

2007
New Edition
LICENSE

司考真题多维讲解

民法

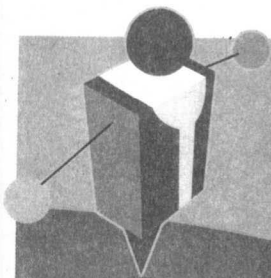
吴鹏 主编

8/

6

LICENSE 来胜司考丛书

 北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



D926
94
:2007(6)
2007

8/
6

LICENSE 来胜司考丛书

司考真题多维讲解

民法

主 编 吴 鹏
副主编 尹飞 杜启新
本册撰稿人 尹飞 刘行星

略谈真题价值与本书特色

欲过司考,需有“三宝”,法规、教材和真题。得此三宝者,方可知司考之形、神、意。通过对法律法规的学习,可以知道司法考试到底考什么,帮我们把握司考之形;对大纲和辅导用书的学习,能让我们明白司法考试为何这样考,助我们领会司考之神;而对历年真题的研读,则使我们了解司法考试到底怎样考,使我们领悟司考之意。以上三者,缺一不可。但有些朋友常常忽视真题的重要性,在征服了法规和教材后,便自认为已得矣,踌躇满志步入考场,终功败垂成,只能空自唏嘘:“司考之难,难于上青天!”殊不知,造成这种局面的根本原因乃是其对历年真题的重要性认识不足。

一、历年真题在考试中扮演着什么样的角色

1. 司考变革的晴雨表

司法考试是一个稳中有变的考试,“稳”的是各部门法中“重者恒重”的重点问题,变的是各部门法的创新发展与层出不穷的热点,通过对历年真题仔细研读,往往能令您感知命题方向的变化,把握应对未来的策略。如果您通读过近几年的司法考试试题,就不难发现,司法考试有着向理论深度逐步倾斜、综合性试题分值增加、部分考题案例来源于现实生活等确实存在却难以言表的变化。

2. 司考之海的导航塔

几乎所有从事司法考试辅导的人都在讲考试重点,但何为司法考试重点?列入司法考试范围的法律、法规共有 80 多部,司法解释文件达 120 多个,法条总计两万条之多,这些法律、法规在考试中的地位显然是不一样的。如何对各个部门法科学地分配复习时间?这恐怕只能依据历年真题来回答了。在一个部门法内部,哪些具体法律制度是最常考的,哪些是偶尔考及的,哪些是从未考过的?这些信息也只有通过对历年真题所考查知识的分析得出。所谓司法考试的复习捷径,是在科学、详实地分析的基础上得到的。无疑,了解法律制度孰轻孰重,就等于有了司法考试复习的导航塔,它将指引您将最宝贵的时间与精力用在司法考试的重点内容上。更为重要的是,每届考

试试题所考查的知识点重复率达50%以上,在民法等领域,这一比例几乎达到了85%。换言之,司法考试基本上是在以不同的考题形式去重复测试早已考过的内容。如果考生能将历届试题所考查的知识点一一掌握,也就抓住了司法考试的重点,牢牢地扼住了司法考试之喉。

3. 称雄考场的试金石

律考改为司考已逾五届,考试命题趋于成熟,命题形式基本固定,命题范围趋于合理,考生要形成做题的感觉,摸索到正确的解题方法,其前提就是熟悉命题者的命题思路,而真题对命题思路的体现,绝非一般模拟题所能比拟。考生只有在分析真题,解答真题的过程中形成良好的意识和感觉,并将做题过程中获得的技巧、经验和教训主动运用到下一次做题中去,才能培养出行之有效,最适应司考命题思路的解题方法。甚至,有了这种感觉和技巧,有的司考真题即便不会,也能“蒙”出来。

二、本书能带给您什么

1. 考点、法条、真题的完美结合

司法考试的难度在逐年增加,这是公认的趋势,回首司法考试历程,如何有效地复习一直是不断探讨的话题。其中,“考点说”、“法条说”和“真题说”各占有相当的比重,何谓“考点说”?就是将各部门法内容划分为一个个考题,依历年考查频率划分轻重,逐一复习、逐一突破;何谓“法条说”?就是依据解题时“以题找法”的思路反其道而行之,复习中“依法找题”,立足于法条复习,以不变应万变;何谓“真题说”?源于司法考题历年重复较多,有些完全相同,有些稍加变化,故精研真题便成欲过司考之不二法门。以上三种方式各有优劣,往往使得一些考生得配备好几类司考用书相互对应进行学习,很不方便。有鉴于此,本书将“考点”、“法条”和“真题”三者有机地联系起来,取长补短,合三为一。

2. 全方位多维讲解

一般的真题类丛书仅着眼于对真题的具体解析,使考生往往只能就题论题,知一而漏万,遇到题目稍有变化则手忙脚乱,无法应对。本书从知识点(具体问题,具体分析)、命题思路(知己知彼,料敌先机)、常见错误(前事不忘,后世之师)等多角度,从命题到解题对真题进行全过程深度的分析。侧重培养考生的灵活运用能力,使其善于进行知识的迁移。使之对知识点不仅知其然,并能知其所以然,知其“用”。通过对考生解题能力的培养,力求使考生达到无招胜有招的境界,最终笑傲考场。

三、本书编写体例

本书以“充分挖掘每道真题的价值,以实现对学生帮助的最大化”为目标,安排编写体例如下:

1. 每个部门法的开头都以“概述”的形式对该学科特点及学习方法进行总括性分析,使考生对该学科的独特之处和应对之策有宏观的把握,以做到因材施教,在开始复习训练之前就能胸有成竹。此外,以图表列明该学科在历年司考中的考点、分值和题型分布,以最直观的方式使考生对该科在司考中的地位和主要考查方式有个迅速的了解。

2. 每学科基本按照大纲体系编写。对于客观题,从2006年到2002年,按由近及远的顺序排列,同一年的题目内部则以单项、多项、不定项的顺序排列。对于案例(简析)题、分析题和论述题这些主观题型,则集中于“主观题讲解”部分。每一具体试题的讲解,从知识点、命题思路、法条(理)导读、答案、分析、常见错误六个方面展开,以实现讲解的精致化和专业化,真正使学生能从每个题目中汲取充分的信息,达到最大的利用效果。

3. “知识点”部分点明该试题所考查的基本知识点。使学生能迅速将该题抽象归类,在自己的知识体系中予以定位。

4. “命题思路”部分是本书的亮点之一。司法考试每道题都是命题者精心设置的,其背后隐藏着命题者的考查目的,体现着命题者通过该题所欲达到对学生复习的指引意义,然而这种思路有其规律性,会在历年的试题中通过不同的具体题目重复出现。“命题思路”针对此点,详细指出了该题的命题思路、命题特点和考查目的,使得考生能够更深入地通过一道题掌握一种命题方式,在此基础上把握应对之策。

5. “法条(理)导读”部分再次凸显了本书考生本位的思想,通过对每一道真题的解析,我们力图帮助学生不仅达到对制度理解的更大深度,同时达到对理论、法条理解的更大广度。一项制度、一个法条都是法律体系中的一个点,这个点是与相关法条理论纵横联系的,只有将其放在一个体系中才能有更准确的把握。本部分纵横捭阖,将与每一道真题考查知识点密切相关的其他司法考试可能重点考查的内容联系分析,目的在于帮助学生通过该部分初步形成法条和知识的小范围体系,实现从“有一知一”到“举一反三”的飞跃。

6. “答案”部分立足于大范围的资料,经过多次把关,确保精准性。同时照顾到学生做题自测的方便,本书改变以往将答案置于题目之下的格式,将答案做成脚注,置于

每页底部。

7. “分析”部分不仅仅停留在对具体真题的解析之中,鉴于目前司法考试对理论知识的青睐,本书在更广的视角内分析和该题考查内容相关的理论知识,使考生更加深入地理解一项制度的价值和立法目的所在,牢牢把握住解题的基础。

8. “常见错误”部分也是本书的主要创新之一。真题解析只着重于灌输和讲解是不够的,还应该立足于考生的角度,总结考生在做这些题目时的经验教训,以指导后来者,避免“悲剧”的重演。本部分在翔实资料分析的基础上,归纳了每道真题中命题者精心布置的每个陷阱,总结了多数考生因为这些陷阱而犯的错误,帮助考生“知其错,知其所以错”。以史为鉴,相信考生通过该部分的学习能够在今年答题时目光如炬,避开命题者的陷阱。

9. 在每一部分之后,本书编排了“重要警示”栏目,在历年真题解析的基础上,简洁明了地对将来该部分可能考及的内容进行展望,引导考生做到“通古测今”。

我们深知,没有任何一本辅导用书能够保证您一定能顺利地通过司考,但工欲善其事,必先利其器,好的辅导用书一定能帮您在前进的道路上披荆斩棘,事半功倍。这一点,我们相信本书能够胜任!

合抱之木,生于毫末;九层之台,起于垒土;千里之行,始于足下。朋友,从现在开始动手吧,我们相信,您一定能成功!

编者

2007年4月

目 录

民法通则

第一部分	概述	3
第二部分	客观题讲解	4
	一、民法基础理论	4
	二、自然人	12
	三、法人	22
	四、民事法律行为和代理	25
	五、人身权	30
	六、物权	35
	七、债权	47
	八、民事责任	54
	九、诉讼时效	75
第三部分	主观题讲解	79

合 同 法

第一部分	概述	87
第二部分	客观题讲解	88
	一、合同法基础理论	88
	二、合同的订立	93
	三、合同的效力	98
	四、合同的履行	106
	五、合同变更和转让	119
	六、合同的权利义务终止、违约责任	121
	七、买卖合同、赠与合同、借款合同	125
	八、租赁合同、承揽合同、技术合同	137

	九、运输合同、保管合同、仓储合同	149
	十、委托合同、行纪合同、居间合同	152
第三部分	主观题讲解	154

担 保 法

第一部分	概述	179
第二部分	客观题讲解	180
	一、保证	180
	二、抵押	191
	三、质押	195
	四、定金	198
	五、留置	201

著作权法

第一部分	概述	205
第二部分	客观题讲解	205

商 标 法

第一部分	概述	223
第二部分	客观题讲解	223

专 利 法

第一部分	概述	237
第二部分	客观题讲解	238
第三部分	主观题讲解	248

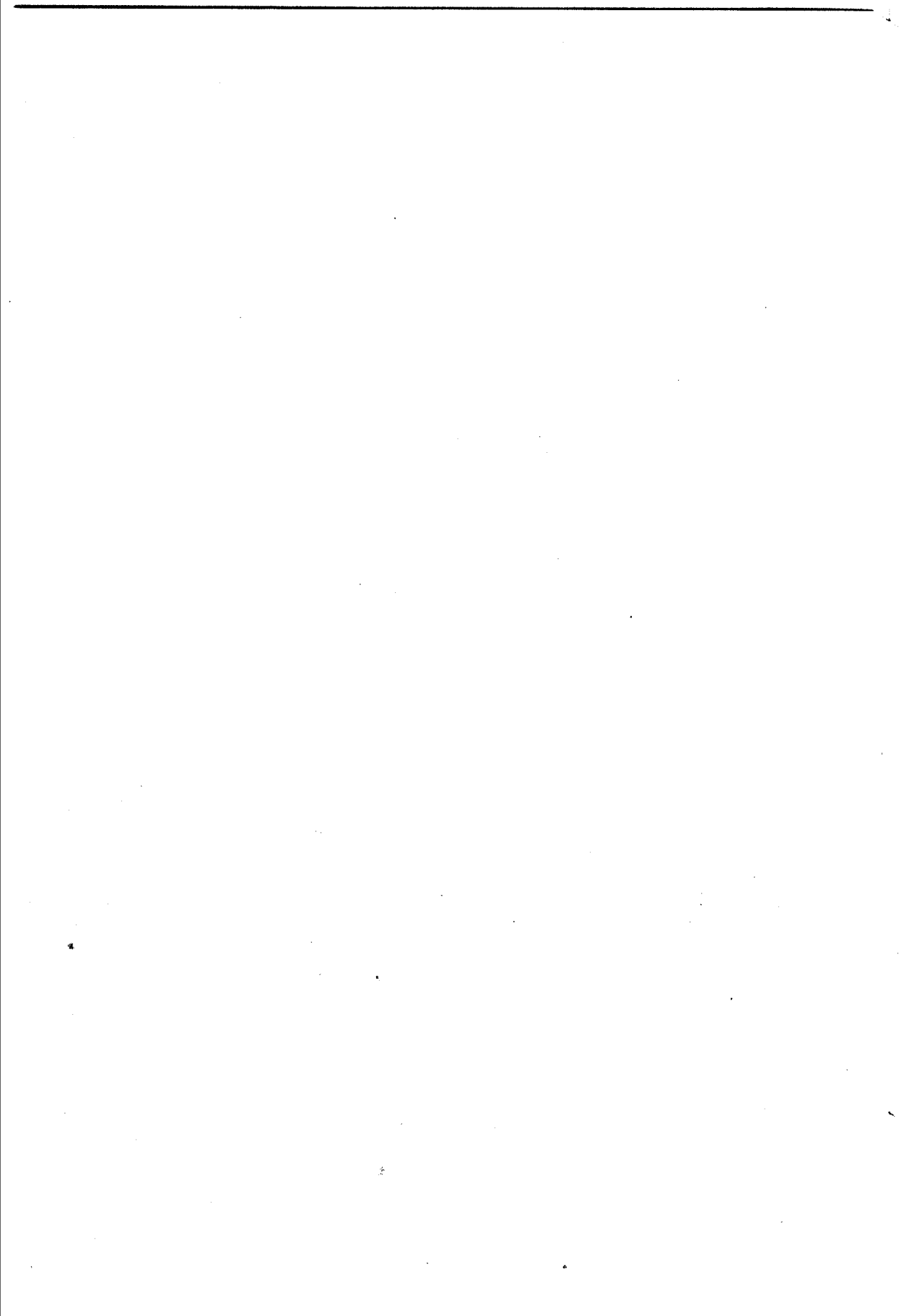
婚 姻 法

第一部分	概述	257
第二部分	客观题讲解	257

继 承 法

第一部分	概述	267
第二部分	客观题讲解	267

民法通则



第一部分 概述

《中华人民共和国民事诉讼法通则》(以下简称《民法通则》)及《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》(以下简称《民通意见》)在 2002—2006 年的司法考试中年均约考查 28 分,而 2006 年由于没有在卷四中考查,仅占到 16 分。民法理论博大精深,体系庞杂,各项制度之间关系密切,其在我国的基础立法就是《民法通则》及《民通意见》,涵盖民法的基本理论、制度和原则,相当于民法的总论,在十几年的司法考试中一直占据着重要的地位,在司法考试中的特点主要包括:

1. 难度有加大趋势。民法所占分值较大,往年的试题相对于刑法和行政法而言,难度偏低。但是,从 2005 年司法考试第三卷第 1 题开始,民法通则部分便吹响了加大难度的号角,给考生留下了深刻的印象。2006 年这一趋势更加明显,民法通则部分的命题无疑会顺着加大难度的方向坚定前行。

2. 理论加深。经过十余年的考查,民法通则具备可考性的知识点已经被重复考查了多遍,司法考试的命题还会这样“回锅炒”吗?如果不这样做,无疑就得在理论考查上寻找突破口,扩张理论宽度,挖掘理论深度肯定是以后命题的趋势所在。就 2006 年司法考试民法通则部分而言,第 1 题民事法律关系的判断、第 3 题企业法人对法定代表人的经营行为的责任、第 5 题代理权的行使、第 11 题的侵权责任构成、第 13 题的名誉权与新闻侵权等,全是考查无法从法条直接获得答案的理论内容,甚至还涉及对日常生活经验的判断。

3. 法条题重点转移。虽然理论题的数量在稳步增长,但作为司法考试,又不能不对法条题进行关注。在《民法通则》及《民通意见》已经“烤焦”的情况下,一方面,新出的法条理所当然地备受命题者青睐。这主要集中在《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《人身损害赔偿司法解释》)上,2006 年司法考试民法通则部分直接考查法条内容的纯粹法条题中,第 14 题安全保障义务就是对法条的直接考查;另一方面,是对多项法条的内容在同一题目中综合考查,例如 2006 年第 2 题撤销死亡宣告的法律效果,同时还考查了代位继承的性质问题,第 6 题考查诉讼时效的起算点、效力,同时考查了无履行期限时的宽限期问题。

此外,随着《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》)的颁布施行,预计今年对民事权利尤其是物权的考查将占有较大分值。当然,按照司考命题惯例,预计物权内容的考查难度不会太高,以考查法条和基本理论为主。

在学习本部分内容时,要注意:

1. 建构民法理论体系,把握民法独特理念。针对司法考试加大题目难度,强化理论深度的命题趋势,对民法通则的掌握停留在法条的娴熟记忆上是远远不够的。民法是市民法,以私权神圣、身份平等、意思自治、诚实信用为其独特理念和性格特征,民法关注私权利的价值关怀和强调交易安全的市民社会理念贯通在其每一个具体的制度当中,最终形成了自己的基本体系和框架。可以说,民法中任何具体制度后面都蕴含着丰富的价值基础和深厚的理论底蕴。考生准备司法考试就要做到知其然,更知其所以然,将法条、制度和理论融会贯通,以此为基石将自己对民法的理解体系化。可以说,深入地掌握民法的基础理论就仿佛练武者打通“任督二脉”,可以进入到学习的另一个境界,不仅对解决司法考试民法通则部分的题目有帮助,而且对解决在此基础上建立的整个民商事法律制度部分的题目也会得心应手、游刃有余。

2. 在关注《民法通则》及《民通意见》的基础上,对《物权法》、《人身损害赔偿解释》、《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《精神损害赔偿司法解释》)也应给予充分重视。这些法规可操作性强,范围广泛,和生活热点息息相关,因而有相当的可考性。

3. 在具体的应试准备上,除法条和理论外,还应重视历年真题的作用。历年真题对提示重点所在非常重要,而且通过演练历年真题,可以熟悉命题思路,答题对策,训练做题的感觉。有的模棱两可、难以抉择的题就是靠平时积累的这种宝贵的感觉“蒙”出来的。

第二部分 客观题讲解

一、民法基础理论

考点统计

考 点	2006 年	2005 年	2004 年	2003 年	2002 年
民事法律关系的成立	单 1				
民事合同法律关系		单 1			
形成权		多 1		多 1	
民事权利的性质			单 1		
民事权利的救济		单 1			单 1

司考真题

1. 下列哪种情形成立民事法律关系? (2006年卷三第1题—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

【知识点】 民事法律关系的成立

【命题思路】 本题考查考生对《民法通则》第2条的理解,考生不仅要注意民法的调整对象即民事法律关系主体的平等性,还要对法律对社会生活的调整范围有所把握。

【法条导读】 《民法通则》第2条确立了民法的调整对象,也明确了民事法律关系的范围。据此,有以下考点需要把握:(1)对于国家的行为所发生的关系,应当区别对待:为实现其社会管理或者公共管理目标进行的行为,即便涉及财产内容,如招商引资、悬赏通缉,也应当受公法调整;而作为普通民事主体行使国家所有权的行爲,则受民法调整,如出让自然资源、政府采购等。(2)对于国家机关及其工作人员的职务侵权行为,如果在侵害过程中涉及公权力的行使,则由国家赔偿法调整;不涉及行使公权力的,由民法调整。(3)企业承包合同、土地承包合同,严格地讲,合同双方并不处于平等地位,但其仍然属于私法自治的范畴,也受民法、合同法调整。(4)平等主体之间的人身和财产关系原则上受民法调整,但是情谊行为或者社交行为并不为法律所规制,自然也不受民法调整。

近年来,尤其是在物权法起草过程中,学界对公法、私法调整对象的争议又起波澜,预计民法调整对象问题在司法考试中也会被经常考查。

【答案】 C

【分析】 所谓民事法律关系是指民法所调整的社会关系。根据《民法通则》第2条的规定:“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。”对此,首先应当注意的是,民事法律关系是一种法律调整的关系,调整社会关系的规范多种多样,如法律规范、道德规范、纪律规范等。《民法通则》第2条所言的平等主体的自然人、法人和其他组织之间的人身关系和财产关系可能被民法所调整从而成为民事法律关系,但并非所有的平等主体之间的社会关系都应当得到法律的调整,其中不少社会关系应当通过其他规范来调整。通常认为因情谊行为或者说社交行为而引发的社会关系不受法律调整。据此,D项中只是甲乙之间的社交行为,乙对甲并不因邀请游泳而负有民事义务,故而不被民法调整,也不发生民事法律关系。当然,如果题目显示甲欠缺行为能力,则乙就负有安全保障义务。同理,男女之间的恋爱关系通常由道德调整,我国法律并不承认婚约的法律拘束力,故而B项也不发生民事法律关系。

只有平等主体之间的财产关系和人身关系才有可能为民法所调整。而 A 项中的双方只是对合同磋商事宜有所约定,并未据此发生合同关系或者说财产关系,故而不为民法调整。

在 C 项中,甲虽然不知乙不胜酒力,但其显然应当知道饮酒有害健康,故而其对乙健康权受到损害仍然是有过错的,应当承担相应的民事责任(侵权责任)。显然,C 项正确。

【常见错误】 陷阱——很多考生忽略了 A 项中双方只是就未来磋商合同有所约定,并未真正进入缔约过程,片面的误以为双方之间已经发生财产关系。

2. 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 年卷三第 22 题—单选)

- 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

【知识点】 民事合同法律关系

【命题思路】 本题要求考生能准确区分民事合同法律关系和社交关系、情谊关系。

【法条导读】 如果双方当事人成立委托合同,须注意《合同法》第 406 条第 1 款规定的有偿合同和无偿合同责任承担的不同:有偿的委托合同,因受托人的过错给委托人造成损失的,委托人可以要求赔偿损失。无偿的委托合同,因受托人的故意或者重大过失给委托人造成损失的,委托人可以要求赔偿损失。

【答案】 D

【分析】 根据《民法通则》第 2 条的规定:“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。”另根据《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)第 2 条第 1 款规定:“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。”故民事法律关系是由民法规范调整的、以权利义务为内容的人身关系和财产关系。本题中甲、乙关于乙在 A 站唤醒甲下车的约定属于社交关系和情谊关系,甲和乙并没有依该约定建立法律关系,使双方产生民事权利义务的意图,该约定不对双方产生法律上的约束力,只具有生活上的意义,不能产生法律上的义务和责任,故乙的行为不构成违约,甲无权请求乙承担责任,只能自己承担损失。因此,D 项正确,A、B、C 三项错误。

【常见错误】 陷阱——部分考生因为乙违反约定而认为乙应承担相应的违约责任,须注意,违约不一定承担违约责任,只有在违反民事合同时才承担违约责任。

3. 甲在乙经营的酒店进餐时饮酒过度,离去时拒付餐费,乙不知甲的身份和去向。甲酒醒后回酒店欲取回遗忘的外衣,乙以甲未付餐费为由拒绝交还。对乙的行为应如何定性?(2005 年卷三第 6 题—单选)

- A. 是行使同时履行抗辩权
B. 是行使不安抗辩权
C. 是自助行为
D. 是侵权行为

【知识点】 民事权利的救济

【命题思路】 本题综合考查同时履行抗辩权、不安抗辩权、自助行为和侵权行为,体现了司考命题一题多点以增加难度的趋势。

【法条导读】 合同法的三大抗辩权除同时履行抗辩权和不安抗辩权外,还有先履行抗辩权,是指当事人互负债务,有先后履行顺序的,有先履行义务的一方未履行债务或履行债务不符合约定的,后履行一方有权拒绝其相应的履行请求。

【答案】 C

【分析】 民事权利的救济方式包括公力救济和私力救济两种。公力救济是权利人通过行使诉权,诉请法院依民事诉讼和强制执行程序保护自己权利的措施。私力救济或自力救济是权利人依靠自己的力量强制他人以捍卫自己权利的行为,包括自卫行为和自助行为。自卫行为,即当民事权利受到侵害或有受到侵害的现实危险时,权利人采取必要的措施,以防止损害的发生或扩大,自卫行为有正当防卫和紧急避险两种形式。自助行为,即民事主体为了保护自己的权利,对他人的人身自由予以拘束或对他人财产予以扣押或毁损的行为。自助行为需具备四个要件:(1)为保护自己的权利;(2)情势紧迫来不及请求公力救济;(3)采取的手段适当;(4)事后及时请求有关国家机关处理。本题甲拒付餐费,属不履行债务的行为,且乙“不知甲的身份和去向”,情势紧迫来不及请求公力救济,为保证自己的债权而扣押甲遗忘的外衣,手段适当,属于自助行为;而且,在构成自助行为的情况下,乙的做法虽然存在过错且侵犯甲的所有权,但是其行为不具有违法性,故而不构成侵权。因此,C项正确,D项错误。

同时履行抗辩权,是指双务合同中无先为给付义务的当事人一方在他方未为对待给付以前,有权拒绝自己的履行。不安抗辩权,是指双务合同中在先履行的一方当事人,在对方财产于缔约后发生明显恶化,导致对方有可能难为对待给付之状况时,可以在对方未履行其给付义务或提供担保前,中止履行自己的给付。本题乙返还外衣的义务和甲支付餐费的义务并非一个合同中的对待给付义务。故乙的行为并非行使同时履行抗辩权或不安抗辩权。因此,A、B两项错误。

【常见错误】 陷阱——甲返回酒店取衣的情节设置让很多考生认为乙在甲拒付餐费离去后应请求公力救济,此时乙已无权自力救济,忽略了“乙不知甲的身份和去向”条件的含义。

4. 下列关于民事权利中的形成权的表述,哪些是正确的?(2005年卷三第58题—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

【知识点】 形成权

【命题思路】 形成权是民事权利中最重要的一种类型,多次考及,需深度掌握。

【法条导读】 除斥期间和诉讼时效的区别包括:(1)除斥期间一般适用于形成权,如追认权、同意权、撤销权等,特定情况下可适用于请求权;诉讼时效仅适用于请求权。(2)除斥期间届满后,消灭的是实体权利本身;诉讼时效期间届满后,实体权利仍然存在,但法院不予以公力救济。(3)除斥期间是不变期间,不可适用中断、中止和延长的规定。诉讼时效适用中断、中止和延长的规定。

【答案】 B、D

【分析】 形成权指权利人通过其单方的行为就可以使一定的民事法律关系发生变动的权利。形成权的主要作用是使权利人可以依其单方意思表示(构成单方法律行为),就可以使民事法律关系发生、变更、消灭。形成权既可以通过明示方式行使,又可以通过默示方式行使,如《合同法》第48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。相对人可以催告被代理人在一个月予以追认。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。”这里被代理人的追认权可通过默示方式行使,使原本效力待定的合同变为确定有效。因此, A项错误。

效力待定合同中相对人行使催告权并不能使民事法律关系发生变动,民事法律关系的变动与否取决于追认权人追认权的行使。因此,效力待定合同中相对人的催告权并非形成权, B项正确。

关于债权人的撤销权性质,观点不同。请求权说认为,债权人的撤销权为对于因债务人的行为而受利益的第三人直接请求返还的债权。形成权说认为,债权人的撤销权的效力在于,依债权人的意思而使债务人与第三人之间的法律行为溯及的消灭。折中说认为,撤销权兼具请求权和形成权的性质。出题人显然是持第一种观点而认为 C项错误。对于有争议的问题依一家之言而设置答案是有一定的可质疑性的。

形成权受除斥期间而非诉讼时效的限制,诉讼时效仅适用于请求权。因此, D项正确。

【常见错误】 陷阱——大多数的形成权是通过明示方式行使,这导致很多考生选择了 A项。

5. 下列关于民事权利的表述哪一个是错误的?(2004年卷三第1题—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

【知识点】 民事权利的性质

【命题思路】 民事权利的分类是司法考试中非常重要的考点。考生须注意民事权利的两种重要分类：(1)以民事权利的作用为标准，分支配权、形成权、请求权和抗辩权四种；(2)以民事权利的效力所及相对人的范围为标准，分为绝对权和相对权两种。本题考查考生对每种权利含义的清晰理解。

【法条导读】 《合同法》第99条第2款规定：“当事人主张抵销的，应当通知对方。通知自到达对方时生效。抵销不得附条件或者附期限。”此条是抵销权的形成权性质的体现。权利人单方面的行为即发生了法律效力。同时须记忆依此条的规定，抵销发生效力的时间是通知到达之时而非作出之时。

【答案】 D

【分析】 以权利的作用为依据，可以将民事权利分支配权、形成权、请求权和抗辩权四种。

形成权是指民事主体一方可以以自己的行为使民事法律关系发生变化的权利，根据我国《合同法》的规定，法定抵销权以通知方式行使，通知自到达对方时生效。此处所言的“生效”即是使双方债权在对等数额内消灭的效力，故而属于形成权，因此A正确，不应选。

支配权是指可以对标的物进行直接支配并排斥他人干涉的权利，而知识产权是支配受保护智力产品、商事标记以及商誉等并享受其利益的权利，属于支配权。因此，B项不当选。

请求权是指请求他人为或不为一定行为的权利，债权请求权是典型的请求权，债权的作用只是请求义务人为或不为一定行为，数个债权人可以同时请求债务人为同种行为而互不影响，故债权请求权不具有排他性。因此，C项也不当选。关于支配权和请求权，需要注意的是，各种民事权利中，只有债权是请求权，而其他权利均为支配权。

权利与义务具有统一性，所有民事权利包括支配权在内都存在对应义务，只不过支配权对应的义务人是不特定人。因此，D项错误，当选。

【常见错误】 陷阱①——不同权利之间的对应关系容易混淆，考生易简单地将支配权记忆为物权，将请求权记忆为债权，而难以将客体具有无形性的知识产权归入支配权。

陷阱②——支配权对应的是不作为的义务，而且对应的义务人是不特定的，使得考生从直观上易推出支配权不存在对应义务的结论，须把握权利与义务具有统一性的法理。

6. 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年卷三第34题—多选）