



国家司法考试

真题多维开发系列 No. 3

国家司法考试

疑难真题精析 (三)

2010 年版

GUOJIA/SIFA/KAOSHI
YINAN/ZHENTI/JINGXI

众合教育 / 编 邱振启 / 主编

人民法院出版社

只研习最有价值的高含金量真题!

备考时间有限,数千道历年真题不必一一练习
使用本书开创的高效司考真题复习新路径——

选题标准:甄选历年题海中的高含金量真题

- 体现真题考查角度
- 覆盖部门法核心考点

解析标准:透彻解析涵盖重点、难点和疑点

- 巩固常考考点
- 攻克疑难考点
- 举一反三以点带面

依据《选举法》、《侵权责任法》等最新法律精析





国家司法考试
真题多维开发系列 No.

3

国家司法考试

疑难真题精析 (三)

2010^{年版}

GUOJIA/SIFA/KAOSHI
YINAN/ZHENTI/JINGXI

众合教育 / 编 邱振启 / 主编



人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

国家司法考试疑难真题精析/邱振启主编. —北京: 人民法院出版社, 2010. 4

ISBN 978 - 7 - 5109 - 0088 - 4

I. ①国… II. ①邱… III. ①法律工作者 - 资格考核 - 中国 - 解题 IV. ①D92 - 44

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 063687 号

国家司法考试疑难真题精析 (三)

邱振启 主编

责任编辑 林志农 张钧艳 孟 晋 张承兵
出版发行 人民法院出版社
地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)
电 话 (010) 67550572 67550575 (责任编辑)
67550516 (出版部) 67550558 (发行部)
网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>
E - mail courtpress@sohu.com
印 刷 保定市中画美凯印刷有限公司
经 销 新华书店

开 本 787 × 1092 毫米 1/16
字 数 1460 千字
印 张 44.625
版 次 2010 年 4 月第 1 版 2010 年 4 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978 - 7 - 5109 - 0088 - 4
定 价 75.00 元 (全三册)

版权所有 侵权必究

目 录

民 法

1. 法 人	1	考点二 合同的效力	24
考点一 事业单位法人	1	考点三 格式条款的效力	26
考点二 法人的责任认定	1	10. 合同的履行	27
2. 民事法律行为与代理	2	考点一 合同履行抗辩权	27
考点一 意思表示	2	考点二 合同保全	29
考点二 民事法律行为	3	11. 合同的转让与终止	31
考点三 无权代理与表见代理	4	考点一 合同的转让	31
3. 无因管理与不当得利	6	考点二 合同的解除	32
考点一 无因管理	6	12. 违约责任的形式	34
考点二 无因管理、不当得利的综合 考查	6	考点一 损害赔偿責任	34
4. 侵权责任	8	考点二 继续履行	35
考点一 精神损害赔偿	8	13. 买卖合同	36
考点二 共同侵权人的连带责任	9	考点一 标的物风险转移	36
考点三 地面施工致人损害的侵权 責任	10	考点二 所有权转移	37
考点四 建筑物致人损害的侵权责任	11	考点三 特种买卖合同	38
考点五 对未成年人负有保障等义务的 教育机构与监护人的賠償責任 关系	11	14. 其他转移财产权利的合同	39
考点六 安全保障义务人的責任	12	考点一 贈与合同	39
5. 物权变动	14	考点二 租赁合同	40
考点一 物权变动的原因	14	15. 完成工作的合同	42
考点二 物权变动模式	15	考点一 承揽合同	42
6. 所 有 权	17	考点二 建设工程合同	43
考点一 所有权的取得	17	16. 提供劳务的合同	45
考点二 业主的建筑物区分所有权	18	考点一 委托合同	45
考点三 共有	19	考点二 运输合同	46
7. 用益物权	20	17. 保 证	47
考点 地 役 权	20	考点一 保证方式	47
8. 担保物权	21	考点二 物保与人保并存	48
考点一 抵押权	21	考点三 保证债务保证期间与訴訟 时效	49
考点二 质 权	22	18. 著作权法	51
9. 合同成立与合同的效力	24	考点一 著作权主体、内容	51
考点一 合同成立	24	考点二 著作权的限制	52
		考点三 著作权侵权行为	54
		19. 专 利 法	56
		考点一 专利权授予	56
		考点二 专利侵权行为	57
		20. 商 标 法	59
		考点一 商标与商标权	59

考点二 商标侵权行为	61
21. 婚姻、继承	63
考点一 婚姻关系	63
考点二 继承关系	63
22. 案例、论述综合	67

商 法

1. 公司法总论	74
考点一 公司的种类	74
考点二 公司的设立与成立	75
考点三 公司的股东	75
考点四 公司的董事、监事、高管	78
2. 有限责任公司	79
考点一 有限责任公司的设立和组织 机构	79
考点二 有限责任公司的股权转让与 投资	81
考点三 一人有限责任公司、国有独资 企业	81
3. 股份有限公司	83
考点一 股份有限公司的设立和组织 机构	83
考点二 股份有限公司的股份发行与 股权转让	84
4. 公司其他内容	86
考点一 公司的变更、合并与分立	86
考点二 公司的解散与清算	87
5. 公司法案例	88
6. 合伙企业法	93
考点一 合伙人	93
考点二 合伙关系	94
考点三 合伙企业财产与合伙债务	95
考点四 合伙事务执行	96
7. 个人独资企业法	98
考点 个人独资企业特征与管理	98
8. 中外合资经营企业法	100
考点 中外合资经营企业特殊性	100
9. 中外合作经营企业法、外资企业法	102
考点 中外合作经营企业与外资企业 的特殊规定	102
10. 企业破产法	103
考点一 破产申请和受理	103

考点二 管理人、破产财产和破产 债权	104
11. 票据法	106
考点一 票据总论	106
考点二 汇票	107
12. 证券发行与证券交易	109
考点一 证券发行	109
考点二 证券交易	111
13. 证券上市	113
考点 证券上市	113
14. 证券机构	115
考点 证券机构	115
15. 保险法	116
考点一 保险合同与一般规定	116
考点二 财产保险合同	117
考点三 人身保险合同	119

民事诉讼法与仲裁制度

1. 管 辖	122
考点一 级别管辖	122
考点二 一般地域管辖	122
考点三 特殊地域管辖	124
考点四 专属管辖	126
考点五 裁定管辖	127
考点六 管辖权异议	128
2. 诉	130
考点一 诉的要素	130
考点二 诉的分类	130
考点三 反诉	131
3. 当事人与诉讼代理人	133
考点一 当事人的一般理论	133
考点二 原告与被告	134
考点三 共同诉讼人与第三人	135
考点四 诉讼代表人	136
考点五 诉讼代理人	138
4. 民事证明与证据	141
考点一 民事证据的种类	141
考点二 证据的分类	143
考点三 举证责任	143
考点四 举证期限	145
考点五 证明对象	146
考点六 证据的收集	147
考点七 认证	148

考点八 “新证据”的认定	148	考点三 再审案件中的几个特殊问题 ...	179
5. 送 达	151	13. 督促程序	181
考点 留置送达	151	考点一 对支付令的异议	181
6. 法院调解	152	考点二 督促程序	182
考点一 调解适用范围	152	14. 公示催告程序	183
考点二 调解协议	153	考点一 公示催告的特点	183
7. 财产保全与先予执行	155	考点二 除权判决	184
考点一 财产保全	155	15. 执行程序	185
考点二 先予执行	156	考点一 案外人异议	185
8. 普通程序	158	考点二 执行担保	186
考点一 起诉和受理	158	考点三 委托执行	187
考点二 撤诉和缺席判决	160	考点四 执行和解	188
考点三 延期审理、诉讼中止、诉讼 终结	161	考点五 执行中止和执行终结	189
考点四 民事判决、裁定、决定	162	考点六 修订民事诉讼法执行部分的 变化	190
9. 简易程序	166	16. 涉外民事诉讼程序	193
考点一 简易程序的适用范围	166	考点 涉外民事诉讼程序的特别规定 ...	193
考点二 简易程序的特点	167	17. 仲裁概述	196
10. 第二审程序	168	考点 仲裁与诉讼的区别	196
考点一 上诉人和被上诉人	168	18. 仲裁协议	197
考点二 上诉的撤回	169	考点一 仲裁协议的效力	197
考点三 二审案件的审理	170	考点二 仲裁协议的无效与失效	199
考点四 二审中对反诉的处理	172	19. 仲裁程序	200
11. 特别程序	174	考点一 仲裁和解	200
考点一 公告程序	174	考点二 仲裁裁决	201
考点二 认定公民无民事行为能力 案件的特别规定	175	20. 申请撤销仲裁裁决	205
12. 审判监督程序	176	考点 申请撤销仲裁裁决的条件	205
考点一 再审中发现一、二审法院遗漏 当事人的处理	176	21. 仲裁裁决的执行与不予执行	206
考点二 审判监督程序的启动	177	考点 仲裁裁决不予执行、中止执行、 终结执行的情形	206
		22. 案例、论述综合	208



1 法 人

考点一 事业单位法人

■ [经典真题]

关于事业单位法人，下列哪些选项是错误的？（2007/3/52）

- A. 所有事业单位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位从成立之日起取得法人资格
- C. 国家举办的事业单位对其直接占有的动产享有所有权
- D. 事业单位法人名誉权遭受侵害的，有权诉请精神损害赔偿

■ [常见错误]

对于事业单位法人，主要应把握以下几点：

（1）事业单位一般不具有营利性质。（2）对于依法律规定或行政命令组建的事业单位与自然人或法人自愿组建的事业单位，二者取得法人资格的程序不同，应予区别，此为另一命题陷阱和常见错误所在之处。（3）事业单位法人财产，其考查趋势是以《物权法》所有权部分的规定进行命题。

■ [答案详解]

1. 法人分为企业法人、机关法人、事业单位法人和社会团体法人。事业单位法人是被赋予民事主体资格的事业单位，一般不从事商业活动，即使取得一些收益，也多带有辅助性质的。不过，随着经济体制的改革，有些事业单位已不再享有财政拨款，被改制为自负盈亏或实行企业化经营。还有些经营单位实行部分经费来自国家的财政拨款，部分经费来自自收自支，故 A 项错误，当选。

2. 不同类型的法人取得法人资格的程序不同。依据《民法通则》第 50 条第 2 款规定：具备法人条件的事业单位、社会团体，依法不需要办理法人登记的，从成立之日起，具有法人资格；依法需要办理法人登记的，经核准登记，取得法人资格。不分情况，笼统地说具备法人条件的事业单位从成立之日起取得法人资格是不正确的，故 B 项错误，当选。

3. 《物权法》第 54 条规定：国家举办的事业单位对其直接支配的不动产和动产，享有占有、使用及依照法律和国务院的有关规定收益、处分的权利。国家举办的事业单位对其直接占有的动产享有使用权，但不享有所有权，其所有权与使用权是分离的，故 C 项错误，当选。

4. 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》（以下称《精神损害赔偿解释》）第 5 条规定：法人或者其他组织以人格权利遭受侵害为由，向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院不予受理。事业单位法人无权诉请精神损害赔偿，故 D 项错误，当选。

考点二 法人的责任认定

■ [经典真题]

- 1. 德胜公司注册地在萨摩国并在该国设有总部和分支机构，但主要营业机构位于中国深

圳,是一家由台湾地区凯旋集团公司全资设立的法人企业。由于决策失误,德胜公司在中国欠下 700 万元债务。对此,下列哪一选项是正确的?(2008/3/2)

- A. 该债务应以深圳主营机构的全部财产清偿
- B. 该债务应以深圳主营机构和萨摩国总部及分支机构的全部财产清偿
- C. 无论德胜公司的全部财产能否清偿,凯旋公司都应承担连带责任
- D. 当德胜公司的全部财产不足清偿时,由凯旋公司承担补充责任

[常见错误]

命题陷阱和常见错误主要体现在:(1) 考生不能准确记忆法人、法人的分支机构及法人分立与合并后的责任承担问题;(2) 考生容易混淆法人和法定代表人的责任承担问题,不理解法人独立承担责任的含义。

[答案详解]

1. 公司总部、分支机构和主要营业机构在法律人格上并不相互区分,如果法人负有债务,应以总部、分支机构和主要营业机构的财产共同清偿。

2. 法人独立责任是指法人以自己所有的全部财产承担责任,而不要求由其出资者、法定代表人、工作人员等负连带责任。凡法人都承担有限责任,其含义有二:(1) 法人本身就自身债务以其全部财产承担清偿责任,即无限责任。此处法人的财产包括法人总部及分支机构的全部财产。(2) 法人的成员对法人债务仅以其出资承担责任,即有限责任。作为例外,法人成员只有滥用法人独立人格和成员有限责任时,方对法人债务承担连带责任。所以,本题的正确答案为 B 项。



真题演练

1. 下列关于法人机关的表述哪些是正确的?(2005/3/51)①

- 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

2 民事法律行为与代理

考点一 意思表示

[经典真题]

下列哪些情形构成意思表示?(2007/3/51)

- A. 甲对乙说:我儿子如果考上重点大学,我一定请你喝酒
- B. 潘某在寻物启事中称,愿向送还失物者付酬金 500 元
- C. 孙某临终前在日记中写道:若离人世,愿将个人藏书赠与好友汪某
- D. 何某向一台自动售货机投币购买饮料

[常见错误]

民事法律行为以意思表示为核心。命题陷阱和常见错误体现在不能准确理解意思表示的涵义。若意思表示存在瑕疵,将影响民事法律行为的效力。考生要掌握意思表示瑕疵:欺诈、

① ABD

胁迫、乘人之危与重大误解各自的构成要件,在对其认定的问题上命题人往往通过易混淆的概念设置干扰项。

[答案详解]

意思表示是指行为人将其希望产生私法上效果的内心意愿以一定的方式向外界予以表述。意思表示所表达出的意思,是体现为民法效果的意思,亦即关于权利义务取得、丧失及变更的意思。(对于意思表示,应予明确的是意思表示的构成需具备以下要素:(1)目的意思,是指民事法律行为具体内容的意思要素。不具备目的意思,或目的意思不完整,不构成意思表示。如2005年卷三第1题,即不具备买书的目的意思。(2)效果意思,是指意思表示人使其表示内容发生法律效力效果的意思表示,即必须具有设立、变更或终止民事法律关系的意图。如本题的A项,即不具备效果意思。(3)表示行为,是指行为人将内心意思以一定方式表现于外部,并足以为外界客观理解的行为要素。)意思表示的成立要件须具备以下两方面:(1)意思表示的主观要件,是指表意人存在内心的,希望产生私法上权利义务效果的真实意图。(2)意思表示的客观要件,是指表意人将其进行法律行为的目的意思和效果意思,以一定方式向特定的相对人或向不特定的任何人予以表达的行为。A项并不具备效果意思,不发生民法上的权利义务关系,属于情义行为,不是意思表示。B项是悬赏广告,C项是遗赠,D项是格式条款合同,均构成意思表示,故本题选B、C、D项。

考点二 民事法律行为

[经典真题]

1. 关于民事法律关系,下列哪一选项是正确的?(2008/3/1)

- 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

[常见错误]

民事法律行为是民事主体以设立、变更或终止民事法律关系为目的的行为。首先应注意民事法律行为与道义行为、戏言的区别。这是命题陷阱与常见错误经常涉及的内容之一。由于民事法律行为是引起民事法律关系变动的原因之一,考生应能够界定哪些社会关系受法律规范调整,如恋爱关系、朋友关系等社会关系都不属于民事法律关系。这也是命题陷阱与常见错误易出现之处。对于民事法律关系变动,主要通过与相关概念辨析来检验考生,对于民事法律关系的设立,考生就常出现此类错误。

[答案详解]

民事法律关系是基于民事法律事实并由民事法律规范调整形成的民事权利义务关系,由主体、内容、客体三要素组成。

基于法律行为产生的民事法律关系,当然由当事人自主设立,如合同法律关系;但基于其他法律事实如事实行为、事件产生的,并非由当事人自主设立而是由法律直接规定,如侵权法律关系、添附法律关系等,故A项错误。同理,基于法律行为产生的民事法律关系的内容,实行意思自治,由当事人约定,故D项错误。

民事法律关系的主体主要包括自然人和法人,除此之外,还有国家(在发行国债的场合下)与其他组织,如独资企业、合伙企业等,故B项错误。

C项正确。如债权法律关系的客体是给付,给付包括作为和不作为。

考点三 无权代理与表见代理

■ [经典真题]

下列哪一情形构成无权代理?(2009/3/4)

- A 甲冒用乙的姓名从某杂志社领取乙的论文稿酬据为己有
- B 某公司董事长超越权限以本公司名义为他人提供担保
- C 刘某受同学周某之托冒充丁某参加求职面试
- D 关某代收某推销员谎称关某的邻居李某订购的保健品并代为付款

■ [常见错误]

表见代理属于广义的无权代理,须有足够理由使相对人相信行为人有代理权,这一点是表见代理与狭义无权代理的根本区别,也是表见代理之所以发生有效代理效果的根本理由。考生在具体案例中对此把握不准是常见错因。(另外,命题陷阱与常见错误在于无权代理中只有善意相对人才可在本人追认之前行使撤销权。)

■ [答案详解]

这道题本身需要回归到一个基本的民法问题——代理的概念,以及与相关概念委托、代表的区别。

代理,是指代理人基于被代理人之委托为被代理人之利益以被代理人之名义而与第三人之间为一定的法律行为。这一概念表明代理的构成需要如下三个要素:

(1) 代理的成立需要有三方当事人,此为区别于委托的地方之一。按照《合同法》第396条的规定,委托合同是委托人和受托人约定,由受托人处理委托人事务的合同。委托合同中受托人所办理的事务可能涉及到第三人,也可能无关第三人,比如,甲、乙是同学,一天甲生病,甲委托乙到学校办两件事,一是到学校书店代买一本书,二是代记民法课的笔记。这两个行为,都属受托行为,但前者同时又是代理行为,后者则不是。

此处的三方当事人分别是:代理人、被代理人与第三人。这说明代理人与被代理人在法律人格上是相互独立的,此处严格区别于代表:在代表关系中,代表人的人格被被代表人所吸收,不存在独立人格,所以只存在被代表人与第三方的关系,而不存在三方当事人以及三方关系。

(2) 代理属于法律行为。这也是与委托相区别的第二点。仍以上段的两个例子说明之。到书店购买书不但会涉及第三方(书店),并且乙同学需要与书店订立买书合同(进行法律行为),但代记笔记就不需要与第三方发生关系,更重要的是代记笔记不属于法律行为(不产生民事法律关系)。

(3) 代理人在为被代理人办事且主观上在为被代理人谋利益。所以代理有一系列的表面特征:以被代理人名义;接受被代理人的指示;一切利益归被代理人等。

无权代理首先是代理行为,也即符合代理的一切特征,个性仅在于代理人欠缺代理权,具体情形包括没被授权、超越代理权或者代理权逾期三情形。

以上述标准观之,D项李某未委托关某代收,而欠缺代理权的关某擅自从事该法律行为构成无权代理,D项当选。其余三项,C项的行为不属于法律行为,故不属于代理。A项甲冒用乙的名义显然不是以乙的代理人身份参与民事行为,也欠缺为被代理人谋利益的要件,倒是构成了侵权行为。如将A项的表述替换为“甲冒用乙的代理人的名义擅自代乙从某杂志社领取乙的论文稿酬后交给甲”,则显然构成无权代理。至于B项,董事长的行为构成《合同法》第50条规定的越权代表,这是由董事长与公司之间的特殊关系决定的。



真题演练

1. 甲公司业务经理乙长期在丙餐厅签单招待客户, 餐费由公司按月结清。后乙因故辞职, 月底餐厅前去结账时, 甲公司认为, 乙当月的几次用餐都是招待私人朋友, 因而拒付乙所签单的餐费。下列哪一选项是正确的? (2007/3/3)①

- A. 甲公司应当付款 B. 甲公司应当付款, 乙承担连带责任
C. 甲公司有权拒绝付款 D. 甲公司应当承担补充责任

2. A 公司经销健身器材, 规定每台售价为 2000 元, 业务员按合同价 5% 提取奖金。业务员王某在与 B 公司洽谈时提出, 合同定价按公司规定办, 但自己按每台 50 元补贴 B 公司。B 公司表示同意, 遂与王某签订了订货合同, 并将获得的补贴款入账。对王某的行为应如何定性? (2006/3/5)②

- A. 属于无权代理 B. 属于滥用代理权
C. 属于不正当竞争 D. 属于合法行为

3. 教授甲举办学术讲座时, 在礼堂外的张贴栏中公告其一部新著的书名及价格, 告知有欲购买者在门口的签字簿上签名。学生乙未留意该公告, 以为签字簿是为签到而设, 遂在上面签名。对乙的行为应如何认定? (2005/3/1)③

- A. 乙的行为可推定为购买甲新著的意思表示
B. 乙的行为构成重大误解, 在此基础上成立的买卖合同可撤销
C. 甲的行为属于要约, 乙的行为属于附条件承诺, 二者之间成立买卖合同, 但需乙最后确认

D. 乙的行为并非意思表示, 在甲乙之间并未成立买卖合同

4. 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? (2005/3/22)④

- 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

5. 甲公司经常派业务员乙与丙公司订立合同。乙调离后, 又持盖有甲公司公章的合同书与尚不知其已调离的丙公司订立一份合同, 并按照通常做法提走货款, 后逃匿。对此甲公司并不知情。丙公司要求甲公司履行合同, 甲公司认为该合同与己无关, 予以拒绝。下列选项哪一个是正确的? (2004/3/3)⑤

- A. 甲公司不承担责任 B. 甲公司应与丙公司分担损失
C. 甲公司应负主要责任 D. 甲公司应当承担签约后果

6. 王先生驾车前往某酒店就餐, 将轿车停在酒店停车场内。饭后驾车离去时, 停车场工作人员称: “已经给你洗了车, 请付洗车费 5 元。” 王先生表示 “我并未让你们帮我洗车”, 双方发生争执。本案应如何处理? (2004/3/11)⑥

- A. 基于不当得利, 王先生须返还 5 元 B. 基于无因管理, 王先生须支付 5 元
C. 基于合同关系, 王先生须支付 5 元 D. 无法律依据, 王先生无须支付 5 元

① A ② D ③ D ④ D ⑤ D ⑥ D

3 无因管理与不当得利

考点一 无因管理

【经典真题】

下列行为中, 哪些构成无因管理? (2008/3/55)

- A. 甲错把他人的牛当成自家的而饲养
- B. 乙见邻居家中失火恐殃及自己家, 遂用自备的灭火器救火
- C. 丙(15岁) 租车将在体育课上昏倒的同学送往医院救治
- D. 丁见门前马路下水道井盖被盗致路人跌伤, 遂自购一井盖铺上

【常见错误】

无因管理主要是通过案例考查对其区分、认定及无因管理当事人间的返还与赔偿义务。就无因管理的成立要件, 命题陷阱和常见错误主要有: (1) 管理他人的事务。管理事务既可以是事实行为, 也可以是民事法律行为。注意管理的目的是否达成, 不影响无因管理之成立, 如救助溺水之人, 无论受救者是否生还, 均可成立无因管理。注意事务须属于他人。误将他人之事务信以为是自己的事务而管理的, 不是无因管理, 应适用不当得利或侵权行为的相关规定。(2) 有为他人管理的意思。管理人要有使管理事务所产生之利益归于他人的意思。管理人为他人利益管理事务, 并不必须明确知道利益的归属者。

【答案详解】

依据《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。本题A项甲误以他人事务为自己事务, 并不存在以管理他人事务为目的, 不构成无因管理, 不当选。本题C、D项符合无因管理的成立要件: 管理他人事务、为他人利益的意思、无法律上的原因, 应当选。C项中丙15岁并不影响无因管理的成立, 无因管理是一种事实行为, 其效力由法律直接规定, 不以当事人的效果意思为必要。管理人实施管理行为时, 无须具备民事行为能力, 因此, 管理人可以是限制行为能力人或无行为能力人。D项丁铺设井盖行为的受益人并非不特定的路人, 而是负有道路维护义务的市政部门, 不要混淆。通说认为, 管理人在具有为他人管理的意思的同时, 兼具为自己利益而管理他人事务, 仍成立无因管理, B项也当选。

考点二 无因管理、不当得利的综合考查

【经典真题】

甲正在市场卖鱼, 突闻其父病危, 急忙离去, 邻摊菜贩乙见状遂自作主张代为叫卖, 以比甲原每斤10元高出5元的价格卖出鲜鱼200斤, 并将多卖的1000元收入自己囊中, 后乙因急赴喜宴将余下的100斤鱼以每斤3元卖出。下列哪些选项是正确的? (2007/3/53)

- A. 乙的行为构成无因管理
- B. 乙收取多卖1000元构成不当得利
- C. 乙低价销售100斤鱼构成不当管理, 应承担赔偿责任
- D. 乙可以要求甲支付一定报酬



[常见错误]

对于无因管理,命题陷阱和常见错误在于:(1)如何认定管理人的行为构成了适当管理。管理人未尽适当管理义务的,构成不当管理,应当承担债务不履行的法律后果。(2)如果管理人从管理中取得利益不归还于本人,而自己占有,则管理人的占有无合法根据,本人可基于不当得利的规定请求管理人归还,如本题B项。而不选B项的考生误认为乙的行为构成无因管理,则不可能还同时构成不当得利。



[答案详解]

同无因管理一样,不当得利也是法定之债产生的原因之一。二者的区别如下:无因管理是一种合法的事实行为,无因管理的管理人应将管理所得的利益归还于本人,管理人并不能取得利益。本人从管理人那里取得的利益,因该利益本为自己所有,不属于不当得利。

不当得利之债的效力体现在受害人有权请求受益人返还不当得利,受益人负有返还不当得利的义务。考生应注意返还不当得利的范围依受益人为善意、恶意而有所不同:(1)受益人为善意,即在受益人取得利益时不知道没有合法根据,其返还利益的范围以利益存在的部分(现存利益)为限;如利益已不存在,则不负返还义务。(2)受益人为恶意,即在取得利益时明知没有合法根据,其返还利益的范围应是受益人取得利益时的数额,即使该利益在返还之时已经减少甚至不复存在,不免除返还义务。(3)受益人在取得利益时为善意,嗣后为恶意的,其返还范围应以恶意开始之时存在的利益为准。(4)如果善意受益人将所受利益无偿让与第三人,从而使得利益不存在而减免返还义务时,获得利益的第三人负返还义务。还应注意两点:(1)若原物已产生孳息的,应当将孳息一并返还;(2)受益人利用不当得利取得其他利益的,应将该其他利益分为两部分处理:首先扣除劳务管理费归受益人所有,然后将其余部分收缴归国家所有。

根据前述无因管理的构成要件,本题中,乙并无法定或约定的义务为甲代为卖鱼,为了避免甲的利益受损,其替甲代为卖鱼构成无因管理,故A项正确。

甲、乙之间形成无因管理之债,作为管理人的乙负有报告与计算的义务,而乙并未将卖鱼所获利益及多卖的1000元归还给甲。根据《民法通则》第92条之规定,没有合法根据而取得不当利益,造成他人损失的,应当将取得的不当利益返还受损失的人。乙擅自将卖鱼所得部分价款收归己有,构成不当得利,故B项正确。

乙为无因管理人,管理人在管理事务过程中负有适当管理的义务,即应当以不违反本人的意思及以有利于本人的方法管理事务。管理人未尽适当管理义务的,应依法承担债务不履行的后果。乙将鱼低价卖出构成不当管理,且是因乙要参加喜宴造成的,并不属于为免除甲身体、财产上的紧迫危险的免责情形,乙应承担赔偿责任,故C项正确。

无因管理是一种无偿行为,管理人有权要求本人偿付因管理事务支出的必要费用,但无权要求支付报酬,故D项错误。该点已多次考到,考生应明确无因管理的性质。



真题演练

1. 张某外出,台风将至。邻居李某担心张某年久失修的房子被风刮倒,祸及自家,就雇人用几根木料支撑住张某的房子,但张某的房子仍然不敌台风,倒塌之际压死了李某养的数只鸡。下列哪一说法是正确的?(2009/3/12)①

- A 李某初衷是为自己,故不构成无因管理
- B 房屋最终倒塌,未达管理效果,故无因管理不成立
- C 李某的行为构成无因管理

D 张某不需支付李某租房费用,但应赔偿房屋倒塌给李某造成的损失

2. 张某发现自己的工资卡上多出2万元,便将其中1万元借给郭某,约定利息500元;另外1万元投入股市。张某单位查账发现此事,原因在于财务人员工作失误,遂要求张某返还。经查,张某借给郭某的1万元到期未还,投入股市的1万元已获利2000元。下列哪一选项是正确的?(2007/3/7)①

- A. 张某应返还给单位2万元 B. 张某应返还给单位2.2万元
C. 张某应返还给单位2.25万元 D. 张某应返还给单位2万元及其孳息

3. 陈某外出期间家中失火,邻居家10岁的女儿刘某呼叫邻居救火,并取自家衣物参与扑火。在救火过程中,刘某手部烧伤,花去医疗费200元,衣物损失100元。下列哪种说法是正确的?(2006/3/12)②

- A. 陈某应偿付刘某100元 B. 陈某应偿付刘某200元
C. 陈某应偿付刘某300元 D. 陈某无须补偿刘某

4. 在下列何种情形中,乙构成不当得利?(2005/3/10)③

- A. 甲欠乙500元,丙在甲不知情的情况下自愿代为偿还
B. 甲大学新建校区,当地居民乙的房屋大幅升值
C. 甲以拾得的100元还了欠乙的债务
D. 甲雇人耕田,雇工误耕了乙的数亩待耕之田

5. 甲的一头牛走失,乙牵回关入自家牛棚,准备次日寻找失主。当晚牛棚被台风刮倒,将牛压死。乙将牛肉和牛皮出售,各得款500元和100元。请人屠宰及销售,支出100元。下列哪一种说法是正确的?(2005/3/14)④

- A. 甲有权要求乙返还一头同样的牛
B. 甲有权要求乙返还500元
C. 甲有权要求乙返还600元
D. 甲有权要求乙按该牛的市价赔偿1000元

4 侵权责任

考点一 精神损害赔偿

■ [经典真题]

周某将拍摄了其结婚仪式的彩色胶卷底片交给某彩扩店冲印,并预交了冲印费。周某于约定日期去取相片,彩扩店告知:因失火,其相片连同底片均被焚毁。周某非常痛苦,诉至法院请求彩扩店赔偿胶卷费、冲印费损失及精神损害。下列哪些选项是正确的?(2007/3/66)

- A. 彩扩店侵害了周某的财产权和肖像权
B. 彩扩店的行为构成违约行为和侵权行为
C. 彩扩店应当赔偿胶卷费并返还冲洗费
D. 周某的精神损害赔偿请求应当得到支持



[常见错误]

自然人肖像权的侵害形式是易出现错误之处,注意判断什么是具有人格象征意义的特定

纪念物品,且注意违约行为和侵权行为的责任竞合。

[答案详解]

《民法通则》第100条规定:公民享有肖像权,未经本人同意,不得以营利为目的使用公民的肖像。《民法通则意见》第139条规定:以营利为目的,未经公民同意利用其肖像做广告、商标、装饰、橱窗等,应当认定为侵犯公民肖像权的行为。侵犯肖像权的构成要件有两个:(1)以营利为目的(主观);(2)未经允许而使用他人的肖像(客观)。肖像权的侵害形式仅限于擅自制作或使用他人肖像,或直接针对他人肖像进行毁损或丑化的行为。本案中,因过失而毁损附有他人肖像的财产的行为只是侵犯财产权,不属于侵犯肖像权,故A项错误。

本案构成责任竞合,违约和侵权行为的责任竞合具有三个特点:(1)责任竞合因某一个违反义务的行为引起;(2)某一个违反义务的行为符合两个以上的责任构成要件;(3)数个责任之间存有冲突。彩扩店同时构成了违约和侵权行为,故B选项正确。

根据《合同法》第122条的规定,因当事人一方的违约行为,侵害对方人身、财产权益的,受损害方有权选择依照本法要求其承担违约责任或者依照其他法律要求其承担侵权责任。权利人不得同时主张两个以上的请求权。周某有权基于违约或侵权之诉而要求彩扩店承担责任,因此,基于违约之诉彩扩店应当赔偿胶卷费并返还冲洗费,故C选项正确。

至于D选项,根据《侵权责任法》第22条的规定,侵害他人人身权益,造成他人严重精神损害的,被侵权人可以请求精神损害赔偿。《精神损害赔偿解释》第4条规定: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,物品所有人以侵权为由,向人民法院起诉请求赔偿精神损害的,人民法院应当依法予以受理。本题中相片连同底片对于周某来讲绝对是具有特殊意义的物品,它的损坏对周某造成的损失不仅是物质上的,更是精神上的巨大打击。故D选项正确。本题正确选项为B、C、D项。

考点二 共同侵权人的连带责任

[经典真题]

一小偷利用一楼住户甲违规安装的防盗网,进入二楼住户乙的室内,行窃过程中将乙打伤。下列哪一种说法是正确的?(2005/3/20)

- A. 乙的人身损害应由小偷和甲承担连带责任
- B. 乙的人身损害只能由小偷承担责任
- C. 乙的人身损害应由甲和小偷根据过错大小,各自承担责任
- D. 乙的人身损害应先由小偷承担责任,不足部分由甲承担

[常见错误]

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》)在侵权责任的考查中扮演着至关重要的角色,考生务必给予足够的重视,在理解的基础上准确识记。命题陷阱和常见错误在于不能准确把握共同侵权行为。

对于共同侵权行为,根据该解释第3条第1款规定,二人以上共同故意或共同过失致人损害,或者虽无共同故意、共同过失,但其侵害行为间接结合发生同一损害后果的,成立共同侵权。这就意味着扩张了《民法通则》第130条的范围,即便数个侵权人之间无意思联络(共同故意或共同过失),只要各侵害行为直接结合产生同一损害后果,仍将其定位为共同侵权,承担连带责任。

注意此处无意思联络的数人侵权,其各自在主观上只能是过失。就本题而言,考生易将其与无意思联络的数人侵权发生混淆而误选C项,但小偷在主观上显然为故意,从这个角度来排除干扰也未尝不可。

另须注意的是,《人身损害赔偿解释》第4条将共同危险行为认定为共同侵权行为从而承

担连带责任。

[答案详解]

根据《人身损害赔偿解释》第3条规定,二人以上共同故意或者共同过失致人损害,或者虽无共同故意、共同过失,但其侵害行为直接结合发生同一损害后果的,构成共同侵权,应当依照《民法通则》第130条规定承担连带责任。二人以上没有共同故意或者共同过失,但其分别实施的数个行为间接结合发生同一损害后果的,应当根据过失大小或者原因力比例各自承担相应的赔偿责任。本题中,虽然甲违规安装的防盗网对小偷进入乙的室内起到了一定的帮助作用,但甲的违章安装行为与乙人身损害的发生并无因果关系,乙的人身伤害是小偷一方造成的,属小偷的个人行为,甲与小偷不构成共同侵权,主观上既无共同过错,客观上的行为也没有结合,故应由小偷承担全部责任,B项正确,A、C、D三项错误。

共同加害行为的行为人除了双方均为共同实施侵权行为的这种情形外,也可为一方是加害实施人,另一方是教唆、帮助人,教唆、帮助他人实施侵权行为的人为共同侵权人(教唆、帮助限制民事行为能力人的情形也属于共同侵权)。故本题答案为B项。

考点三 地面施工致人损害的侵权责任

[经典真题]

甲公司铺设管道,在路中挖一深坑,设置了路障和警示标志。乙驾车撞倒全部标志,致丙骑摩托车路经该地时避让不及而驶向人行道,造成丁轻伤。对丁的损失,下列哪一选项是正确的?(2007/3/18)

- A. 应由乙承担赔偿责任 B. 应由甲和乙共同承担赔偿责任
C. 应由乙和丙共同承担赔偿责任 D. 应由甲、乙和丙共同承担赔偿责任

[常见错误]

八类特殊侵权行为中,只有地面施工致人损害和建筑物致人损害适用的是过错推定责任,而非无过错责任,此为命题陷阱和常见错误所在。本题中误选B项的考生即认为地面施工致人损害的侵权责任采无过错责任原则。过错推定责任指能够证明自己无过错的,可以免责。具体到本行为,即施工人能有效证明自己已尽法定警示义务(如设置明显标志)。因此,如果施工人尽了该义务,而所设置的标志或其他安全保障措施却被其他人破坏,则施工人不用承担责任。另外,地面施工致人损害的侵权行为的免责情形为:受害人故意致损的,施工人免责。

[答案详解]

过错责任,是指加害人主观上对于侵害行为具有过错(故意或者过失)的,才成立侵权责任。作为侵权行为法的一般归责原则,其适用于一般侵权行为。适用的方式一般是由原告(受害人)负举证责任证明被告(加害人)主观上具有过错;否则,不成立一般侵权责任。过错责任的适用中作为例外是由法律明确规定的,由被告举证自己没有过错,即实行举证责任倒置,民法称之为“过错推定”——如能证明自己无过错,不成立侵权责任;否则就推定有过错,承担侵权责任。

无过错责任,是指加害人主观上对于侵害行为没有过错,也要依法承担相应的侵权责任。这意味着在无过错责任下,被告举证自己主观上没有过错是毫无意义的。作为侵权行为法的特殊归责原则,其只适用于法律明确规定的特别侵权责任。

就本题而言,《侵权责任法》第91条第1款规定:在公共场所或者道路上挖坑、修缮安装地下设施等,没有设置明显标志和采取安全措施造成他人损害的,施工人应当承担侵权责任。可见,地面施工侵权的归责原则为过错推定责任。本题中,施工人已经设置了明显标志并采取了安全措施,因此,不对丁的损失承担责任。

丙对丁损害的发生没有过错，丙的行为属于紧急避险行为，可以作为免责事由而免责，险情是由乙引起的，所以应该由乙来承担责任。依据是《侵权责任法》第31条的规定，因紧急避险造成损害的，由引起险情发生的人承担责任。如果危险是由自然原因引起的，紧急避险人不承担责任或者给予适当补偿。紧急避险采取措施不当或者超过必要的限度，造成不应有的损害的，紧急避险人应当承担适当的责任。因此，A选项正确。

总结：本题考查的主题就是一般侵权行为的归责原则——过错责任，以及施工侵权的归责原则——过错推定（属于过错责任的一种具体应用形式）。故本题正确答案为A项。

考点四 建筑物致人损害的侵权责任

■ [经典真题]

丁某在自家后院种植了葡萄，并垒起围墙。谭某（12岁）和马某（10岁）爬上围墙攀摘葡萄，在争抢中谭某将马某挤下围墙，围墙上松动的石头将马某砸伤。下列哪些选项是正确的？（2007/3/64）

- A. 丁某应当承担赔偿责任
- B. 谭某的监护人应当承担民事责任
- C. 马某自己有过失，应当减轻赔偿人的赔偿责任
- D. 本案应适用特殊侵权规则

■ [常见错误]

本题命题陷阱和常见错误在于过错相抵原则。应注意：这一原则也可以适用于未成年人致人损害案件。受损害的未成年人对于自己损害的发生有过错的，作为侵害人的另一个未成年人，其监护人在进行赔偿时可减轻赔偿责任。

■ [答案详解]

本题考查建筑物责任、监护人责任、过失相抵。本题中，谭、马侵入丁某的私人领域打闹，致马某受伤，丁某对马某的损害没有任何过错。《侵权责任法》第85条规定：建筑物、构筑物或者其他设施及其搁置物、悬挂物发生脱落、坠落造成他人损害，所有人、管理人或者使用人不能证明自己没有过错的，应当承担侵权责任。所有人、管理人或者使用人赔偿后，有其他责任人的，有权向其他责任人追偿。可见，物件致损的归责原则属于过错推定，丁某没有过错，自然不承担责任。故A选项错误。

《侵权责任法》第32条第1款规定：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。被监护人侵权属于特殊侵权责任，适用无过错归责原则。因此，未成年人谭某的监护人应当承担赔偿责任，故B、D选项正确。

《侵权责任法》第26条规定：被侵权人对损害的发生也有过错的，可以减轻侵权人的责任。据此，本案中，马某作为受害人自己有过失，可以减轻加害人的责任。官方公布的答案为B、C、D项，包括C项在内，是值得商榷的。严格来说，C选项的表述是有欠严谨的——“马某自己有过失，应当减轻赔偿人的赔偿责任”的“应当”二字应当表述为“可以”方为妥当。

考点五 对未成年人负有保障等义务的教育机构与监护人的赔偿责任关系

■ [经典真题]

小学生小杰和小涛在学校发生打斗，在场老师陈某未予制止。小杰踢中小涛腹部，致其脾脏破裂。下列哪一选项是正确的？（2007/3/24）