

国家统一司法考试参考用书

2012 年司法考试

重点、难点、疑点精解丛书

民法学卷

李仁玉 编著

紧扣司法考试大纲 浓缩司法考试内容
精解司法考试重点 剖析司法考试难点 解惑司法考试疑点
全由司法名家编著 集权威性 针对性 分析性于一体



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

2012 年司法考试 重点、难点、疑点精解丛书 民 法 学 卷

李仁玉 编著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

2012 年司法考试重点、难点、疑点精解丛书·民法学卷/李仁玉编著. —11 版. —北京: 北京大学出版社, 2012. 5

(司法考试重点、难点、疑点精解丛书)

ISBN 978-7-301-18687-9

I. ①2… II. ①李… III. ①法律工作者—资格考试—中国—自学参考资料②民法—法的理论—中国—法律工作者—资格考试—自学参考资料 IV. ①D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 048359 号

书 名: 2012 年司法考试重点、难点、疑点精解丛书·民法学卷

著作责任者: 李仁玉 编著

责任编辑: 陈 敦

标准书号: ISBN 978-7-301-18687-9/D·2821

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子信箱: wxy@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62758164 出版部 62754962

印 刷 者: 河北滦县鑫华书刊印刷厂

经 销 者: 新华书店

787 毫米×1092 毫米 16 开本 30.75 印张 767 千字

2003 年 3 月第 1 版 2012 年 5 月第 11 版 2012 年 5 月第 1 次印刷

定 价: 58.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话: (010)62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

2012 年修订版出版说明

本套丛书在 2003 年首版以来,得到了社会各界,特别是广大考生的充分肯定。在 2011 年司法考试成绩公布以后,许多考生电话、电传我社,认为这套丛书的出版对广大考生来说,是一福音。从前经过多年司法考试鏖战的考生,在阅读本套丛书之后,发现自己有顿悟之感,找到了破解司法考试之谜的方法,成功通过了 2011 年的司法考试。

为了答谢广大考生对本套丛书的厚爱,并帮助参加 2012 年司法考试的广大考生成功通过今年的司法考试,我社决定修订再版本套丛书。在本次修订再版过程中,丛书每部分卷仍由原权威作者担纲,以保证本套丛书的权威性。为了使广大考生,把握司法考试之脉搏,真正理解司法考试中的重点,解惑司法考试中的难点,领悟司法考试中的疑点,在修订再版时,增加了 2006 年至 2011 年司法考试真题分析的内容。依据 2012 年司法考试大纲的变化,以及近一年来我国现行法律法规的变化,各卷作者对重点、难点、疑点内容进行了增删和调整,对相关练习及其解答和分析也进行了相应的调整。

真心希望阅读和拥有本套丛书的考生,在 2012 年的司法考试中,围着幸运,拥着成功,伴着喜悦,并从此谱写人生的美丽诗篇!

北京大学出版社

2012 年 2 月

出版说明

李白诗云：蜀道难，难于上青天。凡参加过2002年全国司法考试的考生们无不感受了司法考试之难。全国36万考生，只有2.4万考生通过考试。而且，通过分数线仅为240分。全国民族自治地区和国家级贫困县的分数线仅为235分。许多考生奋斗数载，有的甚至从黑头发考到白头发，也未能通过考试，足见司法考试之难。

司法考试难在哪里？为什么许多考生皓首穷经，不能破解司法考试之谜？为什么有的考生能够一考中的，犹如囊中取物，从此平步青云？我们通过组织具有多年律考、司法考试教学经验的老师进行研讨发现，关键在于掌握司法考试中的重点、难点和疑点问题。司法考试涉及的法律条文，据不完全统计，近2万多条。司法考试涉及的学科涵盖法学14门核心课程。在浩瀚的法学知识海洋中，如果对司法考试的重点把握不准，对司法考试的难点无法破译，对司法考试的疑点缺少研究，自然就像漂泊在大海中的孤舟上的船翁，茫茫然不知所向，只能望洋兴叹。

为了落实依法治国的伟大方略，更为了帮助考生准确地把握司法考试中的重点、难点、疑点，直面考试并顺利通过考试，我们邀请了多年从事律考和司法考试命题、辅导、大纲编写和教材编写的具有丰富经验的教授们，编写《2003年司法考试重点、难点、疑点精解丛书》。丛书共分8卷，分别是宪法学·法理学与法制史学卷、刑法学卷、民法学卷、刑事诉讼法学卷、民事诉讼法学卷、商法学与经济法卷、行政法学·行政诉讼法学卷、国际公法学·国际私法学·国际经济法卷。

本套丛书具有以下特点：

1. 权威性。其表现在丛书各卷浓缩教材，解析重点，解惑难点，探讨疑点。各卷丛书的撰稿人均为资深教授，如刑法的阮齐林教授、宪法的焦洪昌教授、行政法与行政诉讼法的张树义教授、民法的李仁玉教授，其他教授因尊重本人意愿，在此不予列明。

2. 新颖性。本套丛书列出考试重点、考试难点、考试疑点，并通过例解的方式予以解答，使考生达到事半功倍的效果。

3. 准确性。在对重点、难点、疑点的分析中，不仅语言简洁，而且分析到位，以达到解惑之目的。

古人云：种瓜得瓜，种豆得豆。拥有和阅读本套丛书，领悟司法考试的精髓，播下成功的种子，必能结出胜利的果实！

北京大学出版社

2003年3月

2012 年修订版前言

在本书 2012 年修订版付梓之际,再次感谢广大考生对本书的认可和对本人的厚爱。本着真诚的原则,特对 2012 年修订版作以下说明:第一,全书删去了真题解析部分,增加了 2011 年的试题和解析,并将相关题目归入相应问题之中以利于考生对该问题的透彻把握;第二,在 2011 年版的基础上,在重点、难点、疑点部分根据一年来的法规变化和理论研究的变化进行了重大修改,增设了新的重点,变化了相关的例题,调整了相关的疑点和难点,删除了部分重点、难点、疑点和例题,修改部分共计 100 余处;第三,对全书的文字错误及表述不清晰的地方进行了校正。

祝广大考生在 2012 年好人好运,心想事成。

李仁玉

2012 年 3 月 15 日

民法学卷前言

民法学博大精深,源远流长。两千多年来,先贤圣哲之思考可谓字字珠玑。历史的风云变幻又使民法学理论犹如春天的山麓,百花争艳。现实生活的纷繁复杂更使民法现象眼花缭乱,目不暇接。对民法理论进行归纳,对民法法条进行分析,对民法现象进行解惑是一件十分困难的工作,非大智大贤者不能完成。

受北京大学出版社的盛情邀请,本人无奈接受《2003年司法考试重点、难点、疑点精解丛书——民法卷》的编写工作。编写一本合格的,对考生有帮助的司法考试解惑丛书,要求编者对司法考试的大纲进行认真研究,对司法考试必读的法律法规了然于胸,对法学理论有深入的研究和比较分析,对法律实务中的疑点、难点和热点有透彻的把握,对考试的重点有准确到位的思考,编写工作之难,犹如考生考试之难。本人深感智慧有限,虽然尽最大努力,总结多年来的教学经验,研究司法考试中的重点、难点、疑点,但也恐知识和能力所限,有失北京大学出版社之厚望,有失广大考生之期望。如果大家阅读本卷,能对2003年的司法考试有所裨益,本人幸哉!

民法卷力图涵盖司法考试中的民法的所有重点、难点和疑点问题。本卷重点问题共计289个,难点问题共计87个,疑点问题共计77个。采用例题493例。另外,本卷还编写了单项选择题100题,多项选择题100题,任意项选择题11题,案例分析题44题,并对所有的题目附有答案和分析。

本人应予特别声明的是,对社会上一些人妄言本人为中国民法第一人,本人深感惶恐。中国民法大师如云,台湾的史尚宽先生、郑玉波先生、施启扬先生、王泽鉴先生等可谓学富五车;内地的学者如江平先生、王家福先生、魏振瀛先生、赵中孚先生、杨振山先生、马俊驹先生、梁慧星先生、余能斌先生等在民法学领域均造诣深厚,成就非凡,本人作为后生难望前辈之项背;我的学长王利明先生、崔建远先生、郭明瑞先生、王卫国先生、龙翼飞先生、赵旭东先生等在民法学领域均为栋梁之材,实为本人学习之楷模;我的同辈如孙宪忠先生、徐国栋先生、钱明星先生、刘凯湘先生等均为青年才俊,其学识远超于本人。本人只是一普通的民法教员,在近几年的授课过程中能获得一些学生的肯定和欢迎,本人虽深感荣幸,也感有过誉之嫌。

在本书即将付梓之际,本人祝愿各位考生能心想事成,鸿运当头,一考中的。

李仁玉

2003年1月20日

目 录

上 编

第一部分 民法总论	(3)
一、重点问题分析	(3)
二、难点问题解惑	(48)
三、疑点问题探讨	(52)
第二部分 物权法	(58)
一、重点问题分析	(58)
二、难点问题解惑	(112)
三、疑点问题探讨	(117)
第三部分 债与合同	(118)
一、重点问题分析	(118)
二、难点问题解惑	(205)
三、疑点问题探讨	(220)
第四部分 知识产权	(227)
一、重点问题分析	(227)
二、难点问题解惑	(264)
三、疑点问题探讨	(270)
第五部分 婚姻、收养、继承	(272)
一、重点问题分析	(272)
二、难点问题解惑	(287)
三、疑点问题探讨	(290)
第六部分 人身权及侵权责任	(294)
一、重点问题分析	(294)
二、难点问题解惑	(336)
三、疑点问题探讨	(340)

下 编

第一部分 相关练习	(345)
-----------------	-------

一、单项选择题·····	(345)
二、多项选择题·····	(362)
三、不定项选择题·····	(380)
四、实例分析题·····	(397)
五、论述题·····	(414)
第二部分 答案及分析 ·····	(415)
一、单项选择题·····	(415)
二、多项选择题·····	(432)
三、不定项选择题·····	(450)
四、实例分析题·····	(467)
五、论述题(参考答案)·····	(482)

上 编

第一部分 民法总论

一、重点问题分析

1. 民法的调整对象。根据《民法通则》第2条规定,我国民法调整对象是平等主体之间的财产关系和人身关系。财产关系包括财产归属关系和财产流转关系,人身关系主要指人格关系和身份关系。非平等主体之间的财产关系和人身关系,民法不予调整。

【例1】 下列社会关系属于民法的调整对象的有()。

- A. 自然人甲因自建房屋而对该房屋形成的关系
- B. 自然人乙因收养子女而形成的关系
- C. 丙企业因向银行贷款而形成的关系
- D. 甲税务机关与自然人乙之间的税款征收关系

本题涉及民法的调整对象问题。只要明确了民法是调整平等主体之间的财产关系和人身关系这一精义,对本题的回答就十分有利。税务机关和自然人之间的税款征收关系非平等主体之间的财产关系和人身关系,故不为民法调整对象,其属于行政法调整对象。故本题应选ABC。

【例2】 甲、乙、丙于2000年8月各出资1万元买得一幅古画。约定由甲保管。10月A愿购买此画,甲即将画作价4.5万元卖给A。事后,甲告诉乙、丙。乙、丙要求分得卖画的款项,甲便分别给了乙、丙各1.5万元。A买到该画后,12月又将该画以5万元卖给B。二人还约定:买卖合同签订后A即将画交付给B,但A欲持此画参加展览,所以双方约定该画交付后如果半年内该展览未举行,则该画的所有权即转移给B。依此约定,A将画交付B,B亦先期支付价款4万元。2001年3月份B的朋友C以6万元的价格从B处买了此画,C买到之后将画送到装裱店装裱。由于C未按期付给装裱店费用,该画被装裱店留置。装裱店通知C应在30日内支付其应付的费用,但C仍未能按期交付。装裱店遂将画折价受偿。扣除了费用后,将其差额补偿给了C。C不同意装裱店的这一做法。后A因需要借款又于2001年2月将该画抵押给朋友D,D早就知A有此画。后来D在装裱店看到此画,进行调查才发现画已卖给B,而B于2001年4月份因遇车祸不幸身亡,其财产已由其妻与其子继承,遂找A说理。A得知后找到C,要求C或者返还该幅画,或者支付B尚未支付的1万元价款。

本案有哪些主要的民事法律关系?

本案涉及的主要民事法律关系是:1. 甲、乙、丙的共有关系;2. 甲、乙、丙与A的买卖关系;3. A与B的买卖关系;4. B与C的买卖关系;5. C与装裱店间承揽关系和留置关系;6. A与D间的抵押关系、借贷关系;7. B死亡之后的财产继承关系;8. A与B之妻及其子的1万元价款清偿关系。

【例3】 甲、乙毗邻而居,乙得病需钱治疗,甲便给乙送去3000元,并对乙说:“你先用着,以后再说。”乙接收,并表示谢意。三年以后,甲、乙因口角闹翻,甲要求乙返还3000元,乙拒

绝。双方为此发生纠纷。现问,下列表述哪些是不正确的?()

- A. 甲与乙之间构成不当得利关系
- B. 甲与乙关系构成赠与关系
- C. 甲与乙之间构成借贷关系
- D. 甲与乙之间构成借贷关系,但甲因时效而丧失请示法院强制乙返还借款的权利

本题涉及对民事法律关系的理解问题。不当得利是指法律上的根据使他人受损而取得的利益。因不当得利而发生的债权债务关系为不当得利关系。赠与关系是因赠与合同而形成的赠与人和受赠人之间的法律关系。赠与因属无偿行为,要求赠与人有明确的意思表示,否则不能视为赠与。借贷关系是出借人和借款人之间因借款合同而形成的法律关系。本题中的核心问题是甲给乙送去3000元,并对乙说:“你先用着,以后再说”,应如何解释的问题。对此,存在两种解释:一种是赠与,另一种是借贷。因甲未明确表明该款是赠送给乙的,因此,不能推定甲与乙之间形成赠与关系。既然甲与乙之间不存在赠与关系,根据中国人的语言具有含蓄性特点,则可认定甲与乙之间形成借贷关系。甲与乙之间构成借贷关系是否因过3年而因时效丧失胜诉权,因甲与乙未约定还款期限,对于未约定还款期限的,自债权人要求债务人履行的合理期限届满才开始时效计算,故未经过时效期间。故本题正确选项为ABD。

【例4】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?()

- A. 甲乙之间的赔偿关系属于民法所调整的人身关系
- B. 甲请求乙赔偿的权利属于绝对权
- C. 甲请求乙赔偿的权利适用诉讼时效
- D. 乙拒绝赔偿是行使抗辩权

本题考查了民法的调整对象和民事权利的问题。本题中甲被乙的狗咬伤应当说侵害了甲的人身权,但是题中所问是甲要求乙赔偿医药费,这就形成了财产关系,而非人身关系,故A选项错误。甲请求乙赔偿是一种债权请求权,债权请求权属于相对权而非绝对权,故B选项错误。乙拒绝赔偿无抗辩事由,故不是行使抗辩权的行为,而属于不履行债务的行为,故D选项错误。甲与乙之间是一种债权请求权关系且不属于不适用诉讼时效的债权请求权,故C选项正确。本题选项为C。

2. 民法的基本原则。民法的基本原则是指民事立法、民事司法和民事活动的基本准则,包括平等原则、自愿原则、公平原则、诚实信用原则和禁止权利滥用原则。

【例5】2000年5月4日傍晚,刘某约几个客户到樱花咖啡厅,进入大堂后,樱花咖啡厅的服务员用日文询问,当知道刘某及其客户为中国人时,服务员告知刘某:“本咖啡厅不接待中国人,只接待日本人。”并以店堂告示为凭,拒绝刘某与其客户入座。刘某十分恼怒与其质问并发生冲突,引起纠纷。咖啡厅的行为违反了民法哪一项基本原则?

本题涉及对民法平等原则的理解问题。本案中,樱花咖啡厅为一经营主体,其所从事的行为为民事行为,其在民事活动中应遵循平等原则,其以国籍为标准拒绝接待中国人,只接待日本人的行为构成了国籍歧视,违反了民法的平等原则。

【例6】甲知其新房屋南面邻地将建一高层楼房,佯装不知,将房屋售与乙。半年后,南面高楼建成,乙的房屋受不到阳光照射。此例中,甲违反了民法的哪一项原则?()

- A. 平等原则
B. 自愿原则
C. 公平原则
D. 诚实信用原则

本题涉及对民法基本原则的理解问题。甲知其新房屋南面邻地将建一高层楼房,佯装不知,存在不履行本应告知的义务,故违反诚实信用原则,而非其他原则。故选 D。

【例 7】 下列各项中,违反民法自愿原则的有()。

- A. 赵某在服装市场上询问一件衣服的价格之后,摊主强要其购买的行为
B. 钱某与孙某自愿达成的移转抵押物占有的抵押合同不能产生抵押权设定的法律效果
C. 李某申请安装电话被要求在一份已经拟好的格式合同上签字
D. 周某(老烟民,熟知烟的价格)花 10 元钱从小贩吴某的手中购得红塔山香烟一条,经查,该烟为假烟

本题 A 选项违反了自愿原则。本题 B 选项未违反自愿原则,只是当事人达成的在转移抵押物占有的合意不生物权法上的效力问题。本题 C 选项属格式合同问题,不存在违背自愿原则的问题。本题 D 选项是知假买假的问题,不存在违反自愿原则,但该行为因违反法律的强制性规定而无效。

【例 8】 张某购买一套商品房,该房共有两间浴室,最大一间面积为 10 平方米,现张某拟在该浴室内安装一个特大的浴缸,该浴缸占地面积为 8.6 平方米,开口面积为 9.8 平方米,装满水后重量达到 4 吨左右。经检测,该浴缸的安装将危及该楼的安全。请问,张某的行为违反了民法中的哪一项基本原则?()

- A. 公平原则
B. 平等原则
C. 禁止权利滥用原则
D. 自愿原则

本题涉及对民法禁止权利滥用原则的理解问题。张某对其所购买的商品房享有房屋所有权,但该所有权的行使应当不违反社会公共利益,不损害他人利益,否则即构成权利滥用。本题中,张某所拟安装的浴缸将危及整栋大楼的安全,属于滥用其权利的行为。

3. 民事法律关系。民事法律关系是指基于民事法律事实,由民法规范调整而形成的民事权利义务关系,其主体是指自然人、法人和其他组织,在特殊情况下国家也作为民事法律关系的主体,如发行国库券等;其客体主要有四类,即物、行为、智力成果和人身利益;其内容是指民事主体享有的民事权利和负有的民事义务,民事权利和民事义务有些是由民事法律规范直接规定的,有些是在法定范围内由当事人协商决定的。在司法考试中,应特别注意民事法律关系和其他社会关系的区别,如道德关系;同时应注意民事法律关系与其他法律关系的区别,如行政法律关系、诉讼法律关系等。

【例 9】 下列社会关系中,属于民事法律关系的是()。

- A. 甲因诉讼而与法院之间形成的关系
B. 乙单位因征地而与某村之间形成的关系
C. 丙因存款而与银行之间形成的关系
D. 丁因加入九三学社而与该组织之间形成的关系

本题涉及对民事法律关系的认定问题。甲因诉讼而与法院之间形成的关系为诉讼法律关系,该关系不由民法调整,而由诉讼法调整。乙单位因征地而形成的关系为行政法律关系。丙因存款而与银行之间形成的关系为平等主体之间的财产法律关系,属于民法调整。丁因加入党派形成党团关系,不为民事法律关系。故本题正确选项为 C。

【例 10】 下列哪种情形成立民事法律关系？（ ）

- 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

本题涉及民事法律关系的理解问题。民事法律关系是指由民事法律规范调整的社会关系。民事法律关系与礼仪关系或道义关系不同，后者属于道德范畴，不为法律关系。区分二者的关键在于是否产生民事法律后果。本题 A 选项中，虽然甲与乙约定某日商谈合作开发房地产事宜，但具体的合作事宜尚未明确，双方之间并不产生具有法律意义的关系，故不为民事法律关系。本题 B 选项中，甲对与乙结婚附乙考上研究生的条件，其对婚姻行为附条件违反社会公共利益，故其条件无效，甲与乙之间并未产生具有法律意义的关系。本题 C 选项中，虽然甲不知乙不胜酒力，但其作为正常人，应当知道过度饮酒会损害饮酒人的身体健康，其极力劝酒的行为存在主观上的过错，该行为与乙酒精中毒的损害后果之间存在因果关系，甲应对乙负过错赔偿责任，甲、乙之间形成损害赔偿的法律关系。本题 D 选项中，乙在水库中游泳因抽筋溺水身亡系因自身原因而遭受损害，与乙邀请一同前往游泳的行为之间没有因果关系，乙邀请同事一同游泳也属于礼仪关系，故双方当事人之间不产生民事法律关系。故本题答案为 C。

【例 11】 关于民事法律关系，下列哪一选项是正确的？（ ）

- 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

本题是关于民事法律关系的理论表述题。A 选项表述错误，因为民事法律关系主要是由当事人自主设立的，当事人自主设立的民事法律关系可表现为合同关系、物权关系、知识产权关系和部分身份权关系，除当事人自主设立以外，民事法律关系还可通过事实行为、行政行为、法院判决等形成。B 选项表述错误，民事法律关系的主体主要是自然人和法人，在特殊情况下，国家也可成为民事法律关系主体。C 选项表述正确，民事法律关系的客体包括物、行为、智力成果、权利和利益，行为当然包括作为和不作为。D 选项表述错误，民事法律关系的内容既可以由当事人约定，也可以由法律规定，甚至可能通过习惯确立。本题选项为 C。

4. 支配权与请求权。支配权是指权利人可以直接支配权利标的，具有排他性的权利。物权是典型的支配权，知识产权、人格权也是支配权。请求权是权利人请求他人为特定行为的权利。请求权是基于基础权利发生的，没有基础权利就没有请求权。债权请求权是典型的独立的请求权。

【例 12】 关于民事权利，下列哪些选项是正确的？（ ）

- 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

本题涉及民事权利的性质问题。A 选项中,乙对甲享有的还款权利为债权请求权,债权请求权具有相容性,不具有排他性。排他性是物权的特征。B 选项,丙与丁公司的协议属于地役权协议,地役权属于物权,物权具有支配性。C 选项中,一般保证人对债权人享有先诉抗辩权,先诉抗辩权属于抗辩权的一种。D 选项中,债权人撤销债务人与第三人赠与合同的权利属于形成权,形成权当然不受诉讼时效的限制,而受除斥期间的限制。故本题选项为 ABCD。

5. 形成权。形成权是指当事人一方可以自己单方的意思表示使法律关系发生变动的权利。形成权包括财产法上的形成权和身份法上的形成权。财产法上的形成权又分为两类:一是债权性形成权,此种形成权依附于债权而产生,并与债权不可分离,主要包括撤销权、撤回权、追认权、解除权、终止权、选择权、抵销权、免除权、买回权、减价请求权、租金减少请求权等;二是物权性形成权,此种形成权是依附于物权而产生,并与物权不可分离的,主要包括撤销权、所有权的抛弃、其他物权的抛弃、共有物分割请求权、典物回赎权等。身份法上的形成权主要是基于身份关系而产生的,主要包括婚约撤销权、解除婚约权、婚姻撤销权、离婚请求权、子女认领权、撤销收养、监护资格辞去权、遗嘱撤回权、继承人或受遗赠人对继承权或受遗赠权的抛弃、遗产分割权。

形成权应如何行使,一般而言,以当事人单方的意思表示就可以发生效力。如法定代理人的追认权、选择之债中的选择权、抵销权、合同解除权等。但是,有些形成权必须通过向法院提起诉讼,经过法院的判决,才能发生变动的法律效果,这种形成权又称为形成诉权,如债权人撤销权、离婚请求权、婚姻撤销权等。

【例 13】下列选项中,权利人行使形成权的有()。

- A. 甲向人民法院请求与乙离婚
- B. 丙请求乙返还其借用的财产
- C. 丁请求丙履行合同义务
- D. 戊依法抵销与丁之债务

本题涉及对形成权的辨认问题。AD 选项为行使形成权的行为,B 选项为请求物权请求权的行为,C 选项为行使债权请求权的行为。

6. 抗辩权。抗辩权属于防御性权利。我国法律上规定的抗辩权有先诉抗辩权、同时履行抗辩权、不安抗辩权、先履行抗辩权。抗辩权以请求权为前提,没有请求权或请求权消灭,则无抗辩权。抗辩权的作用是预防损失。抗辩权的功能是阻却请求权,而不是消灭请求权。抗辩权可区分为永久性抗辩权和延期性抗辩权。抗辩权不适用诉讼时效和除斥期间。诉讼时效已过为永久性抗辩权的理由,但除斥期间已过不是抗辩理由。

【例 14】双务合同当事人享有的同时履行抗辩权()。

- A. 只为永久性抗辩权,不为延期性抗辩权
- B. 只为延期性抗辩权,不为永久性抗辩权
- C. 既为永久性抗辩权,又为延期性抗辩权
- D. 或为永久性抗辩权,或为延期性抗辩权

本题涉及同时履行抗辩权的性质问题。抗辩权可分为永久性抗辩权和延期性抗辩权。永久性抗辩权是指权利人永久阻止他人行使请求权的权利,如诉讼时效届满后债权人请求债务人履行,债务人可提出诉讼时效届满的抗辩,这种抗辩可永久行使;延期性抗辩权是指权利人在一定时间、一定条件下可以提起的抗辩权,同时履行抗辩权属于延期性抗辩权,如果对方履

行或提供担保,该抗辩权即消灭。故本题答案为 B。

【例 15】 甲公司与乙公司签订了一份钢材买卖合同,合同约定甲交付的钢材,经验收合格后,乙立即付款。甲依约交付钢材,乙验收发现钢材含硫量、含碳量严重超标,根本不能使用。于是,乙拒收货物,拒付货款。乙公司因急用,只好从丙公司处高价购进同类钢材,为此甲、乙公司引起纠纷。在此案中,乙公司的权利及其行使表述正确的有()。

- A. 可行使抗辩权
- B. 可行使解除权
- C. 可行使违约责任请求权
- D. 三种权利可并用

本题涉及抗辩权、解除权和违约责任请求权的适用问题。本案中,甲公司与乙公司约定先交钢材、后付款。甲公司交付的钢材不符合合同要求,根本不能使用,其行为构成根本违约。根据《合同法》第 107 条的规定,乙公司可行使违约责任请求权。由于该违约行为属于根本违约,根据《合同法》第 94 条的规定,乙公司可行使合同解除权。当然根据《合同法》第 67 条的规定,乙公司可行使顺序履行抗辩权或先履行抗辩权。对于这三种权利,从性质上加以分析,抗辩权的功能是预防损失;请求权的功能是弥补损失;解除权的功能是终止合同关系。故这三种权利不存在选择适用的问题,可以并用。本题选项为 ABCD。

7. 绝对权与相对权。绝对权是指无须义务人实施一定的行为即可以实现并可以对抗不特定人的权利,人身权、物权、知识产权、继承权均属绝对权,绝对权又称对世权。相对权是指必须通过义务人实施一定的行为才能实现,只能对抗特定人的权利,债权为相对权,又称对人权。

8. 专属权和非专属权。专属权是指专属于特定民事主体的权利,人格权、身份权为专属权,专属权一般不得让与和继承,但也有例外,如企业名称权;非专属权是指不属于特定民事主体专有的权利,非专属权可以让与和继承,财产权通常为非专属权,但也有专属权,如矿藏所有权只能属于国家。

9. 既得权和期待权。既得权是指权利人已经取得可以实现的权利;期待权是指将来有取得与实现的可能性的权利,例如,附期限的权利、附条件的权利、法定继承开始前继承人的权利、保险合同的受益人的权利等。

10. 民事权利的保护。民事权利的保护分为公力救济和私力救济。私力救济包括自卫行为和自助行为。自卫行为如正当防卫、紧急避险,自助行为是指来不及请求公力救济的请求的紧急情形下,对他人财产进行扣押或者对他人人身自由进行约束的行为。特别注意:自助行为必须在紧急情况下才能实施,自助行为不得针对他人的健康和生命。

【例 16】 以下哪种行为属于自力救济的范畴?()

- A. 甲请求乙履行到期债务
- B. 某日甲于某餐厅就餐后以餐厅环境太差为由转身就走拒不付款,餐厅为此指使保安限制了甲的人身自由
- C. 甲趁乙不在的时候将乙家的玻璃砸碎,乙得知后也到甲家中将其同样规格型号的玻璃砸碎
- D. 搜酷停车场和品茗茶馆为业务关系密切的相邻法人,一日甲将车停在搜酷停车场后去品茗茶馆消费,忘带钱包证件,取车时搜酷停车场将甲的车先进行留置

本题涉及自力救济的理解问题。本题中,A 选项属于自主行使权利的行为而非自助行为。