



国家司法考试 全真题库 分类详解 2002—2009

付英 王丰 著

最新权威 口碑最好

本书连续9年完美更新出版

最专业、老道的独门利器，葵花法律品质保障

试题全面 重点明确

囊括2002~2009年真题，高频考点全面归纳

用最短的时间掌握最重要的知识

事半功倍 减负增效

揭示考点、分解考点、突破考点

节省大量稀缺学习时间，增强自信，取得伟大成功

解析透彻 答案精准

与时俱进，依据最新法律法规逐题全面修订

详尽剖析命题题眼，指导解题技巧、破解命题规律



世界知识出版社



国家司法考试

全真题库分类详解

试卷三

付英 王丰 著



世界知识出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

葵花国家司法考试全真题库分类详解. 3 / 付英著

—北京: 世界知识出版社, 2010. 2

ISBN 978-7-5012-3742-5

I. ① 葵… II. ① 付… III. ① 法律工作者—资格考核

—中国—解题 IV. ① D92-44

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 027435 号

书 名: 葵花国家司法考试全真题库分类详解 (试卷三)

出版发行: 世界知识出版社

地 址: 北京市东城区干面胡同 51 号 (100010)

网 址: <http://www.wap1934.com>

经 销: 新华书店

印 刷: 北京东海印刷有限公司

开 本: 787×1092 毫米 1/16

印 张: 36. 5

字 数: 1350 千字

版 次: 2010 年 4 月第 1 版

印 次: 2010 年 4 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 978-7-5012-3742-5

定 价: 300.00 元 (全 4 卷)

如发现印装质量问题, 请与承印厂联系调换。

版权所有, 翻印必究; 未经许可, 不得转载!

目录

第I编 民法

第1章 民法概述	1	第一节 民事法律行为概述	39
第一节 民法的概念	1	第二节 民事法律行为的形式	41
第二节 民法的调整对象	1	第三节 民事法律行为的成立	42
第三节 民法与邻近法律部门的关系	1	第四节 民事法律行为的有效要件	42
第四节 民法的体系	1	第五节 无效民事行为	43
第五节 我国民法的渊源	1	第六节 可变更、可撤销的民事行为	43
第六节 民法的适用范围及适用规则	1	第七节 效力未定的民事行为	46
第七节 我国民法的基本原则	1	第八节 附款的民事法律行为	47
第八节 民事法律关系	2	第7章 代理	49
第2章 民事责任的一般问题	10	第一节 代理的概念和特征	49
第一节 民事责任概念和特征	10	第二节 代理的种类	49
第二节 民事责任的分类	10	第三节 代理权	49
第三节 民事责任与其他法律责任的关系	11	第四节 无权代理	50
第四节 民事责任的承担	11	第8章 诉讼时效和期间	54
第五节 民事责任的免除	17	第一节 时效制度概述	54
第3章 自然人	18	第二节 诉讼时效的期间	55
第一节 自然人的民事权利能力	18	第三节 期限	56
第二节 自然人的民事行为能力	19	第9章 物权概述	58
第三节 自然人的户籍和住所	19	第一节 物权的概念和效力	58
第四节 监护	19	第二节 物权的类型	58
第五节 宣告失踪与宣告死亡	22	第三节 物权的变动	58
第六节 个体工商户与农村承包经营户	29	第四节 物权的保护	67
第七节 个人合伙	29	第10章 所有权	68
第4章 法人	33	第一节 所有权概述	68
第一节 法人的概述	33	第二节 国家所有权、集体所有权、私人所有权与其他所有权	68
第二节 法人机关	33	第三节 业主的建筑物区分所有权	68
第三节 法人的分支机构	36	第四节 相邻关系	69
第四节 法人的民事能力	36	第五节 共有	70
第五节 法人的成立、变更、终止和登记	36	第六节 所有权取得的特别规定	73
第六节 联营	37	第11章 用益物权	81
第5章 物与有价证券	38	第一节 用益物权概述	81
第一节 物	38	第二节 土地承包经营权	81
第二节 货币和有价证券	38	第三节 建设用地使用权	81
第6章 民事法律行为	39	第四节 宅基地使用权	81
		第五节 地役权	81
		第12章 担保物权	84
		第一节 担保物权概述	84

	第二节 抵押权	84		第一节 合同的变更	144
	第三节 质权	91		第二节 合同的解除	144
	第四节 留置权	93	第23章 合同责任		146
	第五节 担保物权的竞合	94	第一节 缔约过失责任		146
第13章 占有		95	第二节 违约责任		148
	第一节 占有的概述	95	第24章 合同法分则		150
	第二节 占有的效力和保护	96	第一节 买卖合同		150
	第三节 占有的取得和消灭	96	第二节 供用电、水、气、热力合同		158
第14章 债权概述		97	第三节 赠与合同		159
	第一节 债的概念与要素	97	第四节 借款合同		161
	第二节 债的发生原因	97	第五节 租赁合同		163
	第三节 债的分类	100	第六节 融资租赁合同		167
第15章 债的履行		104	第七节 承揽合同		167
	第一节 债的履行概述	104	第八节 建设工程合同		171
	第二节 债的不履行与不当履行	105	第九节 运输合同		173
第16章 债的保全和担保		106	第十节 保管合同		177
	第一节 债的保全	106	第十一节 仓储合同		177
	第二节 债的担保	113	第十二节 委托合同		177
第17章 债的移转和消灭		122	第十三节 行纪合同		182
	第一节 债的移转	122	第十四节 居间合同		183
	第二节 债的消灭	123	第十五节 技术合同		183
第18章 合同概述		127	第25章 无因管理和不当得利之债		187
	第一节 合同的概念和特征	127	第一节 不当得利之债		187
	第二节 合同的分类	127	第二节 无因管理之债		188
第19章 合同的成立和效力		132	第26章 知识产权概述		192
	第一节 合同订立的概念和成立要件	132	第一节 知识产权		192
	第二节 要约	132	第二节 知识产权法		192
	第三节 承诺	133	第27章 著作权		194
	第四节 合同成立的时间地点与合同的效力	134	第一节 著作权概述		194
第20章 双务合同履行抗辩权		136	第二节 著作权的客体		194
	第一节 同时履行抗辩权	136	第三节 著作权的主体		196
	第二节 先履行抗辩权	137	第四节 著作权的内容		199
	第三节 不安抗辩权	138	第五节 著作权的限制		201
第21章 合同的内容与形式、解释		142	第六节 邻接权		207
	第一节 合同的内容与形式	142	第七节 著作权侵权行为		211
	第二节 合同解释	142	第八节 计算机软件著作权		214
第22章 合同的变更和解除		144	第28章 专利权		215
			第一节 专利权主体与客体		215
			第二节 授予专利权的条件		216

第三节	授予专利权的程序	216	第34章	遗赠和遗赠扶养协议	253
第四节	专利权的内容与限制	217	第一节	遗赠	253
第五节	专利权的保护	219	第二节	遗赠扶养协议	254
第29章	商标权	224	第35章	继承的开始与遗产的处理	257
第一节	商标概述	224	第一节	继承的开始	257
第二节	商标权的法律关系	225	第二节	遗产	257
第三节	商标权的取得	226	第三节	遗产的分割与被继承人 债务的清偿	258
第四节	商标权的消灭	227	第四节	无人继承又无人受遗赠的 遗产	259
第五节	注册商标专用权的保护	230	第36章	人身权	260
第30章	婚姻、家庭	235	第一节	人身权的一般问题	260
第一节	结婚	235	第二节	人格权	260
第二节	家庭关系	237	第三节	身份权	265
第三节	离婚	240	第四节	人身权的法律保护	266
第31章	继承权概述 (无)		第37章	侵权的民事责任	267
第32章	法定继承	246	第一节	侵权的民事责任概述	267
第一节	法定继承概述	246	第二节	侵权行为的归责原则	268
第二节	法定继承的范围和继承 顺序	246	第三节	侵权责任的抗辩事由	268
第三节	代位继承与转继承	247	第四节	一般侵权民事责任的构成 要件	268
第四节	法定继承的遗产分配	249	第五节	共同侵权行为	270
第33章	遗嘱继承	251	第六节	特殊侵权行为	271
第一节	遗嘱继承概述	251			
第二节	遗嘱	251			

第Ⅱ编 商法

第1章	公司法	282	第二节	个人独资企业的设立与 变更	337
第一节	公司法概述	282	第三节	个人独资企业的投资人及 事务管理	337
第二节	公司法的一般规定	287	第四节	个人独资企业的解散与清算	338
第三节	有限责任公司	299	第4章	外商投资企业法	341
第四节	股份有限公司	313	第一节	外商投资企业法概述	341
第2章	合伙企业法	323	第二节	中外合资经营企业法	341
第一节	合伙企业法概述	323	第三节	中外合作经营企业法	345
第二节	普通合伙企业	326	第四节	外资企业法	347
第三节	有限合伙企业	332	第5章	企业破产法	349
第四节	合伙企业的解散与清算	336	第一节	破产法概述	349
第五节	法律责任	336	第二节	破产案件的申请与受理	350
第3章	个人独资企业法	337			
第一节	个人独资企业概述	337			

第三节	破产管理人	351	第7章	证券法	374
第四节	债务人财产	353	第一节	证券法概述	374
第五节	破产费用与共益债务	357	第二节	证券发行	375
第六节	债权申报	357	第三节	证券交易	377
第七节	债权人会议	358	第四节	证券上市	380
第八节	重整程序	358	第五节	上市公司收购制度	381
第九节	和解程序	358	第六节	证券机构	382
第十节	破产清算程序	359	第七节	证券投资基金法律制度	384
第十一节	法律责任	361	第八节	违反证券法的法律责任	385
第6章	票据法	362	第8章	保险法	386
第一节	票据法概述	362	第一节	保险法概述	386
第二节	汇票	366	第二节	保险合同总论	389
第三节	本票	371	第三节	财产保险与人身保险	393
第四节	支票	371	第四节	保险业法律制度	398

第Ⅲ编 民事诉讼法

第1章	民事诉讼与民事诉讼法	399	第二节	当事人的类别	431
第一节	民事诉讼	399	第三节	共同诉讼	439
第二节	民事诉讼法	399	第四节	诉讼代表人	442
第2章	民事诉讼的基本原则与基本制度	401	第五节	第三人	443
第一节	基本原则	401	第6章	诉讼代理人	447
第二节	基本制度	404	第一节	诉讼代理人概述	447
第3章	主管与管辖	408	第二节	法定诉讼代理人	447
第一节	民事诉讼主管	408	第三节	指定诉讼代理人	447
第二节	管辖概述	408	第四节	委托诉讼代理人	447
第三节	级别管辖	410	第7章	民事证据	450
第四节	地域管辖	410	第一节	民事证据概述	450
第五节	裁定管辖	416	第二节	民事证据在理论上的分类	450
第六节	管辖权的异议	420	第三节	民事证据的种类	452
第4章	诉	423	第四节	举证责任的分配规则	454
第一节	诉的概念与特征	423	第五节	人民法院调查收集证据的范围	463
第二节	诉的要素	423	第六节	证据保全	463
第三节	诉的分类	424	第七节	证明的程序	463
第四节	反 诉	426	第8章	期间、送达	470
第五节	诉的合并与分离	428	第一节	期 间	470
第5章	当事人	429	第二节	送 达	471
第一节	当事人概述	429	第9章	法院调解	473
			第一节	法院调解概述	473

第二节	法院调解的程序	476	第二节	选民资格案件	517
第三节	调解书及调解的效力	477	第三节	宣告公民失踪和宣告公民死亡案件	517
第四节	各具体程序中的法院调解	478	第四节	认定公民无行为能力或者限制行为能力的程序	517
第10章	财产保全和先予执行	481	第五节	认定财产无主案件的程序	518
第一节	财产保全	481	第17章	审判监督程序	519
第二节	先予执行	484	第一节	审判监督程序概述	519
第11章	对妨害民事诉讼的强制措施	487	第二节	基于审判监督权提起的再审	520
第一节	对妨害民事诉讼的强制措施的概念	487	第三节	基于当事人诉权的申请再审	520
第二节	对妨害民事诉讼强制措施的种类和适用	487	第四节	基于检察监督权抗诉的再审	522
第12章	诉讼费用	488	第五节	再审案件的审判程序	524
第13章	普通程序	490	第18章	督促程序	527
第一节	普通程序概述	490	第一节	督促程序概述	527
第二节	起诉与受理、审理前的准备、开庭审理	490	第二节	申请支付令的程序	527
第三节	撤诉和缺席判决	495	第19章	公示催告程序	531
第四节	延期审理、诉讼中止和诉讼终结	497	第一节	公示催告程序概述	531
第五节	民事裁判	503	第二节	公示催告的程序	532
第14章	简易程序	506	第20章	执行程序	536
第一节	简易程序的概念和适用范围	506	第一节	执行程序概述	536
第二节	简易程序的特点	508	第二节	执行开始	543
第15章	第二审程序	510	第三节	执行的措施	548
第一节	第二审程序概述	510	第四节	执行中止和执行终结	549
第二节	上诉的提起、受理和撤回	510	第21章	涉外民事诉讼程序	551
第三节	上诉的审理	512	第一节	涉外民事诉讼程序概述	551
第四节	上诉案件的裁判	514	第二节	涉外民事诉讼管辖	551
第16章	特别程序	517	第三节	涉外民事诉讼中的送达、期间和财产保全	552
第一节	特别程序的特点和适用范围	517	第四节	司法协助	553

第Ⅳ编 仲裁法

第1章	仲裁与仲裁法概述	556	第2章	仲裁委员会和仲裁协会	(无)
第一节	仲裁概述	556	第3章	仲裁协议	558
第二节	仲裁法概述	557	第一节	仲裁协议概述	558

	第二节 仲裁协议的内容	558		第一节 申请撤销仲裁裁决的概念和特征	569
	第三节 仲裁协议的效力	559		第二节 申请撤销仲裁裁决的条件和理由	569
第4章	仲裁程序	562		第三节 法院对撤销仲裁裁决申请的处理及其法律后果	570
	第一节 仲裁当事人与代理人	562	第6章	仲裁裁决的执行与不予执行	571
	第二节 申请与受理	562		第一节 仲裁裁决的执行	571
	第三节 仲裁中的财产保全	562		第二节 仲裁裁决的不予执行	572
	第四节 仲裁庭的组成	562		第三节 仲裁裁决的中止执行、终结执行和恢复执行	576
	第五节 仲裁审理	562	第7章	涉外仲裁	(无)
	第六节 仲裁中的和解、调解、裁决及仲裁时效	563			
	第七节 简易程序	568			
第5章	申请撤销仲裁裁决	569			

第 I 编 民法

第 1 章 民法概述

民法分值分布

	民法通则	合同法	物权法	担保法	著作权法	商标法	专利法	婚姻法	继承法	总计
2009 年	20	39	10	3	8	2	1	4	5	92
2008 年（延考）	20	10	41	7	5	3	2	3	3	94
2008 年	38	14	12	12	5	3	4	4	3	95
2007 年	20	43	10	1	7	4	3	4	5	97
2006 年	11	39	5	4	7	3	1	4	4	78
2005 年	32	19	3	10	4	4	19	4	6	101
2004 年	36	54	3	6	3	1	9	3	3	118
2003 年	13	34	4	6	2	2	1	2	1	65
2002 年	20	42	4	5	4	1	1	1	2	80

第一节

民法的概念（无）

第二节

民法的调整对象（无）

第三节

民法与邻近法律部门的关系（无）

第四节

民法的体系（无）

第五节

我国民法的渊源（无）

第六节

民法的适用范围及适用规则（无）

第七节

我国民法的基本原则（无）

第八节

民事法律关系

1. 关于民事法律关系,下列哪一选项是正确的?() (2008年试卷三第1题,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

考点剖析: 本题考查民事法律关系的认定。

民事法律关系,是指由民法调整的,平等的民事主体之间基于特定的民事法律事实发生的,以民事权利和民事义务为内容的社会关系,包括人身关系和财产关系。只有得到民法的确认和保护、具有权利和义务内容的社会关系,才能被称为民事法律关系。也就是说,民事法律关系与其他社会关系的区别的核心内容在于,民事法律关系由民法规范调整,而且产生法律意义上的权利义务内容,如果不产生法律意义上的权利义务内容,则不为民事法律关系。

(1) 民事法律关系的主体,是民事法律关系中享受权利、承担义务的参与者。一般包括自然人、法人、非法人组织。在特殊情况下,国家也可以成为民事主体。

(2) 民事法律关系的客体,是指民事法律关系主体享有的民事权利和承担的民事义务所共同指向的对象。民事法律关系的客体主要有:物、行为、智力成果、非物质利益、有价证券、权利等。在不同的民事法律关系中,民事法律关系的客体也不相同。物权法律关系的客体是物;知识产权法律关系的客体是智力成果(无形财产);人身权法律关系的客体是人格利益或者身份利益;债权法律关系的客体是给付。给付,是指体现一定财产利益或者人身利益的债务人的行为,包括作为和不作为。

(3) 民事法律关系的内容,是指民事法律关系主体所享有的民事权利和所承担民事义务。民事法律关系的内容有的是由法律规定,如侵权赔偿关系;有的则是基于当事人之间的约定,如合同关系。

(4) 民事法律关系是随着特定的民事法律事实的发生而产生的。所谓民事法律事实是指能够引起民事法律关系发生、变更与消灭的客观事实。它包括两大类:一类是人的行为,根据行为人的意志是否需要明确对外表示,可以分为表意行为与非表意行为。所谓表意行为是指行为人通过意思表示,旨在设立、变更或消灭民事法律关系的行为;所谓非表意行为是指行为人主观上没有产生民事法律关系效果的意思表示,民事法律关系的内容由法律直接加以规定。另一类是不以人的意志为要件的客观事实,又分为事件和状态。

A项错误,民事法律关系是由民事法律事实所引起的,而民事法律事实中能够引起民事法律关系的事件和状态是不以人的意志为要件的客观事实,并不是由当事人自主决定。民事法律关系除了由当事人自主设立之外,还可能由当事人意志之外的事件所引起,如自然灾害、人的出生和死亡、时间的流逝等。例如:甲于某日生子乙,产生母子关系、抚养关系、肖像权关系等,这些法律关系都不是当事人自主设立的。

B项错误,民事法律关系的主体主要包括自然人和法人;国家在特殊情况下也可以成为民事法律关系的主体;个体工商户、农村承包经营户、个人合伙、独资企业等其他合法组织也可以成为民事法律关系的主体。

C项正确,民事法律关系的客体包括了行为,而行为又包括了作为和不作为。例如:债权的客体是行为,签订合同,使一方承担不作为的义务。

D项错误,民事法律关系中,由事件和状态以及非表意行为所引起的民事法律关系的内容,直接由法律规定;而由表意行为所引起的民事法律关系的内容,由双方当事人自由决定,这就是民法所贯彻的意思自治的原则。

参考答案: C。

2. 下列哪种情形成立民事法律关系?() (2006年试卷三第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

考点剖析: 本题考查民事法律关系的成立。

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。民事法律关系具有以下几个方面的特征:

(1) 民事法律关系是平等的法律主体之间的关系。该平等性一般表现为他们在民事法律活动中权利义务

的对等性。

(2) 民事法律关系是由民事法律规范所调整的社会关系。故没有民事法律规范,就不会有民事法律关系。民事法律关系依据民事法律规范所调整的范围,包括了平等主体之间的财产关系和人身关系。

(3) 民事法律关系是随着特定的民事法律事实的发生而产生的。民事法律事实是指能够引起民事法律关系发生、变更与消灭的客观事实。它包括两大类:一是人的行为;二是不以人的意志为要件的客观事实,又分为事件和状态。现实生活中的客观事实是千变万化的,并非所有的事实都能成为民事法律事实,只有那些能够产生、变更或消灭民事主体间的民事权利和民事义务的客观事实才能成为民事法律事实。

(4) 民事法律关系是以民事权利和民事义务为内容的社会关系。民事权利是主体为实现一定的利益,根据法律的规定,可为或不为一定行为的可能性。民事义务是指义务主体为了满足权利主体的需要,根据法律的有关规定,必须为一定行为或禁止为一定行为的约束性。在民事法律关系中,民事权利与民事义务既是相互对立的,又是互相依存的,一方主体享有的权利正是另一方承担的义务。没有民事权利义务,就没有民事法律关系。

A项不选,有同学认为“A项中甲乙之间的约定属于预约合同,甲乙双方因该合同而存在债权债务关系,故A项应选”,这种观点是错误的。预约合同是指当事人约定将来订立一定合同的合同,甲、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,故该约定不属于预约。

另外,民事法律关系是民事法律规范所调整的社会关系,没有民事法律规范的调整,社会关系就不会转化为民事法律关系。在我国,民事法律规范对当事人在合同领域的调整主要集中在两个阶段:①合同的订立阶段。其主要保护的是当事人的信赖利益。《合同法》第42条规定:“当事人在订立合同过程中有下列情形之一,给对方造成损失的,应当承担损害赔偿责任:(一)假借订立合同,恶意进行磋商;(二)故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况;(三)有其他违背诚实信用原则的行为。”②合同成立以后的履行阶段。其主要保护的是当事人的履行利益。《合同法》第107条规定:“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的,应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。”本题中,甲乙未涉及合同订立的具体事宜,也未发生《合同法》第42条所规定的情形,双方尚未进入到法律所调整的任何阶段,故甲乙之间没有形成民事法律关系。

B项不选,婚约在我国不具有法律效力,婚姻自由是婚姻法的基本原则,任何违反婚姻自由的约定都是无效的,对当事人没有法律拘束力,得不到法律的保护。B项中甲对乙的承诺不能产生权利义务关系(甲不负有跟乙结婚的义务,乙也并不享有请求跟甲结婚的权利),而民事法律关系是以民事权利和民事义务为内容的,没有民事权利义务,就不可能构成民事法律关系。故甲的承诺不能在甲乙之间形成民事法律关系。

有同学认为“B项构成附条件民事法律行为,故B项应选”,这种观点是错误的。根据民法基础理论,身份行为不得附条件。因身份行为附条件,就可能强制剥夺了人的意思自由。故即使乙考上研究生,甲乙二人都可以拒绝结婚,原因是所附条件无效。

C项应选,C项中甲的劝酒行为构成民事侵权,同时产生侵权损害赔偿的关系。对于侵权行为的认定和赔偿关系的确立,都是依赖于民法相关法律制度的规定。有同学认为“甲并不知情,不构成侵权行为,故甲乙之间不存在民事法律关系”,这种观点是错误的。

《民法通则》第106条第2款规定:“公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产,侵害他人财产、人身的应当承担民事责任。”根据生活常识,适量饮酒对身体并无伤害,但大量饮酒极有可能对饮酒者的健康造成损害,C项中甲应当预见饮酒过度会导致不良后果,但是仍“极力劝酒”致乙酒精中毒住院治疗,应认定其主观上具有过失,符合《民法通则》的规定,甲的行为构成侵权行为。乙享有向甲请求赔偿的权利,而甲负有赔偿乙损失的义务,故甲乙之间成立侵权民事法律关系。

D项不选,乙的行为就不可能构成侵权,乙没有向甲赔偿的义务,甲的家人也没有请求赔偿的权利,故甲乙之间不可能成立民事法律关系。因为:①乙只是邀请甲去游泳,两人是同事,故排除甲是未成年人,乙对甲的溺水死亡没有监管不力的过失;②乙对甲因游泳会抽筋溺水死亡在一般情况下无法预见,故对甲的死亡没有可预见性的过失;③乙邀请甲去游泳与甲抽筋溺水身亡之间也无必然的因果关系。

参考答案:C。

3. 甲被乙家的狗咬伤,要求乙赔偿医药费,乙认为甲被狗咬与自己无关拒绝赔偿。下列哪一选项是正确的?() (2009年试卷三第1题,单选)

- A. 甲乙之间的赔偿关系属于民法所调整的人身关系
C. 甲请求乙赔偿的权利适用诉讼时效

- B. 甲请求乙赔偿的权利属于绝对权
D. 乙拒绝赔偿是行使抗辩权

考点剖析: 本题考查民法调整对象与民事权利分类。

A项错误,甲被乙家的狗咬伤,要求乙赔偿医药费,甲乙之间形成了侵权损害赔偿的法律关系,属于债权的一种,故甲乙之间形成了财产流转关系,而非人身关系。相关知识如下:

民法调整对象包括人身关系和财产关系。《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。”

(1) 财产关系(即经济关系),是指人们在社会生活和生产中,因对财产的占有、支配、交换、分配而发生的社会关系。这里所指的财产,是指具有经济价值的有体物、智力成果和利益。

财产关系包括财产所有关系和财产流转关系。财产所有关系是指因直接占有、使用、收益、处分财产而发生的社会关系;财产流转关系是指因财产交换而发生的社会关系。财产所有关系往往是发生财产流转关系的前提条件,通常只有财产所有人才能对财产实施法律上的处分,与对方发生债的关系;而财产流转关系通常又是实现财产所有关系的方法,即财产所有人通过债的关系取得或行使财产的所有权。财产流转关系通常是有偿的,但也包括一些无偿的关系。例如:财产的借用关系、赠与关系等。

平等主体之间财产关系的特征:①双方当事人没有隶属关系,处于平等地位。②产生、变更和消灭是自愿的。③除继承、赠与等少数关系外,当事人之间在经济利益上是等价有偿的。④当事人的权利义务是对等的。⑤对当事人的权利和义务的保护是平等的。

(2) 人身关系,是指不具有直接的经济内容,基于人格和身份而产生的社会关系。例如:基于人的生命健康、姓名、肖像、荣誉、名誉等而发生的社会关系,这些社会关系在民法上则表现为生命健康权、姓名权、名誉权、荣誉权等。

人身关系可以分为以下两类:①政治性和隶属性的人身关系。有政治性的人身关系,如选举与被选举关系;有隶属性的人身关系,如国家机关局长与处长之间的关系等。这类关系均不由民法所调整。②不具有政治性和隶属性的平等主体之间的人身关系。如前所述的生命健康、姓名、肖像等人身关系,均不具有政治性和隶属性,这类关系由民法调整。

平等主体之间人身关系的特征:①主体地位平等。②人身权与权利主体的人身不能分离。③人身权没有直接的经济内容,不能用金钱来评价它的价值。④人身权与财产关系有着直接或者间接的联系,可以成为发生财产关系的前提。它的改变或者遭到侵犯,可能产生受害人在财产上遭受损失的后果,影响受害人的经济利益。⑤人身权不能转让、继承。

(3) 平等主体之间人身关系和财产关系的区别:①权利的性质不同。财产关系的主体通常可以转让自己的权利,而人身权关系的主体通常不能转让自己的权利。例如:荣誉权的权利人是不能把荣誉权转让给任何人的。例外情形如:法人、个体工商户的名称权可以转让。②保护方法不同。a. 财产关系受破坏时,主要以财产责任加以保障,通过返还原物、赔偿损失等民事责任的方式加以保护。b. 人身法律关系受破坏时,主要以非财产责任加以保障,主要通过恢复被侵害的权益的方式来加以保护。例如:对于侵害名誉权,主要靠恢复名誉、消除影响等责任方式保护权利人的利益,并不单纯用赔偿的方法来保护名誉权。

B项错误,民事权利是指受法律保障的、民事主体实现其民事利益的行为范围。根据权利人可以对抗的义务人的范围不同,可以将民事权利划分为绝对权与相对权。绝对权,是指义务人不确定,权利人无须通过义务人实施一定的积极协助行为即可实现,并可以对抗不特定人的权利。人身权、物权、知识产权、继承权等属于绝对权。相对权,是指义务人为特定人,权利人必须通过义务人积极地实施或不实施一定行为才能实现,只能对抗特定的人的权利。B项中,甲请求乙赔偿的权利,必须通过乙的行为才能实现,而且该权利只能对抗乙,是一种债权,故应属于相对权,而非绝对权。

C项正确,甲请求乙赔偿的权利为债权请求权,故应受到诉讼时效期间的限制。相关知识如下:

(1) 《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第1条规定:“当事人可以对债权请求权提出诉讼时效抗辩,但对下列债权请求权提出诉讼时效抗辩的,人民法院不予支持:(一)支付存款本金及利息请求权;(二)兑付国债、金融债券以及向不特定对象发行的企业债券本息请求权;(三)基于投资关系产生的缴付出资请求权;(四)其他依法不适用诉讼时效规定的债权请求权。”据此,债权请求权适用诉讼时效。

(2) 根据民事权利的作用不同,可以将民事权利划分为支配权、请求权、形成权、抗辩权。

①支配权,是指权利人可以直接支配权利客体,并排斥他人干涉的权利。具体包括两层含义:a. 权利人可以直接支配权利客体,以满足自己的利益需要,而不需要他人行为的介入。b. 权利人可禁止他人妨碍其支配,而具有排他性。物权是典型的支配权,知识产权、人格权也是支配权。

②请求权,是指权利人要求他人为特定行为(作为或不作为)的权利。也就是说,请求权的权利人不能对权利客体直接支配,必须通过义务人的作为或不作为,才能实现其权利。a. 请求权是基于基础权利而发

生的，有基础权利，才能有请求权。b. 请求权因基础权利的不同可分为：债权上的请求权、物权上的请求权、知识产权上的请求权、人格权上的请求权、身份权上的请求权等。

③形成权，是指权利人依自己一方的意思表示使民事法律关系发生、变更或消灭的权利。例如：法定代理人行使承认权，使被监护人的民事行为发生效力；再如：行使解除权而终止合同。属于形成权的主要有：承认权、选择权、撤销权、抵销权、解除权及继承权的抛弃权等。

传统民法理论认为，请求权要受到诉讼时效的限制，权利人超过诉讼时效期间行使权利的将丧失胜诉权；而形成权要受到除斥期间的限制，权利人超过除斥期间行使权利的将使实体权利发生灭失。

④抗辩权，是指对抗他人行使权利的权利，主要是针对请求权而言的，权利人通过抗辩权的行使，一是可以阻止请求权效力，二是可以使权利人能够拒绝向相对人履行义务。

根据抗辩权作用的不同，抗辩权又可分为永久性抗辩权和延期性抗辩权。a. 永久性抗辩权，是指权利人有永久阻止他人行使请求权的权利。例如：消灭时效届满后，债权人请求债务人履行债务时，债务人可提出消灭时效届满的抗辩，这种抗辩权可永久行使。b. 延期性抗辩权，是指权利人在一定时间、一定条件下可以提出抗辩，而不是永久可以抗辩。例如：同时履行抗辩权，是在一方未履行而请求他方先履行时，他方才有权提出抗辩。当一方已经履行而请求他方履行时，他方就无权抗辩。需注意：抗辩权的作用在于“对抗”、“反对”，阻止他人行使权利，但他人的权利并不因此而消灭。抗辩权的行使，以请求权存在并提出请求为前提。在未提出请求权的情况下，抗辩因无对象，抗辩权无从行使。在权利已经消灭的情况下，不适用抗辩权。

D项错误，D项涉及区分抗辩权与否认权。所谓否认权，是否认请求权存在的权利，它与抗辩权不同，抗辩权的功能在于“对抗”、“反对”，阻止他人行使权利，故抗辩权的行使以请求权的存在为前提；而否认权的功能在于否认请求权的存在，故它的行使不以请求权的存在为前提。本题中，乙认为甲被狗咬与自己无关故拒绝赔偿，乙否认的是甲请求权的存在，而不是对请求权的行使提出一种抗辩，故乙拒绝赔偿时行使的应为否认权，而非抗辩权。

参考答案：C。

4. 关于民事权利，下列哪一选项是正确的？(B) (2008年延考试卷三第1题，单选)

A. 抵销权属抗辩权 形成权

B. 权利的行使不都是事实行为 法律行为

C. 支配权的客体只能是物 X

D. 请求权基于基础权利受侵害而发生 侵权

考点剖析：本题考查民事权利的类型和性质。

A项错误，抵销权是形成权，不属于抗辩权。相关知识如下：

根据民事权利的效力特点为标准进行划分，民事权利可以分为支配权、请求权、形成权、抗辩权。

(1) 支配权是对权利客体进行直接的排他性支配并享受其利益的权利。人身权、物权、知识产权中财产权等属于支配权。

(2) 请求权是特定人得请求特定他人为一定行为或不为一定行为的权利。债权是典型的请求权，物权、人身权、知识产权虽为支配权，但在受侵害时，需要以请求权作为救济，故请求权在民事权利中的地位殊为重要。

(3) 形成权是依权利人单方意思表示就能使权利发生、变更或者消灭的权利。形成权的独特性在于只要有权利人一方的意思表示就足以使权利发生法律效力。撤销权、解除权、追认权、抵销权等都属形成权。

(4) 抗辩权是能够阻止请求权效力的权利。抗辩权主要是针对请求权的，通过行使抗辩权，一方面可以阻止请求权的效力，另一方面可以使权利人能够拒绝向相对人履行义务。合同中的同时履行抗辩权、不安抗辩权、先诉抗辩权等就是抗辩权。据此，抵销权属于形成权。

B项正确，权利的行使是指权利人依照权利的内容和范围实施必要的行为，以实现其利益的情形。权利的行使既可能是事实行为，如吃掉一盘菜是以事实行为行使处分权；也可能是法律行为如委托代理人行使起诉的权利。

C项错误，物权是典型的支配权，知识产权、人格权也是支配权。支配权的客体可能是人身、财产或智力成果。

D项错误，请求权又分为原权型请求权如债权和救济性请求权如损害赔偿请求权、返还原物请求权等。只有救济型请求权才是基于基础权利受侵害而发生。

参考答案：B。

5. 下列关于民事权利的表述哪一个是错误的？() (2004年试卷三第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

考点剖析：本题考查民事权利的种类。

B项表述正确，支配权是对权利客体进行直接的排他性支配并享受其利益的权利。除知识产权属于支配权外，人身权、物权也属于支配权。

D项表述错误，支配权对应的义务是不作为，消极地不侵犯即可。其行使不需要其他人积极义务的配合，但是需要其他人承担容忍以及不行使同样的支配行为的义务。

C项表述正确，请求权是特定人得请求特定他人为一定行为或不行为一定行为的权利。请求权人对权利客体不能直接支配，其权利的实有赖于义务人的协助，没有排他效力。债权是典型的请求权，故其不具有排他性。

A项表述正确，形成权是依权利人单方意思表示就能使权利发生、变更或者消灭的权利。形成权的特点就在于只要有权利人一方的意思表示就足以使权利发生法律效力。法定抵销权的行使正属于此种情形，即权利人向对方当事人作出此种意思表示即可发生抵销的法律效力，故此抵销权是一种形成权。

应当注意：抵销权作为形成权其实仅指法定抵销权而言，其要件是二人互负同种类且均已到期之债务，当事人方可行使抵销权，如果双方互负债务但标的物的种类或者品质不同，此时须经双方合意方可抵销，此即所谓合意抵销（即约定抵销）。《合同法》第100条规定：“当事人互负债务，标的物种类、品质不相同的，经双方协商一致，也可以抵销。”据此，合意抵销并非典型意义的形成权。另需掌握：

(1) 根据民事权利所体现利益的性质不同，可以将民事权利划分为财产权、人身权、知识产权、成员权。①财产权，是指以财产利益为内容的权利，如物权、债权、继承权等。财产利益，一般具有交换价值或使用价值，可以用货币计算其价值，并可以依法转让。需注意：没有交换价值和使用价值，但有精神利益或纪念意义的亲友的遗物、个人的照片、录音、信件等，也是财产权的客体。②人身权，是指以人身利益为内容，与权利人的人身不可分离的权利，包括人格权（如生命权、健康权、姓名权、肖像权、名誉权等）和身份权（如荣誉权、亲权等）。需注意：财产权可以在民事主体之间转让，也可以继承，而人身权一般不能转让和继承。③知识产权，是体现智力利益的权利，包括专利权、商标权、著作权、发明权、发现权等，它具有财产权和人身权的双重性质。④成员权，是指团体中的成员依其在团体中的地位而产生的权利，主要体现为表决权、事务执行权、监督权、盈利分配权、团体终止时的剩余财产分配权等内容。例如：股权就是典型的成员权。

(2) 根据民事权利的相互关系，可以将民事权利划分为主权利与从权利。①主权利，是指相互关联的两个以上的民事权利中，能够独立存在的权利。②从权利，是指不能独立存在而从属于主权利的权利。例如：为担保债权的实现而设立的担保物权（抵押权、质权、留置权）为从权利，被担保的债权为主权利。

(3) 根据民事权利与主体的关系，可将民事权利划分为专属权与非专属权。①专属权，是指专属于某特定民事主体的权利，例如：人格权、身份权均为专属权。专属权的性质决定专属权与主体不可分离、不得转让和继承，但也有例外，例如：企业的名称权可以转让。②非专属权，是指不属于某特定民事主体专有的权利，可以让与和继承。一般财产权多属非专属权，但矿藏、水流的所有权归国家，为专属权。

(4) 根据民事权利是否已经取得，可以将民事权利划分为既得权与期待权。①既得权，是指权利人已经取得而可以实现的权利。②期待权，是指将来有取得与实现的可能性的权利。也就是说，期待权是当事人尚未取得，必须在条件成立后才能取得的权利。例如：附期限的权利、附条件的权利、继承开始前法定继承人的权利、保险合同受益人的权利等。

(5) 根据权利的派生不同，可以将民事权利划分为原权利与救济权。①原权利，是民事法律关系中存在的权利，通常的民事权利皆为原权利。例如：基于有体物而发生的所有权，基于合同而发生的债权等。②救济权，是原权利受到侵害或有受到侵害的现实危险存在时发生的权利。救济权是基于原权利而派生的权利，其目的在于救济被侵害的原权利，其实质是权利受到侵害后权利人请求侵权行为人或不履行债务的人承担民事责任，包括诉权、自力救助权等。

参考答案：D。

6. 下列关于民事权利中的形成权的表述，哪些是正确的？*BeD* (2005年试卷三第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

考点剖析：本题考查形成权。

C项表述正确，具体分析如下：

(1) 有少数学者将民事权利划分为：变动权、支配权、请求权、抗辩权。又将变动权划分为形成权与可能权。此处的“形成权”，是指以当事人单方意思变动自己与他人之间法律关系的权利；此处的“可能权”，是指单方意思变动两个他人之间法律关系的权利。本题C项表述中债权人的撤销权是依债权人的单方意思变动债务人和第三人之间的法律关系，若依该观点，这种权利就应被归入可能权，而非形成权，故C项不选。

(2) 学术通说认为根据民事权利的作用不同，将民事权利划分为形成权、支配权、请求权、抗辩权。即不区分是变动自己与他人之间的法律关系，还是两个他人之间的法律关系，而统称为形成权。对形成权进行了如下分类：

①按是否须经过法院或仲裁机关，可以分为单纯形成权和形成诉权。a. 对于单纯形成权，行使人将意思通知相对人即可产生效力（形成法律关系）。b. 对于形成诉权，需经法院判决认可才能形成法律关系。法律将利害关系重大者规定为形成诉权。例如：《合同法》第54条的合同撤销权须经过法院或者仲裁机关，第74条规定的保全撤销权须经过法院（不能经过仲裁机关）。又如：《婚姻法》规定的离婚权也是形成诉权。据此，C项表述正确，应选。

也有观点认为应死扣形成权的定义“形成权，是指依照权利人单方的行为（意思表示）而使法律关系发生变动的权利”，从而认为因债权人如果行使撤销权，必须通过人民法院，借助人民法院，故债权人的撤销权从严格意义上说不是形成权。

还有观点认为“对于此债权人的撤销权的性质，理论界的通说是折中说，也即该撤销权既非请求权，也非形成权，是一种具有综合性质的权利。形成权说也与我国现行立法不符。”对这个观点，认为不妥，因为事实上，该观点并非学术通说。

②按法定还是意定，可以将形成权分为法定形成权和意定形成权。

a. 所谓法定形成权，如《合同法》第18条规定的撤销权、第47条规定的追认权、第94条规定的解除权、第99条规定的抵销权、第111条、第116条和第167条的选择权、第186条第1款规定的赠与任意撤销权、第230条规定的房屋承租人的优先购买权等。

b. 意定形成权中的“意”，是指当事人的意志、当事人的意思表示，“定”是指确定。如《合同法》第93条第2款规定：“当事人可以约定一方解除合同的条件。解除合同的条件成就时，解除权人可以解除合同。”这里，解除权人的解除权，为意定（合意确定）的形成权。如果约定了解约定金，也就是约定了当事人解除权，这个解除权是形成权。意定形成权除了合意创设之外，还有一方为对方创设的，如要约就给受要约人创设了一个形成权——承诺权。

(3) 对于形成权，我们还应当掌握以下相关知识：形成权是指依照权利人单方的行为（意思表示）而使法律关系发生变动（产生、变更、终止）的权利。①形成权是形成法律关系的权利。行使形成权，要通知相对人，但并不借助于相对人的意思表示，相对人不同意，不影响形成权行使所发生的效力。例如：a. 使民事法律关系发生，如法定代理人行使追认权，使被监护人的民事行为发生效力；b. 使民事法律关系变更，如行使选择权，使选择之债变成简单之债；c. 使民事法律关系消灭，如行使解除权而终止合同。属于形成权的主要有：追认权、选择权、撤销权、抵销权、解除权及继承权的抛弃权等。②形成权的特点有：a. 按一方意志就可以形成法律关系。b. 行使形成权的行为是单方法律行为。只要有权利人一方的意思表示就足以使权利发生法律效力。法定抵销权的行使正属于此种情形，即权利人向对方当事人作出此种意思表示即可发生抵销的法律效力。需注意：抵销权作为形成权其实仅指法定抵销权而言，其要件是二人互负同种类且均已到期之债务，当事人方可行使抵销权。如果双方互负债务但标的物的种类或者品质不同，此时须经双方合意方可抵销，此即所谓合意抵销（即约定抵销），根据《合同法》第100条的规定：“当事人互负债务，标的物种类、品质不相同的，经双方协商一致，也可以抵销。”据此，合意抵销并非典型意义的形成权。c. 行使形成权的行为不得撤销。d. 行使形成权不得附条件和附期限。

A项说法错误，形成权的行使方式包括明示方式与默示方式两种。前者如通知撤销、向法院请求撤销；后者如受遗赠人的默示可被推定为拒绝接受遗赠。

B项说法正确，效力待定合同中相对人的催告权是行使请求权的一种权能，是指效力未定民事行为的相对人在得知其与对方实施的民事行为有效力未定的事由后，将效力未定事由告知追认权人，并催告追认权人于法定期限内予以确认的权利，不能产生法律关系的变化，故不认为是形成权。

应当注意：形成权不同于请求权，请求权是请求相对人为特定的行为，形成权本身只是一个权限（一种可能性），形成权行使后，依据形成的法律关系，可以产生债权请求权或物权请求权。但这种请求权，已经不是形成权本身的内容。如同撤销权是形成权，当事人行使撤销权以后，合同之债消灭，当事人之间形成了法定之债。当事人可以依据《合同法》第58条的规定，要求返还财产、赔偿损失等，当事人的这种要求，

就是请求权的体现。

有关效力待定合同的相关知识应掌握如下：

(1) 效力待定合同（又称可追认的合同），是指合同订立后尚未生效，须权利人追认才能生效的合同。主要有：①限制民事行为能力人订立的与其年龄、智力、精神状况不相适应的合同（《合同法》第47条规定）；②无权代理订立的合同（《合同法》第48条规定）；③无处分权人订立的合同（《合同法》第51条规定）；④自己代理和双方代理订立的合同；⑤债权人同意欠缺的合同（《合同法》第84条规定）。以上合同效力未定，①是因为欠缺能力，②③④⑤是因为欠缺权利。

(2) 应当注意：相对人的撤销权与催告权都是相对人的权利。①两者的区别关键在于：对效力未定行为期待不同。相对人行使催告权，表示期待追认权人追认该行为，使其生效；而行使撤销权，则表明相对人不希望该行为生效。②相对人行使撤销权的法律要件是：a. 撤销的意思表示必须是在追认权人追认之前作出，追认权一旦行使，效力未定的行为已生效，相对人不得行使撤销权。b. 只有善意的相对人才可以作出撤销合同的行为。如果明知对方行为能力欠缺而为之，则不得享有撤销权。c. 相对人作出撤销的意思表示时，应当用通知的方式即明示的方式作出，任何默示的方式都不构成对此类合同的撤销。

D项表述正确，诉讼时效期间仅适用于请求权的行使问题，不适用于形成权，形成权受除斥期间的限制。《合同法解释（一）》第8条规定：“合同法第55条规定的‘1年’、第75条和第104第2款规定的‘5年’为不变期间，不适用诉讼时效中止、中断或者延长的规定。”

参考答案：BCD。

7. 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，多选）

- 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. 受遗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意思表示

考点剖析：本题考查形成权。

A项应选，《民法通则》第66条第1款规定：“没有代理权、超越代理权或者代理权终止后的行为，只有经过被代理人的追认，被代理人才承担民事责任。未经追认的行为，由行为人承担民事责任。本人知道他人以本人名义实施民事行为而不作否认表示的，视为同意。”《合同法》第48条规定了无权代理人订立合同的处理：“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1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。”据此，越权代理须经追认才溯及行为开始对本人生效，而追认权只需本人（被代理人）一方意思表示就足以使其发生法律效力，A项属于行使形成权的行为。

B项不选，《合同法》第47条规定：“限制民事行为能力人订立的合同，经法定代理人追认后，该合同有效，但纯获利益的合同或者与其年龄、智力、精神健康状况相适应而订立的合同，不必经法定代理人追认。”“相对人可以催告法定代理人在1个月内予以追认。法定代理人未作表示的，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。”据此，监护人对限制民事行为能力人纯获利益的合同追认与否并不影响该纯获利益的合同的效力，即限制民事行为能力人纯获利益的合同是无须追认的，故B项不属于行使形成权的行为。

C项应选，《继承法》第25条第2款规定：“受遗赠人应当在知道受遗赠后两个月内，作出接受或者放弃受遗赠的表示。到期没有表示的，视为放弃受遗赠。”通常沉默不得作为意思表示的方式，但法律另有规定，交易习惯允许或当事人另有约定的除外。据此，受遗赠人尽管未作受赠的意思表示，其实是受遗赠人以沉默的方式作出的意思表示，继承法赋予该沉默意思表示以法律效力，故属于行使形成权的行为。

D项应选，《合同法》第224条规定：“承租人经出租人同意，可以将租赁物转租给第三人。承租人转租的，承租人与出租人之间的租赁合同继续有效，第三人对租赁物造成损失的，承租人应当赔偿损失。承租人未经出租人同意转租的，出租人可以解除合同。”据此，《合同法》赋予出租人在承租人擅自转租情形下的单方解除权。该解除权属于形成权，无需承租人的同意，只需出租人的单方意思表示，即可发生解除合同的法律效果，故D项属于行使形成权的行为。

参考答案：ACD。