

司法考试 历年试题及考点归类精解

2007年版

4

民法

● 法律考试中心 / 组编 ● 张能宝 / 主编

最新权威版本

本书由法律社连续5年最新增补、修订出版

明确复习重点

整合2002—2006历年试题，归纳提炼，直击考点

节省备考时间

依据最新法规逐题详解，辨析疑难，指导解题技巧

揭示司考方向

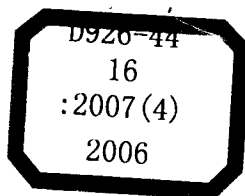
全面解密连续5年考试命题规律、考查重点、考查方式

统计表明：每年司考重复考查考点高达80%，解读历年试题是复习备考的最佳捷径——

研习历年试题，就是做未来真正考题



法律出版社



司法考试历年试题及考点归类精解

2007 年版

民 法

法律考试中心 组编

主 编	张能宝		
副主编	张 玲	杨艳霞	秦华伦
撰稿人	张能宝	张 玲	杨艳霞
	秦华伦	王则亿	刘亚莉
	李慧琦	李 磊	董春华
	孟森森		

法 律 出 版 社

目 录

综 合

2002—2006 年司法考试分值分布、命题基本规律与复习技巧	(1)
一、司法考试分值分布	(1)
二、命题基本规律与复习技巧	(1)

民法通则

第一部分 2002—2006 年司法考试分值分布、命题基本规律与复习技巧	(2)
一、司法考试分值分布	(2)
二、命题基本规律与复习技巧	(2)
第二部分 客观试题归类精解	(4)
一、民法基础理论	(4)
(一)单项选择题	(4)
(二)多项选择题	(6)
(三)已考考点及已考法条归纳	(7)
(四)备考提示	(7)
二、自然人	(7)
(一)单项选择题	(7)
(二)多项选择题	(10)
(三)不定项选择题	(11)
(四)已考考点及已考法条归纳	(13)
(五)备考提示	(13)
三、法人	(13)
(一)单项选择题	(13)
(二)多项选择题	(15)
(三)已考考点及已考法条归纳	(16)
(四)备考提示	(16)
四、民事法律行为与代理	(16)
(一)单项选择题	(16)
(二)多项选择题	(18)
(三)已考考点及已考法条归纳	(18)
(四)备考提示	(18)

五、人身权	(19)
(一)单项选择题	(19)
(二)多项选择题	(20)
(三)已考考点及已考法条归纳	(21)
(四)备考提示	(21)
六、物权	(21)
(一)单项选择题	(21)
(二)多项选择题	(25)
(三)已考考点及已考法条归纳	(28)
(四)备考提示	(28)
七、债权	(28)
(一)单项选择题	(28)
(二)多项选择题	(32)
(三)已考考点及已考法条归纳	(33)
(四)备考提示	(33)
八、民事责任	(33)
(一)单项选择题	(33)
(二)多项选择题	(38)
(三)不定项选择题	(40)
(四)已考考点及已考法条归纳	(41)
(五)备考提示	(41)
九、诉讼时效	(41)
(一)单项选择题	(41)
(二)多项选择题	(43)
(三)已考考点及已考法条归纳	(43)
(四)备考提示	(43)
第三部分 案例分析题集中精解	(44)
一、试题解析	(44)
二、已考考点及已考法条归纳	(48)
三、备考提示	(48)

合 同 法

第一部分 2002—2006 年司法考试分值分布、命题基本规律与复习技巧	(49)
一、司法考试分值分布	(49)
二、命题基本规律与复习技巧	(49)
第二部分 客观试题归类精解	(50)
一、合同法基础理论	(50)
(一)多项选择题	(50)
(二)已考考点及已考法条归纳	(51)

(三) 备考提示	(51)
二、合同的订立与效力	(51)
(一) 单项选择题	(51)
(二) 多项选择题	(55)
(三) 已考考点及已考法条归纳	(56)
(四) 备考提示	(56)
三、合同的履行、变更和转让	(56)
(一) 单项选择题	(56)
(二) 多项选择题	(57)
(三) 不定项选择题	(63)
(四) 已考考点及已考法条归纳	(65)
(五) 备考提示	(65)
四、合同的权利义务终止	(65)
(一) 单项选择题	(65)
(二) 多项选择题	(65)
(三) 已考考点及已考法条归纳	(66)
(四) 备考提示	(66)
五、违约责任	(66)
(一) 单项选择题	(66)
(二) 多项选择题	(67)
(三) 已考考点及已考法条归纳	(67)
(四) 备考提示	(67)
六、其他规定	(67)
(一) 多项选择题	(67)
(二) 已考考点及已考法条归纳	(68)
(三) 备考提示	(68)
七、买卖合同、赠与合同、借款合同	(68)
(一) 单项选择题	(68)
(二) 多项选择题	(70)
(三) 不定项选择题	(73)
(四) 已考考点及已考法条归纳	(77)
(五) 备考提示	(77)
八、租赁合同、融资租赁合同、承揽合同、建设工程合同、技术合同	(78)
(一) 单项选择题	(78)
(二) 多项选择题	(79)
(三) 不定项选择题	(84)
(四) 已考考点及已考法条归纳	(87)
(五) 备考提示	(87)
九、运输合同、保管合同、仓储合同	(87)
(一) 单项选择题	(87)

(二)多项选择题	(88)
(三)已考考点及已考法条归纳	(88)
(四)备考提示	(88)
十、委托合同、行纪合同、居间合同	(89)
(一)单项选择题	(89)
(二)多项选择题	(89)
(三)已考考点及已考法条归纳	(89)
(四)备考提示	(89)
第三部分 案例分析题集中精解	(89)
一、试题解析	(89)
二、已考考点及已考法条归纳	(100)
三、备考提示	(101)

担 保 法

第一部分 2002—2006 年司法考试分值分布、命题基本规律与复习技巧	(102)
一、司法考试分值分布	(102)
二、命题基本规律与复习技巧	(102)
第二部分 客观试题归类精解	(103)
一、保证	(103)
(一)单项选择题	(103)
(二)多项选择题	(104)
(三)不定项选择题	(106)
二、抵押	(107)
(一)单项选择题	(107)
(二)多项选择题	(108)
三、质押	(109)
(一)单项选择题	(109)
(二)多项选择题	(111)
四、定金	(111)
单项选择题	(111)
五、留置	(112)
多项选择题	(112)
第三部分 担保法已考考点及已考法条归纳、备考提示	(113)
一、已考考点及已考法条归纳	(113)
二、备考提示	(113)

著 作 权 法

第一部分 2002—2006 年司法考试分值分布、命题基本规律与复习技巧	(115)
---	-------

一、司法考试分值分布	(115)
二、命题基本规律与复习技巧	(115)
第二部分 客观试题归类精解	(115)
一、单项选择题	(115)
二、多项选择题	(120)
三、已考考点及已考法条归纳	(125)
四、备考提示	(125)

商 标 法

第一部分 2002—2006 年司法考试分值分布、命题基本规律与复习技巧	(126)
一、司法考试分值分布	(126)
二、命题基本规律与复习技巧	(126)
第二部分 客观试题归类精解	(126)
一、单项选择题	(126)
二、多项选择题	(128)
三、已考考点及已考法条归纳	(131)
四、备考提示	(131)

专 利 法

第一部分 2002—2006 年司法考试分值分布、命题基本规律与复习技巧	(132)
一、司法考试分值分布	(132)
二、命题基本规律与复习技巧	(132)
第二部分 试题归类精解	(132)
一、单项选择题	(132)
二、多项选择题	(134)
三、不定项选择题	(135)
四、案例分析题	(136)
五、已考考点及已考法条归纳	(138)
六、备考提示	(138)

婚 姻 法

第一部分 2002—2006 年司法考试分值分布、命题基本规律与复习技巧	(139)
一、司法考试分值分布	(139)
二、命题基本规律与复习技巧	(139)
第二部分 客观试题归类精解	(139)
一、单项选择题	(139)
二、多项选择题	(140)

三、已考考点及已考法条归纳	(143)
四、备考提示	(144)

继 承 法

第一部分 2002—2006 年司法考试分值分布、命题基本规律与复习技巧	(145)
一、司法考试分值分布	(145)
二、命题基本规律与复习技巧	(145)
第二部分 客观试题归类精解	(145)
一、单项选择题	(145)
二、多项选择题	(148)
三、不定项选择题	(149)
四、已考考点及已考法条归纳	(151)
五、备考提示	(151)

综 合

2002—2006 年司法考试 分值分布、命题基本规律与复习技巧

一、司法考试分值分布

	民法通则	合同法	担保法	著作权法	商标法	专利法	婚姻法	继承法	总 计
2006 年	16	39	4	7	3	1	4	4	78
2005 年	33	19	10	4	4	19	4	6	99
2004 年	39	54	6	3	1	9	3	3	118
2003 年	17	34	6	2	2	1	2	1	65
2002 年	24	42	5	4	1	1	1	2	80

二、命题基本规律与复习技巧

这些年来,民法始终在国家司法考试(含以往的律考)中占据着举足轻重的地位。究其原因,市场经济建立和发展的社会就是“私法”发展与完善的社会,市场经济愈是繁荣发达就愈需要“私法”的繁荣昌盛。而在整个“私法”领域,民法既是奠基者又是排头兵。民法在国家市场经济建设中的这种基础保障性地位,决定了它应当而且也必须在司法考试中占有重要地位。

1. 从上表可以看出,民事法学在 2002—2006 年 5 年的司法考试(律师资格考试)中共考了 440 分,年均 88 分,成为当之无愧的司法考试第一大户。在 2006 年的司法考试中,民法以 78 分的分

值占据了整个考试 600 分总量的 1/8,在各部门法分值中高居榜首。我们认为,在未来的司法考试中,民法的分数仍将保持在这一水平。

2. 在大的命题方向上,虽然民法的各单行法在 2006 年的司法考试中都有生动表现,但总体上仍基本维持的是以往司法考试的态势——即以民法通则、合同法为龙头(55 分),以担保法、知识产权法为龙身(15 分),以婚姻法、继承法为龙尾(8 分)。龙头、龙身、龙尾各司其职交相辉映。由此,也决定了我们在复习民法时应以龙头(民法通则、合同法)为重心、兼及龙身(担保法、知识产权法)、附带龙尾(婚姻法、继承法)的总体复习格局。

民法通则

第一部分 2002—2006 年司法考试分值分布、命题基本规律与复习技巧

一、司法考试分值分布

	单项选择题	多项选择题	不定项选择题	案例分析与论述题	总 计
2006 年	10	6	0	0	16
2005 年	12	6	0	15	33
2004 年	8	6	0	25	39
2003 年	6	4	0	7	17
2002 年	10	7	7	0	24

二、命题基本规律与复习技巧

(一)命题基本规律

1. 坦诚地说,《民法通则》可谓是司法考试中的元老了。从 1986 年颁布 1987 年施行至今,它已参加了十几届司法考试(包括律师资格考试)。在这十几年中,虽然有一系列的民事单行法相继颁行并对整个民事法律制度造成很大冲击,但《民法通则》及《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》(以下简称《民法通则意见》)在司法考试中的地位基本上岿然不动。从我们截取的 2002—2006 年的样本看,《民法通则》及《民法通则意见》在司法考试中年均占到了 28 分的比重。我们认为,在司法考试的总分值调整为 600 分后,30 分以上的分值应是《民法通则》及《民法通则意见》在司法考试中的底线。民法是市场经济建设顺利进行在法治调控手段方面的最基本保障,而《民法通则》及《民法通则意见》在民法中又居于理论基础的地位。这种理论基础的地位对于民法的建设、对于市场经济的建设都非常重要,由此也决定了《民法通则》及《民法通则意见》的内容理应在司法考试——培养未来国家法律建设者的考试中得到必要的彰显。

2. 在具体的命题方式上,《民法通则》及《民

法通则意见》呈现出以单项选择题、多项选择题、不定项选择题为主,以案例题为辅,以论述题为新考查点的稳定的命题态势。之所以《民法通则》及《民法通则意见》在案例题中日渐衰微,是因为一系列民事单行法(特别是合同法、担保法)的相继颁行,使得《民法通则》及《民法通则意见》中的两大重要制度——债权制度与物权制度的内容受到很大削弱,以至于《民法通则》及《民法通则意见》中很难再有更复杂的制度承受起案例分析题的 8—15 分之重。退而求其次,《民法通则》及《民法通则意见》的另一些重要制度,如宣告失踪与宣告死亡、个人合伙与代理、无因管理与不当得利、一般侵权责任与特殊侵权责任等,也只有在 5 分左右的不定项选择题中一展身手啦!

需要注意的是,《民法通则》的内容在 2004 年首次进入了论述题的考查范围,2006 年再一次在论述题中一展身手,这进一步凸显了《民法通则》在司法考试中的重要地位,同时也提高了广大考生对《民法通则》进行复习的要求。司法考试历来以基础性的重要部门法为主体内容,在以考查广大考生的综合能力见长的重要题型论述题中,当然不能少了以《民法通则》为基础的民法的身影。在这一点上,司法考试论述题的表现,不仅

会如我们2005年、2006年考前所预言的那样,而在未来的考试中,仍将会始终如一。

3. 在具体的命题内容方面,理论题所占比例较大是《民法通则》及《民法通则意见》在司法考试中的一个亮点。如2005年试卷三第7题(甲遗失一部相机,乙拾得后放在办公桌抽屉内,并张贴了招领启事。丙盗走该相机,卖给了不知情的丁,丁出质于戊。对此,下列哪一种说法不正确? A. 乙对相机的占有属于无权占有; B. 丙对相机的占有属于他主占有; C. 丁对相机的占有属于自主占有; D. 戊对相机的占有属于直接占有)和2006年卷三第1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; D. 甲应同事乙之邀前往某水库游泳,因抽筋溺水身亡)就属于此类题目。据统计,理论题在《民法通则》及《民法通则意见》的试题中所占的比例每年约为1/6,有4—5题,2005年、2006年更是达到了8题之多。《民法通则》及《民法通则意见》的理论题多集中在民法的基本原则、民事法律关系、民事权利、民事法律行为、意思表示、法人的一般理论、所有权的取得、他物权、债权的一般理论等方面。理论题所占比例较大使《民法通则》及《民法通则意见》在司法考试中独具特色,这一特色虽然加大了考生对《民法通则》及《民法通则意见》的复习难度,使得原本就比较艰难的复习更加晦涩,但广大考生却因之而受益无穷。因为通过这种晦涩的复习会强化考生对民法基础理论的领会和理解,而对民法基础理论的融会贯通对学习其他的民事单行法和民事特别法又是不可或缺的,它可以极大提高考生学习其他的民事单行法和民事特别法的效率。

(二)复习技巧

1. 构建民法理论体系,领会民法理念精神,加大对民法理论部分的复习力度。民法以其理论的博大精深在众多部门法中享有盛誉。其实,民法理论的博大精深意味的绝不仅仅是民法理念的源远流长抑或晦涩艰深,它更代表着法的理性化发展方向(以正义与安全为核心),代表着法的以人为本的人本主义精神(以自由与平等为核心)。这种理性化发展方向和人本主义精神正逐步在我国的立法中、司法中、执法中得到贯彻,并终将发扬光大。民法是市民法,和市井民生同呼吸,与百

姓的安危冷暖共命运,民法始终以深度呵护百姓的人身、财产、精神安全为己任,始终以高度珍惜百姓的人身、财产、精神自由为终极关怀。所谓的民法理论除了维护民事主体的自由全面发展的终极理念外,还包括一系列的重要制度,如,民法基本原则(特别是民事主体地位平等原则、意思自治原则、诚实信用原则、公平原则等)、民事法律关系、民事权利与民事义务的基本理论、民法中的行为表现及效力、人身权至上理论、物权的一般理论、债权的一般理论与表现、民事责任等。这些重要制度和理念的存在,构成了整个民法的基本理论体系和构架。这种体系和构架以民法总则性理论为前提,以民法分则性理论为中心,以民法附则性理论为补充,总则、分则、附则彼此相对独立而又相互支持依存,构成一幅完整生动的民法体系与精神图景。民法的体系和精神,是学习民法的关键和灵魂。

令人欣慰的是,司法考试并没有忘记民法理论,它们始终在历年的司法考试中闪亮登场。同时,我们必须明白,民法理论指导着的并不仅仅是《民法通则》及《民法通则意见》,它还在广泛而深刻地指导着影响着一系列的民事单行法(如合同法、担保法、婚姻法、继承法、知识产权法等)和民事特别法(如公司法、证券法、票据法、保险法、合伙企业法、海商法等)。在复习《民法通则》及《民法通则意见》时加大对民法理论的复习力度,有助于考生有意识地、及时地形成民法的基本理论体系,而这种民法基本理论体系的建立是学好民事法律的基本方向。可以毫不夸张地说,学好民法理论是学好这些民事单行法和民事特别法的根基,任何在民法理论学习方面的一知半解和含糊不清,都会导致对这些民事单行法和民事特别法的学习事倍功半。

2. 抓住《民法通则》及《民法通则意见》的重点内容,以这些内容作为复习的重心。《民法通则》及《民法通则意见》的重点内容每年都会占到相关考试内容的80%以上,掌握住了这80%,也就把握住了考试成功的关键。《民法通则》及《民法通则意见》的重点内容主要包括:(1)民法基本原则及民事法律关系;(2)公民的民事权利能力和民事行为能力;(3)个人合伙;(4)宣告失踪和宣告死亡;(5)法人的一般理论;(6)民事法律行为;(7)代理;(8)人身权;(9)物权的一般理论;(10)债权的一般理论;(11)无因管理与不当得利;(12)一般侵权行为与特殊侵权行为;

(13)民事责任;(14)时效制度等。上述各部分间在本质上是存在有机联系的严谨体系,它们各项制度之间关联程度很深,考生应全面系统地进行复习,力求从整体上予以把握。

3. 精益求精,从细微之处把握和领会《民法通则》及《民法通则意见》的重点法条。毕竟在对《民法通则》及《民法通则意见》的考查中,大部分的试题仍是对法条的考查。但如今的法条考查与以往已有很大差别,它已被赋予了新的内涵。具体表现为:直接援用法条甚至照搬法条的情形已日渐萎缩,以案例形式出现的试题比例迅速提高。如在对自然人民事行为能力进行考查时,它不再明确交代自然人的民事行为能力怎样,而只是告诉考生“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?”然后要求考生自己根据相关法条的规定排查出“杨某”的民事行为能力,进而确定其民事行为的效力。又

如,在考查民事责任的承担时,它也不再明确交代行为人行为的性质,而只是告诉考生:赵某在公共汽车上因不慎踩到售票员而与之发生口角,售票员在赵某下车之后指着他大喊:“打小偷!”赵某因此被数名行人扑倒在地致伤。对此应由谁承担责任?然后要求考生自己根据相关法条的规定排查出售票员的行为是属个人行为还是职务行为,进而确定民事责任的承担主体。诸如此类的试题就是对法条规定是否融会贯通的考查,在这种情况下,只有深入把握法条规定的内涵,切实领会法条的重点和要领所在之后,才能正确解题。

4. 认真研习历年真题。历年真题肩负着继往开来的重任,说它继往,是因为它会真实全面地诠释以往考试的考查方向、考查重点、考查模式;说它开来,是因为它也会客观准确地昭示未来考试的考查方向、考查重点、考查模式。研习过去的真题,就是在做未来的考题。

第二部分 客观试题归类精解

一、民法基础理论

(一)单项选择题

1. 下列哪种情形成立民事法律关系?(2006年试卷第三第1题)

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

[考点] 民事法律关系的成立

[解析] 本题主要考查一项客观事实如何成为法律事实,引起民事法律关系的发生。所谓民事法律关系是指民事法律规范所调整的,平等的民事主体之间基于特定的民事法律事实发生

的,以民事权利和民事义务为内容的社会关系。它具有以下四个特征:

第一,民事法律关系是平等的法律主体之间的关系。这种平等性一般表现为他们在民事法律活动中权利义务的对等性。

第二,民事法律关系是由民事法律规范所调整的社会关系。因此,没有民事法律规范,就不会有民事法律关系。民事法律关系依据民事法律规范所调整的范围,包括了平等主体之间的财产关系和人身关系。

第三,民事法律关系是随着特定的民事法律事实的发生而产生的。所谓民事法律事实是指能够引起民事法律关系发生、变更与消灭的客观事实。它包括两大类:一是人的行为;二是不以人的意志为要件的客观事实,又分为事件和状态。现实生活中的客观事实是千变万化的,并不是所有的事实都能成为民事法律事实,只有那些能够产生、变更或消灭民事主体间的民事权利和民事义

务的客观事实才能成为民事法律事实。

第四,民事法律关系是以民事权利和民事义务为内容的社会关系。民事权利是主体为实现一定的利益,根据法律的规定,可为或不为一定行为的可能性。民事义务是指义务主体为了满足权利主体的需要,根据法律的有关规定,必须为一定行为或禁止为一定行为的约束性。在民事法律关系中,民事权利与民事义务既是相互对立的,又是互相依存的,一方主体享有的权利正是另一方承担的义务。没有民事权利义务,就没有民事法律关系。

根据上述民事法律关系所具有的四大特征,我们对本题四个选项进行逐个判断。首先,选项A中,甲乙之间约定某日进行房地产方面的商谈并不能在甲乙之间成立民事法律关系。因为,民事法律关系是民事法律规范所调整的社会关系,没有民事法律规范的调整,社会关系就不会转化为民事法律关系。在我国,民事法律规范对当事人在合同领域的调整主要集中在两个阶段,一是合同的订立阶段。它主要保护的是当事人的信赖利益。《合同法》第42条对此做了规定,当事人在订立合同过程中有下列情形之一,给对方造成损失的,应当承担损害赔偿责任:(1)假借订立合同,恶意进行磋商;(2)故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况;(3)有其他违背诚实信用原则的行为。二是合同成立以后的履行阶段。它主要保护的是当事人的履行利益。《合同法》第107条对此作出了规定,当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的,应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。在选项A中,甲乙只是简单的约定商谈合作开发房地产,双方并没有涉及合同订立的具体事宜,也没有出现《合同法》第42条中的任何一种情形。所以,双方的约定商谈并没有进入到法律所调整的任何阶段,据此,甲乙之间没有形成民事法律关系。

B选项涉及民事法律关系中的人身关系问题。在本题中,甲对乙的承诺能不能在甲乙之间形成民事法律关系,要看甲的承诺能不能在甲乙之间产生权利义务关系,即乙是否享有请求跟甲结婚的权利,而甲是否负有跟乙结婚的义务。因为,民事法律关系是以民事权利和民事义务为内容的,没有民事权利义务,就不可能构成民事法律关系。具体到选项B中,因为婚姻自由是婚姻法

的基本原则。任何违反婚姻自由的约定都是无效的,对当事人没有法律拘束力,得不到法律的保护。所以如果乙考上了研究生后,甲不同意跟乙结婚,乙也不能依据选项B中甲的承诺来要求甲履行跟自己结婚的义务。据此,选项B中甲的承诺不能在双方之间产生民事法律关系。

C选项中,甲劝乙喝酒,致乙酒精中毒是一项民事法律事实,能够在甲乙双方之间形成侵权民事法律关系。因为,根据《民法通则》第106条的规定,公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产,侵害他人财产、人身的应当承担民事责任。具体本项中,甲应当预见饮酒过度会导致一些不良后果,但是他仍极力劝乙喝酒,致乙酒精中毒住院治疗。甲对于乙的损害后果的发生有过失,符合《民法通则》的上述规定,甲的行为构成侵权行为,乙享有向甲请求赔偿的权利,而甲负有赔偿乙损失的义务。因此甲乙双方形成了侵权民事法律关系,所以选项C是正确的。

选项D中,甲乙之间不能产生侵权民事法律关系。因为,根据《民法通则》第106条的上述规定,甲没有向乙赔偿的义务,乙的家人也没有请求赔偿的权利。具体而言,甲对于乙的死亡并没有过错。首先,甲乙是同事,排除了乙作为未成年人的可能性。甲对乙的溺水死亡没有监管不力的过失。其次,甲对乙因游泳会抽筋溺水死亡在通常情况下是无法预见的,甲没有可预见性的过失。既然甲对乙的死亡没有过失,而甲邀请乙去游泳与乙抽筋溺水身亡之间并没有必然的因果关系。那么甲的行为就不可能构成侵权,甲乙之间没有形成民事法律关系。

[难度系数] * * *

2. 下列关于民事权利的表述哪一个是错误的?(2004年试卷三第1题)

- A. 抵销权是一种形成权
- 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] D

[考点] 民事权利的性质

[解析] 根据不同的划分标准,民事权利可以分成很多种类。以权利的作用为依据,可以将民事权利分成支配权、形成权、请求权和抗辩权四种。支配权,是指民事主体对标的物进行直接支配并排斥他人干涉的权利,如人身权、物权等。因

为知识产权既包含有人身权的内容,也包含有物权的内容,所以知识产权是一种支配权。B项不符合题意。请求权,是指民事主体请求他人为或不为一定行为的权利,请求权的典型代表是债权。由于债权之间是平等的不具有优先性,所以债权请求权不具有排他性。C项不符合题意。抗辩权,是指民事主体一方对抗请求权或者否认对方权利的权利,如同时履行抗辩权、不安抗辩权等。形成权,是指民事主体一方可以以自己的单方行为使民事法律关系发生变化的权利,如追认权、撤销权、解除权等。根据《合同法》第99条规定的“当事人主张抵销的,应当通知对方。通知自到达对方时生效。”可知,抵销自抵销权人的通知到达对方当事人时生效,是属于“民事主体一方可以以自己的单方行为使民事法律关系发生变化的权利”,抵销权是一种形成权。A项不符合题意。所有的民事权利都是以民事义务的存在为前提,支配权也不例外,只不过支配权所对应的义务是不作为的义务而已。D项正确。

[难度系数] **

(二)多项选择题

1. 下列关于民事权利中的形成权的表述,哪些是正确的?(2005年试卷三第58题)

- A. 形成权只能通过明示方式行使
- B. 效力待定合同中相对人的催告权并非形成权
- C. 债权人撤销权属形成权
- D. 形成权不受诉讼时效期间的限制

[答案] BD

[考点] 形成权

[解析] 所谓形成权,是指民事主体一方可以以自己的单方行为使民事法律关系发生变化的权利,如追认权、撤销权、解除权等。

《继承法》第25条规定:“继承开始后,继承人放弃继承的,应当在遗产处理前,作出放弃继承的表示。没有表示的,视为接受继承。受遗赠人应当在知道受遗赠后两个月内,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。”可知,追认权可以通过默示的方式行使,也即形成权也可通过默示方式行使。A项错误。

效力待定合同中相对人的催告权只是请求权的一种权能,不属于形成权的范畴。B项正确。

《合同法》第74条规定:“因债务人放弃其到期债权或者无偿转让财产,对债权人造成损害的,

债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。债务人以明显不合理的低价转让财产,对债权人造成损害,并且受让人知道该情形的,债权人也可以请求人民法院撤销债务人的行为。撤销权的行使范围以债权人的债权为限。债权人行使撤销权的必要费用,由债务人负担。”由此,债权人如果行使债权人撤销权必须通过人民法院,借助人民法院,债权人的这种权利从严格意义上说不是属于“民事主体一方可以以自己的单方行为使民事法律关系发生变化的权利”。C项错误。

按照诉讼时效理论,诉讼时效仅适用于请求权,不适用于其他权利。D项正确。

需要注意的是,民事主体的单方行为借助公权力(即人民法院)才能发挥作用。但是,从形成权本质来说,债权人的撤销权毕竟只需要债权人一方的单方行为,而无需债务人另一方的行为加以辅助。所以,我们认为还是应当将撤销权认定为形成权为宜。

[难度系数] ***

2. 在行为人进行的下列行为中,哪些属于行使形成权的行为?(2003年试卷三第34题)

- A. 被代理人对越权代理进行追认
- B. 监护人对限制民事行为能力人纯获利益的合同进行追认
- C. 受遗赠人于知道受赠的期限内未作受赠的意思表示
- D. 承租人擅自转租,出租人作出解除合同的意思表示

[答案] ACD

[考点] 形成权

[解析] 根据不同的划分标准,民事权利可以分成很多种类。以权利的作用为依据,可以将民事权利分成支配权、形成权、请求权和抗辩权四种。支配权,是指民事主体对标的物进行直接支配并排斥他人干涉的权利,如人身权、物权等;请求权,是指民事主体请求他人为或不为一定行为的权利,请求权的典型代表是债权;抗辩权,是指民事主体一方对抗请求权或者否认对方权利的权利,如同时履行抗辩权、不安抗辩权等;形成权,是指民事主体一方可以以自己的单方行为使民事法律关系发生变化的权利,如追认权、撤销权、解除权等。本题中AC两项为追认权,D项为解除权,三者都是属于形成权的范畴。

由于限制民事行为能力人纯获利益的合同不

需要经过监护人的追认就能发生相应的法律效力,所以B项不属于行使形成权的行为。

[难度系数] ***

(三)已考点及已考法条归纳

考查次数	已考点	已考法条
**	形成权	《继承法》第25条 《合同法》第74条
*	民事权利的性质	《合同法》第99条
*	民事法律关系的成立	

(四)备考提示

民法基础理论部分是民法作为一个部门法的理论基石,宏观上它为民法的体系建设构建了基本框架、指明了方向;微观上它为民法具体制度的形成设定了基础性的理论前提、提出了原则性的要求。因此,加强对本部分的理解,可以为把握民法体系学习民法具体制度打下坚实的理论基础。这一部分的考点主要有民法的调整对象、民法的基本原则、民事法律关系等。尤其是民事法律关系中的民事权利部分,如民事权利的分类、各种民事权利的性质等,更是本部分考点的重中之重。

二、自然人

(一)单项选择题

1. 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年试卷三第2题)

- 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

[考点] 死亡宣告撤销后的法律效果

[解析] 死亡宣告又称为推定死亡,是指自然人失踪达一定期间后,由利害关系人申请,法院宣告该自然人死亡,以便结束以其生前住所地为中心的民事法律关系的制度。只要自然人被宣告死亡,在其原来住所地为中心的民事领域内产生

了与生理死亡同样的法律后果:被宣告死亡人的民事主体资格丧失,其原先参加的民事法律关系归于消灭;婚姻关系自然解除,配偶可以再婚;继承开始发生。但是,死亡宣告毕竟是一种法律上的推定,当被宣告死亡的自然人重新出现或者确知被宣告死亡人没有死亡的,经过本人或利害关系人的申请,人民法院就应当撤销对他的死亡宣告,这是保护被死亡宣告人利益的重要制度。

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,我国《民法通则》第25条对被撤销死亡宣告以后的财产关系作出了规定,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。关于人身关系,《民法通则意见》第37条对被撤销死亡宣告以后的人身关系作出了规定,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。

根据法律的以上规定,具体到本题中,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,虽然撤销了甲的死亡宣告,但根据上面《民法通则意见》第37条的规定,不得认定甲与丙的夫妻关系自行恢复。在丙死亡后,甲不可以对丙的财产进行继承。丙的财产由她现在的丈夫戊和他的儿子丁进行继承。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。

为了更加清楚地说明问题,我们以具体的小案例来进行阐述,增强大家的直观性。

假设甲在没有宣告死亡前与妻子丙夫妻共有60万元的财产,在甲被宣告死亡后,首先,甲与丙拥有的这60万元应当进行分割,包括甲的遗产30万元,丙的个人财产30万元。其次,根据继承法的规定,甲父乙、甲妻丙、甲子丁都属于第一顺位的继承人,因此每人各继承甲的遗产10万元。其后甲父乙病故,甲子丁代位继承了甲父的10万元。所以,此时,甲妻丙的个人财产=30万元与甲分割后的个人财产+10万元从甲处继承得来的财产。甲子丁继承的财产=自己从父亲甲那里继承来的遗产10万元+自己从甲父乙那里代位继承的10万元。甲妻丙在甲宣告死亡期间与戊再婚,后甲妻丙死亡,根据最高法院的司法解释,一方宣告死亡后,如果其配偶再婚后配偶又死亡的,不得认定夫妻关系自行恢复。所以,当丙死亡后,她与戊的夫妻关系受法律保护,戊在丙死亡以后,可以作为第一顺位的继承人与丙的儿子丁共同继承丙的个人财产,这样戊与丁继承丙的财产40万元,但是其中包括两个部分,一个部分是甲妻丙自己与甲分割后的个人财产30万元,还有一部分是甲妻从甲那里继承来的遗产10万元。当甲宣告死亡被撤销以后,根据《民法通则》的规定,甲有权请求返还财产。依照继承法取得甲的财产的人,应当返还原物。所以,甲子丁应当返还的财产=自己从父亲甲那里继承来的财产10万元+自己从甲父乙那里代位继承的10万元+从母亲丙那里继承来的而丙从甲那里继承来的遗产5万元;戊应当返还的财产=自己从甲妻丙那里继承来的而甲妻从甲那里继承来的遗产5万元。

根据上面的分析,我们可以得出选项A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。

选项B也是错误的。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。

选项C也是错误的。戊只需要归还丙的财产中丙从甲处继承而来的财产,至于丙的个人财产不用归还。

选项D是正确的。丁、戊应将从丙处继承的而丙从甲处继承的财产返还给甲。

本题的核心是要掌握丙的财产分为两部分,应当归还的只是丙从甲那里继承过来的那一部分。

[难度系数] **

2. 甲、乙、丙各出资5万元合伙开办一家餐馆,经营期间,丙提出退伙,甲、乙同意,三方约定丙放弃一切合伙权利,也不承担合伙债务。下列选项哪一个是正确的?(2004年试卷三第2题)

- A. 丙退伙后对原合伙的债务不承担责任
- B. 丙退伙后对原合伙的债务仍应承担连带清偿责任
- C. 丙退伙后对原合伙的债务承担补充责任
- D. 丙退伙后仍应以其出资额为限对原合伙债务承担清偿责任

[答案] B

[考点] 合伙人退伙后的责任

[解析] 《民法通则意见》第53条规定,合伙经营期间发生亏损,合伙人退出合伙时未按约定分担或者未合理分担合伙债务的,退伙人对原合伙的债务,应当承担清偿责任;退伙人已分担合伙债务的,对其参加合伙期间的全部债务仍负连带责任。据此,合伙人退出合伙后,对其参加合伙期间的全部债务仍负连带责任,B项正确。需要注意的是,该意见第53条中的“未按约定分担”指的是未按合伙人的内部约定债务承担比例分担,“未合理分担”指的是未按合伙人的出资比例等据以合理确定合伙人之间权利义务关系的标准分担,但不管是哪一种情况,它指向的都是合伙人的内部关系,这种内部关系没有对外对抗债权人的效力。因此,除非合伙人与债权人间有不同约定,否则,合伙人退伙后对原合伙的债务一律承担连带清偿责任。另外,合伙人对合伙债务承担的是无限责任而不是有限责任,D项错误。

[难度系数] **

3. 甲、乙、丙合伙经营汽车运输业务。因生意好,甲想让其弟丁参加合伙,乙同意,但丙反对。甲以多数人同意为由安排丁参与经营。后合伙经营的汽车发生交通事故,造成5万元损失。四人为该5万元损失分担问题诉至法院。本案应如何处理?(2004年试卷三第30题)

- A. 由甲、乙、丁分担5万元
- B. 由甲、乙、丙、丁分担5万元
- C. 由甲、乙、丙分担5万元
- D. 由甲、乙、丙承担大部分,丁承担小部分

【答案】 C

【考点】 合伙人的认定

【解析】 合伙关系由于具有较强的人合性质,而主要以合伙人彼此信赖为成立和经营的基础。基于此,法律对第三人入伙问题作出了需经全体合伙人一致同意的规定。《民法通则意见》第51条规定:在合伙经营过程中增加合伙人,书面协议有约定的,按照协议处理;书面协议未约定的,须经全体合伙人同意;未经全体合伙人同意的,应当认定入伙无效。《合伙企业法》第43条规定:新合伙人入伙时,应当经全体合伙人同意,并依法订立书面入伙协议。本题中,甲、乙、丙间并没有在合伙经营过程中增加合伙人的书面协议,在这种情况下,如果增加新合伙人,依法应当经全体合伙人同意。由此,丁在合伙人丙反对的情况下,其入伙是无效的,他不是甲、乙、丙合伙的合伙人,当然也不应当承担因该合伙经营而产生的责任。根据《民法通则》第35条的规定:“合伙的债务,由合伙人按照出资比例或者协议的约定,以各自的财产承担清偿责任。合伙人对合伙的债务承担连带责任,法律另有规定的除外。偿还合伙债务超过自己应当承担数额的合伙人,有权向其他合伙人追偿。”本题中的5万元损失应由甲、乙、丙分担。C项正确。

【难度系数】 **

4. 甲被宣告死亡后,其妻乙改嫁于丙,其后丙死亡。1年后乙确知甲仍然在世,遂向法院申请撤销对甲的死亡宣告。依我国法律,该死亡宣告撤销后,甲与乙原有的婚姻关系如何?(2003年试卷三第9题)

- A. 自行恢复
- B. 不得自行恢复
- C. 经乙同意后恢复
- D. 经甲同意后恢复

【答案】 B

【考点】 宣告死亡被撤销的法律后果

【解析】 《民法通则意见》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。”由此,B项正确,ACD三项错误。

需要强调的是,只要自然人被宣告死亡后其配偶再婚的,不管再婚的后果如何,在死亡宣告被撤销后他们的婚姻关系均不得自行恢复,法律的

这一规定不以当事人间的主观意志状态(如是否“同意”)为转移。在这种情况下,如果要恢复婚姻关系,需要当事人重新进行婚姻登记。

【难度系数】 **

5. 某合伙组织起字号为“兴达商行”,其中甲出资60%,乙、丙各出资20%,甲被推举为负责人。在与兴达商行的债务人丁的一场诉讼中,甲未与乙、丙商量而放弃兴达商行对丁的债权5万元,乙、丙知道后表示反对。甲放弃债权的行为的效力应如何认定?(2003年试卷三第16题)

- A. 是有效行为
- B. 是无效行为
- C. 是可撤销行为
- D. 是效力未定行为

【答案】 A

【考点】 合伙负责人处分合伙财产的效力

【解析】 《民法通则意见》第45条规定:起字号的个人合伙,在民事诉讼中,应当以依法核准登记的字号为诉讼当事人,并由合伙负责人为诉讼代表人。合伙负责人的诉讼行为,对全体合伙人发生法律效力。未起字号的个人合伙,合伙人在民事诉讼中为共同诉讼人。合伙人人数众多的,可以推举诉讼代表人参加诉讼,诉讼代表人的诉讼行为,对全体合伙人发生法律效力。推举诉讼代表人,应当办理书面委托手续。

本题中,甲是合伙负责人,合伙负责人的诉讼行为,对全体合伙人发生法律效力,所以“甲未与乙、丙商量而放弃兴达商行对丁的债权5万元”的行为对全体合伙人是有效的,A项正确,BCD三项应予排除。

但是,本题如果依据民事诉讼的有关原理进行分析,其答案将正好相反,应是B项(无效)。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》(以下简称《民事司法解释》)第47条规定:个人合伙的全体合伙人在诉讼中为共同诉讼人。个人合伙有依法核准登记的字号的,应在法律文书中注明登记的字号。全体合伙人可以推选代表人;被推选的代表人,应由全体合伙人出具推选书。据此,个人合伙的诉讼是一种共同诉讼,按照民事诉讼关于共同诉讼的理论,这种共同诉讼应是必要共同诉讼。所谓必要共同诉讼,是指当事人一方或者双方为两人以上,诉讼标的是同一的,法院必须合一审理,并在裁判中对诉讼标的合一确定的共同诉讼。个人合伙之所以是必要共同诉讼,是因为全体合伙人对于诉讼标的(比如本案中,个人合伙对丁的5