

2008^年

国家司法考试备考优化方案

Guojia Sifa Kaoshi Beikao Youhua Fang'an

重点·难点·疑点三点一测

【三】

组编 | 法律考试中心



- 民法
- 商法
- 民事诉讼法与仲裁制度

重点讲解 难点突破
疑点辨析 边学边练



2008 年国家司法考试备考优化方案

重点·难点·疑点三点一测

[三]

法律考试中心/组编

编写人员(排名不分先后)

陈 敦	袁 彬	白慧林
郭志媛	沈 磊	孟 涛
胡超宏	王平原	李 茜
赵 璐	潘春娟	代秋颖
丁 敏	宋艳慧	阴建峰
黄晓亮		

法 律 出 版 社

图书在版编目(CIP)数据

重点·难点·疑点三点一测[三]/法律考试中心组编.
—北京:法律出版社,2008.2
(2008年国家司法考试备考优化方案)
ISBN 978-7-5036-8151-6

I. 重… II. 法… III. 法律工作者—资格考核—中国—
习题 IV. D92-44

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 007367 号

©法律出版社·中国

责任编辑/丁 敏

装帧设计/曹 铀

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京中科印刷有限公司

编辑统筹/法律考试出版分社
经销/新华书店
责任印制/沙 磊

开本/787×1092 毫米 1/16
版本/2008 年 2 月第 1 版

印张/16 字数/513 千
印次/2008 年 2 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 978-7-5036-8151-6

定价:30.00 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

大家都知道司法考试复习的三大要素:理论讲解、试题、法条,三者缺一不可。

理论讲解最有效的复习方式是围绕考点进行复习,本书以考点为核心,将考点分成重点、难点、疑点三个层次。何为重点?是学科体系中重要的内容,能支撑起学科的主要框架。何为难点?不一定是重点,但肯定要花时间理解,不会很容易就记住,如刑法中计算刑期的先并后减和先减后并就属此类。何为疑点?主要有:(1)理论有分歧的部分。(2)法学理论与我们日常的道德、经验相悖的地方。从这三个层次来把握考点能帮助我们更好地复习。

各种试题中以历年真题的价值最高,试题最能检验出我们对考点的把握程度。我们在考点的讲解后配以历年试题和相关例题,帮助大家检验所学、加深理解。

各学科的法条内容庞杂,由于篇幅有限,本书没有专列必读法条,相关内容糅在对考点的讲解中。

本书在内容上力求做到理论讲解、法条、试题三大要素的统一,提供给考生需要的、应试的知识;形式上采用了较多表格,突出重点,让知识点一目了然,减少阅读量,帮助大家顺利通过司法考试。

书中不足之处欢迎大家批评指正,有关本书的任何问题请发送邮件至 lawpress@sina.com。祝大家司考成功!

编者

2008年2月



司考助手

相信我们，更要相信你自己！

欢迎加入中天司考俱乐部！

“司考助手”具有以下4项网上服务：

- ◆网上真题自测及精讲
- ◆模拟试题二套
- ◆基础理论提高班音频下载
- ◆重点考点强化班音频下载

加入者 1688 元即可获价值 4380 元的“司考助手 2008 年版”

注：学员须登陆 www.ztschool.com (隆重推荐中的“欢迎加入中天司考俱乐部”)，下载“北京中天司法考试俱乐部会员申请表”，免费入会。申请表填完后将表格 (复印有效) 寄回中天司考培训学校即可，亦可来电或发送电子邮件申请。

2008 年网络班课件及讲义

班次(光盘)	价格(元)	班次(讲义)	价格(元)
保过班	4680	保过班	1280
基础理论提高班	1980	基础理论提高班	480
中天过关班	2980	中天过关班	580
重点考点强化班 AB 班	1680	重点考点强化班 AB 班	380
法条真题联讲班	1280	法条真题联讲班	280
中天模考突破班	380	中天模考突破班	180
冲关点拨班	1280	冲关点拨班	680

咨询电话：010-63939784 63939785 63939695 传真：010-63939791

电子邮箱：zhongtian@ztschool.com 网址：www.ztschool.com 邮编：100073

帐户名称：北京市丰台区中天培训学校 银行帐号：0200281019020407837

开户银行：中国工商银行北京分行西客站支行六里桥分理处

汇款地址：北京市丰台区莲花池西里7号法律出版社301室

收款人：北京中天培训学校

中天司考培训学校历年部分名师一览 (排名不分先后)

法理学 法制史 宪法	行政法	刑法	刑诉	民法	民诉	三国	商经
周旺生 焦洪昌	张树义	阮齐林	卫跃宁	李仁玉	常英	杨帆	吴景明
王进喜 李红勃	赵宏	罗翔	毛立新	隋彭生	纪格非	祁欢	范世乾
丁相顺 张曙光	胡锦涛	周光权	刘玫	刘智慧	杨秀清	李曰龙	魏敬森
叶晓川 李奋飞	吴鹏	杨艳霞	洪道德	席志国	侍东波	张丽英	张海峡

中天学校各地分校 (详情登陆 www.ztschool.com)

广州分校、南京分校、杭州分校、沈阳分校、石家庄分校、福州分校
青岛分校、长春分校、鞍山分校、台州分校、哈尔滨分校、邯郸分校
温州分校、邢台分校



法律出版社中天学校

2008 年司法考试培训招生简章

班次设置	培训形式及内容	上课日期	天数	上课地点	收费(元)
金牌 保过班 (签协议)	全程 I 班(4800 元读全程)	第一期 4.21-8.31	133	封闭教学区 (集中教学)	18800(一期) 16800(二期)
	全程 II 班(未过免费重读)	第二期 5.12-8.31	112		14800(一期) 12800(二期)
	全程 III 班(不退费不重读)				9800(一期) 8000(二期)
	1、全程 I 班: 第一期先交 5800 元, 过关补交 13000 元; 第二期先交 4800 元, 过关补交 12000 元。未过不再补交。全程 I 班限招 100 人 2、优惠: I、II、III 班送价值 680 元的全程内部资料				
基础理论 提高班	全面掌握基础知识及命题规律, 梳理核心理论脉络, 掌握考点重点	5.12-7.6	56	封闭教学区	3680
中天 过关班	突出重点考点, 掌握必考法条, 通过真题精讲及模考, 实现质的飞跃	第一期 6.16-8.31	77	封闭教学区	7980
		第二期 7.7-8.31	56		5980
优惠: 送价值 380 元的全程内部资料					
重点考点 强化班 AB 班	全国顶级司考名师讲授, 涵盖题库全部考点及 2008 年必考考点	7.7-7.31	25	封闭教学区	2980
	最顶级名师阵容: 阮齐林、隋彭生、张树义、卫跃宁、焦洪昌、吴景明、纪格非、杨帆等, 设有网络班, 学费 1680 元				
法条真题 联讲班	全面掌握同时重点突出司考必读法条及 08 年必考法条, 五年真题精讲及 08 年考试趋势分析	8.1-8.23	23	封闭教学区	2280
中天模考 突破班	全真模拟考试及试卷精讲	8.24-8.31	8	封闭教学区	880
全国冲关 点拨班	08 年必考考点预测, 提供中天独密信息, 课后发放重点试题及特刊	9.8-9.13	6	封闭教学区	1680
周末系统 强化班	全面掌握基础知识及命题规律, 梳理核心理论脉络, 掌握考点重点	4.12-7.6	26	大钟寺 (每周六日)	2880
卷一 突破班	短时间掌握考点。未过 90 分, 退费 800 元	8.1-8.7	7	大钟寺	1680
08 函授班	理论精讲光盘, 法条、真题精讲讲义, 两套模考试卷	即日起报名			1280
08 网络班	上述各班次均开设网络班。另有讲义出售, 详情见背面				
07 年课件	备有 07 年各班次光盘及讲义, 欢迎购买, 详情见 www.ztschool.com				

备注: 1.有调整, 以调为准; 2.按报名顺序排座位; 3.集中教学班统一安排食宿, 费用自理!

优惠: 1.5 人以上集体报名、老学员、学生、现役军人及公检法司在职人员报名可享受保过班 300 元、中天过关班 100 元、其它班次 50 元的优惠;

2.以上优惠不能重复享受。

诚邀分校加盟

010-63939807/9

目 录

民 法

专题一 民法总论	(1)
专题二 民法物权	(23)
专题三 民法债权	(46)
专题四 知识产权	(84)
专题五 婚姻家庭和继承	(99)
专题六 人身权与侵权行为	(105)

商 法

专题一 公司法	(116)
专题二 合伙企业法	(130)
专题三 个人独资企业法	(138)
专题四 外商投资企业法	(141)
专题五 破产法	(144)
专题六 票据法	(150)
专题七 保险法	(155)
专题八 海商法	(158)

民事诉讼法与仲裁制度

专题一 民事诉讼法学基础理论	(163)
专题二 民事诉讼基本原则与基本制度	(167)
专题三 主管与管辖	(170)
专题四 地域管辖	(175)
专题五 当事人	(181)
专题六 证据的种类与分类	(188)
专题七 证明	(192)
专题八 法院调解	(196)
专题九 诉讼保障制度	(200)
专题十 期间、送达及诉讼费用	(203)
专题十一 一审普通程序	(205)
专题十二 简易程序	(210)
专题十三 二审程序	(212)
专题十四 再审程序	(216)
专题十五 非讼程序	(219)
专题十六 执行程序一	(223)

专题十七 执行程序二	(227)
专题十八 涉外民事诉讼程序	(230)
专题十九 仲裁协议	(233)
专题二十 仲裁程序	(237)
专题二十一 仲裁裁决的撤销与执行	(240)

专题一 民法总论

一、重点精讲

(一) 民事法律关系

1. 民事法律关系与其他社会关系的区别

	主体地位是否平等	是否体现民事权利义务内容
民事法律关系	是	是
行政法律关系	否	否
道德关系	是	否

【真题验证】 1. 下列哪种情形成立民事法律关系？
(2006 年试卷三第 1 题)

- 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

【答案】 C。甲极力劝酒对乙酒精中毒存在过错，产生民事权利义务关系，成立侵权法律关系。

2. 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。道义关系不体现民事权利义务内容。对各种具体的民事法律关系，如不当得利关系与无因管理关系、各种具体的合同关系、侵权关系等，应注意其细微之处，做出正确的认定。

【例】 林某与甲房地产经纪公司签订房屋委托买卖合同，合同约定，甲公司为林某购买某小区一套住房，房价款为 24 万元，购房定金 1 万元，林某一次性支付购房款，其首付款不低于房价款 30%，余款在该房屋产权转移前三日内补齐。甲公司为林某办理房屋过户手续后，林某支付 8 万元，余款未付。在此过程中，乙公司代为支付了 7 万元房款，并向甲公司出具欠条，内容为“关于林某购房我公司应付壹拾伍万元整，已付柒万元整，还

欠捌万元争取月底前一次性付清”。因乙公司未付剩余款项，甲公司将林某和乙公司诉至法院。林某和乙公司互相推诿，均认为该款应由对方支付。甲公司在诉讼中增加诉讼请求，因为剩余房款未付，其在与案外人原房主的诉讼中应支付的房屋尾款利息及负担的案件受理费应由本案被告承担。下列说法正确的是：

- A. 乙公司欠条的性质为第三人代为履行，8 万元剩余房款应由林某支付
- B. 乙公司欠条的性质为债务承担，8 万元剩余房款应由乙公司支付
- C. 乙公司欠条的性质为保证担保，8 万元剩余房款应由林某和乙公司连带支付
- D. 甲公司有权请求被告承担其应支付给原房主的尾款利息和案件受理费

【答案及解析】 B。本题涉及代为履行、债务承担、保证和违约责任等问题。第三人代为履行和债务承担对第三人和债务人的责任方面存在很大不同，本案的特殊之处在于第三人直接向债权人出具了欠条，承诺偿还债务人所欠的金钱债务，且数目完整、日期清晰。第三人以自己的名义承担了债务人的债务，且对原合同中还款期限予以变更，都得到了债权人的同意，其行为应认定为债务承担。在债务承担中，原债务人退出了债的关系，不对承担人的履行负担担保责任，故 8 万元剩余房款应由乙公司支付，林某不负责任，B 选项正确，A 选项错误。C 选项的错误在于，乙公司自始至终没有表示作为林某还款担保人的意思，故认定其为保证人实属牵强。本题还涉及违约责任中赔偿损失的范围问题，即对于甲公司在另案中所承担的违约责任是否包括在本案违约责任范围之内。由于在林某及乙公司与甲公司的协议中均未对此进行约定，而甲公司与原房主的合同与本案合同无关，基于合同相对性原理，该责任应由甲公司自担，故 D 选项错误。

2 民事权利的分类

(1) 非财产权、财产权与兼有两种性质的权利

	主要类型	能否转让、抛弃	受侵害能否主张精神损害赔偿
非财产权	人格权、身份权	不可以	可以
财产权	物权、债权、知识产权	可以	一般不可以,例外者力具有人格象征意义的特定纪念物品,因侵权行为而永久性灭失或者毁损
兼有两种性质的权利	继承权、股权	视具体情况而定,如继承权不得转让,但股权可以转让	不可以

(2) 支配权、形成权、请求权与抗辩权

支配权	具有排他性,义务人负消极不作为义务,一般不受时间限制,如人身权、物权,但知识产权受时间限制
形成权	往往具有从属性,从属于某种法律关系或者某种行为,如抵销权以享有合同债权为前提,处分权人对无权处分行为的追认以特定的法律关系存在为前提。一般受除斥期间的限制。形成权不存在对应的义务,此点区别于支配权和请求权。如撤销权、追认权、抵销权、解除权
请求权	请求权具有相对性,其内容包括主体的相对性、内容的相对性和效力的相对性,这是请求权区别于支配权的最本质的特征。以基础权利存在为前提,又可分为债权请求权、物权请求权、知识产权请求权、人格权请求权和身分权请求权等。一般受时间限制,但存在例外
抗辩权	抗辩权的行使以请求权的行使力条件;抗辩权不同于形成权;抗辩权不受时效期间限制;抗辩权不得单独转让,需随基础法律关系的转让而转让(如《合同法》第85条);抗辩权可因抛弃而消灭,抛弃既可以明示,也可以默示,如通过积极行力表明抛弃抗辩权

【真题验证】 下列关于民事权利的表述哪一个是错误的?(2004年试卷三第1题)

- 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

【答案】 D。此处“对应义务”应指消极义务。

(3) 绝对权与相对权。绝对权的特征有二:一是权利上的利益是直接实现的,无须义务人的协助;二是义务主体为不特定的任何人。人身权、知识产权、物权均属于绝对权。相对权的特征也有二:一是权利的实现须通过相对人的协助,否则无法实现;二是义务主体为特定的人,权利人只能请求特定的人履行义务。债权为典型的相对权。

(4) 主权利与从权利。二者区分的意义在于,从权利的变动,原则上依附于主权利;主权利的变动,则不受从权利的影响。

(5) 既得权与期待权。权利人尚未现实取得而于将来可能取得的权利,称为期待权,如附条件的民事行为产生的权利、继承开始前继承人的权利、保险合同受益人的权利等。期待权的特征和意义在于:第一,期待权是一种未来的或然性权利;第二,期待权是一种法律保护的利益;第三,期待权包括约定产生的期待权和法定的期待权。

3 民事权利的行使与保护

(1) 民事权利的行使。民事权利赋予民事主体以法律保护之利益,唯民事主体在行使自己之权利时须遵守相应的原则与规则,不得滥用权利,更不得损害他人的合法权益。

【例】 张某购买一套商品房,该房共有两间浴室,最大一间面积为10平方米,现张某拟在该浴室安装一个特大的浴缸,该浴缸占地面积为8.6平方米,开口面积为9.8平方米,装满水后重量达到4吨左右。经检测,该浴缸的安装将危及该楼的安全。请问,张某的行为违反了民法中的哪一项基本原则?

- A. 公平原则
- B. 平等原则
- C. 禁止权利滥用原则
- D. 自愿原则

【答案及解析】 C。本题涉及对禁止权利滥用的理解问题。任何权利均有一定界限,没有不受任何限制的权利。行使权利超出了一定界限而损害他人权益或者公共利益的,是权利滥用。一般认为,构成权利滥用需具备三个条件:一是当事人有权利存在;二是权利人有行使权利的行为;三是当事人的行为有滥用权利的违法性。本题中,张某对其所购买的商品房享有房屋所有权,但该所有权的行使应当不违反社会公共利益,不损害他人利益,否则即构成权利滥用。张某所拟安装的浴缸将危及整幢大楼的安全,属于滥用其权利的行为。故本题正确选项为C。应当注意的是,滥用权利的后果并不同一,而应区

别对待。权利人虽滥用权利,但其原有权利并不丧失,例如本题中,张某虽不得安装该巨型浴缸,但并不丧失其对该房屋的所有权,基于其所有权,张某可以使用或者转让该房屋。

(2)民事权利的保护。民事主体的权利受到侵害可以通过自力救济和公力救济获得保护。自力救济包括正当防卫、紧急避险和自助行为。

正当防卫	①存在不法侵害行为,且该不法侵害行为现实地危害着防卫人的合法权益,或他人的合法权益,如不采取防卫措施必将使合法权益或公共利益遭受损害; ②必须针对不法侵害行为人本人实施防卫措施; ③防卫措施必须适当,不能超过必要的限度
紧急避险	①发生了现实的和紧急的危及民事主体合法权益的意外情况; ②不能超过必要的限度; ③紧急避险后须对受损人给予合理的补偿
自助行为	①为保护自己的权利; ②形势紧迫来不及请求公力救济; ③采取的手段适当; ④事后及时请求有关国家机关处理

特别要注意自助行为与侵权行为,以及行使抗辩权的区别:侵权行为须满足侵权行为的构成要件,如一般侵权行为的构成要件包括违法行为、主观过错、损害结果和因果关系。行使抗辩权以请求权的行使为前提,是对抗请求权的权利。

【真题验证】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。乙的行为符合自助行为的构成要件,不构成侵权行为。

4. 民事义务

民事义务以行为的方式不同,可分为作为义务与不作为义务。作为义务,即义务人必须为一定行为,以不作为为义务之违反;不作为义务,即义务人必须不为一定行为,以作为为义务之违反。权利与义务常相对应、关联,但在某些情况下,也有无义务的权利和无权利的义务。如形成权,即属于无义务的权利。合同当事人发生不可抗力时的通知义务,即为无权利的义务。

5. 民事责任

民事责任以补偿受害人所受损失为主要目的,且可以由当事人在法律允许的范围内协商赔偿的数额和承担责任的形式,此点区别于刑事责任。刑事责任一般不能通过当事人协商得以承担,有关规避法律制裁的协议属于无效协议。民事责任既包括过错责任,也包括无过错责任。

【真题验证】甲被乙打成重伤,支付医药费5万元。甲与乙达成如下协议:“乙向甲赔偿医药费5万元,

甲不得告发乙”。甲获得5万元赔偿后,向公安机关报案,后乙被判刑。下列哪一选项是正确的?(2007年试卷三第2题)

- A. 甲、乙之间的协议有效
- B. 因甲乘人之危,乙有权撤销该协议
- C. 甲、乙之间的协议无效
- D. 乙无权要求甲返还该5万元赔偿费

【答案】D

(二)自然人

1. 自然人的民事权利能力

(1)自然人的民事权利能力始于出生,终于死亡。对出生的认定:自然人出生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。

(2)胎儿利益的保护。其一,胎儿在母体中因侵权行为而流产,或者成为死体,只能由母亲以自身受到损害为由提出侵权损害赔偿;其二,胎儿受到侵害后出生,身体或器官受到损害的,除母亲可因损害提出损害赔偿外,胎儿还可作为独立的诉讼主体提出损害赔偿。

【例】张某系一孕妇,家住峰顶家园,某日,张某在晚饭后下楼散步时,被从楼里突然闯出的一条狗吓了一跳,不慎流产,且为此身体健康受损和支付一定医药费。经查,该狗系李某家所养,该狗为一条体型庞大、形象凶猛,但实际上很温驯的牧羊犬,当时没有按照小区物业公司的要求配戴狗链。对损害赔偿,发生争议。下列说法正确的有:

- A. 张某所受损害应由李某和物业公司共同承担赔偿责任
- B. 张某有权请求李某赔偿因胎儿流产造成的财产损失
- C. 张某有权请求李某赔偿因胎儿流产造成的精神损害

D. 张某之夫有权请求李某赔偿因胎儿流产造成的精神损害

【答案及解析】 BC。本题涉及动物致人损害的民事责任承担和精神损害赔偿的适用问题。根据《民法通则》第127条的规定,饲养的动物造成他人损害的,动物饲养人或者管理人应当承担民事责任;由于受害人的过错造成损害的,动物饲养人或者管理人不承担民事责任;由于第三人的过错造成损害的,第三人应当承担民事责任。本题中,李某饲养的狗造成张某损害,应承担赔偿责任。物业公司对此并无过错,故不承担赔偿责任,A选项错误。张某支付了医药费乃财产损失,因流产而健康受损可请求精神损害赔偿,故BC选项正确。由于胎儿尚未出生,故不具有民事权利能力,不为自然人,故张某之夫无权对胎儿流产主张精神损害赔偿,D选项错误。

(3)死者的人格及遗体、遗骨的保护。死者已不具有民事权利能力,不能作为民事权利和民事义务的承受者,故死者不为权利主体和义务主体。但对死者人格及遗体、遗骨的伤害,可令死者的近亲属遭受精神痛苦,应予以救济。

【例】 张某与王某系邻居,但双方经常为琐事争吵,因而结仇。张某因心脏病死后,其子女依当地风俗土葬了张某。王某因对张某依然怀恨在心,某日,王某偷偷

进入张某墓地,将张某的遗体毁坏,以泄恨。张某的子女得知后,十分痛苦,并将王某诉至法院。对此,下列表述中,正确的是:

A. 王某的行为属于不道德的行为,应受道德谴责,但不应承担法律责任

B. 由于张某已死亡,不具有民事主体资格,故王某的行为不构成侵权行为

C. 张某的子女有权要求王某赔偿损失,包括精神损害

D. 王某的行为构成对张某身体权的侵害,应承担侵权责任

【答案及解析】 C。本题涉及自然人死亡后毁坏死者遗体的行为性质及法律后果如何认定的问题。自然人的民事权利能力始于出生,终于死亡。自然人死亡后,不具有民事权利能力,不享有民事权利,但侵害死者人格和尸体的,其近亲属可主张精神损害赔偿。依《精神损害赔偿解释》第3条第1款第3项的规定,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,其近亲属因此遭受精神痛苦的,有权请求精神损害赔偿。本题中,王某毁坏张某的遗体,必然导致对张某墓地的毁损,故张某的子女有权要求王某赔偿墓地损失。故本题应选C。

2. 自然人的民事行为能力

	具体内容	行为效力
完全民事行为能力人	(1) 年满18周岁的自然人; (2) 视为完全民事行为能力人	一般行为均有效,法律另有规定的除外,如结婚需男年满22周岁,女年满20周岁
限制民事行为能力人	(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	(1) 有效行为:与年龄、智力状况相适应的民事行为;纯获利益的行为;经法定代理人同意的行为; (2) 效力待定行为:与年龄、智力状况不相适应的合同行为; (3) 无效行为:与年龄、智力状况不相适应的单独行为
无民事行为能力人	(1) 10周岁以下的未成年人; (2) 完全不能辨认自己行为的精神病人	(1) 有效行为:与生活密切相关的细小行为;纯获利益的行为; (2) 无效行为:除有效行为以外的其他行为

【例】 陆某(17岁,在校学生)按其母亲丁某的嘱咐,持外币至甲银行的某储蓄所,并以陆某的户名在储蓄存款凭条上填写了存期2年,全额1500元(美元)后,连同现金交给该所接柜员刘某,之后刘某将铜牌一枚发给陆某,陆某即持铜牌等候。当陆某听见刘某呼叫自己所持的铜牌号时,便将铜牌交给刘某,刘某将钱款退还陆某并告知此款比其在存款凭条上所填全额少300美元。陆某清点后回家告知父母,并随丁某前往下交涉,但与刘某未能达成一致。遂诉至法院,要求返还300美元。问题:陆某持外币前往存款的行为是否有效?

A 有效 B 无效
C. 效力待定 D. 可撤销

【答案及解析】 A。本案涉及限制民事行为能力人的行为效力问题。本案中,陆某年满17周岁,为限制民事行为能力人,对于存款行为即使是陆某的个人行为,也应认定是与其年龄、智力状态相适应的行为,该行为应认定为有效行为。而陆某按其母之嘱咐前往存款,应认为得到其法定代理人的同意,该存款行为应为有效行为无疑。

3. 自然人的住所

住所认定的一般问题	(1) 户籍所在地为住所地; (2) 户籍所在地与经常居住地不一致的,以经常居住地为住所地
住所认定的特殊问题	(1) 经常居住地为连续居住满一年以上的地方,住院除外; (2) 自然人于户籍所在地迁出后至迁入前无经常居住地的,仍以其原户籍所在地为住所; (3) 未成年人和精神病人的住所以其监护人的住所为住所

【例】 王某和刘某结婚后,生有一子王甲,后王某和刘某离婚,经法院判决,王甲随刘某生活。王某有一所住所在某区1号,刘某也有一所住所在某区6号。离婚之前,王某和刘某为王甲购买了一套商品房,在某区7号。王甲虽然随刘某生活,但经常居住在姥姥家,其姥姥家在某区8号。问王甲的住所何处?

- A. 某区1号 B. 某区6号
C. 某区7号 D. 某区8号

【答案及解析】 B。本题涉及未成年人的住所问题。未成年人以监护人的住所为住所,故王甲的住所为某区6号,因为刘某为王甲的实际监护人。

4. 监护

(1) 监护人的设立

未成年人监护人的设立	① 父母是未成年人的当然监护人; ② 祖父母、外祖父母、成年兄姐是具有法定义务的监护人; ③ 其他亲朋为自愿监护人; ④ 村委会、居委会、未成年人父母所在单位以及民政部门可作为单位监护人
精神病人监护人的设立	① 配偶、父母、成年子女、其他近亲属,具有监护义务; ② 关系密切的其他亲属、朋友为自愿监护人; ③ 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可为单位监护人

(2) 监护人的职责

监护人的职责	① 保护被监护人的身体健康,照顾被监护人的生活; ② 管理和保护被监护人的财产; ③ 代理被监护人进行民事活动; ④ 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; ⑤ 被监护人致人损害,监护人承担民事责任
监护人职责的特殊问题	① 只有为了被监护人的利益,才能处分被监护人的财产。擅自处分被监护人财产的行为在效力上为无效行为,在性质上为侵权行为; ② 委托监护中,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,受托人有过错的负连带责任; ③ 将未成年人送到学校接受教育并非将监护职责委托给学校,教育机构只对其教育和管理承担过错责任; ④ 在诉讼中,监护人以法定代理人的身份出现,而不是以诉讼当事人的身份出现

【真题验证】 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年试卷三第60题)

- 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

【答案】 AC。应注意:依据《人身损害赔偿解释》

第7条之规定,本题中,幼儿园应承担与其过错相适应的责任。

【例】 某甲出差将6岁儿子某乙托邻居某丙照看。一日,某丙在家中饮酒,让某乙也与之同饮,某乙酒醉将隔壁小孩打伤,医药费近千元。这一损失应由:

- A. 某丙承担,可责令某甲适当赔偿
B. 某甲承担,某丙负连带责任
C. 某甲承担,若某甲无力承担,由某丙承担
D. 某丙承担,某甲不负任何责任

【答案及解析】 B。本题涉及监护职责的委托问题。依《民通意见》第22条的规定,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。本题中,甲将

自己的儿子委托给邻居丙照看,双方对监护责任的承担未进行约定,因对某乙致人损害,某丙存在过错,故应由某甲承担责任,某丙负连带责任。

5. 宣告失踪与宣告死亡

宣告失踪	宣告失踪的条件与程序	(1)下落不明满2年; (2)利害关系人的申请; (3)人民法院的受理与公告。公告期力3个月
	宣告失踪的后果	(1)为失踪人设置财产代管人; (2)财产代管人代失踪人履行义务
宣告死亡	宣告死亡的条件与程序	(1)下落不明满4年,意外事故满2年; (2)利害关系人的申请; (3)人民法院的受理与公告。公告期力1年,意外事故情形公告期力3个月
	宣告死亡后果	(1)财产依法继承; (2)婚姻关系归于消灭
	死亡宣告被撤销的后果	(1)婚姻关系:配偶未再婚的,自行恢复;配偶已再婚,不论是否离婚,或配偶他方死亡,均不能自行恢复; (2)通过继承取得财产的人返还财产,原物已被第三人合法取得的,予以适当补偿; (3)子女被他人收养的,不得仅以送养未经其同意力由王张收养无效

【例】 张某被宣告死亡后,其两间房屋被其父亲继承,一辆小货车由其妻子继承。其妻改嫁王某,王某在使用小货车运输过程中出现车祸,车毁人亡,货车被送至李某处修理,因未支付修理费被扣留。此时,张某回到家乡。经查,两间房屋一直出租给赵某居住,租期已过,赵某一直继续占用。因返还财产引起纠纷,下列判断正确的是:

- A. 张某有权请求赵某返还两间房屋
- B. 张某有权请求其父亲返还房屋租金
- C. 修理费属于张某夫妻共同债务,张某有义务偿还该修理费
- D. 张某有权请求李某返还小货车,但应支付修理费

【答案及解析】 AB。本题涉及宣告死亡的法律后果问题。《民通意见》第40条规定:“被撤销死亡宣告的人请求返还财产,其原物已被第三人合法取得的第三人可不予返还。但依继承法取得原物的公民或者组织,应当返还原物或者给予适当补偿。”赵某承租张某父亲继承的张某的房屋,租期已过却一直占用,属于非法占有,张某有权请求赵某返还房屋,A选项正确。返还财产包括返还原物和孳息,房屋租金属于房屋的法定孳息,故张某父亲应将房屋租金返还张某,B选项正确。张某之妻应将小货车返还给张某,现小货车被李某留置,因李某并未取得小货车的所有权,故张某作为所有权人有权请求李某返还小货车。由于李某扣留货车系行使留置权,故

张某虽有权请求其返还小货车,但李某有权拒绝返还。支付修理费是承揽合同中定作人的义务,张某与李某之间并不存在合同关系,故张某无需支付修理费,D选项错误。如果张某愿意支付修理费,则属于代为履行,张某有权请求李某之妻返还修理费。《民通意见》第37条规定:“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。”张某之妻已再婚,虽其配偶又死亡,但其夫妻关系不得认定自行恢复,故在张某被宣告死亡期间李某之妻使用货车产生的修理费非属于夫妻共同债务,C选项错误。

6. 个人合伙

(1) 合伙人的认定

合伙人是根据合伙协议,共同出资、共同经营、共享收益、共担风险的人。但这不是绝对的,在合伙协议上,当事人之间没有书面合伙协议,又未经工商行政管理部门核准登记,但具备合伙的其他条件,又有两个以上无利害关系人证明有口头合伙协议的,人民法院可以认定为合伙关系。在共同经营上,自然人按照协议提供资金或者实物,并约定参与合伙盈余分配,但不参与合伙经营、劳动的,或者提供技术性劳务而不提供资金、实物,但约定参与盈余分配的,视为合伙人。

(2) 合伙财产

合伙财产的构成	①合伙人的出资:货币、实物、知识产权、土地使用权或者其他财产权利,也可以是劳务; ②合伙经营取得的财产
合伙财产的保全	①一般情况下,合伙人不得请求分割合伙财产; ②向合伙人以外的人转让合伙财产份额的,应经其他合伙人一致同意。其他合伙人在同等条件下有优先购买权; ③合伙人用合伙财产份额出质的,应经其他合伙人一致同意。未经其他合伙人一致同意的,其行为无效

(3) 合伙事务执行

或者经全体合伙人一致同意,不得与合伙从事交易;

①合伙人对执行合伙事务享有同等的权利;

③合伙对合伙人执行合伙事务或者对外代表合伙的

②合伙人负有竞业禁止义务:不得自营或者为他人

权限予以限制的约定,不得对抗善意第三人。

经营与其所在合伙相竞争的业务,除合伙协议另有约定

(4) 合伙债务承担

合伙债务的外部承担	合伙人对合伙债务负连带无限责任
合伙债务的内部承担	①首先根据合伙协议约定; ②合伙协议未约定或者约定不明确的,由合伙人协商决定;协商不成的,由合伙人按照实缴出资比例分配、分担; ③无法确定出资比例的,由合伙人平均分配、分担

(5) 入伙与退伙

入伙	①入伙应经全体合伙人一致同意; ②入伙人对合伙享有与其他合伙人同样的权利,并承担同样的义务
退伙	①退伙有法定退伙、除名退伙和声明退伙; ②退伙人退伙后,对其参加合伙期间的全部债务仍负连带责任

【真题验证】 甲、乙、丙各出资5万元合伙开办一

家餐馆,经营期间,丙提出退伙,甲、乙同意,三方约定丙放弃一切合伙权利,也不承担合伙债务。下列选项哪一个正确的?(2004年试卷三第2题)

- A. 丙退伙后对原合伙的债务不承担责任
- B. 丙退伙后对原合伙的债务仍应承担连带清偿责任
- C. 丙退伙后对原合伙的债务承担补充责任
- D. 丙退伙后仍应以其出资额为限对原合伙债务承担清偿责任

【答案】 B

(2) 法人的分类

(三) 法人

1. 法人的概念、特征、分类

(1)法人的概念与特征。法人是独立的组织,享有独立财产,并独立承担责任。独立组织是指法人具有独立的法律人格,它能以自己的名义参与各种民事法律关系,在诉讼中以自己的名义作为当事人。独立财产是指法人的财产为法人所有,它与出资者、法定代表人、工作人员的财产彼此分离。独立责任是指法人以自己所有的全部财产承担责任,而不要求其出资者、法定代表人、工作人员负连带责任。法人责任既非有限责任,也非无限责任。

《民法通则》中的分类	企业法人、机关法人、事业单位法人、社会团体法人	①性质不同:企业法人为营利法人,机关法人、事业单位法人和社会团体法人均不以营利为目的。 ②财产或者经费来源不同:企业法人的财产或者是国家授权其经营管理的财产,或者是投资者投入的财产,或者是营利形成的财产;机关法人的经费来源于财政拨款;事业单位法人和社会团体法人的财产和经费来源于国家财政拨款及自筹资金等。 ③设立程序不同:企业法人经审批登记或者核准登记设立;机关法人依法律或者行政命令设立;事业单位法人或依法律、行政命令组建,或依登记设立;社会团体法人经登记设立
------------	-------------------------	---

续表

学 理 上 的 分 类	公法人与私法人	①诉讼方式不同:对于公法人因行使公共权力所生争执,依行政救济程序解决,或行政复议或行政诉讼;对于私法人间所生争执,依民事诉讼程序或仲裁程序解决。 ②损害赔偿依据不同:公法人及其职员因侵权行力所生损害,依国家赔偿法或者特别规定承担责任;私法人及其职员因侵权行力所生损害,依民法规定承担责任
	社团法人与财团法人	①成立基础不同:社团法人成立基础为人,财团法人则以财产为基础。 ②设立人的地位不同:社团法人的设立人,在法人成立时为其成员;财团法人的设立人,在法人成立时与法人相脱离,不为其成员。 ③设立行为不同:社团法人的设立行为属于共同的民事行力,且力生前行力;财团法人的设立行为则力单方行力,有的为死后生效的行为。 ④有无意思机关不同:社团法人有自己的意思机关,为自律法人;财团法人无意思机关,力他律法人。 ⑤目的不同:社团法人可为营利,也可为公益;财团法人只能为公益
	营利法人与公益法人	①目的不同:营利法人以营力力目的,后者则以公益力目的。 ②设立准则不同:公益法人依特别法的规定设立,营利法人除有特别法外,依民法规定设立。 ③设立程序不同:营利法人的设立,除有特别规定外,一般不需要得到王管机关的许可;公益法人则必须得到这种许可后才能设立。 ④法律形式不同:营利法人只能采取社团法人的形式,公益法人既可以采取社团法人,也可以采取财团法人形式

【真题验证】 关于事业单仁法人,下列哪些选项是错误的?(2007年试卷三第52题)

A. 所有事业单仁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仁从成立之日起取得法人资格

2 法人的能力

C 国家举办的事业单仁对其直接占有的动产享有所有权

D. 事业单仁法人名誉权遭受侵害的,有权诉请精神损害赔偿

【答案】 ABCD

法人的民事权利能力	(1)法人的民事权利能力,始于成立,终于消灭; (2)法人不同于自然人,不享有基于自然人的自然属性而享有的权利,如肖像权、身体权、生命权,法人不享有继承权,但可作为受遗赠人
法人的民事行为能力	(1)法人的民事行为能力与法人的民事权利能力同时取得,同时终止,且范围一致; (2)法人的民事行为能力由法人机关或其代表人实现; (3)企业法人超越经营范围签订合同,除违反国家限制经营、特许经营以及法律、法规禁止经营的外,合同有效
法人的民事责任能力	(1)法人具有民事责任能力; (2)法人承担民事责任的要件:①须有加害他人的侵权行为;②须因法人的代表人或其他工作人员的行为;③须因执行职务的行力所发生

【真题验证】 关于企业法人对其法定代表人行为承担民事责任的下列哪一表述是正确的?(2006年试卷三第3题)

A. 仅对其合法的经营行为承担民事责任

B. 仅对其符合法人章程的经营行为承担民事责任

C. 仅对其以法人名义从事的经营行为承担民事责任

D. 仅对其符合法人登记经营范围的经营行为承担民事责任

【答案】 C

【例】 蓝天有限责任公司经理刘某派工作人员王某去邮局寄送急件,王某为赶去邮局,向正到公司办事的好友张某借用其摩托车。在去邮局的途中,王某出了车祸,不仅摩托车报废,而且还致一行人高某重伤。经交通

部门事故鉴定,是因为王某超速行驶而撞伤行人高某,后又撞在一石头护栏上致使摩托车损坏。于是,张某、高某向法院提起诉讼,要求蓝天有限公司承担赔偿责任。对于本案的处理,下列表述正确的是:

- A. 张某摩托车的损失应由王某承担
- B. 张某摩托车的损失应由蓝天有限责任公司承担
- C. 高某的损害应由王某承担
- D. 高某的损害应由蓝天有限责任公司承担

【答案及解析】 AD。本案涉及两个行为,第一个是王某借用他人摩托车的行为;第二个是王某骑车撞人的行为。正是由于上述两种行为的性质不同,张某的摩托车损失应由谁赔偿才存在两种观点。第一种观点认为,王某向张某借用摩托车,是为了给公司送信,其行为虽然不是得到授权的行为,也不是直接对法人目的的实现有关的行为,但该行为仍然与执行职务相联系,因此,依据与执行职务相联系的观点,该损失应由蓝天公司承担。第二种观点认为,王某向张某借用摩托车的行为不是以公司的名义进行的,而是以自己的名义进行的,也未得到公司的授权。该行为与执行职务没有本质的关联,在外观上不具有执行职务的特征,依社会共同经验也难以认定其行为与执行职务相关联,因此,其借用行为应属个人

4. 法人的成立、变更与终止

法人的成立	法人成立的条件是:(1)依法成立,包括法人的设立目的合法和设立程序合法。(2)有必要的财产和经费。是否具备必要的财产和经费,依具体法律规定。(3)有自己的名称、组织机构和场所。(4)能够独立承担民事责任
法人的变更	(1)法人变更包括法人的合并与分立,以及法人其他重大事项的变更。法人的变更应向登记机关办理变更登记,并公告。 (2)法人变更后,其债权债务由变更后的法人概括承受,但经与债权人约定的除外
法人的终止	(1)法人的终止原因主要有依法被撤销、解散、破产等。 (2)法人发生终止原因时应依法进行清算,清算组代表法人起诉或应诉,为诉讼中的主体。 (3)法人的消灭时间为办理注销登记的时间

【例】 甲公司分立为乙公司和丙公司。在分立过程中,乙公司和丙公司对甲公司所欠丁、戊、己、庚的债务达成协议。乙公司承担丁、戊的债务,丙公司承担己、庚的债务,该协议经过了丁、戊、己、庚的同意。后因丙公司无力承担己、庚的债务,己、庚向乙公司请求偿还债务而发生纠纷。现问乙公司和丙公司达成的债务承担协议效力如何?

- A. 该协议无效
- B. 该协议有效

行为。因个人行为造成的损失,应由其个人承担。本书作者认为第二种观点更符合我国现行法律的本意。至于高某的损害应由谁承担责任,依据执行职务说,该损害是王某执行职务过程中因侵权行为而发生的损害,故该损害应由蓝天公司承担。

3. 法人机关

法人机关不是一种独立的法律主体,其本身并非民事权利的享有者或民事义务的承担者,更不是民事责任的承担者,而是作为法人内部结构的一个重要组成部分而存在。但法人机关与法人的职能部门不同:法人机关实施的行为是具有私法上效果的行为,法人的职能部门虽履行一定的法人职责,但其所实施的行为与作为民事主体的法人所参加的民事权利义务关系无涉,不产生私法上的效果。

【真题验证】 下列关于法人机关的表述哪些是正确的?(2005年试卷三第51题)

- 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

- C. 该协议可撤销
- D. 该协议效力未定

【答案及解析】 B。本题涉及法人分立后的债务承担问题。在法人分立后的债务承担问题上,债权人与债务人协议的,依照该协议,没有协议的,应由变更后的法人承担连带责任。本题中,甲公司分立为乙公司和丙公司,乙公司和丙公司对甲公司的债务承担达成了协议,且该协议经过债权人同意,对债权人具有效力。