

法律版

司法考试 历年试题及考点归类精解

2005年版

民法

● 法律考试中心 / 组编 ● 张能宝 / 主编

最新权威版本

本书由法律社连续三年最新增补、修订出版。

明确复习重点

归纳整合1999—2004历年试题，提炼考点，并以考点为序编排体例。

节省备考时间

依据最新现行法律逐题详解，阐明难点、疑点、易错点，指导解题技巧。

揭示司考方向

全面总结连续五年考点及分值分布，解密命题规律、考查重点、考查模式。

统计表明：每年司考重复考查知识点高达80%，解读历年试题是复习备考必不可少的最佳捷径——

研习历年试题，就是做未来真正考题



法律出版社

4

司法考试历年试题及考点归类精解

2005 年版

民 法

法律考试中心 组编

主 编 张能宝

副主编 杨艳霞 张 玲

撰稿人 刘亚莉 张 玲 张能宝

李 磊 李慧琦 吴建坤

杨艳霞 杨平娟 万有志

法律出版社

目 录

综 合

1999—2004 年司法考试(律师资格考试)分值分布、命题基本规律与复习技巧	(1)
一、司法考试(律师资格考试)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 1999—2004 年司法考试(律师资格考试)分值分布、命题基本规律 与复习技巧	(2)
一、司法考试(律师资格考试)分值分布	(2)
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	(3)
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	(4)
(三)已考考点及已考法条归纳	(5)
(四)备考提示	(5)
二、自然人	(6)
(一)单项选择题	(6)
(二)多项选择题	(9)
(三)不定项选择题	(11)
(四)已考考点及已考法条归纳	(14)
(五)备考提示	(15)
三、法人	(15)
(一)单项选择题	(15)
(二)已考考点及已考法条归纳	(16)
(三)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	(20)
(四)备考提示	(20)
五、人身权	(20)
(一)单项选择题	(20)
(二)多项选择题	(21)
(三)已考考点及已考法条归纳	(22)
(四)备考提示	(22)
六、物权	(22)
(一)单项选择题	(22)
(二)多项选择题	(25)
(三)已考考点及已考法条归纳	(26)
(四)备考提示	(26)
七、债权	(26)
(一)单项选择题	(26)
(二)多项选择题	(27)
(三)不定项选择题	(29)
(四)已考考点及已考法条归纳	(30)
(五)备考提示	(30)
八、民事责任	(30)
(一)单项选择题	(30)
(二)多项选择题	(34)
(三)不定项选择题	(36)
(四)已考考点及已考法条归纳	(38)
(五)备考提示	(38)
九、诉讼时效	(38)
(一)单项选择题	(38)
(二)多项选择题	(39)
(三)已考考点及已考法条归纳	(39)
(四)备考提示	(39)
第三部分 案例分析题集中精解	(39)
一、试题解析	(39)
二、已考考点及已考法条归纳	(43)
三、备考提示	(43)

合 同 法

第一部分 1999—2004 年司法考试(律师资格考试)分值分布、命题基本规律

与复习技巧	(44)
一、司法考试(律师资格考试)分值分布	(44)
二、命题基本规律与复习技巧	(44)

(一)命题基本规律	(44)
(二)复习技巧	(45)
第二部分 客观试题归类精解	(45)
一、合同法基础理论	(45)
(一)单项选择题	(45)
(二)多项选择题	(46)
(三)已考考点及已考法条归纳	(46)
(四)备考提示	(46)
二、合同的订立与效力	(46)
(一)单项选择题	(46)
(二)多项选择题	(51)
(三)已考考点及已考法条归纳	(54)
(四)备考提示	(54)
三、合同的履行、变更和转让	(54)
(一)单项选择题	(54)
(二)多项选择题	(56)
(三)不定项选择题	(59)
(四)已考考点及已考法条归纳	(61)
(五)备考提示	(61)
四、合同的权利义务终止	(61)
(一)单项选择题	(61)
(二)已考考点及已考法条归纳	(62)
(三)备考提示	(62)
五、违约责任	(62)
(一)单项选择题	(62)
(二)多项选择题	(63)
(三)已考考点及已考法条归纳	(64)
(四)备考提示	(64)
六、其他规定	(64)
(一)单项选择题	(64)
(二)已考考点及已考法条归纳	(64)
(三)备考提示	(64)
七、买卖合同、赠与合同、借款合同	(64)
(一)单项选择题	(64)
(二)多项选择题	(66)
(三)不定项选择题	(70)
(四)已考考点及已考法条归纳	(73)
(五)备考提示	(73)
八、租赁合同、承揽合同、技术合同	(73)
(一)单项选择题	(73)

(二)多项选择题	(74)
(三)不定项选择题	(76)
(四)已考考点及已考法条归纳	(78)
(五)备考提示	(78)
九、运输合同、保管合同、仓储合同	(79)
(一)单项选择题	(79)
(二)多项选择题	(79)
(三)已考考点及已考法条归纳	(81)
(四)备考提示	(81)
十、委托合同、行纪合同、居间合同	(81)
(一)单项选择题	(81)
(二)多项选择题	(82)
(三)不定项选择题	(82)
(四)已考考点及已考法条归纳	(84)
(五)备考提示	(84)
第三部分 案例分析题集中精解	(84)
一、试题解析	(84)
二、已考考点及已考法条归纳	(99)
三、备考提示	(99)

担 保 法

第一部分 1999—2004 年司法考试(律师资格考试)分值分布、命题基本规律 与复习技巧	(100)
一、司法考试(律师资格考试)分值分布	(100)
二、命题基本规律与复习技巧	(100)
第二部分 客观试题归类精解	(101)
一、保证	(101)
(一)单项选择题	(101)
(二)多项选择题	(102)
二、抵押	(103)
(一)单项选择题	(103)
(二)多项选择题	(103)
(三)不定项选择题	(104)
三、质押	(106)
(一)单项选择题	(106)
(二)多项选择题	(107)
四、定金	(108)
(一)单项选择题	(108)
(二)多项选择题	(109)

五、留置	(109)
多项选择题	(109)
第三部分 担保法已考考点及已考法条归纳、备考提示	(110)

著作权法

第一部分 1999—2004 年司法考试(律师资格考试)分值分布、命题基本规律 与复习技巧	(112)
一、司法考试(律师资格考试)分值分布	(112)
二、命题基本规律与复习技巧	(112)
第二部分 客观试题归类精解	(112)
一、单项选择题	(112)
二、多项选择题	(114)
三、已考考点及已考法条归纳	(117)
四、备考提示	(118)

商 标 法

第一部分 1999—2004 年司法考试(律师资格考试)分值分布、命题基本规律 与复习技巧	(119)
一、司法考试(律师资格考试)分值分布	(119)
二、命题基本规律与复习技巧	(119)
第二部分 客观试题归类精解	(119)
一、单项选择题	(119)
二、多项选择题	(121)
三、已考考点及已考法条归纳	(123)
四、备考提示	(123)

专 利 法

第一部分 1999—2004 年司法考试(律师资格考试)分值分布、命题基本规律 与复习技巧	(124)
一、司法考试(律师资格考试)分值分布	(124)
二、命题基本规律与复习技巧	(124)
第二部分 试题归类精解	(124)
一、单项选择题	(124)
二、多项选择题	(126)
三、不定项选择题	(128)
四、案例分析题	(129)
五、已考考点及已考法条归纳	(130)

六、备考提示	(130)
--------------	-------

婚 姻 法

第一部分 1999—2004 年司法考试(律师资格考试)分值分布、命题基本规律 与复习技巧	(131)
一、司法考试(律师资格考试)分值分布	(131)
二、命题基本规律与复习技巧	(131)
第二部分 客观试题归类精解	(131)
一、单项选择题	(131)
二、多项选择题	(132)
三、已考考点及已考法条归纳	(134)
四、备考提示	(134)

继 承 法

第一部分 1999—2004 年司法考试(律师资格考试)分值分布、命题基本规律 与复习技巧	(135)
一、司法考试(律师资格考试)分值分布	(135)
二、命题基本规律与复习技巧	(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	(137)
三、已考考点及已考法条归纳	(138)
四、备考提示	(138)

综 合

1999—2004 年司法考试(律师资格考试) 分值分布、命题基本规律与复习技巧

一、司法考试(律师资格考试)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
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
2000 年	30	58	7	4	3	4	1	2	109
1999 年	24	62	4	3	4	14	1	1	113

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(律师资格考试)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司法考试中占有重要地位。

1. 从上表可以看出,民事法学在 1999—2004 年五年的司法考试中共考了 485 分,年均 97 分,成为当之无愧的司法考试第一大户。在 2004 年的司法考试中,民法以 118 分的分值占据了整个

考试 600 分总量的 1/5,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 2004 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(93 分),以担保法、知识产权法为龙身(19 分),以婚姻法、继承法为龙尾(6 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 1999—2004 年司法考试(律师资格考试) 分值分布、命题基本规律与复习技巧

一、司法考试(律师资格考试)分值分布

	单项选择题	多项选择题	不定项选择题	案例分析题	总 计
2004 年	8	6	0	25	39
2003 年	6	4	0	7	17
2002 年	10	7	7	0	24
2000 年	9	7	4	10	30
1999 年	10	8	6	0	24

二、命题基本规律与复习技巧

(一)命题基本规律

1. 坦诚的说,《民法通则》可谓是司法考试(律师资格考试)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》及其意见在司法考试中的地位却基本上岿然不动。从我们截取的 1999—2004 年五年的样本看,《民法通则》及其《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》)在司法考试中年均占到了 23 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》及其《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》及其《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》及其《民法通则意见》的内容理应在司法考试——培养未来国家法律工作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》及其《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》及其《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》及其《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》及其《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》及其《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。

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。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2004年如此,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》及其《民法通则意见》在司法考试中的一个亮点。如2004年试卷三第11题(王先生驾车前往某酒店就餐,将轿车停在酒店停车场内。饭后驾车离去时,停车场工作人员称:“已经给你洗了车,请付洗车费5元。”王先生表示“我并未让你们帮我洗车”,双方发生争执。本案应如何处理? A. 基于不当得利,王先生须返还5元; B. 基于无因管理,王先生须支付5元; C. 基于合同关系,王先生须支付5元; D. 无法律依据,王先生无须支付5元)就属于此类题目。据统计,理论题在《民法通则》及其《民法通则意见》的试题中所占的比例约为1/6,每年约有4—5题。《民法通则》及其《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》及其《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》及其《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吃力,但广大考生却因之而受益无穷。因为通过这种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与理解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着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、司法、执法中得到贯彻,并将发扬光大。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健康发展的终极理念外,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》及其《民法通则意见》,它还在广泛而深刻的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》及其《民法通则意见》时加大对民法理论的复习力度,有助于考生有意识的及时的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本基础,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》及其《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》及其《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,掌握住了这个80%,也就把握住了考试成功的关键。《民法通则》及其《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》及其《民法通则意见》的重点法条。毕竟在对《民法通则》及其《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相比已有很大差别,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融会贯通的考查,在这种情况下,只有深入把握了法条规定的内涵,切实领会了法条的重点和要领所在之后,才能正确解题。

4. 认真演习历年真题。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的昭示未来考试的考查方向、考查重点、考查模式。演习过去的真题,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

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. 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】 * * *

2. 在行为人行使的权利中,下列哪些属于形成权?(2000 年试卷二第 51 题)

A. 对越权代理的追认权

B. 债权人对债务人行使的催告权

C. 受赠人于知道受赠的期限内作出接受受赠表示的权利

D. 承租人擅自转租,出租人行使的解除权

【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,是指民事主体可以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,而 B 项的催告权根本不属于形成权的范畴,它只是请求权的一种权能。

【难度系数】 * * *

3. 画家吴某因要自费办画展,向朋友肖某借了 5 万元,并将自己的两幅代表画作质给肖某,并要肖某好好保管别示于人,还钱时同时还两幅画。肖某对吴某的画享有哪些权利?(2000 年试卷二第 50 题)

A. 对画的占有权

B. 动产质权

C. 著作财产权之质权

D. 优先购买权

【答案】 AB

【考点】 动产质押权人的权利

【解析】 《担保法》第 63 条规定:“本法所称动产质押,是指债务人或者第三人将其动产移交债权人占有,将该动产作为债权的担保。债务人不履行债务时,债权人有权依照本法规定以该动产折价或者以拍卖、变卖该动产的价款优先受偿。

前款规定的债务人或者第三人为出质人,债权人为质权人,移交的动产为质物。”因此,AB 项正确。

《担保法》第 79 条规定:以依法可以转让的商标专用权,专利权、著作权中的财产权出质的,出质人与质权人应当订立书面合同,并向其管理部门办理出质登记。质押合同自登记之日起生效。可见,知识产权权利质押必须办理登记,否则质押合同不能生效。而在本题中,根本没有涉及办理质押合同登记的问题,所以 C 项不正确。D 项不正确,是因为法律并没有规定质权人对质物有优先购买权,在法无明文规定的情况下,我们不能认定质权人有优先购买权。

【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
**	形成权	
*	民事权利的性质	
*	动产质押权人的权利	《担保法》第 63 条 《担保法》第 79 条

(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、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 53 条里的“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之间有不同约定,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】 * *

2. 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,而主要以合伙人之间彼此的信赖为成立和经营的基础。基于此,法律对第三人的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 44 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】 * *

3. 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、1999 年试卷二第 2 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〕 **

4. 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〉若干问题的意见》(以下简称《民事诉讼意见》)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 万元债权)原先就存在共同的权利义务关系(即具有同一性),全体合伙人对合伙的目的事业或合伙的债权债务享有共同的权利承担共同的义务,债权同享债务承担连带责任。

正因为存在这种共同的权利义务关系,《民事诉讼法》第 54 条才规定:当事人一方人数众多的共同诉讼,可以由当事人推选代表人进行诉讼。代表人的诉讼行为对其所代表的当事人发生法律效力,但代表人变更、放弃诉讼请求或者承认对方当事人的诉讼请求,进行和解,必须经被代表的当事人同意。据此,代表人(也指本案中的合伙负责人)的一般性的诉讼行为应对其所代表的当事人发生法律效力,但如果涉及对诉讼标的的实体处理(变更、放弃诉讼请求或者承认对方当事人的诉讼请求,进行和解)则必须经被代表的当事人同意。此立法的目的在于,在确保“程序正义”的情况下,不致损害“实体公正”,以有效维护共同诉讼人间在实体上对诉讼标的的共同的权利义务关系。

同时,在诉讼行为中并不存在表见代理的问题,表见代理是民事实体法的制度,不能当然地将其推而广之到民事诉讼之中。

造成本题在答案方面存在分歧的主要原因是国内法在对同一问题进行规定时所存在的冲突,1988 年 1 月 26 日起施行的《民法通则意见》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”。1992 年 7 月 14 日通过的《民事诉讼意见》及 1991 年 4 月 9 日通过的《民事诉讼法》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;代表人的诉讼行为对其所代表的当事人发生法律效力,但代表人变更、放弃诉讼请求或者承认对方当事人的诉讼请求,进行和解,必须经被代表的当事人同意。”对此类冲突,我们应依照法的适用的一般原理进行处理,即上位法优先于下位法、特别法优先于一般法、后法优先于前法。对于本题的“合伙负责人诉讼行为的效力问题”应依据“后法优先于前法”的原理,适用 1992

年7月14日通过的《民事诉讼意见》及1991年4月9日通过的《民事诉讼法》的规定予以确定。

对于本题在答案方面存在的不同理解,笔者认为第二种意见更为可取。

需引起注意的是,目前我国民法通则与民事诉讼法间的冲突并不仅此一处,对于其他的冲突,在处理的时候均应以以后颁行的《民事诉讼法》及《民事诉讼意见》的规定为准。

【难度系数】 * * *

5. 赵某与钱某经口头协议,在闹市区租门面房合伙经营服装店。不久,房主孙某同意将门面房租价2万元加入合伙,但不参与经营,只每半年收取经营收益的10%。后赵某独自决定进了一批童装,销售情况不佳,童装厂催款。下列哪一说法是正确的?(2002年试卷三第11题)

A. 赵、钱、孙之间虽没有书面合伙协议,但可以认定为合伙关系,故须连带承担还款义务

B. 孙某没有参加合伙的经营,应当认定入伙无效,不承担还款义务

C. 赵某一人执行合伙事务,没有征得其他合伙人的同意,其行为后果由赵某一人承担

D. 孙某入伙虽无效,但仍应以其所得收益为限对合伙债务承担连带责任

【答案】 A

【考点】 合伙关系的认定及合伙人的连带责任

【解析】 《民法通则意见》第46条规定:“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。”据此,孙某应是合伙人,BD项错误。

《民法通则》第35条规定:“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。”A项正确。《民法通则》第34条规定:“个人合伙的经营,由合伙人共同决定,合伙人有执行或监督的权利。合伙人可以推举负责人。合伙负责人和其他人员的经营,由全体合伙人承担民事责任。”C项错误。

【难度系数】 * *

6. 1995年6月17日余某所乘的客轮触礁沉没,生死不明。余某的利害关系人若申请宣告余某死亡,最早应是哪一天才能向法院提出申请?(2000年试卷二第6题)

A. 1997年6月17日

B. 1997年6月18日

C. 1999年6月17日

D. 1999年6月18日

【答案】 A

【考点】 申请宣告死亡申请日的确定

【解析】 《民法通则》第23条规定:公民有下列情形之一的,利害关系人可以向人民法院申请宣告他死亡:(1)下落不明满4年的;(2)因意外事故下落不明,从事故发生之日起满2年的。战争期间下落不明的,下落不明的时间从战争结束之日起计算。本案不能适用4年的期间,因为余某下落不明是由意外事故导致的,按该第23条第(2)项的规定,因意外事故下落不明,从事故发生之日起满2年的就可申请宣告该公民死亡。又因为因意外事故下落不明的,是从事故发生之日起计算满2年就可申请宣告公民死亡,而不是从事故发生之次日起计算满2年才可申请宣告公民死亡。所以,本题只有A项为正确答案。B项是从事故发生之次日起计算满2年的时间,不符合本题题意要求,应予排除。解答本题的关键在于,认定是意外事故(客轮触礁沉没)导致了余某下落不明。另外,注意《民法通则》第154条规定的“规定按照日、月、年计算期间的,开始的当天不算入,从下一天开始计算。”只是法律关于期间起算点的一般规定,当法律对此问题有特殊规定时(如该第23条),应以法律的特殊规定为准。

【难度系数】 * * *

7. 甲、乙合伙经营鸭绒业务,甲提供厂房,乙提供鸭绒。双方请求丙以技术性劳务入伙,丙未予明确答复,但丙提供了技术性劳务,并参与了当年的分红,分红比例4:4:2。第二年因经营亏损,负债高达10万元。对该债务承担发生分歧,丙认为自己不是合伙人,拒绝承担该债务。为此,诉至法院。该债务应如何承担?(2000年试卷二第3题)

A. 甲、乙、丙对该债务承担按份责任

B. 甲、乙、丙对该债务承担连带责任

C. 甲、乙对该债务承担连带责任

D. 甲、乙对该债务承担按份责任

【答案】 B

【考点】 合伙人的认定及合伙人的连带责任

【解析】 《民法通则意见》第46条规定：“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。”本题中，丙提供了技术性劳务并参与了分红，应认定丙为合伙人。第48条规定：“只提供技术性劳务，不提供资金、实物的合伙人，对于合伙经营的亏损额，对外也应当承担连带责任；对内则应当按照协议约定的债务承担比例或者技术性劳务折抵的出资比例承担；协议未规定债务承担比例或者出资比例的，可以按照约定的或者合伙人实际的盈余分配比例承担；没有盈余分配比例的，按照其余合伙人平均投资比例承担。”由此，本题中的甲、乙、丙三人应对合伙债务承担连带责任，B项正确。解答本题的关键，是认定丙为合伙人。

【难度系数】 * *

8. 精神病患者甲在妻陪伴下外出散步，顽童乙前来挑逗，甲受刺激追赶，甲妻见状竭力阻拦无效，甲将乙头打破。乙的医药费如何承担？（1999年试卷二第7题）

- A. 完全由甲妻承担
- B. 主要由甲妻承担，但乙的监护人也应适当承担
- C. 完全由乙的监护人承担
- D. 主要由乙的监护人承担，甲妻也应适当承担

【答案】 B

【考点】 监护人民事责任的承担

【解析】 《民法通则》第133条规定：“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。”注意该第133条规定的“监护人尽了监护责任的，可以适当减轻他的民事责任”中的“适当减轻”的含义是：在减轻之后，侵害人的监护人承担的仍将是主要责任。本题中，受害人乙的监护人存在疏于监护的过失，也应承担一定的责任。因此B项正确。对法条内容的精确理解，是正确解答本题的关键。ACD三项均不符合该第133条的规定，应予排除。

【难度系数】 * * *

9. 某合伙组织起字号为“通达商场”，由甲、乙、丙合伙经营，其中甲出资40%，乙、丙各出资30%。甲被推选为负责人。在与丁的诉讼中，甲放弃“通达商场”对丁的债权5万元。乙、丙知道后表示反对。甲的这一行为的效力如何？（1999年试卷二第5题）

- A. 甲放弃债权的行为无效，因为未取得乙、丙的同意
- B. 甲放弃债权的行为部分无效，即对乙、丙的份额不发生效力
- C. 甲放弃债权的行为效力未定，即取得乙、丙的同意发生法律效力
- D. 甲放弃债权的行为有效

【答案】 D

【考点】 合伙负责人处分合伙财产的效力

【解析】 根据《民法通则意见》第45条规定，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，所以甲在诉讼中放弃“对丁的债权5万元”的行为对全体合伙人是有效的，故D项应选，ABC应予排除。

但对此答案存在不同的理解，详见本部分单选第4题的解析内容。

【难度系数】 * * *

(二)多项选择题

1. 甲与乙离婚并达成协议：婚生男孩丙（3岁）由乙（女方）抚养，如双方中一方再婚，丙则由另一方抚养。后乙在丙6岁时再婚，甲去乙家接丙回去抚养，乙不允。甲即从幼儿园将丙接回，并电话告知乙。为此，双方发生争执，诉至法院。下列有关论述正确的有哪些？（2002年试卷三第33题）

- A. 甲、乙均为丙的监护人
- B. 乙的行为是违约行为，受合同法调整
- C. 甲欲行使对丙的抚养权，应通过诉讼程序解决
- D. 甲、乙的协议违反了法律

【答案】 AC

【考点】 监护权的行使

【解析】 《民法通则》第16条规定：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：（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