

2009

司法考试

飞跃版

熟练历年真题 成功飞跃司考

历年真题 考点分类精解

(2004-2008)

3

民法

民事诉讼法与仲裁制度

解密司考 应试点睛

揭示连续5年命题规律 提炼高频考点

以点带面 强化重点

以考点归纳整合5年真题 明确复习重点

串联考点 纵横对比

直击考点 侧重比较 真题变形 拓宽思路

指导技巧 提高效率

深化理解考查方式和命题技巧 旧题新解 把握新法

中国法制出版社

CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

· 3 ·

目 录

民 法

第一部分 应试点“睛”	(1)
一、历年考题分值分布	(1)
二、命题基本规律与高频考点提示	(1)
第二部分 客观试题归类精解	(4)
民法通则	(4)
一、民法基础理论	(4)
二、自然人	(6)
三、法人	(7)
四、民事法律行为与代理	(9)
五、债权	(12)
六、民事责任	(17)
七、人身权	(24)
八、诉讼时效	(26)
物权法	(28)
一、物权概述	(28)
二、所有权	(29)
三、共有	(31)
四、用益物权	(33)
五、担保物权	(35)
六、占有	(38)

合同法	(38)
一、合同法概述	(38)
二、合同的订立与效力	(39)
三、合同的履行、变更、保全、转让与终止	(43)
四、合同责任	(50)
五、买卖合同	(52)
六、供用电、水、气、热力合同	(55)
七、赠与合同	(56)
八、借款合同	(57)
九、租赁合同、融资租赁合同、承揽合同、建设工程合同、技术合同	(58)
十、运输合同、保管合同	(62)
十一、委托合同、行纪合同、居间合同	(63)
担保法	(66)
著作权法	(69)
商标法	(77)
专利法	(82)
婚姻法	(86)
继承法	(90)
收养法	(95)
第三部分 主观试题综合精解	(96)

民事诉讼法与仲裁制度

第一部分 应试点“睛”	(110)
一、历年考题分值分布	(110)
二、命题基本规律与高频考点提示	(110)
第二部分 客观试题归类精解	(112)
一、民事诉讼与民事诉讼法	(112)
二、民事诉讼法的基本原则与基本制度	(113)
三、主管与管辖	(114)
四、诉	(119)
五、当事人	(121)
六、诉讼代理人	(127)

七、民事诉讼与证明	(128)
八、期间与送达	(134)
九、法院调解	(135)
十、财产保全与先予执行	(136)
十一、对妨碍民事诉讼的强制措施	(138)
十二、普通程序	(139)
十三、简易程序	(145)
十四、第二审程序	(148)
十五、特别程序	(150)
十六、审判监督程序	(150)
十七、督促程序	(153)
十八、公示催告程序	(154)
十九、民事裁判	(155)
二十、执行程序	(156)
二十一、涉外民事诉讼程序	(162)
二十二、仲裁与仲裁法概述	(164)
二十三、仲裁协议	(164)
二十四、仲裁程序	(167)
二十五、申请撤销仲裁裁决	(170)
二十六、仲裁裁决的执行与不执行	(171)
第三部分 主观试题综合精解	(174)

民 法

第一部分

应试点“睛”

一、历年考题分值分布

分 值 型 年 份	单 选	多 选	不定项 选择	案例与 论述	合 计
2008 (统考)	24	36	12	23	95
2007	24	38	12	23	97
2006	22	34	6	13	75
2005	21	28	14	33	96
2004	24	26	16	52	118
2003	14	18	13	18	63
2002	20	25	9	28	82

二、命题基本规律与高频考点提示

这些年来，民法始终在国家司法考试中占据着极为重要的地位，从以上表格可以看出，前几年的司法考试中，民法所占的分值是所有部门法中最大的，年均 90 分左右，当之无愧的成为司考第一大户。在以后的司法考试中，这样的比例仍然有可能保持。在大的命题方向上，虽然民法的各个部门法在考试中均有生动的体现，但是总体上仍有一定的固定模式可循。2008 年司法考试仍表现了“重者恒重”的特点，合同法、民法总论、婚姻法、继承法等板块出题的重点依然是过去几年反复考查的内容，而物权法经过 07 年的过渡，已显露出其“中坚力量”的本色。合同法分则中，2008 年考查的主要是委托合同、技术合同、建设工程合同和赠与合同；合同法总则部分的格式条款、合同的成立、合同的效力等重

要内容均有涉及。民法总论部分,题目仍是围绕民事法律关系、意思表示、不当得利与无因管理、诉讼时效、特殊侵权等重点内容展开。婚姻法主要集中在夫妻共同财产,债务承担,离婚损害赔偿。继承法考查的是遗嘱继承。

《民法通则》从86年颁布87年实施至今,已经参加过十几届司法考试(含律师资格考试)。我们截取2000至2008年的样本看,《民法通则》和《民通意见》在司法考试中平均占到了30分左右的比重,考虑到司考中分值的调整,和侵权责任法仍未出台,我们预计,以后的考试中《民法通则》和《民通意见》的考查应当至少保持在30分左右。在具体的命题方式上,该部分的命题主要以选择题为主,案例题为辅,以论述题为新的考查方式。我们尤其要注意的是,近三年的司法考试中,理论分析的内容比重加大,论述题进入了司法考试考查的范围,这就要求我们不仅要对法条熟练掌握,同时必须在学习的过程中构建起自己的民法体系思维,领会民法的精神,加大对民法基础理论的复习力度。该部分的理论问题主要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、意思表示等方面。理论性增强的特点使本来比较艰难的复习更加晦涩,但广大考生从中可以收获巨大,对于民法理论的深刻理解,不仅可以在司考中顺利拿分,对于融会贯通的学习其他民事单行法和特别法也是不可或缺的。总而言之,鉴于《民法通则》与《民通意见》的重要性,对法条和理论的复习必须双管齐下,一方都不能松懈。

《物权法》是民法体系中的重要法律制度,2007年以前我国没有就物权制度单独立法,而是散见于《民法通则》、《担保法》等法律规定中。历经数次审议的《物权法》终于在2007年3月通过、10月1日实施,在当年的司法考试中有所反映,但分值不过12分左右。而08年考试中,《物权法》涉及分值飚升至24分。我们相信,在以后的考试中,《物权法》肯定会成为恒重之法。从《物权法》本身和以前对物权制度的考查来看,主要应注意以下几点:一是在过去,为动产善意取得。而现在,动产与不动产都能善意取得。二是抵押作为最重要的担保方式,分数肯定不会少,登记的效力必是考试重点。三是业主的建筑物区分所有权。四是占有制度。

《合同法》自99年实施以来,在司法考试中的考查分数一直遥遥领先于其他的民事单行法,最近两年,司法考试对《合同法》的考查约在20分以上。《合同法》是调整我国市场经济有效运行的最重要法律之一,也是我国民法领域最重要和完善的法律之一,综合司法考试改革与发展的趋势以及合同法的重要性,我们认为,合同法在司法考试中占据重要地位是理所当然的,每年对它的考查应当在30分左右。合同法在各个命题题型上均可能出现,尤其是在案例分析题中合同法成为民法体系中最重要出题点。另外,《合同法》的条文可考性也非常强。典型的如合同法的基本原则、要约与承诺、合同的效力、合同法的三类抗辩、债权人的代位权和撤销权、合同权利义务的转让和权利义务的概括承受、合同权利义务的终止、违约责任、标的物的交付和风险责任的负担,标的物孳息的归属、特种买卖、赠与合同、租赁合同、借款合同、融资租赁合同当事人的权利义务、承揽合同当事人的权利义务、建设工程的转包分包与优先权、承运人的赔偿责任、委托合同、技术合同以及成果归属、保管合同、委托合同、行纪合同与居间合同中的权利义务关系等等均可作为考点出题。考生对于这些内容必需熟练记忆法条规定,并注意训练自己的分析能力。

《担保法》与《民法通则》和合同法比较而言,在司考中的分值比重较轻许多,从近几年的命题来看,年均考查为6分左右。但是,《担保法》的重要程度和难易程度完全不能仅用这6分表示,因为在每年民法的案例分析题当中,往往也可以找到《担保法》的内容,实际《担保法》的内容会占到10分左右。设立担保的目的是为了保证债权的实现,担保是债得以实现的最有力的一道屏障,因此,也必须将担保制度放入更广大的债的范畴才能充分体现出其活力。这也是《担保法》没有单独出案例题,而在《合同法》、《民法通则》的案例中往往含有担保法的内容的原因。《担保法》相对于《合同法》而言,其难度要更大一些,其重点法条的理论性很强,有着较大的难度,考生必须对此深刻理解。《物权法》

实施后,《担保法》中与担保物权相关的内容一定要结合《物权法》学习记忆。

《著作权法》近三年年均考查6分左右,对该部分的考查主要是单项选择和多项选择题。考题一般直接针对法条,考生熟练掌握法条即可。这部分的重点有:(1)总则;(2)著作权人及其权利;(3)著作权的归属;(4)著作权的保护期;(5)著作权的限制;(6)出版、表演、录音录像、播放者权;(7)著作侵权的法律责任等。

《商标法》自从列入考试范围之后,已经经过了两次比较大的修改,但是分值没有很大波动,一般在3分左右。题型一般为单项选择题和多项选择题,考查内容多直接针对法条。该部分的重点内容有:(1)总则;(2)商标注册的申请;(3)注册商标的异议和撤销;(4)注册商标的续展和转让;(5)侵犯注册商标专用权等。

《专利法》在近几年的考试中年均占到了4分左右,2005年甚至高达19分,令人出乎意料,因为一整道案例题涉及。我们认为,4分左右应当是该部分的正常考查分数。该部分的考查题型一般为单项选择题和多项选择题,考查内容多直接针对法条。该部分的重点有:(1)总则;(2)授予专利权的条件;(3)专利申请;(4)专利权的期限、终止与无效;(5)专利实施的强制许可;(6)侵犯专利权的责任等。注意,《专利法》于2008年12月27日最新修订,修订的条款很重要。

《婚姻法》在司法考试中的地位要比民法部门其他的单行法卑微不少,年均仅3分左右,题型为单项选择题和多项选择题,考查内容多直接针对法条。该部分的重点有:(1)结婚的条件;(2)无效婚姻和可撤销婚姻;(3)夫妻财产的归属和债务承担;(4)可予离婚的法定情形;(5)离婚过错方的赔偿责任制度。

《继承法》与《婚姻法》的地位相仿,所占分值一般也在3分左右,从题型上来看,虽然继承法的试题在四个题型中都可能出现,但是就其本身设计一道案例题的可能性很小,主要是和其他方面法律的结合考查。在具体考查的内容上仍然是针对法条的考查,但是最近其在综合性、复杂性方面已经有一定的加强。该部分的重点有:(1)法定继承人的范围和顺序;(2)代位继承;(3)遗嘱的方式;(4)遗产的继承;(5)转继承;(6)遗赠和遗赠扶养协议等。

第二部分

客观试题归类精解

民法通则

一、民法基础理论

备考提示

考查要点 民法的调整对象 平等原则 自愿原则 民事法律关系的要素 民事权利 民事权利的救济

重点法条

考点	法条
民法的调整对象	《民法通则》第2条
平等原则	《民法通则》第3条
自愿原则	《民法通则》第4条

【考点1】民事法律关系

1. 下列哪种情形成立民事法律关系? ()

[06/3/1, 单选]

- 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

【考点】 民事法律关系

【详解】《民法通则》第2条规定, 中华人民共和国民法调整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。民法调整的平等主体之间的财产关系和人身关系可总称为民事关系, 民事关系是一种社会生活关系, 但并非所有的社会生活关系都是民法调整的对象, 只有民法所规定的才受民法所调整, 其他的社会

生活关系受道德、习惯等的调整。本题中, C项中由于甲的劝酒而导致乙酒精中毒住院治疗产生的侵权损害赔偿关系受民法所调整, 故C项正确。A项虽然与合同相关, 但尚未进入缔约阶段; B、D项属于爱情、友情等领域, 都不受民法所调整。

【答案】 C

2. 关于民事法律关系, 下列哪一选项是正确的? () [08/3/1, 单选]

- 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

【考点】 民事法律关系的概念和特征、要素; 民事权利

【详解】 民事法律关系是基于民事法律事实, 由民法规范调整而形成的民事权利义务关系。选项B中, 根据我国《民法通则》规定, 民事法律关系的主体包括自然人、法人和其他组织, 因此该选项错误。民事法律关系的客体是指民事法律关系中的权利和义务共同指向的对象, 包括物、行为、知识产权和人身利益, 其中行为包括作为和不作为, 因此C选项正确。D选项中, 民事法律关系是平等主体之间的关系, 一般是自愿设立的。只要当事人依其意思实施的行为不违反法律规定, 所设立的法律关系就受法律保护。因此, 选项D不正确。

【答案】 C

【考点2】民事权利

1. 下列关于民事权利中的形成权的表述, 哪

些是正确的?() [05/3/58, 多选]

- 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

【考点】形成权的相关法律问题

【详解】形成权是指当事人一方可以以自己的行为,使法律关系发生变化的权利。形成权能通过明示的方式或默示的方式行使。对于效力待定的合同中相对人的催告权不是形成权,因为形成权是可以以自己的行为使法律关系发生变化,而催告权只是催告法定代理人或被代理人对合同效力予以追认,所以,只是催告行为不能发生法律关系的变化,所以,催告权不是形成权。债权人的撤销权是指当债务人放弃对第三人的债权、实施无偿或低价处分财产的行为而有害于债权人的债权时,债权人依法请求法院撤销债务人该行为的一种权利。因此并非债权人只要行使撤销权就可以使得债务人处分财产的行为被撤销,还须法院审判。债权人形成权不受诉讼时效制度的限制,因为诉讼时效是适用于请求权的制度,不适用于形成权。由此可知,本题的答案为BD。

【答案】BD

2. 下列关于民事权利的表述哪一个是错误的?() [04/3/1, 单选]

- 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

【考点】民事权利的性质与特征

【详解】根据权利的作用,民事权利可以分为支配权、请求权、形成权和抗辩权。形成权是指当事人一方可以以自己的行为使法律关系发生变动的权利,如追认权、撤销权、抵销权等。因此,可以认为抵销权是一种形成权。支配权是指可以对标的物直接支配并排斥他人干涉的权利,如物权。知识产权作为一种民事权利,是人们对“知识”直接支配并排斥他人干涉的权利,是一种支配权。

债是特定当事人间得请求为特定行为的法律

关系。债的一个重要特征是具有平等性和相容性。

在同一标的物上不仅可以成立内容相同的数个债,而且债的关系相互间是平等的,不存在优先性和排他性。因此债权人基于债产生的债权请求权也不具有排他性。

民事义务与民事权利通常相互对应。没有无权利的义务也没有无义务的权利。对于支配权而言,支配权人得权利是对标的物直接支配,而义务人的义务是对权利人的支配行为不加妨害。另外,对于支配权人自身来讲也存在相应义务。尽管其可以排斥他人对其行使支配权进行干涉,但支配权人也必须对义务人负有一定的容忍义务。比如物权人基于相邻关系必须对他人轻微的妨害物权的行为予以容忍。

【答案】D

3. 关于民事权利,下列哪些选项是正确的?() [08/3/51, 多选]

- 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

【考点】民事权利的概念

【详解】民事权利可分为绝对权和相对权,绝对权具有排他性,相对权不具有排他性。A选项中,乙对甲享有的权利为债权,债权为相对权,不具有排他性,因此A选项正确。以民事权利的作用为标准,可以将民事权利划分为支配权、请求权、抗辩权和形成权。支配权人可以支配权利客体,B选项中,根据《物权法》第157条、158条规定,丁对丙享有的权利为地役权,地役权属于物权的一种,而物权为支配权,因此B选项正确。抗辩权为对抗对方请求权的权利,因此C选项中保证人享有对抗债权人请求履行的权利为抗辩权,C选项正确。形成权是指权利人依单方意思表示使民事法律关系发生、变更、消灭的

权利,法律上规定的形成权的存续期间为除斥期间,不受诉讼时效的限制,D选项中债权人享有的撤销权为形成权,故D选项正确。

【答案】ABCD

◆ 真题变形

关于民事权利,下列哪一选项是正确的?
()

- A. 抵销权属抗辩权
- B. 权利的行使不都是事实行为
- C. 支配权的客体只能是物
- D. 请求权基于基础权利受侵害而发生

【答案】B

二、自然人

备考提示

考查要点 自然人民事权利能力的开始与终止

自然人民事权利的类型 宣告失踪和宣告死亡的效力与撤销

重点法条

考点	法条
自然人民事权利能力的开始与终止	《民法通则》第9条 《民通意见》第1条
自然人民事权利的类型	《民法通则》第11、12、13条 《民通意见》第2、3、4、6条
宣告失踪和宣告死亡的效力和撤销	《民法通则》第21、22、24条 《民通意见》第25、29、36至40条

【考点3】 监护

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?() [02/3/33, 多选]

- 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

【考点】监护权的行使

【详解】《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。”甲乙婚生男孩丙为未成年人,甲乙均是丙的监护人,此监护关系并不因为婚姻关系的解除而解除,选项A是正确的。《合同法》第2条第2款规定:“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。”可见,甲乙之间的协议有关身份关系,不受合同法调整,选项B是错误的。《婚姻法》第36条第3款规定:“离婚后,哺乳期内的子女,以随哺乳的母亲抚养为原则。哺乳期后的子女,如双方因抚养问题发生争执不能达成协议时,由人民法院根据子女的权益和双方的具体情况判决。”男孩丙显然是在哺乳期后,其父母甲乙因对丙的抚养问题发生争执不能达成协议时,应通过诉讼程序由法院来解决,选项C是正确的。而且,从该法条中可看出,法律允许双方就抚养问题通过协商达成协议,因此,甲、乙之间的协议是不违反法律的,选项D是错误的。

【答案】AC

【考点4】 个人合伙

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?() [04/3/2, 单选]

- 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

【考点】合伙人退伙时的债务清偿

【详解】对于合伙关系,在合伙人退伙后,对于退伙前的合伙的债务仍应承担无限连带责任。

【答案】B

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?() [04/3/30, 单选]

- 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

【考点】合伙人的资格

【详解】1997年《合伙企业法》第39条规定,合伙企业对其债务,应先以其全部财产进行清偿。合伙企业财产不足清偿到期债务的,各合伙人应当承担无限连带清偿责任。

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。

所谓合伙的入伙是指合伙成立之后,第三人加入合伙并取得合伙人的资格的制度。第三人入伙必须经过全体合伙人一致同意,并签订入伙合同,新的合伙人和其他合伙人享有一致的权利和义务,并对合伙的债务承担连带责任。本案中,甲之弟丁申请加入合伙虽然经过甲和乙的同意,但另外一个合伙人丙明确表示反对,因此,丁并未取得合伙人的资格,对合伙因交通事故遭受的损失也不必承担连带责任。选项C正确。

注意,2006年8月27日修订的《合伙企业法》第39条规定:“合伙企业不能清偿到期债务的,合伙人承担无限连带责任。”第43条规定:“新合伙人入伙,除合伙协议另有约定外,应当经全体合伙人一致同意,并依法订立书面入伙协议。订立入伙协议时,原合伙人应当向新合伙人如实告知原合伙企业的经营状况和财务状况。”新的规定与原规定除在表达上有所区别之外并没有实质上的差异。本题的详解部分可比照新的法条来理解。另,以前的考题常混淆个人合伙与合伙企业,本解析是参照《合伙企业法》解答的。

【答案】C

【考点5】宣告死亡

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?() [06/3/2, 单选]

- 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

【考点】死亡宣告撤销后的财产返还

【详解】《民法通则》第25条规定,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。因此本题中,丁从甲处继承的财产应当返还,丁、戊从丙处继承的而丙从甲处继承的财产返还给甲。另外,对于丁代位继承从乙处取得的财产,由于代位继承实际上是继承了甲应当继承的份额,所以在甲被撤销死亡宣告后理应返还给甲,故A、B、C项错误, D项正确。所以本题选D。

【答案】D

三、法人

备考提示

考查要点 法人的分类 法人的民事权利能力和民事行为能力 法人的责任能力 法人的合并与分立

重点法条

考点	法条
法人的民事权利能力和民事行为能力	《民法通则》第36、50条 《合同法解释(一)》第10条
法人的责任能力	《民法通则》第43条 《民通意见》第58条
法人的合并与分立	《民法通则》第44条

1. 关于事业单位法人,下列哪些选项是错误的?() [07/3/52, 多选]

- 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

【考点】事业单位法人的经费、法人资格的取得时间和享有的民事权利

【详解】现实中, 很多事业单位已经不再享有国家的财政拨款, A 项错误。《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。” 可见并非所有具备法人条件的事业单位均可从成立之日起取得法人资格, B 项错误。《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, 国有事业单位对其直接占有的动产不能享有所有权, 只有国家才享有所有权, C 项错误。《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。” 因此 D 项错误。选 ABCD。

【答案】ABCD

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? () [06/3/3, 单选]

- 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

【考点】企业法人的民事责任

【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。因此, 只要企业法人的法定代表人以法人名义从事经营活动, 即使超越法人章程的规定, 只要第三人为善意, 也应认定企业法人对其法定代表人的越权行为承担责任。所以选 C。对于 A 项, 如果法定代表人在企业法人的授权下从事违法经营活动, 企业法人应承担民事责任, 故此项错误。

【答案】C

3. 下列关于法人机关的表述哪些是正确的? () [05/3/51, 多选]

- 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

【考点】法人的组织机构

【详解】法人本身享有民事权利能力和民事行为能力, 可以成为民法上的主体。而法人的机关仅仅是对内管理法人事务, 对外代表法人从事民事活动的个人或集体, 法人的机关不是民法上的独立主体, 没有独立的人格。财团法人是财产的集合体, 其成立的基础在于财产。财团法人并不设意思机关。法人的分支机构是法人的组成部分, 是法人在某一区域设置的完成法人部分职能的业务活动机构。法人的分支机构不是法人机关。法人机关包括权力机关、执行机关和监督机关三部分构成。监督机关不是法人的必设机关。比如我国的国有企业就有很多没有监督机关。由此可知, 本题的答案为 ABD。

【答案】ABD

4. 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? () [08/3/2, 单选]

- 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

【考点】法人与法人分支机构

【详解】根据《民法通则》有关法人的规定，法人应对其债务独立承担责任。《公司法》第3条规定，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。第14条规定，公司可以设立子公司，子公司具有法人资格，依法独立承担民事责任。本题中，德胜公司为凯旋公司全资设立的子公司，德胜公司的债务由其以其全部财产清偿，凯旋公司不承担责任。因此，选项CD错误。根据《公司法》第192条、196条规定，德胜公司为外国公司，其在中国发生的债务应以其全部财产承担，因此选项A错误，选项B为正确答案。

【答案】B

◆ 真题变形

关于自然人和法人的权利能力，下列哪一选项是正确的？（ ）

- A. 自然人和法人都享有人格权
- B. 自然人和法人人格权受侵害时都可向法院请求精神损害赔偿
- C. 自然人与法人民事权利能力的范围相同
- D. 各类法人的民事权利能力的范围相同

【答案】A

四、民事法律行为与代理

备考提示

考查要点 民事法律行为的分类 意思表示的类型 意思表示的瑕疵 民事法律行为成立的共通要件 民事法律行为的特别要件 民事法律行为所附条件的特征与类型 期限与条件的区别 无效民事行为的类型与效果 民事法律行为的部分无效 可撤销民事行为的类型与效果 效力未定的民事行为的类型与效果 复代理的要件与效力 滥用代理权之禁止 狭义无权代理的类型与效果 表见代理的要件与效果

重点法条

考点	法条
民事法律行为成立的共通要件	《民法通则》第55、56条 《民通意见》第66条

无效民事行为的类型与效果	《民法通则》第58、61条 《民通意见》第67至71条
民事行为的部分无效	《民法通则》第60条
可撤销民事行为的类型与效果	《民法通则》第59条 《民通意见》第73条
复代理的要件与效力	《民法通则》第68条 《民通意见》第80、81条
狭义无权代理的类型与效果	《民法通则》第66条
表见代理的要件与效果	《合同法》第49条

【考点6】民事行为与民事法律行为

1. 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100万元的指标，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？（ ）[02/3/14，单选]

- A. 双方民事法律行为
- B. 无效民事行为
- C. 附条件民事法律行为
- D. 不属于民事法律行为

【考点】法律行为的性质

【详解】解答此题，首先应该明确合同法的调整范围。《合同法》第2条规定：“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。”本题中，县长代表县政府与酒厂签订合同，约定完成税收指标，来年全厂职工加工资，可见他们双方主体地位并不平等，而且他们之间所签订的合同也不是调整民事权利义务关系的。因此，该合同不属于民事法律行为，而是行政行为，不受合同法调整，选项D为正确答案。

【答案】D

2. 装修公司甲在完成一项工程后，将剩余的木地板、厨卫用具等卖给了物业管理公司乙。但甲营业执照上的核准经营范围并无销售木地板、厨卫用具等业务。甲乙的买卖行为法律效力如何？（ ）[02/3/15，单选]

- A. 属于有效法律行为

- B. 属于无效民事行为
- C. 属于可撤销民事行为
- D. 属于效力待定民事行为

【考点】合同当事人超越经营范围的民事行为的效力

【详解】《合同法解释（一）》第10条规定：“当事人超越经营范围订立合同，人民法院不因此认定合同无效。但违反国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营规定的除外。”本题中，装修公司甲超越经营范围将剩余的木地板、厨卫用具等卖给了物业管理公司乙，并未违反国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营的规定，因此应认定为有效法律行为。选项A为正确答案。

【答案】A

【考点7】意思表示

1. 下列哪些情形构成意思表示？（ ）
[07/3/51，多选]

- 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

【考点】意思表示的构成

【详解】所谓意思表示是指民事主体将自己意欲实现某种私法效果的内心意思以一定方式表现于外的行为。意思表示所表现的，必须是私法上的效果意思，即产生、变更、消灭一定民事法律关系的意思。以此类推，B、C、D三项均符合意思表示的特征，而A项并未表达私法上的效果意思，而是日常生活中的情谊行为，故不属于意思表示。选BCD。

【答案】BCD

2. 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？（ ）[05/3/1，单

选]

- 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

【考点】意思表示的认定

【详解】意思表示，是表意人将其期望发生某种法律效果的内心意思以一定的方式表现于外部的行为。根据《合同法》第14条规定：“要约是希望和他人订立合同的意思表示，该意思表示应当符合下列规定：（一）内容具体确定；（二）表明经受要约人承诺，要约人即受该意思表示约束。”甲想要卖书，有想和他人订立合同的意思表示，因此甲的行为构成一种要约。《合同法》第21条规定：“承诺是受要约人同意要约的意思表示。”乙并没有买书的内心意思，所以乙的行为不构成承诺。由此可知，选项A、C不正确。重大误解是基于认识上的缺陷而作出了订立合同的意思表示。乙并没有和甲订立买卖合同的意思，所以也不能认为乙的行为构成重大误解。既然合同根本尚未成立，自然也不涉及到可以予以撤销的问题。所以，选项B也不正确。乙没有和甲订立合同的意思，乙的行为不构成意思表示。由此可知，本题答案为D。

【答案】D

【考点8】无权处分行为

2000年1月甲以分期付款的方式向乙公司购买潜水设备一套，价值10万元。约定首付2万，余款分三期付清，分别为2万、3万、3万，全部付清前乙公司保留所有权。甲收货后付了首付和第一期款，第二期款迟迟未付。2000年8月甲以2万元将该设备卖给职业潜水员丙。下列哪些选项是正确的？（ ）[07/3/56，多选]

- A. 乙可以解除合同，要求甲承担违约责任
- B. 乙解除合同后可以要求甲支付设备的使用费

C. 乙可以请求丙返还原物,但须支付丙2万元购买费用

D. 丙返还潜水设备后可以要求甲承担违约责任

【考点】所有权保留买卖下的无权处分

【详解】本题中,甲长期拖欠价款(已超过分期付款全部价款总额的五分之一),且对自己占有的标的物实施无权处分,已经构成了根本违约,乙公司依《合同法》第94条第(三)、(四)项和第167条第1款有权解除合同,请求甲承担违约责任,A项正确。《合同法》第167条第2款规定:“出卖人解除合同的,可以向买受人要求支付该标的物的使用费。”因此B项正确。参照《物权法》第107条规定:“所有权人或者其他权利人有权追回遗失物。该遗失物通过转让被他人占有的,权利人有权向无处分权人请求损害赔偿,或者自知道或者应当知道受让人之日起二年内向受让人请求返还原物,但受让人通过拍卖或者向具有经营资格的经营者购得该遗失物的,权利人请求返还原物时应当支付受让人所付的费用。权利人向受让人支付所付费用后,有权向无处分权人追偿。”本题中丙并非通过拍卖取得标的物,甲也不具有同类产品的经营资格,故不符合《物权法》第107条的适用要件,C项错误。《物权法》第106条第2款规定:“受让人依照前款规定取得不动产或者动产的所有权的,原所有权人有权向无处分权人请求赔偿损失。”可见对标的物处分的无效不等于甲丙买卖合同的无效,丙返还潜水设备后仍可以要求甲承担违约责任,D项正确。故选ABD。

【答案】ABD

【考点9】 代理

1. 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?()
[05/3/53, 多选]

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

【考点】代理制度中的无权代理和表见代理

【详解】无权代理是指没有代理权或者超越代理权而为的一种代理行为。《合同法》第48条第1款规定:“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立的合同,未经被代理人追认,对被代理人不发生效力,由行为人承担责任。”也就是说,作为被代理人甲,是具有追认权的,其一经追认乙的无权代理行为,其就可以发生和有权代理一样的法律后果。但是,如果其不对代理予以追认的话,将由行为人承担相应责任。第2款规定:“相对人可以催告被代理人在一个月内予以追认。被代理人未作表示的,视为拒绝追认。合同被追认之前,善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。”也就是说,对于相对人的丙来说,其既可以行使催告权,要求被代理人予以追认,其也可以在被代理人追认无权代理行为以前行使撤销权,使这个无权代理的效力待定合同不发生效力。《合同法》第49条规定:“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同,相对人有理由相信行为人有代理权,该代理行为有效。”这条是关于表见代理的规定,表见代理要求相对人有理由相信行为人有代理权,该代理行为发生和有权代理同样的法律后果。本题中,丙未问乙的代理权限,便与之订立了买卖合同。说明,丙没有尽到谨慎的义务,并不是在有理由相信行为人有代理权的情况下,就与其订立了合同,因此,不构成表见代理。

【答案】ABC

2. 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?() [04/3/3, 单选]

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

【考点】表见代理

【详解】本案中构成表见代理。乙具有被甲公司授予代理权之外表或假象，丙公司有正当理由信赖乙是甲公司的业务员并享有与其订立合同的代理权。丙公司基于此种信赖而与乙订立的合同应当成立，并发生与有权代理同样的法律效果：由甲公司承担签约后果。至于甲公司因此受到的损失可以向乙追偿。当然丙公司也可以不主张表见代理，要求甲公司履行合同而追究无权代理人乙的责任，直接要求乙对其赔偿损失。

【答案】D

五、债权

备考提示

考查要点 债的发生原因 债权人的代位权 债权人的撤销权 保证的成立与效力规则 定金的成立与效力规则 债权让与的要件与效力 债务承担的要件与效力

重点法条

考点	法条
债的发生原因	《民法通则》第84、92、93、106条 《民通意见》第131、132条 《合同法》第42条
债权人的代位权	《合同法》第73条 《合同法解释（一）》第11至22条
债权人的撤销权	《合同法》第74条 《合同法解释（一）》第24、25、26条
保证的成立与效力规则	《担保法》第7、8、9、10、12、16、17、18、19、22、24、25、28、31条 《担保法解释》第14、16、17、18、19、22、25、30、31、34、36、38、39条
定金的成立与效力规则	《担保法》第89、90、91条 《担保法解释》第115、118、119、120、121条
债权让与的要件与效力	《合同法》第79、80、81、82条 《合同法解释（一）》第27条
债务承担的要件与效力	《合同法》第84、85、86条 《合同法解释（一）》第28条

【考点10】 债的分类

某演出公司与“黑胡子”四人演唱组合订立演出合同，约定由该组合在某晚会上演唱自创歌曲2—3首，每首酬金2万元。由此成立的债的关系属何种类型？（ ）[05/3/8，单选]

A. 特定之债

B. 单一之债

C. 选择之债

D. 法定之债

【考点】关于债的分类

【详解】特定之债指债务人应给付特定的标的物或者给付特定的劳务、权利的债。本题中，“黑胡子”四人演唱组合所负的债务是要演唱自创歌曲，但并没有说明唱哪一首，合同标的并未特定化，所以不是一种特定之债。选项A是错误的。单一之债，是指债权主体一方和债务主体一方都仅为一人的债。本题中，“黑胡子”四人演唱组合作为合同的主体一方表面是四个人，但对外其实是实质上的单一主体，所以是单一之债。所以，选项B正确。选择之债，即按照法律规定或当事人约定，债的履行行为或标的的可供一方选择的债。本题中，债的履行行为或标的并不能选择，所以不是选择之债。法定之债是基于法律规定而产生的债。很显然，本题涉及的债是一种合同之债，是基于约定而产生的债。所以，不是法定之债。所以，选项D不正确。由此可知，本题的答案是B。

【答案】B

【考点11】 债的保全与担保

甲向乙借款5万元，乙要求甲提供担保，甲分别找到友人丙、丁、戊、己，他们各自作出以下表示，其中哪些构成保证？（ ）[08/3/53，多选]

A. 丙在甲向乙出具的借据上签署“保证人丙”

B. 丁向乙出具字据称“如甲到期不向乙还款，本人愿代还3万元”

C. 戊向乙出具字据称“如甲到期不向乙还

款,由本人负责”

- D. 已向乙出具字据称“如甲到期不向乙还款,由本人以某处私房抵债”

【考点】保证的设立

【详解】《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第22条第2款规定:“主合同中虽然没有保证条款,但是,保证人在主合同上以保证人的身份签字或者盖章的,保证合同成立。”据此,A选项构成保证。《担保法》第6条规定:“本法所称保证,是指保证人和债权人约定,当债务人不履行债务时,保证人按照约定履行债务或者承担责任的行為。”B和C选项中,丁和戊均向债权人乙出具字据表示,若甲不向乙还款,愿意代为偿还或负责,该行为符合设立保证的目的和形式,均应构成保证。《担保法》第21条规定,保证人应以其全部财产对债务人的全部债务承担责任。因此D选项中已表示仅以某处私房抵债不符合保证责任的要求,D选项不构成保证。

【答案】ABC

【考点12】不当得利

1. 张某发现自己的工资卡上多出2万元,便将其中1万元借给郭某,约定利息500元;另外1万元投入股市。张某单位查账发现此事,原因在于财务人员工作失误,遂要求张某返还。经查,张某借给郭某的1万元到期未还,投入股市的1万元已获利2000元。下列哪一选项是正确的?() [07/3/7, 单选]

- A. 张某应返还给单位2万元
- B. 张某应返还给单位2.2万元
- C. 张某应返还给单位2.25万元
- D. 张某应返还给单位2万元及其孳息

【考点】不当得利的返还范围

【详解】张某因单位人员工作失误而受领2万元款项,属于无合法依据的不当得利,应予返还。《民通意见》第131条就不当得利的返还范围作了规定:“返还的不当利益,应当包括原物和原物所生的孳息。利用不当得利所取得的其他利益,扣除劳务管理费用后,应当予以收缴。”可见,不当得利的孳息部分应当返还受损人,孳息以外的其

他收益应当收缴而非返还。所谓孳息,是指依某物(原物)的通常利用方式从该物中产生的收益,其又分天然孳息(基于物的自然属性而产生)和法定孳息(基于与原物有关的法律关系而产生)。本题中,张某将1万元出借而约定的500元利息债权,属于该1万元的法定孳息,而将1万元投入股市的收益则不属于孳息。因此,张某应返还最初获得的2万元不当得利本金加500元债权的孳息。D项正确。

【答案】D

2. 在下列何种情形中,乙构成不当得利?() [05/3/10, 单选]

- A. 甲欠乙500元,丙在甲不知情的情况下自愿代为偿还
- B. 甲大学新建校区,当地居民乙的房屋大幅升值
- C. 甲以拾得的100元还了欠乙的债务
- D. 甲雇人耕田,雇工误耕了乙的数亩待耕之田

【考点】不当得利的定义

【详解】根据《民法通则》第92条规定:“没有合法根据,取得不当利益,造成他人损失的,应当将取得的不当利益返还受损失的人。”甲的雇工误耕了乙的田地,使得乙取得了不当利益,而使得甲的雇工受到损失。构成了不当得利。因此,本题的答案为D。

【答案】D

3. 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?() [04/3/11, 单选]

- 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

【考点】不当得利、无因管理和合同的区分

【详解】不当得利是指没有合法根据,使他人受到损失而自己获得了利益。受益人负有返还不当得利的债务。不当得利的构成条件有:1. 一