意、提醒其不能开车的义务,但其却疏于履行上述义务,对郑某醉酒驾车持放任态度,最终导致郑某死亡的损害结果。因此,何某对郑某的死亡具有过错,根据《侵权责任法》的上述规定,何某应当对郑某的死亡承担侵权赔偿责任,据此选项D错误。

[难度系数] **

(二)已考考点归纳

考查次数	已考考点
**	民事法律关系的成立
*	权利义务相一致原则

(三)备考提示

民法基础理论部分作为部门法的理论基石,宏观上为民法的体系建设构建了基本框架、指明了方向;微观上为民法基本制度的形成设定了基础性的理论前提、提出了原则性的要求。因此,加强对本部分的理解,可以为把握民法体系学习民法具体制度打下坚实的理论基础。

这一部分的考点主要有民法的调整对象、民法的基本原则、民事法律关系等。尤其是民事法律关系更是本部分考点的重中之重。

在以上考点中,考生关键要把握以下主要知识点:(1)民事法律关系的概念和特征。考生应当掌握民事法律关系必须是民事法律规范所调整的,平等的民事主体之间基于特定的民事法律事实发生的,以民事权利和民事义务为内容的社会关系。(2)民事权利。在民事权利中,应特别注意民事权利分类中,依据其效力将权利分为支配权、请求权、形成权与抗辩权这四种类型。了解每种类型的概念、特征及其性质,特别是形成权的性质以及它的表现形式,这已在司考中多次涉及。

二、自然人

(一)单项选择题

1. 甲企业是由自然人安琚与乙企业(个人独资)各出资50%设立的普通合伙企业,欠丙企业货款50万元,由于经营不善,甲企业全部资产仅剩20万元。现所欠货款到期,相关各方因货款清偿发生纠纷。对此,下列哪一表述是正确的?(2016年试卷三第2题)
- A. 丙企业只能要求安琚与乙企业各自承担15万元的清偿责任
- B. 丙企业只能要求甲企业承担清偿责任
- C. 欠款应先以甲企业的财产偿还,不足部分由安琚与乙企业承担无限连带责任
- D. 就乙企业对丙企业的应偿债务,乙企业投资人不承担责任

[答案] 1

[考点] 合伙企业、个人独资企业债务承担

[解析] 首先,根据《合伙企业法》第38条的规定:“合伙企业对其债务,应先以其全部财产进行清偿。”和第39条的规定:“合伙企业不能清偿到期债务的,合伙人承担无限连带责任。”以及第40条的规定:“合伙人由于承担无限连带责任,清偿数额超过本法第三十三条第一款规定的其亏损分担比例的,有权向其他合伙人追偿。”可知,合伙企业债务的清偿具有以下顺位性:(1)合伙企业应先以其全部企业财产对债务进行清偿;(2)合伙企业不足以清偿债务的,各合伙人承担无限连带责任;(3)合伙人承担无限连带责任后,对清偿数额超过其应分担比例的,有权向其他合伙人追偿。本题中,合伙企业甲的资产20万元,不足以清偿对丙的50万元债务时,应先由合伙企业甲以企业财产进行偿还,不足偿还部分再由合伙人安琚与乙企业承担无限连带责任。据此,选项C是正确的。

选项A、B的错误在于未能理解合伙人无限连带责任的含义。所谓合伙人的无限连带责任,是指无限责任与连带责任的结合。(1)无限责任是指在“债务人与债权人”的关系上,各合伙人以自己全部个人财产清偿合伙企业的债务。(2)所谓连带责任,是指在“债务人之间”的关系上,不管债务人之间内部如何约定,每个

合伙人都有义务对债权人承担全部的清偿责任。也就是说,债权人可以就合伙企业财产不足以清偿的部分,向任何一个合伙人要求全部的偿还。通过无限连带责任将合伙企业的债务与各合伙人的债务连为一体,最大限度地保护了债权人利益。

选项 A 认为丙企业只能依据合伙人的内部出资比例向合伙人追究责任,违反了合伙人承担的连带责任,是错误的。选项 B 认为丙企业只能要求甲企业承担清偿责任,而不能向各合伙人进行追偿,违反了合伙人的无限责任,也是错误的。

最后,选项 D 考查了个人独资企业债务的承担。根据《个人独资企业法》第 2 条的规定:“本法所称个人独资企业,是指依照本法在中国境内设立,由一个自然人投资,财产为投资人个人所有,投资人以其个人财产对企业债务承担无限责任的经营实体。”以及第 31 条的规定:“个人独资企业财产不足以清偿债务的,投资人应当以其个人的其他财产予以清偿。”可知,个人独资企业的投资人以其个人财产对企业的债务承担无限责任。具体而言:(1)个人独资企业债务全部由投资人承担;(2)投资人承担企业债务的责任范围不限于出资,而是包括了独资企业中的全部财产和投资人的其他个人财产;(3)投资人对企业的债权人直接负责。选项 D 认为乙企业作为个人独资企业,其投资人不应对企业债务直接承担责任,是错误的。

[难度系数] * *

2. 甲被法院宣告失踪,其妻乙被指定为甲的财产代管人。3 个月后,乙将登记在自己名下的夫妻共有房屋出售给丙,交付并办理了过户登记。在此过程中,乙向丙出示了甲被宣告失踪的判决书,并将房屋属于夫妻二人共有的事实告知丙。1 年后,甲重新出现,并经法院撤销了失踪宣告。现甲要求丙返还房屋。对此,下列哪一说法是正确的?(2016 年试卷三第 6 题)

- A. 丙善意取得房屋所有权,甲无权请求返还
- B. 丙不能善意取得房屋所有权,甲有权请求返还
- C. 乙出售夫妻共有房屋构成家事代理,丙继受取得房屋所有权
- D. 乙出售夫妻共有房屋属于有权处分,丙继受取得房屋所有权

[答案] 2

[考点] 宣告失踪代管人的权限

[解析] 所谓宣告失踪,是指经利害关系人的申请,由人民法院对下落不明满一定期间的人宣告为失踪人的制度。宣告失踪后,可为失踪人设立财产代管人,从而保护失踪人的财产及维护社会秩序。我国《民法通则》第 20 条规定:“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。”

本题考查了宣告失踪财产代管人的权限。根据《民法通则》第 21 条第 2 款的规定:“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。”以及《民法通则意见》第 31 条的规定:“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。”可知,代管人的权限为对失踪人的财产进行必要的管理行为和支付各类债务。除此之外,为了保护失踪人的财产利益,根据民法理论,代管人还可对失踪人财产进行妥善的处理,判断是否“妥善”需衡量以下三个方面:(1)主观目的是否为了维护失踪人的财产利益;(2)客观上是否尽到善良管理人的注意义务;(3)处分失踪人财产的行为是否属“必要”行为,非为必要不得擅自处分。如果代管人违反妥善代管职责造成损害或侵害失踪人的财产利益的,应承担民事责任。《民法通则意见》第 35 条规定:“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事责任。如果同时申请人民法院变更财产代管人的,变更之诉比照特别程序单独审理。”

首先,本题中,房屋作为甲、乙夫妻共同财产,根据《物权法》第 97 条的规定:“处分共有的不动产或者动产以及对共有的不动产或者动产作重大修缮的,应当经占份额三分之二以上的按份共有人或者全体共同共有人同意,但共有人之间另有约定的除外。”可知,在无特殊约定时,乙处分房屋需取得甲的同意。在甲被宣告失踪后,乙作为甲的财产代管人,其职责仅为妥善保管房屋,在非为甲利益,无必要原因时,无权擅自处分甲的财产,故本题中,乙将房屋出售给丙时,应认定乙的处分行为无正当性,属无权处分,据此,选项 D 是错误的。

其次,本题考查了善意取得。所谓善意取得,又称即时取得,指无权处分人将其财物(动产或者不动产)转让给第三人,如受让人在取得该财物时系出于善意,则受让人取得该物的所有权,原权利人丧失所有权。根据《物权法》第 106 条的规定:“无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的,所有权人有权追回;除法律另有规定外,符合下列情形的,受让人取得该不动产或者动产的所有权:(一)受让人受让该不动产或者动产时是善意的;(二)以合理的价格转让;(三)转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记,不需要登记的已经交付给受让人。受让人依照前款规定取得不动产或者动产的所有权的,原所有权人有权向无处分权人请求赔偿损失。当事人善意取得其他物权

的,参照前两款规定。”可知,善意取得的构成要件为:(1)出让人无处分权。(2)受让人受让该不动产或者动产时是善意的。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国物权法〉若干问题的解释(一)》(以下简称《物权法解释(一)》)第15条规定:“受让人受让不动产或者动产时,不知道转让人无处分权,且无重大过失的,应当认定受让人为善意。真实权利人主张受让人不构成善意的,应当承担举证证明责任。”(3)以合理的价格转让。《物权法解释(一)》第19条规定:“物权法第一百零六条第一款第二项所称‘合理的价格’,应当根据转让标的物的性质、数量以及付款方式等具体情况,参考转让时交易地市场价格以及交易习惯等因素综合认定。”(4)转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记,不需要登记的已经交付给受让人。

本题中,由于乙向丙出售房屋时已经出示了甲被宣告失踪的判决书,并将房屋属夫妻共有的事实告知了丙,故丙应知乙对甲的财产处分属无权处分,丙不应认定为善意第三人,其无权依据善意取得的相关规定取得房屋。甲有权请求丙返还房屋。据此,选项A是错误的,选项B是正确的。

最后,选项C考查了家事代理权。所谓家事代理权,是指夫妻因日常家庭事务与第三人为一定法律行为时相互代理的权利,即夫妻于日常家事处理方面互为代理人,互有代理权,无论对方对该代理行为知晓与否、追认与否,夫妻双方均应对该行为的法律后果承担连带责任。根据《婚姻法》第17条第2款的规定:“夫妻对共同所有的财产,有平等的处理权。”以及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(一)》(以下简称《婚姻法解释(一)》)第17条的规定:“婚姻法第十七条关于‘夫或妻对夫妻共同所有的财产,有平等的处理权’的规定,应当理解为:(一)夫或妻在处理夫妻共同财产上的权利是平等的。因日常生活需要而处理夫妻共同财产的,任何一方均有权决定。(二)夫或妻非因日常生活需要对夫妻共同财产做重要处理决定,夫妻双方应当平等协商,取得一致意见。他人有理由相信其为夫妻双方共同意思表示的,另一方不得以不同意或不知道为由对抗善意第三人。”可知:家事代理权的特征为:(1)家事代理权的主体是丈夫或妻子一方;(2)家事代理权的对象是夫妻共同财产;(3)家事代理权的性质是对共同财产做一般的处理决定,如果丈夫或妻子一方处理夫妻重大共同财产特别是不动产时,无家事代理权;(4)丈夫或妻子在行使家事代理权时无需事先征得另一方得同意。本题中,乙对房屋的处分超出了日常生活的需要,应当经甲、乙共同协商,乙在未取得甲的同意时出售房屋构成无权处分。据此,选项C是错误的。

[难度系数] **

3. 张某和李某达成收养协议,约定由李某收养张某6岁的孩子小张;任何一方违反约定,应承担违约责任。双方办理了登记手续,张某依约向李某支付了10万元。李某收养小张1年后,因小张殴打他人赔偿了1万元,李某要求解除收养协议并要求张某赔偿该1万元。张某同意解除但要求李某返还10万元。下列哪一表述是正确的?(2014年试卷三第2题)

- A. 李某、张某不得解除收养关系
- B. 李某应对张某承担违约责任
- C. 张某应赔偿李某1万元
- D. 李某应返还不当得利

[答案] _____³

[考点] 收养、不当得利

[解析] 选项A考查收养关系的解除。根据《收养法》第26条第1款的规定:“收养人在被收养人成年以前,不得解除收养关系,但收养人、送养人双方协议解除的除外,养子女年满十周岁以上的,应当征得本人同意。”可知,本题中,因小张被收养时仅6岁,故1年后解除收养关系时小张应属未成年人,根据上述法律规定,李某欲解除与小张的收养关系,应经过送养人张某的同意,现张某也同意解除收养关系,故李某可解除与小张的收养关系无疑。据此,选项A错误。

选项B考查收养协议的法律适用。所谓违约责任,是指当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定时应承担的责任。违约责任调整的是侵犯财产关系应承担的责任,而收养关系属于身份关系,根据《合同法》第2条的规定:“本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议,适用其他法律的规定。”可知,收养协议不适用《合同法》的规定。据此,选项B错误。

选项C考查收养的效力。根据《收养法》第15条第1款的规定:“收养应当向县级以上人民政府民政部门登记。收养关系自登记之日起成立。”以及第23条第1款的规定:“自收养关系成立之日起,养父母与养子女间的权利义务关系,适用法律关于父母子女关系的规定;养子女与养父母的近亲属间的权利义务关系,适用法律关于子女与父母的近亲属关系的规定。”可知,本题中,李某收养小张并办理了登记手续,故李某与小张之间的收养关系成立,其双方之间的法律关系应适用法律关于父母子女之间的关系。因李某收养小张时,小张仅6岁,根据《民法通则》第16条第1款的规定:“未成年人的父母是未成年人的监护人。”以及《侵权责任法》第32条第1款的规定:“无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的,由监护人承担侵权责任。监护人尽到监护责任的,可以减轻其侵权责任。”可知,李某收养无民事行为能力人小张后,

成为小张的监护人。在此期间小张造成他人损害时,作为监护人其应承担民事责任,送养人李某不需承担民事责任,故张某无权要求李某对其承担的民事责任进行赔偿。据此,选项 C 错误。

选项 D 考查的不当得利。根据《民法通则》第 92 条的规定可知,要构成不当得利,应满足以下要件:(1)一方取得利益。(2)他方受到损失。(3)获得利益缺少合法根据。对于没有合法根据,大陆法系一般采用非统一说来界定,即对于给付型不当得利,无法律上的原因是指欠缺给付目的(原因);对于非给付型不当得利,无法律上的原因,是指无法律上的权利。(4)利益与损失之间具有相当因果关系。本题中,李某获得 10 万元是基于与张某之间收养协议的约定,现张某与李某一一致同意解除收养关系,故张某取得该 10 万元给付就欠缺给付目的,属于没有合法根据的获益,应属不当得利,故应返还李某,据此,选项 D 正确。

[难度系数] * *

4. 关于监护,下列哪一表述是正确的?(2013 年试卷三第 2 题)

A. 甲委托医院照料其患精神病的配偶乙,医院是委托监护人

B. 甲的幼子乙在寄宿制幼儿园期间,甲的监护职责全部转移给幼儿园

C. 甲丧夫后携幼子乙改嫁,乙的爷爷有权要求法院确定自己为乙的法定监护人

D. 市民甲、乙之子丙 5 周岁,甲乙离婚后对谁担任丙的监护人发生争议,丙住所地的居民委员会有权指定

[答案] 4

[考点] 委托监护、指定监护

[解析] 首先,选项 A、B 考查委托监护制度。所谓委托监护,是指监护人在监护期间,基于正当理由通过委托协议的形式将其全部或者部分的监护职责委托给其他不具有监护资格,但是具有监护能力的人而形成的委托。《民法通则意见》第 22 条规定:“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。”

选项 A 中,甲作为精神病人乙的配偶,是乙的法定监护人,其可以将自己的监护职责委托给医院,此时医院成为乙的委托监护人。据此,选项 A 正确。

选项 B 考查的是寄宿制学校是否为委托监护人。所谓寄宿制是指学校对所有入学学生进行集中住校学习、生活和统一管理的一种新型的学校管理体制。对于未成年人在校学习期间,监护人的监护权是否转移的问题,学界历来争论不休。有监护权事实转移说,委

托监护权说以及监护权未转移说等多种学说,但根据我国《侵权责任法》第 38 条的规定:“无民事行为能力人在幼儿园、学校或者其他教育机构学习、生活期间受到人身损害的,幼儿园、学校或者其他教育机构应当承担赔偿责任,但能够证明尽到教育、管理职责的,不承担责任。”以及第 39 条的规定:“限制民事行为能力人在学校或者其他教育机构学习、生活期间受到人身损害,学校或者其他教育机构未尽到教育、管理职责的,应当承担赔偿责任。”和《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《人身损害赔偿解释》)第 7 条的规定:“对未成年人依法负有教育、管理、保护义务的学校、幼儿园或者其他教育机构,未尽职责范围内的相关义务致使未成年人遭受人身损害,或者未成年人致他人人身损害的,应当承担与其过错相应的赔偿责任。第三人侵权致未成年人遭受人身损害的,应当承担赔偿责任。学校、幼儿园等教育机构有过错的,应当承担相应的补充赔偿责任。”可知,现行法律将学校对未成年人的责任界定为一种教育、管理的职责,学校是负有教育和管理义务的主体,不是委托监护人,不存在未成年人法定(指定)监护人将监护职责转移给寄宿制学校委托监护的问题,据此,选项 B 错误。

其次,选项 C、D 考查指定监护。根据《民法通则》第 16 条的规定:“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,由下列人员中有监护能力的人担任监护人……”以及《民法通则意见》第 21 条的规定:“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,人民法院认为可以取消的除外。”可知,对于未成年人而言,父母为未成年人的法定监护人,这种监护资格不因父母分居或者离异而受影响,只有在未成年人的父母死亡或者没有监护能力,或者父母担任监护人对未成年人明显不利的情况下,才可以取消父母的监护资格。因此,选项 C 中,未成年人乙的爷爷以乙的母亲甲改嫁为由要求而变更监护人是不能获得支持的,据此,选项 C 错误。

最后,未成年人的父母对担任监护人有异议的,不适用指定监护人的程序,无须经有关组织的指定,可直接向人民法院起诉要求变更监护人。这与未成年人父母以外的近亲属对担任监护人有争议时,需经过有关组织指定才可向法院起诉的规定是不同的。因此,选项 D 中,未成年人丙的父母甲、乙对担任丙的监护人发生争议时,丙住所地的居民委员会无权指定,甲、乙可直接要求人民法院变更监护人。选项 D 错误。

[难度系数] * *

(二) 多项选择题

1. 甲、乙为夫妻,长期感情不和。2010年5月1日甲乘火车去外地出差,在火车上失踪,没有发现其被害尸体,也没有发现其在何处下车。2016年6月5日法院依照法定程序宣告甲死亡。之后,乙向法院起诉要求铁路公司对甲的死亡进行赔偿。关于甲被宣告死亡,下列哪些说法是正确的?(2016年试卷三第51题)

- A. 甲的继承人可以继承其财产
- B. 甲、乙婚姻关系消灭,且不可能恢复
- C. 2016年6月5日为甲的死亡日期
- D. 铁路公司应当对甲的死亡进行赔偿

[答案] _____¹

[考点] 宣告死亡、旅客伤亡的损害赔偿责任

[解析] 宣告死亡,是指自然人离开住所,下落不明达到法定期限,经利害关系人申请,由人民法院宣告其死亡的法律制度。《民法通则》第23条规定:“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:(一)下落不明满四年的;(二)因意外事故下落不明,从事故发生之日起满二年的。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。”

选项A考查了宣告死亡的效力。宣告死亡具有与自然死亡相同的法律后果。根据《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》(以下简称《继承法意见》)第1条的规定:“继承从被继承人生理死亡或被宣告死亡时开始。失踪人被宣告死亡的,以法院判决中确定的失踪人的死亡日期,为继承开始的时间。”可知,本题中,甲被宣告死亡后,甲的继承人可以继承其财产,据此,选项A是正确的。

其次,选项B考查了宣告死亡对婚姻关系的影响。根据《民法通则意见》第37条的规定:“被宣告死亡的人与配偶的婚姻关系,自死亡宣告之日起消灭。死亡宣告被人民法院撤销,如果其配偶尚未再婚的,夫妻关系从撤销死亡宣告之日起自行恢复;如果其配偶再婚后又离婚或者再婚后配偶又死亡的,则不得认定夫妻关系自行恢复。”可知,甲被宣告死亡后,甲、乙的婚姻关系消灭,但并非不可能恢复,一旦甲死亡宣告被撤销,而乙又尚未再婚的,甲、乙的夫妻关系即可自行恢复。据此,选项B认为甲、乙婚姻关系不可能恢复是错误的。

再次,选项C考查宣告死亡的时间。根据《民法通则意见》第36条的规定:“被宣告死亡的人,判决宣告之日为其死亡的日期。判决书除发给申请人外,还应当在被宣告死亡的人住所地和人民法院所在地公告。被宣告死亡和自然死亡的时间不一致的,被宣告死亡所引起的法律后果仍然有效,但自然死亡前实施的民事法律行为与被宣告死亡引起的法律后果相抵触的,

则以其实施的民事法律行为为准。”可知,本题中,法院于2016年6月5日宣告甲死亡,此日期为甲的死亡日期。据此,选项C是正确的。

最后,选项D考查了承运人对旅客伤亡的赔偿责任。根据《合同法》第302条的规定:“承运人应当对运输过程中旅客的伤亡承担损害赔偿责任,但伤亡是旅客自身健康原因造成的或者承运人证明伤亡是旅客故意、重大过失造成的除外。前款规定适用于按照规定免票、持优待票或者经承运人许可搭乘的无票旅客。”可知,承运人对旅客伤亡承担赔偿责任的要件是:(1)存在运输合同法律关系或事实上的运输关系;(2)乘客发生了伤亡的损害后果;(3)旅客伤亡发生在运输过程中;(4)无免责事由。免责事由:旅客自身健康原因;旅客故意;旅客重大过失。本题中,虽然甲与铁路公司之间形成了运输合同关系,但是:(1)甲并不存在伤亡的损害后果。甲被宣告死亡,仅是法律对甲下落不明作出的一种法律拟制,并非甲的真实死亡,甲的真实状态仅仅是失踪,下落不明。(2)甲的失踪并非发生在承运过程中。本题中,甲失踪,未发现其在何处下车,故无法证明甲的失踪发生在承运过程中并由承运行为所导致。故铁路公司无需对甲的死亡承担赔偿责任,据此,选项D是错误的。

[难度系数] **

2. 甲8周岁,多次在国际钢琴大赛中获奖,并获得大量奖金。甲的父母乙、丙为了甲的利益,考虑到甲的奖金存放银行增值有限,遂将奖金全部购买了股票,但恰遇股市暴跌,甲的奖金损失过半。关于乙、丙的行为,下列哪些说法是正确的?(2016年试卷三第52题)

- A. 乙、丙应对投资股票给甲造成的损失承担责任
- B. 乙、丙不能随意处分甲的财产
- C. 乙、丙的行为构成无因管理,无须承担责任
- D. 如主张赔偿,甲对父母的诉讼时效期间在进行中的最后6个月内因自己系无行为能力人而中止,待成年后继续计算

[答案] _____²

[考点] 监护人处分被监护人财产

[解析] 首先,根据《民法通则》第12条第2款的规定:“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。”以及第16条第1款的规定:“未成年人的父母是未成年人的监护人。”可知,本题中,甲8周岁,属未成年人,其父母乙、丙为甲监护人。

其次,根据《民法通则》第18条的规定:“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。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。”可知,乙、丙作为甲的监护人,除非为了甲的利益,否则不得擅自处理甲的财产。本题中乙、丙将甲的奖金从银行存款转为投资股票,最终导致甲的奖金损失,这一行为不能被认定为是“为了甲的利益”,履行监护职责的行为。原因在于:乙、丙作为成年人,应明知投资股票行为的风险性远远高于银行存款,二人将甲的奖金从银行存款转为股票,从行为方式的选择上而言对甲不利,未尽到善良管理人的注意;而且,从最终的结果来看,也导致了甲的奖金损失过半,不利于甲的利益。所以乙、丙作为监护人,因其未履行监护职责对甲造成损失,应予以赔偿。选项 A、B 是正确的。

再次,选项 C 考查了无因管理。所谓无因管理,是指没有法定的或者约定的义务,为避免他人利益受损失进行管理或者服务的事实。根据《民法通则》第 93 条的规定:“没有法定的或者约定的义务,为避免他人利益受损失进行管理或者服务的,有权要求受益人偿付由此而支付的必要费用。”可知,无因管理成立应具有三个要件:(1)管理他人事务。若误将自己事务当作他人事务管理,不构成无因管理。(2)为避免他人利益损失而进行管理。即管理人必须有为他人谋利益的目的。但这并不要求管理人必须有为他人利益的明确表示,也不要求管理人有专为他人谋利益的目的。管理人虽未明确表示是为了他人利益而管理,但从管理行为看,客观上是为了避免他人利益受损失的,也可以成立无因管理。但是误将他人事务当作自己事务或者为了自己利益而管理他人事务,均不构成无因管理。(3)无法律上的原因。包括没有法定义务与约定义务两种情形。无因管理满足以上要件后,在管理人与受益人之间形成了无因管理之债,管理人可以向受益人主张必要费用的偿还请求权以及损害赔偿请求权。本题中,乙、丙作为甲的监护人,对甲的财产进行监护为法律明文规定的监护人职责,不属于无法律上的原因,故乙、丙的行为不构成无因管理,选项 C 是错误的。

最后,根据《民法通则》第 139 条的规定:“在诉讼时效期间的最后六个月内,因不可抗力或者其他障碍不能行使请求权的,诉讼时效中止。从中止时效的原因消除之日起,诉讼时效期间继续计算。”以及《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》(以下简称《时效规定》)第 20 条的规定:“有下列情形之一的,应当认定为民法通则第一百三十九条规定的‘其他障碍’,诉讼时效中止:(一)权利被侵害的无民事行为能力人、限制民事行为能力人没有法定代理人,或者法定代理人死亡、丧失代理权、丧失行

为能力;(二)继承开始后未确定继承人或者遗产管理人;(三)权利人被义务人或者其他控制无法主张权利;(四)其他导致权利人不能主张权利的客观情形。”可知,本题中,甲作为无民事行为能力人,向乙、丙主张赔偿时需由乙、丙代理,而乙、丙为了自己的利益可能会怠于行使赔偿请求权,故为了保护甲的权利不因诉讼时效届满而对其发生不利益,可适用诉讼时效中止的情形,在诉讼时效期间的最后六个月内发生中止,待甲成年后继续计算。据此,选项 D 是正确的。

[难度系数] **

(三)不定项选择题

甲、乙、丙三人签订合伙协议并开始经营,但未取字号,未登记,也未推举负责人。其间,合伙人与顺利融资租赁公司签订融资租赁合同,租赁淀粉加工设备一台,约定租赁期限届满后设备归承租人所有。合同签订后,出租人按照承租人的选择和要求向设备生产商丁公司支付了价款。

请回答第(1)~(3)题。(2016 年试卷三第 86~88 题)

(1)如果承租人不履行支付价款的义务,出租人起诉,适格被告是:

- A. 合伙企业
- B. 甲、乙、丙全体
- C. 甲、乙、丙中的任何人
- D. 丁公司

(2)乙在经营期间发现风险太大,提出退伙,甲、丙表示同意,并通知了出租人,但出租人表示反对,认为乙退出后会加大合同不履行的风险。下列说法正确的是:

- A. 经出租人同意,乙可以退出
- B. 乙可以退出,无需出租人同意
- C. 乙必须向出租人提供有效担保后才能退出
- D. 乙退出后对合伙债务不承担责任

(3)如租赁期间因设备自身原因停机,造成承租人损失。下列说法正确的是:

- A. 出租人应减少租金
- B. 应由丁公司修理并赔偿损失
- C. 承租人向丁公司请求承担责任时,出租人有协助义务
- D. 出租人与丁公司承担连带责任

(1)[答案]_____ (1)

[考点] 个人合伙的民事诉讼主体资格

[解析] 本题公布答案为 BC,但我们认为正确答案应为 B。

首先,根据《民法通则》第 30 条的规定:“个人合伙是指两个以上公民按照协议,各自提供资金、实物、技术等,合伙经营、共同劳动。”以及《合伙企业法》第 14 条的规定:“设立合伙企业,应当具备下列条件:(一)有二个以上合伙人。合伙人为自然人的,应当具有完全民事行为能力;(二)有书面合伙协议;(三)有合伙人

认缴或者实际缴付的出资;(四)有合伙企业的名称和生产经营场所;(五)法律、行政法规规定的其他条件。”可知,本题中,甲、乙、丙三人签订了合伙协议,未取字号,也未依法进行登记,应属个人合伙,而非合伙企业,故选项 A 认为在个人合伙不履行义务时,适格被告为合伙企业是错误的。

其次,《民事诉讼法》对个人合伙与合伙企业规定了不同的诉讼主体资格。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称《民诉解释》)第 52 条的规定:“民事诉讼法第四十八条规定的其他组织是指合法成立、有一定的组织机构和财产,但又不具备法人资格的组织,包括:……(二)依法登记领取营业执照的合伙企业……”以及第 60 条的规定:“在诉讼中,未依法登记领取营业执照的个人合伙的全体合伙人为共同诉讼人。个人合伙有依法核准登记的字号的,应在法律文书中注明登记的字号。全体合伙人可以推选代表人;被推选的代表人,应由全体合伙人出具推选书。”可知,《民事诉讼法》规定合伙企业具有独立的民事诉讼主体资格,而未依法登记领取营业执照的个人合伙,则不具有民事诉讼主体资格,仍由全体合伙人作为共同诉讼人。故本题中,由于甲、乙、丙三人仅成立个人合伙,未依法登记,故在其不履行义务时,适格被告为全体合伙人。据此,选项 B 是正确的,选项 C 是错误的。

最后,选项 D 是错误的,根据《合同法》第 237 条的规定:“融资租赁合同是出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择,向出卖人购买租赁物,提供给承租人使用,承租人支付租金的合同。”以及第 248 条的规定:“承租人应当按照约定支付租金。承租人经催告后在合理期限内仍不支付租金的,出租人可以要求支付全部租金;也可以解除合同,收回租赁物。”可知,在融资租赁合同中,支付租金是承租人的义务,而非出卖人的义务。故本题中,承租人不履行支付价款义务时,出租人仅能起诉承租人,而非出卖人丁公司。据此,选项 D 是错误的。

[陷阱点拨] 本题有不少考生认为选项 C 是正确的,因为《民法通则》第 35 条规定:“合伙的债务,由合伙人按照出资比例或者协议的约定,以各自的财产承担清偿责任。合伙人对合伙的债务承担连带责任,法律另有规定的除外。偿还合伙债务超过自己应当承担数额的合伙人,有权向其他合伙人追偿。”但这种认识是错误的,原因在于:第一,《民法通则》第 35 条解决的只是个人合伙人的责任形式问题,即对外承担连带责任,而不是解决诉讼主体问题;第二,《民诉解释》第 60 条专门规定了个人合伙的诉讼主体问题,在法律对诉讼主体有明确规定的时候,应以法律明确规定为准。

[难度系数] **

(2) **[答案]** _____ (2)

[考点] 个人合伙退伙

[解析] 首先,根据《民法通则意见》第 52 条的规定:“合伙人退伙,书面协议有约定的,按书面协议处理;书面协议未约定的,原则上应予准许。但因其退伙给其他合伙人造成损失的,应当考虑退伙的原因、理由以及双方当事人的过错等情况,确定其应当承担的赔偿责任。”以及第 53 条的规定:“合伙经营期间发生亏损,合伙人退出合伙时未按约定分担或者未合理分担合伙债务的,退伙人对原合伙的债务,应当承担清偿责任;退伙人已分担合伙债务的,对其参加合伙期间的全部债务仍负连带责任。”可知,合伙人退伙的规则为:(1)合伙人间的约定优先。(2)无约定时,合伙人可以退伙且无需征得其他合伙人的同意,但因退伙给其他合伙人造成损失的,退伙人应承担民事赔偿责任。(3)退伙不免责原则。即退伙人对退伙前合伙已经存在的债务,应与其他合伙人一起承担连带责任。本题中,甲、乙、丙就退伙事宜在合伙协议中未作约定,故乙可不经其他各合伙人同意退伙,且乙退伙后对合伙债务仍应承担债务。据此,选项 D 是错误的。

其次,选项 A、B、C 考查了合伙人退伙是否需经债权人的同意。根据《民法通则》第 35 条的规定:“合伙的债务,由合伙人按照出资比例或者协议的约定,以各自的财产承担清偿责任。合伙人对合伙的债务承担连带责任,法律另有规定的除外。偿还合伙债务超过自己应当承担数额的合伙人,有权向其他合伙人追偿。”以及《民法通则意见》的上述规定可知,无论合伙人退伙与否,均以其自身的所有财产作为合伙债务的责任财产,也就是说,合伙人退伙与否对债权人的债权不会产生不利影响,故合伙人退伙的,无需征得债权人的同意,也无需对债权人提供任何担保。据此,选项 A、C 是错误的,选项 B 是正确的。

[难度系数] **

(3) **[答案]** _____ (3)

[考点] 融资租赁合同

[解析] 首先,根据《合同法》第 239 条的规定:“出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择订立的买卖合同,出卖人应当按照约定向承租人交付标的物,承租人享有与受领标的物有关的买受人的权利。”以及第 246 条的规定:“承租人占有租赁物期间,租赁物造成第三人的人身伤害或者财产损害的,出租人不承担责任。”可知,在融资租赁合同中,出租人所购买的租赁物是依据承租人对租赁物选择的结果,所以租赁物致人损害时(无论是致承租人损害还是第三人损害的),出租人不承担责任。本题中,因设备自身原因停机造成承租人损失的,承租人无权要求出租人承担责任,据此,选项 A、D 是错误的。

其次,根据《合同法》第 240 条的规定:“出租人、出卖人、承租人可以约定,出卖人不履行买卖合同义务