

根据2009年
大纲修订

中国政法大学
国家司法



法 考试

[上册]

重点法条及实例解析

民法 民事诉讼法 商法 经济法 国际法 国际私法 国际经济法

刘智慧 刘家安 史飏 鄢梦萱 曾涛 / 编著

根据
1×200



前言

2001年,《中华人民共和国法官法》、《中华人民共和国检察官法》和《中华人民共和国律师法》修正案相继通过。其中规定,国家对初任法官、检察官和取得律师资格实行统一的司法考试制度。这标志着我国正式确立了统一的司法考试制度。这是我国司法改革的一项重大举措。它对提高我国司法队伍和律师队伍素质,确保司法公正,全面推进依法治国,建设社会主义法治国家,具有重大而深远的意义。

中国政法大学作为教育部直属“211”全国重点大学,以拥有作为国家一级重点学科的法学学科见长。其法学师资队伍汇集了一大批国内外知名法学家。他们不仅是法学教育园地的出色耕耘者,也是国家立法和司法战线的积极参与者。他们积累了法学教育和法律实践的丰富经验,取得了大量有影响的科研成果。

国家统一司法考试实行六年来,我校专家学者在参与司法考试的制度建设和题库建设中作出了许多贡献,同时在司法考试教育中付出了大量心血。在此期间,我校不仅有一批长期参加国家司法考试题库建设和考题命制的权威专家,也涌现了众多在国家司法考试培训中经验丰富和业绩突出的名师,形成了强大的司法考试研究阵容和师资队伍。

2005年,我校成立了中国高校首家司法考试学院。该院本着教学、科研和培训一体化的宗旨,承担着为在校学生和社会考生提供司法考试培训的任务。司法考试学院成立后,选拔了一批司法考试方面的权威专家或名师,精心编写了中国政法大学《司法考试全科辅导纲要》。在此基础上,根据司法考试的特点及广大备考人员的要求,修订为中国政法大学《国家司法考试辅导用书》(共六册)和《国家司法考试重点法条及实例解析》(上下册),作为校内学生司法考试课程教学及对社会培训的专用教材。

司法考试学院组织编写的这套教材,紧扣司法考试大纲,体系完整,编排得当,重点突出,内容丰富,表述精准,文字简明。全书渗透着参编教师多年的教学经验,体现着对司法考试规律和应考学科知识的深刻理解与把握,同时适应备考人员的学习方式、学习习惯等特点,在编排格式上做了匠心独到的设计。

我相信,该套教材的出版,将会对广大备考人员学习、理解和掌握国家司法考试的知识内容和应试方法起到积极的引导与促进作用,对考生提高考场实战能力以及未来的从业能力给予有力的支持与帮助。

预祝各位备考人员在国家司法考试中取得满意的成绩。

中国政法大学校长助理 王卫国教授

2009年5月

目 录

民 法

概 要 (1)

民法通则 (3)

物权法 (49)

 第一编 总则 (49)

 第二编 所有权 (57)

 第三编 用益物权 (66)

 第四编 担保物权 (69)

 第五编 占有 (88)

担保法 (不含担保物权) (90)

 总 则 (90)

 保 证 (91)

 定 金 (103)

合同法 (106)

 总 则 (107)

 第一章 一般规定 (107)

 第二章 合同的订立 (108)

 第三章 合同的效力 (123)

 第四章 合同的履行 (132)

 第五章 合同的变更和转让 (142)

 第六章 合同的权利义务终止 (146)

 第七章 违约责任 (151)

 第八章 其他规定 (155)

 分 则 (156)

 第九章 买卖合同 (156)

 第十章 赠与合同 (165)

 第十一章 借款合同 (169)

 第十二章 租赁合同 (170)

 第十三章 融资租赁合同 (176)

 第十四章 承揽合同 (177)

 第十五章 建设工程合同 (179)



第十六章 运输合同	(182)
第十七章 技术合同	(184)
第十八章 保管合同	(188)
第十九章 委托合同	(189)
第二十章 行纪合同	(192)
第二十一章 居间合同	(193)
婚姻法	(195)
继承法	(208)
知识产权法	(218)

民事诉讼法 与仲裁法

民事诉讼法	(256)
总 则	(256)
第一章 基本理论与基本制度	(256)
第二章 管辖	(259)
第三章 审判组织	(285)
第四章 回避	(286)
第五章 诉讼参加人	(288)
第六章 证据	(311)
第七章 期间、送达	(335)
第八章 调解	(338)
第九章 财产保全和先予执行	(343)
第十章 对妨害民事诉讼的强制措施	(348)
审判程序	(351)
第十一章 第一审普通程序	(351)
第十二章 简易程序	(364)
第十三章 第二审程序	(369)
第十四章 特别程序	(375)
第十五章 审判监督程序	(379)
第十六章 督促程序	(392)
第十七章 公示催告程序	(395)
执行程序	(398)
第十八章 一般程序	(398)
第十九章 执行的申请和移送	(415)
第二十章 执行措施	(417)
第二十一章 执行中止和终结	(432)
涉外民事诉讼程序的特别规定	(433)
第二十二章 一般原则	(433)
第二十三章 管辖	(433)
第二十四章 送达、期间	(435)



第二十五章 财产保全	(435)
第二十六章 仲裁	(437)
第二十七章 司法协助	(437)
仲裁法	(439)
第一章 总则	(439)
第二章 仲裁委员会和仲裁协会	(442)
第三章 仲裁协议	(443)
第四章 仲裁程序	(449)
第五章 申请撤销裁决	(458)
第六章 执行	(461)

商 法

公司法	(464)
合伙企业法	(492)
个人独资企业法	(505)
中外合资经营企业法	(508)
中外合作经营企业法	(509)
外资企业法	(511)
企业破产法	(512)
票据法	(528)
证券法	(538)
证券投资基金法	(545)
保险法	(546)

经济法

反垄断法	(558)
反不正当竞争法	(562)
消费者权益保护法	(566)
产品质量法	(570)
食品安全法	(573)
商业银行法	(575)
银行业监督管理法	(579)
企业所得税法	(581)
个人所得税法	(583)
税收征收管理法	(585)
审计法	(588)
劳动法	(589)
劳动合同法	(592)
土地管理法	(601)
城市房地产管理法	(606)
环境保护法	(609)



国际私法

- 一、冲突规范 (611)
- 二、国际私法的主体 (613)
- 三、国际民商事具体领域的法律适用 (616)
- 四、国际民商事争议的解决 (624)
- 五、区际法律问题 (634)

国际公法

- 一、国际法主体中的个人 (641)
- 二、海洋法 (644)
- 三、空间法 (646)
- 四、条约法 (646)

国际经济法

- 一、平向贸易法——国际货物买卖 (648)
- 二、平向贸易法——国际贸易支付 (653)
- 三、平向贸易法——保险 (656)
- 四、纵向贸易法——我国对外贸易管制 (657)
- 五、国际知识产权法 (662)
- 六、国际投资法 (662)
- 七、海商法 (663)



民法

概要

一、民法法条与民法理论、真题的关系

从考察目的看,司法考试中民法的题目可分为纯粹理论型、纯粹法条型以及综合应用型,应付这三种题目的相应学习手段也就有理解基本概念和基础理论、读熟法条、演练真题。这三种手段在某种意义上是递进和反复的关系。明白了民法的基本概念和基础理论,才能比较准确地领会法条,掌握了理论和法条,才有可能做好题目,而做题过程就是对理论和法条的掌握程度的检验过程。虽然近年来司法考试的民法试题有日益客观题主观化的趋势,但即便是偏重理论性的题目,也多有民法规范作为支撑,故法条仍然是司法考试中民法复习的重要组成部分。而且,相对于基本概念和基本理论而言,法条具有简洁的特点。即使考生有着较为扎实的法学理论功底,民法法条也是万万不能不读的。本编旨在以法条为主线(考点以专题分类列出重点法条与相关法条),挖掘探求法条真义(法条释义),培养应试题感(实例解析),做到举一反三。

二、民法法条学习步骤

1. 找到重点法条。民法法条可以说是浩如烟海,因此,复习法条重在事半功倍。所谓重点法条,就是有着理论支撑的那些民法规范。

2. 解析重点法条所涵制度价值。法条的具体规定无非是法的精神的具体体现,但法条本身多无显性表述。这就需要考生不能孤立的只看法条,而是应该在掌握基本概念和

基本理论的前提下看法条,在学习法条时探寻其中的规范价值。

3. 熟读重点法条。任何人都难以记住全部的各种具体规定,进而司法考试也不会立足于以考法条的具体规定为其最主要内容,起码在民法考试中是如此。因此,在复习过程中也就不必把死记法条作为复习的重点,熟读即可。看法条时一定要掌握关键词,要细致。在考试时经常出现这样的现象:看到题目后感觉大概知道,但排除了一两个明显错误的答案以后,剩下的就怎么也分辨不清楚了,之所以如此,实际上就是看得不细致的结果。比如,“发生不可抗力并且不能实现合同目的”,此为法律规定的可以法定解除合同的原因,有的考生只注意了“发生不可抗力”,而忽略了“不能实现合同目的”,这在做题时就很可能出错。

三、本编所涉法条说明

(一) 法条范围

本编主要涉及《民法通则》、最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》(以下简称《民通意见》)、最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》(以下简称《精神损害赔偿解释》)、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》)、最高人民法院《关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》(以下简称《时效问题规定》)、《婚姻法》、最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释》(一、二)(以下简称《婚

姻法解释》(一、二))、《继承法》、最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》(以下简称《继承法意见》)、《收养法》、《著作权法》、《著作权法实施条例》(以下简称《著作权条例》)、《专利法》、《专利法实施细则》(以下简称《专利细则》)、《商标法》以及《商标法实施条例》(以下简称《商标条例》)等法律文件。从历年试题的分值比例来看,有两个特点需要把握:一是以上法律文件所涉题目总分通常在 50 分以上;二是各司法解释(或条例、细则)比被解释的条文可考性更强。

本编以下分为《民法通则》及相关司法解释、《婚姻法》及相关司法解释、《继承法》及相关司法解释以及知识产权法四大部分,每一部分作若干考点分类,每一考点对所涉重点条文进行法条释义和实例解析。本编选择重点法条以摒弃“过时”条文为原则,必要时就法律对某些“过时”条文的修订作出提示或者比较说明。

(二) 各部分在考试中的分值说明

1. 《民法通则》及相关司法解释。民法理论的各项制度之间关联性很强,而且不少法律条文都涉及重大的基本理论问题,这使得《民法通则》及相关司法解释一度承载着重要的考查功能。随着我国民事立法的逐步完善,尤其是《物权法》、《担保法》、《合同法》、《土地管理法》、《房地产管理法》、《保险法》、《产品质量法》、《合伙企业法》、《公司法》等单行民商事立法及相关司法解释的先后颁行,《民法通则》和《民通意见》的一些规定就已经失去了考查的意义。不过,这些法律文件作为民法基本制度的发源地,仍然还有不少具有重要价值的考点,年均分值仍然占到 30 分左右。再考虑到它们对其他

民商立法的基础性作用,仍然不失为司法考试的重中之重。

2. 《婚姻法》及相关司法解释。我国现行调整婚姻关系的立法和司法文件主要有《婚姻法》及最高人民法院关于适用《中华人民共和国婚姻法》的两个司法解释。婚姻法在司法考试中所占分值一般不高,通常在 3 分左右,题型多集中在单选和多选题中,但 2006 年因结合继承法进行考查,其分值有所上升,2007 年则结合知识产权法与民事诉讼法进行考查,值得关注。

3. 《继承法》及相关司法解释。我国调整继承制度的立法及司法解释主要有《继承法》和《继承法意见》,此外,《民法通则》、《婚姻法》以及《民事诉讼法》及相关司法解释也有个别规范调整继承关系。继承法部分每年考试的分值通常为 4 分左右,题型主要为选择题,单独出案例分析题的可能性较小,至多以包含在其他案例中的小问的形式出现。

4. 知识产权法。知识产权法在司法考试中主要涉及著作权法、商标法和专利法三个部分,这三个部分的重要考点主要分布在《著作权法》、《著作权条例》、《专利法》、《专利细则》、《商标法》、《商标条例》以及最高人民法院的相关司法解释中。知识产权法部分在司法考试中除个别年份突破较大外,通常所占分值多在 13 分左右。如 2002 年占 12 分,2003 年占 9 分,2004 年 14 分,2005 年 26 分,2006 年 27 分,2007 年 12 分,2008 年 12 分(延考地区 14 分),值得考生予以重视。从题型上看,考试侧重于对法条的理解和运用,不仅有单选、多选、不定项选择题,而且还出现过案例分析题。

民法通则

一、民法的调整对象

● **重点法条** 民事法律关系与其他社会关系的区别

《民法通则》第2条 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。

● **法条释义**

1. 民事法律关系是由民法规范调整的以权利义务为内容的社会关系。

2. 民事法律关系是平等主体之间的人身关系和财产关系。

3. 民事法律关系的主体是指民事法律关系中享有权利、承担义务的人，包括自然人（个体工商户、农村承包经营户为自然人的特殊形式）、法人以及其他组织。国家在特殊情况下也可以成为民事主体。注意民事主体不限于《民法通则》第2条规定的范围。

4. 本条可从多角度考察。参见“实例解析”。

● **实例解析**

1. (2008年真题) 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。 本题从理论角度考查民事法律关系的概念、特征和要素。民事法律关系可由当事人自主设立，也可因法律规定而设立，故AD项明显错误。在理论上对民事主体有“二主体说”和“三主体说”，B项说法太绝对，在司法考试视野范围内考虑排除。民事法律关系的客体包括物、行为、智力成果等，其中行为包括作为与不作为。故C项当选。

2. (2006年真题) 下列哪种情形成立民

事法律关系？

- A. 甲与乙约定某日商谈合作开发房地产事宜
- B. 甲对乙说：如果你考上研究生，我就嫁给你
- C. 甲不知乙不胜酒力而极力劝酒，致乙酒精中毒住院治疗
- D. 甲应同事乙之邀前往某水库游泳，因抽筋溺水身亡

答案 C。 导致合同、婚姻、侵权行为等民事法律关系发生的法律事实的认定。本题结合合同、婚姻和侵权行为综合考查民事法律关系的成立。

3. (2005年真题) 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？

- 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

答案 D。 本题考查民事法律关系与其他社会关系的区别。履行相互帮助的道德义务不是民事义务，即使不履行也不需要承担法律责任。

二、自然人的能力

本专题涉及的法条可以分为自然人的民事权利能力与民事行为能力2个部分。

● **重点法条** 自然人的民事权利能力

《民法通则》第9条 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。

《民通意见》第1条 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。

《继承法》第28条 遗产分割时,应当保留胎儿的继承份额。胎儿出生时是死体的,保留的份额按照法定继承办理。

《继承法意见》第2条 相互有继承关系的几个人在同一事件中死亡,如不能确定死亡先后时间的,推定没有继承人的人先死亡。死亡人各自都有继承人的,如几个死亡人辈份不同,推定长辈先死亡;几个死亡人辈份相同,推定同时死亡,彼此不发生继承,由他们各自的继承人分别继承。

《继承法意见》第45条 应当为胎儿保留的遗产份额没有保留的,应从继承人所继承的遗产中扣回。

为胎儿保留的遗产份额,如胎儿出生后死亡的,由其继承人继承;如胎儿出生时就是死体的,由被继承人的继承人继承。

◎法条释义

自然人的民事权利能力是指自然人享有民事权利、承担民事义务的资格。以上条文是关于自然人民事权利能力起止时间的原则性规定以及例外规定。自然人的民事权利能力始于出生,终于死亡,但对胎儿和死者的利益法律给予特殊保护。

1. 出生时间的确定。依《民通意见》第1条的规定,在无其他确切的相反证据的情况下,认定自然人出生时间的标准依次为:①户籍证明;②医院出生证明;③其他有关证明。

2. 有继承关系的多人在同一事件中死亡时死亡时间的确定。根据《继承法意见》第2条的规定,相互有继承关系的多人在同一事件中死亡,如不能确定死亡先后时间的,推定没有继承人的人先死亡;死亡人各自都有继承人的,如几个死亡人辈份不同,推定长辈先死亡,辈份相同则推定同时死亡。

3. 关于胎儿的特留份和死者的人格利益保护。若严格恪守自然人的民事权利能力始

于出生,则“遗腹子”在其父亲死亡时将得不到任何遗产,这显然对该胎儿不公平。故《继承法》第28条及相关司法解释规定了对胎儿的特留份制度,以作为“权利能力始于出生”原则性规定的一个例外。此外,我国现行立法对于死者的人格利益也予以保护。不过,我国对死者人格利益的保护也不是基于考虑其权利能力,而是基于对死者近亲属利益或者社会利益的综合考虑。对此请参阅本编“侵权行为法的责任方式”专题。

◆实例解析

(2008真题)关于自然人和法人的权利能力,下列哪一选项是正确的?

- A. 自然人和法人都享有人格权
- B. 自然人和法人人格权受侵害时都可向法院请求精神损害赔偿
- C. 自然人与法人民事权利能力的范围相同
- D. 各类法人的民事权利能力的范围相同

答案 A。本题考查自然人和法人在民事权利能力方面的区别。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。故B项错误。与自然人的权利能力相比较,法人不具有自然人的人身属性,因而自然人与法人民事权利能力的范围不可能相同,故C项错误。法人的民事权利能力和民事行为能力在起止和范围上具有一致性,但不同类型的法人的民事权利能力范围却有差异。故D项错误。对于法人是否有人格权的问题,理论上不同观点,但通说认为自然人和法人均有人格权。再加上其他三个选项说法都错误,从技术上考虑,A应当选。

◎重点法条

自然人的民事行为能力

《民法通则》第11条 18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。16周岁以上不满18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。



《民法通则》第12条 10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10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。

《民法通则》第13条 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。

《民法通则》第14条 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。

《民通意见》第2条 16周岁以上不满18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。

《民通意见》第6条 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。

《合同法》第47条 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1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做出。

法条释义

1. 以上是关于自然人民事行为能力的分类、不同类型行为能力人确立民事法律关系的条件以及相应行为的效力的规定。自然人

的民事行为能力的分类对确定法律行为的效力有着重要意义，是司法考试的重要考点，几乎历年考试都会涉及，需要熟练掌握。

2. 完全民事行为能力人必须符合两个条件：①精神正常；②年龄在18周岁以上，或者16周岁以上且能够以自己的劳动收入为主要生活来源。

限制民事行为能力人包括两种情形：①10周岁以上不满18（或者16）周岁的未成年人；②不能完全辨认自己行为的精神病人。

无民事行为能力人包括两种情形：①不满10周岁的；②完全不能辨认自己行为的。

3. 无民事行为能力人和限制行为能力人的行为并非都无效。下列民事行为被认为有效：①对于无民事行为能力人和限制民事行为能力人纯获利益的行为以及限制民事行为能力人在相应的民事行为能力范围内实施的行为，一般应当认定为有效。②实践中对于无民事行为能力人从事的微小行为一般也认定为有效，比如8岁儿童花1元钱购买1支冰激凌的行为。

限制行为能力人在其行为能力范围以外订立的合同属于效力未定行为；其实施的单方行为无效，如遗嘱行为。

相关法条

《合同法》第9条；《继承法》第22条；《继承法意见》第7条；《票据法》第46条、第66条；《劳动法》第15条；《民事诉讼法》第170~173条；《民诉法意见》第193条等条文应与本部分条文结合复习，以应对综合题目。

实例解析

1. 17岁中学生甲的祖父乙，赠送给其财产10万元。甲欲购买一台价值9000元的笔记本电脑，根据法律的规定，甲应当：

- A. 有权自己购买
- B. 有权同祖父乙协商后购买
- C. 征得父母同意
- D. 通知父母即可

答案 C。本题的考点是限制行为能力



人行为的效力。理由参见法条释义。本题中，甲获得赠与财产 10 万元，但不是以其劳动收入作为主要生活来源，所以不符合可以视为完全民事行为能力人的条件。因此，其购买价值 9000 元的电脑的行为应由其法定代理人代理，或者征得其法定代理人的同意。

2. 7 岁的小学生甲，下列哪些行为，相对人可以行为人无民事行为能力为由，主张行为无效？

- A. 甲在学校获得奖学金 1000 元
- B. 甲接受外公赠与的一台电脑
- C. 甲替邻居王奶奶给女儿写信，王奶奶给甲一盒巧克力作报酬
- D. 甲发明一项专利，与 A 公司签订了专利权转让协议

答案 D。 本题的考点为无民事行为能力人行为的效力。理由参见法条释义。

三、自然人的住所

● 重点法条 自然人住所的确定

《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。

《民通意见》第 9 条 公民离开住所地最后连续居住 1 年以上的地方，为经常居住地。但住医院治疗的除外。

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。

◎ 法条释义

以上条文是关于确定自然人住所的规定。

1. 公民首先以户籍所在地的居住地为住所。
2. 当经常居住地与户籍所在地的居住地不一致时，以前者为住所。
3. 确定经常居住地时需要注意两点：①公民离开住所地最后连续居住 1 年以上的地方；②住医院治疗的除外。
4. 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。

◎ 实例解析

（依 1997 年真题改编）李大来的原户籍所在地在杨村，前年初，李大来从杨村开出迁住证，欲迁往李村。但在李村登记前，李大来得病，在县城关医院住院 1 年零 3 个月。病愈后李大来前往北京市打工，并在某区办理了暂住证，居住期限为 6 个月，现住在某区某街道某宅。现问：李的住所应确定为何处？

- A. 杨村
- B. 李村
- C. 县城关医院
- D. 北京某区某街道某号

答案 A。 本题考查住所的确定方式。理由参见法条释义 3、4。李大来由其户籍所在地迁出后至迁入另一地之前，无经常居住地，故仍以其原户籍所在地为住所。

四、监护

本专题涉及的法条可以分为监护人的确定、监护人的职责以及被监护人侵权后的民事责任承担 3 个部分。

● 重点法条 监护人的确定

《民法通则》第 16 条 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：

- (1) 祖父母、外祖父母；
- (2) 兄、姐；
- (3) 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 1 款、第 2 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。

《民法通则》第17条 无行为能力人或者限制行为能力的精神病人，由下列人员担任监护人：

- (1) 配偶；
- (2) 父母；
- (3) 成年子女；
- (4) 其他近亲属；

(5) 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1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。

《民通意见》第12条 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。

《民通意见》第13条 为患有精神病的未成年人设定监护人，适用民法通则第16条的规定。

《民通意见》第14条 人民法院指定监护人时，可以将民法通则第16条第2款中的1、2、3项或者第17条第1款中的1、2、3、4、5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。

《民通意见》第15条 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。

《民通意见》第16条 对于担任监护人有争议的，应当按照民法通则第16条第3款或者第17条第2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。

《民通意见》第17条 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。

《民通意见》第18条 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。

《民通意见》第21条 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。

《民通意见》第23条 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。

法条释义

1. 限制民事行为能力人和无民事行为能力人的监护人的确定方法为重要考点。

2. 近亲属的范围。在需要由近亲属担任监护人的情形下，需要注意比较不同部门法中近亲属的不同范围。《民法通则》中规定的近亲属的范围包括配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女。

3. 未成年人的监护人的确定。监护人包括法定监护人、指定监护人、委托监护和其他监护人四种情形：

法定监护人的确定：①父母：父、母是未成年人的当然法定监护人，且父母离婚原

则上并不影响其监护人的地位。但依《民通意见》第 21 条的规定：下列三种情形下与子女共同生活的一方可通过（如要取消也必须通过）人民法院取消另一方的监护资格：一是对子女有犯罪行为的；二是对子女有虐待行为的；三是对该子女明显不利的。②其他法定监护人的确定：若父、母均已死亡或者均丧失监护能力，下列人员可以作为法定监护人：祖父母、外祖父母；成年兄、姐。需要注意的是以上人员有顺序之分，但同一顺序中人担任监护人的，并无人数限制，一人或数人均可。

指定监护人的确定：未成年人父母之外的近亲属担任监护人，可能会发生争执或推脱担任监护人的情形。在这种情形下，有关近亲属可以协议解决；协议不成，可进行指定。该指定包括两种情形：①有关组织（即未成年人父母生前所在单位或未成年人住所地的居民委员会、村民委员会）指定；②人民法院指定（裁决）。这两种情形之间，前者是后者的必经程序；如果没有经过前者，人民法院不予受理。需要注意的是，监护人一经指定，不得擅自变更；否则，由变更前后的监护人共同承担监护责任。

委托监护人的确定：依《民通意见》第 22 条的规定，法定或指定监护人也可通过委托协议将监护职责委托给他人履行，此时成立委托监护。

其他类型监护人的确定：除上述指定、法定、委托监护人外，还可以由其他自然人（未成年人的其他亲属或朋友）或者组织担任监护人。需要注意的是，此类自然人并无法定义务，其担任监护人原则上应具备两个条件：一是该亲友自愿；二是征得有关组织同意。

4. 精神病人的监护人。上面概括的是未成年人的监护人的确定情形，至于精神病人的监护人的确定，原理同上，区别主要在于有监护资格的人的范围和顺序有所不同（可依《民法通则》第 17 条的规定确定）。当

然，为患有精神病的未成年人设定监护人，仍应适用上面关于未成年人的规定。

实例解析

1. （真题）胡某，男，今年 3 岁，尚不懂事，不幸的是其父母三个月前车祸身亡，现在对于其监护人的确定，以下主体发生争议。他们申请其父母原来所在单位某研究所指定监护人，后来其中有人对该研究所的指定不服，在法定期限内起诉要求法院指定，那么法院应当指定（ ）为监护人。

A. 祖父，由于儿子、媳妇双亡，极为悲痛，心情不佳，神情恍惚，在开车时违反交通规则撞死一个行人，但是，检察院在审查起诉时经鉴定认为，由于精神状况，其不需负刑事责任

B. 哥哥，17 岁，在某重点大学读书

C. 姐姐，23 岁，农村务农

D. 舅舅，40 岁，某村村民

答案 C。本题考查监护人的确定。可依《民法通则》第 16 条，《民通意见》第 14~16 条、第 19 条的规定作答。

2. （真题）2000 年董某在丈夫去世后经人介绍与丧偶的崔某结婚，但他们的婚事一直遭到崔某儿子小崔的反对。2003 年崔某患上精神病，并久治不愈，一直由董某悉心照料。2004 年 5 月，小崔提出要担任父亲的监护人，保管父亲的所有财产，崔某的财产应该由（ ）保管。

A. 董某

B. 小崔

C. 崔某的父亲

D. 崔某的母亲

答案 A。可依《民法通则》第 17 条规定作答。

重点法条 监护人的职责

《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。

《民通意见》第10条 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。

《民通意见》第20条 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16条、第17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。

《民事诉讼法》第57条 无诉讼行为能力人由他的监护人作为法定代理人代为诉讼。法定代理人之间互相推诿代理责任的,由人民法院指定其中一人代为诉讼。

最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》(以下简称《民诉意见》)第198条 被指定的监护人不服指定,应当在接到通知的次日起30日内向人民法院起诉。经审理,认为指定并无不当的,裁定驳回起诉;指定不当的,判决撤销指定,同时另行指定监护人。判决书应送达起诉人、原指定单位及判决指定的监护人。

◆法条释义

1. 对监护人处分财产的限制:非为被监护人的利益,监护人不得处分其财产。注意处分的后果为无效,这里的无效是指对被监护人不生效。

2. 《民通意见》第10条规定了监护人的职责。监护人怠于履行监护职责或积极侵害

被监护人合法权益所导致的法律责任,不同于监护人对于被监护人的侵权行为承担的法律责任。依《民法通则》的规定,前者的情形包括:①致被监护人财产损失的,应承担赔偿责任;②依其他有监护资格的人员或者单位的申请,人民法院可撤销其监护资格。

3. 关于监护人的普通程序之诉和特别程序之诉:监护人不履行监护职责,或者侵害了被监护人的合法权益,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。

4. 被监护人作原告或者被告时,他的监护人作为法定代理人代为诉讼。

◆实例解析

(1999年真题)甲为一儿童影星,片酬颇丰,乙为甲的监护人。乙的下列哪些行为属于合法有效的民事行为?

- A. 因甲的侵权行为给他人造成的损失,用其片酬予以支付的行为
- B. 用甲的片酬赠与他人的行为
- C. 用甲的片酬为甲购买人身保险的行为
- D. 用甲的片酬为乙母购买房产的行为

答案 AC。本题实际上考查“监护人的职责”和“被监护人侵权后的责任承担”两个知识点,理由参见法条释义1“对监护人处分财产的限制”以及下一专题法条释义3。注意结合真题选项理解“为被监护人的利益”的涵义。

◆重点法条 被监护人侵权后的民事责任承担

《民通意见》第22条 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(需要注意的是:委托人与受托人之间的约定不得对抗第三人);被委托人确有过错的,负连带责任。



《民法通则》第133条 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。

《民通意见》第158条 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。

《民通意见》第159条 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。

《民通意见》第160条 在幼儿园、学校生活、学习的无民事行为能力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。

《民通意见》第161条 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；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18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。

《人身损害赔偿解释》第7条 对未成年人依法负有教育、管理、保护义务的学校、幼儿园或者其他教育机构，未尽职责范围内的相关义务致使未成年人遭受人身损害，或者未成年人致他人人身损害的，应当承担与其过错相应的赔偿责任。

第三人侵权致未成年人遭受人身损害的，应当承担赔偿责任。学校、幼儿园等教育机构有过错的，应当承担相应的补充赔偿责任。

法条释义

被监护人致人损害责任是司法考试最易出题的考点之一。

1. 被监护人致人损害责任的构成要件包括：①损害是由被监护人造成的；②责任承担者与加害人之间存有监护关系。

2. 被监护人致人损害责任的归责方法采无过错责任归责，即监护人并不能因其尽了监护义务而免责，而仅仅是“可以适当减轻”责任。

3. 被监护人致人损害责任的具体承担规则可以概括为：①被监护人有财产的，应首先从其财产中支付，不足部分始由监护人适当赔偿（但单位担任监护人的除外）。②夫妻离婚后，未成年子女发生侵权行为的，应首先由与该子女共同生活的一方承担责任，但在其独立承担有困难时，未与该子女共同生活的一方才负共同承担的责任。由此可以看出，司法解释的用意在于强调与未成年子女共同生活的一方负有更重的监护注意义务。③无明确的监护人时，由顺序在前的有监护能力的人承担民事责任。这实际上是法律上的一种推定。④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；行为人没有经济能力的，应当由原监护人承担民事责任。⑤行为人致人损害时年满18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，也可判决或调解延期给付。⑥委托监护中的责任承担：因被监护人的侵权行为需要承担民事责任的，原则上应当由监护人（也是委托人）承担，但另有约定的除外（需要注意的是：委托人与受托人之间的约定不得对抗第三人）；被委托人确有错误的，负连带责任。从归责方法上看，委托人对被监护人的侵权行为承担无过错责任，受托人承担过错责任。

4. 对未成年人依法负有教育、管理、保护义务的学校、幼儿园或者其他教育机构，未尽职责范围内相关义务致使未成年人遭受人身