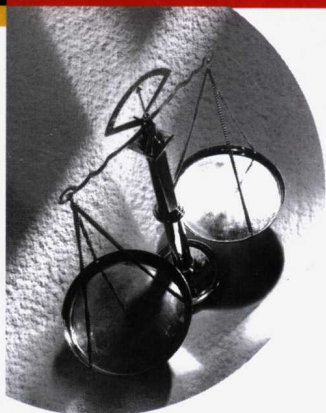


2006年

司法考试高频考点精讲精练

Sifa Kaoshi Gaopin Kaodian Jingjiang Jinglian

第三卷



法律考试中心/组编

教材配套 辅导精华

完全按照2006年辅导用书编排章节体例，提炼高频考点，重点突出

重点练习 模拟预测

全面索引相关法条和历年试题，突破难点，紧扣考点，全真演练



法律出版社

2006 年司法考试 高频考点精讲精练

第三卷

法律考试中心/组编

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

2006 年司法考试高频考点精讲精练/法律考试中心组
编. —北京:法律出版社,2006.4
ISBN 7-5036-6263-8

I. 2... II. 法... III. 法律工作者—资格考核—中
国—自学参考资料 IV. D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 024326 号

©法律出版社·中国

责任编辑/陈 睿

装帧设计/曹 铀 胡 欣

出版/法律出版社

编辑统筹/法律考试出版社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京中科印刷有限公司

责任印制/沙 磊

开本/787×1092 毫米 1/16

印张/51 字数/1443 千

版本/2006 年 4 月第 1 版

印次/2006 年 4 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 苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-6263-8/D·5980

定价:80.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

民 法

第一章 民法概述	1
考点 民事权利的类型	1
第二章 自然人	3
考点 1 监护	3
考点 2 宣告死亡	6
考点 3 个人合伙	8
第三章 法人	11
考点 法人的责任承担	11
第四章 物与有价证券	14
考点 1 特定物与种类物	14
考点 2 孳息	15
第五章 民事法律行为	16
考点 1 意思表示	16
考点 2 民事法律行为的成立与生效	18
考点 3 附条件与附期限的民事法律行为	20
考点 4 无效民事行为	21
考点 5 可变更、可撤销的民事行为	23
考点 6 效力未定的民事行为	25
第六章 代理	27
考点 1 代理权	27
考点 2 无权代理	29
第七章 诉讼时效与期限	31
考点 1 诉讼时效基本概念	31
考点 2 诉讼时效的中止与中断	33
第八章 物权概述	35
考点 物权的公示	35
第九章 所有权	37
考点 1 相邻关系	37
考点 2 动产所有权的取得	38
第十章 共有	41
考点 1 按份共有	41
考点 2 共同共有	42
第十一章 用益物权	44
考点 1 地役权	44

考点 2 典权	45
第十二章 担保物权	46
考点 1 抵押权	46
考点 2 共同抵押	49
考点 3 质权	51
考点 4 权利质权	53
考点 5 留置权	54
第十三章 债的概述	55
考点 债的概念和分类	55
第十四章 债的履行	56
考点 债的不履行和不当履行	56
第十五章 债的保全和担保	58
考点 1 债权人代位权	58
考点 2 债权人撤销权	61
考点 3 保证	62
考点 4 定金	66
第十六章 债的移转和消灭	68
考点 1 债的移转	68
考点 2 债的消灭	70
第十七章 合同概述	73
考点 合同的分类	73
第十八章 合同的订立	74
考点 要约与承诺	74
第十九章 双务合同履行抗辩权	77
考点 抗辩权	77
第二十章 合同责任	78
考点 1 违约责任	78
考点 2 缔约过失责任	80
第二十一章 转移财产权利的合同	82
考点 1 买卖合同	82
考点 2 赠与合同	84
考点 3 借款合同	86
考点 4 租赁合同	88
第二十二章 完成工作成果的合同	89
考点 1 承揽合同	89
考点 2 建设工程合同	91
第二十三章 提供劳务的合同	92
考点 1 运输合同	92
考点 2 委托合同	94
考点 3 行纪合同与居间合同	95
第二十四章 不当得利、无因管理	97
考点 1 不当得利	97

考点 2 无因管理	98
第二十五章 著作权	99
考点 1 著作权的归属	99
考点 2 著作权限制	101
第二十六章 专利权	103
考点 1 专利权的客体	103
考点 2 专利申请和授予条件	104
考点 3 专利侵权行为	106
第二十七章 商标权	108
考点 1 驰名商标保护	108
考点 2 商标侵权行为	110
第二十八章 婚姻家庭	111
考点 1 结婚的条件和效力	111
考点 2 离婚时的财产处理和债务清偿	115
考点 3 夫妻财产关系	117
第二十九章 继承	120
考点 1 继承权的接受、放弃和丧失	120
考点 2 法定继承	122
考点 3 遗嘱继承	124
第三十章 人身权	125
考点 名誉权和肖像权	125
第三十一章 侵权行为	126
考点 1 共同侵权行为	126
考点 2 饲养的动物致人损害	128
考点 3 无/限制民事行为能力人致人损害	129
考点 4 侵权责任与其他民事责任的竞合	131
第一章 公司法	133
考点 1 公司的分类与责任承担	133
考点 2 公司转投资的限制	134
考点 3 有限责任公司的设立	135
考点 4 有限责任公司的股权转让	137
考点 5 有限责任公司的组织机构	138
考点 6 股份有限公司的设立	140
考点 7 股份有限公司的股票发行	142
考点 8 股份有限公司股份的转让	144
考点 9 公司董事、监事、高级管理人员的资格和义务	145
考点 10 公司合并、分立、增资、减资	147
考点 11 公司的解散和清算	149
考点 12 一人有限责任公司	150
第二章 合伙企业法	152
考点 1 合伙企业财产性质	152
考点 2 合伙事务的决定和执行	154

考点 3 合伙人所负债务的清偿	156
考点 4 入伙与退伙	157
第三章 个人独资企业法	159
考点 个人独资企业投资人的责任	159
第四章 外商投资企业法	161
考点 1 外商投资企业的出资	161
考点 2 外商投资企业的组织机构	163
考点 3 外商投资企业的解散和清算	164
第五章 企业破产法	166
考点 1 破产债权	166
考点 2 破产申请	167
第六章 票据法	169
考点 1 票据行为	169
考点 2 票据追索权	170
考点 3 背书转让	172
第七章 保险法	173
考点 1 保险合同总论	173
考点 2 人身保险合同的受益人	175
考点 3 人身保险合同的保险金给付	175
第八章 海商法	177
考点 1 海上货物运输合同中承运人的责任与免责	177
考点 2 共同海损	178
第一章 民事诉讼法的基本原则与基本制度	180
考点 公开审判制度	180
第二章 主管与管辖	181
考点 1 级别管辖	181
考点 2 一般地域管辖	182
考点 3 特殊地域管辖	184
考点 4 协议管辖与专属管辖	187
考点 5 裁定管辖	188
第三章 诉	190
考点 诉的要素与分类	190
第四章 当事人	191
考点 1 当事人的确定	191
考点 2 共同诉讼	194
考点 3 第三人	197
第五章 诉讼代理人	198
考点 诉讼代理人	198
第六章 民事证据与证明	200
考点 民事证据的种类和分类	200
第七章 民事证据的证明	202
考点 1 民事诉讼中的证明责任	202

考点 2 证据的效力	205
第八章 法院调解	208
考点 1 法院调解	208
考点 2 调解书及调解书的效力	209
第九章 财产保全和先予执行	211
考点 财产保全和先予执行	211
第十章 对妨害民事诉讼的强制措施	213
考点 对妨害民事诉讼的强制措施	213
第十一章 普通程序	214
考点 1 起诉与受理	214
考点 2 撤诉与缺席判决	216
考点 3 延期审理、诉讼中止与诉讼终结	217
第十二章 简易程序	219
考点 简易程序的适用	219
第十三章 第二审程序	221
考点 1 二审程序和裁判	221
考点 2 二审程序中的调解	222
第十四章 特别程序	224
考点 宣告公民失踪案件	224
第十五章 审判监督程序	225
考点 审判监督程序的提起	225
第十六章 督促程序	227
考点 督促程序	227
第十七章 公示催告程序	229
考点 公示催告程序	229
第十八章 破产程序	231
考点 破产程序	231
第十九章 民事裁判	234
考点 民事裁判	234
第二十章 执行程序	235
考点 1 执行根据	235
考点 2 申请执行期限和管辖	237
考点 3 执行和解	238
考点 4 执行中止和终结	239
考点 5 被执行人到期债权的执行	240
第二十一章 涉外民事诉讼程序	242
考点 涉外民事诉讼程序	242
第二十二章 仲裁与仲裁法概述	244
考点 仲裁与民事诉讼的关系	244
第二十三章 仲裁协议	245
考点 仲裁协议的效力	245
第二十四章 仲裁程序	247

考点 1 仲裁程序	247
考点 2 仲裁和解与仲裁调解	249
考点 3 仲裁裁决	250
第二十五章 申请撤销仲裁裁决	251
考点 仲裁裁决的撤销	251
第二十六章 仲裁裁决的执行与不予执行	253
考点 仲裁裁决的不予执行	253
模拟测试	255
参考答案及解析	272

第一章 民法概述

考点 民事权利的类型

【基础知识】

一、财产权、人身权

人身权是以人身之要素为客体的权利;财产权是以具有经济价值的利益为客体的权利。

二、支配权、请求权、形成权、抗辩权

1. 支配权:是对权利客体进行直接的排他性支配并享受其利益的权利,如人身权、物权、知识产权中的财产权等。

2. 请求权:是特定人得请求特定他人为一定行为或不为一定行为的权利,债权是典型的请求权。

3. 形成权:是依权利人单方意思表示就能使权利发生、变更或者消灭的权利,如撤销权、解除权、追认权、抵销权等。

4. 抗辩权:是能够阻止请求权效力的权利,如合同中的同时履行抗辩权、不安抗辩权、先诉抗辩权等。

三、绝对权与相对权

绝对权是权利效力所及相对人为不特定人的权利;相对权是权利效力所及相对人仅为特定人的权利。

四、主权利与从权利

主权利是不依赖其他权利为条件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。

五、专属权与非专属权

专属权是指专属于特定的民事主体的权利;非专属权指可以转让、继承的权利。

六、既得权与期待权

既得权是指已经取得并能享受其利益的权利;期待权是指因法律要件不充分而尚未取得的权利。

【重点突破】

1. 由于绝对权的义务主体不特定,故又称

为对世权;相对权的义务主体是特定的,故又称对人权。两者的相对区别在于:

(1)前者的义务人不特定;后者的义务人特定。

(2)前者法律关系中的权利义务不对应:权利人享有权利但无义务,义务人负有义务但无权利;后者法律关系中,双方主体的权利义务具有相对性。

(3)前者具有排他性,在遭受侵害时可以针对任何第三人提出主张与提起诉讼,但相对权只能是针对特定人产生效力的权利。

(4)前者大多是公开的,故适用权利公示原则;后者是不公开的权利,仅在特定人之间具有约束力,故不具有公示性。

2. 抗辩权可分为永久性抗辩权和延期性抗辩权,前者指权利人有永久阻止他人行使请求权的权利,如存在合同请求权时,合同履行、代物清偿、提存、抵销、免除、解除合同等都构成永久性抗辩权;后者指权利人可以在一定期限内一定条件下提出抗辩权,合同中的同时履行抗辩权、不安抗辩权、先诉抗辩权均属于延期性抗辩权。

3. 形成权分为财产法上的形成权与身份法上的形成权:

(1)财产法上的形成权包括:①债权性形成权,如追认权、终止权、选择权、买回权、解除权、撤销权、撤回权、抛弃权、抵销权、免除权等。②物权性请求权,如所有权的抛弃、他物权的抛弃、典权回赎权等。

(2)身份法上的形成权又分为纯身份法上的形成权与身份财产上的形成权,前者包括婚约撤销权、婚约解除权、婚生子女否认权、子女认领权、监护资格辞去权、遗嘱撤回权等;后者包括继承人对继承权的抛弃、遗产分割权等。

【相关法条】《民法通则》第138条;《担保法》第52条、第73条、第88条;《合同法》第47

条、第48条、第51条、第55条、第75条、第93条、第96条、第186条、第192条。

【历年真题】 05/卷三/58 多选, 04/卷三/1 单选, 03/卷三/34 多选, 00/卷二/51 多选。

【配套练习】

1. 下列关于人身权和财产权的表述正确的是哪一项? ()

- A. 人身权只能为自然人享有, 法人不享有人身权
- B. 人身权是民事主体不可剥夺、不可转让的权利, 不能够与财产权相互转化
- C. 知识产权中既有包含人身属性的权利, 又有包含财产属性的权利
- D. 财产权的标的, 一定具有财产价值

【答案】 C

【解析】 本题考查的是人身权和财产权的特征。人身权主体不以自然人为限, 法人也可享有人身权, 如法人名称权属于人身权中的人格权, 而法人荣誉权属于人身权中的身份权, 故 A 选项错误; 民事主体的人身权不可剥夺, 但部分人身权是可以转让的, 如法人名称权, 人身权的价值虽然无法衡量, 但在损害赔偿时往往转化成财产权, 故 B 选项错误; 有精神利益或纪念意义的私人信函、照片、亲人遗物可以作为所有权标的, 但不一定具有财产价值, 故 D 项错误; 知识产权具有人身权和财产权双重属性, 著作权中署名权即为具有人身属性的权利, 因此本题的正确答案为 C。

2. 下列各项中关于请求权的表述哪一项是错误的? ()

- A. 请求权可以分为债权请求权、物权请求权和人身请求权
- B. 请求权是实现民事权利保护的重要手段
- C. 享有支配权是行使请求权的基础
- D. 行使请求权受到诉讼时效制度的制约

【答案】 C

【解析】 支配权和请求权是两种不同的权利, 请求权的基础是实体法中关于权利保护的规范, 并不一定是支配权, 如赠与合同中, 受赠人不享有任何支配权, 但仍可以行使请求权。另外, 人身权中的请求权如抚养费和赡养费请求权就没有相应的支配权作为基础。

3. 下列关于民事权利分类的表述错误的是哪一项? ()

- A. 民事权利依效力所及范围可分为绝对权和相对权
- B. 民事权利依其相互关系可分为对人权和对物权

C. 民事权利依其功用不同可分为支配权、请求权、形成权和抗辩权

D. 民事权利依其内容和标的可分为财产权和非财产权

【答案】 B

【解析】 本题考查的是民事权利的分类。民事权利依据相互关系可分为主权利和从权利; 对人权和对物权的区分标准与绝对权和相对权是相同的。

4. 下列甲的行为中, 哪些不属于形成权的行使? ()

- A. 乙向甲提出购买甲的电视机的请求, 甲作出同意出让的表示
- B. 乙强迫甲购买了自己的手机, 甲向法院提出撤销该买卖的行为
- C. 甲将自己的一套家具扔弃到垃圾堆中
- D. 甲作出将自己的电脑赠送给乙的意思表示

【答案】 AD

【解析】 本题考查的是形成权。形成权是指权利人依自己单方的意思表示, 使民事法律关系发生、变更和消灭的权利。A 项中, 甲的行为是做出承诺, 这种承诺只有与乙的要约相结合才能产生法律关系的变动; D 项中甲的行为是发出要约, 只有乙做出承诺后才能成立合同, 因此甲的行为不属于形成权的行使; C 项中, 甲的行为属于所有权的抛弃, 产生该套家具成为无主物的法律效果, 因此属于行使形成权的行使。

5. 甲驾驶自己的货车运送一批货物给乙, 途中因丙违规驾驶导致甲货车受损, 但货物未受到损失。甲修车花去费用 800 元, 并因修车导致交付货物延迟。乙要求甲按照运输合同约定的“甲若延迟交付货物须支付乙违约金 5000 元”支付其违约金。下列哪些说法是正确的? ()

- A. 甲可以请求丙赔偿其货车修理的费用
- B. 甲可以请求丙赔偿其应支付给乙的 5000 元损失
- C. 乙可以直接请求丙支付该 5000 元违约金
- D. 因为甲无过错, 所以无须向乙支付违约金

【答案】 AB

【解析】 本题考查的是绝对权和相对权的区别。《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)第 121 条规定: “当事人一方因第三人的原因造成违约的, 应当向对方承担违约责任。当事人一方和第三人之间的纠纷, 依照法律规定或者按照约定解决。”此即合同的相对性原则, 是债的相对性原则或者说债权的相对权性质的运用。根据该原则, 相对权的权利人只能向特定的人主张权利, 故 C 项错误。另外, 《合同法》总则实行的是无过错责任原则, 只要

发生违约事实,除非债务人能够证明法定免责事由,否则其应当承担违约责任,因此本案中甲不能以无过错为由要求免责,D项错误。

6. 章某为扩大经营,分别于2004年3月17日和2004年3月20日向朋友甲、乙各借款10,000元,借款期限为1年。后由于资金紧张,遂于同年4月1日将自己经营的商铺抵押给丙银行,由于丙银行规定小额贷款不得超过50,000元,故章某又于同年4月7日将同间商铺抵押给丁银行,贷款同样为50,000元,贷款期限都为1年。后来章某由于经营不善导致亏损,无力偿还借款。甲、乙、丙、丁分别于借款到期后诉至法院主张权利。法院于2005年7月将章某商铺拍卖,则下列说法错误的是哪几项? ()

- A. 甲应先于乙受偿
- B. 丙应先于丁受偿
- C. 丙、丁应先于甲、乙受偿
- D. 若商铺拍卖后所得款项不足5万元,则丙就未受偿部分不得再向章某主张权利

【答案】 AD

【解析】 本题考查的是物权和债权的区别和联系。债权具有平等性,数个债权人对同一个债务人

先后发生数个普通债权,其效力一律平等,不因其成立先后而有效力上的优劣之分,因此甲、乙的受偿并无先后顺序。物权具有优先效力,一般情况下,先成立的物权优先于后成立的物权;而当在同一个标的物上,既有物权,又有债权时,则一般情况下物权具有优先于债权的效力。因此,对于本案而言,(1)丙银行优先于甲、乙(基于“物权优先于债权”)和丁银行(基于“先成立的物权优先于后成立的物权”)就拍卖价款受偿;(2)如拍卖获得的款项不足偿还丙银行债权,则该不足部分与甲、乙和丁银行的债权就章某其他财产平等受偿;(3)如拍卖获得的款项在偿还丙银行债务后仍有剩余,则就剩余款项丁银行优先于甲、乙(基于“物权优先于债权”)受偿;(4)如剩余款项不足清偿丁银行债权,则该不足部分与甲、乙的债权就章某其他财产平等受偿;(5)如拍卖获得的款项偿还丙银行和丁银行后仍有剩余,则该余款成为章某的一般财产,甲、乙可就该款项平等受偿。在本题中,需要注意的是D项,若商铺拍卖后所得款项不足5万元,则未受偿部分沦为一般债权,丙仍可就该部分向章某主张权利(只是不能主张优先受偿权罢了)。

第二章 自然人

考点1 监护

【基础知识】

一、监护的概念

监护是对未成年人和成年精神病人设定专人保护其利益,监督其行为,并且管理其财产的法律制度。

二、监护的类型

1. 法定监护是由法律直接规定监护人范围和顺序的监护。《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)第16条规定,“未成年人的父母是未成年人的监护人”。未成年人的父母死亡或没有监护能力的,依次由祖父母和外祖父母、兄姐、关系密切的亲属或朋友、父母单位和未成年人住所地的居委会或村委会、民政部门担任监护人。成年精神病人的法定监护人的范围和顺序是:配偶、父母、成年子女、其他

近亲属、关系密切的亲属或朋友、精神病人所在单位或住所地的居委会、村委会、民政部门。

2. 指定监护是指有法定监护资格的人之间对担任监护人有争议时,由监护权力机关指定的监护。《民法通则》规定的指定监护的权力机关,是被监护人住所地的居民委员会或村民委员会。

3. 委托监护是由合同设立的监护人,委托监护属意定监护。依《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》)的解释,委托监护不论是全权委托或限权委托,委托人都要对被监护人的侵权行为承担民事责任,被委托人只有在确有过错时,才负担连带赔偿责任。

【重点突破】

1. 监护人的职责主要有:

(1)保护被监护人的身体健康;

- (2)照顾被监护人的生活;
- (3)对被监护人进行管理和教育;
- (4)保护和管理被监护人的财产;
- (5)代理被监护人进行民事活动;
- (6)代理被监护人进行诉讼。

2. 监护人的法律责任主要有:

(1)致被监护人财产损失的,应承担赔偿责任;

(2)依有关人员或单位申请,人民法院可撤销其监护资格。

【相关法条】《民法通则》第16条、第17条、第18条,《民通意见》第10条、第16条、第18条、第21条、第22条。

【历年真题】 02/卷三/33 单选,99/卷二/7 单选,99/卷二/43 多选。

【配套练习】

1. 下列关于监护的说法哪一项是正确的?
()

A. 监护包括法定监护、指定监护和遗嘱监护,我国立法中对此有明确规定

B. 监护权属于身份权的一种

C. 监护人可以由相关当事人约定产生

D. 从性质上来说,监护属于亲权制度的一部分

【答案】 C

【解析】 本题是对监护性质、分类的综合考查。我国立法中规定了法定监护和指定监护,但没有规定遗嘱监护,因此A项错误;监护在性质上属于一种义务或者责任,而非权利,说监护权是身份权则混淆了监护和亲权制度,B项也是错误的;根据《民通意见》第15条的规定,有监护资格的人之间可以协议确定监护人,因此C项正确;监护既适用于未成年人,也适用于精神病人,而亲权制度仅适用于未成年人,两者是完全不同的制度,因此那种认为监护属于亲权制度的一部分的观点是错误的。

2.《民法通则》规定的监护制度不适用于下列的哪一项?()

A. 10周岁以上的未成年人

B. 不能辨别自己行为的精神病人

C. 不能完全辨别自己行为的间歇性精神病人

D. 准治产人

【答案】 D

【解析】 本题考查的是监护制度的适用范围。在我国,被监护人包括未成年人和精神病人(具体包括不能辨别自己行为的精神病人和不能完全辨别自己行为的精神病人)两类。准治产人是指未达到法律规定的成年年龄,但具备了这一年龄所代表的智

力,法律因而使其提前成为具有行为能力的人。也就是我国《民法通则》第11条规定的以自己的劳动收入为主要生活来源的16周岁以上不满18周岁的公民。

3. 下列关于父母是子女的当然法定监护人的说法中正确的是哪一项?()

A. 父母成为未成年人的监护人是基于户口这一法律事实

B. 父母可以通过协议排除另一方作为监护人

C. 父母离婚,未与子女共同生活的一方不再是监护人

D. 父母可以将监护责任依法转移给他人

【答案】 D

【解析】 本题考查的是父母的监护资格和监护责任。父母是未成年人的当然监护人是基于身份关系,而非户口这一法律事实,因此A项错误;父母与子女之间的关系(包括监护关系)是法定的,在任何情况下都不能转让和撤销,《民通意见》第21条规定,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,因此BC两项都是错误的;父母可以将监护责任依法转移给他人,对此,《民通意见》第22条有明确规定,因此D项正确。

4. 甲患有精神病,下列哪些人员可以同时担任甲的监护人?()

A. 甲的妻子和甲的成年子女

B. 甲的妻子和甲的父母

C. 甲的哥哥和甲的姐姐

D. 甲的成年子女和甲所在地的居委会

【答案】 C

【解析】 本题考查的是共同监护人的确定。根据《民通意见》第14条的规定,监护人的确定包括不同顺序间的确定和同一顺序上不同人员间的确定。对于前者,“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”;对于后者,“监护人可以是一人,也可以是同一顺序中的数人”。本题只有C项中的人员属于同一顺序。

5. 下列情形中,监护关系可以终止的是哪几项?()

A. 间歇性精神病人在精神正常时

B. 监护人自动放弃监护资格时

C. 监护人因经常迟到而被公司解雇并出现经济困难时

D. 监护人被法院宣告死亡时

【答案】 AD

【解析】 本题考查的是监护关系的终止情形。

A项正确,因为监护制度是为弥补被监护人行为能力的缺陷,当间歇性精神病人精神正常时,其具有完全民事行为能力,监护关系可以终止。D项正确,因为监护人自然死亡,监护关系终止,宣告死亡也产生同样的法律效果。要注意的是B项,监护制度是为保护被监护人而设,监护人非有法定事由并经法定程序不得随意放弃职责。

6. 下列监护人的行为中,哪几项是属于没有履行好监护职责的?()

A. 以生活贫困为由让读初中的被监护人辍学回家

B. 将被监护人财产用来给自己孩子看病

C. 因外出旅游将被监护人委托给他人照看

D. 因被监护人考试不理想而禁止被监护人看电视

【答案】 AB

【解析】 本题考查的是监护人的职责。根据《民通意见》第10条的规定,监护人的职责包括: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。A项属于没有履行好监护职责,让未成年人完成九年义务教育是监护人的法定义务,不得以任何理由拒绝履行;B项亦同,处分被监护人财产应以监护人的利益为限;C项中,监护人因事外出但委托他人照看,已尽到了监护职责;D项是对被监护人必要的管束,属于监护职责范围之内,是合法的。

7. 未成年人甲,父亡,母患精神病。下列哪些人员可作为其监护人?()

A. 祖父乙,80岁,身体健康,无生活来源,平时与甲及其母极少往来

B. 外祖母丙,70岁,身体较弱,有固定生活来源,与甲及其母共同生活

C. 甲兄丁,15岁,身体健康,极聪明,善绘画,每月可得稿费若干

D. 甲远亲己,38岁,与甲为邻,身体健康,愿为甲的监护人且无人反对

【答案】 BD

【解析】 本题考查的是监护人的选任规则。根据《民法通则》第16条、第17条的规定,包括两项内容:一是对于近亲属,以有监护能力为限;二是对于其他亲属、朋友,以有监护能力并愿意为原则。《民通意见》第11条把监护能力的考虑因素界定为“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”。A项中,乙无生活来源,因此没有监护能力;C项中,丁只有15岁,也无监护能力;丙有

监护能力,已有监护能力且本人愿意,因此均可成为甲的监护人。

8. 某甲(住在A市)7岁,父母因车祸双亡,甲继承了一笔巨额遗产。甲有叔叔乙和姑姑丙,乙整天游手好闲,无固定职业,但对甲疼爱有加;丙现在某高等院校教书,但与甲关系疏远。乙、丙都欲作甲的监护人,二人因此发生争执。后来,丙诉至法院,要求指定其为监护人。在法院审理过程中,乙、丙达成协议,约定丙为甲的监护人,但丙必须每月支付乙生活费2000元。丙作为甲监护人后,由于工作繁忙便将甲委托给邻居丁照顾,每月支付其照料费500元。某日,丁因故忘记接甲放学回家,甲在独自回家途中划坏戊的一辆高档轿车,戊为此花去修理费5000元。

(1)丙与乙因监护人问题发生争执诉至法院后,法院应当如何处理?()

A. 指定丙为监护人

B. 指定乙为监护人

C. 指定乙、丙同时为监护人

D. 不予受理

【答案】 D

【解析】 本题考查的是监护人争议处理的程序规则。根据《民通意见》第16条规定,对于担任监护人有争议的,应当先由有关组织指定,未经指定而向法院起诉的,法院不予受理,故本题正确答案为D。

(2)若对甲的监护人有争议,应当如何处理?()

A. 乙、丙可以通过协议确定

B. 应当先通过甲住所地的居民委员会指定

C. 法院可以通过特别程序指定监护人

D. 对法院指定不服可以提出上诉

【答案】 ABC

【解析】 本题考查的是监护人争议的处理规则。《民通意见》第15条规定有监护资格的人之间可以协议确定监护人,因此A项正确;对于未成年人非近亲属要求担任监护人的,指定是诉讼的前置程序,因此B项正确;指定监护人的程序是特别程序,对判决结果不得上诉,因此C项正确,D项错误。

(3)下列说法正确的是哪几项?()

A. 丙每月给乙的2000元可以从甲的财产中支付

B. 丙每月给丁的500元可以从甲的财产中支付

C. 戊的修理费5000元可以从甲的财产中支付

D. 丁应对戊的5000元损失负连带责任

【答案】 BCD

【解析】 本题考查的是被监护人财产使用规

则。根据《民法通则》第18条的规定,应当以“为被监护人的利益”为原则。A项不是为了甲的利益,因此不能从甲的财产中支付;B项是为了甲的利益,因此正确;《民法通则》第133条规定:“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”,因此C项正确;根据《民通意见》第22条,监护人可以将监护职责部分委托给他人,对于被监护人的侵权行为,被委托人确有过错的,应负连带责任。丁因自身原因忘记接甲回家,导致甲侵害了他人的财产权,应认定其对损害发生具有过错。

考点2 宣告死亡

【基础知识】

一、宣告死亡的概念

宣告死亡是自然人下落不明达到法定期间,经利害关系人申请,由法院宣告失踪人死亡的制度。

二、宣告死亡的情形

1. 下落不明满4年;
2. 因意外事故下落不明,从事故发生之日起满2年的;
3. 因意外事故下落不明,经有关机关证明不可能生存的。

三、宣告死亡的撤销

被宣告死亡人重新出现或被确知没有死亡时,经本人或利害关系人的申请,由法院撤销对他的死亡宣告。死亡宣告撤销的效力是有溯及力的,但是:

1. 配偶尚未再婚的,婚姻关系自行恢复;配偶已再婚的,再婚效力不受撤销宣告的影响,即使再婚后离婚的,婚姻关系也不当然恢复。

2. 子女在宣告死亡期间被他人收养的,收养关系仍然有效,不受撤销宣告的影响。

3. 因宣告死亡而继承、受遗赠或以其他方式取得遗产者,均应返还。返还原则应是原物及孳息,原物已被第三人善意取得时,则免除返还义务,代之以适当补偿。若宣告死亡是利害关系人恶意所致,则属侵权行为,不仅应返还财产及孳息,还要负赔偿责任。

四、宣告死亡的效力

宣告死亡与自然死亡有同等的法律效果。被宣告死亡人在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。

【重点突破】

1. 宣告死亡的判决宣告之日,为被宣告人死亡的日期。

2. 申请宣告死亡时,申请人有顺序先后的限制,顺序在先的申请人的申请权有排他效力。申请撤销死亡宣告时,则无顺序限制。

3. 死亡宣告被撤销的效力:

(1) 婚姻关系的处理:配偶尚未再婚的,夫妻关系自行恢复;配偶再婚且婚姻正在延续的,不得自行恢复;配偶再婚但又离婚或再婚后配偶又死亡的,也不得自行恢复。

(2) 其子女被他人依法收养的,仅以未经本人同意为由而主张收养无效者,一般不准许;但收养人、被收养人同意的除外。

(3) 返还原物:依继承取得财产的,应返还原物;上述情形下,原物不存在的,适当补偿;原物已为第三人合法取得的,第三人无返还义务;依继承取得原物的人,应负返还原物或适当补偿的义务。

4. 宣告死亡和宣告失踪的关系:

(1) 宣告失踪不是宣告死亡的必经程序;

(2) 申请人只宣告失踪的,即使符合宣告死亡的条件也应当宣告失踪;

(3) 同一顺序的申请人有的宣告死亡,有的不同意宣告死亡的,应宣告死亡;

(4) 同一顺序的申请人有的宣告失踪,有的宣告死亡的,应宣告死亡。

【相关法条】《民法通则》第23条、第25条;《民通意见》第29条、第36条、第37条、第38条、第39条、第40条。

【历年真题】03/卷三/9 单选,02/卷三/85 不定选,00/卷二/6 单选,00/卷二/59 多选,99/卷二/46 多选。

【配套练习】

1. 李某于2000年乘坐客轮出海旅游,后来因客轮触礁沉没而下落不明。2年后,李某的妻子王某向某律师咨询,该律师的咨询意见中正确的是:()

A. 王某既可以申请宣告李某失踪,也可以申请宣告李某死亡

B. 王某只能申请宣告李某失踪

C. 王某只能申请宣告李某死亡

D. 王某应该先申请宣告李某失踪,再申请宣告

李某死亡

【答案】 A

【解析】 本题考查的是申请宣告失踪、死亡的时间以及两者之间的关系。根据《民通意见》第23条的规定,因意外事故下落不明的,从事故发生之日起满2年的即可申请宣告死亡。《民通意见》第29条的规定,宣告失踪不是宣告死亡的必经程序。因此,李某既可以申请宣告李某失踪,也可以申请宣告李某死亡。

2. 甲于1996年离家出走后至今下落不明,下列哪个人不能作为申请宣告甲死亡的主体?()

A. 甲的妻子乙

B. 甲离家出走后甲的妻子乙收养的孤儿丙,现已满18岁

C. 对甲享有1万元债权的丁

D. 与甲一同开办合伙企业的戊

【答案】 B

【解析】 本题考查的是申请宣告死亡的利害关系人的范围。《民通意见》第25条规定申请宣告死亡的利害关系人包括被申请宣告死亡的人的配偶、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。因此乙、丁、戊均可作为申请宣告甲死亡的主体。另外,根据《中华人民共和国收养法》(以下简称《收养法》)第10条的规定,有配偶者收养子女,须夫妻共同收养。因此,甲与丙的收养关系并未成立,丙不能作为甲的近亲属申请宣告甲死亡。所以本题答案为B。

3. 甲被宣告死亡后,其妻乙与丙结婚。后来,丙因病去世,甲在丙去世后重新出现,得知乙已与他人结婚,遂与某女丁结婚。下列说法正确的是哪一项?()

A. 甲重新出现后,甲和乙的夫妻关系自行恢复

B. 甲重新出现后,经法院撤销对他的死亡宣告后,甲和乙的夫妻关系自行恢复

C. 乙和丙的婚姻关系无效

D. 甲和丁的婚姻关系有效

【答案】 D

【解析】 本题考查的是死亡宣告的效力。《民通意见》第37条规定:“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。”因此,乙再婚后,即使丙死亡,甲和乙的夫妻关系也不得自行恢复。因为甲和乙之间不存在婚姻关系,因此甲和丁的婚姻关系有效。

4. 下列表述正确的是哪一项?()

A. 某甲被宣告死亡的时间和其自然死亡的时间不一致,则甲的继承人继承开始的时间为甲自然死亡的时间

B. 某乙被宣告死亡后又重新出现,若法院知道该事实则应当主动撤销对他的宣告

C. 某丙系精神病人,离家出走至某地后以乞讨为生。四年后其家人向法院申请宣告丙死亡,则丙在宣告死亡后实施的民事行为有效

D. 丁2000年3月18日离家出走,2000年9月18日与家人通了一次电话,但电话中未说明其身在何处,后音信全无。则丁下落不明的起算时间应是2000年9月19日

【答案】 D

【解析】 A项错误,根据《民通意见》第36条的规定,除“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”外,“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”,因此甲的继承人继承开始时间为其被宣告死亡的时间;B项错误,因撤销宣告必须由乙的利害关系人申请,法院不得主动撤销;C项错误,丙是精神病人,其所实施的民事行为本身就是效力上存在瑕疵的;D项正确,其依据是《民通意见》第28条。

5. 1995年3月,李某因工作失误给单位造成重大损失害怕被处分而离家出走,一直下落不明。2000年6月,其妻高某向法院起诉,要求离婚。与此同时,李某所在单位欲将其除名,亦向同一法院送交了宣告李某死亡申请书。下列有关该案的表述中哪一项是正确的?()

A. 法院应判决准予高某和李某离婚,但不应判决宣告李某死亡

B. 法院应判决宣告李某死亡,使高某与李某之间的婚姻关系自然解除

C. 法院既可以判决高某和李某离婚,也可以判决宣告李某死亡

D. 法院可以在判决高某和李某离婚的同时宣告李某死亡

【答案】 A

【解析】 本题考查的是宣告死亡的利害关系人的顺序。《民通意见》第25条规定,“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。”在前一顺位利害关系人存在的情况下,后顺位利害关系人不能向法院申请宣告死亡。因此BCD项错误,A项正确。

6. 1996年3月,陈某和丈夫武某吵架后离家出走,后一直下落不明。1998年1月,武某认识了女青年王某,1998年6月,武某和王某同居。2000年3月,武某向法院申请宣告陈某死亡(陈某无其他继承人)。2000年6月,武某和王某签订了赠与协议,将其婚后为陈某购买的一条铂金项链赠与王某。2001年6月,法院宣告陈某死亡。2002年1月,武某和王某分手。同年3月,陈某重新出现,并要求王某返还该条项链。下列说法正确的是:()

- A. 武某和王某签订的赠与协议自始无效
- B. 法院宣告陈某死亡后,赠与协议开始有效
- C. 王某应当返还该条项链
- D. 陈某可以要求武某给予补偿

【答案】 BD

【解析】 本题考查的是撤销死亡宣告后的财产处理规则。在陈某宣告死亡前,该项链为夫妻共同财产,武某无权单独处分,故赠与协议效力待定。在陈某宣告死亡后,由于陈某无其他继承人,武某取得项链的处分权,该赠与协议开始生效。根据《民通意见》第40条,被撤销死亡宣告的人请求返还财产的,原物已被第三人合法取得的,第三人可以不予返还。但因继承取得该物的公民,若原物已被处分的,应当给予适当补偿。武某作为陈某唯一的继承人,其取得项链后的处分行为有效,故王某属于合法获得财产的第三人。

7. 甲下落不明满4年后,则下列哪些说法是错误的?()

- A. 若甲的父亲丙向法院申请宣告甲死亡,但甲的妻子不同意宣告甲死亡,则法院不应当宣告甲死亡
- B. 若甲的父亲丙向法院申请宣告甲死亡,但甲的成年女儿丁不同意宣告甲死亡,则法院不应当宣告甲死亡
- C. 若甲在被宣告死亡后开始向妻子写信,甲的父亲丙向法院申请撤销对甲的死亡宣告,但甲的妻子不同意,则法院不应当撤销甲的死亡宣告
- D. 若甲在被宣告死亡后开始向妻子写信,甲的父亲丙向法院申请撤销对甲的死亡宣告,但甲的成年子女不同意,则法院不应当撤销甲的死亡宣告

【答案】 BCD

【解析】 本题考查的是申请宣告死亡和申请撤销死亡的规则。根据《民通意见》第25条,申请宣告死亡的利害关系人受一定的顺序限制,但申请撤销死亡宣告则不受顺序限制,因此A正确,C、D错误;根据《民通意见》第29条,同一顺序的利害关系人有的申请宣告死亡,有的不同意宣告死亡,则法院应当宣告死亡,故B项错误。

8. 甲有二子乙和丙。乙离家出走,经法院依法宣告死亡。后甲病故,遗产由丙继承。甲病故2年后,乙返回后得知丙继承遗产的事实,但并未要求继承甲的遗产。3年后,乙向法院提起诉讼,要求继承甲的遗产。请判断下列哪些说法是正确的?()

- A. 乙、丙均为甲的继承人,因为甲与乙、丙之间是父子关系
- B. 只有丙为继承人,因为继承开始后乙已被宣告死亡
- C. 乙无权要求继承甲的遗产,因为遗产已由丙继承
- D. 乙有权继承甲的遗产,因为乙为甲的继承人,但其提出的权利请求超过诉讼时效,因此法院将驳回其诉讼请求

【答案】 AD

【解析】 本题考查的是被宣告死亡之人重新出现时的继承权问题。乙虽被宣告死亡,但宣告死亡的法律效果只是结束以被宣告人住所地为中心的民事法律关系,却不能取消该人的继承权。因此A项正确。根据《中华人民共和国继承法》(以下简称《继承法》)第8条规定,继承权纠纷提起诉讼的期限为2年,自继承人知道或者应当知道其权利被侵犯之日起计算。乙3年后才提起诉讼,明显超过诉讼时效。

考点3 个人合伙

【基础知识】

一、个人合伙的概念

个人合伙是指两个以上公民按照协议,各自提供资金、实物、技术等,合伙经营、共同劳动。

二、入伙

接受非合伙人入伙,应当依合伙合同的约定或征得全体合伙人同意。合伙新接纳的合伙人,对他加入前合伙的债务,与原合伙人负同一的责任。约定新合伙人对前合伙的债务不负责任的,承担了前合伙债务的新合伙人,有权就其承担的数额向原各合伙人追偿。

三、合伙事务的执行

合伙的经营活动,由合伙人共同决定。由合伙合同约定合伙事务由一人或数人执行的,其他合伙人不参与执行,但有监督权。不负责任执行合伙事务的合伙人对合伙事务的执行享有监督权。