

2011^年

法律版

司法考试 *随身记* 系列

重点司法解释

随身记

▶ 精选重点常考司法解释，详解配以自测
——提分快

一册在手
成功在握



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

2011 年司法考试随身记系列

重点司法解释随身记

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

重点司法解释随身记/法律考试中心编. —北京:
法律出版社, 2010. 10

(2011年司法考试随身记系列)

ISBN 978-7-5118-1318-3

I. ①重… 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(2010)第198053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/北京外文印刷厂

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 1/32
版本/2010年11月第1版

印张/16.25 字数/710千
印次/2010年11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 978-7-5118-1318-3

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

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。

特别提醒考生注意考频,它表明法条考查次数,次数越多越彰显它的重要性,复习时要特别留意。

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《 <u>中华人民共和国民法通则</u> 》若干问题的意见(试行).....	(1)
◎最高人民法院关于确定民事侵权 <u>精神损害赔偿</u> 责任若干问题的解释.....	(36)
◎最高人民法院关于审理 <u>人身损害赔偿</u> 案件适用法律若干问题的解释.....	(39)
◎最高人民法院关于审理民事案件适用 <u>诉讼时效制度</u> 若干问题的解释.....	(51)
◎最高人民法院关于审理 <u>建筑物区分所有权</u> 纠纷案件适用法律若干问题的解释.....	(56)
◎最高人民法院关于审理 <u>物业服务</u> 纠纷案件适用法律若干问题的解释.....	(61)
◎最高人民法院关于审理 <u>城镇房屋租赁合同</u> 纠纷案件适用法律若干问题的解释.....	(63)
◎最高人民法院关于适用《 <u>中华人民共和国合同法</u> 》若干问题的解释(一).....	(72)
◎最高人民法院关于适用《 <u>中华人民共和国合同法</u> 》若干问题的解释(二).....	(77)
◎最高人民法院关于审理 <u>商品房买卖合同</u> 纠纷案件适用法律若干问题的解释.....	(84)
◎最高人民法院关于审理 <u>建设工程施工合同</u> 纠纷案件适用法律若干问题的解释.....	(90)
◎最高人民法院关于审理 <u>技术合同</u> 纠纷案件适用法律若干问题的解释.....	(93)
◎最高人民法院关于适用《 <u>中华人民共和国担保法</u> 》若干问题的解释.....	(99)
◎最高人民法院关于审理 <u>著作权</u> 民事纠纷案件适用法律若干问题的解释.....	(128)
◎最高人民法院关于审理 <u>专利</u> 纠纷案件适用法律问题的若干规定.....	(132)

◎最高人民法院关于审理 <u>侵犯专利权</u> 纠纷案件适用法律若干问题的解释	(136)
◎最高人民法院关于审理 <u>商标</u> 民事纠纷案件适用法律若干问题的解释	(138)
◎最高人民法院关于审理涉及 <u>驰名商标</u> 保护的民事纠纷案件适用法律若干问题的解释	(143)
◎最高人民法院关于适用《 <u>中华人民共和国婚姻法</u> 》若干问题的解释(一)	(145)
◎最高人民法院关于适用《 <u>中华人民共和国婚姻法</u> 》若干问题的解释(二)	(150)
◎最高人民法院关于贯彻执行《 <u>中华人民共和国继承法</u> 》若干问题的解释	(156)
◎最高人民法院关于适用《 <u>中华人民共和国公司法</u> 》若干问题的解释(一)	(165)
◎最高人民法院关于适用《 <u>中华人民共和国公司法</u> 》若干问题的解释(二)	(167)
模拟试题	(175)
答案及解析	(180)

民事诉讼法与仲裁制度司法解释

◎最高人民法院关于适用《 <u>中华人民共和国民事诉讼法</u> 》若干问题的解释	(187)
◎最高人民法院关于审理民事 <u>级别管辖</u> 异议案件若干问题的规定	(231)
◎最高人民法院关于 <u>民事诉讼证据</u> 的若干规定	(232)
◎最高人民法院关于适用《 <u>关于民事诉讼证据的若干规定</u> 》中有 关 <u>举证时限</u> 规定的通知	(246)
◎最高人民法院关于人民法院民事 <u>调解</u> 工作若干问题的规定	(247)
◎最高人民法院关于适用 <u>简易程序</u> 审理民事案件的若干规定	(250)
◎最高人民法院关于审理 <u>名誉权</u> 案件若干问题的 <u>解答</u>	(254)
◎最高人民法院关于审理 <u>名誉权</u> 案件若干问题的 <u>解释</u>	(257)
◎最高人民法院关于适用《 <u>中华人民共和国民事诉讼法</u> 》 <u>审判监 督程序</u> 若干问题的解释	(260)
◎最高人民法院关于适用《 <u>中华人民共和国民事诉讼法</u> 》 <u>执行程序</u> <u>程序</u> 若干问题的解释	(263)
◎最高人民法院关于人民法院 <u>执行工作</u> 若干问题的规定(试行)	(267)

◎最高人民法院关于人民法院民事执行中 <u>查封、扣押、冻结财产</u> 的规定	(273)
◎最高人民法院关于人民法院民事执行中 <u>拍卖、变卖财产</u> 的规定	(276)
◎最高人民法院关于适用《 <u>中华人民共和国仲裁法</u> 》若干问题的 解释	(278)
模拟试题	(282)
答案及解析	(286)

刑法司法解释

◎最高人民法院关于适用 <u>财产刑</u> 若干问题的规定	(290)
◎最高人民法院关于处理 <u>自首和立功</u> 具体应用法律若干问题的 解释	(291)
◎最高人民法院、最高人民检察院关于办理 <u>职务犯罪</u> 案件认定自 首、立功等量刑情节若干问题的意见	(295)
◎最高人民法院关于办理 <u>减刑、假释</u> 案件具体应用法律若干问 题的规定	(297)
◎最高人民法院关于审理 <u>交通肇事</u> 刑事案件具体应用法律若干 问题的解释	(299)
◎最高人民法院、最高人民检察院关于办理 <u>生产、销售伪劣商品</u> 刑事案件具体应用法律若干问题的解释	(303)
◎最高人民法院、最高人民检察院关于办理 <u>生产、销售假药、劣</u> <u>药</u> 刑事案件具体应用法律若干问题的解释	(305)
◎最高人民法院关于审理 <u>洗钱</u> 等刑事案件具体应用法律若干问 题的解释	(307)
◎最高人民法院、最高人民检察院关于办理 <u>妨害信用卡管理</u> 刑 事案件具体应用法律若干问题的解释	(310)
◎最高人民法院关于审理 <u>抢劫</u> 案件具体应用法律若干问题的解释	(315)
◎最高人民法院关于审理 <u>盗窃</u> 案件具体应用法律若干问题的解释	(319)
◎最高人民法院关于审理 <u>扰乱电信市场管理秩序</u> 案件具体应用 法律若干问题的解释	(325)
◎最高人民法院关于审理 <u>破坏公用电信设施</u> 刑事案件具体应用 法律若干问题的解释	(326)
◎最高人民法院、最高人民检察院关于办理 <u>侵犯知识产权</u> 刑事 案件具体应用法律若干问题的解释	(327)

◎最高人民法院关于审理 <u>黑社会性质组织犯罪</u> 的案件具体应用法律若干问题的解释	(330)
◎最高人民法院关于审理 <u>破坏森林资源</u> 刑事案件具体应用法律若干问题的解释	(332)
◎最高人民法院关于审理 <u>挪用公款</u> 案件具体应用法律若干问题的解释	(333)
◎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	(337)
◎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(二)	(339)
◎最高人民法院、最高人民检察院关于办理 <u>赌博</u> 刑事案件具体应用法律若干问题的解释	(341)
◎最高人民法院关于审理 <u>未成年人</u> 刑事案件具体应用法律若干问题的解释	(342)
◎最高人民法院关于审理 <u>走私</u> 刑事案件具体应用法律若干问题的解释(二)	(344)
◎最高人民法院、最高人民检察院关于办理 <u>盗窃油气、破坏油气设备</u> 等刑事案件具体应用法律若干问题的解释	(346)
◎最高人民法院、最高人民检察院关于办理 <u>危害矿山生产安全</u> 刑事案件具体应用法律若干问题的解释	(347)
◎最高人民法院、最高人民检察院关于办理与 <u>盗窃、抢劫、诈骗、抢夺机动车</u> 相关刑事案件具体应用法律若干问题的解释	(349)
◎最高人民法院、最高人民检察院关于办理 <u>受贿</u> 刑事案件适用法律若干问题的解释	(351)
◎最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理网络赌博犯罪案件适用法律若干问题的解释	(355)
模拟试题	(357)
答案及解析	(362)

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	(365)
◎最高人民法院关于执行《 <u>中华人民共和国刑事诉讼法</u> 》若干问题的解释	(372)

◎最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部 关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定	(403)
◎人民检察院刑事诉讼规则	(405)
◎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	(422)
◎最高人民法院关于刑事附带民事诉讼范围问题的规定	(423)
◎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	(424)
◎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)	(425)
◎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	(426)
◎最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部 关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定	(427)
◎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)	(432)
◎最高人民法院关于复核死刑案件若干问题的规定	(433)
◎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	(435)
◎最高人民法院关于审理未成年人刑事案件的若干规定	(436)
◎人民检察院办理未成年人刑事案件的规定	(437)
◎最高人民法院关于进一步加强合议庭职责的若干规定	(439)
◎最高人民法院关于人民陪审员参加审判活动若干问题的规定	(441)
◎最高人民法院关于财产刑执行问题的若干规定	(442)
模拟试题	(444)
答案及解析	(447)

行政法与行政诉讼法司法解释

◎最高人民法院关于审理行政许可案件若干问题的规定	(454)
◎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	(456)
◎最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定	(469)
◎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	(478)
◎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	(480)
◎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	(482)
◎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	(482)

◎最高人民法院关于行政案件管辖若干问题的规定	(485)
◎最高人民法院关于行政诉讼撤诉若干问题的规定	(488)
◎最高人民法院关于人民法院赔偿委员会审理赔偿案件程序的 暂行规定	(491)
◎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)	(492)
◎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	(493)
◎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 ...	(493)
◎最高人民法院关于审理行政赔偿案件若干问题的规定	(495)
◎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	(497)
附:国家赔偿索赔流程图	(498)
模拟试题	(499)
答案及解析	(502)

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《侵权责任法》、《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。(10/3/2)

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况相适应,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:(1)与其年龄、智力、精神健康状况相适应的行为;(2)纯获利益的行为;(3)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。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。(10/3/3)

【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益,要从财产管理和人身照顾等方面加以确定。必要时还要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。《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。(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。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】 甲出差将6岁的儿子乙托邻居某丙照看。一日,乙将隔壁小孩打伤,医药费近千元。这一损失应由:

- A. 丙承担,可责令甲适当赔偿
- B. 甲承担,若丙有过错,丙负连带责任
- C. 甲承担,若甲无力承担,由丙承担
- D. 丙承担,甲负连带责任

【答案及解析】 B。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。(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。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。(09/3/51;03/3/9)

【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意愿继续生活的,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