

司法考试 历年试题及考点归类精解

2004年版

民法

● 法律考试出版中心 / 组编 ● 张能宝 / 主编

研习历年试题是司法考试复习备考必不可少的重要环节和最佳捷径，本书在全面完整地收录1998—2003年司法考试（律师资格考试）历年试题的基础上，根据复习规律与应试需求，进一步加以归纳总结。全书按考试学科分为8册，各册以知识点为编排顺序，根据考试题型对试题答案逐一详细解析，提示考点所在，阐明答题理由，同时对各学科连续5年的分值分布、已考考点及已考法条列表统计，精辟分析复习技巧。可以帮助考生明确复习重点，了解命题规律，系统把握知识体系，突破疑点、难点、易错点，全方位提高复习效率和应试技巧，是2004年司法考试备考必备用书。



法律出版社

司法考试历年试题及考点归类精解

2004 年版

民 法

法律考试出版中心 组编

主 编	张能宝		
副主编	杨艳霞	张 玲	
撰稿人	李慧琦	李 磊	张 英
	张 玲	张能宝	杨艳霞
	董 洁	杨平娟	万有志

法律出版社

目 录

综 合

1998—2003 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 1998—2003 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)
第二部分 客观试题归类精解	(4)
一、民法基础理论	(4)
(一)多项选择题	(4)
(二)已考考点及已考法条归纳	(5)
二、公民	(5)
(一)单项选择题	(5)
(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	(15)
三、法人	(15)
(一)单项选择题	(15)
(二)多项选择题	(16)
(三)已考考点及已考法条归纳	(17)
四、民事法律行为与代理	(17)
(一)单项选择题	(17)
(二)多项选择题	(18)
(三)已考考点及已考法条归纳	(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)

六、物权	(22)
(一)单项选择题	(22)
(二)多项选择题	(25)
(三)不定项选择题	(26)
(四)已考考点及已考法条归纳	(27)
七、债权	(28)
(一)单项选择题	(28)
(二)多项选择题	(29)
(三)不定项选择题	(31)
(四)已考考点及已考法条归纳	(31)
八、民事责任	(32)
(一)单项选择题	(32)
(二)多项选择题	(36)
(三)不定项选择题	(37)
(四)已考考点及已考法条归纳	(39)
九、诉讼时效	(40)
(一)单项选择题	(40)
(二)已考考点及已考法条归纳	(40)
十、其他(相邻关系、涉外民事法律关系的适用)	(40)
多项选择题	(40)
第三部分 案例分析题集中精解	(41)
一、试题解析	(41)
二、已考考点及已考法条归纳	(44)

合 同 法

第一部分 1998—2003 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	(45)
一、司法考试(律师资格考试)分值分布	(45)
二、命题基本规律与复习技巧	(45)
第二部分 客观试题归类精解	(46)
一、合同法基础理论	(46)
(一)单项选择题	(46)
(二)多项选择题	(46)
(三)已考考点及已考法条归纳	(47)
二、合同的订立与效力	(47)
(一)单项选择题	(47)
(二)多项选择题	(52)
(三)已考考点及已考法条归纳	(56)
三、合同的履行、变更和转让	(56)

(一)单项选择题	(56)
(二)多项选择题	(58)
(三)不定项选择题	(60)
(四)已考考点及已考法条归纳	(62)
四、合同的权利义务终止	(62)
(一)单项选择题	(62)
(二)已考考点及已考法条归纳	(63)
五、违约责任	(63)
(一)单项选择题	(63)
(二)多项选择题	(64)
(三)已考考点及已考法条归纳	(65)
六、其他规定	(65)
(一)单项选择题	(65)
(二)已考考点及已考法条归纳	(65)
七、买卖合同、赠与合同、借款合同	(65)
(一)单项选择题	(65)
(二)多项选择题	(66)
(三)不定项选择题	(71)
(四)已考考点及已考法条归纳	(73)
八、租赁合同、承揽合同、技术合同	(74)
(一)单项选择题	(74)
(二)多项选择题	(75)
(三)不定项选择题	(76)
(四)已考考点及已考法条归纳	(79)
九、运输合同、保管合同、仓储合同	(79)
(一)多项选择题	(79)
(二)不定项选择题	(81)
(三)已考考点及已考法条归纳	(82)
十、委托合同、行纪合同、居间合同	(82)
(一)单项选择题	(82)
(二)多项选择题	(83)
(三)不定项选择题	(84)
(四)已考考点及已考法条归纳	(85)
第三部分 案例分析题集中精解	(86)
一、试题解析	(86)
二、已考考点及已考法条归纳	(97)

担 保 法

第一部分 1998—2003 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	(99)
一、司法考试(律师资格考试)分值分布	(99)
二、命题基本规律与复习技巧	(99)
第二部分 客观试题归类精解	(100)
一、保证	(100)
(一)单项选择题	(100)
(二)多项选择题	(100)
二、抵押	(102)
(一)单项选择题	(102)
(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)
第三部分 案例分析题集中精解	(109)
第四部分 担保法已考考点及已考法条归纳	(111)

著 作 权 法

第一部分 1998—2003 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	(113)
一、司法考试(律师资格考试)分值分布	(113)
二、命题基本规律与复习技巧	(113)
第二部分 客观试题归类精解	(113)
一、单项选择题	(113)
二、多项选择题	(116)
三、不定项选择题	(118)
四、已考考点及已考法条归纳	(120)

商 标 法

第一部分 1998—2003 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	(121)
一、司法考试(律师资格考试)分值分布	(121)
二、命题基本规律与复习技巧	(121)
第二部分 客观试题归类精解	(121)
一、单项选择题	(121)
二、多项选择题	(124)
三、已考考点及已考法条归纳	(126)

专 利 法

第一部分 1998—2003 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	(127)
一、司法考试(律师资格考试)分值分布	(127)
二、命题基本规律与复习技巧	(127)
第二部分 试题归类精解	(127)
一、单项选择题	(127)
二、多项选择题	(129)
三、案例分析题	(131)
四、已考考点及已考法条归纳	(132)

婚 姻 法

第一部分 1998—2003 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	(133)
一、司法考试(律师资格考试)分值分布	(133)
二、命题基本规律与复习技巧	(133)
第二部分 客观试题归类精解	(133)
一、单项选择题	(133)
二、多项选择题	(134)
三、已考考点及已考法条归纳	(135)

继 承 法

第一部分 1998—2003 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	(136)
一、司法考试(律师资格考试)分值分布	(136)

二、命题基本规律与复习技巧	(136)
第二部分 客观试题归类精解	(136)
一、单项选择题	(136)
二、多项选择题	(137)
三、已考考点及已考法条归纳	(138)

综 合

1998—2003 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
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
1998 年	27	24	19	7	5	3	1	0	86

二、命题基本规律与复习技巧

民法学不仅理论博大精深,而且法律法规条文众多,这些年来其在国家司法考试(含以往的律考)中始终占据着举足轻重的地位。市场经济建立和发展的社会就是“私法”的发展与完善的社会,市场经济愈是繁荣发达就愈离不开“私法”的调节和规范,市场经济就是法治经济,这里的“法”在很大程度上指的是“私法”,“私法”的繁荣昌盛是市场经济繁荣发达的基本保障。而在整个“私法”领域,民法学既是奠基人又是排头兵。民法学在市场经济建设中的这种基础保障作用,决定了它必须而且也应当在我国司法考试中占有十分重要的地位。

1. 从上表可以看出,民法学在 1998—2002 年 4 年的司法考试中共考了 389 分,年均 97 分,成为当之无愧的司法考试第一大户。在 2003 年

的司法考试中,民法学以 65 分的分值占据了整个考试 400 分总量的 1/6,虽因司法考试所考查部门法的数量增加及考试目的对象的进一步调整等诸多原因使其分值总量较之以往的考试有较大减让,但 65 分的比重仍使其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学的分数至少将会保持在目前这一水平。

2. 在大的命题方向上,虽然民法学的各单行法在 2003 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考试的态势——即以民法通则、合同法为龙头(51 分),以担保法、知识产权法为龙身(11 分),以婚姻法、继承法为龙尾(3 分)。龙头、龙身、龙尾在考试中各司其职交相辉映,由此,也决定了我们在复习民法学时应以龙头为重心、兼及龙身、附带龙尾的总体复习格局。

民法通则

第一部分 1998—2003 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
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
1998 年	10	10	7	0	27

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(含律考)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。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 1998—2003 年五年的样本看,《民法通则》及其意见在司法考试中年均占到了 25 分的比重。2003 年虽因司法考试所考查部门法的数量增加及考试目的对象的进一步调整等诸多原因,《民法通则》及其意见只考了 17 分,但我们认为,17 分的分值应是《民法通则》及其意见在司法考试中的最底线。以民法学为核心的“私法”是市场经济建设顺利进行的基本保障,而《民法通则》及其意见在“私法”的核心——民法学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》及其意见理应在司法考试中得到必要的彰显。

2. 在具体的命题方式上,《民法通则》及其意见正呈现出以单项选择题、多项选择题、不定项选择题为主,以案例题为辅的稳定的命题态势。之

所以《民法通则》及其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》及其意见中能够承受起案例分析题的 7—13 分之重的系统复杂制度已不多。退而求其次,《民法通则》及其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,一般也只有在 5 分左右的不定项选择题中一展身手啦!

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》及其意见是司法考试中的一个亮点。据统计,理论题在《民法通则》及其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》及其意见的理论题多集中在民事权利、民事法律行为的类别、意思表示的一般理论、法人的一般理论、所有权的取得、他物权的权能等方面。理论题所占比例较大使《民法通则》及其意见独具特色,对广大考生而言,这一点亦喜亦忧。但总体上,我们认为是喜大于忧。之所以有忧,是因为它加大了对《民法通则》及其意见的复习难度,使得原本就比较艰难的复习更加晦涩;之所以

喜大于忧,是因为通过这种晦涩的复习会强化加深考生对民法理论的领会和理解,而对民法理论的融会贯通的理解对学习其他的民事单行法和民事特别法却是不可或缺的。

(二)复习技巧

1. 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晦涩,它更代表着法的理性化发展方向,代表着法的以人为本的人文主义的精神,这种理性化发展方向和人文主义的精神正逐步在我国的立法中得到贯彻,并最终得到发扬光大。我们认为,所谓的民法理论除了维护个人的自由全面健康发展的“私法”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)、民事权利的基本理论、人身权至上理论、物权的一般理论、债的一般理论、侵权行为的补救、民事责任的归责原则等。这些重要制度和理念的存在,构成了整个民法学的基本理论体系和构架。在《民法通则》及其意见中,这些理论应该是重中之重,令人欣慰的是司法考试并没有忘记这些理论,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,这些理论指导着的并不仅仅是《民法通则》及其意见的具体制度,它还在广泛而深刻地指导着影响着一系列的民事单行法(如担保法、合同法、婚姻法、继承法、知识产权法等)和民事特别法(如公司法、保险法、合伙企业法、海商法、票据法等)。在复习《民法通则》及其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,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。并且可以毫不夸张地说,学好民法理论也是学好上述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》及其意见的重点内容,以这些内容作为复习的核心。《民法通则》及其意见的重点内容每年都会占到相关考试内容的 80%

以上,把握住了这个 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)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》及其意见的重点法条。毕竟在对《民法通则》及其意见的考查中,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的已有很大差别,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、客观题主观化的比例迅速提高。如,在对公民民事行为能力进行考查时,它不再明确交代公民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?”或“王某有一子,为初中一年级学生,在校期间因与同学刘某发生口角,追打刘某,致使刘某摔伤,共花去医药费 4800 元。这一费用应由谁承担?”然后要求考生自己根据相关法条的规定排查出“杨某或王某的一子”的民事行为能力,进而确定他们民事行为的效力或民事责任的承担。这种试题就是对法条规定的融会贯通的考查,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的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。从某种程度上说,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)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押给肖某,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,否则不能生效。而在本题中,根本没有涉及办理登记的问题,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】***

(二)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	
*	动产质押权人的权利	《担保法》第63、79条

二、公民

(一)单项选择题

1. 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】《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》)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】**

2. 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《民事诉讼法意见》)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,不能当然地将它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] * * *

3. 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,其行为后果由赵某一一人承担

D. 孙某人伙虽无效,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:“个人合伙的经营活动,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活动,由全体合伙人承担民事责任。”C项错误。

[难度系数] * *

4. 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。

[难度系数] * * *

5. 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] * * *

6. 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] * * *

7. 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2题的解析内容。

【难度系数】 **

8. 董红系儿童影星,年满9周岁,片酬颇丰。其父董军的亲弟董强家居山区,生活较为困难。董军征得董红口头同意后,将董红的片酬3000元以董红的名义赠与董强。对董军这一民事行为的效力的下列表述,哪一个是正确的?(1998年试卷二第2题)

A. 有效。理由是董军为其法定代理人,有权处理其财产

B. 有效。理由是董军已征得董红的同意

C. 无效。理由是董军未征得董红母亲的同意

D. 无效。理由是董军处分董红的财产不是为了董红的利益

【答案】 D

【考点】 监护人处理被监护人财产的效力

【解析】 《民法通则意见》第10条规定:“监护人的监护职责包括:保护被监护人的身体健康,照顾被监护人的生活,管理和保护被监护人的财产,代理被监护人进行民事活动,对被监护人进行管理和教育,在被监护人合法权益受到侵害或者与人发生争议时,代理其进行诉讼。”《民法通则》第18条规定:“监护人应当履行监护职责,保护被监护人的人身、财产及其他合法权益,除为被监护人的利益外,不得处理被监护人的财产。”

监护人依法履行监护的权利,受法律保护。

监护人不履行监护职责或者侵害被监护人的合法权益的,应当承担责任;给被监护人造成财产损失的,应当赔偿损失。人民法院可以根据有关人员或者有关单位的申请,撤销监护人的资格。”由上引法条可知,监护人根本就没有处理被监护人的财产的权利,如果确实需要处理,也必须是为了被监护人的利益。还需注意的是,法律的这一限制性规定不以被监护人的同意为转移。因此,D项正确。ABC三项均应予排除。

【难度系数】 **

9. 张家为孙子张明过生日,却为确定出生日期犯愁。张明的母亲记得儿子是8月28日傍晚出生,医院的接生记录簿上记载的是8月29日,出生证上记载的是8月30日,而户口簿上记载的是9月1日。依照有关法律,张明的出生时间应以哪一日期为准?(1998年试卷二第5题)

A. 8月28日

B. 8月29日

C. 8月30日

D. 9月1日

【答案】 D

【考点】 公民出生时间的确定

【解析】 《民法通则意见》第1条规定:“公民的民事权利能力自出生时开始。出生的时间以户籍证明为准;没有户籍证明的,以医院出具的出生证明为准;没有医院证明的,参照其他有关证明认定。”因此,对于公民出生时间的认定,我国法律采户籍证明优先的原则,没有户籍证明的,才以医院出具的出生证明为准,既没有户籍证明也没有医院证明的,才参照其他有关证明予以认定。由此,ABC三项均不符合上述法律规定,D项正确。

【难度系数】 *

10. 1991年5月,冯敏因受单位行政处分而离家出走,一直下落不明。1997年6月其妻王慧向法院起诉,要求离婚。同月,冯敏所在单位欲将其除名,亦向同一法院送交了宣告冯敏死亡申请书。下列有关该案的表述中哪一项是正确的?(1998年试卷二第3题)

A. 法院应判决离婚,但不应判决宣告死亡

B. 法院应判决宣告死亡,使冯敏与王慧的婚姻关系自然解除

C. 法院可以判决离婚也可以判决宣告死亡

D. 法院可以在判决离婚的同时判决宣告死亡

【答案】 A

【考点】 申请宣告死亡的利害关系人的顺序

【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。

《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:(1)配偶;(2)父母、子女;

(3)兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女;(4)其他有民事权利义务关系的人。需要注意的是,不管理论上如何探讨,依照法律规定,申请宣告死亡的利害关系人是有顺序限制的,这一点必须明确。因此,本题只有A项正确,BCD三项均不符合法律的规定,应予排除。

【难度系数】 **

11. 刘某出海打鱼,因遇台风下落不明。现其妻王某向法院申请宣告刘某失踪。因刘某失踪后王某与他人姘居,并与姘夫合用家中财产,在确定刘某的财产代管人时,刘某父母与王某发生争议。本案中法院应依法指定谁为财产代管人?(1998年试卷二第4题)

- A. 王某,理由是王某提出了宣告失踪的申请
- B. 王某,理由是王某是刘某失踪后的第一顺序的财产代管人
- C. 刘某的父母,理由是若指定王某则不利于保护刘某的财产
- D. 王某和刘某的父母,理由是他(她)们均为法律规定的财产代管人

【答案】 C

【考点】 失踪人财产代管人的指定

【解析】 《民法通则》第21条规定:失踪人的财产由他的配偶、父母、成年子女或者关系密切的其他亲属、朋友代管。代管有争议的,没有以上规定的人或者以上规定的人无能力代管的,由人民法院指定的人代管。失踪人所欠税款、债务和应付的其他费用,由代管人从失踪人的财产中支付。《民法通则意见》第30条规定:人民法院指定失踪人的财产代管人,应当根据有利于保护失踪人财产的原则指定。没有《民法通则》第21条规定的代管人,或者他们无能力作代管人,或者不宜作代管人的,人民法院可以指定公民或者有关组织为失踪人的财产代管人。无民事行为能力人、限制民事行为能力人失踪的,其监护人即为财产代管人。解答本题需要把握住,人民法院指定失踪人的财产代管人,应当根据有利于保护失踪人财产的原则进行。因此,C项正确。

【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、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会同意的。

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。

没有第1款、第2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。A项正确。

《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。B项错误。

《婚姻法》第36条规定:父母与子女间的关系,不因父母离婚而消除。离婚后,子女无论由父或母直接抚养,仍是父母双方的子女。离婚后,父母对于子女仍有抚养和教育的权利和义务。

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。C项正确,D项错误。

【难度系数】 **

2. 甲、乙、丙三人各自出资10万元、6万元、4万元合伙从事汽车零配件经营,其间因经营管理不善,对丁负债10万元,丙遂退出合伙,并拿出1