

2009年版

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 明确复习重点

本书由法律社连续7年最新增补、修订出版
整合2004—2008历年试题，归纳提炼，直击考点

节省备考时间 揭示司考方向

依据最新法规逐题详解，辨析疑难，指导解题技巧
全面解密最近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

2009 年版

民 法

民法通则

第一部分 2004—2008 年司法考试分值分布	法律考试中心/组编	一、司法考试分值分布	(1)
命题基本规律与复习技巧		命题基本规律与复习技巧	(1)
一、司法考试分值分布		(一)单项选择题	(15)
二、命题基本规律与复习技巧		(二)多项选择题	(17)
第二部分 客观试题归类精解		(三)已考考点及已考法条归纳	(18)
一、民法基础理论	主 编 张能宝		
(一)单项选择题	副主编 杨艳霞 张 玲 秦华伦		(18)
(二)多项选择题	撰稿人 张能宝 杨艳霞 张 玲		(18)
(三)已考考点及已考法条归纳	秦华伦 刘亚莉 李慧琦		(22)
(四)备考提示	李 磊 孟淼淼 郭 玮		(24)
二、自然人			
(一)单项选择题			(25)
(二)已考考点及已考法条归纳			(25)
(三)备考提示			(30)
三、法人			
(一)单项选择题			(32)
(二)多项选择题			(32)
(三)已考考点及已考法条			(33)
(四)备考提示			(33)
四、民事法律行为与代理			
(一)单项选择题			(33)
(二)多项选择题			(34)
(三)已考考点及已考法条			(35)
(四)备考提示			(35)
五、民事法律行为与代理			
(一)单项选择题			(35)
(二)多项选择题			(35)
(三)已考考点及已考法条			(38)
(四)备考提示			(38)

合 同 法

第一部分 2004—2008 年司法考试分值分布	法律出版社	合同的订立与效力	(40)
命题基本规律与复习技巧		(一)单项选择题	(40)
一、司法考试分值分布		(二)多项选择题	(47)
二、命题基本规律与复习技巧		(三)已考考点及已考法条归纳	(48)
第二部分 客观试题归类精解		(四)备考提示	(48)

目 录

综 合

民法通则

合 同 法

2004—2008 年司法考试分值分布、命题基本

规律与复习技巧 (1)

第一部分 2004—2008 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) 已考考点及已考法条归纳 (9)

(三) 备考提示 (9)

三、法人 (9)

(一) 单项选择题 (9)

(二) 多项选择题 (11)

(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 (12)

(一) 单项选择题 (12)

(二) 多项选择题 (13)

(三) 已考考点及已考法条归纳 (14)

(四) 备考提示 (14)

一、司法考试分值分布 (1)

二、命题基本规律与复习技巧 (1)

五、人身权 (15)

(一) 单项选择题 (15)

(二) 多项选择题 (17)

(三) 已考考点及已考法条归纳 (18)

(四) 备考提示 (18)

六、债权 (18)

(一) 单项选择题 (18)

(二) 多项选择题 (22)

(三) 已考考点及已考法条归纳 (24)

(四) 备考提示 (24)

七、民事责任 (25)

(一) 单项选择题 (25)

(二) 多项选择题 (30)

(三) 已考考点及已考法条归纳 (32)

(四) 备考提示 (33)

八、诉讼时效 (33)

(一) 单项选择题 (33)

(二) 多项选择题 (34)

(三) 已考考点及已考法条归纳 (35)

(四) 备考提示 (35)

第三部分 案例分析、论述题集中精解 (35)

一、试题解析 (35)

二、已考考点及已考法条归纳 (38)

三、备考提示 (38)

一、合同的订立与效力 (40)

(一) 单项选择题 (40)

(二) 多项选择题 (47)

(三) 已考考点及已考法条归纳 (48)

(四) 备考提示 (48)

二、合同的履行、变更和转让	(49)
(一)单项选择题	(49)
(二)多项选择题	(49)
(三)已考考点及已考法条归纳	(54)
(四)备考提示	(55)
三、合同的权利义务终止	(55)
(一)单项选择题	(55)
(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)
四、违约责任	(56)
(一)单项选择题	(56)
(二)多项选择题	(57)
(三)已考考点及已考法条归纳	(58)
(四)备考提示	(58)
五、其他规定	(58)
(一)多项选择题	(58)
(二)已考考点及已考法条归纳	(59)
(三)备考提示	(59)
六、买卖合同、赠与合同、借款合同	(59)
(一)单项选择题	(59)
(二)多项选择题	(62)
(三)不定项选择题	(64)

(四)已考考点及已考法条归纳	(68)
(五)备考提示	(68)
七、租赁合同、融资租赁合同、承揽合同、建设工程合同、技术合同	(69)
(一)单项选择题	(69)
(二)多项选择题	(70)
(三)不定项选择题	(74)
(四)已考考点及已考法条归纳	(75)
(五)备考提示	(75)
八、运输合同、保管合同、仓储合同	(76)
(一)单项选择题	(76)
(二)多项选择题	(76)
(三)已考考点及已考法条归纳	(77)
(四)备考提示	(77)
九、委托合同、行纪合同、居间合同	(77)
(一)单项选择题	(77)
(二)已考考点及已考法条归纳	(78)
(三)备考提示	(78)

第三部分 案例分析题集中精解	(78)
一、试题解析	(78)
二、已考考点及已考法条归纳	(87)
三、备考提示	(88)

物 权 法

第一部分 2007年、2008年司法考试分值分布、命题基本规律与复习技巧	(89)
一、司法考试分值分布	(89)
二、命题基本规律与复习技巧	(89)
第二部分 客观试题归类精解	(90)
一、物权总则	(90)
(一)单项选择题	(90)
(二)多项选择题	(90)
二、所有权	(91)
(一)单项选择题	(91)
(二)多项选择题	(94)
(三)不定项选择题	(95)

三、用益物权	(96)
(一)单项选择题	(96)
(二)多项选择题	(97)
四、占有	(97)
(一)单项选择题	(97)
(二)多项选择题	(98)
(三)不定项选择题	(98)

第三部分 物权法已考考点及已考法条归纳、备考提示	(100)
一、已考考点及已考法条归纳	(100)
二、备考提示	(100)

担 保 法

第一部分 2004—2008年司法考试分值分布、命题基本规律与复习技巧	(101)
一、司法考试分值分布	(101)
二、命题基本规律与复习技巧	(101)
第二部分 客观试题归类精解	(102)
一、保证	(102)

(一)单项选择题	(102)
(二)多项选择题	(102)
(三)不定项选择题	(104)
二、抵押	(105)
(一)单项选择题	(105)
(二)不定项选择题	(107)

三、质押	(108)
(一)单项选择题	(108)
(二)多项选择题	(109)
四、定金	(109)
单项选择题	(109)
五、留置	(110)

多项选择题	(110)
-------------	-------

第三部分 担保法已考考点及已考法条归纳、

备考提示	(110)
------------	-------

一、已考考点及已考法条归纳	(110)
二、备考提示	(110)

著作权法

第一部分 2004—2008 年司法考试分值分布、 命题基本规律与复习技巧	(112)
一、司法考试分值分布	(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	(117)
三、已考考点及已考法条归纳	(122)
四、备考提示	(122)

商 标 法

第一部分 2004—2008 年司法考试分值分布、 命题基本规律与复习技巧	(123)
一、司法考试分值分布	(123)
二、命题基本规律与复习技巧	(123)
第二部分 客观试题归类精解	(123)

一、单项选择题	(123)
二、多项选择题	(125)
三、已考考点及已考法条归纳	(128)
四、备考提示	(128)

专 利 法

第一部分 2004—2008 年司法考试分值分布、 命题基本规律与复习技巧	(129)
一、司法考试分值分布	(129)
二、命题基本规律与复习技巧	(129)
第二部分 试题归类精解	(129)

二、多项选择题	(132)
三、不定项选择题	(133)
四、案例分析题	(135)
五、已考考点及已考法条归纳	(136)
六、备考提示	(136)

婚 姻 法

第一部分 2004—2008 年司法考试分值分布、 命题基本规律与复习技巧	(138)
一、司法考试分值分布	(138)
二、命题基本规律与复习技巧	(138)
第二部分 客观试题归类精解	(138)

一、单项选择题	(138)
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	(143)

继 承 法

第一部分 2004—2008 年司法考试分值分布、 命题基本规律与复习技巧	(144)
一、司法考试分值分布	(144)
二、命题基本规律与复习技巧	(144)
第二部分 客观试题归类精解	(144)

一、单项选择题	(144)
二、多项选择题	(147)
三、不定项选择题	(150)
四、已考考点及已考法条归纳	(151)
五、备考提示	(151)

2004—2008 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	物权法	担保法	著作权法	商标法	专利法	婚姻法	继承法	总 计
2008 年	38	14	12	12	5	3	4	4	3	95
2007 年	20	43	10	1	7	4	3	4	5	97
2006 年	11	39	5	4	7	3	1	4	4	78
2005 年	32	19	3	10	4	4	19	4	6	101
2004 年	36	54	3	6	3	1	9	3	3	118

注:2008 年民法通则含民法综合案例 23 分(物权法、担保法、合同法等),但该题见合同法部分。

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(含以往的律师考)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 2004—2008 年 5 年的司法考试中共考了 489 分,年均 98 分,成为当之无愧的司法考试第一大户。在 2007 年、2008 年的司法考试中,民法以 97 分、95 分的分值占据了整个考试 600

分总量的 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。

2. 在大的命题方向上,虽然民法的各单行法在 2008 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——以民法通则、合同法、物权法为龙头(64 分),以担保法、知识产权法为龙身(24 分),以婚姻法、继承法为龙尾(7 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、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。

第一部分 2004—2008 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

年 份	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
2008 年	5	10	0	23	38
2007 年	8	12	0	0	20
2006 年	9	2	0	0	11
2005 年	11	6	0	15	32
2004 年	5	6	0	25	36

注:2008 年的案例是民法各单行法的综合。

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》)在司法考试中的地位基本上岿然不动。从我们截取的 2004—2008 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 30 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、物权法、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担起案例分析题的 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,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,不仅会如我们在 2006 年、2007 年考前所预言的那样,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 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,致乙酒精中毒住院治疗;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年更达到了8道题之多,2007年一年考了4道题,2008年考了5道。《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《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。在此基础上,配以法律出版社出版的《2009 司法考试精神和体系》,进行系统强化提高。

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. 关于民事法律关系,下列哪一选项是正确的?(2008 年试卷三第 1 题)

- A. 民事法律关系只能由当事人自主设立
- B. 民事法律关系的主体即自然人和法人
- C. 民事法律关系的客体包括不作为
- D. 民事法律关系的内容均由法律规定

【答案】 C

【考点】 民事法律关系认定

【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。它具有以下四个要素:

第一,民事法律关系的主体,它是民事法律关系中享受权利、承担义务的参与者。一般包括自然人、法人、非法人组织。在特殊情况下,国家也可以成为民事主体。

第二,民事法律关系的客体,是指民事法律关系的主体所享有的民事权利和负有的民事义务所指向的事物。民事法律关系的客体,可以分为四类:物、行为、智力成果和人身利益。物是物权的客体;行为是债权的客体;智力成果是知识产权的客体;人身利益是人身权的客体。其中债权客体中的行为是指与人的意志有关的法律事实,包括了作为和不作为。

第三,民事法律关系的内容,是指民事法律关系主体所享有的民事权利和所承担民事义务。

第四,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:其一是人的行为,根据行为人的意志是否需要明确对外表示,可以分为表意行为与非表意行为。所谓表意行为是指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;所谓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。其二是不以人的意志为要件的客观事实,又分为事件和状态。

根据民事法律关系得上述四个要素可知:

首先,选项 A 是错误的。民事法律关系是由民事法律事实所引起的,而民事法律事实中能够引起民事法律关系的事件和状态是不以人的意志为要件的客观事实,并不是由当事人自主决定。其次,选项 B 也是错误的,民法所承认的民事法律关系的主体通常是自然人和法人,但是在一些特定的民事法律关系中,其主体也可以是不具有法人资格的其他社会组织。再次,选项 C 是正确的,民事法律关系的客体包括了行为,而行为又包括了作为和不作为。最后,选项 D 是错误的,民事法律关系中,由事件和状态以及非表意行为所引起的民事法律关系的内容,直接由法律规定;而由表意行为所引起的民事法律关系的内容,由双方当事人自由决定,这就是民法所贯彻的意思自治的原则。所以选项 D 的说法是片面的。

【陷阱点拨】 本题陷阱主要是选项 CD。相当大一部分考生简单地认为既然民事法律关系是由民事法律规范所调整的,那么民事法律关系的内容就均由法律规定,而忽视了民法中最重要的意思自治原则。在民事法律关系中,尤其是债法中的合同,民事法律关系的内容主要是由合同双方当事人所决定的,法律的功能是当双方当事人所订立的合同内容出现遗漏时提供补充,以及双方对合同内容发生争议时给予救济,而不是直接地越俎代庖决定双方当事人之间的合同内容。

另外,很多考生对选项 C 把握不好,是没有认识到民事法律关系的客体中的行为不仅包括作为也包括了不作为,因为不作为也是人的一种自由意志的反映,常见的如双方在合同中约定了竞业禁止的义务,未经一方当事人同意另一方不得从事与他方相同的事务,这就是一个不作为债务。

[难度系数] **

2. 下列哪种情形成立民事法律关系?(2006年试卷三第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] 民事法律关系具有以下四个特征:

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应性。

第二,民事法律关系是由民事法律规范所调整的社会关系,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。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。

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。

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。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,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,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一个阶段,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,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。

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。具体到C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] ***

3. 下列关于民事权利的表述哪一个错误的?(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. 关于民事权利,下列哪些选项是正确的?(2008年试卷三第51题)

A. 甲公司与乙银行签订借款合同,乙对甲享有的要求其还款的权利不具有排他性

B. 丙公司与丁公司协议,丙不在丁建筑的某楼前建造高于该楼的建筑,丁对丙享有的此项权利具有支配性

C. 债权人要求保证人履行,保证人以债权人未对主债务人提起诉讼或申请仲裁为由拒绝履行,保证人的此项权利是抗辩权

D. 债权人撤销债务人与第三人的赠与合同的权利不受诉讼时效的限制

【答案】 ABCD

【考点】 民事权利的类型及特征

【解析】 首先,物权具有排他性,同一物上不能存在两个所有权以及内容互相排斥的两个他物权;债权不具有排他性,同一标的上可以同时存在数个债权,互不排斥其存在,这是物权与债权的主要区别之一。本题选项A中,甲公司与乙银行签订借款合同,乙对甲享有的要求其还款的权利属于基于借款合同而产生的债权请求权,因此不具有排他性。据此,选项A正确。

其次,物权具有支配性是物权的典型特征,物权的目的是通过对物的支配来实现自己的利益,物权人对物的支配表现为物权人可以仅凭自己的意志即可实现,而无需他人行为的介入。丙公司与丁公司协议,丙不在丁建筑的某楼前建造高于该楼的建筑,根据《物权法》第156条第1款:“地役权人有权按照合同约定,利用他人的不动产,以提高自己的不动产的效益。”可知,丁取得了对于丙不在其土地上建造高楼的地役权,地役权属于物权的一种,具有支配性,选项B正确。

再次,《担保法》第17条第1、2款规定:“当事人在保证合同中约定,债务人不能履行债务时,由保证人承担保证责任的,为一般保证。一般保证的保证人在主合同纠纷未经审判或者仲裁,并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前,对债权人可以拒绝承担保证责任。”可见,一般保证的保证人的这种权利只能是对债权人一时性的拒绝履行,而不能使保证债务消灭,理论上将其称之为先诉抗辩权,属于抗辩权的一种,据此,选项C正确。

最后,撤销权属于形成权的一种,要受到除斥期间的限制。即在法律所规定的期间内,如果权利人不行使自己的权利,权利本身就灭失了。《合同法》第75条

规定:“撤销权自债权人知道或者应当知道撤销事由之日起一年内行使。自债务人的行为发生之日起五年内没有行使撤销权的,该撤销权消灭。”诉讼时效是相对于请求权而言的,即如果在法律规定的诉讼时效内,权利人没有积极地主张自己的权利,那么权利人就丧失了胜诉权,但是其实体权利以及程序性的诉权并没有灭失。所以除斥期间与诉讼时效相对应的权利类型是不同的,诉讼时效相对于请求权而言,除斥期间相对于形成权而言。据此,选项D正确。

【难度系数】 **

2. 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,而无须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] ***

(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	《继承法》第25条 《合同法》第74条
**	民事权利的性质与类型	《合同法》第99、75条 《物权法》第156条 《担保法》第17条
**	民事法律关系的成立	

(四)备考提示

民法基础理论部分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,这已经在司法考试中多次涉及。

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。

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,另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。

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,根据最高人民法院的司法解释,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。

[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] **

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。四人认为该 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 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] **

(二)已考考点及已考法条归纳

考查次数	已考考点	已考法条
*	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

(三)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。法律是对人的规则,民法也不例外,民事主体解决的就是参与民事法律关系的人的问题。民事主体分为三类: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)关于自然人权利能力。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)关于自然人行为能力。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为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责任,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,还有一点尤其重要的是,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,已经成为这两年司法考试中的热门问题,考生应当重点把握。

三、法人

(一)单项选择题

1. 德胜公司注册地在萨摩国并在该国设有总部和分支机构,但主要营业机构位于中国深圳,是一家由台湾地区凯旋集团公司全资设立的法人企业。由于决策失误,德胜公司在中国欠下700万元债务。对此,下列哪一选项是正确的?(2008年试卷三第2题)

- A. 该债务应以深圳主营机构的全部财产清偿
- B. 该债务应以深圳主营机构和萨摩国总部及分支机构的全部财产清偿
- C. 无论德胜公司的全部财产能否清偿,凯旋公司都应承担连带责任
- D. 当德胜公司的全部财产不足清偿时,由凯旋公司承担补充责任

[答案] B

[考点] 法人的独立责任

[解析] 本题实际上是对法人内涵的考查。根据我国《民法通则》第37条的规定:“法人应当具备下列条件:(一)依法成立;(二)有必要的财产或者经费;(三)有自己的名称、组织机构和场所;(四)能够独立承担民事责任。”其中“法人能够独立承担民事责任”是法人区别于合伙等其他社团性组织的典型特征,指法人与设立者或成员的责任独立,即法人应当以自己全部的资产对自己所从事的活动对外独立承担责任,而不需要追究其设立者或者成员的责任,法人的设立者只在其出资的范围内承担有限责任。

本题中,德胜公司作为由凯旋集团公司全资设立的法人企业,由于已经取得了法人的地位,所以应当根据《民法通则》的有关规定独立承担责任,对于其因决策失误,而在中国欠下的700万元债务,应当由其自己独立地承担责任,而不应追究作为其出资者的凯旋集团的责任。而德胜公司自己作为一个独立的法人,其财产包括了在萨摩国设立的总部和分支机构,以及位于中国深圳主要营业机构的财产。所以选项B正确,选项ACD错误。

[难度系数] *

2. 关于企业法人对其法定代表人行为承担民事责任的下列哪一表述是正确的?(2006年试卷三第3题)

- A. 仅对其合法的经营行为承担民事责任
- B. 仅对其符合法人章程的经营行为承担民事责任
- C. 仅对其以法人名义从事的经营行为承担民事责任
- D. 仅对其符合法人登记经营范围的经营行为承担民事责任

[答案] C

[考点] 法定代表人与法人的关系

[解析] 本题主要考查的是法定代表人的行为符

合什么要件时,法人应当对此承担责任。法定代表人是指依照法律或者章程的规定,代表法人行使职权的负责人。法人要进行民事活动,必须依赖于法人机关或者法定代表人来实现。此时,法人机关或者代表人的行为就是法人的行为,法人当然承受法定代表人的行为的后果,《民法通则》第43条规定,企业法人对它的法定代表人和其他工作人员的经营活动,承担民事责任。

一般来说,要想让法人对法定代表人的行为承担责任,必须符合下面的要件,否则,就应当由从事该行为的法定代表人自己对行为的后果承担责任。

(1)必须是以法人名义进行的行为。以个人名义进行的民事活动,当然应当由法定代表人自己来承担法律责任。

(2)必须为职务上的行为。关于职务上的行为的界定有不同的标准,主要有主观说和客观说两种标准。主观说认为,对职务上的行为的界定,应当依据法律和章程对法人与法定代表人之间关于代表权限的规定和约定,超越了此范围的行为就不能认定为是法人的行为,法人就不用承担此行为的后果。客观说认为界定职务行为的标准是看法定代表人所从事的行为的外观。即从外观上看,是不是足以认定为是法人的行为,包括了法定代表人从事的在社会观念上与职务行为有适当牵连关系的行为。客观说不是以法定代表人与法人内部的章程来界定职务行为,而是以社会一般人的眼光来审视。在两种学说的争论中,客观说逐渐走向了胜利,因为法定代表人和法人之间的内部章程是属于内部规范,按照合同的相对性原理,它应当对法人、法定代表人有约束力,但是对第三人来说,应该是没有拘束力,不能对抗善意第三人。这样,采用客观说从根本上有利于交易的稳定和安全。

根据上面的分析,我们发现选项A是错误的。法定代表人所进行的行为,不仅包括合法的经营行为,而且还包括违法的经营行为以及在从事经营活动的过程中给第三人可能造成的损害的行为。在第一种情形下,法人当然要承担相应的法律后果,在后两种情况下,法人也要对法定代表人的行为承担民事责任。

选项B也是错误的。法人章程属于内部规范,只能够约束法人和法定代表人,但却不能对外发生法律效力,法定代表人如果从事了超越法人章程范围内的活动,只要是以法人的名义,并且从外观上符合了职务行为的特征,法人也必须对这种超越法人章程的行为承担民事责任。当然,根据法人章程的内部规定,法人在承担责任以后,可以向法定代表人进行追偿。

选项C是正确的。法人仅对法定代表人以法人名义从事的经营行为承担民事责任。这里满足了法人承担责任的两个条件,第一,以法人名义;第二,经营行

为,蕴涵了法定代表人从事的行为具有职务行为的特征。所以应当选C项。

选项D是错误的。法人登记经营范围只是行政机关进行行政管理的依据,而不是法人对法定代表人承担责任的依据。法定代表人即使超出了法人登记的经营范围进行经营行为的,法人也要承担相应的法律后果。目前,各国对于法人从事超越经营范围的民事活动都采取了一种宽松的态度,只要法人从事的不是违反国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营的活动,即便是超越法人登记的经营范围的活动,也不会因此而认定行为无效。

【难度系数】 **

3. A公司经销健身器材,规定每台售价为2000元,业务员按合同价5%提取奖金。业务员王某在与B公司洽谈时提出,合同定价按公司规定办,但自己按每台50元补贴B公司。B公司表示同意,遂与王某签订了订货合同,并将获得的补贴款入账。对王某的行为应如何定性?(2006年试卷三第5题)

- A. 属于无权代理
- B. 属于滥用代理权
- C. 属于不正当竞争
- D. 属于合法行为

【答案】 D

【考点】 法人和法人一般职员的关系

【解析】 公司成员一般包括两大类,一类是能够代表法人的人,如法定代表人、董事会成员等,通常他们所从事的行为被称为代表行为,其性质被认为是公司法人的行为,后果直接归属于法人。还有一类是不能代表法人的一般雇员,他们在从事民事活动的过程中,与公司之间的关系通常被认为是一种职务上的代理关系。

所谓代理是指代理人以被代理人的名义同第三人进行民事法律行为,后果由被代理人承担。在代理制度中,一个重要的内容就是代理权。代理权是整个代理制度的核心,代理的所有制度都是紧紧围绕着代理权展开的。代理人如果不具有代理权,但却以本人的名义与第三人进行民事活动的,则这种行为构成无权代理,就要由代理人自己承担法律后果。而且,代理人即使在具备了代理权的情况下,也不能够任意行使,在行使的过程中应当在代理权限内,为了被代理人的利益勤勉和谨慎的行使代理权,否则就有可能发生滥用代理权的情况,损害被代理人的利益。

根据上面的分析。可以得出选项A是错误的,王某的行为不属于无权代理。所谓无权代理是指代理人不具有代理权,但以被代理人的名义与第三人进行民事活动。它一般分为狭义无权代理和表见代理。狭义无权代理是指行为人没有代理权,也没有令第三人相信其有代理权的事实或理由,而以被代理人的名义进行民事活动的代理。表见代理是指因被代理人与

无权代理人之间的关系,具有外表授权的特征,只是相对人有理由相信行为人有代理权而与其进行民事法律行为,法律为了保护第三人的利益,将由此产生的法律后果归于被代理人承担的代理。在本题中,A公司经销健身器材,王某作为A公司的一名业务员,在参加民事活动的过程中,与公司之间具有职务上的代理关系,有权与B公司签订购买健身器材的合同。王某的行为属于有权代理。同时,A公司规定的每台健身器材售价为2000元,王某与B公司签订的合同,定价也是按A公司的2000元,这样王某的行为并没有损害到被代理人A公司的利益。唯一的不同的是,王某从A公司给的每销售一台100元的奖金中拿出50元补贴B公司,这种行为可以认定为是王某的一种个人赠与行为,如果有损害的话,也是损害到王某自己的利益,与A公司没有任何关系。实践中,王某通过这种方式既可以得到奖金,又没有损害到被代理人A公司的利益。这是一种双赢的行为,依法应当受到法律的保护。所以D选项是正确的。

选项B也是错误的,王某的行为不属于滥用代理权。所谓滥用代理权是指违背代理权的设定宗旨和代理行为的基本准则,有损被代理人利益的行为,滥用代理权的行为违背了诚实信用的原则,各国法律一般都加以禁止。它一般包括三种类型:第一,自己代理,即代理人以被代理人的名义与自己进行民事法律行为;第二,双方代理,即一个代理人同时代理双方的当事人进行民事法律行为;第三,代理人与第三人恶意串通,进行损害被代理人利益的行为。代理权滥用的实质是违背诚实信用的原则,损害到被代理人的利益。在本题中,王某与B公司签订的合同,定价是按A公司的2000元,王某的行为并没有损害到被代理人A公司的利益,所以不是滥用代理权的行为。

选项C也是错误的,王某的行为不属于不正当竞争。所谓不正当竞争行为,是指经营者违反法律规定,损害其他经营者的合法权益,扰乱社会经济秩序的行为。从本题中看,并没有提到王某的行为损害到其他经营者的合法权益,更谈不上扰乱了社会经济秩序。王某的行为不能界定为不正当竞争的行为。

【陷阱点拨】 本题B选项具有一定的迷惑性,应当牢牢把握滥用代理权的实质是代理人违反了诚实信用的原则,损害到被代理人的利益。如果被代理人的利益没有受到损害,则不构成滥用代理权的行为。

【难度系数】 **

(二) 多项选择题

1. 关于事业单位法人,下列哪些选项是错误的?
(2007年试卷三第52题)

A. 所有事业单位法人的全部经费均来自国家财政拨款

B. 具备法人条件的事业单位从成立之日起取得法人资格

C. 国家举办的事业单位对其直接占有的动产享有所有权

D. 事业单位法人名誉权遭受侵害的,有权请求精神损害赔偿

【答案】 ABCD

【考点】 事业单位法人

【解析】 所谓事业单位法人,是指为了社会公益事业目的,从事文化、教育、卫生、体育、新闻等公益事业的单位。事业单位法人的特征是:(1)以公益为目的,而非以盈利为目的,所以事业单位所取得的利益只能用于其目的事业,不能分配给出资人。它所取得的收入可以作为预算外资金留作自用。(2)事业单位法人的独立经费主要来源于国家的财政拨款,也可以通过集资入股或者由集体出资等方式取得。(3)事业单位法人从事文化、教育、卫生、体育、新闻等公益事业活动。(4)事业单位法人,依照法律规定或者行政命令组建的事业单位,从成立之日起,即具备法人资格;而由自然人或者法人自愿组建的事业单位,应当依法办理法人登记,方可取得法人资格。

据此,选项A是错误的。事业单位法人的经费主要来自国家财政拨款,这是事业单位法人独立经费的主要来源。但是也有部分事业单位法人可以通过集资入股或者由集体出资等方式取得,比如说民办大学、民办研究所等。

其次,选项B也是错误的。我国《民法通则》第50条第2款规定:“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。”所以,事业单位法人,只有依照法律规定或者行政命令组建的事业单位,才从成立之日起具备法人资格;而由自然人或者法人自愿组建的事业单位,应当依法办理法人登记,方可取得法人资格。选项B笼统地说只要具备法人条件的事业单位,从成立之日起就可取得法人资格是错误的。

再次,选项C也是错误的。《物权法》第54条规定:“国家举办的事业单位对其直接支配的不动产和动产,享有占有、使用以及依照法律和国务院的有关规定收益、处分的权利。”可见,国家举办的事业单位对其直接占有的动产并不能享有充分的所有权,而只能享有占有、使用的权利,以及依照法律和国务院的有关规定收益、处分的权利。据此选项C是错误的。

最后,选项D是错误的。最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》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,事业单位法人属于法人的一种,它以名誉权遭受侵害的,诉请精神损害赔偿的,人民法院不予受理。据此,选项D是错误的。

[难度系数] **

2. 下列关于法人机关的表述哪些是正确的?
(2005年试卷三第51题)

- A. 法人机关无独立人格
- B. 财团法人没有自己的意思机关
- C. 法人的分支机构为法人机关的一种
- D. 监督机关不是法人的必设机关

[答案] ABD

[考点] 法人机关

[解析] 根据法人理论,所谓法人机关是指根据法律、章程或条例的规定,在法人成立时产生,不需要特别授权就能够以法人的名义对内负责法人的生产经营或业务管理,对外代表法人进行民事活动的集体或个人。法人机关是法人的有机组成部分,它并不是独立主体,无独立人格,不能独立于法人之外而单独存在,只能依附于法人,作为法人组织机构的一个重要组成部分而存在。据此,A项正确。

一般情况下,法人机关由权力机关、执行机关和监督机关三部分构成。法人的权力机关,又称决策机关,是法人自身意思的形成机关,有权决定法人的生产经营或业务管理的重大问题,如股份有限公司的股东大会等。法人的执行机关,是法人权力机关的执行机关,有权执行法人章程、条例或设立命令所规定的事项以及法人权力机关所决定的事项,其主要负责人为法人的法定代表人。法人的监督机关,是指对法人执行机关的行为进行监督检查的机关,如股份有限公司的监事会等。在法人的机关中,法人的执行机关是常设机关,法人的权力机关、监督机关是法人的任意性机关,可以不是常设机关。据此,D项正确。

所谓财团法人,是指为一定目的而设立的,并由专门委任的人按照规定的目的进行使用的各种财产组合。基金会组织、寺院、慈善组织等都是典型的财团法人。财团法人以财产为基础,按照设立人的意思进行管理,没有意思机关,也称他律法人。B项正确。

所谓法人的分支机构,是指根据法人的意志在法人总部之外依法设立的分部,其活动范围限于法人的活动范围之内。一般情况下,法人的分支机构是法人的组成部分,分支机构的行为后果,由所属法人承担连带责任。与法人机关是法人内部的有机组成部分相比,法人的分支机构是法人总部之外的机构,没有分支机构法人照常运转(但如果缺少法人机关,法人将无法运转),它不是法人机关的一种。C

项错误。

[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
*	法人机关	
*	法人分支机构行为的责任承担	
*	法人与法定代表人的关系	《民法通则》第43条
*	事业单位法人	《物权法》第54条 《民法通则》第50条
*	法人的独立责任	《民法通则》第37条

(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,但它也是民法的一个调整主体。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,特别是应当结合我国新《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。考生应当掌握它的具体含义,以及与此相关的法人人格否认制度。这部分内容,很可能会结合《公司法》的有关内容一起考查。

(3)法人责任,重点掌握法人承担民事责任的要件,它已经成为司法考试法人部分的热考点。

(4)法人的变更中法人的合并与分立。这部分的内容主要考查的是法人合并或者分立后,债务如何承担的问题,也是备受司法考试的青睐,考生应当重点把握。

四、民事法律行为与代理

(一)单项选择题

1. 教授甲举办学术讲座时,在礼堂外的张贴栏中公告其一部新著的书名及价格,告知有意购买者在门口的签字簿上签名。学生乙未留意该公告,以为签字簿是为签到而设,遂在上面签名。对乙的行为应如何认定?(2005年试卷三第1题)

A. 乙的行为可推定为购买甲新著的意思表示