

历届真题精选

民法

——本单元《相关真题》选自北京大学出版社之《司考真题多维讲解》

知识点：债的保全

债的保全，是指法律为防止债务人的财产不当减少给债权人的债权实现带来危害，允许债权人代债务人之位向第三人行使债务人的权利，或者请求法院撤销债务人与第三人的法律行为的制度。其中，债权人代债务人之位向第三人行使债务人的权利，称为代位权；债权人请求法院撤销债务人与第三人的法律行为的权利，称为撤销权。依债的一般原理，债权为相对权，债权人只能请求债务人履行，债权人不能直接支配债务人的财产，更不能干预债务人与第三人的法律关系。债的保全制度，虽然通过债的效力的扩张实现了法律的公平正义，但是也突破了债权相对性这一基本原理，称为债权相对性的例外，因此这一制度自身便具有一定特殊性，很容易得到出题者的青睐。

此外，虽然合同法本身对这一制度之规定了三个条文（第 73、74、75 条），但是最高人民法院颁布的合同法解释对该制度进行了极大地丰富，用 16 个条文（该解释本身一共才 30 条）对代位权和撤销权的行使条件、行使规则和法律后果进行了具体明确的规定，这些规定使债的保全的可考性大为增强；况且这些规定中既有民法的实体内容又有民事诉讼法的程序性内容，可以同时考察两个学科；因此，近几年的司法考试中每年都有关于这一制度的试题，从未遗漏。

《相关真题》

一、甲企业借给乙企业 20 万元，期满未还。丙欠乙 20 万元货款也已到期，乙曾向丙发出催收通知书。乙、丙之间的供货合同约定，若因合同履行发生争议，由 Y 仲裁委员会仲裁。下列哪些选项是错误的？（2006 年卷三第 54 题—多选）

- A. 甲对丙的 20 万元债权不合法，故甲不能行使债权人代位权
- B. 乙曾向丙发出债务催收通知书，故甲不能行使债权人代位权
- C. 甲应以乙为被告、丙为第三人提起代位权诉讼
- D. 乙、丙约定的仲裁条款不影响甲对丙提起代位权诉讼

【知 识 点】 代位权的构成与行使

【命题思路】 从代位权的构成入手，综合考查代位权的行使以及合同相对性。

【法条导读】 《合同法解释(一)》对代位权和撤销权进行了比较具体的规定，有些内容与《合同法》的字面含义并不一致，在学习时应当重点注意。

【答 案】 A、B、C

【分 析】 本题题干中，并未明确甲企业的性质，如果甲是金融企业，其借款合同显然有效，存在合法的债权；如果甲是生产性企业，其借款合同无效，但甲企业也已经实际借给了乙企业 20 万元，虽然合同无效，甲也同样有权基于不当得利要求乙返还。可见，无论借款合同有效与否，甲都对乙享有合法的债权。因此，A 项以甲对乙的债权不合法为由来否认甲的代位权，并不成立。

乙虽然曾向丙发出过催收通知书，但是根据《合同法解释(一)》第 13 条的规定，“债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害的”是指债务人不履行其对债权人的到期债务，又不以诉讼方式或者仲裁方式向其债务人主张其享有的具有金钱给付内容的到期债权，致使债权人的到期债权未能实现。因此，乙仍然构成怠于行使债权的情形，因此 B 项错。在代位权诉讼中，次债务人是被被告，而债务人是第三人，即甲应当以丙为被告、乙为第三人。因此 C 项错。乙、丙之间的仲裁条款只能约束乙、丙双方，而不能拘束作为合同外第三人的甲，因此 D 的表述是正确的。

【常见错误】 陷阱——忽略了即便甲、乙之间的合同无效，甲仍然有权请求返还 20 万元借款的事实，误将存在合法的债权等同于合同有效。项，须掌握并非和合同不一致的行为即为违约，违约有其特定的法律含义。

二、乙是 A 市的建材经销商，因资金周转困难，便从 A 市甲处借了 50 万元人民币，购买了一批建材，并销售给了 B 市的丙，约定价款为 60 万元人民币，但丙未付款。乙与丙约定的合同履行地在 A 市。后来，甲要求乙还钱，乙说因为丙没有支付货款，所以无力偿还。鉴于此，甲欲直接起诉丙，要求其支付 50 万元。(2003 年卷三第 93 题—不定选)

如果甲对丙提起诉讼，法院在下列何种情形下不应当受理？

- A. 甲对乙的债权未到期
- B. 甲向 A 市的法院起诉

- C. 乙不愿意通过诉讼或仲裁的方式主张对丙的到期债权
D. 甲以乙的名义起诉

【知 识 点】 代位权的条件、管辖及原告

【命题思路】 本题综合考查合同法及其解释对一项制度的规定，有一定难度。

【法条导读】 代位权的成立要件包括：(1)债权人与债务人、债务人与次债务人之间的债权均为到期债权；(2)债务人怠于行使权利；(3)债务人怠于行使权利的行为有害于债权人的债权；(4)债权人代位行使的范围以保全债权的必要为标准；(5)债权人以自己名义向法院请求代位行使债务人的债权。

【答 案】 A、B、D

【分 析】 根据《合同法》第73条第1款规定：“因债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害的，债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人的债权，但该债权专属于债务人自身的除外。”故债权人甲对债务人乙的债权必须已经到期，甲方可行使代位权。因此，A项正确。甲依法应以自己的名义起诉。因此，D项正确。

根据《合同法解释(一)》第14条规定：“债权人依照合同法第七十三条的规定提起代位权诉讼的，由被告住所地人民法院管辖。”故甲应向被告所在地即B市人民法院受理。

根据《合同法解释(一)》第13条第1款规定：“合同法第七十三条规定的‘债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害的’，是指债务人不履行其对债权人的到期债务，又不以诉讼方式或者仲裁方式向其债务人主张其享有的具有金钱给付内容的到期债权，致使债权人的到期债权未能实现。”故C项是代位权成立的条件之一而非法院不受理的原因。因此，C项错误。

【常见错误】 陷阱①——B项混被告所在地的法院为债务人所在地的法院。

陷阱②——D项考查法条“应以自己的名义起诉”这个很容易被考生忽视掉的细节。

《特别叮咛》

从历年的司法考试试题中可以看出，债的保全每年必考，且试题主要是对既有法律规定的考察而不需要深入的理论分析，因此该部分分值比较容易全部得到，但是在记忆既有律规定时必须注意：

- (一) 绝对不能仅仅以合同法本身的简单规定为依据,而必须掌握最高人民法院合同法解释的相关内容。
- (二) 对相关规定的记忆必须细致、准确,如债务人怠于行使其到期债权是指债务人不以诉讼或仲裁方式主张其到期债权,债权人仅向债务人发出通知仍然构成怠于行使其到期债权;债权人请求对法院对次债务人的财产采取保全措施的,应当提供相应的财产担保。
- (三) 代位权行使的法律后果包括行使代位权的债权人享有优先受偿权,这一点与某些学者的理论论述并不相同。

知识点: 合同效力

合同的效力问题具体包括合同附条件、附期限的情形、合同效力待定的情形、合同无效的情形、合同可撤销的情形。由于合同的效力问题是合同的最基本问题,直接决定了合同是否应该履行、当事人应该享有什么样的权利、承担何种责任;而且合同是最主要的法律行为,通过对合同效力的考查可以考察考生对法律行为的理解,因此历年的司法考试中皆有对这一问题的考查。

《相关真题》

一、房地产开发企业甲急欲销售其开发的某住宅区的最后1套别墅,遂打电话向乙、丙、丁发出售房要约,并声明该要约的有效期为1个月。要约发出后第10日,甲与乙签订买卖合同并办理了产权变更登记。第25日,甲又与不知情的丁签订了买卖合同。第26日,该别墅被意外焚毁。(2006年卷三第91题—不定选)。

下列关于甲、乙、丙之间关系的何种表述是正确的?

- A. 乙之间买卖合同有效
- B. 丙之间买卖合同无效,因该合同损害乙的利益
- C. 甲不应向丙承担不能交付房屋的违约责任,因为房屋系意外焚毁
- D. 丙应负担房屋被焚毁的风险

【知 识 点】 买卖合同的效力、买卖合同的风险责任承担

【命题思路】 通过一房多卖的案例,同时考查合同效力或者说债权的兼容性、违约责任归责原则以及风险负担。

【法条导读】 在买卖合同中,合同成立,效力、物权变动,风险负担之间有着重要的差别,又有密切的联系,考生应当认清其各自的成立要件,切勿混淆。

【答 案】 A

【分 析】 我国民法强调合同效力与物权变动的区分原则，即物权是否发生变动不影响合同效力。本题中，甲、乙之间的买卖合同虽然尚未办理产权变更登记，但是合同本身仍然是有效的，A 项正确。债权具有兼容性，在同一标的物上可以同时存在多项内容相互冲突的债权。因此，虽然甲、丙之间的买卖合同订立时甲、乙之间的买卖合同已经生效且房屋已经交付，但是甲仍然享有房屋的所有权，并不构成无权处分，而且丙对此并不知情，不会构成恶意串通损害第三人利益，因此合同仍然应当是有效的，故而 B 项错误。我国《合同法》对违约责任采严格责任，只要没有法定或者约定免责事由，都不能免除违约责任。房屋焚毁虽然出于意外，但是并非不可抗力导致的，因此甲不能免责，C 项错误。《合同法》对买卖合同中的风险负担，除非当事人另有约定，否则按照交付转移风险，丙虽然已经取得了房屋的所有权，但是房屋并未交付，故而风险负担尚未转移给丙，因此 D 项错误。

【常见错误】 陷阱①——对合同无效事由把握不准，误以为只要损害第三人利益的合同均应当无效，从而误选 B 项。

陷阱②——在风险负担的问题上，忽略了《合同法》以交付作为转移风险的条件，认为丙取得所有权即应当承担风险。

二、甲因出国留学，将自家一幅名人字画委托好友乙保管。在此期间乙一直将该字画挂在自己家中欣赏，来他家的人也以为这幅字画是乙的，后来乙因做生意急需钱，便将该幅字画以 3 万元价格卖给丙。甲回国后，发现自己的字画在丙家中，询问情况后，向法院起诉。下列有关该纠纷的表述中哪些是正确的？（2002 年卷三第 55 题—多选）

- A. 乙与丙之间的买卖合同属于无效合同
- B. 乙与丙之间的买卖合同属于效力未定的合同
- C. 甲对该幅字画享有所有权
- D. 丙对该幅字画享有所有权

【知 识 点】 效力待定合同

【命题思路】 司法考试总是将无权处分和善意取得制度结合考查，须掌握两种制度及其联系。

【法条导读】 在我国司法实践中，根据不同情况决定是否返还原物。（1）如果第三人是无偿地从无权转让该项财产的占有人那里取得财产，所有

人在任何情况下都有权向该第三人请求返还原物。(2)第三人如果是有偿并善意地从占有人处取得财产,则要区分占有人的占有是否是基于所有人的意思取得的。如果占有人的占有不是基于所有人的意思取得的,善意第三人不能取得原物的所有权,所有人有权向第三人请求返还原物。如果占有人的占有是基于所有人的意思取得的,占有人(承租人、保管人)滥用所有人的信任而非法转让,这时善意第三人取得原物的所有权,所有人无权向第三人要求返还原物,他只能要求非法转让人赔偿损失。

【答案】

B、D

【分析】

根据《合同法》第51条规定:“无处分权的人处分他人财产,经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的,该合同有效。”合同的效力取决于权利人追认或合同当事人处分权的取得,故无权处分合同是效力未定的合同。甲委托乙保管字画,乙却将其卖与丙,并无处分权。故乙与丙之间的买卖合同属于效力未定合同。因此,A项错误,B项正确。

善意取得是指无权处分他人动产的合法占有人,在不法将动产转让给第三人以后,如果受让人在取得该动产时有偿且出于善意,就可依法取得对该动产的所有权的法律制度,受让人在取得动产的所有权以后,原所有人不得要求受让人返还财产,而只能请求转让人赔偿损失。本题中,丙为善意相对人,虽然乙无权处分,但丙仍可根据善意取得制度获得所有权,甲则丧失对字画的所有权,只能请求无权处分人乙赔偿损失。因此,C项错误,D项正确。

【常见错误】

陷阱——甲无缘无故丧失所有权让人不平,但这是保护交易安全的不得已选择,另一方面也是甲信任乙的代价。

《特别叮咛》

合同的效力中有如下四个问题需要特别注意:

- (一) 一物二卖问题。尽管学者对物权行为独立性争执不已,但是对一物二卖的两个合同都是有效合同这一点并无任何疑义;当然如果后买受人明知前一个买卖合同而与出卖人签订后一个买卖合同则因为涉及到对物权行为和恶意串通的理解,对其法律效果会有争议,但是这一点在司法考试中被回避,司法考试历年试题中出现的皆是后一买受人不知情的情况,因此对于司法考试而言,考生不必再深究物权行为独立性问题。

- (二) 合同法规定的效力待定的合同有三种：限制民事行为能力人订立的合同、无权代理的合同、无权处分的合同。尽管对于无权处分的合同很多学者认为应该是有效的，但是在司法考试中应以现行规定为依据。
- (三) 撤销权的行使期限，民通解释规定的是自行为成立时起算，而合同法规定的是自具有撤销权的当事人知道或者应当知道撤销事由之日起算。
- (四) 对有些合同法律规定了以实际交付或登记为生效要件或对抗要件，对此要予以特别注意。

知识点：特殊侵权行为

特殊侵权行为，是指构成要件和法律效果不同于一般侵权行为的侵权行为，其特殊性主要表现在不完全具备一般侵权行为的要件或者除了一般侵权行为要件之外还应当具备某个或某些要件以及不是直接为自己的行为负责而是为他人的行为或其管理下的对象造成的损害负责。我国《民法通则》第 121—127 条和 133 条一共规定了八类特殊侵权行为，《道路交通安全法》规定了道路交通事故致人损害的特殊侵权行为，《人身损害赔偿解释》除对某些既有的特殊侵权行为进行了细化和补充外，还增加了三种特殊侵权行为。侵权行为是民法的一个重要组成部分，不可能不考查，但是由于一般侵权行为构成要件和法律效果比较简单，因此司法考试对侵权行为的考查重点是考查特殊侵权行为。

《相关真题》

一、某化工厂排放的废水流入某湖后，发生大量鱼类死亡事件。在是否承担赔偿责任问题上，该化工厂的哪些抗辩理由即使有证据支持也不能成立？（2006 年卷三第 65 题—多选）

- A. 其排放的废水完全符合规定的排放标准
- B. 另一工厂排放的废水足以导致湖中鱼类死亡
- C. 该化工厂主观上没有任何过错
- D. 原告的赔偿请求已经超过 2 年的诉讼时效

【知 识 点】 环境污染侵权责任

【命题思路】 围绕环境侵权责任的构成要件，综合考查其免责事由、诉讼时效等特殊规定。

【法条导读】 对于环境污染致害责任，《民法通则》的规定较为粗略，应当结合《中华人民共和国环境保护法》（以下简称《环境保护法》）的

规定来把握其构成要件、免责事由以及诉讼时效等。此外，对于机动车致人损害，也应当结合《中华人民共和国道路交通安全法》（以下简称《道路交通安全法》）第 76 条的规定来理解和掌握其构成要件。

【答案】 A、B、C、D

【分析】 环境污染损害责任采无过错责任原则，除受害人故意和不可抗力之外，只要环境污染造成损害，就应当承担责任。因此 C 项不能成立。至于排放废水是否超标，则与民事责任的承担无关，而是相应行政责任的依据。即便排放没有超标，化工厂仍然应当承担侵权责任，只是无须承担相应的行政处罚责任而已，因此 A 项并不构成抗辩事由。B 项的内容比较复杂，这就是说，两个化工厂的排污都足以导致损害，换言之两个化工厂的行为都与损害之间存在相当因果关系。此种情形下，实际上同时构成两项侵权责任，受害人可以分别向二者主张侵权责任，但是任一赔偿义务人实际承担了责任，都导致全部侵权责任请求权的消灭。据此，其中一个当事人无权以另一当事人的行为足以导致损害的发生为由来获得免责，因此 B 项也不能成立。环境污染责任在诉讼时效上有其特殊性，其时效期间为 3 年，因此以过了 2 年期间为由提出抗辩，也是不成立的，D 也应当选。

【常见错误】 陷阱①——误将排污是否超标作为侵权责任的构成要件，认为只要没有超标就不应承担责任。

陷阱②——误认为环境污染损害责任的诉讼时效为 2 年的普通时效期间。

陷阱③——对于并发的共同侵权认识不足，误认为两个加害人的行为均与损害结果存在法律上的因果关系的情况下，应当由二者承担按份责任。

二、甲请 A 搬家公司搬家，A 公司派出 B、C、D 三人前往。在搬家过程中，B 发现甲的掌上电脑遗落在一角，便偷偷藏入自己腰包；C 与 D 在搬运甲最珍贵的一盆兰花时不慎将其折断，为此甲与 C、D 二人争吵起来，争吵之时不知是谁又将甲阳台上的另一盆鲜花碰下，砸伤路人。B、C、D 见事已至此便溜之大吉。请问下面哪些说法是正确的？（2002 年卷三第 45 题—多选）

- A. 甲可以要求 A 公司赔偿名贵兰花被折断造成的损失
- B. 甲可以要求 A 公司承担没有履行搬运任务的违约责任
- C. 路人可以要求甲、C 以及 D 承担连带赔偿责任

D. 甲可以就丢失掌上电脑的损失要求 A 公司承担赔偿责任

【知 识 点】 违约责任、职务行为和共同危险行为

【命题思路】 本题要求考生能明确区分违约责任和侵权责任，职务行为和个人行为。

【法条导读】 甲、C、D 争吵中将阳台的鲜花碰下砸伤路人 E 的行为构成建筑物侵权，这又属于一种特殊侵权行为，《民法通则》第 126 条对其进行了规定：“建筑物或者其他设施以及建筑物上的搁置物、悬挂物发生倒塌、脱落、坠落造成他人损害的，它的所有人或者管理人应当承担民事责任，但能够证明自己没有过错的除外。”可见建筑物致人损害责任的归责原则采取过错推定原则。被告可通过证明自己没有过错而获免责，其可以主张的事由通常有不可抗力、受害人的过错、第三人的过错等。

【答 案】 A、B、C

【分 析】 根据《民法通则》第 43 条规定：“企业法人对它的法定代表人和其他工作人员的经营行为，承担民事责任。”C 与 D 在搬家行为属于企业法人工作人员的经营行为，活动中造成名贵兰花折断的行为是职务行为，依法应由搬家公司负责赔偿损失。因此，A 项正确。B 的盗窃行为与经营活动无关，不属于职务行为，应由盗窃人自己承担责任。因此，D 项错误。

根据《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。”甲与 A 搬家公司有一个搬家合同关系，属于委托合同。搬家公司雇员 B、C、D 溜之大吉，导致该合同没有完全履行，搬家公司应对雇员的职务行为负责，负违约责任。因此，B 项正确。

根据《人身损害赔偿解释》第 4 条规定：“二人以上共同实施危及他人人身安全的行为并造成损害后果，不能确定实际侵害行为人的，应当依照民法通则第一百三十条规定承担连带责任。共同危险行为人能够证明损害后果不是由其行为造成的，不承担赔偿责任。”甲、C、D 争吵中，不知谁将阳台的鲜花碰下，砸伤路人 E，甲、C、D 三人的行为构成共同危险行为。共同危险行为是指两个或两个以上的行为人，共同实施了侵害他人的危险行为，造成了损害后果，但不能准确认定谁为加害人的情况。共同危险行为人依法应负连带赔偿责任。因此，C 项正确。

【常见错误】 陷阱——D 项将企业法人工作人员的职务行为和个人行为混为一谈，混淆考生的思路。

《特别叮咛》

如上文所述特殊侵权行为之所以特殊是因为其构成要件和法律效果不同于一般侵权行为，因此考试中考察的重点即是各种特殊侵权行为自己独特的构成要件和法律效果，所以学习中也应该对此予以重点关注，由于法律对此有明文规定，这里不再详述。此外，以下几点需要特别注意：

- （一）各种特殊侵权行为的免责条件和证明责任，这一点最好与《民事诉讼证据的若干规定》结合记忆、理解。
- （二）污染环境致人损害的特殊侵权行为应当与《环境保护法》结合学习，根据环境保护法的规定该种侵权行为的构成不以其违反国家相关环境保护的规定为前提，这一点与民法通则并不相同，并且其诉讼时效期间是三年。
- （三）《人身损害赔偿解释》对与有过失的法律后果规定的是可以减轻或免除，与民法通则规定的“可以减轻”并不相同；《人身损害赔偿解释》规定的教育机构的责任与民通解释规定的“适当给予赔偿”也并不相同。