

法律版

2011^年

国家司法考试
一本通

民 法

刘东根 赵国华/主编

备战司考四件宝

法条
命题题眼
历年真题
强化模拟题

一个都不能少



2011 年国家司法考试一本通

民 法

主 编	刘东根	赵国华	
编写人员	刘东根	金 玲	叶晓川
	台运启	李 元	管 宇
	余 剑	尹正友	谢安平
	王雪莲	史丹如	周风燕
	周 涛	高 华	李为国

法 律 出 版 社

图书在版编目(CIP)数据

民法/刘东根,赵国华主编. —北京:法律出版社,2010. 10

(2011 年国家司法考试一本通)

ISBN 978-7-5118-1321-3

I. ①民… II. ①刘…②赵… III. ①民法—中国—法律工作者—资格考核—自学参考资料 IV. ①D923

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 197975 号

©法律出版社·中国

责任编辑/宋杰鹏

装帧设计/曹 铀

出版/法律出版社

编辑统筹/法律考试出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/沙 磊

开本/787×1092 毫米 1/16

印张/24.25 字数/871 千

版本/2010 年 11 月第 1 版

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 978-7-5118-1321-3

定价:50.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

出版前言

司法考试属于职业资格考试,主要考查对法律知识掌握的广度和准确度,这个特点决定了其考试内容只能主要围绕必读法律法规来进行。司法考试每年都会有变化,但万变不离其宗,必读法律法规就是司法考试的“宗”。很多考生也意识到了这一点,但并没有掌握正确的以法条为中心的学习方法。很多情况下,法条看完了,但不知道要从哪几个方面理解法条的含义,不知道法条的考点何在,命题的题眼和角度何在,因此,慨叹单纯地复习法条效果不大。本书在对司法考试综合研究分析和总结众多成功者实践经验的基础上,为广大考生提供了一种以法条为中心的司法考试复习方法,相信能提供切实有效的帮助。

本书的最大特色是通过法条、命题题眼、历年试题和强化模拟题四位一体,全面理解掌握司法考试的重点、难点和命题思路,真正做到“一本通”。

一、关于法条。本书既保证了主体法的完整性,又强调了重点法条。同时,根据指定的《司法考试法律法规汇编》,逐条穿插相关司法解释,将属于某一知识点的相关法条和司法解释都列在一起。以盗窃罪为例,在刑法典第264条后,以相关法条的形式列出刑法中以盗窃罪处理的第265条、第210条第1款、第253条第2款、第196条第3款。还将有关盗窃罪的司法解释和其他司法解释中有关盗窃罪内容的相应条文也列在盗窃罪的知识点下,这样,有关盗窃罪的法条和司法解释就非常全面,掌握起来非常方便,对考试用处很大。

为帮助考生更直观地掌握哪些是重点法条,哪些是法条中的重点词语,我们在书中分别用“☞”和“~~~~”标注重点法条和重点词语。

二、关于命题题眼。本书对各部门法各章的历年考点及其分值进行统计,并在此基础上对重要条款的考点、命题题眼进行分析。对某一重点法条所涉及的一个或多个考点进行分解并分析,指出法条的题眼,这样既可以从多个方面掌握该法条的内容,又可以掌握该法条的命题角度,真正提高应试水平。

三、关于历年试题。本书在逐条进行考点、命题题眼分析的同时,将涉及的历年试题及其答案一一展示。根据某一试题涉及的主要考点将其列到考点剖析中的某一相应考点之后,这样可以直观地反映出该知识点的重要程度和历年考试情况,更重要的是可以帮助考生通过试题来理解该知识点,掌握该知识点的题眼和可能的出题方法。这里顺便提一下历年试题的作用。正如托福考试真题对准备托福考试的重要性一样,司法考试历年试题对于复习、准备司法考试也十分重要。研究历年试题不仅能掌握司法考试的重点和发展趋势,还可帮助我们更深入地理解法条的内容,另外,试题的重复性在司法考试中客观存在,有些题是以前题目的完全再现,有些题只不过是将以前的试题稍加改造而已,这一点通过本书对历年试题的总结可以很清楚地看出来。

四、关于强化模拟题。参照司法考试的要求、特点,对重点法条的考点(尤其是尚未考过的考点)编写相应的强化模拟题,通过反复的有针对性的演练,达到加深对法条的理解和全面掌握的效果。

五、关于编写人员。本书的作者都为相应部门法专业的法学博士,并且都以高分通过司法考试,具有较系统的成功经验和司法考试辅导经验。

六、关于实际效果。本套丛书在2004年开始,获得了广大考生的认可与信任。许多考生认为,法条、命题题眼、历年试题与强化模拟题四位一体的编写模式符合司法考试的特点,贴近实战的要求,开辟了一条正确、有效的以法条为中心的复习和应试方法。2004年到2010年的司法考试也验证了“一本通”编写模式和内容的成功。

另外,由于本丛书的出版时间较早,很多读者担心在本丛书出版后新增的法律法规和考点得不到体现,为了解决这个问题,我们一方面通过网站(www.skybt.com.cn)及时公布新增内容和变化的考点;另一方面,从2007年开始,在每年的司法考试大纲和法律出版社的辅导用书出版后,我们会就最新的内容出版增补

本,并归纳总结最重要的考点,编制若干经典练习题,形成《考前冲刺一本通》,以便为考生的后期复习提供帮助。

本丛书从2004年开始,至今已是连续八年出版,一直保持着良好的销量,已成为司法考试辅导用书中的常青树,这一方面表明广大考生对本丛书的厚爱,另一方面也表明本书的编写模式和内容真正符合司法考试的需要,经得起多次司法考试的检验,真可谓真金不怕火炼。

为配合本套丛书的使用,帮助广大考生更好地应对司法考试,交流学习经验,传递当年最新考试信息,我们特建立了司法考试一本通的网站,网址是:www.skybt.com.cn,欢迎大家登录、浏览。读者也可以发电子邮件至 LDG11@SOHU.COM。

祝愿各位顺利通过司法考试!

刘东根

2010年11月

目 录

中华人民共和国民法通则	(1)
第一章 基本原则	(1)
第二章 公民(自然人)	(2)
第三章 法人	(16)
第四章 民事法律行为和代理	(23)
第五章 民事权利	(38)
第六章 民事责任	(50)
第七章 诉讼时效	(53)
第八章 涉外民事关系的法律适用	(59)
第九章 附则	(64)
中华人民共和国侵权责任法	(66)
第一章 一般规定	(66)
第二章 责任构成和责任方式	(68)
第三章 不承担责任和减轻责任的情形	(80)
第四章 关于责任主体的特殊规定	(84)
第五章 产品责任	(92)
第六章 机动车交通事故责任	(95)
第七章 医疗损害责任	(97)
第八章 环境污染责任	(98)
第九章 高度危险责任	(99)
第十章 饲养动物损害责任	(101)
第十一章 物件损害责任	(104)
第十二章 附则	(107)
中华人民共和国物权法	(109)
第一编 总则	(109)
第一章 基本原则	(109)
第二章 物权的设立、变更、转让和消灭	(114)
第三章 物权的保护	(122)
第二编 所有权	(124)
第四章 一般规定	(124)
第五章 国家所有权和集体所有权、私人所有权	(126)
第六章 业主的建筑物区分所有权	(127)
第七章 相邻关系	(133)
第八章 共有	(136)
第九章 所有权取得的特别规定	(142)
第三编 用益物权	(149)

第十章 一般规定	(149)
第十一章 土地承包经营权	(150)
第十二章 建设用地使用权	(151)
第十三章 宅基地使用权	(152)
第十四章 地役权	(152)
第四编 担保物权	(155)
第十五章 一般规定	(155)
第十六章 抵押权	(162)
第十七章 质权	(178)
第十八章 留置权	(186)
第五编 占有	(191)
第十九章 占有	(191)
附 则	(194)
 中华人民共和国合同法	 (195)
总 则	(195)
第一章 一般规定	(195)
第二章 合同的订立	(196)
第三章 合同的效力	(207)
第四章 合同的履行	(219)
第五章 合同的变更和转让	(234)
第六章 合同的权利义务终止	(237)
第七章 违约责任	(243)
第八章 其他规定	(250)
分 则	(252)
第九章 买卖合同	(252)
第十章 供用电、水、气、热力合同	(267)
第十一章 赠与合同	(267)
第十二章 借款合同	(270)
第十三章 租赁合同	(273)
第十四章 融资租赁合同	(282)
第十五章 承揽合同	(284)
第十六章 建设工程合同	(288)
第十七章 运输合同	(293)
第十八章 技术合同	(297)
第十九章 保管合同	(310)
第二十章 仓储合同	(312)
第二十一章 委托合同	(313)
第二十二章 行纪合同	(317)
第二十三章 居间合同	(319)
附 则	(319)
 中华人民共和国担保法	 (321)
第一章 总则	(321)
第二章 保证	(325)

第三章 抵押	(339)
第四章 质押	(341)
第五章 留置	(343)
第六章 定金	(343)
第七章 附则	(345)
中华人民共和国婚姻法	(346)
第一章 总则	(346)
第二章 结婚	(346)
第三章 家庭关系	(349)
第四章 离婚	(354)
第五章 救助措施与法律责任	(358)
第六章 附则	(360)
中华人民共和国继承法	(361)
第一章 总则	(361)
第二章 法定继承	(364)
第三章 遗嘱继承和遗赠	(369)
第四章 遗产的处理	(372)
第五章 附则	(375)
中华人民共和国收养法	(376)
第一章 总则	(376)
第二章 收养关系的成立	(376)
第三章 收养的效力	(377)
第四章 收养关系的解除	(377)
第五章 法律责任	(378)
第六章 附则	(378)

中华人民共和国民法通则

(1986年4月12日第六届全国人民代表大会第四次会议通过)

1986年4月12日中华人民共和国主席令第37号公布

1987年1月1日起施行)

第一章 基本原则

本章并非考试重点,历年考试均无直接涉及。注意民法中的诚实信用原则、第8条《民法通则》的适用范围,可结合第八章“涉外民事关系的法律适用”理解本条中“法律另有规定的除外”。

第一条 【立法目的】为了保障公民、法人的合法的民事权益,正确调整民事关系,适应社会主义现代化建设事业发展的需要,根据宪法和我国实际情况,总结民事活动的实践经验,制定本法。

第二条 【本法调整对象】中华人民共和国民法调整平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系。

命题题眼

民法调整的对象是平等主体之间的财产关系和人身关系。

△△一般掌握 1. 人身关系:人格关系和身份关系的合称。

(1)人格:自然人主体性要素的总称。人格要素包括生命、身体、健康等物质性要素和姓名、肖像、名誉、荣誉、隐私等精神性要素。人格在法律上不得抛弃、转让和剥夺。法人也享有名称权、名誉权和荣誉权等有限人格权。

(2)身份。仅存在于自然人之间,不得抛弃和转让。

△△一般掌握 2. 财产关系。

财产是人们可以支配的有经济价值的资源和物品。不能被支配的资源,如日月星辰、气流风暴都不能作为财产。人身的物质要素,如人的器官、血液也不能作为财产。

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

答案:C。民事法律关系是基于民事法律事实,由民法规范调整而形成的民事权利义务关系。选项B中,根据我国《民法通则》规定,民事法律关系的主体包括自然人、法人和其他组织,因此该选项错误。民事法律关系的客体是指民事法律关系中的权利和义务共同指向的对象,包括物、行为、知识产权和人身利益,其中行为包括作为和不作为,因此C选项正确。D选项中,民事法律关系是平等主体之间的关系,一般是自愿设立的。只要当事人依其意思实施的行为不违反法律的强制性规定,所设立的法律关系就受法律保护。因此,选项D不正确。

第三条 【平等原则】当事人在民事活动中的地位平等。

第四条 【自愿、公平、等价有偿、诚实信用原则】民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则。

命题题眼

△△一般掌握 第3条、第4条规定了民事活动的基本原则,注意掌握其基本含义。

强化模拟题

1. 某宾馆依行业习惯规定,凡是投宿客人均可以在房间内拨打免费市内电话。张某在投宿期间连续使用电话拨打特种服务电话,使该宾馆电话费用大幅增加。宾馆若向张某索赔,依据的原则是()。

- A. 公平原则
- B. 等价有偿原则
- C. 诚实信用原则
- D. 意思自治原则

答案:C。

2. 某房地产开发商甲知其新房屋南面邻地将建一高层楼房,但没有将这一情况告知准备购买其楼房的乙,将房屋售与乙。1年后,南面高楼建成,乙的房屋得不到阳光照射。甲的行为违反了民法的()。

- A. 诚实信用原则
- B. 自愿原则
- C. 公平原则
- D. 等价有偿原则

答案:A。甲没有履行告知义务,违反了诚实信用原则。

3. 我国《民法通则》规定,当事人对造成损害都没有过错的,可以根据实际情况,由当事人分担责任。这一规定体现了()。

- A. 等价有偿原则 B. 诚实信用原则
C. 平等原则 D. 公平原则

答案:D。当事人均无过错,由其合理分担责任,是公平原则在责任承担方面的体现。

第五条 【民事权益受法律保护原则】公民、法人的合法的民事权益受法律保护,任何组织和个人不得侵犯。

第六条 【合法原则】民事活动必须遵守法律,法律没有规定的,应当遵守国家政策。

第七条 【禁止权利滥用原则】民事活动应当尊重社会公德,不得损害社会公共利益,扰乱社会经济秩序。

第八条 【本法的空间效力】在中华人民共和国领域内的民事活动,适用中华人民共和国法律,法律另有规定的除外。

本法关于公民的规定,适用于在中华人民共和国领域内的外国人、无国籍人,法律另有规定的除外。

第二章 公民(自然人)

本章为历年考试的重点,共有九个知识点:权利能力、行为能力、自然人住所、监护、宣告失踪、宣告死亡、个体工商户、农村承包经营户和个人合伙。首先,宣告失踪的程序和宣告死亡的法律效果是考试的重点。其次,有关公民的权利能力和行为能力的试题也经常出现。个人合伙中无限责任、入伙、退伙也需掌握。

本章历年考点分值分布情况如下表:

年份	总分值	考点及分值
2002	10	监护 5、宣告死亡 5
2003	1	宣告死亡 1
2004	1	合伙人退伙责任的承担 1
2005	2	无民事行为能力 2
2006	3	死亡宣告撤销的法律效果 1、 合伙关系的认定 2
2007	1	教育单位的赔偿责任 1
2008	0	
2009	3	个人合伙 1、宣告死亡 2
2010	2	限制民事行为能力 1、监护 人 1

第一节 民事权利能力和 民事行为能力

第九条 【公民事权利能力的起止】公民从出生时起到死亡时止,具有民事权利能力,依法享有民事权利,承担民事义务。

第十条 【公平民事权利能力平等】公民的民事权利能力一律平等。

相关规定 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)》(以下简称《民通意见》)

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。

命题题眼

上述 2 条规定了民事权利能力。主要考点有:

△△一般掌握 1. 自然人的民事权利能力开始时间的认定,注意时间的确定是有先后顺序的。首先以户籍证明为准;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。

△△一般掌握 2. 自然人的民事权利能力终于死亡。注意有继承关系的多人在同一事件中死亡的,死亡时间的确定。

△△一般掌握 3. 自然人民事权利能力始于出生,终于死亡,有两个例外规定:

(1)在继承中胎儿的应留份额。

(2)死者的人格利益保护。死者不再享有民事权利能力,也不再享有人格权。但他人侵犯死者的隐私、名誉等人格利益,法律仍然应当予以保护。

△△一般掌握 4. 应正确理解民事权利能力的“平等”,公民的民事权利能力平等是原则,但也有例外。自然人的某些特殊的民事权利能力不是始于出生,而是要达到一定年龄以后才能享有。例如,结婚的权利能力、劳动的权利能力必须达到法定年龄才能享有。

强化模拟题

1. 下列选项正确的有()。
- A. 胎儿不是民事主体,不享有民事权利
B. 胎儿不享有人格权,不享有民事权利
C. 胎儿不享有财产权,财产权也不是民事权利
D. 胎儿享有继承权,不是基于权利,而是基于法

律对胎儿的特殊保护

答案:D。胎儿的民事权利能力。根据《民法通则》第9条、《中华人民共和国继承法》(以下简称《继承法》)第28条的规定,胎儿没有民事权利能力,其享有继承权,不是基于权利,而是基于法律对胎儿的特殊保护。

2. 张某因病死亡后,下述说法中正确的有()。

A. 张某死亡后,在其财产未分割前,其对财产仍享有所有权

B. 张某死亡后,仍享有名誉权

C. 张某死亡后,仍享有隐私权

D. 张某死亡后,仍享有保持作品完整权

答案:D。A错,因死者的财产已转为遗产,在遗产未分割前,遗产的所有权由继承人共有。B、C错,自然人死亡后,不再享有名誉权、隐私权。因为死者不是民事主体,没有民事权利能力。我国法律对自然人生前所享有的名誉权等人身权利在其死后仍予以保护,原因是为了维护与死亡自然人有关的其他自然人(如其亲属、朋友)和社会、国家的利益。D对,根据《中华人民共和国著作权法》(以下简称《著作权法》)第10条的规定,作者享有保护作品完整权,即保护作品不受歪曲、篡改的权利。保护作品完整权是人身权利,法律对死者的这个人身权利在其死后仍予以保护。

3. 认定公民的出生时间,其证明依据的效力从高到低的顺序为()。

A. 其他相关证明、医院证明、户籍证明

B. 医院证明、其他相关证明、户籍证明

C. 户籍证明、医院证明、其他相关证明

D. 医院证明、户籍证明、其他相关证明

答案:C。《民通意见》第1条规定,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。因此,正确答案为选项C。

☞ **第十一条 【完全民事行为能力人】**十八周岁以上的公民是成年人,具有完全民事行为能力,可以独立进行民事活动,是完全民事行为能力人。

十六周岁以上不满十八周岁的公民,以自己的劳动收入为主要生活来源的,视为完全民事行为能力人。

☞ **第十二条 【未成年人的民事行为能力】**十周岁以上的未成年人是限制民事行为能力人,可以进行与他的年龄、智力相适应的民事活动;其他民事活动由他的法定代理人代理,或者征得他的法定代理人的同意。

不满十周岁的未成年人是无民事行为能力人,

由他的法定代理人代理民事活动。

☞ **第十三条 【精神病人的民事行为能力】**不能辨认自己行为的精神病人是无民事行为能力人,由他的法定代理人代理民事活动。

不能完全辨认自己行为的精神病人是限制民事行为能力人,可以进行与他的精神健康状况相适应的民事活动;其他民事活动由他的法定代理人代理,或者征得他的法定代理人的同意。

☞ **第十四条 【法定代理人】**无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人是他的法定代理人。

相关规定 《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)

第四十七条 【限制民事行为能力人订立合同的处理】限制民事行为能力人订立的合同,经法定代理人追认后,该合同有效,但纯获利益的合同或者与其年龄、智力、精神健康状况相适应而订立的合同,不必经法定代理人追认。

相对人可以催告法定代理人在一个月内予以追认。法定代理人未作表示的,视为拒绝追认。合同被追认之前,善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。

《民通意见》

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。

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。

5. 精神病人(包括痴呆症人)如果没有判断能力和自我保护能力,不知其行为后果的,可以认定为不能辨认自己行为的人;对于比较复杂的事物或者比较重大的行为缺乏判断能力和自我保护能力,并且不能预见其行为后果的,可以认定为不能完全辨认自己行为的人。

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。

7. 当事人是否患有精神病,人民法院应当根据

司法精神病学鉴定或者参照医院的诊断、鉴定确认。在不具备诊断、鉴定条件的情况下,也可以参照群众公认的当事人的精神状态认定,但应以利害关系人没有异议为限。

8. 在诉讼中,当事人及利害关系人提出一方当事人患有精神病(包括痴呆症),人民法院认为确有必要认定的,应当按照民事诉讼法(试行)规定的特别程序,先作出当事人有无民事行为能力的判决。

确认精神病人(包括痴呆症人)为限制民事行为能力人的,应当比照民事诉讼法(试行)规定的特别程序进行审理。

161. 侵权行为发生时行为人不满十八周岁,在诉讼时已满十八周岁,并有经济能力的,应当承担民事责任;行为人没有经济能力的,应当由原监护人承担民事责任。

行为人致人损害时年满十八周岁的,应当由本人承担民事责任;没有经济收入的,由扶养人垫付;垫付有困难的,也可以判决或者调解延期给付。

命题题眼

上述4条是对民事行为能力的规定。主要考点有:

△△一般掌握 1. 第11条第2款应引起注意,此处法律规定的推定完全民事行为能力,有两个要点:16周岁以上18周岁以下;以自己劳动收入为主要生活来源。

△△△熟练运用 2. 限制民事行为能力的两种情形、限制民事行为能力人的民事行为效力,后者是考试的重点。限制民事行为能力人的民事行为效力可以分为以下几种情况:

(1)接受奖励、赠与、报酬等纯获利的行为有效。

(2)在相应的民事行为能力范围内的行为有效。

(3)根据《合同法》第47条的规定,超出民事行为能力范围而实施的合同行为为效力待定的行为。注意与《合同法》中关于效力未定合同的追认的联系。

(4)超出行为能力范围而实施的单方民事行为为无效的行为,如立遗嘱的行为。值得注意的是,根据《民法通则》第58条第2款的规定,限制行为能力人超出民事行为能力范围实施的所有民事行为都无效;但根据《合同法》第47条的规定,超出民事行为能力范围而实施的合同行为为效力待定的行为。所以,只有超出行为能力范围而实施的单方民事行为,才为无效的行为。

2010年试卷三第2题:甲十七岁,以个人积蓄1,000元在慈善拍卖会上拍得明星乙表演用过的道具,市

价约100元。事后,甲觉得道具价值与其价格很不相称,颇为后悔。关于这一买卖,下列哪一说法是正确的?

- A. 买卖显失公平,甲有权要求撤销
- B. 买卖存在重大误解,甲有权要求撤销
- C. 买卖无效,甲为限制行为能力人
- D. 买卖有效

答案:D。根据《民法通则》第12条的规定,17岁的甲是限制民事行为能力人,在慈善拍卖会上以1000元的积蓄拍得价值100元的表演道具,是其年龄智力都能理解的,因此该行为有效。C错误,本题应选D。由于拍卖会上的商品往往价值和实际价值不符,所以不属于显失公平,题目也没有显示甲存在误解,AB错误。

△△△熟练运用 3. 无行为能力有两种情形。无行为能力人实施的一切民事行为并不是都无效,而是有两个例外:接受奖励、赠与、报酬等纯获利的行为有效;处分一定数量的零花钱的行为有效。

2005年试卷一第91题:林某,9岁,系某小学三年级学生。一天放学回家路上遇到某公司业务员赵某向其推销一种名为“学习效率机”的低配置电脑,开价5800元。林某信其言,用自己积攒的“压岁钱”1000元交付了定金,并在分期付款合同上签了字。事后林某父母知晓此事,以“行为人对行为内容有重大误解”为由要求赵某撤销合同并退款。对此,下列何种理解是正确的?

- A. 从法律角度看,林某表达的意思都是无效的
- B. 林某不能辨别自己行为的性质,所以不享有人身自由
- C. 林某父母要求撤销合同所持的理由是一种法律事实
- D. 根据行为能力的原理,林某父母所持理由在本案中不成立

答案:ACD。《民法通则》第12条第2款规定:“不满十周岁的未成年人是无民事行为能力人,由他的法定代理人代理民事活动。”第58条第1款规定:“下列民事行为无效:(一)无民事行为能力人实施的……”所以林某交付定金、签订合同的行为无效。注意,对于A项,有人可能会认为,林某接受赠与的意思表示有效,所以,A的说法有问题。但实际上,应注意,题目问的是“对此,下列何种理解是正确的”,不能脱离具体的题目来理解。A项实际上应理解为题中林某所表达的意思都是无效的,而不是说题目以外的其他行为都是无效的。

我国公民均享有人身自由,与民事行为能力无关。林某父母所持的“行为人对行为内容有重大误解”的理由如果成立,根据《民法通则》第59条的规定,可以引

起民事法律关系的变更(撤销),故属于法律事实。根据《民通意见》第71条的规定,林某的行为不构成重大误解,而是不具有民事行为能力的无效行为。因此,本题答案为ACD。

强化模拟题

1. 公民甲(17周岁)因与公民乙吵架一时气起,用砖块将乙打成重伤,花去医药费几千元。乙委托其父亲起诉甲,要求赔偿,此时甲已满18周岁,并有工作劳动收入。那么民事责任的承担者为()。

- A. 甲
- B. 甲未成年时的监护人
- C. 甲与其监护人分别承担
- D. 甲与其监护人共同承担

答案:A。侵权行为发生时行为人不满18周岁,在诉讼时已满18周岁,并有经济能力的,应当承担民事责任。

2. 甲(1982年9月2日出生),中专学生,于2000年7月4日无照驾驶将乙撞伤,致使乙花去医药费3000元。甲2000年9月毕业,在一餐馆打工。2001年2月,乙起诉要求甲赔偿医药费。该民事责任应由谁承担?()

- A. 甲承担,因甲诉讼时已满18周岁,且有经济能力
- B. 甲之父承担,因甲在侵权行为发生时未满18周岁,没有经济能力
- C. 主要由甲之父承担,甲适当赔偿
- D. 主要由甲承担,甲之父适当赔偿

答案:A。侵权行为发生时行为人不满18周岁,在诉讼时已满18周岁,并有经济能力的,应当承担民事责任。

3. 甲高中生(14周岁)暑假期间到一家饭店勤工俭学,老板乙答应给甲1000元报酬。后乙以甲没有民事行为能力,不能决定报酬的数额为由拒绝给付。下列说法正确的有()。

- A. 甲有权要求该项报酬,因为接受报酬不以民事行为能力为限
- B. 甲有权要求该项报酬,但具体数额应由其父母和乙共同协商后确定
- C. 甲无权要求该项报酬,因为他没有订立劳动合同的民事行为能力
- D. 甲无权要求该项报酬,只有经过其父母的同意才可以

答案:A。限制民事行为能力人享有接受报酬权。根据《民通意见》第6条的规定,接受报酬不以民事行为能力为限,甲有权要求该项报酬。

4. 甲,歌手(15周岁),收入不菲。一次,从楼上往

下摔啤酒瓶砸伤了路过行人乙,就用自己的收入3000元支付了乙的医疗费。下列说法中正确的有()。

- A. 甲已经达到一定年龄,具有一定识别力,为限制民事行为能力人
- B. 甲已经具有了意思能力,视为完全民事行为能力人
- C. 甲已经具有了责任能力,视为完全民事行为能力人
- D. 甲已经能够赚取相当的收入,视为完全民事行为能力人

答案:A。根据《民法通则》第12条第1款的规定,15周岁的未成年人是限制民事行为能力人,可以进行与他的年龄、智力相适应的民事活动;其他民事活动由他的法定代理人代理,或者征得他的法定代理人的同意。B、C、D错,根据《民法通则》第11条的规定,只有16周岁以上不满18周岁的自然人,以自己的劳动收入为主要生活来源的,方可视为完全民事行为能力人。

☞ **第十五条 【公民的住所】**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。

相关规定 《民通意见》

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。

命题题眼

△△一般掌握 辨别在经常居住地、户籍所在地不一致以及迁出迁入的情况下,如何确认住所。

强化模拟题

甲村村民张某,将其户口从甲村迁出,欲落到乙村,还未落到乙村,就前往江苏打工。在江苏打工9个月,因工伤事故受伤,被送往上海某大医院治疗已达2年。张某在法律上的住所是()。

- A. 甲村
- B. 乙村
- C. 江苏
- D. 上海

答案:A。自然人以他的户籍所在地为住所,但经常居住地与户籍所在地不一致的,经常居住地视为住所。经常居住地是指自然人离开住所后连续居住1年以上的地方,但往医院治病的除外。自然人由户籍所在地迁出后,至迁入前,无经常居住地的,仍以其原户籍所在地为住所。

第二节 监 护

☞ **第十六条 【未成年人的监护人】**未成年人的父母是未成年人的监护人。

未成年人的父母已经死亡或者没有监护能力的,由下列人员中有监护能力的人担任监护人:

(一)祖父母、外祖父母;

(二)兄、姐;

(三)关系密切的其他亲属、朋友愿意承担监护责任,经未成年人的父、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会同意的。

对担任监护人有争议的,由未成年人的父、母的所在单位或者未成年人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。

没有第一款、第二款规定的监护人的,由未成年人的父、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门担任监护人。

☞ **第十七条 【精神病人的监护人】**无民事行为能力或者限制民事行为能力的精神病人,由下列人员担任监护人:

(一)配偶;

(二)父母;

(三)成年子女;

(四)其他近亲属;

(五)关系密切的其他亲属、朋友愿意承担监护责任,经精神病人的所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会同意的。

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。

没有第一款规定的监护人的,由精神病人的所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门担任监护人。

相关规定 《民通意见》

11. 认定监护人监护能力,应当根据监护人的身体健康状况、经济条件,以及与被监护人在生活上的联系状况等因素确定。

12. 民法通则中规定的近亲属,包括配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女。

13. 为患有精神病的未成年人设定监护人,适用民法通则第十六条的规定。

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第(一)、(二)、(三)项或第十七条第一款中的第(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。

15. 有监护资格的人之间协议确定监护人的,应当由协议确定的监护人对被监护人承担监护责任。

16. 对于担任监护人有争议的,应当按照民法通则第十六条第三款或者第十七条第二款的规定,由有关组织予以指定。未经指定而向人民法院起诉的,人民法院不予受理。

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。

18. 监护人被指定后,不得自行变更。擅自变更的,由原被指定的监护人和变更后的监护人承担监护责任。

19. 被指定人对指定不服提起诉讼的,人民法院应当根据本意见第十四条的规定,作出维持或者撤销指定监护人的判决。如果判决是撤销原指定的,可以同时另行指定监护人。此类案件,比照民事诉讼法(试行)规定的特别程序进行审理。

在人民法院作出判决前的监护责任,一般应当按照指定监护人的顺序,由有监护资格的人承担。

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。

23. 夫妻一方死亡后,另一方将子女送给他人收养,如收养对子女的健康成长并无不利,又办了合法收养手续的,认定收养关系成立;其他有监护资格的人不得以收养未经其同意而主张收养关系无效。

命题题眼

上述2条规定了监护权。主要考点有:

△△一般掌握 1. 未成年人、精神病人的监护人的范围和顺序。

2010年试卷三第3题:甲十五岁,精神病人。关于其监护问题,下列哪一表述是正确的?

A. 监护人只能是甲的近亲属或关系密切的其他亲属、朋友

B. 监护人可是同一顺序中的数人

C. 对担任监护人有争议的,可直接请求法院裁决

D. 为甲设定监护人,适用关于精神病人监护的规定

答案:B。《民法通则》第16条第3款、《民通意见》第13、14、16条。

△△一般掌握 2. 夫妻双方对子女的监护权何时消灭。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。未与该子女共同生活的一方,有三种情形可以被人民法院取消:(1)对该子女有犯罪行为;(2)虐待行为;(3)对该子女明显不利。

△△一般掌握 3. 特殊情况下监护人的指定及由此产生的法律效果。

强化模拟题

1. 张某与李某原为夫妻,后因感情不和而起诉离婚。法院判决两人离婚,并将两人所生女儿判给李某抚养。离婚后,张某去李某那儿看望女儿,李某提出女儿归自己抚养,张某已不再是监护人,无权看望女儿。下列有关本案的表述中,正确的是()。

A. 张某的监护权自判决女儿归李某抚养时起即已消灭

B. 李某不能因女儿归自己抚养而取消张某的监护权

C. 人民法院在特定情形下可以取消张某的监护权

D. 张某与李某已不是夫妻关系,所以张某对女儿没有监护权了

答案:BC。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。

2. 胡晶的父母生前是杨某的挚友。一次车祸中,胡晶父母双亡,胡晶成为孤儿,杨某想抚养他,并且得到了胡晶父母所在单位的同意。可是胡晶的祖父母和外祖父母均表示反对,要求抚养胡晶,而他们的年纪偏大,但经济条件尚可。根据法律的规定,下面哪些说法正确?()

A. 胡晶如果有识别能力,人民法院应征求他的意见后确定

B. 胡晶如果没有识别能力,人民法院应确定杨某为胡晶的监护人

C. 如果胡晶同意杨某抚养,人民法院应当确定杨某为胡晶的监护人

D. 如果胡晶有识别能力而不表达意见,人民法院应确定祖父母和外祖父母为胡晶的监护人

答案:AD。《民通意见》第14条。

3. 认定监护人的监护能力,应当根据下列哪些因素确定?()

A. 身体健康状况

B. 经济条件

C. 与被监护人在生活上的联系状况

D. 文化程度

答案:ABC。《民通意见》第11条。

第十八条 【监护人的职责权利与民事责任】 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。

相关规定 《民通意见》

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。

20. 监护人不履行监护职责,或者侵害了被监护人的合法权益,民法通则第十六条、第十七条规定的其他有监护资格的人或者单位向人民法院起诉,要求监护人承担民事责任的,按照普通程序审理;要求变更监护关系的,按照特别程序审理;既要求承担民事责任,又要求变更监护关系的,分别审理。

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。

158. 夫妻离婚后,未成年子女侵害他人权益的,同该子女共同生活的一方应当承担民事责任;如果独立承担民事责任确有困难的,可以责令未与该子女共同生活的一方共同承担民事责任。

159. 被监护人造成他人损害的,有明确的监护人时,由监护人承担民事责任;监护人不明,由顺序在前的有监护能力的人承担民事责任。

160. 在幼儿园、学校生活、学习的无民事行为能力的人或者在精神病院治疗的精神病人,受到伤害或者给他人造成损害,单位有过错的,可以责令这些单位适当给予赔偿。

161. 侵权行为发生时行为人不满十八周岁,在诉讼时已满十八周岁,并有经济能力的,应当承担民事责任;行为人没有经济能力的,应当由原监护人承担民事责任。

行为人致人损害时年满十八周岁的,应当由本人承担民事责任;没有经济收入的,由扶养人垫付,

垫付有困难的,也可以判决或者调解延期给付。

命题题眼

本条规定了监护人的职责与民事责任,是重要的知识点。主要考点有:

△△一般掌握 1. 监护人处理被监护人财产的行为效力。监护人只有在为被监护人利益的情况下,其处分被监护人财产的行为有效。

△△一般掌握 2. 监护人侵犯被监护人合法权益的法律责任。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。

△△△熟练运用 3. 被监护人侵权责任承担问题。这是难点和重点。

(1)父母离婚后的责任分担:夫妻离婚后,未成年子女侵害他人权益的,同该子女共同生活的一方应当承担民事责任;如果独立承担民事责任确有困难的,可以责令未与该子女共同生活的一方共同承担民事责任。可见此时父母承担的责任有先后之分,是一种补充性赔偿责任,即与子女共同生活的一方不能独立承担时,另一方再承担余额。所以,与子女共同生活的一方承担责任较重,另一方处于补充地位。补充性赔偿责任并不是一方承担主要责任,另一方承担次要责任,即与责任的大小没有关系,而是责任的先后。

(2)委托监护时责任的承担:原则上由监护人承担,但另有约定的除外(此时仍应由监护人对第三人承担责任,监护人在承担后再向受托人追偿);被委托人确有过错的,负连带责任。

(3)监护责任不明时的责任承担。

(4)擅自变更监护人的责任承担。

强化模拟题

1. 甲的父亲乙与母亲丙于2002年3月离婚。甲与乙共同生活。乙下岗在家,生活困难,遂将甲送到哥哥丁处,由丁抚养,丁把甲当亲儿子,两人感情非常好。2002年10月后,丙起诉到法院要求抚养已年满9岁的甲。

(1)甲的监护人为()。

- A. 乙
- B. 丙
- C. 丁
- D. 都不是

答案:AB。根据《民法通则》第16条第1款和《民通意见》第21条的规定,本题中乙和丙是甲的法定监护人。

(2)乙说丙常在外打麻将,通宵不回家,甲稍不听

话,丙就狠揍甲。下列说法中正确的有()。

A. 乙无权取消丙对孩子的监护人资格,因为她是孩子的生母

B. 乙无权取消丙对孩子的监护人资格,因为取消对孩子的监护人资格应取得法院的同意

C. 乙有权取消丙对孩子的监护人资格,因为她虐待孩子

D. 乙有权取消丙对孩子的监护人资格,因为她对孩子有犯罪行为

答案:B。根据《民通意见》第21条的规定,本题中的乙无权取消丙对孩子的监护人资格,只能由法院取消。

(3)设本题中乙、丙在一次爆炸中同时死亡,下列说法中正确的有()。

A. 甲的监护人就是丁,因为丁是接受了乙的委托而履行监护职责的

B. 甲的亲属可以协议确定监护人

C. 甲的亲属不可以协议确定监护人

D. 如果甲的亲属因担任监护人发生争议的,应由有关组织指定

答案:BD。根据《民法通则》第16条第2款的规定,丁要成为甲的监护人,须经乙、丙所在单位或者甲住所地的居民委员会同意。因此A错。根据《民通意见》第15条的规定,C错、B对。根据《民法通则》第16条第3款的规定,D对。

(4)设甲在放学回家的路上与同学戊打架,把戊打成脑震荡,花治疗费3000元,则()。

A. 该费用应由乙承担

B. 该费用应由丙承担

C. 该费用应由丁承担

D. 该费用应由学校承担

答案:A。根据《民通意见》第158条的规定,甲跟随乙生活,应由乙承担治疗费用,只有乙独立承担民事责任有困难时,方可责令丙共同承担,因此A对、B错。根据《民通意见》第22条的规定,C错。根据《民通意见》第160条的规定,甲是在放学回家的路上给他人造成损害的,学校无过错,不应承担责任。

2. 甲、乙为夫妻,年收入都在5万元以上,有一子丙(6岁)。甲、乙离婚后,丙由乙抚养,与乙共同生活。暑假期间,甲将丙接回共同生活1个月,其间,丙将丁打伤,丁花去医疗费1万元,则()。

A. 由甲承担赔偿责任

B. 由乙承担赔偿责任

C. 主要由甲承担赔偿责任,乙适当承担部分责任

D. 主要由乙承担责任,甲给予适当补偿

答案:A。根据《民通意见》第158条的规定,本题中“甲将丙接回共同生活1个月”,即丙处于甲的照管

之下,视为共同生活。题干中“年收入在5万元以上”,即不属于“一方因生活困难,另一方给予适当补偿”的情形。据此,本题中应由甲承担赔偿责任。

第十九条 【精神病人民事行为能力的宣告】精神病人的利害关系人,可以向人民法院申请宣告精神病人为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人。

被人民法院宣告为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的,根据他健康恢复的状况,经本人或者利害关系人申请,人民法院可以宣告他为限制民事行为能力人或者完全民事行为能力人。

第三节 宣告失踪和宣告死亡

第二十条 【宣告失踪的条件】公民下落不明满二年的,利害关系人可以向人民法院申请宣告他为失踪人。

战争期间下落不明的,下落不明的时间从战争结束之日起计算。

第二十一条 【宣告失踪的法律后果】失踪人的财产由他的配偶、父母、成年子女或者关系密切的其他亲属、朋友代管。代管有争议的,没有以上规定的人或者以上规定的人无能力代管的,由人民法院指定的人代管。

失踪人所欠税款、债务和应付的其他费用,由代管人从失踪人的财产中支付。

第二十二条 【宣告失踪的撤销】被宣告失踪的人重新出现或者确知他的下落,经本人或者利害关系人申请,人民法院应当撤销对他的失踪宣告。

相关规定 《民通意见》

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。

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,由最后居住地基层人民法院管辖。

30. 人民法院指定失踪人的财产代管人,应当根据有利于保护失踪人财产的原则指定。没有民法通则第二十一条规定的代管人,或者他们无能力作代管人,或者不宜作代管人的,人民法院可以指定公民或者有关组织为失踪人的财产代管人。

无民事行为能力人、限制民事行为能力人失踪

的,其监护人即为财产代管人。

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。

33. 债务人下落不明,但未被宣告失踪,债权人起诉要求清偿债务的,人民法院可以在公告传唤后缺席判决或者按中止诉讼处理。

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。

35. 失踪人的财产代管人以无力履行代管职责,申请变更代管人的,人民法院比照特别程序进行审理。

失踪人的财产代管人不履行代管职责或者侵犯失踪人财产权益的,失踪人的利害关系人可以向人民法院请求财产代管人承担民事责任。如果同时申请人民法院变更财产代管人的,变更之诉比照特别程序单独审理。

《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)

第一百六十六条第一款 公民下落不明满二年,利害关系人申请宣告其失踪的,向下落不明人住所地基层人民法院提出。

第一百六十八条 人民法院受理宣告失踪、宣告死亡案件后,应当发出寻找下落不明人的公告。宣告失踪的公告期间为三个月,宣告死亡的公告期间为一年。因意外事故下落不明,经有关机关证明该公民不可能生存的,宣告死亡的公告期间为三个月。

公告期间届满,人民法院应当根据被宣告失踪、宣告死亡的事实是否得到确认,作出宣告失踪、宣告死亡的判决或者驳回申请的判决。

第一百六十九条 被宣告失踪、宣告死亡的公民重新出现,经本人或者利害关系人申请,人民法院