

2007年司法考试民法考点预测五 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/250/2021_2022_2007_E5_B9_B4_E5_8F_B8_c36_250895.htm 考点六十：客运合同 承运人在运输中要采取各种措施，确保旅客的安全。在运输过程中旅客伤亡的，不论他是持正常票的旅客还是按规定免票、持优待票或者经承运人许可搭乘的无票旅客，除承运人能够证明伤亡是因旅客故意、重大过失造成的或者伤亡是因旅客自身健康原因造成的以外，承运人均应当承担损害赔偿责任。承运人在运输过程中应采取必要的措施，保证旅客自带行李的安全。在运输过程中旅客自带物品毁损、灭失的，承运人有过错的，应当承担损害赔偿责任。但对于旅客托运的行李，承运人应当按照货物运输的有关规定，就行李的毁损、灭失承担损害赔偿责任。注意：客运合同自承运人向旅客交付客票时成立。先购票者自取得客票时合同成立。后购票先登运送设备者自登上运送设备时起合同成立。先购票者客票生效时间为检票时间，后购票者登上运送设备补得客票的时间为合同生效时间。除航空运输外，客票持有人在检票前，可自由转让客票。 考点六十一：仓储合同 保管人验收时发现入库仓储物与约定不符合的，应当及时通知存货人。保管人验收后，发现仓储物的品种、数量、质量不符合约定的，保管人应当承担损害赔偿责任。储存期间，因保管人保管不善造成仓储物毁损、灭失的，保管人应当承担损害赔偿责任。但因仓储物的性质、包装不符合约定或者超过有效储存期造成仓储物变质、损坏的，保管人不承担损害赔偿责任。存货人或仓单持有人提前提取仓储物的，不减收仓储费。危险通知的

义务。这包括以下情况：（1）遇有第三人就仓储物对保管人提起诉讼或者对仓储物申请扣押时，保管人应当及时通知存货人或者仓单持有人。（2）保管人对入库仓储物发现有变质或者损坏，危及其他仓储物的安全或者正常保管的，应当催告存货人或者仓单持有人作出必要的处置。因情况紧急，保管人可以作出必要的处置，但事后应当将该情况及时通知存货人或者仓单持有人。（3）对于外包装或货物标记上标明或者合同中申明了有效期的货物，依诚实信用原则保管人应当于仓储物临近失效期前通知存货人或仓单持有人。注意：第一，仓储合同中的仓单为物品证券、物权证券，存货人可凭仓单提取物品，也可背书并经仓储营业人签名转移仓单。仓单的转移并不表明仓储合同权利义务的全部移转，而只是表明合同权利的移转，即提取仓储物的权利移转给仓单持有人。除当事人之间另有约定外，仓库营业人仍应向存货人主张仓储费的权利。第二，仓储物的风险负担。仓储营业人对仓储货物承担保管不善的责任，但仓储货物因风险灭失，应由谁负担，合同法未予规定，依风险由所有权人承担的原理，仓储营业人不承担货物风险灭失的责任。考点六十二：委托合同 对于受托人处理委托事务所产生的债务，委托人有清偿的义务。这种债务有两种情况：一是受托人以代理方式在授权范围内以委托人的名义处理委托事务的，所产生的债务直接归委托人承受，委托人自然应直接负责清偿。二是受托人在授权范围内以自己的名义处理委托的事务，由此产生的债务名义上为受托人负担，而实质上属于委托人的债务，于此情形下，既可通过债务转移的方式由委托人负责清偿该债务，受托人也可以要求委托人作为有利害关系的第三人代为清

偿。但受托人以自己的名义，在委托人的授权范围内与第三人订立的合同，第三人在订立合同时知道受托人与委托人之间的代理关系的，该合同直接约束委托人和第三人，但有确切证据证明该合同只约束受托人和第三人的除外。受托人以自己的名义与第三人订立合同时，第三人不知道受托人与委托人之间的代理关系的，受托人因第三人的原因对委托人不履行义务，受托人应当向委托人披露第三人，委托人因此可以行使受托人对第三人的权利，但第三人与受托人订立合同时如果知道该委托人就不会订立合同的除外。受托人因委托人的原因对第三人不履行义务，受托人应当向第三人披露委托人，第三人因此可以选择受托人或者委托人作为相对人主张其权利，但第三人不得变更选定的相对人。委托人行使受托人对第三人的权利的，第三人可以向委托人主张其对受托人的抗辩。第三人选定委托人作为其相对人的，委托人可以向第三人主张其对受托人的抗辩以及受托人对第三人的抗辩。受托人处理委托事务时，因不可归责于自己的事由受到损失的，委托人应当向受托人赔偿该损失。委托人经受托人同意在受托人之外委托第三人处理委托事务的，也应当由委托人赔偿因此而给受托人造成的损失。注意：第一，委托合同与雇佣合同、承揽合同的区别。在承揽合同中，承揽人负有完成一定工作的义务，承揽人的劳务具有物化的结果，而委托合同中的受托人仅负责处理事务，而不负担完成一定工作的义务。在雇佣合同中的受雇人仅提供劳务，而委托合同中的受托人提供劳务仅是手段，其目的是处理一定事务。第二，委托合同的任意解除权。委托人或者受托人可以随时解除合同，因解除合同给对方造成损失的，除不可归责于当事人

的事由外，应当赔偿损失。 考点六十三：不当得利 不当得利的类型：（1）因给付而发生的_{不当得利}。包括：第一，给付的目的自始不存在。这又称为非债清偿。第二，给付的目的未达到。第三，给付的目的嗣后不存在。（2）基于给付以外的事实而发生的_{不当得利}，主要有：第一，基于受益人自己的行为而发生的_{不当得利}；第二，基于受损人的行为而发生的_{不当得利}；第三，基于第三人的行为而发生的_{不当得利}；第四，基于自然事件而发生的_{不当得利}；第五，基于法律规定而发生的_{不当得利}，例如因添附一方取得添附之物的所有权，须向因此而受损失的另一方返还所取得的利益。不当得利作为引起债发生的事实，属于事件，因为不当得利本质上是一种利益，与当事人意志无关。不当得利与无因管理的区别。无因管理是一种合法的事实行为，无因管理的管理人应将管理所得的利益归还于本人。管理人并不能取得利益。本人从管理人那里取得的利益，因该利益本为自己所有，不属于不当得利。如果管理人从管理中取得利益不归还于本人，而自己占有，则管理人的占有无合法根据，本人可基于不当得利的规定请求管理人归还。在判断一个法律现象是无因管理，还是不当得利时，还可从主观角度予以判断：如果行为人是为了他人利益而进行管理行为，则属于无因管理，如果行为人在主观上是为了自己的利益，而在客观上给他人带来利益，给自己带来不利益，则构成不当得利。不当得利请求权与其他请求权的竞合。（1）不当得利请求权与返还原物请求权。在一方侵占他人财物，或者一方基于无效行为给付他人财物，标的物的所有权不发生转移时，成立所有物返还请求权。同时因一方取得他人财物的占有，在此情况下，发生

返还原物请求权与不当得利请求权的竞合。因不当得利返还请求权为债权请求权，所有物返还请求权为物权请求权，所以，权利人可据此选择。在实务中，由于物权返还请求权适用诉讼时效的规定，所以，选择适用不当得利债权请求权，还是选择所有物返还请求权无实质区别。（2）不当得利请求权与侵权损害赔偿请求权。侵权行为可能与不当得利发生竞合，于是产生不当得利请求权和侵权损害赔偿请求权的竞合。在此情况下，当事人可选择行使何种请求权。（3）不当得利请求权与违约责任请求权。不当得利与违约责任请求权也可能发生竞合。在一方给付有瑕疵的情形下，一般仅发生违约责任请求权，而不发生不当得利请求权。

考点六十四：无因管理 无因管理的构成要件：（1）管理他人事务。（2）为避免他人利益损失而为管理。指管理人主观上有为他人利益管理的意思，亦即是为他人谋利益的。（3）无法律上的义务。管理人有无管理他人事务的义务，应以管理人着手管理时的客观事实而定。无因管理与无权代理的区别。（1）在无权代理中，行为人是本人的名义进行活动的，而在无因管理中，管理人并不以本人名义实施管理行为；（2）无权代理属于民事行为，行为人需具有相应的民事行为能力，而无因管理属于事实行为，无行为能力之要求；（3）无权代理发生本人的追认，经本人追认的无权代理为有权代理，对本人发生法律效力，而在无因管理中，不发生本人的追认，本人是否接受无因管理的后果不影响无因管理的效力；（4）无权代理中行为人与第三人发生关系，而无因管理中，管理人并不一定与第三人发生关系。

考点六十五：无效婚姻 在依司法程序确认婚姻的效力时，婚姻当事人、有利害关系的第三人包括单

位均有权就已经办理结婚登记的婚姻提起确认之诉。法院应当对此依法作出判决，不得适用调解。有关婚姻效力的判决一经作出即发生法律效力，不得上诉。但涉及财产分割和子女抚养的，可以进行调解，调解达成协议的，另行制作调解书。对财产分割和子女抚养问题判决不服的，当事人可以上诉。法院在审理有关扶养、继承等案件过程中，如果发现是无效婚姻，应在判决中予以宣告。如果在结婚登记时存在婚姻无效的情形，但当事人在法定的无效婚姻情形已经消失后请求宣告婚姻无效的，法院依法不予支持。在依行政程序确认婚姻效力的，婚姻登记机关查明有无效婚姻的情形时，应当撤销结婚登记，宣布其婚姻关系无效并收回结婚证。无效婚姻自始不发生合法婚姻的效力，在当事人之间不产生夫妻人身及财产方面的权利义务关系。 考点六十六：诉讼离婚

（1）诉讼离婚中的两项特殊保护： 现役军人的配偶要求离婚的，须经军人同意，但军人一方有重大过失的除外。双方都是军人或军人一方向非军人一方提出离婚的，不适用此规定。如果由于军人一方有重婚行为，与他人同居，实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员，有吸毒、赌博等恶习又屡教不改的或其他情形的过错，导致夫妻感情破裂而使非军人一方要求离婚，军人一方又不同意的，法院应通过军人所在部队团以上政治机关做好军人的思想政治工作，准予离婚。 在女方怀孕期间、分娩后1年内或中止妊娠后6个月内，男方不得请求离婚。女方提出离婚的或人民法院认为确有必要受理男方的离婚请求的不在此限。这里的“确有必要”是： 在此期间双方确实存在不能继续共同生活的重大而急迫的事由，已对他方有危及生命、人身安全的可能； 女方怀孕或分

娩的婴儿是因与他人通奸所致。（2）夫妻感情是否破裂，是人民法院判决离婚或不离婚的原则。有下列情形之一经调解无效的，应视为感情确已破裂：重婚或有配偶者与他人同居的；实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员的；有赌博、吸毒等恶习屡教不改的；因感情不和分居2年的；一方有生理缺陷或其他原因不能履行夫妻同居义务且难以治愈的；婚前缺乏了解，草率结婚，婚后未建立起夫妻感情而难以共同生活的；婚前隐瞒了精神病婚后又久治不愈的，离婚前知道对方患有精神疾病而与其结婚或一方在夫妻共同生活期间患精神病，久治不愈的；双方在办理结婚登记后未同居生活，无和好可能的；因感情不和，在人民法院判决不准离婚后分居满1年，互不履行夫妻义务的；一方与他人通奸、非法同居，经教育仍无悔改表现，无过错一方提起诉讼离婚，或过错方起诉离婚，对方不同意离婚，经批评教育、处分，在人民法院判决不准离婚后，过错方又起诉离婚，确无和好可能的；一方被依法判处有期徒刑，或其违法犯罪行为严重伤害夫妻感情的；一方宣告失踪另一方提出离婚诉讼的；因其他原因导致夫妻感情确已破裂的。即使提出离婚的一方有过错，只要具备离婚的法定事由，法院就应判决准予离婚。

考点六十七：离婚时的财产处理 如果夫妻双方以书面形式约定婚姻关系存续期间所得财产归个人所有，则在离婚时不发生共有财产的分割问题。如果在婚姻存续期间，夫妻所得财产实行法定财产制及夫妻双方约定为共同所有或部分各自所有、部分共同所有，在离婚时须对共有财产部分进行分割。法院在判决时对于夫妻财产的分割应该在保护女方和子女的合法权益，照顾无过错方，不得损坏财产的价值

和使用价值的原则下进行处理。分割夫妻共同财产后，对一方隐匿、转移、变卖、毁损夫妻共同财产或伪造债务企图侵占另一方财产的，可以向法院提起诉讼，请求再次分割夫妻共同财产。再次分割夫妻共同财产请求权的诉讼时效是2年，从当事人发现的次日起计算。 考点六十八：离婚诉讼无过错方的损害赔偿请求权 提起损害赔偿请求的主体只能是合法婚姻关系中的无过错方，且必须是由于对方的过错导致离婚的；而承担损害赔偿责任的主体仅为离婚诉讼当事人中无过错方的配偶。有下列情形之一的，无过错方有权请求损害赔偿：第一，重婚的；第二，有配偶者与他人同居的；第三，实施家庭暴力的；第四，虐待、遗弃家庭成员的。如果当事人有上述情形之外的其他过错的，无过错方不得请求离婚损害赔偿。无过错方请求损害赔偿的范围包括物质损害赔偿和精神损害赔偿。无过错方向法院提起的损害赔偿请求必须与离婚诉讼同时提出，由法院在判决离婚时一并作出裁决。原告不提出请求的，视为对权利的放弃，并丧失请求损害赔偿的权利。另外，如果无过错方作为被告并同意离婚的，可以在离婚诉讼中请求损害赔偿。一审时被告未提起损害赔偿而在二审期间提起的，法院应当进行调解；调解不成的，当事人可以在离婚后1年内对损害赔偿另行起诉；如果被告不同意离婚也不提起损害赔偿的，被告可以在法院判决准予离婚后1年内就此单独提起诉讼。 考点六十九：代位继承 代位继承具有以下特征：（1）被代位人须为先于被继承人死亡的子女。（2）代位人须是被继承人的晚辈直系血亲。代位继承人不受辈数的限制。被继承人的养子女、已形成扶养关系的继子女的生子女可以代位继承。被继承人的亲生子女的养子女、养

子女的养子女、与被继承人已形成扶养关系的继子女的养子女可以代位继承。（3）被代位人未丧失继承权。继承人丧失继承权的，其晚辈直系血亲也不得代位继承。如该代位继承人是缺乏劳动能力又没有生活来源的人，或是对被继承人尽赡养义务较多的，可适当分给遗产。（4）代位继承人只能继承被代位人应继承的遗产份额。代位继承人为数人的，原则上由数个代位继承人平分被代位人应继承的份额。代位继承人缺乏劳动能力又没有生活来源，或者对被继承人尽过主要赡养义务的，分配遗产时，可以多分。（5）代位继承只适用于法定继承。注意：代位继承与转继承的区别：（1）转继承是在继承开始继承人直接继承后又转由其继承人继承其遗产，而代位继承是代位人基于代位继承权直接参加遗产继承；（2）转继承发生在继承开始后遗产分割前，被转继承人可以是任一继承人，而代位继承只能是因被继承人的子女先于被继承人死亡发生；（3）转继承人是被转继承人死亡时生存的所有法定继承人或遗嘱继承人，而代位继承中的代位继承人仅限于被继承人的晚辈直系血亲，被代位人只能是先于被继承人死亡的子女；（4）转继承可以发生在法定继承中，也可以发生在遗嘱继承中，而代位继承只适用于法定继承。考点七十：遗嘱的有效要件（1）遗嘱人须为完全民事行为能力人，无行为能力人或者限制行为能力人所立的遗嘱无效。遗嘱人是否具有遗嘱能力，以遗嘱设立时为准。（2）遗嘱须是遗嘱人的真实意思表示。（3）遗嘱不得取消缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人的继承权。继承人是否缺乏劳动能力又没有生活来源，应按遗嘱生效时该继承人的具体情况确定。（4）遗嘱中所处分的财产须为遗嘱人的个人财产。（5

) 遗嘱须不违反社会公共利益和社会公德。(6) 遗嘱须具备法律要求的形式。违反社会公共利益和社会公德的民事行为无效。遗嘱若损害了社会公共利益或者其内容违反社会公德，则也不能有效。

考点七十一：遗赠与遗嘱继承的区别

(1) 受遗赠人可以是法定继承人以外的任何自然人，也可以是国家或集体，遗嘱继承人只能是法定继承人范围之内的人，而不能是法定继承人以外的人。

(2) 受遗赠权的客体只能是遗产中的财产权利，遗嘱继承权的客体是遗产，既包括财产权利也包括财产义务。

(3) 受遗赠人应当在知道受遗赠后的2个月内，作出接受或者放弃受遗赠的表示。到期没有表示的，视为放弃受遗赠。遗嘱继承人自继承开始后遗产分割前未表示放弃继承的，视为接受继承。

(4) 受遗赠人是从遗嘱执行人处取得受遗赠的财产，而遗嘱继承人可直接参与遗产分配而取得遗产。

(5) 遗赠人不能于指定受遗赠人后再为其指定受遗赠人，而遗嘱人可以于遗嘱中指定遗嘱继承人的候补继承人。

考点七十二：名誉权 侵害名誉权的行为，具有的特点有：第一，侵权行为须有使他人名誉贬损的性质。第二，侵权行为须指向特定人的名誉。第三，贬损他人名誉的行为须为第三人所知晓。在有的情况下，以行为的结果看，该行为侵害了他人的名誉权，但法律出于社会公共利益或道义上的考虑，将这类行为排除于侵害名誉权的行为之外。包括：第一，公民通过合法途径反映情况的。公民对国家机关及其工作人员提出批评，对其违法行为向有关机关提出申诉、控告或检举，是公民行使其基本权利，不能构成侵害名誉权。但是，如果故意捏造或歪曲事实进行诬告陷害，则可构成侵害名誉权。第二，国家机关工作人员依职权在工作中进行

的善意陈述。如果超出职权范围，恶意地散布有损他人名誉的言论，则不能免除侵害名誉权的责任。第三，正当的舆论监督。第四，履行法律上或道德上的义务的行为。第五，事先表示同意的行为。当事人如果确实出于真实的意思事先表示同意的行为，虽然引起损害名誉的后果，也不构成侵害名誉权。

考点七十三：肖像权 未经本人同意，以营利为目的使用他人肖像做广告、商标、产品包装、橱窗装饰等，是较为常见的、严重侵害肖像权的行为。一般来讲，下列行为不构成对肖像权的侵害：第一，政治家、体育和影视明星或者其他著名人士，在公开场合露面时，为报道其活动而使用其肖像，不构成侵权。第二，游行、阅兵、祭祀或其他公众性活动的摄影中所包含的人物肖像，肖像人不得主张肖像权。但这时如果个人的形象丑陋不堪或者有其他有辱人格的情形时，肖像人可以行使肖像权。第三，风景作品，如风景画、风景照中人的肖像纯为点缀，因不以该人物为主，故不是侵害肖像权行为。但风景作品中的人物，必须以不描绘出特定的人为限度。第四，仅依记忆而制作他人肖像，但以对于肖像人无侮辱的成分为限。第五，在诉讼过程中为侦查、起诉或审判的需要使用他人的肖像，但这种使用应以必要为限度，否则亦构成侵权。第六，为进行正当的新闻报道而使用他人的肖像。例如，拍照破坏国家文物的行为，违反交通法规、翻越护栏的行为，为报道已判决的重大案件使用罪犯的肖像。第七，为自然人本人的利益而使用其肖像，例如为寻找下落不明的人，在刊登寻人启事时使用其照片。

考点七十四：过错责任原则 对过错责任需注意的是：（1）在过错责任下，受害人有义务举出相应证据表明加害人主观上有过错，以

保障其主张得到支持；（2）加害人过错的程度在一定程度上也会对其赔偿责任的范围产生影响；（3）适用过错责任原则时，如果第三人对损害的发生也有过错，即构成共同过错，应由共同加害人按过错大小分担民事责任，且相互承担连带责任；（4）如果受害人对于损害的发生也有过错的，则构成混合过错，依法可以减轻加害人的民事责任。对过错推定责任需注意的是：（1）过错推定责任仍以过错作为承担责任的基础，因而它不是一项独立的归责原则，只是过错责任原则的一种特殊形式。（2）在过错推定责任的情况下，对过错问题的认定则实行举证责任倒置原则。受害人只需证明加害人实施了加害行为，造成了损害后果，加害行为与损害后果间存在因果关系，无需对加害人的主观过错情况进行证明，就可推定加害人主观上有过错，应承担相应的责任。加害人为了免除其责任，应由其自己证明主观上无过错。（3）过错推定责任不能任意运用，只有在法律有明确规定的情况下才可适用。

考点七十五：无过错责任原则（1）无过错责任原则的适用必须有法律的明确规定，不能随意扩大适用；（2）适用无过错责任，受害人不需证明加害人的过错，加害人亦不能通过证明自己无过错而免责，但原告应证明损害事实及其因果关系；（3）在出现某些法定免责事由时，有关当事人也可全部或部分免除其民事责任。如完全由于不可抗拒的自然灾害，并经及时采取合理措施，仍然不能避免造成环境污染损害的，当事人可以免于承担责任。

考点七十六：侵权责任与违约责任的竞合 违约责任与侵权责任的不同之处表现在：（1）违约责任以当事人间存在合同关系为前提，侵权责任不需要当事人间存在合同关系；（2）违约责任是侵犯债权人的

债权产生的民事责任，侵权责任是侵犯他人的财产或人身权产生的民事责任；（3）违约责任不需要有损害事实的存在，侵权责任一般要有损害事实存在才承担责任；（4）违约责任主要适用无过错责任原则，侵权责任主要适用过错责任原则，同时还适用无过错责任、公平责任；（5）违约责任是一种纯粹的财产责任形式，侵权责任不仅可以是财产责任，也可以是非财产责任。在侵权责任与违约责任发生竞合时，由受害人选择追究加害人的何种责任。选择追究加害人的何种责任，对于受害人来说意义重大，因为侵权责任与违约责任的构成、责任形式、责任范围、诉讼时效、诉讼管辖、举证责任均有差异，受害人选择不同的责任形式会产生不同的法律后果。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com