



三校名师
www.sanxiaomingshi.com

2009^年 国家司法考试 
精品系列



【三校版】 国家司法考试

最高人民法院出版社司考研究中心 策划
北京三校名师学校 编著

疑难考题精析(三)

三校名师精心打造备考精品
从历年题海中精选经典真题
答案详解含《刑法修正案(七)》及《保险法》修订内容

高效利用真题复习司考新路径
透彻解析涵盖重点难点疑点

人民法院出版社



三校名师 司法考试
www.sanxiaomingshi.com

国家司法考试精品系列 ②
Guojia Sifa Kaoshi Jingpin Xilie

国家司法考试

疑难考题 精析

(三)

最高人民法院人民法院出版社司考研究中心/策划

北京三校名师学校 编著

人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

国家司法考试疑难考题精析 / 北京三校名师学校编著. — 北京: 人民法院出版社, 2009.3

(国家司法考试精品系列)

ISBN 978 - 7 - 80217 - 762 - 8

I. 国… II. 北… III. 法律工作者 - 资格考核 - 中国 - 解题 IV. D92 - 44

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 209723 号

国家司法考试疑难考题精析 (三)

北京三校名师学校 编著

责任编辑 林志农 张承兵 孟 晋 丁文严
出版发行 人民法院出版社
地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)
电 话 (010) 67550563 67550572 (责任编辑)
67550516 (出版部) 67550558 (发行部)
网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>
E - mail courtpress@sohu.com
印 刷 汉印印刷有限责任公司
经 销 新华书店

开 本 787 × 1092 毫米 1/16
字 数 1376 千字
印 张 50.75
版 次 2009 年 3 月第 1 版 2009 年 3 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978 - 7 - 80217 - 762 - 8
定 价 82.00 元 (全三册)

版权所有 侵权必究

目 录 (三)

民 法

1. 法人	1	考点一 所有权的取得	22
考点一 事业单位法人	1	考点二 业主的建筑物区分所有权	23
考点二 法人的责任认定	2	考点三 共有	24
真题演练	3	真题演练	25
2. 民事法律行为与代理	4	7. 用益物权	26
考点一 意思表示	4	考点 地役权	26
考点二 民事法律行为	5	真题演练	27
考点三 无权代理与表见代理	6	8. 担保物权	28
真题演练	7	考点一 抵押权	28
3. 无因管理与不当得利	9	考点二 质权	30
考点一 无因管理	9	真题演练	30
考点二 无因管理、不当得利的 综合考查	10	9. 合同成立与合同的效力	32
真题演练	11	考点一 合同成立	32
4. 侵权责任	12	考点二 合同的效力	33
考点一 精神损害赔偿	12	考点三 格式条款的效力	34
考点二 共同侵权人的连带责任	13	真题演练	36
考点三 地面施工致人损害的 侵权责任	14	10. 合同的履行	37
考点四 建筑物致人损害的侵权 责任	15	考点一 合同履行抗辩权	37
考点五 对未成年人负有保障等义务 的教育机构与监护人的赔偿 责任关系	16	考点二 合同保全	39
考点六 安全保障义务人的责任	16	真题演练	40
真题演练	17	11. 合同的转让与终止	43
5. 物权变动	19	考点一 合同的转让	43
考点一 物权变动的原因	19	考点二 合同的终止	43
考点二 物权变动模式	20	真题演练	45
真题演练	21	12. 违约责任的形式	46
6. 所有权	22	考点一 损害赔偿責任	46
		考点二 继续履行	47
		真题演练	48
		13. 买卖合同	49
		考点一 标的物风险转移	49
		考点二 所有权转移	50
		考点三 特种买卖合同	51
		真题演练	52

14. 其他转移财产权利的合同	53
考点一 赠与合同	53
考点二 租赁合同	54
真题演练	55
15. 完成工作的合同	57
考点一 承揽合同	57
考点二 建设工程合同	58
真题演练	59
16. 提供劳务的合同	61
考点一 委托合同	61
考点二 运输合同	62
真题演练	62
17. 保证	63
考点一 保证方式	63
考点二 物保与人保并存	64
考点三 保证债务保证期间与 诉讼时效	65
真题演练	66
18. 著作权法	68
考点一 著作权主体、内容	68
考点二 著作权的限制	69
考点三 著作权侵权行为	70
真题演练	71
19. 专利法	73
考点一 专利权授予	73
考点二 专利侵权行为	74
真题演练	75
20. 商标法	76
考点一 商标与商标权	76
考点二 商标侵权行为	78
真题演练	79
21. 婚姻、继承	80
考点一 婚姻关系	80
考点二 继承关系	81
真题演练	82
22. 案例、论述综合	86
真题演练	91

商 法

1. 公司法总论	98
考点一 公司的种类	98
考点二 公司的设立与成立	99
考点三 公司的股东	99
考点四 公司的董事、监事、 高管	102
真题演练	103
2. 有限责任公司	104
考点一 有限责任公司的设立和 组织机构	104
考点二 有限责任公司的股权转让 与投资	106
考点三 一人有限责任公司、国有 独资企业	107
真题演练	108
3. 股份有限公司	109
考点一 股份有限公司的设立和 组织机构	109
考点二 股份有限公司的股份发行 与股权转让	110
真题演练	111
4. 公司其他内容	112
考点一 公司的变更、合并 与分立	112
考点二 公司的解散与清算	113
真题演练	114
5. 公司法案例	114
真题演练	117
6. 合伙企业法	120
考点一 合伙人	120
考点二 合伙关系	121
考点三 合伙企业财产与合伙债务	122
考点四 合伙事务执行	123
真题演练	124
7. 个人独资企业法	125
考点 个人独资企业特征与管理	125

真题演练	127
8. 中外合资经营企业法	127
考点 中外合资经营企业特殊性	127
真题演练	128
9. 中外合作经营企业法、外资 企业法	129
考点 中外合作经营企业与外资 企业的特殊规定	129
真题演练	130
10. 企业破产法	130
考点 破产申请和受理	130
考点二 管理人、破产财产和 破产债权	132
真题演练	133
11. 票据法	133
考点一 票据总论	133
考点二 汇票	135
真题演练	135
12. 保险法	137
考点一 保险合同与一般规定	137
考点二 财产保险合同	138
考点三 人身保险合同	139
真题演练	141

民事诉讼法与仲裁制度

1. 管辖	142
考点一 级别管辖	142
考点二 一般地域管辖	143
考点三 特殊地域管辖	144
考点四 专属管辖	147
考点五 裁定管辖	148
考点六 管辖权异议	149
真题演练	150
2. 诉	151
考点一 诉的要素	151
考点二 诉的分类	152
考点三 反诉	153
真题演练	154

3. 当事人与诉讼代理人	155
考点一 当事人的一般理论	155
考点二 原告与被告	156
考点三 共同诉讼人与第三人	158
考点四 诉讼代表人	159
考点五 诉讼代理人	161
真题演练	162
4. 民事证明与证据	165
考点一 民事证据的种类	165
考点二 证据的分类	167
考点三 举证责任	168
考点四 举证期限	170
考点五 证明对象	170
考点六 证据的收集	172
考点七 认证	173
考点八 “新证据”的认定	174
真题演练	175
5. 送达	177
考点 留置送达	177
6. 法院调解	178
考点一 调解适用范围	178
考点二 调解协议	179
真题演练	179
7. 财产保全与先予执行	181
考点一 财产保全	181
考点二 先予执行	182
真题演练	184
8. 普通程序	185
考点一 起诉和受理	185
考点二 撤诉和缺席判决	186
考点三 延期审理、诉讼中止、 诉讼终结	188
考点四 民事判决、裁定、决定	189
真题演练	190
9. 简易程序	193
考点一 简易程序的适用范围	193
考点二 简易程序的特点	194
真题演练	195
10. 第二审程序	196

考点一 上诉人和被上诉人	196	考点七 修订民事诉讼法执行部分 的变化	222
考点二 上诉的撤回	197	真题演练	223
考点三 二审案件的审理	198	16. 涉外民事诉讼程序	225
考点四 二审中对反诉的处理	200	考点 涉外民事诉讼程序的特别 规定	225
真题演练	201	真题演练	227
11. 特别程序	203	17. 仲裁概述	228
考点一 公告程序	203	考点一 仲裁与诉讼的区别	228
考点二 认定公民无民事行为能力 案件的特别规定	204	考点二 劳动纠纷与仲裁	229
真题演练	205	真题演练	230
12. 审判监督程序	205	18. 仲裁协议	231
考点一 再审中发现一、二审法院 遗漏当事人的处理	205	考点一 仲裁协议的效力	231
考点二 审判监督程序的启动	206	考点二 仲裁协议的无效与失效	232
考点三 再审案件中的几个特殊 问题	209	真题演练	233
真题演练	210	19. 仲裁程序	234
13. 督促程序	211	考点一 仲裁审理	234
考点一 对支付令的异议	211	考点二 仲裁庭的组成	235
考点二 督促程序	212	考点三 仲裁和解	235
14. 公示催告程序	213	考点四 仲裁裁决	236
考点一 公示催告的特点	213	真题演练	237
考点二 除权判决	214	20. 申请撤销仲裁裁决	240
真题演练	215	考点 申请撤销仲裁裁决的条件	240
15. 执行程序	216	真题演练	241
考点一 代为执行第三人到期债权 制度	216	21. 仲裁裁决的执行与不予执行	242
考点二 执行回转	217	考点 仲裁裁决不予执行、中止 执行、终结执行的情形	242
考点三 执行担保	218	真题演练	243
考点四 委托执行	219	22. 案例、论述综合	244
考点五 执行和解	220	真题演练	250
考点六 执行中止和执行终结	221		



1 法人

考点一 事业单位法人



[经典考题]

关于事业单位法人，下列哪些选项是错误的？（2007/3/52）

- 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，有权诉请精神损害赔偿



[常见错误]

对于事业单位法人，主要应把握以下几点：

（1）事业单位一般不具有营利性质，由国家统一进行财政拨款，但对于有些科研院所、出版社、营利医院等全部或部分自收自支的单位则不可一概而论。此为命题陷阱和常见错误所在。本题中 A 项即对此进行了考查。但尽管如此，仍须注意事业单位的目的事业主要是公益，这是事业单位法人区别于企业法人的一个重要特征。

（2）对于依法律规定或行政命令组建的事业单位与自然人或法人自愿组建的事业单位，二者取得法人资格的程序不同，应予区别，此为另一命题陷阱和常见错误所在之处。如本题 B 项即对此进行了考查。

（3）事业单位法人财产，其考查趋势是以《物权法》所有权部分的规定进行命题，如由国家举办的事业单位法人的动产、不动产属于国家所有，事业单位法人只享有占有、使用及依法收益、处分的权利，其与机关法人一样，仅在对外关系上才适用所有权的有关规定。



[答案详解]

1. 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。事业单位法人是被赋予民事主体资格的事业单位，一般不从事商业活动，即使取得一些收益，也多带有辅助性质的。不过，随着经济体制的改革，有些事业单位已不再享有财政拨款，被改制为自负盈亏或实行企业化经营。还有些经营单位实行部分经费来自国家的财政拨款，部分经费来自自收自支，故 A 项错误，当选。

2. 《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。不分情况，笼统地说具备法人条件的事业单位从成立之日起取得法人资格是不正确的，故 B 项错误，当选。

3. 《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、使用及依照法律和国务院的有关规定收益、处分的权利。国家举办的事业单位对其直接占有的动产享有使用权，但不享有所有权，其所有权与使用权是分离的，故 C 项错误，当选。

4. 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》（以下简称《精神损害赔偿解释》）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。事业单位法人无权诉请精神损害赔偿，故D项错误，当选。

考点二 法人的责任认定



【经典考题】

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？（2008/3/2）

- 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



【常见错误】

对于法人的责任认定，其常与法人的分支机构、法人的分立与合并、法人的民事行为能力及法人的法定代表人等考点相结合。命题陷阱和常见错误主要体现在考生不能分别准确识记导致混淆，如：对于有相对独立地位的法人分支机构，其责任首先以自己的财产承担责任，不足部分由法人承担；而对于无独立地位的法人分支机构，其责任直接由法人承担。再如：对于当事人无约定的法人变更后的债务承担，由分立或合并后的法人负连带责任。

对法人的责任认定，考生务必要理解法人独立承担责任的含义，独立责任是指法人以自己所有的全部财产承担责任，而不要求由其出资者、法定代表人、工作人员等负连带责任。

【答案详解】

本题中，德胜公司是独立法人，依据《民法通则》第48条的规定，全民所有制企业法人以国家授予它经营管理的财产承担民事责任；集体所有制企业法人以企业所有的财产承担民事责任；中外合资经营企业法人、中外合作经营企业法人和外资企业法人以企业所有的财产承担民事责任，法律另有规定的除外。可知，外资企业法人以企业所有的财产承担民事责任。德胜公司的财产与责任是完全独立于凯旋集团公司的。无论德胜公司的全部财产是否能够清偿，凯旋公司都不应承担连带责任，且当德胜公司的全部财产不足清偿时，也不需由凯旋公司承担补充责任，故C、D项错误。

公司总部、分支机构和主要营业机构在法律人格上并不相互区分，如果法人负有债务，应以总部、分支机构和主要营业机构的财产共同清偿。因此，本题中该700万元债务应以德胜公司的全部财产清偿，故A项错误，B项正确。

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？（2006/3/3）

- 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

 [常见错误]

对法人的民事责任能力的确定,在《民法通则》和《民法通则意见》上均有明确规定,对于法人的法定代表人或其他成员从事的经营活动,应由法人承担民事责任的范围被《民法通则意见》第58条界定为:以法人名义从事的经营活动,给他人造成损失的,法人应承担民事责任。而没有将非法的经营行为排除在法人承担责任的范围之外,也未将超越法人登记经营范围的经营行为排除在外。该点是命题陷阱和常见错误所在,如本题的B、D项表述是没有法律依据的,考生切不可想当然。

 [答案详解]

《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。《合同法》第50条规定: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。法人章程属于内部规范,如果法定代表人超越了法人章程从事了侵犯第三人权益的行为,但是以法人名义或第三人有理由相信其为职务行为时,法人不能以章程为由来对抗第三人,所以,B项不正确。法人不仅对法定代理人的合法经营行为负责,还要对违法经营行为以及在从事经营活动的过程中给第三人造成损害的行为负责。因此,A项不正确。

根据《民法通则意见》第58条规定,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。由此可见,我国法人承担责任以“名义”说,不以“实质”说,比如法定代表人以法人名义借款由其个人使用,应当由法人承担还款义务,故C项表述正确,D项表述不正确。



真题演练

1. 下列关于法人机关的表述哪些是正确的?(2005/3/51)①
 - 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
2. 李某与合伙企业“大木采石场”各出资50万元组建了一家具有独立法人资格的大木贸易有限责任公司,经营建筑材料,聘请营销专家陈某担任经理。这里谁负“有限责任”?(2000/2/8)②
 - A. “大木采石场”对合伙企业债务
 - B. 大木有限公司对公司所负债务
 - C. 李某和“大木采石场”对大木有限公司债务
 - D. 陈某对大木有限公司债务
3. 依民法原理和现行民事法律,下列选项中,哪一表述是正确的?(2000/2/9)③
 - A. 清算法人不具有民事行为能力
 - B. 清算法人具有与原法人相同的民事行为能力
 - C. 清算法人仅具有清算范围内的民事行为能力
 - D. 清算法人仅具有资产清理的民事行为能力
4. 某区政府工业主管部门作出决定,把所属的A公司的两个业务部分立出去再设B

① ABD ② C ③ C

公司和C公司,并在决定中明确该公司以前所负的债务由新设的B公司承担。A公司原欠李某货款5万元,现李某要求偿还,你认为该债务应当如何处理?(2000/3/18)①

- A. 由B公司承担债务
B. 由A、B、C三个公司分别承担债务
C. 由A公司承担债务
D. 由A、B、C三个公司连带承担债务

5. 甲公司分立为乙公司和丙公司。在分立过程中,乙公司和丙公司对甲公司所欠丁、戊、己、庚的债务达成协议。乙公司承担丁、戊的债务,丙公司承担己、庚的债务。后因丙公司无力承担己、庚的债务而发生纠纷。现问乙公司和丙公司达成的债务承担协议效力如何?(1999/2/6)②

- A. 该协议无效
B. 该协议有效
C. 该协议可撤销
D. 该协议效力未定

6. H公司欠银行贷款200万元。现该公司将一部分资产分离出去,另成立J公司。对于公司分立后这笔债务的清偿责任问题,存在以下意见,其中哪一个是正确的?(1999/3/2)③

- A. 应当由H公司承担清偿责任
B. 应当由J公司承担清偿责任
C. 应当由H公司和J公司承担连带清偿责任
D. 应当由H公司和J公司按约定比例承担清偿责任

7. 在法定代表人和法人关系问题上,下列哪些表述是正确的?(1998/2/41)④

- A. 法定代表人既是法人的代表人,又是法人机关的代表人
B. 法定代表人履行职务的行为是法人的行为
C. 法定代表人只能是法人单位的行政正职负责人
D. 法定代表人的代表权源于法律和章程,而不是源于法人的授权

2

民事法律行为与代理

考点一 意思表示



[经典考题]

下列哪些情形构成意思表示?(2007/3/51)

- A. 甲对乙说:我儿子如果考上重点大学,我一定请你喝酒
B. 潘某在寻物启事中称,愿向送还失物者付酬金500元
C. 孙某临终前在日记中写道:若离人世,愿将个人藏书赠与好友汪某
D. 何某向一台自动售货机投币购买饮料



[常见错误]

民事法律行为以意思表示为核心。命题陷阱和常见错误体现在不能准确理解意思表示的涵义。对于意思表示,应予明确的是意思表示的构成需具备以下要素:(1)目的意

① D ② A ③ C ④ BD

思是指民事法律行为具体内容的意思要素。不具备目的意思,或目的意思不完整,不构成意思表示。如2005年卷三第1题,即不具备买书的目的意思。(2)效果意思是指意思表示人使其表示内容发生法律效力效果的意思表示,即必须具有设立、变更、终止民事法律关系的意图。如本题的A项,即不具备效果意思。(3)表示行为指行为人将内心意思以一定方式表现于外部,并足以使外界客观理解的行为要素。

若意思表示存在瑕疵,将影响民事法律行为的效力。考生要掌握意思表示瑕疵:欺诈、胁迫、乘人之危、重大误解各自的构成要件,在对其认定的问题上命题人往往通过易混淆的概念设置干扰项。如:欺诈要求行为人存在主观故意,行为人是否具有主观故意往往应从行为人的经验、阅历、专业知识等方面判断,还可以从行为后果是否给表意人造成重大损失的角度进行判断,否则不认定为欺诈,只能认定为错误。在商业活动中,如果认定为错误则不能要求双倍赔偿,而只能要求对方承担违约责任。欺诈还要求表意人因欺诈行为陷入错误认识,或者加深错误认识,如果表意人知假买假,不为欺诈。对于欺诈行为造成的损失,一般实行补偿原则,但对于消费欺诈,则应双倍赔偿。再如:重大误解是指因行为人的错误而导致的对行为性质、对方当事人、行为内容、行为方式等发生的错误理解,且造成一方当事人重大损失。就行为内容的重大误解而言,往往与合同解释相混淆。对行为内容的重大误解是指因行为人的错误而导致的合同内容的错误,行为人对合同内容存在争议;而合同解释是双方当事人对合同内容本身不存在错误,对合同内容本身不存在争执,只是对于合同的内容存在不同的解释。

[答案详解]

意思表示是指行为人将其希望产生私法上效果的内心意愿以一定的方式向外界予以表述。意思表示所表达出的意思,是体现为民法效果的意思,亦即关于权利义务取得、丧失及变更的意思。意思表示的成立要件须具备以下两方面:(1)意思表示的主观要件是指表意人存在内心的,希望产生私法上权利义务效果的真实意图。(2)意思表示的客观要件是指表意人将其进行法律行为的目的意思和效果意思,以一定方式向特定的相对人或向不特定的任何人予以表达的行为。A项并不具备效果意思,不发生民法上的权利义务关系,属于情谊行为,不是意思表示。B项是悬赏广告,C项是遗赠,D项是格式条款合同,均构成意思表示,故本题选B、C、D项。

考点二 民事法律行为

[经典考题]

下列哪种情形成立民事法律关系?(2006/3/1)

- 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

[常见错误]

民事法律行为是民事主体以设立、变更或终止民事法律关系为目的的行为。首先应注意民事法律行为与道义行为、戏言的区别。这是命题陷阱与常见错误经常涉及的内容之一。民事法律行为以发生民法上的权利义务关系为目的,而道义行为、戏言不具有发生民法上的权利义务关系的真实意图。还要将民事法律行为与行政行为相区别。行政行为不是平等主体之间的行为,如行政委托行为、征收征用行为等均为行政行为。

由于民事法律行为是引起民事法律关系变动的原因之一，考生应能够界定哪些社会关系受法律规范调整，如恋爱关系、朋友关系等社会关系都不属于民事法律关系。这也是命题陷阱与常见错误易出现之处。对于民事法律关系变动，主要通过与相关概念辨析来检验考生，对于民事法律关系的设立考生就常出现此类错误，如有的考生认为本题A项中甲、乙的约定属于要约而误选A项，注意应将A项区别于预约合同。B项容易让考生误以为其属于附条件的民事行为，应注意身份行为不得附条件。

【答案详解】

1. 所谓民事法律关系是指由民法调整的，以权利义务为内容的社会关系。民事法律关系是民法干预社会生活的结果，它一旦基于一定的法律事实而成立，即在当事人之间发生一定的民事权利义务关系，从而区别于一般社会关系。

(1) 本题A项中，甲与乙只是约定对有关事宜进行商谈，并未明确将来要订立合作开发合同，所以双方的约定商谈并没有进入民事法律调整的任何一个阶段。因此，A项不应选。

(2) B项中，关于婚姻的约定，在我国不具有法律效力。另外，婚姻属于身份行为不得附条件。须注意以下三类行为不得附条件：身份行为附条件的无效；单方行为附条件的无效；票据附条件的所附条件不生效，故B项也不应选。

(3) C项中，根据一般常识可知，大量饮酒很可能会给行为人的健康造成损害。因此，甲极力劝乙喝酒，应认为他主观上有过失，应对乙承担相应的赔偿责任，如果不是极力相劝，就不会导致民事责任，故他们之间成立民事法律关系，故C项正确。

(4) D项中，乙仅是邀请甲去游泳，对甲在游泳过程中的死亡并不存在故意或过失，二者之间不存在因果关系，甲乙双方也不存在民事法律关系，故D项也不应选。

2. 考生还应注意民事法律关系除了由当事人自主设立外，还可能由当事人意志以外的事件引起。对于民事法律关系主体，除自然人、法人外，还包括国家、合伙等民事主体。对于民事法律关系客体，则分为物、行为、智力成果三类。应予注意，行为又可分为作为与不作为。

考点三 无权代理与表见代理

【经典考题】

甲委托乙前往丙厂采购男装，乙觉得丙生产的女装市场看好，便自作主张以甲的名义向丙订购。丙未问乙的代理权限，便与之订立了买卖合同。对此，下列哪些说法是正确的？（2005/3/53）

- A. 甲有追认权 B. 丙有催告权 C. 丙有撤销权 D. 构成表见代理

【常见错误】

狭义无权代理一般包括：没有代理权的代理；超越代理权的代理；代理权终止后的代理。其法律后果应当区别对待：（1）若经本人追认则产生与有权代理相同的法律后果；若本人在相对人催告后的1个月内未作表示，视为拒绝追认，此时无权代理行为确定地成为无效民事行为。（2）善意相对人若在本人的追认之前行使撤销权，则代理人与相对人所为民事行为即不生效。其命题陷阱与常见错误在于：如果相对人知道或应当知道无权代理人无代理权，则不能行使撤销权。

表见代理属于广义的无权代理，其构成要件是：（1）行为人以本人名义为民事法律行为；（2）行为人无代理权；（3）须有足够理由使相对人相信行为人有代理权，这一点是表见代理与狭义无权代理的根本区别，也是表见代理之所以发生有效代理效果的根本

理由。考生在具体案例中对此把握不准是常见错因；(4) 相对人须为善意，即相对人在与行为人为民事法律行为时，不知且无从得知行为人无代理权。另须注意，在司法实践中，对于持有被代理人介绍信等使相对人相信其有代理权一般认定为表见代理，但存在例外：对于盗用或拾捡他人介绍信、合同专用章或盖有公章的空白合同书签订的合同，不认定为表见代理；借用的也不构成表见代理，由出借人和借用人对相对人承担连带责任。此亦为命题陷阱和常见错误之所在。

【答案详解】

1. 狭义无权代理指没有代理权或者超越代理权而为的一种代理行为。依《合同法》第48条第1款的规定可知，行为人超越代理权与他人订立合同，被代理人享有追认权，一经被代理人追认，无权代理人所为行为对被代理人发生效力。追认权人向代理人追认以及向相对人追认都发生效力。这种追认要以明示的方式作出，且一旦追认，相对人就不享有撤销权。因此，A项正确。

2. 丙并不知道乙超越代理权，是善意相对人。依《合同法》第48条第2款的规定，本题中丙既可以行使催告权，要求被代理人甲追认乙与丙签订的合同；又可以在被代理人甲追认乙的无权代理行为之前行使撤销权，使该效力待定合同确定地不发生效力。撤销权通知到被代理人即生效，属于形成权。因此，B、C项正确。

3. 依据《合同法》第49条的规定，表见代理要求相对人有理由相信行为人有代理权，表见代理的类型有：(1) 外表授权的，如盖有公章的介绍信、合同书、委托书等。例外情形见“常见错误”部分。(2) 特定关系中表见代理，主要针对采购员、推销员、老客户。夫妻关系不能认定为表见代理。但日常生活中夫妻可以互为代理，只排除两点：一是进行不动产买卖；二是商业经营行为。(3) 厂家租赁柜台直销中，产品质量问题由商场承担，这实质上也是一种表见代理。而本题中，相对人丙未问乙的代理权限，便与之订立合同，表明丙没有尽到必要的注意义务，不属于有理由相信行为人有代理权的情形，因此，乙的行为不构成表见代理，故D项错误。



真题演练

1. 关于民事法律关系，下列哪一选项是正确的？(2008/3/1)①

- 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

2. 甲公司业务经理乙长期在丙餐厅签单招待客户，餐费由公司按月结清。后乙因故辞职，月底餐厅前去结账时，甲公司认为，乙当月的几次用餐都是招待私人朋友，因而拒付乙所签单的餐费。下列哪一选项是正确的？(2007/3/3)②

- A. 甲公司应当付款
- B. 甲公司应当付款，乙承担连带责任
- C. 甲公司有权拒绝付款
- D. 甲公司应当承担补充责任

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

① C ② A

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?(2006/3/5)①

- 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

4. 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?(2005/3/1)②

- A. 乙的行为可推定为购买甲新著的意思表示
- B. 乙的行为构成重大误解,在此基础上成立的买卖合同可撤销
- C. 甲的行为属于要约,乙的行为属于附条件承诺,二者之间成立买卖合同,但需乙最后确认
- D. 乙的行为并非意思表示,在甲乙之间并未成立买卖合同

5. 甲、乙在火车上相识,甲怕自己到站时未醒,请求乙在 A 站唤醒自己下车,乙欣然同意。火车到达 A 站时,甲沉睡,乙也未醒。甲未能在 A 站及时下车,为此支出了额外费用。甲要求乙赔偿损失。对此,应如何处理?(2005/3/22)③

- A. 由乙承担违约责任
- B. 由乙承担侵权责任
- C. 由乙承担缔约过失责任
- D. 由甲自己承担损失

6. 甲公司经常派业务员乙与丙公司订立合同。乙调离后,又持盖有甲公司公章的合同书与尚不知其已调离的丙公司订立一份合同,并按照通常做法提走货款,后逃匿。对此甲公司并不知情。丙公司要求甲公司履行合同,甲公司认为该合同与己无关,予以拒绝。下列选项哪一个是正确的?(2004/3/3)④

- A. 甲公司不承担责任
- B. 甲公司应与丙公司分担损失
- C. 甲公司应负主要责任
- D. 甲公司应当承担签约后果

7. 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?(2004/3/11)⑤

- 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

8. 张某是某企业的销售人员,随身携带盖有该企业公章的空白合同书,便于对外签约。后张某因收取回扣被企业除名,但空白合同书未被该企业收回。张某以此合同书与他人签订购销协议,该购销协议的性质应如何认定?(2002/3/13)⑥

- A. 不成立
- B. 无效
- C. 可撤销
- D. 成立并生效

9. 某县政府为鼓励县属酒厂多创税利,县长与酒厂厂长签订合同约定:酒厂如果完成年度税收一百万元的指标,第二年厂长和全厂职工都可以加两级工资。该合同属于什么性质的行为?(2002/3/14)⑦

- A. 双方民事法律行为
- B. 无效民事行为

① D ② D ③ D ④ D ⑤ D ⑥ D ⑦ D

C. 附条件民事法律行为

D. 不属于民事法律行为

10. 送奶人误将王某订的牛奶放入其邻居张某家的奶箱中, 张不明所以, 取而弃之。张某行为的性质应如何认定? (2002/3/17)①

A. 构成不当得利

B. 构成侵权行为

C. 构成无权代理

D. 并无不当

3

无因管理与不当得利

考点一 无因管理



[经典考题]

下列行为中, 哪些构成无因管理? (2008/3/55)

A. 甲错把他人的牛当成自家的而饲养

B. 乙见邻居家中失火恐殃及自己家, 遂用自备的灭火器救火

C. 丙(15岁)租车将在体育课上昏倒的同学送往医院救治

D. 丁见门前马路下水道井盖被盗致路人跌伤, 遂自购一井盖铺上



[常见错误]

无因管理主要是通过案例考查对其区分、认定及无因管理当事人间的返还与赔偿义务。就无因管理的成立要件, 命题陷阱和常见错误主要有: (1) 管理他人的事务。管理事务既可以是事实行为, 也可以是民事法律行为。注意管理的目的是否达成, 不影响无因管理之成立, 如救助溺水之人, 无论受救者是否生还, 均可成立无因管理。注意事务须属于他人。误将他人之事务信以为是自己的事务而管理的, 不是无因管理, 应适用不当得利或侵权行为的相关规定, 如本题的 A 项所述。管理他人事务, 不包括违法事务、单纯的不作为、本人专属的事务、依法必须由本人授权才可办理的事务。(2) 有为他人管理的意思。管理人要有使管理事务所产生之利益归于他人的意思。管理人为他人利益管理事务, 并不必须明确知道利益的归属者, 如管理人误将甲的事务当作乙的事务而为管理的, 并不影响无因管理的成立。还需明确的是, 为自己之利益而管理他人之事务的, 如邻居家失火, 因怕连累自家房屋损失, 而进行救火。可以依普通无因管理之效力规定, 但本人的赔偿范围以受益范围为限。

另须注意, 本人的义务包括: (1) 偿还管理人为管理本人事务而支出的必要费用及利息; (2) 清偿管理人为管理事务而以自己的名义向第三人负担的必要债务; (3) 赔偿管理人因管理事务所受的损害。但是, 本人的义务并不以其因管理人管理事务所受的利益范围为限, 即使管理人管理事务的结果对本人无任何利益, 本人仍应负担上述义务。考生常对此理解错误, 故也为命题陷阱和常见错误所在之处。



[答案详解]

依据《民法通则》第 93 条的规定, 没有法定的或者约定的义务, 为避免他人利益受损失进行管理或者服务的, 有权要求受益人偿付由此而支付的必要费用。本题 A 项误以

① D

他人事务为自己事务,并不存在以管理他人事务为目的,不构成无因管理,不当选。本题C、D项符合无因管理的成立要件:管理他人事务、为他人利益的意思、无法律上的原因,应当选。C项中丙15岁并不影响无因管理的成立,无因管理是一种事实行为,其效力由法律直接规定,不以当事人的效果意思为必要。管理人实施管理行为时,无须具备民事行为能力,因此,管理人可以是限制行为能力人或无行为能力人。D项丁铺设井盖行为的受益人并非不特定的路人,而是负有道路维护义务的市政部门,不要混淆。通说认为,管理人在具有为他人管理的意思的同时,兼具为自己利益而管理他人事务,仍成立无因管理,B项也当选。

考点二 无因管理、不当得利的综合考查

【经典考题】

甲正在市场卖鱼,突闻其父病危,急忙离去,邻摊菜贩乙见状遂自作主张代为叫卖,以比甲原每斤10元高出5元的价格卖出鲜鱼200斤,并将多卖的1000元收入自己囊中,后乙因急赴喜宴将余下的100斤鱼以每斤3元卖出。下列哪些选项是正确的?(2007/3/53)

- A. 乙的行为构成无因管理
- B. 乙收取多卖1000元构成不当得利
- C. 乙低价销售100斤鱼构成不当管理,应承担赔偿责任
- D. 乙可以要求甲支付一定报酬

【常见错误】

对于无因管理,命题陷阱和常见错误在于如何认定管理人的行为构成了适当管理。管理人未尽适当管理义务的,构成不当管理,应当承担债务不履行的法律后果。本题中,考生如果不能正确理解适当管理的含义,很可能漏选选项C。本题陷阱考查之二是选项D中无因管理人只有必要费用的赔偿请求权,而没有报酬请求权这一问题。

同无因管理一样,不当得利也是法定之债产生的原因之一。二者的区别如下:无因管理是一种合法的事实行为,无因管理的管理人应将管理所得的利益归还于本人,管理人并不能取得利益。本人从管理人那里取得的利益,因该利益本为自己所有,不属于不当得利。如果管理人从管理中取得利益不归还于本人,而自己占有,则管理人的占有无合法根据,本人可基于不当得利的规定请求管理人归还,如本题B项。而不选B项的考生误认为乙的行为构成无因管理,则不可能还同时构成不当得利。

【答案详解】

不当得利之债的效力体现在受害人有权请求受益人返还不当得利,受益人负有返还不当得利的义务。考生应注意返还不当得利的范围依受益人为善意、恶意而有所不同:(1)受益人为善意,即在受益人取得利益时不知道没有合法根据,其返还利益的范围以利益存在的部分(现存利益)为限;如利益已不存在,则不负返还义务。(2)受益人为恶意,即在取得利益时明知没有合法根据,其返还利益的范围应是受益人取得利益时的数额,即使该利益在返还之时已经减少甚至不复存在,不免除返还义务。(3)受益人在取得利益时为善意,嗣后为恶意的,其返还范围应以恶意开始之时存在的利益为准。(4)如果善意受益人将所获利益无偿让与第三人,从而使得利益不存在而减免返还义务时,获得利益的第三人负返还义务。还应注意两点:(1)若原物已产生孳息的,应当将孳息一并返还;(2)受益人利用不当得利取得其他利益的,应将该其他利益分为两部分处理:

—— 收获苦难时,别忘了落在地上的甜果 ——