

万国学校 考前冲刺

卷三突破100分

北京万国学校 编著

2009

wan guo 万国

■ 司法考试培训教材 ■

- ◆ 万国名师精析
- ◆ 考点一一列明
- ◆ 不求面面俱到
- ◆ 但求点点得分

知识产权出版社

万国学校 考前冲刺

卷三突破100分

北京万国学校 编著

2009

wan^{guo}万国

■司法考试培训教材■

知识产权出版社

内容提要

本书由司法考试培训名校万国学校核心一线教师按照 2009 年国家司法考试大纲的考试要求撰写。作者凭借自己多年的授课经验和司法考试考查规律,找出 2009 年司法考试的“重要考点”,并用“真题指引”来表示该考点的重要性,通过“考点精析”来明辨概念,加注“注意”来要求考生把握细节,通过“配套测试”来检测考生对考点的理解程度,增强考生的得分能力。

读者对象:所有参加司法考试的人员。

责任编辑:彭小华

责任校对:董志英

文字编辑:熊莉 张高平

责任出版:卢运霞

图书在版编目(CIP)数据

万国学校考前冲刺:卷三突破 100 分/北京万国学校编著.
北京:知识产权出版社,2009.7

ISBN 978-7-80247-517-5

I. 万… II. 北… 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(2009)第 093043 号

万国学校考前冲刺

卷三突破 100 分

Juansan Tupo 100 Fen

北京万国学校 编著

出版发行:知识产权出版社

社址:北京市海淀区马甸南村 1 号

网 址: <http://www.ipph.cn>

发行电话:010-82000860 转 8104 或 8105

责编电话:010-82000860 转 8115

印 刷:保定市中国画美凯印刷有限公司

开 本:787mm×1092mm 1/16

版 次:2009 年 7 月第一版

字 数:357 千字

ISBN 978-7-80247-517-5/D·819 (2572)

邮 编:100088

邮 箱:bjb@cnipr.com

传 真:010-82000097 82005070

责编邮箱:pengxiaohua@cnipr.com

经 销:新华书店及相关销售网点

印 张:14.75

印 次:2009 年 7 月第一次印刷

定 价:25.00 元

版权所有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。

前 言

2008 年的《卷一突破 100 分考前必背》获得了考生的广泛认可，为了帮助让考生在最后阶段实现考前突破获得司考成功，应广大考生的呼吁，2009 年北京万国学校组织史上最强师资，强力打造了《突破 100 分》丛书，其要旨在于体现司法考试“重者恒重”和“新增必考”两大规律，预测 2009 年司考必然考查点和考查方式，不求面面俱到，但求点点得分！该套丛书以最新考试大纲的必考点为骨架，以万国名师归纳和精读为血肉，以考点预测为灵魂，分析精准，预测到位！

本书的主要特色如下：

一、网罗全部必考点，防止知识点遗漏

本套丛书按照 2009 年新大纲的考试要求，凭借老师自己多年的授课经验和司法考试考查规律，找出 2009 年司考重要考点。考点少、精、准！对考点的精要讲解，让你省去大量时间，直击得分点！

二、考点层次分明，重点一目了然

一般情况下，一个考点如果有很多年的真题考查过时，它应该是一个重点。于是有了真题指引来表示该考点的重要性，要求考生不仅要知道该考点的具体内容，还要有考查方式的预测，将考生的知识储备转化为直接的“得分能力”。同时，如果是 2009 年重要考点也加以注明，因为其地位不容忽视，要求考生能熟记相关内容。

三、考点精析明辨概念，加注“注意”把握细节

在万国名师的考点精析中，对一些近似的概念，通过比较性的表格进行辨析，也特别提供“注意”来简要说明，帮助考生把握每一个考点。同时，通过小案例举例，解析重点问题，明确疑难问题，拓展知识点等。

四、内容准确精练，预测突破加分

本套丛书的定位是“司考助力器”，希望考生在很短时间看完，但是，需要反复看才能达到记忆的目的！在记忆之余，如果要检测自己的能力，可以做各单元所附的配套测试题。希望有所获益！

编者

2009 年 6 月

目 录

民 法

第一章 民法概述	(1)
第二章 自然人	(4)
第三章 法人	(9)
第四章 民事法律行为	(11)
第五章 代理	(15)
第六章 诉讼时效与期限	(17)
第七章 物权概述	(20)
第八章 所有权	(26)
第九章 共有	(32)
第十章 用益物权	(34)
第十一章 担保物权	(35)
第十二章 占有	(44)
第十三章 债的概述	(45)
第十四章 债的履行	(47)
第十五章 债的保全和担保	(47)
第十六章 债的转移和消灭	(57)
第十七章 合同的订立和履行	(60)
第十八章 合同的变更和解除	(65)
第十九章 合同责任	(67)
第二十章 转移财产权利的合同	(70)
第二十一章 完成工作成果的合同	(76)
第二十二章 提供劳务的合同	(77)
第二十三章 技术合同	(80)
第二十四章 不当得利、无因管理	(81)
第二十五章 人身权	(83)
第二十六章 侵权行为	(85)
第二十七章 婚姻家庭法	(93)
第二十八章 继承法	(98)

商 法

第二十九章	公司法	(102)
第三十章	合伙企业法	(120)
第三十一章	个人独资企业法与外商投资企业法	(129)
第三十二章	企业破产法	(131)
第三十三章	票据法	(138)
第三十四章	保险法	(144)
第三十五章	证券法	(153)

知识产权法

第三十六章	著作权法	(164)
第三十七章	专利法	(171)
第三十八章	商标法	(176)

民事诉讼法

第三十九章	民事诉讼法的基本原则与基本制度	(181)
第四十章	主管与管辖	(183)
第四十一章	诉	(188)
第四十二章	当事人	(189)
第四十三章	诉讼代理人	(192)
第四十四章	民事证据	(193)
第四十五章	民事诉讼中的证明	(195)
第四十六章	财产保全和先予执行	(199)
第四十七章	普通程序	(202)
第四十八章	简易程序	(205)
第四十九章	第二审程序	(206)
第五十章	审判监督程序	(208)
第五十一章	督促程序	(212)
第五十二章	公示催告程序	(213)
第五十三章	执行程序	(214)
第五十四章	涉外民事诉讼程序	(219)

仲 裁 法

第五十五章	仲裁与仲裁法概述	(221)
第五十六章	仲裁协议	(222)
第五十七章	仲裁程序	(224)
第五十八章	仲裁裁决的执行与不予执行	(227)

民法

第一章 民法概述

重要考点

民事法律关系

真题指引

2008 年卷三第 1 题、2006 年卷三第 1 题、2005 年卷三第 22 题

考点精析

1. 民事法律关系的界定。

(1) 民事法律关系与日常生活关系：好意施惠、恋爱。

注意：搭便车到某地、火车过站叫醒、顺路投寄信件、邀请参加宴会属于常见的好意施惠行为。

(2) 民事法律关系与其他法律关系。

平等主体的判断标准：有国家未必不是平等主体，有合同未必是平等主体。

2. 民事法律关系的产生。

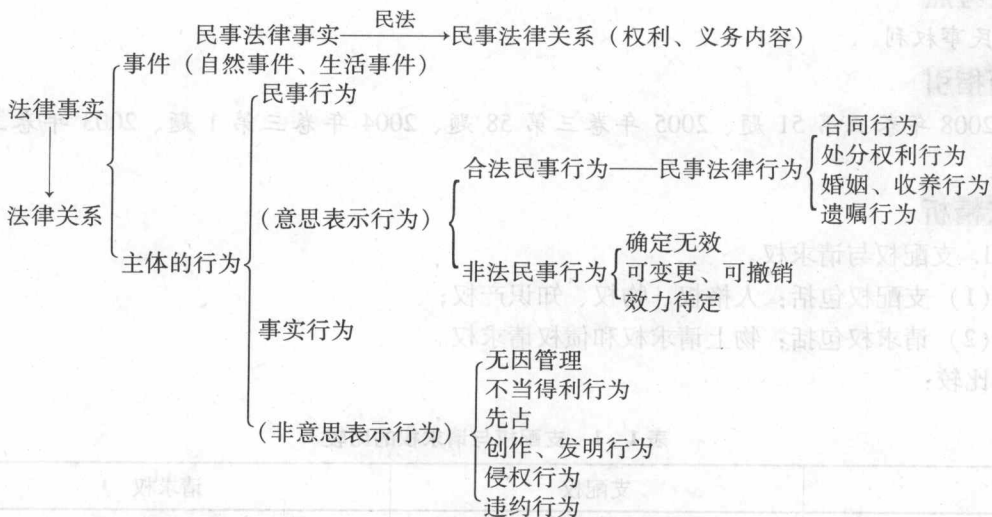


图 1-1 民事法律关系

注意：

民事行为与事实行为的区别：

(1) 民事法律行为以行为人的意思表示为要素，事实行为没有意思表示；

- (2) 民事法律行为要求行为人有民事行为能力，事实行为不作要求；
(3) 民事法律行为发生行为人所预期的法律后果，事实行为发生法定的法律后果。

3. 民事法律关系的主体：自然人、法人、非法人组织（所谓第三类民事主体）。

4. 民事法律关系的客体：物、行为、智力成果、人身利益、权利。

(1) 物权——物、权利（建设用地使用权、知识产权、债权等可以作为抵押权或者权利质权的客体）；

(2) 债权——行为（包括作为和不作为，如保密义务、竞业禁止）；

(3) 知识产权——智力成果；

(4) 人身权——人身利益。

5. 民事法律关系的内容：民事权利、民事义务、民事责任。

注意：权利义务的非对应性。

(1) 无义务的权利——形成权。

(2) 无权利的义务——附随义务、不真正义务。

预测突破

关于民事法律关系，下列说法错误的是：（ ）

- 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】ABD

重要考点

民事权利

真题指引

2008 年卷三第 51 题、2005 年卷三第 58 题、2004 年卷三第 1 题、2003 年卷三第 34 题

考点精析

1. 支配权与请求权。

(1) 支配权包括：人格权、物权、知识产权；

(2) 请求权包括：物上请求权和债权请求权。

比较：

表 1-1 支配权与请求权的比较

	支配权	请求权
含义	直接支配客体，无需他人协助	请求他人作为或不作为
义务人是否特定	义务人不特定（绝对权、对世权）	义务人特定（相对权、对人权）
是否具有排他性	排他性	债权请求权——相容性

要点 1：债权请求权相容性的典型表现。

要点2：债权请求权与物权请求权的区分。

物权请求权包括：返还原物请求权、排除妨害（停止侵害）请求权、消除危险请求权。

债权请求权包括：损害赔偿请求权、合同给付请求权。

注意1：请求的标的上有无请求权人物权的存在。

注意2：物权请求权不适用诉讼时效的限制。

2. 请求权与抗辩权。

含义：针对有效的请求权而言。

要点：区分抗辩与否认——提出新的抗辩事实，还是否认对方的请求权基础。

3. 形成权。

含义：单方意思表示，决定特定法律关系的命运的权利。

形成权的范围如图1-2所示。

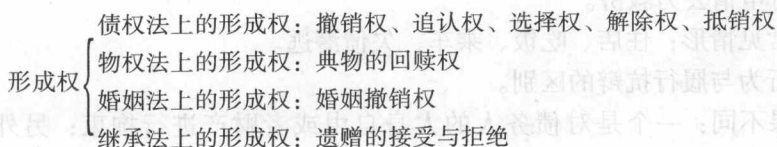


图1-2 形成权的分类

各种形成权的除斥期间：

- (1) 效力待定合同中的追认权：自催告之日起1个月；
- (2) 可撤销合同中的撤销权：自知晓之日起1年；
- (3) 合同解除中的解除权：无约定的，自催告之日起合理期限；
- (4) 提存中的领取权：自提存之日起5年；
- (5) 典权中的回赎权：无约定的，20年；
- (6) 可撤销婚姻中的撤销权：自登记之日起1年，限制自由的自恢复之日起1年；
- (7) 遗赠中的接受权：自知晓之日起2个月。

要点1：“单方决定权”——无需他人的“同意”。

要点2：形成权的行使。

- (1) 产生——行使——形成权的后果。
- (2) 行使方式：法律有要求——诉讼、仲裁，无要求——单方通知。
- (3) 行使期间：除斥期间——不变期间——有法律规定，按法律规定；无法律规定，按合理期间。

注意：债的保全制度中，债权人的撤销权非形成权。

预测突破

下列关于民事权利的表述，哪些是正确的？（ ）

- A. 债的保全中的撤销权是一种形成权
- B. 知识产权是一种支配权
- C. 债权请求权不具有排他性
- D. 支配权不存在对应义务

【答案】BC

重要考点

自助行为

真题指引

2005 年卷三第 6 题、2002 年卷三第 16 题

考点精析

1. 性质：为了保护债权而实施的自力救济行为，对债务人的人身或者财产进行拘束。符合要件的，构成自助行为；不符合要件的，属于侵权行为。

2. 要件：

(1) 为了保护自己的请求权；

(2) 情况紧急；

(3) 不超过必要限度；

(4) 及时申请公力救济。

3. 四种常见情形：住店、吃饭、乘车、欠债潜逃。

4. 自助行为与履行抗辩的区别。

(1) 效果不同：一个是对债务人的人身自由或者财产进行拘束；另外一个中止履行。

(2) 发生前提不同：自助行为的债权人已经履行了自己的义务；而履行抗辩时的债权人尚未履行自己的义务。

(3) 紧急程度不同：自助行为产生于情况紧急来不及寻求公力救济，只好先行控制债务人；履行抗辩不存在紧急情况，为了避免先履行而遭殃，所以中止履行。

5. 自助行为与行使留置权的区别。

(1) 指向对象不同：自助行为指向债务人人身或者与债的发生没有牵连关系的财物；而留置权的行使指向与债的发生具有牵连关系的财物。

(2) 紧急程度不同：自助行为产生于情况紧急来不及寻求公力救济，只好先行控制债务人；行使留置权不存在紧急情况，为了实现债权，而留置债务人的财物。

预测突破

甲在乙经营的酒店进餐时饮酒过度，离去时拒付餐费，乙不知甲的身份和去向。甲酒醒后回酒店欲取回遗忘的外衣，乙以甲未付餐费为由拒绝交还。对乙的行为应如何定性？（ ）

A. 是行使同时履行抗辩权

B. 是行使留置权

C. 是自助行为

D. 是侵权行为

【答案】C

第二章 自 然 人

重要考点

权利能力与行为能力

真题指引

1999 年卷二第 11 题、1999 年卷二第 43 题、1997 年卷二第 53 题、1995 年卷三第 10 题

考点精析

一、权利能力

(一) 始于出生

注意：出生时间的确定：户籍证明→医院出生证明→其他证明

(二) 终于死亡（生理死亡、死亡宣告）

1. 死亡时间的推定：（1）没有继承人的先死；（2）都有继承人的，长辈先死。

2. 宣告死亡的法律效果。

注意：死者人格利益的保护，近亲属可以起诉，要求精神损害赔偿。

(三) 特例——出生之前

1. 胎儿的特留份：胎儿出生后是活体的，由胎儿继承；出生时是死体的，该份额由原继承人按份额继承。

2. 侵犯胎儿利益的侵权责任。

二、民事行为能力

(一) 自然人行为能力的类型（依年龄与精神状况分类）

1. 完全民事行为能力人。

（1）18 周岁以上，精神正常；

（2）16~18 周岁，以自己劳动收入作为主要生活来源。（主要：维持当地一般生活水平）。

2. 限制民事行为能力人。

3. 无民事行为能力人。

(二) 自然人行为能力的缓和

1. 事实行为不适用行为能力。

2. 行为能力之缓和。

（1）纯粹获益行为不需行为能力；

（2）小型化、定型化的民事行为有效。

(三) 自然人行为能力的弥补

1. 代理。

2. 追认——限制行为能力人。

预测突破

根据《民法通则》^① 的规定，10 周岁以上的未成年人的法定代理人：（ ）

- A. 不用同意该未成年人进行某项与其年龄、智力相适应的民事活动
- B. 不得同意该未成年人进行某项与其年龄、智力不相适应的民事活动
- C. 可以概括地同意该未成年人进行任何种类的民事活动
- D. 以上说法均不正确

① 《民法通则》是《中华人民共和国民法通则》的简称。

【答案】A

重要考点

监护

真题指引

1998 年卷二第 2 题

考点精析

一、监护类型

1. 法定监护：未成年人、精神病人。

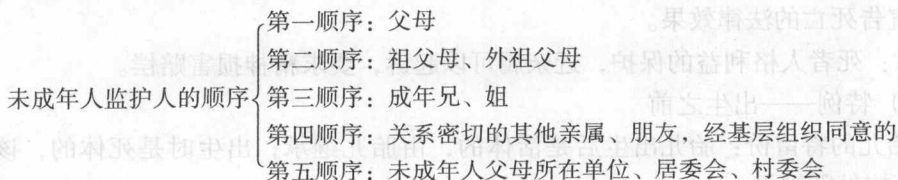


图 1-3 未成年人监护人的顺序

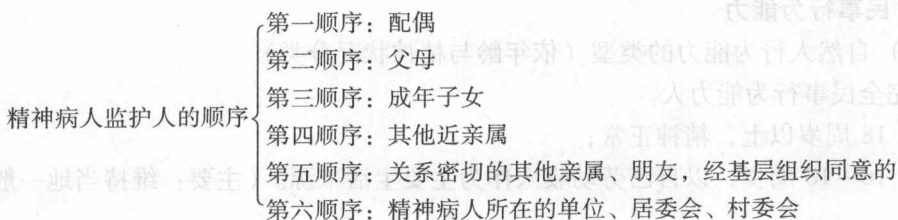


图 1-4 精神病人监护人的顺序

问题：未成年精神病人的监护人如何确定？依照未成年人处理。

2. 指定监护。（《民通意见》^① 第 16 条）父母之外的亲属对担任监护人发生争议时，

(1) 基层组织指定；(2) 人民法院指定，不得直接起诉。

注意：监护人不明时的责任，由顺序在前的应当充当监护人的人承担。

3. 委托监护。

注意：委托监护人与法定监护人的责任分担

二、监护职责

1. 法定代理。

2. 监督。

3. 保护。（《民法通则》第 18 条）

考点：“非为被监护人利益，不得处分其财产。”

预测突破

某山区的 14 岁的中学生王某的作文在全国大赛上获奖后，北京某大学的教授许某深

^① 《民通意见》是《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）》的简称。

受感动，写信给王某表示愿意帮助其读完高中，王某写信表示接受并表达了自己的感谢之情。许某随即将5 000元钱汇给了王某。王某收到钱后才告知母亲周某，周某认为应当将这笔钱用于捐助给更为困难的孩子，于是决定将钱捐给当地希望小学，并写信将此事告知了许某。许某回信表示反对，并指出自己可以再捐助给希望小学，这笔钱只能用在王某身上。但是周某没有听从许某的建议。则下列说法不正确的是：()

- A. 王某表示接受许某赠与时，该赠与合同生效
- B. 周某将5 000元钱转赠的行为有效
- C. 王某有权对周某主张该转赠行为无效
- D. 许某可以主张周某的转赠行为无效

【答案】B

重要考点

宣告失踪与宣告死亡

真题指引

2006年卷3第2题、2003年卷3第9题

考点精析

一、宣告失踪

(一) 法律要件

- 1. 下落不明满2年；
- 2. 利害关系人的申请；
- 3. 法院公告——宣告（法院：住所地基层法院；公告期：3个月）。

(二) 后果

- 1. 诉讼离婚中应准予离婚。（《婚姻法》^①第32条）
- 2. 设立财产代管人。

(1) 财产代管人的范围（无利害关系的近亲属、监护人、有关机关）。(《民通意见》第30条)

(2) 财产代管人的职责（地位：以自己名义起诉、应诉）。

二、宣告死亡

(一) 法律要件（《民法通则》第23条、《民通意见》第25条、《民事诉讼法》^②第167条）

1. 下落不明（a. 一般：4年；b. 意外：2年；c. 意外，有关机关证明不能生还：0）。

2. 利害关系人的申请。

申请顺序：(1) 配偶；(2) 父母、子女；(3) 兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女；(4) 其他有民事权利义务关系的人。

顺序意义：前顺序不申请——→后顺序不得申请。

① 《婚姻法》是《中华人民共和国婚姻法》的简称。

② 《民事诉讼法》是《中华人民共和国民事诉讼法》的简称。

3. 住所地基层法院公告期：一般、意外，1 年；意外且证明不能生还，3 个月（《民事诉讼法》第 168 条）。

（二）宣告死亡的法律效力——婚姻终止；继承开始（《民法通则》第 25 条、《民通意见》第 36、37 条）

难点：与事实不符，宣告仍然有效；宣告与事实冲突，以事实为准。

（1）人身、财产仍受保护。

（2）签订合同有效。

（3）订立遗嘱有效——效力高于住所地之法定继承。

（三）宣告死亡的撤销

1. 原因——撤销人。

2. 撤销的效力。

（1）财产关系：

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；原物不存在的，给予适当补偿。（《民法通则》第 25 条）

要点：适当补偿的前提，即原物不存在：事实不存在，权利不存在。

权利不存在：不包括依照继承法取得财产的公民或者组织。

（2）婚姻关系：（《民通意见》第 37 条）

要点：配偶未再婚，自行恢复。

（3）子女收养关系（《民通意见》第 37 条）

要点：①不得以未经同意为由，主张无效；②收养人与被收养人同意除外。

（4）侵权关系：（《民通意见》第 39 条）

要点：①利害关系人隐瞒真实情况；②返还原物、孳息，赔偿损失。

（四）宣告失踪与宣告死亡的关系（《民通意见》第 29 条）

（1）宣告失踪并非宣告死亡的必经程序；（所谓下落不明不须以宣告失踪来确认）

（2）申请人只申请宣告失踪的，即使符合宣告死亡的条件，也只能宣告失踪；

（3）同一顺序有的要求宣告失踪，有的要求宣告死亡的，应宣告死亡。

预测突破

死亡宣告撤销后，在哪种情况下，婚姻关系不自动恢复？

A. 原配偶再婚

B. 原配偶再婚又离婚

C. 原配偶再婚后其配偶病故

D. 原配偶虽未再婚，但是拒绝恢复婚姻关系

【答案】ABC

甲被法院宣告死亡，甲父乙、甲妻丙、甲子丁分割了其遗产。后乙病故，丁代位继承了乙的部分遗产。丙与戊再婚后因车祸遇难，丁、戊又分割了丙的遗产。现甲重新出现，法院撤销死亡宣告。下列哪种说法是正确的？

A. 丁应将其从甲、乙、丙处继承的全部财产返还给甲

B. 丁只应将其从甲、乙处继承的全部财产返还给甲

C. 戊从丙处继承的全部财产都应返还给甲

D. 丁、戊应将 从丙处继承的而丙从甲处继承的财产返还给甲

【答案】D

第三章 法 人

重要考点

法人一般理论

真题指引

2008 年卷三第 2 题、2007 年卷三第 52 题、2006 年卷三第 3 题、2005 年卷三第 51 题、2003 年卷三第 13 题、2002 年卷三第 15 题

考点精析

一、法人的特征

(一) 独立人格

(二) 独立财产

(三) 独立责任——有限责任

(1) 出资人：对出资法人企业的债务所承担的责任——有限责任。

(2) 企业：对自身的债务——无限责任。

二、法人的分类

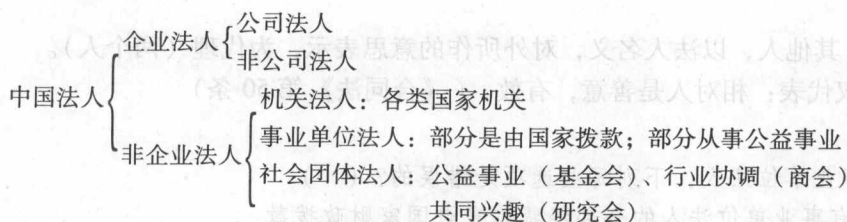


图 3-1 中国法人的分类

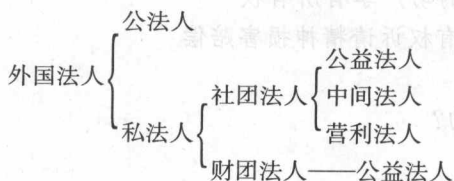


图 3-2 外国法人的分类

注意：

(1) 社团法人与社会团体法人的区别：两种分类标准下的区分，有交叉有区别。

(2) 社团法人与财团法人的区别。

表 3-1 社团法人与财团法人的区别

	社团法人	财团法人
财产的来源	成员出资	社会捐赠
是否有成员	出资者为其成员	无
是否有盈利性	盈利性、公益性	公益性

三、法人的能力：经营范围

考点：除进入特许、限制、禁止经营行业外，有效。（《合同法解释（一）》第 10 条）

四、法人机关

法人机关 { 权力机关（意思机关，由“出资人”组成；或由“出资人”授权）
执行机关——法定代表人（代表机关）
监督机关

图 3-3 法人的机关组成

要点 1：财团法人，无权力机关（意思机关）。

要点 2：执行机关为必要机关，法定代表人（代表机关）属于其中。

要点 3：监督机关非必要机关。

五、代表与代理

1. 代表：法定代表人，以法人名义（执行代表职务），对外所作的意思表示，为代表（一个人）。

代理：其他人，以法人名义，对外所作的意思表示，为代理（两个人）。

2. 越权代表：相对人是善意，有效。（《合同法》第 50 条）

预测突破

关于事业单位法人，下列哪些选项是错误的？（ ）

- 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

【答案】ABCD

下列关于法人机关的表述哪些是正确的？

- 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

【答案】ABD

重要考点

个人合伙

真题指引

2008 年卷三第 4 题、2004 年卷三第 2 题、2002 年卷三第 11 题