

wan guo 万国法源

2010 年北京万国学校
辅导用书系列

5

集万国一线名师 铸司考优秀品质

2010年国家司法考试

历届真题 分类解读

民法卷

北京万国学校 组编

一线名师 权威解读 旧题新做 深度挖掘

九州出版社
JIUZHOU PRESS

D92-44
163
:5

2010年司法考试

历届真题 分类解读

民法卷

北京万国学校 组编

作者名单

- 刑法卷——韩友谊
- 理论法学·行政法卷——季宏
- 诉讼法卷——房保国 郭翔
- 国际法学·商经法卷——张雨泽 杨长庚
- 民法卷——李军

图书在版编目 (CIP) 数据

2010 年国家司法考试历届真题分类解读：五卷本·
民法卷 / 北京万国学校组编. —北京：九州出版社，
2010. 3

ISBN 978-7-5108-0371-0

I. ① 2… II. ① 北… III. ① 民法—中国—法律工作
者—资格考核—解题 IV. ① D92-44

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 040194 号

2010 年国家司法考试历届真题分类解读 (五卷本)

作 者 北京万国学校 组编
出版发行 九州出版社
出 版 人 徐尚定
地 址 北京市西城区阜成门大街甲 35 号 (100037)
发行电话 (010) 68992190/2/3/5/6
网 址 www.jiuzhoupress.com
电子信箱 jiuzhou@jiuzhoupress.com
印 刷 大地印刷厂
开 本 720 毫米 × 1020 毫米 16 开
印 张 134.75
字 数 1620 千字
版 次 2010 年 4 月第 1 版
印 次 2010 年 4 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978-7-5108-0371-0
定 价 198.00 元

★版权所有 侵权必究★

目 录

民法通则

一、自然人	1
(一) 宣告死亡与失踪	1
(二) 监护、住所	4
(三) 收养	7
二、法人	8
三、个人合伙	15
四、民事法律关系	20
五、民事权利	22
六、法律行为	26
(一) 法律行为的种类	26
(二) 意思表示	29
(三) 法律行为的效力	35
七、代理	42
(一) 委托与代理	42
(二) 无权代理与表见代理	45
(三) 间接代理	51
(四) 代理的终止	53
八、诉讼时效	53
九、债权总论	59
(一) 债的种类	59
(二) 无因管理	63
(三) 不当得利之债	67

物 权 法

一、物权及所有权	72
----------	----

(一) 物	72
(二) 物权行为与物权变动	74
(三) 所有权概述	86
(四) 所有权的取得方式	87
(五) 共有及优先购买权	96
(六) 建筑物区分所有权	101
二、用益物权	102
(一) 总则	102
(二) 地役权与相邻关系	102
(三) 典权	106
三、占有	107

担保法

一、保证	110
(一) 基础知识	110
(二) 保证期间	111
(三) 保证方式	112
(四) 保证责任的从属性	114
(五) 人保与物保的关系	116
二、抵押	120
(一) 抵押合同生效与抵押权设立	120
(二) 抵押权的效力及其实现	123
三、质押	128
(一) 质押合同的生效与质押权的设立	128
(二) 质押权的效力	134
四、留置	135
五、定金	135

合同法

合同法总则	138
一、概论	138
(一) 民法及合同法基本原则	138

(二) 合同法的适用范围	140
(三) 合同的分类	140
二、合同的订立	141
(一) 要约与承诺	141
(二) 合同的成立、生效	146
(三) 缔约过失责任	149
三、合同的效力	152
四、合同的履行	160
(一) 履行抗辩权	160
(二) 合同保全	163
五、合同的转让	166
六、合同的终止	170
(一) 合同的解除	170
(二) 抵销	173
(三) 提存	175
(四) 混同	176
七、违约责任	177
八、合同的解释	187
合同法分则	189
一、买卖合同	189
(一) 综述	189
(二) 交付	192
(三) 风险	193
(四) 分期付款买卖	196
(五) 试用买卖	196
(六) 其他	199
二、赠与合同	200
三、借款合同、供用水电气合同	204
四、租赁合同	206
五、融资租赁合同	215
六、建设工程合同	216
七、承揽合同	218
八、运输合同	220
九、技术合同	222

十、保管合同	228
十一、委托、行纪、居间合同	230
十二、其他	236

侵权责任法

一、适用范围：具体人格权的侵权责任	239
二、责任构成和责任方式	244
(一) 共同侵权行为	244
(二) 损害赔偿	247
(三) 精神损害赔偿和承担侵权责任的形式	249
(四) 其他	252
三、不承担责任和减轻责任的情形	253
四、关于责任主体的特殊规定	255
(一) 监护人的责任	255
(二) 用人单位的责任	255
(三) 违反安全保障义务的侵权责任	258
(四) 教育机构的责任	258
五、产品责任	261
六、机动车交通事故责任	262
七、环境污染责任	262
八、高度危险责任	263
九、饲养动物致人损害责任	264
十、物件损害责任	266

婚姻法、继承法

一、无效婚姻	269
二、夫妻财产关系	272
三、离婚	281
四、收养	285
五、法定继承	286
六、遗嘱继承、遗赠、遗赠扶养协议	294
七、遗产的分割	299

知识产权法

一、 概论	308
二、 专利法	310
(一) 授予条件	310
(二) 专利权的取得	311
(三) 专利权的保护	314
(四) 专利权的强制许可	321
三、 著作权法	323
(一) 著作权及其主体	323
(二) 著作权的保护	333
四、 商标法	345
(一) 商标的种类	345
(二) 商标权的取得	347
(三) 商标权的保护	352

主观题解析

一、 2009 年	361
二、 2008 年	364
三、 2007 年	369
四、 2006 年	371
五、 2005 年	372
六、 2004 年	375
七、 2003 年	379
八、 2002 年	382
九、 2000 年	387
十、 1999 年	392
十一、 1998 年	400
十二、 1997 年	401
十三、 1996 年	406
十四、 1995 年	415
十五、 1994 年	422

十六、1993 年	428
十七、1992 年	433
附：与民法相关的论述题	444

民法通则

一、自然人

(一) 宣告死亡与失踪

1. 关于宣告死亡,下列哪些选项是正确的?(2009年卷三51题,多选)

- A. 宣告死亡的申请人有顺序先后的限制
- B. 有民事行为能力人在被宣告死亡期间实施的民事行为有效
- C. 被宣告死亡的人与其配偶的婚姻关系因死亡宣告的撤销而自行恢复
- D. 被撤销死亡宣告的人有权请求依《继承法》取得其财产者返还原物或给予适当补偿

解析 《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:(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。由此条可知,宣告死亡的申请人有顺序先后的限制,故A选项正确。

《民法通则》第24条规定:被宣告死亡的人重新出现或者确知他没有死亡,经本人或者利害关系人申请,人民法院应当撤销对他的死亡宣告。有民事行为能力人在被宣告死亡期间实施的民事法律行为有效。依照《民法通则》第54条的规定,民事法律行为是公民或者法人设立、变更、终止民事权利和民事义务的合法行为。既然是合法的行为,一般都为有效的。民事法律行为属于民事行为的一种,除民事法律行为外,尚有其他效力类型的民事行为,如可撤销的民事行为、效力待定的民事行为等,而可撤销的民事行为与效力待定的民事行为不是必然有效的。因此,B选项不加区分地认定有民事行为能力人在被宣告死亡期间实施的民事行为,无论是合法的民事法律行为还是效力存在瑕疵的可撤销和效力待定的民事行为均有效的判断是错误的。

《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,被宣告死亡的人与其配偶的婚姻关系并不因死亡宣告的撤销而自行恢复,故C选项错误。

《民法通则》第25条规定: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。因此,D选项正确。

【答案】 A、D

2. 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?(2006年卷三2题,单选)^①

- 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

解析 被撤销死亡宣告以后的法律效果涉及两个方面:一个方面是财产关系,一个方面是人身关系。关于财产关系。本题中,当甲被撤销死亡宣告以后,甲父乙、甲妻丙、甲子丁分割的甲的财产都应当予以返还。同时,因为甲的妻子丙与戊再婚后因车祸遇难,丙的财产由她现在的丈夫戊和他的儿子丁进行继承,因此,甲在死亡宣告撤销前的财产最终分别被丁和戊继承,故在死亡宣告撤销后,丁和戊应该返还死亡宣告前属于甲的财产。这样,我们可以得出下列公式,丙的财产=丙从甲处继承来的财产+丙的个人财产(甲与丙原先夫妻共有财产中的属于自己的一半的财产)。丁继承的财产=丁从甲处继承来的财产+丁从乙处代位继承来的财产+丁继承的丙的财产。在甲的死亡宣告被撤销以后,丁应当归还的财产=丁从甲处继承来的财产+丁从乙处代位继承来的财产+丁继承的丙的财产中丙从甲那里继承的那一部分。丙的财产中甲与丙原先夫妻共有财产中的属于丙自己的那一部分的财产不在返还之列。同理,戊应当归还的财产=戊继承的丙的财产中丙从甲处继承来的那部分,丙的财产中甲与丙原先夫妻共有财产中的属于丙自己的那一部分财产不在返还之列。

根据上面的分析,我们可以得出A选项是错误的。丁除了应将其从甲、乙处继承的全部财产返还给甲,同时应当将他从丙处继承来的而丙继承的甲的财产返还给甲。丙的个人财产不用返还。

B选项也是错误的,因为,丁不仅应将其从甲、乙处继承的全部财产返还给甲,而且还应当将他从丙处继承来的丙继承的甲的财产部分返还给甲。

① 类似的考题:

甲被人民法院宣告死亡后半年生还。法院据本人申请撤销死亡宣告。甲妻已另嫁,曾取得遗产房屋一间,甲父、甲子各分得遗产价值4000元、3000元。现甲请求返还。下列表述正确的是(1994年卷二18题,多选)

- A. 甲妻之一间房屋可不返还
- B. 甲子之3000元中有一辆自行车,现被盗,价值200元,可不予返还
- C. 甲父之4000元中有一彩电,由李某以1800元购得,李某可不返还
- D. 甲子之3000元应予全部返还

解析: 本题还涉及最高人民法院《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《民法通则意见》)第40条规定:被撤销宣告死亡的人请求返还财产,其原物已被第三人合法取得的,第三人可不予返还。但依继承法取得原物的公民或者组织,应当返还原物或者给予适当补偿。请注意,此处的第三人不需要“有偿取得”只需“合法取得”即可。据此,C项对,B项错。

答案:C、D

月其妻王慧向法院起诉,要求离婚。同月,冯敏所在单位欲将其除名,亦向同一法院送交了宣告冯敏死亡申请书。下列有关该案的表述中哪一项是正确的?(1998年卷二3题,单选)

- A. 法院应判决离婚,但不应判决宣告死亡
- B. 法院应判决宣告死亡,使冯敏与王慧的婚姻关系自然解除
- C. 法院可以判决离婚也可以判决宣告死亡
- D. 法院可以在判决离婚的同时宣告死亡

解析 依照《民法通则意见》第25条的规定,宣告死亡的申请人是有顺序的,应该由处于第一顺序的人来申请,法院才予以受理。本例中,单位作为冯敏的利害关系人固然可以申请宣告死亡,但处于最后一个顺序,所以法院不应该根据单位的申请就宣告死亡。其妻王慧当然可以起诉离婚,在本例情形下依照有关司法解释,法院应该仅能判决离婚,而不能判决宣告死亡。

【答案】 A

6. 刘某出海打鱼,因遇台风下落不明。现其妻王某向法院申请宣告刘某失踪。因刘某失踪后,王某与他人姘居,并与姘夫合用家中财产,在确定刘某的财产代管人时,刘某父母与王某发生争议。本案中法院应依法指定谁为财产代管人?(1998年卷二4题,单选)

- A. 王某,理由是王某提出了宣告失踪的申请
- B. 王某,理由是王某是刘某失踪后的第一顺序的财产代管人
- C. 刘某的父母,理由是若指定王某则不利于保护刘某的财产
- D. 王某和刘某的父母,理由是他(她)们均为法律规定的财产代管人

解析 关于谁来担当财产代管人这一问题,《民法通则》第21条第1款规定: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。《民法通则意见》第30条又规定: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……且有关组织也可以被指定为代管人。

据此不难看出,指定财产代管人有下述规则:(1)代管人为自然人的,须具备行为能力;(2)没有先后顺序,近亲属、其他亲友、有关组织均可;(3)不限于一人,可以为多人;(4)按照有利于保护失踪人财产的原则指定。

本例中,刘某之妻王某即不符合第(4)条规则,所以答案为C。

【答案】 C

(二) 监护、住所

1. 杨某15周岁,智力超常,大学三年级学生。杨某因有某项发明,而与刘某达成转让该发明的协议。该转让协议的效力如何?(1999年卷二11题,单选)

- A. 该转让协议有效
- B. 该转让协议效力未定

C. 该转让协议无效

D. 该转让协议可撤销

解析 发明属于事实行为，但转让发明成果属于法律行为。根据《合同法》第47条和《民法通则意见》第3条之规定，在本题中，签订转让发明协议不属于限制民事行为能力人能够独立实施的法律行为，因此属于效力待定的合同，应当选择B。
考生需特别注意：《合同法》第47条与《民法通则》第58条“限制民事行为能力人依法不能独立实施的民事行为无效”规定的区别，并严格按照“后法优先于前法”的原则进行适用。

【答案】 B

2. 甲为一儿童影星，片酬颇丰，乙为甲的监护人。乙的下列哪些行为在不须征得甲同意时，属于合法有效的民事行为？（1999年卷二43题，多选）^①

- A. 因甲的侵权行为给他人造成损失，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

解析 《民法通则》第18条第1款规定：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。本案中，乙将甲的片酬赠与他人或者为乙母购买房产的行为，非为被监护人的利益，故不得处分；但用被监护人的收入为其利益支出者如支付侵权赔偿或购买保险，应为有效。其中A项还涉及《民法通则》第133条第2款的规定：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……

【答案】 A、C

3. 张家为孙子张明过生日，却为确定出生日期犯愁。张明的母亲记得儿子是8月28日晚生，医院的接生记录簿上记载的是8月29日，出生证上记载的是8月30日。而户口簿上记载的是9月1日。依照有关法律，张明的出生时间应以哪一日期为准？（1998年卷二5题，单选）

- A. 8月28日
- B. 8月29日
- C. 8月30日
- D. 9月1日

解析 《民法通则意见》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

① 类似的考题：

董红系儿童影星，年满9周岁，片酬颇丰。其父董军的亲弟董强，家居山区，生活较为困难。董军征得董红口头同意后，将董红的片酬3000元以董红的名义赠与董强。对董军这一民事行为的效力的下列表述，哪一个是正确的？（1998年卷二2题，单选）

- A. 有效。理由是董军为其法定代理人，有权处理其财产
- B. 有效。理由是董军已征得董红的同意
- C. 无效。理由是董军未征得董红母亲的同意
- D. 无效。理由是董军处分董红的财产不是为了董红的利益

答案：D

院证明的,参照其他有关证明认定。据条文作答即可。

【答案】 D

4. 根据《民法通则》,10周岁以上的未成年人的法定代理人()。(1997年卷二53题,多选)

- A. 可以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. 可以同意该未成年人进行与其年龄、智力不相适应的民事活动
- C. 不可以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
- D. 不可以概括地同意该未成年人进行任何种类的民事活动

● 解析 限制行为能力人的特点有二:(1)可以独立进行与其年龄、智力相适应的民事活动,而不需要借助于他人的意思帮助;(2)对于超出其年龄、智力相适应的民事活动,需要借助于监护人的意思帮助才能完成,意思帮助的方式包括:同意、法定代理、事后追认等,此种意思帮助应该是具体的、个例的,而不应该是概括的、抽象的。

根据《民法通则意见》第3条的规定,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。因此十周岁以上的未成年人的可以进行某项与其年龄、智力相适应的民事活动,不需要法定代理人同意与否。因此B项不应选。

【答案】 D

5. 张强7岁,有绘画天才。他作的画很受人们的喜爱,有的还获了奖。张强对他的绘画作品()。(1995年卷三10题,单选)

- A. 享有著作权。因为绘画是合法行为,不论作者有无民事行为能力
- B. 享有著作权。因为绘画是一种事实行为,并不需要作者享有民事行为能力
- C. 不享有著作权。因为绘画是一种民事法律行为,要求作者应具有相应的民事行为能力
- D. 不享有著作权。因为绘画是合法行为,要求作者具有民事行为能力

● 解析 绘画乃著作权法上的“创作”行为,属于事实行为。事实行为与行为人的行为能力无关。

【答案】 B

6. 张大来的原户籍所在地在杨村,1994年张大来从杨村开出迁住证,迁往李村。但在李村登记前,张大来得病,在县城关医院住院1年零3个月,病愈后张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号。现问,张的住所应确定为何处?(1997年卷二9题,单选)

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

《民法通则》第15条规定：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。《民法通则意见》第9条规定：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。据此，本案中县城关医院、北京某区均构不成经常居住地。

【答案】 A

(三) 收养

1. 王某(女)与李某婚后一直未育，李某想收养一个女童。在律师提供的咨询意见中，下列哪一选项是错误的？(2008年四川延考试题卷三18题，单选)

- A. 收养必须经王某同意
- B. 王某与李某必须年满30周岁
- C. 收养人不能患有医学上认为不应当收养子女的疾病
- D. 李某与被收养女童的年龄应当相差40岁以上

《收养法》第10条第2款规定：有配偶者收养子女，须夫妻共同收养。本题中，李某想收养一名女童，必须经过其配偶王某同意，因此，A选项正确。

《收养法》第6条规定：收养人应当同时具备下列条件：(1)无子女；(2)有抚养教育被收养人的能力；(3)未患有在医学上认为不应当收养子女的疾病；(4)年满三十周岁。据此，欲收养子女的王某与李某夫妇均应年满30周岁，并且不能患有在医学上认为不应当收养子女的疾病，因此，B选项和C选项正确。

《收养法》第9条规定：无配偶的男性收养女性的，收养人与被收养人的年龄应当相差四十周岁以上。这一规定的适用前提是无配偶的男性收养女性，而本题中李某和王某夫妻为共同收养行为，故不受收养人与被收养人的年龄应当相差四十周岁以上的条件限制。因此，D选项错误。

【答案】 D

2. 吴某(女)16岁，父母去世后无其他近亲，吴某的舅舅孙某(50岁，离异，有一个19岁的儿子)提出愿将吴某收养。孙某咨询律师收养是否合法，律师的下列哪一项答复是正确的？(2008年卷三18题，单选)

- A. 吴某已满16岁，不能再被收养
- B. 孙某与吴某年龄相差未超过40岁，不能收养吴某
- C. 孙某已有子女，不能收养吴某
- D. 孙某可以收养吴某

《收养法》第7条规定：收养三代以内同辈旁系血亲的子女，可以不受本法第四条第三项(生父母有特殊困难无力抚养的子女)、第五条第三项(有特殊困难无力抚养子女的生父母)、第九条(无配偶的男性收养女性的，收养人与被收养人的年龄应当相差四十周岁以上)和被收养人不满十四周岁的限制。本题中，被收养

人吴某(女16岁)虽然已经超过十四周岁,且和无配偶的男性收养人孙某(50岁)的年龄相差不足四十周岁,但由于和收养人孙某之间是舅甥关系,属于三代以内血亲关系。因此,A、B选项错误。

同时,本题中吴某父母双亡,系孤儿。《收养法》第8条第2款规定:收养孤儿、残疾儿童或者社会福利机构抚养的查找不到生父母的弃婴和儿童,可以不受收养人无子女和收养一名的限制。因此,本题中吴某的舅舅孙某虽有一个19岁的儿子,但由于吴某是孤儿,因此,不受收养人无子女的限制,故C选项错误。

综上,本题正确答案为D。

【答案】 D

二、法人

1. 关于自然人和法人的权利能力,下列哪一选项是正确的?(2008年四川延考试题卷三2题,单选)

- 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

●解析 人格权是指民事主体依法固有的为维护自身独立人格所必备的,以人格利益为客体的权利。一般认为,自然人和法人都享有人格权,只是专属于自然人独有的人格权不为法人享有而已。故A选项正确。

《侵权责任法》第22条规定:侵害他人人身权益,造成他人严重精神损害的,被侵权人可以请求精神损害赔偿。

《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》第5条规定: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。因此,法人人格权受到侵害时无权向人民法院请求精神损害赔偿,故B选项错误。

作为人,法人与自然人都有民事权利能力,但是,法人的民事权利能力受到其自身性质、法令和目的的限制。最为典型的就是法人的民事权利能力由于受到其自身性质的限制,导致专属于自然人的某些权利,如生命权、身体权、健康权、隐私权等,不能为法人所享有。因此,C选项错误。

《民法通则》以法人活动的性质(内容)将法人分为企业法人、机关法人、事业单位法人和社会团体法人。以上四类法人所可为民事行为并且取得民事权利和承担民事义务的资格的范围当然有所不同,因此,D选项错误。

【答案】 A