



三校名师 司法考试

2008年 国家司法考试

历年考题解读

民法 ③

三校名师司法考试命题研究中心 / 组编

- 囊括六年司考试题 全 面
- 直击考点权威解读 精 确
- 分科归类综合点评 透 彻

中国检察出版社





三校名师 司法考试

D92/39
:2008(3)
2008

2008年国家司法考试

历年考题解读

民法③

三校名师司法考试命题研究中心 / 组编



中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

历年考题解读/三校名师司法考试命题研究中心组编. —北京:

中国检察出版社, 2007. 4

ISBN 978 - 7 - 80185 - 749 - 1

I. 历… II. 三… 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 (2007) 第 043206 号

历年考题解读

民 法

三校名师司法考试命题研究中心/组编

出 版 人: 袁其国

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

电子邮箱: zgjccbs@vip. sina. com

电 话: (010)68639243(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

经 销: 新华书店

印 刷: 河北省三河市燕山印刷有限公司

开 本: 787mm × 1092mm 16 开

印 张: 9 印张

字 数: 214 千字

版 次: 2008 年 4 月第二版 2008 年 4 月第二次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 80185 - 749 - 1

总 定 价: 148.00 元 (全套共 8 册)

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

目 录



民法命题综述	(1)
--------------	-------

民法通则

▶ 考核点一 民事主体的一般问题	(4)
▶ 考核点二 宣告失踪与宣告死亡	(6)
▶ 考核点三 个人合伙	(10)
▶ 考核点四 民事法律行为与代理	(12)
▶ 考核点五 无因管理与不当得利	(21)
▶ 考核点六 一般侵权行为	(25)
▶ 考核点七 特殊侵权行为	(30)
▶ 附 案例综合	(37)

物权法

▶ 考核点八 所有权与用益物权	(41)
▶ 考核点九 担保物权	(47)
▶ 附 案例综合	(52)

合同法

▶ 考核点十 合同概述	(54)
▶ 考核点十一 合同的成立	(55)
▶ 考核点十二 合同的效力形态	(57)
▶ 考核点十三 合同的履行	(62)
▶ 考核点十四 合同的转让与终止	(69)
▶ 考核点十五 缔约过失责任	(73)
▶ 考核点十六 违约责任	(75)
▶ 考核点十七 移转标的物所有权的合同	(79)

▶ 考核点十八 租赁合同	(89)
▶ 考核点十九 提供服务的合同	(93)
▶ 考核点二十 完成工作的合同	(96)
▶ 附 案例综合	(101)

担保法

▶ 考核点二十一 保证	(113)
-------------------	---------

婚姻法

▶ 考核点二十二 婚姻法	(119)
--------------------	---------

继承法

▶ 考核点二十三 继承法	(125)
参考答案速查索引	(132)

民法命题综述



《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)一直是司法考试的重点考核对象。其分值在司法考试当中占据非常大的比重,在2004年甚至达到了最高历史记录39分。但是,近年来随着民商事法律法规体系的逐步完善,尤其是《担保法》、《合同法》、《物权法》的先后出台以及试卷三中民事诉讼法部分和商法部分分值的增加,使《民法通则》以及《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》(以下简称《民通意见》)在试卷中客观性题目分值有所下降(2005年降至33分,2006年降至16分,2007年为23分)。

从历年命题特点来看,《民法通则》考查的走向主要是:首先,无论分值还是难度都有所下降,保持了一种趋近“平和”的态度。突出基本制度的地位,强调对基本理论的把握与运用。其次,题型日臻标准化、科学化。客观题中单项、多项、不定项选择题三分天下,直接考查法条的题目越来越少,更多以案例的形式出现,考查考生理解和运用民事法律规范的能力。最后,考查范围缩小,强调“重点就是重点”的思路。如2003年重复考查的现象极为突出,特殊侵权责任、共有、无因管理、死亡宣告的效力等知识点反复出现。2007年也反复考查特殊侵权责任。估计这种命题思路将会延续下去。需要特别提出的是,近年来对以上知识点的考查日益精细化,因此,考生对《民法通则》尤其是《民通意见》的具体规定的掌握必须精益求精,细之又细;同时也要注意两部法规中个别条文已明显过时而不再适用。

综合考查历年的司法考试试题,可以看出民法通则的重要考点主要集中在以下几个方面:

1. 民事主体的一般问题——自然人权利能力的发生时间、监护人的设立与监护的终止;
2. 宣告失踪与宣告死亡——宣告死亡的法定条件、法律效果、宣告失踪的法律效果(财产代管人的设定及其职责);
3. 个人合伙——个人合伙的财产关系、债务承担、合伙人之间的内部关系;
4. 民事法律行为与代理——民事法律行为的分类、成立、生效要件、无效、可变更、可撤销、效力待定、意思表示以及代理制度;
5. 无因管理与不当得利——无因管理与不当得利的判断与法律效果;
6. 一般侵权行为——侵权行为的认定、损害赔偿的范围界定、承担侵权责任的各种可能方式;
7. 特殊侵权行为——国家机关及其工作人员的职务侵权行为、产品缺陷致人损害的侵权行为、高度危险作业致人损害的侵权行为、污染环境致人损害的侵权行为、地面施工致人损害的侵权行为、饲养动物致人损害的侵权行为、无民事行为能力人和限制民事行为能力人致人损害的侵权行为等。

《合同法》共计23章428条,内容博大精深,理论底蕴深厚,许多法条涉及合同法、债法乃至民法的基本理论。在2002年之前,合同法在司法考试中的分值一般都保持在30分左右,并构成卷三、卷四的重点内容。从2002年之后,分值有了大幅度提高:2002年42分、2003年34

分、2004年54分、2006年39分、2007年38分。

回顾历年合同法考点分布情况,不难发现合同法内容主要集中在总则的部分内容和分则的几类常见的合同。具体来说包括:合同法适用范围、要约、承诺、合同成立和生效、缔约过失责任、合同效力、撤销权、解除权、“三大抗辩权”、合同权利义务的转让、违约责任、买卖合同中风险负担与所有权转移、赠与合同、租赁合同、承揽合同、借款合同。其中,关于合同的订立、合同的成立及生效、缔约过失责任、撤销权、违约责任、抗辩权和买卖合同风险责任的负担更是重中之重,应予以高度重视。另外,从题型上看,合同法保持着选择题和案例题并重的特点,不仅考查单纯的合同法试题,还考查考生对合同法及相关法知识的综合运用能力。这就要求考生必须做到结合债法及民商法的基本理论,深入理解合同法条文的内涵。

总体上而言,对于合同法的相关知识点,应重点掌握的有:

1. 合同概述——合同的分类、合同的适用范围;
2. 合同的成立——合同的要约与承诺;
3. 合同的效力形态——导致合同无效、可变更、可撤销、效力待定的各种情形;
4. 合同的履行——合同履行过程当中债务人的抗辩权、合同履行过程当中债权人的债权保全;
5. 合同的转让与终止——合同的解除事由以及债务抵销、免除、提存、混同四种情形;
6. 缔约过失责任——缔约过失责任的适用情形;
7. 违约责任——违约责任的构成要件、违约责任的类型、违约的免责事由、承担违约责任的主要形式、违约责任与侵权责任的竞合;
8. 移转标的物所有权的合同——买卖合同、赠与合同、借款合同;
9. 租赁合同——租赁合同分类及其相应的法律效果、买卖不破租赁、房屋承租人的优先购买权、租赁合同的终止;
10. 提供服务的合同——委托合同、运输合同、行纪合同、居间合同、保管合同;
11. 完成工作的合同——承揽合同和建设工程合同。

2007年《物权法》的颁布,使其成为司法考试的重要考查内容。虽然2007年并没有太多地考查物权的相关内容,但可以预计,在未来几年内,《物权法》必将是司法考试的热点。物权法的总则部分无疑是司法考试的重点,尤其是物权的设立、变更、转让与消灭,这里物权法的规定有许多新突破,比如物权变动区分原则、特殊物权的变动方式等,考生对此应予以足够的重视。所有权方面的重点在于所有权的变动、所有权的取得方式、我国特有的所有权类型等,共有部分在于共有人之间的内部关系和外部关系,用益物权方面应注意我国特有的用益物权类型及地役权。至于担保物权方面,重点与非重点并不明显,由于《物权法》关于担保物权的规定与《担保法》及其司法解释有许多不一致之处,《物权法》对《担保法》修正的地方必将成为重点考查的对象。而从往年的试题看,本部分的重点内容还包括各种担保物权的成立要件和法律效力、抵押与质押的区别等。从题型上看,本部分极有可能出案例分析题,其中单独考查物权有关问题的案例分析题不多见,往往是一道案例题结合民法通则、合同及物权有关内容进行考查,考生应予以注意。

《婚姻法》法条不多,共计51条,具有可考性的条文不过20条左右。可以说,考生只要予以注意,本部分内容还是较容易得分的。根据婚姻法考点分布情况,可知婚姻法试题多以选择题形式出现,且分值较低,一般在2分左右。在内容上,重点集中在婚姻效力和夫妻财产的认定。另外,2004年12月出台的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的

解释(二)》(以下简称《婚姻法解释(二)》)对《婚姻法》及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(一)》(以下简称《婚姻法解释(一)》)作了大量补充和修正,特别是夫妻财产及债务问题有可能会成为2008年考试之重点所在,考生须多加注意。

《继承法》作为民法的一个重要组成部分,在考试中占有一定位置,重点也较为突出,但分值一般也不高,每年均维持在3分左右。对于该部分,考生一般只需把握以下内容即可:法定继承的顺序、继承权的丧失、继承人的确定(尤其是互有继承关系的数人同时死亡等特殊情况下继承人的确定)、遗嘱的效力、遗产的分割。另外,从题型上看,继承法试题单项、多项、不定项选择题、案例分析题均有可能出现,考生在复习时应予以关注。

民法通则

► 考核点一 民事主体的一般问题

【概说】

关于民事主体的一般问题,涉及的主要内容有自然人的能力、自然人的监护、自然人的户籍和住所、个体工商户与农村承包经营户、法人等问题。本部分内容历年分值一般在2—3分。应重点掌握:自然人权利能力的发生时间、监护人的设立与监护的终止、法人的理论与有关规定。有关个体工商户、农村承包经营户等内容更多的会放在其他相关部门法中考查。

【考题】

1. 关于事业单位法人,下列哪些选项是错误的?(2007年卷三多选第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,有权诉请精神损害赔偿

☞ 事业单位法人

事业单位法人是被赋予民事主体资格的事业单位。这些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。不过,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。还有些工业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。

《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。

《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。”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。

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》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。

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年卷三单选第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

☞ 企业法人的民事责任

《民法通则》第43条：“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。”因此法人对法定代理人的合法经营行为、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。其次，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。

根据《民通意见》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。C项表述正确，D项表述不正确。本题答案为C项。

3. 下列关于法人机关的表述哪些是正确的？（2005年卷三多选第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

☞ 法人的组织机构

法人机关是指根据章程或法律规定，对内形成法人意思，对外代表法人为民事法律

行为的自然人或自然人团体。法人本身是民法上的独立主体，具有民事权利能力和民事行为能力，而法人机关则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，它不是民法上的独立主体，没有独立的人格。A项表述正确。

财团法人是指以财产为基础而集合成立的法人，财团法人的主要形式就是基金。而意思机关是形成法人意志的权力机关，但财团法人属他律法人，参与民事活动时是以捐赠人的意思进行的，因此财团法人没有自己的意思机关。B项表述正确。

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，主要表现在其目的事业须在法人范围之内，其行为的效果仍由法人承担，不具有独立责任能力，而法人机关对内形成法人意思，对外代表法人为民事法律行为，而法人分支机构在参与民事活动时能不能形成自己的独立意思，须有法人机关的授权，但对外不得代表法人。C项表述错误。

法人机关包括权力机关（或称决策机关、意思机关）、执行机关、代表机关和监督机关。监督机关是根据法人章程和意思机关的决议，对法人执行机关、代表机关实施监督的机关。比如我国公司法规定规模较小的有限责任公司可以不设监事会，可见监督机关并不是法人必设机关，因为其存在与否并不影响法人目的事业的完成，D项表述正确。

本题正确答案为A、B、D项。

这道题也如上一道题一样，侧重考查考生对民法基本概念和基础理论的掌握情况。这种理论性试题增加的趋势，考生在复习时应当注意。

【点评】

民事主体的一般问题部分,知识点非常分散,需要注意的问题有:自然人权利能力时间的判断问题、监护人的设立规则。关于法人的知识点是近年来的一个热点,应当区分法人的权利能力、行为能力、有限责任能力等相关问题。法人的民事权利能力是法律赋予法人参加民事法律关系,取得民事权利,承担民事义务,承担民事责任的资格。法人的民事行为能力,是法律赋予法人独立进行民事活动的能力。法人的民事行为能力,既包括法人的民事法律行为的能力,也包括承担民事责任的责任能力。法人的民事权利能力以成立为始期,消灭为终期。与自然人不同,法人的民事行为能力与其民事权利能力一起产生,同时消灭,且法人的民事行为能力的范围始终与民事权利能力的范围相一致。而法人作为独立的民事责任承担者,要以自己的财产承担民事责任。

2007年第52题考查事业单位法人。事业单位法人是被赋予民事主体资格的事业单位,事业单位的目的事业主要是公益。具备法人条件的事业单位,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。

2006年第3题考查企业法人的民事责任。企业是从事经营活动,以获取利润为目的的经济组织,企业法人就是取得民事主体地位的企业。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。企业法人承担的民事责任为有限责任,即股东以其出资额为限对公司债务承担责任。

2005年第51题考查法人机关。法人机关是指根据章程或法条规定,对内形成法人意思,对外代表法人为民事法律行为的自然人或自然人团体。法人的组织机关依其职能的不同可分为意思机关、执行机关、代表机关、监督机关等,其中监督机关不是法人的必设机关。法人机关是法人的组成部分,没有独立人格,其行为即是法人的行为。

本部分知识点法条不多,但从历年考题来看,题目的综合性较强,理论性较深,答案不能直接从法条中得出,需要考生进行分析、判断。考生在复习时,不仅要熟记法条,还要多读教材,对相关知识全面掌握。

► 考核点二 宣告失踪与宣告死亡

【概说】

关于宣告失踪与宣告死亡的内容,主要集中在以下几个方面:申请宣告失踪与申请宣告死亡的主体及其顺序,宣告失踪、宣告死亡的法定条件及法律效果。司法考试在这个知识点上的考查,每年的分值一般在2分左右。本部分应重点掌握:宣告死亡的法定条件、宣告死亡的法律效果;宣告失踪的法律效果——财产代管人的设定及其职责。

【考题】

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年卷三单选第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

☞ 死亡宣告撤销后的财产返还

《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。”财产由第三人合法取得，第三人可不予返还。这里应注意经营性收入以及劳动所得不包括在原物范围内，因此，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也应返还给甲，但丁继承丙的其他财产不应给甲。另外，对于丁代位继承从乙处取得的财产，由于该份额实际上是甲应当继承的份额，所以在甲被撤销死亡后理应返还给甲，故A、B、C项错误。本题答案为D项。

2. 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年卷三单选第9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

☞ 死亡宣告被撤销后对原婚姻关系影响

《民通意见》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。”据此，甲与乙原有的婚姻关系不得自行恢复，故B项是正确的。

3. 王锋与刘青结婚四年后，已生一子王

达。1994年7月5日，王锋出海打鱼遇台风未归，生死不明。若干年后，其妻刘青向法院申请宣告王锋死亡，法院依法作出宣告死亡判决。经查，王锋结婚后与父母分开生活（其父于1996年10月3日死亡）。王锋因与刘青感情不和且离婚未果而与刘青分居，分居期间王锋盖有楼房6间。王锋遇台风后被人相救，因不想再见刘青而未与家庭联系，独自到南方某市打工。1997年王锋与打工妹陈莹相识并相好，并在该市教堂举行了婚礼，生有一女王莉。陈莹为王锋介绍了一收入颇丰的工作。1998年5月5日王锋因摸彩票中奖，获奖金30万元。1998年6月6日王锋与陈莹各出10万元购买了张明的3间私房，但未办登记过户手续。1999年4月8日，王锋因心脏病发作死亡，临终前告诉了陈莹自己的身世，并口头遗嘱将自己原有的6间房屋由其母谢兰继承（有2名医生在场）。请回答下列（1）—（5）题。（2002年卷三不定项第85—89题）

（1）刘青向法院申请宣告王锋死亡，法院应予受理的最早申请日期是哪一天？

- A. 1998年7月5日
- B. 1998年7月6日
- C. 1996年7月5日
- D. 1996年7月6日

（2）设刘青于最早申请日期向法院申请，受理法院依法作出宣告王锋死亡的判决。此时，王锋所建的6间房屋应如何继承？

- A. 其中3间房屋归刘青所有；3间房屋属王锋遗产，由王锋的继承人继承
- B. 6间房屋由刘青、谢兰、王达和王锋之父继承
- C. 3间房屋由刘青、谢兰、王达继承
- D. 6间房屋由刘青、谢兰、王达继承

（3）王锋彩票中奖所得30万元，应由谁继承？

- A. 谢兰、王达、王莉
- B. 谢兰、刘青、王达、王莉
- C. 谢兰、刘青、陈莹、王达、王莉

D. 谢兰、陈莹、王达、王莉

(4)对王锋与陈莹共同购买张明私房3间的定性表述中,下列选项中正确的是:

A. 王锋、陈莹与张明之间买卖房屋合同无效,因为未办理过户登记手续

B. 王锋、陈莹与张明之间的买卖房屋合同有效

C. 王锋与陈莹取得了该3间房屋的所有权,因为张明已将房屋交付

D. 王锋与陈莹未取得该3间房屋的所有权

(5)设王锋与陈莹购买张明私房3间办理了登记过户手续。就王、陈二人之间形成的法律关系的下列表述中哪些是不正确的?

A. 王锋与陈莹之间形成合伙关系

B. 王锋与陈莹之间形成共同共有关系

C. 王锋与陈莹之间形成按份共有关系

D. 王锋、陈莹之间形成债权债务关系

☞ (1) 申请宣告死亡时间的确定

本题中“王锋出海打鱼遇台风未归,生死不明”,说明是因意外事故下落不明的情形。根据《民法通则》第23条第1款规定:“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死亡:(一)下落不明满4年的;(二)因意外事故下落不明,从事故发生之日起满2年的。”本案中王锋下落不明是由意外事故导致的,故应从事故发生之日起开始计算申请宣告死亡的时间,并且期间为2年。本案不能适用4年的期间,因为是意外事故导致了王锋下落不明,A、B项不符合第23条的规定,应予排除。另依据《民法通则》第154条第2款的规定,规定按照日、月、年计算期间的,开始的当天不算入,从下一天开始起算。故这2年的期间应从1994年7月6日开始起算,到1996年7月5日届满。所以,法院应予受理的最早申请日期为1996年7月6日。故D项正确。

☞ (2) 被宣告死亡之人财产的继承

法院判决宣告王锋死亡后,根据《民通意见》第36条的规定,被宣告死亡的人,判决宣告之日为其死亡的日期。依据《继承

法》第10条的规定,遗产按照下列顺序继承,第一顺序:配偶、子女、父母。王锋在夫妻关系存续期间(尽管是在分居期间)盖的楼房6间是夫妻共有的,所以3间房屋归刘青所有,另3间房屋属于王锋遗产,由王锋的继承人继承。根据《民事诉讼法》第168条规定,宣告死亡的公告期间为1年。公告期间届满,人民法院应作出宣告死亡的判决。所以法院判决之日最早应是1997年7月5日,这是宣告王锋死亡的时间,也是开始继承的时间。这时,王锋之父已死亡,因此继承人包括刘青、谢兰、王达三人,不包括王锋之父,可以排除B项,而确定A、C项。D项扩大了遗产范围,错误。故答案为A、C项。

☞ (3) 宣告死亡的法律后果

首先,陈莹与王锋的婚姻违反了《婚姻法》的生效要件,他们不具有夫妻的共同权利义务关系,所以陈莹不能作为王锋的妻子来继承遗产,这样可以排除C、D项。其次,根据《民通意见》第37条,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。因为王锋的死亡宣告一直没有被撤销,所以王锋与刘青的婚姻已经消灭,刘青已不是王锋的妻子。对于王锋在宣告死亡之后获得的财产,刘青无权作为配偶来继承,可以排除B项,而谢兰、王达、王莉均系王锋的第一顺序法定继承人,对30万元所得均享有继承权,所以A项是正确的。

☞ (4) 物权变更的区分原则

《物权法》第15条的规定:“当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同,除法律另有规定或者合同另有约定外,自合同成立时生效;未办理物权登记的,不影响合同效力。”这一规定将物权的变动与合同效力明确区分开来。此题买卖房屋虽未办理登记但合同是有效力的,因此A项错误,B项正确。

《物权法》第9条第1款规定:“不动产物权的设立、变更、转让和消灭,经依法登记,发生法律效力;未经登记的,不发生效力,但法律另有规定的除外。”由此可见,此题房屋买卖未办理过户登记,买受人不能取得房屋所有

权,因此C项错误,D项正确。

故本题答案为B、D项。

☞ (5) 共有关系的认定

王锋与陈莹各出资10万元购买了张明的3间私房,这属于按份共有,即两个或两个以上的人对同一项财产按照份额享有所有权。按份共有与共同共有最大区别在于,前者能分开份额,各共有人对共有物享有权利

与承担义务的范围以份额为限;后者由各共有人共同对共有物享有权利或承担义务。目前我国民法上共同共有关系只有如下四类:一是夫妻共有,二是家庭共有,三是继承财产分割前共有,四是合伙共有。结合本案,双方各出资10万元,所以双方按1:1的比例按份共有。因此只有C项正确,依题意,A、B、D项当选。

☞ 【点评】

宣告失踪与宣告死亡部分需要重点注意宣告失踪与宣告死亡的主体和宣告死亡的法律效果,宣告死亡时间的确定等。宣告死亡的法律效果要注意被宣告死亡与自然死亡的时间不一致的,被宣告死亡所引起的法律后果仍然有效。但自然人死亡前实施的民事法律行为与被宣告死亡所引起的法律后果相抵触的,则以其实施的民事法律行为为准。

2006年第2题考查死亡宣告撤销后的财产返还,2003年第9题考查宣告死亡的人身关系法律效果,2002年第85题考查申请宣告死亡的时间,第86题、第87题考查宣告死亡的法律后果,可见宣告死亡的法律后果在本部分的重要性。

宣告死亡是自然人下落不明达到法定期间,经利害关系人申请,由法院推定其死亡,宣告结束失踪人以前住所地为中心的民事法律关系的制度。宣告死亡必须由利害关系人向人民法院申请。宣告死亡申请人的范围与宣告失踪申请人的范围相同,不同的是,宣告死亡的申请人有顺序先后的限制,即顺序在前的申请人之申请权,有排他效力。宣告死亡的效果等同于生理死亡,导致婚姻、监护等身份关系终止,财产作为遗产被继承。被宣告人重新出现或被确知没有死亡时,经本人或利害关系人的申请,由法院撤销对他的死亡宣告。撤销死亡宣告后,配偶尚未再婚的,婚姻关系自行恢复;配偶再婚的,再婚效力不受撤销宣告的影响;因宣告死亡而继承、受遗赠或以其他方式取得遗产者,均应返还原物及孳息。

本部分的内容,从历年试题来看,主要是围绕宣告死亡来命题,而且重点突出,主要考查宣告死亡的法律效果。宣告死亡本身的知识比较丰富,可以出各种题型,例如2002年就考查过不定项案例题。考生在复习时要多读法条,并理解其内涵,能够灵活运用。

► 考核点三 个人合伙

【概说】

关于个人合伙,其所涉及的内容相对比较复杂,主要有:个人合伙的概念与特征、个人合伙的财产关系、个人合伙的债务承担、合伙人之间的内部关系、合伙的终止等。本部分历年试题分值为年均1分。在《合伙企业法》颁行后的司法考试当中,关于合伙的考查,可能更多的是侧重于商法当中的《合伙企业法》。

【考题】

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年卷三单选第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

☞ 合伙人退伙后的债务清偿责任

《民通意见》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。”《合伙企业法》第53条规定:“退伙人对基于其退伙前的原因发生的合伙企业债务,承担无限连带责任。”上述规定排除了甲、乙、丙之间约定的对外效力,也就是说,丙仍需对其退伙前已存在的合伙债务承担连带责任,故B项正确,A、C项错误。

需要特别说明的是,甲、乙、丙之间的约定只是不具有对外的效力,即不能对抗合伙的债权人要求丙清偿债务的主张,但它的内部效力仍然是存在的。这是因为丙为不承担

合伙债务支付了对价即放弃一切合伙权利,这种内部约定属于当事人意思自治的范畴,民法加以尊重。所以如果丙对外清偿了全部的合伙债务,丙仍可以依约定向甲、乙追偿其所清偿的全部债务。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,故D项错误。

从以上试题的考查趋势来看,合伙往往可能会结合《合伙企业法》的规定来考。考生复习这部分内容时,应注意个人合伙与合伙企业的区别与联系,以《合伙企业法》为重点,结合《民法通则》关于个人合伙的规定予以掌握。

2. 赵某与钱某口头协议,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折价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年卷三单选第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

合伙关系的认定及合伙债务承担

《民法通则》第30条规定：“个人合伙是指两个以上公民按照协议，各自提供资金、实物、技术等，合伙经营、共同劳动。”《民通意见》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。”孙某以房屋折价入伙，虽不参与经营，但约定盈余分配，应认为有合伙人资格。可以排除B、D项。

《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，合伙人有执行和监督的权利。合伙可以推举负责人。合伙负责人和其他人员的经营行为，由全体合伙人承担民事责任。”合伙事务的执行权，是每一个合伙人的权利。合伙人赵某独自决定购进一批童装，对于合伙组织与童装厂之间的买卖合同是有效的，因为每个合伙人都享有执行合伙事务，合伙组织承担责任后，可向有过错的合伙人赵某追偿，故排除C项。

《民法通则》第35条第2款规定，在对外关系上，全体合伙人对于合伙债务承担无限连带清偿责任，法律另有规定的除外。故A项正确。

【点评】

个人合伙部分考生容易出错的地方主要是在合伙的内部关系与外部关系上，如个人合伙的债务承担问题，要注意合伙人之间的连带责任关系，即全体合伙人对于合伙债务承担无限连带清偿责任，每一合伙人都负有义务清偿合伙的全部债务，而不受各合伙人对合伙财产的出资比例或者合伙合同中约定的债务承担份额的限制。

2004年第2题考查合伙人退伙后的合伙债务承担。退伙人对其退伙前已发生的合伙企业债务，与其他合伙人承担连带责任。考生应掌握此时连带责任承担也仅限于合伙经营期间也就是退伙前。换句话说退伙人对退伙后发生债务就不再具有清偿义务。合伙人内部有不同约定的，不能对抗合伙的债权人。

2002年第11题考查合伙关系的认定及合伙债务承担。个人合伙是指两个以上公民按照协议，各自提供资金、实物、技术等，合伙经营、共同劳动。全体合伙人对合伙债务承担无限连带清偿责任。每一合伙人都负有义务清偿合伙的全部债务，而不受各合伙人的出资比例或合伙协议中约定的债务承担份额的限制。

从历年试题来看，个人合伙正在淡出司法考试的舞台，但这并不能说以后的司法考试不会再出个人合伙方面的试题，毕竟个人合伙不同于合伙企业，仍有其存在的价值。对于这部分内容，考生需要准确记忆相关法条。

► 考核点四 民事法律行为与代理

【概说】

民事法律行为一直以来都是司法考试的重点。它所涉及的范围极其宽广,在物法上可以出题;在债法上,结合合同法也可以出题;在婚姻继承法上同样可以出题。这部分内容每年的分值相对比较稳定,除2006年只考查了1分外,其余都是在5—10分。民事法律行为的内容涉及民事法律行为的分类,民事法律行为的成立,民事法律行为的生效要件,民事法律行为的无效,民事法律行为的可变更、可撤销,民事法律行为的效力待定,民事法律行为的代理。

【考题】

1. 某酒店客房内备有零食、酒水供房客选用,价格明显高于市场同类商品。房客关某缺乏住店经验,又未留意标价单,误认为系酒店免费提供而饮用了一瓶洋酒。结账时酒店欲按标价收费,关某拒付。下列哪一选项是正确的?(2007年卷三单选第1题)

- A. 关某应按标价付款
- B. 关某应按市价付款
- C. 关某不应付款
- D. 关某应按标价的一半付款

☞ 意思表示

《民通意见》第71条规定:“行为人因对行为的性质、对方当事人、标的物的品种、质量、规格和数量等的错误认识,使行为的后果与自己的意思相悖,并造成较大损失的,可以认定为重大误解。”本题中,关某误将出售行为当做赠与行为,系对行为性质的误解,构成重大误解,关某有权予以撤销。

《合同法》第58条规定:“合同无效或者被撤销后,因该合同取得的财产,应当予以返还;不能返还或者没有必要返还的,应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失,双方都有过错的,应当各自承担相应的责任。”本题中,关某已经饮用了洋酒,无法返还财产,故应折价补偿,因此B项正确,当选。

2. 甲被乙打成重伤,支付医药费5万

元。甲与乙达成如下协议:“乙向甲赔偿医药费5万元,甲不得告发乙。”甲获得5万元赔偿后,向公安机关报案,后乙被判刑。下列哪一选项是正确的?(2007年卷三单选第2题)

- A. 甲、乙之间的协议有效
- B. 因甲乘人之危,乙有权撤销该协议
- C. 甲、乙之间的协议无效
- D. 乙无权要求甲返还该5万元赔偿费

☞ 无效民事行为

《合同法》第52条规定:“有下列情形之一的,合同无效:(一)一方以欺诈、胁迫的手段订立合同,损害国家利益;(二)恶意串通,损害国家、集体或者第三人利益;(三)以合法形式掩盖非法目的;(四)损害社会公共利益;(五)违反法律、行政法规的强制性规定。”本题中,甲与乙之间的协议中乙向甲赔偿医药费是承担其打伤甲的侵权责任,是合法有效的,乙无权要求甲返还该5万元赔偿费。但约定甲不得告发乙违反法律,是无效的。故本题选D项。

刑事附带民事诉讼中,法律规定在追究被告人刑事责任的前提下,允许当事人就民事赔偿问题和解或由人民法院调解。此题道理与此相似。

3. 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,