



国家司法考试辅导系列

2011年国家司法 考试试卷 三

民商事法律制度高频 考点及全真模拟训练

国家司法考试专家组 主编

紧扣考试大纲
浓缩高频考点
预测命题趋势
强化真题训练



西南师范大学出版社
国家一级出版社 全国百佳图书出版单位

2011 年国家司法考试试卷三

——民商事法律制度高频考点及全真模拟训练

国家司法考试专家组 主编



NLIC 2970658337

西南师范大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

2011 年国家司法考试试卷三——民商事法律制度高频考点及全真模拟训练/国家司法考试专家组主编. —重庆:西南师范大学出版社,2010.10

ISBN 978-7-5621-4896-8

I. ①2… II. ①国… III. ①民法—中国—法律工作者—资格考核—习题②商法—中国—法律工作者—资格考核—习题 IV. ①D92-44

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 183204 号

2011 年国家司法考试试卷三
民商事法律制度高频考点及全真模拟训练
国家司法考试专家组 主编

责任编辑:任志林

书籍设计:周娟 钟琛

出版、发行:西南师范大学出版社

(重庆·北碚 邮编:400715

网址:www.xscbs.com)

印 刷:重庆升光电力印务有限公司

开 本:787mm×1092mm 1/16

印 张:32.75

字 数:938 千字

版 次:2010 年 10 月第 1 版

印 次:2010 年 10 月第 1 次印刷

书 号:ISBN 978-7-5621-4896-8

定 价:63.00 元

把握规律 统筹规划 转变思维 提高能力

(代 序)

2010 年国家司法考试的尘埃一旦落定,备战来年考试的战鼓又隆隆作响。谁能在号称“中国第一大考”的国家司法考试中脱颖而出?明朝深秋时节发榜之日的喜悦到底由谁来品尝?通过对以往历届胜出考生的观察以及对 2005~2010 年真题的透彻分析,本书编写组们认为,把握命题规律和考试规律,统筹时间安排、规划复习进度,转变思维方式,提高应试技能是 2011 年每一位考生的必修课。

一、命题的基本规律

司法考试的命题规律是非常明显的。世界上任何一个成熟的考试、一个持续不断的考试,累积若干年后都会呈现出一定的规律性。这种规律的出现,不仅源于成熟的考试会因为考查对象、知识点固定而固定下命题的题型和风格,而且也会使考查的难度稳定下来,更重要的是命题重点会保持稳定。司法考试的规律集中表现为三点:重者恒重,新增必考,综合考查。

重者恒重。即重要的知识点(见本系列的高频考点)永远都是重要的。在司法考试的考查范围中,不同学科之间分量不同;同一学科之内不同知识点之间重要性也是不同。准备司法考试,必须分清考点的主次,抓主要矛盾。这一规律在某一年的个别学科上可能会出现一些差异,但若以 3~5 年为阶段,这一规律在每一个学科上都可谓是第一规律。

新增必考。新增加的考点(见本系列的近两年新增考点)一般都会在当年考查,即使当年不考也会在接下来的年份予以考查。因此,对新增考点必须重视。但需要指出的是,新增考点的考查都相对简单,能够明白立法意旨并简单运用即可,甚至,很多时候都是该知识点的简单记忆考查。在这里,新增的考点也是考生成绩提高的增长点。

综合考查。即不同学科之间,或同一学科不同知识点之间的综合运用。这一规律首先体现在多项与不定项选择题上,尤其体现在案例分析上。在此处,本书编写组想提醒考生必须重视案例分析。

二、基本的复习策略

司法考试要求考生掌握的内容太多。据统计,司法考试的内容包括 160 余个法律文件,1 万多个法条。面对如此多的内容,哪些是重要的?考生又应如何取舍?

司法考试不是一种智力游戏,而更像是一场时间竞争。这句话的大致意思是:既然参加司法考试的最低学历起点都是大本,说明大家的学习能力和智慧水平都不存在问题。而现行司法考试的难度一般,所以,原则上不会存在因为某位考生的智力水平低而通不过司法考试的情况,所以通不过者主要原因在于当年投入的有效时间不够充分。以司法考试的复习对象为例,以最精要的辅导教材及必读法律法规,总字数也至少在 500 万字以上,若你不做任何题,将以上内容精读上两遍,共计逾一千万字的阅读量,以每天 8 小时的复习时间,每分钟读 100 字计算,共约

需 230 天才能完成。众所周知,只复习教材与法条两遍,是很难通过考试的!所以,除了极少数法学基础极好又极聪明的考生外,大多数的考生要通过司法考试,是必须以充足且有效的复习时间为保证的。没有这一保证,任何好的复习方法、技巧都是纸上谈兵。

这就是本书编写组提出必须确立正确的复习策略的背景。司法考试是一个方法的艺术,而不仅仅是一个勤奋问题。实际上,本书编写组们刚才算的那笔账是不会发生的,原因在于,司法考试名义上的复习量极大,但其重点又极其突出,若能抓住重点,则能成倍地减少复习负担和复习量,又可收到事半功倍之效。

命题的“重者恒重,变不离宗”意味着不仅要策略性的舍弃,还要合理安排各学科的复习时间。在 600 分的司法考试中,其考查了 14 个法学主干学科的内容,但实际上这些学科的地位并不是一样的,其分值分布也远不是平均的。在这 14 个主干学科中,以民法(90~100 分)、刑法(80~85 分)、刑事诉讼(65~70 分)、民事诉讼及仲裁(65~70 分)计,这 4 门学科大概就占了总分值的 50% 强。所以如果这四门学科掌握得好,通过司法考试应是掌中之事。因此在复习中,首先,务必以这 4 门学科为核心,狠下工夫掌握。其次,行政诉讼法(20~25 分)、公司法(24 分左右)、宪法(15 分左右)、合伙企业法(5~8 分)、国家赔偿法(8 分左右)等几个部门法也很重要。第三,对于法理、国际公法、国际私法、国际经济法、法制史等占 12~18 分的学科,其内容较为庞杂,且无法条支持,也应投入相当精力复习教材中的重点内容。第四,对于其他的分值分布较少的部门法,应主要掌握其重点法条即可,注意一般不投入过多的复习时间与精力。

考生选取司法考试复习教材时一定要注意,所选取的司法考试辅导,一定要能给考生列出重点,削减复习量。作为考生自己,在复习也务必要注意这一点。漫漫备考路,考生要想通过司法考试途径只有一个,提高复习效率,在庞大的考查对象中抓住重点。

三、统筹安排复习对象

教材、法条、试题是所有考生复习的素材。对三者关系的处理,正是考生复习的最核心、最关键环节。这个关系处理得好,可以事半功倍,可谓号准了司法考试之脉;处理得不好,无的放矢,事倍功半,虽付出了极大的艰苦努力,但仍会功败垂成。

对绝大多数考生而言,复习对象的选择及其比例确实存在着共性。其大致的比例及时间安排应该是:

1. 前期(考前 3 个月以前)的复习应以法条和教材为主。具体而言,对于法理、法制史、国际公法等无法条支持的学科,当然只能以教材为复习对象。而宪法、行政法、刑法、民法、国际私法等几个学科的前半部分(总则部分)也有一些法学理论需要掌握,所以也需参考教材,但对于其他学科部分,应偏重于以法条为主。现行司法考试的“教材”也好,“辅导用书”也罢,“应试指导”也罢,统统都属注释法学著作。注释法学著作的最大特点即在于它以解释现行立法规定为己任,所以如果考生法学功底较好,直接理解法条没问题,那么对于司法考试范围内的绝大多数学科的复习而言,抛开教材直接复习法条并无什么不妥。

2. 中期(考前 1~3 个月)应以法条和试题为主要对象,二者的大致时间之比可为 5:3,其余时间放在教材的复习上。试题主要指历届真题。对于广大司法考试朋友而言,一定要将作答、理解、消化并能举一反三地运用最近几年的司法考试真题放在战略的高度加以重视和对待。实际上,对于任何考试而言,复习、作答、理解历届真题都是极端重要的。

3. 后期(考前 1 个月内)应以试题与法条为主。在最后一个半月内,除了法理、法制史、国际公法等极少数学科的复习要使用教材外,其他学科复习的一条“黄金法则”是远远抛开教材,而专

心于自己在前一阶段复习期间发现的不懂的、还未记牢的、易犯错误或易混淆的和不能灵活应用的法条上,当然也要辅之以充分的高质量辅导题,以查漏补缺,加强记忆,并增强实践经验与答题感觉。法条、试题和教材的复习时间宜安排为4:5:1。

总括而言,在教材、法条、试题三大件的关系上,法条是处于核心与灵魂地位的,“司法考试很大程度上就是考法条”。建议考生在复习中也一定要重视法条的复习。

“统筹安排”还意味着考生要科学地处理真题、单元练习题及全真模拟题之间的关系。以上三种题是考生面对的三种主要的试题复习资源。在这三种题中,考生要高度重视对历届真题的作答、理解与举一反三的灵活应用。本系列卷一、卷二和卷三第六部分“全真模拟训练”及卷四第四部分“全真模拟试卷及答案解析”为历年真题精选。这是因为:

其一,由于司法考试这一考试的重点非常突出,历届真题所考查的知识点正是司法考试重要考点的富矿,或者说真题真实地展现了司法考试的重点。

其二,每年司法考试命题的考点与上届或上几届的考点一直存在着较高的重复率,不同年份的真题,考查同一知识点仅仅是改变一下题型或角度而已。所以,相信这些考点在今年的命题中还会相当高程度地再现。

其三,个别试题在上下届命题中甚至会几乎一字不变地再现,对于熟悉真题的考生而言,这些试题简直是天上掉下的馅饼。

其四,司法考试作为律考的承继者,十几年来形成了自己比较稳定的具有个性的命题风格和命题思维方式,尤其是第一次参考的考生尽快地熟悉这种命题风格尤其是命题者的思维方式,是十分关键的。

把握司法考试规律,统筹安排复习时间,真正做到法理、法条、试题三者合一。

四、转变思维 收获成功

现今司法考试的参考者,以高校学生和从事法律事务的人员为主。而司法实务、法学教育、司法考试三者之间其实区别很大,这些区别实质就是三个思维,即实务思维、法学思维和应试思维之间的区别。也就是说,法学专家、实务专家、司法考试专家(指高分获得者),三者之间并不能简单地划等号。为了顺利通过思考,考生必须转换应试的思维方式。如果说掌握司法考试规律是成功的前提,合理安排复习是成功的主体,而转变思维才是思考成功的关键!

“知识能力不等于得分能力”,即使考生已经掌握了相应的法学理论知识,也掌握了本书编写组对现行立法的规定的确切含义,甚至是学富五车,但不等于考生能做对司法考试试卷上的命题,从而将知识能力转换为得分能力。具体到司法考试,造成知识能力与得分能力之间存在有差距的原因有多个,包括:

有些法学专家型的考生一直不适应司法考试命题的思维方式,结果很吃亏。这一现象在已是法官、检察官、律师等实务专家型考生中也相当程度地存在。以部分法官考生为例,他们每碰到司法考试试卷中的案例型试题(包括选择题中以实例形式出现的试题,也包括卷四中的案例分析题),其第一个反应经常是“我曾办过这样的案子,当初是怎么怎么办的”,于是自觉不自觉地依其办案经验选出了答案。殊不知,司法实务的思维习惯与方式和司法考试中的命题及做题思维习惯与方式是有一定区别的。但在长期办案习惯思维的驱动下,自觉不自觉地会凭经验做题。而司法考试命题比较单纯,一般一道题考查一个对应的法条,你只需依这个法条的意思去作答就行了。

在司法考试中,考查纯属背诵记忆性的知识点的命题仍大量存在。这类命题在国际法、国

际私法、宪法、经济法、商法、法理学、法制史等学科中大量存在,其他学科也有出现。这类命题的存在,使得法学专家、实务专家的理论优势与实务经验优势无从发挥,但专门一心一意地背诵记忆重点法条的“司法考试专家”却占尽优势,这里面,仍然是一个思维方式转变的问题。况且,很大程度上,现行司法考试命题都是在考法条。除了法理学、法制史、国际公法等少数部门法,其余部门法的85%以上,甚至有的部门法100%的命题都是直接考查法条的。如果说律考命题的最大特征就是“因法设题”,即通常命题者在设计每一道题之前,都是先确定了考查的目标——是哪一部法的哪一条或哪几条规定,然后根据所要考查这一条或几条的规定的的内容及其含义,来设计相应的题干与选择题。虽然近几年来历届国家司法考试大纲编写组都在强调,司法考试的考试内容并不限于法条,“国家司法考试的内容包括:理论法学、应用法学、现行法律规定、法律实务和法律职业道德”。但以上被考试的内容绝大多数有对应的法条,所以历来备考司法考试者,每年都有只复习法条而获得成功的。以考查法条为导向的命题的大量存在,客观上便利了无法学背景但有相对充裕的突击时间,记忆力又良好的考生通过司法考试。法学专家的理论功底深厚,虽有更好地理解、识记、应用法条的优势,但终究其理论优势在一定程度上被遏制了。

归根结底,无论考生身份如何,都需要注意,要完成从实务思维或法学思维到应试思维之间的转变。司法考试复习必须掌握应试思维,训练得分能力。这在复习中是压倒一切的,是重中之重。也只有转变思维才能获得成功!

五、本书的最大特色

本书通过对历年国家司法考试详尽而又准确地归纳评析的基础上,试图让广大考生尽早尽快地熟悉国家司法考试的题型、命题风格、考查的重点及难易程度,进而不仅知其然,而且知其所以然,真正将知识转化为自己分析问题、解决问题的工具。

同时本书编写组还想通过对历年真题的分析、对全真模拟题的演练,让考生在有限的时间内更好地掌握解题思路,培养解题技巧,使考生能够通过分析题目的关键点,了解相关内容的意义,学会从命题者的角度分析问题,寻找切入点,培养“题感”。

事实上,司法考试的重点每年差不多(相对于近五年考试的考点而言),但是每年都有相当的变化,所以作为即将走入考场的考生,如何了解每年的细微的变化,如论述题的出现和演进,刑法、行政法考查难度的加大以及“客观题主观化”、“加强对理论深度及综合运用能力的考查”等。而这些司法考试命题侧重点和命题技术的变化仅仅通过语言往往是难以表述清楚的,只有将做不同年份的历年司法考试真题、背诵历年高频考点和备战当年社会法治热点三者结合起来,方能更为直观地感受其变化,更为有效地应对2011年的国家司法考试。

“知识靠学习,技能靠实践,影响力靠口碑”,本书编写者秉承一贯以来“严谨、认真、负责”的理念,组织专家精心策划编写的本套丛书,希望能为在2011年司法考试战场上奋力备战的广大考生助上一臂之力,更希望本书能帮助广大考生用最短的时间取得最大的收获,同时预祝大家顺利通过2011年国家司法考试!

国家司法考试专家组

2010年9月

前言

本系列丛书由中国人民大学、北京大学、中国政法大学等著名高校的命题专家教授编写,具有实用性、导向性、权威性。适合考生第二轮和第三轮复习使用。

本套丛书共分四卷,紧扣大纲,遵循司法考试“重者恒重”的规律,提取历年司法考试的重要考点,化繁为简,重点清晰,疏而不漏,为考生在有限的时间能提高复习效率。

本书的每讲的体例为:

考试大纲体系:整体构建每讲的脉络主线内在的延伸和联系框架,有助于考生整体把握本讲的知识体系内容和各个考点之间的内在联系。

历年考情分析:对 2005~2010 年真题按照出题点用表格形式给出。从表格中可以非常清晰地总结出各讲历年考点的出题情况及出题规律。这些便于考生在第一轮复习完教材后,有针对性地进入第二轮复习。

近两年新增考点:解析新旧大纲考点增删与变动。

高频考点:都是从历年考情分析表中总结出来的。帮助考生从冗杂的内容中厘清考试的重点从而指导自己的复习计划,避免使复习陷入机械盲目中,复习的时间是有限的,为什么不把有限的时间放在最有效的复习上?本讲抓取考试中最常考的一些内容。有助于考生对教材的掌握完成“从厚到薄”的消化掌握过程。对于冗赘法条,本书精而减之,只提炼出要点予以论述。这些高频考点,只占全部考点的 30%~50% 左右,而考试中所占的分值却高达 80% 左右,足见掌握这些高频考点对取得高分的重要意义!

把有限的精力,投入到最有可能给你带来高分数的有效复习中去,最后的高分,一定是你能掌控的!

考点预测分析:命题方向提示,提示本讲重要的考点内容。

全真模拟训练及答案解析:这部分主要是从历年真题中精选出来的部分典型试题,对高频考点进行强化和训练。

最后附 2009 年~2010 年国家司法考试的试卷及答案。

目 录 / Contents

第一部分 民 法

第一篇 民法总则	1
第一讲 民法概述	1
第二讲 自然人	6
第三讲 法人	13
第四讲 民事法律行为	17
第五讲 代理	27
第六讲 诉讼时效与期限	32
第二篇 物权法	37
第七讲 物权概述	37
第八讲 所有权	43
第九讲 共有	51
第十讲 用益物权	54
第十一讲 担保物权	60
第十二讲 占有	75
第三篇 债法	78
第十三讲 债的概述	78
第十四讲 债的保全和担保	83
第十五讲 债的移转和消灭	101
第十六讲 不当得利、无因管理	108
第十七讲 侵权责任法	113
第四篇 合同法	128
第十八讲 合同的订立	128
第十九讲 双务合同履行抗辩权	136
第二十讲 合同的解除	139
第二十一讲 合同责任	144
第二十二讲 买卖合同	151
第二十三讲 赠与合同	160
第二十四讲 借款合同	163
第二十五讲 租赁合同	166

第二十六讲 融资租赁合同	170
第二十七讲 承揽合同	173
第二十八讲 建设工程合同	176
第二十九讲 运输合同	179
第三十讲 保管合同	182
第三十一讲 委托合同	184
第三十二讲 行纪合同和居间合同	187
第三十三讲 技术合同	189
第五篇 知识产权法	193
第三十四讲 著作权	193
第三十五讲 专利权	211
第三十六讲 商标权	222
第六篇 婚姻继承法	231
第三十七讲 婚姻家庭法	231
第三十八讲 继承法	241

第二部分 商 法

第一讲 公司法	252
第二讲 合伙企业法	277
第三讲 个人独资企业法与外商投资企业法	286
第四讲 企业破产法	293
第五讲 票据法	306
第六讲 保险法	315
第七讲 证券法	324
第八讲 海商法	333

第三部分 民事诉讼法与仲裁制度

第一讲 民事诉讼法的基本原则和基本制度	340
第二讲 管辖	344
第三讲 诉	349
第四讲 当事人	351
第五讲 诉讼代理人	358
第六讲 民事证据	360
第七讲 证明	364

第八讲 法院调解	370
第九讲 财产保全和先予执行	373
第十讲 普通程序	376
第十一讲 简易程序	382
第十二讲 第二审程序	385
第十三讲 审判监督程序	389
第十四讲 特别程序	395
第十五讲 督促程序	399
第十六讲 公示催告程序	401
第十七讲 执行程序	404
第十八讲 涉外民事诉讼程序	416
第十九讲 仲裁法	419

第四部分 2009 年~2010 年国家司法考试试卷三

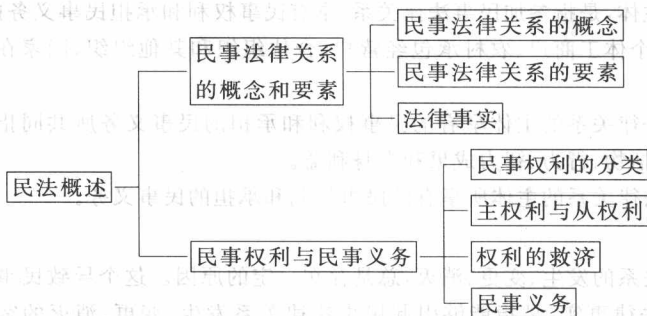
2009 年国家司法考试试卷三	432
2009 年国家司法考试试卷三答案及解析	448
2010 年国家司法考试试卷三	472
2010 年国家司法考试试卷三答案及解析	487

第一部分 民法

第一篇 民法总则

第一讲 民法概述

一、考试大纲体系



二、历年考情分析

	2005 年	2006 年	2007 年	2008 年	2009 年	2010 年
民事法律关系认定				1		1
形成权	1					
民事权利的性质					1	
民事法律关系的成立		1				1
民事权利的类型及特征				1		

说明:表格中数字表示对应年份该考点考查分值。

例如考点“法律的解释”在 2006 年考查 2 分。

考点“刑法的修订”在 2005 年考查 1 分,以下各讲均按此例,不再重述。

三、近两年新增考点

无新增考点。

四、高频考点

●高频考点 1 民事法律关系的概念和要素

(一) 民事法律关系的概念

民事法律关系,是指平等主体之间基于民事法律规范的调整形成的权利义务关系。民事法律关系具有以下特征:

1. 民事法律关系是以民事权利义务为内容的社会关系;
2. 民事法律关系是平等主体之间的法律关系;
3. 民事法律关系是民事法律规范调整财产关系和人身关系所形成的社会关系。

关于该概念需要注意两点:(1)并非所有的社会关系都受法律调整。(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) 民事法律关系的要素

民事法律关系的要素:民事法律关系由主体、客体和内容三要素组成。

1. 民事法律关系的主体,简称民事主体,是指参加民事法律关系,享有民事权利和承担民事义务的人。民事法律关系的主体包括自然人、法人、个体工商户、农村承包经营户、合伙组织和其他组织,国家在特殊情况下也可以成为民事主体。

2. 民事法律关系的客体,是指民事法律关系的主体享有的民事权利和承担的民事义务所共同指向的对象,即各种物质利益和非物质利益,包括物、行为、智力成果和人身利益。

3. 民事法律关系的内容,是指民事法律关系的主体所享有的民事权利和承担的民事义务。

(三) 法律事实

民事法律关系的变动,即民事法律关系的发生、变更、消灭,总是存在一定的原因。这个导致民事法律关系变动的原因,称为法律事实。所谓法律事实,是指能够引起民事法律关系发生、变更、消灭的客观情况。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。

法律事实依据是否以人的主观意志为转移分为人的行为与自然事实。

人的行为又依据其是否符合法律的规定分为合法行为和违法行为。前者又依据是否以行为人的意思表示为要素分为表意行为(法律行为)和非表意行为(事实行为);后者则分为侵权行为和违约行为。

自然事实又分为事件和状态。前者如人的出生、死亡等,后者如时效的经过。

●高频考点 2 民事权利与民事义务

(一) 民事权利的分类

1. 绝对权与相对权

绝对权是可以对抗一切人的权利,即要求一般人不为一定行为的权利。它是以权利人以外的一切人为义务人的权利,故称为“对世权”。人格权、物权、知识产权、继承权等为绝对权。相对权则是对抗特定人的权利,即请求特定人为一定行为的权利。它是以特定人为义务人的权利,故称为“对人权”。债权为相对权。

2. 支配权、请求权、形成权与抗辩权

(1) 支配权

支配权,是指权利人直接支配其标的,而具有排他性的权利。此类权利的作用有两方面,即于积极方面可以直接支配其标的物,而不须他人行为之介入;于消极方面可禁止他人妨碍其支配,而具有排他性。物权为典型的支配权,其他如准物权、知识产权、人格权亦为支配权。

(2) 请求权

请求权,是指权利人要求他人为特定行为(作为、不作为)的权利。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。

(3) 形成权

形成权,是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。如撤销权、解除权、追认权、选择权等。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。形成权的主要功能,在于权利人可以根据单方的意思表示,使得法律关系的效力发生、变更或消灭。形成权主要有两个特征:一是单方意思表示;二是使得法律关系发生、变更、消灭。

(4) 抗辩权

抗辩权指权利人用以对抗他人请求权的权利。抗辩权的作用在于防御,而不在于攻击,因此必须有他人的请求,始有行使抗辩权的可能,如同时履行抗辩权、不安抗辩权、先诉抗辩权等。

(二) 主权利与从权利

依据权利是否依赖于其他权利而存在分为主权利和从权利。主权利是不依赖于其他权利而能够独立存在的权利,从权利则是以主权利的存在为前提而存在的权利。民法上的从权利主要有:抵押权、质权、留置权等担保物权,地役权也是从权利。

主权利无效从权利也无效,主权利转移从权利也相应地转移,主权利消灭从权利也消灭。

(三) 权利的救济

1. 自力救济

包括自卫行为和自助行为。自卫行为又包括正当防卫和紧急避险两种。自力救济只有在来不及援用公力救济而权利正有被侵犯的现实危险时,才允许被例外使用,以弥补公力救济的不足。

(1) 正当防卫

正当防卫,是指为了使本人或他人的财产或人身免遭正在进行的不法侵害,对侵权行为人采取的必要防卫行为。

其构成要件为:

- ①有侵害自己或他人权利的行为;
- ②侵害行为应当是违法行为;
- ③须侵害行为正在进行;
- ④须防卫行为不超过必要的限度。

其法律后果为:

行为的违法性被排除,尽管给他人造成损失但是不属于侵权行为,无须承担法律责任。但是若防卫过当则应当承担相应的民事责任。

(2) 紧急避险

紧急避险,指为了使公共利益、本人或他人的合法权益免受现实和紧急的损害危险,不得已而采取的致他人和本人损害的行为。

其构成要件为:

- ①必须有正在发生的危险,威胁到本人、他人的利益或社会公共利益;
- ②除了采取紧急避险的方式外,没有其他可以排除危险的方式;
- ③紧急避险行为不应超过必要的限度。一般指因紧急避险造成损害的利益小于被保护的利益。

其法律后果为:

行为的违法性被排除,尽管给他人造成损失但是不属于侵权行为。在紧急避险的情形下受损人并非是不法行为人,因此其所受的损害应当给予相应的补偿才符合公平正义观念。具体补偿情形如下:

- ①若危险是由受损人引起的,那么无须对该受损人进行任何之补偿。
- ②若危险是由第三人引起的,则由引起危险的第三人进行补偿。
- ③若危险是自然事件等非人为的因素所引起的,则由受益人对受损人进行补偿。

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

(3) 自助行为

自助行为,指民事主体为了保护自己的权利,对他人的人身自由予以拘束或对他人的财产予以扣押的行为。

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. 公力救济

公力救济,是指民事权利受到侵害时,由国家机关通过法定程序予以保护。公力救济的手段主要有两种:民事诉讼和强制执行。

(四) 民事义务

1. 以民事义务发生的依据为标准,可分为法定义务与约定义务。法定义务是指民事法律规范规定的民事主体应负的义务。约定义务是当事人协商确定的义务,法定义务不因为当事人的约定而转化为约定义务。

2. 在合同法中,以义务基础不同,分为基本义务和附随义务。基本义务是根据合同约定或法律规定所产生的给付义务,包括主给付义务和从给付义务;附随义务是指合同当事人依据诚实信用原则所产生的,根据合同的性质、目的和交易习惯所应当承担的照顾、通知、协助和保护义务。

五、考点预测分析

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。

以上考点中,主要把握以下知识点:(1)民事法律关系的概念和特征。(2)民事权利。

应特别注意民事权利的分类,了解每种类型的概念、特征及性质。比如形成权的性质以及它的表现形式,这已经在司法考试中多次涉及。

六、全真模拟训练

1. (2006 年试卷三第 1 题)下列哪种情形成立民事法律关系?

- 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. 甲不如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

2. (2008 年试卷三第 1 题)关于民事法律关系,下列哪一选项是正确的?

- 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

3. (2005 年试卷三第 58 题)下列关于民事权利中的形成权的表述,哪些是正确的?

- 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

4. (2004 年试卷三第 1 题) 下列关于民事权利的表述哪一个是错误的?

- 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

5. (2002 年试卷三第 16 题) 一住店客人拒付房钱一早离开旅馆去车站, 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。”旅馆这样做的性质应如何认定?

- 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

6. (2005 年试卷三第 6 题) 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?

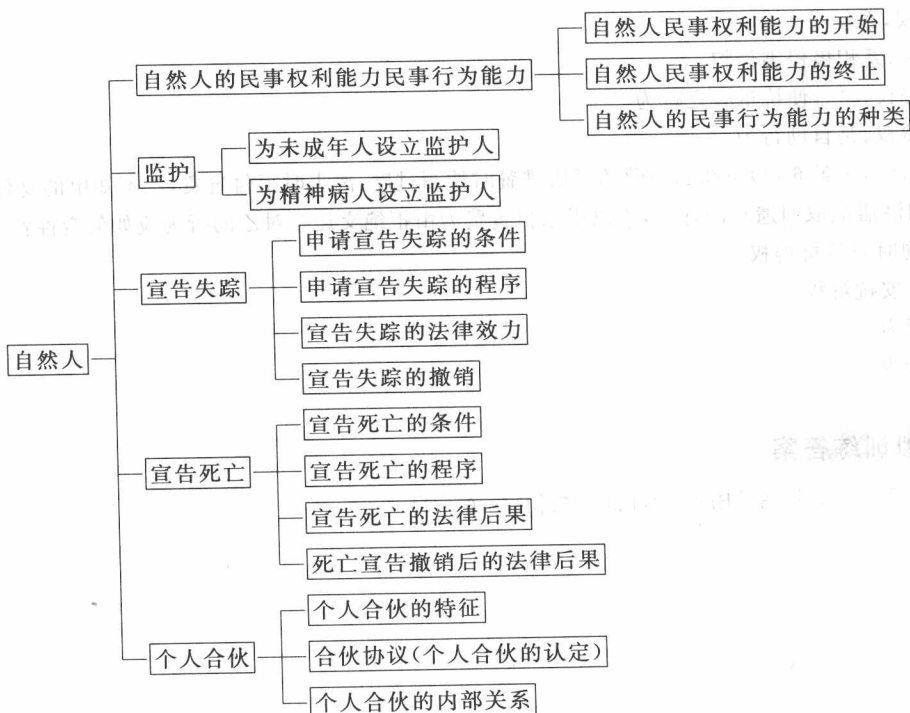
- A. 是行使同时履行抗辩权
- B. 是行使不安抗辩权
- C. 是自助行为
- D. 是侵权行为

七、全真模拟训练答案

答案 1. [C] 2. [C] 3. [BD] 4. [D] 5. [D] 6. [C]

第二讲 自然人

一、考试大纲体系



二、历年考情分析

	2005 年	2006 年	2007 年	2008 年	2009 年	2010 年
死亡宣告撤销后的法律效果		1				
合伙人退伙后的责任						2
合伙人的认定					1	
未成年人的民事权利能力与民事行为能力					1	
宣告死亡					1	

三、近两年新增考点

无新增考点。