

法律版

2010年国家司法考试应试指导

司法解释重点解读



法律考试中心/组编

★命题规律证明，大量真题直接来自88个司法解释——考频高

★精选重点常考司法解释，详解配以自测——提分快



2010 年国家司法考试应试指导

司法解释重点解读

法律考试中心/组编

编写人员(排名不分先后)

陈 敦	李佳佳	杨 雄
李玉华	王茂华	丁 敏
熊 英	刘筠筠	

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

司法解释重点解读/法律考试中心组编. —北京:
法律出版社, 2009. 12
(2010 年国家司法考试应试指导)
ISBN 978-7-5118-0148-7

I. ①司… II. ①法… III. ①法律解释—中国—法律
工作者—资格考核—自学参考资料 IV. ①D920.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 210665 号

©法律出版社·中国

责任编辑/丁 敏

装帧设计/曹 铀 胡 欣

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京北苑印刷有限责任公司

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/2009 年 12 月第 1 版

印张/16.75 字数/525 千
印次/2009 年 12 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

书号:ISBN 978-7-5118-0148-7

定价:35.00 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

司法解释“隐身”在法律的身后,是我国重要的法律渊源,它解决的是法律适用过程中出现的问题,调整、统一大家对法律的理解。

司法解释在司法考试中一直占有重要地位,相当数量的试题直接来源于司法解释。司法解释所涉及的问题往往就是考点的所在。

不同于法学理论,司法解释具有明确、具体、易于操作的特点,考生掌握起来比较容易,通过对司法解释的研读、记忆,尽可能多地掌握考点,让涉及司法解释的试题,成为我们的必得之分。

法律条文浩如烟海,许多考生的复习时间有限,把握司法解释,有提纲挈领的作用,帮助考生提高复习效率,不失为一条复习的捷径。

有些考生有法学基础,对法学的基本理论都有系统的了解,但在司法考试中未能得到满意的分数;我们可以换一种思路,立足我们已有的法学基础,研习司法解释,查漏补缺,全面细致地复习司法考试。

愿本书助您司考成功!有关本书的任何问题请发邮件至 lawpress@sina.com。

编者

目 录

民商法司法解释

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)	(1)
最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释	(20)
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	(22)
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	(28)
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(一)	(30)
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)	(33)
最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释	(37)
关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释	(40)
关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释	(42)
最高人民法院关于适用《中华人民共和国担保法》若干问题的解释	(45)
最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释	(60)
最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释	(62)
最高人民法院关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定	(64)
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)	(67)
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(二)	(70)
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	(72)
最高人民法院关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的规定(一)	(77)
最高人民法院关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的规定(二)	(79)
模拟试题	(83)
答案及解析	(86)

民事诉讼法与仲裁制度司法解释

最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的意见	(90)
最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定	(114)
最高人民法院关于适用《关于民事诉讼证据的若干规定》中有关举证时限规定的通知	(121)
最高人民法院关于在经济审判工作中严格执行《中华人民共和国民事诉讼法》的若干规定	(122)
最高人民法院关于第一审经济纠纷案件适用简易程序开庭审理的若干规定	(123)
最高人民法院关于民事经济审判方式改革问题的若干规定	(123)
最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解答	(124)
最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解释	(125)
最高人民法院关于适用简易程序审理民事案件的若干规定	(127)
最高人民法院关于人民法院民事调解工作若干问题的规定	(129)
最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》审判监督程序若干问题的解释	(131)
最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定(试行)	(132)
最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定	(136)
最高人民法院关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定	(137)
最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》执行程序若干问题的解释	(138)
最高人民法院关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行当事人协议管辖的民商事案件判决的安排	(140)

最高人民法院关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定	(141)
最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的解释	(143)
模拟试题	(145)
答案及解析	(148)

刑法司法解释

最高人民法院关于适用财产刑若干问题的规定	(151)
最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释	(152)
最高人民法院、最高人民检察院关于办理职务犯罪案件认定自首、立功等量刑情节若干问题的意见	(154)
最高人民法院关于办理减刑、假释案件具体应用法律若干问题的规定	(155)
最高人民法院关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释	(156)
最高人民法院、最高人民检察院关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释	(158)
最高人民法院、最高人民检察院关于办理生产、销售假药、劣药刑事案件具体应用法律若干问题的解释	(160)
最高人民法院关于审理抢劫案件具体应用法律若干问题的解释	(160)
最高人民法院关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释	(162)
最高人民法院关于审理扰乱电信市场管理秩序案件具体应用法律若干问题的解释	(165)
最高人民法院关于审理破坏公用电信设施刑事案件具体应用法律若干问题的解释	(166)
最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释	(167)
最高人民法院关于审理黑社会性质组织犯罪的案件具体应用法律若干问题的解释	(168)
最高人民法院关于审理破坏森林资源刑事案件具体应用法律若干问题的解释	(169)
最高人民法院关于审理挪用公款案件具体应用法律若干问题的解释	(170)
最高人民法院、最高人民检察院关于办理利用互联网、移动通讯终端、声讯台制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电子信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释	(172)
最高人民法院、最高人民检察院关于办理赌博刑事案件具体应用法律若干问题的解释	(173)
最高人民法院关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释	(173)
最高人民法院关于审理走私刑事案件具体应用法律若干问题的解释(二)	(175)
最高人民法院、最高人民检察院关于办理盗窃油气、破坏油气设备等刑事案件具体应用法律若干问题的解释	(176)
最高人民法院、最高人民检察院关于办理危害矿山安全生产刑事案件具体应用法律若干问题的解释	(177)
最高人民法院关于审理非法行医刑事案件具体应用法律若干问题的解释	(178)
最高人民法院、最高人民检察院关于办理与盗窃、抢劫、诈骗、抢夺机动车相关刑事案件具体应用法律若干问题的解释	(179)
最高人民法院、最高人民检察院关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见	(180)
最高人民法院、最高人民检察院关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见	(181)
模拟试题	(183)
答案及解析	(185)

刑事诉讼法司法解释

最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部、全国人大常委会法制工作委员会关于刑事诉讼法实施中若干问题的规定	(187)
最高人民法院关于执行《中华人民共和国刑事诉讼法》若干问题的解释	(191)
人民检察院刑事诉讼规则	(206)
最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部关于取保候审若干问题的规定	(214)
最高人民法院关于刑事附带民事诉讼范围问题的规定	(214)
最高人民法院关于刑事再审案件开庭审理程序的具体规定	(215)

最高人民法院、最高人民检察院、司法部关于适用普通程序审理“被告人认罪案件”的若干意见(试行)	(216)
最高人民法院、最高人民检察院、司法部关于适用简易程序审理公诉案件的若干意见	(216)
最高人民法院、最高人民检察院关于死刑第二审案件开庭审理程序若干问题的规定(试行)	(217)
最高人民法院关于复核死刑案件若干问题的规定	(218)
最高人民法院关于适用停止执行死刑程序有关问题的规定	(219)
最高人民法院关于审理未成年人刑事案件的若干规定	(219)
人民检察院办理未成年人刑事案件的规定	(220)
模拟试题	(221)
答案及解析	(223)

行政法与行政诉讼法司法解释

最高人民法院关于执行《中华人民共和国行政诉讼法》若干问题的解释	(227)
最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定	(233)
最高人民法院关于审理国际贸易行政案件若干问题的规定	(238)
最高人民法院关于审理反倾销行政案件应用法律若干问题的规定	(239)
最高人民法院关于审理反补贴行政案件应用法律若干问题的规定	(240)
最高人民法院关于印发《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》的通知	(241)
最高人民法院关于行政案件管辖若干问题的规定	(242)
最高人民法院关于行政诉讼撤诉若干问题的规定	(244)
人民法院赔偿委员会审理赔偿案件程序的暂行规定	(245)
最高人民法院关于审理人民法院国家赔偿确认案件若干问题的规定(试行)	(246)
最高人民法院关于人民法院执行《中华人民共和国国家赔偿法》几个问题的解释	(247)
最高人民法院关于民事、行政诉讼中司法赔偿若干问题的解释	(248)
最高人民法院关于审理行政赔偿案件若干问题的规定	(249)
最高人民法院、最高人民检察院关于刑事赔偿义务机关确定问题的通知	(250)
模拟试题	(250)
答案及解析	(252)

民商法司法解释

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)

(1988年1月26日最高人民法院审判委员会讨论通过 1988年4月2日发布施行)

法(办)发[1988]6号

由于《物权法》、《合同法》、《担保法》均单独颁布,《民法通则》及《民通意见》中相应部分内容应依照各具体的法律规定,故而本部分在司法考试中的重点内容主要有:自然人的民事权利能力和民事行为能力,监护,宣告失踪和宣告死亡,法人的民事责任能力,法人的设立、变更、终止及登记,民事行为的成立与生效,附条件与附期限的民事行为,无效的民事行为,可撤销的民事行为,效力未定的民事行为,再代理,代理权的行使,狭义的无权代理与表见代理,不当得利,无因管理,一般侵权的民事责任,特殊侵权的民事责任,诉讼时效。应当注意的是,由于《物权法》未颁布司法解释,故而《物权法》除担保物权部分的内容放在了本部分进行讲解。

1. 公民的民事权利能力自出生时开始。出生的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。

【讲解】 (1) 胎儿不具有民事权利能力,不享有民事权利,但胎儿享有特殊的利益,如遗产继承中,应为其保留特留份。母体中胎儿受到损害后出生的,可独立主张损害赔偿请求权。胎儿因侵权而流产的,其父母不得以子女死亡为由主张精神损害赔偿。

(2) 自然人民事权利能力终于死亡,这里的死亡仅指自然死亡,不包括宣告死亡。如果宣告死亡与自然死亡的时间相一致,其民事权利能力消灭于自然死亡;如果不相一致,自然人所从事的民事法律行为依然有效。

(3) 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。

【试题】 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。经查,该狗系李某家所养,该狗为一条体形庞大、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佩戴狗链。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和精神损害赔偿问题。饲养的动物致人损害的,饲养人应承担赔偿责任。李某饲养牧羊犬,未按要求佩戴狗链,造成张某流产,侵害了张某的健康权,故张某有权请求李某赔偿所遭受的财产损失和精神损害,B、C选项正确。对于张某流产,物业公司并无过错,故不承担赔偿责任。因胎儿尚未成为自然人,故张某之夫无权依据精神损害赔偿之法律规定请求精神损害赔偿,A、D选项错误。

2. 十六周岁以上不满十八周岁的公民,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的完全民事行为能力人。

【讲解】 本条规定主要考虑到我国法律以16周岁为就业、参军的最低年龄,从而对能够以自己的劳动收入为主要生活来源的未成年人视为完全民事行为能力人,赋予其相应的民事行为能力。需要注意的是,鉴于身份行为的特殊性,视为完全民事行为能力人原则上仍不得从事某些身份行为,但其可独立签订合同,并承担侵权责任。

3. 十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。

4. 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态相适应,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。

【讲解】 限制民事行为能力人可以从事三种行为:一是与其年龄、智力、精神健康状况相适应的行为;二是纯获利益的行为;三是经法定代理人同意的行为。未经同意且超越其民事行为能力范围的单方行为无效,合同行为效力未定。立遗嘱的行为就是一种典型的单方行为,故为无效行为。

6. 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。

【讲解】 接受奖励、赠与、报酬的行为有效,是指无民事行为能力人、限制民事行为能力人可以独立接受奖品、赠与物和酬金,并非指他们可以独立签订附有奖励、赠与和报酬内容的合同。对于包含上述内容的合同行为,仍应根据是否属于其民事行为能力范围而判断是否应经其法定代理人同意或者代理方可有效。

9. 公民离开住所地最后连续居住一年以上的地方,为经常居住地。但住医院治病的除外。

公民由其户籍所在地迁出后至迁入另一地之前,无经常居住地的,仍以其原户籍所在地为住所。

【支持法条】 《民法通则》第15条 公民以他的户籍所在地的居住地为住所,经常居住地与住所不一致的,经常居住地视为住所。

10. 监护人的监护职责包括:保护被监护人的身体健康,照顾被监护人的生活,管理和保护被监护人的财产,代理被监护人进行民事活动,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。

【支持法条】 《民法通则》第18条 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,应当承担民事责任;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。

【讲解】 监护人只有为被监护人的利益,才可以处理其财产。但监护人对被监护人财产的管理行为不受此限。

【试题】 董红系儿童影星,年满9周岁,片酬颇丰。其父董军的亲弟董强,家居山区,生活较为困难。董军征得董红口头同意后,将董红的片酬3000元以董红的名义赠与董强。对董军这一民事行为的效力的下列表述,哪一个是正确的?

A. 有效。理由是董军为其法定代理人,有权处理其

财产

B. 有效。理由是董军已征得董红的同意

C. 无效。理由是董军未征得董红母亲的同意

D. 无效。理由是董军处分董红的财产不是为了董红的利益

【答案及解析】 D。本题涉及监护人对被监护人的财产管理问题。监护人负有保管和管理被监护人财产的义务,对于被监护人财产的经营和处分,监护人应尽善良管理人的注意,非为被监护人的利益,监护人不得擅自处分被监护人的财产。本题中,董红为无民事行为能力人,其父母为其监护人,其父将其财产处置虽然征得董红的同意,但该同意不具有任何法律意义,因此,其父将董红的财产赠与其弟董强的行为为无效民事行为。本题的无效不是未征得董红母亲的同意,而是该赠与行为不是为了董红的利益,即使征得其母的同意,该行为也是无效的。故本题正确选项为D。

14. 人民法院指定监护人时,可以将民法通则第十六条第二款中的(一)、(二)、(三)项或者第十七条第一款中的(一)、(二)、(三)、(四)、(五)项规定视为指定监护人的顺序。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,人民法院可以根据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的,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。

【讲解】 指定监护人应遵循对被监护人有利的原则,如何认定是否对被监护人有利的,要从财产管理和人身照顾等方面加以确定。必要时应征询有识别能力的被监护人的意见。

17. 有关组织依照民法通则规定指定监护人,以书面或者口头通知了被指定人的,应当认定指定成立。被指定人不服的,应当在接到通知的次日起三十日内向人民法院起诉。逾期起诉的,按变更监护关系处理。

【试题】 高甲、高乙、高丙系同胞兄弟,高甲与高乙均系某船务局员工,高丙系中学教师。高甲一直未婚,2004年,因精神分裂而生活难以自理,船务局口头通知高乙作为高甲的监护人。后因高乙搬家,离高甲住所比较远,照顾不太方便。高丙遂提出变更监护人,由其照顾高甲,高乙不同意,为此引起纠纷。高丙诉至法院。在法院作出判决前,高甲将邻居家赵丁的孩子打伤,花去医药费5000元。经查,高甲每月生活费仅500元,无力支付该医药费。该损失的承担人是:

A. 高乙

B. 高乙和高丙

C. 高丙

D. 赵丁

【答案及解析】 A。本题涉及指定监护人承担监护责任问题。《民法通则》第17条第2款规定:“对担任监

护人有争议的,由精神病人的所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会在近亲属中指定。对指定不服提起诉讼的,由人民法院裁决。”《民通意见》第17条规定:“有关组织依照民法通则规定指定监护人,以书面或者口头通知了被指定人的,应当认定指定成立。被指定人不服的,应当在接到通知的次日起30日内向人民法院起诉。逾期起诉的,按变更监护关系处理。”本题中,高甲属于精神病人,其所在单位某船务局口头通知高乙作为其监护人,指定成立,高乙为高甲的监护人。《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。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,高甲无力承担该赔偿责任,故应由高乙负赔偿责任。本题答案为A。

21. 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。(①, 02/3/33)

【讲解】 (1)应明确父母为未成年人的当然法定监护人,只有在父母已经死亡或者没有监护能力的情况下,才由其他有监护义务的人担任监护人。父母虽然离婚,无特殊情况仍为未成年人的法定监护人。

(2)在父母死亡或者没有监护能力,或被剥夺监护资格的情况下,具有法定监护义务的人为祖父母、外祖父母、成年兄姐。

(3)未成年人的其他近亲属不具有监护义务,其作为监护人必须遵循自愿原则。

【试题】 甲、乙为同胞兄弟,其父母双亡。乙为未成年人,甲在县城工作。他们有一叔丙,住在乡下。甲、丙均不愿为乙的监护人,乙的监护人为:

- A. 甲 B. 丙
C. 甲和丙 D. 甲或丙

【答案及解析】 A。本题中涉及父母之外的未成年人的法定监护人问题,祖父母、外祖父母、成年兄姐具有法定监护义务,而叔叔不具有法定监护义务。故在兄甲、叔丙均不愿担任监护人的情况下,兄甲应为监护人。

22. 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。

【讲解】 (1)在委托监护中,因监护人与被委托人之间的约定并不为受害人知悉,故一般情况下被委托人

并不直接对受害人承担民事责任。如果受害人能够证明被委托人确有过错的,可直接请求被委托人负赔偿责任。被委托人承担责任后,其与监护人之间的权利义务依其约定而定。

(2)学生进入幼儿园、学校学习,不为监护职责的委托,幼儿园、学校仅对其教育、管理存在过错时才承担过错责任。

【试题】 某甲出差将6岁的儿子某乙托邻居某丙照看。一日,某乙将隔壁小孩打伤,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,若某丙有过错,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,某甲负连带责任

【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,若丙尽到了监护义务,则由甲承担责任;若丙未尽到监护义务,则丙与甲一起负连带责任。故本题应选B。

24. 申请宣告失踪的利害关系人,包括被申请宣告失踪人的配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女以及其他与被申请人有民事权利义务关系的人。

【讲解】 申请宣告失踪的利害关系人并无顺序要求,因其制度的目的在于为失踪人设置财产代管人,以保护失踪人的合法利益。需要注意宣告失踪的条件,特别是“2年”期间的起算。

25. 申请宣告死亡的利害关系人的顺序是:

- (一)配偶;
(二)父母、子女;
(三)兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女;
(四)其他有民事权利义务关系的人。

申请撤销死亡宣告不受上列顺序限制。(①,09/3/51)

28. 民法通则第二十条第一款、第二十三条第一款第一项中的下落不明的起算时间,从公民音讯消失之次日起算。

宣告失踪的案件,由被宣告失踪人住所地的基层人民法院管辖。住所地与居住地不一致的,由最后居住地的基层人民法院管辖。

【讲解】 应注意申请宣告死亡的条件中下落不明

期间包括三种情况:一是4年,指在正常情况下下落不明,包括战争期间下落不明的;二是2年,指因意外事故而下落不明的;三是无须经过一定期间,指因意外事故下落不明,经有关机关证明不可能生存的。

【试题】 刘某出海打鱼,因遇台风下落不明。现其妻王某向法院申请宣告刘某失踪。因刘某失踪后,王某与他人姘居,并与姘夫合用家中财产,在确定刘某的财产代管人时,刘某父母与王某发生争议。本案中法院应依法指定谁为财产代管人?

- A. 王某,理由是王某提出了宣告失踪的申请
- B. 王某,理由是王某是刘某失踪后的第一顺序的财产代管人
- C. 刘某的父母,理由是若指定王某则不利于保护刘某的财产
- D. 王某和刘某的父母,理由是他(她)们均为法律规定的财产代管人

【答案及解析】 C。本题涉及失踪人的财产代管人问题。宣告失踪的效力主要是解决失踪人的财产管理和失踪人的义务履行问题。人民法院指定代管人时,在通常情况下应考虑失踪人与代管人的生活紧密程度,如不存在特殊情况,应指定配偶为失踪人的财产代管人。但是,如果存在特殊情况,如配偶对失踪人的财产管理存在明显不利时,应从其后顺序的亲属中指定财产代管人。本案中,失踪人刘某的妻子王某与他人姘居,并与姘夫合用家中的财产,由其管理刘某的财产存在明显不利。故应由刘某的父母作为财产代管人。故本题正确选项为C。

31. 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。

32. 失踪人的财产代管人拒绝支付失踪人所欠的税款、债务和其他费用,债权人提起诉讼的,人民法院应当将代管人列为被告。

失踪人的财产代管人向失踪人的债务人要求偿还债务的,可以作为原告提起诉讼。

【讲解】 宣告失踪制度的重要目的在于为失踪人设立财产代管人,财产代管人应为失踪人的利益而为财产的管理,其可作为原告起诉失踪人的债务人,要求其偿还债务;对于失踪人应承担的债务和应支付的费用,应从失踪人的财产中支付,否则,债权人起诉的,可以列代管人为被告。

34. 人民法院审理宣告失踪的案件,比照民事诉讼法(试行)规定的特别程序进行。

人民法院审理宣告失踪的案件,应当查清被申请宣告失踪人的财产,指定临时管理人或者采取诉讼保全措施,发出寻找失踪人的公告。公告期间为半年。公告期间届满,人民法院根据被宣告失踪人失踪的事实是否得到确

认,作出宣告失踪的判决或者终结审理的裁定。如果判决宣告为失踪人,应当同时指定失踪人的财产代管人。

【讲解】 特别注意该条中的公告期为半年的规定已经因《民事诉讼法》的上述规定而不再适用,根据上述规定,宣告失踪的公告期为3个月。

36. 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。

37. 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。(②,03/3/9;09/3/51)

【讲解】 (1)对被宣告死亡人的婚姻关系而言,宣告死亡发生与自然死亡相同的影响,即其婚姻关系自死亡宣告之日起消灭,其配偶得再婚。

(2)死亡宣告被撤销的,被宣告死亡人的婚姻关系是否自行恢复应视其配偶是否再婚:未再婚的,则婚姻关系自行恢复;再婚的,不论是否又离婚或其配偶的配偶又死亡的,均不得自行恢复。能够自行恢复,说明被宣告死亡人与其配偶的婚姻关系从未中断过,仍然是原来的婚姻关系,因此,在被宣告死亡人失踪期间双方所取得的财产或所负债务均属于同一婚姻关系下的共同财产和债务。不能自行恢复,说明原有的婚姻关系已经因被宣告死亡人配偶的再婚而中断,如果符合结婚条件又有愿意继续生活的,应当办理结婚登记手续方可再次缔结婚姻关系。

【试题】 张某于1994年失踪,其妻王某于2000年申请宣告其死亡,人民法院依法作出了张某为宣告死亡人的判决。不料,张某并未死亡,而是流落他乡,并于2004年死亡。张某死亡时,留有1996年修建的房屋三间,2003年彩票中奖2万元。王某在张某死亡后,改嫁郑某,郑某于2002年死亡。王某现独身。对此,下列说法正确的有:

- A. 张某所修建房屋三间属于张某、王某的夫妻共同财产
- B. 张某所修建房屋三间不属于张某、王某的夫妻共同财产
- C. 张某彩票中奖2万元属于张某、王某的夫妻共同财产
- D. 张某彩票中奖2万元不属于张某、王某的夫妻共

同财产

【答案及解析】 AD。本题涉及宣告死亡问题。张某于2000年被宣告死亡,其与其妻王某的夫妻关系终止,但在2000年之前所取得的财产仍然为夫妻共同财产,故张某于1996年修建的房屋三间仍为张某与王某的夫妻共同财产,A选项正确,B选项错误。张某被宣告死亡后,其妻改嫁,后虽然发现张某并未死亡,但其与王某的夫妻关系不能自动恢复,故张某于2003年所得彩票中奖款项不属于夫妻共同财产,C选项错误,D选项正确。因此,本题应选A、D。

38. 被宣告死亡的人在宣告死亡期间,其子女被他人依法收养,被宣告死亡的人在死亡宣告被撤销后,仅以未经本人同意而主张收养关系无效的,一般不应准许,但收养人和被收养人同意的除外。

39. 利害关系人隐瞒真实情况使他人被宣告死亡而取得其财产的,除应返还原物及孳息外,还应对其造成的损失予以赔偿。(①,08/3/15)

40. 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。(①,06/3/2)

【讲解】 (1)宣告死亡被撤销的,死亡宣告引起的法律后果依然有效。因此,被宣告死亡期间,被宣告死亡人的子女被他人依法收养,不得仅以未经被宣告死亡人同意为由主张收养关系无效。

(2)死亡宣告被撤销后,被撤销死亡宣告的人有权请求返还财产。依照《继承法》取得他的财产的公民或者组织,应当返还原物。原物因不可归责于继承人的原因灭失的,继承人不予赔偿;原物因继承人的原因而毁损灭失的,继承人因此获得利益的,继承人在所获利益范围内予以补偿,继承人未获得利益的,不予补偿。原物已转让给他人的,撤销死亡宣告的效力不及于第三人,但是,继承人因隐瞒真实情况恶意宣告他人死亡的,其所继承的遗产,除因不可抗力灭失外,死亡宣告被撤销后,继承人均应予以返还或者赔偿。原物所生的孳息,因撤销宣告死亡使继承人丧失了继承权的依据,其所收取的孳息亦构成不当得利应予以返还,但继承人因自己的原因应收取孳息而未收取孳息的,不负返还义务。继承人因管理继承财产所支出的必要费用,可要求原财产所有人予以返还。继承人因对继承财产的改良而使继承财产增值的,如果增值的价值大于原财产的价值,继承人可取得该财产本身,但对原财产的价值应补偿原所有人。如果增值的价值小于原财产的价值,继承人应返还该财产与原所有人,但就增值部分可请求补偿。

【试题】 刘某被宣告死亡后,其所遗留财产由其继承人继承:其妻王某分得房屋2间,其父母分得养鸡场一

个。刘某被宣告死亡后,其妻即改嫁他人,并搬出刘某所留房屋。该房屋一直出租给张某居住。不料,刘某于数年后返回家乡,并对财产返还与王某等人发生纠纷。经查,在刘某被宣告死亡期间,王某所得租金为2万元;刘某父母经营养鸡场所得收入为1万元。对此,下列表述正确的有:

- A. 王某应返还2万元房屋租金给刘某
- B. 王某只需返还房屋给刘某,无须返还房屋租金
- C. 刘某父母应返还经营养鸡场所得收入1万元
- D. 刘某父母只需返还养鸡场,无须返还所得收入

【答案及解析】 AD。本题涉及自然人宣告死亡被撤销后的财产返还问题。刘某死亡宣告被撤销后,依据《继承法》取得其财产的人应将所取得的财产返还,返还包括原物和孳息,房屋租金属于房屋的孳息,故应予以返还,因此,A选项正确,B选项错误。养鸡场的所得属于劳动所得,应归刘某父母所有,故刘某父母只应返还养鸡场,而不应返还收益,C选项错误,D选项正确。因此,本题应选A、D。

43. 在夫妻关系存续期间,一方从事个体经营或者承包经营的,其收入为夫妻共有财产,债务亦应以夫妻共有财产清偿。

45. 起字号的个人合伙,在民事诉讼中,应当以依法核准登记的字号为诉讼当事人,并由合伙负责人为诉讼代表人。合伙负责人的诉讼行为,对全体合伙人发生法律效力。

未起字号的个人合伙,合伙人在民事诉讼中为共同诉讼人。合伙人人数众多的,可以推举诉讼代表人参加诉讼。诉讼代表人的诉讼行为,对全体合伙人发生法律效力。推举诉讼代表人,应当办理书面手续。(①,03/3/16)

【讲解】 合伙负责人或者召集人执行合伙事务的行为对全体合伙人发生法律效力。

【试题】 某合伙组织起字号为“通达商场”,由甲、乙、丙合伙经营,其中甲出资40%,乙、丙各出资30%。甲被推选为负责人。在与丁的诉讼中,甲放弃“通达商场”对丁的债权5万元,乙、丙知道后表示反对。甲的这一行为的效力如何?

- A. 甲放弃债权的行为无效,因为未取得乙、丙的同意
- B. 甲放弃债权的行为部分无效,即对乙、丙的份额不发生效力
- C. 甲放弃债权的行为效力未定,即取得乙、丙的同意发生法律效力
- D. 甲放弃债权的行为有效

【答案及解析】 D。本题涉及合伙负责人的行为效力问题。本题中,甲为合伙负责人,其在诉讼中的行为应为有效行为,故本题正确选项为D。

46. 公民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。(②,02/3/11;09/3/2)

【讲解】 应注意合伙人可以以劳务出资,也可以以财产的使用权出资。合伙财产为合伙人共有。

【试题】 赵某与钱某经口头协议,在闹市区租门面房合伙经营服装店。不久,房主孙某同意将门面房租价2万元加入合伙,但不参与经营,只每半年收取经营收益的10%。后赵某独自决定进了一批童装,销售情况不佳,童装厂催款。下列哪一说法是正确的?

A. 赵、钱、孙之间虽没有书面合伙协议,但可以认定为合伙关系,故须连带承担还款义务

B. 孙某没有参加合伙的经营,应当认定入伙无效,不承担还款义务

C. 赵某一人执行合伙事务,没有征得其他合伙人的同意,其行为后果由赵某一人承担

D. 孙某入伙虽无效,但仍应以其所得收益为限对合伙债务承担连带责任

【答案及解析】 A。本题涉及合伙人的认定及合伙人的行为效力问题。合伙虽然要求有合伙协议,但对个人合伙而言,没有书面合伙协议,其行为能表明合伙人身份的,亦应认定该合伙关系成立。合伙人之间互为代理人,其与第三人之间的行为对全体合伙人发生效力。当然,合伙人之一未经其他合伙人同意的行为造成其他合伙人损失的,其应对其他合伙人的损失承担赔偿责任,但该赔偿责任为内部关系,不影响全体合伙人与第三人之间的行为效力。本题中,赵某、钱某之间存在合伙协议,房主孙某同意加入合伙,表明赵某、钱某、孙某之间存在合伙关系,赵某独自购进一批童装,该行为虽然未经其他合伙人同意,但不影响该行为的效力。故本题正确选项为A。

48. 只提供技术性劳务,不提供资金、实物的合伙人,对于合伙经营的亏损额,对外也应当承担连带责任;对内则应当按照协议约定的债务承担比例或者技术性劳务折抵的出资比例承担;协议未规定债务承担比例或者出资比例的,可以按照约定的或者合伙人实际的盈余分配比例承担;没有盈余分配比例的,按照其余合伙人平均投资比例承担。

【讲解】 合伙人对合伙债务负连带无限责任,但合伙人承担连带责任后,应按照约定的份额、出资比例或盈余分配比例分担债务。普通合伙企业的利润分配、亏损分担,应当依照《合伙企业法》的规定,不再依据《民通条例》与《民通意见(试行)》的规定。

【试题】 甲、乙合伙经营鸭绒业务,甲提供厂房,乙提供鸭绒。双方请求丙以技术性劳务入伙,丙未予明确

答复,但丙提供了技术性劳务,并参与了当年的分红,分红比例4:4:2。第二年因经营亏损,负债高达10万元。对该债务承担发生分歧,丙认为自己不是合伙人,拒绝承担该债务。为此,诉至法院。该债务应如何承担?

A. 甲、乙、丙对该债务承担按份责任

B. 甲、乙、丙对该债务承担连带责任

C. 甲、乙对该债务承担连带责任

D. 甲、乙对该债务承担按份责任

【答案及解析】 B。本题涉及合伙人的认定和合伙债务承担问题。本题中,丙虽然对甲、乙邀请其入伙未明确答复,但其提供了技术性劳务,且参与了盈余分配,应视为合伙人。作为合伙人,其对合伙债务应负连带无限责任。故本题正确选项为B。

51. 在合伙经营过程中增加合伙人,书面协议有约定的,按照协议处理;书面协议未约定的,须经全体合伙人同意;未经全体合伙人同意的,应当认定入伙无效。(①,04/3/30)

【讲解】 合伙人入伙必须得到全体合伙人同意,并同意原合伙协议。

53. 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。(②,04/3/2;09/3/2)

【讲解】 合伙人入伙必须得到全体合伙人同意,并同意原合伙协议。合伙人退伙对退伙前的债务负连带无限责任。

【试题】 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。下列选项哪一个是正确的?

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

【答案及解析】 B。本题涉及合伙人退伙后的责任问题。合伙人退伙后,对其参加合伙期间的全部债务仍负连带责任。本题中,虽然甲、乙、丙三人约定,丙退伙后放弃合伙的一切权利,也不承担任何义务,但该约定仅具有内部效力,而无对抗债权人的外部效力。在对外关系上,债权人仍然得依据上述法律规定,要求全体合伙人对合伙债务承担连带无限责任。故本题正确选项为B。

58. 企业法人的法定代表人和其他工作人员,以法人名义从事的经营活动,给他人造成经济损失的,企业法人应当承担民事责任。(①,06/3/3)

【讲解】 (1) 应注意法人是独立的组织,具有独立的财产,独立承担责任。法人成员对法人承担有限责任。

(2) 应注意法人的分支机构的地位问题。取得营业执照的企业法人的分支机构能以自己的名义对外签订合同,在诉讼中也可作为诉讼主体,但在责任承担层面上应由法人承担责任。在责任财产的执行层面上应首先执行法人分支机构的财产,不足部分由法人补足,但该种补足责任不为连带责任,不能否认法人对分支机构的责任。

(3) 应注意法定代表人为自然人,组织体不能为法定代表人。法定代表人是法人的代表机关,其职权行为为法人行为,由法人承受其后果。法定代表人的越权行为一般应认定为有效。

(4) 法定代表人的经营活动由法人承担责任,法人的工作人员以法人的名义所进行的活动,也应由法人承担责任。

(5) 应注意法人合并、分立的类型以及合并、分立后的债务承担。对此,债权人与债务人有协议的,依照该协议,没有协议的,应由变更后的法人承担。

【试题】 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。后因丙公司无力承担己、庚的债务而发生纠纷。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
C. 该协议可撤销 D. 该协议效力待定

【答案及解析】 A。本题涉及法人分立后的债务承担问题。本题中,甲公司分立为乙公司和丙公司,乙公司和丙公司虽然对甲公司的债务承担达成了协议,但该协议未经债权人同意,对债权人不具有效力。但该协议在分立后的乙公司和丙公司之间具有效力,即分立后的公司在对债权人承担债务以后,可以依照该协议向分立后公司的另一方进行追偿。本题中,所问的该协议的效力是指对债权人的效力问题,而不是指分立公司之间的效力问题,故本题选项为 A。

60. 清算组织是以清算企业法人债权、债务为目的而依法成立的组织。它负责对终止的企业法人的财产进行保管、清理、估价、处理和清偿。

对于涉及终止的企业法人债权、债务的民事诉讼,清算组织可以用自己的名义参加诉讼。

以逃避债务责任为目的而成立的清算组织,其实施的民事行为无效。

【试题】 依民法原理和现行民事法律,下列选项中,哪一表述是正确的?

- A. 清算法人不具有民事行为能力
B. 清算法人具有与原法人相同的民事行为能力
C. 清算法人仅具有清算范围内的民事行为能力
D. 清算法人仅具有资产清理的民事行为能力

【答案及解析】 C。本题涉及清算法人的行为能力问题。法人在清算过程中其行为能力受到以清算为目的的限制,即只能进行以清算为目的的民事活动,其于清算目的范围外的活动,不具有法律效力。故本题正确选项为 C。

65. 当事人以录音、录像等视听资料形式实施的民事行为,如有两个以上无利害关系人作为证人或者有其他证据证明该民事行为符合民法通则第五十五条的规定,可以认定有效。

66. 一方当事人向对方当事人提出民事权利的要求,对方未用语言或者文字明确表示意见,但其行为表明已接受的,可以认定为默示。不作为的默示只有在法律有规定或者当事人双方有约定的情况下,才可以视为意思表示。

【讲解】 (1) 民事法律行为是以意思表示为要素发生民事法律效果的合法行为。民事行为是以意思表示为要素,发生民事法律后果的行为,包括民事法律行为、无效的民事行为、可撤销的民事行为、效力未定的民事行为。应将民事行为与情谊行为相区别:情谊行为是指当事人因社交、帮助、道义等原因发生的,没有民法上权利义务意思内容的行为,又称为好意施惠行为。如题: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?

- 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

本题为 2005 年试卷三第 22 题,所涉内容为情谊行为与民事行为的辨别问题。本题中,乙在甲的请求下同意在 A 站唤醒甲,并不能说甲和乙之间实施了民事行为,形成民事法律关系,而仅为情谊行为、道义关系,故不存在违约责任、侵权责任和缔约过失责任的问题,A、B、C 选项均不正确,甲为此支付的额外费用应由其自己承担,D 选项正确。

(2) 应将民事行为与准民事行为相区别:准民事行为是表意行为之一种,但其效力非基于表意人的表意,而是基于法律的规定;而民事行为是基于当事人的意思表示而发生民法上效力的表意行为。准民事行为可分

为催告、通知以及宽恕。

(3) 应将民事行为与事实行为相区别: 事实行为是指行为人不具有设立、变更或消灭民事法律关系的意图, 但依照法律规定能引起民事法律后果的行为。二者的主要区别在于: 第一, 民事行为以意思表示为要素, 而事实行为完全不以意思表示为要素, 当事人实施行为的目的并不在于追求民事法律后果; 第二, 民事行为依行为人的意思表示的内容而发生效力, 而事实行为依法律规定而直接产生法律后果; 第三, 民事行为的本质在于意思表示, 而不在于事实构成, 而事实行为只有在符合行为法定构成要件时方可成立, 并发生法律规定的后果; 第四, 民事行为以行为人具有民事行为能力为生效要件, 而事实行为的构成不要求行为人具有相应的民事行为能力。事实行为包括无因管理行为、正当防卫行为、紧急避险行为、侵权行为、拾得遗失物的行为以及发现埋藏物的行为等。

(4) 应掌握民事法律行为的有效要件: 自然人实施民事行为应具有相应的民事行为能力, 但对于无民事行为能力人和限制民事行为能力人实施的纯获利益的行为, 不得以其欠缺民事行为能力为由主张无效。企业法人超越经营范围签订的合同, 只有违反限制经营、禁止经营或特许经营的, 才能认定合同无效。影响当事人意思表示真实的因素包括欺诈、胁迫、乘人之危、重大误解和显失公平, 应注意各种情形下行为的效力。违反法律强制性规定和社会公共利益的行为无效。

【试题】某县政府为鼓励县属酒厂多创税利, 县长与酒厂厂长签订合同约定: 酒厂如果完成年度税收 1000,000 元的指标, 第二年厂长和全厂职工都可以加两级工资。该合同属于什么性质的行为?

A. 双方民事法律行为

B. 无效民事行为

C. 附条件民事法律行为

D. 不属于民事法律行为

【答案及解析】D。本题涉及行政合同问题。本题中, 县长与厂长签约, 如完成指标, 工资晋升两级为行政奖励行为, 不为民事法律行为。故本题选项为 D。

67. 间歇性精神病人的民事行为, 确能证明是在发病期间实施的, 应当认定无效。

行为人在神志不清的状态下所实施的民事行为, 应当认定无效。

68. 一方当事人故意告知对方虚假情况, 或者故意隐瞒真实情况, 诱使对方当事人作出错误意思表示的, 可以认定为欺诈行为。(①, 03/4/4)

69. 以给公民及其亲友的生命健康、荣誉、名誉、财产等造成损害, 或者以给法人的荣誉、名誉、财产等造成损害为要挟, 迫使对方作出违背真实的意思表示的, 可以认定为胁迫行为。

70. 一方当事人乘对方处于危难之机, 为牟取不正当利益, 迫使对方作出不真实的意思表示, 严重损害对方利益的, 可以认定为乘人之危。

【讲解】(1) 要特别注意《民法通则》所规定的无效情形和《合同法》所规定的无效情形的不同。如果涉及的是合同行为, 依据后法优于先法的原则, 应适用《合同法》的规定, 而不应当适用《民法通则》的规定。

(2) 要特别掌握欺诈、胁迫、乘人之危的构成要件及其法律效力。

(3) 违反法律的强制性规定的民事行为并不当然无效。如果违反的是资格性的强制性规定或管理性的强制性规定, 应认定为有效。只有违反涉及社会公共利益的强制性规定, 才为无效。

【试题】A 公司委托王某去某市 B 公司购买机械表 1000 只, 王某见 B 公司还有电子表可供应, 在 B 公司说明电子表是从正规渠道进货后, 就在购销合同上添加了购买 2000 只电子表的条款。王某付款后将机械表和电子表运往 A 公司途中, 2000 只电子表被海关以走私品没收。A 公司收到机械表后, 发现不好销, 遂以合同无效要求退货。下列论述正确的有:

A. 该购销合同中购买 2000 只电子表的条款无效

B. 该购销合同中购买 2000 只电子表的条款可撤销

C. 该购销合同中购买 2000 只电子表的条款效力未定

D. 该购销合同无效

【答案及解析】A。本题涉及民事行为的效力问题。依《民法通则》第 58 条的规定, 违反法律或者社会公共利益, 以合法形式掩盖非法目的的民事行为为无效民事行为。同时依《合同法》第 52 条的规定, 以合法形式掩盖非法目的, 损害社会公共利益, 损害社会公共利益的合同为无效合同。另依《民法通则》第 60 条的规定, 民事行为部分无效不影响其他部分的, 其他部分仍然有效。本题中, 2000 只电子表为走私品, 违反法律的禁止性规定。故本题选项为 A。

71. 行为人因对行为的性质、对方当事人、标的物的品种、质量、规格和数量等的错误认识, 使行为的后果与自己的意思相悖, 并造成较大损失的, 可以认定为重大误解。(①, 05/3/1)

72. 一方当事人利用优势或者利用对方没有经验, 致使双方的权利与义务明显违反公平、等价有偿原则的, 可以认定为显失公平。(①, 08/3/7)

73. 对于重大误解或者显失公平的民事行为, 当事人请求变更的, 人民法院应当予以变更; 当事人请求撤销的, 人民法院可以酌情予以变更或者撤销。

可变更或者可撤销的民事行为, 自行为成立时起超过一年当事人请求变更或者撤销的, 人民法院不予保护。

【讲解】(1)可撤销的民事行为为已成立和已生效的民事行为。

(2)撤销权由行为成立时的受害人,而不是由双方行使。撤销权为形成权。

(3)撤销权的行使期间,对于合同行为,撤销权的行使期间为自权利人知道或应当知道撤销事由之日起1年。

(4)可撤销的民事行为不是从撤销之日起无效,而是溯及的发生行为自始无效。

【试题】依我国法律,当事人对下列哪一合同可以请求人民法院或仲裁机构变更或撤销?

- A. 因重大误解订立的合同
- B. 包含因重大过失造成对方财产损失的免责条款的合同
- C. 因欺诈而订立且损害国家利益的合同
- D. 无权代理订立的合同

【答案及解析】A。本题涉及可变更、可撤销的合同范围问题。依《合同法》第54条的规定,可变更、可撤销的合同为因重大误解而订立的合同,因订立合同时显失公平的合同,因欺诈、胁迫、乘人之危的手段订立且不损害国家利益的合同。因欺诈而订立且损害国家利益的合同为无效合同,无权代理订立的合同为效力未定的合同,包含因重大过失造成对方财产损失的免责条款的合同为无效合同。故本题正确选项为A。

74. 民法通则第六十一条第二款中的“双方取得的财产”,应当包括双方当事人已经取得和约定取得的财产。

【讲解】(1)部分无效的民事行为如果无效部分不影响其他部分效力的,其他部分仍然有效。例如,抵押合同中约定的留置条款被确认无效,但不影响抵押合同其他部分效力的,其他部分仍然有效。认定无效部分是否影响其他部分效力,应从无效部分与其他部分是否存在一体性角度进行考虑。例如,土地使用权转让合同涉及两块土地,分别用于建设校区和住宿区,其中一块土地的使用权转让合同被确认无效,则另一块土地使用权的转让合同也应无效。

(2)返还财产以全部返还为原则。如果原物存在,应以原物返还,否则应作价补偿;如果原物有损坏,应修复后返还,或支付相应的补偿;如果已经出租,还应当返还已取得的租金;如果对方给付的是金钱,除了返还本金外,还应按银行利率支付利息;如果对方给付的是劳务,无形财产或者其他不能返还的利益,则应折算为一定的金钱予以返还。

(3)赔偿损失以存在过错为前提,虽有损失,但对方并无过错的,不能请求赔偿损失。

(4)损害国家、集体或者第三人利益的,应当追缴双

方取得的财产,收归国家、集体所有或者返还第三人。这里所说双方取得的财产,应包括双方当事人已经取得或者约定取得的财产。

【试题】甲向乙购买50万元的毒品,预付定金20万元,后因乙未向甲交付毒品,双方发生纠纷。对此,下列表述正确的是:

- A. 乙应双倍向甲返还定金40万元
- B. 乙应向甲返还定金20万元
- C. 乙应向甲返还30万元
- D. 预付定金予以追缴

【答案及解析】D。本题涉及无效合同的法律后果问题。依照《民法通则》第61条的规定,因损害国家利益而导致的无效民事行为,双方约定取得的财产应予以追缴。预付定金为约定取得财产,故应予以追缴。故本题正确选项为D。

75. 附条件的民事行为,如果所附的条件是违背法律规定或者不可能发生的,应当认定该民事行为无效。

76. 附期限的民事法律行为,在所附期限到来时生效或者解除。

【讲解】(1)所附条件应为将来发生的事实、或然性的事实、约定的事实和合法的事实。

(2)解除条件的效力是条件成就,民事行为解除;条件不成就,民事行为一直有效。生效条件的效力是条件成就,民事行为生效;条件不成就,民事行为仅成立,不生效。

(3)附条件和附期限民事行为的根本区别在于条件是否发生是或然的,期限是肯定要到来的。

【试题】甲、乙两厂签订一份供货合同,双方约定:若厂长变更,该合同即解除。这是一种什么行为?

- A. 附条件法律行为
- B. 附期限法律行为
- C. 可撤销的民事行为
- D. 无效的民事行为

【答案及解析】A。本题涉及附条件民事法律行为问题。附条件民事法律行为是指在民事法律行为中规定一定条件,并且把该条件的成就或者不成就作为确定行为人的民事权利和民事义务发生法律效力或者失去法律效力的根据的民事法律行为。民事法律行为所附条件应满足以下要件:将来的事实;不确定的事实;当事人约定的事实;合法的事实。条件与期限的区别在于条件的成就与是否是不确定的,而期限是必定要到来的。无效的民事行为是指欠缺民事法律行为的有效要件不发生当事人预期法律后果的民事行为。可撤销民事行为是指因行为人意思瑕疵而由法律赋予行为人以撤销权的民事行为。本题中,甲乙双方所作约定符合附条件民事法律行为所附条件的要求。故本题正确选项为A。

77. 意思表示由第三人义务转达,而第三人由于过失

转达错误或者没有转达,使他人造成损失的,一般可由意思表示人负赔偿责任。但法律另有规定或者双方另有约定的除外。

78. 凡是依法或者依双方的约定必须由本人亲自实施的民事行为,本人未亲自实施的,应当认定行为无效。

【讲解】 (1)应明确代理的概念与特征,特别注意代理与行纪、代理与代表、代理与委托、代理与代位权的区别。

(2)应掌握具有人身性质的民事行为不得代理、被代理人无权进行的行为不得代理、当事人约定不得代理的行为不得代理。

【试题】 立新学校委托其教务人员王某购买一批电教器材。王某到百货公司购买时,正好该公司举行有奖销售,规定购买商品若干元可得到奖券一张。王某代购电教器材,得到五张奖券,他自己把这几张奖券收了起来。后来百货公司抽奖,这几张奖券中的一张中了头奖,可得到彩色电视机一台,该电视机应当:

- A. 归立新学校所有
- B. 归立新学校所有,但应当给王某以适当补偿
- C. 归王某所有
- D. 归立新学校与王某共有

【答案及解析】 A。本题涉及代理行为的后果由被代理人承受的问题。代理行为是为被代理人设定民事权利义务的行为,该民事行为产生的权利和义务均应由被代理人承受。本题中,王某作为立新学校的代理人,其所购买的电教器材应归立新学校,其购买电教器材所得奖券为购买电教器材的附属权利,该奖券也应归立新学校所有。该奖券所得奖品自然归立新学校所有。当然,如果立新学校事先放弃或事后放弃奖券的权利,奖券所得的奖品可归王某所有。故本题答案为A。

79. 数个委托代理人共同行使代理权的,如果其中一人或者数人未与其他委托代理人协商,所实施的行为侵害被代理人权益的,由实施行为的委托代理人承担民事责任。

被代理人人数时,其中一人或者数人未经其他被代理人同意而提出解除代理关系,因此造成损害的,由提出解除代理关系的被代理人承担。

【讲解】 原则上,共同代理人就共同代理行为向本人负责,就过错的共同代理行为对本人承担连带责任。作为例外,若共同代理人中一人或数人未与其他代理人协商而实施行为侵害本人权益的,由行为人承担责任,此时,该行为非共同代理行为。

【试题】 张某和李某受甲鞋店委托,去外地买一批皮鞋,其时,张某与某乡办鞋厂勾结,购进一批劣质皮鞋,李某并不知情。张某得了好处后,送了一条高档香

烟给李某,李某因为张某是其师傅,也未过多问。此案中,应由谁负连带责任?

- A. 张某、李某和乡办鞋厂
- B. 张某与乡办鞋厂
- C. 张某与李某
- D. 李某与乡办鞋厂

【答案及解析】 B。本题涉及共同代理及恶意串通损害被代理人利益行为的责任承担问题。依《民法通则》第66条第3款的规定,代理人和第三人串通,损害被代理人利益的,由代理人和第三人负连带责任。本题中,张某与某乡办鞋厂存在共同损害被代理人甲鞋店的故意,他们对甲鞋店的损失负连带责任无疑。本题的难点在于,李某和张某虽为共同代理人,但张某与鞋厂串通并未与李某协商,故该行为不为共同代理行为,李某不应当承担连带责任,但对于该合同标的物的瑕疵存在过失,依《民法通则》的规定,李某应对鞋店的损失承担过错赔偿责任。故本题正确选项为B。

80. 由于急病、通讯联络中断等特殊原因,委托代理人自己不能办理代理事项,又不能与被代理人及时取得联系,如不及时转托他人代理,会给被代理人的利益造成损失或者扩大损失的,属于民法通则第六十八条中的“紧急情况”。

81. 委托代理人转托他人代理的,比照民法通则第六十五条规定的条件办理转托手续。因委托代理人转托不明,给第三人造成损失的,第三人可以直接要求被代理人赔偿损失;被代理人承担民事责任后,可以要求委托代理人赔偿损失,转托代理人有过错的,应当负连带责任。

【讲解】 (1)复代理的特征在于:第一,复代理人由代理人以自己的名义选任的,不是由被代理人选任的;第二,复代理人不是原代理人的代理人,而仍然是被代理人的代理人,其行使代理权时仍应以被代理人的名义进行,法律后果直接归属于被代理人;第三,复代理权不是由被代理人直接授予的,而是由原代理人转托的,但以原代理人的代理权限为限,不能超过原代理人的代理权。

(2)委托代理人原则上没有复任权,因为委托代理的基础是特定当事人之间的信任关系。但是在尊重被代理人意思和有利于保护被代理人利益的前提下,委托代理人在下列情况下可享有复任权:第一,被代理人事先授权可以转委托的;第二,转委托前征得被代理人同意的;第三,转委托后得到被代理人追认的;第四,在紧急情况下的转委托。

(3)代理人在复代理中的责任主要在于对复代理人的选任和指示,代理人应根据代理事项选任合格的复代理人,并对其进行充分的指示。代理人未履行该义务或者履行该义务存在缺陷给被代理人造成损失的,代理人负过错赔偿责任。