

2014年版

研习历年试题就是做未来真正考题

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

司法考试 历年试题及考点归类精解

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12年最新增补、修订出版

明确复习重点

整合2009—2013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



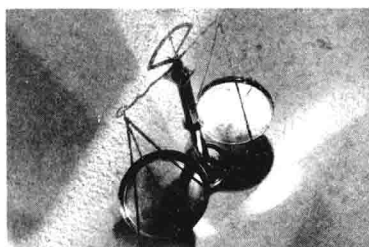
司法考试历年试题及考点归类精解

民 法

2014年版

法律考试中心 / 组编

主 编	张能宝				
副主编	杨艳霞	张 玲	田域基		
撰稿人	张能宝	杨艳霞	张 玲	田域基	
	刘亚莉	李慧琦	郭 玮	倪 燕	
	汪涵中	施金晶	张子茹	池 骋	
	朱虹丽	王伟蔷	吕晓彤	叶清逸	
	王光明	刘金坤	张劲晗		



目 录

民法分值分布、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 2009—2013 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	(2)
(一)命题基本规律	(2)
(二)复习技巧	(2)
第二部分 客观试题归类精解	(3)
一、民法基础理论	(3)
(一)单项选择题	(3)
(二)已考考点及已考法条归纳	(6)
(三)备考提示	(6)
二、自然人	(6)
(一)单项选择题	(6)
(二)多项选择题	(9)
(三)已考考点及已考法条归纳	(9)
(四)备考提示	(9)
三、法人	(10)
(一)单项选择题	(10)
(二)多项选择题	(12)
(三)已考考点及已考法条归纳	(12)
(四)备考提示	(12)
四、民事法律行为与代理	(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	(18)
(四)备考提示	(18)
五、人身权	(18)
(一)单项选择题	(18)
(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、债权	(22)
(一)单项选择题	(22)
(二)多项选择题	(26)
(三)不定项选择题	(27)

(四)已考考点及已考法条归纳	(29)
(五)备考提示	(29)
七、诉讼时效	(29)
(一)单项选择题	(29)
(二)多项选择题	(31)
(三)已考考点及已考法条归纳	(33)
(四)备考提示	(33)

合 同 法

第一部分 2009—2013 年司法考试分值分布、 命题基本规律与复习技巧	(34)
一、司法考试分值分布	(34)
二、命题基本规律与复习技巧	(34)
(一)命题基本规律	(34)
(二)复习技巧	(34)
第二部分 客观试题归类精解	(35)
一、合同的订立与效力	(35)
(一)单项选择题	(35)
(二)多项选择题	(38)
(三)不定项选择题	(41)
(四)已考考点及已考法条归纳	(43)
(五)备考提示	(43)
二、合同的履行、变更和转让	(44)
(一)单项选择题	(44)
(二)多项选择题	(48)
(三)不定项选择题	(49)
(四)已考考点及已考法条归纳	(53)
(五)备考提示	(54)
三、合同的权利义务终止	(54)
(一)单项选择题	(54)
(二)已考考点及已考法条归纳	(55)
(三)备考提示	(55)
四、违约责任	(56)
(一)单项选择题	(56)
(二)多项选择题	(56)
(三)已考考点及已考法条归纳	(57)
(四)备考提示	(57)
五、买卖合同、赠与合同、借款合同	(57)
(一)单项选择题	(57)
(二)多项选择题	(59)

(三)已考考点及已考法条归纳	(60)
(四)备考提示	(60)
六、租赁合同、融资租赁合同、承揽合同、 建设工程合同、技术合同	(61)
(一)单项选择题	(61)
(二)多项选择题	(62)
(三)已考考点及已考法条归纳	(65)
(四)备考提示	(65)
七、运输合同、保管合同、仓储合同	(65)
(一)多项选择题	(65)
(二)已考考点及已考法条归纳	(66)
(三)备考提示	(66)
八、委托合同、行纪合同、居间合同	(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	(68)
(四)备考提示	(68)
第三部分 案例分析题集中精解	(69)
一、试题解析	(69)
二、已考考点及已考法条归纳	(79)
三、备考提示	(79)

物 权 法

第一部分 2009—2013 年司法考试分值分布、 命题基本规律与复习技巧	(79)
一、司法考试分值分布	(79)
二、命题基本规律与复习技巧	(80)
(一)命题基本规律	(80)
(二)复习技巧	(80)
第二部分 客观试题归类精解	(80)
一、物权总则	(80)
(一)单项选择题	(80)
(二)多项选择题	(81)
二、所有权	(82)
(一)单项选择题	(82)
(二)多项选择题	(87)
(三)不定项选择题	(89)
三、用益物权	(90)
(一)单项选择题	(90)
(二)多项选择题	(90)
四、占有	(91)
(一)单项选择题	(91)
(二)多项选择题	(92)
第三部分 物权法已考考点及已考法条归纳、 备考提示	(93)
一、已考考点及已考法条归纳	(93)

二、备考提示	(94)
--------------	------

侵权责任法

第一部分 2009—2013 年司法考试分值分布、 命题基本规律与复习技巧	(94)
一、司法考试分值分布	(94)
二、命题基本规律与复习技巧	(94)
第二部分 客观试题归类精解	(95)
一、侵权一般原理	(95)
单项选择题	(95)
二、责任主体特殊规定	(95)
(一)单项选择题	(95)
(二)多项选择题	(96)
三、特殊侵权责任	(98)
(一)单项选择题	(98)
(二)多项选择题	(100)
第三部分 侵权责任法已考考点及已考法条归 纳、备考提示	(101)
一、已考考点及已考法条归纳	(101)
二、备考提示	(102)

担 保 法

第一部分 2009—2013 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)
(一)命题基本规律	(102)
(二)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	(103)
二、抵押	(104)
(一)单项选择题	(104)
(二)多项选择题	(106)
三、质押	(109)
(一)单项选择题	(109)
(二)多项选择题	(110)
四、定金	(111)
单项选择题	(111)
五、留置	(111)
单项选择题	(111)
第三部分 担保法已考考点及已考法条归纳、 备考提示	(112)
一、已考考点及已考法条归纳	(112)

二、备考提示	(112)
--------------	-------

著作权法

第一部分 2009—2013 年司法考试分值分布、 命题基本规律与复习技巧	(113)
一、司法考试分值分布	(113)
二、命题基本规律与复习技巧	(113)
(一)命题基本规律	(113)
(二)复习技巧	(113)
第二部分 客观试题归类精解	(114)
一、单项选择题	(114)
二、多项选择题	(119)
三、已考考点及已考法条归纳	(123)
四、备考提示	(123)

商标法

关于 2013 年《商标法》修改的总体说明	(124)
第一部分 2009—2013 年司法考试分值分布、 命题基本规律与复习技巧	(124)
一、司法考试分值分布	(124)
二、命题基本规律与复习技巧	(124)
(一)命题基本规律	(124)
(二)复习技巧	(124)
第二部分 客观试题归类精解	(125)
一、单项选择题	(125)
二、多项选择题	(127)
三、已考考点及已考法条归纳	(129)
四、备考提示	(129)

专利法

第一部分 2009—2013 年司法考试分值分布、 命题基本规律与复习技巧	(130)
一、司法考试分值分布	(130)

二、命题基本规律与复习技巧	(130)
(一)命题基本规律	(130)
(二)复习技巧	(130)

第二部分 客观试题归类精解	(130)
一、单项选择题	(130)
二、多项选择题	(133)
三、已考考点及已考法条归纳	(134)
四、备考提示	(135)

婚姻法

第一部分 2009—2013 年司法考试分值分布、 命题基本规律与复习技巧	(135)
一、司法考试分值分布	(135)
二、命题基本规律与复习技巧	(135)
(一)命题基本规律	(135)
(二)复习技巧	(135)
第二部分 客观试题归类精解	(135)
一、单项选择题	(135)
二、多项选择题	(138)
三、已考考点及已考法条归纳	(139)
四、备考提示	(140)

继承法

第一部分 2009—2013 年司法考试分值分布、 命题基本规律与复习技巧	(140)
一、司法考试分值分布	(140)
二、命题基本规律与复习技巧	(140)
(一)命题基本规律	(140)
(二)复习技巧	(140)
第二部分 客观试题归类精解	(141)
一、单项选择题	(141)
二、多项选择题	(143)
三、已考考点及已考法条归纳	(146)
四、备考提示	(146)

民法分值分布、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	物权法	侵权责任法	担保法	著作权法	商标法	专利法	婚姻法	继承法	总 计
2013 年	13	46	9	3	6	5	3	3	1	3	92
2012 年	10	42	12	2	9	5	3	4	1	4	92
2011 年	20	28	10	5	8	5	3	3	4	3	89
2010 年	13	42	10	6	4	4	3	3	2	3	90
2009 年	20	39	10	0	3	8	2	1	4	5	92

注:2013 年、2012 年、2011 年案例及不定项题目均为综合题目,涉及民法通则、物权法、担保法等,为保持题目完整,在分值分别统计的情况下,我们将试题做集中解析。

二、命题基本规律与复习技巧

一直以来,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,市场经济越是繁荣发达就越需要“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 2009—2013 年 5 年的司法考试中共考了 455 分,年均 91 分,成为当之无愧的司法考试第一大户;民法历年分值占据了整个考试 600 分总量的近 1/6,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上。

2. 在大的命题方向上,虽然民法的各单行法在 2013 年的司法考试中都有生动表现,但总体上仍维持的是一个基本的态势——以民法通则、合同法、物权法、侵权责任法为龙头,以担保法、知识产权法为龙身,以婚姻法、继承法为龙尾。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、侵权责任法、物权法)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 2009—2013 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	案例分析及论述题	总 计
2013 年	9	4	0	0	13
2012 年	6	4	0	0	10
2011 年	6	4	6	4	20
2010 年	5	8	0	0	13
2009 年	10	10	0	0	20

二、命题基本规律与复习技巧

(一)命题基本规律

1. 从1987年施行至今,《民法通则》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,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2009—2013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近20分的比重。我们认为,在司法考试的总分值调整为600分后,15分的分值应是《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决定了《民法通则》及《民法通则意见》的内容理应在司法考试——选拔国家未来法律建设者的考试中得到必要彰显。

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、物权法、侵权责任法、担保法)的相继颁行,使《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,以致《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分比重。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,也只有在5分左右的不定项选择题中一展身手了!

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,2011年的论述题又出现了其身影。司法考试历来以基础性的重要部门法为主体内容,在以考查广大考生综合能力见长的论述题中,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,不仅会如我们以前所预言的那样,而且在未来的考试中,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2013年第1题关于民事法律关系的考查,2011年第53题关于意思表示效力的考查,2009年第1题关于民事权利的考查,就属于这类题目。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。《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,但广大考生也因之而受益无穷。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民事单行法和民事特别法又是不可或缺的,它可以极大地提高大家学习其他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)。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,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。

同时,我们必须明白,民法理论指导的并不仅仅是《民法通则》及《民法通则意见》,它还在广泛而深刻地指导和影响着一系列的民事单行法(如侵权责任法、物权法、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)。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混不清,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)民事责任;(13)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。虽然对《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大幅提高。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“甲17岁,以个人积蓄1000元在慈善拍卖会拍得明星乙表演用过的道具,市价约100元。事后,甲觉得道具价值与价格不相称,很后悔,问该行为的效力如何?”然后要求考生自己根据相关法条的规定排查出

“甲”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为行为的性质,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地考查,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. 兹有四个事例:①张某驾车违章发生交通事故致致搭车的李某残疾;②唐某参加王某组织的自助登山活动因雪崩死亡;③吴某与人打赌举重物因用力过猛致残;④何某心情不好邀好友郑某喝酒,郑某畅饮后驾车撞树致死。根据公平正义的法治理念和民法有关规定,下列哪一观点可以成立?(2013年试卷三第1题)

A. ①张某与李某未形成民事法律关系合意,如让张某承担赔偿责任,是惩善扬恶,显属不当

B. ②唐某应自担风险,如让王某承担赔偿责任,有违公平

C. ③吴某有完整意思能力,其自担损失,是非清楚

D. ④何某虽有召集但未劝酒,无需承担责任,方能兼顾法理与情理

[答案]* _____ 1

[考点] 民事法律关系

[解析] 本题考查民事法律关系中民事责任的判断。民事法律关系是基于民事法律事实,由民法调整而形成的民事权利义务关系。其核心要素是民事权利和民事义务。民事责任则是为保障民事主体的权利而设,当民事主体违反民事义务后应承担的法律后果即为民事责任。考生正确判断民事责任的前提是了解民事责任的内涵和外延。同时,根据《民法通则》第4条的规定“民事活动应当遵循公平原则”及社会主义法治

理念关于公平正义的要求,在判断民事主体是否应承担民事责任时,还应当在民事主体责任的承担上体现公平正义,兼顾各方当事人的利益平衡。具体而言,民事责任的内涵是指民事主体违反合同义务或法定义务而应承担的法律后果。民事责任依据发生根据的不同,可以分为合同责任、侵权责任以及其他责任。合同责任是指违反合同约定的义务或违反合同法规定的义务而产生的责任。侵权责任是因侵犯他人的财产权益与人身权益产生的责任。其他责任是在合同责任与侵权责任之外的其他民事责任,较为常见的如因拒绝返还不当得利而产生的责任,被管理人拒绝补偿管理人损失产生的责任等。所以,判断一方民事主体是否对另一方民事主体应当承担民事责任,可以从是否构成合同责任、侵权责任或者其他责任三个方面去考量。

第一,选项A中,根据《合同法》第302条的规定:“承运人应当对运输过程中旅客的伤亡承担损害赔偿责任,但伤亡是旅客自身健康原因造成的或者承运人证明伤亡是旅客故意、重大过失造成的除外。前款规定适用于按照规定免票、持优待票或者经承运人许可搭乘的无票旅客。”可知,张某和李某之间形成运输合同,张某作为承运人,李某属于经张某许可搭乘的旅客,在张某因重大过失违章驾车发生交通事故致搭乘

*为强化对真题考点的思考,应广大考生要求,我们在每题后不再直接列明答案,相关答案请参见每页右下角注释,全书体例同。——编者注

旅客李某伤亡时, 张某应当依据《合同法》承担赔偿责任。据此, 选项 A 是错误的。

第二, 首先, 从合同角度考察选项 B 中的王某和唐某之间有没有形成旅游合同关系。所谓旅游合同, 通常是指旅游者支付旅游费用, 经营者收取旅游者费用后为旅游者提供约定服务的书面合同。王某组织自助登山活动, 属于自发组织非营利性旅游活动, 并没有与参加者唐某订立旅游合同关系, 因此在唐某因雪崩发生死亡时, 不能依据合同法追究王某的违约赔偿责任。其次, 可以从侵权责任角度考察王某对唐某的死亡是否应当承担侵权赔偿责任。根据《侵权责任法》第 37 条的规定: “宾馆、商场、银行、车站、娱乐场所等公共场所的管理人或者群众性活动的组织者, 未尽到安全保障义务, 造成他人损害的, 应当承担侵权责任。因第三人的行为造成他人损害的, 由第三人承担侵权责任; 管理人或者组织者未尽到安全保障义务的, 承担相应的补充责任。”可知, 群众性活动的组织者对于参与者的安全应当尽到安全保障义务, 未尽该义务造成参与者损害的, 应承担侵权赔偿责任; 否则不需要对参与者的损害承担赔偿责任。王某组织自助登山活动, 可以认定为是侵权责任法所界定的群众性活动的组织者, 王某应对参与者唐某尽到安全保障义务, 如果尽到安全保障义务的, 不应当对唐某的死亡承担赔偿责任。安全保障义务属于过错责任的一种, 在实践中判断是否尽到安全保障义务应当综合考虑安全保障义务人的情况、组织活动的条件规模、侵权行为的性质和力度, 以及损害发生时所能采取的防范措施等多方面因素。唐某的死亡是雪崩, 属于意外事件, 王某无法事先预测并加以防范, 因此不能认定王某未尽安全保障义务导致唐某的死亡。所以, 王某不应当对唐某的死亡承担侵权赔偿责任。而且, 王某与唐某之间也不存在无因管理或者不当得利之债的情形, 所以, 唐某亦无权依据其他责任向王某主张损害赔偿。综上, 无论从合同责任、侵权责任或者其他责任的角度, 王某均无须对唐某的死亡承担责任, 据此, 选项 B 是正确的。

第三, 首先, 从合同角度考察选项 C 中的吴某和他人之间有没有形成合同关系。王某与他人之间所谓的打赌, 实际上是民法理论所称的射幸合同或称赌博契约, 即双方当事人以将来不确定的某事件的成功与否决定财物的得失。我国对射幸合同无明文规定, 现行民事法规对打赌也未明确规定。但从世界各国的民事立法及民法实务看, 对赌博契约, 除非经国家特许为有效外, 其余的或者由法律明确规定无效, 或者以违反公序良俗为由而被确定无效。我国实践中对赌博产生的债务均以违反公序良俗为由认定无效, 不予保护。当事人之间虽然存在着赌博契约关系, 但是一方当事人不能依据此契约向另一方主张合同责任。那么, 在赌

博契约中一方受到伤害另一方是否应当承担责任须通过侵权责任法进行考量。根据《侵权责任法》第 6 条第 1 款的规定: “行为人因过错侵害他人民事权益, 应当承担侵权责任。”赌博中发生损害时, 主要衡量赌博时双方当事人对损害的发生有无过错。选项 C 中, 吴某与他人打赌, 赌博的内容是举重物, 吴某和他人作为完全民事行为能力人, 应当知道人体对重物有一定的承重范围, 应当预见到超过人体极限承重重物时会对身体造成一定的损害后果, 但是双方对此损害结果的发生均持放任态度, 并最终导致结果的发生。此时, 除了吴某应当自担责任以外, 他人也应对吴某的损害结果承担一定的赔偿责任。据此, 选项 C 是错误的。

第四, 首先, 考虑选项 D 中的何某与郑某之间是否存在合同关系, 具有合同法上的赔偿责任。何某邀请郑某喝酒, 属于一种社交活动, 双方并没有发生民事法律关系的意思表示的一致, 因此在何某和郑某之间并没有成立合同关系, 何某不应承担郑某的死亡承担合同法上的赔偿责任。其次, 从侵权责任角度考察。何某是否对郑某酒后驾车撞树死亡承担侵权责任, 要看何某是否对郑某的死亡具有过错。何某作为完全民事行为能力人, 应当预料到郑某酒驾后发生损害结果的可能性, 其作为饮酒活动的召集者、共饮者, 本应在郑某高强度饮酒后尽到互相扶助、注意、提醒其不能开车的义务, 但其却疏于履行上述义务, 对郑某醉酒驾车持放任态度, 最终导致郑某死亡的损害结果。因此, 何某对郑某的死亡具有过错, 根据《侵权责任法》的上述规定, 何某应当对郑某的死亡承担侵权赔偿责任, 据此选项 D 错误。

[难度系数] **

2. 下列哪一情形下, 乙的请求依法应得到支持?
(2010 年试卷三第 1 题)

- A. 甲应允乙同看演出, 但迟到半小时。乙要求甲赔偿损失
- B. 甲听说某公司股票可能大涨, 便告诉乙, 乙信以为真大量购进, 事后该支股票大跌。乙要求甲赔偿损失
- C. 甲与其妻乙约定, 如因甲出轨导致离婚, 甲应补偿乙 50 万元, 后二人果然因此离婚。乙要求甲依约赔偿
- D. 甲对乙承诺, 如乙比赛夺冠, 乙出国旅游时甲将陪同, 后乙果然夺冠, 甲失约。乙要求甲承担赔偿责任

[答案] _____²

[考点] 民事法律关系

[解析] 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。因此, 民事法律事实是民事法律关系的核心要素, 没有民事法律事实就无从产生民事法律关系, 而没有

民事法律关系,就谈不到赔偿损失民事责任。民事法律事实通常包括两大类:第一类是行为。根据行为人的意思是否需要明确对外表示,可以分为表意行为与非表意行为。表意行为是行为人通过意思表示,旨在设立、变更或消灭民事法律关系的行为;非表意行为是指行为人主观上没有产生民事法律关系效果的意思表示,民事法律关系的内容由法律直接加以规定。第二类是不以人的意志为要件的客观事实,又分为事件和状态。根据民事法律事实概念,我们对题目中涉及的选项进行一一分析:

首先,选项A中甲应允乙观看演出的“应允”属于一种“行为”,而非事件和状态。但是甲的此种“应允”并非民事法律事实中的“行为”,因为甲在做出这种应允时主观上并不希望产生任何民法上的法律效果,即并非意在自己与乙之间成立任何权利义务关系,故甲的应允行为并非“表意行为”;同时此种应允行为法律也没有对其后果直接加以规定,故也非“非表意行为”。综上,甲的应允行为不属于任何民事法律事实,其不能在甲、乙之间产生任何民事法律关系,自然也无法产生任何民事责任,故乙无权要求甲赔偿损失。据此,选项A错误。

其次,选项B中甲听说某公司股票可能大涨,便告诉乙的“告知”属于一种“行为”,而非事件和状态。但是甲的此种“告知”并非民事法律事实中的“行为”,因为甲在做出这种告知时主观上并不希望产生任何民法上的法律效果,即并非意在自己与乙之间成立任何权利义务关系,故甲的告知行为并非“表意行为”;同时此种告知行为法律也没有对其后果直接加以规定,故也非“非表意行为”。综上,甲的告知行为不属于任何民事法律事实,其不能在甲、乙之间产生任何民事法律关系,自然也无法产生任何民事责任,故乙无权要求甲赔偿损失。据此,选项B错误。

再次,选项C中,甲、乙之间的约定属于“行为”,意在使甲、乙之间发生民事权利义务关系,即甲同意该份“婚前协议”意在使自己负有对婚姻忠实的义务,并且在违反忠实义务时承担损害赔偿赔偿责任。对于该“婚前协议”的效力,根据《民法通则》第58条第1款的规定:“下列民事行为无效:(一)无民事行为能力人实施的;(二)限制民事行为能力人依法不能独立实施的;(三)一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危,使对方在违背真实意思的情况下所为的;(四)恶意串通,损害国家、集体或者第三人利益的;(五)违反法律或者社会公共利益的;(六)经济合同违反国家指令性计划的;(七)以合法形式掩盖非法目的的。”可知,“婚前协议”在不违背国家法律规定、不侵犯他人合法权益的情况下,约定即应当是具有法律效力的。那么这份“婚前协议”是否违反法律规定?根据《婚姻法》第46条规定:“有下列情形之一,导致离婚的,无过错方有权请求损

害赔偿:(一)重婚的;(二)有配偶者与他人同居的;(三)实施家庭暴力的;(四)虐待、遗弃家庭成员的。”以及《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)》(以下简称《婚姻法解释(一)》)第28条规定的“婚姻法第四十六条规定的‘损害赔偿’,包括物质损害赔偿和精神损害赔偿”,可知,该约定并未违反法律规定,双方的约定应属有效,甲的行为属于“表意行为”,在甲违反义务的情况下,法院应当支持乙的损害赔偿请求权。据此,选项C正确。

最后,选项D中,甲对乙承诺,如乙比赛夺冠,乙出国旅游时甲将陪同的“承诺”属于一种“行为”,而非事件和状态。但是甲的此种“承诺”并非民事法律事实中的“行为”,因为甲在做出这种承诺时主观上并不希望产生任何民法上的法律效果,即并非意在自己与乙之间成立任何权利义务关系,故甲的承诺行为并非“表意行为”;同时此种承诺行为法律也没有对其后果直接加以规定,故也非“非表意行为”。综上,甲的承诺行为不属于任何民事法律事实,其不能在甲、乙之间产生任何民事法律关系,自然也无法产生任何民事责任,故乙无权要求甲赔偿损失。据此,选项D错误。

【陷阱点拨】 考生作答本题需要掌握两点:第一,要正确理解民事法律事实、民事法律关系以及民事责任之间的关系,并应熟练掌握如何通过民事法律事实判断民事法律关系。第二,要正确理解“婚前协议”的效力。选项C考查“婚前协议”的效力,属于当前社会热点问题,很多考生认为依据《合同法》第2条的规定:“本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议,适用其他法律的规定。”由于“婚前协议”不属于《合同法》调整,故“婚前协议”无效,这种认识是错误的。根据《合同法》的有关规定,“婚前协议”这种涉及身份关系的协议只是不适用《合同法》的规定,并非当然无效,具体效力应当根据《民法通则》关于民事行为无效的规定进行判断,即只要“婚前协议”的内容不违背国家法律规定、不侵犯他人合法权益的,应当有效。

【难度系数】 **

3. 甲被乙家的狗咬伤,要求乙赔偿医药费,乙认为甲被狗咬与自己无关拒绝赔偿。下列哪一选项是正确的?(2009年试卷三第1题)

- A. 甲乙之间的赔偿关系属于民法所调整的人身关系
- B. 甲请求乙赔偿的权利属于绝对权
- C. 甲请求乙赔偿的权利适用诉讼时效
- D. 乙拒绝赔偿是行使抗辩权

【答案】 3

【考点】 民法的调整对象、民事权利

【解析】 根据《民法通则》第2条的规定,民法的调整对象是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。财产关系是平等主体之间以自愿为基础的具体的经济关系,而人身关系是与人身不可分离、以人身利益为内容、不直接体现财产利益的社会关系。在财产关系中,有财产归属关系和财产流转关系,前者为物权,后者为债权。在人身关系中,有人格关系和身份关系,前者为人格权,后者为婚姻继承法中的权利。本题中,甲被乙家的狗咬伤,要求乙赔偿医药费,甲乙之间形成了侵权损害赔偿的法律关系,属于债权的一种,故甲、乙之间形成了财产流转关系,而非人身关系。据此,选项 A 错误。

民事权利种类繁多,将其根据不同的标准进行分类就会产生不同的权利类型。本题中,选项 B 是对以民事权利效力范围为标准进行划分产生的绝对权与相对权这种权利类型的考查。绝对权是权利人无须通过义务人实施一定的行为即可实现,并可以对抗不特定人的权利,人身权、物权、知识产权、继承权等都属于绝对权;而相对权是必须通过义务人实施一定的行为才能实现,只能对抗特定人的权利,债权属于相对权。选项 B 中甲请求乙赔偿的权利,必须通过乙的行为才能实现,而且该权利只能对抗乙,是一种债权,因此应当属于相对权,而不是绝对权,故选项 B 错误。

选项 CD 考查的是以民事权利的作用为标准进行划分产生的支配权、请求权、形成权以及抗辩权,历来也是司法考试考查的热点所在,考生一定要认真把握。选项 C 内容虽然为诉讼时效,但实际考查的却是请求权与形成权之间的区别。传统民法理论认为,请求权是权利人要求他人为特定行为的权利,它要受到诉讼时效的限制,权利人超过诉讼时效期间行使权利的将丧失胜诉权;而形成权是权利人依自己单方的意思表示,使民事法律关系发生变更或者消灭的权利,形成权要受到除斥期间的限制,权利人超过除斥期间行使权利的将使实体权利发生灭失。本题中,甲请求乙赔偿的权利属于一种请求权,故应受到诉讼时效期间的限制,选项 C 正确。

抗辩权是對抗他人请求权行使的权利。根据抗辩权作用的不同,可将抗辩权分为永久性抗辩权与延期性抗辩权。前者如诉讼时效,后者如同时履行抗辩权、不安抗辩权以及先诉抗辩权等。本题考查的是抗辩权与否认权的不同。所谓否认权,是否认请求权存在的权利,它与抗辩权不同,抗辩权的功能在于“对抗”、“反对”,阻止他人行使权利,所以抗辩权的行使以请求权的存在为前提;而否认权的功能在于否认请求权的存在,故它的行使不以请求权的存在为前提。本题中,乙认为甲被狗咬与自己无关故拒绝赔偿,乙否认的是甲请求权的存在,而不是对请求权的行使提出一种抗辩,故选项 D 中,乙拒绝赔偿时行使的应为否认权,而非抗辩权,选项 D 错误。

[难度系数] *

(二)已考考点及已考法条归纳

考查次数	已考考点	已考法条
**	民事法律关系的成立	
*	民法的调整对象	《民法通则》第 2 条

(三)备考提示

民法基础理论部分作为部门法的理论基石,宏观上为民法的体系建设构建了基本框架,指明了方向;微观上为民法基本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更是本部分考点的重中之重。

在以上考点中,考生关键要把握以下主要知识点:(1)民事法律关系的概念和特征。考生应当掌握民事法律关系必须是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。(2)民事权利。在民事权利中,应特别注意民事权利分类中,依据其效力将权利分为支配权、请求权、形成权与抗辩权这四种类型。了解每种类型的概念、特征及其性质,特别是形成权的性质以及它的表现形式,这已在司考中多次涉及。

二、自然人

(一)单项选择题

1. 关于监护,下列哪一表述是正确的?(2013 年试卷三第 2 题)

- A. 甲委托医院照料其患精神病的配偶乙,医院是委托监护人
- B. 甲的幼子乙在寄宿制幼儿园期间,甲的监护职责全部转移给幼儿园
- C. 甲丧夫后携幼子乙改嫁,乙的爷爷有权要求法院确定自己为乙的法定监护人
- D. 市民甲、乙之子丙 5 周岁,甲乙离婚后对谁担任丙的监护人发生争议,丙住所地的居民委员会有权指定

[答案] _____ 1

[考点] 委托监护、指定监护

[解析] 首先,选项 A、B 考查委托监护制度。所谓委托监护,是指监护人在监护期间,基于正当理由通过委托协议的形式将其全部或者部分的监护职责委托给其他不具有监护资格、但是具有监护能力的人而形成的委托。《民法通则意见》第 22 条规定:“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;被委托人确有过错的,负连带责任。”

选项 A 中,甲作为精神病人乙的配偶,是乙的法定监护人,其可以将自己的监护职责委托给医院,此时医院成为乙的委托监护人。据此,选项 A 是正确的。

选项 B 考查的是寄宿制学校是否为委托监护人。所谓寄宿制是指学校对所有入学学生进行集中住校学习、生活和统一管理的一种新型的学校管理体制。对于未成年人在校学习期间,监护人的监护权是否转移的问题,学界历来争论不休。有监护权事实转移说,委托监护权说以及监护权未转移说等多种学说,但根据我国《侵权责任法》第 38 条的规定:“无民事行为能力人在幼儿园、学校或者其他教育机构学习、生活期间受到人身损害的,幼儿园、学校或者其他教育机构应当承担赔偿责任,但能够证明尽到教育、管理职责的,不承担责任。”以及第 39 条的规定:“限制民事行为能力人在学校或者其他教育机构学习、生活期间受到人身损害,学校或者其他教育机构未尽到教育、管理职责的,应当承担赔偿责任。”和《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》)第 7 条的规定:“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。”可知,现行法律将学校对未成年人的责任界定为一种教育、管理的职责,学校是负有教育和管理义务的主体,不是委托监护人,不存在未成年人法定(指定)监护人将监护职责转移给寄宿制学校委托监护的问题,据此,选项 B 错误。

其次,选项 C、D 考查指定监护。根据《民法通则》第 16 条的规定:“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……”以及《民法通则意见》第 21 条的规定:“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。”可知,对于未成年人而言,父母为未成年人的法定监护人,这种监护资格不因父母分居或者离异而受影响,只有在未成年人的父母死亡或者没有监护能力,或者父母担任监护人对未成年人明显不利的情况下,才可以取消父母的监护资格。因此,选项 C 中,未成年人乙的爷爷以乙的母亲甲改嫁为由要求而变更监护人是不能获得支持的,据此,选项 C 错误。

最后,未成年人的父母对担任监护人有异议的,不适用指定监护人的程序,无须经有关组织的指定,可直接向人民法院起诉要求变更监护人。这与未成年人父母以外的近亲属对担任监护人有争议时,需经过有关组织指定才可向法院起诉的规定是不同的。因此,选项 D 中,未成年人丙的父母甲、乙对担任丙的监护人发生争议时,丙住所地的居民委员会无权指定,甲、乙可直接要求人民法院变更监护人。选项 D 错误。

【难度系数】 **

2. 甲十七岁,以个人积蓄 1,000 元在慈善拍卖会拍得明星乙表演用过的道具,市价约 100 元。事后,甲觉得道具价值与其价格很不相称,颇为后悔。关于这一买卖,下列哪一说法是正确的?(2010 年试卷三第 2 题)

- A. 买卖显失公平,甲有权要求撤销
- B. 买卖存在重大误解,甲有权要求撤销
- C. 买卖无效,甲为限制行为能力人
- D. 买卖有效

【答案】 2

【考点】 限制行为能力人的行为能力

【解析】 本题考查了限制行为能力人从事的与其年龄、智力状况相适应的民事行为的效力。根据《民法通则》第 12 条第 1 款的规定:“十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。”以及《合同法》第 47 条第 1 款的规定:“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。”可知,本题中,甲 17 岁,属于限制行为能力人,可以从事与其年龄、智力相适应的民事活动。

判断甲以个人积蓄 1,000 元拍卖明星乙道具的行为是否属于与其年龄、智力相适应的民事行为,应当根据《民法通则意见》第 3 条的规定,即“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”。

本题中,甲作为 17 岁的限制行为能力人,首先,拍买道具的行为是其年龄段的年轻人追星经常做的,与其本人的生活关联程度较高;其次,甲与完全民事行为能力人仅相差 1 岁,故其本人的年龄、智力应能完全理解拍买行为的性质,并预见该拍买行为后果;最后,甲拍买所用 1,000 元数额并非巨大,且属于其个人积蓄。综合考虑以上因素,应认为甲从事的拍买行为与其年龄、智力状况相适应,根据《民法通则》及《合同法》的

上述规定,该买卖行为有效。据此,选项 D 是正确的,选项 A、B、C 是错误的。

[难度系数] *

3. 甲十五岁,精神病人。关于其监护问题,下列哪一表述是正确的?(2010 年试卷三第 3 题)

- A. 监护人只能是甲的近亲属或关系密切的其他亲属、朋友
- B. 监护人可是同一顺序中的数人
- C. 对担任监护人有争议的,可直接请求法院裁决
- D. 为甲设定监护人,适用关于精神病人监护的规定

[答案] 3

[考点] 监护人资格的确定

[解析] 选项 A 考查的是未成年人法定监护人的范围。根据《民法通则》第 16 条的规定:“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:(一)祖父母、外祖父母;(二)兄、姐;(三)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。没有第一款、第二款规定的监护人的,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。”可见,未成年监护人的范围除了未成年人的近亲属或关系密切的其他亲属、朋友外,还包括未成年人父母单位和未成年人住所地的居委会或村委会、民政部门担任的单位监护人。据此,选项 A 错误。

选项 B 考查的是法定监护人的人数。根据《民法通则意见》第 14 条第 2 款的规定:“监护人可以是一人,也可以是同一顺序中的数人。”可知,法定监护人不限于一个主体,还包括数人担任监护人的情况。据此,选项 B 正确。

选项 C 考查的是指定监护。根据《民法通则》第 16 条第 3 款的规定:“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。”以及《民法通则意见》第 16 条的规定:“对于担任监护人有争议的,应当按照民法通则第十六条第三款或者第十七条第二款的规定,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。”可知,对担任监护人有争议的,必须先由有权机关进行指定,对指定不服的,才可以请求法院裁决。据此,选项 C 错误。

选项 D 考查的是未成年精神病人监护人确立的原则。根据《民法通则意见》第 13 条的规定:“为患有精神病的未成年人设定监护人,适用民法通则第十六条的规定”可知,为未成年人精神病人设定监护人适用的

是为“未成年人”确立监护人的规定,而非为“精神病人”确立监护人的原则,即只有为成年精神病人设定监护人时,才适用关于精神病人监护人确立的规则。据此,选项 D 错误。

[难度系数] *

4. 王东、李南、张西约定共同开办一家餐馆,王东出资 20 万元并负责日常经营,李南出资 10 万元,张西提供家传菜肴配方,但李南和张西均只参与盈余分配而不参与经营劳动。开业两年后,餐馆亏损严重,李南撤回了出资,并要求王东和张西出具了“餐馆经营亏损与李南无关”的字据。下列哪一选项是正确的?(2009 年试卷三第 2 题)

- A. 王东、李南为合伙人,张西不是合伙人
- B. 王东、张西为合伙人,李南不是合伙人
- C. 王东、李南、张西均为合伙人
- D. 王东和张西所出具的字据无效

[答案] 4

[考点] 个人合伙的认定

[解析] 《民法通则》第 30 条规定:“个人合伙是指两个以上公民按照协议,各自提供资金、实物、技术等,合伙经营、共同劳动。”个人合伙必须具备下列要件:(1)合伙必须由 2 个以上的自然人组成;(2)合伙人之间必须订立合伙协议,合伙协议是合伙形成的基础条件;(3)合伙人应当共同出资、共同经营、共享收益、共担风险。但根据《民法通则意见》第 46 条的规定:“公民按照协议提供资金或者实物,并约定参与合伙盈余分配,但不参与合伙经营、劳动的,或者提供技术性劳务而不提供资金、实物,但约定参与盈余分配的,视为合伙人。”所以,并不需各合伙人都参与合伙经营,只要约定参与盈余分配的,就应当认定为合伙人。本题中,王东出资 20 万元并负责日常经营,毫无疑问王东属于合伙人;李南和张西虽然不参与经营劳动,但约定参与盈余分配,故也应当认定为合伙人。据此,选项 C 是正确的,选项 A、B 是错误的。

选项 D 考查的是合伙债务的承担。按照传统民法理论,由于合伙没有独立人格,所以各合伙人对于合伙债务应当依法承担无限连带责任。根据《民法通则意见》第 53 条的规定:“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。”可知,本题中,作为合伙人之一的李南,虽然退伙,仍然要对合伙期间的合伙债务承担无限连带责任。但李南在退伙时,却要求王东和张西出具“餐馆经营亏损与李南无关”的字据,对该字据的效力,不应一概而论,而应从对内、对外两方面效力加以考查。在对外效力上,由于该字据的约定违反了《民法通

则意见》第53条的强制性规定,所以对合伙债务的债权人而言应当是无效的;在对内效力上,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。”可知,在对内关系上,李南、王东、张西三人可以按照协议对合伙债务承担责任,李南承担合伙债务后,可以依据该字据的约定向王东和张西进行追偿,故该字据对内是有效的。选项D没有区分字据的对内、对外效力,一概加以否认是错误的。

[难度系数] *

(二)多项选择题

关于宣告死亡,下列哪些选项是正确的?(2009年试卷三第51题)

- 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

[答案] _____¹

[考点] 宣告死亡制度

[解析] 首先,选项A考查的是申请宣告死亡的要件。申请宣告死亡不同于申请宣告失踪,前者申请人有顺序的限制,后者申请人没有顺序的限制。《民法通则意见》第25条规定:“申请宣告死亡的利害关系人的顺序是:(一)配偶;(二)父母、子女;(三)兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女;(四)其他有民事权利义务关系的人。申请撤销死亡宣告不受上列顺序限制。”据此,选项A正确。

其次,选项B考查的是宣告死亡的效力。自然人宣告死亡后应发生与自然死亡相同的效力,但自然死亡与宣告死亡毕竟不同,根据《民法通则》第24条第2款的规定:“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。”可知,选项B是错误的,它混淆了“民事行为”与“民事法律行为”的区别。按照民法理论,“民事行为”是以意思表示为要素发生民事法律后果的行为,它包括民事法律行为、无效民事行为、可变更或可撤销民事行为以及效力未定的民事行为,自然人实施的民事行为并不当然发生法律效力;而“民事法律行为”则是民事主体设立、变更、终止民事权利和民事义务的合法行为,它必然能够发生法律效力。民事行为是民事法律行为的上位概念,考生在做题时一定要仔细审查选项的内容。

最后,选项C、D考查的是撤销死亡宣告的效力。

根据《民法通则意见》第37条的规定:“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。”可知,在撤销死亡宣告后,被宣告死亡的人与其配偶的婚姻关系是否可以自行恢复,取决于其配偶是否再婚,如果配偶已经再婚的,婚姻关系不能自行恢复。据此,选项C错误。

根据《民法通则》第25条的规定:“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。”可知,选项D正确。

[难度系数] *

(三)已考考点及已考法条归纳

考查次数	已考考点	已考法条
*	监护人资格	《民法通则》第16条 《民法通则意见》第13、14条
*	宣告死亡撤销后法律效果	《民法通则》第25条 《民法通则意见》第37条
*	合伙人退伙后的责任	《民法通则意见》第53条
*	合伙人的认定及连带责任	《民法通则》第35条 《民法通则意见》第46、48、53条
*	限制行为能力人行为能力	《民法通则》第12条 《民法通则意见》第3条 《合同法》第47条
*	委托监护、指定监护	《民法通则意见》第21、22条

(四)备考提示

自然人这一章实际上是民法基础理论部分的内容延伸。在性质上,自然人属于民法基础理论的民事法律关系三要素中民事主体的内容。民事主体分为自然人、法人和其他组织,这其中首要的就是自然人。由此,民事法律关系中所需的自然人的身份状态方面的问题,如自然人的民事权利能力与民事行为能力、自然人行行为能力的补救、自然人的失踪与死亡、自然人的住所等,自然就成为民事主体部分理论阐述与考试考查的重心所在。

在以上考点中,考生要把握以下主要知识点:

- (1)自然人权利能力。要熟记自然人权利能力的起始点,以此来了解胎儿在我们国家的民事法律地位。
- (2)自然人行能力。要熟记行为能力的三种类型,知道它们各自的划分标准。掌握法律为了补救自然人行能力能力的欠缺而设置的监护人制度。特别要注意监护人的法律职责,尤其是无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的,监护人应当承担的无过错民事责任。这几乎是历年司考都要考查的知识点。

(3)关于自然人行为能力中,还有一点尤其重要:限制民事行为能力人与无民事行为能力人如何参与民事活动,哪些行为必须由法定代理人代理或者经过法定代理人的同意;哪些行为可以由他们自己实施,对此部分应当结合《合同法》中的效力待定合同来加深理解。

另外需要注意的是,个人合伙在我国民法中是等同于自然人对待的,即个人合伙不是一个单独的民事主体,隶属于自然人主体,是自然人主体的一部分。由此决定了个人合伙像自然人一样对外需要承担无限连带责任。个人合伙中还有两个重要问题:一个是合伙人的认定,另一个是入伙、退伙后的责任承担。尤其是退伙后原合伙人是否需要承担原合伙的债务,以及新入伙的入伙人是否需要承担原合伙人的债务,已经成为近年司法考试中的热点,考生应当重点把握。

三、法人

(一)单项选择题

1. 关于法人,下列哪一表述是正确的?(2012年试卷三第2题)

- A. 社团法人均属营利法人
- B. 基金会法人均属公益法人
- C. 社团法人均属公益法人
- D. 民办非企业单位法人均属营利法人

[答案] _____¹

[考点] 法人分类

[解析] 首先,民法理论对法人进行了不同的分类。(1)按照法人设立的基础不同对法人进行划分,可将法人划分为社团法人和财团法人。社团法人是以人为基础集合成立的法人,如工会。财团法人是以财产为基础集合成立的法人,典型形态为基金。(2)按照法人的目的事业的性质,可将法人划分为营利法人和公益法人。营利法人是通过商业活动获取利益,并将该利益分配给成员的法人。公益法人是不以营利为目的的法人。上述法人之间的不同分类会产生交叉重叠的现象,具体而言:财团法人只能为公益事业,不得为营利法人;社团法人既可从事公益事业也可从事营利事业,前者如工会、后者如公司。因此,选项A、C认为社团法人均属营利法人或均属公益法人的说法太过绝对,是错误的。选项B中,基金会法人是财团法人的典型形态,而财团法人只能从事公益事业,不能从事营利,均属公益法人,据此选项B是正确的。

其次,《民法通则》根据法人的功能、设立方式以及财产来源的不同将法人分为四类:企业法人、机关法人、事业单位法人和社会团体法人。企业法人是以营利为目的,主要从事商业性活动的法人。机关法人是获得法人资格的国家机关,是依法律直接设立的法人。事业单位法人是被赋予民事主体资格的事业单位,所

谓事业单位,通常是指由国家财政拨款、从事公益事业的社会组织。社会团体法人是由法人或自然人组成,谋求公益事业、行业协调或同道志趣的法人。根据以上的概念,选项D中民办非企业单位法人可能为事业单位法人,也可能为社会团体法人,但无论为何种法人,都不属于营利法人,据此,选项D是错误的。

[难度系数] *

2. 王某是甲公司的法定代表人,以甲公司名义向乙公司发出书面要约,愿以10万元价格出售甲公司的一块清代翡翠。王某在函件发出后2小时意外死亡,乙公司回函表示愿意以该价格购买。甲公司新任法定代表人以王某死亡,且未经董事会同意为由拒绝。关于该要约,下列哪一表述是正确的?(2011年试卷三第3题)

- A. 无效
- B. 效力待定
- C. 可撤销
- D. 有效

[答案] _____²

[考点] 法定代表人行为的效力、要约的撤销

[解析] 关于法定代表人行为的效力认定,根据《民法通则意见》第58条的规定:“企业法人的法定代表人和其他工作人员,以法人名义从事的经营活动,给他人造成经济损失的,企业法人应当承担民事责任。”和《合同法》第50条的规定:“法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的合同,除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外,该代表行为有效。”可知,法定代表人是代表法人行使权限的法定机关,即使其代表法人所从事的民事行为超越权限,该代表行为依然有效,法人亦应当对外承担相应责任。因此,本题中,王某生前作为甲公司的法定代表人,有权对外代表公司,其以甲公司名义向乙公司发出的出售清代翡翠的书面要约行为,即使未经董事会同意,超越其代表权限,该要约行为依然有效,据此选项D是正确的,选项AB是错误的。

关于要约的撤销,根据《合同法》第18条的规定:“要约可以撤销。撤销要约的通知应当在受要约人作出承诺通知之前到达受要约人。”以及《合同法》第25条的规定:“承诺生效时合同成立。”可知,要约虽然可以撤销,但是具有严格的时间限制,要约人发出撤销要约的通知必须在受要约人作出承诺之前,一旦受要约人发出有效的承诺,合同就成立,要约人无法单方面变更合同。因此,本题中,王某作为甲公司的法定代表人向乙公司发出有效要约后,乙公司在合理期限内作出了有效的承诺,合同已经成立,甲公司新任法定代表人不可以撤销要约。据此,选项C是错误的。

[难度系数] *

3. 根据我国法律规定,关于法人,下列哪一表述是正确的?(2010年试卷三第4题)

- A. 成立社团法人均须登记
- B. 银行均是企业法人
- C. 法人之间可形成合伙型联营
- D. 一人公司均不是法人

[答案] _____³

[考点] 法人

[解析] 选项A考查了社团法人的成立。社团法人是与财团法人相对应的大陆法系民法对法人的最基本的分类。通常的社团法人是指以人为基础而集合成立的法人。我国民法通则未采用社团法人与财团法人的划分,而是按法人的功能、设立方法以及财产来源的不同,将法人分为四类,即企业法人、机关法人、事业单位法人、社会团体法人。由于二者区分时标准的不同,决定了两类分类之间互有交叉,社团法人不仅包括了我国《民法通则》上的企业法人,也包括了部分机关法人、事业单位法人、社会团体法人。如社会团体中的各种协会和学会就属于社团法人的一种。根据《民法通则》第41条第1款的规定:“全民所有制企业、集体所有制企业有符合国家规定的资金数额,有组织章程、组织机构和场所,能够独立承担民事责任,经主管机关核准登记,取得法人资格。”可知,社团法人中的企业法人成立一般均需核准登记。社团法人中的事业单位法人和社会团体法人的成立,根据《民法通则》第50条的规定:“有独立经费的机关从成立之日起,具有法人资格。具备法人条件的事业单位、社会团体,依法不需要办理法人登记的,从成立之日起,具有法人资格;依法需要办理法人登记的,经核准登记,取得法人资格。”可知,并非所有事业单位、社会团体法人均需登记。据此,选项A错误。

选项B考查了银行法人的性质。根据《商业银行法》第2条的规定:“本法所称的商业银行是指依照本法和《中华人民共和国公司法》设立的吸收公众存款、发放贷款、办理结算等业务的企业法人。”可知,商业银行均属于企业法人无疑,但是根据《中国人民银行法》第2条第2款的规定:“中国人民银行在国务院领导下,制定和执行货币政策,防范和化解金融风险,维护金融稳定。”可知,中国人民银行在性质上属于由国务院领导的、我国政府的重要组成部分,不属于企业法人,据此,选项B错误。

选项C考查法人的联营。法人的联营是两个以上法人之间联合经营。联营包括三种形式:(1)法人型联营,即《民法通则》第51条规定的“企业之间或者企业、事业单位之间联营,组成新的经济实体,独立承担民事责任,具备法人条件的,经主管机关核准登记,取得法人资格”。(2)合伙型联营,即《民法通则》第52条规定

的“企业之间或者企业、事业单位之间联营,共同经营、不具备法人条件的,由联营各方按照出资比例或者协议的约定,以各自所有的或者经营管理的财产承担民事责任。依照法律的规定或者协议的约定负连带责任的,承担连带责任”。(3)合同型联营,即《民法通则》第53条规定的“企业之间或者企业、事业单位之间联营,按照合同的约定各自独立经营的,它的权利和义务由合同约定,各自承担民事责任”。选项C认为法人之间可形成合伙型联营是正确的。

选项D考查的是一人公司的性质。根据《公司法》第3条:“公司是企业法人,有独立的法人财产,享有法人财产权。公司以其全部财产对公司的债务承担责任。有限责任公司的股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任;股份有限公司的股东以其认购的股份为限对公司承担责任。”可知,所有的公司均属于企业法人;而一人公司的性质,根据《公司法》第58条的规定:“本法所称一人有限责任公司,是指只有一个自然人股东或者一个法人股东的有限责任公司。”可知,一人公司属于公司的一种,当然属于企业法人,选项D错误。

[难度系数] *

4. 甲公司分立为乙丙两公司,约定由乙公司承担甲公司全部债务的清偿责任,丙公司继受甲公司全部债权。关于该协议的效力,下列哪一选项是正确的?(2009年试卷三第3题)

- A. 该协议仅对乙丙两公司具有约束力,对甲公司的债权人并非当然有效
- B. 该协议无效,应当由乙丙两公司对甲公司的债务承担连带清偿责任
- C. 该协议有效,甲公司的债权人只能请求乙公司对甲公司的债务承担清偿责任
- D. 该协议效力待定,应当由甲公司的债权人选择分立后的公司清偿债务

[答案] _____⁴

[考点] 企业分立后债权债务的承担

[解析] 《民法通则》第44条第2款规定:“企业法人分立、合并,它的权利和义务由变更后的法人享有和承担。”所以,甲公司分立为乙、丙两公司后,甲公司的债权、债务应由乙、丙两公司共同承担。但是甲公司却在分立时约定:“由乙公司承担甲公司全部债务的清偿责任,丙公司继受甲公司全部债权。”对此约定的效力,应从对内、对外两个角度加以分析。对外而言,《合同法》第84条规定:“债务人将合同的义务全部或者部分转移给第三人的,应当经债权人同意。”所以,甲公司在约定将自己的债务全部转移给乙公司时,应当经过甲公司债权人的同意,否则该约定无效。换言之,该协议在对外效力上应为效力待定,对甲公司的债权人而言并非当然有效或无效。而在对内效力上,由于该约

定是在乙、丙两公司之间内部分担,并没有违反法律的强制性规定,所以该协议对乙、丙两公司而言具有约束力。据此,选项 A 是正确的。

选项 BC 是错误的。该协议的对外效力是效力待定,依据甲公司债权人是否同意该协议的内容决定协议有效或无效,选项 BC 认为协议有效或无效都是错误的。选项 D 虽然看到了该协议的对外效力是效力待定,但认为“应当”由甲公司的债权人选择分立后的公司清偿债务是错误的——如果甲公司的债权人不同意该协议,则乙、丙两公司应对甲公司的债务承担连带清偿责任,甲公司债权人可以选择任意一家公司或者两家公司共同承担责任;如果甲公司债权人同意该协议,则应当由乙公司承担甲公司的债务。而且,选项 D 也没有考虑该协议对于乙、丙两公司的对内效力问题。

【难度系数】 *

(二) 多项选择题

下列哪些情形下,甲公司应承担民事责任?(2013 年试卷三第 52 题)

A. 甲公司董事乙与丙公司签订保证合同,乙擅自在合同上加盖甲公司公章和法定代表人丁的印章

B. 甲公司与乙公司签订借款合同,甲公司未盖公章,但乙公司已付款,且该款用于甲公司项目建设

C. 甲公司法定代表人乙委托员工丙与丁签订合同,借用丁的存款单办理质押贷款用于经营

D. 甲公司与乙约定,乙向甲公司交纳保证金,甲公司为乙贷款购买设备提供担保。甲公司法定代表人丙以个人名义收取该保证金并转交甲公司出纳员入账

【答案】_____1

【考点】 法人责任

【解析】 首先,根据《合同法》第 32 条的规定:“当事人采用合同书形式订立合同的,自双方当事人签字或者盖章时合同成立。”可知,选项 A 中,甲公司与丙公司签订合同时,甲公司的董事乙在合同上加盖甲公司的公章和法定代表人的印章,此时,甲公司与丙公司之间的合同自双方当事人签字或者盖章时成立。由于丙公司对乙擅自加盖公章的行为是不知情的,因而为了保护善意相对人的交易安全,甲公司应当承担民事责任。据此,选项 A 当选。

其次,根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》(以下简称《合同法解释(二)》)第 2 条的规定:“当事人未以书面形式或者口头形式订立合同,但从双方从事的民事行为能够推定双方有订立合同意愿的,人民法院可以认定是以合同法第十条第一款中的‘其他形式’订立的合同。但法律另有规定的除外。”可知,选项 B 中,甲公司与乙公司签订借款合同时,甲公司虽然没有加盖公章,但是

通过乙公司已付款,且甲公司也已经将借款用于自己项目建设的事实,可以推定甲、乙双方具有订立合同的意愿,可以认定甲、乙之间以其他形式成立了合同,甲公司应当承担责任。据此,选项 B 当选。

再次,根据《民法通则》第 43 条以及《民法通则意见》第 58 条的规定,“企业法人的法定代表人和其他工作人员,以法人名义从事的经营活动,给他人造成经济损失的,企业法人应当承担民事责任。”选项 C 中,甲公司法定代表人乙委托员工丙与丁签订合同,因乙是甲公司的法定代表人,故乙的行为代表公司,其委托丙与丁签订合同,应认定甲公司委托丙与丁签订合同,此时甲公司应当对丙的行为承担民事责任,据此,选项 C 应当入选。

最后,根据《合同法》第 13 条的规定:“当事人订立合同,采取要约、承诺方式。”以及第 25 条的规定:“承诺生效时合同成立。”可知,选项 D 中,甲公司与乙公司约定,乙向甲公司交纳保证金,甲公司为乙贷款购买设备提供担保。因此,甲、乙之间的合同自双方当事人意思表示一致时成立并生效,甲公司法定代表人丙以个人名义接受保证金的行为属于合同成立后的履行行为,不会影响甲、乙之间订立合同的事实,甲作为合同主体当然需承担合同责任。据此,选项 D 当选。

【难度系数】 **

(三) 已考考点及已考法条归纳

考查次数	已考考点	已考法条
*	法人责任	《民法通则》第 43 条 《民法通则意见》第 58 条 《合同法》第 50 条
*	企业法人分立后的债务承担	《民法通则》第 44 条
*	法人资格	《民法通则》第 41、50、51 条
*	法人的分类	

(四) 备考提示

与自然主体不同的是,法人是组织,它是自然人的集合,是拟制的人。随着时代的发展,法人在社会中的作用越来越凸显,法人制度的完善是社会进步与经济繁荣的一大表现。法人部分的考点主要集中在法人的机关中尤其是法定代表人的问题;法人的责任中法人的有限责任、法人分支机构的责任等;法人的清算中清算法人的民事行为能力问题;法人的变更中法人的合并与分立等几个方面。尤其是法人的责任能力,是近年司法考试的热点问题。

在以上考点中,考生关键要把握以下主要知识点:

(1) 法定代表人。考生应当明确法定代表人的概念和它的职责,特别是应当结合《公司法》中对法定代表人范围的新规定加以理解,明确“经理”通过章程的授权也可以成为法定代表人。

(2) 法人的责任中法人的有限责任。考生应当掌握